

العناية بشرح الهداية

تأليف

الإمام العلامة الشيخ الكليني محمد بن محمد بن محمود الباقري الحنفي

المتوفى ٧٨٢ هـ

وهو شرح على

الهداية شرح بداية المبتدئين

في فروع الفقه الحنفي

شيخ الإسلام برهان الدين علي بن أبي بكر المغيرة الحنفي

المتوفى ٥٩٢ هـ

اعتنى به

أبو محروس عمرو بن محروس

يحتوي على اللبنة التالية:

الطهارة - الصلاة - الزكاة - الصوم



دار الكتب العلمية

أسسها محمد علي بيضون سنة 1971

بيروت - لبنان

فهرس المحتويات

| | | | |
|-----------------------------------|-----|--|-----|
| باب العيدين | ٤٥٦ | المقدمة | ٥ |
| فصل في تكبيرات التشريق | ٤٦٣ | خطبة الكتاب | ٧ |
| باب صلاة الكسوف | ٤٦٦ | كتاب الطهارات | ١٥ |
| باب الاستسقاء | ٤٧٠ | فصل في نواقض الوضوء | ٢٨ |
| باب صلاة الخوف | ٤٧٣ | فصل في الغسل | ٤٥ |
| باب الجنائز | ٤٧٧ | فصل في البئر | ٧٨ |
| فصل في الغسل | ٤٧٧ | فصل في الأسار وغيرها | ٨٧ |
| فصل في تكفينه | ٤٨٣ | باب التيمم | ١٠٠ |
| فصل في الصلاة على الميت | ٤٨٥ | باب المسح على الخفين | ١١٩ |
| فصل في حمل الجنائز | ٤٩٥ | باب الحيض والاستحاضة | ١٣٦ |
| فصل في الدفن | ٤٩٨ | فصل في النفاس | ١٥٨ |
| باب الشهيد | ٥٠١ | باب الأنحاس وتطهيرها | ١٦٢ |
| باب الصلاة في الكعبة | ٥٠٧ | فصل في الاستنجاء | ١٧٧ |
| كتاب الزكاة | ٥١٠ | كتاب الصلاة | ١٨١ |
| باب صدقة السوائم | ٥٢١ | باب المواقيت | ١٨١ |
| فصل في البقر | ٥٢٥ | فصل في الأوقات التي تكره فيها الصلاة | ١٩٣ |
| فصل في الغنم | ٥٢٧ | باب الأذان | ٢٠١ |
| فصل في الخيل | ٥٢٨ | باب شروط الصلاة التي تتقدمها | ٢١١ |
| باب زكاة المال | ٥٤٥ | باب صفة الصلاة | ٢٢٦ |
| فصل في الفضة | ٥٤٥ | فصل في القراءة | ٢٦٧ |
| فصل في الذهب | ٥٤٨ | باب الإمامة | ٢٨٤ |
| فصل في العروض | ٥٥٠ | باب الحدث في الصلاة | ٣٠٦ |
| باب فيمن يرم على العاشر | ٥٥٣ | باب ما يفسد الصلاة وما | |
| باب المعادن والركاز | ٥٦٢ | يكره فيها | ٣١٩ |
| باب زكاة الزروع والثمار | ٥٧٠ | باب صلاة الوتر | ٣٤٣ |
| باب من يجوز دفع الصدقة إليه | | باب النوافل | ٣٥٠ |
| ومن لا يجوز | ٥٨٤ | فصل في القراءة | ٣٥٥ |
| باب صدقة الفطر | ٥٩٩ | فصل في قيام شهر رمضان | ٣٦٩ |
| فصل في مقدار الواجب ووقته | ٦٠٧ | باب إدراك الفريضة | ٣٧١ |
| كتاب الصوم | ٦١٢ | باب قضاء الفرائث | ٣٨١ |
| فصل في رؤية الهلال | ٦١٩ | باب سجود السهو | ٣٩٠ |
| باب ما يوجب القضاء والكفارة | ٦٢٩ | باب صلاة المريض | ٤٠٦ |
| فصل فيما يوجب على نفسه | ٦٦٦ | باب سجود التلاوة | ٤١٤ |
| باب الاعتكاف | ٦٧٠ | باب صلاة السفر | ٤٢٦ |
| فهرس المحتويات | ٦٨٠ | باب صلاة الجمعة | ٤٤٠ |

فهرس المحتويات

| الصفحة | الموضوع |
|--------|-------------------------------|
| ٥ | كتاب الحج |
| ٧٠ | باب القران |
| ٧٩ | باب التمتع |
| ٩٧ | باب الجنائيات |
| ١٦٤ | باب مجاوزة الوقت بغير إحرام |
| ١٦٩ | باب إضافة الإحرام إلى الإحرام |
| ١٧٩ | باب الإحصار |
| ١٨٨ | باب الفوات |
| ١٩١ | باب الحج عن الغير |
| ٢٠١ | باب الهدي |
| ٢٠٦ | مسائل منثورة |
| ٢١٢ | كتاب النكاح |
| ٢٢٠ | فصل في بيان المحرمات |
| ٢٥٠ | باب الأولياء والأكفاء |
| ٢٦٩ | فصل في الكفاءة |
| ٢٧٧ | فصل في الوكالة بالنكاح وغيرها |
| ٣٢٨ | باب ذكر نكاح الرقيق |
| ٣٤٤ | باب نكاح أهل الشرك |
| ٣٥٦ | باب القسم |

| | |
|-----|----------------------------------|
| ٣٦٠ | كتاب الرضاع |
| ٣٧٦ | كتاب الطلاق |
| ٣٧٦ | باب طلاق السنة |
| ٣٩٤ | باب إيقاع الطلاق |
| ٤٢١ | فصل في تشبيه الطلاق ووصفه |
| ٤٢٥ | فصل في الطلاق قبل الدخول |
| ٤٣٦ | باب تفويض الطلاق فصل في الاختيار |
| ٤٤٣ | فصل في الأمر باليد |
| ٤٥٠ | فصل في المشيئة |
| ٤٦٣ | باب الأيمان في الطلاق |
| ٤٧٥ | فصل في الاستثناء |
| ٤٧٩ | باب طلاق المريض |
| ٤٨٧ | باب الرجعة |
| ٥٠١ | فصل فيما تحل به المطلقة |
| ٥٠٨ | باب الإيلاء |
| ٥١٩ | باب الخلع |
| ٥٣٧ | باب الظهار |
| ٥٤٥ | فصل في الكفارة |
| ٥٦٠ | باب اللعان |
| ٥٧٢ | باب العينين وغيره |
| ٥٧٨ | باب العدة |
| ٦٠٣ | باب ثبوت النسب |
| ٦١٦ | باب الولد منه أحق به |

باب النفقة

٦٢٣

كتاب العتاق

٦٥٨

باب العبد يعتق بعضه

٦٧٧

باب عتق أحد العبدین

٦٩٩

باب الحلف بالعتق

٧١١

باب العتق على جعل

٧١٦

فهرس المحتويات

٧٢٦

فهرس المحتويات

| الصفحة | الموضوع |
|--------|--|
| ٥ | باب التدبير |
| ١٠ | باب الاستيلاء |
| ٢٧ | كتاب الإيمان |
| ٣١ | باب ما يكون يمينا وما لا يكون يمينا |
| ٣٨ | فصل في الكفارة |
| ٤٦ | باب اليمين في الدخول والسكنى |
| ٥٣ | باب اليمين في الخروج والإتيان والركوب وغير ذلك |
| ٥٩ | باب اليمين في الأكل والشرب |
| ٧٣ | باب اليمين في الكلام |
| ٨٤ | باب اليمين في العتق والطلاق |
| ٩٣ | باب اليمين في البيع والشراء والتزوج وغير ذلك |
| ٩٩ | باب اليمين في الحج والصلاة والصوم |
| ١٠٣ | باب اليمين في لبس الثياب والحلي وغير ذلك |
| ١٠٥ | باب اليمين في الضرب والقتل وغيره |
| ١٠٨ | باب اليمين في تقاضي الدراهم |
| ١١١ | مسائل متفرقة |
| ١١٤ | كتاب الحدود |
| ١٢٠ | فصل في كيفية الحد وإقامته |
| ١٣٢ | باب الوطء الذي يوجب الحد والذي لا يوجبه |
| ١٦٧ | باب حد الشرب |

| | |
|-----|-----------------------------|
| ١٧٤ | باب حد القذف |
| ١٩٠ | فصل في التعزير |
| ١٩٥ | كتاب السرقة |
| ٢٠٠ | باب ما يقطع فيه وما لا يقطع |
| ٢١١ | فصل في الحرز والأخذ منه |
| ٢٢٠ | فصل في كيفية القطع وإثباته |
| ٢٢٤ | باب قطع الطريق |
| ٢٥٣ | كتاب السير |
| ٢٥٦ | باب كيفية القتال |
| ٢٦٣ | باب المواعدة ومن يجوز أمانه |
| ٢٧١ | باب الغنائم وقسمتها |
| ٢٨٦ | فصل في كيفية القسمة |
| ٢٩٦ | فصل في التنفيل |
| ٢٩٩ | باب استيلاء الكفار |
| ٣٠٨ | باب المستأمن |
| ٣١٩ | باب العشر والخراج |
| ٣٤٣ | باب أحكام المرتدين |
| ٣٦٥ | باب البغاة |
| ٣٧١ | كتاب اللقيط |
| ٣٧٧ | كتاب اللقطة |
| ٣٨٧ | كتاب الإباق |
| ٣٩٢ | كتاب المفقود |
| ٣٩٩ | كتاب الشركة |

| | |
|-----|-----------------------|
| ٤٢٨ | فصل في الشركة الفاسدة |
| ٤٣٥ | كتاب الوقف |
| ٤٥٧ | كتاب البيوع |
| ٥٢٠ | باب خيار الرؤية |
| ٥٣٦ | باب خيار العيب |
| ٥٦٦ | باب البيع الفاسد |
| ٦١١ | فصل في أحكامه |
| ٦٢٥ | فصل فيما يكره |
| ٦٣٢ | باب الإقالة |
| ٦٣٨ | باب المراجعة والتولية |
| ٦٩٢ | باب الاستحقاق |
| ٦٩٦ | فصل في بيع الفضولي |
| ٧٠٩ | باب السلم |
| ٧١٨ | فهرس المحتويات |

فهرس المحتويات

| الصفحة | الموضوع |
|--------|--------------------------------|
| ٣٥ | مسائل منثورة |
| ٤٧ | كتاب الصرف |
| ٧١ | كتاب الكفالة |
| ١٢٠ | فصل في الضمان |
| ١٢٩ | باب كفالة الرجلين |
| ١٣٤ | باب كفالة العبد وعنه |
| ١٣٩ | كتاب الحوالة |
| ١٤٩ | كتاب أدب القاضي |
| ١٦٧ | فصل في الحبس |
| ١٧٤ | باب كتاب القاضي إلى القاضي |
| ١٨٢ | فصل آخر |
| ١٩٤ | باب التحكيم |
| ١٩٨ | مسائل شتى من كتاب القضاء |
| ٢١١ | فصل في القضاء بالمواريث |
| ٢٢٧ | فصل آخر |
| ٢٣١ | كتاب الشهادات |
| ٢٥٦ | باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل |
| ٢٨٠ | باب الاختلاف في الشهادة |
| ٢٩٢ | فصل في الشهادة على الإرث |
| ٢٩٥ | باب الشهادة على الشهادة |

| | |
|-----|--------------------------------|
| ٣٠٧ | كتاب الرجوع عن الشهادة |
| ٣٢٢ | كتاب الوكالة |
| ٣٣٨ | باب الوكالة في البيع والشراء |
| ٣٣٨ | فصل في الشراء |
| ٣٦٢ | فصل في التوكيل بشراء نفس العبد |
| ٣٦٧ | فصل في البيع |
| ٣٨٥ | باب الوكالة بالخصومة والقبض |
| ٤٠١ | باب عزل الوكيل |
| ٤١٠ | كتاب الدعوى |
| ٤١٧ | باب اليمين |
| ٤٣٠ | فصل في كيفية اليمين والاستحلاف |
| ٤٣٥ | باب التحالف |
| ٤٥٨ | فصل فيمن لا يكون خصما |
| ٤٦٣ | باب ما يدعيه الرجلان |
| ٤٨٥ | فصل في التنازع بالأيدي |
| ٤٩٣ | باب دعوى النسب |
| ٥٠٩ | فهرس الموضوعات |

فهرس المحتويات

| الصفحة | الموضوع |
|--------|-------------------------------|
| ٥ | كتاب الإقرار |
| ١٨ | باب الاستثناء في معناه |
| ٣٤ | باب إقرار المريض |
| ٤٧ | كتاب الصلح |
| ٦٥ | باب التبرع بالصلح والتوكيل به |
| ٦٨ | باب الصلح في الدين |
| ٧٤ | فصل في الدين المشترك |
| ٨١ | فصل في التخارج |
| ٨٦ | كتاب المضاربة |
| ١٠٢ | باب المضارب يضارب |
| ١٠٨ | فصل في العزل والقسمة |
| ١١٣ | فصل فيما يفعله المضارب |
| ١٢٠ | فصل آخر |
| ١٢٤ | فصل في الاختلاف |
| ١٢٧ | كتاب الوديعة |
| ١٤٢ | كتاب العارية |
| ١٥٦ | كتاب الهبة |
| ١٧١ | باب الرجوع في الهبة |
| ١٨٦ | فصل في الصدقة |
| ١٨٧ | كتاب الإجازات |
| ١٩١ | باب الأجر متى يستحق |

| | |
|-----|---|
| ٢٠١ | باب ما يجوز من الإجارة وما يكون خلافا فيه |
| ٢١٣ | باب الإجارة الفاسدة |
| ٢٣٥ | باب ضمان الأجير |
| ٢٤٢ | باب الإجارة على أحد الشرطين |
| ٢٤٧ | باب إجارة العبد |
| ٢٥١ | باب الاختلاف في الإجارة |
| ٢٥٢ | باب فسخ الإجارة |
| ٢٥٩ | مسائل منتورة |
| ٢٦٢ | كتاب المكاتب |
| ٢٦٩ | فصل في الكتابة الفاسدة |
| ٢٧٨ | باب ما يجوز للمكاتب أن يفعل |
| ٢٩٨ | باب ما يكاتب عن العبد |
| ٣٠٢ | باب كتابة العبد المشترك. |
| ٣١٢ | باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى |
| ٣٢٤ | كتاب الولاء |
| ٣٣٥ | فصل في ولاء الموالاة |
| ٣٣٨ | كتاب الإكراه |
| ٣٥٩ | كتاب الحجر |
| ٣٦٣ | باب الحجر للفساد |
| ٣٧٥ | فصل في حد البلوغ |
| ٣٨٥ | كتاب المأذون |
| ٤٢١ | كتاب الغصب |
| ٤٣٣ | فصل فيما يتغير بفعل الغاصب |

| | |
|-----|----------------------------------|
| ٤٥٨ | فصل في غضب ما لا يقوم |
| ٤٦٧ | كتاب الشفعة |
| ٤٧٧ | باب طلب الشفعة والخصومة فيها |
| ٤٨٦ | فصل في مسائل الاختلاف |
| ٤٩٠ | فصل فيما يؤخذ به المشفوع |
| ٤٩٨ | باب ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب |
| ٥٠٩ | باب ما يبطل به الشفعة |
| ٥١٧ | مسائل متفرقة |
| ٥٢٣ | فهرس المحتويات |

فهرس المحتويات

| الصفحة | الموضوع |
|--------|--|
| ٥ | كتاب القسمة |
| ١٣ | فصل فيما يقسم وما لا يقسم |
| ١٩ | فصل في كيفية القسمة |
| ٢٧ | باب دعوى الغلط في القسمة والاستحقاق فيها |
| ٣٤ | فصل في المهايأة |
| ٤٠ | كتاب المزارعة |
| ٥٨ | كتاب المساقاة |
| ٦٤ | كتاب الذبائح |
| ٧٨ | فصل فيما يؤكل وما لا يؤكل |
| ٨٥ | كتاب الأضحية |
| ١٠٣ | كتاب الكراهية |
| ١٠٨ | فصل في اللبس |
| ١١٤ | فصل في الوطاء والنظر واللمس |
| ١٢٦ | فصل في الاستبراء |
| ١٣٥ | فصل في البيع |
| ١٤٣ | مسائل متفرقة |
| ١٥٠ | كتاب إحياء الموات |
| ١٦١ | فصل في مسائل الشرب |
| ١٦١ | فصل في الحياة |

| | |
|-----|---|
| ١٦٥ | فصل في كرى الأثمار |
| ١٦٧ | فصل في الدعوى والاختلاف والتصرف فيه |
| ١٧٣ | كتاب الأشربة |
| ١٨٧ | فصل في طبخ العصير |
| ١٩٠ | كتاب الصيد |
| ١٩١ | فصل في الجوارح |
| ٢٠٤ | فصل في الرمي |
| ٢١٧ | كتاب الرهن |
| ٢٣٥ | باب ما يجوز ارتهانه والارتمان به وما لا يجوز |
| ٢٦٠ | باب الرهن يوضع على يدي العدل |
| ٢٦٨ | باب التصرف في الرهن والجناية عليه وجنائه على غيره |
| ٢٩٨ | كتاب الجنایات |
| ٣٠٥ | باب ما يوجب القصاص وما لا يوجه |
| ٣٤٥ | باب الشهادة في القتل |
| ٣٦٢ | فصل فيما دون النفس |
| ٣٦٩ | فصل في الشجاج |
| ٣٨٤ | فصل في الجنين |
| ٤٠٢ | فصل في الحائط المائل |
| ٤٠٨ | باب جنایة البهيمه والجنایة عليه |
| ٤٢٣ | باب جنایة المملوك والجنایة عليه |
| ٤٤٥ | فصل في قتل عبد خطأ |
| ٤٥٥ | فصل في جنایة المدبر وأم الولد |
| ٤٥٨ | باب غضب العبد والمدبر والصبي والجنایة في ذلك |

| | |
|-----|------------------------------------|
| ٤٨٨ | كتاب المعامل |
| ٥٠٣ | كتاب الوصايا |
| ٥٠٣ | باب في صفة الوصية |
| ٥٢٢ | باب الوصية بثلاث طال |
| ٥٤٤ | فصل في اعتبار حالة الوصية |
| ٥٤٦ | باب العتق في مرض الموت |
| ٥٥٦ | باب الوصية للأقارب وغيرهم |
| ٥٦٨ | باب الوصية بالسكنى والخدمة والثمره |
| ٥٧٦ | باب وصية الذمي |
| ٥٨١ | باب الوصي وما يملكه |
| ٦٠٣ | كتاب الخنثى |
| ٦٠٤ | فصل في أحكامه |
| ٦١٣ | مسائل شتى |
| ٦١٩ | فهرس المحتويات |

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ مُقَدِّمَةٌ

إن الحمد لله، نحمده، ونستعينه، ونستغفره، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا، ومن سيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له، ومن يضلل فلا هادي له. وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله.

﴿يَتَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ حَقَّ تَقَاتِهِ وَلَا تَمُوتُنَّ إِلَّا وَأَنتُمْ مُسْلِمُونَ﴾ [آل عمران: ١٠٢].

﴿يَتَأَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَنَسَّ مِنْهَا رَجُلًا كَثِيرًا وَنِسَاءً وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا﴾ [النساء: ١].

﴿يَتَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَقُولُوا قَوْلًا سَدِيدًا ﴿٥﴾ يُضْلِحْ لَكُمْ أَعْمَالَكُمْ وَيَغْفِرْ لَكُمْ ذُنُوبَكُمْ ۗ وَمَنْ يُطِيعِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ فَقَدْ فَازَ فَوْزًا عَظِيمًا﴾ [الأحزاب: ٣٣].

أما بعد:

فهذا كتاب "العناية شرح الهداية" للعبد الفقير إلى رحمة ربه الحفي محمد بن أحمد الحنفي، غفر الله له ولوالديه وعاملهم بلطفه الحفي، وكتاب "الهداية" مصنف فقهي شارح للمتن المسمى بـ "بداية المبتدي" وكلاهما لشيخ الإسلام علي بن أبي بكر بن عبد الجليل المرغيناني الحنفي.

واعتنى بكتاب الهداية أئمة كثيرون بالشرح والتعليق والتخريج منهم الحافظ ابن حجر، والحافظ الزيلعي، والسغناقي وغيرهم كثير.

ونسأل الله سبحانه وتعالى في عليائه أن يتقبل منا ومن كل من ساهم في خدمة كتب أهل العلم، وأن يرزقنا الإخلاص في القول والعمل، وأن يجعل هذا في ميزان حسناتنا يوم القيامة.

اللهم اجعله خالصاً لوجهك الكريم وانفع به المسلمين، وصل وسلم وزد وبارك عليه وعلى آله وصحبه أجمعين.

عملنا في الكتاب

ويتلخص عملنا في الكتاب في:

- ١- مراجعة الكتاب على نسخة عتيقة موجودة بمكتبة المصطفى لصاحبها الشيخ حامد إبراهيم غفر الله له بمنطقة الدمرداش بالقاهرة وهي مكتبة عامرة أوقفها صاحبها على طلبة العلم.
 - ٢- قمنا بتخريج الأحاديث تخريجًا مختصرًا.
 - ٣- وتمتاز هذه الطبعة عن سابقتها بأنها مضبوطة بالشكل الكامل مما يزيل اللبس على القارئ.
 - ٤- قمنا بعمل فهرس للموضوعات.
- أبو محروس عمرو بن محروس

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي أَعْلَىٰ مَعَالِمِ الْعِلْمِ وَأَعْلَمُهُ، وَأَظْهَرَ شَعَائِرِ الشَّرْعِ وَأَحْكَمَهُ، وَبَعَثَ رُسُلًا وَأَنْبِيَاءَ صَلَوَاتُ اللَّهِ عَلَيْهِمْ أَجْمَعِينَ. إِلَىٰ سُبُلِ الْحَقِّ هَادِينَ، وَأَخْلَفَهُمْ عُلَمَاءَ إِلَىٰ سُنَنِ سُنَنِهِمْ دَاعِينَ، يَسْلُكُونَ فِيهَا لَمْ يُؤَثَّرْ عَنْهُمْ مَسْلَكَ الاجْتِهَادِ، مُسْتَرْشِدِينَ مِنْهُ فِي ذَلِكَ وَهُوَ وَلِيُّ الْإِرْشَادِ، وَخَصَّ أَوَائِلَ الْمُسْتَبِطِينَ بِالتَّوْفِيقِ حَتَّىٰ وَضَعُوا مَسَائِلَ مِنْ كُلِّ جَلِيٍّ وَدَقِيقٍ غَيْرَ أَنَّ الْحَوَادِثَ مُتَعاقِبَةُ الْوُقُوعِ، وَالتَّوَارِثُ يَضِيقُ عَنْهَا نِطاقُ الْمَوْضُوعِ، وَاقْتِنَاصُ الشُّوَارِدِ بِالِاقْتِنَاسِ مِنَ الْمَوَارِدِ، وَالِاعْتِبَارُ بِالْأَمْثَالِ مِنْ صَنَعَةِ الرُّجَالِ، وَبِالْوُقُوفِ عَلَى الْمَأْخِذِ يُعْضُ عَلَيْهَا بِالتَّوْاجِدِ.

وَقَدْ جَرَىٰ عَلَى الْوَعْدِ فِي مَبْدَأِ بَدَايَةِ الْمُبْتَدِي أَنْ أَشْرَحَهَا بِتَوْفِيقِ اللَّهِ تَعَالَىٰ شَرْحًا أَرَسْمُهُ بِكِفَايَةِ الْمُنتَهِي، فَشَرَعْتُ فِيهِ وَالْوَعْدُ يَسُوعُ بَعْضَ الْمَسَافِ، وَحِينَ أَكَادُ أَتَكَيُّ عَنْهُ أَتَكَاءَ الْفَرَاغِ، تَبَيَّنَتْ فِيهِ ثُبْدًا مِنَ الْإِطْنَابِ، وَخَشِيتُ أَنْ يَهْجَرَ لِأَجَلِهِ الْكِتَابُ، فَصَرَفْتُ الْعِنَانَ وَالْعِنَايَةَ إِلَىٰ شَرْحِ آخِرِ مَوْسُومٍ بِالْهَدَايَةِ، أَجْمَعُ فِيهِ بِتَوْفِيقِ اللَّهِ تَعَالَىٰ بَيْنَ عَيُونِ الرُّوَايَةِ وَمُتُونِ الدَّرَايَةِ، تَارِكًا لِلزَّوَائِدِ فِي كُلِّ بَابٍ، مُعْرِضًا عَنْ هَذَا النُّوعِ مِنَ الْإِسْهَابِ، مَعَ مَا أَنَّهُ يَشْتَمِلُ عَلَى أَصُولٍ يَنْسَحِبُ عَلَيْهَا فُصُولٌ.

وَأَسْأَلُ اللَّهَ تَعَالَىٰ أَنْ يُؤَفِّقَنِي لِإِتْمَامِهَا، وَيَخْتِمَ لِي بِالسَّعَادَةِ بَعْدَ اخْتِتَامِهَا، حَتَّىٰ إِنْ مَنْ سَمَتْ هِمَّتُهُ إِلَىٰ مَزِيدِ الْوُقُوفِ يَرْغَبُ فِي الْأَطُولِ وَالْأَكْبَرِ، وَمَنْ أَعْجَلَهُ الْوَقْتُ عَنْهُ يَقْتَصِرَ عَلَى الْأَقْصَرِ وَالْأَصْغَرِ. وَلِلنَّاسِ فِيهَا يَعِشُقُونَ مَذَاهِبُ وَالْفَنُّ خَيْرٌ كُلُّهُ. ثُمَّ سَأَلَنِي بَعْضُ إِخْوَانِي أَنْ أُمْلِيَ عَلَيْهِمُ الْمَجْمُوعُ الثَّانِي، فَاهْتَمَّحْتُهُ مُسْتَعِينًا بِاللَّهِ تَعَالَىٰ فِي تَحْرِيرِ مَا أَقَاوِلُهُ مُتَضَرِّعًا إِلَيْهِ فِي التَّيْسِيرِ لِمَا أَحَاوِلُهُ، إِنَّهُ الْمَيْسَرُ لِكُلِّ عَسِيرٍ وَهُوَ عَلَىٰ مَا يَشَاءُ قَدِيرٌ وَبِالْإِجَابَةِ جَدِيرٌ، وَحَسْبُنَا اللَّهُ وَنِعْمَ الْوَكِيلُ.

الشرح:

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي هَدَانَا فِي الْبِدَايَةِ لِمَعْرِفَةِ الْهَدَايَةِ، وَرَعَانَا بِعَيْنِ الْعِنَايَةِ فِي النِّهَايَةِ عَنْ الْجَهْلِ وَالْعَوَايَةِ، وَجَعَلَنَا مِمَّنْ آمَنَ بِمَا أُنْزِلَ وَاتَّبَعَ الرُّسُلَ وَوَفَّقَ لِلدَّرَايَةِ، وَخَصَّنَا بِأَهْلِيَّةِ الشَّهَادَةِ عَلَى الْأُمَمِ بِفَضْلِ مِنْهُ وَكَمَالِ الرَّعَايَةِ. أَحْمَدُهُ عَلَى إِفَاضَةِ حُكْمِهِ،

وَأَشْكُرُهُ عَلَى سَوَائِعِ نِعَمِهِ، وَأُصَلِّي عَلَى مَنْ اصْطَفَاهُ اللَّهُ لِلرَّسَالَةِ، فَكَانَ خَازِنًا عَلَى وَحْيِهِ حَامِيًا أَمِينًا، وَحَبَاهُ بِمَعْرِفَةِ أُمِّ الْكِتَابِ مَعْدِنِ الْأَنْوَارِ وَالْأَسْرَارِ فَكَانَ إِمَامًا حَاطِبًا مُبِينًا، مُحَمَّدَ الْمُبْعُوثِ إِلَى الْأَسْوَدِ وَالْأَحْمَرِ بِالْكِتَابِ الْعَرَبِيِّ الْمُعْجِزِ الْمُتَوَرِّ، وَعَلَى آلِهِ وَأَصْحَابِهِ الْقَائِمِينَ بِنُصْرَةِ الدِّينِ الْقَوِيمِ الْأَزْهَرِ، وَالصَّفْوَةِ الْمُجْتَهِدِينَ مِنْ أُمَّتِهِ الْوَارِثِينَ لِعِلْمِهِ الْعَزِيزِ الْأَنْوَرِ.

يَقُولُ الْعَبْدُ الْفَقِيرُ إِلَى رَحْمَةِ رَبِّهِ الْحَفِيّ، مُحَمَّدُ بْنُ أَحْمَدَ الْحَنْفِيّ، غَفَرَ اللَّهُ لَهُ وَلِوَالِدَيْهِ وَعَامِلَهُمْ بُلْطَفِهِ الْحَفِيّ:

[أَمَّا بَعْدُ] فَإِنَّ كِتَابَ الْهُدَايَةِ لِمَنْتَةِ الْهُدَايَةِ، لاحتوائِهِ عَلَى أُصُولِ الدِّرَايَةِ وَأَنْطَوَائِهِ عَلَى مَثَوْنِ الرِّوَايَةِ، خَلَصَتْ مَعَادِنُ الْفَاطَةِ مِنْ خُثِّ الْإِسْهَابِ، وَخَلَّتْ نَقُودُ مَعَانِيهِ عَنْ زَيْفِ الْإِيجَازِ وَبَهْرَجِ الْإِطْنَابِ، فَبَرَزَ بُرُوزَ الْإِبْرِيرِ مُرْكَبًا مِنْ مَعْنَى وَجِيزٍ، تَمَشَّتْ فِي الْمَفَاصِلِ عُذُوبَتُهُ، وَفِي الْأَفْكَارِ رِقَّتُهُ، وَفِي الْعُقُولِ حَدِيثُهُ، وَمَعَ ذَلِكَ فَرُبَّمَا خَفِيَتْ جَوَاهِرُهُ فِي مَعَادِنِهَا، وَاسْتَرَتْ لَطَائِفُهُ فِي مَكَامِنِهَا. فَلَذَلِكَ تَصَدَّى الشَّيْخُ الْإِمَامُ وَالْقَرْمُ الْهُمَامُ، جَامِعُ الْأَصْلِ وَالْفَرْعِ مُقَرَّرُ مَبَانِي أَحْكَامِ الشَّرْعِ، حُسَامُ الْمِلَّةِ وَالِدَيْنِ السَّعْنَقِيّ سَقَى اللَّهُ ثَرَاهُ وَجَعَلَ الْجَنَّةَ مَثْوَاهُ؛ لِإِبْرَازِ ذَلِكَ وَالتَّفْصِيلِ عَمَّا هُنَاكَ، فَشَرَحَهُ شَرْحًا وَافِيًا وَبَيَّنَّ مَا أَشْكَلَ مِنْهُ بَيَانًا شَافِيًا، وَسَمَّاهُ النَّهْيَةَ لَوْقُوعِهِ فِي نَهَايَةِ التَّحْقِيقِ، وَاشْتِمَالِهِ عَلَى مَا هُوَ الْعَايَةُ فِي التَّدْقِيقِ، لَكِنْ وَقَعَ فِيهِ بَعْضُ إِطْنَابٍ، لَا بَحِثُ أَنْ يُهَجَرَ لِأَجَلِهِ الْكِتَابُ، وَلَكِنْ يَعْسرُ اسْتِحْضَارُهُ وَقْتُ إلقاءِ الدَّرْسِ عَلَى الطُّلَابِ، وَكَانُوا يَقْتَرِحُونَ عِنْدَ الْمَذَاكِرَةِ أَنْ أُخْتَصِرَهُ عَلَى مَا يَحْتَاجُ إِلَيْهِ حُلُّ أَلْفَاظِ الْهُدَايَةِ وَبَيَانُ مَبَانِيهِ، وَيَحْصُلُ بِهِ تَطْبِيقُ الْأَدِلَّةِ عَلَى تَقْرِيرِ أَحْكَامِهِ وَمَعَانِيهِ. وَكُنْتُ أَمْتَنُ عَنْ ذَلِكَ غَايَةَ الْامْتِنَاعِ وَأَسْوَفُهُمْ مِنَ الْأَعْوَامِ مَثْنَى وَثَلَاثَ وَرُبَاعَ، وَكَانَ امْتِنَاعِي يَزِيدُهُمْ غَرَامًا وَتَسْوِيفِي يُفِيدُهُمْ هَيَامًا، فَلَمْ نَزَلْ عَلَى هَذَا الْمِنْهَاجِ حَتَّى أَصْبَحُوا ظَاهِرِينَ بِالْحِجَاجِ، فَاسْتَخَرْتُ اللَّهَ تَعَالَى وَأَقْدَمْتُ عَلَى هَذَا الْخَطْبِ الْخَطِيرِ، وَتَضَرَّعْتُ بِضِرَاعَةِ الطَّلَبِ إِلَى الْعَالَمِ الْخَبِيرِ فِي اسْتِنْزَالِ كِلَايَتِهِ عَنِ الزَّلَلِ فِي التَّحْرِيرِ وَالتَّقْرِيرِ، وَجَمَعْتُ مِنْهُ وَمِنْ غَيْرِهِ مِنَ الشُّرُوحِ مَا ظَنَنْتُ أَنَّهُ مِمَّا يُحْتَاجُ إِلَيْهِ وَيَكُونُ الْاعْتِمَادُ وَقْتُ الاسْتِدْلَالِ عَلَيْهِ، وَأَشْرَفْتُ إِلَى مَا يَتِمُّ بِهِ مُقَدِّمَاتُ الدَّلِيلِ وَتَرْتِيبُهُ، وَلَمْ أَلْ جَهْدًا فِي تَنْقِيحِهِ وَتَهْذِيبِهِ، وَأُورِذْتُ

مَبَاحَثَ لَمْ أَظْفَرْ عَلَيْهَا فِي كِتَابٍ، وَلَمْ تَصِلْ إِلَيَّ عَنْ أَحَدٍ لَا بِرِسَالَةٍ وَلَا خَطَابٍ، بَلْ كَانَ خَاطِرِي أَبَا عُدْرَةَ وَمُقْتَضِبَ حُلُوهِ وَمُرَّهُ. وَسَمَّيْتَهُ (الْعِنَايَةَ) لِحُصُولِهِ بِعَوْنِ اللَّهِ وَالْعِنَايَةَ، وَسَأَلْتُ اللَّهَ أَنْ يَنْفَعَ بِهِ كَمَا نَفَعَ بِأَصْلِهِ، إِنَّهُ أَكْرَمُ مَسْتُولٍ وَأَعَزُّ مَأْمُولٍ. ثُمَّ إِنِّي أَرَوِي كِتَابَ الْهَدَايَةِ عَنْ شَيْخِي الْعَلَامَةِ إِمَامِ الْهُدَى مَعْدِنِ الثَّقِيِّ، فَرِيدِ عَصْرِهِ وَوَحِيدِ دَهْرِهِ، قُدْوَةِ الْعُلَمَاءِ عُمْدَةِ الْفُضَلَاءِ، قَوَامِ الْحَقِّ وَالْمِلَّةِ وَالِدَيْنِ الْكَأَكْبَرِيِّ قُدْسِ اللَّهِ رُوحَهُ وَتَوَرَّضِ صَرِيحَهُ، وَهُوَ يَرْوِيهِ عَنْ شَيْخَيْهِ الْعَلَامَتَيْنِ الْإِمَامَيْنِ الْهُمَامَيْنِ الْمُجْتَهِدَيْنِ مَوْلَانَا عَلَاءِ الدِّينِ عَبْدِ الْعَزِيزِ صَاحِبِ الْكَشْفِ وَمَوْلَانَا حُسَامِ الدِّينِ حُسَيْنِ السَّعْنَانِيِّ صَاحِبِ النِّهَايَةِ، بَرَّدَ اللَّهُ مَضْجَعَهُمَا وَتَوَرَّ بِفَضْلِهِ وَكَرَّمَهُ مَهْجَعَهُمَا.

وَهُمَا يَرْوِيَانِهِ عَنِ الشَّيْخِ الْكَبِيرِ السَّالِكِ النَّاسِكِ الْبَارِعِ الْوَرَعِ الثَّقِيِّ النَّقِيِّ أَسْتَاذِ الْعُلَمَاءِ مَوْلَانَا حَافِظِ الدِّينِ الْكَبِيرِ، وَعَنْ قُطْبِ الْمُجْتَهِدِينَ وَقُدْوَةِ الْمُحَقِّقِينَ وَأُسْوَةِ الْمُتَّقِينَ مَوْلَانَا فَخْرِ الدِّينِ الْمَايَمُرْغِيِّ رَحِمَهُمَا اللَّهُ رَحْمَةً وَاسِعَةً، وَهُمَا يَرْوِيَانِهِ عَنْ أَسْتَاذِ أَيْمَةِ الدُّنْيَا مُظْهِرِ كَلِمَةِ اللَّهِ الْعَلِيَّا شَمْسِ الْأَيْمَةِ مُحَمَّدِ بْنِ عَبْدِ السَّتَارِ بْنِ مُحَمَّدِ الْكَرْدَرِيِّ تَعَمَّدَهُ اللَّهُ بِرَحْمَتِهِ وَرِضْوَانِهِ، وَهُوَ يَرْوِيهِ عَنْ شَيْخِهِ شَيْوخِ الْإِسْلَامِ حُجَّةِ اللَّهِ عَلَى الْأَنَامِ، مُرْشِدِ عُلَمَاءِ الدَّهْرِ مَا تَكَرَّرَتْ اللَّيَالِي وَالْأَيَّامُ، وَالْمَخْصُوصِ بِالْعِنَايَةِ صَاحِبِ الْهَدَايَةِ، غَفَرَ اللَّهُ لَهُمْ وَلَوْلَاذِهِمْ وَلَنَا وَلَوْلَاذَيْنَا وَأَنَا بِنَا الْجَنَّةَ بِرَحْمَتِهِ وَخَتَمَ لَنَا بِخَيْرٍ فِي عَافِيَةِ أَجْمَعِينَ، إِنَّهُ أَرْحَمُ الرَّاحِمِينَ.

قَالَ الْمُصَنِّفُ رَحِمَهُ اللَّهُ: (الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي أَعْلَى مَعَالِمِ الْعِلْمِ وَأَعْلَامُهُ) اللَّامُ فِي الْحَمْدِ لِلْجِنْسِ، وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ لَاسْتِعْرَاقُ الْجِنْسِ، وَجَعَلُهُ لَاسْتِعْرَاقَ عِنْدَ أَهْلِ السُّنَّةِ وَلِلْعَهْدِ عِنْدَ الْمُعْتَزِلَةِ بِنَاءً عَلَى أَنَّ الْعِبَادَ خَالِقُونَ لِأَفْعَالِهِمْ فَيَسْتَحِقُّونَ مِنَ الْحَمْدِ مَا يُقَابِلُهَا فَلَا يَكُونُ الْاسْتِعْرَاقُ صَحِيحًا لَيْسَ بِوَاضِحٍ؛ لِأَنَّ مِنْ أَهْلِ السُّنَّةِ مَنْ جَعَلَهُ لِلْعَهْدِ: أَعْنِي الذَّهْنِيَّ، وَصَاحِبُ الْكَشَافِ جَعَلَهُ لِلْجِنْسِ. وَالْحَمْدُ هُوَ الْوَصْفُ بِالْجَمِيلِ عَلَى جِهَةِ التَّفْضِيلِ، فَقَوْلُنَا: هُوَ الْوَصْفُ كَالْجِنْسِ، وَقَوْلُنَا: بِالْجَمِيلِ أَخْرَجَ مَا لَيْسَ كَذَلِكَ، وَقَوْلُنَا: عَلَى جِهَةِ التَّفْضِيلِ أَخْرَجَ مَا يَكُونُ عَلَى جِهَةِ الْاسْتِهْزَاءِ وَالتَّهْكُمِ، وَالْكَلَامُ فِي اسْمِ الْجَلَالَةِ مِنْ كَوْنِهِ مَنْقُولًا أَوْ مُرتَجَلًا مُشْتَقًّا أَوْ غَيْرِهِ عَلَمًا أَوْ غَيْرِهِ لَيْسَ مِمَّا يَهْمُنَا الْآنَ. وَمَعْنَى قَوْلِهِ: الْحَمْدُ لِلَّهِ مَا يَعْرِفُهُ كُلُّ أَحَدٍ مِنَ الْمَعْنَى الَّذِي يُطْلَقُ عَلَيْهِ هَذَا اللَّفْظُ

أَوْ جَمِيعُ أَفْرَادِ ذَلِكَ ثَابِتٌ لِلَّهِ تَعَالَى بِالِاخْتِصَاصِ، وَهُوَ كَمَا تَرَى يُفِيدُ كَوْنَ اللَّهِ تَعَالَى مَحْمُودًا صَدَرَ الْحَمْدُ مِنْ حَامِدٍ أَوْ لَا.

وَالْمَعْلَامُ جَمْعُ مَعْلَمٍ وَأَرَادَ بِهِ أَصُولَ الشَّرْعِ لِكَوْنِهَا مَدَارِكَ الْعِلْمِ الشَّرْعِيِّ، وَالْأَعْلَامُ عُلَمَاؤُهُ، وَالشَّعَائِرُ جَمْعُ شَعِيرَةٍ، قِيلَ: وَالْمَرَادُ بِهَا مَا يُؤَدَّى مِنَ الْعِبَادَاتِ عَلَى سَبِيلِ الْإِشْتِهَارِ كَالْأَذَانِ وَالْجُمُعَةِ وَصَلَاةِ الْعِيدِ وَالْأُضْحِيَّةِ، وَالشَّرْعُ بِمَعْنَى الْمَشْرُوعِ أَوْ بِمَعْنَى الشَّارِعِ، وَيَكُونُ مِنْ قِبَلِ إِقَامَةِ الْمُظْهِرِ مَقَامَ الضَّمِيرِ أَوْ بِمَعْنَى الشَّرِيعَةِ، يُقَالُ شَرَعَ مُحَمَّدٌ ﷺ كَمَا يُقَالُ شَرِيعَةُ مُحَمَّدٍ.

وَأَحْكَامُ الشَّرْعِ: هِيَ الْحِلُّ وَالْحُرْمَةُ وَالصَّحَّةُ وَالْفَسَادُ وَغَيْرُهَا، وَحَمْلُ الشَّعَائِرِ عَلَى الْأَسْبَابِ وَالْعِلَلِ وَالشُّرُوطِ وَالْعَلَامَاتِ أُنْسَبُ لِلْأَحْكَامِ، وَيَكُونُ إِشَارَةً إِلَى بَرَاةِ الْإِسْتِهْلَالِ، فَإِنْ كَتَبَهُ هَذَا مُشْتَمِلٌ عَلَى الْأَحْكَامِ مُبَيَّنَةٌ بِذَلِكَ.

قَالَ: (وَبَعَثَ رَسُولًا وَأَنْبِيَاءَ صَلَوَاتُ اللَّهِ عَلَيْهِمْ أَجْمَعِينَ) قِيلَ: الرَّسُولُ هُوَ النَّبِيُّ الَّذِي مَعَهُ كِتَابٌ كَمُوسَى وَعِيسَى عَلَيْهِمَا الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ. وَالنَّبِيُّ هُوَ الَّذِي يُنْبِئُ عَنْ اللَّهِ تَعَالَى وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَعَهُ كِتَابٌ كَبُوشَعَ عَلَيْهِ السَّلَامُ وَهُوَ الظَّاهِرُ. وَقَوْلُهُ (هَادِينَ) أَيُّ مُبَيِّنِينَ طُرُقَ الْحَقِّ وَالصَّوَابِ، وَاعْتَرَضَ عَلَى الْمُصَنِّفِ رَحِمَهُ اللَّهُ بِأَنَّهُ تَرَكَ ذِكْرَ مُحَمَّدٍ ﷺ مَعَ كَوْنِهِ الْأَصْلَ الْمُحْتَاجَ إِلَى ذِكْرِهِ، وَأُجِيبَ بِأَنَّ الْمَرَادَ بِالرَّسُولِ وَالْأَنْبِيَاءِ مُحَمَّدٌ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لَكِنْ جَمَعَهُ تَعْظِيمًا لَهُ وَإِجْلَالًا لِقَدْرِهِ وَهُوَ مُحْتَمَلٌ. وَقَوْلُهُ (دَاعِينَ) كَقَوْلِهِ هَادِينَ فِي كَوْنِهِ صِفَةً مَادِحَةً، وَقَوْلُهُ (يَسْلُكُونَ) يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ صِفَةً لِلْعُلَمَاءِ وَأَنْ يَكُونَ حَالًا لَا تُصَافَهُ أَوْلَا بِدَاعِينَ.

وَالْتَكْرَةُ الْمَوْصُوفَةُ جَارَ أَنْ يَقَعَ عَنْهَا الْحَالُ مُتَأَخِّرًا، وَأَنْ يَكُونَ اسْتِنَافًا كَانَ قَائِلًا قَالَ: كَيْفَ دَعَوْتُهُمْ إِلَى سُنَنِ سُنَنِهِمْ؟ فَقَالَ: يَسْلُكُونَ فِيمَا لَمْ يُؤْتَرْ عَنْهُمْ: أَيُّ لَمْ يُوجَدَ عَنْهُمْ مَأْتُورًا: أَيُّ مَرُوبًا مَسْلُكُ الْاجْتِهَادِ، وَفِيهِ بَيَانٌ أَنَّهُمْ لَا يَخْرُجُونَ عَنِ الْمَأْتُورِ مِنْهُمْ إِذَا وَجَدُوهُ، وَأَنَّهُمْ مُتَّبِعُوهُمْ عَلَى الدَّوَامِ لِأَنَّهُمْ إِنْ وَجَدُوا مَأْتُورًا عَنْهُمْ عَمِلُوا بِهِ وَاتَّبَعُوهُمْ فِيهِ، وَإِنْ لَمْ يَجِدُوا تَبِعُوهُمْ فِي طَرِيقِهِمْ وَإِذَا لَمْ يُوحَ إِلَيْهِمْ، وَهُوَ الْاجْتِهَادُ وَهُوَ اسْتِفْرَاغُ الْفَقِيهِ الْوُسْعَ لِتَحْصِيلِ الظَّنِّ بِحُكْمٍ شَرْعِيٍّ، وَقَدْ قَرَرْنَا شَرْوْطَهُ وَحُكْمَهُ فِي التَّقْرِيرِ.

وَقَوْلُهُ (مُسْتَرْشِدِينَ) حَالٌ مِنْ ضَمِيرٍ يَسْلُكُونَ. وَأَرَادَ بِأَوَائِلِ الْمُسْتَنْبِطِينَ أبا حَنِيفَةَ وَأَصْحَابَهُ رَحِمَهُمُ اللَّهُ بِذَلِيلِ قَوْلِهِ: حَتَّى وَضَعُوا مَسَائِلَ مِنْ كُلِّ جَلِيٍّ وَدَقِيقٍ، فَإِنَّهُمْ الَّذِينَ تَوَلَّوْا تَمْهِيدَ قَوَاعِدِ الْمَسَائِلِ الْفِقْهِيَّةِ الشَّرْعِيَّةِ وَتَبَيَّنَهَا، وَالْمَرَادُ بِالْجَلِيِّ الْمَسَائِلُ الْقِيَاسِيَّةُ لظُهُورِ إِذْرَاكِهَا غَالِبًا، وَبِالدَّقِيقِ الْمَسَائِلُ الْاسْتِحْسَانِيَّةُ لَخَفَاءِ إِذْرَاكِهَا، قِيلَ مَا وَضَعَهُ أَصْحَابُنَا مِنَ الْمَسَائِلِ الْفِقْهِيَّةِ هُوَ أَلْفُ أَلْفٍ وَمِائَةُ أَلْفٍ وَسَبْعُونَ أَلْفًا وَتَيْفُ مَسْأَلَةٍ.

وَقَوْلُهُ: (غَيْرَ أَنَّ الْحَوَادِثَ) مَنْصُوبٌ عَلَى الْاسْتِنَاءِ مِنْ قَوْلِهِ حَتَّى وَضَعُوا، وَهُوَ جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ إِذَا كَانَ أَوَائِلُ الْمُسْتَنْبِطِينَ وَضَعُوا مَسَائِلَ مِنْ كُلِّ جَلِيٍّ وَدَقِيقٍ فَأَيُّ حَاجَةٍ تَدْعُو إِلَى الْاسْتِنْبَاطِ وَالتَّصْنِيفِ، وَوَجْهُهُ أَنَّهُمْ وَإِنْ وَضَعُوا ذَلِكَ إِلَّا أَنَّ الْحَوَادِثَ (مُتَعَاقِبَةُ الْوُقُوعِ، وَالتَّوَارِدِ) أَيُّ الْوَاقِعَاتِ (يَضِيقُ عَنْهَا نِطَاقُ الْمَوْضُوعِ) وَالنِّطَاقُ هُوَ الْمِنْطَقَةُ اسْتَعِيرَ هُنَا لِلْأُجُوبَةِ الْمَنْقُولَةِ عَنِ السَّلَفِ فِي الْفَتَاوَى، وَالْاِقْتِنَاصُ الْاصْطِلَاحُ، وَالشُّوَارِدُ جَمْعُ شَارِدَةٍ وَهِيَ الْآبِدَةُ، وَالْقَبَسُ شُعْلَةٌ مِنْ نَارٍ، يُقَالُ: اقْتَبَسْتُ مِنْهُ نَارًا وَاقْتَبَسْتُ مِنْهُ عِلْمًا: أَيُّ اسْتَفَدْتُهُ، وَالْمَوَارِدُ جَمْعُ الْمَوْرِدِ، اسْتَعَارَ الشُّوَارِدَ لِلْأَحْكَامِ الْمُسْتَخْرَجَةِ مِنَ الْأُصُولِ بِالْاسْتِنْبَاطِ بِجَامِعِ عُسْرِ الْوُصُولِ إِلَى الْمَقْصُودِ، وَاسْتَعَارَ الْمَوَارِدَ لِلْأُصُولِ بِاعْتِبَارِ أَنَّهَا مَحَلُّ الْوُصُولِ: يَعْنِي كَمَا أَنَّ اصْطِلَاحَ الصِّيُودِ النَّافِرَةِ مِنْ مَوَارِدِهَا وَمَنَاهِلِهَا فَكَذَا اصْطِلَاحُ الْحَوَادِثِ الْفِقْهِيَّةِ مِنَ الْأُصُولِ: أَيُّ الْكِتَابِ وَالسُّنَنِ وَالْإِجْمَاعِ بِالْاعْتِبَارِ، وَيَبَيِّنُ أَنَّ الْاعْتِبَارَ لَيْسَ صَنْعَةً كُلِّ أَحَدٍ بَلْ مِنْ صَنْعَةِ الرِّجَالِ الْكَامِلِينَ فِي الرُّجُولِيَّةِ.

وَقَوْلُهُ (بِالْوُقُوفِ عَلَى الْمَأْخِذِ) خَبَرٌ ثَانٍ لِقَوْلِهِ وَالْاعْتِبَارُ بِالْأَمْثَالِ. وَقَوْلُهُ (يَعْصُ عَلَيْهِا) حَالٌ مِنَ الضَّمِيرِ فِي الْخَبَرِ وَمَعْنَاهُ: وَقِيَاسُ الْأَحْكَامِ عَلَى نِظَائِرِهَا إِنَّمَا هُوَ مِنْ صَنْعَةِ الْكَمَلِ مِنَ الرِّجَالِ وَهُوَ بِالْوُقُوفِ عَلَى الْمَأْخِذِ حَالٌ كَوْنِهَا يَعْصُ عَلَيْهَا بِالنَّوَاجِدِ: يَعْنِي إِذَا كَانَ الْوُقُوفُ بِإِحْكَامٍ وَإِثْقَانٍ، ثُمَّ قَوْلُهُ غَيْرَ أَنَّ الْحَوَادِثَ إلخِ اعْتِدَارٌ عَنْ الشُّرُوعِ فِي التَّصْنِيفِ.

وَقَوْلُهُ: (وَالْاعْتِبَارُ بِالْأَمْثَالِ) إِنْ كَانَ ذِكْرُهُ هَضْمًا لِنَفْسِهِ عَنْ مَرْتَبَةِ التَّصْنِيفِ كَانَ مَعْنَاهُ وَالْاعْتِبَارُ بِالْأَمْثَالِ مِنْ صَنْعَةِ الرِّجَالِ بِالْوُقُوفِ الْمُحْكَمِ الْمُتَقَنِّ عَلَى الْمَأْخِذِ وَلَكُنْتُ

مِنْهُمْ وَلَا حَصَلَ لِي وَلَكِنْ كَانَ قَدْ جَرَى عَلَيَّ الْوَعْدُ فِي مَبْدَأِ بَدَايَةِ الْمُبْتَدِي أَنْ أَشْرَحَهَا
 شَرْحًا أَرْسُمُهُ بِكَفَايَةِ الْمُتَهَيِّ فَشَرَعْتُ فِيهِ حَالَ كَوْنِ الْوَعْدِ يَسُوعُ بَعْضَ الْمَسَاغِ لِلْأَ
 أَكُونَ مِمَّنْ إِذَا وَعَدَ أَخْلَفَ، وَإِنَّمَا قَالَ بَعْضَ الْمَسَاغِ لِأَنَّ الْوَعْدَ بِالتَّبَرُّعِ غَيْرُ مُوجِبٍ،
 وَإِنَّمَا هُوَ مُجَوِّزٌ حِينَ، وَإِلَى هَذَا الْمَعْنَى: أَعْنِي كَوْنَهُ هَضْمًا لِنَفْسِهِ ذَهَبَ صَاحِبُ النَّهَايَةِ
 وَنَاجِ الشَّرِيعَةِ رَحِمَهُمَا اللَّهُ، وَإِنْ كَانَ ذِكْرُهُ لِبَيَانِ صِلَاحِيَّتِهِ لِذَلِكَ كَانَ مَعْنَاهُ وَأَنَا مِنْهُمْ
 هُمْ رِجَالٌ وَنَحْنُ رِجَالٌ، وَحَصَلَ الْوُقُوفُ لَنَا عَلَى الْمَأْخِذِ بِالِإِثْقَانِ كَمَا حَصَلَ لَهُمْ
 فَجَازَ لَنَا الْاِعْتِبَارُ، وَالْحَالُ أَنَّهُ قَدْ جَرَى عَلَيَّ الْوَعْدُ، وَهُوَ مِمَّا يَسُوعُ بَعْضَ الْمَسَاغِ:
 يَعْنِي مُنْفَرِدًا عَنْ صِلَاحِيَةِ الْوَاعِدِ لِلِإِثْقَانِ بِالْمُوعِدِ فَكَيْفَ مَعَ الصِّلَاحِيَةِ، وَإِلَى هَذَا ذَهَبَ
 بَعْضُ الشَّارِحِينَ لَكِنْ لَا عَلَى هَذَا الْوَجْهِ الَّذِي ذَكَرْتَهُ مِنَ الْعِبَارَةِ.

وَقَوْلُهُ: (وَحِينَ أَكَادُ أَتَكِي عَنْهُ أَتَكَاءَ الْفَرَاغِ) قِيلَ عَدَى الْاِتِّكَاءَ بَعْنُ وَإِنْ كَانَتْ
 تَعْدِيَّتُهُ بَعْلَى لِتَضْمِينِ مَعْنَى الْفَرَاغِ، وَرَدُّ بِأَنَّ مَعْنَاهُ حِينَئِذٍ يَكُونُ وَحِينَ أَكَادُ أَفْرَغُ عَنْهُ
 فَرَاغُ الْفَرَاغِ وَهُوَ تَرْكِيبٌ فَاسِدٌ، وَالصَّحِيحُ أَنَّ عَنْهُ صِلَةُ الْفَرَاغِ قُدِّمَ عَلَيْهِ رِعَايَةً
 لِلسَّجْعِ.

وَقَوْلُهُ: (تَبَيَّنَتْ) أَيِ عَلِمْتُ، وَالتَّبَيُّدُ الشَّيْءُ الْقَلِيلُ، وَقَوْلُهُ (فَصَرَفْتُ الْعَنَانَ
 وَالْعِنَايَةَ) يَعْنِي عَنَانَ الْخَاطِرِ وَعِنَايَةَ الْقَلْبِ، وَقِيلَ الْمُرَادُ بِالْعَنَانَ الظَّاهِرُ وَالْعِنَايَةَ الْبَاطِنُ.
 وَقَوْلُهُ (أَجْمَعَ) يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ حَالًا مِنْ ضَمِيرٍ صَرَفْتُ وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ صِفَةً شَرَحَ،
 وَغَيُّونَ الرَّوَايَةَ هِيَ الَّتِي اخْتَارَهَا الْعُلَمَاءُ رَحِمَهُمُ اللَّهُ، فَإِنْ عَيَّنُ الشَّيْءُ خِيَارُهُ وَمُتَوْنُ
 الدَّرَايَةِ الْمَعَانِي الْمُؤَثَّرَةُ وَالنَّكَاتُ الْمَتِينَةُ.

وَقَوْلُهُ فِي كُلِّ بَابٍ: يَعْنِي مِنَ الرَّوَايَةِ وَالْدَّرَايَةِ، وَقَوْلُهُ (عَنْ هَذَا النَّوعِ) إِشَارَةً إِلَى
 الَّذِي وَقَعَ فِي كِفَايَةِ الْمُتَهَيِّ وَخَافَ أَنْ يَهْجَرَ لِأَجْلِهِ الْكِتَابَ، وَالْإِسْهَابُ هُوَ الْإِطْنَابُ،
 وَهُوَ التَّكْلُمُ بِأَزِيدٍ مِنْ مُتَعَارَفِ الْأَوْسَاطِ. وَقَوْلُهُ (مَعَ مَا أَنَّهُ) دَفَعَ لِمَا يُتَوَهَّمُ أَنَّهُ لَمَّا وَقَعَ
 مُوجَزًا خَلَا عَنْ الْأُصُولِ وَالْفُصُولِ فَكَانَ أَوْلَى بِالْهَجْرِ مِنَ الْأَوَّلِ فَقَالَ لَيْسَ هُوَ كَذَلِكَ
 بَلْ هُوَ مَعَ كَوْنِهِ خَالِيًا عَنْ الْإِطْنَابِ مُشْتَمِلٌ عَلَى أُصُولٍ يَنْسَحِبُ عَلَيْهَا فُصُولٌ، وَهُوَ
 كَمَا قَالَ جَزَاهُ اللَّهُ عَنْ الطَّلَبَةِ خَيْرًا يَطْلُعُ عَلَى ذَلِكَ مَنْ خَدَمَ كِتَابَهُ حَقَّ خِدْمَتِهِ، فَمَا
 ظَهَرَ مِنْ ذَلِكَ قَوْلُهُ فِي فَسَادِ الْبَيْعِ بِالشَّرْطِ بِكُلِّ شَرْطٍ يُخَالَفُ مُقْتَضَى الْعَقْدِ وَفِيهِ نَفْعٌ

لأَحَدِ الْمُتَعَاقِدَيْنِ أَوْ لِلْمَعْقُودِ عَلَيْهِ وَهُوَ مِنْ أَهْلِ الاسْتِحْقَاقِ يَفْسُدُ الْبَيْعُ، فَإِنْ فِي كُلِّ قَيْدٍ مِنْهُ اخْتِرَازًا عَمَّا يُضَادُّهُ وَجَمْعًا لَمَا يُوَافِقُهُ. وَقَوْلُهُ (لِإِتْمَامِهَا وَاخْتِامِهَا) الضَّمِيرُ لِلْهِدَايَةِ وَفِي بَعْضِ النُّسخِ بَلَفْظُ التَّثْنِيَةِ فِيهِمَا وَالضَّمِيرُ لِلشَّرْحَيْنِ.

وَقَوْلُهُ (حَتَّى إِنْ مَنْ سَمَتْ) مُتَّصِلٌ بِتَارِكًا لِلزَّوَائِدِ أَوْ بِصُرْفَتْ، وَسَمَتْ بِمَعْنَى عَلَتْ، وَالْمَزِيدُ مُصَدَّرٌ كَالزِّيَادَةِ (وَمَنْ أَعْجَلَهُ الْوَقْتُ) بِمَعْنَى عَجَلَهُ: أَيِ اسْتَحْتَهُ، وَإِسْنَادُهُ إِلَى الْوَقْتِ مَجَازٌ عَقْلِيٌّ كَصِيَامِ النَّهَارِ وَالشَّعْرِ لِأَبِي فِرَاسٍ، وَقَبْلَهُ:

عَلَيَّ لِرُبْعِ الْعَامِرِيَّةِ وَقَفَّةٌ لِيَمْلِي عَلَيَّ الشُّوقُ وَالْدَمْعُ كَاتِبُ
وَمِنْ عَادَتِي حُبُّ الدِّيَارِ لِأَهْلِهَا وَلِلنَّاسِ فِيمَا يَفْشِقُونَ مَذَاهِبُ

(وَالْفَنُّ خَيْرٌ كُلُّهُ) أَيِ هَذَا الْفَنُّ وَهُوَ عِلْمُ الْفَقْهِ كُلُّهُ خَيْرٌ، فَإِنْ شِئْتَ فَارْغَبْ فِي الْأَقْصَرِ وَالْأَخْصَرَ حِفْظًا وَتَخْصِيلاً وَإِنْ شِئْتَ فِي الْأَطْوَلِ وَالْأَكْبَرِ كَشْفًا وَتَأْصِيلاً.

وَقِيلَ مَعْنَاهُ جِنْسُ الْعِلْمِ حَسَنٌ فَارْغَبْ فِي أَيِّ نَوْعٍ شِئْتَ، وَهُوَ كَلَامٌ صَحِيحٌ لَكِنْ لَا تَقْرِبَ لَهُ هُنَا، وَالْمُرَادُ بِالْمَجْمُوعِ الثَّانِي هُوَ الْهِدَايَةُ، وَكَأَنَّهُ بَعْدَ صَرْفِ الْعِنَانِ وَالْعِنَايَةِ لَمْ يَشْرَعْ فِيهِ حَتَّى سَأَلَهُ إِخْوَانُهُ الْإِمْلَاءَ عَلَيْهِمْ فَافْتَتَحَ مُسْتَعِينًا بِاللَّهِ فِي تَحْرِيرِ: أَيِ تَقْوِيمِ مَا يُقَاوَلُهُ وَتَلْخِيصِهِ.

وَفِي لَفْظِ الْمَفَاعَلَةِ مَزِيدٌ مُزَاوَلَةٍ وَمُقَاسَاةٍ لَيْسَ فِي الْقَوْلِ. وَحَاوَلْتُ الشَّيْءَ أَرَدْتُهُ، وَيُقَالُ فُلَانٌ جَدِيرٌ بِكَذَا: أَيِ خَلِيقٌ بِهِ.

رُوي أَنَّ صَاحِبَ الْهِدَايَةِ بَقِيَ فِي تَصْنِيفِ الْكِتَابِ ثَلَاثَ عَشْرَةَ سَنَةً وَكَانَ صَائِمًا فِي تِلْكَ الْمُدَّةِ لَا يُفْطِرُ أَصْلًا، وَكَانَ يَجْتَهِدُ أَلَّا يَطْلُعَ عَلَى صَوْمِهِ أَحَدٌ، فَإِذَا أَتَى خَادِمٌ بِطَعَامٍ يَقُولُ خَلِّهِ وَرُخْ، فَإِذَا رَاحَ كَانَ يُطْعِمُهُ أَحَدَ الطُّلَبَةِ أَوْ غَيْرَهُمْ، فَكَانَ بِبِرْكَةِ زُهْدِهِ وَوَرَعِهِ كِتَابُهُ مُبَارَكًا مَقْبُولًا بَيْنَ الْعُلَمَاءِ.

كِتَابُ الطَّهَارَاتِ

قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿يَتَأْتِيهِمُ الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا قُمْتُمْ إِلَى الصَّلَاةِ فَاغْسِلُوا وُجُوهَكُمْ﴾ [المائدة: ٦] الْآيَةَ. (فَفَرَضُ الطَّهَارَةِ: غَسْلُ الْأَعْضَاءِ الثَّلَاثَةِ، وَمَسْحُ الرَّأْسِ) بِهَذَا النَّصِّ، وَالْغَسْلُ هُوَ الْإِسَالَةُ وَالْمَسْحُ هُوَ الْإِصَابَةُ. وَحَدُّ الْوَجْهِ مِنْ قِصَاصِ الشَّعْرِ إِلَى أَسْفَلَ الذَّقَنِ وَإِلَى شَحْمَتِي الْأُذُنِ؛ لِأَنَّ الْمَوَاجَهَةَ تَقَعُ بِهَذِهِ الْجُمْلَةِ وَهُوَ مُشْتَقٌّ مِنْهَا (وَالْمَرْفَقَانِ وَالْكَعْبَانِ يَدْخُلَانِ فِي الْغَسْلِ) عِنْدَنَا خِلَافًا لِرُفْرُوحِ اللَّهِ، هُوَ يَقُولُ: الْغَايَةُ لَا تَدْخُلُ تَحْتَ الْمَغْيَا كَالثَّلِيلِ فِي بَابِ الصُّومِ.

وَلَمَّا أَنَّ هَذِهِ الْغَايَةَ لِإِسْقَاطِ مَا وَرَاءَهَا إِذْ لَوْلَاهَا لَاسْتَوْعِبَتِ الْوُضُوءُ الْكُلَّ، وَفِي بَابِ الصُّومِ لَمَّا الْحُكْمِ إِلَيْهَا إِذِ الْأَسْمُ يُطْلَقُ عَلَى الْإِمْسَاكِ سَاعَةً، وَالْكَعْبُ هُوَ الْعِظْمُ الثَّانِي هُوَ الصَّحِيبُ وَمِنْهُ الْكَاعِبُ.

قَالَ: (وَالْمَفْرُوضُ فِي مَسْحِ الرَّأْسِ مِقْدَارُ النَّاصِيَةِ وَهُوَ رُبُعُ الرَّأْسِ) لَمَّا رَوَى الْمُغِيرَةُ ابْنُ شُعْبَةَ «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَتَى سُبَاطَةَ قَوْمٍ فَبَالَ وَتَوَضَّأَ وَمَسَحَ عَلَى نَاصِيَتِهِ وَخَفِيهِ»^(١) وَالْكِتَابُ مُجْمَلٌ فَالتَّحَقُّقُ بَيَانًا بِهِ، وَهُوَ حُجَّةٌ عَلَى الشَّافِعِيِّ فِي التَّقْدِيرِ بِثَلَاثِ شَعْرَاتٍ، وَعَلَى مَا لَكَ فِي اشْتِرَاطِ الْإِسْتِيعَابِ. وَفِي بَعْضِ الرُّوَايَاتِ: قَدَرَهُ بَعْضُ أَصْحَابِنَا بِثَلَاثِ أَصَابِعَ مِنْ أَصَابِعِ الْيَدِ لِأَنَّهَا أَكْثَرُ مَا هُوَ الْأَصْلُ فِي التِّمَنِ الْمَسْحِ.

الشرح:

الْكِتَابُ وَالْكِتَابَةُ فِي اللَّغَةِ: جَمْعُ الْحُرُوفِ، وَالْكِتَابُ قَدْ يُعْرَفُ بِأَنَّهُ طَائِفَةٌ مِنَ الْمَسَائِلِ الْفَقْهِيَّةِ أُعْتِبِرَتْ مُسْتَقْلَةً شَمَلَتْ أَنْوَاعًا أَوْ لَمْ تَشْمَلْ، فَقَوْلُهُ: طَائِفَةٌ كَالْجَنَسِ، وَقَوْلُهُ: مِنَ الْمَسَائِلِ الْفَقْهِيَّةِ احْتِرَازٌ عَنْ غَيْرِهَا، وَقَوْلُهُ أُعْتِبِرَتْ مُسْتَقْلَةً: أَيُّ مَعَ قَطْعِ النَّظَرِ عَنْ تَبَعِيَّتِهَا لِلغَيْرِ أَوْ تَبَعِيَّةَ غَيْرِهَا لَهَا لِيَدْخُلَ فِيهِ هَذَا الْكِتَابُ فَإِنَّهُ تَابِعٌ لِلصَّلَاةِ، وَيَدْخُلُ كِتَابُ الصَّلَاةِ فَإِنَّهُ مُسْتَبْعٍ لِلطَّهَارَةِ، وَقَدْ أُعْتِبِرَا مُسْتَقْلَيْنِ، أَمَّا كِتَابُ الطَّهَارَةِ فَلِكُونِهِ الْمَفْتَاحَ، وَأَمَّا كِتَابُ الصَّلَاةِ فَلِكُونِهِ الْمَقْصُودَ الْأَصْلِيَّ، فَظَهَرَ مِنْ هَذَا أَنَّ اعْتِبَارَ الْإِسْتِقْلَالِ قَدْ يَكُونُ لَا يُقْطَعُ عَنْ غَيْرِهِ ذَاتًا كَكِتَابِ اللَّقْطَةِ عَنْ كِتَابِ الْآبِقِ وَكِتَابِ

(١) قَالَ الزَّيْلَعِيُّ فِي نَصَبِ الرَّايَةِ (٤٠/١): هَذَا حَدِيثٌ مُرَكَّبٌ مِنْ حَدِيثَيْنِ رَوَاهُمَا الْمُغِيرَةُ بْنُ شُعْبَةَ فَحَدِيثُ الْمَسْحِ عَلَى النَّاصِيَةِ وَالْخَفِيِّ أَخْرَجَهُ مُسْلِمٌ (١٣٤/١) عَنْ عُرْوَةَ بْنِ الْمَغِيرَةِ عَنْ أَبِيهِ الْمَغِيرَةَ بْنِ شُعْبَةَ، وَرَوَاهُ الطَّبْرَانِيُّ فِي مُعْجَمِهِ وَلَمْ يَذْكُرْ فِيهِ الْعِمَامَةَ وَوَهُمُ ابْنُ الْجَوْزِيِّ فِي كِتَابِ التَّحْقِيقِ فَعَزَا هَذَا الْحَدِيثَ إِلَى الصَّحِيحِينَ وَلَيْسَ كَذَلِكَ بَلْ انْفَرَدَ بِهِ مُسْلِمٌ، وَحَدِيثُ السُّبَاطَةِ وَابُولٍ قَائِمًا رَوَاهُ ابْنُ مَاجَهَ فِي سَنَنِهِ (٢٦).

الْمَفْقُودِ وَانْقِطَاعِهِمَا عَنِ الصَّلَاةِ وَالزَّكَاةِ، وَقَدْ يَكُونُ لَمَعْنَى يُورِثُ ذَلِكَ كَانْقِطَاعِ الصَّرْفِ عَنِ الْيُبُوعِ وَالرِّضَاعِ عَنِ النِّكَاحِ وَالطَّهَارَةِ عَنِ الصَّلَاةِ كَمَا ذَكَرْنَا. وَقَوْلُهُ شَمَلَتْ أَنْوَاعًا أَوْ لَمْ تَشْمَلْ لِلدَّفْعِ قَوْلٌ مَنْ يَقُولُ الْكِتَابُ اسْمٌ لِحَنْسٍ يَدْخُلُ تَحْتَهُ أَنْوَاعٌ مِنَ الْحُكْمِ وَكُلُّ نَوْعٍ يُسَمَّى بِالْبَابِ، وَالْبَابُ اسْمٌ لِنَوْعٍ يَشْتَمِلُ عَلَى أَشْخَاصٍ تُسَمَّى فُصُولًا، فَإِنَّ الْكِتَابَ قَدْ يَكُونُ كَذَلِكَ وَقَدْ لَا يَكُونُ، فَإِنَّ مِنَ الْكُتُبِ مَا لَا يُذَكَّرُ فِيهِ بَابٌ وَلَا فَصْلٌ كَكِتَابِ اللَّقْطَةِ وَاللَّقِيطِ وَالْآبِقِ وَغَيْرِهَا عَلَى مَا يَأْتِي، فَلَوْ لَمْ يُذَكَّرْ ذَلِكَ لَرُبَّمَا تَوَهَّمْ ذَلِكَ فَذَكَرَهُ دَفْعًا لِذَلِكَ.

وَالطَّهَارَةُ فِي اللُّغَةِ ظَاهِرَةٌ، وَفِي الاصْطِلَاحِ عِبَارَةٌ عَنْ صِفَةٍ تَحْصُلُ لِمُزِيلِ الْحَدَثِ أَوْ الْخُبْثِ عَمَّا تَتَعَلَّقُ بِهِ الصَّلَاةُ، وَالْمُرَادُ أَعْمٌ مِنْ أَنْ يَكُونَ طَبْعًا أَوْ شَرْعًا، وَكَلِمَةً أَوْ لَيْسَتْ بِمَانِعَةٍ الْجَمْعَ فَلَا يَفْسُدُ بِهَا الْحَدُّ، وَقَوْلُهُ عَمَّا تَتَعَلَّقُ بِهِ الصَّلَاةُ لِيَتَنَوَّلَ الْمَكَانَ فَإِنَّ طَهَارَتَهُ شَرْطٌ عَلَى مَا يَأْتِي، وَزَكْنُهَا اسْتِعْمَالُ الْمُزِيلِ، وَشَرْطٌ وَجُوبُهَا الْحَدَثُ أَوْ الْخُبْثُ، وَسَبَبُهَا وَجُوبُ الصَّلَاةِ: لَا وَجُودُهَا، لِأَنَّ وَجُودَهَا مَشْرُوطٌ بِهَا فَكَانَ مُتَأَخِّرًا عَنْهَا، وَالْمُتَأَخِّرُ لَا يَكُونُ سَبَبًا لِلْمُتَقَدِّمِ. وَحُكْمُهَا إِبَاحَةُ الصَّلَاةِ أَوْ مَا يُضَاهِيهَا لِمَنْ قَامَتْ بِهِ. وَإِنَّمَا جَمَعَ الطَّهَارَاتِ نَظَرًا إِلَى أَنْوَاعِهَا، وَلَا يُشْكَلُ بِالصَّلَاةِ وَالزَّكَاةِ لِأَنَّ الْإِثْنَانِ بِالْجَمْعِ فِي مِثْلِهِ أَحَدُ الْجَائِزَيْنِ فَلَا يَرُدُّ تَرْكُهُ نَقْضًا. وَوَجْهُ تَخْصِيصِ الطَّهَارَةِ بِذَلِكَ أَنَّ أَنْوَاعَهَا أَحْسَنُ بِالتَّنْبِيهِ عَلَيْهَا لِتَفَاوُتِهَا مِنْ حَيْثُ الْحَقِيقَةُ وَالْحُكْمُ وَالْخَفَةُ وَالْغَلْظُ، بِخِلَافِ أَنْوَاعِ الصَّلَاةِ وَالزَّكَاةِ، وَلَا يُشْكَلُ بِصَّلَاةِ الْجَنَازَةِ لِأَنَّهَا دُعَاءٌ، وَإِنَّمَا ابْتَدَأَ بِكِتَابِ الطَّهَارَةِ لِأَنَّهَا مِفْتَاحُ الصَّلَاةِ الَّتِي هِيَ عِمَادُ الدِّينِ الْوَاجِبُ تَقْدِيمُهَا بَعْدَ الْإِيمَانِ عَلَى كُلِّ عِبَادَةٍ. قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ: قَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا قُمْتُمْ إِلَى الصَّلَاةِ﴾ [المائدة: ٦] تَبَرُّكُ الْمُصَنِّفُ رَحِمَهُ اللَّهُ بِتَقْدِيمِ الْآيَةِ الدَّالَّةِ عَلَى فَرَضِيَّةِ الْوُضُوءِ عَلَى حُكْمِهَا وَإِنْ كَانَتْ الْقَاعِدَةُ فِي الدَّعَاوَى تُقَدِّمُ الْمُدْعَى، وَمَعْنَى قَوْلِهِ ﴿إِذَا قُمْتُمْ﴾ إِذَا أَرَدْتُمْ الْقِيَامَ مِنْ بَابِ ذِكْرِ الْمُسَبَّبِ وَإِرَادَةِ السَّبَبِ الْخَاصِّ، فَإِنَّ الْفِعْلَ الْاخْتِيَارِيَّ لَا يُوجَدُ بِدُونِ الْإِرَادَةِ، وَذَلِكَ مَجَازٌ شَائِعٌ كَمَا عُرِفَ فِي مَوْضِعِهِ، وَلَيْسَ فِي هَذَا الْمَوْضِعِ التَّفَاتُ كَمَا تَوَهَّمَهُ بَعْضُ الشَّارِحِينَ، وَظَاهَرُ الْآيَةِ يَقْتَضِي وَجُوبَ الْوُضُوءِ عَلَى كُلِّ قَائِمٍ إِلَى الصَّلَاةِ وَهُوَ مَذْهَبُ أَهْلِ الظَّاهِرِ مُحَدَّثًا كَانَ أَوْ غَيْرَهُ وَالْجُمْهُورُ عَلَى خِلَافِهِ قَالُوا: مَعْنَاهُ إِذَا قُمْتُمْ إِلَى الصَّلَاةِ وَأَنْتُمْ مُحَدَّثُونَ لِثَلَا يَلْزَمُ تَفْوِيتُ الْمَقْصُودِ الْأَصْلِيِّ بِالِاشْتِغَالِ بِمُقَدِّمَاتِهِ، فَإِنَّهُ لَوْ كَانَ الْأَمْرُ كَمَا ذَكَرُوا كَانَ كُلُّ مَنْ جَلَسَ مُتَوَضِّئًا لَزِمَهُ إِذَا قَامَ إِلَى الصَّلَاةِ وَضُوءٌ

آخِرُ، وَفِي ذَلِكَ تَقْوِيَةُ الصَّلَاةِ بِالِاسْتِعَالَ بِالْوُضُوءِ.

وَلَأَنَّ الْحَدِيثَ شَرْطُ وَجُوبِ الْوُضُوءِ بِدَلَالَةِ النَّصِّ فَإِنَّهُ ذَكَرَ التَّيَمُّمَ فِي قَوْلِهِ ﴿وَإِنْ كُنْتُمْ مَرْضَىٰ أَوْ عَلَىٰ سَفَرٍ﴾ إِلَى قَوْلِهِ ﴿فَتَيَمَّمُوا صَعِيدًا طَيِّبًا﴾ [المائدة: ٦] مَقْرُونًا بِذِكْرِ الْحَدِيثِ وَهُوَ بَدَلٌ عَنِ الْوُضُوءِ. وَالنَّصُّ فِي الْبَدَلِ نَصٌّ فِي الْأَصْلِ، وَإِنَّمَا أَضْمَرَ قَوْلُهُ وَأَنْتُمْ مُحَدِّثُونَ كَرَاهَةً أَنْ يَفْتَحَ آيَةُ الطَّهَّارَةِ بِذِكْرِ الْحَدِيثِ كَمَا قَالَ ﴿هُدًى لِّلْمُتَّقِينَ﴾ وَلَمْ يَقُلْ هُدًى لِلضَّالِّينَ الصَّائِرِينَ إِلَى التَّقْوَىٰ بَعْدَ الضَّلَالِ كَرَاهَةً أَنْ يَفْتَحَ أَوَّلَى الزَّهْرَاوَيْنِ بِذِكْرِ الضَّلَالَةِ.

واعتراض على الأول بأن الجلوس في الوضوء ليس بواجب فلا يتم ما ذكرتم، وعلى الثاني بأن الآية بعبارتها تدل على وجوب الوضوء على كل قائم، وآية التيمم تدل بدلالتها على وجوبه على المحدثين، والعبارة قاضية على الدلالة كما عرفت.

والجواب عن الأول: سلمنا أن الجلوس في الوضوء غير واجب لكن خلاف ما ذكرنا يفضي إلى وجوب القيام للوضوء دائماً لأن أداء الصلاة لا يتحقق إذ ذاك إلا إذا توضع قائماً، وذلك باطل بالإجماع، وما يفضي إلى الباطل باطل. وإذا ثبت هذا ظهر أن ظاهر الآية غير مراد فلا تقتضي عبارته الوضوء على كل قائم فتسلم الدلالة عن المعارض ويسقط السؤال الثاني.

واعتراض بأن الاستدلال بالدلالة فاسد ههنا لأنها تدل على اشتراط وجوب التيمم بوجوب الحدث والتيمم بدل، ويجوز أن يخالف البدل الأصل في الشرط فإنه خالفه في اشتراط النية وهي شرط لا محالة. والجواب أن كلامنا في مخالفة البدل الأصل في شرط السبب، فإن إرادة القيام إلى الصلاة بشرط الحدث سبب لوجوب التيمم، والبدل لا يخالف الأصل في سببه، وما ذكرتم ليس بشرط السبب، فإن إرادة القيام إلى الصلاة بشرط نية التيمم ليست بسبب له، وإنما النية شرط صحة التيمم لا شرط سببه.

قال (ففرض الطهارة) الفاء للتعقيب دخلت على الحكم بعد ذكر الدليل، والفرض بمعنى المفروض، والمراد بالطهارة الوضوء، والإضافة للبيان، وإنما فسر الغسل والمسح مع ظهور معناه إشارة إلى دفع ما ذهب إليه الشافعي من تكرار مسح الرأس على ما سيجيء، وإلى أن البلل بالماء في الغسولات لا يسقط الفرض كما روي عن أبي يوسف رحمه الله. وقصاص الشعر منتهاه وغايته في الرأس. وفي القاف

ثَلَاثُ لُغَاتٍ وَالضَّمُّ أَغْلَاهَا.

وَقَوْلُهُ (وَهُوَ مُشْتَقٌّ مِنْهَا) أُعْطِرَ عَلَيْهِ بِأَنَّ الثَّلَاثِيَّ لَا يَكُونُ مُشْتَقًّا مِنَ الْمُنْشَعَةِ، وَلَيْسَ بِشَيْءٍ لِأَنَّ ذَلِكَ فِي الْاِسْتِقَاقِ الصَّغِيرِ، وَأَمَّا فِي الْاِسْتِقَاقِ الْكَبِيرِ وَهُوَ أَنْ يَكُونَ بَيْنَ كَلِمَتَيْنِ تَنَاسُبٌ فِي اللَّفْظِ وَالْمَعْنَى فَهُوَ جَائِزٌ، وَالْمَرْفَقَانِ وَالْكَعْبَانِ يَدْخُلَانِ فِي الْغُسْلِ عِنْدَنَا. وَقَالَ زُفَرٌ: لَا يَدْخُلَانِ لِأَنَّ الْغَايَةَ لَا تَدْخُلُ تَحْتَ الْمَعْنَى كَاللَّيْلِ فِي الصَّوْمِ وَهَذَا الَّذِي ذَكَرَهُ الْمُصَنِّفُ لَزُفَرٍ يُخَالِفُ مَا ذُكِرَ لَهُ فِي مُسَخِّ الْأُصُولِ، فَإِنَّ الْمَذْكُورَ لَهُ فِيهَا تَعَارُضُ الْأَشْبَاهِ وَهُوَ أَنْ مِنْ الْغَايَاتِ مَا يَدْخُلُ كَقَوْلِهِ: قَرَأْتَ الْقُرْآنَ مِنْ أَوَّلِهِ إِلَى آخِرِهِ، وَمِنْهَا مَا لَا يَدْخُلُ كَمَا فِي قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَإِنْ كَانَتْ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ﴾ [البقرة: ٢٨٠] وَقَوْلُهُ ﴿ثُمَّ أَتَمُّوا الصِّيَامَ إِلَى اللَّيْلِ﴾ [البقرة: ١٨٧] وَهَذِهِ الْغَايَةُ: أَعْنِي الْمَرَفِقَ تُشَبِّهُ كُلًّا مِنْهُمَا فَلَا تَدْخُلُ بِالشَّكِّ، وَتَأْوِيلُ كَلَامِ الْمُصَنِّفِ أَنَّ هَذِهِ الْغَايَةَ: أَعْنِي الْمَرَفِقَ لَا تَدْخُلُ بِتَعَارُضِ الْأَشْبَاهِ كَمَا لَمْ تَدْخُلْ فِي قَوْلِهِ ﴿إِلَى اللَّيْلِ﴾ وَلَنَا أَنَّ هَذِهِ الْغَايَةَ لِإِسْقَاطِ مَا وَرَاءَهَا: يَعْنِي أَنَّ الْغَايَةَ عَلَى تَوْعِينٍ: تَوْعٌ يَكُونُ لِمَدِّ الْحُكْمِ إِلَيْهَا، وَتَوْعٌ يَكُونُ لِإِسْقَاطِ مَا وَرَاءَهَا. وَالْفَاصِلُ بَيْنَهُمَا حَالُ صَدْرِ الْكَلَامِ، فَإِنْ كَانَ مُتَنَاولًا لِمَا وَرَاءَهَا كَانَتْ لِلثَّانِي وَإِلَّا فَلِلْأَوَّلِ، وَمَا نَحْنُ فِيهِ مِنَ الثَّانِي لِأَنَّ ذِكْرَ الْيَدِ يَتَنَاوَلُ الْآبَاطَ بِدَلِيلِ أَنَّ الصَّحَابَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ وَهُمْ أَهْلُ اللِّسَانِ فَهَمُّوا ذَلِكَ مِنْ آيَةِ التَّيَمُّمِ فَتَبَقِيَ الْمَرَفِقُ دَاخِلَةً، بِخِلَافِ ذِكْرِ الصَّوْمِ فَإِنَّهُ يَتَنَاوَلُ الْإِمْسَاكَ سَاعَةً فَكَانَتْ لِمَدِّ الْحُكْمِ إِلَيْهَا فَبَقِيَ اللَّيْلُ خَارِجًا (وَالْكَعْبُ هُوَ الْعَظْمُ النَّاتِيءُ) التَّئِءُ وَالتَّئِءُ الْارْتِفَاعُ. وَقَوْلُهُ: (هُوَ الصَّحِيحُ) اخْتِرَازٌ عَمَّا رَوَاهُ هِشَامٌ عَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ قَالَ هُوَ الْمَفْصَلُ الَّذِي فِي وَسْطِ الْقَدَمِ عِنْدَ مَعْقَدِ الشَّرَاكِ، قَالَ: لِأَنَّ الْكَعْبَ اسْمٌ لِلْمَفْصَلِ وَمِنْهُ كُعُوبُ الرُّمَحِ، وَالَّذِي فِي وَسْطِ الْقَدَمِ مَفْصَلٌ وَهُوَ الْمُتَيَقِّنُ بِهِ، وَهَذَا صَحِيحٌ فِي الْمَحْرَمِ إِذَا لَمْ يَجِدْ تَعْلِينَ فَإِنَّهُ يَقْطَعُ خُفْيَهُ أَسْفَلَ مِنَ الْكَعْبَيْنِ، فَأَمَّا فِي الطَّهَارَةِ فَلَا شَكَّ أَنَّهُ الْعَظْمُ النَّاتِيءُ الْمُتَّصِلُ بِعَظْمِ السَّاقِ، وَمِنْهُ الْكَاعِبُ وَهِيَ الْجَارِيَةُ الَّتِي يَبْدُو نَذِيرُهَا لِلنُّهُودِ.

قَوْلُهُ: (وَالْمَفْرُوضُ فِي مَسْحِ الرَّأْسِ) أَيُّ الْمَقْدَرِ عَلَى جِهَةِ الْفَرْضِيَّةِ (مِقْدَارُ النَّاصِيَةِ وَهُوَ رُبْعُ الرَّأْسِ) وَهُوَ كَمَا تَرَى يُشِيرُ إِلَى أَنَّهُ يَجُوزُ مِنْ أَيِّ جَانِبٍ كَانَ، وَاسْتَدْلَّ عَلَى ذَلِكَ بِقَوْلِهِ لَمَّا رَوَى الْمُغِيرَةُ بْنُ شُعْبَةَ «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَتَى سُبَاطَةَ قَوْمٍ فَبَالَ وَتَوَضَّأَ وَمَسَحَ عَلَى نَاصِيَتِهِ وَخُفْيِهِ» وَلَمْ يَفْتَصِرْ عَلَى إِيرَادِ الْحَدِيثِ بِقَوْلِهِ: وَمَسَحَ عَلَى نَاصِيَتِهِ مَعَ حُصُولِ الْمَقْصُودِ بِهِ، لِأَنَّ نَقْلَ الْحَدِيثِ بِمَا يَتْلُوهُ مِنَ الْحِكَايَةِ يُوجِبُ صِحَّتَهُ وَوَكَاذَتَهُ.

قِيلَ هُوَ حَدِيثٌ وَاحِدٌ، وَقِيلَ حَدِيثَانِ جَمَعَ الْقُدُورِيُّ بَيْنَهُمَا، فَإِنَّ الْحَدِيثَ الَّذِي ذُكِرَ فِيهِ السُّبْطَةُ لَمْ يُذَكَّرْ فِيهِ الْمَسْحُ عَلَى النَّاصِيَةِ وَالَّذِي ذُكِرَ فِيهِ الْمَسْحُ عَلَيْهَا لَمْ يُذَكَّرْ فِيهِ السُّبْطَةُ، وَالسُّبْطَةُ الْكُنَاسَةُ مِنْ بَابِ ذِكْرِ الْحَالِ وَإِرَادَةِ الْمَحَلِّ.

وَقَوْلُهُ: (وَالْكِتَابُ مُجْمَلٌ فَالتَّحَقُّقُ بَيِّنًا بِهِ) جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ حَدِيثُ الْمَغِيرَةِ خَبَرٌ وَاحِدٌ لَا يَزَادُ بِهِ عَلَى الْكِتَابِ، وَوَجْهُهُ أَنَّهُ لَيْسَ مِنْ بَابِ الزِّيَادَةِ عَلَى الْكِتَابِ بَلِ الْكِتَابُ مُجْمَلٌ فَالتَّحَقُّقُ الْخَبَرُ بَيِّنًا بِهِ، وَيَجُوزُ أَنْ يَقَعَ خَبَرُ الْوَاحِدِ بَيِّنًا لِمُجْمَلِ الْكِتَابِ، وَفِيهِ بَحْثٌ وَهُوَ أَنَّا لَا نُسَلِّمُ أَنَّ الْكِتَابَ مُجْمَلٌ لِأَنَّ الْمُجْمَلَ مَا لَا يُمَكِّنُ الْعَمَلَ بِهِ إِلَّا بَيِّنًا مِنَ الْمُجْمَلِ، وَالْعَمَلُ بِهَذَا النَّصِّ مُمَكِّنٌ بِحَمْلِهِ عَلَى الْأَقْلَ لِتَيَقُّنِهِ سَلَمْنَا أَنَّهُ مُجْمَلٌ وَالْخَبَرُ بَيِّنٌ لَهُ، وَلَكِنَّ الدَّلِيلَ أَحْصَى مِنَ الْمَذْذُولِ، فَإِنَّ الْمَذْذُولَ مِقْدَارُ النَّاصِيَةِ وَهُوَ رُبُعُ الرَّأْسِ، وَالدَّلِيلُ يَدُلُّ عَلَى تَعْيِنِ النَّاصِيَةِ، وَمِثْلُهُ لَا يُفِيدُ الْمَطْلُوبَ.

سَلَمْنَاهُ وَلَكِنْ لَا نُسَلِّمُ أَنَّ مِقْدَارَ النَّاصِيَةِ فَرَضٌ لِأَنَّ الْفَرَضَ مَا ثَبَتَ بِدَلِيلٍ قَطْعِيٍّ، وَخَبَرُ الْوَاحِدِ لَا يُفِيدُ الْقَطْعَ، سَلَمْنَاهُ وَلَكِنْ لَا زَمَهُ وَهُوَ تَكْفِيرُ الْجَاوِدِ مُتَتَفٍ فَيَنْتَفِي الْمَلْزُومُ. وَالْجَوَابُ أَنَّا لَا نُسَلِّمُ أَنَّ الْعَمَلَ بِهِ قَبْلَ الْبَيِّنِ مُمَكِّنٌ قَوْلُهُ بِحَمْلِهِ عَلَى الْأَقْلَ، قُلْنَا: لَا أَقْلَ مِنْ شَعْرَةٍ وَالْمَسْحُ عَلَيْهَا لَا يُمَكِّنُ إِلَّا بِزِيَادَةِ عَلَيْهَا، وَمَا لَا يُمَكِّنُ الْفَرَضُ إِلَّا بِهِ فَهُوَ فَرَضٌ، وَالزِّيَادَةُ غَيْرُ مَعْلُومَةٍ فَتَحَقَّقَ الْإِجْمَالُ فِي الْمِقْدَارِ، وَالْبَيِّنُ إِنَّمَا يَكُونُ لَمَّا فِيهِ الْإِجْمَالُ، فَكَانَ النَّاصِيَةُ بَيِّنًا لِلْمِقْدَارِ لَا لِلْمَحَلِّ الْمُسَمَّى نَاصِيَةً، إِذْ لَا إِجْمَالَ فِي الْمَحَلِّ فَكَانَ مِنْ بَابِ ذِكْرِ الْخَاصِّ وَإِرَادَةِ الْعَامِّ، وَهُوَ مَجَازٌ شَائِعٌ فَكَانَا مُتَسَاوِينَ فِي الْعُمُومِ، وَالْأَصْلُ أَنَّ خَبَرَ الْوَاحِدِ إِذَا لَحِقَ بَيِّنًا لِلْمُجْمَلِ كَانَ الْحُكْمُ بَعْدَهُ مُضَافًا إِلَى الْمُجْمَلِ دُونَ الْبَيِّنِ وَالْمُجْمَلُ مِنَ الْكِتَابِ، وَالْكِتَابُ دَلِيلٌ قَطْعِيٌّ، وَلَا نُسَلِّمُ انْتِفَاءَ الْإِجْمَالِ لِأَنَّ الْجَاوِدَ مَنْ لَا يَكُونُ مُؤَوَّلًا، وَمُوجِبُ الْأَقْلَ أَوْ الْاسْتِيعَابُ مُؤَوَّلٌ يَعْتَمِدُ شُبْهَةً قَوِيَّةً، وَقُوَّةُ الشُّبْهَةِ تَمْنَعُ التَّكْفِيرَ مِنَ الْجَانِبَيْنِ، أَلَا تَرَى أَنَّ أَهْلَ الْبِدْعِ لَمْ يَكْفُرُوا بِمَا مَنَعُوا مِمَّا دَلَّ عَلَيْهِ الدَّلِيلُ الْقَطْعِيُّ فِي نَظَرِ أَهْلِ السُّنَّةِ لِتَأْوِيلِهِمْ. وَإِذَا ثَبَتَ مَا ذَكَّرْنَا كَانَ حُجَّةً عَلَى الشَّافِعِيِّ فِي التَّقْدِيرِ بِثَلَاثِ شَعْرَاتٍ، وَعَلَى مَالِكٍ فِي اشْتِرَاطِهِ الْاسْتِيعَابَ.

(قَوْلُهُ: وَفِي بَعْضِ الرُّوَايَاتِ قَدَرُهُ بَعْضُ أَصْحَابِنَا بِثَلَاثِ أَصَابِعٍ لِأَنَّهَا أَكْثَرُ مَا هُوَ الْأَصْلُ فِي آلَةِ الْمَسْحِ) وَهِيَ الْأَصَابِعُ، قِيلَ هِيَ ظَاهِرُ الرُّوَايَةِ لَكُونِهَا الْمَذْكُورَةَ فِي الْأَصْلِ فَكَانَ يَنْبَغِي أَنْ يَقُولَ عَلَى ظَاهِرِ الرُّوَايَةِ، وَعَلَى هَذِهِ الرُّوَايَةِ لَوْ وَضَعَ الْأَصَابِعَ وَلَمْ يَمُدَّهَا جَازَ، بِخِلَافِ الْأُولَى..

قَالَ: (وَسُنُّنُ الطَّهَّارَةِ غَسْلُ الْيَدَيْنِ قَبْلَ إِدْخَالِهِمَا الْإِنَاءَ إِذَا اسْتَيْقَظَ الْمُتَوَضِّئُ مِنْ نَوْمِهِ) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «إِذَا اسْتَيْقَظَ أَحَدُكُمْ مِنْ مَنَامِهِ فَلَا يَغْمِسَنَّ يَدَهُ فِي الْإِنَاءِ حَتَّى يَغْسِلَهَا ثَلَاثًا فَإِنَّهُ لَا يَدْرِي أَيْنَ بَاتَتْ يَدُهُ» ^(١) وَلَأَنَّ الْيَدَ آلَةُ التَّطْهِيرِ فَتُسَنُّ الْبِدْءُ بِتَنْظِيفِهَا، وَهَذَا الْغَسْلُ إِلَى الرَّسْغِ لَوْفُوعِ الْكِفَايَةِ بِهِ فِي التَّنْظِيفِ.

الشرح:

قَالَ (وَسُنُّنُ الطَّهَّارَةِ غَسْلُ الْيَدَيْنِ قَبْلَ إِدْخَالِهِمَا الْإِنَاءَ) لَمَّا فَرَّغَ مِنْ فَرَائِضِ الْوُضُوءِ بَيْنَ سُنَّتِهِ، وَالسُّنَّةُ هِيَ الطَّرِيقَةُ الْمَسْلُوكَةُ فِي الدِّينِ، وَحُكْمُهَا أَنْ يُثَابَ عَلَى الْفَعْلِ وَيَسْتَحَقَّ الْمَلَامَةُ بِالْتَّرْكِ لَا غَيْرُ. وَسُنُّنُ الطَّهَّارَةِ: أَيُّ الْوُضُوءِ وَالْإِضَافَةُ لِلْيَدَيْنِ، وَإِنَّمَا جَمَعَ دُونَ الْفَرَضِ لِأَنَّ الْفَرَضَ فِي الْأَصْلِ مَصْدَرٌ فَرُوعِي ذَلِكَ وَاسْتَعْنَى عَنْ الْجَمْعِ بِخِلَافِ السُّنَّةِ، وَذَكَرَ الْإِنَاءَ وَقَعَ عَلَى عَادَتِهِمْ، فَإِنَّهُمْ كَانُوا يَتَوَضَّئُونَ مِنَ الْأَنْوَارِ. وَطَرِيقُ غَسْلِ الْيَدَيْنِ قَبْلَ إِدْخَالِهِمَا الْإِنَاءَ أَنْ يَأْخُذَ الْإِنَاءَ بِشِمَالِهِ إِنْ كَانَ صَغِيرًا وَيَصُبُّ عَلَى يَمِينِهِ فَيَغْسِلُهَا ثَلَاثًا، وَإِنْ كَانَ كَبِيرًا لَا يُمَكِّنُهُ رَفَعَهُ يَأْخُذُ عَنْهُ الْمَاءَ بِإِنَاءٍ آخَرَ صَغِيرٍ إِنْ كَانَ مَعَهُ فَيَصُبُّهُ بِشِمَالِهِ عَلَى يَمِينِهِ، وَإِلَّا يُدْخِلُ أَصَابِعَ يَدِهِ الْيُسْرَى مَضْمُومَةً دُونَ الْكَفِّ، وَيَصُبُّ عَلَى يَمِينِهِ فَيَغْسِلُهَا ثَلَاثًا ثُمَّ يُدْخِلُ الْيَمِينَ. وَقَوْلُهُ: (إِذَا اسْتَيْقَظَ الْمُتَوَضِّئُ) نُقِلَ عَنْ شَمْسِ الْأُئِمَّةِ الْكَرْدَرِيِّ أَنَّهُ شَرَطَ حَتَّى إِذَا لَمْ يَسْتَيْقِظْ لَا يُسَنُّ غَسْلُهُمَا وَقِيلَ هُوَ شَرَطُ اتِّفَاقِيٍّ، خَصَّ الْمُصَنِّفُ غَسْلَهُمَا بِالْمُسْتَيْقِظِ تَبَرُّكًا بِلَفْظِ الْحَدِيثِ. وَالسُّنَّةُ تُشْمَلُ الْمُسْتَيْقِظُ وَغَيْرُهُ وَعَلَيْهِ الْأَكْثَرُونَ.

وَوَجْهُ التَّمَسُّكِ بِالْحَدِيثِ أَنَّ الْوُضُوءَ وَاجِبٌ، وَقَدْ لَا يُتَوَصَّلُ إِلَيْهِ إِلَّا بِالْغَمْسِ، وَالْغَمْسُ حَرَامٌ حَتَّى يَغْسِلَ الْيَدَ ثَلَاثًا فَيَكُونَ الْغَمْسُ وَالْغَسْلُ وَاجِبَيْنِ؛ لِأَنَّ مَا لَا يَتِمُّ الْوَاجِبُ إِلَّا بِهِ فَهُوَ وَاجِبٌ، لَكِنْ تَرَكْنَا الْوُجُوبَ إِلَى السُّنَّةِ فِي الْغَسْلِ لِأَنَّهُ ﷺ عَلَّلَ بَتَوَهُمِ النَّجَاسَةِ، وَتَوَهُمُهَا لَا يُوجِبُ التَّنَجُّسَ الْمَوْجِبَ لِلْغَسْلِ فَكَانَ دَلِيلًا عَلَى التَّوَرُّعِ وَالْإِحْتِيَاظِ.

وَقَوْلُهُ: (وَلَأَنَّ الْيَدَ آلَةُ التَّطْهِيرِ) مَبْنَاهُ أَيْضًا عَلَى أَنَّ مَا لَا يَتِمُّ الْوَاجِبُ إِلَّا بِهِ فَهُوَ وَاجِبٌ، لَكِنَّهُ تَرَكَ لِأَنَّ طَهَّارَةَ الْعُضْوِ حَقِيقَةٌ وَحُكْمًا تَدُلُّ عَلَى عَدَمِ الْوُجُوبِ، وَالرَّسْغُ مُتَتَهًى الْكَفِّ عِنْدَ الْمَفْصِلِ..

قَالَ: (وَتَسْمِيَةُ اللَّهِ تَعَالَى فِي ابْتِدَاءِ الْوُضُوءِ) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «لَا

(١) أخرجه البخاري (١٦٢)، ومسلم (٢٧٨).

وُضُوءَ لِمَنْ لَمْ يُسَمِّ اللَّهَ^(١) وَالْمُرَادُ بِهِ نَفْيُ الْفَضِيلَةِ، وَالْأَصَحُّ أَنَّهَا مُسْتَحَبَّةٌ وَإِنْ سَمَّاهَا فِي الْكِتَابِ سُنَّةٌ، وَيُسَمَّى قَبْلَ الْاسْتِنْجَاءِ وَيَعْدُهُ هُوَ الصَّحِيحُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَتَسْمِيَةُ اللَّهِ تَعَالَى فِي ابْتِدَاءِ الْوُضُوءِ) قَالَ الطَّحَاوِيُّ: هُوَ أَنْ يَقُولَ بِاسْمِ اللَّهِ الْعَظِيمِ وَالْحَمْدُ لِلَّهِ عَلَى دِينِ الْإِسْلَامِ هُوَ الْمَنْقُولُ عَنِ السَّلَفِ، وَقِيلَ: إِنَّهُ مَرْفُوعٌ إِلَى النَّبِيِّ ﷺ، وَاسْتَدَلَّ بِقَوْلِهِ ﷺ: «لَا وَضُوءَ لِمَنْ لَمْ يُسَمِّ اللَّهَ»^(٢) وَوَجْهُهُ ذَلِكَ أَنْ لَا لَتَفْيِ الْجَنَسِ فَبِحَقِيقَتِهِ يَقْتَضِي أَلَّا يَكُونَ وَضُوءٌ إِلَّا بِتَسْمِيَةٍ، وَإِلَيْهِ ذَهَبَ أَصْحَابُ الظَّوَاهِرِ وَأَحْمَدُ وَجَعَلُوا التَّسْمِيَةَ مِنْ شُرُوطِ الْوُضُوءِ، لَكِنَّا قُلْنَا الْمُرَادُ بِهِ نَفْيُ الْفَضِيلَةِ لِأَنَّ يَلْزَمَ نَسْخُ آيَةِ الْوُضُوءِ بِهِ. فَإِنْ قِيلَ فَحَيْثُ كَانَ كَقَوْلِهِ ﷺ «لَا صَلَاةَ إِلَّا بِفَاتِحَةِ الْكِتَابِ»^(٣) وَهُوَ أَفَادَةُ الْوُجُوبِ. أَجِيبَ بِأَنْ خَبَرَ الْفَاتِحَةَ مَشْهُورٌ دُونَهُ وَالْحُكْمُ يَثْبُتُ بِقَدْرِ دَلِيلِهِ وَلَيْسَ بِشَيْءٍ؛ لِأَنَّهُ لَوْ كَانَ كَذَلِكَ لَحَازَ بِهِ الرِّيَاةَ عَلَى الْكِتَابِ وَلَيْسَ كَذَلِكَ، وَبِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ وَاطَّبَ عَلَى الْفَاتِحَةِ فِي الصَّلَاةِ مِنْ غَيْرِ تَرْكِ دُونَ التَّسْمِيَةِ؛ لِأَنَّهُ رَوَى «أَنْ مُهَاجِرَ بْنَ قُنُذٍ سَلَّمَ عَلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَلَمْ يَرُدَّ عَلَيْهِ حَتَّى فَرَغَ مِنْ وَضُوءِهِ، فَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: إِنَّهُ لَمْ يَمْنَعْنِي أَنْ أَرُدَّ عَلَيْكَ إِلَّا أَنِّي كَرِهْتُ أَنْ أَذْكَرَ اللَّهَ إِلَّا عَلَى طَهَارَةٍ» وَرُبَّمَا تَسَسَّكَ بِهِ مَالِكٌ رَحِمَهُ اللَّهُ وَأَنْكَرَ التَّسْمِيَةَ فِي أَوَّلِ الْوُضُوءِ فَقَالَ: أَتُرِيدُ أَنْ تَذْبَحَ، إِشَارَةً إِلَى أَنَّ التَّسْمِيَةَ فِي الذَّبْحِ دُونَ الْوُضُوءِ، وَذَلِكَ كَمَا تَرَى يَذُلُّ عَلَى أَنَّهُ ﷺ تَوَضَّأَ قَبْلَ أَنْ يَذْكَرَ اللَّهَ، وَكَوْنُهَا سُنَّةٌ مُخْتَارُ الطَّحَاوِيِّ وَالْقُدُورِيِّ، وَالْأَصَحُّ أَنَّ التَّسْمِيَةَ مُسْتَحَبَّةٌ وَإِنْ سَمَّاهَا فِي الْكِتَابِ يَعْنِي الْقُدُورِيُّ سُنَّةً لَمَا ذَكَرْنَا أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ لَمْ يُوَاطَّبْ عَلَيْهَا. رَوَى أَنَّ عُثْمَانَ وَعَلِيًّا رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا حَكِيًا وَضُوءَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَلَمْ يُنْقَلْ عَنْهُمَا التَّسْمِيَةُ.

وَمَا رَوَى أَنَّهُ ﷺ سَمَّى فَهُوَ مِنْ بَابِ قَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «كُلُّ أَمْرٍ ذِي بَالٍ لَمْ يُبْدَأْ فِيهِ بِاسْمِ اللَّهِ فَهُوَ أَتَرُ»^(٤) (وَيُسَمَّى قَبْلَ الْاسْتِنْجَاءِ وَيَعْدُهُ هُوَ الصَّحِيحُ) دُونَ مَا قِيلَ يُسَمَّى قَبْلَ الْاسْتِنْجَاءِ لَمَّا أَنَّهُ مِنْ سُنَنِ الْوُضُوءِ فَيُسَمَّى قَبْلَهُ لِيَقَعَ جَمِيعُ أَفْعَالِ الْوُضُوءِ فَرَضُهَا وَسُنَّتُهَا بِالتَّسْمِيَةِ، وَمَا قِيلَ يُسَمَّى بَعْدَ الْاسْتِنْجَاءِ؛ لِأَنَّ قَبْلَهُ حَالُ كَشْفِ

(١) أخرجه أبو داود (١٠١)، والترمذي (٢٥)، وأحمد (٤١٨/٢)، وهو حديث ضعيف لا يصح.

(٢) سبق تخريجه.

(٣) أخرجه البخاري (٧٥٦)، ومسلم (٣٩٤)، وأبو داود (٨٢٢)، والنسائي (١٣٧/٢).

(٤) أخرجه السيوطي في الدر المنثور (١٠/١)، وانظر التلخيص الحبير (٧٦/١)، والسلسلة الضعيفة (٩٠٢).

الْعَوْرَةَ وَذَكَرُ اللَّهُ حَالَ كَشْفِ الْعَوْرَةِ غَيْرُ مُسْتَحَبٍّ، وَإِنَّمَا كَانَ ذَلِكَ هُوَ الصَّحِيحُ؛ لِأَنَّ قَوْلَهُ ﷺ: «كُلُّ أَمْرٍ ذِي بَالٍ لَمْ يُبْدَأْ فِيهِ بِذِكْرِ اللَّهِ» يَسْتَدْعِي التَّسْمِيَةَ فِي أَبْتِدَاءِ الْوُضُوءِ، وَالِاسْتِنْجَاءَ لَمَّا كَانَ مُلْحَقًا بِهِ مِنْ حَيْثُ هُوَ طَهَارَةٌ أُسْتُحِبَّ أَنْ يُبْدَأَ بِهَا.

قَالَ (وَالسَّوَاكُ) لِأَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ كَانَ يُوَاظَبُ عَلَيْهِ وَعِنْدَ فَقْدِهِ يُعَالَجُ بِالْأَصْبَعِ لِأَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ فَعَلَ كَذَلِكَ، وَالْأَصْبَحُ أَنَّهُ مُسْتَحَبُّ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَالسَّوَاكُ) أَيِ اسْتَعْمَالِهِ حُذِفَ الْمُضَافُ لِأَمْنِ الْإِلْبَاسِ. وَالسَّوَاكُ اسْمٌ لِلْخَشَبَةِ مُعَيَّنَةٌ لِلِاسْتِنَاكِ، وَيَتَّبَعِي أَنْ يَكُونَ مِنَ الْأَشْجَارِ الْمُرَّةِ؛ لِأَنَّهُ يُطَيَّبُ النَّكْهَةَ وَيَشْدُو الْأَسْنَانَ وَيُقَوِّي الْمَعْدَةَ، وَيَكُونُ فِي غَلْظِ الْخَنْصَرِ وَطُولِ الشَّيْرِ، وَيَسْتَاكُ عَرْضًا لَا طُولًا عِنْدَ الْمَضْمَضَةِ؛ (لَأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ كَانَ يُوَاظَبُ عَلَيْهِ، وَعِنْدَ فَقْدِهِ كَانَ (يُعَالَجُ بِالْأَصْبَعِ) وَالْمُوَاظَبَةُ مَعَ التَّرْكِ دَلِيلُ السَّنَةِ وَيُدُونُهُ دَلِيلُ الْوُجُوبِ، وَقَدْ ذُلَّ عَلَى تَرْكِهِ حَدِيثُ الْأَعْرَابِيِّ فَإِنَّهُ لَمْ يُنْقَلْ فِيهِ تَعْلِيمُ السَّوَاكِ، فَلَوْ كَانَ وَاجِبًا لَعَلَّمَهُ، وَيُسْتَدَلُّ بِتَرْكِ التَّعْلِيمِ عَلَى تَرْكِهِ دَفْعًا لِلتَّعَارُضِ، فَإِنْ عَدِمَ التَّرْكِ يَدُلُّ عَلَى الْوُجُوبِ وَتَرْكِ التَّعْلِيمِ عَلَى عَدَمِهِ فَكَانَ تَدَافُعٌ..

قَالَ (وَالْمَضْمَضَةُ وَالِاسْتِنْشَاقُ) لِأَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ فَعَلَهُمَا عَلَى الْمُوَاظَبَةِ. وَكَيْفِيَّتُهُ أَنْ يُمَضِّضَ ثَلَاثًا يَأْخُذُ لِكُلِّ مَرَّةٍ مَاءً جَدِيدًا ثُمَّ يَسْتَنْشِقُ كَذَلِكَ هُوَ الْمَحْكِيُّ مِنْ وَضُوئِهِ ﷺ

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَالْمَضْمَضَةُ وَالِاسْتِنْشَاقُ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ فَعَلَهُمَا عَلَى الْمُوَاظَبَةِ) يَعْنِي مَعَ التَّرْكِ، وَالِدَّلِيلُ عَلَى التَّرْكِ حَدِيثُ الْأَعْرَابِيِّ عَلَى الْوَجْهِ الَّذِي ذَكَرْنَاهُ. وَمَا رُوِيَ عَنْ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا أَنَّهَا حَكَتْ وَضُوءَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَلَمْ تَذْكُرِ الْمَضْمَضَةَ وَالِاسْتِنْشَاقَ، وَإِنَّمَا تَعَرَّضَ لِكَيْفِيَّتِهِمَا نَفْيًا لِقَوْلِ الشَّافِعِيِّ فَإِنْ عِنْدَهُ الْأَفْضَلُ أَنْ يَتِمَّضْمَضَ وَيَسْتَنْشِقَ بِكَفٍّ بِمَاءٍ وَاحِدٍ لَمَّا رُوِيَ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ فَعَلَ كَذَلِكَ، وَلَنَا أَنْ الْقَمَّ وَالْأَنْفَ غُضْوَانِ مُفْرَدَانِ فَلَا يُجْمَعُ بَيْنَهُمَا بِمَاءٍ وَاحِدٍ كَسَائِرِ الْأَعْضَاءِ، وَتَأْوِيلُ مَا رُوِيَ أَنَّهُ ﷺ لَمْ يَسْتَعِنْ بِالْيَدَيْنِ كَمَا فِي غَسْلِ الْوَجْهِ بَلِ اسْتَعْمَلَ الْكَفَّ الْوَاحِدَ..

(وَمَسْحُ الْأُذُنَيْنِ) وَهُوَ سَنَتُهُ بِمَاءِ الرَّاسِ عِنْدَنَا خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ

وَالسَّلَامُ: «الْأَذْنَانِ مِنَ الرَّأْسِ»^(١) وَالْمُرَادُ بَيَانُ الْحُكْمِ دُونَ الْخِلْقَةِ.

قَالَ (وَتَخْلِيلُ اللَّحْيَةِ) لِأَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَمَرَهُ جَبْرِيلُ عَلَيْهِ السَّلَامُ بِذَلِكَ، وَقِيلَ هُوَ سُنَّةٌ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ، جَائِزٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ، لِأَنَّ السُّنَّةَ إِكْمَالُ الْفَرْضِ فِي مَحَلِّهِ وَالِدَاخِلُ لَيْسَ بِمَحَلِّ الْفَرْضِ.

الشرح:

وقوله: (وَمَسْحُ الْأَذْنَيْنِ وَهُوَ سُنَّةٌ بِمَاءِ الرَّأْسِ) أَيُّ لَا بِمَاءٍ جَدِيدٍ خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ فَإِنَّهُ يَقُولُ: هُوَ سُنَّةٌ بِمَاءٍ جَدِيدٍ. قَالَ فِي النَّهَائَةِ: انْتِصَابُ خِلَافًا جَازٌ أَنْ يَكُونَ عَلَى الْمَفْعُولِ الْمَطْلُوعُ بِإِضْمَارٍ فَعَلَهُ أَيُّ قَوْلُنَا هَذَا يُخَالِفُ خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ، أَوْ هَذَا الْمَذْكُورُ فِي مَعْنَى يُخَالِفُ فَكَانَ مَصْدَرًا مُؤَكَّدًا لِمَضْمُونِ الْجُمْلَةِ كَقَوْلِهِ لِفُلَانٍ عَلَيَّ أَلْفُ دِرْهَمٍ اعْتِرَافًا، اسْتَدَلَّ الشَّافِعِيُّ بِمَا رَوَى أَبُو أَمَامَةَ الْبَاهِلِيُّ «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَخَذَ لِأَذْنَيْهِ مَاءً جَدِيدًا»^(٢). وَلَنَا مَا رَوَى ابْنُ عَبَّاسٍ «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ مَسَحَ بِرَأْسِهِ وَأَذْنَيْهِ بِمَاءٍ وَاحِدٍ، وَقَالَ: «الْأَذْنَانِ مِنَ الرَّأْسِ»^(٣). وَوَجْهُ التَّمَسُّكِ أَنَّ الْمُرَادَ بِقَوْلِهِ «الْأَذْنَانِ مِنَ الرَّأْسِ»^(٤): إِمَّا أَنْ يَكُونَ لَبَيَانِ الْحَقِيقَةِ وَهُوَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ غَيْرُ مَبْعُوثٍ لَذَلِكَ عَلَى أَنَّهُ مُشَاهِدٌ لَا يَحْتَاجُ إِلَى بَيَانٍ، أَوْ بَيَانِ أَنَّهُمَا مَمْسُوحَانِ كَالرَّأْسِ لَا بِمَاءِ الرَّأْسِ وَلَا سَبِيلَ إِلَيْهِ؛ لِأَنَّ الْإِشْتِرَاكَ بَيْنَ الشَّيْئَيْنِ فِي أَمْرٍ لَا يُوجِبُ كَوْنُ أَحَدِهِمَا مِنَ الْآخِرِ كَالرَّجُلِ مِنَ الْوَجْهِ لَا شِرْكَاهُمَا فِي الْغَسْلِ وَالْخُفِّ مِنَ الرَّأْسِ لَا شِرْكَاهُمَا فِي الْمَسْحِ. وَإِمَّا لَبَيَانِ أَنَّهُمَا مَمْسُوحَانِ بِمَاءِ الرَّأْسِ، وَذَلِكَ يُنَاسِبُ الذِّكْرَ عِنْدَ مَسْحِ الْأَذْنَيْنِ بِمَاءٍ وَاحِدٍ، فَإِنَّهُ إِذَا كَانَ مِنْ أَبْغَاضِ الرَّأْسِ حَقِيقَةً وَحُكْمًا جَازَ أَنْ يُمَسَّحَ بِمَاءٍ وَاحِدٍ فَكَذَا إِذَا حَكَمَ الشَّرْعُ بِذَلِكَ.

فَإِنْ قِيلَ: فَعَلَى هَذَا يَتَّبِعِي أَنْ يُجْزَى مَسْحُهُمَا عَنْ مَسْحِ الرَّأْسِ. أُجِيبَ بَأَنَّ كَوْنَ الْأُذُنِ مِنَ الرَّأْسِ ثَبَتَ بِخَبَرِ الْوَاحِدِ فَلَا يَقَعُ عَمَّا ثَبَتَ بِالْكِتَابِ، كَمَا أَنَّ التَّوَجُّهَ إِلَى الْحَاطِثِ لَا يُجْزَى؛ لِأَنَّ كَوْنَهُ مِنَ الْبَيْتِ ثَبَتَ بِخَبَرِ الْوَاحِدِ، وَالتَّوَجُّهُ إِلَى الْبَيْتِ ثَابِتٌ بِالْكِتَابِ فَلَا يُجْزَى عَنْهُ مَا ثَبَتَ بِخَبَرِ الْوَاحِدِ لِأَنَّ الْبَلَرَمَ نَسَخَ الْكِتَابَ بِهِ.

وَقَوْلُهُ: (وَتَخْلِيلُ اللَّحْيَةِ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَمَرَهُ جَبْرِيلُ عَلَيْهِ السَّلَامُ بِذَلِكَ) قَالَ

(١) أخرجه أبو داود (١٣٤)، والترمذي (٣٧)، وأحمد (٢٥٨/٥)، وانظر العلل لابن أبي حاتم (١٣٣).

(٢) أخرجه الطبراني في الأوسط عن ابن عباس كما ذكره الهيثمي في مجمع الزوائد (٢٣٢/١).

(٣) سبق تخريجه.

(٤) سبق تخريجه.

عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «نَزَلَ عَلَيَّ جَبْرِيلُ عَلَيْهِ السَّلَامُ وَأَمَرَنِي أَنْ أُخَلِّلَ لِحَيْتِي إِذَا تَوَضَّأْتُ»^(١) وَوَجْهَهُ التَّمَسُّكُ أَنَّ الْأَمَرَ لِلوُجُوبِ، إِلَّا أَنَّا تَرَكْنَاهُ لِقُلَا يُعَارِضَ الْكِتَابَ، وَفِيهِ نَظَرٌ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا لَزِمَ ذَلِكَ أَنْ لَوْ أَفَادَ الْفَرْضِيَّةَ وَلَمْ يَقُلْ بِهِ أَحَدٌ، وَأَمَّا إِذَا أَفَادَ الْوُجُوبَ فَلَا مَانِعَ عَنْهُ كَخَبَرِ الْفَاتِحَةِ. وَالْحَقُّ أَنَّ الْوُجُوبَ يَثْبُتُ بِالْمُؤَاطَبَةِ مِنْ غَيْرِ تَرْكٍ وَلَمْ يَثْبُتْ ذَلِكَ، فَإِنَّهُ رُوِيَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ قَالَ: مَا رُوِيَ أَنَّ «النَّبِيَّ ﷺ أَخَذَ كَفًّا مِنْ مَاءٍ خَلَّلَ بِهِ لِحَيْتَهُ وَقَالَ بِهَذَا أَمَرَنِي رَبِّي»، لَمْ يَثْبُتْ إِلَّا مَرَّةً وَاحِدَةً.

وَعَنْ هَذَا نَقَلَ عَنْهُ أَنَّهُ قَالَ: مَسَحُ اللَّحْيَةِ جَائِزٌ لَيْسَ بِسُنَّةٍ. وَمَعْنَى قَوْلِهِ جَائِزٌ أَنْ صَاحِبَهُ لَا يُنْسَبُ إِلَى الْبِدْعَةِ، وَهُوَ الْمَنْقُولُ عَنْ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ كَمَا ذَكَرَ فِي الْكِتَابِ، وَقَوْلُهُ: (لَأَنَّ السُّنَّةَ) يَعْنِي فِي الْوُضُوءِ (إِكْمَالُ الْفَرْضِ فِي مَحَلِّهِ وَالِدَاخِلُ) أَيُّ دَاخِلِ اللَّحْيَةِ (لَيْسَ بِمَحَلِّ الْفَرْضِ) لِعَدَمِ وَجُوبِ إِيصَالِ الْمَاءِ إِلَيْهِ بِالِاتِّفَاقِ. وَاعْتَرِضَ بِأَنَّ الْمَضْمُضَةَ وَالِاسْتِنْشَاقَ سُنَّتَانِ، وَدَاخِلُ الْفَمِ وَالْأَنْفِ لَيْسَ مَحَلَّ الْفَرْضِ فِي الْوُضُوءِ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ الْفَمَ وَالْأَنْفَ مِنَ الْوَجْهِ مِنْ وَجْهِ؛ إِذْ لَهُمَا حُكْمُ الْخَارِجِ مِنْ وَجْهِ، وَالْوَجْهُ مَحَلُّ الْفَرْضِ..

قَالَ (وَتَخْلِيلُ الْأَصَابِعِ) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «خَلَّلُوا أَصَابِعَكُمْ كَيْ لَا تَتَخَلَّلَهَا نَارُ جَهَنَّمَ»^(٢) وَلِأَنَّهُ إِكْمَالُ الْفَرْضِ فِي مَحَلِّهِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (خَلَّلُوا) لَمْ يُفِذْ الْوُجُوبَ وَإِنْ كَانَ مَقْرُونًا بِالْوَعِيدِ؛ لِأَنَّ حَدِيثَ الْأَعْرَابِيِّ وَالْأَخْبَارِ الَّتِي حُكِيَ فِيهَا وَضُوءُ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ مِنْ غَيْرِ ذِكْرِ التَّخْلِيلِ فِيهَا يَصْرِفُهُ عَنْ إِفَادَةِ الْوُجُوبِ. وَالْوَعِيدُ مَصْرُوفٌ بِمَا إِذَا لَمْ يَصِلِ الْمَاءُ بَيْنَ الْأَصَابِعِ..

قَالَ (وَتَكَرَّرُ الْفَسَلُ إِلَى الثَّلَاثِ) «لَأَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ تَوَضَّأَ مَرَّةً مَرَّةً»^(٣) وَقَالَ: هَذَا وَضُوءٌ لَا يَقْبَلُ اللَّهُ تَعَالَى الصَّلَاةَ إِلَّا بِهِ، وَتَوَضَّأَ مَرَّتَيْنِ مَرَّتَيْنِ وَقَالَ: هَذَا وَضُوءٌ مَنْ يُضَاعِفُ اللَّهُ لَهُ الْأَجْرَ مَرَّتَيْنِ، وَتَوَضَّأَ ثَلَاثًا ثَلَاثًا وَقَالَ: هَذَا وَضُوءِي

(١) أخرجه ابن عدي في الكامل (١٠٢/٧)، ولفظه: (جائني جبرئيل فقال لي: يا محمد خلل لحيتك بالماء عند الطهور). وانظر نصب الراية (٦٦/١).

(٢) أخرجه الدارقطني في سننه (٩٥/١) عن أبي هريرة، وقال الزيلعي (٢٦/١): غريب.

(٣) أخرجه البخاري (١٥٣، ١٥٧) من حديث ابن عباس.

وَوُضُوءُ الْأَنْبِيَاءِ مِنْ قَبْلِي، فَمَنْ زَادَ عَلَى هَذَا أَوْ نَقَصَ فَقَدْ تَعَدَّى وَظَلَمَ^(١). وَالْوَعِيدُ لِعَدَمِ رُؤْيِيهِ سُنَّةٌ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (لَأَنَّ «النَّبِيَّ ﷺ» تَوَضَّأَ مَرَّةً مَرَّةً»^(٢)) أَيِ غَسَلَ كُلَّ غُضُو مَرَّةً، وَالْمُرَادُ بِالْقَبُولِ الْجَوَازُ، وَرَتَّبَ عَلَى الزِّيَادَةِ وَالنَّقْصَانِ وَعَيْدًا وَلَيْسَ عَلَى ظَاهِرِهِ، فَلَا بُدَّ مِنْ تَأْوِيلٍ وَهُوَ مَنْ زَادَ عَلَى أَعْضَاءِ الْوُضُوءِ أَوْ نَقَصَ عَنْهَا أَوْ زَادَ عَلَى الْحَدِّ الْمَحْذُودِ أَوْ نَقَصَ عَنْهُ أَوْ زَادَ عَلَى الثَّلَاثِ مُعْتَقِدًا أَنَّ كَمَالَ السُّنَّةِ لَا يَحْصُلُ بِالثَّلَاثِ فَهُوَ ثَلَاثَةٌ أَوْجُهُ.

وَقَوْلُهُ: (فَقَدْ تَعَدَّى) يَرْجِعُ إِلَى الزِّيَادَةِ؛ لِأَنَّهُ مُجَاوِزَةٌ عَنِ الْحَدِّ. وَقَوْلُهُ: (وَظَلَمَ) يَرْجِعُ إِلَى النَّقْصَانِ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿وَلَمْ تَظْلِمْ مِنْهُ شَيْئًا﴾ [الكهف: ٣٣] أَيِ لَمْ تُنْقِصْ. وَقَوْلُهُ: (وَالْوَعِيدُ لِعَدَمِ رُؤْيِيهِ سُنَّةٌ) إِشَارَةٌ إِلَى اخْتِيَارِهِ. التَّأْوِيلُ الثَّلَاثُ: يَعْنِي أَنَّهُ إِذَا أَرَادَ لَطْمَائِنَةَ الْقَلْبِ عِنْدَ الشُّكِّ أَوْ بَيِّنَةِ وُضُوءٍ آخَرَ فَلَا بَأْسَ بِهِ، فَإِنَّ الْوُضُوءَ عَلَى الْوُضُوءِ نُورٌ عَلَى نُورٍ، وَقَدْ أَمَرَ بِتَرْكِ مَا يَرِيهِ إِلَى مَا لَا يَرِيهِ.

قَالَ (وَيُسْتَحَبُّ لِلْمُتَوَضِّعِ أَنْ يَنْوِيَ الطَّهَّارَةَ) فَالْنِّيَّةُ فِي الْوُضُوءِ سُنَّةٌ عِنْدَنَا وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى فَرَضٌ؛ لِأَنَّهُ عِبَادَةٌ فَلَا تَصِحُّ بِدُونِ النِّيَّةِ كَالنِّيَمِ. وَلَنَّا أَنَّهُ لَا يَقَعُ قُرْبَةً إِلَّا بِالنِّيَّةِ، وَلَكِنَّهُ يَقَعُ مِفْتَاحًا لِلصَّلَاةِ لَوْ قَوَّعِهِ طَهَّارَةً بِاسْتِعْمَالِ الْمُطَهَّرِ، بِخِلَافِ النِّيَمِ لِأَنَّ الثَّرَابَ غَيْرُ مُطَهَّرٍ إِلَّا فِي حَالِ إِرَادَةِ الصَّلَاةِ، أَوْ هُوَ يُنْبِئُ عَنِ الْقَصْدِ (وَيُسْتَوْعِبُ رَأْسُهُ بِالْمَسْحِ) وَهُوَ سُنَّةٌ. قَالَ الشَّافِعِيُّ: السُّنَّةُ الثَّلَاثُ بِمِيَاهٍ مُخْتَلِفَةٍ اعْتِبَارًا بِالْمَغْسُولِ. وَلَنَّا أَنَّ أَنْسَا ﷺ تَوَضَّأَ ثَلَاثًا ثَلَاثًا وَمَسَحَ بِرَأْسِهِ وَاحِدَةً وَقَالَ: هَذَا وَضُوءُ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ. وَالَّذِي يَرَوِي مِنَ الثَّلَاثِ مَحْمُولٌ عَلَيْهِ بِمَاءٍ وَاحِدٍ، وَهُوَ مَشْرُوعٌ عَلَى مَا رَوَى الْحَسَنُ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى، وَلَأَنَّ الْمَفْرُوضَ هُوَ الْمَسْحُ وَبِالتَّكْرَارِ يَصِيرُ غُسْلًا، وَلَا يَكُونُ مَسْنُونًا فَصَارَ كَمَسْحِ الْخُفِّ، بِخِلَافِ الْغُسْلِ لِأَنَّهُ لَا يَضُرُّهُ التَّكْرَارُ.

الشرح:

قَالَ: (وَيُسْتَحَبُّ لِلْمُتَوَضِّعِ أَنْ يَنْوِيَ الطَّهَّارَةَ) قِيلَ الْمُسْتَحَبُّ مَا يُتَابُ عَلَى فِعْلِهِ وَلَا يُلَامُ عَلَى تَرْكِهِ. وَقَوْلُهُ: (فَالْنِّيَّةُ فِي الْوُضُوءِ سُنَّةٌ عِنْدَنَا) يُتَابَى ذَلِكَ؛ لِأَنَّ السُّنَّةَ مَا يُتَابُ عَلَى فِعْلِهِ وَيُلَامُ عَلَى تَرْكِهِ، وَالظَّاهِرُ أَنَّ الْأَوَّلَ اخْتِيَارُ الْقُدُورِيِّ. وَالثَّانِي اخْتِيَارُ

(١) أخرجه الدارقطني (٣٠) والبيهقي (٨٠)، وابن ماجه (٣٤).

(٢) سبق تخريجه.

المُصَنَّف، وَتَفْسِيرُ النِّيَّةِ فِي الْوُضُوءِ هُوَ أَنْ يَنْوِيَ إِزَالََةَ الْحَدَثِ أَوْ إِبَاحَةَ الصَّلَاةِ، وَهِيَ فَرَضٌ عِنْدَ الشَّافِعِيِّ قَالَ: لِأَنَّهَا عِبَادَةٌ، إِذِ الْعِبَادَةُ فِعْلٌ يَأْتِي بِهِ الْمُكَلَّفُ عَلَى خِلَافِ هَوَى نَفْسِهِ تَعْظِيمًا لِأَمْرِ رَبِّهِ، وَالْوُضُوءُ بِهِذِهِ الْمَثَابَةِ، وَكُلُّ مَا هُوَ عِبَادَةٌ لَا يَصِحُّ بِدُونِ النِّيَّةِ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَمَا أُمِرُوا إِلَّا لِيَعْبُدُوا اللَّهَ مُخْلِصِينَ لَهُ الدِّينَ﴾ [البينة: ٥] وَالْإِخْلَاصُ لَا يَحْصُلُ إِلَّا بِالنِّيَّةِ وَقَدْ جَعَلَهُ حَالًا لِلْعَابِدِينَ، وَالْأَحْوَالُ شُرُوطٌ، فَتَكُونُ كُلُّ عِبَادَةٍ مَشْرُوطَةً بِالنِّيَّةِ، وَقَاسَهُ عَلَى التَّيَمُّمِ فِي كَوْنِهَا طَهَارَتَيْنِ لِلصَّلَاةِ. وَلَنَا الْقَوْلُ بِمُوجِبِ الْعِلَّةِ: يَعْنِي سَلَمْنَا أَنَّ الْوُضُوءَ لَا يَقَعُ عِبَادَةٌ إِلَّا بِالنِّيَّةِ، لَكِنْ لَيْسَ كَلَامُنَا فِي ذَلِكَ، وَإِنَّمَا هُوَ فِي أَنَّ اسْتِعْمَالَ الْمَاءِ الْمُطَهَّرِ فِي أَغْضَاءِ الْوُضُوءِ هَلْ يُوجِبُ الطَّهَارَةَ بِدُونِ النِّيَّةِ حَتَّى يَكُونَ مِفْتَاحًا لِلصَّلَاةِ أَوْ لَا، وَلَا مَدْخَلَ لِكَوْنِهِ عِبَادَةً فِي ذَلِكَ، وَيُفِيدُ ذَلِكَ بِدُونِهَا؛ لِأَنَّ أَغْضَاءَ الْوُضُوءِ مُحْكُومٌ بِنَجَاسَتِهَا فِي حَقِّ الصَّلَاةِ ضَرُورَةً الْأَمْرُ بِتَطْهِيرِهَا، وَالْمَاءُ طَهُورٌ بِطَبْعِهِ فَإِذَا لَاقَى النِّجْسَ طَهَّرَهُ قَصْدَ الْمُسْتَعْمِلِ ذَلِكَ أَوْ لَا كَالثَوْبِ النَّجَسِ وَكَمَا فِي حَقِّ الْإِرْوَاءِ، بِخِلَافِ التَّيَمُّمِ فَإِنَّ التُّرَابَ لَمْ يُغْفَلْ مُطَهَّرًا طَبْعًا فَلَمْ يَنْقُ فِيهِ إِلَّا مَعْنَى التَّعْبُدِ وَلَا تَعْبُدَ بِدُونِ النِّيَّةِ. فَإِنْ قِيلَ فِي الْوُضُوءِ مَسْحٌ وَالْمَسْحُ لَمْ يُغْفَلْ مُطَهَّرًا طَبْعًا فَيَحْتَاجُ إِلَى النِّيَّةِ. أَجِيبَ بِأَنَّ مَسْحَ الرَّأْسِ مُلْحَقٌ بِالْعَسَلِ لِقِيَامِهِ مَقَامَهُ وَاتِّقَالَ إِلَيْهِ بِضَرْبٍ مِنَ الْخُرُجِ. وَقَوْلُهُ: (أَوْ هُوَ يُنبِئُ عَنِ الْقَصْدِ) فَلَا يَتَحَقَّقُ بِدُونِهِ، قِيلَ: يَعْنِي أَنَّ التَّيَمُّمَ يُنبِئُ عَنِ الْقَصْدِ وَالنِّيَّةُ هِيَ الْقَصْدُ فَلَا يَتَحَقَّقُ التَّيَمُّمُ بِدُونِ الْقَصْدِ أَيْ النِّيَّةِ وَفِيهِ نَظَرٌ؛ لِأَنَّهُ يُنبِئُ عَنِ الْقَصْدِ لَعَنَةً، وَالْقَصْدُ الَّذِي هُوَ النِّيَّةُ إِنَّمَا هُوَ قَصْدٌ خَاصٌّ، وَهُوَ قَصْدُ إِبَاحَةِ الصَّلَاةِ، وَالْأَعْمُ لَا دَلَالَهَ لَهُ عَلَى الْأَخْصِ؛ وَلِأَنَّ الْأَوَّلَ مَذْلُولُ اللَّفْظِ، وَالثَّانِي فِعْلُ الْقَلْبِ وَلَا دَلَالَهَ لِأَحَدِهِمَا عَلَى الْآخَرِ.

(قَوْلُهُ: وَيَسْتَوَعِبُ رَأْسَهُ بِالْمَسْحِ) أَيُّ يُسْتَحَبُّ أَنْ يَسْتَوَعِبَ رَأْسَهُ بِالْمَسْحِ عَلَى مَا اخْتَارَهُ الْقُدُورِيُّ، وَقَوْلُهُ: (وَهُوَ سُنَّةٌ) يَعْنِي عَلَى اخْتِيَارِهِ، وَصِفَةُ الْاسْتِعَابِ أَنْ يُبَلَّ يَدَيْهِ وَيَضَعُ بَطُونَ ثَلَاثِ أَصَابِعَ مِنْ كُلِّ كَفٍّ عَلَى مُقَدِّمِ الرَّأْسِ، وَيَعْزُلُ السَّبَّابَتَيْنِ وَالْإِنْهَامَتَيْنِ وَيَجَافِي الْكَفَّيْنِ وَيَجْرُهُمَا إِلَى مُؤَخَّرِ الرَّأْسِ، ثُمَّ يَمْسَحُ الْفُؤَذَيْنِ بِالْكَفَّيْنِ وَيَجْرُهُمَا إِلَى مُقَدِّمِ الرَّأْسِ، وَيَمْسَحُ ظَاهِرَ الْأُذُنَيْنِ بِبَاطِنِ الْإِنْهَامَتَيْنِ وَبَاطِنِ الْأُذُنَيْنِ بِبَاطِنِ السَّبَّابَتَيْنِ، وَيَمْسَحُ رَقَبَتَهُ بِظَاهِرِ الْيَدَيْنِ حَتَّى يَصِيرَ مَاسِحًا بِبَلَلٍ لَمْ يَصِرْ مُسْتَعْمَلًا، هَكَذَا رَوَتْ عَائِشَةُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا مَسْحَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ. (وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: السُّنَّةُ الثَّلَاثُ بِمِيَاهٍ مُخْتَلِفَةٍ)؛ لِأَنَّهُ رُكِّنَ فِي الْوُضُوءِ، فَكَانَ الثَّلَاثُ فِيهِ سُنَّةً

كَغَسْلِ الْوَجْهِ وَالْيَدَيْنِ وَالرِّجْلَيْنِ (وَلَنَا أَنْ «أُتِسَّا ۖ تَوَضُّأُ ثَلَاثًا ثَلَاثًا وَمَسَحَ رَأْسَهُ مَرَّةً وَاحِدَةً، وَقَالَ: هَذَا وَضُوءُ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ») وَقَدْ رَوَى عَنْ عُثْمَانَ وَعَلِيٍّ وَمُعَاذِ بْنِ عَبَّاسٍ وَالْبَرَاءِ وَأَبِي أُمَامَةَ الْبَاهِلِيِّ مِثْلُ ذَلِكَ.

قَالَ التِّرْمِذِيُّ: وَالْعَمَلُ عَلَيْهِ عِنْدَ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ مِنْ أَصْحَابِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَمَنْ بَعْدَهُمْ. وَقَدْ رَوَى عَنْ «عُثْمَانَ وَعَلِيٍّ أَنَّهُمَا حَكَيَا وَضُوءَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَغَسَلَا ثَلَاثًا ثَلَاثًا وَمَسَحَا ثَلَاثًا»، قُلْنَا: الْمَشْهُورُ عَنْهُمَا مَا رَوَيْنَاهُ أَوَّلًا (قَالَ الْمُصَنِّفُ: وَالَّذِي يُرَوَى فِيهِ مِنَ الثَّلَاثِ) يُرِيدُ بِهِ ذَلِكَ: يَعْنِي عَلَى تَقْدِيرِ ثُبُوتِهِ (مَحْمُولٌ عَلَيْهِ) أَيُّ عَلَى الثَّلَاثِ (بِمَاءٍ وَاحِدٍ، وَهُوَ مَشْرُوعٌ عَلَى مَا رَوَى الْحَسَنُ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ) ذَكَرَ الْحَسَنُ فِي «الْمَجْرَدِ» عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ إِذَا مَسَحَ ثَلَاثًا بِمَاءٍ وَاحِدٍ كَانَ مَسْنُونًا. فَإِنْ قِيلَ: قَدْ صَارَ الْبَلَلُ مُسْتَعْمَلًا بِالْمَرَّةِ الْأُولَى فَكَيْفَ يُسَنُّ إِمْرَارُهُ ثَانِيًا وَثَلَاثًا؟ أَجِيبَ بِأَنَّهُ يَأْخُذُ حُكْمَ الاسْتِعْمَالِ لِإِقَامَةِ فَرَضٍ آخَرَ لَا لِإِقَامَةِ السُّنَّةِ؛ لِأَنَّهَا تَبَعٌ لِلْفَرَضِ، أَلَا يَرَى أَنْ الاسْتِيعَابَ يُسَنُّ بِمَاءٍ وَاحِدٍ.

(قَوْلُهُ: وَلَأنَّ الْمَفْرُوضَ هُوَ الْمَسْحُ) دَلِيلٌ آخَرُ وَتَقْرِيرُهُ الْمَفْرُوضُ هُوَ الْمَسْحُ وَالْمَسْحُ، يَصِيرُ بِالتَّكْرَارِ غَسْلًا، فَالْمَفْرُوضُ هُوَ الْغَسْلُ وَهُوَ خِلَافُ الْكِتَابِ وَالسُّنَّةِ وَالْإِجْمَاعِ، فَلَا يَكُونُ التَّكْرَارُ مَسْنُونًا؛ لِأَنَّ السُّنَّةَ فِي الْوَضُوءِ إِكْمَالُ الْفَرَضِ فِي مَحَلِّهِ لَا نَقْلُهُ مِنْ كَوْنِهِ مَسْحًا إِلَى كَوْنِهِ غَسْلًا. وَقَوْلُهُ: (فَصَارَ كَمَسْحِ الْخُفِّ) تَقْرِيرُهُ مَسْحُ الرَّأْسِ مَسْحٌ فِي الْوَضُوءِ، وَكُلُّ مَا هُوَ مَسْحٌ فِي الْوَضُوءِ لَا يُسَنُّ ثَلَاثِينَ كَمَسْحِ الْخُفِّ. وَقَوْلُهُ: (بِخِلَافِ الْغَسْلِ) مُتَّصِلٌ بِقَوْلِهِ وَبِالتَّكْرَارِ يَصِيرُ غَسْلًا، وَمَعْنَاهُ أَنَّ الْمَسْحَ يُفْسِدُهُ التَّكْرَارُ، بِخِلَافِ الْغَسْلِ فَإِنَّهُ لَا يُفْسِدُهُ، فَكَانَ قِيَاسُ الشَّافِعِيِّ الْمَسْحُوحَ عَلَى الْمَغْسُولِ فَاسِدًا..

قَالَ (وَيُرْتَّبُ الْوَضُوءُ فَيَبْدَأُ بِمَا بَدَأَ اللَّهُ تَعَالَى بِذِكْرِهِ وَبِالْيَمِينِ) فَالْثَّرْتِيبُ فِي الْوَضُوءِ سُنَّةٌ عِنْدَنَا. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: فَرَضَ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿فَاغْسِلُوا وُجُوهَكُمْ﴾ [المائدة: ٦] الْآيَةَ، وَالْفَاءُ لِلتَّعْقِيبِ. وَلَنَا أَنَّ الْمَذْكُورَ فِيهَا حَرْفُ الْوَاوِ وَهِيَ مُطْلَقُ الْجَمْعِ بِإِجْمَاعِ أَهْلِ اللُّغَةِ فَتَقْتَضِي إِعْقَابَ غَسْلِ جُمْلَةِ الْأَعْضَاءِ وَالْبَدَأَةَ بِالْيَمِينِ فَضِيلَةً لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «إِنَّ اللَّهَ تَعَالَى يُحِبُّ التَّيَامُنَ فِي كُلِّ شَيْءٍ حَتَّى التَّنَعُّلَ وَالتَّرَجُلَ»^(١).

(١) غريب بهذا اللفظ، والذي في الصحيحين بلفظ: (كان رسول الله ﷺ يحب التيامن في كل شيء حتى في طهوره وتنعله وترجله وشأنه كله).

الشرح:

قَالَ (وَيُرْتَّبُ الْوُضُوءُ فَيَبْدَأُ بِمَا بَدَأَ اللَّهُ تَعَالَى بِذِكْرِهِ) وَيُرْتَّبُ مَعْطُوفٌ عَلَى قَوْلِهِ وَيَسْتَوْعِبُ، وَالْكَلَامُ فِي كَوْنِهِ مُسْتَحَبًّا أَوْ سُنَّةً كَمَا تَقَدَّمَ. قَوْلُهُ: (فَيَبْدَأُ بَيَانُ التَّرْتِيبِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: التَّرْتِيبُ فِي الْوُضُوءِ فَرَضٌ لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿فَاغْسِلُوا وُجُوهَكُمْ﴾ [المائدة: ٦] الْآيَةَ. وَوَجْهُ الاسْتِدْلَالِ أَنَّ الْفَاءَ لِلتَّعْقِيبِ وَالتَّعْقِيبُ يَدُلُّ عَلَى التَّرْتِيبِ فَيَفِيدُ تَرْتِيبَ غَسْلِ الْوَجْهِ عَلَى الْقِيَامِ إِلَى الصَّلَاةِ، وَإِذَا ثَبَتَ التَّرْتِيبُ فِيهِ ثَبَتَ فِي غَيْرِهِ؛ لِأَنَّهُ مَعْطُوفٌ عَلَى الْمُرْتَّبِ وَالْمَعْطُوفُ عَلَى الْمُرْتَّبِ مُرْتَّبٌ أَوْ لَعَدَمُ الْقَائِلِ بِالْفَصْلِ. وَلَنَا أَنَّ الْمَذْكُورَ فِي الْآيَةِ حَرْفُ الْوَائِ يَعْنِي بَعْدَ الْفَاءِ، وَالْوَائِ لِمُطْلَقِ الْجَمْعِ بِاجْتِمَاعِ أَهْلِ اللُّغَةِ، وَالْفَاءُ دَخَلَتْ عَلَى هَذِهِ الْجُمْلَةِ الَّتِي لَا تَرْتِيبَ فِيهَا فَتَقْتَضِي إِعْقَابَ غَسْلِ جُمْلَةِ الْأَعْضَاءِ مِنْ غَيْرِ تَرْتِيبٍ وَتَحْقِيقِهِ.

سَلَّمْنَا أَنَّ الْفَاءَ لِلتَّعْقِيبِ يُفِيدُ تَعْقِيبَ مَا بَعْدَهَا لَمَّا قَبْلَهَا وَمَا بَعْدَهَا غَسْلُ جُمْلَةِ غَيْرِ مُرْتَبَةٍ فَيَفِيدُ تَعْقِيبَهَا لِلْقِيَامِ إِلَى الصَّلَاةِ وَنَحْنُ نَقُولُ بِهِ، وَلَيْسَ الْكَلَامُ فِيهِ وَإِنَّمَا الْكَلَامُ فِي تَرْتِيبِ الْأَعْضَاءِ، وَالِدَاخِلُ فِيهَا الْوَائِ وَهِيَ لَا تُفِيدُ التَّرْتِيبَ، فَإِنْ قِيلَ: كَيْفَ ادَّعَى الْمُصَنِّفُ اجْتِمَاعَ أَهْلِ اللُّغَةِ وَمِنْهُمْ مَنْ يَقُولُ إِنَّهُ يُفِيدُ التَّرْتِيبَ وَمِنْهُمْ مَنْ يَقُولُ يُفِيدُ الْقِرَانَ، أُجِيبَ بِأَنَّ أَبَا عَلِيٍّ الْفَارِسِيَّ ذَكَرَ أَنَّ الثُّحَاةَ أَجْمَعُوا أَنَّ الْوَائِ لِلْجَمْعِ الْمُطْلَقِ، ذَكَرَهُ سِبْيَوِيهِ فِي سَبْعَةِ عَشَرَ مَوْضِعًا فِي كِتَابِهِ فَاعْتَمَدَ الْمُصَنِّفُ عَلَى ذَلِكَ وَبَانَ خِلَافَ الْقَلِيلِ لَا يَمْتَنِعُ الْاجْتِمَاعُ اللَّغَوِيُّ

وَقَوْلُهُ: (وَالْبَدَاءَةُ بِالْيَمَانِ فَضِيلَةٌ) أَيُّ مُسْتَحَبَّةٌ، وَالْيَمَانُ جَمْعُ مَيْمَنَةٍ خِلَافَ الْمَيْسَرَةِ، وَذَكَرَ فِي «الْمَغْرِبِ» أَنَّ الْبَدَايَةَ بِالْيَمَانِ عَامِيَّةٌ وَالصَّوَابُ بُدَاءَةٌ. وَقَوْلُهُ ﷺ: «إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْيَمَانُ فِي كُلِّ شَيْءٍ حَتَّى التَّنْعُلُ وَالتَّرَجُلُ»^(١) التَّنْعُلُ: لُبْسُ التَّغْلِينِ، وَالتَّرَجُلُ: تَسْرِيحُ شَعْرِ الرَّأْسِ..

فَصْلٌ فِي نَوَاقِضِ الْوُضُوءِ

(الْمَعْنَى النَّاقِضَةُ لِلْوُضُوءِ كُلُّ مَا يَخْرُجُ مِنَ السَّبِيلَيْنِ) لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿أَوْ جَاءَ أَحَدٌ مِنْكُمْ مِنَ الْغَائِطِ﴾ [المائدة: ٦] «وَقِيلَ لِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ مَا الْحَدَّثُ؟ قَالَ: مَا يَخْرُجُ

مِنَ السَّيْلَيْنِ»^(١) وَكَلَمْتُ مَا عَامَةً فَتَتَنَاوَلُ الْمُعْتَادَ وَغَيْرَهُ (وَالدَّمُ وَالْقَيْحُ إِذَا خَرَجَا مِنَ الْبَدَنِ فَتَجَاوَزَا إِلَى مَوْضِعٍ يَلْحَقُهُ حُكْمُ التَّطْهِيرِ، وَالْقَيْءُ مِلءُ الْفَمِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: الْخَارِجُ مِنْ غَيْرِ السَّيْلَيْنِ لَا يَنْقُضُ الْوُضُوءَ لَمَّا رُوي «أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ قَاءَ فَلَمْ يَتَوَضَّأْ»^(٢) وَلَأنَّ غَسَلَ غَيْرِ مَوْضِعِ الْإِصَابَةِ أَمَرَ تَعْبُدِي فَيُقْتَصَرُ عَلَى مَوْرِدِ الشَّرْعِ وَهُوَ الْمَخْرَجُ الْمُعْتَادُ، وَلَنَّا قَوْلُهُ ﷺ: «الْوُضُوءُ مِنْ كُلِّ دَمٍ سَائِلٍ»^(٣) وَقَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «مَنْ قَاءَ أَوْ رَعَفَ فِي صَلَاتِهِ فَلْيَنْصَرِفْ وَلْيَتَوَضَّأْ وَلْيَبْنِ عَلَى صَلَاتِهِ مَا لَمْ يَتَكَلَّمْ»^(٤) وَلَأنَّ خُرُوجَ النَّجَاسَةِ مُؤَثِّرٌ فِي زَوَالِ الطَّهَارَةِ، وَهَذَا الْقَدَرُ فِي الْأَصْلِ مَعْقُولٌ، وَالْاِقْتِصَارُ عَلَى الْأَعْضَاءِ الْأَرْبَعَةِ غَيْرِ مَعْقُولٍ لِكُنْهُ يَتَعَدَّى ضَرُورَةَ تَعَدِّي الْأَوَّلِ، غَيْرَ أَنَّ الْخُرُوجَ إِنَّمَا يَتَحَقَّقُ بِالسَّيْلَانِ إِلَى مَوْضِعٍ يَلْحَقُهُ حُكْمُ التَّطْهِيرِ، وَبِمِلءِ الْفَمِ فِي الْقَيْءِ لِأَنَّ بِزَوَالِ الْقِشْرَةِ تَظْهَرُ النَّجَاسَةُ فِي مَحَلِّهَا فَتَكُونُ بَادِيَةً لَا خَارِجَةً، بِخِلَافِ السَّيْلَيْنِ لِأَنَّ ذَلِكَ الْوَضْعَ لَيْسَ بِمَوْضِعِ النَّجَاسَةِ فَيُسْتَدَلُّ بِالظُّهُورِ عَلَى الْاِنتِقَالِ وَالْخُرُوجِ، وَمِلءُ الْفَمِ أَنْ يَكُونَ بِحَالٍ لَا يُمْكِنُ ضَبْطُهُ إِلَّا بِتَكْلُفٍ لِأَنَّهُ يَخْرُجُ ظَاهِرًا فَاعْتَبِرَ خَارِجًا.

وَقَالَ زُفَرُ رَحِمَهُ اللَّهُ: قَلِيلُ الْقَيْءِ وَكَثِيرُهُ سَوَاءٌ، وَكَذَا لَا يُشْتَرِطُ السَّيْلَانُ عِنْدَهُ اعْتِبَارًا بِالْمَخْرَجِ الْمُعْتَادِ، وَإِطْلَاقِ قَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «الْقَلَسُ حَدَثٌ»^(٥). وَلَنَّا قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «لَيْسَ فِي الْقَطْرَةِ وَالْقَطْرَتَيْنِ مِنَ الدَّمِ وَضُوءٌ إِلَّا أَنْ يَكُونَ سَائِلًا»^(٦) وَقَوْلُ عَلِيٍّ ﷺ حِينَ عَدَّ الْأَحْدَاثَ جَمَلَةً: أَوْ دَسَعَةً تَمَلَأُ الْفَمَ. وَإِذَا تَعَارَضَتِ الْأَخْبَارُ يُحْمَلُ مَا رَوَاهُ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ عَلَى الْقَلِيلِ، وَمَا رَوَاهُ زُفَرُ رَحِمَهُ اللَّهُ عَلَى الْكَثِيرِ، وَالْفَرْقُ بَيْنَ الْمَسْلُوكَيْنِ قَدْ بَيَّنَّاهُ. وَلَوْ قَاءَ مُتَفَرِّقًا بِحَيْثُ لَوْ جُمِعَ يَمَلَأُ الْفَمَ، فَعِنْدَ أَبِي

(١) قال الزيلعي: غريب.

(٢) قال الزيلعي: غريب جدا.

(٣) أخرجه الدارقطني (٥٧) عن تميم الداري، وابن عدي في الكامل عن زيد بن ثابت.

(٤) أخرجه ابن ماجه باب ما جاء في البناء على الصلاة من حديث عائشة رضي الله عنها، والدارقطني (٥٧) من حديث أبي سعيد الخدري ﷺ.

(٥) أخرجه الدارقطني في سننه (٥٧).

(٦) قال الزيلعي: غريب، رواه الدارقطني عن أبي هريرة ﷺ، وأخرجه أيضا البيهقي في الخلافات عن أبي هريرة ﷺ.

يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ يُعْتَبَرُ اتِّحَادُ الْمَجْلِسِ، وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ يُعْتَبَرُ اتِّحَادُ السَّبَبِ وَهُوَ الْغَثَيَانُ، ثُمَّ مَا لَا يَكُونُ حَدًّا لَا يَكُونُ نَجَسًا، يُرَوَّى ذَلِكَ عَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ، وَهُوَ الصَّحِيحُ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِنَجَسٍ حُكْمًا حَيْثُ لَمْ تَنْتَقِضْ بِهِ الطُّهَارَةُ (وَهَذَا إِذَا قَاءَ مَرَّةً أَوْ طَعَامًا أَوْ مَاءً، فَإِنْ قَاءَ بِلُغْمًا فَغَيْرُ نَاقِضٍ) عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ نَاقِضٌ إِذَا كَانَ مِلءُ الضَّمِّ، وَالْخِلَافُ فِي الْمُرْتَقِي مِنَ الْجَوْفِ. أَمَّا النَّازِلُ مِنَ الرَّأْسِ فَغَيْرُ نَاقِضٍ بِالِاتِّفَاقِ؛ لِأَنَّ الرَّأْسَ لَيْسَ بِمَوْضِعِ النَّجَاسَةِ. لِأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ نَجَسٌ بِالْمَجَاوِرَةِ، وَلَهُمَا أَنَّهُ لَنْزَجٍ لَا تَتَخَلَّلُهُ النَّجَاسَةُ وَمَا يَتَّصِلُ بِهِ قَلِيلٌ وَقَلِيلٌ فِي الْقِيءِ غَيْرُ نَاقِضٍ (وَلَوْ قَاءَ دَمًا وَهُوَ عَلَقٌ يُعْتَبَرُ فِيهِ مِلءُ الضَّمِّ لِأَنَّهُ سَوْدَاءُ مُحْتَرِقَةٌ) وَإِنْ كَانَ مَائِعًا فَكَذَلِكَ عِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ اعْتِبَارًا بِسَائِرِ أَنْوَاعِهِ، وَعِنْدَهُمَا إِنْ سَالَ بِقُوَّةٍ نَفْسِهِ يَنْتَقِضُ الْوُضُوءُ وَإِنْ كَانَ قَلِيلًا لِأَنَّ الْمَعِدَةَ لَيْسَتْ بِمَحَلِّ الدَّمِ فَيَكُونُ مِنْ قُرْحَةٍ فِي الْجَوْفِ.

الشرح:

وَيُعْرَفُ الْفَصْلُ بِأَنَّهُ طَائِفَةٌ مِنَ الْمَسَائِلِ الْفَقْهِيَّةِ تَغَيَّرَتْ أَحْكَامُهَا بِالنِّسْبَةِ إِلَى مَا قَبْلَهَا غَيْرُ مُتَرَجِّمَةٍ بِالْكِتَابِ وَالْبَابِ. لَمَّا فَرَّغَ مِنْ بَيَانِ الْوُضُوءِ فَرَضِهِ وَسُنَنِهِ وَمُسْتَحَبِّهِ بَدَأَ بِمَا يُنَافِيهِ مِنَ الْعَوَارِضِ، إِذِ الْعَارِضُ إِذَا يَكُونُ مُتَأَخِّرًا عَنِ الْمَعْرُوضِ: وَالْتَوَاقِضُ جَمْعُ نَاقِضَةٍ، وَالنَّفْضُ مَتَى أُضِيفَ إِلَى الْأَجْسَامِ يُرَادُ بِهِ إِنْطَالُ تَأْلِيْفِهَا، وَمَتَى أُضِيفَ إِلَى الْمَعَانِي يُرَادُ بِهِ إِخْرَاجُهُ عَمَّا هُوَ الْمَطْلُوبُ بِهِ، وَالْمَطْلُوبُ هُنَا مِنَ الْوُضُوءِ اسْتِبَاحَةُ الصَّلَاةِ (وَالْمَعَانِي النَّاقِضَةُ) أَيْ الْعِلَلُ الْمُؤَثِّرَةُ فِي إِخْرَاجِ الْوُضُوءِ عَمَّا هُوَ الْمَطْلُوبُ بِهِ (كُلُّ مَا يَخْرُجُ مِنَ السَّبِيلَيْنِ) أَيْ خُرُوجُ كُلِّ مَا يَخْرُجُ مِنَ السَّبِيلَيْنِ: يَعْنِي الْقَبْلَ وَالذُّبْرَ وَالذَّكَرَ، وَإِذَا قَدَّرْنَا الْمُضَافَ تَصْحِيحًا لِلْحَمَلِ، فَإِنَّ حَمَلَ الذَّاتِ عَلَى الْمَعْنَى غَيْرُ صَحِيحٍ، وَإِذَا عَبَّرَ عَنِ الْعِلَلِ بِالْمَعَانِي اقْتِدَاءً بِالنَّبِيِّ ﷺ فِي قَوْلِهِ «لَا يَحِلُّ دَمٌ أَمْرِي مُسْلِمٌ إِلَّا بِأَحْدَى مَعَانٍ ثَلَاثٍ» وَاحْتِرَازًا عَنْ عِبَارَةِ الْفَلَاسِفَةِ فَإِنَّ الْمُتَقَدِّمِينَ اسْتَنْكَفُوا عَنْ ذَلِكَ إِلَى أَنْ نَشَأَ الطَّحَاوِيُّ فَاسْتَعْمَلَهَا فَبَعَثَهُ مَنْ بَعْدَهُ. فَإِنْ قِيلَ: الْكَلِمَةُ مُنْتَقِضَةٌ بِالرَّيْحِ الْخَارِجِ مِنَ الذَّكَرِ وَالْقَبْلِ فَإِنَّ الْوُضُوءَ لَا يَنْتَقِضُ بِهِ فِي أَصَحِّ الرَّوَايَتَيْنِ: أَجِيبَ بِأَنَّهُ مَخْصُوصٌ مِنَ الْعُمُومِ؛ لِأَنَّ الرِّيحَ لَا تَنْبَعُ مِنَ الذَّكَرِ، وَإِنَّمَا هُوَ اخْتِلَاجٌ.

وَالْقُبْلُ مَحَلُّ الْوُطْءِ لَيْسَ فِيهِ نَجَاسَةٌ تُنَجِّسُ الرِّيحَ بِالْمُرُورِ عَلَيْهَا وَهُوَ فِي نَفْسِهِ طَاهِرٌ عِنْدَ الْمُصَنِّفِ عَلَى مَا سَيَجِيءُ. وَوَجْهُ الاسْتِدْلَالِ بِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿أَوْ جَاءَ أَحَدٌ مِّنْكُمْ مِنَ الْغَائِطِ﴾ [المائدة: ٦] وَالْغَائِطُ: هُوَ الْمَكَانُ الْمُطْمَئِنُّ مِنَ الْأَرْضِ يَنْتَهِي إِلَيْهِ الْإِنْسَانُ عِنْدَ إِرَادَةِ قَضَاءِ الْحَاجَةِ نَسْتَرًا، أَنَّ اللَّهَ تَعَالَى رَبُّبٌ وَجُوبُ التَّيْمُمِ عَلَى الْمَجِيءِ مِنَ الْغَائِطِ حَالِ عَدَمِ الْمَاءِ، وَهُوَ لَا زِمَ لَخُرُوجِ النَّجَسِ. فَكَانَ كِنَايَةً عَنِ الْحَدَثِ لِكَوْنِهِ ذَكَرَ الْإِزْمَ، وَأَرَادَ الْمَلْزُومَ، وَالتَّرْتِيبُ يَدُلُّ عَلَى الْعِلِّيَّةِ، وَإِذَا ثَبَتَ ذَلِكَ فِي التَّيْمُمِ ثَبَتَ فِي الْوُضُوءِ لَمَّا ذَكَرْنَا أَنَّ الْبَدَلَ لَا يُخَالِفُ الْأَصْلَ فِي السَّبَبِ.

لَا يُقَالُ: قَدْ تَقَدَّمَ أَنَّ الْحَدَثَ شَرْطٌ لِلْوُضُوءِ فَكَيْفَ يَكُونُ عِلَّةً لِنَقْضِهِ؛ لِأَنَّهُ عِلَّةٌ لِنَقْضِ مَا كَانَ وَشَرْطٌ لَوْجُوبِ مَا سَيَكُونُ، وَلَا تَنَافِي بَيْنَهُمَا. وَقَوْلُهُ: (وَكَلِمَةٌ مَا عَامَّةٌ فَتَسْتَأْوِلُ الْمُعْتَادَ وَغَيْرَهُ) نَفْيٌ لِقَوْلِ مَالِكٍ فَإِنَّهُ يَقُولُ: لَا وَضُوءَ لَمَّا يَخْرُجُ نَادِرًا كَالْحَصَاةِ وَالذُّودَةِ وَدَمِ الاسْتِحْضَاةِ، مُسْتَدِلًّا بِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى كَتَبَ بِالْغَائِطِ عَلَى الْوَجْهِ الْمُتَقَدِّمِ عَنِ قَضَاءِ الْحَاجَةِ الْمُعْتَادَةِ فَلَا يَكُونُ غَيْرُهَا نَاقِضًا. قُلْنَا: تَقْيِيدٌ بِلَا دَلِيلٍ فِي مُقَابَلَةِ مَا يَدُلُّ عَلَى خِلَافِهِ وَهُوَ عُمُومُ كَلِمَةِ مَا. قَالَ (وَالدَّمُ وَالْقَيْحُ إِذَا خَرَجَا مِنَ الْبَدَنِ) خُرُوجُ النَّجَسِ مِنَ بَدَنِ الْإِنْسَانِ الْحَيِّ، يَنْقُضُ الطَّهَارَةَ كَيْفَمَا كَانَ عِنْدَنَا، وَهُوَ مَذْهَبُ الْعَشْرَةِ الْمُبَشِّرَةِ وَأَبْنِ مَسْعُودٍ وَزَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ وَأَبِي مُوسَى الْأَشْعَرِيِّ وَأَبِي الدَّرْدَاءِ وَصُدُورِ الثَّابِعِينَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ، وَقَيَّدَ بِالْخُرُوجِ؛ لِأَنَّ نَفْسَ النَّجَاسَةِ غَيْرُ نَاقِضَةٍ مَا لَمْ تُوصَفْ بِالْخُرُوجِ وَإِلَّا لَمَّا حَصَلَتْ الطَّهَارَةُ لِشَخْصٍ مَا، وَالْمُرَادُ بِالْبَدَنِ بَدَنُ الْحَيِّ كَمَا ذَكَرْنَا، فَإِنَّهَا إِنْ خَرَجَتْ مِنْ بَدَنِ الْمَيِّتِ بَعْدَ غُسْلِهِ لَا تُوجِبُ إِعَادَةَ غُسْلِهِ بَلْ تُوجِبُ غُسْلَ ذَلِكَ الْمَوْضِعِ عَلَى مَا سَيَأْتِي، وَشَرْطُ التَّجَاوُزِ إِلَى مَوْضِعٍ يَلْحَقُهُ حُكْمُ التَّطْهِيرِ اخْتِرَازًا عَمَّا يَبْدُو وَلَمْ يَخْرُجْ وَلَمْ يَتَجَاوَزْ فَإِنَّهُ لَا يُسَمَّى خَارِجًا، فَكَانَ تَقْسِيرًا لِلْخُرُوجِ وَرَدًا لَمَّا ظَنَّ زُفَرٌ أَنَّ الْبَادِيَّ خَارِجٌ حَتَّى أُوْرِدَ مَا لَمْ يَسِلْ نَقْضًا عَلَى قَوْلِنَا الْخَارِجُ مِنْ غَيْرِ السَّبِيلَيْنِ نَاقِضٌ لِلْوُضُوءِ.

وَقَوْلُهُ: (يَلْحَقُهُ حُكْمُ التَّطْهِيرِ) أَيُّ يَلْحَقُهُ حُكْمٌ هُوَ التَّطْهِيرُ، وَالْمُرَادُ أَنَّ يَجِبَ تَطْهِيرُهُ فِي الْجُمْلَةِ كَمَا فِي الْجَنَابَةِ حَتَّى لَوْ سَالَ الدَّمُ مِنَ الرَّأْسِ إِلَى قَصَبَةِ الْأَنْفِ انْتَقَضَ الْوُضُوءُ، بِخِلَافِ الْبَوْلِ إِذَا نَزَلَ إِلَى قَصَبَةِ الذِّكْرِ وَلَمْ يَظْهَرْ؛ لِأَنَّ النَّجَاسَةَ

هُنَاكَ لَمْ تَصِلْ إِلَى مَوْضِعِ يَلْحَقُهُ حُكْمُ التَّطَهِيرِ، وَفِي الْأُتْفِ وَصَلَتْ إِلَى ذَلِكَ إِذِ
الاسْتِنْشَاقُ فِي الْجَنَابَةِ فَرَضٌ. (وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: الْخَارِجُ مِنْ غَيْرِ السَّبِيلَيْنِ لَا يَنْقُضُ
الْوُضُوءَ وَلَمَّا رُوِيَ عَنْ «النَّبِيِّ ﷺ» أَنَّهُ قَاءَ فَلَمْ يَتَوَضَّأْ»^(١)؛ وَلِأَنَّ غَسْلَ غَيْرِ مَوْضِعِ
الْإِصَابَةِ أَمْرٌ تَعْبُدِيٌّ) أَيِ أَمْرٍ تُعْبَدُنَا بِهِ: أَيِ كَلَّفْنَا اللَّهُ بِهِ مِنْ غَيْرِ مَعْنَى يُعْقَلُ؛ إِذِ الْعَقْلُ
إِنَّمَا يَقْتَضِي وَجُوبَ غَسْلِ مَوْضِعِ أَصَابَتِهِ النَّجَاسَةِ (فَيَقْتَصِرُ عَلَى مَوْرِدِ الشَّرْعِ وَهُوَ
الْمَخْرَجُ الْمُعْتَادُ) وَالْيَأُ فِي تَعْبُدِيٍّ يَجُوزُ أَنْ تَكُونَ لِلنَّسَبَةِ وَيَجُوزُ أَنْ تَكُونَ لِلْمَبَالِغَةِ
كَأَحْمَرِيٍّ فِي أَحْمَرَ، وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ مَعْنَاهُ أَمْرٌ تَعْبُدِيٌّ؛ لِأَنَّ الْقِيَاسَ يَقْتَضِي وَجُوبَ
غَسْلِ كُلِّ الْأَعْضَاءِ كَمَا فِي الْمَنِيِّ، بَلْ بِطَرِيقِ الْأَوَّلَى؛ لِأَنَّ الْغَائِطَ أُلْحَسُ مِنَ الْمَنِيِّ
لَاخْتِلَافٍ فِي نَجَاسَتِهِ دُونَ الْغَائِطِ، فَلَا قِتْصَارَ عَلَى الْأَعْضَاءِ الْأَرْبَعَةِ أَمْرٌ تَعْبُدِيٌّ (وَلَمَّا
قَوْلُهُ: ﷺ: «الْوُضُوءُ مِنْ كُلِّ دَمٍ سَائِلٍ»^(٢) أَخْرَجَهُ الدَّارَقُطْنِيُّ).

وَوَجْهُ الاسْتِدْلَالِ أَنْ مِثْلَ هَذَا التَّرْكِيبِ يُفْهَمُ مِنْهُ الْوُجُوبُ كَمَا فِي قَوْلِهِ ﷺ:
«فِي خَمْسٍ مِنَ الْإِبِلِ شَاةٌ»^(٣) وَلَا خِلَافَ فِي فَرَضِيَّتِهِ، وَقَوْلُهُ: عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ:
«إِنَّمَا الْمَاءُ مِنَ الْمَاءِ»^(٤) وَلَا خِلَافَ فِي وَجُوبِ الْغَسْلِ بِسَبَبِ خُرُوجِ الْمَنِيِّ، فَكَانَ
مَعْنَاهُ تَوَضُّؤُوا مِنْ كُلِّ دَمٍ سَالٍ مِنَ الْبَدَنِ، وَإِنَّمَا عَبَّرَ عَنْهُ بِلَفْظِ الْخَبَرِ لِكَوْنِهِ أَكْثَرُ فِي
الدَّلَالَةِ عَلَى الْوُجُوبِ كَأَنَّهُ أَمْرٌ فَاثْتِمَلْ أَمْرُهُ فَأَخْبَرَ عَنْ ذَلِكَ وَهُوَ آيَةُ كَوْنِهِ وَاجِبًا، فَإِنَّ
الْأَمْرَ إِذَا كَانَ مِمَّنْ لَا يَكْذِبُ فِي كَلَامِهِ يُعْبَرُ عَنْ مَطْلُوبِهِ بِلَفْظِ الْخَبَرِ تَأْكِيدًا لِلطَّلَبِ؛
لِأَنَّ فِي تَرْكِهِ تَكْذِيبًا لَهُ وَهُوَ مِمَّنْ لَا يَكْذِبُ عَلَى مَا عُرِفَ فِي مَوْضِعِهِ.

فَإِنْ قِيلَ: سَلَمَتَاهُ لَكِنْ يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ الْمُرَادُ بِهِ الْوُضُوءُ اللَّغَوِيٌّ. قُلْنَا: ذَاكَ مَجَازٌ
شَرْعِيٌّ، وَلَا تُتْرَكُ الْحَقِيقَةُ الشَّرْعِيَّةُ فِي كَلَامِ الشَّارِعِ بِلَا دَلِيلٍ (وَقَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ
وَالسَّلَامُ: «مَنْ قَاءَ أَوْ رَعَفَ فِي صَلَاتِهِ فَلْيَنْصَرِفْ وَلْيَتَوَضَّأْ وَلْيَنْ عَلَى صَلَاتِهِ مَا لَمْ
يَتَكَلَّمْ»^(٥)) رَوَاهُ ابْنُ أَبِي مُلَيْكَةَ عَنْ عَائِشَةَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ، ذَكَرَهُ الرَّازِيُّ فِي شَرْحِ

(١) سبق تخريجه.

(٢) أخرجه ابن عدي في الكامل (١٩٣/١)، واستنكره، وضعفه الشيخ الألباني في الضعيفة (٤٧٠).

(٣) أخرجه أبو داود (١٥٦٨)، والترمذي (٥١٦)، وأحمد (١٤/٢)، والدارقطني (١١٣/٢).

(٤) أخرجه مسلم (٣٤٣)، وأبو داود (١٨٧)، وأحمد (١٠١٨٣).

(٥) ذكره الزيلعي في نصب الراية (٣٨/١).

الطَّحَاوِيَّ. يُقَالُ رَعَفَ: إِذَا سَالَ رُعَافُهُ. قَالَ الْمُطَرِّزِيُّ: وَفَنَحُ الْعَيْنِ هُوَ الْفَصِيحُ، وَوَجْهُ التَّمَسُّكِ بِهِ مِنْ أَوْجْهِهِ:

أَحَدُهَا: الْأَمْرُ بِالْإِنْصِرَافِ وَهُوَ إِبْطَالُ الْعَمَلِ الْمَنْهِي عَنْهُ الْمَفْضِي إِلَى التَّنَاقُضِ الْمُسْتَحِيلِ عَلَى الشَّرْعِ. فَإِنْ قِيلَ جَارَ أَنْ يَكُونَ الْأَمْرُ بِالْإِنْصِرَافِ لِإِزَالَةِ نَجَاسَةِ أَصَابَتِ ثَوْبِهِ أَوْ بَدَنِهِ مِنَ الرُّعَافِ. أُجِيبَ بِأَنَّ الْأَمْرَ بِالْبِنَاءِ يَأْبَاهُ، فَإِنَّ الْبِنَاءَ إِذْ ذَاكَ غَيْرُ جَائِزٍ بِالِاتِّفَاقِ.

وَالثَّانِي: الْأَمْرُ بِالْوُضُوءِ وَالْأَمْرُ لِلْوُجُوبِ وَإِرَادَةُ الْوُضُوءِ اللَّغْوِيُّ مَدْفُوعَةٌ بِمَا تَقَدَّمَ فِي الْحَدِيثِ الْأَوَّلِ. لَا يُقَالُ: وَقَعَ فِي الشَّرْعِ ذَلِكَ «إِذْ غَسَلَ فَمَهُ بَعْدَ الْقِيءِ فَقِيلَ لَهُ أَلَا تَتَوَضَّأُ وَضُوءَكَ لِلصَّلَاةِ فَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «هَكَذَا الْوُضُوءُ مِنَ الْقِيءِ»؛ لِأَنَّ ذَلِكَ بِقَرِينَةٍ قَائِمَةٍ فَإِنَّهُ ﷺ قَالَ ذَلِكَ بِطَرِيقِ الْمَشَاكَلَةِ لِقَوْلِ السَّائِلِ أَلَا تَتَوَضَّأُ وَضُوءَكَ لِلصَّلَاةِ.

وَالثَّالِثُ: أَنَّهُ أَمَرَ بِالْبِنَاءِ وَأَدْنَاهُ الْإِبَاحَةُ، وَلَا إِبَاحَةَ لِلْبِنَاءِ بَعْدَ الْعَمَلِ الْكَثِيرِ إِلَّا بَعْدَ اتِّقَاضِ الطَّهَارَةِ بِالِاتِّفَاقِ. لَا يُقَالُ: الْبِنَاءُ الْمَعْطُوفُ عَلَى الْإِنْصِرَافِ غَيْرُ وَاجِبٍ بِالِاتِّفَاقِ فَكَذَا مَا عُطِفَ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّ الْقِرَانَ فِي النَّظْمِ لَا يُوجِبُ الْقِرَانَ فِي الْحُكْمِ، أَلَا يُرَى إِلَى قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿كُلُوا مِنْ رِزْقِ رَبِّكُمْ وَاشْكُرُوا لَهُ﴾ [سبأ: ١٥] فَإِنَّ الْأَمْرَ الْأَوَّلَ لِلِإِبَاحَةِ وَالثَّانِي لِلْوُجُوبِ، وَإِذَا جَارَ ذَلِكَ فَعَكْسُهُ أَوْلَى؛ لِأَنَّهُ أَتْبَاعُ الضَّعِيفِ لِلْقَوِيِّ.

(قَوْلُهُ: وَلِأَنَّ خُرُوجَ النَّجَاسَةِ) إِبْتِاثُ صِفَةِ النَّجَاسَةِ لِمَا يَخْرُجُ مِنْ غَيْرِ السَّيِّئِينَ بِطَرِيقِ الْقِيَاسِ، وَالْمُصَنِّفُ رَحِمَهُ اللَّهُ ظَهَرَ عَنْ حَذَقِ عَظِيمٍ مَعَ وَجَازَةِ اللَّفْظِ وَبَيَانِهِ عَلَى وَجْهِهِ وَاضِحٌ يَحْتَاجُ إِلَى ذِكْرِ الْأَصْلِ وَالْفَرْعِ وَشُرُوطِ الْقِيَاسِ. فَلَا عَلَيْنَا أَنْ نَذْكُرَ ذَلِكَ إجمالاً فَتَقُولُ: الْقِيَاسُ إِبَاتُهُ مِثْلُ حُكْمِ أَحَدِ الْمَذْكُورِينَ بِمِثْلِ عِلَّتِهِ فِي الْآخَرِ فَالْمَذْكُورُ الْأَوَّلُ هُوَ الْأَصْلُ وَالثَّانِي هُوَ الْفَرْعُ. وَشُرُوطُهُ أَلَا يَكُونَ الْأَصْلُ مَخْصُوصًا بِحُكْمِهِ بِنَصٍّ آخَرَ كَشَهَادَةِ خَزِيمَةَ، وَأَلَا يَكُونَ مَعْدُولًا بِهِ عَنْ الْقِيَاسِ كِبَقَاءِ الصَّوْمِ مَعَ الْأَكْلِ نَاسِيًا، وَأَنْ يَتَعَدَّى الْحُكْمُ الشَّرْعِيُّ الثَّابِتَ بِالنَّصِّ بَعِيْنِهِ إِلَى فَرْعٍ هُوَ نَظِيرُهُ وَلَا نَصٌّ فِيهِ. وَأَمَّا مَعْرِفَةُ تَفَاصِيلِ ذَلِكَ وَمَا يَحْتَزُّ عَنْهُ بِكُلِّ قَيْدٍ مِنَ الْقِيُودِ فَمَوْضِعُهُ أَصُولُ الْفِقْهِ إِذَا عُرِفَ هَذَا فَتَقُولُ: فَأَمَّا الْأَصْلُ فِيمَا نَحْنُ فِيهِ فَهُوَ الْخَارِجُ مِنَ السَّيِّئِينَ. أَعْنِي الْعَائِطُ،

وَهُوَ يَشْتَمِلُ عَلَى مَعْنَى مَعْقُولٍ، وَهُوَ أَنَّ لَخُرُوجِ النَّجَاسَةِ أَثَرًا فِي زَوَالِ الطَّهَارَةِ عَنْ
الْمَخْرَجِ لِاتِّصَافِهِ بِضِدِّ الطَّهَارَةِ وَهُوَ التَّلَوُّثُ بِالنَّجَاسَةِ، وَعَنْ سَائِرِ الْبَدَنِ بِاعْتِبَارِ أَنَّ
الْإِتِّصَافَ بِالْحَدَثِ لَا يَقْبَلُ التَّجْزُؤَ، وَعَلَى مَعْنَى غَيْرِ مَعْقُولٍ، وَهُوَ الْاِقْتِصَارُ عَلَى
الْأَعْضَاءِ الْأَرْبَعَةِ.

وَأَمَّا الْفَرْعُ فِيهِ فَهُوَ الْخَارِجُ مِنْ غَيْرِ السَّيْلَيْنِ وَذَلِكَ؛ لِأَنَّ عُلَمَاءَنَا اعْتَبَرُوا
فَاسْتَنْبَطُوا أَنَّ الْخَارِجَ مِنَ السَّيْلَيْنِ كَانَ حَدَثًا لِكَوْنِهِ نَجَسًا خَارِجًا مِنْ بَدَنِ الْإِنْسَانِ مِنْ
قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿أَوْ جَاءَ أَحَدٌ مِنْكُمْ مِنَ الْغَائِطِ﴾ [المائدة: ٦] الْآيَةِ، وَهُوَ نَصٌّ مَعْقُولٌ
بِذَلِكَ الْوَصْفِ لظُهُورِ أَثَرِهِ فِي جَنْسِ الْحُكْمِ الْمَعْلَلِ بِهِ وَهُوَ اِئْتِقَاضُ الطَّهَارَةِ بِخُرُوجِ دَمِ
الْحَيْضِ وَالنَّفَاسِ، وَوَجَدُوا مِثْلَ ذَلِكَ فِي الْخَارِجِ مِنْ غَيْرِ السَّيْلَيْنِ فَعَدُّوا الْحُكْمَ الْأَوَّلَ
إِلَيْهِ، وَتَعَدَّى الْحُكْمَ الثَّانِي وَهُوَ الْاِقْتِصَارُ عَلَى الْأَعْضَاءِ الْأَرْبَعَةِ أَيْضًا ضَرُورَةً تَعْدِي
الْأَوَّلَ؛ لِأَنَّهُ لَوْ لَمْ يَتَّعَدَّ إِلَيْهِ تَغَيَّرَ حُكْمُ النَّصِّ بِالتَّغْلِيلِ وَذَلِكَ يُفْسِدُ الْقِيَاسَ.

فَإِنْ قِيلَ التَّغْيِيرُ وَقَعَ؛ لِأَنَّ مُجَرَّدَ الْخُرُوجِ مُؤَثِّرٌ فِي الْأَصْلِ وَاعْتَبَرْتُمْ فِي الْفَرْعِ
السَّيْلَانِ إِلَى مَوْضِعٍ يَلْحَقُهُ حُكْمُ التَّطْهِيرِ فَأَجَابَ الْمُصَنِّفُ بِقَوْلِهِ غَيْرَ أَنَّ الْخُرُوجَ يَتَحَقَّقُ
بِالسَّيْلَانِ إِلَى مَوْضِعٍ يَلْحَقُهُ حُكْمُ التَّطْهِيرِ وَيَمِلُّ الْفَمُ الْخ.

فَإِنْ قِيلَ قَدْ ذَكَرْتُمْ أَنَّ مِنْ شُرُوطِ الْقِيَاسِ أَلَّا يَكُونَ الْأَصْلُ مَخْصُوصًا بِحُكْمِهِ
بِنَصٍّ آخَرَ، وَلَا تُسَلِّمُ وَجُودُهُ فِي مَحَلِّ النِّزَاعِ لِمَا رَوَى «أَنَّهُ ﷺ قَاءَ فَلَمْ يَتَوَضَّأْ»^(١)، فَإِنَّهُ
يَذُلُّ عَلَى أَنَّ قَوْلَهُ تَعَالَى ﴿أَوْ جَاءَ أَحَدٌ مِنْكُمْ مِنَ الْغَائِطِ﴾ [المائدة: ٦] مَخْصُوصٌ
بِحُكْمِهِ وَهُوَ نَقْضُ الطَّهَارَةِ. فَالْجَوَابُ أَنَّ ذَلِكَ مَحْمُولٌ عَلَى الْقَلِيلِ كَمَا ذَكَرَهُ فِي
الْكِتَابِ. وَيُجَابُ عَمَّا لَوْ قِيلَ وَمِنْ شَرْطِهِ أَلَّا يَكُونَ الْفَرْعُ مَخْصُوصًا عَلَيْهِ وَقَدْ رَوَيْتُمْ فِيهِ
حَدِيثَيْنِ بَأَنَّ ذَلِكَ الشَّرْطَ لَيْسَ بِمُتَّفَقٍ عَلَيْهِ، فَجَازَ أَنْ يَكُونَ اخْتِيَارُ الْمُصَنِّفِ خِلَافَهُ.
وَلِقَائِلُ أَنْ يَقُولَ: قَدْ ذَكَرْتُمْ أَنَّ الْأَصْلَ يَشْتَمِلُ عَلَى مَعْنَى مَعْقُولٍ وَمَعْنَى غَيْرِ مَعْقُولٍ،
وَعَدَيْتُمْ غَيْرَ الْمَعْقُولِ تَبَعًا لِلْمَعْقُولِ لَثَلَا يَلْزَمُ التَّغْيِيرُ الْمُفْسِدُ لَتَعْدِيَةِ الْمَعْقُولِ، فَهَلَا تَرَكْتُمْ
تَعْدِيَةَ غَيْرِ الْمَعْقُولِ وَجَعَلْتُمْ الْمَعْقُولَ تَبَعًا لَهُ فِي ذَلِكَ؟ وَالْجَوَابُ مِنْ وَجْهَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّ الْأَوَّلَ مَعْقُولٌ لِمَا ذَكَرْنَا وَمَشْرُوعٌ لِاعْتِبَارِهِ فِي الشَّرْعِ حَدَثًا،

وَالثَّانِي مَشْرُوعٌ فَقَطْ فَجَعَلَهُ تَابِعًا لِلأَوَّلِ أَوَّلَى مِنْ عَكْسِهِ لَا مَحَالَةَ.

وَالثَّانِي: أَنَّ الشَّرْعَ لَمَّا اعْتَبَرَ الْأَوَّلَ حَدَّثَنَا اسْتَلْزَمَ الطَّهَارَةَ عِنْدَ تَكَرُّرِهِ، وَفِي غَسَلِ جَمِيعِ الْبَدَنِ كُلِّمَا وَجِدَ حَرَجٌ بَيْنَ فَاقتَصَرَ عَلَى الْأَعْضَاءِ الْأَرْبَعَةِ الظَّاهِرِ تَبَعًا لَهَا، فَكَانَ الثَّانِي مِنْ ضَرُورَاتِ الْأَوَّلِ فَكَانَ تَابِعًا لَهُ، وَعَرَفَ مِلءَ الْفَمِ بِمَا ذَكَرَ فِي الْكِتَابِ وَهُوَ رَوَايَةُ الْحَسَنِ بْنِ زِيَادٍ. وَقِيلَ إِنَّ مَنَعَ مِنَ الْكَلَامِ فَهُوَ مَلْؤُهُ وَإِلَّا فَلَا. وَفَرَّقَ بَيْنَ الْمِلءِ وَغَيْرِهِ؛ لِأَنَّ الْفَمَ تَجَادَبَ فِيهِ دَلِيلَانِ: أَحَدُهُمَا يَقْتَضِي كَوْنَهُ ظَاهِرًا، وَالْآخَرُ يَقْتَضِي كَوْنَهُ بَاطِنًا حَقِيقَةً وَحُكْمًا. أَمَّا الْحَقِيقَةُ فَلَأَنَّهُ إِذَا فَتَحَ فَاهُ يَظْهَرُ، وَإِذَا ضَمَّهُ يُبْطِنُ. وَأَمَّا الْحُكْمُ فَلَأَنَّ الصَّائِمَ إِذَا أَخَذَ الْمَاءَ فِيهِ ثُمَّ مَجَّهَ لَمْ يُفْسِدْ صَوْمَهُ كَمَا إِذَا سَالَ الْمَاءُ عَلَى ظَاهِرِ جِلْدِهِ فَكَانَ ظَاهِرًا. وَإِذَا ابْتَلَعَ رِيْقَهُ لَا يُفْسِدُ صَوْمَهُ أَيْضًا كَمَا إِذَا انْتَقَلَ مِنْ زَاوِيَةٍ مِنْ بَطْنِهِ إِلَى أُخْرَى فَكَانَ بَاطِنًا، فَوَفَّرْنَا عَلَى الدَّلِيلَيْنِ حُكْمَهُمَا فَقُلْنَا إِذَا كَثُرَ يَنْقُضُ؛ لِأَنَّهُ يَخْرُجُ غَالِبًا بِحَيْثُ لَا يَقْدِرُ الْإِنْسَانُ عَلَى ضَنْطِهِ إِلَّا بِكُلْفَةٍ فَاغْتَبِرَ خَارِجًا، وَإِذَا قَلَّ لَا يَنْقُضُ فَيَصِيرُ تَبَعًا لِلرَّيْقِ، وَإِلَيْهِ أَشَارَ بِقَوْلِهِ: لِأَنَّهُ يَخْرُجُ ظَاهِرًا فَاغْتَبِرَ خَارِجًا. فَإِنْ قِيلَ: عَرَفَ الْمُصَنِّفُ مِلءَ الْفَمِ ثُمَّ اسْتَدَلَّ عَلَيْهِ وَالتَّعْرِيفَاتُ لَا يُسْتَدَلُّ عَلَيْهَا. فَالْجَوَابُ أَنَّ قَوْلَهُ لِأَنَّهُ يَخْرُجُ ظَاهِرًا لَيْسَ دَلِيلًا لِقَوْلِهِ وَمِلءُ الْفَمِ أَنْ يَكُونَ بِحَالٍ الْخَ، بَلْ هُوَ دَلِيلٌ لِقَوْلِهِ وَبِمِلءِ الْفَمِ فِي الْقِيَاءِ.

قَالَ (وَقَالَ زُفَرٌ: قَلِيلُ الْقِيَاءِ وَكَثِيرُهُ سَوَاءٌ) قَالَ زُفَرٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَمَّا كَانَ الْخَارِجُ مِنْ غَيْرِ السَّبِيلَيْنِ حَدَّثَنَا بِمَا دَلَّ عَلَيْهِ مِنَ الدَّلِيلِ وَجَبَ. أَنَّ يَسْتَوِي فِيهِ الْقَلِيلُ وَالْكَثِيرُ كَالْخَارِجِ مِنَ السَّبِيلَيْنِ، وَهُوَ قِيَاسُ ظَاهِرٍ، وَلِقَوْلِهِ ﷺ «الْقَلَسُ حَدَثٌ» رَوَاهُ سَوَّارُ بْنُ مُصَنَّبٍ عَنْ زَيْدِ بْنِ عَلِيٍّ عَنْ بَعْضِ آبَائِهِ عَنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ، ذَكَرَهُ أَبُو بَكْرِ الرَّازِيُّ فِي شَرْحِهِ لِمُخْتَصَرِ الطَّحَاوِيِّ.

وَوَجْهُ الاسْتِدْلَالِ مَا ذَكَرَ عَنْ الْخَلِيلِ أَنَّهُ قَالَ: الْقَلَسُ مَا خَرَجَ مِنَ الْفَمِ مِلءَ الْفَمِ أَوْ دُونَهُ. وَإِنَّمَا قَدَّمَ الاسْتِدْلَالَ بِالْقِيَاسِ عَلَى الاسْتِدْلَالِ بِالْحَدِيثِ؛ لِأَنَّ الْخَصْمَ مُقَرَّرٌ بِصِحَّةِ الْقِيَاسِ لَا نِزَاعَ لَهُ فِيهَا فَكَانَ أَقْطَعَ فِي الْإِلْزَامِ. وَلَنَا قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «لَيْسَ فِي الْقَطْرَةِ وَالْقَطْرَتَيْنِ مِنَ الدَّمِ وَضُوءٌ إِلَّا أَنْ يَكُونَ سَائِلًا» أَيْ لَيْسَ فِي الْقَطْرَةِ وَالْقَطْرَتَيْنِ بِالْقُوَّةِ مِنَ الدَّمِ وَضُوءٌ، لَكِنْ إِذَا سَالَ الدَّمُ فِيهِ الْوَضُوءُ. وَحَاصِلُ

مَعْنَاهُ: لَا وَضُوءَ فِي الدَّمِ الْقَلِيلِ، لَكِنْ فِي الْكَثِيرِ وَضُوءٌ وَهُوَ السَّائِلُ، وَالِاسْتِنَاءُ مُنْقَطِعٌ؛ لِأَنَّ الْحَقِيقَةَ لَيْسَتْ بِمُرَادَةٍ لِحُصُولِهَا بَعْدَ السَّيْلَانِ، وَالْمَجَازُ وَهُوَ الْقَلِيلُ لَا يَتَنَاوَلُ السَّائِلَ فَلَا يَكُونُ مُتَّصِلًا. فَإِنْ قِيلَ: لَا تُسَلِّمُ أَنَّ الْحَقِيقَةَ لَيْسَتْ بِمُرَادَةٍ لِمَجَازٍ أَنْ يَكُونَ الْمُرَادُ مِنْهُ قَطْرُ الدَّمِ مِنْ رَأْسِ الْجُرْحِ مِنْ غَيْرِ أَنْ يَسِيلَ إِلَى مَوْضِعٍ يَلْحَقُهُ حُكْمُ التَّطْهِيرِ. فَالْجَوَابُ أَنَّ هَذَا الْمَنْعَ لَا يَضُرُّنَا؛ لِأَنَّ الْإِسْتِنَاءَ لَا يَخْرُجُ بِهِ عَنْ كَوْنِهِ مُنْقَطِعًا وَهُوَ ظَاهِرُهُ (قَوْلُهُ: وَقَوْلُ عَلِيٍّ ؑ حِينَ عَدَّ الْأَحْدَاثَ جُمْلَةً: أَوْ دَسْعَةً) أَيِ دَفْعَةٍ مِنَ الْقِيءِ اسْتِدْلَالٌ بِالْأَثَرِ، وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ قَالَ سَمَاعًا مِنَ النَّبِيِّ ﷺ فَصَارَ قَوْلُهُ: كَقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ. وَقَوْلُهُ: (وَإِذَا تَعَارَضَتِ الْأَخْبَارُ) يَعْنِي أَنَّ الْأَصْلَ فِي الدَّلِيلَيْنِ الْمُتَعَارِضَيْنِ أَنْ يُعْمَلَ بِهِمَا إِنْ أُمِكنَ، وَإِلَّا فَيَرْجَحُ أَحَدُهُمَا إِنْ أُمِكنَ، وَإِنْ لَمْ يُمْكِنْ يَتَهَاتَرَانِ فَيُصَارُ إِلَى الْقِيَاسِ، فَإِنْ تَعَارَضَ الْقِيَاسَانِ يَعْملُ الْمُجْتَهِدُ بِأَيِّهِمَا شَاءَ، وَفِي مَسْأَلَتِنَا هَذِهِ تَعَارَضَ مَا رَوَاهُ الشَّافِعِيُّ مِنْ قَوْلِهِ «قَاءَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ فَلَمْ يَتَوَضَّأْ» وَمَا رَوَاهُ زُفَرٌ مِنْ قَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «الْفَلَسُ حَدَثٌ» وَالْعَمَلُ بِهِمَا مُمَكِّنٌ بِحَمْلِ مَا رَوَاهُ الشَّافِعِيُّ عَلَى الْقَلِيلِ، وَمَا رَوَاهُ زُفَرٌ عَنْ الْكَثِيرِ، وَذَلِكَ؛ لِأَنَّ الْقِيءَ مِلءَ الْفَمِ مِنْ كَثَرَةِ الْأَكْلِ، وَرَسُولُ اللَّهِ ﷺ كَانَ عَنْ ذَلِكَ بِمَعْرُورٍ.

(قَوْلُهُ: وَالْفَرْقُ بَيْنَ الْمَسْلُوكَيْنِ) أَيِ الْمَخْرَجِ الْمُعْتَادِ وَغَيْرِهِ جَوَابٌ لِرُفْرٍ عَنْ اعْتِبَارِ غَيْرِ الْمُعْتَادِ بِالْمُعْتَادِ، وَقَدْ بَيَّنَّا عِنْدَ قَوْلِهِ غَيْرُ أَنَّ الْخُرُوجَ إِلَى الْخِ فَلَا يُعِيدُهُ (وَلَوْ قَاءَ مُتَفَرِّقًا بِحَيْثُ لَوْ جُمِعَ يَمَلَأُ الْفَمَ فَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ يُعْتَبَرُ اتِّحَادُ الْمَجْلِسِ)؛ لِأَنَّ لَهُ أَثَرًا فِي جَمْعِ الْمُتَفَرِّقَاتِ وَهَذَا تَحْدُثُ الْأَقْوَالُ الْمُتَفَرِّقَةُ فِي النِّكَاحِ وَالْبَيْعِ وَسَائِرِ الْعُقُودِ بِاتِّحَادِ الْمَجْلِسِ، وَكَذَا التَّلَاوَاتُ الْمُتَعَدِّدَةُ لِآيَةِ السُّجْدَةِ تَحْدُثُ بِاتِّحَادِ الْمَجْلِسِ. (وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ يُعْتَبَرُ اتِّحَادُ السَّبَبِ وَهُوَ الْعَثِيَانُ)؛ لِأَنَّ الْحُكْمَ يُثْبِتُ عَلَى حَسَبِ ثُبُوتِ السَّبَبِ مِنَ الصَّحَّةِ وَالْفَسَادِ فَيَتَّحِدُ بِاتِّحَادِهِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ إِذَا جُرِحَ جَوَاحِثُ وَمَاتَ مِنْهَا قَبْلَ الْبُرْءِ يَتَّحِدُ الْمَوْجِبُ وَإِنْ تَخَلَّلَ الْبُرْءُ اخْتَلَفَ، وَتَفْسِيرُ الْإِتِّحَادِ فِي الْعَثِيَانِ أَنْ يَقْبَى ثَانِيًا قَبْلَ سُكُونِ النَّفْسِ عَنِ الْعَثِيَانِ الْأَوَّلِ، فَإِنْ سَكَتَتْ ثُمَّ قَاءَ فَهُوَ حَدَثٌ جَدِيدٌ. (ثُمَّ مَا لَا يَكُونُ حَدَثًا لَا يَكُونُ نَجِسًا يُرَوَى ذَلِكَ عَنْ أَبِي يُوسُفَ) وَهُوَ مَرْوِيٌّ عَنْ ابْنِ عُثْمَرَ ذَكَرَهُ فِي جَامِعِ الْكَرْدَرِيِّ وَهُوَ الصَّحِيحُ، وَهُوَ اخْتِيَارُ بَعْضِ مَشَايِخِنَا

وَاخْتَارَهُ الْمُصَنِّفُ، وَاحْتَرَزَ بِقَوْلِهِ وَهُوَ الصَّحِيحُ عَنْ قَوْلِ مُحَمَّدٍ فَإِنَّهُ نَجِسٌ عِنْدَهُ، وَاخْتَارَهُ بَعْضُ الْمَشَايخِ احْتِيَاظًا. وَفَائِدَتُهُ تَظْهَرُ فِيمَا إِذَا أَخَذَهُ بِقُطْنَةٍ فَأَلْقَاهُ فِي الْمَاءِ لَا يَنْجُسُ الْمَاءَ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ خِلَافًا لِمُحَمَّدٍ. وَقَوْلُ أَبِي يُوسُفَ أَرْفَقُ خُصُوصًا فِي حَقِّ أَصْحَابِ الْقُرُوحِ، وَوَجْهُ الصَّحَّةِ مَا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ بِقَوْلِهِ: إِنَّهُ لَيْسَ بِنَجَسٍ حُكْمًا حَيْثُ لَمْ تُتَقَضَّ بِهِ الطَّهَّارَةُ، وَمَعْنَاهُ أَنَّ الْخَارِجَ النَّجَسَ مِنْ بَدَنِ الْإِنْسَانِ الْحَيِّ يَسْتَلْزِمُ كَوْنَهُ حَدَثًا، فَإِذَا لَمْ يَكُنْ حَدَثًا فَقَدْ انْتَفَى الْإِثْمُ وَانْتَفَاؤُهُ يَسْتَلْزِمُ انْتِفَاءَ الْمَلْزُومِ وَفِي كَلَامِهِ نَظَرٌ مِنْ وَجْهَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّ الضَّمِيرَ فِي قَوْلِهِ لِأَنَّهُ رَاجِعٌ إِلَى مَا لَا يَكُونُ حَدَثًا، وَمَعْنَى قَوْلِهِ لَمْ تُتَقَضَّ بِهِ الطَّهَّارَةُ لَيْسَ بِحَدَثٍ، فَكَانَ مَعْنَى كَلَامِهِ؛ لِأَنَّ مَا لَا يَكُونُ حَدَثًا لَيْسَ بِنَجَسٍ حُكْمًا؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِحَدَثٍ وَهُوَ مُصَادَرَةٌ عَلَى الْمَطْلُوبِ مَرَّتَيْنِ.

وَالثَّانِي: أَنَّهُ لَا يُسْتَدَلُّ بِعَدَمِ نَقْضِ الطَّهَّارَةِ عَلَى عَدَمِ النَّجَاسَةِ؛ لِأَنَّ عَدَمَ النُّقْضِ يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ لِكَوْنِهِ غَيْرَ خَارِجٍ لَا لِكَوْنِهِ غَيْرَ نَجَسٍ، فَإِنَّ عِلَّةَ النَّاقِضِ ذَاتُ وَصَفَيْنِ: وَصِفِ الْخُرُوجِ، وَوَصِفِ النَّجَاسَةِ فَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ انْتِفَاؤُهُ لِكَوْنِهِ غَيْرَ خَارِجٍ دُونَ انْتِفَاءِ الْوَصْفِ الْآخَرِ. وَالْجَوَابُ عَنِ الْأَوَّلِ أَنَّ تَقْرِيرَ كَلَامِهِ هَكَذَا مَا لَا يَكُونُ حَدَثًا لَا يَكُونُ نَجَسًا؛ لِأَنَّ مَا لَا يَكُونُ حَدَثًا لَيْسَ بِنَجَسٍ حُكْمًا.

وَقَوْلُهُ: (حُكْمًا) إشارَةٌ إِلَى أَنَّ النَّجَسَ هُوَ مَا يَحْكُمُ الشَّرْعُ بِنَجَاسَتِهِ، وَالشَّرْعُ لَمْ يَحْكَمْ بِنَجَاسَتِهِ؛ لِأَنَّ حُكْمَهُ بِالنَّجَاسَةِ يَسْتَلْزِمُ كَوْنَهُ حَدَثًا وَلَيْسَ بِحَدَثٍ لَمَّا دَلَّ عَلَيْهِ مِنَ الدَّلِيلِ فَلَا يَكُونُ نَجَسًا. وَعَنِ الثَّانِي بَأَنَّ غَيْرَ الْخَارِجِ لَا يُعْطَى لَهُ حُكْمُ النَّجَاسَةِ لِكَوْنِهِ فِي مَحَلِّهِ، فَإِنَّ مَنْ صَلَّى وَهُوَ حَامِلٌ سَخْلَةً أَوْ بَيْضَةً حَالَ مَجْهَأِهَا دَمًا جَازَتْ صَلَاتُهُ، فَكَانَ انْتِفَاءُ الْخُرُوجِ مُسْتَلْزِمًا لانتِفَاءِ النَّجَاسَةِ، وَتَوْقُضُ بَدَنِ الْإِسْتِحْضَاةِ وَالْجَرْحِ السَّائِلِ فَإِنَّهُ لَيْسَ بِحَدَثٍ وَهُوَ نَجَسٌ. وَأُجِيبَ بِأَنَّا لَا نُسَلِّمُ أَنَّهُ لَيْسَ بِحَدَثٍ بَلْ هُوَ حَدَثٌ لَكِنْ لَا يَظْهَرُ أَثَرُهُ حَتَّى يَخْرُجَ الْوَقْتُ.

(قَوْلُهُ: وَهَذَا) أَيُّ الَّذِي ذَكَرْنَا مِنْ انْتِقَاضِ الطَّهَّارَةِ بِمِلءِ الْفَمِ (إِذَا قَاءَ مَرَّةً أَوْ طَعَامًا أَوْ مَاءً، فَإِنْ قَاءَ بِلَعْمًا) يَعْنِي صَرَفًا لَا يَشُوبُهُ طَعَامٌ، فِيمَا أَنْ يَنْزِلَ مِنَ الرَّأْسِ أَوْ يَرْتَقِيَ مِنَ الْجَوْفِ، وَالْأَوَّلُ غَيْرُ نَاقِضٍ بِالِاتِّفَاقِ؛ لِأَنَّ الرَّأْسَ لَيْسَ بِمَوْضِعِ النَّجَاسَةِ.

وَكَذَا الثَّانِي عِنْدَهُمَا خِلَافًا لِأَبِي يُوسُفَ. لَهُ أَنَّهُ نَجَسٌ بِمَجَاوَرَةٍ مَا فِي الْمَعْدَةِ مِنَ النَّجَاسَةِ، وَقَدْ خَرَجَ إِلَى مَوْضِعٍ يَلْحَقُهُ حُكْمُ التَّطْهِيرِ فَيَكُونُ نَاقِضًا كَالطَّعَامِ وَالصَّفْرَاءِ، وَلَهُمَا أَنَّ الْبَلْعَ لَرَجٍّ لَا تَخْلُلُهُ النَّجَاسَةُ وَمَا يَتَّصِلُ بِهِ قَلِيلٌ وَقَلِيلٌ فِي الْقِيءِ غَيْرُ نَاقِضٍ.

فَإِنْ قِيلَ: يُنْقَضُ بِلَعْمٍ يَقَعُ فِي النَّجَاسَةِ ثُمَّ يُرْفَعُ فَإِنَّهُ يُحْكَمُ بِنَجَاسَتِهِ. أُجِيبَ بِأَنَّهُ لَا رَوَايَةَ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ، وَلَكِنْ سُلِّمَ فَالْفَرْقُ بَيْنَهُمَا أَنَّ الْبَلْعَ مَا دَامَ فِي الْبَاطِنِ تَزْدَادُ نَجَاسَتُهُ فَتَزْدَادُ لُزُوجَتُهُ، فَإِذَا انفصلَ عَنِ الْبَاطِنِ ثَقُلَ نَجَاسَتُهُ فَثَقُلَ لُزُوجَتُهُ. وَإِذَا قُلْتُ لُزُوجَتُهُ اَزْدَادَتْ رِقَّتُهُ فَجَارَ أَنْ يَقْبَلَ النَّجَاسَةَ، وَلَمْ يَذْكُرْ مَا إِذَا اخْتَلَطَ الْبَلْعُ بِالطَّعَامِ، قَالُوا: يُعْتَبَرُ فِيهِ الْعَلَبَةُ، فَإِنْ كَانَ الطَّعَامُ غَالِبًا نَقَضَ كَالدَّمِ وَإِلَّا فَلَا.

(قَوْلُهُ: وَلَوْ قَاءَ دَمًا) فَإِمَّا أَنْ يَكُونَ مُتَجَمِّدًا وَهُوَ الْعَلَقُ أَوْ مَائِعًا. فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلَ يُعْتَبَرُ فِيهِ مِلءُ الْقَمِ؛ لِأَنَّهُ سَوْدَاءٌ مُحْتَرِقَةٌ وَهِيَ تَخْرُجُ مِنَ الْمَعْدَةِ وَالْخَارِجُ مِنْهَا حَدَثٌ إِذَا كَانَ مِلءُ الْقَمِ، وَإِنْ كَانَ الثَّانِي فَكَذَلِكَ عِنْدَ مُحَمَّدٍ اعْتِبَارًا بِسَائِرِ أَنْوَاعِهِ. قِيلَ وَهِيَ خَمْسَةُ: الطَّعَامُ، وَالْمَاءُ وَالْمُرَّةُ، وَالسَّوْدَاءُ، وَالصَّفْرَاءُ. وَعِنْدَهُمَا إِنْ سَالَ بِقُوَّةِ نَفْسِهِ نَقَضَ، وَإِنْ قَلَّ؛ لِأَنَّ الْمَعْدَةَ لَيْسَتْ مَحَلًّا لِلدَّمِ فَيَكُونُ مِنْ قُرْحَةٍ فِي الْجَوْفِ ظَاهِرًا فَيُعْتَبَرُ بِالْخَارِجِ مِنَ الْقُرْحَةِ الظَّاهِرَةِ وَالْمُعْتَبَرُ هُنَاكَ السَّيْلَانُ. فَكَذَلِكَ هَهُنَا ذِكْرُ فِي مَبْسُوطِ شَيْخِ الْإِسْلَامِ خَوَاهِرَ زَادَهُ أَنْ قَوْلَ أَبِي يُوسُفَ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ مُضْطَرِبٌ، مِنْهُمْ مَنْ جَعَلَهُ مَعَ مُحَمَّدٍ، وَمِنْهُمْ مَنْ جَعَلَهُ مَعَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَاخْتَارَهُ الْمُصَنِّفُ..

(وَلَوْ) (نَزَلَ) مِنَ الرَّأْسِ (إِلَى مَا لَانَ مِنَ الْأَنْفِ) (نَقَضَ بِالِاتِّفَاقِ) لَوْصُولِهِ إِلَى مَوْضِعٍ يَلْحَقُهُ حُكْمُ التَّطْهِيرِ فَيَتَحَقَّقُ الْخُرُوجُ (وَالنَّوْمُ مُضْطَجِعًا أَوْ مُتَكِنًا أَوْ مُسْتَبِدًا إِلَى شَيْءٍ لَوْ أُزِيلَ عَنْهُ لَسَقَطَ) لِأَنَّ الْأَضْطِجَاعَ سَبَبٌ لِاسْتِرْحَاءِ الْمَفَاصِلِ فَلَا يَعْرِى عَنْ خُرُوجِ شَيْءٍ عَادَةً، وَالثَّابِتُ عَادَةً كَالْمُتَيَقِّنِ بِهِ، وَالِاتِّكَاءُ يُزِيلُ مَسَكَةَ الْيَقَظَةِ لِزَوَالِ الْمَقْعَدِ عَنِ الْأَرْضِ، وَيَبْلُغُ الْاسْتِرْحَاءُ غَايَتَهُ بِهَذَا النَّوعِ مِنَ الْاسْتِنَادِ، غَيْرَ أَنَّ السَّنَدَ يَمْنَعُهُ مِنَ السَّقُوطِ، بِخِلَافِ النَّوْمِ حَالَةَ الْقِيَامِ وَالْقُعُودِ وَالرُّكُوعِ وَالسُّجُودِ فِي الصَّلَاةِ وَغَيْرِهَا هُوَ الصَّحِيحُ، لِأَنَّ بَعْضَ الْاسْتِمْسَاكِ بَاقٍ، إِذَا زَالَ لَسَقَطَ فَلَمْ يَتِمَّ الْاسْتِرْحَاءُ، وَالْأَصْلُ فِيهِ قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «لَا وُضُوءَ عَلَى مَنْ نَامَ قَائِمًا أَوْ قَاعِدًا أَوْ رَاكِعًا أَوْ سَاجِدًا، إِنَّمَا

الْوُضُوءُ عَلَى مَنْ نَامَ مُضْطَجِعًا، فَإِنَّهُ إِذَا نَامَ مُضْطَجِعًا اسْتَرَخَتْ مَفَاصِلُهُ»^(١).

الشرح:

(قوله: وَلَوْ نَزَلَ إِلَى مَا لَانَ) أَيُّ الَّذِي لَانَ مِنَ الْأَنْفِ: يَعْنِي الْمَارِنَ. فَإِنْ قِيلَ حُكْمُ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ قَدْ عُلِمَ مِنْ قَوْلِهِ فِي أَوَّلِ الْفَصْلِ وَالْدَّمُ وَالْقَيْحُ إِذَا خَرَجَا مِنَ الْبَدَنِ فَتَجَاوَزَ إِلَى مَوْضِعٍ يَلْحَقُهُ حُكْمُ التَّطْهِيرِ فَكَانَ ذِكْرُهُ تَكْرُرًا. أُجِيبَ بَأَنِّ ذِكْرَهُ هَهُنَا لَيْسَ لَيَّانَ حُكْمِهِ لَكُونِهِ مَعْلُومًا مِنْ ذَلِكَ إِذَا وَصَلَ الدَّمُ إِلَى قَصَبَةِ الْأَنْفِ، وَإِنَّمَا ذِكْرُهُ هَهُنَا بَيَانًا لِلاتِّفَاقِ أَصْحَابِنَا؛ لِأَنَّ عِنْدَ زُفَرٍ لَا يَنْقُضُ بُوْضُولُهُ إِلَى قَصَبَةِ الْأَنْفِ، وَإِنَّمَا يَنْقُضُ إِذَا وَصَلَ إِلَى مَا لَانَ وَإِلَيْهِ أَشَارَ بِقَوْلِهِ بِالِاتِّفَاقِ.

وقوله: لَوْضُولُهُ إِلَى مَوْضِعٍ يَلْحَقُهُ حُكْمُ التَّطْهِيرِ: يَعْنِي بِالِاتِّفَاقِ لَعَدَمِ الظُّهُورِ قَبْلَ ذَلِكَ عِنْدَ زُفَرٍ (قوله: وَالتَّوْمُ مُضْطَجِعًا) لَمَّا فَرَعَ مِنْ بَيَانِ نَقْضِ الْوُضُوءِ بِمَا يَخْرُجُ مِنَ الْبَدَنِ حَقِيقَةً ذَكَرَ نَقْضَهُ بِمَا يُوجِبُ ذَلِكَ حُكْمًا (قوله: وَالتَّوْمُ مُضْطَجِعًا) وَهُوَ أَنَّ يَضَعُ النَّائِمُ جَنْبَهُ عَلَى الْأَرْضِ يَنْقُضُ الْوُضُوءَ؛ لِأَنَّ الْأَضْطِجَاعَ سَبَبٌ لَاسْتِرْخَاءِ الْمَفَاصِلِ فَلَا يَخْلُو عَنْ خُرُوجِ رِيحٍ عَادَةً، وَالتَّابِتُ عَادَةً كَالْمُتَيَقِّنِ بِهِ، أَلَا تَرَى أَنَّ مَنْ دَخَلَ الْمُسْتَرَاحَ ثُمَّ شَكَّ فِي وَضُوءِهِ فَإِنَّهُ يُحْكَمُ بِنَقْضِ وَضُوءِهِ؛ لِأَنَّ الْعَادَةَ جَرَتْ عِنْدَ الدُّخُولِ فِي الْخَلَاءِ بِالتَّبَرُّزِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا شَكَّ بِدُونِ الدُّخُولِ، وَكَذَلِكَ التَّوْمُ مُتَكَيِّمًا عَلَى أَحَدِ وَرِكَيْهِ، وَالتَّكَاءُ افْتِعَالٌ مِنْ وَكَأَ مُعْتَلٍّ الْفَاءُ مَهْمُوزٌ اللَّامُ مُقَدَّرٌ لَا مُسْتَعْمَلٌ، فَأَبْدَلَ التَّاءَ فِي اتَّكَاءٍ مِنَ الْوَاوِ إِذْ الْأَصْلُ أَوْ اتَّكَأَ، فَإِنَّ التَّاءَ تُبْدَلُ مِنَ الْوَاوِ فِي افْتَعَلَ وَغَيْرِهِ (وَلِأَنَّ التَّكَاءَ يُزِيلُ مَسَكَةَ الْيَقِظَةِ) أَيُّ التَّمَاسُكِ الَّذِي يَكُونُ لِلْيَقِظَانِ، وَكَذَلِكَ الْإِسْتِنَادُ إِلَى شَيْءٍ كَجِدَارٍ أَوْ حَائِطٍ بَحَيْثُ إِذَا أُزِيلَ سَقَطَ، وَهُوَ لَيْسَ مِنْ أَصْلِ رِوَايَةِ الْمُبْسُوطِ وَإِنَّمَا هُوَ مِمَّا اخْتَارَهُ الطَّحَاوِيُّ؛ لِأَنَّ الْإِسْتِرْخَاءَ يَبْلُغُ غَايَتَهُ بِهَذَا النَّوعِ مِنَ الْإِسْتِنَادِ، غَيْرَ أَنَّ السَّنَدَ يَمْنَعُهُ مِنَ السَّقُوطِ، وَالْمَرْوِيُّ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ لَا يَنْقُضُ وَضُوءُهُ عَلَى كُلِّ حَالٍ؛ لِأَنَّ مَقْعَدَهُ مُسْتَقَرٌّ عَلَى الْأَرْضِ فَيَأْمُنُ مِنْ خُرُوجِ شَيْءٍ مِنْهُ.

(قوله: بِخِلَافِ التَّوْمِ حَالَةَ الْقِيَامِ وَالْقُعُودِ وَالرُّكُوعِ وَالسُّجُودِ فِي الصَّلَاةِ) يَعْنِي إِذَا كَانَ عَلَى هَيْئَةِ سُجُودِ الصَّلَاةِ مِنْ تَجَافِي الْبَطْنِ عَنِ الْفَخَذَيْنِ وَعَدَمِ افْتِرَاشِ

(١) أخرجه أبو داود (٣٠)، والترمذي (٨٠)، وأحمد (٢٥٦).

الذَّارِعِينَ، أَمَّا إِذَا كَانَ بِخِلَافِهِ فَيَنْقُضُ. وَقَوْلُهُ: وَغَيْرُهَا هُوَ الصَّحِيحُ اخْتِرَازَ عَمَّا ذَكَرَ ابْنُ شَجَاعٍ أَنَّهُ لَا يَكُونُ حَدَثًا فِي هَذِهِ الْأَحْوَالِ إِذَا كَانَ فِي الصَّلَاةِ، أَمَّا إِذَا كَانَ خَارِجَ الصَّلَاةِ فَهُوَ حَدَثٌ وَالَّذِي صَحَّحَهُ هُوَ ظَاهِرُ الرَّوَايَةِ؛ (لأنَّ بَعْضَ الاسْتِمْسَاكِ بَاقٍ، إِذْ لَوْ زَالَ لَسَقَطَ فَلَا يَتِمُّ الاسْتِرْحَاءُ) وَإِذَا لَمْ يَتِمَّ لَمْ يَكُنِ النَّوْمُ فِي هَذِهِ الْأَحْوَالِ سَبَبًا لَخُرُوجِ شَيْءٍ عَادَةً فَلَا يُقَامُ مَقَامُهُ؛ لِأَنَّ السَّبَبَ إِنَّمَا يُقَامُ مَقَامَ الْمُسَبَّبِ إِذَا كَانَ غَالِبَ الْوُجُودِ بِذَلِكَ السَّبَبِ، أَمَّا إِذَا لَمْ يَغْلِبْ فَلَا؛ لِأَنَّهُ حِينَئِذٍ يَقَعُ الشَّكُّ فِي وُجُودِ الْحَدَثِ وَالْوُضُوءِ كَانَ ثَابِتًا يَبْقِي فلا يُزَالُ بِالشَّكِّ.

(وَالْأَصْلُ فِيهِ) أَيِّ فِي كَوْنِ النَّوْمِ غَيْرِ نَاقِضٍ لِلْوُضُوءِ فِي هَذِهِ الْأَحْوَالِ (قَوْلُهُ ﷺ «لَا وَضُوءَ عَلَى مَنْ نَامَ قَائِمًا أَوْ قَاعِدًا أَوْ رَاكِعًا أَوْ سَاجِدًا، إِنَّمَا الْوُضُوءُ عَلَى مَنْ نَامَ مُضْطَجِعًا فَإِنَّهُ إِذَا نَامَ مُضْطَجِعًا اسْتَرْخَتْ مَفَاصِلُهُ»^(١)) رَوَاهُ التِّرْمِذِيُّ مُسْتَدًا إِلَى ابْنِ عَبَّاسٍ عَنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ.

فَإِنْ قِيلَ: هَذَا الْحَدِيثُ غَيْرُ صَحِيحٍ؛ لِأَنَّ مَذَاهِرَهُ عَلَى أَبِي الْعَالِيَةِ وَهُوَ ضَعِيفٌ عِنْدَ الثَّقَلَةِ، رُوِيَ عَنْ ابْنِ سِيرِينَ أَنَّهُ قَالَ: حَدَّثَ عَمَّنْ شَيْتٌ إِلَّا عَنْ أَبِي الْعَالِيَةِ فَإِنَّهُ لَا يُبَالِي عَمَّنْ أَخَذَ: أَيُّ لَا يُبَالِي أَنْ يَرْوِيَ عَنْ كُلِّ أَحَدٍ. أُجِيبَ بِأَنَّ أَبَا الْعَالِيَةِ ثِقَةٌ نَقَلَ عَنْهُ الثَّقَاتُ كَالْحَسَنِ وَإِبْرَاهِيمَ النَّخَعِيِّ وَالشَّعْبِيِّ رَحِمَهُمُ اللَّهُ، وَكَوْنُهُ لَا يُبَالِي عَمَّنْ أَخَذَ يُؤَثِّرُ فِي مَرَاسِيلِهِ دُونَ مَسَانِيدِهِ، وَقَدْ أَسْنَدَ هَذَا الْحَدِيثَ إِلَى ابْنِ عَبَّاسٍ. وَوَجْهُ التَّمَسُّكِ بِهَذَا الْحَدِيثِ مِنْ أَوْجُه:

الْأَوَّلُ: نَفْيُ الْوُضُوءِ عَمَّنْ نَامَ قَائِمًا أَوْ رَاكِعًا أَوْ سَاجِدًا.

وَالثَّانِي: إِثْبَاتُهُ عَلَى مَنْ نَامَ مُضْطَجِعًا مُؤَكَّدًا بِإِنَّمَا. فَإِنْ قِيلَ: إِنَّمَا لِلْحَصْرِ وَلَا حَصْرَ هَهُنَا؛ لِأَنَّ الْوُضُوءَ لَمْ يَنْحَصِرْ عَلَى مَنْ نَامَ مُضْطَجِعًا بَلْ هُوَ وَاجِبٌ عَلَى الْمُسْتَنَدِ وَالْمُتَكَيِّ كَمَا مَرَّ وَأُجِيبَ بِأَنَّهُ لَا يُسَلَّمُ أَنَّهُ لِلْحَصْرِ بَلْ هُوَ لِلتَّكْيِيدِ الْإِثْبَاتِ وَلَكِنْ سَلَّمْنَا فَصَبَغَتْهُ أَفَادَتُ الْحَصْرِ فِي الْمُضْطَجِعِ وَالْمُتَكَيِّ، وَالْمُسْتَنَدُ يَلْحَقُ بِهِ بِطَرِيقِ الدَّلَالَةِ.

وَالثَّالِثُ: التَّعْلِيلُ وَهُوَ قَوْلُهُ: «فَإِنَّهُ إِذَا نَامَ مُضْطَجِعًا اسْتَرْخَتْ مَفَاصِلُهُ» فَإِنَّهُ يَدُلُّ عَلَى عَدَمِ وَجُوبِ الْوُضُوءِ عَلَى مَنْ نَامَ قَائِمًا أَوْ رَاكِعًا أَوْ سَاجِدًا لِعَدَمِ الاسْتِرْحَاءِ،

وَعَلَىٰ وَجُوهِهِ عَلَى الْمُضْطَجِعِ وَمَنْ هُوَ بِمَعْنَاهُ لَوْجُودِهِ فِيهِ.

قِيلَ وَمَعْنَى قَوْلِهِ: «اسْتَرَحْتَ مَقَاصِلَهُ»: بَلَّغَ الْاسْتِرْحَاءَ غَايَتَهُ؛ لِأَنَّ أَصْلَ الْاسْتِرْحَاءِ يُوجَدُ فِيمَنْ نَامَ قَائِمًا، فَحِينَئِذٍ يَتَنَاقَضُ أَوَّلُ الْحَدِيثِ وَآخِرُهُ. وَرَبَّمَا يُشِيرُ إِلَى هَذَا قَوْلُهُ: مَنْ قِيلَ؛ لِأَنَّ بَعْضَ الْاسْتِمْسَاكِ بَاقٍ، وَقَوْلُهُ: فَلَا يَتِمُّ الْاسْتِرْحَاءُ..

(وَالْعَلَبَةُ عَلَى الْعَقْلِ بِالْإِغْمَاءِ وَالْجُنُونُ) لِأَنَّهُ فَوْقَ النَّوْمِ مُضْطَجِعًا فِي الْاسْتِرْحَاءِ، وَالْإِغْمَاءُ حَدَثٌ فِي الْأَحْوَالِ كُلِّهَا، وَهُوَ الْقِيَاسُ فِي النَّوْمِ إِلَّا أَنَّا عَرَفْنَاهُ بِالْأَثَرِ، وَالْإِغْمَاءُ فَوْقَهُ فَلَا يُقَاسُ عَلَيْهِ

الشرح:

قَالَ (وَالْعَلَبَةُ عَلَى الْعَقْلِ بِالْإِغْمَاءِ وَالْجُنُونُ) وَالْجُنُونُ مَرْفُوعٌ عَطْفًا عَلَى قَوْلِهِ وَالْعَلَبَةُ، وَالْجُرُّ خَطَأٌ؛ لِأَنَّ الْعَقْلَ فِي الْإِغْمَاءِ مَغْلُوبٌ وَفِي الْجُنُونِ مَسْلُوبٌ، وَلِهَذَا جَارَ الْإِغْمَاءُ عَلَى الْأَنْبِيَاءِ دُونَ الْجُنُونِ، وَالْإِغْمَاءُ ضَرْبُ مَرَضٍ يُضْعِفُ الْقُوَى. وَلَا يُزِيلُ الْحِجَا، وَسَبَبُهُ امْتِلَاءُ بَطُونِ الدِّمَاغِ مِنْ بَلْعَمٍ غَلِيظٍ بَارِدٍ. وَقَوْلُهُ: (لَأَنَّهُ) أَيُّ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنَ الْإِغْمَاءِ وَالْجُنُونِ (فَوْقَ النَّوْمِ مُضْطَجِعًا فِي الْاسْتِرْحَاءِ)؛ لِأَنَّ النَّائِمَ يَتَنَبَّهُ بِالتَّنَبُّهِ دُونَهُمَا (وَالْإِغْمَاءُ حَدَثٌ فِي الْأَحْوَالِ كُلِّهَا) يَعْنِي حَالَ الْقِيَامِ وَالْقُعُودِ وَالرُّكُوعِ وَالسُّجُودِ لَوْجُودِ الْاسْتِرْحَاءِ، وَهُوَ الْقِيَاسُ فِي النَّوْمِ لِرَوَالِ الْمُقْعَدَةِ عَنِ الْأَرْضِ وَوُجُودِ أَصْلِ الْاسْتِرْحَاءِ، لَكِنْ تَرَكْنَا هَذَا الْقِيَاسَ فِي النَّوْمِ بِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «لَا وَضُوءَ عَلَى مَنْ نَامَ قَائِمًا»^(١) الْحَدِيثَ، وَالْإِغْمَاءُ فَوْقَهُ كَمَا مَرَّ فَلَا يُقَاسُ عَلَيْهِ وَلَا يَلْحَقُ بِهِ دَلَالَةً؛ إِذْ لَا يَلْزَمُ مَنْ أَلَا يَكُونُ أَدْنَى الْعَقْلَةِ نَاقِضًا أَلَا يَكُونُ أَعْلَاهَا نَاقِضًا. وَالسُّكْرُ إِذَا حَصَلَ بِهِ تَمَائُلٌ فِي الْمَشْيَةِ كَالْإِغْمَاءِ قِيلَ لَمْ يُعْلَلِ الْمُصَنِّفُ لِلْجُنُونِ، وَمِنْ الْمَشَايخِ مَنْ عَلَّلَهُ بِعَلَبَةِ الْاسْتِرْحَاءِ، وَرَدَّ بِأَنَّ الْمَجْنُونَ قَدْ يَكُونُ أَقْوَى مِنَ الصَّحِيحِ، وَالْأَوَّلَى أَنْ يُقَالَ إِنَّهُ نَاقِضٌ بِاعْتِبَارِ عَدَمِ مُبَالَاتِهِ وَتَمَيُّزِ الْحَدَثِ عَنْ غَيْرِهِ.

(وَالْتَهَقَهُتُ فِي كُلِّ صَلَاةٍ ذَاتِ رُكُوعٍ وَسُجُودٍ) وَالْقِيَاسُ أَنَّهَا لَا تَنَقُضُ. وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِخَارِجٍ نَجَسٍ، وَلِهَذَا لَمْ يَكُنْ حَدَثًا فِي صَلَاةِ الْجِنَازَةِ وَسُجْدَةِ التَّلَاوَةِ وَخَارِجِ الصَّلَاةِ. وَلَنَا قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «أَلَا مَنْ ضَحِكَ مِنْكُمْ

فَهَقَّهَتْ فَلْيَعِدِ الْوُضُوءَ وَالصَّلَاةَ جَمِيعًا»^(١) وَبِمِثْلِهِ يُتْرَكُ الْقِيَاسُ. وَالْأَثَرُ وَرَدَ فِي صَلَاةٍ مُطْلَقَةٍ فَيَقْتَصِرُ عَلَيْهَا. وَالْقَهْقَهَةُ مَا يَكُونُ مَسْمُوعًا لَهُ وَلَجِيرَانِهِ، وَالضَّحِكُ مَا يَكُونُ مَسْمُوعًا لَهُ دُونَ جِيرَانِهِ وَهُوَ عَلَى مَا قِيلَ يَفْسِدُ الصَّلَاةَ دُونَ الْوُضُوءِ.

الشرح:

قَوْلُهُ: (وَالْقَهْقَهَةُ فِي كُلِّ صَلَاةٍ ذَاتِ رُكُوعٍ وَسُجُودٍ) اخْتِرَازٌ عَنْ صَلَاةِ الْجَنَازَةِ، وَكَلَامُهُ وَاضِحٌ (وَلَنَا قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «أَلَا مَنْ ضَحِكَ مِنْكُمْ فَهَقَّهَتْ») الْحَدِيثُ، رَوَاهُ أَبُو حَنِيْفَةَ عَنْ مَنْصُورِ بْنِ زَادَانَ عَنْ الْحَسَنِ عَنْ مَعْبِدِ الْجُهَنِيِّ «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ كَانَ يُصَلِّي وَأَصْحَابُهُ خَلْفَهُ فَجَاءَ أَعْرَابِيٌّ وَفِي بَصَرِهِ سُوءٌ: أَيْ ضَعْفٌ، فَوَقَعَ فِي رَكْعَةٍ فَضَحِكَ بَعْضُ أَصْحَابِهِ، فَلَمَّا فَرَغَ مِنْ صَلَاتِهِ قَالَ: أَلَا مَنْ ضَحِكَ مِنْكُمْ» الْحَدِيثُ، وَرَوَاهُ أُسَامَةُ بْنُ زَيْدٍ عَنْ أَبِيهِ وَرَوَاهُ أَبُو الْعَالِيَةِ مُرْسَلًا وَمُسْنَدًا إِلَى أَبِي مُوسَى الْأَشْعَرِيِّ (وَبِمِثْلِهِ) أَيْ بِمِثْلِ هَذَا الْحَدِيثِ الَّذِي عَمِلَ بِهِ الصَّحَابَةُ وَالتَّابِعُونَ، وَكَانَ رَاوِيهِ مَعْرُوفًا بِالْفِقْهِ وَالتَّقَدُّمِ فِي الاجْتِهَادِ كَأَبِي مُوسَى ﷺ (يُتْرَكُ الْقِيَاسُ) قِيلَ: التَّعْلُقُ بِهِ لَا يَصِحُّ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَكُنْ فِي مَسْجِدِ النَّبِيِّ ﷺ رَكْعَةً فَكَانَ مَوْضُوعًا. وَأُجِيبَ بِأَنَّهُ لَيْسَ فِي خَبَرِ الْجُهَنِيِّ أَنَّهُ كَانَ يُصَلِّي فِي الْمَسْجِدِ، فَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ فِي الْمَوْضِعِ الَّذِي كَانَ يُصَلِّي فِيهِ رَكْعَةً. وَرَاوِي الْمَسْجِدِ كَأَبِي مُوسَى وَأُسَامَةُ ثِقَةٌ وَهُوَ مُنْبِتٌ فَهُوَ أَوْلَى.

وَقِيلَ لَا يَصِحُّ مِنْ وَجْهِ آخَرَ وَهُوَ أَنَّهُ لَا يُتَوَهَّمُ عَلَى أَصْحَابِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ الضَّحِكُ فِي الصَّلَاةِ فَهَقَّهَتْ، وَالَّذِينَ كَانُوا خَلْفَهُ أَصْحَابُهُ، وَأُجِيبَ بِأَنَّهُ كَانَ يُصَلِّي خَلْفَهُ الصَّحَابَةُ وَغَيْرُهُمْ مِنَ الْمُنَافِقِينَ وَالْأَعْرَابِ الْجُهَالِ، وَهَذَا مِنْ بَابِ حُسْنِ الظَّنِّ بِهِمْ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ وَإِلَّا فَلَيْسَ الضَّحِكُ كَبِيرَةً، وَهُمْ لَيْسُوا مِنَ الصَّغَائِرِ بِمَعْصُومِينَ وَلَا مِنَ الْكِبَائِرِ بِتَقْدِيرِ كَوْنِهِ كَبِيرَةً.

قَوْلُهُ: وَالْأَثَرُ وَرَدَ فِي صَلَاةٍ مُطْلَقَةٍ أَيْ كَامِلَةٍ فَيَقْتَصِرُ عَلَيْهَا فَلَا يَتَعَدَّى إِلَى صَلَاةِ الْجَنَازَةِ وَسَجْدَةِ التَّلَاوَةِ وَصَلَاةِ الصُّبِيِّ وَصَلَاةِ الْبَانِي بَعْدَ الْوُضُوءِ عَلَى إِحْدَى الرَّوَائِثَيْنِ وَصَلَاةِ النَّائِمِ فَإِنَّ الْوُضُوءَ لَا يَفْسُدُ فِي جَمِيعِ ذَلِكَ، وَفَرَّقَ بَيْنَ الْقَهْقَهَةِ وَالضَّحِكِ وَهُوَ وَاضِحٌ، وَلَمْ يَذْكُرِ التَّبَسُّمَ فِي الصَّلَاةِ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمُفْسِدٍ لِلصَّلَاةِ وَلَا

(١) أخرجه الدارقطني (٦٠) عن أبي هريرة، وابن عدي في الكامل عن ابن عمر.

لِلْوُضُوءِ فَلَيْسَ لَهُ هَهُنَا مَدْخَلٌ. قَالَ جَابِرُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ رضي الله عنه «مَا رَأَيْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ إِلَّا تَبَسَّمَ وَلَوْ فِي الصَّلَاةِ».

(وَالدَّابَّةُ تَخْرُجُ مِنَ الدُّبْرِ نَاقِضَةً، فَإِنْ خَرَجَتْ مِنْ رَأْسِ الْجُرْحِ أَوْ سَقَطَ اللَّحْمُ لَا تَنْقُضُ) وَالْمُرَادُ بِالدَّابَّةِ الدُّودَةُ وَهَذَا لِأَنَّ النَّجَسَ مَا عَلَيْهَا وَذَلِكَ قَلِيلٌ وَهُوَ حَدَثٌ فِي السَّبِيلَيْنِ دُونَ غَيْرِهِمَا، فَأَشْبَهَ الْجُشَاءَ وَالْفُسَاءَ، بِخِلَافِ الرِّيحِ الْخَارِجَةِ مِنْ قَبْلِ الْمَرَاةِ وَذَكَرَ الرَّجُلَ لِأَنَّهَا لَا تَنْبَعِثُ عَنْ مَحَلِّ النَّجَاسَةِ حَتَّى لَوْ كَانَتْ مُفَضَّةً يُسْتَحَبُّ لَهَا الْوُضُوءُ لِاحْتِمَالِ خُرُوجِهَا مِنَ الدُّبْرِ.

الشرح:

قَالَ: (وَالدَّابَّةُ تَخْرُجُ مِنَ الدُّبْرِ تَنْقُضُ الْوُضُوءَ) الدَّابَّةُ: أَيُّ الدُّودَةِ الَّتِي تَنْشَأُ فِي الْبَطْنِ إِذَا خَرَجَتْ مِنَ الدُّبْرِ تَقْضُضُ الْوُضُوءَ، وَالَّتِي تَنْشَأُ فِي الْجُرْحِ إِذَا خَرَجَتْ مِنْهُ أَوْ لَحْمٌ سَقَطَ مِنْهُ لَمْ يَنْقُضْ؛ لِأَنَّ نَفْسَ الدُّودَةِ لَيْسَتْ بِنَجَسَةٍ، وَلِهَذَا لَوْ غُسِلَتْ جَازَتْ الصَّلَاةُ مَعَهَا فَلَمْ يَتَّقَ مِنَ النَّجَسِ إِلَّا مَا عَلَيْهَا وَذَلِكَ قَلِيلٌ وَهُوَ حَدَثٌ فِي السَّبِيلَيْنِ دُونَ غَيْرِهِمَا، فَأَشْبَهَ الْخَارِجُ مِنَ الْجُرْحِ الْجُشَاءَ فِي عَدَمِ التَّقْضِ، وَالْخَارِجُ مِنَ الدُّبْرِ الْفُسَاءَ فِي تَقْضِ الْوُضُوءِ.

قِيلَ: إِنَّمَا فَسَّرَ الدَّابَّةَ بِالدُّودَةِ؛ لِأَنَّ الدَّابَّةَ مَا يَدْبُ عَلَى الْأَرْضِ، فَرُبَّمَا يُتَوَهَّمُ أَنَّ الْمُرَادَ بِهَا مَا يَدْخُلُ الْجُرْحَ كَالذُّبَابِ فَيَخْرُجُ مِنْهُ فَإِنَّهُ لَا يَنْقُضُ فَفَسَّرَهُ بَيِّنًا لِدَلَالَتِهِ. وَقِيلَ قَدْ تَقَدَّمَ فِي كَلَامِ الْمُصَنِّفِ أَنَّ مَا لَا يَكُونُ حَدَثًا لَا يَكُونُ نَجَسًا هُوَ الصَّحِيحُ، وَقَالَ هَهُنَا: لِأَنَّ النَّجَسَ مَا عَلَيْهَا وَذَلِكَ تَنَاقُضٌ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ مَا تَقَدَّمَ كَانَ عَلَى قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ، وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ هَذَا عَلَى قَوْلِ مُحَمَّدٍ، أَوْ أُطْلِقَ النَّجَسَ بِطَرِيقِ الْفَرَضِ: يَعْنِي لَوْ كَانَ ثَمَّةَ نَجَسٍ فَهُوَ مَا عَلَيْهَا، وَهَذَا لَيْسَ بِصَحِيحٍ؛ لِأَنَّ تَقْدِيرَ الشَّرْطِيَّةِ إِنْ كَانَ عَلَى هَذَا الْوَجْهِ لَكِنْ ثَمَّةَ نَجَسٍ فَيَكُونُ مَا عَلَيْهَا لَمْ يَسْتَقِمَّ فِي الْجُرْحِ؛ لِأَنَّ مَا لَا يَكُونُ حَدَثًا لَا يَكُونُ نَجَسًا وَهُوَ لَيْسَ بِحَدَثٍ فِي الْجُرْحِ فَلَا يَكُونُ نَجَسًا، وَإِنْ كَانَ عَلَى هَذَا الْوَجْهِ لَكِنْ لَمْ يَكُنْ نَجَسٌ مَا عَلَيْهَا فَلَا يَكُونُ نَجَسًا لَمْ يَسْتَقِمَّ فِي الدُّبْرِ؛ لِأَنَّهُ نَجَسٌ وَحَدَّثَ وَالْأَوَّلُ صَوَابٌ، وَيَجُوزُ أَنْ يُقَالَ: أُطْلِقَ النَّجَسَ عَلَى مَا يَخْرُجُ مِنَ الْجُرْحِ بِطَرِيقِ الْمُشَاكَلَةِ، فَإِنَّهُ لَمَّا كَانَ بِالنِّسْبَةِ إِلَى الدُّبْرِ نَجَسًا ذَكَرَ فِي الْجُرْحِ بِلَفْظِ النَّجَسِ.

قَوْلُهُ: (بِخِلَافِ الرِّيحِ الْخَارِجَةِ مِنْ قُبُلِ الْمَرْأَةِ) مُتَّصِلٌ بِالْفُسَاءِ: يَعْنِي أَنَّهُ نَاقِضٌ، بِخِلَافِ الرِّيحِ الْخَارِجَةِ مِنْ قُبُلِ الْمَرْأَةِ (وَذَكَرَ الرَّجُلُ؛ لِأَنَّهَا لَا تَنْبُعُ عَنْ مَحَلِّ النَّجَاسَةِ حَتَّى لَوْ كَانَتْ مُفَضَّةً) وَهِيَ الَّتِي صَارَ سَبِيلَهَا وَاحِدًا (يُسْتَحَبُّ لَهَا الْوُضُوءُ) لِاحْتِمَالِ أَنْ يَكُونَ فُسَاءً. وَاخْتَلَفَ فِي أَنْ عَيْنَ الرِّيحِ نَجَسٌ أَوْ مُتَنَجِّسٌ بِمُرُورِهَا عَلَى النَّجَاسَةِ وَتَمَرُّهُ تَظْهَرُ فِيمَا لَوْ خَرَجَ مِنْهُ الرِّيحُ وَعَلَيْهِ سَرَائِيلُ مُبْتَلَةٌ، فَمَنْ قَالَ بِنَجَاسَةِ عَيْنِهَا قَالَ بِتَنَجُّسِ السَّرَائِيلِ، وَمَنْ قَالَ بِطَهَارَةِ عَيْنِهَا لَمْ يَقُلْ بِهِ، كَمَا لَوْ مَرَّتْ الرِّيحُ بِنَجَاسَةٍ ثُمَّ مَرَّتْ بِثَوْبٍ مُبْتَلٍ فَإِنَّهُ لَا يَتَنَجَّسُ بِهَا. قِيلَ إِذَا كَانَ الْخُرُوجُ مِنَ الدُّبْرِ مُحْتَمَلًا يَتَّبِعِي أَنْ يَكُونَ الْوُضُوءُ وَاجِبًا. وَأُجِيبَ بِأَنْ كَوْنَهَا مُتَوَضِّئَةً ثَابِتٌ بَيِّنٌ، وَالْبَيِّنُ لَا يَزُولُ بِالْمُحْتَمَلِ كَالشَّاكِّ فِي الْحَدَثِ. وَقَالَ أَبُو حَفْصٍ الْكَبِيرُ: يَجِبُ عَلَيْهَا الْوُضُوءُ وَهُوَ رَوَايَةُ هِشَامٍ عَنْ مُحَمَّدٍ. وَقِيلَ إِذَا كَانَتْ مُنْتَنَةً يَجِبُ وَإِلَّا فَلَا.

(فَإِنْ قَشَرَتْ نَفْطَةً فَسَالَتْ مِنْهَا مَاءٌ أَوْ صَدِيدٌ أَوْ غَيْرُهُ إِنْ سَالَ عَنْ رَأْسِ الْجُرْحِ نَقَضَ، وَإِنْ لَمْ يَسِلْ لَا يَنْقُضُ) وَقَالَ زُفَرٌ رَحِمَهُ اللَّهُ يَنْقُضُ فِي الْوَجْهِينِ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ لَا يَنْقُضُ فِي الْوَجْهِينِ، وَهِيَ مَسَالَةُ الْخَارِجِ مِنْ غَيْرِ السَّبِيلَيْنِ، وَهَذِهِ الْجُمْلَةُ نَجِسَةٌ لِأَنَّ الدَّمَ يَنْضَجُ فَيَصِيرُ قَيْحًا ثُمَّ يَزْدَادُ نُضْجًا فَيَصِيرُ صَدِيدًا ثُمَّ يَصِيرُ مَاءً، هَذَا إِذَا قَشَرَهَا فَخَرَجَ بِنَفْسِهِ، أَمَّا إِذَا عَصَرَهَا فَخَرَجَ بِعَصْرِهِ لَا يَنْقُضُ لِأَنَّهُ مُخْرَجٌ وَلَيْسَ بِخَارِجٍ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

الشرح:

وقَوْلُهُ: (قَشَرَتْ نَفْطَةً) فِي ثَوْبِهَا الْحَرَكَاتُ الثَّلَاثُ وَهُوَ بَثْرٌ يَخْرُجُ بِالْيَدِ مَلَانٌ مَاءً، مِنْ قَوْلِهِمْ انْتَفَطَ فُلَانٌ: أَيِ امْتَلَأَ غَضَبًا، إِذَا قَشَرَتْ فَإِمَّا أَنْ يَسِيلَ الْمَاءُ عَنْ رَأْسِ الْجُرْحِ أَوْ لَا، وَسَمَاءُ جُرْحًا؛ لِأَنَّ قَشْرَهَا جُرْحٌ لَهَا، فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ يُقْضَى وَإِنْ كَانَ الثَّانِي لَمْ يُقْضَ، وَإِنَّمَا أَعَادَ هَذِهِ الْمَسْأَلَةَ وَإِنْ كَانَتْ تُعْلَمُ مِمَّا تَقَدَّمَ لِيُعْلَمَ الْفَرْقُ بَيْنَ الْخَارِجِ وَالْمُخْرَجِ، أَوْ لِيُعْلَمَ أَنَّ حُكْمَ الْمَاءِ حُكْمَ غَيْرِهِ؛ لِأَنَّ الْمَاءَ لَمْ يَذْكُرْهُ مِنْ قَبْلُ، فَرُبَّمَا كَانَ يُتَوَهَّمُ أَنَّ الْمَاءَ لَيْسَ كَغَيْرِهِ، وَهَذِهِ الْجُمْلَةُ: أَعْنِي قَوْلَهُ مَاءٌ أَوْ صَدِيدٌ أَوْ غَيْرُهُمَا، وَقَوْلُهُ: هَذَا: أَيِ الَّذِي ذَكَرَ أَنَّهُ إِذَا سَالَ يُقْضَى إِنَّمَا هُوَ إِذَا قَشَرَهَا فَخَرَجَ بِنَفْسِهِ، أَمَّا إِذَا عَصَرَهَا فَخَرَجَ بِعَصْرِهِ وَلَوْ لَمْ يَعَصِرْهَا لَمْ يَخْرُجْ لَمْ يُقْضَ؛ لِأَنَّهُ مُخْرَجٌ وَلَيْسَ بِخَارِجٍ،

وَهُوَ مُخْتَارُ بَعْضِ الْمَشَايخِ، اخْتَارَهُ الْمُصَنِّفُ، وَقَالَ غَيْرُهُمْ: يُنْقَضُ. قَالَ بَعْضُ الشَّارِحِينَ: وَهَذَا هُوَ الْمُخْتَارُ عِنْدِي؛ لِأَنَّ الْخُرُوجَ لَازِمُ الْإِخْرَاجِ، وَلَا بُدَّ مِنْ وُجُودِ اللَّازِمِ عِنْدَ وُجُودِ الْمَلْزُومِ، وَفِيهِ نَظَرٌ؛ لِأَنَّ الْإِخْرَاجَ لَيْسَ بِمَنْصُوصٍ عَلَيْهِ وَإِنْ كَانَ يَسْتَلْزِمُهُ، فَكَانَ بُبُوهُ غَيْرَ قَصْدِيٍّ وَلَا مُعْتَبَرٍ بِهِ.

فَصْلٌ فِي الْغُسْلِ

(وَفَرَضُ الْغُسْلِ الْمَضْمُضَةُ وَالْاِسْتِنْشَاقُ^(١)) وَغَسْلُ سَائِرِ الْبَدَنِ وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ هُمَا سُنَّتَانِ فِيهِ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «عَشْرٌ مِنَ الْفِطْرَةِ» أَيِ مِنَ السُّنَنِ وَذَكَرَ مِنْهَا الْمَضْمُضَةُ وَالْاِسْتِنْشَاقَ وَلِهَذَا كَانَا سُنَّتَيْنِ فِي الْوُضُوءِ وَلَنَا قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿وَإِنْ كُنْتُمْ جُنُبًا فَاطَّهَّرُوا﴾ [المائدة: ٦] وَهُوَ أَمْرٌ بِتَطْهِيرِ جَمِيعِ الْبَدَنِ، إِلَّا أَنْ مَا يَتَعَذَّرُ إِيصَالُ الْمَاءِ إِلَيْهِ خَارِجٌ عَنِ النَّصِّ بِخِلَافِ الْوُضُوءِ لِأَنَّ الْوَاجِبَ فِيهِ غَسْلُ الْوَجْهِ وَالْمَوَاجِهُتِ فِيهِمَا مُنْعَدِمَتٌ، وَالْمُرَادُ بِمَا رُوِيَ حَالَتُهُ الْحَدِيثُ بِدَلِيلِ قَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «إِنَّهُمَا فَرَضَانِ فِي الْجَنَابَةِ سُنَّتَانِ فِي الْوُضُوءِ»^(٢).

الشرح:

(فَصْلٌ فِي الْغُسْلِ) مَعْنَى الْفَصْلِ فِي اللَّغَةِ ظَاهِرٌ، وَقَدْ تَقَدَّمَ تَعْرِيفُهُ بِأَنَّهُ طَائِفَةٌ مِنَ الْمَسَائِلِ الْفَقْهِيَّةِ تَغَيَّرَتْ أَحْكَامُهَا بِالنِّسْبَةِ إِلَى مَا قَبْلَهَا غَيْرُ مُتَرَجِّمَةٍ بِالْكِتَابِ وَالْبَابِ، فَإِنْ وُصِلَ بِمَا بَعْدَهُ نُؤْنٌ وَإِلَّا فَلَا، وَإِنَّمَا ذَكَرَ فَصْلَ الْغُسْلِ بَعْدَ الْوُضُوءِ؛ لِأَنَّ الْحَاجَةَ إِلَى الْوُضُوءِ أَكْثَرُ، وَلِأَنَّ مَحَلَّ الْوُضُوءِ جُزْءُ الْبَدَنِ وَمَحَلُّ الْغُسْلِ كُلُّهُ وَالْجُزْءُ قَبْلَ الْكُلِّ، أَوْ اقْتِدَاءً بِكِتَابِ اللَّهِ فَإِنَّهُ وَقَعَ عَلَى هَذَا التَّرْتِيبِ، وَالْفَرَضُ بِمَعْنَى الْمَفْرُوضِ، وَالْوَاوُ فِي قَوْلِهِ (وَفَرَضُ الْغُسْلِ) إِمَّا لِلِاسْتِثْنَاءِ وَإِمَّا وَאוُ الْمُخْتَصُّ لِلْعَطْفِ عَلَى قَوْلِهِ فَفَرَضُ الْوُضُوءِ، وَالْغُسْلُ اسْمٌ مِنَ الْاِغْتِسَالِ وَهُوَ غَسْلُ تَمَامِ الْجَسَدِ.

قَوْلُهُ: (وَغَسْلُ سَائِرِ الْبَدَنِ) أَيِ الْبَاقِي. وَقَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «عَشْرٌ مِنَ الْفِطْرَةِ» أَيِ السُّنَةِ، قِيلَ خَمْسٌ مِنْهَا فِي الرَّأْسِ وَخَمْسٌ فِي الْجَسَدِ، فَالَّتِي فِي الرَّأْسِ:

(١) رواه الجماعة إلا البخاري والدارقطني (٣٥).

(٢) قال الزيلعي: غريب وأخرج الدارقطني (٤٣) عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ:

(المضمضة والاستنشاق للجنب ثلاثا فريضة).

الْفَرْقُ، وَالسَّوَاكُ، وَالْمُضْمَضَةُ، وَالِاسْتِنْشَاقُ، وَقَصُّ الشَّارِبِ. وَالَّتِي فِي الْجَسَدِ: الْحَنَانُ، وَحَلَقُ الْعَانَةِ، وَتَنْفُ الْإِبْطِ، وَتَقْلِيمُ الْأُظْفَارِ، وَالِاسْتِنْجَاءُ بِالمَاءِ. (وَلَنَا قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿وَإِنْ كُنْتُمْ جُنُبًا فَاطَّهَّرُوا﴾ [المائدة: ٦] وَالْجُنُبُ يَسْتَوِي فِيهِ الْوَاحِدُ وَالْجَمْعُ وَالْمَذَكَّرُ وَالْمُؤَنَّثُ؛ لِأَنَّهُ اسْمٌ جَرَى مَجْرَى الْمَصْدَرِ الَّذِي هُوَ الْإِجْتَابُ وَقَوْلُهُ: ﴿فَاطَّهَّرُوا﴾ أَيِ اغْسِلُوا أَبْدَانَكُمْ عَلَى وَجْهِ الْمُبَالَعَةِ، وَهُوَ أَمْرٌ بِتَطْهِيرِ جَمِيعِ الْبَدَنِ إِلَّا أَنْ مَا يَتَعَذَّرُ إِبْصَالُ الْمَاءِ إِلَيْهِ خَارِجٌ عَنِ الْإِرَادَةِ كَذَاخِلَ الْعَيْنَيْنِ لَمَّا فِي غَسْلِهِمَا مِنَ الضَّرَرِ وَالْأَذَى، وَلِهَذَا سَقَطَ غَسْلُهُمَا عَنْ حَقِيقَةِ النَّجَاسَةِ بِأَنْ كَحَلَ عَيْنَهُ بِكَحْلِ نَجَسٍ، وَالْمُضْمَضَةُ وَالِاسْتِنْشَاقُ لَا تَعَذَّرُ فِيهِمَا، وَلِهَذَا افْتَرَضَ غَسْلُهُمَا عَنِ النَّجَاسَةِ الْحَقِيقَةِ فَيَفْتَرَضُ أَيْضًا فِي الْجَنَابَةِ.

قَوْلُهُ: (بِخِلَافِ الْوُضُوءِ) جَوَابٌ عَنْ قِيَاسِ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ الْغُسْلَ بِالْوُضُوءِ؛ (لَأَنَّ الْوَاجِبَ فِيهِ غَسْلُ الْوَجْهِ لَا جَمِيعَ الْبَدَنِ وَالْمُوَاجَهَةُ فِيهِمَا) أَيِ فِي مَحَلِّي الْمُضْمَضَةِ وَالِاسْتِنْشَاقِ مَعْدُومَةٌ. وَقَوْلُهُ: (وَالْمُرَادُ بِمَا رَوَى) جَوَابٌ عَنْ حَدِيثِ الشَّافِعِيِّ يَحْمِلُهُ عَلَى الْوُضُوءِ بِدَلِيلِ مَا رَوَى ابْنُ عَبَّاسٍ وَجَابِرٌ أَنَّهُمَا فَرَضَانِ فِي الْجَنَابَةِ سُنَّتَانِ فِي الْوُضُوءِ.

قَالَ (وَسُنَّتُهُ أَنْ يَبْدَأَ الْمُغْتَسِلُ بِغَسْلِ يَدَيْهِ وَفَرْجِهِ وَيُزِيلُ نَجَاسَةً إِنْ كَانَتْ عَلَى بَدَنِهِ، ثُمَّ يَتَوَضَّأُ وَضُوءَهُ لِلصَّلَاةِ إِلَّا رِجْلَيْهِ، ثُمَّ يُفِيضُ الْمَاءَ عَلَى رَأْسِهِ وَسَائِرِ جَسَدِهِ ثَلَاثًا، ثُمَّ يَنْتَحِي عَنْ ذَلِكَ الْمَكَانِ فَيَغْسِلُ رِجْلَيْهِ) هَكَذَا حَكَتْ مِمْوَنَةُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا اغْتِسَالَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ، وَإِنَّمَا يُؤَخَّرُ غَسْلُ رِجْلَيْهِ لَأَنَّهُمَا فِي مُسْتَنْقَعِ الْمَاءِ الْمُسْتَعْمَلِ فَلَا يُفِيدُ الْغَسْلُ حَتَّى لَوْ كَانَ عَلَى لَوْحٍ لَا يُؤَخَّرُ، وَإِنَّمَا يَبْدَأُ بِإِزَالَةِ النَّجَاسَةِ الْحَقِيقِيَّةِ كَيْ لَا تَزْدَادَ بِإِصَابَةِ الْمَاءِ (وَلَيْسَ عَلَى الْمَرَأَةِ أَنْ تَنْقُضَ ضَفَائِرَهَا فِي الْغُسْلِ إِذَا بَلَغَ الْمَاءُ أَصُولَ الشَّعْرِ) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لَأَمْ سَلَمَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا «أَمَا يَكْفِيكَ إِذَا بَلَغَ الْمَاءُ أَصُولَ شَعْرِكَ»^(١) وَلَيْسَ عَلَيْهَا بَلْ ذَوَائِبُهَا هُوَ الصَّحِيحُ، بِخِلَافِ اللَّحْيَةِ لِأَنَّهُ لَا حَرَجَ فِي

(١) رواه الجماعة إلا البخاري واللفظ لمسلم عن أم سلمة قالت: قلت: يا رسول الله إني امرأة أشد ضفر رأسي فأنقضه لغسل الجنابة؟ فقال: لا إنما يكفيك أن تحثي على رأسك ثلاث حثيات ثم تفيض على الماء فتطهرين.

إِيصَالِ الْمَاءِ إِلَى أَثْنَائِهَا.

الشرح:

قَالَ (وَسُنَّتُهُ أَنْ يَبْدَأَ الْمُغْتَسِلُ فَيَغْسِلُ يَدَيْهِ وَفَرْجَهُ وَيُزِيلُ نَجَاسَةً إِنْ كَانَتْ عَلَى بَدَنِهِ) قَالَ فِي النَّهَائَةِ: وَهُوَ مَنْقُولٌ عَنِ الْإِمَامِ حُمَيْدِ الدِّينِ الضَّرِيرِ، وَأَنَّهُ أَصَحُّ. وَفِي بَعْضِ النُّسخِ: النَّجَاسَةُ، وَلَيْسَ بِصَحِيحٍ؛ لِأَنَّ لَامَ التَّعْرِيفِ إِمَّا أَنْ تَكُونَ لِلْعَهْدِ أَوْ لِلْجَنَسِ، لَا وَجْهَ لِلأَوَّلِ؛ لِأَنَّ كَلِمَةَ الشُّكِّ تَأْبَاهُ، فَإِنَّ الْعَهْدَ يَقْتَضِي التَّقَرُّرَ إِمَّا ذِكْرًا وَإِمَّا ذَهْنًا، وَلَا وَجْهَ لِلثَّانِي؛ لِأَنَّ كَوْنَ النَّجَاسَاتِ كُلِّهَا فِي بَدَنِهِ مُحَالٌ، وَأَقْلَاهَا وَهُوَ الْجُزْءُ الَّذِي لَا يَتَجَزَّأُ غَيْرُ مُرَادٍ أَيْضًا؛ لِأَنَّهُ عَلَّلَ ذَلِكَ فِي الْكِتَابِ بِقَوْلِهِ: كَيْ لَا تَزْدَادَ بِإِصَابَةِ الْمَاءِ، وَهَذَا الْقَلِيلُ الَّذِي ذَكَرْنَاهُ لَا يَزْدَادُ بِإِصَابَةِ الْمَاءِ، ثُمَّ قَالَ: إِلَّا أَنَّ الرِّوَايَةَ بِالْأَلْفِ وَاللَّامِ قَدْ ثَبَتَتْ فِي بَعْضِ النُّسخِ، فَوَجَّهَهُ أَنْ يُحْمَلَ عَلَى تَحْسِينِ النَّظْمِ. وَقَالَ بَعْضُ الشَّارِحِينَ: إِنَّمَا يَتَّعَيْنُ التَّنْكِيرُ إِذَا انْحَصَرَ اللَّامُ فِي التَّعْرِيفَيْنِ، وَلَيْسَ كَذَلِكَ لِحَوَازِ أَنْ تَكُونَ اللَّامُ لِتَعْرِيفِ الْمَاهِيَةِ، وَلَيْسَ بِشَيْءٍ؛ لِأَنَّ الْمَاهِيَةَ مِنْ حَيْثُ هِيَ لَا تُوجَدُ فِي الْخَارِجِ فَإِمَّا أَنْ تُوجَدَ فِي الْأَقْلَى أَوْ غَيْرُهُ وَذَلِكَ فَاسِدٌ لَمَّا مَرَّ.

قَوْلُهُ: (ثُمَّ يَتَوَضَّأُ وَضُوءَهُ لِلصَّلَاةِ إِلَّا رِجْلَيْهِ) اخْتِرَازٌ عَمَّا رَوَى الْحَسَنُ بْنُ زِيَادٍ عَنْ أَبِي حَنِيْفَةَ أَنَّ الْجُنْبَ يَتَوَضَّأُ وَلَا يَمْسَحُ رَأْسَهُ؛ لِأَنَّهُ لَا فَائِدَةَ فِيهِ لَوْجُودَ إِسَالَةِ الْمَاءِ مِنْ بَعْدِهِ وَذَلِكَ يَعْدَمُ مَعْنَى الْمَسْحِ بِخِلَافِ سَائِرِ الْأَعْضَاءِ؛ لِأَنَّ التَّسْيِيلَ هُوَ الْمَوْجُودُ فَلَمْ يَكُنِ التَّسْيِيلُ مِنْ بَعْدِ مُعْدِمًا لَهُ. وَقِيلَ: إِنَّمَا قَالَ ذَلِكَ دَفْعًا لِمَا يُتَوَهَّمُ أَنَّ الْمُرَادَ بِالْوُضُوءِ غَسْلُ الْيَدَيْنِ إِلَى الرُّسْغَيْنِ فَإِنَّهُ قَدْ يُسَمَّى وَضُوءًا. وَقَوْلُهُ: (وَيَبْدَأُ بِإِزَالَةِ النَّجَاسَةِ) تَكَرَّارٌ، وَأَعَادَهُ لِبَيَانِ التَّغْلِيلِ، وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ أَرَادَ بِهَا النَّجَاسَةَ الْمَعْهُودَةَ فِي ذَلِكَ الْحَالِ وَهُوَ الْمَنِيُّ الرَّطْبُ، فَإِنَّ مَيْمُونَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا قَالَتْ: «تَوَضَّأَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ وَضُوءَهُ لِلصَّلَاةِ غَيْرَ رِجْلَيْهِ، وَغَسَلَ فَرْجَهُ وَمَا أَصَابَهُ مِنَ الْأَذَى».

قَوْلُهُ: (وَلَيْسَ عَلَى الْمَرْأَةِ) هَهُنَا أَمْرَانِ نَقْضُ الضَّمَائِرِ، وَبَلَّهَا. أَمَّا نَقْضُهَا فَلَيْسَ بِوَاجِبٍ إِذَا بَلَغَ الْمَاءُ الشَّعْرَ بِالِاتِّفَاقِ؛ لِأَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ قَالَ لَأُمِّ سَلَمَةَ حِينَ قَالَتْ: يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنِّي امْرَأَةٌ أَشَدُّ ضَفَرُ رَأْسِي أَفَأَنْقُطُهَا إِذَا اغْتَسَلْتُ؟ فَقَالَ لَهَا: «أَمَّا يَكْفِيكَ إِذَا بَلَغَ الْمَاءُ أَصُولَ شَعْرِكَ» لَا يُقَالُ خَيْرٌ وَاحِدٌ فَلَا تَجُوزُ بِهِ الزِّيَادَةُ عَلَى قَوْلِهِ

تَعَالَى ﴿فَاطْهَرُوا﴾؛ لَأَنَّ الشَّعْرَ لَيْسَ بِيَدِنِ مِنْ كُلِّ وَجْهِ، وَالْأَمْرُ بِالتَّطَهُّرِ لَهُ، أَوْ لَأَنَّ مَوَاضِعَ الضَّرُورَةِ مُسْتَثْنَاةٌ كَدَاخِلِ الْعَيْنَيْنِ، وَأَمَّا بَلُّهَا فَكَذَلِكَ فِي الصَّحِيحِ لَمَّا فِيهِ مِنَ الْحَرَجِ.

وَقَوْلُهُ: (هُوَ الصَّحِيحُ) اخْتَرَا زَعَمًا رَوَى الْحَسَنُ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهَا تَبْلُ ذَوَائِبَهَا ثَلَاثًا مَعَ كُلِّ بَلَّةٍ عَصْرَةٌ لِيَبْلُغَ الْمَاءُ شُعْبَ قُرُونِهَا، بِخِلَافِ اللَّحْيَةِ فَإِنَّهُ لَا حَرَجَ فِي إِصْصَالِ الْمَاءِ إِلَى أَثْنَائِهَا. وَفِي تَخْصِيصِ الْمَرْأَةِ إِمَارَةً إِلَى أَنَّ حُكْمَ الرَّجُلِ بِخِلَافِهَا. قَالَ فِي الْمَبْسُوطِ: الرَّجُلُ إِذَا ضَفَّرَ شَعْرَهُ كَمَا يَفْعَلُهُ الْعُلُوِّيُّونَ وَالْأَثْرَاكُ هَلْ يَجِبُ إِصْصَالُ الْمَاءِ إِلَى أَثْنَاءِ الشَّعْرِ؟ ظَاهِرُ الْحَدِيثِ يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ لَا يَجِبُ، وَذَكَرَ الصَّدْرُ الشَّهِيدُ أَنَّهُ يَجِبُ. قَالَ (وَالْمَعْنَى الْمَوْجِبَةُ لِلْغُسْلِ إِنْزَالُ الْمَنِيِّ عَلَى وَجْهِ الدَّفْقِ وَالشَّهْوَةِ مِنَ الرَّجُلِ وَالْمَرْأَةِ حَالَةَ النَّوْمِ وَالْيَقِظَةِ) وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ خُرُوجُ الْمَنِيِّ كَيْفَمَا كَانَ يُوجِبُ الْغُسْلَ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «الْمَاءُ مِنَ الْمَاءِ» ^(١) أَيِ الْغُسْلِ مِنَ الْمَنِيِّ، وَلَنَا أَنَّ الْأَمْرَ بِالتَّطَهُّرِ يَتَنَاوَلُ الْجَنْبَ، وَالْجَنَابَةُ فِي اللَّغَةِ خُرُوجُ الْمَنِيِّ عَلَى وَجْهِ الشَّهْوَةِ، يُقَالُ أَجْنَبَ الرَّجُلُ إِذَا قَضَى شَهْوَتَهُ مِنَ الْمَرْأَةِ، وَالْحَدِيثُ مَحْمُولٌ عَلَى خُرُوجِ الْمَنِيِّ عَنْ شَهْوَةٍ، ثُمَّ الْمَعْتَبَرُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ انْفِصَالُهُ عَنْ مَكَانِهِ عَلَى وَجْهِ الشَّهْوَةِ وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ ظُهُورُهُ أَيْضًا اعْتِبَارًا لِلْخُرُوجِ بِالْمَزَايِلَةِ إِذَا الْغُسْلُ يَتَعَلَّقُ بِهِمَا وَلَهُمَا أَنَّهُ مَتَى وَجَبَ مِنْ وَجْهِ فَلَا حَتِيَاظَ فِي الْإِجَابِ.

الشرح:

قَالَ (وَالْمَعْنَى الْمَوْجِبَةُ لِلْغُسْلِ) أَيِ الْعِلَلُ الْمَوْجِبَةُ، وَاخْتَارَ لَفْظَ الْمَعْنَى لَمَّا تَقَدَّمَ فِي الْوُضُوءِ. قَالَ فِي النَّهَايَةِ: هَذِهِ مَعَانٍ مُوجِبَةٌ لِلْجَنَابَةِ لَا لِلْغُسْلِ، فَإِنَّهَا تَقْتَضِيهِ فَكَيْفَ تُوجِبُهُ. وَذَكَرَ فِي مَبْسُوطِ شَيْخِ الْإِسْلَامِ سَبَبَ وَجُوبِ الْإِغْتِسَالِ إِرَادَةُ مَا لَا يَحِلُّ فَعَلُهُ بِسَبَبِ الْجَنَابَةِ عِنْدَ عَامَّةِ الْمَشَايِخِ، وَرَدَّ بِأَنَّ الْغُسْلَ يَجِبُ إِذَا وَجَدَ أَحَدُ الْمَعْنَى الْمَذْكُورَةِ سَوَاءً وَجَدَتْ إِرَادَةُ أَمْ لَمْ تُوجَدْ، وَفِيهِ نَظَرٌ، وَعِنْدَ بَعْضِهِمْ: السَّبَبُ الْجَنَابَةُ، وَأُورِدَ عَلَيْهِ الْحَيْضُ وَالنَّفَاسُ، وَلَوْ زِيدَ أَوْ مَا فِي مَعْنَاهَا لَا تَدْفَعُ، وَعَلَى هَذَا تَكُونُ الْمَعْنَى الْمَوْجِبَةُ عِلَّةَ الْعِلَّةِ.

(١) سبق تخريجه.

وَقَوْلُهُ: (إِنْزَالُ الْمَنِيِّ عَلَى وَجْهِ الدَّفْقِ وَالشَّهْوَةِ) قِيلَ: هَذَا اللَّفْظُ بِإِطْلَافِهِ يَسْتَقِيمُ عَلَى قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ لَا شَرْطَ الدَّفْقِ وَالشَّهْوَةِ حَالِ الْخُرُوجِ، وَلَا يَسْتَقِيمُ عَلَى قَوْلِهِمَا؛ لِأَنَّهُمَا مَا اشْتَرَطَا الدَّفْقَ عِنْدَ الْخُرُوجِ حَتَّى قَالَا يَجِبُ الْغُسْلُ إِذَا زَايَلَ الْمَنِيُّ عَنْ مَكَانِهِ بِشَهْوَةٍ وَإِنْ خَرَجَ بِغَيْرِ دَفْقٍ، وَرَدَّ بِأَنَّهُ مُسْتَقِيمٌ عَلَى قَوْلِهِمْ فَإِنَّ خُرُوجَ الْمَنِيِّ عَلَى هَذَا الْوَجْهِ مُوجِبٌ لِلْغُسْلِ بِالِاتِّفَاقِ، وَإِنَّمَا أَنْ يَجِبَ الْغُسْلُ إِذَا زَايَلَ الْمَنِيُّ عَنْ مَكَانِهِ عَنْ شَهْوَةٍ، وَإِنْ خَرَجَ مِنْ غَيْرِ دَفْقٍ فَلَيْسَ فِي كَلَامِ الْمُصَنِّفِ مَا يُنَافِيهِ وَلَا يَحْصُرُهُ عَلَى الْأَوَّلِ وَهَذَا جَيِّدٌ، لَكِنَّ كَلَامَ الْمُصَنِّفِ يُوهِمُ تَرْكَ بَعْضِ مُوجِبَاتِهِ عِنْدَهُمَا فِي مَوْضِعِ بَيَانِهَا، وَرَبَّمَا يُبَيِّنُ قَوْلُهُ ثُمَّ الْمُعْتَبَرُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ الْخَبْرُ بَعْضُ بَيَانٍ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: خُرُوجُ الْمَنِيِّ كَيْفَمَا كَانَ يَعْنِي سَوَاءً كَانَ بِشَهْوَةٍ أَوْ بِحِمْلٍ ثَقِيلٍ أَوْ سَقَطَةٍ مِنْ مَكَانٍ مُرْتَفِعٍ أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ يُوجِبُ الْغُسْلَ لِقَوْلِهِ ﷺ: «الْمَاءُ مِنَ الْمَاءِ»^(١) أَيِ الْغُسْلِ مِنَ الْمَنِيِّ، وَلَنَا أَنَّ الْأَمْرَ بِالتَّطْهِيرِ يَتَنَاوَلُ الْجَنْبَ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَإِنْ كُنْتُمْ جُنُبًا فَاطَّهَّرُوا﴾ [المائدة: ٦] وَالْجَنْبُ فِي اللُّغَةِ: مَنْ خَرَجَ مِنْهُ الْمَنِيُّ عَلَى وَجْهِ الشَّهْوَةِ، يُقَالُ أَجْنَبَ الرَّجُلُ: إِذَا قَضَى شَهْوَتَهُ مِنَ الْمَرْأَةِ، فَالْأَمْرُ بِالتَّطْهِيرِ يَتَنَاوَلُ مَنْ خَرَجَ مِنْهُ الْمَنِيُّ عَلَى وَجْهِ الشَّهْوَةِ، وَغَيْرُهُ لَيْسَ فِي مَعْنَاهُ فَلَا يُقَاسُ عَلَيْهِ وَلَا يَلْحَقُ بِهِ. وَقَوْلُهُ: مَنْ الْمَرْأَةُ قِيلَ إِنَّمَا ذَكَرَهُ لِيُخْرِجَ قَضَاءَ شَهْوَةِ الْبَطْنِ فَإِنَّ قَاضِيَهَا لَا يُسَمَّى جُنُبًا. وَقِيلَ ذَكَرَهُ اتِّفَاقًا لَوُجُوبِهِ عَلَى الْمُحْتَلَمِ. وَقِيلَ الْجَنَابَةُ فِي اللُّغَةِ مَوْضُوعَةٌ لِذَلِكَ، وَالْمُحْتَلَمُ وَجِبَ عَلَيْهِ الْغُسْلُ لِحَدِيثِ أُمِّ سَلَمَةَ فِي بَعْضِ الْأَفَاطِلِ أَنَّهَا لَمَّا سَأَلَتْ النَّبِيَّ ﷺ عَنْ الْمَرْأَةِ تَرَى فِي مَنَامِهَا مِثْلَ مَا يَرَى الرَّجُلُ فَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «أَتَجِدِ لَذَّةً لَذَّةً؟» قَالَتْ: نَعَمْ، قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «فَلْتُغْتَسِلْ» وَالحَدِيثُ يَعْنِي قَوْلَهُ «الْمَاءُ مِنَ الْمَاءِ»^(٢) مَحْمُولٌ عَلَى خُرُوجِ الْمَنِيِّ عَنْ شَهْوَةٍ تَوْفِيقًا بَيْنَ الْأَدْلَةِ، وَلِأَنَّ قَوْلَهُ مِنَ الْمَاءِ يَتَنَاوَلُ الْمَذْيَ وَالْوَدْيَ وَلَيْسَ ثَمَّةَ غُسْلٍ بِالْإِجْمَاعِ فَيَرَادُ بِهِ الْخُصُوصُ، وَيُحْمَلُ عَلَى حَالَةِ الشَّهْوَةِ بِذَلِيلِ حَدِيثِ أُمِّ سَلَمَةَ.

وَقَوْلُهُ: (ثُمَّ الْمُعْتَبَرُ) ظَاهِرٌ، وَثَمَرَتُهُ تَظْهَرُ فِيمَنْ أَمْسَكَ ذَكَرَهُ بَعْدَ الْإِنْفِصَالِ

(١) سبق تخريجه.

(٢) سبق تخريجه.

بِشَهْوَةٍ عَنْ مَكَانِهِ حَتَّى سَكَتَتِ الشَّهْوَةُ ثُمَّ تَرَكَ حَتَّى خَرَجَ الْمَنِيُّ مِنْ إِحْلِيلِهِ بِلا شَهْوَةٍ لَا يَجِبُ الْغُسْلُ عِنْدَهُ خِلَافًا لَهُمَا، هُوَ قَاسُ الْخُرُوجِ بِالْمُزَايَلَةِ بِجَمَاعٍ تَعْلُقُ الْغُسْلُ بِهِمَا (وَلَهُمَا أَنَّهُ مَتَى وَجَبَ مِنْ وَجْهِهِ مَعْنَاهُ أَنَّا ذَكَرْنَا أَنَّ لِلشَّهْوَةِ مَذْخَلًا فِي وَجُوبِ الْغُسْلِ، وَقَدْ وَجَدَتْ فِي حَالَةٍ وَهُوَ الْإِنْفِصَالُ دُونَ الْأُخْرَى وَهُوَ الْخُرُوجُ، فَبِالنَّظَرِ إِلَى الْأَوَّلِ يَجِبُ، وَبِالنَّظَرِ إِلَى الثَّانِي لَا يَجِبُ، وَالْبَابُ بَابُ الْعِبَادَاتِ فَتُوجِبُهُ احْتِيَاظًا وَقَدْ وَقَعَ فِي النَّهَايَةِ فِي بَيَانِ ذَلِكَ أَنَّ الْخُرُوجَ عَلَى وَجْهِ الشَّهْوَةِ قَدْ وَجَدَ، وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ سَهْوٌ؛ لِأَنَّهُ لَوْ كَانَ كَذَلِكَ لَارْتَفَعَ التَّزَاغُ. فَإِنْ قِيلَ: ذَارَ الْغُسْلُ بَيْنَ الْوُجُوبِ وَعَدَمِهِ فَلَا يَجِبُ كَمَا إِذَا خَرَجَ الرِّيحُ مِنَ الْمُقْضَاةِ. أَجِيبُ بِأَنَّ جِهَةَ الْوُجُوبِ هُنَا رَاجِحَةٌ؛ لِأَنَّ الْمَوْجِبَ أَصْلًا، إِذْ الْخُرُوجُ بِنَاءً عَلَى الْمُزَايَلَةِ بِالشَّهْوَةِ وَعَدَمُ الْخُرُوجِ بِالشَّهْوَةِ بَعْدَ الْمُزَايَلَةِ مِنَ الْعَوَارِضِ النَّادِرَةِ فَلَا مُعْتَبَرٌ بِهِ، قِيلَ وَقَوْلُهُ: قِيَاسٌ وَقَوْلُهُمَا اسْتِحْسَانٌ وَالْخَائِفُ مِنَ الرِّبَةِ يَأْخُذُ بِقَوْلِ أَبِي يُوسُفَ.

(وَالْتِقَاءُ الْخِتَانَيْنِ مِنْ غَيْرِ إِنْزَالٍ) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «إِذَا التَّقَى الْخِتَانَانِ وَتَوَارَتِ الْحَشْفَةُ وَجَبَ الْغُسْلُ، أَنْزَلَ أَوْ لَمْ يُنْزَلِ»^(١) وَلِأَنَّهُ سَبَبُ الْإِنْزَالِ وَنَفْسُهُ يَتَغَيَّبُ عَنْ بَصَرِهِ وَقَدْ يَخْفَى عَلَيْهِ لِقَلْبِهِ فَيُقَامُ مَقَامُهُ، وَكَذَا الْإِيلاجُ فِي الدُّبُرِ لِكَمَالِ السَّبَبِيَّةِ، وَيَجِبُ عَلَى الْمَفْعُولِ بِهِ احْتِيَاظًا، بِخِلَافِ الْبَهِيمَةِ وَمَا دُونَ الْفَرْجِ لِأَنَّ السَّبَبِيَّةَ نَاقِصَةٌ.

الشرح:

وقوله: (وَالْتِقَاءُ الْخِتَانَيْنِ) الْخِتَانُ مَوْضِعُ الْقَطْعِ مِنَ الذَّكَرِ وَالْأُنْثَى، وَمِنْ عَادَتِهِمْ خِتَانُ الْأُنْثَى. وقوله: (مِنْ غَيْرِ إِنْزَالٍ) لَيْسَ بِشَرْطٍ لَوْجُوبِ الْغُسْلِ، فَإِنَّهُ لَوْ أَنْزَلَ وَجَبَ بِالْإِجْمَاعِ، وَإِنَّمَا ذَكَرَهُ نَفْيًا لِقَوْلِ الْأَنْصَارِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ فَإِنَّهُمْ قَالُوا لَا يَجِبُ الْغُسْلُ بِالْإِكْسَالِ، وَاسْتَدْلُوا بِظَاهِرِ قَوْلِهِ ﷺ: «الْمَاءُ مِنَ الْمَاءِ»^(٢) وَلَنَا قَوْلُهُ: عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «إِذَا التَّقَى الْخِتَانَانِ وَتَوَارَتِ الْحَشْفَةُ وَجَبَ الْغُسْلُ، أَنْزَلَ أَوْ لَمْ يُنْزَلِ»^(٣) وَهَذَا مُفَسَّرٌ فِي هَذَا الْمَعْنَى لَا يَقْبَلُ التَّأْوِيلَ، وَلَا مُنَافَاةَ بَيْنَ الْحَدِيثَيْنِ فَتَعْمَلُ بِكُلِّ وَاحِدٍ

(١) أخرجه البخاري في الغسل باب ٢٨، ومسلم في الحيض حديث ٨٧.

(٢) أخرجه مسلم (٣٤٣)، وأبو داود (١٨٧)، وأحمد (١٠١٨٣).

(٣) سبق تخريجه.

مِنْهُمَا وَقُولُ الْجَنَابَةِ تُثْبِتُ بِإِنْفِصَالِ الْمَنِيِّ عَنْ شَهْوَةِ بَقَوْلِهِ: «الْمَاءُ مِنَ الْمَاءِ» لَمَّا ذَكَرْنَا مِنْ تَأْوِيلِهِ، وَبِالإِيلَاجِ فِي الْآدَمِيِّ بِقَوْلِهِ: «إِذَا التَّقَى الْخِتَانَانِ»^(١) الْحَدِيثُ، وَقَدْ قَرَرْنَا هَذَا الْحَدِيثَ فِي التَّقْرِيرِ بِتَأْيِيدِ اللَّهِ.

وَفِي قَوْلِهِ (وَتَوَارَتْ الْحَشَقَةُ إِشَارَةً) إِلَى أَنَّ مُجَرَّدَ التَّلَاقِي لَا يُوجِبُهُ، وَلَكِنْ يُوجِبُ الْوُضُوءَ عِنْدَهُمَا خِلَافًا لِمُحَمَّدٍ. وَالْحَشَقَةُ مَا فَوْقَ الْخِتَانِ مِنْ رَأْسِ الذَّكَرِ. وَقَوْلُهُ: (وَلَأَنَّهُ سَبَبُ الْإِنْزَالِ) يَبَيِّنُهُ أَنَّ الشَّيْءَ الَّذِي يَتَرْتَّبُ عَلَيْهِ حُكْمٌ إِذَا كَانَ خَفِيًّا وَلَهُ سَبَبٌ ظَاهِرٌ، يُقَامُ ذَلِكَ السَّبَبُ الظَّاهِرُ مَقَامَ ذَلِكَ الْأَمْرِ الْخَفِيِّ، وَيَتَرْتَّبُ عَلَيْهِ الْحُكْمُ، وَهَهُنَا التَّقَاءُ الْخِتَانَيْنِ سَبَبُ الْإِنْزَالِ، وَنَفْسُ الْإِنْزَالِ الَّذِي تَرْتَّبُ عَلَيْهِ الْغُسْلُ يَتَعَيَّبُ عَنْ بَصَرِ الْمُنْزِلِ، وَقَدْ يَخْفَى الْإِنْزَالُ لِقَلَّةِ الْمَنِيِّ فَيُقَامُ الْإِلْتِقَاءُ مَقَامَ الْإِنْزَالِ كَمَا فِي السَّفَرِ مَعَ الْمَشَقَّةِ الَّتِي يَتَرْتَّبُ عَلَيْهَا الْقَصْرُ فِي السَّفَرِ.

وَالْإِلْتِقَاءُ مَجَازٌ لِلإِيلَاجِ؛ لِأَنَّهُ سَبَبُهُ، وَكَذَا الإِيلَاجُ فِي الدُّبْرِ لِكَمَالِ السَّبَبِيَّةِ حَتَّى إِنَّ بَعْضَ الْفَسَقَةِ يُرَجِّحُونَ قَضَاءَ الشَّهْوَةِ فِي الدُّبْرِ عَلَى قَضَاءِ الشَّهْوَةِ فِي الْقَبْلِ لَمَّا يَدْعُونَ فِيهِ مِنَ اللَّيْنِ وَالْحَرَارَةِ وَالضِّيقِ، وَعَنْ هَذَا ذَهَبَ بَعْضُهُمْ إِلَى أَنَّ مُحَاذَاةَ الْأُمُرِدِ فِي الصَّلَاةِ تُفْسِدُ صَلَاةَ غَيْرِهِ كَالْمَرْأَةِ، وَيَجِبُ عَلَى الْمَفْعُولِ بِهِ اخْتِيَاطًا أَمَّا عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ فَلَاغُهُمَا يُوجِبَانِ الْحَدَّ الَّذِي فِيهِ لِلَاخْتِيَاطِ فِي تَرْكِهِ فَلَأَنَّهُ يُوجِبُ الْغُسْلَ الَّذِي الْإِخْتِيَاطُ فِيهِ وَجُوبُهُ أَوْلَى، وَأَمَّا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ فَلَأَنَّهُ يُحْتَاطُ فِي الْحَدِّ فَيَتَرَكُهُ وَيُحْتَاطُ فِي الْغُسْلِ فَيُوجِبُهُ، وَالْإِخْتِيَاطُ فِي كُلِّ بَابٍ بِمَا يُنَاسِبُهُ.

قَوْلُهُ: (بِخِلَافِ الْبَهِيمَةِ وَمَا دُونَ الْفَرْجِ) مُتَّصِلٌ بِقَوْلِهِ فَيُقَامُ مَقَامُهُ: أَيُّ يُقَامُ سَبَبُ الْإِنْزَالِ مَقَامُهُ فِي السَّيْلَيْنِ فِي الْآدَمِيِّ، بِخِلَافِ الْبَهِيمَةِ فَإِنَّهُ لَا يَجِبُ فِيهَا الْغُسْلُ بِمُجَرَّدِ الإِيلَاجِ مِنْ غَيْرِ إِنْزَالٍ، وَبِخِلَافِ مَا دُونَ الْفَرْجِ وَهُوَ التَّفْخِيدُ وَالتَّبْطِينُ فَإِنَّهُ لَا يَجِبُ فِيهِ الْغُسْلُ أَيْضًا لِنُقْصَانِ السَّبَبِيَّةِ إِذَا لَمْ يُنْزَلِ.

قَالَ (وَالْحَيْضُ) لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿حَتَّى يَطْهَرْنَ﴾ [البقرة: ٢٢٢] بِالتَّشْدِيدِ (و) كَذَا

(النَّفَاسُ) لِلإِجْمَاعِ.

(١) أخرجه مسلم (٣٤٩)، وأحمد (٩٧/٦)، والبيهقي في السنن (١٦٣/١).

الشرح:

قَالَ (وَالْحَيْضُ) لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿حَتَّى يَطْهَرْنَ﴾ اِخْتَلَفَ الشَّارِحُونَ فِي تَفْسِيرِ كَلَامِهِ، فَمِنْهُمْ مَنْ حَمَلَهُ عَلَى ظَاهِرِهِ وَقَالَ: نَفْسُ الْحَيْضِ يُوجِبُ الْغُسْلَ؛ لِأَنَّهُ فِي مَعْنَى الْجَنَابَةِ مِنْ حَيْثُ الْمَنْعُ عَنِ الصَّلَاةِ وَالْقِرَاءَةِ وَدُخُولِ الْمَسْجِدِ، وَمِنْهُمْ مَنْ حَمَلَهُ عَلَى أَنَّ مَعْنَاهُ انْقِطَاعُ الْحَيْضِ يُوجِبُ الْغُسْلَ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجِبُ إِلَّا عِنْدَ انْقِطَاعِهِ وَقَالَ: لِأَنَّهُ يُلَازِمُهُ، وَمِنْهُمْ مَنْ حَمَلَهُ عَلَى أَنَّ مَعْنَاهُ أَنَّ الْخُرُوجَ عَنِ الْحَيْضِ يُوجِبُ الْغُسْلَ؛ لِأَنَّ الْحَيْضَ مَا دَامَ بَاقِيًا لَا يَجِبُ الْغُسْلُ، وَالْخُرُوجُ عَنِ الْحَيْضِ مُسْتَلَزِمٌ لَهُ فَوُجِدَ الْإِتِّصَالُ فَصَحَّتِ الْاسْتِعَارَةُ، وَعُرِيَ هَذَا إِلَى الْإِمَامِ حُمَيْدِ الدِّينِ، وَفِي الْكُلِّ نَظَرٌ. أَمَّا فِي الْأَوَّلِ فَلَأَنَّ الْحَيْضَ اسْمٌ لِلدَّمِ مَخْصُوصٌ، وَقَدْ تَقَدَّمَ أَنَّ الْجَوْهَرَ لَا يَصِحُّ أَنْ يَكُونَ سَبَبًا لِلْمَعْنَى، وَأَمَّا فِي الثَّانِي فَلَأَنَّ الْإِنْقِطَاعَ طَهْرٌ وَالطَّهْرُ لَا يُوجِبُ الْإِطْهَارَ، وَلَا مُلَازِمَةً بَيْنَهُمَا لَوْجُودِ الْحَيْضِ قَبْلَ الْإِنْقِطَاعِ وَوُجُودِ الْإِنْقِطَاعِ بَعْدَهُ فَكَانَ أَحَدُهُمَا مُنْفَكًّا عَنِ الْآخَرِ فَلَا مُلَازِمَةً بَيْنَهُمَا، عَلَى أَنَّ قَوْلَهُ لَا يَجِبُ إِلَّا عِنْدَ انْقِطَاعِهِ يُفِيدُ الشَّرْطِيَّةَ لَا الْعِلِّيَّةَ، وَكَذَا الْخُرُوجُ عَنِ الْحَيْضِ عِبَارَةٌ عَنِ انْقِطَاعِهِ فَيَرُدُّ عَلَيْهِ مِثْلُ مَا وَرَدَ عَلَى ذَلِكَ، وَيَجُوزُ أَنْ يُقَالَ: مَعْنَاهُ خُرُوجُ الْحَيْضِ وَهُوَ الدَّمُ الْمَخْصُوصُ يُوجِبُ الْغُسْلَ لَمَّا تَقَدَّمَ أَنَّ خُرُوجَ النَّجَسِ مِنْ بَدَنِ الْإِنْسَانِ يُوجِبُ تَطْهِيرَ جَمِيعِ الْبَدَنِ، وَاكْتَفَى بِالْأَعْضَاءِ الْأَرْبَعَةِ فِيمَا كَثُرَ وَقُوعُهُ دَفْعًا لِلْحَرَجِ، وَقُوعُ الْحَيْضِ لَيْسَ بِكَثِيرٍ فَبَقِيَ عَلَى الْأَصْلِ كَخُرُوجِ الْمَنِيِّ فَكَانَ مَجَازًا بِالْحَذْفِ مِنْ بَابِ ﴿وَسَلَّ الْقَرْيَةَ﴾ [يوسف: ٨٢] إِذْ لَا يَلْتَبِسُ أَنْ نَفْسَ الدَّمِ لَا يُوجِبُ شَيْئًا.

وَوَجْهُ التَّمَسُّكِ بِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿حَتَّى يَطْهَرْنَ﴾ بِالتَّشْدِيدِ عَلَى وَجُوبِ الْإِغْتِسَالِ، أَمَّا بِالنِّسْبَةِ إِلَى الْقُرْبَانِ فَلَأَنَّهُ تَعَالَى غَيًّا حُرْمَةً الْقُرْبَانِ الَّذِي كَانَ حَلَالًا إِلَى الْإِغْتِسَالِ، فَيَنْبَغِي أَنْ تَنْتَهِيَ الْحُرْمَةُ بِهِ وَيَكُونُ مَأْمُورًا بِهِ، وَإِلَّا لَكَانَتْ حُرْمَةً مُؤَبَّدَةً، وَفِي ذَلِكَ نَقْضٌ لِمَا شَرَعَهُ بِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿فَإِذَا تَطَهَّرْنَ فَأَتُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ أَمَرَكُمُ اللَّهُ﴾ [البقرة: ٢٢٢] وَبِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿فَأَتُوا حَرَثَكُمْ أَنَّى شِئْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٢٣] وَأَمَّا بِالنِّسْبَةِ إِلَى الصَّلَاةِ فَلَأَنَّ الْإِغْتِسَالَ لَمَّا صَارَ شَرْطًا لِحُلِّ الْقُرْبَانِ بِهَذِهِ الْآيَةِ مَعَ أَنَّ الطَّهَارَةَ لَيْسَتْ بِشَرْطٍ لِحُلِّ الْقُرْبَانِ عَمَّا سِوَى الْحَيْضِ وَالتَّفَاسِ فِي صُورَةٍ مِنَ الصُّورِ فَلَأَنَّ يَشْتَرِطُ

الْاِغْتِسَالُ لِحُلِّ الصَّلَاةِ وَالْحَالُ أَنَّهَا شَرْطٌ لَهَا عَنْ جَمِيعِ النَّجَاسَاتِ الْحَقِيقِيَّةِ وَالْحُكْمِيَّةِ دَائِمًا أَوَّلَى. وَأَمَّا النَّفَاسُ فَإِنَّمَا وَجِبَ الْاِغْتِسَالُ فِيهِ بِالْإِجْمَاعِ.

قَالَ «وَسَنَّ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ الْغُسْلَ لِلْجُمُعَةِ وَالْعِيدَيْنِ وَعَرَفَةَ وَالْإِحْرَامَ» ^(١) نَصٌّ عَلَى السُّنِّيَّةِ، وَقِيلَ هَذِهِ الْأَرْبَعَةُ مُسْتَحَبَّةٌ، وَسَمِيَ مُحَمَّدٌ الْغُسْلَ يَوْمَ الْجُمُعَةِ حَسَنًا فِي الْأَصْلِ. وَقَالَ مَالِكٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: هُوَ وَاجِبٌ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «مَنْ أَتَى الْجُمُعَةَ فَلْيَغْتَسِلْ» ^(٢). وَلَنَا قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «مَنْ تَوَضَّأَ يَوْمَ الْجُمُعَةِ فِيهَا وَنِعَمْتَ، وَمَنْ اغْتَسَلَ فَهُوَ أَفْضَلُ» ^(٣) " وَبِهَذَا يُحْمَلُ مَا رَوَاهُ عَلَى الْاِسْتِحْبَابِ أَوْ عَلَى النَّسْخِ، ثُمَّ هَذَا الْغُسْلُ لِلصَّلَاةِ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ هُوَ الصَّحِيحُ لَزِيَادَةِ فَضِيلَتِهَا عَلَى الْوَقْتِ وَاخْتِصَاصِ الطَّهَارَةِ بِهَا، وَفِيهِ خِلَافُ الْحَسَنِ، وَالْعِيدَانِ بِمَنْزِلَةِ الْجُمُعَةِ لِأَنَّ فِيهِمَا الْاجْتِمَاعُ فَيُسْتَحَبُّ الْاِغْتِسَالُ دَفْعًا لِلتَّأْذِي بِالرَّائِحَةِ. وَأَمَّا فِي عَرَفَةَ وَالْإِحْرَامِ فَسُنَنُهُ فِي الْمَنَاسِكِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

الشرح:

قَوْلُهُ: (وَسَنَّ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ) بَيَانٌ لِلْغُسْلِ الْمَسْنُونِ (نَصٌّ) يَعْنِي الْقُدُورِيَّ (عَلَى السُّنِّيَّةِ) يَعْنِي فِي هَذِهِ الْأَرْبَعَةِ وَقَدْ قِيلَ هَذِهِ الْأَرْبَعَةُ مُسْتَحَبَّةٌ يَدُلُّ عَلَى ذَلِكَ تَسْمِيَةُ مُحَمَّدٍ الْغُسْلَ يَوْمَ الْجُمُعَةِ فِي الْأَصْلِ حَسَنًا وَهُوَ أَقْوَاهُمْ حَيْثُ ذَهَبَ إِلَى وَجُوبِهِ مَالِكٌ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «مَنْ أَتَى مِنْكُمْ الْجُمُعَةَ فَلْيَغْتَسِلْ» ^(٤) رَوَاهُ ابْنُ عُمَرَ. وَلَنَا قَوْلُهُ: عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «مَنْ تَوَضَّأَ يَوْمَ الْجُمُعَةِ فِيهَا وَنِعَمْتَ وَمَنْ اغْتَسَلَ فَهُوَ أَفْضَلُ» ^(٥) رَوَاهُ سَمُرَةُ بْنُ جُنْدُبٍ، وَقَوْلُهُ: فِيهَا وَنِعَمْتَ أَيُّ بِالسُّنَّةِ أَخَذَ وَنِعَمْتَ الْخِصْلَةُ هَذِهِ أَيُّ الْأَخْذُ بِالسُّنَّةِ (وَبِهَذَا) أَيُّ بِهَذَا الْحَدِيثِ (يُحْمَلُ مَا رَوَاهُ) مَالِكٌ (عَلَى الْاِسْتِحْبَابِ) تَوْفِيقًا بَيْنَهُمَا (أَوْ عَلَى النَّسْخِ) بِذَلِكَ مَا رَوَى عَنْ عَائِشَةَ وَابْنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أَنَّهُمَا قَالَا: كَانَ النَّاسُ عَمَّالٌ أَنْفُسِهِمْ وَكَانُوا يَلْبَسُونَ الصُّوفَ

(١) أخرجه البخاري (٨٨٢)، ومسلم في الجمعة (حديث ٤).

(٢) أخرجه البخاري (٨٧٧)، ومسلم (٨٤٤).

(٣) أخرجه أبو داود (٣٥٤)، والترمذي (٤٩٧)، وأحمد (٨/٥).

(٤) سبق تخريجه.

(٥) سبق تخريجه.

وَيَعْرِقُونَ فِيهِ وَالْمَسْجِدُ قَرِيبُ السَّمَكِ فَكَانَ يَتَأَذَى بَعْضُهُمْ بِرَائِحَةِ بَعْضٍ فَأَمَرُوا بِالْاِغْتِسَالِ ثُمَّ انْتَسَحَ حِينَ لَبَسُوا غَيْرَ الصُّوفِ وَتَرَكُوا الْعَمَلَ بِأَنْفُسِهِمْ.

وَقَوْلُهُ: (هُوَ الصَّحِيحُ) احْتِرَازٌ عَنْ قَوْلِ الْحَسَنِ فَإِنَّهُ يَقُولُ غُسْلُ يَوْمِ الْجُمُعَةِ لِلْيَوْمِ إِظْهَارًا لِفَضِيلَتِهِ. قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «سَيِّدُ الْأَيَّامِ يَوْمُ الْجُمُعَةِ». وَمَعْنَى قَوْلِهِ (لِزِيَادَةِ فَضِيلَتِهَا)؛ لِأَنَّهَا تُؤَدَّى بِجَمْعٍ عَظِيمٍ فَلَهَا مِنَ الْفَضِيلَةِ مَا لَيْسَ لْغَيْرِهَا، وَسَيَادَةُ الْيَوْمِ بِاعْتِبَارِ وَقُوعِ هَذِهِ الصَّلَاةِ فِيهِ. وَفَائِدَةُ الْخِلَافِ تَظْهَرُ فِيمَنْ اغْتَسَلَ يَوْمَ الْجُمُعَةِ ثُمَّ أَحْدَثَ فَتَوَضَّأَ وَصَلَّى الْجُمُعَةَ فَإِنَّهُ لَيْسَ بِمُقِيمٍ لِلْسُنَّةِ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ خِلَافًا لِلْحَسَنِ، وَوَقَعَ فِي بَعْضِ الرِّوَايَاتِ ذِكْرُ مُحَمَّدٍ فِي مَوْضِعِ الْحَسَنِ بْنِ زِيَادٍ (وَالْعِيدَانِ بِمَنْزِلَةِ الْجُمُعَةِ؛ لِأَنَّ فِيهِمَا الْاجْتِمَاعَ فَيَسْتَحَبُّ الْاِغْتِسَالُ دَفْعًا لِلتَّأَذَى بِالرَّائِحَةِ، وَأَمَّا فِي عَرَفَةِ وَالْإِحْرَامِ فَسَنَبِّئُهُ فِي الْمَنَاسِكِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى).

قَالَ (وَلَيْسَ فِي الْمَذْيِ وَالْوُدْيِ غُسْلٌ وَفِيهِمَا الْوُضُوءُ) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «كُلُّ فَحْلٍ يُمَذِّي وَفِيهِ الْوُضُوءُ»^(١) وَالْوُدْيُ: الْغَلِيظُ مِنَ الْبَوْلِ يَتَعَقَّبُ الرِّقِيقُ مِنْهُ خُرُوجًا فَيَكُونُ مُعْتَبَرًا بِهِ، وَالْمَذْيُ: خَائِرٌ أَبْيَضٌ يَنْكَسِرُ مِنْهُ الذَّكَرُ، وَالْمَذْيُ: رَقِيقٌ يَضْرِبُ إِلَى الْبَيَاضِ يَخْرُجُ عِنْدَ مُلَاعَبَةِ الرَّجُلِ أَهْلَهُ. وَالتَّفْسِيرُ مَأْثُورٌ عَنْ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهَا.

الشرح:

وَلَيْسَ فِي الْمَذْيِ وَالْوُدْيِ غُسْلٌ وَفِيهِمَا الْوُضُوءُ (لِقَوْلِهِ ﷺ «كُلُّ فَحْلٍ يُمَذِّي وَفِيهِ الْوُضُوءُ»)^(١) رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ بِإِسْنَادٍ صَحِيحٍ. فَإِنْ قِيلَ إِذَا كَانَ الْوَاجِبُ الْوُضُوءَ كَانَ الْوَاجِبُ أَنْ يَذْكُرَهُمَا فِي فَصْلِ الْوُضُوءِ. أُجِيبَ بِأَنَّهُمَا يُشَابِهَانِ الْمَذْيَ فَذَكَرَهُمَا فِي فَصْلِ الْغُسْلِ، وَالْأَوْجُهُ أَنْ يُقَالَ: إِنَّمَا ذَكَرَهُمَا هُنَا؛ لِأَنَّ أَحْمَدَ -رَحِمَهُ اللَّهُ- يَقُولُ بِوُجُوبِ الْغُسْلِ فِي رِوَايَةٍ، فَذَكَرَهُمَا هُنَا نَفْيًا لِمَا يَقُولُهُ. فَإِنْ قِيلَ إِذَا كَانَ حُكْمُ الْوُضُوءِ كَانَ ذِكْرُهُ مُسْتَعْنَى عَنْهُ بِالْكَلْبَةِ؛ لِأَنَّهُ قَدْ عَلِمَ مِنْ قَوْلِهِ كُلُّ مَا خَرَجَ مِنَ السَّيْلَيْنِ. أُجِيبَ بِأَنْ ذِكْرَهُ لِلتَّكْيِيدِ، وَقِيلَ ذِكْرُهُ تَصْرِيحًا بِالنَّفْيِ لِقَوْلِ مَالِكٍ فَإِنَّهُ لَا يَقُولُ بِوُجُوبِ الْوُضُوءِ بِهِمَا. فَإِنْ قِيلَ نَقْضُ الْوُضُوءِ بِالْوُدْيِ غَيْرُ مُتَصَوِّرٍ عَلَى التَّفْسِيرِ الْمَذْكُورِ فِي

(١) أخرجه أبو داود في الطهارة باب ٨٢، وانظر نصب الراية (١/١٤١).

الكتاب؛ لأنه إنما يخرج على أثر البول وقد وجب الوضوء بالبول قبله فلا يجب بالودي بعده. أجب بأجوبة منها أنه إذا بال فتوضأ ثم أودى فإنه يجب عليه الوضوء، ومنها أن من به سلس البول إذا توضأ للبول ثم أودى حالة بقاء الوقت تنقض طهارته، ومنها أن الوضوء يجب في الودي لو تصور الانتقاض به، وفيه ضعف، والتفسير مأثور عن عائشة، وإنما مرادها مني الرجل خاصة؛ لأن مني المرأة ليس خاتراً ولا أبيض وإنما هو رقيق أصفر كما جاء في الحديث، وليس ينكسر منه الذكر، والتعريف الجامع لمني الرجل والمرأة أن يقال: ماء دافق يخرج من بين صلب الرجل وترائب المرأة.

بَابُ الْمَاءِ الَّذِي يَجُوزُ بِهِ الْوُضُوءُ وَمَا لَا يَجُوزُ

(الطهارة من الأحداث جائزة بماء السماء والأودية والعيون والآبار والبحار لقوله تعالى ﴿ وَأَنْزَلْنَا مِنْ السَّمَاءِ مَاءً طَهُورًا ﴾ [الفرقان: ٤٨] وقوله عليه الصلاة والسلام: «والماء طهور لا ينجسه شيء إلا ما غير لونه أو طعمه أو ريحه»^(١) وقوله عليه الصلاة والسلام في البحر: «هو الطهور ماؤه والحل ميتته»^(٢) ومطلق الاسم ينطلق على هذه المياه.

الشرح:

(بَابُ الْمَاءِ الَّذِي يَجُوزُ بِهِ الْوُضُوءُ وَمَا لَا يَجُوزُ) معنى الباب في اللغة النوع، وقد يعرف بأنه طائفة من المسائل الفقهية اشتمل عليها كتاب ولقيت بباب كذا. ولما فرغ من بيان الطهارتين ذكر ما تحصل به الطهارة وهو الماء المطلق (الطهارة من الأحداث) غليظاً كان الحدث أو خفيفاً (جائزة بماء السماء والأودية والعيون والآبار والبحار لقوله تعالى: ﴿ وَأَنْزَلْنَا مِنْ السَّمَاءِ مَاءً طَهُورًا ﴾ [الفرقان: ٤٨] وقوله: عليه الصلاة والسلام «الماء طهور لا ينجسه شيء»^(٣) الحديث. ووجه التمسك أن الله تعالى ذكر الماء في الآية مطلقاً، والمطلق ما يتعرض للذات دون الصفات ومطلق الاسم ينطلق على هذه المياه. لا يقال: الآية تدل على أن الماء المنزل من السماء طهور وليس غير المطر منزلاً من السماء؛ لأن الله تعالى قال: ﴿ أَلَمْ تَرَ أَنَّ اللَّهَ أَنْزَلَ مِنْ

(١) أخرجه أبو داود (٦٦)، والترمذي (٦٦)، وأحمد (١١٢٥٧).

(٢) أخرجه أبو داود (٨٣)، والترمذي (٦٩)، والنسائي (٥٠/١)، وابن ماجه (٣٨٦).

(٣) سبق تخريجه.

السَّمَاءِ مَاءً فَسَلَكَهُ يَنْبِيعٌ فِي الْأَرْضِ ﴿ [الزمر: ٢١] وَقَالَ ﴿ أَنْزَلَ مِنَ السَّمَاءِ مَاءً فَسَالَتْ أَوْدِيَةٌ بِقَدَرِهَا ﴾ [الرعد: ١٧] وَسَيَاتِي الْكَلَامُ عَلَى الْحَدِيثِ، وَذَكَرُ الْأَحْدَاثِ لَيْسَ لِلتَّخْصِصِ؛ لِأَنَّ الطَّهَارَةَ مِنَ الْخَبَثِ أَيْضًا تَحْصُلُ بِهَذِهِ الْمِيَاهِ، لَكِنْ لَمَّا كَانَ التَّوْبِيبُ لِمَاءٍ يَحْصُلُ بِهِ الْوَضُوءُ ذَكَرَ ذَلِكَ.

قَالَ (بِمَا أُعْتَصِرَ مِنَ الشَّجَرِ وَالثَّمَرِ) لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمَاءٍ مُطْلَقٍ وَالْحُكْمُ عِنْدَ فَقْدِهِ مَنْقُولٌ إِلَى التَّيْمُمِ وَالْوُضُوءِ فِي هَذِهِ الْأَعْضَاءِ تَعْبُدِيَّةٌ فَلَا تَتَعَدَّى إِلَى غَيْرِ الْمَنْصُوصِ عَلَيْهِ. وَأَمَّا الْمَاءُ الَّذِي يَقْطُرُ مِنَ الْكَرَمِ فَيَجُوزُ التَّوَضُّؤُ بِهِ لِأَنَّهُ مَاءٌ يَخْرُجُ مِنْ غَيْرِ عِلَاجٍ، ذَكَرَهُ فِي جَوَامِعِ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ. وَفِي الْكِتَابِ إِشَارَةٌ إِلَيْهِ حَيْثُ شَرَطَ الْإِعْتِسَارَ.

الشرح:

قَوْلُهُ: (وَلَا يَجُوزُ بِمَا أُعْتَصِرَ) بِالْقَصْرِ عَلَى أَنَّهَا مَوْضُوعَةٌ هَكَذَا الْمَسْمُوعُ وَقَوْلُهُ: (لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمَاءٍ مُطْلَقٍ)؛ لِأَنَّهُ عِنْدَ إِطْلَاقِ الْمَاءِ لَا يَنْطَلِقُ عَلَيْهِ، وَتَحْقِيقُ ذَلِكَ أَنَّا لَوْ فَرَضْنَا فِي نَيْتِ إِنْسَانٍ مَاءً بَثْرَ أَوْ بَحْرَ أَوْ عَيْنَ أَوْ مَاءً أُعْتَصِرَ مِنْ شَجَرٍ أَوْ ثَمَرٍ فَقِيلَ لَهُ هَاتِ مَاءً لَا يَسْبِقُ إِلَى ذَهْنِ الْمُخَاطَبِ إِلَّا الْأَوَّلُ، وَلَا نَعْنِي بِالْمُطْلَقِ وَالْمُقَيَّدِ إِلَّا هَذَا (وَالْحُكْمُ) وَهُوَ الطَّهَارَةُ (عِنْدَ فَقْدِهِ) أَيَّ فَقْدِ الْمَاءِ الْمُطْلَقِ (مَنْقُولٌ إِلَى التَّيْمُمِ) قَالَ تَعَالَى: ﴿ فَلَمْ تَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا ﴾ [المائدة: ٦] وَقَوْلُهُ: (وَالْوُضُوءُ الْخُجُ) جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ الْمَاءُ الْمُعْتَصَرُ مِنَ الشَّجَرِ أَوْ الثَّمَرِ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَاءً مُطْلَقًا لَكِنَّهُ فِي مَعْنَاهُ فِي الْإِزَالَةِ فَيَلْحَقُ بِالْمُطْلَقِ. وَوَجْهُهُ أَنَّ الْوُضُوءَ فِي هَذِهِ الْأَعْضَاءِ تَعْبُدِيَّةٌ فَلَا تَتَعَدَّى إِلَى غَيْرِ الْمَنْصُوصِ عَلَيْهِ، وَمَعْنَاهُ أَنَّ شَرْطَ الْقِيَاسِ أَلَّا يَكُونَ حُكْمُ الْأَصْلِ مَعْدُولًا بِهِ عَنِ الْقِيَاسِ، وَلَيْسَ فِيمَا نَحْنُ فِيهِ كَذَلِكَ فَلَا يَصِحُّ الْقِيَاسُ، بِخِلَافِ إِزَالَةِ النَّجَاسَةِ الْحَقِيقِيَّةِ فَإِنَّهَا مَعْقُولَةٌ الْمَعْنَى لَوْجُودِهَا حِسًّا فَجَازَ فِيهَا الْإِلْحَاقُ عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ. وَلِقَائِلِ أَنْ يَقُولَ: هَبْ أَنَّهُ لَا يُمَكِّنُ التَّعْبُدِيَّةَ بِطَرِيقِ الْقِيَاسِ فَيَلْحَقُ بِطَرِيقِ الدَّلَالَةِ فَإِنَّ كَوْنَهُ مَعْقُولًا لَيْسَ بِشَرْطٍ فِيهَا. وَالْجَوَابُ أَنَّ سَائِرَ الْمَائِعَاتِ لَيْسَ فِي مَعْنَى الْمَاءِ مِنْ كُلِّ وَجْهٍ؛ لِأَنَّ الْمَاءَ مَبْذُولٌ عَادَةً لَا يُنَالَى بِحَبْسِهِ وَسَائِرُ الْمَائِعَاتِ لَيْسَ كَذَلِكَ. فَإِنْ قُلْتَ: فَكَيْفَ أَلْحَقْتَهُ بِهِ فِي النَّجَاسَةِ الْحَقِيقِيَّةِ؟ قُلْتَ: قِيَاسًا لَا دَلَالََةً؛ لِأَنَّهُ مَعْقُولُ الْمَعْنَى. فَإِنْ قُلْتَ: مِنْ شَرْطِ الدَّلَالَةِ أَنْ يَكُونَ الْمُلْحَقُ فِي مَعْنَى الْأَصْلِ فِي الْوَصْفِ الَّذِي هُوَ مَنَاطُ

الْحُكْمُ مِنْ كُلِّ وَجْهٍ لَا غَيْرُ، وَالْوَصْفُ فِيمَا نَحْنُ فِيهِ هُوَ إِزَالَةُ النَّجَاسَةِ، وَالْمَاءُ وَالْمَائِعُ سَيَّانٍ فِي ذَلِكَ، وَكَوْنُ الْمَاءِ مَبْدُولا لَا مَدْخَلَ لَهُ فِي ذَلِكَ. قُلْتُ: إِنَّهُمَا سَيَّانٍ فِي إِزَالَةِ النَّجَاسَةِ الْحَقِيقِيَّةِ أَوْ مُطْلَقًا، وَالْأَوَّلُ مُسَلَّمٌ وَلَيْسَ الْكَلَامُ فِيهِ وَالثَّانِي مَمْنُوعٌ. وَقَوْلُهُ: (وَفِي الْكِتَابِ) يَعْنِي مُخْتَصَرَ الْقُدُورِيِّ.

قَالَ (وَلَا) يَجُوزُ (بِمَاءٍ غَلَبَ عَلَيْهِ غَيْرُهُ فَأَخْرَجَهُ عَنْ طَبَعِ الْمَاءِ كَالْأَشْرِبَةِ وَالْخَلِّ وَمَاءِ الْبَاقِلَا وَالْمَرْقِ وَمَاءِ الْوَرْدِ وَمَاءِ الزَّرْدَجِ) لِأَنَّهُ لَا يُسَمَّى مَاءً مُطْلَقًا، وَالْمُرَادُ بِمَاءِ الْبَاقِلَا وَغَيْرِهِ مَا تَغَيَّرَ بِالطَّبِخِ، فَإِنْ تَغَيَّرَ بِدُونِ الطَّبِخِ يَجُوزُ التَّوَضُّؤُ بِهِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (فَأَخْرَجَهُ عَنْ طَبَعِ الْمَاءِ) كَالْتَفْسِيرِ لِقَوْلِهِ غَلَبَ عَلَيْهِ غَيْرُهُ. وَقَوْلُهُ: (كَالْأَشْرِبَةِ إلخ) إِنْ أَرَادَ بِهَا الْأَشْرِبَةَ الْمُتَّخَذَةَ مِنَ الشَّجَرِ كَشَرَابِ الرُّمَّانِ وَالْحُمَاضِ، وَبِالْخَلِّ الْخَلَّ الْخَالِصَ كَانَا مِنْ نَظِيرِ الْمُعْتَصَرِ مِنَ الشَّجَرِ وَالثَّمَرِ، وَكَانَ مَاءُ الْبَاقِلَا وَالْمَرْقِ نَظِيرَ الْمَاءِ الَّذِي غَلَبَ عَلَيْهِ غَيْرُهُ فَكَانَ فِيهِ صَنْعَةُ اللَّفِّ وَالتَّشْرِ، وَإِنْ أَرَادَ بِالْأَشْرِبَةِ الْحُلُوطِ الْمَخْلُوطَ بِالْمَاءِ كَالدِّهْنِ وَالشَّهْدِ الْمَخْلُوطِ بِهِ وَمِنْ الْخَلِّ الْخَلُّ الْمَخْلُوطُ بِالْمَاءِ كَانَتْ الْأَرْبَعَةُ كُلُّهَا نَظِيرَ الْمَاءِ الَّذِي غَلَبَ عَلَيْهِ غَيْرُهُ. وَالْبَاقِلَا إِذَا شُدَّتْ اللَّامُ فَهُوَ مَقْصُورٌ وَإِذَا خُفِّفَتْ فَمَمْدُودٌ. وَمَاءُ الزَّرْدَجِ هُوَ مَا يَخْرُجُ مِنَ الْعُصْفَرِ الْمَنْقُوعِ. وَقَوْلُهُ: (مَا تَغَيَّرَ بِالطَّبِخِ) قِيلَ الْمُرَادُ بِالتَّغْيِيرِ التَّخُونَةُ فَإِنَّهُ يَصِيرُ مَرَقًا.

قَالَ (وَتَجُوزُ الطَّهَارَةُ بِمَاءٍ خَالَطَهُ شَيْءٌ طَاهِرٌ فَغَيْرُ أَحَدٍ أَوْصَافِهِ، كَمَاءِ الْمَدِّ وَالْمَاءِ الَّذِي اخْتَلَطَ بِهِ اللَّبَنُ أَوْ الزُّعْفَرَانُ أَوْ الصَّابُونُ أَوْ الْأَشْنَانُ) قَالَ الشَّيْخُ الْإِمَامُ: أَجْرَى فِي الْمُخْتَصَرِ مَاءُ الزَّرْدَجِ مَجْرَى الْمَرْقِ، وَالْمَرْوِيُّ عَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ مَاءِ الزُّعْفَرَانِ وَهُوَ الصَّحِيحُ، كَذَا اخْتَارَهُ النَّاطِقِيُّ وَالْإِمَامُ السَّرْحَسِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَا يَجُوزُ التَّوَضُّؤُ بِمَاءِ الزُّعْفَرَانِ وَأَشْبَاهِهِ مِمَّا لَيْسَ مِنْ جِنْسِ الْأَرْضِ لِأَنَّهُ مَاءٌ مُقَيَّدٌ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ يُقَالُ مَاءُ الزُّعْفَرَانِ بِخِلَافِ أَجْزَاءِ الْأَرْضِ لِأَنَّ الْمَاءَ لَا يَخْلُو عَنْهَا عَادَةً وَلَنَا أَنْ اسْمَ الْمَاءِ بَاقٍ عَلَى الْإِطْلَاقِ أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَمْ يَتَجَدَّدْ لَهُ اسْمٌ عَلَى حِدَةٍ وَإِضَافَتُهُ إِلَى الزُّعْفَرَانِ كِإِضَافَتِهِ إِلَى الْبَيْتْرِ وَالْعَيْنِ، وَلِأَنَّ الْخَلْطَ الْقَلِيلَ لَا مُعْتَبَرَ بِهِ لِعَدَمِ إِمْكَانِ الْإِحْتِرَازِ عَنْهُ كَمَا فِي أَجْزَاءِ الْأَرْضِ فَيُعْتَبَرُ الْغَالِبُ، وَالْغَلْبَةُ

بِالْأَجْزَاءِ لَا يَتَغَيَّرُ اللَّوْنُ هُوَ الصَّحِيحُ، فَإِنْ تَغَيَّرَ بِالطَّبِخِ بَعْدَمَا خُلِطَ بِهِ غَيْرُهُ لَا يَجُوزُ التَّوَضُّعُ بِهِ لِأَنَّهُ لَمْ يَبْقَ فِي مَعْنَى الْمَنْزِلِ مِنَ السَّمَاءِ إِذِ النَّارُ غَيَّرَتْهُ إِلَّا إِذَا طَبَخَ فِيهِ مَا يُقْصَدُ بِهِ الْمَبَالِغَةُ فِي التَّضَافَةِ كَالْأَشْنَانِ وَتَحْوِهِ، لِأَنَّ الْمَيِّتَ قَدْ يُغْسَلُ بِالمَاءِ الَّذِي أَعْلَى بِالسَّدْرِ، بِذَلِكَ وَرَدَتْ السُّنَنُ، إِلَّا أَنْ يَغْلِبَ ذَلِكَ عَلَى الْمَاءِ فَيَصِيرُ كَالسُّوَيْقِ الْمَخْلُوطِ لَزْوَالِ اسْمِ الْمَاءِ عَنْهُ.

الشرح:

قَوْلُهُ: (فَغَيَّرَ أَحَدَ أَوْصَافِهِ) الَّتِي هِيَ الطَّعْمُ وَاللَّوْنُ، وَالرَّيْحُ إِشَارَةٌ إِلَى أَنَّهُ إِذَا غَيَّرَ الْوَصْفَيْنِ لَا يَجُوزُ التَّوَضُّعُ بِهِ. قَالَ فِي النَّهَاجَةِ: لَكِنَّ الْمَنْقُولَ عَنِ الْأَسَاتِذَةِ أَنَّهُ يَجُوزُ حَتَّى إِنْ أَوْرَاقَ الْأَشْجَارِ وَقْتَ الْخَرِيفِ تَقَعُ فِي الْحِيَاضِ فَيَتَغَيَّرُ مَاؤُهَا مِنْ حَيْثُ اللَّوْنُ وَالطَّعْمُ وَالرَّائِحَةُ ثُمَّ إِنَّهُمْ يَتَوَضَّعُونَ مِنْهَا مِنْ غَيْرِ تَكْيِيرٍ، وَكَذَا أَشَارَ فِي شَرْحِ الطَّحَاوِيِّ إِلَيْهِ وَلَكِنْ شَرْطُهُ أَنْ يَكُونَ بَاقِيًا عَلَى رِقَّتِهِ، أَمَّا إِذَا غَلَبَ عَلَيْهِ غَيْرُهُ فَصَارَ بِهِ تَخِينًا فَلَا يَجُوزُ. فَإِنْ قِيلَ: قَدْ تَقَدَّمَ مِنْ قَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ: «إِلَّا مَا غَيَّرَ لَوْنَهُ أَوْ طَعْمَهُ أَوْ رِيحَهُ» وَذَلِكَ يَقْتَضِي عَدَمَ جَوَازِ التَّوَضُّعِ عِنْدَ تَغْيِيرِ أَحَدِ الْأَوْصَافِ. أُجِيبَ بِأَنَّ مَعْنَى قَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «لَا يُنَجِّسُهُ شَيْءٌ» أَيُّ لَا يُنَجِّسُهُ شَيْءٌ نَجَسٌ وَكَلَامُنَا فِي الْمُخْتَلَطِ الطَّاهِرِ. وَقَوْلُهُ: (أَجْرَى فِي الْمُخْتَصِرِ مَاءَ الزَّرْدَجِ مَجْرَى الْمَرْقِ) أَيُّ فِي عَدَمِ جَوَازِ التَّوَضُّعِ بِهِمَا (وَالْمَرْوِيُّ عَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ مَاءِ الزَّعْفَرَانِ) وَسَنَذْكُرُ حُكْمَهُ وَقَوْلُهُ: (وَهُوَ الصَّحِيحُ)؛ لِأَنَّهُ خَالَطَهُ طَاهِرٌ فَغَيَّرَ أَحَدَ أَوْصَافِهِ كَمَاءِ الزَّعْفَرَانِ. وَاعْلَمْ أَنَّ مَا ذُكِرَ فِي الْمُخْتَصِرِ إِنْ كَانَ عَلَى إِطْلَاقِهِ كَمَا يُفْهَمُ مِنْ ظَاهِرِ لَفْظِهِ كَانَ يَبِينُ رَوَايَةَ الْمُخْتَصِرِ وَالْمَرْوِيِّ عَنْ أَبِي يُوسُفَ خِلَافًا، وَإِنْ كَانَ الْمُرَادُ بِهِ مَا إِذَا كَانَ الْمَاءُ مَعْلُوبًا بِأَجْزَاءِ الزَّرْدَجِ فَلَا خِلَافَ بَيْنَهُمَا، وَالْإِمَامُ النَّاطِقِيُّ وَالسَّرْحَسِيُّ اخْتَارَ الْمَرْوِيَّ عَنْ أَبِي يُوسُفَ. وَقَوْلُهُ: (وَقَالَ الشَّافِعِيُّ) ظَاهِرٌ، وَقَوْلُهُ: (وَإِضَافَتُهُ إِلَى الزَّعْفَرَانِ كِإِضَافَتِهِ إِلَى الْبُئْرِ) يَعْنِي أَنَّهَا لِلتَّعْرِيفِ لَا لِلتَّقْيِيدِ، وَالْفَرْقُ بَيْنَهُمَا أَنَّ الْمُضَافَ إِذَا لَمْ يَكُنْ خَارِجًا مِنَ الْمُضَافِ إِلَيْهِ بِالْعِلَاجِ فَالْإِضَافَةُ لِلتَّعْرِيفِ، وَمَاءُ الزَّعْفَرَانِ وَمَاءُ الْبُئْرِ وَمَاءُ الْعَيْنِ مِنْ هَذَا الْقَبِيلِ، وَإِنْ كَانَ خَارِجًا مِنْهُ فَهِيَ التَّقْيِيدُ كَمَاءِ الْوَرْدِ وَغَيْرِهِ مِمَّا تَقَدَّمَ، فَبَقِيَ الْاِعتِبَارُ لِلخَلْطِ، وَيُعْتَبَرُ فِيهِ الْعَلَبَةُ بِالْأَجْزَاءِ، فَإِنْ كَانَتْ أَجْزَاءُ الْمَاءِ غَالِبَةً وَيُعْلَمُ ذَلِكَ بِبَقَائِهِ عَلَى

رِقَّتِهِ جَارَ الوُضُوءِ بِهِ، وَإِنْ كَانَتْ أَجْزَاءُ المَخْلُوطِ غَالِبَةً بِأَنْ صَارَ ثَخِينًا زَالَ عَنْهُ رِقَّتُهُ الْأَصْلِيَّةُ لَمْ يَجْزُ.

وَقَوْلُهُ: (هُوَ الصَّحِيحُ) نَفْيٌ لِقَوْلِ مُحَمَّدٍ فَإِنَّهُ يَعْتَبَرُ الْعَلَبَةُ بِتَغْيِيرِ اللَّوْنِ وَالطَّعْمِ، وَيَبَيِّنُ ذَلِكَ مَا قِيلَ الطَّاهِرُ المَخْلُوطُ بِالمَاءِ إِمَّا أَنْ يَكُونَ لَوْنُهُ كَلَوْنِ المَاءِ أَوْ لَا فَإِنْ كَانَ الثَّانِي كَاللَّبَنِ وَالزَّعْفَرَانِ وَالْعُصْفَرِ فَالْعِبْرَةُ لِلْوْنِ، فَإِنْ غَلَبَ لَوْنُ المَاءِ جَارَ الوُضُوءِ بِهِ، وَإِنْ لَمْ يَغْلِبْ لَمْ يَجْزُ، فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ كَمَاءِ البَطِيخِ وَالْأَشْجَارِ فَالْعِبْرَةُ لِلطَّعْمِ عَلَى مَا ذَكَرْنَا، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ طَعْمٌ فَالْعِبْرَةُ لِكثَرَةِ الْأَجْزَاءِ، وَإِنَّمَا كَانَ الْأَوَّلُ صَحِيحًا؛ لِأَنَّ الْعَلَبَةَ بِالأَجْزَاءِ غَلَبَةً حَقِيقَةً، إِذْ وُجُودُ الشَّيْءِ المَرْكَبِ بِأَجْزَائِهِ فَكَانَ اعْتِبَارُهَا أَوْلَى.

وَقَوْلُهُ: (بَعْدَمَا خُلِطَ بِهِ غَيْرُهُ) إِنَّمَا قِيدَ بِهِ؛ لِأَنَّ المَاءَ إِذَا طُبِخَ وَخُدَهُ وَتَغْيِيرَ جَارَ الوُضُوءِ بِهِ. وَقَوْلُهُ: (إِلَّا إِذَا طُبِخَ فِيهِ) اسْتِثْنَاءٌ مِنْ قَوْلِهِ لَا يَجُوزُ التَّوَضُّؤُ بِهِ، وَإِنَّمَا جَارَ بِذَلِكَ؛ لِأَنَّ السُّنَّةَ وَرَدَتْ بِهِ فِي غُسْلِ المَوْتَى بِالمَاءِ الَّذِي أُغْلِيَ بِالسُّدْرِ إِلَّا إِذَا صَارَ غَلِيظًا بَحِثْ لَا يُمَكِّنُ تَسْيِيلُهُ عَلَى العَضْوِ لِرَوَالِ اسْمِ المَاءِ عَنْهُ.

(وَكُلُّ مَاءٍ وَقَعَتْ فِيهِ النِّجَاسَةُ لَمْ يَجْزِ الوُضُوءُ بِهِ قَلِيلًا كَانَتْ النِّجَاسَةُ أَوْ كَثِيرًا) وَقَالَ مَالِكٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: يَجُوزُ مَا لَمْ يَتَغَيَّرْ أَحَدُ أَوْصَافِهِ لِمَا رَوَيْنَا. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: يَجُوزُ إِذَا كَانَ المَاءُ قُلْتَيْنِ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «إِذَا بَلَغَ المَاءُ قُلْتَيْنِ لَمْ يَحْمِلْ خَبثًا»^(١) وَلَنَا حَدِيثُ الْمُسْتَقْبِظِ مِنْ مَنَامِهِ، وَقَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «لَا يَبُولُنَّ أَحَدُكُمْ فِي المَاءِ الدَّائِمِ وَلَا يَغْتَسِلُنَّ فِيهِ مِنَ الْجَنَابَةِ»^(٢) مِنْ غَيْرِ فَصْلٍ، وَالَّذِي رَوَاهُ مَالِكٌ رَحِمَهُ اللَّهُ وَرَدَّ فِي بَثْرِ بَضَاعَةٍ وَمَاوَاهَا كَانَ جَارِيًا فِي الْبَسَاتِينِ، وَمَا رَوَاهُ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ ضَعْفَهُ أَبُو دَاوُدَ، وَهُوَ يَضَعُفُ عَنْ احْتِمَالِ النِّجَاسَةِ.

الشرح:

قَالَ (وَكُلُّ مَاءٍ وَقَعَتْ فِيهِ النِّجَاسَةُ لَمْ يَجْزِ الوُضُوءُ بِهِ) أَرَادَ بِالمَاءِ مَا لَا يَكُونُ

(١) أخرجه الترمذي (٦٧)، وأبو داود (٦٣ - ٦٥)، وابن ماجه (٥١٧)، وأحمد (٤٣٧٦)، والدارمي (٧٢٥).

(٢) أخرجه البخاري (٢٣٢)، ومسلم (٢٨٢)، ورواه الترمذي (٦٨)، والنسائي (٥٧)، وأبو داود (٧٠٦٩)، وأحمد (٧٢١٣)، والدارمي (٧٢٤).

جَارِيًا وَلَا فِي حُكْمِهِ وَهُوَ الْعَدِيرُ الْعَظِيمُ لِذِكْرِهِ هَذَا بَعْدَ هَذَا، وَقَدْ وَقَعَ فِي بَعْضِ نُسَخِ
الْهُدَايَةِ: قَلِيلًا كَانَتْ النَّجَاسَةُ أَوْ كَثِيرًا، وَفِي بَعْضِهَا قَلِيلًا كَانَ أَوْ كَثِيرًا، وَهُوَ لَفْظُ
الْمُخْتَصَرِ. وَتَوَجُّهِهُ الْأَوَّلَى أَنْ يُقَالَ شَبَّهَ فَعِيلًا بِمَعْنَى فَاعِلٍ بِفَعِيلٍ بِمَعْنَى مَفْعُولٍ فِي
حَذْفِ عَلَامَةِ التَّأْنِيثِ كَمَا فِي قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿إِنْ رَحِمَتِ اللَّهُ قَرِيبٌ مِّنَ الْمُحْسِنِينَ﴾
[الأعراف: ٥٦] وَفِي قَوْلِهِ (قَلِيلًا) اخْتِرَازٌ عَنْ قَوْلِ مَالِكٍ فَإِنَّهُ لَا يَتَجَسَّسُ الْمَاءُ عِنْدَهُ إِذَا
لَمْ يَرَلَهَا أَثَرًا. وَقَوْلُهُ: (كَثِيرًا) مُسْتَدْرَكٌ؛ لِأَنَّ قَلِيلَ النَّجَاسَةِ إِذَا كَانَ مَانِعًا فَالْكَثِيرُ أَوْلَى.
وَتَوَجُّهُهُ الثَّانِيَةِ الْمَاءُ الرَّائِدُ قَلِيلًا كَانَ أَوْ كَثِيرًا إِذَا وَقَعَتْ فِيهِ نَجَاسَةٌ لَا يَجُوزُ الْوُضُوءُ
بِهِ، وَالْقَلِيلُ مَا يَكْفِي الْوُضُوءَ وَالْعُسْلَ كَذَا قِيلَ. وَقَوْلُهُ: قَلِيلًا اخْتِرَازٌ عَنْ قَوْلِ مَالِكٍ،
وَقَوْلُهُ: كَثِيرًا اخْتِرَازٌ عَنْ قَوْلِ الشَّافِعِيِّ، فَإِنَّ مَالِكًا يُجُوزُ الْوُضُوءَ بِالْقَلِيلِ وَإِنْ وَقَعَتْ
فِيهِ نَجَاسَةٌ مَا لَمْ يَتَغَيَّرْ أَحَدُ أَوْصَافِهِ، وَيَسْتَدِلُّ بِمَا رَوَيْنَا مِنْ قَوْلِهِ ﷺ: «الْمَاءُ طَهُورٌ لَا
يَتَجَسَّسُ شَيْءٌ، إِلَّا مَا غَيَّرَ لَوْنَهُ أَوْ طَعْمَهُ»^(١) الْحَدِيثَ.

وَالشَّافِعِيُّ يُجُوزُهُ إِذَا كَانَ الْمَاءُ قَلْتَيْنِ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «إِذَا بَلَغَ الْمَاءُ
قَلْتَيْنِ لَمْ يَحْمَلْ خَبَثًا»^(٢) وَاضْطَرَبَتْ أَقْوَالُهُمْ فِي مِقْدَارِ الْقَلْتَيْنِ، فَقِيلَ الْقَلْتَانِ خَمْسُ
قَرَبِ كُلِّ قَرَبَةٍ خَمْسُونَ مِثًا، وَقِيلَ ثَلَاثُمِائَةٍ مِنْ تَقْرِيْبًا لَا تَحْدِيدًا، وَقِيلَ الْقَلَةُ جَرَّةٌ تُحْمَلُ
مِنَ الْيَمَنِ تَسَعُ قَرَبَتَيْنِ وَشَيْئًا. وَلَنَا حَدِيثُ الْمُسْتَقْبِطِ مِنْ مَنَامِهِ وَهُوَ قَوْلُهُ: ﷺ: «إِذَا
اسْتَقْبِطَ أَحَدُكُمْ مِنْ مَنَامِهِ فَلَا يَغْمِسُ يَدَهُ فِي الْإِنَاءِ حَتَّى يَغْسِلَهَا ثَلَاثًا»^(٣) وَوَجْهُ
التَّمَسُّكِ بِهِ أَنَّهُ لَمَّا وَرَدَ النَّهْيُ عَنِ الْغَمْسِ لِأَجْلِ اخْتِمَالِ النَّجَاسَةِ، فَحَقِيقَةُ النَّجَاسَةِ
أَوْلَى أَنْ يَكُونَ نَجِسًا. وَقَوْلُهُ: عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «لَا يَبُولُنَّ أَحَدُكُمْ فِي الْمَاءِ الدَّائِمِ
وَلَا يَغْتَسِلَنَّ فِيهِ مِنَ الْجَنَابَةِ»^(٤) رَوَاهُ أَبُو هُرَيْرَةَ، وَهُوَ حُجَّةٌ عَلَى الْفَرِيقَيْنِ، أَمَّا عَلَى
مَالِكٍ فَإِنَّهُ نَهَى عَنِ الْاِغْتِسَالِ فِيهِ وَأَنَّهُ لَا يُغَيَّرُ أَحَدُ أَوْصَافِ الْمَاءِ بَيِّنِينَ، وَأَمَّا عَلَى

(١) سبق تخريجه.

(٢) سبق تخريجه.

(٣) أخرجه البخاري (١٦٢)، ومسلم (٢٧٨).

(٤) أخرجه مسلم في الطهارة (٩٧)، وابن ماجه في الطهارة باب ١٠٩، والبيهقي في السنن الكبرى

الشَّافِعِيُّ فَلَأَنَّهُ نَهَى عَنِ الْبَوْلِ فِي الْمَاءِ الدَّائِمِ، وَمُطْلَقُ النَّهْيِ يَقْتَضِي التَّحْرِيمَ، لَا سِيَّمَا عَلَى مَذْهَبِهِ وَلَوْ لَمْ يَكُنْ مُنْجَسًا كَانَ كَسَكَبِ الْمَاءِ فِيهِ وَهُوَ لَيْسَ بِمُحَرَّمٍ. وَلَمْ يَفْصِلْ بَيْنَ دَائِمٍ وَدَائِمٍ فَكَانَ الْقُلْتَانِ وَغَيْرُهُمَا سَوَاءً. لَا يُقَالُ: يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ النَّهْيُ لِلتَّنْزِيهِ؛ لِأَنَّ تَأْكِيدَهُ وَتَقْيِيدَهُ بِالْدَّائِمِ يُنَافِيهِ، فَإِنَّ الْمَاءَ الْجَارِيَّ يُشَارِكُهُ فِي ذَلِكَ الْمَعْنَى، فَإِنَّ الْبَوْلَ كَمَا أَنَّهُ لَيْسَ بِأَدَبٍ فِي الْمَاءِ الدَّائِمِ فَكَذَلِكَ فِي الْجَارِي فَلَا يَكُونُ لِلتَّقْيِيدِ فَائِدَةٌ، وَكَلَامُ الشَّارِعِ مَصُونٌ عَنْ ذَلِكَ. فَإِنْ قِيلَ الاسْتِدْلَالُ بِإِطْلَاقِ الْحَدِيثِ حُجَّةٌ عَلَيْكُمْ؛ لِأَنَّ الْغَدِيرَ الْعَظِيمَ مَاءٌ دَائِمٌ فَيَدْخُلُ تَحْتَ إِطْلَاقِهِ. أُجِيبَ بِأَنَّهُ فِي حُكْمِ الْجَارِي بِالِاجْتِمَاعِ فِي عَدَمِ اخْتِلَاطِ بَعْضِهِ بِبَعْضٍ.

(قَوْلُهُ: وَالَّذِي رَوَاهُ مَالِكٌ جَوَابٌ عَنْ حَدِيثِ مَالِكٍ بِأَنَّهُ وَرَدَ فِي بئرِ بُضَاعَةَ) وَهِيَ بِكُسْرِ الْبَاءِ وَضَمِّهَا: بئرٌ قَدِيمَةٌ بِالْمَدِينَةِ ثَلَاثِي فِيهَا الْحَيْفُ وَمَحَايِضُ النِّسَاءِ، فَذَكَرَ ذَلِكَ لِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ حِينَ تَوَضَّأَ مِنْهَا فَقَالَ: «الْمَاءُ طَهُورٌ» الْحَدِيثُ، وَقَدْ كَانَ مَأْوَاهَا جَارِيًا فِي الْبَسَاتِينِ يُسْقَى مِنْهُ خَمْسُ بَسَاتِينٍ، وَالْمَاءُ الْجَارِي لَا يَنْجَسُ بِوُقُوعِ النِّجَاسَةِ فِيهِ عِنْدَنَا.

فَإِنْ قِيلَ الْعِبَرَةُ بِعُمُومِ اللَّفْظِ دُونَ خُصُوصِ السَّبَبِ فَكَيْفَ اخْتَصَّ بِئرُ بُضَاعَةَ مَعَ وَجُودِ دَلِيلِ الْعُمُومِ فِيهِ وَهُوَ الْأَلْفُ وَاللَّامُ؟ أُجِيبَ بِأَنَّهُ لَيْسَ مِنْ بَابِ الْخُصُوصِ فِي شَيْءٍ، وَإِنَّمَا هُوَ مِنْ بَابِ الْحَمْلِ لِلتَّوْفِيقِ، فَإِنَّ الْحَدِيثَيْنِ إِذَا تَعَارَضَا وَجْهَلُ تَارِيخُهُمَا جُعِلَا كَأَنَّهُمَا وَرَدَا مَعًا ثُمَّ بَعْدَ ذَلِكَ إِنْ أُمِكنَ الْعَمَلُ بِهِمَا يُحْمَلُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى مُحْمَلٍ إِنْ أُمِكنَ وَإِنْ لَمْ يُمْكِنْ يُطْلَبُ التَّرْجِيحُ وَإِنْ لَمْ يُمْكِنْ يَتَهَاتَرَانِ، وَهَهُنَا أُمِكنَ الْعَمَلُ بِأَنْ يُحْمَلَ هَذَا الْحَدِيثُ عَلَى بئرِ بُضَاعَةَ وَحَدِيثِ الْمُسْتَيْفِظِ، وَقَوْلُهُ: عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «لَا يَبُولَنَّ أَحَدُكُمْ»^(١) الْحَدِيثُ عَلَى غَيْرِهَا فَعَمَلْنَا كَذَلِكَ دَفْعًا لِلتَّنَاقُضِ. فَإِنْ قِيلَ اسْتَدْلُ الْمُصَنِّفُ أَوَّلَ الْبَابِ بِهَذَا الْحَدِيثِ عَلَى طَهُورِيَةِ الْمِيَاهِ الْمَذْكُورَةِ هُنَاكَ وَحَمَلَهُ هَهُنَا عَلَى بئرِ بُضَاعَةَ، فَإِنْ كَانَتْ اللَّامُ فِي قَوْلِهِ الْمَاءُ لِلْجِنْسِ صَحَّ الاسْتِدْلَالُ وَبَطَلَ الْحَمْلُ، وَإِنْ كَانَتْ لِلْعَهْدِ صَحَّ الْحَمْلُ وَبَطَلَ الاسْتِدْلَالُ. أَجَابَ الْعَلَامَةُ عَلَاءُ الدِّينِ عَبْدُ الْعَزِيزِ بِمَا مَعْنَاهُ أَنَّهُ لِلْجِنْسِ وَالْاسْتِدْلَالُ صَحِيحٌ، وَالْحَمْلُ لَيْسَ بِبَاطِلٍ؛ لِأَنَّ الْحَدِيثَ

(١) أخرجه البخاري (٢٣٩)، ومسلم (٢٨٢).

مُشْتَمِلٌ عَلَى قَضِيَّتَيْنِ: إِحْدَاهُمَا الْمَاءُ طَهُورٌ، وَالثَّانِيَةُ لَا يُنَجِّسُهُ شَيْءٌ، وَالْأُولَى؛ لِأَنَّهَا تُفِيدُ الْمَقْصُودَ مِنْ غَيْرِ افْتِقَارٍ إِلَى الثَّانِيَةِ وَالْحَمْلُ لِلثَّانِيَةِ. وَرَدُّ بَأْنِ الصَّمِيرِ فِي لَا يُنَجِّسُهُ شَيْءٌ رَاجِعٌ إِلَى مَا دَخَلَ عَلَيْهِ اللَّامُ فَكَانَ الْمَرَادُ بِهِ الْجِنْسُ، فَكَيْفَ يَصِحُّ حَمْلُهُ عَلَى مُعَيَّنٍ. وَأَجَابَ بَأْنِ اللَّفْظِ إِذَا احْتَمَلَ مَعْنَيْنِ وَأُرِيدَ بِهِ أَحَدُهُمَا ثُمَّ أُرِيدَ بِضَمِيرِهِ الْآخَرُ جَازٍ، وَيُسَمَّى ذَلِكَ اسْتِخْدَامًا كَمَا فِي قَوْلِ الشَّاعِرِ:

إِذَا نَزَلَ السَّمَاءُ بِأَرْضِ قَوْمٍ رَعَيْنَاهُ وَإِنْ كَانُوا غَضَابًا

وَهُوَ كَلَامٌ حَسَنٌ مِنْ بَابِ قَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «هُوَ الطَّهُورُ مَاؤُهُ وَالْحِلُّ مَيْتَتُهُ»^(١) فِي كَوْنِهِ جَوَابًا زَائِدًا عَلَى مِقْدَارِ الْحَاجَةِ، فَإِنَّ الْحَاجَةَ كَانَتْ فِي دَفْعِ النَّجَاسَةِ عَنْ بَرٍّ بُضَاعَةً، وَكَانَ ذَلِكَ يَحْضُلُ بِقَوْلِهِ: «لَا يُنَجِّسُهُ شَيْءٌ» إِلَّا أَنَّهُ زَادَ قَوْلُهُ «الْمَاءُ طَهُورٌ» وَقَدْ يَكُونُ تَقْدِيرُ الْكَلَامِ هَذِهِ الْحَقِيقَةُ مِنْ شَأْنِهَا التَّطْهِيرُ، وَمَاءُ بَرٍّ بُضَاعَةٌ لَا يُنَجِّسُهُ شَيْءٌ إِلَّا مَا غَيْرَ إِلَى آخِرِهِ لَكَوْنِهِ جَارِيًا، وَلَا يَلْزَمُ أَنْ يَكُونَ الْمَاءُ الْبَالِغُ قُلْتَيْنِ طَاهِرًا إِذَا وَقَعَتْ فِيهِ نَجَاسَةٌ لَوْجُودِ الدَّلِيلِ. عَلَى نَجَاسَتِهِ وَهُوَ حَدِيثُ الْمُسْتَقْبِطِ، وَقَوْلُهُ: «لَا يَبُولُونَ أَحَدَكُمْ»^(٢) الْحَدِيثُ.

وَقَوْلُهُ: (وَمَا رَوَاهُ الشَّافِعِيُّ) يُرِيدُ بِهِ حَدِيثَ الْقُلْتَيْنِ ضَعْفَهُ أَبُو دَاوُدَ مَعْنَاهُ لَا يَصِحُّ التَّعَلُّقُ بِهَذَا الْحَدِيثِ؛ لِأَنَّهُ فِي إِسْنَادِهِ ضَعْفًا ضَعْفَهُ أَبُو دَاوُدَ سُلَيْمَانُ بْنُ الْأَشْعَثِ السَّجِسْتَانِيُّ قَالَ حَدِيثُ الْقُلْتَيْنِ مِمَّا لَا يَثْبُتُ، وَهَكَذَا قَالَ ابْنُ الْمَدِينِيِّ أَسْتَاذُ مُحَمَّدِ بْنِ إِسْمَاعِيلَ الْبُخَارِيِّ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ فِي كِتَابِهِ: بَلَّغْنِي بِإِسْنَادٍ لَا يَحْضُرُنِي مَنْ ذَكَرَهُ وَمِثْلُ هَذَا دُونَ الْمُرْسَلِ وَفِي مَتْنِهِ اضْطِرَابٌ فَإِنَّهُ قَالَ فِي بَعْضِ الرُّوَايَاتِ إِذَا بَلَغَ الْمَاءُ قُلْتَيْنِ أَوْ ثَلَاثًا، وَفِي بَعْضِهَا أَرْبَعِينَ قُلَّةً هَكَذَا رَوَاهُ جَابِرٌ وَأَخَذَ بِهِ إِبْرَاهِيمُ النَّخَعِيُّ، وَالْقُلَّةُ فِي نَفْسِهَا مَجْهُولَةٌ؛ لِأَنَّهَا تُذَكَّرُ وَيُرَادُ بِهَا قَامَةُ الرَّجُلِ، وَتُذَكَّرُ وَيُرَادُ بِهَا رَأْسُ الْجَبَلِ، وَتُذَكَّرُ وَيُرَادُ بِهَا الْجَرَّةُ، وَالتَّعْيِينَ بِقِلَالِ هَجَرَ لَا يَثْبُتُ بِقَوْلِ جَرِيحٍ؛ لِأَنَّ جَرِيحًا مِمَّنْ لَا يُقْلَدُ فَيَبْتَنَى مُحْتَمَلًا، وَكَذَلِكَ قَوْلُهُ: لَا يَحْتَمِلُ خُبْنًا يُحْتَمَلُ مَا قَالَهُ الشَّافِعِيُّ: أَيْ لَا يَقْبَلُ النَّجَاسَةَ وَيُدْفَعُهَا، وَيَحْتَمِلُ إِذَا قَلَّ الْمَاءُ حَتَّى انْتَهَى إِلَى الْقُلْتَيْنِ فَإِنَّهُ يَضْعُفُ عَنْ

(١) سبق تخريجه.

(٢) سبق تخريجه.

احْتِمَالِ الْخُبْثِ فَيَنْجَسُ، وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ لَمْ يَكُنْ التَّمَسُّكُ بِهِ صَحِيحًا.

(وَالْمَاءُ الْجَارِي إِذَا وَقَعَتْ فِيهِ نَجَاسَةٌ جَازَ الْوُضُوءُ مِنْهُ إِذَا لَمْ يَرِ لَهَا أَثَرٌ لِأَنَّهَا لَا تَسْتَقِرُّ مَعَ جَرَيَانِ الْمَاءِ) وَالْأَثَرُ هُوَ الرَّائِحَةُ أَوْ الطَّعْمُ أَوْ اللَّوْنُ، وَالْجَارِي مَا لَا يَتَكَرَّرُ اسْتِعْمَالُهُ، وَقِيلَ مَا يَذْهَبُ بِتَبَيُّنِهِ.

الشرح:

(قَوْلُهُ: وَالْمَاءُ الْجَارِي إِذَا وَقَعَتْ فِيهِ نَجَاسَةٌ) اخْتَلَفَ النَّاسُ فِي تَعْرِيفِ الْمَاءِ الْجَارِي، فَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ: هُوَ مَا لَا يَتَكَرَّرُ اسْتِعْمَالُهُ، وَذَلِكَ بِأَنَّهُ إِذَا غَسَلَ يَدَهُ وَسَالَ الْمَاءُ مِنْهَا إِلَى النَّهْرِ فَإِذَا أَخَذَهُ ثَانِيًا لَا يَكُونُ فِيهِ شَيْءٌ مِنَ الْمَاءِ الْأَوَّلِ. وَقِيلَ مَا يَذْهَبُ بِتَبَيُّنِهِ. وَقِيلَ هُوَ مَا إِذَا كَانَ بِحَيْثُ لَوْ وَضَعَ رَجُلٌ يَدَهُ فِي الْمَاءِ عَرَضًا لَمْ يَنْقَطِعْ جَرَيَانُهُ. قِيلَ وَالْأَصَحُّ مَا يَعُدُّهُ النَّاسُ جَارِيًا، وَحُكْمُهُ مَا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ وَهُوَ ظَاهِرٌ.

وَقَوْلُهُ: (إِذَا لَمْ يَرِ لَهَا أَثَرٌ) أَي لَمْ يُبْصَرْ لَهَا أَثَرٌ، إِشَارَةٌ إِلَى أَنَّ النَّجَاسَةَ إِذَا كَانَتْ مَرئيةً لَا يُتَوَضَّأُ مِنْ جَانِبِ الْوُقُوعِ. قَالَ فِي الْمُحِيطِ: إِذَا وَقَعَتْ النَّجَاسَةُ فِي الْمَاءِ الْجَارِي، فَإِنْ كَانَتْ غَيْرَ مَرئيةً كَالْبَوْلِ لَا يَنْجَسُ مَا لَمْ يَتَغَيَّرْ لَوْنُهُ أَوْ طَعْمُهُ أَوْ رِيحُهُ، وَإِنْ كَانَتْ مَرئيةً كَالخِيفَةِ وَالْعَذْرَةِ، فَإِنْ كَانَ النَّهْرُ كَبِيرًا لَا يُتَوَضَّأُ مِنْ أَسْفَلِ الْجَانِبِ الَّذِي فِيهِ الْخِيفَةُ وَيَتَوَضَّأُ مِنَ الْجَانِبِ الْآخَرِ، وَإِنْ كَانَ صَغِيرًا فَإِنْ لَاقَاهَا أَكْثَرُ الْمَاءِ فَهُوَ نَجَسٌ، وَإِنْ كَانَ أَقْلُهُ فَهُوَ ظَاهِرٌ، وَإِنْ كَانَ النِّصْفَ جَازَ الْوُضُوءُ بِهِ فِي الْحُكْمِ، وَالْأَحْوَطُ أَلَّا يُتَوَضَّأَ.

قَالَ (وَالْغَدِيرُ الْعَظِيمُ الَّذِي لَا يَتَحَرَّكُ أَحَدُ طَرَفَيْهِ بِتَحْرِيكِ الطَّرَفِ الْآخَرِ إِذَا وَقَعَتْ نَجَاسَةٌ فِي أَحَدِ جَانِبَيْهِ جَازَ الْوُضُوءُ مِنَ الْجَانِبِ الْآخَرِ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ النَّجَاسَةَ لَا تَصِلُ إِلَيْهِ) إِذْ أَثَرُ التَّحْرِيكِ فِي السَّرَايَةِ فَوْقَ أَثَرِ النَّجَاسَةِ. ثُمَّ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ يَعْتَبَرُ التَّحْرِيكَ بِالْاِغْتِسَالِ، وَهُوَ قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ، وَعَنْهُ التَّحْرِيكَ بِالْيَدِ، وَعَنْ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ بِالتَّوَضُّؤِ. وَوَجْهُ الْأَوَّلِ أَنَّ الْحَاجَةَ إِلَى الْاِغْتِسَالِ فِي الْحِيَاضِ أَشَدُّ مِنْهَا إِلَى التَّوَضُّؤِ، وَبَعْضُهُمْ قَدَرُوا بِالْمِسَاحَةِ عَشْرًا فِي عَشْرِ بَذِرَاعِ الْكِرْيَاسِ تَوْسِعَةً لِلْأَمْرِ عَلَى النَّاسِ، وَعَلَيْهِ الْفَتْوَى، وَالْمُعْتَبَرُ فِي الْعُمُقِ أَنْ يَكُونَ بِحَالٍ لَا يَنْحَسِرُ بِالْاِغْتِرَافِ هُوَ الصَّحِيحُ. وَقَوْلُهُ فِي الْكِتَابِ (وَجَازَ الْوُضُوءُ مِنَ الْجَانِبِ الْآخَرِ)، إِشَارَةٌ إِلَى أَنَّهُ يَنْجَسُ مَوْضِعُ الْوُقُوعِ وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ لَا يَنْجَسُ إِلَّا بِظُهُورِ أَثَرِ النَّجَاسَةِ فِيهِ

كالماء الجاري.

الشرح:

(قوله: والغدير العظيم) الغديرُ فِعْلٌ بِمَعْنَى مَفْعُولٍ مِنْ غَدَرَ: أَي تَرَكَ، وَهُوَ الَّذِي تَرَكَهُ مَاءُ السَّيْلِ، وَقِيلَ بِمَعْنَى مُفَاعِلٍ أَي مُغَادِرٍ وَقِيلَ بِمَعْنَى فَاعِلٍ؛ لِأَنَّهُ يُغْدِرُ بِأَهْلِهِ لَا يُقْطَعُهُ عِنْدَ شِدَّةِ الْحَاجَةِ إِلَيْهِ. وَاعْلَمْ أَنَّ أَصْحَابَنَا اتَّفَقُوا عَلَى أَنَّ الْمَاءَ إِذَا خَلَصَ بَعْضُهُ: أَي وَصَلَ إِلَى بَعْضٍ كَانَ قَلِيلًا، وَإِذَا لَمْ يَخْلُصْ كَانَ كَثِيرًا لَا يَنْجَسُ بِوُقُوعِ النَّجَاسَةِ فِيهِ، إِلَّا أَنْ يَتَغَيَّرَ لَوْنُهُ أَوْ طَعْمُهُ أَوْ رِيحُهُ كالماء الجاري. ثُمَّ اخْتَلَفُوا فِيمَا يُعْرَفُ بِهِ الْخُلُوصُ، فَذَهَبَ الْمُتَقَدِّمُونَ إِلَى أَنَّهُ يُعْرَفُ بِالتَّحْرِيكِ: فَإِذَا حُرِّكَ طَرَفٌ مِنْهُ وَلَمْ يَتَحَرَّكْ الْجَانِبُ الْآخَرُ فَهُوَ سَمًا لَا يَخْلُصُ بَعْضُهُ إِلَى بَعْضٍ، وَالْمُرَادُ بِالتَّحْرِيكِ هُوَ التَّحَرُّكُ بِالِارْتِفَاعِ وَالِانْخِفَاضِ سَاعَةً تُحْرِيكُهُ لَا بَعْدَ الْمَكْثِ وَلَا مُعْتَبَرٍ بِالْحَبَابِ، فَإِنَّ الْمَاءَ وَإِنْ كَثُرَ يَغْلُوهُ وَيَتَحَرَّكُ. ثُمَّ اخْتَلَفَ هَؤُلَاءِ فِي سَبَبِ التَّحْرِيكِ، فَرَوَى أَبُو يُوسُفَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ أَنَّهُ يُعْتَبَرُ التَّحْرِيكُ بِالِاغْتِسَالِ، وَهُوَ أَنْ يَغْتَسِلَ إِنْسَانٌ فِي جَانِبٍ مِنْهُ اغْتِسَالًا وَسَطًا وَلَمْ يَتَحَرَّكْ الْجَانِبُ الْآخَرُ، وَبِهِ أَخَذَ أَبُو يُوسُفَ. وَرَوَى أَبُو يُوسُفَ أَيْضًا عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ يُعْتَبَرُ التَّحْرِيكُ بِالْيَدِ لَا غَيْرُ. وَرَوَى عَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ يُعْتَبَرُ التَّحْرِيكُ بِالتَّوَضُّؤِ.

وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلُ: مَا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ أَنَّ الْحَاجَةَ إِلَى الْإِغْتِسَالِ فِي الْحِيَاضِ أَشَدُّ مِنَ الْحَاجَةِ إِلَى التَّوَضُّؤِ؛ لِأَنَّ الْوُضُوءَ يَكُونُ فِي الْبُيُوتِ عَادَةً. وَوَجْهُ الثَّانِي: أَنَّ التَّحْرِيكَ يَكُونُ بِالِاغْتِسَالِ وَبِالتَّوَضُّؤِ وَبِغَسْلِ الْيَدِ، إِلَّا أَنَّ التَّحْرِيكَ بِغَسْلِ الْيَدِ يَكُونُ أَخَفَّ فَكَانَ الْإِعْتِبَارُ بِهِ أَوَّلَى تَوْسِيعَةً عَلَى النَّاسِ. وَوَجْهُ الثَّلَاثِ: أَنَّ مَبْنَى الْمَاءِ فِي حُكْمِ النَّجَاسَةِ عَلَى الْخِفَةِ، فَإِنَّ الْقِيَاسَ أَنْ يَنْجَسَ وَإِنْ كَثُرَ الْمَاءُ، إِلَّا أَنَّهُ أُسْقِطَ حُكْمُ النَّجَاسَةِ عَنْ بَعْضِ الْمِيَاهِ تَخْفِيفًا فَاعْتَبِرَ التَّحْرِيكَ الْوَسْطُ وَهُوَ التَّحْرِيكَ بِالْوُضُوءِ.

وَذَهَبَ الْمُتَأَخِّرُونَ إِلَى أَنَّهُ يُعْرَفُ بِشَيْءٍ آخَرَ غَيْرِ التَّحْرِيكِ، فَمِنْهُمْ مَنْ اعْتَبَرَ بِالْكُدْرَةِ فَقَالَ إِذَا أُغْتَسِلَ فِيهِ وَتَكَدَّرَ الْمَاءُ فَإِنْ وَصَلَتْ الْكُدْرَةُ إِلَى الْجَانِبِ الْآخَرَ فَهُوَ مِمَّا يَخْلُصُ وَإِلَّا فَلَا. وَرَوَى عَنْ أَبِي حَفْصٍ الْكَبِيرِ أَنَّهُ أُعْتَبِرَ بِالصَّبْغِ فَقَالَ: يُلْقَى زَعْفَرَانٌ فِي جَانِبٍ مِنْهُ، فَإِنْ أَثَرُ الزَّعْفَرَانِ فِي الْجَانِبِ الْآخَرَ كَانَ مِمَّا يَخْلُصُ وَإِلَّا فَلَا.

وَرَوَى عَنْ أَبِي سُلَيْمَانَ الْجُزْجَانِيِّ أَنَّهُ أُعْتَبِرَ بِالمِسَاحَةِ إِنْ كَانَ عَشْرًا فِي عَشْرٍ فَهُوَ مِمَّا لَا يَخْلُصُ. وَعَنْ مُحَمَّدٍ فِي التَّوَادِرِ أَنَّهُ سُئِلَ عَنْ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ، فَقَالَ: إِنْ كَانَ مِثْلَ مَسْجِدِي هَذَا فَهُوَ مَا لَا يَخْلُصُ بَعْضُهُ إِلَى بَعْضٍ، فَلَمَّا قَامَ مُسَحَّ مَسْجِدُهُ فَكَانَ ثَمَانِيًا فِي ثَمَانٍ، وَفِي رِوَايَةٍ وَعَشْرًا فِي عَشْرٍ فِي رِوَايَةٍ، وَبِقَوْلِ أَبِي سُلَيْمَانَ الْجُزْجَانِيِّ أَخَذَ عَامَّةُ الْمَشَايِخِ، ثُمَّ أَلْفَاطُ الْكُتُبِ قَدْ اخْتَلَفَتْ فِي تَعْيِينِ الذَّرَاعِ فَجُعِلَ الصَّحِيحُ فِي فِتَاوَى قَاضِي خَانَ ذِرَاعُ الْمِسَاحَةِ وَهِيَ سَبْعُ مُشْتَاتٍ فَوْقَ كُلِّ مُشْتَةٍ إصْبَعٌ قَائِمَةٌ، وَالْمُصَنَّفُ اخْتَارَ لِلْفِتَوَى ذِرَاعَ الْكَرْبَاسِ وَهِيَ سَبْعُ مُشْتَاتٍ لَيْسَ فَوْقَ كُلِّ مُشْتَةٍ إصْبَعٌ قَائِمَةٌ تَوْسِيعَةً لِلْأُمُورِ عَلَى النَّاسِ، وَالْمُعْتَبَرُ فِي الْعُمُقِ أَنْ يَكُونَ بِحَالٍ لَا يَنْحَسِرُ بِالْاِغْتِرَافِ. وَقَوْلُهُ (هُوَ الصَّحِيحُ) احْتِرَازًا عَنْ قَوْلِ بَعْضِهِمْ إِنَّ الْمُعْتَبَرَ فِيهِ أَنْ يَكُونَ ذِرَاعًا، وَقَالَ آخَرُونَ أَنْ يَكُونَ قَدَرٌ شَبِيرٌ. وَقَوْلُهُ: (فِي الْكِتَابِ) يَعْنِي مُخْتَصَرَ الْقُدُورِيِّ. وَقَوْلُهُ: (إِشَارَةٌ إِلَى أَنَّهُ يَنْجَسُ مَوْضِعُ الْوُقُوعِ) لَمْ يُفَرِّقْ بَيْنَ كَوْنِهَا مَرْتِبَةً وَغَيْرَ مَرْتِبَةً وَهُوَ الْمَحْكِيُّ عَنْ مَشَايِخِ الْعِرَاقِ وَمَشَايِخِ بُخَارَى وَبَلَخِ، فَرَّقُوا بَيْنَهُمَا فَقَالُوا فِي غَيْرِ الْمَرْتِبَةِ يَتَوَضَّأُ مِنَ الْجَانِبِ الَّذِي وَقَعَتْ فِيهِ النَّجَاسَةُ بِخِلَافِ الْمَرْتِبَةِ وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ لَا يَنْجَسُ إِلَّا إِذَا ظَهَرَ أَثَرُهَا فِيهِ: أَيُّ فِي مَوْضِعِ الْوُقُوعِ كَالْمَاءِ الْجَارِي، وَعَلَى هَذَا إِذَا غَسَلَ وَجْهَهُ فِي حَوْضٍ كَبِيرٍ فَسَقَطَ غُسَالُهُ وَجْهَهُ فِي الْمَاءِ فَرَفَعَ الْمَاءَ مِنْ مَوْضِعِ الْوُقُوعِ قَبْلَ التَّحْرِيكِ لَا يَجُوزُ عِنْدَ الْعِرَاقِيِّينَ، وَجُوزُهُ مَشَايِخُ بُخَارَى وَبَلَخِ تَوْسِيعَةً عَلَى النَّاسِ لِعُمُومِ الْبَلْوَى فِيهِ.

قَالَ (وَمَوْتُ مَا لَيْسَ لَهُ نَفْسٌ سَائِلَةً فِي الْمَاءِ لَا يَنْجَسُهُ كَالْبَقِّ وَالذُّبَابِ وَالزَّنَابِيرِ وَالْعَقْرَبِ وَنَحْوِهَا) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: يُفْسِدُهُ لِأَنَّهُ تَحْرِيمٌ لَا بِطَرِيقِ الْكَرَامَةِ آيَةُ النَّجَاسَةِ، بِخِلَافِ دُودِ الْخَلِّ وَسُوسِ الثَّمَارِ لِأَنَّهُ فِيهِ ضَرُورَةٌ، وَلَنَا قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ فِيهِ: «هَذَا هُوَ الْحَلَالُ أَكَلُهُ وَشُرْبُهُ وَالْوُضُوءُ مِنْهُ» وَلِأَنَّهُ الْمُنْجَسُ هُوَ اخْتِلَاطُ الدَّمِ الْمَسْفُوحِ بِأَجْزَائِهِ عِنْدَ الْمَوْتِ، حَتَّى حَلَّ الْمَذَكَّى لِانْعِدَامِ الدَّمِ فِيهِ وَلَا دَمَ فِيهَا، وَالْحَرَمَةُ لَيْسَتْ مِنْ ضَرُورَتِهَا النَّجَاسَةُ كَالطَّيْنِ.

الشرح:

قَالَ (وَمَوْتُ مَا لَيْسَ لَهُ نَفْسٌ سَائِلَةً) إِذَا مَاتَ مَا لَيْسَ لَهُ دَمٌ سَائِلٌ كَالْبَقِّ

وَالذُّبَابَ وَالزَّنَابِيرَ وَالْعَقْرَبَ وَكَحْوَهَا (فِي الْمَاءِ) لَا يُنَجِّسُهُ وَإِنَّمَا جَمَعَ الزَّنَابِيرَ دُونَ غَيْرِهَا؛ لِأَنَّهَا أَنْوَاعٌ شَتَّى، وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يُفْسِدُهُ؛ لِأَنَّهُ حَرَامٌ بِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ﴾ [المائدة: ٣] وَالتَّحْرِيمُ لَا بِطَرِيقِ الْكَرَامَةِ آيَةِ النِّجَاسَةِ. وَقَوْلُهُ: (لَا بِطَرِيقِ الْكَرَامَةِ) اخْتِرَازٌ عَنِ الْآدَمِيِّ. فَإِنْ قِيلَ دُودُ الْحَلِّ وَسُوسُ الثَّمَارِ إِذَا مَاتَتْ فِيهَا مَعَ أَنَّهَا مَيْتَةٌ لَا يُنَجِّسُ الْحَلَّ وَالثَّمَارَ. أَجَابَ بِقَوْلِهِ: لِأَنَّ فِيهِ ضَرُورَةً. وَلَنَا مَا رَوَى أَبُو بَكْرٍ الرَّازِيُّ بِإِسْنَادِهِ إِلَى سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ عَنْ سَلْمَانَ أَنَّهُ ﷺ قَالَ فِيهِ: أَيُّ فِي مِثْلِ هَذِهِ الْحَادِثَةِ فَإِنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ سُئِلَ عَنْ إِثَاءٍ فِيهِ طَعَامٌ أَوْ شَرَابٌ يَمُوتُ فِيهِ مَا لَيْسَ لَهُ دَمٌ سَأَلَ فَقَالَ: «هُوَ الْحَلَالُ أَكَلُهُ وَشَرَابُهُ وَالْوُضُوءُ مِنْهُ» وَلِأَنَّ الْمُنَجِّسَ هُوَ اخْتِلَاطُ الدَّمِ الْمُسْفُوحِ بِأَجْزَائِهِ عِنْدَ الْمَوْتِ حَتَّى حُلَّ الْمَذْكُورِ لِانْعِدَامِ الدَّمِ فِيهِ، وَلَا دَمَ فِي هَذِهِ الْأَشْيَاءِ إِذْ الْفَرَضُ كَذَلِكَ فَلَا يُنَجِّسُ هَهُنَا. فَإِنْ قِيلَ: لَا يُسَلِّمُ أَنَّ الْمُنَجِّسَ هُوَ اخْتِلَاطُ الدَّمِ الْمُسْفُوحِ، فَإِنَّ ذَبِيحَةَ الْمَجُوسِيِّ وَالْوَيْتِيِّ وَتَارِكَ التَّسْمِيَةِ عَمْدًا لَيْسَ فِيهَا دَمٌ مُسْفُوحٌ وَهِيَ نَجِيسَةٌ، وَذَبِيحَةُ الْمُسْلِمِ إِذَا لَمْ يَسِلْ مِنْهَا دَمٌ يُعَارِضُ بَأَنِّ أَكَلْتُمْ وَرَقَّ الْعُنَابُ حَلَالٌ مَعَ أَنَّ الدَّمَ لَمْ يَسِلْ.

فَالْجَوَابُ أَنَّ الْقِيَاسَ فِي ذَبِيحَةِ الْمَجُوسِيِّ وَالْوَيْتِيِّ الطَّهَارَةُ كَذَبِيحَةِ الْمُسْلِمِ، إِلَّا أَنَّ صَاحِبَ الشَّرْعِ أَخْرَجَهُ عَنْ أَهْلِيَّةِ الذَّبْحِ بِقَوْلِهِ ﷺ: «سُئِلُوا بِهِمْ سُنَّةُ أَهْلِ الْكِتَابِ غَيْرَ نَاكِحِي نِسَائِهِمْ وَلَا أَكَلِي ذَبَائِحِهِمْ»^(١) فَجَعَلَ الشَّرْعُ ذَبْحَهُ كَلَا ذَبْحٍ، وَكَمَا جَعَلَ ذَلِكَ كَذَلِكَ جَعَلَ ذَبِيحَةَ الْمُسْلِمِ إِذَا لَمْ يَسِلْ مِنْهَا الدَّمُ كَذَبِيحَتِهِ إِذَا سَالَ إِقَامَةً لِأَهْلِيَّةِ الذَّبَائِحِ وَاسْتِعْمَالَ آلَةِ الذَّبْحِ مَقَامَ الْإِسَالَةِ لِإِثْبَانِهِ بِمَا هُوَ الْمَأْمُورُ بِهِ الدَّخْلُ تَحْتَ قُدْرَتِهِ، وَلَا مُعْتَبَرٌ بِالْعَوَارِضِ؛ لِأَنَّهَا لَا تَدْخُلُ تَحْتَ الْقَوَاعِدِ الْأَصْلِيَّةِ، وَإِنَّمَا قِيدَ بِقَوْلِهِ عِنْدَ الْمَوْتِ؛ لِأَنَّهُ إِذَا كَانَ حَيًّا لَا يُنَجِّسُ، وَلِهَذَا قُلْنَا: الْمُصَلِّي إِذَا اسْتَضَحَبَ فَأَرَاهُ أَوْ غُصْفُورَةً حَيَّةً لَمْ تَفْسُدْ صَلَاتُهُ وَلَوْ كَانَتْ نَجِيسَةً لَفَسَدَتْ، وَلَوْ مَاتَتْ حَتْفَ أَفْنِهَا وَاسْتَضَحَبَهَا فَسَدَتْ، وَهَذَا؛ لِأَنَّ الدَّمَ الَّذِي فِي الْحَيِّ فِي مَعْدِنِهِ وَبِالْمَوْتِ يَنْصَبُ عَنْ مَجَارِيهِ فَيَتَنَجَّسُ اللَّحْمُ بِتَشْرُوبِهِ إِيَّاهُ، وَلِهَذَا لَوْ قُطِعَتْ الْعُرُوقُ بَعْدَهُ لَمْ يَسِلْ مِنْهَا دَمٌ. (قَوْلُهُ: وَالْحَرْمَةُ لَيْسَتْ مِنْ ضَرُورَتِهَا النِّجَاسَةُ) جَوَابٌ عَنْ اسْتِدْلَالِ الشَّافِعِيِّ،

(١) أَخْرَجَهُ مَالِكٌ فِي الْمَوْطَأِ (٢٧٨/١)، مِنْ حَدِيثِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ عَوْفٍ.

فَإِنَّ الطِّينَ حَرَامٌ لَا لِكِرَامَتِهِ وَلَيْسَ بِنَجَسٍ.

قَالَ (وَمَوْتُ مَا يَعِيشُ فِي الْمَاءِ فِيهِ لَا يُفْسِدُهُ كَالسَّمَكِ وَالضُّفْدَعِ وَالسَّرَّطَانِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: يُفْسِدُهُ إِلَّا السَّمَكُ لِمَا مَرَّ. وَلَنَا أَنَّهُ مَاتَ فِي مَعْدِنِهِ فَلَا يُعْطَى لَهُ حُكْمُ النَّجَاسَةِ كَبَيْضَةِ حَالٍ مُحْهَا دَمًا، وَلَأنَّهُ لَا دَمَ فِيهَا، إِذِ الدِّمَوِيُّ لَا يَسْكُنُ الْمَاءَ وَالدَّمُ هُوَ الْمُنْجَسُ، وَفِي غَيْرِ الْمَاءِ قِلِيلٌ غَيْرُ السَّمَكِ يُفْسِدُهُ لَانْعِدَامِ الْمَعْدِنِ. وَقِيلَ لَا يُفْسِدُهُ لِعَدَمِ الدَّمِ وَهُوَ الْأَصَحُّ. وَالضُّفْدَعُ الْبَحْرِيُّ وَالْبَرِّيُّ فِيهِ سَوَاءٌ. وَقِيلَ الْبَرِّيُّ مُفْسِدٌ لَوْجُودِ الدَّمِ وَعَدَمِ الْمَعْدِنِ، وَمَا يَعِيشُ فِي الْمَاءِ مَا يَكُونُ تَوَلَّدَهُ وَمَتَوَاهُ فِي الْمَاءِ، وَمَائِي الْمَعَاشِ دُونَ مَائِي الْمَوْلِدِ مُفْسِدٌ.

الشرح:

قَالَ (وَمَوْتُ مَا يَعِيشُ فِي الْمَاءِ فِيهِ لَا يُفْسِدُهُ) مَا يَعِيشُ فِي الْمَاءِ: يَعْنِي مَا يَكُونُ مَوْلَدُهُ وَمَتَوَاهُ فِيهِ إِذَا مَاتَ فِي الْمَاءِ لَا يُفْسِدُهُ كَالسَّمَكِ وَالضُّفْدَعِ وَالسَّرَّطَانِ. قِيلَ إِنَّمَا قَالَ فِي الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى لَا يُنَجِّسُهُ وَفِي هَذِهِ لَا يُفْسِدُهُ؛ لِأَنَّ الْمَوْتَ فِي الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى فِي غَيْرِ مَعْدِنِهِ فَيَتَوَهَّمُ التَّنَجِّيسُ فَيُنَاسِبُ نَفْيَهُ، وَفِي الثَّانِيَةِ فِي مَعْدِنِهِ فَلَا يُتَوَهَّمُ تَنَجِّيسُهُ بِوَاسِطَةِ الضَّرُورَةِ، لَكِنْ أُحْتَمِلَ تَغْيِيرُ صِفَةِ الْمَاءِ فَتَنَافَاهُ بِقَوْلِهِ لَا يُفْسِدُهُ.

(وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يُفْسِدُهُ إِلَّا السَّمَكُ لِمَا مَرَّ) يَعْنِي مِنْ قَوْلِهِ؛ لِأَنَّ التَّحْرِيمَ لَا بِطَرِيقِ الْكَرَامَةِ آيَةِ النَّجَاسَةِ. قِيلَ: فِي هَذَا التَّعْلِيلِ إِشْكَالٌ، وَهُوَ أَنَّ الضُّفْدَعِ وَالسَّرَّطَانِ يَجُوزُ أَكْلُهُمَا عِنْدَ الشَّافِعِيِّ عَلَى مَا رُوِيَ عَنْهُ فِي كِتَابِ الذَّبَائِحِ عَلَى مَا سَيَأْتِي. وَالْجَوَابُ أَنَّهُ الْمَذْكُورُ فِي كِتَابِ الذَّبَائِحِ عَنِ الشَّافِعِيِّ أَنَّهُ أَطْلَقَ ذَلِكَ كُلَّهُ فَيَجُوزُ أَنْ تَكُونَ هَذِهِ رَوَايَةٌ أُخْرَى عَنْهُ فَيَكُونُ الْإِلْزَامُ عَلَيْهَا (وَلَنَا أَنَّهُ مَاتَ فِي مَعْدِنِهِ) وَهُوَ ظَاهِرٌ، وَكُلُّ مَا مَاتَ فِي مَعْدِنِهِ كَانَ نَجَسًا فِي مَعْدِنِهِ، وَكُلُّ مَا كَانَ نَجَسًا فِي مَعْدِنِهِ لَا يُعْطَى لَهُ حُكْمُ النَّجَاسَةِ كَبَيْضَةِ حَالٍ مُحْهَا دَمًا: أَيِ تَغْيِيرَتِ صِفَتِهَا دَمًا، حَتَّى لَوْ صَلَّى وَفِي كُمِّهِ تِلْكَ الْبَيْضَةُ تَجُوزُ الصَّلَاةُ مَعَهَا؛ لِأَنَّ النَّجَاسَةَ فِي مَعْدِنِهَا بِخِلَافِ مَا إِذَا صَلَّى وَفِي كُمِّهِ قَارُورَةٌ فِيهَا دَمٌ لَا تَجُوزُ صَلَاتُهُ؛ لِأَنَّ النَّجَاسَةَ لَيْسَتْ فِي مَعْدِنِهَا. قِيلَ هَذَا التَّعْلِيلُ يَقْتَضِي أَلَّا يُعْطَى لِلْوُحُوشِ وَالطُّيُورِ حُكْمُ النَّجَاسَةِ إِذَا مَاتَتْ فِي الْبَرِّ؛ لِأَنَّهُ مَعْدِنُهَا، وَالَّذِي يَظْهَرُ مِنْ كَلَامِهِمْ أَنَّهُمْ يَعْنُونَ بِالْمَعْدِنِ مَا يَكُونُ مُحِيطًا فَإِنَّهُمْ

يُمَثِّلُونَ بِالْدَّمِ فِي الْعُرُوقِ وَالْمَحِ فِي الْبَيْضَةِ وَأَشْبَاهَهُمَا وَلَيْسَ الْبَرُّ كَذَلِكَ.
 وَقَوْلُهُ: (وَلَأَنَّهُ لَا دَمَ فِيهَا) أَيُّ فِي هَذِهِ الْحَيَوَانَاتِ إِذْ الدَّمَوِيُّ لَا يَسْكُنُ الْمَاءَ
 وَالْدَّمُ هُوَ الْمُنَجَّسُ كَمَا تَقَدَّمَ (وَ) إِذَا مَاتَ (فِي غَيْرِ الْمَاءِ) كَالْخَلِّ وَالْعَصِيرِ وَالْحَلِيبِ
 وَنَحْوَهَا (قِيلَ غَيْرُ السَّمَكِ يُفْسِدُهُ لَانْعِدَامِ الْمَعْدِنِ) وَهُوَ قَوْلُ نُصَيْرِ بْنِ يَحْيَى وَمُحَمَّدِ
 ابْنِ سَلَمَةَ وَهُوَ رَوَايَةٌ عَنْ أَبِي يُوسُفَ (وَقِيلَ لَا يُفْسِدُهُ) وَهُوَ قَوْلُ مُحَمَّدِ بْنِ مُقَاتِلٍ
 وَهُوَ رَوَايَةٌ الْحَسَنِ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ وَهَشَامٍ عَنْ مُحَمَّدٍ (لَعَدَمِ الدَّمِ وَهُوَ الْأَصَحُّ)
 لِاطْرَادِهِ، قِيلَ فِي كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ التَّغْلِيلَيْنِ نَظَرٌ، أَمَّا فِي الْأَوَّلِ فَلَأَنَّ التَّغْلِيلَ بِالْعَدَمِ عَلَى
 وَجُودِ الشَّيْءِ لَا يَجُوزُ، وَأَمَّا فِي الثَّانِي فَلَأَنَّ انْتِفَاءَ الْعِلَّةِ لَا يَسْتَلْزِمُ انْتِفَاءَ الْمَعْلُولِ لِحَوَازِ
 أَنْ يَثْبُتَ بَعْلَةٌ أُخْرَى، وَالْجَوَابُ عَنْ الْأَوَّلِ أَنَّهُ لَيْسَ بِتَغْلِيلٍ بَلْ هُوَ بَيَانُ انْتِفَاءِ الْمَانِعِ، فَإِنَّمَا
 قَدْ ذَكَرْنَا أَنَّ النَّجَاسَةَ لَا تُعْطَى حُكْمَ النَّجَاسَةِ فِي مَعْدِنِهَا فَكَانَ الْمَعْدِنُ مَانِعًا عَنْ تَرْتُّبِ
 الْحُكْمِ عَلَيْهَا. وَعَنْ الثَّانِي أَنَّ الْعِلَّةَ الشَّخْصِيَّةَ يَسْتَلْزِمُ انْتِفَاؤُهَا انْتِفَاءَ الْحُكْمِ، وَهَاهُنَا
 كَذَلِكَ؛ لِأَنَّ كَوْنَهُ دَمًا مَسْفُوحًا هُوَ الْمُنَجَّسُ لَا غَيْرُ (وَالضُّفْدُغُ الْبَرِّيُّ وَالْبَحْرِيُّ فِيهِ
 سَوَاءٌ) وَإِنَّمَا يُعْرَفُ الْبَرِّيُّ مِنَ الْبَحْرِيِّ بِأَنَّ الْبَحْرِيَّ مَا يَكُونُ بَيْنَ أَصَابِعِهِ سُرَّةٌ، وَقِيلَ
 الْبَرِّيُّ مُفْسِدٌ لَوْجُودِ الْعِلَّةِ وَهُوَ الدَّمُ وَانْتِفَاءُ الْمَانِعِ وَهُوَ الْمَعْدِنُ.
 وَقَوْلُهُ: (وَمَا يَعِيشُ فِي الْمَاءِ) بَيَانٌ أَنَّ الْمُرَادَ بِمَا يَعِيشُ فِي الْمَاءِ مَا كَانَ تَوَالِدُهُ
 وَمُتَوَاهٍ فِيهِ كَمَا ذَكَرْنَاهُ فِي أَوَّلِ الْبَحْثِ (وَمَائِي الْمَعَاشِ دُونَ مَائِي الْمَوْلِدِ) كَالْبَطِّ وَالْإَوْزِ
 وَنَحْوِهِمَا (مُفْسِدٌ).

قَالَ (وَالْمَاءُ الْمُسْتَعْمَلُ لَا يَجُوزُ اسْتِعْمَالُهُ فِي طَهَارَةِ الْأَحْدَاثِ) خِلَافًا لِمَالِكٍ وَالشَّافِعِيِّ
 رَحِمَهُمَا اللَّهُ. هُمَا يَقُولَانِ إِنَّ الطَّهَوْرَ مَا يُطَهَّرُ غَيْرَهُ مَرَّةً بَعْدَ أُخْرَى كَالْقَطُوعِ. وَقَالَ
 زُفَرٌ، وَهُوَ أَحَدُ قَوْلِي الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ: إِنْ كَانَ الْمُسْتَعْمَلُ مُتَوَضِّعًا فَهُوَ طَهُورٌ، وَإِنْ
 كَانَ مُحْدِثًا فَهُوَ طَاهِرٌ غَيْرُ طَهُورٍ لِأَنَّ الْعَضْوَ طَاهِرٌ حَقِيقَةً، وَبِاعْتِبَارِهِ يَكُونُ الْمَاءُ طَاهِرًا
 لَكِنَّهُ نَجِسٌ حُكْمًا، وَبِاعْتِبَارِهِ يَكُونُ الْمَاءُ نَجِسًا فَكَلْنَا بِانْتِفَاءِ الطَّهَوْرِيَّةِ وَبَقَاءِ الطَّهَارَةِ عَمَلًا
 بِالشَّبْهَيْنِ.

وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: وَهُوَ رَوَايَةٌ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ هُوَ طَاهِرٌ غَيْرُ
 طَهُورٍ، لِأَنَّ مُلَاقَاةَ الطَّاهِرِ لِلطَّاهِرِ لَا تُوجِبُ التَّنَجُّسَ، إِلَّا أَنَّهُ أُقِيمَتْ بِهِ قُرْبَةً فَتَغَيَّرَتْ بِهِ

صِفَتُهُ كَمَالُ الصَّدَقَةِ. وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَأَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ: هُوَ نَجِسٌ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «لَا يَبُولُنَّ أَحَدُكُمْ فِي الْمَاءِ الدَّائِمِ» ^(١) " الْحَدِيثُ، وَلأنَّهُ مَاءٌ أُزِيلَتْ بِهِ النِّجَاسَةُ الْحُكْمِيَّةُ فَيَعْتَبَرُ بِمَاءٍ أُزِيلَتْ بِهِ النِّجَاسَةُ الْحَقِيقِيَّةُ، ثُمَّ فِي رِوَايَةِ الْحَسَنِ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ نَجِسٌ نَجَاسَةً غَلِيظَةً اعْتِبَارًا بِالْمَاءِ الْمُسْتَعْمَلِ فِي النِّجَاسَةِ الْحَقِيقِيَّةِ، وَفِي رِوَايَةِ أَبِي يُوسُفَ عَنْهُ رَحِمَهُ اللَّهُ وَهُوَ قَوْلُهُ: إِنَّهُ نَجِسٌ نَجَاسَةً خَفِيفَةً لِمَكَانِ الْاِخْتِلَافِ.

الشرح:

قَوْلُهُ: (وَالْمَاءُ الْمُسْتَعْمَلُ لَا يَجُوزُ اسْتِعْمَالُهُ فِي طَهَارَةِ الْأَحْدَاثِ) قَدَّمَ الْكَلَامَ فِي حُكْمِ الْمَاءِ الْمُسْتَعْمَلِ؛ لِأَنَّهُ هُوَ الْمَقْصُودُ، وَقَدَّمَ بِقَوْلِهِ فِي طَهَارَةِ الْأَحْدَاثِ إشارَةً إِلَى أَنَّهُ يَجُوزُ اسْتِعْمَالُهُ فِي طَهَارَةِ الْأَنْجَاسِ فِيمَا رَوَى مُحَمَّدٌ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ وَهُوَ الْمُوَافِقُ لِمَذْهَبِهِ، فَإِنَّ إِزَالََةَ النِّجَاسَةِ الْعَيْنِيَّةِ بِسَائِرِ الْمَائِعَاتِ تَجُوزُ عِنْدَهُ (قَوْلُهُ: خِلَافًا لِمَالِكٍ وَالشَّافِعِيِّ) لِلشَّافِعِيِّ فِي الْمَاءِ الْمُسْتَعْمَلِ ثَلَاثَةُ أَقْوَالٍ: أَظْهَرُهَا كَقَوْلِ مُحَمَّدٍ، وَفِي قَوْلِ طَاهِرٍ وَطَهُورٍ وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ، وَفِي آخَرَ إِنْ كَانَ الْمُسْتَعْمَلُ مُحْدَثًا فَهُوَ طَاهِرٌ غَيْرُ طَهُورٍ، وَإِنْ كَانَ مُتَوَضِّئًا فَهُوَ طَاهِرٌ وَطَهُورٌ وَهُوَ قَوْلُ زُفَرٍ (هُمَا) أَيُّ مَالِكٍ وَالشَّافِعِيِّ (يَقُولَانِ: إِنَّ الطُّهُورَ مَاءٌ يَطْهَرُ غَيْرُهُ مَرَّةً بَعْدَ أُخْرَى كَالْقَطُوعِ) وَلَا يَكُونُ كَذَلِكَ إِلَّا إِذَا لَمْ يَتَنَجَّسْ بِالْاِسْتِعْمَالِ. وَالْجَوَابُ أَنَّهُ الْمَحْكِيُّ عَنْ ثَعْلَبٍ، وَرُدُّ عَلَيْهِ بِأَنَّ هَذَا إِنْ كَانَ لَزِيَادَةِ بَيَانٍ لِنَهْيِهِ فِي الطَّهَارَةِ كَانَ سَدِيدًا، وَيَعُضِّدُهُ قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿ وَيُنَزِّلُ عَلَيْكُمْ مِنَ السَّمَاءِ مَاءً لِيُطَهِّرَكُمْ بِهِ ﴾ [الأنفال: ١١] وَإِلَّا فَلَيْسَ فَعُولٌ مِنَ التَّفْعِيلِ فِي شَيْءٍ، وَإِذَا كَانَ بَيَانًا لِنَهْيِهِ فِيهَا لَا يُسْتَدَلُّ بِهِ عَلَى تَطْهِيرِ الْغَيْرِ فَضْلًا عَنْ التَّكْرَارِ فِيهِ. وَقَوْلُ زُفَرٍ لِأَنَّ الْأَعْضَاءَ طَاهِرَةً حَقِيقَةً مَعْنَاهُ أَنَّ أَعْضَاءَ الْوُضُوءِ طَاهِرَةً حَقِيقَةً نَجَسَةً حُكْمًا، فَالْمَاءُ الْمُسْتَعْمَلُ فِيهَا بِالنَّظَرِ إِلَى الْأَوَّلِ طَاهِرٌ، وَبِالنَّظَرِ إِلَى الثَّانِي نَجِسٌ، وَالْحُكْمُ عَلَيْهِ بِأَحَدِهِمَا إِبْطَالُ لِلْآخَرِ، وَإِعْمَالُهُمَا وَلَوْ بَوَاحٍ أُولَى مِنْ إِهْمَالِ أَحَدِهِمَا، فَقُلْنَا بِإِتِّفَاعِ الطُّهُورِيَّةِ وَبَقَاءِ الطَّهَارَةِ عَمَلًا بِالشَّبْهَيْنِ. وَقَوْلُ مُحَمَّدٍ وَهُوَ أَنَّهُ طَاهِرٌ غَيْرُ طَهُورٍ رِوَايَةٌ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ وَهُوَ الْمُخْتَارُ لِلْفَتْوَى لِعُمُومِ الْبَلْوَى.

وَقَوْلُهُ (لَأَنَّ مُلَاقَاةَ الطَّاهِرِ) وَهُوَ الْمَاءُ (لِلطَّاهِرِ) وَهُوَ الْعُضْوُ الْمَغْسُولُ؛ لِأَنَّهُ طَاهِرٌ حَقِيقَةً لَا يُوجِبُ التَّنَجُّسَ كَمَا لَوْ غُسِلَ بِهِ ثَوْبٌ طَاهِرٌ (إِلَّا أَنَّهُ أُقِيمَتْ بِهِ قُرْبَةٌ) وَإِقَامَتُهَا تَأْثِيرٌ فِي تَغْيِيرِ مَا أُقِيمَتْ بِهِ (فَتَغَيَّرَتْ بِهِ) أَيْ بِالِاسْتِعْمَالِ (صِفَةُ الْمَاءِ كَمَالُ الصَّدَقَةِ) الَّذِي أُقِيمَتْ بِهِ قُرْبَةٌ وَقَدْ تَغَيَّرَتْ صِفَتُهُ فَلَمْ يَبْقَ طَيِّبًا، وَقَدْ صَحَّ «أَنَّ أَصْحَابَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ بَادَرُوا إِلَى وَضُوئِهِ فَمَسَحُوا بِهِ وَجُوهَهُمْ»، فَلَوْ كَانَ نَجَسًا لَمَنَعَهُمْ كَمَا مَنَعَ أَبَا طَيْبَةَ الْحَجَّامَ عَنْ شُرْبِ دَمِهِ. وَوَجْهُ الاسْتِدْلَالِ لِأَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ بِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «لَا يَبُولُ أَحَدُكُمْ فِي الْمَاءِ الدَّائِمِ» الْحَدِيثُ أَنَّهُ ﷺ كَمَا نَهَى عَنِ النَّجَاسَةِ الْحَقِيقَةِ وَهُوَ الْبَوْلُ فَكَذَلِكَ نَهَى عَنِ النَّجَاسَةِ الْحُكْمِيَّةِ وَهُوَ الْاِغْتِسَالُ فِيهِ فَذَلَّ عَلَى أَنَّ الْاِغْتِسَالُ فِيهِ كَالْبَوْلِ فِيهِ.

وَقَوْلُهُ: (وَلَأَنَّهُ مَاءٌ) أَيْ وَلَأَنَّ الْمَاءَ الْمُسْتَعْمَلَ مَا أُزِيلَ بِهِ أَحَدُ الْمَانِعِينَ مِنْ جَوَازِ الصَّلَاةِ وَهُوَ النَّجَسُ الْحُكْمِيُّ فَيَتَنَجَّسُ قِيَاسًا عَلَى مَا أُزِيلَ بِهِ الْمَانِعُ الْآخَرُ مِنْهُ وَهُوَ النَّجَسُ الْحَقِيقِيُّ، وَلِقَائِلُ أَنْ يَقُولَ: الْمُتَوَضَّئُ قَبْلَ اسْتِعْمَالِ الْمَاءِ مَوْصُوفٌ بِكَوْنِهِ مُحَدَّثًا، فَإِذَا اسْتَعْمَلَهُ فَلَا يَخْلُو إِمَّا أَنْ تَتَحَوَّلَ هَذِهِ الصِّفَةُ مِنْهُ إِلَى الْمَاءِ أَوْ لَا، وَلَا سَبِيلَ إِلَى الْأَوَّلِ؛ لِأَنَّ الْأَعْرَاضَ لَا تَقْبَلُ الْاِئْتِقَالَ مِنْ مَحَلٍّ إِلَى مَحَلٍّ بِاتِّفَاقِ الْعُقَلَاءِ فَتَعَيَّنَ الثَّانِي، وَحِينَئِذٍ لَا وَجْهَ لِلْحُكْمِ بِنَجَاسَةِ الْمَاءِ. وَالْجَوَابُ أَنَّ كَلَامَنَا لَيْسَ فِي الْمُتَوَضَّئِ وَصِفَتِهِ، وَإِنَّمَا هُوَ فِي أَنَّ أَعْضَاءَ الْوُضُوءِ مُتَّصِفَةٌ بِالنَّجَاسَةِ حُكْمًا وَقَدْ زَالَتْ شَرْعًا بِالْوُضُوءِ الَّذِي أُقِيمَتْ بِهِ قُرْبَةٌ، وَقَدْ أَقَمْنَا الدَّلِيلَ أَنفًا عَلَى أَنَّ إِقَامَتَهَا تَأْثِيرًا فِي تَغْيِيرِ مَا أُقِيمَتْ بِهِ فَصَارَ الْمَاءُ بِهِ خَبِيثًا شَرْعًا كَمَالِ الصَّدَقَةِ وَلَا نَعْنِي بِصَيْرُورَةِ الْمَاءِ نَجَسًا إِلَّا اتِّصَافُهُ بِالْخُبْثِ شَرْعًا، وَالِاِئْتِقَالُ عَلَى الْأَعْرَاضِ الْحَقِيقَةِ لَا يَجُوزُ، وَأَمَّا الْأُمُورُ الْاِعْتِبَارِيَّةُ الْحُكْمِيَّةُ فَيَجُوزُ أَنْ تُعْتَبَرَ قَائِمَةٌ بِمَحَلٍّ بَعْدَ قَطْعِ الْاِعْتِبَارِ عَنْ قِيَامِهَا بِمَحَلٍّ آخَرَ. أَلَا تَرَى أَنَّ الْمَلِكَ لِلْبَائِعِ أَمْرٌ اِعْتِبَارِيٌّ حُكْمِيٌّ، وَبَعْدَ أَنْ قَالَ بَعْتَ وَقَبِلَ الْمُشْتَرِي ائْتَقَلَ الْمَلِكُ لِلْبَائِعِ إِلَيْهِ، وَبَعْدَمَا تَبَيَّنَتْ نَجَاسَتُهُ اخْتَلَفَتْ الرُّوَايَاتُ فِي غِلْظِهَا وَخِفَتِهَا، فَرَوَى الْحَسَنُ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ نَجَسٌ نَجَاسَةٌ غَلِيظَةٌ اِعْتِبَارًا بِالْمُسْتَعْمَلِ فِي النَّجَاسَةِ الْحَقِيقَةِ فَتَقَدَّرُ بِالذَّرْهِمِ، وَرَوَى أَبُو يُوسُفَ عَنْهُ وَهُوَ قَوْلُهُ: (إِنَّهُ نَجَسٌ نَجَاسَةٌ خَفِيفَةٌ لِمَكَانِ الْاِخْتِلَافِ) فَإِنَّ اِخْتِلَافَ الْعُلَمَاءِ يُورِثُ التَّخْفِيفَ كَمَا سَيَجِيءُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

قَالَ: (وَالْمَاءُ الْمُسْتَعْمَلُ هُوَ مَا أُزِيلَ بِهِ حَدَثٌ أَوْ أُسْتَعْمِلَ فِي الْبَدَنِ عَلَى وَجْهِ الْقُرْبَةِ) قَالَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: وَهَذَا عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ، وَقِيلَ هُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ أَيْضًا. وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَا يَصِيرُ مُسْتَعْمَلًا إِلَّا بِإِقَامَةِ الْقُرْبَةِ لِأَنَّ الْإِسْتِعْمَالَ بِإِنْتِقَالِ نَجَاسَةِ الْأَثَامِ إِلَيْهِ وَإِنَّمَا تُزَالُ بِالْقُرْبِ، وَأَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ يَقُولُ: إِسْقَاطُ الْفَرْضِ مُؤَثِّرٌ أَيْضًا فَيُثَبِّتُ الْفَسَادَ بِالْأَمْرَيْنِ، وَمَتَى يَصِيرُ الْمَاءُ مُسْتَعْمَلًا الصَّحِيحُ أَنَّهُ كَمَا زَالِ الْعُضْوُ صَارَ مُسْتَعْمَلًا، لِأَنَّهُ سَقُوطُ حُكْمِ الْإِسْتِعْمَالِ قَبْلَ الْإِنْفِصَالِ لِلضَّرُورَةِ وَلَا ضَرُورَةَ بَعْدَهُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَالْمَاءُ الْمُسْتَعْمَلُ) بَيَانُ الْحَقِيقَةِ وَكَانَ حَقُّهُ التَّقْدِيمُ، وَلَكِنْ قَدَّمَ الْحُكْمَ لِمَا ذَكَرَ آتِفًا؛ وَلِأَنَّهُ يَتَضَمَّنُ بَيَانَ السَّبَبِ فَصَارَ مِنَ الْوَسَائِلِ فَلَمْ يَجِبْ تَقْدِيمُهُ، ثُمَّ سَبَبُ كَوْنِ الْمَاءِ مُسْتَعْمَلًا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ هُوَ إِزَالَةُ الْحَدَثِ أَوْ قَصْدُ الْقُرْبَةِ، وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ هُوَ قَصْدُ الْقُرْبَةِ فَقَطْ، وَعِنْدَ زُفَرٍ وَالشَّافِعِيِّ إِزَالَةُ الْحَدَثِ لَا غَيْرُ، فَلَوْ تَوَضَّأَ مُحَدِّثٌ بِنِيَّةِ الْقُرْبَةِ صَارَ الْمَاءُ مُسْتَعْمَلًا بِالْإِجْمَاعِ عِنْدَهُمَا وَعِنْدَ زُفَرٍ خِلَافًا لِمُحَمَّدٍ لِعَدَمِ قَصْدِ الْقُرْبَةِ، وَكَذَا عِنْدَ الشَّافِعِيِّ لِعَدَمِ إِزَالَةِ الْحَدَثِ عِنْدَهُ بِلَا نِيَّةٍ، وَلَوْ تَوَضَّأَ الْمُتَوَضِّئُ بِقَصْدِ الْقُرْبَةِ صَارَ مُسْتَعْمَلًا عِنْدَ الثَّلَاثَةِ خِلَافًا لَزُفَرٍ، وَالشَّافِعِيُّ اسْتَدَلَّ لِمُحَمَّدٍ بِقَوْلِهِ: (لِأَنَّ الْإِسْتِعْمَالَ بِإِنْتِقَالِ نَجَاسَةِ الْأَثَامِ إِلَيْهِ) أَيِ إِلَى الْمَاءِ الْمُسْتَعْمَلِ كَمَا قَرَّرْنَاهُ، وَإِنْتِقَالُهَا بِإِزَالَتِهَا عَنْ مَحَلِّهَا وَإِزَالَتُهَا بِالْقُرْبِ كَمَا فِي مَالِ الصَّدَقَةِ، وَأَبُو يُوسُفَ يَقُولُ إِسْقَاطُ الْفَرْضِ مُؤَثِّرٌ أَيْضًا؛ لِأَنَّ التَّغْيِيرَ عِنْدَهُمَا إِنَّمَا يَكُونُ بِزَوَالِ نَجَاسَةِ حُكْمِيَّةٍ عَنِ الْمَحَلِّ وَإِنْتِقَالُهَا إِلَى الْمَاءِ، وَقَدْ انْتَقَلَتْ إِلَى الْمَاءِ فِي الْحَالَيْنِ جَمِيعًا كَمَا تَقَدَّمَ مِنْ اعْتِبَارِهَا بِالنَّجَاسَةِ الْحَقِيقِيَّةِ فَيُثَبِّتُ فَسَادُ الْمَاءِ بِالْأَمْرَيْنِ جَمِيعًا.

وَقَوْلُهُ: (وَمَتَى يَصِيرُ مُسْتَعْمَلًا) بَيَانُ لَوْ قَدْ أَخَذَهُ حُكْمُ الْإِسْتِعْمَالِ. وَقَدْ اتَّفَقَ عُلَمَاؤُنَا - رَحِمَهُمُ اللَّهُ - عَلَى أَنَّ الْمَاءَ مَا دَامَ مُتَرَدِّدًا فِي الْعُضْوِ لَيْسَ لَهُ حُكْمُ الْإِسْتِعْمَالِ، فَإِذَا زَالِ الْعُضْوُ وَلَمْ يَسْتَقِرَّ فِي مَكَانٍ أَوْ إِنَاءٍ اخْتَلَفُوا فِيهِ، فَقَالَ سُفْيَانُ الثَّوْرِيُّ وَإِبْرَاهِيمُ النَّخَعِيُّ وَبَعْضُ مَشَايِخِ بَلَخٍ وَهُوَ اخْتِيارُ الطَّحَاوِيِّ إِنَّهُ لَا يَصِيرُ مُسْتَعْمَلًا. وَذَهَبَ أَصْحَابُنَا إِلَى أَنَّهُ كَمَا زَالِ الْعُضْوُ صَارَ مُسْتَعْمَلًا حَتَّى لَوْ أَصَابَ نَوْبُهُ

تَنَجَّسَ وَقَالُوا: إِنَّ مَنْ نَسِيَ مَسَحَ رَأْسَهُ فَأَخَذَ مِنْ لِحْيَتِهِ مَاءً وَمَسَحَ بِهِ رَأْسَهُ لَا يَجُوزُ
وَاخْتَارَهُ الْمُصَنِّفُ وَقَالَ (الصَّحِيحُ أَنَّهُ كَمَا زَالِلَ الْعُضْوِ) وَالْكَافُ هَذِهِ تُسَمَّى كَافُ
الْمُفَاجَأَةِ كَمَا تَقُولُ كُلَّمَا خَرَجْتَ مِنَ الْبَيْتِ رَأَيْتَ زَيْدًا: أَيْ فَاجَأَتْ رُؤْيَا زَيْدٍ، وَمَعْنَاهُ
يَصِيرُ الْمَاءُ مُفَاجِئًا وَقَدْ زَوَّاهُ عَنِ الْعُضْوِ وَقَدْ اسْتَعْمَلَ مِنْ غَيْرِ تَوَقُّفٍ إِلَى وَقْتِ
الاسْتِقْرَارِ فِي مَكَانٍ وَهُوَ إِسْنَادُ الْفِعْلِ إِلَى الزَّمَانِ فَيَكُونُ مَجَازًا عَقْلِيًّا. وَقَوْلُهُ: (لَأَنَّ
سُقُوطَ حُكْمِ الاسْتِعْمَالِ) ظَاهِرٌ. وَأُورِدَ بَأَنَّ فِيهِ حَرَجًا فَكَانَ ضَرُورَةً، وَقِيلَ فِي جَوَابِهِ
حُكْمُ الاسْتِعْمَالِ سَقَطَ فِي الْمُنْدِيلِ وَالْثِيَابِ لِلْحَرَجِ وَهُوَ مُنَاقِضٌ لِأَصْلِ الْمَذْهَبِ وَلَعَلَّ
الْمُخْلِصَ أَنْ يُقَالَ بِثُبُوتِ حُكْمِ الاسْتِعْمَالِ عِنْدَ الْمَزَالَةِ عَنِ الْعُضْوِ فِي الْجَمِيعِ، وَلَا حَرَجَ
فِيهِ إِذِ الْمُخْتَارُ مِنَ الْأَقْوَالِ لِلْفَتْوَى أَنَّهُ طَاهِرٌ غَيْرُ طَهُورٍ.

وَالْجُنُبُ إِذَا انْغَمَسَ فِي الْبَيْرِ لَطَلَبِ الدَّلْوِ فَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ الرَّجُلُ
بِحَالِهِ لَعَدَمِ الصَّبِّ وَهُوَ شَرْطٌ عِنْدَهُ لِإِسْقَاطِ الْفَرْضِ وَالْمَاءُ بِحَالِهِ لَعَدَمِ الْأَمْرَيْنِ، وَعِنْدَ
مُحَمَّدٍ -رَحِمَهُ اللَّهُ- كِلَاهُمَا طَاهِرَانِ: الرَّجُلُ لَعَدَمِ اشْتِرَاطِ الصَّبِّ، وَالْمَاءُ لَعَدَمِ نِيَّةِ
الْقُرْبَةِ. وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ: كِلَاهُمَا نَجِسَانِ: الْمَاءُ لِإِسْقَاطِ الْفَرْضِ عَنِ الْبَعْضِ
بِأَوَّلِ الْمَلَاقَةِ وَالرَّجُلُ لِبَقَاءِ الْحَدَثِ فِي بَقِيَّةِ الْأَعْضَاءِ. وَقِيلَ عِنْدَهُ نَجَاسَةُ الرَّجُلِ بِنَجَاسَةِ
الْمَاءِ الْمُسْتَعْمَلِ. وَعَنْهُ أَنَّ الرَّجُلَ طَاهِرٌ لِأَنَّ الْمَاءَ لَا يُعْطَى لَهُ حُكْمُ الاسْتِعْمَالِ قَبْلَ الْانْفِصَالِ،
وَهُوَ أَوْفَقُ الرُّوَايَاتِ عَنْهُ.

الشرح:

قَالَ (وَالْجُنُبُ إِذَا انْغَمَسَ فِي الْبَيْرِ) جُنُبٌ لَيْسَ عَلَى بَدَنِهِ نَجَاسَةُ انْغَمَسَ
لَطَلَبِ الدَّلْوِ لَمْ يَطْهَرْ وَلَمْ يَتَجَسَّسْ الْمَاءُ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ، وَطَهَّرَ الرَّجُلُ وَلَمْ يَتَجَسَّسْ الْمَاءُ
عِنْدَ مُحَمَّدٍ، وَلَمْ يَطْهَرْ وَتَجَسَّسَ الْمَاءُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَيَّدَ بِقَوْلِهِ (لَطَلَبِ الدَّلْوِ)؛ لِأَنَّهُ لَوْ
انْغَمَسَ فِي الْبَيْرِ لِلَاغْتِسَالِ لِلصَّلَاةِ فَسَدَ الْمَاءُ عِنْدَ الْكُلِّ. لِأَبِي يُوسُفَ فِي بَقَاءِ الرَّجُلِ
نَجَسًا أَنَّ الصَّبَّ عِنْدَهُ شَرْطٌ؛ لِأَنَّ الْقِيَاسَ يَقْتَضِي التَّطْهِيرَ بِالْعُسْلِ لَتَنَجَّسَ الْمَاءُ بِأَوَّلِ
الْمَلَاقَةِ، وَإِنَّمَا حَصَلَ ضَرُورَةُ خُرُوجِ الْمُكَلَّفِ عَنِ الْأَمْرِ بِالتَّطْهِيرِ، وَالْمَاءُ الْجَارِي أَقْرَبُ
إِلَى ذَلِكَ لَعَدَمِ اسْتِقْرَارِهِ وَالصَّبُّ بِمَنْزِلَتِهِ فَيَشْتَرِطُ تَحْصِيلًا لِلْمَأْمُورِ بِهِ بِحَسَبِ الْإِمْكَانِ،
وَهَذَا الشَّرْطُ لَمْ يَوْجَدْ فِيمَا نَحْنُ فِيهِ، وَاتِّفَاقُهُ يَسْتَلْزِمُ اتِّفَاقَ الْمَشْرُوطِ، وَفِي بَقَاءِ الْمَاءِ

طَاهِرًا أَنْ سَبَبَ اسْتِعْمَالِهِ أَحَدُ الْأَمْرَيْنِ إسْقَاطُ الْفَرْضِ، وَنِيَّةُ الْقُرْبَةِ كَمَا تَقَدَّمَ لَا سَبَبَ لَهُ غَيْرُهُمَا، وَقَدْ اتَّفَقَا جَمِيعًا فَيَنْتَفِي الْحُكْمُ.

فَإِنْ قِيلَ انْتِفَاءُ إسْقَاطِ الْفَرْضِ مَمْنُوعٌ فَإِنَّهُ يَسْقُطُ عِنْدَهُ وَإِنْ لَمْ يَنْوَ فَقَدْ سَقَطَ فَيَصِيرُ الْمَاءُ مُسْتَعْمَلًا لِكَوْنِهِ أَحَدَ الْأَمْرَيْنِ أُجِيبَ بِأَنَّهُ تَرَكَ أَصْلَهُ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ ضُرُورَةَ الْحَاجَةِ إِلَى طَلَبِ الدَّلِيلِ، فَلَوْ سَقَطَ الْفَرْضُ تَنَجَّسَ الْمَاءُ وَفَسَدَ الْبُيْرُ وَفِيهِ ضَرَرٌ لَا يَخْفَى. وَلِمُحَمَّدٍ فِي طَهَارَةِ الرَّجُلِ عَدَمُ اشْتِرَاطِ الصَّبِّ، فَإِنَّهُ إِذَا لَمْ يَكُنْ شَرْطًا لَا يَسْتَلْزِمُ انْتِفَاؤُهُ انْتِفَاءَ الْحُكْمِ، وَفِي طَهَارَةِ الْمَاءِ عَدَمُ نِيَّةِ التَّقَرُّبِ، فَإِنَّ السَّبَبَ عِنْدَهُ لَيْسَ إِلَّا إِقَامَةُ الْقُرْبَةِ بِالنِّيَّةِ وَلَمْ تُوجَدْ، وَكَانَ هَذَا السَّبَبُ مُتَعِينًا كَالسَّبَبِ فِي وَلَدِ الْعَصَبِ فَيَنْتَفِي الْحُكْمُ بِانْتِفَائِهِ. وَلَأَبْي حَنِيفَةَ فِي نَجَاسَةِ الْمَاءِ إسْقَاطُ الْفَرْضِ عَنِ الْبَعْضِ بِأَوَّلِ الْمُلَاقَاةِ، فَإِنَّ الْمَاءَ يَصِيرُ بِهِ مُسْتَعْمَلًا وَإِنْ لَمْ تُوجَدْ النِّيَّةُ؛ لِأَنَّهَا لَيْسَتْ بِشَرْطٍ لِسُقُوطِ الْفَرْضِ وَفِي بَقَاءِ الرَّجُلِ نَجَسًا لِبَقَاءِ الْحَدَثِ فِي بَقِيَّةِ الْأَعْضَاءِ (وَقِيلَ عِنْدَهُ نَجَاسَةُ الرَّجُلِ بِنَجَاسَةِ الْمَاءِ الْمُسْتَعْمَلِ)؛ لِأَنَّ النِّيَّةَ لَمَّا لَمْ تُشْتَرَطْ لِسُقُوطِ الْفَرْضِ عِنْدَهُ سَقَطَ الْفَرْضُ بِالْإِنْغِمَاسِ وَصَارَ الْمَاءُ مُسْتَعْمَلًا وَالرَّجُلُ مُتَلَبِّسٌ بِهِ فَيَتَنَجَّسُ بِنَجَاسَتِهِ (وَعَنْهُ أَنَّ الرَّجُلَ طَاهِرٌ؛ لِأَنَّ الْمَاءَ لَا يُعْطَى لَهُ حُكْمُ الِاسْتِعْمَالِ قَبْلَ الْإِنْغِمَاسِ وَهُوَ أَوْفَقُ الرُّوَايَاتِ عَنْهُ) لِكَوْنِهِ أَكْثَرُ مُنَاسَبَةٍ لِأَصْلِهِ، فَعَلَى أَوَّلِ أَقْوَالِهِ لَا تَجُوزُ الصَّلَاةُ وَلَا قِرَاءَةُ الْقُرْآنِ، وَعَلَى الثَّانِي تَجُوزُ لَهُ الْقِرَاءَةُ دُونَ الصَّلَاةِ وَفِيهِ نَظَرٌ، وَعَلَى الثَّلَاثِ يَجُوزُ كِلَاهُمَا، وَإِنَّمَا قُدِّمَ قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ وَلَمْ يُوسِّطْهُ كَمَا هُوَ حَقُّهُ لَزِيَادَةِ احْتِيَاجِهِ إِلَى الْبَيَانِ بِسَبَبِ تَرْكِهِ أَصْلَهُ كَمَا بَيَّنَّا.

قَالَ (وَكُلُّ إِهَابٍ دُبِغٌ فَقَدْ طَهَّرَ وَجَازَتْ الصَّلَاةُ فِيهِ وَالْوُضُوءُ مِنْهُ إِلَّا جِلْدَ الْخِنْزِيرِ وَالْأَدَمِيِّ) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «أَيُّهَا إِهَابُ دُبِغٌ فَقَدْ طَهَّرَ» ^(١) "وَهُوَ بِعُمُومِهِ حُجَّةٌ عَلَى مَا لَكَ -رَحِمَهُ اللَّهُ- فِي جِلْدِ الْمَيْتَةِ، وَلَا يُعَارِضُ بِالنُّهْيِ الْوَارِدِ عَنِ الْإِنْتِفَاعِ مِنَ الْمَيْتَةِ بِإِهَابٍ لِأَنَّهُ اسْمٌ لِغَيْرِ الْمَدْبُوعِ وَحُجَّةٌ عَلَى الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي جِلْدِ الْكَلْبِ وَلَيْسَ الْكَلْبُ بِنَجَسٍ الْعَيْنِ، أَلَا يَرَى أَنَّهُ يُنْتَفَعُ بِهِ حِرَاسَةً وَأَصْطِيَادًا، بِخِلَافِ الْخِنْزِيرِ لِأَنَّهُ نَجَسٌ الْعَيْنِ، إِذِ الْهَاءُ فِي قَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَتِيَابَكَ فَطَهَّرَ﴾ [الأنعام: ١٤٥] مُنْصَرَفٌ إِلَيْهِ لِقُرْبِهِ وَحُرْمَةِ الْإِنْتِفَاعِ بِأَجْزَاءِ الْأَدَمِيِّ لِكِرَامَتِهِ فَخَرَجَا عَمَّا رَوَيْنَا ثُمَّ مَا يَمْنَعُ النَّتَنَ وَالْفَسَادَ فَهُوَ

دُبَاغٌ وَإِنْ كَانَ تَشْمِيسًا أَوْ تَتْرِيبًا لِأَنَّ الْمَقْصُودَ يَحْصُلُ بِهِ فَلَا مَعْنَى لِاشْتِرَاطِ غَيْرِهِ .

الشرح:

قَالَ (وَكُلُّ إِهَابٍ دُبِغٌ فَقَدْ طَهَرَ) يَتَعَلَّقُ بِدُبَاغِ الْإِهَابِ ثَلَاثُ مَسَائِلَ: طَهَارَتُهُ، وَهِيَ تَتَعَلَّقُ بِكِتَابِ الصَّيْدِ وَالصَّلَاةِ فِيهِ وَهِيَ مُتَعَلِّقَةٌ بِكِتَابِ الصَّلَاةِ: وَالْوُضُوءُ مِنْهُ بِأَنْ يُجْعَلَ قُرْبَةً وَبِهِ يَتَعَلَّقُ بِهَذَا الْبَابِ، وَإِنَّمَا قَالَ وَالصَّلَاةُ فِيهِ بِأَنْ يُجْعَلَ ثَوْبًا وَلَمْ يَقُلْ عَلَيْهِ بِأَنْ يُجْعَلَ مُصَلًى وَإِنْ كَانَ الْحُكْمُ. فِيهِمَا وَاحِدًا؛ لِأَنَّ الْبَيَانَ فِي الثَّوْبِ بَيَانٌ فِي الْمُصَلًى لِرِبَاذَةِ الْاِشْتِمَالِ؛ وَلَأَنَّهُ مَنْصُوصٌ عَلَيْهِ بِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَتِيَابَكَ فَطَهِّرْ﴾ [المدثر: ٤] وَطَهَارَةُ الْمَكَانِ مُلْحَقَةٌ بِهِ بِالِدَّلَالَةِ، وَإِنَّمَا ذَكَرَ الْحُكْمَيْنِ الْأَخِيرَيْنِ وَإِنْ كَانَ يُفْهَمُ ذَلِكَ مِنَ الْأَوَّلِ اخْتِرَازًا عَنْ قَوْلِ مَالِكٍ فَإِنَّهُ يَقُولُ: يَطْهَرُ ظَاهِرُهُ دُونَ بَاطِنِهِ فَيُصَلَّى عَلَيْهِ لَا فِيهِ، وَإِنَّمَا قَدَّمَ الْخَنْزِيرَ عَلَى الْآدَمِيِّ؛ لِأَنَّ الْمَوْضِعَ مَوْضِعُ إِهَابَةٍ لِكَوْنِهِ فِي بَيَانِ النَّجَاسَةِ وَتَأْخِيرَ الْآدَمِيِّ فِي ذَلِكَ أَوْلَى، وَاسْتَدَلَّ عَلَى الطَّهَارَةِ دُونَ الْآخَرَيْنِ؛ لِأَنَّ ثُبُوتَهَا يَسْتَلْزِمُ ثُبُوتَهَا بِقَوْلِهِ ﷺ: «أَيُّمَا إِهَابٍ دُبِغٌ فَقَدْ طَهَرَ» ^(١) (وَهُوَ بَعْمُومُهُ) لِكَوْنِهِ نَكْرَةً انْصَفَتْ بِصِفَةِ عَامَّةٍ (حُجَّةٌ عَلَى مَالِكٍ فِي جِلْدِ الْمَيْتَةِ) فَإِنَّهُ يَقُولُ: لَا يَطْهَرُ لَكِنَّهُ يَنْتَفِعُ بِهِ فِي الْجَامِدِ مِنَ الْأَشْيَاءِ دُونَ الْمَانِعِ فَيَعْمَلُ جَرَابًا لِلْحُبُوبِ دُونَ السَّمَنِ وَالْخَلِّ وَغَيْرِهِمَا. فَإِنْ قِيلَ: جِلْدُ الْخَنْزِيرِ وَالْآدَمِيِّ خَارِجٌ عَنْ عُمُومِهِ فَيَجُوزُ أَنْ يُخَصَّ مِنْهُ جِلْدُ الْمَيْتَةِ بِالْقِيَاسِ عَلَيْهِ أَوْ بِقَوْلِهِ ﷺ: «لَا تَنْتَفِعُوا مِنَ الْمَيْتَةِ بِإِهَابٍ» أُجِيبَ بِأَنَّهُ قِيَاسٌ فِيهِ إِبْطَالُ النَّصِّ وَهُوَ قَوْلُهُ: عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «أَيُّمَا إِهَابٍ دُبِغٌ» الْحَدِيثُ، وَتَحْقِيقُهُ أَنَّ الْجِلْدَ الطَّاهَرَ لَيْسَ مِمَّا نَحْنُ فِيهِ بِالْإِتِّفَاقِ، وَجِلْدُ الْآدَمِيِّ وَالْخَنْزِيرِ خَارِجَانِ عَلَى مَا سَدَّكُرُهُ، وَلَوْ خَرَجَ جِلْدُ الْمَيْتَةِ أَيْضًا لَزِمَ إِبْطَالُ النَّصِّ بِالْقِيَاسِ وَذَلِكَ بَاطِلٌ وَالتَّهْيِي عَنْ الْاِئْتِفَاعِ بِالْإِهَابِ وَهُوَ اسْمٌ لَجِلْدٍ غَيْرِ مَدْبُوغٍ كَذَا قَالَ الْخَلِيلُ وَالْأَصْمَعِيُّ، وَلَيْسَ ذَلِكَ دَاخِلًا فِي عُمُومِ قَوْلِهِ: «أَيُّمَا إِهَابٍ دُبِغٌ» لِيَجُوزَ تَخْصِيصُهُ فَلَا تَعَارُضَ بَيْنَهُمَا لِاخْتِلَافِ الْمَحَلِّ. قَوْلُهُ: (وَحُجَّةٌ عَلَى الشَّافِعِيِّ) عَطَفَ عَلَى قَوْلِهِ حُجَّةٌ عَلَى مَالِكٍ، فَإِنَّ الشَّافِعِيَّ يَقُولُ بَعْدَ طَهَارَةِ جِلْدِ الْكَلْبِ بِالدُّبَاغِ، وَتَخْصِيصُ الْكَلْبِ مُوَافِقٌ لِمَا ذَكَرَ فِي الْأَسْرَارِ، وَذَكَرَ فِي الْمَبْسُوطِ أَنَّ كُلَّ مَا لَا يُؤْكَلُ لَحْمُهُ لَا يَطْهَرُ جِلْدُهُ بِالدُّبَاغِ عِنْدَ

الشَّافِعِيُّ قِيَاسًا عَلَى جِلْدِ الْخَنَزِيرِ وَالْآدَمِيِّ، وَعَلَى هَذَا لَا فَائِدَةٌ فِي تَخْصِيصِهِ. وَقَوْلُهُ: (وَلَيْسَ الْكَلْبُ بِنَجَسٍ الْعَيْنِ) جَوَابٌ عَنْ قِيَاسِ الشَّافِعِيِّ الْكَلْبَ عَلَى الْخَنَزِيرِ وَإِنْ لَمْ يُذَكَّرْ فِي الْكِتَابِ. وَاخْتَلَفَتْ الرُّوَايَاتُ فِي كَوْنِ الْكَلْبِ نَجَسٍ الْعَيْنِ، فَمِنْهُمْ مَنْ ذَهَبَ إِلَى ذَلِكَ. قَالَ شَمْسُ الْأَيْمَةِ فِي مَبْسُوطِهِ: وَالصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ عِنْدَنَا أَنَّ عَيْنَ الْكَلْبِ نَجَسٌ، إِلَيْهِ يُشِيرُ مُحَمَّدٌ فِي الْكِتَابِ فِي قَوْلِهِ: وَلَيْسَ الْمَيْتُ بِأَنْجَسَ مِنَ الْكَلْبِ وَالْخَنَزِيرِ. قِيلَ وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ لَيْسَ بِنَجَسٍ الْعَيْنِ؛ لِأَنَّهُ يُتَنَفَّعُ بِهِ حِرَاسَةً وَاصْطِيَادًا وَلَيْسَ نَجَسَ الْعَيْنِ كَذَلِكَ، وَلَا يُشْكَلُ بِالسَّرْقَيْنِ فَإِنَّهُ نَجَسٌ لَا مَحَالَةَ وَيُتَنَفَّعُ بِهِ إِيْفَادًا وَغَيْرُهُ؛ لِأَنَّهُ اتِّفَاعٌ بِالْإِهْلَاكِ، وَهُوَ جَائِزٌ كَالدُّنُوِّ مِنَ الْخَمْرِ لِلْإِرَاقَةِ، وَهُوَ مُخْتَارُ الْمُصَنِّفِ.

وقوله: (بِخِلَافِ الْخَنَزِيرِ) مُتَّصِلٌ بِقَوْلِهِ إِلَّا جِلْدَ الْخَنَزِيرِ (لِأَنَّهُ نَجَسٌ الْعَيْنِ، إِذِ الْهَاءُ فِي قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿فَإِنَّهُ رَجَسٌ﴾ [الأنعام: ١٤٥] عَائِدٌ إِلَيْهِ لِقُرْبِهِ) فَإِنْ قِيلَ: الْمَقْصُودُ بِالذِّكْرِ فِي الْكَلَامِ هُوَ الْمُضَافُ فَيَجِبُ أَنْ يَرْجَعَ إِلَيْهِ الضَّمِيرُ. أُجِيبَ بِأَنَّ الْمُضَافَ إِلَيْهِ قَدْ يَكُونُ مَقْصُودًا مِثْلُ أَنْ يَقُولَ مَثَلًا رَأَيْتُ ابْنَ زَيْدٍ فَإِنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يُقَالَ وَحَرَضْتُهُ عَلَى الْإِشْغَالِ فَيَكُونُ الضَّمِيرُ رَاجِعًا إِلَى الْمُضَافِ؛ لِأَنَّهُ الْمَقْصُودُ، وَيَجُوزُ أَنْ يُقَالَ فَأَخْبَرْتُهُ بِأَنَّ ابْنَكَ هَذَا فَاضِلٌ فَيَكُونُ رَاجِعًا إِلَى الْمُضَافِ إِلَيْهِ كَقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَالَّذِينَ يَنْقُضُونَ عَهْدَ اللَّهِ مِنْ بَعْدِ مِيثَاقِهِ﴾ [الرعد: ٢٥] فَإِنَّ الضَّمِيرَ يَجُوزُ أَنْ يَرْجَعَ إِلَى كُلِّ مِنَ الْمُضَافِ وَالْمُضَافِ إِلَيْهِ وَرُجُوعُهُ إِلَى الْمُضَافِ إِلَيْهِ فِيمَا نَحْنُ فِيهِ أَوْلَى لِكَوْنِهِ أَشْمَلٌ لِلْأَجْزَاءِ وَأَخْوَفٌ فِي الْعَمَلِ؛ لِأَنَّ الضَّمِيرَ إِنْ رَجَعَ إِلَى اللَّحْمِ لَمْ يَحْرُمْ غَيْرُهُ، وَإِنْ رَجَعَ إِلَى الْمُضَافِ إِلَيْهِ حَرَّمَ، فَغَيْرُ اللَّحْمِ دَائِرٌ بَيْنَ أَنْ يَحْرُمَ وَأَلَّا يَحْرُمَ فَيَحْرُمُ احْتِيَاظًا وَذَلِكَ بِرُجُوعِ الضَّمِيرِ إِلَى الْمُضَافِ إِلَيْهِ.

وقوله: (وَحُرْمَةُ الْإِتِّفَاعِ بِأَجْزَاءِ الْآدَمِيِّ) مُتَعَلِّقٌ بِقَوْلِهِ وَالْآدَمِيُّ، وَمَعْنَى كَلَامِهِ بِخِلَافِ جِلْدِ الْخَنَزِيرِ فَإِنَّهُ لَا يَطْهَرُ بِالدَّبْعِ لِنَجَاسَةِ عَيْنِهِ وَجِلْدُ الْآدَمِيِّ (لِكِرَامَتِهِ) لِثَلَا يَتَجَاسَرُ النَّاسُ عَلَى مَنْ كَرَّمَهُ اللَّهُ بِإِتِّدَالِ أَجْزَائِهِ. (فَخَرَجَا عَمَّا رَوَيْنَا) يَعْنِي مِنْ قَوْلِهِ ﷺ: «أَيُّمَا إِهَابٍ دُبِعَ» الْحَدِيثَ، فَإِنْ قُلْتُ: مَا وَجْهُ خُرُوجِهِمَا عَنْ الْمَرْوِيِّ، هَلْ هُوَ تَخْصِيصٌ فَيَحْتَاجُ إِلَى مُخَصَّصٍ مُقَارِنٍ عَلَى مَا هُوَ الْمَذْهَبُ، أَمْ نَسَخٌ فَيَحْتَاجُ إِلَى نَاسِخٍ مُتَأَخِّرٍ؟ قُلْتُ: عَدَمُ طَهَارَتِهِمَا ثَابِتٌ بِالْكِتَابِ، فَإِنْ كَانَ مُتَأَخِّرًا عَنِ الْحَدِيثِ فَهُوَ نَاسِخٌ لَا مَحَالَةَ، وَإِنْ كَانَ مُتَقَدِّمًا عَلَيْهِ مَنَعَ التَّنَاوُلَ لِتَقَرُّرِهِ فِي الشَّرْعِ، وَخَبَرُ الْوَاحِدِ لَا

يُعَارِضُهُ فَضْلاً أَنْ يَنْسَخَهُ، وَإِنْ كَانَ مُقَارِناً صَارَ مُتَخَصِّصاً، وَالْخُرُوجُ عَنْ حُكْمِ الْحَدِيثِ نَابِتٌ فِي الْجَمِيعِ فَعَبَّرَ بِقَوْلِهِ فَخَرَجَا. وَقَوْلُهُ: (ثُمَّ مَا يَمْنَعُ الثَّنَّ وَالْفَسَادَ) بَيَانٌ لِمَا يُدْبَغُ بِهِ ذِكْرُهُ اسْتِطْرَافاً بَعْدَ ذِكْرِ الدَّبَاغَةِ. قَالَ مُحَمَّدٌ فِي كِتَابِ الْأَثَارِ: أَخْبَرَنَا أَبُو حَنِيفَةَ عَنْ حَمَّادٍ عَنْ إِبْرَاهِيمَ قَالَ: كُلُّ شَيْءٍ يَمْنَعُ الْجِلْدَ مِنَ الْفَسَادِ (فَهُوَ دِبَاغٌ) فَيَتَنَاوَلُ التَّشْمِيسَ وَالتَّثْرِيبَ (لَأَنَّ الْمَقْصُودَ) وَهُوَ مَنَعُ الْفَسَادِ بِإِزَالَةِ الرُّطُوبَاتِ النَّجِسَةِ (يَحْصُلُ بِذَلِكَ فَلَا مَعْنَى لِاشْتِرَاطِ غَيْرِهِ) مِنْ قَرَطٍ أَوْ عَفْصٍ أَوْ شَتٍّ أَوْ نَحْوِهَا كَمَا شَرَطَهُ الشَّافِعِيُّ.

ثُمَّ مَا يَطْهَرُ جِلْدُهُ بِالدَّبَاغِ يَطْهَرُ بِالدُّكَاةِ لِأَنَّهَا تَعْمَلُ عَمَلَ الدَّبَاغِ فِي إِزَالَةِ الرُّطُوبَةِ النَّجِسَةِ، وَكَذَلِكَ يَطْهَرُ لَحْمُهُ هُوَ الصَّحِيحُ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَأْكُولاً.

الشرح:

(ثُمَّ مَا يَطْهَرُ جِلْدُهُ بِالدَّبَاغِ يَطْهَرُ بِالدُّكَاةِ) يَعْنِي الدُّكَاةَ الْحَاصِلَةَ مِنَ الْأَهْلِ بِالتَّسْمِيَةِ، فَإِنَّ دُكَاةَ الْمَجُوسِيِّ لَيْسَتْ مُطَهَّرَةً، وَذَكَرَ الصَّمِيرُ فِي (لَائِهِ) لِأَنَّ الدُّكَاةَ بِمَعْنَى الدَّبْحِ، وَإِنَّمَا (تَعْمَلُ عَمَلَ الدَّبَاغِ فِي إِزَالَةِ الرُّطُوبَاتِ النَّجِسَةِ)؛ لِأَنَّهُ يَمْنَعُ مِنَ اتِّصَالِهَا بِهِ، وَالدَّبَاغُ مُزِيلٌ بَعْدَ الْإِتِّصَالِ، وَلَمَّا كَانَ الدَّبَاغُ بَعْدَ الْإِتِّصَالِ مُزِيلاً وَمُطَهِّراً كَانَتْ الدُّكَاةُ الْمَانِعَةُ مِنَ الْإِتِّصَالِ أَوْلَى أَنْ تَكُونَ مُطَهَّرَةً. وَقَوْلُهُ: (وَكَذَلِكَ يَطْهَرُ لَحْمُهُ) أَيُّ لَحْمٍ مَا ذُبِحَ حَتَّى إِذَا صَلَّى وَمَعَهُ مِنْ لَحْمِ الثَّغْلَبِ الْمَذْبُوحِ أَوْ نَحْوِهِ أَكْثَرُ مِنْ قَدْرِ الدَّرْهِمِ جَازَتْ صَلَاتُهُ.

وَقَوْلُهُ: (هُوَ الصَّحِيحُ) احْتِرَازٌ عَمَّا قَالَ فِي الْأَسْرَارِ وَغَيْرِهِ إِنَّهُ نَجَسٌ؛ لِأَنَّ الْحُرْمَةَ فِيمَا يَصْلُحُ لِلْأَكْلِ لَا لِكِرَامَتِهِ دَلِيلُ النَّجَاسَةِ وَلَزِمَهُمْ طَهَارَةُ الْجِلْدِ مَعَ اتِّصَالِ اللَّحْمِ بِهِ. وَأَجَابُوا بِأَنْ يَبَيِّنَ اللَّحْمُ وَالْجِلْدُ جِلْدَةً رَقِيقَةً تَمْنَعُ مِمَّاسَةَ اللَّحْمِ الْجِلْدَ الْعَلِيطَ فَلَا يَنْجُسُ، وَالَّذِي اخْتَارَهُ الْمُصَنِّفُ وَصَحَّحَهُ هُوَ الْمَنْقُولُ عَنِ الْكَرْخِيِّ وَصَحَّحَهُ صَاحِبُ التُّحْفَةِ، وَذَلِكَ؛ لِأَنَّ الْجِلْدَ يَطْهَرُ بِاتِّفَاقِ أَصْحَابِنَا وَاللَّحْمُ مُتَّصِلٌ بِهِ فَكَيْفَ يَكُونُ نَجِساً، وَمُلَاقَاةُ النَّجَسِ الطَّاهِرِ مُنْجِسَةٌ فَكَيْفَ بِالْإِتِّصَالِ الَّذِي لَا يَزُولُ إِلَّا بِالسَّكِينِ، وَمَا قِيلَ مِنْ الْجِلْدَةِ الرَّقِيقَةِ مَتَوَهُمَ، وَعَلَى تَقْدِيرِ تَحْقِيقِهِ فَإِمَّا أَنْ تَكُونَ طَاهِرَةً أَوْ نَجِسةً، وَلَا يُحَسُّ عِنْدَ السَّلْخِ بَيْنَ الْجِلْدِ وَاللَّحْمِ أَمْرٌ ثَالِثٌ لَا مَحَالَةَ، فَهِيَ إِمَّا مُتَّصِلَةٌ بِاللَّحْمِ أَوْ الْجِلْدِ، فَإِنْ

كَانَتْ مُتَّصِلَةً بِاللَّحْمِ فَلَيْسَ يُتَصَوَّرُ أَنْ تَكُونَ طَاهِرَةً، وَاللَّحْمُ نَجِسٌ فَتَكُونُ نَجِسَةً، وَالْجِلْدُ الْغَلِيظُ مُتَّصِلٌ بِهِ أَيْضًا فَلَا يَكُونُ طَاهِرًا لَكِنَّ الْفَرَضَ أَنَّهُ طَاهِرٌ، وَإِنْ كَانَتْ مُتَّصِلَةً بِالْجِلْدِ فَلَيْسَ يُتَصَوَّرُ أَنْ تَكُونَ نَجِسَةً وَالْجِلْدُ طَاهِرٌ فَتَكُونُ طَاهِرَةً، وَاللَّحْمُ مُتَّصِلٌ بِهِ أَيْضًا فَكَيْفَ تَكُونُ نَجِسًا، وَذَلِكَ وَاضِحٌ لَا يَخْفَى عَلَى الْمُتَأَمِّلِ، فَهَذَا هُوَ الَّذِي حَمَلَ الْمُصَنِّفَ عَلَى تَصْحِيحِ رَوَايَةِ طَهَارَةِ اللَّحْمِ. وَالْجَوَابُ عَنْ قَوْلِهِمْ إِنَّ الْحُرْمَةَ فِيمَا يَصْلُحُ لِلْأَكْلِ لَا لِلْكَرَامَةِ دَلِيلُ النَّجَاسَةِ أَنَّهُ مُسْلَمٌ، وَلَكِنَّ عِلَّةَ النَّجَاسَةِ هُوَ اخْتِلَاطُ الدَّمِ الْمُسْفُوحِ بِأَجْزَائِهِ عِنْدَ الْمَوْتِ كَمَا تَقَدَّمَ، وَهِيَ عِلَّةٌ مُتَعَيَّنَةٌ قَدْ انْتَفَتْ هَاهُنَا بِالذَّبْحِ فَتُسْتَفْيى النَّجَاسَةُ كَمَا قُلْنَا فِي وَلَدِ الْمَغْصُوبِ.

قَالَ (وَشَعَرُ الْمَيْتَةِ وَعَظْمُهَا طَاهِرٌ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: نَجِسٌ لِأَنَّهُ مِنْ أَجْزَاءِ الْمَيْتَةِ، وَلَنَا أَنَّهُ لَا حَيَاةَ فِيهِمَا وَهَذَا لَا يَتَأَلَّمُ بِقَطْعِهِمَا فَلَا يَحِلُّهُمَا الْمَوْتُ، إِذَا الْمَوْتُ زَوَالَ الْحَيَاةِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَشَعَرُ الْمَيْتَةِ وَعَظْمُهَا) وَعَصَبُهَا (طَاهِرٌ) ذَكَرَهُ بِاعْتِبَارٍ أَنَّهُ إِذَا وَقَعَ فِي الْمَاءِ هَلْ يَجُوزُ الْوُضُوءُ بِهِ أَوْ لَا ؟ عِنْدَنَا يَجُوزُ بِهِ الْوُضُوءُ لَكَوْنِهَا طَاهِرَةً. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ نَجِسٌ ؛ لِأَنَّهُ) أَيُّ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا (مِنْ أَجْزَاءِ الْمَيْتِ) وَالْمَيْتُ نَجِسٌ بِجَمِيعِ أَجْزَائِهِ. قُلْنَا: لَا نُسَلِّمُ أَنَّ كُلَّ جُزْءٍ مِنْ أَجْزَاءِ الْمَيْتِ نَجِسٌ، بَلِ النَّجَسُ مِنْهُ مَا كَانَ فِيهِ حَيَاةٌ زَالَتْ بِالْمَوْتِ وَهَذِهِ الْأَشْيَاءُ لَا حَيَاةَ فِيهَا حَتَّى لَا يَتَأَلَّمُ بِقَطْعِهَا الْحَيَوَانُ، فَإِنَّ قَطْعَ قَرْنِ الْبَقَرَةِ لَا يُؤْلِمُهَا وَجَزُّ صُوفِ الْغَنَمِ كَذَلِكَ فَلَا يَحِلُّهَا الْمَوْتُ إِذَا الْمَوْتُ زَوَالَ الْحَيَاةِ، وَهَذَا يُشِيرُ إِلَى أَنَّ بَيْنَ الْحَيَاةِ وَالْمَوْتِ تَقَابُلُ الْعَدَمِ وَالْمَلَكَةِ. وَقَالَ بَعْضُ الْمُتَكَلِّمِينَ: هُمَا صِفَتَانِ وَجُودِيَّتَانِ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿ خَلَقَ الْمَوْتَ وَالْحَيَاةَ ﴾ [الملك: ٢] وَالْمَخْلُوقُ لَا يَكُونُ عَدَمًا. وَاجِبٌ أَنَّ الْمُرَادَ بِالْخَلْقِ التَّقْدِيرُ وَالْعَدَمُ مُقَدَّرٌ. لَا يُقَالُ: مَا ذَكَرَ ثُمَّ مِنَ الدَّلِيلِ اسْتِدْلَالٌ فِي مُقَابَلَةِ النَّصِّ؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَالَ ﴿ مَنْ يُحْيِ الْعِظَمَ وَهِيَ رَمِيمٌ ﴾ [يس: ٧٨] وَلَا خَفَاءَ فِي دَلَالَتِهِ عَلَى أَنَّ فِي الْعِظَمِ حَيَاةً؛ لِأَنَّ الْمُرَادَ بِهِ مَنْ يُحْيِي صَاحِبَ الْعِظَامِ. (وَشَعَرُ الْإِنْسَانِ وَعَظْمُهُ طَاهِرٌ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: نَجِسٌ لِأَنَّهُ لَا يَنْتَفَعُ بِهِ وَلَا يَجُوزُ بَيْعُهُ، وَلَنَا أَنَّ عَدَمَ الْإِنْتِفَاعِ وَالْبَيْعِ لِكِرَامَتِهِ فَلَا يَدُلُّ عَلَى نَجَاسَتِهِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

الشرح:

(وَشَعْرُ الْإِنْسَانِ وَعَظْمُهُ طَاهِرٌ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: نَجَسٌ؛ لِأَنَّهُ لَا يُتَمَعُّ بِهِ وَلَا يَجُوزُ بَيْعُهُ) مَعَ إِمْكَانِ الْإِنْتِفَاعِ بِهِ فَكَانَ نَجَسًا (وَلَنَا أَنَّ حُرْمَةَ الْإِنْتِفَاعِ بِهِ وَالْبَيْعِ لِكَرَامَتِهِ فَلَا يَدُلُّ عَلَى نَجَاسَتِهِ) وَقَدْ صَحَّ «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ حَلَقَ شَعْرَهُ وَقَسَمَهُ بَيْنَ أَصْحَابِهِ» وَذَلِكَ دَلِيلُ طَهَارَتِهِ..

(فَصْلٌ فِي الْبِئْرِ)

(وَإِذَا وَقَعَتْ فِي الْبِئْرِ نَجَاسَةٌ نُزِحَتْ وَكَانَ نَزْحُ مَا فِيهَا مِنَ الْمَاءِ طَهَارَةً لَهَا) بِإِجْمَاعِ السَّلَفِ، وَمَسَائِلُ الْأَبَارِ مَبْنِيَّةٌ عَلَى اتِّبَاعِ الْأَثَارِ دُونَ الْقِيَاسِ.

الشرح:

(فَصْلٌ فِي الْبِئْرِ) لَمَّا ذَكَرَ حُكْمَ الْمَاءِ الْقَلِيلِ بِأَنَّهُ يَتَنَجَّسُ كُلُّهُ عِنْدَ وَقُوعِ النَّجَاسَةِ فِيهِ حَتَّى يَرِاقَ كُلُّهُ وَرَدَ عَلَيْهِ مَاءُ الْبِئْرِ نَقْضًا فِي أَنَّهُ لَا يُنْزَحُ كُلُّهُ فِي بَعْضِ الصُّوَرِ فَذَكَرَ مَاءَ الْبِئْرِ فِي فَصْلِ عَلَى حِدَةٍ بَيَانًا لَوَجْهِ الْمُخَالَفَةِ. قَوْلُهُ: (وَإِذَا وَقَعَتْ فِي الْبِئْرِ نَجَاسَةٌ نُزِحَتْ) قِيلَ نُزِحَتْ الْبِئْرُ: أَيُّ مَاؤُهَا بِحَذْفِ الْمُضَافِ لِعَدَمِ الْإِلْبَاسِ لَمَّا أَنَّ نَزْحَ عَيْنِ الْبِئْرِ غَيْرُ مُمَكِّنٍ، وَبِنَزْحِ النَّجَاسَةِ لَا يَتِمُّ جَوَابُ الْمَسْأَلَةِ فَتَعَيَّنَ مَا قُلْنَا، وَالتَّائِيثُ بِاعْتِبَارِ الْإِسْتِدَادِ الظَّاهِرِيِّ؛ وَلِأَنَّ قَوْلَهُ (وَكَانَ نَزْحُ مَا فِيهَا مِنَ الْمَاءِ طَهَارَةً لَهَا) دَلِيلٌ عَلَى مَا قُلْنَا، فَكَانَ هَذَا مِنْ قِبَلِ إِطْلَاقِ اسْمِ الْمَحَلِّ عَلَى الْحَالِ كَقَوْلِهِمْ جَرَى النَّهْرُ كَذَا فِي النَّهَائِيَةِ، وَفِيهِ نَظَرٌ؛ لِأَنَّهُ حِينَئِذٍ لَمْ يَكُنْ لِإِخْرَاجِ النَّجَاسَةِ ذِكْرٌ وَلَا تَطْهَرُ الْبِئْرُ إِلَّا بِإِخْرَاجِهَا، وَعَنْ هَذَا ذَهَبَ بَعْضُ الشَّارِحِينَ إِلَى أَنَّ ضَمِيرَ نُزِحَتْ لِلنَّجَاسَةِ، وَجَوَابُ " إِذَا " هُوَ الْمَجْمُوعُ مِنْ قَوْلِهِ نُزِحَتْ إِلَى قَوْلِهِ طَهَارَةً لَهَا، وَيَكُونُ تَقْدِيرُهُ نُزِحَتْ النَّجَاسَةُ، وَكَانَ نَزْحُ مَا فِيهَا مِنَ الْمَاءِ طَهَارَةً لَهَا.

وَأَقُولُ: التَّرَكِيبُ الْجَزَلُ عَلَى هَذَا التَّقْدِيرِ أَنَّ يُقَالُ نُزِحَتْ النَّجَاسَةُ وَالْمَاءُ وَكَانَ نَزْحُ مَا فِيهَا إلخ، وَلَوْ جَعَلْنَا نُزِحَتْ فِي الْحَقِيقَةِ مُسْنَدًا إِلَى مَا حَتَّى يَعُودَ الْمَعْنَى نُزِحَتْ مَا فِي الْبِئْرِ لَيَتَنَاوَلَ النَّجَاسَةُ وَالْمَاءَ جَمِيعًا، وَكَانَ مِنْ بَابِ جَرَى النَّهْرُ انْدَفَعَ ذَلِكَ كُلُّهُ. وَقَوْلُهُ: وَكَانَ نَزْحُ مَا فِيهَا مِنَ الْمَاءِ طَهَارَةً لَهَا إِشَارَةٌ إِلَى أَنَّهُ يَطْهَرُ بِمُجَرَّدِ النَّزْحِ مِنْ غَيْرِ تَوَقُّفٍ عَلَى غَسْلِ الْأَحْجَارِ وَتَقْلِ الْأَوْحَالِ، وَالْمُرَادُ بِالسَّلَفِ الصَّحَابَةُ وَمَنْ بَعْدَهُمْ

(وَمَسَائِلُ الْآبَارِ مَبْنِيَّةٌ عَلَى اتِّبَاعِ الْآثَارِ دُونَ الْقِيَاسِ)؛ لِأَنَّ الْقِيَاسَ أَحَدُ الْأَمْرَيْنِ: إِمَّا أَنْ تُطَمَّ الْبُيْرُ كُلُّهَا طَمًّا لِتَنْجُسِ الْأَوْحَالَ وَالْجُدْرَانَ، وَإِمَّا أَلَّا تَنْجُسَ أَبَدًا إِذْ الْمَاءُ يَنْبُعُ مِنْ أَسْفَلِهِ فَكَانَ كَالْمَاءِ الْحَارِيِّ. قَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: اتَّفَقَ رَأْيِي وَرَأْيُ أَبِي يُوسُفَ أَنَّ مَاءَ الْبُيْرِ فِي حُكْمِ الْمَاءِ الْحَارِيِّ، إِلَّا أَنَّا تَرَكْنَا الْقِيَاسَ وَاتَّبَعْنَا الْآثَارَ.

(فَإِنْ وَقَعَتْ فِيهَا بَعْرَةٌ أَوْ بَعْرَتَانِ مِنْ بَعْرِ الْإِبِلِ أَوْ الْغَنَمِ لَمْ تُفْسِدِ الْمَاءَ) اسْتِحْسَانًا، وَالْقِيَاسُ أَنْ تُفْسِدَهُ لَوْ قَوِيَ النَّجَاسَةُ فِي الْمَاءِ الْقَلِيلِ. وَجَهُ الْاسْتِحْسَانِ أَنَّ آبَارَ الْفَلَوَاتِ لَيْسَتْ لَهَا رُءُوسٌ حَاجِزَةٌ وَالْمَوَاشِي تَبْعُرُ حَوْلَهَا فَتَلْقِيهَا الرِّيحُ فِيهَا فَجَعَلَ الْقَلِيلَ عَفْوًا لِلضَّرُورَةِ، وَلَا ضَرُورَةَ فِي الْكَثِيرِ، وَهُوَ مَا يَسْتَكْثِرُهُ النَّاطِرُ إِلَيْهِ فِي الْمَرْوِيِّ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ، وَعَلَيْهِ الْاعْتِمَادُ، وَلَا فَرْقَ بَيْنَ الرُّطْبِ وَالْيَابِسِ وَالصَّحِيحِ وَالْمُنْكَسِرِ وَالرُّوثِ وَالْخَثِي وَالْبَعْرِ لِأَنَّ الضَّرُورَةَ تَشْمَلُ الْكُلَّ.

الشرح:

قَوْلُهُ: (فَإِنْ وَقَعَتْ) إِشَارَةٌ إِلَى مَا يَجِبُ نَزْحُهُ مِنَ الْمَاءِ بِحَسَبِ مَا يَقَعُ فِيهَا مِنْ النَّجَاسَةِ. وَقَوْلُهُ: (وَجَهُ الْاسْتِحْسَانِ) هُوَ أَحَدُ وَجْهَيْ الْاسْتِحْسَانِ وَهُوَ الضَّرُورَةُ عَلَى مَا ذَكَرَهُ، وَلَا فَرْقَ عَلَى هَذَا الْوَجْهِ بَيْنَ الرُّطْبِ وَالْيَابِسِ وَالصَّحِيحِ وَالْمُنْكَسِرِ وَرَوْتِ الْفَرَسِ وَالْحِمَارِ وَالْفَلَوَاتِ، فَإِنَّ آبَارَ الْأَمْصَارِ وَخَتَى الْبَقَرِ وَالْجَامُوسِ وَبَعْرَ الْإِبِلِ وَالْغَنَمِ لَشُمُولِهَا الضَّرُورَةَ الْمَذْكُورَةَ فِي الْكِتَابِ، لَكِنْ يُفَرِّقُ بَيْنَ آبَارِ الْأَمْصَارِ وَالْفَلَوَاتِ فَإِنَّ آبَارَ الْأَمْصَارِ لَهَا رُءُوسٌ حَاجِزَةٌ وَالْوَجْهُ الْآخَرُ أَنَّ الْبَعْرَةَ شَيْءٌ صُلْبٌ وَعَلَى ظَاهِرِهَا رُطُوبَةُ الْأَمْعَاءِ لَا يَتَدَاخَلُ الْمَاءُ فِي أَجْزَائِهَا، وَعَلَى هَذَا لَا يُفَرِّقُ بَيْنَ آبَارِ الْأَمْصَارِ وَالْفَلَوَاتِ وَيُفَرِّقُ بَيْنَ الصَّحِيحِ وَالْمُنْكَسِرِ، فَإِنَّ الْمُنْكَسِرَ تَتَدَاخَلُهُ أَجْزَاءُ النَّجَاسَةِ فَتُفْسِدُهُ، وَكَذَا الْبَعْرُ وَالرُّوثُ وَالْخَثِي؛ لِأَنَّ الرُّوثَ وَالْخَثِي لَا صَلَابَةَ لَهُمَا فَيَتَدَاخَلُ الْمَاءُ فِي أَجْزَائِهِمَا فَيَنْجَسُ الْمَاءُ. وَإِذَا عَرَفْتَ هَذَا فَاعْلَمْ أَنَّ اخْتِلَافَ أَقْوَالِ الْمَشَايخِ فِي جَعْلِ الْكُلِّ غَيْرِ مُفْسِدٍ وَجَعْلِ بَعْضِهِ مُفْسِدًا دُونَ بَعْضٍ مَرْجِعُهُ إِلَى وَجْهَيْ الْاسْتِحْسَانِ.

وَقَوْلُهُ: (وَلَا ضَرُورَةَ فِي الْكَثِيرِ) هُوَ أَيْضًا عَلَى الْوَجْهِ الْأَوَّلِ، وَأَمَّا عَلَى الْوَجْهِ الثَّانِي فَيَقْتَضِي عَدَمَ التَّفْرِيقِ بَيْنَ الْقَلِيلِ وَالْكَثِيرِ؛ لِأَنَّ الصَّلَابَةَ وَالْإِمْسَاكَ فِي الْجَمِيعِ مَوْجُودٌ. وَقَوْلُهُ: (وَهُوَ مَا يَسْتَكْثِرُهُ النَّاطِرُ) إِشَارَةٌ إِلَى مَا هُوَ الْمُخْتَارُ عِنْدَهُ فِي حَدِّ

الكثرة، فَإِنْ مِنْهُمْ مَنْ قَالَ: الْكَثِيرُ هُوَ أَنْ يُعْطَى وَجْهُهُ رُبْعُ الْمَاءِ، وَقِيلَ وَجْهُهُ أَكْثَرُهُ، وَقِيلَ
أَلَّا يَخْلُو دَلْوٌ مِنْ بَعْرَةٍ. وَقَالَ الْإِمَامُ التُّمْرَتَاشِيُّ: ذَكَرَ الْبَعْرَتَيْنِ إِشَارَةً إِلَى أَنَّ الثَّلَاثَ
كَثِيرَةٌ، وَإِنَّمَا قَالَ (وَعَلَيْهِ الْإِعْتِمَادُ)؛ لِأَنَّ أَبَا حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ لَا يَقْدَرُ شَيْئًا بِالرَّأْيِ فِي
مِثْلِ هَذِهِ الْمَسَائِلِ الَّتِي تَحْتَاجُ إِلَى التَّقْدِيرِ فَكَانَ هَذَا مُوَافِقًا لِمَذْهَبِهِ فَلِهَذَا قَالَ وَعَلَيْهِ
الْإِعْتِمَادُ.

وَفِي الشَّاةِ تَبَعْرُ فِي الْمَحْلَبِ بَعْرَةٌ أَوْ بَعْرَتَيْنِ قَالُوا ثَرَمَى الْبَعْرَةَ وَيُشْرَبُ اللَّبَنُ لِمَكَانِ
الضَّرُورَةِ، وَلَا يُعْضَى الْقَلِيلُ فِي الْإِنَاءِ عَلَى مَا قِيلَ لِعَدَمِ الضَّرُورَةِ. وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ
اللَّهُ تَعَالَى إِنَّهُ كَالْبُئْرِ فِي حَقِّ الْبَعْرَةِ وَالْبَعْرَتَيْنِ

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (ثَرَمَى الْبَعْرَةَ وَيُشْرَبُ اللَّبَنُ) مَعْنَاهُ لَا يَنْجَسُ إِذَا رُمِيَ قَبْلَ أَنْ يَتَغَيَّرَ
لَوْنُهُ. قَالَ شَيْخُ الْإِسْلَامِ فِي مَبْسُوطِهِ: لَا تَنْجَسُ إِذَا رُمِيَ مِنْ سَاعَتِهَا وَلَمْ يَنْقَلِبْ لَهَا لَوْنٌ
لِمَكَانِ الضَّرُورَةِ؛ لِأَنَّ مِنْ عَادَتِهَا أَنَّهُ تَبَعْرُ عِنْدَ الْحَلَبِ، وَلِلضَّرُورَةِ أَثَرٌ فِي إِسْقَاطِ حُكْمِ
النَّجَاسَةِ. وَقَوْلُهُ: (وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ) أَيُّ الْإِنَاءِ بِمَنْزِلَةِ الْبُئْرِ فِي عَدَمِ تَنْجُسِ الْإِنَاءِ
بِالْبَعْرَةِ وَالْبَعْرَتَيْنِ..

(فَإِنْ وَقَعَ فِيهَا خَرَاءُ الْحَمَامِ أَوْ الْعُصْفُورِ لَا يَفْسِدُ) خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ. لَهُ
أَنَّهُ اسْتَحَالَ إِلَى ثَنَيْنِ وَفَسَادٍ فَأَشْبَهَ خَرَاءَ الدَّجَاجِ. وَلَنَا إِجْمَاعُ الْمُسْلِمِينَ عَلَى اقْتِنَاءِ
الْحَمَامَاتِ فِي الْمَسَاجِدِ مَعَ وُرُودِ الْأَمْرِ بِتَطْهِيرِهَا وَاسْتِحَالَتِهَا لَا إِلَى ثَنَيْنِ رَاحَتِهَا فَأَشْبَهَ
الْحَمَامَةَ.

الشرح:

قَالَ (فَإِنْ وَقَعَ فِيهَا خَرَاءُ الْحَمَامِ أَوْ الْعُصْفُورِ) خَرَاءُ الْحَمَامِ أَوْ الْعُصْفُورِ طَاهِرٌ
عِنْدَنَا. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: إِنَّهُ نَجِسٌ، وَهُوَ الْقِيَاسُ؛ لِأَنَّهُ غِذَاءٌ اسْتَحَالَ إِلَى ثَنَيْنِ وَفَسَادٍ، فَإِنْ
مَا يُحِيلُهُ الطَّبْعُ مِنَ الْغِذَاءِ عَلَى نَوْعَيْنِ: نَوْعٌ يُحِيلُهُ إِلَى ثَنَيْنِ وَفَسَادٍ كَالْبَوْلِ وَالْعَائِطِ وَهُوَ
نَجِسٌ بِالِاتِّفَاقِ، وَنَوْعٌ يُحِيلُهُ إِلَى صِلَاحٍ كَاللَّبَنِ وَاللَّبَنِ وَالْعَسَلِ. وَهَذَا مِنْ نَوْعِ الْأَوَّلِ
فَأَشْبَهَ خَرَاءَ الدَّجَاجِ وَهُوَ نَجِسٌ بِالِاتِّفَاقِ. وَاسْتَحْسَنَ عُلَمَاؤُنَا طَهَارَتَهُ بِدَلَالَةِ الْإِجْمَاعِ،
فَإِنَّ الصَّدْرَ الْأَوَّلَ وَمَنْ بَعْدَهُمْ أَجْمَعُوا عَلَى اقْتِنَاءِ الْحَمَامَاتِ فِي الْمَسَاجِدِ حَتَّى الْمَسْجِدِ

الْحَرَامَ مَعَ وُرُودِ الْأَمْرِ بِتَطْهِيرِهَا بِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿أَنْ طَهَّرَا بَيْتِي﴾ [البقرة: ١٢٥] الْآيَةَ، وَقَوْلُهُ: ﷺ: «جَنَّبُوا مَسَاجِدَكُمْ صَبِيَّانَكُمْ» وَفِي ذَلِكَ دَلَالَةٌ ظَاهِرَةٌ عَلَى عَدَمِ نَجَاسَتِهِ، وَأَصْلُهُ حَدِيثُ أَبِي أُمَامَةَ الْبَاهِلِيِّ «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ شَكَرَ الْحَمَامَةَ وَقَالَ: «إِنَّهَا أَوْكَرَتْ عَلَى بَابِ الْغَارِ حَتَّى سَلِمْتُ فَجَازَاهَا اللَّهُ تَعَالَى بِأَنْ جَعَلَ الْمَسَاجِدَ مَأْوَاهَا» وَقَوْلُهُ: (وَأَسْتَحَالَتُهُ لَا إِلَى تَنْتَنٍ) جَوَابُ الشَّافِعِيِّ. وَوَجْهُهُ أَنَّ مُوجِبَ التَّنَجُّسِ التَّنُّ وَالْفَسَادُ وَالتَّنُّ هُنَا غَيْرُ مَوْجُودٍ وَاتِّفَاءُ الْجُزْءِ يَسْتَلْزِمُ اتِّفَاءَ الْكُلِّ. فَإِنْ قَالَ الْفَسَادُ وَحْدَهُ مِمَّا يُوجِبُهُ. قُلْنَا مَنْقُوضٌ بِالْمَنِيِّ فَإِنَّهُ قَدْ فَسَدَ وَهُوَ طَاهِرٌ، وَسَائِرُ الْأَطْعِمَةِ تَفْسُدُ بِطُولِ الْمُكْتِ وَلَا تَنَجُّسُ، عَلَى أَنَّهُ إِنْ تَنَجَّسَ فِيمَا نَحْنُ فِيهِ سَقَطَ لِلضَّرُورَةِ. وَقَوْلُهُ: (فَأَشْبَهَ الْحَمَامَةَ) يَعْنِي فِي التَّنُّ دُونَ الْفَسَادِ.

(فَإِنْ بَالَتْ فِيهَا شَاةٌ نَزَحَ الْمَاءُ كُلُّهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ لَا يُنَزَّحُ إِلَّا إِذَا غَلَبَ عَلَى الْمَاءِ فَيُخْرَجُ مِنْ أَنْ يَكُونَ طَهُورًا) وَأَصْلُهُ أَنَّ بَوْلَ مَا يُؤْكَلُ لَحْمُهُ طَاهِرٌ عِنْدَهُ نَجِسٌ عِنْدَهُمَا. لَهُ «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَمَرَ الْعُرَيْنَيْنِ بِشُرْبِ أَبْوَالِ الْإِبِلِ وَالْبَائِيهَا»^(١) وَلَهُمَا قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «اسْتَنْزِهُمَا مِنَ الْبَوْلِ فَإِنَّ عَامَّةَ عَذَابِ الْقَبْرِ مِنْهُ» مِنْ غَيْرِ فَصْلٍ وَلَئِنَّهُ يَسْتَحِيلُ إِلَى تَنْتَنٍ وَفَسَادٍ فَصَارَ كَبَوْلِ مَا لَا يُؤْكَلُ لَحْمُهُ. وَتَأْوِيلُ مَا رَوَى أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ عَرَفَ شِفَاءَهُمْ فِيهِ وَحْيًا، ثُمَّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى لَا يَحِلُّ شُرْبُهُ لِلتَّدَاوِي وَلَا لغيرِهِ لِأَنَّهُ لَا يُتَيَقَّنُ بِالشِّفَاءِ فِيهِ فَلَا يَعْزِضُ عَنِ الْحُرْمَةِ، وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى يَحِلُّ لِلتَّدَاوِي لِلْقِصَّةِ، وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ يَحِلُّ لِلتَّدَاوِي وَغَيْرِهِ لَطَهَارَتِهِ عِنْدَهُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (فَإِنْ بَالَتْ فِيهَا) أَيِ فِي الْبِئْرِ (شَاةٌ) أَصْلُ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ أَنَّ بَوْلَ مَا يُؤْكَلُ لَحْمُهُ طَاهِرٌ عِنْدَ مُحَمَّدٍ، وَإِنْ وَقَعَ فِي الْمَاءِ الْقَلِيلَ لَا يُنَجِّسُهُ وَيَجُوزُ الْوُضُوءُ بِهِ إِلَّا أَنْ يَغْلِبَ عَلَى الْمَاءِ فَيُخْرَجُ عَنْ طَهُورِيَّتِهِ نَجِسٌ. عِنْدَهُمَا إِنْ وَقَعَ مِنْهُ قَطْرَةٌ فِي الْمَاءِ أَفْسَدَتْهُ، وَالكَثِيرُ الْفَاحِشُ مِنْهُ يَمْنَعُ جَوَازَ الصَّلَاةِ. لِمُحَمَّدٍ حَدِيثُ الْعُرَيْنَيْنِ، وَقِصَّتُهُ مَا رَوَى «أَنَّ قَوْمًا مِنْ عُرَيْتَةِ تَصْغِيرِ عُرَّةَ وَادٍ بِحِذَاءِ عَرَفَاتٍ سُمِّيَتْ بِهَا قَبِيلَةٌ يُنْسَبُ إِلَيْهَا الْعُرَيْنُونَ

بَحَذَفَ يَاءَ فَعِيلَةٍ كَقَوْلِهِمُ الْجَاهِلِيُّونَ أَتَوْا الْمَدِينَةَ فَاجْتَوَوْهَا: أَيُّ لَمْ تُوَافِقْهُمْ فَاصْفَرَّتْ أَلْوَانُهُمْ وَانْتَفَحَتْ بُطُونُهُمْ فَأَمَرَهُمْ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَنْ يَخْرُجُوا إِلَى إِبْلِ الصَّدَقَةِ وَيَشْرَبُوا مِنْ أَبْوَالِهَا وَأَلْبَانِهَا فَخَرَجُوا وَشَرَبُوا فَصَحُّوا ثُمَّ ارْتَدُّوا وَقَتَلُوا الرُّعَاةَ وَاسْتَأْفَوْا الْإِبِلَ، فَبَعَثَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فِي أَثَرِهِمْ قَوْمًا فَأَخَذُوا، فَقَطَعَ أَيْدِيَهُمْ وَأَرْجُلَهُمْ وَسَمَلَ أَعْيُنَهُمْ وَتَرَكَهُمْ فِي شِدَّةِ الْحَرِّ حَتَّى مَاتُوا.

وَوَجْهَ الاسْتِدْلَالِ أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَمَرَهُمْ بِشَرْبِ أَبْوَالِ الْإِبِلِ وَلَوْ كَانَ نَجِسًا لَمَّا أَمَرَ بِذَلِكَ لَكُونَهُ حَرَامًا، وَقَدْ قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «إِنَّ اللَّهَ تَعَالَى لَمْ يَجْعَلْ شِفَاءَكُمْ فِيمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ»^(١) وَلَهُمَا قَوْلُهُ: ﷺ: «اسْتَنْزَهُوا مِنَ الْبَوْلِ فَإِنَّ عَامَّةَ عَذَابِ الْقَبْرِ مِنْهُ» وَوَجْهَ الاسْتِدْلَالِ أَنَّهُ ﷺ أَمَرَ بِاسْتِنْزَاهِ الْبَوْلِ مِنْ غَيْرِ فَصَلِّ وَالْأَمْرُ لِلْوُجُوبِ، وَمِمَّا يُؤَيِّدُهُ مَا رَوَى «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ شَبَّعَ جِنَازَةَ سَعْدِ بْنِ مُعَاذٍ وَكَانَ يَمْشِي عَلَى رُءُوسِ أَصَابِعِهِ مِنْ زِحَامِ الْمَلَائِكَةِ الَّتِي حَضَرَتْ الصَّلَاةَ عَلَيْهِ، فَلَمَّا وُضِعَ فِي الْقَبْرِ ضَغَطَتْهُ الْأَرْضُ ضَغْطَةً كَادَتْ تَخْتَلِفُ أَضْلَاعُهُ، فَسُئِلَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنْ سَبَبِهِ فَقَالَ: إِنَّهُ كَانَ لَا يَسْتَنْزَهُ مِنَ الْبَوْلِ» وَلَمْ يُرِدْ بِهِ بَوْلَ نَفْسِهِ، فَإِنَّ مَنْ لَا يَسْتَنْزَهُ لَا تَجُوزُ صَلَاتُهُ، وَإِنَّمَا أَرَادَ بَوْلَ الْإِبِلِ عِنْدَ مُعَالَجَتِهَا.

وَقَوْلُهُ: (وَلَاغُهُ يَسْتَحِيلُ إِلَى ثَنٍ) دَلِيلٌ مَعْقُولٌ وَقَدْ تَقَدَّمَ بَيَانُهُ، وَمَا رَوَاهُ مُحَمَّدٌ مِنْ حَدِيثِ أَنَسٍ فَقَدْ ذَكَرَ قِتَادَةَ عَنْ أَنَسٍ أَنَّهُ رَخَّصَ لَهُمْ فِي شَرْبِ أَلْبَانِ الْإِبِلِ وَلَمْ يَذْكُرْ الْأَبْوَالِ، وَإِنَّمَا ذَكَرَ فِي حَدِيثِ حُمَيْدٍ عَنْ أَنَسٍ فَقَدْ دَارَ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ حُجَّةً وَأَلَّا يَكُونَ فَسَقَطَ الاسْتِدْلَالُ بِهِ. وَقِيلَ إِنَّهُ مَنْسُوخٌ، وَقَدْ ذَكَرْنَا الْحَدِيثَيْنِ فِي التَّقْرِيرِ وَشَرَحَ أَصُولَ فَخْرِ الْإِسْلَامِ فَلْيُطْلَبْ ثَمَّةً.

قَالَ الْمُصَنِّفُ (وَتَأْوِيلُ مَا رَوَى أَنَّهُ ﷺ عَرَفَ شِفَاءَهُمْ فِيهِ وَحَيًّا) وَلَا يُوجَدُ مِثْلُهُ فِي زَمَانِنَا فَلَا يَحِلُّ شُرْبُهُ؛ لِأَنَّهُ لَا يَتَيَقَّنُ الشِّفَاءُ فِيهِ (فَلَا يَغْرِضُ عَنْ الْحُرْمَةِ) وَأَبُو يُوسُفَ نَظَرَ إِلَى الْقِصَّةِ فَقَالَ: يَحِلُّ لِلتَّدَاوِي لَا لِغَيْرِهِ. وَمُحَمَّدٌ لَمَّا طَهَّرَهُ لَمْ يَبْقَ فَرْقٌ بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللَّبَنِ فَيَحِلُّ شُرْبُهُ لِلتَّدَاوِي وَغَيْرِهِ.

(١) أخرجه أحمد (١٥٩)، والطبراني (٧٤٩/٢٣)، والبيهقي (٥/١٠)، وابن حزم (١٧٥/١) عن أم سلمة بلفظ: (إن الله لم يجعل شفاءكم في حرام).

قَالَ (وَإِنْ مَاتَتْ فِيهَا فَأَرَّةٌ أَوْ عُصْفُورَةٌ أَوْ صَعُودَةٌ أَوْ سُودَانِيَّةٌ أَوْ سَامٌّ أَبْرَصٌ نُزِحَ مِنْهَا مَا بَيْنَ عِشْرِينَ دَلْوًا إِلَى ثَلَاثِينَ بِحَسَبِ كِبَرِ الدَّلْوِ وَصِغْرِهَا) يَعْنِي بَعْدَ إِخْرَاجِ الْفَأَرَةِ لِحَدِيثِ أَنَسٍ رضي الله عنه أَنَّهُ قَالَ فِي «الْفَأَرَةِ إِذَا مَاتَتْ فِي الْبَيْتِ وَأُخْرِجَتْ مِنْ سَاعَتِهَا نُزِحَ مِنْهَا عِشْرُونَ دَلْوًا» وَالْعُصْفُورَةُ وَنَحْوُهَا تُعَادِلُ الْفَأَرَةَ فِي الْجَثَّةِ فَأَخَذَتْ حُكْمَهَا، وَالْعِشْرُونَ بِطَرِيقِ الْإِيجَابِ وَالثَّلَاثُونَ بِطَرِيقِ الِاسْتِحْبَابِ.

قَالَ (فَإِنْ مَاتَتْ فِيهَا حَمَامَةٌ أَوْ نَحْوُهَا كَالدَّجَاجَةِ وَالسُّتُورِ نُزِحَ مِنْهَا مَا بَيْنَ أَرْبَعِينَ دَلْوًا إِلَى سِتِّينَ، وَفِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ أَرْبَعُونَ أَوْ خَمْسُونَ) وَهُوَ الْأَظْهَرُ لِمَا رُوِيَ عَنْ أَبِي سَعِيدٍ الْخُدْرِيِّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: أَنَّهُ قَالَ فِي «الدَّجَاجَةِ» إِذَا مَاتَتْ فِي الْبَيْتِ نُزِحَ مِنْهَا أَرْبَعُونَ دَلْوًا» وَهَذَا لِبَيَانِ الْإِيجَابِ، وَالْخَمْسُونَ بِطَرِيقِ الِاسْتِحْبَابِ، ثُمَّ الْمُعْتَبَرُ فِي كُلِّ بَيْتٍ دَلْوُهَا الَّذِي يُسْتَقَى بِهِ مِنْهَا، وَقِيلَ دَلْوٌ يَسَعُ فِيهَا صَاعًا، وَلَوْ نُزِحَ مِنْهَا بِدَلْوٍ عَظِيمٍ مَرَّةً مِقْدَارُ عِشْرِينَ دَلْوًا جَازَ لِحُصُولِ الْمَقْصُودِ.

الشرح:

قَالَ (وَإِنْ مَاتَتْ فِيهَا فَأَرَّةٌ أَوْ عُصْفُورَةٌ) حَاصِلُ هَذِهِ الْمَسَائِلِ أَنَّ الْحَيَوَانَ الْوَاقِعَ فِي الْبَيْتِ لَا يَخْلُو مِنْ أَوْجُهٍ سَبْعَةٍ: إِمَّا أَنْ يَكُونَ فَأَرَةً أَوْ نَحْوَهَا، أَوْ دَجَاجَةً أَوْ نَحْوَهَا أَوْ شَاةً وَنَحْوَهَا، وَكُلٌّ مِنْهَا إِمَّا أَنْ يَخْرُجَ حَيًّا أَوْ مَيِّتًا، وَالْمَيِّتُ إِمَّا أَنْ يَكُونَ مُتَفَخِّخًا أَوْ لَا، فَمَا أُخْرِجَ حَيًّا لَا يُنْجَسُ فِي الْفُصُولِ كُلِّهَا إِلَّا الْخِنْزِيرُ لِكَوْنِهِ نَجَسَ الْعَيْنِ وَالْكَلْبُ عِنْدَ مَنْ يَقُولُ بِنَجَاسَةِ عَيْنِهِ، وَالصَّحِيحُ عِنْدَ الْمُصَنِّفِ أَنَّهُ لَيْسَ بِنَجَسِ الْعَيْنِ كَمَا تَقَدَّمَ، وَمَا أُخْرِجَ مَيِّتًا فَفِي الْوَجْهِ الْأَوَّلِ، وَهُوَ مَا إِذَا كَانَ الْمَيِّتُ فِيهَا فَأَرَةً أَوْ عُصْفُورَةً أَوْ صَعُودَةً. قَالَ الْمُطَرِّزِيُّ: الصَّعُودُ: صِغَارُ الْعَصَافِيرِ الْوَاحِدَةُ صَعُودَةٌ، وَالسُّودَانِيَّةُ: طُورَةٌ طَوِيلَةٌ الذَّنْبُ تَأْكُلُ الْعَنْبَ وَالْجَرَادَ. وَسَامٌّ أَبْرَصٌ: الْكَبِيرُ مِنَ الْوَرَعِ وَلَمْ يَتَفَخَّخْ (نُزِحَ مِنْهَا مَا بَيْنَ عِشْرِينَ دَلْوًا إِلَى ثَلَاثِينَ بِحَسَبِ كِبَرِ الدَّلْوِ وَصِغْرِهَا) قِيلَ الصَّاعُ كَبِيرٌ وَمَا دُونُهُ صَغِيرٌ: يَعْنِي يَنْقُصُ عَنْ الْعِشْرِينَ فِي الْكَبِيرِ وَيُزَادُ عَلَيْهِ فِي الصَّغِيرِ.

قَوْلُهُ: (يَعْنِي بَعْدَ إِخْرَاجِ الْفَأَرَةِ) يَعْنِي أَنَّ التَّرْحَ إِنْمَا يَكُونُ مُعْتَبَرًا إِذَا كَانَ بَعْدَ إِخْرَاجِ الْفَأَرَةِ؛ لِأَنَّ سَبَبَ نَجَاسَةِ الْبَيْتِ حُصُولُ الْفَأَرَةِ الْمَيِّتَةِ فِيهَا فَلَا يُمَكِّنُ الْحُكْمُ بِالطَّهَارَةِ مَعَ بَقَاءِ السَّبَبِ الْمَوْجِبِ لِلنَّجَاسَةِ لِحَدِيثِ أَنَسٍ أَنَّهُ قَالَ فِي الْفَأَرَةِ مَاتَتْ فِي

البئر وأُخْرِجَتْ مِنْ سَاعَتِهَا " يُنْزَحُ مِنْهَا عِشْرُونَ دَلْوًا " وَالْعُصْفُورَةُ حُكْمُهَا حُكْمُ
 الْفَأْرَةِ، وَكَذَا حُكْمُ الْفَارَتَيْنِ حُكْمُ الْوَاحِدَةِ إِلَى الْأَرْبَعِ، وَفِي الْخُمْسِ أَرْبَعُونَ إِلَى
 الْعُصْفُورِ، وَفِي الْعَشْرِ يُنْزَحُ مَاءُ الْبَيْرِ كُلُّهُ فِيمَا رُوِيَ عَنْ أَبِي يُوسُفَ. وَقَوْلُهُ:
 (وَالْعِشْرُونَ بِطَرِيقِ الْإِجَابِ وَالثَّلَاثُونَ بِطَرِيقِ الْاسْتِحْبَابِ) إِنَّمَا ذَكَرَ ذَلِكَ؛ لِأَنَّ الرِّوَايَةَ
 اخْتَلَفَتْ فِيهِ اخْتِلَافًا كَثِيرًا، فَوَرَدَ فِي بَعْضِ الرِّوَايَاتِ يُنْزَحُ مِنْهَا دِلَاءٌ، وَفِي رِوَايَةِ
 عِشْرُونَ، وَفِي رِوَايَةِ ثَلَاثُونَ، وَفِي رِوَايَةِ أَرْبَعُونَ، فَإِنَّ بَعْضَهُمْ أَوْجَبَ عِشْرِينَ وَبَعْضُهُمْ
 أَقَلَّ مِنْ عِشْرِينَ وَبَعْضُهُمْ أَكْثَرَ مِنْ عِشْرِينَ، فَأَخَذَ عَلَمَاؤُنَا بِالْعِشْرِينَ؛ لِأَنَّهُ الْوَسْطُ بَيْنَ
 الْقَلِيلِ وَالْكَثِيرِ، وَكَانَ وَاجِبًا لَتَعْيِينِهِ، وَمَا زَادَ اسْتِحْبَابًا، وَفِيهِ نَظَرٌ؛ لِأَنَّ هَذَا الْمَعْنَى
 مَوْجُودٌ فِي ثَلَاثَيْنِ فَلَمْ يَتَّعَيْنِ عِشْرُونَ لِلْجُوبِ، وَالْأَوَّلَى مَا قِيلَ إِنَّ السُّنَّةَ جَاءَتْ فِي
 رِوَايَةِ أَنَسِ بْنِ مَالِكٍ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ: «أَنَّهُ قَالَ فِي الْفَأْرَةِ إِذَا وَقَعَتْ فِي الْبَيْرِ فَمَاتَتْ فِيهَا
 أَنَّهُ يُنْزَحُ مِنْهَا عِشْرُونَ دَلْوًا أَوْ ثَلَاثُونَ» هَكَذَا رَوَاهُ أَبُو عَلِيٍّ الْحَافِظُ السَّمَرْقَنْدِيُّ
 بِإِسْنَادِهِ وَأَوَّلُ أَحَدِ الشَّيْخَيْنِ فَكَانَ الْأَقْلُ ثَابِتًا بَيِّنًا وَهُوَ مَعْنَى الْوُجُوبِ وَالْأَكْثَرُ يُؤْتَى بِهِ
 لِقَلَّا يُتْرَكُ اللَّفْظُ الْمَرْوِيُّ وَإِنْ كَانَ مُسْتَعْنَى عَنْهُ فِي الْعَمَلِ وَهُوَ مَعْنَى الْاسْتِحْبَابِ، وَفِي
 الْوَجْهِ الثَّانِي وَهُوَ مَا يَكُونُ الْمَيِّتُ فِيهَا حَمَامَةً أَوْ نَحْوَهَا كَالدَّجَاةِ وَالسُّورِ يُنْزَحُ مِنْهَا
 مَا بَيْنَ أَرْبَعِينَ إِلَى سِتِّينَ وَكَلَامُهُ ظَاهِرٌ.

وَقَوْلُهُ: (وَهُوَ الْأَظْهَرُ) قِيلَ؛ لِأَنَّ الْجَامِعَ الصَّغِيرَ آخِرُ الْمُصَنَّفَاتِ فَيَكُونُ الْقَوْلُ
 الْمَذْكُورُ فِيهِ هُوَ الْمَرْجُوعُ إِلَيْهِ. وَفِي الْوَجْهِ الثَّالِثِ وَهُوَ مَا يَكُونُ الْمَيِّتُ فِيهَا شَاةً أَوْ آدَمِيًّا
 أَوْ كَلْبًا يُنْزَحُ جَمِيعُ مَا فِيهَا وَكَلَامُهُ ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ: (ثُمَّ الْمُعْتَبَرُ) تَفْسِيرٌ لِلدَّلْوِ فَإِنَّهُ ذَكَرَهَا
 مُنْهَمَةً فَاحْتِجَ إِلَى تَفْسِيرِهَا وَقِيلَ دَلْوٌ يَسَعُ فِيهَا صَاعٌ) وَهُوَ رِوَايَةُ الْحَسَنِ عَنْ أَبِي
 حَنِيفَةَ. قَوْلُهُ: (وَلَوْ نُزِحَ مِنْهَا بِدَلْوٍ عَظِيمٍ مَرَّةً مِقْدَارَ عِشْرِينَ دَلْوًا جَازَ لِحُصُولِ الْمَقْصُودِ)
 وَهُوَ نَزْحُ الْمِقْدَارِ الَّذِي قَدَرَهُ الشَّرْعُ. قَالَ فِي الْأَصْلِ إِذَا وَقَعَ فِي الْبَيْرِ فَأَرَّةٌ فَجَاءُوا بِدَلْوٍ
 عَظِيمٍ يَسَعُ عِشْرِينَ دَلْوًا فَاسْتَقَوْا بِهِ مَرَّةً وَاحِدَةً أَجْزَأَهُمْ، وَهُوَ أَحَبُّ إِلَيَّ؛ لِأَنَّ الْقَطْرَ
 الَّذِي يَعُودُ مِنْهُ إِلَى الْبَيْرِ أَقَلُّ. وَعَنِ الْحَسَنِ أَنَّهُ لَا يَطْهَرُ بِمَرَّةٍ وَاحِدَةٍ؛ لِأَنَّهُ بِنَوَاطِرِ الدَّلَاءِ
 يَصِيرُ الْمَاءُ فِي مَعْنَى الْجَارِي. وَقُلْنَا لَمَّا قَدَّرَ الشَّرْعُ الدَّلَاءَ بِقَدَرٍ خَاصٍّ عَرَفْنَا أَنَّ الْمُعْتَبَرَ
 الْقَدْرُ الْمُنْزَوَّحُ وَأَنَّ مَعْنَى الْجَرَيَانِ سَاقِطٌ وَذَلِكَ يَحْصُلُ بِالْأَقْلَى الْعَظِيمِ، هَذَا كُلُّهُ إِذَا لَمْ

يَنْتَفِخُ الْحَيَوَانُ وَلَمْ يَنْفَسِخْ.

قَالَ (وَإِنْ مَاتَتْ فِيهَا شَاةٌ أَوْ كَلْبٌ أَوْ آدَمِيٌّ نُزِحَ جَمِيعُ مَا فِيهَا مِنَ الْمَاءِ) لِأَنَّ ابْنَ عَبَّاسٍ وَابْنَ الزُّبَيْرِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أَفْتَيَا بِنَزْحِ الْمَاءِ كُلِّهِ حِينَ مَاتَ زَنْجِيٌّ فِي بَيْتِ زَمْرَمَ. (فَإِنْ انْتَفَخَ الْحَيَوَانُ فِيهَا أَوْ تَفَسَّخَ نُزِحَ جَمِيعُ مَا فِيهَا صَغَرَ الْحَيَوَانُ أَوْ كَبُرَ) لِانْتِشَارِ الْبِلَّةِ فِي أَجْزَاءِ الْمَاءِ.

قَالَ (وَإِنْ كَانَتْ الْبِئْرُ مَعِينًا لَا يُمَكِّنُ نَزْحُهَا أَخْرَجُوا مِقْدَارَ مَا كَانَ فِيهَا مِنَ الْمَاءِ) وَطَرِيقُ مَعْرِفَتِهِ أَنْ تُحْفَرَ حُفْرَةٌ مِثْلُ مَوْضِعِ الْمَاءِ مِنَ الْبِئْرِ وَيُصَبُّ فِيهَا مَا يُنَزَحُ مِنْهَا إِلَى أَنْ تَمْتَلِئَ أَوْ تُرْسَلَ فِيهَا قَصَبَةٌ وَيُجْعَلُ لِمَبْلَغِ الْمَاءِ عَلَامَةٌ ثُمَّ يُنَزَحُ مِنْهَا عَشْرُ دِلَآءٍ مَثَلًا، ثُمَّ تُعَادُ الْقَصَبَةُ فَيَنْظَرُ كَمْ انْتَقَصَ فَيُنَزَحُ لِكُلِّ قَدَرٍ مِنْهَا عَشْرُ دِلَآءٍ، وَهَذَا عَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ، وَعَنْ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ نَزَحَ مِائَتًا دَلْوًا إِلَى ثَلَاثِمِائَةٍ فَكَأَنَّهُ بَنَى قَوْلَهُ عَلَى مَا شَاهَدَ فِي بَلَدِهِ، وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ فِي مِثْلِهِ مَا يُنَزَحُ حَتَّى يَغْلِبَهُمُ الْمَاءُ وَلَمْ يُقَدَّرِ الْغَلْبَةُ بِشَيْءٍ كَمَا هُوَ دَابُّهُ. وَقِيلَ يُؤْخَذُ بِقَوْلِ رَجُلَيْنِ لَهُمَا بَصَارَةٌ فِي أَمْرِ الْمَاءِ، وَهَذَا أَشْبَهُ بِالْفِقْهِ.

الشرح:

فَإِنْ انْتَفَخَ أَوْ تَفَسَّخَ فِيهَا نُزِحَ جَمِيعُ مَا فِيهَا صَغَرَ الْحَيَوَانُ أَوْ كَبُرَ لِانْتِشَارِ الْبِلَّةِ فِي أَجْزَاءِ الْمَاءِ، وَذَلِكَ؛ لِأَنَّ عِنْدَ الْإِنْتِفَاحِ وَالْتَفَسُّخِ يَنْفَصِلُ مِنْهُ بِلَّةٌ نَجَسَةٌ فَكَانَ كَالْقَطْرَةِ مِنَ الدَّمِّ أَوْ الْخَمْرِ يَنْتَشِرُ فِي الْمَاءِ، وَلِهَذَا قَالَ مُحَمَّدٌ فِي ذِكْرِ الْفَأْرَةِ وَقَعَتْ فِي الْبِئْرِ: يُنَزَحُ جَمِيعُ الْمَاءِ؛ لِأَنَّ مَوْضِعَ الْقَطْعِ لَا يَنْفَكُ عَنْ نَجَاسَةِ مَائِعَةٍ بِخِلَافِ الْفَأْرَةِ الصَّحِيحَةِ الْجَسَدِ. وَقَوْلُهُ: (وَإِنْ كَانَتْ الْبِئْرُ مَعِينًا) يَجُوزُ أَنْ تَكُونَ لِلْيَمِّ زَائِدَةٌ مِنْ عَنَتٍ: أَيُّ بَلَعَتْ الْعُيُونُ، وَيَجُوزُ أَنْ تَكُونَ أَصْلِيَّةً مِنْ مَعَنَتِ الْأَرْضِ: أَيُّ رُوَيْتِ، وَمَاءٌ مَعِينٌ: أَيُّ جَارٍ وَأَنْ يَكُونَ فَعِيلًا فَكَانَ يَنْبَغِي أَنْ يُقَالَ مَعِينَةٌ؛ لِأَنَّ الْبِئْرَ مُؤَثَّةٌ، وَإِنَّمَا ذَكَرَهَا حَمَلًا عَلَى اللَّفْظِ أَوْ تَوْهَمَ أَنَّهُ فَعِيلٌ بِمَعْنَى مَفْعُولٍ، وَقَوْلُهُ: (لَا يُمَكِّنُ نَزْحُهَا) صِفَةً. وَقَوْلُهُ: (أَخْرَجُوا) جَوَابُ الْمَسْأَلَةِ.

وَقَوْلُهُ: (مِقْدَارُ مَا كَانَ فِيهَا مِنَ الْمَاءِ) إِشَارَةٌ إِلَى أَنَّ الْاِعْتِبَارَ لِلْمَاءِ الَّذِي كَانَ زَمَنَ وَقُوعِ النَّجَاسَةِ. وَقَوْلُهُ: (فَيُنَزَحُ لِكُلِّ قَدَرٍ مِنْهَا عَشْرُ دِلَآءٍ) حَتَّى إِذَا كَانَ طَوْلُ الْمَاءِ

عَشْرَ قَبْضَاتٍ فَاتَّقَصَّ لِعَشْرِ دَلَاءٍ قَبْضَةً وَاحِدَةً يُعْلَمُ أَنَّ كُلَّ الْمَاءِ مِائَةٌ دَلْوٍ فَيُنَزَّحُ تَسْعُونَ دَلْوًا أُخْرَى. وَقَوْلُهُ: (بَنَى جَوَابَهُ عَلَى مَا شَاهَدَ فِي بَلَدِهِ)؛ لِأَنَّ بَلَدَهُ بَعْدَادُ وَغَالِبُ مِيَاهِ آبَارِ بَعْدَادَ لَا تَزِيدُ عَلَى ثَلَاثِمِائَةِ دَلْوٍ. وَقَوْلُهُ: (وَلَمْ يُقَدَّرِ الْعَلَبَةُ بِشَيْءٍ)؛ لِأَنَّهَا مُتَفَاوِتَةٌ وَالتَّنَزُّحُ إِلَى أَنْ يَظْهَرَ الْعَجْزُ أَمْرٌ صَحِيحٌ فِي الشَّرْعِ؛ لِأَنَّ الطَّاعَةَ بِحَسَبِ الطَّاقَةِ. وَقَوْلُهُ: (كَمَا هُوَ دَابُّهُ) أَيُّ عَادَتُهُ، فَإِنَّ عَادَتَهُ أَنْ يُفَوِّضَ مِثْلَ هَذَا إِلَى رَأْيِ الْمُتَكَلِّمِ بِهِ كَمَا تَقَدَّمَ مِنْ قَوْلِهِ هُوَ مَا يَسْتَكْثِرُهُ النَّاطِرُ وَكَمَا فِي حَبْسِ الْعَرِيمِ وَحَدِّ التَّقَادُمِ. وَقَوْلُهُ: (وَهَذَا أَشْبَهُ بِالْفَقْهِ) أَيُّ بِالْمَعْنَى الْمُسْتَنْبَطِ مِنَ الْكِتَابِ وَالسُّنَّةِ؛ لِأَنَّ الْأَخْذَ بِقَوْلِ الْغَيْرِ هُوَ الْمَرْجِعُ فِيمَا لَمْ يَشْتَهَرْ مِنَ الشَّرْعِ فِيهِ تَقْدِيرٌ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿ فَسَلُّوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ ﴾ [النحل: ٤٣] كَمَا فِي جَزَاءِ الصَّيْدِ حَيْثُ قَالَ ﴿ تَحْكُمُ بِهِ ذَوَا عَدْلٍ مِّنْكُمْ ﴾ [المائدة: ٩٥] وَالشَّهَادَةُ حَيْثُ قَالَ ﴿ وَأَشْهَدُوا ذَوَى عَدْلٍ مِّنْكُمْ ﴾ [الطلاق: ٢] وَشَرَطُ الْبَصَارَةِ لَهْمَا فِي أَمْرِ الْمَاءِ؛ لِأَنَّ الْأَحْكَامَ إِنَّمَا تُسْتَفَادُ مِمَّنْ لَهُ عِلْمٌ بِهَا لِيَدْخُلَا تَحْتَ أَهْلِ الذِّكْرِ، وَهَذَا الْقَوْلُ: أَيُّ الْأَخْذُ بِقَوْلِ رَجُلَيْنِ مَرْوِيٍّ عَنْ أَبِي نَصْرِ مُحَمَّدِ بْنِ سَلَامٍ.

قَالَ (وَإِنْ وَجَدُوا فِي الْبُيُوتِ فَارَةً أَوْ غَيْرَهَا وَلَا يَدْرِي مَتَى وَقَعَتْ وَلَمْ تَنْتَفِخْ وَلَمْ تَنْفَسِخْ أَعَادُوا صَلَاةَ يَوْمٍ وَلَيْلَةٍ إِذَا كَانُوا تَوَضَّعُوا مِنْهَا وَغَسَلُوا كُلَّ شَيْءٍ أَصَابَهُ مَآوُهَا، وَإِنْ كَانَتْ قَدْ انْتَفَخَتْ أَوْ تَفَسَّخَتْ أَعَادُوا صَلَاةَ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ وَلَيَالِيهَا، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ. وَقَالَا: لَيْسَ عَلَيْهِمْ إِعَادَةُ شَيْءٍ حَتَّى يَتَحَقَّقُوا مَتَى وَقَعَتْ) لِأَنَّ الْيَقِينَ لَا يَزُولُ بِالشَّكِّ، وَصَارَ كَمَنْ رَأَى فِي تَوْبِهِ نَجَاسَةً وَلَا يَدْرِي مَتَى أَصَابَتْهُ. وَلَأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ لِلْمَوْتِ سَبَبًا ظَاهِرًا وَهُوَ الْوُقُوعُ فِي الْمَاءِ فَيُحَالُ عَلَيْهِ، إِلَّا أَنَّ الْإِنْتِفَاحَ وَالتَّفَسُّخَ دَلِيلُ التَّقَادُمِ فَيُقَدَّرُ بِالثَّلَاثِ، وَعَدَمُ الْإِنْتِفَاحِ وَالتَّفَسُّخِ دَلِيلُ قُرْبِ الْعَهْدِ فَقَدَّرْنَاهُ بِيَوْمٍ وَلَيْلَةٍ لِأَنَّ مَا دُونَ ذَلِكَ سَاعَاتٌ لَا يُمْكِنُ ضَبْطُهَا، وَأَمَّا مَسْأَلَةُ النَّجَاسَةِ فَقَدْ قَالَ الْمُعَلَّى: هِيَ عَلَى الْخِلَافِ، فَيُقَدَّرُ بِالثَّلَاثِ فِي الْبَالِي وَيَوْمٍ وَلَيْلَةٍ فِي الطَّرِيقِ وَلَوْ سَلَّمَ فَالْتُّوبُ بِمَرَأَى عَيْنِهِ وَالْبُيُوتُ غَافِبَةٌ عَنْ بَصَرٍ فَيَفْتَرِقَانِ.

الشرح:

قَالَ: (وَإِنْ وَجَدُوا فِي الْبُيُوتِ فَارَةً أَوْ غَيْرَهَا) كَلَامُهُ ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ: (لَأَنَّ الْيَقِينَ لَا يَزُولُ بِالشَّكِّ) يَبَاهُ أَنَّ الْمَاءَ كَانَ طَاهِرًا يَبْقَى وَوَقَعَ الشَّكُّ فِي نَجَاسَتِهِ فِيمَا مَضَى،

وَالْيَقِينَ لَا يَزُولُ بِالشَّكِّ فَلَا يُحْكَمُ بِالنَّجَاسَةِ إِلَّا زَمَانَ التَّيَقُنِ بِوُقُوعِ النَّجَسِ؛ لِأَنَّ الْيَقِينَ يَزُولُ بَيَقِينَ مِثْلَهُ وَهَذَا هُوَ الْقِيَاسُ، كَمَنْ رَأَى فِي ثَوْبِهِ نَجَاسَةً لَا يَدْرِي مَتَى أَصَابَتْهُ فَإِنَّهُ لَا يَلْزِمُهُ إِعَادَةُ شَيْءٍ مِنَ الصَّلَوَاتِ. وَلَأَيُّ حَنِيفَةٍ أَنْ لَمَوْتَ الْحَيَوَانَ فِي الْبَرِّ سَبَبًا ظَاهِرًا وَهُوَ الْوُقُوعُ فِي الْمَاءِ وَهُوَ ظَاهِرٌ، وَكُلُّ مَا لَهُ سَبَبٌ ظَاهِرٌ يُحَالُ عَلَيْهِ كَمَنْ جَرَحَ إِنْسَانًا فَلَمْ يَزَلْ صَاحِبَ فِرَاشٍ حَتَّى مَاتَ يُحَالُ بِمَوْتِهِ عَلَى الْجِرَاحَةِ؛ لِأَنَّهُ هُوَ السَّبَبُ الظَّاهِرُ، وَكَمِيتِ التَّوْتِ فِي عُقْبِهِ حَيَّةٌ فَإِنَّهُ يُحَالُ بِمَوْتِهِ عَلَى نَهْشِهَا، وَإِنْ أُحْتِمِلَ أَنْ يَكُونَ الْمَوْتُ بِغَيْرِ الْجَرَحِ وَالنَّهْشِ؛ لِأَنَّ الْمَوْهُومَ فِي مُقَابَلَةِ الْمُحَقِّقِ غَيْرُ مُعْتَبَرٍ، إِلَّا أَنْ الْإِتِفَاحَ دَلِيلُ تَقَادُمِ الْعَهْدِ، وَأَدْنَى حَدِّ التَّقَادُمِ فِي ذَلِكَ ثَلَاثَةُ أَيَّامٍ، أَلَا يُرَى أَنَّ مَنْ دُفِنَ بِلا صَلَاةٍ يُصَلَّى عَلَى قَبْرِهِ إِلَى ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ وَلَا يُصَلَّى عَلَيْهِ بَعْدَ ذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ يَنْفَسُخُ فِي هَذِهِ الْمُدَّةِ فَيَقْدَرُ بِالثَّلَاثِ، وَعَدَمُ الْإِتِفَاحِ وَالتَّنْفِيسِ دَلِيلُ قُرْبِ الْعَهْدِ فَقَدَرْتَاهُ يَوْمٌ؛ لِأَنَّ أَقْلَ الْمَقَادِيرِ فِي بَابِ الصَّلَاةِ يَوْمٌ وَلَيْلَةٌ، فَإِنَّ مَا دُونَهُ سَاعَاتٌ لَا يُمَكِّنُ ضَبْطُهَا (وَأَمَّا مَسْأَلَةُ النَّجَاسَةِ فَقَدْ قَالَ الْمُعَلَّى إلخ) ظَاهِرٌ.

فصل في الأسار وغيرها

(وَعَرَقُ كُلِّ شَيْءٍ مُعْتَبَرٌ بِسُورِهِ) لِأَنَّهُمَا يَتَوَلَّدَانِ مِنْ لَحْمِهِ فَأَخَذَ أَحَدَهُمَا حُكْمَ صَاحِبِهِ. قَالَ (وَسُورُ الْأَدْمِيِّ وَمَا يُؤْكَلُ لَحْمُهُ ظَاهِرٌ) لِأَنَّ الْمُخْتَلِطَ بِهِ اللَّعَابُ وَقَدْ تَوَلَّدَ مِنْ لَحْمٍ ظَاهِرٍ فَيَكُونُ ظَاهِرًا، وَيَدْخُلُ فِي هَذَا الْجَوَابِ الْجُنُبُ وَالْحَائِضُ وَالْكَافِرُ.

الشرح:

(فَصَلِّ فِي الْأَسَارِ وَغَيْرِهَا) لَمَّا فَرَّغَ مِنْ بَيَانِ فَسَادِ الْمَاءِ وَعَدَمِهِ بِاعْتِبَارِ وَقُوعِ نَفْسِ الْحَيَوَانَاتِ فِيهِ ذِكْرُهُمَا بِاعْتِبَارِ مَا يَتَوَلَّدُ مِنْهَا وَهُوَ السُّورُ وَهُوَ بَقِيَّةُ الْمَاءِ الَّتِي يُبْقِيهَا الشَّارِبُ فِي الْإِنَاءِ ثُمَّ عَمَّ اسْتِعْمَالُهُ فِيهِ وَفِي الطَّعَامِ. وَالْجَمْعُ الْأَسَارُ، وَهِيَ أَرْبَعَةٌ عِنْدَنَا: ظَاهِرٌ كَسُورِ الْأَدْمِيِّ وَمَا يُؤْكَلُ لَحْمُهُ، وَمَكْرُوءَةٌ كَسُورِ الْهَرَّةِ، وَنَجِسٌ كَسُورِ الْخِنْزِيرِ وَسَبَاعٌ الْبَهَائِمِ وَمَشْكُوكٌ فِيهِ كَسُورِ الْبَعْلِ وَالْحِمَارِ.

قَالَ (وَعَرَقُ كُلِّ شَيْءٍ مُعْتَبَرٌ بِسُورِهِ) قِيلَ: كَانَ الْوَاجِبُ أَنْ يَقُولَ وَسُورُ كُلِّ شَيْءٍ مُعْتَبَرٌ بِعَرَقِهِ؛ لِأَنَّ الْكَلَامَ فِي السُّورِ لَا فِي الْعَرَقِ، وَلَيْسَ بِصَحِيحٍ؛ لِأَنَّ الْمُصَنِّفَ أَرَادَ أَنْ يُبَيِّنَ فِي ضِمْنِ الْأَسَارِ الْعَرَقَ، فَلَوْ قَالَ وَسُورُ كُلِّ شَيْءٍ مُعْتَبَرٌ بِعَرَقِهِ لَوَجَبَ أَنْ

يَقُولَ بَعْدَهُ عَرَقُ الْآدَمِيِّ كَذَا وَعَرَقُ الْكَلْبِ كَذَا وَعَرَقُ الْخَنَزِيرِ كَذَا، وَكَانَ الْفَصْلُ إِذْ ذَاكَ لِلْعَرَقِ لَا لِلسُّورِ، وَلَا يُتَقَضُّ بِسُورِ الْحِمَارِ فَإِنَّهُ مَشْكُوكٌ، وَعَرَقُهُ طَاهِرٌ؛ لِأَنَّ الشَّكَّ فِي طَهُورِيَّتِهِ لَا فِي طَهَارَتِهِ. وَقَوْلُهُ: (لَا تُهْمَا) أَيُّ اللَّعَابِ وَالْعَرَقُ أَضْمَرَ عَلَى اللَّعَابِ وَإِنْ لَمْ يَذْكُرْهُ؛ لِأَنَّ السُّورَ هُوَ مَا خَالَطَهُ اللَّعَابُ فَكَانَ ذِكْرُ السُّورِ ذِكْرًا لَهُ. وَقَوْلُهُ: (وَسُورُ الْآدَمِيِّ وَمَا يُؤْكَلُ لَحْمُهُ) كَالْإِبِلِ وَالْبَقَرِ وَالْغَنَمِ وَنَحْوَهَا (طَاهِرٌ) قِيلَ يَعْنِي بَعِيرٌ كَرَاهَةً لِئَلَّا يَدْخُلَ فِيهِ سُورُ الدَّجَاجَةِ الْمُخَلَاةِ فَإِنَّهُ مَأْكُولُ اللَّحْمِ وَسُورُهُ مَكْرُوهَةٌ كَمَا سَيَأْتِي، وَلَيْسَ بِشَيْءٍ؛ لِأَنَّ مَأْكُولَ اللَّحْمِ طَاهِرُ السُّورِ فَلَا مَانِعَ مِنَ الدُّخُولِ فِيهِ.

وَقَوْلُهُ: (لَأَنَّ الْمُخْتَلِطَ بِهِ اللَّعَابُ) وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ: (وَيَدْخُلُ فِي هَذَا الْجَوَابِ الْجُنُبُ) لِكَوْنِهِ آدَمِيًّا وَالْجَنَابَةُ لَا أَثَرَ لَهَا فِي ذَلِكَ لَمَّا رُويَ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ لَقِيَ حَذِيفَةَ فَمَدَّ يَدَهُ لِيُصَافِحَهُ فَقَبَضَ يَدَهُ وَقَالَ إِنِّي جُنُبٌ، فَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «الْمُؤْمِنُ لَا يَنْجَسُ»^(١) وَبِهَذَا يَسْقُطُ مَا قِيلَ يَتَّبِعِي أَنْ يَكُونَ سُورُ الْجُنُبِ نَجَسًا عَلَى قَوْلِ أَبِي يُونُسَ لَوْجُودِ سَقُوطِ الْفَرَضِ عَنْ فَمِهِ بِشَرْبِهِ؛ لِأَنَّهُ تَعْلِيلٌ فِي مُقَابَلَةِ النَّصِّ عَلَى أَنَّهُ فِي مَكَانِ الصَّرُورَةِ فَيَسْقُطُ حُكْمُ النَّجَاسَةِ كَسَقُوطِهِ عِنْدَ إِدْخَالِ الْيَدِ الْإِنْيَاءِ وَالْحَائِضِ؛ لَمَّا رُويَ «أَنَّ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا شَرِبَتْ مِنْ إِنْيَاءٍ فِي حَالِ حَيْضِهَا فَوَضَعَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فَمَهُ عَلَى مَوْضِعٍ فِيهَا وَشَرِبَ»، وَالْكَافِرُ لَمَّا رُويَ «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ أَنْزَلَ وَقَدْ ثَقِيفٌ فِي الْمَسْجِدِ وَكَانُوا مُشْرِكِينَ»، وَلَوْ كَانَ عَيْنُ الْمُشْرِكِ نَجَسًا لَمَا فَعَلَ ذَلِكَ، وَلَا يُعَارِضُ بِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿إِنَّمَا الْمُشْرِكُونَ نَجَسٌ﴾ [التوبة: ٢٨]؛ لِأَنَّ الْمُرَادَ بِهِ النَّجَسُ فِي الْإِعْتِقَادِ.

(وَسُورُ الْكَلْبِ نَجَسٌ) وَيُغَسَّلُ الْإِنْيَاءُ مِنْ وَلَوْغِهِ ثَلَاثًا لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «يُغَسَّلُ الْإِنْيَاءُ مِنْ وَلَوْغِ الْكَلْبِ ثَلَاثًا»^(٢) وَلِسَانُهُ يُلَاقِي الْمَاءَ دُونَ الْإِنْيَاءِ، فَلَمَّا تَنَجَّسَ الْإِنْيَاءُ فَالْمَاءُ أَوْلَى، وَهَذَا يُفِيدُ النَّجَاسَةَ وَالْعَدَدَ فِي الْغَسْلِ، وَهُوَ حُجَّةٌ عَلَى الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي اشْتِرَاطِ السَّبْعِ، وَلَئِنْ مَا يُصِيبُهُ بَوْلُهُ يَطْهَرُ بِالثَّلَاثِ، فَمَا يُصِيبُهُ سُورُهُ وَهُوَ دُونُهُ أَوْلَى.

(١) أخرجه البخاري (٢٨٥)، ومسلم (٣٧١)، ورواه الترمذي (١٢١)، والنسائي (٢٦٩)، وأبو

داود (٢٣١)، وابن ماجه (٥٣٤)، وأحمد (٦٩١٣) عن أبي هريرة ؓ.

(٢) أخرجه الدارقطني في سننه (٦٦/١)، وانظر نصب الراية (١٨٤/١).

وَالْأَمْرُ الْوَارِدُ بِالسَّيِّعِ مَحْمُولٌ عَلَى ابْتِدَاءِ الْإِسْلَامِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَسُورُ الْكَلْبِ نَجِسٌ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ: (فَإِذَا تَنَجَّسَ الْإِنَاءُ فَلَمَاءُ أُولَى) يُشِيرُ إِلَى أَنَّهُ نَابِتٌ بِالْدَّلَالَةِ، فَإِنَّ الْإِجْمَاعَ لَمَّا انْعَقَدَ عَلَى وَجُوبِ غَسْلِ الْإِنَاءِ بَوْلُوغِهِ وَلَسَانُهُ لَمْ يُلَاقِهِ وَإِنَّمَا لَاقَى الْمَاءَ كَانَ دَلِيلًا عَلَى تَنَجُّسِ مَا يُلَاقِيهِ بِطَرِيقِ الْأُولَى قِيلَ: يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ الْمُرَادُ بَوْلُوغَ الْكَلْبِ فِي الْإِنَاءِ لِحَسَنِهِ فَيَكُونُ لِسَانُهُ مُلَاقِيًا لِلْإِنَاءِ فَلَا يَتِمُّ الِاسْتِدْلَالُ بِالْأُولَوِيَّةِ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ الْوُلُوغَ حَقِيقَةٌ فِي شُرْبِ الْكَلْبِ وَأَشْبَاهِهِ مِنْ الْمَائِعَاتِ بِطَرَفِ لِسَانِهِ، وَالْكَلَامُ لِلْحَقِيقَةِ إِذَا لَمْ يَصْرِفْ عَنْهَا قَرِينَةٌ (قَوْلُهُ: وَهَذَا) أَيْ هَذَا الْحَدِيثُ (يُفِيدُ النَّجَاسَةَ) نَفْيُ لِقَوْلِ مَالِكٍ، وَالْعَدَدُ نَفْيُ لِقَوْلِ الشَّافِعِيِّ فِي اشْتِرَاطِ السَّبْعِ. وَقَوْلُهُ: (وَلَأَنَّ مَا يُصِيبُهُ بَوْلُهُ يَطْهَرُ بِالثَّلَاثِ) أَيْ بِالِاتِّفَاقِ.

وَقَوْلُهُ: (فَمَا يُصِيبُهُ سُورُهُ وَهُوَ دُونُهُ)؛ لَأَنَّ مَالِكًا يَقُولُ بِطَهَارَةِ سُورِهِ وَلَمْ يَقُلْ أَحَدٌ بِطَهَارَةِ بَوْلِهِ فَإِذَا طَهَرَ بَوْلُهُ بِالثَّلَاثِ فَلَأَنَّ يَطْهَرُ سُورُهُ (أُولَى) قِيلَ فِيهِ نَظَرٌ؛ لَأَنَّ عِنْدَ الشَّافِعِيِّ بَوْلُهُ وَدَمُهُ وَسَائِرُ مَا هُوَ مِنْهُ نَجِسٌ لَا يَطْهَرُ إِلَّا بِالْغَسْلِ سَبْعًا ذَكَرَهُ فِي التَّهْذِيبِ، وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ ثُمَّ عَنْهُ رِوَايَةٌ أَطْلَعَ عَلَيْهَا أَصْحَابُنَا فَيَكُونُ الْإِلْزَامُ عَلَيْهَا. وَقَوْلُهُ: (وَالْأَمْرُ الْوَارِدُ بِالسَّيِّعِ) جَوَابٌ عَمَّا يَسْتَدِلُّ بِهِ الشَّافِعِيُّ مِمَّا رَوَى عَبْدُ اللَّهِ بْنُ مَعْقِلٍ أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ قَالَ: «إِذَا وَلَغَ الْكَلْبُ فِي إِنَائِكُمْ فَأَغْسِلُوهُ سَبْعًا وَعَقِّرُوهُ الثَّامِنَةَ بِالثَّرَابِ»^(١) بَأَنَّهُ مَحْمُولٌ عَلَى الْإِبْتِدَاءِ مَنَعًا لَهُمْ مِنَ الْإِفْتِنَاءِ عَلَى مَا رَوَى عَنْهُ ﷺ أَنَّهُ قَالَ: «مَنْ أَقْتَنَى كَلْبًا لَا لِمَاشِيَةً أَوْ صَيْدَ نَقَصَ مِنْ أَجْرِهِ كُلَّ يَوْمٍ قِيرَاطٌ»^(٢) وَالِدَّلِيلُ عَلَيْهِ أَنَّهُ قَالَ: «وَعَقِّرُوهُ الثَّامِنَةَ بِالثَّرَابِ» وَالتَّغْفِيرُ لَيْسَ بِوَاجِبٍ بِالِاتِّفَاقِ. فَإِنْ قِيلَ: يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ الْمُرَادُ بِغَسْلِ الْإِنَاءِ التَّعْبُدُ لَا إِزَالَةَ النَّجَاسَةِ أُجِيبَ بِأَنَّهُ لَوْ كَانَ كَذَلِكَ لَوَجَبَ غَسْلُ غَيْرِ مَوْضِعِ النَّجَاسَةِ كَمَا فِي الْحَدِيثِ، وَالْوَاجِبُ هَهُنَا غَسْلُ مَوْضِعِ الْإِصَابَةِ بِالْإِجْمَاعِ، فَكَانَ الْغَسْلُ لِإِزَالَةِ النَّجَاسَةِ لَا لِلتَّعْبُدِ.

(١) أخرجه مسلم (٢٨٠)، وأبو داود (٤٧)، والنسائي (١٧٧/١).

(٢) أخرجه البخاري (٢٣٢٢) بلفظ: (من اقتنى كلبا لا يغني عنه زرعا ولا ضرعا نقص كل يوم

من عمله قيراط، ومسلم (١٥٧٦).

(وَسُورُ الْخِنْزِيرِ نَجِسٌ) لِأَنَّهُ نَجِسُ الْعَيْنِ عَلَى مَا مَرَّ (وَسُورُ سِبَاعِ الْبِهَائِمِ نَجِسٌ) خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ فِيمَا سِوَى الْكَلْبِ وَالْخِنْزِيرِ لِأَنَّ لَحْمَهُمَا نَجِسٌ وَمِنْهُ يَتَوَلَدُ اللَّعَابُ وَهُوَ الْمُعْتَبَرُ فِي الْبَابِ.

الشرح:

(وَسُورُ الْخِنْزِيرِ نَجِسٌ؛ لِأَنَّهُ نَجِسُ الْعَيْنِ) فَكَانَ لَحْمُهُ نَجِسًا وَاللَّعَابُ يَتَوَلَدُ مِنْهُ (وَسُورُ سِبَاعِ الْبِهَائِمِ نَجِسٌ) خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ فِيمَا سِوَى الْكَلْبِ وَالْخِنْزِيرِ لَمَّا مَرَّ فِي سُورِ الْخِنْزِيرِ، وَاسْتَدَلَّ الشَّافِعِيُّ بِمَا رَوَى عَنْ ابْنِ عُمَرَ «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ سُئِلَ فَقِيلَ: أَتَوَضَّأُ بِمَا أَفْضَلْتُ الْحُمُرُ؟ فَقَالَ: نَعَمْ، وَبِمَا أَفْضَلْتُ السِّبَاعَ كُلَّهَا» وَالْجَوَابُ أَنَّهُ مُرْسَلٌ لَا يَصِحُّ لَهُ الْإِحْتِجَاجُ بِهِ؛ لِأَنَّ رِوَايَةَ دَاوُدَ بْنِ حُصَيْنٍ عَنْ جَابِرٍ وَدَاوُدَ بْنِ حُصَيْنٍ لَمْ يَلْقَ جَابِرًا كَذَا قَالَهُ الْحَصَّاصُ، وَلَكِنْ صَحَّ فَتَأْوِيلُهُ أَنَّ الْمُرَادَ بِهِ الْحُمُرُ الْوَحْشِيَّةُ وَسِبَاعُ الطَّيْرِ أَوْ الْمُرَادُ بِهِ الْمَاءُ الْكَثِيرُ أَوْ هُوَ مَحْمُولٌ عَلَى مَا قِيلَ تَحْرِيمُهَا تَوْفِيقًا بَيْنَ الْأَدْلَةِ، وَلَمْ يَذْكُرْ مُحَمَّدٌ أَنَّهُ نَجَاسَةٌ غَلِيظَةٌ أَوْ خَفِيفَةٌ. وَرَوَى عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ نَجَاسَةٌ غَلِيظَةٌ، وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ كَبُولٌ مَا يُؤْكَلُ لَحْمُهُ؛ لِأَنَّ النَّاسَ اخْتَلَفُوا فِي سُورِ مَا لَا يُؤْكَلُ لَحْمُهُ مِنَ السِّبَاعِ كَمَا اخْتَلَفُوا فِي بَوْلِ مَا يُؤْكَلُ لَحْمُهُ، فَأَوْجَبَ اخْتِلَافُهُمْ تَخْفِيفًا هَهُنَا كَمَا أَوْجَبَ هُنَاكَ.

(وَسُورُ الْهَرَّةِ طَاهِرٌ مَكْرُوهٌ) وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ غَيْرُ مَكْرُوهٍ لِأَنَّ «النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ كَانَ يُصْغِي لَهَا الْإِنَاءَ فَتَشْرَبُ مِنْهُ ثُمَّ يَتَوَضَّأُ بِهِ». وَلَهُمَا قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «الْهَرَّةُ سَبْعٌ»^(١) وَالْمُرَادُ بَيَانُ الْحُكْمِ دُونَ الْخِلْقَةِ وَالصُّورَةِ، إِلَّا أَنَّهُ سَقَطَتِ النَّجَاسَةُ لِعِلَّةِ الطُّوْفِ فَبَقِيََتِ الْكَرَاهَةُ.

وَمَا رَوَاهُ مَحْمُولٌ عَلَى مَا قَبِلَ التَّحْرِيمَ، ثُمَّ قِيلَ كَرَاهَتُهُ لِحُرْمَةِ اللَّحْمِ، وَقَبِلَ لِعَدَمِ تَحَامِيهِهَا النَّجَاسَةَ وَهَذَا يُشِيرُ إِلَى التَّنْزِهِ وَالْأَوَّلُ إِلَى الْقُرْبِ مِنَ التَّحْرِيمِ. وَلَوْ أَكَلْتُ قَارَةَ ثُمَّ شَرِبْتُ عَلَى قَوْرِهِ الْمَاءَ تَنَجَّسَ إِلَّا إِذَا مَكَّثَتْ سَاعَةً لَعَسَلَهَا فَمَهَا بِلُعَابِهَا وَالْإِسْتِثْنَاءُ عَلَى مَذْهَبِ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ تَعَالَى وَيَسْقُطُ اعْتِبَارُ الصَّبِّ لِلضَّرُورَةِ.

(١) أخرجه الحاكم في المستدرک (١/١٨٣).

الشرح:

(وَسُورُ الْهَرَّةِ طَاهِرٌ مَكْرُوهٌ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ غَيْرُ مَكْرُوهٍ، وَرُويَ أَنَّ «التَّبَيَّ» ﷺ كَانَ يُصْنَعِي لِلْهَرَّةِ الْإِنَاءَ فَتَشْرَبُ مِنْهُ ثُمَّ يَتَوَضَّأُ بِهِ» وَقَالَ: كَيْفَ أَكْرَهُ مَعَ هَذَا الْحَدِيثِ (وَلَهُمَا قَوْلُهُ: ﷺ: «الْهَرَّةُ سَبْعٌ» وَالْمُرَادُ بِهِ بَيَانُ الْفَقْهِ دُونَ الْخِلْقَةِ وَالصُّورَةِ)؛ لِأَنَّهُ ﷺ بُعِثَ لِبَيَانِ الشَّرَائِعِ. فَإِنْ قِيلَ فَكَانَ الْوَاجِبُ الْقَوْلُ بِنَجَاسَتِهِ. أَجَابَ (بِقَوْلِهِ إِلَّا أَنَّهُ سَقَطَتْ النَّجَاسَةُ لِعَلَّةِ الطَّوْفِ فَبَقِيََتِ الْكَرَاهَةُ).

وقوله: لِعَلَّةِ الطَّوْفِ يَجُوزُ أَنْ تَكُونَ إِشَارَةً إِلَى الضَّرُورَةِ، فَإِنَّ حُكْمَ النَّجَاسَةِ يَسْقُطُ بِهَا كَمَا مَرَّ غَيْرَ مَرَّةٍ، وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ إِشَارَةً إِلَى مَا رُويَ عَنْ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا أَنَّهَا كَانَتْ تُصَلِّي وَفِي يَمِينِهَا قِصْعَةً مِنْ هَرِيسَةٍ فَجَاءَتْ هَرَّةٌ وَأَكَلَتْ مِنْهَا، فَلَمَّا فَرَغَتْ مِنْ صَلَاتِهَا دَعَتْ جَارَاتِ لَهَا فَكُنَّ يَتَحَامَيْنِ مِنْ مَوْضِعٍ فَمِهَا فَمَدَّتْ يَدَهَا وَأَخَذَتْ مَوْضِعَ فَمِهَا وَأَكَلَتْ وَقَالَتْ: سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ يَقُولُ: «الْهَرَّةُ لَيْسَتْ بِنَجِيسَةٍ إِلَّا مَا هِيَ مِنَ الطَّوَّافِينَ وَالطَّوَّافَاتِ عَلَيْكُمْ فَمَا لَكُنَّ لَا تَأْكُلْنَ»^(١) فَإِنْ قِيلَ: حَدِيثُ أَبِي هُرَيْرَةَ يَدُلُّ عَلَى النَّجَاسَةِ فَهُوَ مُحَرَّمٌ فَهَلَا تُرْجَحُ؟ فَالْجَوَابُ أَنَّ حَدِيثَ أَبِي هُرَيْرَةَ مُؤَوَّلٌ دُونَ حَدِيثِ عَائِشَةَ فَيَقْوَى حَدِيثُ عَائِشَةَ بِقُوَّةِ حَالِهَا وَقُوَّةِ دَلَالَتِهِ تُعَارِضُ الْمُحَرَّمَ، وَحُمِلَ مَا رَوَاهُ أَبُو يُوسُفَ مِنْ إِصْغَاءِ الْإِنَاءِ لَهَا عَلَى مَا قَبِلَ التَّحْرِيمَ.

وقوله: (ثُمَّ قِيلَ كَرَاهَتُهُ لِحُرْمَةِ اللَّحْمِ) هُوَ قَوْلُ الطَّحَاوِيِّ وَهُوَ يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ إِلَى التَّحْرِيمِ أَقْرَبُ (وَقِيلَ لِعَدَمِ تَحَامِيهَا النَّجَاسَةِ)؛ لِأَنَّهَا تَتَنَاوَلُ الْجَيْفَ وَهُوَ قَوْلُ الْكَرْخِيِّ، وَهُوَ يَدُلُّ عَلَى أَنَّ كَرَاهَتَهُ كَرَاهَةٌ تَنْزِيهِ قِيلَ وَهُوَ الْأَصَحُّ وَالْأَقْرَبُ إِلَى مُوَافَقَةِ الْأَثَرِ. وَقَوْلُهُ (وَلَوْ أَكَلَتْ) يَعْنِي الْهَرَّةَ ظَاهِرٌ وَقَوْلُهُ: (وَالِاسْتِثْنَاءُ عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ) يَعْنِي قَوْلَهُ إِلَّا إِذَا مَكَّنْتُ سَاعَةً لَعَسَلُ فَمِهَا بُلْعَابُهَا؛ لِأَنَّهَا يُجُوزُ أَنْ إِزَالَةَ النَّجَاسَةَ بِالْمَانِعَاتِ الطَّاهِرَةِ، وَلَكِنَّ الصَّبَّ شَرْطٌ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ لِلتَّطْهِيرِ فِي الْعُضْوِ وَسَقَطَ هَاهُنَا لِلضَّرُورَةِ.

(وَسُورُ الدَّجَاجَةِ الْمُخْلَاةِ) مَكْرُوهٌ لِأَنَّهَا تُخَالِطُ النَّجَاسَةَ وَلَوْ كَانَتْ مَحْبُوسَةً

(١) أخرجه الترمذي (٩٢)، وقال: حديث حسن صحيح، والنسائي (٦٧)، وأبو داود (٧٥)،

وابن ماجه (٣٦٧)، وأحمد (٢١٤٩٠).

بِحَيْثُ لَا يَصِلُ مِنْقَارُهَا إِلَى مَا تَحْتَ قَدَمَيْهَا لَا يُكْرَهُ لَوْفُوعِ الْأَمْنِ عَنِ الْمُخَالَطَةِ (و) كَذَا سُورُ (سِبَاعِ الطَّيْرِ) لِأَنَّهَا تَأْكُلُ الْمَيْتَاتِ فَأَشْبَهَ الْمُخَلَاةَ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهَا إِذَا كَانَتْ مَحْبُوسَةً وَيَعْلَمُ صَاحِبُهَا أَنَّهُ لَا قَدَرَ عَلَى مِنْقَارِهَا لَا يُكْرَهُ، وَاسْتَحْسَنَ الْمَشَايخُ هَذِهِ الرِّوَايَةَ (و) سُورُ (مَا يَسْكُنُ الْبُيُوتَ كَالْحَيَّةِ وَالْفَأْرَةِ) (مَكْرُوهٌ) لِأَنَّ حُرْمَةَ اللَّحْمِ أَوْجَبَتْ نَجَاسَةَ السُّورِ إِلَّا أَنَّهُ سَقَطَتْ النِّجَاسَةُ لِعِلَّةِ الطَّوْفِ فَبَقِيَتْ الْكَرَاهَةُ وَالتَّنْبِيهُ عَلَى الْعِلَّةِ فِي الْهَرَّةِ.

الشرح:

قَالَ (وَسُورُ الدَّجَاجَةِ الْمُخَلَاةُ مَكْرُوهٌ) الْمُخَلَاةُ هِيَ الْجَائِلَةُ فِي عَذَرَاتِ النَّاسِ وَالْمَحْبُوسَةُ عَلَى خِلَافِهَا، وَالْمَحْبُوسَةُ عَلَى وَجْهَيْنِ: أَحَدُهُمَا أَنْ تَكُونَ مَحْبُوسَةً فِي بَيْتِ نَفْسِهَا، وَالثَّانِي أَنْ تَكُونَ مَحْبُوسَةً لِلتَّسْمِينِ وَيَكُونُ رَأْسُهَا وَأَكْلُهَا وَشَرْبُهَا خَارِجَ الْبَيْتِ، وَالْأُولَى تَجُولُ فِي عَذَرَاتِ نَفْسِهَا دُونَ الثَّانِيَةِ وَإِنَّمَا قَيَّدَ بِقَوْلِهِ (بِحَيْثُ لَا يَصِلُ مِنْقَارُهَا إِلَى مَا تَحْتَ قَدَمَيْهَا) إِمَارَةً إِلَى الْوَجْهِ الثَّانِي، فَإِنَّهَا إِذَا كَانَتْ كَذَلِكَ وَقَعَ الْأَمْنُ عَنْ مُخَالَطَةِ النَّجَاسَةِ بِخِلَافِ غَيْرِهَا. وَقَوْلُهُ: (وَكَذَا سُورُ سِبَاعِ الطَّيْرِ) مَعْطُوفٌ عَلَى قَوْلِهِ وَسُورُ الدَّجَاجَةِ الْمُخَلَاةُ لِيَكُونَ دَاخِلًا فِي حُكْمِ الْكَرَاهَةِ، وَفِي الْقِيَاسِ نَجِسٌ اعْتِبَارًا بِسِبَاعِ الْوَحْشِ. وَجَهٌ الْاسْتِحْسَانِ أَنَّهَا تَشْرَبُ بِمِنْقَارِهَا وَهُوَ عَظْمٌ جَافٌ، بِخِلَافِ سِبَاعِ الْبَهَائِمِ فَإِنَّهَا تَشْرَبُ بِلِسَانِهَا وَهُوَ رَطْبٌ بُلْعَابِهَا، وَاسْتَدَلَّ الْمُصَنِّفُ عَلَى كَرَاهَتِهِ بِمَا تُشَبِّهُ بِهِ الْمُخَلَاةَ وَهُوَ أَكْلُ الْمَيْتَاتِ إِحْقَاقًا لَهَا بِهَا (وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهَا) أَيْ سِبَاعِ الطَّيْرِ (إِذَا كَانَتْ مَحْبُوسَةً وَيَعْلَمُ صَاحِبُهَا أَنَّهُ لَا قَدَرَ عَلَى مِنْقَارِهَا لَا يُكْرَهُ، وَاسْتَحْسَنَ الْمَشَايخُ هَذِهِ الرِّوَايَةَ).

قَالَ الْفَقِيهُ أَبُو اللَّيْثِ: رَوَى الْحَسَنُ بْنُ زِيَادٍ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ قَالَ: إِنْ كَانَ هَذَا الطَّيْرُ لَا يَتَنَاوَلُ الْمَيْتَةَ كَالْبَازِي الْأَهْلِيِّ وَتَحْوِ ذَلِكَ فَلَا يُكْرَهُ الْوُضُوءُ مِنْهُ (قَوْلُهُ: وَسُورُ مَا يَسْكُنُ الْبُيُوتَ) طَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ: (وَالْتَّنْبِيهُ عَلَى الْعِلَّةِ فِي الْهَرَّةِ) قِيلَ مَعْنَاهُ: وَبَقِيَ التَّنْبِيهُ عَلَى الْعِلَّةِ الَّتِي كَانَتْ فِي الْهَرَّةِ، وَقِيلَ هُوَ جَوَابُ سُؤَالٍ مُقَدَّرٍ تَقْدِيرُهُ مَاذَا الَّذِي دَلَّكُمْ عَلَى كَوْنِ الطَّوْفِ عِلَّةً لِسُقُوطِ النَّجَاسَةِ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ عَلَّلَ لِسُقُوطِ النَّجَاسَةِ عَنْ سُورِ الْهَرَّةِ بِعِلَّةِ الطَّوْفِ بِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «إِنَّهَا مِنْ الطَّوَّافِينَ عَلَيْكُمْ وَالطَّوَّافَاتِ» دَفْعًا لِلحَرَجِ، وَقَدْ وَجَدَ الطَّوْفُ فِي سَوَاكِنِ الْبُيُوتِ

أَزِيدَ مِنْهُ فِي الْهَرَّةِ، فَإِنَّ ثَلَمَةَ الْبَيْتِ إِذَا سُدَّتْ لَا يُمَكِّنُ أَنْ تَدْخُلَ الْهَرَّةُ فِيهِ، وَأَمَّا سَوَاكِنُ الْبُيُوتِ كَالْحَيَّةِ وَالْفَأْرَةِ فَإِنَّهُ لَا يُمَكِّنُ مَنَعَهَا عَنِ الطَّوْفِ، فَكَانَ تَنْبِيْهَا عَلَى سُقُوطِ النَّجَاسَةِ فِيهَا بِطَرِيقِ الْأَوَّلَى، وَكَانَ الْعَلَامَةُ الْكَرْدَرِيُّ يَقُولُ: اللَّهُ تَعَالَى عَلَّلَ لِسُقُوطِ وَجُوبِ الْاسْتِئْذَانِ بِلَعَلِّ الطَّوْفِ بِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿لَيْسَ عَلَيْكُمْ وَلَا عَلَيْهِمْ جُنَاحٌ بَعْدَهُنَّ طَوَافُونَ عَلَيْكُمْ بَعْضُكُمْ عَلَى بَعْضٍ﴾ [النور: ٥٨] وَاسْتَدَلَّ النَّبِيُّ ﷺ فِي سُورِ الْهَرَّةِ بِتَعْلِيلِ اللَّهِ تَعَالَى فِيهِ عَلَى سُقُوطِ النَّجَاسَةِ، ثُمَّ اسْتَدَلَّ أَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ بِتَعْلِيلِهِ ﷺ فِي سُورِ الْهَرَّةِ عَلَى سُقُوطِ نَجَاسَةِ سُورِ سَوَاكِنِ الْبُيُوتِ لِعَلَّةِ الطَّوَافِ.

قَالَ (وَسُورِ الْحِمَارِ وَالْبَغْلِ مَشْكُوكٌ فِيهِ) قِيلَ: الشُّكُّ فِي طَهَارَتِهِ لِأَنَّهُ لَوْ كَانَ طَاهِرًا لَكَانَ طَهُورًا مَا لَمْ يَغْلِبِ اللَّعَابُ عَلَى الْمَاءِ، وَقِيلَ الشُّكُّ فِي طَهُورِيَّتِهِ لِأَنَّهُ لَوْ وَجِدَ الْمَاءُ الْمَطْلُوقُ لَا يَجِبُ عَلَيْهِ غَسْلُ رَأْسِهِ، وَكَذَا تَبَنُّهُ طَاهِرًا وَعَرَفَهُ لَا يَمْنَعُ جَوَازَ الصَّلَاةِ وَإِنْ فَحُشٌ، فَكَذَا سُورُهُ وَهُوَ الْأَصَحُّ، وَيُرْوَى نَصٌّ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ عَلَى طَهَارَتِهِ، وَسَبَبُ الشُّكِّ تَعَارُضُ الْأَدْلَةِ فِي إِبَاحَتِهِ وَحَرَمَتِهِ، أَوْ اخْتِلَافُ الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ فِي نَجَاسَتِهِ وَطَهَارَتِهِ.

وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ نَجِسٌ تَرْجِيحًا لِلْحَرَمَةِ وَالنَّجَاسَةِ، وَالْبَغْلُ مِنْ نَسْلِ الْحِمَارِ فَيَكُونُ بِمَنْزِلَتِهِ، (فَإِنْ لَمْ يَحِدْ غَيْرُهُمَا يَتَوَضَّأُ وَيَتِيمَمُ وَيَجُوزُ أَيُّهُمَا قَدَمٌ) وَقَالَ زُفَرٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَا يَجُوزُ إِلَّا أَنْ يُقَدَّمَ الْوُضُوءُ لِأَنَّهُ مَاءٌ وَاجِبُ الِاسْتِعْمَالِ فَأَشْبَهَ الْمَاءَ الْمَطْلُوقَ. وَلَنَا أَنَّ الْمَطْهَرِ أَحَدَهُمَا فَيُفِيدُ الْجَمْعُ دُونَ التَّرْتِيبِ.

الشرح:

قَوْلُهُ: (وَسُورِ الْبَغْلِ وَالْحِمَارِ مَشْكُوكٌ فِيهِ) هَذِهِ عِبَارَةٌ أَكْثَرُ الْمَشَايِخِ، وَأَبُو طَاهِرٍ الدَّبَّاسُ أَتَكَرَّرَ أَنْ يَكُونَ شَيْءٌ مِنْ أَحْكَامِ اللَّهِ مَشْكُوكًا فِيهِ. وَقَالَ: سُورُ الْحِمَارِ طَاهِرٌ لَوْ غُمِسَ فِيهِ ثَوْبٌ جَازَتْ الصَّلَاةُ مَعَهُ، إِلَّا أَنَّهُ يُحْتَاطُ فِيهِ فَأَمَرَ بِالْجَمْعِ بَيْنَهُ وَبَيْنَ التَّيَمُّمِ، وَالْمَشَايِخُ قَالُوا: الْمُرَادُ بِالشُّكِّ التَّوَقُّفُ لَتَعَارُضِ الْأَدْلَةِ، وَالشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ يَجْعَلُهُ طَاهِرًا وَطَهُورًا؛ لِأَنَّ كُلَّ حَيَوَانٍ يُتَفَعُّ بِجِلْدِهِ فَسُورُهُ طَهُورٌ عِنْدَهُ. وَاخْتَلَفَ فِي أَنَّ الشُّكَّ فِي طَهَارَتِهِ أَوْ فِي طَهُورِيَّتِهِ، فَقِيلَ فِي طَهَارَتِهِ؛ لِأَنَّهُ لَوْ كَانَ طَاهِرًا لَكَانَ طَهُورًا مَا لَمْ يَغْلِبِ اللَّعَابُ عَلَى الْمَاءِ؛ لِأَنَّ اخْتِلَاطَ الطَّاهِرِ بِالْمَاءِ لَا يُخْرِجُهُ عَنِ الطَّهُورِيَّةِ مَا لَمْ يَغْلِبْ كَمَا إِذَا اخْتَلَطَ مَاءُ الْوَرْدِ بِالْمَاءِ (وَقِيلَ الشُّكُّ فِي طَهُورِيَّتِهِ؛ لِأَنَّهُ لَوْ وَجَدَ الْمَاءُ الْمَطْلُوقَ) لَا

يَجِبُ عَلَيْهِ غَسْلُ رَأْسِهِ: يَعْنِي بَعْدَ مَا مَسَحَ رَأْسَهُ بِسُورِ الْحِمَارِ، وَلَوْ كَانَ الشَّكُّ فِي طَهَارَتِهِ لَوَجِبَ، وَإِنَّمَا عَيَّنَ الرَّأْسَ؛ لِأَنَّ غَيْرَهُ مِنَ الْأَعْضَاءِ يَطْهَرُ بِصَبِّ الْمَاءِ عَلَيْهِ. وَقَوْلُهُ: (وَكَذَا لَبَنُهُ طَاهِرٌ) وَلَا يُؤْكَلُ قِيلَ هَذَا لَيْسَ بِظَاهِرِ الرَّوَايَةِ وَإِنَّمَا هُوَ فِيهِ نَجِسٌ، وَالْمَذْكُورُ فِي الْكِتَابِ إِنَّمَا هُوَ رِوَايَةٌ عَنْ مُحَمَّدٍ. وَقَوْلُهُ: (وَعَرَقُهُ لَا يَمْنَعُ جَوَازَ الصَّلَاةِ وَإِنْ فَحُشٌ) هُوَ إِحْدَى الرِّوَايَاتِ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ، وَفِي رِوَايَةٍ: هُوَ نَجِسٌ نَجَاسَةً خَفِيفَةً، وَفِي رِوَايَةٍ: نَجِسٌ نَجَاسَةً غَلِيظَةً، وَالْمَشْهُورُ هُوَ الْمَذْكُورُ فِي الْكِتَابِ.

قَالَ الْقُدُورِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: عَرَقُ الْحِمَارِ طَاهِرٌ فِي الرِّوَايَاتِ الْمَشْهُورَةِ. وَقَوْلُهُ: (فَكَذَا سُورُهُ) يَعْنِي أَنَّ اللَّبَنَ وَالْعَرَقَ وَالسُّورَ تَتَوَلَّدُ كُلُّهَا مِنْهُ، فَإِذَا كَانَا طَاهِرَيْنِ كَانَ السُّورُ كَذَلِكَ. وَقَوْلُهُ: (وَهُوَ الْأَصَحُّ) أَيُّ الْقَوْلِ بِأَنَّ الشَّكَّ فِي طَهْوَرِيَّتِهِ أَصَحُّ. وَقَوْلُهُ: (نَصَّ مُحَمَّدٌ عَلَى طَهَارَتِهِ) هُوَ مَا رَوَى عَنْ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ قَالَ: أَرَبْعَ لَوْ غُمِسَ فِيهَا الثُّوبُ لَمْ يَنْجَسْ، وَهِيَ سُورُ الْحِمَارِ، وَالْمَاءُ الْمُسْتَعْمَلُ، وَلَكِنْ الْأَتَانِ وَيَبُولُ مَا يُؤْكَلُ لَحْمُهُ. وَقَوْلُهُ: (وَسَبَبُ الشَّكِّ تَعَارُضُ الْأَدْلَةِ) اخْتَلَفَ الْمَشَايخُ فِي سَبَبِ الشَّكِّ فِي سُورِهِ، فَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ هُوَ تَعَارُضُ الْأَدْلَةِ (فِي إِبَاحَتِهِ وَحُرْمَتِهِ) فَإِنَّهُ رَوَى «أَنَّ غَالِبَ بَنِ أَبَجَرَ سَأَلَ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ وَقَالَ: لَمْ يَبْقَ لِي مَالٌ إِلَّا حُمِيرَاتٍ، فَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: كُلْ مِنْ سَمِينِ مَالِكَ» وَرَوَى «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ حَرَّمَ لُحُومَ الْحُمُرِ الْأَهْلِيَّةِ يَوْمَ خَيْبَرَ». قَالَ شَيْخُ الْإِسْلَامِ: هَذَا لَا يَقْوَى؛ لِأَنَّ لَحْمَهُ حَرَامٌ بِلَا إِشْكَالٍ؛ لِأَنَّهُ اجْتَمَعَ فِيهِ الْمُحَرَّمُ وَالْمَبِيحُ فَعَلَبَ الْمُحَرَّمُ عَلَى الْمَبِيحِ. كَمَا لَوْ أَخْبَرَ عَدْلٌ بِأَنَّ هَذَا اللَّحْمَ ذَبِيحَةٌ مَجُوسِيٍّ وَآخَرُ أَنَّهُ ذَبِيحَةٌ مُسْلِمٍ: فَإِنَّهُ لَا يَحِلُّ أَكْلُهُ لَغَلْبَةِ الْحُرْمَةِ فَكَانَ لَحْمُهُ حَرَامًا بِلَا إِشْكَالٍ وَلَعَابَهُ مُتَوَلَّدٌ مِنْهُ فَيَكُونُ نَجِسًا بِلَا إِشْكَالٍ، وَفِيهِ نَظَرٌ؛ لِأَنَّهُ يَسْتَلْزِمُ نَجَاسَةَ لَبَنِهِ، وَقَدْ تَقَدَّمَ مِنْ قَوْلِ الْمُصَنِّفِ أَنَّهُ طَاهِرٌ وَالْجَوَابُ بِالِاتِّزَامِ فَإِنَّهُ فِي ظَاهِرِ الرَّوَايَةِ نَجِسٌ كَمَا تَقَدَّمَ. وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ اخْتَلَفَ الصَّحَابَةُ فِي طَهَارَتِهِ، فَإِنَّهُ رَوَى عَنْ ابْنِ عُمرَ أَنَّهُ كَانَ يَكْرَهُ التَّوَضُّعَ بِسُورِ الْحِمَارِ وَالْبَغْلِ، وَرَوَى عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ أَنَّهُ قَالَ: لَا بَأْسَ بِالتَّوَضُّعِ بِهِ وَلَمْ يَتَرَجَّحْ أَحَدُ الْقَوْلَيْنِ عَلَى الْآخَرِ فَأَوْجَبَ شُكًّا.

قَالَ شَيْخُ الْإِسْلَامِ: وَلَكِنْ هَذَا لَا يَقْوَى؛ لِأَنَّ الْاِخْتِلَافَ فِي طَهَارَةِ الْمَاءِ وَنَجَاسَتِهِ لَا يُوجِبُ الْإِشْكَالَ كَمَا فِي إِنْاءٍ أَخْبَرَ عَدْلٌ أَنَّهُ طَاهِرٌ وَأَخْبَرَ آخَرُ أَنَّهُ نَجِسٌ فَإِنَّ الْمَاءَ لَا يَصِيرُ مُشْكَلًا، وَإِنْ اخْتَلَفَا فِي طَهَارَةِ الْمَاءِ وَنَجَاسَتِهِ وَقَدْ اسْتَوَى الْخَبَرَانِ فَكَذَا هَذَا،

ثُمَّ قَالَ وَالْأَصَحُّ أَنَّ دَلِيلَ الشَّكِّ هُوَ التَّرَدُّدُ فِي الضَّرُورَةِ، فَإِنَّ الْحِمَارَ يُرْبَطُ فِي الدُّورِ وَالْأَفْنِيَةِ فَكَانَ فِيهِ الضَّرُورَةُ إِلَّا أَنَّهَا دُونَ ضَرْوَرَةِ الْهَرَّةِ وَالْفَأْرَةِ لِدُخُولِهِمَا الْمَضَائِقَ دُونَ الْحِمَارِ، فَلَوْ لَمْ تَكُنْ ضَرْوَرَةُ أَصْلًا كَانَ كَالسَّبَاعِ فِي الْحُكْمِ بِالنَّجَاسَةِ بِلَا إِشْكَالٍ، وَلَوْ كَانَتْ الضَّرُورَةُ كَضَرْوَرَتَيْهِمَا كَانَ مِثْلَهُمَا فِي سُقُوطِ النَّجَاسَةِ، وَحَيْثُ ثَبَتَتْ الضَّرُورَةُ مِنْ وَجْهِ دُونَ وَجْهِهِ وَاسْتَوَى مَا يُوجِبُ الطَّهَّارَةَ وَالنَّجَاسَةَ تَسَاقَطَا لِلتَّعَارُضِ وَوَجِبَ الْمَصِيرُ إِلَى الْأَصْلِ. وَالْأَصْلُ شَيْئَانِ: الطَّهَّارَةُ فِي جَانِبِ الْمَاءِ، وَالنَّجَاسَةُ فِي جَانِبِ اللَّعَابِ؛ لِأَنَّ لِعَابَهُ نَجِسٌ كَمَا بَيَّنَّا وَلَيْسَ أَحَدُهُمَا بِأَوَّلَى مِنَ الْآخَرِ، فَبَقِيَ الْأَمْرُ مُشْكَلًا نَجِسًا مِنْ وَجْهِ طَاهِرًا مِنْ وَجْهِ آخَرَ، وَكَانَ إِشْكَالُ سُورِهِ عِنْدَ عُلَمَائِنَا بِهَذَا الطَّرِيقِ لَا لِإِشْكَالِ لَحْمِهِ وَلَا لِاخْتِلَافِ الصَّحَابَةِ فِي سُورِهِ، هَذَا حَاصِلُ مَا نَقَلَهُ صَاحِبُ النِّهَايَةِ عَنْ شَيْخِ الْإِسْلَامِ.

وَهَهُنَا نُكْتَةٌ لَا بَأْسَ بِالتَّنْبِيهِ عَلَيْهَا، وَهِيَ أَنَّ طَهَّارَةَ اللَّعَابِ وَنَجَاسَتَهُ دَائِرَتَانِ عَلَى طَهَّارَةِ اللَّحْمِ وَنَجَاسَتِهِ، وَقَدْ قَالَ الْمُصَنِّفُ فِي أَوَّلِ هَذَا الْفَصْلِ وَهُوَ الْمُعْتَبَرُ فِي الْبَابِ، فَلَا يَخْلُو إِمَّا أَنْ يَكُونَ الْمُرَادُ بِالنَّجَاسَةِ النَّجَاسَةُ قَبْلَ الذَّبْحِ أَوْ بَعْدَهُ، فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ كَانَتْ الشَّاةُ مُسَاوِيَةً لِلْكَلْبِ فِي أَنَّ لَحْمَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نَجِسٌ بِالْمُجَاوَرَةِ، وَإِنْ كَانَ الثَّانِي فَكَذَلِكَ فِي أَنَّ لَحْمَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا طَاهِرٌ بَعْدَ الذَّبْحِ وَذَلِكَ يَقْتَضِي شُمُولَ الطَّهَّارَةِ أَوْ النَّجَاسَةِ، وَحَلُّهَا أَنَّ الْمُرَادَ بِاللَّحْمِ الطَّاهِرِ الْمُتَوَلَّدِ مِنْهُ اللَّعَابُ فِي غَيْرِ الْآدَمِيِّ مَا يَحِلُّ أَكْلُهُ بَعْدَ الذَّبْحِ وَبِالنَّجَسِ مَا يُقَابَلُهُ، وَطَهَّارَةُ سُورِ الْبَعْلِ وَالْحِمَارِ فِي رَوَايَةٍ وَاهِرَةٍ لِلضَّرُورَةِ وَهَذَا لِأَنَّهُمَا اشْتَرَكَا فِي النَّجَاسَةِ الْمُجَاوَرَةِ لِلدَّمِ الْمَسْفُوحِ قَبْلَ الذَّبْحِ، فَإِنَّ الشَّاةَ لَا تُؤْكَلُ إِذَا مَاتَتْ حَتْفَ أَنْفِهَا، وَاشْتَرَكَا فِي الطَّهَّارَةِ بَعْدَهُ لَزَوَالِ النَّجَسِ وَهُوَ الدَّمُ فَلَا فَرْقَ بَيْنَهُمَا إِلَّا أَنَّ الشَّاةَ تُؤْكَلُ بَعْدَ الذَّبْحِ بِخِلَافِ الْكَلْبِ وَقَدْ ذَلَّ الدَّلِيلُ عَلَى طَهَّارَةِ سُورِ الشَّاةِ دُونَ الْكَلْبِ، وَلَا فَرْقَ بَيْنَهُمَا أَيْضًا فِي الظَّاهِرِ إِلَّا اخْتِلَافُ اللَّعَابِ الْمُتَوَلَّدِ مِنَ اللَّحْمِ، فَعَلِمَ مِنْ هَذَا أَنَّ اللَّعَابَ الْمُتَوَلَّدَ مِنَ اللَّحْمِ الْمَأْكُولِ بَعْدَ الذَّبْحِ طَاهِرٌ بِلَا كَرَاهَةٍ دُونَ غَيْرِهِ إِضَافَةً لِلْحَكْمِ إِلَى الْفَارِقِ صِيَانَةَ لِحُكْمِ الشَّرْعِ عَنِ الْمُنَاقَضَةِ ظَاهِرًا، هَذَا مَا سَتَحَ لِي وَاللَّهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

قَوْلُهُ: (وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ) أَيُّ سُورِ الْحِمَارِ وَالْبَعْلِ (نَجِسٌ) وَقَوْلُهُ: (رَجَبِيحًا لِلْحُرْمَةِ وَلِلنَّجَاسَةِ) يَجُوزُ أَنْ تَكُونَ الْحُرْمَةُ مُتَعَلِّقَةً بِتَّعَارُضِ الْأَدْلَةِ وَالنَّجَاسَةِ

مُتَعَلِّقَةٌ بِاخْتِلَافِ الصَّحَابَةِ، وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ مَعْنَاهُ تَرْجِيحًا لِلْحُرْمَةِ؛ لِأَنَّ الْمَحْرَمَ مُرَجَّحُ النَّجَاسَةِ؛ لِأَنَّهُ إِذَا تَرَجَّحَ الْمَحْرَمُ تَرَجَّحَ النَّجَاسَةُ أَيْضًا لِمُتَنَاعِ الطَّهَّارَةِ مَعَ الْحُرْمَةِ.

وَاسْتَشْكَلَ بِمَا إِذَا أَخْبَرَ عَدْلٌ بِحِلِّ طَعَامٍ وَآخَرُ بِحُرْمَتِهِ فَإِنَّهُ يُرَجَّحُ خَبَرُ الْحِلِّ، وَبِمَا إِذَا أَخْبَرَ عَدْلٌ بِطَهَّارَةِ الْمَاءِ وَآخَرُ بِنَجَاسَتِهِ تُرَجَّحُ الطَّهَّارَةُ. وَأُجِيبَ بِأَنْ تَعَارَضَ الْخَبَرَيْنِ فِي الطَّعَامِ يُوجِبُ التَّهَاتُّرَ وَالْعَمَلُ بِالْأَصْلِ وَهُوَ الْحِلُّ، وَلَا يَجُوزُ تَرْجِيحُ الْحُرْمَةِ بِالِاخْتِطَاطِ لِاسْتِزْلَامِهِ تَكْذِيبَ الْمُخْبِرِ بِالْحِلِّ مِنْ غَيْرِ دَلِيلٍ، فَأَمَّا أَدْلَةُ الشَّرْعِ فِي حِلِّ الطَّعَامِ وَحُرْمَتِهِ فَتُوجِبُ التَّرْجِيحَ بِدَلِيلٍ، وَهُوَ تَقْلِيلُ النَّسْخِ الَّذِي هُوَ خِلَافُ الْأَصْلِ عَلَى مَا عُرِفَ فِي الْأُصُولِ، وَالْعَمَلُ بِالِاخْتِطَاطِ وَاجِبٌ عِنْدَ عَدَمِ الْمَانِعِ، وَكَذَا تَعَارَضُ الْخَبَرَيْنِ فِي الْمَاءِ يُوجِبُ التَّهَاتُّرَ وَالْعَمَلُ بِالْأَصْلِ لَوْ قُوعِ الشَّكِّ فِي اخْتِلَاطِ النَّجَاسَةِ بِهِ وَالْأَصْلُ عَدَمُهُ فَبَقِيَ الْمَاءُ عَلَى أَصْلِهِ وَهُوَ الطَّهَّارَةُ فَأَمَّا هَهُنَا فَقَدْ اخْتَلَطَ اللَّغَابُ الْمُتَوَلَّدُ مِنَ اللَّحْمِ بِالْمَاءِ بَيِّقِينَ وَقَدْ تَرَجَّحَ جِهَةُ الْحُرْمَةِ فِيهِ بِاتِّفَاقِ الرَّوَايَاتِ عَنْ أَصْحَابِنَا وَهِيَ مَبْنِيَّةٌ عَلَى النَّجَاسَةِ عَلَى مَا بَيَّنَّا فَيَجِبُ تَرْجِيحُ النَّجَاسَةِ بِهَذَا الدَّلِيلِ.

وَقَوْلُهُ: (وَالْبَغْلُ مِنْ نَسْلِ الْحِمَارِ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ: (فَإِنْ لَمْ يَجِدْ غَيْرَهُمَا) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ: (وَلَنَا أَنَّ الْمُطَهَّرَ أَحَدُهُمَا) يَعْنِي أَنَّ الْمُطَهَّرَ فِي الْوَاقِعِ إِمَّا السُّورُ أَوْ التُّرَابُ، فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ فَلَا فَائِدَةَ فِي اسْتِعْمَالِ الثَّانِي تَقَدَّمَ أَوْ تَأَخَّرَ، وَإِنْ كَانَ الثَّانِي فَلَا يَضُرُّ التَّقْدِيمُ وَالتَّأَخِيرُ فَوَجَبَ الضَّمُّ دُونَ التَّرْتِيبِ، وَالضَّمِيرُ فِي يُفِيدُ رَاجِعٌ إِلَى قَوْلِهِ يَتَوَضَّأُ بِهِمَا وَيَتَيَسَّمُ فِي قَوْلِ مُحَمَّدٍ.

(وَسُورُ الْفَرَسِ ظَاهِرٌ عِنْدَهُمَا) لِأَنَّ لَحْمَهُ مَا كُؤِلَ (وَكَذَا عِنْدَهُ فِي الصَّحِيحِ) لِأَنَّ

الْكِرَاهَةَ لِإِظْهَارِ شَرَفِهِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَسُورُ الْفَرَسِ ظَاهِرٌ عِنْدَهُمَا) مَعْنَاهُ ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ: (فِي الصَّحِيحِ) احْتِرَازٌ عَنِ الرَّوَايَاتِ الْبَاقِيَةِ فَإِنَّهُ ذَكَرَ فِي الْمُحِيطِ فِي سُورِ الْفَرَسِ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَرْبَعَ رَوَايَاتٍ: قَالَ فِي رَوَايَةٍ: أَحَبُّ إِلَيَّ أَنْ يَتَوَضَّأَ بغيرِهِ، وَهُوَ رَوَايَةُ الْبَلْخِيِّ عَنْهُ، وَفِي رَوَايَةِ الْحَسَنِ عَنْهُ: أَنَّهُ مَكْرُوهٌ كُلُّهُ، وَفِي رَوَايَةٍ: هُوَ مَشْكُوكٌ كَسُورِ الْحِمَارِ، وَفِي رَوَايَةٍ كِتَابِ الصَّلَاةِ: هُوَ ظَاهِرٌ وَهُوَ الصَّحِيحُ.

(فَإِنْ لَمْ يَجِدْ إِلَّا نَبِيذَ التَّمْرِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: يَتَوَضَّأُ بِهِ وَلَا يَتَيَمَّمُ) لِحَدِيثِ لَيْلَةِ الْجَنِّ، فَإِنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ تَوَضَّأَ بِهِ حِينَ لَمْ يَجِدِ الْمَاءَ وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ: يَتَيَمَّمُ وَلَا يَتَوَضَّأُ بِهِ وَهُوَ رَوَايَةٌ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ، وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ عَمَلًا بِآيَةِ التَّيَمُّمِ لَأَنَّهَا أَقْوَى، أَوْ هُوَ مَنْسُوخٌ بِهَا لِأَنَّهَا مَدَنِيَّةٌ، وَلَيْلَةُ الْجَنِّ كَانَتْ مَكِّيَّةً.

وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: يَتَوَضَّأُ بِهِ وَيَتَيَمَّمُ لِأَنَّ فِي الْحَدِيثِ اضْطِرَابًا وَفِي التَّارِيخِ جَهَالَةً فَوَجَبَ الْجَمْعُ احتياطًا. قُلْنَا لَيْلَةُ الْجَنِّ كَانَتْ غَيْرَ وَاحِدَةٍ فَلَا يَصِحُّ دَعْوَى النُّسخِ وَالْحَدِيثُ مَشْهُورٌ عَمِلَتْ بِهِ الصَّحَابَةُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ، وَيُمَثِّلُهُ يُزَادُ عَلَى الْكِتَابِ. وَأَمَّا الْاِغْتِسَالُ بِهِ فَقَدْ قِيلَ يَجُوزُ عِنْدَهُ اعْتِبَارًا بِالْوَضُوءِ، وَقِيلَ لَا يَجُوزُ لِأَنَّ فَوْقَهُ، وَالنَّبِيذُ الْمُخْتَلَفُ فِيهِ أَنْ يَكُونَ حُلُومًا رَقِيقًا يَسِيلُ عَلَى الْأَعْضَاءِ كَالْمَاءِ، وَمَا اسْتَدَّ مِنْهَا صَارَ حَرَامًا لَا يَجُوزُ التَّوَضُّؤُ بِهِ، وَإِنْ غَيَّرْتَهُ النَّارُ فَمَا دَامَ حُلُومًا رَقِيقًا فَهُوَ عَلَى الْخِلَافِ، وَإِنْ اسْتَدَّ فَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ يَجُوزُ التَّوَضُّؤُ بِهِ لِأَنَّهُ يَحِلُّ شُرْبُهُ عِنْدَهُ، وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ لَا يَتَوَضَّأُ بِهِ لِحُرْمَةِ شُرْبِهِ عِنْدَهُ، وَلَا يَجُوزُ التَّوَضُّؤُ بِمَا سِوَاهُ مِنَ الْأَنْبِذَةِ جَرِيًا عَلَى قَضِيَّتِهِ الْقِيَاسِ.

الشرح:

قَالَ (فَإِنْ لَمْ يَجِدْ إِلَّا نَبِيذَ التَّمْرِ) إِنَّمَا ذَكَرَ نَبِيذَ التَّمْرِ فِي فَصْلِ الْأَسَارِ؛ لِأَنَّ لَهُ شَبَهًا خَاصًّا بِسُورِ الْعُلِّ وَالْحِمَارِ عَلَى قَوْلِ مُحَمَّدٍ فَإِنَّهُ يَقُولُ يُضْمُّ التَّيَمُّمُ إِلَى الْوَضُوءِ بِهِ احتياطًا كَمَا سَنَذْكُرُهُ. وَالْكَلَامُ فِيهِ فِي ثَلَاثَةِ مَوَاضِعَ: فِي وَقْتِ الْجَوَازِ، وَفِي جَوَازِ الْوَضُوءِ بِهِ، وَفِي نَفْسِهِ.

فَأَمَّا الْأَوَّلُ فَهُوَ الْوَقْتُ الَّذِي يَجُوزُ فِيهِ التَّيَمُّمُ وَإِلَيْهِ أَشَارَ بِقَوْلِهِ فَإِنْ لَمْ يَجِدْ إِلَّا نَبِيذَ التَّمْرِ: يَعْنِي إِذَا عَدِمَ الْمَاءَ الْمُطْلَقَ. وَأَمَّا الثَّانِي فَقَدْ اخْتَلَفَ فِيهِ، وَقَدْ رَوَى عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ثَلَاثُ رَوَايَاتٍ: ذَكَرَ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ وَالزِّيَادَاتِ أَنَّهُ يَتَوَضَّأُ بِهِ وَلَا يَتَيَمَّمُ، وَذَكَرَ فِي كِتَابِ الصَّلَاةِ. أَنَّهُ إِنْ تَوَضَّأَ بِهِ وَيَتَيَمَّمُ أَحَبُّ إِلَيَّ، قَالَ شَيْخُ الْإِسْلَامِ: فِيهِ إِشَارَةٌ إِلَى أَنَّهُ لَوْ تَوَضَّأَ بِهِ وَلَمْ يَتَيَمَّمْ جَارَ، وَلَوْ عَكَسَ لَمْ يَجُزْ، وَالْجَمْعُ بَيْنَهُمَا مُسْتَحَبٌّ. وَالثَّلَاثَةُ مَا رَوَى نُوحُ بْنُ أَبِي مَرْيَمَ وَالْحَسَنُ بْنُ زِيَادٍ أَنَّهُ يَتَيَمَّمُ وَلَا يَتَوَضَّأُ بِهِ، وَبِهِ أَخَذَ أَبُو

يُوسُفَ. أَمَّا وَجْهُ الرِّوَايَةِ الْأُولَى فَمَا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ مِنْ قَوْلِهِ لِحَدِيثِ لَيْلَةِ الْجَنِّ وَهُوَ مَا رَوَى أَبُو رَافِعٍ وَابْنُ الْمُعْتَمِرِ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ خَطَبَ ذَاتَ لَيْلَةٍ ثُمَّ قَالَ: لَيَقُمَنَّ مَعِيَ مَنْ لَمْ يَكُنْ فِي قَلْبِهِ مِثْقَالُ ذَرَّةٍ مِنْ كِبَرٍ، فَقَامَ ابْنُ مَسْعُودٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، فَحَمَلَهُ: أَيَّ أَخَذَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ مَعَ نَفْسِهِ، فَقَالَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ مَسْعُودٍ: خَرَجْنَا مِنْ مَكَّةَ وَخَطَّ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ حَوْلِي خَطًّا وَقَالَ: لَا تَخْرُجْ عَنْ هَذَا الْخَطِّ فَإِنَّكَ إِنْ خَرَجْتَ عَنْهُ لَمْ تَلْقَنِ إِلَى يَوْمِ الْقِيَامَةِ، ثُمَّ ذَهَبَ يَدْعُو الْجَنِّ إِلَى الْإِيمَانِ وَيَقْرَأُ عَلَيْهِمُ الْقُرْآنَ حَتَّى طَلَعَ الْفَجْرُ، ثُمَّ رَجَعَ بَعْدَ طُلُوعِ الْفَجْرِ وَقَالَ لِي: هَلْ بَقِيَ مَعَكَ مَاءٌ أَتَوَضَّأُ بِهِ؟ فَقُلْتُ لَا إِلَّا نَبِيذُ التَّمْرِ فِي إِدَاوَةٍ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: تَمْرَةٌ طَيِّبَةٌ وَمَاءٌ طَهُورٌ، وَأَخَذَهُ وَتَوَضَّأَ بِهِ وَصَلَّى الْفَجْرَ».

وَوَجْهٌ قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ الْعَمَلُ بِآيَةِ التَّيْمُمِ فَإِنَّهَا تَنْقُلُ التَّطَهِيرَ عِنْدَ عَدَمِ الْمَاءِ الْمُطْلَقِ إِلَى التُّرَابِ وَنَبِيذِ التَّمْرِ مَاءً مِنْ وَجْهِهِ فَيَكُونُ الْحَدِيثُ مَرْدُودًا بِهَا لَكُونِهَا أَقْوَى مِنَ الْحَدِيثِ أَوْ هُوَ مَنْسُوخٌ بِهَا، أَيُّ بِآيَةِ التَّيْمُمِ؛ لِأَنَّهَا مَدْنِيَّةٌ وَلَيْلَةُ الْجَنِّ كَانَتْ بِمَكَّةَ. فَإِنْ قِيلَ نَسَخَ السُّنَّةُ بِالْكِتَابِ لَا يَجُوزُ عِنْدَ الشَّافِعِيِّ فَكَيْفَ يَسْتَقِيمُ قَوْلُهُ: أَوْ هُوَ مَنْسُوخٌ بِآيَةِ التَّيْمُمِ؟ أَجِيبَ بِأَنَّ ذَلِكَ جَوَابُ أَبِي يُوسُفَ خَاصَّةً، وَالْمُشْتَرَكُ بَيْنَهُمَا هُوَ قَوْلُهُ: عَمَلًا بِآيَةِ التَّيْمُمِ وَقَالَ مُحَمَّدٌ: يَتَوَضَّأُ بِهِ وَيَتَيَمَّمُ؛ لِأَنَّ فِي الْحَدِيثِ اضْطِرَابًا؛ لِأَنَّ مَدَارَهُ عَلَى أَبِي زَيْدٍ مَوْلَى عَمْرِو بْنِ الْحَرِثِ رَوَى عَنْهُ أَبُو فَرَاةَ وَكَانَ ثَبَاتًا رَوَى هَذَا الْحَدِيثَ لِيُهَوِّنَ عَلَى النَّاسِ أَمْرَ النَّبِيذِ، وَأَبُو زَيْدٍ كَانَ مَجْهُولًا عِنْدَ الثَّقَلَاءِ؛ وَلَئِنَّهُ رَوَى عَنْ أَبِي عُبَيْدَةَ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ مَسْعُودٍ أَنَّهُ قِيلَ لَهُ: هَلْ كَانَ أَبُوكَ مَعَ النَّبِيِّ ﷺ لَيْلَةَ الْجَنِّ؟ فَقَالَ: وَلَوْ دِدْتُ أَنْ لَوْ كَانَ أَبِي صَاحِبَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ، وَلَوْ كَانَ مَعَ النَّبِيِّ ﷺ لَكَانَ فَخْرًا عَظِيمًا وَمَنْقِبَةً لَهُ وَلَعَقِبَهُ بَعْدَهُ، فَأَنْكَرَ كَوْنَ أَبِيهِ مَعَ النَّبِيِّ ﷺ، وَلَوْ كَانَ لَمَا خَفِيَ عَلَى ابْنِهِ، وَفِي التَّارِيخِ جَهَالَةٌ، فَإِنَّهُمْ اخْتَلَفُوا فِي اتِّسَاحِ هَذَا الْحَدِيثِ لَجَهَالَةِ التَّارِيخِ، فَقَالَ بَعْضُهُمْ: نُسِخَ ذَلِكَ بِآيَةِ التَّيْمُمِ، وَقَالَ بَعْضُهُمْ: لَمْ يُنْسَخْ؛ لِأَنَّ آيَةَ التَّيْمُمِ نَزَلَتْ فِي شَأْنِ الْأَسْفَارِ، وَالتَّيْبِذُ يُسْتَعْمَلُ فِي الْعَادَاتِ فِيمَا قَرُبَ مِنَ الْأُمُصَارِ فَيَجِبُ الْجَمْعُ احْتِطَاطًا، قُلْنَا لَيْلَةُ الْجَنِّ كَانَتْ غَيْرَ وَاحِدَةٍ: يَعْنِي أَنَّهَا تَكَرَّرَتْ.

قَالَ فِي التَّيْسِيرِ: «إِنَّ الْجَنِّ أَتَوْا رَسُولَ اللَّهِ ﷺ دَفْعَتَيْنِ»، فَيَجُوزُ أَنْ تَكُونَ الدَّفْعَةُ

الثَّانِيَةِ فِي الْمَدِينَةِ بَعْدَ آيَةِ التَّيْمُمِ فَلَا يَصِحُّ دَعْوَى التَّسْبِيحِ، وَالْحَدِيثُ مَشْهُورٌ ثَبَتَ بِطُرُقٍ مُخْتَلَفَةٍ وَعَمِلْتُ بِهِ الصَّحَابَةُ كَعَلِيٍّ رَوَى عَنْهُ الْحَارِثُ أَنَّهُ قَالَ: الْوُضُوءُ بِنَبِيذِ التَّمْرِ وَضُوءٌ مَنْ لَمْ يَجِدِ الْمَاءَ. وَرَوَى عَنْهُ مِنْ طُرُقٍ مُخْتَلَفَةٍ أَنَّهُ كَانَ لَا يَرَى بَأْسًا بِالْوُضُوءِ بِنَبِيذِ التَّمْرِ عِنْدَ عَدَمِ الْمَاءِ. رَوَى عِكْرَمَةُ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ أَنَّهُ قَالَ: تَوَضَّؤُوا بِنَبِيذِ التَّمْرِ وَلَا تَتَوَضَّؤُوا بِاللَّبَنِ. وَرَوَى عَنْهُ مِنْ طُرُقٍ مُخْتَلَفَةٍ أَنَّهُ كَانَ يُجَوِّزُ الْوُضُوءَ بِنَبِيذِ التَّمْرِ عِنْدَ عَدَمِ الْمَاءِ. وَرَوَى عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ مَسْعُودٍ أَنَّهُ كَانَ يُجَوِّزُ الْوُضُوءَ بِنَبِيذِ التَّمْرِ عِنْدَ عَدَمِ الْمَاءِ، وَهُمْ كِبَارُ الصَّحَابَةِ أَئِمَّةُ الْفَتَوَى فَيَكُونُ قَوْلُهُمْ مَعْمُولًا بِهِ (وَبِمِثْلِهِ) أَيِّ بِمِثْلِ هَذَا الْحَدِيثِ الْمَشْهُورِ (يُزَادُ عَلَى الْكِتَابِ) قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ إِنْ اشْتَبَهَ كَوْنُ عَبْدِ اللَّهِ مَعَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ لَيْلَةً الْجَنِّ قُلْنَا فِي الْبَابِ مَا يَكْفِيهِ الْاعْتِمَادُ عَلَيْهِ وَهُوَ رِوَايَةٌ هَؤُلَاءِ الْكِبَارِ مِنَ الصَّحَابَةِ.

(قَوْلُهُ: وَأَمَّا الْاِغْتِسَالُ بِهِ) أَيِّ بِنَبِيذِ التَّمْرِ عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ فَقَدْ اخْتَلَفَ فِيهِ، فَمِنْهُمْ مَنْ جَوَّزَهُ اعْتِبَارًا بِالْوُضُوءِ لَوْجُودِ الْمُقْتَضِي وَهُوَ وَجُودُ الْحَدَثِ وَعَدَمُ الْمَاءِ وَمِنْهُمْ مَنْ لَمْ يَجَوَّزْهُ؛ لِأَنَّ الْأَثَرَ جَاءَ فِي الْوُضُوءِ خَاصَّةً وَالْعُسْلُ فَوْقَهُ فَلَا يُلْحَقُ بِهِ. وَقَوْلُهُ: (وَالنَّبِيذُ الْمُخْتَلَفُ فِيهِ) بَيَانُ الْمَوْضِعِ الثَّلَاثِ، ذَكَرَ مُحَمَّدٌ فِي التَّوَادِرِ هُوَ أَنْ يُلْقِيَ تُمِيرَاتٍ فِي مَاءٍ حَتَّى صَارَ الْمَاءُ حُلُومًا رَقِيقًا وَلَا يَكُونُ مُشْتَدًّا وَمُسْكِرًا، وَمَا اشْتَدَّ مِنْهَا وَصَارَ مُرًّا لَا يَجُوزُ الْوُضُوءُ بِهِ بِالْإِجْمَاعِ؛ لِأَنَّهُ صَارَ مُسْكِرًا حَرَامًا، وَإِنْ غَيَّرْتُهُ النَّارَ، فَمَا دَامَ حُلُومًا رَقِيقًا يَسِيلُ عَلَى الْأَعْضَاءِ فَهُوَ عَلَى الْاِخْتِلَافِ، وَإِنْ اشْتَدَّ جَارَ الْوُضُوءُ بِهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ لِحْلُ شُرْبِهِ عِنْدَهُ، وَلَمْ يَجُزْ عِنْدَ مُحَمَّدٍ لِحُرْمَتِهِ عِنْدَهُ، وَلَا يَجُوزُ التَّوَضُّؤُ بِمَا سِوَاهُ مِنَ الْأَنْبِذَةِ كَنَبِيذِ الزَّرْبِيبِ وَالتَّيْنِ وَغَيْرِ ذَلِكَ؛ لِأَنَّ نَبِيذَ التَّمْرِ خُصَّ بِالْأَثَرِ عَلَى خِلَافِ الْقِيَاسِ فَيَقْبَلُ الْبَاقِي عَلَى مُوجِبِ الْقِيَاسِ، وَلِأَنَّهُ عَلَّلَ بَعْلَةً قَاصِرَةً وَهِيَ كَوْنُهَا تَمَرَةً طَيِّبَةً عَلَّلَ بِاسْمِ وَصِفَةٍ وَهُوَ لَا يُوجَدُ فِي غَيْرِهِ. اَعْلَمْ أَنَّ الْقُدُورِيَّ رَحِمَهُ اللَّهُ ذَكَرَ فِي شَرْحِهِ عَنْ أَصْحَابِنَا أَنَّهُ لَا يَجُوزُ التَّوَضُّؤُ بِنَبِيذِ التَّمْرِ إِلَّا بِالنَّبَةِ كَالْتَّيْمُمِ؛ لِأَنَّهُ بَدَلٌ عَنْ الْمَاءِ كَالْتَّيْمُمِ، حَتَّى لَا يَجُوزَ التَّوَضُّؤُ بِهِ حَالِ وَجُودِ الْمَاءِ، وَلَوْ تَوَضَّأَ بِالنَّبِيذِ ثُمَّ وَجَدَ مَاءً مُطْلَقًا يَنْتَقِضُ وَضُوءُهُ كَمَا يَنْتَقِضُ التَّيْمُمُ بِوُجُودِ الْمَاءِ.

بَابُ التَّيْمُمِ

(وَمَنْ لَمْ يَجِدْ مَاءً وَهُوَ مُسَافِرٌ أَوْ خَارِجَ الْمِصْرِ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْمِصْرِ نَحْوُ مِيلٍ أَوْ أَكْثَرَ يَتَيَّمُمُ بِالصَّعِيدِ) قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿ فَلَمْ يَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا صَعِيدًا طَيِّبًا ﴾ [النساء: ٤٣] وَقَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «الْتَرَابُ طَهُورُ الْمُسْلِمِ وَلَوْ إِلَى عَشْرِ حِجَجٍ مَا لَمْ يَجِدِ الْمَاءَ»^(١) وَالْمِيلُ هُوَ الْمُخْتَارُ فِي الْمِقْدَارِ لِأَنَّهُ يَلْحَقُهُ الْحَرَجُ بِدُخُولِ الْمِصْرِ، وَالْمَاءُ مَعْدُومٌ حَقِيقَةً وَالْمُعْتَبَرُ الْمَسَافَةُ دُونَ خَوْفِ الْفَوْتِ لِأَنَّ التَّفْرِيطَ يَأْتِي مِنْ قِبَلِهِ (وَلَوْ كَانَ يَجِدُ الْمَاءَ إِلَّا أَنَّهُ مَرِيضٌ يَخَافُ إِنْ اسْتَعْمَلَ الْمَاءَ اشْتَدَّ مَرَضُهُ يَتَيَّمُمُ) لَمَّا تَلَوْنَا، وَلِأَنَّ الضَّرَرَ فِي زِيَادَةِ الْمَرَضِ فَوْقَ الضَّرَرِ فِي زِيَادَةِ ثَمَنِ الْمَاءِ، وَذَلِكَ يُبَيِّحُ التَّيْمُمَ فَهَذَا أَوَّلَى. وَلَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يَشْتَدَّ مَرَضُهُ بِالتَّحْرُكِ أَوْ بِالِاسْتِعْمَالِ. وَاعْتَبَرَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ خَوْفَ التَّلَفِ وَهُوَ مَرْدُودٌ بِظَاهِرِ النَّصِّ.

الشرح:

(بَابُ التَّيْمُمِ) لَمَّا فَرَعَ عَنْ ذِكْرِ الطَّهَارَةِ بِالْمَاءِ ذَكَرَ التَّيْمُمَ لَمَّا أَنَّ حَقَّ الْخَلْفِ أَنْ يَعْقِبَ الْأَصْلَ، أَوْ يَقُولَ ابْتَدَأَ بِالْوُضُوءِ ثُمَّ تَنَى بِالْغُسْلِ ثُمَّ ثَلَّثَ بِالتَّيْمُمِ تَأْسِيًا بِكِتَابِ اللَّهِ الْعَزِيزِ. فَإِنْ قِيلَ: كَيْفَ تَرَكَ التَّأْسِيَّ بِكِتَابِ اللَّهِ فِي تَقْدِيمِ الْمُسَافِرِ وَخَارِجِ الْمِصْرِ عَلَى الْمَرِيضِ مَعَ أَنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَدَّمَ الْمَرِيضَ عَلَى الْمُسَافِرِ فِي قَوْلِهِ ﴿ وَإِنْ كُنْتُمْ مَرَضَى أَوْ عَلَى سَفَرٍ ﴾ [النساء: ٤٣]؟ أَجِيبَ بِأَنَّ التَّيْمُمَ مُرْتَبٌّ عَلَى عَدَمِ الْمَاءِ وَهُوَ فِيهِمَا حَقِيقِيٌّ وَفِي الْمَرِيضِ حُكْمِيٌّ، وَالتَّيْمُمُ فِي اللُّغَةِ الْقَصْدُ، وَفِي الشَّرِيعَةِ: هُوَ الْقَصْدُ إِلَى الصَّعِيدِ الطَّاهِرِ لِلتَّطَهُّرِ، فَالاسْمُ الشَّرْعِيُّ فِيهِ الْمَعْنَى اللُّغَوِيَّةُ، وَبُيُوهُهُ بِالْكِتَابِ وَالسُّنَّةِ. أَمَّا الْكِتَابُ فَقَوْلُهُ: تَعَالَى ﴿ فَلَمْ يَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا صَعِيدًا طَيِّبًا ﴾ [النساء: ٤٣] «وَكَانَ نُزُولُهَا فِي غَزْوَةِ الْمُرَيْسِعِ حِينَ عَرَسَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ لَيْلَةَ فَسَقَطَتْ مِنْ عَائِشَةَ فَلَادَةٌ لِأَسْمَاءَ، فَلَمَّا ارْتَحَلُوا ذَكَرَتْ ذَلِكَ لِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ، فَبَعَثَ رَجُلَيْنِ فِي طَلَبِهَا فَزَلُّوا يَنْتَظِرُونَهُمَا فَأَصْبَحُوا وَلَيْسَ مَعَهُمْ مَاءٌ، فَأَغْلَظَ أَبُو بَكْرٍ عَلَى عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا وَقَالَ: حَبَسْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ وَالْمُسْلِمِينَ عَلَى غَيْرِ مَاءٍ، فَزَلْتُ، فَلَمَّا صَلَّوْا بِالتَّيْمُمِ جَاءَ أُسَيْدُ بْنُ حُضَيْرٍ إِلَى مُضْرَبِ عَائِشَةَ فَجَعَلَ يَقُولُ: مَا أَكْثَرَ بَرَكَتِكُمْ يَا آلَ أَبِي بَكْرٍ». وَفِي رِوَايَةٍ:

(١) أخرجه أبو داود باب ١٢٣، والترمذي في الطهارة باب ٩٢، والنسائي في الطهارة باب ٢٠٣.

«يَرْحَمُكَ اللَّهُ يَا عَائِشَةَ مَا نَزَلَ بِكَ أَمْرٌ تُكْرِهِيَنَّهُ إِلَّا جَعَلَ اللَّهُ تَعَالَى فِيهِ لِلْمُسْلِمِينَ فَرَجًا».

وَأَمَّا السُّنَّةُ فَمَا رُوِيَ عَنْ «رَسُولِ اللَّهِ ﷺ أَنَّهُ قَالَ: جُعِلَتْ لِي الْأَرْضُ مَسْجِدًا وَطَهُورًا أَيْنَمَا أَذْرَكْتَنِي الصَّلَاةُ تَيَمَّمْتُ وَصَلَّيْتُ»^(١) وَقَوْلُهُ: عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «الثَّرَابُ طَهُورُ الْمُسْلِمِ وَلَوْ إِلَى عَشْرِ حِجَجٍ مَا لَمْ يَجِدْ الْمَاءَ» وَالْمُرَادُ بِالْمَاءِ مَا يَكْفِي لِرَفْعِ الْحَدَثِ الَّذِي بِهِ تَحِلُّ الصَّلَاةُ؛ لِأَنَّ مَا دُونَهُ يَسْتَوِي وَجُودُهُ وَعَدَمُهُ، إِذْ لَا يَتَّبَعُ بِهِ اسْتِبَاحَةُ الصَّلَاةِ فَكَانَ كَالْمَعْدُومِ. لَا يُقَالُ: مَاءٌ فِي قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿فَلَمْ تَجِدُوا مَاءً﴾ نَكْرَةً فِي سِيَاقِ النَّفْيِ فَيَتَنَاوَلُ مَا يُسَمَّى بِهِ قَلِيلًا كَانَ أَوْ كَثِيرًا، وَذَلِكَ يَقْتَضِي أَلَّا يَجُوزَ إِلَّا بَعْدَ اسْتِعْمَالِ مَا مَعَهُ مِنَ الْمَاءِ وَإِنْ كَانَ لَا يَكْفِي لِلوُضُوءِ كَمَا فِي إِزَالَةِ النَّجَاسَةِ الْحَقِيقَةِ كَمَا هُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ. لَأَنَّا نَقُولُ: الْمُرَادُ بِهِ مَا تَحِلُّ بِهِ الصَّلَاةُ، أَلَا تَرَى أَنَّ وَجُودَ الْمَاءِ النَّجِسِ لَا يَمْنَعُهُ وَإِنْ تَنَاوَلْتَهُ النَّكْرَةُ الْمَذْكُورَةُ وَالْحِلُّ مَوْقُوفٌ عَلَى مَا يَكْفِي بِالِاتِّفَاقِ.

(قَوْلُهُ: أَوْ خَارِجَ الْمِصْرِ) مَنْصُوبٌ لِكَوْنِهِ حَالًا مَعْطُوفًا عَلَى قَوْلِهِ وَهُوَ مُسَافِرٌ كَمَا فِي قَوْلِهِ تَعَالَى ﴿لَا تَقْرَبُوا الصَّلَاةَ وَأَنْتُمْ سُكَرَى حَتَّى تَعْلَمُوا مَا تَقُولُونَ وَلَا جُنُبًا﴾ [النِّسَاءُ: ٤٣] وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ مَفْعُولًا فِيهِ، وَهُوَ رَدُّ لِقَوْلِ مَنْ يَقُولُ لَا يَجُوزُ التَّيَمُّمُ إِلَّا لِلْمُسَافِرِ، وَمَعْنَاهُ وَيَجُوزُ التَّيَمُّمُ لِمَنْ هُوَ خَارِجُ الْمِصْرِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُسَافِرًا إِذَا كَانَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْمِصْرِ، وَفِي بَعْضِ النُّسخِ بَيْنَ الْمَاءِ وَهُوَ أَوْلَى (نَحْوُ الْمِيلِ أَوْ أَكْثَرُ) وَفِيهِ إِشَارَةٌ إِلَى نَفْيِ جَوَازِ التَّيَمُّمِ فِي الْأَمْصَارِ إِلَّا فِي الْمَوَاضِعِ الْمُسْتَثْنَاةِ عَلَى مَا سَيَأْتِي.

وَذَكَرَ فِي الْأَسْرَارِ: لَوْ عَدِمَ الْمَاءُ فِي الْأَمْصَارِ جَازَ فِيهَا أَيْضًا؛ لِأَنَّ الشَّرْطَ عَدَمُهُ، فَأَيْنَمَا تَحَقَّقَ بَعْدَ وَجُودِ الْمُقْتَضِي جَازَ، وَعَلَى هَذَا يَكُونُ قَوْلُهُ: أَوْ خَارِجَ الْمِصْرِ اتِّفَاقِيًا بِحَسَبِ الْعَادَةِ لَمَّا أَنَّ عَدَمَ الْمَاءِ فِي الْأَمْصَارِ نَادِرٌ عَادَةً. قِيلَ قَوْلُهُ: أَوْ أَكْثَرُ مُسْتَعْنَى عَنْهُ وَهُوَ ظَاهِرٌ. وَأُجِيبَ بِأَنَّهُ تَأْكِيدٌ؛ لِأَنَّ مَعْنَى التَّأْكِيدِ هُوَ أَنْ يُسْتَفَادَ مِنَ الثَّانِي مَا أُسْتَفِيدَ مِنَ الْأَوَّلِ، وَهَذَا كَذَلِكَ، وَرَدَّ بِأَنَّهُ تَخَلَّلَ الْعَاطِفُ يَأْبَاهُ. وَقِيلَ ذَكَرَهُ نَفْيًا لِرَوَايَةِ الْحَسَنِ

(١) أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ (٣٣٥)، وَمُسْلِمٌ (٥٢١) بِلَفْظٍ: (وَجُعِلَتْ لِي الْأَرْضُ مَسْجِدًا وَطَهُورًا، وَأَيُّمَا رَجُلٍ مِنْ أُمَّتِي أَذْرَكْتَهُ الصَّلَاةَ فَلْيَصِلْ).

عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الْمَاءَ إِنْ كَانَ قُدَامَهُ فَاَلْمَسَافَةُ مِيلَانِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فَمِيلٌ، وَغَيْرُهَا مِنْ الرُّوَايَاتِ عَلَى مَا تَذَكَّرُهُ وَهُوَ غَيْرُ حَسَنٍ. وَقِيلَ مَقْدَارُ الْبُعْدِ إِنَّمَا يُعْلَمُ حَزْرًا وَظَنًّا، فَإِنْ كَانَ ظَنُّهُ أَنَّ الْمَاءَ مِنْ حَيْثُ هُوَ فِيهِ مِيلٌ أَوْ أَكْثَرُ تَيَمَّمَ، وَإِنْ كَانَ ظَنُّهُ أَنَّهُ مِيلٌ أَوْ أَقَلُّ لَمْ يَتَيَمَّمْ حَتَّى إِذَا تَحَقَّقَ أَنَّهُ مِيلٌ جَازَ، وَفِيهِ نَظَرٌ؛ لِأَنَّهُ بَنَى كَلَامَهُ عَلَى أَنَّهُ يُعْلَمُ حَزْرًا وَظَنًّا، فَمِنْ أَيْنَ يَتَحَقَّقُ ذَلِكَ، وَالْمُرَادُ مِنْ عَدَمِ الْوِجْدَانِ عَدَمُ الْقُدْرَةِ عَلَى اسْتِعْمَالِ الْمَاءِ.

وَقَوْلُهُ: "إِلَى عَشْرِ حِجَجٍ" لِلكَثَرَةِ لَا لِلْعَايَةِ لِجَوَازِ التَّيَمُّمِ فِي أَكْثَرِ مِنْ ذَلِكَ أَيْضًا إِذَا لَمْ يَجِدْ الْمَاءَ. وَقَوْلُهُ: (وَالْمِيلُ هُوَ الْمُخْتَارُ فِي الْمَقْدَارِ) احْتِرَازٌ عَنْ غَيْرِهِ مِنَ الْأَقْوَالِ، فَإِنَّهُ رُوِيَ عَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ يَجُوزُ التَّيَمُّمُ إِذَا كَانَ الْمَاءُ عَلَى قَدْرِ مِيلَيْنِ، وَعَنْ الْكَرْخِيِّ إِنْ كَانَ فِي مَرَضٍ يَسْمَعُ صَوْتَ أَهْلِ الْمَاءِ فَهُوَ قَرِيبٌ وَإِلَّا فَهُوَ بَعِيدٌ، وَبِهِ أَخَذَ أَكْثَرُ الْمَشَائِخِ. وَقَدْ ذَكَّرْنَا أَنْفَا رَوَايَةَ الْحَسَنِ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ، وَرُوِيَ عَنْ زُفَرٍ: إِنْ كَانَ بَحِثٌ يَصِلُ إِلَى الْمَاءِ قَبْلَ خُرُوجِ الْوَقْتِ لَا يُجْزِئُهُ التَّيَمُّمُ، وَإِلَّا فَيُجْزِئُهُ وَإِنْ قُرْبَ الْمَاءِ مِنْهُ، وَالْمِيلُ ثَلَاثُ فَرَسَخٍ وَالْفَرَسَخُ اثْنَا عَشَرَ أَلْفَ خُطْوَةٍ، وَفَسَّرَ ابْنُ شُجَاعٍ الْمِيلَ بِثَلَاثَةِ آلَافٍ ذِرَاعٍ وَخَمْسِمِائَةِ ذِرَاعٍ إِلَى أَرْبَعَةِ آلَافٍ ذِرَاعٍ.

وَجَهُّ الْمُخْتَارِ أَنْ يَلْحَقَهُ الْحَرَجُ بِدُخُولِ الْمَصْرِ وَبِالْوُصُولِ إِلَى الْمَاءِ فِي هَذَا الْمَقْدَارِ مِنَ الْمَسَافَةِ وَالْحَرَجُ مَذْفُوعٌ. وَقَوْلُهُ: (وَالْمَاءُ مَعْدُومٌ حَقِيقَةً) يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ تَلْوِيحًا إِلَى مَا يُقَالُ النَّصُّ مُطْلَقٌ عَنْ ذِكْرِ الْمَسَافَةِ فَتَقْيِيدُهُ بِالْمِيلِ تَقْيِيدٌ مُطْلَقٌ لِكِتَابِ الْبَلَاءِ وَهُوَ لَا يَجُوزُ، وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ الْمَنْصُوصَ عَلَيْهِ كَوْنُ الْمَاءِ مَعْدُومًا، وَهَهُنَا مَعْدُومٌ حَقِيقَةً لَكِنْ نَعْلَمُ بَيِّقِينَ أَنَّ عَدَمَهُ مَعَ الْقُدْرَةِ عَلَيْهِ بِلَا حَرَجٍ لَيْسَ بِمُجَوِّزٍ لِلتَّيَمُّمِ، وَإِلَّا لَجَازَ لِمَنْ سَكَنَ بِشَاطِئِ الْبَحْرِ وَقَدْ عَدِمَ الْمَاءُ مِنْ بَيْتِهِ فَجَعَلْنَا الْحَدَّ الْفَاصِلَ بَيْنَ الْبُعْدِ وَالْقُرْبِ لِحُوقِ الْحَرَجِ؛ لِأَنَّ الطَّاعَةَ بِحَسَبِ الطَّاقَةِ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ [الحج: ٧٨].

وَقَوْلُهُ: (وَالْمُعْتَبَرُ الْمَسَافَةُ دُونَ خَوْفِ الْقَوْتِ) احْتِرَازٌ عَمَّا ذَكَّرْنَا مِنْ قَوْلِ زُفَرٍ أَنْفَا قَالَ: التَّيَمُّمُ شَرْعٌ لِمُضْرُورَةِ الْحَاجَةِ إِلَى أَدَاءِ الصَّلَاةِ فِي الْوَقْتِ وَقَدْ تَحَقَّقَ فِيمَا نَحْنُ فِيهِ. وَقُلْنَا التَّفْرِيطُ جَاءَ مِنْ قَبْلِهِ بِتَأْخِيرِ الصَّلَاةِ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَتَيَمَّمَ إِذَا كَانَ الْمَاءُ قَرِيبًا مِنْهُ. وَقَوْلُهُ: (يَتَيَمَّمُ لِمَا تَلَوْنَا) يَعْنِي قَوْلَهُ تَعَالَى: ﴿وَإِنْ كُنْتُمْ مَرَضَى﴾ وَقَوْلُهُ: (وَلَأَنَّ الضَّرَرَ فِي

زِيَادَةُ الْمَرَضِ إِلَخْ؛ لَأَنَّ ثَمَنَ الْمَاءِ مَالٌ، وَالْمَالُ خُلِقَ وَقَايَةً لِلنَّفْسِ وَكَانَ تَبَعًا، وَلَمَّا كَانَ الْحَرَجُ مَدْفُوعًا عَنِ الْوَقَايَةِ الَّتِي هِيَ تَبَعٌ فَلَا يُكُونُ مَدْفُوعًا عَنِ الْمَوْقَى الَّذِي هُوَ الْأَصْلُ أَوْلَى.

وَقَوْلُهُ: (وَلَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يَشْتَدَّ مَرَضُهُ بِالتَّحَرُّكِ) كَالْمَطْبُورِ (أَوْ بِالِاسْتِعْمَالِ) كَالْجُدَرِيِّ وَالْحَصْبَةِ. وَقَوْلُهُ: (وَاعْتَبَرَ الشَّافِعِيُّ خَوْفَ التَّلَفِ) أَيِ تَلَفِ نَفْسِهِ أَوْ عُضْوِهِ (وَهُوَ) أَيِ اعْتِبَارُ الشَّافِعِيِّ (مَرْدُودٌ بِظَاهِرِ النَّصِّ)؛ لَأَنَّ قَوْلَهُ تَعَالَى ﴿وَإِنْ كُنْتُمْ مَرْضَى﴾ بِإِطْلَاقِهِ يُبَيِّحُ التَّيَمُّمَ لِكُلِّ مَرِيضٍ، إِلَّا أَنَّهُ خَرَجَ مَنْ لَا يَشْتَدُّ مَرَضُهُ بِسِيَاقِ الْآيَةِ وَهُوَ قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿مَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُمْ مِنْ حَرَجٍ﴾ [المائدة: ٦] فَإِنَّ الْحَرَجَ إِذَا يَلْحَقُ مَنْ يَشْتَدُّ مَرَضُهُ بِهِ فَيَبْقَى الْبَاقِي عَلَى ظَاهِرِهَا. فَإِنْ قِيلَ: لَا تُسَلِّمُ إِطْلَاقَ النَّصِّ لِتَقْيِيدِهِ بِالْعَدَمِ. أَجِيبَ بِأَنَّ الْعَدَمَ شَرْطٌ فِي حَقِّ الْمُسَافِرِ دُونَ الْمَرِيضِ.

(وَلَوْ خَافَ الْجُنُبُ أَنْ يَغْتَسَلَ أَنْ يَقْتُلَهُ الْبَرْدُ أَوْ يَمْرَضُهُ يَتَيَمَّمُ بِالصُّعِيدِ) وَهَذَا إِذَا كَانَ خَارِجَ الْمِصْرِ لَمَّا بَيَّنَّا، وَلَوْ كَانَ فِي الْمِصْرِ فَكَذَلِكَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ -رَحِمَهُ اللَّهُ- خِلَافًا لَهُمَا هُمَا يَقُولَانِ إِنَّ تَحَقُّقَ هَذِهِ الْحَالَةِ نَادِرٌ فِي الْمِصْرِ فَلَا يُعْتَبَرُ. وَلَهُ أَنْ الْعَجْزُ ثَابِتٌ حَقِيقَةً فَلَا بُدَّ مِنْ اعْتِبَارِهِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَلَوْ خَافَ الْجُنُبُ إِلَخْ) ظَاهِرٌ، وَلَمْ يَذْكُرْ الْمُحَدِّثُ إِذَا خَافَ الْهَلَاكَ مِنَ الْوُضُوءِ فِي الْمِصْرِ. وَقَالَ فِي الْأَسْرَارِ: هُمَا سَوَاءٌ، وَذَكَرَ فِي الْمَحِيطِ اخْتِلَافَ الرُّوَايَةِ فِيهِ فَجَوَّزَهُ شَيْخُ الْإِسْلَامِ خَوَاهِرُ زَادَهُ وَلَمْ يُجَوِّزْهُ الْإِمَامُ الْحَلَوَانِيُّ.

(وَالتَّيَمُّمُ ضَرْبَتَانِ يَمْسَحُ بِأَحَدَاهُمَا وَجْهَهُ وَبِالْأُخْرَى يَدَيْهِ إِلَى الْمَرْفِقَيْنِ) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «التَّيَمُّمُ ضَرْبَتَانِ، ضَرْبَةٌ لِلْوَجْهِ وَضَرْبَةٌ لِلْيَدَيْنِ» وَيَنْفُضُ يَدَيْهِ بِقَدْرِ مَا يَتَنَاقَرُ التُّرَابُ كَيْ لَا يَصِيرَ مِثْلَةً وَلَا بُدَّ مِنَ الْإِسْتِعَابِ فِي ظَاهِرِ الرُّوَايَةِ لِقِيَامِهِ مَقَامَ الْوُضُوءِ، وَلِهَذَا قَالُوا: يُخَلِّلُ الْأَصَابِعَ وَيَنْزِعُ الْخَاتَمَ لِيَتِمَّ الْمَسْحُ (وَالْحَدَّثُ وَالْجَنَابَةُ فِيهِ سَوَاءٌ) وَكَذَا الْحَيْضُ وَالنَّفَاسُ، لَمَّا رُوِيَ «أَنَّ قَوْمًا جَاءُوا إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَقَالُوا: إِنَّا قَوْمٌ نَسْكُنُ هَذِهِ الرَّمَالِ وَلَا نَجِدُ الْمَاءَ شَهْرًا أَوْ شَهْرَيْنِ وَفِينَا الْجُنُبُ وَالْحَائِضُ وَالنَّفْسَاءُ فَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: عَلَيْكُمْ بِأَرْضِكُمْ»^(١).

(١) أخرجه أحمد (٢٨٧/٢) ولفظه: (جاء أعرابي إلى رسول الله ﷺ) وفي آخره: (عليك بالتراب).

الشرح:

قَالَ: (وَالْتِيْمُ ضَرْبَانِ) قِيلَ: فِي قَوْلِهِ ضَرْبَانِ إِشَارَةٌ إِلَى نَفْسِ الضَّرْبِ دَاخِلٌ فِي التَّيْمِ، فَمَنْ ضَرَبَ يَدَيْهِ عَلَى الْأَرْضِ لِلتَّيْمِ وَأَخَذَتْ قَبْلَ أَنْ يَمْسَحَ بِهِمَا وَجْهَهُ وَذِرَاعَيْهِ ثُمَّ مَسَحَهُمَا بِهِمَا لَمْ يَجْزْ؛ لِأَنَّهُ أَحْدَثَ بَعْدَ مَا أَتَى بِبَعْضِ التَّيْمِ فَكَانَ كَمَنْ أَحْدَثَ فِي خِلَالِ الْوُضُوءِ. وَذَكَرَ الْإِمَامُ الْإِسْبَاحِيُّ جَوَازَهُ كَمَنْ مَلَأَ كَفَّيْهِ مَاءً لِلْوُضُوءِ ثُمَّ أَحْدَثَ ثُمَّ اسْتَعْمَلَهُ وَاخْتَارَ لَفْظَ الضَّرْبِ، وَإِنْ جَازَ الْوَضْعُ أَيْضًا لِلْمُبَالَغَةِ فِي إِصَالِ التُّرَابِ إِلَى أَثْنَاءِ الْأَصَابِعِ (وَقَوْلُهُ: وَبِالْأُخْرَى يَدَيْهِ إِلَى الْمِرْفَقَيْنِ) نَفْيٌ لِقَوْلِ الزُّهْرِيِّ فَإِنَّهُ يَمْسَحُ إِلَى الْآبَاطِ، وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ مَالِكٍ رَحِمَهُ اللَّهُ، وَلِرِوَايَةِ الْحَسَنِ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ إِلَى الرُّسْغِ، وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ وَقَوْلُهُ: (وَيَنْفُضُ) التَّنْفِضُ تَحْرِيكُ الشَّيْءِ لِيَسْقُطَ مَا عَلَيْهِ مِنْ غُبَارٍ أَوْ غَيْرِهِ.

وَقَوْلُهُ: (بِقَدْرِ مَا يَتَنَاطَرُ التُّرَابُ) إِشَارَةٌ إِلَى أَنَّهُ لَا يُقَدَّرُ بِمَرَّةٍ كَمَا رُوِيَ عَنْ مُحَمَّدٍ، بَلْ إِنْ احتَاجَ إِلَى الثَّانِي فَعَلَ وَلَا بِمَرَّتَيْنِ كَمَا رُوِيَ عَنْ أَبِي يُوسُفَ، بَلْ إِذَا تَنَاطَرَ بِمَرَّةٍ لَا يَحْتَاجُ إِلَى الثَّانِي؛ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ هُوَ أَلَّا يَصِيرَ مِثْلَهُ، وَهُوَ يَحْصُلُ بِالتَّنْفِضِ سَوَاءً كَانَ مَرَّةً أَوْ مَرَّتَيْنِ، وَالْمِثْلَةُ مَا يُمَثَّلُ بِهِ مِنْ تَبْدِيلِ خَلْقَتِهِ وَتَغْيِيرِ هَيْئَتِهِ سَوَاءً كَانَ يَقْطَعُ عُضْوًا أَوْ تَسْوِيْدَ وَجْهِهِ أَوْ تَغْيِيرِهِ.

وَقَدْ حَكَى ابْنُ عُمَرَ وَجَابِرٌ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ «تَيَّمُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ، وَكَيْفِيَّتُهُ: أَنْ يَضْرِبَ يَدَيْهِ عَلَى الْأَرْضِ ثُمَّ يَنْفُضُهُمَا حَتَّى يَتَنَاطَرَ التُّرَابُ فَيَمْسَحَ بِهِمَا وَجْهَهُ، ثُمَّ يَضْرِبَ بِهِمَا أُخْرَى فَيَنْفُضُهُمَا وَيَمْسَحَ بِبَاطِنِ أَرْبَعِ أَصَابِعِ يَدِهِ الْيُسْرَى ظَاهِرِ يَدِهِ الْيُمْنَى مِنْ رُءُوسِ الْأَصَابِعِ إِلَى الْمِرْفَقِ، ثُمَّ يَمْسَحُ بِبَاطِنِ كَفِّهِ الْيُسْرَى بِاطْنِ ذِرَاعِهِ الْيُمْنَى إِلَى الرُّسْغِ، وَيُمِرُّ بِاطْنِ إِبْهَامِ يَدِهِ الْيُسْرَى عَلَى ظَاهِرِ إِبْهَامِ يَدِهِ الْيُمْنَى، ثُمَّ يَفْعَلُ بِيَدِهِ الْيُسْرَى كَذَلِكَ».

وَقَوْلُهُ: (وَلَا بُدَّ مِنَ الْاسْتِيْعَابِ) يَعْنِي أَنَّ الْاسْتِيْعَابَ شَرْطٌ فِي التَّيْمِ حَتَّى إِذَا تَرَكَ شَيْئًا لَمْ يَجْزْ كَمَا فِي الْوُضُوءِ. وَقَوْلُهُ: (فِي ظَاهِرِ الرُّوَايَةِ) احْتِرَازٌ عَنْ رِوَايَةِ الْحَسَنِ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ قَالَ: الْأَكْثَرُ يَقُومُ مَقَامَ الْكُلِّ؛ لِأَنَّ فِي الْمَسْوُوحَاتِ الْاسْتِيْعَابَ لَيْسَ بِشَرْطٍ كَمَا فِي مَسْحِ الْخُفِّ وَالرَّأْسِ. وَجْهُ الظَّاهِرِ أَنَّ التَّيْمَ قَائِمٌ مَقَامَ الْوُضُوءِ وَلِهَذَا

قَالُوا: يُخَلَّلُ الْأَصَابِعُ وَيَنْزَعُ الْحَائِمُ لِيَتِمَّ الْمَسْحُ، وَالِاسْتِعَابُ فِي الْوُضُوءِ شَرْطٌ فَكَذَا فِيمَا قَامَ مَقَامُهُ، وَلَوْ لَا الْخَلْفِيَّةُ لَكَانَ الْمَسْحُ إِلَى الْمَنَاقِبِ وَاجِبًا عَمَلًا بِالْمُقْتَضِي وَهُوَ ذِكْرُ الْأَيْدِي فِي الْكِتَابِ وَالسُّنَّةِ، وَلَا يَلْزَمُ آيَةُ السَّرِقَةِ؛ لِأَنَّ «النَّبِيَّ ﷺ» بَيْنَ مَحَلِّ الْقَطْعِ وَهُوَ الزَّنْدُ بِالْقَوْلِ وَالْفِعْلِ، بِخِلَافِ مَا نَحْنُ فِيهِ. فَإِنْ قِيلَ: قَدْ دَلَّ الدَّلِيلُ عَلَى أَنَّ حَقِيقَةَ الْيَدِ لَيْسَتْ بِمُرَادَةٍ فَإِنَّ الْبَاءَ إِذَا دَخَلَ عَلَى الْمَحَلِّ تَعَدَّى الْفِعْلُ إِلَى الْآلَةِ فَلَا يَقْتَضِي اسْتِعَابَ الْمَحَلِّ. أُجِيبَ بِأَنَّ الْبَاءَ صِلَةٌ كَمَا فِي قَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَلَا تَلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ﴾ [البقرة: ١٩٥] فَلَا يَقْتَضِي تَبْعِيضَ الْمَحَلِّ، وَفِيهِ بَحْثٌ ذَكَرْنَاهُ فِي التَّقْرِيرِ وَالْأَنْوَارِ.

وقوله: (وَالْحَدَّثُ وَالْجَنَابَةُ فِيهِ) أَيُّ فِي التَّيَمُّمِ مِنْ حَيْثُ الْجَوَازُ وَالْكِيفِيَّةُ وَالْآلَةُ سَوَاءً، وَهُوَ قَوْلُ أَصْحَابِنَا وَعَلَيْهِ الْعُلَمَاءُ، وَهُوَ الْمَرْوِيُّ عَنْ عَلِيٍّ وَابْنِ عَبَّاسٍ وَعَائِشَةَ. وَقَالَ بَعْضُ النَّاسِ: لَا يَتَيَمَّمُ الْجُنُبُ وَالْحَائِضُ وَالنَّفْسَاءُ، وَهُوَ الْمَرْوِيُّ عَنْ عُمَرَ وَابْنِ مَسْعُودٍ وَابْنِ عُمَرَ، وَمَنْشَأُ الْاِخْتِلَافِ فِيمَا بَيْنَهُمْ أَنَّ قَوْلَهُ تَعَالَى: ﴿أَوْ لَمَسْتُمُ النِّسَاءَ﴾ [النساء: ٤٣] مَحْمُولٌ عَلَى الْمَسِّ بِالْيَدِ أَوْ عَلَى الْجِمَاعِ، فَذَهَبَ الْأَوَّلُونَ إِلَى الثَّانِي وَالْآخِرُونَ إِلَى الْأَوَّلِ وَقَالُوا: الْقِيَاسُ أَلَّا يَكُونَ التَّيَمُّمُ طَهُورًا، وَإِنَّمَا أَبَاحَهُ اللَّهُ تَعَالَى لِلْمُحَدِّثِ فَلَا يُبَاحُ لِلْجُنُبِ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمَعْقُولٍ الْمَعْنَى حَتَّى يَصِحَّ الْقِيَاسُ، وَلَيْسَتْ فِي مَعْنَاهُ تِلْخَاقٌ بِهِ بَلْ هِيَ فَوْقَهُ. وَقَالَ الْأَوَّلُونَ الْمُلَامَسَةُ أُرِيدَ بِهَا الْجِمَاعُ مَجَازًا لِسِيَاقِ الْآيَةِ، فَإِنَّ اللَّهَ تَعَالَى بَيْنَ حُكْمِ الْحَدَّثِ وَالْجَنَابَةِ فِي آيَةِ الْوُضُوءِ ثُمَّ نَقَلَ الْحُكْمَ إِلَى الثَّرَابِ حَالَ عَدَمِ الْمَاءِ، وَذَكَرَ الْحَدَّثَ الْأَصْغَرَ بِقَوْلِهِ: ﴿أَوْ جَاءَ أَحَدٌ مِّنْكُم مِّنَ الْغَائِطِ﴾ [النساء: ٤٣] فَيَحْمَلُ لِمَسْتَمٍّ عَلَى الْحَدَّثِ الْأَكْبَرِ لِتَصِيرِ الطَّهَارَتَانِ وَالْحَدَّثَانِ مَذْكُورَيْنِ فِي آيَةِ التَّيَمُّمِ كَمَا فِي ذِكْرِ آيَةِ الْوُضُوءِ؛ وَلَكِنَّا يَلْزَمُ التَّكْرَارُ؛ لِأَنَّ الْأَصْغَرَ مَذْكُورٌ فِي قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿أَوْ جَاءَ أَحَدٌ مِّنْكُم مِّنَ الْغَائِطِ﴾ [النساء: ٤٣] فِي حَقِّ التَّيَمُّمِ، فَحَمَلُ لِمَسْتَمٍّ عَلَيْهِ تَكَرَّرًا، وَلَكِنْ سَلَّمْنَا أَنَّهُ تَعَالَى شَرَعَ التَّيَمُّمَ لِلْمُحَدِّثِ فَرَسُولُهُ ﷺ شَرَعَهُ لِلْجُنُبِ أَيْضًا لَمَّا رُويَ «أَنْ قَوْمًا جَاءُوا إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَقَالُوا إِنَّا قَوْمٌ نَسْكُنُ هَذِهِ الرِّمَالِ وَلَمْ نَجِدْ الْمَاءَ شَهْرًا أَوْ شَهْرَيْنِ وَفِينَا الْجُنُبُ وَالْحَائِضُ وَالنَّفْسَاءُ، فَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: عَلَيْكُمْ بِأَرْضِكُمْ» وَفِي الْأَحَادِيثِ الدَّلَالَةُ عَلَى ذَلِكَ كَثْرَةً. حَدَّثَ الْبُخَارِيُّ فِي صَحِيحِهِ بِإِسْنَادِهِ إِلَى عِمْرَانَ بْنِ حُصَيْنٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ رَأَى رَجُلًا

مُعْتَزِلًا لَمْ يُصَلِّ فِي الْقَوْمِ فَقَالَ: يَا فُلَانُ مَا مَنَعَكَ أَنْ تُصَلِّيَ فِي الْقَوْمِ؟ فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ أَصَابَتْني جَنَابَةٌ وَلَا مَاءَ، فَقَالَ ﷺ: عَلَيْكَ بِالصَّعِيدِ فَإِنَّهُ يَكْفِيكَ».

(وَيَجُوزُ التَّيْمُمُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ بِكُلِّ مَا كَانَ مِنْ جِنْسِ الْأَرْضِ كَالثَّرَابِ وَالرَّمْلِ وَالْحَجَرِ وَالْحِصِّ وَالتُّورَةِ وَالْكُحْلِ وَالزَّرْنِيعِ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: لَا يَجُوزُ إِلَّا بِالثَّرَابِ وَالرَّمْلِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَا يَجُوزُ إِلَّا بِالثَّرَابِ الْمُتَنَبِّتِ وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿فَتَيَمَّمُوا صَعِيدًا طَيِّبًا﴾ [النساء: ٤٣] أَيْ ثَرَابًا مُنْبِتًا، قَالَهُ ابْنُ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، غَيْرَ أَنَّ أَبَا يُوسُفَ زَادَ عَلَيْهِ الرَّمْلَ بِالْحَدِيثِ الَّذِي رَوَيْنَاهُ. وَلَهُمَا أَنَّ الصَّعِيدَ اسْمٌ لَوَجْهِ الْأَرْضِ سُمِّيَ بِهِ لِنُصُوعِهِ، وَالطَّيِّبُ يَحْتَمِلُ الطَّاهِرَ فَحَمَلَ عَلَيْهِ لِأَنَّهُ أَلْيَقُ بِمَوْضِعِ الطَّهَارَةِ أَوْ هُوَ مُرَادُ الْإِجْمَاعِ (ثُمَّ لَا يُشْتَرَطُ أَنْ يَكُونَ عَلَيْهِ غُبَارٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ) لِإِطْلَاقِ مَا تَلَوْنَا (وَكَذَا يَجُوزُ بِالْغُبَارِ مَعَ الْقُدْرَةِ عَلَى الصَّعِيدِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ) لِأَنَّهُ ثَرَابٌ رَقِيقٌ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَيَجُوزُ التَّيْمُمُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ) بَيَانٌ لِمَا يَجُوزُ بِهِ التَّيْمُمُ. وَقَوْلُهُ: (بِكُلِّ مَا كَانَ مِنْ جِنْسِ الْأَرْضِ) قِيلَ كُلُّ مَا يَحْتَرِقُ بِالنَّارِ فَيَصِيرُ رَمَادًا كَالشَّجَرِ، أَوْ يَنْطَبِعُ أَوْ يَلِينُ كَالْحَدِيدِ فَلَيْسَ مِنْ جِنْسِ الْأَرْضِ. وَهَهُنَا لَطِيفَةٌ وَهِيَ أَنَّ اللَّهَ تَعَالَى خَلَقَ دُرَّةً وَنَظَرَ إِلَيْهَا فَصَارَتْ مَاءً، ثُمَّ تَكَاثَفَ مِنْهُ فَصَارَ ثَرَابًا، وَتَلَطَّفَ مِنْهُ فَصَارَ هَوَاءً وَتَلَطَّفَ مِنْهُ فَصَارَ نَارًا فَكَانَ الْمَاءُ أَصْلًا. ذَكَرَهُ الْمُفَسِّرُونَ وَهُوَ مَنْقُولٌ عَنْ التَّوَرَاةِ، فَإِذَا تَعَذَّرَتِ الطَّهَارَةُ بِالْأَصْلِ انْتَقَلَ إِلَى التَّبَعِ وَأُقِيمَ مَقَامُهُ، وَالتَّبَاتُ كَالشَّجَرِ وَنَحْوِهِ، وَالْمُعْدِنِيُّ كَالْحَدِيدِ وَشَبَّهَهُ لَيْسَ بِتَبَعٍ لِلْمَاءِ وَحْدَهُ حَتَّى يَقُومَ مَقَامُهُ وَلَا لِلثَّرَابِ كَذَلِكَ، وَإِنَّمَا هُوَ مُرَكَّبٌ مِنَ الْعَنَاصِرِ الْأَرْبَعَةِ فَلَيْسَ لَهُ اخْتِصَاصٌ بِشَيْءٍ مِنْهَا حَتَّى يَقُومَ مَقَامُهُ.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: لَا يَجُوزُ إِلَّا بِالثَّرَابِ وَالرَّمْلِ خَاصَّةً ثُمَّ رَجَعَ عَنْهُ إِلَى أَنَّهُ لَا يَجُوزُ إِلَّا بِالثَّرَابِ الْخَالِصِ وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿فَتَيَمَّمُوا صَعِيدًا طَيِّبًا﴾ [النساء: ٤٣] أَيْ ثَرَابًا مُنْبِتًا، هَكَذَا فَسَّرَهُ ابْنُ عَبَّاسٍ، وَهَذَا يَقْتَضِي الْقَصْرَ عَلَيْهِ، غَيْرَ أَنَّ أَبَا يُوسُفَ زَادَ عَلَيْهِ الرَّمْلَ فِي قَوْلِهِ الْأَوَّلِ بِمَا رَوَيْنَا مِنْ قَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «عَلَيْكُمْ بِأَرْضِكُمْ» وَلَهُمَا أَنَّ الصَّعِيدَ اسْمٌ لَوَجْهِ الْأَرْضِ كَذَا رُوِيَ عَنِ الْخَلِيلِ، وَذَكَرَ

صَاحِبُ الْكَشَافِ عَنْ الزَّجَّاجِ أَنَّ الصَّعِيدَ اسْمٌ لَوَجْهِ الْأَرْضِ. وَقَالَ الزَّجَّاجُ فِي مَعَانِي الْقُرْآنِ لَا أَعْلَمُ بَيْنَ أَهْلِ اللُّغَةِ خِلَافًا فِي أَنَّ الصَّعِيدَ وَجْهَ الْأَرْضِ. وَفِي الصَّحَاحِ عَنْ ثَعْلَبٍ أَنَّ الصَّعِيدَ وَجْهَ الْأَرْضِ.

قَالَ الْمُصَنِّفُ (سُمِّيَ بِهِ لَصُغُودِهِ) وَهُوَ إِشَارَةٌ إِلَى أَنَّهُ فَعِيلٌ بِمَعْنَى فَاعِلٍ، وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ فَتَقْيِيدُهُ بِالثَّرَابِ الْمُنْبِتِ تَقْيِيدٌ لِلْمُطْلَقِ بِلا دَلِيلٍ (وَالطَّيِّبُ يَحْتَمِلُ الطَّاهِرَ) كَمَا فِي قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿حَنَلًا طَيِّبًا﴾ (فَحَمِلَ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ أَلِيقٌ بِمَوْضِعِ الطَّهَارَةِ) أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ كَانَ الثَّرَابُ الْمُنْبِتُ نَجَسًا لَمْ يَجْزُ التَّيْمُّ بِهِ إِجْمَاعًا، فَعَلِمَ أَنَّ الْإِنْبَاتَ لَيْسَ لَهُ أَثَرٌ فِي هَذَا الْبَابِ، وَمِمَّا يَدُلُّ عَلَى ذَلِكَ قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿وَلَكِنْ يُرِيدُ لِيُطَهِّرَكُمْ﴾ وَقَوْلُهُ: أَوْ هُوَ مُرَادٌ بِالْإِجْمَاعِ دَلِيلٌ آخَرُ، وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ الطَّيِّبَ مُشْتَرَكٌ بَيْنَ الطَّاهِرِ وَالْمُنْبِتِ، وَالطَّاهِرُ مُرَادٌ بِالْإِجْمَاعِ كَمَا مَرَّ آنفًا فَلَا يَكُونُ الْمُنْبِتُ مُرَادًا؛ لِأَنَّ الْمُسْتَرَكَّ لَا عُمُومَ لَهُ.

(ثُمَّ لَا يُشْتَرَطُ أَنْ يَكُونَ عَلَيْهِ) أَيُّ عَلَى الصَّعِيدِ (غُبَارٌ) يَلْتَرِقُ بِالْيَدِ فَيَجُوزُ التَّيْمُّ بِالْكُخْلِ وَالْأَجْرِ وَالْمُرْدَاسِجِ وَالْيَاقُوتِ وَالْفَيْرُوزِ وَالْمَرْجَانِ وَالزُّمُرُودِ وَالزُّبُرْجُدِ وَإِنْ كَانَتْ مُلْسًا لَا غُبَارَ عَلَيْهَا (عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ) وَمُحَمَّدٍ عَنْهُ فِي إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ (لِإِطْلَاقِ مَا تَلَوْنَا) مِنْ قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿فَتَيَمَّمُوا صَعِيدًا طَيِّبًا﴾ [النساء: ٤٣] وَفِي رِوَايَةٍ أُخْرَى عَنْهُ وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ وَأَبِي يُوسُفَ وَأَحْمَدَ: لَا يَجُوزُ بِدُونِهِ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿فَامْسَحُوا بِوُجُوهِكُمْ وَأَيْدِيكُمْ مِنْهُ﴾ [المائدة: ٦] أَيُّ مِنَ الثَّرَابِ، وَهُوَ كَمَا تَرَى يُوجِبُ الْمَسْحَ بِشَيْءٍ مِنَ الْأَرْضِ لَكُونِ كَلِمَةً مِنَ التَّيْبِضِ.

وَالْجَوَابُ أَنَّ الضَّمِيرَ يَحْتَمِلُ أَنْ يَعُودَ لِلْمُحْدَثِ أَوْ يُحْمَلُ مِنْ عَلَى ابْتِدَاءِ الْعَايَةِ (وَكَذَلِكَ يَجُوزُ بِالْغُبَارِ) بَأَنْ يَنْقُضَ ثَوْبُهُ أَوْ لَبَدُهُ (مَعَ الْقُدْرَةِ عَلَى الصَّعِيدِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ) وَأَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ لَمْ يُجَوِّزْهُ مَعَ الْقُدْرَةِ عَلَى الصَّعِيدِ؛ لِأَنَّ الْغُبَارَ لَيْسَ بِثَرَابٍ خَالِصٍ، وَلَكِنَّهُ مِنَ الثَّرَابِ مِنْ وَجْهِ وَالْمَأْمُورُ بِهِ التَّيْمُّ بِالصَّعِيدِ، فَعِنْدَ الْقُدْرَةِ عَلَيْهِ لَا يَجُوزُ الْعُدُولُ عَنْهُ، وَأَمَّا عِنْدَ الْعَجْزِ عَنْهُ فَيَجُوزُ كَالْإِيْمَاءِ عِنْدَ الْعَجْزِ عَنِ الرُّكُوعِ وَالسُّجُودِ. وَدَلِيلُهُمَا قَوْلُهُ: (لَأَنَّهُ ثَرَابٌ رَقِيقٌ) فَإِنْ مَنْ نَقَضَ ثَوْبَهُ يَتَأَذَى جَارُهُ مِنَ الثَّرَابِ، وَكَمَا يَجُوزُ التَّيْمُّ بِالْخَشَنِ مِنْهُ فَكَذَا بِالرَّقِيقِ، وَالشَّرْطُ فِي التَّيْمِّ بِالْغُبَارِ الْمَسْحُ بِيَدِهِ لَا مُجَرَّدُ إِصَابَةِ الْغُبَارِ مَعَ النِّيَّةِ، فَلَوْ أَصَابَ وَجْهَهُ وَذِرَاعَيْهِ

غَبَارٌ وَتَوَى التَّيْمُ وَلَمْ يَمْسَحْ بِهِ وَجْهَهُ وَذِرَاعَيْهِ لَمْ يَكُنْ مُتَيِّمًا.

(وَالنِّيَّةُ فَرَضٌ فِي التَّيْمِ) وَقَالَ زُفَرٌ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: لَيْسَتْ بِفَرْضٍ لِأَنَّهُ خَلَفَ عَنِ الْوُضُوءِ فَلَا يُخَالَفُهُ فِي وَصْفِهِ. وَلَنَا أَنَّهُ يُنْبِئُ عَنِ الْقَصْدِ فَلَا يَتَحَقَّقُ دُونَهُ، أَوْ جَعَلَ طَهُورًا فِي حَالَتِهِ مَخْصُوصَةً وَالْمَاءُ طَهُورٌ بِنَفْسِهِ عَلَى مَا مَرَّ (ثُمَّ إِذَا نَوَى الطَّهَارَةَ أَوْ اسْتِبَاحَةَ الصَّلَاةِ أَجْزَأَهُ وَلَا يُشْتَرَطُ نِيَّةُ التَّيْمِ لِلْحَدَثِ أَوْ لِلجَنَابَةِ) هُوَ الصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ.

الشرح:

(وَالنِّيَّةُ فَرَضٌ فِي التَّيْمِ) خِلَافًا لِرُفَرٍ. هُوَ يَقُولُ التَّيْمُ خَلَفَ عَنِ الْوُضُوءِ، وَهُوَ ظَاهِرٌ؛ لِأَنَّ الْخَلْفَ هُوَ مَا لَا يَجُوزُ الْإِثْبَانُ بِهِ إِلَّا عِنْدَ غُذْرِ وَجَدٍ فِي الْأَصْلِ وَمَا نَحْنُ فِيهِ كَذَلِكَ لَا مَحَالَةَ، وَالْخَلْفُ لَا يُخَالَفُ الْأَصْلَ فِي وَصْفِهِ: أَيِّ فِي وَصْفِهِ الَّذِي هُوَ الصَّحَّةُ، فَإِنَّ الْوُضُوءَ بِدُونِ النِّيَّةِ صَحِيحٌ، فَلَوْ لَمْ يَصِحَّ التَّيْمُ بِدُونِهَا كَانَ الْخَلْفُ مُخَالِفًا لِلْأَصْلِ فِي وَصْفِهِ وَهُوَ لَا يَجُوزُ لَخُرُوجِهِ عَنِ الْخَلْفِيَّةِ إِذْ ذَاكَ (وَلَنَا أَنَّهُ يُنْبِئُ عَنِ الْقَصْدِ فَلَا يَتَحَقَّقُ دُونَهُ) وَقَدْ تَقَدَّمَ الْبَحْثُ فِيهِ، وَقَدْ قِيلَ أَيْضًا فِي تَقْرِيرِهِ: التَّيْمُ يَدُلُّ عَلَى الْقَصْدِ وَالْقَصْدُ هُوَ النِّيَّةُ، وَأَمَرْنَا بِالتَّيْمِ وَالْأَمْرُ لِلْوُجُوبِ فَيُشْتَرَطُ النِّيَّةُ بِخِلَافِ الْوُضُوءِ فَإِنَّ الْأَمْرَ ثَمَّةَ وَرَدَ بِالْعَسَلِ وَالْمَسْحِ وَلَا دَلَالَةَ لَهُمَا عَلَى النِّيَّةِ، وَفِيهِ نَظَرٌ؛ لِأَنَّ الْقَصْدَ الْمَأْمُورَ بِهِ هُوَ قَصْدُ اسْتِعْمَالِ التُّرَابِ.

وَتَفْسِيرُ النِّيَّةِ فِي التَّيْمِ أَنْ يَنْوِيَ الطَّهَارَةَ أَوْ رَفَعَ الْحَدَثَ أَوْ الْجَنَابَةَ أَوْ اسْتِبَاحَةَ الصَّلَاةِ وَهَذَا غَيْرُ ذَلِكَ لَا مَحَالَةَ، فَلَا يَلْزَمُ مِنْ كَوْنِ أَحَدِهِمَا مَأْمُورًا بِهِ أَنْ يَكُونَ الْآخَرُ شَرْطًا. وَقَوْلُهُ: (أَوْ جَعَلَ طَهُورًا) دَلِيلٌ آخَرُ. وَتَقْرِيرُهُ جَعَلَ التُّرَابَ طَهُورًا بِشَرْطَيْنِ: بِشَرْطِ عَدَمِ الْمَاءِ، وَبِشَرْطِ أَنْ يَكُونَ التَّيْمُ لِلصَّلَاةِ؛ لِأَنَّ قَوْلَهُ تَعَالَى ﴿فَلَمْ تَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا﴾ [النساء: ٤٣] بِنَاءً عَلَى قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿إِذَا قُمْتُمْ إِلَى الصَّلَاةِ فَاغْسِلُوا وُجُوهَكُمْ﴾ [المائدة: ٦] وَالْمُرَادُ بِهِ فَاغْسِلُوا لِلصَّلَاةِ، فَكَذَا قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿فَتَيَمَّمُوا﴾ لِلصَّلَاةِ، فَكَمَا لَا يُفِيدُ الطَّهَارَةَ حَالُ وُجُودِ الْمَاءِ فَكَذَا لَا يُفِيدُهَا حَالُ عَدَمِ النِّيَّةِ.

وَقَوْلُهُ: (وَالْمَاءُ طَهُورٌ بِنَفْسِهِ) جَوَابُ سُؤَالٍ مُقَدَّرٍ تَقْدِيرُهُ أَنَّ الْمَاءَ أَيْضًا فِي الْآيَةِ جَعَلَ طَهُورًا فِي حَالِهِ مَخْصُوصَةً كَمَا ذَكَرْنَا، فَكَانَ الْوَاجِبُ أَنْ تَكُونَ النِّيَّةُ شَرْطًا

فيه. وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ الْمَاءَ طَهُورٌ بِنَفْسِهِ: أَيُّ عَامِلٍ بَطْبَعَهُ كَمَا مَرَّ فَلَا يَحْتَاجُ إِلَى النَّيَّةِ كَمَا فِي إِزَالَةِ النَّجَاسَةِ الْعَيْنِيَّةِ. وَقَوْلُهُ: (ثُمَّ إِذَا نَوَى الطَّهَّارَةَ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ: (هُوَ الصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ) اخْتِرَازٌ عَمَّا قَالَ بِهِ أَبُو بَكْرٍ الرَّازِيُّ فَإِنَّهُ كَانَ يَقُولُ: يَحْتَاجُ إِلَى نِيَّةِ التَّيَمُّمِ لِلْحَدَّثِ أَوْ لِلجَنَابَةِ؛ لِأَنَّ التَّيَمُّمَ لَهُمَا بَصِيفَةٌ وَاحِدَةٌ، فَلَا يَتَمَيَّزُ أَحَدُهُمَا عَنِ الْآخَرِ إِلَّا بِالنِّيَّةِ كَصَلَاةِ الْفَرَضِ عَنِ النَّافِلَةِ، وَوَجْهُ مَا قَالَ فِي الْكِتَابِ أَنَّ التَّيَمُّمَ طَهَّارَةٌ فَلَا يَلْزَمُ نِيَّةُ أَسْبَابِهَا كَمَا فِي الْوُضُوءِ.

(فَإِنْ تَيَمَّمَ نَصْرَانِيٌّ يُرِيدُ بِهِ الْإِسْلَامَ ثُمَّ أَسْلَمَ لَمْ يَكُنْ مُتَيَمِّمًا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: هُوَ مُتَيَمِّمٌ) لِأَنَّهُ نَوَى قُرْبَةً مَقْصُودَةً، بِخِلَافِ التَّيَمُّمِ لِدُخُولِ الْمَسْجِدِ وَمَسِّ الْمُصْحَفِ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِقُرْبَةٍ مَقْصُودَةٍ. وَلَهُمَا أَنَّ التُّرَابَ مَا جُعِلَ طَهُورًا إِلَّا فِي حَالِ إِرَادَةِ قُرْبَةٍ مَقْصُودَةٍ لَا تَصِحُّ بِدُونِ الطَّهَّارَةِ، وَالْإِسْلَامُ قُرْبَةٌ مَقْصُودَةٌ تَصِحُّ بِدُونِهَا بِخِلَافِ سَجْدَةِ التَّلَاوَةِ لِأَنَّهَا قُرْبَةٌ مَقْصُودَةٌ لَا تَصِحُّ بِدُونِ الطَّهَّارَةِ (وَأِنْ تَوَضَّأَ لَا يُرِيدُ بِهِ الْإِسْلَامَ ثُمَّ أَسْلَمَ فَهُوَ مُتَوَضِّئٌ) خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ بِنَاءً عَلَى اشْتِرَاطِ النِّيَّةِ.

الشرح:

قَالَ (فَإِنْ تَيَمَّمَ نَصْرَانِيٌّ يُرِيدُ بِهِ الْإِسْلَامَ) نَصْرَانِيٌّ تَيَمَّمَ يُرِيدُ بِهِ الْإِسْلَامَ ثُمَّ أَسْلَمَ لَمْ يَكُنْ مُتَيَمِّمًا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: هُوَ مُتَيَمِّمٌ؛ لِأَنَّهُ نَوَى قُرْبَةً مَقْصُودَةً أَمَّا الْقُرْبَةُ فَلَأَنَّ الْإِسْلَامَ أَعْظَمُ الْقُرْبِ، وَأَمَّا أَنَّهَا مَقْصُودَةٌ فَلَأَنَّ الْمُرَادَ بِهِ هَاهُنَا مَا لَا يَكُونُ فِي ضِمْنِ شَيْءٍ آخَرَ كَالْمَشْرُوطِ، وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ صَحَّ تَيَمُّمُهُ كَالْمُسْلِمِ تَيَمَّمَ لِلصَّلَاةِ (بِخِلَافِ مَا إِذَا تَيَمَّمَ الْمُسْلِمُ لِدُخُولِ الْمَسْجِدِ وَمَسِّ الْمُصْحَفِ) فَإِنَّهُ لَا يَكُونُ مُتَيَمِّمًا؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لَيْسَ بِقُرْبَةٍ مَقْصُودَةٍ لِحُصُولِهِ فِي ضِمْنِ شَيْءٍ آخَرَ (وَلَهُمَا أَنَّ التُّرَابَ مَا جُعِلَ طَهُورًا إِلَّا فِي حَالِ إِرَادَةِ قُرْبَةٍ مَقْصُودَةٍ لَا تَصِحُّ بِدُونِ الطَّهَّارَةِ) وَالْإِسْلَامُ لَيْسَ كَذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ يَصِحُّ بِدُونِهَا، بِخِلَافِ سَجْدَةِ التَّلَاوَةِ؛ لِأَنَّهَا قُرْبَةٌ مَقْصُودَةٌ عَلَى التَّفْسِيرِ الَّذِي ذَكَرْنَا (وَلَا تَصِحُّ بِدُونِ الطَّهَّارَةِ) قَالَ فِي النَّهَائَةِ: فِي هَذَا اللَّفْظِ إِشَارَةٌ إِلَى أَنَّ الْكَافِرَ لَوْ نَوَى قُرْبَةً التَّيَمُّمِ لَا تَصِحُّ تِلْكَ الْقُرْبَةُ بِدُونِ الطَّهَّارَةِ وَكَانَ مُتَيَمِّمًا، وَلَيْسَ الْأَمْرُ كَذَلِكَ فَإِنَّ الْكَافِرَ إِذَا تَيَمَّمَ لِلصَّلَاةِ ثُمَّ أَسْلَمَ لَا تَجُوزُ الصَّلَاةُ بِذَلِكَ التَّيَمُّمِ نَصٌّ عَلَى هَذَا شَيْخُ الْإِسْلَامِ فِي مَبْسُوطِهِ، بَلْ

الصَّوَابُ فِي التَّغْلِيلِ أَنْ يُقَالَ: الْكَافِرُ لَيْسَ بِأَهْلٍ لِلنِّبَةِ؛ لِأَنَّهَا عِبَادَةٌ، وَالتَّيْمُّ لَا يَصِحُّ بِدُونِ النِّبَةِ فَلِذَلِكَ لَا يَصِحُّ مِنْهُ التَّيْمُّ وَعَنْ هَذَا فَرَّقَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ بَيْنَ نِيبَةِ الْإِسْلَامِ وَنِيبَةِ الصَّلَاةِ فَقَالَ يَكُونُ مُتَيِّمًا فِي الْأَوَّلِ دُونَ الثَّانِي. وَقَالَ: لِأَنَّ الْإِسْلَامَ يَصِحُّ مِنْهُ فَتَصِحُّ نِيبَةُ التَّيْمِّ مِنْهُ لِلْإِسْلَامِ، بِخِلَافِ مَا لَوْ تَيَّمَّ بِنِيبَةِ الصَّلَاةِ؛ لِأَنَّ الصَّلَاةَ قُرْبَةٌ لَا تَصِحُّ مِنَ الْكَافِرِ وَلَا تَصِحُّ نِيبَةُ الصَّلَاةِ فَيَجْعَلُ وُجُودَ هَذِهِ النِّبَةِ وَعَدَمَهَا بِمَنْزِلَةِ وَاحِدَةٍ فَيَنْقُيَ التَّيْمُّ مِنْ غَيْرِ نِيبَةٍ فَلَا يَصِحُّ (وَإِنْ تَوَضَّأَ النَّصْرَانِيُّ لَا يُرِيدُ بِهِ الْإِسْلَامَ ثُمَّ أَسْلَمَ فَهُوَ مُتَوَضِّئٌ) عِنْدَنَا؛ لِأَنَّ النِّبَةَ فِيهِ لَيْسَتْ بِشَرْطٍ عِنْدَنَا، فَعَدَمُ أَهْلِيَّتِهِ لَا يَضُرُّ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَيْسَ بِمُتَوَضِّئٍ؛ لِأَنَّ النِّبَةَ شَرْطٌ، وَهُوَ لَيْسَ مِنْ أَهْلِهَا، فَقَوْلُهُ: (بِنَاءٌ عَلَى اشْتِرَاطِ النِّبَةِ) دَلِيلُ الشَّافِعِيِّ وَيُفْهَمُ مِنْهُ دَلِيلُنَا.

(فَإِنْ تَيَّمَّ مُسْلِمٌ ثُمَّ ارْتَدَّ ثُمَّ أَسْلَمَ فَهُوَ عَلَى تَيِّمِهِ) وَقَالَ زُفَرٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: بَطُلَ تَيِّمُهُ لِأَنَّ الْكُفْرَ يُنَافِيهِ فَيَسْتَوِي فِيهِ الْإِبْتِدَاءُ وَالْبَقَاءُ كَالْمَحْرَمِيَّةِ فِي النِّكَاحِ. وَلَنَا أَنَّ الْبَاقِيَ بَعْدَ التَّيْمِّ صِفَةٌ كَوْنِهِ طَاهِرًا فَاعْتِرَاضُ الْكُفْرِ عَلَيْهِ لَا يُنَافِيهِ كَمَا تَوَاعَتْزُ عَلَى الْوُضُوءِ، وَإِنَّمَا لَا يَصِحُّ مِنَ الْكَافِرِ إِبْتِدَاءُ لِعَدَمِ النِّبَةِ مِنْهُ.

الشرح:

(فَإِنْ تَيَّمَّ مُسْلِمٌ ثُمَّ ارْتَدَّ وَالْعِيَاذُ بِاللَّهِ ثُمَّ أَسْلَمَ فَهُوَ عَلَى تَيِّمِهِ. وَقَالَ زُفَرٌ: يَبْطُلُ تَيِّمُهُ؛ لِأَنَّ الْكُفْرَ يُنَافِي التَّيْمَ) إِبْتِدَاءً فَكَذَا بَقَاءً كَالْمَحْرَمِيَّةِ فِي النِّكَاحِ بِأَنَّ كَانَا رَضِيعَيْنِ وَقَدْ زُوجَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالْآخَرِ أَبَوَاهُمَا ثُمَّ أَرْضَعْتَهُمَا امْرَأَةً فَإِنَّهُ يَرْتَفِعُ النِّكَاحُ، وَاعْتَرَضَ بِأَنَّ الْكُفْرَ يُنَافِي التَّيْمَ بِاعْتِبَارِ كَوْنِهِ عِبَادَةً، وَكَوْنُهُ عِبَادَةً إِنَّمَا هُوَ بِالنِّبَةِ وَلَيْسَتْ بِشَرْطٍ عِنْدَ زُفَرٍ فَيَكُونُ اعْتِرَاضُ الْكُفْرِ عَلَى التَّيْمِّ كَاعْتِرَاضِهِ عَلَى الْوُضُوءِ.

وَأُجِيبَ بِأَنَّهُ رَوَى عَنْ زُفَرٍ رِوَايَةً أُخْرَى اشْتَرَطَ فِيهَا النِّبَةَ لِلتَّيْمِ، وَقِيلَ الْمُنَافَاةُ بَيْنَهُمَا بِاعْتِبَارِ عَدَمِ الْأَهْلِيَّةِ؛ لِأَنَّهُ شَرْعٌ لِلصَّلَاةِ وَالْكَافِرُ لَيْسَ بِأَهْلٍ لَهَا فَكَانَ فَعْلُهُ كَفْعُ الْبَهِيمَةِ فَيَكُونُ تَيِّمُهُ بَاطِلًا نَوَى أَوْ لَمْ يَنْوِ، وَيَسْتَوِي فِيهِ الْإِبْتِدَاءُ وَالْبَقَاءُ لَمَّا مَرَّ (وَلَنَا أَنَّ الْبَاقِيَ بَعْدَ التَّيْمِّ صِفَةٌ كَوْنِهِ طَاهِرًا) وَمَعْنَاهُ أَنَّ التَّيْمَ عَدَمٌ كَمَا وَجَدَ لَكُونَهُ فَعَلًا فَعِنْدَ الْكُفْرِ لَا يَكُونُ التَّيْمُ مَوْجُودًا حَتَّى يَبْطُلَ لَوْجُودِ مُنَافِيهِ بَلِ الْبَاقِيَ صِفَةٌ كَوْنِهِ طَاهِرًا

وَالْكَفْرُ لَا يُنَافِيهِ، فَاعْتَرَضَهُ عَلَيْهِ كَالاعْتِرَاضِ عَلَى الْوُضُوءِ، وَإِنَّمَا لَا يَصِحُّ مِنَ الْكَافِرِ ابْتِدَاءُ لَعَدَمِ النَّبَةِ مِنْهُ، وَلَيْسَ الْبَقَاءُ كَذَلِكَ لَوْجُودَهَا. فَإِنْ قِيلَ: الرَّدَّةُ تُحِبُّ الْعَمَلَ لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿لَنْ أَشْرَكَتَ لِيَحْبِطَنَّ عَمَلُكَ﴾ [الزمر: ٦٥] وَقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَمَنْ يَكْفُرْ بِالْإِيمَانِ فَقَدْ حَبِطَ عَمَلُهُ﴾ [المائدة: ٥] وَوُضُوءُهُ وَيَتِمُّهُ مِنْ عَمَلِهِ فَكَيْفَ يَتَّقِيَانِ بَعْدَ الرَّدَّةِ أُجِيبَ أَنَّ الرَّدَّةَ تُحِبُّ تَوَابَ الْعَمَلِ وَذَلِكَ لَا يَمْنَعُ زَوَالَ الْحَدَثِ كَمَنْ تَوَضَّأَ رِيَاءً فَإِنَّ الْحَدَثَ يَزُولُ بِهِ وَإِنْ كَانَ لَا يُثَابُ عَلَى وَضُوءِهِ.

(وَيَنْقُضُ التَّيَمُّمُ كُلَّ شَيْءٍ يَنْقُضُ الْوُضُوءَ) لِأَنَّهُ خَلَفَ عَنْهُ فَأَخَذَ حُكْمَهُ (وَيَنْقُضُهُ أَيْضًا رُؤْيَا الْمَاءِ إِذَا قَدَرَ عَلَى اسْتِعْمَالِهِ) لِأَنَّ الْقُدْرَةَ هِيَ الْمُرَادُ بِالْوُجُودِ الَّذِي هُوَ غَايَةُ لَطَهُورِيَّةِ التُّرَابِ، وَخَائِفُ السَّبْعِ وَالْعَدُوِّ وَالْعَطَشِ عَاجِزٌ حُكْمًا وَالنَّائِمُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ قَادِرٌ تَقْدِيرًا، حَتَّى تَوَمَّرَ النَّائِمُ الْمُتَيَمِّمُ عَلَى الْمَاءِ بَطَلَ تَيَمُّمُهُ عِنْدَهُ، وَالْمُرَادُ مَاءٌ يَكْفِي لِلْوُضُوءِ لِأَنَّهُ لَا مُعْتَبَرٌ بِمَا دُونَهُ ابْتِدَاءً فَكَذَا انْتِهَاءً (وَلَا يُتَيَمَّمُ إِلَّا بِصَعِيدٍ طَاهِرٍ) لِأَنَّ الطَّيِّبَ أُرِيدَ بِهِ الطَّاهِرَ فِي النَّصِّ وَلِأَنَّهُ أَلَا التَّطْهِيرَ فَلَا بُدَّ مِنْ طَهَارَتِهِ فِي نَفْسِهِ كَالْمَاءِ.

الشرح:

قَالَ (وَيَنْقُضُ التَّيَمُّمُ كُلَّ شَيْءٍ يَنْقُضُ الْوُضُوءَ) قَدْ تَقَدَّمَ أَنَّ التَّيَمُّمَ خَلَفَ عَنْ الْوُضُوءِ، وَلَا شَكَّ أَنَّ الْأَصْلَ أَقْوَى مِنَ الْخَلْفِ، فَمَا كَانَ نَاقِضًا لِلْأَقْوَى كَانَ نَاقِضًا لِلْأَضْعَفِ بِطَرِيقِ الْأَوَّلَى، فَكُلُّ مَا يَنْقُضُ الْوُضُوءَ يَنْقُضُ التَّيَمُّمَ (وَيَنْقُضُهُ أَيْضًا رُؤْيَا الْمَاءِ عِنْدَ الْقُدْرَةِ عَلَى الاسْتِعْمَالِ) وَإِسْتِثْنَاءُ التَّقْضِ إِلَى رُؤْيَا الْمَاءِ إِسْنَادٌ مَجَازِيٌّ؛ لِأَنَّ رُؤْيَا الْمَاءِ عِنْدَ الْقُدْرَةِ عَلَى الاسْتِعْمَالِ شَرْطٌ لِعَمَلِ الْحَدَثِ السَّابِقِ عَمَلُهُ عِنْدَنَا، وَالنَّاقِضُ حَقِيقَةٌ هُوَ الْحَدَثُ السَّابِقُ بِخُرُوجِ النَّجَسِ.

قَوْلُهُ: (لِأَنَّ الْقُدْرَةَ هِيَ الْمُرَادُ) قَدْ ذَكَرْنَا مِنْ قَبْلُ. وَقَوْلُهُ: (هُوَ غَايَةُ لَطَهُورِيَّةِ التُّرَابِ) سَمَاهُ غَايَةً مِنْ حَيْثُ الْمَعْنَى إِذْ لَيْسَ فِي لَفْظِ الْكِتَابِ الْعَزِيزِ مَا يَدُلُّ عَلَى ذَلِكَ، وَالْمَذْكُورُ فِي الْحَدِيثِ قَوْلُهُ: ﷺ «مَا لَمْ يَجِدْ الْمَاءَ» وَكَلِمَةُ مَا لِلْمُدَّةِ: أَيُّ مَا دَامَ أَنَّهُ غَيْرُ وَاجِدٍ لِلْمَاءِ، وَلَكِنَّ مَعْنَاهُمَا يَلْتَقِيَانِ فِي أَنَّ الْحُكْمَ بَعْدَ ذَلِكَ الْوَقْتِ يُخَالَفُ مَا قَبْلَهُ فَسُمِّيَ بِاسْمِ الْغَايَةِ. قِيلَ لَا يَلِزَمُ مِنْ انْتِهَاءِ طَهُورِيَّةِ التُّرَابِ انْتِهَاءُ الطَّهَارَةِ الْحَاصِلَةِ بِهِ كَالْمَاءِ فَإِنَّهُ يَصِيرُ نَجَسًا بِالْإِسْتِعْمَالِ وَتَنْتَهِي طَهُورِيَّتُهُ وَتَبْقَى الطَّهَارَةُ الْحَاصِلَةُ بِهِ. أُجِيبَ

بأن الطهارة الحاصلة به صفة راجعة إلى المحل، وكل ما هو كذلك فالابتداء والبقاء فيه سواء (وخائف العدو) سواء كان خائفاً على نفسه أو على ماله كذا في شرح الطحاوي (والسبع والعطش عاجز حكماً)؛ لأن صيانة النفس أوجب من صيانة الطهارة بالماء فإن لها بدلاً ولا بدل للنفس.

(والتائم) يعني من لم يكن مضطجعا ولا مستنداً في المحل، فإنه إذا كان كذلك ينتقض تيممه بالنوم فلا تنأى هذه المسألة (قادر تقدير) أي حكماً (عند أبي حنيفة) فينتقض به تيممه؛ لأنه عاجز عن الاستعمال بعذر جاء من قبل نفسه فلا يكون معذوراً. وقيل ينبغي ألا يتناقض عند الكل؛ لأنه لو تيمم وبقره ماء لا يعلم به يجوز تيممه عند الكل. وقال الثمرتاشي: وفي زيادات الحلواني في النكاح تيمم التائم المار بالماء روايتان من غير ذكر خلاف.

وقوله: (والمراد ماء يكفي للوضوء) يعني الماء الذي يمر عليه التائم وقد مر لنا من قبل. وقوله: (؛ لأن الطيب) يعني قوله تعالى ﴿صَعِيدًا طَيِّبًا﴾ [المائدة: ٦] (أريد به الظاهر) بالإجماع كما تقدم.

(ويستحب لعادم الماء وهو يرجوه أن يؤخر الصلاة إلى آخر الوقت، فإن وجد الماء تَوْضُأً وَلَا تَيْمُمَ وَصَلَى لِيَقَعَ الْأَدَاءُ بِأَكْمَلِ الطَّهَارَتَيْنِ فَصَارَ كَالطَّمَعِ فِي الْجَمَاعَةِ. وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ فِي غَيْرِ رَوَايَةِ الْأُصُولِ أَنَّ التَّأخيرَ حَتَمٌ لِأَنَّ غَالِبَ الرَّأْيِ كَالْمُتَحَقِّقِ. وَجَهَ الظَّاهِرِ أَنَّ الْعَجْزَ ثَابِتٌ حَقِيقَةً فَلَا يَزُولُ حُكْمُهُ) إِلَّا بَيِّقِينَ مِثْلَهُ.

الشرح:

وقوله: (ويستحب لعادم الماء) ظاهر، قيل هذه المسألة تدل على أن الصلاة في أول الوقت أفضل عندنا أيضاً إلا إذا تضمن التأخير فضيلة لا تحصل بدونه ككثير الجماعة والصلاة بأكمل الطهارتين. ورد بأن هذا ليس مذهبا لأصحابنا ألا ترى إلى ما صرح به صاحب الهداية وغيره من المتقدمين في كتبهم بقولهم ويستحب الإسفار بالفجر والإبراد بالظهر في الصيف وتأخير العصر ما لم تتغير الشمس وتقدم المغرب وتأخير العشاء إلى ما قبل ثلث الليل على ما سيأتي.

وَقَوْلُهُ: لَعَادِمِ الْمَاءِ لَيْسَ اخْتِرَازٌ عَنْ غَيْرِ عَادِمِهِ بَلْ هُوَ اخْتِرَازٌ عَنْ قَوْلِ الشَّافِعِيِّ فَإِنَّ عِنْدَهُ أَنَّ عَادِمَ الْمَاءِ وَإِنْ رَجَأَ أَنْ يَجِدَهُ فِي آخِرِ الْوَقْتِ يُقَدِّمُ الصَّلَاةَ، وَكَذَا قَوْلُهُ: كَالطَّامِعِ فِي الْجَمَاعَةِ لَيْسَ بِاخْتِرَازٍ عَنْ غَيْرِ الطَّامِعِ بَلْ هُوَ إلِزَامٌ عَلَى الشَّافِعِيِّ؛ لِأَنَّ مَذْهَبَهُ أَنَّ التَّأخِيرَ مُسْتَحَبٌّ إِذَا كَانَ طَامِعًا فِي الْجَمَاعَةِ، وَنَظِيرُهُ قَوْلُ الْأَصْحَابِ فِي مُوجِبَاتِ الْغُسْلِ وَالتَّقَاءِ الْخِتَائِنِ مِنْ غَيْرِ إِنْزَالٍ فَإِنَّهُ لَيْسَ اخْتِرَازًا عَنْ الْإِنْزَالِ لَعَدَمِ الْفَرْقِ بَيْنَ الْإِنْزَالِ وَعَدَمِهِ فِي الْمَوْجِبَةِ لَا مَحَالَةَ، وَإِنَّمَا هُوَ اخْتِرَازٌ عَنْ قَوْلِ الْأَنْصَارِيِّ، وَقَوْلُهُ: (فِي غَيْرِ رِوَايَةِ الْأُصُولِ) رِوَايَةُ الْأُصُولِ رِوَايَةُ الْجَامِعِينَ وَالزَّيَادَاتِ وَالْمَبْسُوطِ وَرِوَايَةُ غَيْرِ الْأُصُولِ رِوَايَةُ التَّوَادِرِ وَالْأَمَالِي وَالرُّقِيَّاتِ وَالْكَيْسَانِيَّاتِ وَالْهَارُونِيَّاتِ.

وَقَوْلُهُ: (لَأَنَّ غَالِبَ الرَّأْيِ كَالْمُتَحَقِّقِ) أَلَا تَرَى أَنَّ اللَّهَ تَعَالَى سَمَّى غَالِبَ الرَّأْيِ عِلْمًا، قَالَ تَعَالَى ﴿فَإِنْ عَلِمْتُمُوهُنَّ مُؤْمِنَاتٍ﴾ [الْمُتَحَنَّة: ١٠] الْآيَةَ، وَجَبَ الْعَمَلُ بِخَبَرِ الْوَاحِدِ وَالْقِيَاسُ كَذَلِكَ قَالَ الشَّيْخُ عَبْدُ الْعَزِيزِ: هَذَا التَّغْلِيلُ مُشْكِلٌ؛ لِأَنَّهُ يَقْتَضِي أَنَّ يَجِبَ التَّأخِيرُ عِنْدَ التَّحَقُّقِ فِي آخِرِ الْوَقْتِ مَعَ بُعْدِ الْمَسَافَةِ فِي الرِّوَايَاتِ الظَّاهِرَةِ لِيَصِحَّ مَقِيسًا عَلَيْهِ، وَلَيْسَ كَذَلِكَ فَإِنَّهُ ذَكَرَ فِي أَوَّلِ الْبَابِ أَنَّ مَنْ كَانَ خَارِجَ الْمِصْرِ يَجُوزُ لَهُ التَّيْمُّ إِذَا كَانَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْمَاءِ مِيلٌ أَوْ أَكْثَرُ.

وَفِي الْخُلَاصَةِ وَعَامَّةِ النُّسخ: الْمُسَافِرُ إِذَا كَانَ عَلَى ثَبْتٍ مِنْ وُجُودِ الْمَاءِ فِي آخِرِ الْوَقْتِ أَوْ غَالِبُ ظَنِّهِ ذَلِكَ جَازَ لَهُ التَّيْمُّ إِذَا كَانَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْمَاءِ مِيلٌ أَوْ أَكْثَرُ، وَإِنْ كَانَ أَقَلُّ لَا يَجُوزُ، وَإِنْ خَافَ فَوْتَ الصَّلَاةِ فَلَوْ حُمِلَ هَذَا: يَعْنِي التَّغْلِيلَ عَلَى أَنَّ الْمُرَادَ أَنَّ التَّيْمُّ لَا يَجُوزُ فِي الْمُتَحَقِّقِ فِي غَيْرِ رِوَايَةِ الْأُصُولِ فَالْحَقُّ بِهِ غَالِبُ الظَّنِّ فِي هَذِهِ الرِّوَايَةِ لَمْ يَسْتَقِمْ أَيْضًا؛ لِأَنَّهُ عَلَّلَ وَجْهَ ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ بِأَنَّ الْعَجْزَ ثَابِتٌ حَقِيقَةً فَلَا يَزُولُ حُكْمُهُ إِلَّا بِبَيِّنٍ مِثْلِهِ، وَذَلِكَ يَقْتَضِي أَنَّ حُكْمَ الْعَجْزِ وَهُوَ جَوَازُ التَّيْمِّ يَزُولُ عِنْدَ التَّبَيُّنِ بِوُجُودِ الْمَاءِ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ، وَلَيْسَ كَذَلِكَ عَلَى مَا بَيَّنَّا.

وَلَوْ حُمِلَ عَلَى أَنَّ هَذَا فِيمَا إِذَا كَانَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ ذَلِكَ الْمَوْضِعِ أَقَلُّ مِنْ مِيلٍ لَمْ يَسْتَقِمْ أَيْضًا؛ لِأَنَّهُ لَا فَرْقَ فِي تَغْلِيلِ ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ بَيْنَ غَلَبَةِ الظَّنِّ وَالْيَقِينِ فِيمَا إِذَا كَانَتْ الْمَسَافَةُ أَقَلَّ مِنْ مِيلٍ فِي عَدَمِ جَوَازِ التَّيْمِّ، كَمَا أَنَّهُ لَا فَرْقَ بَيْنَهُمَا فِيمَا إِذَا كَانَتْ الْمَسَافَةُ أَكْثَرَ مِنْ مِيلٍ فِي جَوَازِ التَّيْمِّ. وَقَدْ صَرَّحَ فِي آخِرِ هَذَا الْبَابِ أَنَّهُ إِذَا غَلَبَ عَلَى

ظَنَّهُ أَنَّ بَقْرِبِهِ مَاءٌ لَا يَجُوزُ التَّيْمُّ كَمَا لَوْ تَيَقَّنَ بِذَلِكَ فَعَلِمَ أَنَّهُ مُشْكَلٌ. بَقِيَ وَجْهٌ آخَرُ وَهُوَ أَنَّ يُحْمَلَ هَذَا عَلَى مَا إِذَا لَمْ يَعْلَمْ أَنَّ الْمَسَافَةَ قَرِيبَةً أَوْ بَعِيدَةً، فَلَوْ ثَبَتَ أَنَّهُ تَيَقَّنَ بِوُجُودِ الْمَاءِ فِي آخِرِ الْوَقْتِ فَقَدْ أَمِنَ مِنَ الْفَوَاتِ، وَلَكَّمَا لَمْ يَثْبُتْ بُعْدُ الْمَسَافَةِ لِلتَّشْكِيكِ فِيهِ لَمْ يَثْبُتْ جَوَازُ التَّيْمِّ فَيَجِبُ التَّأْخِيرُ، أَمَّا لَوْ غَلَبَ عَلَى ظَنِّهِ ذَلِكَ فَكَذَلِكَ عِنْدَهُمَا فِي غَيْرِ رِوَايَةِ الْأُصُولِ؛ لِأَنَّ الْغَالِبَ كَالْمُتَحَقِّقِ. وَفِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ لَا يَجِبُ التَّأْخِيرُ؛ لِأَنَّ الْعَجْزَ ثَابِتٌ لِعَدَمِ الْمَاءِ حَقِيقَةً.

وَحُكْمُ هَذَا الْعَجْزِ وَهُوَ جَوَازُ التَّيْمِّ لَا يَزُولُ إِلَّا بِيَقِينٍ مِثْلِهِ، وَهُوَ التَّيَقُّنُ بِوُجُودِ الْمَاءِ فِي آخِرِ الْوَقْتِ وَلَمْ يُوْجَدْ فَلَا يَجِبُ التَّأْخِيرُ، وَلَكِنْ هَذَا الْوَجْهُ لَا يَخْلُو عَنْ تَمَحُّلٍ، وَيَلْزَمُ عَلَيْهِ أَنَّهُ فَرَّقَ هَهُنَا بَيْنَ غَلْبَةِ الظَّنِّ وَالْيَقِينِ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ، وَلَمْ يُفَرِّقْ بَيْنَهُمَا فِيمَا إِذَا غَلَبَ عَلَى ظَنِّهِ أَنَّ بَقْرِبِهِ مَاءٌ فِي عَدَمِ جَوَازِ التَّيْمِّ وَلَا فِيمَا إِذَا كَانَتْ الْمَسَافَةُ بَعِيدَةً فِي جَوَازِ التَّيْمِّ كَمَا يَبَيِّنُ، قَالَ: فَلَاظْهَرُ بَقَاءُ الْإِشْكَالِ.

(وَيُصَلِّي بِتَيَمُّمِهِ مَا شَاءَ مِنَ الْفَرَائِضِ وَالنَّوَافِلِ) وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ: يَتَيَمَّمُ لِكُلِّ فَرَضٍ لِأَنَّهُ طَهَارَةٌ ضَرُورِيَّةٌ. وَلَنَا أَنَّهُ طَهُورٌ حَالِ عَدَمِ الْمَاءِ فَيَعْمَلُ عَمَلَهُ مَا بَقِيَ شَرْطُهُ.

الشرح:

(وَيُصَلِّي بِتَيَمُّمِهِ) أَيِ بِالتَّيْمِّ الْوَاحِدِ (مَا شَاءَ مِنَ الْفَرَائِضِ وَالنَّوَافِلِ) فِي وَقْتٍ وَاحِدٍ وَأَوْقَاتٍ مُتَعَدِّدَةٍ مَا لَمْ يَجِدْ الْمَاءَ أَوْ يُحْدِثْ (وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ يَتَيَمَّمُ لِكُلِّ فَرَضٍ؛ لِأَنَّهُ طَهَارَةٌ ضَرُورِيَّةٌ) إِذِ الثَّرَابُ مُلَوَّثٌ فِي نَفْسِهِ، وَهَذَا يُعَوِّدُ حُكْمَ الْحَدَثِ السَّابِقِ عِنْدَ رُؤْيَا الْمَاءِ فَلَمْ يَرْتَفِعْ الْحَدَثُ، إِذْ لَوْ ارْتَفَعَ الْحَدَثُ لَمْ يَعُدْ إِلَّا بِحَدَثٍ جَدِيدٍ، وَلَكِنْ أُيِّحَتْ الصَّلَاةُ لِلضَّرُورَةِ فَإِذَا صَلَّى الْفَرَضَ فَقَدْ انْتَفَتِ الضَّرُورَةُ وَلَا تُعَوِّدُ إِلَّا بِمَجِيءِ وَقْتٍ آخَرَ وَهِيَ فِي حَقِّ النَّوَافِلِ دَائِمَةٌ لِدَوَامِ شَرْعِيَّتِهَا فَتَبْقَى بِالنِّسْبَةِ إِلَيْهَا (وَلَنَا أَنَّهُ) أَيِ الثَّرَابِ (طَهُورٌ بِشَرْطِ عَدَمِ الْمَاءِ) بِالنَّصِّ، وَكُلُّ مَا هُوَ طَهُورٌ بِشَرْطِ يَعْمَلُ عَمَلَهُ مَا بَقِيَ شَرْطُهُ، كَالْمَاءِ فَإِنَّهُ طَهُورٌ بِشَرْطِ كَوْنِهِ طَاهِرًا وَيَعْمَلُ عَمَلَهُ مَا دَامَ شَرْطُهُ مُوْجُودًا.

فَإِنْ قُلْتَ: هَذِهِ الْعِبَارَةُ تَقْتَضِي أَنْ يَكُونَ وَجُودُ الشَّرْطِ مُسْتَلَزِمًا لَوُجُودِ الْمَشْرُوطِ

وَلَيْسَ كَذَلِكَ لَا مُحَالَةً. فَالْجَوَابُ أَنَّ الشَّرْطَ إِذَا كَانَ مُسَاوِيًا لِلْمَشْرُوطِ اسْتَلْزَمَهُ، وَهَهُنَا كَذَلِكَ فَإِنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْ عَدَمِ الْمَاءِ وَجَوَازِ التَّيَمُّمِ مُسَاوٍ لِلْآخَرِ لَا مُحَالَةً فَجَازَ أَنْ يَسْتَلْزِمَهُ.

(وَيَتَيَمَّمُ الصَّحِيحُ فِي الْمِصْرِ إِذَا حَضَرَتْ جِنَازَةٌ وَالْوَلِيُّ غَيْرُهُ فَخَافَ إِنْ اشْتَغَلَ بِالطَّهَارَةِ أَنْ تَفُوتَهُ الصَّلَاةُ) لِأَنَّهَا لَا تُقْضَى فَيَتَحَقَّقُ الْعَجْزُ (وَكَذَا مَنْ حَضَرَ الْعِيدَ فَخَافَ إِنْ اشْتَغَلَ بِالطَّهَارَةِ أَنْ يَفُوتَهُ الْعِيدُ يَتَيَمَّمُ) لِأَنَّهَا لَا تُعَادُ. وَقَوْلُهُ وَالْوَلِيُّ غَيْرُهُ إِشَارَةٌ إِلَى أَنَّهُ لَا يَجُوزُ لِلْوَلِيِّ، وَهُوَ رِوَايَةُ الْحَسَنِ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ هُوَ الصَّحِيحُ، لِأَنَّ لِلْوَلِيَّ حَقَّ الْإِعَادَةِ فَلَا قَوَاتَ فِي حَقِّهِ (وَإِنْ أَحْدَثَ الْإِمَامُ أَوْ الْمُقْتَدِي فِي صَلَاةِ الْعِيدِ تَيَمُّمَ وَبَنَى عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَقَالَا: لَا يَتَيَمَّمُ) لِأَنَّ الْإِلَاحِقَ يُصَلِّي بَعْدَ فَرَغِ الْإِمَامِ فَلَا يَخَافُ الْفَوْتَ. وَلَهُ أَنَّ الْخَوْفَ بَاقٍ لِأَنَّهُ يَوْمَ رَحْمَةٍ فَيَعْتَرِيهِ عَارِضٌ يُفْسِدُ عَلَيْهِ صَلَاتَهُ، وَالْخِلَافُ فِيمَا إِذَا شَرَعَ بِالْوُضُوءِ، وَلَوْ شَرَعَ بِالتَّيَمُّمِ تَيَمَّمُ وَبَنَى بِالِاتِّفَاقِ، لِأَنَّا لَوْ أَوْجَبْنَا الْوُضُوءَ يَكُونُ وَاجِدًا لِلْمَاءِ فِي صَلَاتِهِ فَيَفْسُدُ.

الشرح:

قَالَ (وَيَجُوزُ التَّيَمُّمُ لِلصَّحِيحِ فِي الْمِصْرِ) الْأَصْلُ هَاهُنَا أَنَّ كُلَّ مَا يَفُوتُ لَا إِلَى بَدَلٍ جَازَ أَدَاؤُهُ بِالتَّيَمُّمِ مَعَ وَجُودِ الْمَاءِ، وَصَلَاةُ الْجِنَازَةِ عِنْدَنَا كَذَلِكَ؛ لِأَنَّهَا لَا تُعَادُ عِنْدَنَا، وَكَذَلِكَ صَلَاةُ الْعِيدِ تَفُوتُ لَا إِلَى بَدَلٍ. وَقَوْلُهُ: لِلصَّحِيحِ اخْتِرَازٌ عَنِ الْمَرِيضِ فَإِنَّهُ يَجُوزُ لَهُ التَّيَمُّمُ فِي الْمِصْرِ وَغَيْرِهِ وَلَيَّا كَانَ أَوْ غَيْرُهُ خَافَ الْفَوْتَ أَوْ لَمْ يَخَفْ. وَقَوْلُهُ: فِي الْمِصْرِ اخْتِرَازٌ عَنِ الْمَفَازَةِ؛ لِأَنَّ التَّيَمُّمَ فِيهَا جَائِزٌ وَلَيَّا كَانَ أَوْ غَيْرُهُ لَعَدَمِ الْمَاءِ فِيهَا غَالِبًا. وَقَوْلُهُ: (إِذَا حَضَرَتْ جِنَازَةٌ)؛ لِأَنَّ الْوُجُوبَ إِنَّمَا هُوَ بِحُضُورِهَا.

وَقَوْلُهُ: (وَالْوَلِيُّ غَيْرُهُ)؛ لِأَنَّ الْمُتَيَمِّمَ إِذَا كَانَ وَلِيًّا لَا يَجُوزُ لَهُ التَّيَمُّمُ؛ لِأَنَّهُ لَا يَخَافُ الْفَوْتَ؛ لِأَنَّ لَهُ حَقَّ الْإِعَادَةِ. وَقَوْلُهُ: (فَخَافَ أَنْ تَفُوتَهُ الصَّلَاةُ)؛ لِأَنَّهُ إِذَا لَمْ يَخَفْ الْفَوْتَ لَا يَجُوزُ لَهُ التَّيَمُّمُ. وَقَوْلُهُ: (وَهُوَ) أَيُّ عَدَمِ جَوَازِ التَّيَمُّمِ لِلْوَلِيِّ (رِوَايَةُ الْحَسَنِ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ) وَقَوْلُهُ: (هُوَ الصَّحِيحُ) اخْتِرَازٌ عَلَى ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ، فَإِنَّ الْجَوَابَ فِيهِ جَوَازُ التَّيَمُّمِ لِلْوَلِيِّ لَمَّا رُوِيَ أَنَّ ابْنَ عَبَّاسٍ قَالَ: إِذَا فَجَأَتْكَ جِنَازَةٌ وَأُتَتْ عَلَى غَيْرِ وُضُوءٍ فَيَتَيَمَّمُ وَصَلَّ عَلَيْهَا وَلَمْ يَفْصِلْ بَيْنَ الْوَلِيِّ وَغَيْرِهِ.

وَرَوَى عَنْ ابْنِ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا فِي صَلَاةِ الْعِيدِ مِثْلَهُ (وَإِنْ أَحْدَثَ الْإِمَامُ أَوْ الْمُقْتَدِي فِي صَلَاةِ الْعِيدِ) وَكَانَ شُرُوعُهُ بِالْوُضُوءِ (يَتِمُّ وَبَنَى عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَالَا: لَا يَتِمُّ لِلْبِنَاءِ؛ لِأَنَّ الْلاحِقَ يُصَلِّي بَعْدَ فَرَاغِ الْإِمَامِ) وَذَلِكَ فِي حُكْمِ الصَّلَاةِ بِالْجَمَاعَةِ (فَلَا يَخَافُ الْفَوْتُ. وَأَبُو حَنِيفَةَ أَنَّ الْخَوْفَ بَاقٍ؛ لِأَنَّهُ يَوْمُ اِزْدِحَامٍ) فَلَا يُؤْمَنُ اعْتِرَاضُ عَارِضٍ يَعْتَرِيهِ مِثْلُ أَنْ يُسَلَّمَ عَلَيْهِ أَحَدٌ فَيَرُدُّ السَّلَامَ أَوْ يُهَنِّئَهُ بِالْعِيدِ فَيَجِيبُهُ أَوْ مَا أَشْبَهَ ذَلِكَ فَيُفْسِدُ عَلَيْهِ صَلَاتَهُ وَهِيَ لَا تُقْضَى؛ لِأَنَّهَا لَمْ تَشْرَعْ إِلَّا بِجَمَاعَةٍ فَكَانَ خَوْفُ الْفَوْتُ بَاقِيًا، وَإِنْ كَانَ شُرُوعُهُ بِالتَّيَمُّمِ يَتِمُّ وَبَنَى بِالِاتِّفَاقِ؛ لِأَنَّا لَوْ أَوْجَبْنَا عَلَيْهِ الْوُضُوءَ كَانَ وَاجِدًا لِلْمَاءِ فِي صَلَاتِهِ فَتَقْسُدُ صَلَاتُهُ كَمُتِمِّمٍ وَجَدَ الْمَاءَ فِي خِلَالِ صَلَاتِهِ فَإِنَّهُ يَسْتَأْنِفُهَا. قِيلَ هَذَا اخْتِيَارُ بَعْضِ الْمُتَأَخِّرِينَ، وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ يَتَوَضَّأُ وَيَبْنِي لِقُدْرَتِهِ عَلَى الْمَاءِ وَالْأَدَاءِ لِمَا مَرَّ مِنْ أَنَّ الْلاحِقَ يُصَلِّي إلخ، وَفَرَّقَ بَيْنَ هَذَا وَبَيْنَ مُتِمِّمٍ يَجِدُ الْمَاءَ فِي خِلَالِ الصَّلَاةِ بِأَنَّ التَّيَمُّمَ يَنْتَقِضُ هُنَاكَ بِصِفَةِ الاسْتِنَادِ إِلَى ابْتِدَاءِ وُجُودِ الْحَدَثِ عِنْدَ إِصَابَةِ الْمَاءِ؛ لِأَنَّهُ يَصِيرُ مُحْدَثًا بِالْحَدَثِ السَّابِقِ إِذْ الْإِصَابَةُ لَيْسَتْ بِحَدَثٍ، وَفِيمَا نَحْنُ فِيهِ لَمْ يَنْتَقِضِ التَّيَمُّمُ عِنْدَ إِصَابَةِ الْمَاءِ بِصِفَةِ الاسْتِنَادِ بَلْ بِالْحَدَثِ الطَّارِئِ عَلَى التَّيَمُّمِ.

(وَلَا يَتِمُّ لِلْجُمُعَةِ وَإِنْ خَافَ الْفَوْتُ لَوْ تَوَضَّأَ، فَإِنْ أَدْرَكَ الْجُمُعَةَ صَلَاهَا وَإِلَّا صَلَّى الظُّهْرَ أَرْبَعًا) لِأَنَّهَا تَقُوتُ إِلَى خَلْفٍ وَهُوَ الظُّهْرُ بِخِلَافِ الْعِيدِ (وَكَذَا إِذَا خَافَ فَوْتُ الْوَقْتِ لَوْ تَوَضَّأَ لَمْ يَتِمِّمْ وَيَتَوَضَّأُ وَيَقْضِي مَا فَاتَهُ) لِأَنَّ الْفَوْتَ إِلَى خَلْفٍ وَهُوَ الْقَضَاءُ.

الشرح:

(وَلَا يَتِمُّ لِلْجُمُعَةِ وَإِنْ خَافَ الْفَوْتُ لَوْ تَوَضَّأَ فَإِنْ أَدْرَكَ الْجُمُعَةَ صَلَاهَا وَإِلَّا صَلَّى الظُّهْرَ) وَفِي بَعْضِ النُّسخِ صَلَّى الظُّهْرَ أَرْبَعًا، قِيلَ هُوَ تَأْكِيدٌ وَقَطْعٌ لِإِرَادَةِ الْجُمُعَةِ بِالظُّهْرِ مَجَازًا لَكُونِهَا خَلْفَهُ. وَقَوْلُهُ: (لِأَنَّهَا) أَيُّ الْجُمُعَةِ (تَقُوتُ إِلَى خَلْفٍ وَهُوَ الظُّهْرُ) جَعَلَ الظُّهْرَ خَلْفًا عَنِ الْجُمُعَةِ وَإِنْ كَانَ فَرَضُ الْوَقْتِ هُوَ الظُّهْرُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبُو يُوسُفَ وَالْجُمُعَةُ خَلْفٌ عَنْهُ. قِيلَ إِشَارَةٌ إِلَى أَنَّ قَوْلَ مُحَمَّدٍ هُوَ الْمُخْتَارُ، وَقِيلَ: لِأَنَّهُ مُتَّصِرٌ بِصُورَةِ الْخَلْفِ؛ لِأَنَّ الْجُمُعَةَ إِذَا فَاتَتْ يُصَلِّي الظُّهْرَ.

وَقَوْلُهُ: (بِخِلَافِ الْعِيدِ) يَعْنِي بِخِلَافِ صَلَاةِ الْعِيدِ فَإِنَّهُ يَتِمُّ لَهَا إِذَا خَافَ الْفَوْتُ؛ لِأَنَّهَا تَقُوتُ لَا إِلَى خَلْفٍ حَيْثُ لَا تُقْضَى. وَقَوْلُهُ: (وَكَذَا إِذَا خَافَ فَوْتُ

الوقت لو تَوَضَّأَ يَعْنِي لَا يَتَيَّمُّ لَسَائِرِ الصَّلَوَاتِ الْمَكْتُوبَةِ إِذَا خَافَ فَوْتَ الْوَقْتِ؛ لِأَنَّهَا تُقْضَى. لَا يُقَالُ: هَذَا قَدْ وَقَعَ تَكَرَّارًا لِمَا أَنَّ هَذَا الْحُكْمَ عُرِفَ فِي أَوَّلِ الْبَابِ مِنْ قَوْلِهِ: وَالْمُعْتَبَرُ الْمَسَافَةُ دُونَ خَوْفِ الْفَوْتِ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ كَانَ قَوْلَ صَاحِبِ الْهَدَايَةِ وَهَذَا قَوْلُ الْقُدُورِيِّ، وَقِيلَ؛ لِأَنَّهُ عُلِّلَ بِتَعْلِيلٍ غَيْرِ التَّعْلِيلِ السَّابِقِ وَفِيهِ نَظَرٌ.

(وَالْمُسَافِرُ إِذَا نَسِيَ الْمَاءَ فِي رَحْلِهِ فَتَيَّمَّ وَصَلَّى ثُمَّ ذَكَرَ الْمَاءَ لَمْ يُعِدْهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ يُعِيدُهَا) وَالْخِلَافُ فِيمَا إِذَا وَضَعَهُ بِنَفْسِهِ أَوْ وَضَعَهُ غَيْرُهُ بِأَمْرِهِ، وَذَكَرَهُ فِي الْوَقْتِ وَبَعْدَهُ سَوَاءٌ لَهُ أَنَّهُ وَاجِدٌ لِلْمَاءِ فَصَارَ كَمَا إِذَا كَانَ فِي رَحْلِهِ ثَوْبٌ فَتَيَّمَّ، وَلَئِنْ رَحَلَ الْمُسَافِرُ مَعْدًا لِلْمَاءِ عَادَةً فَيُفْتَرَضُ الطَّلَبُ عَلَيْهِ. وَلَهُمَا أَنَّهُ لَا قُدْرَةَ بِدُونِ الْعِلْمِ وَهُوَ الْمُرَادُ بِالْوُجُودِ، وَمَاءُ الرَّحْلِ مَعْدٌ لِلشُّرْبِ لَا لِلِاسْتِعْمَالِ، وَمَسْأَلَةُ الثَّوْبِ عَلَى الْاِخْتِلَافِ، وَلَوْ كَانَ عَلَى الْاِتِّفَاقِ فَفَرَضَ السِّرُّ يَفُوتُ لَا إِلَى خَلْفٍ، وَالطَّهَارَةُ بِالْمَاءِ تَفُوتُ إِلَى خَلْفٍ، وَهُوَ التَّيَّمُّ.

الشرح:

قَالَ (وَالْمُسَافِرُ إِذَا نَسِيَ الْمَاءَ فِي رَحْلِهِ) إِذَا صَلَّى الْمُسَافِرُ بِالتَّيَّمُّ وَالْمَاءَ فِي رَحْلِهِ، فَإِذَا أَنْ يَكُونَ عَالِمًا بِهِ بِأَنْ وَضَعَهُ بِنَفْسِهِ أَوْ وَضَعَهُ غَيْرُهُ بِأَمْرِهِ، أَوْ لَمْ يَكُنْ بِأَنْ وَضَعَهُ غَيْرُهُ بِغَيْرِ أَمْرِهِ، فَإِنْ كَانَ الثَّانِي فَلَا إِعَادَةَ عَلَيْهِ بِالْاِتِّفَاقِ؛ لِأَنَّ الْمَرْءَ لَا يُخَاطَبُ بِفِعْلٍ غَيْرِهِ، وَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ وَصَلَّى بِالتَّيَّمُّ ظَنًّا مِنْهُ أَنَّ الْمَاءَ قَدْ فَقِدَ فَعَلَيْهِ الْإِعَادَةُ بِلَا خِلَافٍ؛ لِأَنَّ التَّفْرِيطَ جَاءَ مِنْ قَبْلِهِ، وَإِنْ كَانَ نِسْيَانًا مِنْهُ ثُمَّ تَذَكَّرَ فَلَا إِعَادَةَ عَلَيْهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: عَلَيْهِ الْإِعَادَةُ سَوَاءً تَذَكَّرَ فِي الْوَقْتِ أَوْ بَعْدَهُ وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ؛ لِأَنَّ التَّيَّمَّ لِعَادِمِ الْمَاءِ وَهَذَا لَيْسَ بِعَادِمٍ لَهُ بَلْ هُوَ وَاجِدٌ لَهُ عَادَةً؛ لِأَنَّ الْمَاءَ فِي رَحْلِهِ وَرَحْلُهُ فِي يَدِهِ وَالتَّسْيَانُ لَا يُضَادُّ الْوُجُودَ بَلْ يُضَادُّ الذِّكْرَ فَلَا يَنْقُضِي بِهِ الْوُجُودَ فَصَارَ كَمَا إِذَا كَانَ فِي رَحْلِهِ ثَوْبٌ فَتَيَّمَّ وَصَلَّى عَارِيًا وَلَئِنْ رَحَلَ الْمُسَافِرُ مَعْدًا لِلْمَاءِ عَادَةً وَهَذَا ظَاهِرٌ، وَكُلُّ مَا هُوَ مَعْدٌ لِلْمَاءِ عَادَةً يُفْتَرَضُ عَلَى التَّيَّمِّ طَلَبُ الْمَاءِ فِيهِ كَمَنْ كَانَ فِي الْعُمُرَانِ فَإِنَّهُ يُفْتَرَضُ عَلَيْهِ طَلَبُ الْمَاءِ لِكُونِهِ فِي مَعْدِنِهِ، حَتَّى لَوْ جَاءَ قَوْمًا وَلَمْ يَرَ عِنْدَهُمْ مَاءً فَتَيَّمَّ وَصَلَّى قَبْلَ طَلَبِهِ مِنْهُمْ ثُمَّ عَلِمَ أَنَّهُ كَانَ عِنْدَهُمْ مَاءً فَلَمْ تَجْزُ صَلَاتُهُ. وَلَهُمَا أَنَا لَا نُسَلِّمُ أَنَّهُ وَاجِدٌ؛ لِأَنَّ الْمُرَادَ بِالْوُجُودِ الْقُدْرَةُ كَمَا تَقَدَّمَ، وَلَا قُدْرَةَ

إلا بالعلم.

وَقَوْلُهُ: (وَمَاءُ الرَّحْلِ) جَوَابٌ عَنِ التُّكْنَةِ الثَّانِيَةِ وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ رَحْلَ الْمَسَافِرِ مَعْدِنُ الْمَاءِ عَادَةً مُعَدًّا لِلشُّرْبِ أَوْ الِاسْتِعْمَالِ، وَالْأَوَّلُ مُسَلَّمٌ غَيْرُ مُفِيدٍ وَالثَّانِي مَمْتَوِعٌ. وَقَوْلُهُ: (وَمَسْأَلَةُ الثُّوبِ عَلَى الْاِخْتِلَافِ) جَوَابٌ عَنِ الْمَقِيسِ عَلَيْهِ، وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ الْحُكْمَ فِيهِ عِنْدَنَا كَالْمَاءِ فَلَا يَنْتَهِضُ حُجَّةٌ، وَلَكِنْ سَلَّمْنَا أَنَّهُ عَلَى الْاِتِّفَاقِ فَفَرَضُ السِّتْرِ يَفُوتُ لَا إِلَى خَلْفٍ، بِخِلَافِ صُورَةِ التَّزَاوُعِ وَهَذَا بِطَرِيقِ الْمَفَارِقَةِ: يَعْنِي أَنَّ الْفَرْقَ بَيْنَهُمَا مَوْجُودٌ فَلَمْ لَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ الْحُكْمُ مُضَافًا إِلَى الْفَارِقِ دُونَ الْمُشْتَرَكِ فَلَا يَصِحُّ الْقِيَاسُ، وَالْأَوَّلَى أَنْ يُجْعَلَ مُمَانَعَةً: أَيُّ شَرْطُ الْقِيَاسِ الْمُسَاوَاةُ بَيْنَ الْمَقِيسِ وَالْمَقِيسِ عَلَيْهِ، وَلَا تُسَلَّمُ وَجُودُهَا فِي صُورَةِ التَّزَاوُعِ؛ لِأَنَّ فَرَضَ السِّتْرِ يَفُوتُ لَا إِلَى خَلْفٍ إِلَى آخِرِهِ.

(وَلَيْسَ عَلَى الْمُتَيَمِّمِ طَلَبُ الْمَاءِ إِذَا لَمْ يَغْلِبْ عَلَى ظَنِّهِ أَنْ يَقْرِبَهُ مَاءٌ) لِأَنَّ الْغَالِبَ عَدَمُ الْمَاءِ فِي الْفَلَوَاتِ، وَلَا دَلِيلَ عَلَى الْوُجُودِ فَلَمْ يَكُنْ وَاجِدًا لِلْمَاءِ (وَأِنْ غَلَبَ عَلَى ظَنِّهِ أَنْ هُنَاكَ مَاءٌ لَمْ يَجْزْ لَهُ أَنْ يَتَيَمَّمَ حَتَّى يَطْلُبَهُ) لِأَنَّهُ وَاجِدٌ لِلْمَاءِ نَظَرًا إِلَى الدَّلِيلِ، ثُمَّ يَطْلُبُ مِقْدَارَ الْغُلُوقِ وَلَا يَبْلُغُ مِيلًا كَي لَا يَنْقَطِعَ عَنْ رُفْقَتِهِ (وَأِنْ كَانَ مَعَ رَفِيقِهِ مَاءٌ طَلَبَ مِنْهُ قَبْلَ أَنْ يَتَيَمَّمَ) لِعَدَمِ الْمَنْعِ غَالِبًا، فَإِنْ مَنَعَهُ مِنْهُ تَيَمَّمَ لَتَحَقُّقِ الْعَجْزِ (وَلَوْ تَيَمَّمَ قَبْلَ الطَّلَبِ أَجْزَاهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ) لِأَنَّهُ لَا يَلْزِمُهُ الطَّلَبُ مِنْ مَلِكٍ غَيْرِهِ، وَقَالَا لَا يُجْزِيهِ لِأَنَّ الْمَاءَ مَبْدُولٌ عَادَةً (وَلَوْ أَبَى أَنْ يُعْطِيَهُ إِلَّا بِثَمَنِ الْمِثْلِ وَعِنْدَهُ ثَمَنُهُ لَا يُجْزِيهِ التَّيَمُّمُ) لَتَحَقُّقِ الْقُدْرَةِ وَلَا يَلْزِمُهُ تَحْمِيلُ الْغَبَنِ الْفَاحِشِ لِأَنَّ الضَّرَرَ مُسْقِطٌ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

الشرح:

(وَلَيْسَ عَلَى الْمُتَيَمِّمِ طَلَبُ الْمَاءِ إِذَا لَمْ يَغْلِبْ عَلَى ظَنِّهِ أَنْ يَقْرِبَهُ مَاءٌ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: الطَّلَبُ شَرْطٌ يَمْنَةً وَيَسْرَةً لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿فَلَمْ تَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا﴾ [المائدة: ٦] وَعَدَمُ الْوِجْدَانِ لَا يَتَحَقَّقُ إِلَّا بَعْدَ الطَّلَبِ. وَلَنَا أَنَّ ﴿فَلَمْ تَجِدُوا﴾ يَقْتَضِي عَدَمَ الْوِجْدَانِ مُطْلَقًا عَنْ قَيْدِ الطَّلَبِ فَيَعْمَلُ بِإِطْلَاقِهِ، وَهَذَا عَادِمٌ؛ لِأَنَّ الْغَالِبَ عَدَمُ الْمَاءِ فِي الْفَلَوَاتِ، وَلَا دَلِيلَ عَلَى الْوُجُودِ لِيُجْعَلَ وَاجِدًا حُكْمًا فَإِنَّ الْفَرَضَ أَنَّهُ لَيْسَ ذَلِكَ عَلَى غَالِبِ ظَنِّهِ، حَتَّى لَوْ غَلَبَ عَلَى ظَنِّهِ أَنْ يَقْرِبَهُ مَاءٌ لَمْ يَجْزْ لَهُ التَّيَمُّمُ حَتَّى يَطْلُبَهُ؛ لِأَنَّهُ يُعَدُّ وَاجِدًا نَظَرًا إِلَى الدَّلِيلِ وَهُوَ غَلْبَةُ الظَّنِّ؛ لِأَنَّهَا قَائِمَةٌ مَقَامَ الْعِلْمِ فِي الْعِبَادَاتِ. وَلَوْ عَلِمَ أَنَّ يَقْرِبَهُ

مَاءٌ لَمْ يَجْزُ لَهُ التَّيْمُّ فَكَذَا إِذَا غَلَبَ عَلَى ظَنِّهِ. وَالْعُلُوءُ مَقْدَارُ رَمِيَةِ سَهْمٍ، وَقِيلَ ثَلَاثُمِائَةٍ ذِرَاعٍ إِلَى أَرْبَعِمِائَةٍ ذِرَاعٍ. وَقَوْلُهُ: (وَإِنْ كَانَ مَعَ رَفِيقِهِ مَاءً) ظَاهِرٌ.

وَقَوْلُهُ: (وَلَوْ تَيَّمَّ قَبْلَ الطَّلَبِ أَجْزَأُهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ) ذَكَرَ الْاِخْتِلَافَ فِي الْإِيضَاحِ وَالتَّقْرِيبِ وَشَرَحَ الْأَقْطَعَ بَيْنَ أَبِي حَنِيفَةَ وَصَاحِبِيهِ كَمَا ذَكَرَ فِي الْكِتَابِ. وَقَالَ فِي الْمَبْسُوطِ: وَإِنْ كَانَ مَعَ رَفِيقِهِ مَاءً فَعَلَيْهِ أَنْ يَسْأَلَهُ إِلَّا عَلَى قَوْلِ الْحَسَنِ بْنِ زِيَادٍ فَإِنَّهُ كَانَ يَقُولُ السُّؤَالَ ذُلٌّ وَفِيهِ بَعْضُ الْحَرَجِ، وَمَا شَرَعَ التَّيْمُّ إِلَّا لِدَفْعِ الْحَرَجِ. وَقَوْلُهُ: (وَلَوْ أَبَى أَنْ يُعْطِيَهُ إِلَّا بِثَمَنِ الْمِثْلِ) هَذِهِ عَلَى ثَلَاثَةِ أَوْجُهٍ.

إِمَّا أَنْ أُعْطِيَ بِمِثْلِ قِيَمَتِهِ فِي أَقْرَبِ مَوْضِعٍ مِنْ الْمَوَاضِعِ الَّتِي يَعْزُ فِيهَا الْمَاءُ، أَوْ بِالْعَيْنِ الْيَسِيرِ، أَوْ بِالْعَيْنِ الْفَاحِشِ. فَفِي الْوَجْهِ الْأَوَّلِ وَالثَّانِي لَا يُجْزِئُهُ التَّيْمُّ لِتَحَقُّقِ الْقُدْرَةِ عَلَى الْمَاءِ: فَإِنَّ الْقُدْرَةَ عَلَى الْبَذْلِ قُدْرَةٌ عَلَى الْمَاءِ فَيَمْتَنِعُ جَوَازُ التَّيْمِّ، كَمَا أَنَّ الْقُدْرَةَ عَلَى ثَمَنِ الرِّقَبَةِ تَمْنَعُ التَّكْفِيرَ بِالصَّوْمِ. وَفِي الْوَجْهِ الثَّلَاثِ جَازَ لَهُ التَّيْمُّ لَوْجُودِ الضَّرَرِ، فَإِنَّ حُرْمَةَ مَالِ الْمُسْلِمِ كَحُرْمَةِ نَفْسِهِ، وَالضَّرَرُ فِي النَّفْسِ مُسْقِطٌ فَكَذَا فِي الْمَالِ. وَاخْتَلَفَ فِي تَفْسِيرِ الْعَيْنِ الْفَاحِشِ، فَفِي التَّوَادِرِ جَعَلَهُ فِي تَضْعِيفِ الثَّمَنِ. وَقَالَ بَعْضُهُمْ: هُوَ مَا لَا يَدْخُلُ تَحْتَ تَقْوِيمِ الْمُقَوِّمِينَ. وَقَوْلُ الْحَسَنِ الْبَصْرِيِّ: يَلْزَمُهُ الشِّرَاءُ بِجَمِيعِ مَالِهِ إِفْرَاطٌ، كَمَا أَنَّ قَوْلَ الشَّافِعِيِّ الزِّيَادَةَ عَلَى ثَمَنِ الْمِثْلِ عُدْرٌ فِي تَرْكِ الشِّرَاءِ قَلِيلَةٌ كَانَتْ أَوْ كَثِيرَةً تَقْرِيطٌ نَظَرًا إِلَى اعْتِبَارِهِ خَوْفَ التَّلَفِ فِي النَّفْسِ، وَالْفَرْقُ بَيْنَ الْعَيْنِ الْيَسِيرِ وَالْفَاحِشِ مُقَرَّرٌ فِي الشَّرْعِ فَالْمَصِيرُ إِلَيْهِ أَوَّلَى.

بَابُ الْمَسْحِ عَلَى الْخُفَّيْنِ

(الْمَسْحُ عَلَى الْخُفَّيْنِ جَائِزٌ بِالسُّنَّةِ) وَالْأَخْبَارُ فِيهِ مُسْتَفِيزَةٌ حَتَّى قِيلَ إِنَّ مَنْ لَمْ يَرَهُ كَانَ مُبْتَدِعًا لَكِنْ مَنْ رَأَاهُ ثُمَّ لَمْ يَمْسَحْ أَخَذًا بِالْعَزِيمَةِ كَانَ مَاجُورًا، وَيَجُوزُ (مِنْ كُلِّ حَدَثٍ مُوجِبٍ لِلْوُضُوءِ إِذَا لَبَسَهُمَا عَلَى طَهَارَةٍ كَامِلَةٍ ثُمَّ أَحْدَثَ) خَصَّهُ بِحَدَثٍ مُوجِبٍ لِلْوُضُوءِ لِأَنَّهُ لَا مَسْحَ مِنَ الْجَنَابَةِ عَلَى مَا ثَبَّيْنُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى، وَبِحَدَثٍ مُتَأَخَّرٍ لِأَنَّ الْخُفَّ عَهْدٌ مَانِعًا، وَلَوْ جَوَزَنَاهُ بِحَدَثٍ سَابِقٍ كَالْمُسْتَحَاضَةِ إِذَا لَبَسَتْ عَلَى السَّيْلَانِ ثُمَّ خَرَجَ الْوَقْتُ وَالْمُتَيَّمُّ إِذَا لَبَسَ ثُمَّ رَأَى الْمَاءَ كَانَ رَافِعًا.

وَقَوْلُهُ إِذَا لَبَسَهُمَا عَلَى طَهَارَةٍ كَامِلَةٍ لَا يُفِيدُ اشْتِرَاطَ الْكَمَالِ وَهَتْ اللَّبْسُ بَلْ

وَقَتَ الْحَدَثِ وَهُوَ الْمَذْهَبُ عِنْدَنَا، حَتَّى لَوْ غَسَلَ رِجْلَيْهِ وَلَبَسَ خُفَيْهِ ثُمَّ أَكْمَلَ الطَّهَارَةَ ثُمَّ أَحْدَثَ يُجْزِئُهُ الْمَسْحُ، وَهَذَا لِأَنَّ الْخُفَّ مَانِعٌ حُلُولِ الْحَدَثِ بِالْقَدَمِ فَيُرَاعَى كَمَالُ الطَّهَارَةِ وَقَتَ الْمَنَعِ حَتَّى لَوْ كَانَتْ نَاقِصَةً عِنْدَ ذَلِكَ كَانَ الْخُفُّ رَافِعًا (وَيَجُوزُ لِلْمُقِيمِ يَوْمًا وَلَيْلَةً وَلِلْمُسَافِرِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ وَلَيَالِيهَا) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «يَمْسَحُ الْمُقِيمُ يَوْمًا وَلَيْلَةً وَالْمُسَافِرُ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ وَلَيَالِيهَا» ^(١) قَالَ (وَابْتَدَأُهَا عَقِيبَ الْحَدَثِ) لِأَنَّ الْخُفَّ مَانِعٌ سِرَايَةَ الْحَدَثِ فَتُتَعَبَّرُ الْمُدَّةُ مِنْ وَقْتِ الْمَنَعِ.

الشرح:

(بَابُ الْمَسْحِ عَلَى الْخُفَّيْنِ) إِنَّمَا أَعْقَبَ الْمَسْحَ عَلَى الْخُفَّيْنِ التَّيْمُّ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا طَهَارَةٌ مَسْحٌ، أَوْ؛ لِأَنَّهُمَا بَدَلَانِ عَنِ الْغُسْلِ، أَوْ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُمَا رُخْصَةٌ مُؤَقَّتَةٌ إِلَى غَايَةٍ، وَكَانَ التَّيْمُّ بَدَلُ الْكُلِّ وَالْمَسْحُ عَلَى الْخُفَّيْنِ بَدَلُ الْبَعْضِ (وَالْمَسْحُ عَلَى الْخُفَّيْنِ جَائِزٌ بِالسَّنَةِ) أَيُّ بِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ وَفَعَلَهُ (وَالْأَخْبَارُ فِيهِ مُسْتَفِيزَةٌ) أَيُّ كَثِيرَةٌ شَائِعَةٌ جَدًّا قَوْلًا وَفِعْلًا. أَمَّا الْفِعْلُ فَقَدْ رَوَاهُ أَبُو بَكْرٍ وَعُمَرُ وَالْعَبَادِلَةُ وَجَمَاعَةٌ كَثِيرَةٌ مِنَ الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُمْ «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ مَسَحَ عَلَى خُفَيْهِ».

وَأَمَّا الْقَوْلُ فَقَدْ رَوَى عُمَرُ وَعَلِيٌّ وَجَمَاعَةٌ مِنَ الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ قَالَ: «يَمْسَحُ الْمُقِيمُ يَوْمًا وَلَيْلَةً، وَالْمُسَافِرُ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ وَلَيَالِيهَا» وَقَالَ الْمُغِيرَةُ بْنُ شُعْبَةَ ﷺ «تَوَضَّأَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فِي سَفَرٍ وَكُنْتُ أَصْبُ الْمَاءَ عَلَيْهِ وَعَلَيْهِ جَبَّةٌ شَامِيَةٌ ضَيِّقَةُ الْكُمَيْنِ، فَأَخْرَجَ يَدَيْهِ مِنْ تَحْتِ ذَيْلِهِ وَمَسَحَ عَلَى خُفَيْهِ، فَقُلْتُ: أُنْسِيتَ غَسَلَ الْقَدَمَيْنِ؟ فَقَالَ: بِهَذَا أَمَرَنِي رَبِّي» وَعَنْ صَفْوَانَ بْنِ عَسَّالٍ ﷺ قَالَ: «كَانَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ يَأْمُرُنَا إِذَا كُنَّا سَفَرًا: أَيُّ مُسَافِرِينَ أَلَّا نَتَزَعَ خِفَانَا ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ وَلَيَالِيَهُنَّ، لَا عَنْ جَنَابَةٍ وَلَكِنْ مِنْ غَائِطٍ وَبَوْلٍ وَتَوَمٍّ» ^(٢) وَقَالَ الْحَسَنُ الْبَصْرِيُّ: أَذْرَكْتُ سَبْعِينَ نَفَرًا مِنْ أَصْحَابِ النَّبِيِّ ﷺ كُلُّهُمْ يَرَوْنَ الْمَسْحَ عَلَى الْخُفَّيْنِ. وَلَكثَرَةُ الْأَخْبَارِ فِيهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: مَا قُلْتُ بِالْمَسْحِ حَتَّى جَاءَنِي مِثْلُ ضَوْءِ النَّهَارِ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: خَبِرْتُ الْمَسْحَ

(١) أخرجه مسلم في الطهارة (حديث ٨٥).

(٢) أخرجه أحمد (٢٣٩/٤، ٢٤٠) والنسائي (١٥٨، ١٥٩)، والترمذي (٩٦) وصححه، وابن

ماجه (٤٧٨)، وحسنه الألباني في سنن النسائي (١٥٨).

يَجُوزُ نَسْخُ الْكِتَابِ بِهِ لَشَهْرَتِهِ، وَعَنْ هَذَا قِيلَ: مَنْ لَمْ يَرِ الْمَسْحَ عَلَى الْخُفَيْنِ: أَيُّ لَمْ يَعْتَقِدْ جَوَازَهُ كَانَ مُبْتَدِعًا. وَقَالَ الْكَرْخِيُّ: أَخَافُ عَلَيْهِ الْكُفْرَ؛ لِأَنَّ الْآثَارَ فِيهِ جَاءَتْ فِي حَيْزِ التَّوَاتُرِ.

وَمِمَّا يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ مُبْتَدِعٌ مَا رَوَى عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله أَنَّهُ سُئِلَ عَنْ مَذْهَبِ أَهْلِ السُّنَّةِ وَالْجَمَاعَةِ فَقَالَ: هُوَ أَنْ يُفْضَلَ الشَّيْخَيْنِ: يَعْنِي أَبَا بَكْرٍ وَعُمَرَ عَلَى سَائِرِ الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ، وَأَنْ يُحِبَّ الْحَتَّيْنِ: يَعْنِي عُثْمَانَ وَعَلِيًّا رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا، وَأَنْ يَرَى الْمَسْحَ عَلَى الْخُفَيْنِ. فَإِنْ قُلْتَ: فَمَا الْجَوَابُ عَمَّا نُقِلَ عَنْ بَعْضِ الصَّحَابَةِ أَنَّهُمْ أُنْكَرُوا الْمَسْحَ عَلَى الْخُفَيْنِ " فَقَالَ ابْنُ عَبَّاسٍ: لِأَنَّ أَمْسَحَ عَلَى ظَهْرِ عَيْرٍ فِي الْفَلَاةِ أَحَبُّ إِلَيَّ مِنْ أَنْ أَمْسَحَ عَلَى الْخُفَيْنِ. وَقَالَتْ عَائِشَةُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا: لِأَنَّ تَقْطُعَ قَدَمَيَّ أَحَبُّ إِلَيَّ مِنْ أَنْ أَمْسَحَ عَلَى الْخُفَيْنِ. قُلْتَ: قَدْ صَحَّ رُجُوعُهُمْ إِلَى جَوَازِهِ. أَمَّا ابْنُ عَبَّاسٍ فَقَدْ رَوَى تَلْمِيذُهُ عَطَاءُ بْنُ أَبِي رَبَاحٍ أَنَّهُ رَجَعَ إِلَى قَوْلِ الْعَامَّةِ، وَأَمَّا عَائِشَةُ فَقَدْ صَحَّ أَنَّهَا قَالَتْ «مَا زَالَ يَمْسَحُ رَسُولُ اللَّهِ صلى الله عليه وسلم عَلَى الْخُفَيْنِ بَعْدَ نُزُولِ الْمَائِدَةِ» وَرَوَى رُجُوعَهَا أَيْضًا شَرِيحُ بْنُ هَانِيٍّ (قَوْلُهُ: لَكِنْ مَنْ رَأَاهُ) اسْتِدْرَاكٌ مِنْ قَوْلِهِ: إِنْ مَنْ لَمْ يَرَهُ كَانَ مُبْتَدِعًا.

وَقَوْلُهُ: (كَانَ مَأْجُورًا) قِيلَ هَذِهِ رِوَايَةٌ خَالَفَتْ رِوَايَةَ أُصُولِ الْفَقْهِ، فَإِنَّ فِيهَا أَنَّ الْمَسْحَ عَلَى الْخُفَيْنِ رُخْصَةٌ إِسْقَاطٌ كَالصَّلَاةِ فِي السَّفَرِ وَالْعَزِيمَةِ لَمْ تَبْقَ مَشْرُوعَةٌ فِيهَا فَكَيْفَ يُوجَرُّ عَلَى غَيْرِ الْمَشْرُوعِ. وَأُجِيبَ بِأَنَّهُ إِنَّمَا يَكُونُ كَذَلِكَ مَا دَامَ الْمُكَلَّفُ مُتَخَفًّا، فَأَمَّا إِذَا نَزَعَ خُفَّيْهِ أَوْ أَحَدَهُمَا وَلَهُ ذَلِكَ لَا مَحَالَةَ لِحَقِّهِ فَلَا يَجُوزُ الْمَسْحُ حِينَئِذٍ فَلَمْ يَكُنْ مِنْ ذَلِكَ التَّنَوُّعِ فَصَارَ ذَلِكَ كَمَنْ أَبْطَلَ سَفَرَهُ فَإِنَّهُ سَقَطَ عَنْهُ بِسَبَبِ رُخْصَتِهِ سُقُوطُ شَطْرِ الصَّلَاةِ، وَهَذَا اللَّفْظُ: أَعْنِي قَوْلُهُ كَانَ مَأْجُورًا أَتَى بِهِ شَيْخُ الْإِسْلَامِ خُوَاهِرُ زَادَهُ فِي مَسْئُولِهِ فَتَابَعَهُ الْمُصَنِّفُ وَنَعِمَ الْمَتَّبِعُ.

فَإِنْ قُلْتَ: ذَكَرَ فِي الذَّخِيرَةِ أَنَّ أَبَا الْحَسَنِ الرُّسْتُغْفَنِيَّ سُئِلَ عَنِ الرَّجُلِ يَرَى الْمَسْحَ عَلَى الْخُفَيْنِ إِلَّا أَنَّهُ يَحْتَاطُ وَيَنْزِعُ خُفَّيْهِ عِنْدَ الْوُضُوءِ وَلَا يَمْسَحُ عَلَيْهِمَا، فَقَالَ: أَحَبُّ إِلَيَّ أَنْ يَمْسَحَ عَلَى خُفَّيْهِ، إِمَّا لِنَفْيِ التَّهْمَةِ عَنْ نَفْسِهِ أَنْ يَكُونَ مِنَ الرُّوَافِضِ، وَإِمَّا لِأَنَّ قَوْلَهُ تَعَالَى ﴿وَأَرْجُلُكُمْ﴾ قُرِئَ بِالْخَفْضِ وَالنَّصْبِ فَيَتَّبِعِي أَنْ يُعْمَلَ حَالُ عَدَمِ اللَّبْسِ وَيُمْسَحَ عَلَى الْخُفَيْنِ حَالُ اللَّبْسِ لِيَصِيرَ عَامِلًا بِالْقِرَاءَتَيْنِ، فَمَنْ الْمُحِقُّ مِنْهُمَا؟ قُلْتَ: إِنْ

حَمَلَتْ قَوْلَ أَبِي الْحَسَنِ عَلَى أَنْ يَمْسَحَ أَحْيَانًا وَلَا يَتْرُكُهُ بِالْكُلِّيَّةِ تَوَافُقًا. فَإِنَّهُ لَيْسَ فِي كَلَامِ الْمُصَنِّفِ مَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّ مُرَادَهُ أَنْ لَا يَمْسَحَ آخِذًا بِالْعَزِيمَةِ عَلَى الدَّوَامِ وَتَفِيؤُ التُّهْمَةِ يَحْصُلُ بِالْمَسْحِ أَحْيَانًا فَيَحْمَلُ عَلَى ذَلِكَ دَفْعًا لِلتَّدَاخُلِ.

قَالَ: وَيَجُوزُ الْمَسْحُ (مِنْ كُلِّ حَدَثٍ مُوجِبٍ لِلْوُضُوءِ) خَصَّ الْقُدُورِيَّ الْمَسْحَ بِحَدَثٍ مُوجِبٍ لِلْوُضُوءِ احْتِرَازًا عَنِ الْجَنَابَةِ عَلَى مَا سَيَجِيءُ وَجَعَلَ الْحَدَثَ مُوجِبًا مَجَازًا فَإِنَّهُ نَاقِضٌ لِلْوُضُوءِ فَلَا يَكُونُ مُوجِبًا لَكُنْهُ شَرْطٌ لَوْجُوبِهِ فَجَازَ أَنْ يُضَافَ الْإِجَابُ إِلَيْهِ كَمَا فِي صَدَقَةِ الْفِطْرِ. (قَوْلُهُ: وَيَحْدَثُ مُتَأَخِّرٌ) أَيُّ وَخَصَّهُ بِحَدَثٍ مُتَأَخِّرٍ عَنِ الْوُضُوءِ؛ لِأَنَّ الْخُفَّ عَهْدٌ مَانِعًا لِسِرَايَةِ الْحَدَثِ إِلَى الْقَدَمِ لَا رَافِعًا لِلْحَدَثِ؛ لِأَنَّ الرَّافِعَ هُوَ الْمَطْهَرُ وَالْخُفُّ لَيْسَ كَذَلِكَ (قَوْلُهُ: وَلَوْ جَوَزْنَاهُ بِحَدَثٍ سَابِقٍ كَالْمُسْتَحَاضَةِ إِذَا لَبَسَتْ وَالدَّمُ يَسِيلُ ثُمَّ خَرَجَ الْوَقْتُ) وَتَوَضَّأَتْ فَإِنَّهَا لَا تَمْسَحُ؛ لِأَنَّ بَخْرُوجَ الْوَقْتِ ظَهَرَ الْحَدَثُ السَّابِقُ، وَكَذَلِكَ التَّمِيمُ إِذَا لَبَسَ ثُمَّ رَأَى الْمَاءَ وَتَوَضَّأَ لَا يَمْسَحُ؛ لِأَنَّ بَرُوءِيَّةَ الْمَاءِ ظَهَرَ حُكْمُ الْحَدَثِ السَّابِقِ، فَلَوْ جَوَزْنَا الْمَسْحَ كَانَ الْخُفُّ رَافِعًا وَلَيْسَ كَذَلِكَ.

وَقَوْلُهُ: ثُمَّ خَرَجَ الْوَقْتُ إِشَارَةً إِلَى أَنَّ لَهَا أَنْ تَمْسَحَ مَا دَامَ الْوَقْتُ بَاقِيًا، وَلَيْسَ هَذَا الْحُكْمُ مُنْخَصِرًا فِيمَا ذَكَرَهُ وَهُوَ اللَّبْسُ عَلَى السَّيْلَانِ، بَلْ لَوْ كَانَ الدَّمُ سَائِلًا عِنْدَ الْوُضُوءِ دُونَ اللَّبْسِ أَوْ عِنْدَهُمَا جَمِيعًا فَالْحُكْمُ كَذَلِكَ. وَأَمَّا إِذَا كَانَ مُنْقَطِعًا وَقَتَ الْوُضُوءِ وَاللَّبْسِ جَمِيعًا فَإِنَّهَا وَالصَّحِيحَةَ سَوَاءً.

وَقَوْلُ الْقُدُورِيِّ: إِذَا لَبَسَهُمَا عَلَى طَهَارَةٍ كَامِلَةٍ لَا يُفِيدُ اشْتِرَاطَ كَمَالِهَا وَقَتَ اللَّبْسِ؛ لِأَنَّ الثَّابِتَ مِنَ الْمَذْهَبِ عِنْدَنَا خِلَافُ ذَلِكَ وَهُوَ اشْتِرَاطُ الطَّهَارَةِ الْكَامِلَةِ وَقَتَ الْحَدَثِ. وَاعْلَمْ أَنَّ مُرَادَ الْمُصَنِّفِ مِنْ قَوْلِهِ لَا يُفِيدُ اشْتِرَاطَ الْكَمَالِ إِنْ كَانَ هَذَا التَّقْدِيرُ فَفِي كَلَامِ الْقُدُورِيِّ تَسَامُحٌ، وَإِنْ كَانَ غَيْرَ ذَلِكَ فَيَحْتَاجُ إِلَى بَيَانٍ؛ لِأَنَّ ظَاهِرَ كَلَامِ الْقُدُورِيِّ يُفِيدُ ذَلِكَ قِتَامًا.

وَقَوْلُهُ: (حَتَّى لَوْ غَسَلَ رِجْلَيْهِ) قِيلَ لَا يَصِحُّ أَنْ يَكُونَ مِنْ نَتِيجَةِ مَا ذَكَرَ مِنْ اشْتِرَاطِ اللَّبْسِ عَلَى طَهَارَةٍ كَامِلَةٍ، فَإِنَّ عَدَمَ جَوَازِ الْمَسْحِ هُنَا بِاعْتِبَارِ تَرْكِ التَّرْتِيبِ فِي الْوُضُوءِ لَا بِاعْتِبَارِ اشْتِرَاطِ الطَّهَارَةِ الْكَامِلَةِ وَقَتَ اللَّبْسِ، وَإِنَّمَا تَظْهَرُ ثَمَرَةُ الْاِخْتِلَافِ فِيمَا ذَكَرَهُ فِي الْمَبْسُوطِ وَهُوَ مَا قَالَ وَلَوْ تَوَضَّأَ وَغَسَلَ إِحْدَى رِجْلَيْهِ وَلَيْسَ الْخُفُّ ثُمَّ

غَسَلَ الرَّجُلَ الْأُخْرَى وَلَبَسَ الْخُفَّ ثُمَّ أَخَذَتْ جَارَ لَهُ الْمَسْحُ عِنْدَنَا.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: إِنْ لَمْ يَنْزِعِ الْخُفَّ الْأَوَّلَ لَا يَجُوزُ لَهُ الْمَسْحُ، فَإِنْ نَزَعَهُ ثُمَّ لَبَسَهُ جَارَ لَهُ الْمَسْحُ؛ لِأَنَّ الشَّرْطَ أَنْ يَكُونَ لُبْسُهُ بَعْدَ كَمَالِ الطَّهَارَةِ، وَيَجُوزُ أَنْ يُقَالَ لَمَّا أُثْبِتَ الْمُصَنِّفُ بِالذَّلِيلِ فِيمَا تَقَدَّمَ أَنَّ التَّرْتِيبَ فِي الْوُضُوءِ لَيْسَ بِشَرْطٍ صَحَّ أَنْ يَبْنِيَ هَذَا الْفَرْعَ عَلَى هَذَا الْاِخْتِلَافِ، وَاسْتَدْلَّ عَلَى مَا هُوَ الْمَذْهَبُ بِقَوْلِهِ؛ لِأَنَّ الْخُفَّ مَانِعٌ حُلُولِ الْحَدَثِ بِالْقَدَمِ وَهُوَ ظَاهِرٌ مِمَّا مَرَّ، وَكُلُّ مَا هُوَ مَانِعٌ حُلُولِ الْحَدَثِ بِالْقَدَمِ يُرَاعَى كَمَالُ الطَّهَارَةِ فِيهِ وَقَدْ الْمَنْعُ عَنْ حُلُولِ الْحَدَثِ؛ لِأَنَّهَا لَوْ كَانَتْ نَاقِصَةً عِنْدَ ذَلِكَ كَانَ الْخُفُّ رَافِعًا حَدَثًا كَانَ بِالرَّجُلَيْنِ مِنْ حَيْثُ الْحُكْمُ وَهُوَ شَرْعٌ مَانِعًا لَا رَافِعًا.

وَلَقَائِلُ أَنْ يَقُولَ لَا نُسَلِّمُ أَنْ يَكُونَ رَافِعًا بَلْ يَكُونُ مَانِعًا حُلُولِ الْحَدَثِ بِالْقَدَمَيْنِ الطَّاهِرَتَيْنِ بِالْعَسَلِ، فَإِذَا انْضَمَّ إِلَيْهِ غَسْلُ بَقِيَّةِ الْأَعْضَاءِ ارْتَفَعَ الْحَدَثُ بِمَجْمُوعِ الْغُسْلَيْنِ الْأَوَّلِ وَالثَّانِي عَنْ أَعْضَاءِ الْوُضُوءِ فَكَانَ مَانِعًا لَا رَافِعًا. وَالْجَوَابُ أَنَّا قَدْ اتَّفَقْنَا أَنَّ الْمَسْحَ لَا يَجُوزُ إِلَّا بَعْدَ طَهَارَةٍ كَامِلَةٍ وَإِنْ اِخْتَلَفْنَا فِي وَقْتِهَا، فَلَوْ كَانَتْ الطَّهَارَةُ نَاقِصَةً عِنْدَ حُلُولِ الْحَدَثِ لَزِمَ أَنْ يَكُونَ الْخُفُّ رَافِعًا لِلْحَدَثِ الْحُكْمِيِّ الْحَالِ بِالْقَدَمِ؛ لِأَنَّهُ وَإِنْ زَالَ بِالْمَاءِ حَقِيقَةً لَكِنَّهُ بَاقٍ حُكْمًا لِعَدَمِ التَّجَرُّؤِ، وَعَنْ بَقِيَّةِ الْأَعْضَاءِ أَيْضًا لِيَرِدَ الْمَسْحُ عَلَى طَهَارَةٍ كَامِلَةٍ وَكَانَ رَافِعًا لَا مَانِعًا وَلَزِمَ الْخَلْفُ، فَإِنْ قُلْتَ: هَذَا يَقْتَضِي وَجُودَ الطَّهَارَةِ الْكَامِلَةِ وَقَدْ حَدَثَ وَتَحْنُ لَا تَمْنَعُ ذَلِكَ، وَإِنَّمَا نَقُولُ إِنَّهَا لَا تَكْفِي بَلْ يَحْتَاجُ إِلَى وَجُودِهَا وَقَدْ اللَّبْسِ أَيْضًا وَمَا ذَكَرْتُمْ لَا يَمْنَعُ ذَلِكَ. قُلْتَ: هَذَا نَاهِضٌ وَلَا دَافِعٌ لَهُ فِي كَلَامِ الْمُصَنِّفِ، وَدَافِعُهُ أَنْ وَجُودَهَا يَحْتَاجُ إِلَيْهِ عِنْدَ طَرِيَانِ مُزِيلِهَا وَهُوَ الْحَدَثُ تَحْقِيقًا لِلْإِزَالَةِ. وَأَمَّا قَبْلَ ذَلِكَ فَهِيَ مُسْتَعْنَى عَنْهَا فَلَا فَائِدَةَ فِي اشْتِرَاطِهَا. قَالَ (وَيَجُوزُ لِلْمُقِيمِ يَوْمًا وَلَيْلَةً) يَجُوزُ الْمَسْحُ لِلْمُقِيمِ يَوْمًا وَلَيْلَةً (وَلِلْمُسَافِرِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ وَلَيَالِيهَا) وَقَالَ مَالِكٌ فِي رِوَايَةٍ عَنْهُ: الْمُقِيمُ لَا يَمْسَحُ أَصْلًا وَالْمُسَافِرُ مَسْحُهُ مُؤَبَّدٌ، وَفِي رِوَايَةٍ عَنْهُ، إِنَّ الْمُقِيمَ كَالْمُسَافِرِ. وَاحْتِجَّ لِلأَوَّلَى فِي الْمُقِيمِ بِأَنَّ الْمَسْحَ لِلضَّرُورَةِ وَلَا ضَرُورَةَ فِي الْمُقِيمِ، وَفِي الْمُسَافِرِ بِحَدِيثِ «عَمَّارِ بْنِ يَاسِرٍ رضي الله عنه قَالَ: قُلْتُ يَا رَسُولَ اللَّهِ أَلَمْ يَمْسَحْ عَلَى الْخَفَيْنِ يَوْمًا؟ قَالَ: نَعَمْ، فَقُلْتُ يَوْمَيْنِ؟ فَقَالَ: نَعَمْ حَتَّى انْتَهَيْتَ إِلَى سَبْعَةِ أَيَّامٍ، فَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: إِذَا كُنْتَ فِي سَفَرٍ فَاْمْسَحْ مَا بَدَا لَكَ» وَلِلثَّانِيَةِ بِمَا رَوَى سَعْدُ بْنُ أَبِي وَقَّاصٍ

وَجَرِيرُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ وَحَذِيفَةُ بْنُ الْيَمَانِيِّ فِي جَمَاعَةٍ مِنَ الصَّحَابَةِ فَإِنَّهُمْ رَوَوْا الْمَسْحَ عَلَى الْخَفَيْنِ غَيْرَ مُؤَقَّتٍ. ذَكَرَهُ أَبُو بَكْرٍ الرَّازِيُّ فِي شَرْحِ مُخْتَصَرِ الطَّحَاوِيِّ.

وَلَنَا الْحَدِيثُ الْمَشْهُورُ وَهُوَ قَوْلُهُ: ﷺ «يَمْسَحُ الْمُقِيمُ يَوْمًا وَلَيْلَةً وَالْمَسَافِرُ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ وَلَيَالِيهَا» رَوَاهُ عُمَرُ وَعَلِيٌّ وَجَابِرٌ وَخَزِيمَةُ وَصَفْوَانُ وَعَوْفُ بْنُ مَالِكٍ وَأَبُو بَكْرٍ وَغَيْرُهُمْ مِنَ الصَّحَابَةِ، وَالْمَشْهُورُ لَا يَتْرُكُ بِالشَّاذِّ. قَالَ أَحْمَدُ بْنُ حَنْبَلٍ رَحِمَهُ اللَّهُ: رَجَالُهُ لَا يُعْرَفُونَ. وَقَالَ أَبُو دَاوُدَ: قَدْ اخْتَلَفَ فِي إِسْنَادِهِ، وَلَيْسَ بِقَوِيٍّ. وَقَالَ الدَّارَقُطْنِيُّ: إِسْنَادُهُ لَا يَثْبُتُ. وَقَالَ يَحْيَى بْنُ مَعِينٍ: إِسْنَادُهُ مُضْطَرِبٌ. وَقَالَ الْبُخَارِيُّ: حَدِيثٌ مَجْهُولٌ، عَلَى أَنَّ تَأْوِيلَهُ أَنَّ مُرَادَهُ ﷺ بَيَانُ أَنَّ الْمَسْحَ مُؤَبَّدٌ غَيْرُ مَنْسُوخٍ لَا أَلَّا يَنْزِعَ خُفَّيْهِ فِي هَذِهِ الْمُدَّةِ، وَعَدَمُ الصَّرُورَةِ فِي الْمُقِيمِ مَمْنُوعٌ فَإِنَّهُ يَلْبَسُ الْخُفَّ حِينَ يُصْبِحُ وَيَخْرُجُ لِحَاجَتِهِ وَيَسْتَقُ عَلَيْهِ النَّزْعُ قَبْلَ أَنْ يَعُودَ إِلَى بَيْتِهِ لَيْلًا (وَابْتِدَاؤُهَا) أَيْ ابْتِدَاءُ مُدَّةِ الْمَسْحِ (عَقِيبَ الْحَدَثِ) لَا مِنْ وَقْتِ اللُّبْسِ كَمَا ذَهَبَ إِلَيْهِ الْحَسَنُ الْبَصْرِيُّ مُسْتَدِلًّا بِأَنَّ جَوَازَهُ بِسَبَبِهِ فَتَعَبَّرُ مِنْ وَقْتِهِ وَلَا مِنْ حِينَ الْمَسْحِ كَمَا ذَهَبَ إِلَيْهِ الْأَوْزَاعِيُّ وَأَبُو ثَوْرٍ وَأَحْمَدُ فِي رِوَايَةٍ مُحْتَجِّجِينَ بِأَنَّ التَّقْدِيرَ لِأَجَلِهِ فَيَعْتَبَرُ مِنْ وَقْتِهِ، وَبَيَانُ ذَلِكَ فِيمَنْ تَوَضَّأَ عِنْدَ طُلُوعِ الْفَجْرِ وَلَيْسَ الْخُفَّ ثُمَّ أَحْدَثَ بَعْدَ طُلُوعِ الشَّمْسِ ثُمَّ تَوَضَّأَ وَمَسَحَ بَعْدَ الزَّوَالِ فَعَلَى قَوْلِ الْعَامَّةِ يَمْسَحُ الْمُقِيمُ إِلَى وَقْتِ الْحَدَثِ مِنَ الْيَوْمِ الثَّانِي وَهُوَ مَا بَعْدَ طُلُوعِ الشَّمْسِ مِنَ الْيَوْمِ الثَّانِي، وَعَلَى الْقَوْلِ الثَّانِي إِلَى وَقْتِ طُلُوعِ الْفَجْرِ مِنَ الْيَوْمِ الثَّانِي، وَهُوَ وَقْتُ اللُّبْسِ، وَعَلَى الْقَوْلِ الثَّلَاثِ إِلَى مَا بَعْدَ الزَّوَالِ مِنَ الْيَوْمِ الثَّانِي وَهُوَ وَقْتُ الْمَسْحِ، وَالصَّحِيحُ قَوْلُ الْعَامَّةِ؛ لَأَنَّ الْخُفَّ مَانِعٌ سِرَايَةَ الْحَدَثِ: أَيْ وُصُولِهِ إِلَى الرَّجُلِ وَالْمَانِعُ عَنِ الشَّيْءِ إِمَّا يَكُونُ مَانِعًا حَقِيقَةً عِنْدَ طَرَيَانِ الْمَثْنُوعِ وَالْحَقِيقَةُ أَوَّلَى بِالْإِعْتِبَارِ فَتَعْتَبَرُ الْمُدَّةُ مِنْ عِنْدِهِ

(وَالْمَسْحُ عَلَى ظَاهِرِهِمَا خُطُوطًا بِالْأَصَابِعِ، يَبْدَأُ مِنْ قِبَلِ الْأَصَابِعِ إِلَى السَّاقِ) لِحَدِيثِ الْمُغِيرَةِ ﷺ «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ وَضَعَ يَدَيْهِ عَلَى خُفَّيْهِ وَمَدَّهُمَا مِنَ الْأَصَابِعِ إِلَى أَعْلَاهُمَا مَسْحَةً وَاحِدَةً، وَكَأَنِّي أَنْظُرُ إِلَى أَثَرِ الْمَسْحِ عَلَى خُفِّ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ خُطُوطًا بِالْأَصَابِعِ» ثُمَّ الْمَسْحُ عَلَى الظَّاهِرِ حَتْمٌ حَتَّى لَا يَجُوزَ عَلَى بَاطِنِ الْخُفِّ وَعَقِبِهِ وَسَاقِهِ لِأَنَّهُ مَعْدُولٌ بِهِ عَنِ الْقِيَاسِ فَيَرَاى فِيهِ جَمِيعُ مَا وَرَدَ بِهِ الشَّرْعُ، وَالْبَدْءُ مِنَ الْأَصَابِعِ اسْتِحْبَابٌ إِعْتِبَارًا

بِالأَصْلِ وَهُوَ الْغَسْلُ (وَقَرَضُ ذَلِكَ مِقْدَارُ ثَلَاثِ أَصَابِعٍ مِنْ أَصَابِعِ الْيَدِ) وَقَالَ الْكِرْخِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: مِنْ أَصَابِعِ الرَّجْلِ، وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ اعْتِبَارًا لِأَنَّهُ الْمَسْحُ.

الشرح:

(وَالْمَسْحُ عَلَى ظَاهِرِهِمَا خُطُوطًا بِالأَصَابِعِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ: السُّنَّةُ مَسْحُ أَعْلَى الْخُفِّ وَأَسْفَلَهُ لِمَا رَوَى: «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ مَسَحَ أَعْلَى الْخُفِّ وَأَسْفَلَهُ»^(١). وَقَوْلُهُ: خُطُوطًا بِالأَصَابِعِ وَهُوَ مَنْصُوبٌ عَلَى الْحَالِ بِمَعْنَى مُخَطَّطَ احْتِرَازًا عَنْ قَوْلِ عَطَاءٍ فَإِنَّهُ يَقُولُ بِتَثْلِيثِ الْمَسْحِ اعْتِبَارًا بِالْغَسْلِ، وَذَلِكَ؛ لِأَنَّ الْخُطُوطَ إِنَّمَا تَبْقَى إِذَا مَسَحَ مَرَّةً وَاحِدَةً، وَكَيْفِيَّةُ ذَلِكَ أَنْ يَبْدَأَ فَيَضَعُ أَصَابِعَ يَدِهِ الْيُمْنَى عَلَى مُقَدِّمِ خُفِّهِ الْأَيْمَنِ، وَأَصَابِعَ يَدِهِ الْيُسْرَى عَلَى مُقَدِّمِ خُفِّهِ الْأَيْسَرِ، وَيَمُدُّهُمَا إِلَى السَّاقِ فَوْقَ الْكَعْبَيْنِ، وَيُفَرِّجُ بَيْنَ أَصَابِعِهِ، وَلَوْ وَضَعَ الْكَفَّ مَعَ الْأَصَابِعِ قِيلَ كَانَ أَحْسَنَ؛ لِأَنَّ الدَّلِيلَ الدَّالَّ عَلَى الْمَسْحِ عَلَى ظَاهِرِهِمَا وَهُوَ حَدِيثُ الْغُبَيْرَةِ «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ وَضَعَ يَدَيْهِ عَلَى خُفَيْهِ وَمَدَّهُمَا مِنَ الْأَصَابِعِ إِلَى أَعْلَاهُمَا»، الْحَدِيثُ يُشِيرُ إِلَى ذَلِكَ حَيْثُ قَالَ وَضَعَ يَدَهُ وَلَمْ يَقُلْ وَضَعَ أَصَابِعَهُ وَمَا رَوَى مِنْ «أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ مَسَحَ عَلَى أَعْلَى الْخُفِّ وَأَسْفَلَهُ»^(٢) فَقَدْ طَعَنَ فِيهِ أَئِمَّةُ الْحَدِيثِ مِثْلُ أَبِي دَاوُدَ وَالتِّرْمِذِيِّ وَغَيْرِهِمَا، وَإِنْ صَحَّ فَمَعْنَاهُ مَا يَلِي السَّاقَ وَمَا يَلِي الْأَصَابِعَ تَوْفِيقًا بَيْنَ الْأَدْلَةِ (ثُمَّ الْمَسْحُ عَلَى الظَّاهِرِ حَتْمٌ) أَيْ وَاجِبٌ (حَتَّى لَا يَجُوزَ لَهُ عَلَى بَاطِنِ الْخُفِّ وَعَقِيهِ خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ فِي قَوْلِهِ).

وَقَوْلُهُ: (لَأَنَّهُ مَعْدُولٌ بِهِ عَنْ الْقِيَاسِ) إِذِ الْقِيَاسُ أَلَّا يَقُومَ الْمَسْحُ الَّذِي لَا يُزِيلُ النَّجَاسَةَ مَقَامَ الْغَسْلِ الَّذِي يُزِيلُهَا كَمَا أَشَارَ إِلَيْهِ عَلِيُّ بْنُ أَبِي طَالِبٍ بِقَوْلِهِ: لَوْ كَانَ الدِّينُ بِالرَّأْيِ لَكَانَ بَاطِنُ الْخُفِّ أَوَّلَى بِالْمَسْحِ مِنْ ظَاهِرِهِ، وَلَكِنِّي رَأَيْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ يَمْسَحُ عَلَى ظَاهِرِ الْخُفِّينِ دُونَ بَاطِنِهِمَا. وَإِنَّمَا كَانَ الرَّأْيُ ذَلِكَ؛ لِأَنَّ الْخُفَّ يُلَاقِي الْأَرْضَ بِمَا عَلَيْهَا مِنْ طِينٍ وَتُرَابٍ وَقَدَرِ بَاطِنُهُ لَا بَظَاهِرِهِ، وَإِذَا كَانَ مَعْدُولًا بِهِ عَنْ الْقِيَاسِ يُرَاعَى جَمِيعُ مَا وَرَدَ بِهِ الشَّرْعُ (وَالْبَدَأَةُ مِنَ الْأَصَابِعِ اسْتِحْبَابٌ) حَتَّى لَوْ بَدَأَ

(١) أخرجه أبو داود (١٦٥)، والترمذي (٩٧)، وابن ماجه (٥٥٠)، وأحمد (٢٥١/٤).

(٢) سبق تخريجه.

مِنْ السَّاقِ جَازَ أَيْضًا.

وَوَجْهُ الاسْتِحْبَابِ الْاِغْتِبَارُ بِالْعَسَلِ؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى جَعَلَ الْكَعْبَ غَايَةً. وَلِقَائِلِ أَنْ يَقُولَ: الشَّرْعُ وَرَدَ بِمَدِّ الْيَدَيْنِ مِنَ الْأَصَابِعِ إِلَى أَعْلَاهُمَا فَكَانَ الْوَاجِبُ أَنْ تُكُونَ الْبِدْءَةُ بِالْأَصَابِعِ حَتْمًا لَا مُسْتَحَبًّا كَالْمَسْحِ عَلَى ظَاهِرِهِمَا، فَلَاِغْتِبَارُ بِالْأَصْلِ تَرْكُ لَمَّا وَرَدَ بِهِ الشَّرْعُ، وَكَذَلِكَ التَّقْدِيرُ بِثَلَاثَةِ أَصَابِعٍ عَلَى مَا تَذَكَّرُهُ تَرْكُ لَهُ «فَإِنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ مَدٌّ مِنَ الْأَصَابِعِ إِلَى السَّاقِ». وَالْجَوَابُ مَا رَوَى «أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ مَسَحَ عَلَى خُفَيْهِ» مِنْ غَيْرِ ذِكْرِ مَدٍّ إِلَى السَّاقِ فَجَعَلَ الْمَفْرُوضُ فِي أَصْلِ الْمَسْحِ مِقْدَارَ ثَلَاثَةِ أَصَابِعٍ وَالْبِدْءُ سُنَّةٌ جَمْعًا بَيْنَ الْأَدْلَةِ. وَأَمَّا التَّقْدِيرُ بِثَلَاثَةِ أَصَابِعٍ فَبِإِشَارَةِ قَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ (خَطُوطًا بِالْأَصَابِعِ)، فَإِنَّ أَقْلَ الْجَمْعِ ثَلَاثَةٌ. وَاخْتَلَفَ فِي الْأَصَابِعِ فَذَهَبَ عَامَّةُ عُلَمَائِنَا إِلَى أَنَّهَا أَصَابِعُ الْيَدِ، وَقَالَ الْكَرْخِيُّ: أَصَابِعُ الرَّجْلِ؛ لِأَنَّ الْمَسْحَ يَقَعُ عَلَيْهِ وَهُوَ أَكْثَرُ الْمَسْخُوحِ فَيَقُومُ مَقَامَ الْكُلِّ كَمَا فِي الْخَرْقِ. وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ اِغْتِبَارًا لِأَنَّ الْمَسْحَ فَإِنَّ الْمَسْحَ فِعْلٌ يُضَافُ إِلَى الْفَاعِلِ لَا إِلَى الْمَحَلِّ فَتُعْتَبَرُ الْآلَةُ كَمَا فِي الرَّأْسِ.

وَذَكَرَ ابْنُ رُسْتَمٍ عَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ إِذَا وَضَعَ ثَلَاثَةَ أَصَابِعٍ وَضَعًا أَجْزَأَهُ. وَقَالَ الْقُدُورِيُّ: هَذَا يَذُلُّ عَلَى أَنَّهُ مُقَدَّرٌ بِأَصَابِعِ الْيَدِ، وَعَنْ هَذَا قَالَ فِي التُّخْفَةِ: سَوَاءٌ كَانَ الْمَسْحُ طَوِيلًا أَوْ عَرِضًا؛ لِأَنَّ قَوْلَهُ لَوْ وَضَعَ ثَلَاثَةَ أَصَابِعٍ وَضَعًا لَا يُقَيَّدُ بِشَيْءٍ مِنَ الطُّولِ وَالْعَرْضِ.

(وَلَا يَجُوزُ الْمَسْحُ عَلَى خُفٍّ فِيهِ خَرْقٌ كَبِيرٌ يُبَيِّنُ مِنْهُ قَدْرَ ثَلَاثِ أَصَابِعٍ مِنْ أَصَابِعِ الرَّجْلِ، فَإِنْ كَانَ أَقْلُ مِنْ ذَلِكَ جَازًا) وَقَالَ زُفَرٌ وَالشَّافِعِيُّ رَحِمَهُمَا اللَّهُ لَا يَجُوزُ وَإِنْ قَلَّ لِأَنَّهُ لَمَّا وَجِبَ غَسْلُ الْبَادِي وَجِبَ غَسْلُ الْبَاقِي. وَلَنَا أَنَّ الْخِيفَافَ لَا تَخْلُو عَنْ قَلِيلِ خَرْقٍ عَادَةً فَيَلْحَقُهُمُ الْحَرَجُ فِي النَّزْعِ وَتَخْلُو عَنْ الْكَبِيرِ فَلَا حَرَجَ، وَالْكَبِيرُ أَنْ يَنْكَشِفَ قَدْرُ ثَلَاثَةِ أَصَابِعٍ مِنْ أَصَابِعِ الرَّجْلِ أَصْغَرُهَا هُوَ الصَّحِيحُ لِأَنَّ الْأَصْلَ فِي الْقَدَمِ هُوَ الْأَصَابِعُ وَالثَّلَاثُ أَكْثَرُهَا فَيُقَامُ مَقَامَ الْكُلِّ، وَاعْتِبَارُ الْأَصْغَرِ لِلَاِغْتِبَاظِ وَلَا مُعْتَبَرٌ بِدُخُولِ الْأَنَامِلِ إِذَا كَانَ لَا يَنْفَرِجُ عِنْدَ الْمَشْيِ، وَيُعْتَبَرُ هَذَا الْمِقْدَارُ فِي كُلِّ خُفٍّ عَلَى حِدَةٍ فَيُجْمَعُ الْخَرْقُ فِي خُفٍّ وَاحِدٍ وَلَا يُجْمَعُ فِي خُفَيْنِ لِأَنَّ الْخَرْقَ فِي أَحَدِهِمَا لَا يَمْنَعُ قَطْعَ السُّفْرِ بِالْآخِرِ، بِخِلَافِ النَّجَاسَةِ الْمُتَفَرِّقَةِ لِأَنَّهُ حَامِلٌ لِلْكُلِّ وَانْكَشَافُ الْعَوْرَةِ نَظِيرُ النَّجَاسَةِ.

الشرح:

قَالَ (وَلَا يَجُوزُ الْمَسْحُ عَلَى خُفٍّ فِيهِ خَرَقٌ كَبِيرٌ) رُوِيَ كَثِيرٌ بِالنَّاءِ الْمُثَلَّثَةِ مِنْ فَوْقُ وَكَبِيرٌ بِالْبَاءِ الْمُتَقَوِّطَةِ مِنْ تَحْتِ، وَالْأَوَّلُ يُقَابَلُهُ الْقَلِيلُ وَالثَّانِي يُقَابَلُهُ الصَّغِيرُ. وَقَوْلُهُ: مِنْ بَعْدُ وَإِنْ كَانَ أَقَلٌّ مِنْ ذَلِكَ يُرْجَحُ الْأَوَّلُ، وَفِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ أَرْبَعَةُ أَقْوَالٍ: الْأَوَّلُ شُمُولُ الْمَنَعِ فِي الْقَلِيلِ وَالْكَثِيرِ وَهُوَ مَذْهَبُ زُفَرٍ وَالشَّافِعِيِّ. وَالثَّانِي شُمُولُ الْجَوَازِ فِيهِمَا وَهُوَ مَذْهَبُ سُفْيَانَ الثَّوْرِيِّ وَقَدْ رُوِيَ عَنْ مَالِكٍ. وَالثَّالِثُ الْفَصْلُ بَيْنَ الْقَلِيلِ وَالْكَثِيرِ وَهُوَ قَوْلُ عُلَمَائِنَا وَهُوَ الْاسْتِحْسَانُ. وَالرَّابِعُ الْقَوْلُ بِغَسْلِ مَا ظَهَرَ مِنَ الْقَدَمِ وَمَسْحُ مَا لَمْ يَظْهَرْ وَهُوَ قَوْلُ الْأَوْزَاعِيِّ. وَجَهُ الْأَوَّلِ الْقِيَاسُ؛ لِأَنَّ الْكَثِيرَ لَمَّا كَانَ مَانِعًا كَانَ الْيَسِيرُ كَذَلِكَ كَالْحَدَثِ. وَوَجَهُ الثَّانِي أَنَّ الْخُفَّ يَمْنَعُ سَرَايَةَ الْحَدَثِ إِلَى الْقَدَمِ، فَمَا دَامَ يَنْطَلِقُ عَلَيْهِ اسْمُ الْخُفِّ جَارَ الْمَسْحِ عَلَيْهِ.

وَوَجَهُ قَوْلُنَا وَهُوَ الْاسْتِحْسَانُ أَنَّ الْخِفَافَ لَا تَخْلُو عَنْ الْخَرَقِ الْقَلِيلَ عَادَةً، فَإِنَّ الْخُفَّ وَإِنْ كَانَ جَدِيدًا فَاتَّارَ الدُّرُوزِ وَالْأَشَافِي خَرَقٌ فِيهِ وَلِهَذَا يَدْخُلُهُ التُّرَابُ فَيَلْحَقُهُمُ الْحَرَجُ فِي التَّنَزُّعِ فَجُعِلَ عَفْوًا وَتَخْلُو عَنْ الْكَثِيرِ فَلَا حَرَجَ، وَمَا ذَكَرَهُ عَنْ اعْتِبَارِ أَصَابِعِ الرَّجُلِ هُوَ رِوَايَةُ الرِّيَادَاتِ؛ لِأَنَّ الْخَرَقَ إِذَا كَانَ مِقْدَارَ ثَلَاثِ أَصَابِعٍ مَنَعَ قَطْعَ السَّفَرِ، وَقَطْعَ السَّفَرِ إِنَّمَا يَتَحَقَّقُ بِالرَّجُلِ فَيُعْتَبَرُ أَصَابِعُهَا.

وَقَوْلُهُ: (هُوَ الصَّحِيحُ) احْتِرَازٌ عَنْ شَيْئَيْنِ عَنْ رِوَايَةِ الْحَسَنِ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الْمُعْتَبَرَ ثَلَاثُ أَصَابِعٍ مِنْ أَصَابِعِ الْيَدِ؛ لِأَنَّهُ آلَةُ الْمَسْحِ، وَعَمَّا قَالَ شَمْسُ الْأَيْمَةِ الْحُلَوَانِيُّ: الْمُعْتَبَرُ فِي الْخَرَقِ أَكْبَرُ الْأَصَابِعِ إِنْ كَانَ الْخَرَقُ عِنْدَ أَكْبَرِهَا، وَأَصْغَرُهَا إِنْ كَانَ عِنْدَ أَصْغَرِهَا. وَقَوْلُهُ: (لَأَنَّ الْأَصْلَ) دَلِيلٌ عَلَى الْمِقْدَارِ وَالصَّغَرِ. وَقَوْلُهُ: (وَلَا مُعْتَبَرٌ بِدُخُولِ الْأَنَامِلِ) ظَاهِرٌ وَلَمْ يَذْكُرْ إِذَا كَانَ يَبْدُو قَدْرُ ثَلَاثِ أَتَامِلٍ مِنْ أَصَابِعِ الرَّجُلِ. قَالَ بَعْضُهُمْ: يُمْنَعُ الْمَسْحُ، وَإِلَيْهِ أَشَارَ شَمْسُ الْأَيْمَةِ السَّرْحَسِيُّ. وَقَالَ بَعْضُهُمْ: لَا يُمْنَعُ. وَالشَّرْطُ أَنْ يَبْدُو قَدْرُ ثَلَاثِ أَصَابِعٍ بِكَمَالِهَا، وَإِلَيْهِ مَالَ شَمْسُ الْأَيْمَةِ الْحُلَوَانِيُّ، وَقَالَ فِي النِّهَايَةِ: وَهُوَ الْأَصَحُّ.

وَقَوْلُهُ: (وَيُعْتَبَرُ هَذَا الْمِقْدَارُ فِي كُلِّ خُفٍّ عَلَى حِدَةٍ فَيَجْمَعُ الْخَرَقُ فِي خُفٍّ وَاحِدٍ)؛ لِأَنَّهُ يَمْنَعُ قَطْعَ السَّفَرِ بِهِ (وَلَا يُجْمَعُ فِي خُفَّيْنِ؛ لِأَنَّ الْخَرَقَ فِي أَحَدِهِمَا لَا

يَمْنَعُ قَطْعَ السَّفَرِ بِالْآخِرِ) وَاضِحٌ. قِيلَ يَتَّبِعِي أَنْ يُجْمَعَ فِي الْخَفَيْنِ أَيْضًا؛ لِأَنَّ الرَّجُلَيْنِ صَارَتَا كَعْضُو وَاحِدٍ لَدُخُولِهِمَا تَحْتَ خِطَابٍ وَاحِدٍ. وَأُجِيبَ بَأَنَّهُمَا صَارَتَا كَعْضُو وَاحِدٍ فِي حَقِّ حُكْمٍ شَرْعِيٍّ، وَالْخَرْقُ أَمْرٌ حِسِّيٌّ فَلَا يَكُونَانِ فِيهِ كَعْضُو وَاحِدٍ كَمَا فِي قَطْعِ الْمَسَافَةِ، وَلِهَذَا لَوْ مَدَّ الْمَاءُ مِنَ الْأَصَابِعِ إِلَى الْعَقَبِ جَازَ وَلَمْ يَظْهَرْ لَهُ حُكْمُ الِاسْتِعْمَالِ؛ لِأَنَّهُ عَضُو وَاحِدٍ، وَلَوْ مَدَّ الْمَاءُ مِنْ إِحْدَى الرَّجُلَيْنِ إِلَى الْآخَرَى لَمْ يَجْزُ. وَالْحَاصِلُ أَنَّ لِلرَّجُلَيْنِ شَبَهًا بَعْضُو وَاحِدٍ مِنْ حَيْثُ دُخُولُهُمَا تَحْتَ خِطَابٍ وَاحِدٍ، وَبَعْضُوَيْنِ مِنْ حَيْثُ قَطْعُ الْمَسَافَةِ فَعَمَلْنَا بِالشَّبَهَيْنِ، وَقُلْنَا بَعْدَ الْجَمْعِ نَظَرًا إِلَى الشَّبَهِ الثَّانِي، وَبَعْدَ غَسْلِ مَا فِيهِ الْخَرْقُ دُونَ الْآخِرِ نَظَرًا إِلَى الشَّبَهِ الْأَوَّلِ لِثَلَا يَلْزَمَ الْجَمْعُ بَيْنَ الْغَسْلِ وَالْمَسْحِ فِيمَا هُوَ كَعْضُو وَاحِدٍ.

وَقَوْلُهُ: (بِخِلَافِ النَّجَاسَةِ) يَعْنِي إِذَا كَانَ فِي أَحَدِ الْخَفَيْنِ نَجَاسَةٌ قَلِيلَةٌ وَفِي الْآخَرِ كَذَلِكَ يُجْمَعُ بَيْنَهُمَا لَمَّا ذُكِرَ فِي الْكِتَابِ، وَالْكَشَافُ الْعَوْرَةَ نَظِيرُ النَّجَاسَةِ فِي أَنَّ الْمَانِعَ انْكَشَافُ عَيْنِ الْعَوْرَةِ وَقَدْ وَجِدَ كَمَا أَنَّ الْمَانِعَ حَمْلُ النَّجَاسَةِ وَقَدْ وَجِدَ، وَوَجْهُ الرَّابِعِ وَاضِحٌ.

(وَلَا يَجُوزُ الْمَسْحُ مَنْ وَجَبَ عَلَيْهِ الْغُسْلُ) لِحَدِيثِ صَفْوَانَ بْنِ عَسَّالٍ ؓ أَنَّهُ قَالَ «كَانَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ يَأْمُرُنَا إِذَا كُنَّا سَفَرًا أَنْ لَا نَنْزِعَ خِفَافَنَا ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ وَلَيَالِيهَا إِلَّا عَنْ جَنَابَتِهِ، وَلَكِنْ مِنْ بَوْلٍ أَوْ غَائِطٍ أَوْ نَوْمٍ» وَلِأَنَّ الْجَنَابَةَ لَا تَكْرُرُ عَادَةً فَلَا حَرَجَ فِي النَّزْعِ، بِخِلَافِ الْحَدَثِ لِأَنَّهُ يَتَكَرَّرُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَلَا يَجُوزُ الْمَسْحُ مَنْ وَجَبَ عَلَيْهِ الْغُسْلُ) قِيلَ صُورَتُهُ رَجُلٌ تَوَضَّأَ وَلَبَسَ الْخُفَّ ثُمَّ أَجْتَبَ ثُمَّ وَجَدَ مَاءً يَكْفِي لِلْوُضُوءِ وَلَا يَكْفِي لِلَاغْتِسَالِ فَإِنَّهُ يَتَوَضَّأُ وَيَغْسِلُ رِجْلَيْهِ وَلَا يَمْسَحُ وَيَتَيَمَّمُ لِلْجَنَابَةِ. وَقَالَ شَمْسُ الْأَيْمَةِ السَّرْحَسِيُّ: الْجَنَابَةُ الزَّمَنَةُ غَسْلُ جَمِيعِ الْبَدَنِ، وَمَعَ الْخُفِّ لَا يَتَأْتِي، بِخِلَافِ الْحَدَثِ الْأَصْغَرِ فَإِنَّهُ أَوْجَبَ غَسْلَ أَعْضَاءِ يُمْكِنُ أَنْ يُجْمَعَ بَيْنَهُ وَيَبْنَ الْمَسْحُ الْخُفِّ. وَعَسَّالٌ بِالْعَيْنِ الْمُهِمْلَةِ: يَبَاغُ الْغَسْلُ، وَالِاسْتِدْلَالُ بِهِ ظَاهِرٌ لَكِنْ يَقْتَضِي التَّصْوِيرَ، فَإِنَّ السَّلْبَ يَقْتَضِي تَصَوُّرَ الْإِيجَابِ. وَقَالَ مَوْلَانَا حَمِيدُ الدِّينِ: الْمَوْضِعُ مَوْضِعُ التَّنْفِي فَلَا يَحْتَاجُ إِلَى التَّصَوُّرِ. وَقَوْلُهُ: (وَلِأَنَّ الْجَنَابَةَ) يُشِيرُ إِلَى أَنَّ

شَرْعِيَّةَ الْمَسْحِ لِلدَّفْعِ الْحَرَجِ وَالْحَرَجُ فِيمَا يَتَكَرَّرُ وَهُوَ الْحَدَثُ دُونَ الْجَنَابَةِ.

(وَيَنْقُضُ الْمَسْحُ كُلَّ شَيْءٍ يَنْقُضُ الْوُضُوءَ) لِأَنَّهُ بَعْضُ الْوُضُوءِ (وَيَنْقُضُهُ أَيْضًا نَزْعُ الْخُفِّ) لِسِرَايَةِ الْحَدَثِ إِلَى الْقَدَمِ حَيْثُ زَالَ الْمَانِعُ، وَكَذَا نَزْعُ أَحَدِهِمَا لِتَعَذُّرِ الْجَمْعِ بَيْنَ الْغَسْلِ وَالْمَسْحِ فِي وَظِيفَةٍ وَاحِدَةٍ (وَكَذَا مُضِيُّ الْمُدَّةِ) لِمَا رَوَيْنَا (وَإِذَا تَمَّتِ الْمُدَّةُ نَزْعُ خُفِّهِ وَغَسْلَ رِجْلَيْهِ وَصَلَّى وَلَيْسَ عَلَيْهِ إِعَادَةُ بَقِيَّةِ الْوُضُوءِ) وَكَذَا إِذَا نَزَعَ قَبْلَ الْمُدَّةِ لِأَنَّهُ عِنْدَ النَّزْعِ يَسْرِي الْحَدَثُ السَّابِقُ إِلَى الْقَدَمَيْنِ كَأَنَّهُ لَمْ يَغْسِلَهُمَا، وَحُكْمُ النَّزْعِ يَثْبُتُ بِخُرُوجِ الْقَدَمِ إِلَى السَّاقِ لِأَنَّهُ لَا مُعْتَبَرَ بِهِ فِي حَقِّ الْمَسْحِ، وَكَذَا بِأَكْثَرِ الْقَدَمِ هُوَ الصَّحِيحُ.

الشرح:

قَالَ (وَيَنْقُضُ الْمَسْحُ كُلَّ شَيْءٍ يَنْقُضُ الْوُضُوءَ) كُلُّ مَا يَنْقُضُ الْوُضُوءَ يَنْقُضُ الْمَسْحَ؛ لِأَنَّهُ بَعْضُ الْوُضُوءِ، فَلَوْ لَمْ يَنْقُضْ بِهِ لَكَانَ مَا فَرَضْنَاهُ نَاقِضًا لِلْوُضُوءِ لَمْ يَكُنْ نَاقِضًا لَهُ بَلْ نَاقِضًا لِبَعْضِهِ هَذَا خَلْفٌ، وَكَذَا يَنْقُضُهُ نَزْعُ الْخُفِّ؛ لِأَنَّ الْحَدَثَ السَّابِقَ بِخُرُوجِ النَّجَاسَةِ مِنْ بَدَنِ الْإِنْسَانِ كَانَ مُمْتَنِعَ الْعَمَلِ بِوُجُودِ الْمَانِعِ وَهُوَ الْخُفُّ، وَإِذَا زَالَ الْمَانِعُ سَرَى الْحَدَثُ إِلَى الْقَدَمِ وَعَمِلَ عَمَلُهُ، وَهَذَا كَمَا تَرَى عَلَى طَرِيقَةِ تَخْصِصِ الْعِلَلِ وَالْمُخْلَصُ مَعْلُومٌ، وَكَذَا نَزْعُ أَحَدِهِمَا يَنْقُضُ الْمَسْحَ يُوجِبُ غَسْلَ الرَّجْلَيْنِ لِتَعَذُّرِ الْجَمْعِ بَيْنَ الْغَسْلِ وَالْمَسْحِ فِي وَظِيفَةٍ وَاحِدَةٍ وَهِيَ غَسْلُ الرَّجْلَيْنِ، وَقَيَّدَ بِالْوَاحِدَةِ؛ لِأَنَّهُمَا فِي غَيْرِهَا يَجْتَمِعَانِ كَغَسْلِ الْوَجْهِ وَالْيَدَيْنِ وَمَسْحِ الرَّأْسِ وَالرَّجْلَيْنِ (وَكَذَا مُضِيُّ الْمُدَّةِ لِمَا رَوَيْنَا) مِنْ رِوَايَةِ صَفْوَانَ: أَلَا نَنْزِعَ خِفَافَنَا ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ.

وَقَالَ ابْنُ أَبِي لَيْلَى: الْمَسْحُ عَلَى الْخُفَّيْنِ قَائِمٌ مَقَامَ غَسْلِ الْقَدَمَيْنِ، وَلَوْ غَسَلَ قَدَمَيْهِ وَلَيْسَ خُفُّهُ ثُمَّ نَزَعَ لَا يَجِبُ عَلَيْهِ غَسْلُ الرَّجْلَيْنِ فَكَذَا هَذَا. وَالْجَوَابُ أَنَّهُ قَائِمٌ مَقَامَ الْغَسْلِ شَرْعًا فِي وَقْتٍ مُقَدَّرٍ، فَإِذَا مَضَى لَا يَقُومُ مَقَامُهُ كَطَهَارَةِ الْمُتِمِّمِ. وَقَوْلُهُ: (وَإِذَا تَمَّتِ الْمُدَّةُ) قِيلَ هُوَ تَكَرُّارٌ؛ لِأَنَّهُ عَلِمَ حُكْمَهُ مِنْ قَوْلِهِ وَكَذَا مُضِيُّ الْمُدَّةِ. وَأُجِيبَ بِأَنَّهُ ذَكَرَهُ تَمْهِيدًا لِمَا رُتِبَ عَلَيْهِ مِنْ قَوْلِهِ نَزْعُ خُفِّهِ وَغَسْلَ رِجْلَيْهِ إِلَى آخِرِهِ. وَقَوْلُهُ: (وَلَيْسَ عَلَيْهِ إِعَادَةُ بَقِيَّةِ الْوُضُوءِ) احْتِرَازٌ عَنْ قَوْلِ الشَّافِعِيِّ فَإِنَّهُ يَقُولُ عَلَيْهِ أَنْ يُعِيدَ الْوُضُوءَ؛ لِأَنَّ طَهَارَةَ الرَّجْلَيْنِ قَدْ انْتَقَضَتْ بِمُضِيِّ مُدَّةِ الْمَسْحِ وَانْتِقَاضُ الطَّهَارَةِ مِمَّا لَا يَنْجِزُ فَصَارَ كَالْمُنْقِضِ بِالْحَدَثِ. وَالْجَوَابُ أَنَّ الْحَدَثَ اسْمٌ لِلخَارِجِ نَجَسٍ وَالْمُضِيُّ لَيْسَ

كَذَلِكَ، وَإِنَّمَا سَرَى حَدَثٌ كَانَ قَبْلَ ذَلِكَ لِلرَّجُلَيْنِ خَاصَّةً؛ لِأَنَّ غَسْلَ سَائِرِ الْأَعْضَاءِ قَدْ وَجَدَ عَنْ ذَلِكَ سِوَاهُمَا فَلَا يَجِبُ غَسْلُهُمَا ثَانِيًا مَا لَمْ يُوجَدْ الْحَدَثُ فِي حَقِّهِمَا، فَكَانَ هَذَا كَمَنْ تَوَضَّأَ وَلَمْ يَغْسِلْ رِجْلَيْهِ يَجِبُ غَسْلُهُمَا. وَقَدْ رُوِيَ عَنْ ابْنِ عُمَرَ أَنَّهُ كَانَ فِي غَزْوَةٍ فَتَزَعَّ خُفَيْهِ وَغَسَلَ قَدَمَيْهِ وَلَمْ يُعِدَّ الْوُضُوءَ. وَهَكَذَا رُوِيَ عَنْ أَصْحَابِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ.

وَقَوْلُهُ: (وَكَذَا إِذَا نَزَعَ قَبْلَ الْمُدَّةِ) مَعْنَاهُ لَيْسَ عَلَيْهِ إِعَادَةُ بَقِيَّةِ الْوُضُوءِ. وَقَوْلُهُ: (لَأَنَّ عِنْدَ النَّزْعِ) دَلِيلُ مُضِيِّ الْمُدَّةِ وَالنَّزْعُ قَبْلَ الْمُدَّةِ وَقَدْ قَرَّرْنَاهُ أَنفَاءً فِي نَزْعِ الْخُفِّ، وَجَوَابُ الشَّافِعِيِّ، وَطُولِبَ بِالْفَرْقِ بَيْنَ هَذَا وَبَيْنَ مَا إِذَا مَسَحَ الرَّأْسَ ثُمَّ حَلَقَ الشَّعْرَ حَيْثُ لَا يَلْزُمُهُ إِعَادَةُ الْمَسْحِ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ الشَّعْرَ مِنَ الرَّأْسِ خِلْقَةٌ فَمَسْحُهُ مَسْحُ الرَّأْسِ، بِخِلَافِ الْخُفِّ فَإِنَّهُ مَانِعٌ سِرَايَةَ الْحَدَثِ إِلَى مَا تَحْتَهُ شَرْعًا، فَإِذَا زَالَ سَرَى الْحَدَثُ إِلَيْهِ (وَحُكْمُ النَّزْعِ) وَهُوَ التَّقْضُ (يُثْبِتُ بِخُرُوجِ الْقَدَمِ إِلَى السَّاقِ؛ لِأَنَّهُ) أَيُّ الشَّأْنِ أَوْ السَّاقِ عَلَى تَأْوِيلِ الْمَذْكُورِ (لَا مُعْتَبَرٌ بِهِ فِي حَقِّ الْمَسْحِ)؛ لِأَنَّهُ لَا يَسْتَبَحِلُّ لَهُ، وَمَا لَا مُعْتَبَرٌ بِهِ فِي حَقِّهِ فَالْخُرُوجُ إِلَيْهِ نَاقِضٌ كَخُرُوجِهَا مِنَ الْخُفِّ.

وَقَوْلُهُ: (وَكَذَا بِأَكْثَرِ الْقَدَمِ) أَيُّ يَثْبِتُ حُكْمُ النَّزْعِ بِخُرُوجِ أَكْثَرِ الْقَدَمِ إِلَى سَاقِ الْخُفِّ (هُوَ الصَّحِيحُ) هَذَا هُوَ الْمَرْوِيُّ عَنْ أَبِي يُوسُفَ، وَهُوَ قَوْلُ الْحَسَنِ بْنِ زِيَادٍ. وَوَجْهُهُ أَنَّ الْإِحْتِرَازَ عَنْ خُرُوجِ الْقَلِيلِ مُتَعَدِّرٌ؛ لِأَنَّهُ رُبَّمَا يَخْصُلُ دُونَ الْقَصْدِ كَمَا إِذَا كَانَ الْخُفُّ وَاسِعًا إِذَا رَفَعَ الْقَدَمَ يَخْرُجُ الْعَقِبُ، وَإِذَا وَضَعَهَا عَادَتْ الْعَقِبُ إِلَى مَكَانِهَا، فَلَوْ قُلْنَا بِنَقْضِ الْمَسْحِ فِي مِثْلِهِ وَقَعَ النَّاسُ فِي الْحَرَجِ، بِخِلَافِ الْكَثِيرِ فَإِنَّ الْإِحْتِرَازَ عَنْهُ لَيْسَ بِمُتَعَدِّرٍ. وَرُوِيَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ إِذَا خَرَجَ أَكْثَرُ الْعَقِبِ مِنْ مَوْضِعِهِ إِلَى السَّاقِ بَطَلَ مَسْحُهُ: يَعْنِي بِهِ أَنَّهُ إِذَا بَدَأَ لَهُ نَزْعُ الْخُفِّ فَحَرَكَهُ لِلنَّزْعِ حَتَّى زَالَ عَقِبُهُ. وَأَمَّا إِذَا زَالَ بِاعْتِبَارِ سَعَةِ الْخُفِّ لَمْ يَبْطُلْ إِجْمَاعًا دَفْعًا لِلْحَرَجِ كَمَا ذَكَرْنَاهُ. وَوَجْهُ قَوْلِهِ أَنَّ الْمَسْحَ إِنَّمَا يَبْقَى بِبَقَاءِ مَحَلِّ الْعَسَلِ فِي الْخُفِّ وَلَمْ يَبْقَ بِزَوَالِ الْعَقِبِ أَوْ أَكْثَرِهَا إِلَى السَّاقِ فَلَا يَبْقَى الْمَسْحُ وَعَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ إِنْ بَقِيَ فِي الْخُفِّ مِنَ الْقَدَمِ قَدْرٌ مَا يَجُوزُ عَلَيْهِ الْمَسْحُ جَازَ وَإِلَّا فَلَا: يَعْنِي إِذَا قَصَدَ النَّزْعَ كَمَا ذَكَرْنَا أُعْتِبِرَ فِي ذَلِكَ بَقَاءُ مِقْدَارٍ مَا يَجُوزُ عَلَيْهِ الْمَسْحُ؛ لِأَنَّ خُرُوجَ مَا سِوَاهُ كَلَّا خُرُوجَ.

(وَمَنْ ابْتَدَأَ الْمَسْحَ وَهُوَ مُقِيمٌ فَسَافَرَ قَبْلَ تَمَامِ يَوْمٍ وَلَيْلَةٍ مَسَحَ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ وَلَيَالِيهَا) عَمَلًا بِإِطْلَاقِ الْحَدِيثِ، وَلَأَنَّهُ حُكْمٌ مُتَعَلِّقٌ بِالْوَقْتِ فَيُعْتَبَرُ فِيهِ آخِرُهُ، بِخِلَافِ مَا إِذَا اسْتَكْمَلَ الْمُدَّةَ لِلْإِقَامَةِ ثُمَّ سَافَرَ لِأَنَّ الْحَدِيثَ قَدْ سَرَى إِلَى الْقَدَمِ وَالْخُفِّ لَيْسَ بِرَافِعٍ (وَلَوْ أَقَامَ وَهُوَ مُسَافِرٌ إِنْ اسْتَكْمَلَ مُدَّةَ الْإِقَامَةِ نَزَعَ) لِأَنَّ رُخْصَةَ السَّفَرِ لَا تَبْقَى بِدُونِهِ (وَإِنْ لَمْ يَسْتَكْمِلْ أَتَمَّهَا) لِأَنَّ هَذِهِ مُدَّةُ الْإِقَامَةِ وَهُوَ مُقِيمٌ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ ابْتَدَأَ الْمَسْحَ وَهُوَ مُقِيمٌ فَسَافَرَ) هَذِهِ عَلَى أَوْجُهٍ ثَلَاثَةٌ: فِي وَجْهِ تَحْوُلٍ مُدَّتُهُ إِلَى مُدَّةِ السَّفَرِ بِالِاتِّفَاقِ وَهُوَ مَا إِذَا سَافَرَ قَبْلَ أَنْ تَنْتَقِضَ الطَّهَارَةُ الَّتِي لَيْسَ عَلَيْهَا الْخُفَّيْنِ وَانْتَقَضَتِ الطَّهَارَةُ وَهُوَ مُسَافِرٌ فَإِنَّهُ تَحْوُلُ مُدَّتُهُ إِلَى مُدَّةِ السَّفَرِ بِالِاتِّفَاقِ. وَفِي وَجْهِ لَا تَحْوُلُ مُدَّتُهُ بِالِاتِّفَاقِ وَهُوَ مَا إِذَا سَافَرَ بَعْدَمَا أُحْدِثَ وَبَعْدَمَا اسْتَكْمَلَ مُدَّةَ الْمُقِيمِ. وَفِي وَجْهِ وَهُوَ مَا إِذَا سَافَرَ بَعْدَمَا أُحْدِثَ قَبْلَ اسْتِكْمَالِ مُدَّةِ الْمُقِيمِ تَحْوُلُ عِنْدَنَا خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ قَالَ: الْمَسْحُ عِبَادَةٌ شَرَعَ فِيهَا عَلَى حُكْمِ الْإِقَامَةِ، وَكُلُّ عِبَادَةٍ شَرَعَ فِيهَا عَلَى حُكْمِ الْإِقَامَةِ لَا تَتَغَيَّرُ بِالسَّفَرِ كَمَا إِذَا شَرَعَ فِي الصَّوْمِ وَهُوَ مُقِيمٌ ثُمَّ سَافَرَ، وَكَمَا إِذَا شَرَعَ فِي الصَّلَاةِ فِي سَفِينَةٍ فِي الْمَصْرِ ثُمَّ تَسِيرُ السَّفِينَةُ فَلَا يَصِيرُ مُسَافِرًا فِي صَلَاتِهِ فَإِنَّهَا لَا تَتَغَيَّرُ؛ لِأَنَّ حَالَ الْإِقَامَةِ حَالُ الْعَزِيمَةِ وَحَالُ السَّفَرِ حَالُ رُخْصَةٍ، فَإِذَا اجْتَمَعَا فِي عِبَادَةِ غَلَبَتِ الْعَزِيمَةُ عَلَى الرُّخْصَةِ.

وَلَنَا إِطْلَاقُ الْحَدِيثِ فَإِنَّهُ لَمْ يَفْصِلْ بَيْنَ مُسَافِرٍ وَمُسَافِرٍ فَيَمْسَحُ كَسَائِرِ الْمُسَافِرِينَ؛ وَلَأَنَّهُ حُكْمٌ مُتَعَلِّقٌ بِالْوَقْتِ وَكُلُّ مَا هُوَ كَذَلِكَ يُعْتَبَرُ فِيهِ آخِرُ الْوَقْتِ كَالْحَائِضِ إِذَا طَهَرَتْ فِيهِ تَجِبُ عَلَيْهَا الصَّلَاةُ. وَالطَّاهِرَةُ إِذَا حَاضَتْ فِيهِ سَقَطَتْ عَنْهَا، وَالْمُسَافِرُ إِذَا أَقَامَ فِي آخِرِ الْوَقْتِ أَتَمَّ، وَالْمُقِيمُ إِذَا سَافَرَ فِيهِ قَصَرَ وَلَيْسَ كَالصَّوْمِ وَالصَّلَاةِ؛ لِأَنَّهُمَا لَا يَتَجَرَّانِ، فَبِاعْتِبَارِ الْإِقَامَةِ فِي أَوَّلِ الصَّوْمِ لَا يُبَاحُ لَهُ الْفِطْرُ، وَبِاعْتِبَارِ السَّفَرِ فِي آخِرِهِ يُبَاحُ فَيَتَرَجَّحُ جَانِبُ الْحُرْمَةِ، وَكَذَلِكَ فِي الصَّلَاةِ يَتَرَجَّحُ جَانِبُ الْإِقَامَةِ لِلْإِحْتِيَاظِ. وَأَمَّا الْوَقْتُ فَمَا يَتَجَرَّأُ فَلَمْ يَجْتَمِعِ الْإِقَامَةُ وَالسَّفَرُ فِي وَقْتٍ وَاحِدٍ فَكَانَ الْإِعْتِبَارُ لِلْمَوْجُودِ وَهُوَ السَّفَرُ. وَقَوْلُهُ: (بِخِلَافِ مَا إِذَا اسْتَكْمَلَ إلخ) ظَاهِرٌ.

قَالَ (وَمَنْ لَبَسَ الْجُرْمُوقَ فَوْقَ الْخُفِّ مَسَحَ عَلَيْهِ) خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ فَإِنَّهُ

يَقُولُ: الْبَدَلُ لَا يَكُونُ لَهُ بَدَلٌ. وَلَنَا أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ { مَسَحَ عَلَى الْجُرْمُوقَيْنِ } وَلَأنَّهُ تَبَعَ لِلْخُفِّ اسْتِعْمَالًا وَغَرَضًا فَصَارَ كَخُفِّ ذِي طَاقَيْنِ وَهُوَ بَدَلٌ عَنِ الرَّجُلِ لَا عَنِ الْخُفِّ، بِخِلَافِ مَا إِذَا لَبَسَ الْجُرْمُوقَ بَعْدَ مَا أَحْدَثَ لِأَنَّ الْحَدَثَ حَلٌّ بِالْخُفِّ فَلَا يَتَحَوَّلُ إِلَى غَيْرِهِ، وَلَوْ كَانَ الْجُرْمُوقُ مِنْ كِرْبَاسٍ لَا يَجُوزُ الْمَسْحُ عَلَيْهِ لِأنَّهُ لَا يَصْلَحُ بَدَلًا عَنِ الرَّجُلِ إِلَّا أَنْ تَنْفُذَ الْبَلَاءُ إِلَى الْخُفِّ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ لَبَسَ الْجُرْمُوقَ) يَعْنِي قَبْلَ أَنْ يُحْدِثَ (مَسَحَ عَلَيْهِ) وَالْجُرْمُوقُ: مَا يُلْبَسُ فَوْقَ الْخُفِّ وَسَاقُهُ أَقْصَرُ مِنَ الْخُفِّ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ لَا يُمَسَحُ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّ الْخُفَّ بَدَلُ الرَّجُلِ وَالْبَدَلُ لَا يَكُونُ لَهُ بَدَلٌ: يَعْنِي بِالرَّأْيِ، فَإِنَّ الشَّرْعَ وَرَدَ بِالْمَسْحِ عَلَى الْخُفَّيْنِ بَدَلًا عَنِ الرَّجُلَيْنِ لَا غَيْرُ، فَتَجَوِزُ الْمَسْحُ عَلَى الْجُرْمُوقِ إِقَامَةً بَدَلٍ عَنْهُ بِالرَّأْيِ وَهُوَ لَا يَجُوزُ. وَلَنَا مَا رُوِيَ عَنْ «عُمَرَ قَالَ رَأَيْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ مَسَحَ عَلَى الْجُرْمُوقَيْنِ» وَقَالَ مُحَمَّدٌ فِي كِتَابِ الْأَثَارِ: أَخْبَرَنَا أَبُو حَنِيفَةَ عَنْ حَمَادٍ عَنْ إِبْرَاهِيمَ أَنَّهُ كَانَ يُمَسَحُ عَلَى الْجُرْمُوقَيْنِ؛ وَلَأنَّهُ تَبَعَ لِلْخُفِّ اسْتِعْمَالًا وَغَرَضًا، أَمَّا الاسْتِعْمَالُ فَإِنَّهُ يَدُورُ مَعَ الْخُفِّ مَشْيًا وَقِيَامًا وَقُعُودًا وَارْتِفَاعًا وَانْخِفَاضًا، وَأَمَّا الْغَرَضُ فَإِنَّهُ وَقَايَةُ لِلْخُفِّ كَمَا أَنَّ الْخُفَّ وَقَايَةُ لِلرَّجُلِ فَصَارَ كَخُفِّ ذِي طَاقَيْنِ. قِيلَ لَوْ كَانَ كَذَلِكَ لَمَا وَجَبَ الْمَسْحُ عَلَى الْخُفَّيْنِ عِنْدَ نَزْعِ الْجُرْمُوقَيْنِ كَمَا لَوْ مَسَحَ عَلَى خُفِّ ذِي طَاقَيْنِ ثُمَّ نَزَعَ أَحَدَ طَاقِيهِ أَوْ كَانَ الْخُفُّ مُشْعِرًا فَمَسَحَ عَلَيْهِ ثُمَّ حَلَقَ الشَّعْرَ فَإِنَّهُ لَا يَجِبُ عَلَيْهِ إِعَادَةُ الْمَسْحِ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ الْمَسْحَ عَلَى الْجُرْمُوقِ لَيْسَ بِتَبَعٍ مِنْ حَيْثُ الْأَصْلُ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ لَبَسَهُ مُنْفَرِدًا جَازَ الْمَسْحُ عَلَيْهِ بِالْإِجْمَاعِ وَتَبَعَ مِنْ حَيْثُ الاسْتِعْمَالُ وَالْغَرَضُ كَمَا ذَكَرْنَا فَإِذَا لَبَسَهُ عَلَى الْخُفِّ صَارَ تَابِعًا وَكَانَ الْمَسْحُ عَلَيْهِ كَالْمَسْحِ عَلَى الْخُفِّ، وَإِذَا زَالَ بِالنَّزْعِ زَالَتِ التَّبَعِيَّةُ وَحَلَّ الْحَدَثُ مَا تَحْتَهُ فَيَجِبُ إِعَادَةُ الْمَسْحِ. وَأَمَّا طَاقَاتُ الْخُفِّ فَلَشِدَّةُ اتِّصَالِ أَحَدِهِمَا بِالْآخَرِ كَأَنَّا كَالشَّعْرِ مَعَ الْبَشَرَةِ، وَقَدْ تَقَدَّمَ أَنَّهُ إِذَا مَسَحَ عَلَى الرَّأْسِ ثُمَّ حَلَقَهُ لَا يَجِبُ عَلَيْهِ الْإِعَادَةُ. وَقَوْلُهُ: (وَهُوَ بَدَلٌ عَنِ الرَّجُلِ لَا عَنِ الْخُفِّ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِ الْخَصْمِ الْبَدَلُ لَا يَكُونُ لَهُ بَدَلٌ، وَتَقْرِيرُهُ أَنَّا لَا نُسَلِّمُ أَنَّهُ بَدَلُ الْخُفِّ وَإِنَّمَا هُوَ بَدَلٌ عَنِ الرَّجُلِ كَالْخُفِّ؛ لِأَنَّ الْخُفَّ لَمْ يَنْعَقِدْ فِيهِ حُكْمُ الْمَسْحِ بَعْدُ، قِيلَ لَوْ كَانَ كَذَلِكَ

لَوْجَبَ غَسْلُ الرَّجْلَيْنِ عِنْدَ نَزْعِهِمَا كَمَا فِي نَزْعِ الْخُفَّيْنِ وَلَيْسَ كَذَلِكَ فَكَانَ بَدَلُ الْخُفِّ وَلَزِمَ بَدَلُ الْبَدَلِ. وَأُجِيبَ بِأَنَّهُ بَدَلُ الرَّجْلِ مَا لَمْ يَحُلْ الْحَدَثُ بِالْخُفِّ، فَإِذَا نُزِعَ زَالَتْ الْبَدَلِيَّةُ مِنْهُ وَحُلَّ الْحَدَثُ بِالْخُفِّ فَكَانَ الْخُفُّ بَدَلًا عَنِ الرَّجْلِ إِذْ ذَاكَ وَلَزِمَهُ الْمَسْحُ عَلَيْهِ. وَقَوْلُهُ: (وَلَوْ كَانَ الْحَرْمُوقُ مِنْ كِرْبَاسٍ) ظَاهِرٌ.

(وَلَا يَجُوزُ الْمَسْحُ عَلَى الْجَوْرَيْنِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَا مُجْلَدَيْنِ أَوْ مُنْعَلَيْنِ، وَقَالَا: يَجُوزُ إِذَا كَانَا ثَخِينَيْنِ لَا يَشِفَانِ) لَمَّا رُوِيَ أَنَّ «النَّبِيَّ ﷺ» مَسَحَ عَلَى جَوْرِيَّهِ، «وَلَأَنَّهُ يُمْكِنُهُ الْمَشْيُ فِيهِ إِذَا كَانَ ثَخِينًا، وَهُوَ أَنْ يَسْتَمْسِكَ عَلَى السَّاقِ مِنْ غَيْرِ أَنْ يُرْبِطَ بِشَيْءٍ فَأَشْبَهَ الْخُفَّ. وَلَهُ أَنَّهُ لَيْسَ فِي مَعْنَى الْخُفِّ لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُ مُوَاطَبَةُ الْمَشْيِ فِيهِ إِلَّا إِذَا كَانَ مُنْعَلًا وَهُوَ مَحْمَلُ الْحَدِيثِ، وَعَنْهُ أَنَّهُ رَجَعَ إِلَى قَوْلِهِمَا وَعَلَيْهِ الْفَتْوَى (وَلَا يَجُوزُ الْمَسْحُ عَلَى الْعِمَامَةِ وَالْقَلَنْسُوَةِ وَالْبُرْقُعِ وَالْقُفَازَيْنِ) لِأَنَّهُ لَا حَرَجَ فِي نَزْعِ هَذِهِ الْأَشْيَاءِ وَالرُّخَصَةَ لِدَفْعِ الْحَرَجِ.

الشرح:

قَالَ (وَلَا يَجُوزُ الْمَسْحُ عَلَى الْجَوْرَيْنِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ) الْمَسْحُ عَلَى الْجَوْرَيْنِ عَلَى ثَلَاثَةِ أَوْجُهٍ: فِي وَجْهِ يَجُوزُ بِالِاتِّفَاقِ وَهُوَ مَا إِذَا كَانَا ثَخِينَيْنِ مُنْعَلَيْنِ، وَفِي وَجْهِ لَا يَجُوزُ بِالِاتِّفَاقِ وَهُوَ أَلَّا يَكُونَا ثَخِينَيْنِ وَلَا مُنْعَلَيْنِ، وَفِي وَجْهِ لَا يَجُوزُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ خِلَافًا لِصَاحِبِيهِ وَهُوَ أَنْ يَكُونَا ثَخِينَيْنِ غَيْرَ مُنْعَلَيْنِ. يُقَالُ جَوْرَبٌ مُنْعَلٌ وَمُنْعَلٌ إِذَا وُضِعَ عَلَى أَسْفَلِهِ جِلْدَةٌ كَالنَّعْلِ لِلْقَدَمِ وَالْمُجْلَدُ هُوَ الَّذِي وُضِعَ الْجِلْدُ أَعْلَاهُ وَأَسْفَلُهُ.

وَقَوْلُهُ: (لَا يَشِفَانِ) تَأْكِيدٌ لِلثَّخَانَةِ، مِنْ شَفَّ الثَّوْبُ: إِذَا رَقَّ حَتَّى رَأَيْتَ مَا وَرَاءَهُ مِنْ بَابِ ضَرْبٍ. لَهُمَا حَدِيثُ أَبِي مُوسَى الْأَشْعَرِيِّ «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ» مَسَحَ عَلَى الْجَوْرَيْنِ؛ «وَلَأَنَّهُ يُمْكِنُهُ الْمَشْيُ فِيهِ إِذَا كَانَ ثَخِينًا بَحِثُ يَسْتَمْسِكُ عَلَى السَّاقِ مِنْ غَيْرِ الرِّبْطِ فَأَشْبَهَ الْخُفَّ فَيَلْحَقُ بِهِ. وَلَأَبْيَ حَنِيفَةَ أَنَّ الْإِلْحَاقَ إِنَّمَا يَصِحُّ إِذَا كَانَ فِي مَعْنَاهُ مِنْ كُلِّ وَجْهِ، وَلَيْسَ كَذَلِكَ؛ لِأَنَّ الْخُفَّ يُمْكِنُ مُوَاطَبَةُ الْمَشْيِ فِيهِ دُونَ الْجَوْرَبِ إِلَّا إِذَا كَانَ مُنْعَلًا وَهُوَ مَحْمَلُ حَدِيثِ أَبِي مُوسَى، عَلَى أَنَّ أَبَا دَاوُدَ طَعَنَ فِيهِ وَقَالَ: لَيْسَ بِالتَّصْلِ وَلَا بِالْقَوِيِّ. وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ مَسَحَ عَلَى جَوْرِيَّهِ فِي مَرَضِهِ ثُمَّ قَالَ لِعَوَادِهِ: فَعَلْتَ مَا كُنْتُ أَمْنَعُ النَّاسَ عَنْهُ. فَاسْتَدْلُوا بِهِ عَلَى رُجُوعِهِ إِلَى قَوْلِهِمَا، قَالَ الْمُصَنِّفُ: وَعَلَيْهِ الْفَتْوَى.

قوله: (وَلَا يَجُوزُ الْمَسْحُ عَلَى الْعِمَامَةِ إِخْرَجَ) فِيهِ نَفْيُ قَوْلِ مَنْ يُجَوِّزُ الْمَسْحَ عَلَى الْعِمَامَةِ كَالْأَوْزَاعِيِّ وَأَحْمَدَ بْنِ حَنْبَلٍ، وَأَهْلُ الظَّاهِرِ قَالُوا صَحَّ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ مَسَحَ عَلَى عِمَامَتِهِ وَخُفَّيْهِ. وَقُلْنَا الْمَسْحُ عَلَى الْخُفِّ ثَبَتَ رُخْصَةً لِدَفْعِ الْحَرَجِ وَلَا حَرَجَ فِي نَزْعِ هَذِهِ الْأَشْيَاءِ، وَالتَّمَسُّكُ بِالْحَدِيثِ ضَعِيفٌ؛ لِأَنَّ قَوْلَهُ تَعَالَى ﴿وَأَمْسَحُوا بِرُءُوسِكُمْ﴾ [المائدة: ٦] يَقْتَضِي عَدَمَ جَوَازِ مَسْحِ غَيْرِ الرَّأْسِ، وَالْعَمَلُ بِالْحَدِيثِ يَكُونُ زِيَادَةً عَلَيْهِ بِخَيْرِ الْوَاحِدِ وَهُوَ نَسْخٌ فَلَا يَجُوزُ أَوْ هُوَ مَنْسُوخٌ. قَالَ مُحَمَّدٌ: أَخْبَرَنَا مَالِكٌ، قَالَ حَدَّثَنَا نَافِعٌ، قَالَ رَأَيْتُ صَفِيَّةَ بِنْتَ أَبِي عُبَيْدٍ تَتَوَضَّأُ وَتَنْزِعُ خِمَارَهَا ثُمَّ تَمْسَحُ بِرَأْسِهَا، قَالَ نَافِعٌ: وَأَنَا يَوْمَئِذٍ صَغِيرٌ، قَالَ مُحَمَّدٌ: بِهِذَا نَأْخُذُ لَا نَمْسَحُ عَلَى خِمَارٍ وَلَا عَلَى عِمَامَةٍ، بَلَّغْنَا أَنَّ الْمَسْحَ عَلَى الْعِمَامَةِ كَانَ فَتْرَكَ. وَالْقِفَازُ بِالضَّمِّ وَالتَّشْدِيدِ شَيْءٌ يُعْمَلُ لِلْيَدَيْنِ يُخَشَى بِالْقُطْنِ وَيَكُونُ لَهُ أَزْرَارٌ تَزُرُّ عَلَى السَّاعِدَيْنِ مِنَ الْبَرْدِ تَلْبَسُهُ الْمَرْأَةُ فِي يَدَيْهَا، كَذَا فِي الصَّحَاحِ.

(وَيَجُوزُ الْمَسْحُ عَلَى الْجَبَائِرِ وَإِنْ شَدَّهَا عَلَى غَيْرِ وُضُوءٍ) لِأَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ فَعَلَهُ وَأَمَرَ عَلِيًّا بِهِ، وَلِأَنَّ الْحَرَجَ فِيهِ فَوْقَ الْحَرَجِ فِي نَزْعِ الْخُفِّ فَكَانَ أَوْلَى بِشَرْعِ الْمَسْحِ، وَيَكْتَفِي بِالْمَسْحِ عَلَى أَكْثَرِهَا ذَكَرَهُ الْحَسَنُ ﷺ وَلَا يَتَوَقَّعُ لِعَدَمِ التَّوَقُّفِ بِالتَّوَقُّفِ (وَإِنْ سَقَطَتِ الْجَبِيرَةُ عَنْ غَيْرِ بُرءٍ لَا يَبْطُلُ الْمَسْحُ) لِأَنَّ الْعُذْرَ قَائِمٌ وَالْمَسْحُ عَلَيْهَا كَالْعَسَلِ لَمَّا تَحْتَهَا مَا دَامَ الْعُذْرُ بَاقِيًا (وَإِنْ سَقَطَتْ عَنْ بُرءٍ بَطَلَ) لَزَوَالِ الْعُذْرِ، وَإِنْ كَانَ فِي الصَّلَاةِ اسْتَقْبَلُ لَأَنَّهُ قَدَرَ عَلَى الْأَصْلِ قَبْلَ حُصُولِ الْمَقْصُودِ بِالْبَدَلِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

الشرح:

وقوله: (وَيَجُوزُ الْمَسْحُ عَلَى الْجَبَائِرِ) قَالَ قَاضِي خَانَ: هَذَا إِذَا كَانَ يَضُرُّهُ الْمَسْحُ عَلَى الْجِرَاحَةِ، وَأَمَّا إِذَا لَمْ يَضُرَّهُ فَلَا يَمْسَحُ عَلَى الْجَبَائِرِ، وَالْجَبَائِرُ جَمْعُ جَبِيرَةٍ وَهِيَ الْعِيدَانُ الَّتِي تُجْبَرُ بِهَا الْعِظَامُ، وَإِنَّمَا قَالَ (وَإِنْ شَدَّهَا عَلَى غَيْرِ وُضُوءٍ)؛ لِأَنَّهَا إِنَّمَا تُرْبِطُ حَالَةَ الضَّرُورَةِ، وَاسْتِرَاطُ الطَّهَارَةِ فِي تِلْكَ الْحَالَةِ يُفْضِي إِلَى الْحَرَجِ فَلَا يُعْتَبَرُ، وَالْأَصْلُ فِي ذَلِكَ مَا قَالَ فِي الْكِتَابِ أَنَّ «النَّبِيَّ ﷺ» فَعَلَهُ وَأَمَرَ عَلِيًّا بِهِ حِينَ كُسِرَ زَنْدُهُ يَوْمَ أُحُدٍ وَقَبْلَ يَوْمِ خَيْبَرَ، فَإِنَّهُ كَانَ حَامِلَ رَايَةِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَكُسِرَ زَنْدُهُ وَسَقَطَ اللِّوَاءُ مِنْ يَدِهِ،

فَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: اجْعَلُوهَا فِي يَسَارِهِ فَإِنَّهُ صَاحِبُ لَوَائِي فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ، فَقَالَ مَا أَصْنَعُ بِالْجَبَائِرِ فَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: امْسَحْ عَلَيْهَا مِنْ غَيْرِ فَصَلِّ بَيْنَ الْغَاسِلِ وَغَيْرِهِ».

و (قَوْلُهُ: وَلَأنَّ الْحَرَجَ فِيهِ ظَاهِرٌ) وَأَرَى أَنَّ فِي قَوْلِهِ وَيَجُوزُ الْمَسْحُ إِشَارَةً إِلَى أَنَّ مَسْحَ الْجَبَائِرِ لَيْسَ بِفَرْضٍ وَلَا وَاجِبٍ، وَذَلِكَ؛ لِأَنَّ الرُّوَايَاتِ قَدْ اخْتَلَفَتْ. فَقَالَ فِي شَرْحِ الطَّحَاوِيِّ وَالتَّجْرِيدِ: الْمَسْحُ عَلَى الْجَبَائِرِ لَيْسَ بِفَرْضٍ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَإِنْ لَمْ يَضُرَّهُ بَلْ هُوَ مُسْتَحَبٌّ، وَفِي الْمُحِيطِ وَاجِبٌ عِنْدَهُ وَتَجُوزُ الصَّلَاةُ بِدُونِهِ خِلَافًا لَهُمَا، قَالَا أَمَرَ عَلِيًّا بِهِ وَالْأَمْرُ لِلرُّجُوبِ، وَقَالَ: الْمَسْحُ يَقُومُ مَقَامَ غَسَلٍ مَا تَحْتَهَا وَغَسَلٍ مَا تَحْتَهَا لَمْ يَكُنْ وَاجِبًا، فَكَذَا الْمَسْحُ، وَهَذَا يُرْشِدُ إِلَى أَنَّ الْأَمْرَ لِلِاسْتِحْبَابِ. وَقَوْلُهُ: (وَيَكْتَفِي بِالْمَسْحِ عَلَى أَكْثَرِهَا) لَمْ يَذْكُرْ فِي ظَاهِرِ الرُّوَايَةِ أَنَّهُ إِذَا مَسَحَ عَلَى بَعْضِ الْجَبَائِرِ دُونَ بَعْضٍ هَلْ يُجْزِيهِ أَوْ لَا. وَذَكَرَ فِي أَمَالِي الْحَسَنِ بْنِ زِيَادٍ أَنَّهُ إِذَا مَسَحَ عَلَى الْأَكْثَرِ أَجْزَأُ، وَإِنْ مَسَحَ عَلَى النُّصْفِ لَا يُجْزِيهِ، وَالْفَرْقُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ مَسْحِ الرَّأْسِ وَالْمَسْحِ عَلَى الْخَفَيْنِ حَيْثُ لَا يُشْتَرَطُ فِيهِمَا الْأَكْثَرُ أَنَّ مَسْحَ الرَّأْسِ شُرِعَ بِالْكِتَابِ وَالْبَاءُ دَخَلَتْ الْمَحَلَّ فَأَوْجَبَتْ تَبْعِيضَهُ عَلَى الْخَفَيْنِ، وَالْمَسْحُ عَلَى الْخَفَيْنِ إِنْ كَانَ بِالْكِتَابِ كَانَ حُكْمُهُ حُكْمَ الْمَغْطُوفِ عَلَيْهِ، وَإِنْ كَانَ بِالسُّنَّةِ فَهِيَ أَوْجَبَتْ مَسْحَ الْبَعْضِ، فَأَمَّا الْمَسْحُ عَلَى الْجَبَائِرِ فَإِنَّمَا ثَبَتَ بِحَدِيثِ عَلِيٍّ عليه السلام وَلَيْسَ فِيهِ مَا يُنْبِئُ عَنِ الْبَعْضِ، إِلَّا أَنَّ الْقَلِيلَ سَقَطَ اعْتِبَارُهُ دَفْعًا لِلْحَرَجِ وَأَقِيمَ الْأَكْثَرُ مَقَامَهُ.

وَقَوْلُهُ: (وَلَا يَتَوَقَّعُ) بَيَانُ الْفَرْقِ بَيْنَ مَسْحِ الْخُفِّ وَمَسْحِ الْجَبِيرَةِ وَذَلِكَ بِأُمُورٍ: مِنْهَا مَا تَقَدَّمَ مِنْ قَوْلِهِ وَإِنْ شَدَّهَا عَلَى غَيْرِ وَضُوءٍ فَإِنَّ الْمَسْحَ عَلَى الْخُفِّ مِنْ غَيْرِ طَهَارَةٍ لَا يَجُوزُ كَمَا تَقَدَّمَ، وَمِنْهَا أَنَّهُ لَا يَتَوَقَّعُ بَوَقْتُ مُقَدَّرٍ لِعَدَمِ التَّوَقُّفِ بِالتَّوَقُّفِ حَيْثُ لَمْ يَرِدْ فِيهِ أَثَرٌ وَلَا خَبَرٌ، وَالْمَقَادِيرُ لَا تُعْرَفُ إِلَّا سَمَاعًا فَيُْمَسَحُ إِلَى وَقْتِ الْبُرْءِ، وَمِنْهَا أَنَّ الْجَبِيرَةَ إِنْ سَقَطَتْ عَنْ غَيْرِ بُرْءٍ لَمْ يَنْطَلُ الْمَسْحُ، بِخِلَافِ الْخُفِّ فَإِنَّهُ إِذَا نُزِعَ بَطَلَ الْمَسْحُ؛ لِأَنَّ الْعُذْرَ قَائِمٌ وَالْمَسْحُ عَلَيْهَا كَالْغَسَلِ لَمَّا تَحْتَهَا مَا دَامَ الْعُذْرُ بَاقِيًا حَتَّى لَوْ مَسَحَ عَلَى جَبِيرَةٍ إِحْدَى الرَّجْلَيْنِ لَا يَجُوزُ الْمَسْحُ عَلَى خُفِّ الرَّجُلِ الْأُخْرَى لِقَوْلِهِ لَا يَكُونُ جَامِعًا بَيْنَ الْغَسَلِ حُكْمًا وَبَيْنَ الْمَسْحِ، وَإِنْ سَقَطَتْ عَنْ بُرْءٍ بَطَلَ لَزَوَالِ الْعُذْرِ، وَإِنْ كَانَ

سُقُوطُهَا فِي الصَّلَاةِ اسْتَقْبَلْ؛ لِأَنَّهُ قَدَرَ عَلَى الْأَصْلِ قَبْلَ حُصُولِ الْمَقْصُودِ بِالْبَدَلِ فَصَارَ كَالْمَتَمِّمِ يَجِدُ الْمَاءَ فِي خِلَالِ صَلَاتِهِ فَإِنَّهُ يَسْتَقْبِلُهَا كَذَلِكَ. قِيلَ يُشْكِلُ عَلَى هَذَا مَا إِذَا صَلَّى رَكْعَةً أَوْ رَكْعَتَيْنِ بِالتَّحَرِّيِ ثُمَّ تَبَيَّنَتْ جِهَةُ الْكَعْبَةِ فَإِنَّهُ يَبْنِي وَلَا يَسْتَقْبِلُ مَعَ أَنَّ جِهَةَ التَّحَرِّيِ بَدَلٌ عَنْ جِهَةِ الْكَعْبَةِ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ ذَلِكَ بِطَرِيقِ النَّسْخِ لَمَّا قَبْلَهُ لَمَّا أَنَّ أَصْلَهُ كَانَ بِطَرِيقِ النَّسْخِ فَيَقْبَى فِي حَقِّ الْمُتَحَرِّيِّ كَذَلِكَ وَالنَّسْخُ يَظْهَرُ فِي حَقِّ الْقَائِمِ لَا فِي حَقِّ الْفَائِتِ فَلِذَلِكَ يَبْنِي وَلَا يَسْتَقْبِلُ.

باب الحيض والاستحاضه

(أَقْلُ الْحَيْضِ ثَلَاثَةُ أَيَّامٍ وَلَيَالِيهَا، وَمَا نَقَصَ مِنْ ذَلِكَ فَهُوَ اسْتِحَاضَةٌ) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «أَقْلُ الْحَيْضِ لِلجَارِيَةِ الْبِكْرِ وَالثَّيِّبِ ثَلَاثَةُ أَيَّامٍ وَلَيَالِيهَا وَأَكْثَرُهُ عَشْرَةُ أَيَّامٍ» وَهُوَ حُجَّةٌ عَلَى الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي التَّقْدِيرِ بِيَوْمٍ وَلَيْلَةٍ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ يَوْمَانِ وَالْأَكْثَرُ مِنَ الْيَوْمِ الثَّالِثِ إِقَامَةٌ لِلْأَكْثَرِ مَقَامَ الْكُلِّ. فَلَنَا هَذَا نَقْصٌ عَنْ تَقْدِيرِ الشَّرْعِ (وَأَكْثَرُهُ عَشْرَةُ أَيَّامٍ وَلَيَالِيهَا وَالزَّائِدُ اسْتِحَاضَةٌ) لِمَا رَوَيْنَا، وَهُوَ حُجَّةٌ عَلَى الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي التَّقْدِيرِ بِخَمْسَةِ عَشَرَ يَوْمًا ثُمَّ الزَّائِدُ وَالنَّاقِصُ اسْتِحَاضَةٌ، لِأَنَّ تَقْدِيرَ الشَّرْعِ يَمْنَعُ الْحَاقَّ غَيْرِهِ بِهِ.

الشرح:

(بَابُ الْحَيْضِ وَالْاسْتِحَاضَةِ) اخْتَلَفَ الشَّارِحُونَ فِي التَّعْبِيرِ عَنِ الْحَيْضِ وَالنَّفَاسِ بَالْتِمَامِ مِنَ الْأَحْدَاثِ أَوْ الْأَلْجَاسِ، فَمِنْهُمْ مَنْ ذَهَبَ إِلَى الثَّانِي، وَمِنْهُمْ مَنْ ذَهَبَ إِلَى الْأَوَّلِ وَهُوَ الْأَنْسَبُ؛ لِأَنَّ الْمُصَنِّفَ يَقُولُ بَعْدَ هَذَا بَابُ الْأَلْجَاسِ وَتَطْهِيرُهَا. وَلَكَمَا فَرَّغَ مِنَ الْأَحْدَاثِ الَّتِي يَكْثُرُ وَقُوعُهَا ذَكَرَ مَا هُوَ أَقْلُ وَقُوعًا مِنْهُ وَلَقِبَ الْبَابَ بِالْحَيْضِ دُونَ النَّفَاسِ لِكَثْرَتِهِ أَوْ لَكُونِهِ حَالَةً مَعْهُودَةً فِي بَنَاتِ آدَمَ دُونَ النَّفَاسِ. وَالْحَيْضُ لُغَةٌ، هُوَ الدَّمُ الْخَارِجُ، وَمِنْهُ حَاضَتِ الْأَرْثَبُ، وَعِنْدَ الْفُقَهَاءِ: هُوَ دَمٌ يَنْفُضُهُ رَحِمُ الْمَرْأَةِ السَّلِيمَةِ عَنِ الدَّاءِ وَالصَّغَرِ.

قَوْلُهُ: السَّلِيمَةُ عَنِ الدَّاءِ احْتِرَازٌ عَنِ النَّفَاسِ، وَقَوْلُهُ: وَالصَّغَرِ احْتِرَازٌ عَمَّا تَرَاهُ الصَّغِيرَةُ، وَشَرْطُهُ تَقَدُّمُ نَصَابِ الطُّهْرِ حَقِيقَةً أَوْ حُكْمًا وَقَرَأُ الرِّحِمِ عَنِ الْحَبْلِ (أَقْلُ الْحَيْضِ) أَيُّ أَقْلُ مُدَّتِهِ (ثَلَاثَةُ أَيَّامٍ وَلَيَالِيهَا وَمَا نَقَصَ مِنْ ذَلِكَ فَهُوَ اسْتِحَاضَةٌ) عِنْدَنَا،

وَرَوَى ابْنُ سِمَاعَةَ عَنْ أَبِي يُوسُفَ يَوْمَانِ وَأَكْثَرُ الْيَوْمِ الثَّلَاثِ، وَقَالَ مَالِكٌ: مَا يُوجَدُ وَلَوْ بِسَاعَةٍ، وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يَوْمٌ وَلَيْلَةٌ. وَلَنَا مَا رَوَى أَبُو أُمَامَةَ الْبَاهِلِيُّ وَعَائِشَةُ وَوَائِلَةُ وَأَنْسٌ وَابْنُ عُمَرَ أَنَّهُ ﷺ قَالَ: «أَقْلُ الْحَيْضِ لِلجَّارِيَةِ الْبَكْرِ وَالثَّيِّبِ ثَلَاثَةُ أَيَّامٍ وَلَيَالِيهَا وَأَكْثَرُهُ عَشْرَةُ أَيَّامٍ» وَهُوَ مَرْوِيٌّ عَنْ عُمَرَ وَعَلِيٍّ وَابْنِ مَسْعُودٍ وَابْنِ عَبَّاسٍ وَعُثْمَانَ بْنِ أَبِي الْعَاصِ وَأَنْسِ بْنِ مَالِكٍ، وَالْمَرْوِيُّ عَنْهُمْ كَالْمَرْوِيِّ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ؛ لِأَنَّ الْمَقَادِيرَ لَا تُعْرَفُ قِيَاسًا.

وَلَأَبِي يُوسُفَ أَنَّ الدَّمَ لَا يَسِيلُ عَلَى الدَّوَامِ بَلْ يَسِيلُ تَارَةً وَيَنْقَطِعُ أُخْرَى فَيَقَامُ الْأَكْثَرُ مِنَ الْيَوْمِ الثَّلَاثِ وَهُوَ سَبْعٌ وَسِتُّونَ سَاعَةً عَلَى مَا ذَكَرَهُ فِي التَّوَادِرِ مَقَامَ الْكَمَالِ. وَمَالِكٌ أَنَّ هَذَا نَوْعٌ حَدَثٍ فَلَا يُقَدَّرُ أَقْلُهُ شَيْءٌ كَسَائِرِ الْأَحْدَاثِ. وَلِلشَّافِعِيِّ أَنَّ السَّيْلَانَ لَمَّا اسْتَوْعَبَ جَمِيعَ السَّاعَاتِ عَرَفْنَا أَنَّ الدَّمَ مِنَ الرَّحِمِ فَلَا حَاجَةَ إِلَى الاسْتِظْهَارِ بِشَيْءٍ آخَرَ. وَالْجَوَابُ أَنَّهُ نَقَصَ عَنْ تَقْدِيرِ الشَّرْعِ وَذَلِكَ لَا يَجُوزُ (وَأَكْثَرُهُ عَشْرَةُ أَيَّامٍ وَلَيَالِيهَا، وَالزَّائِدُ عَلَيْهَا اسْتِحْصَاةٌ).

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: خَمْسَةَ عَشَرَ يَوْمًا، وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ الْأَوَّلُ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ فِي نَقْصَانِ دَيْنِ الْمَرْأَةِ: «تَقْعُدُ إِحْدَاهُنَّ شَطْرَ عُمْرِهَا لَا تَصُومُ وَلَا تُصَلِّي» وَالْمُرَادُ بِهِ زَمَنُ الْحَيْضِ، وَالشَّطْرُ هُوَ النِّصْفُ. وَلَنَا مَا رَوَيْنَا مِنْ قَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «وَأَكْثَرُهُ عَشْرَةُ أَيَّامٍ» وَلِأَنَّ تَقْدِيرَ الشَّرْعِ يَمْنَعُ إِلْحَاقَ غَيْرِهِ بِهِ، وَلَيْسَ الْمُرَادُ بِالشَّطْرِ حَقِيقَتُهُ؛ لِأَنَّ فِي عُمْرِهَا زَمَانَ الصَّغَرِ وَمُدَّةَ الْحَبْلِ وَزَمَانَ الْإِيَّاسِ وَهِيَ لَا تَحِيضُ فِي شَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ الزَّمَانِ، فَعَرَفْنَا أَنَّ الْمُرَادَ بِهِ مَا يُقَارِبُ الشَّطْرَ حَيْضًا، وَإِذَا قَدَّرْنَا بِالْعَشْرَةِ بِهَذِهِ الْأَنَارِ كَانَ مُقَارِبًا بِالشَّطْرِ وَحَصَلَ التَّوْفِيقُ.

وَمِنْ الْمُتَأَخِّرِينَ مَنْ التَزَمَ أَنَّ الْمُرَادَ بِالشَّطْرِ حَقِيقَتُهُ وَهُوَ النِّصْفُ وَقَالَ هُوَ حَاصِلٌ فِيمَا قُلْنَا، فَإِنَّ الْمَرْأَةَ إِذَا بَلَغَتْ لِحْمَسَ عَشْرَةِ سَنَةٍ ثُمَّ حَاضَتْ مِنْ كُلِّ شَهْرٍ عَشْرَةَ أَيَّامٍ ثُمَّ مَاتَتْ بَعْدَ سِتِّينَ سَنَةً كَانَتْ تَارِكَةً لِلصَّلَاةِ وَالصَّوْمِ شَطْرَ عُمْرِهَا.

(وَمَا تَرَاهُ الْمَرْأَةُ مِنَ الْحُمْرَةِ وَالصُّفْرِ وَالْكُدْرَةِ فِي أَيَّامِ الْحَيْضِ حَيْضًا) حَتَّى تَرَى الْبَيَاضَ خَالِصًا (وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَا تَكُونُ الْكُدْرَةُ حَيْضًا إِلَّا بَعْدَ الدَّمِ) لِأَنَّهُ لَوْ كَانَ مِنَ الرَّحِمِ لَتَأَخَّرَ خُرُوجُ الْكُدْرِ عَنِ الصَّافِي. وَلَهُمَا مَا رَوَى أَنَّ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ

عَنْهَا جَعَلَتْ مَا سِوَى الْبَيَاضِ الْخَالِصِ حَيْضًا وَهَذَا لَا يُعْرَفُ إِلَّا سَمَاعًا وَفَمُ الرَّحِمِ مَنَكُوسٌ فَيَخْرُجُ الْكَدَرُ أَوَّلًا كَالْجَرَّةِ إِذَا ثَقَبَ أَسْفَلُهَا، وَأَمَّا الْخُضْرَةُ فَالْصَّحِيحُ أَنَّ الْمَرَأَةَ إِذَا كَانَتْ مِنْ ذَوَاتِ الْأَقْرَاءِ تَكُونُ حَيْضًا وَيُحْمَلُ عَلَى فَسَادِ الْغِذَاءِ، وَإِنْ كَانَتْ كَبِيرَةً لَا تَرَى غَيْرَ الْخُضْرَةِ تُحْمَلُ عَلَى فَسَادِ الْمُنْتَبِتِ فَلَا تَكُونُ حَيْضًا

الشرح:

(قَوْلُهُ: وَمَا تَرَاهُ الْمَرَأَةُ) بَيَانُ أَلْوَانِهِ وَهِيَ سِتَّةٌ: السَّوَادُ وَالْحُمْرَةُ وَالصُّفْرَةُ وَالْكُدْرَةُ وَالْخُضْرَةُ وَالتُّرْيُيُّ، وَلَمْ يَذْكُرِ السَّوَادَ؛ لِأَنَّهُ لَا إِشْكَالَ فِي كَوْنِهِ حَيْضًا لِقَوْلِهِ ﷺ: «دَمُ الْخَيْضِ أَسْوَدُ عَيْطٍ مُحْتَدِمٌ» أَيُّ طَرِيٍّ شَدِيدِ الْحُمْرَةِ يَضْرِبُ إِلَى السَّوَادِ، وَأَمَّا الْحُمْرَةُ فَهِيَ اللَّوْنُ الْأَصْلِيُّ لِلدَّمِ، إِلَّا أَنَّهُ عِنْدَ غَلَبَةِ السَّوَادِ يَضْرِبُ إِلَى السَّوَادِ، وَعِنْدَ غَلَبَةِ الصُّفْرَةِ يَرِقُ فَيَضْرِبُ لِلصُّفْرَةِ، وَيَتَبَيَّنُ ذَلِكَ لِمَنْ افْتَصَدَ، فَالصُّفْرَةُ أَيْضًا مِنْ أَلْوَانِ الدَّمِ إِذَا رَقَّ، وَقِيلَ هِيَ كَصُفْرَةِ التَّنِّينِ أَوْ كَصُفْرَةِ الْفَرْ.

وَأَمَّا الْكُدْرَةُ فَلَوْنُهَا كَلَوْنِ الْمَاءِ الْمُكَدَّرِ وَهِيَ حَيْضٌ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ حَتَّى تَرَى الْبَيَاضَ خَالِصًا سِوَاءَ رَأَتْ فِي أَوَّلِ أَيَّامِ الْخَيْضِ أَوْ فِي آخِرِهَا (وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: لَا تَكُونُ الْكُدْرَةُ حَيْضًا إِلَّا بَعْدَ الدَّمِ؛ لِأَنَّهُ لَوْ كَانَ مِنَ الرَّحِمِ لَتَأَخَّرَ خُرُوجُ الْكَدَرِ عَنِ الصَّافِي)؛ لِأَنَّ الْكُدْرَةَ مِنْ كُلِّ شَيْءٍ تَتَّبِعُ صَافِيَهُ فَلَوْ جَعَلْنَاهَا حَيْضًا وَلَمْ يَتَقَدِّمَ عَلَيْهَا دَمٌ كَانَتْ مَقْصُودَةً لَا تَبَعًا.

(وَلَهُمَا مَا رُوِيَ أَنَّ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا جَعَلَتْ مَا سِوَى الْبَيَاضِ الْخَالِصِ حَيْضًا) حَدَّثَ مَالِكٌ فِي الْمَوْطِإِ عَنْ عُلْقَمَةَ بِنِ أَبِي عُلْقَمَةَ عَنْ أُمِّهِ مَوْلَاةٍ عَائِشَةَ أُمِّ الْمُؤْمِنِينَ أَنَّهَا قَالَتْ: كَانَ النِّسَاءُ يَبْعَثُنَ إِلَى عَائِشَةَ بِالدرَجَةِ فِيهَا الْكُرْسُفُ فِيهِ الصُّفْرَةُ مِنْ دَمِ الْخَيْضِ يَسْأَلْنَهَا عَنْ الصَّلَاةِ فَتَقُولُ لَهُنَّ: لَا تَعْجَلْنَ حَتَّى تَرَيْنَ الْقِصَّةَ الْبَيْضَاءَ. وَالْقِصَّةُ بِفَتْحِ الْقَافِ وَتَشْدِيدِ الصَّادِ: شَيْءٌ يَخْرُجُ مِنْ أَقْبَالِ النِّسَاءِ بَعْدَ انْقِطَاعِ الدَّمِ شَبَهَ الْخَيْطِ الْأَبْيَضَ، وَقِيلَ هِيَ الْجِصُّ شَبَهَتْ الرُّطُوبَةَ الصَّافِيَةَ بَعْدَ الْخَيْضِ بِالْجِصِّ: يَعْنِي تَخْرُجُ الْحَرِقَةُ الَّتِي تَحْشِي بِهَا كَالْجِصِّ الْأَبْيَضَ، قِيلَ: وَيُعْتَبَرُ اللَّوْنُ حِينَ تَرْفَعُ الْحَرِقَةُ وَهِيَ طَرِيقَةُ لَا بَعْدَ الْجَفَافِ؛ لِأَنَّ اللَّوْنَ يَتَغَيَّرُ بِالْأَسْبَابِ، وَهَذَا يَعْنِي مَا فَعَلَتْ عَائِشَةُ لَا يُعْرَفُ إِلَّا سَمَاعًا، فَيُحْمَلُ عَلَى أَنَّهَا سَمِعَتْ ذَلِكَ مِنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ. فَإِنْ قِيلَ قَوْلُهُ ﷺ: «دَمٌ

الْحَيْضُ أَسْوَدُ عَبِيطٌ» يَدُلُّ عَلَى أَنَّ هَذِهِ الْأَشْيَاءَ لَيْسَتْ بِحَيْضٍ وَهُوَ أَقْوَى مِنْ فِعْلِ عَائِشَةَ فَلَا يَجُوزُ تَرْكُهُ بِهِ. أُجِيبَ بِأَنَّهُ مِنْ بَابِ تَخْصِيصِ الشَّيْءِ بِالذِّكْرِ وَلَا دَلَالَةٌ لَهُ عَلَى نَفْيِ مَا عَدَاهُ.

وَقَوْلُهُ: (وَقُمِ الرَّحِمُ مَنَكُوسٌ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ لَتَأْخِرَ خُرُوجَ الْكَدْرِ عَنِ الصَّافِي وَكَأَنَّهُ قَوْلٌ بِالْمُوجِبِ: أَيُّ نَعَمْ هُوَ كَذَلِكَ إِذَا لَمْ يَكُنْ الْمَخْرُجُ مِنْ أَسْفَلِ. أَمَّا إِذَا كَانَ كَالْجَرَّةِ ثَقَبَ أَسْفَلُهَا فَإِنَّ الْكُدْرَةَ تَخْرُجُ أَوَّلًا، وَأَمَّا الْخُضْرَةُ فَقَدْ أُنْكَرَ بَعْضُ مَشَايِخِنَا وَجُودَهَا. وَقَالَ مُسْتَبْعِدًا كَأَنَّهَا أَكَلَتْ فَصِيلًا. وَذَكَرَ أَبُو عَلِيٍّ الدَّقَاقُ أَنَّ الْخُضْرَةَ نَوْعٌ مِنَ الْكُدْرَةِ.

وَقَالَ الْمُصَنِّفُ (إِذَا كَانَتِ الْمَرْأَةُ مِنْ ذَوَاتِ الْأَقْرَاءِ كَانَتْ حَيْضًا، وَيُحْمَلُ عَلَى فَسَادِ الْغِذَاءِ كَأَنَّهَا أَكَلَتْ غِذَاءً فَاسِدًا) أَفْسَدَ صُورَةَ دِمَافِهَا (وَإِنْ كَانَتْ كَبِيرَةً) أَيُّ آيِسَةً وَهِيَ أَنْ تُكُونَ فِي خَمْسٍ وَخَمْسِينَ سَنَةً عَلَى مَا هُوَ الْمُخْتَارُ، وَقِيلَ فِي خَمْسِينَ، وَقِيلَ فِي سَبْعِينَ لَا يَكُونُ حَيْضًا وَيُحْمَلُ عَلَى فَسَادِ الْمُنْتَبِتِ فَإِنَّ الدَّمَ فِي الْأَصْلِ لَا يَكُونُ أَخْضَرَ، وَلَمْ يَذْكُرِ الْمُصَنِّفُ التَّرْبِيَّةَ وَهِيَ مَا يَكُونُ لَوْنُهُ كَلَوْنِ الثَّرَابِ وَهِيَ نِسْبَةٌ إِلَى الثَّرَابِ؛ لِأَنَّهَا نَوْعٌ مِنَ الْكُدْرَةِ فَهِيَ عَلَى الْإِخْتِلَافِ الْمَذْكُورِ. وَرَوَى التَّبَرُّتُ بِوِزْنِ التَّرْبِيعَةِ وَالتَّرْبِيعَةُ بِوِزْنِ التَّرْعِيَّةِ، وَهِيَ لَوْنٌ خَفِيٌّ يَسِيرُ أَقْلُ مِنْ صُفْرَةٍ وَكُدْرَةٍ، وَقِيلَ هِيَ مِنَ التَّرْبَةِ؛ لِأَنَّهَا عَلَى لَوْنِهَا، وَلَمْ يَذْكُرْ أَوَّانَ الْحَيْضِ. وَاسْتَخْلَفُوا فِي أَذْنَى مُدَّةٍ يُحْكَمُ بِبُلُوغِهَا إِذَا رَأَتْ الدَّمَ فِيهَا. قَالَ أَبُو نَصْرِ بْنِ سَلَامٍ: بَنَتْ سِتُّ سِنِينَ إِذَا رَأَتْ الدَّمَ وَتَمَادَى بِهَا ثَلَاثَةُ أَيَّامٍ، وَبَعْضُهُمْ قَدَرَهُ بِسَبْعِ سِنِينَ، وَمُحَمَّدُ بْنُ مُقَاتِلٍ قَدَرَهُ بِتِسْعِ سِنِينَ، وَأَبُو عَلِيٍّ الدَّقَاقُ قَدَرَهُ بِثِنْتَيْ عَشْرَةِ سَنَةٍ، وَأَكْثَرُ الْمَشَايِخِ عَلَى مَا قَالَهُ مُحَمَّدُ بْنُ مُقَاتِلٍ.

(وَالْحَيْضُ يُسْقِطُ عَنِ الْحَائِضِ الصَّلَاةَ وَيُحَرِّمُ عَلَيْهَا الصَّوْمَ وَتَقْضِي الصَّوْمَ وَلَا تَقْضِي الصَّلَاةَ) لِقَوْلِ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا: «كَانَتْ إِحْدَانَا عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ إِذَا طَهَّرَتْ مِنْ حَيْضِهَا تَقْضِي الصِّيَامَ وَلَا تَقْضِي الصَّلَاةَ»، وَلَآنُ فِي قَضَاءِ الصَّلَاةِ حَرَجًا لِنَضَاعِفِهَا وَلَا حَرَجَ فِي قَضَاءِ الصَّوْمِ.

الشرح:

قَالَ (وَالْحَيْضُ يُسْقِطُ عَنِ الْحَائِضِ الصَّلَاةَ) هَذَا بَيَانُ أَحْكَامِ الْحَيْضِ. قَالَ فِي النَّهَايَةِ وَغَيْرِهَا: إِنَّهَا اثْنَا عَشَرَ: ثَمَانِيَّةٌ يَشْتَرِكُ فِيهَا الْحَيْضُ وَالنَّفَاسُ وَأَرْبَعَةٌ مُخْتَصَّةٌ

بِالْحَيْضِ دُونَ النَّفَاسِ، فَأَمَّا الثَّمَانِيَّةُ: فَتَرْكُ الصَّلَاةِ لَا إِلَى قَضَاءٍ، وَتَرْكُ الصَّوْمِ إِلَى قَضَاءٍ، وَحُرْمَةُ الدُّخُولِ فِي الْمَسْجِدِ، وَحُرْمَةُ الطَّوَافِ بِالْبَيْتِ، وَحُرْمَةُ قِرَاءَةِ الْقُرْآنِ، وَحُرْمَةُ مَسِّ الْمُصْحَفِ بِدُونَ الْعِلَافِ، وَحُرْمَةُ جَمَاعَهَا، وَالثَّامِنُ وَجُوبُ الْغُسْلِ عِنْدَ انْقِطَاعِ الْحَيْضِ وَالنَّفَاسِ. وَأَمَّا الْأَرْبَعَةُ: الْمَخْصُوصَةُ بِالْحَيْضِ، فَانْقِضَاءُ الْعِدَّةِ، وَالِاسْتِبْرَاءُ، وَالْحُكْمُ بِبُلُوغِهَا، وَالْفَصْلُ بَيْنَ طَلَاقِي السَّنَةِ وَالْبِدْعَةِ. فَالسَّبْعَةُ الْأُولَى تَتَعَلَّقُ بِرُوزِ الدِّمِّ عِنْدَهُمَا بِمُجَاوَزَتِهِ مَوْضِعَ الْبَكَارَةِ. وَعَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهَا تَتَعَلَّقُ بِالْإِحْسَاسِ بِالرُّوزِ، فَلَوْ تَوَضَّأَتْ وَوَضَعَتْ الْكُرْسُفَ ثُمَّ أَحَسَّتْ بِزُيُولِ الدِّمِّ مِنَ الرَّحِمِ إِلَى الْكُرْسُفِ قَبْلَ غُرُوبِ الشَّمْسِ ثُمَّ رَفَعَتْ الْكُرْسُفَ بَعْدَ غُرُوبِهَا فَالصَّوْمُ تَامٌ. وَعَنْ مُحَمَّدٍ فِي غَيْرِ ظَاهِرِ الرَّوَايَةِ أَنَّهَا تَقْضِيهِ. وَالثَّامِنُ يَتَعَلَّقُ بِنِصَابِ الْحَيْضِ وَيَسْتَنْدُ إِلَى ابْتِدَائِهِ، وَالْأَرْبَعَةُ الْبَاقِيَّةُ تَتَعَلَّقُ بِانْقِضَائِهِ.

قَوْلُهُ: (يَسْقُطُ) عَلَى مَذْهَبِ الْقَاضِي أَبِي زَيْدٍ عَلَى حَقِيقَتِهِ؛ لِأَنَّهُ عِنْدَهُ نَفْسُ الْوُجُوبِ ثَابِتٌ عَلَيْهَا كَالصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ لِقِيَامِ الذِّمَّةِ الصَّالِحَةِ لِلْإِجَابِ لَكِنْ يَسْقُطُ بِالْعُذْرِ، وَأَمَّا عَلَى قَوْلِ غَيْرِهِ فَيَكُونُ يَسْقُطُ مَجَازًا لِلْمَنْعِ، وَإِنَّمَا قَالَ يَحْرُمُ عَلَيْهَا الصَّوْمُ وَلَمْ يَقُلْ يَسْقُطُ إِشَارَةً إِلَى أَنَّهُ يُقْضَى، قِيلَ الْمُبْتَدَأُ إِذَا رَأَتْ دَمًا تَرَكَتِ الصَّلَاةَ وَالصَّوْمَ عِنْدَ أَكْثَرِ مَشَايِخِ بُخَارَى، وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ لَا تَتْرُكُ حَتَّى يَسْتَمِرَّ الدَّمُ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ، وَتَقْضِي الصِّيَامَ وَلَا تَقْضِي الصَّلَاةَ لِقَوْلِ عَائِشَةَ فِيمَا رُوِيَ «أَنَّ امْرَأَةً سَأَلَتْ قَالَتْ: مَا بَالُ إِحْدَانَا تَقْضِي صِيَامَ أَيَّامِ الْحَيْضِ وَلَا تَقْضِي الصَّلَاةَ؟ فَقَالَتْ: أَحَرُورِيَّةٌ أَنْتِ؟ كَانَتْ إِحْدَانَا عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ إِذَا طَهَّرَتْ تَقْضِي الصِّيَامَ وَلَا تَقْضِي الصَّلَاةَ». فَإِنْ قِيلَ وَجُوبُ الْقَضَاءِ يَتَنَبَّي عَلَى وَجُوبِ الْأَدَاءِ فِي الْأَحْكَامِ فَكَيْفَ تَخْلَفَ هَذَا الْحُكْمُ هَهُنَا؟ أَجِيبَ بِأَنَّ الْأَصْلَ ذَلِكَ لَكِنَّ هَذَا ثَبَتَ بِالنَّصِّ عَلَى خِلَافِ الْقِيَاسِ. قَوْلُهُ: (وَلَا أَنَّ فِي قَضَاءِ الصَّلَاةِ حَرَجًا) ظَاهِرٌ، وَعَدَمُ وَجُوبِ قَضَاءِ الصَّلَاةِ لَيْسَ بِمُحْتَاجٍ إِلَى دَلِيلٍ؛ لِأَنَّهُ عَلَى الْأَصْلِ، وَإِنَّمَا الْمُحْتَاجُ إِلَى ذَلِكَ قَضَاءُ الصِّيَامِ، وَقَدْ انْضَافَ إِلَى النَّصِّ عَدَمُ اسْتِمَالِهِ عَلَى الْحَرَجِ فَوَجَبَ.

(وَلَا تَدْخُلُ الْمَسْجِدَ) وَكَذَا الْجُنُبُ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ "فَإِنِّي لَا أَحِلُّ الْمَسْجِدَ لِحَائِضٍ وَلَا جُنُبٍ" وَهُوَ بِإِطْلَاقِهِ حُجَّةٌ عَلَى الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي إِبَاحَةِ الدُّخُولِ عَلَى وَجْهِ الْعُبُورِ وَالْمُرُورِ.

الشرح:

قَوْلُهُ: (وَلَا تَدْخُلُ الْمَسْجِدَ وَكَذَا الْجُنُبُ) لَمَّا ذُكِرَ فِي السُّنَنِ مُسْتَدًّا إِلَى عَائِشَةَ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: «وُجِّهُوا هَذِهِ الْبُيُوتَ إِلَى الْمَسْجِدِ فَإِنِّي لَا أَحِلُّ الْمَسْجِدَ لِحَائِضٍ وَلَا جُنُبٍ» (وَهُوَ بِإِطْلَاقِهِ حُجَّةٌ عَلَى الشَّافِعِيِّ فِي إِبَاحَتِهِ الدُّخُولَ عَلَى وَجْهِ الْعُبُورِ وَالْمُرُورِ) فَإِنَّهُ لَمْ يَفْصِلْ بَيْنَ الدُّخُولِ لِلْمُرُورِ وَبَيْنَهُ لِلْمُقَامِ فِيهِ وَلَا تَمَسُّكَ بِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَلَا جُنُبًا إِلَّا عَابِرِي سَبِيلٍ﴾ [النساء: ٤٣]؛ لِأَنَّ أَهْلَ التَّفْسِيرِ قَالُوا إِلَّا هَهُنَا بِمَعْنَى وَلَا أَوْ؛ لِأَنَّ الْمُرَادَ بِالصَّلَاةِ حَقِيقَتَهَا إِذِ الْكَلَامُ لِلْحَقِيقَةِ. وَقَوْلُهُ: ﴿إِلَّا عَابِرِي سَبِيلٍ﴾ أَيُّ إِلَّا مُسَافِرِينَ، وَالْمُسَافِرُ يُسَمَّى عَابِرًا فَيَكُونُ مَعْنَاهُ وَاللَّهُ أَعْلَمُ إِلَّا مُسَافِرِينَ فَإِنَّهُ يُبَاحُ لَهُمْ الصَّلَاةُ قَبْلَ الْاِغْتِسَالِ بِالتَّيْمُمِ، وَصُورَةُ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ مَا قَالَ فِي الْمَبْسُوطِ: مُسَافِرٌ مَرَّ بِمَسْجِدٍ فِيهِ عَيْنُ مَاءٍ وَهُوَ جُنُبٌ وَلَا يَجِدُ غَيْرَهُ فَإِنَّهُ يَتَيَمَّمُ لِدُخُولِ الْمَسْجِدِ عِنْدَنَا، وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: جَازَ لَهُ أَنْ يَدْخُلَ مُجْتَازًا.

(وَلَا تَطُوفُ بِالْبَيْتِ) لِأَنَّ الطَّوْفَ فِي الْمَسْجِدِ.

الشرح:

قَوْلُهُ: (وَلَا تَطُوفُ بِالْبَيْتِ)؛ لِأَنَّ الطَّوْفَ فِي الْمَسْجِدِ قِيلَ فَإِذَا كَانَ الطَّوْفُ فِي الْمَسْجِدِ كَانَ الْحُكْمُ مَعْلُومًا مِنْ قَوْلِهِ: وَلَا تَدْخُلُ الْمَسْجِدَ وَأُجِيبَ بِأَنَّهُ صَرَّحَ بِذَلِكَ؛ لِأَنَّ الدُّخُولَ قَدْ يَكُونُ عِنْدَ الطَّاهِرَةِ فَيُوهَمُ جَوَازَ الطَّوْفِ، وَلَيْسَ كَذَلِكَ حَتَّى لَوْ طَافَتْ خَارِجَ الْمَسْجِدِ لَمْ يَجْزُ وَجَازَ لِلطَّاهِرَةِ، وَلَوْ عَلَّلَ بِقَوْلِهِ؛ لِأَنَّ الطَّوْفَ بِالْبَيْتِ صَلَاةٌ كَانَ أَشْمَلُ لَتَنَاوُلِهِ حِينَئِذٍ الطَّوْفُ فِي الْمَسْجِدِ وَخَارِجَهُ وَأُدْفَعَ لِلسُّؤَالِ.

(وَلَا يَأْتِيهَا زَوْجُهَا) لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَلَا تَقْرُبُوهُنَّ حَتَّى يَطْهُرْنَ﴾ [البقرة: ٢٢٢]

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَلَا يَأْتِيهَا زَوْجُهَا) أَيُّ لَا يَطُوهَا ظَاهِرٌ.

(وَلَيْسَ لِلْحَائِضِ وَالْجُنُبِ وَالنَّفْسَاءِ قِرَاءَةُ الْقُرْآنِ) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «لَا تَقْرَأُ الْحَائِضُ وَلَا الْجُنُبُ شَيْئًا مِنَ الْقُرْآنِ» ^(١) وَهُوَ حُجَّةٌ عَلَى مَا لَكَ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي الْحَائِضِ، وَهُوَ بِإِطْلَاقِهِ يَتَنَاوَلُ مَا دُونَ الْآيَةِ فَيَكُونُ حُجَّةً عَلَى الطَّحَاوِيِّ فِي إِبَاحَتِهِ.

الشرح:

قَالَ وَلَيْسَ لِلْحَائِضِ وَالتَّمَسَاءِ الْجُنُبِ قِرَاءَةُ الْقُرْآنِ لِقَوْلِهِ ﷺ «لَا تَقْرَأُ الْحَائِضُ وَلَا الْجُنُبُ شَيْئًا مِنَ الْقُرْآنِ»^(١) وَهُوَ حُجَّةٌ عَلَى مَالِكٍ فَإِنَّهُ يُجَوِّزُهَا لِلْحَائِضِ لَكَوْنِهَا مَعْدُورَةٌ مُحْتَاجَةٌ إِلَى الْقِرَاءَةِ عَاجِزَةٌ عَنْ تَحْصِيلِ الطَّهَارَةِ، بِخِلَافِ الْجُنُبِ فَإِنَّهُ قَادِرٌ عَلَيْهِ بِالْعُسْلِ أَوْ التَّيْمُمِ (وَهُوَ) أَيُّ الْحَدِيثِ (بِإِطْلَاقِهِ) أَيُّ بَعْمُومِهِ؛ لِأَنَّ شَيْئًا نَكْرَةً فِي سِيَاقِ التَّفْهِي (يَتَنَاوَلُ مَا دُونَ الْآيَةِ) فَتَمَنَعُ عَنْ قِرَاءَتِهِ كَالْآيَةِ فَيَكُونُ حُجَّةً عَلَى الطَّحَاوِيِّ فِي إِبَاحَةِ قِرَاءَةِ مَا دُونَ الْآيَةِ لِلْحَائِضِ وَالتَّمَسَاءِ وَالْجُنُبِ مُسْتَدَلًّا بِأَنَّ الْمُتَعَلِّقَ بِالْقُرْآنِ حُكْمَانِ: جَوَازُ الصَّلَاةِ، وَمَنْعُ الْحَائِضِ عَنْ الْقِرَاءَةِ، ثُمَّ فِي أَحَدِ الْحُكْمَيْنِ يُفْصَلُ بَيْنَ الْآيَةِ وَمَا دُونِهَا فَكَذَلِكَ فِي الْحُكْمِ الْآخَرِ.

وَقَالَ الْكَرْخِيُّ: يَمْنَعُ عَنْ قِرَاءَةِ مَا دُونَ الْآيَةِ أَيْضًا عَلَى قَصْدِ قِرَاءَةِ الْقُرْآنِ، كَمَا يَمْنَعُ عَنْ قِرَاءَةِ الْآيَةِ الثَّامَةِ؛ لِأَنَّ الْكُلَّ قُرْآنٌ، فَإِنْ لَمْ يَقْصِدِ الْقِرَاءَةَ نَحْوُ أَنْ يَقْرَأَ الْحَمْدُ لِلَّهِ شُكْرًا لِلنَّعْمَةِ فَلَا بَأْسَ بِهِ. وَذَكَرَ الْحُلَوَانِيُّ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ: لَا بَأْسَ لِلْجُنُبِ أَنْ يَقْرَأَ الْفَاتِحَةَ عَلَى وَجْهِ الدُّعَاءِ. قَالَ الْهِنْدَوَانِيُّ: لَا أَفْتِي بِهَذَا وَإِنْ رَوَى عَنْهُ، وَقِيلَ الْمُخْتَارُ الْجَوَازُ.

(وَلَيْسَ لَهُمْ مَسُّ الْمُصْحَفِ إِلَّا بِغِلَافِهِ، وَلَا أَخْذُ دِرْهَمٍ فِيهِ سُورَةٌ مِنَ الْقُرْآنِ إِلَّا بِصُرَّتِهِ وَكَذَا الْمُحَدِّثُ لَا يَمَسُّ الْمُصْحَفَ إِلَّا بِغِلَافِهِ) لِقَوْلِهِ ﷺ " لَا يَمَسُّ الْقُرْآنَ إِلَّا طَاهِرٌ"^(٢) ثُمَّ الْحَدَّثُ وَالْجَنَابَةُ حَلَا الْيَدَ فَيَسْتَوِيَانِ فِي حُكْمِ الْمَسِّ وَالْجَنَابَةُ حَلَّتِ الْفَمُ دُونَ الْحَدَّثِ فَيَفْتَرِقَانِ فِي حُكْمِ الْقِرَاءَةِ وَغِلَافُهُ مَا يَكُونُ مُتَجَافِيًا عَنْهُ دُونَ مَا هُوَ مُتَّصِلٌ بِهِ كَالْجِلْدِ الْمَشْرُزِ هُوَ الصَّحِيحُ، وَيَكْرَهُ مَسُّهُ بِالْكُمِّ هُوَ الصَّحِيحُ لِأَنَّهُ تَابِعٌ لَهُ بِخِلَافِ كُتُبِ الشَّرِيعَةِ لِأَهْلِهَا حَيْثُ يُرَخَّصُ فِي مَسِّهَا بِالْكُمِّ لِأَنَّ فِيهِ ضَرُورَةً، وَلَا بَأْسَ بِدَفْعِ الْمُصْحَفِ إِلَى الصَّبْيَانِ لِأَنَّ فِي الْمَنْعِ تَضْيِيعَ حِفْظِ الْقُرْآنِ وَفِي الْأَمْرِ بِالتَّطْهِيرِ حَرَجًا بِهِمْ وَهَذَا هُوَ الصَّحِيحُ.

(١) انظر سابقه.

(٢) أخرجه الدارقطني (١/٢١١)، والطبراني في الصغير (١١٦٢)، وفي الكبير (١٣٢١٧)، والبيهقي (٨٨/١).

الشرح:

(وَلَيْسَ لَهُمْ) أَيِّ لِلْحَائِضِ وَالتَّفَسَّاءِ وَالْجُنُبِ (مَسُّ الْمُصْحَفِ إلخ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ: (لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ) رَوَاهُ مَالِكٌ فِي الْمَوْطِئِ وَالذَّارِقُطْنِيِّ وَأَبُو بَكْرِ الْأَثَرْمُ. فَإِنْ قُلْتُ: مَا بَالُ الْمُصَنَّفِ لَمْ يَسْتَدِلْ بِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿إِنَّهُ لَقُرْءَانٌ كَرِيمٌ﴾ (٧٧) فِي كِتَابِ مَكْنُونٍ (٧٨) لَا يَمْسُهُ إِلَّا الْمُطَهَّرُونَ ﴿ [٧٧-٧٩] فَإِنَّهُ ظَاهِرٌ فِي النَّهْيِ عَنْ مَسِّ الْمُصْحَفِ لَغَيْرِ الطَّاهِرِ. قُلْتُ: لِأَنَّ بَعْضَ الْعُلَمَاءِ حَمَلَهُ عَلَى الْكِرَامِ الْبَرَّةِ فَكَانَ مُحْتَمَلًا فَتَرَكْتُ الاسْتِدْلَالَ بِهِ.

وَقَوْلُهُ: (ثُمَّ الْحَدَّثُ وَالْجَنَابَةُ حَلَا يَدِ إلخ) لِيَبَانَ مُشَارَكَتَهُمَا فِي حُرْمَةِ الْمَسِّ وَافْتِرَاقَهُمَا فِي حُكْمِ الْقِرَاءَةِ. وَتَقْرِيرُهُ لَمَّا ثَبَتَ حُكْمُ الْحَدِيثَيْنِ فِي الْيَدِ لَمْ يَجْزُ مَسُّ الْمُصْحَفِ بِالْيَدِ لِهَمَا جَمِيعًا، وَلَمَّا لَمْ يَثْبُتْ حُكْمُ الْحَدَّثِ فِي الْفَمِ حَيْثُ لَمْ يَجِبْ غَسْلُهُ وَثَبَتَ حُكْمُ الْجَنَابَةِ فِيهِ حَيْثُ وَجَبَ غَسْلُهُ جَازَتْ قِرَاءَةُ الْمُحَدَّثِ دُونَ الْجُنُبِ. قَالَ فَخَرُّ الْإِسْلَامِ فِي شَرْحِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ: فَإِنْ غَسَلَ الْجُنُبُ فَمَهْ لِيَقْرَأَ أَوْ يَدَهُ لِيَمَسَّ أَوْ غَسَلَ الْمُحَدَّثُ يَدَهُ لِيَمَسَّ لَمْ يَطْلُقْ الْقِرَاءَةُ وَلَا الْمَسُّ لِلْجُنُبِ، وَلَا الْمَسُّ لِلْمُحَدَّثِ، هَذَا هُوَ الصَّحِيحُ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لَا يَتَجَزَأُ وَجُودًا وَلَا زَوَالًا (وَعِلَافُهُ مَا كَانَ مُتَجَافِيًا عَنْهُ) أَيِّ مُتَبَاعِدًا بِأَنْ يَكُونَ شَيْئًا ثَالِثًا بَيْنَ الْمَاسِّ وَالْمَمْسُوسِ، وَلَا يَكُونُ مُتَّصِلًا بِهِ كَالْجِلْدِ الْمُشْرِزِ فَيَنْبَغِي أَلَّا يَكُونَ تَابِعًا لِلْمَاسِّ كَالْكُمِّ وَلَا لِلْمَمْسُوسِ كَالْجِلْدِ الْمُشْرِزِ. قَالَ صَاحِبُ التُّحْفَةِ: اخْتَلَفَ الْمَشَايخُ فِي الْعِلَافِ فَقَالَ بَعْضُهُمْ هُوَ الْجِلْدُ الَّذِي عَلَيْهِ، وَقَالَ بَعْضُهُمْ هُوَ الْكُمُّ، وَقَالَ بَعْضُهُمْ هُوَ الْخَرِيطَةُ، وَهُوَ الصَّحِيحُ؛ لِأَنَّ الْجِلْدَ تَبَعَ لِلْمُصْحَفِ وَالْكُمُّ تَبَعَ لِلْحَامِلِ وَالْخَرِيطَةُ لَيْسَتْ بِتَبَعٍ لِأَحَدِهِمَا، فَقَوْلُهُ: هُوَ الصَّحِيحُ الْأَوَّلُ رَدٌّ لِلأَوَّلِ، وَقَوْلُهُ: هُوَ الصَّحِيحُ الثَّانِي رَدٌّ لِلثَّانِي.

وَقَوْلُهُ: (بِخِلَافِ كُتُبِ الشَّرِيعَةِ) يَعْنِي كُتُبَ الْحَدِيثِ وَالْفِقْهِ (حَيْثُ يُرَخَّصُ لِأَهْلِهَا فِي مَسِّهَا بِالْكُمِّ؛ لِأَنَّ فِيهِ ضَرُورَةً) وَفِيهِ إِشَارَةٌ أَنَّ مَسَّهَا بِهَا طَهَارَةٌ مَكْرُوءَةٌ. وَقَوْلُهُ: (وَلَا بَأْسَ بِدَفْعِ الْمُصْحَفِ إِلَى الصَّبْيَانِ) مَعْنَاهُ: لَا بَأْسَ بِأَنْ يَدْفَعَ الطَّاهِرُونَ الْمُصْحَفَ إِلَى الصَّبْيَانِ الْمُحَدَّثِينَ؛ لِأَنَّهُ لَوْ لَمْ يَكُنْ كَذَلِكَ فَإِمَّا أَنْ يُمْنَعَ عَنْهُمْ الْمُصْحَفُ وَفِيهِ تَضْيِيعُ حِفْظِ الْقُرْآنِ، وَيُؤْمَرُ بِالتَّطْهِيرِ وَفِيهِ حَرَجٌ عَلَيْهِمْ؛ لِأَنَّهُمْ لَمْ يُكَلَّفُوا بِذَلِكَ،

وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ مَعْنَى قَوْلِهِ وَفِي الْأَمْرِ بِالتَّطَهِيرِ وَفِي أَمْرِ الْأَوْلِيَاءِ بِتَطْهِيرِ الصَّبِيَّانِ كُنْهِيهِمْ عَنْ الْبَاسِ الذُّكُورِ مِنْهُمْ الْحَرِيرَ حَرَجَ بِالْأَوْلِيَاءِ أَوْ الْمُعَلِّمِينَ الدَّافِعِينَ. وَقَوْلُهُ: (هُوَ الصَّحِيحُ) احْتِرَازٌ عَمَّا رُوِيَ عَنْ بَعْضِ مَشَايخِنَا أَنَّ دَفْعَ الْمُصْحَفِ أَوْ اللَّوْحِ الَّذِي كُتِبَ فِيهِ الْقُرْآنُ إِلَيْهِمْ مَكْرُوهٌ بِنَاءً عَلَى أَنَّ الدَّافِعَ مُكَلَّفٌ بِعَدَمِ الدَّفْعِ.

قَالَ (وَإِذَا انْقَطَعَ دَمُ الْحَيْضِ لِأَقَلِّ مِنْ عَشْرَةِ أَيَّامٍ لَمْ يَحِلَّ وَطُؤُهَا حَتَّى تَغْتَسِلَ) لِأَنَّ الدَّمَ يَدِرُ تَارَةً وَيَنْقَطِعُ أُخْرَى، فَلَا بُدَّ مِنَ الْاِغْتِسَالِ لِيَتَرَجَّحَ جَانِبُ الْاِنْقِطَاعِ (وَلَوْ لَمْ تَغْتَسِلِ وَمَضَى عَلَيْهَا أَدْنَى وَقْتِ الصَّلَاةِ بِقَدْرِ أَنْ تَقْدِرَ عَلَى الْاِغْتِسَالِ وَالتَّحْرِيمَةُ حَلٌّ وَطُؤُهَا) لِأَنَّ الصَّلَاةَ صَارَتْ دَيْنًا فِي ذِمَّتِهَا فَطَهَّرَتْ حُكْمًا. (وَلَوْ كَانَ انْقَطَعَ الدَّمُ دُونَ عَادَتِهَا فَوْقَ الثَّلَاثِ لَمْ يَقْرَبْهَا حَتَّى تَمْضِيَ عَادَتُهَا وَإِنْ اغْتَسَلَتْ) لِأَنَّ الْعُودَ فِي الْعَادَةِ غَالِبٌ فَكَانَ الْاِحْتِيَاطُ فِي الْاجْتِنَابِ (وَإِنْ انْقَطَعَ الدَّمُ لِعَشْرَةِ أَيَّامٍ حَلٌّ وَطُؤُهَا قَبْلَ الْغُسْلِ) لِأَنَّ الْحَيْضَ لَا مَزِيدَ لَهُ عَلَى الْعَشْرَةِ إِلَّا أَنَّهُ لَا يُسْتَحَبُّ قَبْلَ الْاِغْتِسَالِ لِلتَّهْمِ فِي الْقِرَاءَةِ بِالتَّشْدِيدِ.

الشرح:

قَالَ (وَإِذَا انْقَطَعَ دَمُ الْحَيْضِ) إِذَا انْقَطَعَ دَمُ الْحَيْضِ لِأَقَلِّ مِنْ عَشْرَةِ أَيَّامٍ وَكَانَ عِنْدَ تَمَامِ عَادَتِهَا لَمْ يَحِلَّ وَطُؤُهَا حَتَّى تَغْتَسِلَ؛ لِأَنَّ الدَّمَ يَدِرُ، بِكَسْرِ الدَّالِ وَضَمِّهَا: أَيُّ يَسِيلُ تَارَةً وَيَنْقَطِعُ أُخْرَى فَلَا بُدَّ مِنَ الْاِغْتِسَالِ لِيَتَرَجَّحَ جَانِبُ الْاِنْقِطَاعِ بِوُجُودِ مَا زَادَ عَلَى زَمَنِ عَادَتِهَا مِنْ مُدَّةِ الْاِغْتِسَالِ فَيَحِلُّ وَطُؤُهَا لِصَيُورِ رَتَبَتِهَا مِنَ الطَّاهِرَاتِ حَقِيقَةً. (وَلَوْ لَمْ تَغْتَسِلِ وَمَضَى عَلَيْهَا أَدْنَى وَقْتِ الصَّلَاةِ بِقَدْرِ أَنْ تَقْدِرَ عَلَى الْاِغْتِسَالِ وَالتَّحْرِيمَةُ حَلٌّ وَطُؤُهَا؛ لِأَنَّ الصَّلَاةَ صَارَتْ دَيْنًا) عَلَيْهَا فَصَارَتْ مِنَ الطَّاهِرَاتِ حُكْمًا؛ لِأَنَّ الشَّرْعَ إِذَا حَكَّمَ عَلَيْهَا بِوُجُوبِ الصَّلَاةِ وَلَا تَصِحُّ حَالُ كَوْنِهَا حَائِضًا ذَلَّ أَنَّهُ حُكْمٌ بِطَهَارَتِهَا. وَفِي بَعْضِ الشُّخُوحِ أَوْ يَمْضِي عَلَيْهَا وَقْتُ صَلَاةٍ كَامِلٍ، وَقِيلَ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ كَامِلٌ صِفَةً لِلْوَقْتِ كَانَ مَرْفُوعًا وَلَيْسَ بِمَرْوِيٍّ، وَإِنْ كَانَ صِفَةً لِلصَّلَاةِ كَانَ الْوَاجِبُ كَامِلَةً. وَأُجِيبَ بِأَنَّهُ صِفَةٌ لِلْوَقْتِ، وَالْجُرُءُ لِلْجَوَارِ كَمَا فِي جُحْرٍ ضَبُّ خَرِبٍ، وَمَعْنَاهُ الْكَمَالُ فِي السَّبَبِيَّةِ، فَإِنَّهُ إِذَا انْقَطَعَ الدَّمُ فِي آخِرِ الْوَقْتِ بِحَيْثُ يُمَكِّنُ أَنْ تَغْتَسِلَ وَتَتَحَرَّمَ لِلصَّلَاةِ كَانَ ذَلِكَ الْمِقْدَارُ كَامِلًا فِي إِجْبَابِ الصَّلَاةِ عَلَيْهَا، كَمَا أَنَّ مُضِيَّ كَمَالِ

الْوَقْتُ عَلَيْهَا وَهِيَ مُنْقَطَعَةُ الْحَيْضِ كَامِلٌ فِي ذَلِكَ، وَلَيْسَ مَعْنَاهُ أَنْ مُضِيَ كَمَالُ الْوَقْتِ عَلَى مَعْنَى أَنَّهُ انْقَطَعَ دَمُهَا فِي أَوَّلِ الْوَقْتِ وَدَامَ الْانْقِطَاعُ حَتَّى مَضَى الْوَقْتُ شَرْطٌ فِي كَوْنِهَا مِنَ الطَّاهِرَاتِ فِي حُلِّ الْقُرْبَانِ وَوُجُوبِ الصَّلَاةِ، وَعَلَى هَذَا لَا فَرْقَ بَيْنَ الْعِبَارَتَيْنِ مِنْ حَيْثُ الْمَعْنَى إِلَّا أَنَّ الْأَوَّلَى أَوْضَحُ فِي تَأْدِيَتِهِ. قَوْلُهُ: (وَلَوْ كَانَ انْقَطَعَ الدَّمُ دُونَ عَادَتِهَا) ظَاهِرٌ.

وقوله: (فَوْقَ الثَّلَاثِ) مُسْتَعْنَى عَنْهُ خَارِجٌ مَخْرَجَ الْغَالِبِ (وَإِنْ انْقَطَعَ الدَّمُ لِعَشْرَةِ أَيَّامٍ حَلٌّ وَطُؤُهَا قَبْلَ الْغُسْلِ) وَحَلُّ الْوِطْءِ لَيْسَ بِمُتَوَقَّفٍ عَلَى انْقِطَاعِ الدَّمِ لَكِنْ ذَكَرَهُ بِمُقَابَلَةِ قَوْلِهِ أَوَّلًا وَإِذَا انْقَطَعَ الدَّمُ، وَذَلِكَ لِمَا ذَكَرَ أَنَّهُ لَا مَزِيدَ لِلْحَيْضِ عَلَى الْعَشْرَةِ، وَتَجِبُ عَلَيْهَا الصَّلَاةُ؛ لِأَنَّا نَيَقْنًا بِمُجَرَّدِ انْقِطَاعِ الدَّمِ بِخُرُوجِهَا مِنَ الْحَيْضِ، فَإِذَا أَدْرَكْتَ جُزْءًا مِنَ الْوَقْتِ قَلِيلًا كَانَ أَوْ كَثِيرًا كَانَ عَلَيْهَا قَضَاءُ تِلْكَ الصَّلَاةِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَتْ أَيَّامُهَا دُونَ الْعَشْرَةِ فَإِنَّ فِيهِ مُدَّةَ الْاِغْتِسَالِ مِنْ جُمْلَةِ حَيْضِهَا فَلَا بُدَّ أَنْ يَنْقُضِيَ مِنَ الْوَقْتِ مَقْدَارُ مَا يُمَكِّنُهَا أَنْ تَغْتَسِلَ فِيهِ وَتَتَحَرَّمَ لِلصَّلَاةِ لِتَصِيرَ مُدْرِكَةً لجزءٍ مِنَ الْوَقْتِ بَعْدَ الطَّهَارَةِ لِيَجِبَ عَلَيْهَا قَضَاءُ تِلْكَ الصَّلَاةِ. وَقَوْلُهُ: (إِلَّا أَنَّهُ لَا يُسْتَحَبُّ) اسْتِثْنَاءٌ مِنْ قَوْلِهِ حَلٌّ وَطُؤُهَا: يَعْنِي أَنَّهُ لَا يُسْتَحَبُّ وَطُؤُهَا (قَبْلَ الْاِغْتِسَالِ لِلنَّهْيِ فِي الْقِرَاءَةِ بِالتَّشْدِيدِ) فَإِنَّ ظَاهِرَ النَّهْيِ فِيهَا يُوجِبُ حُرْمَةَ الْقُرْبَانِ قَبْلَ الْاِغْتِسَالِ فِي الْحَالِّينِ بِإِطْلَاقِهِ كَمَا قَالَ زُفَرٌ وَالشَّافِعِيُّ.

قَالَ (وَالطَّهْرُ إِذَا تَخَلَّلَ بَيْنَ الدَّمَيْنِ فِي مُدَّةِ الْحَيْضِ فَهُوَ كَالدَّمِ الْمُتَوَالِي) قَالَ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُ: وَهَذِهِ إِحْدَى الرِّوَايَاتِ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَوَجْهُهُ أَنَّ اسْتِعْيَابَ الدَّمِ مُدَّةَ الْحَيْضِ لَيْسَ بِشَرْطٍ بِالْإِجْمَاعِ فَيُعْتَبَرُ أَوَّلُهُ وَآخِرُهُ كَالنَّصَابِ فِي بَابِ الزَّكَاءِ، وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَهُوَ رَوَايَتُهُ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقِيلَ هُوَ آخِرُ أَقْوَالِهِ أَنَّ الطَّهْرَ إِذَا كَانَ أَقَلَّ مِنْ خَمْسَةِ عَشَرَ يَوْمًا لَا يُفْصَلُ، وَهُوَ كُلُّهُ كَالدَّمِ الْمُتَوَالِي لِأَنَّهُ طَهْرٌ فَاسِدٌ فَيَكُونُ بِمَنْزِلَةِ الدَّمِ، وَالْأَخْذُ بِهَذَا الْقَوْلِ أَيْسَرُ، وَتَمَامُهُ يُعْرَفُ فِي كِتَابِ الْحَيْضِ (وَأَقَلُّ الطَّهْرِ خَمْسَةُ عَشَرَ يَوْمًا) هَكَذَا نُقِلَ عَنْ إِبْرَاهِيمَ النَّخَعِيِّ وَأَنَّهُ لَا يُعْرَفُ إِلَّا تَوْقِيفًا (وَلَا غَايَةَ لَأَكْثَرِهِ) لِأَنَّهُ يَمْتَدُّ إِلَى سَنَةٍ وَسَنَتَيْنِ فَلَا يَتَقَدَّرُ بِتَقْدِيرٍ إِلَّا إِذَا اسْتَمَرَّ بِهَا الدَّمُ فَاحْتِيجَ إِلَى نَصَبِ الْعَادَةِ، وَيُعْرَفُ ذَلِكَ فِي كِتَابِ الْحَيْضِ.

الشرح:

قَالَ (وَالطُّهُرُ الْمُتَخَلَّلُ بَيْنَ الدَّمَيْنِ فِي مُدَّةِ الْحَيْضِ) إِذَا أَحَاطَ الدَّمُ بِطَرْفِي مُدَّةِ الْحَيْضِ كَانَ (كَالدَّمِ الْمُتَوَالِي) فِي رِوَايَةِ مُحَمَّدٍ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ وَوَجْهُهُ (مَا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ) أَنْ اسْتِيعَابَ الدَّمِ مُدَّةَ الْحَيْضِ لَيْسَ بِشَرْطٍ (فَيَعْتَبَرُ أَوَّلُهُ وَآخِرُهُ) وَالطُّهُرُ الْمُتَخَلَّلُ بَيْنَهُمَا تَبَعٌ لَهُمَا (كَالنِّصَابِ فِي بَابِ الزَّكَاةِ) فَإِنْ شَرَطَ وَجُوبُهَا كَمَالَ النَّصَابِ فِي طَرْفِي الْحَوْلِ، وَالتَّقْصَانُ فِي خِلَالِهِ لَا يَضُرُّ، مِثَالُهُ: مُبْتَدَأَةٌ رَأَتْ يَوْمًا دَمًا وَتَمَانِيَةً طَهْرًا وَيَوْمًا دَمًا فَالْعَشْرَةُ كُلُّهَا كَالدَّمِ الْمُتَوَالِي لِإِحَاطَةِ الدَّمِ بِطَرْفِي الْعَشْرَةِ، وَلَوْ رَأَتْ يَوْمًا دَمًا وَتِسْعَةً طَهْرًا وَيَوْمًا دَمًا لَمْ يَكُنْ شَيْءٌ مِنْهُ حَيْضًا (وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ وَهُوَ رِوَايَتُهُ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقِيلَ هُوَ آخِرُ أَقْوَالِ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الطُّهُرَ إِذَا كَانَ أَقَلَّ مِنْ خَمْسَةِ عَشَرَ يَوْمًا لَا يُفْصَلُ بَيْنَ الدَّمَيْنِ (وَهُوَ كُلُّهُ كَالدَّمِ الْمُتَوَالِي؛ لِأَنَّهُ طَهْرٌ فَاسِدٌ) لَا يَصْلُحُ لِلْفَصْلِ بَيْنَ الْحَيْضَتَيْنِ؛ لِأَنَّ أَقَلَّ مُدَّةِ الطُّهُرِ الصَّحِيحِ خَمْسَةَ عَشَرَ يَوْمًا فَكَذَلِكَ لَا يَصْلُحُ لِلْفَصْلِ بَيْنَ الدَّمَيْنِ؛ لِأَنَّ الْفَاسِدَ لَا يَتَعَلَّقُ بِهِ أَحْكَامُ الصَّحِيحِ شَرْعًا فَكَانَ كَالدَّمِ الْمُتَوَالِي. مِثَالُهُ مُبْتَدَأَةٌ رَأَتْ يَوْمًا دَمًا وَأَرْبَعَةَ عَشَرَ طَهْرًا وَيَوْمًا دَمًا، فَالْعَشْرَةُ مِنْ أَوَّلِ مَا رَأَتْ عِنْدَهُ حَيْضٌ يُحْكَمُ بِلُغْهَافِ بِهِ، وَكَذَلِكَ إِذَا رَأَتْ يَوْمًا دَمًا وَتِسْعَةً طَهْرًا وَيَوْمًا دَمًا (قَوْلُهُ: وَالْأَخْذُ بِهَذَا الْقَوْلِ) أَيُّ قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ (أَيْسَرُ) يَعْنِي لِلْمُفْتِي وَالْمُسْتَفْتِي؛ لِأَنَّ فِي قَوْلِ مُحَمَّدٍ تَفَاصِيلُ يَشْتَقُّ ضَبْطُهَا.

وَاعْلَمْ أَنَّ إِحَاطَةَ الدَّمِ لِلطَّرْفَيْنِ شَرْطٌ بِالِاتِّفَاقِ، لَكِنْ عِنْدَ مُحَمَّدٍ لَطَرْفِي مُدَّةِ الْحَيْضِ كَمَا تَقَدَّمَ، وَعَلَى هَذَا لَا يَجُوزُ بُدَاءَةُ الْحَيْضِ وَلَا خْتَمُهُ بِالطُّهُرِ؛ لِأَنَّ الطُّهُرَ ضِدُّ الْحَيْضِ وَالشَّيْءُ لَا يُبْدَأُ بِضِدِّهِ وَلَا يُخْتَمُ بِهِ. وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ لَطَرْفِي الطُّهُرِ الْمُتَخَلَّلِ، وَعَلَى هَذَا يَجُوزُ بُدَاءَةُ الْحَيْضِ بِالطُّهُرِ وَخْتَمُهُ بِهِ أَيْضًا، وَيَجُوزُ بُدَاءَتُهُ بِهِ إِذَا كَانَ قَبْلَهُ فَقَطْ وَلَا يُخْتَمُ بِهِ حِينَئِذٍ، وَيَجُوزُ خْتَمُهُ بِهِ إِذَا كَانَ بَعْدَهُ دَمٌ لَا قَبْلَهُ، مِثَالُ قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ مِنَ الْمَسَائِلِ امْرَأَةٌ عَادَتْهَا فِي أَوَّلِ كُلِّ شَهْرٍ خَمْسَةَ أَيَّامٍ، فَرَأَتْ قَبْلَ أَيَّامِهَا بِيَوْمٍ يَوْمًا دَمًا ثُمَّ طَهَرَتْ خَمْسَتَهَا ثُمَّ رَأَتْ يَوْمًا دَمًا فَعِنْدَهُ خَمْسَتُهَا حَيْضٌ إِذَا جَاوَزَ الْمَرْئِيَّ عَشْرَةَ لِإِحَاطَةِ الدَّمَيْنِ بِزَمَانِ عَادَتِهَا وَإِنْ لَمْ تَرَفِ فِيهِ شَيْئًا، وَأَمَّا إِذَا لَمْ يُجَاوِزْ فَيَكُونُ جَمِيعُ ذَلِكَ حَيْضًا، وَكَذَلِكَ لَوْ رَأَتْ قَبْلَ خَمْسَتِهَا يَوْمًا دَمًا ثُمَّ طَهَرَتْ أَوَّلَ يَوْمٍ

مِنْ خَمْسَتِهَا ثُمَّ رَأَتْ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ دَمًا ثُمَّ طَهَرَتْ آخِرَ يَوْمٍ مِنْ خَمْسَتِهَا ثُمَّ اسْتَمَرَّ بِهَا الدَّمُ فَحَيِضْتُهَا خَمْسَتُهَا عِنْدَهُ وَإِنْ كَانَ ابْتِدَاءُ الْخَمْسَةِ وَخْتَمُهَا بِالطُّهْرِ لَوْجُودِ الدَّمِ قَبْلَهُ وَبَعْدَهُ، وَإِنَّ الطُّهْرَ الْمُتَحَلَّلَ بَيْنَ الدَّمَيْنِ إِذَا كَانَ الدَّمُ دُونَ الثَّلَاثَةِ لَا يَكُونُ فَاصِلًا بِالِاتِّفَاقِ، وَمَا دُونَ خَمْسَةِ عَشَرَ كَذَلِكَ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ كَمَا مَرَّ آنَفًا.

وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ إِذَا بَلَغَ ثَلَاثَةٌ فَصَاعِدًا، فَإِنْ اسْتَوَى الدَّمُ وَالطُّهْرُ فِي أَيَّامِ الْحَيْضِ. أَوْ غَلَبَ الدَّمُ فَكَذَلِكَ، وَإِنْ غَلَبَ الطُّهْرُ صَارَ فَاصِلًا وَحَيْثُذَ إِنْ لَمْ يُمَكِّنْ جَعَلَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِإِنْفِرَادِهِ حَيْضًا لَا يَكُونُ شَيْءٌ مِنْهُ حَيْضًا، وَإِنْ أُمَكِّنَ ذَلِكَ جَعَلَ حَيْضًا سَوَاءً كَانَ الْمُتَقَدِّمُ أَوْ الْمُتَأَخِّرُ، وَإِنْ أُمَكِّنَ جَعَلَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا جَعَلَ أُسْرَعُهُمَا إِمَّا كَانَا حَيْضًا فَقَطْ إِذْ لَمْ يَتَخَلَّلْ بَيْنَهُمَا طُهُرٌ تَامٌ.

مِثَالُهُ: مُبْتَدَأَةٌ رَأَتْ يَوْمًا دَمًا وَيَوْمَيْنِ طُهْرًا وَيَوْمًا دَمًا فَالْأَرْبَعَةُ حَيْضٌ، وَلَوْ رَأَتْ يَوْمًا دَمًا وَثَلَاثَةَ طُهْرًا وَيَوْمًا دَمًا لَمْ يَكُنْ شَيْءٌ مِنْهَا حَيْضًا لَغَلَبَةِ الطُّهْرِ، وَإِنْ رَأَتْ يَوْمًا دَمًا وَثَلَاثَةَ طُهْرًا وَيَوْمَيْنِ دَمًا فَالْسِتَّةُ كُلُّهَا حَيْضٌ لِاسْتَوَائِهِمَا فَغَلَبَ الدَّمُ لَمَّا أَنَّ اعْتِبَارَ الدَّمِ يُوجِبُ حُرْمَةَ الصَّوْمِ وَالصَّلَاةِ فَاعْتِبَارُ الطُّهْرِ يُوجِبُ حِلَّ ذَلِكَ، وَإِذَا اسْتَوَى الْحَلَالُ وَالْحَرَامُ يَغْلِبُ الْحَرَامُ كَمَا فِي التَّحَرِّيِّ فِي الْأَوَانِي، فَإِنَّ الْعَلَبَةَ إِذَا كَانَتْ النَّجَاسَةُ أَوْ كَانَا سَوَاءً لَا يَجُوزُ التَّحَرِّيُّ، فَهَذَا مِثْلُهُ، وَإِنْ رَأَتْ ثَلَاثَةَ دَمًا وَخَمْسَةَ طُهْرًا وَيَوْمًا دَمًا فَحَيْضُهَا الثَّلَاثَةُ الْأُولَى؛ لِأَنَّ الطُّهْرَ غَالِبٌ فَصَارَ فَاصِلًا، وَالْمُتَقَدِّمُ بِإِنْفِرَادِهِ يُمَكِّنُ أَنْ يُجْعَلَ حَيْضًا فَجَعَلْنَاهُ حَيْضًا، وَإِنْ رَأَتْ يَوْمًا دَمًا وَخَمْسَةَ طُهْرًا وَثَلَاثَةَ دَمًا فَحَيْضُهَا الثَّلَاثَةُ الْآخِرَةُ لَمَّا بَيَّنَّا، وَلَوْ رَأَتْ ثَلَاثَةَ دَمًا وَسِتَّةَ طُهْرًا وَثَلَاثَةَ دَمًا فَحَيْضُهَا الثَّلَاثَةُ الْأُولَى؛ لِأَنَّهُ أُسْرَعُهُمَا إِمَّا كَانَا.

فَإِنْ قِيلَ: قَدْ اسْتَوَى الدَّمُ بِالطُّهْرِ فَلَمْ لَمْ يُجْعَلَ كَالدَّمِ الْمُتَوَالِي. أُجِيبَ بِأَنَّ اسْتَوَاءَهُمَا إِنَّمَا يُعْتَبَرُ فِي مُدَّةِ الْحَيْضِ وَأَكْثَرُ مُدَّةِ الْحَيْضِ عَشْرَةٌ، وَالْمَرْئِي فِي الْعَشْرَةِ ثَلَاثَةُ دَمٍ وَسِتَّةَ طُهْرٍ وَيَوْمٌ دَمٌ، فَكَانَ الطُّهْرُ غَالِبًا فَهَذَا صَارَ فَاصِلًا.

قَالَ (وَأَقْلُ الطُّهْرِ خَمْسَةُ عَشَرَ يَوْمًا) أَقْلُ الطُّهْرِ الَّذِي يَكُونُ بَيْنَ الْحَيْضَتَيْنِ خَمْسَةُ عَشَرَ يَوْمًا (هَكَذَا رَوَى عَنْ إِبْرَاهِيمَ النَّخَعِيِّ) وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ مَنْقُولٌ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ؛ لِأَنَّهُ مِقْدَارٌ، وَالْمَقَادِيرُ فِي الشَّرْعِ لَا تُعْرَفُ إِلَّا سَمَاعًا. وَذَكَرَ فِي الْمُحِيطِ أَنَّ اللَّهَ تَعَالَى

أَقَامَ الشَّهْرَ فِي حَقِّ الْآيَةِ وَالصَّغِيرَةِ مَقَامَ الطَّهْرِ وَالْحَيْضِ، وَمَا أَضِيفَ إِلَى شَيْئَيْنِ يَنْقَسِمُ عَلَيْهِمَا نِصْفَيْنِ، فَيَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ نِصْفُ الشَّهْرِ حَيْضًا وَنِصْفُهُ طَهْرًا، إِلَّا أَنَّهُ قَامَ الدَّلِيلُ عَلَى نُقْصَانِ الْحَيْضِ عَنِ النِّصْفِ فَيَبْقَى الطَّهْرُ عَلَى ظَاهِرِ الْقِسْمَةِ، وَهَذَا الِاسْتِدْلَالُ مَقْبُولٌ عَنِ الشَّيْخِ أَبِي مَنْصُورٍ الْمَازِينِيِّ، وَفِيهِ نَظَرٌ؛ لِأَنَّ الْمَقَادِيرَ لَا تُعْرَفُ إِلَّا تَوْقِيفًا، وَكَذَا مَا ذَكَرَهُ فِي الْمَبْسُوطِ أَنَّ مُدَّةَ الطَّهْرِ تُظَيَّرُ مُدَّةَ الْإِقَامَةِ مِنْ حَيْثُ إِنَّهَا تُعِيدُ مَا كَانَ سَقَطَ مِنَ الصَّوْمِ وَالصَّلَاةِ، وَقَدْ ثَبَتَ بِالْأَخْبَارِ أَنَّ أَقْلَ مُدَّةِ الْإِقَامَةِ خَمْسَةَ عَشَرَ يَوْمًا، فَكَذَلِكَ أَقْلُ مُدَّةِ الطَّهْرِ، وَلِهَذَا قَدَرْنَا أَقْلَ مُدَّةِ الْحَيْضِ بِثَلَاثَةِ أَيَّامٍ عَتَبَارًا بِأَقْلِ مُدَّةِ السَّفَرِ فَإِنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يُؤَثِّرُ فِي الصَّوْمِ وَالصَّلَاةِ، لَكِنَّ مَا ذَكَرَ فِي الْمَبْسُوطِ يُمَكِّنُ أَنْ يَسْتَنَدَ إِلَى السَّمَاعِ بِجَعْلِ الْأَخْبَارِ الْوَارِدَةِ فِي مُدَّةِ الْإِقَامَةِ وَارِدَةً فِيهِ لَتَسَاوِيَهُمَا فِيمَا ذَكَرْنَا فَكَانَ مِنْ بَابِ الدَّلَالَةِ وَفِيهِ بَعْدُ.

قَوْلُهُ: (وَلَا غَايَةَ لِأَكْثَرِهِ) أَيُّ لِأَكْثَرِ الطَّهْرِ، وَمَعْنَاهُ أَنَّهَا تُصَلِّي وَتَصُومُ مَا دَامَتْ تَرَى الطَّهْرَ وَإِنْ اسْتَعْرَقَ عُمْرُهَا. وَقَوْلُهُ: (; لِأَنَّهُ) أَيُّ الطَّهْرِ (يَمْتَدُّ إِلَى سَنَةٍ وَسَتَيْنِ فَلَا يَتَقَدَّرُ بِتَقْدِيرٍ إِلَّا إِذَا اسْتَمَرَّ بِهَا الدَّمُ فَاحْتِجَ إِلَى نِصْبِ الْعَادَةِ) فَإِنَّهُ يَكُونُ حِينَئِذٍ لِأَكْثَرِهِ غَايَةً عِنْدَ عَامَّةِ الْعُلَمَاءِ، خِلَافًا لِأَبِي عِصْمَةَ سَعْدِ بْنِ مُعَاذٍ الْمُرُوزِيِّ وَالْقَاضِي أَبِي حَازِمٍ فَإِنَّهُ لَا غَايَةَ لِأَكْثَرِهِ عِنْدَهُمَا عَلَى الْإِطْلَاقِ؛ لِأَنَّ نِصْبَ الْمَقَادِيرِ بِالسَّمَاعِ وَلَا سَمَاعَ هَهُنَا، وَعَلَى هَذَا إِذَا بَلَغَتْ امْرَأَةٌ فِرَاتَ عَشْرَةِ دِمَا وَسَنَةٍ أَوْ سَتَيْنِ طَهْرًا ثُمَّ اسْتَمَرَّ بِهَا الدَّمُ فَعِنْدَهُمَا طَهْرُهَا مَا رَأَتْ وَحَيْضُهَا عَشْرَةُ أَيَّامٍ تَدْعُ الصَّلَاةَ وَالصَّوْمَ مِنْ أَوَّلِ زَمَانِ الْاسْتِمْرَارِ عَشْرَةَ أَيَّامٍ وَتُصَلِّي سَنَةً أَوْ سَتَيْنِ، فَإِنْ طَلَّقَهَا زَوْجُهَا تَنَقُّضِي عِدَّتِهَا بِثَلَاثِ سِنِينَ أَوْ سِتِّ سِنِينَ وَثَلَاثِينَ يَوْمًا.

وَأَمَّا الْعَامَّةُ فَقَدْ اخْتَلَفُوا فِي التَّقْدِيرِ، فَقَالَ مُحَمَّدُ بْنُ شُجَاعٍ: طَهْرُهَا تِسْعَةَ عَشَرَ يَوْمًا؛ لِأَنَّ أَكْثَرَ الْحَيْضِ فِي كُلِّ شَهْرٍ عَشْرَةٌ وَالْبَاقِي طَهْرٌ وَتِسْعَةُ عَشَرَ يَبْقَيْنِ. وَقَالَ مُحَمَّدُ بْنُ سَلَمَةَ: طَهْرُهَا سَبْعَةٌ وَعِشْرُونَ يَوْمًا فَمَا دُونَهَا حَيْضٌ؛ لِأَنَّ أَقْلَ الْحَيْضِ ثَلَاثَةُ أَيَّامٍ فَيَرْفَعُ عَنْ كُلِّ شَهْرٍ فَيَبْقَى سَبْعَةٌ وَعِشْرُونَ يَوْمًا. وَقَالَ مُحَمَّدُ بْنُ إِبْرَاهِيمَ الْمِيدَانِيُّ: طَهْرُهَا سِتَّةُ أَشْهُرٍ إِلَّا سَاعَةً، وَعَلَيْهِ الْأَكْثَرُ؛ لِأَنَّ أَقْلَ الْمُدَّةِ الَّتِي تَرْتَفِعُ الْحَيْضُ فِيهَا سِتَّةُ أَشْهُرٍ، وَهُوَ أَقْلُ مُدَّةِ الْحَمْلِ، إِلَّا أَنَّ مَا عَلَيْهِ الْأَصْلُ أَنَّ مُدَّةَ الطَّهْرِ أَقْلُ مِنْ مُدَّةِ الْحَمْلِ

فَقَصْنَا مِنْهُ شَيْئًا يَسِيرًا وَهُوَ سَاعَةٌ فَتَنْقُضِي عِدَّتَهَا بِتِسْعَةِ عَشَرَ يَوْمًا إِلَّا ثَلَاثَ سَاعَاتٍ لَجَوَازٍ أَنْ يَكُونَ وَقُوعُ الطَّلَاقِ عَلَيْهَا فِي حَالَةِ الْحَيْضِ فَتَحْتَاجُ إِلَى ثَلَاثَةِ أَطْهَارٍ كُلُّ طَهْرٍ سِتَّةُ أَشْهُرٍ إِلَّا سَاعَةً وَكُلُّ حَيْضٍ عَشْرَةُ أَيَّامٍ.

وَقَالَ الْحَاكِمُ الشَّهِيدُ: طَهَرُهَا شَهْرَانِ وَهُوَ رِوَايَةُ ابْنِ سِمَاعَةَ عَنْ مُحَمَّدٍ؛ لِأَنَّ الْعَادَةَ مَأْخُودَةٌ مِنَ الْمَعَاوِدَةِ وَالْحَيْضُ وَالطَّهْرُ مِمَّا يَتَكَرَّرُ فِي الشَّهْرَيْنِ عَادَةً، إِذِ الْغَالِبُ أَنَّ النِّسَاءَ يَحِضْنَ فِي كُلِّ شَهْرٍ مَرَّةً فَإِذَا طَهَرَتْ شَهْرَيْنِ فَقَدْ طَهَرَتْ فِي أَيَّامِ عَادَتِهَا، وَالْعَادَةُ تَنْتَقِلُ بِمَرَّتَيْنِ فَصَارَ ذَلِكَ الطَّهْرُ عَادَةً لَهَا، فَوَجَبَ التَّقْدِيرُ بِهِ. قِيلَ وَالْفَتْوَى عَلَى قَوْلِ الْحَاكِمِ؛ لِأَنَّهُ أَيْسَرُ عَلَى الْمُفْتَى وَالنِّسَاءِ، وَهُوَ قَوْلُ أَبِي عَلِيٍّ الدَّقَاقِ، وَفِيهِ أَقْوَالٌ أُخْرَى تَرَكَّهَا مَخَافَةَ الإِطْطَابِ. وَلَمَّا كَانَ فِي الْأَقْوَالِ فِيهِ كَثْرَةٌ أَعْرَضَ الْمُصَنِّفُ عَنْهَا، وَقَالَ (وَيُعْرَفُ ذَلِكَ فِي كِتَابِ الْحَيْضِ).

(وَدَمُ الاسْتِحَاضَةِ) كَالرُّعَافِ الدَّائِمِ لَا يَمْنَعُ الصَّوْمَ وَلَا الصَّلَاةَ وَلَا الْوُطْءَ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ "تَوَضَّئِي وَصَلِّي وَإِنْ قَطَرَ الدَّمُ عَلَى الْحَصِيرِ" وَإِذَا عُرِفَ حُكْمُ الصَّلَاةِ ثَبَتَ حُكْمُ الصَّوْمِ وَالْوُطْءُ بِنَتِيجَةِ الْإِجْمَاعِ (وَلَوْ زَادَ الدَّمُ عَلَى عَشْرَةِ أَيَّامٍ) وَلَهَا عَادَةٌ مَعْرُوفَةٌ دُونَهَا رَدَّتْ إِلَى أَيَّامِ عَادَتِهَا، وَالَّذِي زَادَ اسْتِحَاضَةً لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «الْمُسْتِحَاضَةُ تَدْعُ الصَّلَاةَ أَيَّامَ أَقْرَائِهَا» وَلِأَنَّ الزَّائِدَ عَلَى الْعَادَةِ يُجَانِسُ مَا زَادَ عَلَى الْعَشْرَةِ فَيُلْحَقُ بِهِ، وَإِنْ ابْتَدَأَتْ مَعَ الْبُلُوغِ مُسْتِحَاضَةً فَحَيْضُهَا عَشْرَةُ أَيَّامٍ مِنْ كُلِّ شَهْرٍ وَالْبَاقِي اسْتِحَاضَةٌ لِأَنَّا عَرَفْنَاهُ حَيْضًا فَلَا يَخْرُجُ عَنْهُ بِالشَّكِّ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ

الشرح:

قَالَ (وَدَمُ الاسْتِحَاضَةِ كَالرُّعَافِ) كَلَامُهُ وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ: (بِنَتِيجَةِ الْإِجْمَاعِ) قِيلَ: أَيْ بِدَلَالَتِهِ، وَتَقْرِيرُهُ أَجْمَعَ الْمُسْلِمُونَ عَلَى وَجُوبِ الصَّلَاةِ وَهُوَ يُوجِبُ وَجُوبَ الصَّوْمِ وَحِلَّ الْوُطْءِ بِطَرِيقِ الْأَوَّلَى؛ لِأَنَّهُ لَمَّا جَعَلَ الدَّمُ عَدَمًا فِي حَقِّ الصَّلَاةِ مَعَ الْمُنَافَةِ الثَّابِتَةِ بَيْنَهُمَا لِكَوْنِهِ مُنَافِيًا لَشَرْطِهَا فَلَأَن يُجْعَلَ عَدَمًا فِي حَقِّ الصَّوْمِ وَالْوُطْءِ لِلَّذِينَ لَا مُنَافَةَ بَيْنَهُمَا أَوَّلَى.

قَالَ فِي الْكَافِي: تَفْسِيرُ نَتِيجَةِ الْإِجْمَاعِ بِدَلَالَتِهِ غَيْرُ صَحِيحٍ لَفْظًا وَلَا مَعْنَى، وَالتَّفْسِيرُ بِالْحُكْمِ أَشَدُّ طَبَاقًا. قَالَ الشَّيْخُ عَبْدُ الْعَزِيزِ: قَدْ يَجُوزُ أَنْ تُسَمَّى نَتِيجَتُهُ مِنْ

حَيْثُ إِنَّ دَلَالََةَ النَّصِّ أَوْ الْإِجْمَاعِ لَا تَكُونُ إِلَّا بِهِ وَيَسْتَحِيلُ أَنْ تُثَبَّتَ قَبْلَهُ فَكَأَنَّهَا تَبَيُّحَتُهُ، وَالنَّصُّ وَالْإِجْمَاعُ أَصْلٌ، وَلَوْ فَسَّرَ بِالْحُكْمِ لَأَوْهَمَ أَنَّ الْإِجْمَاعَ مُنْعَقِدٌ عَلَيْهِ قَصْدًا وَلَيْسَ كَذَلِكَ فَلَذَلِكَ فَسَّرَتْ بِالذَّلَالَةِ.

وَقَوْلُهُ: (وَلَوْ زَادَ الدَّمُّ عَلَى عَشْرَةِ أَيَّامٍ) تَعَرُّضٌ مِنْهُ لِمَا هُوَ الْمُتَّفَقُ عَلَيْهِ، فَإِنَّ الدَّمَ إِذَا زَادَ عَلَى عَشْرَةِ أَيَّامٍ وَلَهَا عَادَةٌ مَعْرُوفَةٌ دُونَ الْعَشْرَةِ (رُدَّتْ إِلَى أَيَّامِ عَادَتِهَا) بِاتِّفَاقِ أَصْحَابِنَا. وَأَمَّا إِذَا زَادَ عَلَى عَادَتِهَا الْمَعْرُوفَةِ دُونَ الْعَشْرَةِ فَقَدْ اخْتَلَفَ فِيهِ الْمَشَايخُ فَذَهَبَ أَيْمَةُ بَلَخٍ إِلَى أَنَّهَا تُؤْمَرُ بِالْأَغْتِسَالِ وَالصَّلَاةِ؛ لِأَنَّ حَالَ الزِّيَادَةِ مُتَرَدِّدٌ بَيْنَ الْحَيْضِ وَالْاسْتِحَاضَةِ؛ لِأَنَّهُ إِنْ انْقَطَعَ الدَّمُّ قَبْلَ الْعَشْرَةِ كَانَ حَيْضًا، وَإِنْ جَاوَزَ الْعَشْرَةَ كَانَ اسْتِحَاضَةً فَلَا تَتْرُكُ الصَّلَاةَ مَعَ التَّرَدُّدِ. وَقَالَ مَشَايخُ بُخَارَى: لَا تُؤْمَرُ بِالْأَغْتِسَالِ وَالصَّلَاةِ؛ لِأَنَّا عَرَفْنَاهَا حَائِضًا بَيِّنِينَ، وَدَلِيلُ بَقَاءِ الْحَيْضِ هُوَ رُؤْيَا الدَّمِّ قَائِمٌ وَلَا يَكُونُ اسْتِحَاضَةً حَتَّى تَسْتَمِرَّ فَيُجَاوِزَ الْعَشْرَةَ، وَلَا دَلِيلٌ عَلَى ذَلِكَ، فَلَا تُؤْمَرُ بِالْأَغْتِسَالِ وَالصَّلَاةِ حَتَّى يَتَبَيَّنَ أَمْرُهَا، فَإِنْ جَاوَزَ الْعَشْرَةَ أُمِرَتْ بِقَضَاءِ مَا تَرَكَتْ مِنَ الصَّلَاةِ بَعْدَ أَيَّامِ عَادَتِهَا. قَالَ فِي الْمُجْتَبَى: وَهُوَ الْأَصَحُّ.

وَقَوْلُهُ: (وَالَّذِي زَادَ) يَعْنِي عَلَى الْعَادَةِ الْمَعْرُوفَةِ (اسْتِحَاضَةً لِقَوْلِهِ ﷺ: «الْمُسْتَحَاضَةُ تَدْعُ الصَّلَاةَ أَيَّامَ أَقْرَانِهَا» وَوَجْهُ الاسْتِدْلَالِ أَنَّ مَنْ زَادَ دَمُهَا عَلَى عَشْرَةِ فَهِيَ مُسْتَحَاضَةٌ، وَالْمُسْتَحَاضَةُ تَدْعُ الصَّلَاةَ أَيَّامَ أَقْرَانِهَا، وَأَيَّامَ أَقْرَانِهَا أَيَّامُ عَادَتِهَا الْمَعْرُوفَةِ، فَمَا زَادَ عَلَيْهَا لَا تَدْعُهَا فِيهِ وَإِلَّا لَمْ يَنْقُ لِلْإِضَافَةِ فَائِدَةٌ. وَقَوْلُهُ: (وَلَأَنَّ الرَّائِدَ) دَلِيلٌ آخَرٌ، وَتَقْرِيرُهُ: الرَّائِدُ (عَلَى الْعَادَةِ يُجَانِسُ الرَّائِدَ عَلَى الْعَشْرَةِ) وَكُلُّ مَا يُجَانِسُ الرَّائِدَ عَلَى الْعَشْرَةِ يَلْحَقُ بِهِ، فَالرَّائِدُ عَلَى الْعَادَةِ يَلْحَقُ بِالرَّائِدِ عَلَى الْعَشْرَةِ، وَأَمَّا أَنَّ الرَّائِدَ عَلَى الْعَادَةِ يُجَانِسُ الرَّائِدَ عَلَى الْعَشْرَةِ فَمِنْ حَيْثُ النُّدْرَةُ وَكَوْنُهُمَا زَائِدَيْنِ عَلَى الْعَادَةِ الْمَعْرُوفَةِ.

وَعُورِضَ بِأَنَّ الرَّائِدَ عَلَى الْعَادَةِ يُمَكِّنُ أَنْ يَكُونَ حَيْضًا بِخِلَافِ الرَّائِدِ عَلَى الْعَشْرَةِ فَالَّذِي يَتَجَاسَّانِ؟ وَبِعِبَارَةٍ أُخْرَى وَهِيَ أَنَّ مَا زَادَ عَلَى الْعَادَةِ يُجَانِسُ الْعَادَةَ فِي كَوْنِهِمَا فِي مُدَّةِ الْحَيْضِ فَتَعَارَضَ التَّجَانُّسُ. وَالْجَوَابُ أَنَّهُمَا لَوْ اتَّحَدَا فِي إِمْكَانِ الْحَيْضِ أَوْ عَدَمِهِ كَانَا مُتَمَائِلَيْنِ وَلَمْ تَدْعُ ذَلِكَ، وَإِنَّ التَّجَانُّسَ بَيْنَ الزَّائِدَيْنِ مِنْ وَجْهَيْنِ كَمَا

ذَكَرْنَا، وَبَيْنَ الزَّائِدِ وَالْعَادَةِ مِنْ وَجْهِ وَاحِدٍ كَمَا ذَكَرْتُمْ، فَكَانَ مَا ذَكَرْنَا رَاجِحًا: وَأَمَّا أَنْ كُلُّ مَا يُجَانِسُ الزَّائِدَ عَلَى الْعَشْرَةِ يَلْحَقُ بِهِ فَلَأَنَّ الْجِنْسِيَّةَ عَلَةُ الضَّمِّ.

وَقَوْلُهُ: (وَإِنْ ابْتَدَأَتْ مَعَ الْبُلُوغِ مُسْتَحَاضَةً) رُويَ مَبْنِيًّا لِلْفَاعِلِ وَمَبْنِيًّا لِلْمَفْعُولِ، وَاخْتَارَهُ صَاحِبُ النَّهَائَةِ وَجَعَلَ الْمُسْتَحَاضَةَ مِنْ بَابِ جُنَّ وَأُغْمِيَ؛ لِأَنَّهُ لَا اخْتِيَارَ لَهَا، وَجَعَلَ مُسْتَحَاضَةً نَصْبًا عَلَى الْحَالِ الْمُقَدَّرَةِ كَقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿فَادْخُلُوهَا خَلِيدِينَ﴾ [الزمر: ٧٣]؛ لِأَنَّ الْمُسْتَحَاضَةَ حَالٌ ابْتِدَاءً رُويَتْهَا الدَّمُ لَمْ يَثْبُتْ، وَإِنَّمَا يَثْبُتُ بِالزِّيَادَةِ عَلَى الْعَشْرَةِ أَنَّهُا كَانَتْ مُقَدَّرَةً لِالْمُسْتَحَاضَةِ عِنْدَ ابْتِدَاءِ رُويَتْهَا الدَّمُ. وَقَوْلُهُ: (لَأَنَّا عَرَفْنَا حَيْضًا) أَيَّ عَرَفْنَا الدَّمُ الْمَرْئِيَّ فِي الْعَشْرَةِ حَيْضًا (فَلَا يَخْرُجُ عَنْ كَوْنِهِ حَيْضًا بِالشَّكِّ) وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ الْمَرْئِيَّ فِي الْعَشْرَةِ حَالٌ وَجُودِهِ حَكْمًا بِكَوْنِهِ حَيْضًا وَلِهَذَا لَوْ انْقَطَعَ الدَّمُ عَلَى الْعَشْرَةِ حَكْمًا بِكَوْنِهِ كُلَّهُ حَيْضًا، فَإِذَا زَادَ عَلَى الْعَشْرَةِ وَقَعَ الشَّكُّ فِي كَوْنِ الزَّائِدِ عَلَى الثَّلَاثَةِ حَيْضًا أَوْ لَا فَلَا يَزُولُ ذَلِكَ الْيَقِينُ بِهَذَا الشَّكِّ الَّذِي حَدَثَ الْآنَ.

فصل

(وَالْمُسْتَحَاضَةُ وَمَنْ بِهِ سَلَسُ الْبَوْلِ وَالرُّعَافُ الدَّائِمُ وَالْجُرْحُ الَّذِي لَا يَرْقَأُ يَتَوَضَّئُونَ لَوَقْتِ كُلِّ صَلَاةٍ فَيُصَلُّونَ بِذَلِكَ الْوُضُوءِ فِي الْوَقْتِ مَا شَاءُوا مِنَ الْفَرَائِضِ وَالتَّوَافِلِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: تَتَوَضَّأُ الْمُسْتَحَاضَةُ لِكُلِّ مَكْتُوبَةٍ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ "«الْمُسْتَحَاضَةُ تَتَوَضَّأُ لِكُلِّ صَلَاةٍ»" ^(١) وَلِأَنَّ اعْتِبَارَ طَهَارَتِهَا ضَرُورَةٌ أَدَاءِ الْمَكْتُوبَةِ فَلَا تَبْقَى بَعْدَ الْفَرَاغِ مِنْهَا. وَلَنَا قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «الْمُسْتَحَاضَةُ تَتَوَضَّأُ لَوَقْتِ كُلِّ صَلَاةٍ» وَهُوَ الْمُرَادُ بِالْأَوَّلِ لِأَنَّ اللَّامَ تُسْتَعَارُ لِلْوَقْتِ، يُقَالُ آتَيْكَ لَصَلَاةِ الظُّهْرِ: أَيَّ وَقْتِهَا، وَلِأَنَّ الْوَقْتَ أَقِيمَ مَقَامَ الْأَدَاءِ تَيْسِيرًا فَيُدَارُ الْحُكْمُ عَلَيْهِ (وَإِذَا خَرَجَ الْوَقْتُ بَطَلَ وَضُوءُهُمْ وَاسْتَأْنَفُوا الْوُضُوءَ لَصَلَاةٍ أُخْرَى) وَهَذَا عِنْدَ عُلَمَائِنَا الثَّلَاثَةِ.

وَقَالَ زُفَرٌ: اسْتَأْنَفُوا إِذَا دَخَلَ الْوَقْتُ (فَإِنْ تَوَضَّأُوا حِينَ تَطْلُعَ الشَّمْسُ أَجْزَأَهُمْ عَنْ فَرَضِ الْوَقْتِ حَتَّى يَذْهَبَ وَقْتُ الظُّهْرِ) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ، وَقَالَ أَبُو يُونُسَ وَزُفَرٌ أَجْزَأَهُمْ حَتَّى يَدْخُلَ وَقْتُ الظُّهْرِ، وَحَاصِلُهُ أَنَّ طَهَارَةَ الْمَعْدُورِ تُنْتَقَضُ بِخُرُوجِ الْوَقْتِ: أَيَّ عِنْدَهُ بِالْحَدَثِ السَّابِقِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ، وَبِدُخُولِهِ فَقَطْ عِنْدَ زُفَرٍ،

(١) قال الزيلعي في نصب الراية (٢٨٦/١): غريب جداً.

وَبَايَهُمَا كَانَ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ وَفَائِدَةُ الاختِلَافِ لَا تَظْهَرُ إِلَّا فِيْمَنْ تَوَضَّأَ قَبْلَ الزَّوَالِ
كَمَا ذَكَرْنَا أَوْ قَبْلَ طُلُوعِ الشَّمْسِ. لَزُفَرَ: أَنْ اعْتِبَارَ الطَّهَارَةَ مَعَ الْمُنَافِي لِلْحَاجَةِ إِلَى الْأَدَاءِ
وَلَا حَاجَةَ قَبْلَ الْوَقْتِ فَلَا تُعْتَبَرُ. وَأَبِي يُوسُفَ: أَنَّ الْحَاجَةَ مَقْصُورَةٌ عَلَى الْوَقْتِ فَلَا
تُعْتَبَرُ قَبْلَهُ وَلَا بَعْدَهُ. وَلَهُمَا أَنَّهُ لَا بُدَّ مِنْ تَقْدِيمِ الطَّهَارَةِ عَلَى الْوَقْتِ لِيَتِمَّكَنَ مِنَ الْأَدَاءِ
كَمَا دَخَلَ الْوَقْتُ، وَخُرُوجُ الْوَقْتِ دَلِيلُ زَوَالِ الْحَاجَةِ، فَظَهَرَ اعْتِبَارُ الْحَدَثِ عِنْدَهُ، وَالْمُرَادُ
بِالْوَقْتِ وَقْتُ الْمَفْرُوضَةِ حَتَّى لَوْ تَوَضَّأَ الْمَعْذُورُ لَصَلَاةِ الْعِيدِ لَهُ أَنْ يُصَلِّيَ الظُّهْرَ بِهِ عِنْدَهُمَا
وَهُوَ الصَّحِيحُ لِأَنَّهَا بِمَنْزِلَةِ صَلَاةِ الضُّحَى، وَلَوْ تَوَضَّأَ مَرَّةً لِلظُّهْرِ فِي وَقْتِهِ وَآخَرَى فِيهِ
لِلْعَصْرِ فَعِنْدَهُمَا لَيْسَ لَهُ أَنْ يُصَلِّيَ الْعَصْرَ بِهِ لِانْتِقَاضِهِ بِخُرُوجِ وَقْتِ الْمَفْرُوضَةِ.

الشرح:

(فَصْلُ الاسْتِحَاضَةِ) لَمَّا كَانَ الْحَيْضُ أَكْثَرَ وَقُوْعًا قَدَّمَهُ ثُمَّ أَغْفَبَهُ الاسْتِحَاضَةُ؛
لِأَنَّهَا أَكْثَرُ وَقُوْعًا مِنَ النَّفَاسِ بِاعْتِبَارِ كَثَرَةِ أَسْبَابِهَا فَإِنَّهَا تَكُونُ مُسْتَحَاضَةً بِمَا إِذَا رَأَتْ
الدَّمَ حَالَةَ الْحَبْلِ، أَوْ زَادَ الدَّمُ عَلَى الْعَشْرَةِ، أَوْ زَادَ عَلَى مَعْرُوفِهَا وَجَاوَزَ الْعَشْرَةَ أَوْ رَأَتْ
مَا دُونَ الثَّلَاثِ، أَوْ رَأَتْ قَبْلَ تَمَامِ الطُّهْرِ، أَوْ رَأَتْ قَبْلَ أَنْ تَبْلُغَ تِسْعَ سِنِينَ عَلَى مَا عَلَيْهِ
الْعَامَّةُ، بِخِلَافِ النَّفَاسِ فَإِنَّ سَبَبَهُ شَيْءٌ وَاحِدٌ، وَقَدَّمَ حُكْمَ الْمُسْتَحَاضَةِ وَمَنْ بِمَعْنَاهَا
عَلَى تَعْرِيفِهَا؛ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ بَيَانُ الْحُكْمِ. (وَمَنْ بِهِ سَلَسُ الْبَوْلِ) وَهُوَ مَنْ لَا يَقْدِرُ عَلَى
إِمْسَاكِهِ (وَالرُّعَافُ) الدَّمُ الْخَارِجُ مِنَ الْأَنْفِ (وَالْجَرْحُ الَّذِي لَا يَرَقَا) أَيُّ الَّذِي لَا يَسْكُنُ
دَمُهُ مِنْ رَقَا الدَّمُ سَكَنَ. وَقَوْلُهُ: (يَتَوَضَّئُونَ لَوْقَتِ كُلِّ صَلَاةٍ) هُوَ حُكْمُ الْمَسْأَلَةِ
(فَيُصَلُّونَ بِذَلِكَ الْوُضُوءِ فِي الْوَقْتِ مَا شَاءُوا مِنَ الْفَرَائِضِ وَالتَّوَافِلِ) وَالتَّوَافِلُ وَالتَّوَابُوتُ
عِنْدَنَا، وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يَتَوَضَّئُونَ لِكُلِّ صَلَاةٍ مَكْتُوبَةٍ، وَاسْتَدَلَّ بِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ
وَالسَّلَامُ «الْمُسْتَحَاضَةُ تَتَوَضَّأُ لِكُلِّ صَلَاةٍ» وَبِأَنَّ اعْتِبَارَ طَهَارَتِهَا ضَرُورَةٌ أَدَاءِ الْمَكْتُوبَةِ
وَلَا ضَرُورَةٌ بَعْدَ أَدَائِهَا فَلَا اعْتِبَارَ بِهَا بَعْدَ الْفَرَاعِ مِنْهَا.

فَإِنْ قِيلَ: كُلُّ صَلَاةٍ أَعْمٌ مِنْ كَوْنِهَا مَكْتُوبَةً أَوْ غَيْرَهَا فَالتَّقْيِيدُ بِالْمَكْتُوبَةِ تَحْكُمُ،
وَكَمَا أَنَّهُ لَا ضَرُورَةَ بَعْدَ أَدَاءِ الْمَكْتُوبَةِ لَا ضَرُورَةَ فِي التَّوَافِلِ إِذْ لَا حَرَجَ فِي تَرْكِهَا
فَاعْتِبَارُ عَدَمِهَا بِالنِّسْبَةِ إِلَى الْمَكْتُوبَةِ دُونِهَا أَيْضًا تَحْكُمُ. أُجِيبَ بِأَنَّ قَوْلَهُ لِكُلِّ صَلَاةٍ
مُطْلَقٌ، وَالْمُطْلَقُ يَنْصَرِفُ إِلَى الْكَامِلِ وَالْكَامِلُ هُوَ الْمَكْتُوبَةُ فَيَنْصَرِفُ إِلَيْهَا، وَبِأَنَّ الْحَاجَةَ
إِلَيْهَا فِي حَقِّ التَّوَافِلِ لَمْ تَرْتَفِعْ؛ لِأَنَّهَا خَيْرٌ مَوْضُوعٍ فِي كُلِّ وَقْتٍ وَفِي الزَّامِ الطَّهَارَةَ

حَرَجٌ بَيْنَ. وَرَدَّ بَأْنَا لَا نُسَلِّمُ أَنَّ الصَّلَاةَ هَهُنَا مُطْلَقٌ بَلْ عَامٌّ بِدَلِيلِ دُخُولِ كَلِمَةِ كُلِّ فَلَا يَتِمَّشَى مَا ذَكَرْتُمْ؛ وَبَأْنِ طَهَارَتِهَا بَعْدَ أَدَاءِ الْمَكْتُوبَةِ إِنْ كَانَتْ بَاقِيَةً تَسَاوَتْ الْفَرَائِضُ وَالنَّوَافِلُ فِي جَوَازِ الْأَدَاءِ بِهَا، وَإِنْ لَمْ تَبْقَ تَسَاوِيًا فِي عَدَمِ جَوَازِهِ بِهَا، وَفِيهِ نَظَرٌ (وَلَنَا قَوْلُهُ: «الْمُسْتَحَاضَةُ تَتَوَضَّأُ لَوْفَتْ كُلِّ صَلَاةٍ» وَهُوَ) أَيُّ الْوَقْتِ (الْمُرَادُ بِالْأَوَّلِ) أَيُّ بِمَا رَوَاهُ الشَّافِعِيُّ (لَأَنَّ اللَّامَ تُسْتَعَارُ لِلْوَقْتِ يُقَالُ آتَيْكَ لَصَلَاةَ الظُّهْرِ) أَيُّ وَقْتِهَا، فَكَانَ مَا رَوَاهُ نَصًّا مُحْتَمَلًا لِلتَّأْوِيلِ، وَمَا رَوَيْنَاهُ مُفْسِدٌ لَا يَحْتَمِلُهُ فَيَتَرَجَّحُ عَلَيْهِ كَمَا عُرِفَ فِي مَوْضِعِهِ عَلَى أَنَّ الْحِفَاطَ اتَّفَقُوا عَلَى ضَعْفِ حَدِيثِهِ حَكَاهُ النَّوَوِيُّ فِي شَرْحِ الْمُهَذَّبِ.

قَوْلُهُ: (وَلَأَنَّ الْوَقْتَ أَقِيمَ مَقَامَ الْأَدَاءِ) دَلِيلٌ مَعْقُولٌ، وَالشَّارِحُونَ قَالُوا مَعْنَاهُ مَا ذَكَرَهُ شَمْسُ الْأَيْمَةِ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ، وَهُوَ قَوْلُهُ: ثُمَّ فِي تَقْدِيرِ طَهَارَتِهَا بِالصَّلَاةِ بَعْضُ الْجَهَالَةِ وَالْحَرَجِ؛ لِأَنَّ النَّاسَ مُتَّفَاوِتُونَ فِي أَدَاءِ الصَّلَاةِ، فَمِنْهُمْ مُطَوَّلٌ لَهَا وَمِنْهُمْ غَيْرُ مُطَوَّلٍ، فَلَمْ يُمَكِّنْ ضَبْطُهُ فَقَدَرْنَا طَهَارَتِهَا بِالْوَقْتِ دَفْعًا لِلْحَرَجِ، وَفِيهِ نَظَرٌ؛ لَأَنَّا إِذَا قَدَرْنَا طَهَارَةَ كُلِّ شَخْصٍ بِأَدَائِهِ ارْتَفَعَتْ الْجَهَالَةُ وَالْحَرَجُ.

وَالْجَوَابُ أَنَّ ارْتِفَاعَ الْحَرَجِ مَمْنُوعٌ، فَإِنَّا إِذَا قَدَرْنَا طَهَارَةَ كُلِّ شَخْصٍ بِأَدَائِهِ وَفَرَضْنَا الْفَرَاقَ عَنْهُ وَأَوْجَبْنَا عَلَيْهِ وَضُوءًا آخَرَ لِكُلِّ مَا يُصَلِّي مِنْ قَضَاءٍ أَوْ وَاجِبٍ أَوْ نَذْرِ فِي وَقْتِهِ أَوْ مَكْتُوبَةٍ أُخْرَى فِي وَقْتٍ آخَرَ تَحَقَّقَ الْحَرَجُ فِي مَوْضِعِ التَّخْفِيفِ، فَإِنَّ اعْتِبَارَ طَهَارَتِهَا لَيْسَ إِلَّا رُخْصَةً وَتَخْفِيفًا وَذَلِكَ خَلَفَ بَاطِلٌ، وَإِذَا قَامَ الْوَقْتُ مَقَامَ الْأَدَاءِ يُدَارُ الْحُكْمُ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّ الشَّيْءَ إِذَا قَامَ مَقَامَ شَيْءٍ آخَرَ كَانَ الْمَنْظُورُ إِلَيْهِ ذَلِكَ الشَّيْءَ وَقَدْ عُرِفَ ذَلِكَ فِي مَوْضِعِهِ (وَإِذَا خَرَجَ الْوَقْتُ بَطَلَ وَضُوءُهُمْ وَاسْتَأْنَفُوا الْوُضُوءَ لَصَلَاةٍ أُخْرَى عِنْدَ عِلْمَانَا الثَّلَاثَةِ) قِيلَ قَوْلُهُ: وَاسْتَأْنَفُوا الْوُضُوءَ لَصَلَاةٍ أُخْرَى مُسْتَدْرَكٌ؛ لِأَنَّ بَطْلَانَ الْوُضُوءِ يَسْتَلْزِمُهُ. وَأَجِيبَ بِأَنَّهُ قَدْ لَا يَسْتَلْزِمُهُ كَالْمُتِمِّمِ لَصَلَاةِ الْجِنَازَةِ فِي الْمَصْرِ فَإِنَّهُ إِذَا صَلَّى عَلَيْهَا بَطَلَ تَيَمُّمُهُ بِالنِّسْبَةِ إِلَى غَيْرِ صَلَاةِ الْجِنَازَةِ وَبَقِيَتْ فِي حَقِّ جِنَازَةٍ أُخْرَى حَضَرَتْ وَتَفَوُّتُهُ الصَّلَاةُ عَلَيْهَا إِذَا اشْتَغَلَ بِالْوُضُوءِ وَفِيهِ تَحْمُلٌ كَمَا تَرَى، وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ تَأْكِيدًا، وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ الْأَوَّلُ لِبَيَانِ الْمَذْهَبِ وَالثَّانِي لِنَفْيِ قَوْلِ زُفَرٍ فَإِنَّهُ يَقُولُ (اسْتَأْنَفُوا إِذَا دَخَلَ الْوَقْتُ) وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ كَالْتَفْسِيرِ لِلأَوَّلِ فَإِنَّهُ لَمَّا قَالَ بَطَلَ وَضُوءُهُمْ رَبَّمَا يَقُولُ مُتَعَنِّتٌ: إِنَّ الْوُضُوءَ كَانَ بَاطِلًا بِالْحَدَثِ السَّابِقِ فَتَبَيَّنَ أَنَّ الْمُرَادَ بِبَطْلَانِ الْوُضُوءِ وَجُوبِ اسْتِنَافٍ وَضُوءٍ آخَرَ لَا الْبُطْلَانُ الْمَعْهُودُ.

قَوْلُهُ: (فَإِنْ تَوَضَّعُوا حِينَ تَطْلُعُ الشَّمْسُ أَجْزَأُهُمْ حَتَّى يَذْهَبَ وَقْتُ الظُّهْرِ) بَيَانُ مَوْضِعِ الْخِلَافِ، فَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ مَا ذُكِرَ وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ زُرْفَرٌ حَتَّى يَدْخُلَ وَقْتُ الظُّهْرِ، وَلَمَّا كَانَ ذِكْرُ أَبِي يُوسُفَ مَعَ زُرْفَرٍ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ كَالْمُتَنَاقِضِ لَمَّا ذُكِرَ مِنْ قَوْلِهِ فَإِذَا خَرَجَ الْوَقْتُ بَطَلَ وَضُوءُهُمْ وَاسْتَأْنَفُوا الْوُضُوءَ لَصَلَاةٍ أُخْرَى عِنْدَ عُلَمَائِنَا الثَّلَاثَةِ احْتِجَاجٌ إِلَى بَيَانِ الْأَصْلِ الْمَبْنِيِّ عَلَيْهِ فَقَالَ (وَحَاصِلُهُ) أَيُّ حَاصِلٍ مَا ذَكَّرْنَا مِنَ الْاِخْتِلَافِ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ (أَنَّ طَهَارَةَ الْمَعْدُورِ تَنْتَقِضُ بِخُرُوجِ الْوَقْتِ: أَيُّ عِنْدَ الْخُرُوجِ بِالْحَدَثِ السَّابِقِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ، وَبَدْخُولِهِ فَقَطْ عِنْدَ زُرْفَرٍ، وَبِأَيِّهِمَا كَانَ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ) وَإِنَّمَا قَالَ: أَيُّ عِنْدَهُ؛ لِأَنَّ خُرُوجَ الْوَقْتِ لَيْسَ مِنْ صِفَاتِ الْإِنْسَانِ فَضْلًا عَنْ أَنْ يَكُونَ حَدَثًا فَكَانَ الْاِئْتِقَاضُ بِالْحَدَثِ السَّابِقِ لَكِنَّ الْوَقْتَ مَانِعٌ، فَإِذَا زَالَ ظَهَرَ أَثَرُ الْحَدَثِ فَكَانَتْ النَّسْبَةُ إِلَى الْخُرُوجِ مَجَازًا. وَاعْتَرِضَ بِأَنَّ الْاِئْتِقَاضَ لَوْ اسْتَدَّ إِلَى الْحَدَثِ السَّابِقِ لَمَّا وَجَبَ الْقَضَاءُ عَلَى مَنْ شَرَعَ فِي التَّطَوُّعِ، ثُمَّ خَرَجَ الْوَقْتُ؛ لِأَنَّهُ ظَهَرَ أَنَّهُ شَرَعَ فِيهَا بِلَا طَهَارَةٍ. وَالْجَوَابُ مَا ذَكَّرْنَا أَنَّ الْوَقْتَ أَقِيمَ مَقَامَ الْأَدَاءِ تَيْسِيرًا فَيُدَارُ الْحُكْمُ عَلَيْهِ، وَإِذَا كَانَ الْحُكْمُ دَائِرًا عَلَيْهِ كَانَ الْاِئْتِقَاضُ مُقْتَصِرًا مِنْ ذَلِكَ الْوَجْهِ فَكَانَ طَهُورًا مِنْ وَجْهِ وَاقْتِصَارًا مِنْ وَجْهِ فَعَمِلْنَا بِالْوَجْهِينِ جَمِيعًا، فَجَعَلْنَاهُ اقْتِصَارًا فِي الْقَضَاءِ وَظُهُورًا فِي حَقِّ الْمَسْحِ حَتَّى إِنْ الْمُسْتَحَاضَةَ لَا تَمْسَحُ عَلَى خُفْيَتِهَا بَعْدَ خُرُوجِ الْوَقْتِ إِذَا كَانَ الدَّمُ سَائِلًا وَقْتُ الْوُضُوءِ وَاللَّبْسِ، أَوْ عِنْدَ أَحَدِهِمَا؛ لِأَنَّ طَهَارَتَهَا إِذَا ائْتَقَضَتْ اسْتَدَّ إِلَى الْحَدَثِ السَّابِقِ، وَلَمْ يَعْكِسِ الْاِقْتِصَارَ وَالظُّهُورَ عَمَلًا بِالْاِحْتِيَاطِ فَإِنَّ الْاِحْتِيَاطَ فِيهِ دُونَ عَكْسِهِ.

وَقَوْلُهُ: (وَفَائِدَةُ الْاِخْتِلَافِ لَا تَظْهَرُ إِلَّا فِيمَنْ تَوَضَّأَ قَبْلَ الزَّوَالِ كَمَا ذَكَّرْنَا أَوْ قَبْلَ طُلُوعِ الشَّمْسِ) إِنَّمَا انْحَصَرَتْ فِيهِمَا؛ لِأَنَّ فِي الْأَوَّلَى دُخُولًا بِلَا خُرُوجٍ فَلَا تَنْتَقِضُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ حَتَّى يَذْهَبَ وَقْتُ الظُّهْرِ، وَتَنْتَقِضُ عِنْدَهُمَا، وَفِي الثَّانِيَةِ خُرُوجًا بِلَا دُخُولٍ فَيَنْتَقِضُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ وَلَا يَنْتَقِضُ عِنْدَ زُرْفَرٍ هَذَا مَا يَدُلُّ عَلَيْهِ ظَاهِرُ كَلَامِ الْمُصَنِّفِ كَمَا تَرَى وَقَالَ الْإِمَامُ فَخْرُ الْإِسْلَامِ طَهَارَتُهَا لَا تَنْتَقِضُ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ بِدُخُولِ بِلَا خُرُوجٍ وَتَنْتَقِضُ بِخُرُوجِ بِلَا دُخُولٍ كَمَا هُوَ قَوْلُهُمَا. وَقَالَ فِيمَا إِذَا تَوَضَّعْتَ قَبْلَ الزَّوَالِ وَدَخَلَ وَقْتُ الظُّهْرِ: إِنَّمَا نَحْتَاجُ لِلطَّهَارَةِ

لأجل الظُّهْرِ عِنْدَهُ، لَا لِأَنَّ طَهَارَتَهَا انْتَقَضَتْ بِدُخُولِ الْوَقْتِ عِنْدَهُ، بَلْ لِأَنَّ طَهَارَتَهَا ضَرُورِيَّةٌ وَلَا ضَرُورَةَ فِي تَقْدِيمِهَا عَلَى الْوَقْتِ.

وَقَالَ فِي طَرَفِ زُفَرٍ: الصَّحِيحُ مِنْ مَذْهَبِهِ أَنَّ شَيْئًا مِنْ ذَلِكَ: يَعْنِي الْخُرُوجَ وَالْدُخُولَ لَيْسَ بِحَدَثٍ، وَإِنَّمَا لَمْ يَنْتَقِضْ الطَّهَارَةُ بِطُلُوعِ الشَّمْسِ؛ لِأَنَّ قِيَامَ الْوَقْتِ جُعِلَ عُذْرًا، وَقَدْ بَقِيََتْ شُبْهَتُهُ حَتَّى لَوْ قَضَى صَلَاةَ الْفَجْرِ قَضَاهَا مَعَ سُنَّتِهَا، فَكَانَ كَمَالُ الْخُرُوجِ بِدُخُولِ وَقْتٍ آخَرَ وَلَمْ يُوجَدْ، فَبَقِيََتْ شُبْهَتُهُ فَصَلَحَتْ لِبَقَاءِ حُكْمِ الْعُذْرِ تَحْقِيقًا: قَالَ صَاحِبُ النَّهَايَةِ: وَبِهَذَا التَّقْرِيرِ يُعْلَمُ أَنَّ الْعُلَمَاءَ الْأَرْبَعَةَ كُلَّهُمْ مُتَّفِقُونَ عَلَى أَنَّ الْحَدَثَ السَّابِقَ إِنَّمَا يَعْمَلُ عِنْدَ خُرُوجِ الْوَقْتِ لَا غَيْرُ، إِلَّا أَنَّ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ تَقْدِيمَ الطَّهَارَةِ عَلَى الْوَقْتِ غَيْرُ مُعْتَبَرٍ لِعَدَمِهَا الْحَاجَةُ فَيَجِبُ عَلَيْهَا الْوُضُوءُ ثَانِيًا بَعْدَ دُخُولِ الْوَقْتِ، وَعِنْدَ زُفَرٍ لَمْ يُوجَدْ الْخُرُوجُ مِنْ كُلِّ وَجْهِ مَا لَمْ يَدْخُلْ وَقْتُ مَكْتُوبَةٍ أُخْرَى، فَلِذَلِكَ يَجِبُ عَلَيْهَا الْوُضُوءُ بَعْدَ دُخُولِ الْوَقْتِ عِنْدَهُ أَيْضًا. وَأَقُولُ: لَمْ يَظْهَرْ لِذَلِكَ فَائِدَةٌ فِي الْمَسَائِلِ؛ لِأَنَّهَا لَا تَظْهَرُ إِلَّا فِي الصُّورَتَيْنِ الْمَذْكُورَتَيْنِ فَإِنْ اعْتَبَرْتُ مَا ذَكَرَهُ الْمُصَنِّفُ صَحَّ، وَإِنْ اعْتَبَرْتُ مَا ذَكَرَهُ فَخَرَّ الْإِسْلَامُ صَحَّ فَلَمْ يَكُنْ اخْتِلَافٌ بَيْنَهُمَا إِلَّا فِي التَّخْرِيجِ وَالتَّعْوِيلِ عَلَى تَصْحِيحِ الثَّقَلِ (زُفَرٌ أَنَّ اعْتِبَارَ الطَّهَارَةِ مَعَ الْمُنَافِي لِلطَّهَارَةِ لِلْحَاجَةِ إِلَى الْأَدَاءِ وَلَا حَاجَةَ قَبْلَ الْوَقْتِ فَلَا تُعْتَبَرُ).

فَإِنْ قِيلَ: فَغَيْرُ الْمُعْتَبَرِ كَيْفَ يُوصَفُ بِالِاتِّقَاضِ عِنْدَ دُخُولِ الْوَقْتِ؟ أُجِيبَ بِأَنَّ عَدَمَ الْاعْتِبَارِ إِنَّمَا هُوَ بِالنِّسْبَةِ إِلَى الْوَقْتِيَّةِ لَا مُطْلَقًا فَإِنَّهَا مُعْتَبَرَةٌ فِي حَقِّ قَضَاءِ الْفَوَائِتِ وَالنَّوَافِلِ فَكَانَ نَقْضُهَا بِاعْتِبَارِهَا (وَلَأَبِي يُوسُفَ أَنَّ الْحَاجَةَ مَقْصُورَةٌ عَلَى الْوَقْتِ) لِقِيَامِهِ مَقَامَ الْأَدَاءِ كَمَا تَقَدَّمَ (فَلَا تُعْتَبَرُ قَبْلَهُ وَلَا بَعْدَهُ، وَلَأَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٌ أَنَّهُ لَا بُدَّ مِنْ تَقْدِيمِ الطَّهَارَةِ عَلَى الْوَقْتِ لِيَتِمَّكَنَ مِنَ الْأَدَاءِ كَمَا دَخَلَ الْوَقْتُ) وَلَيْسَ الْكَافُ لِلشَّيْءِ بَلْ لِلْمُفَاجَأَةِ: أَيْ لِفُجَائِي تَمَكُّنِ الْأَدَاءِ دُخُولِ الْوَقْتِ، وَهَذَا؛ لِأَنَّ الْوَقْتَ قَائِمٌ مَقَامَ الْأَدَاءِ كَمَا مَرَّ، وَتَقْدِيمُهَا عَلَى الْأَدَاءِ وَاجِبٌ، فَكَانَ تَقْدِيمُهَا عَلَى خَلْفِهِ جَائِزًا حَقًّا لِرُبُوبِيَّةِ عَنْ رُبُوبَةِ الْأَصْلِ.

فَإِنْ قُلْتُ: فَفِي عِبَارَةِ الْمُصَنِّفِ تَسَامُحٌ؛ لِأَنَّهُ قَالَ لَا بُدَّ مِنْ تَقْدِيمِ الطَّهَارَةِ وَذَلِكَ يُسْتَعْمَلُ فِي الْوُجُوبِ لَا مَحَالَةَ وَلَيْسَ التَّقْدِيمُ وَاجِبًا. وَالْجَوَابُ أَنَّ الْمُصَافَ مَحْذُوفٌ:

أَيُّ لَا بُدَّ مِنْ جَوَازِ تَقْدِيمِ الطَّهَّارَةِ، وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ لَمْ يَكُنْ الدُّخُولُ صَالِحًا لظُهُورِ الْحَدَثِ عِنْدَهُ لِكَوْنِهِ مُحَقَّقًا لِلْحَاجَةِ، وَأَمَّا خُرُوجُ الْوَقْتِ فَذَلِيلُ زَوَالِ الْحَاجَةِ فَظَهَرَ اعْتِبَارُ الْحَدَثِ عِنْدَهُ. وَقَوْلُهُ: (وَالْمُرَادُ بِالْوَقْتِ وَقْتُ الْمَفْرُوضَةِ) أَيُّ الْمُرَادُ بِالْوَقْتِ الَّذِي أُعْتَبِرَ دُخُولُهُ وَخُرُوجُهُ وَقْتُ الْمَفْرُوضَةِ. وَقَوْلُهُ: (عِنْدَهُمَا) أَيُّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ. وَقَوْلُهُ: (وَهُوَ الصَّحِيحُ) اخْتِرَازَ عَمَّا قَالَ بَعْضُهُمْ: لَيْسَ لَهُ أَنْ يُصَلِّيَ الظُّهْرَ بِهِ؛ لِأَنَّهُ خَرَجَ وَقْتُ صَلَاةٍ وَاجِبَةٍ؛ لِأَنَّ صَلَاةَ الْعِيدِ وَاجِبَةٌ.

وَقَوْلُهُ: (لَأَنَّهَا) يَعْنِي صَلَاةَ الْعِيدِ (بِمَنْزِلَةِ الضُّحَى) مِنْ حَيْثُ إِنَّهَا لَيْسَتْ بِمَفْرُوضَةٍ حَتَّى قَالَ بَعْضُ الْمَشَايِخِ إِنَّهَا صَلَاةُ الضُّحَى أُدِّيتْ بِجَمَاعَةٍ. وَقَوْلُهُ: (فَعِنْدَهُمَا) أَيُّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ، وَإِنَّمَا خَصَّصَهُمَا بِالذِّكْرِ وَإِنْ كَانَ الْحُكْمُ عِنْدَ الْجَمِيعِ كَذَلِكَ لَمَّا أَنَّ الشُّبُهَةَ تَأْتِي عَلَى قَوْلِهِمَا؛ لِأَنَّ عِنْدَهُمَا لَهُ أَنْ يُقَدِّمَ الطَّهَّارَةَ عَلَى الْوَقْتِ وَلَا يَنْتَقِضُ بِالدُّخُولِ، وَمَعَ ذَلِكَ لَيْسَ لَهُ أَنْ يُصَلِّيَ الْعَصْرَ بِهَذِهِ الطَّهَّارَةِ لَمَّا أَنَّ هَذَا دُخُولٌ مُشْتَمِلٌ عَلَى خُرُوجٍ، فَهِيَ إِنْ لَمْ تَنْتَقِضْ بِالدُّخُولِ تَنْتَقِضْ بِالْخُرُوجِ. قِيلَ وَإِنَّمَا وَضَعَ الْمَسْأَلَةَ فِي الظُّهْرِ لِيُبينَ أَنَّهُ لَيْسَ بَيْنَ وَقْتِ الظُّهْرِ وَالْعَصْرِ وَقْتُ مُهْمَلٍ، وَمَا رَوَى أَسَدُ بْنُ عَمْرٍو عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ ظِلَّ كُلِّ شَيْءٍ إِذَا صَارَ مِثْلَهُ خَرَجَ وَقْتُ الظُّهْرِ وَلَمْ يَدْخُلْ وَقْتُ الْعَصْرِ لَيْسَ بِصَحِيحٍ.

وَالْمُسْتَحَاضَةُ هِيَ الَّتِي لَا يَمْضِي عَلَيْهَا وَقْتُ صَلَاةٍ إِلَّا وَالْحَدَثُ الَّذِي أُبْثِلَتْ بِهِ يُوجَدُ فِيهِ، وَكَذَا كُلُّ مَنْ هُوَ فِي مَعْنَاهَا وَهُوَ مَنْ ذَكَرْنَاهُ وَمَنْ بِهِ اسْتِطْلَاقُ بَطْنٍ وَأَنْفِلَاتُ رِيحٍ لِأَنَّ الضَّرُورَةَ بِهَذَا تَتَحَقَّقُ وَهِيَ تَعْمُ الْكُلَّ

الشرح:

قَالَ: (وَالْمُسْتَحَاضَةُ هِيَ الَّتِي لَا يَمْضِي عَلَيْهَا وَقْتُ صَلَاةٍ) لَمَّا فَرَعَ مِنْ بَيَانِ أَحْكَامِ الْمُسْتَحَاضَةِ عَرَفَهَا بِقَوْلِهِ هِيَ الَّتِي لَا يَمْضِي عَلَيْهَا وَقْتُ صَلَاةٍ (إِلَّا وَالْحَدَثُ الَّذِي أُبْثِلَتْ بِهِ يُوجَدُ فِيهِ) قَالَ الْإِمَامُ الثُّمَرِثَانِيُّ وَالْمَرْغِينَانِيُّ وَالْإِمَامُ حُمَيْدُ الدِّينِ الصَّرِيرُ وَغَيْرُهُمْ: إِنَّ هَذَا تَعْرِيفُ الْمُسْتَحَاضَةِ فِي حَالَةِ الْبَقَاءِ، وَأَمَّا فِي حَالَةِ الثُّبُوتِ فَيَشْتَرِطُ دَوَامُ السَّيْلَانِ مِنَ أَوَّلِ الْوَقْتِ إِلَى آخِرِهِ اعْتِبَارًا بِالسُّقُوطِ فَإِنَّهُ لَا يَتِمُّ حَتَّى يَنْقَطِعَ فِي الْوَقْتِ كُلِّهِ، وَهُوَ مُشْكِلٌ عَلَى كُلِّ حَالٍ؛ لِأَنَّهُ إِنْ كَانَ تَعْرِيفًا لَهَا فِي الْإِبْتِدَاءِ وَالْإِنْتِهَاءِ

عَلَى مَا يَدُلُّ عَلَيْهِ ظَاهِرُ كَلَامِ الْمُصَنِّفِ فَإِنَّهُ يَنْتَقِضُ بِالْحَائِضِ؛ لِأَنَّهَا قَدْ تَكُونُ عَلَى وَجْهِ لَا يَمْضِي عَلَيْهَا وَقْتُ صَلَاةٍ إِلَّا وَالْحَدَّثُ الَّذِي أُبْتَلِيَ بِهِ يُوْجَدُ فِيهِ، وَبِمَا إِذَا رَأَتْ الدَّمَ فِي أَوَّلِ الْوَقْتِ ثُمَّ انْقَطَعَ فَتَوَضَّأَتْ وَدَامَ الْانْقِطَاعُ حَتَّى خَرَجَ الْوَقْتُ فَإِنَّ التَّعْرِيفَ صَادِقٌ عَلَيْهَا وَلَيْسَتْ بِمُسْتَحَاضَةٍ بِدَلِيلِ عَدَمِ انْتِقَاضِ طَهَارَتِهَا بِخُرُوجِ الْوَقْتِ، وَالْمُسْتَحَاضَةُ تَنْتَقِضُ طَهَارَتُهَا بِذَلِكَ، وَالِدَّلِيلُ عَلَى عَدَمِ انْتِقَاضِ طَهَارَتِهَا مَا ذَكَرَهُ شَمْسُ الْأَيْمَةِ السَّرْحَسِيُّ فِي الْجَامِعِ الْكَبِيرِ فَإِنَّهُ قَالَ: إِذَا تَوَضَّأَتْ الْمُسْتَحَاضَةُ فِي وَقْتِ الْعَصْرِ وَالدَّمَ مُنْقَطِعٌ وَصَلَّتْ رَكَعَتَيْنِ ثُمَّ دَخَلَ وَقْتُ الْمَغْرِبِ ثُمَّ سَالَ الدَّمُ فَعَلَيْهَا أَنْ تَتَوَضَّأَ وَتَبْنِي عَلَى صَلَاتِهَا؛ لِأَنَّ انْتِقَاضَ الطَّهَارَةِ كَانَ بِالْحَدَّثِ لَا بِخُرُوجِ الْوَقْتِ، وَلَمْ يُوْجَدْ مِنْهَا أَدَاءُ شَيْءٍ مِنَ الصَّلَاةِ بَعْدَ الْحَدَّثِ فَجَازَ لَهَا أَنْ تَبْنِي، وَإِنْ كَانَ تَعْرِيفًا فِي الْإِنْتِهَاءِ فَقَطْ كَمَا قَالُوا فَكَذَلِكَ، وَيَلْزَمُ اخْتِلَافُ حَقِيقَةِ الشَّيْءِ بِالنِّسْبَةِ إِلَى الْحَالَتَيْنِ وَالْحَقَائِقُ لَا تَخْتَلِفُ.

وَلَعَلَّ الصَّوَابَ أَنْ يُقَالَ فِي تَعْرِيفِهَا: الْمُسْتَحَاضَةُ مَنْ ثَبَتَ عُذْرُهَا بِاسْتِمْرَارِ الدَّمِ مِنْ فَرْجِهَا وَقْتُ صَلَاةٍ كَامِلًا لَيْسَ مِنْ أَوْقَاتِ الْحَيْضِ وَالنِّفَاسِ ثُمَّ لَا تَخْلُو عَنْهُ مِنْذُ تَوَضَّأَتْ فِيهِ إِنْ دَامَ، فَقَوْلُهُ: مَنْ ثَبَتَ عُذْرُهَا بِمَنْزِلَةِ الْجَنَسِ وَقَوْلُهُ: بِاسْتِمْرَارِ الدَّمِ اخْتِرَازَ عَمَّنْ هُوَ بِمَعْنَاهَا مِمَّنْ بِهِ انْفِلَاتُ رِيحٍ وَأَنْطِلَاقُ بَطْنٍ وَغَيْرُهُمَا، وَقَوْلُهُ: مِنْ فَرْجِهَا اخْتِرَازُ كَمَا إِذَا ثَبَتَ عُذْرُهَا بِاسْتِمْرَارِ الدَّمِ مِنْ أَنْفِهَا أَوْ جُرْجٍ بِهَا فَإِنَّهَا بِمَعْنَاهَا، وَقَوْلُهُ: وَقْتُ صَلَاةٍ كَامِلَةٍ لِيَبَانَ ثُبُوتُ عُذْرِهَا ابْتِدَاءً، وَقَوْلُهُ: لَيْسَ: أَيُّ ذَلِكَ الْوَقْتُ مِنْ أَوْقَاتِ الْحَيْضِ وَالنِّفَاسِ اخْتِرَازَ عَمَّا وَرَدَ عَلَى التَّعْرِيفِ الْأَوَّلِ مِنَ التَّقْضِ بِصُورَةِ الْحَائِضِ وَالنِّفَاسِ كَالْحَائِضِ فِي الْوُرُودِ، وَقَوْلُهُ: ثُمَّ لَا تَخْلُو: أَيُّ الْمُسْتَحَاضَةِ عَنْهُ: أَيُّ عَنِ الدَّمِ مِنْذُ تَوَضَّأَتْ فِيهِ: أَيُّ فِي الْوَقْتِ لِيَبَانَ أَنَّ الْاسْتِمْرَارَ لَيْسَ بِشَرْطٍ فِي الْبَقَاءِ وَإِلْخَارَاجِ مَا وَرَدَ مِنَ التَّقْضِ بِقَوْلِهِ وَبِمَا إِذَا رَأَتْ الدَّمَ فِي أَوَّلِ الْوَقْتِ ثُمَّ انْقَطَعَ وَإِنَّ الدَّمَ كَانَ فِيهِ قَبْلَ الْوُضُوءِ، وَالْمُعْتَبَرُ أَنْ يَكُونَ بَعْدَهُ أَوْ عِنْدَهُ، وَقَوْلُهُ: إِنْ دَامَ: يَعْنِي الْحَدَّثَ لِيَبَانَ أَنَّ ثُبُوتَ كَوْنِهَا مُسْتَحَاضَةً لَا يَتَوَقَّفُ عَلَى قَوْلِهِ ثُمَّ لَا تَخْلُو عَنْهُ الْإِخْ، وَإِنَّمَا ذَلِكَ لِلْبَقَاءِ وَبِاسْتِمْرَارِ الدَّمِ فِي وَقْتٍ كَامِلٍ يَثْبُتُ ذَلِكَ وَإِنْ انْقَطَعَ فِي الْوَقْتِ الثَّانِي بِالْكُلِّيَّةِ. وَقَوْلُهُ: (وَكَذَا كُلُّ مَنْ هُوَ فِي مَعْنَاهَا) أَيُّ فِي مَعْنَى الْمُسْتَحَاضَةِ: أَيُّ يَكُونُ

حُكْمُهُ حُكْمُهَا. وَقَوْلُهُ: (وَهُوَ مَنْ ذَكَرْنَاهُ) يَعْنِي قَوْلُهُ وَمَنْ بِهِ سَلَسُ الْبَوْلِ وَالرَّعَافُ الدَّائِمُ وَالْجُرْحُ الَّذِي لَا يَرْقَأُ. وَقَوْلُهُ (وَمَنْ بِهِ اسْتِطْلَاقُ بَطْنٍ أَوْ انْفِلَاتُ رِيحٍ) عَطْفٌ عَلَى قَوْلِهِ مَنْ ذَكَرْنَاهُ، وَاسْتِطْلَاقُ الْبَطْنِ مَشْبُوهٌ وَالْانْفِلَاتُ خُرُوجُ الشَّيْءِ فَلْتَةً: أَيُّ بَعْتَةً؛ (لَأَنَّ الضَّرُورَةَ بِهَذَا) أَيُّ بِمَا ذَكَرْنَا مِنَ الْأَحْدَاثِ (تَتَحَقَّقُ وَهِيَ) أَيُّ الضَّرُورَةُ (نَعْمُ الْكُلِّ) فَيَكُونُ حُكْمُ الْكُلِّ حُكْمَ الْمُسْتَحَاضَةِ، وَلَوْ أُرِيدَ تَعْرِيفُ الْمَعْدُورِ، قِيلَ هُوَ مَنْ حَصَلَ بِهِ الْعُذْرُ بِدَوَامِ الْحَدَثِ وَقَدْ صَلَاةٍ كَامِلًا ثُمَّ لَا يَخْلُو عَنْهُ مُنْذُ تَوَصَّأَ فِيهِ إِنْ دَامَ وَالْقِيُودُ تُعْرَفُ مِمَّا تَقَدَّمَ.

فصل في النفاس

(النَّفَاسُ هُوَ الدَّمُ الْخَارِجُ عَقِيبَ الْوِلَادَةِ) لِأَنَّهُ مَأْخُودٌ مِنْ تَنْفُسِ الرَّحِمِ بِالدَّمِ أَوْ مِنْ خُرُوجِ النَّفْسِ بِمَعْنَى الْوَلَدِ أَوْ بِمَعْنَى الدَّمِ (وَالدَّمُ الَّذِي تَرَاهُ الْحَامِلُ ابْتِدَاءً أَوْ حَالَ وَلادَتِهَا قَبْلَ خُرُوجِ الْوَلَدِ اسْتِحَاضَةً) وَإِنْ كَانَ مُمْتَدًّا. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: حَيْضٌ اعْتِبَارًا بِالنَّفَاسِ إِذْ هُمَا جَمِيعًا مِنَ الرَّحِمِ. وَلَنَا أَنَّ بِالْحَبْلِ يَنْسَدُ هَمُّ الرَّحِمِ كَذَا الْعَادَةِ، وَالنَّفَاسُ بَعْدَ انْفِتَاحِهِ بِخُرُوجِ الْوَلَدِ، وَلِهَذَا كَانَ نَفَاسًا بَعْدَ خُرُوجِ بَعْضِ الْوَلَدِ فِيمَا رُوِيَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ لِأَنَّهُ يَنْفَتِحُ فَيَتَنَفَّسُ بِهِ (وَالسَّقَطُ الَّذِي اسْتَبَانَ بَعْضُ خَلْقِهِ وَلَدًا) حَتَّى تَصِيرَ الْمَرْأَةُ بِهِ نَفْسَاءً وَتَصِيرُ الْأُمُّ أُمًّا وَلَدٍ بِهِ وَكَذَا الْعِدَّةُ تَنْقُضِي بِهِ

الشرح:

(فَصْلٌ فِي النَّفَاسِ) الدَّمَاءُ الْمُخْتَصَّةُ بِالْمَرْأَةِ حَيْضٌ وَاسْتِحَاضَةٌ وَنَفَاسٌ وَالنَّفَاسُ آخِرُهَا تَرْتِيبًا لَمَّا دَلَّ عَلَى ذَلِكَ فِيمَا تَقَدَّمَ مِنْ تَرْتِيبِ الْحَيْضِ وَالْاسْتِحَاضَةِ، وَالنَّفَاسُ مَصْدَرٌ نَفَسَتْ الْمَرْأَةُ بِضَمِّ الثُّونِ وَفَتْحِهَا إِذَا وَلَدَتْ فَهِيَ نَفْسَاءُ وَهِنَّ نَفَاسٌ، وَفِي الْأَصْطِلَاحِ (النَّفَاسُ هُوَ الدَّمُ الْخَارِجُ عَقِيبَ الْوِلَادَةِ) وَقَوْلُهُ: عَقِيبَ الْوِلَادَةِ صِفَةٌ لِلدَّمِ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَرِدْ بِهِ مُعَيَّنٌ فَهُوَ فِي مَعْنَى النُّكْرَةِ. وَقَوْلُهُ: (لَأَنَّهُ مَأْخُودٌ) فِيهِ تَسَامُحٌ؛ لِأَنَّهُ تَعْلِيلٌ فِي مَوْضِعِ التَّعْرِيفِ وَيُنَادِرُكَ بِأَنَّهُ جَعَلَهُ مِنْ بَابِ التَّسْمِيَةِ كَأَنَّهُ قَالَ: سُمِّيَ الدَّمُ الْخَارِجُ عَقِيبَ الْوِلَادَةِ بِالنَّفَاسِ؛ لِأَنَّهُ مَأْخُودٌ (مِنْ تَنْفُسِ الرَّحِمِ بِالدَّمِ أَوْ مِنْ خُرُوجِ النَّفْسِ) بِسُكُونِ الْفَاءِ (بِمَعْنَى الْوَلَدِ أَوْ بِمَعْنَى الدَّمِ) مِنْ قَوْلِهِمْ لَهُ نَفْسٌ سَائِلَةٌ. قَالَ صَاحِبُ الْمُعْرَبِ: وَأَمَّا اسْتِثْقَاؤُهُ مِنْ تَنْفُسِ الرَّحِمِ أَوْ خُرُوجِ النَّفْسِ بِمَعْنَى

الْوَلَدِ فَلَيْسَ بِذَلِكَ، وَذَكَرَ فِي الْمُجْتَبَى أَنَّهُ مُشْتَقٌّ مِنْ تَنْفَسِ الرَّحِمِ أَوْ النَّفْسِ أَوْ الْوِلَادَةِ عَلَى مَا قَالَ شَاعِرُهُمْ:

إِذَا نَفَسَ الْمَوْلُودُ مِنْ آلِ خَالِدٍ بَدَأَ كَرَمَ لِلنَّاطِرِينَ قَرِيبُ
وَقَدْ وَجَدَ ذَلِكَ كُلُّهُ. قَالَ (وَالدَّمُ الَّذِي تَرَاهُ الْحَامِلُ ابْتِدَاءً) أَيُّ حَالِ الْحَبْلِ (أَوْ حَالِ وَلادَتِهَا قَبْلَ خُرُوجِ الْوَلَدِ اسْتِحَاضَةً وَإِنْ كَانَ مُمْتَدًّا) أَيُّ بِالْعَا نَصَابَ الْخِيَصِ (وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: هُوَ خِيَصٌ اعْتِبَارًا بِالنَّفَاسِ) يَعْنِي إِذَا وَلَدَتْ وَلَدَيْنِ فِي بَطْنٍ وَاحِدٍ فَرَأَتْ الدَّمَ قَبْلَ خُرُوجِ الْوَلَدِ الثَّانِي فَإِنَّهَا حَامِلٌ فِي حَقِّ الْوَلَدِ الثَّانِي، وَذَلِكَ نَفَاسٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ وَالْجَامِعِ كَوْنُهُمَا جَمِيعًا مِنَ الرَّحِمِ.

وَلَكِنَّا أَنَّ الْخِيَصَ دَمُ الرَّحِمِ وَدَمُ الرَّحِمِ لَا يُوجَدُ مِنَ الْحَامِلِ؛ لِأَنَّ بِالْحَبْلِ يَنْسَدُ فَمِ الرَّحِمِ؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى أَجْرَى عَادَتَهُ بِذَلِكَ لئَلَّا يَنْزِلَ مَا فِيهِ لَكُونُ الثُّقْبِ مِنْ أَسْفَلٍ، وَاعْتِبَارُهُ بِالنَّفَاسِ فَاسِدٌ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا يَكُونُ بَعْدَ انْفِتَاحِهِ بِخُرُوجِ الْوَلَدِ، وَلِهَذَا كَانَ نَفَاسًا بَعْدَ خُرُوجِ بَعْضِ الْوَلَدِ فِيمَا يُرَوَّى عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ؛ لِأَنَّ فَمَ الرَّحِمِ يَنْفَتِحُ فَيَتَنَفَّسُ بِالدَّمِ، هَذَا إِذَا خَرَجَ أَكْثَرُ الْوَلَدِ، فَأَمَّا إِذَا خَرَجَ أَقْلُهُ فَلَا تَصِيرُ نَفْسَاءً وَإِنْ خَرَجَ الدَّمُ؛ لِأَنَّ النَّفَاسَ مَا يَعْتَبُ الْوَلَدُ وَلَمْ يُوجَدِ الْوَلَدُ لَا حَقِيقَةً وَهُوَ ظَاهِرٌ وَلَا حُكْمًا؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ لِلْأَقْلِ حُكْمُ الْكُلِّ. وَإِنَّمَا أَبْهَمَ الْبَعْضُ لاختلافِ وَقَعٍ فِي الرِّوَايَةِ. رَوَى خَلْفُ بْنُ أَيُّوبَ عَنْ أَبِي يُوسُفَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الدَّمَ الَّذِي تَرَاهُ الْمَرْأَةُ بَعْدَ خُرُوجِ أَكْثَرِ الْوَلَدِ نَفَاسٌ.

وَرَوَى الْمُعَلَّى عَنْ أَبِي يُوسُفَ بَعْدَ خُرُوجِ بَعْضِ الْوَلَدِ. وَرَوَى هِشَامٌ عَنْ مُحَمَّدٍ بَعْدَ خُرُوجِ الرَّأْسِ وَنِصْفِ الْبَدَنِ أَوْ الرَّجْلَيْنِ وَأَكْثَرَ مِنْ نِصْفِ الْبَدَنِ. وَعَنْهُ أَنَّهَا لَا تَصِيرُ نَفْسَاءً حَتَّى يَخْرُجَ جَمِيعٌ وَلَدِهَا. وَذَكَرَ شَيْخُ الْإِسْلَامِ فِي مَبْسُوطِهِ أَنَّ أَبَا يُوسُفَ مَعَ أَبِي حَنِيفَةَ فِي خُرُوجِ الْأَكْثَرِ وَهُوَ مُصَحَّحٌ عَلَى مَا رَوَى خَلْفُ بْنُ أَيُّوبَ، وَأَمَّا مُحَمَّدٌ فَلَمْ يَذْكُرْ أَنَّهُ مَعَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَلَيْسَ عَلَى قِيَاسٍ مَذْهَبُ مُحَمَّدٍ فَإِنَّ مَذْهَبَهُ أَنَّ النَّفَاسَ إِنَّمَا يَثْبُتُ بِوَضْعِ الْحَمْلِ كُلِّهِ فَمَا لَمْ يُوجَدِ وَضْعُ الْحَمْلِ كُلِّهِ لَا يَثْبُتُ النَّفَاسُ فَلَعَلَّ الْمُصَنِّفَ أَطْلَعَ عَلَى رِوَايَةِ فَتَقَلَّهَا. وَقَوْلُهُ: (وَالسَّقَطُ الَّذِي اسْتَبَانَ بَعْضُ خَلْقِهِ) كَأَصْبَحَ مَثَلًا (وَلَدٌ تَصِيرُ بِهِ الْمَرْأَةُ نَفْسَاءً وَتَصِيرُ الْأُمُّ وَلَدًا بِهِ) إِنْ ادَّعَاهُ الْمَوْلَى (وَالْعِدَّةُ تَنْقُضِي

بِهِ) وَالَّذِي لَمْ يَسْتَبِنْ مِنْ خَلْقِهِ شَيْءٌ فَلَا نَفَاسَ لَهَا، وَلَكِنْ إِنْ أُمِّكَنْ جَعَلَ الْمَرْئِيَّ مِنَ الدَّمِ حَيْضًا بِأَنْ يَدُومَ إِلَى أَقَلِّ مُدَّةِ الْحَيْضِ وَتَقَدَّمَهُ طَهْرٌ تَأْمُّ يُجَعَلُ حَيْضًا، وَإِنْ لَمْ يُمْكِنْ كَانَ اسْتِحَاضَةً.

(وَأَقْلُ النَّفَاسِ لَا حَدَّ لَهُ) لِأَنَّ تَقَدُّمَ الْوَلَدِ عِلْمَ الْخُرُوجِ مِنَ الرَّحِمِ فَأَغْنَى عَنْ امْتِدَادِ جُعِلَ عِلْمًا عَلَيْهِ بِخِلَافِ الْحَيْضِ.

الشرح:

قَالَ (وَأَقْلُ النَّفَاسِ لَا حَدَّ لَهُ) لَا حَدَّ لِأَقْلِ النَّفَاسِ. قَالَ شَيْخُ الْإِسْلَامِ فِي مَبْسُوطِهِ: اتَّفَقَ أَصْحَابُنَا عَلَى أَنَّ أَقْلَ النَّفَاسِ مَا يُوجَدُ فَإِنَّهَا كَمَا وَلَدَتْ إِذَا رَأَتْ الدَّمَ سَاعَةً ثُمَّ انْقَطَعَ عَنْهَا الدَّمُ فَإِنَّهَا تَصُومُ وَتُصَلِّي وَكَانَ مَا رَأَتْ نَفَاسًا لَا خِلَافَ فِي هَذَا بَيْنَ أَصْحَابِنَا إِنَّمَا الْخِلَافُ فِيمَا إِذَا وَجَبَ اعْتِبَارُ أَقْلِ النَّفَاسِ فِي الْقِضَاءِ الْعِدَّةِ بِأَنْ قَالَ لَهَا إِذَا وَلَدَتْ فَأَنْتِ طَالِقٌ فَقَالَتْ انْقَضَتْ عِدَّتِي أَيُّ مِقْدَارٍ يُعْتَبَرُ لِأَقْلِ النَّفَاسِ مَعَ ثَلَاثِ حَيْضٍ؟ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ يُعْتَبَرُ أَقْلُهُ بِخَمْسَةِ وَعِشْرِينَ يَوْمًا، وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ بِأَحَدِ عَشَرَ يَوْمًا، وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ بِسَاعَةٍ، وَهَذَا كَمَا تَرَى يَفْتَضِي وَجُودَ الدَّمِ، فَإِنْ وَلَدَتْ وَلَمْ تَرَ دَمًا فَهِيَ نَفْسَاءُ فِي رِوَايَةِ الْحَسَنِ عَنْ أَبِي يُوسُفَ وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ، ثُمَّ رَجَعَ أَبُو يُوسُفَ وَقَالَ: هِيَ طَاهِرَةٌ، وَثَمَرَةُ الْخِلَافِ تَظْهَرُ فِي وَجُوبِ الْغُسْلِ، فَأَمَّا الْوُضُوءُ فَوَاجِبٌ بِالْإِجْمَاعِ كَذَا فِي الْمَحِيطِ، وَأَكْثَرُ الْمَشَايِخِ أَخَذُوا بِقَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ، وَبَعْضُهُمْ أَخَذَ بِقَوْلِ أَبِي يُوسُفَ، وَهُوَ الْقِيَاسُ؛ لِأَنَّ النَّفَاسَ هُوَ الدَّمُ الْخَارِجُ عَقِيبَ الْوِلَادَةِ، فَإِذَا لَمْ يَكُنْ لَهَا نَفَاسٌ كَيْفَ تَكُونُ نَفْسَاءً، وَقَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ أَحْوَطٌ (وَأَمَّا لَمْ يَقْدَرُوا أَقْلَهُ بِحَدٍّ؛ لِأَنَّ تَقَدُّمَ الْوَلَدِ عِلْمَ الْخُرُوجِ مِنَ الرَّحِمِ فَأَغْنَى عَنْ امْتِدَادِ جُعِلَ عِلْمًا عَلَيْهِ بِخِلَافِ الْحَيْضِ) فَإِنَّهُ اشْتَرَطَ فِيهِ امْتِدَادَ الدَّمِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ لِيُعْلَمَ أَنَّ ذَلِكَ الدَّمُ مِنَ الرَّحِمِ أَوْ لَا إِذْ لَا دَلِيلَ عَلَى كَوْنِهِ مِنَ الرَّحِمِ، وَفِي النَّفَاسِ قَدْ عُلِمَ ذَلِكَ بِإِفْتِتَاحِ فَمِ الرَّحِمِ بِخُرُوجِ الْوَلَدِ.

(وَأَكْثَرُهُ أَرْبَعُونَ يَوْمًا وَالزَّائِدُ عَلَيْهِ اسْتِحَاضَةً) لِحَدِيثِ أُمِّ سَلَمَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا أَنَّ «النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ وَقَفَتْ لِلنَّفْسَاءِ أَرْبَعِينَ يَوْمًا» وَهُوَ حُجَّةٌ عَلَى الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي اعْتِبَارِ السَّتِّينَ (وَإِنْ جَاوَزَ الدَّمُ الْأَرْبَعِينَ وَكَانَتْ وَلَدَتْ قَبْلَ ذَلِكَ وَلَهَا عَادَةٌ فِي النَّفَاسِ رَدَّتْ إِلَى أَيَّامِ عَادَتِهَا) لَمَّا بَيَّنَّا فِي الْحَيْضِ (وَإِنْ لَمْ تَكُنْ لَهَا عَادَةٌ فَابْتِدَاءُ نَفَاسِهَا

أَرْبَعُونَ يَوْمًا) لِأَنَّهُ امْكَنَ جَعَلُهُ نَفَاسًا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَأَكْثَرُهُ أَرْبَعُونَ يَوْمًا) ظَاهِرٌ، وَمَذْهَبُنَا مَرْوِيٌّ عَنْ ابْنِ عُمَرَ وَعَائِشَةَ وَأُمِّ سَلَمَةَ وَأُمِّ حَبِيبَةَ وَأَبِي هُرَيْرَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ، وَمِثْلُهُ لَا يُعْرَفُ إِلَّا سَمَاعًا، وَهُوَ الْمُوَافِقُ لِلْمَعْقُولِ؛ لِأَنَّهُمْ أَجْمَعُوا عَلَى أَنَّ أَكْثَرَ مُدَّةِ النَّفَاسِ أَرْبَعَةُ أَمْثَالِ أَكْثَرِ مُدَّةِ الْحَيْضِ، وَقَدْ ثَبَتَ فِي بَابِ الْحَيْضِ أَنَّ أَكْثَرَ مُدَّةِ الْحَيْضِ عَشْرَةُ أَيَّامٍ بِلَيَالِيهَا فَكَانَ أَكْثَرُ مُدَّةِ النَّفَاسِ أَرْبَعِينَ يَوْمًا، وَإِنَّمَا كَانَ أَكْثَرُ مُدَّةِ النَّفَاسِ أَرْبَعَةَ أَمْثَالِ أَكْثَرِ مُدَّةِ الْحَيْضِ؛ لِأَنَّ الرُّوحَ لَا تَدْخُلُ فِي الْوَلَدِ قَبْلَ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَتَجْمَعُ الدَّمَاءُ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ، وَإِذَا دَخَلَتِ الرُّوحُ صَارَ الدَّمُ غِذَاءً لِلْوَلَدِ، فَإِذَا خَرَجَ الْوَلَدُ خَرَجَ مَا كَانَ مُحْتَبَسًا مِنَ الدَّمِ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ فِي كُلِّ شَهْرٍ عَشْرَةَ أَيَّامٍ. وَقَوْلُهُ: (وَإِنْ جَاوَزَ الدَّمُ الْأَرْبَعِينَ) ظَاهِرٌ.

(فَإِنْ وَلَدَتْ وَلَدَيْنِ فِي بَطْنٍ وَاحِدٍ فَتَفَاسَهَا مِنَ الْوَلَدِ الْأَوَّلِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ وَإِنْ كَانَ بَيْنَ الْوَلَدَيْنِ أَرْبَعُونَ يَوْمًا. وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: مِنْ الْوَلَدِ الْأَخِيرِ) وَهُوَ قَوْلُ زُفَرٍ رَحِمَهُ اللَّهُ لِأَنَّهَا حَامِلٌ بَعْدَ وَضْعِ الْأَوَّلِ فَلَا تَصِيرُ نَفْسَاءً، كَمَا أَنَّهَا لَا تَحِيضُ، وَلِهَذَا تَنْقُضِي الْعِدَّةَ بِالْوَلَدِ الْأَخِيرِ بِالْإِجْمَاعِ. وَلَهُمَا أَنَّ الْحَامِلَ إِنَّمَا لَا تَحِيضُ لِانْسِدَادِ فَمِ الرَّحِمِ عَلَى مَا ذَكَرْنَا وَقَدْ انْفَتَحَ بِخُرُوجِ الْأَوَّلِ وَتَنَفَّسَ بِالدَّمِ فَكَانَ نَفَاسًا، وَالْعِدَّةُ تَعَلَّقَتْ بِوَضْعِ حَمَلٍ مُضَافٍ إِلَيْهَا فَيَتَنَاوَلُ الْجَمِيعُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (فَإِنْ وَلَدَتْ وَلَدَيْنِ فِي بَطْنٍ وَاحِدٍ) يَعْنِي أَنْ يَكُونَ بَيْنَهُمَا أَقَلُّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ. وَقَوْلُهُ: (وَإِنْ كَانَ بَيْنَ الْوَلَدَيْنِ أَرْبَعُونَ يَوْمًا) اخْتِرَازٌ عَمَّا قَالَ بَعْضُ الْمَشَايخِ فِيمَا إِذَا كَانَ بَيْنَ الْوَلَدَيْنِ أَرْبَعُونَ يَوْمًا أَنَّ النَّفَاسَ فِيهِ يَكُونُ مِنَ الْوَلَدِ الثَّانِي عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ، وَلَيْسَ بِصَحِيحٍ وَإِنَّمَا الصَّحِيحُ مَا اخْتَارَهُ الْمُصَنِّفُ؛ لِأَنَّ أَكْثَرَ مُدَّةِ النَّفَاسِ أَرْبَعُونَ يَوْمًا وَقَدْ مَضَتْ فَلَا يَجِبُ النَّفَاسُ بَعْدَهَا، وَدَلِيلُ كُلِّ وَاحِدٍ عَلَى مَا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ: (وَالْعِدَّةُ تَعَلَّقَتْ بِوَضْعِ حَمَلٍ) جَوَابٌ عَنْ قِيَاسِ مُحَمَّدٍ النَّفَاسَ عَلَى انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ، وَوَجْهُهُ أَنَّ الْعِدَّةَ تَنْقُضِي بِوَضْعِ حَمَلٍ مُضَافٍ إِلَيْهَا لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَأُولَتْ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٤] وَالْحَمْلُ اسْمٌ لِكُلِّ مَا فِي

البطن، وَمَا بَقِيَ الْوَلَدُ فِي بَطْنِهَا مَوْجُودًا كَانَتْ حَامِلًا فَلَا تُنْقِضِي الْعِدَّةَ حَتَّى تَضَعَ الْجَمِيعَ.

باب الأنجاس وتطهيرها

(تَطْهِيرُ النَّجَاسَةِ وَاجِبٌ مِنْ بَدَنِ الْمُصَلِّي وَتَوْبِهِ وَالْمَكَانِ الَّذِي يُصَلِّي عَلَيْهِ) لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَتِيَابَكَ فَطَهِّرْ﴾ [المدر: ٤]. وَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «حُتِّهِ ثُمَّ أَقْرُصِيهِ ثُمَّ اغْسِلِيهِ بِالمَاءِ وَلَا يَضُرُّكَ أَثَرُهُ»^(١) وَإِذَا وَجِبَ التَّطْهِيرُ بِمَا ذَكَرْنَا فِي الثَّوْبِ وَجِبَ فِي الْبَدَنِ وَالْمَكَانِ فَإِنَّ الِاسْتِعْمَالَ فِي حَالَةِ الصَّلَاةِ يَشْمَلُ الْكُلَّ

الشرح:

(بَابُ الْأُنْجَاسِ وَتَطْهِيرِهَا) لَمَّا فَرَعَ مِنْ بَيَانِ النَّجَاسَةِ الْحُكْمِيَّةِ وَتَطْهِيرِهَا شَرَعَ فِي بَيَانِ النَّجَاسَةِ الْحَقِيقَةِ وَتَطْهِيرِهَا؛ لِأَنَّ الْأَوَّلَى أَقْوَى لَكُونَ قَلِيلَهَا يَمْنَعُ جَوَازَ الصَّلَاةِ بِالِاتِّفَاقِ فَكَانَ بِالتَّقَدُّمِ أَوْلَى، وَتَقْدِيرُ كَلَامِهِ بَابُ بَيَانِ الْأُنْجَاسِ. وَالْأُنْجَاسُ جَمْعُ نَجَسٍ يَفْتَحَتَيْنِ: وَهُوَ كُلُّ مُسْتَقْدِرٍ، وَهُوَ فِي الْأَصْلِ مَصْدَرٌ ثُمَّ أُسْتَعْمِلَ اسْمًا. قَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿إِنَّمَا الْأَمْشِرُكُونَ نَجَسٌ﴾ [التوبة: ٢٨] وَكَمَا أَنَّهُ يُطْلَقُ عَلَى الْحَقِيقِيِّ يُطْلَقُ عَلَى الْحُكْمِيِّ إِلَّا أَنَّهُ لَمَّا تَقَدَّمَ بَيَانُ الْحُكْمِيِّ أَمِنَ اللَّبْسَ فَأُطْلِقَهُ.

وَقَوْلُهُ: وَتَطْهِيرُهَا: أَيُّ تَطْهِيرٍ مَحَلَّهَا مِنَ الْبَدَنِ وَالثَّوْبِ وَالْمَكَانِ، إِلَّا أَنَّهُ لَمَّا أَضَافَهُ إِلَى ضَمِيرِ الْأُنْجَاسِ أَنَّهُ، وَالْكَلَامُ عَلَى هَذَا الْبَابِ فِي مَوَاضِعَ فِي الدَّلِيلِ الْمَوْجِبِ لِلتَّطْهِيرِ، وَفِي آلَةِ التَّطْهِيرِ، وَفِي بَيَانِ أَنْوَاعِ النَّجَاسَةِ، وَفِي كَيْفِيَّةِ التَّطْهِيرِ، وَفِي الْقَدْرِ الَّذِي يَصِيرُ بِهِ الْمَحَلُّ نَجَسًا، وَفِيمَا يَتَعَذَّرُ التَّطْهِيرُ بِهِ. قَوْلُهُ: (تَطْهِيرُ النَّجَاسَةِ) أَيُّ تَطْهِيرٍ مَحَلِّ النَّجَاسَةِ بِإِثْبَاتِ الطَّهَارَةِ فِيهِ كَمَا ذَكَرْنَاهُ، وَقِيلَ تَطْهِيرُ النَّجَاسَةِ: أَيُّ إِزَالَتِهَا (وَاجِبٌ مِنْ بَدَنِ الْمُصَلِّي وَتَوْبِهِ وَالْمَكَانِ الَّذِي يُصَلِّي عَلَيْهِ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَتِيَابَكَ فَطَهِّرْ﴾ [المدر: ٤] أَمَرٌ بِتَطْهِيرِ الثِّيَابِ مُطْلَقًا وَهُوَ لِلْوُجُوبِ.

فَإِنْ قِيلَ: قَدْ قَالَ الْمَفْسَّرُونَ مَعْنَاهُ فَقَصَّرَ فَلَا يَتِمُّ دَلِيلًا عَلَى إِزَالَةِ النَّجَاسَةِ. أُجِيبَ بِأَنَّ ذَلِكَ مَجَازٌ، وَالْأَصْلُ هُوَ الْحَقِيقَةُ، عَلَى أَنَّ تَقْصِيرَ الثِّيَابِ يَسْتَلْزِمُ التَّطْهِيرَ عَادَةً

(١) أخرجه الترمذي (١٣٨)، والبيهقي في السنن (١٣/١)، والشافعي في المسند (١/٢٢)، والحميدي (٣٢٠) بلفظ: (حتيه ثم اقرصيه بالماء، ثم رشيه وصلي فيه).

فَيَكُونُ أَمْرًا بَتَطْهِيرِ الثَّيَابِ اقْتِضَاءً، وَإِذَا كَانَ تَطْهِيرُ الثَّوْبِ وَاجِبًا لِتَحْسِينِ حَالِ الْمَنَاجِي رَبُّهُ كَانَ تَطْهِيرُ الْمَكَانِ وَالْبَدَنِ كَذَلِكَ لِمُسَاوَاةِ الْأَوَّلِ لِلْمَنْصُوصِ وَأَوَّلَوِيَّةِ الثَّانِي. وَقَوْلُهُ: **«حَتَّىٰ ثُمَّ أَقْرَضِيهِ ثُمَّ اغْسَلِيهِ بِالْمَاءِ»** (١).

الْحَتُّ: الْقَشْرُ بِالْيَدِ أَوْ الْعُودِ، وَالْقَرْضُ بِأَطْرَافِ الْأَصَابِعِ. لَا يُقَالُ: الْحَدِيثُ وَرَدَ فِي أَسْمَاءَ بِنْتُ أَبِي بَكْرٍ حِينَ سَأَلَتْهُ عَنْ دَمِ الْخَيْضِ يُصِيبُ الثَّوْبَ فَيَقْتَصِرُ عَلَيْهِ؛ لَأَنَّا نَقُولُ الْمَوْجِبُ لَوْجُوبِ تَطْهِيرِهِ كَوْنِهِ نَجَسًا وَلَا خُصُوصِيَّةَ لَهُ بِذَلِكَ فَيَلْحَقُ بِهِ كُلُّ مَا كَانَ نَجَسًا، ثُمَّ الْمُعْتَبَرُ فِي طَهَارَةِ الْمَكَانِ مَا تَحْتَ قَدَمِ الْمُصَلِّي فَإِنْ كَانَ فِيهِ أَكْثَرُ مِنْ قَدْرِ الدَّرْهِمِ فَالصَّلَاةُ فَاسِدَةٌ، وَإِنْ كَانَتْ فِي مَوْضِعِ السُّجُودِ فَكَذَلِكَ فِي رِوَايَةِ مُحَمَّدٍ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ، وَفِي رِوَايَةِ أَبِي يُوسُفَ عَنْهُ جَائِزَةٌ.

(وَيَجُوزُ تَطْهِيرُهَا بِالْمَاءِ وَبِكُلِّ مَائٍ طَاهِرٍ يُمَكِّنُ إِزَالَتَهَا بِهِ كَالْخَلِّ وَمَاءِ الْوَرْدِ وَنَحْوِهِ مِمَّا إِذَا عَصِرَ انْعَصَرَ) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ وَزُفَرٌ وَالشَّافِعِيُّ رَحِمَهُمُ اللَّهُ: لَا يَجُوزُ إِلَّا بِالْمَاءِ لِأَنَّهُ يَتَنَجَّسُ بِأَوَّلِ الْمَلَاقَةِ، وَالنَّجَسُ لَا يُفِيدُ الطَّهَارَةَ إِلَّا أَنْ هَذَا الْقِيَاسُ تَرَكَ فِي الْمَاءِ لِلضَّرُورَةِ. وَلَهُمَا أَنَّ الْمَائِعَ قَالِعٌ، وَالطَّهَورِيَّةُ بَعْلَتُ الْقَلْعِ وَالْإِزَالَةُ وَالنَّجَاسَةُ لِلْمُجَاوَرَةِ، فَإِذَا انْتَهَتْ أَجْزَاءُ النَّجَاسَةِ يَبْقَى طَاهِرًا، وَجَوَابُ الْكِتَابِ لَا يَفْرُقُ بَيْنَ الثَّوْبِ وَالْبَدَنِ، وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَإِحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ عَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ، وَعَنْهُ أَنَّهُ فَرَّقَ بَيْنَهُمَا فَلَمْ يُجَازِ فِي الْبَدَنِ بِغَيْرِ الْمَاءِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَيَجُوزُ تَطْهِيرُهَا بِالْمَاءِ وَبِكُلِّ مَائٍ طَاهِرٍ). وَقَوْلُهُ: (طَاهِرٌ) اخْتِرَازٌ عَنْ بَوْلٍ مَا يُؤْكَلُ لَحْمُهُ فَإِنَّ الْأَصَحَّ أَنَّ التَّطْهِيرَ لَا يَحْصُلُ بِهِ، وَقِيلَ يَحْصُلُ حَتَّىٰ لَوْ غُسِلَ دَمٌ بِذَلِكَ رَحَصْنَا فِيهِ مَا لَمْ يَفْحَشْ. قَالَ شَمْسُ الْأُئِمَّةِ السَّرْحَسِيُّ: وَالْأَصَحُّ أَنَّ التَّطْهِيرَ بِالنَّجَسِ لَا يَكُونُ لَتَضَادٍّ بَيْنَ الْوَصْفَيْنِ وَكَذَا الْحُكْمُ فِي الْمَاءِ الْمُسْتَعْمَلِ.

وَقَوْلُهُ (يُمَكِّنُ إِزَالَتَهَا بِهِ) اخْتِرَازٌ عَنِ الدُّهْنِ وَالسَّمَنِ وَمَا أَشْبَهَ ذَلِكَ؛ لِأَنَّ الْإِزَالََةَ إِنَّمَا تَكُونُ بِإَخْرَاجِ أَجْزَاءِ النَّجَاسَةِ مَعَ الْمَزِيلِ شَيْئًا فَشَيْئًا، وَذَلِكَ إِنَّمَا يَتَحَقَّقُ فِيمَا يَنْعَصَرُ بِالْعَصْرِ، وَإِنَّمَا ذِكْرُهُ الْمَاءِ وَإِنْ كَانَ جَوَازُ التَّطْهِيرِ بِهِ ثَابِتًا بِالْإِجْمَاعِ لِيُعْلَمَ أَنَّ الْإِزَالََةَ غَيْرُ

وَاجِبَةٌ بِهِ بَلْ تَجُوزُ بِهِ وَبِغَيْرِهِ. وَقَوْلُهُ: (لَأَنَّهُ يَنْجَسُ بِأَوَّلِ الْمَلَأَةِ) يَعْنِي لاختلاطه بالنجاسة (وَالنَّجَسُ لَا يُفِيدُ الطَّهَارَةَ) ظَاهِرٌ، وَبِهِ يَتَقَوَّى مَا ذَكَرْنَا مِنْ رِوَايَةِ شَمْسِ الْأُتْمَةِ فِي بَوْلِ مَا يُؤْكَلُ لَحْمُهُ، وَقَوْلُهُ: (إِلَّا أَنْ هَذَا الْقِيَاسُ ثُرِكَ فِي الْمَاءِ لِلضَّرُورَةِ) جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ فَهَذَا الْمَعْنَى مَوْجُودٌ فِي الْمَاءِ أَيْضًا فَلِزَمُهُ شُمُولُ الْجَوَازِ أَوْ عَدَمُهُ.

وَقَوْلُهُ: (وَلَهُمَا أَنْ الْمَانِعَ قَالَعٌ) ظَاهِرٌ. وَحَاصِلُهُ أَنَّ الْاشْتِرَاكَ فِي الْعِلَّةِ يُوجِبُهُ فِي الْمَعْلُولِ وَالْمَاءِ مُطَهَّرٌ بِعِلَّةِ الْقَلْعِ وَالْإِزَالَةِ، وَهَذِهِ الْعِلَّةُ مَوْجُودَةٌ فِي الْخَلِّ وَأَشْبَاهِهِ فَتَكُونُ مُطَهَّرَةً كَالْمَاءِ. وَقَوْلُهُ: (وَالنَّجَاسَةُ لِلْمَجَاوَرَةِ) جَوَابٌ عَنْ اسْتِدْلَالِهِمْ، وَهُوَ فِي الْحَقِيقَةِ قَوْلُ الْمُوجِبِ: أَيِّ سَلَمْنَا أَنَّهُ تَنْجَسَ بِأَوَّلِ الْمَلَأَةِ لَكِنَّ الْمَحَلَّ لَمْ يَكُنْ نَجَسًا لَعَيْنِهِ بَلْ كَانَتْ النَّجَاسَةُ لِلْمَجَاوَرَةِ، فَإِذَا انْتَهَتْ أَجْزَاءُ النَّجَاسَةِ بِالْعَصْرِ بَقِيَ الْمَحَلُّ طَاهِرًا. لَا يُقَالُ: التَّغْلِيلُ بِالْقَلْعِ لَا يَجُوزُ؛ لِأَنَّ النَّصَّ يَفْتَضِي الْغَسْلَ بِالْمَاءِ قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «اغْسِلِيهِ بِالْمَاءِ»^(١)؛ لِأَنَّا نَقُولُ: الْغَسْلُ بِالْمَاءِ إِمَّا أَنْ يَكُونَ وَاجِبًا لَعَيْنِهِ أَوْ لَغَيْرِهِ، وَالْأَوَّلُ مَمْنُوعٌ؛ لِأَنَّ الْمُصَلِّي إِذَا قَطَعَ مَوْضِعَ النَّجَاسَةِ وَصَلَّى بِذَلِكَ الثُّوبِ جَازَتْ الصَّلَاةُ فِيهِ بِخِلَافِ، وَالثَّانِي مُسَلَّمٌ فَإِنَّهُ وَاجِبٌ لِلتَّطْهِيرِ وَهُوَ يَحْصُلُ بِاسْتِعْمَالِ الْمَانِعِ حُصُولُهُ بِاسْتِعْمَالِ الْمَاءِ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ.

قَوْلُهُ: (وَجَوَابُ الْكِتَابِ) أَيُّ الْقُدُورِيِّ، وَهُوَ قَوْلُهُ: وَيَجُوزُ تَطْهِيرُهَا بِالْمَاءِ وَبِكُلِّ مَائِعٍ طَاهِرٍ إلخ مُطْلَقٌ عَنِ الثُّوبِ وَالْبَدَنِ لَا يُفَرَّقُ بَيْنَهُمَا. وَقَوْلُهُ: (وَعَنْهُ) أَيُّ عَنْ أَبِي يُوسُفَ فِي رِوَايَةِ الْحَسَنِ بْنِ أَبِي مَالِكٍ عَنْهُ (أَنَّهُ فَرَّقَ بَيْنَهُمَا) وَقَالَ (لَا يَجُوزُ فِي الْبَدَنِ إِلَّا بِالْمَاءِ)؛ لِأَنَّ غَسْلَ الْبَدَنِ طَرِيقُهُ الْعِبَادَةُ فَاخْتَصَّ بِالْمَاءِ كَالْوُضُوءِ وَغَسْلُ الثُّوبِ طَرِيقُهُ إِزَالَةُ النَّجَاسَةِ فَلَمْ يَخْتَصَّ بِالْمَاءِ كَالْحَتِّ، وَهُوَ ضَعِيفٌ؛ لِأَنَّ الْكَلَامَ فِيمَا إِذَا كَانَتْ عَيْنُ النَّجَاسَةِ قَائِمَةً بِالْبَدَنِ، وَلَا فَرْقَ بَيْنَ إِزَالَتِهَا مِنْهُ وَإِزَالَتِهَا مِنَ الثُّوبِ.

(وَإِذَا أَصَابَ الْخُفَّ نَجَاسَةً لَهَا جِرْمٌ كَالرُّوثِ وَالْعَذِيرَةِ وَالْدِّمِ وَالْمَنِيِّ فَجَعَلَتْ فَدَلَّكَهُ بِالْأَرْضِ جَزَاءً) وَهَذَا اسْتِحْسَانٌ (وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ لَا يَجُوزُ) وَهُوَ الْقِيَاسُ (إِلَّا فِي الْمَنِيِّ خَاصَّةً) لِأَنَّ الْمُتَدَاخِلَ فِي الْخُفِّ لَا يَزِيلُهُ الْجَفَافُ وَالذَّلَالُ، بِخِلَافِ الْمَنِيِّ عَلَى مَا نَذَكَّرَهُ. وَلَهُمَا قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «فَإِنْ كَانَ بَيْنَهُمَا أَذَى فَلْيَمْسَحْهُمَا بِالْأَرْضِ

(١) أخرجه أبو داود (٣٦٣)، والنسائي (١٥٤/١، ١٥٥)، وأحمد (٦/٣٥٥).

فَإِنَّ الْأَرْضَ لَهُمَا طَهُورٌ» وَلَأنَّ الْجِلْدَ لَصَلَابَتَهُ لَا تَتَدَاخَلُهُ أَجْزَاءُ النَّجَاسَةِ إِلَّا قَلِيلًا ثُمَّ يَجْتَذِبُهُ الْجِرْمُ إِذَا جَفَأَ، فَإِذَا زَالَ زَالَ مَا قَامَ بِهِ (وَفِي الرُّطْبِ لَا يَجُوزُ حَتَّى يَغْسِلَهُ) لِأَنَّ الْمَسْحَ بِالْأَرْضِ يَكْثُرُهُ وَلَا يُطَهِّرُهُ.

وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ إِذَا مَسَحَهُ بِالْأَرْضِ حَتَّى لَمْ يَبْقَ أَثَرُ النَّجَاسَةِ يَطْهَرُ لِعُمُومِ الْبَلَوَى، وَإِطْلَاقِ مَا يُرَوَى وَعَلَيْهِ مَشَايخُنَا رَحِمَهُمُ اللَّهُ (فَإِنْ أَصَابَهُ بَوْلٌ فَيَبْسُ لَمْ يَجْزِ حَتَّى يَغْسِلَهُ) وَكَذَا كُلُّ مَا لَا جِرْمَ لَهُ كَالْخَمْرِ لِأَنَّ الْأَجْزَاءَ تَتَشَرَّبُ فِيهِ وَلَا جَاذِبَ يَجْذِبُهَا. وَقِيلَ مَا يَتَّصِلُ بِهِ مِنَ الرَّمْلِ وَالرَّمَادِ جِرْمٌ لَهُ وَالثُّوبُ لَا يَجْزِي فِيهِ إِلَّا الْغَسْلُ وَإِنْ يَبْسُ لِأَنَّ الثُّوبَ لَتَخْلُضُهُ يَتَدَاخَلُهُ كَثِيرٌ مِنَ أَجْزَاءِ النَّجَاسَةِ فَلَا يُخْرِجُهَا إِلَّا الْغَسْلُ.

الشرح:

قَالَ (وَإِذَا أَصَابَ الْخُفَّ نَجَاسَةٌ) النَّجَاسَةُ إِذَا أَصَابَتْ الْخُفَّ فَإِذَا أَنْ يَكُونَ (لَهَا) جِرْمٌ كَالرُّوثِ وَالْعَذِرَةِ وَالْدَّمِ وَالْمَنِيِّ أَوْ لَا يَكُونَ كَالْبَوْلِ وَالْخَمْرِ وَنَحْوِهِمَا. وَالْأَوَّلُ إِذَا أَنْ حَصَلَ لَهُ جَفَأٌ أَوْ لَا، فَإِنْ حَصَلَ لَهُ جَفَأٌ (فَذَلِكَهُ بِالْأَرْضِ جَازٌ) أَيُّ طَهَّرَ فِي حَقِّ جَوَازِ الصَّلَاةِ اسْتَحْسَانًا. وَأَمَّا إِذَا أَصَابَهُ الْمَاءُ بَعْدَ ذَلِكَ هَلْ يَعُودُ نَجَسًا كَمَا كَانَ؟ فَعَنْهُ رَوَايَتَانِ (وَقَالَ مُحَمَّدٌ: لَا يَجُوزُ) الصَّلَاةُ بِهِ (وَهُوَ الْقِيَاسُ) أَيُّ عَلَى الثُّوبِ وَالْبَسَاطِ بِجَمَاعٍ أَنَّ النَّجَاسَةَ تَدَاخَلَتْ فِي الْخُفِّ تَدَاخَلَهَا فِيهِمَا، وَإِلَيْهِ أَشَارَ بِقَوْلِهِ؛ لِأَنَّ الْمُتَدَاخِلَ فِي الْخُفِّ الْخُفَّ (إِلَّا فِي الْمَنِيِّ) فَإِنَّهُ يَطْهَرُ عَلَى مَا سَنَذْكُرُهُ، وَقَيَّدَ بِالذَّكَاءِ بِالْأَرْضِ رِوَايَةَ الْأَصْلِ، وَذَكَرَ فِي الْجَمَاعِ الصَّغِيرِ أَنَّهُ إِنْ حَكَّهُ أَوْ حَتَّهْ بَعْدَمَا يَبْسُ طَهَّرَ وَهُمَا اسْتَحْسَانًا بِالْأَثَرِ، وَهُوَ مَا رَوَى أَبُو سَعِيدٍ الْخُدْرِيُّ فِي حَدِيثِ خَلَعَ النَّعَالِ «أَنَّهُ ﷺ صَلَّى يَوْمًا فَخَلَعَ نَعْلَيْهِ فِي الصَّلَاةِ فَخَلَعَ الْقَوْمُ نِعَالَهُمْ، فَلَمَّا فَرَغَ سَأَلَهُمْ عَنْ ذَلِكَ فَقَالُوا رَأَيْنَاكَ خَلَعْتَ نَعْلَيْكَ، فَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: أَتَانِي جَبْرِيلُ عَلَيْهِ السَّلَامُ وَأَخْبَرَنِي أَنَّ بِهِمَا أَدَى فَخَلَعْتَهُمَا، ثُمَّ قَالَ: إِذَا أَتَى أَحَدُكُمْ الْمَسْجِدَ فَلْيَقْلِبْ نَعْلَيْهِ فَإِنْ كَانَ بِهِمَا أَدَى فَلْيَمْسَحْهُمَا بِالْأَرْضِ فَإِنَّ الْأَرْضَ لَهُمَا طَهُورٌ».

وَالْأَدَى هُوَ مَا يَسْتَعْذِرُ كَأَنَّهُ يُؤْذِي مَنْ يُقَرُّ بِهِ نَفَرَةٌ وَكَرَاهَةٌ جَعَلَ الْمَسْحَ بِالْأَرْضِ طَهُورًا وَهُوَ مُفَسَّرٌ لَا يَقْبَلُ التَّأْوِيلَ. لَا يُقَالُ: الْحَدِيثُ سَاقِطُ الْعِبَرَةِ؛ لِأَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ

وَالسَّلَامُ لَمْ يَسْتَقْبِلِ الصَّلَاةَ لَجَوَازِ أَنْ الْحَظَرَ مَعَ النَّجَاسَةِ نَزَلَ فِي ذَلِكَ الْوَقْتُ وَلَا حِثْمَالُ أَنْ يَكُونَ أَقْلٌ مِنْ قَدْرِ الدَّرْهِمِ.

قَوْلُهُ: (وَلَأَنَّ الْجِلْدَ لَصَلَاتِهِ) اسْتِدْلَالٌ بِالْمَعْقُولِ وَهُوَ ظَاهِرٌ، وَإِنْ لَمْ يَخْصُلْ لَهَا جَفَافٌ لَا يَطْهَرُ حَتَّى يَغْسِلَهُ لَمَّا ذُكِرَ فِي الْكِتَابِ وَهُوَ ظَاهِرُ الرِّوَايَةِ (وَرَوَى عَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ قَالَ: إِذَا مَشَى عَلَى الرُّوْثِ ثُمَّ مَسَحَ خَفَّهُ عَلَى الْأَرْضِ حَتَّى لَمْ يَبْقَ فِيهِ أُنْزُ النَّجَاسَةِ وَلَا رَائِحَتُهَا يَطْهَرُ لِعُمُومِ الْبَلَوَى وَإِطْلَاقِ مَا يُرَوَى) يَعْنِي قَوْلُهُ فَلْيَمْسَحْهُمَا بِالْأَرْضِ الْحَدِيثَ، فَإِنَّهُ لَمْ يُفَرِّقْ بَيْنَ الرُّطْبِ وَالْيَابِسِ وَعَلَيْهِ أَكْثَرُ مَشَائِخِنَا.

قَالَ شَمْسُ الْأُئِمَّةِ السَّرْحَسِيُّ: وَهُوَ صَحِيحٌ وَعَلَيْهِ الْفَتْوَى لِلضَّرُورَةِ. فَإِنْ قِيلَ: الْحَدِيثُ كَمَا لَمْ يُفَرِّقْ بَيْنَ الرُّطْبِ وَالْيَابِسِ لَمْ يُفَرِّقْ بَيْنَ مَا لَهُ جِرْمٌ وَمَا لَيْسَ لَهُ جِرْمٌ فَكَانَ الْوَاجِبُ أَنْ يَسْتَوِيََا فِي الْحُكْمِ، أُجِيبَ بِأَنَّهُ فَرَّقَ بَيْنَهُمَا وَأَخْرَجَ الَّتِي لَا جِرْمَ لَهَا بِالتَّغْلِيلِ وَهُوَ قَوْلُهُ: عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «فَإِنَّ الْأَرْضَ لَهُمَا طَهُورٌ» أَيُّ مُزِيلٌ نَجَاسَتَهُمَا، وَنَحْنُ نَعْلَمُ أَنَّ الْخُفَّ إِذَا تَشَرَّبَ الْبَوْلَ أَوْ الْخَمْرَ لَا يُزِيلُهُ الْمَسْحُ وَلَا يُخْرِجُهُ عَنْ أَجْزَاءِ الْجِلْدِ فَكَانَ إِطْلَاقُهُ مَصْرُوفًا إِلَى الْقَدْرِ الَّذِي يَقْبَلُ الْإِزَالَةَ بِالْمَسْحِ وَهُوَ مَا لَهُ جِرْمٌ. وَالثَّانِي: أَعْنِي الَّذِي لَا جِرْمَ لَهُ لَا يَطْهَرُ إِلَّا بِالْغَسْلِ؛ لِأَنَّ الْأَجْزَاءَ تَتَشَرَّبُ مَا فِيهِ وَلَا جَاذِبٌ يَجْذِبُهَا.

وَقَدْ رَوَى عَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّ مَا يَتَّصِلُ بِهِ مِنَ الرَّمْلِ وَالرَّمَادِ جِرْمٌ لَهُ، فَإِذَا جَفَّ فَذَلِكَهُ بِالْأَرْضِ طَهُرَ كَالَّتِي لَهَا جِرْمٌ، وَإِذَا أَصَابَتْ الثُّوبَ لَا يَطْهَرُ إِلَّا بِالْغَسْلِ؛ لِأَنَّ الثُّوبَ لَتَخْلُخُلُهُ: أَيُّ لِكُونِهِ غَيْرُ مُكْتَنَزٍ يَتَدَاخَلُهُ كَثِيرٌ مِنْ أَجْزَاءِ النَّجَاسَةِ فَلَا يُخْرِجُهَا إِلَّا الْغَسْلُ.

وَالْمَنِي نَجِسٌ يَجِبُ غَسْلُهُ إِنْ كَانَ رَطْبًا (فَإِذَا جَفَّ عَلَى الثُّوبِ أَجْزَاءُ فِيهِ الْفَرَكَ) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لِعَائِشَةَ: «فَاغْسِلِي إِنْ كَانَ رَطْبًا وَافْرُكِي إِنْ كَانَ يَابِسًا» ^(١) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: الْمَنِيُّ طَاهِرٌ، وَالْحُجَّةُ عَلَيْهِ مَا رَوَيْنَاهُ. وَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «إِنَّمَا يَغْسَلُ الثُّوبُ مِنْ خَمْسٍ» ^(٢)، وَذَكَرَ مِنْهَا الْمَنِيُّ وَكَوَّ أَصَابَ الْبَدَنَ.

(١) أخرجه الدارقطني في سننه (١٢٥/١).

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٢٢/١).

قَالَ مَشَايخُنَا رَحِمَهُمُ اللَّهُ: يَطْهَرُ بِالْفَرْكِ لَأَنَّ الْبَلَوَى فِيهِ أَشَدُّ. وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ لَا يَطْهَرُ إِلَّا بِالْغَسَلِ لَأَنَّ حَرَارَةَ الْبَدَنِ جاذِبَةٌ فَلَا يَعُودُ إِلَى الْجَرَمِ وَالْبَدَنُ لَا يُمَكِّنُ فَرْكُهُ.

الشرح:

وَأَمَّا الْمَنِيُّ إِذَا أَصَابَ الثُّوبَ، فَإِنْ كَانَ رَطْبًا فَهُوَ نَجِسٌ وَيَجِبُ غَسْلُهُ، وَإِنْ جَفَّ عَلَى الثُّوبِ أَجْزَأُ فِيهِ الْفَرْكُ اسْتِحْسَانًا، وَالْقِيَاسُ أَلَّا يَطْهَرُ بِالْفَرْكِ؛ لَأَنَّهُ دَمٌ إِلَّا أَنَّهُ نُضْجٌ نَحِينٌ فَهُوَ كَسَائِرِ أَنْوَاعِ الدَّمِ لَا يَطْهَرُ إِلَّا بِالْغَسَلِ. وَجَهَ الاسْتِحْسَانِ قَوْلُهُ: لِعَائِشَةَ «فَاغْسِلِيهِ إِنْ كَانَ رَطْبًا وَافْرُكِيهِ إِنْ كَانَ يَابِسًا» " وَهُوَ حُجَّةٌ عَلَى الشَّافِعِيِّ فِي جَعْلِهِ طَاهِرًا مُسْتَدِلًّا بِحَدِيثِ ابْنِ عَبَّاسٍ أَنَّهُ قَالَ: «الْمَنِيُّ كَالْمَخَاطِ فَامْطُهِ عَنْكَ وَلَوْ بِإِذْخَرَةٍ» فَإِنْ قِيلَ إِذَا اسْتَدَلَّ الشَّافِعِيُّ بِحَدِيثٍ وَنَحْنُ بِحَدِيثٍ فَمَا وَجْهُ قَوْلِ الْمُصَنِّفِ وَالْحُجَّةُ عَلَيْهِ مَا رَوَيْنَاهُ؟. فَالْجَوَابُ أَنَّ وَجْهَ ذَلِكَ أَنَّ حَدِيثَهُ لَا يَدُلُّ عَلَيْهِ؛ لَأَنَّ قَوْلَهُ كَالْمَخَاطِ لَا يَقْتَضِي أَنْ يَكُونَ طَاهِرًا لِحَوَازِ أَنْ يَكُونَ التَّشْبِيهُ فِي الزُّوْجَةِ وَقِلَّةِ التَّدَاخُلِ وَطَهَارَتِهِ بِالْفَرْكِ، وَالْأَمْرُ بِالْإِمَاطَةِ مَعَ كَوْنِهِ لِلْوُجُوبِ وَيَسْتَدْعِي أَنْ يَكُونَ نَجِسًا؛ لَأَنَّ إِزَالَهَ مَا لَيْسَ بِنَجَسٍ لَيْسَتْ بِوَاجِبَةٍ عَلَى أَنَّهُ مَوْقُوفٌ عَلَيْهِ فَلَا يَصِحُّ بِهِ الْاِحْتِجَاجُ. وَقَوْلُهُ: (وَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ) دَلِيلٌ آخَرُ عَلَى نَجَاسَتِهِ، رَوَى " أَنَّهُ ﷺ مَرَّ بِعَمَّارِ بْنِ يَاسِرٍ وَهُوَ يَغْسِلُ ثَوْبَهُ مِنَ النُّخَامَةِ فَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: مَا نُخَامَتُكَ وَدُمُوعُ عَيْنَيْكَ وَالْمَاءُ الَّذِي فِي رَكْوَتِكَ إِلَّا سَوَاءٌ، وَإِنَّمَا يَغْسِلُ الثُّوبُ مِنْ خَمْسٍ: مِنَ الْبَوْلِ، وَالْغَائِطِ، وَالدَّمِ، وَالْمَنِيِّ، وَالْقَيْءِ» وَفِي رِوَايَةِ الْأَسْرَارِ: الْخَمْرُ مَكَانَ الْقَيْءِ. لَا يُقَالُ: الْاسْتِدْلَالُ بِهِ يَقْتَضِي غَسْلَهُ رَطْبًا وَيَابِسًا وَلَكْسْتُمْ قَائِلِينَ بِهِ فَكَانَ مَثْرُوكًا؛ لَأَنَّ حَدِيثَ عَائِشَةَ مُفَسَّرٌ فِي جَوَازِ فَرْكِ الْيَابِسِ، وَهَذَا يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ الْمُرَادُ بِهِ الرُّطْبُ فَحُمِلَ عَلَيْهِ تَوْفِيقًا بَيْنَهُمَا (وَلَوْ أَصَابَ) الْمَنِيُّ (الْبَدَنَ، قَالَ مَشَايخُنَا) قِيلَ يُرِيدُ مَشَايِخَ مَا وَرَاءَ النَّهْرِ (يَطْهَرُ بِالْفَرْكِ؛ لَأَنَّ الْبَلَوَى فِيهِ أَشَدُّ) لَا تَنْفَصَالُ الثُّوبِ عَنِ الْمَنِيِّ دُونَ الْبَدَنِ (و) رَوَى (عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ لَا يَطْهَرُ إِلَّا بِالْغَسَلِ؛ لَأَنَّ حَرَارَةَ الْبَدَنِ جاذِبَةٌ فَلَا يَعُودُ) مَا تَشَرَّبَ مِنْهُ الْبَدَنُ (إِلَى الْجَرَمِ) وَلَكِنْ عَادَ فَإِنَّمَا يَطْهَرُ بِالْفَرْكِ أَيْضًا وَالْبَدَنُ لَا يُمَكِّنُ فَرْكُهُ.

(وَالنَّجَاسَةُ إِذَا أَصَابَتْ الْمِرَاةَ أَوْ السَّيْفَ اكْتَفَى بِمَسْحِهِمَا) لِأَنَّهُ لَا تَتَدَاخَلُهُ
النَّجَاسَةُ وَمَا عَلَى ظَاهِرِهِ يَزُولُ بِالْمَسْحِ.

الشرح:

قَالَ (وَالنَّجَاسَةُ إِذَا أَصَابَتْ الْمِرَاةَ) إِذَا أَصَابَتْ النَّجَاسَةُ جِسْمًا مُكْتَنَزَ الْأَجْزَاءِ
صَقِيلًا كَالْمِرَاةِ وَالسَّيْفِ وَالسَّكِّينِ وَنَحْوِهَا (اُكْتَفَى بِمَسْحِهِ؛ لِأَنَّهُ لَا تَتَدَاخَلُهُ النَّجَاسَةُ)
فَلَا يَحْتَاجُ إِلَى الْإِخْرَاجِ مِنَ الدَّاحِلِ (وَمَا عَلَى ظَاهِرِهِ يَزُولُ بِالْمَسْحِ) وَلَا فَضْلَ فِي ذَلِكَ
بَيْنَ الرُّطْبِ وَالْيَاسِ وَالْعَذْرَةِ وَالْبَوْلِ. وَذَكَرَ فِي الْأَصْلِ أَنَّ الْبَوْلَ وَالْدَّمَ لَا يَطْهَرُ إِلَّا
بِالْعَسَلِ، وَالْعَذْرَةُ الرُّطْبَةُ كَذَلِكَ، وَالْيَاسَةُ تَطْهَرُ بِالْحَتِّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ،
وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ لَا تَطْهَرُ إِلَّا بِالْعَسَلِ، وَالْمُصَنَّفُ كَأَنَّهُ اخْتَارَ مَا ذَكَرَهُ الْكَرْخِيُّ وَلَمْ يَذْكُرْ
خِلَافَ مُحَمَّدٍ وَهُوَ الْمُخْتَارُ لِلْفَتَاوَى؛ لِأَنَّ الصَّحَابَةَ كَانُوا يَقْتُلُونَ الْكُفَّارَ بِسُيُوفِهِمْ ثُمَّ
يَمَسَحُونَهَا وَيُصَلُّونَ مَعَهَا.

(وَالنَّجَاسَةُ إِذَا أَصَابَتْ الْمِرَاةَ أَوْ السَّيْفَ اكْتَفَى بِمَسْحِهِمَا) لِأَنَّهُ لَا تَتَدَاخَلُهُ
النَّجَاسَةُ وَمَا عَلَى ظَاهِرِهِ يَزُولُ بِالْمَسْحِ.

الشرح:

قَالَ (وَالنَّجَاسَةُ إِذَا أَصَابَتْ الْمِرَاةَ) إِذَا أَصَابَتْ النَّجَاسَةُ جِسْمًا مُكْتَنَزَ الْأَجْزَاءِ
صَقِيلًا كَالْمِرَاةِ وَالسَّيْفِ وَالسَّكِّينِ وَنَحْوِهَا (اُكْتَفَى بِمَسْحِهِ؛ لِأَنَّهُ لَا تَتَدَاخَلُهُ النَّجَاسَةُ)
فَلَا يَحْتَاجُ إِلَى الْإِخْرَاجِ مِنَ الدَّاحِلِ (وَمَا عَلَى ظَاهِرِهِ يَزُولُ بِالْمَسْحِ) وَلَا فَضْلَ فِي ذَلِكَ
بَيْنَ الرُّطْبِ وَالْيَاسِ وَالْعَذْرَةِ وَالْبَوْلِ. وَذَكَرَ فِي الْأَصْلِ أَنَّ الْبَوْلَ وَالْدَّمَ لَا يَطْهَرُ إِلَّا
بِالْعَسَلِ، وَالْعَذْرَةُ الرُّطْبَةُ كَذَلِكَ، وَالْيَاسَةُ تَطْهَرُ بِالْحَتِّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ،
وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ لَا تَطْهَرُ إِلَّا بِالْعَسَلِ، وَالْمُصَنَّفُ كَأَنَّهُ اخْتَارَ مَا ذَكَرَهُ الْكَرْخِيُّ وَلَمْ يَذْكُرْ
خِلَافَ مُحَمَّدٍ وَهُوَ الْمُخْتَارُ لِلْفَتَاوَى؛ لِأَنَّ الصَّحَابَةَ كَانُوا يَقْتُلُونَ الْكُفَّارَ بِسُيُوفِهِمْ ثُمَّ
يَمَسَحُونَهَا وَيُصَلُّونَ مَعَهَا.

(وَإِنْ أَصَابَتْ الْأَرْضَ نَجَاسَةً فَجَفَّتْ بِالشَّمْسِ وَذَهَبَ أَثَرُهَا جَازَتْ الصَّلَاةُ عَلَى
مَكَانِهَا) وَقَالَ زُفَرٌ وَالشَّافِعِيُّ رَحِمَهُمَا اللَّهُ لَا تَجُوزُ لِأَنَّهُ لَمْ يُوَجَدْ الْمَزِيلُ (و) لِهَذَا (لَا يَجُوزُ
التَّيْمُّ بِهِ) وَلَنَا قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «ذِكَاةُ الْأَرْضِ يُبْسِئُهَا» وَإِنَّمَا لَا يَجُوزُ التَّيْمُّ

بِهِ لِأَنَّ طَهَارَةَ الصَّعِيدِ ثَبَّتَتْ شَرْطًا بِنَصِّ الْكِتَابِ فَلَا تَتَأَدَّى بِمَا ثَبَّتَ بِالْحَدِيثِ.

الشرح:

(وَإِذَا أَصَابَتْ الْأَرْضَ نَجَاسَةٌ فَجَفَّتْ بِالشَّمْسِ وَذَهَبَ أَثَرُهَا) وَهُوَ اللَّوْنُ وَالرَّائِحَةُ بِالْجَفَافِ جَارَتْ الصَّلَاةُ عَلَى مَكَانِهَا. وَقَوْلُهُ: بِالشَّمْسِ لَيْسَ بِشَرْطٍ فِي طَهَارَتِهَا وَإِنَّمَا وَقَعَ اتِّفَاقًا، فَإِنَّ الْأَرْضَ فِي الْعَادَةِ تَجَفُّ بِالشَّمْسِ (وَقَالَ زُفَرٌ وَالشَّافِعِيُّ: لَا تَجُوزُ)؛ لِأَنَّ النِّجَاسَةَ حَصَلَتْ فِي الْمَكَانِ وَالْمَزِيلُ لَمْ يَوْجَدْ (وَلِهَذَا لَمْ يَجْزِ التَّيْمُّ بِهِ وَلَنَا قَوْلُهُ: ﷺ: «ذَكَاةُ الْأَرْضِ يُنْسِئُهَا» أَيُّ طَهَارَتِهَا جَفَافُهَا إِطْلَاقًا لِاسْمِ السَّبَبِ عَلَى الْمُسَبَّبِ، لِأَنَّ الذَّكَاءَ وَهِيَ الذَّبْحُ سَبَبُ الطَّهَارَةِ فِي الذَّبِيحَةِ، وَجَعَلَ صَاحِبُ الْأَسْرَارِ هَذَا الْحَدِيثَ مَوْفُوفًا عَلَى عَائِشَةَ وَقَالَ: وَأَمَّا الَّذِي رَوَى عَنِ النَّبِيِّ ﷺ فِي هَذَا فَقَوْلُهُ: «أَيُّمَا أَرْضٍ جَفَّتْ فَقَدْ ذَكَتْ» وَصَاحِبُ الْمَغْرِبِ جَعَلَهُ قَوْلَ مُحَمَّدٍ بْنِ الْحَنْفِيَّةِ.

وَلِقَائِلٍ أَنْ يَقُولَ مَعْنَاهُمَا وَاحِدٌ فَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ ثَقَلًا بِالْمَعْنَى فَيَكُونَ مَرْفُوعًا قَوْلُهُ: (وَإِنَّمَا لَا يَجُوزُ التَّيْمُّ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِمَا وَلِهَذَا لَا يَجُوزُ التَّيْمُّ بِهِ ؛ لِأَنَّ طَهَارَةَ الصَّعِيدِ شَرْطٌ بِنَصِّ الْكِتَابِ قَالَ تَعَالَى ﴿فَتَيَمَّمُوا صَعِيدًا طَيِّبًا﴾ [المائدة: ٦] فَلَا تَأَدَّى بِمَا ثَبَّتَ بِخَبَرِ الْوَاحِدِ؛ لِأَنَّهُ لَا يُفِيدُ الْقَطْعَ فَلَا تَكُونُ الطَّهَارَةُ قَطْعِيَّةً بِجَفَافِ الْأَرْضِ وَالْكِتَابِ يَقْتَضِي ذَلِكَ.

فَإِنْ قُلْتَ: أَلَيْسَ قَدْ تَقَدَّمَ أَنَّ طَهَارَةَ الْمَكَانِ ثَبَّتَتْ بِدَلَالَةِ قَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَيَسَابِكُ فَطَهَّرَ﴾ [المذثر: ٤] وَالثَّابِتُ بِالْدَّلَالَةِ كَالثَّابِتِ بِالْعِبَارَةِ فِي كَوْنِهِ قَطْعِيًّا حَتَّى ثَبَّتَتْ الْحُدُودُ وَالْكَفَّارَاتُ بِدَلَالَةِ النَّصُوصِ فَوَجَبَ أَلَّا تَجُوزَ الصَّلَاةُ عَلَيْهَا كَمَا لَا يَجُوزُ التَّيْمُّ بِهَا ؟ أُجِيبَ بِأَنَّ الْآيَةَ هُنَا ظَنِّيَّةٌ؛ لِأَنَّ الْمُفَسِّرِينَ اخْتَلَفُوا فِي تَفْسِيرِهَا، فَقِيلَ الْمُرَادُ بِهِ تَطْهِيرُ الثُّوبِ، وَقِيلَ تَقْصِيرُهُ لِلْمَنْعِ عَنِ التَّكْبِيرِ وَالْحِيَلَاءِ. فَإِنَّ الْعَرَبَ كَانُوا يَجْرُونَ أَذْيَالَهُمْ تَكْبِيرًا، وَقِيلَ الْمُرَادُ تَطْهِيرُ النَّفْسِ عَنِ الْمَعَائِبِ وَالْأَخْلَاقِ الرَّدِيئَةِ، وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ كَانَ ظَنِّي الدَّلَالَةِ وَلِهَذَا لَمْ يَكْفُرْ مَنْ أَنْكَرَ اشْتِرَاطَ طَهَارَةِ الثُّوبِ وَهُوَ عَطَاءٌ فَتَكُونُ الدَّلَالَةُ كَذَلِكَ.

فَإِنْ قِيلَ: فَالطَّيِّبُ أَيْضًا يَحْتَمِلُ الطَّاهَرَ وَالْمُنْبِتَ، وَعَلَى الثَّانِي حَمَلَهُ أَبُو يُوسُفَ وَالشَّافِعِيُّ وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَا مُرَادَيْنِ لِعَدَمِ عُمُومِ الْمُشْتَرَكِ فَيَكُونُ مُؤَوَّلًا وَهُوَ مِنْ

الحُجَجِ الظَّنِّيَّةِ كَالْعَامِّ فَيَجِبُ أَنْ يَجُوزَ التَّيَمُّمُ أَجِيبَ. بِأَنَّ الْاِحْتِمَالَ فِي الطَّيِّبِ مُسَلَّمٌ لَكِنَّ الطَّاهِرَ مُرَادٌ بِالْإِجْمَاعِ كَمَا تَقَدَّمَ، وَإِنَّمَا الْخِلَافُ فِي اشْتِرَاطِ الْإِبَاتِ فَيَكُونُ اشْتِرَاطُ الطَّهَارَةِ قَطْعِيًّا فَلَا يَتَأَدَّى بِطَهَارَةٍ تَثْبُتُ بِخَبَرِ الْوَاحِدِ.

(وَقَدَّرُ الدَّرْهَمَ وَمَا دُونَهُ مِنَ النَّجَسِ الْمَغْلُظِ كَالدَّمِ وَالْبَوْلِ وَالْخَمْرِ وَخُرِّ الدَّجَاجِ وَبَوْلُ الْحِمَارِ جَازَتْ الصَّلَاةُ مَعَهُ وَإِنْ زَادَ لَمْ تَجْزِ) وَقَالَ زُفَرٌ وَالشَّافِعِيُّ: قَلِيلُ النَّجَاسَةِ وَكَثِيرُهَا سَوَاءٌ لِأَنَّ النَّصَّ الْمَوْجِبَ لِلتَّطْهِيرِ لَمْ يَفْصَلْ. وَلَنَا أَنَّ الْقَلِيلَ لَا يُمْكِنُ التَّحَرُّزُ عَنْهُ فَيُجْعَلُ عَفْوًا، وَقَدَّرْنَاهُ بِقَدْرِ الدَّرْهَمِ أَخَذًا عَنْ مَوْضِعِ الْاسْتِنْجَاءِ. ثُمَّ يُرَوَّى اعْتِبَارُ الدَّرْهَمِ مِنْ حَيْثُ الْمِسَاحَةُ وَهُوَ قَدَرُ عَرْضِ الْكَفِّ فِي الصَّحِيحِ، وَيُرَوَّى مِنْ حَيْثُ الْوِزْنُ وَهُوَ الدَّرْهَمُ الْكَبِيرُ الْمُنْتَقَالُ وَهُوَ مَا يَبْلُغُ وَزْنُهُ مِثْقَالًا. وَقِيلَ فِي التَّوْفِيقِ بَيْنَهُمَا: إِنَّ الْأَوَّلَى فِي الرِّقِيقِ وَالثَّانِيَّةُ فِي الْكَثِيفِ، وَإِنَّمَا كَانَتْ نَجَاسَةُ هَذِهِ الْأَشْيَاءِ مُغْلَظَةً لِأَنَّهَا ثَبَتَتْ بِدَلِيلٍ مُقْطُوعٍ بِهِ (وَإِنْ كَانَتْ مُخَفَّفَةً كَبَوْلٍ مَا يُؤْكَلُ لَحْمُهُ جَازَتْ الصَّلَاةُ مَعَهُ حَتَّى يَبْلُغَ رُبْعَ الثُّوبِ) يُرَوَّى ذَلِكَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ لِأَنَّ التَّقْدِيرَ فِيهِ بِالْكَثِيرِ الْفَاحِشِ، وَالرُّبْعُ مُلْحَقٌ بِالْكُلِّ فِي حَقِّ بَعْضِ الْأَحْكَامِ، وَعَنْهُ رُبْعٌ أَدْنَى ثَوْبٍ تَجُوزُ فِيهِ الصَّلَاةُ كَالْمِثْرَى، وَقِيلَ رُبْعُ الْمَوْضِعِ الَّذِي أَصَابَهُ كَالذَّيْلِ وَالذَّخْرِصِ، وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ شِبْرٌ فِي شِبْرٍ، وَإِنَّمَا كَانَتْ مُخَفَّفَةً عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ لِمَكَانِ الْاِخْتِلَافِ فِي نَجَاسَتِهِ أَوْ لَتَعَارُضِ النَّصِّينِ عَلَى اخْتِلَافِ الْأَصْلَيْنِ (وَإِذَا أَصَابَ الثُّوبَ مِنَ الرُّوثِ أَوْ أَخْتَاءِ الْبَقَرِ أَكْثَرُ مِنْ قَدْرِ الدَّرْهَمِ لَمْ تَجْزِ الصَّلَاةُ فِيهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ) لِأَنَّ النَّصَّ الْوَارِدَ فِي نَجَاسَتِهِ وَهُوَ مَا رُوِيَ «أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ رَمَى بِالرُّوثِ وَقَالَ: هَذَا رِجْسٌ - أَوْ رِجْسٌ - لَمْ يُعَارِضْهُ غَيْرُهُ، وَبِهَذَا يَثْبُتُ التَّغْلِيطُ عِنْدَهُ وَالتَّخْفِيفُ بِالتَّعَارُضِ (وَقَالَا يُجْزِئُهُ حَتَّى يَفْحُشَ) لِأَنَّ لَلْاجْتِهَادِ فِيهِ مَسَاعًا، وَلِهَذَا يَثْبُتُ التَّخْفِيفُ عِنْدَهُمَا، وَلَئِنْ فِيهِ ضَرُورَةٌ لَامْتِلَاءِ الطَّرُقِ بِهَا وَهِيَ مُؤَثَّرَةٌ فِي التَّخْفِيفِ، بِخِلَافِ بَوْلِ الْحِمَارِ لِأَنَّ الْأَرْضَ تَنْشَقُّهُ.

قُلْنَا: الضَّرُورَةُ فِي التَّعَالِ قَدْ أَثَرَتْ فِي التَّخْفِيفِ مَرَّةً حَتَّى تَطْهَرَ بِالمَسْحِ فَتَكْفِي مُؤَنَّتْهَا، وَلَا فَرْقَ بَيْنَ مَأْكُولِ اللَّحْمِ وَغَيْرِ مَأْكُولِ اللَّحْمِ، وَزُفَرٌ رَحِمَهُ اللَّهُ فَرَّقَ بَيْنَهُمَا فَوَافَقَ أَبَا حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي غَيْرِ مَأْكُولِ اللَّحْمِ وَوَافَقَهُمَا فِي الْمَأْكُولِ. وَعَنْ مُحَمَّدٍ

رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ لَمَّا دَخَلَ الرَّيَّ وَرَأَى الْبَلَوَى أَفْتَى بِأَنَّ الْكَثِيرَ الْفَاحِشَ لَا يَمْنَعُ أَيْضًا وَقَاسُوا عَلَيْهِ طِينَ بُخَارَى، وَعِنْدَ ذَلِكَ رُجُوعُهُ فِي الْخَفِّ يُرَوَّى.

الشرح:

قَالَ (وَقَدَّرُ الدَّرْهَمَ وَمَا دُونَهُ مِنَ النَّجَاسَةِ الْمَغْلُظَةِ) النَّجَاسَةُ إِمَّا أَنْ تَكُونَ غَلِيظَةً أَوْ خَفِيفَةً، فَإِنْ كَانَتْ غَلِيظَةً وَهِيَ مَا تَبَيَّنَ بِدَلِيلٍ مَقْطُوعٍ بِهِ (كَالدَّمِ وَالْبَوْلِ وَالْخَمْرِ وَخَرِّ الدَّجَاجِ وَبَوْلِ الْحِمَارِ) إِذَا كَانَتْ قَدَرُ الدَّرْهَمِ (جَازَتْ الصَّلَاةُ مَعَهُ) وَقَوْلُهُ: وَمَا دُونَهُ مُسْتَعْنَى عَنْهُ (وَإِنْ زَادَ لَمْ تَجُزْ). وَقَالَ زُفَرٌ وَالشَّافِعِيُّ: قَلِيلُ النَّجَاسَةِ وَكَثِيرُهَا سَوَاءٌ؛ لِأَنَّ النَّصَّ الْمَوْجِبَ لِلتَّطْهِيرِ وَهُوَ قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿وَيَا بَنِكَ فَطَهِّرْ﴾ [المدثر: ٤] (لَمْ يَفْصِلْ) بَيْنَ الْقَلِيلِ وَالْكَثِيرِ (وَلَنَا الْقَلِيلُ مِنْهَا لَا يُمَكِّنُ التَّحَرُّزُ عَنْهُ) فَإِنَّ الذَّبَانَ يَقَعَنَّ عَلَى النَّجَسِ ثُمَّ عَلَى الْإِنْسَانِ، وَكَذَلِكَ دَمُ الْبَرَاغِيثِ غَيْرُ مُمَكِّنٍ التَّحَرُّزُ عَنْهُ فَكَانَ فِي الْقَلِيلِ ضَرُورَةٌ وَمَوَاضِعُ الضَّرُورَةِ مُسْتَثْنَاةٌ فِي دَلَائِلِ الشَّرْعِ (فَيَجْعَلُ عَفْوًا، وَقَدَّرْنَاهُ) أَيُّ الْقَلِيلِ (بِقَدَرِ الدَّرْهَمِ) يَعْنِي ذَلِكَ لَا يُمْنَعُ، فَإِذَا زَادَ عَلَيْهِ مُنِعَ وَهُوَ قَوْلُ الشَّعْبِيِّ أَخَذْنَا بِهِ؛ لِأَنَّهُ أَوْسَعُ، وَكَانَ النَّحْيِيُّ يَقُولُ: إِذَا بَلَغَتْ مِقْدَارَ الدَّرْهَمِ مَنَعَتْ.

وَقَوْلُهُ: (أَخَذْنَا) مَفْعُولٌ مُطْلَقٌ مِنْ قَدَّرْنَاهُ؛ لِأَنَّ فِيهِ مَعْنَى الْأَخْذِ فَالْمُرَادُ بِقَدَرِ الدَّرْهَمِ مَوْضِعُ خُرُوجِ الْحَدِّثِ قَالَ النَّحْيِيُّ اسْتَقْبَحُوا ذِكْرَ الْمَقَاعِدِ فِي مَجَالِسِهِمْ فَكَتَبُوا عَنْهُ بِالْدَّرْهَمِ. وَوَجْهُ الْأَخْذِ مَا قَالَ صَاحِبُ الْأَسْرَارِ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: «مَنْ اسْتَجْمَرَ فُلْيُوتَرُو، وَمَنْ لَا فَلَا حَرَجَ عَلَيْهِ»^(١) وَالْاسْتَجْمَارُ هُوَ الْاسْتِنْجَاءُ فَيُثَبِّتُ أَنَّ الْاسْتِنْجَاءَ غَيْرُ وَاجِبٍ بِالْحِجَارَةِ وَلَا حَرَجٍ فِي ذَلِكَ فَاعْلَمْ أَنَّهُ سَقَطَ حُكْمُهُ لِقَلَّةِ النَّجَاسَةِ وَأَنَّ ذَلِكَ الْقَدْرَ عَفْوٌ، وَمَا تَبَيَّنَ أَنَّ الصَّحَابَةَ كَانُوا يَكْتَفُونَ بِالْأَخْجَارِ فِي الْاسْتِنْجَاءِ وَذَلِكَ لَا يُزِيلُ النَّجَاسَةَ حَتَّى لَوْ جَلَسَ الْمُسْتَنْجِي فِي الْمَاءِ الْقَلِيلِ نَجَسَهُ فَانْكَفَأُوا بِهِ دَلِيلٌ عَلَى أَنَّ الْقَلِيلَ مِنَ النَّجَاسَةِ عَفْوٌ (ثُمَّ يُرَوَّى) عَنْ مُحَمَّدٍ (اعْتِبَارُ الدَّرْهَمِ مِنْ حَيْثُ الْمِسَاحَةُ) حَيْثُ قَالَ فِي التَّوَادِرِ: الدَّرْهَمُ الْكَبِيرُ هُوَ مَا يَكُونُ مِثْلَ عَرْضِ الْكَفِّ (وَيُرَوَّى مِنْ حَيْثُ

(١) أخرجه أبو داود (٣٥)، وابن ماجه (٣٣٧)، وأحمد (٣٧١/٢) (من استجمر فليوتر، من فعل، فقد أحسن، ومن أتى الغائط فليستتر، وإن لم يجد إلا كتيبا من رمل، فإن الشيطان يلعب بمقاعد بني آدم).

الْوَزْنُ وَهُوَ الدَّرْهَمُ الْكَبِيرُ الْمُثْقَالُ وَهُوَ مَا يَبْلُغُ وَزْنُهُ مِثْقَالًا) وَهُوَ الَّذِي ذَكَرَهُ فِي كِتَابِ الصَّلَاةِ.

قَالَ الْفَقِيه أَبُو جَعْفَرٍ: نُوْفِقُ بَيْنَ الْفَاطِ مُحَمَّدٍ فَنَقُولُ: إِنَّ الْأَوَّلَى: يَعْنِي رِوَايَةَ الْمَسَاحَةِ فِي الرِّقِيقِ مِنْهَا، وَالثَّانِيَّةُ: يَعْنِي رِوَايَةَ الْوَزْنِ فِي الْكَثِيفِ قَوْلُهُ: (وَإِنَّمَا كَانَتْ نَجَاسَةُ هَذِهِ الْأَشْيَاءِ) يَعْنِي الْمَذْكُورَةَ فِي أَوَّلِ الْبَحْثِ مُعْلَظَةً (لأنَّهَا تَبَيَّنَتْ بِدَلِيلٍ مَقْطُوعٍ بِهِ) قِيلَ بِالْإِجْمَاعِ، وَقِيلَ التَّغْلِيظُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ يَثْبُتُ بِنَصٍّ لَا مُعَارِضَ لَهُ، وَعِنْدَهُمَا يَثْبُتُ بِالْإِجْمَاعِ وَفِي الْكِتَابِ إِشَارَةٌ إِلَى ذَلِكَ، وَقِيلَ الْمُرَادُ بِالْأَدِلِّ الْقَطْعِيُّ أَنْ يَكُونَ سَالِمًا مِنَ الْأَسْبَابِ الْمَوْجِبَةِ لِلتَّخْفِيفِ مِنْ تَعَارُضِ النَّصِّينِ وَتَجَاذُبِ الْاجْتِهَادِ وَالضَّرُورَاتِ الْمُخَفَّفَةِ (وَإِنْ كَانَتْ مُخَفَّفَةً) وَهِيَ مَا تَثْبُتُ بِخَبَرٍ غَيْرِ مَقْطُوعٍ بِهِ (كَقَوْلِ مَا يُؤْكَلُ لَحْمُهُ جَازَتْ الصَّلَاةُ مَعَهُ حَتَّى يَبْلُغَ رُبْعَ الثَّوْبِ، يُرْوَى ذَلِكَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ) وَهُوَ مَرْوِيٌّ عَنْ مُحَمَّدٍ أَيْضًا (لأنَّ التَّقْدِيرَ فِيهِ بِالْكَثِيرِ الْفَاحِشِ) وَالْكَثِيرُ الْفَاحِشُ مَا يَسْتَكْثِرُهُ النَّاسُ وَيَسْتَفْحِشُونَهُ (وَالرُّبْعُ مُلْحَقٌ بِالْكُلِّ فِي حَقِّ بَعْضِ الْأَحْكَامِ) كَمَسْحِ الرَّأْسِ وَانْكَشَافِ الْعَوْرَةِ وَغَيْرِهِمَا فَيُلْحَقُ بِهِ هَهُنَا وَبِالْكُلِّ يَحْصُلُ الْاسْتَفْحَاشُ فَكَذَا بِمَا قَامَ مَقَامَهُ، ثُمَّ اخْتَلَفَ فِي تَفْسِيرِ الثَّوْبِ فَقِيلَ أَدْنَى ثَوْبٍ تَجُوزُ فِيهِ الصَّلَاةُ كَالْمِثْرَةِ، وَهُوَ مَرْوِيٌّ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ وَيَقْرُبُهُ مَا قَالَ أَبُو بَكْرٍ الرَّازِيُّ يُعْتَبَرُ السَّرَاوِيلُ احْتِطَاطًا؛ لِأَنَّهُ أَكْثَرُ الثِّيَابِ (وَقِيلَ رُبْعُ الْمَوْضِعِ الَّذِي أَصَابَهُ) النَّجَاسَةُ (كَالدَّلِيلِ) وَهُوَ مَا يُفْهَمُ مِنْ قَوْلِ الرَّجُلِ فَلَانِ شَمَّرَ الدَّلِيلَ وَالْكَمَّ (وَالدَّخْرِيسَ، وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ شِبْرٌ فِي شِبْرٍ) أَيِ شِبْرٍ طَوْلًا وَشِبْرٍ عَرْضًا أَخَذًا مِنْ بَاطِنِ الْخَفِّينِ: يَعْنِي مَا يَلِي الْأَرْضَ مِنَ الْخَفِّ، فَإِنْ بَاطِنُهُمَا يَبْلُغُ شِبْرًا فِي شِبْرٍ فَيَجُوزُ تَقْدِيرُ الْكَثِيرِ الْفَاحِشِ بِهِ، وَهَذَا لِأَنَّ حُكْمَ النَّجَاسَةِ الَّتِي لَهَا جِرْمٌ سَاقِطُ الْعِبَرَةِ فِي الْخِفَافِ لَطَهَارَتِهِ بِالْمَسْحِ عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ.

وَفِي رِوَايَةٍ عَنْ مُحَمَّدٍ: (وَبِالْمَسْحِ إِنْ زَالَتْ الْعَيْنُ فَلَا يُشْكُ فِي بَقَاءِ الْأَثَرِ، وَحَيْثُ لَمْ يُعْتَبَرِ ذَلِكَ قُدْرَ بِهِ الْكَثِيرُ الْفَاحِشُ كَمَا قُدِّرَ الدَّرْهَمُ بِمَوْضِعِ الْاسْتِنْجَاءِ حَتَّى سَقَطَ اعْتِبَارُ مَا عَلَى السَّبِيلِ مِنَ النَّجَاسَةِ) (وَإِنَّمَا كَانَ) يَعْنِي بَوْلٌ مَا يُؤْكَلُ لَحْمُهُ (مُخَفَّفًا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ لِمَكَانِ الْإِخْتِلَافِ فِي نَجَاسَتِهِ) عَلَى أَصْلِ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ، فَإِنْ تَخَفِيفُهَا عِنْدَهُ إِنَّمَا تَبَيَّنَ مِنْ سَوَغِ الْاجْتِهَادِ. (أَوْ لَتَعَارُضِ النَّصِّينِ) عَلَى أَصْلِ

أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ، فَإِنَّ تَخْفِيفَهَا عِنْدَهُ إِنَّمَا يَنْشَأُ مِنْ تَعَارُضِ النَّصِّينِ وَهُوَ مَعْنَى قَوْلِهِ (عَلَى اخْتِلَافِ الْأَصْلَيْنِ).

قَالَ فِي النَّهَائَةِ إِنَّمَا أُخِّرَ أَصْلُ أَبِي حَنِيفَةَ رِعَايَةً لِفَوَاصِلِ الْأَلْفَاظِ فَإِنَّهَا مِمَّا يُرَاعَى، وَأَرَى أَنَّ تَقْدِيمَهُ مَا كَانَ يُنَافِي ذَلِكَ وَلَعَلَّهُ مِنْ بَابِ التَّرْقِي، وَثَمَرَةُ ذَلِكَ تَظْهَرُ فِي الْأَرْوَاحِ عَلَى مَا سَنَذْكُرُهُ، وَإِنَّمَا خَصَّ الْأَصْلُ الْأَوَّلَ بِأَبِي يُوسُفَ وَإِنْ كَانَ أَصْلُ مُحَمَّدٍ أَيْضًا؛ لِأَنَّ الْكَلَامَ فِي بَوْلٍ مَا يُؤْكَلُ لَحْمُهُ وَلَيْسَ هُوَ بِنَجَسٍ عِنْدَ مُحَمَّدٍ فَهُوَ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ خَاصَّةً أَصْلُ أَبِي يُوسُفَ وَحَدُّهُ فَخَصَّصَهُ وَبِهَذَا سَقَطَ مَا أوردَ صَاحِبُ النَّهَائَةِ (وَإِنْ أَصَابَ الثُّوبَ مِنَ الرُّوثِ أَوْ أَخْتَاءَ الْبَقَرِ أَكْثَرُ مِنْ قَدْرِ الدَّرْهِمِ لَمْ تَجْزِ الصَّلَاةُ فِيهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ) لَمَّا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ وَهُوَ وَاضِحٌ.

وَقَوْلُهُ: (لَأَنَّ لِلْاجْتِهَادِ فِيهِ مَسَاعًا)؛ لِأَنَّ مَالَكًا يَقُولُ: إِنَّ الْبَقَرَ وَالرُّوثَ وَخَنِي الْبَقَرِ طَاهِرٌ. وَقَالَ ابْنُ أَبِي لَيْلَى: السَّرْقِينِ لَيْسَ بِشَيْءٍ قَلِيلُهُ وَكَثِيرُهُ لَا يُمْنَعُ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ وَقُودُ أَهْلِ الْحَرَمَيْنِ وَلَوْ كَانَ نَجَسًا مَا اسْتَعْمَلُوهُ كَالْعَذِيرَةِ. وَقَوْلُهُ: (وَلَأَنَّ فِيهِ ضَرُورَةً) يَبَيِّنُ أَنَّ التَّخْفِيفَ عِنْدَهُمَا يَثْبُتُ بِشَيْءٍ آخَرَ وَهُوَ الْبَلَوَى وَالضَّرُورَةُ. وَالْجَوَابُ أَنَّ اخْتِلَافَ الْعُلَمَاءِ لَا يُخْرِجُ النَّجَاسَةَ عَنْ كَوْنِهَا مُعْلَظَةً؛ لِأَنَّهَا لَمَّا لَمْ يَرِدْ نَصٌّ بِخِلَافِهِ كَانَ اخْتِلَافُهُمْ بِنَاءً عَلَى الرَّأْيِ وَهُوَ لَا يُعَارِضُ النَّصَّ، وَكَذَلِكَ الْبَلَوَى لَا تُعْتَبَرُ فِي مَوْضِعِ النَّصِّ، أَلَا تَرَى أَنَّ الْبَلَوَى فِي بَوْلِ الْحِمَارِ أَكْثَرُ؛ لِأَنَّهُ يَتَرَشَّشُ فَيَصِيبُ الثِّيَابَ وَمَعَ ذَلِكَ لَا يُغْنَى أَكْثَرُ مِنْ قَدْرِ الدَّرْهِمِ وَكَذَلِكَ بَوْلُ الْإِدمِي، وَرَدُّ بَأَنَّ الضَّرُورَةَ لَوْ لَمْ تُعْتَبَرُ فِي مُقَابَلَةِ النَّصِّ بِالنَّجَاسَةِ لَمَّا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ بِخَفَةِ نَجَاسَةِ بَوْلٍ مَا يُؤْكَلُ لَحْمُهُ؛ لِأَنَّهُ مَنْصُوصٌ بِقَوْلِهِ ﷺ: «اسْتَنْزَهُوا الْبَوْلَ» الْحَدِيثُ، وَأُجِيبَ بِأَنَّهُ لَمْ يَقُلْ بِذَلِكَ لِلضَّرَرِ وَالْبَلَوَى بَلْ لِلتَّعَارُضِ بِحَدِيثِ الْعَرَنِيِّينَ. وَقَوْلُهُ: (بِخِلَافِ بَوْلِ الْحِمَارِ) جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ الضَّرُورَةُ فِي بَوْلِ الْحِمَارِ كَالضَّرُورَةِ فِي رَوْثِهِ وَقَدْ قُلْتُمْ بِتَغْلِيظِهِ، وَوَجْهُهُ أَنَّا لَا نُسَلِّمُ ذَلِكَ (لَأَنَّ الْأَرْضَ تُنَشِّفُهُ) فَلَا يَبْقَى عَلَى وَجْهِ الْأَرْضِ مِنْهُ شَيْءٌ يُتَبَلَّى بِهِ الْمَارُّ بِخِلَافِ الرُّوثِ.

وَالْجَوَابُ لِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الضَّرُورَةَ إِنَّمَا هِيَ فِي النَّعَالِ، وَقَدْ أَثَرَتْ فِي التَّخْفِيفِ مَرَّةً حَتَّى تَظْهَرَ بِالْمَسْحِ فَتَكْفِي مُؤَثَّتُهَا بِذَلِكَ التَّخْفِيفِ فَلَا يُخَفَّفُ فِي نَجَاسَتِهَا ثَانِيًا

إِلْحَاقًا لِلرَّوْثِ بِالْعَذْرَةِ فَإِنَّ الْحُكْمَ فِيهَا كَذَلِكَ بِالِاتِّفَاقِ (وَلَا فَرْقَ بَيْنَ مَأْكُولِ اللَّحْمِ وَغَيْرِهِ) عِنْدَ الْعُلَمَاءِ الثَّلَاثَةِ (وَزُفِرُ فَرْقٌ بَيْنَهُمَا فَوَافَقَ أَبَا حَنِيفَةَ فِي غَيْرِ الْمَأْكُولِ وَوَافَقَهُمَا فِي الْمَأْكُولِ) فَإِنَّهُ قَاسَ الْخَارِجَ مِنْ أَحَدِ السَّبِيلَيْنِ بِالْخَارِجِ مِنَ السَّبِيلِ الْآخَرِ وَالْخَارِجُ مِنَ السَّبِيلِ الْآخَرِ وَهُوَ الْبَوْلُ يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ كَوْنِهِ مَأْكُولَ اللَّحْمِ وَغَيْرَهُ فَكَذَا الْخَارِجُ مِنْ هَذَا السَّبِيلِ. وَقَوْلُهُ: (وَعَنْ مُحَمَّدٍ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ: (قَاسُوا عَلَيْهِ طِينَ بُخَارَى) يَعْنِي قَالَ الْمَشَايخُ لَا يَكُونُ الْكَثِيرُ الْفَاحِشُ مِنْهُ مَانِعًا وَإِنْ كَانَ مُخْتَلَطًا بِالْعَذَرَاتِ. (وَعِنْدَ ذَلِكَ) أَيَّ عِنْدَ دُخُولِهِ فِي الرَّيِّ (رُجُوعُهُ) عَنِ الرَّوَايَةِ الْمَشْهُورَةِ عَنْهُ (فِي الْخُفِّ) أَنَّهُ لَا يَطْهَرُ بِالذَّلِكَ بِالْأَرْضِ (يُرْوَى).

(وَأِنْ أَصَابَهُ بَوْلُ الْفَرَسِ لَمْ يُفْسِدْهُ حَتَّى يَفْحُشَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ لَا يَمْنَعُ وَإِنْ فَحُشَ) لِأَنَّ بَوْلَ مَا يُؤْكَلُ لَحْمُهُ ظَاهِرٌ عِنْدَهُ مُخَفَّفٌ نَجَاسَتُهُ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَلَحْمُهُ مَأْكُولٌ عِنْدَهُمَا، وَأَمَّا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ التَّخْفِيفُ لِلتَّعَارُضِ الْآثَارِ.

الشرح:

قَالَ (وَأِنْ أَصَابَهُ بَوْلُ الْفَرَسِ لَمْ يُفْسِدْهُ حَتَّى يَفْحُشَ) كُلُّ وَاحِدٍ مِنْ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ مَرَّ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ عَلَى أَصْلِهِ فِي بَوْلِ مَا يُؤْكَلُ لَحْمُهُ فَإِنَّ الْفَرَسَ مَأْكُولٌ عِنْدَهُمَا وَبَوْلُ مَا يُؤْكَلُ لَحْمُهُ نَجِسٌ نَجَاسَةٌ مُخَفَّفَةٌ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ لَا يَمْنَعُ حَتَّى يَفْحُشَ. (و) ظَاهِرٌ (عِنْدَ مُحَمَّدٍ لَا يَمْنَعُ وَإِنْ فَحُشَ) وَأَمَّا أَبُو حَنِيفَةَ فَإِنَّهُ حَرَّمَ أَكْلَهُ وَجَعَلَ بَوْلَهُ نَجِسًا مُخَفَّفًا لِلتَّعَارُضِ الْآثَارِ وَهُوَ حَدِيثُ الْعُرَيْنَيْنِ وَقَدْ مَرَّ وَقَوْلُهُ: عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «اسْتَنْزِهُوا الْبَوْلَ» الْحَدِيثُ، وَاعْتَرَضَ بِأَنَّ التَّعَارُضَ إِنَّمَا يَتَحَقَّقُ إِذَا جُهِلَ التَّارِيخُ، وَفِي حَدِيثِ الْعُرَيْنَيْنِ دَلَالَةٌ التَّقَدُّمِ؛ لِأَنَّ فِيهِ الْمُثْلَةَ فَيَكُونُ مَنْسُوخًا وَلَا تَعَارُضَ بَيْنَ النَّاسِخِ وَالْمَنْسُوخِ. سَلَّمْنَا أَنَّ فِيهِمَا تَعَارُضًا، وَلَكِنَّهُ فِي بَوْلِ مَا يُؤْكَلُ لَحْمُهُ وَالْفَرَسُ غَيْرُ مَأْكُولٍ عِنْدَهُ وَالْكَرَاهَةُ فِيهِ كَرَاهَةُ التَّحْرِيمِ فَيَكُونُ بَوْلُهُ نَجِسًا مُعْلَظًا. وَأُجِيبَ عَنِ الْأَوَّلِ بِأَنَّ الدَّلَالََةَ دُونَ الْعِبَارَةِ، وَفِي عِبَارَتِهِ تَعَارُضٌ فَتَرَجَّحَ جَانِبُ الْعِبَارَةِ وَتَحَقَّقَ التَّعَارُضُ، وَهُوَ فَاسِدٌ؛ لِأَنَّ اشْتِمَالَ الْقِصَّةِ عَلَى الْمُثْلَةِ يَدُلُّ عَلَى أَنَّ الْعِبَارَةَ مَنْسُوخَةٌ فَلَا تَعَارُضَ، وَبِأَنَّ اتِّسَاخَ الْمُثْلَةِ لَا يَدُلُّ عَلَى اتِّسَاخِ طَهَارَةِ بَوْلِ مَا يُؤْكَلُ

لَحْمُهُ؛ لِأَنَّهُمَا حُكْمَانِ مُخْتَلِفَانِ، فَلَا يَلْزَمُ مِنَ اتِّسَاعِ أَحَدِهِمَا اتِّسَاعُ الْآخَرِ، وَهُوَ أَيْضًا فَاسِدٌ؛ لِأَنَّ حَدِيثَ الْعُرَيْنِ الدَّالَّ عَلَى طَهَارَةِ بَوْلِ مَا يُؤْكَلُ لَحْمُهُ إِمَّا أَنْ يَكُونَ مَنْسُوخًا أَوْ لَا، فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ انْتَفَى التَّعَارُضُ، وَإِنْ كَانَ الثَّانِي لَمْ تَثْبُتِ نَجَاسَةُ بَوْلِ مَا يُؤْكَلُ لَحْمُهُ بِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «اسْتَنْزَهُوا الْبَوْلَ» عِنْدَهُ وَالْأَمْرُ بِخِلَافِهِ.

وَعَنِ الثَّانِي بِأَنَّ حُرْمَةَ لَحْمِ الْفَرَسِ عِنْدَهُ لَمْ تَكُنْ لِنَجَاسَتِهِ بَلْ تَحَرُّزًا عَنْ تَقْلِيلِ مَادَّةِ الاجْتِهَادِ فَكَانَ لَحْمُهُ طَاهِرًا عِنْدَهُ، وَلِهَذَا قَالَ بِطَهَارَةِ سُورِهِ وَهَذَا يَلْزَمُ مِنْهُ الْإِنْقِطَاعُ؛ لِأَنَّ أَوَّلَ الْكَلَامِ كَانَ مَبْنِيًّا عَلَى أَنَّ بَوْلَ غَيْرِ مَأْكُولِ اللَّحْمِ عِنْدَهُ نَجِسٌ غَلِيظٌ، فَإِذَا وَرَدَ عَلَيْهِ مَا ذَكَرَ قَبْلَهُ بِكَوْنِ الْحُرْمَةِ النَّجَاسَةِ، وَقَدْ عُرِفَ بُطْلَانُ ذَلِكَ فِي أَصُولِ الْفِقْهِ. وَلِصُعُوبَةِ التَّقْصِي عَنْ عَهْدَةِ هَذَا الْمَقَامِ ذَهَبَ بَعْضُ الْمُحَقِّقِينَ إِلَى أَنَّ الْمُرَادَ بِتَعَارُضِ الْآثَارِ التَّعَارُضُ فِي لَحْمِهِ، فَإِنَّهُ رُوِيَ «أَنَّهُ ﷺ نَهَى عَنْ لُحُومِ الْخَيْلِ وَالْبِعَالِ». وَرُوِيَ «أَنَّهُ ﷺ أَذِنَ فِي لُحُومِ الْخَيْلِ» وَهَذَا يُوجِبُ التَّخْفِيفَ فِي بَوْلِهِ؛ لِأَنَّهُ مَأْكُولٌ فِي وَجْهِهِ فَلَا يَكُونُ كَبَوْلِ الْكَلْبِ وَالْحِمَارِ، الْكَلَامُ فِيهِ كَالْكَلَامِ فِيمَا قَبْلَهُ؛ لِأَنَّ الْمَيْحَ مَنْسُوخٌ كَمَا فِي الْحِمَارِ.

(وَإِنْ أَصَابَهُ خَرٌّ مَا لَا يُؤْكَلُ لَحْمُهُ مِنَ الطَّيُورِ أَكْثَرُ مِنْ قَدْرِ الدَّرْهِمِ جَازَتْ الصَّلَاةُ فِيهِ) عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ (لَا تَجُوزُ) فَقَدْ قِيلَ إِنَّ الْاِخْتِلَافَ فِي النَّجَاسَةِ، وَقَدْ قِيلَ فِي الْمِقْدَارِ وَهُوَ الْأَصَحُّ. هُوَ يَقُولُ: إِنَّ التَّخْفِيفَ لِلضَّرُورَةِ وَلَا ضَرُورَةَ لِعَدَمِ الْمُخَالَطَةِ فَلَا يُخَفَّفُ. وَلَهُمَا أَنَّهَا تَذَرَّقُ مِنَ الْهَوَاءِ وَالتَّحَامِي عَنْهُ مُتَعَدِّرٌ فَتَحَقَّقَتِ الضَّرُورَةُ، وَلَوْ وَقَعَ فِي الْإِنَاءِ قِيلَ يُفْسِدُهُ، وَقِيلَ لَا يُفْسِدُهُ لَتَعَدَّرَ صَوْنُ الْأَوَانِي عَنْهُ " (وَإِنْ أَصَابَهُ مِنْ دَمِ السَّمَكِ أَوْ لُعَابِ الْبَعْلِ أَوْ الْحِمَارِ أَكْثَرُ مِنْ قَدْرِ الدَّرْهِمِ أَجْزَأَتِ الصَّلَاةُ فِيهِ) أَمَّا دَمُ السَّمَكِ فَلَأَنَّهُ لَيْسَ بِدَمٍ عَلَى التَّحْقِيقِ فَلَا يَكُونُ نَجِسًا، وَعَنِ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ اعْتَبَرَ فِيهِ الْكَثِيرَ الْفَاحِشَ فَاعْتَبَرَهُ نَجِسًا. وَأَمَّا لُعَابُ الْبَعْلِ وَالْحِمَارِ فَلَأَنَّهُ مَشْكُوكٌ فِيهِ فَلَا يَتَنَجَّسُ بِهِ الطَّاهِرُ (فَإِنْ انْتَضَحَ عَلَيْهِ الْبَوْلُ مِثْلَ رُءُوسِ الْإِبْرِ فَذَلِكَ لَيْسَ بِشَيْءٍ) لِأَنَّهُ لَا يُسْتَطَاعُ الْاِمْتِنَاعُ عَنْهُ.

الشرح:

(وَإِنْ أَصَابَهُ خَرٌّ مَا لَا يُؤْكَلُ لَحْمُهُ مِنَ الطَّيُورِ) كَالصَّفَرِ وَالْبَازِي وَالْحِدَاةِ

(جَازَتْ الصَّلَاةُ فِيهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ: لَا تَجُوزُ فَقَدْ قِيلَ إِنَّ الاختِلَافَ فِي النَّجَاسَةِ) يَعْنِي أَنَّهُ طَاهِرٌ عِنْدَهُمَا وَهُوَ الْمَنْقُولُ عَنِ الْكَرْخِيِّ وَنَجَسٌ عِنْدَ مُحَمَّدٍ كَالنَّجْوِ (وَقَدْ قِيلَ فِي الْمِقْدَارِ) يَعْنِي أَنَّهُ نَجَسٌ بِالِاتِّفَاقِ، لَكِنَّهُ خَفِيفٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ غَلِظٌ عِنْدَهُمَا، وَهُوَ الْمَنْقُولُ عَنِ أَبِي جَعْفَرِ الْهِنْدَوَانِيِّ، وَيُفْهَمُ مِنْ لَفْظِ الْمُصَنِّفِ أَنَّ أَبَا يُوسُفَ مَعَ أَبِي حَنِيفَةَ فِي الرَّوَائِثِ جَمِيعًا، وَهَكَذَا ذَكَرَهُ فَخْرُ الْإِسْلَامِ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ، وَهُوَ خِلَافُ مَا فِي الْمَنْظُومَةِ وَالْمُخْتَلَفِ فَإِنَّ فِيهِمَا أَنَّ أَبَا يُوسُفَ مَعَ أَبِي حَنِيفَةَ عَلَى رِوَايَةِ الْكَرْخِيِّ وَمَعَ مُحَمَّدٍ عَلَى رِوَايَةِ الْهِنْدَوَانِيِّ.

وَقَوْلُهُ: (هُوَ يَقُولُ التَّخْفِيفُ لِلضَّرُورَةِ) عَلَى طَرِيقَةِ الْهَدَايَةِ وَفَخْرُ الْإِسْلَامِ وَهُوَ ظَاهِرٌ (وَلَوْ وَقَعَ فِي الْإِنَاءِ قِيلَ يُفْسِدُهُ) لِإِمْكَانِ صَوْنِ الْأَوَانِي عَنْهُ، وَبِهِ أَخَذَ أَبُو بَكْرٍ الْأَعْمَشُ (وَقِيلَ لَا يُفْسِدُهُ لِتَعَذُّرِ صَوْنِ الْأَوَانِي عَنْهُ) وَبِهِ أَخَذَ الْكَرْخِيُّ. قَوْلُهُ: (وَإِنْ أَصَابَهُ مِنْ دَمِ السَّمَكِ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ: (لَيْسَ بِدَمٍ عَلَى التَّحْقِيقِ)؛ لِأَنَّ الدَّمَ عَلَى التَّحْقِيقِ يَسْوَدُ إِذَا شُمِسَ وَدَمُ السَّمَكِ يَبْيَضُ، وَلِهَذَا يَحِلُّ تَنَاوُلُهُ مِنْ غَيْرِ ذَكَاءٍ. وَرَوَى الْمُعَلَّى عَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ اعْتَبَرَ الْكَثِيرَ لِلْفَاحِشِ (فَإِنْ اتَّضَحَ عَلَيْهِ الْبَوْلُ مِثْلُ رُعُوسِ الْإِبْرِ فَذَلِكَ لَيْسَ بِشَيْءٍ) أَيْ بِشَيْءٍ يُوجِبُ الْغَسْلَ عَلَى الْمُصَلِّي؛ لِأَنَّهُ لَا يُسْتَطَاعُ الْامْتِنَاعُ عَنْهُ لَا سِيمَا فِي مَهَبِّ الرِّيحِ. وَقَدْ سُئِلَ ابْنُ عَبَّاسٍ عَنْ ذَلِكَ فَقَالَ: أَنَا أَرْجُو مِنْ عَفْوِ اللَّهِ أَوْسَعَ مِنْ هَذَا. وَعَنْ أَبِي جَعْفَرِ الْهِنْدَوَانِيِّ، أَنَّ قَوْلَ مُحَمَّدٍ مِثْلُ رُعُوسِ الْإِبْرِ دَلِيلٌ عَلَى أَنَّ الْجَانِبَ الْآخَرَ مِنَ الْإِبْرِ مُعْتَبَرٌ، وَغَيْرُهُ مِنَ الْمَشَايِخِ قَالُوا بَلْ لَا يُعْتَبَرُ الْجَانِبَانِ جَمِيعًا لِلدَّفْعِ الْحَرَجِ.

قَالَ (وَالنَّجَاسَةُ ضَرْبَانِ: مَرِيئَةٌ، وَغَيْرُ مَرِيئَةٍ فَمَا كَانَ مِنْهَا مَرِيئًا فَطَهَارَتُهُ زَوَالُ عَيْنِهَا) لِأَنَّ النَّجَاسَةَ حَلَّتِ الْمَحَلَّ بِاعْتِبَارِ الْعَيْنِ فَتَزُولُ بِزَوَالِهَا (إِلَّا أَنْ يَبْقَى مِنْ أَثَرِهَا مَا تَشُقُّ إِزَالَتُهُ) لِأَنَّ الْحَرَجَ مَدْفُوعٌ، وَهَذَا يُشِيرُ إِلَى أَنَّهُ لَا يُشْتَرَطُ الْغَسْلُ بَعْدَ زَوَالِ الْعَيْنِ وَإِنْ زَالَ بِالْغَسْلِ مَرَّةً وَاحِدَةً، وَفِيهِ كَلَامٌ (وَمَا لَيْسَ بِمَرِيئٍ فَطَهَارَتُهُ أَنْ يُغْسَلَ حَتَّى يَغْلِبَ عَلَى ظَنِّ الْغَاسِلِ أَنَّهُ قَدْ طَهَّرَ) لِأَنَّ التَّكْرَارَ لَا بُدَّ مِنْهُ لِلِاسْتِخْرَاجِ، وَلَا يَقْطَعُ بِزَوَالِهِ فَاعْتَبَرَ غَالِبُ الظَّنِّ كَمَا فِي أَمْرِ الْقِبْلَةِ وَإِنَّمَا قَدَرُوا بِالثَّلَاثِ لِأَنَّ غَالِبَ الظَّنِّ يَحْصُلُ عِنْدَهُ، فَأَقِيمَ السَّبَبَ الظَّاهِرَ مَقَامَهُ تَيْسِيرًا، وَيَتَأَيَّدُ ذَلِكَ بِحَدِيثِ الْمُسْتَقِظِ مِنْ مَنَامِهِ، ثُمَّ

لَا بُدَّ مِنَ الْعَصْرِ فِي كُلِّ مَرَّةٍ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ لِأَنَّهُ هُوَ الْمُسْتَخْرَجُ.

الشرح:

قَالَ (وَالنَّجَاسَةُ ضَرْبَانِ: مَرِيَّةٌ، وَغَيْرُ مَرِيَّةٍ) الْحَصْرُ ضَرْوَرِيٌّ لِدَوْرَانِهِ بَيْنَ الثَّقْيِ وَالْإِثْبَاتِ، وَذَلِكَ؛ لِأَنَّ النَّجَاسَةَ بَعْدَ الْجَفَافِ إِمَّا أَنْ تَكُونَ مُتَجَسِّدَةً كَالْغَائِطِ وَالْدَّمِ أَوْ غَيْرَهُمَا كَالْبَوْلِ وَنَحْوِهِ، فَطَهَارَةُ الْأُولَى زَوَالُ عَيْنِهَا مِنْ غَيْرِ اشْتِرَاطٍ عَدَدٍ فِيهِ؛ لِأَنَّ النَّجَاسَةَ حَلَّتْ الْمَحَلَّ بِاعْتِبَارِ الْعَيْنِ فَتَزُولُ بِزَوَالِهَا (وَقَوْلُهُ: إِلَّا أَنْ يَبْقَى مِنْ أَثَرِهِ) كَلَوْنُهُ وَرَائِحَتُهُ (مَا تَشَقُّ إِزَالَتُهُ) بِالْإِجْتِيَاجِ فِي الْإِزَالَةِ إِلَى غَيْرِ الْمَاءِ وَالصَّابُونِ وَالْأُشْنَانِ، فَإِنَّ ذَلِكَ لَا يَمْتَنِعُ الْجَوَازَ، وَهُوَ اسْتِثْنَاءُ الْعَرَضِ مِنَ الْعَيْنِ وَهُوَ الْعَيْنُ فَيَكُونُ مُنْقَطِعًا، وَالْأَصْلُ فِي ذَلِكَ أَنَّ إِزَالَتهُ مِثْلُ ذَلِكَ حَرَجٌ وَهُوَ مَوْضُوعٌ، وَفِيهِ إِشَارَةٌ إِلَى أَنَّ عَيْنَهَا إِذَا زَالَتْ بِمَرَّةٍ وَاحِدَةٍ لَا يَحْتَاجُ إِلَى غَسْلِ بَعْدِهِ.

وَقَوْلُهُ: (فِيهِ كَلَامٌ) أَيُّ اخْتِلَافُ الْمَشَايِخِ كَانَ أَبُو جَعْفَرٍ يَقُولُ بَعْدَ زَوَالِ عَيْنِ النَّجَاسَةِ: تُغْسَلُ مَرَّتَيْنِ؛ لِأَنَّهُ التَّحَقُّ بِغَيْرِ مَرِيَّةٍ غُسْلَ مَرَّةٍ فَيُغْسَلُ مَرَّتَيْنِ، وَطَهَارَةُ الثَّانِيَةِ أَنْ يُغْسَلَ حَتَّى يَغْلِبَ عَلَى ظَنِّ الْغَاسِلِ أَنَّهُ قَدْ طَهَّرَ وَكَلَامُهُ ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ: (وَيَتَأَيَّدُ ذَلِكَ بِحَدِيثِ الْمُسْتَقْبِطِ مِنْ مَنَامِهِ) فَإِنَّهُ ذَكَرَ فِيهِ حَتَّى يَغْسِلَهَا ثَلَاثًا وَقَدْ تَقَدَّمَ. وَقَوْلُهُ: (فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ) اخْتِرَازُ عَمَّا رَوَى عَنْ مُحَمَّدٍ فِي غَيْرِ رِوَايَةِ الْأُصُولِ إِذَا غَسَلَ ثَلَاثَ مَرَّاتٍ وَعَصَرَ فِي الْمَرَّةِ الثَّلَاثَةِ يَطْهَرُ، وَفِي غَيْرِ رِوَايَةِ الْأُصُولِ أَيْضًا أَنَّهُ يُكْتَفَى بِالْغَسْلِ مَرَّةً، وَهَذَا فِيمَا يَنْعَصِرُ بِالْعَصْرِ، أَمَّا فِي غَيْرِهِ كَالْحَصِيرِ مَثَلًا فَإِنَّ أَبَا يُوسُفَ يَقُولُ: يُغْسَلُ ثَلَاثًا وَيَجْفَفُ فِي كُلِّ مَرَّةٍ فَيَطْهَرُ؛ لِأَنَّ لِلتَّجْفِيفِ أَثْرًا فِي اسْتِخْرَاجِ النَّجَاسَةِ فَيَقُومُ مَقَامَ الْعَصْرِ إِذَا لَا طَرِيقَ سِوَاهُ وَالْحَرَجُ مَوْضُوعٌ وَمُحَمَّدٌ يَقُولُ: لَا يَطْهَرُ أَبَدًا؛ لِأَنَّ الطَّهَارَةَ بِالْعَصْرِ وَهُوَ مِمَّا لَا يَنْعَصِرُ.

فَصْلٌ فِي الْاسْتِنْجَاءِ

(الاستنجاء سنة) لِأَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ وَاطْبَأَ عَلَيْهِ.

الشرح:

(فَصْلٌ فِي الْاسْتِنْجَاءِ) قِيلَ لَمْ يَذْكُرْ مُحَمَّدٌ الْاسْتِنْجَاءَ عِنْدَ ذِكْرِ سُنَنِ الْوُضُوءِ وَإِنْ كَانَ مِنْ أَقْوَى سُنَنِهِ؛ لِأَنَّهُ أَرَادَ بِهَذَا الْوُضُوءِ الْوُضُوءَ عَنِ النَّوْمِ لَا عَنِ الْبَوْلِ

وَالْعَائِطُ، وَالِاسْتِنْجَاءُ لِهَذَا الْوُضُوءِ لَيْسَ بِسُنَّةٍ، وَإِنَّمَا قُلْنَا ذَلِكَ؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى بَدَأَ بِالْوُضُوءِ عَنِ النَّوْمِ، هَكَذَا جَاءَ عَنْ بَعْضِ الصَّحَابَةِ فَإِنَّهُ كَانَ يَقْرَأُ: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا قُمْتُمْ مِنْ مَضَاجِعِكُمْ إِلَى الصَّلَاةِ» وَأَقُولُ إِنَّمَا ذَكَرَهُ هَهُنَا؛ لِأَنَّ الْاسْتِنْجَاءَ لِإِزَالَةِ النَّجَاسَةِ الْعَيْنِيَّةِ فَذَكَرَهُ هَهُنَا أَنْسَبُ، وَفِي الْمَغْرِبِ نَحَا وَأُنْجَى إِذَا أَحْدَثَ، وَأَصْلُهُ مِنَ النَّجْوِ وَهُوَ الْمَكَانُ الْمُرْتَفِعُ؛ لِأَنَّهُ يُسْتَرَّبُ بِهَا لَوْ قَتَ قَضَاءِ الْحَاجَةِ، ثُمَّ قَالُوا اسْتَنْجَى: إِذَا مَسَحَ مَوْضِعَ النَّجْوِ وَهُوَ مَا يَخْرُجُ مِنَ الْبَطْنِ أَوْ غَسَلَهُ وَهُوَ (سُنَّةٌ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ وَاطْبَ عَلَيْهِ) وَالْمُوَاطَبَةُ مَعَ التَّرْكِ دَلِيلُ السُّنَّةِ.

(وَيَجُوزُ فِيهِ الْحَجَرُ وَمَا قَامَ مَقَامَهُ يَمْسَحُهُ حَتَّى يُنْقِيَهُ) لِأَنَّ الْمَقْصُودَ هُوَ الْإِنْقَاءُ فَيُعْتَبَرُ مَا هُوَ الْمَقْصُودُ (وَلَيْسَ فِيهِ عَدَدٌ مَسْنُونٌ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَا بُدَّ مِنَ الثَّلَاثِ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ "وَلَيْسْتَنْجِ بِثَلَاثَةِ أَحْجَارٍ" ^(١) وَلَنَا قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ "مَنْ اسْتَجَمَرَ فَلْيُوتِرْ، فَمَنْ فَعَلَ فَحَسَنٌ وَمَنْ لَا فَلَا حَرَجَ" وَالْإِيتَارُ يَقَعُ عَلَى الْوَاحِدِ، وَمَا رَوَاهُ مَتْرُوكُ الظَّاهِرِ فَإِنَّهُ لَوْ اسْتَنْجَى بِحَجَرٍ لَهُ ثَلَاثَةُ أَحْرَفٍ جَازَ بِالْإِجْمَاعِ.

الشرح:

(وَيَجُوزُ بِالْحَجَرِ وَمَا يَقُومُ مَقَامَهُ) مِنَ الْمَدَرِ وَاللَّبْدِ وَالْقُطْنِ وَغَيْرِهَا فِي التَّنْقِيَةِ، وَكَيْفِيَّتُهُ أَنْ (يَمْسَحَ الْمَوْضِعَ حَتَّى يُنْقِيَهُ)؛ لِأَنَّ الْإِنْقَاءَ هُوَ الْمَقْصُودُ فَيُعْتَبَرُ مَا هُوَ الْمَقْصُودُ (وَلَيْسَ فِيهِ عَدَدٌ مَسْنُونٌ). وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا بُدَّ مِنَ الثَّلَاثِ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ فِي حَدِيثِ أَبِي أَيُّوبَ الْأَنْصَارِيِّ "«وَلَيْسْتَنْجِ بِثَلَاثَةِ أَحْجَارٍ»" أَمْرٌ وَالْأَمْرُ لِلْوُجُوبِ، فَالْحَدِيثُ يَدُلُّ عَلَى وَجُوبِهِ بِكَمِّيَّةٍ مَعْلُومَةٍ (وَلَنَا مَا رَوَى أَبُو هُرَيْرَةَ مِنْ قَوْلِهِ ﷺ "«مَنْ اسْتَجَمَرَ فَلْيُوتِرْ، فَمَنْ فَعَلَ فَحَسَنٌ وَمَنْ لَا فَلَا حَرَجَ»" ^(٢)) وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى نَفْيِ الْوُجُوبِ وَالْعَدَدِ لِأَنَّهُ قَالَ فَلْيُوتِرْ (وَالْإِيتَارُ يَقَعُ عَلَى الْوَاحِدِ) وَقَالَ وَمَنْ لَا فَلَا حَرَجَ، نَفْيُ الْحَرَجِ عَمَّنْ تَرَكَ الْاسْتِنْجَاءَ أَصْلًا فَدَلَّ عَلَى أَنَّهُ لَا يُفْتَرَضُ (وَمَا رَوَاهُ مَتْرُوكُ الظَّاهِرِ فَإِنَّهُ لَوْ اسْتَنْجَى بِحَجَرٍ لَهُ ثَلَاثَةُ أَحْرَفٍ جَازَ بِالْإِجْمَاعِ) فَلَا يَصِحُّ الِاسْتِدْلَالُ بِهِ أَوْ

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (١/١٤٨، ١٦٦)، وفي السنن الصغرى (رقم ٥٠) وفي

معرفة السنن والآثار (رقم ١٣٤).

(٢) سبق تخريجه.

يُحْمَلُ الْأَمْرُ عَلَى الاسْتِحْبَابِ تَوْفِيقًا بَيْنَ الْحَدِيثَيْنِ.

(وَعَسَلُهُ بِالمَاءِ أَفْضَلُ) لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿فِيهِ رِجَالٌ مُّحِبُّونَ أَنْ يَتَطَهَّرُوا﴾ نَزَلَتْ فِي أَقْوَامٍ كَانُوا يُتَّبِعُونَ الْحِجَارَةَ المَاءَ، ثُمَّ هُوَ أَدَبٌ. وَقِيلَ هُوَ سُنَّةٌ فِي زَمَانِنَا، وَيَسْتَعْمِلُ المَاءَ إِلَى أَنْ يَقَعَ فِي غَالِبِ ظَنِّهِ أَنَّهُ قَدْ طَهَّرَ، وَلَا يَقْدَرُ بِالمَرَاتِ إِلَّا إِذَا كَانَ مُوسِسًا فَيَقْدَرُ بِالثَّلَاثِ فِي حَقِّهِ، وَقِيلَ بِالسَّبْعِ (وَلَوْ جَاوَزَتِ النِّجَاسَةُ مَخْرَجَهَا لَمْ يَجُزْ فِيهِ إِلَّا المَاءُ) وَفِي بَعْضِ النُّسخِ: (إِلَّا المَائِعُ، وَهَذَا يُحَقِّقُ اخْتِلَافَ الرِّوَايَتَيْنِ فِي تَطْهِيرِ العُضْوِ لِغَيْرِ المَاءِ عَلَى مَا بَيَّنَّا، وَهَذَا لِأَنَّ المَسْحَ غَيْرَ مُزِيلٍ إِلَّا أَنَّهُ اكْتَفَى بِهِ فِي مَوْضِعِ الاسْتِنْجَاءِ فَلَا يَتَعَدَّاهُ، ثُمَّ يُعْتَبَرُ المِقْدَارُ المَائِعُ وَرَاءَ مَوْضِعِ الاسْتِنْجَاءِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ لِسُقُوطِ اعْتِبَارِ ذَلِكَ المَوْضِعِ، وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ مَعَ مَوْضِعِ الاسْتِنْجَاءِ اعْتِبَارًا بِسَائِرِ المَوَاضِعِ.

الشرح:

(وَعَسَلُهُ بِالمَاءِ أَفْضَلُ) لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿فِيهِ رِجَالٌ مُّحِبُّونَ أَنْ يَتَطَهَّرُوا﴾ [التوبة: ١٠٨] نَزَلَتْ فِي أَقْوَامٍ كَانُوا يُتَّبِعُونَ الْحِجَارَةَ المَاءَ يَعْنِي أَهْلَ قُبَاءَ. قَوْلُهُ: (ثُمَّ هُوَ) أَيُّ (عَسَلُهُ بِالمَاءِ أَدَبٌ)؛ لِأَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ «كَانَ يَسْتَنْجِي بِالمَاءِ مَرَّةً وَيَتْرَكُهُ أُخْرَى»، وَهَذَا حَدُّ الأَدَبِ (وَقِيلَ هُوَ سُنَّةٌ فِي زَمَانِنَا)؛ لِأَنَّ أَهْلَ الزَّمَانِ الأولِ كَانُوا يَعْرِفُونَ بَعْرًا وَأَهْلَ زَمَانِنَا يَنْطَلِقُونَ ثَلْطًا، هَكَذَا يُرَوَى عَنِ الحَسَنِ البَصْرِيِّ. وَقَوْلُهُ: (إِلَّا إِذَا كَانَ مُوسِسًا) بِالكَسْرِ، وَالمُوسِسَةُ حَدِيثُ النَّفْسِ، وَإِنَّمَا قِيلَ مُوسِسٌ؛ لِأَنَّهُ يُحَدِّثُ بِمَا فِي ضَمِيرِهِ (فَيَقْدَرُ بِالثَّلَاثِ فِي حَقِّهِ) كَمَا فِي غَيْرِ المَرْئِيَّةِ؛ لِأَنَّ البَوْلَ غَيْرُ مَرْئِيٍّ، وَالعَائِطُ وَإِنْ كَانَ مَرْئِيًّا لَكِنَّ المُسْتَنْجِي لَا يَرَاهُ فَكَانَ بِمَنْزِلَةِ البَوْلِ (وَقِيلَ بِالسَّبْعِ) اعْتِبَارًا بِالحَدِيثِ الَّذِي وَرَدَ فِي وُلُوغِ الكَلْبِ. وَقَوْلُهُ: (وَلَوْ جَاوَزَتِ النِّجَاسَةُ مَخْرَجَهَا) قِيلَ بِأَنَّهُ يَتَلَطَّخُ نَفْسُهُ وَمَا حَوْلَهُ مِنْ مَوْضِعِ الشَّرْحِ (لَمْ يَجُزْ إِلَّا المَاءُ) وَفِي بَعْضِ نُسَخِ المُخْتَصَرِ: (إِلَّا المَائِعُ. وَقَوْلُهُ: (وَهَذَا) يَعْنِي قَوْلُهُ إِلَّا المَاءُ وَإِلَّا المَائِعُ (يُحَقِّقُ اخْتِلَافَ الرِّوَايَتَيْنِ فِي تَطْهِيرِ العُضْوِ بِغَيْرِ المَاءِ) يَعْنِي أَنَّ قَوْلَهُ إِلَّا المَاءَ يَدُلُّ عَلَى أَنَّ إِزَالََةَ النِّجَاسِ الحَقِيقِيِّ عَنِ البَدَنِ لَا يَجُوزُ إِلَّا بِالمَاءِ. وَقَوْلُهُ: (إِلَّا المَائِعُ) يَدُلُّ عَلَى أَنَّ إِزَالَتَهُ تَجُوزُ بِالمَائِعِ الَّذِي يُمَكِّنُ إِزَالََةَ النِّجَاسَةِ بِهِ. وَقَوْلُهُ: (عَلَى مَا بَيَّنَّا) أَيُّ فِي أَوَّلِ

بَابِ الْأُتْحَاسِ.

وَقَوْلُهُ: (وَهَذَا) أَيُّ الَّذِي قُلْنَا مِنْ اشْتِرَاطِ الْمَانِعِ (إِذَا جَاوَزْتَ النَّجَاسَةَ مَخْرَجَهَا) لَمَّا أَنَّ الْمَسْحَ غَيْرُ مُزِيلٍ إِلَّا أَنَّهُ اكْتَفَى بِهِ فِي مَوْضِعِ الْاسْتِنْجَاءِ بِالضَّرُورَةِ، وَالثَّابِتُ بِالضَّرُورَةِ يَتَقَدَّرُ بِقَدَرِهَا فَلَا يَتَعَدَّى إِلَى غَيْرِهَا فَلَا يَجُوزُ إِلَّا الْمَاءُ أَوْ الْمَائِعُ. وَقَوْلُهُ: (ثُمَّ يُعْتَبَرُ الْمِقْدَارُ الْمَانِعُ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ: (اعْتِبَارًا بِسَائِرِ الْمَوَاضِعِ) يَعْنِي أَنَّ فِي سَائِرِ الْمَوَاضِعِ قَدَرَ الدَّرْهِمِ عَفْوٌ، فَإِذَا زَادَ عَلَيْهِ يَكُونُ مَانِعًا فَكَذَا فِي مَوْضِعِ الْاسْتِنْجَاءِ وَالْبَاقِي ظَاهِرٌ إِنْ خُ.

(وَلَا يُسْتَنْجَى بِعَظْمٍ وَلَا بِرَوْثٍ) لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى عَنْ ذَلِكَ، وَتَوَفَّعَ يُجْزِيهِ لِحُصُولِ الْمَقْصُودِ، وَمَعْنَى النَّهْيِ فِي الرِّوْثِ لِلنَّجَاسَةِ، وَفِي الْعَظْمِ كَوْنُهُ زَادَ الْجِنِّ. (وَلَا يُسْتَنْجَى بِطَعَامٍ) لِأَنَّهُ إِضَاعَةٌ وَإِسْرَافٌ. (وَلَا بِيَمِينِهِ) لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى عَنِ الْاسْتِنْجَاءِ بِالْيَمِينِ.

كتاب الصلاة

بَابُ الْمَوَاقِيتِ

(أَوَّلُ وَقْتِ الْفَجْرِ إِذَا طَلَعَ الْفَجْرُ الثَّانِي وَهُوَ الْبَيَاضُ الْمُعْتَرِضُ فِي الْأَفُقِ، وَآخِرُ وَقْتِهَا مَا لَمْ تَطْلُعِ الشَّمْسُ) لِحَدِيثِ «إِمَامَةِ جَبْرِيلَ عَلَيْهِ السَّلَامُ، فَإِنَّهُ أَمَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ فِيهَا فِي الْيَوْمِ الْأَوَّلِ حِينَ طَلَعَ الْفَجْرُ، وَفِي الْيَوْمِ الثَّانِي حِينَ أَصْفَرَ جِدًّا وَكَادَتْ الشَّمْسُ تَطْلُعُ»، ثُمَّ قَالَ فِي آخِرِ الْحَدِيثِ: مَا بَيْنَ هَذَيْنِ الْوَقْتَيْنِ وَقْتُ لَكَ وَلَأَمَتِكَ. وَلَا مُعْتَبَرُ بِالْفَجْرِ الْكَاذِبِ وَهُوَ الْبَيَاضُ الَّذِي يَبْدُو طَوِيلًا ثُمَّ يَعْقِبُهُ الظَّلَامُ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ " لَا يَغُرُّكُمْ أَذَانُ بِلَالٍ وَلَا الْفَجْرُ الْمُسْتَطِيلُ، وَإِنَّمَا الْفَجْرُ الْمُسْتَطِيرُ فِي الْأَفُقِ " أَيِ الْمُنْتَشِرُ فِيهِ.

الشرح:

(كِتَابُ الصَّلَاةِ) قَدْ تَقَدَّمَ فِي أَوَّلِ الْكِتَابِ وَجْهٌ تُقَدِّمُ الصَّلَاةَ عَلَى سَائِرِ الْمَشْرُوعَاتِ بَعْدَ الْإِيمَانِ، وَهِيَ فِي اللَّغَةِ عِبَارَةٌ عَنِ الدُّعَاءِ، وَفِي الشَّرْعِ عِبَارَةٌ عَنِ الْأَرْكَانِ الْمَعْهُودَةِ وَالْأَفْعَالِ الْمَخْصُوصَةِ، وَسُمِّيَتْ بِالصَّلَاةِ لِاشْتِمَالِهَا عَلَى الْمَعْنَى اللَّغَوِيَّةِ فَهِيَ مِنَ الْمُنْقُولَاتِ الشَّرْعِيَّةِ، وَسَبَبُ وَجُوبِهَا أَوْفَائُهَا، وَالْأَمْرُ طَلَبُ أَدَاءِ مَا وَجِبَ فِي الدِّمَّةِ بِسَبَبِ الْوَقْتِ وَقَدْ ذَكَرْنَا وَجْهَ ذَلِكَ فِي التَّقْرِيرِ. وَشَرَايِطُهَا: الطُّهَارَةُ، وَسِتْرُ الْعَوْرَةِ وَاسْتِقْبَالُ الْقِبْلَةِ، وَالْوَقْتُ وَالنِّيَّةُ، وَكَبِيرَةُ الْإِفْتِتَاحِ. فَإِنْ قُلْتَ: جَعَلْتَ الْوَقْتَ سَبَبًا فَكَيْفَ يَكُونُ شَرْطًا؟ قُلْتَ: هُوَ سَبَبٌ لِلْوُجُوبِ وَشَرْطٌ لِلْأَدَاءِ.

وَأَرْكَانُهَا: الْقِيَامُ، وَالْقِرَاءَةُ، وَالرُّكُوعُ، وَالسُّجُودُ، وَالْقَعْدَةُ الْآخِرَةُ مِقْدَارَ التَّشَهُّدِ. وَحُكْمُهَا سَقُوطُ الْوَاجِبِ عَنْهُ بِالْأَدَاءِ فِي الدُّنْيَا وَتَبَلُّ الثَّوَابِ الْمَوْعُودِ فِي الْآخِرَةِ، وَهِيَ فَرِيضَةٌ قَائِمَةٌ، وَشَرِيعَةٌ ثَابِتَةٌ عُرِفَتْ فَرَضِيَّتُهَا بِالْكِتَابِ، وَهُوَ قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿وَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ﴾ [البقرة: ٤٣] وَقَوْلُهُ تَعَالَى ﴿حَفِظُوا عَلَى الصَّلَوَاتِ وَالصَّلَاةِ الْوُسْطَى﴾ [البقرة: ٢٣٨] فَإِنَّهُ يَدُلُّ عَلَى فَرَضِيَّتِهَا وَعَلَى كَوْنِهَا خَمْسًا؛ لِأَنَّهُ أَمَرَ بِحِفْظِ جَمِيعِ الصَّلَوَاتِ وَعَطَفَ عَلَيْهَا الصَّلَاةَ الْوُسْطَى، وَأَقْلُ جَمْعٍ يُتَصَوَّرُ مَعَهُ وَسْطَى هُوَ الْأَرْبَعُ، وَبِالسَّنَةِ وَهُوَ قَوْلُهُ: عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «إِنَّ اللَّهَ تَعَالَى فَرَضَ عَلَى كُلِّ مُسْلِمٍ وَمُسْلِمَةٍ فِي كُلِّ يَوْمٍ وَلَيْلَةٍ خَمْسَ صَلَوَاتٍ» وَهُوَ مِنَ الْمَشَاهِيرِ، وَبِالْإِجْمَاعِ فَقَدْ

أَجْمَعَتِ الْأُمَّةُ مِنْ لَدُنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ إِلَى يَوْمِنَا هَذَا عَلَى فَرْضِيَّتِهَا مِنْ غَيْرِ نَكِيرٍ مُنْكَرٍ وَلَا رَدٍّ رَادٍّ، فَمَنْ أَكْثَرَ شَرْعِيَّتِهَا كَفَرَ بِهَا خِلَافَ.

(بَابُ الْمَوَاقِيتِ) الْمَوَاقِيتُ جَمْعُ مِيقَاتٍ، وَالْمِيقَاتُ مَا وَقَّتَ بِهِ: أَيُّ حُدَدٍ مِنْ زَمَانٍ كَمَوَاقِيتِ الصَّلَوَاتِ أَوْ مَكَانٍ كَمَوَاقِيتِ الْإِحْرَامِ، وَإِنَّمَا ابْتَدَأَ بَيَانِ الْوَقْتِ؛ لِأَنَّهُ سَبَبٌ لِلْوُجُوبِ وَشَرْطٌ لِلْأَدَاءِ فَكَانَ لَهُ جِهَتَانِ فِي التَّقْدِيمِ، وَقُدِّمَ مِنْ بَيْنِهَا وَقْتُ الْفَجْرِ؛ لِأَنَّهُ مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ فِي أَوَّلِهِ وَآخِرِهِ. وَلَأَنَّ صَلَاةَ الْفَجْرِ أَوَّلُ مَنْ صَلَّاهَا آدَمُ عَلَيْهِ السَّلَامُ حِينَ أَهْبَطَ مِنَ الْجَنَّةِ وَأُظْلِمَتْ عَلَيْهِ الدُّنْيَا وَجَنَّ اللَّيْلُ وَلَمْ يَكُنْ يَرَى قَبْلَ ذَلِكَ فَخَافَ خَوْفًا شَدِيدًا، فَلَمَّا اسْتَقَى الْفَجْرُ صَلَّى رَكَعَتَيْنِ شُكْرًا لِلَّهِ تَعَالَى: الرَّكَعَةُ الْأُولَى لِلنَّجَاةِ مِنْ ظُلْمَةِ اللَّيْلِ، وَالثَّانِيَةُ شُكْرًا لِرُجُوعِ ضَوْءِ النَّهَارِ، فَكَانَ ذَلِكَ سَبَبُ كَوْنِهَا رَكَعَتَيْنِ وَفُرِضَتْ عَلَيْنَا، فَلَمَّا كَانَتْ أَوَّلَ صَلَاةٍ صَلَّاهَا الْإِنْسِيُّ قَدَّمَهَا فِي الذِّكْرِ، وَأَوَّلُ وَقْتِهَا إِذَا طَلَعَ الْفَجْرُ الثَّانِي: أَيُّ الْفَجْرِ الصَّادِقِ وَهُوَ الْبَيَاضُ الْمُعْتَرِضُ فِي الْأُفُقِ، وَاحْتَرَزَ بِهِ عَنِ الْفَجْرِ الْكَاذِبِ وَهُوَ الْبَيَاضُ الَّذِي يَبْدُو فِي السَّمَاءِ، وَيَعْقِبُهُ ظَلَامٌ وَتُسَمِّيهِ الْعَرَبُ ذَنْبُ السَّرْحَانِ (وَآخِرُ وَقْتِهَا مَا لَمْ تَطْلُعِ الشَّمْسُ) قِيلَ هَذَا مِنْ قِبَلِ إِطْلَاقِ اسْمِ الْكُلِّ عَلَى الْجُزْءِ؛ لِأَنَّ قَوْلَهُ " مَا لَمْ تَطْلُعِ الشَّمْسُ " يَتَنَاوَلُ مِنْ وَقْتِ طُلُوعِ الْفَجْرِ إِلَى طُلُوعِ الشَّمْسِ وَائِسَ بِمُرَادٍ بَلِ الْمُرَادُ جُزْءٌ قَبِيلُ طُلُوعِ الشَّمْسِ وَهُوَ جُزْءٌ مِنْ جَمِيعِ الْوَقْتِ.

وَحَدِيثُ جَبْرِيلَ عَلَيْهِ السَّلَامُ هُوَ مَا رَوَى ابْنُ عَبَّاسٍ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ "أَمْنِي جَبْرِيلُ عَلَيْهِ السَّلَامُ عِنْدَ الْبَيْتِ مَرَّتَيْنِ وَصَلَّى بِي الظُّهْرَ فِي الْيَوْمِ الْأَوَّلِ حِينَ زَالَتْ الشَّمْسُ وَصَارَ الْفَيْءُ مِثْلَ الشَّرَاكِ، وَصَلَّى بِي الْعَصْرَ حِينَ صَارَ ظِلُّ كُلِّ شَيْءٍ مِثْلَهُ وَصَلَّى بِي الْمَغْرِبَ حِينَ زَالَتْ الشَّمْسُ وَصَلَّى بِي الْعِشَاءَ حِينَ غَابَ الشَّفَقُ، وَصَلَّى بِي الْفَجْرَ حِينَ طَلَعَ الْفَجْرُ، وَصَلَّى بِي الظُّهْرَ فِي الْيَوْمِ الثَّانِي حِينَ زَالَتْ الشَّمْسُ وَصَارَ ظِلُّ كُلِّ شَيْءٍ مِثْلَهُ، وَصَلَّى بِي الْعَصْرَ حِينَ صَارَ ظِلُّ كُلِّ شَيْءٍ مِثْلِهِ، وَصَلَّى بِي الْمَغْرِبَ حِينَ غَرَبَتِ الشَّمْسُ لَوْفَتِهِ بِالْأَمْسِ، وَصَلَّى بِي الْعِشَاءَ حِينَ مَضَى ثُلُثُ اللَّيْلِ أَوْ قَالَ نِصْفُ اللَّيْلِ، وَصَلَّى بِي الْفَجْرَ حِينَ طَلَعَ الْفَجْرُ وَأَسْفَرَ وَكَادَتْ الشَّمْسُ أَنْ تَطْلُعَ، ثُمَّ قَالَ: يَا مُحَمَّدُ هَذَا وَقْتُكَ وَوَقْتُ الْأَنْبِيَاءِ مِنْ قَبْلِكَ، وَالْوَقْتُ مَا بَيْنَ هَذَيْنِ الْوَقْتَيْنِ" وَاعْتَرَضَ بِأَنَّ قَوْلَهُ مَا بَيْنَ هَذَيْنِ الْوَقْتَيْنِ يَفْتَضِي أَلَّا يَكُونَ

الأول والآخر وقتًا وذلك خلاف المطلوب.

وأجيب بأنه لو اقتضى ذلك كانت الصلاة فيهما واقعة في غير الوقت فلم يكن ذلك تعليمًا للوقت وإنما معناه ليس الوقت منحصرًا فيهما بل ما فعلناه بيانًا للحاضرين وما بينهما وقت أيضًا فكان الفعل بيانًا للطرفين، والقول لما بينهما. وقوله: (ولا معتبر بالفجر الكاذب) ظاهر.

(وأول وقت الظهر إذا زالت الشمس) لإمامة جبريل عليه السلام في اليوم الأول حين زالت الشمس (وآخر وقتها عند أبي حنيفة رحمه الله إذا صار ظل كل شيء مثليه سوى في الزوال وقال: إذا صار الظل مثله) وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله وفي الزوال هو الضياء الذي يكون للأشياء وقت الزوال. لهما إمامة جبريل عليه السلام في اليوم الأول في هذا الوقت. ولأبي حنيفة رحمه الله قوله عليه الصلاة والسلام «أبردوا بالظهر فإن شدة الحر من فيح جهنم» وأشد الحر في ديارهم في هذا الوقت، وإذا تعارضت الآثار لا ينقض الوقت بالشك.

الشرح:

وقوله: (إذا زالت الشمس) قيل أصح ما قيل في معرفة الزوال قول محمد بن شجاع أنه يغرر خشبة في مكان مستو ويجعل على مبلغ الظل منه علامة فما دام الظل ينقص من الخط فهو قبل الزوال، فإذا وقف لا يزيد ولا ينقص فهو ساعة الزوال التي هي عبارة عن فيء الزوال، فإذا أخذ الظل في الزيادة فقد علم أن الشمس قد زالت: كذا في المبسوط وفي المحيط، وإذا أخذ الظل في الزيادة فالشمس قد زالت فخط على رأس موضع الزيادة فيكون من رأس الخط إلى العود فيء الزوال فإذا صار ظل العود مثليه من رأس الخط لا من العود خرج وقت الظهر عند أبي حنيفة، ثم هو يختلف باختلاف الأمكنة والأوقات حتى قيل إنه في أطول أيام السنة لا ينقضي بمكة في ذلك الوقت ظل على الأرض، وكذا بالمدينة تأخذ الشمس الحيطان الأربعة، وذلك الفيء غير معتبر في التقدير بالظل بل المعتبر ما سواه.

وقوله: (وآخر وقتها عند أبي حنيفة إذا صار ظل كل شيء مثليه) اعلم أن الروايات عن أبي حنيفة رحمه الله اختلفت في آخر وقت الظهر، روى محمد عنه إذا

صَارَ ظِلُّ كُلِّ شَيْءٍ مِثْلُهُ سِوَى فِيهِ الزَّوَالِ خَرَجَ وَقْتُ الظُّهْرِ وَدَخَلَ وَقْتُ الْعَصْرِ وَهُوَ الَّذِي عَلَيْهِ أَبُو حَنِيفَةَ وَرَوَى الْحَسَنُ بْنُ زِيَادٍ عَنْهُ: إِذَا صَارَ ظِلُّ كُلِّ شَيْءٍ مِثْلَهُ سِوَى فِيهِ الزَّوَالِ خَرَجَ وَقْتُ الظُّهْرِ وَدَخَلَ وَقْتُ الْعَصْرِ، وَبِهِ أَخَذَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ وَزُفَرٌ وَالشَّافِعِيُّ رَحِمَهُمُ اللَّهُ وَرَوَى أَسَدُ بْنُ عَمْرٍو وَعَلِيُّ بْنُ جَعْدٍ عَنْهُ إِذَا صَارَ ظِلُّ كُلِّ شَيْءٍ مِثْلَهُ سِوَاءَ خَرَجَ وَقْتُ الظُّهْرِ وَلَمْ يَدْخُلْ وَقْتُ الْعَصْرِ حَتَّى يَصِيرَ ظِلُّ كُلِّ شَيْءٍ مِثْلِيهِ، وَعَلَى هَذَا يَكُونُ بَيْنَ الظُّهْرِ وَالْعَصْرِ وَقْتُ مُهْمَلٌ كَمَا بَيْنَ الظُّهْرِ وَالْفَجْرِ.

قَالَ الْكَرْخِيُّ: وَهَذِهِ أَعْجَبُ الرِّوَايَاتِ إِلَيَّ لِمُوَافَقَتِهَا لظَاهِرِ الْأَخْبَارِ. وَقَوْلُهُ: آخِرُ الْوَقْتِ إِذَا صَارَ ظِلُّ كُلِّ شَيْءٍ مِثْلِيهِ فِيهِ تَسَامُحٌ؛ لِأَنَّ آخِرَ الشَّيْءِ مِنْهُ، وَإِذَا صَارَ ظِلُّ كُلِّ شَيْءٍ مِثْلِيهِ خَرَجَ وَقْتُ الظُّهْرِ عِنْدَهُ، وَكَذَا إِذَا صَارَ مِثْلُهُ عِنْدَهُمَا، أَلَا تَرَى إِلَى مَا فِي الْمَنْظُومَةِ: فَالْعَصْرُ حِينَ الْمَرْءُ يَلْقَى ظِلَّهُ قَدْ صَارَ مِثْلِيهِ وَقَالَا مِثْلُهُ وَتَأْوِيلُهُ آخِرُ الْوَقْتِ الَّذِي يَتَحَقَّقُ عِنْدَهُ خُرُوجُ الظُّهْرِ بِدَلِيلِ قَوْلِهِ فِيمَا بَعْدُ بِخُطُوطٍ: وَآخِرُ وَقْتُ الْمَرْبِ حِينَ يَغِيبُ الشَّمْسُ، وَلَا شَكَّ أَنَّ بَيِّنَاتِ الشَّقِّقِ يَتَحَقَّقُ الْخُرُوجُ. وَقَوْلُهُ: (لَهُمَا إِمَامَةٌ جَبْرِيلَ عَلَيْهِ السَّلَامُ) اخْتَلَفَ نُسْخُ الْهُدَايَةِ فِيهِ، فَفِي بَعْضِهَا فِي الْيَوْمِ الْأَوَّلِ: أَيِ إِمَامَتِهِ لِلْعَصْرِ فِي الْيَوْمِ الْأَوَّلِ فِي هَذَا الْوَقْتِ، وَفِي بَعْضِهَا فِي الْيَوْمِ الثَّانِي: أَيِ إِمَامَتِهِ لِلظُّهْرِ، وَفِي بَعْضِهَا إِمَامَتُهُ لِلْعَصْرِ فِي الْيَوْمِ الثَّانِي فِي هَذَا الْوَقْتِ: أَيِ الْوَقْتِ الَّذِي جَعَلَهُ أَبُو حَنِيفَةَ وَقْتُ الظُّهْرِ وَهُوَ مَا إِذَا صَارَ ظِلُّ كُلِّ شَيْءٍ مِثْلِيهِ. وَقَوْلُهُ: (وَلَهُ قَوْلُهُ: عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ) أَيِ مَا رَوَى أَبُو سَعِيدٍ "«أُبْرِدُوا بِالظُّهْرِ فَإِنَّ شِدَّةَ الْحَرِّ مِنْ فَيْحِ جَهَنَّمَ»" أَيِ ادْخُلُوا الصَّلَاةَ فِي الْبَرْدِ: يَعْنِي صَلُّوْهَا إِذَا سَكَنَتْ شِدَّةُ الْحَرِّ.

وَقَوْلُهُ: (مِنْ فَيْحِ جَهَنَّمَ) أَيِ شِدَّةِ حَرِّهَا (وَأَشَدُّ الْحَرِّ فِي دِيَارِهِمْ) كَانَ (فِي هَذَا الْوَقْتِ) يَعْنِي إِذَا صَارَ ظِلُّ كُلِّ شَيْءٍ مِثْلُهُ، وَهَذَا مُعَارَضٌ بِحَدِيثِ إِمَامَةِ جَبْرِيلَ؛ لِأَنَّ إِمَامَتَهُ عَلَيْهِ السَّلَامُ فِي صَلَاةِ الْعَصْرِ فِي الْيَوْمِ الْأَوَّلِ فِيمَا إِذَا صَارَ ظِلُّ كُلِّ شَيْءٍ مِثْلُهُ دَلَّتْ عَلَى خُرُوجِ وَقْتِ الظُّهْرِ، وَالْأَمْرُ بِالْإِبْرَادِ بِالظُّهْرِ دَلَّ عَلَى عَدَمِ خُرُوجِهِ؛ لِأَنَّ شِدَّةَ الْحَرِّ فِي دِيَارِهِمْ كَانَ فِي هَذَا الْوَقْتِ (وَإِذَا تَعَارَضَتِ الْآثَارُ لَا يَنْقُضِي الْوَقْتُ) الثَّابِتُ بَيِّنِينَ (بِالشَّكِّ) قِيلَ أَوَّلُ مَنْ صَلَّى بَعْدَ الزَّوَالِ إِبْرَاهِيمُ عَلَيْهِ السَّلَامُ حِينَ أُمِرَ بِذَبْحِ الْوَلَدِ صَلَّى أَرْبَعًا الْأُولَى شُكْرًا لَذَهَابِ غَمِّ الْوَلَدِ، وَالثَّانِيَةَ شُكْرًا لِنُزُولِ الْفِدَاءِ، وَالثَّلَاثَةَ لِرِضَا

اللَّهُ تَعَالَى حِينَ تُودِي ﴿ قَدْ صَدَّقَتِ الرُّيَا ﴾ [الصفات: ١٠٥] وَالرَّابِعَةَ لَصَبْرٍ وَلَدِهِ عَلَى مُضَرَّةِ الذَّبْحِ، وَكَانَ ذَلِكَ مِنْهُ تَطَوُّعًا وَقَدْ فُرِضَ عَلَيْنَا.

(وَأَوَّلُ وَقْتِ الْعَصْرِ إِذَا خَرَجَ وَقْتُ الظُّهْرِ عَلَى الْقَوْلَيْنِ وَآخِرُ وَقْتِهَا مَا لَمْ تَغْرُبِ الشَّمْسُ) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «مَنْ أَدْرَكَ رَكْعَةً مِنَ الْعَصْرِ قَبْلَ أَنْ تَغْرُبَ الشَّمْسُ فَقَدْ أَدْرَكَهَا»^(١).

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَأَوَّلُ وَقْتِ الْعَصْرِ إِذَا خَرَجَ وَقْتُ الظُّهْرِ عَلَى الْقَوْلَيْنِ) أَيُّ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ فِي الرِّوَايَةِ الْمَشْهُورَةِ عَنْهُ وَقَوْلِ صَاحِبَيْهِ، فَعِنْدَهُ إِذَا صَارَ ظِلُّ كُلِّ شَيْءٍ مِثْلِيهِ سِوَى فِيءِ الزَّوَالِ دَخَلَ وَقْتُ الْعَصْرِ، وَعِنْدَهُمَا إِذَا صَارَ ظِلُّ كُلِّ شَيْءٍ مِثْلَهُ. (وَأَخِرُ وَقْتِهَا وَقْتُ غُرُوبِ الشَّمْسِ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ " «مَنْ أَدْرَكَ رَكْعَةً مِنَ الْعَصْرِ قَبْلَ أَنْ تَغْرُبَ الشَّمْسُ فَقَدْ أَدْرَكَهَا»^(٢)) (ذَكَرَهُ فِي الصَّحِيحَيْنِ، قِيلَ وَأَوَّلُ مَنْ صَلَّى الْعَصْرَ يُؤْتَسُّ عَلَيْهِ السَّلَامُ حِينَ أَنْجَاهُ اللَّهُ تَعَالَى مِنْ أَرْبَعِ ظُلُمَاتٍ وَقْتُ الْعَصْرِ: ظُلْمَةُ الرِّقَّةِ، وَظُلْمَةُ اللَّيْلِ، وَظُلْمَةُ الْمَاءِ. وَظُلْمَةُ بَطْنِ الْحَوْتِ، فَصَلَّاهَا شُكْرًا تَطَوُّعًا وَأَمْرًا بِهَا. (وَأَوَّلُ وَقْتِ الْمَغْرِبِ إِذَا غَرَبَتِ الشَّمْسُ وَآخِرُ وَقْتِهَا مَا لَمْ يَغِبِ الشَّفَقُ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: مِقْدَارُ مَا يُصَلَّى فِيهِ ثَلَاثَ رَكَعَاتٍ لِأَنَّ جَبْرِيلَ عَلَيْهِ السَّلَامُ أَمَّ فِي الْيَوْمَيْنِ فِي وَقْتٍ وَاحِدٍ. وَلَنَا قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «أَوَّلُ وَقْتِ الْمَغْرِبِ حِينَ تَغْرُبُ الشَّمْسُ وَآخِرُ وَقْتِهَا حِينَ يَغِيبُ الشَّفَقُ»^(٣) وَمَا رَوَاهُ كَانَ لِلتَّحَرُّزِ عَنِ الْكَرَاهَةِ (ثُمَّ) الشَّفَقُ هُوَ الْبَيَاضُ الَّذِي فِي الْأَفْقِ بَعْدَ الْحُمْرَةِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ، وَقَالَا: هُوَ الْحُمْرَةُ وَهُوَ رَوَايَةً عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ " «الشَّفَقُ الْحُمْرَةُ» وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ - قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «وَأَخِرُ وَقْتِ الْمَغْرِبِ إِذَا اسْوَدَّ الْأَفْقُ» وَمَا رَوَاهُ مَوْقُوفٌ عَلَى ابْنِ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا ذَكَرَهُ مَا لَكَ

(١) أخرجه مسلم (٦٠٨)، (١٦٥)، وأبو داود (٤١٢) وأحمد (٢/٢٨٢)، والبيهقي في السنن (٣٦٨/١).

(٢) سبق تخريجه.

(٣) أخرجه مسلم في المساجد ومواضع الصلاة (حديث ١٧٤)، بمعناه من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص.

- رَحِمَهُ اللَّهُ - فِي الْمَوْطَأِ، وَفِيهِ اخْتِلَافُ الصَّحَابَةِ.

الشرح:

(وَأَوَّلُ وَقْتِ الْمَغْرِبِ إِذَا غَرَبَتِ الشَّمْسُ وَآخِرُ وَقْتِهَا مَا لَمْ يَغِبِ الشَّفَقُ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: وَقْتُ الْمَغْرِبِ مِقْدَارُ مَا يُصَلِّي فِيهِ ثَلَاثُ رَكَعَاتٍ) وَهُوَ أَحَدُ قَوْلَيْهِ: قَالَ الْغَزَالِيُّ فِي وَقْتِ الْمَغْرِبِ قَوْلَانِ: أَحَدُهُمَا أَنَّهُ يَمْتَدُّ إِلَى غُرُوبِ الشَّفَقِ وَإِلَيْهِ ذَهَبَ أَحْمَدُ بْنُ حَنْبَلٍ رَحِمَهُ اللَّهُ وَالثَّانِي إِذَا مَضَى بَعْدَ الْغُرُوبِ وَقْتُ وَضُوءٍ وَأَذَانٍ وَإِقَامَةٍ وَقَدَّرَ خَمْسَ رَكَعَاتٍ فَقَدْ انْقَضَى الْوَقْتُ وَقَالَ فِي الْحَلِيَّةِ: قَدَّرُ ثَلَاثَ رَكَعَاتٍ. وَعَلَى هَذَا مَا ذَكَرَهُ الْمُصَنِّفُ مِنْ جِهَتِهِ لَيْسَ بِكَافٍ، وَاسْتَدَلَّ بِإِمَامَةِ جَبْرِيلَ عَلَيْهِ السَّلَامُ فِي الْيَوْمَيْنِ فِي وَقْتٍ وَاحِدٍ، وَذَلِكَ لِأَنَّ الْوَقْتَ لَوْ كَانَ مُمْتَدًّا لَمْ يَوْمُ جَبْرِيلُ فِي الْيَوْمَيْنِ فِي وَقْتٍ وَاحِدٍ؛ لِأَنَّهُ كَانَ يَعْلَمُ أَوَّلَ الْوَقْتِ وَآخِرَهُ (وَلَنَا) حَدِيثُ أَبِي هُرَيْرَةَ «(أَوَّلُ الْمَغْرِبِ حِينَ تَغْرُبُ الشَّمْسُ وَآخِرُهُ حِينَ يَغِيبُ الشَّفَقُ) وَمَا رَوَاهُ) مِنْ إِمَامَةِ جَبْرِيلَ عَلَيْهِ السَّلَامُ فِي الْيَوْمَيْنِ فِي وَقْتٍ وَاحِدٍ (كَانَ لِلتَّحَرُّزِ عَنِ الْكَرَاهَةِ)؛ لِأَنَّ تَأْخِيرَ الْمَغْرِبِ إِلَى آخِرِ الْوَقْتِ مَكْرُوهٌ (ثُمَّ) اخْتَلَفَ الْعُلَمَاءُ فِي (الشَّفَقِ) فَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ (هُوَ الْبَيَاضُ فِي الْأَفْقِ بَعْدَ الْحُمْرَةِ) وَهُوَ قَوْلُ أَبِي بَكْرٍ وَمُعَاذٍ وَأُسَيْبِ بْنِ الزُّبَيْرِ (وَقَالَا: هُوَ الْحُمْرَةُ، وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ) رَوَاهُ عَنْهُ أَسَدُ بْنُ عَمْرٍو وَهُوَ قَوْلُ ابْنِ عُمَرَ وَشَدَّادُ بْنُ أَوْسٍ وَعُبَادَةُ بْنُ الصَّامِتِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ، وَبِهِ أَخَذَ الشَّافِعِيُّ وَاسْتَدَلَّ بِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ "«الشَّفَقُ هُوَ الْحُمْرَةُ» (وَلَأَبِي حَنِيفَةَ) مَا رَوَاهُ أَبُو هُرَيْرَةَ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: «وَأَخِرُ وَقْتِ الْمَغْرِبِ إِذَا اسْوَدَّ الْأَفْقُ» (" وَهُوَ لَا يَكُونُ إِلَّا بَعْدَ زَوَالِ الْبَيَاضِ (وَمَا رَوَاهُ) يَغْنِي قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «الشَّفَقُ هُوَ الْحُمْرَةُ» (مَوْقُوفٌ) عَلَى ابْنِ عُمَرَ ذَكَرَهُ فِي الْمَوْطَأِ وَالْمَوْقُوفُ لَا يَصْلُحُ حُجَّةً (وَفِيهِ) أَيُّ فِي الشَّفَقِ (اخْتِلَافُ الصَّحَابَةِ) كَمَا ذَكَرْنَاهُ، قِيلَ مَعْنَى كَلَامِهِ أَنَّ التَّمَسُّكَ بِالْحَدِيثِ فِيمَا اخْتَلَفَ فِيهِ الصَّحَابَةُ لَا يَجُوزُ؛ لِأَنَّ عَدَمَ التَّمَسُّكِ بِهِ أَوْ عَدَمَ الْقَبُولِ دَلِيلُ انْقِطَاعِهِ فَكَيْفَ يَجُوزُ التَّمَسُّكُ فِي ذَلِكَ بِالْمَوْقُوفِ: وَفِيهِ نَظَرٌ؛ لِأَنَّهُ حِينَئِذٍ مُشْتَرَكُ الْإِلْزَامِ. قِيلَ وَأَوَّلُ مَنْ صَلَّى الْمَغْرِبَ شُكْرًا تَطَوُّعًا عِيسَى عَلَيْهِ السَّلَامُ حِينَ خَاطَبَهُ اللَّهُ تَعَالَى بِقَوْلِهِ: ﴿عَأَنْتَ قُلْتَ لِلنَّاسِ اتَّخِذُونِي﴾ [المائدة: ١١٦] الْآيَةِ، وَكَانَ ذَلِكَ بَعْدَ غُرُوبِ الشَّمْسِ، فَلَأَوَّلَى لِنَفْيِ الْأُلُوْهِيَّةِ عَنْ

نَفْسِهِ، وَالثَّانِيَةُ لَنَفْسِهَا عَنْ وَالدَّتِهِ، وَالثَّلَاثَةُ لِإِبْطَاتِهَا لِلَّهِ، وَفِيهِ نَظَرٌ.

(وَأَوَّلُ وَقْتِ الْعِشَاءِ إِذَا غَابَ الشَّفَقُ، وَآخِرُ وَقْتِهَا مَا لَمْ يَطْلُعِ الْفَجْرُ الثَّانِي) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «وَأَخِرُ وَقْتِ الْعِشَاءِ حِينَ يَطْلُعُ الْفَجْرُ». وَهُوَ حُجَّةٌ عَلَى الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي تَقْدِيرِهِ بِذَهَابِ ثُلُثِ اللَّيْلِ.

الشرح:

(وَأَوَّلُ وَقْتِ الْعِشَاءِ إِذَا غَابَ الشَّفَقُ وَآخِرُ وَقْتِهَا مَا لَمْ يَطْلُعِ الْفَجْرُ) لَمَا رَوَى أَبُو هُرَيْرَةَ أَنَّهُ ﷺ قَالَ: «وَأَخِرُ وَقْتِ الْعِشَاءِ حِينَ يَطْلُعُ الْفَجْرُ» " قَالَ الْمُصَنِّفُ (وَهُوَ حُجَّةٌ عَلَى الشَّافِعِيِّ فِي تَقْدِيرِهِ بِذَهَابِ ثُلُثِ اللَّيْلِ). وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ يَدُلُّ عَلَى قِيَامِ الْوَقْتِ إِلَى الْفَجْرِ، وَحَدِيثُ إِمَامَةِ جَبْرِيلَ يَدُلُّ عَلَى أَنَّ آخِرَ الْوَقْتِ هُوَ ثُلُثُ اللَّيْلِ فَتَعَارَضًا، وَإِذَا تَعَارَضَتِ الْأَثَارُ لَا يَنْقَضِي الْوَقْتُ الثَّابِتُ يَقِينًا بِالشَّكِّ كَمَا تَقَدَّمَ، أَوْ نَقُولُ إِمَامَةُ جَبْرِيلَ لَمْ تَكُنْ لِنَفْسِ مَا وَرَاءَ وَقْتِ الْإِمَامَةِ عَنْ وَقْتِ الصَّلَاةِ، بَلْ لِإِبْطَاتِ مَا كَانَ فِيهِ.

أَلَا تَرَى أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَمَّ فِي الْيَوْمِ الثَّانِي حِينَ أَسْفَرَ وَالْوَقْتُ يَنْقَى بَعْدَهُ إِلَى طُلُوعِ الشَّمْسِ، وَإِذَا لَمْ تَكُنْ لِلنَّفْسِ بَقِيَّةٌ مَا رَوَيْنَا سَالِمًا عَنْ الْمُعَارِضِ فَيَكُونُ حُجَّةً. قِيلَ وَأَوَّلُ مَنْ صَلَّى الْعِشَاءَ مُوسَى عَلَيْهِ السَّلَامُ حِينَ خَرَجَ مِنْ مَدْيَنَ وَضَلَّ الطَّرِيقَ، وَكَانَ فِي غَمِّ الْمَرْأَةِ وَغَمِّ أَخِيهِ هَارُونَ وَغَمِّ عَدُوِّهِ فِرْعَوْنَ وَغَمِّ أَوْلَادِهِ، فَلَمَّا نَجَّاهُ اللَّهُ تَعَالَى مِنْ ذَلِكَ كُلِّهِ وَنُودِيَ مِنْ شَاطِئِ الْوَادِي صَلَّ أَرْبَعًا تَطَوُّعًا وَأَمَرْنَا بِذَلِكَ. وَهَذِهِ الْأَقْوَالُ الَّتِي ذَكَرْنَاهَا عَقِيبَ كُلِّ صَلَاةٍ وَجَدْنَاهَا فِي شَرْحِ شَيْخِي الْعَلَامَةِ قَوَامِ الدِّينِ الْكَاكِي رَحِمَهُ اللَّهُ مَثْقُولَةً عَنْ أَبِي الْفَضْلِ مَعَ زِيَادَاتٍ فَتَقَلَّتْهَا مُخْتَصَرَةً.

(وَأَوَّلُ وَقْتِ الْوُتْرِ بَعْدَ الْعِشَاءِ وَآخِرُهُ مَا لَمْ يَطْلُعِ الْفَجْرُ) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ فِي الْوُتْرِ «فَصَلُّوْهَا مَا بَيْنَ الْعِشَاءِ إِلَى طُلُوعِ الْفَجْرِ» قَالَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: هَذَا عِنْدَهُمَا، وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَقْتُهُ وَقْتُ الْعِشَاءِ، إِلَّا أَنَّهُ لَا يُقَدَّمُ عَلَيْهِ عِنْدَ التَّذَكُّرِ لِلتَّرْتِيبِ.

الشرح:

(وَأَوَّلُ وَقْتِ الْوُتْرِ بَعْدَ الْعِشَاءِ وَآخِرُهُ مَا لَمْ يَطْلُعِ الْفَجْرُ) عِنْدَهُمَا لِقَوْلِهِ ﷺ

«فَصَلُّوْهَا مَا بَيْنَ الْعِشَاءِ إِلَى طُلُوعِ الْفَجْرِ» وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَقْتُهٖ وَقْتُ الْعِشَاءِ؛ لِأَنَّ الْوُتْرَ عِنْدَهُ فَرَضٌ عَمَلًا، وَالْوَقْتُ إِذَا جَمَعَ بَيْنَ صَلَاتَيْنِ وَاجِبَتَيْنِ كَانَ وَقْتُ لِهُمَا جَمِيعًا كَالْفَائِتَةِ وَالْوَقْتِيَّةِ. فَإِنْ قِيلَ: لَوْ كَانَ وَقْتُ الْوُتْرِ وَقْتُ الْعِشَاءِ لَجَازَ تَقْدِيمُهُ عَلَى الْعِشَاءِ. أَجَابَ بِقَوْلِهِ (إِلَّا أَنَّهُ لَا يُقَدَّمُ عَلَيْهِ عِنْدَ التَّذَكُّرِ) يَعْنِي إِذَا لَمْ يَكُنْ نَاسِيًا (لِلتَّرْتِيبِ) وَعَلَى هَذَا إِذَا أُوتِرَ قَبْلَ الْعِشَاءِ مُتَعَمِّدًا أَعَادَ الْوُتْرَ بِلَا خِلَافٍ، وَإِنْ أُوتِرَ نَاسِيًا لِلْعِشَاءِ ثُمَّ تَذَكَّرَ لَا يُعِيدُهُ عِنْدَهُ؛ لِأَنَّ النَّسْيَانَ يُسْقِطُ التَّرْتِيبَ وَيُعِيدُهُ عِنْدَهُمَا؛ لِأَنَّهُ سَنَةُ الْعِشَاءِ كَرَكْعَتَيْ الْعِشَاءِ، فَلَوْ قَدَّمَ الرُّكْعَتَيْنِ عَلَى الْعِشَاءِ لَمْ يَجْزُ عَامِدًا كَانَ أَوْ نَاسِيًا فَكَذَلِكَ الْوُتْرُ.

فصل

(وَيُسْتَحَبُّ الْإِسْفَارُ بِالْفَجْرِ) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «أَسْفِرُوا بِالْفَجْرِ فَإِنَّهُ أَعْظَمُ لِلْأَجْرِ» ^(١) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: يُسْتَحَبُّ التَّعْجِيلُ فِي كُلِّ صَلَاةٍ، وَالْحُجَّةُ عَلَيْهِ مَا رَوَيْنَاهُ وَمَا نَرُوهُ.

الشرح:

(فصل) لَمَّا فَرَعَ مِنْ ذِكْرِ مُطْلَقِ الْأَوْقَاتِ شَرَعَ فِي بَيَانِ الْكَامِلِ مِنْهَا وَالنَّاقِصِ، وَجَعَلَ لِكُلِّ مِنْهُمَا فَضْلًا عَلَى حِدَةٍ، وَقَدَّمَ الْأَوْقَاتَ الْمُسْتَحَبَّةَ عَلَى الْمَكْرُوهَةِ وَوَجَّهَ ذَلِكَ ظَاهِرٌ. قَوْلُهُ: (وَيُسْتَحَبُّ الْإِسْفَارُ بِالْفَجْرِ) أَسْفَرَ الصُّبْحُ إِذَا أَضَاءَ وَمِنْهُ أَسْفَرَ بِالصَّلَاةِ إِذَا صَلَّاهَا بِالْإِسْفَارِ، وَالْبَاءُ لِلتَّعْدِيَةِ. وَقَوْلُهُ: وَيُسْتَحَبُّ الْإِسْفَارُ بِإِطْلَاقِهِ يَدُلُّ عَلَى أَنَّ الْبِدَاءَةَ وَالْخَتْمَ بِالْإِسْفَارِ هُوَ الْمُسْتَحَبُّ وَهُوَ ظَاهِرُ الرُّوَايَةِ.

وَقَالَ الطَّحَاوِيُّ: يُبْدَأُ بِالتَّغْلِيسِ وَيُخْتَمُ بِالْإِسْفَارِ وَيُجْمَعُ بَيْنَهُمَا بِتَطْوِيلِ الْقِرَاءَةِ. وَوَجَّهَ الظَّاهِرُ قَوْلُهُ: ﷺ: «أَسْفِرُوا بِالْفَجْرِ فَإِنَّهُ أَعْظَمُ لِلْأَجْرِ» ^(٢) وَحَدَّثَ الْإِسْفَارُ أَنْ يُبْدَأَ بِالصَّلَاةِ بَعْدَ انْتِشَارِ الْبَيَاضِ بِقِرَاءَةِ مَسْنُونَةٍ، فَإِنْ ظَهَرَ لَهُ حَاجَةٌ إِلَى الْوُضُوءِ بَعْدَ الصَّلَاةِ أَمْكَنَهُ أَنْ يَتَوَضَّأَ أَوْ يُصَلِّيَ الْفَجْرَ قَبْلَ طُلُوعِ الشَّمْسِ (وَقَالَ الشَّافِعِيُّ يُسْتَحَبُّ التَّعْجِيلُ) وَهُوَ أَنْ يَكُونَ الْأَدَاءُ فِي النِّصْفِ الْأَوَّلِ (فِي كُلِّ صَلَاةٍ) وَاسْتَدَلَّ بِمَا قَالَتْ عَائِشَةُ: كَانَتْ النِّسَاءُ يَنْصَرِفْنَ مِنَ الصَّلَاةِ مَعَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَهُنَّ مُتَلَفَعَاتُ بِمُرُوطِهِنَّ مَا يُعْرَفَنَّ

(١) أخرجه الترمذي (١٥٤)، والنسائي (٢٧٢/١)، وأحمد (١٥٨١٩).

(٢) سبق تخريجه.

مِنْ شِدَّةِ الْعَلْسِ.

قَالَ الْمُصَنَّفُ (وَالْحُجَّةُ عَلَيْهِ مَا رَوَيْنَاهُ) يَعْنِي مَا رَوَيْنَا مِنْ حَدِيثِ رَافِعِ بْنِ خَدِيجٍ وَهُوَ قَوْلُهُ: عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «فِي أَسْفَرُوا بِالْفَجْرِ» الْحَدِيثُ، وَذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ أَمَرَ بِذَلِكَ وَأَقْلَهُ النَّدْبُ وَمَا رَوَاهُ حَكَايَةُ فَعَلٍ لَا تُعَادِلُ قَوْلَهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ وَقَوْلُهُ: (وَمَا تَرَوِيهِ) إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ «وَإِذَا كَانَ فِي الصَّيْفِ أَبْرَدَ بِهَا» وَذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ يَدْعِي التَّعْجِيلَ فِي كُلِّ صَلَاةٍ، فَإِذَا ثَبَتَ التَّأْخِيرُ فِي الْبَعْضِ كَانَ حُجَّةً عَلَيْهِ.

قَالَ (وَالْإِبْرَادُ بِالظُّهْرِ فِي الصَّيْفِ وَتَقْدِيمُهُ فِي الشِّتَاءِ) لَمَّا رَوَيْنَا وَلِرَوَايَةِ أَنَسٍ رضي الله عنه قَالَ «كَانَ النَّبِيُّ ﷺ إِذَا كَانَ فِي الشِّتَاءِ بَكَرَ بِالظُّهْرِ، وَإِذَا كَانَ فِي الصَّيْفِ أَبْرَدَ بِهَا» (وَتَأْخِيرُ الْعَصْرِ مَا لَمْ تَتَغَيَّرِ الشَّمْسُ فِي الشِّتَاءِ وَالصَّيْفِ) لَمَّا فِيهِ مِنْ تَكْثِيرِ النَّوَافِلِ لِكِرَاهَتِهَا بَعْدَهُ، وَالْمُعْتَبَرُ تَغْيِيرُ الْقُرْصِ وَهُوَ أَنْ يَصِيرَ بِحَالٍ لَا تَحَارُ فِيهِ الْأَعْيُنُ هُوَ الصَّحِيحُ، وَالتَّأْخِيرُ إِلَيْهِ مَكْرُوهٌ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَالْإِبْرَادُ بِالظُّهْرِ) عَطَفٌ عَلَى قَوْلِهِ الْإِسْفَارُ بِالْفَجْرِ. وَقَوْلُهُ: (لَمَّا رَوَيْنَا) يَعْنِي مَا رَوَى قَبْلَ هَذَا الْفَصْلِ مِنْ قَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ " «أَبْرَدُوا بِالظُّهْرِ فَإِنَّ شِدَّةَ الْحَرِّ» الْحَدِيثُ. وَقَوْلُهُ: لَمَّا رَوَيْنَا مُتَعَلِّقٌ بِقَوْلِهِ وَالْإِبْرَادُ بِالظُّهْرِ. وَقَوْلُهُ: (وَلِرَوَايَةِ أَنَسٍ قَالَ «كَانَ النَّبِيُّ ﷺ إِذَا كَانَ فِي الشِّتَاءِ بَكَرَ بِالظُّهْرِ، وَإِذَا كَانَ فِي الصَّيْفِ أَبْرَدَ بِهَا» مُتَعَلِّقٌ بِالسَّأَلَيْنِ جَمِيعًا) (وَتَأْخِيرُ الْعَصْرِ فِي الصَّيْفِ وَالشِّتَاءِ مَا لَمْ تَتَغَيَّرِ الشَّمْسُ لَمَّا فِي التَّأْخِيرِ مِنْ تَكْثِيرِ النَّوَافِلِ لِكِرَاهَتِهَا بَعْدَ الْعَصْرِ) وَلِهَذَا كَانَ تَعْجِيلُ الْمَغْرِبِ أَفْضَلَ؛ لِأَنَّ أَدَاءَ النَّافِلَةِ قَبْلَهَا مَكْرُوهٌ، وَتَكْثِيرُ النَّوَافِلِ أَفْضَلُ مِنَ الْمُبَادَرَةِ إِلَى الْأَدَاءِ فِي أَوَّلِ الْوَقْتِ (وَالْمُعْتَبَرُ تَغْيِيرُ الْقُرْصِ وَهُوَ أَنْ يَصِيرَ بِحَالٍ لَا تَحَارُ فِيهِ الْأَعْيُنُ) أَيْ يَذْهَبُ الضُّوْءُ فَلَا يَحْصُلُ لِلْبَصَرِ بِالنَّظَرِ إِلَيْهِ حَيْرَةٌ.

وَقَوْلُهُ: (هُوَ الصَّحِيحُ) احْتِرَازٌ عَنْ قَوْلِ سُفْيَانَ وَإِبْرَاهِيمَ النَّخَعِيِّ إِنَّ الْمُعْتَبَرَ تَغْيِيرُ الضُّوْءِ الَّذِي يَقَعُ عَلَى الْجُدْرَانِ. قَالَ شَمْسُ الْأَيْمَةِ: أَخَذْنَا بِقَوْلِ الشَّعْبِيِّ وَهُوَ تَغْيِيرُ الْقُرْصِ؛ لِأَنَّ تَغْيِيرَ الضُّوْءِ يَحْصُلُ بَعْدَ الزَّوَالِ، وَعَمَّا فَسَّرَ تَغْيِيرَ الْقُرْصِ بِهِ وَهُوَ مَا قِيلَ إِذَا قَامَتِ الشَّمْسُ لِلْمَغْرُوبِ قَدْرٌ رُمِحَ لَمْ تَتَغَيَّرْ، وَإِذَا كَانَتْ أَقْلَ مِنْ ذَلِكَ تَغَيَّرَتْ، وَمَا قِيلَ

يُوضَعُ طَشْتُ مَاءٍ فِي الصَّحْرَاءِ وَيُنْظَرُ فِيهِ فَإِنْ كَانَ الْقُرْصُ يَدُّو لِلنَّظَرِ فَقَدْ تَغَيَّرَتْ، وَكَانَ قَوْلُهُ: هُوَ الصَّحِيحُ لِبَيَانِ أَنْ تَغَيَّرَ الْقُرْصُ بِهَذَا التَّفْسِيرِ هُوَ الصَّحِيحُ، وَتَغَيَّرَ الضُّوءُ وَتَغَيَّرَ الْقُرْصُ بِالتَّفْسِيرَيْنِ الْأَخِيرَيْنِ لَيْسَ بِصَحِيحٍ (وَالتَّأخِيرُ إِلَيْهِ) أَيِ إِلَى هَذَا الْوَقْتِ (مَكْرُوهٌ) قَالُوا: وَأَمَّا الْفِعْلُ فَغَيْرُ مَكْرُوهٍ؛ لِأَنَّهُ مَأْمُورٌ بِالْفِعْلِ وَلَا يَسْتَقِيمُ اثْبَاتُ الْكَرَاهَةِ لِلشَّيْءِ مَعَ الْأَمْرِ بِهِ.

(و) يُسْتَحَبُّ (تَعْجِيلُ الْمَغْرِبِ) لِأَنَّ تَأْخِيرَهَا مَكْرُوهٌ لِمَا فِيهِ مِنَ التَّشْبِهِ بِالْيَهُودِ. وَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «لَا تَزَالُ أُمَّتِي بِخَيْرٍ مَا عَجَلُوا الْمَغْرِبَ وَأَخَّرُوا الْعِشَاءَ»^(١).

الشرح:

(وَيُسْتَحَبُّ تَعْجِيلُ الْمَغْرِبِ؛ لِأَنَّ تَأْخِيرَهَا مَكْرُوهٌ لِمَا فِيهِ مِنَ التَّشْبِهِ بِالْيَهُودِ) وَفِيهِ نَظَرٌ؛ لِأَنَّ كُلَّ مَا يَكُونُ تَأْخِيرُهَا مَكْرُوهًا لَا يَسْتَلْزِمُ أَنْ يَكُونَ تَعْجِيلُهَا مُسْتَحَبًّا لِحَوَازِ أَنْ يَكُونَ مُبَاحًا، أَلَا تَرَى أَنَّ تَأْخِيرَ الْعِشَاءِ إِلَى النِّصْفِ الْأَخِيرِ مَكْرُوهٌ وَلَا يَلْزِمُ مِنْ تَرْكِهِ الِاسْتِحْبَابُ؛ لِأَنَّ التَّأْخِيرَ إِلَى نِصْفِ اللَّيْلِ مُبَاحٌ عَلَى مَا سَيَجِيءُ. وَالْجَوَابُ أَنَّ التَّأْخِيرَ مَكْرُوهٌ لِمَا فِيهِ مِنَ التَّشْبِهِ بِالْيَهُودِ وَمَا فِيهِ مِنَ التَّشْبِهِ بِالْيَهُودِ فَتَرْكُهُ مُسْتَحَبٌّ؛ لِأَنَّ الْإِبَاحَةَ فِيهِ قَدْ تُفْضِي إِلَى الْمُسَامَحَةِ، وَمَا ذَكَرَ فِي النَّهَايَةِ وَغَيْرِهِ فِي جَوَابِ هَذَا السُّؤَالِ مَبْنِيًّا عَلَى أَمْرِ الصَّادِقِينَ أَوْ التَّقِيضِينَ لَا يَتِمَّشَقُ فَلْيَتَأَمَّلْ.

قَوْلُهُ: (وَقَالَ ﷺ «لَا تَزَالُ أُمَّتِي بِخَيْرٍ مَا عَجَلُوا الْمَغْرِبَ وَأَخَّرُوا الْعِشَاءَ» دَلِيلٌ مَنْقُولٌ عَلَى اسْتِحْبَابِ تَعْجِيلِ الْمَغْرِبِ، وَمَعْنَاهُ لَا تَزَالُ أُمَّتِي بِخَيْرٍ مُدَّةَ تَعْجِيلِهِمُ الْمَغْرِبَ. وَوَجْهُ التَّمَسُّكِ أَنَّ الشَّرْعَ رَتَّبَ اسْتِمْرَارَ الْخَيْرِ عَلَى تَعْجِيلِ الْمَغْرِبِ، وَالْمُبَاحُ لَا يَتَرْتَّبُ عَلَى فِعْلِهِ خَيْرٌ شَرْعِيٌّ. وَاعْتَرَضَ عَلَى الْمُصَنِّفِ فِي تَأْخِيرِ الْحَدِيثِ عَنِ الدَّلِيلِ الْعَقْلِيِّ. وَأُجِيبَ بِأَنَّهُ فَعَلَ ذَلِكَ؛ لِأَنَّ الْحَدِيثَ فِيهِ دَلَالَةٌ عَلَى تَأْخِيرِ الْعِشَاءِ فَكُرِهَ الْفَصْلُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْمَذْهُوبِ بِدَلِيلٍ عَقْلِيِّ وَلَيْسَ بِطَائِلٍ. فَإِنْ قُلْتَ: رَوِيَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَرَأَ سُورَةَ الْأَعْرَافِ فِي صَلَاةِ الْمَغْرِبِ، وَذَلِكَ يَدُلُّ عَلَى أَنَّ التَّأْخِيرَ لَيْسَ بِمَكْرُوهٍ. أُجِيبَ بِأَنَّ ذَلِكَ لَيْسَ مِمَّا نَحْنُ فِيهِ، فَإِنَّ كَلَامَنَا فِيمَا إِذَا أَخَّرَ إِلَى وَقْتِ الْكَرَاهَةِ ثُمَّ شَرَعَ، وَالَّذِي فَعَلَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ كَانَ مِنْ بَابِ الْمَدِّ، وَالْمَدُّ مِنْ أَوَّلِ الْوَقْتِ إِلَى آخِرِهِ مَغْفُوفٌ، وَبِهِ بَطَلَ

اسْتِدْلَالُ عِيسَى بْنِ أَبَانَ عَلَى جَوَازِ التَّأخيرِ.

قَالَ (وَتَأخيرُ العِشاءِ إِلَى مَا قَبَلَ ثُلُثَ اللَّيْلِ) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «لَوْلَا أَنْ أَشُقُّ عَلَى أُمَّتِي لِأَخَّرْتُ العِشاءَ إِلَى ثُلُثِ اللَّيْلِ»^(١) وَلأنَّ فِيهِ قَطَعَ السَّمرِ الْمُنْهِي عَنْهُ بَعْدَهُ، وَقِيلَ فِي الصَّيْفِ تُعَجَّلُ كَي لَا تَتَقَلَّلَ الْجَمَاعَةُ، وَالتَّأخيرُ إِلَى نِصْفِ اللَّيْلِ مُبَاحٌ لَأَنَّ دَلِيلَ الْكَرَاهَةِ وَهُوَ تَقْصِيرُ الْجَمَاعَةِ عَارِضُهُ دَلِيلُ النَّدْبِ وَهُوَ قَطَعَ السَّمرِ بِوَاحِدَةٍ فَتَثَبُتِ الْإِبَاحَةُ وَإِلَى النِّصْفِ الْأَخِيرِ مَكْرُوهٌ لَمَّا فِيهِ مِنْ تَقْصِيرِ الْجَمَاعَةِ وَقَدْ انْقَطَعَ السَّمرُ قَبْلَهُ.

الشرح:

(وَيُسْتَحَبُّ تَأخيرُ العِشاءِ إِلَى مَا قَبَلَ ثُلُثَ اللَّيْلِ) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ " «لَوْلَا أَنْ أَشُقُّ عَلَى أُمَّتِي لِأَخَّرْتُ العِشاءَ إِلَى ثُلُثِ اللَّيْلِ»^(٢) وَطُوبَى بِالْفَرْقِ بَيْنَهُ وَبَيْنَ قَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ " «لَوْلَا أَنْ أَشُقُّ عَلَى أُمَّتِي لَأَمَرْتُهُمُ بِالسَّوَاكِ»^(٣) " فَإِنَّهُمَا عَلَى نَهْجٍ وَاحِدٍ، وَذَلِكَ أَثَبَتَ السُّنَّةَ وَهَذَا أَثَبَتَ الاسْتِحْبَابَ. وَأَجِيبَ بَأَنَّا لَا نُسَلِّمُ أَكْثَرَهُمَا عَلَى نَهْجٍ وَاحِدٍ، بَلْ فِي حَدِيثِ السَّوَاكِ يَنْتَفِي الْأَمْرُ بِمَنْعِ الْمَشَقَّةِ، فَإِذَا انْتَفَى الْأَمْرُ بِهِ وَكَانَ مُقْتَضَاهُ الْوُجُوبُ ثَبَتَ مَا دُونَ الْوُجُوبِ وَهُوَ السُّنَّةُ، وَفِيمَا نَحْنُ فِيهِ الْمُنْتَفِي لِلْمَنْعِ هُوَ التَّأخيرُ، وَنَفْسُ التَّأخيرِ لَمْ يَكُنْ لِلْوُجُوبِ بَلْ لِلنَّدْبِ وَالاسْتِحْبَابِ (وَلأنَّ فِيهِ) أَيُّ فِي التَّأخيرِ (قَطَعَ السَّمرِ الْمُنْهِي عَنْهُ بَعْدَهُ) وَالسَّمرُ حَدِيثٌ لِأَجْلِ الْمُؤَانَسَةِ، وَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ " «لَا سَمَرَ بَعْدَ العِشاءِ» " وَالْمَعْنَى فِيهِ أَنْ يَكُونَ اخْتِاتَامُ الصَّحِيفَةِ بِالْعِبَادَةِ كَمَا جُعِلَ ابْتِدَاءُ الصَّحِيفَةِ بِهَا لِيُمَحَى مَا حَصَلَ بَيْنَهُمَا مِنَ الزَّلَّاتِ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿إِنَّ الْحَسَنَاتِ يُذْهِبْنَ أَلْسِيفَاتِ﴾ [هود: ١١٤].

قَوْلُهُ: (وَقِيلَ فِي الصَّيْفِ تُعَجَّلُ) يَعْنِي يُسْتَحَبُّ تَأخيرُ العِشاءِ إِلَى ثُلُثِ اللَّيْلِ شِئَاءً وَصَيْفًا. وَقِيلَ فِي الصَّيْفِ تُعَجَّلُ (كَي لَا تَتَقَلَّلَ الْجَمَاعَةُ وَالتَّأخيرُ إِلَى نِصْفِ اللَّيْلِ مُبَاحٌ) يَعْنِي فِي الشِّئَاءِ وَالصَّيْفِ. قَالَ فِي النِّهَايَةِ: فِي الشِّئَاءِ، وَفِيهِ نَظَرٌ؛ لِأَنَّهُ لَوْ كَانَ ذَلِكَ

(١) أخرجه الترمذي في الصلاة باب ١٠ (حديث ١٦٧)، وابن ماجه (٦٩٠)، أخرجه أحمد (٢٥٠/٢)، والحاكم في المستدرک (١٤٦/١).

(٢) سبق تخريجه.

(٣) أخرجه البخاري (٨٨٧)، ومسلم (٢٥٢) من حديث أبي هريرة.

لَكَانَ فِي الصَّيْفِ مَكْرُوهًا وَلَيْسَ كَذَلِكَ؛ لِأَنَّ دَلِيلَ الْإِبَاحَةِ وَهُوَ مَا ذَكَرَهُ بِقَوْلِهِ؛ لِأَنَّ دَلِيلَ الْكَرَاهَةِ وَهُوَ تَقْلِيلُ الْجَمَاعَةِ عَارِضُهُ دَلِيلُ التَّنْذِبِ وَهُوَ قَطْعُ السَّمَرِ بِوَاحِدَةٍ: أَيْ بِالْكَلْبَةِ هُوَ مُشْتَرَكٌ بَيْنَهُمَا فَتَثْبُتُ الْإِبَاحَةُ فِيهِمَا، وَإِلَى النِّصْفِ الْأَخِيرِ مَكْرُوهٌ لَمَّا فِيهِ مِنْ تَقْلِيلِ الْجَمَاعَةِ وَقَدْ انْقَطَعَ السَّمَرُ قَبْلَهُ: أَيْ قَبْلَ النِّصْفِ الْأَخِيرِ: يَعْنِي أَنَّ الْإِبَاحَةَ فِي آخِرِ النِّصْفِ الْأَوَّلِ إِنَّمَا تَثْبُتُ لِمُعَارَضَةِ دَلِيلِ التَّنْذِبِ وَهُوَ قَطْعُ السَّمَرِ دَلِيلُ الْكَرَاهَةِ وَهُوَ تَقْلِيلُ الْجَمَاعَةِ، وَفِي النِّصْفِ الْأَخِيرِ لَمْ يُوجَدْ دَلِيلُ التَّنْذِبِ أَصْلًا لِانْقِطَاعِ السَّمَرِ مِنْ قَبْلُ؛ لِأَنَّ الْغَالِبَ أَلَّا يَكُونَ فِي النِّصْفِ الْأَخِيرِ سَمَرٌ فَتَثْبُتُ الْكَرَاهَةُ لِبَقَاءِ دَلِيلِهَا سَلَامًا عَنِ الْمُعَارِضِ. وَاعْتَرَضَ بِتَعْجِيلِ الْفَجْرِ فِي أَوَّلِ الْوَقْتِ فَإِنَّهُ مُبَاحٌ، وَدَلِيلُ الْكَرَاهَةِ وَهُوَ تَقْلِيلُ الْجَمَاعَةِ سَلَامٌ عَنِ مُعَارَضَةِ دَلِيلِ التَّنْذِبِ.

وَأَجِيبَ بِأَنَّ الْمُعَارِضَ هَهُنَا مَوْجُودٌ أَيْضًا وَهُوَ قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿وَسَارِعُوا إِلَى مَغْفِرَةٍ مِّن رَّبِّكُمْ﴾ [آل عمران: ١٣٣] فَإِنَّ الْمُسَارِعَةَ إِلَى الْعِبَادَةِ بَعْدَ وُجُودِ السَّبَبِ مَذْذُوبٌ إِلَيْهَا لَوْ لَمْ يَكُنْ فِي التَّأخِيرِ مَعْنَى تَكْثِيرِ الْجَمَاعَةِ فَكَانَ فِيهِ تَعَارُضٌ دَلِيلُ التَّنْذِبِ وَهُوَ الْمُسَارِعَةُ إِلَى الْعِبَادَةِ مَعَ دَلِيلِ الْكَرَاهَةِ وَهُوَ تَقْلِيلُ الْجَمَاعَةِ فَتَثْبُتُ الْإِبَاحَةُ كَذَلِكَ، بِخِلَافِ تَأخِيرِ الْعِشَاءِ إِلَى النِّصْفِ الْأَخِيرِ فَإِنَّ دَلِيلَ كَرَاهَتِهِ سَلَامٌ عَنِ مُعَارَضَةِ دَلِيلِ التَّنْذِبِ أَصْلًا؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ فِيهِ الْمُسَارِعَةُ إِلَى الْعِبَادَةِ وَلَا تَكْثِيرُ الْجَمَاعَةِ، وَلَا قَطْعُ السَّمَرِ لِانْقِطَاعِهِ قَبْلَهُ. وَيُسْتَحَبُّ فِي الْوُتْرِ لِمَنْ يَأْلَفُ الصَّلَاةَ آخِرَ اللَّيْلِ. رَوَى آخِرَ اللَّيْلِ بِالنِّصْبِ، وَتَقْدِيرُهُ أَنْ يُوتَرَ آخِرَ اللَّيْلِ فَيَكُونُ ظَرْفًا. وَرَوَى مَرْفُوعًا وَهُوَ مَفْعُولٌ أُقِيمَ مَقَامَ فَاعِلٍ يُسْتَحَبُّ، وَفِي بَعْضِ النُّسخ.

(وَيُسْتَحَبُّ فِي الْوُتْرِ لِمَنْ يَأْلَفُ صَلَاةَ اللَّيْلِ أَنْ يُؤَخِّرَهُ إِلَى آخِرِ اللَّيْلِ، فَإِنْ لَمْ يَثْبُقْ بِالِانْتِبَاهِ أَوْتَرَ قَبْلَ النَّوْمِ) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «مَنْ خَافَ أَنْ لَا يَقُومَ آخِرَ اللَّيْلِ فَلْيُوتِرْ أَوَّلَ اللَّيْلِ، وَمَنْ طَمَعَ أَنْ يَقُومَ آخِرَ اللَّيْلِ فَلْيُوتِرْ آخِرَ اللَّيْلِ»^(١) (هَذَا كَانَ يَوْمَ غَيْمٍ فَأَلْمَسَتْ حُبُّ فِي الْفَجْرِ وَالظُّهْرِ وَالْمَغْرِبِ تَأخِيرُهَا، وَفِي الْعَصْرِ وَالْعِشَاءِ تَعْجِيلُهَا) لِأَنَّ فِي تَأخِيرِ الْعِشَاءِ تَقْلِيلَ الْجَمَاعَةِ عَلَى اعْتِبَارِ الْمَطَرِ، وَفِي تَأخِيرِ الْعَصْرِ تَوْهَمَ الْوُقُوعِ فِي

(١) أخرجه مسلم في صلاة المسافرين وقصرها (١٦٢، ١٦٣) والترمذي في الوتر باب ٣، وابن

الْوَقْتِ الْمَكْرُوهِ، وَلَا تَوَهَّمْ فِي الْفَجْرِ لَأَنَّ تِلْكَ الْمُدَّةَ مَدِيدَةٌ. وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ التَّأْخِيرُ فِي الْكُلِّ لِلْإِحْتِيَاظِ أَلَّا تَرَى أَنَّهُ يَجُوزُ الْأَدَاءُ بَعْدَ الْوَقْتِ لَا قَبْلَهُ.

الشرح:

(وَيُسْتَحَبُّ فِي الْوُثْرِ لِمَنْ يَأْلَفُ صَلَاةَ اللَّيْلِ تَأْخِيرُهَا إِلَى آخِرِ اللَّيْلِ، فَإِنْ لَمْ يَثِقْ بِالِائْتِنَاءِ أَوْ تَرَ قَبْلَ النَّوْمِ) وَهُوَ ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ: (فَإِذَا كَانَ يَوْمٌ غَيْمٌ) يَعْنِي هَذَا الَّذِي قُلْنَا مِنْ بَيَانِ الْاسْتِحْبَابِ فِيمَا إِذَا كَانَتْ السَّمَاءُ مُصْحِيَةً، فَأَمَّا إِذَا كَانَتْ مُتَغَيِّمَةً فَالضَّابُطُ الْعَيْنُ مَعَ الْعَيْنِ: يَعْنِي كُلُّ مَا فِيهِ عَيْنٌ يُعَجِّلُ كَالْعَصْرِ وَالْعِشَاءِ، وَمَا عَدَاهُمَا كَالْفَجْرِ وَالظُّهْرِ وَالْمَغْرِبِ يُؤَخِّرُ. أَمَّا وَجْهُ تَعْجِيلِ الْعَصْرِ وَالْعِشَاءِ فَمَا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ وَكَذَلِكَ وَجْهُ تَأْخِيرِ الْفَجْرِ.

وَقَوْلُهُ: (لَأَنَّ تِلْكَ الْمُدَّةَ مَدِيدَةٌ) يَعْنِي أَنَّ مَا بَيْنَ التَّنْوِيرِ وَطُلُوعِ الشَّمْسِ مُدَّةٌ مَدِيدَةٌ فَيُؤْمَنُ أَنْ يَقَعَ الْأَدَاءُ وَقْتُ طُلُوعِ الشَّمْسِ، وَأَمَّا تَأْخِيرُ الظُّهْرِ فَلِأَنَّهُ لَوْ عُجِّلَ فِي يَوْمِ الْغَيْمِ لَمْ يُؤْمَنَ أَنْ يَقَعَ الْأَدَاءُ قَبْلَ الْوَقْتِ وَكَذَلِكَ تَأْخِيرُ الْمَغْرِبِ. وَرَوَى الْحَسَنُ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ التَّأْخِيرَ عَنْهُ فِي الْكُلِّ لَمَّا ذَكَرَ فِي الْكِتَابِ.

فصل في الأوقات التي تكره فيها الصلاة

(لَا تَجُوزُ الصَّلَاةُ عِنْدَ طُلُوعِ الشَّمْسِ وَلَا عِنْدَ قِيَامِهَا فِي الظُّهْرِ وَلَا عِنْدَ غُرُوبِهَا) لِحَدِيثِ عُقْبَةَ بْنِ عَامِرٍ رضي الله عنه قَالَ: «ثَلَاثَةُ أَوْقَاتٍ نَهَاَنَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَنْ نُصَلِّيَ فِيهَا وَأَنْ نَقْبُرَ فِيهَا مَوْتَانَا: عِنْدَ طُلُوعِ الشَّمْسِ حَتَّى تَرْتَفِعَ، وَعِنْدَ زَوَالِهَا حَتَّى تَزُولَ، وَحِينَ تَضِيفُ لِلْغُرُوبِ حَتَّى تَغْرُبَ» وَالْمُرَادُ بِقَوْلِهِ وَأَنْ نَقْبُرَ: صَلَاةُ الْجَنَازَةِ لِأَنَّ الدَّفْنَ غَيْرُ مَكْرُوهٍ، وَالْحَدِيثُ بِإِطْلَاقِهِ حُجَّةٌ عَلَى الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي تَخْصِيصِ الْفَرَائِضِ، وَبِمَكْتَةِ فِي حَقِّ النَّوَافِلِ، وَحُجَّةٌ عَلَى أَبِي يُوسُفَ فِي إِبَاحَةِ النُّفْلِ يَوْمَ الْجُمُعَةِ وَقْتُ الزَّوَالِ قَالَ (وَلَا صَلَاةُ جَنَازَةٍ) لَمَّا رَوَيْنَا (وَلَا سَجْدَةُ تِلَاوَةٍ) لِأَنَّهَا فِي مَعْنَى الصَّلَاةِ (إِلَّا عَصْرَ يَوْمِهِ عِنْدَ الْغُرُوبِ) لِأَنَّ السَّبَبَ هُوَ الْجُزْءُ الْقَائِمُ مِنَ الْوَقْتِ، لِأَنَّهُ لَوْ تَعَلَّقَ بِالْكُلِّ لَوَجِبَ الْأَدَاءُ بَعْدَهُ، وَلَوْ تَعَلَّقَ بِالْجُزْءِ الْمَاضِي فَالْمُؤَدِّي فِي آخِرِ الْوَقْتِ قَاضٍ، وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ فَقَدْ أَدَاهَا كَمَا وَجِبَتْ، بِخِلَافِ غَيْرِهَا مِنَ الصَّلَوَاتِ لِأَنَّهَا وَجِبَتْ كَامِلَةً فَلَا تَتَأَدَّى بِالنَّاقِصِ. قَالَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: وَالْمُرَادُ بِالنَّفْيِ الْمَذْكُورِ فِي صَلَاةِ الْجَنَازَةِ وَسَجْدَةِ التِّلَاوَةِ الْكَرَاهَةُ، حَتَّى لَوْ

صَلَاهَا فِيهِ أَوْ تَلَا سَجْدَةً فِيهِ فَسَجَدَهَا جَازَ لِأَنَّهَا أَدَّتْ نَاقِصَةً كَمَا وَجِبَتْ إِذِ الْوُجُوبُ بِحُضُورِ الْجِنَازَةِ وَالتَّلَاوَةِ.

الشرح:

(فصل في الأوقات التي تُكْرَهُ فِيهَا الصَّلَاةُ) لَمَّا فَرَعَ مِنْ بَيَانِ أَحَدِ قِسْمَيْ الْوَقْتِ شَرَعَ فِي بَيَانِ الْقِسْمِ الْآخَرِ، وَلَقَّبَ الْفَصْلَ بِمَا يُكْرَهُ مَعَ أَنَّ فِيهِ ذِكْرَ مَا لَا تَجُوزُ فِيهِ الصَّلَاةُ اعْتِبَارًا لِلْعَالِبِ. قَوْلُهُ: (لَا تَجُوزُ الصَّلَاةُ) اعْلَمْ أَنَّ الْفَرَائِضَ لَا تَجُوزُ عِنْدَنَا فِي هَذِهِ الْأَوْقَاتِ، وَكَذَا التَّوَافِلُ فِي بَعْضِ الرُّوَايَاتِ. وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ يَجُوزُ الْفَرَضُ فِي هَذِهِ الْأَوْقَاتِ فِي جَمِيعِ الْبُلْدَانِ، وَتَجُوزُ التَّوَافِلُ عِنْدَهُ فِيهَا بِمَكَّةَ، فَقَوْلُهُ: لَا تَجُوزُ الصَّلَاةُ إِنْ أَرَادَ بِهَا الْفَرَضَ وَالتَّنْفِلَ جَمِيعًا يُجْعَلُ الْأَلْفُ وَاللَّامُ لِلْجِنْسِ لَزِمَهُ أَلَّا يُجُوزَ التَّنْفِلُ، وَإِذَا لَمْ يَجُزْ فَإِنْ شَرَعَ فِيهِ وَأَفْسَدَهُ يَنْبَغِي أَلَّا يَجِبَ عَلَيْهِ قِضَاؤُهُ، لَكِنْ يَجِبُ عَلَيْهِ قِضَاؤُهُ، ذَكَرَهُ شَمْسُ الْأَيْمَةِ فِي أُصُولِهِ بِلَا ذِكْرِ خِلَافٍ وَالتَّمُرُّتَاشِي فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ، وَإِنْ أَرَادَ بِهَا الْفَرَضَ وَحْدَهُ وَأَنَّ التَّنْفِلَ جَائِزٌ مَكْرُوهٌ لَمْ يَسْتَقِمْ جَعْلُ الْحَدِيثِ حُجَّةً عَلَى الشَّافِعِيِّ فِي تَجْوِيزِهِ التَّوَافِلَ، وَصَاحِبُ النِّهَايَةِ جَعَلَ أَنَّ لِلْجِنْسِ مُتَنَاوِلًا لِلْفَرَضِ وَالتَّنْفِلِ.

وَأَجَابَ عَنْ وُرُودِ التَّنْفِلِ وَوُجُوبِ قِضَائِهِ بِالشَّرُوعِ بِأَنَّ مَعْنَى قَوْلِهِ لَا يَجُوزُ فِعْلُهُ شَرْعًا لَزِمَهُ وَأَمَّا لَوْ شَرَعَ لَزِمَهُ كَمَا تَقُولُ لَا تَجُوزُ مُبَاشَرَةً الْبَيْعِ الْفَاسِدِ أَمَّا لَوْ بَاشَرَ بِقَبْضِ الْمَبِيعِ ثَبَتَ الْمِلْكُ وَيَلْزَمُ عَلَيْهِ أَنْ يَكُونَ عَدَمُ الْجَوَازِ فِي الْفَرَائِضِ بِمَعْنَى وَفِي التَّوَافِلِ بِمَعْنَى آخَرَ، فَإِنَّهُ يَجْعَلُهُ فِيهَا مِنْ قَبِيلِ نَهْيِ يَفْتَضِي الْقُبْحَ لِمَعْنَى فِي غَيْرِهِ يُجَاوِرُهُ جَمْعًا وَذَلِكَ يَفْتَضِي الْكَرَاهَةَ كَمَا عَرَفَ فِي أُصُولِ الْفِقْهِ، وَغَيْرُهُ جَعَلَ اللَّامَ لِنَوْعٍ مَخْصُوصٍ وَهُوَ الْفَرَضُ، وَقَالَ حَتَّى لَوْ صَلَّى التَّنْفِلُ فِي الْأَوْقَاتِ الْمَكْرُوهَةِ جَازَ وَيُكْرَهُ، وَتَقِلَ ذَلِكَ عَنْ الْكَرْخِيِّ وَالْإِسِيحَابِيِّ، وَيَلْزَمُهُ أَلَّا يَكُونَ جَعْلُ الْحَدِيثِ حُجَّةً عَلَى الشَّافِعِيِّ مُسْتَقِيمًا كَمَا ذَكَرْنَا آنفًا لَا يُقَالُ: الْمُرَادُ بِقَوْلِ الْمُصَنِّفِ لَا تَجُوزُ الصَّلَاةُ الْفَرَضُ، وَالْحُجَّةُ عَلَى الشَّافِعِيِّ الْحَدِيثُ فَإِنَّهُ قَالَ: " نَهَانَا أَنْ نُصَلِّيَ " وَالْمُرَادُ بِالصَّلَاةِ الْفَرَضُ وَالتَّنْفِلَ جَمِيعًا، وَالذَّلِيلُ يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ أَعَمٌّ مِنَ الْمَذْلُولِ؛ لِأَنَّا نَقُولُ: إِنْ كَانَ الْمُرَادُ بِالنَّهْيِ عَدَمُ الْجَوَازِ فِي الْفَرَضِ وَالتَّنْفِلِ جَمِيعًا لَزِمَ عَلَيْهِ مَا نَقَلَهُ عَنْ الْكَرْخِيِّ

والإسجاعي، وَإِنْ كَانَ الْجَوَازُ مَعَ الْكَرَاهَةِ فِيهِمَا لَمْ يَكُنْ الْحَدِيثُ حُجَّةً لَنَا عَلَى الشَّافِعِيِّ إِلَّا إِذَا ثَبَتَ أَنَّ أَصْحَابَنَا يَقُولُونَ بِالْجَوَازِ مَعَ الْكَرَاهَةِ فِيهِمَا وَهُوَ يَقُولُ بِالْجَوَازِ بِلَا كَرَاهَةٍ، وَلَمْ أَطْلُعْ عَلَى ذَلِكَ فِيمَا وَجَدْتُهُ مِنَ التُّسَخِّ، وَإِنْ كَانَ عَدَمُ الْجَوَازِ فِي الْفَرَضِ وَالْجَوَازِ مَعَ الْكَرَاهَةِ فِي النَّفْلِ لَزِمَ اخْتِلَافُ مَعْنَى اللَّفْظِ الْوَاحِدِ مُرَادَيْنِ لَا عَلَى سَبِيلِ الْكِنَايَةِ وَهُوَ غَيْرُ جَائِزٍ. وَأَرَى أَنَّ الْمُرَادَ عَدَمُ الْجَوَازِ فِي الْفَرَضِ وَالنَّفْلِ عَلَى بَعْضِ الرُّوَايَاتِ كَمَا ذَكَرْنَا، وَلَا يَلْزِمُهُ مَا يُقَالُ عَنِ الْكَرَّخِيِّ وَالْإِسْجَاعِيِّ؛ لِأَنَّهُ اخْتَارَ خِلَافَهُ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

وَإِذَا ظَهَرَ لَكَ مَا قَرَرْنَا تَبَيَّنَ أَنَّ التُّسَخَّةَ الصَّحِيحَةَ هُوَ أَنْ يُقَالَ (حُجَّةٌ عَلَى الشَّافِعِيِّ فِي تَخْصِيصِ الْفَرَائِضِ بِمَكَّةَ) لِأَنَّهُ هُوَ الَّذِي يُفِيدُ مَا ذَكَرْنَا مِنْ مَذْهَبِهِ وَإِنْ كَانَ فِيهِ إِغْلَاقٌ دُونَ مَا عَدَّاهَا وَهُوَ مَا وَقَعَ فِي بَعْضِهَا مِنْ قَوْلِهِ فِي تَخْصِيصِ الْفَرَائِضِ وَالنَّوَافِلِ بِمَكَّةَ وَفِي بَعْضِهَا فِي التَّخْصِيصِ بِمَكَّةَ وَفِي بَعْضِهَا لَمْ يَذْكُرِ النَّوَافِلَ، وَحُجَّةُ الشَّافِعِيِّ قَوْلُهُ: ﴿...﴾ " «مَنْ نَامَ عَنْ صَلَاةٍ أَوْ نَسِيَهَا فَلْيُصَلِّهَا إِذَا ذَكَرَهَا فَإِنَّ ذَلِكَ وَقْتُهَا» ^(١) " وَهُوَ مُطْلَقٌ، وَفِي تَخْصِيصِ مَكَّةَ مَا رَوَى أَبُو ذَرٍّ النَّهْيَ عَنِ الصَّلَاةِ فِي هَذِهِ الْأَوْقَاتِ مَقْرُونًا بِقَوْلِهِ إِلَّا بِمَكَّةَ.

وَالْجَوَابُ عَنْ الْأَوَّلِ أَنَّ الْمُبِيحَ وَالْحَاطِرَ إِذَا تَعَارَضَا جُعِلَ الْحَاطِرُ مُتَأَخِّرًا وَقَدْ عُرِفَ فِي الْأَصُولِ، وَعَنْ الثَّانِي أَنَّ هَذِهِ الزِّيَادَةُ لَمْ تُثَبِّتْ؛ لِأَنَّهَا شَاذَةٌ أَوْ أَنَّ مَعْنَاهُ وَلَا بِمَكَّةَ كَمَا فِي قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿إِلَّا حَظًّا﴾ [النساء: ٩٢] أَيْ وَلَا خَطَأً ثُمَّ اخْتِلَافُ الْعُلَمَاءِ فِي الِارْتِفَاعِ الَّذِي تَحِلُّ الصَّلَاةُ عِنْدَهُ، قَالَ فِي الْأَصْلِ: إِذَا ارْتَفَعَتِ الشَّمْسُ قَدَرُ رُمْحٍ أَوْ رُمْحَيْنِ.

وَقَالَ الْفُضَيْلِيُّ: مَا دَامَ الْإِنْسَانُ يَقْدِرُ عَلَى النَّظَرِ إِلَى قُرْصِ الشَّمْسِ فَالشَّمْسُ فِي الطُّلُوعِ فَلَا تَصِحُّ الصَّلَاةُ فَإِذَا عَجَزَ عَنِ النَّظَرِ حَلَّتْ. وَقَوْلُهُ: حِينَ تَضَيَّفُ لِلْعُرُوبِ بِمَعْنَى تَمِيلُ، قِيلَ التَّخْصِيصُ بِالثَّلَاثَةِ يُفِيدُ الْإِنْحِصَارَ، وَقَدْ ذَكَرَ الْأَصْحَابُ غَيْرَهَا مِنَ الْأَوْقَاتِ مَا يُكْرَهُ فِيهَا الصَّلَاةُ وَذَلِكَ يَسْتَلْزِمُ إِبْطَالَ الْعَدَدِ الْمَنْصُوصِ عَلَيْهِ شَرْعًا. وَأُجِيبَ

(١) أخرجه مسلم (٦٨٤) من حديث أنس بن مالك.

بأنَّ غَيْرَهَا لَيْسَ بِمَعْنَاهَا؛ لِأَنَّهُ يَجُوزُ فِيهَا قَضَاءُ الْفَوَائِتِ وَصَلَاةُ الْجَنَازَةِ وَسَجْدَةُ التَّلَاوَةِ فِيهَا، بِخِلَافِ الثَّلَاثَةِ الْمَذْكُورَةِ فَإِنَّ ذَلِكَ لَا يَجُوزُ فِيهَا، وَإِذَا كَانَ الْمَعْنَى مُخْتَلَفًا لَا يَلْزَمُ الْإِبْطَالُ بَلْ يَكُونُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ثَابِتًا بِدَلِيلٍ عَلَى حِدَةٍ، فَأَمَّا الثَّلَاثَةُ الْمَذْكُورَةُ فَبِدَلِيلِ حَدِيثِ عُقْبَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، وَأَمَّا غَيْرُهَا فَلَمَّا جَاءَ فِي الْأَحَادِيثِ مِنْ قَوْلِهِ ﷺ «لَا صَلَاةَ بَعْدَ الْفَجْرِ حَتَّى تَطْلُعَ الشَّمْسُ، وَلَا بَعْدَ الْعَصْرِ حَتَّى تَغْرُبَ الشَّمْسُ»^(١) وَكَذَلِكَ غَيْرُهُمَا.

وَقَوْلُهُ: (وَحُجَّةٌ عَلَى أَبِي يُوسُفَ فِي إِبَاحَةِ الثَّقَلِ يَوْمَ الْجُمُعَةِ) رُوِيَ عَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ قَالَ: لَا بَأْسَ بِالصَّلَاةِ وَقْتَ الزَّوَالِ يَوْمَ الْجُمُعَةِ لِحَدِيثِ أَبِي سَعِيدٍ الْخُدْرِيِّ "«أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى عَنِ الصَّلَاةِ فِي نِصْفِ النَّهَارِ إِلَّا يَوْمَ الْجُمُعَةِ» وَأُجِيبَ بِأَنَّهُ مُنْقَطِعٌ أَوْ مَعْنَاهُ: وَلَا يَوْمَ الْجُمُعَةِ كَمَا تَقَدَّمَ فِي جَوَابِ الشَّافِعِيِّ. وَقَوْلُهُ: (وَلَا صَلَاةَ جَنَازَةٍ مَعْطُوفٌ عَلَى أَوَّلِ الْكَلَامِ. وَقَوْلُهُ: (لَمَّا رَوَيْنَا) يَعْنِي قَوْلَهُ «وَأَنْ تَقْبُرَ مَوْتَانَا» وَقَوْلُهُ: (وَلَا سَجْدَةُ تِلَاوَةٍ؛ لِأَنَّهَا فِي مَعْنَى الصَّلَاةِ) فِي أَنَّهَا يُشْتَرَطُ لَهَا مَا يُشْتَرَطُ لِلصَّلَاةِ، يَعْنِي لَمَّا كَانَتْ فِي مَعْنَى الصَّلَاةِ كَانَتْ دَاخِلَةً تَحْتَ النَّهْيِ عَنِ الصَّلَاةِ فِي قَوْلِهِ: ثَلَاثَةُ أَوْقَاتٍ نَهَانَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَنْ نُصَلِّيَ فِيهَا. فَإِنْ قِيلَ: مَا بِأَلِهَا لَمْ تَلْحَقْ بِهَا فِي قَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «أَلَا مَنْ ضَحِكَ مِنْكُمْ فَهَقَّهَةً فَلْيُعَذِّدِ الْوُضُوءَ وَالصَّلَاةَ جَمِيعًا» فَيَنْتَقِضُ وَضُوءُ الضَّاحِكِ فِي سَجْدَةِ التَّلَاوَةِ كَمَا فِي الصَّلَاةِ. أُجِيبَ بِأَنَّ اللَّامَ فِي قَوْلِهِ فَلْيُعَذِّدِ الْوُضُوءَ وَالصَّلَاةَ لِلْعَهْدِ الَّتِي وَجِدَتْ فِيهَا الْقَهْقَهَةُ لَا لِلْجَنَسِ، وَالْمَعْنَى صَلَاةٌ ذَاتُ تَحْرِيمَةٍ وَرُكُوعٌ وَسُجُودٌ، وَالسُّجُودُ الْمَحْرُودُ لَيْسَ فِي مَعْنَاهُ مِنْ كُلِّ وَجْهِ فَلَا يَلْحَقُ بِهِ. وَأَمَّا النَّهْيُ عَنِ الصَّلَاةِ فِي هَذِهِ الْأَوْقَاتِ فَلَمَّا يَلْزَمُ التَّشْبِيهُ بِالصَّلَاةِ بَعْدَهُ الشَّمْسُ، وَالسُّجُودُ الْمَحْرُودُ يَحْصُلُ بِهِ ذَلِكَ فَكَانَ فِي مَعْنَاهُ فَالْحَقُّ بِهِ كَذَا فِي الشَّرُوحِ، وَلَوْ قِيلَ: لِأَنَّهَا فِي مَعْنَى الصَّلَاةِ مِنْ حَيْثُ وَقُوعُ التَّشْبِيهِ بِهِ بِعِدَةِ الشَّمْسِ وَقُوعُهُ بِالصَّلَاةِ فَدَخَلَتْ تَحْتَ نَهْيٍ وَرَدَّ عَنِ الصَّلَاةِ كَذَلِكَ كَانَ أَخْصَرَ وَأَحْكَمَ. وَقَوْلُهُ: (إِلَّا عَصَرَ يَوْمِهِ عِنْدَ الْغُرُوبِ) مُسْتَنَى مِنْ قَوْلِهِ وَلَا عِنْدَ غُرُوبِهَا. وَقَوْلُهُ: (لَأَنَّ السَّبَبَ هُوَ الْجُزْءُ الْقَائِمُ مِنَ الْوَقْتِ) وَقَدْ تَقَدَّمَ أَنَّ سَبَبَ الصَّلَاةِ أَوْقَاتُهَا لَكِنْ لَا يُمَكِّنُ أَنْ يَكُونَ

كُلُّ الْوَقْتِ سَبَبًا؛ لِأَنَّهُ لَوْ كَانَ كُلُّهُ سَبَبًا لَوَقَعَ الْأَدَاءُ بَعْدَهُ لَوْجُوبِ تَقَدُّمِ السَّبَبِ بِجَمِيعِ أَجْزَائِهِ عَلَى الْمُسَبَّبِ فَلَا يَكُونُ أَدَاءً، وَلَيْسَ دَلِيلٌ يَدُلُّ عَلَى قَدَرٍ مُعَيَّنٍ مِنْهُ كَالرُّبْعِ وَالْخُمْسِ أَوْ غَيْرِهِمَا فَوَجَبَ أَنْ يُجْعَلَ بَعْضُ مِنْهُ سَبَبًا، وَأَقْلُ مَا يَصْلُحُ لَذَلِكَ الْجُزْءُ الَّذِي لَا يَتَجَزَّأُ وَالْجُزْءُ السَّابِقُ لَعَدَمِ مَا يُرَاحِمُهُ أَوَّلَى، فَإِنْ اتَّصَلَ بِهِ الْأَدَاءُ تَعَيَّنَ الْحَصُولُ الْمَقْصُودُ وَهُوَ الْأَدَاءُ، وَإِنْ لَمْ يَتَّصِلْ يَنْتَقِلُ إِلَى الْجُزْءِ الَّذِي يَلِيهِ ثُمَّ وَثَمَ إِلَى أَنْ يَضِيقَ الْوَقْتُ وَلَمْ يَتَقَرَّرْ عَلَى الْجُزْءِ الْمَاضِي؛ لِأَنَّهُ لَوْ تَقَرَّرَ كَانَتْ الصَّلَاةُ فِي آخِرِ الْوَقْتِ قَضَاءً وَلَيْسَ كَذَلِكَ لَمَّا سَنَدَكُرُّ، فَكَانَ الْجُزْءُ الَّذِي يَلِي الْأَدَاءَ هُوَ السَّبَبُ أَوْ الْجُزْءُ الْمُضِيقُ أَوْ كُلُّ الْوَقْتِ إِنْ لَمْ يَقَعِ الْأَدَاءُ فِيهِ؛ لِأَنَّ الْإِتْقَالَ مِنَ الْكُلِّ إِلَى الْجُزْءِ كَانَ لَضَرُورَةٍ وَقُوعِ الْأَدَاءِ خَارِجِ الْوَقْتِ عَلَى تَقْدِيرِ سَبَبِيَّةِ الْكُلِّ وَقَدْ زَالَتْ فَيَعُودُ كُلُّ الْوَقْتِ سَبَبًا، ثُمَّ الْجُزْءُ الَّذِي يَتَعَيَّنُ سَبَبًا تُعْتَبَرُ صِفَتُهُ مِنَ الصَّحَّةِ وَالْفَسَادِ، فَإِنْ كَانَ صَحِيحًا بَالًا يَكُونُ مَوْصُوفًا بِالْكَرَاهَةِ وَلَا مَنُوسِبًا إِلَى الشَّيْطَانِ كَالظُّهْرِ وَجَبَ الْمُسَبَّبُ كَامِلًا فَلَا يَتَأَدَّى نَاقِصًا وَإِنْ كَانَ فَاسِدًا: أَيْ نَاقِصًا بَأَن يَكُونُ مَنُوسِبًا إِلَى الشَّيْطَانِ كَالْعَصْرِ يُسْتَأْنَفُ وَقْتُ الْأَحْمَرَارِ وَجَبَ الْفَرَضُ فِيهِ نَاقِصًا فَيَجُوزُ أَنْ يَتَأَدَّى نَاقِصًا؛ لِأَنَّهُ أَدَاهُ كَمَا وَجَبَ، بِخِلَافِ غَيْرِهَا مِنَ الصَّلَوَاتِ الْوَاجِبَةِ بِأَسْبَابٍ كَامِلَةٍ فَإِنَّهَا لَا تُقْضَى فِي هَذِهِ الْأَوْقَاتِ؛ لِأَنَّ مَا وَجَبَ كَامِلًا لَا يَتَأَدَّى نَاقِصًا، وَقَدْ ذَكَّرْنَا ذَلِكَ فِي الْأَنْوَارِ وَالتَّقْرِيرِ مُسْتَوْفَى بِعَوْنِ اللَّهِ وَتَأْيِيدِهِ، وَإِذَا عَرَفْتَ ذَلِكَ فَقُولُهُ: لِأَنَّ السَّبَبَ هُوَ الْجُزْءُ الْقَائِمُ مِنَ الْوَقْتِ فِيهِ تَسَامُحٌ؛ لِأَنَّ السَّبَبَ إِمَّا أَوَّلُ جُزْءٍ أَوْ الَّذِي يَلِي الْأَدَاءَ، أَوْ الْجُزْءُ الْمُضِيقُ، أَوْ كُلُّ الْوَقْتِ عِنْدَ خُرُوجِهِ كَمَا عُرِفَ فِي الْأَصُولِ.

وَأَمَّا قَوْلُهُ: (فَالْمُؤَدَّى فِي آخِرِ الْوَقْتِ قَاضٍ) فَقَالَ صَاحِبُ الْكَافِي إِنَّهُ مُشْكَلٌ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ قَاضٍ بَلْ مُؤَدٍّ بِاعْتِبَارِ بَقَاءِ الْوَقْتِ، وَأَيْضًا يُلْزِمُهُ عَلَى تَقْرِيرِهِ جَوَازُ قَضَاءِ الْعَصْرِ فِي هَذَا الْوَقْتِ؛ لِأَنَّ الْجُزْءَ الْقَائِمَ مِنَ الْوَقْتِ نَاقِصٌ فَيَجِبُ بِهِ الْعَصْرُ نَاقِصًا فَيَنْبَغِي أَنْ يَجُوزَ كَعَصْرِ يَوْمِهِ. وَالْجَوَابُ عَنِ الْأَوَّلِ أَنَّ كَلَامَهُ فِيمَنْ أَخَّرَ الْعَصْرَ إِلَى الْعُرُوبِ، وَلَا شَكَّ أَنَّ السَّبَبَ فِي حَقِّهِ هُوَ الْجُزْءُ الْقَائِمُ مِنَ الْوَقْتِ وَهُوَ الْمَعْبَرُ عَنْهُ بِالْجُزْءِ الْمُضِيقِ. وَعَنِ الثَّانِي بَأَن الْجُزْءَ إِذَا تَعَيَّنَ لِلْسَبَبِيَّةِ بِحَيْثُ لَا يَنْتَقِلُ إِلَى غَيْرِهِ كَانَ التَّأَخِيرُ عَنْهُ تَفْوِيتًا لِلوَاجِبِ بِالِاسْتِقْرَاءِ فِي قَوَانِينِ الشَّرْعِ كَالْجُزْءِ الْأَخِيرِ مِنَ الْوَقْتِ فِي الصَّلَاةِ وَالْجُزْءِ الْأَوَّلِ مِنَ الْيَوْمِ فِي الصَّوْمِ، هَكَذَا أَجَابَ شَيْخُ شَيْخِي الْعَلَامَةُ الْعَزِيزُ رَحِمَهُ اللَّهُ. وَرَدَّ

عَلَيْهِ بِأَنَّ الْفَوَاتَ بِالتَّفْوِيتِ عَنِ الْجُزْءِ الْآخِرِ مِنَ الْوَقْتِ إِنَّمَا هُوَ بِاعْتِبَارِ خُرُوجِ الْوَقْتِ لَا بِاعْتِبَارِ تَعْيِينِهِ لِلْسَّبِيَةِ، وَكَذَلِكَ عَنِ الْجُزْءِ الْأَوَّلِ مِنَ الْيَوْمِ؛ لِأَنَّ وَقْتَ الصَّوْمِ كُلِّ النَّهَارِ فَإِذَا فَاتَ الْبَعْضُ فَاتَ الْكُلُّ.

وَأَقُولُ فِي الْجَوَابِ عَنِ السُّؤَالِ: إِنَّ كُلَّ مَا كَانَ سَبَبًا لِلْوُجُوبِ فَهُوَ شَرْطٌ لِلْوَاجِبِ وَلَا يُمَكِّنُ أَنْ يَكُونَ كُلُّ الْوَقْتِ شَرْطًا وَإِلَّا لَكَانَ فِي الْأَدَاءِ فِي الْوَقْتِ تَقْدِيمُ الْمَشْرُوطِ عَلَى الشَّرْطِ وَهُوَ بَاطِلٌ كَتَقْدِيمِ الْمُسَبِّبِ عَلَى السَّبَبِ فَلَا بُدَّ وَأَنْ يَكُونَ الْجُزْءُ الْقَائِمُ إِذْ لَوْ كَانَ الْجُزْءُ الْمَاضِي كَانَ الْمُصَلِّي فِي آخِرِ الْوَقْتِ قَاضِيًا لَفَوَاتِ شَرْطِ الْأَدَاءِ. وَعَنْ الثَّانِي بِأَنَّ قَوْلَهُ بِخِلَافِ غَيْرِهَا مِنَ الصَّلَوَاتِ يَتَنَاوَلُ الْعَصْرَ الْفَائِتَةَ؛ لِأَنَّ الْعَصْرَ الْفَائِتَةَ غَيْرُ عَصْرِ يَوْمِهِ لَا مُحَالَةً، وَقَدْ قَالَ لَأَنْهَا وَجَبَتْ كَامِلَةً، وَكُلُّ مَا وَجَبَ كَامِلًا لَا يَتَأَدَّى نَاقِصًا، غَيْرَ أَنَّهُ لَمْ يَذْكُرْ وَجْهَ وَجُوبِهَا كَامِلَةً وَوَجْهَ مَا ذَكَرْتَاهُ. قَالَ (وَالْمُرَادُ بِالتَّنْفِي الْمَذْكُورِ فِي صَلَاةِ الْجِنَازَةِ) يَعْنِي أَنَّ الْمُرَادَ بِالتَّنْفِي الْمَذْكُورِ فِي صَلَاةِ الْجِنَازَةِ وَسَجْدَةِ التَّلَاوَةِ بِقَوْلِهِ وَلَا صَلَاةَ جِنَازَةٍ وَلَا سَجْدَةَ تِلَاوَةٍ هُوَ الْكَرَاهِيَّةُ. يَعْنِي بِهِ نَفْيَ عَدَمِ الْجَوَازِ، بِخِلَافِ الْفَرَائِضِ فِي هَذِهِ الْأَوْقَاتِ الثَّلَاثَةِ سِوَى عَصْرِ يَوْمِهِ، فَإِنَّ قَوْلَهُ لَا تَجُوزُ الصَّلَاةُ عِنْدَ طُلُوعِ الشَّمْسِ إِلَى آخِرِهِ مُجْرَى عَلَى حَقِيقَةِ عَدَمِ الْجَوَازِ.

فَإِنْ قُلْتَ: فَعَلَى هَذَا يَكُونُ قَوْلُهُ: لَا يَجُوزُ مُسْتَعْمَلًا فِي عَدَمِ الْجَوَازِ بِالنِّسْبَةِ إِلَى الْفَرَائِضِ وَفِي الْكَرَاهِيَّةِ بِالنِّسْبَةِ إِلَى صَلَاةِ الْجِنَازَةِ وَسَجْدَةِ التَّلَاوَةِ وَهُوَ جَمْعٌ بَيْنَ الْحَقِيقَةِ وَالْمَجَازِ. قُلْتَ: يُقَدَّرُ الْفِعْلُ فِي الْمَعْطُوفِ بِمَعْنَى الْكَرَاهَةِ حَتَّى يَكُونَا مُرَادَيْنِ بِلَفْظَيْنِ وَلَا مَحْذُورَ فِيهِ، فَإِنْ قُلْتَ: فَمَاذَا تَفْعَلُ فِي الدَّلِيلِ وَهُوَ قَوْلُ عُقْبَةَ: نَهَانَا فَإِنَّهُ بِمَعْنَى عَدَمِ الْجَوَازِ وَبِمَعْنَى الْكَرَاهَةِ حِينَئِذٍ؟ قُلْتَ: حِكَايَةُ فِعْلٍ فَجَازَ أَنْ يَكُونَ التَّنْهِي مُكْرَرًا فِي مَعْنَى عَدَمِ الْجَوَازِ مَرَّةً وَفِي مَعْنَى الْكَرَاهَةِ أُخْرَى، وَأَمَّا قَوْلُهُ: لَا تَجُوزُ الصَّلَاةُ مَتَنَاوِلًا لِلْفَرْضِ وَالتَّنْفِلِ جَمِيعًا فَإِنَّمَا يَسْتَقِيمُ عَلَى غَيْرِ ظَاهِرِ الرَّوَايَةِ، وَهُوَ أَنَّ التَّنْفِلَ أَيْضًا لَا يَجُوزُ فِي هَذِهِ الْأَوْقَاتِ كَمَا تَقَدَّمَ. وَأَمَّا عَلَى ظَاهِرِ الرَّوَايَةِ فَإِنَّهُ غَيْرُ مُسْتَقِيمٍ؛ لِأَنَّهُ إِذَا شَرَعَ فِي التَّطَوُّعِ فِي هَذِهِ الْأَوْقَاتِ وَجَبَ عَلَيْهِ الْقَضَاءُ، وَلَوْ مَضَى عَلَيْهِ خَرَجَ عَمَّا وَجَبَ عَلَيْهِ بِالشَّرْعِ ذِكْرُهُ فِي نَوَادِرِ الْمَبْسُوطِ، وَكَذَا لَوْ قَطَعَهَا وَأَدَّاهَا فِي وَقْتِ آخَرَ مَكْرُوهٌ مِثْلُهُ جَازٌ وَلَئِنَّهُ يَلْزَمُ الْجَمْعُ بَيْنَ الْحَقِيقَةِ وَالْمَجَازِ فِي لَفْظٍ وَاحِدٍ وَأَنَّهُ لَا يَجُوزُ.

(وَيُكْرَهُ أَنْ يَنْتَقِلَ بَعْدَ الْفَجْرِ حَتَّى تَطْلُعَ الشَّمْسُ وَبَعْدَ الْعَصْرِ حَتَّى تَغْرُبَ) لَمَّا رُوِيَ أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ نَهَى عَنْ ذَلِكَ. (وَلَا بَأْسَ بِأَنْ يُصَلِّيَ فِي هَذَيْنِ الْوَقْتَيْنِ الْفَوَائِتِ وَيَسْجُدَ لِلتَّلَاوَةِ وَيُصَلِّيَ عَلَى الْجِنَازَةِ) لِأَنَّ الْكَرَاهَةَ كَانَتْ لِحَقِّ الْفَرَضِ لِيَصِيرَ الْوَقْتُ كَالْمَشْغُولِ بِهِ لَا لِمَعْنَى فِي الْوَقْتِ فَلَمْ تَظْهَرْ فِي حَقِّ الْفَرَائِضِ، وَفِيمَا وَجَبَ لِعَيْنِهِ كَسَجْدَةِ التَّلَاوَةِ، وَظَهَرَتْ فِي حَقِّ الْمُنْذُورِ لِأَنَّهُ تَعَلَّقَ وَجُوبُهُ بِسَبَبٍ مِنْ جِهَتِهِ، وَفِي حَقِّ رَكَعَتَيِ الطَّوَافِ، وَفِي الَّذِي شَرَعَ فِيهِ ثُمَّ أَفْسَدَهُ لِأَنَّ الْوُجُوبَ لغيرِهِ وَهُوَ خَتَمُ الطَّوَافِ وَصَيَانَتُهُ الْمُؤَدَّى عَنِ الْبُطْلَانِ. (وَيُكْرَهُ أَنْ يَنْتَقِلَ بَعْدَ طُلُوعِ الْفَجْرِ بِأَكْثَرَ مِنْ رَكَعَتَيِ الْفَجْرِ) لِأَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لَمْ يَزِدْ عَلَيْهِمَا مَعَ حِرْصِهِ عَلَى الصَّلَاةِ (وَلَا يَنْتَقِلُ بَعْدَ الْغُرُوبِ قَبْلَ الْفَرَضِ) لَمَّا فِيهِ مِنْ تَأْخِيرِ الْمَغْرِبِ (وَلَا إِذَا خَرَجَ الْإِمَامُ لِلْخُطْبَةِ يَوْمَ الْجُمُعَةِ إِلَى أَنْ يَفْرُغَ) مِنْ خُطْبَتِهِ لَمَّا فِيهِ مِنَ الْإِسْتِغَالِ عَنْ اسْتِمَاعِ الْخُطْبَةِ.

الشرح:

قَوْلُهُ: (وَيُكْرَهُ أَنْ يَنْتَقِلَ بَعْدَ الْفَجْرِ حَتَّى تَطْلُعَ الشَّمْسُ، وَبَعْدَ الْعَصْرِ حَتَّى تَغْرُبَ الشَّمْسُ) لَمَّا رُوِيَ أَنَّهُ ﷺ نَهَى عَنْ ذَلِكَ (وَالْحَدِيثُ فِي الصَّحِيحَيْنِ. وَاسْتَشْكَلَ بَأَنَّهُ عَيَا الْكَرَاهَةَ إِلَى الطُّلُوعِ وَالْغُرُوبِ، وَحُكْمُ مَا بَعْدَ الْعَايَةِ يُخَالِفُ مَا قَبْلَهَا، وَهَهُنَا لَيْسَ كَذَلِكَ؛ لِأَنَّهَا ثَابِتَةٌ بَعْدَ الطُّلُوعِ إِلَى ارْتِفَاعِهَا، وَبَعْدَ الْغُرُوبِ إِلَى أَذَاءِ الْمَغْرِبِ. وَالْجَوَابُ أَنَّهُ تَثَبُّتُ بِمَفْهُومِ الْعَايَةِ وَهُوَ غَيْرُ لَازِمٍ، عَلَى أَنَّ الْمُخَالَفَةَ ثَابِتَةٌ إِذْ الْكَرَاهَةُ بَعْدَ الطُّلُوعِ وَالْغُرُوبِ بِمَعْنَى آخَرَ. وَالْحَقُّ أَنْ يُقَالَ: مَعْنَاهُ حَتَّى يَقْرُبَ طُلُوعُ الشَّمْسِ وَحَتَّى تَتَغَيَّرَ لِلْغُرُوبِ، فَإِنَّهُ لَوْ كَانَ عَلَى حَقِيقَتِهِ كَانَتْ الْكَرَاهَةُ لِمَعْنَى فِي الْوَقْتِ وَهُوَ خِلَافُ مُرَادِهِ. وَقَوْلُهُ: وَلَا بَأْسَ بِأَنْ يُصَلِّيَ فِي هَذَيْنِ الْوَقْتَيْنِ) يَعْنِي بَعْدَ الْفَجْرِ وَالْعَصْرِ (الْفَوَائِتِ وَيَسْجُدُ لِلتَّلَاوَةِ وَيُصَلِّيَ عَلَى الْجِنَازَةِ؛ لِأَنَّ الْكَرَاهَةَ لِحَقِّ الْفَرَضِ لِيَصِيرَ الْوَقْتُ كَالْمَشْغُولِ بِهِ) وَمَا كَانَ لِحَقِّ الْفَرَضِ لَا يَظْهَرُ فِي حَقِّ حَقِيقَةِ الْفَرَضِ، فَإِنَّ شَعْلَ الْوَقْتِ بِحَقِيقَةِ الْفَرَضِ أَوْلَى مِنَ الشَّعْلِ بِحَقِّهِ فَلَا يَظْهَرُ فِي حَقِّ الْفَرَائِضِ، وَمَا هُوَ بِمَعْنَاهَا فِي الْوُجُوبِ لِعَيْنِهِ كَسَجْدَةِ التَّلَاوَةِ فَإِنَّهَا تَجِبُ لِعَيْنِهَا لَكُونَ وَجُوبُهَا غَيْرُ مَوْقُوفٍ عَلَى فِعْلِ الْعَبْدِ بِدَلِيلِ وَجُوبِهَا بِالسَّمَاعِ فَصَارَتْ كَالْفَرَائِضِ، وَكَذَلِكَ صَلَاةُ الْجِنَازَةِ لَكُونَ وَجُوبُهَا غَيْرُ مَوْقُوفٍ عَلَى فِعْلِ الْعَبْدِ وَظَهَرَتْ فِي حَقِّ الْمُنْذُورِ وَرَكَعَتَيِ الطَّوَافِ وَفِي الَّذِي شَرَعَ

فِيهِ، ثُمَّ أَفْسَدَهُ لِتَعَلُّقِ وَجُوبِ الْمُنْذُورِ بِسَبَبٍ مِنْ جِهَتِهِ: أَيُّ جِهَةِ النَّاذِرِ بِذَلَالَةِ الْمُنْذُورِ عَلَيْهِ لَا مِنْ جِهَةِ الشَّرْعِ فَكَانَ كَالصَّلَاةِ الَّتِي شَرَعَ فِيهَا تَطَوُّعًا، وَلَأَنَّ الْوُجُوبَ لغيرِهِ وَهُوَ خَتْمُ الطَّوَافِ الْحَاصِلِ بِفِعْلِهِ فَكَانَ كَالنَّفْلِ وَلِصِيَانَةِ الْمُؤَدَّى لِثَلَا يَلْزَمُ إِبْطَالُ الْعَمَلِ، وَإِذَا ظَهَرَتْ فِي حَقِّ الْمُنْذُورِ الْوَاجِبِ وَرَكَعَتَيِ الطَّوَافِ وَالْفَاسِدِ بَعْدَ الشَّرُوعِ الْوَاجِبَيْنِ فَلَأَنَّ تَظْهَرَ فِي حَقِّ التَّوَافِلِ أُولَى.

وَقَوْلُهُ: (لَا لِمَعْنَى فِي الْوَقْتِ) تَأْكِيدٌ لِقَوْلِهِ لِحَقِّ الْفَرَضِ، وَفِيهِ إِشَارَةٌ إِلَى الْفَرْقِ بَيْنَ التَّهْمِي الْوَارِدِ فِي هَذَيْنِ الْوَقْتَيْنِ وَالْوَارِدِ فِي الْأَوْقَاتِ الثَّلَاثَةِ الْمَذْكُورَةِ بِأَنَّ ذَلِكَ لِمَعْنَى فِي الْوَقْتِ وَهُوَ كَوْنُهُ مَنْسُوبًا إِلَى الشَّيْطَانِ فَيُظْهِرُ فِي حَقِّ الْفَرَائِضِ وَالتَّوَافِلِ وَغَيْرِهِمَا، وَهَذَا لِمَعْنَى شَغْلِ الْفَرَضِ، وَشَغْلُهُ بِالْفَرَضِ التَّقْدِيرِيِّ أُولَى مِنَ النَّفْلِ دُونَ الْفَرَضِ الْحَقِيقِيِّ فَظَهَرَ فِي حَقِّ التَّوَافِلِ دُونَ الْفَرَضِ الْحَقِيقِيِّ. فَإِنْ قِيلَ: رَكَعَتَا الطَّوَافِ وَاجِبٌ عِنْدَنَا عَلَى مَا يَجِيءُ فِي كِتَابِ الْحَجِّ فَوُجُوبُهُ مِنْ جِهَةِ الشَّرْعِ بَعْدَ الطَّوَافِ كَوُجُوبِ سَجْدَةِ التَّلَاوَةِ بَعْدَ التَّلَاوَةِ فَيَنْبَغِي أَنْ يُؤْتَى بِهِمَا كَسَجْدَةِ التَّلَاوَةِ فِي هَذَيْنِ الْوَقْتَيْنِ، وَعُذْرُهُ بِأَنَّ الْوُجُوبَ لِحَتْمِ الطَّوَافِ بِالصَّلَاةِ يَنْتَقِضُ بِسَجْدَةِ التَّلَاوَةِ، فَإِنَّ وَجُوبَهَا لِلتَّلَاوَةِ وَهِيَ فِعْلُهُ أَيْضًا، وَالْجَوَابُ مَا أَشَرْنَا إِلَيْهِ أَنَّ السَّجْدَةَ قَدْ تَجِبُ بِتَلَاوَةِ غَيْرِهِ إِذَا سَمِعَهُ مِنْ غَيْرِ قَصْدٍ، وَلَا كَذَلِكَ رَكَعَتَا الطَّوَافِ. وَقَوْلُهُ: (وَيُكْرَهُ أَنْ يَتَنَفَّلَ) ظَاهِرٌ.

وَقَوْلُهُ: (مَعَ حَرَصِهِ) عَلَى الصَّلَاةِ يَعْنِي أَنَّ التَّرْكَ مَعَ الْحَرَصِ عَلَى إِحْرَازِ فَضِيلَةِ النَّفْلِ دَلِيلُ الْكَرَاهَةِ. وَكَذَلِكَ قَوْلُهُ: (وَلَا يَتَنَفَّلُ بَعْدَ الْغُرُوبِ) ظَاهِرٌ، وَالْمَعْنَى فِي النَّهْيِ فِي هَذِهِ الْأَوْقَاتِ كَالنَّهْيِ بَعْدَ الْفَجْرِ وَبَعْدَ الْعَصْرِ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ لِمَعْنَى فِي الْوَقْتِ بَلْ لِحَقِّ رَكَعَتَيِ الْفَجْرِ لِيَصِيرَ الْوَقْتُ كَالْمَشْغُولِ بِهِ وَلِلْمُبَادَرَةِ إِلَى أَدَاءِ الْمَغْرِبِ فَإِنَّهَا فِيهِ مُسْتَحَبَّةٌ وَلَنْفِي التَّشَاغُلِ بَعْدَ اسْتِمَاعِ الْخُطْبَةِ فَلَا يَظْهَرُ فِي حَقِّ الْفَرَائِضِ فَكَانَ الْحَاصِلُ أَنَّ مَا كَانَ التَّهْمِي فِيهِ لِمَعْنَى فِي الْوَقْتِ أَثَرٌ فِي الْفَرَائِضِ وَالتَّوَافِلِ جَمِيعًا، وَمَا كَانَ لِمَعْنَى فِي غَيْرِهِ أَثَرٌ فِي التَّوَافِلِ دُونَ الْفَرَائِضِ وَمَا هُوَ بِمَعْنَاهَا.

باب الأذان

(الأَذَانُ سُنَّةٌ لِلصَّلَاةِ الْخَمْسِ وَالْجُمُعَةِ دُونَ مَا سِوَاهَا) لِلتَّقْلِ الْمُتَوَاتِرِ.

الشرح:

(بَابُ الْأَذَانِ) لَمَّا كَانَ الْأَذَانُ إِعْلَامًا بِدُخُولِ سَبَبِ الصَّلَاةِ نَاسَبَ أَنْ يُذَكَّرَ عَقِبَهُ وَالْأَذَانُ فِي اللُّغَةِ الْإِعْلَامُ قَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿وَأَذِّنْ مِنْ اللَّهِ وَرَسُولِهِ﴾ [التوبة: ٣] أَيْ إِعْلَامٌ وَفِي الشَّرِيعَةِ عِبَارَةٌ عَنْ إِعْلَامٍ مَخْصُوصٍ فِي أَوْقَاتٍ مَخْصُوصَةٍ وَسَبَبٍ مَشْرُوعِيَّتُهُ ابْتِدَاءُ رُؤْيَا جَمَاعَةٍ مِنَ الصَّحَابَةِ مِنْهُمْ عُمَرُ ؓ وَنَزُولُ الْمَلِكِ مِنَ السَّمَاءِ وَتَعْلِيمُ الْأَلْفَافِ الْمَخْصُوصَةِ وَبَقَاءُ دُخُولِ الْوَقْتِ لِلصَّلَاةِ الْمَكْتُوبَةِ وَصِفَتُهُ مَا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ وَهُوَ قَوْلُ عَامَّةِ الْمَشَائِخِ أَنَّهُ (سُنَّةٌ لِلصَّلَاةِ الْخَمْسِ وَالْجُمُعَةِ) وَذَكَرَ الْجُمُعَةَ لِدَفْعِ وَهْمٍ مَنْ يُتَوَهَّمُ أَنْ لَا أَذَانَ لَهَا كَصَلَاةِ الْعِيدَيْنِ بِجَمَاعٍ أَنَّهُمَا يَتَعَلَّقَانِ بِالْإِمَامِ وَالْمَصْرِ الْجَامِعِ وَإِلَّا فَهِيَ دَاخِلَةٌ تَحْتَ الْخَمْسِ. وَقَوْلُهُ: (لِلتَّقْلِ الْمُتَوَاتِرِ) يَعْنِي ثَبَتَ مُتَوَاتِرًا «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ أَذَّنَ لِلصَّلَاةِ الْخَمْسِ وَالْجُمُعَةِ دُونَ مَا سِوَاهَا مِنَ الْوُثْرِ وَالْعِيدَيْنِ وَالْكُسُوفِ وَالْخُسُوفِ وَالْإِسْتِسْقَاءِ وَصَلَاةِ الْجَنَازَةِ وَالسَّنَنِ وَالنَّوَافِلِ».

وَقَالَ بَعْضُ مَشَائِخِنَا: إِنَّهُ وَاجِبٌ لَمَّا رُوِيَ عَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّ أَهْلَ بَلَدَةٍ فِي الْإِسْلَامِ إِذَا تَرَكَوا الْأَذَانَ وَالْإِقَامَةَ قُوتِلُوا، وَالْقِتَالُ إِنَّمَا يَكُونُ عَلَى تَرْكِ الْوَاجِبِ دُونَ السُّنَّةِ. وَالْجَوَابُ أَنَّهُ قَالَ ذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ وَإِنْ كَانَ سُنَّةً إِلَّا أَنَّ تَرْكَهُ بِالْإِصْرَارِ اسْتِخْفَافٌ بِالَّذِينَ فَلَرِمَ الْقِتَالُ.

(وَصِفَةُ الْأَذَانِ مَعْرُوفَةٌ) وَهُوَ كَمَا أَذَّنَ الْمَلِكُ النَّازِلُ مِنَ السَّمَاءِ.

الشرح:

(وَصِفَةُ الْأَذَانِ) أَيْ كَيْفِيَّتُهُ (مَعْرُوفَةٌ) وَهُوَ كَمَا أَذَّنَ الْمَلِكُ النَّازِلُ مِنَ السَّمَاءِ وَاخْتَلَفَ فِي ذَلِكَ الْمَلِكُ، فَقِيلَ نَزَلَ بِهِ جِبْرِيلُ عَلَيْهِ السَّلَامُ، وَقِيلَ كَانَ غَيْرُهُ. (وَلَا تَرْجِيعَ فِيهِ) وَهُوَ أَنْ يَرْجِعَ فَيَرْفَعَ صَوْتَهُ بِالشَّهَادَتَيْنِ بَعْدَ مَا خَفَضَ بِهِمَا. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: فِيهِ ذَلِكَ لِحَدِيثِ أَبِي مَحْذُورَةَ ؓ «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَمَرَ بِالِتَّرْجِيعِ». وَلَنَا أَنَّهُ لَا تَرْجِيعَ فِي الْمَشَاهِيرِ وَكَانَ مَا رَوَاهُ تَعْلِيمًا فَظَنَّهُ تَرْجِيعًا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَلَا تَرْجِيعَ فِيهِ وَهُوَ) أَيْ التَّرْجِيعُ (أَنْ يُرْجَعَ) وَهُوَ ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ: (وَقَالَ

الشَّافِعِيُّ فِيهِ ذَلِكَ) أَي فِي الْأَذَانِ التَّرْجِيعُ. (وَقَوْلُهُ: لِحَدِيثِ أَبِي مَحْذُورَةَ) ظَاهِرٌ إِلَى قَوْلِهِ فَظَنَّهُ تَرْجِيعًا. ذَكَرَ فِي الْأَسْرَارِ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَمَرَهُ بِذَلِكَ لِحِكْمَةٍ رَوِيَتْ فِي قِصَّتِهِ، وَهِيَ «أَنَّ أَبَا مَحْذُورَةَ كَانَ يُغْضُ النَّبِيَّ ﷺ قَبْلَ الْإِسْلَامِ بَعْضًا شَدِيدًا، فَلَمَّا أَسْلَمَ أَمَرَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بِالْأَذَانِ، فَلَمَّا بَلَغَ كَلِمَاتِ الشَّهَادَةِ خَفَضَ صَوْتَهُ حَيَاءً مِنْ قَوْمِهِ، فَدَعَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ وَعَرَكَ أُذُنَهُ وَقَالَ لَهُ: ارْجِعْ وَامْدُدْ بِهَا صَوْتَكَ» إِمَّا لِيُعْلِمَهُ أَنَّهُ لَا حَيَاءَ فِي الْحَقِّ أَوْ لِيَزِيدَهُ مَحَبَّةً لِلرُّسُولِ بِتَكْرِيرِ كَلِمَاتِ الشَّهَادَةِ.

(وَيَزِيدُ فِي أَذَانِ الْفَجْرِ بَعْدَ الْفَلَاحِ: الصَّلَاةُ خَيْرٌ مِنَ النَّوْمِ مَرَّتَيْنِ) «لأنَّ بِلَالًا رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَالَ: الصَّلَاةُ خَيْرٌ مِنَ النَّوْمِ مَرَّتَيْنِ حِينَ وَجَدَ النَّبِيُّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ رَاقِدًا، فَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: مَا أَحْسَنَ هَذَا يَا بِلَالُ اجْعَلْهُ فِي أَذَانِكَ» ^(١) وَخُصَّ الْفَجْرُ بِهِ لِأَنَّهُ وَهْتَ نَوْمٍ وَغَفَلَةٍ.

الشرح:

قَوْلُهُ: (لأنَّ بِلَالًا) رُوِيَ «أَنَّ بِلَالًا أَدَنَ لَصَلَاةِ الْفَجْرِ ثُمَّ جَاءَ إِلَى بَابِ حُجْرَةِ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا فَقَالَ: الصَّلَاةُ يَا رَسُولَ اللَّهِ، فَقَالَتْ عَائِشَةُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا: الرَّسُولُ نَائِمٌ، فَقَالَ بِلَالُ الصَّلَاةُ خَيْرٌ مِنَ النَّوْمِ، فَلَمَّا أَتَتْهُ أَخْبَرَتْهُ عَائِشَةُ فَاسْتَحْسَنَتْهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ وَقَالَ: اجْعَلْهُ فِي أَذَانِكَ» وَقَوْلُهُ: (وَخُصَّ الْفَجْرُ) ظَاهِرٌ.

(وَالْإِقَامَةُ مِثْلُ الْأَذَانِ إِلَّا أَنَّهُ يَزِيدُ فِيهَا بَعْدَ الْفَلَاحِ قَدْ قَامَتِ الصَّلَاةُ مَرَّتَيْنِ) هَكَذَا فَعَلَ الْمَلِكُ النَّازِلُ مِنَ السَّمَاءِ وَهُوَ الْمَشْهُورُ ثُمَّ هُوَ حُجَّةٌ عَلَى الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي قَوْلِهِ إِنَّهَا فُرَادَى فُرَادَى إِلَّا قَوْلُهُ قَدْ قَامَتِ الصَّلَاةُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (ثُمَّ هُوَ حُجَّةٌ عَلَى الشَّافِعِيِّ فِي قَوْلِهِ إِنَّهَا فُرَادَى) فَإِنَّهُ يَقُولُ يَشْفَعُ الْأَذَانُ وَيُوتِرُ الْإِقَامَةَ لِحَدِيثِ أَنَسٍ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَمَرَ بِلَالًا بِذَلِكَ: قُلْنَا: الْمُعْتَمَدُ عَلَى مَا فَعَلَ الْمَلِكُ النَّازِلُ، وَالْمَشْهُورُ فِيهِ التَّكْرَارُ، وَمَعْنَى حَدِيثِ أَنَسٍ أَنَّ يُؤَدَّنُ بِصَوْتَيْنِ وَيُقِيمُ بِصَوْتٍ وَاحِدٍ بِدَلِيلِ أَنَّ فِي الْإِقَامَةِ قَدْ قَامَتِ الصَّلَاةُ وَهُوَ مَشْفُوعٌ كَلِمَةً مُوتِرٌ صَوْتًا. وَرُوِيَ أَنَّ عَلِيًّا رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ مَرَّ بِمُؤَدِّنٍ يُوتِرُ الْإِقَامَةَ فَقَالَ اشْفَعَهَا لَا أُمُّ لَكَ.

(وَيَتَرَسَّلُ فِي الْأَذَانِ وَيَحْدُرُ فِي الْإِقَامَةِ) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لِبِلَالٍ «إِذَا أَذَنْتَ فَتَرَسَّلْ، وَإِذَا أَقَمْتَ فَاحْدُرْ»^(١) وَهَذَا بَيَانُ الْأَسْتِحْبَابِ (وَيَسْتَقْبِلُ بِهِمَا الْقِبْلَةَ) لِأَنَّ الْمَلِكَ النَّازِلَ مِنَ السَّمَاءِ أَذَنَ مُسْتَقْبِلَ الْقِبْلَةِ، وَلَوْ تَرَكَ الْأَسْتِقْبَالَ جَازَ لِحُصُولِ الْمَقْصُودِ، وَيُكْرَهُ لِمُخَالَفَتِهِ السُّنَّةَ (وَيُحَوَّلُ وَجْهُهُ بِالصَّلَاةِ وَالْفَلَاحِ يَمَنَةً وَيَسْرَةً) لِأَنَّهُ خِطَابٌ لِلْقَوْمِ فَيُؤَاجِهُهُمْ بِهِ (وَإِنْ اسْتَدَارَ فِي صَوْمَعَتِهِ فَحَسَنٌ) مُرَادُهُ إِذَا لَمْ يَسْتَطِعْ تَحْوِيلَ الْوَجْهِ يَمِينًا وَشِمَالًا (مَعَ ثَبَاتِ قَدَمَيْهِ) مَكَانَهُمَا كَمَا هُوَ السُّنَّةُ بِأَن كَانَتِ الصَّوْمَعَةُ مُتَّسِعَةً، فَأَمَّا مَنْ غَيْرِ حَاجَةٍ فَلَا.

الشرح:

وقوله: (وَيَتَرَسَّلُ فِي الْأَذَانِ) بَيَانُ السُّنَنِ الَّتِي فِيهِ وَهِيَ نَوَعَان: مَا يَرْجِعُ إِلَى نَفْسِ الْأَذَانِ، وَمَا يَرْجِعُ إِلَى صِفَاتِ الْمُؤَذِّنِ، فَلِأَوَّلِهِ هُوَ أَنْ يَأْتِيَ بِهِ رَافِعًا صَوْتَهُ وَيَفْصِلُ بَيْنَ كَلِمَتَيْ الْأَذَانِ بِسَكْنَةٍ مُطَوَّلًا غَيْرَ مُطْرَبٍ وَهُوَ التَّرَسُّلُ مَنْ تَرَسَّلَ فِي قِرَاءَتِهِ إِذَا تَمَهَّلَ فِيهَا وَتَوَقَّفَ، وَلَا يَفْصِلُ بَيْنَ كَلِمَتَيْ الْإِقَامَةِ بَلْ يَجْعَلُهُمَا كَلَامًا وَاحِدًا وَهُوَ الْحَدْرُ، وَيَكُونُ صَوْتُهُ أَخْفَضَ مِنْ صَوْتِ الْأَذَانِ، وَيُرْتَّبُ بَيْنَ كَلِمَاتِ الْأَذَانِ وَالْإِقَامَةِ كَمَا شُرِعَ، فَإِنْ قَدَّمَ بَعْضًا وَأَخَّرَ بَعْضًا فَلَا فَضْلَ الْإِعَادَةِ مُرَاعَاةً لِلتَّرْتِيبِ، وَأَنْ يُؤَالِيَ بَيْنَ كَلِمَاتِ الْأَذَانِ وَالْإِقَامَةِ حَتَّى لَوْ تَرَكَ الْمُوَالَاةَ فَالسُّنَّةُ أَنْ يُعِيدَ الْأَذَانُ وَيَسْتَقْبِلَ بِهِمَا الْقِبْلَةَ إِلَّا فِي الصَّلَاةِ وَالْفَلَاحِ. وَالثَّانِي وَهُوَ أَنْ يَكُونَ ذَكَرًا عَاقِلًا صَالِحًا عَالِمًا بِالسُّنَّةِ وَبِأَوْقَاتِ الصَّلَاةِ، فَأَذَانُ الصَّبِيِّ الْعَاقِلِ صَحِيحٌ مِنْ غَيْرِ كَرَاهَةٍ فِي ظَاهِرِ الرُّوَايَةِ، وَأَذَانُ الْبَالِغِ أَفْضَلُ، وَأَذَانُ غَيْرِ الْعَاقِلِ وَالسُّكْرَانِ يُعَادُ، وَكَذَلِكَ أَذَانُ الْمَرْأَةِ.

وقوله: (وَيَسْتَقْبِلُ بِهِمَا) أَيُّ بِالْأَذَانِ وَالْإِقَامَةِ (الْقِبْلَةَ) لَمَا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ وَهُوَ ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ: (وَيُحَوَّلُ وَجْهُهُ لِلصَّلَاةِ وَالْفَلَاحِ) يَغْنِي عَنْهُ قَوْلُهُ حَيَّ عَلَى الصَّلَاةِ حَيَّ عَلَى الْفَلَاحِ (يَمَنَةً وَيَسْرَةً)؛ لِأَنَّهُ خِطَابٌ لِلْقَوْمِ فَيُؤَاجِهُهُمْ بِهِ. قِيلَ لَوْ كَانَ كَذَلِكَ لَحَوَّلَ وَرَاءَهُ أَيْضًا؛ لِأَنَّ الْقَوْمَ كَمَا يَكُونُونَ فِيهَا كَذَلِكَ يَكُونُونَ فِي الْخَلْفِ وَأُجِيبَ بِأَنَّهُ إِنَّمَا لَمْ يُحَوَّلْ وَرَاءَهُ أَيْضًا؛ لِأَنَّ فِيهِ اسْتِدْبَارَ الْقِبْلَةِ فِيمَا هُوَ دُعَاءٌ إِلَى التَّوَجُّهِ إِلَيْهَا فَكَتَفَى فِيهِ بِمَا يَحْصُلُ لَهُمْ مِنْ بُلُوغِ الصَّوْتِ عِنْدَ تَحْوِيلِ الْوَجْهِ يَمَنَةً وَيَسْرَةً (وَإِنْ

اسْتَدَارَ فِي صَوْمَعَتِهِ فَحَسَنَ ظَاهِرًا.

(وَالْأَفْضَلُ لِلْمُؤَذِّنِ أَنْ يَجْعَلَ أَصْبَعِيهِ فِي أُذُنَيْهِ) بِذَلِكَ أَمَرَ النَّبِيُّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ بِإِلَّا ﷺ وَلَأَنَّهُ أَبْلَغُ فِي الْإِعْلَامِ (فَإِنْ لَمْ يَفْعَلْ فَحَسَنٌ) لِأَنَّهَا لَيْسَتْ بِسُنَّةٍ أَصْلِيَّةٍ (وَالْتَثْوِيبُ فِي الْفَجْرِ حَيْ عَلَى الصَّلَاةِ حَيْ عَلَى الْفَلَاحِ مَرَّتَيْنِ بَيْنَ الْأَذَانِ وَالْإِقَامَةِ حَسَنٌ) لِأَنَّهُ وَقْتُ نَوْمٍ وَغَفْلَةٍ (وَكُرِّهِ فِي سَائِرِ الصَّلَوَاتِ) وَمَعْنَاهُ الْعَوْدُ إِلَى الْإِعْلَامِ بَعْدَ الْإِعْلَامِ وَهُوَ عَلَى حَسَبِ مَا تَعَارَفُوهُ، وَهَذَا التَّثْوِيبُ أَحَدُهُ عُلَمَاءُ الْكُوفَةِ بَعْدَ عَهْدِ الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ لِتَغْيِيرِ أَحْوَالِ النَّاسِ، وَخَصُّوا الْفَجْرَ بِهِ لَمَّا ذَكَّرْنَا، وَالتَّأَخَّرُونَ اسْتَحْسَنُوهُ فِي الصَّلَوَاتِ كُلِّهَا لظُهُورِ التَّوَانِي فِي الْأُمُورِ الدِّينِيَّةِ.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ، لَا أَرَى بِأَسَا أَنْ يَقُولَ الْمُؤَذِّنُ لِلْأَمِيرِ فِي الصَّلَوَاتِ كُلِّهَا السَّلَامَ عَلَيْكَ أَيُّهَا الْأَمِيرُ وَرَحِمَتَهُ اللَّهُ وَبَرَكَاتُهُ، حَيْ عَلَى الصَّلَاةِ حَيْ عَلَى الْفَلَاحِ، الصَّلَاةُ يَرْحَمُكَ اللَّهُ، وَاسْتَبَعَدَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ لِأَنَّ النَّاسَ سَوَاسِيَةً فِي أَمْرِ الْجَمَاعَةِ، وَأَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ خَصَّهُمْ بِذَلِكَ لَزِيَادَةِ اشْتَغَالِهِمْ بِأُمُورِ الْمُسْلِمِينَ كَيْ لَا تَفُوتَهُمُ الْجَمَاعَةُ، وَعَلَى هَذَا الْقَاضِي وَالْمُفْتِي.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَإِنْ لَمْ يَفْعَلْ فَحَسَنٌ) أَيُّ فَلَا أَذَانُ حَسَنٌ لَا تَرْكُ الْفِعْلِ؛ لِأَنَّهُ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مِنَ السُّنَنِ الْأَصْلِيَّةِ حَيْثُ لَمْ يُذَكَّرْ فِي حَدِيثِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ زَيْدٍ وَهُوَ الْأَصْلُ فِي بَابِ الْأَذَانِ لَكِنَّهُ فِعْلٌ أَمَرَ بِهِ النَّبِيُّ ﷺ بِإِلَّا فَلَا يَلِيقُ أَنْ يُوصَفَ تَرْكُهُ بِالْحَسَنِ وَلَمْ يُؤْتَرْ فِي زَوَالِ الْحُسْنِ الْمُتِمِّكِ فِي نَفْسِ الْأَذَانِ الَّذِي هُوَ مِنْ سُنَنِ الْهُدَى فَكَانَ مَعْنَاهُ أَنَّ الْأَذَانُ بِذَلِكَ الْفِعْلِ أَحْسَنُ وَبَرَكَتِهِ حَسَنٌ. وَقَوْلُهُ: (وَالْتَّثْوِيبُ فِي الْفَجْرِ) مُبْتَدَأٌ، وَقَوْلُهُ: (حَسَنٌ) خَبَرُهُ. وَقَوْلُهُ: (وَكُرِّهِ فِي سَائِرِ الصَّلَوَاتِ) لَمَّا رُوِيَ أَنَّ عَلِيًّا ﷺ رَأَى مُؤَذِّنًا يُثَوِّبُ فِي الْعِشَاءِ فَقَالَ: أَخْرِجُوا هَذَا الْمُتَبَدِّعَ مِنَ الْمَسْجِدِ. وَرَوَى مُجَاهِدٌ قَالَ: دَخَلَتْ مَعَ ابْنِ عُمَرَ مَسْجِدًا يُصَلِّي فِيهِ الظُّهْرُ فَسَمِعَ مُؤَذِّنًا يُثَوِّبُ فَعَضِبَ وَقَالَ: قُمْ حَتَّى نَخْرُجَ مِنْ عِنْدِ هَذَا الْمُتَبَدِّعِ، فَمَا كَانَ التَّثْوِيبُ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ إِلَّا فِي صَلَاةِ الْفَجْرِ.

وَقَوْلُهُ: (وَمَعْنَاهُ) أَيُّ مَعْنَى التَّثْوِيبِ فِي الْإِصْطِلَاحِ (الْعَوْدُ إِلَى الْإِعْلَامِ بَعْدَ

الإعلام) وَهُوَ فِي اللَّغَةِ عِبَارَةٌ عَنِ الرَّجُوعِ، وَمِنْهُ سُمِّيَ الثَّوَابُ؛ لِأَنَّ مَنَفَعَةَ عَمَلِهِ تَعُودُ إِلَيْهِ (وَهُوَ) أَيُّ التَّوْبِ (عَلَى حَسَبِ مَا تَعَارَفَهُ أَهْلُ كُلِّ بَلَدَةٍ مِنْ التَّنَحُّجِ أَوْ قَوْلُهُ: الصَّلَاةُ الصَّلَاةُ أَوْ قَوْلُهُ: قَامَتْ قَامَتْ؛ لِأَنَّهُ لِلْمُبَالَغَةِ فِي الْإِعْلَامِ إِنَّمَا يَحْصُلُ ذَلِكَ بِمَا تَعَارَفُوهُ. وَقَوْلُهُ: (وَهَذَا) إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ حَيَّ عَلَى الصَّلَاةِ حَيَّ عَلَى الْفَلَاحِ مَرَّتَيْنِ بَيْنَ الْأَذَانِ وَالْإِقَامَةِ (التَّوْبِ أَحَدُهُ عُلَمَاءُ الْكُوفَةِ بَعْدَ عَهْدِ الصَّحَابَةِ لِتَغْيِيرِ أَحْوَالِ النَّاسِ وَخَصُّوا الْفَجْرَ بِهِ لَمَّا ذَكَرْتَا) أَنَّهُ وَقْتُ غَفْلَةٍ وَلَمْ يُذَكَّرِ التَّوْبِ الْقَدِيمُ هَهُنَا، وَذَكَرَ فِي الْأَصْلِ أَنَّ التَّوْبِ الْأَوَّلَ كَانَ فِي صَلَاةِ الْفَجْرِ بَعْدَ الْأَذَانِ الصَّلَاةُ خَيْرٌ مِنَ النَّوْمِ فَأَحْدَثَ النَّاسُ هَذَا التَّوْبِ: يَعْنِي بِهِ قَوْلُهُ حَيَّ عَلَى الصَّلَاةِ حَيَّ عَلَى الْفَلَاحِ مَرَّتَيْنِ (وَالْمُتَأَخِّرُونَ اسْتَحْسَنُوهُ) أَيُّ التَّوْبِ الْمُحْدَثِ فِي الصَّلَوَاتِ كُلِّهَا لظُهُورِ التَّوَانِي فِي الْأُمُورِ الدِّينِيَّةِ، وَلَكِنْ لَمْ يَشْتَرِطُوا عَيْنَ ذَلِكَ اللَّفْظِ الَّذِي هُوَ حَيَّ عَلَى الصَّلَاةِ حَيَّ عَلَى الْفَلَاحِ بَلْ ذَكَرُوا مَا تَعَارَفُوهُ كَمَا ذَكَرْنَاهُ آنِفًا، وَيَكُونُ هَذَا إِحْدَاثًا بَعْدَ الْحَدَثِ؛ لِأَنَّ التَّوْبِ الْأَصْلِيَّ كَانَ الصَّلَاةُ خَيْرٌ مِنَ النَّوْمِ لَا غَيْرُ فِي أَذَانِ الْفَجْرِ أَوْ بَعْدَ أَذَانِ الْفَجْرِ، فَأَحْدَثَ عُلَمَاءُ الْكُوفَةِ حَيَّ عَلَى الصَّلَاةِ حَيَّ عَلَى الْفَلَاحِ بَيْنَ الْأَذَانِ وَالْإِقَامَةِ فِي الْفَجْرِ خَاصَّةً مَعَ إِنْقَاءِ الْأَوَّلِ، وَأَحْدَثَ الْمُتَأَخِّرُونَ التَّوْبِ بَيْنَ الْأَذَانِ وَالْإِقَامَةِ عَلَى حَسَبِ مَا تَعَارَفُوهُ فِي جَمِيعِ الصَّلَوَاتِ سِوَى الْمَغْرِبِ مَعَ إِنْقَاءِ الْأَوَّلِ، وَمَا رَأَاهُ الْمُؤْمِنُونَ حَسَنًا فَهُوَ عِنْدَ اللَّهِ حَسَنٌ. وَقَوْلُهُ: (وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ) كَلَامٌ يَتَعَلَّقُ بِالتَّوْبِ الْمُحْدَثِ فِي سَائِرِ الصَّلَوَاتِ بِزِيَادَةِ اخْتِصَاصِ بِمَنْ يَكُونُ مُشْتَغَلًا بِأُمُورِ الْمُسْلِمِينَ وَهُوَ ظَاهِرٌ.

(وَيَجْلِسُ بَيْنَ الْأَذَانِ وَالْإِقَامَةِ إِلَّا فِي الْمَغْرِبِ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَقَالَا: يَجْلِسُ فِي الْمَغْرِبِ أَيْضًا جَلْسَةً خَفِيفَةً) لِأَنَّهُ لَا بُدَّ مِنَ الْفَصْلِ إِذَا الْوَصَلَ مَكْرُوهٌ، وَلَا يَقَعُ الْفَصْلُ بِالسَّكْتِ لِوُجُودِهِمَا بَيْنَ كَلِمَاتِ الْأَذَانِ فَيَفْصِلُ بِالْجَلْسَةِ كَمَا بَيْنَ الْخُطْبَتَيْنِ، وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ التَّأخيرَ مَكْرُوهٌ فَيَكْتَفِي بِأَدْنَى الْفَصْلِ احْتِرَازًا عَنْهُ وَالْمَكَانَ فِي مَسَائِلَتِنَا مُخْتَلَفٌ، وَكَذَا النُّعْمَةُ فَيَقَعُ الْفَصْلُ بِالسَّكْتِ وَلَا كَذَلِكَ الْخُطْبَةُ، وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: يَفْصِلُ بِرَكْعَتَيْنِ اعْتِبَارًا بِسَائِرِ الصَّلَوَاتِ، وَالْفَرْقُ قَدْ ذَكَرْنَاهُ (قَالَ يَعْقُوبُ: رَأَيْتَ أَبَا حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ يُؤَدِّنُ فِي الْمَغْرِبِ وَيَقِيمُ وَلَا يَجْلِسُ بَيْنَ الْأَذَانِ وَالْإِقَامَةِ) وَهَذَا يُفِيدُ مَا قُلْنَا، وَأَنَّ الْمُسْتَحَبَّ كَوْنُ الْمُؤَدِّنِ عَالِمًا بِالسُّنَنِ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ

وَالسَّلَامُ: «وَيُؤَذِّنُ لَكُمْ خِيَارَكُمْ»^(١).

الشرح:

قَالَ (وَيَجْلِسُ بَيْنَ الْأَذَانِ وَالْإِقَامَةِ إِلَّا فِي الْمَغْرِبِ) لَا خِلَافَ أَنْ وَصَلَ الْأَذَانَ بِالْإِقَامَةِ مَكْرُوهٌ؛ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ بِالْأَذَانِ إِعْلَامُ النَّاسِ بِدُخُولِ الْوَقْتِ لِيَتَأَهَّبُوا لِلصَّلَاةِ بِالطَّهَارَةِ فَيَحْضُرُوا الْمَسْجِدَ لِإِقَامَةِ الصَّلَاةِ، وَبِالْوَصْلِ يَنْتَفِي هَذَا الْمَقْصُودُ، فَإِنْ كَانَتْ الصَّلَاةُ مِمَّا يُتَطَوَّعُ قَبْلَهَا مَسْثُونًا كَانَ أَوْ كَانَتْ مُسْتَحَبًّا يُفْصَلُ بَيْنَهُمَا بِالصَّلَاةِ لِقَوْلِهِ ﷺ: «بَيْنَ كُلِّ أَذَانَيْنِ صَلَاةٌ قَالَهُ ثَلَاثًا، وَقَالَ فِي الثَّلَاثَةِ لِمَنْ شَاءَ»^(٢) فَإِنْ لَمْ يُصَلِّ يُفْصَلُ بَيْنَهُمَا بِجَلْسَةٍ خَفِيفَةٍ لِحُصُولِ الْمَقْصُودِ بِهِ، وَأَمَّا إِذَا كَانَ فِي الْمَغْرِبِ فَقَدْ اتَّفَقُوا عَلَى أَنَّ الْفَصْلَ لَا بُدَّ مِنْهُ فِيهِ أَيْضًا لَكِنَّهُمْ اخْتَلَفُوا فِي مِقْدَارِهِ، فَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ يُسْتَحَبُّ أَنْ يُفْصَلَ بَيْنَهُمَا بِسَكْنَةٍ قَائِمًا مِقْدَارَ مَا يَتِمَكَّنُ فِيهِ مِنْ قِرَاءَةِ ثَلَاثِ آيَاتٍ قِصَارٍ أَوْ آيَةٍ طَوِيلَةٍ.

وَفِي رَوَايَةٍ عَنْهُ: مِقْدَارَ مَا يَخْطُوا ثَلَاثَ خُطُوطٍ ثُمَّ يُقِيمُ عِنْدَهُمَا يُفْصَلُ بَيْنَهُمَا بِجَلْسَةٍ خَفِيفَةٍ مِقْدَارَ الْجَلْسَةِ بَيْنَ الْخُطْبَتَيْنِ، وَالْوَجْهُ مَا ذُكِرَ فِي الْكِتَابِ وَهُوَ وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ: (وَالْفَرْقُ قَدْ ذَكَرْتَاهُ) إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ إِنَّ التَّأْخِيرَ مَكْرُوهٌ، بِخِلَافِ سَائِرِ الصَّلَوَاتِ فَإِنَّ التَّأْخِيرَ فِيهَا لَيْسَ بِمَكْرُوهٍ، وَالِاشْتِغَالُ بِالرَّكَعَتَيْنِ يُؤَدِّي إِلَى التَّأْخِيرِ فَلِذَلِكَ لَا يُفْصَلُ بَيْنَهُمَا، وَالْمَذْكُورُ هُنَا مِنْ مَذْهَبِ الشَّافِعِيِّ مُنَافٍ لِمَا تَقَدَّمَ فِي بَابِ الْمَوَاقِيتِ مِنْ وَقْتِ الْمَغْرِبِ وَهُوَ أَنْ يُصَلِّيَ فِيهِ ثَلَاثَ رَكَعَاتٍ (قَالَ يَعْقُوبُ: رَأَيْتُ أَبَا حَنِيفَةَ يُؤَذِّنُ فِي الْمَغْرِبِ وَيُقِيمُ وَلَا يَجْلِسُ، وَهَذَا يُفِيدُ مَا قُلْنَا) أَنْ لَا جُلُوسَ عِنْدَهُ فِي أَذَانِ الْمَغْرِبِ، وَإِنَّمَا أُوْرَدَهُ لِيُؤَكِّدَ قَوْلَ أَبِي حَنِيفَةَ بِفَعْلِهِ: " قِيلَ وَإِنَّمَا ذَكَرَ مُحَمَّدٌ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ أَبَا يُوسُفَ بِاسْمِهِ دُونَ كُنْيَتِهِ دَفْعًا لِتَوَهُّمِ التَّسْوِيَةِ فِي التَّعْظِيمِ بَيْنَ الشَّيْخَيْنِ، وَكَانَ مُحَمَّدٌ مَأْمُورًا مِنْ جِهَةِ أَبِي يُوسُفَ أَنْ يَذْكُرَهُ بِاسْمِهِ حَيْثُ ذَكَرَ أَبَا حَنِيفَةَ.

قَوْلُهُ: (وَإِنَّ الْمُسْتَحَبَّ) مَعْطُوفٌ عَلَى مَا قُلْنَا يَعْنِي يُفِيدُ مَا قُلْنَا، وَيُفِيدُ اسْتِحْبَابَ (كَوْنِ الْمُؤَذِّنِ عَالِمًا بِالسُّنَّةِ) أَيَّ بِأَحْكَامِ الشَّرْعِ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «وَيُؤَذِّنُ لَكُمْ

(١) أخرجه أبو داود في الصلاة باب ٦٠، وابن ماجه في الأذان باب ٥ (حديث ٧٦٢).

(٢) أخرجه البخاري (٦٢٧)، ومسلم (٨٣٨).

خِيَارُكُمْ» (" وَخِيَارُهُمْ مَنْ كَانَ عَالِمًا بِأَحْكَامِ الشَّرْعِ، وَهَذَا يَرُدُّ عَلَى مَنْ قَالَ: الْأَحْسَنُ لِلْإِمَامِ أَنْ يَفُوضَ الْأَذَانَ وَالْإِقَامَةَ إِلَى غَيْرِهِ، فَإِنَّ النَّبِيَّ ﷺ مَا كَانَ يُبَاشِرُ الْأَذَانَ وَالْإِقَامَةَ بِنَفْسِهِ وَكَانَ إِمَامًا لَهُمْ فِي الصَّلَوَاتِ. قُلْنَا: أَذَنْ وَأَقَامَ ﷺ أَحْيَانًا. رَوَى عَقْبَةُ بْنُ عَامِرٍ قَالَ «كُنْتُ مَعَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فِي سَفَرٍ فَلَمَّا زَالَتْ الشَّمْسُ أَذَنْ وَأَقَامَ وَصَلَّى الظُّهْرَ».

(وَيُؤَذِّنُ لِلْفَائِتَةِ وَيُقِيمُ) «لَأَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ قَضَى الْفَجْرَ غَدَاةَ لَيْلَةِ التَّعْرِيسِ بِأَذَانٍ وَإِقَامَةٍ» وَهُوَ حُجَّةٌ عَلَى الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي اكْتِفَائِهِ بِالْإِقَامَةِ (فَإِنْ فَاتَتْهُ صَلَوَاتُ أَذَنْ لِلأُولَى وَأَقَامَ) لَمَّا رَوَيْنَا (وَكَانَ مُخِيرًا فِي الْبَاقِي، إِنْ شَاءَ أَذَنْ وَأَقَامَ) لِيَكُونَ الْقَضَاءُ عَلَى حَسَبِ الْأَدَاءِ (وَإِنْ شَاءَ اقْتَصَرَ عَلَى الْإِقَامَةِ) لِأَنَّ الْأَذَانَ لِلِاسْتِحْضَارِ وَهُمْ حُضُورًا. قَالَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: وَعَنْ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ يُقِيمُ لَمَّا بَعْدَهَا وَلَا يُؤَذِّنُ، قَالُوا: يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ هَذَا قَوْلُهُمْ جَمِيعًا.

الشرح:

وقوله: (غَدَاةَ لَيْلَةِ التَّعْرِيسِ) التَّعْرِيسُ التُّزُولُ فِي آخِرِ اللَّيْلِ رَوَى الْبُخَارِيُّ فِي صَحِيحِهِ بِإِسْنَادِهِ إِلَى عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي قَتَادَةَ عَنْ أَبِيهِ قَالَ " «سَرْنَا مَعَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ لَيْلَةَ فَقَالَ بَعْضُ الْقَوْمِ: لَوْ عَرَّسَتْ بَنَاتُنَا بِرَسُولِ اللَّهِ، قَالَ: أَخَافُ أَنْ تَنَامُوا عَنْ الصَّلَاةِ، قَالَ بِلَالٌ: أَنَا أَوْقِظُكُمْ، فَاضْطَجَعُوا وَأَسْنَدَ بِلَالٌ ظَهْرَهُ إِلَى رَاحِلَتِهِ فَعَلَبَتْهُ عَيْنَاهُ فَنَامَ، فَاسْتَيْقِظَ النَّبِيُّ ﷺ وَقَدْ طَلَعَ حَاجِبُ الشَّمْسِ فَقَالَ: يَا بِلَالُ أَيْنَ مَا قُلْتَ ؟ قَالَ: مَا أُلْقَيْتُ عَلَى نَوْمَةٍ مِثْلَهَا قَطُّ، قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: إِنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَبَضَ أَرْوَاحَكُمْ حِينَ شَاءَ وَرَدَّهَا عَلَيْكُمْ حِينَ شَاءَ، يَا بِلَالُ قُمْ فَأَذِّنِ النَّاسَ بِالصَّلَاةِ فَتَوَضَّأُوا، فَلَمَّا ارْتَفَعَتِ الشَّمْسُ وَابْيَضَّتْ قَامَ فَصَلَّى بِالنَّاسِ جَمَاعَةً»^(١) (وَهُوَ) أَيُّ قَضَاءِ النَّبِيِّ ﷺ بِأَذَانٍ وَإِقَامَةٍ (حُجَّةٌ عَلَى الشَّافِعِيِّ فِي اكْتِفَائِهِ بِالْإِقَامَةِ) لَا يُقَالُ: قَدْ رُوِيَ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَمَرَ بِلَالًا فَأَقَامَ بِدُونِ ذِكْرِ الْأَذَانِ؛ لِأَنَّ الْقِصَّةَ وَاحِدَةً، فَالْعَمَلُ بِالزِّيَادَةِ أَوْلَى، وَفِيهِ نَظَرٌ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ إِنَّمَا يَكُونُ إِذَا كَانَ رَاوِيهِمَا وَاحِدًا وَلَمْ يَثْبُتْ هَهُنَا ذَلِكَ.

(١) أخرجه البخاري (٥٩٥)، والنسائي (١٠٥/٢، ١٠٦)، وأبو داود (٤٣٩، ٤٤٠)، وأحمد

وَالْجَوَابُ أَنَّ الرَّاويَ إِذَا كَانَ مُتَعَدِّدًا إِنَّمَا يُعْمَلُ بِالْخَيْرَيْنِ إِذَا أُمِنَ الْعَمَلُ بِهِمَا، وَهَاهُنَا لَا يُمَكِّنُ ذَلِكَ؛ لِأَنَّ الْقِصَّةَ وَاحِدَةً (فَإِنْ فَاتَتْهُ صَلَوَاتُ أَذَّنٍ لِلأُولَى وَأَقَامَ لِمَا رَوَيْنَا) مِنْ حَدِيثِ لَيْلَةَ التَّعْرِيسِ (وَكَانَ مُخَيَّرًا فِي الْبَاقِي إِنْ شَاءَ أَذَّنٌ وَأَقَامَ) لِيَكُونَ الْقَضَاءُ عَلَى حَسَبِ الْأَدَاءِ (وَإِنْ شَاءَ اقْتَصَرَ عَلَى الْإِقَامَةِ)؛ لِأَنَّ الْأَذَانَ لِلِاسْتِحْضَارِ وَهُمْ حُضُورٌ فَلَا حَاجَةَ إِلَيْهِ. فَإِنْ قِيلَ: إِذَا كَانَ الرَّفْقُ مُتَعَيِّنًا فِي أَحَدِ الْأُمْرَيْنِ فَلَا تَخْيِيرَ بَيْنَهُمَا كَمَا فِي قَصْرِ صَلَاةِ الْمُسَافِرِ وَهَهُنَا الرَّفْقُ مُتَعَيِّنٌ فِي الْإِقَامَةِ فَمَا وَجْهُ التَّخْيِيرِ؟ أُجِيبَ بِأَنَّ ذَلِكَ بَيْنَ الشَّيْئَيْنِ الْوَاجِبَيْنِ لَا فِي السُّنَنِ وَالتَّطَوُّعَاتِ. قَالَ (وَعَنْ مُحَمَّدٍ) رَوِيَ فِي غَيْرِ رِوَايَةِ الْأُصُولِ عَنْ مُحَمَّدٍ: إِذَا فَاتَتْ صَلَوَاتُ تَقْضَى الْأُولَى بِأَذَانٍ وَإِقَامَةٍ، وَالْبَاقِي بِالْإِقَامَةِ دُونَ الْأَذَانِ. قَالَ أَبُو بَكْرٍ الرَّازِيُّ (يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ هَذَا قَوْلُهُمْ جَمِيعًا) وَالْمَذْكُورُ فِي الْكِتَابِ مَحْمُولٌ عَلَى الصَّلَاةِ الْوَاحِدَةِ فَيَرْتَفَعُ الْخِلَافُ بَيْنَ أَصْحَابِنَا.

(وَيَنْبَغِي أَنْ يُؤْذَنَ وَيُقِيمَ عَلَى طَهْرٍ، فَإِنْ أَذَّنَ عَلَى غَيْرِ وُضُوءٍ جَازَ) لِأَنَّهُ ذَكَرَ وَلَيْسَ بِصَلَاةٍ فَكَانَ الْوُضُوءُ فِيهِ اسْتِحْبَابًا كَمَا فِي الْقِرَاءَةِ (وَيُكْرَهُ أَنْ يُقِيمَ عَلَى غَيْرِ وُضُوءٍ) لِمَا فِيهِ مِنَ الْفَصْلِ بَيْنَ الْإِقَامَةِ وَالصَّلَاةِ، وَيُرْوَى أَنَّهُ لَا تُكْرَهُ الْإِقَامَةُ أَيْضًا لِأَنَّهَا أَحَدُ الْأَذَانَيْنِ، وَيُرْوَى أَنَّهُ يُكْرَهُ الْأَذَانُ أَيْضًا لِأَنَّهُ يَصِيرُ دَاعِيًا إِلَى مَا لَا يُجِيبُ بِنَفْسِهِ (وَيُكْرَهُ أَنْ يُؤْذَنَ وَهُوَ جُنُبٌ) رِوَايَةً وَاحِدَةً.

وَوَجْهُ الْفَرْقِ عَلَى إِحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ أَنَّ لِلْأَذَانِ شَبَهًا بِالصَّلَاةِ فَتَشْتَرِطُ الطَّهَارَةُ عَنْ أَغْلَظِ الْحَدَّثَيْنِ دُونَ أَحْفَظِهِمَا عَمَلًا بِالشَّبَهَيْنِ. وَفِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ: إِذَا أَذَّنَ وَأَقَامَ عَلَى غَيْرِ وُضُوءٍ لَا يُعِيدُ وَالْجُنُبُ أَحَبُّ إِلَيَّ أَنْ يُعِيدَ (وَلَوْ لَمْ يُعِدْ أَجْزَأُهُ) أَمَّا الْأَوَّلُ فَلَخِصَتِ الْحَدَّثُ، وَأَمَّا الثَّانِي فَفِي الْإِعَادَةِ بِسَبَبِ الْجَنَابَةِ رِوَايَتَانِ، وَالْأَشْبَهُ أَنْ يُعَادَ الْأَذَانُ دُونَ الْإِقَامَةِ لِأَنَّ تَكَرَّرَ الْأَذَانِ مَشْرُوعٌ دُونَ الْإِقَامَةِ. وَقَوْلُهُ وَلَوْ لَمْ يُعِدْ أَجْزَأُهُ: يَعْنِي الصَّلَاةَ لِأَنَّهَا جَائِزَةٌ بِدُونِ الْأَذَانِ وَالْإِقَامَةِ. قَالَ (وَكَذَلِكَ الْمَرَّةُ تُؤْذَنُ) مَعْنَاهُ يُسْتَحَبُّ أَنْ يُعَادَ لِيَقَعَ عَلَى وَجْهِ السُّنَنِ

الشرح:

قَالَ (وَيَنْبَغِي أَنْ يُؤْذَنَ وَيُقِيمَ عَلَى طَهْرٍ)؛ لِأَنَّ لَهُمَا شَبَهًا بِالصَّلَاةِ عَلَى مَا سَيَأْتِي، فَإِنْ أَذَّنَ بِغَيْرِ وُضُوءٍ جَازَ بِلَا كَرَاهَةٍ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ؛ لِأَنَّهُ ذَكَرَ فَكَانَ الْوُضُوءُ فِيهِ

مُسْتَحَبًّا كَالْقِرَاءَةِ (وَيُكْرَهُ أَنْ يُعْلِمَ عَلَى غَيْرِ وُضوءٍ) لَمَّا فِيهِ مِنَ الْفَصْلِ بَيْنَ الْإِقَامَةِ وَالصَّلَاةِ بِالِاسْتِعَالِ بِأَعْمَالِ الْوُضوءِ، وَالْإِقَامَةُ شُرِعَتْ مُتَّصِلَةً بِالشَّرُوعِ فِي الصَّلَاةِ (وَيُرَوَى أَنَّهُ) أَيُّ الشَّانِ (لَا تُكْرَهُ الْإِقَامَةُ أَيْضًا)؛ لِأَنَّهَا أَحَدُ الْأَذَانَيْنِ، وَالْآخَرُ وَهُوَ الْأَذَانُ لَا يُكْرَهُ بِلَا وُضوءٍ فَكَذَا الْإِقَامَةُ (وَيُرَوَى يُكْرَهُ الْأَذَانُ أَيْضًا) وَهُوَ رِوَايَةُ الْكَرْخِيِّ؛ لِأَنَّهُ يَصِيرُ دَاعِيًا إِلَى مَا لَا يُجِيبُ بِنَفْسِهِ.

(وَيُكْرَهُ أَنْ يُؤْذَنَ وَهُوَ جُبُّ رِوَايَةٍ وَاحِدَةٍ وَوَجْهَ الْفَرْقِ عَلَى إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ) أَيُّ بَيْنَ أَذَانِ الْجُنُبِ وَالْمُحْدِثِ عَلَى الرَّوَايَةِ الَّتِي لَا يُكْرَهُ أَذَانُهُ (أَنَّ لِلْأَذَانِ شَبَهًا بِالصَّلَاةِ) فِي أَنَّهُمَا يُفْتَتَحَانِ بِالتَّكْبِيرِ وَيُؤَدِّيَانِ مَعَ الْاسْتِقْبَالِ وَيُرْتَّبُ كَلِمَاتُ الْأَذَانِ كَأَرْكَانِ الصَّلَاةِ وَيَخْتَصَّانِ بِالْوَقْتِ وَلَا يَتَكَلَّمُ فِيهِمَا إِلَّا أَنَّهُ لَيْسَ بِصَلَاةٍ عَلَى الْحَقِيقَةِ، وَلَوْ كَانَ صَلَاةً عَلَى الْحَقِيقَةِ لَمْ يَجُزْ مَعَ الْحَدِثِ وَالْجَنَابَةِ فَإِذَا كَانَ مُشَبَّهًا بِهَا كُرِهَ مَعَ الْجَنَابَةِ اعْتِبَارًا لِلشَّيْءِ وَلَمْ يُكْرَهُ مَعَ الْحَدِثِ اعْتِبَارًا لِلْحَقِيقَةِ وَلَمْ يُعْكَسْ؛ لِأَنَّا لَوْ اعْتَبَرْنَا فِي الْحَدِثِ جَانِبَ الشَّيْءِ لَزِمْنَا اعْتِبَارُهُ فِي الْجَنَابَةِ بِطَرِيقِ الْأَوَّلِيِّ؛ لِأَنَّ الْجَنَابَةَ أَغْلَظُ الْحَدِيثَيْنِ فَكَانَ يَتَعَطَّلُ جَانِبُ الْحَقِيقَةِ. وَذَكَرَ رِوَايَةَ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ لَاسْتِمَالَهَا عَلَى الْإِعَادَةِ وَعَدَمِهَا. وَقَوْلُهُ: (أَمَّا الْأَوَّلُ) يَعْنِي عَدَمَ إِعَادَةِ أَذَانِ الْمُحْدِثِ وَإِقَامَتِهِ. وَقَوْلُهُ: (وَأَمَّا الثَّانِي) يَعْنِي اسْتِحْبَابَ الْإِعَادَةِ بِسَبَبِ الْجَنَابَةِ. وَقَوْلُهُ: (رِوَايَتَانِ فِي ظَاهِرِ الرَّوَايَةِ يُسْتَحَبُّ، وَفِي رِوَايَةِ الْكَرْخِيِّ يَجِبُ وَالْأَشْبَهُ إِعَادَةُ الْأَذَانِ فَقَطْ)؛ لِأَنَّ تَكَرَّرَ الْأَذَانِ مَشْرُوعٌ فِي الْجُمْلَةِ كَمَا فِي الْجُمُعَةِ بِخِلَافِ الْإِقَامَةِ. وَقَوْلُهُ: (يَعْنِي الصَّلَاةَ) إِنَّمَا فَسَّرَهُ بِهِذَا؛ لِأَنَّهُ قَالَ فِي الْإِيضَاحِ: وَيَحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ الْمُرَادُ مِنَ الْجَوَازِ أَصْلَ الْأَذَانِ؛ لِأَنَّ رَفَعَ الصَّوْتِ زَائِدٌ فِي الْبَابِ.

وَقَوْلُهُ: (وَكَذَلِكَ الْمَرْأَةُ تُؤْذَنُ) عَطَفَ عَلَى قَوْلِهِ، وَالْجُنُبُ أَحَبُّ أَنْ يُعِيدَ. وَقَوْلُهُ: (لِيَقَعَ) أَيُّ الْأَذَانُ (عَلَى وَجْهِ السُّنَّةِ) فَإِنَّ أَذَانَ الْمَرْأَةِ لَا يَكُونُ عَلَى وَجْهِ السُّنَّةِ بَلْ عَلَى وَجْهِ الْبِدْعَةِ؛ لِأَنَّهَا إِنْ رَفَعَتْ صَوْتَهَا فِي أَعْلَى مَوْضِعٍ ارْتَكَبَتْ بِدْعَةً وَإِلَّا لَمْ تُؤْذَنَ عَلَى وَجْهِ السُّنَّةِ وَتَرُكُ وَجْهِ هَذِهِ السُّنَّةِ بِدْعَةً، وَلَيْسَ عَلَى النِّسَاءِ أَذَانٌ وَلَا إِقَامَةٌ؛ لِأَنَّهُمَا سُنَّتَا الصَّلَاةِ بِالْجَمَاعَةِ وَجَمَاعَتُهُنَّ مَسْخُوخَةٌ وَإِنْ صَلَّيْنَ بِجَمَاعَةٍ صَلَّيْنَ بِغَيْرِ أَذَانٍ وَلَا إِقَامَةٍ لِحَدِيثِ رَائِطَةَ قَالَتْ: كُنَّا جَمَاعَةً مِنَ النِّسَاءِ أَمْتْنَا عَائِشَةَ بِلَا أَذَانٍ وَلَا إِقَامَةٍ.

(وَلَا يُؤْذَنُ لَصَلَاةٍ قَبْلَ دُخُولِ وَقْتِهَا وَيُعَادُ فِي الْوَقْتِ) لِأَنَّ الْأَذَانَ لِلْإِعْلَامِ وَقَبْلَ الْوَقْتِ تَجْهِيلٌ (وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ) وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ (يَجُوزُ لِلْفَجْرِ فِي النِّصْفِ الْأَخِيرِ مِنَ اللَّيْلِ) لِتَوَارُثِ أَهْلِ الْحَرَمَيْنِ. وَالْحُجَّةُ عَلَى الْكُلِّ قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لِبَلَالٍ رضي الله عنه «لَا تُؤْذَنُ حَتَّى يَسْتَبِينَ لَكَ الْفَجْرُ هَكَذَا، وَمَدَّ يَدَهُ عَرْضًا».

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَلَا يُؤْذَنُ لَصَلَاةٍ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ: (وَالْحُجَّةُ عَلَى الْكُلِّ) أَيُّ عَلَى أَبِي يُوسُفَ وَالشَّافِعِيِّ وَأَهْلِ الْحَرَمَيْنِ: يَعْنِي أَنَّ الْحَدِيثَ حُجَّةٌ عَلَى الْآخِذِ وَالْمَأْخُوذِ مِنْهُ، فَإِنْ قَبْلَ جَاءَ فِي الْحَدِيثِ «لَا يُعَرِّكُكُمْ أَذَانُ بِلَالٍ» وَيُعْلَمُ بِهِ أَنَّهُ كَانَ يُؤْذَنُ قَبْلَ الْوَقْتِ أُجِيبَ بِأَنَّهُ حُجَّةٌ لَنَا حَيْثُ لَمْ يَعْتَرِ النَّبِيُّ صلى الله عليه وسلم أَذَانُهُ وَنَهَاهُمْ عَنِ الْإِغْتِرَارِ بِهِ وَاعْتِبَارِهِ، وَقَدْ ذَكَرَ فِي الْمَبْسُوطِ «أَنَّ أَذَانَ بِلَالٍ أَنْكَرَهُ عَلَيْهِ رَسُولُ اللَّهِ صلى الله عليه وسلم وَأَمَرَهُ أَنْ يُنَادِيَ عَلَى نَفْسِهِ أَلَا إِنَّ الْعَبْدَ قَدْ نَامَ»: يَعْنِي نَفْسَهُ، أَيُّ أَنَّهُ أَذَنَ فِي حَالِ النَّوْمِ وَالْغَفْلَةِ وَكَانَ يَنْكِي وَيَطُوفُ حَوْلَ الْمَدِينَةِ وَيَقُولُ: لَيْتَ بِلَالًا لَمْ تَلِدْهُ أُمُّهُ وَأَبْتَلٌ مِنْ نَضْحِ دَمِ جَنِينِهِ، وَإِنَّمَا قَالَ ذَلِكَ لِكَثْرَةِ مُعَانِيَةِ رَسُولِ اللَّهِ صلى الله عليه وسلم إِيَّاهُ.

(وَالْمَسَافِرُ يُؤْذَنُ وَيُقِيمُ) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لِابْنِي أَبِي مُلَيْكَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا «إِذَا سَافَرْتُمَا فَأَذِّنَا وَأَقِيمَا» ^(١) (فَإِنْ تَرَكَهُمَا جَمِيعًا يُكْرَهُ) وَلَوْ اكْتَفَى بِالْإِقَامَةِ جَازَ لِأَنَّ الْأَذَانَ لَا سَتِحْضَارَ الْغَائِبِينَ وَالرُّفْقَةَ حَاضِرُونَ وَالْإِقَامَةُ لِلْإِعْلَامِ الْإِفْتِتَاحِ وَهُمْ إِلَيْهِ مُحْتَاجُونَ (فَإِنْ صَلَّى فِي بَيْتِهِ فِي الْمِصْرِ يُصَلِّي بِأَذَانٍ وَإِقَامَةٍ) لِيَكُونَ الْأَدَاءُ عَلَى هَيْئَةِ الْجَمَاعَةِ (وَإِنْ تَرَكَهُمَا جَازَ) لِقَوْلِ ابْنِ مَسْعُودٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: أَذَانُ الْحَيِّ يَكْفِينَا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لِابْنِي أَبِي مُلَيْكَةَ) قَالَ فِي النَّهَائَةِ: ذَكَرَ هَذَا الْحَدِيثَ فِي الْمَبْسُوطِ بِخَطَابٍ غَيْرِهِمَا. وَقَالَ: رَوَى «عَنْ النَّبِيِّ صلى الله عليه وسلم أَنَّهُ قَالَ لِمَالِكِ بْنِ الْحُوَيْرِثِ وَابْنِ عَمٍّ لَهُ إِذَا سَافَرْتُمَا فَأَذِّنَا وَأَقِيمَا وَلْيُؤْمِكُمَا أَكْثَرُكُمَا قُرْآنًا» ^(٢) وَرَوَى فَخْرُ الْإِسْلَامِ «وَلْيُؤْمِكُمَا أَكْبَرُكُمَا سَنًا» ^(٣) وَقَوْلُهُ: (فَإِنْ تَرَكَهُمَا جَمِيعًا يُكْرَهُ) ظَاهِرٌ.

(١) أخرجه البخاري (٦٢٨)، ومسلم (٦٧٤) من حديث مالك بن الحويرث.

(٢) انظر سابقه.

(٣) سبق تخريجه.

وَقَوْلُهُ: (لَقَوْلِ ابْنِ مَسْعُودٍ) رَوَى أَنَّ ابْنَ مَسْعُودٍ رضي الله عنه صَلَّى بِعَلْقَمَةَ وَالْأَسْوَدَ بِلَا أَذَانٍ وَإِقَامَةٍ، فَقِيلَ لَهُ أَلَا تُؤَذِّنُ وَتُقِيمُ؟ فَقَالَ (أَذَانُ الْحَيِّ يَكْفِينَا) وَذَلِكَ أَنَّ الْمُؤَذِّنَ نَائِبٌ عَنْ أَهْلِ الْمَحَلَّةِ فِي الْأَذَانِ وَالْإِقَامَةِ لِنَصِبِهِمْ إِيَّاهُ لَذَلِكَ، فَكَانَ الْمُصَلِّي فِي الْحَيِّ بَغِيرِ أَذَانٍ وَإِقَامَةٍ حَقِيقَةً مُصَلِّيًا بِهِمَا حُكْمًا فَلَا يُكْرَهُ بِخِلَافِ الْمُسَافِرِ إِذَا صَلَّى وَحْدَهُ بَغِيرِ أَذَانٍ وَإِقَامَةٍ فَإِنَّهُ يُكْرَهُ لِكَوْنِهِ تَارِكًا لِهَمَا حَقِيقَةٍ وَحُكْمًا فَهُوَ تَارِكٌ لِلْجَمَاعَةِ حَقِيقَةً وَتَشْبُهًا، وَتَرَكُ الصَّلَاةَ بِجَمَاعَةٍ مَكْرُوهَةٌ، فَكَذَا تَرَكُ التَّشْبُهَ كَمَا إِذَا عَجَزَ عَنِ الصَّوْمِ وَقَدَّرَ عَلَى التَّشْبُهِ فَإِنَّهُ يُكْرَهُ لَهُ تَرْكُهُ.

بَابُ شُرُوطِ الصَّلَاةِ الَّتِي تَتَقَدَّمُهَا

(يَجِبُ عَلَى الْمُصَلِّي أَنْ يُقَدِّمَ الطَّهَارَةَ مِنَ الْأَحْدَاثِ وَالْأَنْجَاسِ عَلَى مَا قَدَّمَناه) قَالَ
اللَّهُ تَعَالَى ﴿وَتِيَابَكَ فَطَهَّرَ﴾ [المدثر: ٤] وَقَالَ تَعَالَى: ﴿وَأِنْ كُنْتُمْ جُنُبًا فَاطَّهَّرُوا﴾ [المائدة: ٦].

الشرح:

(بَابُ شُرُوطِ الصَّلَاةِ الَّتِي تَتَقَدَّمُهَا) لَمَّا فَرَّغَ مِنْ ذِكْرِ السَّبَبِ وَهُوَ الْوَقْتُ وَمَا هُوَ عَلَامَةٌ عَلَيْهِ ذَكَرَ بَقِيَّةَ الشُّرُوطِ، وَالشُّرُوطُ جَمْعُ شَرْطٍ وَهُوَ الْعَلَامَةُ. وَفِي الْإِصْطِلَاحِ: مَا يَتَوَقَّفُ عَلَيْهِ وُجُودُ الشَّيْءِ وَلَمْ يَكُنْ دَاخِلًا فِيهِ. وَقَوْلُهُ: (الَّتِي تَتَقَدَّمُهَا) صِفَةٌ مُؤَكَّدَةٌ لَا مُمَيِّزَةٌ إِذْ لَيْسَ مِنَ الشُّرُوطِ مَا لَا يَكُونُ مُتَقَدِّمًا حَتَّى يَكُونَ احْتِرَازًا عَنْهُ، وَهُوَ قَرِيبٌ مِنْ أُسْلُوبِ قَوْلِهِ تَعَالَى ﴿تَحْكُمُ بِهِا أَلْبَيُوتَ الَّذِينَ أَسْلَمُوا﴾ [المائدة: ٤٤] وَقَوْلُهُ: (يَجِبُ عَلَى الْمُصَلِّي أَنْ يُقَدِّمَ الطَّهَارَةَ) إِنَّمَا أَعَادَهُ وَإِنْ كَانَ قَدْ عَلِمَ مِمَّا تَقَدَّمَ كَوْنُهَا شَرْطًا لِلصَّلَاةِ لِيَكُونَ الْبَابُ مُشْتَمِلًا عَلَى جُمْلَةِ الشُّرُوطِ.

(وَيَسْتَرْعُورَتُهُ) لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿حُذُوا زِينَتَكُمْ عِنْدَ كُلِّ مَسْجِدٍ﴾ [الأعراف: ٣١] أَيْ مَا يُوَارِي عَوْرَتَكُمْ عِنْدَ كُلِّ صَلَاةٍ وَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «لَا صَلَاةَ لِحَائِضٍ إِلَّا بِخِمَارٍ» أَيْ لِبَالَعَةٍ (وَعَوْرَةُ الرَّجُلِ مَا تَحْتَ السَّرَّةِ إِلَى الرُّكْبَتَيْنِ) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «عَوْرَةُ الرَّجُلِ مَا بَيْنَ سُرَّتِهِ إِلَى رُكْبَتَيْهِ» ^(١) وَيُرْوَى «مَا دُونَ سُرَّتِهِ حَتَّى تُجَاوِزَ رُكْبَتَهُ» وَبِهَذَا تَبَيَّنَ أَنَّ السَّرَّةَ لَيْسَتْ مِنَ الْعَوْرَةِ خِلَافًا لِمَا يَقُولُهُ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ

(١) أخرجه الدارقطني (١/٢٣٠، ٢٣١)، حديث رقم ٣.

(وَالرُّكْبَةُ مِنَ الْعَوْرَةِ) خِلَافًا لَهُ أَيْضًا، وَكَلِمَةٌ إِلَى نَحْمِلُهَا عَلَى كَلِمَةٍ مَعَ عَمَلًا بِكَلِمَةٍ حَتَّى أَوْ عَمَلًا بِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «الرُّكْبَةُ مِنَ الْعَوْرَةِ».

الشرح:

قَوْلُهُ: أَيُّ مَا يُوَارِي عَوْرَتَكُمْ عِنْدَ كُلِّ صَلَاةٍ: يَعْنِي لِأَجْلِ الصَّلَاةِ لَا لِأَجْلِ النَّاسِ؛ لِأَنَّ النَّاسَ فِي الْأَسْوَاقِ أَكْثَرُ مِنْهُمْ فِي الْمَسَاجِدِ، فَلَوْ كَانَ لِأَجْلِهِمْ لَقَالَ عِنْدَ دُخُولِ الْأَسْوَاقِ، فَكَانَ مَعْنَاهُ: خُذُوا مَا يُوَارِي عَوْرَتَكُمْ مِنَ الثَّوبِ الَّذِي تَحْصُلُ بِهِ الزَّيْنَةُ وَهِيَ سِتْرُ الْعَوْرَةِ عِنْدَ كُلِّ صَلَاةٍ؛ لِأَنَّ اخْتِذَ الزَّيْنَةَ نَفْسِهَا وَهِيَ مُصَدَّرٌ لَا يُمَكِّنُ إِلَّا بِهَذَا الطَّرِيقِ فَكَانَ مِنْ بَابِ إِطْلَاقِ اسْمِ الْحَالِّ عَلَى الْمَحَلِّ. وَفِي قَوْلِهِ عِنْدَ كُلِّ مَسْجِدٍ إِطْلَاقُ اسْمِ الْمَحَلِّ عَلَى الْحَالِّ. فَإِنْ قِيلَ رُوِيَ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ أَنَّهَا نَزَلَتْ فِي شَأْنِ الطَّوَافِ لَا فِي حَقِّ الصَّلَاةِ فَلَا تَكُونُ حُجَّةً فِي وَجُوبِ السِّتْرِ فِي حَقِّ الصَّلَاةِ. أُجِيبَ بِأَنَّ الْعِبْرَةَ بَعُومُ اللَّفْظِ لَا بِخُصُوصِ السَّبَبِ.

وَقَوْلُهُ: (عِنْدَ كُلِّ مَسْجِدٍ) عَامٌّ فَلَا يَخْتَصُّ بِالْمَسْجِدِ الْحَرَامِ وَقَوْلُهُ: (وَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ " «لَا صَلَاةَ لِحَائِضٍ إِلَّا بِخِمَارٍ» ") أَيُّ لِبَالَعَةٍ؛ لِأَنَّ الْحَائِضَ لَا صَلَاةَ لَهَا لَا بِخِمَارٍ وَلَا بغيرِهِ، فَكَانَ مَجَازًا عَنْ الْبَالَعَةِ؛ لِأَنَّ الْحَيْضَ يَسْتَلْزِمُ الْبُلُوغَ. وَفِي دَلَالَةِ الْآيَةِ وَالْحَدِيثِ عَلَى فَرَضِيَّةِ سِتْرِ الْعَوْرَةِ نَظَرٌ أَمَّا الْآيَةُ فَإِنَّهَا تُفِيدُ الْوُجُوبَ فِي حَقِّ الطَّوَافِ وَلِهَذَا كَانَ طَوَافُ الْعَارِي مُعْتَدًّا بِهِ، فَلَوْ أَفَادَتْ الْفَرَضِيَّةُ فِي حَقِّ الصَّلَاةِ لَكَانَ لَفْظُ خُذُوا مُسْتَعْمَلًا فِي الْوُجُوبِ وَالْإِفْتِرَاضِ وَذَلِكَ لَا يَجُوزُ، وَأَمَّا الْحَدِيثُ فَلَاغُهُ خَبَرٌ وَاحِدٌ فَلَا يُفِيدُ الْفَرَضِيَّةَ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ الْآيَةَ قَطْعِيَّةُ الثَّبُوتِ دُونَ الدَّلَالَةِ عَلَى ذَلِكَ التَّقْدِيرِ، وَالْحَدِيثُ قَطْعِيَّةُ الدَّلَالَةِ لِأَدَاةِ الْحَصْرِ ظَنِّي الثَّبُوتِ لِكَوْنِهِ خَبَرُ الْوَاحِدِ، فَيَمْحُومُوعِمَا تَحْصُلُ الدَّلَالَةُ عَلَى الْإِفْتِرَاضِ فَتَأْمَلْ.

وَقَوْلُهُ: (وَبِهَذَا تَبَيَّنَ أَنَّ السُّرَّةَ لَيْسَتْ مِنَ الْعَوْرَةِ) لِأَنَّهُ قَالَ مَا يَبَيِّنُ سُرَّتَهُ إِلَى رُكْبَتِهِ، وَقَالَ مَا دُونَ سُرَّتِهِ، وَالْمَفْهُومُ مِنْ ذَلِكَ أَلَّا تَكُونَ السُّرَّةُ عَوْرَةً. وَقَوْلُهُ: (وَالرُّكْبَةُ) مَعْطُوفٌ عَلَى السُّرَّةِ وَفِيهِمَا خِلَافُ الشَّافِعِيِّ. فَإِنْ قِيلَ كَلِمَةٌ إِلَى اللَّغَايَةِ وَهِيَ فِي هَذَا الْمَوْضِعِ لَمَّا الْحُكْمُ إِلَيْهَا فَلَا تَدْخُلُ. أَجَابَ بِقَوْلِهِ وَكَلِمَةٌ إِلَى تَحْمِيلِهَا عَلَى كَلِمَةٍ مَعَ كَمَا فِي قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَهُمْ إِلَى أَمْوَالِكُمْ﴾ [النساء: ٢] عَمَلًا بِكَلِمَةٍ

حَتَّى فِي قَوْلِهِ حَتَّى يُجَاوِزَ رُكْبَتَهُ أَوْ عَمَلًا بِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «الرُّكْبَةُ مِنَ الْعَوْرَةِ» وَفِيهِ نَظَرٌ؛ لِأَنَّ حَتَّى إِذَا دَخَلَ الْفِعْلُ كَانَ بِمَعْنَى إِلَى فِي مِثْلِ هَذَا الْمَوْضِعِ فَلَا فَرْقَ بَيْنَهُمَا، وَكَانَ يَنْبَغِي أَنْ يَقُولَ وَعَمَلًا بِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ بِالْوَاوِ؛ لِأَنَّ الْمَعَارِضَةَ قَائِمَةً بِكُلِّ مِنْهُمَا.

وَالْجَوَابُ عَنِ الْأَوَّلِ أَنَّهُ بِمَعْنَى إِلَى لَكِنْ مَعَ دُخُولِ الْعَايَةِ وَقَدْ قَرَّرْنَاهُ فِي التَّفْصِيلِ. وَعَنِ الثَّانِي بِأَنَّ كَلِمَةَ أَوْ لَمْنَعُ الْخُلُوِّ لَا لَمْنَعُ الْجَمْعِ فَلَا يَكُونُ مُنَافِيًا. ثُمَّ إِنَّ الْمَشَايخَ اخْتَلَفُوا فِي أَنَّ الرُّكْبَةَ مَعَ الْفَخَذِ عَضْوٌ وَاحِدٌ أَوْ كُلُّ مِنْهُمَا عَضْوٌ عَلَى حِدَةٍ. قَالَ الْمُصَنِّفُ فِي التَّجْنِيسِ: ثُمَّ الرُّكْبَةُ إِلَى آخِرِ الْفَخَذِ عَضْوٌ وَاحِدٌ حَتَّى لَوْ صَلَّى وَالرُّكْبَتَانِ مَكْشُوفَتَانِ وَالْفَخَذُ مَغْطًى جَازَتْ صَلَاتُهُ؛ لِأَنَّ نَفْسَ الرُّكْبَةِ مِنَ الْفَخَذِ أَقَلُّ مِنَ الرَّبْعِ. قَالَ وَقَدْ قِيلَ بِأَنَّهَا بِانْفِرَادِهَا عَضْوٌ وَاحِدٌ، وَلَكِنَّ الْأَوَّلَ أَصَحُّ؛ لِأَنَّهَا لَيْسَتْ بِعَضْوٍ عَلَى حِدَةٍ فِي الْحَقِيقَةِ بَلْ هِيَ مُلْتَقًى عَظْمِ الْفَخَذِ وَالسَّاقِ وَإِنَّمَا حُرِّمَ النَّظَرُ إِلَيْهَا مِنَ الرَّجَالِ لِتَعَذُّرِ التَّمْيِيزِ، فَعَلَى الْأَوَّلِ مِنَ تَعْجِيزِيَّةٍ وَعَلَى الثَّانِي بَيَانِيَّةٌ..

(وَبَدَنُ الْحُرَّةِ كُلُّهَا عَوْرَةٌ إِلَّا وَجْهَهَا وَكَفَّيْهَا) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «الْمَرَأَةُ عَوْرَةٌ مَسْثُورَةٌ»^(١) وَاسْتِنَاءُ الْعَضْوَيْنِ لِلْإِبْدَاءِ بِإِبْدَائِهِمَا. قَالَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: وَهَذَا تَنْصِيفٌ عَلَى أَنَّ الْقَدَمَ عَوْرَةٌ. وَيُرْوَى أَنَّهَا لَيْسَتْ بِعَوْرَةٍ وَهُوَ الْأَصَحُّ (فَإِنْ صَلَّتْ وَرُبُعُ سَاقِهَا أَوْ ثُلُثُهُ مَكْشُوفٌ تُعِيدُ الصَّلَاةَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ وَإِنْ كَانَ أَقَلُّ مِنَ الرَّبْعِ لَا تُعِيدُ وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَا تُعِيدُ إِنْ كَانَ أَقَلُّ مِنَ النِّصْفِ) لِأَنَّ الشَّيْءَ إِنَّمَا يُوصَفُ بِالكَثَرَةِ إِذَا كَانَ مَا يُقَابِلُهُ أَقَلُّ مِنْهُ إِذْ هُمَا مِنْ أَسْمَاءِ الْمُقَابَلَةِ (وَفِي النِّصْفِ عَنْهُ رَوَايَتَانِ) فَاعْتَبَرَ الْخُرُوجَ عَنْ حَدِّ الْقِبْلَةِ أَوْ عَدَمَ الدُّخُولِ فِي ضِدِّهِ وَلَهُمَا أَنَّ الرَّبْعَ يَحْكِي حِكَايَةَ الْكَمَالِ كَمَا فِي مَسْحِ الرَّأْسِ وَالْحَلْقِ فِي الْإِحْرَامِ، وَمَنْ رَأَى وَجْهَهُ غَيْرَهُ يُخْبِرُ عَنْ رُؤْيَيْهِ وَإِنْ لَمْ يَرَ إِلَّا أَحَدَ جَوَانِبِهِ الْأَرْبَعَةِ.

الشرح:

قَالَ (وَبَدَنُ الْحُرَّةِ كُلُّهَا عَوْرَةٌ) كُلُّهَا تَأْكِيدُ الْبَدَنِ وَتَأْنِيثُهُ لِتَأْنِيثِ الْمُضَافِ إِلَيْهِ كَمَا فِي قَوْلِهِمْ ذَهَبَتْ بَعْضُ أَصَابِعِهِ. وَقَوْلُهُ: (وَكَفَّيْهَا) يُشِيرُ إِلَى أَنَّ ظَهَرَ الْكَفِّ عَوْرَةٌ،

وَهُوَ ظَاهِرُ الرِّوَايَةِ؛ لِأَنَّ الْكَفَّ عُرْفًا لَا يَتَنَاوَلُ ظَهْرَهُ، وَفِي مُخْتَلَفَاتِ قَاضِي خَانَ ظَاهِرُ الْكَفِّ وَبَاطِنُهُ لَيْسَا بِعَوْرَتَيْنِ. وَقَوْلُهُ: «الْمَرْأَةُ عَوْرَةٌ مَسْتُورَةٌ» خَبَرٌ بِمَعْنَى الْأَمْرِ. وَمِثْلُهُ يُفِيدُ التَّأَكِيدَ، وَقِيلَ مَعْنَاهُ: مِنْ حَقِّهَا أَنْ تَسْتَرَّ. وَقَوْلُهُ: (وَاسْتِثْنَاءُ الْعُضْوَيْنِ) يَعْنِي الْوَجْهَ وَالْكَفَّيْنِ (لِلإِبْتِلَاءِ بِإِبْدَائِهِمَا)؛ لِأَنَّ الْمَرْأَةَ لَا تَجِدُ بُدْأً مِنْ مُزَاوَلَةِ الْأَشْيَاءِ بِيَدَيْهَا وَمِنْ كَشْفِ وَجْهِهَا لَا سِيَّمَا فِي الشَّهَادَةِ وَالْمَحَاكِمَةِ (قَوْلُهُ: وَهَذَا) أَيُّ قَوْلِ الْقُدُورِيِّ: وَبَدَنُ الْحُرَّةِ كُلُّهُ عَوْرَةٌ إِلَّا وَجْهَهَا وَكَفَّيْهَا (تَنْصِصٌ) مِنْهُ (عَلَى أَنَّ الْقَدَمَ عَوْرَةٌ)؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَسْتَثْنِهَا. وَرَوَى الْحَسَنُ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهَا لَيْسَتْ بِعَوْرَةٍ، وَبِهِ قَالَ الْكَرْخِيُّ.

قَالَ الْمُصَنِّفُ (وَهُوَ الْأَصَحُّ)؛ لِأَنَّهَا تُبْتَلَى بِإِبْدَاءِ الْقَدَمِ إِذَا مَشَتْ حَافِيَةً أَوْ مُتَّعِلَةً فَرَبَّمَا لَا تَجِدُ الْخَفَّ، عَلَى أَنَّ الْإِسْتِهَاءَ لَا يَحْصُلُ بِالنَّظَرِ إِلَى الْقَدَمِ كَمَا يَحْصُلُ بِالنَّظَرِ إِلَى الْوَجْهِ، فَإِذَا لَمْ يَكُنْ الْوَجْهُ عَوْرَةً مَعَ كَثَرَةِ الْإِسْتِهَاءِ فَالْقَدَمُ أَوْلَى، وَلَمَّا كَانَتْ رِوَايَةُ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ مِمَّا يَدُلُّ عَلَى أَنَّ الْقَدَمَ لَيْسَتْ بِعَوْرَةٍ رَبَّيْهَا عَلَى مَا قَبْلَهَا بِالْفَاءِ فَقَالَ (فَإِنْ صَلَّتْ) وَذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ جَوَزَ الصَّلَاةَ مَعَ كَشْفِ مَا دُونَ رُبْعِ السَّاقِ فَكَانَتْ الْقَدَمُ مَكْشُوفَةً لَا مَحَالَةَ. فَإِنْ قِيلَ قَوْلُهُ: «الْمَرْأَةُ عَوْرَةٌ مَسْتُورَةٌ» "عَامٌّ فِي جَمِيعِ بَدَنِهَا وَلَيْسَ فِي لَفْظِهِ اسْتِثْنَاءٌ فَاسْتِثْنَاءُ الْعُضْوَيْنِ أَوْ الثَّلَاثَةِ بِالْإِبْدَاءِ تَخْصِصٌ بِلَا لَفْظِ ابْتِدَاءٍ وَهُوَ لَا يَجُوزُ عِنْدَنَا كَمَا عُرِفَ فِي مَوْضِعِهِ. فَالْجَوَابُ أَنَّ قَوْلَهُ تَعَالَى ﴿وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا﴾ [النور: ٣١] الْآيَةُ إِمَّا أَنْ يَكُونَ وَرَدَ قَبْلَ الْحَدِيثِ أَوْ بَعْدَهُ، فَإِنْ كَانَ بَعْدَهُ نُسِخَ عُمُومُ الْحَدِيثِ، وَإِنْ كَانَ قَبْلَهُ فَالْحَدِيثُ لِكَوْنِهِ خَبَرُ الْوَاحِدِ لَا يُبْطَلُ شَيْئًا مِمَّا تَنَاوَلَهُ. وَقَوْلُهُ: (وَتَلْتُ سَاقَهَا أَوْ رُبْعَ سَاقِهَا مَكْشُوفٌ) قِيلَ مَا وَجْهُ الْجَمْعِ بَيْنَ الثَّلْثِ وَالرُّبْعِ وَذِكْرُ الرُّبْعِ يُعْنِي عَنْ ذِكْرِ الثَّلْثِ.

وَأُجِيبَ بِأَوْجُهُ بَأَنَّهُ سَهْوٌ مِنَ الْكَاتِبِ وَلِهَذَا لَمْ يَكْتُبْهُ فَخَرُ الْإِسْلَامِ وَعَامَّةُ الْمَشَايِخِ لِعَدَمِ الْفَائِدَةِ، وَبَأَنَّهُ شَكٌّ وَقَعَ مِنَ الرَّاوي عَنْ مُحَمَّدٍ، وَبَأَنَّهُ إِذَا ذُكِرَ الرُّبْعُ عُلِمَ مَانِعِيَّةُ الثَّلْثِ بِالذَّلَالَةِ وَالتَّخْصِصِ عَلَى مَا يَتَّبِتُ دَلَالَةً بِالتَّصْرِيحِ غَيْرِ قَيْحٍ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿فَذَلِكَ يَوْمَئِذٍ يَوْمٌ عَسِيرٌ ﴿١﴾ عَلَى الْكَافِرِينَ غَيْرُ يَسِيرٍ﴾ [المدثر: ٩، ١٠] وَبِأَنَّ الرُّبْعَ مَانِعٌ قِيَاسًا وَالثَّلْثُ اسْتِحْسَانًا، فَأُورِدَهُ عَلَى الْقِيَاسِ وَالْإِسْتِحْسَانِ وَبِأَنَّ الرُّبْعَ مَانِعٌ مَعَ الْقَدَمِ وَالثَّلْثُ مَانِعٌ بِدُونِهَا، وَبِأَنَّ أَبَا حَنِيفَةَ سَأَلَ عَنْ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ عَلَى هَذَا الْوَجْهِ فَأُورِدَهُ مُحَمَّدٌ كَذَلِكَ.

اعْلَمْ أَنَّ أَصْحَابَنَا اتَّفَقُوا عَلَى أَنَّ قَلِيلَ الْإِنْكَشَافِ مَعْفُوٌّ وَكَثِيرُهُ لَيْسَ بِمَعْفُوٍّ. وَاخْتَلَفُوا فِي الْحَدِّ الْفَاصِلِ بَيْنَهُمَا فَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٌ: الرَّبْعُ كَثِيرٌ وَمَا دُونُهُ قَلِيلٌ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: مَا دُونَ النَّصْفِ قَلِيلٌ؛ لِأَنَّ الشَّيْءَ لَا يُوصَفُ بِالكَثَرَةِ إِلَّا إِذَا كَانَ مَا يُقَابَلُهُ أَقَلُّ مِنْهُ؛ لِأَنَّ الْقَلِيلَ وَالكَثِيرَ مِنْ أَسْمَاءِ الْمُقَابَلَةِ يُرِيدُ بِهِ تَقَابُلُ التَّضَايُفِ، وَالْإِضَافَةُ هَيْئَةٌ تَكُونُ مَا هَيْئَتَهَا مَعْقُولَةٌ بِالْقِيَاسِ إِلَى هَيْئَةٍ أُخْرَى تَكُونُ مَا هَيْئَتَهَا مَعْقُولَةٌ بِالْقِيَاسِ إِلَى الْهَيْئَةِ الْأُولَى كَالْأَبَوَةِ وَالْبُنُوَّةِ، وَالَّذِي فِي الشَّرُوحِ أَنَّ التَّقَابُلَ بَيْنَهُمَا تَقَابُلُ الضَّدِّيْنِ لَيْسَ بِشَيْءٍ لاجْتِمَاعِهِمَا فِي مَحَلٍّ وَاحِدٍ، فَإِنَّ الشَّيْءَ الْوَاحِدَ يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ قَلِيلًا بِالنِّسْبَةِ إِلَى شَيْءٍ وَكَثِيرًا بِالنِّسْبَةِ إِلَى شَيْءٍ آخَرَ. وَعَلَى هَذَا وَرَدَ فِي النَّصْفِ عَنْ أَبِي يُوسُفَ رَوَاتَانِ.

وَقَوْلُهُ: (فَاعْتَبِرَ الْخُرُوجَ عَنْ حَدِّ الْقَلَّةِ أَوْ عَدَمَ الدُّخُولِ فِي ضِدِّهِ) دَلِيلُ الرَّوَاتَيْنِ، يَعْنِي أَنَّ النَّصْفَ لَمَّا خَرَجَ عَنْ حَدِّ الْقَلَّةِ؛ لِأَنَّ مُقَابَلَهُ لَيْسَ بِأَكْثَرَ مِنْهُ كَانَ دَاخِلًا تَحْتَ حَدِّ الْكَثَرَةِ، وَأَنَّهُ لَمَّا لَمْ يَدْخُلْ فِي ضِدِّهِ أَيُّ ضِدِّ الْقَلِيلِ وَهُوَ الْكَثِيرُ فَإِنَّ مُقَابَلَهُ وَهُوَ النَّصْفُ الْآخَرُ لَيْسَ بِأَقَلِّ مِنْهُ لَمْ يَكُنْ دَاخِلًا تَحْتَ حَدِّ الْكَثَرَةِ وَكَانَ قَلِيلًا لَا تَجِبُ بِهِ الْإِعَادَةُ. وَقَوْلُهُ: فِي ضِدِّهِ: أَيُّ فِي مُقَابَلِهِ وَكَأَنَّهُ هُوَ الَّذِي حَلَّ الشَّارِحِينَ عَلَى تَفْسِيرِ الْمُقَابَلَةِ بِالتَّضَادِّ. وَقَوْلُهُ: (إِنَّ الرَّبْعَ يَحْكِي حِكَايَةَ الْكَمَالِ) يَعْنِي أَنَّ رُبْعَ الشَّيْءِ أُقِيمَ مَقَامَ الْكُلِّ فِي مَوَاضِعَ كَثِيرَةٍ مِنَ الْأَحْكَامِ، وَاسْتِعْمَالُ الْكَلَامِ كَمَسْحِ الرَّأْسِ وَالْحَلْقِ فِي الْإِحْرَامِ. وَيُقَالُ رَأَيْتُ فُلَانًا وَإِنْ لَمْ يَرِ مِنْهُ إِلَّا وَجْهُهُ أَحَدَ الْجَوَانِبِ الْأَرْبَعَةِ، فَكَذَا هَاهُنَا احْتِيَاطًا فِي بَابِ الْعِبَادَةِ، وَاعْتَرَضَ بِأَنَّ اعْتِبَارَ هَذَا بِمَسْحِ الرَّأْسِ غَيْرُ مُسْتَقِيمٍ؛ لِأَنَّ مَسْحَ كُلِّ الرَّأْسِ لَمْ يَكُنْ وَاجِبًا حَتَّى يَقُومَ الرَّبْعُ مَقَامَهُ، بَلِ الْوَاجِبُ مِنْهُ بَعْضُ الرَّأْسِ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ الْأَصْلَ فِي الرَّأْسِ غَسْلُ كُلِّهِ كَمَا فِي غَسْلِ الْوَجْهِ؛ لِأَنَّ التَّطْهِيرَ الْمَقْصُودَ بِالْوُضُوءِ يَحْصُلُ بِهِ إِلَّا أَنَّ الشَّارِعَ اكْتَفَى بِالمَسْحِ عَنِ الْغَسْلِ، ثُمَّ اكْتَفَى بِالْبَعْضِ عَنِ الْكُلِّ دَفْعًا لِلضَّرُورَةِ فَكَانَ الرَّبْعُ قَائِمًا مَقَامَ الْكُلِّ مِنْ هَذَا الْوَجْهِ. وَقِيلَ هَذَا تَشْبِيهُ الْقَدَرِ بِالْقَدْرِ لَا تَشْبِيهُ الْوَاجِبِ بِالْوَاجِبِ كَمَا فِي قَوْلِهِ ﷺ «إِنَّكُمْ سَتَرُونَ رَبِّكُمْ» ^(١) الْحَدِيثَ، فَإِنَّ فِيهِ تَشْبِيهُ الرُّؤْيَةِ بِالرُّؤْيَةِ لَا تَشْبِيهُ الْمَرْنِيِّ بِالْمَرْنِيِّ.

(١) أخرجه البخاري (٥٧٣)، والنسائي في الكبرى كما في التحفة (٤٢٧/٢)، وأحمد (٣٦٢/٤).

(وَالشَّعْرُ وَالْبَطْنُ وَالْفَخِذُ كَذَلِكَ) يَعْنِي عَلَى هَذَا الْخِلَافِ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ عُضْوٌ عَلَى حِدَةٍ، وَالْمُرَادُ بِهِ النَّازِلُ مِنَ الرَّأْسِ هُوَ الصَّحِيحُ، وَإِنَّمَا وَضَعَ غَسْلَهُ فِي الْجَنَابَةِ لِمَكَانِ الْحَرَجِ وَالْعَوْرَةِ الْغَلِيظَةِ عَلَى هَذَا الْاِخْتِلَافِ، وَالذِّكْرُ يُعْتَبَرُ بِانْفِرَادِهِ وَكَذَا الْأُنثَى، وَهَذَا هُوَ الصَّحِيحُ دُونَ الضَّمِّ.

الشرح:

(وَالشَّعْرُ وَالْبَطْنُ وَالْفَخِذُ كَذَلِكَ: يَعْنِي عَلَى هَذَا الْاِخْتِلَافِ) أَيُّ الَّذِي تَقَدَّمَ ذِكْرُهُ أَنَّ الرُّبْعَ مَانِعٌ أَوْ النِّصْفُ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ عُضْوٌ عَلَى حِدَةٍ، قِيلَ وَجَعَلَ الشَّعْرَ مِنَ الْأَعْضَاءِ لِلتَّغْلِيظِ أَوْ لِأَنَّهُ جُزْءٌ مِنَ الْإِنْسَانِ حَتَّى لَا يَجُوزَ يَبْعُهُ (وَالْمُرَادُ بِهِ النَّازِلُ مِنَ الرَّأْسِ) أَيُّ الْمُسْتَرْسِلِ. وَقَوْلُهُ: (هُوَ الصَّحِيحُ) اخْتِرَازٌ عَنْ اخْتِيَارِ الصَّدْرِ الشَّهِيدِ، وَغَيْرِهِ أَنَّ الْمُرَادَ مِنَ الشَّعْرِ مَا عَلَى الرَّأْسِ، وَأَمَّا الْمُسْتَرْسِلُ وَهُوَ مَا نَزَلَ إِلَى أَسْفَلَ مِنَ الْأُذُنَيْنِ فَفِي كَوْنِهِ عَوْرَةً رَوَاتَيْنِ، وَاخْتَارَ الْفَقِيهُ أَبُو اللَّيْثِ كَوْنَهُ عَوْرَةً اخْتِطَاطًا؛ لِأَنَّ تِلْكَ الرُّوَايَةَ تَقْتَضِي أَنْ يَجُوزَ النَّظَرُ إِلَى صُدُغِ الْأَجْنَبِيَّةِ وَطَرَفِ نَاصِيَتِهَا كَمَا ذَهَبَ إِلَيْهِ عَبْدُ اللَّهِ الْبَلْخِيُّ، وَهُوَ أَمْرٌ يُؤَدِّي إِلَى الْفِتْنَةِ فَكَانَ الْاِخْتِطَاطُ فِي الْأَخْذِ بِهَذِهِ الرُّوَايَةِ. وَقَوْلُهُ: (وَإِنَّمَا وَضَعَ غَسْلَهُ) جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ: وَلَوْ كَانَ الشَّعْرُ النَّازِلُ مِنَ الرَّأْسِ عَوْرَةً لَكَانَ بِاعْتِبَارِ أَنَّهُ مِنْ بَدَنِهَا، وَلَيْسَ كَذَلِكَ؛ لِأَنَّ غَسْلَهُ فِي الْجَنَابَةِ مَوْضُوعٌ لَيْسَ شَيْءٌ مِنْ بَدَنِهَا كَذَلِكَ.

وَوَجْهُهُ أَنَّ سُقُوطَ غَسْلِهِ لَيْسَ بِاعْتِبَارِ أَنَّهُ لَيْسَ مِنْ بَدَنِهَا بَلْ هُوَ مِنْ بَدَنِهَا خِلْقَةً لِاتِّصَالِهِ بِهِ، وَلَكِنْ سَقَطَ غَسْلُهُ (لِمَكَانِ الْحَرَجِ وَالْعَوْرَةِ الْغَلِيظَةِ عَلَى هَذَا الْاِخْتِلَافِ) يَعْنِي الَّذِي تَقَدَّمَ مِنْ انْكِشَافِ الرُّبْعِ أَوْ النِّصْفِ، وَالْعَوْرَةُ الْغَلِيظَةُ هِيَ الْقُبْلُ وَالذُّبُرُ وَهَذَا التَّقْسِيمُ إِنَّمَا يَسْتَقِيمُ عَلَى اخْتِيَارِ الْكَرْحِيِّ حَيْثُ ذَكَرَ فِي كِتَابِهِ أَنَّهُ يُعْتَبَرُ فِي السَّوَاءَيْنِ قَدْرُ الدَّرْهِمِ وَفِيمَا عَدَا ذَلِكَ الرُّبْعُ، وَإِنَّمَا قَالَ ذَلِكَ؛ لِأَنَّ الْعَوْرَةَ نَوْعَانِ غَلِيظَةٌ وَخَفِيفَةٌ كَالنَّجَاسَةِ، ثُمَّ فِي النَّجَاسَةِ الْغَلِيظَةِ يُعْتَبَرُ الدَّرْهُمُ، وَفِي الْخَفِيفَةِ الرُّبْعُ، فَكَذَا فِي الْعَوْرَةِ، وَأَمَّا عَلَى اخْتِيَارِ عَامَّةِ الْعُلَمَاءِ فَلَا فَائِدَةَ فِي تَقْسِيمِهَا إِذْ فِي كُلِّ مِنْهُمَا يُعْتَبَرُ انْكِشَافُ الرُّبْعِ مَانِعًا عَنْهُمَا، خِلَافًا لِأَبِي يُوسُفَ سَوَاءً كَانَ ذَلِكَ عُضْوًا صَغِيرًا أَوْ كَبِيرًا، وَمَا ذَهَبَ إِلَيْهِ الْكَرْحِيُّ وَهُمْ؛ لِأَنَّهُ قَصَدَ بِهِ التَّغْلِيظَ فِي الْعَوْرَةِ الْغَلِيظَةِ خُفْ؛ لِأَنَّهُ اعْتَبَرَ فِي

الدُّبْرِ قَدَرِ الدَّرْهِمْ وَهُوَ لَا يَكُونُ أَكْثَرَ مِنْ قَدَرِ الدَّرْهِمْ فَهَذَا يَقْتَضِي جَوَازَ الصَّلَاةِ وَإِنْ كَانَ جَمِيعُ الدُّبْرِ مَكْشُوفًا وَهُوَ تَنَاقُضٌ، وَالذِّكْرُ يُعْتَبَرُ بِإِفْرَادِهِ غُضُوفًا يَمْنَعُ انْكِشَافَ رُبْعِهِ جَوَازَ الصَّلَاةِ، وَكَذَا الْأُثْيَانِ وَهَذَا هُوَ الصَّحِيحُ ذُونَ الضَّمِّ كَمَا فِي الدِّيَةِ احْتِطَاءً، وَهُوَ احْتِرَازٌ عَمَّا قِيلَ إِنَّ الْخُصِيَّتَيْنِ مَعَ الذِّكْرِ غُضُوفًا وَاحِدًا؛ لِأَنَّهُمَا تَبَعٌ لِلذِّكْرِ فَيُعْتَبَرُ رُبْعُ الْجَمْعِ عِنْدَهُمَا.

قَالَ شَيْخُ الْإِسْلَامِ: هَذَا كُلُّهُ عِنْدَ عُلَمَائِنَا، وَأَمَّا عِنْدَ الشَّافِعِيِّ فَإِنَّ الْقَلِيلَ وَالكَثِيرَ سَوَاءٌ فِي الْمَنَعِ عَنْ جَوَازِ الصَّلَاةِ فَكَانَ الْخِلَافُ فِي هَذَا كَالْخِلَافِ فِي قَلِيلِ النَّجَاسَةِ.

(وَمَا كَانَ عَوْرَةً مِنَ الرَّجُلِ فَهُوَ عَوْرَةٌ مِنَ الْأَمَةِ، وَبَطْنُهَا وَظَهْرُهَا عَوْرَةٌ وَمَا سِوَى ذَلِكَ مِنْ بَدَنِهَا لَيْسَ بِعَوْرَةٍ) لِقَوْلِ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: أَلْقِي عَنْكَ الْخِمَارَ يَا دِفَارُ أَتَتَشَبَّهِينَ بِالْحَرَائِرِ، وَلِأَنَّهَا تَخْرُجُ لِحَاجَةِ مَوْلَاهَا فِي ثِيَابٍ مِهْنَتِهَا عَادَةً فَأَعْتَبِرَ حَالَهَا بِذَوَاتِ الْمَحَارِمِ فِي حَقِّ جَمِيعِ الرِّجَالِ دَفْعًا لِلْحَرَجِ.

الشرح:

قَالَ (وَمَا كَانَ عَوْرَةً مِنَ الرَّجُلِ فَهُوَ عَوْرَةٌ مِنَ الْأَمَةِ) قَالَ فِي شَرْحِ الطَّحَاوِيِّ: وَمَنْ كَانَ فِي رَقَبَتِهَا شَيْءٌ مِنَ الرِّقِّ فَهِيَ فِي مَعْنَى الْأَمَةِ وَهَذَا لِأَنَّ حُكْمَ الْعَوْرَةِ فِي الْإِنَاثِ أَغْلَظُ، فَإِذَا كَانَ الشَّيْءُ مِنَ الرَّجُلِ عَوْرَةً فَمِنْ الْأُنْثَى أَوْلَى (وَوَظَّهَرُهَا وَبَطْنُهَا عَوْرَةٌ)؛ لِأَنَّهَا مَحَلٌّ لِلشَّهْوَةِ (وَمَا سِوَى ذَلِكَ مِنْ بَدَنِهَا فَلَيْسَ بِعَوْرَةٍ لِقَوْلِ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: أَلْقِي عَنْكَ الْخِمَارَ يَا دِفَارُ أَتَتَشَبَّهِينَ بِالْحَرَائِرِ) حِينَ رَأَى جَارِيَةً مُتَقَنِّعَةً فَعَلَاهَا: أَيُّ ضَرْبِهَا بِالْدَّرَّةِ. وَقَوْلُهُ: (يَا دِفَارِ) بِالذَّالِ الْمُهْمَلَةِ: أَيُّ يَا مُنْتَنَةً. وَرُويَ أَنَّ جَوَارِيَهُ كَانَتْ تَخْذُمُ الضِّيْفَانَ مَكْشُوفَاتِ الرُّءُوسِ مُضْطَرِبَاتِ الثَّدْيَيْنِ. وَالْمَهْنَةُ بِفَتْحِ الْمِيمِ وَكَسْرِهَا الْخِدْمَةُ وَالْإِبْتِدَالُ مِنْ مَهَنِ الْقَوْمِ خَدَمَهُمْ، وَأَنْكَرَ الْأَصْمَعِيُّ الْكُسْرَ وَقَوْلُهُ: (فِي حَقِّ جَمِيعِ الرِّجَالِ) أَيُّ سِوَى مَوْلَاهَا.

قَالَ (وَمَنْ لَمْ يَجِدْ مَا يَزِيلُ بِهِ النَّجَاسَةَ صَلَّى مَعَهَا وَلَمْ يَعُدْ) وَهَذَا عَلَى وَجْهَيْنِ إِنْ كَانَ رُبْعُ الثُّوبِ أَوْ أَكْثَرُ مِنْهُ طَاهِرًا يُصَلِّي فِيهِ وَتَوَصَّلَى عَرِيَانًا لَا يُجْزِئُهُ لِأَنَّ رُبْعَ الشَّيْءِ يَقُومُ مَقَامَ كُلِّهِ، وَإِنْ كَانَ الطَّاهِرُ أَقَلَّ مِنَ الرَّبْعِ فَكَذَلِكَ عِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ، وَهُوَ أَحَدُ قَوْلَيْ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ لِأَنَّ فِي الصَّلَاةِ فِيهِ تَرْكُ فَرَضٍ وَاحِدٍ. وَفِي الصَّلَاةِ

عُرْيَانًا تَرَكَ الْفُرُوضِ وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ يَتَخَيَّرُ بَيْنَ أَنْ يُصَلِّيَ عُرْيَانًا وَبَيْنَ أَنْ يُصَلِّيَ فِيهِ، وَهُوَ الْأَفْضَلُ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَانِعُ جَوَازِ الصَّلَاةِ حَالَةَ الْإِخْتِيَارِ، وَيَسْتَوِيَانِ فِي حَقِّ الْمِقْدَارِ فَيَسْتَوِيَانِ فِي حُكْمِ الصَّلَاةِ، وَتَرَكَ الشَّيْءَ إِلَى خَلْفٍ لَا يَكُونُ تَرْكًا وَالْأَفْضَلِيَّةُ لِعَدَمِ اخْتِصَاصِ السُّتْرِ بِالصَّلَاةِ وَاخْتِصَاصِ الطَّهَارَةِ بِهَا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَمَنْ لَمْ يَجِدْ مَا يُزِيلُ بِهِ النَّجَاسَةَ) بِالْقَصْرِ لِيَتَنَاوَلَ الْمَائِعَاتِ وَمَعْنَاهُ عَلَى الْوَجْهِ الَّذِي ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ: (لَأَنَّ فِي الصَّلَاةِ فِيهِ) أَيُّ فِي الثُّوبِ الَّذِي يَكُونُ الطَّاهِرُ مِنْهُ أَقَلُّ مِنَ الرَّبْعِ (تَرَكَ فَرَضَ وَاحِدٍ) وَهُوَ الطَّهَارَةُ (وَفِي الصَّلَاةِ عَارِيًا تَرَكَ الْفُرُوضِ) كَسَرِ الْعَوْرَةِ وَالْقِيَامِ وَالرُّكُوعِ وَالسُّجُودِ. وَقَوْلُهُ: (؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا) أَيُّ مِنَ الْإِنْكَشَافِ وَالنَّجَاسَةِ (مَانِعُ جَوَازِ الصَّلَاةِ حَالَةَ الْإِخْتِيَارِ وَيَسْتَوِيَانِ) أَيُّ وَهُمَا يَسْتَوِيَانِ خَبَرٌ مُبْتَدَأٌ مَحْذُوفٌ لِيَكُونَ عَطْفُ جُمْلَةٍ اسْمِيَّةٍ عَلَى اسْمِيَّةٍ وَقَوْلُهُ: (فِي حَقِّ الْمِقْدَارِ) يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ مَعْنَاهُ أَنَّ الْقَلِيلَ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ غَيْرُ مَانِعٍ، وَالكَثِيرُ مَانِعٌ، وَلَمَّا كَانَ كَذَلِكَ ثَبَتَتْ الْمُسَاوَاةُ بَيْنَهُمَا فِي الْمَانِعِيَّةِ مِنْ غَيْرِ رُجْحَانٍ لِأَحَدِهِمَا عَلَى الْآخَرِ فَيُخْتَارُ أَيُّهُمَا شَاءَ، وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ مَعْنَاهُ فِي مِقْدَارِ الرَّبْعِ فَإِنَّ الْمَانِعَ فِي النَّجَاسَةِ الْخَفِيفَةِ مِقْدَارُ الرَّبْعِ، وَكَذَا الْمَانِعُ فِي الْعَوْرَةِ الرَّبْعِ، فَلَمَّا اسْتَوَيَا فِي الْمَانِعِيَّةِ وَفِي الْمِقْدَارِ اسْتَوَى اخْتِيَارُ الْمُصَلِّي أَيْضًا فِي أَنْ يُصَلِّيَ فِيهِ أَوْ يُصَلِّيَ عُرْيَانًا.

وَحَاصِلُهُ أَنَّهُمَا يَسْتَوِيَانِ فِي الْمَوْضِعَيْنِ فِي الْمَنْعِ وَفِي الْمِقْدَارِ فَيَجِبُ أَنْ يَسْتَوِيَا فِي حَقِّ الصَّلَاةِ فِي ذَلِكَ الثُّوبِ: أَيُّ فِي حَقِّ إِثْبَاتِ الْإِخْتِيَارِ أَيْضًا. وَقَوْلُهُ: (وَتَرَكَ الشَّيْءَ إِلَى خَلْفٍ لَا يَكُونُ تَرْكًا) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ وَفِي الصَّلَاةِ عُرْيَانًا تَرَكَ الْفُرُوضِ. لَكِنَّ قَوْلَهُ تَرَكَ الْفُرُوضِ وَجَوَابُهُ الْمَذْكُورُ إِنَّمَا يَسْتَقِيمَانِ عَلَى تَقْدِيرِ أَنْ يُصَلِّيَ الْعَارِي قَاعِدًا، وَأَمَّا إِذَا صَلَّى قَائِمًا فَإِنَّمَا يَكُونُ تَارِكًا لِفَرَضٍ وَاحِدٍ وَهُوَ السُّتْرُ وَإِذَا تَرَكَ فَرَضًا وَاحِدًا فَقَدْ أَقَامَ فَرَضًا بِإِزَائِهِ وَهُوَ تَرَكَ اسْتِعْمَالَ النَّجَاسَةِ فَكَانَ تَارِكًا فَرَضٍ بِإِزَاءِ الْإِثْنَانِ بِفَرَضٍ آخَرَ فَيَتَخَيَّرُ، وَكَأَنَّ مُحَمَّدًا رَحِمَهُ اللَّهُ بَنَى كَلَامَهُ عَلَى مَا هُوَ الْأَفْضَلُ وَهُوَ الصَّلَاةُ قَاعِدًا حَمَلًا لِحَالِ الْمُسْلِمِ عَلَى مَا هُوَ الْأَصْلَحُ.

فَإِنْ قِيلَ: سَلَّمْنَا أَنَّهُ أُنْئِيَ بِفَرَضٍ وَتَرَكَ فَرَضًا وَلَكِنْ لَا تُسَلِّمُ الْمُسَاوَاةَ بَيْنَهُمَا فَإِنَّ

فَرُضِيَّةُ السِّتْرِ أَقْوَى مِنْ فَرُضِيَّةِ تَرْكِ اسْتِعْمَالِ النَّجَاسَةِ لِمَا ذَكَرَ فِي الْكِتَابِ بِقَوْلِهِ لَعَدَمِ اخْتِصَاصِ السِّتْرِ بِالصَّلَاةِ وَاخْتِصَاصِ الطَّهَّارَةِ بِهَا. فَالْجَوَابُ أَلَّا تُسَلِّمَ أَنَّ فَرُضِيَّةَ السِّتْرِ أَقْوَى: فَإِنَّ خِطَابَ السِّتْرِ فِي حَقِّ الصَّلَاةِ إِنَّمَا هُوَ فِي السِّتْرِ بِالطَّاهِرِ لَا بِالنَّجِسِ، وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ تَسَاوِيًا؛ وَلَئِنْ سَلَّمْنَا ذَلِكَ لَكِنَّهُ إِذَا صَلَّى قَاعِدًا فَقَدْ أَتَى بِبَعْضِ السِّتْرِ وَمَا قَامَ مَقَامَ الْأَرْكَانِ وَتَرَكَ اسْتِعْمَالَ النَّجَاسَةِ إِذَا صَلَّى بِالتَّوْبِ قَائِمًا فَقَدْ اسْتَعْمَلَ النَّجَاسَةَ وَأَتَى بِالْأَرْكَانِ فَيَسْتَوِيَانِ فَيَتَخَيَّرُ.

(وَمَنْ لَمْ يَجِدْ تَوْبًا صَلَّى عُرْيَانًا قَاعِدًا يَوْمِيَّ بِالرُّكُوعِ وَالسُّجُودِ) هَكَذَا فَعَلَهُ أَصْحَابُ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ (فَإِنْ صَلَّى قَائِمًا أَجْزَأَهُ) لِأَنَّ فِي الْقُعُودِ سِتْرَ الْعَوْرَةِ الْغَلِيظَةِ، وَفِي الْقِيَامِ آدَاءَ هَذِهِ الْأَرْكَانِ فَيَمِيلُ إِلَى أَيِّهِمَا شَاءَ (إِلَّا أَنْ الْأَوَّلُ أَفْضَلُ) لِأَنَّ السِّتْرَ وَجَبَ لِحَقِّ الصَّلَاةِ وَحَقِّ النَّاسِ، وَلِأَنَّهُ لَا خَلْفَ لَهُ وَالْإِيمَاءُ خَلَفَ عَنِ الْأَرْكَانِ.

الشرح:

(وَمَنْ لَمْ يَجِدْ تَوْبًا صَلَّى عُرْيَانًا قَاعِدًا يَوْمِيَّ بِالرُّكُوعِ وَالسُّجُودِ، هَكَذَا فَعَلَهُ أَصْحَابُ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ) رَوَى عَنْ أَنَسِ بْنِ مَالِكٍ أَنَّهُ قَالَ: إِنَّ أَصْحَابَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ رَكِبُوا فِي سَفِينَةٍ فَأَنْكَسَرَتْ بِهِمُ السَّفِينَةُ فَخَرَجُوا مِنَ الْبَحْرِ عُرَاةً فَصَلُّوا قُعُودًا. وَهَذَا قَوْلُ رَوِي عَنْهُمْ وَلَمْ يُرَوْ عَنْ أَقْرَانِهِمْ خِلَافُ ذَلِكَ فَحَلَّ مَحَلَّ الْإِجْمَاعِ. وَقَوْلُهُ: (وَأَنْ صَلَّى قَائِمًا أَجْزَأَهُ) ظَاهِرٌ.

وَقَوْلُهُ: (إِلَّا أَنْ الْأَوَّلُ) يَعْنِي الصَّلَاةَ قَاعِدًا (أَفْضَلُ لِأَنَّ السِّتْرَ وَجَبَ لِحَقِّ الصَّلَاةِ وَحَقِّ النَّاسِ) وَمَا كَانَ كَذَلِكَ كَانَ أَكْذَى؛ وَلِأَنَّ الْإِيمَاءَ خَلَفَ عَنِ الْأَرْكَانِ فَتَرَكُهُ كَلَّا تَرْكُ، بِخِلَافِ السِّتْرِ فَإِنَّهُ لَا خَلْفَ لَهُ: قِيلَ: هَذَانِ الْمَعْنَيَانِ يَفْتَضِيَانِ انْحِصَارَ الْجَوَازِ فِي الْقُعُودِ فَلَا وَجْهَ لِلْجَوَازِ قَائِمًا. وَالْجَوَابُ أَنَّهُ مَمْنُوعٌ فَإِنَّ وَجْهَ الْجَوَازِ قَائِمًا مَوْجُودٌ وَهُوَ الْإِثْبَاتُ بِالْأَرْكَانِ نَفْسِهَا، وَالْإِثْبَاتُ بِهَا خَيْرٌ مِنَ الْإِثْبَاتِ بِخِلْفِهَا، وَالسِّتْرُ وَإِنْ كَانَ أَعَمَّ وَجُوبًا وَنَفْعًا لَكِنَّهُ لَمْ يَحْصُلْ بِجَمِيعِهِ، وَإِذَا لَمْ يَحْصُلْ بِجَمِيعِهِ لَمْ يُعْتَبَرْ فِي مُقَابَلَةِ تَرْكِ الرُّكُوعِ وَالسُّجُودِ الَّذِي هُوَ الرُّكْنُ الْأَصْلِيُّ فِي الصَّلَاةِ، وَهَذَا يَقْتَضِي أَلَّا يَجُوزَ قَاعِدًا فَتَسَاوَيَا فَيَمِيلُ إِلَى أَيِّهِمَا شَاءَ، وَلَكِنَّ الْقُعُودَ أَفْضَلُ؛ لِأَنَّ أَصْحَابَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَعَلُوا ذَلِكَ عَلَى مَا ذَكَرْنَا، وَذَلِكَ الْقَدْرُ مِنَ السِّتْرِ يَصِحُّ لِتَرْجِيحِ جَانِبِ الْقُعُودِ؛ وَلِأَنَّ السِّتْرَ

وَإِنْ كَانَ قَلِيلًا فَهُوَ أَوْلَى مِنَ الْأَرْكَانِ لِقِيَامِ الْخَلْفِ مَقَامَهَا.

قَالَ (وَيَنْوِي الصَّلَاةَ الَّتِي يَدْخُلُ فِيهَا بِنْيَةً لَا يَفْصِلُ بَيْنَهَا وَبَيْنَ التَّحْرِيمَةِ بِعَمَلٍ) وَالْأَصْلُ فِيهِ قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «الْأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ»^(١) وَلأنَّ ابْتِدَاءَ الصَّلَاةِ بِالْقِيَامِ وَهُوَ مُتَرَدِّدٌ بَيْنَ الْعَادَةِ وَالْعِبَادَةِ وَلَا يَقَعُ التَّمْيِيزُ إِلَّا بِالنِّيَّةِ، وَالْمُتَقَدِّمُ عَلَى التَّكْبِيرِ كَالْقَائِمِ عِنْدَهُ إِذَا لَمْ يُوْجَدْ مَا يَقْطَعُهُ وَهُوَ عَمَلٌ لَا يَلِيقُ بِالصَّلَاةِ وَلَا مُعْتَبَرٌ بِالْمُتَأَخِّرَةِ مِنْهَا عَنْهُ لِأَنَّهُ مَا مَضَى لَا يَقَعُ عِبَادَةٌ لِعَدَمِ النِّيَّةِ، وَفِي الصَّوْمِ جُوزَتْ لِلضَّرُورَةِ، وَالنِّيَّةُ هِيَ الْإِرَادَةُ، وَالشَّرْطُ أَنْ يَعْلَمَ بِقَلْبِهِ أَيَّ صَلَاةٍ يُصَلِّي. أَمَّا الذِّكْرُ بِاللِّسَانِ فَلَا مُعْتَبَرَ بِهِ، وَيَحْسُنُ ذَلِكَ لِاجْتِمَاعِ عَزِيمَتِهِ. ثُمَّ إِنْ كَانَتْ الصَّلَاةُ نَفْلًا يَكْفِيهِ مُطْلَقُ النِّيَّةِ، وَكَذَا إِنْ كَانَتْ سُنَّةً فِي الصَّحِيحِ، وَإِنْ كَانَتْ فَرَضًا فَلَا بُدَّ مِنْ تَعْيِينِ الْفَرَضِ كَالظُّهْرِ مَثَلًا لِاخْتِلَافِ الْفُرُوضِ (وَإِنْ كَانَ مُقْتَدِيًا بِغَيْرِهِ نَوَى الصَّلَاةَ وَمَتَابَعَتَهُ) لِأَنَّهُ يَلْزَمُهُ فَسَادُ الصَّلَاةِ مِنْ جِهَتِهِ فَلَا بُدَّ مِنَ التَّزَامِهِ.

الشرح:

قَالَ (وَيَنْوِي الصَّلَاةَ الَّتِي يَدْخُلُ فِيهَا بِنْيَةً لَا يَفْصِلُ بَيْنَهَا وَبَيْنَ التَّحْرِيمَةِ بِعَمَلٍ) الْكَلَامُ هَهُنَا فِي مَوَاضِعَ فِي نَفْسِ النِّيَّةِ، وَفِي الْأَصْلِ الَّذِي وَجَبَتْ بِهِ وَفِي وَقْتِهَا وَكَيْفِيَّتِهَا، وَالْمُصَنَّفُ بَدَأَ بَيَانِ الْأَصْلِ الثَّابِتَةِ هِيَ بِهِ فَقَالَ (وَالْأَصْلُ فِيهِ) أَيَّ فِي اشْتِرَاطِ النِّيَّةِ (قَوْلُهُ: ﷺ) «الْأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ»^(٢) أَيَّ حُكْمِ الْأَعْمَالِ أَوْ ثَوَابِهَا مُلْصَقٌ بِهَا، وَقِيلَ تَقْرِيرُهُ الصَّلَاةَ عَمَلٌ وَالْأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ فَالصَّلَاةُ بِالنِّيَّةِ، فَمَا لَا يَكُونُ بِالنِّيَّةِ لَا يَكُونُ صَلَاةً، وَفِيهِ نَظَرٌ (وَلأنَّ ابْتِدَاءَ الصَّلَاةِ بِالْقِيَامِ) وَهَذَا ظَاهِرٌ (وَهُوَ) أَيَّ الْقِيَامُ (مُتَرَدِّدٌ بَيْنَ الْعَادَةِ وَالْعِبَادَةِ) فَابْتِدَاؤُهَا مُتَرَدِّدٌ بَيْنَهُمَا فَلَا بُدَّ مِنَ التَّمْيِيزِ بَيْنَهُمَا (وَلَا يَقَعُ إِلَّا بِالنِّيَّةِ) لَمَّا ذُكِرَ ثُمَّ ذَكَرَ وَقْتَهُ بِقَوْلِهِ (وَالْمُتَقَدِّمُ عَلَى التَّكْبِيرِ كَالْقَائِمِ عِنْدَهُ) إِذَا لَمْ يُوْجَدْ مَا يَقْطَعُهُ، وَهُوَ عَمَلٌ لَا يَلِيقُ بِالصَّلَاةِ، وَهَذَا عَلَى سَبِيلِ الْجَوَازِ، فَإِنَّهُ رُوِيَ عَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ لَوْ نَوَى عِنْدَ الْوُضُوءِ أَنَّهُ يُصَلِّي الظُّهْرَ أَوْ الْعَصْرَ مَعَ الْإِمَامِ وَلَمْ يَشْتَغَلْ بَعْدَ النِّيَّةِ بِمَا لَيْسَ مِنْ جِنْسِ الصَّلَاةِ إِلَّا أَنَّهُ لَمَّا انْتَهَى إِلَى مَكَانِ الصَّلَاةِ لَمْ تَخْضُرْهُ النِّيَّةُ جَازَتْ صَلَاتُهُ

(١) أخرجه البخاري (١)، ومسلم (١٩٠٧).

(٢) سبق تخريجه.

بِتِلْكَ النَّيَّةِ، وَأَمَّا الْأَفْضَلُ فَأَنْ تَكُونَ مُقَارِنَةً لِلشُّرُوعِ وَلَا يَكُونُ شَارِعًا بَيِّنَةً مُتَأَخِّرَةً. وَقَوْلُهُ: (وَلَا مُعْتَبَرٌ بِالتَّأَخُّرِ مِنْهَا عَنْهُ) أَيُّ مِنَ النَّيَّةِ عَنِ التَّكْبِيرِ رَدُّ لِقَوْلِ الْكَرَّخِيِّ فَإِنَّهُ يُجَوِّزُهَا بَيِّنَةً مُتَأَخِّرَةً عَنِ التَّحْرِيمَةِ. وَاخْتَلَفُوا عَلَى قَوْلِهِ فَقِيلَ إِلَى انْتِهَاءِ الثَّنَاءِ، وَقِيلَ إِلَى التَّعَوُّدِ، وَقِيلَ إِلَى الرُّكُوعِ، وَقِيلَ إِلَى أَنْ يَرْفَعَ رَأْسَهُ مِنَ الرُّكُوعِ.

وَقَوْلُهُ: (لَأَنَّ مَا مَضَى) يَعْنِي مِنَ الْأَجْزَاءِ (لَا يَقَعُ عِبَادَةٌ لِعَدَمِ النَّيَّةِ) وَالْأَجْزَاءُ الْبَاقِيَةُ مَبْنِيَّةٌ عَلَيْهِ فَلَمْ يَجْزُ، بِخِلَافِ الصَّوْمِ فَإِنَّ النَّيَّةَ فِيهِ جُوزَتْ مُتَأَخِّرَةً عَنْ أَوَّلِ جُزْئِهِ لِلضَّرُورَةِ؛ لَأَنَّ ذَلِكَ وَقْتُ نَوْمٍ وَغَفْلَةٍ، فَلَوْ شَرِطَتْ النَّيَّةُ وَقْتَ الشُّرُوعِ وَهُوَ وَقْتُ انْفِجَارِ الصُّبْحِ لَضَاقَ الْأَمْرُ عَلَى النَّاسِ، وَأَمَّا الصَّلَاةُ فَإِنَّهَا يُبْدَأُ بِهَا فِي وَقْتِ انْتِبَاهِ وَيَقْطَعُ فَلَا ضَيْقَ فِي اشْتِرَاطِ النَّيَّةِ عِنْدَهُ، ثُمَّ ذَكَرَ نَفْسَ النَّيَّةِ بِأَنَّهَا هِيَ الْإِرَادَةُ: أَيُّ الْإِرَادَةِ الْحَازِمَةِ الْقَاطِعَةِ وَذَلِكَ؛ لَأَنَّ النَّيَّةَ فِي اللَّغَةِ الْعَزْمُ وَالْعَزْمُ هُوَ الْإِرَادَةُ الْحَازِمَةُ الْقَاطِعَةُ، وَالْإِرَادَةُ صِفَةٌ تُوجِبُ تَخْصِيصَ الْمَفْعُولِ بِوَقْتٍ وَحَالٍ دُونَ غَيْرِهِمَا، فَالنَّيَّةُ هُوَ أَنْ يَجْزِمَ بِتَخْصِيصِ الصَّلَاةِ الَّتِي يَدْخُلُ فِيهَا وَيُمَيِّزُهَا عَنْ فِعْلِ الْعَادَةِ إِنْ كَانَتْ نَفْلًا، وَعَمَّا يُشَارِكُهَا فِي أَحْصَى أَوْصَافِهَا وَهُوَ الْفَرْضِيَّةُ إِنْ كَانَتْ فَرْضًا.

وَقَوْلُهُ: (وَالشَّرْطُ أَنْ يَعْلَمَ بِقَلْبِهِ أَيَّ صَلَاةٍ يُصَلِّي) قِيلَ: وَأَمَارَةٌ عَلَيْهِ بِذَلِكَ أَنَّهُ لَوْ سُئِلَ عَنْ ذَلِكَ أَمَكَّنَهُ أَنْ يُجِيبَ عَلَى الْبَدِيهِةِ، فَإِنْ تَوَقَّفَ فِي الْجَوَابِ لَمْ يَكُنْ عَالِمًا بِهِ. وَاعْتَرَضَ بِأَنْ هَذَا يَنْزِعُ إِلَى تَفْسِيرِ النَّيَّةِ بِالْعِلْمِ وَهُوَ غَيْرُ صَحِيحٍ؛ لِأَنَّهُ لَا يَلْزَمُ مِنَ الْعِلْمِ بِالشَّيْءِ نَيْتُهُ، أَلَا تَرَى أَنَّ مَنْ عِلْمَ الْكُفْرِ لَا يَلْزَمُهُ شَيْءٌ وَمَنْ نَوَى الْكُفْرَ كَفَرَ. وَأُجِيبَ بِأَنْ مَعْنَى كَلَامِهِ وَالشَّرْطُ قَصْدُ الْفِعْلِ بَعْدَ أَنْ يَعْلَمَ وَهُوَ بَعِيدٌ إِذْ لَيْسَ فِي كَلَامِهِ مَا يُشِيرُ إِلَيْهِ وَلَا يُلَوِّحُ. وَأَقُولُ: أَرَى أَنَّهُ أَرَادَ بِذَلِكَ مَا ذَكَرْتُ آنفًا وَهُوَ أَنْ يَجْزِمَ بِتَخْصِيصِ الصَّلَاةِ الَّتِي يَدْخُلُ فِيهَا وَيُمَيِّزُهَا إِلْحَ؛ لَأَنَّ التَّخْصِيصَ وَالتَّمْيِيزَ بِدُونِ الْعِلْمِ لَا يُتَصَوَّرُ. وَقَوْلُهُ: (وَأَمَّا الذِّكْرُ بِاللِّسَانِ فَلَا مُعْتَبَرٌ بِهِ) أَيُّ فِي حَقِّ الْجَوَازِ لَكِنَّهُ حَسَنٌ لِاجْتِمَاعِ عَزَمَتِهِ. وَقَوْلُهُ: (ثُمَّ إِنْ كَانَتْ الصَّلَاةُ نَفْلًا) يَبَيِّنُ كَيْفِيَّةَ النَّيَّةِ، وَذَلِكَ؛ لَأَنَّ الصَّلَاةَ الَّتِي يَدْخُلُ فِيهَا إِمَّا أَنْ تَكُونَ فَرْضًا أَوْ غَيْرَهُ. وَالثَّانِي يَكْفِي فِيهِ مُطْلَقُ النَّيَّةِ نَفْلًا كَانَتْ أَوْ سُنَّةً فِي الصَّحِيحِ؛ لَأَنَّ النَّيَّةَ فِي التَّفَلُّ لِلتَّمْيِيزِ عَنِ الْعَادَةِ وَهُوَ يَحْصُلُ بِمُطْلَقِ النَّيَّةِ. وَقَوْلُهُ: (فِي الصَّحِيحِ) اخْتِرَازٌ عَمَّا قِيلَ إِنَّهُ لَا بُدَّ مِنْ أَنْ يَنْوِيَ سُنَّةَ الرَّسُولِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ

وَالسَّلَامُ؛ لِأَن فِيهَا صِفَةٌ زَائِدَةٌ عَلَى التَّفْلِ الْمَطْلُوقِ كَالْفَرَضِ، وَالْأَوَّلُ إِمَّا أَنْ يَكُونَ الْمُصَلِّي فِيهِ مُنْفَرِدًا أَوْ مُقْتَدِيًا بِالْإِمَامِ، وَالْمُنْفَرِدُ يَلْزُمُهُ تَعْيِينُ الْفَرَضِ الَّذِي يَدْخُلُ فِيهِ كَالظُّهْرِ مَثَلًا، وَلَا يَكْفِيهِ أَنْ يَقُولَ: تَوَيْتَ الْفَرَضَ لِاخْتِلَافِ الْفُرُوضِ فَلَا بُدَّ مِنَ التَّمْيِيزِ.

وَمِنْهُمْ مَنْ يَقُولُ: إِذَا تَوَى الظُّهْرَ أَوْ الْفَجْرَ مَثَلًا وَلَمْ يَتَوَ ظُهْرَ الْيَوْمِ أَوْ الْوَقْتُ، إِنْ كَانَ يُصَلِّي فِي الْوَقْتِ لَا يُجْزئُهُ لِحَوَازِ أَنْ يَكُونَ عَلَيْهِ ظُهْرُ صَلَاةٍ فَائِتَةٍ فَلَا يَتَعَيَّنُ الْمَقْصُودُ، وَالْأَوَّلُ أَظْهَرُ؛ لِأَنَّ ظُهْرَ الْوَقْتِ مَشْرُوعٌ فِي الْوَقْتِ وَالْفَائِتَةُ لَيْسَتْ كَذَلِكَ، بَلْ إِنَّمَا يُوجَدُ بِعَارِضٍ فَمُطْلَقَةٌ يَنْصَرِفُ إِلَى ظُهْرِ الْوَقْتِ. وَأَقُولُ: الشَّرْطُ الْمُتَقَدِّمُ وَهُوَ أَنْ يَعْلَمَ بِغَلَبَةِ أَيِّ صَلَاةٍ يُصَلِّي يَحْسِمُ مَادَّةَ هَذِهِ الْمَقَالَتِ وَغَيْرَهَا، فَإِنَّ الْعُمْدَةَ عَلَيْهِ لِحُصُولِ التَّمْيِيزِ بِهِ وَهُوَ الْمَقْصُودُ، وَالْمُقْتَدِي بِغَيْرِهِ يَتَوَى الصَّلَاةَ عَلَى الْوَجْهِ الْمَذْكُورِ وَمُتَابِعَتُهُ؛ لِأَنَّهُ يَلْزُمُهُ فَسَادُ صَلَاةِ الْمُقْتَدِي مِنْ جِهَةِ ذَلِكَ الْغَيْرِ وَهُوَ الْإِمَامُ فَلَا بُدَّ مِنَ التَّزَامِ الْاِقْتِدَاءِ، حَتَّى لَوْ ظَهَرَ ضَرَرُ الْفَسَادِ كَانَ ضَرَرًا مُلْتَزِمًا، وَإِنَّمَا لَمْ يَذْكُرِ الْإِمَامُ وَإِنْ اشْتَرَطَ لَهُ إِمَامَةَ النَّسَاءِ؛ لِأَنَّ حُضُورَهُنَّ الْجَمَاعَةَ مَكْرُوهَةٌ نَادِرُ الْوُقُوعِ فِي عَامَّةِ الْأُمَصَارِ..

قَالَ (وَيَسْتَقْبِلُ الْقِبْلَةَ) لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿فَوَلُّوا وُجُوهَكُمْ شَطْرَهُ﴾ [البقرة: ١٤٤] ثُمَّ مَنْ كَانَ بِمَكَّةَ فَفَرَضُهُ إِصَابَةُ عَيْنِهَا، وَمَنْ كَانَ غَائِبًا فَفَرَضُهُ إِصَابَةُ جِهَتِهَا هُوَ الصَّحِيحُ لِأَنَّ التَّكْلِيفَ بِحَسَبِ الْوُسْعِ.

الشرح:

قَالَ (وَيَسْتَقْبِلُ الْقِبْلَةَ) اسْتِقْبَالُ الْقِبْلَةِ أَيْضًا مِنْ شُرُوطِ الصَّلَاةِ (لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿فَوَلُّوا وُجُوهَكُمْ شَطْرَهُ﴾ [البقرة: ١٤٤] أَيْ شَطْرَ الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ. وَوَجْهُهُ الْاِسْتِدْلَالُ أَنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَالَ: ﴿فَلَنَوَلِّيَنَّكَ قِبْلَةً تَرْضَاهَا﴾ [البقرة: ١٤٤] ثُمَّ أَمَرَ بِالتَّوَجُّهِ شَطْرَ الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ، ثُمَّ الْمُصَلِّي إِمَّا أَنْ يَكُونَ بِمَكَّةَ أَوْ غَائِبًا عَنْهَا، فَالْأَوَّلُ فَرَضُهُ إِصَابَةُ عَيْنِهَا؛ لِأَنَّ «النَّبِيَّ ﷺ صَلَّى فِي الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ مُتَوَجِّهًا إِلَى الْكَعْبَةِ»، وَمَضَى عَلَى ذَلِكَ الصَّحَابَةُ وَالتَّابِعُونَ فَكَانَ إِجْمَاعًا عَلَى ذَلِكَ. وَالثَّانِي فَرَضُهُ إِصَابَةُ جِهَتِهَا؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى أَمَرَ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ وَالْمُؤْمِنِينَ بِالتَّوَجُّهِ إِلَى الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ وَهُمْ بِالْمَدِينَةِ دُونَ الْكَعْبَةِ. وَفِيهِ إِشَارَةٌ إِلَى أَنَّ إِصَابَةَ عَيْنِهَا لِلْغَائِبِ غَيْرُ لَازِمَةٍ؛ لِأَنَّ التَّكْلِيفَ بِحَسَبِ الْوُسْعِ.

وَقَوْلُهُ: (هُوَ الصَّحِيحُ) احْتِرَازٌ عَنْ قَوْلِ الشَّيْخِ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ الْجُرْجَانِيِّ إِنَّ فَرْضَهُ أَيْضًا إِصَابَةُ عَيْنِهَا يُرِيدُ بِذَلِكَ اشْتِرَاطَ نِيَّةِ عَيْنِ الْكَعْبَةِ؛ لِأَنَّ إِصَابَةَ عَيْنِهَا وَهُوَ غَائِبٌ عَنْهَا غَيْبٌ لَا يُطْلَعُ، فَكَانَ التَّكْلِيفُ بِهَا تَكْلِيفًا بِمَا لَيْسَ بِمَقْدُورٍ فَلَا يَجُوزُ اشْتِرَاطُهَا، وَأَمَّا مَنْ كَانَ عِنْدَهُ اشْتِرَاطُ الْجِهَةِ فَلَيْسَ لَهُ حَاجَةٌ إِلَى النِّيَّةِ، وَأَمَّا نِيَّةُ الْكَعْبَةِ بَعْدَ التَّوَجُّهِ إِلَيْهَا فَكَانَ الشَّيْخُ أَبُو بَكْرٍ مُحَمَّدُ بْنُ الْفَضْلِ يَشْتَرِطُهُ وَالشَّيْخُ أَبُو بَكْرٍ مُحَمَّدُ بْنُ حَامِدٍ لَا يَشْتَرِطُهُ. وَقَالَ الْمُصَنِّفُ فِي التَّجْنِيسِ: وَنِيَّةُ الْكَعْبَةِ لَيْسَتْ بِشَرْطٍ فِي الصَّحِيحِ مِنَ الْجَوَابِ؛ لِأَنَّ اسْتِقْبَالَ الْبَيْتِ شَرْطٌ مِنَ الشُّرُوطِ فَلَا يُشْتَرِطُ فِيهِ النِّيَّةُ كَالْوُضُوءِ.

(وَمَنْ كَانَ خَائِفًا يُصَلِّيَ إِلَى أَيِّ جِهَةٍ قَدَرَ) لِتَحَقُّقِ الْعُذْرِ فَأَشْبَهَ حَالَةَ الْإِشْتِبَاهِ (فَإِنْ اشْتَبَهَتْ عَلَيْهِ الْقِبْلَةُ وَلَيْسَ بِحَضْرَتِهِ مَنْ يَسْأَلُهُ عَنْهَا اجْتَهِدْ وَصَلَّى) لِأَنَّ «الصَّحَابَةَ رِضْوَانُ اللَّهِ عَلَيْهِمْ تَحَرَّوْا وَصَلُّوا وَلَمْ يُنْكِرْ عَلَيْهِمْ رَسُولُ اللَّهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ»، وَلِأَنَّ الْعَمَلَ بِالْأَدِلِّ الظَّاهِرِ وَاجِبٌ عِنْدَ انْعِدَامِ دَلِيلٍ فَوْقَهُ، وَالْإِسْتِخْبَارُ فَوْقَ التَّحَرِّيِّ (فَإِنْ عَلِمَ أَنَّهُ أَخْطَأَ بَعْدَمَا صَلَّى لَا يُعِيدُهَا) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: يُعِيدُهَا إِذَا اسْتَدْبَرَ لِتَقْيِنِهِ بِالْخَطَا، وَنَحْنُ نَقُولُ: لَيْسَ فِي وَسْعِهِ التَّوَجُّهُ إِلَى جِهَةِ التَّحَرِّيِّ وَالتَّكْلِيفُ مُقَيَّدٌ بِالْوُسْعِ (وَإِنْ عَلِمَ ذَلِكَ فِي الصَّلَاةِ اسْتَدَارَ إِلَى الْقِبْلَةِ وَبَنَى عَلَيْهِ) لِأَنَّ أَهْلَ قِبَاءٍ لَمَّا سَمِعُوا بِتَحَوُّلِ الْقِبْلَةِ اسْتَدَارُوا كَهَيْئَتِهِمْ فِي الصَّلَاةِ، وَاسْتَحْسَنَهُ النَّبِيُّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ، وَكَذَا إِذَا تَحَوَّلَ رَأْيُهُ إِلَى جِهَةٍ أُخْرَى تَوَجَّهَ إِلَيْهَا لَوْجُوبِ الْعَمَلِ بِالْاجْتِهَادِ فِيمَا يَسْتَقْبِلُ مِنْ غَيْرِ نَقْضِ الْمُؤَدَّى قَبْلَهُ.

قَالَ (وَمَنْ أَمْ قَوْمًا فِي لَيْلَةٍ مُظْلِمَةٍ فَتَحَرَّى الْقِبْلَةَ وَصَلَّى إِلَى الْمَشْرِقِ وَتَحَرَّى مَنْ خَلْفَهُ فَصَلَّى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ إِلَى جِهَةٍ وَكُلُّهُمْ خَلْفَهُ وَلَا يَعْلَمُونَ مَا صَنَعَ الْإِمَامُ أَجْزَأُهُمْ) لَوْجُودِ التَّوَجُّهِ إِلَى جِهَةِ التَّحَرِّيِّ، وَهَذِهِ الْمُخَالَفَةُ غَيْرُ مَانِعَةٍ كَمَا فِي جَوْفِ الْكَعْبَةِ (وَمَنْ عَلِمَ مِنْهُمْ بِحَالِ إِمَامِهِ تَفْسُدُ صَلَاتُهُ) لِأَنَّهُ اعْتَقَدَ أَنَّ إِمَامَهُ عَلَى الْخَطَا (وَكَذَا لَوْ كَانَ مُتَقَدِّمًا عَلَيْهِ) لِتَرْكِهِ فَرْضِ الْمَقَامِ

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَمَنْ كَانَ خَائِفًا يُصَلِّيَ إِلَى أَيِّ جِهَةٍ قَدَرَ) يَبَيِّنُ أَنَّ التَّوَجُّهَ إِلَى الْقِبْلَةِ يَسْقُطُ بِعُذْرِ الْخَوْفِ لِأَسْبَابٍ مِثْلُ مَنْ اخْتَفَى مِنْ عَدُوٍّ أَوْ غَيْرِهِ وَيَخَافُ أَنَّهُ لَوْ تَحَرَّكَ

وَاسْتَقْبَلَ الْقِبْلَةَ يَشْعُرُ بِهِ الْعَدُوُّ فَإِنَّهُ يَجُوزُ لَهُ أَنْ يُصَلِّيَ قَاعِدًا بِالْإِيمَاءِ، أَوْ مُضْطَجِعًا حَيْثُمَا كَانَ وَجْهُهُ، وَكَذَا لَوْ كَانَ مَرِيضًا لَا يَقْدِرُ عَلَى التَّحَوُّلِ إِلَى الْقِبْلَةِ وَلَيْسَ لَهُ مَنْ يُحَوِّلُهُ، وَكَذَا إِذَا انْكَسَرَتِ السَّفِينَةُ وَبَقِيَ عَلَى لَوْحٍ وَخَافَ أَنَّهُ لَوْ اسْتَقْبَلَ الْقِبْلَةَ سَقَطَ فِي الْمَاءِ جَارَ لَهُ أَنْ يُصَلِّيَ حَيْثُ كَانَ وَجْهُهُ (لِتَحَقُّقِ الْعُذْرِ) فَأَشْبَهَ حَالَ الْاِسْتِبَاهِ (فَإِنْ اِسْتَبَهَتْ عَلَيْهِ الْقِبْلَةُ وَلَيْسَ بِحَضْرَتِهِ مِنْ أَهْلِ ذَلِكَ الْمَوْضِعِ مَنْ يَسْأَلُهُ اجْتِهَادَ وَصَلَّى) فَيَدَّ بِقَوْلِهِ وَلَيْسَ بِحَضْرَتِهِ مِنْ أَهْلِ ذَلِكَ الْمَوْضِعِ؛ لِأَنَّهُ لَوْ كَانَ بِهَا مِنْهُمْ أَحَدٌ لَمْ يَصِحَّ لَهُ الْاجْتِهَادُ فِي أَمْرِ الْقِبْلَةِ وَإِنَّمَا عَلَيْهِ السُّؤَالُ وَقَالَ اجْتِهَدَ لِأَنَّهُ لَيْسَ لَهُ أَنْ يُصَلِّيَ بِلا اجْتِهَادٍ (لَأَنَّ الصَّحَابَةَ) اسْتَبَهَتْ عَلَيْهِمُ الْقِبْلَةَ (تَحَرَّوْا وَصَلُّوْا) ثُمَّ ذَكَرُوا ذَلِكَ لِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ (وَلَمْ يَنْكَرْهُ عَلَيْهِمْ).

وَقَوْلُهُ: (وَلَأَنَّ الْعَمَلَ بِالذَّلِيلِ الظَّاهِرِ وَاجِبٌ ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ: (لَيْسَ فِي وَسْئِهِ التَّوَجُّهُ إِلَى جِهَةِ التَّحَرِّيِ إلخ) قِيلَ هَذَا لَا يَصِحُّ جَوَابًا لِلشَّافِعِيِّ؛ لِأَنَّ لَهُ أَنْ يَقُولَ: سَلَّمْنَا أَنَّ التَّكْلِيفَ مُقَيَّدٌ بِالْوُسْعِ لَكِنْ حَالَ الْعَمَلِ بِأَنْ يَأْتِيَ بِمَا فِي وَسْئِهِ مِمَّا أَمَرَ بِهِ وَلَا يَأْتِمُ بِهِ عِنْدَ ظُهُورِ الْخَطَا، وَلَيْسَ كَلَامُنَا فِيهِ وَإِنَّمَا كَلَامُنَا فِيمَا إِذَا ظَهَرَ خَطْؤُهُ بَيِّقِينَ أَيْكُونَ فَعْلُهُ كَلَّا فَعَلٌ فِي حَقِّ وَجُوبِ الْإِعَادَةِ أَمْ لَا، وَلَيْسَ فِيمَا ذَكَرْتُمْ مَا يَدُلُّ عَلَى نَفْيِهِ. وَلَنَا مَا يَدُلُّ عَلَى ثُبُوتِهِ مِنَ الْاسْتِقْرَاءِ كَمَا إِذَا صَلَّى فِي ثَوْبٍ بِاجْتِهَادِهِ عَلَى أَنَّهُ ظَاهِرٌ فَإِذَا هُوَ نَجَسٌ، وَكَمَا إِذَا تَوَضَّأَ بِالتَّحَرِّيِ بِمَاءٍ فِي الْأَوَانِي عَلَى أَنَّهُ ظَاهِرٌ فَكَانَ بِخِلَافِهِ، وَكَمَا إِذَا حَكَّمَ الْحَاكِمُ بِاجْتِهَادِهِ فِي حُكْمٍ ثُمَّ وَجَدَ نَصًّا بِخِلَافِهِ فَإِنَّ عَلَيْهِ الْإِعَادَةَ فِيهَا كُلُّهَا لظُهُورِ الْخَطَا بَيِّقِينَ مَعَ جَوَازِ الْعَمَلِ بِمَا فِي وَسْئِهِ عِنْدَ تَوَجُّهِ الْخِطَابِ بِالْعَمَلِ بِهِ فَكَذَلِكَ فِيمَا نَحْنُ فِيهِ.

وَأُجِيبَ بِالْفَرْقِ بِأَنَّ النَّجَاسَةَ وَأَمْثَالَهَا مِمَّا لَا يَحْتَمِلُ الْإِثْقَالَ مِنْ مَحَلٍّ إِلَى مَحَلٍّ فَلَمْ يَجُزْ لَهُ الْعَمَلُ إِلَّا بِظَاهِرٍ مَا أَدَّى إِلَيْهِ تَحَرِّيَهُ، فَإِذَا ظَهَرَ مَا هُوَ أَقْوَى مِنْهُ أَبْطَلَهُ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ قَابِلٍ لِلْإِثْقَالِ حَتَّى يُقَالَ إِنَّهُ كَانَ فِي ذَلِكَ الْوَقْتِ ظَاهِرًا ثُمَّ تَنَجَّسَ بَعْدَهُ بَيِّقِينَ، بَلْ هُوَ حِينَ صَلَّى كَانَ ذَلِكَ الثَّوْبُ مَوْصُوفًا بِالنَّجَاسَةِ، وَكَذَا فِي حُكْمِ الْقَاضِي بِالْاجْتِهَادِ فِيمَا فِيهِ نَصٌّ بِخِلَافِهِ. وَأَمَّا الْقِبْلَةُ فَهِيَ مِنْ قِبَلٍ مَا يَحْتَمِلُ الْإِثْقَالَ، أَلَا تَرَى أَنَّهَا انْتَقَلَتْ مِنْ بَيْتِ الْمَقْدِسِ إِلَى الْكَعْبَةِ، وَمَنْ عَيَّنَ الْكَعْبَةَ إِلَى الْجِهَةِ إِذَا بَعُدَ مِنْ مَكَّةَ. وَمِنْ جِهَةِ

الْكَعْبَةِ إِلَى سَائِرِ الْجِهَاتِ إِذَا كَانَ رَاكِبًا فَإِنَّهُ يُصَلِّي حَيْثُمَا تَوَجَّهَتْ إِلَيْهِ رَاحِلَتُهُ، فَبَعْدَمَا صَلَّى إِلَى جِهَةٍ بِالتَّحَرِّيِ إِذَا تَحَوَّلَ رَأْيُهُ يَنْتَقِلُ فَرَضُ التَّوَجُّهِ إِلَى تِلْكَ الْجِهَةِ فَكَانَ تَبَدُّلُ الرَّأْيِ فِيهِ بِمَنْزِلَةِ النَّسْخِ فَيَعْمَلُ بِهِ فِي الْمُسْتَقْبَلِ، وَلَا يَظْهَرُ بِهِ بُطْلَانُ مَا مَضَى كَمَا فِي النَّسْخِ الْحَقِيقِيِّ؛ لِأَنَّ الشَّرْطَ أَنْ يَكُونَ مُبْتَلَى بِالتَّوَجُّهِ عِنْدَ الْقِيَامِ إِلَى الصَّلَاةِ، وَهُوَ الْمَقْصُودُ فِي الْأَمْرِ بِالتَّوَجُّهِ إِلَى الْكَعْبَةِ؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى لَا جِهَةَ لَهُ حَتَّى يُتَوَجَّهَ إِلَيْهِ، وَإِنَّمَا يَتَحَقَّقُ هَذَا إِذَا صَلَّى إِلَى الْجِهَةِ الَّتِي وَقَعَ عَلَيْهَا تَحَرِّيهِ. وَقَوْلُهُ: (وَإِنْ عَلِمَ ذَلِكَ فِي الصَّلَاةِ) ظَاهِرٌ، وَقَبَاءُ بِالضَّمِّ وَالْمَدُّ مِنْ قُرَى الْمَدِينَةِ يُنَوَّنُ وَلَا يُنَوَّنُ. وَقَوْلُهُ: (مِنْ غَيْرِ نَقْضِ الْمَوْدَى قَبْلَهُ) لَمَّا ذَكَّرْنَا أَنَّ دَلِيلَ الاجْتِهَادِ بِمَنْزِلَةِ دَلِيلِ النَّسْخِ، وَأَثَرُ النَّسْخِ يَظْهَرُ فِي الْمُسْتَقْبَلِ لَا فِي الْمَاضِي.

وَقَوْلُهُ: (وَمَنْ أَمَّ قَوْمًا فِي لَيْلَةٍ مُظْلِمَةٍ) ظَاهِرٌ، وَقَوْلُهُ: (وَمَنْ عَلِمَ مِنْهُمْ) أَيِّ مِنَ الْقَوْمِ الْمُقْتَدِينَ (بِحَالِ الْإِمَامِ) قَالَ فِي النِّهَايَةِ: وَهَذَا الْقَيْدُ وَهُوَ عِلْمُ الْمُقْتَدِينَ حَالَ كَوْنِهِمْ مَأْمُومِينَ لَيْسَ بِإِلْزَامٍ فِي حَقِّ فَسَادِ صَلَاتِهِمْ، فَإِنَّهُ لَوْ عَلِمَ حَالَ الْإِمَامِ قَبْلَ الْاِقْتِدَاءِ فَالْحُكْمُ كَذَلِكَ وَإِنْ كَانَ الْإِمَامُ فِي وَقْتِ الْاِقْتِدَاءِ عَلَى الصَّحَّةِ، وَفِيهِ نَظَرٌ؛ لِأَنَّ قَوْلَهُ وَمَنْ عَلِمَ مِنْهُمْ: أَيُّ مِنَ الْقَوْمِ الْمُقْتَدِينَ حَالَ إِمَامِهِ أَعْمٌ مِنْ أَنْ يَكُونَ عَلِمَ قَبْلَ الْاِقْتِدَاءِ بِهِ أَوْ بَعْدَهُ، وَأَمَّا أَنْ الْعِلْمَ قَبْلَ الْاِقْتِدَاءِ كَالْعِلْمِ بَعْدَهُ فَلَمَّا ذَكَرَ الْمُصَنِّفُ فِي التَّحْنِيسِ: رَجُلٌ تَحَرَّى الْقِبْلَةَ فَأَخْطَأَ فَدَخَلَ فِي الصَّلَاةِ وَهُوَ لَا يَعْلَمُ ثُمَّ عَلِمَ وَحَوَّلَ وَجْهَهُ إِلَى الْقِبْلَةِ ثُمَّ دَخَلَ رَجُلٌ فِي صَلَاتِهِ وَقَدْ عَلِمَ الْأَوَّلَ لَا تَجُوزُ صَلَاةُ الدَّاخِلِ؛ لِأَنَّهُ دَخَلَ فِي صَلَاتِهِ وَعَلِمَ أَنَّ الْإِمَامَ كَانَ عَلَى الْخَطَأِ فِي أَوَّلِ صَلَاتِهِ، وَلَوْ عَلِمَ مِنْ أَوَّلِ صَلَاتِهِ أَنَّ الْإِمَامَ عَلَى خَطَأٍ وَدَخَلَ فِي صَلَاتِهِ لَمْ يَجْزِ، فَكَذَا هَذَا. وَقَدْ أُسْتُشْكِلَتْ صُورَةُ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ؛ لِأَنَّهُ وَضَعَهَا فِي اللَّيْلَةِ الْمُظْلِمَةِ وَالصَّلَاةَ فِيهَا جَهْرِيَّةٌ يَعْلَمُونَ حَالَ الْإِمَامِ بِصَوْتِهِ. وَأُجِيبَ بِكَوْنِ الصَّلَاةِ قَضَاءً وَيَكُونُ الْإِمَامُ تَرَكَ الْجَهْرَ نِسِيَانًا؛ وَبِأَنَّهُمْ عَرَفُوا إِمَامَهُمْ بِصَوْتِهِ أَنَّهُ قَدْ أَمَّهُمْ لَكِنْ لَمْ يُمَيِّزُوا مِنْ صَوْتِهِ أَنَّهُ إِلَى أَيِّ جِهَةٍ تُوجَدُ؛ وَقَدْ ذَكَّرْنَا غَيْرَ ذَلِكَ فِي التَّقْرِيرِ وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

باب صفة الصلاة

(فَرَائِضُ الصَّلَاةِ سِتَّةٌ: لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَرَبَّكَ فَكَبِّرْ﴾ [المدر: ٣] وَالْمَرَادُ تَكْبِيرَةُ الْإِفْتِتَاحِ، (وَالْقِيَامُ) لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَقُومُوا لِلَّهِ قَنِينَ﴾ [البقرة: ٢٣٨]. (وَالْقِرَاءَةُ) لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿فَاقْرَأُوا مَا تيسَّرَ مِنَ الْقُرْآنِ﴾ [المزمل: ٢٠] (وَالرُّكُوعُ وَالسُّجُودُ) لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿أَرْكَعُوا وَاسْجُدُوا﴾ [الحج: ١٧٧] (وَالْقَعْدَةُ فِي آخِرِ الصَّلَاةِ مِقْدَارُ الشَّهَادِ) «لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لَابْنِ مَسْعُودٍ ؓ حِينَ عَلَّمَهُ الشَّهَادَ إِذَا قُلْتَ هَذَا أَوْ فَعَلْتَ هَذَا فَقَدْ تَمَّتْ صَلَاتُكَ» "عَلَى التَّمَامِ بِالْفِعْلِ قَرَأَ أَوْ لَمْ يَقْرَأَ.

الشرح:

(بَابُ صِفَةِ الصَّلَاةِ) لَمَّا فَرَعَ مِنْ ذِكْرِ الْوَسَائِلِ شَرَعَ فِي ذِكْرِ الْمَقْصُودِ، وَالْوَصْفُ وَالصِّفَةُ مُتَرَادِفَانِ عِنْدَ أَهْلِ اللَّغَةِ، وَالْهَاءُ عَوْضٌ عَنِ الْوَائِ كَالْوَعْدِ وَالْعَدَةِ، وَعِنْدَ الْمُتَكَلِّمِينَ مِنْ أَصْحَابِنَا أَنَّ الْوَصْفَ هُوَ كَلَامُ الْوَاصِفِ، وَالصِّفَةُ هِيَ الْمَعْنَى الْقَائِمُ بِذَاتِ الْمَوْصُوفِ، وَالظَّاهِرُ أَنَّ الْمَرَادَ بِالصِّفَةِ هَهُنَا الْهِئَةُ الْحَاصِلَةُ لِلصَّلَاةِ بِأَرْكَانِهَا وَعَوَارِضِهَا. وَقَوْلُهُ: (فَرَائِضُ الصَّلَاةِ سِتَّةٌ) الْقِيَاسُ أَنَّ يُقَالَ سِتُّ؛ لِأَنَّ الْفَرَائِضَ جَمْعُ فَرِيضَةٍ، لَكِنْ قَوْلُهُ عَلَى تَأْوِيلِ الْفُرُوضِ الَّذِي هُوَ جَمْعُ فَرَضٍ، وَفِي بَعْضِ النُّسخِ سِتُّ، وَإِنَّمَا قَالَ فَرَائِضُ الصَّلَاةِ وَلَمْ يَقُلْ أَرْكَانُهَا؛ لِأَنَّ الْفَرَائِضَ أَعَمُّ تَتَنَاوَلُ الْأَرْكَانَ وَغَيْرَهَا، وَمِنْ الْمَذْكُورِ فِي الْكِتَابِ (التَّحْرِيمَةُ) وَهِيَ فَرَضٌ وَلَيْسَتْ بِرُكْنٍ وَالتَّحْرِيمُ جَعْلُ الشَّيْءِ مُحَرَّمًا وَالْهَاءُ لِتَحْقِيقِ الْأَسْمِيَّةِ، وَإِنَّمَا اخْتَصَّتِ التَّكْبِيرَةُ الْأُولَى بِهَذِهِ التَّسْمِيَةِ؛ لِأَنَّهَا تُحَرِّمُ الْأَشْيَاءَ الْمُبَاحَةَ قَبْلَهَا بِخِلَافِ سَائِرِ التَّكْبِيرَاتِ، وَهِيَ فَرَضٌ (لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَرَبَّكَ فَكَبِّرْ﴾ [المدر: ٣] أَيْ وَخَصَّ رَبَّكَ بِالتَّكْبِيرِ وَهُوَ الْوَصْفُ بِالْكِبَرِيَاءِ، وَأَنَّ يُقَالَ اللَّهُ أَكْبَرُ رُويَ أَنَّهُ لَمَّا نَزَلَ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «اللَّهُ أَكْبَرُ، فَكَبَّرْتَ خَدِيجَةُ وَفَرِحَتْ وَأَيَقَنْتُ أَنَّهُ الْوَحْيُ» فَإِنَّ سُورَةَ الْمَدَّثَرِ أَوَّلُ سُورَةٍ نَزَلَتْ، وَدَخَلَتْ الْهَاءُ لِمَعْنَى الشَّرْطِ كَأَنَّهُ قِيلَ: أَيْ شَيْءٌ كَانَ فَلَا تَدْعُ تَكْبِيرَةً وَوَجْهَ الاسْتِدْلَالِ أَنَّ الْمَرَادَ بِهِ تَكْبِيرَةُ الْإِحْرَامِ بِإِجْمَاعِ أَهْلِ التَّفْسِيرِ؛ وَلِأَنَّ الْأَمْرَ لِلْجُوبِ وَغَيْرَهَا لَيْسَ بِوَاجِبٍ بِالإِجْمَاعِ فَتَعَيَّنَتْ لَهُ ضَرُورَةٌ. (و) كَذَلِكَ (الْقِيَامُ) لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَقُومُوا لِلَّهِ قَنِينَ﴾ [البقرة: ٢٣٨] أَيْ مُطِيعِينَ، وَقِيلَ خَاشِعِينَ، وَقِيلَ سَاكِنِينَ.

وَعَنْ ابْنِ عُمَرَ أَنَّ الْقُنُوتَ طُولُ الْقِيَامِ فِي الصَّلَاةِ. وَوَجْهُ الاسْتِدْلَالِ مَا مَرَّ أَنَّهُ أَمَرَ بِالْقِيَامِ وَهُوَ لِلوُجُوبِ وَلَيْسَ الْقِيَامُ وَاجِبًا خَارِجَ الصَّلَاةِ فَكَانَ وَاجِبًا فِيهَا ضَرُورَةً (وَالْقِرَاءَةُ لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿فَأَقْرَءُوا مَا تَيَسَّرَ مِنَ الْقُرْآنِ﴾ [الزمل: ٢٠] وَوَجْهُ الاسْتِدْلَالِ مَا مَرَّ، وَسَنَذَكُرُ فِي فَصْلِ الْقِرَاءَةِ مِقْدَارَهَا وَقَوْلَ مُخَالَفِنَا فِي الْوُجُوبِ (وَالرُّكُوعُ وَالسُّجُودُ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿أَرْكَعُوا وَاسْجُدُوا﴾ [الحج: ٧٧] عَلَى مَا مَرَّ مِنْ وَجْهِ الاسْتِدْلَالِ، قِيلَ كَانَ النَّاسُ مِنْ أَوَّلِ مَا أَسْلَمُوا يَسْجُدُونَ بِلا رُكُوعٍ وَيَرْكَعُونَ بِلا سُجُودٍ فَأَمَرُوا أَنْ يُصَلُّوا بِالرُّكُوعِ وَالسُّجُودِ (وَالْقَعْدَةُ فِي آخِرِ الصَّلَاةِ مِقْدَارَ الشَّهَادَةِ لِقَوْلِهِ ﷺ لَا بِنِ مَسْعُودٍ حِينَ عَلَّمَهُ الشَّهَادَةَ: إِذَا قُلْتَ هَذَا أَوْ فَعَلْتَ هَذَا فَقَدْ تَمَّتْ صَلَاتُكَ»^(١)) وَوَجْهُ الاسْتِدْلَالِ أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ (عَلَى التَّمَامِ) أَيِ تَمَامِ الصَّلَاةِ (بِالْفِعْلِ قَرَأَ أَوْ لَمْ يَقْرَأْ)؛ لِأَنَّهُ عَلَّقَهُ بِأَحَدِ الْأَمْرَيْنِ مِنْ قِرَاءَةِ الشَّهَادَةِ وَالْقُعُودِ وَأَحَدَهُمَا وَهُوَ الْقِرَاءَةُ لَمْ تُشْرَعْ بِدُونِ آخَرَ حَيْثُ لَمْ يَفْعَلْهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ إِلَّا فِيهِ، وَانْعَقَدَ عَلَى ذَلِكَ الْإِجْمَاعُ فَكَانَ الْفِعْلُ مَوْجُودًا عَلَى تَقْدِيرِ الْقِرَاءَةِ أَلَيْتَهُ فَكَانَ هُوَ الْمُعْلَقَ بِهِ فِي الْحَقِيقَةِ لاسْتِئْزَامِهِ الْآخَرَ، وَكُلُّ مَا عُلِقَ بِشَيْءٍ لَا يُوْجَدُ دُونَهُ فَتَمَامُ الصَّلَاةِ لَا يُوْجَدُ بِدُونِ الْفِعْلِ وَتَمَامُ الصَّلَاةِ وَاجِبٌ، وَمَا لَا يَتِمُّ الْوَاجِبُ إِلَّا بِهِ فَهُوَ وَاجِبٌ، فَالْقَعْدَةُ وَاجِبٌ: أَيِ فَرَضٌ.

فَإِنْ قِيلَ هَذَا خَبَرٌ وَاحِدٌ وَهُوَ بَصَرَا حَتَّى لَا يُفِيدَ الْفَرْضِيَّةَ فَكَيْفَ مَعَ هَذَا التَّكْلِيفِ الْعَظِيمِ؟ أَجِيبَ بِأَنْ قَوْلَهُ تَعَالَى ﴿وَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ﴾ مُجْمَلٌ، وَخَبَرُ الْوَاحِدِ لِحَقِّ بَيَانِهِ، وَالْمُجْمَلُ مِنَ الْكِتَابِ إِذَا لَحِقَهُ الْبَيَانُ الظَّنِّيُّ كَانَ الْحُكْمُ بَعْدَهُ مُضَافًا إِلَى الْكِتَابِ لَا إِلَى الْبَيَانِ فِي الصَّحِيحِ، وَقَدْ قَرَّرْنَا ذَلِكَ فِي التَّقْرِيرِ. لَا يُقَالُ: فَلْيَكُنِ الْأَمْرُ فِي قِرَاءَةِ الْفَاتِحَةِ كَذَلِكَ فَتَكُونَ وَاجِبَةً؛ لِأَنَّ نَصَّ الْقِرَاءَةِ لَيْسَ بِمُجْمَلٍ بَلْ هُوَ خَاصٌّ، فَتَكُونَ الزِّيَادَةُ عَلَيْهِ نَسْخًا بِخَبَرِ الْوَاحِدِ وَهُوَ لَا يَجُوزُ.

وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرٌ وَهُوَ أَنَّ خَبَرَ الْوَاحِدِ إِنْ كَانَ مُتْلَقًا بِالْقَبُولِ جَارَ إِثْبَاتِ الرُّكْنِيَّةِ

(١) أخرجه أبو داود (٩٧٠)، وأحمد (٤٢٢/١)، وابن حبان (١٩٦١، ١٩٦٢)، والطيالسي

(٢٧٥)، والطبراني في الكبير (٢٦٨/٩)، وقال ابن حبان: قوله «فإذا قلت هذا فقد قضيت ما

عليك» إنما هو من قول ابن مسعود، ليس من كلام النبي أدرجه زهير بن معاوية في الخير.

بِهِ فَأُولَى أَنْ يَجُوزَ إِبْتِاتُ الْفَرْضِيَّةِ؛ لِأَنَّ دَرَجَةَ الرُّكْنِيَّةِ أَعْلَى، وَقَدْ ثَبَتَتْ رُكْنِيَّةُ الْوُقُوفِ بِعَرَفَاتٍ يَقُولُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «الْحَجُّ عَرَفَةٌ»^(١) وَالْوُقُوفُ مُعْظَمُ أَرْكَانِ الْحَجِّ لَا مُحَالَةٍ، وَالْمُصَنَّفُ جَعَلَ الْقَعْدَةَ الْأَخِيرَةَ مِنْ فَرَائِضِ الصَّلَاةِ حَيْثُ ذَكَرَهَا فِيهَا فَجَارَ أَنْ يَثْبُتَ بِخَبَرٍ تَلَقَّى بِالْقَبُولِ.

قَالَ (وَمَا سِوَى ذَلِكَ فَهُوَ سُنَّةٌ) أَطْلَقَ اسْمَ السُّنَّةِ، وَفِيهَا وَاجِبَاتُ كَقِرَاءَةِ الْفَاتِحَةِ وَضَمِّ السُّورَةِ إِلَيْهَا وَمُرَاعَاةَ التَّرْتِيبِ فِيمَا شَرَعَ مُكْرَرًا مِنَ الْأَفْعَالِ، وَالْقَعْدَةِ الْأُولَى وَقِرَاءَةِ الشَّهَادَةِ فِي الْقَعْدَةِ الْأَخِيرَةِ وَالْقُنُوتِ فِي الْوُتْرِ وَتَكْبِيرَاتِ الْعِيدَيْنِ وَالْجَهْرِ فِيمَا يُجْهَرُ فِيهِ وَالْمَخَافَةِ فِيمَا يُخَافَتُ فِيهِ، وَلِهَذَا تَجِبُ عَلَيْهِ سَجْدَتَا السُّهُوِ بِتَرْكِهَا، هَذَا هُوَ الصَّحِيحُ، وَتَسْمِيَّتُهَا سُنَّةً فِي الْكِتَابِ لِمَا أَنَّهُ ثَبَتَ وَجُوبَهَا بِالسُّنَّةِ.

الشرح:

قَالَ (وَمَا سِوَى ذَلِكَ فَهُوَ سُنَّةٌ) أَيُّ مَا سِوَى مَا ذَكَرْنَا مِنْ الْفَرَائِضِ فَهُوَ سُنَّةٌ (أَطْلَقَ) يَعْنِي الْقُدُورِيَّ (اسْمُ السُّنَّةِ وَفِيهَا وَاجِبَاتُ كَقِرَاءَةِ الْفَاتِحَةِ إلخ) فَلَا يَكُونُ إِطْلَاقًا صَحِيحًا، وَالْعُذْرُ مَا ذَكَرَهُ بِقَوْلِهِ وَتَسْمِيَّتُهَا سُنَّةً فِي الْكِتَابِ: أَيُّ الْقُدُورِيَّ لِمَا أَنَّهُ ثَبَتَ وَجُوبَهَا بِالسُّنَّةِ.

وَأَعْلَمُ أَنَّ الْمُرَادَ بِالْوَاجِبِ هُنَا مَا تَجُوزُ الصَّلَاةُ بِدُونِهِ وَيَجِبُ بِتَرْكِه سَاهِيًا سَجْدَتَا السُّهُوِ، وَبِالسُّنَّةِ مَا فَعَلَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بِطَرِيقِ الْمُوَظَّةِ وَلَمْ يَتْرَكْهَا إِلَّا لِعُذْرِ كَالْتِنَاءِ وَالتَّعَوُّذِ وَتَكْبِيرَاتِ الرُّكُوعِ وَالسُّجُودِ، وَلِلصَّلَاةِ آدَابٌ وَالْأَدَبُ فِيهَا مَا فَعَلَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ مَرَّةً أَوْ مَرَّتَيْنِ وَلَمْ يُوَظَّبْ عَلَيْهِ كَزِيَادَةِ التَّسْبِيحَاتِ فِي الرُّكُوعِ وَالسُّجُودِ عَلَى الثَّلَاثَةِ وَالزِّيَادَةِ عَلَى الْقِرَاءَةِ الْمُسْنَوَةِ. قَوْلُهُ: (وَمُرَاعَاةُ التَّرْتِيبِ فِيمَا شَرَعَ مُكْرَرًا) يَعْنِي فِي الرُّكْعَةِ الْوَاحِدَةِ كَالسَّجْدَةِ الثَّانِيَةِ مِنَ الرُّكْعَةِ الْأُولَى، فَإِنَّ مَنْ تَرَكَهَا سَاهِيًا وَقَامَ وَأَتَمَّ صَلَاتَهُ ثُمَّ تَذَكَّرَ فَإِنَّ عَلَيْهِ أَنْ يَسْجُدَ السَّجْدَةَ الْمَتْرُوكَةَ، وَيَسْجُدَ لِلسُّهُوِ لِتَرْكِ التَّرْتِيبِ.

وقوله: فِيمَا شَرَعَ مُكْرَرًا اخْتِرَازَ عَمَّا شَرَعَ غَيْرَ مُكْرَرٍ فِيهَا كَالرُّكُوعِ فَإِنَّهُ بَعْدَ

(١) أخرجه أبو داود (١٩٤٩)، والترمذي (٨٨٩) والنسائي في المجتبى (٢٥٦ / ٥)، وابن ماجه (٣٠١٥) من حديث عبد الرحمن بن يعمر الديلي.

السُّجُودِ لَا يَقَعُ مُعْتَدًا بِهِ بِالْإِجْمَاعِ. وَقَوْلُهُ: (هَذَا هُوَ الصَّحِيحُ) اخْتِرَازٌ عَنْ جَوَابِ الْقِيَاسِ فِي تَكْبِيرَاتِ الْعِيدَيْنِ وَقُتُوتِ الْوُثْرِ، فَإِنَّهُ لَا تَجِبُ السَّجْدَةُ عَلَى مَنْ تَرَكَهَا سَاهِيًا؛ لِأَنَّهَا سُنَّةٌ، فَبِتَرَكِهَا لَا يَتِمَّكُنُ تَكْثِيرُ نُقْصَانِ فِي الصَّلَاةِ، كَمَا إِذَا تَرَكَ الشَّاءَ وَالْتَعَوَذَ؛ لِأَنَّ مَبْنَى الصَّلَاةِ عَلَى الْأَفْعَالِ دُونَ الْأَذْكَارِ. وَجْهُ الاسْتِحْسَانِ وَهُوَ الصَّحِيحُ أَنَّ هَذِهِ السُّنَّةَ تُضَافُ إِلَى جَمِيعِ الصَّلَاةِ يُقَالُ تَكْبِيرَاتُ الْعِيدِ وَقُتُوتِ الْوُثْرِ، فَأَمَّا تَكْبِيرَاتُ الرُّكُوعِ وَتَشَاءُ الْإِفْتِتَاحِ فَغَيْرُ مُضَافٍ إِلَى جَمِيعِهَا فَبِتَرَكِهَا لَا يَتِمَّكُنُ النُّقْصَانُ فِيهَا، كَذَا فِي الشُّرُوحِ، وَفِيهِ نَظَرٌ؛ لِأَنَّهُمْ قَالُوا: الْمُرَادُ بِالْوَاجِبِ هَهُنَا مَا تَجُوزُ الصَّلَاةُ بِدُونِهِ، وَتَجِبُ سَجْدَةُ السَّهْوِ بِتَرَكِهِ سَاهِيًا، وَهَذِهِ الْأَذْكَارُ مِمَّا تَجِبُ السَّجْدَةُ بِتَرَكِهَا سَاهِيًا، وَلِلصَّلَاةِ بِدُونِهَا جَوَازٌ فَتَكُونُ وَاجِبَةً وَلَيْسَ كَذَلِكَ.

وَالْجَوَابُ أَنَّ ذَلِكَ عَلَى وَجْهِ الْقِيَاسِ، وَيُعْرَفُ مِنْ هَذَا أَنَّ كُلَّ مَا هُوَ وَاجِبٌ تَجِبُ سَجْدَةُ السَّهْوِ بِتَرَكِهِ سَاهِيًا، وَبِالْعَكْسِ عَلَى وَجْهِ الْقِيَاسِ.

وَأَمَّا عَلَى وَجْهِ الاسْتِحْسَانِ فَلَا يَنْعَكِسُ، فَإِنَّهُ لَيْسَ كُلُّ مَا تَجِبُ السَّجْدَةُ بِتَرَكِهِ وَاجِبًا فَإِنَّهَا تَجِبُ بِتَرَكِ سُنَّةٍ تُضَافُ إِلَى جُمْلَةِ الصَّلَاةِ كَمَا ذَكَرْنَا. فَإِنْ قِيلَ: قِرَاءَةُ التَّشَهُدِ فِي الْقَعْدَةِ الْأُولَى وَاجِبَةٌ ذَكَرَهُ فِي بَابِ سُجُودِ السَّهْوِ مِنْ هَذَا الْكِتَابِ وَلَمْ يَذْكُرْهَا هُنَا، وَكَذَلِكَ تَعْدِيلُ الْأَرْكَانِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ. أُجِيبَ بِأَنَّ مَقْصُودَهُ هُنَا لَمْ يَكُنْ ذِكْرُ جَمِيعِ الْوَاجِبَاتِ بَلْ يَبَيَّنُ أَنَّ مَا سِوَى الْمَذْكُورِ لَيْسَ بِمُنْحَصِرٍ فِي السُّنَّةِ وَذَلِكَ يَحْصُلُ بِإِرَادَةِ صُورَةٍ وَاحِدَةٍ.

وَقِيلَ قَوْلُهُ: (وَسَمَّيْتُهَا سُنَّةً فِي الْكِتَابِ لِمَا أَنَّهُ ثَبَتَ وَجُوبُهَا بِالسُّنَّةِ) لَيْسَ بِجَيِّدٍ؛ لِأَنَّهُ يَلِزَمُ مِنْهُ الْجَمْعُ بَيْنَ الْحَقِيقَةِ وَالْمَجَازِ؛ لِأَنَّهُ حِينَئِذٍ يَكُونُ الْمُرَادُ بِهِ السُّنَّةُ وَالْوَاجِبُ أَيْضًا لِأَنَّهُ ثَبَتَ بِالسُّنَّةِ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ الْجَمْعَ بَيْنَ الْحَقِيقَةِ وَالْمَجَازِ جَائِزٌ إِذَا كَانَا فِي مَحَلِّينِ مُخْتَلَفَيْنِ عَلَى مَذْهَبِ بَعْضِ الْعِرَاقِيِّينَ، وَالشَّيْخُ أَبُو الْحَسَنِ الْقُدُورِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ عِرَاقِيٌّ فَلَا يَرِدُ عَلَيْهِ. وَأَمَّا صَاحِبُ الْهَدَايَةِ فَقَدْ تَبِعَهُ فِي ذَلِكَ وَخَلَّلَهُ ظَاهِرًا.

وَالْحَقُّ أَنَّهُ لَيْسَ مِنْ بَابِ الْجَمْعِ بَيْنَهُمَا بَلْ الْمُرَادُ بِقَوْلِهِ فَهُوَ سُنَّةٌ ثَابِتٌ بِالسُّنَّةِ وَالْوَاجِبَاتُ، وَالسُّنَنُ الْمَذْكُورَةُ فِي هَذَا الْبَابِ دَاخِلَةٌ تَحْتَ هَذِهِ اللَّفْظَةِ بِطَرِيقِ الْحَقِيقَةِ.

قَالَ (وَإِذَا شَرَعَ فِي الصَّلَاةِ كَبَّرَ) لَمَّا تَلَوْنَا، وَقَالَ. عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ "تَحْرِيمُهَا

التَّكْبِيرُ^(١) "وَهُوَ شَرْطٌ عِنْدَنَا خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ، حَتَّى أَنْ مَنْ تَحَرَّمَ لِلْفَرْضِ كَانَ لَهُ أَنْ يُؤَدِّيَ بِهَا التَّطَوُّعَ عِنْدَنَا. وَهُوَ يَقُولُ: وَإِنَّهُ يُشْتَرِطُ لَهَا مَا يُشْتَرِطُ لِسَائِرِ الْأَرْكَانِ وَهَذَا آيَةُ الرُّكْنِيَّةِ. وَلَنَا أَنَّهُ عَطَفَ الصَّلَاةَ عَلَيْهِ فِي قَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَذَكَرَ اسْمَ رَبِّهِ فَصَلَّى﴾ [الأعلى: ١٥] وَمُقْتَضَاهُ الْمَغَايِرَةُ، وَلِهَذَا لَا يَتَكَرَّرُ كَتَكَرَّرِ الْأَرْكَانِ، وَمُرَاعَاةِ الشَّرَائِطِ لِمَا يَتَّصِلُ بِهِ مِنَ الْقِيَامِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَإِذَا شَرَعَ فِي الصَّلَاةِ كَبَّرَ) أَيُّ إِذَا أَرَادَ الشُّرُوعَ؛ لِأَنَّ التَّحْرِيمَةَ لَيْسَتْ بَعْدَ الشُّرُوعِ بَلِ الشُّرُوعُ يَتَحَقَّقُ بِهَا. قَالَ مُحَمَّدٌ فِي الْمَبْسُوطِ: إِذَا أَرَادَ الرَّجُلُ الدُّخُولَ فِي الصَّلَاةِ كَبَّرَ. وَقَوْلُهُ: (لَمَّا تَلَوْنَا) أَرَادَ بِهِ قَوْلَهُ تَعَالَى: ﴿وَرَبِّكَ فَكَبَّرَ﴾ [المدثر: ٣] وَقَوْلُهُ: (وَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ) مَعْطُوفٌ عَلَى قَوْلِهِ لَمَّا تَلَوْنَا مَعْنَى، وَالتَّحْرِيمُ مُصَدَّرٌ حَرَّمَ وَهُوَ مُضَافٌ إِلَى فَاعِلِهِ وَهُوَ الصَّلَاةُ، وَلَا يُقَدَّرُ مَفْعُولٌ؛ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ إِثْبَاتُ التَّحْرِيمِ لَهَا لَا إِيقَاعُهُ عَلَى شَيْءٍ آخَرَ.

وَقَوْلُهُ: (التَّكْبِيرُ) لَا يَصْلُحُ أَنْ يَكُونَ مَحْمُولًا عَلَى تَحْرِيمِهَا وَلَا يَصْلُحُ الْعَكْسُ أَيْضًا عَلَى ظَاهِرِ الْكَلَامِ؛ لِأَنَّ تَحْرِيمَ الصَّلَاةِ غَيْرُ أَفْعَالِ الصَّلَاةِ عَلَى الْمُصَلِّي لَيْسَ عَيْنَ التَّكْبِيرِ وَلَا عَكْسَهُ، فَيَكُونُ مَعْنَاهُ تَحْرِيمُ الصَّلَاةِ بِالتَّكْبِيرِ، وَلَكِنْ جَعَلَ التَّكْبِيرَ عَيْنَ التَّحْرِيمِ مُبَالِغَةً (وَهُوَ) أَيُّ التَّكْبِيرُ (شَرْطٌ عِنْدَنَا خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ) وَقَوْلُهُ: (حَتَّى أَنْ مَنْ تَحَرَّمَ) بَيَانُ فَائِدَةِ الْاِخْتِلَافِ. فَعِنْدَنَا لَمَّا كَانَتْ التَّحْرِيمَةُ شَرْطًا جَازَ أَدَاءُ النَّفْلِ بِتَحْرِيمَةِ الْفَرْضِ. وَعِنْدَهُ لَمَّا كَانَتْ رُكْنًا لَمْ يَجْزِ ذَلِكَ، فَإِنْ أَدَاءَ الصَّلَوَاتِ بِشَرْطِ وَاحِدٍ يَجُوزُ وَبِرُكْنٍ وَاحِدٍ لَا يَجُوزُ. فَإِنْ قِيلَ: الْأَقْسَامُ الْعَقْلِيَّةُ ههنا أَرْبَعَةٌ: بِنَاءُ الْفَرْضِ عَلَى الْفَرْضِ، وَبِنَاءُ النَّفْلِ عَلَى النَّفْلِ، وَبِنَاءُ الْفَرْضِ عَلَى النَّفْلِ، وَبِنَاءُ النَّفْلِ عَلَى الْفَرْضِ، وَهُوَ الْمَذْكُورُ فِي الْكِتَابِ، فَهَلْ يَجُوزُ غَيْرُهُ مِنَ الْأَقْسَامِ الْبَاقِيَةِ أَوْ لَا؟ فَالْجَوَابُ بِنَاءُ الْفَرْضِ عَلَى الْفَرْضِ جَوَزهَ أَبُو الْيُسْرِ قَالَ فِي مَبْسُوطِهِ: لَوْ شَرَعَ فِي الظُّهْرِ وَأَتَمَّهَا وَلَمْ يُسَلِّمْ وَبَنَى عَلَيْهَا عَصْرًا فَاتَ عَنْهُ أَجْرَاهُ، وَتَفَاهُ الْقَاضِي أَبُو زَيْدٍ فِي الْأَسْرَارِ وَفَخَرُ الْإِسْلَامِ فِي

(١) أخرجه أبو داود في الطهارة باب ٣١ (حديث ٦١)، والترمذي في الطهارة باب ٣ (حديث ٣)،

وابن ماجه في الطهارة باب ٣ (حديث ٢٧٥).

أَوَّلُ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ، وَبِنَاءُ الثَّقَلِ عَلَى الثَّقَلِ يَجُوزُ، وَأَمَّا بِنَاءُ الْفَرَضِ عَلَى الثَّقَلِ فَقِيلَ لَمْ يُوجَدْ فِيهِ رَوَايَةٌ، وَالظَّاهِرُ عَدَمُ الْجَوَازِ؛ لِأَنَّ بِنَاءَ الْمُثَلِّ عَلَى الْمُثَلِّ وَالْأَضْعَفِ عَلَى الْأَقْوَى مَعْقُولٌ وَمُوَافِقٌ لِلْأَصُولِ؛ لِأَنَّ الشَّيْءَ يَجُوزُ أَنْ يَسْتَتَبِعَ مِثْلَهُ أَوْ مَا هُوَ ذُوهُ، وَأَمَّا أَنْ يَسْتَتَبِعَ مَا هُوَ فَوْقَهُ فَلَا يَجُوزُ؛ لِأَنَّ فِيهِ جَعَلَ الْأَقْوَى تَابِعًا لِلْأَدْنَى.

فَإِنْ قُلْتَ: قَوْلُهُمُ الشَّرْطُ يُعْتَبَرُ وَجُودُهُ مُطْلَقًا لَا وَجُودُهُ قَصْدًا يَقْتَضِي جَوَازَ هَذِهِ الصُّورَةِ كَالصُّورِ الْبَاقِيَةِ. فَالْجَوَابُ أَنَّ وَجُودَ الشَّرْطِ لَا يُوجِبُ الْمَشْرُوطَ وَالْمَانِعُ وَهُوَ مَا ذَكَرْنَا مِنْ اتِّبَاعِ الْقَوِيِّ الضَّعِيفَ مَوْجُودًا فَكَانَ مُمْتَنِعًا (وَهُوَ) أَيُّ الشَّافِعِيِّ (يَقُولُ يُشْتَرِطُ لَهَا مَا يُشْتَرِطُ لِسَائِرِ الْأَرْكَانِ) مِنَ الطَّهَارَةِ وَسِتْرِ الْعَوْرَةِ وَاسْتِقْبَالِ الْقِبْلَةِ وَالنِّيَّةِ وَالْوَقْتِ وَهُوَ ظَاهِرٌ، وَكُلُّ مَا يُشْتَرِطُ لَهُ مَا يُشْتَرِطُ لِسَائِرِ الْأَرْكَانِ رُكْنٌ قِيَاسًا عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْأَرْكَانِ (وَلَنَّا قَوْلَهُ تَعَالَى ﴿وَذَكَرَ اسْمَ رَبِّهِ فَصَلَّى﴾ [الْأَعْلَى: ١٥] عَطَفَ الصَّلَاةَ عَلَى الذِّكْرِ، وَلَوْ كَانَ رُكْنًا لَمَا جَازَ ذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ يَلْزَمُ عَطْفُ الْكُلِّ عَلَى الْجُزْءِ، وَفِيهِ عَطْفُ الشَّيْءِ عَلَى نَفْسِهِ لِاشْتِمَالِ الْكُلِّ عَلَى جُزْئِهِ (وَلِهَذَا) أَيُّ وَلَئِنَّهُ لَيْسَ بِرُكْنٍ (وَلَا تَتَكَرَّرُ كَتَكَرَّرِ الْأَرْكَانِ) فِي كُلِّ صَلَاةٍ كَالرُّكُوعِ وَالسُّجُودِ.

وَقَوْلُهُ: (وَمُرَاعَاةُ الشَّرَائِطِ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ يُشْتَرِطُ لَهَا مَا يُشْتَرِطُ لِسَائِرِ الْأَرْكَانِ. وَوَجْهُهُ أَنَّ اشْتِرَاطَ ذَلِكَ لَيْسَ لِلتَّحْرِيمَةِ نَفْسِهَا، وَإِنَّمَا هُوَ لِمَا يَتَّصِلُ بِهِ مِنَ الْقِيَامِ الَّذِي هُوَ رُكْنٌ، أَلَا تَرَى أَنَّ الْأَدَاءَ لِمَا أَنْفَصَلَ عَنِ الْإِحْرَامِ فِي بَابِ الْحَجِّ لَمْ يَشْتَرِطْ لِلْإِحْرَامِ سَائِرَ شَرَائِطِ الْأَرْكَانِ، فَإِنَّ الْوَقْتَ شَرْطٌ لِأَدَاءِ سَائِرِ الْأَرْكَانِ، وَلَا يُشْتَرِطُ لِلْإِحْرَامِ عِنْدَنَا، وَالِاخْتِلَافُ فِيهِمَا عَلَى نَسَقٍ وَاحِدٍ.

(وَيَرْفَعُ يَدَيْهِ مَعَ التَّكْبِيرِ وَهُوَ سُنَّةٌ) «لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ وَأَطْبَعَ عَلَيْهِ»، وَهَذَا اللَّفْظُ يُشِيرُ إِلَى اشْتِرَاطِ الْمُقَارِنَةِ، وَهُوَ الْمَرْوِيُّ عَنْ أَبِي يُوسُفَ وَالْمَحْكِيُّ عَنِ الطَّحَاوِيِّ، وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ يَرْفَعُ يَدَيْهِ أَوَّلًا ثُمَّ يَكْبِرُ لِأَنَّ فِعْلَهُ نَفْيُ الْكِبَرِيَاءِ عَنْ غَيْرِ اللَّهِ وَالنَّفْيُ مُقَدَّمٌ عَلَى الْإِثْبَاتِ (وَيَرْفَعُ يَدَيْهِ حَتَّى يُحَاذِيَ بِإِبْهَامَيْهِ شَحْمَتَيْ أُذُنَيْهِ) وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ: يَرْفَعُ إِلَى مَنْكِبَيْهِ، وَعَلَى هَذَا تَكْبِيرَةُ الْقُتُوبِ وَالْأَعْيَادِ وَالْحِنَازَةِ لَهُ حَدِيثُ أَبِي حُمَيْدٍ السَّاعِدِيِّ رضي الله عنه "قَالَ كَانَ النَّبِيُّ ﷺ إِذَا كَبَّرَ رَفَعَ يَدَيْهِ إِلَى مَنْكِبَيْهِ" ^(١) وَلَنَّا رَوَايَةً وَأَيْلَ بْنَ حُجْرٍ

(١) أخرجه البخاري في الأذان با ١٤٥ (حديث ٨٢٨)، وأبو داود في الصلاة باب ١١٦،

وَالْبِرَاءِ وَأَنْسَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ " «أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ كَانَ إِذَا كَبَّرَ رَفَعَ يَدَيْهِ حِذَاءَ أُذُنَيْهِ» " وَلَأنَّ رَفَعَ الْيَدَ لِإِعْلَامِ الْأَصَمِّ وَهُوَ بِمَا قُلْنَاهُ، وَمَا رَوَاهُ يُحْمَلُ عَلَى حَالَتِ الْعُذْرِ (وَالْمَرَأَةُ تَرْفَعُ يَدَيْهَا حِذَاءَ مَنْكَبَيْهَا) وَهُوَ الصَّحِيحُ لِأَنَّهُ اسْتَرْتَلَاهَا.

الشرح:

قَالَ (وَيَرْفَعُ يَدَيْهِ مَعَ التَّكْبِيرِ وَهُوَ سُنَّةٌ) رَفَعَ الْيَدَيْنِ فِي أَوَّلِ الصَّلَاةِ سُنَّةٌ بِلَا خِلَافٍ لِأَنَّ «النَّبِيَّ ﷺ» وَاطْبَ عَلَيْهِ مَعَ التَّرْكِ «وَهُوَ عَلَامَةُ السُّنَّةِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ بِلَا تَرْكِ فَإِنَّ ذَلِكَ دَلِيلُ الْوُجُوبِ عَلَى مَا سَيَأْتِي. وَاخْتَلَفُوا فِي أَفْضَلِيَّةِ وَقْتِ الرَّفْعِ فَقَالَ شَيْخُ الْإِسْلَامِ وَقَاضِي خَانَ مُقَارِنًا لِلتَّكْبِيرِ: وَلَفْظُ الْكِتَابِ يُشِيرُ إِلَيْهِ وَهُوَ الْمَرْوِيُّ عَنْ أَبِي يُوسُفَ وَالْمَحْكِيُّ عَنْ الطَّحَاوِيِّ، وَالْمَرْوِيُّ عِبَارَةً عَنِ الْقَوْلِ وَالْمَحْكِيُّ عِبَارَةً عَنِ الْفِعْلِ، وَقَالَ شَمْسُ الْأُيُمَةِ السَّرْحَسِيُّ: وَالَّذِي عَلَيْهِ أَكْثَرُ مَشَايِخِنَا أَنَّهُ يَرْفَعُ يَدَيْهِ أَوَّلًا، فَإِذَا اسْتَقَرَّ فِي مَوْضِعِ الْحَاذَةِ كَبَّرَ، وَجَعَلَهُ الْمُصَنِّفُ أَصَحَّ؛ لِأَنَّ فِي فِعْلِهِ وَقَوْلِهِ مَعْنَى التَّنْفِي وَالْإِثْبَاتِ؛ لِأَنَّهُ يَنْفِي بِفِعْلِهِ الْكِبْرِيَاءَ عَنْ غَيْرِ اللَّهِ وَيُثْبِتُ بِقَوْلِهِ لِلَّهِ تَعَالَى، فَيَكُونُ التَّنْفِي مُقَدِّمًا عَلَى الْإِثْبَاتِ كَمَا فِي كَلِمَةِ الشَّهَادَةِ، وَلَا يَتَكَلَّفُ لِلتَّفْرِيقِ بَيْنَ الْأَصَابِعِ عِنْدَ رَفْعِ الْيَدَيْنِ بَلْ يَتْرُكُهَا عَلَى مَا هِيَ عَلَيْهِ مِنَ الضَّمِّ وَالتَّفْرِيقِ، وَمَا رَوَى " «أَنَّهُ ﷺ كَبَّرَ نَاشِرًا أَصَابِعَهُ» " مَعْنَاهُ نَاشِرًا عَنْ طَيْهَا.

وَقَوْلُهُ: (وَيَرْفَعُ يَدَيْهِ حَتَّى يُحَادِيَ بِإِنْهَامِيهِ شَحْمَتِي أُذُنَيْهِ) ظَاهِرٌ، وَمَذْهَبُنَا قَوْلُ أَبِي مُوسَى الْأَشْعَرِيِّ وَمَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ قَوْلُ ابْنِ عَمَرَ، ذَكَرَهُ شَمْسُ الْأُيُمَةِ السَّرْحَسِيُّ. وَقَوْلُهُ: (وَلَأنَّ رَفَعَ الْيَدَ لِإِعْلَامِ الْأَصَمِّ) قَالَ فِي النَّهَايَةِ: كَانَ يَجِبُ أَنْ يَقُولَ: وَرَفَعَ الْيَدَ لِإِعْلَامِ الْأَصَمِّ أَيْضًا، بِزِيَادَةِ قَوْلِهِ أَيْضًا لِدَفْعِ التَّنَاقُضِ صَوْرَةً؛ لِأَنَّهُ ذَكَرَ أَوَّلًا أَنَّ مَعْنَى رَفْعِ الْيَدَيْنِ تَنْفِي الْكِبْرِيَاءِ عَنْ غَيْرِ اللَّهِ فَلَا تَكُونُ لغيرِهِ، وَكَأَنَّهُ يَحُومُ حَوْلَ أَنَّ الْمَعْلُولَ الْوَاحِدَ لَا يَكُونُ لَهُ عِلَّتَانِ مُسْتَقْلِلَتَانِ، وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ لَهُ عِلَّةٌ مُرَكَّبَةٌ، فَإِذَا قَالَ أَيْضًا كَانَ تَنْفِي الْكِبْرِيَاءِ وَإِعْلَامُ الْأَصَمِّ عِلَّةً وَاحِدَةً مُرَكَّبَةً لِرَفْعِ الْيَدَيْنِ، ثُمَّ اعْتَذَرَ بِأَنَّ الْمُصَنِّفَ تَابَعَ شَمْسَ الْأُيُمَةِ وَقَدْ ذَكَرَهُ كَذَلِكَ فَإِنَّ دَابَّهُمْ تَرَكُ التَّكْلُفِ وَتَفْهِيمُ الْمَعْنَى. وَقِيلَ: لَوْ

كَانَ لِإِعْلَامِ الْأَصَمِّ لَمَّا أَتَى بِهِ الْمُنْفَرِدُ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ الْأَصْلَ هُوَ الْأَدَاءُ بِالْجَمَاعَةِ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿وَارْكَعُوا مَعَ الرَّاكِعِينَ﴾ [البقرة: ٤٣] فَيَكُونُ الْإِنْفِرَادُ نَادِرًا، عَلَى أَنَّ حَكَمَةَ الْحُكْمِ لَا تُرَاعَى فِي كُلِّ فَرْدٍ: فَإِنْ قِيلَ: فَعَلَى هَذَا يَجِبُ أَلَّا يَأْتِيَ بِهِ الْمُقْتَدِي. أُجِيبَ بِأَنَّ الْأَصَمَّ يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ فِي آخِرِ الصُّفُوفِ. وَقَوْلُهُ: (وَهُوَ بِمَا قُلْنَا) أَيُّ إِعْلَامِ الْأَصَمِّ بِمَا قُلْنَا مِنْ رَفْعِهَا حَتَّى يُحَاذِيَ بِإِبْهَامِيهِ شَحْمَتِي أُذُنِيهِ.

وَقَوْلُهُ: (وَمَا رَوَاهُ) يَعْنِي مِنْ حَدِيثِ أَبِي حُمَيْدٍ (يُحْمَلُ عَلَى حَالَةِ الْعُذْرِ) رُوِيَ عَنْ وَائِلِ بْنِ حُجْرٍ أَنَّهُ قَالَ: قَدِمْتُ الْمَدِينَةَ فَوَجَدْتُهُمْ يَرْفَعُونَ أَيْدِيَهُمْ إِلَى الْأُذُنَيْنِ ثُمَّ قَدِمْتُ عَلَيْهِمْ مِنْ قَابِلٍ وَعَلَيْهِمْ الْأَكْسِيَّةُ وَالْبِرَانِسُ مِنْ شِدَّةِ الْبَرْدِ فَوَجَدْتُهُمْ يَرْفَعُونَ أَيْدِيَهُمْ إِلَى الْمَتَاكِيبِ. وَقَوْلُهُ: (هُوَ الصَّحِيحُ) اخْتِرَازٌ عَنْ رِوَايَةِ الْحَسَنِ بْنِ زِيَادٍ عَنْ أَبِي حَنِيْفَةَ: أَنَّهَا تَرْفَعُ يَدَيْهَا حَذَاءً أُذُنَيْهَا كَالرَّجُلِ؛ لِأَنَّ رَفْعَ الْيَدَيْنِ إِنَّمَا يَكُونُ بِكُمِّيَّهَا وَكَفَّاهَا لَيْسَتْ بِعَوْرَةٍ فَتَكُونُ هِيَ وَالرَّجُلُ سَوَاءً فِي رَفْعِ الْيَدَيْنِ، بِخِلَافِ سَائِرِ الْأَعْضَاءِ. وَوَجْهُ الصَّحِيحِ مَا ذَكَرَهُ اللَّهُ أَسْتَرُ لَهَا..

(فَإِنْ قَالَ بَدَلُ التَّكْبِيرِ اللَّهُ أَجَلٌ أَوْ أَعْظَمُ، أَوْ الرَّحْمَنُ أَكْبَرُ أَوْ لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ أَوْ غَيْرَهُ مِنْ أَسْمَاءِ اللَّهِ تَعَالَى) أَجْزَأُهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيْفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ. وَقَالَ أَبُو يُونُسَ رَحِمَهُ اللَّهُ: إِنْ كَانَ يُحْسِنُ التَّكْبِيرَ لَمْ يُجْزِئْهُ إِلَّا قَوْلُهُ اللَّهُ أَكْبَرُ أَوْ اللَّهُ الْأَكْبَرُ أَوْ اللَّهُ الْكَبِيرُ وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَا يَجُوزُ إِلَّا بِالْأَوَّلَيْنِ. وَقَالَ مَالِكٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَا يَجُوزُ إِلَّا بِالْأَوَّلِ لِأَنَّهُ هُوَ الْمَنْقُولُ وَالْأَصْلُ فِيهِ التَّوْقِيفُ.

وَالشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ يَقُولُ: إِدْخَالُ الْأَلْفِ وَاللَّامِ فِيهِ أَبْلَغُ فِي الثَّنَاءِ فَقَامَ مَقَامَهُ وَأَبُو يُونُسَ رَحِمَهُ اللَّهُ يَقُولُ: إِنْ أَفْعَلَ وَفَعِيلًا فِي صِفَاتِهِ تَعَالَى سَوَاءً، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ لَا يُحْسِنُ لِأَنَّهُ لَا يَقْدِرُ إِلَّا عَلَى الْمَعْنَى. وَلَهُمَا أَنَّ التَّكْبِيرَ هُوَ التَّعْظِيمُ لُغَةً وَهُوَ حَاصِلٌ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (فَإِنْ قَالَ بَدَلُ التَّكْبِيرِ) يَدُلُّ عَلَى أَنَّ الْأَصْلَ هُوَ التَّكْبِيرُ. اعْلَمْ أَنَّ الشَّارِعَ فِي الصَّلَاةِ إِذَا قَالَ اللَّهُ أَكْبَرُ كَانَ شَارِعًا فِي الصَّلَاةِ بِلا خِلَافٍ، وَكَذَلِكَ إِذَا قَالَ اللَّهُ الْأَكْبَرُ خِلَافًا لِمَالِكٍ، وَكَذَلِكَ إِذَا قَالَ اللَّهُ الْكَبِيرُ خِلَافًا لَهُ وَلِلشَّافِعِيِّ، أَمَّا إِذَا قَالَ اللَّهُ أَجَلٌ أَوْ أَعْظَمُ أَوْ الرَّحْمَنُ أَكْبَرُ أَوْ لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ أَوْ قَالَ الْحَمْدُ لِلَّهِ أَوْ سُبْحَانَ اللَّهِ أَوْ لَا

إِلَهَ غَيْرُهُ، فَقَدْ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٌ أَجْزَأُهُ (وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ إِنْ كَانَ يُحْسِنُ التَّكْبِيرَ) أَيُّ يُمْكِنُهُ أَنْ يَقُولَ اللَّهُ أَكْبَرُ أَوْ اللَّهُ أَكْبَرُ (لَا يَجُوزُ) وَإِنْ لَمْ يُحْسِنْ جَازَ، وَمَالِكٌ يَقُولُ الْأَصْلُ فِي ذَلِكَ التَّوْقِيفُ وَالْمَنْقُولُ فِيهِ هُوَ الْأَوَّلُ فَلَا يَجُوزُ غَيْرُهُ (وَالشَّافِعِيُّ يَقُولُ إِدْخَالُ الْأَلِفِ وَاللَّامِ فِيهِ) أَيُّ فِي الْخَبَرِ وَهُوَ أَكْبَرُ (أُبْلَغُ فِي الشَّأْنِ)؛ لِأَنَّ تَعْرِيفَ الْخَبَرِ يَفْتَضِي حَصْرَهُ فِي الْمُبْتَدَأِ كَمَا فِي قَوْلِكَ زَيْدٌ الْعَالَمُ، وَقَدْ عُرِفَ ذَلِكَ فِي مَوْضِعِهِ فَيَكُونُ مَا زَادَ فِيهِ مِنَ الْمُبَالَاةِ فِي مُقَابَلَةِ مَا فَاتَهُ مِنْ كَوْنِهِ مَنْقُولًا فَالْجَبَرُ الْفَائِتُ بِمَا زَادَ (فَقَامَ مَقَامَهُ، وَأَبُو يُوسُفَ يَقُولُ: إِنْ أَفْعَلُ وَفَعِيلًا فِي صِفَاتِهِ تَعَالَى سَوَاءً؛ لِأَنَّ اثْبَاتَ الزِّيَادَةِ لَيْسَ بِمُرَادٍ فِي صِفَاتِ اللَّهِ تَعَالَى لِعَدَمِ مُسَاوَاةِ أَحَدٍ إِلَيْهِ فِي أَصْلِ الْكِبَرِيَاءِ حَتَّى يَكُونَ أَفْعَلُ الزِّيَادَةِ كَمَا يَكُونُ فِي أَوْصَافِ الْعِبَادِ فَكَانَ أَفْعَلُ وَفَعِيلُ سَوَاءً (وَكُلُهُمَا أَنَّ التَّكْبِيرَ هُوَ التَّعْظِيمُ لَعَنَ) قَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿فَلَمَّا رَأَيْنَهُ أَكْبَرْنَهُ﴾ [يوسف: ٣١] أَيُّ عَظُمْنُهُ (وَهُوَ حَاصِلٌ) بِمَا ذَكَرْنَا مِنَ الْأَلْفَافِ، وَهَذَا بِنَاءٌ عَلَى أَنَّ الْفَرْضَ عَمَلُ اللِّسَانِ وَالتَّكْبِيرُ اللَّهُ فَيَجُوزُ أَنْ يَلْحَقَ بِهِ غَيْرُهُ إِذَا كَانَ فِي مَعْنَاهُ وَقَدْ قَرَّرْنَاهُ فِي التَّقْرِيرِ، وَعَلَى هَذَا إِذَا قَالَ اللَّهُ يَصِيرُ شَارِعًا؛ لِأَنَّ فِيهِ مَعْنَى التَّعْظِيمِ لِكَوْنِهِ مُشْتَقًّا مِنَ الثَّالِثِ وَهُوَ التَّحْيِيرُ.

وَقَالَ مُحَمَّدٌ: لَا يَصِيرُ شَارِعًا؛ لِأَنَّ تَمَامَ التَّعْظِيمِ إِنَّمَا يَكُونُ بِذِكْرِ الْأِسْمِ وَالصِّمَةِ جَمِيعًا. وَالْجَوَابُ أَنَّ مَنَاطَ الْحُكْمِ حُصُولُ التَّعْظِيمِ لِإِثْمَانِهِ، وَلَمْ يَذْكُرْ أَنَّهُ إِذَا شَرَعَ بَتَلَكِ الْأَلْفَافِ هَلْ يُكْرَهُ أَوْ لَا، قَالَ بَعْضُهُمْ: لَا يُكْرَهُ، وَقَالَ بَعْضُهُمْ يُكْرَهُ. قَالَ فِي النَّهَايَةِ: وَهُوَ الْأَصَحُّ كَذَا فِي الْمَحِيطِ.

(فَإِنْ افْتَتَحَ الصَّلَاةَ بِالْفَارِسِيَّةِ أَوْ قَرَأَ فِيهَا بِالْفَارِسِيَّةِ وَسَمَّى بِالْفَارِسِيَّةِ وَهُوَ يُحْسِنُ الْعَرَبِيَّةَ أَجْزَأُهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ. وَقَالَا: لَا يُجْزِئُهُ إِلَّا فِي الذَّبِيحَةِ وَإِنْ لَمْ يُحْسِنِ الْعَرَبِيَّةَ أَجْزَأُهُ) أَمَّا الْكَلَامُ فِي الْإِفْتِتَاحِ فَمُحَمَّدٌ مَعَ أَبِي حَنِيفَةَ فِي الْعَرَبِيَّةِ وَمَعَ أَبِي يُوسُفَ فِي الْفَارِسِيَّةِ لِأَنَّ لُغَةَ الْعَرَبِ لَهَا مِنَ الْمَزِيَّةِ مَا لَيْسَ لغيرِهَا. وَأَمَّا الْكَلَامُ فِي الْقِرَاءَةِ فَوَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّ الْقُرْآنَ اسْمٌ لِمَنْظُومٍ عَرَبِيٍّ كَمَا نَطَقَ بِهِ النَّصُّ، إِلَّا أَنَّ عِنْدَ الْعَجْزِ يُكْتَفَى بِالْمَعْنَى كَالْإِيمَاءِ، بِخِلَافِ التَّسْمِيَةِ لِأَنَّ الذِّكْرَ يَحْصُلُ بِكُلِّ لِسَانٍ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿وَأَنَّهُ لَفِي زُبُرِ الْأَوَّلِينَ﴾ [الشعراء: ١٩٦] وَلَمْ يَكُنْ فِيهَا بِهِذِهِ اللَّغَةِ، وَلِهَذَا يَجُوزُ عِنْدَ الْعَجْزِ إِلَّا أَنَّهُ يَصِيرُ مُسَيِّئًا لِمُخَالَفَتِهِ السُّنَّةَ الْمُتَوَارِقَةَ، وَيَجُوزُ

بِأَيِّ لِسَانٍ كَانَ سِوَى الْفَارِسِيَّةِ هُوَ الصَّحِيحُ لَمَّا تَلَوْنَا، وَالْمَعْنَى لَا يَخْتَلَفُ بِاخْتِلَافِ اللُّغَاتِ
وَالْخِلَافُ فِي الْاعْتِدَادِ، وَلَا خِلَافٌ فِي أَنَّهُ لَا فَسَادَ، وَيُرْوَى رُجُوعُهُ فِي أَصْلِ الْمَسْأَلَةِ إِلَى
قَوْلِهِمَا وَعَلَيْهِ الْاعْتِمَادُ، وَالْخُطْبَةُ وَالْتِّشَهُدُ عَلَى هَذَا الْاِخْتِلَافِ، وَفِي الْأَذَانِ يُعْتَبَرُ
التَّعَارُفُ.

الشرح:

قَالَ (فَإِنْ افْتُتِحَ الصَّلَاةُ بِالْفَارِسِيَّةِ) اعْلَمْ أَنَّ الْاِفْتِتَاحَ بِالْفَارِسِيَّةِ وَالْقِرَاءَةَ بِهَا فِي
الصَّلَاةِ وَالتَّسْمِيَةَ بِهَا عَلَى الذَّبِيحَةِ جَائِزٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ سِوَاءَ كَانَ قَادِرًا عَلَى الْعَرَبِيَّةِ
أَوْ لَمْ يَكُنْ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: إِنَّ أَحْسَنَ الْعَرَبِيَّةِ لَا يُجْزِئُهُ إِلَّا فِي الذَّبِيحَةِ، وَإِنْ
لَمْ يُحْسِنْهَا أَجْزَأُ فِي الْجَمِيعِ، وَمُحَمَّدٌ مَعَ أَبِي حَنِيفَةَ فِي الْاِفْتِتَاحِ بِالْعَرَبِيَّةِ، فَإِنَّهُ جَوَزَهُ
بِأَيِّ لَفْظٍ كَانَ مِنْ أَسْمَاءِ اللَّهِ عَلَى مَا تَقَدَّمَ، وَمَعَ أَبِي يُوسُفَ فِي الْفَارِسِيَّةِ حَيْثُ لَمْ
يُجَوِّزْهُ بِالْفَارِسِيَّةِ.

قَالَ (لَأَنَّ لُغَةَ الْعَرَبِ لَهَا مِنَ الْمَزِيَّةِ مَا لَيْسَ لغيرِهَا) قَالَ ﷺ فِي مَعْرِضِ تَفْضِيلِ
لِسَانِ الْعَرَبِ عَلَى غَيْرِهِ «أَنَا عَرَبِيٌّ وَالْقُرْآنُ عَرَبِيٌّ وَلِسَانُ أَهْلِ الْجَنَّةِ عَرَبِيٌّ» (وَأَمَّا الْكَلَامُ
فِي الْقِرَاءَةِ فَوَجَّهَ قَوْلَهُمَا إِنَّ الْقُرْآنَ اسْمٌ لِمَنْظُومٍ عَرَبِيٍّ كَمَا نَطَقَ بِهِ النَّصُّ) وَهُوَ قَوْلُهُ
تَعَالَى ﴿إِنَّا أَنْزَلْنَاهُ قُرْآنًا عَرَبِيًّا﴾ [يوسف: ٢] وَالْقُرْآنُ هُوَ الْمَأْمُورُ بِقِرَائَتِهِ فِي الصَّلَاةِ،
قَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿فَاقْرَأُوا مَا تيسَّرَ مِنَ الْقُرْآنِ﴾ [الزمل: ٢٠] عَلَى مَا سَيَجِيءُ، وَهَذَا
يَقْتَضِي أَلَّا تُتْرَكَ حَالَةُ الْعَجْزِ أَيْضًا إِلَّا أَنَّهُ يُكْفَى عِنْدَ الْعَجْزِ بِالْمَعْنَى لِفَلَا يَلْزَمُ التَّكْلِيفُ
بِمَا لَيْسَ فِي الْوُسْعِ فَصَارَ كَمَنْ عَجَزَ عَنِ الرُّكُوعِ وَالسُّجُودِ، فَإِنَّهُ جَازَ لَهُ الْإِيمَاءُ
(بِخِلَافِ التَّسْمِيَةِ) فَإِنَّ الْمَقْصُودَ بِهَا الذِّكْرُ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿وَلَا تَأْكُلُوا مِمَّا لَمْ
يُذَكَّرْ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ﴾ [الأنعام: ١٢١] وَهُوَ يَحْصُلُ بِكُلِّ لِسَانٍ سِوَاءَ كَانَ يُحْسِنُ
الْعَرَبِيَّةَ أَوْ لَمْ يُحْسِنْ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا، وَكَذَلِكَ الشَّهَادَةُ عِنْدَ الْحُكَّامِ وَاللَّعَانُ وَالْعُقُودُ
تَصَحُّ بِاجْتِمَاعِ، وَرَوِي عَنْ الشَّافِعِيِّ فِي الْقِرَاءَةِ كَقَوْلِهِمَا، وَرَوِي أَنَّهُ لَا يَجُوزُ لَكُنْهُ إِنْ
كَانَ لَا يُحْسِنُ الْعَرَبِيَّةَ فَهُوَ أُمِّيٌّ يُصَلِّي بِغَيْرِ قِرَاءَةٍ، وَلَوْ قَرَأَ بِالْفَارِسِيَّةِ فَسَدَتْ صَلَاتُهُ؛
لِأَنَّهَا مِنْ كَلَامِ النَّاسِ (وَلِأَبِي حَنِيفَةَ قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿وَإِنَّهُ لَفِي زُبُرِ الْأَوَّلِينَ﴾ [الشعراء:
١٩٦] وَصَفَهُ بِكَوْنِهِ فِي زُبُرِ الْأَوَّلِينَ لَمْ يَكُنْ الْقُرْآنُ بِنِظْمِهِ فِيهَا لَا مُحَالَةً فَتَعَيَّنَ أَنَّ

يَكُونُ بِمَعْنَاهُ فِيهَا، وَالْمَقْرُوءُ بِالْفَارِسِيَّةِ عَلَى سَبِيلِ التَّرْجَمَةِ مُشْتَمِلٌ عَلَى مَعْنَاهُ فَيَكُونُ جَائِزًا لِحَاقًا بِهِ.

فَإِنْ قِيلَ: قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿إِنَّا أَنْزَلْنَاهُ قُرْآنًا عَرَبِيًّا﴾ [يوسف: ٢] مُحْكَمٌ لَا يُقْبَلُ التَّأْوِيلُ وَقَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿لَفِي زُبُرِ الْأَوَّلِينَ﴾ [الشعراء: ١٩٦] مُحْتَمَلٌ؛ لِأَنَّ بَعْضَ الْمُفَسِّرِينَ ذَهَبَ إِلَى أَنَّ الضَّمِيرَ لِلنَّبِيِّ ﷺ فَكَيْفَ يُتْرَكُ الْمُحْكَمُ بِهِ. أُجِيبَ بِأَنَّهُ تَأْوِيلٌ بَعِيدٌ يُفْضِي إِلَى التَّعْقِيدِ اللَّفْظِيِّ بِتَفْكِيكِ الضَّمَائِرِ فِي قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَإِنَّهُ لَتَنْزِيلُ رَبِّ الْأَعْلَمِينَ﴾ [الشعراء: ١٩٢] إِلَى آخِرِهِ، وَالْكَلَامُ الْمُعْجَزُ مَصُونٌ عَنْ ذَلِكَ فَإِنْ قِيلَ: سَلَمْنَا تَسَاوِيَهُمَا فِي الْأَحْكَامِ لَكِنْ يَكُونَانِ مُتَعَارِضَيْنِ فَمِنْ أَيْنَ تَقُومُ الْحُجَّةُ؟ فَالْجَوَابُ أَنَّ إِعْمَالَ الدَّلِيلَيْنِ وَلَوْ بَوَاحٍ أَوَّلَى مِنْ إِهْمَالِ أَحَدِهِمَا، فَيَحْمَلُ قَوْلُهُ: ﴿وَإِنَّهُ لَفِي زُبُرِ الْأَوَّلِينَ﴾ [الشعراء: ١٩٦] عَلَى حَالَةِ الصَّلَاةِ؛ لِأَنَّهَا حَالُ الْمُنَاجَاةِ وَالِاشْتِعَالِ بِنَظْمٍ خَاصٍّ يَذْهَبُ بِالرَّفْعِ، وَيَحْمَلُ قَوْلُهُ: ﴿إِنَّا أَنْزَلْنَاهُ قُرْآنًا عَرَبِيًّا﴾ [يوسف: ٢] عَلَى غَيْرِ حَالَةِ الصَّلَاةِ، وَقَدْ قَرَّرْنَاهُ فِي التَّقْرِيرِ بِأَبْسَاطٍ مِنْ هَذَا الْمَوْضِعِ.

وَقَوْلُهُ: (وَلِهَذَا) أَيْ وَلِكَوْنِ الْقِرَاءَةِ لَمْ تَكُنْ فِي الزُّبُرِ بِهَذَا النَّظْمِ (جَازَتْ الْقِرَاءَةُ بِالْفَارِسِيَّةِ عِنْدَ الْعَجْزِ) وَلَا شَكٌّ أَنَّ الْعَجْزَ لَا يَجْعَلُ غَيْرَ الْقُرْآنِ قُرْآنًا. وَقَوْلُهُ: (إِلَّا أَنَّهُ يَصِيرُ مُسَيِّئًا) اسْتِثْنَاءٌ مِنْ قَوْلِهِ أَجْزَأُهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ (لِمُخَالَفَتِهِ السُّنَّةَ الْمُتَوَارِثَةَ) وَهِيَ الْقِرَاءَةُ بِالْعَرَبِيَّةِ. وَقَوْلُهُ: (هُوَ الصَّحِيحُ) اخْتِرَازٌ عَنْ قَوْلِ أَبِي سَعِيدٍ الْبَرْدَعِيِّ فَإِنَّهُ قَالَ: إِنَّمَا جَوَّزَ أَبُو حَنِيفَةَ الْقِرَاءَةَ بِالْفَارِسِيَّةِ دُونَ غَيْرِهَا مِنَ الْأَلْسِنَةِ لِقُرْبِ الْفَارِسِيَّةِ مِنَ الْعَرَبِيَّةِ قَالَ الْكَرْخِيُّ: وَالصَّحِيحُ الثَّقَلُ إِلَى أَيِّ لُغَةٍ كَانَتْ. وَقَوْلُهُ: (لَمَّا تَلَوْنَا) يَعْنِي مِنْ قَوْلِهِ ﴿وَإِنَّهُ لَفِي زُبُرِ الْأَوَّلِينَ﴾ [الشعراء: ١٩٦] فَإِنَّهُ كَمَا لَمْ يَكُنْ فِيهَا بِلُغَةِ الْعَرَبِ كَذَلِكَ لَمْ يَكُنْ فِيهَا بِالْفَارِسِيَّةِ؛ وَلِأَنَّ الْاعْتِمَادَ عَلَى الْمَعْنَى عِنْدَ الثَّقَلِ وَالْمَعْنَى لَا يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ اللُّغَاتِ. وَقَوْلُهُ: (وَالْخِلَافُ فِي الْاعْتِدَادِ) أَيْ فِي أَنَّهُ إِذَا قُرَأَ بِالْفَارِسِيَّةِ هَلْ يَكُونُ مُحْسُوبًا عَنْ فَرَضِ الْقِرَاءَةِ أَوْ لَا، وَلَا خِلَافَ فِي عَدَمِ الْفَسَادِ. وَقَوْلُهُ: (وَيُرْوَى رُجُوعُهُ) رَوَى أَبُو بَكْرٍ الرَّازِيُّ أَنَّ أَبَا حَنِيفَةَ رَجَعَ إِلَى قَوْلِهِمَا (وَعَلَيْهِ الْاعْتِمَادُ) لِتَنْزِيلِهِ مَنْزِلَةَ الْإِجْمَاعِ (وَالْخُطْبَةُ وَالتَّشَهُدُ عَلَى هَذَا الْخِلَافِ) أَيْ تَجُوزُ قِرَاءَتُهُمَا بِالْفَارِسِيَّةِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ خِلَافًا لَهُمَا.

وَقَوْلُهُ: (وَفِي الْأَذَانِ يُعْتَبَرُ التَّعَارُفُ) قِيلَ جَوَابُ عَمَّا يُقَالُ قِرَاءَةُ الْقُرْآنِ فِي الصَّلَاةِ لَكُونِهَا رُكْنًا أَعْظَمُ خَطَرًا مِنَ الْأَذَانِ لَكُونِهِ سُنَّةً، وَالْأَذَانُ لَا يَجُوزُ بغيرِ الْعَرَبِيِّ فَكَيْفَ جَازَتْ قِرَاءَةُ الْقُرْآنِ ؟ وَوَجْهُهُ أَنَا لَا نُسَلِّمُ عَدَمَ جَوَازِ الْأَذَانِ مُطْلَقًا بَلْ يُعْتَبَرُ فِيهِ التَّعَارُفُ، فَإِنَّ الْحَسَنَ رَوَى عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ لَوْ أُذِّنَ بِالْفَارِسِيَّةِ وَالنَّاسُ يَعْلَمُونَ أَنَّهُ أَذَانٌ جَازٌ، وَإِنْ كَانُوا لَا يَعْلَمُونَ لَا يَجُوزُ لِعَدَمِ حُصُولِ الْمَقْصُودِ وَهُوَ الْإِعْلَامُ، كَذَا ذَكَرَهُ فِي الْأَسْرَارِ..

(وَلَوْ افْتَتَحَ الصَّلَاةَ بِاللَّهِمَّ اغْفِرْ لِي لَا يَجُوزُ) لِأَنَّهُ مَشُوبٌ بِحَاجَتِهِ فَلَمْ يَكُنْ تَعْظِيمًا خَالصًا، وَلَوْ افْتَتَحَ بِقَوْلِهِ اللَّهُمَّ فَقَدْ قِيلَ يُجْزئُهُ لِأَنَّهُ مَعْنَاهُ يَا اللَّهُ، قِيلَ لَا يُجْزئُهُ لِأَنَّهُ مَعْنَاهُ يَا اللَّهُ أَمْنَا بِخَيْرٍ فَكَانَ سَوْأًا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَإِنْ افْتَتَحَ الصَّلَاةَ بِاللَّهِمَّ اغْفِرْ لِي) يَبَيِّنُ أَنَّ الشَّرُوعَ بِغيرِ اللَّفْظِ الْمُنْقُولِ إِنَّمَا يَصِحُّ إِذَا كَانَ تَنَاءً خَالصًا، وَأَمَّا إِذَا كَانَ مَشُوبًا بِحَاجَتِهِ فَلَا يَجُوزُ بِالِاتِّفَاقِ، فَفِي قَوْلِهِ اللَّهُمَّ اغْفِرْ لِي لَا يَكُونُ شَارِعًا؛ لِأَنَّهُ مَشُوبٌ بِحَاجَتِهِ فَلَمْ يَكُنْ تَعْظِيمًا خَالصًا، وَإِنْ قَالَ اللَّهُمَّ فَقَدْ اخْتَلَفَ فِيهِ، قِيلَ يُجْزئُهُ؛ لِأَنَّهُ مَعْنَاهُ: يَا اللَّهُ فَتَمَحَّضَ ذِكْرًا هُوَ قَوْلُ أَهْلِ الْبَصْرَةِ، وَقِيلَ لَا يُجْزئُهُ؛ لِأَنَّهُ مَعْنَاهُ: يَا «اللَّهُ» أَمْنَا بِخَيْرٍ: أَيُّ اقْصَدْنَا بِخَيْرٍ وَهُوَ قَوْلُ أَهْلِ الْكُوفَةِ فَلَمْ يَكُنْ تَعْظِيمًا خَالصًا. قِيلَ وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ بِدَلِيلِ قَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَإِذْ قَالُوا اللَّهُمَّ إِنْ كَانَتْ هَذِهِ حَقًّا مِنْ عِنْدِكَ﴾ [الأنفال: ٣٢] وَلَوْ كَانَ مَعْنَاهُ فَصَدَدْنَا بِخَيْرٍ فَسَدَّ الْمَعْنَى.

قَالَ (وَيَعْتَمِدُ بِيَدِهِ الْيُمْنَى عَلَى الْيُسْرَى تَحْتَ السُّرَّةِ) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ "إِنَّ مِنَ السُّنَنِ وَضْعَ الْيَمِينِ عَلَى الشِّمَالِ تَحْتَ السُّرَّةِ" ^(١) "وَهُوَ حُجَّةٌ عَلَى مَالِكٍ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي الْإِرْسَالِ، وَعَلَى الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي الْوَضْعِ عَلَى الصَّدْرِ، وَلِأَنَّ الْوَضْعَ تَحْتَ السُّرَّةِ أَقْرَبُ إِلَى التَّعْظِيمِ وَهُوَ الْمَقْصُودُ، ثُمَّ الْاعْتِمَادُ سُنَّةُ الْقِيَامِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ حَتَّى لَا يُرْسِلَ حَالَةَ الثَّنَاءِ. وَالْأَصْلُ أَنَّ كُلَّ قِيَامٍ فِيهِ ذِكْرٌ مَسْنُونٌ يَعْتَمِدُ فِيهِ وَمَا لَا فَلَا هُوَ الصَّحِيحُ، فَيَعْتَمِدُ فِي حَالَةِ الْقُنُوتِ وَصَلَاةِ الْجَنَازَةِ، وَيُرْسِلُ فِي

(١) أخرجه أبو داود في الصلاة باب ١١٨ (حديث ٧٥٦).

الْقَوْمَةِ وَيَبِينَ تَكْبِيرَاتِ الْأَعْيَادِ.

الشرح:

قَالَ (وَيَعْتَمِدُ بِيَدِهِ الْيُمْنَى عَلَى الْيُسْرَى) الْاعْتِمَادُ الْإِتِّكَاءُ، وَتَفْسِيرُ الْاعْتِمَادِ أَنْ يَضَعَ وَسْطَ كَفِّهِ الْيُمْنَى عَلَى ظَهْرِ كَفِّهِ الْيُسْرَى. وَقَوْلُهُ: وَيَعْتَمِدُ إِلَيْهِ يُشِيرُ إِلَى أَنْ الْاعْتِمَادَ هُوَ الْوَضْعُ كَمَا ذَكَرْنَا، وَفِيهِ خِلَافُ مَالِكٍ فَإِنَّهُ يَقُولُ بِالْإِرْسَالِ، وَرُوي عَنْهُ أَنَّهُ جَعَلَ الْإِرْسَالَ عَزِيمَةً وَالْاعْتِمَادَ رُخْصَةً وَإِلَى مَوْضِعِ الْوَضْعِ وَهُوَ تَحْتَ السُّرَّةِ. وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ الْأَفْضَلُ أَنْ يَضَعَ يَدَيْهِ عَلَى الصَّدْرِ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿فَصَلِّ لِرَبِّكَ وَأَخَرْ﴾ [الكوثر: ٢] فَإِنَّ أَهْلَ التَّفْسِيرِ قَالُوا الْمُرَادُ بِهِ وَضْعُ الْيَمِينِ عَلَى الشِّمَالِ عَلَى الصَّدْرِ. وَلَنَا مَا رُوي عَنْ أَنَسٍ " «إِنَّ مِنَ السُّنَّةِ وَضْعَ الْيَمِينِ عَلَى الشِّمَالِ تَحْتَ السُّرَّةِ» " وَهُوَ كَمَا تَرَى حُجَّةً عَلَى مَالِكٍ فِي الْإِرْسَالِ وَعَلَى الشَّافِعِيِّ فِي الْوَضْعِ عَلَى الصَّدْرِ، وَالْمُرَادُ بِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَأَخَرْ﴾ نَحْرُ الْأُضْحِيَّةِ بَعْدَ صَلَاةِ الْعِيدِ؛ وَلِأَنَّ الْوَضْعَ تَحْتَ السُّرَّةِ أَقْرَبُ إِلَى التَّعْظِيمِ وَأَبْعَدُ مِنَ التَّشْبِيهِ بِأَهْلِ الْكِتَابِ، وَهُوَ أَيُّ التَّعْظِيمِ هُوَ الْمَقْصُودُ، ثُمَّ الْاعْتِمَادُ سُنَّةُ الْقِيَامِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ. وَعَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ سُنَّةُ الْقِرَاءَةِ، وَتَمَرُّهُ تَظْهَرُ فِي الْمُصَلِّي بَعْدَ التَّكْبِيرِ. فَعِنْدَهُمَا لَا يُرْسَلُ حَالَةَ الثَّنَاءِ. وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ يُرْسَلُ، فَإِذَا أَخَذَ فِي الْقِرَاءَةِ اعْتَمَدَ. وَالْأَصْلُ أَنْ كُلَّ قِيَامٍ فِيهِ ذِكْرٌ مَسْنُونٌ يَعْتَمِدُ فِيهِ وَمَا لَا فَلَا.

وَقَوْلُهُ: (هُوَ الصَّحِيحُ) اخْتِرَازٌ عَنْ قَوْلِ الْفَضْلِيِّ وَأَصْحَابِهِ، قَالَ الْفَضْلِيُّ: إِنَّ السُّنَّةَ فِي صَلَاةِ الْجَنَازَةِ وَتَكْبِيرَاتِ الْعِيدِ وَالْقَوْمَةِ الَّتِي بَيْنَ الرُّكُوعِ وَالسُّجُودِ هُوَ الْإِرْسَالُ، وَقَالَ أَصْحَابُهُ: السُّنَّةُ فِي هَذِهِ الْمَوَاضِعِ الْاعْتِمَادُ، وَالصَّحِيحُ مَا قَالَهُ شَمْسُ الْأَيْمَةِ الْحُلَوَانِيُّ وَهُوَ الَّذِي أَشَارَ إِلَيْهِ فِي الْكِتَابِ أَنْ كُلَّ قِيَامٍ فِيهِ ذِكْرٌ مَسْنُونٌ، فَالسُّنَّةُ فِيهِ الْاعْتِمَادُ كَمَا فِي حَالَةِ الثَّنَاءِ وَالْقُنُوتِ وَصَلَاةِ الْجَنَازَةِ، وَكُلُّ قِيَامٍ لَيْسَ فِيهِ ذِكْرٌ مَسْنُونٌ فَالسُّنَّةُ فِيهِ الْإِرْسَالُ فَيُرْسَلُ فِي الْقَوْمَةِ عَنِ الرُّكُوعِ وَيَبِينَ تَكْبِيرَاتِ الْأَعْيَادِ، وَبِهِ كَانَ يُفْتَى شَمْسُ الْأَيْمَةِ السَّرْحَسِيُّ وَبُرْهَانُ الْأَيْمَةِ وَالصَّدْرُ الشَّهِيدُ. وَذَكَرَ فِي فَتَاوَى قَاضِي خَانَ: وَكُلَّمَا فَرَّغَ مِنَ التَّكْبِيرِ يَضَعُ يَدَهُ الْيُمْنَى عَلَى الْيُسْرَى تَحْتَ السُّرَّةِ، وَكَذَا فِي تَكْبِيرَاتِ الْعِيدِ وَتَكْبِيرَاتِ الْجَنَازَةِ وَالْقُنُوتِ وَيُرْسَلُ فِي الْقَوْمَةِ.

(ثُمَّ يَقُولُ: سُبْحَانَكَ اللَّهُمَّ وَبِحَمْدِكَ إِلَى آخِرِهِ) وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ

يَضُمُّ إِلَيْهِ قَوْلُهُ: ﴿إِنِّي وَجَّهْتُ وَجْهِيَ﴾ [الأنعام: ١٧٩] إِلَى آخِرِهِ، لِرَوَايَةِ عَلِيٍّ ﷺ أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ كَانَ يَقُولُ ذَلِكَ. وَلَهُمَا رَوَايَةُ أَنَسٍ ﷺ "أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ كَانَ إِذَا افْتَتَحَ الصَّلَاةَ كَبَّرَ وَقَرَأَ: سُبْحَانَكَ اللَّهُمَّ وَبِحَمْدِكَ إِلَى آخِرِهِ" ^(١) وَلَمْ يَزِدْ عَلَى هَذَا، وَمَا رَوَاهُ مَحْمُولٌ عَلَى التَّهَجُّدِ. وَقَوْلُهُ وَجَلَّ ثَنَاؤُكَ لَمْ يُذَكَّرْ فِي الْمَشَاهِيرِ فَلَا يَأْتِي بِهِ فِي الْفَرَائِضِ. وَالْأَوَّلَى أَنْ لَا يَأْتِيَ بِالتَّوَجُّهِ قَبْلَ التَّكْبِيرِ لِتَتَّصِلَ بِهِ النِّيَّةُ هُوَ الصَّحِيحُ

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (ثُمَّ يَقُولُ) أَيُّ الْمُصَلِّي (سُبْحَانَكَ اللَّهُمَّ وَبِحَمْدِكَ وَتَبَارَكَ اسْمُكَ وَتَعَالَى جَدُّكَ وَلَا إِلَهَ غَيْرُكَ) وَمَعْنَاهُ: سَبَّحْتَكَ يَا اللَّهُ بِحَمْدِكَ وَبِحَمْدِكَ سَبَّحْتَ، وَتَعَاطَمَ اسْمُكَ عَنْ صِفَاتِ الْمَخْلُوقِينَ وَتَعَالَى عَظَمَتُكَ، وَلَمْ يَزِدْ عَلَى ذَلِكَ عِنْدَ أَبِي حَنِيْفَةَ وَمُحَمَّدٍ وَهُوَ قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ أَوَّلًا، وَعَنْهُ أَنَّهُ يَضُمُّ إِلَيْهِ قَوْلَهُ وَجَّهْتُ وَجْهِيَ لِلَّذِي فَطَرَ السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضَ حَنِيفًا وَمَا أَنَا مِنَ الْمُشْرِكِينَ. إِنَّ صَلَاتِي وَنُسُكِي وَمَحْيَايَ وَمَمَاتِي لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ. لَا شَرِيكَ لَهُ وَبِذَلِكَ أُمِرْتُ وَأَنَا مِنَ الْمُسْلِمِينَ قَالَ شَيْخُ الْإِسْلَامِ: وَلَوْ قَالَ وَأَنَا أَوَّلُ الْمُسْلِمِينَ اخْتَلَفَ الْمَشَايخُ فِيهِ: فَمِنْهُمْ مَنْ يَقُولُ تَفْسُدُ صَلَاتُهُ؛ لِأَنَّهُ كَذَبَ فِي صَلَاتِهِ، وَمِنْهُمْ مَنْ يَقُولُ لَا تَفْسُدُ؛ لِأَنَّهُ يُحْمَلُ عَلَى أَنَّهُ أَرَادَ بِهِ قِرَاءَةَ الْقُرْآنِ لَا الْإِنْبَاءَ عَنْ نَفْسِهِ.

وَقَوْلُهُ: (يَضُمُّ) إِشَارَةً إِلَى أَنَّهُ إِنْ شَاءَ قَدَّمَ عَلَى الثَّنَاءِ وَإِنْ شَاءَ أَخَّرَ عَنْهُ، الضَّمُّ صَادِقٌ عَلَيْهِمَا، وَهُوَ رَوَايَةُ عَنْ أَبِي يُوسُفَ، وَعَنْهُ أَنَّ الْبُدْءَ بِالتَّسْبِيحِ أَوَّلَى لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَسَبِّحْ بِحَمْدِ رَبِّكَ حِينَ تَقُومُ﴾ [الطور: ٤٨] وَوَجْهُ قَوْلِهِ مَا رَوَى عَنْ عَلِيٍّ ﷺ «أَنَّهُ ﷺ كَانَ يَقُولُ ذَلِكَ»، فَإِذَا وَرَدَ الْإِخْبَارُ بِهِمَا يُجْمَعُ بَيْنَهُمَا عَمَلًا بِالْإِخْبَارِ. وَيُوجَّهُ قَوْلُهُمَا مَا رَوَى أَنَسٌ ﷺ «أَنَّهُ ﷺ كَانَ إِذَا افْتَتَحَ الصَّلَاةَ كَبَّرَ وَقَرَأَ سُبْحَانَكَ اللَّهُمَّ» "إِلَخ."

وَلَا يَزِيدُ عَلَى هَذَا فَيَحْتَاجُ إِلَى تَأْوِيلٍ مَا رَوَاهُ وَهُوَ أَنَّهُ مَحْمُولٌ عَلَى التَّهَجُّدِ، فَإِنَّ الْأَمْرَ فِيهِ وَاسِعٌ. وَأَمَّا فِي الْفَرَائِضِ فَلَا يَزِيدُ عَلَى مَا اسْتَهَرَّ فِيهِ الْأَثَرُ، وَلِهَذَا لَا يَأْتِي بِقَوْلِهِ وَجَلَّ ثَنَاؤُكَ فِي الْفَرَائِضِ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُذَكَّرْ فِي الْمَشَاهِيرِ. وَقَوْلُهُ: (وَالْأَوَّلَى) لَا يَأْتِي

بالتَّوَجُّهِ) أَي يَقُولُهُ وَجَّهَتْ وَجْهِي بَعْدَ النَّبَةِ (قَبْلَ التَّكْبِيرِ لِتَتَّصِلَ النَّبَةُ بِهِ) أَيِ بِالتَّكْبِيرِ. وَقَوْلُهُ: (وَهُوَ الصَّحِيحُ) اخْتِرَازٌ عَنْ قَوْلِ بَعْضِ الْمُتَأَخِّرِينَ إِنَّهُ يَقُولُهَا قَبْلَ التَّكْبِيرِ مِنْهُمْ الْفَقِيهَ أَبُو اللَّيْثِ؛ لِأَنَّهُ أَبْلَغَ فِي الْعَزِيمَةِ وَلَيَكُونُ عَمَلًا بِمَا رُوِيَ فِي الْأَخْبَارِ. وَوَجْهَ الصَّحِيحِ أَنَّهُ يُؤَدِّي إِلَى تَطْوِيلِ مَكْنَاهُ فِي الْمِحْرَابِ قَائِمًا مُسْتَقْبِلَ الْقِبْلَةِ وَلَا يُصَلِّي، وَهُوَ مَذْمُومٌ شَرْعًا فَإِنَّهُ رُوِيَ عَنِ النَّبِيِّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَنَّهُ قَالَ " «مَا لِي أَرَاكُمْ سَامِدِينَ» " .

(وَيَسْتَعِيدُ بِاللَّهِ مِنَ الشَّيْطَانِ الرَّجِيمِ) لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿ فَإِذَا قَرَأْتَ الْقُرْآنَ فَاسْتَعِذْ بِاللَّهِ مِنَ الشَّيْطَانِ الرَّجِيمِ ﴾ [النحل: ٩٨] مَعْنَاهُ: إِذَا أَرَدْتَ قِرَاءَةَ الْقُرْآنِ، وَالْأَوَّلَى أَنْ يَقُولَ اسْتَعِيدُ بِاللَّهِ لِيُؤَافِقَ الْقُرْآنَ، وَيَقْرُبُ مِنْهُ أَعُوذُ بِاللَّهِ، ثُمَّ التَّعَوُّذُ تَبَعَ لِلْقِرَاءَةِ دُونَ الثَّنَاءِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ لَمَّا تَلَوْنَا حَتَّى يَأْتِيَ بِهِ الْمَسْبُوقُ دُونَ الْمُقْتَدِي وَيُؤَخَّرَ عَنِ تَكْبِيرَاتِ الْعِيدِ خِلَافًا لِأَبِي يُوسُفَ.

الشرح:

قَوْلُهُ: (وَيَسْتَعِيدُ بِاللَّهِ مِنَ الشَّيْطَانِ الرَّجِيمِ) خِلَافًا لِمَا لَكَ فَإِنَّهُ لَا يَرَى بِذَلِكَ لَمَّا رُوِيَ عَنْ أَنَسٍ قَالَ: «صَلَّيْتُ خَلْفَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَخَلَفَ أَبِي بَكْرٌ وَعُمَرُ وَكَانُوا يَفْتَتِحُونَ الْقِرَاءَةَ بِالْحَمْدِ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ». وَلَمَّا قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿ فَإِذَا قَرَأْتَ الْقُرْآنَ فَاسْتَعِذْ بِاللَّهِ مِنَ الشَّيْطَانِ الرَّجِيمِ ﴾ [النحل: ٩٨] الْآيَةَ وَظَاهِرُهُ يَقْتَضِي أَنْ يَكُونَ فَرْضًا كَمَا قَالَ بِهِ عَطَاءٌ، إِلَّا أَنَّ السَّلَفَ أَجْمَعُوا عَلَى أَنَّهُ سُنَّةٌ، وَإِنَّمَا قَالَ مَعْنَاهُ إِذَا أَرَدْتَ قِرَاءَةَ الْقُرْآنِ نَفْيًا لِقَوْلِ بَعْضِ أَصْحَابِ الظَّاهِرِ أَنَّهُ يَتَعَوَّذُ بَعْدَ الْقِرَاءَةِ عَمَلًا بِحَرْفِ الْفَاءِ فَإِنَّهُ لَيْسَ بِصَحِيحٍ؛ لَمَّا رَوَى أَبُو سَعِيدٍ الْخُدْرِيُّ: «أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ كَانَ يَتَعَوَّذُ قَبْلَ الْقِرَاءَةِ»، وَقِيلَ الْفَاءُ هَهُنَا لِلْحَالِ كَمَا يُقَالُ: إِذَا دَخَلْتَ عَلَى الْأَمِيرِ فَتَأَدَّبْ: أَيِ إِذَا أَرَدْتَ الدُّخُولَ وَلَيْسَ بِوَاضِحٍ.

وَقَوْلُهُ: (وَالْأَوَّلَى) بَيَانُ لَفْظِ يَتَعَوَّذُ بِهِ فَإِنَّ فِيهِ لِلْقُرَّاءِ اخْتِلَافًا، وَاخْتَارَ الْفَقِيهَ أَبُو جَعْفَرٍ الْهَنْدَوَانِيُّ (أَنْ يَقُولَ: اسْتَعِيدُ بِاللَّهِ لِيُؤَافِقَ الْقُرْآنَ) أَيِ الدَّلِيلَ الدَّالَّ عَلَى التَّعَوُّذِ مِنَ الْقُرْآنِ وَهُوَ قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿ فَاسْتَعِذْ بِاللَّهِ ﴾ فَإِنَّهُ أَمَرَ بِالِاسْتِعَاذَةِ (وَيَقْرُبُ مِنْهُ أَعُوذُ) لِاسْتِرَاكِهَمَا فِي الْحُرُوفِ الْأُصُولِ، وَكَأَنَّهُ اخْتِرَازٌ عَنْ قَوْلِ مَنْ يَقُولُ أَعُوذُ بِاللَّهِ الْعَظِيمِ السَّمِيعِ الْعَلِيمِ مِنَ الشَّيْطَانِ الرَّجِيمِ، وَهُوَ رِوَايَةُ حَفْصٍ مِنْ طَرِيقٍ هَبِيرَةٍ؛ لِأَنَّ قَوْلَهُ إِنَّ

اللَّهُ هُوَ السَّمِيعُ الْعَلِيمُ ثَنَاءً، وَبَعْدَ التَّعَوُّذِ مَحَلُّ الْقِرَاءَةِ لَا مَحَلَّ الثَّنَاءِ (ثُمَّ التَّعَوُّذُ تَبَعٌ لِلْقِرَاءَةِ دُونَ الثَّنَاءِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ لَمَّا تَلَوْنَا) مِنْ قَوْلِهِ: ﴿فَإِذَا قَرَأْتَ الْقُرْآنَ﴾ الْآيَةَ، فَيَأْتِي فِي الْمَسْبُوقِ دُونَ الْمُقْتَدِي وَيُؤَخَّرُ عَنْ تَكْثِيرَاتِ الْعِيدِ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ هُوَ تَبَعٌ لِلثَّنَاءِ؛ لِأَنَّهُ شَرَعَ بَعْدَ الثَّنَاءِ وَأَنَّهُ مِنْ جِنْسِهِ؛ لِأَنَّهُ دُعَاءٌ كَالأَوَّلِ وَتَبَعُ الشَّيْءِ مَا كَانَ بَعْدَهُ فَيَتَّبِعِي أَنْ يَأْتِيَ بِهِ الْمُقْتَدِي.

(وَيَقْرَأُ بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ) هَكَذَا نُقِلَ فِي الْمَشَاهِيرِ (وَيُسْرُ بِهِمَا) لِقَوْلِ ابْنِ مَسْعُودٍ قَوْلُهُ تَعَالَى: أَرْبَعٌ يُخْفِيهِنَّ الْإِمَامُ، وَذَكَرَ مِنْهَا التَّعَوُّذَ وَالتَّسْمِيَةَ وَآمِينَ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: يَجْهَرُ بِالتَّسْمِيَةِ عِنْدَ الْجَهْرِ بِالْقِرَاءَةِ لَمَّا رُوِيَ " «أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ جَهَرَ فِي صَلَاتِهِ بِالتَّسْمِيَةِ» ^(١) ". قُلْنَا: هُوَ مَحْمُولٌ عَلَى التَّعْلِيمِ لِأَنَّهُ أَنَسَا ﷺ أَخْبَرَ «أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ كَانَ لَا يَجْهَرُ بِهَا». ثُمَّ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ لَا يَأْتِي بِهَا فِي أَوَّلِ كُلِّ رَكْعَةٍ كَالْتَّعَوُّذِ. وَعَنْهُ أَنَّهُ يَأْتِي بِهَا احتياطاً وَهُوَ قَوْلُهُمَا، وَلَا يَأْتِي بِهَا بَيْنَ السُّورَةِ وَالْفَاتِحَةِ إِلَّا عِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ فَإِنَّهُ يَأْتِي بِهَا فِي صَلَاةِ الْمُخَافَةِ

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَيَقْرَأُ بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ) مَعْطُوفٌ عَلَى قَوْلِهِ وَيَسْتَعِيدُ. وَقَوْلُهُ: (وَهَكَذَا نُقِلَ فِي الْمَشَاهِيرِ) احْتِرَازٌ عَنْ قَوْلِ مَالِكٍ وَمَا احتَجَّ بِهِ فَإِنَّهُ يَقُولُ لَا يَأْتِي الْمُصَلِّي بِالتَّسْمِيَةِ لَا سِرًّا وَلَا جَهْرًا لَمَّا رَوَيْنَا مِنْ حَدِيثِ أَنَسٍ. وَقَوْلُهُ: (وَيُسْرُ بِهِمَا) أَيُّ بِالتَّعَوُّذِ وَالتَّسْمِيَةِ (لِقَوْلِ ابْنِ مَسْعُودٍ: أَرْبَعٌ يُخْفِيهِنَّ الْإِمَامُ، وَذَكَرَ مِنْهَا التَّعَوُّذَ وَالتَّسْمِيَةَ وَآمِينَ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يَجْهَرُ بِالتَّسْمِيَةِ عِنْدَ الْجَهْرِ بِالْقِرَاءَةِ؛ لَمَّا رُوِيَ «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ جَهَرَ فِي صَلَاتِهِ بِالتَّسْمِيَةِ» " (رَوَاهُ أَبُو هُرَيْرَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ). (قُلْنَا هُوَ مَحْمُولٌ عَلَى التَّعْلِيمِ) كَمَا شَرَعَ الْجَهْرُ بِالتَّكْبِيرِ لِلإِعْلَامِ، كَمَا رُوِيَ عَنْ عُمَرَ أَنَّهُ جَهَرَ بِالثَّنَاءِ بَعْدَ التَّكْبِيرِ لِلتَّعْلِيمِ؛ لِأَنَّهُ أَنَسَا ﷺ قَالَ: «صَلَّيْتُ خَلْفَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَخَلْفَ أَبِي بَكْرٍ وَعُمَرَ وَعُثْمَانَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ فَلَمْ أَسْمَعْ أَحَدًا مِنْهُمْ يَجْهَرُ بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ» " وَإِذَا تَعَارَضَتِ الْآثَارُ وَجَبَ التَّأْوِيلُ، وَهُوَ كَمَا قُلْنَا مِنَ الْحَمْلِ عَلَى التَّعْلِيمِ.

وَقِيلَ كَانَ الْجَهْرُ فِي الْإِبْتِدَاءِ قَبْلَ نُزُولِ قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿ادْعُوا رَبَّكُمْ تَضَرُّعًا

(١) أخرجه الدارقطني (١/ ٣٠٨)، والحاكم في المستدرک (١/ ٢٣٤).

وَحُفْيَةً ﴿ [الأعراف: ٥٥] فَإِنَّهُمْ كَانُوا يُجْهَرُونَ بِالشَّأْنِ وَالْقِرَاءَةِ أَيْضًا حَتَّى نَزَلَ قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿ وَلَا تَجْهَرْ بِصَلَاتِكَ ﴾ [الإسراء: ١١٠].

فَإِنْ قِيلَ خَبَرُ الْإِخْفَاءِ بِالتَّسْمِيَةِ مِمَّا تَعُمُّ بِهِ الْبَلَوَى كَحَدِيثِ مَسِّ الذِّكْرِ فَإِنَّ الصَّلَاةَ الَّتِي يُجْهَرُ فِيهَا بِالْقِرَاءَةِ ثَلَاثٌ فِي كُلِّ يَوْمٍ وَلَيْلَةٍ، فَلَوْ كَانَ هَذَا الْخَبَرُ ثَابِتًا فِي الصَّدْرِ الْأَوَّلِ لَاشْتَهَرَ، وَلَوْ أُشْتُهَرَ لَمَا بَقِيَ الْإِخْتِلَافُ فِي الصَّدْرِ الْأَوَّلِ وَلَمَّا بَقِيَ الْإِخْتِلَافُ فِيهِ مَعَ عُمُومِ الْبَلَوَى دَلَّ عَلَى زِيَادَتِهِ كَمَا فِي حَدِيثِ الرُّكَاةِ فِي مَالِ الصَّبِيِّ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ الْأَحَادِيثَ الَّتِي تُدَلُّ عَلَى ثُبُوتِ الْجَهْرِ وَتُوجِبُ الْإِخْتِلَافَ قَدْ ذَكَرْنَا تَأْوِيلَهَا، وَالتَّأْوِيلُ يَرْفَعُ الْإِخْتِلَافَ، فَلَمْ يَكُنْ حِينَئِذٍ فِي الصَّدْرِ الْأَوَّلِ إِخْتِلَافٌ، وَفِيهِ نَظَرٌ؛ لِأَنَّ رَفْعَ التَّأْوِيلِ الْلاحِقِ لِلْإِخْتِلَافِ السَّابِقِ مَمْنُوعٌ، وَالصَّوَابُ أَنْ يُقَالَ: هَذَا الْإِعْتِرَاضُ سَاقِطٌ بِالْمُعَارَضَةِ، فَإِنَّ لَنَا أَنْ نَقُولَ خَبَرُ الْجَهْرِ بِالتَّسْمِيَةِ أَيْضًا مِمَّا تَعُمُّ بِهِ الْبَلَوَى.

وَقَوْلُهُ: وَيُسَرُّ بِهِمَا الْبَاءُ زَائِدَةٌ وَقَعَ سَهْوًا؛ لِأَنَّهُ يُقَالُ أَسَرَ الْحَدِيثَ بِلَا بَاءٍ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿ سَوَاءٌ مِنْكُمْ مَنْ أَسَرَ الْقَوْلَ ﴾ [الرعد: ١٠] (ثُمَّ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ لَا يَأْتِي بِهَا فِي أَوَّلِ كُلِّ رَكْعَةٍ كَالْتَعَوُذِ) وَهُوَ رَوَايَةُ الْحَسَنِ عَنْهُ؛ لِأَنَّهُ لَا تَسْتَبَايَةِ مِنْ أَوَّلِ الْفَاتِحَةِ وَإِنَّمَا يُقْرَأُ لِفَتْحِ الصَّلَاةِ، وَالصَّلَاةُ الْوَاحِدَةُ كَالْفِعْلِ الْوَاحِدِ، وَلِهَذَا يُؤَثَّرُ الْفَسَادُ الْوَاقِعُ فِي أَوَّلِهَا فِي آخِرِهَا فَيَكْتَفِي بِهَا مَرَّةً وَاحِدَةً. (وَعَنْهُ) أَيُّ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ وَهُوَ رَوَايَةُ أَبِي يُوسُفَ (إِنَّهُ يَأْتِي بِهَا اخْتِطَاطًا)؛ لِأَنَّ الْعُلَمَاءَ اخْتَلَفُوا فِي التَّسْمِيَةِ أَلَّهَا مِنْ الْفَاتِحَةِ أَمْ لَا، وَعَلَيْهِ قِرَاءَةُ الْفَاتِحَةِ فِي كُلِّ رَكْعَةٍ فَكَانَ عَلَيْهِ قِرَاءَتُهَا فِي كُلِّ رَكْعَةٍ لِيَكُونَ أَبْعَدَ عَنِ الْإِخْتِلَافِ.

قَالَ الْمُصَنِّفُ (وَهُوَ قَوْلُهُمَا وَلَا يَأْتِي بِهَا بَيْنَ السُّورَةِ وَالْفَاتِحَةِ إِلَّا عِنْدَ مُحَمَّدٍ فَإِنَّهُ يَأْتِي بِهَا فِي صَلَاةِ الْمُخَافَةِ)؛ لِأَنَّهُ أَقْرَبُ إِلَى مُتَابَعَةِ الْمُصَحِّفِ، وَلَا يَأْتِي بِهَا فِيمَا يُجْهَرُ لَعَلَّا يَخْتَلَفَ نَظْمُ الْقِرَاءَةِ.

(ثُمَّ يَقْرَأُ فَاتِحَةَ الْكِتَابِ وَسُورَةً أَوْ ثَلَاثَ آيَاتٍ مِنْ أَيِّ سُورَةٍ شَاءَ) فَقِرَاءَةُ الْفَاتِحَةِ لَا تَتَعَيَّنُ رُكْنًا عِنْدَنَا، وَكَذَا ضَمُّ السُّورَةِ إِلَيْهَا خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي الْفَاتِحَةِ وَمَالِكٍ رَحِمَهُ اللَّهُ فِيهِمَا. لَهُ قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ " لَا صَلَاةَ إِلَّا بِفَاتِحَةِ الْكِتَابِ

وَسُورَةٍ مَعَهَا»^(١) وَلِلشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ " «لَا صَلَاةَ إِلَّا بِفَاتِحَةِ الْكِتَابِ»^(٢). وَلَنَا قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿فَأَقْرَءُوا مَا تَيَسَّرَ مِنَ الْقُرْآنِ﴾ [المزمل: ٢٠] وَالزِّيَادَةُ عَلَيْهِ بِخَبَرِ الْوَاحِدِ لَا يَجُوزُ لِكَتْنِهِ يُوجِبُ الْعَمَلَ فَقُلْنَا بِوُجُوبِهِمَا (وَإِذَا قَالَ الْإِمَامُ وَلَا الضَّالِّينَ قَالَ آمِينَ وَيَقُولُهَا الْمُؤْتَمِّمُ) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ " «إِذَا آمَنَ الْإِمَامُ فَأَمَّنُوا» " وَلَا مُتَمَسِّكٌ لِمَالِكٍ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي قَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ " «إِذَا قَالَ الْإِمَامُ وَلَا الضَّالِّينَ فَقُولُوا آمِينَ» " مِنْ حَيْثُ الْقِسْمَةُ لِأَنَّهُ قَالَ فِي آخِرِهِ فَإِنَّ الْإِمَامَ يَقُولُهَا قَالَ (وَيُخَفُّونَهَا) لَمَّا رَوَيْنَاهُ مِنْ حَدِيثِ ابْنِ مَسْعُودٍ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُ، وَلَأَنَّهُ دُعَاءٌ فَيَكُونُ مَبْنَاهُ عَلَى الْإِخْفَاءِ، وَالْمَدُّ وَالْقَصْرُ فِيهِ وَجْهَانِ، وَالتَّشْدِيدُ فِيهِ خَطَأٌ فَاحِشٌ.

الشرح:

قَالَ (ثُمَّ يَفْرَأُ فَاتِحَةَ الْكِتَابِ وَسُورَةً) اِخْتَلَفَ الْعُلَمَاءُ فِيمَا هُوَ الرُّكْنُ مِنَ الْقِرَاءَةِ، فَذَهَبَ عُلَمَاؤُنَا إِلَى رُكْنِيَّةِ قِرَاءَةِ آيَةٍ، وَالشَّافِعِيُّ إِلَى رُكْنِيَّةِ الْفَاتِحَةِ، وَمَالِكٌ إِلَى رُكْنِيَّةِ الْفَاتِحَةِ وَضَمَّ سُورَةَ مَعَهَا (لَهُ قَوْلُهُ: ﷺ «لَا صَلَاةَ إِلَّا بِفَاتِحَةِ الْكِتَابِ وَسُورَةٍ مَعَهَا») وَوَجْهُ الاسْتِدْلَالِ بِهِ ظَاهِرٌ، وَالْجَوَابُ أَنَّ الرُّكْنَ لَا يَثْبُتُ إِلَّا بِدَلِيلٍ قَطْعِيٍّ، وَخَبَرُ الْوَاحِدِ لَيْسَ بِقَطْعِيٍّ لِكَتْنِهِ يُوجِبُ الْعَمَلَ بِهِ فَقُلْنَا بِهِ (وَلِلشَّافِعِيِّ قَوْلُهُ: ﷺ «لَا صَلَاةَ إِلَّا بِفَاتِحَةِ الْكِتَابِ») وَهُوَ كَالْأَوَّلِ (وَلَنَا قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿فَأَقْرَءُوا مَا تَيَسَّرَ مِنَ الْقُرْآنِ﴾ [المزمل: ٢٠]) وَوَجْهُ الاسْتِدْلَالِ أَنَّ قَوْلَهُ مِنَ الْقُرْآنِ مُطْلَقٌ يَنْطَلِقُ عَلَى مَا يُسَمَّى قُرْآنًا فَيَكُونُ أَذْنَى مَا يَنْطَلِقُ عَلَيْهِ الْقُرْآنُ فَرَضًا لَكُونِهِ مَأْمُورًا بِهِ، فَإِنَّ قِرَاءَتَهُ خَارِجَ الصَّلَاةِ لَيْسَتْ بِفَرَضٍ فَتَعَيَّنَ أَنْ تَكُونَ فِي الصَّلَاةِ، وَفِي الْآيَةِ كَلَامٌ سُؤَالًا وَجَوَابًا ذَكَرْنَاهُ فِي التَّقْرِيرِ. وَقَوْلُهُ: (وَالزِّيَادَةُ بِخَبَرِ الْوَاحِدِ) جَوَابٌ لِمَالِكٍ وَالشَّافِعِيِّ كَمَا ذَكَرْنَا. فَإِنْ قِيلَ لَا نُسَلِّمُ أَنَّهُ خَبَرٌ وَاحِدٌ بَلْ هُوَ مَشْهُورٌ تَلَقَّيْتُهُ الْأُمَّةُ بِالْقَبُولِ فَتَجُوزُ الزِّيَادَةُ بِهِ. أُجِيبَ بِالْمَنْعِ؛ لِأَنَّ الْمَشْهُورَ مَا تَلَقَّاهُ التَّابِعُونَ بِالْقَبُولِ. وَقَدْ اِخْتَلَفُوا فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ وَبِأَنَّهُ مُؤَوَّلٌ لَاحْتِمَالِ كَوْنِهِ مَذْكُورًا لِنَفْيِ الْجَنَسِ أَوْ لِنَفْيِ الْفَضِيلَةِ كَمَا فِي قَوْلِهِ «لَا صَلَاةَ لِمَالِكٍ»

(١) أخرجه الترمذي في الصلاة باب ٦٢ (حديث ٢٣٨)، وابن ماجه في الإقامة باب ١١ (حديث

(٢) أخرجه البخاري في التوحيد باب ٤٨، ومسلم في الصلاة حديث ٣٤.

المسجد إلا في المسجد» فكان ظني الدلالة فلا تجوز به الزيادة (وإذا قال الإمام ولا الضالين قال) أي الإمام أمين) وإما قال ذلك نفياً لشبهة القسم التي يفتضيها ظاهر الحديث، وهو قوله: ﷺ «إذا قال الإمام ولا الضالين فقولوا آمين» كما هو مذهب مالك؛ لأنه عليه الصلاة والسلام قال في آخره «فإن الإمام يقولها» أي كلمة أمين (ويخفونها) أي الإمام والمقتدون (لما رويانا من حديث ابن مسعود) يريد به ما تقدم من قوله لقول ابن مسعود: أربع يخفيهن الإمام، وذكر منها التعوذ والتسمية وأمين (ولأنه دعاء فيكون مبتأه على الإخفاء) كما في خارج الصلاة، قال الله تعالى: ﴿ادْعُوا رَبَّكُمْ تَضَرُّعًا وَخُفْيَةً﴾ [الأعراف: ٥٥] قيل من مذهب أبي حنيفة أن الإمام لا يقولها أصلاً؛ لأنه داع والداعي لا يؤمن فكيف يستقيم القول بإخفائها.

وأجيب بأن أبا حنيفة عرف أن بعض الأئمة لا يأخذون بقوله لحزمة قول علي وابن مسعود ففرغ الجواب على قولهما كما في باب المزارعة على ما سيجيء والحق أن ذلك غير ظاهر الرواية، وأما على ظاهر الرواية فما ذكره في الكتاب فإنه يقولهما ويخفيهما وهو مذهب عمر وعلي وابن مسعود. قال ابن مسعود: ترك الناس الجهر بالتأمين وما تركها إلا لعلمهم بالنسخ، والجواب عن قوله الداعي لا يؤمن أنه ممنوع فإن التأمين دعاء بإجابة الدعاء الأول، ولا فرق في ذلك بين أن يكون من الداعي أو غيره، وما استدلل به الشافعي على سنية الجهر بالتأمين في الجهرية من قوله ﷺ «إذا آمن الإمام فأمثوا» فإنه علق تأمين القوم بتأمينه، وهو يدل على كون تأمينه مسموعاً ليس بقوي؛ لأن تأمينه يعرف إذا فرغ من قوله ﴿وَلَا الضَّالِّينَ﴾ [الفاتحة: ٧] فلا يلزم أن يكون تأمينه مسموعاً (والمد والقصر فيه وجهان، والتشديد فيه خطأ فاحش) قال في التجنيس: نفسُ به صلاته، وقيل عندهما لا نفس؛ لأنه يوجد في القرآن في قوله تعالى: ﴿وَلَا آمِينَ أَلْبَيْتَ الْحَرَامِ﴾ [المائدة: ٢].

قال (ثم يكبر ويركع) وفي الجامع الصغير: ويكبر مع الانحطاط «لأن النبي عليه الصلاة والسلام كان يكبر عند كل خفض ورفع» (ويحذف التكبير حذفاً) لأن المد في أوله خطأ من حيث الدين لكونه استنفاماً، وفي آخره لحن من حيث اللغاة (ويعتمد بيديه على ركبتيه ويفرج بين أصابعه) لقوله عليه الصلاة والسلام لأنس ﷺ

"إِذَا رَكَعْتَ فَضَعْ يَدَيْكَ عَلَى رُكْبَتَيْكَ وَفَرِّجْ بَيْنَ أَصَابِعِكَ" ^(١) "وَلَا يُنْدَبُ إِلَى التَّفْرِيجِ إِلَّا فِي هَذِهِ الْحَالَةِ لِيَكُونَ أَمَكْنَ مِنَ الْأَخْذِ، وَلَا إِلَى الضَّمِّ إِلَّا فِي حَالَةِ السُّجُودِ وَفِيمَا وَرَاءَ ذَلِكَ يُتْرَكُ عَلَى الْعَادَةِ (وَيَبْسُطُ ظَهْرَهُ) لِأَنَّ «النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ كَانَ إِذَا رَكَعَ بَسَطَ ظَهْرَهُ» (وَلَا يَرْفَعُ رَأْسَهُ وَلَا يَنْكَسُهُ) لِأَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ كَانَ إِذَا رَكَعَ لَا يَصُوبُ رَأْسَهُ وَلَا يَقْنَعُهُ" ^(٢) (وَيَقُولُ سُبْحَانَ رَبِّيَ الْعَظِيمِ ثَلَاثًا وَذَلِكَ أَدْنَاهُ) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ "إِذَا رَكَعَ أَحَدُكُمْ فَلْيَقُلْ فِي رُكُوعِهِ سُبْحَانَ رَبِّيَ الْعَظِيمِ ثَلَاثًا وَذَلِكَ أَدْنَاهُ" ^(٣) "أَيَّ أَدْنَى كَمَالِ الْجَمْعِ.

الشرح:

قَالَ (ثُمَّ يُكَبِّرُ) الْمُصَلِّي (وَيَرْكَعُ) بَعْدَ مَا فَرَغَ مِنْ قِرَاءَتِهِ يُكَبِّرُ وَيَرْكَعُ، وَهَذِهِ رِوَايَةُ الْقُدُورِيِّ، وَهَذَا يَقْتَضِي أَنْ يَكُونَ التَّكْبِيرُ فِي مَحْضِ الْقِيَامِ وَبِهِ قَالَ بَعْضُ مَشَائِخِنَا. وَمِنْ دَأْبِ الْمُصَنِّفِ فِي هَذَا الْكِتَابِ أَنْ يُصَرِّحَ بِلَفْظِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ إِذَا وَقَعَ نَوْعٌ مُخَالَفَةٌ بَيْنَ رِوَايَتِهِ وَرِوَايَةِ الْقُدُورِيِّ، فَذَكَرَ قَوْلَهُ (وَفِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ يُكَبِّرُ مَعَ الْإِنْحِطَاطِ) فَإِنَّهُ يَقْتَضِي مُقَارَنَةَ التَّكْبِيرِ بِالرُّكُوعِ؛ لِأَنَّ مَعَ مُحْكَمٍ فِي الْمُقَارَنَةِ وَبِهِ قَالَ بَعْضٌ آخَرُ. وَقَوْلُهُ: (لِأَنَّ «النَّبِيَّ ﷺ كَانَ يُكَبِّرُ عِنْدَ كُلِّ خَفْضٍ وَرَفْعٍ» ذَلِيلُ قَوْلِهِ ثُمَّ يُكَبِّرُ، وَالْمُرَادُ بِالْخَفْضِ وَالرَّفْعِ ابْتِدَاءُ كُلِّ رُكْنٍ وَانْتِهَاؤُهُ، وَمَعْنَاهُ: اللَّهُ أَعْظَمُ مِنْ أَنْ يُؤَدَّى حَقُّهُ بِهَذَا الْقَدْرِ مِنَ الْعِبَادَةِ. لَا يُقَالُ: هَذَا الْحَدِيثُ يَذُلُّ عَلَى أَنْ مَا يُفْعَلُ عِنْدَ رَفْعِ الرَّأْسِ مِنْ تَسْمِيْعِ الْإِمَامِ وَتَحْمِيدِ الْمُقْتَدِي لَيْسَ بِمَشْرُوعٍ لَمْ يَفْعَلْهُ النَّبِيُّ ﷺ؛ لِأَنَّ هَذَا حِكَايَةُ فَعْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ مِنَ الرَّأْيِ، فَلَا يُعَارِضُ قَوْلَهُ ﷺ «إِذَا قَالَ الْإِمَامُ سَمِعَ اللَّهُ لِمَنْ حَمَدَهُ فَقُولُوا رَبَّنَا لَكَ الْحَمْدُ» فَيَحْمَلُ قَوْلُهُمْ عَلَى أَنَّ الْمُرَادَ بِقَوْلِهِمْ وَرَفَعَ بَعْضُهُ لَاحْتِمَالَهُ وَلِأَنَّ كَلِمَةَ كُلِّ لَمْ تُبَاشِرْهُ فَإِنْ قِيلَ: فَمَاذَا تَفْعَلُ بِمَا رَوَى بَنُو أُمَيَّةَ وَعَمِلُوا بِهِ «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ مَا كَبَّرَ حَالَ الرُّكُوعِ وَإِنَّمَا كَبَّرَ إِذَا رَفَعَ رَأْسَهُ مِنْهُ».

(١) أخرجه ابن عدي في الكامل (٦/٦٥).

(٢) أخرجه الترمذي في الصلاة باب ١١٠.

(٣) أخرجه أبو داود في الصلاة باب ١٤٩ حديث (٨٨٦)، والترمذي في الصلاة باب ٧٩ حديث

أَجِيبَ بِأَنَّهُ عَلَى تَقْدِيرِ ثُبُوتِهِ رَجَحْنَا مَا رَوَيْنَا؛ لِأَنَّهُ أُثْبِتَ مَثْنًا وَأُثْقِنُ رِوَايَةً؛ لِأَنَّ رَوَايَتَهُ عَلَيَّ وَأَبْنُ مَسْعُودٍ وَجَمَاعَةٌ مِنَ الصَّحَابَةِ. وَمَا رَوَاهُ فِرَوَايَةُ عَبْدَ الرَّحْمَنِ بْنِ أَبِرَى، وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ ﷺ كَبَّرَ إِلَّا أَنَّ عَبْدَ الرَّحْمَنِ لَمْ يَسْمَعْ وَسَمِعَ غَيْرُهُ وَهُوَ مِمَّا تَعُمُّ بِهِ الْبَلَوَى فَلَا يَكُونُ قَوْلُهُ: وَحْدَهُ فِيهِ حُجَّةٌ. وَقَوْلُهُ: (وَيُحْذَفُ التَّكْبِيرُ حَذْفًا) أَيُّ لَا يَمُدُّ فِي غَيْرِ مَوْضِعِ الْمَدِّ (لِأَنَّ الْمَدَّ فِي أَوَّلِهِ خَطَأٌ مِنْ حَيْثُ الدِّينُ لِكَوْنِهِ اسْتِفْهَامًا) فَيَكُونُ شَاكًا فِي كِبَرِيَاءِ اللَّهِ وَهُوَ كُفْرٌ إِذَا تَعَمَّدَ (وَفِي آخِرِهِ لَحْنٌ مِنْ حَيْثُ اللَّغَةُ) أَيُّ عُدُولٌ عَنْ سُنَنِ الصَّوَابِ فِي اللَّغَةِ؛ لِأَنَّ أَفْعَلَ التَّفْضِيلُ لَا يَحْتَمِلُ الْمَدَّ لُغَةً، فَإِنْ فَعَلَ لَا يَكُونُ شَارِعًا فِي الصَّلَاةِ عِنْدَ بَعْضِ مَتَابِخِنَا، وَهُوَ قَوْلُ الْفَقِيهِ أَبِي جَعْفَرٍ: وَتَفْصِيلُ الْكَلَامِ فِي ذَلِكَ أَنَّ اللَّهَ أَكْبَرُ مُرَكَّبٌ مِنْ لَفْظَيْنِ، وَلِكُلِّ مِنْهُمَا أَوَّلٌ وَآخِرٌ وَمَدُّ الْأَوَّلِ مِنَ الْأَوَّلِ عَمْدًا كُفْرٌ لَشَكِّهِ فِي كِبَرِيَّائِهِ وَغَيْرِ عَمْدٍ مُفْسِدٌ لِلصَّلَاةِ وَفِيهِ نَظَرٌ؛ لِأَنَّ الْهَمْزَةَ يَجُوزُ أَنْ تَكُونَ لِلتَّقْرِيرِ فَلَا يَكُونُ هُنَاكَ لَا كُفْرٌ وَلَا فُسَادٌ، وَمَدُّ الْآخِرِ مِنْهُ لَا يَضُرُّ؛ لِأَنَّهُ إِشْبَاعٌ وَالْحَذْفُ أُولَى، وَمَدُّ الْأَوَّلِ مِنَ الْآخِرِ عَمْدًا كَمَدُّ الْأَوَّلِ مِنَ الْأَوَّلِ.

وَمَدُّ الْآخِرِ مِنْهُ أُخْتَلَفَ فِيهِ، قَالَ بَعْضُهُمْ: تَفْسُدُ الصَّلَاةُ، وَقَالَ بَعْضُهُمْ لَا تَفْسُدُ وَيُجْزَمُ الرَّأْيُ مِنَ التَّكْبِيرِ لَمَّا رُوِيَ عَنْ إِبْرَاهِيمَ النَّخَعِيِّ مَوْقُوفًا عَلَيْهِ وَمَرْفُوعًا إِلَى النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ قَالَ " «الْأَذَانُ جَزْمٌ وَالْإِقَامَةُ جَزْمٌ وَالتَّكْبِيرُ جَزْمٌ» " وَقَوْلُهُ: (وَيُعْتَمَدُ بِيَدَيْهِ عَلَى رُكْبَتَيْهِ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ: (إِلَّا فِي حَالَةِ السُّجُودِ) يَعْنِي أَنَّهُ يُضْمُّ فِيهَا لَتَقَعَ رُءُوسُ الْأَصَابِعِ مُوَاجِهَةً لِلْقِبْلَةِ. وَقَوْلُهُ: (وَفِيمَا وَرَاءَ ذَلِكَ) أَيُّ فِيمَا وَرَاءَ الرُّكُوعِ وَالسُّجُودِ وَهُوَ حَالَةُ الْإِفْتِتَاحِ وَالتَّشْهَدِ (يُتْرَكُ عَلَى الْعَادَةِ) أَيُّ لَا يُضْمُّ كُلُّ الضَّمِّ وَلَا يُفْرَجُ كُلُّ التَّفْرِيجِ. وَقَوْلُهُ: «لِأَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ كَانَ إِذَا رَكَعَ بَسَطَ ظَهْرَهُ» رَوَتْ عَائِشَةُ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهَا أَنَّهُ «كَانَ يَعْتَدِلُ بِحَيْثُ لَوْ وُضِعَ عَلَى ظَهْرِهِ قَدَحٌ مِنْ مَاءٍ لَا اسْتَقَرَّ» وَقَوْلُهُ: (وَلَا يَرْفَعُ رَأْسَهُ وَلَا يُنْكِسُهُ) مَعْنَاهُ يُسَوِّي رَأْسَهُ بِعَجْزِهِ؛ لِأَنَّهُ مَأْمُورٌ بِالْاعْتِدَالِ وَذَلِكَ بِتَسَاوِيهِمَا.

وَقَوْلُهُ: (لَا يُصَوِّبُ رَأْسَهُ) أَيُّ لَا يَخْفِضُهُ (وَلَا يُقْنِعُهُ) أَيُّ لَا يَرْفَعُهُ، وَإِنَّمَا فُسِّرَ قَوْلُ مُحَمَّدٍ وَذَلِكَ أَذْنَاهُ بِقَوْلِهِ (أَذْنَى كَمَالِ الْجَمْعِ) جَمْعًا بَيْنَ لَفْظِ الْمَبْسُوطَيْنِ، فَإِنَّ شَمْسَ الْأِمَّةِ قَالَ فِي مَبْسُوطِهِ: لَمْ يُرَدْ بِهَذَا اللَّفْظِ أَذْنَى الْجَوَازِ إِنَّمَا الْمُرَادُ بِهِ أَذْنَى

الكمال، فإن الركوع والسجود يجوزُ بدون هذا الذكر إلا على قول أبي مطيع. يعني تلميذ أبي حنيفة، وشيخ الإسلام قال في مبسوطه: يريدُ به أدنى من حيث جمع العدد فإن أقل جمع العدد ثلاثة، والمصنف جمع بينهما فقال: أدنى كمال الجمع.

فإن قيل: المشهور في مثله أدنى الجمع ثلاثة فما معنى كمال الجمع؟ فالجواب إن أدنى الجمع لغة يتصور في الاثنين؛ لأن فيه جمع واحد مع واحد، وأما كماله فهو الذي يكون ثلاثة؛ لأن فيه معنى الجمع لغةً واصطلاحاً وشرعاً. فإن قيل: كمال الجمع ليس بمذكور ولا في حكمه فيرجع الضمير إلى غير مذكور. أجيب بأنه سبق ذكره دلالة بذكر الثلاث، فإن زاد على الثلاث فهو أفضل، لكن على وجه لا يمل القوم إن كان إماماً لئلا يصير سبباً للتغيير المكروه، وإن نقص جاز ويكره فيما روي عن محمد. وقال أبو مطيع: فسدت صلاته؛ لأنه ركن مشروع فوجب أن يحله ذكر مفروض كما في القيام. والجواب أنه يلزم الزيادة على قوله تعالى ﴿ارْكَعُوا وَاسْجُدُوا﴾ [الحج: ٧٧] بالقياس وهو لا يجوز.

(ثم يرفع رأسه ويقول: سمع الله لمن حمده، ويقول المؤتم: ربنا لك الحمد، ولا يقولها الإمام عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالوا يقولها في نفسه) لما روى أبو هريرة رضي الله عنه «أن النبي ﷺ كان يجمع بين الذكرين»^(١) "ولأنه حرص غيره فلا ينسى نفسه. وله قوله عليه الصلاة والسلام "إذا قال الإمام سمع الله لمن حمده فقولوا ربنا لك الحمد"^(٢) "هذه قسمة وأنها تنافي الشرية، لهذا لا يأتي المؤتم بالتسميع عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله، ولأنه يقع تحميدُه بعد تحميدِ المقتدي، وهو خلاف موضع الإمامة، وما رواه محمود على حالة الانفراد (والمنفرد يجمع بينهما في الأصح) وإن كان يروى الاكتفاء بالتسميع ويروى بالتحميد، والإمام بالدلالة عليه آت به معنى

الشرح:

(ثم يرفع رأسه يقول سمع الله لمن حمده) أي قبل الله حمد من حمده، فإن السماع يستعمل في القبول، يقال سمع الأمير كلام فلان إذا قبله. والماء في حمده،

(١) أخرجه البخاري في الأذان باب ١٢٤ حديث (٧٩٥).

(٢) أخرجه البخاري في الأذان باب ٥١، ومسلم في الصلاة حديث ٧٧ - ٨١.

قِيلَ لِلْسَكْنَةِ وَالِاسْتِرَاحَةِ، وَهُوَ الْمَنْقُولُ عَنِ الثَّقَاتِ، وَقِيلَ كِنَايَةً (وَيَقُولُ الْمُؤْتَمُّ رَبَّنَا لَكَ الْحَمْدُ وَهُوَ أَظْهَرُ الرُّوَايَاتِ) وَرَوَى: رَبَّنَا وَلَكَ الْحَمْدُ. وَرَوَى: اللَّهُمَّ رَبَّنَا لَكَ الْحَمْدُ (وَلَا يَقُولُهَا الْإِمَامُ عِنْدَ أَبِي حَنِيْفَةَ. وَقَالَا يَقُولُهَا فِي نَفْسِهِ، لَمَّا رَوَى أَبُو هُرَيْرَةَ «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ كَانَ يَجْمَعُ بَيْنَ الذِّكْرَيْنِ» وَكَانَ أَغْلَبُ أَحْوَالِهِ الْإِمَامَةَ. وَقَوْلُهُ: (وَلَا تُهَى) أَيُّ الْإِمَامِ (حَرَضَ غَيْرَهُ فَلَا يَنْسَى نَفْسَهُ. وَلَهُ قَوْلُهُ: ﷺ «إِذَا قَالَ الْإِمَامُ سَمِعَ اللَّهُ لِمَنْ حَمِدَهُ فَقُولُوا: رَبَّنَا لَكَ الْحَمْدُ»).

وَوَجْهَ الاسْتِدْلَالِ مَا قَالَ (هَذِهِ قِسْمَةٌ وَإِنَّهَا تُنَافِي الشَّرِكَةَ) فَإِنْ قِيلَ: هَذَا الْحَدِيثُ يُعَارِضُ مَا رَوَى عَنْ ابْنِ مَسْعُودٍ أَرْبَعٌ يُخْفِيهِنَّ الْإِمَامُ، وَعَدَّ مِنْهَا التَّحْمِيدَ. أَجِيبَ بِأَنَّهُ قَالَ فِي الْأَسْرَارِ: إِنَّهُ غَرِيبٌ، أَوْ بِأَنَّ الرَّجْحَانَ لِحَدِيثِ الْقِسْمَةِ؛ لِأَنَّهُ مَرْفُوعٌ إِلَى النَّبِيِّ ﷺ بِرَوَايَةِ أَبِي مُوسَى الْأَشْعَرِيِّ، وَفِيهِ نَظَرٌ؛ لِأَنَّهُ إِنْ كَانَ غَرِيبًا أَوْ مَرْجُوحًا لَمْ يَكُنْ حُجَّةً، وَقَدْ تَمَسَّكْنَا بِهِ فِي إِخْفَاءِ التَّائِمِينَ فِيمَا تَقَدَّمَ. وَقَوْلُهُ: (وَلِهَذَا) أَيُّ وَلَآنَ الْقِسْمَةَ تُنَافِي الشَّرِكَةَ (لَا يَأْتِي الْمُؤْتَمُّ بِالتَّسْمِيعِ عِنْدَنَا خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ؛ وَلِأَنَّهُ يَقَعُ تَحْمِيدُهُ) أَيُّ تَحْمِيدُ الْإِمَامِ (بَعْدَ تَحْمِيدِ الْمُقْتَدِي)؛ لِأَنَّ الْمُقْتَدِيَّ يَأْتِي بِالتَّحْمِيدِ حِينَ يَقُولُ الْإِمَامُ التَّسْمِيعُ فَلَا جَرَمَ يَقَعُ تَحْمِيدُهُ بَعْدَ تَحْمِيدِ الْمُقْتَدِي (وَهُوَ خِلَافُ مَوْضُوعِ الْإِمَامَةِ) وَقَوْلُهُ: (وَالَّذِي رَوَاهُ) يَعْنِي أَبُو هُرَيْرَةَ «أَنَّهُ ﷺ كَانَ يَجْمَعُ بَيْنَ الذِّكْرَيْنِ» فَهُوَ (مَحْمُولٌ عَلَى حَالَةِ الْإِنْفِرَادِ، وَالْمُنْفَرِدُ يَجْمَعُ بَيْنَ الذِّكْرَيْنِ فِي الْأَصَحِّ).

وَقَوْلُهُ: فِي الْأَصَحِّ اخْتِرَازٌ عَنِ الْقَوْلَيْنِ الْآخَرَيْنِ الْمَذْكُورَيْنِ بَعْدَهُ: أَحَدُهُمَا الْاِكْتِفَاءُ بِالتَّسْمِيعِ، وَالْآخَرُ الْاِكْتِفَاءُ بِالتَّحْمِيدِ. وَجْهُ الْاِكْتِفَاءِ بِالتَّسْمِيعِ، وَهُوَ رَوَايَةُ التَّوَادِرِ أَنَّ الْإِمَامَ يَأْتِي بِالتَّسْمِيعِ وَالْمُنْفَرِدُ إِمَامٌ نَفْسِهِ؛ لِأَنَّ عَلَيْهِ الْقِرَاءَةَ كَمَا عَلَى الْإِمَامِ. وَوَجْهُ الْاِكْتِفَاءِ بِالتَّحْمِيدِ وَهُوَ الْمَذْكُورُ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ أَنَّ الْجَمْعَ بَيْنَ الذِّكْرَيْنِ يُفْضِي إِلَى وَقُوعِ الثَّانِي فِي حَالَةِ الْاِعْتِدَالِ وَلَمْ يُشْرَعْ لِاِعْتِدَالِ الْاِئْتِقَالِ ذِكْرُ مَسْنُونٍ كَمَا فِي الْقَعْدَةِ بَيْنَ السَّجْدَتَيْنِ. قَالَ يَعْقُوبُ: سَأَلْتُ أَبَا حَنِيْفَةَ عَنِ الرَّجُلِ يَرْفَعُ رَأْسَهُ مِنْ الرُّكُوعِ فِي الْفَرِيضَةِ أَيْقُولُ اللَّهُمَّ اغْفِرْ لِي؟ قَالَ: يَقُولُ رَبَّنَا لَكَ الْحَمْدُ وَيَسْكُتُ، وَكَذَلِكَ بَيْنَ السَّجْدَتَيْنِ يَسْكُتُ. وَوَجْهُ الْأَصَحِّ وَهُوَ رَوَايَةُ الْحَسَنِ عَنْ أَبِي حَنِيْفَةَ مَا قَالَ فَخَرُ الْإِسْلَامِ إِنَّ الْحَدِيثَ صَحَّ أَنَّهُ ﷺ كَانَ يَجْمَعُ بَيْنَهُمَا، وَحَمَلْنَاهُ عَلَى حَالَةِ

الانفراد؛ لأنَّ المنفرد يأتي بالتسليم لما ذكرنا أنه إمام في حق نفسه، وهو حث على الحمد، وحيث لا موجب يجب عليه أن يجيب. وقوله: (والإمام بالدلالة عليه آت به معنى) جواب عن قولهما؛ لأنه حرّض غيره إلخ، معناه أن الدال على الخير كفعله.

قَالَ (ثُمَّ إِذَا اسْتَوَى قَائِمًا كَبَّرَ وَسَجَدَ) أَمَّا التَّكْبِيرُ وَالسُّجُودُ فَلَمَّا بَيْنَا، وَأَمَّا الاسْتِوَاءُ قَائِمًا فَلَيْسَ بِفَرْضٍ، وَكَذَا الْجُلُوسَةُ بَيْنَ السَّجْدَتَيْنِ وَالطُّمَأْنِينَةُ فِي الرُّكُوعِ وَالسُّجُودِ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ. قَالَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ: يُفْتَرَضُ ذَلِكَ كُلُّهُ وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ "فَمَنْ فَصَلَ فَإِنَّكَ لَمْ تُصَلِّ"^(١) قَالَهُ لِأَعْرَابِيٍّ حِينَ أَخَفَّ الصَّلَاةَ. وَلَهُمَا أَنَّ الرُّكُوعَ هُوَ الْإِنْحِنَاءُ وَالسُّجُودَ هُوَ الْإِنْخِفَاضُ لِعَمَةٍ، فَتَتَعَلَّقُ الرُّكْنِيَّةُ بِالْأَدْنَى فِيهِمَا، وَكَذَا فِي الْإِنْتِقَالِ إِذَا هُوَ غَيْرُ مَقْصُودٍ. وَفِي آخِرِ مَا رَوَى تَسْمِيَّتُهُ إِيَّاهُ صَلَاةٌ حَيْثُ قَالَ: وَمَا نَقَصْتُ مِنْ هَذَا شَيْئًا فَقَدْ نَقَصْتُ مِنْ صَلَاتِكَ، ثُمَّ الْقَوْمَةُ وَالْجُلُوسَةُ سُنَّةٌ عِنْدَهُمَا، وَكَذَا الطُّمَأْنِينَةُ فِي تَخْرِيجِ الْجُرْجَانِيِّ. وَفِي تَخْرِيجِ الْكَرْخِيِّ وَاجِبَةٌ حَتَّى تَجِبَ سَجْدَتَا السُّهُوَ بِتَرْكِهَا سَاهِيًا عِنْدَهُ.

الشرح:

قَالَ (ثُمَّ إِذَا اسْتَوَى قَائِمًا كَبَّرَ وَسَجَدَ) إِذَا اسْتَوَى الْمُصَلِّي مِنْ رُكُوعِهِ كَبَّرَ وَسَجَدَ (أَمَّا التَّكْبِيرُ وَالسُّجُودُ فَلَمَّا بَيْنَا) يَعْنِي مَا ذَكَرَ قَبْلَ هَذَا مِنْ «أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ كَانَ يُكَبِّرُ عِنْدَ كُلِّ خَفْضٍ وَرَفْعٍ»، وَمَا ذَكَرَهُ فِي أَوَّلِ الْبَابِ مِنْ قَوْلِهِ: ﴿أَرْكَعُوا وَأَسْجُدُوا﴾ [الحج: ٧٧] اعْلَمْ أَنَّ تَعْدِيلَ الْأَرْكَانِ وَهُوَ الاسْتِوَاءُ قَائِمًا بَعْدَ الرُّكُوعِ وَيُسَمَّى قَوْمَةً (وَالْجُلُوسَةُ بَيْنَ السَّجْدَتَيْنِ وَالطُّمَأْنِينَةُ فِي الرُّكُوعِ وَالسُّجُودِ) أَيِ الْقَرَارِ فِيهِمَا لَيْسَ بِفَرْضٍ (عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ يُفْتَرَضُ ذَلِكَ كُلُّهُ) وَمِقْدَارُ الطُّمَأْنِينَةِ بِمِقْدَارِ تَسْبِيحَةٍ (وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ) وَفَائِدَةُ الْإِخْتِلَافِ تَظْهَرُ فِي حَقِّ جَوَازِ الصَّلَاةِ بِدُونِهِ. فَعِنْدَهُمَا يَجُوزُ وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ لَا يَجُوزُ، وَلَمْ يَذْكُرْ هَذَا الْإِخْتِلَافُ فِي ظَاهِرِ الرَّوَايَةِ، وَإِنَّمَا ذَكَرَهُ الْمُعَلَّى فِي نَوَادِرِهِ

(١) أخرجه أبو داود في الصلاة باب ١٤٤، والترمذي في الاستئذان باب ٤، والصلاة باب ١١٠،

والنسائي في الافتتاح باب ٧.

وَاسْتَدَلَ أَبُو يُوسُفَ بِحَدِيثِ الْأَعْرَابِيِّ، وَهُوَ قَوْلُهُ: ﷺ حِينَ رَأَاهُ تَقَرَّرَ تَقَرَّرَ الدِّيكُ: «قُمْ فَصَلِّ فَإِنَّكَ لَمْ تُصَلِّ» نَفَى كَوْنَهُ صَلَاةً بَتَرَكِ التَّعْدِيلِ فَكَانَ رُكْنًا؛ لِأَنَّ انْتِفَاءَ غَيْرِهِ لَا يَنْفِيهَا. وَلَهُمَا قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿ارْكَعُوا وَاسْجُدُوا﴾ [الحج: ٧٧] وَالرُّكُوعُ هُوَ الْإِنْحِنَاءُ، يُقَالُ رَكَعَتِ النَّخْلَةُ إِذَا مَالَتْ، وَالسُّجُودُ هُوَ الْإِنْخِفَاضُ وَذَلِكَ يَحْصُلُ بِدُونِ الطَّمَأْنِينَةِ فَتَتَعَلَّقُ الرُّكْنِيَّةُ بِالْأَدْنَى فِيهِمَا، وَلَا تَجُوزُ الزِّيَادَةُ بِخَبَرِ الْوَاحِدِ بِطَرِيقِ الْفَرْضِيَّةِ؛ لِأَنَّهُ نَسَخَ وَمَوْضِعُهُ أَصُولُ الْفَقْهِ، هَذَا مَا يَتَعَلَّقُ بِالرُّكُوعِ وَالسُّجُودِ.

وَأَمَّا الْقَوْمَةُ وَالْجَلِيسَةُ بَيْنَ السَّجْدَتَيْنِ فَقَدْ أَشَارَ إِلَيْهِمَا بِقَوْلِهِ وَكَذَا فِي الْإِنْتِقَالِ إِذَا هُوَ غَيْرُ مَقْصُودٍ بَلِ الْمَقْصُودُ هُوَ أَدَاءُ الرُّكْنِ. وَقَوْلُهُ: (وَفِي آخِرِ مَا رُوِيَ) جَوَابٌ عَنْ حَدِيثِ الْأَعْرَابِيِّ. وَتَقْرِيرُهُ «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ سَمَى مَا صَنَعَهُ الْأَعْرَابِيُّ صَلَاةً حَيْثُ قَالَ وَمَا نَقَصْتُ مِنْ هَذَا شَيْئًا فَقَدْ نَقَصْتُ مِنْ صَلَاتِكَ» فَلَوْ كَانَ تَرَكُّ التَّعْدِيلِ مُفْسِدًا لَمَا سَمَّاهُ صَلَاةً كَمَا لَوْ تَرَكَ الرُّكُوعَ أَوْ السُّجُودَ؛ وَلِأَنَّهُ لَوْ كَانَ فَاسِدًا كَانَ الْإِسْتِغَالُ بِهِ عَثًّا فَكَانَ تَرْكُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةَ وَالسَّلَامَ إِلَى الْفَرَاغِ مِنْهُ حَرَامًا فَكَانَ الْحَدِيثُ مُشْتَرَكًا بِالْإِلْزَامِ مِنَ الْوَجْهَيْنِ، ثُمَّ إِذَا لَمْ يَكُنِ التَّعْدِيلُ عِنْدَهُمَا فَرْضًا فَهَلْ هُوَ وَاجِبٌ أَوْ سُنَّةٌ؟ فَأَمَّا الطَّمَأْنِينَةُ فِي الْإِنْتِقَالِ وَهِيَ الْقَوْمَةُ وَالْجَلِيسَةُ فَهِيَ سُنَّةٌ عِنْدَهُمَا.

(وَأَمَّا الطَّمَأْنِينَةُ فِي الرُّكُوعِ وَالسُّجُودِ) (فَفِي تَخْرِيجِ الْجُرْجَانِيِّ سُنَّةٌ وَفِي تَخْرِيجِ الْكَرْخِيِّ وَاجِبَةٌ حَتَّى تَجِبَ سَجْدَتَا السَّهْوِ بِتَرْكِهَا عِنْدَهُ) وَجْهُ الْجُرْجَانِيِّ أَنَّ هَذِهِ طَّمَأْنِينَةٌ مَشْرُوعَةٌ لِإِكْمَالِ رُكْنٍ وَكُلُّ مَا هُوَ كَذَلِكَ فَهُوَ سُنَّةٌ كَالطَّمَأْنِينَةِ فِي الْإِنْتِقَالِ. وَوَجْهُ الْكَرْخِيِّ أَنَّ هَذِهِ الطَّمَأْنِينَةُ مَشْرُوعَةٌ لِإِكْمَالِ رُكْنٍ مَقْصُودٍ بِنَفْسِهِ، وَكُلُّ مَا هُوَ كَذَلِكَ فَهُوَ وَاجِبٌ كَالْقِرَاءَةِ، بِخِلَافِ الْإِنْتِقَالِ فَإِنَّهُ لَيْسَ بِمَقْصُودٍ كَمَا تَقَدَّمَ. ثُمَّ قِيلَ فِي كَيْفِيَّةِ السُّجُودِ وَالْقِيَامِ مِنْهُ أَنَّ يَضَعُ أَوَّلًا مَا كَانَ أَقْرَبَ إِلَى الْأَرْضِ عِنْدَ السُّجُودِ، وَأَنْ يَرْفَعُ أَوَّلًا مَا كَانَ إِلَى السَّمَاءِ أَقْرَبَ فَيَضَعُ أَوَّلًا رُكْبَتَيْهِ ثُمَّ يَدَيْهِ ثُمَّ وَجْهَهُ. وَقَالَ بَعْضُهُمْ: يَضَعُ أُنْفَهُ ثُمَّ جَبْهَتَهُ وَيَرْفَعُ أَوَّلًا وَجْهَهُ ثُمَّ يَدَيْهِ ثُمَّ رُكْبَتَيْهِ.

(وَيَعْتَمِدُ بِيَدَيْهِ عَلَى الْأَرْضِ) لِأَنَّ وَاِئِلَ بْنَ حُجْرٍ ﷺ وَصَفَ صَلَاةَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ

«فَسَجَدَ وَادْعَمَ عَلَى رَاحَتَيْهِ وَرَفَعَ عَجِيزَتَهُ» ^(١) قَالَ (وَوَضَعَ وَجْهَهُ بَيْنَ كَفْيَيْهِ وَيَدَيْهِ حِذَاءَ

(١) أخرجه أبو داود في الصلاة باب ١٤٥، والنسائي في التطبيق باب ١، وأحمد (٣٠٣/٤).

أَذْنِيهِ) لَمَّا رَوَى أَنَّهُ ﷺ فَعَلَ كَذَلِكَ. قَالَ (وَسَجَدَ عَلَى أَنْفِهِ وَجَبْهَتِهِ) لِأَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ وَأَظْلَبَ عَلَيْهِ (فَإِنْ اقْتَصَرَ عَلَى أَحَدِهِمَا جَازَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ. وَقَالَا: لَا يَجُوزُ الْاِقْتِصَارُ عَلَى الْأَنْفِ إِلَّا مِنْ عَذْرِ) وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْهُ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «أَمَرْتُ أَنْ أَسْجُدَ عَلَى سَبْعَةِ أَعْظَمٍ، وَعَدَّ مِنْهَا الْجَبْهَةَ»^(١) وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ السُّجُودَ يَتَحَقَّقُ بِوَضْعِ بَعْضِ الْوَجْهِ، وَهُوَ الْمَأْمُورُ بِهِ إِلَّا أَنَّ الْخَدَّ وَالذَّقْنَ خَارِجٌ بِالْإِجْمَاعِ، وَالْمَذْكُورُ فِيمَا رَوَى الْوَجْهَ فِي الْمَشْهُورِ، وَوَضْعُ الْيَدَيْنِ وَالرُّكْبَتَيْنِ سُنَّةٌ عِنْدَنَا لَتَحَقُّقِ السُّجُودِ بِدُونِهِمَا، وَأَمَّا وَضْعُ الْقَدَمَيْنِ فَقَدْ ذَكَرَ الْقُدُورِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ فَرِيضَةٌ فِي السُّجُودِ.

قَالَ (فَإِنْ سَجَدَ عَلَى كَوْرٍ عِمَامَتِهِ أَوْ فَاضِلِ ثَوْبِهِ جَازَ) لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ كَانَ يَسْجُدُ عَلَى كَوْرٍ عِمَامَتِهِ، وَيُرَوَّى " أَنَّهُ ﷺ صَلَّى فِي ثَوْبٍ وَاحِدٍ يَتَّقِي بِقُضُولِهِ حَرَّ الْأَرْضِ وَبَرْدَهَا"^(٢) (وَيُبْدِي ضَبْعَيْهِ) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ " وَأَبْدِ ضَبْعَيْكَ " وَيُرَوَّى " وَأَبْدِ " مِنَ الْإِبْدَادِ: وَهُوَ الْمَدُّ، وَالْأَوَّلُ مِنَ الْإِبْدَاءِ وَهُوَ الْإِظْهَارُ (وَيُجَافَى بَطْنُهُ عَنْ فَخْذِيهِ) " لِأَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ كَانَ إِذَا سَجَدَ جَافَى حَتَّى أَنْ بَهْمَةً لَوْ أَرَادَتْ أَنْ تَمُرَّ بَيْنَ يَدَيْهِ لَمَرَّتْ " . وَقِيلَ إِذَا كَانَ فِي الصَّفِّ لَا يُجَافَى كَيْ لَا يُؤْذِيَ جَارَهُ (وَيُوجَّهُ أَصَابِعُ رِجْلَيْهِ نَحْوَ الْقِبْلَةِ) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ " إِذَا سَجَدَ الْمُؤْمِنُ سَجَدَ كُلُّ عُضْوٍ مِنْهُ، فَلْيُوجَّهْ مِنْ أَعْضَائِهِ الْقِبْلَةَ مَا اسْتَطَاعَ"^(٣)

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَيَعْتَمِدُ بِيَدَيْهِ عَلَى الْأَرْضِ) ظَاهِرٌ. وَمَعْنَى ادَّعَمَ عَلَى رَاحَتَيْهِ اتَّكَأَ، وَهُوَ افْتَعَالَ مَنْ دَعَمَتِ الشَّيْءَ: أَيِ جَعَلَتْهُ دَعَامَةً. وَقَوْلُهُ: وَسَجَدَ عَلَى أَنْفِهِ وَجَبْهَتِهِ تَقْدِيمُ الْأَنْفِ عَلَى الْجَبْهَةِ بِاعْتِبَارِ أَنَّ الْأَنْفَ أَقْرَبُ إِلَى الْأَرْضِ فَيَضَعُهُ أَوَّلًا لَمَّا مَرَّ. وَقَوْلُهُ: (فَإِنْ اقْتَصَرَ عَلَى أَحَدِهِمَا) يَعْنِي أَنَّ الَّذِي اقْتَصَرَ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ الْجَبْهَةَ جَازَ بِاتِّفَاقِ عُلَمَائِنَا

(١) أخرجه البخاري (٨١٢)، ومسلم (٤٩٠) من حديث ابن عباس.

(٢) أخرجه أحمد (٢٥٦/١، ٣٠٣، ٣٢٠، ٣٥٤).

(٣) قال الحافظ في الدراية (١/١٤٧): لم أجده، وقال الزيلعي في نصب الراية (١/٣٨٧): غريب،

وفي الباب حديث أبي حميد «واستقبل بأطراف أصابع رجليه القبلة» أخرجه البخاري (٨٢٨).

خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ، وَإِنْ كَانَ الْأَنْفَ (جَازَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ) وَيُكْرَهُ، وَلَمْ يَجْزُ عِنْدَهُمَا إِلَّا مِنْ عُذْرٍ، وَهُوَ رِوَايَةُ أَسَدِ بْنِ عَمْرٍو عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ لَقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «أُمِرْتُ أَنْ أَسْجُدَ عَلَى سَبْعَةِ أَعْظَمٍ، وَعَدْتُ مِنْهَا الْجَنَّةَ»^(١): أَيُّ عَلَى الْيَدَيْنِ وَالرُّكْبَتَيْنِ وَالْقَدَمَيْنِ وَالْجَبْهَةِ.

قِيلَ: كَيْفَ يَسْتَقِيمُ الاسْتِدْلَالُ بِهَذَا الْحَدِيثِ، فَإِنَّهُ لَوْ تَرَكَ وَضَعَ الرُّكْبَتَيْنِ وَالْيَدَيْنِ جَازَتْ سَجْدَتُهُ بِالْإِجْمَاعِ وَهَذِهِ الْأَرْبَعَةُ مِنْ تِلْكَ السَّبْعَةِ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ الاسْتِدْلَالَ بِهَذَا الْحَدِيثِ إِنَّمَا هُوَ عَلَى أَنَّ مَحَلَّ السَّجْدَةِ هَذِهِ الْأَعْضَاءُ لَا عَلَى أَنَّ وَضْعَهَا لَازِمٌ لَا مَحَالَةَ، وَالْأَنْفُ غَيْرُ هَذِهِ الْأَعْضَاءِ الْمَذْكُورَةِ فَلَا يَكُونُ مَحَلًّا لِلْسَّجْدَةِ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ السُّجُودَ يَتَحَقَّقُ بِوَضْعِ بَعْضِ الْوَجْهِ؛ لِأَنَّ وَضَعَ جَمِيعِهِ غَيْرُ مُمَكِّنٍ؛ لِأَنَّ الْأَنْفَ وَالْجَبْهَةَ عَظَمَاتُ نَاتِئَتَانِ يَمْتَنِعَانِ وَضَعَ جَمِيعِ الْوَجْهِ وَهَذَا ظَاهِرٌ، وَإِذَا تَعَذَّرَ وَضَعَ الْكُلِّ كَانَ الْمَأْمُورُ بِهِ وَضَعَ الْبَعْضِ، إِلَّا أَنَّ الْحَدَّ وَالذَّقْنَ خَرَجَا بِالْإِجْمَاعِ إِذِ التَّعْظِيمُ لَمْ يُشْرَعْ بِوَضْعِهِمَا فَبَقِيَ الْأَنْفُ وَالْجَبْهَةُ، وَالْجَبْهَةُ تَصْلُحُ مَحَلًّا لِلْسُّجُودِ فَكَذَلِكَ الْأَنْفُ، وَهَذَا؛ لِأَنَّ الْأَنْفَ لَا يَخْلُو إِمَّا أَنْ يَكُونَ مَحَلًّا لِلْفَرْضِ أَوَّلًا، لَا سَبِيلَ إِلَى الثَّانِي؛ لِأَنَّ الْفَرْضَ يَنْتَقِلُ إِلَيْهِ بِالِاتِّفَاقِ عِنْدَ الْعُذْرِ وَلَوْ لَمْ يَكُنْ مَحَلًّا لَمْ يَنْتَقِلْ كَالذَّقَنِ بَلْ يَنْتَقِلُ الْفَرْضُ إِلَى الْإِيمَاءِ كَمَا لَوْ كَانَ بِهِمَا عُذْرٌ فَتَعَيَّنَ الْأَوَّلُ وَيَجُوزُ الْاِقْتِصَارُ عَلَيْهِ كَالْجَبْهَةِ، وَالْمَذْكُورُ فِيمَا رَوَى مِنَ الْخَبَرِ هُوَ الْوَجْهُ فِي الْمَشْهُورِ فَيَكُونُ الْأَنْفُ وَالْجَبْهَةُ دَاخِلَيْنِ عَلَى السَّوَاءِ، وَلَوْ اكْتَفَى بِالْجَبْهَةِ جَازَ فَكَذَا لَوْ اكْتَفَى بِالْأَنْفِ (وَوَضَعَ الْيَدَيْنِ وَالرُّكْبَتَيْنِ سُنَّةٌ عِنْدَنَا لَتَحَقَّقَ السُّجُودُ بِدُونِهِمَا)؛ لِأَنَّ السَّاجِدَ اسْمٌ لِمَنْ وَضَعَ الْوَجْهَ عَلَى الْأَرْضِ.

وَقَدْ رَوَى أَنَّهُ ﷺ قَالَ «مَثَلُ الَّذِي يُصَلِّي وَهُوَ عَاقِصٌ شَعْرَهُ كَمَثَلِ الَّذِي يُصَلِّي وَهُوَ مَكْتُوفٌ»^(٢) فَالتَّمْثِيلُ يَدُلُّ عَلَى نَفْيِ الْكَمَالِ دُونَ الْجَوَازِ. وَقَوْلُهُ: عِنْدَنَا اخْتِرَازٌ عَنْ قَوْلِ زُفَرٍ وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ وَمُخْتَارُ الْفَقِيهِ أَبِي اللَّيْثِ أَنَّهُ وَاجِبٌ لِقَوْلِهِ ﷺ «أُمِرْتُ أَنْ أَسْجُدَ عَلَى سَبْعَةِ أَعْضَاءٍ»^(٣) وَالْجَوَابُ مَا تَقَدَّمَ أَنَّ هَذَا الْحَدِيثَ يَدُلُّ عَلَى مَحَلِّ

(١) أخرجه البخاري (٨١٠)، ومسلم (٤٩٠).

(٢) أخرجه مسلم (٤٩٢)، وأبو داود (٦٤٦)، والنسائي (٢١٥/٢، ٢١٦)، وأحمد (٣١٦/١) بلفظ: إنما مثل هذا كمثل الذي يصلي وهو مكتوف.

(٣) سبق تخريجه.

السَّجْدَةُ لَا عَلَى أَنْ وَضَعَ الْجَمِيعَ لَازِمٌ (وَأَمَّا وَضَعُ الْقَدَمَيْنِ فَقَدْ ذَكَرَ الْقُدُورِيُّ أَنَّهُ فَرَضَ فِي السُّجُودِ) فَإِذَا سَجَدَ وَرَفَعَ أَصَابِعَ رِجْلَيْهِ عَنِ الْأَرْضِ لَا يَجُوزُ، كَذَا ذَكَرَهُ الْكَرْحِيُّ وَالْجَصَّاصُ، وَلَوْ وَضَعَ إِحْدَاهُمَا جَازَ.

قَالَ قَاضِي خَانَ: وَيُكْرَهُ. وَذَكَرَ الْإِمَامُ الثُّمَرْتَاشِيُّ أَنَّ الْيَدَيْنِ وَالْقَدَمَيْنِ سَوَاءٌ فِي عَدَمِ الْفَرْضِيَّةِ، وَهُوَ الَّذِي يَدُلُّ عَلَيْهِ كَلَامُ شَيْخِ الْإِسْلَامِ فِي مَبْسُوطِهِ وَهُوَ الْحَقُّ. وَقَوْلُهُ: (وَإِنْ سَجَدَ عَلَى كُورٍ عِمَامَتِهِ ظَاهِرٌ، وَكُورُ الْعِمَامَةِ دَوْرُهَا وَكُلُّ دَوْرٍ كُورٌ، وَالضَّبْعُ بِالسُّكُونِ لَا غَيْرُ: الْعِضْدُ وَيُحَافَى بَطْنُهُ) أَيُّ يُبَاعِدُ، وَالْبَهْمَةُ: وَلَدُ الشَّاةِ بَعْدَ السَّخْلَةِ، فَإِنْ أَوَّلَ مَا تَضَعُهُ سَخْلَةٌ ثُمَّ يَصِيرُ بِهْمَةً.

(وَيَقُولُ فِي سُجُودِهِ: سُبْحَانَ رَبِّي الْأَعْلَى ثَلَاثًا وَذَلِكَ أَدْنَاهُ) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «وَإِذَا سَجَدَ أَحَدُكُمْ فَلْيَقُلْ فِي سُجُودِهِ: سُبْحَانَ رَبِّي الْأَعْلَى ثَلَاثًا وَذَلِكَ أَدْنَاهُ»^(١) أَيَّ أَدْنَى كَمَالِ الْجَمْعِ وَيَسْتَحِبُّ أَنْ يَزِيدَ عَلَى الثَّلَاثِ فِي الرُّكُوعِ وَالسُّجُودِ بَعْدَ أَنْ يَخْتِمَ بِالْوَتْرِ لِأَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «كَانَ يَخْتِمُ بِالْوَتْرِ»، وَإِنْ كَانَ إِمَامًا لَا يَزِيدُ عَلَى وَجْهِ يُمِلُّ الْقَوْمَ حَتَّى لَا يُؤَدِّيَ إِلَى التَّنْفِيرِ ثُمَّ تَسْبِيحَاتِ الرُّكُوعِ وَالسُّجُودِ سُنَّةٌ لِأَنَّ النَّصَّ تَنَاوَلَهُمَا دُونَ تَسْبِيحَاتِهِمَا فَلَا يَزِيدُ عَلَى النَّصِّ (وَالْمَرْأَةُ تَنْخَفِضُ فِي سُجُودِهَا وَتَلْزِقُ بَطْنَهَا بِفَخْذَيْهَا) لِأَنَّ ذَلِكَ أَسْتَرُ لَهَا.

قَالَ (ثُمَّ يَرْفَعُ رَأْسَهُ وَيُكَبِّرُ) لَمَّا رَوَيْنَا (فَإِذَا اطمأنَّ جَالِسًا كَبَّرَ وَسَجَدَ) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ فِي حَدِيثِ الْأَعْرَابِيِّ "ثُمَّ أَرْفَعُ رَأْسَكَ حَتَّى تَسْتَوِيَ جَالِسًا"^(٢) "وَلَوْ لَمْ يَسْتَوِ جَالِسًا وَسَجَدَ أُخْرَى أَجْزَأَهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ، وَتَكَلَّمُوا فِي مِقْدَارِ الرَّفْعِ. وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ إِذَا كَانَ إِلَى السُّجُودِ أَقْرَبَ لَا يَجُوزُ لِأَنَّهُ يُعَدُّ سَاجِدًا، وَإِنْ كَانَ إِلَى الْجُلُوسِ أَقْرَبَ جَازَ لِأَنَّهُ يُعَدُّ جَالِسًا فَتَتَحَقَّقُ الثَّانِيَةُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: وَإِذَا سَجَدَ أَحَدُكُمْ بِالْوَاوِ مَعْطُوفٌ عَلَى إِذَا رَكَعَ أَحَدُكُمْ؛ لِأَنَّهُمَا فِي حَدِيثٍ وَاحِدٍ. وَقَوْلُهُ: (ثُمَّ يَرْفَعُ رَأْسَهُ وَيُكَبِّرُ) الرَّفْعُ فَرِيضَةٌ كَمَا أَنَّ السَّجْدَةَ الثَّانِيَةَ

(١) أخرجه ابن ماجه (٨٩٠)، وقال الحافظ في الدراية (١٤٧/١): فيه انقطاع.

(٢) أخرجه البخاري (٧٥٧)، ومسلم (٣٩٧) بلفظ: ثم اجلس حتى تطمئن جالسا.

فَرَضَ فَلَا بُدَّ مِنْ رَفْعِ الرَّأْسِ لِيَتَحَقَّقَ الْإِنْتِقَالُ إِلَيْهَا وَالتَّكْبِيرُ سُنَّةٌ. وَقَوْلُهُ: (لَمَّا رَوَيْنَا) إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ؛ لِأَنَّ «النَّبِيَّ ﷺ» كَانَ يُكَبِّرُ عِنْدَ كُلِّ خَفْضٍ وَرَفْعٍ» وَقَوْلُهُ: (وَتَكَلَّمُوا) أَيِ الْمَشَائِخِ (فِي مِقْدَارِ الرَّفْعِ) فَقَالَ بَعْضُهُمْ: إِذَا زَايَلَ جَبْهَتُهُ عَنِ الْأَرْضِ ثُمَّ أَعَادَهَا جَاَزَ ذَلِكَ عَنِ السَّجْدَتَيْنِ.

وَقَالَ الْحَسَنُ بْنُ زِيَادٍ: إِذَا رَفَعَ رَأْسَهُ مِنَ الْأَرْضِ بِقَدْرِ مَا تَجْرِي فِيهِ الرِّيحُ جَاَزَ وَهُوَ قَرِيبٌ مِنَ الْأَوَّلِ وَقَوْلُ مُحَمَّدٍ بْنِ سَلَمَةَ لَا يَكُونُ عَنْهُمَا مَا لَمْ يَرْفَعْ جَبْهَتَهُ مِقْدَارَ مَا يَقَعُ عِنْدَ النَّظَرِ أَنَّهُ رَفَعَ رَأْسَهُ لِيَسْجُدَ أُخْرَى، فَإِنْ فَعَلَ ذَلِكَ جَاَزَ عَنِ السَّجْدَتَيْنِ وَإِلَّا يَكُونُ عَنْ سَجْدَةٍ وَاحِدَةٍ. وَفِي الْقُدُورِيِّ أَنَّهُ يَكْتَفِي بِأَذْنَى مَا يَنْطَلِقُ عَلَيْهِ اسْمُ الرَّفْعِ. وَجَعَلَ شَيْخُ الْإِسْلَامِ هَذَا أَصَحَّ وَقَالَ؛ لِأَنَّ الْوَاجِبَ هُوَ الرَّفْعُ، فَإِذَا وَجَدَ أَذْنَى مَا يَتَنَاوَلُهُ اسْمُ الرَّفْعِ بَانَ رَفْعَ جَبْهَتِهِ كَانَ مُؤَدِّيًا لِهَذَا الرُّكْنِ. قَالَ الْمُصَنِّفُ (وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ إِذَا كَانَ إِلَى السُّجُودِ أَقْرَبَ لَا يَجُوزُ؛ لِأَنَّهُ يُعَدُّ سَاجِدًا، وَإِنْ كَانَ إِلَى الْجُلُوسِ أَقْرَبَ جَاَزَ؛ لِأَنَّهُ يُعَدُّ جَالِسًا فَتَحَقَّقَ السَّجْدَةُ الثَّانِيَةُ) يَعْنِي بَعْدَ ذَلِكَ الْمِقْدَارِ مِنَ الرَّفْعِ وَهُوَ الْمَرْوِيُّ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ، ذَكَرَهُ فِي شَرْحِ الطَّحَاوِيِّ وَتَكَلَّمَ مَشَائِخُنَا فِي الرُّكُوعِ فِي كَوْنِ الرُّكُوعِ فِي كُلِّ رَكْعَةٍ مَرَّةً وَالسُّجُودِ مَرَّتَيْنِ فَذَهَبَ أَكْثَرُهُمْ إِلَى أَنَّهُ تَوْقِيفِيٌّ وَاتَّبَاعٌ لِلشَّرْعِ مِنْ غَيْرِ أَنْ يُعْقَلَ لَهُ مَعْنَى وَقَدْ تَعَبَّدْنَا الشَّرْعَ بِمَا لَا نَعْقِلُ لَهُ مَعْنَى تَحْقِيقًا لِلإِتِلَاءِ، وَمِنْهُمْ مَنْ ذَكَرَ لَذَلِكَ حِكْمَةً فَقَالَ: إِنَّمَا كَانَ السُّجُودُ مَثْنًى تَرْغِيمًا لِلشَّيْطَانِ، فَإِنَّهُ أَمَرَ بِسَجْدَةٍ فَلَمْ يَفْعَلْ فَتَحْنُ نَسْجُدُ مَرَّتَيْنِ تَرْغِيمًا لَهُ، وَإِلَيْهِ أَشَارَ ﷺ فِي سُجُودِ السَّهْوِ فَقَالَ «هُمَا تَرْغِيمًا لِلشَّيْطَانِ» وَقِيلَ فِي السَّجْدَةِ الْأُولَى يُشِيرُ إِلَى أَنَّهُ خَلَقَ مِنَ الْأَرْضِ، وَفِي الثَّانِيَةِ يُشِيرُ إِلَى أَنَّهُ يُعَادُ إِلَيْهَا، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿مِنْهَا خَلَقْنَاكُمْ وَفِيهَا نُعِيدُكُمْ﴾ [طه: ٥٥].

قَالَ (فَإِذَا أَطْمَأَنَّ سَاجِدًا كَبَّرَ) وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ (وَيَسْتَوِي قَائِمًا عَلَى صُدُورِ قَدَمَيْهِ وَلَا يَقْعُدُ وَلَا يَعْتَمِدُ بِيَدَيْهِ عَلَى الْأَرْضِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: يَجْلِسُ جَلِيسَةً خَفِيفَةً ثُمَّ يَنْهَضُ مُعْتَمِدًا عَلَى الْأَرْضِ لَمَّا رَوِيَ أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ فَعَلَ ذَلِكَ. وَلَنَا حَدِيثُ أَبِي هُرَيْرَةَ ﷺ أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «كَانَ يَنْهَضُ فِي الصَّلَاةِ عَلَى صُدُورِ قَدَمَيْهِ»، وَمَا رَوَاهُ مَحْمُودٌ عَلَى حَالَتِهِ الْكَبِيرِ، وَلَأنَّ هَذِهِ قَعْدَةٌ اسْتِرَاحَتِيَّةٌ وَالصَّلَاةُ مَا وَضِعَتْ لَهَا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ) قِيلَ أَرَادَ بِهِ قَوْلُهُ " كَانَ يُكْبَرُ عِنْدَ كُلِّ خَفْضٍ وَرَفْعٍ وَالْمُنَاسِبُ لِدَلَالَةِ مَا يَقُولُ مَا رَوَيْنَا، وَلَعَلَّهُ إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ لَمَّا رَوَيْنَا. وَقَوْلُهُ: (وَلَا يَفْعَلُ) أَيُّ لَا يَجْلِسُ جَلِيسَةً خَفِيفَةً (وَلَا يَعْتَمِدُ يَدَيْهِ عَلَى الْأَرْضِ) بَلْ عَلَى رُكْبَتَيْهِ (وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يَجْلِسُ جَلِيسَةً خَفِيفَةً ثُمَّ يَنْهَضُ مُعْتَمِدًا عَلَى الْأَرْضِ) لَهُ مَا رُوِيَ فِي حَدِيثِ مَالِكِ بْنِ الْحُوَيْرِثِ «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ كَانَ إِذَا رَفَعَ رَأْسَهُ مِنَ السُّجُودِ قَعَدَ ثُمَّ نَهَضَ» (وَلَنَا حَدِيثُ أَبِي هُرَيْرَةَ «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ: كَانَ يَنْهَضُ فِي الصَّلَاةِ عَلَى صُدُورِ قَدَمَيْهِ» وَمَا رَوَاهُ مَحْمُولٌ عَلَى فِعْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ فِي حَالِ الْكِبَرِ يَعْنِي فَعَلَ ذَلِكَ حِينَ مَا كَبُرَ وَأَسَنَّ عَلَى مَا رُوِيَ عَنْهُ أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ كَانَ يَقُولُ «لَا تُبَادِرُونِي بِالرُّكُوعِ وَالسُّجُودِ فَإِنِّي قَدْ بَدَأْتُ»^(١) وَمَا رَوَيْنَاهُ مَحْمُولٌ عَلَى حَالِ الْقُدْرَةِ فَيُوقَفُ بَيْنَ الْأَخْبَارِ مِنْ هَذَا الْوَجْهِ أَوْ تُتْرَكُ الْأَخْبَارُ كُلُّهَا لِلتَّعَارُضِ وَيُعْمَلُ بِالْقِيَاسِ وَهُوَ قَوْلُهُ: فِي الْكِتَابِ؛ وَلَئِنْ هَذِهِ قَعْدَةٌ اسْتِرَاحَةٌ؛ لِأَنَّهُ لَا يَأْتِي بِهَا لِلْفَصْلِ، فَإِنَّ الْفَصْلَ بِالْقَعْدَةِ إِنَّمَا شَرَعَ إِنَّمَا يَبْنِي السُّجُودَيْنِ أَوْ بَيْنَ الشَّفْعَيْنِ، وَلَا حَاجَةَ إِلَى وَاحِدٍ مِنْهُمَا وَالصَّلَاةُ مَا وَضَعَتْ لَهَا.

(وَيَفْعَلُ فِي الرُّكْعَةِ الثَّانِيَةِ مِثْلَ مَا فَعَلَ فِي الْأُولَى) لِأَنَّهُ تَكَرَّرَ الْأَرْكَانُ (إِلَّا أَنَّهُ لَا يَسْتَفْتِحُ وَلَا يَتَعَوَّذُ) لِأَنَّهُمَا لَمْ يُشْرَعَا إِلَّا مَرَّةً وَاحِدَةً (وَلَا يَرْفَعُ يَدَيْهِ إِلَّا فِي التَّكْبِيرَةِ الْأُولَى) خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي الرُّكُوعِ وَالرَّفْعِ مِنْهُ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ " لَا تُرْفَعُ الْأَيْدِي إِلَّا فِي سَبْعِ مَوَاطِنَ: تَكْبِيرَةُ الْاِفْتِتَاحِ، وَتَكْبِيرَةُ الْقُنُوتِ وَتَكْبِيرَاتُ الْعَبِيدِينَ » وَذَكَرَ الْأَرِيعَ فِي الْحَجِّ " وَالَّذِي يُرَوَى مِنَ الرَّفْعِ مَحْمُولٌ عَلَى الْاِبْتِدَاءِ، كَذَا نُقِلَ عَنْ ابْنِ الزُّبَيْرِ.

الشرح:

قَالَ (وَيَفْعَلُ فِي الثَّانِيَةِ مِثْلَ مَا فَعَلَ فِي الْأُولَى) يَفْعَلُ الْمُصَلِّي فِي الرُّكْعَةِ الثَّانِيَةِ مِثْلَ مَا فَعَلَ فِي الرُّكْعَةِ الْأُولَى (لِأَنَّهُ) أَيُّ الرُّكْعَةُ الثَّانِيَةُ، وَذَكَرَ الضَّمِيرَ بِاعْتِبَارِ الْخَبَرِ (تَكَرَّرَ الْأَرْكَانُ) وَالتَّكَرُّارُ يَفْتَضِي إِعَادَةَ الْأَوَّلِ (إِلَّا أَنَّهُ لَا يَسْتَفْتِحُ) قِيلَ: أَيُّ لَا يَقُولُ

(١) أخرجه أبو داود (٦١٩)، وابن ماجه (٩٦٣)، وأحمد (٩٢/٤).

سُبْحَانَكَ اللَّهُمَّ إِنْخَ، وَيُسَمَّى هَذَا دُعَاءُ الْاِسْتِفْتَا ح (وَلَا يَتَعَوَّدُ؛ لِأَنَّهُمَا لَمْ يُشْرَعَا إِلَّا مَرَّةً)؛ لِأَنَّ رَوَاةَ صَلَاةِ النَّبِيِّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ مَا رَوَوْهُ إِلَّا مَرَّةً وَاحِدَةً (وَلَا يَرْفَعُ يَدَيْهِ إِلَّا فِي التَّكْبِيرَةِ الْأُولَى) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يَرْفَعُهُمَا عِنْدَ الرُّكُوعِ وَعِنْدَ رَفْعِ الرَّأْسِ مِنْهُ لَمَّا رُوِيَ فِي حَدِيثِ ابْنِ عُمَرَ وَغَيْرِهِ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ فَعَلَ كَذَلِكَ.

وَلَمَّا مَا رَوَى الطَّحَاوِيُّ بِإِسْنَادِهِ إِلَى ابْنِ عُمَرَ وَابْنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ قَالَ («لَا تُرْفَعُ الْأَيْدِي إِلَّا فِي سَبْعِ مَوَاطِنَ») فِي افْتِتَاحِ الصَّلَاةِ، وَفِي التَّكْبِيرِ لِلْقُنُوتِ فِي الْوُثْرِ، وَفِي الْعِيدَيْنِ وَعِنْدَ اسْتِلَامِ الْحَجَرِ، وَعَلَى الصَّفَا وَالْمَرْوَةِ، وَبِجَمْعٍ وَعَرَفَاتٍ، وَعِنْدَ الْمَقَامَيْنِ عِنْدَ الْجَمْرَتَيْنِ: أَرَادَ بِهِمَا الْأُولَى وَالْوُسْطَى دُونَ الْعَقَبَةِ، وَالتَّنَازُعُ فِيهِ لَيْسَ مِنْ ذَلِكَ وَمَا رَوَاهُ مَحْمُولٌ عَلَى الْاِبْتِدَاءِ: أَيُّ أَنَّهُ كَانَ ثُمَّ يُسَخِّ كَذَا يُقَالُ عَنْ «عَبْدِ اللَّهِ بْنِ الزُّبَيْرِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ. رُوِيَ عَنْهُ أَنَّهُ رَأَى رَجُلًا يُصَلِّي فِي الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ يَرْفَعُ يَدَيْهِ فِي الصَّلَاةِ عِنْدَ الرُّكُوعِ وَعِنْدَ رَفْعِ الرَّأْسِ مِنْهُ، فَلَمَّا فَرَغَ مِنْ صَلَاتِهِ قَالَ لَهُ: لَا تَفْعَلْ فَإِنَّ هَذَا شَيْءٌ فَعَلَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ ثُمَّ تَرَكَهُ»، وَفِي الْمَسْأَلَةِ حِكَايَةً. رُوِيَ أَنَّ الْأَوْزَاعِيَّ لَقِيَ أَبَا حَنِيفَةَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ فِي الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ فَقَالَ: مَا بَالُ أَهْلِ الْعِرَاقِ لَا يَرْفَعُونَ أَيْدِيَهُمْ عِنْدَ الرُّكُوعِ وَعِنْدَ رَفْعِ الرَّأْسِ مِنْهُ وَقَدْ حَدَّثَنِي الزُّهْرِيُّ عَنْ سَالِمٍ عَنْ ابْنِ عُمَرَ أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ كَانَ يَرْفَعُ يَدَيْهِ عِنْدَهُمَا، فَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: حَدَّثَنِي حَمَادٌ عَنْ إِبْرَاهِيمَ عَنْ عَلْقَمَةَ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ مَسْعُودٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ كَانَ يَرْفَعُ يَدَيْهِ عِنْدَ تَكْبِيرَةِ الْاِفْتِتَاحِ ثُمَّ لَا يَعُودُ» فَقَالَ الْأَوْزَاعِيُّ: عَجَبًا مِنْ أَبِي حَنِيفَةَ أُحَدِّثُهُ بِحَدِيثِ الزُّهْرِيِّ عَنْ سَالِمٍ وَهُوَ يُحَدِّثُنِي بِحَدِيثِ حَمَادٍ عَنْ إِبْرَاهِيمَ، فَرَجَّحَ حَدِيثَهُ بَعْلُوَ إِسْنَادِهِ. فَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: أَمَّا حَمَادٌ فَكَانَ أَفْقَهُ مِنَ الزُّهْرِيِّ، وَإِبْرَاهِيمُ كَانَ أَفْقَهُ مِنْ سَالِمٍ، وَلَوْلَا سَبْقُ ابْنِ عُمَرَ لَقُلْتُ بَأَنَّ عَلْقَمَةَ أَفْقَهُ مِنْهُ، وَأَمَّا عَبْدُ اللَّهِ فَعَبْدُ اللَّهِ، فَرَجَّحَ حَدِيثَهُ بِفَقْهِ الرُّوَاةِ وَهُوَ الْمَذْهَبُ فَإِنَّ التَّرْجِيحَ بِفَقْهِ الرُّوَاةِ لَا بِعُلُوِّ الْإِسْنَادِ، وَالْكَلَامُ فِي هَذَا الْمَوْضِعِ كَثِيرٌ وَهَذَا الْمُخْتَصَرُ لَا يَحْتَمِلُهُ، خِلَا أَنْ الْمُحْتَمَلَ عَلَى الرُّوَاةِ وَرَوَاةِ أَخْبَارِنَا الْبَدْرِيُّونَ مِنْ أَصْحَابِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ الَّذِينَ كَانُوا يُلَوِّنُ النَّبِيَّ ﷺ فِي الصَّلَاةِ، وَرَوَاتُهُ ابْنُ عُمَرَ وَوَائِلُ بْنُ حُجْرٍ كَانُوا يَقُومُونَ بَعْدَ مِنْهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ، وَالْأَخْذُ بِقَوْلِ الْأَقْرَبِ أَوْلَى. وَرُوِيَ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أَنَّهُ قَالَ: إِنَّ الْعَشْرَةَ الَّذِينَ شَهِدَ لَهُمُ النَّبِيُّ ﷺ بِالْحَنَّةِ لَمْ يَكُونُوا يَرْفَعُونَ أَيْدِيَهُمْ إِلَّا عِنْدَ افْتِتَاحِ الصَّلَاةِ.

(وَإِذَا رَفَعَ رَأْسَهُ مِنَ السَّجْدَةِ الثَّانِيَةِ فِي الرُّكْعَةِ الثَّانِيَةِ افْتَرَشَ رِجْلَهُ الْيُسْرَى فَجَلَسَ عَلَيْهَا وَنَصَبَ الْيَمْنَى نَصْبًا وَوَجَّهَ أَصَابِعَهُ نَحْوَ الْقِبْلَةِ) هَكَذَا وَصَفَتْ عَائِشَةُ فَعُودَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فِي الصَّلَاةِ (وَوَضَعَ يَدَيْهِ عَلَى فَخْذَيْهِ وَبَسَطَ أَصَابِعَهُ وَتَشَهَّدَ) يُرَوَّى ذَلِكَ فِي حَدِيثِ وَائِلِ بْنِ حُجْرٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، وَلَأَنَّ فِيهِ تَوْجِيهَ أَصَابِعِ يَدَيْهِ إِلَى الْقِبْلَةِ (فَإِنْ كَانَتْ امْرَأَةٌ جَلَسَتْ عَلَى أَلْيَتَيْهَا الْيُسْرَى وَأَخْرَجَتْ رِجْلَيْهَا مِنَ الْجَانِبِ الْأَيْمَنِ) لِأَنَّهُ أَسْتَرُ لَهَا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَإِذَا رَفَعَ رَأْسَهُ مِنَ السَّجْدَةِ الثَّانِيَةِ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ: (وَبَسَطَ أَصَابِعَهُ وَتَشَهَّدَ) وَهَلْ يُشِيرُ بِالمُسَبَّحَةِ إِذَا انْتَهَى إِلَى الشَّهَادَةِ أَوْ لَا؟ لَمْ يَذْكُرْهُ، فَمِنْ الْمَشَايِخِ مَنْ يَقُولُ بَأَنَّهُ لَا يُشِيرُ؛ لَأَنَّ فِي الْإِشَارَةِ زِيَادَةً رَفَعَ لَا يُحْتَاجُ إِلَيْهَا فَالتَّرْكَ أَوْلَى؛ لَأَنَّ مَبْنَى الصَّلَاةِ عَلَى السَّكِينَةِ وَالْوَقَارِ، وَمِنْهُمْ مَنْ يَقُولُ يُشِيرُ بِهَا، وَقَدْ نَصَّ مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ عَلَى هَذَا فِي كِتَابِ الْمُسَبَّحَةِ، حَدَّثَنَا عَنْ «رَسُولِ اللَّهِ ﷺ أَنَّهُ كَانَ يَفْعَلُ ذَلِكَ: أَيْ يُشِيرُ، ثُمَّ قَالَ: نَصْنَعُ بِصَنِيعِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَنَأْخُذُ بِفَعْلِهِ». وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَوْلُنَا ثُمَّ كَيْفَ يُشِيرُ؟ قَالَ: يَقْبِضُ أَصْبَعَهُ الْخَنَصَرَ وَالَّتِي تَلِيهَا وَيُحَلِّقُ الْوُسْطَى مَعَ الْإِبْهَامِ وَيُشِيرُ بِسَبَابَتِهِ، وَكَلَامُ الْمُصَنِّفِ وَهُوَ قَوْلُهُ: (وَلَأَنَّ فِيهِ تَوْجِيهَ أَصَابِعِ يَدَيْهِ إِلَى الْقِبْلَةِ) يُشِيرُ إِلَى أَنَّهُ لَا يُحَلِّقُ شَيْئًا مِنَ الْأَصَابِعِ.

(وَالْتَشَهُدُ التَّحِيَّاتُ لِلَّهِ وَالصَّلَوَاتُ وَالطَّيِّبَاتُ، السَّلَامُ عَلَيْكَ أَيُّهَا النَّبِيُّ (إِلَخ) وَهَذَا تَشَهُدُ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ مَسْعُودٍ ؓ فَإِنَّهُ قَالَ "أَخَذَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بِيَدَيَّ وَعَلَّمَنِي التَّشَهُدَ كَمَا كَانَ يُعَلِّمُنِي سُورَةَ مِنَ الْقُرْآنِ وَقَالَ: قُلِ التَّحِيَّاتُ لِلَّهِ" ^(١) (إِلَخ، وَالْأَخْذُ بِهَذَا أَوْلَى مِنَ الْأَخْذِ بِتَشَهُدِ ابْنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا وَهُوَ قَوْلُهُ "التَّحِيَّاتُ الْمُبَارَكَاتُ الصَّلَوَاتُ الطَّيِّبَاتُ لِلَّهِ، سَلَامٌ عَلَيْكَ أَيُّهَا النَّبِيُّ وَرَحْمَةُ اللَّهِ وَبَرَكَاتُهُ، سَلَامٌ عَلَيْنَا" (إِلَخ، لَأَنَّ فِيهِ الْأَمْرَ، وَأَقْلَهُ الاسْتِحْبَابِ، وَالْأَلْفُ وَاللَّامُ وَهُمَا لِلِاسْتِغْرَاقِ، وَزِيَادَةُ الْوَاوِ وَهِيَ لِتَجْدِيدِ الْكَلَامِ كَمَا فِي الْقَسَمِ وَتَاكِيدِ التَّعْلِيمِ (وَلَا يَزِيدُ عَلَى هَذَا فِي الْقَعْدَةِ الْأُولَى) «لَقَوْلِ ابْنِ مَسْعُودٍ عَلَّمَنِي رَسُولُ اللَّهِ ﷺ التَّشَهُدَ فِي وَسْطِ الصَّلَاةِ وَأَخْرَجَهَا، فَإِذَا كَانَ وَسْطُ

(١) أخرجه البخاري في الأذان باب ١٤٨، ١٥٠، والعمل في الصلاة باب ٤، ومسلم في الصلاة

الصَّلَاةِ نَهَضَ إِذَا فَرَغَ مِنَ الشَّهَادَةِ وَإِذَا كَانَ آخِرَ الصَّلَاةِ دَعَا لِنَفْسِهِ بِمَا شَاءَ.".

الشرح:

قَالَ (وَالشَّهَادَةُ: التَّحِيَّاتُ لِلَّهِ الْإِلَهِ) اعْلَمْ أَنَّ لِعُمَرَ عليه السلام شَهَادَةً وَلِعَلِي عليه السلام شَهَادَةً وَلِعَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا شَهَادَةٌ وَلِعَبْدِ اللَّهِ بْنِ مَسْعُودٍ عليه السلام شَهَادَةٌ وَلِعَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا شَهَادَةٌ وَلِجَابِرٍ عليه السلام شَهَادَةٌ وَلِغَيْرِهِمْ أَيْضًا شَهَادَةٌ، وَعَلَمَّاؤُنَا أَخَذُوا بِشَهَادَةِ ابْنِ مَسْعُودٍ وَالشَّافِعِيُّ بِشَهَادَةِ ابْنِ عَبَّاسٍ، وَهُوَ مَا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ: التَّحِيَّاتُ الْمُبَارَكَاتُ الصَّلَوَاتُ الطَّيِّبَاتُ لِلَّهِ، سَلَامٌ عَلَيْكَ أَيُّهَا النَّبِيُّ وَرَحْمَةُ اللَّهِ وَبَرَكَاتُهُ، سَلَامٌ عَلَيْنَا وَعَلَى عِبَادِ اللَّهِ الصَّالِحِينَ، أَشْهَدُ أَنْ لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ وَأَشْهَدُ أَنَّ مُحَمَّدًا رَسُولُ اللَّهِ. قَالَ: وَالْأَخْذُ بِمَا رَوَاهُ ابْنُ عَبَّاسٍ عليه السلام أَوَّلَى لَوُجُوهِ أَرْبَعَةٍ أَحَدُهَا: أَنَّ فِيهِ زِيَادَةَ كَلِمَةٍ وَهِيَ الْمُبَارَكَاتُ. وَالثَّانِي: أَنَّهُ مُوَافِقٌ لِلْقُرْآنِ عَلَى مَا قَالَ تَعَالَى: ﴿تَحِيَّاتٌ مِّنْ عِنْدِ اللَّهِ مُبَرَكَاتٌ طَيِّبَةٌ﴾ [النور: ٦١] وَالثَّالِثُ: أَنَّهُ ذَكَرَ السَّلَامَ بِغَيْرِ الْأَلْفِ وَاللَّامِ، وَأَكْثَرُ تَسْلِيمَاتِ الْقُرْآنِ مَذْكُورٌ بِغَيْرِ الْأَلْفِ وَاللَّامِ، قَالَ اللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى: ﴿سَلِّمْ عَلَيْكُمْ طِبْتُمْ﴾ [الزمر: ٧٣]. ﴿قَالُوا سَلِّمْ﴾ [هود: ٦٩]. ﴿قَالَ سَلِّمْ﴾ [هود: ٦٩]. ﴿وَسَلِّمْ عَلَيْهِ يَوْمَ وُلِدَ﴾ [مریم: ١٥] وَأَشْرَفُ الْكَلَامِ مَا وَافَقَ الْقُرْآنَ. وَالرَّابِعُ أَنَّهُ مُتَأَخِّرٌ عَنْ خَبَرِ ابْنِ مَسْعُودٍ؛ لِأَنَّ ابْنَ عَبَّاسٍ كَانَ صَغِيرَ السِّنِّ فَكَانَ يُنْقَلُ مَا تَأَخَّرَ مِنَ الشَّرْعِ، وَأَصْحَابُنَا رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ قَالُوا: «الْأَخْذُ بِشَهَادَةِ ابْنِ مَسْعُودٍ وَهُوَ: التَّحِيَّاتُ لِلَّهِ وَالصَّلَوَاتُ وَالطَّيِّبَاتُ، السَّلَامُ عَلَيْكَ أَيُّهَا النَّبِيُّ وَرَحْمَةُ اللَّهِ وَبَرَكَاتُهُ، السَّلَامُ عَلَيْنَا وَعَلَى عِبَادِ اللَّهِ الصَّالِحِينَ، أَشْهَدُ أَنْ لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ وَأَشْهَدُ أَنَّ مُحَمَّدًا عَبْدُهُ وَرَسُولُهُ أَوَّلَى بَوُجُوهِ، ذَكَرَ بَعْضُهَا فِي الْكِتَابِ فَإِنَّهُ قَالَ أَخَذَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بِيَدَيَّ وَعَلَّمَنِي الشَّهَادَةَ كَمَا كَانَ يَعْلَمُنِي سُورَةَ مِنَ الْقُرْآنِ وَقَالَ قُلْ: التَّحِيَّاتُ لِلَّهِ» الْخُ فَقَوْلُهُ: قُلْ أَمْرٌ وَأَقْلُ مَرْتَبَتِهِ الِاسْتِحْبَابُ.

وَقَوْلُهُ: السَّلَامُ عَلَيْكَ بِالْأَلْفِ وَاللَّامِ يُفِيدُ الِاسْتِعْرَاقَ. وَقَوْلُهُ: وَالصَّلَوَاتُ بِالْوَاوِ يُفِيدُ تَجْدِيدَ الْكَلَامِ كَمَا فِي الْقَسَمِ. وَقَوْلُهُ: أَخَذَ بِيَدَيَّ وَعَلَّمَنِي يُفِيدُ زِيَادَةَ تَأْكِيدِ وَقْوَةِ فَذَلِكَ أَرْبَعَةٌ أَوْجُه. وَقَدْ ذَكَرَ وَجُوهٌ أُخْرَى: مِنْهَا أَنَّ قَوْلَهُ التَّحِيَّاتُ عَامٌّ يَتَنَاوَلُ كُلَّ قُرْبَةٍ الصَّلَاةِ وَغَيْرَهَا، فَإِذَا قَالَ الصَّلَوَاتُ بِغَيْرِ الْوَاوِ صَارَ تَخْصِيصًا وَيَبَيَّنُ أَنَّهُ أَرَادَ بِهِ الصَّلَوَاتِ

لَا غَيْرُ وَمَتَّى قَالَ بِالْوَاوِ يَنْقُيَ الْأَوَّلُ عَامًّا فَيَكُونُ أُبْلَغَ فِي الثَّنَاءِ فَكَانَ أَوْلَى. وَمِنْهَا تَقْدِيمُ اسْمِ اللَّهِ تَعَالَى، فَإِنَّهُ إِذَا قُدِّمَ عِلْمُ الْمَمْدُوحِ فِي ابْتِدَاءِ الْكَلَامِ وَمَتَّى أُخِّرَ كَانَ مُحْتَمَلًا، وَإِزَالَةُ الْاِحْتِمَالِ بِأَوَّلِ الْكَلَامِ أَوْلَى. وَمِنْهَا أَنَّهُ عُلِّقَ بِهِ تِمَامُ الصَّلَاةِ فَذَلَّ عَلَى أَنَّ التَّمَامَ لَا يُوجَدُ بِذَوْنِهِ. وَمِنْهَا أَنَّ تَشْهَدَ ابْنِ مَسْعُودٍ أَحْسَنُهَا إِسْنَادًا هَكَذَا قَالَهُ أُمَّةُ الْحَدِيثِ. وَمِنْهَا أَنَّ عَامَّةَ الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ أَخَذُوا بِتَشْهَدِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، فَإِنَّهُ رَوَى أَنَّ أَبَا بَكْرٍ رضي الله عنه عَلَّمَ النَّاسَ عَلَى مَنِيرِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ التَّشْهَدَ مِثْلَ مَا قَالَهُ ابْنُ مَسْعُودٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، هَكَذَا رَوَى سَلْمَانَ الْفَارِسِيُّ وَابْنُ جَابِرٍ وَمُعَاوِيَةُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ. وَمِنْهَا اشْتِمَالُ تَشْهَدِهِ عَلَى لَفْظِ الْعَبْدِ الَّذِي تَدُلُّ عَلَى مَا يَدُلُّ مِنْ كَمَالِ الْحَالِ.

قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿سُبْحَنَ الَّذِي أَسْرَى بِعَبْدِهِ﴾ [الإسراء: ١] ذَكَرَهُ بِلَفْظِ الْعَبْدِ فِي الْمَوْضِعِ الَّذِي هُوَ بَيَّانُ أَعْلَى مَرَاتِبِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ. وَمِنْهَا حُسْنُ ضَبْطِهِ، فَإِنَّ أَبَا حَنِيفَةَ رضي الله عنه قَالَ: أَخَذَ حَمَّادٌ بِيَدِي، وَقَالَ حَمَّادٌ أَخَذَ إِبْرَاهِيمُ بِيَدِي، وَقَالَ إِبْرَاهِيمُ: أَخَذَ عَلْقَمَةُ بِيَدِي، وَقَالَ عَلْقَمَةُ أَخَذَ ابْنُ مَسْعُودٍ بِيَدِي، وَقَالَ ابْنُ مَسْعُودٍ أَخَذَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بِيَدِي وَعَلَّمَنِي التَّشْهَدَ. وَالْجَوَابُ عَنْ قَوْلِهِ فِيهِ زِيَادَةُ كَلِمَةِ أَنَّ الزِّيَادَةَ لَوْ كَانَتْ مُرْجِّحَةً كَانَ تَشْهَدُ جَابِرٍ أَوْلَى؛ لِأَنَّ فِيهِ زِيَادَةَ «بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ»، وَفِي خَبَرِنَا زِيَادَةَ الْوَاوِ أَوْ الْأَلِفِ وَاللَامِ، وَقَوْلُهُ: عَبْدُهُ فَكَانَ أَوْلَى. وَعَنْ قَوْلِهِ يُوَافِقُ الْقُرْآنَ أَنَّهُ لَيْسَ بِمُرْجِّحٍ؛ لِأَنَّ قِرَاءَةَ الْقُرْآنِ فِي الْقَعْدَةِ مَكْرُوهَةٌ فَكَيْفَ يُسْتَحَبُّ مَا يُوَافِقُهُ.

وَعَنْ قَوْلِهِ أَكْثَرُ التَّسْلِيمَاتِ بغيرِ الْأَلِفِ وَاللَامِ أَنَّهُ يَسْتَلْزِمُ الْمَوَافَقَةَ وَقَدْ قُلْنَا إِنَّهَا مَكْرُوهَةٌ عَلَى أَنَّ السَّلَامَ فِي الْقُرْآنِ جَاءَ بِالْأَلِفِ وَاللَامِ أَيْضًا، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿وَالسَّلَامُ عَلَى يَوْمٍ وُلِدْتُ﴾ [مریم: ٣٣]. ﴿وَالسَّلَامُ عَلَى مَنْ آتَبَعَ الْهُدَى﴾ [طه: ٤٧] وَعَنْ قَوْلِهِ: إِنَّ خَبَرَ ابْنِ عَبَّاسٍ مُتَأَخِّرٌ أَنَّهُ لَيْسَ كَذَلِكَ. رَوَى الْكَرْخِيُّ فِي حَدِيثِ ابْنِ مَسْعُودٍ قَالَ: كُنَّا نَقُولُ فِي أَوَّلِ الْإِسْلَامِ: التَّحِيَّاتُ الطَّاهِرَاتُ الْمُبَارَكَاتُ الرَّائِيَّاتُ. فَذَلَّ عَلَى أَنَّ خَبَرَهُ مُتَأَخِّرٌ عَمَّا رَوَاهُ ابْنُ عَبَّاسٍ.

وَقَوْلُهُ: لِأَنَّ ابْنَ عَبَّاسٍ يَرَوِي آخِرَ السُّنَنِ لَيْسَ بِشَيْءٍ؛ لِأَنَّ أَحَدًا لَمْ يُرْجِّحْ رِوَايَةَ أَصَاغِرِ الصَّحَابَةِ عَلَى أَكْبَرِهِمْ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ، وَلِأَنَّ ابْنَ مَسْعُودٍ وَإِنْ تَقَدَّمَ هِجْرَتُهُ

فَقَدْ دَامَتْ صُحْبَتُهُ إِلَى أَنْ قُبِضَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ. وَقِيلَ فِي تَفْسِيرِ التَّحِيَّاتِ: التَّحِيَّاتُ أَيُّ الْعِبَادَاتِ الْقَوْلِيَّةُ لِلَّهِ، وَالصَّلَوَاتُ: أَيُّ الْعِبَادَاتِ الْبَدَنِيَّةُ لِلَّهِ، وَالطَّيِّبَاتُ: أَيُّ الْعِبَادَاتِ الْمَالِيَّةُ لِلَّهِ، وَقَوْلُهُ: السَّلَامُ عَلَيْكَ: حِكَايَةُ السَّلَامِ الَّذِي رَدَّهُ اللَّهُ تَعَالَى عَلَى نَبِيِّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ لَيْلَةَ الْمِعْرَاجِ لَمَّا أَتَى عَلَى اللَّهِ بِثَلَاثَةِ أَشْيَاءَ رَدَّ اللَّهُ عَلَيْهِ فِي مُقَابَلِهَا ثَلَاثَةَ أَشْيَاءَ: السَّلَامُ بِمُقَابَلَةِ التَّحِيَّاتِ، وَالرَّحْمَةُ بِمُقَابَلَةِ الصَّلَوَاتِ، وَالْبَرَكَةُ بِمُقَابَلَةِ الطَّيِّبَاتِ.

وَالْبَرَكَةُ: هِيَ التَّمَاءُ وَالزِّيَادَةُ. وَقَوْلُهُ: (وَلَا يَزِيدُ عَلَى هَذَا) أَيُّ عَلَى مَقْدَارِ الشَّهْدِ، وَقَالَ الشَّافِعِيُّ فِي الْجَدِيدِ: تُسَنُّ الصَّلَاةُ عَلَى النَّبِيِّ (فِي الْقَعْدَةِ الْأُولَى) لِحَدِيثِ أُمِّ سَلَمَةَ " «فِي كُلِّ رُكْعَتَيْنِ تَشْهَدُ وَسَلَامٌ عَلَى الْمُرْسَلِينَ» " وَلَنَا قَوْلُ «ابْنِ مَسْعُودٍ: عَلَّمَنِي رَسُولُ اللَّهِ ﷺ الشَّهْدَ فِي وَسْطِ الصَّلَاةِ وَآخِرَهَا، فَإِذَا كَانَ فِي وَسْطِ الصَّلَاةِ نَهَضَ إِذَا فَرَغَ مِنَ الشَّهْدِ، وَإِذَا كَانَ آخِرَ الصَّلَاةِ دَعَا لِنَفْسِهِ بِمَا شَاءَ»، وَمَا رَوَاهُ مَحْمُولٌ عَلَى التَّطَوُّعِ، فَإِنَّ كُلَّ شَفْعٍ مِنَ التَّطَوُّعِ صَلَاةٌ عَلَى حِدَةٍ أَوْ مُرَادُهُ سَلَامُ الشَّهْدِ.

(وَيَقْرَأُ فِي الرُّكْعَتَيْنِ الْأُخْرَيَيْنِ بِفَاتِحَةِ الْكِتَابِ وَحَدَّهَا) لِحَدِيثِ أَبِي قَتَادَةَ " «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَرَأَ فِي الْأُخْرَيَيْنِ بِفَاتِحَةِ الْكِتَابِ» " وَهَذَا بَيَانُ الْأَفْضَلِ هُوَ الصَّحِيحُ، لِأَنَّ الْقِرَاءَةَ فَرَضٌ فِي الرُّكْعَتَيْنِ عَلَى مَا يَأْتِيكَ مِنْ بَعْدِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

الشرح:

قَالَ (وَيَقْرَأُ فِي الرُّكْعَتَيْنِ الْأُخْرَيَيْنِ فَاتِحَةَ الْكِتَابِ وَحَدَّهَا) لِحَدِيثِ أَبِي قَتَادَةَ وَهُوَ مَا رَوَى الْبُخَارِيُّ فِي صَحِيحِهِ بِإِسْنَادِهِ إِلَى أَبِي قَتَادَةَ " «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ كَانَ يَقْرَأُ فِي الظُّهْرِ فِي الْأُولَيْنِ بِأَمِّ الْكِتَابِ وَسُورَتَيْنِ، وَفِي الْأُخْرَيَيْنِ بِأَمِّ الْكِتَابِ» " وَهَذَا بَيَانٌ لِلْأَفْضَلِ. قَوْلُهُ: (هُوَ الصَّحِيحُ) اخْتِرَازٌ عَمَّا رَوَى الْحَسَنُ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الْقِرَاءَةَ فِي الْأُخْرَيَيْنِ وَاجِبَةٌ حَتَّى لَوْ تَرَكَهَا سَاهِيًا لَزِمَهُ سُجُودُ السَّهْوِ؛ لِأَنَّ الْقِيَامَ فِي الْأُخْرَيَيْنِ مَقْصُودٌ فَيَكْرَهُ إِخْلَاؤُهُ عَنِ الذِّكْرِ وَالْقِرَاءَةِ جَمِيعًا كَمَا فِي الرُّكُوعِ وَالسُّجُودِ. وَوَجْهُ الصَّحِيحِ مَا ذَكَرَهُ أَنَّ الْقِرَاءَةَ فَرَضٌ فِي الرُّكْعَتَيْنِ عَلَى مَا يَأْتِيكَ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى بَعْدُ.

(وَجَلَسَ فِي الْأَخِيرَةِ كَمَا جَلَسَ فِي الْأُولَى) لَمَّا رَوَيْنَا مِنْ حَدِيثِ وَائِلٍ وَعَائِشَةَ

رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا، وَلَئِنَّهَا أَشَقُّ عَلَى الْبَدَنِ، فَكَانَ أَوَّلَى مِنَ التَّوَرُّكِ الَّذِي يَمِيلُ إِلَيْهِ مَالِكٌ رَحِمَهُ اللَّهُ، وَالَّذِي يَرْوِيهِ «أَنَّهُ ﷺ قَعَدَ مُتَوَرِّكًا» ضَعْفَهُ الطَّحَاوِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ، أَوْ يُحْمَلُ عَلَى حَالَةِ الْكِبَرِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَجَلَسَ فِي الْأَخِيرَةِ كَمَا جَلَسَ فِي الْأَوَّلَى) قِيلَ إِنَّمَا قَالَ فِي الْأَخِيرَةِ لِيَتَنَاوَلَ قَعْدَةَ الْعَجَزِ وَقَعْدَةَ الْمُسَافِرِ، وَلَيْسَ بَوَاضِحٌ؛ لِأَنَّ قَوْلَهُ كَمَا جَلَسَ فِي الْأَوَّلَى يَنْبُو عَنْ ذَلِكَ. وَقَوْلُهُ: (لَمَّا رَوَيْنَا مِنْ حَدِيثِ وَائِلٍ) بَنِ حُجْرٍ يُرِيدُ بِهِ قَوْلَهُ يُرَوَى ذَلِكَ فِي حَدِيثِ وَائِلٍ بَنِ حُجْرٍ. وَقَوْلُهُ: (وَعَائِشَةَ) أَيِ حَدِيثِ عَائِشَةَ. وَقَوْلُهُ: هَكَذَا وَصَفَتْ عَائِشَةُ فُعُودَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ. وَقَوْلُهُ: (وَلَئِنَّهَا) أَيِ الْجَلْسَةِ عَلَى تِلْكَ الصِّفَةِ (أَشَقُّ عَلَى الْبَدَنِ) مِنَ التَّوَرُّكِ الَّذِي يَمِيلُ إِلَيْهِ مَالِكٌ، قَالَ مَالِكٌ: الْمُسْتَوْنُ فِي الْقَعْدَةِ أَنْ يَقْعُدَ مُتَوَرِّكًا بِأَنْ يُخْرِجَ رِجْلَيْهِ مِنْ جَانِبٍ وَيُقْضَى بِأَلْيَتَيْهِ إِلَى الْأَرْضِ فِي الْقَعْدَتَيْنِ جَمِيعًا مَا كَانَ أَشَقُّ فَهُوَ أَفْضَلُ، وَالَّذِي يَرْوِيهِ مَالِكٌ «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَعَدَ مُتَوَرِّكًا» ضَعْفَهُ الطَّحَاوِيُّ، قَالَ: هَذَا مِنْ حَدِيثِ عَبْدِ الْحَمِيدِ بْنِ جَعْفَرٍ وَهُوَ ضَعِيفٌ عِنْدَ ثِقَلَةِ الْحَدِيثِ، وَلَنْ صَحَّ كَانَ مَحْمُولًا عَلَى الْكِبَرِ.

(وَتَشْهَدُ وَهُوَ وَاجِبٌ عِنْدَنَا وَصَلَّى عَلَى النَّبِيِّ ﷺ) وَهُوَ لَيْسَ بِفَرِيضَةٍ عِنْدَنَا خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ فِيهِمَا لِقَوْلِهِ ﷺ "«إِذَا قُلْتَ هَذَا أَوْ فَعَلْتَ فَقَدْ تَمَّتْ صَلَاتُكَ، إِنْ شِئْتَ أَنْ تَقُومَ فَقُمْ، وَإِنْ شِئْتَ أَنْ تَقْعُدَ فَاقْعُدْ» وَالصَّلَاةُ عَلَى النَّبِيِّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ خَارِجُ الصَّلَاةِ وَاجِبَةٌ، إِمَّا مَرَّةً وَاحِدَةً كَمَا قَالَهُ الْكَرْخِيُّ، أَوْ كُلَّمَا ذُكِرَ ﷺ كَمَا اخْتَارَهُ الطَّحَاوِيُّ فَكُفِينَا مُؤَنَةَ الْأَمْرِ، وَالْفَرْضُ الْمَرْوِيُّ فِي التَّشْهَدِ هُوَ التَّقْدِيرُ.

الشرح:

قَوْلُهُ: (وَتَشْهَدُ) مَعْطُوفٌ عَلَى قَوْلِهِ جَلَسَ (وَهُوَ وَاجِبٌ عِنْدَنَا، وَصَلَّى عَلَى النَّبِيِّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ وَهُوَ لَيْسَ بِفَرَضٍ عِنْدَنَا خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ فِيهِمَا) أَيِ فِي قِرَاءَةِ التَّشْهَدِ وَالصَّلَاةِ عَلَى النَّبِيِّ فَإِنَّهُمَا فَرَضَانِ عِنْدَهُ. أَمَّا التَّشْهَدُ فَلَمَّا رَوَاهُ «ابْنُ مَسْعُودٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ» كُنَّا نَقُولُ قَبْلَ أَنْ يُفَرَضَ عَلَيْنَا التَّشْهَدُ السَّلَامُ عَلَى اللَّهِ السَّلَامُ عَلَى جِبْرِيلَ وَمِيكَائِيلَ، فَقَالَ النَّبِيُّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: قُولُوا التَّحِيَّاتُ لِلَّهِ، إِلَى أَنْ قَالَ فِي

آخِرِهِ: إِذَا قُلْتَ هَذَا أَوْ فَعَلْتَ هَذَا فَقَدْ تَمَّتْ صَلَاتُكَ» أَطْلَقَ اسْمَ الْفَرَضِ عَلَى التَّشَهُّدِ وَقَالَ لَهُ قُلْ، وَالْأَمْرُ لِلْوُجُوبِ، وَعَلَّقَ التَّمَامَ بِهِ فَلَا يَتِمُّ بِدُونِهِ، وَأَمَّا الصَّلَاةُ عَلَى النَّبِيِّ ﷺ فَلَقَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿صَلُّوا عَلَيْهِ﴾ [الأحزاب: ٥٦] وَالْأَمْرُ لِلْوُجُوبِ، وَلَا وَجُوبَ خَارِجِ الصَّلَاةِ فَكَانَ فِيهَا.

وَلَنَا عَلَى عَدَمِ فَرَضِيَّةِ التَّشَهُّدِ حَدِيثُ ابْنِ مَسْعُودٍ، فَإِنَّهُ عَلَّقَ عَلَى التَّمَامِ بِأَحَدِ الْأَمْرَيْنِ، وَأَجْمَعْنَا عَلَى أَنَّ التَّمَامَ مُعَلَّقٌ بِالْقَعْدَةِ فَإِنَّهُ لَوْ تَرَكَهَا لَمْ تُجْزِهِ فَلَا يَتَعَلَّقُ بِالثَّانِي لِيَتَحَقَّقَ التَّخْيِيرُ، فَإِنَّ مُوجِبَ التَّخْيِيرِ بَيْنَ الشَّيْئَيْنِ الْإِثْنَانُ بِأَحَدِهِمَا، وَكَذَلِكَ عَلَى عَدَمِ فَرَضِيَّةِ الصَّلَاةِ عَلَى النَّبِيِّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ؛ لِأَنَّهُ عَلَّقَ بِأَحَدِهِمَا، فَسَنَ عَلَّقَ بِثَلَاثٍ غَيْرِهِمَا وَهُوَ الصَّلَاةُ عَلَى النَّبِيِّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ فَقَدْ خَالَفَ النَّصَّ. وَالْجَوَابُ عَنْ اسْتِدْلَالِهِ بِالْحَدِيثِ أَنَّ مَعْنَى الْفَرَضِ التَّقْدِيرُ: أَيُّ قَبْلَ أَنْ يُقَدَّرَ التَّشَهُّدُ، وَالْأَمْرُ صَدَرَ عَلَى سَبِيلِ التَّعْلِيمِ فَلَا يُفِيدُ الْفَرَضِيَّةَ، فَإِنَّهُ لَمْ يَعُدَّهَا فِي بَعْضِ الْكَلِمَاتِ. فَإِنَّ الْفَرَضَ عِنْدَهُمْ خَمْسُ كَلِمَاتٍ، وَقَدْ أَجَبْنَا عَنْ قَوْلِهِ عَلَّقَ التَّمَامَ بِهِ أَنْفًا، وَعَنْ الْآيَةِ أَنَّا لَا نُسَلِّمُ أَنَّهُ لَا وَجُوبَ لَهَا خَارِجَ الصَّلَاةِ فَإِنَّهَا وَاجِبَةٌ فِيهِ، إِمَّا مَرَّةً وَاحِدَةً كَمَا ذَكَرَهُ الْكَرْخِيُّ، أَوْ كُلَّمَا ذَكَرَ النَّبِيَّ ﷺ كَمَا اخْتَارَهُ الطَّحَاوِيُّ، فَكُنْهِمَا مُؤَنَّةُ الْأَمْرِ؛ لِأَنَّ الْوُجُوبَ الَّذِي يَقْتَضِيهِ الْأَمْرُ قَدْ حَصَلَ، فَإِنَّهُ لَا تَدُلُّ الْآيَةُ عَلَى كَوْنِهَا فِي الصَّلَاةِ الْبَتَّةَ وَهُوَ مُخْتَارُ صَاحِبِ التُّحْفَةِ وَقَوْلُ الْكَرْخِيِّ مُخْتَارُ شَمْسِ الْأُئِمَّةِ وَكَيْفِيَّةِ الصَّلَاةِ عَلَى النَّبِيِّ ﷺ أَنَّ يَقُولُ: اللَّهُمَّ صَلِّ عَلَى مُحَمَّدٍ وَعَلَى آلِ مُحَمَّدٍ كَمَا صَلَّيْتَ عَلَى إِبْرَاهِيمَ وَعَلَى آلِ إِبْرَاهِيمَ وَبَارِكْ عَلَى مُحَمَّدٍ وَعَلَى آلِ مُحَمَّدٍ كَمَا بَارَكْتَ عَلَى إِبْرَاهِيمَ وَعَلَى آلِ إِبْرَاهِيمَ إِنَّكَ حَمِيدٌ مَجِيدٌ. كَذَا نَقَلَ عَيْسَى بْنُ أَبَانَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْحَسَنِ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ. وَعَنْ «عَلِيٍّ وَابْنِ مَسْعُودٍ وَابْنِ عَبَّاسٍ وَجَابِرٍ أَنَّهُمْ قَالُوا لِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ: عَرَفْنَا السَّلَامَ عَلَيْكَ، فَكَيْفَ الصَّلَاةُ عَلَيْكَ؟ فَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: قُولُوا اللَّهُمَّ صَلِّ عَلَى مُحَمَّدٍ وَعَلَى آلِ مُحَمَّدٍ، وَبَارِكْ عَلَى مُحَمَّدٍ وَعَلَى آلِ مُحَمَّدٍ، وَارْحَمْ مُحَمَّدًا وَآلَ مُحَمَّدٍ، كَمَا صَلَّيْتَ وَبَارَكْتَ وَتَرَحَّمْتَ عَلَى إِبْرَاهِيمَ وَعَلَى آلِ إِبْرَاهِيمَ فِي الْعَالَمِينَ إِنَّكَ حَمِيدٌ مَجِيدٌ»^(١) وَحُكِيَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّهُ كَانَ يَقُولُ:

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٣٧٩/٢)، والزيلعي في نصب الراية (٤٢٧/١).

نَحْنُ أَمْرُنَا بِتَعْظِيمِ الْأَنْبِيَاءِ وَتَوْفِيرِهِمْ. وَفِي قَوْلِهِ وَارْحَمَ مُحَمَّدًا نَوْعُ ظَنٍّ بِالتَّقْصِيرِ، وَإِلَيْهِ ذَهَبَ شَيْخُ الْإِسْلَامِ فَتَرَكَ ذَلِكَ.

وَقَالَ شَمْسُ الْأَيْمَةِ السَّرْحَسِيُّ إِنَّهُ لَا بَأْسَ بِهِ؛ لِأَنَّ الْأَثَرَ وَرَدَ بِهِ مِنْ طَرِيقِ أَبِي هُرَيْرَةَ، وَلَا عَثَبَ عَلَى مَنْ اتَّبَعَ الْأَثَرَ؛ وَلِأَنَّ أَحَدًا لَا يَسْتَعْنِي عَنْ رَحْمَةِ اللَّهِ. وَقَوْلُهُ: (وَالْفَرَضُ الْمَرْيُ) إشارَةً إِلَى مَا ذَكَرْنَا مِنَ الْجَوَابِ عَنْ اسْتِدْلَالِهِ.

قَالَ (وَدَعَا بِمَا شَاءَ مِمَّا يُشَبِّهُه أَلْفَاظَ الْقُرْآنِ وَالْأُدْعِيَةِ الْمَأْثُورَةِ) لَمَّا رَوَيْنَا مِنْ حَدِيثِ «ابْنِ مَسْعُودٍ رضي الله عنه قَالَ لَهُ النَّبِيُّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ ثُمَّ اخْتَرَ مِنَ الدُّعَاءِ أَطْيَبَهُ وَأَعْجَبَهُ إِلَيْكَ» وَيَبْدَأُ بِالصَّلَاةِ عَلَى النَّبِيِّ ﷺ لِيَكُونَ أَقْرَبَ إِلَى الْإِجَابَةِ (وَلَا يَدْعُو بِمَا يُشَبِّهُه كَلَامَ النَّاسِ) تَحَرُّزًا عَنِ الْفَسَادِ، وَلِهَذَا يَأْتِي بِالْمَأْثُورِ الْمَحْفُوظِ وَمَا لَا يَسْتَحِيلُ سُؤَالُهُ مِنَ الْعِبَادِ كَقَوْلِهِ اللَّهُمَّ زَوِّجْنِي فَلَانَةً يُشَبِّهُه كَلَامُهُمْ وَمَا يَسْتَحِيلُ كَقَوْلِهِ اللَّهُمَّ اغْفِرْ لِي لَيْسَ مِنْ كَلَامِهِمْ، وَقَوْلُهُ اللَّهُمَّ ارْزُقْنِي مِنْ قَبِيلِ الْأَوَّلِ هُوَ الصَّحِيحُ لِاسْتِعْمَالِهَا فِيمَا بَيْنَ الْعِبَادِ، يُقَالُ رَزَقَ الْأَمِيرُ الْجَيْشَ.

الشرح:

قَالَ (وَدَعَا بِمَا يُشَبِّهُه أَلْفَاظَ الْقُرْآنِ وَالْأُدْعِيَةِ الْمَأْثُورَةِ) هَذَا مَعْطُوفٌ عَلَى قَوْلِهِ وَصَلَّى عَلَى النَّبِيِّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ وَمَا يُشَبِّهُه أَلْفَاظَ الْقُرْآنِ مِثْلُ أَنْ يَقُولَ اللَّهُمَّ اغْفِرْ لِي وَلِوَالِدَيَّ، وَمِثْلُ قَوْلِهِ وَاغْفِرْ لِأَبِي، وَالْأُدْعِيَةُ الْمَأْثُورَةُ تَجُوزُ بِالنَّصْبِ عَطْفًا عَلَى أَلْفَاظِ وَبِالْجَرِّ عَطْفًا عَلَى الْقُرْآنِ، وَالْمَأْثُورَةُ هِيَ الْمَرْوِيَّةُ عَنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ، مِنْهَا مَا رُوِيَ عَنْ أَبِي بَكْرٍ رضي الله عنه أَنَّهُ قَالَ لِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ: «عَلَّمَنِي يَا رَسُولَ اللَّهِ دُعَاءً أَدْعُو بِهِ فِي صَلَاتِي، فَقَالَ: قُلِ اللَّهُمَّ إِنِّي ظَلَمْتُ نَفْسِي ظُلْمًا كَثِيرًا، وَإِنَّهُ لَا يَغْفِرُ الذُّنُوبَ إِلَّا أَنْتَ فَاعْفِرْ لِي مَغْفِرَةً مِنْ عِنْدِكَ إِنَّكَ أَنْتَ الْغَفُورُ الرَّحِيمُ» ^(١) وَكَانَ ابْنُ مَسْعُودٍ يَدْعُو بِكَلِمَاتٍ مِنْهُنَّ: اللَّهُمَّ إِنِّي أَسْأَلُكَ مِنَ الْخَيْرِ كُلِّهِ مَا عَلِمْتُ مِنْهُ وَمَا لَمْ أَعْلَمْ، وَأَعُوذُ بِكَ مِنَ الشَّرِّ كُلِّهِ مَا عَلِمْتُ مِنْهُ وَمَا لَمْ أَعْلَمْ.

وَقَوْلُهُ: (لَمَّا رَوَيْنَا مِنْ حَدِيثِ ابْنِ مَسْعُودٍ) يُرِيدُ بِهِ قَوْلُهُ وَإِذَا كَانَ آخِرَ الصَّلَاةِ دَعَا لِنَفْسِهِ بِمَا شَاءَ. وَقَوْلُهُ: (وَقَالَ لَهُ النَّبِيُّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ) يَعْنِي حِينَ قَالَ لَهُ إِذَا

(١) أخرجه البخاري (٨٣٤)، ومسلم (٢٧٠٥).

قُلْتَ هَذَا إِنْخَ قَالَ لَهُ «ثُمَّ اخْتَرْ مِنَ الدُّعَاءِ أَعْجَبُهُ وَأَطْيَبُهُ إِلَيْكَ» بِتَذْكِيرِ الضَّمِيرِ وَهُوَ الْمَوْافِقُ لِمَا وَرَدَ فِي السُّنَنِ. وَفِي بَعْضِ نُسخِ الْهَدَايَةِ أَعْجَبَهَا وَأَطْيَبَهَا قَالُوا وَلَيْسَ بِشَيْءٍ، وَلَنْ صَحَّ بِالتَّائِيثِ فَعَلَى تَأْوِيلِ الدَّعَوَاتِ بِحُصُولِ الْاسْتِعْرَاقِ فِي الدُّعَاءِ بِدُخُولِ اللَّامِ، وَقِيلَ عَلَى تَأْوِيلِ الْكَلِمَاتِ.

وَقَوْلُهُ: «لِيَكُونَ أَقْرَبَ إِلَى الْإِجَابَةِ» وَذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ يُسْتَحَبُّ الدُّعَاءُ لِلنَّبِيِّ ﷺ، وَلَا يَحْسُنُ مِنَ الْكَرِيمِ أَنْ يَسْتَجِيبَ بَعْضَ الدُّعَاءِ دُونَ بَعْضٍ آخَرَ فَيَسْتَجِيبُ الْجَمِيعَ (وَلَا يَدْعُو بِمَا يُشْبِهُ كَلَامَ النَّاسِ) تَحَرُّزًا عَنْ إِفْسَادِ الْجُزْءِ الْمَلَاقِي لِكَلَامِ النَّاسِ لَا جَمِيعِ الصَّلَاةِ بِالْإِتِّفَاقِ؛ لِأَنَّ حَقِيقَةَ كَلَامِ النَّاسِ بَعْدَ التَّشَهُّدِ لَا يُفْسِدُ الصَّلَاةَ فَكَيْفَ مَا يُشْبِهُهُ، وَهَذَا عِنْدَهُمَا ظَاهِرٌ، وَكَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ؛ لِأَنَّ كَلَامَ النَّاسِ صَنِيعٌ مِنَ الْمُصَلِّي فَتَمُّ بِهِ صَلَاتُهُ فَكَانَ بِالدُّعَاءِ الَّذِي يُشْبِهُ كَلَامَ النَّاسِ بَعْدَ التَّشَهُّدِ خَارِجًا عَنِ الصَّلَاةِ لَا مُفْسِدًا لَهَا، ثُمَّ فَسَّرَ مَا يُشْبِهُ كَلَامَ النَّاسِ وَمَا لَا يُشْبِهُهُ فَقَالَ (وَمَا لَا يُسْتَحِيلُ سُؤْلُهُ مِنَ الْعِبَادِ كَقَوْلِهِ اللَّهُمَّ زَوِّجْنِي فَلَانَّهُ يُشْبِهُ كَلَامَهُمْ وَمَا يُسْتَحِيلُ كَقَوْلِهِ اللَّهُمَّ اغْفِرْ لِي لَيْسَ مِنْ كَلَامِهِمْ) وَلِقَائِلِ أَنْ يَقُولَ: بَيْنَ هَذَا التَّفْسِيرِ وَبَيْنَ مَا تَقَدَّمَ مِنْ قَوْلِهِ بِمَا يُشْبِهُ أَلْفَافَ الْقُرْآنِ مُتَافَاةً؛ لِأَنَّهُ لَوْ قَالَ اللَّهُمَّ اغْفِرْ لِأَخِي يَتَّبِعِي أَلَا يَجُوزُ نَظَرًا لِلأَوَّلِ، وَقَدْ نُقِلَ عَنْ أَبِي بَكْرٍ مُحَمَّدِ بْنِ الْفَضْلِ، وَأَنْ يَجُوزَ بِهِ نَظَرًا إِلَى الثَّانِي، وَيُمْكِنُ أَنْ يُجَابَ عَنْهُ بِأَنَّ ذَلِكَ لَيْسَ اخْتِيَارَ الْمُصَنِّفِ إِذْ لَيْسَ الْمُرَادُ أَنْ يَكُونَ أَلْفَافُ الدُّعَاءِ غَيْرَ أَلْفَافِ الْقُرْآنِ فَلَا يَمْتَنِعُ اللَّهُمَّ اغْفِرْ لِأَخِي؛ لِأَنَّهُ مِمَّا يُسْتَحِيلُ سُؤْلُهُ مِنَ النَّاسِ. وَاخْتَلَفَ فِي قَوْلِهِ اللَّهُمَّ ارْزُقْنِي، فَمِنْهُمْ مَنْ يَقُولُ لَا بَأْسَ بِهِ؛ لِأَنَّ الرَّازِقَ هُوَ اللَّهُ لَيْسَ إِلَّا، وَمِنْهُمْ مَنْ يَقُولُ تَفْسُدُ بِهِ الصَّلَاةُ، وَاخْتَارَهُ الْمُصَنِّفُ. وَفِي بَعْضِ النُّسخِ (هُوَ الصَّحِيحُ) لَا سَعْمَالَهَا فِيمَا بَيْنَ النَّاسِ يُقَالُ رَزَقَ الْأَمِيرُ الْجَيْشَ.

(ثُمَّ يُسَلِّمُ عَنْ يَمِينِهِ فَيَقُولُ: السَّلَامُ عَلَيْكُمْ وَرَحْمَةُ اللَّهِ وَعَنْ يَسَارِهِ مِثْلَ ذَلِكَ) لَمَّا رَوَى ابْنُ مَسْعُودٍ "أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ كَانَ يُسَلِّمُ عَنْ يَمِينِهِ حَتَّى يُرَى بَيَاضُ خَدِّهِ الْأَيْمَنِ وَعَنْ يَسَارِهِ حَتَّى يُرَى بَيَاضُ خَدِّهِ الْأَيْسَرِ" ^(١) (وَيَنْوِي بِالتَّسْلِيمَةِ الْأُولَى مَنْ عَنْ يَمِينِهِ مِنَ الرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ وَالْحَفَظَةِ وَكَذَلِكَ فِي الثَّانِيَةِ) لِأَنَّ الْأَعْمَالَ

(١) أخرجه أبو داود (٩٩٦)، وأحمد (٤٤٤/١)، والترمذي (٢٩٥)، والنسائي (٦٣/٣).

بِالنِّيَّاتِ، وَلَا يَنْوِي النِّسَاءَ فِي زَمَانِنَا وَلَا مَنْ لَا شَرِكَتَ لَهُ فِي صَلَاتِهِ، هُوَ الصَّحِيحُ لِأَنَّ
الْخِطَابَ حَظُّ الْحَاضِرِينَ (وَلَا بُدَّ لِلْمُقْتَدِي مِنْ نِيَّةِ إِمَامِهِ، فَإِنْ كَانَ الْإِمَامُ مِنَ الْجَانِبِ
الْأَيْمَنِ أَوِ الْأَيْسَرِ نَوَاهُ فِيهِمْ) وَإِنْ كَانَ بِحِذَائِهِ نَوَاهُ فِي الْأُولَى عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ
تَرْجِيحًا لِلْجَانِبِ الْأَيْمَنِ، وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ وَهُوَ رَوَايَةٌ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ نَوَاهُ فِيهِمَا لِأَنَّهُ ذُو حَظٍّ
مِنَ الْجَانِبَيْنِ (وَالْمُنْفَرِدُ يَنْوِي الْحَفْظَةَ لَا غَيْرَ) لِأَنَّهُ لَيْسَ مَعَهُ سِوَاهُمْ (وَالْإِمَامُ يَنْوِي
بِالتَّسْلِيمَتَيْنِ) هُوَ الصَّحِيحُ، وَلَا يَنْوِي فِي الْمَلَائِكَةِ عَدَدًا مَحْصُورًا لِأَنَّ الْأَخْبَارَ فِي عَدَدِهِمْ
قَدْ اخْتَلَفَتْ فَأَشَبَّهَ الْإِيمَانَ بِالْأَنْبِيَاءِ عَلَيْهِمُ السَّلَامُ، ثُمَّ إَصَابَتْ لَفْظِ السَّلَامِ وَاجِبَةٌ عِنْدَنَا
وَلَيْسَتْ بِفَرْضٍ خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ. هُوَ يَتَمَسَّكُ بِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ
"تَحْرِيمُهَا التَّكْبِيرُ وَتَحْلِيلُهَا التَّسْلِيمُ". وَلَنَا مَا رَوَيْنَا مِنْ حَدِيثِ ابْنِ مَسْعُودٍ رَضِيَ اللَّهُ
عَنْهُ، وَالتَّخْيِيرُ يُنَافِي الْفَرْضِيَّةَ وَالْوُجُوبَ، إِنْ أَنَا أَثْبَتْنَا الْوُجُوبَ بِمَا رَوَاهُ احْتِيَاطًا، وَبِمِثْلِهِ
لَا تَثْبُتُ الْفَرْضِيَّةُ وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (ثُمَّ يُسَلِّمُ عَنْ يَمِينِهِ فَيَقُولُ السَّلَامُ عَلَيْكُمْ وَرَحْمَةُ اللَّهِ، وَعَنْ يَسَارِهِ مِثْلَ
ذَلِكَ) التَّسْلِيمُ، وَعَلَى هَذَا الْوَجْهَ قَوْلُ جُمْهُورِ الْعُلَمَاءِ وَكِبَارِ الصَّحَابَةِ عُمَرُ وَعَلِيٌّ وَابْنُ
مَسْعُودٍ. وَرَوَى ابْنُ مَسْعُودٍ «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ كَانَ يُسَلِّمُ عَنْ يَمِينِهِ حَتَّى يُرَى بَيَاضُ خَدِّهِ
الْأَيْمَنِ، وَعَنْ يَسَارِهِ حَتَّى يُرَى بَيَاضُ خَدِّهِ الْأَيْسَرِ»^(١) وَالْأَخْذُ بِقَوْلِ كِبَارِ الصَّحَابَةِ
أَوَّلَى مِمَّا قَالَ بِهِ مَالِكٌ إِنَّهُ يُسَلِّمُ تَسْلِيمَةً وَاحِدَةً تَلْقَاءُ وَجْهَهُ لَمَّا رَوَتْ عَائِشَةُ وَسَهْلُ بْنُ
سَعْدٍ السَّاعِدِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ فَعَلَ كَذَلِكَ؛ لِأَنَّ كِبَارَ الصَّحَابَةِ كَانُوا
يَرَوْنَهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ، وَعَائِشَةُ كَانَتْ فِي صَفِّ النِّسَاءِ، وَسَهْلُ كَانَ مِنْ جُمْلَةِ
الصَّبْيَانِ، فَيَحْتَمَلُ أَنَّهُمَا لَمْ يَسْمَعَا التَّسْلِيمَةَ الثَّانِيَةَ عَلَى مَا رَوَى أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ
وَالسَّلَامُ كَانَ يُسَلِّمُ الثَّانِيَةَ أَخْفَضَ مِنَ الْأُولَى (وَيَنْوِي بِالتَّسْلِيمَةِ الْأُولَى مَنْ عَنْ يَمِينِهِ
مِنَ الرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ وَالْحَفْظَةَ) وَهَذَا وَضَعُ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ، وَفِي وَضْعِ الْأَصْلِ قُدِّمَتْ
الْحَفْظَةُ، وَلَيْسَ فِي ذَلِكَ دَلَالَةٌ عَلَى أَنَّ بَنِي آدَمَ أَفْضَلُ مِنَ الْمَلَائِكَةِ وَلَا عَكْسُهُ؛ لِأَنَّ الْوَاوَ
لُطِّلِقَ الْجَمْعَ، وَإِنَّمَا يَنْوِي عِنْدَ التَّسْلِيمَةِ؛ لِأَنَّهُ إِقَامَةٌ سُنَّةٍ فَلْيَكُنْ بِالنِّيَّةِ كَمَا فِي سَائِرِ

السُّنَنِ، وَهَكَذَا قَالُوا فِي التَّسْلِيمِ خَارِجَ الصَّلَاةِ يَنْوِي السُّنَّةَ (وَكَذَا فِي الثَّانِيَةِ) أَيِ يَنْوِي فِيهَا مَا نَوَى فِي الْأُولَى، وَقَالَ لِأَنَّ الْأَعْمَالَ بِالنِّيَّاتِ.

فَإِنْ قِيلَ: قَدْ أُبَيِّنَ اشْتِرَاطَ النِّيَّةِ فِي الْوُضُوءِ بِهَذَا الْحَدِيثِ فَكَيْفَ اسْتَدَلَّ بِهِ هَهُنَا؟ فَالْجَوَابُ إِنَّا أُبَيِّنَّا اشْتِرَاطَهَا فِيهِ لاسْتِزَامِهِ الزِّيَادَةَ عَلَى الْكِتَابِ كَمَا تَقَدَّمَ وَهَهُنَا مَا جَعَلْنَاهَا شَرْطًا، وَإِنَّمَا اسْتَدَلَّلْنَا بِظَاهِرِ لَفْظِهِ عَلَى سُنَّةٍ مَا لَا يُخَالِفُهُ كِتَابٌ وَلَا سُنَّةٌ حَتَّى يَسْتَلْزِمَ الزِّيَادَةَ. قَالَ صَدْرُ الْإِسْلَامِ: هَذَا شَيْءٌ تَرَكَهُ النَّاسُ؛ لِأَنَّهُ قَلَمًا يَنْوِي أَحَدًا شَيْئًا (وَلَا يَنْوِي النَّسَاءُ فِي زَمَانِنَا) يَعْنِي أَنَّ مَا قَالَهُ مُحَمَّدٌ مِنْ نِيَّةِ النَّسَاءِ كَانَ فِي زَمَنِهِمْ، وَأَمَّا فِي زَمَانِنَا فَلَا يَنْوِي النَّسَاءُ؛ لِأَنَّ حُضُورَهُنَّ الْجَمَاعَاتِ مَتْرُوكٌ بِإِجْمَاعِ الْمُتَأَخِّرِينَ (وَلَا مَنْ لَا شَرَكَةَ لَهُ فِي صَلَاتِهِ) مِنَ الْمُؤْمِنِينَ الْغَيْبِ.

وَقَوْلُهُ: (هُوَ الصَّحِيحُ) اخْتِرَازٌ عَمَّا قَالَ. قَالَ الْحَاكِمُ الشَّهِيدُ: إِنَّهُ يَنْوِي جَمِيعَ الرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ مَنْ يُشَارِكُهُ وَمَنْ لَا يُشَارِكُهُ لِيَكُونَ عَلَى وَفْقِ سَلَامِ التَّشَهُّدِ: يَعْنِي قَوْلُهُ السَّلَامُ عَلَيْنَا وَعَلَى عِبَادِ اللَّهِ الصَّالِحِينَ. وَوَجْهُ الصَّحِيحِ أَنَّ سَلَامَ التَّحْلِيلِ خِطَابٌ وَالْخِطَابُ حَظُّ الْحَاضِرِينَ، بِخِلَافِ سَلَامِ التَّشَهُّدِ؛ لِأَنَّهُ تَحِيَّةٌ عَامَّةٌ لِلْحُضُورِ وَالْغَيْبِ الصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِهِ عَلَى مَا قَالَ ﷺ «إِذَا قَالَ الْمُصَلِّي السَّلَامُ عَلَيْنَا وَعَلَى عِبَادِ اللَّهِ الصَّالِحِينَ أَصَابَ كُلَّ عَبْدٍ صَالِحٍ مِنْ أَهْلِ السَّمَاءِ وَالْأَرْضِ»^(١) قَالَ (وَلَا بُدَّ لِلْمُقْتَدِي مِنْ نِيَّةِ إِمَامِهِ) قِيلَ تَخْصِيصُ الْإِمَامِ بِالذِّكْرِ يُؤَيِّدُ قَوْلَ مَنْ يَقُولُ يَنْوِي مَنْ يُشَارِكُهُ فِي الصَّلَاةِ دُونَ غَيْرِهِ.

وَقَوْلُهُ: (فَإِنْ كَانَ الْإِمَامُ فِي الْجَانِبِ الْأَيْمَنِ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ: (هُوَ الصَّحِيحُ) اخْتِرَازٌ عَمَّا قَالَ بَعْضُهُمْ إِنَّ الْإِمَامَ يَنْوِي بِالتَّسْلِيمَةِ الْأُولَى لَا غَيْرُ، كَذَا ذَكَرَهُ قَاضِي خَانَ تَرْجِيحًا لِلْجَانِبِ الْأَيْمَنِ، وَالْأَصَحُّ الْجَمْعُ؛ لِأَنَّ الْجَمْعَ عِنْدَ التَّعَارُضِ مُمَكِّنٌ فَلَا يُصَارُ إِلَى التَّرْجِيحِ، وَعَمَّا قِيلَ الْإِمَامُ يَجِبُ أَنْ لَا يَنْوِي؛ لِأَنَّهُ يَجْهَرُ بِالسَّلَامِ وَيُشِيرُ إِلَيْهِمْ وَهُوَ فَوْقَ النِّيَّةِ فَلَا حَاجَةَ إِلَى النِّيَّةِ. وَقَوْلُهُ: (وَلَا يَنْوِي فِي الْمَلَائِكَةِ) يُشِيرُ إِلَى أَنَّ الْمُرَادَ بِالْحَفْظَةِ لَيْسَ الْكِرَامُ الْكَاتِبِينَ فَقَطْ كَمَا زَعَمَ بَعْضُهُمْ أَنَّهُ يَنْوِي بِهِ ذَلِكَ، وَهُمْ اثْنَانِ وَاحِدٌ عَنْ يَمِينِهِ يَكْتُبُ الْحَسَنَاتِ وَآخَرُ عَنْ يَسَارِهِ يَكْتُبُ السَّيِّئَاتِ، بَلِ الْمُرَادُ بِهَا مَنْ

مَعَهُ مِنَ الْمَلَائِكَةِ، وَلَا يَحْضُرُ فِي ذَلِكَ عَدَدًا مَعْلُومًا؛ لِأَنَّ الْأَخْبَارَ فِي عَدَدِهِمْ قَدْ اخْتَلَفَتْ.

رُويَ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ رضي الله عنه أَنَّهُ قَالَ مَعَ كُلِّ مُؤْمِنٍ خَمْسَةٌ مِنَ الْحَفَظَةِ: وَاحِدٌ عَنْ يَمِينِهِ يَكْتُبُ الْحَسَنَاتِ، وَآخَرُ عَنْ يَسَارِهِ يَكْتُبُ السَّيِّئَاتِ، وَآخَرُ أَمَامَهُ يُلْقِنُهُ الْخَيْرَاتِ، وَآخَرُ وَرَاءَهُ يَدْفَعُ عَنْهُ الْمَكَارَةَ، وَآخَرُ عِنْدَ نَاصِيَتِهِ يَكْتُبُ مَا يُصَلِّي عَلَى النَّبِيِّ صلى الله عليه وسلم يُبْلَغُهُ إِلَى الرَّسُولِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ".

وَفِي بَعْضِ الْأَخْبَارِ: مَعَ كُلِّ مُؤْمِنٍ سِتُونَ مَلَكًا، وَفِي بَعْضِهَا مِائَةٌ وَسِتُونَ، وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ فَيَتَوَبَّعُهُمْ بِدُونِ حَضَرٍ فِي عَدَدٍ فَأَشْبَهَ الْإِيمَانَ بِالْأَنْبِيَاءِ عَلَيْهِمُ السَّلَامُ تُؤْمِنُ بِكُلِّهِمْ وَلَا تَحْضُرُهُمْ فِي عَدَدٍ لِّئَلَّا يُخْرِجَ مِنْهُمْ مَنْ هُوَ مِنْهُمْ وَلَا يُدْخِلَ فِيهِمْ مَنْ لَيْسَ مِنْهُمْ. وَقَوْلُهُ: (هُوَ يَتَمَسَّكُ بِقَوْلِهِ صلى الله عليه وسلم «تَحْرِيمُهَا التَّكْبِيرُ وَتَحْلِيلُهَا التَّسْلِيمُ») وَجْهُ التَّمَسُّكُ بِهِ أَنَّ الْأَلْفَ وَاللَّامَ لَيْسَ لِلْعَهْدِ لَعَدَمِ مَعْهُودٍ فَكَانَ لَا سِتْعِرَاقَ الْجِنْسِ فَقَدْ جَعَلَ جِنْسَ التَّحَلُّلِ فِي الصَّلَاةِ بِالسَّلَامِ، فَمَنْ أَثَبَّتَ بَعْيَرَهُ فَقَدْ خَالَفَ النَّصَّ؛ لِأَنَّهُ لَا مَدْخَلَ لِلْقِيَاسِ فِي ذَلِكَ كَالْتَحْرِيمَةِ. (وَلَنَا مَا رَوَيْنَا مِنْ حَدِيثِ «ابْنِ مَسْعُودٍ أَنَّ النَّبِيَّ صلى الله عليه وسلم لَمَّا عَلَّمَهُ التَّشَهُّدَ قَالَ لَهُ: إِذَا قُلْتَ هَذَا أَوْ فَعَلْتَ هَذَا فَقَدْ تَمَّتْ صَلَاتُكَ، فَإِنْ شِئْتَ أَنْ تَقُومَ فَقُمْ وَإِنْ شِئْتَ أَنْ تَقْعُدَ فَاقْعُدْ»). وَوَجْهُ التَّمَسُّكِ بِهِ أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ حَكَمَ بِتِمَامِ الصَّلَاةِ قَبْلَ السَّلَامِ وَخَيْرَهُ بَيْنَ الْقُعُودِ وَالْقِيَامِ، وَهَذَا يُنَافِي فَرَضِيَّةَ أَمْرِ آخَرٍ وَوُجُوبَهُ، إِلَّا أَنَّا أَثَبَّتْنَا الْوُجُوبَ بِمَا رَوَاهُ احْتِيَاظًا دُونَ الْفَرَضِيَّةِ؛ لِأَنَّهُ خَبَرٌ وَاحِدٌ، وَبِمِثْلِهِ لَا تُثَبِّتُ الْفَرَضِيَّةُ.

فصل في القراءة

قَالَ (وَيَجْهَرُ بِالْقِرَاءَةِ فِي الْفَجْرِ وَفِي الرُّكْعَتَيْنِ الْأُولَيَيْنِ مِنَ الْمَغْرِبِ وَالْعِشَاءِ إِنْ كَانَ إِمَامًا) وَيَخْفِي فِي الْآخَرَيَيْنِ هَذَا هُوَ الْمَأْثُورُ الْمُتَوَارَثُ (وَإِنْ كَانَ مُنْفَرِدًا فَهُوَ مُخَيَّرٌ إِنْ شَاءَ جَهْرًا وَاسْمَعَ نَفْسَهُ) لِأَنَّهُ إِمَامٌ فِي حَقِّ نَفْسِهِ (وَإِنْ شَاءَ خَافَتْ) لِأَنَّهُ لَيْسَ خَلْفَهُ مَنْ يَسْمَعُهُ، وَالْأَفْضَلُ هُوَ الْجَهْرُ لِيَكُونَ الْأَدَاءُ عَلَى هَيْئَةِ الْجَمَاعَةِ

الشرح:

(فَصْلٌ فِي الْقِرَاءَةِ) لَمَّا فَرَّغَ مِنْ بَيَانِ صِفَةِ الصَّلَاةِ وَكَيْفِيَّتِهَا وَبَيَانِ أَرْكَانِهَا

وَفَرَأَضِيهَا وَوَاجِبَاتِهَا وَسُنَنُهَا ذَكَرَ أَحْكَامَ الْقِرَاءَةِ الَّتِي هِيَ مِنْ أَرْكَانِ الصَّلَاةِ فِي فَصْلِ عَلَى حِدَةٍ لِرِيَادَةِ أَحْكَامٍ تَعَلَّقَتْ بِهَا دُونَ سَائِرِ الْأَرْكَانِ، وَابْتَدَأَ بِذِكْرِ الْجَهْرِ وَالْإِخْفَاءِ دُونَ ذِكْرِ الْقَدْرِ، وَإِنْ كَانَ الْعَكْسُ مُتَعَيِّنًا؛ لِأَنَّ الْقَدْرَ مَعْنَى رَاجِعٍ إِلَى الذَّاتِ، وَالْجَهْرُ وَالْإِخْفَاءُ رَاجِعٌ إِلَى الصِّفَةِ وَالذَّاتِ قَبْلَ الصِّفَةِ؛ لِأَنَّ الْجَهْرَ مِنْ صِفَاتِ الْأَدَاءِ الْكَامِلِ وَالْقَدْرُ يَعْمُهُ وَالْقَاصِرُ أَيْضًا، فَكَانَ الْإِبْتِدَاءُ بِذِكْرِ صِفَةٍ تَخْتَصُّ بِالْأَدَاءِ الْكَامِلِ الَّذِي هُوَ الْأَصْلُ فِي شَرْعِيَّةِ الصَّلَاةِ أَوْلَى (ثُمَّ الْمُصَلِّي إِنْ كَانَ إِمَامًا يَجْهَرُ فِي الْفَجْرِ وَفِي الرُّكْعَتَيْنِ الْأُولَيَيْنِ مِنَ الْمَغْرِبِ وَالْعِشَاءِ وَيُخْفَى فِي الْآخِرَتَيْنِ هَذَا هُوَ الْمَأْثُورُ الْمُتَوَارَثُ) أَيْ الْمَنْقُولُ عَنِ النَّبِيِّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ وَالصَّحَابَةِ وَالتَّابِعِينَ، ثُمَّ الْجَهْرُ فِيمَا يُجْهَرُ وَالْمُخَافَتَةُ فِيمَا يُخَافَتُ وَاجِبٌ بِالسُّنَّةِ، وَهُوَ مَا رُوِيَ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّهُ قَالَ: فِي كُلِّ صَلَاةٍ يُقْرَأُ فَمَا أَسْمَعَنَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَسْمَعْنَاكُمْ، وَمَا أَخْفَى عَلَيْنَا أَخْفَيْنَا عَلَيْكُمْ.

وَاجْتِمَاعُ الْأُمَّةِ فَإِنَّ الْأُمَّةَ اجْتَمَعَتْ مِنْ لَدُنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ إِلَى يَوْمِنَا هَذَا عَلَى الْجَهْرِ فِيمَا يَجْهَرُ وَعَلَى الْمُخَافَتَةِ فِيمَا يُخَافَتُ. وَبِالْمَعْنَى الْفَقْهِيَّةِ فَإِنَّهَا رُكْنٌ مِنْ أَرْكَانِ الصَّلَاةِ فَيَجِبُ إِظْهَارُهُمَا فِي الصَّلَوَاتِ كُلِّهَا كَسَائِرِ الْأَرْكَانِ وَلِهَذَا «كَانَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ يَجْهَرُ بِالْقِرَاءَةِ فِي الصَّلَوَاتِ كُلِّهَا فِي الْإِبْتِدَاءِ إِلَّا أَنَّ الْكُفَّارَ لَمَّا لَعَوْا عِنْدَ الْقِرَاءَةِ وَغَلَطُوا فِي الظُّهْرِ وَالْعَصْرِ تَرَكَ الْجَهْرَ فِيهِمَا بِهَذَا الْعُدْرِ» وَالْعُدْرُ وَإِنْ زَالَ بِكَتْرَةِ الْمُسْلِمِينَ بَقِيَتْ الْمُخَافَتَةُ كَالرَّمْلِ فِي الطَّوَافِ. وَأَمَّا «فِي الْمَغْرِبِ وَالْعِشَاءِ وَالْفَجْرِ فَالْكُفَّارُ كَانُوا مُتَفَرِّقِينَ وَنِيَامًا فَجْهَرَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بِالْقِرَاءَةِ فِي هَذِهِ الصَّلَوَاتِ» عَلَى مَا هُوَ الْأَصْلُ (وَإِنْ كَانَ مُتَفَرِّدًا فَهُوَ مُخَيَّرٌ إِنْ شَاءَ جَهَرَ وَأَسْمَعَ نَفْسَهُ)؛ لِأَنَّهُ إِمَامٌ فِي حَقِّ نَفْسِهِ (وَإِنْ شَاءَ خَافَتُ)؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ مَعَهُ مَنْ يَسْمَعُهُ فَلَمَّا تَحَاذَبَ مُوجِبُ الْجَهْرِ وَالْإِخْفَاءِ ثَبَتَ التَّخْيِيرُ، وَإِلَّمَّا ذَكَرَ قَوْلُهُ وَأَسْمَعَ نَفْسَهُ دَفْعًا لِمَا يُقَالُ فَائِدَةُ الْجَهْرِ الْإِسْمَاعُ وَلَا إِسْمَاعَ هَاهُنَا إِذْ لَيْسَ مَعَهُ أَحَدٌ يَسْمَعُهُ. وَوَجْهُهُ أَنَّ الْفَائِدَةَ لَمْ تَنْحَصِرْ فِي إِسْمَاعِ الْغَيْرِ بَلْ مِنْ فَائِدَتِهِ إِسْمَاعُ نَفْسِهِ فَيَجْهَرُ لَذَلِكَ، أَوْ يَبَيِّنُ لِلْحَكَمِ وَهُوَ أَلَّا يَجْهَرَ هَاهُنَا كُلُّ الْجَهْرِ إِذْ لَيْسَ مَعَهُ أَحَدٌ يَسْمَعُهُ بَلْ يَأْتِي بِأَدْنَى الْجَهْرِ، فَكَانَ مَعْنَاهُ إِنْ شَاءَ جَهَرَ، وَأَسْمَعَ نَفْسَهُ وَلَا يُسْمِعُ غَيْرَهُ، وَالْجَهْرُ أَفْضَلُ لِيَكُونَ الْأَدَاءُ عَلَى هَيْئَةِ الْجَمَاعَةِ.

(وَيُخْفِيهَا الْإِمَامُ فِي الظُّهْرِ وَالْعَصْرِ وَإِنْ كَانَ بِعَرَفَتِهِ) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ

وَالسَّلَامُ " «صَلَاةُ النَّهَارِ عَجَمَاءُ» " أَيْ لَيْسَتْ فِيهَا قِرَاءَةٌ مَسْمُوعَةٌ، وَفِي عَرَفَةِ خِلَافُ مَالِكٍ رَحِمَهُ اللَّهُ، وَالْحُجَّةُ عَلَيْهِ مَا رَوَيْنَاهُ.

الشرح:

(وَيُخْفِي الْإِمَامُ الْقِرَاءَةَ فِي الظُّهْرِ وَالْعَصْرِ وَإِنْ كَانَ بِعَرَفَةِ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «صَلَاةُ النَّهَارِ عَجَمَاءُ» أَيْ لَيْسَتْ فِيهَا قِرَاءَةٌ مَسْمُوعَةٌ) إِنَّمَا فَسَّرَهُ بِهَذَا احْتِرَازًا عَنْ قَوْلِ ابْنِ عَبَّاسٍ وَتَفْسِيرِهِ، فَإِنَّهُ يَقُولُ: لَا قِرَاءَةَ فِي هَاتَيْنِ الصَّلَاتَيْنِ لِقَوْلِهِ ﷺ «صَلَاةُ النَّهَارِ عَجَمَاءُ» أَيْ لَيْسَ فِيهَا قِرَاءَةٌ، وَالذَّلِيلُ عَلَى عَدَمِ صِحَّةِ تَفْسِيرِ مَا رَوَى أَنَّهُ قِيلَ لِحَبَابِ بْنِ الْأَرْتِّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: بِمَعْرِفَتِهِمْ قِرَاءَةَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فِي صَلَاةِ الظُّهْرِ وَالْعَصْرِ؟ قَالَ: بِاضْطِرَابِ لِحَيْتِهِ ". وَبِمَا رَوَى عَنْ أَبِي قَتَادَةَ ﷺ قَالَ: «كَانَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ يُسْمِعُنَا الْآيَةَ وَالْآيَتَيْنِ فِي الظُّهْرِ أَحْيَانًا» .

وَقَالَ مَالِكٌ: يَجْهَرُ الْإِمَامُ فِيهِمَا فِي عَرَفَةٍ؛ لِأَنَّ الصَّلَاةَ هُنَاكَ تُقَامُ بِجَمْعٍ عَظِيمٍ فَيَجْهَرُ فِيهَا كَمَا فِي الْجُمُعَةِ (وَالْحُجَّةُ عَلَيْهِ مَا رَوَيْنَاهُ) وَأُورِدَ عَلَيْهِ بِأَنَّهُ لَيْسَ بِحَدِيثٍ، وَإِنَّمَا هُوَ مِنْ كَلَامِ الْحَسَنِ الْبَصْرِيِّ ذَكَرَهُ فِي الْغَرِيبِينَ وَالْفَائِقِ لِلزَّمَخْشَرِيِّ. وَلَكِنْ سَلَّمَ فَهُوَ عَامٌّ مَخْصُوصٌ خَصَّ مِنْهُ الْجُمُعَةَ وَالْعِيدَيْنِ فَيَجُوزُ تَخْصِيصُهُ بِالْقِيَاسِ عَلَى الْجُمُعَةِ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ أَصْحَابَنَا مَلَّوْا كُتُبَهُمْ بِهِ، وَتَقَلُّوْا أَنَّ ابْنَ عَبَّاسٍ كَانَ يُفَسِّرُهُ بِعَدَمِ الْقِرَاءَةِ كَمَا تَقَدَّمَ وَلَيْسُوا مِنْ أَهْلِ الْأَهْوَاءِ وَالْبِدَعِ، وَلَوْلَا أَنَّهُ ثَبَتَ عَنْدهُمْ إِسْنَادُهُ لَمَا فَعَلُوا ذَلِكَ.

(وَيَجْهَرُ فِي الْجُمُعَةِ وَالْعِيدَيْنِ) لَوُرُودِ النُّقْلِ الْمُسْتَفِيزِ بِالْجَهْرِ، وَفِي التَّطَلُّوعِ بِالنَّهَارِ يُخَافَتْ وَفِي اللَّيْلِ يَتَخَيَّرُ اعْتِبَارًا بِالْفَرْضِ فِي حَقِّ الْمُنْفَرِدِ، وَهَذَا لِأَنَّهُ مُكَمَّلٌ لَهُ فَيَكُونُ تَبَعًا.

الشرح:

وَعَنْ الثَّانِي بِأَنَّ الْجُمُعَةَ وَالْعِيدَيْنِ لَيْسَتْ بِمَخْصُوصَةٍ؛ لِأَنَّ «الْجُمُعَةَ فُرِضَتْ بِالْمَدِينَةِ وَكَانَتْ الْعَلَبَةُ لِلْمُسْلِمِينَ، فَجَهَرَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بِالْقِرَاءَةِ فِيهَا» فَكَانَ نَسْخًا لَا تَخْصِيصًا، وَالنَّسْخُ بِالْقِيَاسِ لَا يَجُوزُ، وَكَذَا فِي الْأَعْيَادِ وَمِنْهُ عُرِفَ حُكْمُ الْجُمُعَةِ وَالْعِيدَيْنِ. (وَالنُّقْلُ الْمُسْتَفِيزُ) أَيْ الشَّائِعُ الْمُنْتَشِرُ مَا رَوَى أَبُو حَنِيفَةَ فِي مُسْنَدِهِ بِإِسْنَادِهِ

إِلَى التُّعْمَانِ بْنِ بَشِيرٍ «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ كَانَ يَقْرَأُ فِي الْجُمُعَةِ ﴿سَبِّحْ اسْمَ رَبِّكَ الْأَعْلَى﴾ وَ﴿هَلْ أَتَاكَ حَدِيثُ الْعَشِيَةِ﴾» وَهُوَ يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ كَانَ يَجْهَرُ حَتَّى تُسْمَعَ قِرَاءَتُهُ (وَفِي التَّطَوُّعِ بِالنَّهَارِ يُخَافُتُ وَفِي اللَّيْلِ يَتَخَيَّرُ اعْتِبَارًا بِالْفَرَضِ فِي حَقِّ الْمُنْفَرِدِ) وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّ الْجَهْرَ أَفْضَلُ؛ لِأَنَّ الْفَرَضَ فِي حَقِّ الْمُنْفَرِدِ كَذَلِكَ. وَرَوَتْ عَائِشَةُ «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ كَانَ فِي تَهَجُّدِهِ يُؤَنِّسُ الْيَقْظَانَ وَلَا يُوقِظُ الْوَسْطَانَ». وَلَا يُظَنُّ أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ كَانَ يَفْعَلُ إِلَّا الْأَفْضَلَ.

(مَنْ فَاتَتْهُ الْعِشَاءُ فَصَلَّاهَا بَعْدَ طُلُوعِ الشَّمْسِ إِنْ أَمَّ فِيهَا جَهْرًا) كَمَا فَعَلَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ حِينَ قَضَى الْفَجْرَ غَدَاةَ لَيْلَةِ التَّعْرِيسِ بِجَمَاعَةٍ (وَإِنْ كَانَ وَحْدَهُ خَافَتْ حَتْمًا وَلَا يَتَخَيَّرُ هُوَ الصَّحِيحُ) لِأَنَّ الْجَهْرَ يَخْتَصُّ إِمَّا بِالْجَمَاعَةِ حَتْمًا أَوْ بِالْوَقْتِ فِي حَقِّ الْمُنْفَرِدِ عَلَى وَجْهِ التَّخْيِيرِ وَلَمْ يُوْجَدْ أَحَدُهُمَا.

الشرح:

وَلَيْسَ فِي بَعْضِ النُّسخِ قَوْلُهُ: (وَمَنْ فَاتَتْهُ الْعِشَاءُ، إِلَى قَوْلِهِ: مَنْ قَرَأَ فِي الْعِشَاءِ) وَالصَّوَابُ ذِكْرُهَا؛ لِأَنَّهَا مِنْ أَصْلِ مَسَائِلِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ حَيْثُ قَالَ فَخَرُ الْإِسْلَامِ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ: هَذِهِ الْمَسْأَلَةُ مَسْأَلَةٌ هَذَا الْكِتَابِ، وَالْمُصَنَّفُ التَّزَمَ ذِكْرَ مَسَائِلِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ. وَقَوْلُهُ: (وَإِنْ كَانَ وَحْدَهُ خَافَتْ حَتْمًا هُوَ الصَّحِيحُ) مُخَالَفٌ لِمَا ذَكَرَهُ شَمْسُ الْأُيْمَةِ السَّرْحَسِيُّ وَفَخَرُ الْإِسْلَامِ وَقَاضِي خَانَ وَالثُّمَرَتَاشِيُّ وَالْمَحْبُوبِيُّ فِي شُرُوحِهِمْ لِلْجَامِعِ الصَّغِيرِ فَإِنَّهُمْ قَالُوا الْجَهْرُ أَفْضَلُ؛ لِأَنَّ الْقَضَاءَ يَكُونُ عَلَى وَفْقِ الْأَدَاءِ، وَفِي الدَّاءِ الْمُنْفَرِدِ مُخَيَّرٌ بَيْنَ الْجَهْرِ وَالْمُخَافَةِ وَالْجَهْرُ أَفْضَلُ كَذَلِكَ فِي الْقَضَاءِ، وَأَمَّا تَعْلِيلُ الْمُصَنَّفِ فَتَقْرِيرُهُ أَنَّ الْجَهْرَ إِمَّا أَنْ يَكُونَ وَاجِبًا أَوْ جَائِزًا، وَسَبَبُ الْأَوَّلِ الْجَمَاعُ وَالْفَرَضُ هَاهُنَا عَدَمُهُ، وَسَبَبُ الثَّانِي الْوَقْتُ وَالْفَرَضُ عَدَمُهُ فَتَعَيَّنَ الْإِخْفَاءُ، وَمُنِعَ بِأَنَّ السَّبَبَ لَيْسَ بِمُنْحَصِرٍ فِي ذَلِكَ لَمْ لَا يَجُوزُ أَنْ تَكُونَ مُوَافَقَةُ الْقَضَاءِ الْأَدَاءَ سَبَبًا لِلْجَوَازِ أَيْضًا فِي حَقِّ الْمُنْفَرِدِ. وَيُمْكِنُ أَنْ يُجَابَ عَنْهُ بِأَنَّ مَا ذَكَرَهُ الْمُصَنَّفُ مِنْ سَبَبِ الْجَهْرِ ثَابِتٌ بِالْإِجْمَاعِ وَقَدْ اتَّفَقَ كُلُّ مِنْهُمَا فَيَتَنَفَّى الْحُكْمُ، وَأَمَّا مُوَافَقَةُ الْقَضَاءِ الْأَدَاءَ فَلَيْسَ عَلَى سَبَبِهَا إِجْمَاعٌ وَلَا نَصٌّ يَدُلُّ عَلَيْهَا فَجَعَلَهَا سَبَبًا يَكُونُ إِثْبَاتُ سَبَبِ الرَّأْيِ ابْتِدَاءً، وَهُوَ يَنْزِعُ إِلَى الشَّرَكَةِ فِي وَضْعِ الشَّرْعِ وَذَلِكَ بَاطِلٌ، وَلَعَلَّ هَذَا حَمْلُ الْمُصَنَّفِ عَلَى الْحُكْمِ بِكَوْنِهِ

حَتْمًا هُوَ الصَّحِيحُ، فَيَكُونُ مَعْنَى قَوْلِهِ هُوَ الصَّحِيحُ هُوَ الصَّحِيحُ دِرَآيَةً لَا رِوَايَةً، فَإِنَّ أَكْثَرَ الرُّوَايَاتِ عَلَى الْجَوَازِ كَمَا ذَكَرْنَا آنِفًا.

(وَمَنْ قَرَأَ فِي الْعِشَاءِ فِي الْأُولَيَيْنِ السُّورَةَ وَلَمْ يَقْرَأْ بِفَاتِحَةِ الْكِتَابِ لَمْ يُعِدْ فِي الْأُخْرَيَيْنِ، وَإِنْ قَرَأَ الْفَاتِحَةَ وَلَمْ يَزِدْ عَلَيْهَا قَرَأَ فِي الْأُخْرَيَيْنِ الْفَاتِحَةَ وَالسُّورَةَ وَجَهَرٌ) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ لَا يَقْضِي وَاحِدَةً مِنْهُمَا لِأَنَّ الْوَاجِبَ إِذَا فَاتَ عَنْ وَقْتِهِ لَا يَقْضَى إِلَّا بِدَلِيلٍ. وَلَهُمَا وَهُوَ الْفَرْقُ بَيْنَ الْوَجْهَيْنِ أَنَّ قِرَاءَةَ الْفَاتِحَةِ شَرَعَتْ عَلَى وَجْهِ يَتَرْتَّبُ عَلَيْهَا السُّورَةُ، فَلَوْ قَضَاهَا فِي الْأُخْرَيَيْنِ تَتَرْتَّبُ الْفَاتِحَةُ عَلَى السُّورَةِ، وَهَذَا خِلَافُ الْمَوْضُوعِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا تَرَكَ السُّورَةَ لِأَنَّهُ أَمَكَنَ قَضَائُهَا عَلَى الْوَجْهِ الْمَشْرُوعِ، ثُمَّ ذَكَرَ هَهُنَا مَا يَدُلُّ عَلَى الْوُجُوبِ، وَفِي الْأَصْلِ بِلَفْظَتِهِ الْإِسْتِحْبَابِ لِأَنَّهَا إِنْ كَانَتْ مُؤَخَّرَةً فَغَيْرُ مَوْصُولَةٍ بِالْفَاتِحَةِ فَلَمْ يُمْكِنْ مُرَاعَاةَ مَوْضُوعِهَا مِنْ كُلِّ وَجْهِ (وَيَجْهَرُ بِهِمَا) هُوَ الصَّحِيحُ لِأَنَّ الْجَمْعَ بَيْنَ الْجَهْرِ وَالْمَخَافَتَةِ فِي رَكْعَتَيْ وَاحِدَةٍ شَنِيعٌ، وَتَغْيِيرُ النَّفْلِ وَهُوَ الْفَاتِحَةُ أَوْلَى، ثُمَّ الْمَخَافَتَةُ أَنْ يُسْمَعَ نَفْسُهُ وَالْجَهْرُ أَنْ يُسْمَعَ غَيْرُهُ، وَهَذَا عِنْدَ الْفَقِيهِ أَبِي جَعْفَرٍ الْهِنْدَوَانِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ لِأَنَّ مُجَرَّدَ حَرَكَتِ اللِّسَانِ لَا يُسَمَّى قِرَاءَةً بِدُونِ الصَّوْتِ.

وَقَالَ الْكَرْخِيُّ: أَدْنَى الْجَهْرِ أَنْ يُسْمَعَ نَفْسُهُ، وَأَدْنَى الْمَخَافَتَةِ تَصْحِيحُ الْحُرُوفِ لِأَنَّ الْقِرَاءَةَ فِعْلُ اللِّسَانِ دُونَ الصَّمَاخِ. وَفِي لَفْظِ الْكِتَابِ إِشَارَةٌ إِلَى هَذَا. وَعَلَى هَذَا الْأَصْلِ كُلُّ مَا يَتَعَلَّقُ بِالنُّطْقِ كَالطَّلَاقِ وَالْعَتَاقِ وَالِاسْتِثْنَاءِ وَغَيْرِ ذَلِكَ

الشرح:

(وَمَنْ قَرَأَ فِي الْعِشَاءِ فِي الْأُولَيَيْنِ السُّورَةَ وَلَمْ يَقْرَأْ الْفَاتِحَةَ لَمْ يُعِدْ فِي الْأُخْرَيَيْنِ وَإِنْ قَرَأَ الْفَاتِحَةَ وَلَمْ يَزِدْ عَلَيْهَا قَرَأَ فِي الْأُخْرَيَيْنِ الْفَاتِحَةَ وَالسُّورَةَ وَجَهَرٌ) يَعْنِي بِهِمَا عَلَى الصَّحِيحِ كَمَا نَذَكُرُهُ (وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: لَا يَقْضِي وَاحِدَةً مِنْهُمَا)؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا وَاجِبٌ، وَلِهَذَا لَوْ تَرَكَ إِحْدَاهُمَا سَاهِيًا وَجَبَ عَلَيْهِ سَجْدَةُ السَّهْوِ وَقَضَاهَا فِي الشَّفْعِ الثَّانِي أَوْ لَمْ يَقْضِ، وَالْوَاجِبُ إِذَا فَاتَ عَنْ وَقْتِهِ لَا يَقْضَى إِلَّا بِدَلِيلٍ، وَهُوَ لَيْسَ بِمَوْجُودٍ؛ لِأَنَّ الدَّلِيلَ هُوَ أَنْ يَكُونَ مَا لَهُ مَشْرُوعًا لِيُصْرَفَ إِلَى مَا عَلَيْهِ، وَالسُّورَةُ فِي الْأُخْرَيَيْنِ غَيْرُ مَشْرُوعَةٍ (وَلَهُمَا) وَهُوَ الْفَرْقُ بَيْنَ

الْوَجْهَيْنِ (أَنَّ قِرَاءَةَ الْفَاتِحَةِ شُرِعَتْ عَلَى وَجْهِ يَتَرْتَّبُ عَلَيْهَا السُّورَةُ، فَلَوْ قَضَاهَا فِي الْآخَرَيْنِ تَتَرْتَّبُ الْفَاتِحَةُ عَلَى السُّورَةِ) إِذِ التَّقْدِيرُ أَنَّهُ قَرَأَ السُّورَةَ ثُمَّ يَفْضِي الْفَاتِحَةَ فِي الشَّعْطِ الثَّانِي، وَالَّذِي وَقَعَ فِي الشَّعْطِ الثَّانِي بَعْدَ الَّذِي وَقَعَ فِي الشَّعْطِ الْأَوَّلِ فَتَكُونُ الْفَاتِحَةُ بَعْدَ السُّورَةِ (وَهُوَ خِلَافُ الْمَوْضُوعِ) وَتُوقِضُ بِتَرْتُّبِ الْفَاتِحَةِ الَّتِي فِي الشَّعْطِ الثَّانِي عَلَى السُّورَةِ الَّتِي فِي الرُّكْعَةِ الثَّانِيَةِ مِنَ الشَّعْطِ الْأَوَّلِ فَإِنَّهُ يُرْتَّبُ الْفَاتِحَةُ عَلَى السُّورَةِ وَهُوَ مَشْرُوعٌ لَا مَحَالَةَ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ ذَلِكَ عَلَى وَجْهِ الدُّعَاءِ. وَلَيْسَ الْكَلَامُ فِيهِ، وَإِنَّمَا الْكَلَامُ فِي قِرَاءَةِ الْفَاتِحَةِ عَلَى وَجْهِ قِرَاءَةِ الْقُرْآنِ.

وَلَقَائِلُ أَنْ يَقُولَ: الْفَاتِحَةُ الْوَاقِعَةُ فِي الشَّعْطِ الثَّانِي تَجْعَلُهَا كَالوَاقِعَةِ فِي الشَّعْطِ الْأَوَّلِ فَلْتَقْدَرُ أَنَّهَا وَقَعَتْ قَبْلَ السُّورَةِ حُكْمًا؛ لِأَنَّ ذَلِكَ مَحَلُّهَا فَتَكُونُ السُّورَةُ مُتَرْتِّبَةً عَلَى الْفَاتِحَةِ دُونَ الْعَكْسِ. وَالْجَوَابُ أَنَّ تَقْدِيرَهَا كَالوَاقِعَةِ فِي الشَّعْطِ الْأَوَّلِ لَصُرُورَةِ تَذَارُكِ الْفَارِطِ إِنْ أُمِكنَ، وَلَيْسَ بِمُمْكِنٍ لاسْتِلْزَامِهِ تَغْيِيرِ الْمَحْسُوسِ، وَالضَّرُورِيُّ ضَعِيفٌ لَا يَثْبُتُ بِهِ تَغْيِيرُ الْمَحْسُوسِ (بِخِلَافِ مَا إِذَا تَرَكَ السُّورَةَ؛ لِأَنَّهُ أُمِكنَ قَضَاؤُهَا عَلَى الْوَجْهِ الْمَشْرُوعِ) وَهُوَ تَرْتُّبُ السُّورَةِ عَلَى الْفَاتِحَةِ.

وَالْجَوَابُ عَنْ قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ أَنَّا لَا نُسَلِّمُ أَنَّ السُّورَةَ فِي الْآخَرَيْنِ غَيْرُ مَشْرُوعَةٍ قَالَ الْإِمَامُ فَخْرُ الْإِسْلَامِ فِي شَرْحِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ: إِنَّ السُّورَةَ فِي الْآخَرَيْنِ مَشْرُوعَةٌ ثَلَاثًا، وَلِهَذَا لَوْ قَرَأَ فِيهِمَا لَا يَلْزَمُهُ سُجُودُ السَّهْوِ.

وَقَوْلُهُ: (ثُمَّ ذَكَرَ هَهُنَا) أَيِ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ (مَا يَدُلُّ عَلَى الْوُجُوبِ)؛ لِأَنَّهُ قَالَ: قَرَأَ فَيَكُونُ بِمَنْزِلَةِ الْأَمْرِ بَلْ أَكْثَرُ، وَفِي الْأَصْلِ بِلَفْظِ الْاسْتِحْبَابِ؛ لِأَنَّهُ قَالَ: إِذَا تَرَكَ السُّورَةَ فِي الْأَوَّلَيْنِ أَحَبُّ إِلَيَّ أَنْ يَفْضِيَهَا. أَمَّا وَجْهُ مَا ذَكَرَهُ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ فَقَدْ بَيَّنَّاهُ، وَأَمَّا وَجْهُ مَا ذَكَرَهُ فِي الْأَصْلِ فَمَا قَالَ فِي الْكِتَابِ (؛ لِأَنَّهَا) أَيِ السُّورَةُ (إِنْ كَانَتْ مُؤَخَّرَةً عَنِ الْفَاتِحَةِ فَعَبْرٌ مُوَصُولَةٌ بِالْفَاتِحَةِ الْأُولَى) لَوْ قُوعَ الْفَصْلُ بِالْفَاتِحَةِ الثَّانِيَةِ (فَلَمْ يُمْكِنْ مُرَاعَاةَ مَوْضُوعِهَا مِنْ كُلِّ وَجْهِ) وَلَمْ يَذْكُرِ الشَّقَّ الْآخَرَ وَهُوَ أَنْ تَكُونُ السُّورَةُ مُتَقَدِّمَةً عَلَى الْفَاتِحَةِ لِبُعْدِهِ؛ لِأَنَّهُ يُفْضِي إِلَى غَيْرِ مَشْرُوعٍ آخَرَ وَهُوَ تَقْدِيمُ السُّورَةِ عَلَى الْفَاتِحَةِ وَإِنْ ذَهَبَ إِلَيْهِ بَعْضُهُمْ. وَقَوْلُهُ: (وَيَجْهَرُ بِهِمَا هُوَ الصَّحِيحُ) اخْتِرَازٌ عَمَّا رَوَى ابْنُ سِمَاعَةَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يَجْهَرُ بِالسُّورَةِ خَاصَّةً؛

لأنه في الفاتحة مؤدّ فِرَاعَى صِفَةٌ أَذَائِهَا، وَفِي السُّورَةِ قَاضٍ فَيَجْهَرُ بِهَا كَمَا كَانَ يَجْهَرُ فِي الْأَدَاءِ، وَلَا يَكُونُ جَمْعًا بَيْنَ الْجَهْرِ وَالْمُخَافَةِ فِي رَكْعَةٍ وَاحِدَةٍ تَقْدِيرًا؛ لِأَنَّ الْقَضَاءَ يَلْتَحِقُ بِمَحَلِّ الْأَدَاءِ. وَعَمَّا رَوَى هِشَامٌ عَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ لَا يَجْهَرُ أَصْلًا؛ لِأَنَّهُ لَا يَجْهَرُ بِالْفَاتِحَةِ لَمَّا قُلْنَا، فَلَوْ جَهَرَ بِالسُّورَةِ كَانَ جَمْعًا بَيْنَ الْجَهْرِ وَالْمُخَافَةِ فِي رَكْعَةٍ وَاحِدَةٍ صُورَةً وَحَقِيقَةً، وَذَلِكَ غَيْرُ مَشْرُوعٍ. وَوَجْهُ الصَّحِيحِ مَا ذَكَرَ أَنَّ الْجَمْعَ بَيْنَ الْجَهْرِ وَالْمُخَافَةِ فِي رَكْعَةٍ وَاحِدَةٍ شَنِيعٌ، فَإِمَّا أَنْ يُخْفِيَهُمَا كَمَا رَوَى هِشَامٌ عَنْ مُحَمَّدٍ وَفِي ذَلِكَ تَغْيِيرُ صِفَةِ الْوَاجِبِ وَهُوَ السُّورَةُ لِأَجْلِ مُرَاعَاةِ صِفَةِ سُنَّةٍ وَهُوَ الْفَاتِحَةُ وَهُوَ أَتْبَاعُ الْأَقْوَى لِلأَدْنَى، وَإِمَّا أَنْ يَجْهَرَ بِهِمَا وَفِيهِ تَغْيِيرُ صِفَةِ النَّفْلِ لِأَجْلِ صِفَةِ الْوَاجِبِ فَهُوَ أَوْلَى.

قَالَ (ثُمَّ الْمُخَافَةُ أَنْ يُسْمَعَ نَفْسُهُ) اعْلَمْ أَنَّ أَجْزَاءَ الْكَلِمَاتِ الْمُسْتَعْمَلَةَ عَلَى اللِّسَانِ عَلَى نَوْعَيْنِ: كَلَامٌ، وَقِرَاءَةٌ؛ لِأَنَّ الْعَرَضَ مِنْهُ إِمَّا أَنْ يَكُونَ إِفَادَةُ النَّسَبَةِ لِلْمُخَاطَبِ أَوْ لَا؛ فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ فَهُوَ الْكَلَامُ، وَإِلَّا فَهُوَ الْقِرَاءَةُ، وَكُلُّ مِنْهُمَا عَلَى نَوْعَيْنِ: جَهْرٌ، وَمُخَافَةٌ. وَقَدْ اخْتَلَفَ عُلَمَاؤُنَا فِي الْحَدِّ الْفَاصِلِ بَيْنَهُمَا، فَذَهَبَ الْفَقِيهُ أَبُو جَعْفَرٍ الْهِنْدَوَانِيُّ إِلَى أَنَّ الْمُخَافَةَ هُوَ أَنْ يُسْمَعَ نَفْسُهُ، وَمَا دُونَ ذَلِكَ مَجْمَعَةٌ وَدَنَدَنَةٌ لَيْسَ بِكَلَامٍ وَلَا قِرَاءَةٍ (وَالْجَهْرُ هُوَ أَنْ يُسْمَعَ غَيْرُهُ) فَهُوَ كَمَا تَرَى جَعَلَ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَنُوْعِيهِ مِنَ الْكَيْفِيَّاتِ الْمَسْمُوعَةِ وَقَالَ (؛ لِأَنَّ مُجَرَّدَ حَرَكَةِ اللِّسَانِ بِدُونِ الصَّوْتِ لَا تُسَمَّى قِرَاءَةً) يَعْنِي لَا لُغَةً وَلَا عُرْفًا وَفِيهِ نَظَرٌ، فَإِنَّ مَنْ رَأَى الْمُصَلِّي الْأَطْرُوشَ مِنْ بَعِيدٍ يُحَرِّكُ شَفْتَيْهِ يُخْبِرُ عَنْهُ أَنَّهُ يَقْرَأُ وَإِنْ لَمْ يُسْمَعْ مِنْهُ شَيْءٌ. (وَقَالَ الْكَرْخِيُّ: أَذْنَى الْجَهْرِ أَنْ يُسْمَعَ نَفْسُهُ وَأَذْنَى الْمُخَافَةِ تَصْحِيحُ الْحُرُوفِ) وَقَالَ (لِأَنَّ الْقِرَاءَةَ فِعْلُ اللِّسَانِ دُونَ الصَّمَاخِ) فَإِنَّ الْأَطْرُوشَ يَتَكَلَّمُ وَلَا يَسْمَعُ، وَهُوَ كَمَا تَرَى جَعَلَ الْمُخَافَةَ مِنَ الْكَيْفِيَّاتِ الْمُبْصَرَةِ وَالْجَهْرَ مِنَ الْكَيْفِيَّاتِ الْمَسْمُوعَةِ. وَاعْتَرِضَ عَلَيْهِ بِأَنَّ الْكِتَابَةَ يُوجَدُ بِهَا تَصْحِيحُ الْحُرُوفِ وَلَا تُسَمَّى قِرَاءَةً لِعَدَمِ الصَّوْتِ وَهُوَ فَاسِدٌ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُجْعَلْ تَصْحِيحُ الْحُرُوفِ مُطْلَقًا قِرَاءَةً بَلْ تَصْحِيحُ الْحُرُوفِ بِاللِّسَانِ قِرَاءَةً أَلَا تَرَى إِلَى قَوْلِهِ؛ لِأَنَّ الْقِرَاءَةَ فِعْلُ اللِّسَانِ.

قَوْلُهُ: (وَفِي لَفْظِ الْكِتَابِ) قِيلَ يَعْنِي فِي مُخْتَصَرِ الْقُدُورِيِّ وَهُوَ مَا ذَكَرَهُ فِي أَوَّلِ الْفَصْلِ بِقَوْلِهِ فَهُوَ مُخَيَّرٌ إِنْ شَاءَ جَهَرَ وَأَسْمَعَ نَفْسَهُ وَإِنْ شَاءَ خَافَتْ، وَقِيلَ فِي الْمَبْسُوطِ

حَيْثُ قَالَ وَإِنْ كَانَ وَحْدَهُ وَكَانَتْ صَلَاتُهُ يَجْهَرُ فِيهَا بِالْقِرَاءَةِ قَرَأَ فِي نَفْسِهِ إِنْ شَاءَ وَإِنْ شَاءَ جَهَرَ وَأَسْمَعَ نَفْسَهُ، وَشَبَّخَ الْإِسْلَامَ أَوَّلَ هَذَا الْكَلَامِ نُصْرَةً لِأَبِي جَعْفَرٍ بِأَنَّهُ أَرَادَ بِقَوْلِهِ وَقَرَأَ فِي نَفْسِهِ أَنْ يُسْمَعَ نَفْسَهُ لَا غَيْرَهُ، وَبِقَوْلِهِ وَإِنْ شَاءَ جَهَرَ وَأَسْمَعَ نَفْسَهُ أَنْ يُسْمَعَ نَفْسَهُ وَغَيْرُهُ فَصَارَ كَأَنَّهُ قَالَ الْمُنْفَرِدُ فِيمَا يَجْهَرُ فِيهَا بِالْقِرَاءَةِ بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ أَسْمَعَ نَفْسَهُ لَا غَيْرُ وَإِنْ شَاءَ أَسْمَعَ نَفْسَهُ وَغَيْرَهُ، وَهَذَا كَمَا تَرَى تَأْوِيلٌ غَيْرُ مُحْتَمَلٍ إِذْ لَيْسَ فِي كَلَامِ مُحَمَّدٍ مَا يَحْتَمَلُهُ.

وقوله: (وَعَلَى هَذَا الْأَصْلُ كُلُّ مَا يَتَعَلَّقُ بِالنُّطْقِ) يَعْنِي إِذَا قَالَ أَلْتِ طَالِقُ أَوْ أَلْتِ حُرٌّ وَلَمْ يُسْمَعْ نَفْسَهُ وَقَعَ الطَّلَاقُ وَالْعِتَاقُ عِنْدَ الْكَرْخِيِّ خِلَافًا لِلْهِنْدَوَانِيِّ، وَكَذَا إِذَا جَهَرَ بِهِمَا وَخَافَتْ بِالِاسْتِثْنَاءِ أَوْ الشَّرْطِ بِحَيْثُ إِنَّهُ لَمْ يُسْمَعْ نَفْسَهُ لَمْ يَقَعَا فِي الْاسْتِثْنَاءِ أَصْلًا وَتَأَخَّرَا إِلَى وُجُودِ الشَّرْطِ عِنْدَ الْكَرْخِيِّ، وَعِنْدَ الْهِنْدَوَانِيِّ يَقَعَانِ فِي الْحَالِ، وَعَلَى هَذَا التَّسْمِيَةِ عَلَى الذَّبِيحَةِ وَوُجُوبِ سَجْدَةِ التَّلَاوَةِ.

(وَأَدْنَى مَا يُجْزَى مِنَ الْقِرَاءَةِ فِي الصَّلَاةِ آيَةٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ، وَقَالَا: ثَلَاثُ آيَاتٍ قِصَارٍ أَوْ آيَةٌ طَوِيلَةٌ) لِأَنَّهُ لَا يُسَمَّى قَارِئًا بِدُونِهِ فَأَشْبَهَ قِرَاءَةَ مَا دُونَ الْآيَةِ. وَلَهُ قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿فَاقْرَءُوا مَا تَيَسَّرَ مِنَ الْقُرْآنِ﴾ [المزمل: ٢٠] مِنْ غَيْرِ فَصْلِ إِلَّا أَنْ مَا دُونَ الْآيَةِ خَارِجٌ وَالْآيَةُ لَيْسَتْ فِي مَعْنَاهُ

الشرح:

قَالَ (وَأَدْنَى مَا يُجْزَى مِنَ الْقِرَاءَةِ فِي الصَّلَاةِ) الْقِرَاءَةُ فِي الصَّلَاةِ إِمَّا أَنْ تَكُونَ فِي الْحَضَرِ أَوْ فِي السَّفَرِ، فَإِنْ كَانَتْ فِي الْحَضَرِ فَهِيَ عَلَى ثَلَاثَةِ أَقْسَامٍ: قِسْمٌ يَتَعَلَّقُ بِهِ الْجَوَازُ، وَقِسْمٌ يَخْرُجُ بِهِ عَنْ حَدِّ الْكَرَاهَةِ، وَقِسْمٌ يَدْخُلُ بِهِ فِي حَدِّ الْاسْتِحْبَابِ. وَإِنْ كَانَتْ فِي السَّفَرِ فِيمَا أَنْ يَكُونَ الْمُصَلِّي فِي عَجَلَةٍ مِنَ السَّيْرِ أَوْ أَمَنَةٍ وَقَرَارٍ، وَالْحُكْمُ مَا ذَكَرْنَا خِلَا أَنْ لِلْعَجَلَةِ تَأْثِيرًا فِي التَّخْفِيفِ (وَأَدْنَى مَا يُجْزَى مِنَ الْقِرَاءَةِ فِي الصَّلَاةِ) سَوَاءً كَانَتْ فِي الْحَضَرِ أَوْ فِي السَّفَرِ (عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ آيَةٌ) وَاحِدَةٌ إِنْ كَانَتْ كَلِمَتَيْنِ فَصَاعِدًا فَبِلَا خِلَافٍ بَيْنَ الْمَشَايخِ، وَإِنْ كَانَتْ كَلِمَةً وَاحِدَةً كَ ﴿مُدْهَامَتَانِ﴾ أَوْ حَرْفًا وَاحِدًا كَ ﴿صَ﴾ وَ ﴿نَ﴾ وَ ﴿قَ﴾، فَفِيهِ اخْتِلَافُ الْمَشَايخِ (وَقَالَا ثَلَاثُ آيَاتٍ قِصَارٍ أَوْ آيَةٌ طَوِيلَةٌ) كَأَيَّةِ الْكُرْسِيِّ وَآيَةِ الْمَدَانَةِ (لَأَنَّ الرَّجُلَ لَا يُسَمَّى قَارِئًا

بِدُونِهِ) أَيِ بِدُونِ الْمَذْكُورِ مِنْ ثَلَاثِ آيَاتٍ قَصَارٍ أَوْ آيَةٍ طَوِيلَةٍ (فَأَشْبَهَ) قِرَاءَتُهُ (قِرَاءَةً مَا دُونَ الْآيَةِ) وَقِرَاءَةً مَا دُونَ الْآيَةِ غَيْرُ مُجْزِئَةٍ فَكَذَلِكَ قِرَاءَةُ الْآيَةِ، وَحَقِيقَةُ كَلَامِهِمَا أَنَّ الْآيَةَ الْوَاحِدَةَ وَإِنْ كَانَتْ قُرْآنًا حَقِيقَةً إِلَّا أَنَّهُ فِي الْعُرْفِ يَنْطَلِقُ عَلَى ثَلَاثِ آيَاتٍ أَوْ آيَةٍ طَوِيلَةٍ فَيُصَارُ إِلَيْهِ (وَلَأَيِّ حَنِيفَةٍ قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿فَأَقْرءُوا مَا تَيَسَّرَ مِنَ الْقُرْآنِ﴾ [المزمل: ٢٠] مِنْ غَيْرِ فَصْلٍ) يَبَيِّنُ آيَةً فَمَا فَوْقَهَا وَهَذَا؛ لِأَنَّ الْآيَةَ الْوَاحِدَةَ قُرْآنٌ حَقِيقَةٌ وَحُكْمًا، أَمَّا حَقِيقَةُ فَظَاهِرٍ، وَأَمَّا حُكْمًا فَلَاغِيهَا تَحْرُمُ قِرَاءَتُهَا عَلَى الْحَائِضِ وَالْجُنْبِ فَتَدْخُلُ فِي إِطْلَاقِ قَوْلِهِ تَعَالَى ﴿مِنَ الْقُرْآنِ﴾ وَقَوْلُهُ: (إِلَّا أَنْ مَا دُونَ الْآيَةِ خَارِجٌ) جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ: لَوْ كَانَ الْمُرَادُ مِنْ قَوْلِهِ ﴿فَأَقْرءُوا مَا تَيَسَّرَ مِنَ الْقُرْآنِ﴾ [المزمل: ٢٠] مُطْلَقَهُ مِنْ غَيْرِ فَصْلٍ لَجَازَ بِمَا دُونَ الْآيَةِ كَمَا جَازَ بِالْآيَةِ؛ لِأَنَّ الْإِطْلَاقَ يَتَنَاوَلُهُمَا تَنَاوُلًا وَاحِدًا، وَلَكِنْ لَمْ يَجْزُ بِمَا دُونَ الْآيَةِ فَكَذَلِكَ بِالْآيَةِ.

وَوَجْهُهُ أَنَّ مَا دُونَ الْآيَةِ لَمْ يَدْخُلْ فِي الْإِطْلَاقِ بِالْإِجْمَاعِ؛ لِأَنَّ الْمُطْلَقَ يَنْصَرِفُ إِلَى الْكَامِلِ، وَالْكَامِلُ مِنَ الْقُرْآنِ مَا هُوَ قُرْآنٌ حَقِيقَةٌ وَحُكْمًا، وَمَا دُونَ الْآيَةِ وَإِنْ كَانَ قُرْآنًا حَقِيقَةً لَكِنَّهُ لَيْسَ بِقُرْآنٍ حُكْمًا حَيْثُ جَازَ قِرَاءَتُهُ لِلْجُنْبِ وَالْحَائِضِ فَلَا يَنْصَرِفُ الْمُطْلَقُ إِلَيْهِ، وَعَلَى هَذَا التَّفْقِيرِ يَكُونُ قَوْلُهُ: خَارِجٌ، بِمَعْنَى لَمْ يَدْخُلْ؛ لِأَنَّهُ أَتَبَرَزَ الْكَلَامُ مُبَرَّرَ الْإِطْلَاقِ وَالتَّقْيِيدِ لَا الْعُمُومِ وَالْخُصُوصِ، وَهَذَا قَالَ فِيمَا تَقَدَّمَ وَالزِّيَادَةُ عَلَيْهِ بِخَبَرِ الْوَاحِدِ لَا يَجُوزُ وَلِأَنَّ التَّخْصِصَ عِنْدَنَا لَيْسَ بِطَرِيقِ الْإِخْرَاجِ بَلْ بِطَرِيقِ أَنَّ الْمَخْصُوصَ لَمْ يَدْخُلْ تَحْتَ الْجُمْلَةِ عَلَى مَا عُرِفَ فِي أَصُولِ الْفِقْهِ، وَلَهُ زِيَادَةُ تَقْرِيرِ قَرَرْنَاهَا فِي التَّقْرِيرِ.

وقوله: (وَالْآيَةُ لَيْسَتْ فِي مَعْنَاهُ) أَيِ فِي مَعْنَى مَا دُونَ الْآيَةِ مُسْتَعْنَى عَنْهُ، إِلَّا أَنَّهُ ذَكَرَهُ لِدَفْعِ مَنْ عَسَى أَنْ يَتَوَهَّمَنَّ أَنَّ مَا دُونَ الْآيَةِ إِذَا لَمْ يَدْخُلْ تَحْتَ الْإِطْلَاقِ فَتَلَحُّقُ الْآيَةُ بِهِ فِي ذَلِكَ فَقَالَ الْآيَةُ لَيْسَتْ فِي مَعْنَاهُ حَتَّى تَلَحُّقَ بِهِ.

(وَفِي السَّفَرِ يَقْرَأُ بِفَاتِحَةِ الْكِتَابِ) وَأَيُّ سُورَةٍ شَاءَ لَمَّا رُويَ "أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ قَرَأَ فِي صَلَاةِ الْفَجْرِ فِي سَفَرِهِ بِالْمُعَوَّذَتَيْنِ" "وَلَأَنَّ السَّفَرَ أَثَرُ فِي إِسْقَاطِ شَطْرِ الصَّلَاةِ فَلِذَا يُؤَثَّرُ فِي تَخْفِيفِ الْقِرَاءَةِ أَوَّلَى، وَهَذَا إِذَا كَانَ عَلَى عَجَلَةٍ مِنَ السَّيْرِ، وَإِنْ كَانَ فِي أَمْنَةٍ وَقَرَارٍ يَقْرَأُ فِي الْفَجْرِ نَحْوَ سُورَةِ ﴿الْبُرُوجِ﴾ ﴿أَنْشَقَّتْ﴾ لِأَنَّهُ يُمْكِنُهُ

مُرَاعَاةُ السُّنَنِ مَعَ التَّخْفِيفِ .

الشرح:

قَوْلُهُ: (وَفِي السَّفَرِ) إِنَّمَا قَدَّمَ الْكَلَامَ فِي السَّفَرِ مَعَ أَنَّهُ مِنَ الْعَوَارِضِ، وَهُوَ أَلْيَقُ بِالتَّأْخِيرِ، إِمَّا؛ لِأَنَّهُ مَظْنَةُ قَلَّةِ الْقِرَاءَةِ فَكَانَ أُنْسَبَ لَذِكْرِ قِرَاءَةِ الْآيَةِ الْوَاحِدَةِ، وَإِمَّا؛ لِأَنَّ شُعْبَ بَحْثِ الْحَضَرِ كَثِيرَةٌ فَأَرَادَ أَنْ يَفْرُغَ مِنْ بَحْثِ السَّفَرِ لِيَدْخُلَ فِي بَحْثِ الْحَضَرِ عَلَى فَرَاغٍ، وَكَلَامٌ فِي السَّفَرِ ظَاهِرٌ. وَالْأَمْنَةُ يَفْتَحُ الْمِيمُ: هُوَ الْأَمْنُ. وَلَمَّا كَانَ السَّفَرُ مَظْنَةُ التَّخْفِيفِ أُدِيرَ الْحُكْمُ عَلَيْهِ وَخُفِّفَ فِي الْقِرَاءَةِ وَإِنْ كَانَ الْمَسَافِرُ فِي حَالِ الْأَمْنِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ أَثَّرَ فِي إِسْقَاطِ شَطْرِ الصَّلَاةِ وَإِنْ كَانَ عَلَى أَمْنَةٍ وَقَرَّارٍ فَلَا يُؤَثَّرُ فِي تَخْفِيفِ الْقِرَاءَةِ أَوْلَى.

فَإِنْ قِيلَ: هَذَا التَّغْلِيلُ مُخَالَفٌ لِمَا ذَكَرَ فِي طَرَفِ أَبِي حَنِيفَةَ فِي مَسْأَلَةِ الْأُرَوَاتِ فِي بَابِ الْأَنْجَاسِ حَيْثُ اسْتَدَلَّ هَهُنَا بِوُجُودِ التَّخْفِيفِ مَرَّةً عَلَى التَّخْفِيفِ ثَانِيًا وَأَبَى ذَلِكَ هُنَاكَ. أُجِيبَ بِالْفَرْقِ بَيْنَ الْمَوْضِعَيْنِ بِأَنَّ الْعَمَلَ بِتَخْفِيفِ الْقِرَاءَةِ عَمَلٌ بِالْإِدْلَالَةِ؛ لِأَنَّ كُلَّ شَيْءٍ ظَهَرَ تَأْثِيرُهُ فِي الْأَصْلِ كَانَ ظُهُورُ تَأْثِيرِهِ فِي الْوَصْفِ أَوْلَى لِكَوْنِهِ تَابِعًا لِلْأَصْلِ، بِخِلَافِ الْأُرَوَاتِ فَإِنَّ الضَّرُورَةَ عَمِلَتْ فِي صِفَةِ التَّخْفِيفِ مَرَّةً فَكَفَتْ مُؤَثُّهَا بِهَا فَلَا تَعْمَلُ ثَانِيَةً.

(وَيَقْرَأُ فِي الْحَضَرِ فِي الضُّجْرِ فِي الرُّكْعَتَيْنِ بِأَرْبَعِينَ آيَةً أَوْ خَمْسِينَ آيَةً سِوَى فَاتِحَةِ الْكِتَابِ) وَيُرْوَى مِنْ أَرْبَعِينَ إِلَى سِتِّينَ وَمِنْ سِتِّينَ إِلَى مِائَةٍ، وَبِكُلِّ ذَلِكَ وَرَدَ الْأَثَرُ. وَوَجْهُ التَّوْفِيقِ أَنَّهُ يَقْرَأُ بِالرَّائِعِينَ مِائَةً وَبِالْكَسَالَى أَرْبَعِينَ وَبِالْأَوْسَاطِ مَا بَيْنَ خَمْسِينَ إِلَى سِتِّينَ، وَقِيلَ يَنْظُرُ إِلَى طُولِ اللَّيَالِي وَقِصَرِهَا وَإِلَى كَثَرَةِ الْأَشْغَالِ وَقِلَّتِهَا.

قَالَ (وَفِي الظُّهْرِ مِثْلَ ذَلِكَ) لَا اسْتِوَاءَ فِي سَعَةِ الْوَقْتِ، وَقَالَ فِي الْأَصْلِ أَوْ دُونَهُ لِأَنَّهُ وَقْتُ الْإِسْتِغَالِ فَيَنْقُصُ عَنْهُ تَحَرُّزًا عَنِ الْمَلَالِ (وَالْعَصْرُ وَالْعِشَاءُ سَوَاءٌ يَقْرَأُ فِيهِمَا بِأَوْسَاطِ الْمَفْصَلِ، وَفِي الْمَغْرِبِ دُونَ ذَلِكَ يَقْرَأُ فِيهَا بِقِصَارِ الْمَفْصَلِ) وَالْأَصْلُ فِيهِ كِتَابُ عُمَرَ عليه السلام إِلَى أَبِي مُوسَى الْأَشْعَرِيِّ أَنَّ أَهْرَافَ فِي الضُّجْرِ وَالظُّهْرِ بِطُولِ الْمَفْصَلِ وَفِي الْعَصْرِ وَالْعِشَاءِ بِأَوْسَاطِ الْمَفْصَلِ وَفِي الْمَغْرِبِ بِقِصَارِ الْمَفْصَلِ وَلِأَنَّ مَبْنَى الْمَغْرِبِ عَلَى الْعَجَلَةِ وَالتَّخْفِيفِ أَلْيَقُ بِهَا. وَالْعَصْرُ وَالْعِشَاءُ يُسْتَحَبُّ فِيهِمَا التَّأْخِيرُ، وَقَدْ يَقَعَانِ بِالتَّطْوِيلِ فِي

وَقَتٍ غَيْرِ مُسْتَحَبٍّ فَيُوقَّتُ فِيهِمَا بِالْأَوْسَاطِ

الشرح:

(وَيَقْرَأُ فِي الْحَضَرِ فِي الْفَجْرِ فِي الرُّكْعَتَيْنِ بِأَرْبَعِينَ آيَةً أَوْ خَمْسِينَ سِوَى الْفَاتِحَةِ) وَيُرْوَى مِنْ أَرْبَعِينَ إِلَى سِتِّينَ، وَيُرْوَى مِنْ سِتِّينَ إِلَى مِائَةٍ، وَبِكُلِّ ذَلِكَ وَرَدَتْ الْأَنَارُ. قَالَ مُورِّقُ الْعِجْلِيِّ: «تَلَقَّنْتُ سُورَةَ ﴿قَت﴾ وَ﴿أَقْتَرَبْتُ﴾ مِنْ فِي رَسُولِ اللَّهِ ﷺ لِكثَرَةِ قِرَائَتِهِ لُهُمَا فِي صَلَاةِ الْفَجْرِ» وَ﴿قَت﴾ خَمْسٌ وَأَرْبَعُونَ آيَةً، وَ﴿أَقْتَرَبْتُ﴾ خَمْسٌ وَخَمْسُونَ أَوْ سِتٌّ وَخَمْسُونَ آيَةً. وَرَوَى ابْنُ عَبَّاسٍ «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَرَأَ فِي الْفَجْرِ يَوْمَ الْجُمُعَةِ ﴿تَنْزِيلُ الْمَرْ﴾ السَّجْدَةَ، ﴿هَلْ أَتَى عَلَى الْإِنْسَانِ﴾، وَالْأُولَى ثَلَاثُونَ وَالثَّانِيَةُ إِحْدَى وَثَلَاثُونَ» فَلَمَّا اخْتَلَفَتْ مَقَادِيرُ قِرَاءَةِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ اخْتَلَفَتْ رِوَايَةُ مُحَمَّدٍ فِيهَا، وَفِي لَفْظِ الْكِتَابِ إِشَارَةٌ إِلَى أَنَّ هَذِهِ الْمَقَادِيرُ أَيُّهَا كَانَتْ إِمَّا تَكُونُ فِي رَكْعَتَيْنِ لَا فِي رَكْعَةٍ وَاحِدَةٍ حَتَّى تَكُونَ عَلَى رِوَايَةِ الْأَرْبَعِينَ فِي كُلِّ رَكْعَةٍ عِشْرُونَ.

قَوْلُهُ: (وَوَجْهَ التَّوْفِيقِ) يَعْنِي بَيْنَ الرِّوَايَاتِ وَهُوَ ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ: (وَفِي الظُّهْرِ مِثْلُ ذَلِكَ) أَيُّ مِثْلُ مَا قَرَأَ فِي الْفَجْرِ (لَا سِتْوَاهُمَا فِي سَعَةِ الْوَقْتِ) وَرَوَى «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ كَانَ يَقْرَأُ فِي الظُّهْرِ ﴿الْمَرْ﴾ السَّجْدَةَ». قَالَ أَبُو سَعِيدٍ الْخُدْرِيُّ: «سَجَدَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فِي الظُّهْرِ فَظَنْنَا أَنَّهُ قَرَأَ ﴿الْمَرْ﴾ تَنْزِيلُ السَّجْدَةَ»، وَقَدْ رَوَيْنَا أَنَّهُ كَانَ يَقْرَأُ فِي الْفَجْرِ ﴿الْمَرْ﴾ تَنْزِيلُ السَّجْدَةَ وَفِي الثَّانِيَةِ ﴿هَلْ أَتَى عَلَى الْإِنْسَانِ﴾ [سُورَةُ الْإِنْسَانِ] فَذَلَّ عَلَى أَنَّهُ قَرَأَ فِي الظُّهْرِ مَا قَرَأَ فِي رَكْعَتَيِ الْفَجْرِ (وَقَالَ فِي الْأَصْلِ أَوْ دُونَهُ؛ لِأَنَّهُ وَقْتُ الْإِشْغَالِ فَيَنْقُصُ عَنْهُ تَحَرُّزًا عَنِ الْمَلَالِ) وَرَوَى أَبُو سَعِيدٍ الْخُدْرِيُّ «أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ كَانَ يَقْرَأُ فِي الظُّهْرِ قَدْرَ ثَلَاثِينَ آيَةً وَهُوَ نَحْوُ سُورَةِ الْمُلِكِ».

وَقَوْلُهُ: (وَالْعَصْرُ وَالْعِشَاءُ سِوَاءٌ) يَعْنِي فِي سَعَةِ الْوَقْتِ عَلَى جِهَةِ الاسْتِحْبَابِ (يَقْرَأُ فِيهِمَا بِالْأَوْسَاطِ الْمَفْصَلِ) لَمَّا رَوَى جَابِرُ بْنُ سَمُرَةَ «أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ كَانَ يَقْرَأُ فِي الرُّكْعَتَيْنِ الْأُولَيَيْنِ مِنَ الْعَصْرِ ﴿وَالسَّمَاءِ ذَاتَ الْبُرُوجِ﴾ وَالسَّمَاءِ وَالطَّارِقِ» وَلِحَدِيثِ «مُعَاذُ بْنُ جَبَلٍ أَنَّ قَوْمَهُ شَكُّوا إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ تَطْوِيلَ قِرَائَتِهِ فِي الْعِشَاءِ، فَقَالَ لَهُ النَّبِيُّ ﷺ: أَفَتَأَنِّ أَتَى يَا مُعَاذُ؟ أَيْنَ أَتَى مِنْ ﴿سَبِّحْ اسْمَ رَبِّكَ الْأَعْلَى﴾ وَالشَّمْسِ وَضُحَاهَا» (وَفِي الْمَغْرِبِ بِقِصَارِ الْمَفْصَلِ) لَمَّا رَوَى «أَنَّهُ عَلَيْهِ

الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ قَرَأَ فِي صَلَاةِ الْمَغْرِبِ بِالْمُعَوِّذَيْنِ وَطَوَّلَ الْمَفْصَلَ فِي سُورَةِ الْحُجُرَاتِ إِلَى سُورَةِ ﴿وَالسَّمَاءِ ذَاتِ الْبُرُوجِ﴾، وَالْأَوْسَاطِ مِنْهَا إِلَى لَمْ يَكُنْ، وَالْقِصَارِ مِنْهَا إِلَى الْآخِرِ» وَقِيلَ طَوَّلَهُ مِنَ الْحُجُرَاتِ إِلَى عَبَسَ، وَأَوْسَاطُهُ مِنْ كُورَتْ إِلَى وَ﴿وَالضُّحَى﴾، وَالْقِصَارُ مِنْهُ إِلَى الْآخِرِ.

(وَيُطِيلُ الرُّكْعَةَ الْأُولَى مِنَ الْفَجْرِ عَلَى الثَّانِيَةِ) إِعَانَةً لِلنَّاسِ عَلَى إِدْرَاكِ الْجَمَاعَةِ. قَالَ (وَرَكْعَتَا الظُّهْرِ سَوَاءٌ) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ أَحَبُّ إِلَيَّ أَنْ يُطِيلَ الرُّكْعَةَ الْأُولَى عَلَى غَيْرِهَا فِي الصَّلَوَاتِ كُلِّهَا لَمَّا رَوَى "أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ كَانَ يُطِيلُ الرُّكْعَةَ الْأُولَى عَلَى غَيْرِهَا فِي الصَّلَوَاتِ كُلِّهَا" وَلَهُمَا أَنْ الرُّكْعَتَيْنِ اسْتَوِيَا فِي اسْتِحْقَاقِ الْقِرَاءَةِ فَيَسْتَوِيَانِ فِي الْمِقْدَارِ بِخِلَافِ الْفَجْرِ لِأَنَّهُ وَقْتُ نَوْمٍ وَغَفْلَةٍ، وَالْحَدِيثُ مَحْمُولٌ عَلَى الْإِطَالَةِ مِنْ حَيْثُ الثَّنَاءُ وَالنُّعُودُ وَالتَّسْمِيَةُ، وَلَا مُعْتَبَرٌ بِالزِّيَادَةِ وَالنَّقْصَانِ بِمَا دُونَ ثَلَاثِ آيَاتٍ لَعَدِمَ امْكَانُ الْإِحْتِرَازِ عَنْهُ مِنْ غَيْرِ حَرَجٍ

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَيُطِيلُ الرُّكْعَةَ الْأُولَى مِنَ الْفَجْرِ) بِهِ جَرَى التَّوَارُثُ مِنْ لَدُنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ إِلَى يَوْمِنَا هَذَا، وَفِيهِ إِعَانَةٌ لِلنَّاسِ عَلَى إِدْرَاكِ الْجَمَاعَةِ وَلَا يُطِيلُ فِي غَيْرِهَا عِنْدَهُمَا. (وَقَالَ مُحَمَّدٌ: أَحَبُّ إِلَيَّ أَنْ يُطِيلَ الرُّكْعَةَ الْأُولَى عَلَى الثَّانِيَةِ فِي الصَّلَوَاتِ كُلِّهَا؛ لَمَّا رَوَى) أَبُو قَتَادَةَ ﷺ («أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ كَانَ يُطِيلُ الْقِرَاءَةَ فِي الرُّكْعَةِ الْأُولَى فِي الصَّلَوَاتِ كُلِّهَا»). وَلَهُمَا أَنْ رَكْعَتِي الصَّلَاةِ اسْتَوِيَا فِي اسْتِحْقَاقِ الْقِرَاءَةِ لَكُونِهَا رُكْنًا فِي الْجَمِيعِ، وَكُلُّ مَا كَانَا كَذَلِكَ يَسْتَوِيَانِ فِي الْمِقْدَارِ إِلَّا بِعَارِضٍ غَيْرِ اخْتِيَارِيٍّ؛ لِأَنَّ سَبَبَ الْخُدُوثِ مُتَّحِدٌ وَسَبَبُ التَّفَاوُتِ غَيْرُ مَوْجُودٍ. وَقُلْنَا بِعَارِضٍ غَيْرِ اخْتِيَارِيٍّ لِيُخْرِجَ صَلَاةَ الْفَجْرِ؛ لِأَنَّ تَطْوِيلَ الرُّكْعَةِ الْأُولَى مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ فِيهَا، وَلَقَلَّا يَرُدُّ مَا يُقَالُ فِي جَانِبِ مُحَمَّدٍ: إِنَّ مَعْنَى تَطْوِيلِ الرُّكْعَةِ الْأُولَى عَلَى الثَّانِيَةِ مَوْجُودٌ فِي سَائِرِ الصَّلَوَاتِ، إِلَّا أَنَّ الْغَفْلَةَ فِي الْفَجْرِ بِسَبَبِ النَّوْمِ وَفِي غَيْرِهِ بِاشْتِغَالِ النَّاسِ بِالْكَسْبِ؛ لِأَنَّ غَفْلَتَهُمْ تِلْكَ بِاخْتِيَارِهِمْ، بِخِلَافِ النَّوْمِ، ثُمَّ الْمُعْتَبَرُ فِي التَّطْوِيلِ بِالْآيَاتِ إِنْ كَانَتْ مُتَسَاوِيَةً أَوْ مُتَقَارِبَةً مِنْ حَيْثُ الْكَلِمَاتُ وَالْحُرُوفُ، وَأَمَّا إِذَا كَانَتْ مُتَفَاوِتَةً مِنْ حَيْثُ ذَلِكَ فَالْمُعْتَبَرُ بِالْكَلِمَاتِ وَالْحُرُوفِ فِي مِقْدَارِ زِيَادَةِ إِحْدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَى، فَمِنْهُمْ مَنْ اعْتَبَرَ الثَّلَاثَ

وَالثَّلَاثِينَ بِأَنْ يَكُونَ الثَّلَاثَانِ فِي الْأُولَى وَالثَّلَاثُ فِي الثَّانِيَةِ.

وَقَالَ فِي شَرْحِ الطَّحَاوِيِّ: يَنْبَغِي أَنْ يَقْرَأَ فِي الْأُولَى ثَلَاثِينَ آيَةً وَفِي الثَّانِيَةِ بَعْشَرَ آيَاتٍ أَوْ عَشْرِينَ، وَهَذَا بَيَانُ الْأُولَوِيَّةِ. وَأَمَّا بَيَانُ الْحُكْمِ فَالْجَوَازُ وَإِنْ كَانَ التَّفَاوُتُ فَاحِشًا بِأَنْ قَرَأَ فِي الْأُولَى بِأَرْبَعِينَ وَفِي الثَّانِيَةِ ثَلَاثَ آيَاتٍ. وَأَمَّا إِطَالَةُ الرُّكْعَةِ الثَّانِيَةِ عَلَى الْأُولَى فَمَكْرُوهٌ بِالِاتِّفَاقِ، وَلَا مُعْتَبَرٌ بِالزِّيَادَةِ وَالتَّقْصَانِ بِمَا دُونَ ثَلَاثِ آيَاتٍ؛ لِأَنَّ «النَّبِيَّ ﷺ» قَرَأَ فِي الْمَغْرِبِ بِالْمُعَوَّدَتَيْنِ وَالثَّانِيَةِ أَطْوَلَ بِآيَةٍ»، وَلَمَّا قَالَ فِي الْكِتَابِ مِنْ قَوْلِهِ لَعَدَمِ إِمْكَانِ الْاِحْتِرَازِ عَنْهُ مِنْ غَيْرِ حَرَجٍ وَالْحَرَجُ مَذْفُوعٌ وَهَذَا فِي الْفَرَائِضِ، وَأَمَّا فِي غَيْرِهَا فَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّ زِيَادَةَ إِحْدَى الرُّكْعَتَيْنِ عَلَى الْأُخْرَى مَكْرُوهَةٌ، وَقِيلَ لَيْسَتْ بِمَكْرُوهَةٍ؛ لِأَنَّ أَمْرَ التَّوَافُلِ أَسْهَلُ، أَلَا تَرَى أَنَّهَا جَازَتْ قَاعِدًا مَعَ الْقُدْرَةِ عَلَى الْقِيَامِ.

(وَلَيْسَ فِي شَيْءٍ مِنَ الصَّلَوَاتِ قِرَاءَةُ سُورَةٍ بَعَيْنِهَا) بِحَيْثُ لَا تَجُوزُ بِغَيْرِهَا لِإِطْلَاقِ مَا تَلَوْنَا (وَيُكْرَهُ أَنْ يُوقَّتَ بِشَيْءٍ مِنَ الْقُرْآنِ لَشَيْءٍ مِنَ الصَّلَوَاتِ) لَمَّا فِيهِ مِنْ هَجَرِ الْبَاقِي وَإِيْهَامِ التَّفْضِيلِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَلَيْسَ فِي شَيْءٍ مِنَ الصَّلَوَاتِ قِرَاءَةُ سُورَةٍ بَعَيْنِهَا) هَذِهِ الْمَسْأَلَةُ وَالَّتِي بَعْدَهَا يَتَرَأَى أَنَّهَا فِي إِفَادَةِ الْحُكْمِ وَاحِدٌ، وَلَيْسَ كَذَلِكَ بَلْ هُمَا مُتَعَايِرَانِ وَضَعَا وَيَّانَا. أَمَّا الْوَضْعُ فَلَأَنَّ الْأُولَى مِنْ مَسَائِلِ الْقُدُورِيِّ، وَالثَّانِيَةُ مِنْ مَسَائِلِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ، وَقَدْ التَزَمَ الْإِثْنَانُ بِهِمَا إِذَا اخْتَلَفَتِ الرُّوَايَتَانِ. وَأَمَّا الْبَيَانُ فَلَأَنَّ مَعْنَى الْأُولَى لَيْسَ فِي شَيْءٍ مِنَ الصَّلَوَاتِ مُطْلَقًا يُعَيِّنُ قِرَاءَةَ سُورَةٍ بَعَيْنِهَا لَا تَجُوزُ الصَّلَاةُ بِغَيْرِهَا، وَهُوَ احْتِرَازٌ عَنْ مَذْهَبِ الشَّافِعِيِّ، فَإِنَّهُ عَيَّنَ قِرَاءَةَ الْفَاتِحَةِ لَجَوَازِ الصَّلَاةِ كُلِّهَا، وَقَالَ: لَا تَجُوزُ الصَّلَاةُ بِغَيْرِهَا مِنَ السُّورِ. قُلْنَا إِنَّهُ بَاطِلٌ (لِإِطْلَاقِ مَا تَلَوْنَا) مِنْ قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿فَاقْرَءُوا مَا تَيَسَّرَ مِنَ الْقُرْآنِ﴾ [الزمل: ٢٠] لَا يُقَالُ: فَعَلَى هَذَا يَلْزَمُ التَّكَرُّارُ مِنْ وَجْهِ آخَرَ لَمَّا تَقَدَّمَ أَنَّ قِرَاءَةَ الْفَاتِحَةِ لَا تَتَعَيَّنُ رُكْنًا عِنْدَنَا خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ؛ لِأَنَّ مَا تَقَدَّمَ كَانَ مِنْ لَفْظِ الْهَدَايَةِ، وَهَهُنَا ذَكَرَ أَنَّهُ مِنْ لَفْظِ الْقُدُورِيِّ، وَمَعْنَى الثَّانِيَةِ يُكْرَهُ أَنْ يُعَيِّنَ الْمُصَلِّي شَيْئًا مِنَ الْقُرْآنِ مِثْلَ أَلِ السَّجْدَةِ وَ ﴿هَلْ أَتَى عَلَى الْإِنْسَانِ﴾ لَشَيْءٍ مِنَ الصَّلَوَاتِ كَالْفَجْرِ يَوْمَ الْجُمُعَةِ لَا عَلَى أَنَّهُ لَا يَجُوزُ بِغَيْرِهَا، وَهُوَ أَيْضًا احْتِرَازٌ عَنْ مَذْهَبِ الشَّافِعِيِّ فَإِنَّهُ قَالَ:

يُسْتَحَبُّ ذَلِكَ لِحَدِيثِ ابْنِ مَسْعُودٍ «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ كَانَ يَقْرَأُهُمَا فِي صَلَاةِ الْفَجْرِ» فَكَيْفَ يَكُونُ مَكْرُوهًا، وَقُلْنَا إِنَّ فِي ذَلِكَ هَجَرَ الْبَاقِي وَإِبْهَامَ التَّفْضِيلِ بِلَا دَلِيلٍ، وَذَلِكَ مَكْرُوهٌ لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَقَالَ الرَّسُولُ يَرَبِّ إِنَّ قَوْمِي اتَّخَذُوا هَذَا الْقُرْآنَ مَهْجُورًا﴾ [الفرقان: ٣٠] شَكََا الرَّسُولُ ﷺ قَوْمَهُ قَرِيشًا إِلَى رَبِّهِ بِاتِّخَاذِهِمُ الْقُرْآنَ مَهْجُورًا وَهُوَ يُوجِبُ الْحُرْمَةَ لَوْلَا رِوَايَةُ الْجَوَازِ بغيرِهَا فَمَعَهَا يَكُونُ مَكْرُوهًا.

لَا يُقَالُ: لَيْسَ فِي ذَلِكَ هَجْرٌ، وَإِنَّمَا هُوَ تَفْضِيلٌ بِدَلِيلٍ، وَهُوَ مَا رَوَيْنَا مِنْ حَدِيثِ ابْنِ مَسْعُودٍ؛ لِأَنَّهُ مُعَارِضٌ بِمَا رَوَى جَابِرُ بْنُ سَمُرَةَ «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ كَانَ يَقْرَأُ فِي الْفَجْرِ ق»^(١) «وَبِمَا رَوَى» أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَقَامَ بَتُّوكَ أَرْبَعِينَ لَيْلَةً وَكَانَ يَقْرَأُ فِي الْفَجْرِ الْفَاتِحَةَ، وَإِذَا زُلْزِلَتْ» فَعَلِمَ أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ مَا وَاطَبَ عَلَى ذَلِكَ، فَفِي اسْتِحْبَابِ الْمَوَاطَبَةِ مُخَالَفَةٌ لَهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ وَحَمْلٌ لصلاته عَلَى غَيْرِ الْمُسْتَحَبِّ، وَلَا كَرَاهَةٌ أَعْظَمُ مِنْ ذَلِكَ. نَعَمْ لَوْ فَعَلَ ذَلِكَ أَحْيَانًا كَمَا فَعَلَهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ قُلْنَا بِاسْتِحْبَابِهِ لِتَبَرُّكِهِ بِقِرَاءَةِ النَّبِيِّ ﷺ.

(وَلَا يَقْرَأُ الْمُؤْتَمُّ خَلْفَ الْإِمَامِ) خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي «الْفَاتِحَةِ». لَهُ أَنَّ الْقِرَاءَةَ رُكْنٌ مِنَ الْأَرْكَانِ فَيَشْتَرِكَانِ فِيهِ. وَلَنَا قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ "مَنْ كَانَ لَهُ إِمَامٌ فَقِرَاءَةُ الْإِمَامِ لَهُ قِرَاءَةٌ"^(٢) "وَعَلَيْهِ إِجْمَاعُ الصَّحَابَةِ وَهُوَ رُكْنٌ مُشْتَرَكٌ بَيْنَهُمَا، لَكِنْ حَظُّ الْمُتَقَدِّمِ الْإِنْصَاتُ وَالْإِسْتِمَاعُ قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ "وِإِذَا قَرَأَ الْإِمَامُ

(١) أَخْرَجَهُ مُسْلِمٌ (٤٥٨)، وَأَحْمَدُ (٥ / ٩١)، وَابْنُ خَزِيمَةَ فِي صَحِيحِهِ (٥٢٦)، وَالطَّبْرَانِيُّ (١٩٢٩).

(٢) أَخْرَجَهُ ابْنُ مَاجَهَ فِي سَنَنِهِ (٨٥٠) بَنَحْوِهِ، وَالدَّارِقُطْنِيُّ فِي سَنَنِهِ (٤٠٢ / ١) بِهِ، (٣٢٧ / ١) بَنَحْوِهِ، وَأَحْمَدُ فِي مُسْنَدِهِ (٣٣٦ / ٣) بِهِ، كُلُّهُمْ مِنْ حَدِيثِ جَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ.

وَأَخْرَجَهُ الدَّارِقُطْنِيُّ فِي سَنَنِهِ (٣٢٥ / ١، ٣١٢) بِهِ، مِنْ حَدِيثِ ابْنِ عَمْرِو بْنِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا. وَأَخْرَجَهُ الطَّبْرَانِيُّ فِي الْأَوْسَطِ بِلَفْظِهِ كَمَا فِي مَجْمَعِ الزَّوَائِدِ لِلْهَيْثَمِيِّ (١١١ / ٢)، وَابْنُ عَدِي فِي الْكَامِلِ (٣٢٢ / ١) بِهِ، كِلَاهُمَا عَنْ أَبِي سَعِيدٍ الْخُدْرِيِّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

وَأَخْرَجَهُ الدَّارِقُطْنِيُّ فِي سَنَنِهِ (٤٠٣ / ١) مِنْ حَدِيثِ أَبِي هُرَيْرَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، بَنَحْوِهِ. وَأَخْرَجَهُ الدَّارِقُطْنِيُّ فِي سَنَنِهِ (٣٣٣ / ١) مِنْ حَدِيثِ ابْنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا، بِمَعْنَاهُ.

وَأَخْرَجَهُ ابْنُ حَبَانَ فِي كِتَابِ الضَّعْفَاءِ مِنْ حَدِيثِ أَنَسِ بْنِ مَالِكٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، بِهِ. وَانْظُرْ نَصْبَ الرَّايَةِ (١٢ / ٢).

فَأَنْصِتُوا»^(١) "وَيُسْتَحْسَنُ عَلَى سَبِيلِ الْإِحْتِيَاظِ فِيمَا يُرَوَى عَنْ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ، وَيُكْرَهُ عِنْدَهُمَا مَا فِيهِ مِنَ الْوَعِيدِ (وَيُسْتَمْعُ وَيُنْصِتُ وَإِنْ قَرَأَ الْإِمَامُ آيَةَ التَّرْغِيبِ وَالتَّرْهِيْبِ) لِأَنَّ الْإِسْتِمَاعَ وَالْإِنْصَاتَ فَرَضٌ بِالنَّصِّ، وَالْقِرَاءَةُ وَسُؤَالُ الْجَنَّةِ وَالتَّعَوُّدُ مِنَ النَّارِ كُلُّ ذَلِكَ مُخِلٌّ بِهِ وَكَذَلِكَ فِي الْخُطْبَةِ، (وَكَذَلِكَ إِنْ صَلَّى عَلَى النَّبِيِّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ) لِفَرْضِيَّةِ الْإِسْتِمَاعِ إِلَّا أَنْ يَقْرَأَ الْخُطِيبُ قَوْلَهُ تَعَالَى ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا صَلُّوا عَلَيْهِ وَسَلِّمُوا تَسْلِيمًا﴾ [الأحزاب: ٥٦] الْآيَةَ، فَيُصَلِّي السَّامِعُ فِي نَفْسِهِ. وَاخْتَلَفُوا فِي الثَّانِي عَنْ الْمُنْبِرِ، وَالْأَحْوِطُ هُوَ السُّكُوتُ إِقَامَةً لِفَرْضِ الْإِنْصَاتِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

الشرح:

(وَلَا يَقْرَأُ الْمُؤْتَمُّ خَلْفَ الْإِمَامِ) سَوَاءً كَانَ فِي الصَّلَاةِ الْجَهْرِيَّةِ أَوْ غَيْرِهَا خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ فِي الْفَاتِحَةِ فَإِنَّهُ يَقُولُ: يَجِبُ عَلَيْهِ قِرَاءَتُهَا فِي الصَّلَاةِ السَّرِيَّةِ وَفِي الرُّكْعَاتِ الَّتِي لَا جَهْرَ فِيهَا، وَكَذَا فِيمَا يَجْهَرُ فِيهِ عَلَى الصَّحِيحِ مِنْ مَذْهَبِهِ: قَالَ أَصْحَابُهُ: وَيُسْتَحَبُّ لِلْإِمَامِ عَلَى هَذَا الْقَوْلِ أَنْ يَسْكُتَ بَعْدَ الْفَاتِحَةِ قَدْرَ مَا يَقْرَأُ الْمُقْتَدِي الْفَاتِحَةَ، وَاسْتَدْلَّ عَلَى ذَلِكَ بِأَنَّ الْقِرَاءَةَ رُكْنٌ مِنَ الْأَرْكَانِ فَيَشْتَرِكُ فِيهَا كَمَا فِي سَائِرِ الْأَرْكَانِ.

وَلَنَا قَوْلُهُ: عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «مَنْ كَانَ لَهُ إِمَامٌ فَقِرَاءَةُ الْإِمَامِ لَهُ قِرَاءَةٌ» حَدَّثَ بِهِ أَبُو حَنِيفَةَ فِي مُسْنَدِهِ عَنْ مُوسَى ابْنِ عَائِشَةَ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ شَدَّادٍ عَنْ جَابِرِ ابْنِ عَبْدِ اللَّهِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ. لَا يُقَالُ: هَذَا الْحَدِيثُ مُعَارَضٌ بِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «لَا صَلَاةَ إِلَّا بِقِرَاءَةٍ» فَيَسْلَمُ اسْتِدْلَالُهُ بِالْقِيَاسِ سَالِمًا. لِأَنَّا نَقُولُ بِالْمَوْجِبِ: أَيُّ سَلَمْنَا أَنْ لَا صَلَاةَ إِلَّا بِقِرَاءَةٍ، وَلَكِنْ لَيْسَ الْكَلَامُ فِيهِ، وَإِنَّمَا الْكَلَامُ فِي أَنْ قِرَاءَةَ الْإِمَامِ قِرَاءَةٌ لَهُ أَوْ لَا، وَحَدِيثُهُمْ لَا يَدُلُّ عَلَى نَفْيٍ وَلَا إِبْتَاتٍ، وَحَدِيثُنَا يَدُلُّ عَلَى ثُبُوتِهِ فَعَمَلْنَا بِهِ حَذَرًا عَنْ الْإِلْغَاءِ وَهَذَا لَمْ يَذْكُرْ الْمُصَنِّفُ حَدِيثَهُمْ فِي الْاسْتِدْلَالِ لِعَدَمِ الْفَائِدَةِ فِي ذِكْرِهِ.

(١) أخرجه مسلم (٦٣)، وأبو داود (٩٧٣)، وابن ماجه في سننه (٨٤٧)، والبخاري في مسنده، وابن عدي في الكامل (٣٤٧/٣) كلهم عن أبي موسى رضي الله عنه، بنحوه.
وأخرجه أبو داود (٦٠٣)، والنسائي في الافتتاح باب ٣٠، وابن ماجه (٨٤٦)، والدارقطني في سننه (٣٢٨/١) كلهم عن أبي هريرة رضي الله عنه، بنحوه. وانظر نصب الراية (١٧/٢).

وَقَوْلُهُ: (وَعَلَيْهِ إِجْمَاعُ الصَّحَابَةِ) قِيلَ فِيهِ نَظَرٌ؛ لِأَنَّ مِنْهُمْ مَنْ يَقُولُ بِوُجُوبِ قِرَاءَةِ الْفَاتِحَةِ عَلَى مَا رَوَى عَنْ عُبَادَةَ بْنِ الصَّامِتِ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ الْمُرَادَ بِهِ إِجْمَاعُ أَكْثَرِ الصَّحَابَةِ، فَإِنَّهُ رَوَى عَنْ ثَمَانِينَ نَفَرًا مِنْ كِبَارِ الصَّحَابَةِ مَنَعَ الْمُقْتَدِي عَنْ الْقِرَاءَةِ خَلْفَ الْإِمَامِ.

وَقَالَ الشَّعْبِيُّ: أَذْرَكَتَ سَبْعِينَ بَذْرِيًّا كُلُّهُمْ يَمْنَعُونَ الْمُقْتَدِي عَنْ الْقِرَاءَةِ خَلْفَ الْإِمَامِ، وَلَيْسَ بِشَيْءٍ؛ لِأَنَّ هَذَا الْمِقْدَارَ لَيْسَ أَكْثَرَ الصَّحَابَةِ، وَأَيْضًا الْمَذْهَبُ عِنْدَنَا أَنَّ خِلَافَ الْوَاحِدِ كَخِلَافِ الْأَكْثَرِ. وَقِيلَ الْمُرَادُ بِهِ إِجْمَاعُ مُجْتَهِدِي الصَّحَابَةِ وَكِبَارِهِمْ، وَقَدْ رَوَى عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ زَيْدٍ بْنِ أَسْلَمَ عَنْ أَبِيهِ قَالَ: كَانَ عَشْرَةٌ مِنْ أَصْحَابِ النَّبِيِّ ﷺ يَنْهَوْنَ عَنْ الْقِرَاءَةِ خَلْفَ الْإِمَامِ أَشَدَّ النَّهْيِ: أَبُو بَكْرٍ الصِّدِّيقُ وَعُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ وَعُثْمَانُ بْنُ عَفَّانٍ وَعَلِيٌّ بْنُ أَبِي طَالِبٍ وَعَبْدُ الرَّحْمَنِ بْنُ عَوْفٍ وَسَعْدُ بْنُ أَبِي وَقَّاصٍ وَعَبْدُ اللَّهِ بْنُ مَسْعُودٍ وَزَيْدُ بْنُ ثَابِتٍ وَعَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ وَعَبْدُ اللَّهِ بْنُ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ.

وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ رُجُوعُ الْمُخَالَفِ ثَابِتًا فَيَتِمُّ الْإِجْمَاعُ، وَيَجُوزُ أَنْ يُقَالَ لَوْ ثَبَتَ نَهْيُ الْعَشْرَةِ الْمَذْكُورَةِ وَلَمْ يَثْبُتْ رَدُّ أَحَدٍ عَلَيْهِمْ عِنْدَ تَوْفُرِ الصَّحَابَةِ كَانَ إِجْمَاعًا سُكُوتِيًّا. وَقَوْلُهُ: (وَهُوَ رُكْنٌ مُشْتَرَكٌ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ الْقِرَاءَةُ رُكْنٌ. وَتَقْرِيرُهُ: سَلَّمْنَا أَنَّهُ رُكْنٌ مُشْتَرَكٌ (بَيْنَهُمَا) لَكِنْ حَظُّ الْمُقْتَدِي (مِنْهُمَا) الْاسْتِمَاعُ وَالْإِنْصَاتُ لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَإِذَا قُرِئَ الْقُرْآنُ فَاسْتَمِعُوا لَهُ وَأَنْصِتُوا﴾ [الأعراف: ٢٠٤] لَمَّا رَوَى عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ «أَنَّ أَصْحَابَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ قَرَأُوا خَلْفَهُ فَخَلَطُوا عَلَيْهِ الْقِرَاءَةَ فَتَزَلَّتْ». وَلَمَّا رَوَى أَبُو هُرَيْرَةَ: أَنَّهُ ﷺ قَالَ «إِنَّمَا جُعِلَ الْإِمَامُ لِيُؤْتَمَّ بِهِ، فَإِذَا كَبَّرَ فَكَبِّرُوا، وَإِذَا قَرَأَ فَأَنْصِتُوا» الْحَدِيثَ.

وَقَوْلُهُ: (وَيُسْتَحْسَنُ قِرَاءَةُ الْفَاتِحَةِ عَلَى سَبِيلِ الْإِحْتِيَاظِ فِيمَا يُرَوَى عَنْ مُحَمَّدٍ) لَمَّا رَوَى مِنْ حَدِيثِ عُبَادَةَ بْنِ الصَّامِتِ (وَيُكْرَهُ عِنْدَهُمَا لَمَّا فِيهِ مِنَ الْوَعِيدِ) وَهُوَ مَا رَوَى أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ قَالَ: «مَنْ قَرَأَ خَلْفَ الْإِمَامِ فَفِيهِ جَمْرَةٌ» وَقَالَ: وَقَدْ أَخْطَأَ السُّنَّةَ. وَقِيلَ الْمُرَادُ بِهِ مَا رَوَى عَنْ سَعْدِ بْنِ أَبِي وَقَّاصٍ أَنَّهُ قَالَ: مَنْ قَرَأَ خَلْفَ الْإِمَامِ فَسَدَتْ صَلَاتُهُ. وَمَا رَوَى أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ قَالَ: لَيْتَ فِي فَمِ الَّذِي يَقْرَأُ خَلْفَ الْإِمَامِ

حَجَرًا وَغَيْرَ ذَلِكَ، وَلَا مُنَافَاةَ فِي ذَلِكَ فَجَازَ أَنْ يَكُونَ الْكُلُّ مُرَادًا.

وَقَوْلُهُ: (وَيَسْتَمِعُ وَيُنْصِتُ وَإِنْ قَرَأَ الْإِمَامُ آيَةَ التَّرْغِيبِ) أَيُّ إِلَى الْجَنَّةِ (وَالتَّرْهِيْبِ) أَيُّ مِنَ النَّارِ، وَدَلِيلُهُ الْمَذْكُورُ فِي الْكِتَابِ ظَاهِرٌ، وَهَلْ يَسْأَلُ وَيَتَعَوَّذُ الْإِمَامُ أَوْ الْمُنْفَرِدُ أَوْ لَا؟ لَمْ يَذْكُرْهُ هَهُنَا، فَأَمَّا الْإِمَامُ فَلَا يَفْعَلُ ذَلِكَ لَا فِي الْفَرَضِ وَلَا فِي النَّفْلِ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُنْفَلْ ذَلِكَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ وَلَا عَنِ الْأَئِمَّةِ بَعْدَهُ؛ وَلَئِنَّهُ يُؤَدِّي إِلَى تَطْوِيلِ الصَّلَاةِ عَلَى الْقَوْمِ وَهُوَ مَكْرُوهٌ، وَكَذَلِكَ الْمُنْفَرِدُ إِذَا كَانَ فِي الْفَرَضِ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ الْمَنْقُولِ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ وَلَا عَنِ الْأَئِمَّةِ بَعْدَهُ، وَأَمَّا إِذَا كَانَ فِي التَّطَوُّعِ فَهُوَ حَسَنٌ لِحَدِيثِ حُذَيْفَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَالَ: «صَلَّيْتُ مَعَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ صَلَاةَ اللَّيْلِ فَمَا مَرَّ بَايَةٌ فِيهَا ذِكْرُ الْجَنَّةِ إِلَّا وَقَفَ وَسَأَلَ اللَّهَ الْجَنَّةَ، وَمَا مَرَّ بَايَةٌ فِيهَا ذِكْرُ النَّارِ إِلَّا وَقَفَ وَتَعَوَّذَ بِاللَّهِ مِنَ النَّارِ» (وَكَذَلِكَ إِذَا كَانَ الْخَطِيبُ فِي الْخُطْبَةِ) يَسْتَمِعُ الْقَوْمُ وَيُنْصِتُوا؛ لَمَا رَوَى أَبُو هُرَيْرَةَ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ «مَنْ قَالَ لَصَاحِبِهِ وَالْإِمَامُ يَخْطُبُ أَنْصِتْ فَقَدْ لَغَا، وَمَنْ لَغَا فَلَا صَلَاةَ لَهُ» وَكَذَلِكَ إِنْ صَلَّى عَلَى النَّبِيِّ ﷺ يَسْتَمِعُونَ وَيُنْصِتُونَ.

سَأَلَ أَبُو يُوسُفَ أَبَا حَنِيفَةَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ: إِذَا ذَكَرَ الْإِمَامُ هَلْ يَذْكُرُونَ وَيُصَلُّونَ عَلَى النَّبِيِّ ﷺ؟ قَالَ: أَحَبُّ إِلَيَّ أَنْ يَسْتَمِعُوا وَيُنْصِتُوا، وَلَمْ يَقُلْ لَا يَذْكُرُونَ وَلَا يُصَلُّونَ فَقَدْ أَحْسَنَ فِي الْعِبَارَةِ وَاحْتَشَمَ مِنْ أَنْ يَقُولَ لَا يَذْكُرُونَ لَا يُصَلُّونَ عَلَى النَّبِيِّ ﷺ، وَإِنَّمَا كَانَ الْاسْتِمَاعُ وَالْإِنْصَاتُ أَحَبَّ؛ لِأَنَّ ذِكْرَ اللَّهِ وَالصَّلَاةَ عَلَى النَّبِيِّ ﷺ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لَيْسَ بِفَرَضٍ، وَاسْتِمَاعُ الْخُطْبَةِ فَرَضٌ فَلَا يَجُوزُ تَرْكُ الْفَرَضِ لِإِقَامَةِ مَا لَيْسَ بِفَرَضٍ. وَقَوْلُهُ: (إِلَّا أَنْ يَقْرَأَ الْخَطِيبُ) اسْتِثْنَاءٌ مِنْ قَوْلِهِ وَكَذَلِكَ إِنْ صَلَّى: يَعْنِي إِذَا قَرَأَ الْخَطِيبُ (قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿يَتَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا صَلُّوا عَلَيْهِ وَسَلِّمُوا تَسْلِيمًا﴾ [الْأَحْزَابُ: ٥٦]) يُصَلِّي السَّامِعُ فِي نَفْسِهِ؛ لِأَنَّ الْخَطِيبَ حَكَى عَنِ اللَّهِ تَعَالَى أَنَّهُ يُصَلِّي وَعَنِ الْمَلَائِكَةِ أَنَّهُمْ يُصَلُّونَ، وَحَكَى أَمْرَ اللَّهِ بِذَلِكَ وَهُوَ قَدْ اشْتَغَلَ بِذَلِكَ فَكَانَ عَلَى الْقَوْمِ أَنْ يَشْتَغَلُوا بِالصَّلَاةِ تَحْقِيقًا لَمَا طُلِبَ مِنْهُمْ. وَقَدْ رَوَى هَذَا عَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ، وَهَذَا إِذَا كَانَ قَرِيبًا مِنَ الْمِنْبَرِ.

وَأَمَّا إِذَا كَانَ نَائِبًا عَنْهُ بِحَيْثُ لَا يَسْمَعُ الْخُطْبَةَ فَقَدْ اخْتَلَفُوا فِي أَنْ قِرَاءَةَ الْقُرْآنِ أَوَّلَى أَمْ الْإِنْصَاتُ. رَوَى عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ سَلَمَةَ أَنَّهُ قَالَ: الْإِنْصَاتُ أَوَّلَى وَهُوَ اخْتِيَارُ

الكَرْحِي، وَقَدْ اخْتَارَهُ الْمُصَنِّفُ؛ لِأَنَّ الْمَأْمُورَ بِهِ عِنْدَ قِرَاءَةِ الْقُرْآنِ شَيْئَانِ: الاسْتِمَاعُ، وَالْإِنْصَاتُ، فَإِذَا تَهَيَّأَ لَهُ الْعَمَلُ بِأَحَدِهِمَا عَمِلَ امْتِثَالًا لِلأَمْرِ بِحَسَبِ الْإِمْكَانِ وَقَالَ بَعْضُهُمْ: قِرَاءَةُ الْقُرْآنِ أَوْلَى، وَهُوَ اخْتِيَارُ الْفَضْلِيِّ؛ لِأَنَّ الْأَمْرَ بِالْإِنْصَاتِ إِنَّمَا كَانَ لِأَجْلِ الاسْتِمَاعِ لِلتَّدْبِيرِ، وَحَيْثُ فَاتَ ذَلِكَ يَقْرَأُ الْقُرْآنَ إِحْرَازًا لِلثَّوَابِ.

باب الإمامة

(الْجَمَاعَةُ سُنَّةٌ مُؤَكَّدَةٌ) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «الْجَمَاعَةُ سُنَّةٌ مِنْ سُنَنِ

الْهُدَى لَا يَتَخَلَّفُ عَنْهَا إِلَّا مُنَافِقٌ»^(١)

الشرح:

(باب الإمامة) لَمَّا فَرَّغَ مِنْ ذِكْرِ أفعال الإمام مِنْ بَيَانِ وَجُوبِ الْجَهْرِ وَالْمَخَافَةِ وَمِنْ تَقْدِيرِ الْقِرَاءَةِ بِمَا هُوَ سُنَّةُ قِرَاءَةِ الإمامِ وَذَكَرَ أفعال الْمُقْتَدِي مِنْ وَجُوبِ الاسْتِمَاعِ وَالْإِنْصَاتِ أَتْبَعَهُ ذِكْرَ صِفَةِ شَرْعِيَّةِ الإمامَةِ بِأَنَّهَا عَلَى أَيْ صِفَةٍ هِيَ مِنَ الْمَشْرُوعَاتِ فَذَكَرَ مَنْ يَصْلُحُ لَهَا وَمَا يَتْلُوها مِنْ خَوَاصِّ الإمامَةِ فَقَالَ (الْجَمَاعَةُ سُنَّةٌ مُؤَكَّدَةٌ) أَيْ قُوَّةٌ تُشَبِّهُ الْوَاجِبَ فِي الْقُوَّةِ حَتَّى اسْتَدَلَّ بِمُعَاهَدَتِهَا عَلَى وَجُودِ الْإِيمَانِ، بِخِلَافِ سَائِرِ الْمَشْرُوعَاتِ وَهِيَ الَّتِي يُسَمِّيها الْفُقَهَاءُ سُنَّةَ الْهُدَى: أَيْ أَخَذَهَا هُدًى وَتَرَكُهَا ضَلَالَةً، وَأَشَارَ إِلَى ذَلِكَ قَوْلُهُ: ﷺ ("«الْجَمَاعَةُ مِنْ سُنَنِ الْهُدَى لَا يَتَخَلَّفُ عَنْهَا إِلَّا مُنَافِقٌ»") وَلَيْسَ الْمُرَادُ بِالْمُنَافِقِ الْمُنَافِقُ الْمُصْطَلَحُ وَهُوَ الَّذِي يُبْطِنُ الْكُفْرَ وَيُظْهَرُ الْإِسْلَامَ وَإِلَّا لَكَانَتْ الْجَمَاعَةُ فَرِيضَةً؛ لِأَنَّ الْمُنَافِقَ كَافِرٌ وَلَا يَثْبُتُ الْكُفْرُ بِتَرْكِ غَيْرِ الْفَرِيضَةِ، وَكَانَ آخِرُ الْكَلَامِ مُنَاقِضًا لِأَوَّلِهِ فَيَكُونُ الْمُرَادُ بِهِ الْعَاصِي، وَالْجَمَاعَةُ مِنْ خَصَائِصِ الدِّينِ فَإِنَّهَا لَمْ تَكُنْ مَشْرُوعَةً فِي دِينِ مِنَ الْأَدْيَانِ، وَلَا صِحَّةٌ لِقَوْلِ مَنْ يَجْعَلُهَا فَرَضَ عَيْنِ كَأَحْمَدَ وَبَعْضِ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ وَيَقُولُ لَوْ صَلَّى وَخَذَهُ لَمْ يَجُزْ، وَلَا لِقَوْلِ مَنْ يَقُولُ إِنَّمَا فَرَضُ كِفَايَةٍ كَأَكْثَرِ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ وَالكَرْحِيِّ وَالطَّحَاوِيِّ؛ لِأَنَّهُمْ يَسْتَدِلُّونَ بِآيَةِ مُؤَوَّلَةٍ كَقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَارْكَعُوا مَعَ الرَّاكِعِينَ﴾ [البقرة: ٤٣] أَوْ بِخَيْرٍ وَاحِدٍ وَذَلِكَ لَا يُفِيدُ الْفَرَضِيَّةَ.

(١) قال الزيلعي في نصب الراية (٢/٢٣): غريب بهذا اللفظ. وأخرج مسلم (٢٥٦)، (٢٥٧) من

حديث عبد الله بن مسعود رضي الله عنه، بمعناه.

(وَأَوَّلَى النَّاسِ بِالْإِمَامَةِ أَعْلَمُهُمْ بِالسُّنَّةِ) وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَقْرَوُهُمْ لَأَنَّ الْقِرَاءَةَ لَا بُدَّ مِنْهَا، وَالْحَاجَةُ إِلَى الْعِلْمِ إِذَا نَابَتْ نَائِبَةً، وَنَحْنُ نَقُولُ الْقِرَاءَةُ مُفْتَقَرٌ إِلَيْهَا لِرُكْنٍ وَاحِدٍ وَالْعِلْمُ لِسَائِرِ الْأَرْكَانِ (فَإِنْ تَسَاوَوْا فَأَقْرَوُهُمْ) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «يَوْمَ الْقَوْمِ أَقْرَوُهُمْ لِكِتَابِ اللَّهِ تَعَالَى. فَإِنْ كَانُوا سَوَاءً فَأَعْلَمُهُمْ بِالسُّنَّةِ»^(١) وَأَقْرَوُهُمْ كَانَ أَعْلَمُهُمْ لَأَنَّهُمْ كَانُوا يَتَلَقَّوْنَهُ بِأَحْكَامِهِ فَقَدَّمَ فِي الْحَدِيثِ، وَلَا كَذَلِكَ فِي زَمَانِنَا فَقَدَّمْنَا الْأَعْلَمَ (فَإِنْ تَسَاوَوْا فَأَوْرَعُهُمْ) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «مَنْ صَلَّى خَلْفَ عَالِمٍ تَقِيَّ فَكَأَنَّمَا صَلَّى خَلْفَ نَبِيٍّ»^(٢) فَإِنْ تَسَاوَوْا فَاسْتُهُمْ " لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لِابْنِي أَبِي مُلَيْكَةَ «وَلْيُؤْمِكُمَا أَكْبَرَكُمَا سِنًا» وَلَأَنَّ فِي تَقْدِيمِهِ تَكْثِيرَ الْجَمَاعَةِ.

الشرح:

(قَوْلُهُ: وَأَوَّلَى النَّاسِ بِالْإِمَامَةِ أَعْلَمُهُمْ بِالسُّنَّةِ) أَيُّ بِالْفَقْهِ وَالشَّرِيعَةِ إِذَا كَانَ يُحْسِنُ مِنَ الْقِرَاءَةِ مَا تَجَوَّزَ بِهِ الصَّلَاةُ (وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ) أَنَّ أَوْلَاهُمْ بِهَا (أَقْرَوُهُمْ) لِكِتَابِ اللَّهِ: أَيُّ أَعْلَمُهُمْ بِالْقِرَاءَةِ وَكَيْفِيَّةِ أَدَاءِ حُرُوفِهَا وَوُقُوفِهَا (لَأَنَّ الْقِرَاءَةَ) رُكْنٌ فِي الصَّلَاةِ (لَا بُدَّ مِنْهَا وَالْحَاجَةُ إِلَى الْعِلْمِ) إِنَّمَا تُكُونُ (إِذَا نَابَتْ نَائِبَةً) أَيُّ عَرَضَ عَارِضٌ مُفْسِدٌ لِيُمْكِنَهُ إِصْلَاحُ صَلَاتِهِ وَقَدْ يَعْرِضُ وَقَدْ لَا يَعْرِضُ (وَنَحْنُ نَقُولُ الْقِرَاءَةُ مُفْتَقَرٌ إِلَيْهَا لِرُكْنٍ وَاحِدٍ وَالْعِلْمُ) مُحْتَاجٌ إِلَيْهِ (لِسَائِرِ الْأَرْكَانِ) وَالْخَطَأُ الْمُفْسِدُ لِلصَّلَاةِ لَا يُعْرِفُ إِلَّا بِالْعِلْمِ وَالْمُصْلَحُ لَهَا كَذَلِكَ (فَإِنْ تَسَاوَوْا) يَعْنِي فِي الْعِلْمِ بِالسُّنَّةِ (فَأَقْرَوُهُمْ لِقَوْلِهِ ﷺ «يَوْمَ الْقَوْمِ أَقْرَوُهُمْ لِكِتَابِ اللَّهِ، فَإِنْ كَانُوا سَوَاءً فَأَعْلَمُهُمْ بِالسُّنَّةِ»)) وَوَجْهُ

(١) أخرجه مسلم (٢٩٠، ٢٩١) عن أبي مسعود الأنصاري، بنحوه.

وأبو داود (٥٨٤)، والترمذي (٢٣٥)، والنسائي في الإمامة باب ٣، ٦، وابن ماجه في الإقامة باب ٤٦، وأحمد (١١٨/٤، ١٢١، ١٢٢) وأبو داود الطيالسي (٦١٨)، وابن الجارود (١٥٥). وأخرجه ابن حبان في صحيحه، والحاكم في المستدرک (٢٤٣/١)، إلا أنه قال عوض قوله: (فأعلمهم بالسنة): (فأفقههم فقها، فإن كانوا في الفقه سواء، فأكبرهم سنا). وانظر نصب الراية (٢٧/٢).

(٢) قال الزيلعي: غريب، وروى الطبراني في معجمه كما في مجمع الزوائد للهيتمي (٦٤/٢). بمعناه، ورواه الحاكم في المستدرک (٢٢٢/٣). بمعناه إلا أنه قال: (فليؤمكم خياركم)، وسكت عنه، ورواه الدارقطني ثم البيهقي في سننهما عن ابن عمر رضي الله عنهما، بمعناه. انظر نصب الراية (٢٨/٢).

الاستدلال ظاهرٌ.

وَاعْتَرَضَ بَوَجْهَيْنِ: أَحَدُهُمَا أَنَّ قَوْلَهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «يَوْمُ الْقَوْمِ» بِمَعْنَى الْأَمْرِ، وَالْأَمْرُ لِلْوَجُوبِ، فَيَكُونُ التَّرْتِيبُ الْوَاقِعُ فِي الْحَدِيثِ وَاجِبَ الرِّعَايَةِ سَوَاءً كَانَ الْمُرَادُ مَا وَقَعَ فِي ظَاهِرِهِ مِنْ تَقْدِيمِ الْأَقْرَأِ، أَوْ مَا وَقَعَ فِي الْكِتَابِ مِنْ تَقْدِيمِ الْأَعْلَمِ بِالسُّنَّةِ، وَلَيْسَ كَذَلِكَ فَإِنَّ التَّرْتِيبَ الْمَذْكُورَ لِلْأَفْضَلِيَّةِ دُونَ الْحَوَازِ. وَالثَّانِي أَنَّ الِاسْتِدْلَالَ بِهِ عَلَى خِلَافِ الْمُدَّعَى، فَإِنَّ الْمُدَّعَى تَقْدِيمُ الْأَعْلَمِ بِالسُّنَّةِ وَالْحَدِيثِ يَدُلُّ عَلَى تَقْدِيمِ الْأَقْرَأِ لِكِتَابِ اللَّهِ. وَأُجِيبَ عَنْ الْأَوَّلِ بِأَنَّهُ لَيْسَ بِمَعْنَى الْأَمْرِ بَلْ هُوَ صِغَةُ إِنْخَبَارٍ لِبَيَانِ الْمَشْرُوعِيَّةِ، وَهُوَ حَقِيقَةٌ فَلَا يُصَارُ إِلَى الْمَجَازِ مَعَ إِمْكَانِ الْعَمَلِ بِهَا، سَلَمْنَاهُ وَلَكِنَّهُ لِلِاسْتِحْبَابِ بِالْإِجْمَاعِ (و) عَنْ الثَّانِي بِأَنَّهُ (أَقْرَأُهُمْ كَانَ أَعْلَمُهُمْ؛ لِأَنَّهُمْ كَانُوا يَتَلَقَّوْنَهُ بِأَحْكَامٍ) عَلَى مَا رَوَى عَنْ عُمَرَ أَنَّهُ حَفِظَ سُورَةَ الْبَقَرَةِ فِي ثِنْتِي عَشْرَةَ سَنَةً (فَقُدِّمَ فِي الْحَدِيثِ وَلَا كَذَلِكَ فِي زَمَانِنَا) لَا يُقَالُ: هَذَا يُفْضِي إِلَى التَّكْرَارِ إِذْ يَقُولُ مَعْنَى الْحَدِيثِ إِلَى يَوْمِ الْقَوْمِ أَعْلَمُهُمْ، فَإِنَّ تَسَاوَوْا فَأَعْلَمُهُمْ بِالسُّنَّةِ؛ لِأَنَّ الْمُرَادَ أَقْرَأُهُمْ: أَيَّ أَعْلَمُهُمْ بِأَحْكَامِ كِتَابِ اللَّهِ تَعَالَى دُونَ السُّنَّةِ.

وقوله: أَعْلَمُهُمْ بِالسُّنَّةِ: أَيَّ أَعْلَمُهُمْ بِأَحْكَامِ كِتَابِ اللَّهِ وَالسُّنَّةِ؛ لِأَنَّهُ قَالَ: فَإِنْ تَسَاوَوْا فِي الْعِلْمِ بِأَحْكَامِ كِتَابِ اللَّهِ فَأَعْلَمُهُمْ بِالسُّنَّةِ، فَعَلِمَ أَنَّ قَوْلَهُ أَعْلَمُهُمْ بِالسُّنَّةِ هُوَ أَعْلَمُهُمْ بِكِتَابِ اللَّهِ وَالسُّنَّةِ، فَكَانَ الْأَعْلَمُ الثَّانِي غَيْرَ الْأَعْلَمِ الْأَوَّلِ. وَقَوْلُهُ: فَإِنْ تَسَاوَوْا: فَأَوْرَعُهُمْ) لَيْسَ فِي لَفْظِ الْحَدِيثِ فِي تَرْتِيبِ الْإِمَامَةِ إِنَّمَا فِي الْحَدِيثِ بَعْدَ ذِكْرِ الْأَعْلَمِ ذِكْرُ أَفَدَمِهِمْ هِجْرَةَ لَكِنَّا أَصْحَابُنَا جَعَلُوا مَكَانَ الْهِجْرَةِ الْوَرَعَ وَالصَّلَاحَ؛ لِأَنَّ الْهِجْرَةَ كَانَتْ مُنْقَطِعَةً فِي زَمَانِهِمْ، فَجَعَلُوا الْهِجْرَةَ عَنْ الْمَعَاصِي مَكَانَ تِلْكَ الْهِجْرَةِ، وَالْوَرَعَ: الْاجْتِنَابُ عَنِ الشُّبُهَاتِ، وَالتَّقْوَى: الْاجْتِنَابُ عَنِ الْمَحْرَمَاتِ (فَإِنْ تَسَاوَوْا فَاسْتُنُّهُمْ) ظَاهِرٌ، وَلَمْ يَذْكُرْ وَإِنْ تَسَاوَوْا فِي السَّنِّ وَذَكَرَ غَيْرُهُ أَحْسَنُهُمْ خُلُقًا ثُمَّ أَصْبَحَهُمْ وَجْهًا، وَجُمْلَةُ الْقَوْلِ أَنَّ الْمُسْتَحَبَّ فِي التَّقْدِيمِ أَنْ يَكُونَ أَفْضَلُ الْقَوْمِ قِرَاءَةً وَعِلْمًا وَصَلَاحًا وَنَسَبًا وَخُلُقًا وَخَلَقًا اقْتِدَاءً بِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَإِنَّهُ كَانَ هُوَ الْإِمَامَ فِي حَيَاتِهِ لِسَبْقِهِ سَائِرَ الْبَشَرِ بِهَذِهِ الْأَوْصَافِ ثُمَّ أَمَّهُمْ الْأَفْضَلُ فَأَلْفُضَلُ.

(وَيُكْرَهُ تَقْدِيمُ الْعَبْدِ لِأَنَّهُ لَا يَتَفَرَّغُ لِلتَّعَلُّمِ (وَالْأَعْرَابِيِّ) لِأَنَّ الْغَالِبَ فِيهِمُ الْجَهْلُ

(وَالْفَاسِقِ) لَأَنَّهُ لَا يَهْتَمُّ لِأَمْرِ دِينِهِ (وَالْأَعْمَى) لَأَنَّهُ لَا يَتَوَقَّى النُّجَاسَةَ (وَوَلَدِ الزَّنا) لَأَنَّهُ لَيْسَ لَهُ أَبٌ يَتَقَفُّهُ فَيَغْلِبُ عَلَيْهِ الْجَهْلُ، وَلَأنَّ فِي تَقْدِيمِ هَؤُلَاءِ تَفْهِيمَ الْجَمَاعَةِ فَيُكْرَهُ (وَإِنْ تَقَدَّمُوا جَانَ) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «صَلُّوا خَلْفَ كُلِّ بَرٍّ وَفَاجِرٍ»^(١).

الشرح:

قَالَ (وَيُكْرَهُ تَقْدِيمُ الْعَبْدِ الْعَبْدُ لَا يَتَفَرَّغُ لَتَعْلَمَ أَحْكَامَ الصَّلَاةِ فَتُكْرَهُ الصَّلَاةُ خَلْفَهُ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا يَتَرَجَّحُ الْحُرُّ عَلَيْهِ إِذَا تَسَاوَى فِي الْقِرَاءَةِ وَالْعِلْمِ وَالْوَرَعِ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «اسْمَعُوا وَأَطِيعُوا وَلَوْ أُمِرَّ عَلَيْكُمْ عَبْدٌ حَبَشِيٌّ أَجْدَعُ» وَالْجَوَابُ أَنَّ تَقْدِيمَهُ يُؤَدِّي إِلَى تَقْلِيلِ الْجَمَاعَةِ؛ لِأَنَّ النَّاسَ يَسْتَنَكِفُونَ عَنْ مُتَابَعَتِهِ وَمَا يُؤَدِّي إِلَيْهِ مَكْرُوهٌ، وَالْمَرَادُ بِالْحَدِيثِ الْإِمَارَةُ (و) يُكْرَهُ تَقْدِيمُ (الْأَعْرَابِيِّ لَعَلَّةَ الْجَهْلِ فِيهِمْ وَالْفَاسِقِ؛ لَأَنَّهُ لَا يَهْتَمُّ بِأَمْرِ دِينِهِ) وَقَالَ مَالِكٌ لَا تَجُوزُ الصَّلَاةُ خَلْفَهُ؛ لَأَنَّهُ لَمَّا ظَهَرَ مِنْهُ الْخِيَانَةُ فِي الْأُمُورِ الدِّينِيَّةِ لَا يُؤْتَمَنُ فِي أَهَمِّ الْأُمُورِ.

وَقُلْنَا عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ وَأُسُ بْنُ مَالِكٍ وَغَيْرُهُمَا مِنَ الصَّحَابَةِ وَالتَّابِعِينَ صَلُّوا خَلْفَ الْحَاجَّاجِ وَكَانَ أَفْسَقَ أَهْلِ زَمَانِهِ (وَالْأَعْمَى) لَمَّا ذَكَرَ فِي الْكِتَابِ (وَوَلَدِ الزَّنا) لَأَنَّهُ لَيْسَ لَهُ أَبٌ يَتَقَفُّهُ) أَيْ يُؤَدِّبُهُ وَيُعَلِّمُهُ (وَإِنْ تَقَدَّمُوا) وَصَلُّوا (جَارَتْ) الصَّلَاةُ (لِقَوْلِهِ ﷺ «صَلُّوا خَلْفَ كُلِّ بَرٍّ وَفَاجِرٍ») وَوَجْهُ الاسْتِدْلَالِ أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْ هَؤُلَاءِ الْمَذْكُورِينَ إِمَّا أَنْ يَكُونَ بَرًّا أَوْ فَاجِرًا، فَتَجُوزُ الصَّلَاةُ خَلْفَهُ عَلَى كُلِّ حَالٍ.

(وَلَا يُطَوَّلُ الْإِمَامُ بِهِمُ الصَّلَاةَ) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «مَنْ أَمَّ قَوْمًا فَلْيُصَلِّ بِهِمْ صَلَاةَ أَوْفَعِهِمْ، فَإِنْ فِيهِمْ الْمَرِيضُ وَالْكَبِيرُ وَذَا الْحَاجَةِ»^(٢)

الشرح:

(وَلَا يُطَوَّلُ الْإِمَامُ بِهِمْ) أَيْ بِالْقَوْمِ (الصَّلَاةَ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «مَنْ أَمَّ قَوْمًا») الْحَدِيثُ، وَحَدِيثُ مُعَاذِ بْنِ جَبَلٍ حِينَ شَكَا قَوْمُهُ تَطْوِيلَ قِرَاءَتِهِ مَعْرُوفٌ، وَصَحَّ «أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ قَرَأَ بِالْمُعَوَّذَتَيْنِ فِي صَلَاةِ الْفَجْرِ يَوْمًا، فَلَمَّا فَرَغَ قَالُوا

(١) أخرجه الدارقطني في سننه (٥٥/٢) عن أبي هريرة ؓ، به، وانظر نصب الراية (٢٩/٢).

(٢) أخرجه البخاري في الأذان باب ٦٢، ومسلم (١٨٣) من حديث أبي هريرة ؓ، بمعناه. وانظر نصب الراية (٣١/٢).

أَوْجَزْتُ، قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: سَمِعْتُ بُكَاءَ صَبِيٍّ فَخَشِيتُ عَلَى أُمِّهِ أَنْ تُفْتَنَ»
وَذَلِكَ أَوْضَحُ دَلِيلٍ عَلَى أَنَّ الْإِمَامَ يَنْبَغِي لَهُ أَنْ يُرَاعِيَ حَالَ قَوْمِهِ.

(وَيُكْرَهُ لِلنِّسَاءِ وَحَدَهُنَّ الْجَمَاعَةَ) لِأَنَّهَا لَا تَخْلُو عَنْ ارْتِكَابِ مُحَرَّمٍ، وَهُوَ قِيَامُ
الْإِمَامِ وَسَطِ الصَّفِّ فَيُكْرَهُ كَالْعُرَاةِ (فَإِنْ فَعَلْنَ قَامَتِ الْإِمَامُ وَسَطَهُنَّ) لِأَنَّ عَائِشَةَ رَضِيَ
اللَّهُ عَنْهَا فَعَلَتْ كَذَلِكَ، وَحُمِلَ فِعْلُهَا الْجَمَاعَةَ عَلَى ابْتِدَاءِ الْإِسْلَامِ وَلِأَنَّ فِي التَّقَدُّمِ زِيَادَةَ
الْكَشْفِ^(١).

الشرح:

(وَيُكْرَهُ لِلنِّسَاءِ أَنْ يُصَلِّيْنَ جَمَاعَةً؛ لِأَنَّهُنَّ فِي ذَلِكَ لَا يَخْلُونَّ عَنْ ارْتِكَابِ
مُحَرَّمٍ) أَيِّ مَكْرُوهٍ؛ لِأَنَّ إِمَامَتَهُنَّ إِمَامًا أَنْ تَتَقَدَّمَ عَلَى الْقَوْمِ أَوْ تَقِفُ وَسَطَهُنَّ، وَفِي الْأَوَّلِ
زِيَادَةُ الْكَشْفِ وَهِيَ مَكْرُوهَةٌ، وَفِي الثَّانِي تَرْكُ الْإِمَامِ مَقَامَهُ وَهُوَ مَكْرُوهٌ، وَالْجَمَاعَةُ سُنَّةٌ
وَتَرْكُ مَا هُوَ سُنَّةٌ أَوْلَى مِنْ ارْتِكَابِ مَكْرُوهٍ، وَصَارَ حَالُهُنَّ كَحَالِ الْعُرَاةِ فِي أَنَّهُنَّ إِذَا
أَرَادُوا الصَّلَاةَ بِجَمَاعَةٍ وَقَفَ الْإِمَامُ وَسَطَهُمْ لَثَلَا يَقَعَ بَصَرُهُمْ عَلَى عَوْرَتِهِ فَإِنَّهُ مَكْرُوهٌ
تُتْرَكُ السُّنَّةُ لِأَجْلِهِ، وَفِي أَنَّ الْأَفْضَلَ لِكُلِّ مِنَ النِّسَاءِ وَالْعُرَاةِ أَنْ يُصَلِّيَ وَحْدَهُ، خِلَا أَنْ
الْعُرَاةَ يُصَلِّيَ كُلُّ مِنْهُنَّ مُتَفَرِّدًا قَاعِدًا بِإِيمَاءٍ دُونَ النِّسَاءِ. وَقَوْلُهُ: (فَإِنْ فَعَلْنَ) أَيِّ صَلَّيْنَ
بِجَمَاعَةٍ (قَامَتِ الْإِمَامُ وَسَطَهُنَّ) لَمَّا ذَكَرَ فِي الْكِتَابِ مِنَ الْأَثَرِ وَالْمَعْقُولِ.

فَإِنْ قِيلَ: تَعَارَضَتْ هَاهُنَا حُرْمَتَانِ زِيَادَةُ الْكَشْفِ فِي التَّقَدُّمِ وَتَرْكُ مَقَامِ الْإِمَامِ
بِالتَّوَسُّطِ فَلَمْ رَجَحْتُ رِعَايَةَ جَانِبِ الْكَشْفِ عَلَى جَانِبِ تَرْكِ الْمَقَامِ؟ أُجِيبَ بِأَنَّ
الِاخْتِرَازَ عَنِ الْكَشْفِ فَرَضٌ، وَالِاخْتِرَازُ عَنْ تَرْكِ مَقَامِ الْإِمَامِ سُنَّةٌ، وَالْفَرَضُ مُرَجَّحٌ لَا
مَحَالَةَ. وَقَوْلُهُ: (وَحُمِلَ فِعْلُهَا الْجَمَاعَةَ عَلَى ابْتِدَاءِ الْإِسْلَامِ) جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ إِذَا كَانَتْ
إِمَامَتُهُنَّ مَكْرُوهَةً فَكَيْفَ فَعَلَتْ عَائِشَةُ.

وَوَجْهُهُ أَنَّهَا فَعَلَتْ ذَلِكَ فِي ابْتِدَاءِ الْإِسْلَامِ وَكَانَتْ جَائِزَةً سُنَّةٌ تَقِفُ الْإِمَامُ
وَسَطَهُنَّ فَتُسَخِّتُ سُنَّتُهَا دُونَ الْجَوَازِ، فَإِنَّهُنَّ لَوْ صَلَّيْنَ جَمَاعَةً جَازَتْ بِالْإِجْمَاعِ
تَقَدُّمَتْ الْإِمَامُ أَوْ تَوَسَّطَتْ لِاسْتِجْمَاعِ شَرَائِطِ الْجَوَازِ، وَلَكِنَّ الْأَفْضَلَ التَّوَسُّطُ لِرُجْحَانِ

(١) أخرجه الحاكم في المستدرک (٢٠٣/٢) عن عائشة رضي الله عنها أنها كانت تؤذن وتقيم،

وتؤم النساء، فتقوم وسطهن، وسكت عنه، وانظر نصب الراية (٣٣/٢).

جَانِبِ السُّنَنِ كَمَا ذَكَرْنَا.

وَهَهُنَا بَحْثٌ مِنْ أَوْجِهٍ:

الأول: أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَقَامَ بِمَكَّةَ ثَلَاثَ عَشْرَةَ سَنَةً ثُمَّ تَزَوَّجَ عَائِشَةَ بِالْمَدِينَةِ فَبَكِّفَ يَصِحُّ قَوْلُهُ: حُمِلَ فَعَلَّهَا الْجَمَاعَةُ عَلَى ابْتِدَاءِ الْإِسْلَامِ.

الثاني: أَنَّ الْمَذْهَبَ عِنْدَنَا أَنَّ انْتِفَاءَ صِفَةِ الْوُجُوبِ تَسْتَلْزِمُ انْتِفَاءَ صِفَةِ الْجَوَازِ كَمَا عُرِفَ، وَلَا فَرْقَ بَيْنَ الْوُجُوبِ وَالسُّنَّةِ فِي ذَلِكَ لَوْجُودِ الْمَوْجِبِ فِيهَا كَوْجُودِهِ فِيهِ وَهُوَ وَاضِحٌ لِلْمُزَاوَلَيْنِ فِي عِلْمٍ آخَرَ، وَقَدْ قَرَّرْنَا طَرِيقَ ذَلِكَ فِي التَّقْرِيرِ، فَإِذَا نُسِخَتْ السُّنَّةُ نُسِخَ الْجَوَازُ وَالْإِسْتِدْلَالُ بِالْمَنْسُوخِ غَيْرُ صَحِيحٍ.

والثالث: أَنَّ إِمَامَتَهُنَّ فِي صَلَاةِ الْجِنَازَةِ غَيْرُ مَكْرُوهَةٍ، وَارْتِكَابُ أَحَدِ الْمُحَرِّمِينَ فِيهَا مَوْجُودٌ.

والرابع: أَنَّ التَّعْلِيلَ بِزِيَادَةِ الْكَشْفِ غَيْرُ صَحِيحٍ لِبَقَاءِ الْحُكْمِ بِدُونِهَا، فَإِنَّ الْمَرَأَةَ لَوْ لَبَسَتْ ثَوْبًا حَشَوًا مِنْ قَرْنِهَا إِلَى قَدَمِهَا وَأَمَتِ النِّسَاءَ خَاصَّةً وَلَا رَجُلًا ثَمَّةً فَإِنَّهُ لَا كَشْفَ هُنَاكَ: أَصْلًا فَضْلًا عَنِ الزِّيَادَةِ، وَتَقَدُّمُهَا مَكْرُوهٌ وَبَقَاءُ الْحُكْمِ بِدُونِ الْعِلَّةِ غَيْرُ صَحِيحٍ.

وَالْجَوَابُ عَنِ الْأَوَّلِ أَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ الْمُرَادُ بِابْتِدَاءِ الْإِسْلَامِ مَا قَبْلَ النَّسَخِ، فَإِنَّهُ ابْتِدَاءٌ بِالنِّسْبَةِ إِلَى مَا بَعْدَهُ. وَعَنِ الثَّانِي بِأَنَّ الْجَوَازَ الْبَاقِيَ جَوَازٌ فِي ضَمَنِ الْكَرَاهَةِ، وَالَّذِي كَانَ فِي ضَمَنِ السُّنَّةِ نُسِخَ مَعَهَا، وَالْإِسْتِدْلَالُ بِفَعْلِهَا لَيَّانٌ أَنَّهَا كَانَتْ سُنَّةً وَنُسِخَتْ، وَإِنَّمَا جُوزَتْ فِي زَمَانِنَا بِمُقْتَضَى الْجَوَازِ الَّذِي كَانَ مِنْ اسْتِحْصَاعِ شَرَائِطِهِ وَانْتِفَاءِ مَوَانِعِهِ مَعَ مَا يُوجِبُ كَرَاهَتَهُ مِنْ ارْتِكَابِهِ الْمُحَرَّمَ. وَعَنِ الثَّالِثِ بِأَنَّ تَرْكُهُنَّ الْجَمَاعَةَ إِنَّمَا كَانَ لِاجْتِمَاعِ السُّنَّةِ مَعَ الْكَرَاهَةِ فَتَرَكْتُ السُّنَّةَ لِأَجْلِ الْكَرَاهَةِ، وَفِي صَلَاةِ الْجِنَازَةِ اجْتِمَاعُ الْفَرَضِ مَعَ الْكَرَاهَةِ فَقَدْ أُبْتَلِينَ بِتَرْكِ الْفَرَضِ تَحَرُّزًا عَنْ ارْتِكَابِ الْمَكْرُوهِ أَوْ إِقَامَتِهِ مَعَ ارْتِكَابِهِ، وَإِقَامَتِهِ مَعَ ارْتِكَابِهِ أَوَّلَى وَإِنَّمَا قُلْنَا ذَلِكَ؛ لِأَنَّهُنَّ إِنْ صَلَّيْنَ جَمَاعَةً وَقَامَتِ الْإِمَامَةُ وَسَطَهُنَّ أَقَمْنَ فَرَضًا لَكُونَ الصَّلَاةَ فَرَضًا عَلَى الْكُلِّ وَارْتَكَبْنَ مَكْرُوهًا: وَإِنْ صَلَّيْنَ فُرَادَى تَرَكْنَ الْمَكْرُوهَ لَكِنْ عَلَى وَجْهِ يُؤَدِّي إِلَى فَوَاتِ الصَّلَاةِ عَنْ بَعْضِهِنَّ؛ لِأَنَّ الْفَرَضَ يَسْقُطُ بِإِدَاءِ الْوَاحِدَةِ، وَقَدْ يَتَّفِقُ فَرَاغُ وَاحِدَةٍ قَبْلَ الْبَاقِيَاتِ فَتَكُونُ الصَّلَاةُ

مِنَ الْبَاقِيَاتِ تَفْلًا وَالتَّنْفُلُ بِصَلَاةِ الْجَنَازَةِ غَيْرُ مَشْرُوعٍ. وَعَنْ الرَّابِعِ بَأَنَّ ذَلِكَ نَادِرٌ وَلَا حُكْمَ لَهُ عَلَى أَنْ تَرَكَ التَّقَدُّمَ نَابِتٌ بِالسُّنَّةِ وَالتَّعْلِيلُ لِإِيضَاحِهَا.

(وَمَنْ صَلَّى مَعَ وَاحِدٍ أَقَامَهُ عَنْ يَمِينِهِ) لِحَدِيثِ «ابْنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا، فَإِنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ صَلَّى بِهِ وَأَقَامَهُ عَنْ يَمِينِهِ» ^(١) وَلَا يَتَأَخَّرُ عَنِ الْإِمَامِ. وَعَنْ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ يَضَعُ أَصَابِعَهُ عِنْدَ عَقِبِ الْإِمَامِ، وَالْأَوَّلُ هُوَ الظَّاهِرُ، فَإِنْ صَلَّى خَلْفَهُ أَوْ فِي يَسَارِهِ جَازَ وَهُوَ مُسَيِّءٌ لِأَنَّهُ خَالَفَ السُّنَّةَ (وَأِنْ أَمَّ اثْنَيْنِ تَقَدَّمَ عَلَيْهِمَا) وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ يَتَوَسَّطُهُمَا، وَنَقَلَ ذَلِكَ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ مَسْعُودٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ^(٢) وَلَنَا «أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ تَقَدَّمَ عَلَى أَنَسٍ وَالْيَتِيمِ حِينَ صَلَّى بِهِمَا» ^(٣) فَهَذَا لِلْأَفْضَلِيَّةِ وَالْأَكْرُرِ دَلِيلُ الْإِبَاحَةِ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ صَلَّى مَعَ وَاحِدٍ أَقَامَهُ عَنْ يَمِينِهِ لِحَدِيثِ ابْنِ عَبَّاسٍ) وَهُوَ مَا قَالَ «بِتُّ عِنْدَ خَالَتِي مَيْمُونَةَ لَأُرَاقِبَ صَلَاةَ النَّبِيِّ ﷺ بِاللَّيْلِ، فَاتَّبَعْتُهُ فَقَالَ: نَامَتِ الْعُيُونُ وَغَارَتِ النُّجُومُ وَبَقِيَ الْحَيُّ الْقَيُّومُ، ثُمَّ قَرَأَ آخِرَ سُورَةِ آلِ عِمْرَانَ ﴿إِنِّ فِي خَلْقِ السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضِ وَآخْتِلَافِ اللَّيْلِ وَالنَّهَارِ﴾ [آل عمران: ١٩٠] إِلَى آخِرِهَا، ثُمَّ قَامَ إِلَى شَنْ مُعَلَّقٍ فَتَوَضَّأَ وَافْتَتَحَ، فَقُمْتُ وَتَوَضَّأْتُ وَوَقَفْتُ عَلَى يَسَارِهِ، فَأَخَذَ بِأُذُنِي وَأَدَارَنِي خَلْفَهُ حَتَّى أَقَامَنِي عَنْ يَمِينِهِ» وَفِي مَبْسُوطِ شَيْخِ الْإِسْلَامِ «فَقُمْتُ خَلْفَهُ فَأَخَذَ ذَوَابْتِي وَأَقَامَنِي عَنْ يَمِينِهِ، فَعُدْتُ إِلَى مَكَانِي فَأَعَادَنِي ثَانِيًا وَثَلَاثًا، فَلَمَّا فَرَغَ قَالَ: مَا مَنَعَكَ يَا غُلَامُ أَنْ تُثَبَّتَ فِي الْمَوْضِعِ الَّذِي أَوْقَفْتُكَ؟ فَقُلْتُ: أَنتَ رَسُولُ اللَّهِ وَلَا يَنْبَغِي لِأَحَدٍ أَنْ يُسَاوِيكَ فِي الْمَوْضِعِ، فَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: اللَّهُمَّ فَقِّهْهُ فِي الدِّينِ وَعَلِّمْهُ التَّوْبِيلَ» فَإِعَادَةُ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ إِلَى الْجَانِبِ الْأَيْمَنِ دَلِيلٌ عَلَى أَنَّهُ هُوَ الْمُخْتَارُ إِذَا كَانَ مَعَ الْإِمَامِ رَجُلٌ وَاحِدٌ وَاعْتَرَضَ بِأَنَّ الْجَمَاعَةَ فِي صَلَاةِ النَّفْلِ بِدَعَا صَلَاةِ اللَّيْلِ كَانَتْ نَافِلَةً.

(١) أخرجه البخاري في العلم باب ٤١، ومسلم (١٨١، ١٨٢)، وأبو داود في التطوع باب ٢٦،

والنسائي في الإمامة باب ٢٢، وانظر نصب الراية (٣٥/٢).

(٢) أخرجه مسلم (٢٨)، وأبو داود (٦١٣) من حديث عبد الله بن مسعود ؓ. وانظر نصب

الراية (٣٦/٢).

(٣) أخرجه مسلم (٧٤)، وانظر نصب الراية (٣٨/٢).

وَأُجِيبَ بِأَنَّ التَّهَجُّدَ كَانَ فَرَضًا عَلَى النَّبِيِّ ﷺ فَكَانَ اقْتِدَاءُ مُتَنَفِّلٍ بِمُقَرَّرِضٍ، وَلَا يَتَأَخَّرُ الْمُقْتَدِي الْوَاحِدُ عَنِ الْإِمَامِ فِي ظَاهِرِ الرُّوَايَةِ، وَعَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ يَضَعُ أَصَابِعَهُ عِنْدَ عَقِبِ الْإِمَامِ وَلَا مُعْتَبَرٌ بِطُولِ الْمُقْتَدِي الَّذِي يَحِثُّ يَقَعُ سُجُودُهُ قَبْلَ الْإِمَامِ بِلِ الْعِبَرَةِ لِلْمَوْقِفِ. قَوْلُهُ: (لَأَنَّهُ خَالَفَ السُّنَّةَ) يَعْنِي مَا ذَكَرْنَا مِنْ حَدِيثِ ابْنِ عَبَّاسٍ، وَلَمْ يَفْصِلْ بَيْنَ مَا إِذَا وَقَفَ خَلْفَ الْإِمَامِ أَوْ عَنْ يَسَارِهِ وَهُوَ اخْتِيَارُ بَعْضِ الْمَشَايخِ، وَمِنْهُمْ مَنْ فَرَّقَ وَقَالَ: لَا يَكُونُ مُسَيِّئًا إِذَا كَانَ خَلْفَ الْإِمَامِ؛ لِأَنَّ ابْنَ عَبَّاسٍ فَعَلَ ذَلِكَ، وَقَدْ دَعَا لَهُ النَّبِيُّ ﷺ كَمَا ذَكَرْنَا آنَفًا، بِخِلَافِ مَا إِذَا قَامَ عَنْ يَسَارِهِ فَإِنَّ حُذِيفَةَ ؓ فَعَلَ ذَلِكَ وَرَدَّ عَلَيْهِ النَّبِيُّ ﷺ.

وقَوْلُهُ: (وَقِيلَ ذَلِكَ عَنْ ابْنِ مَسْعُودٍ) رُوِيَ أَنَّ ابْنَ مَسْعُودٍ صَلَّى بِعَلْقَمَةَ وَالْأَسْوَدِ فَقَامَ وَسَطَهُمَا وَلَنَا «أَنَّهُ ﷺ تَقَدَّمَ عَلَى أَنَسٍ وَالْيَتِيمِ حِينَ صَلَّى بِهِمَا» عَنْ أَنَسِ بْنِ مَالِكٍ «أَنَّ جَدَّتَهُ مُلَيْكَةَ دَعَتْ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ لَطْعَامٍ صَنَعَتْهُ، فَأَكَلَ مِنْهُ ثُمَّ قَالَ: قُومُوا فَأُصَلِّيْ لَكُمْ، قَالَ أَنَسٌ: فَقُمْتُ إِلَى حَصِيرٍ لَنَا قَدْ اسْوَدَّ مِنْ طُولِ مَا لَبَسَ فَتَضَحَّتْ بِمَاءٍ، فَقَامَ عَلَيْهِ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ وَصَفَفْتُ أَنَا وَالْيَتِيمُ وَرَاءَهُ وَالْعَجُوزُ مِنْ وَرَائِنَا، فَصَلَّى لَنَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ رَكَعَتَيْنِ ثُمَّ انْصَرَفَ» (فَهَذَا) أَيُّ تَقَدُّمِ النَّبِيِّ ﷺ (دَلِيلُ الْأَفْضَلِيَّةِ وَالْأَكْثَرُ دَلِيلُ الْإِبَاحَةِ) وَلَمْ يُعْكَسْ لِيَكُونَ مِنْ بَابِ تَعْلِيمِ الْجَوَازِ وَالْإِبَاحَةِ كَمَا هُوَ زَعْمُ أَبِي يُوسُفَ حَمَلًا لِفِعْلِ النَّبِيِّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ عَلَى الْأَفْضَلِيَّةِ.

وَقَالَ إِبْرَاهِيمُ النَّخَعِيُّ: وَمَا رُوِيَ عَنْ ابْنِ مَسْعُودٍ كَانَ لَضِيقِ الْمَكَانِ، فَإِذَا لَا يَكُونُ ثَبَاتًا، وَقِيلَ الْيَتِيمُ أَخُو أَنَسٍ لِأَيِّهِ اسْمُهُ غُمَيْرٌ، وَفِي كُتُبِ الْحَدِيثِ أَنَّ اسْمَهُ ضَمِيرَةُ بْنُ سَعْدِ الْحَمِيرِيُّ الْمَدَنِيُّ. وَالْيَتِيمُ عَلَّمَ غَالِبٌ لَهُ كَالْتَجَمُّ لِلثَّرْيَا. وَوَجْهُ الاسْتِدْلَالِ بِقَوْلِهِ مِنْ حَيْثُ أَخْرَهُنَّ اللَّهُ مَا قَالَ أَبُو زَيْدٍ فِي الْأَسْرَارِ حَيْثُ عِبَارَةٌ عَنِ الْمَكَانِ وَلَا مَكَانَ يَجِبُ تَأْخِيرُهُنَّ فِيهِ إِلَّا مَكَانَ الصَّلَاةِ، وَقِيلَ يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ لِلتَّعْلِيلِ: يَعْنِي كَمَا أَخْرَهُنَّ اللَّهُ فِي الشَّهَادَاتِ وَالْإِرْثِ وَالسُّلْطَنَةِ وَسَائِرِ الْوَلَايَاتِ.

(وَلَا يَجُوزُ لِلرِّجَالِ أَنْ يَقْتَدُوا بِامْرَأَةٍ وَصَبِيٍّ) أَمَّا الْمَرَأَةُ فَلَقَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «أَخْرُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ أَخْرَهُنَّ اللَّهُ فَلَا يَجُوزُ تَقْدِيمُهُمَا» ^(١) وَأَمَّا الصَّبِيُّ فَلَأَنَّهُ

(١) قال الزيلعي في نصب الراية (٣٩/٢): حديث غريب مرفوعا، وهو في مصنف عبد الرزاق

مُتَنَفَّلٌ فَلَا يَجُوزُ اقْتِدَاءُ الْمُفْتَرِضِ بِهِ. وَفِي التَّرَاوِيحِ وَالسُّنَنِ الْمُطْلَقَةِ جَوْزُهُ مَشَايخُ بَلَخٍ، وَلَمْ يَجُوزْهُ مَشَايخُنَا رَحِمَهُمُ اللَّهُ، وَمِنْهُمْ مَنْ حَقَّقَ الْخِلَافَ فِي النَّفْلِ الْمُطْلَقِ بَيْنَ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ وَالْمُخْتَارُ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ فِي الصَّلَوَاتِ كُلِّهَا لَأَنَّ نَفْلَ الصَّبِيِّ دُونَ نَفْلِ الْبَالِغِ حَيْثُ لَا يَلْزَمُهُ الْقَضَاءُ بِالْإِفْسَادِ بِالْإِجْمَاعِ، وَلَا يَبْنِي الْقَوِيُّ عَلَى الضَّعِيفِ، بِخِلَافِ الْمُظُنُّونِ لِأَنَّهُ مُجْتَهِدٌ فِيهِ فَاعْتَبِرَ الْعَارِضَ عَدَمًا. وَبِخِلَافِ اقْتِدَاءِ الصَّبِيِّ بِالصَّبِيِّ لَأَنَّ الصَّلَاةَ مُتَّحِدَةٌ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَأَمَّا الصَّبِيُّ فَلَأَنَّهُ مُتَنَفَّلٌ) وَاضِحٌ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مُكَلَّفٍ. وَقَوْلُهُ: (فَلَا يَجُوزُ اقْتِدَاءُ الْمُفْتَرِضِ بِهِ) سَيَجِيءُ بَيَانُهُ. وَقَوْلُهُ: (وَالسُّنَنِ الْمُطْلَقَةُ) يَعْنِي بِهِ السُّنَنِ الرُّوَاتِبَ الْمَشْرُوعَةَ قَبْلَ الْفَرَائِضِ وَبَعْدَهَا وَصَلَاةَ الْعِيدِ عَلَى إِحْدَى الرُّوَاتِبَيْنِ وَالْوُتْرَ عِنْدَهُمَا وَصَلَاةَ الْكُسُوفِ وَالْخُسُوفِ وَالْاسْتِسْقَاءِ عِنْدَهُمَا. وَقَوْلُهُ: (جَوْزُهُ مَشَايخُ بَلَخٍ)؛ لِأَنَّهُمْ قَاسُوا هَذِهِ الْمَسْأَلَةَ بِمَسْأَلَةِ الْمُظُنُّونِ بَعْلَةً أَنَّ النَّفْلَ فِي حَقِّ الصَّبِيِّ غَيْرُ مَضْمُونٍ فَصَارَ كَنَفْلِ الْبَالِغِ إِذَا كَانَ غَيْرَ مَضْمُونٍ وَهِيَ فِي مَسْأَلَةِ الْمُظُنُّونِ؛ لِأَنَّهُمَا سَوَاءٌ فِي هَذَا الْوَصْفِ (وَلَمْ يَجُوزْهُ مَشَايخُنَا) يَعْنِي مَشَايخَ مَا وَرَاءَ النَّهْرِ بُخَارَى وَسَمَرْقَنْدَ (وَمِنْهُمْ) أَيُّ مِنَ الْمَشَايخِ (مَنْ حَقَّقَ الْخِلَافَ فِي النَّفْلِ الْمُطْلَقِ بَيْنَ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ) فَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: لَا يَجُوزُ اقْتِدَاءُ الْبَالِغِ بِالصَّبِيِّ فِي النَّفْلِ الْمُطْلَقِ أَيْضًا وَمُحَمَّدٌ جَوْزُهُ (وَالْمُخْتَارُ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ فِي الصَّلَوَاتِ كُلِّهَا) وَهَذَا اخْتِيَارٌ مِنْهُ لِمَذْهَبِ مَشَايخِ مَا وَرَاءَ النَّهْرِ (لَأَنَّ نَفْلَ الصَّبِيِّ دُونَ نَفْلِ الْبَالِغِ) حَيْثُ لَا يَلْزَمُهُ الْقَضَاءُ بِالْإِفْسَادِ بِالْإِجْمَاعِ.

وَقَوْلُهُ: (بِخِلَافِ الْمُظُنُّونِ) جَوَابٌ عَنْ قِيَاسِ مَشَايخِ بَلَخِي عَلَى الْمُظُنُّونِ، وَتَقْرِيرُهُ قِيَاسَ اقْتِدَاءِ الْبَالِغِ بِالصَّبِيِّ عَلَى الْاِقْتِدَاءِ بِالظَّانِّ فَاسِدٌ (لَأَنَّ الْمُظُنُّونَ مُجْتَهِدٌ فِيهِ)؛ لِأَنَّ عِنْدَ زُفَرٍ الْقَضَاءُ وَاجِبٌ عَلَى الظَّانِّ وَكُلُّ مُجْتَهِدٍ فِيهِ يُحْتَمَلُ صِحَّةُ طَرَفِهِ عَلَى الْبَدَلِ، فَالْمُظُنُّونُ يُحْتَمَلُ وَجُوبُ الْقَضَاءِ بِالنَّظَرِ إِلَى اجْتِهَادِ زُفَرٍ، وَالْمَانِعُ عَنِ الْقَوْلِ وَجُوبُهُ مُطْلَقًا إِنَّمَا هُوَ الْعَارِضُ، وَهُوَ ظَنُّ الْإِمَامِ، وَهُوَ عَارِضٌ غَيْرُ مُمْتَدٍّ عَرَضَ بَعْدَ أَنْ لَمْ يَكُنْ

فَجَازَ عَتَبَارُ عَدَمِهِ وَحَيْثُذُ يَكُونُ الْمَطْنُونُ وَاجِبَ الْقَضَاءِ مُطْلَقًا وَكَانَ اقْتِدَاءُ ضَامِنٍ بِضَامِنٍ بِخِلَافِ الصَّبِيِّ فَإِنَّ عَدَمَ الْقَضَاءِ عَلَيْهِ بِالْإِجْمَاعِ لَا يُحْتَمَلُ كَوْنُهُ مَضْمُونًا، وَالصَّبَا أَيْضًا عَارِضٌ مُمْتَدُّ لَا يُمَكِّنُ عَتَبَارُ عَدَمِهِ فَكَانَ اقْتِدَاءُ ضَامِنٍ بِغَيْرِ ضَامِنٍ وَهُوَ بِنَاءُ الْقَوِيِّ عَلَى الضَّعِيفِ (وَبِخِلَافِ اقْتِدَاءِ الصَّبِيِّ بِالصَّبِيِّ؛ لِأَنَّ الصَّلَاةَ مُتَّحِدَةً) لَعَدَمِ الضَّمَانِ عَلَى وَاحِدٍ مِنْهُمَا فَكَانَ بِنَاءُ الضَّعِيفِ عَلَى الضَّعِيفِ.

(وَيُصَفُّ الرِّجَالُ ثُمَّ الصَّبِيَّانِ ثُمَّ النِّسَاءُ) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «لِيلْنِي مِنْكُمْ أَوْلُو الْأَحْلَامِ وَالنَّهْيُ»^(١) وَلِأَنَّ الْمُحَادَاةَ مُفْسِدَةٌ فَيُؤْخَرْنَ (وَإِنْ حَادَتْهُ امْرَأَةٌ وَهُمَا مُشْتَرِكَانِ فِي صَلَاةٍ وَاحِدَةٍ فَسَدَتْ صَلَاتُهُ إِنْ نَوَى الْإِمَامُ إِمَامَتَهَا) وَالْقِيَاسُ أَنْ لَا تَفْسُدَ وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ اعْتِبَارًا بِصَلَاتِهَا حَيْثُ لَا تَفْسُدُ.

وَجَهُ الاستِحْسَانِ مَا رَوَيْنَاهُ وَأَنَّهُ مِنَ الْمَشَاهِيرِ وَهُوَ الْمُخَاطَبُ بِهِ دُونَهَا فَيَكُونُ هُوَ التَّارِكُ لِفَرْضِ الْمَقَامِ فَتَفْسُدُ صَلَاتُهُ دُونَ صَلَاتِهَا، كَالْمَأْمُومِ إِذَا تَقَدَّمَ عَلَى الْإِمَامِ (وَإِنْ لَمْ يَنْوِ إِمَامَتَهَا لَمْ تَضُرَّهُ وَلَا تَجُوزُ صَلَاتُهَا) لِأَنَّ الْإِشْتِرَاكَ لَا يَثْبُتُ دُونَهَا عِنْدَنَا خِلَافًا لِرُفَرٍ رَحِمَهُ اللَّهُ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ يَلْزِمُهُ التَّرْتِيبُ فِي الْمَقَامِ فَيَتَوَقَّفُ عَلَى التَّزَامِهِ كَالْإِقْتِدَاءِ، إِنَّمَا يُشْتَرَطُ نِيَّةُ الْإِمَامَةِ إِذَا ائْتَمَّتْ مُحَادِيَةً. وَإِنْ لَمْ يَكُنْ بِجَنْبِهَا رَجُلٌ فَفِيهِ رَوَايَتَانِ، وَالْفَرْقُ عَلَى إِحْدَاهُمَا أَنَّ الْفَسَادَ فِي الْأَوَّلِ لَازِمٌ، وَفِي الثَّانِي مُحْتَمَلٌ (وَمِنْ شَرَائِطِ الْمُحَادَاةِ أَنْ تَكُونَ الصَّلَاةُ مُشْتَرَكَةً، وَأَنْ تَكُونَ مُطْلَقَةً، وَأَنْ تَكُونَ الْمَرَأَةُ مِنْ أَهْلِ الشَّهْوَةِ. وَأَنْ لَا يَكُونَ بَيْنَهُمَا حَائِلٌ) لِأَنَّهَا عُرِفَتْ مُفْسِدَةً بِالنَّصِّ، بِخِلَافِ الْقِيَاسِ فَيَرَاوِي جَمِيعُ مَا وَرَدَ بِهِ النَّصُّ.

الشرح:

قَالَ (وَيُصَفُّ الرِّجَالُ ثُمَّ الصَّبِيَّانِ) هَذَا بَيَانُ تَرْتِيبِ الْقِيَامِ خَلْفَ الْإِمَامِ، وَلِيلْنِي أَمْرٌ مِنَ الْوَلِيِّ وَهُوَ الْقُرْبُ. وَالْأَحْلَامُ جَمْعُ الْحُلُمِ بِالضَّمِّ وَهُوَ مَا يَرَاهُ النَّائِمُ، وَغَلَبَ

(١) أخرجه مسلم (١٢٣)، وأبو داود (٦٧٥)، والترمذي (٢٢٨)، والنسائي في الصلاة باب ٥٤، من حديث عبد الله بن مسعود رضي الله عنه، به.

وأخرجه مسلم (١٢٢)، وأبو داود (٦٧٤)، والنسائي في الصلاة باب ٥٤، وابن ماجه (٩٧٦)، عن أبي مسعود رضي الله عنه، به.

وأخرجه الحاكم في المستدرک في کتاب الفضائل من حديث البراء بن عازب رضي الله عنه، به. وانظر نصب الراية (٤٠/٢).

اسْتَعْمَلُهُ فِيمَا يَرَاهُ النَّاسُ مِنْ دَلَالَةِ الْبُلُوغِ، وَالْمُرَادُ لِيَلْبِي الْبَالِغُونَ مِنْكُمْ. وَالتَّهْيَ جَمْعُ تَهْيَةٍ وَهِيَ الْعَقْلُ، فَإِنْ قِيلَ هَذَا الْحَدِيثُ يَدُلُّ عَلَى تَقْدِيمِ الرِّجَالِ عَلَى الصِّبْيَانِ، وَأَمَّا تَقْدِيمُ الصِّبْيَانِ عَلَى النِّسَاءِ فَلَا دَلَالَةَ عَلَيْهِ.

أُجِيبَ بِأَنَّ الصِّبْيَانَ تَابِعَةٌ لِلرِّجَالِ لِاحْتِمَالِ رُجُولِيَّتِهِمْ، وَيَجُوزُ أَنْ يُقَالَ تَقْدِيمُهُمْ عَلَيْهِمْ نَابِتٌ بِفَعْلِ النَّبِيِّ ﷺ فَإِنَّهُ أَقَامَ الْعَجُوزَ وَرَاءَ الْيَتِيمِ وَلَكِنْ لَمْ يَذْكُرْهُ فِي الْكِتَابِ. قَوْلُهُ: (وَلَأَنَّ الْمُحَادَاةَ) دَلِيلٌ مَقْعُولٌ وَتَمْهِيدٌ لَذِكْرِ مَسْأَلَةِ الْمُحَادَاةِ. وَقَوْلُهُ: (وَإِنْ حَادَتْهُ امْرَأَةٌ) اعْلَمْ أَنَّ الْمُحَادَاةَ الْمُفْسِدَةَ هِيَ أَنْ يُحَادِيَ قَدَمُ الْمَرْأَةِ عُضْوًا مِنَ الرَّجُلِ فِي الصَّلَاةِ شَرِاطُهَا أَنْ تَكُونَ الْمَرْأَةُ مُشْتَهَاةً حَالًا أَوْ مَاضِيًا مَنُوبَةً إِمَامَتِهَا، وَأَنْ تَكُونَ الصَّلَاةُ مُطْلَقَةً مُشْتَرَكَةً تَحْرِيمَةً وَأَدَاءً، وَأَلَّا يَكُونَ بَيْنَهُمَا حَائِلٌ، وَذَكَرَ الْمَرْأَةَ مُطْلَقَةً لِيَتَنَاولَ الْمَحَارِمَ وَالْحَلِيلَةَ وَالْأَجَنِيَّةَ، وَذَكَرَ الْحَالَ لِيَتَنَاولَ الصَّغِيرَةَ الْمُشْتَهَاةَ. وَاخْتَلَفَ فِي حَدِّ الشَّهْوَةِ فَقَدَرَهُ بَعْضُهُمْ بِسَبْعِ سِنِينَ وَبَعْضُهُمْ بِتِسْعِ سِنِينَ، وَالْأَصَحُّ أَنْ لَا مُعْتَبَرٌ بِالسِّنِّ، فَإِنْ كَانَتْ عَبْلَةً ضَخْمَةً كَانَتْ مُشْتَهَاةً وَإِلَّا فَلَا.

وَذَكَرَ الْمَاضِيَ لِيَتَنَاولَ الْعَجُوزَ الَّتِي تَنْفِرُ مِنْهَا الرِّجَالُ لَمَّا أَنَّهَا كَانَتْ مُشْتَهَاةً، وَشَرَطُ نِيَّةِ إِمَامَتِهَا؛ لِأَنَّ اقْتِدَاءَهَا لَا يَصِحُّ بِدُونِهَا فَلَا تُفْسِدُ صَلَاةَ الرِّجَالِ، وَوَصَفَ الصَّلَاةَ بِكَوْنِهَا مُطْلَقَةً احْتِرَازًا عَنْ صَلَاةِ الْجَنَازَةِ فَإِنَّ الْمُحَادَاةَ لَا تُفْسِدُهَا؛ لِأَنَّهَا لَيْسَتْ بِصَّلَاةٍ عَلَى الْحَقِيقَةِ، وَإِنَّمَا هِيَ دُعَاءٌ لِلْمَيِّتِ، وَإِنَّمَا لَا يَصِحُّ اقْتِدَاءُ الرَّجُلِ بِالْمَرْأَةِ فِيهَا لِشَبَهِهَا بِالصَّلَاةِ الْمُطْلَقَةِ فِي اشْتِمَالِهَا عَلَى التَّحْرِيمِ وَالتَّحْلِيلِ وَشَرَطُ الْإِشْتِرَاكِ وَهُوَ يَتَحَقَّقُ بِإِثْبَاتِ الْفَرْضَيْنِ وَبِاقْتِدَاءِ الْمُتَطَوِّعَةِ بِالْمُتَطَوِّعِ وَبِالْمُقَرَّرِ، وَأَنْ يَكُونَ الْإِشْتِرَاكُ تَحْرِيمَةً وَأَدَاءً حَتَّى لَا تَكُونَ الْمُحَادَاةُ فِي أَدَاءِ مَا سَبَقَ بِهِ مُفْسِدَةً؛ لِأَنَّ الْمُسْتَوْقَ فِي أَدَاءِ مَا سَبَقَ مُنْفَرِدٌ بِدَلِيلِ وَجُوبِ الْقِرَاءَةِ وَسَجْدَةِ السَّهْوِ فَلَمْ يَكُونَا مُشْتَرَكَيْنِ أَدَاءً بِخِلَافِ الْآخِرِ؛ لِأَنَّهُ يُؤَدِّي مَعَ الْإِمَامِ تَقْدِيرًا.

فَإِنْ قِيلَ: إِذَا اقْتَدَتْ نَاوِيَةً لِلْعَصْرِ بِرَجُلٍ يُصَلِّي الظُّهْرَ لَمْ يَصِحَّ اقْتِدَاؤُهَا فَرَضًا، وَإِنَّمَا يَصِحُّ نَفْلًا فَقَدْ وَجِدَتْ الشُّرُوطُ وَلَمْ تُفْسِدِ الصَّلَاةَ. أُجِيبَ بِالْمَنْعِ وَشَرَطُ عَدَمِ الْحَائِلِ؛ لِأَنَّهُ إِذَا كَانَ بَيْنَهُمَا حَائِلٌ مِثْلُ مُؤَخَّرَةِ الرَّحْلِ لَا تُفْسِدُ، وَقَدْ ظَهَرَ مِنْ هَذَا أَنَّهُ إِذَا فَاتَ شَرَطُ مَنْ شَرُوطُهَا لَا تُفْسِدُ لَمَّا قَالَ إِنَّهَا عُرِفَتْ مُفْسِدَةً بِالنَّصِّ، وَهُوَ مَا رَوَى

أَنَسَ ﷺ أَنَّ جَدَّهُ مُلْكَةَ صَنَعَتْ طَعَامًا إِلَى آخِرِ مَا رَوَيْنَا، بِخِلَافِ الْقِيَاسِ فَيَرَاعَى جَمِيعُ مَا وَرَدَ بِهِ النَّصُّ، وَأَمَّا إِذَا وَجِدَتْ هَذِهِ الشُّرُوطُ كُلُّهَا فَإِنَّهَا تُفْسَدُ عِنْدَنَا خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ وَهُوَ الْقِيَاسُ اعْتِبَارًا بِصَلَاتِهَا فَإِنَّهَا لَا تُفْسَدُ. وَوَجْهُهُ ظَاهِرٌ؛ لَأَنَّ الْمُحَادَاةَ لَمَّا لَمْ تُوجِبْ فُسَادَ صَلَاةِ الْمَرْأَةِ لَمْ تُوجِبْ فُسَادَ صَلَاةِ الرَّجُلِ؛ لَأَنَّ الْمُحَادَاةَ فِعْلٌ يَتَحَقَّقُ مِنَ الْجَانِبَيْنِ. وَوَجْهُهُ الِاسْتِحْسَانُ وَهُوَ الَّذِي ذَهَبَ إِلَيْهِ عُلَمَاؤُنَا أَنَّ هَذَا تَرَكَ فَرَضَ مَقَامِ الْإِمَامِ، وَمَنْ تَرَكَ فَرَضَ الْمَقَامِ فَسَدَتْ صَلَاتُهُ، أَمَّا أَنَّهُ تَرَكَ فَرَضَ الْمَقَامِ فَلِأَنَّ تَأْخِيرَ الْمَرْأَةِ فَرَضَ عَلَى الرَّجُلِ فِي صَلَاةٍ يَشْتَرِكَانِ فِيهَا لَمَّا رَوَى عَبْدُ اللَّهِ بْنُ مَسْعُودٍ ﷺ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «أَخْرَوْهُنَّ مِنْ حَيْثُ أَخْرَهُنَّ اللَّهُ» أَمَرَ الرَّجَالَ بِالتَّأْخِيرِ فِي الْمَكَانِ وَلَا مَكَانَ يَجِبُ تَأْخِيرُهُنَّ فِي غَيْرِ الصَّلَاةِ فَتَعَيَّنَ التَّأْخِيرُ فِيهَا. فَإِنْ قِيلَ: هَذَا خَبَرٌ وَاحِدٌ وَلَا يَثْبُتُ بِهِ الْفَرَضِيَّةُ. أُجِيبَ بِأَنَّهُ مِنَ الْمَشَاهِيرِ وَإِلَيْهِ أَشَارَ الْمُصَنِّفُ بِقَوْلِهِ وَإِنَّهُ مِنَ الْمَشَاهِيرِ؛ وَلِأَنَّ تَأْخِيرَهَا فِي الصَّلَاةِ الْمُشْتَرَكَةِ فَرَضٌ بِدَلَالَةِ الْإِجْمَاعِ؛ لِأَنَّا أَجْمَعْنَا عَلَى عَدَمِ جَوَازِ اقْتِدَاءِ الرَّجُلِ بِالْمَرْأَةِ مَعَ اتِّحَادِ فَرَضِهِمَا، وَهُوَ إِمَّا أَنْ يَكُونَ لِنُقْصَانِ حَالِهَا فِي ذَلِكَ الصَّبِيِّ، أَوْ لِعَدَمِ صِلَاةِهَا كَالْأُمِّيِّ، أَوْ لِفَوَاتِ شَرْطٍ مِنْ شُرُوطِ الصَّلَاةِ كَالْعَارِي، أَوْ لِفَوَاتِ تَرْتِيبِ الْمَقَامِ كَمَا فِي إِمَامَةِ الْمُتَأَخَّرِ وَبِالِاسْتِقْرَاءِ لِعَدَمِ مُجَاوَزَةِ انْتِفَاءِ جَوَازِ الْاِقْتِدَاءِ عَنْهَا شَرْعًا، وَلَيْسَ لِلنُّقْصَانِ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مَانِعٍ لَصِحَّةِ الْاِقْتِدَاءِ مُطْلَقًا لَجَوَازِ إِمَامَةِ الْفَاسِقِ وَالْعَبْدِ وَالْأَعْمَى مَعَ نُقْصَانِ أَحْوَاهِمُ، بَلْ إِنَّمَا يُمْنَعُ إِذَا لَرِمَ مِنْ ذَلِكَ مَحْظُورٌ كإِمَامَةِ الصَّبِيِّ فَإِنَّهَا تَسْتَلْزِمُ بِنَاءَ الْقَوِيِّ عَلَى الضَّعِيفِ، وَلَا لِعَدَمِ الصَّلَاحِيَّةِ لَجَوَازِ إِمَامَتِهَا لِلنِّسَاءِ مُتَقَدِّمَةً وَمُتَوَسِّطَةً، وَلَا لِانْتِفَاءِ شَرْطٍ مِنَ الشُّرُوطِ؛ لِأَنَّ الْفَرَضَ عَدَمُهُ فَلَمْ يَكُنْ ذَلِكَ إِلَّا بِاعْتِبَارِ تَرَكَ فَرَضِ مَقَامِ الثَّابِتِ بِقَوْلِهِ ﷺ أَخْرَوْهُنَّ الْحَدِيثَ. فَلَمَّا أَجْمَعْنَا هَهُنَا لِانْعِدَامِ التَّأْخِيرِ يَثْبُتُ الْفُسَادُ فِي الْمُتَنَازِعِ فِيهِ أَيْضًا لِانْعِدَامِ التَّأْخِيرِ، وَأَمَّا أَنْ مَنْ تَرَكَ فَرَضَ الْمَقَامِ فَسَدَتْ صَلَاتُهُ فَكَالْمُقْتَدِي إِذَا تَقَدَّمَ عَلَى إِمَامِهِ.

وَقَوْلُهُ: (وَهُوَ الْمُخَاطَبُ بِهِ) جَوَابٌ عَنْ وَجْهِ الْقِيَاسِ وَتَقْدِيرُهُ لَا يَلْزَمُ مِنْ عَدَمِ فُسَادِ صَلَاتِهَا عَدَمُ فُسَادِ صَلَاتِهِ؛ لِأَنَّهُ هُوَ الْمُخَاطَبُ بِهِ أَيْ بِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَخْرَوْهُنَّ دُونَهَا فَيَكُونُ هُوَ التَّارِكُ لِفَرَضِ الْمَقَامِ فَتُفْسَدُ صَلَاتُهُ دُونَ صَلَاتِهَا، كَالْمَأْمُومِ إِذَا تَقَدَّمَ عَلَى الْإِمَامِ، وَاعْتَرَضَ بِأَنَّهُ إِذَا كَانَ مَأْمُورًا بِالتَّأْخِيرِ كَانَتْ مَأْمُورَةً بِالتَّأْخِيرِ

ضُرُورَةً. وَأُجِيبَ بِالْمَنْعِ فَإِنَّهُ يُمَكِّنُ تَأْخِيرَ الرَّجُلِ إِيَّاهَا بِأَنْ يَتَقَدَّمَ عَلَيْهَا خُطْوَةً أَوْ خُطْوَتَيْنِ وَلَا تَأْخُرَ مِنْهَا سَلَمَتَا ذَلِكَ لِكَتْهُ ضِمْنِي فَلَا يُسَاوِي الْقَصْدِي. وَقَوْلُهُ: (وَإِنْ لَمْ يَنْوَ إِمَامَتَهَا) بَيَانٌ لِتَأْثِيرِ النِّيَّةِ. وَقَوْلُهُ: (لَمْ تَضُرَّهُ) أَي لَمْ تَضُرَّ الْمُحَادَاةَ الْمُصَلِّيَ.

وَقَوْلُهُ: (لَأَنَّ الْاِشْتِرَاكَ لَا يَثْبُتُ دُونَهَا) أَي دُونَ النِّيَّةِ (عِنْدَنَا خِلَافًا لَزُفَرٍ) فَإِنَّ عِنْدَهُ نِيَّةَ إِمَامَتِهَا لَيْسَتْ بِشَرْطٍ لِفَسَادِ صَلَاةِ الرَّجُلِ بَعْدَمَا دَخَلَتْ فِي صَلَاتِهِ؛ لِأَنَّ الرَّجُلَ صَالِحًا لِإِمَامَةِ الرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ، ثُمَّ اقْتِدَاءُ الرَّجُلِ بِهِ صَحِيحٌ بِلَا نِيَّةٍ إِمَامَتِهِ فَكَذَلِكَ اقْتِدَاءُ الْمَرْأَةِ وَقَوْلُهُ: (أَلَا تَرَى) تَوْضِيحٌ لِقَوْلِهِ؛ لِأَنَّ الْاِشْتِرَاكَ لَا يَثْبُتُ دُونَهُمَا، وَتَقْرِيرُهُ الْإِمَامَ يَلْزِمُهُ التَّرْتِيبُ فِي الْمَقَامِ بِالنَّصِّ، وَكُلُّ مَنْ يَلْزِمُهُ شَيْءٌ يَتَوَقَّفُ عَلَى التَّرْتِيبِ كَالْاِقْتِدَاءِ. فَإِنَّ لُزُومَ فَسَادِ صَلَاةِ الْمُقْتَدِي لَمَّا كَانَ مِنْ جَانِبِ الْإِمَامِ مُحْتَمَلًا لَمْ يَصِحَّ الْاِقْتِدَاءُ إِلَّا بِالِاتِّزَامِ، وَلَا التَّرَامُ إِنَّمَا يَكُونُ بِالنِّيَّةِ. فَكَمَا أَنَّ الْاِقْتِدَاءَ لَا يَصِحُّ بِدُونَ النِّيَّةِ لِيَكُونَ الضَّرَرُ الْإِزَامُ مِنْ جَانِبِ الْإِمَامِ ضَرَرًا مَرَضِيًّا، كَذَلِكَ لَا تَصِحُّ إِمَامَةُ النِّسَاءِ بِدُونَ النِّيَّةِ لِلنِّسَاءِ لِيَكُونَ الضَّرَرُ الْإِزَامُ لِلْإِمَامِ مِنْ جَانِبَيْنِ ضَرَرًا مَرَضِيًّا، وَهَذَا وَاضِحٌ جَدًّا، وَفِيهِ بَحْثٌ مِنْ وَجْهَيْنِ: أَحَدُهُمَا أَنَّ كُلَّ هَذَا مَوْقُوفٌ عَلَى اشْتِرَاطِ ثُبُوتِ الْاِشْتِرَاكِ، وَثُبُوتُهُ مَمْنُوعٌ؛ لِأَنَّ النَّصَّ لَمْ يَفْصِلْ بَيْنَ أَنْ تَكُونَ الْمُحَادَاةُ فِي صَلَاةٍ مُشْتَرَكَةٍ أَوْ غَيْرِهَا وَالثَّانِي أَنَّهُ مَنْقُوضٌ عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ بِاِقْتِدَاءِ الْقَارِئِ بِالْأُمِّيِّ. فَإِنَّ صَلَاةَ الْأُمِّيِّ تَفْسُدُ بِسَبَبِ اقْتِدَاءِ الْقَارِئِ بِهِ، وَمَعَ ذَلِكَ لَا يُشْتَرَطُ لِلْأُمِّيِّ نِيَّةُ إِمَامَةِ الْقَارِئِ.

وَالْجَوَابُ عَنِ الْأَوَّلِ أَنَّهُ تَشْكِيكٌ فِي الْمُسَلَّمَاتِ، فَإِنَّ كُلَّ مَنْ يَقُولُ بِمَسْأَلَةِ الْمُحَادَاةِ يَشْتَرِطُ الْاِشْتِرَاكَ، وَإِنَّمَا الْخِلَافُ بَيْنَنَا وَبَيْنَ زُفَرٍ أَنَّهُ يَقُولُ: الْاِشْتِرَاكَ يَثْبُتُ بِدُخُولِهَا فِي صَلَاتِهِ نَوَى إِمَامَتَهَا أَوْ لَمْ يَنْوَ، وَنَحْنُ نَقُولُ لَا يَثْبُتُ الْاِشْتِرَاكَ بِدُونِهَا كَمَا ذَكَرْنَا آنَفًا، وَالتَّشْكِيكُ فِي الْمُسَلَّمَاتِ غَيْرُ مَسْمُوعٍ عَلَى أَنَّ النَّصَّ يَدُلُّ عَلَى تَرْتِيبِ الْمَقَامِ، وَالْمَقَامُ وَتَرْتِيبُهُ إِنَّمَا يَتَصَوَّرُ فِي صَلَاةٍ أُدِّيتْ بِجَمَاعَةٍ؛ لِأَنَّ الْإِمَامَ تَقَدَّمَ عَلَى الْمَأْمُومِ بِالرُّتْبَةِ، وَالصَّلَاةُ بِالْجَمَاعَةِ تَسْتَلْزِمُ الْاِشْتِرَاكَ. وَعَنِ الثَّانِي بِأَنَّهُ عَلَى قَوْلِ الْكَرْخِيِّ مَمْنُوعٌ، فَإِنَّهُ لَا يَصِحُّ عِنْدَهُ بِدُونَ النِّيَّةِ، وَلَكِنْ سَلَمْنَا فَقَوْلُ كَلَامُنَا فِي فَسَادِ يَحْصُلُ بِسَبَبِ الْاِقْتِدَاءِ كَالَّذِي فِي اقْتِدَاءِ الْمُحَادَاةِ فَإِنَّ صَلَاةَ الْإِمَامِ إِنَّمَا تَفْسُدُ بِسَبَبِهِ، وَصُورَةُ

التَّقْضِ لَيْسَتْ كَذَلِكَ؛ لِأَنَّ الْقَارِئَ لَوْ صَلَّى وَحْدَهُ وَالْأُمِّيَّ وَحْدَهُ وَأُمِّنَ الْأُمِّيَّ الْاِقْتِدَاءُ بِهِ فَسَدَتْ أَيْضًا فَلَمْ يَكُنْ الْفَسَادُ بِسَبَبِ اقْتِدَاءٍ حَتَّى يَدْفَعَ عَنْ نَفْسِهِ بِتَرْكِ النَّيَّةِ.

وَقَوْلُهُ: (وَإِنَّمَا يُشْتَرَطُ نِيَّةُ الْإِمَامِ إِذَا اتَّمَمْتَ مُحَاذِيَةً) أَيُّ إِذَا اقْتَدَتْ بِالْإِمَامِ مُحَاذِيَةً لَهُ يُشْتَرَطُ نِيَّةُ الْإِمَامِ لِفَسَادِ الصَّلَاةِ، وَأَمَّا إِذَا وَقَفْتَ خَلْفَهُ فِيمَا أَنْ يَكُونَ بِجَنْبِهَا رَجُلٌ أَوْ لَا، فَإِنْ كَانَ فَالصَّوَابُ أَنَّ اقْتِدَاءَهَا لَا يَصِحُّ إِلَّا بِالنِّيَّةِ مِنْ جِهَةِ الْإِمَامِ؛ لِأَنَّهُ يَلْزَمُ الْفَسَادَ عَلَى مَنْ بِجَنْبِهَا، وَذَلِكَ يَسْتَدْعِي لِنِيَّةٍ مَنْ بِجَنْبِهَا عَلَى أَصْلِ الْمَارِّ إِلَّا أَنَّهُ مُوَلَّى عَلَيْهِ مِنْ جِهَةِ إِمَامِهِ فَيَتَوَقَّفُ مَا يَلْزَمُهُ عَلَى التِّزَامِ إِمَامِهِ وَالتِّزَامِ الْإِمَامِ لِزَامِهِ (وَإِنْ لَمْ يَكُنْ بِجَنْبِهَا رَجُلٌ فَفِيهِ رَوَايَتَانِ) فِي رِوَايَةٍ لَا يَصِحُّ اقْتِدَاؤُهَا لِاحْتِمَالِ الْفَسَادِ مِنْ جِهَتِهَا بِالْمَشْيِ وَالْمُحَاذَاةِ فَتَحْتَاجُ إِلَى الْاِتِّزَامِ، وَفِي رِوَايَةٍ يَصِحُّ (و) عَلَى هَذِهِ الرِّوَايَةِ يُحْتَاجُ إِلَى (الْفَرْقِ) وَهُوَ (أَنَّ الْفَسَادَ الْأَوَّلَ) وَهُوَ مَا إِذَا كَانَتْ مُحَاذِيَةً (لَزِمَ) أَيُّ وَقَعَ فِي الْحَالِ (وَالثَّانِي) وَهُوَ مَا إِذَا كَانَتْ خَلْفَهُ وَلَيْسَ بِجَنْبِهَا رَجُلٌ (مُحْتَمَلٌ) لِاحْتِمَالِ أَنَّ تَمْشِيَّ فَتَحَاذِي، وَلَكِنَّ الظَّاهِرَ عَدَمُ ذَلِكَ، فَلَمْ تُشْتَرَطْ نِيَّةُ الْإِمَامِ هَذَا فِي صَلَاةٍ يَشْتَرِكَانِ فِيهَا، وَأَمَّا فِي صَلَاةٍ لَا يَشْتَرِكَانِ فِيهَا فَالْتَّقَدُّمُ عَلَيْهِ وَمُحَاذَاتُهَا إِنِّي يُورِثُ الْكَرَاهَةَ.

(وَيُكْرَهُ لَهُنَّ حُضُورُ الْجَمَاعَاتِ) يَعْنِي الشُّوَابَ مِنْهُنَّ لَمَّا فِيهِ مِنْ خَوْفِ الْفِتْنَةِ (وَلَا بَأْسَ لِلْعَجُوزِ أَنْ تَخْرُجَ فِي الْفَجْرِ وَالْمَغْرِبِ وَالْعِشَاءِ) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَقَالَا يَخْرُجْنَ فِي الصَّلَوَاتِ كُلِّهَا) لِأَنَّهُ لَا فِتْنَةَ لِقِلَّتِ الرُّغْبَةِ إِلَيْهَا فَلَا يُكْرَهُ كَمَا فِي الْعَبِيدِ. وَلَهُ أَنْ فَرَطَ الشُّبُقِ حَامِلٌ فَتَقَعُ الْفِتْنَةُ، غَيْرَ أَنَّ الْفُسَاقَ انْتِشَارَهُمْ فِي الظُّهْرِ وَالْعَصْرِ وَالْجُمُعَةِ، أَمَّا فِي الْفَجْرِ وَالْعِشَاءِ فَهُمْ نَائِمُونَ، وَفِي الْمَغْرِبِ بِالطَّعَامِ مَشْغُولُونَ، وَالْجَبَانَةُ مُتَسِعَةً فَيُمْكِنُهَا الْاِعْتِرَازُ عَنِ الرِّجَالِ فَلَا يُكْرَهُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَيُكْرَهُ لَهُنَّ حُضُورُ الْجَمَاعَاتِ) كَانَتْ النِّسَاءُ يُبَاحُ لَهُنَّ الْخُرُوجُ إِلَى الصَّلَوَاتِ، ثُمَّ لَمَّا صَارَ سَبَبًا لِلْوُقُوعِ فِي الْفِتْنَةِ مَنَعَ عَنْ ذَلِكَ، جَاءَ فِي التَّفْسِيرِ أَنَّ قَوْلَهُ تَعَالَى ﴿وَلَقَدْ عَلَّمْنَا الْمُسْتَقْدِمِينَ مِنْكُمْ وَلَقَدْ عَلَّمْنَا الْمُسْتَخْرِينَ﴾ [الحجر: ٢٤] نَزَلَتْ فِي شَأْنِ النِّسَاءِ حَيْثُ كَانَ الْمُنَافِقُونَ يَتَأَخَّرُونَ لِلْاِطْلَاعِ عَلَى عَوْرَاتِهِنَّ، وَلَقَدْ

نَهَى عُمَرُ النِّسَاءَ عَنِ الْخُرُوجِ إِلَى الْمَسَاجِدِ فَشَكَّوْنَ إِلَى عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا فَقَالَتْ: لَوْ عَلِمَ النَّبِيُّ ﷺ مَا عَلِمَ عُمَرُ ﷺ مَا أَذِنَ لَكُنَّ فِي الْخُرُوجِ، فَاحْتَجَّ بِهِ عُلَمَاؤُنَا وَمَنَعُوا الشُّوَابَّ عَنِ الْخُرُوجِ مُطْلَقًا.

وَأَمَّا الْعَجَائِزُ وَهِيَ جَمْعُ عَجُوزٍ وَالْعَامَّةُ تَقُولُ عَجُوزَةً فَمَنَعَهُنَّ أَبُو حَنِيفَةَ ﷺ عَنِ الْخُرُوجِ فِي الظُّهْرِ وَالْعَصْرِ دُونَ الْفَجْرِ وَالْمَغْرِبِ وَالْعِشَاءِ، وَأَجَازَ فِي الصَّلَوَاتِ كُلِّهَا لِإِنْفَاءِ الْفِتْنَةِ بِقِلَّةِ الرِّغْبَةِ فِي الْعَجَائِزِ، كَمَا أُجِيزَ لَهُنَّ ذَلِكَ فِي الْعِيدِ بِالِاتِّفَاقِ. إِمَّا لِلصَّلَاةِ كَمَا رَوَى الْحَسَنُ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُنَّ يَخْرُجْنَ لِلصَّلَاةِ وَيَقُمنَ فِي آخِرِ الصُّفُوفِ فَيُصَلِّينَ مَعَ الرَّجَالِ؛ لِأَنَّهُنَّ مِنْ أَهْلِ الْجَمَاعَةِ تَبَعًا لِلرَّجَالِ، أَوْ لِتَكْثِيرِ السَّوَادِ كَمَا رَوَى الْمُعْلَى عَنْ أَبِي يُوسُفَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ خُرُوجَهُنَّ لِتَكْثِيرِ السَّوَادِ وَيَقُمنَ فِي نَاحِيَةٍ وَلَا يُصَلِّينَ؛ لِأَنَّهُ صَحَّ أَنَّهُ ﷺ أَمَرَ بِذَلِكَ الْحَيْضَ وَلَيْسَتْ مِنْ أَهْلِ الصَّلَاةِ وَلَهُ أَنْ فَرَطَ الشَّبَقِ حَامِلٌ عَلَى الْوَقَاعِ فَتَقَعُ الْفِتْنَةُ، وَالْفَرَطُ بِسُكُونِ الرَّاءِ: مُجَاوِزَةٌ الْحَدِّ، وَالشَّبَقُ يَفْتَحَتَيْنِ: شِدَّةُ شَهْوَةِ الضَّرَابِ (غَيْرَ أَنَّ الْفَسَاقَ انْتِشَارُهُمْ فِي الظُّهْرِ وَالْعَصْرِ وَالْجُمُعَةِ، أَمَّا فِي الْفَجْرِ وَالْعِشَاءِ فَهُمْ نَائِمُونَ، وَفِي الْمَغْرِبِ بِالطَّعَامِ مَشْغُولُونَ) جَعَلَ الْمُصَنِّفُ الْجُمُعَةَ مِنْ قَبِيلِ صَلَاةِ الظُّهْرِ وَهُوَ الْمَذْكُورُ فِي الْمَبْسُوطِ وَالْمُحِيطِ حَتَّى لَا يُبَاحَ لَهُنَّ الْخُرُوجُ إِلَيْهَا، وَشَيْخُ الْإِسْلَامِ جَعَلَهَا مِنْ قَبِيلِ صَلَاةِ الْعِيدَيْنِ حَتَّى يُبَاحَ لَهُنَّ الْخُرُوجُ، وَالْمَغْرِبُ جَعَلَهَا الْمُصَنِّفُ مِنْ قَبِيلِ الْعِشَاءِ وَهُوَ الْمَذْكُورُ أَيْضًا فِيهِمَا وَجَعَلَهُ شَيْخُ الْإِسْلَامِ مِنْ قَبِيلِ الظُّهْرِ.

قَوْلُهُ: (وَالْجَبَانَةُ مُتَّسِعَةٌ) جَوَابٌ عَنْ قِيَاسِهِمَا عَلَى صَلَاةِ الْعِيدِ، وَالْفَتْوَى الْيَوْمَ عَلَى كَرَاهَةِ حُضُورِهِنَّ فِي الصَّلَوَاتِ كُلِّهَا لظُهُورِ الْفَسَادِ.

قَالَ (وَلَا يُصَلِّي الطَّاهِرُ خَلْفَ مَنْ هُوَ فِي مَعْنَى الْمُسْتَحَاضَةِ، وَلَا الطَّاهِرَةُ خَلْفَ الْمُسْتَحَاضَةِ) لِأَنَّ الصَّحِيحَ أَقْوَى حَالًا مِنَ الْمَعْدُورِ، وَالشَّيْءُ لَا يَتَضَمَّنُ مَا هُوَ فَوْقَهُ، وَالْإِمَامُ ضَامِنٌ بِمَعْنَى أَنَّهُ تَضَمَّنُ صَلَاتُهُ صَلَاةَ الْمُقْتَدِي (وَلَا) يُصَلِّي (الْقَارِئُ خَلْفَ الْأُمِّيِّ وَلَا الْمُكْتَسِبِ خَلْفَ الْعَارِي) لِقُوَّةِ حَالِهِمَا.

الشرح:

قَالَ (وَلَا يُصَلِّي الطَّاهِرُ الْأَصْلُ فِي جِنْسٍ هَذِهِ الْمَسَائِلِ قَوْلُهُ: عَلَيْهِ الصَّلَاةُ

وَالسَّلَامُ «الإِمَامُ ضَامِنٌ»^(١) بِمَعْنَى تَضَمَّنُ صَلَاتُهُ صَلَاةَ الْمُقْتَدِي؛ لِأَنَّا نَعْلَمُ بِبَيِّنٍ أَنَّ مَعْنَاهُ لَيْسَ الضَّمَانُ فِي الذِّمَّةِ، فَإِنَّ صَلَاةَ الْمُقْتَدِي لَيْسَتْ فِي ذِمَّةِ الإِمَامِ فَيَكُونُ مَعْنَاهُ صَلَاةُ الإِمَامِ تَتَضَمَّنُ صَلَاةَ الْمُقْتَدِي، وَصَلَاةُ الْمُقْتَدِي إِذَا كَانَتْ أَقْوَى حَالًا مِنَ الإِمَامِ فَوْقَ صَلَاتِهِ، وَالشَّيْءُ إِنَّمَا يَتَضَمَّنُ مَا هُوَ ذُوْنُهُ أَوْ مِثْلُهُ لَا مَا هُوَ فَوْقَهُ، وَعَلَى هَذَا لَا يَجُوزُ اقْتِدَاءُ الطَّاهِرِ بِمَنْ هُوَ فِي مَعْنَى الْمُسْتَحَاضَةِ، وَمَنْ بِهِ سَلَسُ الْبَوْلُ وَأَنْطَلَقَ الْبَطْنُ وَأَنْفِلَاتُ الرِّيحِ وَالرَّعَافُ الدَّائِمُ وَالْجُرْحُ الَّذِي لَا يَرْفَأُ (وَلَا الطَّاهِرَةُ خَلْفَ الْمُسْتَحَاضَةِ) لِنَقْصَانِ حَالِ هَؤُلَاءِ عَنِ حَالِ الْمُقْتَدِي (وَلَا الْمُكْتَسِي بِالْعَارِي) وَلَا الْأُمِّيُّ بِالْأَخْرَسِ لِقُوَّةِ حَالِهِمَا إِذِ الْمُرَادُ بِقُوَّةِ الْحَالِ الْاشْتِمَالُ عَلَى مَا لَمْ تَشْتَمِلْ عَلَيْهِ صَلَاةُ الإِمَامِ مِمَّا يَتَوَقَّفُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ، وَالْأُمِّيُّ يَقْدِرُ عَلَى الْإِفْتِتَاحِ دُونَ الْأَخْرَسِ.

وَاخْتَلَفُوا فِي جَوَازِ اقْتِدَاءِ الْمُتَوَضِّعِ بِالتَّيْمُمِ، فَجَوَّزَهُ أَبُو حَنِيفَةَ وَأَبُو يُوسُفَ وَمَنْعَهُ مُحَمَّدٌ قَالَ: لِأَنَّهُ طَهَارَةٌ ضَرُورِيَّةٌ وَالطَّهَارَةُ بِالمَاءِ طَهَارَةٌ أَصْلِيَّةٌ، وَلَا شَكَّ أَنَّ حَالَ مَنْ اشْتَمَلَ عَلَى الطَّهَارَةِ الْأَصْلِيَّةِ أَقْوَى مِنْ حَالِ مَنْ اشْتَمَلَ عَلَى الطَّهَارَةِ الضَّرُورِيَّةِ. وَلَهُمَا أَنَّهُ طَهَارَةٌ مُطْلَقَةٌ: أَيُ غَيْرُ مُؤَقَّتَةٍ بِوَقْتِ كَطَهَارَةِ الْمُسْتَحَاضَةِ وَلِهَذَا لَا يَتَقَدَّرُ بِقَدْرِ الْحَاجَةِ فَكَانَ التَّيْمُمُ كَالْمُتَوَضِّعِ.

وَاعْلَمْ أَنَّ التَّيْمُمَ طَهَارَةٌ ضَرُورِيَّةٌ بِاتِّفَاقِ عُلَمَائِنَا؛ لِأَنَّهُ فِي الْحَقِيقَةِ تَلَوِثٌ، وَلَا يُصَارُ إِلَيْهِ إِلَّا عِنْدَ الْعَجْزِ عَنِ اسْتِعْمَالِ الْمَاءِ، وَمُطْلَقَةٌ بِاتِّفَاقِهِمْ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ مُؤَقَّتًا بِوَقْتٍ، وَيُثْبِتُ بِهِ مَا يَثْبِتُ بِالطَّهَارَةِ بِالمَاءِ مِنْ اسْتِبَاحَةِ الصَّلَاةِ وَسَجْدَةِ التَّلَاوَةِ وَمَسِّ الْمُصْحَفِ، وَإِنَّمَا الشَّأْنُ فِي التَّغْلِيلِ بِكُلِّ مِنْهُمَا فِيمَا يَصْلُحُ أَنْ يَكُونَ عِلَّةً فِيهِ. وَاخْتَارَ أَبُو حَنِيفَةَ وَأَبُو يُوسُفَ جِهَةَ الْإِطْلَاقِ فِي حَقِّ الصَّلَاةِ؛ لِأَنَّ الشَّارِعَ أَعْطَاهُ حُكْمَ الطَّهَارَةِ الْمُطْلَقَةِ، وَافْتَتَحَ بِنَفْيِ الْحَرَجِ بِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿ مَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُمْ مِنْ حَرَجٍ وَلَكِنْ يُرِيدُ لِيُطَهِّرَكُمْ ﴾ [المائدة: ٦] مِنْ غَيْرِ فَصْلٍ وَتَوَقُّيتٍ. وَفِي نَفْيِ جَوَازِ الْإِقْتِدَاءِ مُخَالَفَةٌ لِإِطْلَاقِهِ وَفَوْدٌ إِلَى نَوْعٍ مِنَ الْحَرَجِ وَاخْتَارَ جِهَةَ الضَّرُورَةِ فِي حَقِّ انْقِطَاعِ الرَّجْعَةِ إِذَا انْقَطَعَ دُمُهَا فِي الْحَيْضَةِ الثَّلَاثَةِ فِيمَا دُونَ الْعَشْرَةِ وَقَالَا: لَمْ تَنْقَطِعِ الرَّجْعَةُ بِمُجَرَّدِ التَّيْمُمِ

(١) أخرجه أبو داود في الصلاة باب ٣٢، والترمذي في الصلاة باب ٣٩، وابن ماجه في الإقامة

مِنْ غَيْرِ أَنْ تُصَلِّيَ؛ لِأَنَّ الشَّرْعَ لَمْ يَذْكُرْ كَوْنَهُ طَهَارَةً فِي بَابِ الرَّجْعَةِ فَكَانَ الْمَقْصُودُ مِنْ طَهَارَتِهِ أَدَاءُ الصَّلَاةِ، فَمَا لَمْ يَتَرْتَّبْ عَلَيْهِ مَا هُوَ الْمَقْصُودُ مِنْهُ لَمْ يَكُنْ طَهَارَةً بِالنِّسْبَةِ إِلَى غَيْرِهِ.

وَأَمَّا مُحَمَّدٌ فَقَدْ عَمِلَ فِي كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْبَابَيْنِ بِالِاخْتِيَاظِ، وَالِاخْتِيَاظُ فِي بَابِ الصَّلَاةِ الْقَوْلُ بِعَدَمِ جَوَازِ اقْتِدَاءِ الْمُتَوَضَّئِ بِالْمُتَيَمِّمِ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا لَمْ يَجَزْ لَهُ ذَلِكَ لَا بُدَّ لَهُ أَنْ يَقْتَدِيَ بِالْمُتَوَضَّئِ، أَوْ يُصَلِّيَ مُنْفَرِدًا حَتَّى تَكُونَ صَلَاتُهُ بِالْوُضوءِ فَيَخْرُجَ عَنْ عَهْدَةِ الصَّلَاةِ عَلَى الْوَجْهِ الْأَكْمَلِ، وَفِي بَابِ الرَّجْعَةِ الْقَوْلُ بِالِانْقِطَاعِ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا انْقَطَعَتِ الرَّجْعَةُ لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يُرَاجِعَهَا وَلَا يَحِلُّ لَهُ وَطُؤُهَا، وَانْقِطَاعُ الرَّجْعَةِ مِمَّا يُؤْخَذُ فِيهِ بِالِاخْتِيَاظِ إِجْمَاعًا؛ أَلَا تَرَى أَنَّهَا لَوْ اغْتَسَلَتْ وَبَقِيَ عَلَى بَدَنِهَا لُمْعَةٌ انْقَطَعَتِ الرَّجْعَةُ عَنْهَا اخْتِيَاظًا، وَإِذَا تُصَوِّرَ التَّيَمُّمُ عَلَى هَذَا الْوَجْهِ انْدَفَعَ مَا يَتَرَاءَى أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنَ الْعُلَمَاءِ تَرَكَ أَصْلَهُ وَنَاقَضَ كَلَامَهُ.

(وَيَجُوزُ أَنْ يَوْمُ الْمُتَيَمِّمِ الْمُتَوَضَّئِينَ) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَا يَجُوزُ لِأَنَّهُ طَهَارَةٌ ضَرُورِيَّةٌ وَالطَّهَارَةُ بِالْمَاءِ أَصْلِيَّةٌ. وَلَهُمَا أَنَّهُ طَهَارَةٌ مُطْلَقَةٌ وَلِهَذَا لَا يَتَقَدَّرُ بِقَدْرِ الْحَاجَةِ (وَيَوْمُ الْمَاسِحِ الْغَاسِلِينَ) لِأَنَّ الْخُفَّ مَانِعٌ سِرَايَةَ الْحَدَثِ إِلَى الْقَدَمِ، وَمَا حَلَّ بِالْخُفِّ يُزِيلُهُ الْمَسْحُ، بِخِلَافِ الْمُسْتَحَاضَةِ لِأَنَّ الْحَدَثَ لَمْ يُعْتَبَرْ شَرْعًا مَعَ قِيَامِهِ حَقِيقَةً (وَيُصَلِّي الْقَائِمُ خَلْفَ الْقَاعِدِ) وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَا يَجُوزُ، وَهُوَ الْقِيَاسُ لِقُوَّةِ حَالِ الْقَائِمِ وَنَحْنُ تَرَكْنَاهُ بِالنَّصِّ، وَهُوَ مَا رَوَى «أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ صَلَّى آخِرَ صَلَاتِهِ قَاعِدًا وَالْقَوْمُ خَلْفَهُ قِيَامًا»^(١) (وَيُصَلِّي الْمُؤِمِّيُ خَلْفَ مِثْلِهِ) لَا اسْتِوَائِهِمَا فِي الْحَالِ إِلَّا أَنْ يَوْمِيَ الْمُؤْتَمُّ قَاعِدًا وَالْإِمَامُ مُضْطَجِعًا، لِأَنَّ الْقُعُودَ مُعْتَبَرٌ فَتَثَبَّتْ بِهِ الْقُوَّةُ (وَلَا يُصَلِّي الَّذِي يَرُكَّعُ وَيَسْجُدُ خَلْفَ الْمُؤِمِّي) لِأَنَّ حَالَ الْمُقْتَدِي أَقْوَى، وَفِيهِ خِلَافٌ زُفَرَ رَحِمَهُ اللَّهُ.

الشرح:

قَالَ (وَيَوْمُ الْمَاسِحِ الْغَاسِلِينَ)؛ لِأَنَّهُ غَسَلَ قَدَمَهُ فَلَيْسَ الْخُفُّ، وَالْخُفُّ مَانِعٌ سِرَايَةَ

(١) أخرجه البخاري في الأذان باب ٥١، ومسلم (٩٠) عن عبيد الله بن عبد الله بن عتبة بن

مسعود. وانظر نصب الراية (٤٥/٢).

الْحَدَّثَ إِلَى الْقَدَمِ فَهُوَ بَاقٍ عَلَى كَوْنِهِ غَاسِلًا. فَإِنْ قِيلَ: لَا تُسَلِّمُ أَنَّهُ بَاقٍ عَلَى كَوْنِهِ غَاسِلًا؛ لِأَنَّ الْخُفَّ قَامَ مَقَامَ بَشَرَةِ الْقَدَمِ، وَالْحَدَّثُ قَدْ حَلَّهُ. أَجَابَ بِقَوْلِهِ (وَمَا حَلَ بِالْخُفِّ يُزِيلُهُ الْمَسْحُ) فَكَانَ الْمَسْحُ عَلَى الْخُفِّ كَعَسَلِ الرَّجُلِ. وَقَوْلُهُ: (وَيُصَلِّي الْقَائِمُ خَلْفَ الْقَاعِدِ) ظَاهِرٌ وَقَوْلُهُ: «أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ صَلَّى آخِرَ صَلَاتِهِ قَاعِدًا وَالْقَوْمُ خَلْفَهُ قِيَامًا» وَهُوَ مَا رَوَى «أَنَّهُ ﷺ لَمَّا ضَعَفَ فِي مَرَضِهِ الَّذِي قُبِضَ فِيهِ قَالَ: مُرُوا أَبَا بَكْرٍ يُصَلِّي بِالنَّاسِ، فَقَالَتْ عَائِشَةُ لِحَفْصَةَ: قُولِي لَهُ إِنَّ أَبَا بَكْرٍ رَجُلٌ أَسِيفٌ إِذَا وَقَفَ فِي مَكَانِكَ لَا يَمْلِكُ نَفْسُهُ فَلَوْ أَمَرْتُ غَيْرَهُ، فَقَالَتْ ذَلِكَ مَرَّتَيْنِ، فَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: أَتُنَّ صَوَاحِبَاتُ يُوسُفَ، مُرُوا أَبَا بَكْرٍ يُصَلِّي بِالنَّاسِ، فَلَمَّا افْتَتَحَ أَبُو بَكْرٍ الصَّلَاةَ وَجَدَ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ فِي نَفْسِهِ خِفَّةً فَخَرَجَ يُهَادِي بَيْنَ الْعَبَّاسِ وَعَلِيٍّ وَرِجْلَاهُ تَخْطُانِ الْأَرْضَ حَتَّى دَخَلَ الْمَسْجِدَ، فَسَمِعَ أَبُو بَكْرٍ حِسَّ مَجِيءِ النَّبِيِّ ﷺ فَتَأَخَّرَ وَتَقَدَّمَ النَّبِيُّ ﷺ وَجَلَسَ يُصَلِّي وَأَبُو بَكْرٍ يُصَلِّي بِصَلَاتِهِ وَالنَّاسُ يُصَلُّونَ بِصَلَاةِ أَبِي بَكْرٍ: يَعْنِي أَنَّ أَبَا بَكْرٍ كَانَ يَسْمَعُ تَكْبِيرَ النَّبِيِّ ﷺ فَيَكْبُرُ وَالنَّاسُ يُكْبِرُونَ بِتَكْبِيرِ أَبِي بَكْرٍ» وَهَذَا آخِرُ صَلَاتِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ فَكَانَ نَاسِحًا لَمَّا قَبْلَهُ.

فَإِنْ قِيلَ: هَذَا الْحَدِيثُ مُضْطَرِبٌ فَإِنَّ بَعْضَ الرُّوَايَاتِ يَدُلُّ عَلَى أَنَّ الْإِمَامَ كَانَ أَبَا بَكْرٍ وَبَعْضُهَا عَلَى أَنَّهُ كَانَ النَّبِيُّ ﷺ فَكَيْفَ يَصِحُّ الِاسْتِدْلَالُ بِهِ؟ أَجِيبَ بِأَنَّ الْإِمَامَ الْخَطَّابِيَّ فِي شَرْحِ الصَّحِيحِ رَجَّحَ هَذِهِ الرُّوَايَةَ الَّتِي أَخَذَ بِهَا أَبُو حَنِيفَةَ وَأَبُو يُوسُفَ، وَهِيَ رَوَايَةُ عُبَيْدِ اللَّهِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُتْبَةَ لِفَقْهِهِ وَإِثْقَانِهِ وَمُوَافَقَةِ ابْنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا فَإِنَّهُ قَالَ: «دَخَلْتُ عَلَى عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَبَّاسٍ فَقُلْتُ: أَعْرِضْ عَلَيْكَ مَا حَدَّثَنِي بِهِ عَائِشَةُ عَنْ مَرَضِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ؟ فَقَالَ هَاتِ، فَعَرَضْتُ عَلَيْهِ حَدِيثَهَا فَمَا أَنْكَرَ مِنْهُ شَيْئًا». وَقَوْلُهُ: (وَيُصَلِّي الْمُوَمِّيُّ خَلْفَ مِثْلِهِ) ظَاهِرٌ.

وَقَوْلُهُ: (لَأَنَّ الْقُعُودَ مُعْتَبَرٌ فَتَثَبُّ بِهِ الْقُوَّةُ) دَلِيلُهُ أَنَّ صَلَاةَ التَّطَوُّعِ مُسْتَلْقِيًا بِالْإِيمَاءِ مَعَ الْقُدْرَةِ عَلَى الْقُعُودِ لَا تَجُوزُ. قَالَ (وَلَا يُصَلِّي الَّذِي يَرْكَعُ وَيَسْجُدُ خَلْفَ الْمُوَمِّيِّ) قَالَ زُفَرٌ: تَصِحُّ إِمَامَةُ الْمُوَمِّيِّ بِمَنْ يَرْكَعُ وَيَسْجُدُ؛ لِأَنَّ الرُّكُوعَ وَالسُّجُودَ سَقَطَ إِلَى بَدَلٍ، وَالتَّمَادُّى بِالْبَدَلِ كَالْتِمَادُّى بِالْأَصْلِ، وَهَذَا قُلْنَا: إِنَّ التَّمِيمَ يَوْمُ الْمُتَوَضِّئِينَ. وَلَنَا أَنَّ حَالَ الْمُقْتَدِي أَقْوَى بِنَاءً عَلَى مَا ذَكَرْنَا مِنَ الْأَصْلِ فَيَمْتَنِعُ الْإِقْدَاءُ، وَلَا تُسَلِّمُ أَنْ

الإيماء بدل عن الركوع والسجود؛ لأن بعضه أو بعض الشيء لا يكون بدلا عنه، فلما كان بعض الأصل لو جاز الاقتداء لكان مقتديا في بعض الصلاة دون البعض وذلك لا يجوز.

(ولا يصلي المفترض خلف المتنفل) لأن الاقتداء ببناء، ووصف الفرضية معدوم في حق الإمام فلا يتحقق البناء على المعدوم. قال (ولا من يصلي فرضا خلف من يصلي فرضا آخر) لأن الاقتداء شراكة وموافقة فلا بد من الاتحاد. وعند الشافعي رحمه الله يصح في جميع ذلك لأن الاقتداء عندما آذاه على سبيل الموافقة، وعندنا معنى التضمن مراعى (ويصلي المتنفل خلف المفترض) لأن الحاجة في حقه إلى أصل الصلاة وهو موجود في حق الإمام فيتحقق البناء.

الشرح:

قوله: (ولا يصلي المفترض خلف المتنفل) هذه ثلاثة أقسام: اقتداء المفترض بالمتنفل وعكسه، واقتداء المفترض بالمفترض مختلفين: فأما الأول فلا يجوز؛ لأن الاقتداء ببناء أمر وجودي؛ لأنه عبارة عن متابعة شخص لآخر في أفعاله بصفاتها وهو مفهوم وجودي لا سلب فيه، وبناء الأمر الوجودي على المعدوم بصفاته غير متحقق، ووصف الفرضية معدوم في حق الإمام فيما نحن فيه. وأما الثالث فكذلك؛ لأن الاقتداء شراكة: يعني في التحريم وموافقة يعني في الأفعال ولا شراكة ولا موافقة إلا عند اتحاد ما تحرم له وفعله، ويجوز أن يكون معناه شراكة في التحريم على قول أبي حنيفة وموافقة فيها على قولهما، وفيه نظر؛ لأن الشراكة تقتضي المعية في الاشتراك، والبناء يقتضي التعاقب فيكون بين الدليل الأول والثاني تناف، والجواب أن الاشتراك إنما هو بالنسبة إلى التحريم والبناء بالنسبة إلى الأفعال فلا منافاة بينهما، والشافعي - رحمه الله - جوز الاقتداء في صورتين جميعا.

قال المصنف (لأن الاقتداء عنده أداء على سبيل المرافقة) يعني أن كل واحد يصلي بذاته إلا أنه يوافق الإمام في الأركان والانتقال من حيث الوقت. وفيه نظر؛ لأنه استدلل بالموافقة على عدم جواز الاقتداء، واستدل بها أيضا الشافعي على جوازه وذلك ظاهر الفساد. والجواب أن المراد بالموافقة في دليلنا موافقة تبعية، وفي دليله موافقة في

تَطْبِيقُ أَفْعَالِهِ الصَّادِرَةِ مِنْهُ عَلَى الزَّمَانِ الَّذِي طَابَقَهُ أَفْعَالُ الْإِمَامِ لَيْسَ إِلَّا وَهَذَا غَيْرُ ذَلِكَ لَا مَحَالَةَ.

وَقَوْلُهُ: (وَعِنْدَنَا مَعْنَى التَّضَمُّنِ مُرَاعَى) إشارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «الْإِمَامُ ضَامِنٌ»^(١) عَلَى مَا تَقَدَّمَ مِنْ مَعْنَاهُ وَكَوْنُ الشَّيْءِ لَا يَتَضَمَّنُ مَا فَوْقَهُ. فَإِنْ قِيلَ: قَدْ صَحَّ أَنْ مُعَاذًا كَانَ يُصَلِّي الْعِشَاءَ مَعَ النَّبِيِّ ﷺ ثُمَّ يَرْجِعُ فَيُصَلِّي بِقَوْمِهِ فِي بَنِي سَلَمَةَ فَكَانَ صَلَاةُ قَوْمِهِ فَرَضًا وَصَلَاتُهُ نَفْلًا. أُجِيبَ بِأَنَّ ذَلِكَ لَا يَلْزَمُ؛ لِأَنَّ مُعَاذًا جَازَ أَنْ يَنْوِي مَعَ النَّبِيِّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ نَفْلًا وَيُصَلِّي مَعَ قَوْمِهِ الْفَرَضَ (وَيَصِحُّ اقْتِدَاءُ الْمُتَنَفِّلِ بِالْمُفَرِّضِ) وَهُوَ الْقِسْمُ الثَّانِي (لِأَنَّ الْحَاجَةَ فِي حَقِّهِ) أَيِّ فِي حَقِّ الْمُتَنَفِّلِ إِلَى أَصْلِ الصَّلَاةِ (وَهُوَ مَوْجُودٌ فِي حَقِّ الْإِمَامِ فَيَتَحَقَّقُ الْبِنَاءُ) وَهَذَا بِنَاءٌ عَلَى أَنَّ مُطْلَقَ النَّيَّةِ كَافٍ فِي صِحَّةِ النَّفْلِ وَالْفَرَضِ يَشْتَمِلُ عَلَيْهِ فَيَصِحُّ الْاِقْتِدَاءُ بِخِلَافِ الْعَكْسِ.

وَالْحَاصِلُ أَنَّ الشَّرْكَ لَا بُدَّ مِنْهَا فِي صِحَّةِ الْاِقْتِدَاءِ، وَأَمَّا رُتْبَةُ جَوَازِ بِنَاءِ أَحَدِهِمَا عَلَى الْآخَرِ لِلْمُنْفَرِدِ فِي الْمُخْتَلَفَيْنِ، وَالْمُنْفَرِدُ لَا يَصِحُّ لَهُ أَنْ يَبْنِيَ فَرَضًا عَلَى فَرَضٍ آخَرَ فَلَا يَقْتَدِي بغيرِهِ كَذَلِكَ، وَكَذَا لَا يَصِحُّ لَهُ أَنْ يَبْنِيَ الْفَرَضَ عَلَى النَّفْلِ، وَأَمَّا بِنَاءُ النَّفْلِ عَلَى تَحْرِيمَةِ الْفَرَضِ فَقَدْ يَجُوزُ وَإِنْ كَانَ مَكْرُوهًا فَيَصِحُّ الْاِقْتِدَاءُ بغيرِهِ.

(وَمَنْ اقْتَدَى بِإِمَامٍ ثُمَّ عَلِمَ أَنَّ إِمَامَهُ مُحَدِّثٌ أَعَادَ) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «مَنْ أَمَّ قَوْمًا ثُمَّ ظَهَرَ أَنَّهُ كَانَ مُحَدِّثًا أَوْ جُنُبًا أَعَادَ صَلَاتَهُ وَأَعَادُوا»^(٢) وَفِيهِ خِلَافٌ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ بِنَاءً عَلَى مَا تَقَدَّمَ، وَنَحْنُ نَعْتَبِرُ مَعْنَى التَّضَمُّنِ وَذَلِكَ فِي الْجَوَازِ وَالْفُسَادِ.

الشرح:

(وَمَنْ اقْتَدَى بِإِمَامٍ ثُمَّ عَلِمَ أَنَّ إِمَامَهُ مُحَدِّثٌ أَعَادَ) وَإِنَّمَا قَيَّدَ بِالْعِلْمِ بَعْدَ

(١) سبق تخريجه.

(٢) قال الزيلعي في نصب الراية (٥٧/٢): غريب، وفيه أثر عن علي، ورواه محمد بن الحسن في كتابه الآثار أخبرنا إبراهيم بن يزيد المكي عن عمرو بن دينار أن علي بن أبي طالب، قال في الرجل يصلي بالقوم جنباً، قال: يعيد، ويعيدون.

ورواه الدارقطني في سننه (٣٦٤/١) عن عاصم بن ضمرة عن علي أنه صلى بالقوم وهو جنب فأعاد ثم أمرهم فأعادوا.

الافتداء؛ لأنه لو علم بذلك قبله لم يجز الافتداء به إجماعاً. وقال الشافعي: لا يجب عليه الإعادة بناءً على ما تقدم من أن الافتداء عنده أداء على سبيل الموافقة من غير معنى التضمن. ولنا ما روي «أن النبي ﷺ صلى بأصحابه، ثم تذكّر جنابة فأعادها وقال: من أم قوماً ثم ظهر أنه كان محدثاً أو جنباً أعاد صلاته وأعادوا» وعورض بما روى أنس بن مالك رضي الله عنه «أن النبي ﷺ دخل في صلاته فكبر وكبرنا معه، ثم أشار إلى القوم أن أمكثوا كما أنتم، فلم نزل قياماً حتى أتى رسول الله ﷺ فذ اغتسل ورأسه يقطر ماءً فصلّى بهم» ولو لم تكن صلاتهم منعدّة لم يكلفهم استدامة القيام، فدل على أن عدم طهارة الإمام لا تمنع انعقاد صلاة المقتدي إذا لم يعلم بحال الإمام.

وأجيب بأن الأمر بالكث لا يدل على الانعقاد لجواز أن يكون ذلك منعاً لهم عن التفرق؛ ألا ترى أن محمد بن سيرين ذكر هذه القصة، وذكر أن النبي ﷺ أوماً إليهم أن أقموا ولو انعقدت صلاتهم لم يأمرهم بذلك، على أنه يجوز أن يكون ذلك قبل تعلّق صلاة القوم بصلاة الإمام، على أن ذلك حكاية فعل لا تعارض القول.

وقوله: (وتحضر تعتبر معنى التضمن) معناه أن النبي عليه الصلاة والسلام قال: «الإمام ضامن»^(١) ولا يخلو إما أن يكون المراد به أنه ضامن لصلاة نفسه ولا فائدة في ذلك؛ لأن كل واحد كذلك، أو ضامن لصلاة القوم وهو صحيح، ثم إنه إما أن يكون ضامناً لصلاتهم وجوباً وأداءً أو صحةً وفساداً، والأولان غير مرادين بالإجماع فتعين الآخران على معنى أنه يتحمل السهو والقراءة عن المقتدي وتفسد صلاة المقتدي بفساد صلاة الإمام.

(وإذا صلى أمي بقوم يقرءون ويقوم أميين فصلاهم فاسدة عند أبي حنيفة رحمه الله) وقالوا: صلاة الإمام ومن لا يقرأ تامّةً لأنه معذور أم قوماً معذورين وغير معذورين فصار كما إذا أم العاري عراً ولايسين. وله أن الإمام ترك فرض القراءة مع القدرة عليها فتفسد صلاته، وهذا لأنه لو اقتدى بالقارئ تكون قراءته قراءة له بخلاف تلك المسألة وأمثالها لأن الموجود في حق الإمام لا يكون موجوداً في حق المقتدي (ولو كان يصلي الأمي وحده والقارئ وحده جاز) هو الصحيح لأنه لم تظهر منهما رغبة في

الْجَمَاعَةِ (فَإِنْ قَرَأَ الْإِمَامُ فِي الْأَوَّلَيْنِ ثُمَّ قَدَّمَ فِي الْأُخْرَيْنِ أُمِّيًّا فَسَدَتْ صَلَاتُهُمْ) وَقَالَ زُفَرُ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَا تَفْسُدْ لِنَادِي فَرَضِ الْقِرَاءَةِ. وَلَنَا أَنْ كُلَّ رَكْعَةٍ صَلَاةٌ فَلَا تَخْلُو عَنْ الْقِرَاءَةِ إِمَّا تَحْقِيقًا أَوْ تَقْدِيرًا وَلَا تَقْدِيرًا فِي حَقِّ الْأُمِّيِّ لِانْعِدَامِ الْأَهْلِيَّةِ، وَكَذَا عَلَى هَذَا لَوْ قَدَّمَهُ فِي الشَّهَدِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَإِذَا صَلَّى أُمِّيٌّ) الْأُمِّيُّ مَنْسُوبٌ إِلَى الْأُمِّ: أَيُّ هُوَ كَمَا وَلَدَتْهُ أُمُّهُ. وَالْمُرَادُ بِهِ حَيْثُ مَا وَرَدَ فِي الْكِتَابِ وَالْحَدِيثِ وَلِسَانِ الْعَرَبِ: مَنْ لَا يُحْسِنُ الْخَطَّ وَلَا يَقْرَأُ شَيْئًا، وَمَنْ أَحْسَنَ قِرَاءَةَ آيَةٍ مِنَ التَّنْزِيلِ خَرَجَ عَنْ كَوْنِهِ أُمِّيًّا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَثَلَاثَ آيَاتٍ أَوْ آيَةٍ طَوِيلَةٍ عِنْدَهُمَا، فَيَجُوزُ اقْتِدَاءُ مَنْ يَحْفَظُ التَّنْزِيلَ بِهِ؛ لِأَنَّ فَرَضَ الْقِرَاءَةِ يَتِمُّ بِمَا ذَكَرْنَا مِنَ الْمَقْدَارِ، وَمَا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ ظَاهِرٌ.

وَقَوْلُهُ: (وَهَذَا) إِشَارَةٌ إِلَى تَرْكِ فَرَضِ الْقِرَاءَةِ. وَقَوْلُهُ: (تَكُونُ قِرَاءَتُهُ قِرَاءَةً لَهُ) يَعْنِي لِمَا رَوَيْنَا مِنْ قَوْلِهِ ﷺ: «مَنْ كَانَ لَهُ إِمَامٌ فَقِرَاءَةُ الْإِمَامِ قِرَاءَةٌ لَهُ» (" وَقَوْلُهُ: (بِخِلَافِ تِلْكَ الْمَسْأَلَةِ) يُرِيدُ مَا اسْتَشْهَدَا بِهِ مِنَ الْعَارِي إِذَا أَمَّ عُرَاةً وَلَا بَسِينَ (وَأَمْثَلَهَا) يُرِيدُ بِهِ الْأَخْرَسَ أَمْ قَوْمًا قَارِئِينَ وَخُرُسًا، وَصَاحِبُ الْجُرْحِ وَالْوُمِيُّ إِذَا أَمَّا لَمْ يَكُنْ هُوَ بِمِثْلِ حَالِهِمَا وَلَمْ يَكُنْ هُوَ أَعْلَى حَالًا مِنْهُمَا، وَالْمَذْكُورُ فِي الْكِتَابِ أَحَدُ طَرِيقَيْ أَبِي حَنِيفَةَ، وَالطَّرِيقُ الْآخَرُ مَا ذَكَرَهُ الْكَرْخِيُّ أَنَّ افْتِتَاحَ الْكُلِّ قَدْ صَحَّ؛ لِأَنَّهُ أَوْ أَنَّ التَّكْبِيرَ، وَالْأُمِّيُّ قَادِرٌ عَلَيْهِ كَالْقَارِئِ، فَبِصِحَّةِ الْاِقْتِدَاءِ صَارَ الْأُمِّيُّ مُتَحَمِّلًا فَرَضِ الْقِرَاءَةِ عَنِ الْقَارِئِ ثُمَّ جَاءَ أَوْ أَنَّ الْقِرَاءَةَ وَهُوَ عَاجِزٌ عَنِ الْوَفَاءِ بِمَا تَحَمَّلَ فَتَفْسُدُ صَلَاتُهُ، وَبِفَسَادِ صَلَاتِهِ تَفْسُدُ صَلَاةُ الْقَوْمِ، بِخِلَافِ سَائِرِ الْأَعْدَارِ فَإِنَّهَا قَائِمَةٌ عِنْدَ الْاِفْتِتَاحِ، وَلَا يَصِحُّ اقْتِدَاءُ مَنْ لَا عُذْرَ بِهِ بِصَاحِبِ الْعُذْرِ. وَقَوْلُهُ: (وَلَوْ كَانَ يُصَلِّي الْأُمِّيُّ) فِيهِ شَائِبَةُ الْجَوَابِ عَمَّا يُقَالُ لَوْ كَانَ النَّظَرُ إِلَى الْقُدْرَةِ عَلَى جَعْلِ الصَّلَاةِ بِقِرَاءَةِ الْاِقْتِدَاءِ بِالْقَارِئِ مُعْتَبَرًا لَمَا جَازَ صَلَاةُ الْأُمِّيِّ وَحْدَهُ وَالْقَارِئُ وَحْدَهُ لِاِقْتِدَارِهِ أَنْ يَجْعَلَ صَلَاتَهُ بِقِرَاءَةِ الْاِقْتِدَاءِ بِالْقَارِئِ. وَوَجْهُهُ أَنَّهُ لَمْ يُعْتَبَرْ ذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَظْهَرْ مِنْهُمَا رَغْبَةٌ فِي الْجَمَاعَةِ، وَالشَّرْعُ إِنَّمَا جَعَلَ قِرَاءَةَ الْإِمَامِ الْمُقْتَدِي إِذَا اقْتَدَى، بِخِلَافِ مَا نَحْنُ فِيهِ فَإِنْ كَلَامَنَا فِي الْاِقْتِدَاءِ. وَقَوْلُهُ: (هُوَ الصَّحِيحُ) احْتِرَازٌ عَمَّا ذَكَرَ أَبُو حَاتِمٍ أَنَّ قِيَاسَ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ أَلَّا تَجُوزَ صَلَاتُهُ وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ، وَقَوْلُهُ: (وَقَدَّمَ فِي الْأُخْرَيْنِ أُمِّيًّا) أَيُّ أَحَدًا (فَاسْتَخْلَفَ أُمِّيًّا

فَسَدَتْ صَلَاتُهُمْ) وَقَالَ زُفَرٌ وَهُوَ رَوَايَةٌ عَنْ أَبِي يُوسُفَ فِي غَيْرِ الْأُصُولِ لَا تَنْفُسُ صَلَاتُهُ؛ لِأَنَّ فَرَضَ الْقِرَاءَةِ قَدْ تَأْدَى فَكَانَ اسْتِخْلَافُ الْقَارِئِ وَالْأُمِّيِّ سَوَاءً. وَلَنَا أَنَّ كُلَّ رَكْعَةٍ صَلَاةٌ فَلَا تَخْلُو عَنْ الْقِرَاءَةِ بِالذَّلَائِلِ الدَّالَّةِ عَلَى وَجُوبِهَا، إِمَّا تَحْقِيقًا كَمَا فِي الرُّكْعَتَيْنِ الْأُولَيَيْنِ، وَإِمَّا تَقْدِيرًا كَمَا فِي الْآخَرَتَيْنِ، فَإِنَّ الْقِرَاءَةَ فِي الْأُولَيَيْنِ قِرَاءَةٌ فِي الْآخَرَتَيْنِ بِالْحَدِيثِ وَلَيْسَ شَيْءٌ مِنْهُمَا بِمُجَرَّدٍ فِي حَقِّ الْأُمِّيِّ، أَمَّا تَحْقِيقًا فَظَاهِرٌ، وَأَمَّا تَقْدِيرًا فَلَعَدَمُ الْأَهْلِيَّةِ، وَالشَّيْءُ إِنَّمَا يُقَدَّرُ إِذَا أُمِّكُنَ تَحْقِيقُهُ. وَقَوْلُهُ: (وَكَذَا عَلَى هَذَا لَوْ قَدَّمَهُ) أَيِ الْأُمِّيِّ (فِي التَّشَهُّدِ) يَعْنِي قَبْلَ أَنْ يَقْعُدَ مَقْدَارَ التَّشَهُّدِ (لَمْ تَنْفُسْ صَلَاتُهُ عِنْدَ زُفَرٍ وَفَسَدَتْ عِنْدَنَا) وَأَمَّا إِذَا قَدَّمَهُ بَعْدَ مَا قَعَدَ قَدَرَ التَّشَهُّدِ فَسَدَتْ صَلَاتُهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ خِلَافًا لَهَا وَهِيَ مِنَ الْاِثْنَا عَشْرِيَّةِ، وَقِيلَ لَا تَنْفُسُ عِنْدَ الْكُلِّ، أَمَّا عِنْدَهُمَا فَظَاهِرٌ، وَأَمَّا عِنْدَهُ فَلَوْجُودُ الْخُرُوجِ مِنَ الصَّلَاةِ بِصُنْعِهِ وَهُوَ الْاسْتِخْلَافُ كَمَا لَوْ فَهَقَهُ أَوْ تَكَلَّمَ؛ لِأَنَّ هَذَا مِنْ فِعْلِهِ وَهُوَ مُنَافٍ فَانْقَطَعَتْ صَلَاتُهُ، وَإِنَّمَا الْاِخْتِلَافُ فِيمَا لَيْسَ مِنْ فِعْلِهِ مِثْلُ طُلُوعِ الشَّمْسِ، قِيلَ وَهَذَا هُوَ الصَّحِيحُ وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

بَابُ الْحَدَثِ فِي الصَّلَاةِ

(وَمَنْ سَبَقَهُ الْحَدَثُ فِي الصَّلَاةِ انْصَرَفَ فَإِنْ كَانَ إِمَامًا اسْتَخْلَفَ وَتَوَضَّأَ وَبَنَى) وَالْقِيَاسُ أَنْ يَسْتَقْبِلَ وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ لِأَنَّ الْحَدَثَ يُنَافِيهَا وَالْمَشْيَ وَالْانْحِرَافَ يُفْسِدَانِهَا فَأَشْبَهَ الْحَدَثُ الْعَمَدَ. وَلَنَا قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «مَنْ قَاءَ أَوْ رَعَفَ أَوْ أَمَدَى فِي صَلَاتِهِ فَلْيَنْصَرِفْ وَلْيَتَوَضَّأْ وَلْيَبْنِ عَلَى صَلَاتِهِ مَا لَمْ يَتَكَلَّمْ»^(١) وَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «إِذَا صَلَّى أَحَدُكُمْ فَقَاءَ أَوْ رَعَفَ فَلْيَضَعْ يَدَهُ عَلَى فَمِهِ وَلْيَقْدَمْ مَنْ لَمْ يُسَبِّقْ بِشَيْءٍ»^(٢) وَالْبَلَوَى فِيمَا يُسَبِّقُ دُونَ مَا يَتَعَمَّدُ فَلَا يَلْحَقُ بِهِ (وَالْاِسْتِثْنَاءُ أَفْضَلُ) تَحَرُّزًا عَنْ شُبُهَةِ الْخِلَافِ، وَقِيلَ إِنَّ الْمُنْفَرِدَ يَسْتَقْبِلُ وَالْإِمَامَ وَالْمُقَدِّمَ يَبْنِي صِيَانَةً لِفَضِيلَتِهِ

(١) أخرجه ابن ماجه في الإقامة باب ١٣٧، والدارقطني (١٥٢/١ - ١٥٥) من حديث عائشة رضي الله عنها، بنحوه.

وأخرجه الدارقطني (١٥٦/١، ١٥٧) من حديث ابن عباس رضي الله عنهما، بمعناه، وانظر نصب الراية (٥٩/٢).

(٢) أخرجه أبو داود (١١١٤)، وابن ماجه في الإقامة باب ١٣٨، من حديث عائشة رضي الله عنها، بلفظ: (إذا صلى أحدكم فأحدث، فليأخذ بأنفه، ثم لينصرف)، وأخرجه الدارقطني (١٥٦/١). وانظر نصب الراية (٦١/٢).

الْجَمَاعَةِ (وَالْمُنْفَرِدَ إِنْ شَاءَ أَتَمَّ فِي مَنْزِلِهِ، وَإِنْ شَاءَ عَادَ إِلَى مَكَانِهِ)، وَالْمُقْتَدِيَ يَعُودُ إِلَى مَكَانِهِ إِلَّا أَنْ يَكُونَ إِمَامُهُ قَدْ فَرَّغَ أَوْ لَا يَكُونُ بَيْنَهُمَا حَائِلٌ (وَمَنْ ظَنَّ أَنَّهُ أَحْدَثَ فَخَرَجَ مِنَ الْمَسْجِدِ ثُمَّ عَلِمَ أَنَّهُ لَمْ يُحْدِثِ اسْتَقْبَالَ الصَّلَاةِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ خَرَجَ مِنَ الْمَسْجِدِ يُصَلِّي مَا بَقِيَ) وَالْقِيَاسُ فِيهِمَا الْاسْتِقْبَالُ، وَهُوَ رَوَايَةٌ عَنْ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ لَوْجُودِ الْانْصِرَافِ مِنْ غَيْرِ عُدْرٍ.

وَجَهَ الْاسْتِحْسَانُ أَنَّهُ انْصَرَفَ عَلَى قَصْدِ الْإِصْلَاحِ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ تَحَقَّقَ مَا تَوَهَّمَهُ بَنَى عَلَى صَلَاتِهِ فَالْحَقَّ قَصْدَ الْإِصْلَاحِ بِحَقِيقَتِهِ مَا لَمْ يَخْتَلَفِ الْمَكَانُ بِالْخُرُوجِ، وَإِنْ كَانَ اسْتَخْلَفَ فَسَدَتْ لِأَنَّهُ عَمَلٌ كَثِيرٌ مِنْ غَيْرِ عُدْرٍ، وَهَذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا ظَنَّ أَنَّهُ افْتَتَحَ الصَّلَاةَ عَلَى غَيْرِ وُضُوءٍ فَانْصَرَفَ ثُمَّ عَلِمَ أَنَّهُ عَلَى وُضُوءٍ حَيْثُ تَفْسُدُ وَإِنْ لَمْ يَخْرُجْ لِأَنَّ الْانْصِرَافَ عَلَى سَبِيلِ الرَّفْضِ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ تَحَقَّقَ مَا تَوَهَّمَهُ يَسْتَقْبِلُهُ فَهَذَا هُوَ الْحَرْفُ، وَمَكَانُ الصُّفُوفِ فِي الصُّحُرَاءِ لَهُ حُكْمُ الْمَسْجِدِ، وَلَوْ تَقَدَّمَ قُدَّامُهُ فَالْحَدُّ هُوَ السُّتْرَةُ، وَإِنْ لَمْ تَكُنْ فَمِقْدَارُ الصُّفُوفِ خَلْفَهُ، وَإِنْ كَانَ مُنْفَرِدًا فَمَوْضِعُ سُجُودِهِ مِنْ كُلِّ جَانِبٍ (وَإِنْ جُنَّ أَوْ نَامَ فَاحْتَلَمَ أَوْ أَغْمِيَ عَلَيْهِ اسْتَقْبَلَ) لِأَنَّهُ يَنْدُرُ وَجُودُ هَذِهِ الْعَوَارِضِ فَلَمْ يَكُنْ فِي مَعْنَى مَا وَرَدَ بِهِ النَّصُّ، وَكَذَلِكَ إِذَا قَهَقَهَ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الْكَلَامِ وَهُوَ قَاطِعٌ.

الشرح:

بَابُ الْحَدَثِ فِي الصَّلَاةِ: لَمَّا ذَكَرَ أَحْكَامَ السَّلَامَةِ عَنِ الْعَوَارِضِ فِي الصَّلَاةِ الْفُرَادَا وَجَمَاعَةً؛ لِأَنَّهَا هِيَ الْأَصْلُ ذَكَرَ فِي هَذَا الْبَابِ مَا يَعْزِضُ لَهُ مِنَ الْعَوَارِضِ وَيَمْنَعُهُ مِنَ الْمُضِيِّ، وَالْأَصْلُ أَوَّلَى بِالتَّقْدِيمِ (وَمَنْ سَبَقَهُ الْحَدَثُ فِي الصَّلَاةِ انْصَرَفَ عَلَى الْفَوْرِ)؛ لِأَنَّهُ لَوْ مَكَثَ سَاعَةً صَارَ جُزْءٌ مِنَ الصَّلَاةِ مُؤَدَّى مَعَ الْحَدَثِ. وَأَدَاؤُهَا مَعَهُ لَا يَجُوزُ فَفَسَدَ مَا أَدَّى فَفَسَدَ الْبَاقِي ضَرُورَةً أَنَّ الصَّلَاةَ الْوَاحِدَةَ لَا تَنْجِزُ صِحَّةً وَفَسَادًا (فَإِنْ كَانَ إِمَامًا اسْتَخْلَفَ) وَتَفْسِيرُ اسْتَخْلَافٍ أَنْ يَأْخُذَ بِشُوبِهِ وَيَجْرَهُ إِلَى الْمَحْرَابِ (وَتَوْضُأً وَبَنَى) وَالْقِيَاسُ أَنْ يَسْتَقْبَلَ (وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ؛ لِأَنَّ الْحَدَثَ يُنَافِي الصَّلَاةَ)؛ لِأَنَّهَا تَسْتَلِزُّ الطَّهَارَةَ وَالْحَدَثُ يُنَافِي الطَّهَارَةَ، وَمُنَافِي الْإِزْمُ مُنَافٍ لِلْمَلُزُومِ وَالشَّيْءُ لَا يُنْفَى مَعَ الْمُنَافِي (وَلَأَنَّ الْمَشْيَ وَالْانْحِرَافَ) عَنِ الْقِبْلَةِ (يُفْسِدَانِ الصَّلَاةَ) وَكُلُّ مَا يُفْسِدُهَا لَا تَبْقَى مَعَهُ كَالْحَدَثِ الْعَمْدُ فَالصَّلَاةُ لَا تَبْقَى مَعَ الْمَشْيِ وَالْانْحِرَافِ وَقَوْلُهُ: (فَأَشْبَهَ الْحَدَثَ الْعَمْدَ) يَخْدُمُ فِي الدَّلِيلَيْنِ (وَلَنَا قَوْلُهُ: ﷺ «مَنْ قَاءَ أَوْ رَعَفَ أَوْ أَمْدَى

فِي صَلَاتِهِ فَلْيَنْصَرَفْ وَلْيَتَوَضَّأْ وَلْيَنْ عَلَى صَلَاتِهِ مَا لَمْ يَتَكَلَّمْ» وَقَوْلُهُ: ﷺ: «إِذَا صَلَّى أَحَدَكُمْ فَقَاءَ أَوْ رَعَفَ فَلْيَضَعْ يَدَهُ عَلَى فَمِهِ وَلْيَقْدِّمْ مَنْ لَمْ يُسَبِّحْ بِشَيْءٍ» وَوَجْهُ الاسْتِدْلَالِ أَنَّهُ قَالَ: «وَلْيَنْ عَلَى صَلَاتِهِ»، وَأَدْنَى مَرْتَبَةِ الْأَمْرِ الْإِبَاحَةُ فَيَكُونُ الْبِنَاءُ مُبَاحًا وَهُوَ الْمَطْلُوبُ.

فَإِنْ قِيلَ: الْأَمْرُ فِي قَوْلِهِ فَلْيَتَوَضَّأْ لِلْوُجُوبِ فَيَكُونُ فِي قَوْلِهِ وَلْيَنْ كَذَلِكَ وَلَمْ يَقُولُوا بِهِ. فَالْجَوَابُ أَنَّ الْقِرَانَ فِي التَّظْمِ لَا يُوجِبُ الْقِرَانَ فِي الْحُكْمِ. وَقَدْ أَجْمَعَ الْخُلَفَاءُ الرَّاشِدُونَ رَحِمَهُمُ اللَّهُ وَفُقَهَاءُ الصَّحَابَةِ كَعَبْدِ اللَّهِ بْنِ مَسْعُودٍ وَعَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَبَّاسٍ وَعَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ وَأَنَسِ بْنِ مَالِكٍ وَسَلْمَانَ الْفَارِسِيِّ -رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ- عَلَى مَا قُلْنَا، وَبِمِثْلِهِ مِنَ الْإِجْمَاعِ يُتْرَكُ الْقِيَاسُ إِذَا لَمْ يَكُنْ هُنَاكَ نَصٌّ فَكَيْفَ إِذَا كَانَ، وَإِنَّمَا ذَكَرَ الْحَدِيثَ الثَّانِي؛ لِأَنَّ فِيهِ بَيَانَ الاسْتِخْلَافِ وَقَالَ: مَنْ لَمْ يُسَبِّحْ بِشَيْءٍ بَيَانًا لِلْأَفْضَلِ؛ لِأَنَّهُ أَقْدَرُ عَلَى إِتِمَامِ الصَّلَاةِ مِنَ الْمَسْبُوقِ فَتَقْلِيدُهُ يَكُونُ حَيَاةً.

وَقَوْلُهُ: (وَالْبَلَوَى فِيمَا يُسَبِّحُ دُونَ مَا يَتَعَمَّدُهُ فَلَا يَلْحَقُ بِهِ) قِيلَ هُوَ جَوَابٌ عَنْ قِيَاسِ الشَّافِعِيِّ الْحَدَّثَ السَّابِقَ بِالْحَدَّثِ الْعَمْدِ. وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ قِيَاسَ الْحَدَّثِ السَّابِقِ عَلَى الْحَدَّثِ الْعَمْدِ فَاسِدٌ لَوْجُودِ الْفَارِقِ؛ لِأَنَّ السَّابِقَ فِيهِ الْبَلَوَى لِحُصُولِهِ بِغَيْرِ فِعْلِهِ فَجَازَ أَنْ يُجْعَلَ مَعْدُورًا بِخِلَافِ الْعَمْدِ فَلَا يَجُوزُ إِلْحَاقُ السَّابِقِ بِهِ، كَذَا فِي الشَّرُوحِ. وَفِيهِ نَظَرٌ؛ لِأَنَّهُ قَالَ: وَالْقِيَاسُ أَنْ يَسْتَقْبَلَ، وَذَلِكَ اعْتِرَافٌ بِصِحَّةِ الْقِيَاسِ، إِلَّا أَنَّهُ تَرَكَ بِالْنَصِّ. وَفِي الْإشْتِعَالِ بَيَانُ فَسَادِهِ تَنَاقُضٌ، وَالظَّاهِرُ أَنَّ مُرَادَهُ تَرْكُ إِلْحَاقِ الْعَمْدِ بِالسَّابِقِ، فَإِنْ لَقَائِلِ أَنْ يَقُولَ السَّابِقُ وَالْعَمْدُ فِي كَوْنِهِمَا مُتَافِيَيْنِ لِلصَّلَاةِ سَوَاءً، فَإِذَا بَنَى فِي السَّابِقِ بِمَا ذَكَرَ ثُمَّ مِنَ الدَّلِيلِ فَلْيَنْ فِي الْعَمْدِ إِلْحَاقًا بِهِ، فَقَالَ فِي السَّابِقِ: بَلَوَى دُونَ الْعَمْدِ، وَالشَّيْءُ إِنَّمَا يَلْحَقُ بِغَيْرِهِ إِذَا كَانَ فِي مَعْنَاهُ (وَالْإِسْتِنَافُ أَفْضَلُ تَحَرُّزًا عَنْ شُبْهَةِ الْخِلَافِ) وَهُوَ ظَاهِرٌ. وَاعْلَمْ أَنَّ الْبِنَاءَ الْمَذْكُورَ إِنَّمَا يَصِحُّ فِي الْأَحْدَاثِ الْخَارِجَةِ مِنْ بَدَنِهِ الْمَوْجِبَةِ لِلْوُضُوءِ لَا الْغُسْلِ مِنْ غَيْرِ قَصْدٍ مِنْهُ لِلْحَدَّثِ أَوْ لِسَبَبِهِ، وَلَا مِنْ غَيْرِهِ إِذَا لَمْ يَأْتِ بَعْدَهُ بِمَا يُنَافِي الصَّلَاةَ مِنْ تَوَقُّفٍ فِي مَوْضِعِ الصَّلَاةِ وَكَلَامٍ أَوْ حَدَثٍ أَوْ كَشْفِ عَوْرَةٍ مِنْ غَيْرِ ضَرُورَةٍ، فَلَا يَبْنِي إِذَا انْصَرَفَ لَغُسْلِ نَجَاسَةٍ فِي ثَوْبِهِ، أَوْ لِلْوُضُوءِ مِنَ الْإِغْمَاءِ وَنَحْوِهِ، أَوْ لِلْغُسْلِ مِنَ الْإِحْتِلَامِ، أَوْ تَعَمُّدِ الْحَدَّثِ أَوْ عَصَرِ جِرَاحَةٍ فَسَالَ مِنْهَا دَمٌ نَجَسٌ، أَوْ رَمَاهُ إِنْسَانٌ بِحَجَرٍ أَوْ سَقَطَ مِنَ السَّقْفِ فَأَدْمَاهُ، أَوْ مَكَثَ سَاعَةً فِي

مَوْضِعِ الصَّلَاةِ بَعْدَ سَبْقِ الْحَدَثِ كَمَا مَرَّ، أَوْ تَكَلَّمَ أَوْ بَالَ أَوْ تَعَوَّطَ أَوْ كَشَفَ الْعَوْرَةَ عِنْدَ الاسْتِنْجَاءِ، أَوْ الْوُضُوءِ مِنْ غَيْرِ ضَرُورَةٍ (وَقِيلَ إِنَّ الْمُنْفَرِدَ يَسْتَقْبِلُ) أَيُّ الْأَفْضَلُ لَهُ ذَلِكَ (وَالْإِمَامُ وَالْمُقْتَدِي يَبْنِي) كَذَلِكَ (وَالْمُنْفَرِدُ إِنْ شَاءَ أَتَمَّ فِي مَنْزِلِهِ) الَّذِي تَوَضَّأَ فِيهِ بَعْدَ الْإِنْصِرَافِ، وَهُوَ اخْتِيَارُ بَعْضِ مَشَائِخِنَا لِمَا فِيهِ مِنْ تَقْلِيلِ الْمَشْيِ، وَإِنْ شَاءَ عَادَ إِلَى مَكَانِهِ وَهُوَ اخْتِيَارُ شَمْسِ الْأَئِمَّةِ السَّرْحَسِيِّ وَشَيْخِ الْإِسْلَامِ خَوَاهِرَ زَادَةَ لِيَكُونَ جَمِيعُ الصَّلَاةِ مُؤَدَّى فِي مَكَانٍ وَاحِدٍ. وَاعْتَرَضَ بَأَنَّ فِي الْعَوْدِ إِلَى مَكَانِهِ مَشْيًا فِي الصَّلَاةِ مِنْ غَيْرِ حَاجَةٍ إِذْ الْأَدَاءُ فِي الْمَنْزِلِ صَحِيحٌ وَذَلِكَ مُفْسِدٌ لِلصَّلَاةِ. وَأَجِيبَ بِأَنَّ الْمَشْيَ غَيْرُ مَوْجُودٍ حُكْمًا؛ لِأَنَّ حُرْمَةَ الصَّلَاةِ تَجْعَلُ الْأَمَاكِنَ الْمُخْتَلِفَةَ كَالْمَكَانِ الْوَاحِدِ، وَلِهَذَا صَحَّ التَّنْفُلُ عَلَى الدَّابَّةِ.

وَقَوْلُهُ: (وَالْمُقْتَدِي يَعُودُ إِلَى مَكَانِهِ) يَعْنِي حَتْمًا، حَتَّى لَوْ أَتَمَّ بَقِيَّةَ صَلَاتِهِ فِي مَوْضِعٍ وَضُوءِهِ لَمْ يَجْزُ؛ لِأَنَّ بَيْنَهُ وَبَيْنَ إِمَامِهِ مَا يَمْنَعُ صِحَّةَ الْاِقْتِدَاءِ مِنْ طَرِيقٍ أَوْ نَهْرٍ أَوْ حَائِطٍ، وَلِهَذَا إِذَا فَرَعَ الْإِمَامُ أَوْ لَمْ يَكُنْ بَيْنَهُمَا حَائِلٌ جَازَ أَنْ يَبْنِيَ فِي مَنْزِلِهِ، فَإِنْ أَدْرَكَ إِمَامُهُ فِي الصَّلَاةِ فَهُوَ مُحْجَرٌ بَيْنَ أَنْ يَقْضِيَ مَا سَبَقَهُ الْإِمَامُ فِي حَالِ اشْتِغَالِهِ بِالْوُضُوءِ بغيرِ قِرَاءَةٍ ثُمَّ يَقْضِيَ آخِرَ صَلَاتِهِ، وَيَبْنِي أَنْ يُتَابِعَ الْإِمَامَ ثُمَّ يَقْضِيَ مَا سَبَقَهُ الْإِمَامُ بَعْدَ تَسْلِيمِهِ؛ لِأَنَّ تَرْتِيبَ أَفْعَالِ الصَّلَاةِ لَيْسَ بِشَرْطٍ خِلَافًا لِرُفْرٍ، كَذَا فِي شَرْحِ الطَّحَاوِيِّ.

قَالَ (وَمَنْ ظَنَّ أَنَّهُ أَحْدَثَ) الْمُصَلِّي إِذَا انْصَرَفَ عَنْ مَكَانِ صَلَاتِهِ عَلَى ظَنٍّ انْتِفَاءِ شَرْطِ جَوَازِ صَلَاتِهِ ثُمَّ عَلِمَ وَجُودَهُ؛ فَإِمَّا أَنْ يَكُونَ انْصِرَافُهُ عَلَى قَصْدِ إِصْلَاحِ الصَّلَاةِ أَوْ عَلَى قَصْدِ رَفْضِهَا، فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلَ فَإِمَّا أَنْ يَكُونَ خَرَجَ مِنَ الْمَسْجِدِ أَوْ لَا، فَإِنْ خَرَجَ اسْتَقْبَلَ الصَّلَاةَ، وَإِنْ لَمْ يَخْرُجْ أَتَمَّهَا وَالْقِيَاسُ فِيهِمَا الْاسْتِقْبَالُ لَوْجُودِ الْإِنْصِرَافِ مِنْ غَيْرِ عَذْرِ كَمَا إِذَا كَانَ عَلَى قَصْدِ الْإِعْرَاضِ عَلَى مَا يَأْتِي (وَهُوَ) أَيُّ الْاسْتِقْبَالِ فِيهِمَا (رَوَايَةٌ عَنْ مُحَمَّدٍ) قَالَ فِي النَّهَايَةِ: وَخِلَافُ مُحَمَّدٍ فِيمَا إِذَا كَانَ بَابُ الْمَسْجِدِ عَلَى غَيْرِ حَائِطِ الْقِبْلَةِ لِيَتَحَقَّقَ الْإِنْصِرَافُ، وَأَمَّا إِذَا كَانَ يَمْشِي فِي الْمَسْجِدِ وَوَجْهُهُ إِلَى الْقِبْلَةِ بِأَنَّ كَانَ بَابُ الْمَسْجِدِ عَلَى حَائِطِ الْقِبْلَةِ لَا تَفْسُدُ صَلَاتُهُ بِالِاتِّفَاقِ.

(وَجْهُ الْاسْتِحْسَانِ أَنَّهُ انْصَرَفَ عَلَى قَصْدِ الْإِصْلَاحِ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ تَحَقَّقَ مَا تَوَهَّمَهُ بَنَى عَلَى صَلَاتِهِ) وَقَصْدُ الْإِصْلَاحِ مُلْحَقٌ بِحَقِيقَةِ الْإِصْلَاحِ شَرْعًا كَمَا إِذَا تَتَرَسَّ

الْكُفَّارُ بِأَسَارَى الْمُسْلِمِينَ فَإِنَّهُ يُبَاحُ الرَّمْيُ إِلَيْهِمْ بِشَرْطِ أَنْ يَكُونَ قَصْدُهُمُ الرَّمْيَ إِلَى الْكُفَّارِ فَيُجْعَلَ كَأَنَّهُمْ رَمَوْا إِلَى الْكُفَّارِ، ثُمَّ لَوْ تَحَقَّقَ مَا تَوَهَّمَهُ مِنَ الْحَدَثِ مَا فَسَدَتْ صَلَاتُهُ بِالْإِنْصِرَافِ لِإِصْلَاحِهَا، فَكَذَا إِذَا انْصَرَفَ عَلَى قَصْدِهِ. وَاعْتَزَّضَ بِأَنْ قَصَدَ الْإِصْلَاحَ لَوْ الْحَقُّ بِحَقِيقَتِهِ لَمَّا شَرِطَ عَدَمُ الْخُرُوجِ عَنِ الْمَسْجِدِ، فَإِنْ حَقِيقَتُهُ لَمْ تُشْتَرَطْ بِذَلِكَ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ الْحُكْمَ يَثْبُتُ بِقَدَرِ دَلِيلِهِ، وَفِي الْحَقِيقَةِ وَجِدَ الْقَصْدُ وَقَامَ الْعُذْرُ وَلَيْسَ فِي قَصْدِهِ قِيَامُ الْعُذْرِ فَانْحَطَّ عَنْ دَرَجَتِهَا (وَأِنْ كَانَ) قَدْ (اسْتَخْلَفَ) فَتَيَّنَ أَنَّهُ لَمْ يُحْدِثْ (فَسَدَتْ) صَلَاتُهُ، وَإِنْ لَمْ يَخْرُجْ مِنَ الْمَسْجِدِ لَوْجُودِ الْعَمَلِ الْكَثِيرِ مِنْ غَيْرِ عُذْرٍ، بِخِلَافِ مَا إِذَا تَحَقَّقَ مَا تَوَهَّمَهُ فَإِنْ الْعَمَلُ غَيْرُ مُفْسِدٍ لِقِيَامِ الْعُذْرِ فَكَانَ الْاسْتِخْلَافُ كَالْخُرُوجِ مِنَ الْمَسْجِدِ يَحْتَاجُ لَصِحَّتِهِ إِلَى قَصْدِ الْإِصْلَاحِ وَقِيَامِ الْعُذْرِ. وَإِنْ كَانَ الثَّانِي فَسَدَتْ حَيْثُ انْصَرَفَ خَرَجَ مِنَ الْمَسْجِدِ أَوْ لَمْ يَخْرُجْ؛ لِأَنَّ الْإِنْصِرَافَ عَلَى سَبِيلِ الرَّفْضِ مُلْحَقٌ بِحَقِيقَتِهِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ تَحَقَّقَ مَا تَوَهَّمَهُ يَسْتَقْبِلُهُ (فَهَذَا) أَيُّ هَذَا الَّذِي ذَكَرْنَا أَنَّ الْإِنْصِرَافَ إِذَا كَانَ عَلَى قَصْدِ الْإِصْلَاحِ لَمْ تَفْسُدْ صَلَاتُهُ مَا لَمْ يَخْرُجْ أَوْ يَسْتَخْلَفَ، وَإِذَا كَانَ عَلَى قَصْدِ الْإِعْرَاضِ وَالرَّفْضِ فَسَدَتْ (وَهُوَ الْحَرْفُ) أَيُّ الْأَصْلُ فِي جَنْسِ هَذِهِ الْمَسَائِلِ، فَمَنْ انْصَرَفَ عَلَى ظَنٍّ أَنَّهُ لَمْ يَمْسَحْ أَوْ عَلَى ظَنٍّ أَنَّهُ لَمْ يُصَلِّ الَّتِي قَبْلَهَا أَوْ عَلَى ظَنٍّ أَنَّ مَدَّةَ الْمَسْحِ قَدْ انْقَضَتْ ثُمَّ عَلِمَ أَنَّهُ لَمْ يَكُنْ ذَلِكَ اسْتَقْبَلَ؛ لِأَنَّهُ انْصَرَفَ عَلَى قَصْدِ الرَّفْضِ.

وَقَوْلُهُ: (وَمَكَانُ الصُّفُوفِ) لِبَيَانِ أَنَّهُ إِذَا لَمْ يَكُنْ فِي الْمَسْجِدِ مَاذَا يَكُونُ حُكْمُهُ وَهُوَ وَاضِحٌ (وَإِنْ جُنَّ أَوْ نَامَ فَاحْتَلَمَ أَوْ أُغْمِيَ عَلَيْهِ اسْتَقْبَلَ الصَّلَاةَ؛ لِأَنَّهُ يَنْدُرُ وَجُودُ هَذِهِ الْعَوَارِضِ فِي الصَّلَاةِ) فَلَمْ يَكُنْ فِي مَعْنَى مَا وَرَدَ بِهِ النَّصُّ وَهُوَ قَوْلُهُ: ﷺ «مَنْ قَاءَ أَوْ رَعَفَ فِي صَلَاتِهِ» الْحَدِيثَ (وَكَذَلِكَ إِذَا قَهَقَهَ؛ لِأَنَّهُ) أَيُّ فَعَلَ الْقَهَقَهَةَ (بِمَنْزِلَةِ الْكَلَامِ) فِي أَنْ كُلًّا مِنْهُمَا يَنْقُلُ الْمَعْنَى مِنْ ضَمِيرِهِ إِلَى فَهْمِ السَّامِعِ (وَهُوَ) أَيُّ الْكَلَامِ (قَاطِعٌ؛ لِأَنَّهُ) ﷺ قَالَ «مَا لَمْ يَتَكَلَّمْ» وَهَذَا إِذَا وَجِدَتْ هَذِهِ الْعَوَارِضُ قَبْلَ أَنْ يَقْعُدَ قَدَرُ الشَّهَادَةِ، فَأَمَّا إِذَا وَجِدَتْ بَعْدَهُ فَلَا اسْتِقْبَالَ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَتَّقَ عَلَيْهِ شَيْءٌ مِنَ الْأَرْكَانِ.

فَإِنْ قِيلَ: سَلَمْنَاهُ وَلَكِنْ لَا بُدَّ لِلْخُرُوجِ مِنْ فِعْلِ الْمُصَلِّي عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَلَمْ يَوْجَدْ. أُجِيبَ بِأَنَّهُ لَا يَخْلُو الْمَوْصُوفُ بِهَا عَنْ اضْطِرَابٍ أَوْ مُكْثٍ، وَكَيْفَمَا كَانَ

فَالصُّنْعُ مِنْهُ مَوْجُودٌ، أَمَّا فِي الاضطرابِ فَظَاهِرٌ، وَأَمَّا فِي الْمَكْتِ فَلَائُهُ يَصِيرُ بِهِ مُؤَدِّيًا
جُزْءًا مِنَ الصَّلَاةِ مَعَ الْحَدَثِ وَالْأَدَاءُ صُنْعٌ مِنْهُ، وَقَدْ تَقَدَّمَ مَا هُوَ مِنْ شُرُوطِ الْبِنَاءِ قُبِيلَ
هَذَا بِأَكْثَرِ مِمَّا ذَكَرَهُ فَلْيَكُنْ عَلَى ذِكْرِ مِنْكَ. قِيلَ وَإِنَّمَا قَالَ أَوْ نَامَ فَاحْتَمَلْ؛ لِأَنَّ النَّوْمَ
بِإِنْفِرَادِهِ لَيْسَ بِمُفْسِدٍ، وَكَذَا الْاِحْتِلَامُ الْمُنْفَرِدُ عَنِ النَّوْمِ وَهُوَ الْبُلُوغُ بِالسِّنِّ، فَجَمَعَ
بَيْنَهُمَا بَيَانًا لِلْمُرَادِ.

(وَإِنْ حُصِرَ الْإِمَامُ عَنِ الْقِرَاءَةِ فَقَدَّمَ غَيْرَهُ أَجْزَأُهُمْ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ
وَقَالَا لَا يُجْزِئُهُمْ) لِأَنَّهُ يَنْدُرُ وَجُودُهُ فَأَشْبَهَ الْجَنَابَةَ فِي الصَّلَاةِ. وَلَهُ أَنْ اِاسْتِخْلَافَ لِعِلَّةِ
الْعَجْزِ وَهُوَ هَاهُنَا أَلْزَمُ، وَالْعَجْزُ عَنِ الْقِرَاءَةِ غَيْرُ نَادِرٍ فَلَا يَلْحَقُ بِالْجَنَابَةِ. وَلَوْ قَرَأَ مِقْدَارَ
مَا تَجَوَّزَ بِهِ الصَّلَاةُ لَا يَجُوزُ اِاسْتِخْلَافُ بِالْإِجْمَاعِ لِعَدَمِ الْحَاجَةِ إِلَيْهِ (وَإِنْ سَبَقَهُ الْحَدَثُ
بَعْدَ التَّشْهِيدِ تَوْضًا وَسَلَمَ) لِأَنَّ التَّسْلِيمَ وَاجِبٌ فَلَا بُدَّ مِنَ التَّوَضُّعِ لِيَأْتِيَ بِهِ (وَإِنْ تَعَمَّدَ
الْحَدَثَ فِي هَذِهِ الْحَالَةِ أَوْ تَكَلَّمَ أَوْ عَمِلَ عَمَلًا يُنَافِي الصَّلَاةَ تَمَّتْ صَلَاتُهُ) لِأَنَّهُ يَتَعَذَّرُ
الْبِنَاءُ لَوْجُودِ الْقَاطِعِ، لَكِنْ لَا إِعَادَةَ عَلَيْهِ لِأَنَّهُ لَمْ يَبْقَ عَلَيْهِ شَيْءٌ مِنَ الْأَرْكَانِ.

الشرح:

قَالَ (وَإِنْ حُصِرَ الْإِمَامُ عَنِ الْقِرَاءَةِ) كُلُّ مَنْ امْتَنَعَ عَنْ شَيْءٍ لَمْ يَقْدِرْ عَلَيْهِ فَقَدْ
حُصِرَ عَنْهُ، فَإِنْ عَجَزَ الْإِمَامُ عَنِ الْقِرَاءَةِ بِنِسْيَانِهِ جَمِيعَ مَا كَانَ يَحْفَظُ (فَاسْتِخْلَفَ
غَيْرَهُ جَازَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَقَالَا لَا يُجْزِئُهُمْ) قَالَ فِي النَّهَايَةِ: بَلْ يُنْمِهَا بِدُونِ الْقِرَاءَةِ
كَالْأُمِّيِّ إِذَا أَمَّ قَوْمًا أُمِّيِّينَ، وَنَسَبَهُ بَعْضُ الشَّارِحِينَ إِلَى السَّهْوِ؛ لِأَنَّ مَذْهَبَهُمَا أَنَّهُ
يَسْتَقْبِلُ، وَبِهِ صَرَّحَ الْإِمَامُ فَخَرُ الْإِسْلَامِ فِي شَرْحِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ. وَقَوْلُهُ: (لَأَنَّهُ) أَيُّ
الْحَصْرِ عَنِ الْقِرَاءَةِ (نَادِرُ الْوُجُودِ كَالْجَنَابَةِ فِي الصَّلَاةِ) فَلَمْ يَكُنْ فِي مَعْنَى مَا وَرَدَ بِهِ
النَّصُّ مِنَ الْحَدِيثِ الَّذِي نَعُمُ بِهِ الْبَلَوَى (وَلَأَبْيَ حَنِيفَةَ أَنْ اِاسْتِخْلَافَ فِي بَابِ الْحَدَثِ
جَازَ لِلْعَجْزِ عَنِ الْمُضِيِّ وَالْعَجْزُ هَهُنَا أَلْزَمُ)؛ لِأَنَّ الْمُحْدَثَ قَدْ يَجِدُ فِي الْمَسْجِدِ مَاءً
فَيُمْكِنُهُ إِثْمَامُ صَلَاتِهِ مِنْ غَيْرِ اِاسْتِخْلَافٍ. أَمَّا الَّذِي نَسِيَ جَمِيعَ مَا يَحْفَظُ لَا يَقْدِرُ عَلَى
الْإِثْمَامِ إِلَّا بِالتَّذْكِيرِ وَالتَّعْلِيمِ، كَذَا ذَكَرَهُ قَاضِي خَانَ. وَذَكَرَ أَبُو الْيُسْرِ: إِنَّمَا يَجُوزُ
الْاِسْتِخْلَافُ إِذَا كَانَ يَحْفَظُ الْقُرْآنَ إِلَّا أَنَّهُ لَحَقَهُ خَوْفٌ أَوْ خَجَلٌ فَاِمْتَنَعَ عَلَيْهِ الْقِرَاءَةُ،
وَأَمَّا إِذَا نَسِيَ فَصَارَ أُمِّيًّا لَمْ يَجْزِ اِاسْتِخْلَافُ. وَقَوْلُهُ: (وَالْعَجْزُ عَنِ الْقِرَاءَةِ غَيْرُ نَادِرٍ)

جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِمَا أَنَّهُ يَنْدُرُ وَجُودُهُ. وَقَوْلُهُ: (وَلَوْ قَرَأَ مِقْدَارَ مَا تَجُوزُ بِهِ الصَّلَاةُ) ظَاهِرٌ. وَكَذَا قَوْلُهُ: (وَإِنْ سَبَقَهُ الْحَدَثُ) وَقَوْلُهُ: (فِي هَذِهِ الْحَالَةِ) يَعْنِي بَعْدَ التَّشَهُّدِ.

(فَإِنْ رَأَى الْمُتِمِّمُ الْمَاءَ فِي صَلَاتِهِ بَطَلَتْ) وَقَدْ مَرَّ مِنْ قَبْلُ (وَإِنْ رَأَهُ بَعْدَ مَا قَعَدَ قَدَرَ التَّشَهُّدِ أَوْ كَانَ مَاسِحًا فَانْقَضَتْ مُدَّةُ مَسْحِهِ أَوْ خَلَعَ خُفَّيْهِ بِعَمَلٍ يَسِيرٍ أَوْ كَانَ أُمِّيًّا فَتَعَلَّمَ سُورَةَ أَوْ عُرْيَانًا فَوَجَدَ ثَوْبًا، أَوْ مُؤْمِيًّا فَقَدَرَ عَلَى الرُّكُوعِ وَالسُّجُودِ، أَوْ تَذَكَّرَ فَائْتَمَّتْ عَلَيْهِ قَبْلَ هَذِهِ أَوْ أَحَدَتْ الْإِمَامُ الْقَارِئُ فَاسْتَخْلَفَ أُمِّيًّا أَوْ طَلَعَتِ الشَّمْسُ فِي الْفَجْرِ أَوْ دَخَلَ وَقْتُ الْعَصْرِ فِي الْجُمُعَةِ، أَوْ كَانَ مَاسِحًا عَلَى الْجَبْرِ فَسَقَطَتْ عَنْ بُرٍّ، أَوْ كَانَ صَاحِبَ عُنْدٍ فَانْقَطَعَ عُنْدُهُ كَالْمُسْتَحَاضَةِ وَمَنْ بِمَعْنَاهَا بَطَلَتْ صَلَاتُهُ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَقَالَا تَمَّتْ صَلَاتُهُ) وَقِيلَ الْأَصْلُ فِيهِ أَنَّ الْخُرُوجَ عَنِ الصَّلَاةِ بِصُنْعِ الْمُصَلِّي فَرَضٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَلَيْسَ بِفَرْضٍ عِنْدَهُمَا، فَاعْتِرَاضُ هَذِهِ الْعَوَارِضِ عِنْدَهُ فِي هَذِهِ الْحَالَةِ كَاعْتِرَاضِهَا فِي خِلَالِ الصَّلَاةِ وَعِنْدَهُمَا كَاعْتِرَاضِهَا بَعْدَ التَّسْلِيمِ. لِهَذَا مَا رَوَيْنَا مِنْ حَدِيثِ ابْنِ مَسْعُودٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ. وَلَهُ أَنَّهُ لَا يُمْكِنُهُ آدَاءُ صَلَاةٍ أُخْرَى إِلَّا بِالْخُرُوجِ مِنْ هَذِهِ. وَمَا لَا يُتَوَصَّلُ إِلَى الْفَرْضِ إِلَّا بِهِ يَكُونُ فَرَضًا. وَمَعْنَى قَوْلِهِ تَمَّتْ قَارِبَتِ التَّمَامِ، وَالْإِسْتِخْلَافُ لَيْسَ بِمُفْسِدٍ حَتَّى يَجُوزَ فِي حَقِّ الْقَارِئِ، وَإِنَّمَا الْفَسَادُ ضَرُورَةُ حُكْمٍ شَرْعِيٍّ وَهُوَ عَدَمُ صَلَاحِيَّةِ الْإِمَامَةِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَقَدْ مَرَّ مِنْ قَبْلُ) يَعْنِي فِي بَابِ التَّيَمُّمِ حَيْثُ قَالَ: وَيَنْقُضُهُ أَيْضًا رُؤْيَا الْمَاءِ إِذَا قَدَرَ عَلَى اسْتِعْمَالِهِ. وَقَوْلُهُ: (وَإِنْ رَأَهُ بَعْدَ مَا قَعَدَ) بَيَانُ مَسَائِلَ تُسَمَّى بِأَثْنِي عَشْرِيَّةٍ وَهِيَ مَشْهُورَةٌ. وَقَوْلُهُ: (بِعَمَلٍ يَسِيرٍ) يَعْنِي بِأَنْ كَانَ الْخُفُّ وَاسِعَ السَّاقِ لَا يَحْتَاجُ فِي نَزْعِهِ إِلَى الْمُعَالَجَةِ. وَإِنَّمَا قِيدَ بِهِ؛ لِأَنَّهُ إِذَا كَانَ ضَيِّقًا فَعَالَجَ بِالنَّزْعِ تَمَّتْ صَلَاتُهُ بِالْإِتِّفَاقِ. وَقَوْلُهُ: (فَتَعَلَّمَ سُورَةَ) قِيلَ تَذَكَّرَ بَعْدَ التَّسْيَانِ؛ لِأَنَّ التَّعَلَّمَ لَا بُدَّ لَهُ مِنَ التَّعْلِيمِ، وَذَلِكَ فِعْلٌ يُنَافِي الصَّلَاةَ فَتَمَّتْ صَلَاتُهُ بِالْإِتِّفَاقِ. وَقِيلَ سَمِعَهَا بِلا اخْتِيَارٍ وَحَفِظَهَا بِلا صُنْعٍ.

وَقَوْلُهُ: (أَوْ تَذَكَّرَ فَائْتَمَّتْ قَبْلَ هَذِهِ) يَعْنِي إِذَا كَانَ فِي الْوَقْتِ سَعَةً. وَقَوْلُهُ: (أَوْ أَحَدَتْ فَاسْتَخْلَفَ أُمِّيًّا) قِيلَ هُوَ اخْتِيَارُ الْمُصَنِّفِ رَحِمَهُ اللَّهُ، وَأَمَّا عَلَى اخْتِيَارِ فَخْرٍ

الإسلام فلا فساد في الاستخلاف بعد التشهد بلا خلاف. وقوله: (أو دخل وقت العصر في الجمعة) قيل كيف يتحقق هذا الخلاف ودخول العصر عنده إذا صار ظل كل شيء مثليه، وعندهما إذا صار مثله. وأجيب بأن هذا على قول الحسن بن زياد أن بين الظهر والعصر وقتاً مهنماً، فإذا صار ظل الشيء مثله تحقق الخروج عندهم وتمت الصلاة عندهما وعنده باطلة وهذا يخالف قول المصنف أو دخل وقت العصر في الجمعة. وقيل يمكن أن يقع في الصلاة بعدما قعد قدر التشهد إلى أن يصير الظل مثليه، فحينئذ يتحقق الخلاف وهو بعيد كما ترى. ولكن يمكن توجيهه على المروي عن أبي حنيفة رحمه الله أن الخروج والدخول يكون ظل الشيء مثله كما هو مذهبهما فإنه حينئذ يتحقق الخلاف. وأعلم أن نسبة الوقت المهمل إلى الحسن بن زياد إنما هي على ما نقل في مبسوط شمس الأئمة. وأما في مبسوط شيخ الإسلام وغيره فهي منسوبة إلى رواية أسد بن عمرو عن أبي حنيفة، والنسوبة إلى الحسن رواية الموافقة في المذهب على ما تقدم. وقوله: (كالمستحاضة ومن بمعناها) يعني إذا استوعب الانقطاع وقتاً كاملاً، فلو انقطع الدم بعد التشهد ثم سأل في وقت صلاة أخرى فالصلاة الأولى جائزة عند أبي حنيفة وإن لم يسأل فهي باطلة لتحقيق الانقطاع بعد التشهد وهو كالانقطاع في وسط الصلاة، وعندهما جائزة؛ لأنه كالاتقطاع بعد تمام الصلاة.

قيل قوله: (وقيل الأصل فيه) هو قول أبي سعيد البردعي وعليه العامة، وفيه إشارة إلى أن المختار عند المصنف غيره وهو قول الكرخي، فإن فسادها بالأمر المذكورة عند أبي حنيفة ليس لذلك عند الكرخي؛ لأن الفعل قد يوجد معصية بأن قهقهة أو كذب، ولا يجوز أن تكون المعصية فرضاً بل الخروج بفعل المصلي ليس بفرض بالاتفاق، وإنما عنده أن هذه الأشياء معيرة للصلاة، ووجود المعبر بعد التشهد كوجوده قبله لما أنه في حرمة الصلاة، ولهذا إذا نوى المسافر في هذه الحالة الإقامة أتم، والمعنى بالمعبر ما تجب الصلاة بعد وجوده على غير الصفة الواجبة هي عليها قبله، فإن الصلاة تجب بعد رؤية الماء وانقضاء مدة المسح ووجدان الثوب وتعلم السورة بالوضوء والغسل واللبس والقراءة بعد أن كانت واجبة بطهارة التيمم والمسح والعري

وَعَدَمَ الْقِرَاءَةِ. وَقِيلَ الْمَعْنَى بِهِ كَوْنُ الصَّلَاةِ جَائِزَةً لِلِاجْتِمَاعِ بِهِ وَبَيَضُهُ فَإِنَّهَا تَصِحُّ بِالتَّيَمُّمِ وَالْمَسْحِ وَالْإِمَاءِ وَأُضْدَادِهَا. وَقَوْلُهُ: (لَهُمَا مَا رَوَيْنَا مِنْ حَدِيثِ ابْنِ مَسْعُودٍ) يُرِيدُ بِهِ قَوْلُهُ ﷺ «إِذَا قُلْتَ هَذَا أَوْ فَعَلْتَ هَذَا» الْحَدِيثَ، عَلَّقَ ﷺ التَّمَامَ بِأَحَدِهِمَا، فَمَنْ عَلَّقَ بِثَلَاثٍ فَقَدْ خَالَفَ النَّصَّ (وَلَهُ أَنْ أَدَاءَ صَلَاةٍ أُخْرَى فِي وَقْتِهَا وَاجِبٌ لَا مَحَالَةَ، وَهُوَ لَا يُمْكِنُ إِلَّا بِالْخُرُوجِ مِنْ هَذِهِ) فَكَانَ الْخُرُوجُ مِنْهَا وَسِيلَةً إِلَى الْفَرْضِ بِاقْتِضَاءِ قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿أَقِيمُوا الصَّلَاةَ﴾ (وَمَا لَا يُتَوَصَّلُ إِلَى أَدَاءِ الْفَرْضِ إِلَّا بِهِ كَانَ فَرْضًا) وَهَذِهِ النُّكْتَةُ مَنْقُولَةٌ عَنِ الشَّيْخِ الْإِمَامِ أَبِي مَنْصُورٍ الْمَازِينِيِّ.

واعتراض بوجهين أحدهما أَنَّ الْمَرْأَةَ لَوْ حَادَتْ رَجُلًا فِي هَذِهِ الْحَالَةِ تَمَّتْ صَلَاتُهُ بِالِاتِّفَاقِ وَلَا صُنْعَ مِنْهُ. وَالثَّانِي أَنَّهُ عَلَى مَا قَرَّرْتُمْ يَكُونُ فَرْضًا لغيره كَالسَّعْيِ إِلَى الْجُمُعَةِ فَيَجِبُ أَنْ تَتِمَّ صَلَاتُهُ فِي الصُّورِ الْمَذْكُورَةِ لِحُصُولِ الْمَقْصُودِ مِنَ الصَّنْعِ وَهُوَ الْخُرُوجُ مِنَ الْأُولَى، كَمَا لَوْ دَخَلَ الْجَامِعَ يَوْمَ الْجُمُعَةِ قَبْلَ دُخُولِ الْوَقْتِ. وَاجِبٌ عَنِ الْأَوَّلِ بِأَنَّ الْمَحَاذَةَ مُفَاعَلَةٌ لَا تَتَحَقَّقُ إِلَّا مِنْ فَاعِلَيْنِ فَكَانَ مِنْهُ صُنْعٌ أَذْنَاهُ اللَّبْثُ فِي مَكَانِهِ وَعَنِ الثَّانِي بِأَنَّ الْخُرُوجَ عَنِ الْأُولَى يَجِبُ أَنْ يَكُونَ عَلَى وَجْهِ تَبْقَى صَحِيحَةً لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَلَا تَبْطُلُوا أَعْمَلَكُمْ﴾ [محمد: ٣٣] وَلِأَنَّ التَّرْتِيبَ فَرْضٌ وَلَمْ يَتَّبَعْ بِهَذَا الْخُرُوجَ صَحِيحَةً. لَا يُقَالُ: إِنَّمَا لَمْ يَتَّبَعْ صَحِيحَةً؛ لِأَنَّ الْخُرُوجَ لَمْ يَكُنْ بِصُنْعِ الْمُصَلِّي فَكَانَ بَقَاؤُهَا صَحِيحَةً مَوْقُوفًا عَلَى الْخُرُوجِ بِصُنْعِ الْمُصَلِّي، فَلَوْ تَوَقَّفَ الْخُرُوجُ عَلَى بَقَائِهَا صَحِيحَةً دَارَ. لِأَنَّا نَقُولُ: الْخُرُوجُ بِصُنْعِ الْمُصَلِّي مَوْقُوفٌ عَلَى مَا اعتَبَرَهُ الشَّارِعُ رَافِعًا التَّحْرِيمَةَ عَلَى مَا سَيَأْتِي، وَيَلْزَمُ مِنْهُ بَقَاؤُهَا صَحِيحَةً وَلَا مُعْتَبَرٍ بِالضَّمْنِيَّاتِ.

وَقَوْلُهُ: (وَمَعْنَى قَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ) جَوَابٌ عَنْ اسْتِدْلَالِهِمَا بِحَدِيثِ ابْنِ مَسْعُودٍ وَهُوَ مِثْلُ قَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «مَنْ وَقَفَ بِعَرَفَةَ فَقَدْ تَمَّ حُجُّهُ» أَيْ قَارَبَ التَّمَامَ، سَمَاهُ تَمَامًا بِمَا يُقُولُ إِلَيْهِ. وَقَوْلُهُ: (وَالِاسْتِخْلَافُ غَيْرُ مُفْسِدٍ) جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ اسْتِخْلَافُ الْأُمِّيِّ صُنْعُ الْمُصَلِّي فَكَانَ الْوَاجِبُ أَلَّا تَفْسُدَ بِهِ عِنْدَهُ أَيْضًا، وَتَقْرِيرُهُ عَلَى وَجْهَيْنِ: أَحَدُهُمَا مَا ذَهَبَ إِلَيْهِ الشَّارِحُونَ قَالُوا: سَلَّمْنَا أَنَّهُ صُنْعٌ مِنْهُ لَكِنَّهُ لَيْسَ بِمُفْسِدٍ بِدَلِيلِ أَنَّهُ لَوْ اسْتَخْلَفَ قَارِئًا فِي خِلَالِ الصَّلَاةِ لَمْ يَضُرَّهُ، وَالْمُعْتَبَرُ مِنَ الصَّنْعِ مَا كَانَ مُفْسِدًا لِيَكُونَ عَمَلًا مُنَافِيًا لِلصَّلَاةِ رَافِعًا لِلتَّحْرِيمَةِ.

وَرُدُّ بَأْنَا لَا نُسَلِّمُ أَنَّ الاسْتِخْلَافَ لَيْسَ بِمُفْسِدٍ فَإِنَّ الْمُصَنِّفَ قَالَ فِيمَنْ ظَنَّ أَنَّهُ أَحْدَثَ فَاسْتَخْلَفَ أَنَّهُ تَفْسُدُ صَلَاتُهُ؛ لِأَنَّهُ عَمَلٌ كَثِيرٌ. وَالْحَقُّ مَا قَالَهُ فَخَرُّ الْإِسْلَامِ أَنَّ صَلَاتَهُ تَأْمَةٌ فِي هَذِهِ الْحَالَةِ لَكَوْنِهِ عَمَلًا مُنَافِيًا لِلصَّلَاةِ. وَالثَّانِي أَنَّ مَعْنَاهُ أَنَّ الْفَسَادَ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ عِنْدَهُ لَيْسَ لِلِاسْتِخْلَافِ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمُفْسِدٍ، إِنَّمَا الْفَسَادُ ضَرُورَةٌ حُكْمٌ شَرْعِيٌّ وَهُوَ عَدَمُ صَلَاحِيَةِ الْأُمِّيِّ لِلْإِمَامَةِ، وَالرَّدُّ مَرْدُودٌ؛ لِأَنَّهُ قَالَ: هُنَاكَ عَمَلٌ كَثِيرٌ مِنْ غَيْرِ عُذْرٍ وَهَهُنَا فَرَضُ الْمَسْأَلَةِ فِيمَا إِذَا كَانَ بِعُذْرٍ، وَلَا يَلْزَمُ مِنْ كَوْنِهِ مُفْسِدًا إِذَا لَمْ يَكُنْ عُذْرُ كَوْنِهِ مُفْسِدًا عِنْدَ الْعُذْرِ، وَكَذَلِكَ مَا أَشَرْنَا إِلَيْهِ فِي مَطْلَعِ الْبَحْثِ مِنْ قَوْلِ بَعْضِ الشَّارِحِينَ إِنَّ قَوْلَ الْمُصَنِّفِ: وَقِيلَ الْأَصْلُ فِيهِ إِشَارَةٌ إِلَى أَنَّ مُخْتَارَهُ غَيْرُهُ مَرْدُودٌ؛ لِأَنَّ تَرْكَ ذِكْرِ الْمُخْتَارِ وَذِكْرَ غَيْرِهِ وَالِاجْتِنَاجَ عَلَيْهِ غَيْرُ مُتَوَقَّعٍ مِنْ مِثْلِهِ.

(وَمَنْ اقْتَدَى بِإِمَامٍ بَعْدَ مَا صَلَّى رَكْعَةً فَأَحْدَثَ الْإِمَامُ فَقَدَّمَهُ أَجْزَاءَهُ) لَوْجُودِ الْمَشَارَكَةِ فِي التَّحْرِيمَةِ، وَالْأَوَّلَى لِلْإِمَامِ أَنْ يُقَدِّمَ مُدْرِكًا لِأَنَّهُ أَقْدَرُ عَلَى إِتِمَامِ صَلَاتِهِ، وَيَنْبَغِي لِهَذَا الْمَسْبُوقِ أَنْ لَا يَتَقَدَّمَ لِعَجْزِهِ عَنِ التَّسْلِيمِ (فَلَوْ تَقَدَّمَ بِيْتَدِيٍّ مِنْ حَيْثُ انْتَهَى إِلَيْهِ الْإِمَامُ) لِقِيَامِهِ مَقَامَهُ (وَإِذَا انْتَهَى إِلَى السَّلَامِ يُقَدِّمُ مُدْرِكًا يُسَلِّمُ بِهِمْ، فَلَوْ أَنَّهُ حِينَ أَتَمَّ صَلَاةَ الْإِمَامِ قَهْقَرَهُ أَوْ أَحْدَثَ مُتَعَمِّدًا أَوْ تَكَلَّمَ أَوْ خَرَجَ مِنَ الْمَسْجِدِ فَسَدَتْ صَلَاتُهُ وَصَلَاةُ الْقَوْمِ تَأْمَةً) لِأَنَّ الْمَفْسِدَ فِي حَقِّهِ وَجَدَ فِي خِلَالِ الصَّلَاةِ وَفِي حَقِّهِمْ بَعْدَ تِمَامِ أَرْكَانِهَا وَالْإِمَامُ الْأَوَّلُ إِنْ كَانَ فَرَّغَ لَا تَفْسُدُ صَلَاتُهُ، وَإِنْ لَمْ يَفْرُغْ تَفْسُدُ وَهُوَ الْأَصَحُّ (فَإِنْ لَمْ يُحْدِثِ الْإِمَامُ الْأَوَّلُ وَقَعَدَ قَدَرَ التَّشْهِيدِ ثُمَّ قَهْقَرَهُ أَوْ أَحْدَثَ مُتَعَمِّدًا فَسَدَتْ صَلَاةُ الَّذِي لَمْ يَدْرِكْ أَوَّلَ صَلَاةِ الْإِمَامِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ.

وَقَالَا: لَا تَفْسُدُ، وَإِنْ تَكَلَّمَ أَوْ خَرَجَ مِنَ الْمَسْجِدِ لَمْ تَفْسُدْ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا) لَهُمَا أَنَّ صَلَاةَ الْمُقْتَدِي بِنَاءً عَلَى صَلَاةِ الْإِمَامِ جَوَازًا وَفَسَادًا وَلَمْ تَفْسُدْ صَلَاةُ الْإِمَامِ فَكَذَا صَلَاتُهُ وَصَارَ كَالسَّلَامِ وَالْكَلامِ. وَلَهُ أَنَّ الْقَهْقَرَةَ مُفْسِدَةٌ لِلْجُزْءِ الَّذِي يُلَاقِيهِ مِنْ صَلَاةِ الْإِمَامِ فَيَفْسُدُ مِثْلُهُ مِنْ صَلَاةِ الْمُقْتَدِي، غَيْرَ أَنَّ الْإِمَامَ لَا يَحْتَاجُ إِلَى الْبِنَاءِ وَالْمَسْبُوقِ يَحْتَاجُ إِلَيْهِ، وَالْبِنَاءُ عَلَى الْفَاسِدِ فَاسِدٌ بِخِلَافِ السَّلَامِ لِأَنَّهُ مِنْهُ وَالْكَلامُ فِي مَعْنَاهُ، وَيَنْتَقِضُ وَضُوءُ الْإِمَامِ لَوْجُودِ الْقَهْقَرَةِ فِي حُرْمَةِ الصَّلَاةِ.

الشرح:

قَوْلُهُ: (وَمَنْ أَقْتَدَى بِإِمَامٍ) إِذَا أَقْتَدَى الرَّجُلُ بِمَنْ صَلَّى رَكْعَةً فَأُحْدِثَ الْإِمَامُ فَقَدَّمَهُ صَحَّ الاستِخْلَافُ؛ لِأَنَّ صِحَّتَهُ بِالْمُشَارَكَةِ فِي التَّحْرِيمَةِ وَقَدْ وَجِدَتْ (وَالأَوَّلَى أَنْ يَسْتَخْلَفَ مُدْرِكًا؛ لِأَنَّهُ أَقْدَرُ عَلَى إِتْمَامِهَا) لَعَدَمِ احتِجَاجِهِ إِلَى استِخْلَافِ غَيْرِهِ لِلتَّسْلِيمِ، وَالْأَقْدَرُ أَوَّلَى لَا مَحَالَةَ. قَوْلُهُ: (وَهُوَ الْأَصَحُّ) احْتِرَازٌ عَنْ رِوَايَةِ أَبِي حَفْصٍ أَنَّ صَلَاتَهُ أَيْضًا تَامَةٌ؛ لِأَنَّهُ مُدْرِكٌ أَوَّلَ صَلَاتِهِ فَيَكُونُ كَالْفَارِغِ بِقَعْدَةِ الْإِمَامِ قَدَرَ التَّشَهُّدِ. وَوَجْهُ الْأَصَحِّ أَنَّهُ قَدْ بَقِيَ عَلَيْهِ الْبِنَاءُ، وَضَحِكُ الْإِمَامِ فِي حَقِّهِ فِي الْمَنْعِ مِنَ الْبِنَاءِ كَضَحِكِهِ، وَلَوْ ضَحِكَ هُوَ فِي هَذِهِ الْحَالَةِ فَسَدَتْ صَلَاتُهُ، فَكَذَا إِذَا ضَحِكَ الْإِمَامُ الْمُسْتَخْلَفُ. وَقَوْلُهُ: (فَإِنْ لَمْ يُحْدِثِ الْإِمَامُ الْأَوَّلُ وَقَعَدَ قَدَرَ التَّشَهُّدِ) إِنَّمَا قَيَّدَ بِذَلِكَ؛ لِأَنَّ الْقَهْقَهَةَ وَالْحَدَثَ بِالْعَمْدِ إِذَا وَجِدَا قَبْلَهُ فَسَدَتْ صَلَاةُ الْجَمِيعِ بِالِاتِّفَاقِ، وَقَيَّدَ بِفَسَادِ صَلَاةِ الْمُسْتَوْقِ؛ لِأَنَّ صَلَاةَ الْمُدْرِكِ لَا تَفْسُدُ بِالِاتِّفَاقِ. وَفِي صَلَاةِ الْلاحِقِ رَوَايَتَانِ. قَوْلُهُ: (وَلَهُ أَنْ الْقَهْقَهَةَ مُفْسِدَةٌ)؛ لِأَنَّهَا كَالْحَدَثِ فِي إِزَالَةِ شَرْطِ الصَّلَاةِ وَهُوَ الطَّهَّارَةُ فَتَكُونُ مُفْسِدَةً لِلْجُزْءِ الَّذِي يُلَاقِيهِ مِنْ صَلَاةِ الْإِمَامِ فَيَفْسُدُ مِثْلُهُ مِنْ صَلَاةِ الْمُقْتَدِي لِاتِّبَاعِهَا عَلَيْهَا. قَوْلُهُ: (؛ لِأَنَّهُ مِنْهُ) الْمُنْهِي مَا اعْتَبَرَهُ الشَّرْعُ رَافِعًا لِلتَّحْرِيمَةِ عِنْدَ الْفَرَغِ مِنَ الصَّلَاةِ كَالتَّسْلِيمِ وَالْخُرُوجِ بِفِعْلِ الْمُصَلِّي، فَإِنَّ الشَّرْعَ اعْتَبَرَهُمَا كَذَلِكَ. قَالَ ﷺ «وَتَحْلِيلُهَا التَّسْلِيمُ».

وَقَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿فَإِذَا قُضِيَتِ الصَّلَاةُ فَانْتَشِرُوا فِي الْأَرْضِ﴾ [الجمعة: ١٠] وَقَوْلُهُ: (وَالْكَلَامُ فِي مَعْنَاهُ) يَعْنِي مِنْ حَيْثُ إِنَّ السَّلَامَ كَلَامٌ مَعَ الْقَوْمِ يَمْنَةً وَيَسْرَةً لَوْجُودِ كَافِ الْخُطَابِ وَقَوْلُهُ: (وَيَنْتَقِضُ وَضُوءُ الْإِمَامِ) يَعْنِي عِنْدَ الْعُلَمَاءِ الثَّلَاثَةَ خِلَافًا لَزُفَرٍ، فَإِنَّ عِنْدَهُ أَنْ كُلَّ قَهْقَهَةٍ تُوجِبُ إِعَادَةَ الصَّلَاةِ تُوجِبُ الْوُضُوءَ وَمَا لَا فَلَا؛ لِأَنَّهُ فِي مَعْنَى الْمَنْصُوصِ عَلَيْهِ مِنْ كُلِّ وَجْهِ. وَلَهُمْ أَنَّهَا وَجِدَتْ فِي حُرْمَةِ الصَّلَاةِ؛ لِأَنَّهُ لَوْ سَهَا فِي هَذِهِ الْحَالَةِ وَجَبَ عَلَيْهِ سُجُودُهُ فَتَكُونُ مُفْسِدَةً لِلْوُضُوءِ

(وَمَنْ أَحْدَثَ فِي رُكُوعِهِ أَوْ سُجُودِهِ تَوَضُّأً وَبَنَى، وَلَا يَعْتَدُ بِأَلْتِي أَحْدَثَ فِيهَا)، لِأَنَّ إِتْمَامَ الرُّكْنِ بِالِانْتِقَالِ وَمَعَ الْحَدَثِ لَا يَتَحَقَّقُ فَلَا بُدَّ مِنَ الْإِعَادَةِ، وَلَوْ كَانَ إِمَامًا فَقَدَّمَ غَيْرَهُ دَامَ الْمَقْدَمُ عَلَى الرُّكُوعِ لِأَنَّهُ يُمْكِنُهُ الْإِتْمَامُ بِالِاسْتِدَامَةِ.

الشرح:

وقوله: (وَلَا يَعْتَدُ) فِي بَعْضِ النُّسخِ يُعِيدُ، وَهُمَا مُتَقَارِبَانِ؛ لِأَنَّ عَدَمَ الِاعْتِدَادِ يَسْتَلْزِمُ الإِعَادَةَ؛ لِأَنَّ إِيْتِمَامَ الرُّكْنِ بِالِاتِّقَالِ، وَالِاتِّقَالُ مَعَ الْحَدَثِ لَا يَتَحَقَّقُ؛ لِأَنَّ الْمُتَقَالَ إِلَيْهِ جُزْءٌ مِنَ الصَّلَاةِ، وَأَدَاءُ جُزْءٍ مِنْهَا بَعْدَ سَبْقِ الْحَدَثِ مُفْسِدٌ (فَلَا بُدَّ مِنَ الإِعَادَةِ) وَالْقِيَاسُ أَنْ يَنْقُضَ بِالْحَدَثِ جَمِيعُ مَا أَدَّى لَكِنْ تَرَكْنَاهُ بِالْأَثَرِ الْوَارِدِ فِي الْبِنَاءِ فَبَقِيَ النِّقَاضُ الرُّكْنَ الَّذِي سَبَقَهُ الْحَدَثُ فِيهِ عَلَى الْقِيَاسِ وَلَزِمَ إِعَادَةُ مَا كَانَ الْحَدَثُ فِيهِ بِالْقِيَاسِ.

وقوله: (دَامَ الْمُقَدَّمُ عَلَى رُكُوعِهِ) أَيُّ مَكَثَ رَاكِعًا قَدَرَ رُكُوعِهِ (لَأَنَّهُ يُمَكِّنُهُ الْإِيْتِمَامُ بِالِاسْتِدَامَةِ؛ لِأَنَّ الِاسْتِدَامَةَ فِيمَا يُسْتَدَامُ كَالْإِنْشَاءِ فَلَا يَحْتَاجُ إِلَى إِنْشَاءِ الرُّكُوعِ، وَأَصْلُهُ قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿فَلَا تَقْعُدْ بَعْدَ الذِّكْرِى مَعَ الْقَوْمِ الظَّالِمِينَ﴾ [الأنعام: ٦٨].

(وَلَوْ تَذَكَّرَ وَهُوَ رَاكِعٌ أَوْ سَاجِدٌ أَنْ عَلَيْهِ سَجْدَةٌ فَانْحَطَّ مِنْ رُكُوعِهِ أَوْ رَفَعَ رَأْسَهُ مِنْ سُجُودِهِ فَسَجَدَهَا يُعِيدُ الرُّكُوعَ وَالسُّجُودَ) وَهَذَا بَيَانُ الْأَوَّلَى لَتَقَعَ أَفْعَالُ الصَّلَاةِ مُرْتَبَةً بِالْقَدْرِ الْمُمْكِنِ، وَإِنْ لَمْ يُعِدْ أَجْزَاءَهُ لِأَنَّ الِاتِّقَالَ مَعَ الطَّهَارَةِ شَرْطٌ وَقَدْ وَجِدَ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ تَلَزَمَهُ إِعَادَةُ الرُّكُوعِ لِأَنَّ الْقَوْمَةَ فَرَضَ عِنْدَهُ.

الشرح:

وَمَنْ ذَكَرَ فِي رُكُوعِهِ أَوْ سُجُودِهِ أَنْ عَلَيْهِ سَجْدَةٌ فَانْحَطَّ مِنْ رُكُوعِهِ أَوْ رَفَعَ رَأْسَهُ مِنْ سُجُودِهِ فَسَجَدَ الَّتِي ذَكَرَهَا صُلْبِيَّةٌ كَانَتْ أَوْ تِلَاوَةً أَعَادَ الرُّكُوعَ وَالسُّجُودَ لَتَقَعَ الْأَفْعَالُ مُرْتَبَةً بِقَدْرِ الْإِمْكَانِ وَهَذَا بَيَانُ الْأَوَّلَى؛ لِأَنَّ مُرَاعَاةَ التَّرْتِيبِ فِي أَفْعَالِ الصَّلَاةِ لَيْسَتْ بِرُكْنٍ، أَلَا تَرَى أَنَّ الْمَسْبُوقَ يَبْدَأُ بِمَا أَدْرَكَ مَعَ الْإِمَامِ، وَلَوْ كَانَ التَّرْتِيبُ رُكْنًا لَمَا جَازَ لَهُ تَرْكُهُ بِغُذْرِ الْجَمَاعَةِ كَالْتَّرْتِيبِ بَيْنَ الصَّلَوَاتِ، فَلَوْ تَرَكَ الإِعَادَةَ جَازَ؛ لِأَنَّ ذِكْرَ السَّجْدَةِ لَا يَنْقُضُ الرُّكُوعَ فَيَصِحُّ الِاعْتِدَادُ بِهِ، بِخِلَافِ سَبْقِ الْحَدَثِ فَإِنَّهُ يَنْقُضُهُ كَمَا تَقَدَّمَ، وَهُوَ مَعْنَى قَوْلِهِ؛ لِأَنَّ الِاتِّقَالَ مَعَ الطَّهَارَةِ.

وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يَلْزَمُهُ إِعَادَةُ الرُّكُوعِ (لِأَنَّ الْقَوْمَةَ عِنْدَهُ فَرَضَ)، فَحَيْثُ انْحَطَّ مِنَ الرُّكُوعِ وَلَمْ يَرْفَعْ رَأْسَهُ فَقَدْ تَرَكَ الْفَرَضَ فَعَلَيْهِ الإِعَادَةُ، وَطُولِبَ بِالْفَرْقِ بَيْنَ

هَذَا وَيَبْنَ مَا إِذَا عَادَ إِلَى السَّجْدَةِ الصُّلْبِيَّةِ بَعْدَمَا قَعَدَ قَدَرَ التَّشَهُّدِ فَإِنَّهُ تَرْتَفِضُ الْقَعْدَةُ، وَكَذَا لَوْ تَذَكَّرَ فِي الرُّكُوعِ أَنَّهُ لَمْ يَقْرَأَ الْقُرْآنَ فَعَادَ لِقِرَاءَةِ الْقُرْآنِ ارْتَفَضَ الرُّكُوعُ. وَأَجِيبَ بِأَنَّ الْقَعْدَةَ إِنَّمَا تَرْتَفِضُ بِالِإِثْنَانِ بِالسَّجْدَةِ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ عَلَّقَى تَمَامَ الصَّلَاةِ بِالْقَعْدَةِ فِي قَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «إِذَا قُلْتَ هَذَا أَوْ فَعَلْتَ هَذَا فَقَدْ تَمَّتْ صَلَاتُكَ» فَلَوْ قُلْنَا بِجَوَازِ تَأْخِيرِ غَيْرِهَا عَنْهَا كَانَ تَمَامُ الصَّلَاةِ بِذَلِكَ الْغَيْرِ وَهُوَ خِلَافُ النَّصِّ، وَكَذَلِكَ لَا يَجُوزُ تَأْخِيرُ الْقِيَامِ أَوْ الرُّكُوعِ عَنِ السُّجُودِ؛ لِأَنَّ الْقِيَامَ وَسِيلَةً إِلَى الرُّكُوعِ، وَالرُّكُوعَ وَسِيلَةً إِلَى السُّجُودِ، حَتَّى إِنْ مَنْ لَمْ يَقْدِرْ عَلَى الرُّكُوعِ وَالسُّجُودِ لَا يَجِبُ عَلَيْهِ الْقِيَامُ، وَالْوَسَائِلُ مُتَقَدِّمَةٌ عَلَى الْمَقَاصِدِ، وَالْقِرَاءَةُ زِينَةُ الْقِيَامِ فَكَانَتْ تَابِعَةً لَهُ.

قَالَ (وَمَنْ أَمَّ رَجُلًا وَاحِدًا فَأَخَذَتْ وَخَرَجَ مِنَ الْمَسْجِدِ فَلِأَمَامِهِ إِمَامٌ نَوَى أَوْ لَمْ يَنْوِ) لَمَّا فِيهِ مِنْ صِيَاثَةِ الصَّلَاةِ، وَتَعْيِينُ الْأَوَّلِ لِقَطْعِ الْمَزَاحِمَةِ وَلَا مَزَاحِمَةً هَهُنَا، وَيَتِمُّ الْأَوَّلُ صَلَاتُهُ مُقْتَدِيًا بِالثَّانِي كَمَا إِذَا اسْتَخْلَفَهُ حَقِيقَةً (وَلَوْ لَمْ يَكُنْ خَلْفَهُ إِلَّا صَبِيٌّ أَوْ امْرَأَةٌ قِيلَ تَفْسُدُ صَلَاتُهُ) لَا اسْتِخْلَافَ مَنْ لَا يَصْلُحُ لِلْإِمَامَةِ، وَقِيلَ لَا تَفْسُدُ لِأَنَّهُ لَمْ يُوْجَدْ الْأَسْتِخْلَافُ قَصْدًا وَهُوَ لَا يَصْلُحُ لِلْإِمَامَةِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

الشرح:

(وَمَنْ أَمَّ رَجُلًا وَاحِدًا فَأَخَذَتْ وَخَرَجَ مِنَ الْمَسْجِدِ فَلِأَمَامِهِ إِمَامٌ نَوَى) الْإِمَامُ ذَلِكَ (أَوْ لَمْ يَنْوِ) (لَمَّا فِيهِ) أَيِ فِي تَعْيِينِهِ إِمَامًا (صِيَاثَةُ صَلَاةِ الْمُقْتَدِي)؛ لِأَنَّهُ لَوْ لَمْ يُعَيَّنْ إِمَامًا خِلَا مَكَانِ الْإِمَامَةِ عَنِ الْإِمَامِ وَهُوَ يُوجِبُ فُسَادَ صَلَاةِ الْمُقْتَدِي. فَإِنْ قِيلَ التَّعْيِينُ لَا يَتَحَقَّقُ بِلا تَعْيِينٍ وَلَمْ يُعَيَّنْ أَجَابَ بِقَوْلِهِ (وَتَعْيِينُ الْأَوَّلِ لِقَطْعِ الْمَزَاحِمَةِ) وَلَا مَزَاحِمَ فَكَانَ التَّعْيِينُ مَوْجُودًا حُكْمًا، وَإِذَا تَعَيَّنَ لِذَلِكَ كَانَ كَالْمُسْتَخْلَفِ حَقِيقَةً فَتَمَّ صَلَاتُهُ مُقْتَدِيًا بِهِ (وَلَوْ لَمْ يَكُنْ خَلْفَهُ إِلَّا صَبِيٌّ أَوْ امْرَأَةٌ) اخْتَلَفَ الْمَشَايخُ فِيهِ، فَقِيلَ تَفْسُدُ صَلَاةُ الْإِمَامِ فَقَطْ (لَا اسْتِخْلَافَ مَنْ لَا يَصْلُحُ لِلْإِمَامَةِ) حُكْمًا فَإِنَّهُ لَمَّا تَعَيَّنَ لِلْإِمَامَةِ كَانَ الْإِمَامُ مُقْتَدِيًا بِهِ، وَمَنْ اقْتَدَى بِمَنْ لَا يَصْلُحُ لِلْإِمَامَةِ فَسَدَتْ صَلَاتُهُ (وَقِيلَ لَا تَفْسُدُ صَلَاتُهُ)؛ لِأَنَّ الْأَسْتِخْلَافَ إِنَّمَا يَكُونُ حَقِيقَةً أَوْ حُكْمًا وَلَا شَيْءَ مِنْهُمَا بِمَوْجُودٍ.

أَمَّا حَقِيقَةُ فَظَاهِرٌ؛ لِأَنَّ الْفَرَضَ عَدَمُهُ، وَأَمَّا حُكْمًا فَلِأَنَّهُ يَقْتَضِي صَلَاحِيَّتَهُ لِلْإِمَامَةِ، وَالْفَرَضَ عَدَمُهَا، وَمِنْهُمْ مَنْ يَقُولُ تَفْسُدُ صَلَاتُهُمَا؛ لِأَنَّهُ لَمَّا تَعَيَّنَ صَارَ كَأَنَّهُ

اسْتَحْلَفَهُ فَتَفْسَدُ صَلَاةُ الْكُلِّ، وَمِنْهُمْ مَنْ يَقُولُ تَفْسُدُ صَلَاةُ الْمُقْتَدِي خَاصَّةً وَهُوَ الصَّحِيحُ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا لَمْ يَصِرْ مُسْتَحْلَفًا لَا حَقِيقَةً وَلَا حُكْمًا لَمَّا ذَكَرْنَا بَقِيَ الْإِمَامُ مُنْفَرِدًا فَلَا تَفْسُدُ صَلَاتُهُ وَتَفْسُدُ صَلَاةُ الْمُقْتَدِي لِحُلُولِ مَكَانِ إِمَامِهِ عَنِ الْإِمَامَةِ

بَابُ مَا يُفْسِدُ الصَّلَاةَ وَمَا يُكْرَهُ فِيهَا

(وَمَنْ تَكَلَّمَ فِي صَلَاتِهِ عَامِدًا أَوْ سَاهِيًا بَطَلَتْ صَلَاتُهُ) خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي الْخَطَا وَالنَّسْيَانِ، وَمَفْرَعُهُ الْحَدِيثُ الْمَعْرُوفُ^(١). وَلَنَا قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «إِنْ صَلَاتُنَا هَذِهِ لَا يَصْلُحُ فِيهَا شَيْءٌ مِنْ كَلَامِ النَّاسِ، وَإِنَّمَا هِيَ التَّسْبِيحُ وَالتَّهْلِيلُ وَقِرَاءَةُ الْقُرْآنِ»^(٢) وَمَا رَوَاهُ مَحْمُودٌ عَلَى رَفْعِ الْإِثْمِ. بِخِلَافِ السَّلَامِ سَاهِيًا لِأَنَّهُ مِنْ الْأَذْكَارِ فَيُعْتَبَرُ ذِكْرًا فِي حَالَةِ النَّسْيَانِ وَكَلَامًا فِي حَالَةِ التَّعَمُّدِ لَمَّا فِيهِ مِنْ كَافِ الْخَطَا

الشرح:

(بَابُ مَا يُفْسِدُ الصَّلَاةَ وَمَا يُكْرَهُ فِيهَا) هَذَا الْبَابُ لِبَيَانِ الْعَوَارِضِ الَّتِي تُعْرِضُ فِي الصَّلَاةِ بِاخْتِيَارِ الْمُصَلِّي فَكَانَتْ مُكْتَسَبَةً، وَأُخْرَهُ عَمَّا تَقَدَّمَ لَكُونِهَا سَمَاقِيَّةً (وَمَنْ تَكَلَّمَ فِي صَلَاتِهِ عَامِدًا أَوْ سَاهِيًا بَطَلَتْ صَلَاتُهُ، وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا تَفْسُدُ فِي الْخَطَا وَالنَّسْيَانِ إِلَّا إِذَا طَالَ الْكَلَامُ) وَلَمْ يُفَرِّقْ الْمُصَنِّفُ بَيْنَ السَّهْوِ وَالنَّسْيَانِ لِعَدَمِ التَّفَرُّقِ بَيْنَهُمَا فِي حُكْمِ الشَّرْعِ، وَالسَّهْوُ مَا يَتَّبِعُهُ صَاحِبُهُ بِأَدْنَى تَنْبِيهِ، وَالْخَطَا مَا لَا يَتَّبِعُهُ بِالتَّنْبِيهِ أَوْ يَتَّبِعُهُ بَعْدَ إِتْعَابٍ، وَالنَّسْيَانُ هُوَ أَنْ يَخْرُجَ الْمَذْكُورُ مِنَ الْخَيَالِ عَلَى مَا عُرِفَ فِي مَوْضِعِهِ (وَمَفْرَعُهُ) أَيُّ مَلَجُوهُ (الْحَدِيثُ الْمَعْرُوفُ) وَهُوَ قَوْلُهُ ﷺ: «رُفِعَ عَنْ أُمَّتِي الْخَطَا وَالنَّسْيَانُ» الْحَدِيثَ.

وَوَجْهُ الاسْتِدْلَالِ أَنَّ حَقِيقَتَهُمَا غَيْرُ مَرْفُوعَةٍ لَوْجُودِهِمَا بَيْنَ النَّاسِ فَيَكُونُ الْحُكْمُ

(١) أخرجه ابن ماجه (٢٠٤٥)، وابن حبان (١٤٩٨) موارد، والحاكم في المستدرک (١٩٨/٣) من حديث ابن عباس رضي الله عنهما.

وأخرجه ابن ماجه (٢٠٤٣) من حديث أبي ذر. وأخرجه الطبراني كما في مجمع الزوائد (٢٥٠/٦) من حديث ثوبان. وأخرجه الطبراني أيضا من حديث أبي الدرداء. وأخرجه أبو نعيم في الحلية وأخرجه العقيلي (١٤٥/٤) من حديث ابن عمر. وأخرجه ابن عدي في الكامل (٤٣١/١) من حديث أبي بكرة. وانظر نصب الراية (٦٥/١).

(٢) أخرجه مسلم (٣٣)، وأحمد (٤٤٧/٥، ٤٤٨)، وانظر نصب الراية (٦٧/٢).

وَهُوَ الْإِفْسَادُ مَرْفُوعًا (وَلَنَا) حَدِيثُ مُعَاوِيَةَ بْنِ الْحَكَمِ قَالَ: «صَلَّيْتُ خَلْفَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَعَطَسَ بَعْضُ الْقَوْمِ فَقُلْتُ يَرْحَمُكَ اللَّهُ، فَرَمَانِي الْقَوْمُ بِأَبْصَارِهِمْ فَقُلْتُ: وَأَتَكُلُّ أُمَامَهُ مَالِي أَرَأَيْكُمْ تَنْظُرُونَ إِلَيَّ شَرًّا؟ فَضَرَبُوا أَيْدِيَهُمْ عَلَى أَفْخَازِهِمْ فَعَلِمْتُ أَنَّهُمْ يُسَكِّنُونَنِي، فَلَمَّا فَرَّغَ النَّبِيُّ دَعَانِي، فَوَاللَّهِ مَا رَأَيْتُ مُعَلِّمًا أَحْسَنَ تَعْلِيمًا مِنْهُ مَا كَهَرَنِي وَلَا زَجَرَنِي وَلَكِنْ قَالَ إِنَّ صَلَاتِنَا هَذِهِ لَا يَصْلُحُ فِيهَا شَيْءٌ مِنْ كَلَامِ النَّاسِ» الْحَدِيثُ.

جَعَلَ عَدَمَ الْكَلَامِ فِيهَا مِنْ حَقِّهَا كَمَا جَعَلَ وُجُودَ الطَّهَارَةِ فِيهَا مِنْ حَقِّهَا، فَكَمَا لَا يَجُوزُ مَعَ عَدَمِ الطَّهَارَةِ لَا يَجُوزُ مَعَ وُجُودِ الْكَلَامِ وَهُوَ وَاضِحٌ جِدًّا. فَإِنْ قِيلَ: لَوْ كَانَ مُفْسِدًا لَأَمَرَ بِالْإِعَادَةِ وَلَمْ يَثْبُتْ.

قُلْنَا: هَذَا اسْتِدْلَالٌ بِالتَّفْهِي وَهُوَ بَاطِلٌ، سَلَمْنَاهُ وَلَكِنَّ الْعِلْمَ بِالنَّسْخِ شَرْطٌ وَلَمْ يَكُنْ فَلَمْ يَأْمُرْهُ بِالْإِعَادَةِ كَمُسْلِمٍ لَمْ يُهَاجِرْ. وَقَوْلُهُ: (وَمَا رَوَاهُ مَحْمُولٌ عَلَى رَفْعِ الْإِثْمِ) جَوَابٌ عَنْ اسْتِدْلَالِهِ بِالْحَدِيثِ الْمَعْرُوفِ. وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ حُكْمَ الْآخِرَةِ وَهُوَ الْإِثْمُ مُرَادٌ بِالْإِجْمَاعِ، فَلَا يَكُونُ حُكْمُ الدُّنْيَا مُرَادًا وَإِلَّا لَزِمَ عُمُومُ الْمُشْتَرَكِ أَوْ الْمُقْتَضِي.

وَكِلَاهُمَا بَاطِلٌ عَلَى مَا عُرِفَ فِي مَوْضِعِهِ وَقَوْلُهُ: (بِخِلَافِ السَّلَامِ سَاهِيًا) جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ السَّلَامُ كَالْكَلَامِ فِي أَنْ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا قَاطِعٌ.

وَفِي السَّلَامِ يُفْصَلُ بَيْنَ الْعَمْدِ وَالتَّسْيَانِ فَكَذَلِكَ الْكَلَامُ. وَوَجْهُهُ أَنَّ السَّلَامَ لَيْسَ كَالْكَلَامِ (لَأَنَّهُ مِنْ الْأَذْكَارِ) إِذِ الْمُتَشَهَّدُ يُسَلِّمُ عَلَى النَّبِيِّ ﷺ وَهُوَ اسْمٌ مِنْ أَسْمَاءِ اللَّهِ تَعَالَى، وَإِنَّمَا أَخَذَ حُكْمَ الْكَلَامِ بِكَافِ الْخَطَابِ، وَإِنَّمَا يَتَحَقَّقُ مَعْنَى الْخَطَابِ فِيهِ عِنْدَ الْقَصْدِ، فَإِذَا كَانَ نَاسِيًا لِحَقْنَاهُ بِالْأَذْكَارِ، وَإِذَا كَانَ عَامِدًا لِحَقْنَاهُ بِالْكَلَامِ عَمَلًا بِالشَّبْهِينَ، بِخِلَافِ الْكَلَامِ فَإِنَّهُ يُنَافِي الصَّلَاةَ عَلَى كُلِّ حَالٍ فَكَانَ مُبْطِلًا لَهَا كَذَلِكَ، وَطُولِبَ بِالْفَرْقِ بَيْنَهُ وَبَيْنَ أَفْعَالِ تُنَافِي الصَّلَاةَ فَإِنَّ الْقَلِيلَ مِنْهَا غَيْرُ مُفْسِدٍ.

وَأُجِيبَ بِأَنَّ الْإِحْتِرَازَ عَنْ قَلِيلِهَا غَيْرُ مُمَكِّنٍ، إِذْ فِي الْحَيِّ حَرَكَاتٌ طَبِيعِيَّةٌ لَيْسَتْ مِنَ الصَّلَاةِ فَلَا تُفْسِدُ حَتَّى تَدْخُلَ فِي حَيْزٍ مَا يُمَكِّنُ الْإِحْتِرَازَ عَنْهُ وَهُوَ الْكَثِيرُ، وَلَيْسَ فِي الْحَيِّ كَلَامٌ طَبِيعِيٌّ لَا يُمَكِّنُ الْإِحْتِرَازَ عَنْهُ فَاسْتَوَى الْقَلِيلُ وَالْكَثِيرُ.

(فَإِنْ أَنْ فِيهَا أَوْ تَأْوَهُ أَوْ بَكَى فَارْتَفَعَ بُكَاءُهُ، فَإِنْ كَانَ مِنْ ذِكْرِ الْجَنَّةِ أَوْ النَّارِ لَمْ يَقْطَعْهَا) لِأَنَّهُ يَدُلُّ عَلَى زِيَادَةِ الْخُشُوعِ (وَإِنْ كَانَ مِنْ وَجَعٍ أَوْ مُصِيبَةٍ قَطَعَهَا) لِأَنَّهُ فِيهِ إِظْهَارُ الْجَزَعِ وَالتَّاسُّفِ فَكَانَ مِنْ كَلَامِ النَّاسِ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنْ قَوْلَهُ آه لَا يُفْسِدُ فِي الْحَالَيْنِ وَأَوْهٍ يُفْسِدُ. وَقِيلَ الْأَصْلُ عِنْدَهُ أَنَّ الْكَلِمَةَ إِذَا اشْتَمَلَتْ عَلَى حَرْفَيْنِ وَهُمَا زَائِدَتَانِ أَوْ إِحْدَاهُمَا لَا تَفْسُدُ، وَإِنْ كَانَتَا أَصْلِيَّتَيْنِ تَفْسُدُ. وَحُرُوفُ الزَّوَائِدِ جَمْعُوهَا فِي قَوْلِهِمُ الْيَوْمَ تَنَسَّاهُ وَهَذَا لَا يَقْوَى لِأَنَّ كَلَامَ النَّاسِ فِي مُتَفَاهِمِ الْعُرْفِ يَتَّبِعُ وَجُودَ حُرُوفِ الْهَجَاءِ وَإِفْهَامِ الْمَعْنَى، وَيَتَحَقَّقُ ذَلِكَ فِي حُرُوفِ كُلِّهَا زَوَائِدُ.

الشرح:

قَوْلُهُ: (فَإِنْ أَنْ فِيهَا أَوْ تَأْوَهُ) الْأَيْنُ: صَوْتُ الْمُتَوَجَّعِ، وَقِيلَ هُوَ أَنْ يَقُولَ آه، وَالتَّأْوَهُ أَنْ يَقُولَ أَوْهَ، وَارْتِفَاعُ الْبُكَاءِ هُوَ أَنْ يَحْصُلَ بِهِ حُرُوفٌ، وَكُلُّ ذَلِكَ إِمَّا أَنْ يَكُونَ مِنْ ذِكْرِ الْجَنَّةِ أَوْ النَّارِ، أَوْ مِنْ وَجَعٍ أَوْ مُصِيبَةٍ، فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ لَمْ يَقْطَعْهَا؛ لِأَنَّهُ يَدُلُّ عَلَى زِيَادَةِ الْخُشُوعِ، وَإِنْ كَانَ الثَّانِي قَطَعَهَا؛ لِأَنَّهُ فِيهِ إِظْهَارُ الْجَزَعِ وَالْمُصِيبَةِ، فَكَانَ كُلُّ مِنْهُمَا دَلِيلًا عَلَى أَمْرٍ، وَالدَّلَالَةُ تَعْمَلُ عَمَلُ الصَّرِيحِ إِذَا لَمْ يَكُنْ هُنَاكَ صَرِيحٌ يُخَالِفُهَا، وَلَوْ صَرَّحَ بِذِكْرِ الْجَنَّةِ وَالنَّارِ فَقَالَ: اللَّهُمَّ إِنِّي أَسْأَلُكَ الْجَنَّةَ وَأَعُوذُ بِكَ مِنَ النَّارِ لَمْ يَضُرَّهُ، وَلَوْ صَرَّحَ بِإِظْهَارِ الْوَجَعِ فَقَالَ إِنِّي مُصَابٌ فَسَدَتْ صَلَاتُهُ، فَكَذَلِكَ بِالْدَّلَالَةِ إِذْ لَيْسَ ثَمَّةَ صَرِيحٌ يُخَالِفُهَا. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ إِذَا قَالَ آه لَمْ تَفْسُدْ فِي الْحَالَيْنِ، سَوَاءً كَانَ مِنْ ذِكْرِ الْجَنَّةِ أَوْ النَّارِ، أَوْ مِنْ وَجَعٍ وَمُصِيبَةٍ وَأَوْهٍ تُفْسِدُ. وَقِيلَ الْأَصْلُ عِنْدَهُ أَنَّ الْكَلِمَةَ إِذَا اشْتَمَلَتْ عَلَى حَرْفَيْنِ وَهُمَا زَائِدَتَانِ أَوْ إِحْدَاهُمَا لَا تُفْسِدُ، وَإِنْ كَانَتَا أَصْلِيَّتَيْنِ تُفْسِدُ، وَهَذَا؛ لِأَنَّ أَصْلَ كَلَامِ الْعَرَبِ ثَلَاثَةُ أَحْرَفٍ لَاحْتِيَاجِهِ إِلَى حَرْفٍ يُبْتَدَأُ بِهِ وَحَرْفٍ يُوقَفُ عَلَيْهِ وَحَرْفٍ يَفْصَلُ بَيْنَهُمَا، فَالْحَرْفُ الْوَاحِدُ أَقْلُ الْجُمْلَةِ فَلَا يُطْلَقُ عَلَيْهِ اسْمُ الْكَلَامِ، وَالْحَرْفَانِ إِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا مِنَ الزَّوَائِدِ كَذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ نَظَرُ إِلَى الْأَصْلِ عَلَى حَرْفٍ وَاحِدٍ، وَأَمَّا إِذَا كَانَتَا أَصْلِيَّتَيْنِ فَقَدْ وَجِدَ الْأَكْثَرُ، وَهُوَ يَقُومُ مَقَامَ الْكُلِّ، وَالْحُرُوفُ الزَّوَائِدُ عَلَى مَعْنَى أَنْ كُلُّ زَائِدٍ لَا بُدَّ وَأَنْ يَكُونَ مِنْهَا لَا عَكْسَهُ جَمْعُوهَا فِي قَوْلِهِمُ الْيَوْمَ تَنَسَّاهُ، وَعَلَى هَذَا قَوْلُهُ: آه لَا تُفْسِدُ؛ لِأَنَّهُمَا مِنَ الزَّوَائِدِ، وَأَوْهٍ تُفْسِدُ؛ لِأَنَّهُ زَائِدٌ عَلَى حَرْفَيْنِ فَإِنَّهُ فِي الزَّوَائِدِ عَلَى حَرْفَيْنِ لَا يُنْظَرُ إِلَى الْأَصَالَةِ وَالزِّيَادَةِ.

قَالَ الْمُصَنِّفُ (وَهَذَا لَا يَقْوَى؛ لِأَنَّ كَلَامَ النَّاسِ هُوَ الْمُفْسِدُ، وَكَلَامُ النَّاسِ فِي مَتَفَاهِمِ الْعُرْفِ يَتَّبِعُ وَجُودَ الْهَجَاءِ وَإِفْهَامَ الْمَعْنَى وَيَتَحَقَّقُ ذَلِكَ فِي حُرُوفِ كُلِّهَا زَوَائِدُ) قَالَ فِي النَّهَائَةِ: فَإِنَّكَ إِذَا قُلْتَ أَتَمَّ الْيَوْمَ سَأَلْتُمُونِيهَا فَإِنَّ هَذَا مُبْتَدَأٌ وَخَيْرٌ وَفَعْلٌ وَفَاعِلٌ وَمَفْعُولٌ بِهِ وَمَفْعُولٌ فِيهِ وَكُلُّهَا مِنْ حُرُوفِ الزَّوَائِدِ، وَهُوَ مُفْسِدٌ بِالِاتِّفَاقِ.

قُلْتُ: هَذَا لَا يَرِدُ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّ كَلَامَهُ فِي الْحَرْفَيْنِ لَا فِي الزَّائِدِ عَلَيْهِمَا، فَإِنَّ فِي الزَّائِدِ عَلَيْهِمَا قَوْلَهُ كَقَوْلِهِمَا وَتَابَعَهُ الشَّارِحُونَ، وَأَقُولُ: قَوْلُ الْمُصَنِّفِ فِي حُرُوفِ كُلِّهَا زَوَائِدُ يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ الْمُرَادُ بِالْجَمْعِ فِيهِ التَّثْنِيَّةُ، وَحِينَئِذٍ يَكُونُ مَعْنَى كَلَامِهِ كَلَامُ النَّاسِ فِي الْعُرْفِ عِبَارَةً عَنْ وَجُودِ الْهَجَاءِ وَإِفْهَامِ الْمَعْنَى، وَذَلِكَ يَتَحَقَّقُ فِي الْكَلَامِ الَّذِي فِيهِ حَرْفَانِ مِنْ حُرُوفِ الزِّيَادَةِ فَيَكُونُ كَعَبْرَةٍ مِنْ كَلَامِ النَّاسِ فَيَكُونُ مُفْسِدًا.

(وَإِنْ تَتَحَنَّنَ بِغَيْرِ عَذْرِ) بَأَن لَمْ يَكُنْ مَدْفُوعًا إِلَيْهِ (وَحَصَلَ بِهِ الْحُرُوفُ يَنْبَغِي أَنْ يُفْسِدَ عِنْدَهُمَا، وَإِنْ كَانَ يَعْذِرُ فَهُوَ عَفْوٌ كَالْعُطَاسِ) وَالْجُشَاءُ إِذَا حَصَلَ بِهِ حُرُوفٌ.

الشرح:

(وَإِنْ تَتَحَنَّنَ) وَحَصَلَ بِهِ حُرُوفٌ، فِيمَا أَنْ يَكُونَ يَعْذِرُ أَوْ لَا، فَإِنْ كَانَ الثَّانِي وَهُوَ إِنْ لَمْ يَكُنْ مَدْفُوعًا إِلَيْهِ: أَيُّ إِنْ لَمْ يَكُنْ بَحِثٌ لَا يَسْتَطِيعُ الْامْتِنَاعُ عَنْهُ يَنْبَغِي أَنْ تُفْسِدَ عِنْدَهُمَا. قِيلَ إِنَّمَا قَالَ يَنْبَغِي؛ لِأَنَّ الْمَشَايخَ اخْتَلَفُوا فِيمَا إِذَا كَانَ التَّتَحَنُّحُ لِإِصْلَاحِ الصَّوْتِ لِلْقِرَاءَةِ، فَقَالَ شَيْخُ الْإِسْلَامِ: لَا تُفْسِدُ؛ لِأَنَّهُ يَصِيرُ بِمَعْنَى الْقِرَاءَةِ مَعْنَى، كَالْمَشْنِيِّ لِلْبِنَاءِ فَإِنَّهُ لِكُونِهِ لِإِصْلَاحِ الصَّلَاةِ صَارَ مِنَ الصَّلَاةِ، وَكَذَا ذَكَرَهُ شَمْسُ الْأُيُتْمَةِ. وَقَالَ فِي الْمَحِيطِ: وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَدْفُوعًا إِلَيْهِ فِي التَّتَحَنُّحِ إِلَّا أَنَّهُ فَعَلَ لِإِصْلَاحِ الْحَلْقِ لِيَتِمَّ كُنْ مِنَ الْقِرَاءَةِ إِنْ ظَهَرَ لَهُ حُرُوفٌ كَقَوْلِهِ "أُحْ أُحْ" وَكَتَلَفَ لِدَلَالَةِ كَانَ الْفَقِيهَ إِسْمَاعِيلُ الزَّاهِدُ يَقُولُ: يَقْطَعُ الصَّلَاةَ عِنْدَهُمَا؛ لِأَنَّهَا حُرُوفٌ هِجَاءٍ، وَفِيهِ نَظَرٌ؛ لِأَنَّ اخْتِلَافَ الْمَشَايخِ لَا يَسْتَلْزِمُ ذَلِكَ، وَلَا وَقَعَ فِي هَذَا الْكِتَابِ فِي مَوْضِعٍ مِنْ اخْتِلَافِ الْمَشَايخِ كَذَلِكَ. وَقَوْلُهُ: عِنْدَهُمَا أَيْضًا فِيهِ نَظَرٌ؛ لِأَنَّهُ قَالَ: وَحَصَلَ بِهِ حُرُوفٌ بِلَفْظِ الْجَمْعِ وَمَذْهَبُهُ حِينَئِذٍ كَمَذْهَبِهِمَا كَمَا مَرَّ فَلَا وَجْهَ لِإِفْرَادِهِمَا بِالذِّكْرِ، فَإِنْ حُمِلَ الْجَمْعُ هَهُنَا أَيْضًا عَلَى التَّثْنِيَةِ انْدَفَعَ النَّظَرُ الثَّانِي، وَيُقَالُ فِي دَفْعِ الْأَوَّلِ: إِنَّهُ لَمْ يَتَّبَتْ فِيهِ نَقْلٌ عَنْ الْأُيُتْمَةِ، وَالْقِيَاسُ يَقْتَضِي أَنْ يَكُونَ مُفْسِدًا فَقَالَ يَنْبَغِي وَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ فَهُوَ عَفْوٌ: أَيُّ

مَغْفُو كَالْعُطَاسِ وَالْجُشَاءُ فَإِنَّ ذَلِكَ لَا يَقْطَعُ الصَّلَاةَ وَإِنْ حَصَلَ بِهِ حُرُوفٌ هِجَاءٍ.
(وَمَنْ عَطَسَ فَقَالَ لَهُ آخَرُ يَرْحَمُكَ اللَّهُ وَهُوَ فِي الصَّلَاةِ فَسَدَتْ صَلَاتُهُ) لِأَنَّهُ
يَجْرِي فِي مُخَاطَبَاتِ النَّاسِ فَكَانَ مِنْ كَلَامِهِمْ، بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ الْعَاطِسُ أَوْ السَّامِعُ
الْحَمْدُ لِلَّهِ عَلَى مَا قَالُوا لِأَنَّهُ لَمْ يُتَعَارَفْ جَوَابًا.

الشرح:

قَوْلُهُ: (وَمَنْ عَطَسَ فَقَالَ لَهُ آخَرُ يَرْحَمُكَ اللَّهُ وَهُوَ) أَيُّ الْقَائِلِ (فِي الصَّلَاةِ
فَسَدَتْ صَلَاتُهُ؛ لِأَنَّهُ يَجْرِي فِي مُخَاطَبَاتِ النَّاسِ فَكَانَ مِنْ كَلَامِهِمْ) وَإِنَّمَا قَيَّدَ بِقَوْلِهِ
آخَرُ؛ لِأَنَّهُ إِذَا قَالَ الْعَاطِسُ بِنَفْسِهِ لَا تَفْسُدُ صَلَاتُهُ؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ قَوْلِهِ يَرْحَمُنِي اللَّهُ وَبِهِ لَا
تَفْسُدُ، كَذَا فِي الْفَتَاوَى الظَّهْرِيَّةِ (بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ الْعَاطِسُ أَوْ السَّامِعُ الْحَمْدُ لِلَّهِ)
فَإِنَّهُ لَا يُفْسَدُ (عَلَى مَا قَالُوا) وَفِي هَذَا اللَّفْظِ إِشَارَةٌ إِلَى خِلَافِ الْبَعْضِ. وَذَكَرَ فِي
الْمُحِيطِ رُوِيَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الْعَاطِسَ يَحْمَدُ فِي نَفْسِهِ وَلَا يُحَرِّكُ لِسَانَهُ، فَإِنْ حَرَّكَهُ
فَسَدَتْ صَلَاتُهُ، وَجَهُ الْأَوَّلُ مَا ذَكَرَهُ أَنَّهُ لَمْ يُتَعَارَفْ جَوَابًا.

(وَإِنْ اسْتَفْتَحَ فَفَتَحَ عَلَيْهِ فِي صَلَاتِهِ تَفْسُدُ) وَمَعْنَاهُ أَنْ يَفْتَحَ الْمُصَلِّي عَلَى غَيْرِ
إِمَامِهِ لِأَنَّهُ تَعْلِيمٌ وَتَعَلُّمٌ فَكَانَ مِنْ جِنْسِ كَلَامِ النَّاسِ، ثُمَّ شَرَطَ التَّكْرَارَ فِي الْأَصْلِ لِأَنَّهُ
لَيْسَ مِنْ أَعْمَالِ الصَّلَاةِ فَيُعْضَى الْقَلِيلُ مِنْهُ، وَلَمْ يَشْرَطْ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ لِأَنَّ الْكَلَامَ
بِنَفْسِهِ قَاطِعٌ وَإِنْ قَلَّ (وَإِنْ فَتَحَ عَلَى إِمَامِهِ لَمْ يَكُنْ كَلَامًا مُفْسِدًا) اسْتِحْسَانًا لِأَنَّهُ
مُضْطَرٌّ إِلَى إِصْلَاحِ صَلَاتِهِ فَكَانَ هَذَا مِنْ أَعْمَالِ صَلَاتِهِ مَعْنَى (وَيَنْوِي الْفَتْحَ عَلَى إِمَامِهِ
دُونَ الْقِرَاءَةِ) هُوَ الصَّحِيحُ لِأَنَّهُ مُرَخَّصٌ فِيهِ، وَقِرَاءَتُهُ مَمْنُوعَةٌ عَنْهَا (وَلَوْ كَانَ الْإِمَامُ انْتَقَلَ
إِلَى آيَةٍ أُخْرَى تَفْسُدُ صَلَاةُ الْفَاتِحِ وَتَفْسُدُ صَلَاةُ الْإِمَامِ) لَوْ أَخَذَ بِقَوْلِهِ لَوْجُودِ التَّلْقِينِ
وَالْتَّلْقُنِ مِنْ غَيْرِ ضَرُورَةٍ وَيَنْبَغِي لِلْمُقْتَدِي أَنْ لَا يُعَجَّلَ بِالْفَتْحِ، وَلِلْإِمَامِ أَنْ لَا يُلْجِئَهُمْ
إِلَيْهِ بَلْ يَرْكَعُ إِذَا جَاءَ أَوَانُهُ أَوْ يَنْتَقِلُ إِلَى آيَةٍ أُخْرَى.

الشرح:

قَوْلُهُ: (وَإِنْ اسْتَفْتَحَ فَفَتَحَ عَلَيْهِ) الْاسْتِفْتَا حُ طَلَبُ الْفَتْحِ وَالِاسْتِنْصَارُ، قَالَ اللَّهُ
تَعَالَى ﴿وَكَانُوا مِنْ قَبْلُ يَسْتَفْتِحُونَ﴾ [البقرة: ٨٩] أَيُّ يَسْتَنْصِرُونَ وَيَجُوزُ أَنْ
يَكُونَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا هَهُنَا مُرَادًا وَالِاسْتِفْتَا حُ أَرْبَعَةُ أَقْسَامٍ بِحَسَبِ الْقِسْمَةِ الْعَقْلِيَّةِ،

وذلك؛ لأنَّ المُسْتَفْتَحَ وَالْفَاتِحَ إِمَّا أَنْ يَكُونَا فِي الصَّلَاةِ وَلَيْسَ مِمَّا نَحْنُ فِيهِ، أَوْ يَكُونَا فِيهَا، أَوْ يَكُونُ الْمُسْتَفْتَحُ فِيهَا دُونَ الْفَاتِحِ أَوْ بِالْعَكْسِ مِنْ ذَلِكَ، فَإِنْ كَانَا فِي الصَّلَاةِ فَإِمَّا أَنْ تَكُونَ الصَّلَاةُ مُتَّحِدَةً بِأَنْ يَكُونَ الْمُسْتَفْتَحُ إِمَامًا وَالْفَاتِحُ مَأْمُومًا أَوْ لَا يَكُونُ، فَبِالْثَّانِيَةِ فَسَدَتْ صَلَاةُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا (لِأَنَّهُ تَعْلِيمٌ وَتَعَلَّمَ فَكَانَ مِنْ كَلَامِ النَّاسِ) قَالَ فِي الْأَصْلِ: إِذَا فَتَحَ غَيْرُ مَرَّةٍ فَسَدَتْ صَلَاتُهُ، وَفِيهِ إِشَارَةٌ إِلَى أَنَّهُ إِذَا لَمْ يَتَكَرَّرْ لَا تَفْسُدُ.

قَالَ (لِأَنَّهُ لَيْسَ مِنْ أَعْمَالِ الصَّلَاةِ فَيُعْفَى الْقَلِيلُ مِنْهُ وَلَمْ يَشْرُطْ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ) التَّكَرَّارَ (لِأَنَّ الْكَلَامَ فِي نَفْسِهِ قَاطِعٌ وَإِنْ قُلَّ قَلِيلٌ وَهُوَ الصَّحِيحُ، وَفِي الْأَوَّلِ لَا يَكُونُ كَلَامًا اسْتِحْسَانًا، إِمَّا بِالْأَثَرِ وَهُوَ مَا رَوَى «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَرَأَ فِي الصَّلَاةِ سُورَةَ الْمُؤْمِنِينَ فَتَرَكَ مِنْهَا كَلِمَةً فَلَمَّا فَرَغَ مِنْهَا قَالَ ﷺ: أَلَمْ يَكُنْ فِيكُمْ أَبِي بْنُ كَعْبٍ؟ فَقَالَ بَلَى يَا رَسُولَ اللَّهِ، فَقَالَ ﷺ: هَلَا فَتَحْتَ عَلَيَّ، فَقَالَ: ظَنَنْتُ أَنَّهَا تُسَخَّتُ، فَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: لَوْ تُسَخَّتْ لَأْتَبَأْتُكُمْ» وَإِمَّا بِمَا قَالَ فِي الْكِتَابِ مِنْ أَنَّهُ مُضْطَرٌّ إِلَى إِصْلَاحِ صَلَاتِهِ فَكَانَ هَذَا مِنْ أَعْمَالِ صَلَاتِهِ مَعْنَى. ثُمَّ اخْتَلَفَ الْمَشَايخُ بِأَنَّ الْمُقْتَدِيَ يَتَوَيَّ الْفَتْحَ عَلَى إِمَامِهِ أَوْ قِرَاءَةِ الْقُرْآنِ، فَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ: يَتَوَيَّ بِالْفَتْحِ الثَّلَاوَةَ، وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ: يَتَوَيَّ الْفَتْحَ دُونَ الثَّلَاوَةِ.

قَالَ الْمُصَنِّفُ (هُوَ الصَّحِيحُ) إِشَارَةً إِلَى أَنَّ الْأَوَّلَ لَيْسَ بِصَحِيحٍ؛ لِأَنَّ الْمُقْتَدِيَ رُخِّصَ لَهُ فِي الْفَتْحِ عَلَى إِمَامِهِ وَمُنِعَ عَنِ الْقِرَاءَةِ فَلَا يَدْعُ مَا رُخِّصَ لَهُ إِلَى مَا نُهِيَ عَنْهُ، وَإِنَّمَا هَذَا إِذَا أَرَادَ أَنْ يَفْتَحَ عَلَى غَيْرِ إِمَامِهِ فَإِنَّهُ يَتَوَيَّ الْقِرَاءَةَ دُونَ التَّعْلِيمِ عَلَى مَا يُذَكِّرُ، وَلَمْ يُفَرِّقْ فِي الْكِتَابِ بَيْنَ مَا إِذَا قَرَأَ الْإِمَامُ مِقْدَارَ مَا تَجُوزُ بِهِ الصَّلَاةُ وَبَيْنَ مَا إِذَا لَمْ يَقْرَأْ وَإِنْ اخْتَلَفُوا فِيهِ اخْتِيارًا مِنْهُ لِلصَّحِيحِ، فَإِنَّهُ إِذَا فَتَحَ بَعْدَمَا قَرَأَ ذَلِكَ صَحَّ وَلَا تَفْسُدُ صَلَاةُ وَاحِدٍ مِنْهُمَا (وَإِنْ فَتَحَ عَلَى إِمَامِهِ لَمْ يَكُنْ كَلَامًا اسْتِحْسَانًا؛ لِأَنَّهُ مُضْطَرٌّ إِلَى إِصْلَاحِ صَلَاتِهِ فَكَانَ هَذَا مِنْ أَعْمَالِ صَلَاتِهِ مَعْنَى، وَيَتَوَيَّ الْفَتْحَ عَلَى إِمَامِهِ دُونَ الْقِرَاءَةِ هُوَ الصَّحِيحُ؛ لِأَنَّهُ مُرَخَّصٌ فِيهِ وَقِرَاءَتُهُ مَمْنُوعٌ عَنْهَا، وَلَوْ كَانَ الْإِمَامُ اتَّقَلَ إِلَى آيَةٍ أُخْرَى تَفْسُدُ صَلَاةُ الْفَاتِحِ وَصَلَاةُ الْإِمَامِ أَيْضًا إِنْ أَخَذَ بِقَوْلِهِ لَوْجُودِ التَّلْقِينِ وَالتَّلَقُّنِ مِنْ غَيْرِ ضَرُورَةٍ) وَهَذَا أَيْضًا قَوْلُ الْمَشَايخِ اخْتَارَهُ الْمُصَنِّفُ.

وَمِنْهُمْ مَنْ يَقُولُ لَا تُفْسِدُ (وَيَنْبَغِي لِلْمُقْتَدِي أَلَّا يَعْجَلَ بِالْفَتْحِ وَيَنْبَغِي لِلْإِمَامِ أَلَّا يُلْجِئَهُمْ إِلَيْهِ) بِأَنْ يُرَدِّدَ الْآيَةَ أَوْ يَقِفَ سَاكِتًا (بَلْ يَرْكَعُ إِذَا جَاءَ أَوَانُهُ أَوْ يَنْتَقِلُ إِلَى آيَةٍ أُخْرَى) وَإِنَّمَا أُطْلِقَ الْأَوَانُ لِاخْتِلَافِ الْمَشَائِخِ فِيهِ، فَمِنْهُمْ مَنْ اعْتَبَرَ الاسْتِحْبَابَ فَقَالَ: يَنْبَغِي لِلْإِمَامِ إِذَا أُرْتِجَ أَنْ يَتَجَاوَزَ إِلَى سُورَةٍ أُخْرَى أَوْ يَرْكَعُ إِذَا كَانَ قَرَأَ الْمُسْتَحَبَّ صِيَانَةً لِلصَّلَاةِ عَنِ الزَّوَائِدِ، وَمِنْهُمْ مَنْ اعْتَبَرَ الْفَرْضَ فَقَالَ: يُكْرَهُ لِلْإِمَامِ أَنْ يَتَرَدَّدَ فَيُلْجِئَ الْقَوْمَ أَنْ يَفْتَسَحُوا عَلَيْهِ إِذَا كَانَ قَرَأَهُ مَقْدَارَ مَا يَتَعَلَّقُ بِهِ الْحَوَازُ، وَإِذَا كَانَ الْمُسْتَفْتَحُ وَحْدَهُ فِي الصَّلَاةِ وَفَتَحَ عَلَيْهِ الْخَارِجُ وَأَخَذَ مِنْهُ فَسَدَتْ صَلَاتُهُ لَوْجُودِ التَّلْقِينِ وَالتَّلْقِنِ وَإِنْ كَانَ بِالْعَكْسِ، فَإِنْ نَوَى تَعْلِيمَهُ فَسَدَتْ صَلَاتُهُ، وَإِنْ نَوَى قِرَاءَةَ الْقُرْآنِ لَمْ تُفْسِدْ، وَاشْتَرَاطُ التَّكْرَارِ وَعَدَمُهُ قَدْ مَرَّ.

(وَلَوْ أَجَابَ رَجُلًا فِي الصَّلَاةِ بِلَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ فَهَذَا كَلَامٌ مُفْسِدٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَا يَكُونُ مُفْسِدًا) وَهَذَا الْخِلَافُ فِيمَا إِذَا أَرَادَ بِهِ جَوَابَهُ. لَهُ أَنَّهُ ثَنَاءٌ بِصِيغَتِهِ فَلَا يَتَغَيَّرُ بِعَزِيمَتِهِ، وَلَهُمَا أَنَّهُ أَخْرَجَ الْكَلَامَ مَخْرَجَ الْجَوَابِ وَهُوَ يَحْتَمِلُهُ فَيُجْعَلُ جَوَابًا كَالْتَّشْمِيتِ وَالْاسْتِرْجَاعِ عَلَى الْخِلَافِ فِي الصَّحِيحِ (وَأِنْ أَرَادَ إِعْلَامَهُ أَنَّهُ فِي الصَّلَاةِ لَمْ تُفْسِدْ بِالْإِجْمَاعِ) لِقَوْلِهِ ﷺ «إِذَا نَابَتْ أَحَدَكُمْ نَائِبَةٌ فِي الصَّلَاةِ فَلْيُسَبِّحْ»^(١).

الشرح:

قَوْلُهُ: (وَلَوْ أَجَابَ رَجُلًا فِي الصَّلَاةِ بِلَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ) إِذَا قِيلَ بَيْنَ يَدَيِ الْمُصَلِّي إِلَهَ مَعَ اللَّهِ فَقَالَ لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ فَلَا يَخْلُو، إِمَّا أَنَّهُ أَرَادَ جَوَابَهُ أَوْ إِعْلَامَهُ أَنَّهُ فِي الصَّلَاةِ، فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ فَسَدَتْ صَلَاتُهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: لَا تُفْسِدُ؛ لِأَنَّ هَذَا الْكَلَامَ ثَنَاءٌ بِصِيغَتِهِ: أَيُّ بِمَا وَضِعَ لَهُ صِيغَتُهُ، وَكُلُّ مَا هُوَ كَذَلِكَ لَا يَتَغَيَّرُ بِعَزِيمَةِ الْمُتَكَلِّمِ كَمَا إِذَا أَرَادَ بِهِ إِعْلَامَهُ أَنَّهُ فِي الصَّلَاةِ.

وَلَهُمَا أَنَّهُ كَلَامٌ يَحْتَمِلُ الثَّنَاءَ وَالْجَوَابَ فَكَانَ كَالْمُشْتَرَكِ، وَالْمُشْتَرَكُ يَجُوزُ تَعْيِينُ أَحَدٍ مَذْلُولِيهِ بِالْقَصْدِ وَالْعَزِيمَةِ كَالْتَّشْمِيتِ فَإِنَّهُ لَا شَكَّ أَنَّهُ ذَكَرُ بِصِيغَتِهِ وَيَحْتَمِلُ

(١) أخرجه البخاري في الأذان باب ٤٨، ومسلم (١٠٢) عن سهل بن سعد بلفظ: (من نابه شيء في صلاته فليُسَبِّح). وانظر نصب الراية (٧٤/٢).

الخطاب، وَقَدْ أَحَقَّهُ النَّبِيُّ ﷺ بِكَلَامِ النَّاسِ حِينَ قَصَدَ بِهِ خَطَابَ الْعَاطِسِ. فَإِنْ قِيلَ: رُوي أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ فِي جَوَابِ ابْنِ مَسْعُودٍ حِينَ اسْتَأْذَنَ عَلَى الدُّخُولِ وَهُوَ ﷺ فِي الصَّلَاةِ «ادْخُلُوهَا بِسَلَامٍ آمَنِينَ» أَرَادَ جَوَابَهُ وَلَمْ تَفْسُدْ صَلَاتُهُ.

قِيلَ أَجَابَ شَمْسُ الْأُيُمَةِ السَّرْحَسِيُّ بِأَنَّهُ مَحْمُولٌ عَلَى أَنَّهُ انْتَهَى بِالْقِرَاءَةِ إِلَى هَذَا الْمَوْضِعِ وَقِيَاسُهُ عَلَى إِرَادَةِ الْإِعْلَامِ فَاسِدٌ؛ لِأَنَّهُ ثَبَتَ بِالنَّصِّ عَلَى مَا نَذَكُرُ، وَإِذَا قِيلَ يَنْ يَدِي الْمُصَلِّي مَاتَ فَلَانَ فَقَالَ إِيَّا لِلَّهِ وَإِيَّا إِلَيْهِ رَاجِعُونَ اخْتَلَفَ الْمَشَائِخُ فِيهِ، فَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ هُوَ عَلَى الْخِلَافِ، وَهَذَا الْقَائِلُ لَا يَحْتَاجُ إِلَى بَيَانِ فَارِقٍ وَهُوَ الصَّحِيحُ، وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ هُوَ عَلَى الْوِفَاقِ: يَعْنِي أَنَّ أَبَا يُوسُفَ وَآفَقَهُمَا فِي أَنَّ الْاسْتِرْجَاعَ مُفْسِدٌ، وَالْفَرْقُ لَهُ أَنَّ الْاسْتِرْجَاعَ لِظَهَارِ الْمُصِيبَةِ وَمَا شَرَعَتِ الصَّلَاةُ لِأَجَلِهِ وَالتَّهْلِيلُ لِلتَّعْظِيمِ وَالتَّوْحِيدِ وَالصَّلَاةُ شَرَعَتْ لَهُ. وَإِنْ كَانَ الثَّانِي لَمْ يَفْسُدْ بِالْإِجْمَاعِ لِقَوْلِهِ ﷺ «إِذَا نَابَتْ أَحَدَكُمْ نَائِبَةٌ فِي الصَّلَاةِ فَلْيَسْبَحْ فَإِنَّ التَّسْبِيحَ لِلرِّجَالِ وَالتَّصْفِيحَ لِلنِّسَاءِ».

(وَمَنْ صَلَّى رَكْعَةً مِنَ الظُّهْرِ ثُمَّ افْتَتَحَ الْعَصْرَ أَوْ التَّطَوُّعَ فَقَدْ نَقَضَ الظُّهْرَ) لِأَنَّهُ صَحَّ شُرُوعُهُ فِي غَيْرِهِ فَيَخْرُجُ عَنْهُ (وَلَوْ افْتَتَحَ الظُّهْرَ بَعْدَمَا صَلَّى مِنْهَا رَكْعَةً فَهِيَ هِيَ وَيَتَجَرَّأُ بِتِلْكَ الرُّكْعَةِ) لِأَنَّهُ نَوَى الشُّرُوعَ فِي عَيْنِ مَا هُوَ فِيهِ فَلَعَتْ نِيَّتُهُ وَبَقِيَ الْمَنُويُّ عَلَى حَالِهِ

الشرح:

قَوْلُهُ: (وَمَنْ صَلَّى رَكْعَةً مِنَ الظُّهْرِ) يَعْنِي إِذَا صَلَّى رَجُلٌ رَكْعَةً مِنْ صَلَاةٍ ثُمَّ افْتَتَحَ افْتِتَاحًا ثَانِيًا فَلَا يَخْلُو إِمَّا أَنْ تَكُونَ الثَّانِيَةُ عَيْنَ الْأُولَى أَوْ غَيْرَهَا، فَإِنْ كَانَ الثَّانِي فَقَدْ نَقَضَ الْأُولَى وَهِيَ الْمَسْأَلَةُ الْمَذْكُورَةُ فِي الْكِتَابِ أَوَّلًا؛ لِأَنَّهُ صَحَّ شُرُوعُهُ فِي حَقِّ غَيْرِهِ، وَمِنْ ضَرُورَتِهِ الْخُرُوجُ عَنِ الْأُولَى فَيَبْطُلُ، وَإِنْ كَانَتْ فَرَضَيْنِ فَلَا يَخْلُو إِمَّا أَنْ يَكُونَ الْمُصَلِّي صَاحِبَ تَرْتِيبٍ أَوْ لَا، فَإِنْ كَانَ وَقَعَتِ الثَّانِيَةُ تَفْلًا، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ وَقَعَتْ فَرَضًا، وَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ وَهِيَ الْمَذْكُورَةُ فِي الْكِتَابِ ثَانِيًا فَقَدْ لَعَتْ نِيَّتُهُ وَبَقِيَ الْمَنُويُّ الْأَوَّلُ عَلَى حَالِهِ؛ لِأَنَّهُ نَوَى تَحْصِيلَ الْحَاصِلِ وَيَكُونُ مَا صَلَّى مِنَ الْأُولَى مَحْسُوبًا حَتَّى لَوْ صَلَّى بَعْدَهَا ثَلَاثَ رَكَعَاتٍ خَرَجَ عَنْ الْعَهْدَةِ، وَلَوْ صَلَّى أَرْبَعًا عَلَى ظَنِّ أَنْ الْأُولَى انْتَقَضَتْ وَلَمْ يَقْعُدْ فِي الثَّالِثَةِ بَطَلَتْ صَلَاتُهُ؛ لِأَنَّهُ تَرَكَ الْقَعْدَةَ الْأَحِيرَةَ. وَذَكَرَ فِي

الخلاصة أن هذا إذا توى بقلبه، أمّا إذا توى بلسانه وقال تويت أن أصلي الظهر انتقض ما صلى ولا يجزأ به.

(وإذا قرأ الإمام من المصحف فسدت صلاته عند أبي حنيفة رحمه الله وقالاهي تامة) لأنها عبادة انضافت إلى عبادة أخرى (إلا أنه يكره) لأنه تشبه بصنيع أهل الكتاب. ولأبي حنيفة رحمه الله أن حمل المصحف والنظر فيه وتقليب الأوراق عمل كثير، ولأنه تلقن من المصحف فصار كما إذا تلقن من غيره، وعلى هذا لا فرق بين الموضوع والمحمول، وعلى الأول يفترقان، ولو نظر إلى مكتوب وفهمه فالصحيح أنه لا تفسد صلاته بالإجماع بخلاف ما إذا حلف لا يقرأ كتاب فلان حيث يحث بالفهم عند محمد رحمه الله لأن المقصود هنالك الفهم، أما فساد الصلاة فبالعمل الكثير ولم يوجد.

الشرح:

وقوله: (وإذا قرأ الإمام من المصحف) قيد الإمام اتفاقاً؛ لأن حكم المنفرد كذلك. قيل ويحتمل أنه قيده بالإمام؛ لأنه المحتاج إلى تطويل القراءة، فربما يحتاج إلى النظر في المصحف، ولم يذكر في الكتاب مقدار ما يقرأ وهو مختلف فيه، فمنهم من يقول: إذا قرأ مقدار آية تامة؛ لأن ما دونه غير معتبر قراءة، ومنهم من يقول: إذا قرأ مقدار الفاتحة، والظاهر أن القليل والكثير عنده في الإفساد سواء، وعندهما في عدمه سواء فهذا أطلقه في الكتاب (لهما أنها) أي القراءة (عبادة) وهو واضح (انضافت) أي انضمت (إلى عبادة) وهو النظر في المصحف لقوله ﷺ «أعظوا أعينكم من العبادة حظها قيل وما حظها من العبادة؟ قال: النظر في المصحف»، والعبادة الواحدة غير مفسدة فكيف إذا انضمت إلى أخرى (إلا أنه يكره) لأنه تشبه بصنيع أهل الكتاب) ونحن نهينا عن التشبه بها فيما لنا منه بُد، ولأبي حنيفة أن حمل المصحف والنظر فيه وتمييز حرف عن حرف وتقليب الأوراق عمل كثير وهو مفسد لا محالة؛ ولأنه تلقن من المصحف وهو كالتلقن من غيره في تحصيل ما ليس بحاصل عنده، والتلقن من الغير مفسد لا محالة فكذا من المصحف (وعلى هذا) أي على الوجه الثاني (لا فرق بين الموضوع في مكان والمحمول)؛ لأنهما في التلقن سواء (وعلى الأول يفترقان)؛ لأنه أحدث فيه الحمل، فإذا فات بالوضع فات بعض الدليل، وشمس الأئمة

السَّرْخَسِيُّ جَعَلَ التَّغْلِيلَ بِالتَّلْقِينِ أَصَحَّ.

وَقَوْلُهُ: (وَلَوْ نَظَرَ إِلَى مَكْتُوبٍ) يَعْنِي إِذَا نَظَرَ إِلَى مَكْتُوبٍ سِوَى الْقُرْآنِ، فَإِنَّهُ إِذَا كَانَ قُرْآنًا لَا خِلَافَ لِأَحَدٍ فِي جَوَازِهِ، فَأَمَّا غَيْرُ الْقُرْآنِ فَقَدْ قَالَ بَعْضُ مَشَايخِنَا: لَا تَفْسُدُ عَلَى قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ، وَتَفْسُدُ عَلَى قَوْلِ مُحَمَّدٍ، كَمَا لَوْ حَلَفَ لَا يَقْرَأُ كِتَابَ فُلَانٍ فَنَظَرَ فِيهِ حَتَّى فَهِمَهُ، وَلَمْ يَقْرَأْ بِلِسَانِهِ فَإِنَّهُ لَا يَحْتِثُ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ، خِلَافًا لِمُحَمَّدٍ؛ لِأَنَّ الْعَرَضَ مِنَ الْقِرَاءَةِ بِاللِّسَانِ الْفَهْمُ فَكَانَ الْفَهْمُ كَالْقِرَاءَةِ (وَلَأَبِي يُوسُفَ إِنْ الْقِرَاءَةُ إِنَّمَا تَكُونُ بِاللِّسَانِ)؛ لِأَنَّهُ مِنْ بَابِ الْكَلَامِ قَالَ الْمُصَنِّفُ (فَالصَّحِيحُ أَنَّهُ لَا تَفْسُدُ صَلَاتُهُ بِالْإِجْمَاعِ) وَلَيْسَ هَذِهِ كَمَسْأَلَةِ الْيَمِينِ؛ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ هُنَاكَ الْفَهْمُ (أَمَّا فَسَادُ الصَّلَاةِ فَبِالْعَمَلِ الْكَثِيرِ وَلَمْ يُوجَدْ)

(وَإِنْ مَرَّتْ امْرَأَةٌ بَيْنَ يَدَيِ الْمُصَلِّي لَمْ تَقْطَعْ صَلَاتَهُ) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «لَا يَقْطَعُ الصَّلَاةَ مُرُورُ شَيْءٍ»^(١) إِلَّا أَنْ الْمَارَّ أَتَمَّ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «لَوْ عَلِمَ الْمَارُّ بَيْنَ يَدَيِ الْمُصَلِّي مَاذَا عَلَيْهِ مِنَ الْوُزْرِ لَوَقَّفَ أَرْبَعِينَ»^(٢) وَإِنَّمَا يَأْتِمُ إِذَا مَرَّ فِي مَوْضِعٍ سَجُودِهِ عَلَى مَا قِيلَ وَلَا يَكُونُ بَيْنَهُمَا حَائِلٌ وَتَحَاذِي أَعْضَاءِ الْمَارِّ أَعْضَاءَهُ لَوْ كَانَ يُصَلِّي عَلَى الدُّكَّانِ.

الشرح:

قَالَ: (وَإِنْ مَرَّتْ امْرَأَةٌ بَيْنَ يَدَيِ الْمُصَلِّي) إِنَّمَا ذَكَرَ هَذِهِ الْمَسْأَلَةَ وَإِنْ لَمْ يَصْدُرْ مِنَ الْمُصَلِّي شَيْءٌ يُوجِبُ فَسَادَ صَلَاتِهِ رَدًّا لِقَوْلِ أَصْحَابِ الظَّاهِرِ أَنَّ مُرُورَ الْمَرْأَةِ بَيْنَ يَدَيِ الْمُصَلِّي يُفْسِدُ صَلَاتَهُ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «تَقْطَعُ الْمَرْأَةُ الصَّلَاةَ وَالْكَلْبُ وَالْحِمَارُ» قُلْنَا: أَنْكَرْتُهُ عَائِشَةُ حِينَ بَلَغَهَا فَقَالَتْ: يَا أَهْلَ الْعِرَاقِ وَالشَّقَاقِ وَالْتِفَاقِ قَرِئْتُمُونَا بِالْحُمْرِ وَالْكَلابِ، كَانَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ يُصَلِّي وَأَنَا مُعْتَرِضَةٌ بَيْنَ يَدَيْهِ اعْتِرَاضَ

(١) أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ (٧١٩) عَنْ أَبِي سَعِيدٍ الْخَدْرِيِّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ. وَأَخْرَجَهُ الدَّارِقُطِيُّ فِي سَنَنِهِ (٣٦٨/١) عَنْ ابْنِ عَمْرِو رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا، وَأَخْرَجَهُ الدَّارِقُطِيُّ (٣٦٨/١) عَنْ أَبِي أَمَامَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، وَ(٣٦٧/١) مِنْ حَدِيثِ أَنَسِ بْنِ مَالِكٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ. وَأَخْرَجَهُ الطَّبْرَانِيُّ فِي مُعْجَمِهِ الْأَوْسَطِ كَمَا فِي مَجْمَعِ الزَّوَائِدِ (٦٢/٢) مِنْ حَدِيثِ جَابِرٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ. وَانْظُرْ نَصْبَ الرَّايَةِ (٧٦/٢).

(٢) أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ فِي الصَّلَاةِ بَابَ ١٠١، وَمُسْلِمٌ (٢٦١) مِنْ حَدِيثِ أَبِي جَهِيمٍ. بَنَحُوهُ، وَانْظُرْ نَصْبَ الرَّايَةِ (٧٧/٢).

الجنّازة، فَإِذَا سَجَدَ خَسَّتْ رِجْلِي، وَإِذَا قَامَ مَدَدْتُهَا وَاعْتَرَضَ بِأَنَّ الْكَلَامَ فِي الْمُرُورِ بَيْنَ يَدَيْ الْمُصَلِّي لَا فِي الْاعْتِرَاضِ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ الْاعْتِرَاضَ بِدَوَامِهِ إِذَا لَمْ يَكُنْ مُفْسِدًا فَالْمُرُورُ أَوَّلِي، ثُمَّ الْكَلَامُ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ فِي مَوَاضِعَ: أَوَّلُهَا هَذَا، وَهُوَ أَنَّ مُرُورَ شَيْءٍ لَا يَقْطَعُهَا لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «لَا يَقْطَعُ الصَّلَاةَ مُرُورُ شَيْءٍ».

وَالثَّانِي أَنَّ الْمَارَّ أَتَمَّ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «لَوْ عَلِمَ الْمَارُّ بَيْنَ يَدَيْ الْمُصَلِّي مَاذَا عَلَيْهِ مِنَ الْوِزْرِ لَوَقَفَ أَرْبَعِينَ».

قَالَ الرَّائِي: لَا أَذْرِي قَالَ أَرْبَعِينَ عَامًا أَوْ شَهْرًا أَوْ يَوْمًا، وَقِيلَ صَحَّ مِنْ حَدِيثِ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ الْمَرَادَ أَرْبَعِينَ سَنَةً. وَالثَّالِثُ أَنَّ مَقْدَارَ مَوْضِعِ يُكْرَهُ الْمُرُورُ فِيهِ هُوَ مَوْضِعُ السُّجُودِ عَلَى مَا قِيلَ، وَهُوَ اخْتِبَارُ شَمْسِ الْأُئِمَّةِ السَّرْحَسِيِّ وَشَيْخِ الْإِسْلَامِ وَقَاضِي خَانَ، وَقَالَ فَخْرُ الْإِسْلَامِ: إِذَا صَلَّى رَامِيًا بَبَصَرِهِ إِلَى مَوْضِعِ سُجُودِهِ فَلَمْ يَقَعْ عَلَيْهِ بَصَرُهُ لَا يُكْرَهُ، وَمِنْهُمْ مَنْ قَدَّرَهُ بِمَقْدَارِ صَفَيْنِ أَوْ ثَلَاثَةِ، وَمِنْهُمْ مَنْ قَدَّرَهُ بِثَلَاثَةِ أَذْرُعَ وَمِنْهُمْ مَنْ قَدَّرَهُ بِخَمْسَةِ، وَمِنْهُمْ مَنْ قَدَّرَهُ بِأَرْبَعِينَ، هَذَا إِذَا كَانَ فِي الصَّحْرَاءِ، فَأَمَّا إِذَا كَانَ فِي الْمَسْجِدِ فَقِيلَ لَا يَنْبَغِي لِأَحَدٍ أَنْ يَمُرَّ بَيْنَهُ وَبَيْنَ قِبْلَةِ الْمَسْجِدِ، وَقِيلَ يَمُرُّ مَا وَرَاءَ خَمْسِينَ ذِرَاعًا.

وَقَوْلُهُ: (وَلَا يَكُونُ بَيْنَهُمَا) أَيُّ بَيْنَ الْمُصَلِّي وَالْمَارِّ (حَائِلٌ) كَأَسْطُوَانَةٍ أَوْ جِدَارٍ، أَمَّا إِذَا كَانَ فَلَا يَأْتُمُّ وَتُحَادِثِي أَعْضَاءَ الْمَارِّ أَعْضَاءَهُ لَوْ كَانَ يُصَلِّي عَلَى الدُّكَّانِ حَتَّى لَوْ كَانَ الدُّكَّانُ بِقَدْرِ قَامَةِ الرَّجُلِ كَانَ سُتْرَةً فَلَمْ يَأْتُمِّ، وَبَيْنَ هَذَيْنِ الْقَيْدَيْنِ: أَعْنِي قَيْدَ عَدَمِ الْحَائِلِ وَقَيْدَ الْمُحَادَاةِ وَبَيْنَ قَوْلِهِ إِذَا مَرَّ فِي مَوْضِعِ سُجُودِهِ مُنَافَاةً؛ لِأَنَّ الْجِدَارَ وَالْأَسْطُوَانَةَ لَا يُتَصَوَّرُ أَنْ يَكُونَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ مَوْضِعِ سُجُودِهِ، وَكَذَلِكَ إِذَا صَلَّى عَلَى الدُّكَّانِ لَا يُتَصَوَّرُ الْمُرُورُ فِي مَوْضِعِ سُجُودِهِ، وَلَعَلَّ مَعْنَى قَوْلِهِ فِي مَوْضِعِ سُجُودِهِ فِي مَوْضِعٍ قَرِيبٍ مِنْ مَوْضِعِ سُجُودِهِ فَيُؤَوَّلُ إِلَى مَا اخْتَارَهُ فَخْرُ الْإِسْلَامِ أَنَّهُ إِذَا صَلَّى رَامِيًا بَبَصَرِهِ إِلَى مَوْضِعِ سُجُودِهِ فَلَمْ يَقَعْ بَبَصَرِهِ عَلَيْهِ لَا يُكْرَهُ.

وَهَذَا لَا مُنَافَاةَ فِيهِ، فَلِهَذَا قَالَ فَخْرُ الْإِسْلَامِ: إِنَّهُ حَسَنٌ لِكَوْنِهِ مُطَرِّدًا فَإِنَّهُ مَا اخْتَارَ شَيْئًا إِلَّا وَهُوَ مُطَرِّدٌ فِي الصُّورِ كُلِّهَا، وَهُوَ الْإِمَامُ الَّذِي حَازَ قَصَبَاتِ السَّبْقِ فِي مِيزَانِ التَّحْقِيقِ جَزَاهُ اللَّهُ عَنِ الْمُحَصِّلِينَ خَيْرًا.

(وَيَنْبَغِي لِمَنْ يُصَلِّي فِي الصَّحْرَاءِ أَنْ يَتَّخِذَ أَمَامَهُ سُتْرَةً) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ

وَالسَّلَامُ «إِذَا صَلَّى أَحَدُكُمْ فِي الصَّحْرَاءِ فَلْيَجْعَلْ بَيْنَ يَدَيْهِ سُتْرَةً» ^(١) (وَمِقْدَارُهَا ذِرَاعٌ فَصَاعِدًا) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «أَيَعِجْزُ أَحَدُكُمْ إِذَا صَلَّى فِي الصَّحْرَاءِ أَنْ يَكُونَ أَمَامَهُ مِثْلُ مُؤَخَّرَةِ الرَّحْلِ» ^(٢) (وَقِيلَ يَنْبَغِي أَنْ تَكُونَ فِي غِلْظِ الْأَصْبُعِ) لِأَنَّ مَا دُونَهُ لَا يَبْدُو لِلنَّازِلِ مِنْ بَعِيدٍ فَلَا يَحْصُلُ الْمَقْصُودُ (وَيَقْرُبُ مِنَ السُّتْرَةِ) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «مَنْ صَلَّى إِلَى سُتْرَةٍ فَلْيَدْنُ مِنْهَا» ^(٣) (وَيَجْعَلُ السُّتْرَةَ عَلَى حَاجِبِهِ الْأَيْمَنِ أَوْ عَلَى الْأَيْسَرِ) بِهِ وَرَدَ الْأَثَرُ وَلَا بَأْسَ بِتَرْكِ السُّتْرَةِ إِذَا أَمِنَ الْمُرُورَ وَلَمْ يُوَاجِهِ الطَّرِيقَ

الشرح:

وَالرَّابِعُ أَنْ يَأْخُذَ سُتْرَةً إِذَا صَلَّى فِي الصَّحْرَاءِ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «إِذَا صَلَّى أَحَدُكُمْ فِي الصَّحْرَاءِ فَلْيَجْعَلْ بَيْنَ يَدَيْهِ سُتْرَةً» وَالْخَامِسُ فِي مِقْدَارِهَا وَذَلِكَ أَنْ يَكُونَ ذِرَاعًا فَصَاعِدًا (لِقَوْلِهِ ﷺ «أَيَعِجْزُ أَحَدُكُمْ إِذَا صَلَّى فِي الصَّحْرَاءِ أَنْ يَكُونَ أَمَامَهُ مِثْلُ مُؤَخَّرَةِ الرَّحْلِ» بِضَمِّ الْمِيمِ وَكَسْرِ الْخَاءِ لُغَةً فِي آخِرَتِهِ وَهِيَ الْحَشْبَةُ الْعَرِيضَةُ الَّتِي تُحَازِي رَأْسَ الرَّائِبِ، وَتَشْدِيدُ الْخَاءِ خَطَأً، وَهِيَ يَجُوزُ أَنْ تَكُونَ مِقْدَارُ ذِرَاعٍ وَسَنَدُكُرُّ أَنَّهُ ﷺ صَلَّى إِلَى عَنَزَةٍ وَهِيَ مِقْدَارُ ذِرَاعٍ. وَقَوْلُهُ: (يَنْبَغِي) تَيَّانُ غِلْظِهِ رُوي عَنْ ابْنِ مَسْعُودٍ أَنَّهُ قَالَ: يُعْجِزُ مِنَ السُّتْرَةِ السَّهْمُ. وَالسَّادِسُ أَنْ يَقْرُبَ مِنَ السُّتْرَةِ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «مَنْ صَلَّى إِلَى سُتْرَةٍ فَلْيَدْنُ مِنْهَا» وَالسَّابِعُ أَنْ يَجْعَلَ السُّتْرَةَ عَلَى حَاجِبِهِ الْأَيْمَنِ أَوْ الْأَيْسَرِ؛ لِأَنَّ الْأَثَرَ وَرَدَ بِهِ، رُوي «أَنَّهُ ﷺ مَا صَلَّى إِلَى شَجَرَةٍ

(١) قال الزيلعي في نصب الراية (٢/٧٩): غريب بهذا اللفظ، ويقرب منه ما أخرجه أبو داود (٦٨٩) من حديث أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: (إذا صلى أحدكم، فليجعل تلقاء وجهه شيئاً، فإن لم يجد، فليصب عصاً، فإن لم يكن معه عصاً فليخطط خطأ، ولا يضره ما مر أمامه). وأخرجه ابن حبان (٤٠٨) موارد، والحاكم في المستدرک (١/٢٥١)، وأحمد (٥٦/٢).

(٢) قال الزيلعي في نصب الراية (٢/٨٠): غريب بهذا اللفظ، وأخرج مسلم (٢٤١) عن طلحة ابن عبيد الله، قال: قال رسول الله ﷺ: (إذا جعلت بين يديك مثل مؤخرة الرجل، فلا يضرک من مر بين يديک)، وأخرجه أيضاً (٢٦٥) من حديث أبي ذر، بمعناه، وأخرجه أيضاً (٢٦٦) عن أبي هريرة، و(٢٤٣) عن عائشة رضي الله عنها.

(٣) أخرجه أبو داود (١٠٦)، والنسائي في القبلة باب ٥، وابن حبان (٤٠٩) موارد، والحاكم في المستدرک (١/٢٥١ ٢٥٢) كلهم من حديث سهل بن أبي خيثمة.

وَلَا إِلَى عُودٍ وَلَا إِلَى عُمُودٍ إِلَّا جَعَلَهُ عَلَى حَاجِبِهِ الْأَيْمَنِ وَلَمْ يَصْمُدْهُ صَمْدًا» أَيُّ لَمْ يَقْصِدْهُ قَصْدًا إِلَى الْمَوَاجِهَةِ.

(وَسُتْرَةُ الْإِمَامِ سُتْرَةٌ لِلْقَوْمِ) لِأَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ صَلَّى بِيَطْحَاءَ مَكَّةَ إِلَى عَنَزَةٍ وَلَمْ يَكُنْ لِلْقَوْمِ سُتْرَةٌ (وَيُعْتَبَرُ الْغَرَزُ دُونَ الْإِلْقَاءِ وَالْخَطِّ) لِأَنَّ الْمَقْصُودَ لَا يَحْصُلُ بِهِ (وَيَدْرَأُ الْمَارَّ إِذَا لَمْ يَكُنْ بَيْنَ يَدَيْهِ سُتْرَةٌ أَوْ مَرٌّ بَيْنَهُ وَبَيْنَ السُّتْرَةِ) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «ادْرَعُوا مَا اسْتَطَعْتُمْ» ^(١) (وَيَدْرَأُ بِالْإِشَارَةِ) كَمَا فَعَلَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بَوْلَدِي أُمِّ سَلَمَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا (أَوْ يَدْفَعُ بِالتَّسْبِيحِ) لَمَّا رَوَيْنَا مِنْ قَبْلُ (وَيُكْرَهُ الْجَمْعُ بَيْنَهُمَا) لِأَنَّ بَأَحَدِهِمَا كِفَايَةٌ.

الشرح:

وَالثَّامِنُ أَنَّ سُتْرَةَ الْإِمَامِ سُتْرَةٌ لِلْقَوْمِ؛ «لَأَنَّهُ ﷺ صَلَّى بِيَطْحَاءَ مَكَّةَ إِلَى عَنَزَةٍ وَلَمْ يَكُنْ لِلْقَوْمِ سُتْرَةٌ» أَيُّ عَصَا ذَاتُ زَجٍّ. وَالزَّجُّ الْحَدِيدَةُ فِي أَسْفَلِ الرُّمَحِ، وَهُوَ بِالتَّوْنِينَ؛ لِأَنَّهُ اسْمُ جَنْسٍ نَكِرَةٌ. وَقَالَ فِي الْكَافِي: إِنْ أُرِيدَ بِهَا عَنَزَةُ النَّبِيِّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ كَانَ غَيْرَ مُنْصَرِفٍ لِلْعَلَمِيَّةِ وَالتَّائِيثِ فَيَكُونُ مَنْصُوبًا. وَالتَّاسِعُ أَنَّ الْمُعْتَبَرُ هُوَ الْغَرَزُ دُونَ الْإِلْقَاءِ وَالْخَطِّ. قِيلَ هَذَا إِذَا كَانَتْ الْأَرْضُ رَخْوَةً، أَمَّا إِذَا كَانَتْ صَلْبَةً لَا يُمَكِّنُهُ الْغَرَزُ فَإِنَّهُ يَضَعُهَا طُولًا لَتَكُونَ عَلَى هَيْئَةِ الْغَرَزِ وَإِنْ لَمْ تَكُنْ مَعَهُ خَشَبَةٌ قَالَ بَعْضُ مَشَايخِنَا الْمُتَأَخِّرِينَ: يَخْطُ خَطًّا طَوِيلًا، وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ وَلَمْ يَعْتَبِرْهُ الْمُصَنِّفُ؛ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ وَهُوَ الْحِيلُولَةُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْمَارِّ لَا يَحْصُلُ بِهِ فَيَكُونُ وَجُودُهُ كَعَدَمِهِ وَهُوَ الْمَرْوِيُّ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ.

وَرَوَى هِشَامٌ عَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ كَانَ يَطْرَحُ سَوْطَهُ بَيْنَ يَدَيْهِ وَيُصَلِّي. فَإِنْ قِيلَ: الْخَطُّ وَالْوَضْعُ قَدْ رُويَا كَالْغَرَزِ فَمَا وَجْهُ الْمَنْعِ؟ أُجِيبَ بِأَنَّ ذَلِكَ لَمْ يَصِحَّ عِنْدَ أَئِمَّةِ الْحَدِيثِ، وَلَمْ يُذَكَّرْ أَنَّ تَرْكَ السُّتْرَةِ لَا بَأْسَ بِهِ إِذَا أُمِنَ الْمُرُورُ لَمَّا أَنَّ اتِّخَاذَ السُّتْرَةِ لِلْحِجَابِ عَنِ الْمَارِّ وَلَا حَاجَةَ بِهَا عِنْدَ عَدَمِ الْمَارِّ. وَرَوَى عَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ تَرَكَهُ فِي طَرِيقِ

(١) أخرجه البخاري في الصلاة باب ١٠٠، ومسلم (٢٥٨) وأبو داود في الصلاة باب ١٠٧، والنسائي في القسامة باب ٤٨، وابن ماجه في الإقامة باب ٣٩، ومالك في قصر الصلاة في السفر (٣٣)، وأحمد (٣٤/٣)، (٤٤).

الحِجَارِ غَيْرَ مَرَّةٍ. وَالْعَاشِرُ الدَّرُّ إِذَا لَمْ يَكُنْ بَيْنَ يَدَيْهِ سُرَّةٌ أَوْ مَرَّ بَيْنَهُ وَبَيْنَ السُّرَّةِ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «ادْرَعُوا مَا اسْتَطَعْتُمْ» (وَيَدْرَأُ) أَيُّ يَدْفَعُ (بِالإِشَارَةِ كَمَا فَعَلَ النَّبِيُّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ بَوْلَدِي أُمِّ سَلَمَةَ) حَيْثُ «كَانَ يُصَلِّي فِي بَيْتِهَا فَقَامَ وَلَدُهَا عُمَرُ لِيَمُرَّ بَيْنَ يَدَيْهِ ﷺ، فَأَشَارَ إِلَيْهِ أَنْ قَفْ، فَوَقَفَ، ثُمَّ قَامَتْ بِنْتُهَا زَيْنَبُ لَتَمُرَّ بَيْنَ يَدَيْهِ، فَأَشَارَ إِلَيْهَا أَنْ قَفِي فَأَبَتْ فَمَرَّتْ، فَلَمَّا فَرَغَ مِنْ صَلَاتِهِ قَالَ: نَاقَصَاتُ الْعَقْلِ نَاقَصَاتُ الدِّينِ صَوَاحِبُ يُوسُفَ صَوَاحِبُ كُرْسُفٍ يَغْلِبُنَ الْكَرَامَ وَيَغْلِبُهُنَّ اللَّثَامُ» (أَوْ يَدْفَعُ بِالتَّسْبِيحِ لِمَا رَوَيْنَا مِنْ قَبْلُ) وَهُوَ قَوْلُهُ: عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «إِذَا نَابَتْ أَحَدَكُمْ نَائِبَةٌ فِي الصَّلَاةِ فَلْيُسَبِّحْ» وَهَذِهِ نَائِبَةٌ فِي الصَّلَاةِ فَلْيُسَبِّحْ (وَيُكْرَهُ الْجَمْعُ بَيْنَهُمَا) أَيُّ بَيْنَ الإِشَارَةِ وَالتَّسْبِيحِ (لَأَنَّ بَاحِدَهُمَا كِفَايَةٌ) وَهَذَا فِي حَقِّ الرِّجَالِ، أَمَّا النِّسَاءُ فَيُصَفَّقْنَ يَضْرِبْنَ بِظُهُورِ أَصَابِعِ الْيَدِ الْيُمْنَى عَلَى صَفْحَةِ الْكَفِّ الْيُسْرَى لِمَا مَرَّ أَنَّ لَهُنَّ التَّصْفِيقَ؛ لِأَنَّ فِي صَوْتِهِنَّ فِتْنَةً فَلَا يُسْتَحَبُّ لَهُنَّ التَّسْبِيحُ.

فصل

(وَيُكْرَهُ لِلْمُصَلِّي أَنْ يَعْثَ بِثَوْبِهِ أَوْ بِجَسَدِهِ) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «إِنَّ اللَّهَ تَعَالَى كَرِهَ لَكُمْ ثَلَاثًا، وَذَكَرَ مِنْهَا الْعَبَثُ فِي الصَّلَاةِ»^(١) وَلَأَنَّ الْعَبَثَ خَارِجُ الصَّلَاةِ حَرَامٌ فَمَا ظَنُّكَ فِي الصَّلَاةِ (وَلَا يُقَلِّبُ الْحَصَى) لِأَنَّهُ نَوْعُ عَبَثٍ (إِلَّا أَنْ لَا يُمَكِّنُهُ مِنَ السُّجُودِ فَيُسَوِّيهُ مَرَّةً وَاحِدَةً) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «مَرَّةً يَا أَبَا ذَرٍّ وَإِلَّا قَدَرٌ»^(٢) وَلَأَنَّ فِيهِ إِصْلَاحَ صَلَاتِهِ.

الشرح:

(فصل) مَا يُكْرَهُ لِلْمُصَلِّي عَمَّا يُفْسِدُ صَلَاتَهُ وَأَخْرَهُ ذِكْرًا لِقُوَّةِ الْمُفْسِدِ (وَيُكْرَهُ لِلْمُصَلِّي أَنْ يَعْثَ بِثَوْبِهِ) قَالَ بَدْرُ الدِّينِ الْكَرْدَرِيُّ: الْعَبَثُ الْفِعْلُ الَّذِي فِيهِ غَرَضٌ لَكِنَّهُ لَيْسَ بِشَرْعِيٍّ، وَالسَّفَهُ مَا لَا غَرَضَ فِيهِ أَصْلًا. وَقَالَ حُمَيْدُ الدِّينِ: الْعَبَثُ كُلُّ عَمَلٍ لَيْسَ

(١) رواه القضاعي في مسند الشهاب عن يحيى بن أبي كثير، مرسلا. والحافظ شمس الدين الذهبي في كتابه الميزان (٢٤٢/١). وانظر نصب الراية (٨٥/٢).

(٢) أخرجه أحمد (١٦٣/٥) عن أبي ذر، بمعناه، وقال الزيلعي في نصب الراية (٨٥/٢): غريب بهذا اللفظ.

فِيهِ غَرَضٌ صَحِيحٌ وَلَا نِزَاعٌ فِي الاصْطِلَاحِ، وَلَمَّا كَانَ الْعَبَثُ بِالثُّوبِ أَوْ الْجَسَدِ أَكْثَرَ وَفُوعًا قَدَمَهُ، وَلَا مُعْتَبَرٌ بِمَا قِيلَ إِلَّا مَا قَدَّمَهُ؛ لِأَنَّهُ كُلُّيَّ يَشْمَلُ مَا بَعْدَهُ؛ لِأَنَّ الْعَبَثَ بِالثُّوبِ لَا يَشْمَلُ مَا بَعْدَهُ مِنْ تَقْلِبِ الْحَصَى وَغَيْرِهِ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «إِنَّ اللَّهَ كَرِهَ لَكُمْ ثَلَاثًا» وَذَكَرَ مِنْهَا الْعَبَثَ فِي الصَّلَاةِ، وَالْبَاقِيَانِ هُوَ الرَّفْتُ فِي الصَّوْمِ وَالضَّحْكَ فِي الْمَقَابِرِ. وَقَوْلُهُ: (؛ لِأَنَّ الْعَبَثَ خَارِجَ الصَّلَاةِ حَرَامٌ فَمَا طَنَكَ فِي الصَّلَاةِ) قِيلَ فَعَلَى هَذَا كَانَ كَالْفَهْقَهَةِ فَيَنْبَغِي أَنْ يُفْسِدَ الصَّلَاةَ، وَهُوَ سَاقِطٌ؛ لِأَنَّ إِفْسَادَ الْفَهْقَهَةِ لِفْسَادِ الصَّوْمِ بِهَا وَلَيْسَ فِي الْعَبَثِ ذَلِكَ.

وَقَوْلُهُ: (وَلَا يُقَلَّبُ الْحَصَى) ظَاهِرٌ قِيلَ وَحَاصِلُهُ أَنَّ كُلَّ عَمَلٍ يُفِيدُ الْمُصَلِّيَ لَا بَأْسَ بِهِ لَمَّا رَوَى «أَنَّهُ ﷺ عَرَقَ فِي صَلَاتِهِ لَيْلَةً فَسَلَتْ الْعَرَقَ عَنْ جَبِينِهِ»: أَيِ مَسَحَهُ؛ لِأَنَّهُ كَانَ يُؤْذِيهِ فَكَانَ مُفِيدًا، وَإِذَا قَامَ مِنْ سُجُودِهِ فِي الصَّفِّ نَفَضَ ثَوْبَهُ يَمَنَةً وَيَسْرَةً كَيْ لَا تَبْقَى صُورَةٌ.

(وَلَا يُفَرِّقُ أَصَابِعَهُ) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «لَا تُفَرِّقُ أَصَابِعَكَ وَأَنْتَ تُصَلِّي»^(١).

الشرح:

قَوْلُهُ: (وَلَا يُفَرِّقُ أَصَابِعَهُ) الْفَرَقَةُ تَنْفِيزُ الْأَصَابِعِ بِالْعَمْرِ أَوْ الْمَدِّ حَتَّى تُصَوَّتَ (وَلَا يَتَخَصَّرُ) وَهُوَ وَضْعُ الْيَدِ عَلَى الْخَاصِرَةِ لِأَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ نَهَى عَنِ الْإِخْتِصَارِ فِي الصَّلَاةِ^(٢)، وَلِأَنَّ فِيهِ تَرْكَ الْوَضْعِ الْمُسْتَوْنِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (لِأَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ نَهَى عَنِ الْإِخْتِصَارِ فِي الصَّلَاةِ) رَوَى أَبُو هُرَيْرَةَ أَنَّهُ ﷺ نَهَى عَنِ الْإِخْتِصَارِ فِي الصَّلَاةِ.

(وَلَا يَلْتَفِتُ) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ "لَوْ عَلِمَ الْمُصَلِّي مَنْ يُنَاجِي مَا التَفَتَ"^(٣)

(١) أخرجه ابن ماجه (٩٦٥)، ولفظه فيه: (لا تفقع).

(٢) أخرجه البخاري في العمل في الصلاة باب ١٧، ومسلم (٤٧)، وأبو داود (٩٤٧)، والترمذي في الصلاة باب ١٦٤، من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

(٣) قال الزيلعي في نصب الراية (٨٧/٢): غريب، ورواه الطبراني في الأوسط كما في مجمع الزوائد للهيتمي (٨٠ / ٢)، بمعناه.

(وَلَوْ نَظَرَ بِمُؤَخَّرِ عَيْنِهِ يَمَنَةً وَيَسْرَةً مِنْ غَيْرِ أَنْ يَلْوِيَ عُنُقَهُ لَا يُكْرَهُ) لِأَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ كَانَ يُلَاحِظُ أَصْحَابَهُ فِي صَلَاتِهِ بِمَوْقِعِ عَيْنِهِ^(١).

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَلَا يَلْتَفِتُ) ظَاهِرٌ.

(وَلَا يُقْعِي وَلَا يَفْتَرِشُ ذِرَاعِيهِ) لِقَوْلِ أَبِي ذَرٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «نَهَانِي خَلِيلِي عَنْ ثَلَاثٍ: أَنْ أَتَفَرَّشَ نَقَرَ الدِّيكِ، وَأَنْ أَقْعِيَ إِقْعَاءَ الْكَلْبِ، وَأَنْ أَفْتَرِشَ افْتَرِشَ الثُّعْلَبِ»^(٢).
وَالْإِقْعَاءُ: أَنْ يَضَعَ أَلْيَتَيْهِ عَلَى الْأَرْضِ وَيَنْصِبُ رُكْبَتَيْهِ نَصْبًا هُوَ الصَّحِيحُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (هُوَ الصَّحِيحُ) اخْتِرَازٌ عَنِ التَّفْسِيرِ الْآخِرِ لِلْإِقْعَاءِ، وَهُوَ أَنْ يَنْصِبَ قَدَمَيْهِ كَمَا يَفْعَلُ فِي السُّجُودِ وَيَضَعُ أَلْيَتَيْهِ عَلَى عَقَبَيْهِ؛ لِأَنَّ الْكَلْبَ لَا يُقْعِي كَذَلِكَ وَإِنَّمَا يُقْعِي مِثْلَ مَا ذَكَرَ فِي الْكِتَابِ إِلَّا أَنَّهُ يَنْصِبُ يَدَيْهِ وَالْأَدْمِي يَنْصِبُ رُكْبَتَيْهِ إِلَى صَدْرِهِ
(وَلَا يَرُدُّ السَّلَامَ بِلِسَانِهِ) لِأَنَّهُ كَلَامٌ (وَلَا بِيَدِهِ) لِأَنَّهُ سَلَامٌ مَعْنَى حَتَّى لَوْ صَافَحَ بِنِيَّةِ التَّسْلِيمِ تَفْسُدُ صَلَاتُهُ

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَلَا يَرُدُّ السَّلَامَ) ظَاهِرٌ

(وَلَا يَتَرَجَّعُ إِلَّا مِنْ عُدْرٍ) لِأَنَّهُ فِيهِ تَرَكُّ سُنَّةِ الْقُعُودِ (وَلَا يَعْصُ شَعْرَهُ) وَهُوَ أَنْ يَجْمَعَ شَعْرَهُ عَلَى هَامَتِهِ وَيَشُدَّهُ بِخِيطٍ أَوْ بِصَمْغٍ لِيَتَلَبَّدَ، فَقَدْ رُوِيَ أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ نَهَى أَنْ يُصَلِّيَ الرَّجُلُ وَهُوَ مَعْقُوصٌ^(٣).

(وَلَا يَكْفُ تَوْبَهُ) لِأَنَّهُ نَوْعٌ تَجْبِرُ (وَلَا يُسَدِّلُ تَوْبَهُ) لِأَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ نَهَى عَنِ السَّدْلِ^(٤)، وَهُوَ أَنْ يَجْعَلَ تَوْبَهُ عَلَى رَأْسِهِ وَكَتِفَيْهِ ثُمَّ يُرْسِلَ أَطْرَافَهُ مِنْ جَوَانِبِهِ.

(١) قال الزيلعي في نصب الراية (٨٩/٢): غريب بهذا اللفظ، وأخرجه الترمذي (٥٨٧)، والنسائي في السهو باب ١١، عن ابن عباس رضي الله عنهما، بمعناه.

(٢) قال الزيلعي في نصب الراية (٩٢/٢): غريب من حديث أبي ذر، وأخرجه أحمد (٣١١/٢)، والبيهقي في السنن الكبرى (٢٧٤١) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه، بنحوه.

(٣) أخرجه أبو داود في الصلاة باب ٨٧، والترمذي في الصلاة باب ١٦٥، وأحمد (١٤٦/١)، وابن ماجه في الإقامة باب ٦٧. وانظر نصب الراية (٩٣/٢).

(٤) أخرجه أبو داود في الصلاة باب ٥٨ وزاد: وأن يغطي الرجل فاه، والترمذي في الصلاة باب

(وَلَا يَأْكُلُ وَلَا يَشْرَبُ) لِأَنَّهُ لَيْسَ مِنْ أَعْمَالِ الصَّلَاةِ (فَإِنْ أَكَلَ أَوْ شَرِبَ عَامِدًا أَوْ نَاسِيًا فَسَدَتْ صَلَاتُهُ) لِأَنَّهُ عَمَلٌ كَثِيرٌ وَحَالَةُ الصَّلَاةِ مُذَكَّرَةٌ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (فَإِنْ أَكَلَ أَوْ شَرِبَ عَامِدًا أَوْ نَاسِيًا فَسَدَتْ صَلَاتُهُ) فَرَضًا كَانَتْ أَوْ نَفْلًا، وَعَنْ سَعِيدِ بْنِ جُبَيْرٍ أَنَّهُ شَرِبَ وَعَنْ طَاوُسٍ يَحْجُوزُ شَرْبُهُ فِي النَّفْلِ وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ أَحْمَدَ. وَقَوْلُهُ: (لِأَنَّهُ) أَيُّ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنَ الْأَكْلِ وَالشُّرْبِ (عَمَلٌ كَثِيرٌ) لَا مَحَالَةَ وَهُوَ مُفْسِدٌ وَقَوْلُهُ: (وَحَالَةُ الصَّلَاةِ مُذَكَّرَةٌ) جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ يَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ النَّسِيَانُ عَفْوًا كَمَا فِي الصَّوْمِ. وَوَجْهُهُ أَنَّهَا لَيْسَتْ كَالصَّوْمِ؛ لِأَنَّ حَالَةَ الصَّلَاةِ مُذَكَّرَةٌ بِخِلَافِ حَالَةِ الصَّيَامِ، فَإِنْ أَكَلَ مَا بَيْنَ أَسْنَانِهِ فَمِنْهُمْ مَنْ يَقُولُ: إِذَا كَانَ مَا دُونَ مِلْءِ الْفَمِ لَا تَفْسُدُ، وَمِنْهُمْ مَنْ يَقُولُ إِنْ كَانَ قَلِيلًا فَمَا دُونَ الْحِمَصَةِ لَا تَفْسُدُ كَمَا فِي الصَّوْمِ، وَإِنْ كَانَ أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ فَسَدَتْ.

(وَلَا بَأْسَ بِأَنْ يَكُونَ مَقَامُ الْإِمَامِ فِي الْمَسْجِدِ وَسُجُودُهُ فِي الطَّلَاقِ، وَيُكْرَهُ أَنْ يَقُومَ فِي الطَّلَاقِ) لِأَنَّهُ يُشَبِّهُ صَنِيعَ أَهْلِ الْكِتَابِ مِنْ حَيْثُ تَخْصِيصُ الْإِمَامِ بِالْمَكَانِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ سُجُودُهُ فِي الطَّلَاقِ (وَيُكْرَهُ أَنْ يَكُونَ الْإِمَامُ وَحْدَهُ عَلَى الدُّكَّانِ) لَمَّا قُلْنَا (وَكَذَا عَلَى الْقَلْبِ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ) لِأَنَّهُ أَزْدِرَاءُ بِالْإِمَامِ (وَلَا بَأْسَ بِأَنْ يُصَلِّيَ إِلَى ظَهْرِ رَجُلٍ قَاعِدٍ يَتَحَدَّثُ) لِأَنَّ ابْنَ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا رُبَّمَا كَانَ يَسْتَتِرُ بِنَافِعٍ فِي بَعْضِ أَسْفَارِهِ (وَلَا بَأْسَ بِأَنْ يُصَلِّيَ وَبَيْنَ يَدَيْهِ مُصْحَفٌ مُعَلَّقٌ أَوْ سَيْفٌ مُعَلَّقٌ) لِأَنَّهُمَا لَا يُعْبَدَانِ، وَبِاعْتِبَارِهِ تَثَبُّتُ الْكَرَاهَةِ

الشرح:

قَالَ (وَلَا بَأْسَ بِأَنْ يَكُونَ مَقَامُ الْإِمَامِ فِي الْمَسْجِدِ) شُرِعَ مِنْ هُنَا فِي بَيَانِ مَسَائِلِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ، وَالطَّلَاقُ هُوَ الْمِحْرَابُ، وَالْمَذْكُورُ فِي الْكِتَابِ فِي وَجْهِ الْكَرَاهَةِ أَحَدُ الطَّرِيقَيْنِ، وَالطَّرِيقُ الْآخَرُ وَهُوَ الْمَرْوِيُّ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ أَنَّ يَشْتَبِهَ عَلَى مَنْ عَنْ يَمِينِهِ وَيَسَارِهِ، وَعَلَى هَذَا إِنْ كَانَ بِجَنْبَيْ الطَّلَاقِ عَمُودَانِ وَوَرَاءَ ذَلِكَ فُرْجَةٌ يَطْلُعُ فِيهَا مَنْ عَنْ

يَمِينِهِ وَيَسَارِهِ عَلَى حَالِهِ فَلَا بَأْسَ بِهِ، وَالْمُرَادُ بِالْمَقَامِ الْمَذْكُورِ فِي الْكِتَابِ مَكَانُ الْأَقْدَامِ، فَإِذَا كَانَتْ قَدَمَاهُ خَارِجَتَيْنِ فَلَا بَأْسَ بِهِ، وَإِنَّمَا اخْتَارَ الْمُصَنِّفُ الْوَجْهَ الْأَوَّلَ؛ لِأَنَّهُ مُطَرِّدٌ، بِخِلَافِ الثَّانِي فَإِنَّهُ إِذَا أُمِكنَ الْإِطْلَاعُ عَلَى حَالِهِ بِالْفُرْجَةِ عَلَى مَا ذَكَرْنَاهُ لَمْ يَطْرُدْ فِيهِ، وَإِنَّمَا قَيَّدَ قَوْلُهُ أَنْ يَكُونَ الْإِمَامُ بِقَوْلِهِ وَخَدُّهُ إشارَةً إِلَى أَنَّهُ لَوْ كَانَ مَعَهُ بَعْضُ الْقَوْمِ لَمْ يُكْرَهُ، وَإِنَّمَا قَالَ عَلَى الْقَلْبِ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ اخْتِرَازًا عَمَّا ذَكَرَ الطَّحَاوِيُّ أَنَّهُ لَا يُكْرَهُ لِرِوَالِ الْمَعْنَى الْأَوَّلِ وَهُوَ التَّشْبِيهُ بِصَنِيعِ أَهْلِ الْكِتَابِ فَإِنَّهُمْ لَا يَفْعَلُونَ ذَلِكَ، وَلَمْ يَذْكُرْ فِي الْكِتَابِ مِقْدَارَ ارْتِفَاعِ الدُّكَّانِ، وَذَكَرَ الطَّحَاوِيُّ أَنَّهُ مُقَدَّرٌ بِقَامَةِ الرَّجُلِ وَهُوَ مَرْوِيٌّ عَنْ أَبِي يُوسُفَ، وَقِيلَ مُقَدَّرٌ بِمِقْدَارِ مَا يَقَعُ بِهِ الْاِمْتِيَازُ، وَقِيلَ بِذِرَاعِ اعْتِبَارِهِ بِالسُّتْرَةِ وَعَلَيْهِ الْاعْتِمَادُ، وَهَذَا إِذَا لَمْ يَكُنْ عُذْرٌ. وَأَمَّا إِذَا كَانَ كَمَا فِي يَوْمِ الْجُمُعَةِ يَقُومُ النَّاسُ عَلَى الرُّفُوفِ وَالْإِمَامُ فِي الْجَامِعِ عَلَى الْأَرْضِ لَضِيقِ الْمَكَانِ فَلَا يُكْرَهُ.

وقوله: (وَلَا بَأْسَ بِأَنْ يُصَلِّيَ إِلَى ظَهْرِ رَجُلٍ قَاعِدٍ يَتَحَدَّثُ) ظَاهِرٌ، إِنَّمَا الْمَكْرُوهُ أَنْ يُصَلِّيَ إِلَى وَجْهِ غَيْرِهِ، لَمَّا رُوِيَ أَنَّ عُمَرَ رَأَى رَجُلًا يُصَلِّيَ إِلَى وَجْهِ غَيْرِهِ فَعَلَا هُمَا الدَّرَّةَ وَقَالَ لِلْمُصَلِّي: تَسْتَقْبِلُ الصُّورَةَ فِي صَلَاتِكَ، وَقَالَ لِلْقَاعِدِ اتَّسِقِبِلِ الْمُصَلِّيَ بِوَجْهِكَ. فَعُلِمَ أَنَّ ذَلِكَ مَكْرُوهٌ، وَعُلِمَ مِنْ قَوْلِهِ إِلَى ظَهْرِ رَجُلٍ يَتَحَدَّثُ أَنَّهُ لَا بَأْسَ بِأَنْ يُصَلِّيَ وَيَقْرُبَهُ قَوْمٌ يَتَحَدَّثُونَ، وَمِنْ النَّاسِ مَنْ كَرِهَ ذَلِكَ لَمَّا رُوِيَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ «نَهَى أَنْ يُصَلِّيَ الرَّجُلُ وَعِنْدَهُ قَوْمٌ يَتَحَدَّثُونَ أَوْ نَائِمُونَ» وَتَأْوِيلُهُ عِنْدَنَا إِذَا رَفَعُوا أَصْوَاتَهُمْ عَلَى وَجْهِ يُخَافُ مِنْهُ وَفُوعُ الْغَلَطِ فِي الصَّلَاةِ، أَوْ يُخَافُ أَنْ يَظْهَرَ صَوْتُ مِنَ النَّائِمِينَ فَيَضْحَكُ فِي صَلَاتِهِ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ كَذَلِكَ فَلَا بَأْسَ بِهِ، وَالدَّلِيلُ عَلَى أَنَّهُ لَا يُكْرَهُ عِنْدَ الْأَمَنِ عَلَى ذَلِكَ مَا رُوِيَ أَنَّ أَصْحَابَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ كَانُوا يُصَلُّونَ وَبَعْضُهُمْ كَانُوا يَقْرَأُونَ وَبَعْضُهُمْ كَانُوا يَتَعَلَّمُونَ الْفِقْهَ وَبَعْضُهُمْ كَانُوا يَذْكُرُونَ الْمَوَاعِظَ وَلَمْ يَمْنَعُهُمْ عَنْ ذَلِكَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ وقوله: (وَلَا بَأْسَ بِأَنْ يُصَلِّيَ وَبَيْنَ يَدَيْهِ مُصْحَفٌ مُعَلَّقٌ أَوْ سَيْفٌ مُعَلَّقٌ) إِنَّمَا أُوْرِدَ هَذِهِ الْمَسْأَلَةُ؛ لِأَنَّ مِنَ الْعُلَمَاءِ مَنْ كَرِهَ ذَلِكَ فَقَالَ السَّيْفُ أَلَا الْحَرْبُ، وَفِي الْحَدِيدِ بَأْسٌ شَدِيدٌ، فَلَا يَلِيقُ تَقْدِيمُهُ فِي مَقَامِ التَّضَرُّعِ. وَقِيلَ هُوَ قَوْلُ ابْنِ عُمَرَ، وَفِي اسْتِقْبَالِ الْمُصْحَفِ تَشْبَهُ بِأَهْلِ الْكِتَابِ فَإِنَّهُمْ يَفْعَلُونَ ذَلِكَ بِكَتَابِهِمْ، وَقِيلَ هُوَ قَوْلُ إِبْرَاهِيمَ النَّخَعِيِّ وَمَا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ مِنَ الدَّلِيلِ ظَاهِرٌ.

(وَلَا بَأْسَ أَنْ يُصَلِّيَ عَلَى بَسَاطٍ فِيهِ تَصَاوِيرٌ) لَأَنَّ فِيهِ اسْتِهَانَةً بِالصُّورِ (وَلَا يَسْجُدُ عَلَى التَّصَاوِيرِ) لِأَنَّهُ يُشْبِهُ عِبَادَةَ الصُّورَةِ، وَأَطْلَقَ الْكَرَاهَةَ فِي الْأَصْلِ لِأَنَّ الْمُصَلِّيَ مُعْظَمٌ (وَيُكْرَهُ أَنْ يَكُونَ فَوْقَ رَأْسِهِ فِي السَّقْفِ أَوْ بَيْنَ يَدَيْهِ أَوْ بِحِذَائِهِ تَصَاوِيرُ أَوْ صُورَةٌ مُعَلَّقَةٌ) «لِحَدِيثِ جَبْرِيلَ: إِنَّا لَا نَدْخُلُ بَيْتًا فِيهِ كَلْبٌ أَوْ صُورَةٌ»^(١)، وَلَوْ كَانَتْ الصُّورَةُ صَغِيرَةً بِحَيْثُ لَا تَبْدُو لِلنَّاضِرِ لَا يُكْرَهُ لِأَنَّ الصَّغَارَ جِدًّا لَا تُعْبَدُ (وَإِذَا كَانَ التَّمَثَالُ مُقْطُوعَ الرَّاسِ) أَيِ مَحْذُورِ الرَّاسِ (فَلَيْسَ بِتِمَثَالٍ) لِأَنَّهُ لَا يُعْبَدُ بِذَوْنِ الرَّاسِ وَصَارَ كَمَا إِذَا صَلَّى إِلَى شَمْعٍ أَوْ سِرَاجٍ عَلَى مَا قَالُوا.

(وَلَوْ كَانَتْ الصُّورَةُ عَلَى وَسَادَةٍ مُلْقَاةٍ أَوْ عَلَى بَسَاطٍ مَفْرُوشٍ لَا يُكْرَهُ) لِأَنَّهَا تُدَاسُ وَتُوطَأُ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَتْ الْوِسَادَةُ مَنْصُوبَةً أَوْ كَانَتْ عَلَى الشُّتْرِ لِأَنَّهُ تَعْظِيمٌ لَهَا، وَأَشَدُّهَا كَرَاهَةً أَنْ تَكُونَ أَمَامَ الْمُصَلِّيِ ثُمَّ مِنْ فَوْقَ رَأْسِهِ ثُمَّ عَلَى يَمِينِهِ ثُمَّ عَلَى شِمَالِهِ ثُمَّ خَلْفَهُ (وَلَوْ لَيْسَ تَوْبًا فِيهِ تَصَاوِيرُ يُكْرَهُ) لِأَنَّهُ يُشْبِهُ حَامِلَ الصَّنَمِ، وَالصَّلَاةُ جَائِزَةٌ فِي جَمِيعِ ذَلِكَ لِاسْتِجْمَاعِ شَرَائِطِهَا، وَتُعَادُ عَلَى وَجْهِ غَيْرِ مَكْرُوهٍ، وَهَذَا الْحُكْمُ فِي كُلِّ صَلَاةٍ أُدِّيَتْ مَعَ الْكَرَاهَةِ (وَلَا يُكْرَهُ تِمَثَالٌ غَيْرُ ذِي الرُّوحِ) لِأَنَّهُ لَا يُعْبَدُ.

الشرح:

(وَقَوْلُهُ: وَلَا بَأْسَ أَنْ يُصَلِّيَ عَلَى بَسَاطٍ فِيهِ تَصَاوِيرُ) التَّصَاوِيرُ مَا يُصَوَّرُ مُشَبَّهًا بِخَلْقِ اللَّهِ تَعَالَى أَعْمٌ مِنْ أَنْ يَكُونَ مِنْ ذَوَاتِ الرُّوحِ أَوْ لَا. وَقَوْلُهُ: (وَأَطْلَقَ الْكَرَاهَةَ فِي الْأَصْلِ) أَيِ لَمْ يَفْصِلْ فِي الْمَبْسُوطِ فِي حَقِّ الْكَرَاهَةِ بَيْنَ أَنْ يَسْجُدَ عَلَى الصُّورَةِ أَوْ لَا يَسْجُدَ، وَالْمَذْكُورُ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ أَنَّهُ إِنْ كَانَ فِي مَوْضِعِ سُجُودِهِ يُكْرَهُ لِمَا فِيهِ مِنْ التَّعْظِيمِ لَهُ، وَإِذَا كَانَ فِي مَوْضِعِ جُلُوسِهِ وَقِيَامِهِ لَا يُكْرَهُ لِمَا فِيهِ مِنَ الْإِهَانَةِ. وَجْهٌ مَا فِي الْأَصْلِ مَا ذَكَرَهُ أَنَّ الْمُصَلِّيَ إِلَيْهِ مُعْظَمٌ بِلَفْظِ الْمَفْعُولِ فِيهِمَا، وَمَعْنَاهُ أَنَّ الْبَسَاطَ الَّذِي أُعِدَّ لِلصَّلَاةِ مُعْظَمٌ مِنْ بَيْنِ سَائِرِ الْبَسُطِ، فَإِذَا كَانَ فِيهِ صُورَةٌ كَانَ تَوَعُّعٌ تَعْظِيمٌ لَهَا وَنَحْنُ أَمَرْنَا بِإِهَانَتِهَا فَلَا يَتَّبِعِي أَنْ يَكُونَ فِي الْمُصَلِّيِ مُطْلَقًا سَجْدَ عَلَيْهَا أَوْ لَمْ يَسْجُدْ.

(١) أخرجه البخاري (٣٢٢٧)، وابن ماجه في اللباس باب ٤٤، من حديث ابن عمر رضي الله عنهما، به، ومسلم (٨٢) من حديث ميمونة، و(٨١) من حديث عائشة، وانظر نصب الراية (٩٨/٢).

وَقَوْلُهُ: (لَحْدِيثِ جَبْرِيلَ) رُوِيَ «أَنَّ جَبْرِيلَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ اسْتَأْذَنَ عَلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ، فَقَالَ لَهُ أَذْخُلُ، فَقَالَ: كَيْفَ أَذْخُلُ يَتَنَا عَلَيْهِ سِتْرٌ فِيهِ تَمَائِيلُ حَيَوَانٍ أَوْ رِجَالٍ، إِمَّا أَنْ تُقَطَّعَ رُءُوسُهَا أَوْ تُجْعَلَ بِسَاطًا يُوطَأُ إِنَّا مَعَاشِرُ الْمَلَائِكَةِ لَا نَدْخُلُ يَتَنَا فِيهِ كَلْبٌ أَوْ صُورَةٌ» وَقَوْلُهُ: (لَأَنَّ الصَّغَارَ جَدًّا لَا تُعْبَدُ) رُوِيَ أَنَّهُ كَانَ عَلَى خَاتَمِ أَبِي مُوسَى ذُبَابَتَانِ، وَكَانَ لابْنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا كَانُونٌ مَخْفُوفٌ بِصُورِ صِغَارٍ.

وَقَوْلُهُ: (وَإِذَا كَانَ التَّمْنَالُ مَقْطُوعَ الرَّأْسِ: أَيِ مَمْنُوحٍ) إِنَّمَا فَسَّرَهُ بِهَذَا إِشَارَةً إِلَى أَنَّهُ لَوْ قُطِعَ رَأْسُهُ بِخَيْطٍ مِنَ الْحُقُومِ كَانَتْ الْكَرَاهَةُ بَاقِيَةً؛ لِأَنَّ مِنَ الطَّيْرِ مَا هُوَ مُطَوَّقٌ، أَمَّا مَا حَمَى رَأْسَهُ بِحَيْثُ لَا يُرَى لَا يُكْرَهُ لَمَّا ذُكِرَ أَنَّهُ لَا يُعْبَدُ بِلَا رَأْسٍ فَكَانَ كَالْجَمَادَاتِ (فَصَارَ كَالصَّلَاةِ إِلَى سَمْعٍ أَوْ سِرَاجٍ) فِي أَنَّهُمَا لَا يُعْبَدَانِ وَإِنَّمَا قَالَ (عَلَى مَا قَالُوا) إِشَارَةً إِلَى أَنَّ بَعْضَهُمْ قَالَ يُكْرَهُ ذَلِكَ كَمَا لَوْ كَانَ يَبْنِي يَدَيْهِ كَانُونٌ فِيهِ جَمْرٌ أَوْ نَارٌ مُوقَدَةٌ، وَالصَّحِيحُ مَا قَالُوا لَمَّا ذُكِرَ أَنَّهُمَا لَا يُعْبَدَانِ.

وَقَوْلُهُ: (وَلَوْ كَانَتْ الصُّورَةُ عَلَى وَسَادَةٍ ظَاهِرَةٍ. وَيُحْكَى عَنِ الْحَسَنِ الْبَصْرِيِّ وَعَطَاءٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ تَعَالَى أَنَّهُمَا دَخَلَا يَتَنَا فِيهِ بِسَاطٌ عَلَيْهِ تَصَاوِيرُ فَوْقَ عَطَاءٍ وَجَلَسَ الْحَسَنُ وَقَالَ: تَعْظِيمُ الصُّورَةِ فِي تَرْكِ الْجُلُوسِ عَلَيْهَا. وَقَوْلُهُ: (وَأَشَدُّهَا) أَيِ أَشَدُّ الصُّورِ (كَرَاهَةً) يُشِيرُ إِلَى أَنَّ الْكَرَاهَةَ مَقُولٌ بِالتَّشْكِيكِ تَخْتَلِفُ آحَادُهَا بِالشَّدَّةِ وَالضَّعْفِ، وَقِيلَ إِذَا كَانَتْ خَلْفَ الْمُصَلِّي لَا تُكْرَهُ الصَّلَاةُ، وَلَكِنَّهُ يُكْرَهُ كَوْنُهُمَا فِي الْبَيْتِ؛ لِأَنَّ تَنْزِيَةَ مَكَانِ الصَّلَاةِ عَمَّا يَمْنَعُ دُخُولَ الْمَلَائِكَةِ مُسْتَحَبٌّ.

وَقَوْلُهُ: (وَتُعَادُ عَلَى وَجْهِ غَيْرِ مَكْرُوهٍ) أَيِ تُعَادُ الصَّلَاةُ لِلْإِحْتِيَاظِ عَلَى وَجْهِ لَيْسَ فِيهِ كَرَاهَةٌ (وَهَذَا الْحُكْمُ فِي كُلِّ صَلَاةٍ أُدِّيَتْ مَعَ الْكَرَاهَةِ) كَمَا إِذَا تَرَكَ وَاجِبًا مِنْ وَاجِبَاتِ الصَّلَاةِ وَقَوْلُهُ: (وَلَا يُكْرَهُ تَمْنَالٌ غَيْرُ ذِي الرُّوحِ) لَمَّا رُوِيَ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ أَنَّهُ نَهَى مُصَوِّرًا عَنْ التَّصْوِيرِ فَقَالَ: كَيْفَ أَصْنَعُ وَهُوَ كَسْبِي؟ قَالَ: إِنْ لَمْ يَكُنْ بُدٌّ فَعَلَيْكَ بِتَمْنَالِ الْأَشْجَارِ.

وَفِي هَذَا إِشَارَةٌ إِلَى أَنَّ التَّمْنَالَ وَالصُّورَةَ وَاحِدٌ، وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ التَّمْنَالُ مَا تُصَوِّرُهُ عَلَى الْجِدَارِ، وَالصُّورَةُ مَا تُصَوِّرُ عَلَى الثُّوبِ وَلَيْسَ بِوَاضِحٍ.

(وَلَا بَأْسَ بِقَتْلِ الْحَيَّةِ وَالْعَقْرَبِ فِي الصَّلَاةِ) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «أَقْتُلُوا

الْأَسْوَدِينَ وَلَوْ كُنْتُمْ فِي الصَّلَاةِ»^(١) وَلَأنَّ فِيهِ إِزَالَةُ الشَّغْلِ فَأَشْبَهَ دَرَاءَ الْمَارِّ وَيَسْتَوِي جَمِيعُ أَنْوَاعِ الْحَيَاتِ هُوَ الصَّحِيحُ لِإِطْلَاقِ مَا رَوَيْنَا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَلَا بَأْسَ بِقَتْلِ الْحَيَّةِ وَالْعَقْرَبِ فِي الصَّلَاةِ) لَمْ يُفَرِّقْ بَيْنَ مَا إِذَا أُمِكنَهُ الْقَتْلُ بِضَرْبَةٍ وَاحِدَةٍ وَبَيْنَ مَا إِذَا احتَاجَ إِلَى ضَرْبَاتٍ، وَهُوَ اخْتِيَارُ شَمْسِ الْأَثَمَةِ السَّرْحَسِيِّ؛ لِأَنَّ قَوْلَهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «أَقْتُلُوا الْأَسْوَدِينَ وَلَوْ كُنْتُمْ فِي الصَّلَاةِ» لَمْ يَفْصِلْ، وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ: إِنْ أُمِكنَهُ الْقَتْلُ بِضَرْبَةٍ فَعَلَّ، وَإِنْ ضَرَبَ ضَرْبَاتٍ اسْتَقْبَلَ الصَّلَاةَ؛ لِأَنَّهُ عَمَلٌ كَثِيرٌ.

وَالْجَوَابُ أَنَّهُ عَمَلٌ كَثِيرٌ رُخِّصَ فِيهِ لِلْمُصَلِّي فَهُوَ كَالْمَشْيِ بَعْدَ الْحَدَثِ وَالِاسْتِقَاءِ مِنَ الْبُيْرِ وَالتَّوَضُّؤِ، وَفِي كَلَامِ الْمُصَنِّفِ مَا يَثْبُو عَنْ هَذَا؛ لِأَنَّهُ قَالَ: وَلَأنَّ فِيهِ إِزَالَةُ الشَّغْلِ فَأَشْبَهَ دَرَاءَ الْمَارِّ فَإِنَّهُ يُشِيرُ إِلَى أَنَّهُ لَيْسَ كَالْمَشْيِ بَعْدَ الْحَدَثِ وَغَيْرِهِ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لِإِصْلَاحِ الصَّلَاةِ دُونَ هَذَا. قَوْلُهُ: (وَيَسْتَوِي جَمِيعُ أَنْوَاعِ الْحَيَاتِ) يَعْنِي الَّتِي تُسَمَّى جَنِيَّةً وَغَيْرُهَا. وَقَوْلُهُ: (هُوَ الصَّحِيحُ) اخْتِرَازٌ عَنْ قَوْلِ الْفَقِيهِ أَبِي جَعْفَرٍ: إِنْ الْحَيَاتُ مِنْهَا مَا يَكُونُ مِنْ سَوَاكِنِ الْبُيُوتِ وَهِيَ جَنِيَّةٌ، وَمِنْهَا مَا لَا يَكُونُ مِنْهَا، وَالْأُولَى هِيَ الَّتِي تَكُونُ صُورَتُهَا بَيَضاءَ لَهَا ضَفِيرَتَانِ تَمْشِي مُسْتَوِيَةً وَقَتْلُهَا لَا يُبَاحُ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «إِيَّاكُمْ وَالْحَيَّةَ الْبَيضاءَ فَإِنَّهَا مِنَ الْجِنَّ» مِنْ غَيْرِ فَضَلٍ بَيْنَ أَنْ تَكُونَ فِي الصَّلَاةِ أَوْ غَيْرِهَا فَلَا تُقْتَلُ فِي غَيْرِهَا أَيْضًا إِلَّا بَعْدَ الْإِنْذَارِ، وَالْإِنْذَارُ بِأَنْ يُقَالَ خَلِّ طَرِيقَ الْمُسْلِمِينَ فَإِنْ أَبِي قُتِلَ، وَالثَّانِيَةُ هِيَ الَّتِي يُضْرَبُ لَوْنُهَا إِلَى السَّوَادِ وَفِي مَشْيِهَا التَّوَاءُ. قَالَ الطَّحَاوِيُّ: الْفَرْقُ بَيْنَهُمَا فَاسِدٌ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَخَذَ عَلَى الْجِنَّ الْعُهُودَ وَالْمَوَاتِنَ بِأَلَّا يَظْهَرُوا لِأُمَّتِهِ فِي صُورَةِ الْحَيَّةِ وَلَا يَدْخُلُوا بُيُوتَهُمْ، فَإِذَا نَقَضُوا الْعَهْدَ يُبَاحُ قَتْلُهَا، وَهُوَ اخْتِيَارُ شَمْسِ الْأَثَمَةِ وَالْمُصَنِّفِ لِإِطْلَاقِ مَا رَوَيْنَا.

(وَيُكْرَهُ عَدَاةُ الْآيِ وَالتَّسْبِيحَاتِ بِالْيَدِ فِي الصَّلَاةِ) وَكَذَلِكَ عَدَاةُ السُّورِ لِأَنَّ ذَلِكَ لَيْسَ

(١) أخرجه أبو داود في الصلاة باب ١٦٥، والترمذي في الصلاة باب ١٧٠، والنسائي في السهو باب ١٢، وابن ماجه في الإقامة باب ١٤٦، كلهم عن أبي هريرة رضي الله عنه، بنحوه. وانظر نصب الراية (١٠١/٢).

مِنْ أَعْمَالِ الصَّلَاةِ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ تَعَالَى أَنَّهُ لَا بَأْسَ بِذَلِكَ فِي الْفَرَائِضِ وَالتَّوَافِلِ جَمِيعًا مُرَاعَاةَ لِسُنَّةِ الْقِرَاءَةِ وَالْعَمَلِ بِمَا جَاءَتْ بِهِ السُّنَّةُ. قُلْنَا يُمْكِنُهُ أَنْ يَعْدَ ذَلِكَ قَبْلَ الشُّرُوعِ فَيَسْتَعْنِي عَنِ الْعَدِّ بَعْدَهُ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَيُكْرَهُ عَدُّ الْآيِ وَالتَّسْبِيحَاتِ فِي الصَّلَاةِ) أَطْلَقَ الصَّلَاةَ إِشَارَةً إِلَى أَنَّ الْعَدَّ مَكْرُوهٌ فِي الْفَرَائِضِ وَالتَّوَافِلِ جَمِيعًا (وَكَذَا عَدُّ السُّورِ) بِاتِّفَاقِ أَصْحَابِنَا فِي ظَاهِرِ الرَّوَايَةِ (لَأَنَّ ذَلِكَ لَيْسَ مِنْ أَعْمَالِ الصَّلَاةِ. وَرَوَى عَنْ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ) فِي غَيْرِ ظَاهِرِ الرَّوَايَةِ (أَنَّ الْعَدَّ بِالْيَدِ لَا بَأْسَ بِهِ) وَقَيَّدَ بِالْيَدِ؛ لِأَنَّ الْعَمَزَ بِرُءُوسِ الْأَصَابِعِ أَوْ الْحِفْظَ بِالْقَلْبِ غَيْرُ مَكْرُوهٍ بِاتِّفَاقٍ. وَاحْتَرَزَ عَنِ الْعَدِّ بِاللِّسَانِ فَإِنَّهُ يَفْسِدُ الصَّلَاةَ، وَقَيَّدَ بِالصَّلَاةِ احْتِرَازًا عَنْ خَارِجِ الصَّلَاةِ لَمَّا ذَكَرَ فَخَرُ الْإِسْلَامِ أَنَّ عَدَّ التَّسْبِيحِ فِي غَيْرِ الصَّلَاةِ بِدْعَةٌ، وَكَانَ السَّلَفُ يَقُولُونَ نَذِيبٌ وَلَا تُخْصِي وَتُسَبِّحُ وَتُخْصِي.

وَقَيَّدَ بِالتَّسْبِيحِ وَالْآيِ احْتِرَازًا عَنْ عَدِّ النَّاسِ وَغَيْرِهِمْ فَإِنَّهُ يُكْرَهُ بِلا خِلَافٍ، وَكَلَامُ الْمُصَنِّفِ يَدُلُّ عَلَى أَنَّ الْخِلَافَ بَيْنَهُمْ (فِي الْفَرَائِضِ وَالتَّوَافِلِ جَمِيعًا) وَقِيلَ الْخِلَافُ فِي الْمَكْتُوبَةِ، وَأَمَّا التَّوَافِلُ فَلَا خِلَافَ فِي أَنَّهُ لَا يُكْرَهُ وَقِيلَ الْخِلَافُ فِي التَّوَافِلِ وَلَا خِلَافَ فِي الْمَكْتُوبَةِ أَنَّهُ يُكْرَهُ. لُهُمَا أَنَّ الْمُصَلِّيَ قَدْ يَحْتَاجُ إِلَى ذَلِكَ عَمَلًا بِمَا هُوَ السُّنَّةُ وَهِيَ أَرْبَعُونَ آيَةً أَوْ سِتُونَ آيَةً فِي الْفَرَائِضِ. وَعَمَلًا بِمَا جَاءَتْ بِهِ السُّنَّةُ فِي صَلَاةِ التَّسْبِيحِ فِي تَسْبِيحَاتِهَا عَشْرًا عَشْرًا فَلَا بَأْسَ بِالْعَدِّ حِينَئِذٍ. وَلَأَبْيَ حَنِيفَةً أَنَّهُ يُمْكِنُهُ أَنْ يَفْعَلَ ذَلِكَ قَبْلَ الشُّرُوعِ فِي الصَّلَاةِ، وَأَمَّا فِي صَلَاةِ التَّسْبِيحِ فَلَا ضَرُورَةَ أَيْضًا إِلَى الْعَدِّ بِالْيَدِ؛ لِأَنَّهُ يَحْصُلُ بِعَمَزِ رُءُوسِ الْأَصَابِعِ فَيَسْتَعْنِي عَنِ الْعَدِّ بِالْيَدِ.

فصل

وَيُكْرَهُ اسْتِقْبَالُ الْقِبْلَةِ بِالْفَرْجِ فِي الْخَلَاءِ لِأَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ نَهَى عَنْ ذَلِكَ^(١). وَالْاِسْتِدْبَارُ يُكْرَهُ فِي رَوَايَةٍ لَمَّا فِيهِ مِنْ تَرْكِ التَّعْظِيمِ، وَلَا يُكْرَهُ فِي رَوَايَةٍ لِأَنَّ الْمُسْتَدْبِرَ فَرْجُهُ غَيْرُ مُوَازٍ لِلْقِبْلَةِ. وَمَا يَنْحَطُّ مِنْهُ يَنْحَطُّ إِلَى الْأَرْضِ، بِخِلَافِ الْمُسْتَقْبِلِ

(١) أخرجه البخاري (٣٩٤)، (١٤٤)، ومسلم (٥٩)، وأبو داود (٩)، والترمذي (٨) عن أبي أيوب الأنصاري.

لأنَّ فَرْجَهُ مُوَازٍ لَهَا وَمَا يَنْحَطُّ مِنْهُ يَنْحَطُّ إِلَيْهَا

الشرح:

(فصل) لما فَرَعَ مِنْ بَيَانِ الْكَرَاهَةِ فِي الصَّلَاةِ شَرَعَ فِي بَيَانِهَا خَارِجَ الصَّلَاةِ وَالْخَلَاءِ بِالْمَدِّ يَتُّ التَّغَوُّطُ، وَالْمَقْصُورُ التَّبْتُ (وَيُكْرَهُ اسْتِقْبَالُ الْقِبْلَةِ بِالْفَرْجِ فِي الْخَلَاءِ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى عَنْ ذَلِكَ) رَوَاهُ سَلْمَانٌ، وَإِنَّمَا قَيَّدَ بِالْخَلَاءِ وَإِنْ كَانَ فِي الصَّخْرَاءِ كَذَلِكَ لَمَّا فِيهِ خِلَافُ الشَّافِعِيِّ؛ لِأَنَّهُ يَقُولُ: إِنَّمَا يُكْرَهُ إِذَا كَانَ فِي الْفَضَاءِ، وَأَمَّا فِي الْأُمْكِنَةِ فَلَا.

وَفِي الاسْتِدْبَارِ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَوَاتَانِ: فَعَلَى إِحْدَى الرُّوَايَتَيْنِ فَرَّقَ بَيْنَ الاسْتِقْبَالِ وَالْاسْتِدْبَارِ بِمَا ذَكَرَ فِي الْكِتَابِ مِنْ قَوْلِهِ (لِأَنَّ الْمُسْتَدْبِرَ فَرْجُهُ غَيْرُ مُوَازٍ لِلْقِبْلَةِ وَمَا يَنْحَطُّ مِنْهُ يَنْحَطُّ إِلَى الْأَرْضِ، بِخِلَافِ الْمُسْتَقْبِلِ؛ لِأَنَّ فَرْجَهُ مُوَازٍ لَهَا وَمَا يَنْحَطُّ مِنْهُ يَنْحَطُّ إِلَيْهَا) فَإِنْ قِيلَ: كَيْفَ يُعَارِضُ هَذَا مَا جَاءَ فِي حَدِيثِ ابْنِ عُمَرَ وَأَبِي هُرَيْرَةَ ﷺ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: «لَا تَسْتَقْبِلُوا الْقِبْلَةَ بِغَائِطٍ أَوْ بَوْلٍ وَلَا تَسْتَدْبِرُوهَا، وَلَكِنْ شَرِّقُوا أَوْ غَرِّبُوا» أُجِيبَ بِأَنَّهُ مَحْمُولٌ عَلَى أَنَّ الْمُرَادَ بِهِ أَهْلُ الْمَدِينَةِ؛ لِأَنَّهُمْ إِذَا اسْتَدْبَرُوا صَارُوا مُتَوَجِّهِينَ إِلَى بَيْتِ الْمَقْدِسِ فَكَانَ مَكْرُوهًا تَعْظِيمًا لِبَيْتِ الْمَقْدِسِ أَوْ عَلَى أَنَّهُ يَكُونُ رَافِعًا ذَيْلُهُ عِنْدَ التَّغَوُّطِ.

(وَتَكَرَّرَ الْمَجَامَعَةُ فَوْقَ الْمَسْجِدِ وَالْبَوْلُ وَالتَّخْلِي) لِأَنَّ سَطْحَ الْمَسْجِدِ لَهُ حُكْمُ الْمَسْجِدِ حَتَّى يَصِحَّ الْاِقْتِدَاءُ مِنْهُ بِمَنْ تَحْتَهُ، وَلَا يَبْطُلُ الْاِعْتِكَافُ بِالصُّعُودِ إِلَيْهِ، وَلَا يَحِلُّ لِلْجَنْبِ الْوُقُوفُ عَلَيْهِ (وَلَا بَاسَ بِالْبَوْلِ فَوْقَ بَيْتٍ فِيهِ مَسْجِدٌ) وَالْمُرَادُ مَا أُعِدَّ لِلصَّلَاةِ فِي الْبَيْتِ لِأَنَّهُ لَمْ يَأْخُذْ حُكْمُ الْمَسْجِدِ وَإِنْ ذَدَبْنَا إِلَيْهِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَتَكَرَّرَ الْمَجَامَعَةُ فَوْقَ الْمَسْجِدِ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ: (؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَأْخُذْ حُكْمُ الْمَسْجِدِ) يَعْنِي لِعَدَمِ الْخُلُوصِ حَتَّى يُبَاعَ، وَيُورَثُ (وَإِنْ ذَدَبْنَا إِلَيْهِ) أَيِ إِلَى اتِّخَاذِ الْمَسْجِدِ فِي الْبَيْتِ فَإِنَّهُ يُسْتَحَبُّ لِكُلِّ إِنْسَانٍ أَنْ يَتَّخِذَ فِي بَيْتِهِ مَكَانًا لِلصَّلَاةِ يُصَلِّي فِيهِ التَّوَافِلَ وَالسُّنَنَ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى فِي قِصَّةِ مُوسَى عَلَيْهِ السَّلَامُ ﴿وَأَجْعَلُوا بُيُوتَكُمْ قِبْلَةً﴾ [يونس: ٨٧] وَقَالَ ﷺ «لَا تَتَّخِذُوا بُيُوتَكُمْ قُبُورًا» وَهُوَ عِبَارَةٌ عَنْ تَرْكِ الصَّلَاةِ فِي

الْبَيْتِ.

(وَيُكْرَهُ أَنْ يُغْلَقَ بَابُ الْمَسْجِدِ؛ لِأَنَّهُ يُشْبِهُ الْمَنْعَ مِنَ الصَّلَاةِ، وَقِيلَ لَا بَأْسَ بِهِ إِذَا خِيفَ عَلَى مَتَاعِ الْمَسْجِدِ فِي غَيْرِ أَوَانِ الصَّلَاةِ (وَلَا بَأْسَ أَنْ يُنْقَشَ الْمَسْجِدُ بِالْحِصِّ وَالسَّاجِ وَمَاءِ الذَّهَبِ) وَقَوْلُهُ لَا بَأْسَ يُشِيرُ إِلَى أَنَّهُ لَا يُؤْجَرُ عَلَيْهِ لَكِنَّهُ لَا يَأْتُمُّ بِهِ، وَقِيلَ هُوَ قُرْبَةٌ وَهَذَا إِذَا فَعَلَ مِنْ مَالِ نَفْسِهِ، أَمَّا الْمُتَوَلَّى فَيَفْعَلُ مِنْ مَالِ الْوَقْفِ مَا يَرْجِعُ إِلَى إِحْكَامِ الْبِنَاءِ دُونَ مَا يَرْجِعُ إِلَى النُّقْشِ حَتَّى لَوْ فَعَلَ يَضْمَنُ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ بِالصُّوَابِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (لَأَنَّهُ) أَيُّ الْعَلَقِ (يُشْبِهُ الْمَنْعَ عَنِ الصَّلَاةِ) وَهُوَ حَرَامٌ، قَالَ تَعَالَى ﴿وَمَنْ أَظْلَمُ مِمَّنْ مَنَعَ مَسْجِدَ اللَّهِ أَنْ يُذَكَّرَ فِيهَا اسْمُهُ﴾ [البقرة: ١١٤] (وَقِيلَ لَا بَأْسَ بِهِ) أَيُّ يُغْلَقُ بَابُ الْمَسْجِدِ (إِذَا خِيفَ عَلَى مَتَاعِهِ) فِي غَيْرِ أَوَانِ الصَّلَاةِ لِاخْتِلَافِ أَحْوَالِ النَّاسِ بِحَسَبِ اخْتِلَافِ الزَّمَانِ، أَلَا تَرَى أَنَّ النِّسَاءَ كُنَّ يَحْضُرْنَ الْجَمَاعَاتِ ثُمَّ مَنَعْنَ مِنْ ذَلِكَ وَكَانَ الْمَنْعُ صَوَابًا، فَكَذَلِكَ إِغْلَاقُ بَابِ الْمَسْجِدِ فِي زَمَانِنَا وَالتَّدْبِيرُ فِيهِ إِلَى أَهْلِ الْمَحَلَّةِ فَإِنَّهُمْ إِذَا اجْتَمَعُوا عَلَى رَجُلٍ وَجَعَلُوهُ مُتَوَلِّيًا بَغَيْرِ أَمْرِ الْقَاضِي يَكُونُ مُتَوَلِّيًا.

وَقَوْلُهُ: (وَلَا بَأْسَ بِأَنْ يُنْقَشَ الْمَسْجِدُ بِالْحِصِّ) إِنَّمَا ذَكَرَ هَذِهِ الْمَسْأَلَةَ بِهَذِهِ الْعِبَارَةِ لِاخْتِلَافِ النَّاسِ فِيهَا، فَمِنْهُمْ مَنْ كَرِهَ ذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ عَلِيًّا قَالَ حِينَ مَرَّ بِمَسْجِدٍ مُزَخَرَفٍ: لِمَنْ هَذِهِ الْبَيْعَةُ؟ وَإِنَّمَا قَالَ ذَلِكَ لِكِرَاهَتِهِ هَذَا الصَّنِيعَ فِي الْمَسَاجِدِ وَعِنْدَنَا لَا بَأْسَ بِذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ عُمَرُ زَادَ فِي مَسْجِدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَزَيْنَةُ فِي خِلَافَتِهِ؛ وَلَأنَّ فِي تَرْبِيئِهِ تَرْغِيبَ النَّاسِ فِي الْاِعْتِكَافِ وَالْجُلُوسِ فِي الْمَسَاجِدِ لِانْتِظَارِ الصَّلَاةِ، وَذَلِكَ لَا مَحَالَةَ حَسَنٌ. وَقَالَ شَمْسُ الْأُيُتْمَةِ السَّرْحَسِيُّ فِي قَوْلِهِ وَلَا بَأْسَ: إِشَارَةٌ إِلَى أَنَّهُ لَا يُؤْجَرُ عَلَيْهِ وَلَا يَأْتُمُّ بِهِ. وَقِيلَ هُوَ قُرْبَةٌ؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى حَنَّانًا عَلَى عِمَارَةِ الْمَسَاجِدِ بِقَوْلِهِ: «إِنَّمَا يَعْمُرُ مَسَاجِدَ اللَّهِ مَنْ آمَنَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ» وَالْكَعْبَةُ مُزَخَرَفَةٌ بِمَاءِ الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ مَسْتُورَةٌ بِالذِّيْبَاجِ وَالْحَرِيرِ. وَقَوْلُهُ: (وَهَذَا) إِشَارَةٌ إِلَى لَا بَأْسَ: يَعْنِي إِنَّمَا يَكُونُ لَا بَأْسَ بِهِ (إِذَا فَعَلَ ذَلِكَ مِنْ مَالِ نَفْسِهِ، أَمَّا الْمُتَوَلَّى فَيَفْعَلُ مِنْ مَالِ الْوَقْفِ مَا يَرْجِعُ إِلَى إِحْكَامِ الْبِنَاءِ كَالْتَجْصِصِ (دُونَ مَا يَرْجِعُ إِلَى إِحْكَامِ النُّقْشِ حَتَّى لَوْ فَعَلَ ذَلِكَ ضَمِنَ) وَاللَّهُ أَعْلَمُ بِالصُّوَابِ.

بَابُ صَلَاةِ الْوُتْرِ

(الْوُتْرُ وَاجِبٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَقَالَ سُنَّةٌ) لظُهُورِ آثَارِ السُّنَنِ فِيهِ حَيْثُ لَا يَكْفُرُ جَاحِدُهُ وَلَا يُؤْذَنُ لَهُ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «إِنَّ اللَّهَ تَعَالَى زَادَكُمْ صَلَاةَ آلَا وَهِيَ الْوُتْرُ، فَصَلُّوْهَا مَا بَيْنَ الْعِشَاءِ إِلَى طُلُوعِ الْفَجْرِ»^(١) أَمْرٌ وَهُوَ لِلْوَجُوبِ، وَلِهَذَا وَجِبَ الْقَضَاءُ بِالْإِجْمَاعِ، وَإِنَّمَا لَمْ يَكْفُرْ جَاحِدُهُ لِأَنَّهُ وَجُوبُهُ ثَبَتَ بِالسُّنَنِ وَهُوَ الْمَعْنَى بِمَا رَوَى عَنْهُ أَنَّهُ سُنَّةٌ وَهُوَ يُؤْذَى فِي وَقْتِ الْعِشَاءِ فَاكْتَفَى بِأَذَانِهِ وَإِقَامَتِهِ.

الشرح:

(بَابُ صَلَاةِ الْوُتْرِ) لَمَّا فَرَّغَ مِنْ بَيَانِ الْمَفْرُوضَاتِ وَمَا يَتَعَلَّقُ بِهَا مِنْ بَيَانِ أَوْقَاتِهَا وَكَيْفِيَّةِ أَدَائِهَا وَالْأَدَاءِ الْكَامِلِ وَالْقَاصِرِ شَرَعَ فِي بَيَانِ صَلَاةِ هِيَ دُونَ الْفَرَضِ وَفَوْقَ التَّغْلِ وَهِيَ صَلَاةُ الْوُتْرِ، وَالِدَّلِيلُ عَلَى أَنَّهُ قَصْدُ هَذِهِ الْمُنَاسِبَةِ إِبْرَادُ التَّوَافُلِ بَعْدَهَا لِيَكُونَ الْوَاجِبُ بَيْنَ الْفَرَضِ وَالتَّغْلِ كَمَا هُوَ حَقُّهُ (الْوُتْرُ وَاجِبٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ) قِيلَ لَيْسَ فِي الْوُتْرِ رِوَايَةٌ مَنْصُوصَةٌ عَلَيْهَا فِي الظَّاهِرِ، وَلَكِنْ رَوَى يُوسُفُ بْنُ خَالِدٍ السَّمْتِيُّ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهَا وَاجِبَةٌ وَهُوَ الظَّاهِرُ مِنْ مَذْهَبِهِ وَرَوَى نُوحُ بْنُ أَبِي مَرْيَمَ عَنْهُ أَنَّهَا سُنَّةٌ، وَبِهِ أَخَذَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ وَالشَّافِعِيُّ رَحِمَهُمُ اللَّهُ، وَرَوَى حَمَّادُ بْنُ زَيْدٍ عَنْهُ أَنَّهَا فَرِيضَةٌ وَبِهِ أَخَذَ زُفَرٌ، قَالُوا: أَظْهَرَ آثَارِ السُّنَنِ فِيهَا حَيْثُ لَا يَكْفُرُ جَاحِدُهُ وَلَا يُؤْذَنُ لَهُ فَيَكُونُ سُنَّةً، وَاعْتَرَضَ عَلَيْهِ بِأَنَّهُ مُشْتَرَكٌ بِالْإِلْزَامِ، فَإِنَّ لِقَائِلَ أَنْ يَقُولَ ظَهَرَ آثَارُ الْوَاجِبَاتِ فِيهِ

(١) أخرجه أبو داود (١٤١٨)، والترمذي (٤٥٢)، وابن ماجه في الإقامة باب ١٤٤، من حديث خارجة، بمعناه.

وأخرجه إسحاق بن راهويه في مسنده، والطبراني في معجمه كما في مجمع الزوائد (٢٤٠/٢) من حديث عمرو بن العاص وعقبة، بمعناه.

وأخرجه الدارقطني (٣٠/٢)، والطبراني في معجمه، من حديث ابن عباس رضي الله عنهما. وأخرجه الحاكم في المستدرک (٥٩٣/٣)، والطبراني في معجمه كما في مجمع الزوائد (٢٣٩/٢)، وأحمد في مسنده (٣٩٧، ٧/٦)، من حديث أبي بصرة، بنحوه.

وأخرجه الدارقطني (٣١/٢)، وأحمد (٢٠٨/٢) من حديث عمرو بن شعيب. وأخرجه الدارقطني في غرائب مالك، من حديث ابن عمر رضي الله عنهما.

وأخرجه الطبراني في كتاب مسند الشاميين، والبيهقي، والحاكم من حديث أبي سعيد الخدري. وانظر نصب الراية (١٠٨/٢).

حَيْثُ لَا يَكْفُرُ جَاحِدُهُ وَلَا يُؤْذَنُ لَهُ فَيَكُونُ وَاجِبًا كَصَلَاةِ الْعِيدِ.
وَأُجِيبَ بَأَنَّا لَا نُسَلِّمُ أَنَّ صَلَاةَ الْعِيدِ وَاجِبَةٌ سَلَمْنَا لَكِنَّ الْمَجْمُوعَ مِنْ آثَارِ السُّنَنِ،
وَلَا نُسَلِّمُ أَنَّ صَلَاةَ الْعِيدِ لَيْسَ لَهَا أَذَانٌ بَلْ قَوْلُهُمْ الصَّلَاةُ جَامِعَةٌ أَذَانٌ لَهَا، وَفِيهِ نَظَرٌ
(وَلَأَبِي حَنِيفَةَ قَوْلُهُ: ﷺ «إِنَّ اللَّهَ تَعَالَى زَادَكُمْ صَلَاةً أَلَا وَهِيَ الْوُتْرُ» رَوَاهُ أَبُو نَضْرَةَ
الْغَفَارِيُّ).

وَوَجْهُ الاسْتِدْلَالِ مِنْ أَوْجُهٍ:

أَحَدُهَا: أَنَّهُ أَضَافَ الزِّيَادَةَ إِلَى اللَّهِ، وَالسُّنَنُ إِنَّمَا تُضَافُ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ.
وَالثَّانِي: أَنَّهُ قَالَ زَادَكُمْ وَالزِّيَادَةُ إِنَّمَا تَتَحَقَّقُ فِي الْوَاجِبَاتِ؛ لِأَنَّهَا مَحْصُورَةٌ بَعْدَ
لَا فِي التَّوَاتُلِ؛ لِأَنَّهُ لَا نِهَآيَةَ لَهَا.

وَالثَّلَاثُ: أَنَّ الزِّيَادَةَ عَلَى الشَّيْءِ إِنَّمَا تَتَحَقَّقُ إِذَا كَانَتْ مِنْ جِنْسِ الْمَزِيدِ عَلَيْهِ، لَا
يُقَالُ: زَادَ فِي ثَمَنِهِ إِذَا وَهَبَ هِبَةً مُبْتَدَأَةً، وَلَا يُقَالُ: زَادَ عَلَى الْهَبَةِ إِذَا بَاعَ وَالْمَزِيدُ عَلَيْهِ
فَرَضٌ فَكَذَا الزَّائِدُ إِلَّا أَنَّ الدَّلِيلَ غَيْرُ قَطْعِيٍّ فَصَارَ وَاجِبًا.

وَالرَّابِعُ: الْأَمْرُ فَإِنَّهُ لِلْوُجُوبِ قَوْلُهُ: (وَلِهَذَا) أَيْ وَلِكُونِ الْوُتْرِ وَاجِبًا (وَجَبَ
الْقَضَاءُ بِالْإِجْمَاعِ) فَإِنَّ السُّنَنَ لَا يَجِبُ قَضَاؤُهَا بِالْإِجْمَاعِ: قِيلَ الْمُرَادُ بِالْإِجْمَاعِ إِجْمَاعُ
أَصْحَابِنَا عَلَى ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ، فَإِنَّهُ ثَقُلَ عَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ لَا يُقْضَى خَارِجَ الْوَقْتِ. وَعَنْ
مُحَمَّدٍ أَنَّهُ قَالَ: أَحَبُّ إِلَيَّ أَنْ يُقْضَى. وَقِيلَ الْمُرَادُ بِالْإِجْمَاعِ إِجْمَاعُ السَّلَفِ، لَكِنَّهُ لَمْ
يُثَبِّتْ إِلَّا بِطَرِيقِ الْإِحَادِ. وَقَوْلُهُ: (وَأَلَمَّا لَمْ يَكْفُرْ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِمَا حَيْثُ لَا يَكْفُرُ
جَاحِدُهُ. وَوَجْهُهُ أَنَّ الْجَاحِدَ إِنَّمَا يَكْفُرُ إِذَا كَانَ الدَّلِيلُ قَطْعِيًّا وَهَهُنَا لَيْسَ كَذَلِكَ (لَأَنَّ
وُجُوبَهُ ثَبَتَ بِالسُّنَّةِ) يَعْنِي غَيْرَ التَّوَاتُرِ وَالْمَشْهُورِ، وَكَلَامُهُ يُشِيرُ إِلَى أَنَّ وَجُوبَهُ لَوْ ثَبَتَ
بِغَيْرِ السُّنَّةِ كَفَرَ جَاحِدُهُ، وَفِيهِ نَظَرٌ؛ لِأَنَّهُ حِينَئِذٍ يَكُونُ فَرْضًا لَا وَاجِبًا.

وَفِي الْجُمْلَةِ كَلَامُهُ فِي هَذَا الْمَوْضِعِ لَا يَخْلُو عَنْ تَسَامُحٍ وَلِكُلِّ جَوَادِ كِبَوَّةٍ.
وَقَوْلُهُ: (وَهُوَ) أَيْ كَوْنُ وَجُوبِهِ ثَبَتَ بِالسُّنَّةِ هُوَ (الْمَعْنَى بِمَا رَوَى عَنْهُ أَنَّهُ سُنَّةٌ) وَقَوْلُهُ:
(وَهُوَ يُؤْذَى فِي وَقْتِ الْعِشَاءِ فَاكْتَفَى بِأَذَانِهِ) أَيْ أَذَانَ الْعِشَاءِ (وَإِقَامَتِهِ) جَوَابٌ عَنْ
قَوْلِهِمَا وَلَا يُؤْذَنُ لَهُ وَقَدْ عَلِمْتَ مَا وَرَدَ عَلَيْهِ.

قَالَ (الْوُتْرُ ثَلَاثُ رَكَعَاتٍ لَا يُفْصَلُ بَيْنَهُنَّ بِسَلَامٍ) لَمَّا رَوَتْ عَائِشَةُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا

«أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ كَانَ يُوتِرُ بِثَلَاثٍ»^(١) وَحَكَى الْحَسَنُ رَحِمَهُ اللَّهُ إِجْمَاعَ الْمُسْلِمِينَ عَلَى الثَّلَاثِ، هَذَا أَحَدُ أَقْوَالِ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ، وَفِي قَوْلِ يُوتِرُ بِتَسْلِيمَتَيْنِ هُوَ قَوْلُ مَالِكٍ، وَالْحُجَّةُ عَلَيْهِمَا مَا رَوَيْنَاهُ.

الشرح:

قَالَ (الْوِتْرُ ثَلَاثُ رَكَعَاتٍ) الْوِتْرُ عِنْدَنَا ثَلَاثُ رَكَعَاتٍ (لَا يُفْصَلُ بَيْنَهُنَّ بِسَلَامٍ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: فِي قَوْلِ يُوتِرُ بِتَسْلِيمَتَيْنِ وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «إِنَّ اللَّهَ وَثَرٌ يُحِبُّ الْوِتْرَ» وَلَنَا مَا رَوَتْ عَائِشَةُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ كَانَ يُوتِرُ بِثَلَاثِ رَكَعَاتٍ» وَحَكَى الْحَسَنُ الْبَصْرِيُّ (إِجْمَاعَ الْمُسْلِمِينَ عَلَى الثَّلَاثِ) وَهُوَ مَذْهَبُ أَبِي بَكْرٍ وَعُمَرُ وَالْعَبَادِلَةُ، وَأَبِي هُرَيْرَةَ رُوِيَ أَنَّ عُمَرَ رَأَى سَعِيدًا يُوتِرُ بِرَكْعَةٍ فَقَالَ: مَا هَذِهِ الْبُتِيرَاءُ لَتَشْفَعَنَهَا أَوْ لَأُؤَدِّبَنَّكَ. إِنَّمَا قَالَ ذَلِكَ؛ لِأَنَّ الْأَثَرَ أُشْتُهِرَ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى عَنِ الْبُتِيرَاءِ. قِيلَ وَلَا حُجَّةَ لَهُ فِيمَا رُوِيَ؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى وَثَرٌ لَا مِنْ حَيْثُ الْعَدُوُّ. فَإِنْ قِيلَ رُوِيَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ «مَنْ أَحَبَّ أَنْ يُوتِرَ بِخَمْسٍ فَلْيَفْعَلْ، وَمَنْ أَحَبَّ أَنْ يُوتِرَ بِوَاحِدَةٍ فَلْيَفْعَلْ» وَرُوِيَ أَنَّهُ أَوْتَرَ بِسَبْعٍ وَبِتِسْعٍ وَإِخَذَى عَشْرَةَ فَمَا وَجْهُ ذَلِكَ؟. أُجِيبَ بِأَنَّهُ يُجُوزُ أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ قَبْلَ اسْتِقْرَارِ الْوِتْرِ أَوْ يُحْمَلُ عَلَى أَنَّهُ يَنْتَفِلُ بِالرَّكَعَتَيْنِ وَيُوتِرُ بِالثَّلَاثِ وَكَذَا غَيْرُهُ.

(وَيَقْنُتُ فِي الثَّلَاثَةِ قَبْلَ الرُّكُوعِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ بَعْدَهُ لَمَّا رُوِيَ أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ قَنَتَ فِي آخِرِ الْوِتْرِ وَهُوَ بَعْدَ الرُّكُوعِ^(٢). وَلَنَا مَا رُوِيَ أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ قَنَتَ قَبْلَ الرُّكُوعِ^(٣)، وَمَا زَادَ عَلَى نِصْفِ الشَّيْءِ آخِرُهُ.

(١) أخرجه النسائي في السنن الكبرى (٤٤٠/١)، والحاكم في المستدرک (٣٤١/١) من حديث عائشة رضي الله عنها. وقال: إنه صحيح على شرط البخاري ومسلم، ولم يخرجاه، ولفظه: (كان رسول الله ﷺ يوتر بثلاث لا يسلم إلا في آخرهن). وانظر نصب الراية (١١٤/٢).

(٢) أخرجه الدارقطني في سننه (٣٢/٢) من حديث أبي بكر وعمر وعثمان وعلي. وانظر نصب الراية (١١٨/٢).

(٣) أخرجه النسائي في الكبرى (١٤٣٢)، وابن ماجه في الإقامة باب ١٢٠، وأبو داود كتاب الوتر باب ٥، و(٣٣٤/١) من حديث أبي بن كعب.

وأخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه، والدارقطني (٣٢/٢) من حديث ابن مسعود.

الشرح:

(وَيَقْنُتُ فِي الثَّلَاثَةِ قَبْلَ الرُّكُوعِ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ) فِي قَوْلِهِ الَّذِي يُوَافِقُنَا فِيهِ عَلَى الثَّلَاثِ يَقْنُتُ فِيهَا (بَعْدَ الرُّكُوعِ لَمَّا رُوِيَ أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ قَنَتَ فِي آخِرِ الْوُتْرِ وَهُوَ بَعْدَ الرُّكُوعِ) وَلَنَا مَا رُوِيَ أَنَّ ابْنَ مَسْعُودٍ بَعَثَ أُمَّةً لَتُرَاقِبَ وَتُرَ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ فَذَكَرَتْ لَهُ أَنَّهُ أَوْتَرَ بِثَلَاثِ رَكَعَاتٍ، قَرَأَ فِي الْأُولَى بِـ ﴿سَبِّحْ اسْمَ رَبِّكَ الْأَعْلَى﴾ وَفِي الثَّانِيَةِ بِـ ﴿قُلْ يَتَّيِبُهَا لَكُمْ فَتَرْكَبُوا﴾ وَفِي الثَّلَاثَةِ بِـ ﴿قُلْ هُوَ اللَّهُ أَحَدٌ﴾ وَقَنَتَ قَبْلَ الرُّكُوعِ وَهَكَذَا ذَكَرَ ابْنُ عَبَّاسٍ. وَالْجَوَابُ عَمَّا رُوِيَ أَنَّهُ قَنَتَ فِي آخِرِ الْوُتْرِ أَنَّ مَا زَادَ عَلَى نِصْفِ الشَّيْءِ فَهُوَ آخِرُهُ.

وَيَقْنُتُ فِي جَمِيعِ السَّنَةِ خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي غَيْرِ النِّصْفِ الْأَخِيرِ مِنْ رَمَضَانَ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لِلْحَسَنِ بْنِ عَلِيٍّ ؓ حِينَ عَلَّمَهُ دُعَاءَ الْقُنُوتِ «اجْعَلْ هَذَا فِي وَتْرِكَ»^(١) مِنْ غَيْرِ فِصْلٍ (وَيَقْرَأُ فِي كُلِّ رَكَعَةٍ) مِنَ الْوُتْرِ (فَاتِحَةَ الْكِتَابِ وَسُورَةَ) لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿فَاقْرَءُوا مَا تَيَسَّرَ مِنَ الْقُرْآنِ﴾ [المزمل: ٢٠] (وَأِنْ أَرَادَ أَنْ يَقْنُتَ كَبْرًا) لِأَنَّ الْحَالَةَ قَدْ اخْتَلَفَتْ (وَرَفَعَ يَدَيْهِ وَقَنَتَ) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «لَا تُرْفَعُ الْأَيْدِي إِلَّا فِي سَبْعِ مَوَاطِنَ»^(٢) وَذَكَرَ مِنْهَا الْقُنُوتُ (وَلَا يَقْنُتُ فِي صَلَاةٍ غَيْرِهَا) خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي الْفَجْرِ لَمَّا رَوَى ابْنُ مَسْعُودٍ ؓ أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ قَنَتَ فِي صَلَاةِ الْفَجْرِ شَهْرًا ثُمَّ تَرَكَهُ^(٣) (فَإِنْ قَنَتَ الْإِمَامُ فِي صَلَاةِ الْفَجْرِ يَسْكُتُ مَنْ خَلْفَهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ يُتَابِعُهُ) لِأَنَّهُ تَبَعَ لِإِمَامِهِ، وَالْقُنُوتُ مُجْتَهِدٌ فِيهِ. وَلَهُمَا

وأخرجه الحافظ أبو نعيم في الحلية من حديث ابن عباس رضي الله عنهما. أخرجه الطبراني في معجمه الأوسط عن ابن عمر رضي الله عنهما. وانظر نصب الراية (١١٩/٢).

(١) أخرجه أبو داود في الوتر باب ٥، والترمذي في الوتر باب ١٠، والنسائي في قيام الليل باب ٥١، وابن ماجه في الإقامة باب ١١٧، والدارمي في الصلاة باب ٢١٤، وأحمد (١٩٩/١)، (٢٠٠). وانظر نصب الراية (١٢١/٢).

(٢) سبق تخريجه.

(٣) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٣٠١/٢)، والطحاوي في شرح معاني الآثار (١٤٤/١). وانظر نصب الراية (١٢٣/٢).

أَنَّهُ مَنْسُوخٌ وَلَا مُتَابَعَةٌ فِيهِ، ثُمَّ قِيلَ يَقِفُ قَائِمًا لِيَتَابَعَهُ فِيمَا تَجِبُ مُتَابَعَتُهُ، وَقِيلَ يَقْعُدُ تَحْقِيقًا لِلْمُخَالَفَةِ لِأَنَّ السَّائِكَةَ شَرِيكَ الدَّاعِي وَالْأَوَّلُ أَظْهَرُ.

الشرح:

(وَيَقُنْتُ فِي جَمِيعِ السُّنَّةِ خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ) فَإِنَّهُ يَقُولُ: يَقُنْتُ فِي النِّصْفِ الْآخِرِ مِنْ رَمَضَانَ لَا غَيْرُ، لَمَّا رُوِيَ أَنَّ عُمَرَ أَمَرَ أَبِي بَنَ كَعْبٍ بِالْإِمَامَةِ فِي لَيْلِي رَمَضَانَ، وَأَمَرَ بِالْقُنُوتِ فِي النِّصْفِ الْآخِرِ مِنْهُ. وَلَنَا قَوْلُهُ: عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لِلْحَسَنِ حِينَ عَلَّمَهُ دُعَاءَ الْقُنُوتِ (اجْعَلْ هَذَا فِي وَثْرِكَ مِنْ غَيْرِ فَضْلٍ) وَتَأْوِيلُ مَا رُوِيَ عَنْ عُمَرَ أَنَّ الْمُرَادَ بِالْقُنُوتِ طُولُ الْقِرَاءَةِ فِي الصَّلَاةِ، وَلِئِنْ سَلِمَ أَنَّ الْمُرَادَ بِهِ الْقُنُوتُ الْمُتَنَزَّعُ فِيهِ فَذَلِكَ أَثَرُ الصَّحَابِيِّ. وَالشَّافِعِيُّ لَا يَرَى الْاِحْتِجَاجَ بِهِ.

لَا يُقَالُ: إِنَّمَا احْتَجَّ بِهِ؛ لِأَنَّهُ إِجْمَاعٌ مَعْنَى، فَإِنَّ أُيُّنَا كَانَ يَوْمًا بِمَخْضَرٍ مِنَ الصَّحَابَةِ وَلَمْ يُنْكَرْ عَلَيْهِ أَحَدٌ فَحَلَّ مَحَلَّ الْإِجْمَاعِ؛ لِأَنَّ خِلَافَ ابْنِ عُمَرَ قَدْ ثَبَتَ حَيْثُ قَالَ: لَا أَعْرِفُ الْقُنُوتَ إِلَّا طُولَ الْقِيَامِ، وَمَعَ خِلَافِهِ لَا يَنْعَقِدُ الْإِجْمَاعُ (وَيَقْرَأُ فِي كُلِّ رَكْعَةٍ مِنَ الْوُثْرِ) بِالْإِجْمَاعِ، أَمَّا عِنْدَ مَنْ يَقُولُ بِأَنَّهُ سُنَّةٌ فَلَأَنَّ الْقِرَاءَةَ وَاجِبَةٌ فِي جَمِيعِ رَكْعَاتِ النَّفْلِ، وَأَمَّا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ فَلَأَنَّ وَجُوبَهُ لَمَّا كَانَ بِالسُّنَّةِ وَجِبَ الْقِرَاءَةُ فِي الْجَمِيعِ احْتِطَاطًا؛ لِأَنَّهُ لَا تُفِيدُ الْقَطْعَ.

وَاسْتِدْلَالُ الْمُصَنِّفِ بِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿فَاقْرَءُوا مَا تَيَسَّرَ مِنَ الْقُرْآنِ﴾ [الزمل: ٢٠]، إِنَّمَا هُوَ عَلَى وَجُوبِ مُطْلَقِ الْقِرَاءَةِ، وَأَمَّا عَلَى تَعْيِينِ الْفَاتِحَةِ وَضَمِّ سُورَةِ إِلَيْهَا فَلَا دَلَالَةَ لِلآيَةِ عَلَى ذَلِكَ نَعَمْ مَا رَوَيْنَا مِنْ حَدِيثِ ابْنِ مَسْعُودٍ دَلِيلٌ عَلَى ذَلِكَ، وَأَمَّا إِنَّهُ لَا يُعَيَّنُ سُورَةٌ بَعِيْنَهَا يَقْرَءُهَا عَلَى الدَّوَامِ فَقَدْ تَقَدَّمَ الْكَلَامُ فِيهِ، وَلَوْ أَرَادَ التَّبَرُّكُ بِمَا وَرَدَ عَنْ ابْنِ مَسْعُودٍ فِي بَعْضِ الْأَوْقَاتِ كَانَ حَسَنًا (وَإِنْ أَرَادَ أَنْ يَقُنْتَ كَبْرًا؛ لِأَنَّ الْحَالَةَ قَدْ اخْتَلَفَتْ) مِنْ حَقِيقَةِ الْقِرَاءَةِ إِلَى شَبِيْهَتِهَا، وَالتَّكْبِيرَاتُ شَرِعَتْ عِنْدَ اخْتِلَافِ الْحَالَاتِ كَالْقِيَامِ وَالرُّكُوعِ، وَالسُّجُودِ قَبْلَ التَّكْبِيرِ مَشْرُوعٌ عِنْدَ اخْتِلَافِهَا أُنْفَعَالًا كَالْخَفْضِ وَالرَّفْعِ لَا أَقْوَالًا، أَلَا يُرَى أَنَّهُ لَا يُكْبَرُ عِنْدَ الْاِئْتِقَالِ مِنَ الْاِسْتِفْتَاكِحِ إِلَى الْقِرَاءَةِ وَإِنْ اخْتَلَفَتْ الْحَالَةُ مِنَ النَّشَاءِ إِلَى الْقِرَاءَةِ.

وَأَجِيبَ بِأَنَّهُ ثَبَتَ رَفْعُ الْبِدِّ فِي هَذِهِ الْحَالَةِ بِقَوْلِهِ ﷺ «لَا تُرْفَعُ الْأَيْدِي إِلَّا فِي

سَبْعَ مَوَاطِنَ» وَرَفَعَهُمَا بغيرِ تَكْبِيرٍ غَيْرُ مَشْرُوعٍ فِي الصَّلَاةِ كَمَا فِي تَكْبِيرَةِ الْإِفْتِاحِ وَتَكْبِيرَاتِ الْعِيدَيْنِ فَكَانَ التَّكْبِيرُ ثَابِتًا بِهِ، وَهُوَ مِنْ بَابِ الاسْتِحْسَانِ بِالْأَثَرِ؛ لِأَنَّ الْقِيَاسَ يَقْتَضِي خِلَافَهُ؛ لِأَنَّ مَبْنَى الصَّلَاةِ عَلَى السَّكِينَةِ وَالْوَقَارِ. وَقَدْ ذَكَرْنَا الْمَوَاطِنَ السَّبْعَةَ فِي صِفَةِ الصَّلَاةِ، وَإِنَّمَا قَالَ فِي سَبْعٍ وَإِنْ كَانَ الْمَوَاطِنُ مُذَكَّرًا عَلَى تَأْوِيلِ الْبِقَاعِ، وَالْمُرَادُ بِنَفْيِ رَفْعِ الْأَيْدِي عَلَى سَبِيلِ الْحَصْرِ أَلَّا تُرْفَعَ عَلَى وَجْهِ سُنَّةِ الْهُدَى إِلَّا فِي سَبْعِ مَوَاطِنَ لَا تَفِيهِ مُطْلَقًا؛ لِأَنَّ رَفْعَهَا عِنْدَ الدُّعَاءِ مُسْتَحَبٌّ وَعَلَيْهِ الْمُسْلِمُونَ فِي عَامَّةِ الْبُلْدَانِ، وَلَيْسَ فِي الْقُنُوتِ دُعَاءٌ مُعَيَّنٌ سِوَى قَوْلِهِ: اللَّهُمَّ إِنَّا نَسْتَعِينُكَ، فَإِنَّ الصَّحَابَةَ اتَّفَقُوا عَلَى هَذَا فِي الْقُنُوتِ، وَالْأَوَّلَى أَنْ يَأْتِيَ بَعْدَهُ بِمَا عَلَّمَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ الْحَسَنُ بْنُ عَلِيٍّ فِي قُنُوتِهِ: اللَّهُمَّ اهْدِنِي فِيمَنْ هَدَيْتَ الْخَ، وَلَا يَقْنُتُ فِي صَلَاةٍ غَيْرِهَا خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ.

قَالَ أَبُو نَصْرِ الْبَغْدَادِيُّ: الْقُنُوتُ فِي الْفَجْرِ سُنَّةٌ عِنْدَ الشَّافِعِيِّ، وَفِي غَيْرِهَا إِنْ حَدَثَتْ حَادِثَةٌ، فَإِنْ لَمْ تَحْدُثْ فَلَهُ قَوْلَانِ، وَاسْتَدْلَّ بِحَدِيثِ أَنَسٍ كَانَ النَّبِيُّ ﷺ يَقْنُتُ فِي صَلَاةِ الْفَجْرِ إِلَى أَنْ فَارَقَ الدُّنْيَا وَلَنَا مَا رَوَى ابْنُ مَسْعُودٍ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَنَتَ فِي صَلَاةِ الْفَجْرِ شَهْرًا يَدْعُو عَلَى حَيٍّ مِنْ أَحْيَاءِ الْعَرَبِ وَهَكَذَا رَوَى عَنْ أَنَسٍ قَالَ قَنَتَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فِي صَلَاةِ الْفَجْرِ شَهْرًا أَوْ قَالَ «أَرْبَعِينَ يَوْمًا يَدْعُو عَلَى رَعْلٍ وَذَكَوَانٍ وَعُصَيَّةٍ حِينَ قَتَلُوا الْقُرَاءَ وَهُمْ سَبْعُونَ رَجُلًا أَوْ ثَمَانُونَ» وَقِيلَ فَلَمَّا نَزَلَ قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿لَيْسَ لَكَ مِنَ الْأَمْرِ شَيْءٌ أَوْ يَتُوبَ عَلَيْهِمْ﴾ [آل عمران: ١٢٨] تَرَكَ ذَلِكَ (فَإِنْ قَنَتَ الْإِمَامُ فِي صَلَاةِ الْفَجْرِ يَسْكُتُ مَنْ خَلْفَهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ يُتَابِعُهُ)؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ الْمُتَابَعَةَ (وَالْقُنُوتُ مُجْتَهِدٌ فِيهِ) فَلَا يُتْرَكُ الْأَصْلُ بِالشُّكِّ (وَلَهُمَا أَنَّهُ مَنْسُوخٌ) لَمَّا رَوَيْنَا أَنَّهُ ﷺ قَنَتَ شَهْرًا ثُمَّ تَرَكَ (وَلَا مُتَابَعَةً فِي الْمَنْسُوخِ) وَإِذَا لَمْ يُتَابِعْهُ مَاذَا يَفْعَلُ (قَالَ بَعْضُهُمْ: يَقِفُ قَائِمًا لِيُتَابِعَهُ فِيمَا تَجِبُ مُتَابَعَتُهُ، وَقِيلَ يَقْعُدُ تَحْقِيقًا لِلْمُخَالَفَةِ؛ لِأَنَّ السَّاكِتَ شَرِيكَ الدَّاعِي) أَلَا تَرَى أَنَّ الْمُقْتَدِيَ لَا يَأْتِي بِالْقِرَاءَةِ وَهُوَ شَرِيكَ الْإِمَامِ.

لَا يُقَالُ: كَيْفَ يَقْعُدُ تَحْقِيقًا لِلْمُخَالَفَةِ وَهِيَ مُفْسِدَةٌ لِلصَّلَاةِ؛ لِأَنَّ الْمُخَالَفَةَ فِيمَا هُوَ مِنَ الْأَرْكَانِ أَوْ الشَّرَاطِطِ مُفْسِدَةٌ لَا فِي غَيْرِهَا. وَلَا يُقَالُ: السَّاكِتُ إِذَا كَانَ شَرِيكَ الدَّاعِي يَنْبَغِي أَلَّا يَقْعُدَ؛ لِأَنَّ السُّكُوتَ مَوْجُودٌ فِي الْقُعُودِ أَيْضًا؛ لِأَنَّ السُّكُوتَ إِنَّمَا

يَكُونُ دَلِيلَ الشَّرِكَةِ. إِذَا لَمْ تُوجَدْ الْمُخَالَفَةُ، وَقَدْ وُجِدَتْ؛ لِأَنَّهُ قَاعِدٌ وَإِمَامُهُ قَائِمٌ.
 قَالَ الْمُصَنِّفُ (وَالأَوَّلُ أَظْهَرُ)؛ لِأَنَّ فِعْلَ الْإِمَامِ يَشْتَمِلُ عَلَى مَشْرُوعٍ وَغَيْرِهِ، فَمَا
 كَانَ مَشْرُوعًا يَتَّبِعُهُ فِيهِ، وَمَا كَانَ غَيْرَ مَشْرُوعٍ لَا يَتَّبِعُهُ فِيهِ. وَقَالَ بَعْضُهُمْ: يُسَلَّمُ قَبْلَ
 الْإِمَامِ؛ لِأَنَّ الْإِمَامَ اشْتَغَلَ بِالْبِدْعَةِ فَلَا مَعْنَى لِاتِّظَارِهِ، وَلَمْ يَذْكُرْهُ الْمُصَنِّفُ؛ لِأَنَّهُ مُخَالَفَةٌ
 ظَاهِرَةٌ لِلْإِمَامِ فِيمَا هُوَ مَشْرُوعٌ وَهُوَ السَّلَامُ.

وَدَلَّتِ الْمَسْأَلَةُ عَلَى جَوَازِ الْاِقْتِدَاءِ بِالشَّفْعَوِيَّةِ وَعَلَى الْمُتَابَعَةِ فِي قِرَاءَةِ الْقُنُوتِ فِي
 الْوُثْرِ، وَإِذَا عُلِمَ الْمُقْتَدِي مِنْهُ مَا يَزْعُمُ بِهِ فَسَادَ صَلَاتِهِ كَالْفَصْدِ وَغَيْرِهِ لَا يُجْزِئُهُ الْاِقْتِدَاءُ
 بِهِ، وَالْمُخْتَارُ فِي الْقُنُوتِ الْإِخْفَاءُ لِأَنَّهُ دُعَاءٌ وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

الشرح:

(وَدَلَّتِ الْمَسْأَلَةُ عَلَى جَوَازِ الْاِقْتِدَاءِ بِالشَّفْعَوِيَّةِ) يَعْنِي أَنَّ هَذِهِ الْمَسْأَلَةَ تَدُلُّ عَلَى
 شَيْئَيْنِ: أَحَدُهُمَا أَنَّ اقْتِدَاءَ حَنْفِيٍّ الْمَذْهَبِ بِشَافِعِيٍّ الْمَذْهَبِ جَائِزٌ. وَالثَّانِي أَنَّ الْمُقْتَدِيَّ
 يُتَابِعُ إِمَامَهُ فِي قِرَاءَةِ الْقُنُوتِ فِي الْوُثْرِ، وَذَلِكَ؛ لِأَنَّ الْخِلَافَ فِي الْمُتَابَعَةِ فِي قُنُوتِ
 الْفَجْرِ مَعَ أَنَّهُ اتَّبَاعٌ فِي الْخَطِّ إِجْمَاعٌ عَلَى الْمُتَابَعَةِ فِي الدُّعَاءِ الْمَسْنُونِ؛ لِأَنَّ الْقُنُوتَ فِي
 الْوُثْرِ صَوَابٌ بَيِّقِينَ. وَقَالَ أَبُو الْيُسْرِ: الْاِقْتِدَاءُ بِشَافِعِيٍّ الْمَذْهَبِ غَيْرُ جَائِزٍ مِنْ غَيْرِ أَنَّ
 يَطْعَنَ فِي دِينِهِمْ؛ لَمَا رَوَى مَكْحُولٌ النَّسْفِيُّ فِي كِتَابِ سَمَاءِ الشُّعَاعِ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ
 مَنْ رَفَعَ يَدَيْهِ عِنْدَ الرُّكُوعِ وَعِنْدَ رَفْعِ الرَّأْسِ مِنْهُ تَفْسُدُ صَلَاتُهُ وَجَعَلَ ذَلِكَ عَمَلًا
 كَثِيرًا، فَصَلَاتُهُمْ فَاسِدَةٌ عِنْدَنَا فَلَا يَصِحُّ الْاِقْتِدَاءُ بِهِمْ، وَفِيهِ نَظَرٌ؛ لِأَنَّ فَسَادَ الصَّلَاةِ عِنْدَ
 رَفْعِ الرَّأْسِ مِنَ الرُّكُوعِ بِرَفْعِ الْيَدَيْنِ لَا يَمْنَعُ صِحَّةَ الْاِقْتِدَاءِ فِي الْاِبْتِدَاءِ لِحَوَازِ صَلَاةِ
 الْإِمَامِ إِذْ ذَاكَ، ثُمَّ قَوْلُهُ: بِالشَّفْعَوِيَّةِ خَطَأً مِنْ حَيْثُ اللَّغَةُ؛ لِأَنَّ النَّسْبَةَ إِلَى الشَّافِعِيِّ شَافِعِيٌّ
 بِحَذْفِ يَاءِ النَّسْبَةِ مِنَ الْمُسُوبِ إِلَيْهِ.

قَوْلُهُ: (وَإِذَا عُلِمَ الْمُقْتَدِي مَا يَزْعُمُ بِهِ فَسَادَ صَلَاتِهِ) يَعْنِي أَنَّ الْاِقْتِدَاءَ بِهِ إِذَا يَصَحُّ
 إِذَا تَحَامَى مَوَاضِعَ الْخِلَافِ بَأَن يَتَوَضَّأَ فِي الْخَارِجِ التَّحْسِ مِنْ غَيْرِ السَّيْلَيْنِ، وَبِأَلَّا
 يَنْحَرِفَ عَنِ الْقِبْلَةِ انْحِرَافًا فَاحِشًا، وَلَا يَكُونُ شَاكًا فِي إِيمَانِهِ، وَأَلَّا يَتَوَضَّأَ فِي الْمَاءِ
 الرَّائِدِ الْقَلِيلِ، وَأَنْ يَغْسِلَ تَوْبَهُ مِنَ الْمَنِيِّ إِنْ كَانَ رَطْبًا أَوْ يَفْرُكَ الْيَابِسَ مِنْهُ، وَأَلَّا يَقْطَعَ
 الْوُثْرَ، وَيُرَاعِيَ التَّرْتِيبَ فِي الْفَوَائِتِ وَأَنْ يَمْسَحَ رُبْعَ رَأْسِهِ، فَإِنْ عُلِمَ مِنْهُ شَيْئًا مِنْ هَذِهِ

الأشياء لا يصح الاقتداء، وإن لم يعلم جاز ويكره. هذا حكم الفساد الرجاع إلى زعم المقتدي، ولم يذكر حكم الفساد الرجاع إلى زعم الإمام.

وقد اختلف مشايخنا في ذلك فقال الهنذواني وجماعة إن المقتدي إن رأى إمامه مس امرأة ولم يتوضأ لا يصح الاقتداء به. وذكر التمرتاشي أن أكثر مشايخنا جوزوه. قال صاحب النهاية: وقول الهنذواني أقيس لما أن زعم الإمام أن صلاته ليست بصلاة فكان الاقتداء حينئذ بناء الموجود على المعلوم في زعم الإمام وهو الأصل فلا يصح الاقتداء (والمختار في القنوت الإخفاء) مطلقاً سواء كان القانت إماماً أو مقتدياً أو منفرداً (لأنه دعاء) وخير الدعاء الحفي، ومنهم من يقول يجهز بالقنوت؛ لأن له شبهة القرآن فإن الصحابة اختلفوا في اللهم إنا نستعينك أنه من القرآن أو لا.

(بَابُ التَّوَافِلِ)

(السُّنَّةُ رَكَعَتَانِ قَبْلَ الصُّبْرِ).

الشرح:

(بَابُ التَّوَافِلِ) لما فرغ من بيان الفرض والواجب، شرع في بيان السنن والتوافل، وترجم الباب بالتوافل لكونها أعم وأشمل وقدم السنن على التوافل وهو في محزه، وأبتدأ بذكر سنة الفجر لكونها أقوى، قال ﷺ «صَلُّوْهَا وَلَوْ طَرَدَتْكُمْ الْخَيْلُ» أو ليناسب ذكر المواقيت فإنه قدم ذكر وقت الفجر على غيره. وفي المبسوط قدم ذكر سنة الظهر؛ لأن السنة تبع للفرض، وأول صلاة فرضت على النبي ﷺ صلاة الظهر. ثم اختلف بعد سنة الفجر في الأقوى، فقال الحلواني: سنة المغرب؛ لأن النبي ﷺ لم يدعها في سفر ولا حضر، ثم التي بعد الظهر لكونها متفقاً عليها والتي قبلها مختلف فيها، ثم التي بعد العشاء، ثم التي قبل الظهر، ثم التي قبل العصر، ثم التي قبل العشاء. وقيل التي قبل الظهر أكد من غيرها بعد سنة الفجر، قيل وهو الأصح؛ لأن فيها وعيداً معروفاً، قال ﷺ «مَنْ تَرَكَ أَرْبَعًا قَبْلَ الظُّهْرِ لَمْ تَنْلُهُ شَفَاعَتِي» وقال الحلواني: الأفضل في السنن أداؤها في المنزل إلا التراويح؛ لأن فيها إجماع الصحابة. وقيل الصحيح أن الكل سواء، ولا تختص الفضيلة بوجه دون وجه، ولكن الأفضل ما يكون أبعد من الرياء وأجمع للإخلاص، ثم ما ذكر في الكتاب واضح.

(وَأَرْبَعَ قَبْلَ الظُّهْرِ، وَبَعْدَهَا رَكْعَتَانِ، وَأَرْبَعَ قَبْلَ الْعَصْرِ، وَإِنْ شَاءَ رَكْعَتَيْنِ وَرَكْعَتَانِ بَعْدَ الْمَغْرِبِ، وَأَرْبَعَ قَبْلَ الْعِشَاءِ، وَأَرْبَعَ بَعْدَهَا، وَإِنْ شَاءَ رَكْعَتَيْنِ) وَالْأَصْلُ فِيهِ قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «مَنْ تَابَرَ عَلَى ثِنْتَيْ عَشْرَةَ رَكْعَةً فِي الْيَوْمِ وَاللَّيْلَةِ بَنَى اللَّهُ لَهُ بَيْتًا فِي الْجَنَّةِ»^(١) وَفَسَّرَ عَلَى نَحْوِ مَا ذَكَرَ فِي الْكِتَابِ، غَيْرَ أَنَّهُ لَمْ يَذْكُرِ الْأَرْبَعَ قَبْلَ الْعَصْرِ فَلِهَذَا سَمَّاهُ فِي الْأَصْلِ حَسَنًا وَخَيْرَ لاختلاف الآثار، والأفضل هو الأربع ولم يذكُر الأربع قبل العشاء فلَهَذَا كَانَ مُسْتَحَبًّا لَعَدَمِ الْمُوَاطَّئَةِ، وَذَكَرَ فِيهِ رَكْعَتَيْنِ بَعْدَ الْعِشَاءِ، وَفِي غَيْرِهِ ذَكَرَ الْأَرْبَعَ فَلَهَذَا خَيْرٌ، إِلَّا أَنَّ الْأَرْبَعَ أَفْضَلُ خُصُوصًا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ عَلَى مَا عُرِفَ مِنْ مَذْهَبِهِ، وَالْأَرْبَعَ قَبْلَ الظُّهْرِ بِتَسْلِيمَةٍ وَاحِدَةٍ^(٢) عِنْدَنَا، كَذَا قَالَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ، وَفِيهِ خِلَافُ الشَّافِعِيِّ.

الشرح:

وقوله: (وَالْأَصْلُ فِيهِ) أَيِ فِي هَذَا الْعَدَدِ الْمَذْكُورِ (قوله: ﷺ مِنْ تَابَرَ) وَالْمُتَابَرَةُ الْمُوَاطَّئَةُ فَإِنَّ السُّنَّةَ مَا وَاطَّبَ عَلَيْهِ النَّبِيُّ ﷺ مَعَ تَرْكِ (وَفَسَّرَ) أَيِ النَّبِيُّ ﷺ (عَلَى مَا ذَكَرَ فِي الْكِتَابِ) يَعْنِي الْمُبْسُوطَ أَوْ مُخْتَصَرَ الْقُدُورِيِّ.

قوله: (غَيْرَ أَنَّهُ لَمْ يَذْكُرِ الْأَرْبَعَ قَبْلَ الْعَصْرِ) بَيَّانُ مَا هُوَ الْمَذْكُورُ فِي حَدِيثِ الْمُتَابَرَةِ، فَإِنَّ الْمَذْكُورَ فِي الْكِتَابِ رَائِدٌ عَلَى ثِنْتَيْ عَشْرَةَ. وقوله: (فَلِذَلِكَ سَمَّاهُ) أَيِ الْأَرْبَعَ قَبْلَ الْعَصْرِ مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ فِي الْأَصْلِ (حَسَنًا وَخَيْرَ) بِقَوْلِهِ وَإِنْ شَاءَ رَكْعَتَيْنِ (لاختلاف الآثار)؛ لِأَنَّ ابْنَ عُمَرَ قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ «رَحِمَ اللَّهُ أَمْرًا صَلَّى قَبْلَ الْعَصْرِ أَرْبَعًا» وَعَلِيًّا قَالَ «إِنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ كَانَ يُصَلِّي قَبْلَ الْعَصْرِ رَكْعَتَيْنِ» قوله: (وَالْأَفْضَلُ هُوَ الْأَرْبَعُ)؛ لِأَنَّهُ أَكْثَرُ عَدَدًا وَأَدْوَمُ تَحْرِيمَةً فَكَانَ أَكْثَرَ نَوَابًا.

وقوله: (وَلَمْ يَذْكُرْ) أَيِ النَّبِيُّ ﷺ (الْأَرْبَعَ قَبْلَ الْعِشَاءِ فَلَهَذَا كَانَ مُسْتَحَبًّا لَعَدَمِ

(١) أخرجه مسلم (١٠٣)، وأبو داود في التطوع باب ١، والترمذي (٤١٥)، والنسائي في السنن الكبرى (١٤٦٩)، وابن ماجه (١١٤١)، وأحمد (٣٢٧/٦، ٤٢٦، ٤٤٣). وانظر نصب الراية (١٣٢/٢).

(٢) أخرجه أبو داود (١٢٧٠)، والترمذي (ص ٢)، وابن ماجه (١١٥٧) من حديث أبي أيوب الأنصاري. وانظر نصب الراية (١٣٧/٢).

المُؤَاطَبَةِ) وَفِي كَلَامِهِ تَسَامُحٌ؛ لِأَنَّهُ قَالَ وَلِهَذَا: أَيُّ وَلَآئِهِ لَمْ يَذْكُرْ: أَيُّ النَّبِيِّ ﷺ الْأَرْبَعَ قَبْلَ الْعِشَاءِ كَانَ مُسْتَحَبًّا " فَقَوْلُهُ: لَعَدَمِ الْمُؤَاطَبَةِ عَلَةً أُخْرَى لِكَوْنِهِ مُسْتَحَبًّا وَهُوَ غَيْرُ صَحِيحٍ، وَيَجُوزُ أَنْ يُقَالَ: إِنَّمَا لَمْ يَذْكُرْ فِي حَدِيثِ الْمُنَابَرَةِ لَعَدَمِ الْمُؤَاطَبَةِ (وَذَكَرَ فِيهِ) أَيُّ فِي حَدِيثِ الْمُنَابَرَةِ (رَكَعَتَيْنِ بَعْدَ الْعِشَاءِ وَفِي غَيْرِهِ) أَيُّ فِي غَيْرِ حَدِيثِ الْمُنَابَرَةِ، وَهُوَ مَا رَوَى عَنْ ابْنِ عُمَرَ مَوْفُوفًا عَلَيْهِ وَمَرْفُوعًا إِلَى النَّبِيِّ ﷺ «مَنْ صَلَّى بَعْدَ الْعِشَاءِ أَرْبَعَ رَكَعَاتٍ كُنَّ كَمِثْلِهِنَّ مِنْ لَيْلَةِ الْقَدْرِ» (ذَكَرَ الْأَرْبَعَ فَلِهَذَا) أَنْ فَلَاحْتِلَافٍ فِي أَلْفَاظِ الْحَدِيثِ بَيْنَ الْأَرْبَعَ وَالرَّكَعَتَيْنِ (خَيْرٌ) مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ أَوْ الْقُدُورِيُّ بِقَوْلِهِ وَأَرْبَعَ بَعْدَهَا وَإِنْ شَاءَ رَكَعَتَيْنِ. وَقَوْلُهُ: (إِلَّا أَنْ الْأَرْبَعَ أَفْضَلُ خُصُوصًا إلخ) إِشَارَةٌ إِلَى مَا قَالَ بَعْضُ مَشَايِخِنَا أَنَّ مَا ذَكَرَ فِي الْكِتَابِ بِقَوْلِهِ أَنَّهُ يُصَلِّي رَكَعَتَيْنِ بَعْدَ الْعِشَاءِ فِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ، وَأَمَّا عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ فَالْأَفْضَلُ أَنْ يُصَلِّيَ أَرْبَعًا، وَجَعَلَ هَذِهِ فَرْعًا لِمَسْأَلَةٍ أُخْرَى وَهِيَ أَنَّ صَلَاةَ اللَّيْلِ مَثْنَى مَثْنَى أَفْضَلُ أَوْ أَرْبَعَ بِتَسْلِيمَةٍ وَاحِدَةٍ عِنْدَهُ الْأَرْبَعَ أَفْضَلُ وَعِنْدَهُمَا مَثْنَى مَثْنَى، وَهِيَ صَحِيحَةٌ؛ لِأَنَّ مُحَمَّدًا جَعَلَهَا بِمَنْزِلَةِ صَلَاةِ اللَّيْلِ وَلَمْ يَعُدَّهُ مِنْ السَّنَنِ الْمُؤَقَّتَةِ؛ لِأَنَّهُ قَالَ: إِنْ فَعَلَ فَحَسَنٌ، وَالْأَرْبَعَ قَبْلَ الظُّهْرِ بِتَسْلِيمَةٍ وَاحِدَةٍ عِنْدَنَا (كَذَا قَالَهُ النَّبِيُّ ﷺ) رَوَى أَبُو أَيُّوبَ الْأَنْصَارِيُّ «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ كَانَ يُصَلِّي بَعْدَ الزَّوَالِ أَرْبَعَ رَكَعَاتٍ فَقُلْتُ: مَا هَذِهِ الصَّلَاةُ الَّتِي تُدَاوِمُ عَلَيْهَا، فَقَالَ: هَذِهِ سَاعَةٌ تُفْتَحُ فِيهَا أَبْوَابُ السَّمَاءِ وَأَحَبُّ أَنْ يَصْعَدَ لِي فِيهَا عَمَلٌ صَالِحٌ، فَقُلْتُ: أَفِي كُلِّهِنَّ قِرَاءَةٌ؟ قَالَ: نَعَمْ، فَقُلْتُ: أِبِتَسْلِيمَةٍ أَمْ بِتَسْلِيمَتَيْنِ، فَقَالَ: بِتَسْلِيمَةٍ وَاحِدَةٍ» وَقَالَ الشَّافِعِيُّ يُؤَدِّيْهَا بِتَسْلِيمَتَيْنِ وَهُوَ أَفْضَلُ، وَاحْتَجَّ بِمَا رَوَى أَبُو هُرَيْرَةَ «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ كَانَ يُصَلِّيهِنَّ بِتَسْلِيمَتَيْنِ».

وَرَوَى أَنَّهُ ﷺ قَالَ «صَلَاةُ اللَّيْلِ وَالنَّهَارِ مَثْنَى مَثْنَى» وَالْجَوَابُ عَنْ الْأَوَّلِ أَنَّ مَعْنَى قَوْلِهِ بِتَسْلِيمَتَيْنِ: أَيُّ بِتَشْهُدَتَيْنِ مِنْ بَابِ ذِكْرِ الْحَالِ وَإِرَادَةِ الْمَحَلِّ، وَقَدْ رَوَى هَذَا التَّأْوِيلُ عَنْ ابْنِ مَسْعُودٍ، وَعَنْ الثَّانِي بِأَنَّ الْمَشْهُورَ أَنَّ صَلَاةَ اللَّيْلِ مَثْنَى مَثْنَى وَالنَّهَارِ غَرِيبٌ، وَلَكِنْ ثَبَتَ فَمَعْنَاهُ شَفَعٌ لَا وَاحِدَةً نَفْيًا لِلْبَيِّنَاءِ.

قَالَ (وَنَوَافِلُ النَّهَارِ إِنْ شَاءَ صَلَّى بِتَسْلِيمَةٍ رَكَعَتَيْنِ وَإِنْ شَاءَ أَرْبَعًا) وَتَكَرَّرَ الزِّيَادَةُ عَلَى ذَلِكَ. وَأَمَّا نَافِلَةُ اللَّيْلِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ إِنْ صَلَّى ثَمَانِ رَكَعَاتٍ بِتَسْلِيمَةٍ جَازَ، وَتَكَرَّرَ

الزِّيَادَةُ، وَقَالَا: لَا يَزِيدُ فِي اللَّيْلِ عَلَى رَكَعَتَيْنِ بِتَسْلِيمَةٍ^(١). وَفِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ لَمْ يَذْكُرِ الثَّمَانِي فِي صَلَاةِ اللَّيْلِ، وَدَلِيلُ الْكَرَاهَةِ أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لَمْ يَزِدْ عَلَى ذَلِكَ، وَلَوْلَا الْكَرَاهَةُ لَزَادَ تَعْلِيمًا لِلْجَوَازِ، وَالْأَفْضَلُ فِي اللَّيْلِ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ مَثْنَى مَثْنَى، وَفِي النَّهَارِ أَرْبَعَ أَرْبَعَ، وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ فِيهِمَا مَثْنَى مَثْنَى، وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ فِيهِمَا أَرْبَعَ أَرْبَعَ. لِلشَّافِعِيِّ قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ "«صَلَاةُ اللَّيْلِ وَالنَّهَارِ مَثْنَى مَثْنَى»"^(٢) وَلَهُمَا الْإِعْتِبَارُ بِالنُّرَاوِيحِ، وَلَأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ «أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ كَانَ يُصَلِّي بَعْدَ الْعِشَاءِ أَرْبَعًا أَرْبَعًا»^(٣) رَوَتْهُ عَائِشَةُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا، وَكَانَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ يُؤَظِّبُ عَلَى الْأَرْبَعِ فِي الضُّحَى^(٤)، وَلَأَنَّهُ أَدْوَمُ تَحْرِيمَةً فَيَكُونُ أَكْثَرُ مَشَقَّةً وَأَزِيدَ فَضِيلَةً لِهَذَا لَوْ نَدَّرَ أَنْ يُصَلِّيَ أَرْبَعًا بِتَسْلِيمَةٍ لَا يَخْرُجُ عَنْهُ بِتَسْلِيمَتَيْنِ، وَعَلَى الْقَلْبِ يَخْرُجُ وَالنُّرَاوِيحُ تُؤَدِّي بِجَمَاعَةٍ فَيُرَاعَى فِيهَا جِهَةُ التَّسْيِيرِ، وَمَعْنَى مَا رَوَاهُ شَفْعَا لَا وَتَرًا، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

الشرح:

قَالَ (وَتَوَافُلُ النَّهَارِ) اخْتَلَفَ الْعُلَمَاءُ فِي كَمِّيَةِ التَّنْفُلِ لَيْلًا وَنَهَارًا بِحَسَبِ الْإِبَاحَةِ وَالْأَفْضَلِيَّةِ، فَأَمَّا الْإِبَاحَةُ فِي النَّهَارِ فَهِيَ أَنْ يُصَلِّيَ رَكَعَتَيْنِ بِتَسْلِيمَةٍ أَوْ أَرْبَعًا،

(١) قَالَ الزَّيْلَعِيُّ فِي نَصَبِ الرَّايَةِ (١٣٧/٢): غَرِيبٌ وَفِي صَحِيحِ مُسْلِمٍ خِلَافُهُ، أَخْرَجَهُ مُسْلِمٌ (١٣٩) مِنْ حَدِيثِ عَائِشَةَ.

(٢) أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ (١٢٩٥)، وَالتِّرْمِذِيُّ (٥٩٧)، وَابْنُ مَاجَةٍ (١٣٢٢)، وَالنَّسَائِيُّ فِي الْكِبَرِ (٤٧٢)، وَأَحْمَدُ (٥/٢، ٩، ١٠، ٢٦، ٥١)، وَابْنُ أَبِي شَيْبَةَ فِي السَّنَنِ الْكِبَرِ (٤٥٧٣) مِنْ حَدِيثِ ابْنِ عَمْرٍ، بِهِ. وَأَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ (٩٩٠)، وَمُسْلِمٌ فِي صَلَاةِ الْمَسَافِرِينَ وَقَصَرَهَا (١٤٥) عَنْ جَمَاعَةٍ عَنْ ابْنِ عَمْرٍ بِدُونِ ذِكْرِ النَّهَارِ.

وَأَخْرَجَهُ الْحَافِظُ أَبُو نَعِيمٍ فِي تَارِيخِ أَصْبَهَانَ مِنْ حَدِيثِ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا، بِهِ. وَأَخْرَجَهُ إِبرَاهِيمُ الْحَرَبِيُّ فِي (غَرِيبِ الْحَدِيثِ) مِنْ حَدِيثِ أَبِي هُرَيْرَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، بِهِ. وَانْظُرْ نَصَبَ الرَّايَةِ (١٣٨/٢).

(٣) رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ (١٢٩٦)، وَالنَّسَائِيُّ فِي السَّنَنِ الْكِبَرِ (٤٤١، ٦١٦)، وَابْنُ مَاجَةٍ (١٣٢٥)، وَأَحْمَدُ (١٦٧/٤)، وَأَبُو دَاوُدَ الطَّيَالِسِيُّ (١٣٦٦). وَانْظُرْ نَصَبَ الرَّايَةِ (١٤٠/٢).

(٤) أَخْرَجَهُ مُسْلِمٌ فِي صَلَاةِ الْمَسَافِرِينَ وَقَصَرَهَا (١٠٥) مِنْ حَدِيثِ مُعَاذَةَ، بِهِ. وَانْظُرْ نَصَبَ الرَّايَةِ (١٤١/٢).

فصل في القراءة

(القراءة في الفرض واجبة في الركعتين) وقال الشافعي رحمه الله في الركعات كلها لقوله عليه الصلاة والسلام " لا صلاة إلا بقراءة، وكل ركعة صلاة " ^(١) وقال مالك رحمه الله في ثلاث ركعات إقامة للأكثر مقام الكل تسييراً. ولنا قوله تعالى ﴿ فَاقْرَءُوا مَا تَيَسَّرَ مِنَ الْقُرْآنِ ﴾ والأمر بالفعل لا يقتضي التكرار، وإنما أوجبنا في الثانية استدلالاً بالأولى لأنهما يتشاكلان من كل وجه، فأما الأخريان فيفارقانها في حق السقوط بالسفر، وصفة القراءة وقدرها فلا يلحقان بهما، والصلاة فيما روي مذكورة تصريحاً فتتصرف إلى الكاملة وهي الركعتان عرفاً كمن حلف لا يصلي صلاة بخلاف ما إذا حلف لا يصلي (وهو مخير في الأخيرين) معناه إن شاء سكت وإن شاء قرأ وإن شاء سبّح، كذا روي عن أبي حنيفة رحمه الله، وهو المأثور عن علي وابن مسعود وعائشة رضي الله عنهم إلا أن الأفضل أن يقرأ لأنه عليه الصلاة والسلام داوم على ذلك ^(٢)، ولهذا لا يجب السهو بتركها في ظاهر الرواية.

الشرح:

(فصل) لما فرغ من بيان الصلوات المفروضة والواجبات والتوفل على الترتيب شرع في بيان القراءة التي يختلف وجوبها بحسب اختلاف هذه الصلوات. وأعلم أن مسألة القراءة في الفرائض الرباعية خمسة، فعندنا هي فرض في الركعتين، وقال الشافعي: في الركعات كلها، وقال مالك في ثلاث ركعات، وقال الحسن البصري في ركعة واحدة، وقال أبو بكر الأصم: القراءة في الصلاة سنة كسائر الأذكار، وهو فاسد؛ لأن سائر الأذكار حين شرع شرع سنة وجبت المخافة بها على كل حال، وههنا وجب الجهر بالقراءة في أكثر الصلوات بل في كلها من حيث الأصل، فلو

(١) أخرجه البخاري (٧٧٢)، ومسلم في الصلاة في الصلاة (٤٢ - ٤٤)، وأبو داود في الصلاة باب ١٢٥، وأحمد (٢٥٨/٢، ٢٧٣، ٢٨٥، ٣٠١، ٣٤٣، ٣٤٨، ٤١١، ٤١٦، ٤٣٥، ٤٨٧). وانظر نصب الراية (١٤٢/٢).

(٢) أخرجه البخاري في الأذان باب ١٠٩، ومسلم في الصلاة (١٥٤، ١٥٥)، وأبو داود في الصلاة باب ١٢٥، والنسائي في الافتتاح باب ٦٠، وابن ماجه في الإقامة باب ٥، وأحمد (٣٠٥/٥، ٣٠٩، ٣١١، ٣٤٢). وانظر نصب الراية (١٤٣/٢).

كَانَتْ سُنَّةً لَكَانَتْ مُخَافَتَةً؛ لِأَنَّ مَبْنَى التَّطَوُّعَاتِ عَلَى الْخُفْيَةِ وَالْكَثْمَانِ، عَلَى أَنَّهُ مُخَالَفٌ لظَاهِرِ النَّصِّ وَخَرَقٌ لِلْإِجْمَاعِ. وَوَجْهٌ قَوْلِ الْحَسَنِ قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿فَاقْرَءُوا مَا تَيَسَّرَ مِنَ الْقُرْآنِ﴾ [الزمل: ٢٠] وَهُوَ لَا يَقْتَضِي التَّكْرَارَ، وَلَا يُلْزِمُ ارْكَعُوا وَاسْجُدُوا فَإِنَّ التَّكْرَارَ فَرَضٌ؛ لِأَنَّهُ ثَبَتَ ذَلِكَ بِفِعْلِ النَّبِيِّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ، وَالْجَوَابُ عَنْهُ الْقَوْلُ بِالْمُوجِبِ، وَهُوَ أَنَّا نُسَلِّمُ ذَلِكَ لَكُنْهُ لَا يُنَافِيهِ، فَيَجُوزُ أَنْ يَثْبُتَ بِدَلِيلٍ آخَرَ كَمَا سَنَذْكُرُهُ. وَوَجْهٌ قَوْلُ مَالِكٍ أَنَّ الْقِرَاءَةَ تَجِبُ أَنْ تَكُونَ وَاجِبَةً فِي جَمِيعِ الرُّكْعَاتِ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «لَا صَلَاةَ إِلَّا بِقِرَاءَةٍ» لَكِنَّا أَقَمْنَا الْأَكْثَرَ مَقَامَ الْكُلِّ تَيْسِيرًا. وَوَجْهٌ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ الْحَدِيثُ، وَذَلِكَ؛ لِأَنَّ كُلَّ رَكْعَةٍ صَلَاةٌ بِدَلِيلِ أَنَّهُ لَوْ حَلَفَ لَا يُصَلِّي فَصَلَّى رَكْعَةً حَنْتَ. وَلَنَا قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿فَاقْرَءُوا مَا تَيَسَّرَ مِنَ الْقُرْآنِ﴾ [الزمل: ٢٠] عَلَى مَا تَقَدَّمَ، وَالْأَمْرُ بِالْفِعْلِ لَا يَقْتَضِي التَّكْرَارَ عَلَى مَا عُرِفَ فِي الْأُصُولِ، وَمَا ذَكَرْتُمُ خَيْرٌ وَاحِدٌ فَلَا يُعَارِضُهُ وَلَا يُزَادُ بِهِ عَلَيْهِ (وَأَيْمًا أَوْجَبْنَا فِي الثَّانِيَةِ اسْتِدْلَالًا بِالْأُولَى) الْحَاقًّا بِهَا بِالذَّلَالَةِ (؛ لَأَنَّهُمَا) أَيُّ الْأُولَى وَالثَّانِيَةِ (يَتَشَاكِلَانِ مِنْ كُلِّ وَجْهِ) فَإِنْ قِيلَ: لَا نُسَلِّمُ ذَلِكَ؛ لَأَنَّهُمَا يَفْتَرِقَانِ مِنْ حَيْثُ الثَّنَاءُ وَالتَّعَوُّذُ وَالبَسْمَلَةُ.

أُجِيبَ بِأَنَّ ذَلِكَ أَمْرٌ زَائِدٌ وَالْإِعْتِبَارُ بِالْأَرْكَانِ (فَأَمَّا الْآخَرَيَانِ) وَفِي بَعْضِ النُّسخِ: الْآخَرَوَانِ، وَهُوَ لَحْنٌ؛ لِأَنَّ الْأَلْفَ إِذَا كَانَتْ ثَالِثَةً رُدَّتْ إِلَى أَصْلِهَا فِي الثَّنِيَةِ كَعَصَوَانِ وَرَحِيَانِ، وَإِذَا كَانَتْ رَابِعَةً فَصَاعِدًا لَمْ تُقْلَبْ إِلَّا يَاءً نَحْوُ أَعَشِيَانِ صِفَةً وَحُبْلِيَانِ وَالْأُولَيَانِ (فَيُفَارِقَانِهِمَا) أَيُّ الْأُولَيَيْنِ فِي حَقِّ السَّقُوطِ بِالسَّفَرِ. وَقَوْلُهُ: (وَصِفَةُ الْقِرَاءَةِ وَقَدْرُهَا) فَإِنَّهُ لَا يَضُمُّ السُّورَةَ إِلَى الْفَاتِحَةِ فِيهِمَا (فَلَا يَلْحَقَانِ بِهِمَا) وَقَوْلُهُ: (وَالصَّلَاةُ) جَوَابٌ عَمَّا رَوَاهُ مِنَ الْحَدِيثِ، وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ قَوْلَهُ لَا صَلَاةَ مُصَدَّرٌ مَذْكُورٌ صَرِيحًا، فَكَانَ كَمَنْ حَلَفَ لَا يُصَلِّي صَلَاةً لَا كَمَنْ حَلَفَ لَا يُصَلِّي، وَذَلِكَ يَنْصَرِفُ إِلَى الرُّكْعَتَيْنِ عُرْفًا فَكَذَا هَذَا.

فَإِنْ قِيلَ: لَا صَلَاةَ تَكْرَرَةً فِي سِيَاقِ التَّنْفِي فَتَعُمُّ كُلَّ فَرْدٍ. فَلَنَا تَعُمُّ كُلَّ فَرْدٍ مِنْ أَفْرَادِهَا لَعَةً أَوْ شَرِيعَةً لَا سَبِيلَ إِلَى الْأَوَّلِ؛ لِأَنَّ حَقِيقَتَهَا لَعَةٌ الدُّعَاءُ، وَلَيْسَتْ الْقِرَاءَةُ شَرْطًا فِي فَرْدٍ مِنْ أَفْرَادِ الدُّعَاءِ وَالثَّانِي مُسَلِّمٌ لَكِنِ الرُّكْعَةُ الْوَاحِدَةُ لَيْسَتْ مِنَ الْإِفْرَادِ شَرْعًا لَتَهْيِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ عَنِ الْبُتَيْرَاءِ. وَلَنَا أَنْ نَقُولَ أَيْضًا بِمُوجِبِ الْعِلَّةِ: أَيُّ سَلَّمْنَا أَنَّهُ لَا صَلَاةَ إِلَّا بِقِرَاءَةٍ، لَكِنِ الْكَلَامُ فِي أَنَّ الْقِرَاءَةَ فِي

الأولين هل هي قراءة في الآخرين أو لا، وما ذكرتم لا يدل على نفيه ولنا دليل على ثبوته وهو قوله: عليه الصلاة والسلام «القراءة في الأولين قراءة في الآخرين» (وهو مخير في الآخرين معناه إن شاء قرأ فاتحة الكتاب) قيل على جهة الناء لا على جهة القراءة وبه أخذ بعض المتأخرين من أصحابنا (وإن شاء سكنت) مقدار تسبيحة (وإن شاء سبح) ثلاث تسبيحات (كذا روي عن أبي حنيفة، وهو مأثور عن علي وابن مسعود وعائشة) فقد روي عنهما أنهما كانا يسبحان في الآخرين. وسأل رجل عائشة عن قراءة الفاتحة في الآخرين فقالت اقرأ ولتكن على جهة الناء (إلا أن الأفضل أن يقرأ؛ لأن النبي عليه الصلاة والسلام دأوم على ذلك) يعني بترك، وإلا لكان واجبا (فلهذا) أي فلكون قراءة الفاتحة على وجه الأفضلية (لا يجب) سجدة (السهو بتركها في ظاهر الرواية) وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه إن لم يقرأ ولم يسبح عمدا كان ميسئا، وإن سها عن ذلك وجب عليه سجدة السهو؛ لأن القيام في الآخرين مقصود فيكره إخلأؤه عن القراءة والذكر جميعا، وظاهر الرواية أصح؛ لأن الأصل في القيام القراءة، فإذا سقط بقي القيام المطلق فكان كقيام المقتدي. ثم اعلم أن المصنف قال في أول الفصل: القراءة واجبة في الركعتين ولم يقل في الأولين؛ لأنها فرض في ركعتين لا بأعينهم إن شاء قرأ في الأولين وإن شاء قرأ في الآخرين وإن شاء قرأ في الأولى والرابعة وإن شاء في الثانية والثالثة، والأفضل أن يقرأ في الأولين. وقال في خلاصة الفتاوى واجبات الصلاة عشر وذكر منها تعيين القراءة في الأولين.

(والقراءة واجبة في جميع ركعات النفل وفي جميع الوتر) أما النفل فلأن كل شفع منه صلاة على حدة، والقيام إلى الثالثة كتحريمه مبتدأة، ولهذا لا يجب بالتحريم الأولى إلا ركعتان في المشهور عن أصحابنا رحمهم الله، ولهذا قالوا يستمتع في الثالثة، وأما الوتر فلاحتياط.

الشرح:

وقوله: (والقراءة واجبة جميع ركعات النفل وفي جميع الوتر) ظاهر. وقوله: (ولهذا) أي ولكون كل شفع منه صلاة على حدة (لا يجب بالتحريم الأولى إلا ركعتان) وإن نوى أكثر من ذلك (في المشهور عن أصحابنا) وإنما قيد بالمشهور احترازاً عن قول أبي يوسف أولاً على ما سيأتي. وقوله: (ولهذا) أي ولأن القيام إلى

الثالثة بِمَنْزِلَةِ تَحْرِيمَةِ مُبَدَّأَةٍ (قَالُوا يَسْتَفْتِحُ فِي الثَّالِثَةِ) أَيْ يَقْرَأُ سُبْحَانَكَ اللَّهُمَّ وَبِحَمْدِكَ كَمَا فِي الْإِبْتِدَاءِ، وَاسْتَشْكَلَ هَذَا عَلَى قَوْل أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ فَإِنَّهُمَا يُجَوِّزَانِ تَرْكَ الْقَعْدَةِ الْأُولَى مِنَ الشَّفْعِ الْأَوَّلِ فِي التَّطَوُّعَاتِ؛ فَلَوْ كَانَ كُلُّ شَفْعٍ مِنْهَا صَلَاةً عَلَى حِدَةٍ لَمَا جَازَتْ تِلْكَ الصَّلَاةُ لَتَرْكَ الْقَعْدَةِ الْأَخِيرَةِ الَّتِي هِيَ فَرَضٌ.

وَالْجَوَابُ أَنَّ وَجْهَ الْقِيَاسِ وَهُوَ قَوْلُ زُفَرٍ وَرِوَايَةٌ عَنْ مُحَمَّدٍ، وَفِي الْاسْتِحْسَانِ لَا تَفْسُدُ؛ لِأَنَّ الْفَرَضَ هُوَ الْقَعْدَةُ الْأَخِيرَةُ، وَإِذَا قَامَ إِلَى الثَّالِثَةِ وَهُوَ مَشْرُوعٌ بِالْإِجْمَاعِ أَشْبَهَ صَلَاتُهُ هَذِهِ صَلَاةَ الْفَجْرِ مِنْ حَيْثُ إِنَّ كُلَّ شَفْعٍ مِنْهَا صَلَاةٌ عَلَى حِدَةٍ وَصَلَاةُ الظُّهْرِ مِنْ حَيْثُ إِنَّ الْأَرْبَعَ مَشْرُوعَةٌ كَالرَّكَعَتَيْنِ وَقَدْ دَخَلَ فِي الشَّفْعِ الثَّانِي فَبِالنَّظَرِ إِلَى الشَّبَهِ الْأَوَّلِ تَفْسُدُ صَلَاتُهُ؛ لِأَنَّهُ تَرَكَ الْقَعْدَةَ الْأَخِيرَةَ وَهِيَ فَرَضٌ، وَبِالنَّظَرِ إِلَى الثَّانِي لَا تَفْسُدُ؛ لِأَنَّ الْقَعْدَةَ الْمَتْرُوكَةَ لَيْسَتْ الْأَخِيرَةَ فَلَا تَفْسُدُ بِالشَّكِّ، وَيُؤْمَرُ بِالْعُودِ إِلَى الْقَعْدَةِ مَا لَمْ يَسْجُدْ نَظَرًا إِلَى الشَّبَهِ الْأَوَّلِ وَلَمْ يُؤْمَرْ بِهِ بَعْدَ السُّجُودِ لِتَأْكِدِ الشَّبَهِ الثَّانِي بِهِ، وَأَوْجَبْنَا الْقِرَاءَةَ عَلَى كُلِّ حَالٍ؛ لِأَنَّهَا رُكْنٌ مَقْصُودٌ لِعَيْنِهَا.

وَأَمَّا الْقَعْدَةُ فَإِنَّمَا شُرِعَتْ لِلتَّحُلُّلِ أَوْ لِلْفَصْلِ بَيْنَ الشَّفْعَيْنِ فَاعْتَبِرَ فِيهَا رِعَايَةُ الشَّبَهَيْنِ، وَيُؤَيِّدُ هَذَا وَجُوبُ الْقِرَاءَةِ فِي جَمِيعِ رَكَعَاتِ الْوُثْرِ، فَإِنَّ الْقِرَاءَةَ فِي الصَّلَاةِ رُكْنٌ مَقْصُودٌ لِعَيْنِهَا، وَكَوْنُهُ فَرَضًا ثَبَتَ بِالسُّنَّةِ فِيهِ احْتِمَالُ التَّفْلِيَةِ فَتَجِبُ الْقِرَاءَةُ فِي الْجَمِيعِ احْتِيَاطًا.

قَالَ (وَمَنْ شَرَعَ فِي نَافِلَةٍ ثُمَّ أَفْسَدَهَا قَضَاهَا) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَا قَضَاءَ عَلَيْهِ لِأَنَّهُ مُتَبَرِّعٌ فِيهِ وَلَا لُزُومَ عَلَى الْمُتَبَرِّعِ. وَلَنَا أَنَّ الْمُؤَدَّى وَقَعَ قُرْبَةً فَيَلْزِمُ الْإِتِمَامَ ضَرُورَةً صِيَانَتِهِ عَنِ الْبُطْلَانِ. ...

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ شَرَعَ فِي نَافِلَةٍ ثُمَّ أَفْسَدَهَا قَضَاهَا) هَذِهِ هِيَ الْمَسْأَلَةُ الْمَشْهُورَةُ فِي أَنَّ الشُّرُوعَ فِي النَّفْلِ صَلَاةً كَانَ أَوْ صَوْمًا مُلْزِمٌ عِنْدَنَا خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ، وَالْعُلَمَاءُ أَوْرَدُوا هَذِهِ الْمَسْأَلَةَ فِي كِتَابِ الصَّوْمِ؛ لِأَنَّ الْأَثَارَ الَّتِي يُحْتَجُّ بِهَا مِنَ الْجَانِبَيْنِ إِنَّمَا وَرَدَتْ فِيهِ، لَكِنْ الشَّيْخُ أَبُو الْحَسَنِ الْقُدُورِيُّ لَمَّا رَأَى حُكْمَ الْمَسْأَلَةِ فِيهِمَا وَاحِدًا أَوْرَدَهَا فِي كِتَابِ الصَّلَاةِ وَتَابَعَهُ الْمُصَنِّفُ (وَقَالَ الشَّافِعِيُّ الْمُتَنَفِّلُ مُتَبَرِّعٌ فِيهِ) أَيْ فِي فِعْلِهِ وَهُوَ وَاضِحٌ (وَلَا

لُزُومَ عَلَى الْمُتَبَرِّعِ لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿ مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ ﴾ [التوبة: ٩١]
 كَمَنْ شَرَعَ فِي صَلَاةِ النَّفْلِ نَاقِيًا أَرْبَعًا فَصَلَّى رَكَعَتَيْنِ كَانَ مُحْصِرًا فِي الشَّفْعِ الثَّانِي.
 وَالْجَوَابُ أَنَّهُ لَا لُزُومَ عَلَى الْمُتَبَرِّعِ قَبْلَ شُرُوعِهِ أَوْ بَعْدَهُ، وَالْأَوَّلُ مُسَلَّمٌ وَلَيْسَ
 الْكَلَامُ فِيهِ، وَالثَّانِي عَيْنُ النَّزَاعِ وَالْآيَةُ مَحْمُولَةٌ عَلَى الْأَوَّلِ، وَقَدْ بَيَّنَّا أَنَّ كُلَّ شَفْعٍ مِنَ
 النَّفْلِ صَلَاةٌ عَلَى حِدَةٍ فَلَمْ يُوجَدْ الشُّرُوعُ فِي الشَّفْعِ الثَّانِي حَتَّى لَا يَكُونَ مُلْزَمًا وَلَنَا أَنَّ
 الْمُؤَدَّى وَقَعَ قُرْبَةً بِتَسْلِيمَةٍ إِلَى مُسْتَحَقِّهِ وَكُلُّ مَا وَقَعَ قُرْبَةً لَزِمَ إِتِمَامُهُ ضَرُورَةً صِيَانَةً
 بَطْلَانِ حَقِّ الْغَيْرِ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿ وَلَا تَبْطُلُوا أَعْمَالَكُمْ ﴾ [محمد: ٣٣].

فَإِنْ قِيلَ: الْمُؤَدَّى لَا يَخْلُو إِمَّا أَنْ يَكُونَ عِبَادَةً أَوْ لَا، فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ فَلَا حَاجَةَ
 إِلَى الْإِزَامِ الْبَاقِي؛ لِأَنَّ الْمَشْرُوعَ فِيهِ عِبَادَةٌ وَصَلَتْ إِلَى مُسْتَحَقِّهَا، وَإِنْ كَانَ الثَّانِي فَلَا
 وَجْهَ لِلتَّسْلِيمِ إِلَيْهِ. وَالْجَوَابُ أَنَّهُ عِبَادَةٌ حَتَّى إِنَّهُ لَوْ مَاتَ أُثِيبَ عَلَيْهِ؛ وَلَوْلَا يَلْزَمُ تَرْكُ
 الشَّيْءِ مِنْ مُنَافِيهِ وَالْإِزَامِ الْبَاقِي؛ لِأَنَّهُ التَّزَمَ عِبَادَةً صَوْمًا أَوْ صَلَاةً مَثَلًا، وَلَا يَكُونُ كَذَلِكَ
 إِلَّا بِالتَّزَامِ الْبَاقِي؛ لِأَنَّهُ بِهَذَا الِاعْتِبَارِ غَيْرُ مُتَجَزِّئٍ.

(وَإِنْ صَلَّى أَرْبَعًا وَقَرَأَ فِي الْأَوَّلَيْنِ وَقَعَدَ ثُمَّ أَفْسَدَ الْأُخْرَيَيْنِ قَضَى رَكَعَتَيْنِ) لِأَنَّ
 الشَّفْعَ الْأَوَّلَ قَدْ تَمَّ، وَالْقِيَامُ إِلَى الثَّلَاثَةِ بِمَنْزِلَةِ تَحْرِيمَةِ مُبْتَدَأَةٍ فَيَكُونُ مُلْزَمًا، هَذَا إِذَا
 أَفْسَدَ الْأُخْرَيَيْنِ بَعْدَ الشُّرُوعِ فِيهِمَا، وَلَوْ أَفْسَدَ قَبْلَ الشُّرُوعِ فِي الشَّفْعِ الثَّانِي لَا يَقْضِي
 الْأُخْرَيَيْنِ؛ وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يَقْضِي اعْتِبَارًا لِلشُّرُوعِ بِالنَّذْرِ. وَكِلَاهُمَا أَنَّ الشُّرُوعَ يَلْزَمُ مَا
 شَرَعَ فِيهِ وَمَا لَا صِحَّةَ لَهُ إِلَّا بِهِ، وَصِحَّةُ الشَّفْعِ الْأَوَّلِ لَا تَتَعَلَّقُ بِالثَّانِي، بِخِلَافِ الرُّكْعَةِ
 الثَّانِيَةِ، وَعَلَى هَذَا سُنَّةُ الظُّهْرِ لِأَنَّهَا نَافِلَةٌ وَقِيلَ يَقْضِي أَرْبَعًا احتياطًا لِأَنَّهَا بِمَنْزِلَةِ صَلَاةٍ
 وَاحِدَةٍ.

الشرح:

قَوْلُهُ: (وَإِنْ صَلَّى أَرْبَعًا) أَيُّ شَرَعَ فِي صَلَاةٍ نَاقِيًا أَرْبَعًا (وَقَرَأَ فِي الْأَوَّلَيْنِ
 وَقَعَدَ ثُمَّ أَفْسَدَ الْأُخْرَيَيْنِ قَضَى رَكَعَتَيْنِ) يَعْنِي الشَّفْعَ الثَّانِي (لِأَنَّ الْأَوَّلَ قَدْ تَمَّ وَالْقِيَامُ
 إِلَى الثَّلَاثَةِ كَتَحْرِيمَةِ مُبْتَدَأَةٍ فَيَكُونُ مُلْزَمًا إِذَا كَانَ الْإِفْسَادُ بَعْدَ الشُّرُوعِ فِيهَا) بِالْقِيَامِ إِلَى
 الثَّلَاثَةِ، وَأَمَّا إِذَا كَانَ قَبْلَ الْقِيَامِ إِلَى الثَّلَاثَةِ فَلَا يَجِبُ عَلَيْهِ قَضَاءُ شَيْءٍ (وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ
 أَنَّهُ يَقْضِي اعْتِبَارًا بِالنَّذْرِ) وَذَلِكَ؛ لِأَنَّ نِيَّةَ الْأَرْبَعِ قَارَنْتْ سَبَبَ الْوُجُوبِ وَهُوَ الشُّرُوعُ

فَلِزَمَ الْقَضَاءُ كَمَا إِذَا نَذَرَ، فَإِنَّ نِيَّةَ الْأَرْبَعِ قَارَتْ سَبَبَ الْوُجُوبِ وَهُوَ النَّذْرُ.
وَلَهُمَا أَنْ الشَّرُوعَ سَبَبٌ لَوُجُوبِ مَا شَرَعَ فِيهِ وَهُوَ الرُّكْعَةُ الْأُولَى، وَلَوُجُوبِ مَا
لَا يَصِحُّ مَا شَرَعَ فِيهِ إِلَّا بِهِ وَهُوَ الرُّكْعَةُ الثَّانِيَّةُ؛ لِأَنَّ الْبُتِيرَاءَ مُنْهَى عَنْهَا، وَالشَّفْعُ الثَّانِي
لَيْسَ مَا شَرَعَ فِيهِ؛ لِأَنَّهُ الْمَفْرُوضُ وَلَا مَا يَتَوَقَّفُ صِحَّةُ مَا شَرَعَ فِيهِ عَلَيْهِ فَلَا يَكُونُ
وَاجِبًا بِالشَّرُوعِ فِي الشَّفْعِ الْأَوَّلِ، وَمَا لَا يَكُونُ وَاجِبًا لَا يَجِبُ قَضَاؤُهُ، وَظَهَرَ مِنْ هَذَا
أَنَّ النِّيَّةَ لَمْ تُقَارَنْ سَبَبَ الْوُجُوبِ وَهُوَ الشَّرُوعُ؛ لِأَنَّ الْفَرَضَ أَنَّهُ لَمْ يَشْرَعْ، بِخِلَافِ
النَّذْرِ فَإِنَّ نِيَّةَ الْأَرْبَعِ قَارَتْ سَبَبَ الْوُجُوبِ فَلِزَمَ الْقَضَاءُ بِالْإِفْسَادِ (وَعَلَى هَذَا سُنَّةُ
الظُّهْرِ) فَإِنَّ أَفْسَدَ الْأَخْرَيْنِ قَبْلَ الشَّرُوعِ فِيهَا يَقْضِيهِمَا عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ وَعِنْدَهُمَا لَا
يَقْضِي (وَقِيلَ يَقْضِي أَرْبَعًا احتياطاً؛ لِأَنَّهَا بِمَنْزِلَةِ صَلَاةٍ وَاحِدَةٍ) حَتَّى إِنْ الزَّوْجَ إِذَا خَيْرَ
امْرَأَتِهِ وَهِيَ فِي الشَّفْعِ الْأَوَّلِ مِنْ هَذِهِ الصَّلَوَاتِ، أَوْ أَخْبَرَتْ بِشَفْعَةٍ لَهَا فَأَتَمَّتْ أَرْبَعًا
لَا يَبْطُلُ خِيَارُهَا وَلَا شَفْعَتُهَا، بِخِلَافِ سَائِرِ التَّطَوُّعَاتِ.

(وَإِنْ صَلَّى أَرْبَعًا وَلَمْ يَقْرَأْ فِيهِنَّ شَيْئًا أَعَادَ رَكْعَتَيْنِ) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ
وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ يَقْضِي أَرْبَعًا، وَهَذِهِ الْمَسْأَلَةُ عَلَى ثَمَانِيَةِ
أَوْجِهٍ؛ وَالْأَصْلُ فِيهَا أَنَّ عِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ تَرَكَ الْقِرَاءَةَ فِي الْأُولَيَيْنِ أَوْ فِي إِحْدَاهُمَا
يُوجِبُ بَطْلَانَ التَّحْرِيمَةِ لِأَنَّهَا تُعْقَدُ لِلْأَفْعَالِ وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ تَرَكَ الْقِرَاءَةَ
فِي الشَّفْعِ الْأَوَّلِ لَا يُوجِبُ بَطْلَانَ التَّحْرِيمَةِ، وَإِنَّمَا يُوجِبُ فُسَادَ الْأَدَاءِ لِأَنَّ الْقِرَاءَةَ رُكْنٌ
زَائِدٌ، أَلَا تَرَى أَنَّ الصَّلَاةَ وَجُودًا بِدُونِهَا غَيْرُ أَنَّهُ لَا صِحَّةَ لِلأَدَاءِ إِلَّا بِهَا، وَفُسَادُ الْأَدَاءِ لَا
يَزِيدُ عَلَى تَرْكِهِ فَلَا يَبْطُلُ التَّحْرِيمَةُ. وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ تَرَكَ الْقِرَاءَةَ فِي
الْأُولَيَيْنِ يُوجِبُ بَطْلَانَ التَّحْرِيمَةِ، وَفِي إِحْدَاهُمَا لَا يُوجِبُ لِأَنَّ كُلَّ شَفْعٍ مِنَ التَّطَوُّعِ
صَلَاةٌ عَلَى حِدَةٍ وَفُسَادُهَا بِتَرْكِ الْقِرَاءَةِ فِي رَكْعَةٍ وَاحِدَةٍ مُجْتَهَدٌ فِيهِ فَقَضَيْنَا بِالْفُسَادِ
فِي حَقِّ وَجُوبِ الْقَضَاءِ وَحَكَمْنَا بِبَقَاءِ التَّحْرِيمَةِ فِي حَقِّ لُزُومِ الشَّفْعِ الثَّانِي احتياطاً، إِذَا
ثَبَتَ هَذَا نَقُولُ: إِذَا لَمْ يَقْرَأْ فِي الْكُلِّ قَضَى رَكْعَتَيْنِ عِنْدَهُمَا لِأَنَّ التَّحْرِيمَةَ قَدْ بَطَلَتْ
بِتَرْكِ الْقِرَاءَةِ فِي الشَّفْعِ الْأَوَّلِ عِنْدَهُمَا فَلَمْ يَصِحَّ الشَّرُوعُ فِي الشَّفْعِ الثَّانِي وَبَقِيَتْ عِنْدَ
أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ فَصَحَّ الشَّرُوعُ فِي الشَّفْعِ الثَّانِي ثُمَّ إِذَا فَسَدَ الْكُلُّ بِتَرْكِ الْقِرَاءَةِ فِيهِ
فَعَلَيْهِ قَضَاءُ الْأَرْبَعِ عِنْدَهُ.

الشرح:

قَالَ (وَإِنْ صَلَّى أَرْبَعًا وَلَمْ يَقْرَأْ فِيهِنَّ شَيْئًا) هَذِهِ الْمَسْأَلَةُ تُلْقَبُ بِمَسْأَلَةِ الثَّمَانِيَةِ، وَالْوُجُوهُ الْآتِيَةُ فِيهَا سِتَّةٌ عَشَرَ وَهِيَ أَنَّهُ قَرَأَ فِي الْجَمِيعِ، تَرَكَ فِي الْجَمِيعِ، تَرَكَ فِي الشَّفْعِ الْأَوَّلِ، تَرَكَ فِي الشَّفْعِ الثَّانِي، تَرَكَ فِي الرُّكْعَةِ الْأُولَى، تَرَكَ فِي الثَّانِيَةِ، تَرَكَ فِي الثَّلَاثَةِ، تَرَكَ فِي الرَّابِعَةِ، تَرَكَ فِي الشَّفْعِ الْأَوَّلِ وَالرُّكْعَةِ الثَّلَاثَةِ، تَرَكَ فِي الْأَوَّلِ وَالرَّابِعَةِ، تَرَكَ فِي الرُّكْعَةِ الْأُولَى وَالشَّفْعِ الثَّانِي، تَرَكَ فِي الثَّانِيَةِ وَالشَّفْعِ الثَّانِي، تَرَكَ فِي الرُّكْعَةِ الْأُولَى وَالثَّلَاثَةِ، تَرَكَ فِي الْأَوَّلِ وَالرَّابِعَةِ، تَرَكَ فِي الثَّانِيَةِ وَالثَّلَاثَةِ، تَرَكَ فِي الثَّانِيَةِ وَالرَّابِعَةِ، فَهَذِهِ سِتَّةٌ عَشَرَ وَجْهًا.

وَالْمُصَنَّفُ تَرَكَ الْوَجْهَ الْأَوَّلَ؛ لِأَنَّ الْكَلَامَ فِي أَقْسَامِ الْفَسَادِ بِتَرْكِ الْقِرَاءَةِ وَالَّتِي يَقْرَأُ فِي جَمِيعِهَا لَيْسَتْ مِنْهَا، وَتَدَاخَلَتْ مِنْهَا سَبْعَةٌ أَوْجُهُ فِي الْبَاقِيَةِ لِاتِّحَادِ الْحُكْمِ فَعَادَتْ ثَمَانِيَةً، فَعَلَيْكَ بِتَمْيِيزِ الْمُتَدَاخِلَةِ بِالتَّفْتِيْشِ فِي الْأَقْسَامِ الْمَذْكُورَةِ فِي الْكِتَابِ. (وَالْأَصْلُ فِيهَا) مَا ذَكَرَهُ (أَنَّ عِنْدَ مُحَمَّدٍ تَرَكَ الْقِرَاءَةَ فِي الْأَوَّلِينَ أَوْ فِي إِحْدَاهُمَا) يُوجِبُ بُطْلَانَ التَّحْرِيمَةِ؛ لِأَنَّهَا تُعْقَدُ لِلْأَفْعَالِ لَكُونِهَا وَسِيلَةً إِلَيْهَا، وَالْأَفْعَالُ قَدْ فَسَدَتْ بِتَرْكِ الْقِرَاءَةِ بِالْإِجْمَاعِ (وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ تَرَكَ الْقِرَاءَةَ فِي الشَّفْعِ الْأَوَّلِ لَا يُوجِبُ بُطْلَانَ التَّحْرِيمَةِ)؛ لِأَنَّهُ يُوجِبُ فَسَادَ الْأَدَاءِ لَا بُطْلَانَهُ، وَفَسَادُ الْأَدَاءِ لَا يَزِيدُ عَلَى تَرْكِ الْأَدَاءِ بَعْدَ التَّحْرِيمَةِ بَأَنَّ لَمْ يَأْتِ بِالْأَرْكَانِ حَالِ كَوْنِهِ مُنْفَرِدًا أَوْ خَلْفَ الْإِمَامِ أَوْ سَبْقَهُ الْحَدَثُ فَذَهَبَ لِيَتَوَضَّأَ، وَتَرَكَ الْأَدَاءَ لَا يُبْطِلُ التَّحْرِيمَةَ فَكَذَلِكَ فَسَادُهُ (وَإِنَّمَا) قُلْنَا: إِنَّ تَرَكَ الْقِرَاءَةَ (يُوجِبُ فَسَادَ الْأَدَاءِ) لَا بُطْلَانَهُ (لِأَنَّهَا رُكْنٌ زَائِدٌ بِدَلِيلِ أَنَّ لِلصَّلَاةِ وَجُودًا بِدُونِهَا) مِنَ الْمُقْتَدِي وَالْأُمِّيِّ وَالْأَخْرَسِ، وَالرُّكْنُ الْأَصْلِيُّ لَيْسَ كَذَلِكَ، وَإِذَا كَانَ رُكْنًا زَائِدًا لَا يُؤَثِّرُ فِي إِزَالَةِ أَصْلِ الصَّلَاةِ حَتَّى تَصِيرَ بَاطِلَةً، وَإِنَّمَا يُؤَثِّرُ فِي إِزَالَةِ صِفَتِهَا وَهِيَ صِحَّةُ الْأَدَاءِ عَمَلًا بِقَدْرِ الدَّلِيلِ فَصَارَ فَاسِدًا.

فَإِنْ قِيلَ: سَلَّمْنَا أَنَّهُ أَوْجَبَ الْفَسَادَ، وَأَنَّ الْفَسَادَ لَا يَزِيدُ عَلَى تَرْكِهِ، وَأَنَّ التَّارِكَ لَا يُبْطِلُ التَّحْرِيمَةَ وَلَكِنْ مَا ذَكَرْتُمْ تَأْخِيرًا لَا تَرْكَ فَلَا يَكُونُ مُفِيدًا. أُجِيبَ بِأَنَّ هَذَا تَرَكَ قَبْلَ اسْتِعَالِهِ بِالْأَدَاءِ، وَإِنَّمَا يُعْرَفُ كَوْنُهُ تَأْخِيرًا إِذَا اسْتَعْلَ بِالْأَدَاءِ فَقَبْلَ اسْتِعَالِهِ بِهِ يَصِحُّ إِطْلَاقُ اسْمِ التَّارِكَ عَلَيْهِ، وَفِيهِ نَظَرٌ؛ لِأَنَّ لِلْخَصْمِ حِينَئِذٍ أَنْ يَقُولَ: لَا تُسَلِّمُ أَنَّ الْفَسَادَ لَا

يَزِيدُ عَلَى مِثْلِ هَذَا التَّرْكِ. فَإِنْ قِيلَ: مَا الْفَرْقُ بَيْنَ الْكَلَامِ وَالْحَدَّثِ الْعَمْدِ وَبَيْنَهُ حَيْثُ يُبْطَلَانِ التَّحْرِيمَةُ دُونَهُ؟ أُجِيبَ بَأَنَّهُمَا مِنْ مَحْظُورَاتِ التَّحْرِيمَةِ، وَارْتِكَابُهَا يَقْطَعُ التَّحْرِيمَةَ؛ لِأَنَّهُ يَمْنَعُ انْعِقَادَهَا فِي الْإِبْتِدَاءِ فَيَجُوزُ أَنْ يَقْطَعَهَا بَعْدَ الصَّحَّةِ، بِخِلَافِ تَرْكِ الْقِرَاءَةِ فَإِنْ قُلْتَ: سَلَّمْنَا ذَلِكَ لِكِنَّ اتِّصَافِ الرُّكْنِ وَهُوَ مَا يَقُومُ بِهِ الشَّيْءُ بِالزِّيَادَةِ لَيْسَ بِكَلَامٍ مُحْصَلٍّ. فَالْجَوَابُ مَا قَرَّرْنَاهُ فِي التَّقْرِيرِ تَقْرِيراً لَمْ يُسَبِّقْ إِلَيْهِ فَعَلَيْكَ بِتَخْصِيلِهِ فَإِنَّ كَثِيرًا مِنْ خُصُومِ أَصْحَابِنَا وَبَعْضِ أَصْحَابِنَا الْمُتَأَخِّرِينَ أَيْضًا أَنْكَرُوا عَلَيَّ هَذِهِ الْعِبَارَةَ (وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ تَرْكَ الْقِرَاءَةِ فِي الْأَوَّلِينَ يُوجِبُ بُطْلَانَ التَّحْرِيمَةِ، وَفِي إِحْدَاهُمَا لَا يُوجِبُ) أَمَّا الْأَوَّلُ فَلَأَنَّ كُلَّ شَفْعٍ مِنَ التَّطَوُّعِ صَلَاةٌ عَلَى حِدَةٍ فَكَانَ تَرْكُ الْقِرَاءَةِ فِيهِ إِخْلَاءً لِلصَّلَاةِ عَنِ الْقِرَاءَةِ فَتَكُونُ فَاسِدَةً يَجِبُ قَضَاؤُهَا وَبَطْلُ تَحْرِيمَتِهَا، وَأَمَّا الثَّانِي فَكَانَ الْقِيَاسُ فِيهِ مِثْلُ الْأَوَّلِ كَمَا لَوْ تَرَكَهَا فِي إِحْدَى رَكَعَتَيِ الْفَجْرِ، لَكِنْ فَسَادُ الصَّلَاةِ بِتَرْكِ الْقِرَاءَةِ فِي رَكَعَةٍ وَاحِدَةٍ مُجْتَهَدٌ فِيهِ، وَلَمْ يَقُلْ بِهِ الْحَسَنُ الْبَصْرِيُّ مُتَمَسِّكًا بِمَا هُوَ دَلِيلٌ عَلَى مَا تَقَدَّمَ، فَقَضَيْنَا بِالْفَسَادِ فِي وَجُوبِ الْقَضَاءِ كَمَا فِي الْفَجْرِ، وَحَكَمْنَا بِبَقَاءِ التَّحْرِيمَةِ فِي حَقِّ لُزُومِ الشَّفْعِ الثَّانِي احتياطاً فِي كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْحُكْمَيْنِ. فَإِنْ قِيلَ: فَسَادُ الصَّلَاةِ بِتَرْكِهَا فِي الرُّكَعَتَيْنِ أَيْضًا مُجْتَهَدٌ فِيهِ؛ لِأَنَّ أَبَا بَكْرٍ الْأَصَمَّ لَا يَقُولُ بِفَسَادِهَا.

أُجِيبَ أَنَّ ذَلِكَ خِلَافٌ لَا اخْتِلَافٌ لِكَوْنِهِ مُخَالَفاً لِلدَّلِيلِ الْقَطْعِيِّ وَهُوَ قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿فَأَقْرَءُوا مَا تَيَسَّرَ مِنَ الْقُرْآنِ﴾ [الزمل: ٢٠] (قَوْلُهُ: وَإِذَا ثَبَتَ هَذَا) يَعْنِي الْأَصْلَ الْمَذْكُورَ ظَاهِرٌ سِوَى أَشْيَاءَ تُشِيرُ إِلَيْهَا وَهُوَ قَوْلُهُ: فَعَلَيْهِ قَضَاءُ الْأَخْرَيْنِ لَا غَيْرُ: يَعْنِي إِذَا قَعَدَ بَيْنَهُمَا، وَأَمَّا إِذَا لَمْ يَقْعُدْ فَعَلَيْهِ أَنْ يَقْضِيَ أَرْبَعًا لَمَّا أَنَّ الْفَسَادَ فِي الشَّفْعِ الثَّانِي يَسْرِي إِلَى الْأَوَّلِ إِذَا لَمْ يَقْعُدْ بَيْنَهُمَا وَقَدْ تَقَدَّمَ. وَقَوْلُهُ: (وَلَمْ يَصِحَّ الشَّرُوعُ فِي الشَّفْعِ الثَّانِي) يَعْنِي أَنَّهُ لَا يَكُونُ صَلَاةً فِي قَوْلِهِمَا حَتَّى لَوْ اقْتَدَى بِهِ إِنْسَانٌ فِي الشَّفْعِ الثَّانِي لَمْ يَصِحَّ اقْتِدَاؤُهُ، وَلَوْ فَهَقَهُ لَمْ تَنْتَقِضْ طَهَارَتُهُ.

(وَلَوْ قَرَأَ فِي الْأَوَّلِينَ لَا غَيْرُ فَعَلَيْهِ قَضَاءُ الْأَخْرَيْنِ بِالْإِجْمَاعِ) لِأَنَّ التَّحْرِيمَةَ لَمْ تَبْطُلْ فَصَحَّ الشَّرُوعُ فِي الشَّفْعِ الثَّانِي ثُمَّ فَسَادُهُ بِتَرْكِ الْقِرَاءَةِ لَا يُوجِبُ فَسَادَ الشَّفْعِ الْأَوَّلِ (وَلَوْ قَرَأَ فِي الْأَخْرَيْنِ لَا غَيْرُ فَعَلَيْهِ قَضَاءُ الْأَوَّلِينَ بِالْإِجْمَاعِ) لِأَنَّ عِنْدَهُمَا لَمْ يَصِحَّ

الشُّرُوعُ فِي الشُّفْعِ الثَّانِي. وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ إِنْ صَحَّ فَقَدْ أَدَاهَا (وَلَوْ قَرَأَ فِي الْأُولَيَانِ وَإِحْدَى الْأُخْرَيَيْنِ فَعَلَيْهِ قَضَاءُ الْأُخْرَيَيْنِ بِالْإِجْمَاعِ، وَلَوْ قَرَأَ فِي الْأُخْرَيَيْنِ وَإِحْدَى الْأُولَيَيْنِ فَعَلَيْهِ قَضَاءُ الْأُولَيَيْنِ بِالْإِجْمَاعِ، وَلَوْ قَرَأَ فِي إِحْدَى الْأُولَيَيْنِ وَإِحْدَى الْأُخْرَيَيْنِ عَلَى قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ قَضَاءُ الْأَرْبَعِ، وَكَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ) لَأَنَّ التَّحْرِيمَةَ بَاقِيَةٌ.

وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ عَلَيْهِ قَضَاءُ الْأُولَيَيْنِ لَأَنَّ التَّحْرِيمَةَ قَدْ ارْتَفَعَتْ عِنْدَهُ. وَقَدْ أَنْكَرَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ هَذِهِ الرِّوَايَةَ عَنْهُ وَقَالَ: رَوَيْتَ لَكَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ يُلْزِمُهُ قَضَاءَ رَكْعَتَيْنِ، وَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ لَمْ يَرْجِعْ عَنْ رِوَايَتِهِ عَنْهُ. (وَلَوْ قَرَأَ فِي إِحْدَى الْأُولَيَيْنِ لَا غَيْرُ قَضَى أَرْبَعًا عِنْدَهُمَا، وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ قَضَى رَكْعَتَيْنِ، وَلَوْ قَرَأَ فِي إِحْدَى الْأُخْرَيَيْنِ لَا غَيْرُ قَضَى أَرْبَعًا عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَعِنْدَهُمَا رَكْعَتَيْنِ) قَالَ (وَتَفْسِيرُ قَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «لَا يُصَلِّي بَعْدَ صَلَاةٍ مِثْلَهَا»^(١) يَعْنِي رَكْعَتَيْنِ بِقِرَاءَةٍ وَرَكْعَتَيْنِ بِغَيْرِ قِرَاءَةٍ فَيَكُونُ بَيَانٌ فَرَضِيَّةِ الْقِرَاءَةِ فِي رَكْعَاتِ النُّفْلِ كُلِّهَا).

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَلَوْ قَرَأَ فِي إِحْدَى الْأُولَيَيْنِ وَإِحْدَى الْأُخْرَيَيْنِ فَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ يَقْضِي أَرْبَعًا) وَإِنَّمَا قَالَ (وَكَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ) إِشَارَةً إِلَى أَنَّ قَوْلَهُ لَيْسَ بِاتِّفَاقٍ بَيْنَهُمَا بَلْ إِنَّمَا هُوَ قَوْلُهُ: عَلَى رِوَايَةِ مُحَمَّدٍ وَهُوَ فَضْلٌ أَصَابَ مَحْزَهُ كَمَا تَرَى. وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ يَقْضِي رَكْعَتَيْنِ بِنَاءً عَلَى أَصْلِهِ أَنَّ التَّحْرِيمَةَ قَدْ بَطَلَتْ بِتَرْكِ الْقِرَاءَةِ فِي إِحْدَى الْأُولَيَيْنِ، وَأَبُو يُوسُفَ أَيْضًا مَرَّةً عَلَى أَصْلِهِ أَنَّ التَّحْرِيمَةَ بَاقِيَةٌ فَصَحَّ الشُّرُوعُ فِي الشُّفْعِ الثَّانِي. وَأَمَّا أَبُو حَنِيفَةَ فَقَدْ جَرَتْ مُحَاوَرَةٌ بَيْنَ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ فِي مَذْهَبِهِ حِينَ عَرَضَ عَلَيْهِ الْجَمَاعُ الصَّغِيرَ فَقَالَ أَبُو يُوسُفَ، رَوَيْتَ لَكَ عَنْهُ أَنَّ عَلَيْهِ قَضَاءَ رَكْعَتَيْنِ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ: بَلْ رَوَيْتَ لِي عَنْهُ أَنَّ عَلَيْهِ قَضَاءَ أَرْبَعِ رَكْعَاتٍ، وَالْأَصْلُ الْمَذْكُورُ يُسَاعِدُ مُحَمَّدًا، وَاعْتَذَرَ

(١) قال الزيلعي في نصب الراية (١٤٤/٢): غريب مرفوعا، ووقفه ابن أبي شيبة في مصنفه على

عمر بن الخطاب وابن مسعود، فقال: حدثنا جرير عن مغيرة عن إبراهيم، قال: قال عمر: لا

يصلى بعد صلاة، مثلها.

لَأَبِي يُوسُفَ بِأَنْ مَا حَفِظَهُ هُوَ قِيَاسُ مَذْهَبِ أَبِي حَنِيفَةَ؛ لِأَنَّ التَّحْرِيمَ ضَعُفَتْ بِالْفَسَادِ بِتَرْكِ الْقِرَاءَةِ فِي رَكْعَةٍ فَلَا يَلْزُمُهُ الشَّفْعُ الثَّانِي بِالشَّرُوعِ فِيهِ.

وَقَوْلُهُ: (قَالَ) يَعْنِي مُحَمَّدًا (وَتَفْسِيرُ قَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «لَا يُصَلِّي بَعْدَ صَلَاةٍ مِثْلِهَا» أَوْرَدَ بَعْدَ ذِكْرِ أَنَّ الْقِرَاءَةَ وَاجِبَةٌ فِي جَمِيعِ رَكَعَاتِ النَّفْلِ، وَمَا تَرْتَّبَ عَلَى ذَلِكَ مِنَ الْمَسْأَلَةِ الثَّمَانِيَةِ دَلِيلًا عَلَى ذَلِكَ بِمَا أَوَّلُهُ إِلَيْهِ مِنْ قَوْلِهِ (يَعْنِي رَكَعَتَيْنِ بِقِرَاءَةٍ وَرَكَعَتَيْنِ بِغَيْرِ قِرَاءَةٍ) وَإِنَّمَا حُمِلَ عَلَى هَذَا؛ لِأَنَّهُ تَبَيَّنَ خُصُوصُهُ بِالْإِجْمَاعِ، فَإِنَّ الرَّجُلَ يُصَلِّي رَكَعَتَيِ الْفَجْرِ ثُمَّ الْفَرَضَ وَيُصَلِّي أَرْبَعًا قَبْلَ الظُّهْرِ ثُمَّ الْفَرَضَ بَعْدَهُ فَيَحْتَاجُ إِلَى أَنْ يُؤَوَّلَ عَلَى وَجْهِ مُسْتَقِيمٍ وَهُوَ مَا ذَكَرَهُ وَمِنْ مَشَائِخِنَا مَنْ قَالَ الْمُرَادُ بِهِ الرَّجْرُ عَنْ تَكَرُّرِ الْجَمَاعَاتِ فِي الْمَسَاجِدِ وَهُوَ حَسَنٌ، وَيَكُونُ حُجَّةً عَلَى الشَّافِعِيِّ، وَاسْتَشْكَلَ قَوْلُ الْمُصَنِّفِ فَيَكُونُ بَيَانُ فَرَضِيَّةِ الْقِرَاءَةِ فِي رَكَعَاتِ النَّفْلِ كُلِّهَا بِأَنَّهُ خَبَرُ الْوَاحِدِ فَكَيْفَ يُفِيدُ الْفَرَضِيَّةَ، وَلَكِنْ كَانَ مَشْهُورًا فَهُوَ مُؤَوَّلٌ كَمَا ذَكَرْنَا، وَلَكِنْ قِيلَ إِنَّهُ بَيَانٌ لِمُجْمَلِ الْكِتَابِ فَصَارَ كَخَبَرِ الْمَسْحِ فَلَا يَسْتَقِيمُ أَيْضًا؛ لِأَنَّ نَصَّ الْقِرَاءَةِ لَيْسَ بِمُجْمَلٍ، إِذْ لَوْ كَانَ مُجْمَلًا كَانَ قِرَاءَةُ الْفَاتِحَةِ فَرْضًا وَأَجِيبَ بِأَنَّهُ قَالَ بَيَانُ الْفَرَضِيَّةِ وَيَجُوزُ أَنْ تَكُونَ الْفَرَضِيَّةُ ثَابِتَةً بِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿فَاقْرَءُوا مَا تَيَسَّرَ مِنَ الْقُرْآنِ﴾ [الزمل: ٢٠] عَلَى مَا تَقَدَّمَ، وَالْحَدِيثُ لِبَيَانِ أَنَّهَا فَرَضٌ فِي التَّطَوُّعِ رَكْعَةً فَرَكْعَةً.

(وَيُصَلِّي النَّافِلَةَ قَاعِدًا مَعَ الْقُدْرَةِ عَلَى الْقِيَامِ) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «صَلَاةُ الْقَاعِدِ عَلَى النَّصْفِ مِنْ صَلَاةِ الْقَائِمِ»^(١) وَلِأَنَّ الصَّلَاةَ خَيْرُ مَوْضُوعٍ وَرَبَّمَا يَشُقُّ عَلَيْهِ الْقِيَامُ فَيَجُوزُ لَهُ تَرْكُهُ كَمَا لَا يَنْقَطِعُ عَنْهُ. وَاخْتَلَفُوا فِي كَيْفِيَّةِ الْقُعُودِ وَالْمُخْتَارُ أَنْ يَقْعُدَ كَمَا يَقْعُدُ فِي حَالَةِ التَّشَهُّدِ لِأَنَّهُ عَهْدٌ مَشْرُوعًا فِي الصَّلَاةِ.

الشرح:

قَالَ (وَيُصَلِّي النَّافِلَةَ قَاعِدًا) يَجُوزُ لِلْقَادِرِ عَلَى الْقِيَامِ أَنْ يُصَلِّيَ النَّافِلَةَ قَاعِدًا (لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «صَلَاةُ الْقَاعِدِ عَلَى النَّصْفِ مِنْ صَلَاةِ الْقَائِمِ» مَاءُ صَلَاةٍ، وَلَا يَخْلُو إِمَّا أَنْ يَكُونَ الْمُرَادُ مَا كَانَ بِعُذْرٍ أَوْ غَيْرِهِ، لَا سَبِيلَ إِلَى الْأَوَّلِ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ

(١) أخرجه البخاري في التقصير باب ١٧، والترمذي في الصلاة باب ١٥٧، وأبو داود (٩٥١)،

والنسائي في صلاة الليل باب ٢١. وانظر نصب الراية (١٤٦/٢).

وَصَلَاةُ الْقَائِمِ سَيِّانٌ فِي الثَّوَابِ فَتَعَيَّنَ أَنْ يَكُونَ بِغَيْرِ عُذْرٍ، وَلَا يَخْلُو إِمَّا أَنْ يَكُونَ الْمُرَادُ بِهَا الْفَرْضُ أَوْ التَّطَوُّعُ لَا سَبِيلَ إِلَى الْأَوَّلِ بِالْإِجْمَاعِ فَتَعَيَّنَ الثَّانِي (وَلَا أَنَّهُ خَيْرٌ مَوْضُوعٌ) أَيْ مَشْرُوعٌ لِكَ الْخَيْرِ لَا يَكُونُ خَيْرًا، وَمَرْفُوعٌ عَنْكَ لَكُونِهَا غَيْرَ وَاجِبَةٍ وَمَا كَانَ بِهِذِهِ الْمَثَابَةِ لَا يُشْتَرَطُ فِيهِ مَا قَدْ يُفْضَى إِلَى تَرْكِهِ؛ لِأَنَّ مَا يُفْضَى إِلَى تَرْكِ الْخَيْرِ لَا يَكُونُ خَيْرًا، وَالْقِيَامُ قَدْ يُفْضَى إِلَى ذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ رَبَّمَا يَشُقُّ عَلَى الْمُصَلِّي فَلَا يُشْتَرَطُ لَثَلَا يَنْقَطِعَ بِهِ، أَيْ بِسَبَبِهِ عَنِ الْخَيْرِ.

(وَاخْتَلَفُوا فِي كَيْفِيَةِ الْقُعُودِ) رَوَى مُحَمَّدٌ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ يَقْعُدُ كَيْفَ شَاءَ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا جَازَ لَهُ تَرْكُ أَصْلِ الْقِيَامِ فَتَرَكَ صِفَةَ الْقُعُودِ أَوَّلَى. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يَحْتَسِبُ؛ لِأَنَّ عَامَّةَ صَلَاةِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فِي آخِرِ عُمُرِهِ كَانَ مُحْتَسِبًا. وَعَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ يَتَرَبَّعُ؛ لِأَنَّهُ أَعْدَلُ. وَعَنْ زُفَرٍ أَنَّهُ يَقْعُدُ كَمَا يَقْعُدُ فِي حَالَةِ التَّشَهُّدِ، وَهُوَ الَّذِي اخْتَارَهُ الْفَقِيهُ أَبُو اللَّيْثِ وَشَمْسُ الْأَمَةِ السَّرْحَسِيُّ وَالْمُصَنِّفُ؛ لِأَنَّهُ عُهِدَ مَشْرُوعًا فِي الصَّلَاةِ.

(وَإِنْ افْتَتَحَهَا قَائِمًا ثُمَّ قَعَدَ مِنْ غَيْرِ عُذْرٍ جَازَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ) وَهَذَا اسْتِحْسَانٌ، وَعِنْدَهُمَا لَا يَجْزِيهِ، وَهُوَ قِيَاسٌ لِأَنَّ الشَّرُوعَ مُعْتَبَرٌ بِالنَّذْرِ. لَهُ أَنَّهُ لَمْ يُبَاشِرِ الْقِيَامَ فِيمَا بَقِيَ وَلَمَّا بَاشَرَ صَحَّ بِدُونِهِ، بِخِلَافِ النَّذْرِ لِأَنَّهُ التَّزَمَهُ نَصًّا حَتَّى لَوْ لَمْ يَنْصُ عَلَى الْقِيَامِ لَا يَلْزَمُهُ الْقِيَامُ عِنْدَ بَعْضِ الْمَشَائِخِ رَحِمَهُمُ اللَّهُ.

الشرح:

(وَإِنْ افْتَتَحَهَا قَائِمًا ثُمَّ قَعَدَ مِنْ غَيْرِ عُذْرٍ جَازَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَهُوَ اسْتِحْسَانٌ، وَعِنْدَهُمَا لَا يَجُوزُ وَهُوَ قِيَاسٌ؛ لِأَنَّ الشَّرُوعَ عِنْدَنَا مُعْتَبَرٌ بِالنَّذْرِ فِي الْإِلْزَامِ، وَلَوْ نَذَرَ أَنْ يُصَلِّيَ قَائِمًا لَمْ يَجْزِ لَهُ أَنْ يُصَلِّيَ قَاعِدًا، فَكَذَا إِذَا شَرَعَ قَائِمًا، وَلَأَبَى حَنِيفَةَ مَا تَقَدَّمَ أَنَّ الشَّرُوعَ يُلْزِمُ مَا شَرَعَ فِيهِ، وَمَا لَا صِحَّةَ لِمَا شَرَعَ فِيهِ إِلَّا بِهِ كَالرُّكْعَةِ الثَّانِيَةِ، وَهَهُنَا لَمَّا شَرَعَ فِيهِ وَهُوَ الرُّكْعَةُ الْأُولَى قَائِمًا صَحَّتْ بِدُونِ الْقِيَامِ فِي الثَّانِيَةِ بِدَلِيلِ حَالَةِ الْعُذْرِ، فَلَا يَكُونُ الشَّرُوعُ فِي الْأُولَى قَائِمًا مُوجِبًا لِلْقِيَامِ فِي الثَّانِيَةِ، بِخِلَافِ النَّذْرِ؛ لِأَنَّهُ التَّزَمَ الْقِيَامَ نَصًّا بِتَسْمِيَّتِهِ فَيَلْزَمُهُ حَتَّى لَوْ لَمْ يَنْصُ عَلَى الْقِيَامِ فِي نَذَرِهِ يَلْزَمُهُ الْقِيَامُ عِنْدَ بَعْضِ الْمَشَائِخِ. قَالَ الْفَقِيهُ أَبُو جَعْفَرٍ الْهَنْدَوَانِيُّ: لَا رَوَايَةَ فِيمَا إِذَا نَذَرَ أَنْ يُصَلِّيَ صَلَاةً وَلَمْ يَقُلْ قَائِمًا أَوْ قَاعِدًا مَاذَا يَجِبُ قَائِمًا أَوْ قَاعِدًا.

ثُمَّ اخْتَلَفَ الْمَشَايخُ، قَالَ الْإِمَامُ فَخَرُ الْإِسْلَامِ: لَمْ يَلْزِمُهُ الْقِيَامُ؛ لِأَنَّهُ فِي التَّنْفُلِ وَصَفٌ زَائِدٌ فَلَا يَلْزِمُ إِلَّا بِالشَّرْطِ. وَقَالَ بَعْضُهُمْ: يَلْزِمُهُ قَائِمًا؛ لِأَنَّ إِيحَابَ الْعَبْدِ مُعْتَبَرٌ بِإِيحَابِ اللَّهِ تَعَالَى، وَأَيْنَمَا أَوْجَبَهَا اللَّهُ تَعَالَى أَوْجَبَهَا قَائِمًا. وَفِي قَوْلِهِ حَتَّى لَوْ لَمْ يُنْصَ إِلْحَ نَظَرٌ؛ لِأَنَّهُ لَا يَسْتَقِيمُ فِي الاسْتِدْلَالِ عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ أَخْذًا بِقَوْلِ بَعْضٍ مَنْ تَأَخَّرَ عَنْهُ بِأَرْزَمَةٍ كَثِيرَةٍ.

وَأَعْلَمُ أَنَّ الدَّلِيلَ الْمَذْكُورَ فِي الْكِتَابِ يُفِيدُ أَنَّه لَوْ قَعَدَ فِي الرُّكْعَةِ الْأُولَى بَعْدَ افْتِتَاحِهَا قَائِمًا لَا يَجُوزُ؛ لِأَنَّ الشَّرُوعَ يُلْزِمُ مَا بَاشَرَهُ وَمَا بَاشَرَهُ إِلَّا قَائِمًا، وَذَكَرَ فِي الْفَوَائِدِ الظَّاهِرَةِ مَا يَدُلُّ عَلَى جَوَازِهِ حَيْثُ قَالَ: الْمَتَطَوُّعُ فِي الْإِبْتِدَاءِ كَانَتْ لَهُ الْحَبِيرَةُ بَيْنَ الْإِفْتِتَاحِ قَائِمًا وَبَيْنَ الْإِفْتِتَاحِ قَاعِدًا، فَكَذَلِكَ فِي الْإِنْتِهَاءِ بِطَرِيقِ الْأُولَى؛ لِأَنَّ حُكْمَ الْاسْتِدَامَةِ أَخْفَ بِدَلِيلِ أَنَّ الْإِمَامَ لَا يَجُوزُ لَهُ إِشْأَاءُ الْجُمُعَةِ بِلَا جَمْعٍ وَيَجُوزُ الْبِنَاءُ، وَفِيهِ نَظَرٌ؛ لِأَنَّ كَوْنَ الْبَقَاءِ أَسْهَلَ مِنَ الْإِبْتِدَاءِ مِنَ الْمُسَلَّمَاتِ لَا نِزَاعَ فِيهِ، لَكِنْ عَارِضُهُ أَصْلٌ آخَرٌ وَهُوَ أَنَّ الشَّرُوعَ فِيمَا بَاشَرَهُ يَلْزِمُهُ.

(وَمَنْ كَانَ خَارِجَ الْمِصْرِ يَتَنَفَّلُ عَلَى دَابَّتِهِ إِلَى أَيِّ جِهَةٍ تَوَجَّهَتْ يَوْمِيَّ إِيْمَاءً) لِحَدِيثِ ابْنِ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا قَالَ " «رَأَيْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ يُصَلِّي عَلَى حِمَارٍ وَهُوَ مُتَوَجِّهٌ إِلَى خَيْبَرَ يَوْمِيَّ إِيْمَاءً» ^(١) لِأَنَّ النَّوَافِلَ غَيْرُ مُخْتَصَصَةٍ بِوَقْتٍ فَلَوْ أَلْزَمَنَاهُ النَّزُولَ وَالْإِسْتِقْبَالَ تَنَقَّطَ عَنْهُ النَّافِلَةُ أَوْ يَنْقَطِعُ هُوَ عَنِ الْقَافِلَةِ، أَمَّا الْفَرَائِضُ فَمُخْتَصَصَةٌ بِوَقْتٍ، وَالسُّنَنُ الرُّوَاتِبُ نَوَافِلُ. وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ يَنْزِلُ لِسُنَّةِ الْفَجْرِ لِأَنَّهَا أَكْدُ مِنْ سَائِرِهَا، وَالتَّقْيِيدُ بِخَارِجِ الْمِصْرِ يَنْفِي اشْتِرَاطَ السَّفَرِ وَالْجَوَازِ فِي الْمِصْرِ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ يَجُوزُ فِي الْمِصْرِ أَيْضًا. وَوَجْهُ الظَّاهِرِ أَنَّ النَّصَّ وَرَدَّ خَارِجَ الْمِصْرِ وَالْحَاجَةُ إِلَى الرُّكُوبِ فِيهِ أَغْلِبُ.

الشرح:

قَوْلُهُ: (وَمَنْ كَانَ خَارِجَ الْمِصْرِ يَتَنَفَّلُ عَلَى دَابَّتِهِ) يَعْنِي سَوَاءً كَانَ بِعَدْرِ أَوْ بَعِيرِهِ، تَوَجَّهَ عِنْدَ افْتِتَاحِ الصَّلَاةِ إِلَى الْقِبْلَةِ أَوْ لَمْ يَتَوَجَّهْ لِإِطْلَاقِ الْمَرْوِيِّ، وَكَذَا لَا فَرْقَ

(١) أخرجه مسلم (٣٥)، وأبو داود في صلاة السفر باب ٨، والنسائي في القبلة باب ٧، وانظر

يَنْبَغُ أَنْ يَكُونَ عَلَى دَابَّتِهِ فِي مَوْضِعِ جُلُوسِهِ أَوْ فِي رِكَابِهِ نَجَاسَةٌ أَوْ لَا؛ لِأَنَّ الرُّكُوعَ وَالسُّجُودَ إِذَا سَقَطَا مَعَ كَوْنِهِمَا رُكْنَيْنِ فَلَا يُسْقِطُ طَهَارَةُ الْمَكَانِ وَهُوَ شَرْطُ أَوَّلِيهِ، وَفِيهِ نَظَرٌ؛ لِأَنَّهُ يَسْتَلْزِمُ جَوَازَهُ بِلَا وُضُوءٍ وَهُوَ بَاطِلٌ، وَلَا يَلْزِمُ مِنْ سُقُوطِ الشَّيْءِ إِلَى خَلْفِ سُقُوطِ مَا لَا خَلْفَ لَهُ، فَكَانَ مَا قَالَ مُحَمَّدُ بْنُ مُقَاتِلٍ وَأَبُو حَفْصٍ الْكَبِيرُ: إِذَا كَانَتْ النَّجَاسَةُ فِي مَوْضِعِ الْجُلُوسِ أَوْ الرِّكَائِنِ أَكْثَرَ مِنْ قَدَرِ الدَّرْهِمِ لَا تَجُوزُ الصَّلَاةُ، وَهُوَ الْقِيَاسُ اعْتِبَارًا لِلصَّلَاةِ عَلَى الدَّابَّةِ بِالصَّلَاةِ عَلَى الْأَرْضِ، وَإِنْ كَانَ عَامَّةُ الْمَشَايِخِ عَلَى الْجَوَازِ لِلضَّرُورَةِ، وَمَا فِي الْكِتَابِ ظَاهِرٌ.

وَقَوْلُهُ: (أَمَّا الْفَرَائِضُ فَمُخْتَصَّةٌ بِوَقْتٍ) إِشَارَةٌ إِلَى أَنَّ الْفَرِيضَةَ لَا تَجُوزُ عَلَى الدَّابَّةِ فَلَا يُصَلِّي الْمُسَافِرُ الْمَكْتُوبَةَ عَلَى الدَّابَّةِ إِلَّا مِنْ عُدَرٍ كَخَوْفِ اللَّصِّ وَالسَّيِّعِ وَطِينِ الْمَكَانِ وَكَوْنِ الدَّابَّةِ جَمُوحًا وَكَوْنِ الْمُسَافِرِ شَيْخًا كَبِيرًا لَا يَجِدُ مَنْ يُرْكَبُهُ. وَقَوْلُهُ: (يَنْزِلُ لِسُنَّةِ الْفَجْرِ) قَالَ ابْنُ شُجَاعٍ: يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ هَذَا لَيَّانَ الْأُولَى. يَعْنِي أَنَّ الْأُولَى أَنْ يَنْزِلَ لِرُكْعَتَيْ الْفَجْرِ. وَقَوْلُهُ: (يَنْفِي اشْتِرَاطَ السَّفَرِ) إِشَارَةٌ إِلَى مَا رَوَى عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ أَنَّ جَوَازَ التَّطَوُّعِ عَلَى الدَّابَّةِ لِلْمُسَافِرِ خَاصَّةً؛ لِأَنَّ الْجَوَازَ بِالْإِيمَاءِ لِلضَّرُورَةِ وَلَا ضَرُورَةَ فِي الْحَضَرِ، وَالصَّحِيحُ أَنَّ الْمُسَافِرَ وَغَيْرَهُ سَوَاءٌ بَعْدَ أَنْ يَكُونَ خَارِجَ الْمِصْرِ.

وَاخْتَلَفَ فِي مِقْدَارِ الْبُعْدِ عَنِ الْمِصْرِ، وَالْمَذْكُورُ فِي الْأَصْلِ مِقْدَارُ الْفَرَسَخَيْنِ، وَقَدَرَهُ بَعْضُهُمْ بِالْمِيلِ، وَمَنْعَ مِنَ الْجَوَازِ فِي أَقَلِّ مِنْهُ. وَقَوْلُهُ: (وَالْجَوَازُ) بِالنَّصْبِ مَعْطُوفٌ عَلَى قَوْلِهِ اشْتِرَاطُ. فَإِنْ قِيلَ: التَّخْصِصُ بِالذِّكْرِ لَا يَدُلُّ عَلَى التَّنْفِي قُلْنَا: ذَلِكَ فِي النُّصُوصِ دُونَ الرِّوَايَاتِ، وَذَكَرَ فِي الْهَارُونِيَّاتِ أَنَّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ لَا يَجُوزُ التَّطَوُّعُ عَلَى الدَّابَّةِ فِي الْمِصْرِ؛ لِأَنَّ النَّصَّ وَرَدَ خَارِجَ الْمِصْرِ عَلَى خِلَافِ الْقِيَاسِ، وَالْمِصْرُ لَيْسَ فِي مَعْنَاهُ؛ لِأَنَّ السَّيْرَ عَلَى الدَّابَّةِ فِيهِ لَا يَكُونُ مَدِيدَ إِعَادَةٍ فَرَجَعْنَا فِيهِ إِلَى الْقِيَاسِ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ: لَا بَأْسَ بِهِ لَمَّا رَوَى «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ رَكِبَ الْحِمَارَ فِي الْمَدِينَةِ يَعُودُ سَعْدُ بْنُ عُبَادَةَ وَهُوَ يُصَلِّي عَلَيْهِ»، وَحُكِيَ أَنَّ أَبَا يُوسُفَ احْتَجَّ بِهِ عَلَى أَبِي حَنِيفَةَ فَلَمْ يَرْفَعْ رَأْسَهُ قَبْلَ إِثْمَا لَمْ يَرْفَعْ رَأْسَهُ رُجُوعًا مِنْهُ إِلَى الْحَدِيثِ، وَقِيلَ بَلْ هَذَا حَدِيثٌ شَاذٌ فِيمَا تَعَمُّ بِهِ الْبَلَوَى فَلَا يَكُونُ حُجَّةً، وَمُحَمَّدٌ جَوَّزَهُ بِالْحَدِيثِ لِكُنْهُ كَرَهُ؛ لِأَنَّ اللَّعْطَ يَكْثُرُ فِي الْمِصْرِ

فَلَا يُؤْمَنُ مِنَ الْعَلَطِ فِي الْقِرَاءَةِ.

(فَإِنْ افْتَتَحَ التَّطَوُّعَ رَاكِبًا ثُمَّ نَزَلَ يَبْنِي، وَإِنْ صَلَّى رَكْعَةً نَازِلًا ثُمَّ رَكِبَ اسْتَقْبَلَ) لِأَنَّ إِحْرَامَ الرَّاَكِبِ انْعَقَدَ مُجَوِّزًا لِلرُّكُوعِ وَالسُّجُودِ لِقُدْرَتِهِ عَلَى النُّزُولِ، فَإِنْ أَتَى بِهِمَا صَحَّ، وَإِحْرَامُ النَّازِلِ انْعَقَدَ لَوْجُوبِ الرُّكُوعِ وَالسُّجُودِ فَلَا يَقْدِرُ عَلَى تَرْكِ مَا لَزِمَهُ مِنْ غَيْرِ عُدْوِهِ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ يَسْتَقْبِلُ إِذَا نَزَلَ أَيْضًا، وَكَذَا عَنْ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ إِذَا نَزَلَ بَعْدَ مَا صَلَّى رَكْعَةً، وَالْأَصَحُّ هُوَ الْأَوَّلُ وَهُوَ الظَّاهِرُ.

الشرح:

(وَمَنْ افْتَتَحَ التَّطَوُّعَ رَاكِبًا ثُمَّ نَزَلَ يَبْنِي وَإِنْ صَلَّى رَكْعَةً نَازِلًا ثُمَّ رَكِبَ اسْتَقْبَلَ) وَإِنَّمَا قِيدَ بِقَوْلِهِ صَلَّى رَكْعَةً بِطَرِيقِ الْإِثْقَاقِ، فَإِنَّهُ لَوْ لَمْ يُصَلِّ رَكْعَةً فَالْحُكْمُ كَذَلِكَ وَتَقْرِيرُهُ دَلِيلُهُ يَحْتَاجُ إِلَى تَقْدِيمِ مُقَدِّمَةٍ فِي أَنَّ بِنَاءَ بَعْضِ الصَّلَاةِ عَلَى بَعْضٍ إِنَّمَا يَجُوزُ إِذَا كَانَا مُتَنَازِلَيْنِ تَحْرِيمَةً وَاحِدَةً، وَأَمَّا إِذَا لَمْ يَكُونَا كَذَلِكَ فَلَا يَجُوزُ، وَإِذَا ظَهَرَ هَذَا فَإِحْرَامُ الرَّاَكِبِ انْعَقَدَ مُجَوِّزًا لِلرُّكُوعِ وَالسُّجُودِ لِقُدْرَتِهِ عَلَى النُّزُولِ بِلَا مُبْطِلٍ، فَكَانَ مَا صَلَّى بِإِيمَاءٍ وَهُوَ رَاكِبٌ وَمَا يُصَلِّي بَعْدَ النُّزُولِ بِالرُّكُوعِ وَالسُّجُودِ مُوجِبِي تَحْرِيمَةٍ وَاحِدَةٍ فَجَازَ بِنَاءُ أَحَدِهِمَا عَلَى الْآخَرِ، فَإِذَا أَتَى بِهِمَا: أَيُّ بِالرُّكُوعِ وَالسُّجُودِ صَحَّ، وَإِحْرَامُ النَّازِلِ لَمْ يَنْعَقِدْ لَا مُوجِبًا لِلرُّكُوعِ وَالسُّجُودِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَقْدِرُ عَلَى الرُّكُوبِ بِلَا مُبْطِلٍ لِكُونِهِ عَمَلًا كَثِيرًا فَلَا يَكُونُ مَا صَلَّى نَازِلًا بِرُّكُوعٍ وَسُجُودٍ وَمَا صَلَّى بَعْدَ الرُّكُوبِ بِإِيمَاءٍ مُوجِبِي تَحْرِيمَةٍ وَاحِدَةٍ فَلَا يَجُوزُ بِنَاؤُهُ عَلَيْهِ.

لَا يُقَالُ: الْقُدْرَةُ عَلَى الرُّكُوبِ بَعْدَ الْإِفْتِتَاحِ مِنْ غَيْرِ مُبْطِلٍ يُمَكِّنُ بَأْنَ يَرْفَعُهُ شَخْصٌ وَيَضَعُهُ فِي السَّرَجِ وَضْعًا؛ لِأَنَّ الْاِقْتِدَارَ عَلَى الشَّيْءِ فِي التَّكْلِيفِ إِنَّمَا يُعْتَبَرُ بِقُدْرَةِ الْمَكْلُوفِ لَا بِقُدْرَةِ غَيْرِهِ (وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يَسْتَقْبِلُ إِذَا نَزَلَ أَيْضًا)؛ لِأَنَّ الْبِنَاءَ بِنَاءُ الْقَوِيِّ عَلَى الضَّعِيفِ، وَهُوَ لَا يَجُوزُ كَالْمَرِيضِ إِذَا قَدَّرَ فِي خِلَالِ صَلَاتِهِ عَلَى الرُّكُوعِ وَالسُّجُودِ فَإِنَّهُ يَسْتَقْبِلُ لِثَلَا يَلْزَمُ بِنَاءُ الْقَوِيِّ عَلَى الضَّعِيفِ. وَالْجَوَابُ مَا ذَكَرْنَا مِنَ الْمُقَدِّمَةِ، فَإِنَّ إِحْرَامَ الْمَرِيضِ الْعَاجِزِ عَنِ الرُّكُوعِ وَالسُّجُودِ لَمْ يَتَنَاولْهُمَا لِعَدَمِ الْقُدْرَةِ عَلَيْهِمَا فَصَارَ كِإِحْرَامِ النَّازِلِ، فَلَا يَجُوزُ بِنَاءُ مَا لَمْ يَتَنَاولْهُ إِحْرَامُهُ عَلَى مَا تَنَاولَهُ، بِخِلَافِ الرَّاَكِبِ إِذَا نَزَلَ فَكَانَ هَذَا مِنْ بَابِ تَخْصِصِ الْعِلَلِ، فَمَنْ جَوَّزَهُ فَلَا كَلَامَ،

وَمَنْ لَمْ يُجَوِّزْهُ يَلْتَجِئْ إِلَى الْمُخْلِصِ الْمَعْلُومِ فِي أَصُولِ الْفِقْهِ (وَعَنْ مُحَمَّدٍ إِذَا نَزَلَ بَعْدَ مَا صَلَّى رَكْعَةً يَسْتَقْبِلُ)؛ لِأَنَّهُ صَارَ صَلَاةً فَلَا يَنْبَنِي فِيهَا الْقَوِيُّ عَلَى الضَّعِيفِ، وَأَمَّا إِذَا لَمْ يُصَلِّهَا فَهُوَ مُجَرَّدٌ تَحْرِيمَةٍ وَهِيَ شَرْطٌ، وَالشَّرْطُ الْمُتَعَقِّدُ لِلضَّعِيفِ شَرْطٌ لِلْقَوِيِّ أَيْضًا كَالطَّهَارَةِ لِلنَّافِلَةِ طَهَارَةٌ لِلْفَرِيضَةِ فَلَيْسَ فِيهَا بِنَاءٌ قَوِيٌّ عَلَى ضَعِيفِ الْأَوَّلِ. (وَالْأَصَحُّ وَهُوَ الظَّاهِرُ) وَهُوَ أَنَّ الرَّائِبَ إِذَا نَزَلَ بَنَى، وَالتَّارِلَ إِذَا رَكِبَ اسْتَقْبَلَ لَمَّا ذَكَرْنَا.

فصل في قيام شهر رمضان

(يُسْتَحَبُّ أَنْ يَجْتَمَعَ النَّاسُ فِي شَهْرِ رَمَضَانَ بَعْدَ الْعِشَاءِ فَيُصَلِّيَ بِهِمْ إِمَامُهُمْ خَمْسَ تَرَوِيحَاتٍ، كُلُّ تَرَوِيحَةٍ بِتَسْلِيمَتَيْنِ، وَيَجْلِسَ بَيْنَ كُلِّ تَرَوِيحَتَيْنِ مِقْدَارَ تَرَوِيحَةٍ، ثُمَّ يُؤْتِرُ بِهِمْ) ذَكَرَ لَفْظَ الاسْتِحْبَابِ وَالْأَصَحُّ أَنَّهَا سُنَّةٌ، كَذَا رَوَى الْحَسَنُ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ لِأَنَّهُ وَاطَّبَ عَلَيْهَا الْخُلَفَاءُ الرَّاشِدُونَ وَالتَّبِيُّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ بَيْنَ الْعُذْرِ فِي تَرْكِهِ الْمُواظَبَةِ وَهُوَ خَشْيَةٌ أَنْ تَكْتُبَ عَلَيْنَا^(١)

الشرح:

(فَصَلِّ فِي قِيَامِ شَهْرِ رَمَضَانَ) ذَكَرَ التَّرَاوِيحَ فِي فَصْلِ عَلَى حِدَةٍ لاختصاصها بما ليس لمطلق التَّوَاتُلِ مِنَ الْجَمَاعَةِ وَتَقْدِيرِ الرُّكْعَاتِ وَسُنَّةِ الْحَتْمِ، وَتَرْجَمَ بِقِيَامِ رَمَضَانَ اثْبَاعًا لِلْفَرْقِ الْحَدِيثِ، قَالَ ﷺ «إِنَّ اللَّهَ تَعَالَى فَرَضَ عَلَيْكُمْ صِيَامَهُ وَسَنَنْتُ لَكُمْ قِيَامَهُ» وَالتَّرَوِيحَةُ اسْمٌ لِكُلِّ أَرْبَعِ رُكْعَاتٍ، فَإِنَّهَا فِي الْأَصْلِ إِصَالُ الرَّاحَةِ وَهِيَ الْجِلْسَةُ، ثُمَّ سُمِّيَتْ لِأَرْبَعِ رُكْعَاتٍ فِي آخِرِهَا التَّرَوِيحَةُ.

قَوْلُهُ: (ذَكَرَ لَفْظَ الاسْتِحْبَابِ وَالْأَصَحُّ أَنَّهَا سُنَّةٌ) يَعْنِي فِي حَقِّ الرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ، وَفِيهِ نَظَرٌ؛ لِأَنَّهُ قَالَ: يُسْتَحَبُّ أَنْ يَجْتَمَعَ النَّاسُ، وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّ اجْتِمَاعَ النَّاسِ مُسْتَحَبٌّ، وَلَيْسَ فِيهِ دَلَالَةٌ عَلَى أَنَّ التَّرَاوِيحَ مُسْتَحَبَّةٌ، وَإِلَى هَذَا ذَهَبَ بَعْضُهُمْ فَقَالَ: التَّرَاوِيحُ سُنَّةٌ وَالْاجْتِمَاعُ مُسْتَحَبٌّ. وَقَوْلُهُ: (لَأَنَّهُ وَاطَّبَ عَلَيْهَا الْخُلَفَاءُ الرَّاشِدُونَ) إِنَّمَا يَدُلُّ عَلَى سُنَّتِهَا لِقَوْلِهِ ﷺ «عَلَيْكُمْ بِسُنَّتِي وَسُنَّةِ الْخُلَفَاءِ الرَّاشِدِينَ مِنْ بَعْدِي» فَإِنْ قِيلَ: لَوْ كَانَتْ سُنَّةً لَوَاطَّبَ عَلَيْهَا النَّبِيُّ ﷺ وَلَمْ يُوَاطَّبْ. وَالْجَوَابُ بِأَنَّهُ بَيْنَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ

(١) أخرجه البخاري في التهجد باب ٥، ومسلم في صلاة المسافرين وقصرها (١٧٧، ١٧٨)،

وانظر نصب الراية (١٤٩/١).

وَالسَّلَامُ الْعُذْرَ فِي تَرْكِهِ الْمُوَاطَّيَّةَ، وَهُوَ خَشْيَةُ أَنْ تُكْتَبَ عَلَيْنَا. رُوِيَ «أَنَّهُ ﷺ خَرَجَ لَيْلَةً مِنْ لَيْلِي رَمَضَانَ وَصَلَّى عِشْرِينَ رَكْعَةً، فَلَمَّا كَانَتْ اللَّيْلَةُ الثَّانِيَةَ اجْتَمَعَ النَّاسُ فَخَرَجَ وَصَلَّى بِهِمْ عِشْرِينَ رَكْعَةً، فَلَمَّا كَانَتْ اللَّيْلَةُ الثَّلَاثَةَ كَثُرَ النَّاسُ فَلَمْ يَخْرُجْ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ وَقَالَ: عَرَفْتُ اجْتِمَاعَكُمْ لَكِنِّي خَشِيتُ أَنْ تُكْتَبَ عَلَيْكُمْ» فَكَانَ النَّاسُ يُصَلُّونَهَا فَرَادَى إِلَى زَمَنِ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، فَقَالَ عُمَرُ: إِنِّي أَرَى أَنْ أَجْمَعَ النَّاسَ عَلَى إِمَامٍ وَاحِدٍ، فَجَمَعَهُمْ عَلَى أَبِي بِنِ كَعْبٍ فَصَلَّى بِهِمْ خَمْسَ تَرَوِيحَاتٍ عِشْرِينَ رَكْعَةً.

(وَالسُّنَّةُ فِيهَا الْجَمَاعَةُ) لَكِنْ عَلَى وَجْهِ الْكِفَايَةِ، حَتَّى لَوْ اِمْتَنَعَ أَهْلُ الْمَسْجِدِ عَنْ إِقَامَتِهَا كَانُوا مُسَيِّئِينَ، وَلَوْ أَقَامَهَا الْبَعْضُ فَامْتَخَلَفَ عَنِ الْجَمَاعَةِ تَارِكًا لِلْفَضِيلَةِ لِأَنَّ أَفْرَادَ الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ رُوِيَ عَنْهُمْ التَّخَلُّفُ.

وَالْمُسْتَحَبُّ فِي الْجُلُوسِ بَيْنَ التَّرَوِيحَتَيْنِ مِقْدَارُ التَّرَوِيحَةِ، وَكَذَا بَيْنَ الْخَامِسَةِ وَبَيْنَ الْوَتْرِ لِعَادَةِ أَهْلِ الْحَرَمَيْنِ، وَاسْتَحْسَنَ الْبَعْضُ الْاسْتِرَاحَةَ عَلَى خَمْسِ تَسْلِيمَاتٍ وَلَيْسَ بِصَحِيحٍ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَالْمُسْتَحَبُّ فِي الْجُلُوسِ بَيْنَ التَّرَوِيحَتَيْنِ مِقْدَارُ التَّرَوِيحَةِ) كَانَ مِنْ حَقِّهِ أَنْ يَقُولَ: وَالْمُسْتَحَبُّ فِي الْإِنْتَظَارِ بَيْنَ التَّرَوِيحَتَيْنِ؛ لِأَنَّهُ اسْتَدَلَّ بِعَادَةِ أَهْلِ الْحَرَمَيْنِ عَلَى ذَلِكَ، وَأَهْلُ الْحَرَمَيْنِ لَا يَجْلِسُونَ، فَإِنَّ أَهْلَ مَكَّةَ يَطُوفُونَ بَيْنَ كُلِّ تَرَوِيحَتَيْنِ أُسْبُوعًا، وَأَهْلُ الْمَدِينَةِ يُصَلُّونَ بِذَلِكَ أَرْبَعَ رَكَعَاتٍ، وَأَهْلُ كُلِّ بَلَدَةٍ بِالْخِيَارِ يُسَبِّحُونَ أَوْ يَهْلَلُونَ أَوْ يَنْتَظِرُونَ سُكُوتًا، وَإِنَّمَا يُسْتَحَبُّ الْإِنْتَظَارُ بَيْنَ كُلِّ تَرَوِيحَتَيْنِ؛ لِأَنَّ التَّرَاوِيحَ مَأْخُوذٌ مِنَ الرَّاحَةِ فَيَفْعَلُ مَا قُلْنَا تَحْقِيقًا لِلْمُسَمَّى (وَاسْتَحْسَنَ الْبَعْضُ الْاسْتِرَاحَةَ عَلَى خَمْسِ تَسْلِيمَاتٍ وَهُوَ نِصْفُ التَّرَاوِيحِ وَلَيْسَ بِصَحِيحٍ) أَيْ مُسْتَحَبُّ.

وَقَوْلُهُ ثُمَّ يُوتِرُ بِهِمْ يُشِيرُ إِلَى أَنَّ وَقْتُهَا بَعْدَ الْعِشَاءِ قَبْلَ الْوَتْرِ، وَبِهِ قَالَ عَامَّةُ الْمَشَايخِ، وَالْأَصَحُّ أَنَّ وَقْتُهَا بَعْدَ الْعِشَاءِ إِلَى آخِرِ اللَّيْلِ قَبْلَ الْوَتْرِ وَبَعْدَهُ لِأَنَّهَا نَوَافِلُ سُنَّتِ بَعْدَ الْعِشَاءِ، وَلَمْ يَذْكُرْ قَدْرَ الْقِرَاءَةِ فِيهَا، وَأَكْثَرُ الْمَشَايخِ رَحِمَهُمُ اللَّهُ عَلَى أَنَّ السُّنَّةَ فِيهَا الْخَتَمُ مَرَّةً فَلَا يَتْرَكَ لِكَسَلِ الْقَوْمِ، بِخِلَافِ مَا بَعْدَ التَّشَهُّدِ مِنَ الدَّعَوَاتِ حَيْثُ يَتْرَكُهَا لِأَنَّهَا لَيْسَتْ بِسُنَّةٍ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَبِهِ) أَيُّ وَبِأَنَّ وَقْتُهَا بَعْدَ الْعِشَاءِ قَبْلَ الْوُثْرِ (قَالَ عَامَّةُ الْمَشَائِخِ: فَإِنْ صَلَّاهَا قَبْلَ الْعِشَاءِ أَوْ بَعْدَ الْوُثْرِ لَا تَكُونُ تَرَاوِيحَ)؛ لِأَنَّهَا عُرِفَتْ بِفِعْلِ الصَّحَابَةِ فَكَانَ وَقْتُهَا مَا صَلَّوْا فِيهَا وَهُمْ صَلَّوْا بَعْدَ الْعِشَاءِ قَبْلَ الْوُثْرِ، وَذَهَبَ مُتَأَخِّرُونَ مَشَائِخَ بَلَخَ إِلَى أَنَّ جَمِيعَ اللَّيْلِ إِلَى طُلُوعِ الْفَجْرِ قَبْلَ الْعِشَاءِ وَبَعْدَهُ وَقْتُهَا؛ لِأَنَّهَا سُمِّيَتْ قِيَامَ اللَّيْلِ فَكَانَ وَقْتُهَا اللَّيْلُ. (وَالْأَصَحُّ أَنَّ وَقْتُهَا بَعْدَ الْعِشَاءِ قَبْلَ الْوُثْرِ وَبَعْدَهُ؛ لِأَنَّهَا نَوَافِلُ سُنَّتِ بَعْدَ الْعِشَاءِ) وَلَوْ صَلَّيْ قَبْلَ الْعِشَاءِ لَا تَكُونُ تَرَاوِيحَ، وَلَوْ صَلَّيْ بَعْدَ الْوُثْرِ جَازَ. وَقَوْلُهُ: (وَلَمْ يُذَكِّرْ قَدْرَ الْقِرَاءَةِ) ظَاهِرٌ. وَقَالَ بَعْضُهُمْ: يَقْرَأُ فِي كُلِّ شَفْعٍ مِقْدَارَ مَا يَقْرَأُ فِي صَلَاةِ الْمَغْرِبِ؛ لِأَنَّ التَّطَوُّعَ أَحَفُّ مِنَ الْمَكْتُوبَةِ فَيَعْتَبَرُ بِأَخَفِّ الْمَكْتُوباتِ قِرَاءَةً. وَقَالَ بَعْضُهُمْ: يَقْرَأُ مِقْدَارَ مَا يَقْرَأُ فِي الْعِشَاءِ؛ لِأَنَّهَا تَبَعَ لَهَا. وَرَوَى الْحَسَنُ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ يَقْرَأُ فِي كُلِّ رَكْعَةٍ عَشْرَ آيَاتٍ، وَهُوَ الصَّحِيحُ؛ لِأَنَّ فِيهِ تَخْفِيفًا عَلَى النَّاسِ وَتَحْصُلُ بِهِ السُّنَّةُ؛ لِأَنَّ عَدَدَ الرُّكْعَاتِ فِي ثَلَاثِينَ لَيْلَةً سِتْمِائَةً وَآيَاتُ الْقُرْآنِ سِتَّةُ آلَافٍ وَشَيْءٌ، وَإِذَا قَرَأَ فِي كُلِّ رَكْعَةٍ عَشْرَ آيَاتٍ يَحْصُلُ بِهِ الْخَتْمُ. وَقَوْلُهُ: (بِخِلَافِ مَا بَعْدَ التَّشْهُدِ مِنَ الدَّعَوَاتِ) يَعْنِي إِذَا عَلِمَ أَنَّ قِرَاءَتَهَا تَنْقُلُ عَلَى الْقَوْمِ يَتْرُكُهَا، وَيَتَّبِعِي أَنْ يَأْتِيَ بِالصَّلَوَاتِ لَكُونَهَا فَرَضًا عِنْدَ الشَّافِعِيِّ فَيَحْتَاطُ فِي الْإِثْنَانِ.

(وَلَا يُصَلِّي الْوُثْرُ بِجَمَاعَةٍ فِي غَيْرِ شَهْرِ رَمَضَانَ) عَلَيْهِ إِجْمَاعُ الْمُسْلِمِينَ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَلَا يُصَلِّي الْوُثْرُ بِجَمَاعَةٍ) ظَاهِرٌ، وَأَمَّا الْوُثْرُ بِجَمَاعَةٍ فِي رَمَضَانَ فَهُوَ أَفْضَلُ؛ لِأَنَّ عَمَرَ كَانَ يُؤْمَهُمْ فِي الْوُثْرِ، وَذَكَرَ أَبُو عَلِيٍّ النَّسْفِيُّ أَنَّ عُلَمَاءَنَا اخْتَارُوا أَنَّ يُوتَرُ فِي رَمَضَانَ فِي مَنْزِلِهِ وَلَا يُوتَرُ بِجَمَاعَةٍ؛ لِأَنَّ الصَّحَابَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ لَمْ يَجْتَمِعُوا عَلَى الْوُثْرِ بِجَمَاعَةٍ فِي رَمَضَانَ كَاجْتِمَاعِهِمْ عَلَى التَّرَاوِيحِ، فَإِنَّ أَبِي بَنَ كَعْبٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ مَا كَانَ يُؤْمَهُمْ فِيهَا. وَتَصَحُّ التَّرَاوِيحُ بِمُطْلَقِ النِّيَّةِ وَنِيَّةِ التَّرَاوِيحِ أَوْ سُنَّةِ الْوَقْتِ أَفْضَلُ.

بَابُ إدْرَاكِ الْقَرِيبَةِ

(وَمَنْ صَلَّي رَكْعَةً مِنَ الظُّهْرِ ثُمَّ أَهْمَتْ يُصَلِّي أُخْرَى) صِيَانَةٌ لِلْمُؤَدَّى عَنِ الْبُطْلَانِ (ثُمَّ يَدْخُلُ مَعَ الْقَوْمِ) إِحْرَارًا لِفَضِيلَةِ الْجَمَاعَةِ (وَأِنْ لَمْ يَقُودِ الْأَوَّلَى بِالسُّجْدَةِ

يَقْطَعُ وَيَشْرَعُ مَعَ الْإِمَامِ هُوَ الصَّحِيحُ) لِأَنَّهُ بِمَحَلِّ الرُّفْضِ، وَهَذَا الْقَطْعُ لِلْإِكْمَالِ،
بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ فِي النَّفْلِ لِأَنَّهُ لَيْسَ لِلْإِكْمَالِ،

الشرح:

(بَابُ إِذْرَاكِ الْفَرِيضَةِ) لَمَّا فَرَّغَ مِنْ بَيَانِ الْفَرَائِضِ وَالْوَاجِبَاتِ وَالنَّوَافِلِ عَلَى التَّرْتِيبِ شَرَعَ فِي بَيَانِ الْأَدَاءِ الْكَامِلِ وَهُوَ الْأَدَاءُ بِالْجَمَاعَةِ (وَمَنْ صَلَّى رَكْعَةً مِنَ الظُّهْرِ ثُمَّ أُقِيمَتْ) أَيَّ شَرَعَ الْإِمَامُ فِي الصَّلَاةِ (يُصَلِّي أُخْرَى صِيَانَةً لِلْمُؤَدَّى عَنِ الْبُطْلَانِ)؛ لِأَنَّ الْبُتَيْرَاءَ مَنَّهُ عَنْهَا (ثُمَّ يَدْخُلُ مَعَ الْقَوْمِ إِحْرَارًا لِفَضِيلَةِ الْجَمَاعَةِ) كَمَا لَوْ شَرَعَ فِي الظُّهْرِ ثُمَّ أُقِيمَتْ الْجُمُعَةُ.

فَإِنْ قِيلَ: كَيْفَ يَجُوزُ إِبْطَالُ صِفَةِ الْفَرِيضَةِ لِإِقَامَةِ السُّنَّةِ؟ أَجِيبَ بِأَنَّ النِّقْضَ لَيْسَ لِإِقَامَةِ السُّنَّةِ بَلْ لِإِقَامَةِ الْفَرَضِ عَلَى وَجْهِ أَكْمَلٍ، فَإِنَّ النِّقْضَ لِلْإِكْمَالِ إِكْمَالٌ كَهَدْمِ الْمَسْجِدِ لِلْبِنَاءِ، وَلِلصَّلَاةِ فِي الْجَمَاعَةِ فَضْلٌ عَلَى الْمُنْفَرِدِ بِسَبْعٍ وَعِشْرِينَ دَرَجَةً فَيَجُوزُ النِّقْضُ لِإِذْرَاكِ ذَلِكَ.

فَإِنْ قِيلَ: كَيْفَ يَسْتَقِيمُ هَذَا عَلَى مَذْهَبِ مُحَمَّدٍ، فَإِنَّ الْأَصْلَ عِنْدَهُ أَنَّ صِفَةَ الْفَرَضِ إِذَا بَطُلَتْ بَطَلَ أَصْلُ الصَّلَاةِ عَلَى مَا سَيَأْتِي فَلَا يَكُونُ الْمُؤَدَّى مَصُونًا عَنِ الْبُطْلَانِ؟

أَجِيبَ: بِأَنَّ ذَلِكَ مَذْهَبُهُ فِيمَا إِذَا لَمْ يَتِمَّكَنْ مِنْ إِخْرَاجِ نَفْسِهِ عَنْ عَهْدَةِ مَا عَلَيْهِ بِالْمُضِيِّ فِيهَا، كَمَا إِذَا قَبِدَ الْخَامِسَةَ بِالسَّجْدَةِ، وَهُوَ لَمْ يَقْعُدْ فِي الرَّابِعَةِ وَهَذَا يَتِمَّكَنُ مِنْ ذَلِكَ. وَفَرَّقَ بَيْنَهُمَا بِأَنَّ إِبْطَالَ صِفَةِ الْفَرِيضَةِ لِإِحْرَازِ الْجَمَاعَةِ بِإِطْلَاقٍ مِنَ الشَّرْعِ؛ لِأَنَّهُ جَازَ قَطْعُهَا لِحُطَامِ الدُّنْيَا، حَتَّى قِيلَ لِأَجْلِ دِرْهَمٍ فَلَأَنْ يَجُوزَ لِإِحْرَازِ الْفَضِيلَةِ أَوَّلَى، بِخِلَافِ إِبْطَالِهَا فِي تِلْكَ الصَّلَاةِ، فَإِنَّهُ لَيْسَ بِإِطْلَاقٍ مِنَ الشَّرْعِ (وَإِنْ لَمْ يُقْبَدْ الْأَوَّلَى بِالسَّجْدَةِ يَقْطَعُ وَيَشْرَعُ مَعَ الْإِمَامِ هُوَ الصَّحِيحُ) وَإِلَيْهِ مَالُ فَخْرِ الْإِسْلَامِ (لِأَنَّهُ بِمَحَلِّ الرُّفْضِ) يَعْنِي لَهُ وَلَايَةُ الرُّفْضِ فِي الْجُمْلَةِ مَا لَمْ يُقْبَدْ بِالسَّجْدَةِ، أَلَا تَرَى أَنَّ مَنْ قَامَ إِلَى الْخَامِسَةِ وَلَمْ يَقْعُدْ عَلَى الرَّابِعَةِ يَرْفُضُ الْخَامِسَةَ مَا لَمْ يُقْبَدْهَا بِالسَّجْدَةِ (وَالْقَطْعُ لِلْإِكْمَالِ) وَهُوَ إِكْمَالٌ.

وَقَالَ بَعْضُهُمْ: يُصَلِّي رَكْعَتَيْنِ ثُمَّ يَقْطَعُ، وَإِلَيْهِ مَالُ شَمْسِ الْأُئِمَّةِ؛ لِأَنَّ مَا أَتَى بِهِ

إِنْ لَمْ يَكُنْ صَلَاةً فَهُوَ قُرْبَةٌ سُلِّمَتْ إِلَى مُسْتَحِقِّهَا فَلَا يَجُوزُ إِبْطَالُهَا؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ شَرَعَ فِي التَّطَوُّعِ ثُمَّ أُقِيمَتِ الظُّهْرُ لَمْ يَقْطَعْ التَّطَوُّعُ فَالْفَرَضُ أَوَّلِي. وَالْجَوَابُ أَنَّ الْقَطْعَ فِي مَحَلِّ النَّزَاعِ لِلْإِكْمَالِ دُونَ مَا ذَكَرْتُمْ، وَإِلَيْهِ أَشَارَ الْمُصَنِّفُ بِقَوْلِهِ: وَالْقَطْعُ لِلْإِكْمَالِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ فِي الثَّقَلِ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ لِلْإِكْمَالِ.

وَلَوْ كَانَ فِي السُّنَّةِ قَبْلَ الظُّهْرِ وَالْجُمُعَةِ فَأَقِيمَ أَوْ خَطَبَ يَقْطَعُ عَلَى رَأْسِ الرُّكْعَتَيْنِ، يُرَوَى ذَلِكَ عَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ، وَقَدْ قِيلَ يَتِمُّهَا (وَإِنْ كَانَ قَدْ صَلَّى ثَلَاثًا مِنَ الظُّهْرِ يَتِمُّهَا) لِأَنَّ لِلْأَكْثَرِ حُكْمَ الْكُلِّ فَلَا يُحْتَمَلُ النِّقْضُ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ فِي الثَّالِثَةِ بَعْدَ وَلَمْ يَقْبِدْهَا بِالسَّجْدَةِ حَيْثُ يَقْطَعُهَا لِأَنَّهُ مَحَلُّ الرِّفْضِ وَيَتَخَيَّرُ، إِنْ شَاءَ عَادَ وَقَعَدَ وَسَلَّمْ، وَإِنْ شَاءَ كَبَّرَ قَائِمًا يَنْوِي الدُّخُولَ فِي صَلَاةِ الْإِمَامِ (وَإِذَا أَتَمَّهَا يَدْخُلُ مَعَ الْقَوْمِ وَالَّذِي يُصَلِّي مَعَهُمْ نَافِلَةً) لِأَنَّ الْفَرَضَ لَا يَتَكَرَّرُ فِي وَهْتٍ وَاحِدٍ

الشرح:

(وَلَوْ كَانَ فِي السُّنَّةِ قَبْلَ الظُّهْرِ أَوْ السُّنَّةِ قَبْلَ الْجُمُعَةِ فَأَقِيمَ لِلظُّهْرِ أَوْ خَطَبَ) الْإِمَامُ لَفٌ وَنَشَرٌ مُسْتَقِيمٌ (يَقْطَعُ عَلَى رَأْسِ الرُّكْعَتَيْنِ) إِحْرَازًا لِفَضِيلَةِ الْجَمَاعَةِ (يُرَوَى ذَلِكَ عَنْ أَبِي يُوسُفَ) وَرَوَى فِي الْجُمُعَةِ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ فِي النَّوَادِرِ (وَقِيلَ يَتِمُّهَا)؛ لِأَنَّ الْأَرْبَعَ قَبْلَ الظُّهْرِ بِمَنْزِلَةِ صَلَاةٍ وَاحِدَةٍ كَمَا تَقَدَّمَ (وَإِنْ كَانَ قَدْ صَلَّى ثَلَاثًا مِنَ الظُّهْرِ يَتِمُّهَا)؛ لِأَنَّ لِلْأَكْثَرِ حُكْمَ الْكُلِّ) فَيُثَبِّتُ بِهِ شُبْهَةُ الْفَرَاعِ، وَلَوْ ثَبَتَ حَقِيقَتُهُ لَمْ يُحْتَمَلِ النِّقْضُ، فَكَذَا إِذَا ثَبَتَ شُبْهَتُهُ (بِخِلَافِ مَا إِذَا لَمْ يُقْبِدْ الثَّالِثَةَ بِالسَّجْدَةِ)؛ لِأَنَّهُ بِمَحَلِّ الرِّفْضِ كَمَا مَرَّ فَيَقْطَعُهَا، وَإِذَا أَرَادَ الْقَطْعَ (فَهُوَ بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ عَادَ وَقَعَدَ وَسَلَّمْ) لِيَكُونَ خَتَمَ صَلَاتِهِ عَلَى الْوَجْهِ الْمَشْرُوعِ ثُمَّ اخْتَلَفُوا هَلْ يَتَشَهَّدُ ثَانِيًا أَوْ لَا، فَقِيلَ يَتَشَهَّدُ؛ لِأَنَّ الْقَعْدَةَ الْأُولَى لَمْ تَكُنْ قَعْدَةً خَتَمَ وَقَدْ صَارَتْ فَيَتَشَهَّدُ، وَقِيلَ يَكْفِيهِ التَّشَهُدُ الْأَوَّلُ؛ لِأَنَّ بِالْعَوْدِ إِلَى الْقَعْدَةِ ارْتِفَاضَ الْقِيَامِ وَجُعِلَ كَأَنَّهُ لَمْ يُوجَدْ أَصْلًا فَكَأَنَتْ هَذِهِ الْقَعْدَةُ قَعْدَةً خَتَمَ وَقَدْ تَشَهَّدَ فِيهَا وَيُسَلِّمُ تَسْلِيمَتَيْنِ عِنْدَ بَعْضِهِمْ؛ لِأَنَّهُ الْمَعْهُودُ فِي التَّحُلُّلِ، وَقِيلَ بِتَسْلِيمَةٍ وَاحِدَةٍ؛ لِأَنَّ التَّسْلِيمَةَ الثَّانِيَةَ بِالتَّحُلُّلِ، وَهَذَا قَطْعٌ مِنْ وَجْهِ (وَإِنْ شَاءَ كَبَّرَ قَائِمًا يَنْوِي الدُّخُولَ فِي صَلَاةِ الْإِمَامِ)؛ لِأَنَّهُ مُسَارَعَةٌ إِلَى إِدْرَاكِ الْفَرِيضَةِ.

وَقَالَ شَمْسُ الْأَيْمَةِ الْحَلَوَانِيُّ: لَوْ لَمْ يَعُدْ إِلَى الْقَعْدَةِ فَسَدَتْ صَلَاتُهُ، وَهُوَ الْمَذْكُورُ

فِي التَّوَادِرِ، وَاخْتَارَهُ شَمْسُ الْأَيْمَةِ السَّرْحَسِيُّ؛ لِأَنَّ الْقَعْدَةَ الْمُؤَدَّاةَ لَمْ تَقَعْ فَرَضًا وَرَكَعَتَاهُ لَمَّا انْقَلَبَتَا نَفْلًا لَمْ يَكُنْ لُهُمَا بُدٌّ مِنَ الْقَعْدَةِ الْمَفْرُوضَةِ.

وَقَالَ فَخْرُ الْإِسْلَامِ: الْأَصَحُّ أَنَّهُ يُكَبَّرُ قَائِمًا؛ لِأَنَّهُ يَخْتِمُ صَلَاتَهُ، فَإِذَا كَبَّرَ قَائِمًا يَنْوِي الشَّرُوعَ فِي صَلَاةِ الْإِمَامِ تَنْقَطِعُ الْأُولَى فِي ضِمْنِ شُرُوعِهِ فِي صَلَاةِ الْإِمَامِ، ثُمَّ هُوَ مُخَيَّرٌ إِنْ شَاءَ رَفَعَ يَدَيْهِ وَإِنْ شَاءَ لَمْ يَرْفَعْ. وَقَوْلُهُ: (وَإِذَا أُنْمَهَا) مَعْطُوفٌ عَلَى قَوْلِهِ يُنْمَهَا. وَقَوْلُهُ: (وَيَدْخُلُ مَعَ الْقَوْمِ) الدُّخُولُ لَيْسَ بِحَتْمٍ؛ لِأَنَّ الَّذِي يُصَلِّي مَعَهُمْ نَافِلَةٌ وَلَا إلْزَامَ فِيهَا، وَالْأَفْضَلُ الدُّخُولُ؛ لِأَنَّهُ فِي وَقْتِ مَشْرُوعٍ وَيَنْدَفِعُ عَنْهُ تَهْمَةٌ أَنَّهُ مِمَّنْ لَا يَرَى الْجَمَاعَةَ. فَإِنْ قِيلَ: يَلْزَمُ أَدَاءُ الثَّغْلِ مَعَ الْجَمَاعَةِ خَارِجَ رَمَضَانَ وَهُوَ مَكْرُوهٌ. أُجِيبَ بِأَنَّ الْكَرَاهَةَ إِذَا كَانَ الْإِمَامُ وَالْقَوْمُ مُتَنَفِّلِينَ، وَأَمَّا إِذَا كَانَ الْإِمَامُ مُفْتَرِضًا فَلَا كَرَاهَةَ رُويَ «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ فَرَّغَ مِنَ الظُّهْرِ فَرَأَى رَجُلَيْنِ فِي أُخْرِيَاتِ الصُّفُوفِ لَمْ يُصَلِّيا مَعَهُ، فَقَالَ: عَلَيَّ بِهِمَا فَأَتَيْتُ بِهِمَا وَفَرَّائِصُهُمَا تَرْتَعِدُ، فَقَالَ: عَلَى رِسْلِكُمَا فَإِنِّي ابْنُ امْرَأَةٍ كَانَتْ تَأْكُلُ الْقَدِيدَ، ثُمَّ قَالَ: مَا لَكُمَا لَمْ تُصَلِّيا مَعَنَا؟ فَقَالَا: كُنَّا صَلَّيْنَا فِي رِحَالِنَا، فَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: إِذَا صَلَّيْتُمَا فِي رِحَالِكُمَا ثُمَّ أَتَيْتُمَا صَلَاةَ قَوْمٍ فَصَلِّيا مَعَهُمْ وَاجْعَلَا صَلَاتِكُمَا مَعَهُمْ سُبْحَةً» أَيُّ نَافِلَةٍ.

(فَإِنْ صَلَّى مِنَ الْفَجْرِ رَكْعَةً ثُمَّ أَقِيمَتْ يَقْطَعُ وَيَدْخُلُ مَعَهُمْ) لِأَنَّهُ لَوْ أَضَافَ إِلَيْهَا أُخْرَى تَفَوُّتُهُ الْجَمَاعَةَ، وَكَذَا إِذَا قَامَ إِلَى الثَّانِيَةِ قَبْلَ أَنْ يُقْبِدَهَا بِالسُّجْدَةِ، وَبَعْدَ الْإِتِمَامِ لَا يَشْرَعُ فِي صَلَاةِ الْإِمَامِ لِكَرَاهَةِ التَّنَفُّلِ بَعْدَ الْفَجْرِ، وَكَذَا بَعْدَ الْعَصْرِ لَمَّا قُلْنَا، وَكَذَا بَعْدَ الْمَغْرِبِ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ لِأَنَّ التَّنَفُّلَ بِالثَّلَاثِ مَكْرُوهٌ، وَفِي جَعْلِهَا أَرْبَعًا مُخَالَفَةً لِإِمَامِهِ.

الشرح:

قَالَ (فَإِنْ صَلَّى مِنَ الْفَجْرِ رَكْعَةً) كَلَامُهُ وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ: (فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ) احْتِرَازٌ عَمَّا رُويَ عَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يُصَلِّي أَرْبَعًا: ثَلَاثًا مَعَ الْإِمَامِ وَرَكْعَةً بَعْدَ مَا يَفْرُغُ الْإِمَامُ؛ لِأَنَّ مُخَالَفَةَ الْإِمَامِ بَعْدَ فَرَاغِهِ لَا تَمْنَعُ الْاِقْتِدَاءَ، كَالْقِيمِ إِذَا اقْتَدَى بِالْمُسَافِرِ وَكَالْمُسْبِقِ فَإِنَّهُمَا يَقُومَانِ بَعْدَ فَرَاغِ الْإِمَامِ. وَالْجَوَابُ عَلَى الظَّاهِرِ أَنَّهُمَا يَفْعَلَانِ ذَلِكَ لِأَدَاءِ مَا عَلَيْهِمَا، وَفِيمَا نَحْنُ فِيهِ يَفْعَلُهُ لِمَا لَهُ، وَالْأَوَّلُ أَقْوَى، وَلَا يَلْزَمُ مِنْ جَوَازِ الْمُخَالَفَةِ لِأَمْرِ قَوِيٍّ جَوَازُهَا لِأَمْرِ ضَعِيفٍ.

(وَمَنْ دَخَلَ مَسْجِدًا قَدْ أَذِنَ فِيهِ يُكْرَهُ لَهُ أَنْ يَخْرُجَ حَتَّى يُصَلِّيَ) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ
وَالسَّلَامُ " (لَا يَخْرُجُ مِنَ الْمَسْجِدِ بَعْدَ النِّدَاءِ إِلَّا مُتَأَفِّقًا أَوْ رَجُلٌ يَخْرُجُ لِحَاجَةٍ يُرِيدُ
الرُّجُوعَ) ^(١) قَالَ (إِلَّا إِذَا كَانَ مِمَّنْ يَنْتَظِمُ بِهِ أَمْرُ جَمَاعَةٍ) لِأَنَّهُ تَرَكَ صُورَةَ تَكْمِيلِ مَعْنَى
(وَإِنْ كَانَ قَدْ صَلَّى وَكَانَتْ الظُّهْرُ أَوْ الْعِشَاءُ فَلَا بَأْسَ بِأَنْ يَخْرُجَ) لِأَنَّهُ أَجَابَ دَاعِيَ اللَّهِ
مَرَّةً (إِلَّا إِذَا أَخَذَ الْمُؤَذِّنُ فِي الْإِقَامَةِ) لِأَنَّهُ يُتَهَمُ بِمُخَالَفَةِ الْجَمَاعَةِ عَيْنَانَا (وَإِنْ كَانَتْ
الْعَصْرُ أَوْ الْمَغْرِبُ أَوْ الْفَجْرُ خَرَجَ وَإِنْ أَخَذَ الْمُؤَذِّنُ فِيهَا) لِكِرَاهَةِ التَّنَقُّلِ بَعْدَهَا.

الشرح:

قَوْلُهُ: (وَمَنْ دَخَلَ مَسْجِدًا قَدْ أَذِنَ فِيهِ) فِيهِ تَفْصِيلٌ، وَذَلِكَ أَنَّ مَنْ دَخَلَ مَسْجِدًا
قَدْ أَذِنَ فِيهِ، فَإِمَّا أَنْ يَكُونَ قَدْ صَلَّى أَوْ لَا، فَإِنْ لَمْ يُصَلِّ فَإِمَّا أَنْ يَكُونَ مَسْجِدَ حَيْهٍ أَوْ
لَا، فَإِنْ كَانَ كَرِهَ لَهُ أَنْ يَخْرُجَ قَبْلَ الصَّلَاةِ؛ لِأَنَّ الْمُؤَذِّنَ دَعَاهُ لِيُصَلِّيَ فِيهِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ
فَإِنْ صَلَّى فِي مَسْجِدٍ حَيْهٍ فَكَذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ صَارَ بِالدُّخُولِ فِيهِ مِنْ أَهْلِهِ وَإِنْ لَمْ يُصَلِّ فِيهِ
وَهُوَ يَخْرُجُ لِأَنْ يُصَلِّيَ فِيهِ لَا بَأْسَ بِهِ؛ لِأَنَّ الْوَاجِبَ عَلَيْهِ أَنْ يُصَلِّيَ فِي مَسْجِدٍ حَيْهٍ
(وَإِنْ كَانَ قَدْ صَلَّى وَكَانَتْ الظُّهْرُ أَوْ الْعِشَاءُ فَلَا بَأْسَ بِالْخُرُوجِ) إِلَى آخِرِ مَا ذَكَرَهُ فِي
الْكِتَابِ وَهُوَ وَاضِحٌ.

(وَمَنْ انْتَهَى إِلَى الْإِمَامِ فِي صَلَاةِ الْفَجْرِ وَهُوَ لَمْ يُصَلِّ رَكْعَتَيِ الْفَجْرِ: إِنْ خَشِيَ
أَنْ تَفُوتَهُ رَكْعَةٌ وَيُدْرِكَ الْآخَرَى يُصَلِّيَ رَكْعَتَيِ الْفَجْرِ عِنْدَ بَابِ الْمَسْجِدِ ثُمَّ يَدْخُلُ) لِأَنَّهُ
أَمَكَّنَهُ الْجَمْعُ بَيْنَ الْفَضِيلَتَيْنِ (وَإِنْ خَشِيَ فَوْتَهُمَا دَخَلَ مَعَ الْإِمَامِ) لِأَنَّ ثَوَابَ الْجَمَاعَةِ
أَعْظَمُ، وَالْوَعِيدَ بِالتَّرْكِ أَلْزَمُ، بِخِلَافِ سُنَّةِ الظُّهْرِ حَيْثُ يَتْرُكُهَا فِي الْحَالَتَيْنِ لِأَنَّهُ يُمْكِنُهُ
أَدَاؤُهَا فِي الْوَقْتِ بَعْدَ الْفَرَضِ هُوَ الصَّحِيحُ، وَإِنَّمَا الْاِخْتِلَافُ بَيْنَ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ
رَحِمَهُمَا اللَّهُ فِي تَقْدِيمِهَا عَلَى الرُّكْعَتَيْنِ وَتَأْخِيرِهَا عَنْهُمَا، وَلَا كَذَلِكَ سُنَّةُ الْفَجْرِ عَلَى
مَا ثَبِّينُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى. وَالتَّقْيِيدُ بِالْأَدَاءِ عِنْدَ بَابِ الْمَسْجِدِ يَدُلُّ عَلَى الْكِرَاهَةِ فِي الْمَسْجِدِ
إِذَا كَانَ الْإِمَامُ فِي الصَّلَاةِ. وَالْأَفْضَلُ فِي عَامَةِ السَّنَنِ وَالنَّوَافِلِ الْمَنْزِلُ هُوَ الْمَرْوِيُّ عَنِ النَّبِيِّ
عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ ^(٢).

(١) أخرجه ابن ماجه (٧٣٤)، وأبو داود (٢٤)، وانظر نصب الراية (١٥٢/٢).

(٢) أخرجه البخاري في الأدب باب ٧٥، ومسلم في صلاة المسافرين وقصرها حديث (٢١٣).

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (يُصَلِّي رَكَعَتَيِ الْفَجْرِ عِنْدَ بَابِ الْمَسْجِدِ) أَمَّا إِنَّهُ يُصَلِّي وَإِنْ كَانَتْ الْجَمَاعَةُ قَامَتْ؛ لِأَنَّ سُنَّةَ الْفَجْرِ مِنْ أَقْوَى السُّنَنِ وَأَفْضَلُهَا، قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «صَلُّوهُمَا وَإِنْ طَرَدْتُكُمُ الْخَيْلُ» وَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «رَكَعَتَا الْفَجْرِ خَيْرٌ مِنَ الدُّنْيَا وَمَا فِيهَا» وَإِذَا رَأَى رَكَعَةً مِنَ الْفَجْرِ كَأِذَا رَأَى الْكُلَّ، قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «مَنْ أَدْرَكَ رَكَعَةً مِنَ الْفَجْرِ فَقَدْ أَدْرَكَ الصَّلَاةَ» فَكَانَ جَمْعًا بَيْنَ الْفَضِيلَتَيْنِ. وَأَمَّا أَنَّهُ يُصَلِّي عِنْدَ بَابِ الْمَسْجِدِ فَلَا أَنَّهُ لَوْ صَلَّاهُمَا فِي الْمَسْجِدِ كَانَ مُتَّفَقًا فِيهِ عِنْدَ اشْتِعَالِ الْإِمَامِ بِالْفَرِيضَةِ وَهُوَ مَكْرُوهٌ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ عِنْدَ بَابِ الْمَسْجِدِ مَوْضِعٌ لِلصَّلَاةِ يُصَلِّيهِمَا فِي الْمَسْجِدِ خَلْفَ سَارِيَةٍ مِنْ سَوَارِي الْمَسْجِدِ، وَأَشَدُّهَا كَرَاهَةً أَنْ يُصَلِّيَهُمَا مُخَالطًا لِلصَّفِّ وَمُخَالَفًا لِلْإِمَامِ وَالْجَمَاعَةِ، وَالَّذِي يَلِي ذَلِكَ خَلْفَ الصَّفِّ مِنْ غَيْرِ حَائِلٍ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الصَّفِّ. وَالْوَقْتُ الْمُسْتَحَبُّ لَهَا قِيلَ كَمَا طَلَعَ الْفَجْرُ لَوْجُودِ السَّبَبِ، وَقِيلَ بِقُرْبٍ مِنَ الْفَرَضِ؛ لِأَنَّهَا تَبَعٌ لَهُ. وَقَوْلُهُ: (وَإِنْ خُشِيَ فَوْتُهُمَا) يُشِيرُ إِلَى أَنَّهُ إِنْ كَانَ يَرْجُو إِدْرَاكَ الْقَعْدَةِ لَا يَدْخُلُ مَعَ الْإِمَامِ. وَحُكِيَ عَنِ الْفَقِيهِ أَبِي جَعْفَرٍ أَنَّهُ عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ يُصَلِّي رَكَعَتَيِ الْفَجْرِ؛ لِأَنَّ إِدْرَاكَ التَّشَهُّدِ عِنْدَهُمَا كَأِذَا رَأَى الرُّكْعَةَ أَصْلُهُ مَسْأَلَةُ الْجُمُعَةِ، وَالْفَقِيهِ إِسْمَاعِيلُ الزَّاهِدُ كَانَ يَقُولُ: يَشْرَعُ فِي السُّنَّةِ فَيَقْطَعُهَا وَيَدْخُلُ مَعَ الْقَوْمِ حَتَّى تَلْزِمَهُ بِالشُّرُوعِ فَيَتِمَّكُنُ مِنَ الْقَضَاءِ بَعْدَ الْفَجْرِ، وَزَيْفَةُ الْإِمَامِ السَّرْحَسِيِّ بِأَنَّ مَا وَجَبَ بِهِ الشُّرُوعُ لَيْسَ بِأَقْوَى مِمَّا وَجَبَ بِالنَّذْرِ، وَقَدْ نَصَّ مُحَمَّدٌ أَنَّ الْمُنْدُورَ لَا يُؤْدَى بَعْدَ الْفَجْرِ قَبْلَ الطَّلُوعِ، وَبِأَنَّ هَذَا أَمْرٌ بِالْإِفْتِتَاحِ عَلَى قَصْدٍ أَنْ يَقْطَعَهَا وَهَذَا غَيْرُ مُسْتَحْسَنِ شَرْعًا. وَأَقُولُ: إِنْ أَرَادَ الْفَقِيهُ بِقَوْلِهِ بَعْدَ الْفَجْرِ قَبْلَ طُلُوعِ الشَّمْسِ فَالتَّزْيِيفُ مُوجِبٌ، وَإِنْ أَرَادَ بَعْدَهُ فَلَا، وَالْقَصْدُ لِلْقَطْعِ نَفْضٌ لِلْإِكْمَالِ فَلَا بَأْسَ بِهِ.

قَوْلُهُ: (لِأَنَّ ثَوَابَ الْجَمَاعَةِ أَعْظَمُ) لَمَّا رُوِيَ أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ قَالَ «صَلَاةُ الْجَمَاعَةِ أَفْضَلُ مِنْ صَلَاةِ الْفَدِّ بِسَبْعٍ وَعِشْرِينَ دَرَجَةً» قَوْلُهُ: (وَالْوَعِيدُ بِالتَّرْكِ الزَّمُّ) يُرِيدُ بِهِ مَا رُوِيَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ «لَقَدْ هَمَمْتُ أَنْ أَسْتَخْلِفَ مَنْ يُصَلِّي بِالنَّاسِ

وَأَنْظَرَ إِلَى مَنْ لَمْ يَحْضُرَ الْجَمَاعَةَ فَأَمُرُ بَعْضَ فِتْيَانٍ بِأَنْ يُحَرِّقُوا بُيُوتَهُمْ» وَقَوْلُهُ: (فِي الْحَالَتَيْنِ) يُرِيدُ بِهِمَا حَالَةَ خَوْفِ فَوْتِ كُلِّ الْفَرَضِ وَحَالَةَ خَوْفِ فَوْتِ الْبَعْضِ. وَقَوْلُهُ: (هُوَ الصَّحِيحُ) احْتِرَازٌ عَنْ قَوْلِ بَعْضِهِمْ إِنَّهُ لَا يَقْضِيهَا، وَهَذَا غَيْرُ سَدِيدٍ؛ لِأَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ فَاتَتْهُ الْأَرْبَعُ قَبْلَ الظُّهْرِ فَقَضَاهَا بَعْدَهُ رَوَتْهُ عَائِشَةُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا. وَقَوْلُهُ: (وَلَا كَذَلِكَ سُنَّةُ الْفَجْرِ) يَعْنِي لَا يُمَكِّنُ أَدَاؤَهَا بَعْدَ الْفَرَضِ فَحَصَلَ الْفَرْقُ. وَقَوْلُهُ: (هُوَ الْمَرْوِيُّ عَنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ) «تُؤَرَّوْا بُيُوتَكُمْ بِالصَّلَاةِ وَلَا تَجْعَلُوهَا قُبُورًا» وَمَا رَوِيَ أَنَّ جَمِيعَ سُنَنِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَوَثَرَهُ كَانَ فِي بَيْتِهِ.

قَالَ (وَإِذَا فَاتَتْهُ رَكْعَتَا الْفَجْرِ لَا يَقْضِيهِمَا قَبْلَ طُلُوعِ الشَّمْسِ) لِأَنَّهُ يَبْقَى نَفْلًا مُطْلَقًا وَهُوَ مَكْرُوهٌ بَعْدَ الصُّبْحِ (وَلَا بَعْدَ ارْتِفَاعِهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: أَحَبُّ إِلَيَّ أَنْ يَقْضِيَهُمَا إِلَى وَقْتِ الزَّوَالِ) لِأَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ قَضَاهُمَا بَعْدَ ارْتِفَاعِ الشَّمْسِ غَدَاةَ لَيْلَةِ التَّعْرِيسِ^(١). وَلَهُمَا أَنْ الْأَصْلُ فِي السُّنَنِ أَنْ لَا تُقْضَى لِاخْتِصَاصِ الْقَضَاءِ بِالْوَاجِبِ، وَالْحَدِيثُ وَرَدَّ فِي قَضَائِهَا تَبَعًا لِلْفَرَضِ فَبَقِيَ مَا رَوَاهُ عَلَى الْأَصْلِ، وَإِنَّمَا تُقْضَى تَبَعًا لَهُ، وَهُوَ يُصَلِّي بِالْجَمَاعَةِ أَوْ وَحْدَهُ إِلَى وَقْتِ الزَّوَالِ، وَفِيمَا بَعْدَهُ اخْتِلَافُ الْمَشَايِخِ رَحِمَهُمُ اللَّهُ. وَأَمَّا سَائِرُ السُّنَنِ سِوَاهَا فَلَا تُقْضَى بَعْدَ الْوَقْتِ وَحْدَهُ، وَاخْتَلَفَ الْمَشَايِخُ فِي قَضَائِهَا تَبَعًا لِلْفَرَضِ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ فَاتَتْهُ رَكْعَتَا الْفَجْرِ لَا يَقْضِيهِمَا قَبْلَ طُلُوعِ الشَّمْسِ؛ لِأَنَّهُ يَبْقَى نَفْلًا مُطْلَقًا) إِذِ السُّنَّةُ مَا أَدَّاهَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ، وَلَمْ يَثْبُتْ أَنَّهُ أَدَّاهُمَا فِي غَيْرِ الْوَقْتِ عَلَى الْإِنْفِرَادِ، وَإِنَّمَا قَضَاهُمَا تَبَعًا لِلْفَرَضِ غَدَاةَ لَيْلَةِ التَّعْرِيسِ وَلَيْسَ الْكَلَامُ فِيهِ (وَهُوَ) أَيِ النَّفْلِ الْمَطْلُوقِ (مَكْرُوهٌ بَعْدَ الصُّبْحِ) وَقَوْلُهُ: (وَكَذَا بَعْدَ ارْتِفَاعِهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ: أَحَبُّ إِلَيَّ أَنْ يَقْضِيَهُمَا) قِيلَ لَا خِلَافَ بَيْنَهُمْ فِي الْحَقِيقَةِ؛ لِأَنَّهُمَا يَقُولَانِ لَيْسَ عَلَيْهِ الْقَضَاءُ، وَإِنْ فَعَلَ فَلَا بَأْسَ بِهِ، وَمُحَمَّدٌ يَقُولُ أَحَبُّ إِلَيَّ أَنْ يَقْضِيَ، وَإِنْ لَمْ يَفْعَلْ فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ، وَمِنْهُمْ مَنْ حَقَّقَ الْخِلَافَ وَقَالَ الْخِلَافُ فِي أَنَّهُ لَوْ قَضَى

(١) أخرجه مسلم في المساجد ومواضع الصلاة حديث (٣١٠)، والنسائي في المواقيت باب ٥٥،

وأحمد (٤٢٨/٢)، وانظر نصب الراية (١٥٦/٢).

كَانَ تَفْلًا مُبْتَدَأً أَوْ سُنَّةً.

قَوْلُهُ: (لَاخْتِصَاصِ الْقَضَاءِ بِالْوَاجِبِ)؛ لِأَنَّ الْقَضَاءَ تَسْلِيمُ مِثْلِ مَا وَجَبَ بِالْأَمْرِ وَكَلَامُهُ وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ: (وَفِيمَا بَعْدَهُ اخْتِلَافُ الْمَشَايِخِ) أَيِ مَشَايِخِ مَا وَرَاءَ النَّهْرِ. قَالَ بَعْضُهُمْ: يَقْضِيهِمَا تَبَعًا وَلَا يَقْضِيهِمَا مَقْصُودَةً. وَقَالَ بَعْضُهُمْ: لَا يَقْضِيهِمَا مُطْلَقًا؛ لِأَنَّ النَّصَّ وَرَدَ فِي الْوَقْتِ الْمُهْمَلِ عَلَى خِلَافِ الْقِيَاسِ فَلَا يُقَاسُ عَلَيْهِ وَقْتُ فَرَضٍ آخَرَ قِيلَ وَهُوَ الصَّحِيحُ. وَقَوْلُهُ: (وَأَمَّا سَائِرُ السُّنَنِ سِوَاهَا) أَيِ سِوَى سُنَّةِ الْفَجْرِ، وَفِي بَعْضِ النُّسخِ سِوَاهُمَا: أَيِ سِوَى رَكَعَتَيِ الْفَجْرِ (فَلَا تُقْضَى بَعْدَ الْوَقْتِ وَخَذَهَا وَفِي قَضَائِهَا تَبَعًا لِلْفَرَضِ اخْتِلَافُ الْمَشَايِخِ) قَالَ بَعْضُهُمْ: يَقْضِيهَا؛ لِأَنَّهُ كَمِ مَنْ شَيْءٍ ثَبَتَ ضِمْنًا وَإِنْ لَمْ يَثْبُتْ قَضَاءً، وَفِيهِ نَظَرٌ؛ لِأَنَّ مِثْلَ هَذَا يُسَمَّى تَبَعًا لَا ضِمْنًا. وَقَالَ بَعْضُهُمْ: لَا يَقْضِيهَا لِاخْتِصَاصِ الْقَضَاءِ بِالْوَاجِبِ وَهُوَ الصَّحِيحُ.

(وَمَنْ أَدْرَكَ مِنَ الظُّهْرِ رَكْعَةً وَلَمْ يَدْرِكِ الثَّلَاثَ فَإِنَّهُ لَمْ يُصَلِّ الظُّهْرَ بِجَمَاعَةٍ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: قَدْ أَدْرَكَ فَضَلَ الْجَمَاعَةِ) لِأَنَّ مَنْ أَدْرَكَ آخِرَ الشَّيْءِ فَقَدْ أَدْرَكَهُ فَصَارَ مُحَرَّرًا ثَوَابَ الْجَمَاعَةِ لَكِنَّهُ لَمْ يُصَلِّهَا بِالْجَمَاعَةِ حَقِيقَةً وَلِهَذَا يَحْتَنُّ بِهِ فِي يَمِينِهِ لَا يَدْرِكُ الْجَمَاعَةَ، وَلَا يَحْتَنُّ فِي يَمِينِهِ لَا يُصَلِّي الظُّهْرَ بِالْجَمَاعَةِ

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَمَنْ أَدْرَكَ مِنَ الظُّهْرِ رَكْعَةً) يَعْنِي مَنْ أَدْرَكَ رَكْعَةً مِنَ الصَّلَاةِ الرَّبَاعِيَّةِ وَلَمْ يَدْرِكِ الثَّلَاثَ (لَمْ يُصَلِّ تِلْكَ الصَّلَاةَ بِجَمَاعَةٍ) بِاتِّفَاقِ بَيْنِ أَصْحَابِنَا (وَأَدْرَكَ فَضَلَ الْجَمَاعَةِ) أَيِ صَارَ مُحَرَّرًا لثَوَابِ صَلَاةِ صَلَّيْتُ بِالْجَمَاعَةِ بِاتِّفَاقِ أَيْضًا بَيْنَهُمْ، وَعَلَى هَذَا يَكُونُ تَخْصِيصُ قَوْلِ مُحَمَّدٍ بِإِدْرَاكِ فَضْلِ الْجَمَاعَةِ غَيْرَ مُفِيدٍ. وَأُجِيبَ عَنْ ذَلِكَ بِأَنَّهُ إِنَّمَا خَصَّهُ لِدَفْعِ مَا عَسَى أَنْ يُتَوَهَّمَ عَلَى قَوْلِهِ فِي الْجُمُعَةِ إِنْ مُدْرِكَ الْإِمَامِ فِي التَّشْهَدِ لَيْسَ بِمُدْرِكَ لِلْجُمُعَةِ فَيَتِمُّهَا أَرْبَعًا أَلَا يُدْرِكُ فَضَلَ الْجَمَاعَةِ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ؛ لِأَنَّهُ مُدْرِكٌ لِلْأَقْلَ فَكَمَا أَنَّ إِدْرَاكَ الْأَقْلِ حَرَمَهُ إِدْرَاكَ الْجُمُعَةِ يَحْرِمُهُ إِدْرَاكَ فَضِيلَةِ الْجَمَاعَةِ فَدَفَعَ هَذَا الْوَهْمَ بِتَخْصِيصِهِ بِالذِّكْرِ.

(وَقَوْلُهُ: وَلِهَذَا) تَفْرِيعٌ عَلَى ذَلِكَ بِاتِّفَاقِ. قَالَ فِي الْجَامِعِ: إِذَا قَالَ عَبْدُهُ حُرٌّ إِنْ صَلَّى الظُّهْرَ بِالْجَمَاعَةِ فَسَبَقَ بِيَعُضِهَا لَمْ يَحْتَنُّ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُصَلِّ الْكُلَّ بِهِمْ لِانْفِرَادِهِ

بالبعض. ولو قال: إن أدرك الصَّغِيرُ الظُّهْرَ حَتَّى وَإِنْ أَدْرَكَهُمْ فِي التَّشَهُّدِ؛ لِأَنَّ الْمُدْرِكَ لِأَخْرِ الشَّيْءِ مُدْرِكٌ لَذَلِكَ الشَّيْءِ فَلَمَّا كَانَ مُدْرِكًا لِلْجَمَاعَةِ بِإِدْرَاكِ رَكْعَةٍ كَانَ مُدْرِكًا لثَوَابِهَا.

(وَمَنْ أَتَى مَسْجِدًا قَدْ صَلَّى فِيهِ فَلَا بَأْسَ بِأَنْ يَتَطَوَّعَ قَبْلَ الْمَكْتُوبَةِ مَا بَدَأَ لَهُ مَا دَامَ فِي الْوَقْتِ) وَمُرَادُهُ إِذَا كَانَ فِي الْوَقْتِ سَعَةً وَإِنْ كَانَ فِيهِ ضَيْقٌ تَرَكَهُ. قِيلَ هَذَا فِي غَيْرِ سُنَّةِ الظُّهْرِ وَالْفَجْرِ لِأَنَّ لَهُمَا زِيَادَةَ مَزِيَّةٍ، قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ فِي سُنَّةِ الْفَجْرِ «صَلُّوهُمَا وَلَوْ طَرَدْتُمْ الْخَيْلَ»^(١) وَقَالَ فِي الْآخَرَى «مَنْ تَرَكَ الْأَرْبَعَ قَبْلَ الظُّهْرِ لَمْ تَنْلَهُ شَفَاعَتِي»^(٢) وَقِيلَ هَذَا فِي الْجَمِيعِ لِأَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ وَاطْبَ عَلَيْهَا عِنْدَ أَدَاءِ الْمَكْتُوباتِ بِجَمَاعَةٍ، وَلَا سُنَّةَ دُونَ الْمُوَظِّبَةِ، وَالْأُولَى أَنْ لَا يَتْرُكَهَا فِي الْأَحْوَالِ كُلِّهَا لِكُونِهَا مَكْمَلَاتٍ لِلْفَرَائِضِ إِلَّا إِذَا خَافَ قُوتَ الْوَقْتِ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ أَتَى مَسْجِدًا قَدْ صَلَّى فِيهِ) إِذَا فَاتَتْ الْجَمَاعَةَ رَجُلًا وَدَخَلَ مَسْجِدًا قَدْ صَلَّى فِيهِ أَوْ أَرَادَ الصَّلَاةَ الْمَكْتُوبَةَ فِي مَسْجِدٍ بَيْنَهُ (فَلَا بَأْسَ بِأَنْ يَتَطَوَّعَ قَبْلَ الْمَكْتُوبَةِ مَا بَدَأَ لَهُ) مِنَ السُّنَنِ الرَّوَاطِبِ وَغَيْرِهَا (مَا دَامَ فِي الْوَقْتِ) أَيِّ فِي الْوَقْتِ سَعَةً، وَأَمَّا إِذَا لَمْ يَكُنْ يَبْدَأُ بِالْمَكْتُوبَةِ لثَلَا يَفُوتُهُ الْفَرَضُ عَنْ وَقْتِهِ (قِيلَ هَذَا) أَيُّ قَوْلُ مُحَمَّدٍ لَا بَأْسَ بِأَنْ يَتَطَوَّعَ، إِنَّمَا هُوَ (فِي غَيْرِ سُنَّةِ الظُّهْرِ وَالْفَجْرِ)؛ لِأَنَّ التَّطَوُّعَ قَبْلَ الْعَصْرِ وَالْعِشَاءِ مَنْدُوبٌ إِلَيْهِ، وَالنَّاسُ فِي خَيْرَةٍ بَيْنَ إِثْبَانِهِ وَتَرْكِهِ فَإِذَا لَا بَأْسَ بِالتَّطَوُّعِ قَبْلَهُمَا. وَأَمَّا التَّطَوُّعُ قَبْلَ الْفَجْرِ وَالظُّهْرِ فَكَأَنَّ مِنْ ذَلِكَ (لَأَنَّ لَهُمَا زِيَادَةَ مَزِيَّةٍ، قَالَ ﷺ «صَلُّوهُمَا وَلَوْ طَرَدْتُمْ الْخَيْلَ» وَالْأَمْرُ لِلنَّدْبِ بِدَلِيلِ التَّأَكِيدِ بِقَوْلِهِ «وَإِنْ طَرَدْتُمْ الْخَيْلَ» وَقَالَ ﷺ «مَنْ تَرَكَ الْأَرْبَعَ قَبْلَ الظُّهْرِ لَمْ تَنْلَهُ شَفَاعَتِي» وَهُوَ وَعِيدٌ عَظِيمٌ، وَدَلَالَتُهُ عَلَى وَكَادَةِ الْأَرْبَعِ أَقْوَى مِنَ الْأَوَّلِ، وَهَذَا قَوْلُ فَخْرِ الْإِسْلَامِ وَشَمْسِ الْأُيُومِ السَّرْحَسِيِّ وَصَاحِبِ الْمُحِيطِ وَقَاضِي خَانَ وَالتُّمْرَنَاشِيِّ وَالْحَلَوَانِيِّ (وَقِيلَ هَذَا) أَيُّ قَوْلُ لَا بَأْسَ بِأَنْ يَتَطَوَّعَ (فِي الْجَمِيعِ)؛ لِأَنَّهُ ﷺ إِنَّمَا وَاطْبَ عَلَيْهَا عِنْدَ أَدَاءِ الْمَكْتُوباتِ

(١) أخرجه أبو داود (١٣٥٨)، وأحمد (٤٠٥/٢).

(٢) قال الزيلعي في نصب الراية (١٦١/٢): غريب جدًا.

بِجَمَاعَةٍ، وَلَا سُنَّةَ دُونَ الْمُوَظَّيَةِ فَإِنْ صَلَّى لَا تَكُونُ سُنَّةً وَإِنَّمَا تَكُونُ تَطَوُّعًا، وَهُوَ قَوْلُ صَدْرِ الْإِسْلَامِ، وَمِثْلُهُ رُوِيَ عَنِ الْحَسَنِ بْنِ زِيَادٍ وَالْكَرْخِيِّ.

قَالَ الْمُصَنِّفُ (وَالأَوَّلَى أَلَا يَتْرُكُهَا) أَيُّ السُّنَنِ الرَّوَائِبِ (فِي الْأَحْوَالِ كُلِّهَا) يَعْنِي سَوَاءً صَلَّى بِالْجَمَاعَةِ أَوْ مُنْفَرِدًا أَوْ مُقِيمًا أَوْ مُسَافِرًا، هَكَذَا فَعَلَ الْخُلَفَاءُ الرَّاشِدُونَ وَكِبَارُ الصَّحَابَةِ وَالتَّابِعِينَ؛ وَلَأنَّ الْمُنْفَرِدَ أَخْرَجَ إِلَيْهَا لِافتِقَارِهِ إِلَى تَكْمِيلِ الثَّوَابِ، وَيُؤَدَّى الْكَامِلَ إِلَّا إِذَا خَافَ فَوَتْ الْوَقْتِ فَإِنَّهُ بِسَبِيلٍ مِنْ تَرْكِهَا.

(وَمَنْ انْتَهَى إِلَى الْإِمَامِ فِي رُكُوعِهِ فَكَبَّرَ وَوَقَّفَ حَتَّى رَفَعَ الْإِمَامُ رَأْسَهُ لَا يَصِيرُ مُدْرِكًا لِتِلْكَ الرُّكْعَةِ خِلَافًا لَزُفَرٍ) هُوَ يَقُولُ: أَدْرَكَ الْإِمَامَ فِيمَا لَهُ حُكْمُ الْقِيَامِ فَصَارَ كَمَا لو أَدْرَكَهُ فِي حَقِيقَةِ الْقِيَامِ. وَلَنَّا أَنَّ الشَّرْطَ هُوَ الْمَشَارَكَةُ فِي أَعْمَالِ الصَّلَاةِ وَلَمْ يَوْجَدْ لَا فِي الْقِيَامِ وَلَا فِي الرُّكُوعِ (وَلَوْ رَكَعَ الْمُقْتَدِي قَبْلَ إِمَامِهِ فَأَدْرَكَهُ الْإِمَامُ فِيهِ جَازَ) وَقَالَ زُفَرٌ: لَا يُجْزِئُهُ لِأَنَّهُ مَا أَتَى بِهِ قَبْلَ الْإِمَامِ غَيْرُ مُعْتَدٍّ بِهِ هَكَذَا مَا يَبْنِيهِ عَلَيْهِ. وَلَنَّا أَنَّ الشَّرْطَ هُوَ الْمَشَارَكَةُ فِي جُزْءٍ وَاحِدٍ كَمَا فِي الطَّرْفِ الْأَوَّلِ.

الشرح:

قَوْلُهُ: (وَمَنْ انْتَهَى إِلَى الْإِمَامِ) إِنْ أَدْرَكَهُ (فِي رُكُوعِهِ فَكَبَّرَ) يَعْنِي تَكْبِيرَةَ الْإِفْتِتَاحِ، وَقَيَّدَ بِالرُّكُوعِ؛ لِأَنَّهُ إِذَا انْتَهَى إِلَيْهِ وَهُوَ قَائِمٌ يُكَبِّرُ وَلَمْ يَرَكَعْ مَعَهُ (حَتَّى رَفَعَ الْإِمَامُ رَأْسَهُ) مِنَ الرُّكُوعِ ثُمَّ رَكَعَ أَنَّهُ مُدْرِكٌ لِتِلْكَ الرُّكْعَةِ بِالْإِجْمَاعِ. أَمَّا إِذَا انْتَهَى إِلَى الْقَوْمَةِ بَعْدَ الرُّكُوعِ لَا يَكُونُ مُدْرِكًا لِتِلْكَ الرُّكْعَةِ بِالْإِجْمَاعِ وَأَمَّا إِذَا انْتَهَى إِلَيْهِ وَهُوَ رَاكِعٌ فَكَبَّرَ وَلَمْ يَرَكَعْ مَعَهُ سَوَاءً كَانَ مُتَمَكِّنًا مِنَ الرُّكُوعِ أَوْ لَمْ يَكُنْ وَهُوَ مَسْأَلَةُ الْكِتَابِ (لَا يَصِيرُ مُدْرِكًا لَهَا) عِنْدَ الْعُلَمَاءِ (خِلَافًا لَزُفَرٍ) وَهُوَ قَوْلُ سُفْيَانَ الثَّوْرِيِّ وَابْنِ أَبِي لَيْلَى وَعَبْدِ اللَّهِ بْنِ الْمُبَارَكِ، قَالُوا: أَدْرَكَ الْإِمَامَ فِيمَا لَهُ حُكْمُ الْقِيَامِ؛ لِأَنَّ الرُّكُوعَ يُشْبِهُ الْقِيَامَ حَقِيقَةً؛ لِأَنَّ الْقَائِمَ يُفَارِقُ الْقَاعِدَ فِي انْتِصَابِ الشَّقِّ الْأَسْفَلِ وَهُوَ مَوْجُودٌ فِي الرُّكُوعِ وَحُكْمًا؛ لِأَنَّهُ يَأْتِي فِيهِ بِتَكْبِيرَاتٍ الَّتِي يُؤْتَى بِهَا فِي حَقِيقَةِ الْقِيَامِ، وَهَذَا الدَّلِيلُ إِنَّمَا يَتِمُّ إِذَا ثَبَتَ أَنَّ إِدْرَاكَهُ فِيمَا لَهُ حُكْمُ الْقِيَامِ كإِدْرَاكَهِ فِي حَقِيقَةِ الْقِيَامِ وَهُوَ مَمْنُوعٌ. وَلَنَّا مَا تَقَدَّمَ أَنَّ الْإِفْتِدَاءَ شَرِكَةً فِي أَعْمَالِ الصَّلَاةِ وَلَمْ يَوْجَدْ فِي الْقِيَامِ وَهُوَ ظَاهِرٌ، وَلَا فِي الرُّكُوعِ، وَكَوْنُ الرُّكُوعِ يُشْبِهُ الْقِيَامَ حُكْمًا غَيْرُ مُعْتَبَرٍ هُنَا لِحَدِيثِ ابْنِ عُمَرَ إِذَا

أَدْرَكَتِ الْإِمَامَ رَاكِعًا فَرَكَعَتْ قَبْلَ أَنْ يَرْفَعَ رَأْسَهُ فَقَدْ أَدْرَكَتِ تِلْكَ الرَّكْعَةَ، وَإِنْ رَفَعَ رَأْسَهُ قَبْلَ أَنْ تَرْكَعَ فَاتَتْكَ تِلْكَ الرَّكْعَةُ» (وَلَوْ رَكَعَ الْمُتَدِي قَبْلَ إِمَامِهِ فَأَدْرَكَهُ الْإِمَامُ فِيهِ جَازَ) فَعَلُهُ ذَلِكَ وَلَا تَفْسُدُ بِهِ صَلَاتُهُ، وَإِنْ لَمْ يُعِدِ الرُّكُوعَ (وَقَالَ زُفَرٌ: لَا تَجُوزُ) أَيُّ الصَّلَاةِ إِنْ لَمْ يُعِدِ الرُّكُوعَ (لَأَنَّ مَا أَتَى بِهِ قَبْلَ الْإِمَامِ غَيْرُ مُعْتَدٍّ بِهِ) لَكُونَهُ مَنَهِيًّا عَنْهُ، قَالَ ﷺ: «إِنَّمَا جُعِلَ الْإِمَامُ لِيُؤْتَمَّ بِهِ فَلَا تَخْتَلِفُوا عَلَيْهِ» (فَكَذَا مَا يَنْبَغِي عَلَيْهِ) لِأَنَّ الْبِنَاءَ عَلَى الْفَاسِدِ فَاسِدٌ فَصَارَ كَمَا لَوْ رَفَعَ رَأْسَهُ مِنْ هَذَا الرُّكُوعِ قَبْلَ رُكُوعِ الْإِمَامِ. (وَلَنَا أَنَّ الشَّرْطَ هُوَ الْمَشَارَكَةُ فِي جُزْءٍ وَاحِدٍ) وَقَدْ وَجَدَ فَيُجْعَلُ مُبْتَدَأًا لَا بَانِيًا عَلَيْهِ فَصَارَ (كَمَا فِي الطَّرَفِ الْأَوَّلِ) وَهُوَ أَنْ يَرْكَعَ مَعَهُ وَيَرْفَعَ رَأْسَهُ قَبْلَ الْإِمَامِ، وَهَذَا؛ لِأَنَّ لِلرُّكُوعِ طَرَفَيْنِ وَالشَّرِكَةُ فِي أَحَدِهِمَا كَافِيَةٌ، بِخِلَافِ مَا لَوْ رَفَعَ رَأْسَهُ مِنْ هَذَا الرُّكُوعِ قَبْلَ رُكُوعِ الْإِمَامِ؛ لِأَنَّهُ لَمْ تَوْجَدْ الْمَشَارَكَةَ فِي شَيْءٍ مِنَ الطَّرَفَيْنِ.

بَابُ قَضَاءِ الْفَوَائِتِ

(وَمَنْ فَاتَتْهُ صَلَاةٌ قَضَاهَا إِذَا ذَكَرَهَا وَقَدَّمَهَا عَلَى فَرَضِ الْوَقْتِ) وَالْأَصْلُ فِيهِ أَنَّ التَّرْتِيبَ بَيْنَ الْفَوَائِتِ وَفَرَضِ الْوَقْتِ عِنْدَنَا مُسْتَحَقٌّ. وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ مُسْتَحَبٌّ، لِأَنَّ كُلَّ فَرَضٍ أَصْلٌ بِنَفْسِهِ فَلَا يَكُونُ شَرْطًا لْغَيْرِهِ. وَلَنَا قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: مَنْ نَامَ عَنْ صَلَاةٍ أَوْ نَسِيَهَا فَلَمْ يَذْكُرْهَا إِلَّا وَهُوَ مَعَ الْإِمَامِ فَلْيُصَلِّ الَّتِي هُوَ فِيهَا ثُمَّ لْيُصَلِّ الَّتِي ذَكَرَهَا ثُمَّ لْيُعِدِ الَّتِي صَلَّى مَعَ الْإِمَامِ» (وَلَوْ خَافَ فَوَتْ الْوَقْتِ يَقْدَمُ الْوَقْتِيَّةُ ثُمَّ يَقْضِيهَا) لِأَنَّ التَّرْتِيبَ يَسْقُطُ بِضَيْقِ الْوَقْتِ، وَكَذَا بِالنِّسْيَانِ وَكَثْرَةِ الْفَوَائِتِ كَي لَا يُؤَدِّي إِلَى تَفْوِيتِ الْوَقْتِيَّةِ، وَلَوْ قَدَّمَ الْفَائِتَةَ جَازَ لِأَنَّ النَّهْيَ عَنْ تَقْدِيمِهَا لَمَعْنَى فِي غَيْرِهَا، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ فِي الْوَقْتِ سَعَةً وَقَدَّمَ الْوَقْتِيَّةَ حَيْثُ لَا يَجُوزُ لِأَنَّهُ أَدَاهَا قَبْلَ وَقْتِهَا الثَّابِتِ بِالْحَدِيثِ

الشرح:

(بَابُ قَضَاءِ الْفَوَائِتِ) لَمَّا فَرَّغَ مِنْ بَيَانِ أَحْكَامِ الْأَدَاءِ وَمَا يَتَعَلَّقُ بِهِ وَهُوَ الْأَصْلُ شَرَعَ فِي بَيَانِ أَحْكَامِ الْقَضَاءِ وَهُوَ الْخَلْفُ عَنْهُ (وَمَنْ فَاتَتْهُ صَلَاةٌ) أَوْ فَوَّتَتْهَا عَمْدًا (وَجَبَ عَلَيْهِ قَضَاؤُهَا إِذَا ذَكَرَهَا وَقَدَّمَهَا عَلَى فَرَضِ الْوَقْتِ). وَالْأَصْلُ أَنَّ التَّرْتِيبَ بَيْنَ الْفَوَائِتِ وَفَرَضِ الْوَقْتِ مُسْتَحَقٌّ عِنْدَنَا، وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: هُوَ مُسْتَحَبٌّ فَلَا يَجِبُ عَلَيْهِ

تَقْدِمُ الْفَائِتَةَ عَلَى الْوَقْتِ (؛ لِأَنَّ كُلَّ فَرْضٍ أَصْلٌ بِنَفْسِهِ فَلَا يَكُونُ شَرْطًا لْغَيْرِهِ)؛ لِأَنَّ الشَّرْطَ تَبَعَ فَكَانَ بَيْنَ أَصَالَتِهِ وَتَبَعِيَّتِهِ مُنَافَاةً.

وَيُوقِضُ بِالْإِيمَانِ فَإِنَّهُ أَصْلُ الْفُرُوضِ وَهُوَ شَرْطٌ لِسَائِرِ الْعِبَادَاتِ، وَالصَّوْمِ فَإِنَّهُ فَرْضٌ مُسْتَقِلٌّ، وَهُوَ شَرْطٌ لِلْاِعْتِكَافِ الْوَاجِبِ بِالِاتِّفَاقِ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ الْأَصْلَ أَنَّ الشَّيْءَ إِذَا كَانَ مَقْصُودًا بِنَفْسِهِ لَا يَكُونُ شَرْطًا لْغَيْرِهِ لَمَّا ذَكَرْنَا مِنَ الْمُنَافَاةِ، إِلَّا إِذَا دَلَّ الدَّلِيلُ عَلَى كَوْنِهِ شَرْطًا لْغَيْرِهِ فَيَجْعَلُ شَرْطًا لَهُ مَعَ بَقَائِهِ مَقْصُودًا، وَمَا ذَكَرْتُمْ مِنْ ذَلِكَ فَإِنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَالَ: ﴿وَمَنْ يَعْمَلْ مِنَ الصَّالِحَاتِ وَهُوَ مُؤْمِنٌ﴾ [طه: ١١٢] فَإِنَّ الْأَحْوَالَ شُرُوطٌ، وَقَالَ ﷺ «لَا اِعْتِكَافَ إِلَّا بِالصَّوْمِ» فَكَانَا شَرْطَيْنِ بِهِذَيْنِ النَّصِّينِ، وَتُدْفَعُ الْمُنَافَاةُ بِاخْتِلَافِ الْجِهَةِ فَقُلْنَا وَمِنْ ذَلِكَ مَحَلُّ النَّزَاعِ لِحَدِيثِ ابْنِ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا «مَنْ نَامَ عَنْ صَلَاةٍ أَوْ نَسِيَهَا فَلَمْ يَذْكُرْهَا إِلَّا وَهُوَ مَعَ الْإِمَامِ فَلْيُصَلِّ الَّتِي هُوَ فِيهَا ثُمَّ لْيُصَلِّ الَّتِي ذَكَرَهَا ثُمَّ لْيُعِذَّ الَّتِي صَلَّى مَعَ الْإِمَامِ» وَدَلَّاهُ عَلَى وَجُوبِ التَّرْتِيبِ ظَاهِرَةٌ حَيْثُ أُمِرَ بِإِعَادَةِ مَا هُوَ فِيهَا عِنْدَ التَّذَكُّرِ.

وَفِيهِ بَحْثٌ مِنْ أَوْجُهٍ: الْأَوَّلُ: أَنَّهُ مَثْرُوكُ الظَّاهِرِ؛ لِأَنَّهُ يَدُلُّ عَلَى وَجُوبِ الْقَضَاءِ عَلَى النَّائِمِ وَالنَّاسِي لَا غَيْرُ، وَالْوُجُوبُ ثَابِتٌ عَلَى مَنْ فَوَّتَ الصَّلَاةَ عَمْدًا أَيْضًا بِالْإِجْمَاعِ، وَمَثْرُوكُ الظَّاهِرِ لَا يَكُونُ حُجَّةً لَا سِيمَا فِي إِفَادَةِ الْفَرْضِيَّةِ. لَا يُقَالُ: يَدُلُّ عَلَى ذَلِكَ بَدَلَاتِهِ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا وَجَبَ عَلَى الْمَعْذُورِ فَعَلَى غَيْرِهِ أَوْلَى؛ لِأَنَّ ذَلِكَ إِنَّمَا يَسْتَقِيمُ أَنْ لَوْ كَانَ قَضَاءُ الْفَائِتَةِ عَقُوبَةً وَلَيْسَ كَذَلِكَ بَلْ هُوَ رَحْمَةٌ، وَلَا يَلْزَمُ مِنْ اسْتِحْقَاقِ الْمَعْذُورِ ذَلِكَ اسْتِحْقَاقُ غَيْرِهِ وَهُوَ الْعَاصِي.

الثَّانِي: أَنَّهُ خَبَرٌ وَاحِدٌ لَا يُعَارِضُ الْمَشْهُورَ، فَإِنَّ الْحَوَازَ ثَبَتَ بِهِ كَمَا زَالَتِ الشَّمْسُ مَثَلًا، فَلَوْ كَانَ التَّرْتِيبُ فَرْضًا بِمَا رَوَيْتُمْ يَطْلُ مَا ثَبَتَ بِالْمَشْهُورِ.

الثَّالِثُ: أَنَّكُمْ عَمِلْتُمْ بِهَذَا الْحَدِيثِ وَلَمْ تَعْمَلُوا بِخَبَرِ الْفَاتِحَةِ وَهُمَا خَبَرٌ وَاحِدٌ فَكَانَ تَنَاقُضًا.

الرَّابِعُ: أَنَّ التَّرْتِيبَ يَسْقُطُ بِالنَّسْيَانِ وَضَيْقِ الْوَقْتِ وَكَثْرَةِ الْفَوَائِتِ، وَشَرَائِطُ الصَّلَاةِ لَا تَسْقُطُ بِشَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ كَالطَّهَّارَةِ وَاسْتِقْبَالِ الْقِبْلَةِ.

وَالْجَوَابُ: عَنْ الْأَوَّلِ: أَنَّ قَضَاءَ الصَّلَاةِ رَحْمَةٌ وَالنَّبِيُّ ﷺ مَوْصُوفٌ بِالرَّأْفَةِ

بِالْمُؤْمِنِينَ، وَمِنْ رَأْفَتِهِ أَنْ يُوجِبَ عَلَى الْمَفْرُطِ مَا يَتَدَارَكُ بِهِ تَفْرِيطُهُ بِطَرِيقِ الْأَوَّلَى. وَعَنْ الثَّانِي: بَأَنَّ مَا أَبْطَلْنَا بِهِ الْعَمَلَ بِالْمَشْهُورِ بَلْ أَخْرَنَاهُ عَمَلًا بِالْحَدِيثِ الْآخِرِ احْتِيَاظًا، وَكَانَ ذَلِكَ أَهْوَنَ مِنْ إِهْمَالِ الْعَمَلِ بِخَبَرِ الْوَاحِدِ أَصْلًا، عَلَى أَنَّهُمْ قَالُوا إِنَّهُ لَيْسَ خَبَرٌ وَاحِدٌ بَلْ هُوَ مَشْهُورٌ تَلَقَّيْتُهُ الْأَيْمَةَ بِالْقَبُولِ، فَإِنَّهُمْ أَجْمَعُوا عَلَى وَجُوبِ الْقَضَاءِ الثَّابِتِ بِهِ. وَعَنْ الثَّالِثِ: بَأَنَّ الْعَمَلَ بِخَبَرِ الْفَاتِحَةِ عَلَى وَجْهِ يَلْزَمُ فَسَادُ الصَّلَاةِ بِتَرْكِهَا يُوجِبُ نَسْخَ قَوْلِهِ تَعَالَى ﴿فَاقْرَءُوا مَا تَيَسَّرَ مِنَ الْقُرْآنِ﴾ [الزمل: ٢٠] وَذَلِكَ لَا يَجُوزُ كَمَا تَقَدَّمَ، بِخِلَافِ صُورَةِ النَّزَاعِ فَإِنَّ فِيهَا الْعَمَلَ بِالْكِتَابِ وَالْخَبَرِ جَمِيعًا، وَذَلِكَ؛ لِأَنَّ قَوْلَهُ تَعَالَى ﴿أَقِمِ الصَّلَاةَ لِدُلُوكِ الشَّمْسِ﴾ [الإسراء: ٧٨] يَدُلُّ عَلَى أَنَّ هَذَا الْوَقْتَ وَقْتُ الظُّهْرِ، وَلَا يَتَعَرَّضُ لِتَقْدِيمِ الْفَاتِحَةِ عَلَيْهِ لَا بِنَفْيٍ وَلَا إِثْبَاتٍ، وَخَبَرُ التَّرْتِيبِ يَدُلُّ عَلَى التَّقْدِيمِ فَعَمَلْنَا بِهِمَا.

وَعَنْ الرَّابِعِ بَأَنَّ وَقْتَ النَّسِيَانِ لَيْسَ بِوَقْتٍ لِلْفَاتِحَةِ؛ لِأَنَّ وَقْتُهَا وَقْتُ التَّذَكُّرِ وَهُوَ نَاسٍ، وَأَمَّا ضَيْقُ الْوَقْتِ فَلَمْ يَكُنْ مُتَنَاوِلَ الْحَدِيثِ؛ لِأَنَّ جَعْلَ قَضَاءِ الْفَاتِحَةِ شَرْطُ جَوَازِ أَدَاءِ الْوَقْتِيَّةِ إِنَّمَا هُوَ لِتَدَارُكِ الْفَاتِحَةِ وَلَيْسَ مِنَ الْحِكْمَةِ تَدَارُكُهَا بِتَفْوِيتِ مِثْلِهَا فَلَمْ يَكُنْ شَرْطًا عِنْدَ ضَيْقِ الْوَقْتِ، وَأَمَّا كَثَرَةُ الْقَوَائِمِ فَإِنَّهَا فِي مَعْنَى ضَيْقِ الْوَقْتِ؛ لِأَنَّ الْاِسْتِغَالَ بِهَا مَعَ كَثَرَتِهَا يُفْضِي إِلَى تَفْوِيتِ الْوَقْتِيَّةِ الثَّابِتَةِ بِالْكِتَابِ بِخَبَرِ الْوَاحِدِ وَقَدْ ظَهَرَ مِمَّا ذَكَرْنَا.

قَوْلُهُ: (وَلَوْ خَافَ فَوَتْ الْوَقْتِ يُقَدِّمُ الْوَقْتِيَّةَ) وَقَوْلُهُ: (وَلَوْ قَدَّمَ الْفَاتِحَةَ جَازَ) أَيِ جَازَ فَعَلُهُ (هَذَا) وَهُوَ تَقْدِيمُ الْفَاتِحَةِ؛ (لِأَنَّ النَّهْيَ عَنْ تَقْدِيمِهَا لِمَعْنَى فِي غَيْرِهَا) أَرَادَ النَّهْيَ الَّذِي يُسْتَفَادُ مِنَ الْأَمْرِ، وَأَوْضَحَ هَذَا الْمَعْنَى فِي الْمَبْسُوطِ فَقَالَ: لَوْ بَدَأَ بِالْفَاتِحَةِ أَجْزَأُ، بِخِلَافِ الْأَوَّلِ فَإِنَّ هُنَاكَ هُوَ مَأْمُورٌ بِالْبُدْءِ بِالْفَاتِحَةِ، وَلَوْ بَدَأَ بِفَرْضِ الْوَقْتِ لَمْ يُجْزِهِ؛ لِأَنَّ النَّهْيَ عَنِ الْبُدْءِ بِفَرْضِ الْوَقْتِ هُنَاكَ لِمَعْنَى فِي عَيْنِهَا، أَلَا تَرَى أَنَّ لَهُ أَنْ يَبْدَأَ بِالتَّطَوُّعِ لِانْعِدَامِ الْمَوْجِبِ لِلنَّهْيِ فَمُنَعَ الْجَوَازُ لِهَذَا، وَهَهُنَا النَّهْيُ عَنِ الْبُدْءِ بِالْفَاتِحَةِ لَيْسَ لِمَعْنَى فِي عَيْنِهَا بَلْ لَمَّا فِيهِ مِنْ تَفْوِيتِ فَرْضِ الْوَقْتِ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ يُنْهَى عَنِ الْاِسْتِغَالَ بِالتَّطَوُّعِ أَيْضًا لَوْجُودِ ذَلِكَ الْمَعْنَى الْمَوْجِبِ لِلنَّهْيِ، وَالنَّهْيُ مَتَى مَا لَمْ يَكُنْ لِمَعْنَى فِي عَيْنِ الْمُنْهَى عَنْهُ لَا يَمْنَعُ جَوَازَهُ.

(وَلَوْ فَاتَتْهُ صَلَوَاتُ رَبِّهَا فِي الْقَضَاءِ كَمَا وَجَبَتْ فِي الْأَصْلِ) «لَأَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ شُغِلَ عَنْ أَرْبَعِ صَلَوَاتِ يَوْمِ الْخَنْدَقِ فَقَضَاهُنَّ مُرْتَبًا، ثُمَّ قَالَ: صَلُّوا كَمَا رَأَيْتُمُونِي أُصَلِّي» (إِلَّا أَنْ تَزِيدَ الْفَوَائِتُ عَلَى سِتِّ صَلَوَاتٍ) «لَأَنَّ الْفَوَائِتَ قَدْ كَثُرَتْ (فَيَسْقُطُ التَّرْتِيبُ فِيمَا بَيْنَ الْفَوَائِتِ) نَفْسِهَا كَمَا سَقَطَ بَيْنَهَا وَبَيْنَ الْوَقْتِيَّةِ، وَحَدُّ الْكَثَرَةِ أَنْ تَصِيرَ الْفَوَائِتُ سِتًّا لَخُرُوجِ وَقْتِ الصَّلَاةِ السَّادِسَةِ وَهُوَ الْمُرَادُ بِالْمَذْكُورِ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ، وَهُوَ قَوْلُهُ " (وَأِنْ فَاتَتْهُ أَكْثَرُ مِنْ صَلَاةٍ يَوْمٍ وَلَيْلَةٍ أَجْزَأَتْهُ الَّتِي بَدَأَ بِهَا) لِأَنَّهُ إِذَا زَادَ عَلَى يَوْمٍ وَلَيْلَةٍ تَصِيرُ سِتًّا.

وَعَنْ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ اعْتَبَرَ دُخُولَ وَقْتِ السَّادِسَةِ، وَالْأَوَّلُ هُوَ الصَّحِيحُ لِأَنَّ الْكَثَرَةَ بِالْدُخُولِ فِي حَدِّ التَّكْرَارِ وَذَلِكَ فِي الْأَوَّلِ، وَلَوْ اجْتَمَعَتِ الْفَوَائِتُ الْقَدِيمَةُ وَالْحَدِيثَةُ، قِيلَ تَجُوزُ الْوَقْتِيَّةُ سَعً تَذَكُّرُ الْحَدِيثِ لِكَثَرَةِ الْفَوَائِتِ، وَقِيلَ لَا تَجُوزُ وَيَجْعَلُ الْمَاضِي كَانَ لَمْ يَكُنْ زَجْرًا لَهُ عَنِ التَّهَاوُنِ.

الشرح:

قَالَ (وَلَوْ فَاتَتْهُ صَلَوَاتُ رَبِّهَا فِي الْقَضَاءِ) هَذِهِ الْمَسْأَلَةُ لِبَيَانِ أَنَّ التَّرْتِيبَ كَمَا أَنَّهُ فَرَضُ بَيْنَ الْوَقْتِيَّةِ وَالْفَائِتَةِ فَكَذَا بَيْنَ الْفَوَائِتِ نَفْسِهَا، فَإِذَا فَاتَتْهُ صَلَوَاتُ رَبِّهَا فِي الْقَضَاءِ كَمَا وَجَبَتْ فِي الْأَصْلِ «لَأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ شُغِلَ عَنْ أَرْبَعِ صَلَوَاتِ يَوْمِ الْخَنْدَقِ أَيَّ يَوْمٍ حَفَرَهُ فَقَضَاهُنَّ مُرْتَبًا ثُمَّ قَالَ: صَلُّوا كَمَا رَأَيْتُمُونِي أُصَلِّي» أَمَرَ بِالتَّشْبِيهِ مُطْلَقًا، وَالْكَامِلُ مِنْهُ مَا يَقَعُ عَلَى كَمِّهِ وَكَيْفِهِ، فَذَلَّ عَلَى أَنَّ الْأَدَاءَ بِوَصْفِ التَّرْتِيبِ شَرْطٌ وَإِنَّمَا لَمْ يَقُلْ كَمَا صَلَّيْتُ لِسِرٍّ.

وَقَوْلُهُ: (إِلَّا أَنْ تَزِيدَ الْفَوَائِتُ عَلَى سِتِّ صَلَوَاتٍ) اسْتِثْنَاءٌ مِنْ قَوْلِهِ رَبِّهَا فِي الْقَضَاءِ، وَمَعْنَاهُ إِلَّا أَنْ تَصِيرَ الْفَوَائِتُ سِتًّا. وَاخْتَلَفَ الشَّارِحُونَ فِي تَأْوِيلِ كَلَامِهِ؛ لِأَنَّ ظَاهِرَهُ لَا يُفِيدُ هَذَا الْمَعْنَى لاسْتِدْعَائِهِ أَنْ تَكُونَ الْفَوَائِتُ سَبْعًا؛ لِأَنَّهُ ذَكَرَ الْفَوَائِتَ بِلَفْظِ الْجَمْعِ، وَالزَّائِدُ غَيْرُ الْمَزِيدِ عَلَيْهِ، وَالْمَزِيدُ عَلَيْهِ سِتٌّ فَيَصِيرُ الْمَجْمُوعُ سَبْعًا.

فَقَالَ صَاحِبُ النِّهَايَةِ: الْمُرَادُ مِنَ الصَّلَوَاتِ أَوْفَاتُهَا، فَإِنْ فَوَتْ الصَّلَاةُ السَّابِعَةَ لَيْسَ بِشَرْطٍ بِالْإِجْمَاعِ. وَرَدَّ بِأَنَّهُ يَفْتَضِي أَنْ تَزِيدَ الْفَوَائِتُ عَلَى سِتَّةِ أَوْفَاتٍ، وَذَلِكَ إِنَّمَا يَكُونُ بِفَوْتِ السَّابِعَةِ وَلَيْسَ بِمُرَادٍ.

وَقِيلَ أَرَادَ أَوْقَاتَ الْفَوَائِتِ بِحَذْفِ الْمُضَافِ. وَرَدَّ بِأَنَّهُ يَسْتَدْعِي زِيَادَةَ الْأَوْقَاتِ عَلَى سِتِّ صَلَوَاتٍ، وَذَلِكَ إِنَّمَا يَكُونُ بِفَوْتِ وَقْتِ السَّابِعَةِ وَلَيْسَ بِمَرَادٍ. وَقِيلَ أَرَادَ بِالْفَوَائِتِ الْأَوْقَاتَ، وَمَعْنَاهُ إِلَّا أَنْ تَزِيدَ الْأَوْقَاتُ عَلَى سِتِّ صَلَوَاتٍ. وَرَدَّ بِرَدِّ يَشْمَلُهُ وَمَا تَقَدَّمَ عَلَيْهِ مِنَ الْوَجْهَيْنِ، وَهُوَ أَنَّ الزِّيَادَةَ لَا بُدَّ أَنْ تَكُونَ مِنْ جِنْسِ الْمَزِيدِ عَلَيْهِ وَذَلِكَ مَعْدُومٌ فِي هَذِهِ التَّأْوِيلَاتِ كُلِّهَا كَمَا تَرَى. وَالْحَقُّ أَنْ يُقَدَّرَ مُضَافَانِ وَتَقْدِيرُهُ: إِلَّا أَنْ تَزِيدَ أَوْقَاتَ الْفَوَائِتِ عَلَى أَوْقَاتِ سِتِّ صَلَوَاتٍ بِحَسَبِ دُخُولِ الْأَوْقَاتِ دُونَ خُرُوجِهَا، وَإِنَّمَا سَقَطَ التَّرْتِيبُ بَيْنَ الْفَوَائِتِ بِكَثْرَةِ الْفَوَائِتِ؛ لِأَنَّ الْكَثْرَةَ لَمَّا أَفَادَتْ سُقُوطَهُ فِي اعْتِبَارِهَا فَلَأَنْ تُفِيدَهُ فِي نَفْسِهَا أَوَّلًا، وَقِيلَ لَعَدَمِ الْقَائِلِ بِالْفَصْلِ.

قَوْلُهُ: (وَحَدُّ الْكَثْرَةِ ظَاهِرٌ مِمَّا ذَكَرْنَا إِلَّا أَنْ قَوْلُهُ ؛) لِأَنَّ الْكَثْرَةَ بِالذُّخُولِ فِي حَدِّ التَّكْرَارِ فِيهِ كَلَامٌ وَهُوَ أَنَّ الْكَثْرَةَ أَمْرٌ إِضَافِيٌّ جَازَ إِطْلَاقُهَا عَلَى مَا هُوَ أَزِيدُ مِمَّا دُونَهُ، فَمَا وَجَّهَ الدُّخُولُ فِي حَدِّ التَّكْرَارِ، وَيَجُوزُ أَنْ يُقَالَ: أَصْلُ ذَلِكَ الْقَضَاءُ بِالْإِغْمَاءِ، وَقَدْ ثَبَتَ أَنَّ عَلِيًّا عليه السلام أَعْمِيَ عَلَيْهِ أَقَلُّ مِنْ يَوْمٍ وَلَيْلَةٍ فَقَضَى الصَّلَوَاتِ. وَعَمَّارُ بْنُ يَاسِرٍ أَعْمِيَ عَلَيْهِ يَوْمًا وَلَيْلَةً فَقَضَاهُنَّ، وَعَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ أَعْمِيَ عَلَيْهِ أَكْثَرُ مِنْ يَوْمٍ وَلَيْلَةٍ فَلَمْ يَقْضِهِنَّ، فَذَلَّ عَلَى أَنَّ التَّكْرَارَ مُعْتَبَرٌ. وَقَوْلُهُ: (وَلَوْ اجْتَمَعَتِ الْفَوَائِتُ الْقَدِيمَةُ وَالْحَدِيثَةُ) صُورَتُهُ: رَجُلٌ تَرَكَ صَلَاةَ شَهْرٍ سَفَهَا وَمَجَانَّةً ثُمَّ نَدِمَ عَلَى مَا صَنَعَ وَاشْتَغَلَ بِأَدَاءِ الصَّلَوَاتِ فِي مَوَاقِيتِهَا فَقَبِلَ أَنْ يَقْضِيَ تِلْكَ الْفَوَائِتَ تَرَكَ صَلَوَاتٍ دُونَ سِتِّ وَصَلَّى صَلَاةً أُخْرَى وَهُوَ ذَاكِرٌ لِهَذِهِ الْمَثْرُوكَةِ الْحَدِيثَةِ.

قَالَ بَعْضُ الْمُتَأَخِّرِينَ مِنْ مَشَايِخِنَا: تَجُوزُ هَذِهِ الصَّلَوَاتُ لِكَثْرَةِ الْفَوَائِتِ، وَالِاشْتِغَالُ بِالْحَدِيثِ لَيْسَ بِأَوَّلَى مِنَ الْإِشْتَغَالِ بِتِلْكَ، وَالِاشْتِغَالُ بِالْكُلِّ يُفَوِّتُ الْوَقْتِيَّةَ عَنْ وَقْتِهَا. قَالَ فِي النَّهَايَةِ: وَعَلَيْهِ الْفَتْوَى (وَقَالَ بَعْضُهُمْ: لَا يَجُوزُ وَيُجْعَلُ الْمَاضِي كَأَنْ لَمْ يَكُنْ زَجْرًا لَهُ عَنِ التَّهَاوُنِ) وَأَنْ لَا تَصِيرَ الْمُعْصِيَةُ وَسِيلَةً إِلَى الْيُسْرِ وَالتَّخْفِيفِ.

وَلَوْ قَضَى بَعْضُ الْفَوَائِتِ حَتَّى قَلَّ مَا بَقِيَ عَادَ التَّرْتِيبُ عِنْدَ الْبَعْضِ وَهُوَ الْأَظْهَرُ، فَإِنَّهُ رُوِيَ عَنْ مُحَمَّدٍ فِيْمَنْ تَرَكَ صَلَاةَ يَوْمٍ وَلَيْلَةٍ، وَجَعَلَ يَقْضِي مِنَ الْغَدِ مَعَ كُلِّ وَقْتِيَّةٍ فَائِتَةً فَالْفَوَائِتُ جَائِزَةٌ عَلَى كُلِّ حَالٍ، وَالْوَقْتِيَّاتُ فَاسِدَةٌ إِنْ قَدَّمَهَا لِدُخُولِ الْفَوَائِتِ فِي حَدِّ الْقِلَّةِ، وَإِنْ أَخْرَاهَا فَكَذَلِكَ إِلَّا الْعِشَاءَ الْأَخِيرَةَ لِأَنَّهُ لَا فَائِتَةَ عَلَيْهِ فِي ظَنِّهِ حَالِ أَدَائِهَا.

الشرح:

وقوله: (ولو قضى بعض الفوائت) صورته أن يترك الرجل صلاة شهر ثم يقضيها إلا صلاة أو صلاتين، ثم صلى صلاة دخل وقتها وهو ذاكراً لما بقي عليه هل تجوز الوقتية أو لم تجز؟ عن محمد فيه روايتان، ومال إلى عدم الجواز الفقيه أبو جعفر، واختاره بعض المشايخ والمصنف، ومال إلى الجواز أبو حفص الكبير، واختاره من المشايخ فخر الإسلام وشمس الأئمة وصاحب المحيط وقاضي خان وغيرهم.

قال في النهاية: وعليه الفتوى. وجهه أن الترتيب قد سقط بكثرة الفوائت والساقط لا يعود كماء نجس قليل دخل عليه الماء الجاري حتى كثر وسال ثم عاد إلى القلة لا يصير نجساً.

قال المصنف عن الأول (وهو الأظهر) يعني درايةً وروايةً. أما دراية فلا نعمة السقوط الكثرة المفضية إلى الحرج ولم يبق بالعود إلى القلة والحكم ينتهي بانتهاء علته فكان كحق الحضانة إذا سقط بالتزوج ثم ارتفعت الزوجية فإن الحق يعود، وأما رواية فلما روي عن محمد فيمن ترك صلاة يوم وليلة وجعل: أي شرع يقضي من الغد مع كل وقتية فائتة فالفوائت جائزة على كل حال: يعني سواء قدمها على الوقتيات أو أخرها عنها.

والوقتيات فاسدة قدمها لدخول الفوائت في حد القلة؛ لأنه متى أدى صلاة من الوقتيات صارت هي سادسة المتروكات، إلا أنه لما قضى متروكة بعدها عادت المتروكات خمساً، ثم لا يزال هكذا فلا يعود إلى الجواز (وإن أخرها) أي الوقتيات عن الفوائت (فكذلك) أي لا تجوز الوقتيات (إلا العشاء الأخيرة فإنها جائزة) أما فساد ما وراء العشاء الأخيرة من الوقتيات فلا نعمة كلما صلى فائتة عادت الفوائت أربعاً ففسدت الوقتية ضرورة، وأما جواز العشاء الأخيرة فلما ذكر (أنه لا فائتة عليه في ظنه حال أدائها) والظن متى لاقى فصلاً مجتهداً فيه وقع معتبراً، وإن كان خطأ، والترتيب لا يوجب الشافعي فكان ظنه موافقاً لرأيه فصار كما إذا عفا أحد من له القصاص وظن صاحبه أن عفو صاحبه غير مؤثر في حقه فقتل ذلك القاتل لا يقتص منه، ومعلوم أن هذا قتل بغير حق لكن لما كان متأولاً ومجتهداً فيه صار ذلك الظن مانعاً وجوب

القصاص، كذا في الميسوط.

وَيُوقَضُ بِمَا إِذَا صَلَّى الظُّهْرَ بغيرِ وُضوءٍ نَاسِيًا ثُمَّ صَلَّى العَصْرَ عَلَى وُضوءٍ ذَاكِرًا لِلظُّهْرِ وَهُوَ يَحْسِبُ أَنَّهُ يُجْزئُهُ فَعَلَيْهِ أَنْ يُعِيدَهُمَا جَمِيعًا، وَعَلَى قِيَاسٍ مَا ذَكَرَ هُنَا أَنَّهُ لَا فَائِئَةَ عَلَيْهِ فِي ظَنِّهِ حَالِ أَدَائِهَا كَانَ يَتَّبِعِي أَلَا يَجِبُ عَلَيْهِ قَضَاءُ العَصْرِ ثَانِيًا لِمَا أَنَّهُ لَمَّا قَضَى الظُّهْرَ قَدْ وَقَعَ فِي ظَنِّهِ أَنَّهُ قَضَى جَمِيعَ مَا عَلَيْهِ وَلَمْ يَبْقَ عَلَيْهِ شَيْءٌ مِنَ الْفَائِئَةِ، وَالتَّرْتِيبُ غَيْرُ وَاجِبٍ عَلَى مَذْهَبِ الشَّافِعِيِّ فَكَانَ ظَنُّهُ هَهُنَا مُوَافِقًا لِمَذْهَبِهِ كَمَا ذَكَرْتُمْ. وَأَجِيبَ بِأَنْ فَسَادَ الصَّلَاةِ بِتَرْكِ الطَّهَارَةِ فَسَادٌ قَوِيٌّ مُجْمَعٌ عَلَيْهِ فَظَهَرَ أَثَرُهُ فِيمَا يُؤَدَّى بَعْدَهُ، وَأَمَّا فَسَادُهَا بِسَبَبِ تَرْكِ التَّرْتِيبِ فَضَعِيفٌ مُخْتَلَفٌ فِيهِ فَلَا يَتَعَدَّى حُكْمُهُ إِلَى صَلَاةٍ أُخْرَى.

(وَمَنْ صَلَّى العَصْرَ وَهُوَ ذَاكِرٌ أَنَّهُ لَمْ يُصَلِّ الظُّهْرَ فَهِيَ فَاسِدَةٌ إِلَّا إِذَا كَانَ فِي آخِرِ الْوَقْتِ) وَهِيَ مَسْأَلَةُ التَّرْتِيبِ (وَإِذَا فَسَدَتِ الْفَرْضِيَّةُ لَا يَبْطُلُ أَصْلُ الصَّلَاةِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ. وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ يَبْطُلُ لِأَنَّ التَّحْرِيمَةَ عَقِدَتِ لِلْفَرْضِ)، فَإِذَا بَطَلَتِ الْفَرْضِيَّةُ بَطَلَتْ. وَلَهُمَا أَنَّهَا عَقِدَتِ لِأَصْلِ الصَّلَاةِ بِوَصْفِ الْفَرْضِيَّةِ فَلَمْ يَكُنْ مِنْ ضَرُورَةٍ بَطْلَانِ الْوَصْفِ بَطْلَانُ الْأَصْلِ (ثُمَّ العَصْرُ يَفْسُدُ فَسَادًا مُوَقُوفًا، حَتَّى لَوْ صَلَّى سِتُّ صَلَوَاتٍ وَلَمْ يُعِدِ الظُّهْرَ انْقَلَبَ الْكُلُّ جَائِزًا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَعِنْدَهُمَا يَفْسُدُ فَسَادًا بَاطِلًا لَا جَوَازَ لَهُ بِحَالٍ) وَقَدْ عُرِفَ ذَلِكَ فِي مَوْضِعِهِ.

الشرح:

قَوْلُهُ: (وَمَنْ صَلَّى العَصْرَ) مَسْأَلَةُ التَّرْتِيبِ وَلَكِنْ ذَكَرَهَا تَمْهِيدًا لِلَاخْتِلَافِ الْمَذْكُورِ بَعْدَهَا، وَفِي ضَيْقِ الْوَقْتِ كَلَامٌ لَمْ يَتَكَلَّمْ بِهِ فِيمَا مَضَى فَلَتَتَكَلَّمْ بِهِ هَهُنَا، وَهُوَ أَنَّ الْاِعْتِبَارَ فِي ضَيْقِ الْوَقْتِ لِأَصْلِ الْوَقْتِ أَوْ لِلْوَقْتِ الْمُسْتَحَبِّ.

حُكْمِي عَنْ الْفَقِيهِ أَبِي جَعْفَرٍ الْهَنْدَوَانِيِّ أَنَّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ الْاِعْتِبَارُ بِأَصْلِ الْوَقْتِ، وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ بِالْوَقْتِ الْمُسْتَحَبِّ، وَعَلَى هَذَا فِيمَا نَحْنُ فِيهِ مِنَ الْمَسْأَلَةِ إِنْ أُمِكنَهُ أَدَاءُ الظُّهْرِ وَالْعَصْرِ قَبْلَ تَغْيِيرِ الشَّمْسِ فَعَلَيْهِ مُرَاعَاةُ التَّرْتِيبِ وَإِنْ كَانَ لَا يُمِكنُهُ أَدَاءُ الصَّلَاتَيْنِ قَبْلَ غُرُوبِ الشَّمْسِ يَسْقُطُ التَّرْتِيبُ وَعَلَيْهِ أَدَاءُ العَصْرِ، وَإِنْ أُمِكنَهُ أَدَاءُ الظُّهْرِ قَبْلَ تَغْيِيرِهَا وَتَقَعُ العَصْرُ أَوْ بَعْضُهَا بَعْدَ تَغْيِيرِهَا فَعَلَيْهِ مُرَاعَاةُ التَّرْتِيبِ عِنْدَهُمَا خِلَافًا

لِمُحَمَّدٍ؛ لِأَنَّ مَعْنَى الْكَرَاهَةِ يُسْقَطُ التَّرْتِيبَ كَخَوْفِ فَوْتِ أَصْلِ الْوَقْتِ، وَإِنْ لَمْ يُمْكِنَهُ أَدَاءُ الظُّهْرِ قَبْلَ تَغْيِيرِهَا يَسْقَطُ التَّرْتِيبُ؛ لِأَنَّ أَدَاءَ شَيْءٍ مِنَ الظُّهْرِ بَعْدَ تَغْيِيرِ الشَّمْسِ لَا يَجُوزُ بِالِاتِّفَاقِ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ الْوَقْتُ وَقْتُ عَصْرِ الْيَوْمِ لَيْسَ إِلَّا.

وَقَوْلُهُ: (وَإِذَا فَسَدَتْ الْفَرْضِيَّةُ لَا يَبْطُلُ أَصْلُ الصَّلَاةِ) يَعْنِي يَنْقَلِبُ نَفْلًا (عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ يَبْطُلُ) وَالْفَائِدَةُ أَيْضًا تَظْهَرُ فِيمَا إِذَا قَهَقَهَ قَبْلَ أَنْ يَخْرُجَ مِنَ الصَّلَاةِ فَإِنَّهُ يَنْقُضُ طَهَارَتَهُ عِنْدَهُمَا خِلَافًا لِمُحَمَّدٍ؛ لِأَنَّ التَّحْرِيمَةَ عَقَدَتْ لِلْفَرْضِ وَهُوَ وَاضِحٌ، وَكُلُّ مَا عَقِدَ لِأَجَلِهِ التَّحْرِيمَةُ إِذَا بَطَلَ بَطَلَتِ التَّحْرِيمَةُ؛ لِأَنَّ التَّحْرِيمَةَ وَسِيلَةٌ إِلَى تَحْصِيلِهِ، وَإِذَا بَطَلَ الْمَقْصُودُ بَطَلَتِ الْوَسِيلَةُ (وَلَهُمَا أَنَّ التَّحْرِيمَةَ عَقَدَتْ لِأَصْلِ الصَّلَاةِ مَوْصُوفًا بِصِفَةِ الْفَرْضِيَّةِ وَلَيْسَ مِنْ ضَرُورَةِ بَطْلَانِ الْوَصْفِ بَطْلَانُ الْأَصْلِ).

وَفِيهِ بَحْثٌ مِنْ وَجْهَيْنِ: الْأَوَّلُ أَنَّ الْوَصْفَ يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ مُحْصَلًا لِأَصْلِهِ فَكَانَ كَالْفَصْلِ الْمُتَوَعِّقِ فَيَبْطُلُ الْأَصْلُ بِبَطْلَانِهِ. وَالثَّانِي أَنَّ وَصْفَ الْفَرْضِيَّةِ إِمَّا أَنْ يَكُونَ لَهُ مَدْخَلٌ فِيمَا انْعَقَدَتِ التَّحْرِيمَةُ لِأَجَلِهِ أَوْ لَا؟ لَا سَبِيلَ إِلَى الثَّانِي؛ لِأَنَّ وَقْتُ الصَّلَاةِ ظَرْفٌ فَلَا بُدَّ مِنَ التَّمْيِيزِ بِوَصْفٍ يَحْصُلُ بِهِ تَعْيِينُ مَا أُحْرِمَ لَهُ. فَلَوْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَدْخَلٌ فِي ذَلِكَ لَجَازَ الْإِحْرَامُ بِدُونِ التَّعْيِينِ فَلَا يَثْبُتُ تَفْرِيعُ الذِّمَّةِ فَتَعْيِينُ الْأَوَّلِ فَكَانَ جُزْءًا وَالْكُلُّ يَنْتَفِي بِانْتِفَاءِ جُزْئِهِ.

وَالْجَوَابُ عَنِ الْأَوَّلِ أَنَّ الْوَصْفَ لَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ مُحْصَلًا؛ لِأَنَّ الْمُحْصَلَ يَجِبُ تَقْدِيمُهُ وَالْوَصْفُ لَا يَتَقَدَّمُ عَلَى الْمَوْصُوفِ. وَعَنِ الثَّانِي بَأَنَّ لِلْمَوْصُوفِ مَدْخَلًا لَمَّا انْعَقَدَتِ بِهِ التَّحْرِيمَةُ لَا مِنْ حَيْثُ تَحْصِيلُهُ حَتَّى يَكُونَ جُزْءًا بَلْ مِنْ حَيْثُ نَفْيُ غَيْرِهِ مِمَّا يُزَاحِمُهُ فِي الْوَقْتِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ جُزْءًا لَا يَلْزَمُ مِنْ انْتِفَائِهِ انْتِفَاءُ الْكُلِّ (ثُمَّ) إِذَا فَسَدَ (العَصْرُ يَفْسُدُ فَسَادًا مَوْقُوفًا) عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ (حَتَّى لَوْ صَلَّى سِتَّ صَلَوَاتٍ وَلَمْ يُعِدْ الظُّهْرَ انْقَلَبَ الْكُلُّ جَائِزًا وَقَالَ فَسَادًا بَأَنَّا لَا جَوَازَ لَهُ بِحَالٍ)؛ لِأَنَّ سَقُوطَ التَّرْتِيبِ حُكْمُ الْكَثْرَةِ، وَكُلُّ مَا هُوَ حُكْمٌ لِعِلَّةٍ يَتَأَخَّرُ عَنْ عِلَّتِهِ، فَسَقُوطُ التَّرْتِيبِ إِمَّا يَكُونُ فِيمَا يَقَعُ مِنَ الصَّلَوَاتِ بَعْدَ الْكَثْرَةِ لَا فِيمَا قَبْلَهَا وَهُوَ الْقِيَاسُ.

وَلَأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الْكَثْرَةَ عِلَّةٌ لِسَقُوطِ التَّرْتِيبِ وَقَدْ حَصَلَتْ فَيَتَرْتَّبُ عَلَيْهَا

السُّقُوطُ، وَهِيَ كَمَا جَازَ أَنْ تَكُونَ عَلَةً لِمَا سَيَأْتِي مِنَ الصَّلَوَاتِ جَازَ أَنْ تَكُونَ لِكُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْ آحَادِهَا. لَا يُقَالُ: كُلُّ وَاحِدَةٍ مِنْ آحَادِهَا جُزْؤُهَا مُتَقَدِّمٌ عَلَيْهَا فَكَيْفَ يَكُونُ مَعْلُولًا لَهَا؛ لِأَنَّهَا جُزْؤُهَا مِنْ حَيْثُ الْوُجُودُ، وَلَا كَلَامٌ فِيهِ، وَإِنَّمَا الْكَلَامُ مِنْ حَيْثُ الْجَوَازُ، وَذَلِكَ مُتَأَخِّرٌ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَكُنْ ثَابِتًا لِكُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهَا قَبْلَ الْكَثْرَةِ. وَهَذَا اسْتِحْسَانٌ وَهُوَ مَعْنَى مَعْقُولٌ. وَثُبُوتُ جَوَازِ الصَّلَاةِ وَفَسَادِهَا بِطَرِيقِ التَّبَيُّنِ غَيْرُ عَزِيزٍ فِي الشَّرْعِ، أَلَا تَرَى أَنَّ مَنْ صَلَّى الْمَغْرِبَ بِعَرَفَاتٍ يَتَوَقَّفُ، فَإِنْ أَفَاضَ إِلَى الْمُرْدَلَفَةِ فِي وَقْتِ الْعِشَاءِ تَنَقَّلَ صَلَاتُهُ نَفْلًا وَيَلْزِمُهُ إِعَادَتُهَا مَعَ الْعِشَاءِ فِي الْمُرْدَلَفَةِ، وَإِنْ لَمْ يُفِضْ إِلَيْهَا بَلْ تَوَجَّهَ مِنْ طَرِيقٍ آخَرَ إِلَى مَكَّةَ صَحَّتْ، وَكَذَلِكَ مَنْ صَلَّى الظُّهْرَ فِي مَنْزِلِهِ يَوْمَ الْجُمُعَةِ، فَإِنْ سَعَى إِلَيْهَا قَبْلَ فَرَاحِ الْإِمَامِ انْقَلَبَتِ الظُّهْرُ نَفْلًا وَإِلَّا بَقِيََتْ فَرَضًا، وَكَذَلِكَ الْمُعْتَادَةُ إِذَا انْقَطَعَ دُمُهَا دُونَ عَادَتِهَا وَصَلَّتْ ثُمَّ عَاوَدَهَا الدَّمُ تَبَيَّنَ أَنَّهَا لَمْ تَكُنْ صَحِيحَةً، وَإِنْ لَمْ يُعَاوِدْهَا كَانَتْ صَحِيحَةً. وَقَوْلُهُ: (وَقَدْ عُرِفَ ذَلِكَ فِي مَوْضِعِهِ) يَعْنِي فِي كِتَابِ الصَّلَاةِ.

(وَلَوْ صَلَّى الْفَجْرَ وَهُوَ ذَاكِرٌ أَنَّهُ لَمْ يُوتِرْ فَهِيَ فَاسِدَةٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ) خِلَافًا لَهُمَا، وَهَذَا بِنَاءٌ عَلَى أَنَّ الْوِتْرَ وَاجِبٌ عِنْدَهُ سُنَّةٌ عِنْدَهُمَا، وَلَا تَرْتِيبَ فِيمَا بَيْنَ الْفَرَائِضِ وَالسُّنَنِ، وَعَلَى هَذَا إِذَا صَلَّى الْعِشَاءَ ثُمَّ تَوَضَّأَ وَصَلَّى السُّنَّةَ وَالْوِتْرَ ثُمَّ تَبَيَّنَ أَنَّهُ صَلَّى الْعِشَاءَ بِغَيْرِ طَهَارَةٍ فَعِنْدَهُ يُعِيدُ الْعِشَاءَ وَالسُّنَنَ دُونَ الْوِتْرِ، لِأَنَّ الْوِتْرَ فَرَضٌ عَلَى حِدَةٍ عِنْدَهُ. وَعِنْدَهُمَا يُعِيدُ الْوِتْرَ أَيْضًا لِكَوْنِهِ تَبَعًا لِلْعِشَاءِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَلَوْ صَلَّى الْفَجْرَ وَهُوَ ذَاكِرٌ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ: (وَلَا تَرْتِيبَ فِيمَا بَيْنَ الْفَرَائِضِ وَالسُّنَنِ) يَعْنِي أَنَّ التَّرْتِيبَ الْمُسْتَحَقَّ هُوَ مَا يَكُونُ بَيْنَ الْفَرَائِضِ لَا غَيْرُ. وَقَوْلُهُ: (وَعَلَى هَذَا) أَيُّ عَلَى هَذَا الْاِخْتِلَافِ وَهُوَ أَنَّ الْوِتْرَ وَاجِبٌ عِنْدَهُ سُنَّةٌ عِنْدَهُمَا. وَقَوْلُهُ: (فَعِنْدَهُ يُعِيدُ الْعِشَاءَ وَالسُّنَّةَ دُونَ الْوِتْرِ)؛ لِأَنَّ الْوِتْرَ إِذَا كَانَ وَاجِبًا عِنْدَهُ صَارَ كَأَنَّهُ صَلَّى فَرَضًا يَنْسِيَانِ فَرَضٍ آخَرَ، وَعِنْدَهُمَا يُعِيدُ الْوِتْرَ أَيْضًا؛ لِأَنَّ دُخُولَ وَقْتِهِ بَعْدَ أَدَاءِ الْعِشَاءِ عَلَى وَجْهِ الصَّحَّةِ وَلَمْ يُوْجَدْ فَكَانَ مُصْلِيًا قَبْلَ وَقْتِهِ.

باب سجود السهو

(يَسْجُدُ لِلسَّهْوِ فِي الزِّيَادَةِ وَالنَّقْصَانِ سَجْدَتَيْنِ بَعْدَ السَّلَامِ ثُمَّ يَتَشَهَّدُ ثُمَّ يُسَلِّمُ) وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ يَسْجُدُ قَبْلَ السَّلَامِ لِمَا رَوَى أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ سَجْدٌ لِلسَّهْوِ قَبْلَ السَّلَامِ وَلَنَا قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «لِكُلِّ سَهْوٍ سَجْدَتَانِ بَعْدَ السَّلَامِ» وَرَوَى أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «سَجْدٌ سَجْدَتَيِ السَّهْوِ بَعْدَ السَّلَامِ» فَتَعَارَضَتِ رَوَايَتَا فِعْلِهِ فَبَقِيَ التَّمَسُّكُ بِقَوْلِهِ سَالِمًا، وَلَأنَّ سُجُودَ السَّهْوِ مِمَّا لَا يَتَكَرَّرُ فَيُؤَخَّرُ عَنِ السَّلَامِ حَتَّى لَوْ سَهَا عَنِ السَّلَامِ يَنْجَبِرُ بِهِ، وَهَذَا خِلَافٌ فِي الْأَوَّلِيَّةِ، وَيَأْتِي بِتَسْلِيمَتَيْنِ هُوَ الصَّحِيحُ صَرَفًا لِلسَّلَامِ الْمَذْكُورِ إِلَى مَا هُوَ الْمَعْنُودُ.

الشرح:

(بَابُ سُجُودِ السَّهْوِ) لَمَّا فَرَّغَ مِنْ ذِكْرِ الْقَضَاءِ وَالْأَدَاءِ شَرَعَ فِي بَيَانِ مَا يَكُونُ جَابِرًا لِنَقْصَانِ يَفْعُ فِيهِمَا، وَهَذِهِ الْإِضَافَةُ إِضَافَةُ الْحُكْمِ إِلَى السَّبَبِ وَهِيَ الْأَصْلُ فِي الْإِضَافَاتِ؛ لِأَنَّ الْإِضَافَةَ لِلَاخْتِصَاصِ، وَأَقْوَى وَجُوهِ الْاِخْتِصَاصِ اِخْتِصَاصُ الْمُسَبَّبِ بِالسَّبَبِ. قَوْلُهُ: (يَسْجُدُ لِلسَّهْوِ) ظَاهِرٌ.

وقوله: (فَتَعَارَضَتِ رَوَايَتَا فِعْلِهِ فَبَقِيَ التَّمَسُّكُ بِقَوْلِهِ) أُعْطِرَ عَلَيْهِ بَوَجهَيْنِ: أَحَدُهُمَا: أَنَّ فِي الْمُعَارَضَةِ بَيْنَ الْحُجَّتَيْنِ الْمَصِيرَ إِلَى مَا بَعْدَهُمَا وَهَهُنَا صَيَّرَ إِلَى مَا قَبْلَهُمَا وَهُوَ الْقَوْلُ؛ لِأَنَّهُ مُوجِبٌ دُونَ الْفِعْلِ.

وَالثَّانِي: أَنَّهُ يَلْزَمُ التَّرْجِيحُ بِكَثْرَةِ الْأَدْلَةِ وَهُوَ غَيْرُ جَائِزٍ. وَأُجِيبَ عَنِ الْأَوَّلِ بِأَنَّ ذَلِكَ إِنَّمَا يَكُونُ إِذَا لَمْ تَكُنْ حُجَّةٌ فَوْقَهُمَا. وَأَمَّا إِذَا كَانَ فَقَدْ يُصَارُ إِلَيْهِ وَهُوَ خِلَافٌ مَا عَلَيْهِ أَهْلُ الْأُصُولِ كُلُّهُمْ. وَعَنِ الثَّانِي بَأَنَّا لَمْ نَجْعَلِ الْقَوْلَ مُرْجِّحًا لِلْفِعْلِ حَتَّى لَزِمَ ذَلِكَ وَإِنَّمَا جَعَلْنَاهُ بَعْدَ تَعَارُضِ الْفَعْلَيْنِ وَتَهَاوُرِهِمَا وَقَالَ مَالِكٌ: إِهْمَالُ الْفَعْلَيْنِ جَمِيعًا لَا يَكَادُ يَصِحُّ فَيَحْمَلُ مَا رَوَاهُ الشَّافِعِيُّ عَلَى مَا إِذَا كَانَ السَّهْوُ بِنُقْصَانٍ، وَمَا رَوَاهُ أَصْحَابُنَا عَلَى مَا إِذَا كَانَ بِالزِّيَادَةِ، وَهُوَ مَحْجُوجٌ بِالْقَوْلِ فَإِنَّهُ لَا يُفْصَلُ.

رَوَى ثَوْبَانُ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ «لِكُلِّ سَهْوٍ سَجْدَتَانِ بَعْدَ السَّلَامِ». وَقَوْلُهُ: وَلَأنَّ سُجُودَ السَّهْوِ مِمَّا لَا يَتَكَرَّرُ دَلِيلٌ مَعْقُولٌ عَلَى أَوَّلِيَّةِ التَّأَخِيرِ، وَيَبَيِّنُهُ أَنَّ سُجُودَ السَّهْوِ كَانَ يَنْبَغِي أَلَّا يَتَأَخَّرَ عَنِ زَمَانِ وُجُودِ الْعِلَّةِ وَهِيَ السَّهْوُ إِلَّا أَنَّهُ تَأَخَّرَ لِمُضَرَّةٍ أَلَّا

يَتَكَرَّرُ؛ لِأَنَّهُ إِذَا سَجَدَ زَمَانَ سَهْوِهِ وَأَمَكَنَ أَنْ يَسْهَوْ بَعْدَهُ فَإِنْ سَهَا فِيمَا أَنْ يَسْجُدَ ثَانِيًا أَوْ لَا، فَإِنْ لَمْ يَسْجُدْ بَقِيَ نَقْصٌ لَزِمَ لَا جَبْرَ لَهُ، وَإِنْ سَجَدَ تَكَرَّرَ السَّجْدَةُ وَهُوَ غَيْرُ مَشْرُوعٍ بِالْإِجْمَاعِ فَلَزِمَ التَّأخِيرُ.

وَهَذَا الْمَعْنَى الَّذِي اقْتَضَى التَّأخِيرَ عَنْ زَمَانِ الْعِلَّةِ اقْتَضَى التَّأخِيرَ عَنِ السَّلَامِ حَتَّى لَوْ سَهَا عَنْ السَّلَامِ بِالْقِيَامِ إِلَى الْخَامِسَةِ لَزِمَهُ السَّجْدَةُ لِتَأخِيرِ السَّلَامِ فَيُؤَخَّرُ عَنْهُ لِيُنْجَبَرَ التَّقْصَانُ بِهِ (وَهَذَا الْخِلَافُ) بَيْنَنَا وَبَيْنَ الشَّافِعِيِّ (فِي الْأَوَّلِيَّةِ) أَمَّا لَوْ أَتَى بِهَا قَبْلَ السَّلَامِ جَازَ عِنْدَنَا أَيْضًا فِي رِوَايَةِ الْأُصُولِ.

وَرُويَ أَنَّهُ لَا يُجْزِئُهُ؛ لِأَنَّهُ أَذَاهُ قَبْلَ وَقْتِهِ. وَجْهُهُ رِوَايَةُ الْأُصُولِ أَنَّهُ لَوْ لَمْ تُجْزِهِ لَأَمَرْنَا بِالْإِعَادَةِ وَتَكَرَّرَ السُّجُودُ وَلَمْ يَقُلْ بِهِ أَحَدٌ، فَلَأَنْ يَكُونَ فِعْلُهُ عَلَى وَجْهِ قَالٍ بِهِ بَعْضُ الْعُلَمَاءِ أَوَّلَى مِنْ أَنْ يَكُونَ عَلَى وَجْهِ لَمْ يَقُلْ بِهِ أَحَدٌ مِنْهُمْ.

وَقَوْلُهُ: (هُوَ الصَّحِيحُ) اخْتِرَازٌ عَمَّا اخْتَارَهُ فَخَرُ الْإِسْلَامِ وَشَيْخُ الْإِسْلَامِ وَصَاحِبُ الْإِبْطِاحِ، وَهُوَ أَنْ يُسَلَّمَ تَسْلِيمَةً وَاحِدَةً تَلْقَاءُ وَجْهَهُ عِنْدَ فَخْرِ الْإِسْلَامِ؛ لِأَنَّ التَّخْرِيفَ لِمَعْنَى التَّحِيَّةِ لَا التَّحْلِيلَ: يَعْنِي أَنَّ لِلْسَّلَامِ حُكْمَيْنِ: التَّحِيَّةَ لِلْقَوْمِ، وَالتَّحْلِيلَ، وَالْأَوَّلُ لَيْسَ بِمُرَادٍ فِي هَذَا السَّلَامِ؛ لِأَنَّهُ قَاطِعٌ لِلْإِحْرَامِ، وَالتَّحْلِيلُ لَا يَتَكَرَّرُ فَلَا حَاجَةَ إِلَى تَكَرَّرِ السَّلَامِ، وَإِذَا بَطَلَ مَعْنَى التَّحِيَّةِ لَا يَنْحَرِفُ. وَجْهُهُ الصَّحِيحُ مَا قَالَهُ الْمُصَنِّفُ صَرَفًا لِلْسَّلَامِ الْمَذْكُورِ: يَعْنِي فِي الْحَدِيثِ إِلَى مَا هُوَ الْمَعْهُودُ فِي الصَّلَاةِ، وَتَسَبَّبَ صَدْرُ الْإِسْلَامِ قَائِلَ التَّسْلِيمَةِ الْوَاحِدَةِ إِلَى الْبِدْعَةِ.

وَيَأْتِي بِالصَّلَاةِ عَلَى النَّبِيِّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ وَالِدُعَاءِ فِي قَعْدَةِ السَّهْوِ هُوَ الصَّحِيحُ لِأَنَّ الدُّعَاءَ مَوْضِعُهُ آخِرُ الصَّلَاةِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَيَأْتِي بِالصَّلَاةِ عَلَى النَّبِيِّ ﷺ) اخْتَلَفُوا فِي الصَّلَاةِ عَلَى النَّبِيِّ ﷺ وَالِدُعَوَاتِ أَهْلِهَا فِي قَعْدَةِ الصَّلَاةِ أَوْ فِي قَعْدَةِ السَّهْوِ، فَقَالَ الطَّحَاوِيُّ يَأْتِي بِهَا فِيهِمَا؛ لِأَنَّ كُلَّ قَعْدَةٍ فِي آخِرِهَا سَلَامٌ فَفِيهَا صَلَاةٌ عَلَى النَّبِيِّ ﷺ.

وَقَالَ الْكَرْخِيُّ فِي قَعْدَةِ السَّهْوِ: وَاخْتَارَهُ فَخَرُ الْإِسْلَامِ وَالْمُصَنِّفُ وَقَالَ وَهُوَ الصَّحِيحُ؛ لِأَنَّ الدُّعَاءَ مَوْضِعُهُ آخِرُ الصَّلَاةِ.

وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ فِي الْمَسْأَلَةِ اخْتِلَافٌ بَيْنَ الْعُلَمَاءِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ فِي الْقَعْدَةِ الْأُولَى، وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ فِي الْأَخِيرَةِ بِنَاءً عَلَى أَصْلِهِ، وَهُوَ أَنَّ سَلَامَ مَنْ عَلَيْهِ السَّهْوُ يُخْرِجُهُ مِنَ الصَّلَاةِ عِنْدَهُمَا فَكَانَتِ الْقَعْدَةُ الْأُولَى قَعْدَةَ الْحَتْمِ، وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ عَلَى خِلَافِهِ وَفِيهِ نَظَرٌ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ الْمَذْكُورَ مُتَقَرَّرٌ، فَلَوْ كَانَتْ هَذِهِ الْمَسْأَلَةُ مَبْنِيَّةً عَلَى ذَلِكَ لَكَانَ الصَّحِيحُ مَذْهَبَهُمَا.

قَالَ: (وَيَلْزَمُهُ السَّهْوُ إِذَا زَادَ فِي صَلَاتِهِ فِعْلًا مِنْ جِنْسِهَا لَيْسَ مِنْهَا) وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّ سَجْدَةَ السَّهْوِ وَاجِبَةٌ هُوَ الصَّحِيحُ، لِأَنَّهَا تَجِبُ لَجَبْرِ نَقْصِ تَمَكُّنٍ فِي الْعِبَادَةِ فَتَكُونُ وَاجِبَةً كَالدَّمَاءِ فِي الْحَجِّ، وَإِذَا كَانَ وَاجِبًا لَا يَجِبُ إِلَّا بِتَرْكِ وَاجِبٍ أَوْ تَأْخِيرِهِ أَوْ تَأْخِيرِ رُكْنٍ سَاهِيًا هَذَا هُوَ الْأَصْلُ، وَإِنَّمَا وَجِبَ بِالزِّيَادَةِ لِأَنَّهَا لَا تَعْرِى عَنْ تَأْخِيرِ رُكْنٍ أَوْ تَرْكِ وَاجِبٍ.

الشرح:

قَالَ (وَيَلْزَمُهُ السَّهْوُ) هَذَا بَيَانُ مَا ذَكَرَ فِي أَوَّلِ الْبَابِ بِقَوْلِهِ يَسْجُدُ لِلْسَّهْوِ وَلِلزِّيَادَةِ وَالتَّقْصَانِ فَإِنَّهُ لَمْ يُعْلَمْ مِنْ ذَلِكَ أَنَّهُ أَيْ زِيَادَةٌ وَتَقْصَانٌ يُوجِبُهُ فَفَسَّرَ ههنا بِأَنَّ الْمُرَادَ زِيَادَةَ فِعْلٍ مِنْ جِنْسِ الصَّلَاةِ لَيْسَ مِنْهَا كَمَا إِذَا أَتَى بِرُكُوعَيْنِ أَوْ بَثَلَاثِ سَجَدَاتٍ (وَهَذَا) أَيْ قَوْلُهُ: يَلْزَمُهُ السَّهْوُ (يَدُلُّ عَلَى أَنَّ سَجْدَةَ السَّهْوِ وَاجِبَةٌ) وَقَوْلُهُ: (هُوَ الصَّحِيحُ) اخْتِرَازٌ عَنْ قَوْلٍ مَنْ قَالَ مِنْ أَصْحَابِنَا إِنَّهُ سُنَّةٌ (وَقَوْلُهُ: لِأَنَّهَا تَجِبُ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ: (وَإِنَّمَا وَجِبَ بِالزِّيَادَةِ) جَوَابٌ عَمَّا يَرُدُّ عَلَى قَوْلِهِ وَإِذَا كَانَ وَاجِبًا لَا يَجِبُ إِلَّا بِتَرْكِ الْوَاجِبِ أَوْ تَأْخِيرِهِ، فَإِنَّ لِقَائِلَ أَنْ يَقُولَ: يَجِبُ بِالزِّيَادَةِ أَيْضًا وَلَا تَرْكُ هُنَا وَلَا تَأْخِيرٌ، فَقَالَ: الزِّيَادَةُ لَا تَعْرِى عَنْ تَأْخِيرِ رُكْنٍ أَوْ تَرْكِ وَاجِبٍ.

قَالَ (وَيَلْزَمُهُ إِذَا تَرَكَ فِعْلًا مَسْئُونًا) كَأَنَّهُ أَرَادَ بِهِ فِعْلًا وَاجِبًا إِلَّا أَنَّهُ أَرَادَ بِتَسْمِيَّتِهِ سُنَّةً أَنْ وَجُوبَهَا ثَبَتَ بِالسُّنَنِ. قَالَ (أَوْ تَرَكَ قِرَاءَةَ الْفَاتِحَةِ) لِأَنَّهَا وَاجِبَةٌ (أَوْ الْقُتُوتُ أَوْ التَّشَهُدُ أَوْ تَكْبِيرَاتِ الْعِيدِينَ) لِأَنَّهَا وَاجِبَاتٌ لِأَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ وَاطْبَأَ عَلَيْهَا مِنْ غَيْرِ تَرْكِهَا مَرَّةً وَهِيَ أَمَارَةُ الْوُجُوبِ وَلِأَنَّهَا تُضَافُ إِلَى جَمِيعِ الصَّلَاةِ فَدَلَّ عَلَى أَنَّهَا مِنْ خَصَائِصِهَا وَذَلِكَ بِالْوُجُوبِ ثُمَّ ذَكَرَ التَّشَهُدَ يَحْتَمِلُ الْقَعْدَةَ الْأُولَى وَالثَّانِيَةَ وَالْقِرَاءَةَ فِيهِمَا وَكُلُّ ذَلِكَ وَاجِبٌ، وَفِيهَا سَجْدَةٌ هُوَ الصَّحِيحُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَيَلْزِمُهُ إِذَا تَرَكَ فِعْلًا مَسْنُونًا) بَيَانٌ لِلتَّقْصَانِ الْمَوْجِبِ لِلسَّجْدَةِ وَهُوَ ظَاهِرٌ. وَقِيلَ الْمُرَادُ بِالسُّنَّةِ الْمُضَافَةِ إِلَى جَمِيعِ الصَّلَاةِ كَالْتَشَهُدِ فِي الْقَعْدَةِ الْأُولَى. وَقَوْلُهُ (أَوْ تَرَكَ قِرَاءَةً فَاتِحَةَ الْكِتَابِ) بَيَانٌ أَنَّهَا كَمَا تَجِبُ لِتَرْكِ الْأَفْعَالِ تَجِبُ لِتَرْكِ الْأَذْكَارِ. اعْلَمْ أَنَّ سَجْدَةَ السَّهْوِ عُرِفَتْ بِفِعْلِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ، وَمَا نُقِلَ ذَلِكَ عَنْهُ إِلَّا فِي الْأَفْعَالِ فَكَانَ الْقِيَاسُ أَلَّا تَجِبَ فِي الْأَذْكَارِ، لَكِنَّهُمْ اسْتَحْسَنُوا فِيهَا؛ لِأَنَّهَا شَرِعَتْ جَبْرًا لِلتَّقْصَانِ، وَيَتَبَيَّنُ التَّقْصَانُ بِتَرْكِهَا أَيْضًا فَلَا بُدَّ مِنَ الْجَبْرِ مِنَ السَّجْدَةِ، وَعَلَى هَذَا إِذَا تَرَكَ الْفَاتِحَةَ (أَوْ الْقُنُوتَ) فِي الْوُثْرِ (أَوْ التَّشَهُدِ) فِي الْقَعْدَةِ الْأُولَى أَوْ الثَّانِيَةِ (أَوْ تَكْبِيرَاتِ الْعِيدِ) تَجِبُ السَّجْدَةُ (لِأَنَّهَا وَاجِبَاتٌ لِمُوَظَّعَةِ النَّبِيِّ ﷺ عَلَيْهَا مِنْ غَيْرِ تَرْكِ وَهِيَ مِنْ أَمَارَاتِ الْوُجُوبِ) وَقَدْ ذَكَرْنَا أَنَّهَا تَجِبُ لِتَرْكِ وَاجِبٍ (وَلِأَنَّهَا تُضَافُ إِلَى جَمِيعِ الصَّلَاةِ) يُقَالُ: تَكْبِيرَاتُ صَلَاةِ الْعِيدِ وَقُنُوتُ الْوُثْرِ وَتَشَهُدُ الصَّلَاةِ (فَدَلَّ عَلَى أَنَّهَا مِنْ خَصَائِصِ الصَّلَاةِ)؛ لِأَنَّ الْإِضَافَةَ دَلِيلُ الْاِخْتِصَاصِ، وَالْاِخْتِصَاصُ إِنَّمَا يَكُونُ بِالْوُجُوبِ؛ لِأَنَّ اِخْتِصَاصَ الشَّيْءِ بِالشَّيْءِ يَقْتَضِي وَجُودَهُ مَعَهُ، وَالْوُجُوبُ طَرِيقٌ لِلْوُجُودِ، وَالْخَصَائِصُ جَمْعُ خَصِيصَةٍ بِمَعْنَى الْمُخَاصِ كَالشَّرِيكِ بِمَعْنَى الْمُشَارِكِ. وَقَوْلُهُ: (وَكُلُّ ذَلِكَ) أَيُّ كُلِّ الْمَذْكُورِ مِنَ الْقَعْدَةِ الْأُولَى وَالثَّانِيَةِ وَالْقِرَاءَةِ فِيهِمَا (وَاجِبٌ فِيهَا سَجْدَةٌ).

وَاعْتَرَضَ بِأَنَّهُ إِطْلَاقُ الْوَاجِبِ عَلَى الْقَعْدَةِ الْأَخِيرَةِ سَهْوٌ؛ لِأَنَّهَا فَرِيضَةٌ تَفْسُدُ الصَّلَاةُ بِتَرْكِهَا. وَأُجِيبَ بِأَنَّ الْمُرَادَ بِتَرْكِهَا تَأْخِيرُهَا بِالْقِيَامِ إِلَى الْخَامِسَةِ، فَإِنَّ فِي التَّأْخِيرِ نَوْعَ تَرْكِ، وَتَأْخِيرُ الرُّكْنِ يُوجِبُ السَّجْدَةَ. وَفِيهِ نَظَرٌ؛ لِأَنَّهُ يَتِمَشَّى بِأَنَّهُ يَكُونُ الْمُرَادُ بِالْوَاجِبِ الْفَرَضَ وَالْوَاجِبُ وَبِالتَّارِكِ التَّأْخِيرُ وَالتَّارِكُ، وَفِي ذَلِكَ جَمْعٌ بَيْنَ الْحَقِيقَةِ وَالْمَجَازِ فِي مَوْضِعَيْنِ.

وَقِيلَ يُحْمَلُ كَلَامُهُ عَلَى رِوَايَةِ الْحَسَنِ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ قَالَ: تَجُوزُ صَلَاتُهُ إِذَا رَفَعَ رَأْسَهُ مِنَ السَّجْدَةِ، أَيُّ تَتِمُّ صَلَاتُهُ بِدُونِ الْقَعْدَةِ الْأَخِيرَةِ. وَقِيلَ الْقَعْدَةُ الْأَخِيرَةُ وَاجِبَةٌ بِحَسَبِ الْكَيْفِيَّةِ: أَيُّ عَدَمُ تَأْخِيرِهَا وَاجِبٌ، فَإِذَا أُخِّرَتْ فَقَدْ تَرَكَ هَذَا الْوَاجِبَ وَفِيهِ تَمَحُّلٌ كَمَا تَرَى.

وَقَوْلُهُ: (وَهُوَ الصَّحِيحُ) اخْتِرَازٌ عَمَّا قِيلَ قِرَاءَةُ التَّشَهُّدِ فِي الْقَعْدَةِ الْأُولَى سُنَّةٌ وَهُوَ وَجْهُ الْقِيَاسِ، وَوَجْهُ الصَّحَّةِ مَا ذَكَرْنَا مِنَ الْمَوَاطَبَةِ بِلا تَرْكٍ.

(وَلَوْ جَهَرَ الْإِمَامُ فِيمَا يُخَافَتُ أَوْ خَافَتْ فِيمَا يَجْهَرُ تَلَزَمَهُ سَجْدَتَا السَّهْوِ) لِأَنَّ الْجَهْرَ فِي مَوْضِعِهِ وَالْمُخَافَتَةَ فِي مَوْضِعِهَا مِنَ الْوَاجِبَاتِ. وَاخْتَلَفَتِ الرُّوَايَةُ فِي الْمِقْدَارِ، وَالْأَصَحُّ قَدَرُ مَا تَجُوزُ بِهِ الصَّلَاةُ فِي الْفَصْلَيْنِ لِأَنَّ الْيَسِيرَ مِنَ الْجَهْرِ وَالْإِخْفَاءَ لَا يُمْكِنُ الْإِحْتِرَازَ عَنْهُ، وَعَنْ كَثِيرٍ مُمَكِّنٌ، وَمَا يَصِحُّ بِهِ الصَّلَاةُ كَثِيرٌ غَيْرُ أَنَّ ذَلِكَ عِنْدَهُ آيَةٌ وَاحِدَةٌ وَعِنْدَهُمَا ثَلَاثُ آيَاتٍ، وَهَذَا فِي حَقِّ الْإِمَامِ دُونَ الْمُنْضَرِدِ لِأَنَّ الْجَهْرَ وَالْمُخَافَتَةَ مِنْ خَصَائِصِ الْجَمَاعَةِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (لِأَنَّ الْجَهْرَ فِي مَوْضِعِهِ وَالْمُخَافَتَةَ فِي مَوْضِعِهَا مِنَ الْوَاجِبَاتِ)؛ لِأَنَّ الْجَهْرَ فِيمَا يُجْهَرُ بِالْقِرَاءَةِ عَلَى الْإِمَامِ وَاجِبٌ لِيَسْمَعَ الْقَوْمُ لِقِرَاءَتِهِ لِكُونِهَا أُقِيمَتْ مَقَامَ قِرَاءَتِهِمْ لَوْجُودِ الْقَصُودِ وَهُوَ الْاسْتِمَاعُ، وَلَمَّا قَامَتْ مَقَامَهَا وَجِبَ أَنْ تَكُونَ فَرْضًا لَكِنْ لَا بُدَّ مِنَ انْحِطَاطِ مَرْتَبَةِ الْفَرْعِ عَنْ مَرْتَبَةِ الْأَصْلِ فَكَانَ وَاجِبًا. وَالْمُخَافَتَةُ إِنَّمَا كَانَتْ صِبَاغَةً لِلْقُرْآنِ عَنْ لُغُو الْكُفَّارِ وَلَعَطِهِمْ، وَصِبَاغُهُ عَنْ ذَلِكَ وَاجِبٌ، وَمَا لَا يَتَوَصَّلُ إِلَى الْوَاجِبِ إِلَّا بِهِ يَكُونُ وَاجِبًا.

فَإِنْ قِيلَ: رَوَى أَبُو فَتَادَةَ «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ كَانَهُ يُسْمِعُنَا الْآيَةَ وَالْآيَتَيْنِ فِي الظُّهْرِ وَالْعَصْرِ» فَذَلِكَ عَلَى أَنَّ الْإِخْفَاءَ لَمْ يَكُنْ وَاجِبًا، وَبِهِ أَخَذَ الشَّافِعِيُّ. أُجِيبَ بِأَنَّهُ ﷺ كَانَ يَفْعَلُ ذَلِكَ لِيَبَانَ أَنَّ الْقِرَاءَةَ مَشْرُوعَةٌ فِيهِمَا، وَعِنْدَنَا لَا تَجِبُ السَّجْدَةُ إِذَا تَعَمَّدَ ذَلِكَ. وَقَوْلُهُ: (وَاخْتَلَفَتِ الرُّوَايَةُ فِي الْمِقْدَارِ) أَيُّ فِي مِقْدَارِ مَا يُوجِبُ جَهْرَهُ وَإِخْفَاءَهُ السَّجْدَةَ، فَبِالظَّاهِرِ الرُّوَايَةُ الْقَلِيلُ وَالْكَثِيرُ فِي الْفَصْلَيْنِ سَوَاءٌ فِي وَجُوبِ السَّجْدَةِ ذَكَرَهُ شَمْسُ الْأُئِمَّةِ الْحُلَوَانِيُّ وَقَاضِي خَانَ.

وَرَوَى ابْنُ سِمَاعَةَ عَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ إِذَا جَهَرَ بِأَكْثَرِ الْفَاتِحَةِ سَجَدَ؛ لِأَنَّ الْيَسِيرَ مِنَ الْجَهْرِ وَالْإِخْفَاءَ غَيْرُ مُمَكِّنٍ الْإِحْتِرَازِ فَاعْتَبِرَ أَكْثَرُ الْفَاتِحَةِ. ثُمَّ رَجَعَ وَقَالَ: إِنَّ جَهْرَ مِقْدَارٍ مَا تَجُوزُ بِهِ الصَّلَاةُ يَجِبُ وَإِلَّا فَلَا.

قَالَ الْمُصَنِّفُ (وَالْأَصَحُّ قَدَرُ مَا تَجُوزُ بِهِ الصَّلَاةُ فِي الْفَصْلَيْنِ) اخْتِيَارًا لَهُدِهِ

الرَّوَايَةِ، وَوَجْهَهُ مَا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ وَهُوَ وَاضِحٌ. (وَهَذَا) أَيُّ وَجُوبِ السَّجْدَةِ فِي الْفَضْلَيْنِ إِنَّمَا هُوَ (فِي حَقِّ الْإِمَامِ دُونَ الْمُنْفَرِدِ؛ لِأَنَّ الْجَهْرَ وَالْمَخَافَةَ) أَيُّ وَجُوبَهُمَا (مِنْ خَصَائِصِ الْجَمَاعَةِ) قِيلَ أَمَّا أَنْ وَجُوبَ الْجَهْرِ مِنْ خَصَائِصِ الْجَمَاعَةِ فَمُسَلَّمٌ؛ لِأَنَّ الْمُنْفَرِدَ مُخَيَّرٌ بَيْنَ الْجَهْرِ وَالْإِخْفَاءِ، وَأَمَّا كَوْنُ وَجُوبِ الْمَخَافَةِ مِنْ خَصَائِصِهَا فَمَمْنُوعٌ؛ لِأَنَّ الْمُنْفَرِدَ يَجِبُ عَلَيْهِ الْمَخَافَةُ فَيَجِبُ السُّهُوُ بِتَرْكِهَا. وَأُجِيبَ بِأَنَّ ذَلِكَ وَجْهٌ رِوَايَةِ النَّوَادِرِ.

رَوَى أَبُو مَالِكٍ عَنْ أَبِي يُوسُفَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ فِي الْمُنْفَرِدِ إِذَا جَهَرَ فِيمَا يُخَافَتْ أَنْ عَلَيْهِ السُّهُوُ لَمَّا ذَكَرْنَا، وَأَمَّا عَلَى ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ فَلَا تُسَلَّمُ أَنَّ الْمَخَافَةَ وَاجِبَةٌ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهَا وَجَبَتْ لِنَفْسِي الْمَغَالِطَةِ، وَإِنَّمَا يُحْتَاجُ إِلَى ذَلِكَ فِي صَلَاةٍ تُؤَدِّي إِلَى سَبِيلِ الشُّهْرَةِ، وَالْمُنْفَرِدُ لَمْ يُؤَدِّ كَذَلِكَ فَلَمْ تَكُنْ الْمَخَافَةُ وَاجِبَةً عَلَيْهِ.

قَالَ (وَسَهُوُ الْإِمَامِ يُوجِبُ عَلَى الْمُؤْتَمِّ السُّجُودَ) لِتَقَرُّرِ السَّبَبِ الْمَوْجِبِ فِي حَقِّ الْأَصْلِ وَهَذَا يُلْزِمُهُ حُكْمُ الْإِقَامَةِ بِنَيْتِ الْإِمَامِ (فَإِنْ لَمْ يَسْجُدِ الْإِمَامُ لَمْ يَسْجُدِ الْمُؤْتَمِّ) لِأَنَّهُ يَصِيرُ مُخَالَفًا لِلْإِمَامِ، وَمَا التَّزَمَ الْأَدَاءَ إِلَّا مُتَابِعًا.

الشرح:

قَالَ (وَسَهُوُ الْإِمَامِ يُوجِبُ عَلَى الْمُؤْتَمِّ السُّجُودَ) إِذَا سَهَا الْإِمَامُ وَجَبَ السُّجُودُ لِلْمُؤْتَمِّ لَوْجُوبِهِ عَلَى الْإِمَامِ؛ لِأَنَّ السَّبَبَ الْمَوْجِبَ لِلْسُّجُودِ فِي حَقِّ الْأَصْلِ وَهُوَ الْإِمَامُ تَقَرَّرَ فِي حَقِّ الْمَأْمُومِ أَيْضًا بِالتَّزَامِ الْمَتَابَعَةِ، فَإِنَّ الصَّحَّةَ وَالْفَسَادَ وَالْإِقَامَةَ لَمَّا تَعَدَّتْ مِنْ صَلَاةِ الْإِمَامِ إِلَى صَلَاتِهِ حَتَّى لَوْ نَوَى الْإِمَامُ الْإِقَامَةَ فِي وَسْطِ الصَّلَاةِ صَارَتْ صَلَاتُهُمْ أَرْبَعًا بِالتَّزَامِ الْمَتَابَعَةِ، فَكَذَلِكَ التَّقْصَانُ وَمَا يَجْبِرُهُ (فَإِنْ لَمْ يَسْجُدِ الْإِمَامُ لَمْ يَسْجُدِ الْمُؤْتَمِّ؛ لِأَنَّهُ يَصِيرُ مُخَالَفًا لِلْإِمَامِ، وَمَا التَّزَمَ الْأَدَاءَ إِلَّا مُتَابِعًا) وَبَيْنَ الْمَخَالَفَةِ وَالْمَتَابَعَةِ مُنَافَاةٌ، فَإِذَا تَحَقَّقَ أَحَدُ الْمُتَنَافِيَيْنِ انْتَفَى الْآخَرُ.

وَاعْتَرَضَ عَلَى التَّغْلِيلِ الْمَذْكُورِ فِي الْكِتَابِ بِمُخَالَفَاتٍ يَجُوزُ وَقُوعُهَا مِنَ الْمُؤْتَمِّ، كَمَا إِذَا لَمْ يَرْفَعْ الْإِمَامُ يَدَهُ عِنْدَ الْإِفْتِتَاحِ فَإِنَّ الْقَوْمَ تَرْفَعُ، وَإِذَا لَمْ يُنِّسِ الْإِمَامُ يُنِّسِ الْمَأْمُومُ، وَإِذَا تَرَكَ الْإِمَامُ تَكْبِيرَةَ الرُّكُوعِ وَتَسْبِيحَهُ وَتَسْمِيْعَهُ وَتَكْبِيرَةَ الْإِلْحَاطِ وَقِرَاءَةَ الشَّهَادَةِ وَالتَّسْلِيمِ وَتَكْبِيرَ التَّشْرِيقِ فَإِنَّ الْمَأْمُومَ يَفْعَلُ ذَلِكَ كُلَّهُ. وَبِأَنَّ الْمَخَالَفَةَ بَعْدَ فَرَغِ الْإِمَامِ لَيْسَتْ بِقَادِحَةٍ، أَلَا تَرَى أَنَّ الْمَسْثُوقَ يَقْضِي مَا فَاتَهُ بَعْدَ فَرَغِ الْإِمَامِ وَالْمَقِيمُ إِذَا

اُفْتَدَى بِالْمُسَافِرِ يُتِمُّ رَكَعَتَيْنِ.

وَالْجَوَابُ عَنِ الْأَوَّلِ: أَنَّ الْكَلَامَ فِيمَا لَزِمَ بِشَيْءٍ بَاشَرَهُ الْإِمَامُ وَتَعَدَّى إِلَى الْمُؤْتَمِّ، وَمَا ذَكَرْتُمْ لَيْسَ كَذَلِكَ، بَلْ إِنَّهَا ثَبَتَتْ عَلَى الْمُفْتَدِي ابْتِدَاءً كَمَا ثَبَتَتْ عَلَى الْإِمَامِ. وَعَنِ الثَّانِي بَأَنَّ هَذِهِ الْمُخَالَفَةَ جَوَزَتْ ضَرُورَةَ إِثْمَامِ الْفَرْضِ فَلَا تَتَعَدَّى إِلَى مَا لَيْسَ كَذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ فِي مَعْنَاهُ.

(فَإِنْ سَهَا الْمُؤْتَمُّ لَمْ يَلْزَمْ الْإِمَامَ وَلَا الْمُؤْتَمُّ السُّجُودَ) لِأَنَّهُ لَوْ سَجَدَ وَحْدَهُ كَانَ مُخَالَفًا لِإِمَامِهِ، وَلَوْ تَابَعَهُ الْإِمَامُ يَنْقَلِبُ الْأَصْلُ تَبَعًا.

الشرح:

(فَإِنْ سَهَا الْمُؤْتَمُّ لَا يَجِبُ عَلَى الْإِمَامِ وَلَا الْمُؤْتَمُّ السُّجُودُ)؛ لِأَنَّ صَلَاتَهُ لَيْسَتْ بِمَبْنِيَّةٍ عَلَى صَلَاةِ الْمَأْمُومِ فَسَادًا وَلَا نُقْصَانًا، فَلَا يَجِبُ نُقْصَانُ صَلَاتِهِ بِنُقْصَانِ صَلَاةِ الْمَأْمُومِ. وَإِذَا لَمْ يَجِبْ عَلَى الْإِمَامِ لَمْ يَجِبْ عَلَى الْمَأْمُومِ؛ لِأَنَّهُ لَوْ وَجِبَ فَإِمَّا أَنْ يَسْجُدَ وَحْدَهُ وَفِيهِ مُخَالَفَةٌ لِإِمَامِهِ فِيمَا لَيْسَ مِنْ إِثْمَامِ الْفَرْضِ، وَهُوَ لَا يَجُوزُ، وَإِمَّا أَنْ يَسْجُدَ مَعَهُ إِمَامُهُ وَفِيهِ قَلْبُ الْمَوْضِعِ.

فَإِنْ قُلْتُ: أَمَّا مَا ذَكَرْتَ آتِفًا أَنَّ الْمُخَالَفَةَ إِثْمًا لَا تَجُوزُ فِيمَا لَزِمَ بِشَيْءٍ بَاشَرَهُ الْإِمَامُ وَتَعَدَّى إِلَى الْمُؤْتَمِّ وَهَذَا لَيْسَ كَذَلِكَ، بَلْ الْمُخَالَفَةُ إِنْ كَانَتْ لِأَمْرِ بَاشَرَهُ الْمُؤْتَمُّ فَيَنْبَغِي أَنْ يَجُوزَ. فَالْجَوَابُ إِنَّا قُلْنَا إِنَّ الْمُخَالَفَةَ فِيمَا لَزِمَ بِشَيْءٍ بَاشَرَهُ الْإِمَامُ لَمْ تَجْزُ، وَلَمْ نُقُلْ إِنْ فِيمَا بَاشَرَهُ بِنَفْسِهِ جَازَتْ الْمُخَالَفَةُ.

وَالَّذِي يَحْسِبُ هَذِهِ الْمَادَّةَ أَنَّ الْمُخَالَفَةَ إِنْ كَانَتْ لِإِثْمَامِ الْفَرْضِ بَعْدَ فَرَاحِ الْإِمَامِ جَازَتْ بِالنَّصِّ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ "وَمَا فَاتَكُمْ فَأَقْضُوا" وَقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ "أَتِمُّوا صَلَاتَكُمْ فَإِنَّا قَوْمٌ سَفَرٌ" وَإِنْ كَانَتْ لغيره، فَإِنْ كَانَتْ فِيمَا ثَبَتَ ابْتِدَاءً كَالْمَسَائِلِ التَّسْعِ الْمُتَقَدِّمَةِ جَازَتْ؛ لِأَنَّهُمَا كَلَامَا مُخَالَفَةً حَيْثُ لَمْ تَتَعَلَّقْ بِالْإِقْدَاءِ، وَإِنْ كَانَتْ فِيمَا لَزِمَ عَمَّا بَاشَرَهُ أَحَدُهُمَا كَالَّتِي نَحْنُ فِيهَا لَمْ تَجْزُ لِأَدَائِهَا إِلَى قَطْعِ الشَّرِكَةِ الْمُنَافِي لَوْضِعِ الْإِمَامَةِ.

(وَمَنْ سَهَا عَنِ الْقَعْدَةِ الْأُولَى ثُمَّ تَذَكَّرَ وَهُوَ إِلَى حَالَةِ الْقُعُودِ أَقْرَبُ عَادَ وَقَعَدَ وَتَشَهَّدَ) لِأَنَّ مَا يَقْرُبُ مِنَ الشَّيْءِ يَأْخُذُ حُكْمَهُ، ثُمَّ قِيلَ يَسْجُدُ لِلسَّهْوِ لِلتَّأْخِيرِ. وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ

لَا يَسْجُدُ كَمَا إِذَا لَمْ يَقُمْ (وَلَوْ كَانَ إِلَى الْقِيَامِ أَقْرَبَ لَمْ يَعُدْ) لِأَنَّهُ كَالْقَائِمِ مَعْنَى (يَسْجُدُ لِلسَّهْوِ) لِأَنَّهُ تَرَكَ الْوَاجِبَ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ سَهَا عَنْ الْقَعْدَةِ الْأُولَى) أَيِّ وَمَنْ سَهَا عَنْ الْقَعْدَةِ الْأُولَى فِي الْفَرَائِضِ الرَّبَاعِيَّةِ أَوْ الثَّلَاثِيَّةِ (ثُمَّ تَذَكَّرَ) فَلَا يَخْلُو إِمَّا أَنْ يَكُونَ إِلَى الْقُعُودِ أَقْرَبَ بِأَنْ لَمْ يَرْفَعْ رُكْبَتَيْهِ، أَوْ إِلَى الْقِيَامِ أَقْرَبَ بِأَنْ رَفَعَهُمَا (فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ عَادَ وَقَعَدَ وَتَشْهَدُ لِأَنَّ مَا يَقْرُبُ مِنَ الشَّيْءِ يَأْخُذُ حُكْمَهُ) كَفِنَاءِ الْمِصْرِ لَهُ حُكْمُ الْمِصْرِ فِي حَقِّ صَلَاةِ الْجُمُعَةِ وَالْعِيدَيْنِ. وَاخْتَلَفَ فِي وُجُوبِ السَّجْدَةِ، فَقِيلَ يَسْجُدُ؛ لِأَنَّهُ آخِرُ وَاجِبٍ بِقَدْرِ مَا اشْتَغَلَ بِالْقِيَامِ، وَقِيلَ لَا يَسْجُدُ وَهُوَ الْأَصَحُّ بِنَاءً عَلَى أَنَّ مَا قَرُبَ مِنَ الشَّيْءِ يَأْخُذُ حُكْمَهُ فَصَارَ كَمَا إِذَا لَمْ يَقُمْ، وَإِنْ كَانَ الثَّانِي لَمْ يَعُدْ؛ لِأَنَّهُ كَالْقَائِمِ مَعْنَى لَمَّا ذَكَّرْنَا مِنَ الْأَصْلِ، وَلَوْ قَامَ مَا جَازَ لَهُ الْعُودُ لِثَلَا يَلْزَمُ تَرْكُ الْفَرَضِ وَهُوَ الْقِيَامُ لِأَجْلِ الْوَاجِبِ وَهُوَ الْقُعُودُ الْأَوَّلُ.

وَلَا يَلْزَمُ سَجْدَتَا الثَّلَاوَةِ فَإِنَّهُ يَتْرُكُ الْفَرَضَ لِأَجْلِهَا، وَهُنَّ وَاجِبَةٌ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ ثَبَتَ بِالنِّصِّ عَلَى خِلَافِ الْقِيَاسِ، وَهُوَ مَا رُوِيَ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ وَالصَّحَابَةَ كَانُوا يَسْجُدُونَ وَيَتْرُكُونَ الْقِيَامَ لِأَجْلِهَا وَيَسْجُدُ لِلسَّهْوِ؛ لِأَنَّهُ تَرَكَ الْوَاجِبَ.

وَقَدْ رُوِيَ «أَنَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةَ وَالسَّلَامَ قَامَ إِلَى الثَّلَاثَةِ قَبْلَ أَنْ يَقْعُدَ فَسَبَّحُوا لَهُ، فَعَادَ الْمُرُوءِيُّ أَنَّهُ لَمْ يَعُدْ وَسَبَّحَ لَهُمْ فَقَامُوا». وَوَجْهُ التَّوْفِيقِ أَنَّهُ عَادَ حِينَ لَمْ يَتِمَّ قَائِمًا وَلَمْ يَعُدْ بَعْدَ مَا تَمَّ قَائِمًا.

(وَإِنْ سَهَا عَنْ الْقَعْدَةِ الْأَخِيرَةِ حَتَّى قَامَ إِلَى الْخَامِسَةِ رَجَعَ إِلَى الْقَعْدَةِ مَا لَمْ يَسْجُدْ) لِأَنَّ فِيهِ إِصْلَاحَ صَلَاتِهِ وَأَمَكَنَهُ ذَلِكَ لِأَنَّ مَا دُونَ الرُّكْعَةِ بِمَحَلِّ الرُّفْضِ. قَالَ (وَأَلْفَى الْخَامِسَةَ) لِأَنَّهُ رَجَعَ إِلَى شَيْءٍ مَحَلُّهُ قَبْلَهَا فَتَرْتِضُ (وَسَجَدَ لِلسَّهْوِ) لِأَنَّهُ آخِرُ وَاجِبٍ.

الشرح:

(وَإِنْ سَهَا عَنْ الْقَعْدَةِ الْأَخِيرَةِ حَتَّى قَامَ إِلَى الْخَامِسَةِ) فِي الرَّبَاعِيَّةِ وَالرُّبَاعِيَّةِ فِي الثَّلَاثِيَّةِ وَالثَّلَاثِيَّةِ فِي الثَّنَائِيَّةِ فَلَا يَخْلُو مِنْ أَنْ يَكُونَ بَعْدَ مَا قَعَدَ عَلَى الرَّبَاعِيَّةِ أَوْ لَا يَكُونَ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فَلَا يَخْلُو إِمَّا أَنْ يُقَيَّدَ الْخَامِسَةَ بِالسَّجْدَةِ أَوْ لَا، فَإِنْ كَانَ الثَّانِي (رَجَعَ إِلَى

القعدة؛ لأن إصلاح الصلاة به ممكن، وكل ما كان كذلك وجب عمله احترازًا عن البطلان، وإنما قلنا: إنه ممكن؛ لأن ما دون الركعة بمحل الرقص لكونه ليس بصلاة ولا له حكمها، ولهذا لو حلف لا يصلي لا يحث بما دون الركعة (وألغى الخامسة؛ لأنه رجع إلى شيء محله قبله) أي قبل ما فعل وهو الخامسة، وفي بعض النسخ قبلها وهو واضح، وكل من رجع من فعل من أفعال الصلاة إلى شيء محله قبله يرتفع ذلك الفعل المرجوع عنه كما إذا قعد قدر التشهد ثم تذكّر السجدة الصليبة أو التلاوة فسجد لهما ارتفعت القعدة لما أن محلها قبل القعدة الأخيرة (وسجد للسهو؛ لأنه آخر واجب) وهو إصابة لفظ السلام.

وقيل واجبًا قطعياً وهو القعدة الأخيرة وإن كان الأول بطل فرضه عندنا خلافاً للشافعي؛ لأنه روى «أن النبي ﷺ صلى الظهر خمسا» ولم ينقل أنه قعد في الرابعة، ولا أنه أعاد صلاته.

ولنا أنه استحكم شروعه في النافلة قبل إكمال أركان المكتوبة؛ لأنه أتى بما هو صلاة أخرى حقيقة لاشتغالها على الأركان، وحكما؛ لأنه حكم الشرع وجودها، وأوجب الحث على من حلف لا يصلي فصل ركعة، وكل من استحكم شروعه في النافلة قبل إكمال أركان المكتوبة خرج عن الفرض للمنافاة بين الفرض والتفل، وقد تحقق أحد المتنافيين فينتفي الآخر ضرورة.

ولقائل أن يقول: لا نسلم أنه بوجود الركعة الواحدة بعد أربع من المكتوبة استحكم الشروع في التفل لم لا يمنع ما سبق من ركعات المكتوبة عن الاستحكام سلمناه، لكن ما سبق من ركعات المكتوبة إن لم يكن أشد استحكاما لكونه كثيرا وفرضا فلا أقل من المساواة، وحينئذ لا يكون بطلان الفرض أولى من بطلان التفل. والجواب عن الأول أن الاستحكام إنما يكون بالوجود في الخارج وقد تحقق وجوده فيه، ولو كان ما ذكرتم مانعا لما تحقق. وعن الثاني بأن المراد بطلان الفرض بطلان وصف الفرضية، ولا شك أن بطلان وصف الفرضية وتحويله تفلأ أولى من بطلان أصل الصلاة ووصفها وفي إبطال التفل ذلك فكان الأول أولى. وتأويل الحديث أنه عليه الصلاة والسلام كان قعد قدر التشهد في الرابعة بدليل قول الراوي «صلى الظهر

خَمْسًا» وَالظُّهْرُ اسْمٌ لَجَمِيعِ أَرْكَانِ الصَّلَاةِ وَمِنْهَا الْقَعْدَةُ، وَإِنَّمَا قَامَ إِلَى الْخَامِسَةِ عَلَى ظَنِّ أَنَّهَا الثَّلَاثَةُ حَمَلًا لِفَعْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ عَلَى مَا هُوَ أَقْرَبُ إِلَى الصَّوَابِ.

(وَأِنْ قَبِلَ الْخَامِسَةَ بِسَجْدَةٍ بَطَلَ فَرَضُهُ) عِنْدَنَا خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ لِأَنَّهُ اسْتَحْكَمَ شُرُوعَهُ فِي النَّافِلَةِ قَبْلَ إِكْمَالِ أَرْكَانِ الْمَكْتُوبَةِ، وَمِنْ ضَرُورَتِهِ خُرُوجُهُ عَنِ الْفَرْضِ وَهَذَا لِأَنَّ الرُّكْعَةَ بِسَجْدَةٍ وَاحِدَةٍ صَلَاةٌ حَقِيقَةٌ حَتَّى يَحْنُثَ بِهَا فِي يَمِينِهِ لَا يُصَلِّي (وَتَحَوَّلَتْ صَلَاتُهُ نَفْلًا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ) خِلَافًا لِمُحَمَّدٍ عَلَى مَا مَرَّ (فَيَضُمُّ إِلَيْهَا رَكْعَةً سَادِسَةً وَلَوْ لَمْ يَضُمَّ لَا شَيْءَ عَلَيْهِ) لِأَنَّهُ مَظْنُونٌ، ثُمَّ إِنَّمَا يَبْطُلُ فَرَضُهُ بِوَضْعِ الْجَبْهَةِ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ لِأَنَّهُ سُجُودٌ كَامِلٌ، وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ بَرَفْعِهِ لِأَنَّ تَمَامَ الشَّيْءِ بِآخِرِهِ وَهُوَ الرَّفْعُ وَلَمْ يَصِحْ مَعَ الْحَدَثِ، وَتَمَرَّةُ الْخِلَافِ تَظْهَرُ فِيمَا إِذَا سَبَقَهُ الْحَدَثُ فِي السُّجُودِ بَنَى عِنْدَ مُحَمَّدٍ خِلَافًا لِأَبِي يُوسُفَ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (عَلَى مَا مَرَّ) إِشَارَةٌ إِلَى مَا ذَكَرَ فِي بَابِ قَضَاءِ الْفَوَائِتِ مِنَ الْاِخْتِلَافِ بَيْنَهُمْ. وَقَوْلُهُ: (فَيَضُمُّ إِلَيْهَا رَكْعَةً سَادِسَةً) يَعْنِي عِنْدَهُمَا، وَهَلْ تَجِبُ عَلَيْهِ سَجْدَةُ السَّهْوِ وَلَمْ يَذْكُرْهُ. وَاخْتَلَفُوا فِيهِ، وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ لَا يَسْجُدُ؛ لِأَنَّ النُّقْصَانَ بِالْفَسَادِ لَا يُجْبَرُ بِالسَّجْدَةِ (وَلَوْ لَمْ يَضُمَّ لَا شَيْءَ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ مَظْنُونٌ) وَالْمَظْنُونُ غَيْرُ مَضْمُونٍ (ثُمَّ إِنَّمَا يَبْطُلُ فَرَضُهُ بِوَضْعِ الْجَبْهَةِ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ؛ لِأَنَّهُ سُجُودٌ كَامِلٌ)؛ لِأَنَّ السُّجُودَ حَقِيقَةً فِي وَضْعِ الْجَبْهَةِ (وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ بَرَفْعِهِ؛ لِأَنَّ تَمَامَ الشَّيْءِ بِآخِرِهِ وَهُوَ الرَّفْعُ وَلَمْ يَصِحْ الرَّفْعُ مَعَ الْحَدَثِ) فَلَمْ يَتِمَّ السُّجُودُ (وَتَمَرَّةُ الْخِلَافِ تَظْهَرُ فِيمَا إِذَا سَبَقَهُ الْحَدَثُ فِي هَذَا السُّجُودِ) فَذَهَبَ يَتَوَضَّأُ ثُمَّ تَذَكَّرَ أَنَّهُ لَمْ يَفْعَلْ فِي الرَّابِعَةِ عِنْدَ مُحَمَّدٍ يَتَوَضَّأُ وَيَعُودُ إِلَى الْقَعْدَةِ وَيَبْنِي عَلَى صَلَاتِهِ بِإِتْمَامِهَا بِالتَّشَهُدِ وَالسَّلَامِ.

وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ لَا يَبْنِي؛ لِأَنَّ صَلَاتَهُ فَسَدَتْ بِوَضْعِ الْجَبْهَةِ وَلَا بِنَاءَ عَلَى

الْفَاسِدِ.

قَالَ فَخْرُ الْإِسْلَامِ: الْمُخْتَارُ لِلْفَتَاوَى قَوْلُ مُحَمَّدٍ؛ لِأَنَّهُ أَرْفَقُ وَأَقْيَسُ؛ لِأَنَّ السُّجُودَ لَوْ تَمَّ قَبْلَ الرَّفْعِ وَجَعَلَ دَوَامَهُ كَتَكَرَّارِهِ لَمْ يَنْقُضْهُ الْحَدَثُ: يَعْنِي بِالِاتِّفَاقِ أَنَّ الْحَدَثَ يَنْقُضُ كُلَّ رُكْنٍ وَجِدَ هُوَ فِيهِ، حَتَّى لَوْ تَوَضَّأَ وَبَنَى عَلَى صَلَاتِهِ وَجَبَ عَلَيْهِ إِعَادَةُ ذَلِكَ

الرُّكْنَ الَّذِي وُجِدَ فِيهِ الْحَدَثُ، وَلَوْ تَمَّ السُّجُودُ بِالْوَضْعِ لَمَا أُحْتِيجَ إِلَى إِعَادَتِهِ كَمَا لَوْ وَجَدَ الْحَدَثَ بَعْدَ الرَّفْعِ.

(وَلَوْ قَعَدَ فِي الرَّابِعَةِ ثُمَّ قَامَ وَلَمْ يُسَلِّمْ عَادَ إِلَى الْقَعْدَةِ مَا لَمْ يَسْجُدَ لِلخَامِسَةِ وَسَلَّم) لِأَنَّ التَّسْلِيمَ فِي حَالَةِ الْقِيَامِ غَيْرُ مَشْرُوعٍ، وَأَمَكْنَهُ الْإِقَامَةُ عَلَى وَجْهِهِ بِالْقُعُودِ لِأَنَّ مَا دُونَ الرُّكْعَةِ بِمَحَلِّ الرَّفْعِ.

الشرح:

(وَإِنْ كَانَ قَعَدَ فِي الرَّابِعَةِ) فَلَا يَخْلُو إِمَّا أَنْ يُقَيَّدَ الْخَامِسَةَ بِالسَّجْدَةِ أَوْ لَا، فَإِنْ كَانَ الثَّانِي فَحُكْمُهُ كَحُكْمِهِ فِيمَا إِذَا لَمْ يَقْعُدْ عَلَيْهَا، وَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ ثُمَّ تَذَكَّرَ ضَمَّ إِلَيْهَا رَكْعَةً أُخْرَى وَتَمَّ فَرَضُهُ؛ لِأَنَّ الْبَاقِيَ إِصَابَةُ لَفْظِ السَّلَامِ، وَبِتَرْكِهَا لَا تُفْسِدُ الصَّلَاةَ؛ لِأَنَّهَا وَاجِبَةٌ.

(وَإِنْ قَبِلَ الْخَامِسَةَ بِالسَّجْدَةِ ثُمَّ تَذَكَّرَ ضَمَّ إِلَيْهَا رَكْعَةً أُخْرَى وَتَمَّ فَرَضُهُ) لِأَنَّ الْبَاقِيَ إِصَابَةُ لَفْظِ السَّلَامِ وَهِيَ وَاجِبَةٌ، وَإِنَّمَا يَضُمُّ إِلَيْهَا أُخْرَى لِتَصِيرِ الرُّكْعَتَانِ نَفْلًا لِأَنَّ الرُّكْعَةَ الْوَاحِدَةَ لَا تُجْزِئُهُ «لنَهيه عليه الصلاة والسلام عن البتراء»، ثُمَّ لَا تَتَوَبَّانِ عَنْ سُنَّةِ الظُّهْرِ هُوَ الصَّحِيحُ لِأَنَّ الْمُواظَبَةَ عَلَيْهَا بِتَحْرِيمَةٍ مُبْتَدَأَةٍ (وَيَسْجُدُ لِلسُّهُوِ اسْتِحْسَانًا) لِتَمَكُّنِ النُّقْصَانِ فِي الْفَرَضِ بِالْخُرُوجِ لَا عَلَى الْوَجْهِ الْمُسْتَوْنِ.

وَفِي النَّفْلِ بِالدُّخُولِ لَا عَلَى الْوَجْهِ الْمُسْتَوْنِ، وَلَوْ قَطَعَهَا لَمْ يَلْزَمَهُ الْقَضَاءُ لِأَنَّهُ مَظْنُونٌ، وَلَوْ اقْتَدَى بِهِ إِنْسَانٌ فِيهِمَا يُصَلِّي سِتًّا عِنْدَ مُحَمَّدٍ لِأَنَّهُ الْمُؤَدَّى بِهِذِهِ التَّحْرِيمَةِ، وَعِنْدَهُمَا رَكْعَتَيْنِ لِأَنَّهُ اسْتَحْكَمَ خُرُوجُهُ عَنِ الْفَرَضِ وَلَوْ أَفْسَدَهُ الْمُقْتَدِي فَلَا قَضَاءَ عَلَيْهِ عِنْدَ مُحَمَّدٍ اعْتِبَارًا بِالْإِمَامِ، وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ يَقْضِي رَكْعَتَيْنِ لِأَنَّ السُّقُوطَ بِعَارِضٍ يَخْصُ الْإِمَامَ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَإِنَّمَا يَضُمُّ إِلَيْهَا أُخْرَى) ظَاهِرٌ وَلَمْ يَذْكُرْ أَنَّ الضَّمَّ وَاجِبٌ أَوْ مُسْتَحَبٌّ أَوْ جَائِزٌ، وَلَفْظُ الْأَصْلِ يَدُلُّ عَلَى الْإِجَابِ، فَإِنَّهُ قَالَ فِيهِ: عَلَيْهِ أَنْ يُضَيَّفَ وَكَلِمَةٌ عَلَى الْإِجَابِ. وَقَوْلُهُ: (هُوَ الصَّحِيحُ) احْتِرَازٌ عَنْ قَوْلِ بَعْضِهِمْ إِنَّهُمَا يُتَوَبَّانِ عَنْ سُنَّةِ الظُّهْرِ، وَجَهُ الصَّحِيحِ أَنَّ السُّنَّةَ عِبَارَةٌ عَنْ طَرِيقَةِ النَّبِيِّ ﷺ وَهُوَ كَانَ يَتَطَوَّعُ فِي الظُّهْرِ بِتَحْرِيمَةٍ

مُبْتَدَأَةً قَصْدًا.

وَقَوْلُهُ: (وَيَسْجُدُ لِلسَّهْوِ اسْتِحْسَانًا) يَعْنِي أَنَّ الْقِيَاسَ أَلَّا يَسْجُدَ؛ لِأَنَّ هَذَا سَهْوٌ وَقَعَ فِي الْفَرَضِ وَقَدْ انْتَقَلَ مِنْهُ إِلَى التَّنْفُلِ، وَمَنْ سَهَا فِي صَلَاةٍ لَا يَجِبُ عَلَيْهِ أَنْ يَسْجُدَ فِي صَلَاةٍ أُخْرَى.

وَجَهُّ الاسْتِحْسَانِ أَنَّ التَّقْصَانَ قَدْ تَمَكَّنَ فِي الْفَرَضِ بِالْخُرُوجِ مِنْهُ لَا عَلَى وَجْهِ الْمَسْنُونِ وَهُوَ الْخُرُوجُ بِإِصَابَةِ لَفْظَةِ السَّلَامِ، وَهَذَا مَذْهَبُ مُحَمَّدٍ، وَفِي التَّنْفُلِ بِالْدُخُولِ لَا عَلَى الْوَجْهِ الْمَسْنُونِ وَهُوَ الْمَشْرُوعُ فِيهِ بِتَحْرِيمَةِ مُبْتَدَأَةٍ، وَهَذَا مَذْهَبُ أَبِي يُوسُفَ، وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يُوجِبُ السَّجْدَةَ، وَإِنَّمَا قَدَّمَ قَوْلَ مُحَمَّدٍ؛ لِأَنَّهُ الْمُخْتَارُ لِلْفَتْوَى؛ لِأَنَّ مَنْ قَامَ مِنَ الْفَرَضِ إِلَى التَّنْفُلِ مِنْ غَيْرِ تَسْلِيمٍ وَلَا تَكْبِيرٍ عَمْدًا لَمْ يُعَدُّ ذَلِكَ نَقْصًا فِي التَّنْفُلِ؛ لِأَنَّ أَحَدَ وَجْهَيْ الشَّرْعِ فِي التَّنْفُلِ، وَإِنَّمَا هُوَ نَقْصٌ فِي الْفَرَضِ، وَلَمَّا كَانَ التَّنْفُلُ بِنَاءً عَلَى التَّحْرِيمَةِ الْأُولَى جُعِلَ فِي حَقِّ وَجُوبِ سَجْدَةِ السَّهْوِ كَأَنَّهَا صَلَاةٌ وَاحِدَةٌ، كَمَنْ تَنَفَّلَ بِسِتِّ رَكَعَاتٍ بِتَسْلِيمَةٍ وَاحِدَةٍ وَسَهَا فِي الْأُولَى فَإِنَّهُ يَسْجُدُ لِلسَّهْوِ فِي آخِرِ الصَّلَاةِ وَإِنْ كَانَ كُلُّ شَفْعٍ مِنْهَا صَلَاةً عَلَى حِدَةٍ لَكِنَّ التَّحْرِيمَةَ وَاحِدَةً. (وَلَوْ قَطَعَهَا لَمْ يَلْزِمَهُ الْقَضَاءُ؛ لِأَنَّهُ مَطْنُونَ) خِلَافًا لَزُفَرٍ؛ لِأَنَّهُ يَقُولُ عَلَيْهِ قَضَاءُ رَكَعَتَيْنِ؛ لِأَنَّهُ يَبْقَى عِنْدَهُ فِي نَفْلِ لَزِمٍ وَإِنْ تَبَيَّنَ أَنَّهُ لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ. قُلْنَا: شَرَعَ عَلَى أَنَّهُ مُسْقِطٌ لَا مَلْزَمَ ثُمَّ تَبَيَّنَ أَنَّهُ لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ فَسَقَطَ أَصْلًا لَمَّا لَا يَلْزَمُ الزَّامُ مَا لَا يَلْزَمُ.

(وَلَوْ اقْتَدَى بِهِ إِنْسَانٌ فِيهِمَا لَزِمَهُ عِنْدَ مُحَمَّدٍ سِتُّ رَكَعَاتٍ) إِنْ اقْتَدَى بِهِ فِي الْخَامِسَةِ يَأْتِي بَعْدَ الْإِمَامِ بِأَرْبَعِ رَكَعَاتٍ، وَإِنْ اقْتَدَى بِهِ فِي السَّادِسَةِ يَأْتِي بَعْدَهُ بِخَمْسِ رَكَعَاتٍ، يُصَلِّي رَكَعَةً وَيَقْعُدُ ثُمَّ يُصَلِّي رَكَعَتَيْنِ وَيَقْعُدُ ثُمَّ يُصَلِّي رَكَعَتَيْنِ وَيَقْعُدُ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا شَرَعَ فِي تَحْرِيمَةِ الْإِمَامِ لَزِمَهُ مَا أَدَّى بِهَا الْإِمَامُ وَقَدْ أَدَّى الْإِمَامُ سِتًّا (وَعِنْدَهُمَا لَزِمَهُ رَكَعَتَانِ؛ لِأَنَّهُ اسْتَحْكَمَ خُرُوجَهُ مِنَ الْفَرَضِ) فَلَا يَلْزَمُ غَيْرُ هَذَا الشَّفْعِ (وَلَوْ أَفْسَدَهُ الْمُقْتَدِي لَا قَضَاءَ عَلَيْهِ عِنْدَ مُحَمَّدٍ اعْتِبَارًا بِمَا إِذَا أَفْسَدَهُ الْإِمَامُ) فَإِنَّ حَالَ الْمَأْمُومِ لَا يَكُونُ أَقْوَى حَالًا مِنَ الْإِمَامِ وَإِلَّا لَزِمَ زِيَادَةُ الْفَرْعِ عَلَى الْأَصْلِ (وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ يَقْضِي رَكَعَتَيْنِ؛ لِأَنَّ السَّقُوطَ بِعَارِضٍ يَخْصُ الْإِمَامَ) تَقْرِيرُهُ أَنَّ الْمُقْتَضِي لِلْوُجُوبِ وَهُوَ الشَّرْعُ مِنَ الْمُخَاطَبِ بِالنَّهْيِ عَنِ الْإِبْطَالِ قَامَ فِي حَقِّ الْإِمَامِ، فَكَذَا فِي حَقِّ الْمَأْمُومِ لِبِنَاءِ

صَلَاتِهِ عَلَى صَلَاةِ الْإِمَامِ، وَحِينَئِذٍ يَجِبُ الْقَضَاءُ عَلَيْهِمَا جَمِيعًا عَمَلًا بِالْمُقْتَضِي إِلَّا أَنَّهُ سَقَطَ عَنِ الْإِمَامِ بِعَارِضٍ يَخْصُهُ وَهُوَ شُرُوعُهُ فِي النَّفْلِ لَا عَلَى قَصْدِ النَّفْلِ، وَمَا خُصَّ بِهِ لَا يَتَعَدَّى إِلَى غَيْرِهِ، وَعَلَى هَذَا لَا يَلْزَمُ بِنَاءُ الْقَوِيِّ عَلَى الضَّعِيفِ؛ لِأَنَّ صَلَاةَ الْإِمَامِ أَيْضًا قَوِيٌّ بِالنَّظَرِ إِلَى وُجُودِ الْمُقْتَضِي، وَفَرَّقَ أَبُو يُوسُفَ بَيْنَ هَذِهِ وَبَيْنَ مَا إِذَا لَمْ يَقْعُدْ عَلَى الرَّابِعَةِ بِأَنَّ هُنَاكَ بَطْلَ فَرَضِهِ وَكَانَ الْإِحْرَامُ فِي الْإِبْتِدَاءِ مُنْعَقِدًا لَسِتْ، فَإِذَا اقْتَدَى بِهِ إِنْسَانٌ لَزِمَهُ مُوجِبُ تِلْكَ التَّحْرِيمَةِ، وَأَمَّا ههنا فَقَدْ تَمَّ فَرَضُهُ لَمَّا ذَكَّرْنَا، وَشَرَعَ فِي النَّفْلِ وَالْمُقْتَدِي اقْتَدَى بِهِ فِي النَّفْلِ فَلَا يَلْزَمُ غَيْرُ رَكَعَتَيْنِ.

وَالْحَاصِلُ أَنَّ هُنَاكَ صَلَاةً وَاحِدَةً فَيَلْزَمُ الْجَمِيعُ، وَهَهُنَا صَلَاتَيْنِ فَيَلْزَمُ الْأَخِيرَةُ. قِيلَ كَانَ مِنْ حَقِّ الْكَلَامِ وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ بِدَلِيلٍ مَا تَقَدَّمَ فِي قَوْلِهِ وَعِنْدَهُمَا يَقْضِي رَكَعَتَيْنِ وَبَدَلِيلٍ مَا ذَكَرَ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ لِقَاضِي خَانَ، وَعِنْدَهُمَا يَقْضِي رَكَعَتَيْنِ وَلَيْسَ بِوَاضِحٍ؛ لِأَنَّهُ ذَكَرَ فِي التَّوَادِرِ الْاِخْتِلَافَ عَلَى مَا وَقَعَ فِي الْكِتَابِ، فَلَعَلَّ الْمُصَنِّفَ وَقَفَ عَلَى صِحَّةِ ذَلِكَ فَتَقَلَّه، وَلَا يَلْزَمُ مِنْ كَوْنِهِمَا مُتَّفِقَيْنِ عَلَيْهِمَا فِي مَسْأَلَةِ اتِّفَاقِهِمَا فِي مَسْأَلَةِ أُخْرَى فَإِنَّهُمَا مَسْأَلَتَانِ.

قَالَ: (وَمَنْ صَلَّى رَكَعَتَيْنِ تَطَوُّعًا فَسَهَا فِيهِمَا وَسَجَدَ لِلسَّهْوِ ثُمَّ أَرَادَ أَنْ يُصَلِّيَ آخَرِيَيْنِ لَمْ يَبْنَ) لِأَنَّ السُّجُودَ يُبْطِلُ لَوْقُوعِهِ فِي وَسَطِ الصَّلَاةِ، بِخِلَافِ الْمُسَافِرِ إِذَا سَجَدَ السَّهْوِ ثُمَّ نَوَى الْإِقَامَةَ حَيْثُ بَيَّنَّا لَأَنَّهُ لَوْ لَمْ يَبْنَ يُبْطِلْ جَمِيعَ الصَّلَاةِ، وَمَعَ هَذَا لَوْ أَدَّى صَحَّ لِبَقَاءِ التَّحْرِيمَةِ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ صَلَّى رَكَعَتَيْنِ تَطَوُّعًا) الْأَصْلُ أَنَّ وَقُوعَ سَجْدَتَيْ السَّهْوِ بَيْنَ شَفْعَيْ الصَّلَاةِ غَيْرُ مَشْرُوعٍ، ثُمَّ إِمَّا أَنْ يَكُونَ الشَّفْعَانِ فِي صَلَاةِ التَّطَوُّعِ أَوْ الْفَرَضِ. فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ كَمَا إِذَا صَلَّى رَكَعَتَيْنِ تَطَوُّعًا (فَسَهَا فِيهِمَا وَسَجَدَ لِلسَّهْوِ ثُمَّ أَرَادَ أَنْ يُصَلِّيَ آخَرِيَيْنِ) وَفِي بَعْضِ النُّسخِ أُخْرَاوَيْنِ وَلَيْسَ بِصَوَابٍ لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ يُبْطِلُ السَّجْدَةَ بِلاَ ضَرُورَةٍ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا أَدَّى صَحَّتْ بِدُونِ مَا يَبْنِي فَلَا ضَرُورَةَ فِي الْبِنَاءِ بَلْ فِيهِ إِحْرَازُ فَضِيلَةِ الدَّوَامِ، وَفِيهِ نَقْضُ الْوَاجِبِ وَالْاِخْتِرَازُ عَنْ نَقْضِ الْوَاجِبِ أَوَّلَى وَمَعَ هَذَا لَوْ بَنَى صَحَّ لِبَقَاءِ التَّحْرِيمَةِ.

قَالَ شَيْخُ الْإِسْلَامِ: وَإِنْ بَنَى عَلَى ذَلِكَ يَنْبَغِي أَنْ يُعِيدَ سَجْدَتَيْ السَّهْوِ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا بَنَى حَصَلَتِ السَّجْدَتَانِ فِي وَسْطِ الصَّلَاةِ فَلَا يُعَدُّ بِهِمَا وَكَانَ عَلَيْهِ الْإِعَادَةُ. وَإِنْ كَانَ الثَّانِي كَمَا إِذَا سَجَدَ الْمَسَافِرُ لِلْسَّهْوِ ثُمَّ تَوَى الْإِقَامَةَ فَلَهُ ذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ لَوْ لَمْ يَبَيِّنْ وَقَدْ لَزِمَهُ الْإِثْمَامُ بِنِيَّةِ الْإِقَامَةِ بَطَلَتْ صَلَاتُهُ، وَفِي الْبِنَاءِ تَقْضُ الْوَاجِبُ وَتَقْضُ الْوَاجِبُ أُدْتِيَ فَيَحْتَمِلُ دَفْعًا لِلأَعْلَى.

(وَمَنْ سَلَّمَ وَعَلَيْهِ سَجْدَتَا السَّهْوِ فَدَخَلَ رَجُلٌ فِي صَلَاتِهِ بَعْدَ التَّسْلِيمِ، فَإِنْ سَجَدَ الْإِمَامُ كَانَ دَاخِلًا وَإِلَّا فَلَا) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: هُوَ دَاخِلٌ سَجَدَ الْإِمَامُ أَوْ لَمْ يَسْجُدْ، لِأَنَّهُ عِنْدَهُ سَلَامٌ مَنْ عَلَيْهِ السَّهْوُ لَا يُخْرِجُهُ عَنِ الصَّلَاةِ أَصْلًا لِأَنَّهَا وَجِبَتْ جَبْرًا لِلنُّقْصَانِ فَلَا بُدَّ مِنْ أَنْ يَكُونَ فِي إِحْرَامِ الصَّلَاةِ وَعِنْدَهُمَا يُخْرِجُهُ عَلَى سَبِيلِ التَّوَقُّفِ لِأَنَّهُ مُحَلَّلٌ فِي نَفْسِهِ، وَإِنَّمَا لَا يَعْمَلُ لِحَاجَتِهِ إِلَى آدَاءِ السَّجْدَةِ فَلَا يَظْهَرُ دُونَهَا، وَلَا حَاجَتَهُ عَلَى اعْتِبَارِ عَدَمِ الْعُودِ، وَيَظْهَرُ الْاِخْتِلَافُ فِي هَذَا وَفِي انْتِقَاضِ الطَّهَارَةِ بِالْقَهْقَرَةِ وَتَغْيِيرِ الْفَرْضِ بِنِيَّةِ الْإِقَامَةِ فِي هَذِهِ الْحَالَةِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَمَنْ سَلَّمَ وَعَلَيْهِ سَجْدَتَا السَّهْوِ) أَصْلُ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ وَأَخَوَاتُهَا أَنَّ سَلَامَ مَنْ عَلَيْهِ سَجْدَةُ السَّهْوِ لَا يُخْرِجُهُ عَنْ حُرْمَةِ الصَّلَاةِ عِنْدَ مُحَمَّدٍ وَهُوَ قَوْلُ زُفَرٍ لَا خُرُوجًا مُوقُوفًا وَلَا بَاطًا، وَعِنْدَهُمَا يُخْرِجُهُ خُرُوجًا مُوقُوفًا عَلَى مَعْنَى أَنَّهُ إِنْ سَجَدَ بَعْدَ السَّلَامِ حَكَمْنَا بِبَقَاءِ التَّحْرِيمَةِ وَإِلَّا فَلَا.

لِمُحَمَّدٍ أَنَّ السَّجْدَةَ وَجِبَتْ جَبْرًا لِنُقْصَانِ تَمَكُّنٍ فِي الْمُؤَدَّى بِالِاتِّفَاقِ. وَالْجَبْرُ إِنَّمَا يَتَحَقَّقُ إِذَا كَانَ الْمَجْبُورُ قَائِمًا، وَقِيَامُهُ بِبَقَاءِ التَّحْرِيمَةِ فَيُحَكَّمُ بِبَقَائِهَا تَخْصِيلًا لِلْعَرَضِ الْمَطْلُوبِ. وَهُمَا أَنَّ السَّلَامَ مُحَلَّلٌ فِي نَفْسِهِ بِالنَّصِّ وَالْإِجْمَاعِ، وَإِنَّمَا لَا يَعْمَلُ ضَرُورَةَ الْحَاجَةِ إِلَى آدَاءِ السَّجْدَةِ، وَلَا ضَرُورَةَ إِذَا لَمْ يَعُدَّ فَيَعْمَلُ عَمَلَهُ لَتَحَقُّقِ الْمُقْتَضِيِّ وَزَوَالِ الْمَانِعِ وَهَذَا يَجْرُ إِلَى تَخْلِيصِ الْعِلَّةِ كَمَا تَرَى وَالْمُخْلَصُ مَعْلُومٌ. لَا يُقَالُ: إِذَا كَانَ بَقَاءُ التَّحْرِيمَةِ ضَرُورَةَ آدَاءِ السَّجْدَةِ يَنْبَغِي أَلَّا يَتَعَدَّى إِلَى جَوَازِ الْاِقْتِدَاءِ؛ لِأَنَّهُ تَشْكِيكٌ فِي الْمُجْمَعِ عَلَيْهِ فَلَا يَكُونُ مَسْمُوعًا، وَإِذَا عُرِفَ هَذَا الْأَصْلُ تَجَرَّى عَلَيْهِ الْفُرُوعُ، مِنْهَا مَسْأَلَةُ الْكِتَابِ فَإِنَّ عِنْدَ مُحَمَّدٍ الْاِقْتِدَاءَ صَحِيحٌ عَلَى سَبِيلِ الْبَيِّنَاتِ، وَعِنْدَهُمَا عَلَى سَبِيلِ

التَّوَقُّفِ.

وَمِنْهَا انْتِقَاضُ الطَّهَّارَةِ بِالْقَهْقَهَةِ عِنْدَهُ تَنْتَقِضُ لِبَقَاءِ التَّحْرِيمَةِ خِلَافًا لَهَا، وَمِنْهَا تَغْيِيرُ الْفَرْضِ بِنِيَّةِ الْإِقَامَةِ فِي هَذِهِ الْحَالَةِ عِنْدَهُ يَتَغَيَّرُ لَكُونِهَا فِي حُرْمَةِ الصَّلَاةِ كَمَا لَوْ نَوَى قَبْلَ السَّلَامِ، وَعِنْدَهُمَا لَا يَتَغَيَّرُ؛ لِأَنَّهَا لَمْ تُكُنْ فِي حُرْمَةِ الصَّلَاةِ.

فَإِنْ قِيلَ: إِذَا كَانَ الْخُرُوجُ مَوْقُوفًا كَانَ خَارِجًا مِنْ وَجْهِ دُونَ وَجْهِ وَذَلِكَ يَسْتَدْعِي أَنْ يَكُونَ حُكْمُ هَذِهِ الْمَسَائِلِ عِنْدَهُمَا كَحُكْمِهَا عِنْدَهُ اخْتِطَاطًا. أُجِيبَ بِأَنَّهُ لَيْسَ مَعْنَاهُ الْخُرُوجُ مِنْ وَجْهِ دُونَ وَجْهِ، بَلْ مَعْنَاهُ الْخُرُوجُ مِنْ كُلِّ وَجْهِ لَكِنْ بَعْرَضَةِ الْعَوْدِ كَمَا سَنَذْكُرُهُ.

وَ (مَنْ سَلَّمَ يُرِيدُ بِهِ قَطْعَ الصَّلَاةِ وَعَلَيْهِ سَهْوٌ فَعَلَيْهِ أَنْ يَسْجُدَ لِلسَّهْوِ) لِأَنَّ هَذَا السَّلَامَ غَيْرُ قَاطِعٍ وَبَيَّنَّاهُ تَغْيِيرُ الْمَشْرُوعِ فَلَمَّغَتْ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَمَنْ سَلَّمَ يُرِيدُ بِهِ قَطْعَ الصَّلَاةِ) يَعْنِي فِي عَزْمِهِ أَلَّا يَسْجُدَ لِلسَّهْوِ (فَعَلَيْهِ أَنْ يَسْجُدَ لِلسَّهْوِ) فِي مَجْلِسِهِ قَبْلَ أَنْ يَقُومَ أَوْ يَتَكَلَّمَ وَفِي رِوَايَةٍ قَبْلَ أَنْ يَتَكَلَّمَ أَوْ يَخْرُجَ مِنَ الْمَسْجِدِ، وَهَذِهِ تُفِيدُ أَنَّ الْإِنْحِرَافَ عَنِ الْقِبْلَةِ فِي الْمَسْجِدِ غَيْرُ مَانِعٍ عَنِ السُّجُودِ. وَقَوْلُهُ: (لِأَنَّ هَذَا السَّلَامَ) أَيُّ سَلَامٍ مَنْ عَلَيْهِ سَجْدَةُ السَّهْوِ (غَيْرُ قَاطِعٍ) أَيُّ بِالْإِتِّفَاقِ، أَمَّا عِنْدَ مُحَمَّدٍ فَلَائِهِ لَمْ يُشْرَعْ مُحَلَّلًا، وَأَمَّا عِنْدَهُمَا فَلَائِهِ إِنْ كَانَ مُحَلَّلًا فَهُوَ مُحَلَّلٌ عَلَى سَبِيلِ التَّوَقُّفِ لَا عَلَى سَبِيلِ الْبَتَاتِ، وَكُلُّ مَا لَمْ يُشْرَعْ قَاطِعًا لَا يَقْطَعُ الصَّلَاةَ، فَذَلِكَ عَلَى أَنَّ الْقَطْعَ لَا يَحْصُلُ بِالسَّلَامِ فَبَقِيَتْ نِيَّتُهُ، وَهِيَ لَا تَصْلُحُ لِلْقَطْعِ أَيْضًا؛ لِأَنَّهُ لَمَّا بَيَّنَّ أَنْ السَّلَامَ غَيْرُ قَاطِعٍ شَرَعًا فَجَعَلَهُ قَاطِعًا بِالنِّيَّةِ تَغْيِيرُ الْمَشْرُوعِ وَهُوَ لَا يَتَغَيَّرُ بِالْقَصْدِ وَالْعَزَائِمِ.

وَاعْتَرِضَ بِوَجْهَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّ السَّلَامَ وَحْدَهُ مُخْرِجٌ عَنْ حُرْمَةِ الصَّلَاةِ عِنْدَهُمَا فَكَيْفَ لَا يَكُونُ مُخْرِجًا مَعَ نِيَّةِ الْقَطْعِ، وَهَلْ هَذَا إِلَّا تَنَاقُضٌ، فَإِنَّ غَايَةَ مَا فِي الْبَابِ أَلَّا تَكُونَ النِّيَّةُ مُعْتَبَرَةً، وَأَمَّا السَّلَامُ وَحْدَهُ فَمَوْجُودٌ فَكَاثَمُهُمَا قَالَا السَّلَامُ مُخْرِجُ السَّلَامِ غَيْرُ مُخْرِجٍ.

وَالثَّانِي: أَنَّ نِيَّةَ الْإِشْرَافِ تُغَيِّرُ أَفْضَلَ الْمَشْرُوعَاتِ، وَمَعَ ذَلِكَ إِذَا نَوَاهُ غَيْرَ الْإِيمَانِ

فِي الْحَالِ. وَالْجَوَابُ عَنْ الْأَوَّلِ أَنَّ سَلَامَ مَنْ عَلَيْهِ السَّهْوُ مُخْرِجٌ عَنْ إِحْرَامِ الصَّلَاةِ لَكِنْ عَلَى عَرَضِيَّةِ الْعَوْدِ إِلَيْهِ بِالسُّجُودِ مِنْ غَيْرِ تَفْرِيقٍ بَيْنَ أَنْ يَتَوَيَّ الْعَوْدَ أَوْ يَتَوَيَّ عَدَمَ الْعَوْدِ أَوْ لَمْ يَتَوَيَّ شَيْئًا فَإِنَّهُ لَا مُعْتَبَرَ لِنِيَّتِهِ.

وَالْمَسْأَلَةُ الْأُولَى كَانَتْ لِبَيَانِ الْإِطْلَاقِ وَهَذِهِ لِبَيَانِ التَّقْيِيدِ وَلَا تَنَاقُضَ فِي ذَلِكَ. وَعَنْ الثَّانِي بَأَنَّ كَلَامَنَا أَنَّ الشَّرْعَ جَعَلَ سَلَامَ السَّاهِي غَيْرَ قَاطِعٍ وَهُوَ يُرِيدُ أَنْ يَجْعَلَهُ قَاطِعًا بِقَصْدِهِ وَعَزِيمَتِهِ. وَلَيْسَ لَهُ ذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ تَغْيِيرٌ لِلْمَشْرُوعِ، وَلَيْسَ مِنْ قَصْدٍ مَنْ يَتَوَيَّ الْأَشْرَاطَ أَنْ يَجْعَلَ الْإِيمَانَ الْمَشْرُوعَ غَيْرَ مَشْرُوعٍ بِقَصْدِهِ وَعَزِيمَتِهِ فَلَيْسَ مِمَّا نَحْنُ فِيهِ فَتَأَمَّلْهُ يُعْنِكَ عَمَّا طَوَّلَ فِي الْكُتُبِ.

(وَمَنْ شَكَّ فِي صَلَاتِهِ فَلَمْ يَدْرِ أَثَلَاثًا صَلَّى أَمْ أَرْبَعًا وَذَلِكَ أَوَّلُ مَا عَرَضَ لَهُ اسْتَأْنَفَ) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «إِذَا شَكَّ أَحَدُكُمْ فِي صَلَاتِهِ أَنَّهُ كَمْ صَلَّى فَلْيَسْتَقْبِلِ الصَّلَاةَ» (وَأِنْ كَانَ يَعْزِضُ لَهُ كَثِيرًا بَنَى عَلَى أَكْبَرِ رَأْيِهِ) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «مَنْ شَكَّ فِي صَلَاتِهِ فَلْيَتَحَرَّ الصُّوَابَ» (وَأِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ رَأْيٌ بَنَى عَلَى الْبَاقِينَ) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «مَنْ شَكَّ فِي صَلَاتِهِ فَلَمْ يَدْرِ أَثَلَاثًا صَلَّى أَمْ أَرْبَعًا بَنَى عَلَى الْأَقْلَ» وَالْإِسْتِقْبَالَ بِالسَّلَامِ أَوَّلَى، لِأَنَّهُ عُرِفَ مُحَلَّلًا دُونَ الْكَلَامِ، وَمُجَرَّدُ النِّيَّةِ يُلْغَوُ، وَعِنْدَ الْبِنَاءِ عَلَى الْأَقْلَ يَقَعْدُ فِي كُلِّ مَوْضِعٍ يَتَوَهَّمُ آخِرَ صَلَاتِهِ كَيْ لَا يَصِيرَ تَارِكًا فَرَضَ الْقِعْدَةِ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ شَكَّ فِي صَلَاتِهِ) وَمَنْ شَكَّ فِي كَمِّيَّةِ مَا صَلَّى فَلَا يَخْلُو إمَّا أَنْ يَكُونَ أَوَّلُ مَا عَرَضَ الشَّكُّ لَهُ أَوْ لَا، فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ اسْتَأْنَفَ الصَّلَاةَ. وَاخْتَلَفُوا فِي مَعْنَى قَوْلِهِ أَوَّلُ مَا عَرَضَ لَهُ، قَالَ صَاحِبُ الْأَجْنَاسِ مَعْنَاهُ أَوَّلُ مَا سَهَا فِي عُمُرِهِ، وَقَالَ شَمْسُ الْأُيُمَةِ السَّرْحَسِيُّ مَعْنَاهُ: أَنَّ السَّهْوَ لَيْسَ بِعَادَةٍ لَهُ لَا أَنَّهُ لَمْ يَسْهُ قَطُّ، وَقَالَ فَخْرُ الْإِسْلَامِ: يَعْنِي فِي هَذِهِ الصَّلَاةِ وَهَمًا قَرِيبًا. وَإِنْ كَانَ الثَّانِي، وَهُوَ أَنْ يَعْزِضَ لَهُ الشَّكُّ كَثِيرًا فَلَا يَخْلُو إمَّا أَنْ يَكُونَ لَهُ رَأْيٌ أَوْ لَا. فَإِنْ كَانَ بَنَى عَلَيْهِ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ بَنَى عَلَى الْأَقْلَ وَهَذَا؛ لِأَنَّهُ رُوِيَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ قَالَ: «إِذَا شَكَّ أَحَدُكُمْ فِي صَلَاتِهِ أَنَّهُ كَمْ صَلَّى فَلْيَسْتَقْبِلِ الصَّلَاةَ».

وَرَوَى أَنَّهُ ﷺ قَالَ: «مَنْ شَكَّ فِي صَلَاتِهِ فَلْيَتَحَرَّ الصَّوَابَ» وَرَوَى أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ قَالَ: «مَنْ شَكَّ فِي صَلَاتِهِ فَلَمْ يَذَرْ أَثْلًا صَلَّى أَمْ أَرْبَعًا بَنَى عَلَى الْأَقْلَ».

وَمَعْلُومٌ أَنَّ التَّوْفِيقَ لَا بُدَّ مِنْهُ بَيْنَ الْأَدِلَّةِ مَهْمَا أُمِكنَ، وَقَدْ أُمِكنَ بِحَمْلِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهَا عَلَى صُورَةٍ مِنَ الصُّوَرِ الْمَذْكُورَةِ فَيُحْمَلُ الْحَدِيثُ الْأَوَّلُ عَلَى الصُّورَةِ الْأُولَى؛ لِأَنَّ فِيهِ الْأَمْرَ بِالِاسْتِقْبَالِ وَذَلِكَ يُنَاسِبُ الصُّورَةَ الْأُولَى لِعَدَمِ التَّكَرُّارِ الْمُفْضِي إِلَى الْحَرَجِ بِتَرْكِ الْاسْتِقْبَالِ، وَيُحْمَلُ الثَّانِي عَلَى الثَّانِيَةِ؛ لِأَنَّ فِيهِ الْأَمْرَ بِالتَّحَرِّيِ الَّذِي هُوَ طَلَبُ الْأُخْرَى، وَالْأُخْرَى هُوَ مَا يَكُونُ أَكْثَرُ رَأْيِهِ عَلَيْهِ، وَتَعَيَّنَ الثَّالِثُ لِلثَّانِيَةِ يَقْتَضِي الشَّكَّ وَالْأَمْرَ بِالْبِنَاءِ عَلَى الْأَقْلَ.

وَقَوْلُهُ: (وَالِاسْتِقْبَالُ بِالسَّلَامِ أَوَّلِي) يَتَعَلَّقُ بِأَوَّلِي الصُّورِ: يَعْنِي إِذَا اسْتَأْنَفَ وَالِاسْتِئْثَافُ بِالسَّلَامِ أَوَّلِي لَا بِالْكَلَامِ أَوْ بِمُجَرَّدِ النَّيَّةِ (لَاكُنَّ) أَيْ السَّلَامَ (عُرِفَ مُحَلَّلًا دُونَ الْكَلَامِ وَمُجَرَّدُ النَّيَّةِ لَعُو) مَا لَمْ يَتَّصِلْ بِالْعَمَلِ الْقَاطِعِ. وَقَوْلُهُ: (وَعِنْدَ الْبِنَاءِ عَلَى الْأَقْلَ) يَتَعَلَّقُ بِأُخْرَاهَا، وَيَبَيِّنُ ذَلِكَ أَنَّ الشَّكَّ إِذَا وَقَعَ فِي ذَوَاتِ الْأَرْبَعِ أَنَّهَا الْأُولَى أَوْ الثَّانِيَةَ عَمِلَ بِالتَّحَرِّيِ، فَإِنْ لَمْ يَقَعْ تَحَرِّيهِ عَلَى شَيْءٍ بَنَى عَلَى الْأَقْلَ فَيَجْعَلُهَا أَوَّلِي ثُمَّ يَقْعُدُ لِحَوَازِ أَنَّهَا ثَانِيَّتُهَا، وَالْقَعْدَةُ فِيهَا وَاجِبَةٌ، ثُمَّ يَقُومُ وَيُصَلِّي رَكْعَةً أُخْرَى وَيَقْعُدُ؛ لِأَنَّا جَعَلْنَاهَا فِي الْحُكْمِ ثَانِيَةً، ثُمَّ يَقُومُ وَيُصَلِّي رَكْعَةً أُخْرَى وَيَقْعُدُ لِحَوَازِ أَنَّهَا رَابِعَتُهَا، ثُمَّ يَقُومُ وَيُصَلِّي رَكْعَةً أُخْرَى وَيَقْعُدُ؛ لِأَنَّا جَعَلْنَاهَا رَابِعَتُهَا فِي الْحُكْمِ وَالْقَعْدَةُ فِيهَا فَرَضٌ، وَذَوَاتُ الثَّلَاثِ عَلَى هَذَا الْقِيَاسِ، وَإِنْ وَقَعَ الشَّكُّ بَعْدَ الْفَرَاحِ مِنَ التَّشَهُّدِ أَوْ بَعْدَ السَّلَامِ حُمِلَ عَلَى أَنَّهُ أُنِّمَ الصَّلَاةَ حَمَلًا لِأَمْرِهِ عَلَى الصَّلَاحِ وَهُوَ الْخُرُوجُ مِنْهَا عَلَى وَجْهِ التَّمَامِ.

بَابُ صَلَاةِ الْمَرِيضِ

(إِذَا عَجَزَ الْمَرِيضُ عَنِ الْقِيَامِ صَلَّى قَاعِدًا يَرْكُعُ وَيَسْجُدُ) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لِعِمْرَانَ بْنِ حُصَيْنٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «صَلِّ قَائِمًا، فَإِنْ لَمْ تَسْتَطِعْ فَقَاعِدًا، فَإِنْ لَمْ تَسْتَطِعْ فَعَلَى الْجَنْبِ ثُومِيْ^(١) إِمَاءً»؛ وَلِأَنَّ الطَّاعَةَ بِحَسَبِ الطَّاقَةِ.

(١) رواه البخاري في تقصير الصلاة باب ١٩، والترمذي في الصلاة باب ١٥٧. وانظر نصب

الشرح:

(بَابُ صَلَاةِ الْمَرِيضِ) ذَكَرَ صَلَاةَ الْمَرِيضِ عَقِبَ سُجُودِ السَّهْوِ لِأَنَّهُمَا مِنْ الْعَوَارِضِ السَّمَائِيَّةِ، وَالْأَوَّلُ أَعْمُ مَوْقِعًا لِأَنَّهُ يَتَنَاوَلُ صَلَاةَ الْمَرِيضِ وَالصَّحِيحِ فَكَأَنَّتِ الْحَاجَةُ إِلَى بَيَانِهِ أَمَسَّ فَقَدَّمَهُ (إِذَا عَجَزَ الْمَرِيضُ) بِأَنْ يُلْحَقَهُ بِالْقِيَامِ ضَرَرٌ صَلَّى قَاعِدًا يَرْكُعُ وَيَسْجُدُ لِقَوْلِهِ ﷺ لِعِمْرَانَ بْنِ حُصَيْنٍ «صَلِّ قَائِمًا، فَإِنْ لَمْ تَسْتَطِعْ فَقَاعِدًا، فَإِنْ لَمْ تَسْتَطِعْ فَعَلَى الْجَنْبِ ثُمِّيْ إِيْمَاءً» وَإِذَا كَانَ قَادِرًا عَلَى بَعْضِ الْقِيَامِ وَلَوْ قَدَّرَ آيَةً أَوْ تَكْبِيرَةً دُونَ تَمَامِهِ.

قَالَ أَبُو جَعْفَرٍ الْهَنْدَوَانِيُّ: يُؤَمَّرُ بِأَنْ يَقُومَ مِقْدَارَ مَا يَقْدِرُ، فَإِذَا عَجَزَ قَعَدَ، وَإِنْ لَمْ يَفْعَلْ خَشِيتُ أَنْ تَفْسُدَ صَلَاتُهُ هَذَا هُوَ الْمَذْهَبُ، وَلَا يُرْوَى عَنْ أَصْحَابِنَا خِلَافُهُ لِأَنَّ الطَّاعَةَ بِحَسَبِ الطَّاقَةِ، وَإِنْ قَدَّرَ عَلَى الْقِيَامِ مُتَكِنًا، قَالَ شَمْسُ الْأُيُمَةِ الْحَلَوَانِيُّ: الصَّحِيحُ أَنَّهُ يُصَلِّي قَائِمًا مُتَكِنًا، وَلَا يُجْزِيهِ غَيْرُ ذَلِكَ، وَكَذَلِكَ إِذَا قَدَّرَ أَنْ يَعْتَمِدَ عَلَى عَصَا أَوْ كَانَ لَهُ خَادِمٌ لَوْ أَتَكَأَ عَلَيْهِ قَدَّرَ عَلَى الْقِيَامِ.

قَالَ (فَإِنْ لَمْ يَسْتَطِعِ الرُّكُوعَ وَالسُّجُودَ أَوْمًا إِيْمَاءً) يَعْنِي قَاعِدًا؛ لِأَنَّهُ وَسِعَ مِثْلُهُ (وَجَعَلَ سُجُودَهُ أَخْفَضَ مِنْ رُكُوعِهِ)؛ لِأَنَّهُ قَائِمٌ مَقَامَهُمَا فَأَخَذَ حُكْمَهُمَا (وَلَا يَرْفَعُ إِلَى وَجْهِهِ شَيْئًا يَسْجُدُ عَلَيْهِ) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «إِنْ قَدَّرْتَ أَنْ تَسْجُدَ عَلَى الْأَرْضِ فَاسْجُدْ وَإِلَّا فَأَوْمِ بِرَأْسِكَ»^(١) فَإِنْ فَعَلَ ذَلِكَ وَهُوَ يَخْفِضُ رَأْسَهُ أَجْزَأُهُ؛ لَوْجُودِ الْإِيْمَاءِ، فَإِنْ وَضَعَ ذَلِكَ عَلَى جَبْهَتِهِ لَا يُجْزِيهِ لِأَنَّهُ لَمْ يَلْعَنِهِ.

الشرح:

(فَإِنْ لَمْ يَسْتَطِعِ الرُّكُوعَ وَالسُّجُودَ أَوْمًا إِيْمَاءً) يَعْنِي قَاعِدًا لِأَنَّهُ وَسِعَ مِثْلُهُ (وَجَعَلَ سُجُودَهُ أَخْفَضَ مِنْ رُكُوعِهِ لِأَنَّهُ) أَيُّ الْإِيْمَاءِ (قَائِمٌ مَقَامَ الرُّكُوعِ وَالسُّجُودِ) فَأَخَذَ حُكْمَهُمَا (وَلَا يَرْفَعُ إِلَى وَجْهِهِ شَيْئًا يَسْجُدُ عَلَيْهِ) لِقَوْلِهِ ﷺ «إِنْ قَدَّرْتَ أَنْ تَسْجُدَ عَلَى الْأَرْضِ فَاسْجُدْ، وَإِلَّا فَأَوْمِ بِرَأْسِكَ» فَإِنْ فَعَلَ ذَلِكَ فِيمَا أَنْ يَخْفِضَ رَأْسَهُ لِلرُّكُوعِ وَالسُّجُودِ أَوْ لَا، فَإِنْ خَفَضَ جَازَ لَوْجُودِ الْإِيْمَاءِ، وَإِلَّا فَلَا لِعَدَمِهِ.

(فَإِنْ لَمْ يَسْتَطِعِ الْقُعُودَ اسْتَلْقَى عَلَى ظَهْرِهِ وَجَعَلَ رِجْلَيْهِ إِلَى الْقِبْلَةِ وَأَوْمًا

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٣٦٦٩). وانظر نصب الراية (١٧٨/٢).

بِالرُّكُوعِ وَالسُّجُودِ) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «يُصَلِّي الْمَرِيضُ قَائِمًا فَإِنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فَقَاعِدًا فَإِنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فَعَلَى قَفَاهُ يَوْمِيَّ إِيْمَاءً، فَإِنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فَاللَّهُ تَعَالَى أَحَقُّ بِقَبُولِ الْعُذْرِ مِنْهُ»^(١) قَالَ (وَأِنْ اسْتَلْقَى عَلَى جَنْبِهِ وَوَجَّهَهُ إِلَى الْقِبْلَةِ فَأَوْمَأَ جَارًا) لَمَّا رَوَيْنَا مِنْ قَبْلُ إِلَّا أَنَّ الْأُولَى هِيَ الْأُولَى عِنْدَنَا خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ؛ لِأَنَّ إِشَارَةَ الْمُسْتَلْقِي تَقَعُ إِلَى هَوَاءِ الْكَعْبَةِ، وَإِشَارَةُ الْمُضْطَجِعِ عَلَى جَنْبِهِ إِلَى جَانِبِ قَدَمَيْهِ، وَبِهِ تَتَأَدَّى الصَّلَاةُ.

الشرح:

(فَإِنْ لَمْ يَسْتَطِعِ الْقُعُودَ اسْتَلْقَى عَلَى ظَهْرِهِ وَجَعَلَ وَسَادَةً تَحْتَ رَأْسِهِ) حَتَّى يَكُونَ شَبَهَ الْقَاعِدِ لِيَتِمَّ كُنْ مِنْ الْإِيْمَاءِ وَالرُّكُوعِ وَالسُّجُودِ إِذْ حَقِيقَةُ الاسْتِلْقَاءِ يَمْنَعُ الْأَصِحَّاءَ عَنِ الْإِيْمَاءِ. فَكَيْفَ بِالْمَرَضِيِّ لِقَوْلِهِ ﷺ «يُصَلِّي الْمَرِيضُ» الْحَدِيثَ. وَاخْتَلَفَ فِي مَعْنَى قَوْلِهِ ﷺ «فَاللَّهُ تَعَالَى أَحَقُّ بِقَبُولِ الْعُذْرِ مِنْهُ» فَمَنْ لَمْ يَقْلُ بِسُقُوطِ الْقَضَاءِ عَنْهُ عِنْدَ عَدَمِ الْقُدْرَةِ عَلَى الْإِيْمَاءِ قَالَ أَحَقُّ بِقَبُولِ عُذْرِ التَّأَخِيرِ دُونَ الْإِسْقَاطِ، وَمَنْ قَالَ بِسُقُوطِهِ عِنْدَ ذَلِكَ قَالَ أَحَقُّ بِقَبُولِ عُذْرِ الْإِسْقَاطِ وَهُوَ الْأَصَحُّ.

وَقَوْلُهُ (لَمَّا رَوَيْنَا مِنْ قَبْلُ) أَيُّ مِنْ حَدِيثِ عِمْرَانَ بْنِ الْحَصِينِ (إِلَّا أَنَّ الْأُولَى) أَيُّ الرُّوَايَةِ الْأُولَى أَوْ الْهَيْئَةِ أَوْ الْفِعْلَةِ الْأُولَى (هِيَ الْأُولَى عِنْدَنَا) لِأَنَّهُ لَمَّا تَعَارَضَ حَدِيثُ عِمْرَانَ بْنِ الْحَصِينِ وَحَدِيثُ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ وَالْحَالَةُ حَالَةُ عُذْرِ جَارِ الْعَمَلِ بِكُلِّ مِنْهُمَا، إِلَّا أَنَّ مَا ذَكَرْنَا أُولَى (لِأَنَّ) الْمَقْعُولَ مَعْنًا، فَإِنَّ (إِشَارَةَ الْمُسْتَلْقِي تَقَعُ إِلَى هَوَاءِ الْكَعْبَةِ، وَإِشَارَةُ الْمُضْطَجِعِ عَلَى جَنْبِهِ إِلَى جَانِبِ قَدَمَيْهِ وَبِهِ) أَيُّ بِوُقُوعِ الْإِشَارَةِ إِلَى هَوَاءِ الْكَعْبَةِ (تَتَأَدَّى الصَّلَاةُ).

(فَإِنْ لَمْ يَسْتَطِعِ الْإِيْمَاءُ بِرَأْسِهِ أَخْرَتِ الصَّلَاةُ عَنْهُ، وَلَا يَوْمِيَّ بِعَيْنِهِ وَلَا بِقَلْبِهِ وَلَا بِحَاجِبِيهِ) خِلَافًا لِمَا رَوَيْنَا مِنْ قَبْلُ، وَلِأَنَّ نَصْبَ الْإِبْدَالِ بِالرَّأْيِ مُمْتَنِعٌ، وَلَا قِيَاسَ عَلَى الرَّأْسِ؛ لِأَنَّهُ يَتَأَدَّى بِهِ رُكْنُ الصَّلَاةِ دُونَ الْعَيْنِ وَآخَتِيهَا. وَقَوْلُهُ أَخْرَتِ عَنْهُ إِشَارَةُ إِلَى أَنَّهُ لَا تَسْقُطُ عَنْهُ الصَّلَاةُ وَإِنْ كَانَ الْعَجْزُ أَكْثَرَ مِنْ يَوْمٍ وَلَيْلَةٍ إِذَا كَانَ مُفِيضًا هُوَ الصَّحِيحُ؛ لِأَنَّهُ يُفْهِمُ مَضْمُونَ الْخِطَابِ بِخِلَافِ الْمَغْمَى عَلَيْهِ.

(١) قال الزيلعي في نصب الراية (١٧٩/٢): غريب، وأخرجه الدارقطني (٤٢/٢، ٤٣).

الشرح:

فَإِنْ عَجَزَ عَنِ الْإِيْمَاءِ بِرَأْسِهِ أُخِّرَتْ عَنْهُ وَقَوْلُهُ (لَمَّا رَوَيْنَا مِنْ قَبْلِ إِشَارَةٍ) إِلَى قَوْلِهِ ﷺ «إِنْ قَدَرْتَ أَنْ تَسْجُدَ عَلَى الْأَرْضِ فَاسْجُدْ، وَإِلَّا فَأَوْمِ بِرَأْسِكَ» اقْتَصَرَ عَلَى الرَّأْسِ فِي مَوْضِعِ الْيَبَانِ، وَلَوْ جَازَ غَيْرُهُ لَبَيَّنَهُ. وَقَوْلُهُ (وَلَا قِيَاسَ عَلَى الرَّأْسِ) جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ لَيْسَ هَذَا مِنْ بَابِ نَصْبِ الْأَبْدَانِ بِالرَّأْيِ بَلْ بِالْقِيَاسِ عَلَى الرَّأْسِ. وَقَوْلُهُ (هُوَ الصَّحِيحُ) احْتِرَازٌ عَنْ قَوْلٍ مَنْ يَقُولُ الصَّحِيحُ أَنَّهُ تَسْقُطُ عَنْهُ الصَّلَاةُ إِذَا كَانَ الْعَجْزُ أَكْثَرَ مِنْ يَوْمٍ وَلَيْلَةٍ، وَهُوَ اخْتِيَارُ فَخْرِ الْإِسْلَامِ وَشَيْخِ الْإِسْلَامِ وَقَاضِي خَانَ وَغَيْرِهِمْ. قَالَ فِي فَتَاوَى قَاضِي خَانَ: وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ لِأَنَّ مُجَرَّدَ الْعَقْلِ لَا يَكْفِي لَتَوَجُّهِ الْخِطَابِ.

قَالَ (وَإِنْ قَدَرَ عَلَى الْقِيَامِ وَلَمْ يَقْدِرْ عَلَى الرُّكُوعِ وَالسُّجُودِ لَمْ يَلْزِمَهُ الْقِيَامُ وَيُصَلِّي قَاعِدًا يَوْمِيَّ إِيْمَاءً)؛ لِأَنَّ رُكْنِيَّةَ الْقِيَامِ لِلتَّوَسُّلِ بِهِ إِلَى السُّجُودِ لَمَّا فِيهَا مِنْ نِهَائِيَةِ التَّعْظِيمِ، فَإِذَا كَانَ لَا يَتَعَقَّبُهُ السُّجُودُ لَا يَكُونُ رُكْنًا فَيَتَخَيَّرُ، وَالْأَفْضَلُ هُوَ الْإِيْمَاءُ قَاعِدًا؛ لِأَنَّهُ أَشْبَهُ بِالسُّجُودِ.

الشرح:

قَالَ (وَإِنْ قَدَرَ عَلَى الْقِيَامِ وَلَمْ يَقْدِرْ عَلَى الرُّكُوعِ وَالسُّجُودِ) قَالَ زُفَرٌ وَالشَّافِعِيُّ: إِذَا قَدَرَ عَلَى الْقِيَامِ دُونَ الرُّكُوعِ وَالسُّجُودِ لَمْ يَسْقُطْ عَنْهُ الْقِيَامُ لِأَنَّ الْقِيَامَ رُكْنٌ فَلَا يَسْقُطُ بِالْعَجْزِ عَنْ إِدْرَاكِ رُكْنٍ آخَرَ. وَلَمَّا أَنَّ رُكْنِيَّةَ الْقِيَامِ لِلتَّوَسُّلِ بِهِ إِلَى السُّجُودِ فَإِنَّهُ بِدُونِهَا غَيْرُ مَشْرُوعٍ عِبَادَةً، بِخِلَافِ الْعَكْسِ فَإِذَا كَانَ لَا يَتَعَقَّبُهُ السُّجُودُ لَا يَكُونُ رُكْنًا فَيَتَخَيَّرُ (وَالْأَفْضَلُ هُوَ الْإِيْمَاءُ قَاعِدًا؛ لِأَنَّهُ أَشْبَهُ بِالسُّجُودِ) فَإِنَّ عِنْدَ الْإِيْمَاءِ قَاعِدًا يَصِيرُ رَأْسُهُ أَقْرَبَ إِلَى الْأَرْضِ مِنَ الْإِيْمَاءِ قَائِمًا. فَإِنْ قِيلَ: هَذَا تَغْلِيلٌ عَلَى مُخَالَفَةِ النَّصِّ لِأَنَّ حَدِيثَ عِمْرَانَ بْنِ الْحَصِينِ يَدُلُّ عَلَى أَنَّ الْمَصِيرَ إِلَى الْقُعُودِ إِنَّمَا هُوَ عِنْدَ الْعَجْزِ عَنْ الْقِيَامِ وَالْمَفْرُوضِ خِلَافُهُ. أُجِيبَ بِأَنَّهُ مَحْمُولٌ عَلَى مَا إِذَا كَانَ قَادِرًا عَلَى الرُّكُوعِ وَالسُّجُودِ حَالَةَ الْقِيَامِ بِدَلِيلِ أَنَّهُ ذَكَرَ الْإِيْمَاءَ فِي حَالِ مَا يُصَلِّي عَلَى الْجَنْبِ، فَدَلَّ عَلَى أَنَّ الْمُرَادَ بِحَالَةِ الْقِيَامِ الْقُدْرَةُ عَلَى الْأَرْكَانِ.

(وَإِنْ صَلَّى الصَّحِيحُ بَعْضَ صَلَاتِهِ قَائِمًا ثُمَّ حَدَثَ بِهِ مَرَضٌ يُتِمُّهَا قَاعِدًا يَرْكَعُ وَيَسْجُدُ أَوْ يَوْمِيٌّ إِنْ لَمْ يَقْدِرْ أَوْ مُسْتَلْقِيًا إِنْ لَمْ يَقْدِرْ)؛ لِأَنَّهُ بِنَاءُ الْأَدْنَى عَلَى الْأَعْلَى فَصَارَ

كَالِاقْتِدَاءِ.

الشرح:

قَوْلُهُ (وَإِنْ صَلَّى بَعْضَ صَلَاتِهِ قَائِمًا) ظَاهِرٌ.

(وَمَنْ صَلَّى قَاعِدًا يَرْكَعُ وَيَسْجُدُ لِمَرْضٍ ثُمَّ صَحَّ بَنَى عَلَى صَلَاتِهِ قَائِمًا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: اسْتَقْبَلْ) بِنَاءً عَلَى اخْتِلَافِهِمْ فِي الْاِقْتِدَاءِ وَقَدْ تَقَدَّمَ بَيَانُهُ (وَإِنْ صَلَّى بَعْضَ صَلَاتِهِ بِإِيْمَاءٍ ثُمَّ قَدَرَ عَلَى الرُّكُوعِ وَالسُّجُودِ اسْتَأْنَفَ عِنْدَهُمْ جَمِيعًا)؛ لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ اقْتِدَاءُ الرَّائِعِ بِالْمُومِي، فَكَذَا الْبِنَاءُ

الشرح:

وَقَوْلُهُ (بِنَاءً عَلَى اخْتِلَافِهِمْ فِي الْاِقْتِدَاءِ) يَعْنِي أَنَّ كُلَّ فَصْلٍ جُوزَ الْاِقْتِدَاءُ فِيهِ جُوزَ بِنَاءٍ آخِرِ الصَّلَاةِ عَلَى أَوَّلِهَا ههنا وَمَا لَا فَلَا. ثُمَّ عِنْدَ مُحَمَّدٍ: لَا يَقْتَدِي الْقَائِمُ بِالْقَاعِدِ فَكَذَا لَا يَنْبِي فِي حَقِّ نَفْسِهِ، وَعِنْدَهُمَا الْقَائِمُ يَقْتَدِي بِالْقَاعِدِ فَكَذَا يَنْبِي فِي حَقِّ نَفْسِهِ. وَتُوقُضَ بِمَا إِذَا افْتَتَحَ الصَّحِيحُ التَّطَوُّعَ قَاعِدًا وَأَدَّى بَعْضَ صَلَاتِهِ قَاعِدًا ثُمَّ بَدَأَ لَهُ أَنْ يَقُومَ فَقَامَ وَصَلَّى الْبَاقِيَ قَائِمًا أَجْزَأُهُ بِالْإِجْمَاعِ، وَهَذَا الْأَصْلُ الْمَذْكُورُ يَقْتَضِي أَنْ لَا يَجُوزَ عَلَى قَوْلِ مُحَمَّدٍ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ تَحْرِيمَةَ الْمَرِيضِ لَمْ تَنْعَقِدْ لِلْقِيَامِ لِعَدَمِ الْقُدْرَةِ عَلَيْهِ وَقَدْ تَشْرُوعُ فِي الصَّلَاةِ فَلَمْ يَنْبِ عَلَى مَا انْعَقَدَتْ لَهُ تَحْرِيمَتُهُ، وَأَمَّا تَحْرِيمَةُ الْمُتَطَوِّعِ فَقَدْ انْعَقَدَتْ لِلْقِيَامِ أَيْضًا لِقُدْرَتِهِ عَلَيْهِ عِنْدَهُ فَجَازَ بِنَاؤُهُ عَلَيْهِ لِكُونِهِمَا مُتَنَاوِلِي تَحْرِيمَتِهِ وَقَوْلُهُ (اسْتَأْنَفَ عِنْدَهُمْ جَمِيعًا) يَعْنِي الْعُلَمَاءَ الثَّلَاثَةَ فَإِنْ لَزُرَ فِيهِ خِلَافًا عَلَى مَا مَرَّ مِنْ أَصْلِهِ جَوَازُ اقْتِدَاءِ الرَّائِعِ بِالْمُومِي.

(وَمَنْ افْتَتَحَ التَّطَوُّعَ قَائِمًا ثُمَّ أَعْيَا لَا بَأْسَ بِأَنْ يَتَوَكَّأَ عَلَى عَصَا أَوْ حَائِطٍ أَوْ يَقْعُدَ)؛ لِأَنَّ هَذَا عُدْرٌ، وَإِنْ كَانَ الْاِتِّكَاءُ بِغَيْرِ عُدْرٍ يُكْرَهُ؛ لِأَنَّهُ إِسَاءَةٌ فِي الْأَدَبِ. وَقِيلَ لَا يُكْرَهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ؛ لِأَنَّهُ لَوْ قَعَدَ عِنْدَهُ بِغَيْرِ عُدْرٍ يَجُوزُ، فَكَذَا لَا يُكْرَهُ الْاِتِّكَاءُ. وَعِنْدَهُمَا يُكْرَهُ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ الْقُعُودُ عِنْدَهُمَا فَيُكْرَهُ الْاِتِّكَاءُ (وَإِنْ قَعَدَ بِغَيْرِ عُدْرٍ يُكْرَهُ بِالِاتِّفَاقِ) وَتَجُوزُ الصَّلَاةُ عِنْدَهُ وَلَا تَجُوزُ عِنْدَهُمَا، وَقَدْ مَرَّ فِي بَابِ النُّوَافِلِ

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ افْتَتَحَ التَّطَوُّعَ قَائِمًا ثُمَّ أَعْيَا) أَيِ تَعَبَ (لَا بَأْسَ بِأَنْ يَتَوَكَّأَ) أَيِ

يَتَكَيَّ: يَعْنِي أَنْ مَنْ شَرَعَ فِي النَّفْلِ ثُمَّ اِتَّكَأَ فَلَا يَخْلُو إِذَا أَنْ يَكُونَ بِعُذْرٍ أَوْ بغيرِهِ، فَإِنْ كَانَ بِعُذْرٍ كَالِإِعْيَاءِ لَا بَأْسَ بِهِ (وَإِنْ كَانَ بِغَيْرِ عُذْرٍ) فَقَدْ اخْتَلَفَ الْمَشَايخُ فِيهِ، فَقِيلَ (يُكْرَهُ لِأَنَّهُ إِسَاءَةٌ فِي الْأَدَبِ) أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَمْ يُخَيَّرِ الْمُتَطَوِّعُ فِي الْإِبْتِدَاءِ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْقِيَامِ كَمَا خَيَّرَ بَيْنَ الْقِيَامِ وَالْقُعُودِ (وَقِيلَ لَا يُكْرَهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ لِأَنَّهُ لَوْ قَعَدَ جَازَ عِنْدَهُ) وَيُكْرَهُ مَعَ كَوْنِ الْقُعُودِ مُتَأَفِّيًا لِلْقِيَامِ، فَالِاتِّكَاءُ الَّذِي لَا يُتَأَفِّيه يَجُوزُ وَلَا يُكْرَهُ (وَيُكْرَهُ عِنْدَهُمَا لِأَنَّ الْقُعُودَ لَا يَجُوزُ عِنْدَهُمَا) فَيَكُونُ الْإِتِّكَاءُ الَّذِي هُوَ فَوْقَهُ جَائِزًا مَكْرُوهًا. وَقَوْلُهُ (وَإِنْ قَعَدَ) بَعْدَمَا افْتَتَحَ قَائِمًا (بِغَيْرِ عُذْرٍ يُكْرَهُ بِالِاتِّفَاقِ، وَتَجُوزُ الصَّلَاةُ عِنْدَهُ، وَعِنْدَهُمَا لَا تَجُوزُ) وَفِي كَلَامِهِ تَسَامُحٌ؛ لِأَنَّ مَا لَا يَجُوزُ لَا يُوصَفُ بِالْكَرَاهَةِ وَقَدْ قَالَ يُكْرَهُ بِالِاتِّفَاقِ.

وَأَجَابَ الْإِمَامُ حَمِيدُ الدِّينِ الصَّرِيرُ بِأَنَّ الْمُرَادَ مِنْ هَذَا أَنَّهُ لَوْ صَلَّى رَكْعَةً قَائِمًا ثُمَّ قَعَدَ فِي الثَّانِيَةِ لَيَقْرَأَ لِإِعْيَائِهِ ثُمَّ قَامَ وَأَتَمَّ الثَّانِيَةَ قَائِمًا فَإِنَّ هَذِهِ الصَّلَاةَ جَائِزَةً مَعَ صِفَةِ الْكَرَاهَةِ، وَفِيهِ نَظَرٌ لِأَنَّ قُعُودَهُ إِذَا كَانَ لِإِعْيَائِهِ فَذَلِكَ قُعُودٌ بِعُذْرٍ، وَالْكَلَامُ لَيْسَ فِيهِ بَلَّ يَجِبُ أَنْ لَا يَكُونَ مَكْرُوهًا، وَكَذَا إِنْ تَرَكَ ذِكْرَ الْإِعْيَاءِ، وَالْمَسْأَلَةُ بِحَالِهَا كَمَا قَالَ بَعْضُ الشَّارِحِينَ عَلَى تَقْدِيرِ أَنْ يَثْبُتَ بِالنَّفْلِ أَنَّ ذَلِكَ مَكْرُوهٌ بِالِاتِّفَاقِ، لَا يَجُوزُ بِإِطْلَاقِهِ عَلَى مَا لَا يَجُوزُ فَهُوَ أَوَّلُ الْمَسْأَلَةِ. وَكَذَلِكَ قَوْلُهُ بِالِاتِّفَاقِ يُخَالِفُ قَوْلَهُ قُبِيلَ هَذَا لَوْ قَعَدَ يَجُوزُ عِنْدَهُ مِنْ غَيْرِ عُذْرٍ كَرَاهَةً، وَكَذَا يُخَالِفُ إِطْلَاقَ مَا ذُكِرَ فِي بَابِ التَّوَافُلِ، وَيَجُوزُ أَنْ يُقَالَ ذُكِرَ فِي مَبْسُوطٍ فَخَرِ الْإِسْلَامَ وَجَامِعِ أَبِي الْمُعِينِ أَنَّهُ لَوْ قَعَدَ فِي النَّفْلِ لَا يُكْرَهُ عِنْدَهُ فِي الصَّحِيحِ؛ لِأَنَّ الْإِبْتِدَاءَ عَلَى هَذَا الْوَجْهِ مَشْرُوعٌ بِلا كَرَاهَةٍ، فَالْبَقَاءُ أَوَّلَى لِأَنَّ حُكْمَ الْبَقَاءِ أَسْهَلُ مِنْ حُكْمِ الْإِبْتِدَاءِ. فَقَوْلُهُ فِي الصَّحِيحِ يَذُلُّ عَلَى أَنْ تَمَّةٌ غَيْرُ صَحِيحٍ، فَالْإِطْلَاقُ ههنا وَفِي بَابِ التَّوَافُلِ يَكُونُ عَلَى الصَّحِيحِ. وَقَوْلُهُ وَيُكْرَهُ بِالِاتِّفَاقِ عَلَى غَيْرِ الصَّحِيحِ، وَلَعَلَّ قَوْلَهُ بِالِاتِّفَاقِ وَقَعَ سَهْوًا مِنَ الْكَاتِبِ.

(وَمَنْ صَلَّى فِي السَّفِينَةِ قَاعِدًا مِنْ غَيْرِ عِلَّةٍ أَجَزَّاهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَالْقِيَامُ أَفْضَلُ. وَقَالَا: لَا يُجْزِئُهُ إِلَّا مِنْ عُذْرٍ؛ لِأَنَّ الْقِيَامَ مَقْدُورٌ عَلَيْهِ فَلَا يُتْرَكُ إِلَّا لِعِلَّةٍ. وَلَهُ أَنْ الْغَالِبَ فِيهَا دَوْرَانُ الرَّأْسِ وَهُوَ كَالْمُتَحَقِّقِ، إِلَّا أَنَّ الْقِيَامَ أَفْضَلُ؛ لِأَنَّهُ أَبْعَدُ عَنْ شُبْهَةِ الْخِلَافِ، وَالْخُرُوجُ أَفْضَلُ إِنْ أَمَكْنَهُ؛ لِأَنَّهُ أَسْكَنُ لِقَلْبِهِ، وَالْخِلَافُ فِي غَيْرِ الْمَرْبُوطَةِ

وَالْمَرْبُوطَةُ كَالشَّطِّ هُوَ الصَّحِيحُ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ صَلَّى فِي السَّفِينَةِ قَاعِدًا) الْمُصَلِّي فِي السَّفِينَةِ إِمَّا أَنْ يَكُونَ عَاجِزًا عَنْ الْقِيَامِ أَوْ لَا، فَإِنْ كَانَ عَاجِزًا جَازَ أَنْ يُصَلِّيَ قَاعِدًا بِالِاتِّفَاقِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ: فَإِمَّا أَنْ تَكُونَ السَّفِينَةُ رَأْسِيَّةً أَوْ سَائِرَةً، فَإِنْ كَانَتْ رَأْسِيَّةً لَمْ تَجُزِ الصَّلَاةُ قَاعِدًا بِالِاتِّفَاقِ، وَإِنْ كَانَتْ سَائِرَةً جَازَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ (وَالْقِيَامُ أَفْضَلُ، وَقَالَا: لَا يَجُوزُ) وَهُوَ الْقِيَاسُ (لَأَنَّ الْقِيَامَ مَقْدُورٌ عَلَيْهِ) وَالْمَقْدُورُ عَلَيْهِ لَا يُتْرَكُ (وَلَهُ) وَهُوَ وَجْهُ الاسْتِحْسَانِ (أَنَّ الْغَالِبَ مِنْ حَالِ رَاكِبِ السَّفِينَةِ) (دَوْرَانُ الرَّأْسِ) عِنْدَ الْقِيَامِ وَالْغَالِبُ كَالْمُتَحَقِّقِ. أَلَا تَرَى أَنَّ نَوْمَ الْمُضْطَجِعِ جُعِلَ حَدَثًا لِأَنَّ الْغَالِبَ مِنْ حَالِهِ أَنْ يَخْرُجَ مِنْهُ شَيْءٌ لَزَوَالِ الاسْتِمْسَاكِ (إِلَّا أَنْ الْقِيَامَ أَفْضَلُ لُبُعْدِهِ عَنْ شُبْهَةِ الْخِلَافِ) وَيَنْبَغِي أَنْ يَتَوَجَّهَ إِلَى الْقِبْلَةِ كَيْفَمَا دَارَتِ السَّفِينَةُ سَوَاءً كَانَتْ عِنْدَ الْإِفْتِتَاحِ أَوْ فِي خِلَالِ الصَّلَاةِ لِأَنَّ التَّوَجُّهَ فَرَضٌ عِنْدَ الْقُدْرَةِ. وَهَذَا قَادِرٌ وَالْخُرُوجُ أَفْضَلُ إِنْ أَمَكَّنَهُ لِأَنَّهُ أَسْكَنُ لِقَلْبِهِ، وَالْخِلَافُ فِي غَيْرِ الْمَرْبُوطَةِ عَلَى مَا بَيَّنَّا أَنفَاءً أَنَّهَا لَوْ كَانَتْ رَأْسِيَّةً لَمْ يُجْزِهِ الْقُعُودُ بِالِاتِّفَاقِ، وَهُوَ الْمُرَادُ بِقَوْلِهِ (وَالْمَرْبُوطَةُ كَالشَّطِّ) وَقَوْلُهُ (هُوَ الصَّحِيحُ) احْتِرَازٌ عَنْ قَوْلِ بَعْضِهِمْ فَإِنَّهُ أَيْضًا عَلَى الْخِلَافِ، وَالْمَوْثُوقَةُ بِاللَّنَجَرِ: أَيِ الْمِرْسَاةِ فِي لُجَّةِ الْبَحْرِ وَهِيَ تَضْطَرِبُ، قِيلَ يَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ، وَالْأَصَحُّ أَنَّ الرِّيحَ إِنْ كَانَتْ تُحَرِّكُهَا تُحَرِّكُهَا شَدِيدًا فَهِيَ كَالسَّائِرَةِ وَإِلَّا فَهِيَ كَالرَّاسِيَةِ.

(وَمَنْ أَعْمِيَ عَلَيْهِ خَمْسَ صَلَوَاتٍ أَوْ ذَوْنَهَا قَضَى، وَإِنْ كَانَ أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ لَمْ يَقْضِ) وَهَذَا اسْتِحْسَانٌ وَالْقِيَاسُ أَنْ لَا قَضَاءَ عَلَيْهِ إِذَا اسْتَوْعَبَ الْإِعْمَاءُ وَقَتَ صَلَاةٍ كَامِلًا لِتَحَقُّقِ الْعَجْزِ فَاشْبَهَ الْجُنُونُ. وَجْهُ الاسْتِحْسَانِ أَنَّ الْمُدَّةَ إِذَا طَالَتْ كَثُرَتِ الْفَوَائِتُ فَيَتَحَرَّجُ فِي الْأَدَاءِ، وَإِذَا قَصُرَتْ قَلَّتْ فَلَا حَرَجَ، وَالكَثِيرُ أَنْ تَزِيدَ عَلَى يَوْمٍ وَلَيْلَةٍ؛ لِأَنَّهُ يَدْخُلُ فِي حَدِّ التَّكْرَارِ، وَالْجُنُونُ كَالْإِعْمَاءِ: كَذَا ذَكَرَهُ أَبُو سُلَيْمَانَ رَحِمَهُ اللَّهُ، بِخِلَافِ النَّوْمِ؛ لِأَنَّ امْتِدَادَهُ نَادِرٌ فَيَلْحَقُ بِالْقَاصِرِ، ثُمَّ الزِّيَادَةُ تُعْتَبَرُ مِنْ حَيْثُ الْأَوْقَاتُ عِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ؛ لِأَنَّ التَّكْرَارَ يَتَحَقَّقُ بِهِ، وَعِنْدَهُمَا مِنْ حَيْثُ السَّاعَاتُ هُوَ الْمَأْثُورُ عَنْ عَلِيٍّ وَابْنِ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا.

الشرح:

(وَمَنْ أُغْمِيَ عَلَيْهِ خَمْسَ صَلَوَاتٍ أَوْ دُونَهَا فَضَى، وَإِنْ زَادَ عَلَى ذَلِكَ لَمْ يَقْضِ) وَالْقِيَاسُ أَنْ لَا يَكُونَ عَلَيْهِ الْقَضَاءُ إِذَا اسْتَوْعَبَ الْإِغْمَاءُ وَقَتَ صَلَاةٍ كَامِلَةٍ وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ لِتَحْقُقِ الْعَجْزِ فَأَشْبَهَ الْجُنُونَ (وَجَهَّ الاستِحْسَانَ) مَا رُوِيَ أَنَّ عَلِيًّا عليه السلام أُغْمِيَ عَلَيْهِ فِي أَرْبَعِ صَلَوَاتٍ فَقَضَاهُنَّ، وَعَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أُغْمِيَ عَلَيْهِ فِي ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ فَلَمْ يَقْضِ شَيْئًا، وَالْفَقْهُ فِيهِ (أَنَّ الْمُدَّةَ إِذَا طَالَتْ كَثُرَتْ الْفَوَائِتُ فَيَتَحَرَّجُ فِي الْأَدَاءِ، وَإِذَا قَصُرَتْ قُلْتُ فَلَا حَرَجَ، وَالْكَثِيرُ أَنْ تَزِيدَ عَلَى يَوْمٍ وَلَيْلَةٍ لِأَنَّهُ يَدْخُلُ فِي حَدِّ التَّكْرَارِ).

وَقَوْلُهُ (وَالْجُنُونُ كَالْإِغْمَاءِ) جَوَابٌ عَنْ قِيَاسِ الْإِغْمَاءِ عَلَى الْجُنُونِ عَلَى زَعْمِ أَنَّ الْجُنُونِ إِذَا اسْتَعْرَقَ وَقْتًا كَامِلًا أَسْقَطَ الْقَضَاءَ وَوَجْهُهُ أَنَّ الْجُنُونِ كَالْإِغْمَاءِ إِذَا كَانَ أَكْثَرَ مِنْ يَوْمٍ وَلَيْلَةٍ سَقَطَ الْقَضَاءُ وَإِلَّا فَلَا (كَذَا ذَكَرَهُ أَبُو سُلَيْمَانَ) وَقَدْ نَصَّ عَلَيْهِ فِي نَوَادِرِ الصَّلَاةِ.

وَقَوْلُهُ (بِخِلَافِ النَّوْمِ) مُتَعَلِّقٌ بِقَوْلِهِ وَإِنْ كَانَ أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ لَمْ يَقْضِ: يَعْنِي أَنَّ النَّوْمَ وَإِنْ زَادَ عَلَى يَوْمٍ وَلَيْلَةٍ لَا يَسْقُطُ الْقَضَاءُ (لَأَنَّ امْتِدَادَهُ) إِلَى هَذَا الْحَدِّ (نَادِرٌ) لَا عِبْرَةَ بِهِ (فَالْحَقُّ) الْمُتَمِّدُ مِنْهُ (بِالْقَاصِرِ).

وَقَوْلُهُ (ثُمَّ الزِّيَادَةُ تُعْتَبَرُ مِنْ حَيْثُ الْأَوْقَاتُ) قَالَ أَبُو جَعْفَرٍ: الزِّيَادَةُ تُعْتَبَرُ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ مِنْ حَيْثُ السَّاعَاتُ، وَهُوَ رَوَايَةٌ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ، وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ تُعْتَبَرُ مِنْ حَيْثُ الصَّلَوَاتُ مَا لَمْ تَصِرْ الْفَوَائِتُ سِتًّا لَا يَسْقُطُ عَنْهُ الْقَضَاءُ، وَإِنْ كَانَتْ مِنْ حَيْثُ السَّاعَاتُ أَكْثَرَ مِنْ يَوْمٍ وَلَيْلَةٍ، وَإِنَّمَا تَظْهَرُ ثَمَرَةُ الْخِلَافِ فِيْمَا إِذَا أُغْمِيَ عَلَيْهِ عِنْدَ الصَّحْوَةِ ثُمَّ أَفَاقَ مِنَ الْعَدِّ قَبْلَ الزُّوَالِ بِسَاعَةٍ فَهَذَا أَكْثَرُ مِنْ يَوْمٍ وَلَيْلَةٍ مِنْ حَيْثُ السَّاعَاتُ فَلَا قَضَاءَ عَلَيْهِ فِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ، وَعَلَى قَوْلِ مُحَمَّدٍ يَجِبُ عَلَيْهِ الْقَضَاءُ لِأَنَّ الصَّلَوَاتِ لَمْ تَزِدْ عَلَى خَمْسٍ، وَالْمَذْكُورُ فِي الْكِتَابِ مِنْ كَوْنِ الْاِخْتِلَافِ بَيْنَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ وَبَيْنَ مُحَمَّدٍ هُوَ الْمَذْكُورُ فِي أَصُولِ فَخْرِ الْإِسْلَامِ وَمَبْسُوطِ شَيْخِ الْإِسْلَامِ (لِمُحَمَّدٍ أَنَّ التَّكْرَارَ يَتَحَقَّقُ بِهِ) أَيُّ بِفَوَاتٍ سِتِّ صَلَوَاتٍ وَهُوَ الْمُفْضِي إِلَى الْحَرَجِ الْمُسْقِطِ لِلْقَضَاءِ فَيَكُونُ الْاِعْتِبَارُ بِهِ. وَقَوْلُهُ (هُوَ الْمَأْثُورُ عَنْ عَلِيٍّ وَابْنِ عُمَرَ) أَيُّ الْاِعْتِبَارِ

مِنْ حَيْثُ السَّاعَاتُ هُوَ الْمَأْثُورُ.

باب سجود التلاوة

قَالَ (سُجُودُ التَّلَاوَةِ فِي الْقُرْآنِ أَرْبَعُ عَشْرَةَ سَجْدَةً: فِي آخِرِ الْأَعْرَافِ، وَفِي الرُّعْدِ وَالنُّحْلِ، وَبَنِي إِسْرَائِيلَ، وَمَرْيَمَ وَالْأُولَى فِي الْحَجِّ، وَالْفُرْقَانِ وَالنَّمْلِ، وَالْم تَنْزِيلِ وَصٍّ، وَحُمَّ السَّجْدَةِ، وَالنُّجْمِ، «وَإِذَا السَّمَاءُ انشَقَّتْ» وَاقْرَأَ. كَذَا كُتِبَ فِي مُصْحَفِ عُثْمَانَ عليه السلام وَهُوَ الْمُعْتَمَدُ وَالسَّجْدَةُ الثَّانِيَّةُ فِي الْحَجِّ لِلصَّلَاةِ عِنْدَنَا، وَمَوْضِعُ السَّجْدَةِ فِي حِمِّ السَّجْدَةِ عِنْدَ قَوْلِهِ ﴿لَا يَسْمَعُونَ﴾ فِي قَوْلِ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُ وَهُوَ الْمَأْخُودُ لِلَاِحْتِيَاظِ وَالسَّجْدَةُ وَاجِبَةٌ فِي هَذِهِ الْمَوَاضِعِ عَلَى التَّالِيِ وَالسَّامِعِ) سَوَاءً قَصِدَ سَمَاعَ الْقُرْآنِ أَوْ لَمْ يَقْصِدْ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «السَّجْدَةُ عَلَى مَنْ سَمِعَهَا وَعَلَى مَنْ تَلَاهَا» ^(١) وَهِيَ كَلِمَةٌ إِيْجَابِيَّةٌ وَهِيَ غَيْرُ مُقَيَّدٍ بِالْقَصْدِ (وَإِذَا تَلَا الْإِمَامُ آيَةَ السَّجْدَةِ سَجَدَهَا وَسَجَدَهَا الْمَأْمُومُ مَعَهُ) لَا لِتَزَامِهِ مُتَابَعَتَهُ (وَإِذَا تَلَا الْمَأْمُومُ لَمْ يَسْجُدِ الْإِمَامُ وَلَا الْمَأْمُومُ فِي الصَّلَاةِ وَلَا بَعْدَ الْفَرَاقِ) عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ: يَسْجُدُونَهَا إِذَا فَرَّغُوا؛ لِأَنَّ السَّبَبَ قَدْ تَقَرَّرَ، وَلَا مَانِعَ بِخِلَافِ حَالَةِ الصَّلَاةِ؛ لِأَنَّهُ يُؤَدِّي إِلَى خِلَافٍ وَضَعِ الْإِمَامَةُ أَوْ التَّلَاوَةُ. وَلَهُمَا أَنَّ الْمُقْتَدِيَ مُحْجُورٌ عَنِ الْقِرَاءَةِ لِنَفَادِ تَصَرُّفِ الْإِمَامِ عَلَيْهِ، وَتَصَرُّفُ الْمُحْجُورِ لَا حُكْمَ لَهُ، بِخِلَافِ الْجُنُبِ وَالْحَائِضِ؛ لِأَنَّهُمَا عَنِ الْقِرَاءَةِ مَنِهْيَانِ، إِلَّا أَنَّهُ لَا يَجِبُ عَلَى الْحَائِضِ بِتِلَاوَتِهَا كَمَا لَا يَجِبُ بِسَمَاعِهَا؛ لِانْعِدَامِ أَهْلِيَّةِ الصَّلَاةِ، بِخِلَافِ الْجُنُبِ.

الشرح:

(بَابُ سُجُودِ التَّلَاوَةِ) كَانَ مِنْ حَقِّ هَذَا الْبَابِ أَنْ يَقْتَرِنَ بِسُجُودِ السَّهْوِ لِأَنَّ كُلًّا مِنْهُمَا سَجْدَةٌ، لَكِنْ لَمَّا كَانَ صَلَاةُ الْمَرِيضِ بِعَارِضِ سَمَاوِيٍّ كَالسَّهْوِ الْحَقَّتْهَا الْمُنَاسَبَةُ بِهَا فَتَأَخَّرَ سُجُودُ التَّلَاوَةِ ضَرُورَةً، وَهُوَ مِنْ قِيلٍ إِضَافَةُ الْحُكْمِ إِلَى سَبَبِهِ. فَإِنْ قِيلَ: كَانَ الْوَاجِبُ أَنْ يَقُولَ سُجُودُ التَّلَاوَةِ وَالسَّمَاعُ لِأَنَّ السَّمَاعَ سَبَبُ كَالتَّلَاوَةِ. أُجِيبَ بِأَنَّ التَّلَاوَةَ لَمَّا كَانَتْ سَبَبًا لِلسَّمَاعِ أَيْضًا كَانَ ذِكْرُهَا مُشْتَمِلًا عَلَى السَّمَاعِ مِنْ وَجْهِ فَاكْتِفَى بِهِ، وَشَرْطُهَا الطَّهَارَةُ مِنَ الْحَدَثِ وَالخَبَثِ وَاسْتِقْبَالُ الْقِبْلَةِ وَسِتْرُ الْعَوْرَةِ،

(١) قال الزيلعي في نصب الراية (١٨٢/٢): غريب، وأخرجه البخاري في سجود القرآن باب ١٠

تعليقا، بلفظ: (إنما السجدة على من استمعها).

وَرَكْنُهَا وَضَعُ الْجَبْهَةِ عَلَى الْأَرْضِ، وَصِفَتُهَا الْوُجُوبُ عِنْدَنَا، وَمَوَاضِعُهَا مَا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ أَرْبَعَةَ عَشَرَ: فِي آخِرِ الْأَعْرَافِ، وَالرَّعْدِ، وَالنَّحْلِ، وَبَنِي إِسْرَائِيلَ، وَمَرْيَمَ، وَالْأُولَى فِي الْحَجِّ، وَالْفُرْقَانِ، وَالنَّمْلِ وَالْمُ تَنْزِيلُ، وَصٍّ، وَحُمُ السَّجْدَةِ، وَالنَّجْمِ، وَالْإِسْقَاقِ، وَالْعَلَقُ. هَكَذَا كُتِبَ فِي مُصْحَفِ عُثْمَانَ ﷺ وَهُوَ الْمُعْتَمَدُ.

وَالشَّافِعِيُّ يُوَافِقُنَا فِي الْعَدَدِ إِلَّا أَنَّهُ يَقُولُ: فِي الْحَجِّ سَجْدَتَانِ وَلَيْسَ فِي ص سَجْدَةٍ. وَمَوْضِعُ السَّجْدَةِ فِي حَمِ السَّجْدَةِ عِنْدَ قَوْلِهِ ﴿إِنْ كُنْتُمْ إِيَّاهُ تَعْبُدُونَ﴾ وَالْمُصَنِّفُ احْتَرَزَ بِقَوْلِهِ وَالسَّجْدَةُ الثَّانِيَةُ فِي الْحَجِّ فِي الصَّلَاةِ عِنْدَنَا وَبَقَوْلِهِ عِنْدَ قَوْلِهِ ﴿وَهُمْ لَا يَسْمَعُونَ﴾ وَيَذْكُرُ ص عَنْ مَذْهَبِهِ احْتِجَّ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ عَلَى أَنَّ فِي الْحَجِّ سَجْدَتَيْنِ بِحَدِيثِ عُقْبَةَ بْنِ عَامِرٍ ﷺ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «فُضِّلَتِ الْحَجُّ بِسَجْدَتَيْنِ مَنْ لَمْ يَسْجُدْهُمَا لَمْ يقرأهُمَا».

وَمَذْهَبُنَا مَرْوِيُّ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ وَابْنِ عُمَرَ قَالَا: سَجْدَةُ التَّلَاوَةِ فِي الْحَجِّ هِيَ الْأُولَى وَالثَّانِيَةُ سَجْدَةُ الصَّلَاةِ، وَيُعْضَدُهُ قِرَائَتُهَا بِالرُّكُوعِ فِي قَوْلِهِ تَعَالَى ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَرْكَعُوا وَاسْجُدُوا﴾ [الحج: ٧٧] وَأَوَّلُ مَا رُوِيَ مِنْ قَوْلِهِ ﷺ «فُضِّلَتِ بِسَجْدَتَيْنِ إِحْدَاهُمَا سَجْدَةُ التَّلَاوَةِ وَالثَّانِيَةُ سَجْدَةُ الصَّلَاةِ» وَاسْتَدَلَّ الشَّافِعِيُّ عَلَى أَنَّ السَّجْدَةَ فِي ص سَجْدَةُ شُكْرِ بِمَا رُوِيَ «أَنَّهُ ﷺ تَلَا فِي خُطْبَتِهِ سُورَةَ ص فَتَشْرَنَ النَّاسُ: أَيِ تَهَيَّأَ النَّاسُ لِلسُّجُودِ، فَقَالَ: عَلَامَ تَشْرَنُمْ إِلَيْهَا تَوْبَةً نَبِيٍّ» وَقَدْ قَالَ ﷺ «سَجْدَتُهَا دَاوُدُ تَوْبَةً وَنَحْنُ نَسْجُدُهَا شُكْرًا» فَلَنَا هَذَا لَا يَنْفِي كَوْنَهَا سَجْدَةَ تِلَاوَةٍ، إِذْ مَا مِنْ عِبَادَةٍ يَأْتِي بِهَا الْعَبْدُ إِلَّا وَفِيهَا مَعْنَى الشُّكْرِ، وَقَدْ رُوِيَ أَنَّهُ ﷺ سَجَدَهَا فِي خُطْبَتِهِ، فَدَلَّ عَلَى أَنَّهَا سَجْدَةُ تِلَاوَةٍ حَيْثُ قَطَعَ الْخُطْبَةَ لَهَا، وَلَكِنْ سُلِمَ أَنَّهُ لَمْ يَسْجُدْ فِي خُطْبَتِهِ فَذَلِكَ كَانَ تَعْلِيمًا لِحَوَازِ تَأْخِيرِهَا.

وَقَدْ رُوِيَ أَنَّ «رَجُلًا مِنَ الصَّحَابَةِ قَالَ يَا رَسُولَ اللَّهِ رَأَيْتَ فِيمَا يَرَى النَّاسُ كَأَنِّي أَكْتُبُ سُورَةَ ص، فَلَمَّا انْتَهَيْتُ إِلَى مَوْضِعِ السَّجْدَةِ سَجَدَ الدَّوَاةُ وَالْقَلَمُ، فَقَالَ ﷺ: نَحْنُ أَحَقُّ بِهَا مِنَ الدَّوَاةِ وَالْقَلَمِ، فَأَمَرَ حَتَّى ثَلَيْتُ فِي مَجْلِسِهِ وَسَجَدَهَا مَعَ أَصْحَابِهِ».

وَقَوْلُهُ (هُوَ الْمَأْخُودُ لِلْإِحْيَاطِ) لِأَنَّهَا إِنْ كَانَتْ عِنْدَ الْآيَةِ الثَّانِيَةِ لَمْ يَجْزُ تَعْجِيلُهَا،

وَأِنْ كَانَتْ عِنْدَ الْأَوَّلَى جَازَ تَأْخِيرُهَا إِلَى الْآيَةِ الثَّانِيَةِ فَكَانَ فِيمَا قُلْنَا خُرُوجَ عَنِ الْعُهُدَةِ يَبْقَيْنِ. قَالَ (وَالسَّجْدَةُ وَاجِبَةٌ) هَذَا بَيَانُ صِفَتِهَا ذَهَبَ الشَّافِعِيُّ إِلَى أَنَّ السَّجْدَةَ فِي هَذِهِ الْمَوَاضِعِ سُنَّةٌ لَمَّا رُوِيَ أَنَّ «زَيْدَ بْنَ ثَابِتٍ قَرَأَ سُورَةَ النَّجْمِ بَيْنَ يَدَيِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَلَمْ يَسْجُدْ لَهَا وَلَا سَجَدَ النَّبِيُّ ﷺ لَهَا» فَذَلَّ عَلَى أَنَّهَا لَمْ تُكُنْ وَاجِبَةً. وَقُلْنَا: هِيَ وَاجِبَةٌ عَلَى الثَّانِي وَالسَّامِعِ، قَصَدَ سَمَاعَ الْقُرْآنِ أَوْ لَمْ يَقْصِدْ، وَإِنَّمَا قِيدَ بِهَذَا لِأَنَّ فِي بَعْضِ لَفْظِ الْآثَارِ السَّجْدَةَ عَلَى مَنْ جَلَسَ لَهَا، وَفِيهِ إِيهَامٌ أَنَّ مَنْ لَمْ يَجْلِسْ لَهَا فَلَيْسَتْ عَلَيْهِ سَجْدَةٌ فَقِيدَ بِذَلِكَ دَفْعًا لَذَلِكَ.

وَالدَّلِيلُ عَلَى وَجُوبِهَا قَوْلُهُ ﷺ «السَّجْدَةُ عَلَى مَنْ سَمِعَهَا وَعَلَى مَنْ تَلَاهَا» وَ«عَلَى» كَلِمَةٌ إِيْجَابٌ (وَهِيَ) أَيْ الْحَدِيثُ (غَيْرُ مُقَيَّدٍ بِالْقَصْدِ) وَأَعْتَرَضَ بِأَنَّهَا لَوْ كَانَتْ وَاجِبَةً لَمَّا أُدْبِتَ فِي سُجُودِ الصَّلَاةِ وَرُكُوعِهَا وَلَمَّا تَدَاخَلَتْ وَلَمَّا أُدْبِتَ بِالْإِيمَاءِ مِنْ رَاكِبٍ يَقْدِرُ عَلَى التَّزْوِيلِ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ أَدَاءَهَا فِي ضِمْنِ شَيْءٍ لَا يُنَافِي وَجُوبَهَا فِي نَفْسِهَا كَالسَّغِيِّ إِلَى الْجُمُعَةِ يَتَأَدَّى بِالسَّغِيِّ إِلَى التَّجَارَةِ، وَإِنَّمَا جَازَ التَّدَاخُلُ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ مِنْهَا إِظْهَارُ الْخُضُوعِ وَالْخُشُوعِ وَذَلِكَ يَحْصُلُ بِمَرَّةٍ وَاحِدَةٍ، وَجَوَازُ أَدَائِهَا بِالْإِيمَاءِ حِينَ قَرَأَهَا رَاكِبًا لِأَنَّهُ أَدَاهَا كَمَا وَجِبَتْ، فَإِنَّ تِلَاوَتَهُ عَلَى الدَّائِبَةِ مَشْرُوعَةٌ فِيمَا تَجِبُ بِهِ السَّجْدَةُ فَكَانَ كَالْمَشْرُوعِ عَلَى الدَّائِبَةِ فِي التَّطَوُّعِ.

وَالْجَوَابُ: عَنْ حَدِيثِ زَيْدٍ أَنَّ الْاِحْتِجَاجَ بِهِ إِنَّمَا يَتِمُّ إِذَا ثَبَتَ أَنَّهُ ﷺ لَمْ يَسْجُدْ تِلْكَ السَّجْدَةَ حَتَّى خَرَجَ مِنَ الدُّنْيَا فَإِذَا لَمْ نَقُلْ بِوُجُوبِهَا عَلَى الْفَوْرِ فَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ سَجَدَهَا فِي وَقْتٍ آخَرَ.

وَأَعْلَمُ أَنَّ صَاحِبَ النَّهْيَةِ قَالَ: جُعِلَ هَذَا اللَّفْظُ: يَعْنِي قَوْلُهُ «السَّجْدَةُ عَلَى مَنْ سَمِعَهَا» الْحَدِيثَ فِي سَائِرِ النُّسخِ مِنْ «الْمُبْسُوطِينَ» وَ«الْأَسْرَارِ» وَالْمُحِيطِ وَشَرْحِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ مِنْ أَلْفَاظِ الصَّحَابَةِ لَا مِنَ الْحَدِيثِ.

وَأَقُولُ: لَمْ يَكُنْ الْمُصَنِّفُ مِمَّنْ لَمْ يُطَالَعِ الْكُتُبَ الْمَذْكُورَةَ، فَلَوْلَا أَنَّهُ ثَبَتَ عِنْدَهُ كَوْنُهُ حَدِيثًا لَمَّا نَقَلَهُ حَدِيثًا، فَإِنَّهُ رَحِمَهُ اللَّهُ أَعْظَمَ دِيَانَةً مَنْ أَنْ يُتَوَهَّمُ بِهِ ذَلِكَ. قَوْلُهُ (وَإِذَا تَلَا الْإِمَامُ السَّجْدَةَ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (لَأَنَّ السَّبَبَ قَدْ تَقَرَّرَ وَلَا مَانِعَ) وَكُلُّ مَا تَقَرَّرَ مُقْتَضِيهِ وَانْتَفَى مَانِعُهُ تَحَقَّقَ لَا مَحَالَةَ (بِخِلَافِ حَالَةِ الصَّلَاةِ) فَإِنَّ الْمَانِعَ مُوجُودٌ (لَأَنَّ

يُؤَدِّي إِلَى خِلَافِ مَوْضِعِ الْإِمَامَةِ) إِنْ سَجَدَ التَّالِي أَوَّلًا وَتَابَعَهُ الْإِمَامُ لِاتِّقَالِ الْمَتَّبِعِ تَابِعًا وَالتَّابِعِ مَتَّبِعًا (أَوْ التَّلَاوَةِ) إِنْ سَجَدَ الْإِمَامُ أَوَّلًا وَتَابَعَهُ التَّالِي فَإِنَّ التَّالِيَّ إِمَامُ السَّامِعِ فَيَجِبُ أَنْ يَتَقَدَّمَ سُجُودُ التَّالِي. قَالَ ﷺ لِلتَّالِي: كُنْتُ إِمَامًا لَوْ سَجَدْتَ لَسَجَدْنَا» فَإِنْ قِيلَ: هَذِهِ لَيْسَتْ بِقِسْمَةٍ حَاضِرَةٍ لِحَوَازِ أَنْ يَسْجُدَ التَّالِي دُونَ الْإِمَامِ أَوْ بِالْعَكْسِ.

فَلْجَوَابُ أَنْ فِي ذَلِكَ مُخَالَفَةٌ لِلْإِمَامِ وَهِيَ مَفْسَدَةٌ فَلَمْ يَذْكُرْهَا لَكُونَ ذَلِكَ مَفْرُوعًا عَنْهُ فِي عَدَمِ الْجَوَازِ (وَلَهُمَا أَنْ الْمُقْتَدِيَ مَحْجُورٌ عَنِ الْقِرَاءَةِ) لِأَنَّ الْمَحْجُورَ هُوَ الْمَمْنُوعُ عَنِ التَّصَرُّفِ عَلَى وَجْهِ يَظْهَرُ تَفَاذُ ذَلِكَ التَّصَرُّفِ عَلَيْهِ مِنْ جِهَةٍ غَيْرِهِ وَالْمُقْتَدِيَ بِهَذِهِ الصِّفَةِ لِأَنَّهُ مَمْنُوعٌ عَنِ الْقِرَاءَةِ وَالْقِرَاءَةُ تُنْفَذُ عَلَيْهِ مِنْ جِهَةٍ إِمَامِهِ.

قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «مَنْ كَانَ لَهُ إِمَامٌ فَقِرَاءَةُ الْإِمَامِ لَهُ قِرَاءَةٌ» وَكُلُّ مَنْ هُوَ مَحْجُورٌ لَا حُكْمَ لِتَصَرُّفِهِ، وَوُجُوبِ السَّجْدَةِ حُكْمُ تَصَرُّفِهِ الَّذِي هُوَ الْقِرَاءَةُ فَلَا يَبْتُ. وَقَوْلُهُ (بِخِلَافِ الْجَنْبِ وَالْحَائِضِ) جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ الْمُقْتَدِيَ فِي كَوْنِهِ مَمْنُوعًا عَنِ الْقِرَاءَةِ لِحَائِضٍ وَالْجَنْبِ، وَالسَّجْدَةُ تَجِبُ عَلَى مَنْ سَمِعَهَا، فَكَذَا عَلَى مَنْ سَمِعَ الْمُقْتَدِيَ. وَوَجْهُهُ أَنَّهُمَا مَنْهِيَانِ عَنِ الْقِرَاءَةِ، وَالتَّصَرُّفَاتُ الْمَنْهِيَّةُ عَنْهَا تُنْعَقِدُ لِحُكْمِهَا لَمَّا عُرِفَ مِنْ أَصْلِنَا أَنَّ التَّنْهِيَ عَنِ الْأَفْعَالِ الشَّرْعِيَّةِ لَا بَعْدَمِ الْمَشْرُوعِيَّةِ، فَإِنْ اخْتَلَجَ فِي ذَهْنِكَ أَنَّ الْقِرَاءَةَ فِعْلٌ حِسِّيٌّ فَالتَّنْهِيُّ عَنْهُ بَعْدَمِ الْمَشْرُوعِيَّةِ فَعَلَيْكَ بِتَقْرِيرِنَا نَجِدُ مَا لَمْ يُسَبِّقْ إِلَيْهِ.

فَإِنْ قِيلَ: لَوْ كَانَ كَذَلِكَ لَوَجِبَتْ عَلَى الْحَائِضِ بِتِلَاوَتِهَا وَسَمَاعِهَا لَكِنَّهَا لَا تَجِبُ، أَجَابَ بِمَا مَعْنَاهُ: إِنَّمَا لَمْ تَجِبْ عَلَيْهَا لِانْعِدَامِ أَهْلِيَّةِ الصَّلَاةِ، وَذَلِكَ لِأَنَّ السَّجْدَةَ رُكْنٌ مِنَ الصَّلَاةِ وَالْحَائِضُ لَا يَلْزَمُهَا الصَّلَاةُ مَعَ تَقَرُّرِ السَّبَبِ فَلَا تَلْزَمُهَا السَّجْدَةُ أَيْضًا بِخِلَافِ الْجَنْبِ فَإِنَّ الصَّلَاةَ تَلْزَمُهُ وَكَذَلِكَ السَّجْدَةُ.

(وَلَوْ سَمِعَهَا رَجُلٌ خَارِجَ الصَّلَاةِ سَجَدَهَا) هُوَ الصَّحِيحُ؛ لِأَنَّ الْحَجَرَ ثَبَتَ فِي حَقِّهِمْ

فَلَا يَعْدُوهُمْ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلَوْ سَمِعَهَا رَجُلٌ خَارِجَ الصَّلَاةِ سَجَدَهَا) يَعْنِي بِالِاتِّفَاقِ. وَقَوْلُهُ (هُوَ)

(الصَّحِيحُ) احْتِرَازٌ عَنْ قَوْلِ بَعْضِهِمْ: إِنَّهُ عَلَى الْاِخْتِلَافِ لَا يَسْجُدُهَا عِنْدَهُمَا وَيَسْجُدُ عِنْدَ مُحَمَّدٍ. وَجْهُ الصَّحِيحِ مَا ذُكِرَ أَنَّ الْحَجَرَ ثَبَتَ فِي حَقِّهِمْ لِأَنَّ عِلَّةَ الْحَجْرِ هِيَ الْأَقْتِدَاءُ وَهُوَ مُخْتَصٌّ بِهَا فَلَا يَعْدُوهَا. وَرَدُّ بَأَنَّ الْمُقْتَدِي إِمَّا أَنْ يَكُونَ مَحْجُورًا أَوْ لَا، وَالْأَوَّلُ يَسْتَلْزِمُ شُمُولَ الْعَدَمِ، وَالثَّانِي شُمُولُ الْوُجُوبِ. وَالْجَوَابُ أَنَّهُ مَحْجُورٌ بِالنِّسْبَةِ إِلَى مَنْ وَجَدَ فِي حَقِّهِ عِلَّةَ الْحَجْرِ، وَغَيْرُ مَحْجُورٍ بِالنِّسْبَةِ إِلَى مَنْ لَمْ يَوْجَدْ وَهُوَ الْخَارِجُ.

(وَأِنْ سَمِعُوا وَهُمْ فِي الصَّلَاةِ سَجْدَةً مِنْ رَجُلٍ لَيْسَ مَعَهُمْ فِي الصَّلَاةِ لَمْ يَسْجُدُوهَا فِي الصَّلَاةِ)؛ لِأَنَّهَا لَيْسَتْ بِصَلَاتِيَّةٍ؛ لِأَنَّ سَمَاعَهُمْ هَذِهِ السَّجْدَةَ لَيْسَ مِنْ أَفْعَالِ الصَّلَاةِ (وَسَجَدُوهَا بَعْدَهَا) لِتَحَقُّقِ سَبَبِهَا (وَلَوْ سَجَدُوهَا فِي الصَّلَاةِ لَمْ يُجْزِهِمْ)؛ لِأَنَّهُ نَاقِصٌ لِمَكَانِ النَّهْيِ فَلَا يَتَأَدَّى بِهِ الْكَامِلُ. قَالَ (وَأَعَادُوهَا) لِتَقَرُّرِ سَبَبِهَا (وَلَمْ يُعِيدُوا الصَّلَاةَ)؛ لِأَنَّ مُجَرَّدَ السَّجْدَةِ لَا يَنْفِي إِحْرَامَ الصَّلَاةِ. وَفِي النُّوَادِرِ أَنَّهَا تَفْسُدُ؛ لِأَنَّهُمْ زَادُوا فِيهَا مَا لَيْسَ مِنْهَا، وَقِيلَ هُوَ قَوْلُ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ

الشرح:

(وَأِنْ سَمِعُوا وَهُمْ فِي الصَّلَاةِ مِنْ رَجُلٍ لَيْسَ مَعَهُمْ فِي الصَّلَاةِ لَمْ يَسْجُدُوهَا) فِي الصَّلَاةِ لِأَنَّهَا لَيْسَتْ بِصَلَاتِيَّةٍ، لِأَنَّ سَمَاعَهُمْ هَذِهِ السَّجْدَةَ لَيْسَ مِنْ أَفْعَالِ الصَّلَاةِ لِأَنَّ أَفْعَالَ الصَّلَاةِ إِمَّا أَنْ تَكُونَ فَرَضًا أَوْ وَاجِبًا أَوْ سُنَّةً، وَهَذَا السَّمَاعُ لَيْسَ بِشَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ، وَمَا لَيْسَ مِنْ أَفْعَالِ الصَّلَاةِ لَا يَجُوزُ أَنْ يَأْتِيَ بِهِ فِيهَا، لَكِنَّهُمْ يَسْجُدُونَهَا بَعْدَهَا لِتَحَقُّقِ سَبَبِهَا وَهُوَ السَّمَاعُ مِمَّنْ لَيْسَ بِمَحْجُورٍ (وَلَوْ سَجَدُوهَا فِي الصَّلَاةِ لَمْ تُجْزِهِمْ) وَلَمْ تَفْسُدْ صَلَاتُهُمْ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ، أَمَّا عَدَمُ الْجَوَازِ فَلِأَنَّهُ: أَيْ هَذَا السُّجُودُ نَاقِصٌ لِمَكَانِ النَّهْيِ وَهُوَ مَنَعُ الشَّرْعِ عَنْ إِدْخَالِ مَا لَيْسَ مِنْ أَفْعَالِ الصَّلَاةِ فِيهَا فَلَا يَتَأَدَّى بِهِ الْكَامِلُ وَهِيَ السَّجْدَةُ الْوَاجِبَةُ بِالسَّمَاعِ مِمَّنْ لَيْسَ بِمَحْجُورٍ، فَإِنَّ مَا وَجَبَ كَامِلًا لَا يَتَأَدَّى نَاقِصًا. وَرَدُّ بَأَنَّ لَا تُسَلِّمُ أَنَّهَا وَجِبَتْ كَامِلَةً. فَإِنَّهَا وَجِبَتْ فِي وَقْتٍ كَانَ خَلَطٌ غَيْرُ أَفْعَالِ الصَّلَاةِ بِأَفْعَالِهَا حَرَامًا فَكَأَنَتْ كَالْعَصْرِ وَقْتُ الْاِصْفِرَارِ وَجِبَتْ نَاقِصَةً فَتَتَأَدَّى نَاقِصَةً.

وَالْجَوَابُ أَنَّ الْوَقْتَ لَوْ كَانَ سَبَبًا لَهَا كَانَ الْأَمْرُ كَمَا ذَكَرْتَ، لَكِنَّهُ لَيْسَ كَذَلِكَ بَلْ سَبَبُهُ مَا ذَكَرْنَا وَلَا تَعْلُقُ لَهُ بِالْوَقْتِ (وَأَعَادُوهَا لِتَقَرُّرِ سَبَبِهَا) وَهُوَ مَا ذَكَرْنَا، وَأَمَّا

عَدَمَ فَسَادِ الصَّلَاةِ فَلَأَنَّ الْفَسَادَ إِنَّمَا يَكُونُ بِتَرْكِهَا أَوْ بِإِثْيَانِ مَا يَنْقُضُهَا وَلَمْ يَتْرُكُوهَا وَمَا أَتَوْا بِمَا يَنْقُضُهَا (لَأَنَّ مُجَرَّدَ السَّجْدَةِ لَا يُنَافِي إِحْرَامَ الصَّلَاةِ) لِأَنَّهَا فِي ذَاتِهَا مِنْ أَفْعَالِ الصَّلَاةِ (و) ذَكَرَ (فِي النَّوَادِرِ) أَنَّهَا تَفْسُدُ لِأَنَّهُمْ زَادُوا فِيهَا مَا لَيْسَ مِنْهَا، وَقِيلَ مَا ذَكَرَ فِي النَّوَادِرِ (هُوَ قَوْلُ مُحَمَّدٍ) وَهُوَ جَوَابُ الْقِيَاسِ، وَمَا ذَكَرَ ههنا قَوْلُهُمَا وَهُوَ جَوَابُ الِاسْتِحْسَانِ بِنَاءً عَلَى أَنَّ زِيَادَةَ مَا دُونَ الرُّكْعَةِ لَا يُفْسِدُهَا عِنْدَهُمَا.

وَعَلَى قَوْلِهِ زِيَادَةُ السَّجْدَةِ تُفْسِدُهَا، وَهَذَا الْاِخْتِلَافُ بِنَاءً عَلَى اخْتِلَافِهِمْ فِي سَجْدَةِ الشُّكْرِ، فَعِنْدَ مُحَمَّدٍ السَّجْدَةُ الْوَاحِدَةُ عِبَادَةٌ مَقْصُودَةٌ، وَلِهَذَا حَكَمَ بِأَنَّ سَجْدَةَ الشُّكْرِ مَسْنُونَةٌ فَتَفْسُدُ بِشُرُوعِهِ فِي وَاجِبٍ قَبْلَ إِكْمَالِ فَرْضِهِ. وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَإِخْدَى الرَّوَّائِثَيْنِ عَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهَا غَيْرُ مَسْنُونَةٍ وَالسَّجْدَةُ الْوَاحِدَةُ بِمَنْزِلَةِ الرُّكْعَةِ فِي كَوْنِهَا رُكْنًا مِنْ أَرْكَانِ الصَّلَاةِ غَيْرِ مُسْتَقْلِلَةٍ عِبَادَةً.

(فَإِنْ قَرَأَهَا الْإِمَامُ وَسَمِعَهَا رَجُلٌ لَيْسَ مَعَهُ فِي الصَّلَاةِ فَدَخَلَ مَعَهُ بَعْدَمَا سَجَدَهَا الْإِمَامُ لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ أَنْ يَسْجُدَهَا)؛ لِأَنَّهُ صَارَ مُدْرِكًا لَهَا بِإِدْرَاكِ الرُّكْعَةِ (وَإِنْ دَخَلَ مَعَهُ قَبْلَ أَنْ يَسْجُدَهَا سَجَدَهَا مَعَهُ)؛ لِأَنَّهُ لَوْ لَمْ يَسْمَعْهَا سَجَدَهَا مَعَهُ فَهِيَ أُولَى (وَإِنْ لَمْ يَدْخُلْ مَعَهُ سَجَدَهَا وَحْدَهُ) لَتَحَقَّقَ السَّبَبُ.

الشرح:

(فَإِنْ قَرَأَهَا الْإِمَامُ وَسَمِعَهَا رَجُلٌ لَيْسَ مَعَهُ فِي الصَّلَاةِ فَدَخَلَ مَعَهُ) فَإِمَّا أَنْ دَخَلَ (بَعْدَمَا سَجَدَهَا الْإِمَامُ) أَوْ قَبْلَهُ فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ (لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ أَنْ يَسْجُدَهَا لِأَنَّهُ صَارَ مُدْرِكًا لَهَا) أَيْ لِلْسَّجْدَةِ (بِإِدْرَاكِ تِلْكَ الرُّكْعَةِ) وَهَذَا يُشِيرُ إِلَى أَنَّهُ لَوْ أَدْرَكَ الْإِمَامُ فِي الرُّكْعَةِ الْأُخْرَى لَمْ يَصِرْ مُدْرِكًا لِلْسَّجْدَةِ فَيَتَّبِعِي أَنْ يَسْجُدَهَا خَارِجَ الصَّلَاةِ لِأَنَّهُ لَمَّا لَمْ يُدْرِكِ الرُّكْعَةَ لَمْ يَكُنْ مُدْرِكًا لِلْقِرَاءَةِ وَلَا لَمَّا تَعَلَّقَ بِهَا مِنَ السَّجْدَةِ.

قَالَ الْإِمَامُ الْعَتَّابِيُّ: وَأَشَارَ فِي بَعْضِ النُّسخِ إِلَى أَنَّهَا تَنْقُطُ عَنْهُ لِأَنَّهَا صَارَتْ صَلَاتِيَّةً. وَطُوبَى بِالْفَرْقِ بَيْنَ هَذَا وَبَيْنَ مَا إِذَا أَدْرَكَ الْإِمَامُ فِي رُكُوعِ صَلَاتِيٍّ الْعِيدَيْنِ فَإِنَّ عَلَيْهِ أَنْ يَأْتِيَ بِالتَّكْبِيرَاتِ وَلَمْ يَصِرْ مُدْرِكًا لَهَا بِإِدْرَاكِ الرُّكْعَةِ فِي الرُّكُوعِ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ الْإِدْرَاكَ الْحَقِيقِيَّ مُمَكِّنٌ لِأَنَّ مَا هُوَ مِنْ جَنْسِهَا وَهُوَ تَكْبِيرُ الرُّكُوعِ يُؤْتَى بِهِ حَالَةَ الرُّكُوعِ فَأُلْحِقَ بِهِ تَكْبِيرَاتُ الْعِيدِ، وَإِذَا كَانَ الْإِدْرَاكَ الْحَقِيقِيُّ مُمَكِّنًا لَا يُصَارُ إِلَى

الإدراك الحكمي، بخلاف سجدة التلاوة لأنه ليس من جنسها فلا يؤتى به في حالة الركوع لتكون حقيقة الإدراك ممكنة فيصير إلى الحكمي، وإن كان الثاني سجدها معه لأنه لو لم يسمعها بأن أخفاها الإمام سجدها معه فهنا أولى (وإن لم يدخل معه سجدها لتحقيق السبب) وهو التلاوة ممن ليس بمحجور عليه أو السماع من تلاوة صحيحة على اختلاف المشايخ.

قيل ينبغي أن لا يسجد لأن الصحيح أن التلاوة هي السبب في حق السامع أيضا وكانت في الصلاة. فكانت السجدة صلاتية فلا تقضى خارجها وأجيب بأنهم لما اختلفوا في كون التلاوة سببا في حقه أو السماع وجبت السجدة احتياطاً لأننا إن نظرنا إلى التلاوة لا يلزمه السجدة، وإن نظرنا إلى السماع تلزمه خارج الصلاة فأمرنا بها خارجها احتياطاً.

(وكل سجدة وجبت في الصلاة فلم يسجد لها فيها لم تقض خارج الصلاة)؛ لأنها

صلاتية ولها مزية الصلاة، فلا تتأدى بالنقص

الشرح:

وقوله (وكل سجدة وجبت في الصلاة فلم يسجد لها فيها لم تقض خارج الصلاة) ضابط كلّي ينسحب على الفروع الداخل تحتها، ودليله ما ذكره بقوله لأنها صلاتية، ومعنى الصلاتية أن تكون التلاوة الموجهة لها من أفعال الصلاة ولها مزية الصلاة فكان وجوبها كاملاً وما وجب كاملاً لا يتأدى ناقصاً: وفيه بحث من أوجه:

الأول: ما قيل هذا الكلّي منقوض بما إذا سمعوا وهم في الصلاة ممن ليس معهم في الصلاة فإنها سجدة وجبت في الصلاة ويسجدونها بعدها كما تقدم.

والثاني: ما قيل إن قوله فلم يسجدوها فيها غير متصور لأنها تؤدى بسجدة الصلاة وإن لم تنو.

والثالث: ما قيل تاء التانيث تحذف في النسب فالصواب صلوّية.

وأجيب عن الأول أن تقديره وكل سجدة صلاتية واجبة في الصلاة، وفيه نظر لأن قوله وجبت في الصلاة إما أن يكون صفة موصحة وما ثمة ما يميزه عنها لأن كل سجدة صلاتية واجبة في الصلاة، أو صفة كاشفة وعاد السؤال أو غيرهما من التأكيد

وَالْمَذْحُ وَالذَّمُّ وَالْمَقَامُ لَا يَقْتَضِيهِ.

فَالصَّوَابُ أَنْ يُقَالَ تَقْدِيرُهُ: وَكُلُّ سَجْدَةٍ عَنْ تِلَاوَةِ وَجِبَتْ فِي الصَّلَاةِ: أَيْ تَبَيَّنَتْ، وَعَنْ الثَّانِي بَأَنَّ سَجْدَةَ التَّلَاوَةِ إِنَّمَا تَتَأَدَّى بِسَجْدَةِ الصَّلَاةِ إِذَا قُرِئَ آيَةُ السَّجْدَةِ فَسَجَدَ، وَأَمَّا إِذَا لَمْ يَسْجُدْ عَلَى الْفَوْرِ حَتَّى قُرِئَ مِقْدَارُ ثَلَاثِ آيَاتٍ وَرَكَعَ أَوْ سَجَدَ لِلصَّلَاةِ يَنْوِي بِهَا سَجْدَةَ التَّلَاوَةِ لَمْ يَجْزُ لَأَنَّهَا صَارَتْ دَيْنًا عَلَيْهِ بِفَوَاتٍ وَقِفَتِهَا فَلَا تَتَأَدَّى فِي ضِمْنِ الْغَيْرِ. وَرُدُّ بَأَنَّ وَقِفَتَهَا مُوسَّعٌ، فَمَتَى سَجَدَ كَانَ أَذَاءً لَا قَضَاءً.

وَأُجِيبَ بَأَنَّ ذَلِكَ عِنْدَ مُحَمَّدٍ، وَفِي رِوَايَةٍ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ، وَفِي رِوَايَةٍ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ وَجُوبَهَا عَلَى الْفَوْرِ لَا التَّرَاخِي فَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ الْمُصَنَّفُ اخْتَارَ ذَلِكَ؛ وَعَنْ الثَّالِثِ بِأَنَّهُ خَطَأٌ مُسْتَعْمَلٌ وَهُوَ عِنْدَ الْفُقَهَاءِ خَيْرٌ مِنْ صَوَابٍ نَادِرٍ.

(وَمَنْ تَلَا سَجْدَةً فَلَمْ يَسْجُدْهَا حَتَّى دَخَلَ فِي صَلَاةٍ فَأَعَادَهَا وَسَجَدَ أَجْزَأَتُهُ السَّجْدَةُ عَنِ التَّلَاوَتَيْنِ)؛ لِأَنَّ الثَّانِيَةَ أَقْوَى لَكُونِهَا صَلَاتِيَّةً فَاسْتَتَبَعَتِ الْأُولَى. وَفِي النَّوَادِرِ يَسْجُدُ أُخْرَى بَعْدَ الْفَرَاغِ لِأَنَّ لِلأُولَى قُوَّةَ السَّبْقِ فَاسْتَوِيًا. هُنَا: لِلثَّانِيَةِ قُوَّةُ اتِّصَالِ الْمَقْصُودِ فَتَرَجَّحَتْ بِهَا (وَإِنْ تَلَاهَا فَسَجَدَ ثُمَّ دَخَلَ فِي الصَّلَاةِ فَتَلَاهَا سَجَدَ لَهَا)؛ لِأَنَّ الثَّانِيَةَ هِيَ الْمُسْتَتَبَعَةُ وَلَا وَجْهَ إِلَى إلْحَاقِهَا بِالْأُولَى؛ لِأَنَّهُ يُؤَدِّي إِلَى سَبْقِ الْحُكْمِ عَلَى السَّبَبِ

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ تَلَا سَجْدَةً فَلَمْ يَسْجُدْهَا) هَذَا لِيَبَانَ التَّدَاخُلُ فِي سَجْدَةِ التَّلَاوَةِ أَيْ وَمَنْ تَلَا آيَةَ سَجْدَةِ خَارِجَ الصَّلَاةِ (حَتَّى دَخَلَ فِي الصَّلَاةِ فَأَعَادَهَا) أَيْ تِلَاوَةَ تِلْكَ الْآيَةِ وَلَمْ يَتَبَدَّلْ مَجْلِسُ الصَّلَاةِ عَنْ مَجْلِسِ التَّلَاوَةِ (وَسَجَدَ) فِي الصَّلَاةِ (أَجْزَأَتُهُ السَّجْدَةُ) الَّتِي سَجَدَهَا (عَنِ التَّلَاوَتَيْنِ لِأَنَّ الثَّانِيَةَ لَكُونِهَا صَلَاتِيَّةً أَقْوَى فَاسْتَتَبَعَتِ الْأُولَى وَفِي النَّوَادِرِ يَسْجُدُ) سَجْدَةً (أُخْرَى بَعْدَ الْفَرَاغِ) مِنَ الصَّلَاةِ لِأَنَّ الصَّلَاتِيَّةَ إِنْ كَانَتْ أَقْوَى فَلِلأُولَى أَيْضًا قُوَّةُ السَّبْقِ فَاسْتَوِيًا فَلَا تَكُونُ إِحْدَاهُمَا أُولَى بِالِاسْتِتْبَاعِ.

وَجَوَابُ ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ أَنَّ لِلثَّانِيَةِ بَعْدَ التَّسَاوِي قُوَّةً أُخْرَى وَهُوَ الْإِتِّصَالُ بِالْمَقْصُودِ: أَيْ اتِّصَالُ التَّلَاوَةِ بِمَا هُوَ الْمَقْصُودُ: أَيْ الْحُكْمُ وَهُوَ السُّجُودُ فَتَرَجَّحَتْ بِهَا وَاسْتَتَبَعَتْ.

وَعُورِضَ بَأَنَّ إلْحَاقَ الْأُولَى بِالثَّانِيَةِ خِلَافُ مَوْضُوعِ التَّدَاخُلِ لِأَنَّ السَّابِقَ قَدْ

مَضَى وَاضْمَحَلَّ فَكَيْفَ يَكُونُ مُلْحَقًا بِاللَّاحِقِ. وَأَجِيبَ بِأَنَّ السَّابِقَ قَدْ يَكُونُ تَبَعًا إِذَا كَانَ اللَّاحِقُ أَقْوَى كَالسَّنَةِ قَبْلَ الْفَرِيضَةِ.

وَقَوْلُهُ (وَإِنْ تَلَاهَا) يَعْنِي خَارِجَ الصَّلَاةِ (فَسَجَدَ ثُمَّ دَخَلَ فِي الصَّلَاةِ فَتَلَاهَا) أَيِ تِلْكَ الْآيَةِ وَجَبَ عَلَيْهِ (أَنْ يَسْجُدَ لَهَا لِأَنَّ الثَّانِيَةَ هِيَ الْمُسْتَتَبَعَةُ) لَمَّا قُلْنَا إِنَّهَا لَكُونُهَا صَلَاتِيَّةً أَقْوَى (وَ) إِذَا كَانَتْ مُسْتَتَبَعَةً (لَا وَجْهَ لِلْحَاقِقِهَا) أَيِ السَّجْدَةِ الْمَفْعُولَةِ (بِالْأُولَى) أَيِ التَّلَاوَةِ الْأُولَى لِأَنَّهَا إِنْ أُلْحِقَتْ بِهَا وَهِيَ تَابِعَةٌ لِلثَّانِيَةِ كَانَتْ السَّجْدَةُ مُلْحَقَةً بِالتَّلَاوَةِ الثَّانِيَةِ (وَذَلِكَ يُؤَدِّي إِلَى سَبْقِ الْحُكْمِ قَبْلَ السَّبَبِ) فَتَيَيَّنَ أَنَّ التَّدَاخُلَ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ مُتَعَذِّرٌ فَيَجِبُ سَجْدَةُ ثَانِيَةً لِلتَّلَاوَةِ الثَّانِيَةِ وَإِيَّاكَ أَنْ تُرَدُّ ضَمِيرُ الْحَاقِقِهَا إِلَى التَّلَاوَةِ الثَّانِيَةِ كَمَا فَعَلَهُ بَعْضُ الشَّارِحِينَ.

وَأَعْتَرِضَ عَلَى الْمُصَنِّفِ بِأَنَّهُ فَاسِدٌ فَتَأَمَّلْ، وَفِيهِ بَحْثٌ وَهُوَ أَنَّ الصَّلَاتِيَّةَ إِنَّمَا تَرَجَّحَتْ فِي الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى بِاتِّصَالِ الْمَقْصُودِ، وَهَذَا مَعَ الْأُولَى السَّبْقُ وَالِاتِّصَالُ بِالْمَقْصُودِ، وَمَعَ الثَّانِيَةِ كَوْنُهَا صَلَاتِيَّةً فَقَطُ فَأَيُّ تَسْتَبْعُهَا. وَيُمْكِنُ أَنْ يُجَابَ عَنْهُ بِأَنَّ الْمَصِيرَ إِلَى الْإِتِّصَالِ إِنَّمَا كَانَ عَلَى وَجْهِ التَّنَزُّلِ مِنَ الْمُصَنِّفِ، وَإِلَّا فَكَوْنُهَا صَلَاتِيَّةً أَقْوَى مِنَ السَّبْقِ فَلَا يُسَاوِيهِ السَّبْقُ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ إِذَا فَهَّقَهُ فِيهَا انْتَقَضَ الْوُضُوءُ دُونَ غَيْرِهَا وَبِالنَّظَرِ إِلَى ذَلِكَ يَتِمُّ الدَّلِيلُ.

(وَمَنْ كَرَّرَ تِلَاوَةَ سَجْدَةٍ وَاحِدَةٍ فِي مَجْلِسٍ وَاحِدٍ أَجْزَأَتْهُ سَجْدَةٌ وَاحِدَةٌ، فَإِنْ قَرَأَهَا فِي مَجْلِسِهِ فَسَجَدَهَا ثُمَّ ذَهَبَ وَرَجَعَ فَقَرَأَهَا سَجْدَةً ثَانِيَةً، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ سَجْدًا لِلأُولَى فَعَلَيْهِ السَّجْدَتَانِ) هَذَا أَوَّلُ مَا بَنَى السَّجْدَةَ عَلَى التَّدَاخُلِ دَفْعًا لِلْحَرْجِ، وَهُوَ تَدَاخُلٌ فِي السَّبَبِ دُونَ الْحُكْمِ، وَهَذَا أَلْيَقُ بِالْعِبَادَاتِ وَالثَّانِي بِالْعُقُوبَاتِ وَإِمَّا كَانَ التَّدَاخُلُ عِنْدَ اتِّحَادِ الْمَجْلِسِ لَكُونِهِ جَامِعًا، لِلْمُتَفَرِّقَاتِ فَإِذَا اخْتَلَفَ عَادَ الْحُكْمُ إِلَى الْأَصْلِ، وَلَا يَخْتَلَفُ بِمُجَرَّدِ الْقِيَامِ بِخِلَافِ الْمُخِيرَةِ؛ لِأَنَّهُ دَلِيلُ الْإِعْرَاضِ وَهُوَ الْمَبْطُلُ هُنَاكَ.

وَفِي تَسْدِيَةِ الثُّوبِ يَتَكَرَّرُ الْوُجُوبُ، وَفِي الْمُنْتَقِلِ مِنْ غُصْنٍ إِلَى غُصْنٍ كَذَلِكَ فِي الْأَصَحِّ، وَكَذَا فِي الدِّيَاسَةِ لِلْإِحْتِيَاطِ (وَلَوْ تَبَدَّلَ مَجْلِسُ السَّامِعِ دُونَ التَّالِي يَتَكَرَّرُ الْوُجُوبُ)؛ لِأَنَّ السَّبَبَ فِي حَقِّهِ السَّمَاعُ (وَكَذَا إِذَا تَبَدَّلَ مَجْلِسُ التَّالِي دُونَ السَّامِعِ) عَلَى مَا قِيلَ، وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ لَا يَتَكَرَّرُ الْوُجُوبُ عَلَى السَّامِعِ لَمَّا قُلْنَا.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ كَرَّرَ تِلَاوَةَ سَجْدَةٍ وَاحِدَةٍ) ذَكَرَ مَسْأَلَةً وَبَيَّنَ التَّدَاخُلَ وَقَالَ (الْأَصْلُ أَنْ مَبْنَى السَّجْدَةِ عَلَى التَّدَاخُلِ) يَعْنِي فِي الْاسْتِحْسَانِ، وَالْقِيَاسِ أَنْ يَجِبَ لِكُلِّ تِلَاوَةِ سَجْدَةٍ سَوَاءٌ كَانَتْ فِي مَجْلَسٍ وَاحِدٍ أَوْ لَمْ تُكُنْ، لِأَنَّ السَّجْدَةَ حُكْمُ التَّلَاوَةِ وَالْحُكْمُ يَتَكَرَّرُ بِتَكَرُّرِ سَبَبِهِ. وَجْهُ الْاسْتِحْسَانِ مَا ذَكَرَهُ بِقَوْلِهِ (دَفْعًا لِلْحَرْبِ) وَذَلِكَ أَنَّ الْمُسْلِمِينَ يَحْتَاجُونَ إِلَى تَعْلِيمِ الْقُرْآنِ وَتَعَلُّمِهِ، وَذَلِكَ يَحْتَاجُ إِلَى التَّكْرَارِ غَالِبًا، فَالِزَامُ التَّكْرَارِ فِي السَّجْدَةِ يُفْضِي إِلَى الْحَرَجِ لَا مَحَالَةَ، وَالْحَرَجُ مَذْفُوعٌ. وَقَدْ صَحَّ «أَنَّ جَبْرِيلَ صَلَوَاتُ اللَّهِ عَلَيْهِ كَانَ يُنْزِلُ آيَةَ السَّجْدَةِ عَلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَيُكْرِّرُ عَلَيْهِ وَكَانَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ يَسْجُدُ لَهَا مَرَّةً وَاحِدَةً تَعْلِيمًا لِحَوَازِ التَّدَاخُلِ دَفْعًا لِلْحَرَجِ».

ثُمَّ التَّدَاخُلُ إِمَّا أَنْ يَكُونَ فِي السَّبَبِ أَوْ فِي الْحُكْمِ وَالْأَلِيقُ بِالْعِبَادَاتِ الْأَوَّلِ وَبِالْعُقُوبَاتِ الثَّانِي، وَذَلِكَ لِأَنَّ التَّدَاخُلَ إِذَا كَانَ فِي الْحُكْمِ دُونَ السَّبَبِ كَانَتْ الْأَسْبَابُ بَاقِيَةً عَلَى تَعَدُّدِهَا فَيَلْزَمُ وُجُودُ السَّبَبِ الْمَوْجِبِ لِلْعِبَادَةِ بِدُونِ الْعِبَادَةِ، وَفِي ذَلِكَ تَرْكُ الْإِحْتِيَاظِ فِيمَا يَجِبُ فِيهِ الْإِحْتِيَاظُ فَقُلْنَا بِتَدَاخُلِ الْأَسْبَابِ فِيهَا لِيَكُونَ جَمِيعُهَا بِمَنْزِلَةِ سَبَبٍ وَاحِدٍ تَرْتَّبَ عَلَيْهِ حُكْمُهُ إِذَا وَجِدَ دَلِيلُ الْجَمْعِ وَهُوَ اتِّحَادُ الْمَجْلَسِ. وَأَمَّا الْعُقُوبَاتُ فَلَيْسَ مِمَّا يُحْتَاطُ فِيهَا بَلْ فِي دَرَجَتِهَا إِحْتِيَاظٌ فَيَجْعَلُ التَّدَاخُلُ فِي الْحُكْمِ لِيَكُونَ عَدَمُ الْحُكْمِ مَعَ وُجُودِ الْمَوْجِبِ مُضَافًا إِلَى عَفْوِ اللَّهِ وَكَرَمِهِ فَإِنَّهُ هُوَ الْمَوْصُوفُ بِسُبُوغِ الْعَفْوِ وَكَمَالِ الْكَرَمِ، وَثَمَرَةُ ذَلِكَ تَظْهَرُ فِيمَا لَوْ تَلَا آيَةَ سَجْدَةٍ فِي مَكَانٍ فَسَجَدَهَا ثُمَّ تَلَاهَا فِيهِ مَرَّاتٍ فَإِنَّهُ يَكْفِيهِ تِلْكَ السَّجْدَةُ الْمَفْعُولَةُ أَوْ لَا، إِذْ لَوْ لَمْ يَكُنِ التَّدَاخُلُ فِي السَّبَبِ لَكَانَتْ التَّلَاوَةُ الَّتِي بَعْدَ السَّجْدَةِ سَبَبًا وَحُكْمُهُ قَدْ تَقَدَّمَ وَذَلِكَ لَا يَجُوزُ.

وَقَوْلُهُ (وَإِمْكَانُ التَّدَاخُلِ) أَيُ الْإِمْكَانِ الشَّرْعِيُّ بَيَّانُ الدَّلِيلِ الْجَمْعِ وَهُوَ اتِّحَادُ الْمَجْلَسِ لِكَوْنِهِ جَامِعًا لِلْمُتَفَرِّقَاتِ، أَلَا تَرَى إِلَى شَطْرِي الْعَقْدَ يَجْمَعُهُمَا الْمَجْلَسُ وَإِنْ تَفَرَّقَا بِالْأَقْوَالِ، فَإِذَا اخْتَلَفَ عَادَ الْحُكْمُ إِلَى أَصْلِهِ وَهُوَ وَجُوبُ التَّكْرَارِ لِعَدَمِ الْجَامِعِ. فَإِنْ قِيلَ: مَا بَالُ الْجَامِعِ لَمْ يَجْمَعْ بَيْنَ الْآيَاتِ فِي مَجْلَسٍ وَاحِدٍ كَمَا جَمَعَ بَيْنَ الْمَرَّاتِ فِيهِ؟ قُلْنَا لِعَدَمِ الْحَرَجِ، فَإِنَّ آيَاتِ السَّجْدَةِ مَحْضُورَةٌ، وَالْغَالِبُ عَدَمُ تِلَاوَةِ الْجَمْعِ

فِي مَجْلِسٍ وَاحِدٍ، بِخِلَافِ التَّكَرُّارِ لِلتَّعْلِيمِ فَإِنَّهُ لَيْسَ بِمَحْضُورٍ وَيَتَّفِقُ فِي مَجْلِسٍ وَاحِدٍ، ثُمَّ اخْتِلَافُ الْمَجْلِسِ إِمَّا يَكُونُ بِالذَّهَابِ عَنْهُ بَعِيدًا.

قَالَ مُحَمَّدٌ: إِنْ كَانَ مَشَى نَحْوًا مِنْ عَرْضِ الْمَسْجِدِ وَطُولِهِ فَهُوَ قَرِيبٌ، وَقِيلَ إِنْ مَشَى خُطْوَتَيْنِ أَوْ ثَلَاثًا فَهُوَ قَرِيبٌ، وَإِنْ كَانَ أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ فَهُوَ بَعِيدٌ، وَلَا يَخْتَلَفُ بِمُجَرَّدِ الْقِيَامِ؛ لِأَنَّهُ مُسْتَحْسَنٌ فِي الْإِثْبَانِ بِالسَّجْدَةِ لِأَنَّ الْخُرُورَ الْوَارِدَ فِي الْقُرْآنِ سَقُوطٌ مِنَ الْقِيَامِ، بِخِلَافِ الْمُخَيَّرَةِ فَإِنْ خِيَارَهَا يَبْطُلُ بِمُجَرَّدِ الْقِيَامِ لِكُونِهِ لَدِيلِ الْإِعْرَاضِ، فَإِنْ مِنْ حَزَبِهِ أَمْرٌ وَهُوَ قَائِمٌ يَقَعْدُ لِكُونِ الْقُعُودِ أَجْمَعَ لِلرَّأْيِ، فَإِذَا قَامَتْ دَلٌّ عَلَى الْإِعْرَاضِ، وَالْخِيَارُ يَبْطُلُ بِالْإِعْرَاضِ صَرِيحًا وَدَلَالَةً (وَفِي تَسْنِيدِ الثَّوْبِ يَتَكَرَّرُ الْوُجُوبُ) وَكَلَامُهُ وَاضِحٌ.

وَقَالَ صَاحِبُ النَّهَايَةِ: وَهَذَا اللَّفْظُ يَعْنِي قَوْلُهُ (وَفِي الْمُثْقَلِ مِنْ غُصْنٍ إِلَى غُصْنٍ كَذَلِكَ فِي الْأَصَحِّ وَكَذَلِكَ فِي الدِّيَاسَةِ) يَدُلُّ عَلَى أَنَّ اخْتِلَافَ الْمَشَايِخِ فِي الْمُثْقَلِ مِنْ غُصْنٍ إِلَى غُصْنٍ وَفِي الدِّيَاسَةِ لَا فِي تَسْنِيدِ الثَّوْبِ لِأَنَّهُ قَطَعَهَا بِالْجَوَابِ مِنْ غَيْرِ تَرَدُّدٍ ثُمَّ شَبَّهَ جَوَابَ الثَّانِي بِذِكْرِ الْأَصَحِّ، وَلَيْسَ بِوَاضِحٍ لِحَوَازِ أَنْ يَكُونَ قَوْلُهُ فِي الْأَصَحِّ مُتَعَلِّقًا بِالسَّأَلَتَيْنِ جَمِيعًا، وَقَوْلُهُ لِلْاِخْتِيَاظِ يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ وَجْهَ الْأَصَحِّ فِي الصُّورِ الثَّلَاثِ الْمَذْكُورَةِ.

وَوَجْهُهُ أَنَّهُ بِالنَّظَرِ إِلَى اتِّحَادِ الْعَمَلِ وَاتِّحَادِ اسْمِ الْمَجْلِسِ لَا يَتَبَدَّلُ الْمَجْلِسُ فَلَا يَتَكَرَّرُ الْوُجُوبُ، وَبِالنَّظَرِ إِلَى اخْتِلَافِ حَقِيقَةِ الْمَكَانِ يَتَكَرَّرُ الْوُجُوبُ فَقُلْنَا بِالتَّكَرُّارِ لِلْاِخْتِيَاظِ. وَقَوْلُهُ (إِذَا تَبَدَّلَ مَجْلِسُ الثَّانِي) وَاضِحٌ.

وَقَوْلُهُ (عَلَى مَا قِيلَ) يَعْنِي بِهِ قَوْلَ فَنَحْرُ الْإِسْلَامِ أَنَّ مَجْلِسَ الثَّانِي إِذَا تَكَرَّرَ دُونَ مَجْلِسِ السَّامِعِ يَتَكَرَّرُ الْوُجُوبُ عَلَى السَّامِعِ لِأَنَّ الْحُكْمَ مُضَافًا إِلَى سَبَبِهِ، وَكَأَنَّهُ اخْتَارَ أَنَّ السَّبَبَ هُوَ التَّلَاوُفُ (وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ لَا يَتَكَرَّرُ الْوُجُوبُ عَلَى السَّامِعِ لَمَّا قُلْنَا) يَعْنِي أَنَّ السَّبَبَ فِي حَقِّ السَّمَاعِ وَكَانَ مَجْلِسُهُ مُتَّحِدًا وَهُوَ قَوْلُ الْإِسْمَاعِيلِيِّ، قِيلَ وَعَلَيْهِ الْفَتْوَى.

(وَمَنْ أَرَادَ السُّجُودَ كَبَّرَ وَلَمْ يَرْفَعْ يَدَيْهِ وَسَجَدَ ثُمَّ كَبَّرَ وَرَفَعَ رَأْسَهُ) اعْتِبَارًا بِسَجْدَةِ الصَّلَاةِ وَهُوَ الْمَرْوِيُّ عَنْ ابْنِ مَسْعُودٍ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُ (وَلَا تَشْهَدُ عَلَيْهِ وَلَا

سَلَامٍ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لِلتَّحَلُّلِ وَهُوَ يَسْتَدْعِي سَبْقَ التَّحْرِيمَةِ وَهِيَ مُنْعَدِمَةٌ.

الشرح:

(وَمَنْ أَرَادَ السُّجُودَ كَبَّرَ وَلَمْ يَرْفَعْ يَدَيْهِ وَسَجَدَ ثُمَّ كَبَّرَ وَرَفَعَ رَأْسَهُ اعْتِبَارًا بِسَجْدَةِ الصَّلَاةِ) وَفِي قَوْلِهِ اعْتِبَارًا بِسَجْدَةِ الصَّلَاةِ إِشَارَةٌ إِلَى أَنَّ التَّكْبِيرَ فِيهَا سُنَّةٌ كَمَا فِي الْمُسَبِّهِ بِهِ، وَقَوْلُهُ وَلَمْ يَرْفَعْ يَدَيْهِ اخْتِرَازٌ عَنْ قَوْلِ الشَّافِعِيِّ فَإِنَّ صِفَتَهَا عِنْدَهُ أَنْ يَرْفَعَ يَدَيْهِ نَاقِيًا ثُمَّ يُكَبِّرُ لِلسُّجُودِ وَلَا يَرْفَعُ يَدَيْهِ ثُمَّ يُكَبِّرُ لِلرُّفْعِ وَيُسَلِّمُ، وَلَمْ يَذْكُرْ مَاذَا يَقُولُ فِي سُجُودِهِ، فَقِيلَ: يَقْرَأُ فِيهَا «سُبْحَانَ رَبَّنَا إِنْ كَانَ وَعْدُ رَبَّنَا لَمَفْعُولًا» وَالْأَصَحُّ أَنْ يَقُولَ فِيهَا مَا يَقُولُ فِي سَجْدَةِ الصَّلَاةِ، وَإِنْ لَمْ يَذْكُرْ شَيْئًا لَمْ يَضُرَّهُ لِأَنَّهَا لَا تَكُونُ أَقْوَى مِنْ سَجْدَةِ الصَّلَاةِ، وَلَوْ لَمْ يَذْكُرْ فِيهَا شَيْئًا جَازَ فَكَذَلِكَ هَذِهِ.

وَقَوْلُهُ (وَلَا تَشْهَدُ عَلَيْهِ وَلَا سَلَامٌ) نَفْيٌ لِقَوْلِ بَعْضِ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ الَّذِينَ لَمْ يَأْخُذُوا بِقَوْلِهِ وَقَالُوا إِنَّ فِيهَا تَشْهَدًا وَسَلَامًا. وَقَوْلُهُ (لِأَنَّ ذَلِكَ) أَيُّ التَّشْهَدِ وَالسَّلَامِ (لِلتَّحَلُّلِ وَهُوَ يَسْتَدْعِي سَبْقَ التَّحْرِيمَةِ وَهِيَ مَعْدُومَةٌ).

فَإِنْ قِيلَ: لَا تُسَلِّمُ أَنَّهَا مَعْدُومَةٌ لِأَنَّهُ قَالَ وَكَبَّرَ وَالتَّكْبِيرُ لِلتَّحْرِيمَةِ بِالنَّصِّ. أُجِيبَ بِأَنَّهُ لَيْسَ كُلُّ تَكْبِيرٍ لِلتَّحْرِيمَةِ، أَلَا تَرَى تَكْبِيرَ السُّجُودِ فَإِنَّهُ لَيْسَ لِلتَّحْرِيمَةِ وَهَذِهِ السَّجْدَةُ لَمَّا شَبَّهَتْ بِسَجْدَةِ الصَّلَاةِ سُنَّ فِيهَا التَّكْبِيرُ لِلْمُشَابَهَةِ.

قَالَ (وَيُكْرَهُ أَنْ يَقْرَأَ السُّورَةَ فِي الصَّلَاةِ أَوْ غَيْرَهَا وَيَدْعَ آيَةَ السَّجْدَةِ)؛ لِأَنَّهُ يُشَبِّهُهُ الِاسْتِنكَافَ عَنْهَا (وَلَا بَأْسَ بِأَنْ يَقْرَأَ آيَةَ السَّجْدَةِ وَيَدْعَ مَا سِوَاهَا)؛ لِأَنَّهُ مُبَادَرَةٌ إِلَيْهَا.

قَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: أَحَبُّ إِلَيَّ أَنْ يَقْرَأَ قَبْلَهَا آيَةً أَوْ آيَتَيْنِ دَفْعًا لَوْهَمِ التَّفْضِيلِ وَاسْتَحْسِنُوا إِخْفَاءَهَا شَفَقَةً عَلَى السَّامِعِينَ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (لِأَنَّهُ يُشَبِّهُهُ الِاسْتِنكَافَ) يَعْنِي أَنَّ الِاسْتِنكَافَ حَرَامٌ لِأَنَّهُ كُفْرٌ فَيَكُونُ مَا يُشَبِّهُهُ مَكْرُوهًا. وَقَوْلُهُ (شَفَقَةً عَلَى السَّامِعِينَ) قَالَ فِي الْمَحِيطِ: إِنْ كَانَ التَّالِي وَحْدَهُ يَقْرَأُ كَيْفَ شَاءَ مِنْ جَهْرٍ وَإِخْفَاءٍ، وَإِنْ كَانَ مَعَهُ جَمَاعَةٌ. قَالَ مَشَايخُنَا: إِنْ كَانَ الْقَوْمُ مُتَأَهِّبِينَ لِلسُّجُودِ وَيَقْعُ فِي قَلْبِهِ أَنَّهُ لَا يَشِقُّ عَلَيْهِمْ أَدَاءُ السَّجْدَةِ يَنْبَغِي أَنْ يَقْرَأَهَا جَهْرًا حَتَّى يَسْجُدَ الْقَوْمُ مَعَهُ، لِأَنَّ فِي هَذَا حِثًّا لَهُمْ عَلَى الطَّاعَةِ، وَإِنْ كَانُوا مُحَدِّثِينَ أَوْ

وَقَعَ فِي قَلْبِهِ أَنَّهُ يَشْتَقُّ عَلَيْهِمْ أَذَاءَ السَّجْدَةِ يَتَّبِعِي أَنْ يَقْرَأَهَا فِي نَفْسِهِ وَلَا يَجْهَرُ تَحَرُّزًا عَنْ تَأْثِيمِ الْمُسْلِمِ وَذَلِكَ مَتَدُوبٌ إِلَيْهِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

بَابُ صَلَاةِ السَّفَرِ

السَّفَرُ الَّذِي يَتَغَيَّرُ بِهِ الْأَحْكَامُ أَنْ يَقْصِدَ الْإِنْسَانُ مَسِيرَةَ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ وَلَيَالِيهَا سِرًّا الْإِبِلَ وَمَشْيًا الْأَقْدَامَ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «يَمْسَحُ الْمُقِيمُ كَمَا لَيَوْمٍ وَلَيْلَةٍ وَالْمُسَافِرُ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ وَلَيَالِيهَا» ^(١) عَمَّ بِالرُّخَصَةِ الْجِنْسَ. وَمِنْ ضَرُورَتِهِ عُمُومُ التَّقْدِيرِ وَقَدَرُ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ بِيَوْمَيْنِ وَأَكْثَرَ الْيَوْمِ الثَّالِثِ، وَالشَّافِعِيُّ بِيَوْمٍ وَلَيْلَةٍ فِي قَوْلِهِ، وَكَفَى بِالسَّنَةِ حُجَّةً عَلَيْهِمَا (وَالسَّيْرُ الْمَذْكُورُ هُوَ الْوَسْطُ) وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ التَّقْدِيرُ بِالْمَرَاكِحِ وَهُوَ قَرِيبٌ مِنَ الْأَوَّلِ وَلَا مُعْتَبَرٌ بِالْفَرَاخِ هُوَ الصَّحِيحُ (وَلَا يُعْتَبَرُ السَّيْرُ فِي الْمَاءِ) مَعْنَاهُ لَا يُعْتَبَرُ بِهِ السَّيْرُ فِي الْبَرِّ، فَأَمَّا الْمُعْتَبَرُ فِي الْبَحْرِ فَمَا يَلِيْقُ بِحَالِهِ كَمَا فِي الْجَبَلِ.

الشرح:

(بَابُ صَلَاةِ الْمُسَافِرِ) لَمَّا كَانَ السَّفَرُ مِنَ الْعَوَارِضِ الْمُكْتَسِبَةِ نَاسَبٌ أَنْ يُذَكَّرَ مَعَ سَجْدَةِ التَّلَاوَةِ، لِأَنَّ التَّلَاوَةَ أَيْضًا كَذَلِكَ، وَيُؤَخَّرُ عَنْهَا لِأَنَّهَا عِبَادَةٌ دُونُهُ. وَالسَّفَرُ فِي اللُّغَةِ: قَطْعُ الْمَسَافَةِ وَلَيْسَ بِمُرَادٍ هُنَا، بَلِ الْمُرَادُ قَطْعُ خَاصٍّ وَهُوَ أَنْ يَتَغَيَّرَ بِهِ الْأَحْكَامُ فَقِيْدُهُ بِذَلِكَ.

وَذَكَرَ الْقَصْدَ وَهُوَ الْإِرَادَةُ الْحَادِثَةُ الْمُقَارِنَةُ لَمَّا عَزَمَ لِأَنَّهُ لَوْ طَافَ جَمِيعَ الْعَالَمِ بِلا قَصْدٍ سِيرَ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ لَا يَصِيرُ مُسَافِرًا، وَلَوْ قَصَدَ وَلَمْ يُظْهِرْ ذَلِكَ بِالْفِعْلِ فَكَذَلِكَ، وَكَانَ الْمُعْتَبَرُ فِي حَقِّ تَغْيِيرِ الْأَحْكَامِ اجْتِمَاعُهُمَا.

فَإِنْ قِيلَ: الْإِقَامَةُ تَثْبُتُ بِمُجَرَّدِ النِّيَّةِ فَمَا بَالُ السَّفَرِ وَهُوَ ضِدُّهُ لَمْ يَكُنْ كَذَلِكَ. أَجِيبَ بِأَنَّ السَّفَرَ فِعْلٌ، وَمُجَرَّدُ الْقَصْدِ لَا يَكْفِي فِيهِ، وَالْإِقَامَةُ تَرَكُّ وَهُوَ يَحْصُلُ بِمُجَرَّدِهَا، وَسَيَجِيءُ نَظِيرُهُ فِي بَابِ الرُّكَاةِ فِي الْعَبْدِ لِلْخِدْمَةِ يَنْوِي أَنْ يَكُونَ لِلتَّجَارَةِ وَعَكْسُهُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى. وَالْأَحْكَامُ الَّتِي تَتَغَيَّرُ بِالسَّفَرِ هِيَ قَصْرُ الصَّلَاةِ وَإِبَاحَةُ الْفَطْرِ وَامْتِدَادُ مَدَّةِ الْمَسْحِ إِلَى ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ وَسُقُوطُ وَجُوبِ الْجُمُعَةِ وَالْعِيدَيْنِ وَالْأَضْحِيَّةِ وَحُرْمَةُ

(١) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه (٤٣١٩)، وانظر نصب الراية (١٨٩/٢).

الخُرُوجَ عَلَى الْحَرَّةِ بِغَيْرِ مَحْرَمٍ.

فَإِنْ قِيلَ: فَكَمَا أَنَّ الْقَصْدَ لَا بُدَّ مِنْهُ لِلتَّغْيِيرِ فَكَذَلِكَ مُجَاوِزَةٌ يُبَوِّتُ الْمَصْرَ وَلَمْ يَذْكُرْهُ. أُجِيبَ بِأَنَّهُ بِصَدَدِ بَيَانِ تَعْرِيفِ السَّفَرِ وَمَا ذَكَرْتُمْ مِنْ شُرُوطِ تَغْيِيرِهِ وَسَدِّ كُرْهُهِ. وَقَوْلُهُ (سَيَرِ الْإِبِلَ) بِالنَّصْبِ بَدَلٌ مِنْ قَوْلِهِ مَسِيرَةَ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ. وَقَوْلُهُ (عَمَّ الرُّخْصَةُ الْجِنْسُ) وَمِنْ ضَرُورَتِهِ عُمُومُ التَّقْدِيرِ مَعْنَاهُ أَنَّ الْأَلْفَ وَاللَّامَ فِي قَوْلِهِ وَالْمُسَافِرُ لِلْجِنْسِ لِعَدَمِ مَعْهُودٍ فَتَكُونُ الرُّخْصَةُ وَهُوَ الْمَسْحُ عَامًّا بِالنِّسْبَةِ إِلَى مَا مِنْهُ هُوَ مِنْ هَذَا الْجِنْسِ، وَذَلِكَ يَسْتَلْزِمُ أَنْ يَكُونَ التَّقْدِيرُ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ أَيْضًا عَامًّا بِالنِّسْبَةِ إِلَى ذَلِكَ، وَإِلَّا لَكَانَ تَقْيِضُهُ صَادِقًا وَهُوَ بَعْضُ مَنْ هُوَ مُسَافِرٌ لَا يَمْسَحُ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ وَلِيَالِيهَا، وَيَلْزَمُ الْكَذِبُ الْمَحَالُّ عَلَى الشَّارِعِ إِنْ كَانَتْ الْجُمْلَةُ خَبَرِيَّةً مَعْنَى أَيْضًا، أَوْ عَدَمُ الْإِمْتِثَالِ لَأَمْرِهِ إِنْ كَانَتْ طَلِبِيَّةً مَعْنَى وَذَلِكَ لَا يَجُوزُ.

وَاعْتَرِضَ بَوَجهَيْنِ: أَحَدُهُمَا: أَنَّ هَذَا إِنَّمَا يَلْزَمُ أَنْ لَوْ كَانَ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ ظَرْفًا لِمَسْحٍ وَلَمْ لَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ ظَرْفًا لِقَوْلِهِ وَالْمُسَافِرُ حَتَّى يَكُونَ مَعْنَاهُ وَالْمُسَافِرُ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ وَلِيَالِيهَا يَمْسَحُ، وَتَخْصِصُ الشَّيْءِ بِالذِّكْرِ لَا يَدُلُّ عَلَى نَفْيِ مَا عَدَاهُ، فَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ الْمُسَافِرُ يَوْمًا وَلَيْلَةً أَوْ أَقَلَّ يَمْسَحُ بِدَلِيلٍ آخَرَ، وَهُوَ مَا رَوَى عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا: أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: «يَا أَهْلَ مَكَّةَ لَا تَقْصُرُوا فِي أَقَلِّ مِنْ أَرْبَعَةِ بُرْدٍ مِنْ مَكَّةَ إِلَى عُسْفَانَ».

وَالثَّانِي: أَنَّهُ مَتْرُوكُ الظَّاهِرِ لِأَنَّ ظَاهِرَهُ يَقْتَضِي اسْتِيفَاءَ مُدَّةِ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ وَلِيَالِيهَا، وَذَلِكَ لَيْسَ بِشَرْطٍ بِالِاتِّفَاقِ. وَالْجَوَابُ عَنْ الْأَوَّلِ أَنَّ رَاوِيَ الْحَدِيثِ عَبْدُ الْوَهَّابِ بْنُ مُجَاهِدٍ وَهُوَ ضَعِيفٌ عِنْدَ الثَّقَلَةِ جِدًّا حَتَّى كَانَ سُفْيَانُ يُزْرِيهِ بِالْكَذِبِ، فَبَقِيَ الْقَوْلُ بِالْمَسْحِ لِلْمُسَافِرِ يَوْمًا وَلَيْلَةً قَوْلًا بِلا دَلِيلٍ، سَلَّمْنَا لَكِنْ لَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ ظَرْفًا لِلْمُسَافِرِ وَإِلَّا لَكَانَ فِي قَوْلِهِ يَمْسَحُ الْمُقِيمُ يَوْمًا وَلَيْلَةً كَذَلِكَ، فَكَانَ حُكْمُ الْمُقِيمِ وَالْمُسَافِرِ فِي مُدَّةِ الْمَسْحِ وَاحِدًا فِي بَعْضِ الصُّوَرِ، وَفِي ذَلِكَ التَّسْوِيَةُ بَيْنَ حُكْمِ الرَّاحَةِ وَالْمَشَقَّةِ وَهُوَ خِلَافُ مَوْضُوعِ الشَّرْعِ. وَعَنْ الثَّانِي بَأَنَّ التَّنْزِيلَ لِأَجْلِ الْإِسْتِرَاحَةِ مُلْحَقٌ بِالسَّيْرِ فِي حَقِّ تَكْمِيلِ مُدَّةِ السَّفَرِ تَيْسِيرًا، وَقَدْ رَوَى عَنْ أَبِي يُوسُفَ وَهُوَ رِوَايَةُ الْمُعَلَّى عَنْهُ يَوْمَيْنِ وَأَكْثَرِ الْيَوْمِ الثَّلَاثِ، لِأَنَّ الْإِنْسَانَ قَدْ يُسَافِرُ مَسِيرَةَ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ يَتَعَجَّلُ السَّيْرَ فَيَبْلُغُ قَبْلَ الْوَقْتِ بِسَاعَةٍ وَلَا يُعْتَدُّ بِذَلِكَ (وَالشَّافِعِيُّ قَدَّرَهُ فِي قَوْلِ يَوْمٍ وَلَيْلَةٍ) وَرَبَّمَا

يُسْتَدَلُّ عَلَى ذَلِكَ بِحَدِيثِ عَبْدِ الْوَهَّابِ (وَكَفَى بِالسَّنَةِ) يَعْنِي مَا رَوَيْنَا (حُجَّةً عَلَيْهِمَا) وَقَوْلُهُ (وَهُوَ قَرِيبٌ مِنَ الْأَوَّلِ) أَيُّ التَّقْدِيرِ بِثَلَاثِ مَرَاحِلٍ قَرِيبٌ إِلَى التَّقْدِيرِ بِثَلَاثَةِ أَيَّامٍ، لِأَنَّ الْمُعْتَادَ فِي السَّيْرِ فِي ذَلِكَ كُلِّ يَوْمٍ مَرَحَلَةً خُصُوصًا فِي أَقْصَرِ أَيَّامِ السَّنَةِ وَقَوْلُهُ (هُوَ الصَّحِيحُ) اخْتِرَازٌ عَنْ قَوْلِ عَامَّةِ الْمَشَايخِ فَإِنَّهُمْ قَدَّرُوهَا بِالْفَرَاخِ. ثُمَّ اخْتَلَفُوا فَقَالَ بَعْضُهُمْ أَحَدٌ وَعِشْرُونَ فَرَسَخًا، وَقَالَ آخَرُونَ ثَمَانِيَةَ عَشَرَ، وَآخَرُونَ خَمْسَةَ عَشَرَ.

وقَوْلُهُ (وَلَا يُعْتَبَرُ السَّيْرُ فِي الْمَاءِ) يَعْنِي إِذَا كَانَ لِمَوْضِعٍ طَرِيقَانِ: أَحَدُهُمَا فِي الْمَاءِ يُقْطَعُ بِثَلَاثَةِ أَيَّامٍ وَلِيَالِيهَا إِذَا كَانَتْ الرِّيحُ هَادِيَةً: أَيُّ مُتَوَسِّطَةً، وَالثَّانِي فِي الْبَرِّ يُقْطَعُ يَوْمٌ أَوْ يَوْمَيْنِ لَا يُعْتَبَرُ أَحَدُهُمَا بِالْآخِرِ، فَإِنْ ذَهَبَ إِلَى طَرِيقِ الْمَاءِ قَصَرَ، وَإِنْ ذَهَبَ إِلَى طَرِيقِ الْبَرِّ أَثَمَ، وَلَوْ انْعَكَسَ انْعَكَسَ الْحُكْمُ (وَلِأَنَّمَا الْمُعْتَبَرُ فِي الْبَحْرِ مَا يَلِيقُ بِحَالِهِ) يُعْتَبَرُ السَّيْرُ فِيهِ بِثَلَاثَةِ أَيَّامٍ وَلِيَالِيهَا بَعْدَ أَنْ كَانَتْ الرِّيحُ مُسْتَوِيَةً لَا سَاكِنَةً وَلَا عَالِيَةً كَمَا فِي الْجَبَلِ فَإِنَّهُ يُعْتَبَرُ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ وَلِيَالِيهَا فِي السَّيْرِ فِيهِ، وَإِنْ كَانَتْ تِلْكَ الْمَسَافَةُ فِي السَّهْلِ تُقْطَعُ بِمَا دُونَهَا.

قَالَ (وَفَرَضُ الْمُسَافِرِ فِي الرُّبَاعِيَّةِ رَكْعَتَانِ لَا يَزِيدُ عَلَيْهِمَا) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ فَرَضَهُ الْأَرْبَعُ وَالْقَصْرُ رُخْصَةً اعْتِبَارًا بِالصَّوْمِ. وَلَنَا أَنَّ الشَّفْعَ الثَّانِي لَا يُقْضَى وَلَا يُؤْتَمُّ عَلَى تَرْكِهِ، وَهَذَا آيَةُ النَّافِلَةِ بِخِلَافِ الصَّوْمِ؛ لِأَنَّهُ يُقْضَى (وَأِنْ صَلَّى أَرْبَعًا وَقَعَدَ فِي الثَّانِيَةِ قَدَرَ التَّشَهُّدِ أَجْزَأَتُهُ الْأُولَيَانِ عَنِ الْفَرْضِ وَالْآخِرَيَاتُ لَهُ نَافِلَةٌ) اعْتِبَارًا بِالْفَجْرِ، وَيَصِيرُ مُسَبِّحًا لِتَأْخِيرِ السَّلَامِ (وَأِنْ لَمْ يَقْعُدْ فِي الثَّانِيَةِ قَدَرَهَا بَطَلَتْ)؛ لِاخْتِلَافِ النَّافِلَةِ بِهَا قَبْلَ إِكْمَالِ أَرْكَانِهَا.

الشرح:

قَالَ (وَفَرَضُ الْمُسَافِرِ فِي الرُّبَاعِيَّةِ رَكْعَتَانِ) الْقَصْرُ فِي حَقِّ الْمُسَافِرِ رُخْصَةٌ إِسْقَاطٌ عِنْدَنَا، وَرُبَّمَا عَبَّرَ بَعْضُ الْمَشَايخِ عَنْهُ بِالْعَزِيمَةِ وَرُخْصَةٌ حَقِيقَةٌ عِنْدَ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ: أَيُّ رُخْصَةٍ تَرْفِيهِ وَفَرَضُهُ عِنْدَنَا رَكْعَتَانِ لَا يَزِيدُ عَلَيْهِمَا (وَعِنْدَهُ فَرَضُهُ الْأَرْبَعُ) وَاعْتَبَرَهُ بِالصَّوْمِ قَالَ: هَذِهِ رُخْصَةٌ شَرَعَتْ لِلْمُسَافِرِ فَيَتَخَيَّرُ فِيهَا كَمَا فِي الصَّوْمِ (وَلَنَا أَنَّ الشَّفْعَ الثَّانِي لَا يُقْضَى وَلَا يُؤْتَمُّ عَلَى تَرْكِهِ وَهَذَا آيَةُ النَّافِلَةِ) وَهُوَ ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (بِخِلَافِ الصَّوْمِ) جَوَابٌ عَنْ قِيَاسِ الْخَصْمِ بِأَنَّ الصَّوْمَ يُقْضَى: يَعْنِي أَنْ تَرُكَ الشَّيْءَ بِلَا بَدَلٍ وَلَا

إِثْمَ عِلَامَةٍ كَوْنِهِ نَافِلَةً، وَمَا ذَكَرْتُمْ تَرْكُ بَدَلٍ وَهُوَ الْقَضَاءُ فَلَا يَرُدُّ عَلَيْنَا، وَفِيهِ بَحْثٌ مِنْ وَجْهَيْنِ: أَحَدُهُمَا أَنَّ هَذَا قِيَاسٌ فِي مُقَابَلَةِ النَّصِّ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَالَ ﴿فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَقْصُرُوا مِنَ الصَّلَاةِ﴾ [النساء: ١٠١] وَلَفْظُ لَا جُنَاحَ يُذَكِّرُ لِلِإِبَاحَةِ دُونَ الْوُجُوبِ، وَلَأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ سَمَّاهُ صَدَقَةً وَالتَّصَدُّقُ عَلَيْهِ بِالْخِيَارِ فِي الْقَبُولِ وَعَدَمِهِ. وَالثَّانِي أَنَّ الْفَقِيرَ لَوْ لَمْ يَخُجْ لَيْسَ عَلَيْهِ قَضَاءٌ وَلَا إِثْمٌ، وَإِذَا حُجَّ كَانَ فَرَضًا فَلَمْ يَكُنْ مَا ذَكَرْتُمْ آيَةَ النَّافِلَةِ.

وَالْجَوَابُ عَنْ الْأَوَّلِ أَنَّ النَّصَّ مُشْتَرَكٌ الْإِلْزَامُ أَمَّا الْآيَةُ فَلَأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَالَ: «﴿أَنْ تَقْصُرُوا مِنَ الصَّلَاةِ﴾ إِنَّ خِفْتُمْ» عَلَّقَ الْقَصْرَ بِالْخَوْفِ، وَهُوَ لَيْسَ بِشَرْطٍ لِقَصْرِ ذَاتِ الصَّلَاةِ بِالِاتِّفَاقِ، وَلَا بُدَّ مِنْ إِعْمَالِهِ فَكَانَ مُتَعَلِّقًا بِقَصْرِ الْأَوْصَافِ مِنْ تَرْكِ الْقِيَامِ إِلَى الْقُعُودِ، أَوْ تَرْكِ الرُّكُوعِ وَالسُّجُودِ إِلَى الْإِيمَاءِ لِحَوْفٍ مِنْ عَدُوٍّ أَوْ غَيْرِهِ، وَعِنْدَنَا قَصْرُ الْأَوْصَافِ عِنْدَ الْخَوْفِ مَبَاحٌ لَا وَاجِبٌ.

وَأَمَّا الْحَدِيثُ فَلَأَنَّ التَّصَدُّقَ بِمَا لَا يَحْتَمِلُ التَّمْلِيكَ مِنْ غَيْرِ مُفْتَرَضٍ الطَّاعَةِ كَالْعَتَاقِ وَالطَّلَاقِ وَالْقَصَاصِ إِسْقَاطُ مَحْضٍ لَا يَرْتَدُّ بِالرَّدِّ فَلَأَنَّ يَكُونُ مِنْ مُفْتَرَضِ الطَّاعَةِ أَوَّلَى وَعَنْ الثَّانِي بِأَنَّهُ لَمَّا أَتَى مَكَّةَ صَارَ مُسْتَطِيعًا فَيَفْتَرَضُ عَلَيْهِ وَيَأْتُمُّ بِتَرْكِهِ كَالْأَغْنِيَاءِ. وَقَوْلُهُ (وَإِنْ صَلَّى أَرْبَعًا) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (وَإِنْ لَمْ يَقْعُدْ قَدَرَهَا) أَيُّ قَدَرٍ قَعْدَةُ التَّشَهُّدِ (بَطَلَتْ) صَلَاتُهُ (لَاخْتِلَاطِ النَّافِلَةِ بِهَا قَبْلَ إِكْمَالِ أَرْكَانِهَا) لِأَنَّ الْقَعْدَةَ الْأَخِيرَةَ رُكْنٌ وَقَدْ تَرَكَّهَا قَبْلَ احتِياجِ صَلَاةِ الْمُسَافِرِ إِلَى الْقِرَاءَةِ كَاخْتِيجِهَا إِلَى الْقَعْدَةِ، فَإِذَا لَمْ يَقْرَأْ فِي الرُّكْعَتَيْنِ وَقَامَ إِلَى الثَّالِثَةِ وَتَوَى الْإِقَامَةَ وَقَرَأَ الْأُخْرَيْنِ جَازَتْ صَلَاتُهُ عِنْدَهُمَا خِلَافًا لِمُحَمَّدٍ فَكَيْفَ تَبْطُلُ بِتَرْكِ الْقَعْدَةِ؟ وَأُجِيبَ بَأَنَّ كَلَامَنَا فِيمَا إِذَا لَمْ يَقْعُدْ فِي الْأَوَّلَى وَأَتَمَّ أَرْبَعًا مِنْ غَيْرِ نِيَّةِ الْإِقَامَةِ فَيَكُونُ فِيهِ اخْتِلَاطُ النَّافِلَةِ بِالْفَرَضِ قَبْلَ إِكْمَالِهِ.

وَفِيمَا ذَكَرْتُمْ لَيْسَ كَذَلِكَ فَإِنَّهُ إِذَا تَوَى الْإِقَامَةَ صَارَ فَرَضُهُ أَرْبَعًا وَصَارَتْ قِرَاءَتُهُ فِي الْأُخْرَيْنِ قِرَاءَةً فِي الْأَوَّلَيْنِ وَالْقَعْدَةُ الْأَوَّلَى لَمْ تَبْقَ فَرَضًا وَإِنَّمَا يَسِيرُ مُسَافِرًا بِقَصْرِ الصَّلَاةِ إِذَا فَارَقَ بُيُوتَ الْمَصْرِ مِنَ الْجَانِبِ الَّذِي يَخْرُجُ مِنْهُ وَإِنْ كَانَ فِي غَيْرِهِ مِنَ الْجَوَانِبِ بُيُوتٌ، لِأَنَّ السَّفَرَ ضِدُّ الْإِقَامَةِ وَالشَّيْءُ إِذَا تَعَلَّقَ بِشَيْءٍ تَعَلَّقَ ضِدُّهُ بِضِدِّهِ وَحُكْمُهُ الْإِقَامَةُ وَهُوَ الْإِثْمَامُ لَمَّا تَعَلَّقَ بِهَذَا الْمَوْضِعِ تَعَلَّقَ حُكْمُ السَّفَرِ بِالْمَجَاوِزَةِ عَنْهُ.

(وَإِذَا فَارَقَ الْمَسَافِرُ بُيُوتَ الْمِصْرِ صَلَّى رَكَعَتَيْنِ؛ لَأَنَّ الْإِقَامَةَ تَتَعَلَّقُ بِدُخُولِهَا فَيَتَعَلَّقُ السَّفَرُ بِالْخُرُوجِ عَنْهَا. وَفِيهِ الْأَثَرُ عَنْ عَلِيٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، لَوْ جَاوَزْنَا هَذَا الْخُصَّ لَقَصَرْنَا (وَلَا يَزَالُ عَلَى حُكْمِ السَّفَرِ حَتَّى يَنْوِيَ الْإِقَامَةَ فِي بَلَدَةٍ أَوْ قَرْيَةٍ خَمْسَةَ عَشَرَ يَوْمًا أَوْ أَكْثَرَ، وَإِنْ نَوَى أَقَلَّ مِنْ ذَلِكَ قَصَرَ؛ لِأَنَّهُ لَا بُدَّ مِنْ اعْتِبَارِ مُدَّةٍ لَأَنَّ السَّفَرَ يُجَامِعُهُ اللَّبْثُ فَقَدَرْنَا بِمُدَّةِ الطُّهْرِ؛ لِأَنَّهُمَا مُدَّتَانِ مُوجِبَتَانِ، وَهُوَ مَا ثَوَّرَ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ وَابْنِ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا، وَالْأَثَرُ فِي مِثْلِهِ كَالْخَبَرِ، وَالتَّقْيِيدُ بِالْبَلَدَةِ وَالْقَرْيَةِ يُشِيرُ إِلَى أَنَّهُ لَا تَصِحُّ نِيَّةُ الْإِقَامَةِ فِي الْمَفَازَةِ وَهُوَ الظَّاهِرُ.

الشرح:

(وَفِيهِ الْأَثَرُ عَنْ عَلِيٍّ عليه السلام) رُوِيَ أَنَّهُ خَرَجَ مِنَ الْمِصْرِ يُرِيدُ السَّفَرَ فَحَانَ وَقْتُ الصَّلَاةِ فَأَتَمَّهَا، ثُمَّ نَظَرَ إِلَى خُصٍّ أَمَامَهُ وَقَالَ (لَوْ جَاوَزْنَا هَذَا الْخُصَّ لَقَصَرْنَا) وَالْخُصُّ: نَيْتٌ مِنْ قَصَبٍ. وَاخْتَلَفُوا فِي قَدْرِ الْإِنْفِصَالِ مِنَ الْمِصْرِ فَقَالَ الْإِمَامُ التُّمَرْتَاشِيُّ: الْأَشْبَهُ أَنْ يَكُونَ قَدْرُ غُلُوةٍ. وَاعْتَرِضَ بِأَنَّ صَلَاةَ الْجُمُعَةِ وَالْعِيدَيْنِ يَجُوزُ إِقَامَتُهَا فِي هَذَا الْمِقْدَارِ مِنَ الْمِصْرِ وَهِيَ لَا تُقَامُ إِلَّا فِي الْمِصْرِ، فَإِنْ كَانَ هَذَا الْمَوْضِعُ مِنَ الْمِصْرِ فَكَيْفَ جَازَ الْقَصْرُ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مِنْهُ كَيْفَ جَازَتْ هَذِهِ الصَّلَاةُ بِهِ؟ وَأُجِيبَ بِأَنَّ فَنَاءَ الْمِصْرِ إِثْمًا يُلْحَقُ فِيمَا كَانَ مِنْ حَوَائِجِ أَهْلِهِ وَقَصُرَ الصَّلَاةُ لَيْسَ مِنْهَا (وَلَا يَزَالُ عَلَى حُكْمِ السَّفَرِ حَتَّى يَنْوِيَ الْإِقَامَةَ فِي بَلَدَةٍ أَوْ قَرْيَةٍ خَمْسَةَ عَشَرَ يَوْمًا) وَقَوْلُهُ (أَوْ أَكْثَرَ) زَائِدٌ (وَإِنْ نَوَى أَقَلَّ مِنْ ذَلِكَ قَصَرَ) عِنْدَنَا.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ فِي قَوْلِهِ: إِذْ نَوَى إِقَامَةَ أَرْبَعَةِ أَيَّامٍ صَارَ مُقِيمًا، وَفِي قَوْلِهِ آخَرَ صَارَ مُقِيمًا وَإِنْ لَمْ يَنْوِ. وَاحْتِجَّ لِلأَوَّلِ بِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَإِذَا ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَقْصُرُوا مِنَ الصَّلَاةِ﴾ عُلِّقَ الْقَصْرُ بِالضَّرْبِ فِي الْأَرْضِ، وَمَنْ نَوَى الْإِقَامَةَ فَقَدْ تَرَكَ الضَّرْبَ، وَالْمَعْلُوقُ بِالشَّرْطِ مَعْدُومٌ عِنْدَ عَدَمِهِ، إِلَّا أَنَا تَرَكْنَا مَا دُونَ ذَلِكَ بِذَلِيلِ الْإِجْمَاعِ، وَلِلثَّانِي يَقُولُ عُثْمَانُ عليه السلام: مَنْ أَقَامَ أَرْبَعًا أَتَمَّ وَلَمْ يَذْكُرِ النِّيَّةَ، وَلَيْسَ بِصَحِيحٍ لِأَنَّ تَرَكَ الضَّرْبِ يَحْصُلُ بِنِيَّةٍ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ أَيْضًا.

وَالْإِجْمَاعُ عَلَى عَدَمِ جَوَازِهَا فِي الْأَرْبَعَةِ كَالْإِجْمَاعِ عَلَى مَا دُونِهَا، ذَكَرَهُ الطَّحَاوِيُّ. وَقَدْ رُوِيَ عَنْ عُثْمَانَ خِلَافُ ذَلِكَ أَيْضًا فَلَا يَكُونُ حُجَّةً. وَلَنَا مَا ذَكَرَ أَنَّهُ

لَا بُدَّ مِنْ اعْتِبَارِ مُدَّةٍ لِأَنَّ السَّفَرَ يُجَامِعُهُ اللَّبْثُ فَقَدَرْنَا بِمُدَّةِ الطُّهْرِ لَأَنَّهُمَا مُدَّتَانِ مُوجِبَتَانِ، فَإِنَّ مُدَّةَ الطُّهْرِ تُوجِبُ إِعَادَةَ مَا سَقَطَ بِالْحَيْضِ، وَالْإِقَامَةُ تُوجِبُ إِعَادَةَ مَا سَقَطَ بِالسَّفَرِ، فَكَمَا قُدِّرَ أَدْنَى مُدَّةِ الطُّهْرِ بِخَمْسَةِ عَشَرَ يَوْمًا فَكَذَلِكَ يُقَدَّرُ أَدْنَى مُدَّةِ الْإِقَامَةِ، وَلِهَذَا قَدَرْنَا أَدْنَى مُدَّةِ الْحَيْضِ وَالسَّفَرِ بِثَلَاثِ أَيَّامٍ لَكُونِيهَا مُسْقِطَتَيْنِ (وَهُوَ) أَيْ التَّقْدِيرُ بِمُدَّةِ الطُّهْرِ (مَأْثُورٌ).

رَوَى مُجَاهِدٌ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ وَابْنِ عُمَرَ أَنَّهُمَا قَالَا: إِذَا دَخَلْتَ بَلَدَةً وَأَنْتَ مُسَافِرٌ وَفِي عَزْمِكَ أَنْ تُقِيمَ بِهَا خَمْسَةَ عَشَرَ يَوْمًا فَأَكْمِلِ الصَّلَاةَ، وَإِنْ كُنْتَ لَا تَذَرِي مَتَى تَظْعَنُ فاقْصُرْ. وَالْأَثَرُ فِي مِثْلِهِ مِنَ الْمَقْدَرَاتِ الشَّرْعِيَّةِ كَالْخَبَرِ الْمَرْوِيِّ عَنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ لِأَنَّ الْعَقْلَ لَا يَهْتَدِي إِلَى ذَلِكَ، وَحَاشَاهُمْ عَنْ الْحِرَافِ فَكَانَ قَوْلُهُمْ مُعْتَمِدًا عَلَى السَّمَاعِ ضَرُورَةً.

لَا يُفَالُ كَلَامُهُ مُتَنَاقِضٌ لِأَنَّهُ اعْتَبَرَهَا أَوَّلًا بِمُدَّةِ الطُّهْرِ وَهُوَ رَأْيٌ مِنْهُ، ثُمَّ قَالَ (وَالْأَثَرُ فِي مِثْلِهِ) يَعْنِي مَا لَا يُعْقَلُ مِنَ الْمَقْدَرَاتِ (كَالْخَبَرِ) لِأَنَّ ذَلِكَ إِظْهَارٌ مَعْنَى بَعْدَ ثُبُوتِ أَصْلِهِ بِالْأَثَرِ لَا أَنْ يَثْبُتَ ذَلِكَ بِالرَّأْيِ لِأَنَّهُ لَا مَدْخَلَ لَهُ فِيهِ.

وَقَوْلُهُ (وَهُوَ الظَّاهِرُ) أَيْ الظَّاهِرُ مِنَ الرَّوَايَةِ اخْتِرَازُ عَمَّا رَوَى عَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّ الرُّعَاةَ إِذَا نَزَلُوا مَوْضِعًا كَثِيرَ الْكَلَالِ وَالْمَاءِ وَتَوَوَّأُوا الْإِقَامَةَ خَمْسَةَ عَشَرَ يَوْمًا وَالْكَلَالُ وَالْمَاءُ يَكْفِيهِمْ لِنِجَالِ الْمُدَّةِ صَارُوا مُقِيمِينَ، وَكَذَلِكَ أَهْلُ الْأَخْيَةِ.

وَقَالُوا: نَبْئَةُ الْإِقَامَةِ فِي الْمَفَازَةِ إِنَّمَا لَا تَصِحُّ إِذَا سَارَ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ بَنِيَّةِ السَّفَرِ، فَأَمَّا قَبْلَ ذَلِكَ فَتَصِحُّ لِأَنَّ السَّفَرَ لَمَّا لَمْ يَتِمَّ عَلَّةً كَانَتْ نَبْئَةُ الْإِقَامَةِ تَقْضَى لِلْعَارِضِ لَا ابْتِدَاءً عَلَّةً، وَإِذَا سَارَ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ ثُمَّ تَوَّى كَانَتْ ابْتِدَاءً إِنْجَابٍ فَلَا تَصِحُّ إِلَّا فِي مَكَانٍ ذَكَرَهُ فَخَرُّ الْإِسْلَامِ فِي أَصُولِهِ فِي الْعَوَارِضِ الْمُكْتَسِبَةِ.

(وَلَوْ دَخَلَ مِصْرًا عَلَى عَزْمٍ أَنْ يَخْرُجَ غَدًا أَوْ بَعْدَ غَدٍ وَلَمْ يَنْوِ مُدَّةَ الْإِقَامَةِ حَتَّى يَبْقِيَ عَلَى ذَلِكَ سِتِينَ قَصْرًا؛ لِأَنَّ ابْنَ عُمَرَ أَقَامَ بِأَذْرِيحَانَ سِتَّةَ أَشْهُرٍ وَكَانَ يَقْصُرُ. وَعَنْ جَمَاعَةٍ مِنَ الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ مِثْلَ ذَلِكَ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلَوْ دَخَلَ مِصْرًا) وَاضِحٌ وَأَذْرِيحَانَ صُحَّحَ بِفَتْحِ الْهَمْزَةِ وَالرَّاءِ وَسُكُونِ

الذال المعجمة. وَقَوْلُهُ (وَعَنْ جَمَاعَةٍ مِنَ الصَّحَابَةِ مِثْلُ ذَلِكَ) رُوِيَ عَنْ سَعْدِ بْنِ أَبِي وَقَّاصٍ أَنَّهُ أَقَامَ بِقَرْيَةٍ مِنْ قَرَى نَيْسَابُورَ شَهْرَيْنِ وَكَانَ يَقْصُرُ، وَكَذَلِكَ عَلَقَمَةُ بْنُ قَيْسٍ أَقَامَ بِخَوَارِزْمَ سَتَيْنِ كَانَ يَقْصُرُ الصَّلَاةَ، وَكَذَلِكَ رُوِيَ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ. لَا يُقَالُ: هَذَا مُخَالَفٌ لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَإِذَا ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ﴾ عَلَى مَا مَرَّ مِنَ التَّقْرِيرِ لِأَنَّ الْمُرَادَ بِهِ قَصْرُ الصِّفَاتِ كَمَا تَقَدَّمَ.

(وَإِذَا دَخَلَ الْعَسْكَرُ أَرْضَ الْحَرْبِ فَتَوَوَّاءَ الْإِقَامَةَ بِهَا قَصَرُوا وَكَذَا إِذَا حَاصَرُوا فِيهَا مَدِينَةً أَوْ حِصْنَ)؛ لِأَنَّ الدَّخَلَ بَيْنَ أَنْ يَهْزِمَ فَيَقْرَ وَيَبِينَ أَنْ يَنْهَزِمَ فَيَقْرَ فَلَمْ تَكُنْ دَارَ إِقَامَةٍ (وَكَذَا إِذَا حَاصَرُوا أَهْلَ الْبَغْيِ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ فِي غَيْرِ مِصْرٍ أَوْ حَاصَرُوهُمْ فِي الْبَحْرِ)؛ لِأَنَّ حَالَهُمْ مُبْطِلٌ عَزِيمَتُهُمْ، وَعِنْدَ زُفَرٍ رَحِمَهُ اللَّهُ: يَصِحُّ فِي الْوَجْهَيْنِ إِذَا كَانَ الشُّوْكَةُ لَهُمْ لِلتَّمَكُّنِ مِنَ الْقَرَارِ ظَاهِرًا. وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ يَصِحُّ إِذَا كَانُوا فِي بُيُوتِ الْمَدْرِ؛ لِأَنَّهُ مَوْضِعُ إِقَامَةٍ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِذَا دَخَلَ الْعَسْكَرُ أَرْضَ الْحَرْبِ) حَاصِلُ مَعْنَاهُ أَنَّ نِيَّتَهُمْ لَمْ تُصَادِفْ مَحَلَّهَا لِأَنَّ مَحَلَّهَا هُوَ مَا يَكُونُ مَحَلَّ قَرَارٍ لَيْسَ إِلَّا، وَهَذَا دَائِرٌ بَيْنَ الْقَرَارِ وَالْفَرَارِ كَمَا ذَكَرَ فِي الْكِتَابِ فَلَمْ تَكُنْ دَارَ إِقَامَةٍ، وَيُعْضَدُ مَا رَوَى جَابِرُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ أَقَامَ بِبُؤُوكَ عِشْرِينَ يَوْمًا يَقْصُرُ الصَّلَاةَ».

وَقَوْلُهُ (وَكَذَا إِذَا حَاصَرُوا أَهْلَ الْبَغْيِ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ) إِنَّمَا ذَكَرُوهُ وَإِنْ كَانَ يَعْلَمُ حُكْمَهُ مِنْ حُكْمِ أَهْلِ الْحَرْبِ لِدَفْعِ مَا عَسَى يُتَوَهَّمُ أَنَّ نِيَّةَ الْإِقَامَةِ فِي دَارِ الْحَرْبِ إِنَّمَا لَمْ تَصِحَّ لِأَنَّهَا مُنْقَطِعَةٌ عَنْ دَارِ الْإِسْلَامِ فَكَانَتْ كَالْمَفَاةِ، بِخِلَافِ مَدِينَةِ أَهْلِ الْبَغْيِ فَإِنَّهَا فِي يَدِ أَهْلِ الْإِسْلَامِ فَكَانَ يَنْبَغِي أَنْ تَصِحَّ النِّيَّةُ (وَكَذَا إِذَا حَاصَرُوهُمْ فِي الْبَحْرِ). وَقَوْلُهُ (لَأَنَّ حَالَهُمْ مُبْطِلٌ عَزِيمَتَهُمْ) يُشِيرُ إِلَى أَنَّ الْمَحَلَّ وَإِنْ كَانَ صَالِحًا لِلنِّيَّةِ لَكِنْ ثَمَّةَ مَانِعٍ آخَرٍ وَهُوَ أَنَّهُمْ إِنَّمَا يُقِيمُونَ لِعَرَضٍ، فَإِذَا حَصَلَ الزَّعْجُ فَلَا تَكُونُ نِيَّتُهُمْ مُسْتَقَرَّةً، وَهَذَا التَّغْلِيلُ يَدُلُّ عَلَى أَنَّ قَوْلَهُ فِي غَيْرِ مِصْرٍ، وَقَوْلُهُ فِي الْبَحْرِ لَيْسَ بِقَيْدٍ حَتَّى لَوْ نَزَلُوا مَدِينَةَ أَهْلِ الْبَغْيِ وَحَاصَرُوهُمْ فِي الْحِصْنِ لَمْ تَصِحَّ نِيَّتُهُمْ أَيْضًا لِأَنَّ مَدِينَتَهُمْ كَالْمَفَاةِ عِنْدَ حُصُولِ الْمَقْصُودِ لَا يُقِيمُونَ فِيهَا.

وَقَوْلُهُ (فِي الْوَجْهَيْنِ) أَيُّ فِي مُحَاصِرَةِ أَهْلِ الْبَغْيِ وَأَهْلِ الْحَرْبِ. وَقَوْلُهُ (لَأَنَّهُ) مَوْضِعُ إِقَامَةٍ أَيُّ يُبَوِّتُ الْمَدْرَ، وَذَكَرَ الضَّمِيرَ لِأَنَّ الْخَبَرَ مُذَكَّرٌ، وَفَرَّقَ أَبُو يُوسُفَ بَيْنَ الْأُبْنِيَّةِ وَالْأَخْيَةِ بِأَنَّ مَوْضِعَ الْإِقَامَةِ وَالْقَرَارِ هُوَ الْأُبْنِيَّةُ دُونَ الْأَخْيَةِ.

(وَبَيَّنَتْهُ الْإِقَامَةُ مِنْ أَهْلِ الْكَلَالِ وَهُمْ أَهْلُ الْأَخْيَةِ، قِيلَ لَا تَصِحُّ، وَالْأَصَحُّ أَنَّهُمْ مُقِيمُونَ) يُرْوَى ذَلِكَ عَنْ أَبِي يُوسُفَ؛ لِأَنَّ الْإِقَامَةَ أَصْلٌ فَلَا تَبْطُلُ بِالِانْتِقَالِ مِنْ مَرَعَى إِلَى مَرَعَى

الشرح:

(وَبَيَّنَتْهُ الْإِقَامَةُ مِنْ أَهْلِ الْكَلَالِ وَهُمْ أَهْلُ الْأَخْيَةِ) مُخْتَلَفٌ فِيهَا؛ فَمِنْهُمْ مَنْ يَقُولُ (لَا تَصِحُّ) أَبَدًا لِأَنَّهُمْ لَيْسُوا فِي مَوْضِعِ الْإِقَامَةِ (وَالْأَصَحُّ أَنَّهُمْ مُقِيمُونَ، يُرْوَى ذَلِكَ عَنْ أَبِي يُوسُفَ لِأَنَّ الْإِقَامَةَ) لِلْمَرْءِ (أَصْلٌ) وَالسَّفَرُ عَارِضٌ يَحْصُلُ عِنْدَ قَصْدِ الْإِنْتِقَالِ إِلَى مَكَانٍ يَبْتَنِيهِ وَيَبْنِيهِ مَدَّةَ السَّفَرِ وَهُمْ لَا يَقْصِدُونَ ذَلِكَ، وَإِنَّمَا يَنْتَقِلُونَ مِنْ مَاءٍ إِلَى مَاءٍ وَمِنْ مَرَعَى إِلَى مَرَعَى فَكَانُوا مُقِيمِينَ أَبَدًا.

(وَإِنْ اقْتَدَى الْمَسَافِرُ بِالْمُقِيمِ فِي الْوَقْتِ أَتَمَّ أَرْبَعًا؛ لِأَنَّهُ يَتَغَيَّرُ فَرَضُهُ إِلَى أَرْبَعٍ لِلتَّبَعِيَّةِ كَمَا يَتَغَيَّرُ بَنِيَّةُ الْإِقَامَةِ لِاتِّصَالِ الْمُغَيَّرِ بِالسَّبَبِ وَهُوَ الْوَقْتُ (وَإِنْ دَخَلَ مَعَهُ فِي فَائِتَةٍ لَمْ تُجْزِهِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَتَغَيَّرُ بَعْدَ الْوَقْتِ لِانْقِضَاءِ السَّبَبِ، كَمَا لَا يَتَغَيَّرُ بَنِيَّةُ الْإِقَامَةِ فَيَكُونُ اقْتِدَاءُ الْمُفْتَرَضِ بِالْمُتَنَقِّلِ فِي حَقِّ الْقَعْدَةِ أَوْ الْقِرَاءَةِ.

الشرح:

قَالَ (وَإِنْ اقْتَدَى الْمَسَافِرُ بِالْمُقِيمِ) بَيَّنَّ ههنا حُكْمَ اقْتِدَاءِ الْمَسَافِرِ بِالْمُقِيمِ وَعَكْسِهِ، وَالْأَوَّلُ يَجُوزُ إِذَا كَانَ فِي الْوَقْتِ وَلَا يَجُوزُ بَعْدَ خُرُوجِهِ، وَالثَّانِي يَجُوزُ فِي الْوَقْتِ وَبَعْدَ خُرُوجِهِ، وَعَلَى هَذَا إِذَا اقْتَدَى مُسَافِرٌ بِمُقِيمٍ فِي الْوَقْتِ (أَتَمَّ) صَلَاتَهُ (أَرْبَعًا لِأَنَّهُ) التَّرَمُّ الْمَتَابَعَةَ لِمَنْ فَرَضَهُ الْأَرْبَعُ، وَمَنْ التَّرَمُّ الْمَتَابَعَةَ لِمَنْ فَرَضَهُ أَرْبَعٌ (يَتَغَيَّرُ فَرَضُهُ إِلَى أَرْبَعٍ لِلتَّبَعِيَّةِ كَمَا يَتَغَيَّرُ بَنِيَّةُ الْإِقَامَةِ).

فَإِنْ قِيلَ: عَلَّلَ تَغْيِيرَ فَرَضِهِ بِالتَّبَعِيَّةِ بِقَوْلِهِ لِلتَّبَعِيَّةِ فَكَيْفَ يَسْتَقِيمُ تَعْلِيلُهُ بَعْدَ ذَلِكَ بِقَوْلِهِ (الِاتِّصَالُ الْمُغَيَّرُ بِالسَّبَبِ وَهُوَ الْوَقْتُ) قُلْتُ: ذَلِكَ تَعْلِيلٌ لِلْمَقِيسِ عَلَيْهِ، وَمَعْنَاهُ أَنَّ الْجَامِعَ مَوْجُودٌ وَهُوَ اتِّصَالُ الْمُغَيَّرِ بِالسَّبَبِ، فَإِنَّ الْمُغَيَّرَ فِي الْأَوَّلِ هُوَ الْإِقْدَاءُ، وَقَدْ اتَّصَلَ

بِالسَّبَبِ وَهُوَ الْوَقْتُ كَمَا أَنَّ الْمُعْتَبَرَ فِي الثَّانِي هُوَ نِيَّةُ الْإِقَامَةِ وَقَدْ انْتَصَلَ بِالسَّبَبِ، وَإِنْ اقْتَدَى بِهِ فِي غَيْرِهِ لَمْ يَجْزُ لَعَدَمِ اتِّصَالِ الْمُعَيَّرِ كَمَا إِذَا نَوَى الْإِقَامَةَ بَعْدَ الْوَقْتِ. وَإِنَّمَا قَالَ (وَإِنْ دَخَلَ مَعَهُ فِي فَائِتَةٍ) وَلَمْ يَقُلْ وَإِنْ اقْتَدَى بِهِ فِي غَيْرِ الْوَقْتِ لِثَلَا يَرِدُ عَلَيْهِ مَا إِذَا دَخَلَ مُسَافِرٌ فِي صَلَاةِ الْمُقِيمِ فِي الْوَقْتِ ثُمَّ ذَهَبَ الْوَقْتُ فَإِنَّهَا لَمْ تُفْسِدْ، وَقَدْ وَجَدَ الْاِقْتِدَاءُ بَعْدَهُ لِأَنَّ الْإِثْمَامَ لَزِمَهُ بِالشُّرُوعِ مَعَ الْإِمَامِ فِي الْوَقْتِ فَالتَّحَقُّقُ بِغَيْرِهِ مِنَ الْمُقِيمِينَ، وَاعْتَرَضَ بِأَنَّ الْمَتَابَعَةَ لَوْ اسْتَلْزَمَتْ الْإِثْمَامَ لَوَجَبَ عَلَى مُسَافِرٍ اقْتَدَى بِهِ مُقِيمٌ فَأَخَذَتْ الْمُسَافِرُ وَاسْتَخْلَفَ الْمُقِيمَ أَنْ يُتِمَّ صَلَاتَهُ أَرْبَعًا لِأَنَّهُ صَارَ مُتَابِعًا لِلْمُقِيمِ، وَلَيْسَ كَذَلِكَ فَإِنْ فَرَضَهُ لَا يَتَّعَيَّرُ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ الِاعْتِبَارَ فِي ذَلِكَ لِلْاِقْتِدَاءِ وَالْمُسَافِرِ كَانَ فِيهِ مَتَّبِعًا لَا تَابِعًا.

قَوْلُهُ (فَيَكُونُ اقْتِدَاءُ الْمُفْتَرِضِ) تَبِيحَةً مَا قَبْلَهُ وَتَقْرِيرُهُ لِأَنَّهُ لَا يَتَّعَيَّرُ بَعْدَ الْوَقْتِ، وَإِذَا لَمْ يَتَّعَيَّرْ كَانَ اقْتِدَاؤُهُ عَقْدًا لَا يُفِيدُ مُوجِبُهُ لاسْتِلْزَامِهِ أَحَدَ الْمَحْذُورِينَ لِأَنَّهُ إِنْ سَلَّمَ عَلَى الرَّكَعَتَيْنِ كَانَ مُخَالَفًا لِإِمَامِهِ وَهُوَ مُفْسِدٌ، وَإِنْ أَتَمَّ أَرْبَعًا خَلَطَ التَّغْلُ بِالْمَكْتُوبَةِ قَصْدًا، وَالْقَعْدَةُ الْأُولَى فَرَضٌ فِي حَقِّهِ نَفْلٌ فِي حَقِّ الْإِمَامِ، وَكَذَلِكَ الْقِرَاءَةُ فِي الْآخَرَتَيْنِ (فَيَكُونُ اقْتِدَاءُ الْمُفْتَرِضِ بِالْمُتَنَفِّلِ فِي حَقِّ الْقَعْدَةِ) إِنْ اقْتَدَى بِهِ فِي أَوَّلِ الصَّلَاةِ (أَوْ الْقِرَاءَةِ) إِنْ اقْتَدَى بِهِ فِي الشُّفْعِ الثَّانِي، وَكَلِمَةُ أَوْ لِعِنَادِ الْخُلُوفِ دُونَ مَانِعَةِ الْجَمْعِ لِحَوَازِ اجْتِمَاعِهِمَا، وَذَلِكَ أَيْضًا مُفْسِدٌ.

وَاعْتَرَضَ بَوَجْهَيْنِ: أَحَدُهُمَا أَنَّ الْإِمَامَ لَوْ نَسِيَ الْقِرَاءَةَ فِي الشُّفْعِ الْأَوَّلِ وَقَضَاهَا فِي الشُّفْعِ الثَّانِي يَنْبَغِي أَنْ يَجُوزَ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ اقْتِدَاءُ الْمُسَافِرِ بِالْمُقِيمِ وَإِنْ كَانَ بَعْدَ خُرُوجِ الْوَقْتِ، لَكُونِ الْقَعْدَةِ وَالْقِرَاءَةِ فَرَضَيْنِ عَلَى الْإِمَامِ أَيْضًا كَالْمُقْتَدِي، وَالثَّانِي أَنَّ اقْتِدَاءَ الْمُتَنَفِّلِ بِالْمُفْتَرِضِ فِي الشُّفْعِ الثَّانِي جَائِزٌ مَعَ أَنَّ الْقِرَاءَةَ عَلَى الْمُفْتَرِضِ نَفْلٌ، وَعَلَى الْمُتَنَفِّلِ فَرَضٌ فَكَانَ اقْتِدَاءُ الْمُفْتَرِضِ بِالْمُتَنَفِّلِ. وَأُجِيبَ عَنْ الْأَوَّلِ بِأَنَّ الْقَضَاءَ يُلْتَحَقُ بِمَحَلِّ الْأَدَاءِ فَيَقْبَى الشُّفْعُ الثَّانِي خَالِيًا عَنِ الْقِرَاءَةِ فَكَانَ بِنَاءَ الْمَوْجُودِ عَلَى الْمَعْدُومِ وَذَلِكَ لَا يَجُوزُ. وَعَنْ الثَّانِي بِأَنَّ صَلَاةَ الْمُتَنَفِّلِ أَخَذَتْ حُكْمَ الْفَرَضِ تَبَعًا لَصَلَاةِ الْإِمَامِ، وَلِهَذَا لَوْ أَفْسَدَ الْمُتَنَفِّلُ صَلَاتَهُ بَعْدَ الْاِقْتِدَاءِ وَجَبَ قَضَاؤُهَا أَرْبَعًا، وَإِنْ اقْتَدَى الْمُقِيمُونَ بِمُسَافِرٍ صَلَّى بِهِمْ رَكَعَتَيْنِ وَسَلَّمُوا وَأَتَمَّ الْمُقِيمُونَ صَلَاتَهُمْ لِأَنَّ الْمُقْتَدِي التَّرَمَّ

المُوافَقَة فِي الرُّكْعَتَيْنِ، وَقَدْ أَدَّى مَا التَّزَمَ وَلَمْ يَتِمَّ صَلَاتُهُ فَيَنْفَرِدُ فِي الْبَاقِي كَالْمَسْبُوقِ إِلَّا أَنَّهُ لَا يَقْرَأُ فِي الْأَصَحِّ.

وَقَوْلُهُ: فِي الْأَصَحِّ احْتِرَازٌ عَمَّا قَالَ بَعْضُ الْمَشَايخِ مِنْ وَجُوبِ الْقِرَاءَةِ فِيمَا يُتِمُّونَ لَأَنَّهُمْ مُنْفَرِدُونَ فِيهِ وَلِهَذَا يَلْزَمُهُمْ سُجُودُ السَّهْوِ إِذَا سَهَوْا فِيهِ فَأَشْبَهُوا الْمَسْبُوقِينَ. وَوَجْهُ الْأَصَحِّ مَا ذَكَرَ فِي كِتَابِ اللَّهِ مُقْتَدِ تَحْرِيمَهُ لَا فِعْلًا. يَعْنِي فِي الشَّفْعِ الثَّانِي، أَمَّا أَنَّهُ مُقْتَدِ تَحْرِيمَهُ فَلَأَنَّهُ التَّزَمَ الْأَدَاءَ مَعَهُ فِي أَوَّلِ التَّحْرِيمَةِ، وَأَمَّا أَنَّهُ لَيْسَ بِمُقْتَدِ فِعْلًا فَلَأَنَّ فِعْلَ الْإِمَامِ قَدْ فَرَّغَ بِالسَّلَامِ عَلَى رَأْسِ الرُّكْعَتَيْنِ، وَكُلُّ مَنْ كَانَ كَذَلِكَ فَهُوَ لَاحِقٌ، وَلَا قِرَاءَةَ عَلَى الْلاحِقِ لِأَنَّهُ بِالنَّظَرِ إِلَى كَوْنِهِ مُقْتَدِيًا تَحْرِيمَهُ حَرُمَ عَلَيْهِ الْقِرَاءَةُ.

وَبِالنَّظَرِ إِلَى كَوْنِهِ غَيْرَ مُقْتَدِ فِعْلًا يُسْتَحَبُّ لَهُ الْقِرَاءَةُ لِأَنَّ فَرَضَ الْقِرَاءَةِ صَارَ مُؤَدِّيًا فَذَارَتْ قِرَاءَتُهُ بَيْنَ كَوْنِهِ حَرَامًا وَمُسْتَحَبًّا فَكَانَ الْاِحْتِيَاطُ فِي التَّرْكِ تَرْجِيحًا لِلْمُحْرَمِ بِخِلَافِ الْمَسْبُوقِ لِأَنَّهُ أَدْرَكَ قِرَاءَةَ نَافِلَةٍ، يَعْنِي فِي الْأُخْرَيْنِ لِأَنَّ الْكَلَامَ فِيهِ، فَبِالنَّظَرِ إِلَى كَوْنِهِ مُقْتَدِيًا كَانَتْ بَدْعَةً، وَبِالنَّظَرِ إِلَى كَوْنِهِ مُنْفَرِدًا كَانَتْ فَرَضًا لِأَنَّهُ لَمْ يَتَأَدَّ فَرَضُ الْقِرَاءَةِ فَكَانَتْ عَلَيْهِ وَاجِبَةً.

فَإِنْ قِيلَ: فَإِذَا كَانَتْ وَاجِبَةً كَيْفَ قَالَ فَكَانَ الْإِثْبَانُ أَوَّلِي؟ أُجِيبَ بِأَنَّ الْأَوَّلِيَّةَ لَا تُنَافِي الْوُجُوبَ لِأَنَّ الْمُرَادَ بِالْأَوَّلِيَّةِ تَرْجِيحُ جَانِبِ الْوُجُودِ عَلَى التَّرْكِ وَهُوَ مَوْجُودٌ فِي الْوُجُوبِ وَزِيَادَةٌ فِيهِ مَا فِيهِ.

وَقِيلَ ذَكَرَهُ بِمُقَابَلَةِ مَا ذَكَرَ مِنْ قِرَاءَةِ الْمُقِيمِينَ بَعْدَ فَرَاحِ إِمَامِهِمُ الْمُسَافِرِ لَا بِالنَّظَرِ فِي نَفْسِهِ، وَقِيلَ ذَكَرَهُ فِي مُقَابَلَةِ قَوْلِهِ فَيَتْرُكُهَا اِحْتِيَاطًا وَمُرَادُهُ أَنْ جَعَلَهُ مُنْفَرِدًا لِتَجِبَ عَلَيْهِ الْقِرَاءَةُ لَوْ تَرَكَهَا فَسَدَتْ صَلَاتُهُ أَوَّلِي مِنْ جَعَلِهِ مُقْتَدِيًا وَفِيهِ نَظَرٌ لِأَنَّهُ يَجِبُ جَعْلُهُ مُنْفَرِدًا.

(وَإِنْ صَلَّى الْمُسَافِرُ بِالْمُقِيمِينَ رَكْعَتَيْنِ سَلَّمَ وَآتَمَّ الْمُقِيمُونَ صَلَاتَهُمْ) لِأَنَّ الْمُقْتَدِيَّ التَّزَمَ الْمُوَافَقَةَ فِي الرُّكْعَتَيْنِ فَيَنْفَرِدُ فِي الْبَاقِي كَالْمَسْبُوقِ، إِلَّا أَنَّهُ لَا يَقْرَأُ فِي الْأَصَحِّ؛ لِأَنَّهُ مُقْتَدِ تَحْرِيمَةٍ لَا فِعْلًا وَالْفَرَضُ صَارَ مُؤَدِّي فَيَتْرُكُهَا اِحْتِيَاطًا، بِخِلَافِ الْمَسْبُوقِ؛ لِأَنَّهُ أَدْرَكَ قِرَاءَةَ نَافِلَةٍ فَلَمْ يَتَأَدَّ الْفَرَضُ فَكَانَ الْإِثْبَانُ أَوَّلِي، قَالَ: (وَيُسْتَحَبُّ لِلْإِمَامِ إِذَا سَلَّمَ أَنْ يَقُولَ: أَتِمُّوا صَلَاتَكُمْ فَإِنَّا قَوْمٌ سَفَرٌ)؛ لِأَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ قَالَهُ حِينَ صَلَّى

بأهل مكة وهو مُسَافِرٌ^(١).

الشرح:

(وَيُسْتَحَبُّ لِلْإِمَامِ إِذَا سَلَّمَ أَنْ يَقُولَ أَتَمُّوا صَلَاتَكُمْ فَإِنَّا قَوْمٌ سَفَرٌ) أَيُّ مُسَافِرُونَ، وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّ الْعِلْمَ بِحَالِ الْإِمَامِ بِكَوْنِهِ مُقِيمًا أَوْ مُسَافِرًا لَيْسَ بِشَرْطٍ لَأَنَّهُمْ إِنْ عَلِمُوا أَنَّهُ مُسَافِرٌ فَقَوْلُهُ هَذَا عَثٌّ، وَإِنْ عَلِمُوا أَنَّهُ مُقِيمٌ كَانَ كَاذِبًا فَدَلَّ عَلَى أَنَّ الْمُرَادَ بِهِ إِذَا لَمْ يَعْلَمُوا، وَهُوَ مُخَالَفٌ لِمَا ذُكِرَ فِي فَتَاوَى قَاضِي خَانَ وَغَيْرِهِ أَنَّ مَنْ اقْتَدَى بِإِمَامٍ لَا يَذَرِي أَنَّهُ مُقِيمٌ أَوْ مُسَافِرٌ لَا يَصِحُّ اقْتِدَاؤُهُ. وَالتَّوْفِيقُ بَيْنَهُمَا مَا قِيلَ إِنَّ ذَلِكَ مَحْمُولٌ عَلَى مَا إِذَا بَنَوْا أَمْرَ الْإِمَامِ عَلَى ظَاهِرِ حَالِ الْإِقَامَةِ، وَالْحَالُ أَنَّهُ لَيْسَ بِمُقِيمٍ وَسَلَّمْ عَلَى رَأْسِ الرُّكْعَتَيْنِ وَتَفَرَّقُوا عَلَى ذَلِكَ لَا عِتْقَادَهُمْ فَسَادَ صَلَاةُ الْإِمَامِ.

وَأَمَّا إِذَا عَلِمُوا بَعْدَ الصَّلَاةِ بِحَالِ الْإِمَامِ جَازَتْ صَلَاتُهُمْ، وَإِنْ لَمْ يَعْلَمُوا بِحَالِهِ وَقَتَ الْاِقْتِدَاءِ، وَبِهَذَا الْقَوْلُ يُعْلَمُ حَالُهُ فِي الْآخِرَةِ بِقَوْلِهِ فَإِنْ قِيلَ فَعَلَى هَذَا التَّفْصِيلِ يَجِبُ أَنْ يَكُونَ هَذَا الْقَوْلُ وَاجِبًا عَلَى الْإِمَامِ لِأَنَّ إِصْلَاحَ صَلَاةِ الْقَوْمِ يَحْصُلُ بِهِ، وَمَا يَحْصُلُ بِهِ ذَلِكَ فَهُوَ وَاجِبٌ عَلَى الْإِمَامِ فَكَيْفَ قَالَ وَيُسْتَحَبُّ؟ أُجِيبَ بِأَنَّ إِصْلَاحَ صَلَاتِهِمْ لَيْسَ بِمُتَوَقَّفٍ عَلَى هَذَا الْقَوْلِ أَلْبَتَّةَ بَلْ إِذَا سَلَّمَ عَلَى رَأْسِ الرُّكْعَتَيْنِ وَعَلِمَ عَدَمَ سَهْوِهِ فَالظَّاهِرُ مِنْ حَالِهِ أَنَّهُ مُسَافِرٌ حَمَلًا لِأَمْرِهِ عَلَى الصَّلَاحِ فَكَانَ قَوْلُهُ هَذَا بَعْدَ ذَلِكَ زِيَادَةً إِعْلَامٍ بِأَنَّهُ مُسَافِرٌ وَإِزَالَةً لِلتُّهْمَةِ عَنْ نَفْسِهِ وَاقْتِدَاءً بِالنَّبِيِّ ﷺ فَإِنَّهُ قَالَه حِينَ صَلَّى بِأَهْلِ مَكَّةَ وَهُوَ مُسَافِرٌ فَكَانَ أَمْرًا مُسْتَحَبًّا لَا وَاجِبًا.

(وَإِذَا دَخَلَ الْمُسَافِرُ فِي مِصْرِهِ أَتَمَّ الصَّلَاةَ وَإِنْ لَمْ يَنْوَ الْمَقَامَ فِيهِ)؛ لِأَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ وَأَصْحَابُهُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ كَانُوا يُسَافِرُونَ وَيَعُودُونَ إِلَى أَوْطَانِهِمْ مُقِيمِينَ مِنْ غَيْرِ عَزْمٍ جَدِيدٍ.

الشرح:

قَالَ (وَإِذَا دَخَلَ الْمُسَافِرُ مِصْرَهُ أَتَمَّ الصَّلَاةَ) مَعْنَاهُ: إِذَا اسْتَكْمَلَ الْمُسَافِرُ بِسَيْرِهِ مَسِيرَةَ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ ثُمَّ دَخَلَ وَطَنَهُ الْأَصْلِيَّ أَتَمَّ الصَّلَاةَ وَإِنْ لَمْ يَنْوَ الْإِقَامَةَ فِيهِ لِأَنَّ النَّبِيَّ

(١) أخرجه أبو داود (١٢٢٩)، والترمذي في الجمعة باب ٣٩ حديث (٥٤٥)، وأحمد (٤٣٠/٤).

وانظر نصب الراية (١٩٤/٢).

وَأَصْحَابَهُ كَانُوا يُسَافِرُونَ ثُمَّ يَعُودُونَ إِلَى أَوْطَانِهِمْ مُقِيمِينَ مِنْ غَيْرِ عَزْمٍ جَدِيدٍ، وَفِيهِ نَظَرٌ لِأَنَّ الْعَزْمَ فِعْلُ الْقَلْبِ وَهُوَ أَمْرٌ بَاطِنٌ، وَلَيْسَ لَهُ سَبَبٌ ظَاهِرٌ يَقُومُ مَقَامَهُ، بَلِ الظَّاهِرُ مِنْ حَالِ الْمُسَافِرِ الْعَائِدِ إِلَى وَطَنِهِ أَنْ يَكُونَ فِي عَزْمِهِ الْمَقَامُ فِيهِ، وَلَعَلَّ الْمُرَادَ عَزْمٌ جَدِيدٌ لِمُدَّةِ الْإِقَامَةِ خَمْسَةَ عَشَرَ يَوْمًا فَإِنَّ الظَّاهِرَ عَدَمُهُ، وَالْإِسْتِدْلَالُ بِالْمَعْقُولِ أَظْهَرُ وَهُوَ أَنَّ نِيَّةَ الْإِقَامَةِ إِنَّمَا تُعْتَبَرُ لَصَيُورَةِ الْمُسَافِرِ مُقِيمًا فِي مِصْرٍ غَيْرِهِ لِأَنَّ مُكْنَتَهُ فِي حِيزِ التَّرَدُّدِ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ لِلسَّيْرِ وَبَيْنَ أَنْ يَكُونَ لِلْإِقَامَةِ فَاحْتِيجَ إِلَى النِّيَّةِ، فَأَمَّا فِي مِصْرِهِ فَهُوَ مُتَعَيِّنٌ لِلْإِقَامَةِ كَمَا كَانَ قَبْلَ السَّيْرِ، وَأَمَّا إِذَا لَمْ يَسْتَكْمِلِ الْمُسَافِرُ مَسِيرَهُ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ فَهُوَ بِمُجَرَّدِ الْعَزْمِ عَلَى الدُّخُولِ فِي مِصْرِهِ يَصِيرُ مُقِيمًا وَتَتِمُّ صَلَاتُهُ وَإِنْ لَمْ يَدْخُلْ لَمَّا ذَكَرْنَا مِنْ قَبْلُ أَنَّهُ رَفَضُ الْإِجَابِ لَا ابْتِدَاؤُهُ.

(وَمَنْ كَانَ لَهُ وَطَنٌ فَانْتَقَلَ عَنْهُ وَاسْتَوَظَنَ غَيْرَهُ ثُمَّ سَافَرَ وَدَخَلَ وَطَنَهُ الْأَوَّلَ قَصْرًا؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَبْقَ وَطَنًا لَهُ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ بَعْدَ الْهَجْرَةِ عَدَّ نَفْسَهُ بِمَكَّةَ مِنَ الْمُسَافِرِينَ؛ وَهَذَا لِأَنَّ الْأَصْلَ أَنَّ الْوَطْنَ الْأَصْلِيَّ يَبْطُلُ بِمِثْلِهِ دُونَ السَّفَرِ، وَوَطَنُ الْإِقَامَةِ يَبْطُلُ بِمِثْلِهِ وَبِالسَّفَرِ وَبِالْأَصْلِيِّ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ كَانَ لَهُ وَطَنٌ فَانْتَقَلَ مِنْهُ) اعْلَمْ أَنَّ عَامَّةَ الْمَشَائِخِ قَسَمُوا الْأَوْطَانَ عَلَى ثَلَاثَةٍ: وَطَنٍ أَصْلِيٍّ وَهُوَ مَوْلَدُ الرَّجُلِ أَوْ الْبَلَدُ الَّذِي تَأَهَّلَ فِيهِ. وَوَطَنٍ إِقَامَةٍ وَهُوَ الْبَلَدُ الَّذِي يَتَوَيَّ الْمُسَافِرُ فِيهِ الْإِقَامَةَ خَمْسَةَ عَشَرَ يَوْمًا وَيُسَمَّى وَطَنَ سَفَرٍ أَيْضًا. وَوَطَنٍ السُّكْنَى وَهُوَ الْبَلَدُ الَّذِي يَتَوَيَّ الْمُسَافِرُ فِيهِ الْإِقَامَةَ أَقْلَ مِنْ خَمْسَةَ عَشَرَ يَوْمًا. وَالْمُحَقِّقُونَ مِنْهُمْ قَسَمُوا الْوَطْنَ إِلَى الْأَصْلِيِّ وَوَطَنِ الْإِقَامَةِ، وَلَمْ يَعْتَبِرُوا وَطَنَ السُّكْنَى وَهُوَ الصَّحِيحُ لِأَنَّهُ لَمْ تُثَبِّتْ فِيهِ الْإِقَامَةُ بَلْ حُكِمَ السَّفَرُ فِيهِ بَاقٍ.

وَالْأَصْلُ أَنَّ الْوَطْنَ الْأَصْلِيَّ يَبْطُلُ بِالْوَطَنِ الْأَصْلِيِّ دُونَ وَطَنِ الْإِقَامَةِ، وَإِنْشَاءُ السَّفَرِ وَهُوَ أَنْ يَخْرُجَ قَاصِدًا مَكَانًا يَصِلُ إِلَيْهِ فِي مُدَّةِ السَّفَرِ لِأَنَّ الشَّيْءَ إِنَّمَا يَبْطُلُ بِمَا فَوْقَهُ أَوْ مَا يُسَاوِيهِ وَلَيْسَ فَوْقَهُ شَيْءٌ فَيَبْطُلُ بِمَا يُسَاوِيهِ، أَلَا تَرَى أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ بَعْدَ الْهَجْرَةِ عَدَّ نَفْسَهُ بِمَكَّةَ مِنَ الْمُسَافِرِينَ وَقَالَ «أَتَمُّوا صَلَاتَكُمْ فَإِنَّا قَوْمٌ سَفَرٌ» وَأَمَّا وَطَنُ الْإِقَامَةِ فَلَهُ مَا يُسَاوِيهِ وَمَا هُوَ فَوْقَهُ فَيَبْطُلُ بِكُلِّ مِنْهُمَا وَإِنْشَاءُ السَّفَرِ أَيْضًا لِأَنَّهُ ضِدُّهُ.

فَإِنْ قِيلَ: فَهُوَ ضِدُّ لِلْوَطَنِ الْأَصْلِيِّ أَيْضًا فَلَمْ لَمْ يُبْطَلْهُ؟ فَالْجَوَابُ: أَنَّهُ لَمْ يُبْطَلْهُ بِالْأَثَرِ لَمَّا رُوِيَ «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ كَانَ يَخْرُجُ مِنَ الْمَدِينَةِ إِلَى الْعَزَوَاتِ وَلَمْ يُتَقَضَّ وَطَنُهُ بِالْمَدِينَةِ» حَيْثُ لَمْ يُجَدِّدْ نِيَّةَ الْإِقَامَةِ بَعْدَ الرَّجُوعِ.

(وَإِذَا نَوَى الْمُسَافِرُ أَنْ يَقِيمَ بِمَكَّةَ وَمِنَى خَمْسَةَ عَشَرَ يَوْمًا لَمْ يُتِمَّ الصَّلَاةَ)؛ لِأَنَّ اعْتِبَارَ النَّيَّةِ فِي مَوْضِعَيْنِ يَقْتَضِي اعْتِبَارَهَا فِي مَوَاضِعَ، وَهُوَ مُمْتَنِعٌ؛ لِأَنَّ السَّفَرَ لَا يُعْرَى عَنْهُ إِلَّا إِذَا نَوَى الْمُسَافِرُ أَنْ يَقِيمَ بِاللَّيْلِ فِي أَحَدِهِمَا فَيَصِيرَ مُقِيمًا بِدُخُولِهِ فِيهِ؛ لِأَنَّ إِقَامَةَ الْمَرَّةِ مُضَافَةً إِلَى مَبِيتِهِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (لِأَنَّ اعْتِبَارَ النَّيَّةِ فِي مَوْضِعَيْنِ يَقْتَضِي اعْتِبَارَهَا فِي مَوَاضِعَ) يَعْنِي إِلَى عَشْرَةٍ وَخَمْسَةِ عَشَرَ دَفْعًا لِلتَّحَكُّمِ (وَهُوَ) أَيُّ اعْتِبَارِهَا فِي مَوَاضِعَ (مُتَمْتَعٌ) لِأَنَّ إِقَامَتَهُ حِينَئِذٍ إِنَّمَا تَكُونُ بِنُزُولِهِ وَتَرْوِيجِ دَائِبَتِهِ، وَالسَّفَرُ لَا يُعْرَى عَنْ ذَلِكَ الْمِقْدَارِ فَيَكُونُ كُلُّ مُسَافِرٍ مُقِيمًا إِنْ نَوَى، وَهُوَ فَاسِدٌ لِاخْتِلَافِ اللُّوْازِمِ الدَّالَّةِ عَلَى عَدَمِ الْاجْتِمَاعِ. وَقَوْلُهُ (إِلَّا إِذَا نَوَى) مُسْتَثْنَى مِنْ قَوْلِهِ لَمْ يُتِمَّ الصَّلَاةَ. وَقَوْلُهُ (لِأَنَّ إِقَامَةَ الْمَرَّةِ مُضَافَةٌ إِلَى مَبِيتِهِ) ظَاهِرٌ، أَلَا تَرَى أَنَّ السُّوقِيَّ إِذَا قِيلَ لَهُ أَيْنَ تَسْكُنُ يَقُولُ فِي مَحَلَّةٍ كَذَا وَنَهَارُهُ كُلُّهُ فِي السُّوقِ.

(وَمَنْ فَاتَتْهُ صَلَاةٌ فِي السَّفَرِ قَضَاهَا فِي الْحَضَرِ رَكَعَتَيْنِ، وَمَنْ فَاتَتْهُ فِي الْحَضَرِ قَضَاهَا فِي السَّفَرِ أَرْبَعًا)؛ لِأَنَّ الْقَضَاءَ بِحَسَبِ الْأَدَاءِ، وَالْمُعْتَبَرُ فِي ذَلِكَ آخِرُ الْوَقْتِ؛ لِأَنَّهُ الْمُعْتَبَرُ فِي السَّبَبِيَّةِ عِنْدَ عَدَمِ الْأَدَاءِ فِي الْوَقْتِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (لِأَنَّهُ الْمُعْتَبَرُ فِي السَّبَبِيَّةِ عِنْدَ عَدَمِ الْأَدَاءِ) يَعْنِي عِنْدَ عَدَمِ الْأَدَاءِ قَبْلَ آخِرِ الْوَقْتِ لَمَّا عُرِفَ فِي الْأَصُولِ؛ فَفِي آخِرِ الْوَقْتِ إِنْ كَانَ مُسَافِرًا وَفَاتَتْهُ الصَّلَاةُ قَضَى رَكَعَتَيْنِ وَإِنْ كَانَ فِي أَوَّلِ الْوَقْتِ مُقِيمًا، وَإِنْ كَانَ مُقِيمًا فِيهِ وَفَاتَتْهُ الصَّلَاةُ قَضَى أَرْبَعًا وَإِنْ كَانَ فِي أَوَّلِهِ مُسَافِرًا. وَاعْتَرَضَ بَأَنَّ كَلَامَنَا فِي الْقَضَاءِ وَإِذَا فَاتَتْ الصَّلَاةُ عَنْ وَقْتِهَا كَانَ كُلُّ الْوَقْتِ سَبَبًا لَمَّا عُرِفَ لَا الْجُزْءُ الْأَخِيرُ. وَأَجِيبَ بِأَنَّ بَعْضَ الْمَشَايِخِ يُقَرَّرُونَ السَّبَبِيَّةَ عَلَى الْجُزْءِ الْأَخِيرِ وَإِنْ فَاتَ الْوَقْتُ، فَجَازَ أَنْ يَكُونَ الْمُصَنِّفُ قَدْ اخْتَارَ ذَلِكَ.

وأقول: الاعتراض ليس بوارِد لأنَّ المصنّف قال القضاء بحسب الأداء: يعني أن كلَّ مَنْ وجبَ عليه أداءُ أربعِ قضى أربعاً، ومن وجبَ عليه أداءُ ركعتينِ قضى ركعتينِ وهذا لا نزاعَ فيه. ثمَّ يبيّن أنَّ المعترِ في السببية للأداء هو الجزء الأخير من الوقت، وهذا أيضاً لا نزاعَ فيه وبه يتمُّ مرادُ المصنّف.

وأما أنَّ السببية تنقلُ بعدَ الفوتِ إلى كلِّ الوقتِ ليظهر أثره في عدمِ جوازِ قضاءِ العصرِ الفائتِ في اليومِ الثاني وقتِ الاحمرارِ فذلك شيءٌ آخرٌ لا مدخلُ له في مرادِ المصنّف، وهذا واضحٌ فتأملهُ يُغنيك عن التّطويل. وثوقُ قولهم القضاء بحسبِ الأداء بما إذا دخلَ المسافرُ في صلاةِ المقيمِ ثمَّ ذهبَ الوقتُ ثمَّ أفسدَ الإمامُ أو المقتدي صلاته على نفسه فإنه يقضي ركعتينِ صلاةَ السّفرِ وقد وجبَ عليه أداءُ الصّلاةِ أربعاً. وأجيبَ بأنّه إنّما لزمه الأربعُ لمُتَابَعَةِ الإمامِ وقد زال ذلك بالإفسادِ فعادَ إلى أصله؛ ألا ترى أنّه لو أفسدَ الاقتداءَ في الوقتِ كانَ عليه أنْ يُصليّ صلاةَ السّفرِ فكذا ههنا.

(والعاصي والمطيع في سفرهما في الرخصة سواء) وقال الشافعي رحمه الله: سفرُ المعصية لا يفيدُ الرخصة؛ لأنّها تثبتُ تخفيفاً فلا تتعلّقُ بما يوجبُ التّغليظ، ولنا إطلاقُ النّصوص، ولأنَّ نفسَ السّفرِ ليسَ بمعصيةٍ، وإنّما المعصيةُ ما يكونُ بعده أو يجاوره فصلح متعلّقُ الرخصة.

الشرح:

وقوله (والعاصي والمطيع في سفرهما في الرخصة سواء) السّفرُ على ثلاثة أقسام: سفرُ طاعةٍ كالْحَجِّ والجهادِ، وسفرُ مباحٍ كالتجارة، وسفرُ معصيةٍ كقطع الطريقِ والإتيانِ عن المولى وحجّ المرأةِ بلا محرّم. والأوّلانِ سببانِ للرخصةِ بلا خلافٍ، وأمّا الأخيرُ فكذلك عندنا خلافاً للشافعي.

قال: لأنَّ الرخصةَ تثبتُ تخفيفاً، وما كانَ كذلك لا يتعلّقُ بما يوجبُ التّغليظَ لأنَّ إضافةَ الحكمِ إلى وصفٍ يقتضي خِلافه فساداً في الوضع (ولنا إطلاقُ النّصوص) قال الله تعالى ﴿فَمَنْ كَانَ مِنْكُمْ مَّرِيضًا أَوْ عَلَى سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِنْ أَيَّامٍ أُخَرَ﴾ [البقرة: ١٨٤] وقال ﷺ «فَرَضُ الْمُسَافِرِ رَكَعَتَانِ» وَقَالَ «يَمْسَحُ الْمُقِيمُ يَوْمًا وَلَيْلَةً، وَالْمُسَافِرُ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ وَلَيَالِيهَا» وَالْكُلُّ كَمَا تَرَى مُطْلَقٌ، فَرِيَادَةُ قَيْدٍ أَنْ لَا يَكُونَ عَاصِيًا تُسَخَّ عَلَى

مَا عُرِفَ فِي الْأُصُولِ (وَلَأَنَّ نَفْسَ السَّفَرِ لَيْسَ بِمَعْصِيَةٍ) إِذْ هُوَ عِبَارَةٌ عَنْ خُرُوجِ مَدِيدٍ، وَلَيْسَ فِي هَذَا الْمَعْنَى شَيْءٌ مِنَ الْمَعْصِيَةِ (وَأَيُّهَا الْمَعْصِيَةُ مَا يَكُونُ بَعْدَهُ) كَمَا فِي السَّرِقَةِ (أَوْ مُجَاوِرِهِ) كَمَا فِي الْإِبَاقِ (فَصَلَحَ) مِنْ حَيْثُ ذَاتُهُ (مُتَعَلِّقُ الرُّخْصَةِ) لِإِمْكَانِ الْإِنْفِكَاحِ عَمَّا يُجَاوِرُهُ كَمَا إِذَا غَضِبَ خُفًّا وَلَيْسَهُ جَارٌ لَهُ أَنْ يَمْسَحَ عَلَيْهِ لِأَنَّ الْمَوْجِبَ سَتَرَ قَدَمَيْهِ، وَلَا مَحْظُورٌ فِيهِ وَإِنَّمَا هُوَ فِي مُجَاوِرِهِ وَهُوَ صِفَةٌ كَوْنُهُ مَعْصُوبًا، وَمَوْضِعُهُ أُصُولُ الْفِقْهِ.

بَابُ صَلَاةِ الْجُمُعَةِ

(لَا تَصِحُّ الْجُمُعَةُ إِلَّا فِي مِصْرَ جَامِعٍ، أَوْ فِي مُصَلَّى الْمِصْرِ، وَلَا تَجُوزُ فِي الْقَرْيَةِ) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «لَا جُمُعَةٌ وَلَا تَشْرِيقٌ وَلَا فِطْرٌ وَلَا أَضْحَى إِلَّا فِي مِصْرَ جَامِعٍ»^(١) وَالْمِصْرُ الْجَامِعُ: كُلُّ مَوْضِعٍ لَهُ أَمِيرٌ وَقَاضٍ يَنْفُذُ الْأَحْكَامَ، وَيُقِيمُ الْحُدُودَ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ، وَعَنْهُ أَنَّهُمْ إِذَا اجْتَمَعُوا فِي أَكْبَرِ مَسَاجِدِهِمْ لَمْ يَسْعَهُمْ، وَالْأَوَّلُ اخْتِيَارُ الْكَرْخِيِّ وَهُوَ الظَّاهِرُ، وَالثَّانِي اخْتِيَارُ الثَّلْجِيِّ، وَالْحُكْمُ غَيْرُ مَقْصُورٍ عَلَى الْمُصَلِّي بَلْ تَجُوزُ فِي جَمِيعِ أَفْنِيَةِ الْمِصْرِ؛ لِأَنَّهَا بِمَنْزِلَتِهِ فِي حَوَائِجِ أَهْلِهِ.

الشرح:

(بَابُ صَلَاةِ الْجُمُعَةِ): تَنَاسَبُ هَذَا الْبَابُ لِمَا قَبْلَهُ أَنَّ كُلًّا مِنْهُمَا يُنْصَفُ بِوَاسِطَةِ الْأَوَّلِ بِوَاسِطَةِ السَّفَرِ، وَالثَّانِي بِوَاسِطَةِ الْخُطْبَةِ، إِلَّا أَنَّ الْأَوَّلَ شَامِلٌ فِي كُلِّ ذَوَاتِ الْأَرْبَعِ، وَالثَّانِي خَاصٌّ فِي الظُّهْرِ، وَالْخَاصُّ بَعْدَ الْعَامِّ لِأَنَّ التَّخْصِصَ بَعْدَ الْعُمُومِ، وَالْجُمُعَةُ مِنَ الْاجْتِمَاعِ كَالْفُرْقَةِ مِنَ الْإِفْتِرَاقِ، وَالْمِيمُ سَاكِنٌ عِنْدَ أَهْلِ اللِّسَانِ وَالْقُرَاءُ تَضُمُّهَا. وَهِيَ فَرِيضَةٌ بِالْكِتَابِ وَالسُّنَّةِ وَاجْتِمَاعِ الْأُمَّةِ وَالْمَعْقُولِ. أَمَّا الْكِتَابُ فَقَوْلُهُ تَعَالَى ﴿يَتَأَيُّمُوا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا نُودِيَ لِلصَّلَاةِ مِنْ يَوْمِ الْجُمُعَةِ فَاسْعَوْا إِلَى ذِكْرِ اللَّهِ وَذَرُوا الْبَيْعَ﴾ [الجمعة: ٩] أَمَرَ بِالسَّعْيِ إِلَى ذِكْرِ اللَّهِ، وَهِيَ الْخُطْبَةُ الَّتِي هِيَ شَرْطُ جَوَازِ الْجُمُعَةِ وَالْأَمْرُ لِلْوُجُوبِ، وَإِذَا كَانَ السَّعْيُ وَاجِبًا إِلَيْهَا فَإِلَى مَا هُوَ الْمَقْصُودُ وَهُوَ الْجُمُعَةُ أَوَّلًا، وَأكَّدَ ذَلِكَ بِتَحْرِيمِ الْمُبَاحِ، وَلَا يَكُونُ إِلَّا لِأَمْرٍ وَاجِبٍ مُقْتَضِي الْحِكْمَةِ.

وَأَمَّا السُّنَّةُ فَقَوْلُهُ ﷺ «اعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ تَعَالَى كَتَبَ عَلَيْكُمُ الْجُمُعَةَ فِي يَوْمِي هَذَا

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٥٦١٥)، وانظر نصب الراية (٢٠٢/٢).

فِي شَهْرِي هَذَا فِي مَقَامِي هَذَا، فَمَنْ تَرَكَهَا تَهَاوُنًا بِهَا وَاسْتَخْفَافًا بِحَقِّهَا وَلَهُ إِمَامٌ جَانِرٌ أَوْ عَادِلٌ أَلَا فَلَا جَمَعَ اللَّهُ شَمْلَهُ أَلَا فَلَا صَلَاةَ لَهُ، أَلَا فَلَا زَكَاةَ لَهُ، أَلَا فَلَا صَوْمَ لَهُ، إِلَّا أَنْ يَتُوبَ، فَمَنْ تَابَ تَابَ اللَّهُ عَلَيْهِ».

وَأَمَّا الْإِجْمَاعُ: فَلَأَنَّ الْأُمَّةَ قَدْ اجْتَمَعَتْ عَلَى فَرَضِيَّتِهَا، وَإِنَّمَا اخْتَلَفُوا فِي أَصْلِ الْفَرَضِ فِي هَذَا الْوَقْتِ عَلَى مَا يَجِيءُ.

وَأَمَّا الْمَقُولُ: فَلَأَنَّا أُمِرْنَا بِتَرْكِ الظُّهْرِ لِإِقَامَةِ الْجُمُعَةِ، وَالظُّهْرُ فَرِيضَةٌ لَا مَحَالَهَ، وَلَا يَجُوزُ تَرْكُ الْفَرِيضَةِ إِلَّا لِفَرَضٍ هُوَ أَكْثَرُ مِنْهُ. وَلَهَا شُرُوطٌ زَائِدَةٌ عَلَى شُرُوطِ سَائِرِ الصَّلَوَاتِ، فَمِنْهَا مَا هُوَ فِي الْمُصَلِّي كَالْحُرِّيَّةِ وَالذُّكُورَةِ وَالْإِقَامَةِ وَالصَّحَّةِ وَسَلَامَةِ الرَّجْلَيْنِ وَالْبَصَرِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَمِنْهَا مَا هُوَ فِي غَيْرِهِ كَالْمِصْرِ الْجَامِعِ وَالسُّلْطَانِ وَالْجَمَاعَةِ وَالْحُطْبَةِ وَالْوَقْتَ وَالْإِظْهَارَ، حَتَّى إِنْ الْوَالِي لَوْ أَغْلَقَ بَابَ الْمِصْرِ وَجَمَعَ فِيهِ بِحِشْمِهِ وَخَدَمِهِ وَلَمْ يَأْذَنْ لِلنَّاسِ بِالْدُخُولِ لَمْ يُجْزِهِ وَقَاضٍ يُنْفَذُ الْأَحْكَامَ.

قَالَ (وَلَا تُصِحُّ الْجُمُعَةُ إِلَّا فِي مِصْرِ جَامِعٍ) هَذَا بَيَانُ شُرُوطِ لَيْسَتْ فِي نَفْسِ الْمُصَلِّي وَهُوَ ظَاهِرٌ، وَعَرَّفَ الْمِصْرَ الْجَامِعَ بِقَوْلِهِ (كُلُّ مَوْضِعٍ لَهُ أَمِيرٌ وَقَاضٍ يُنْفَذُ الْأَحْكَامَ وَيُقِيمُ الْحُدُودَ) وَالْمَرَادُ بِالْأَمِيرِ وَالْإِمَامِ عَلَى إِنْصَافِ الْمَطْلُومِ مِنَ الظَّالِمِ، وَإِنَّمَا قَالَ وَيُقِيمُ الْحُدُودَ بَعْدَ قَوْلِهِ يُنْفَذُ الْأَحْكَامَ لِأَنَّ تَنْفِيزَ الْأَحْكَامِ لَا يَسْتَلْزِمُ إِقَامَةَ الْحُدُودِ، فَإِنَّ الْمَرْأَةَ إِذَا كَانَتْ قَاضِيَةً تُنْفَذُ الْأَحْكَامَ وَلَيْسَ لَهَا إِقَامَةُ الْحُدُودِ وَكَذَاكَ الْمُحْكَمُ، وَاكْتَفَى بِذِكْرِ الْحُدُودِ عَنِ الْقِصَاصِ لَأَنَّهُمَا لَا يَفْتَرِقَانِ فِي عَامَّةِ الْأَحْكَامِ، فَكَانَ ذِكْرُ أَحَدِهِمَا مُعْنِيًا عَنْ ذِكْرِ الْآخَرِ (وَعَنْهُ) أَيُّ عَنْ أَبِي يُوسُفَ (أَنَّهُمْ إِذَا اجْتَمَعُوا) أَيُّ اجْتَمَعَ مَنْ تَجِبُ عَلَيْهِمُ الْجُمُعَةُ لَا كُلُّ مَنْ يَسْكُنُ فِي ذَلِكَ الْمَوْضِعِ مِنَ الصَّبِيَّانِ وَالنِّسَاءِ وَالْعَبِيدِ لِأَنَّ مَنْ تَجِبُ عَلَيْهِمُ مُجْتَمِعُونَ فِيهِ عَادَةً. قَالَ ابْنُ شُجَاعٍ: أَحْسَنُ مَا قِيلَ فِيهِ إِذَا كَانَ أَهْلُهَا بِحَيْثُ لَوْ اجْتَمَعُوا فِي أَكْبَرِ مَسَاجِدِهِمْ لَمْ يَسْغَهُمْ ذَلِكَ حَتَّى احْتَاجُوا إِلَى بِنَاءِ مَسْجِدٍ آخَرَ لِلْجُمُعَةِ وَهَذَا الْاِحْتِيَاجُ غَالِبٌ عِنْدَ اجْتِمَاعِ مَنْ عَلَيْهِ الْجُمُعَةُ، وَالْأَوَّلُ اخْتِيَارُ الْكَرْخِيِّ وَهُوَ ظَاهِرُ الرَّوَايَةِ وَعَلَيْهِ أَكْثَرُ الْفُقَهَاءِ وَالثَّانِي اخْتِيَارُ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ التَّلْجِيِّ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَوَايَةٌ أُخْرَى غَيْرُ هَاتَيْنِ الرَّوَايَتَيْنِ وَهُوَ كُلُّ مَوْضِعٍ يَسْكُنُهُ عَشْرَةُ آلَافٍ نَفَرٍ فَكَانَ عَنْهُ ثَلَاثُ رَوَايَاتٍ.

وَقَوْلُهُ (وَالْحُكْمُ غَيْرُ مَقْصُورٍ) يَعْنِي جَوَازَ إِقَامَةِ الْجُمُعَةِ لَيْسَ بِمَحْصُورٍ فِي الْمُسَلَّى (بَلْ تَجُوزُ فِي جَمِيعِ أَقْنِيَةِ الْمِصْرِ لِأَنَّهَا) أَيُّ الْأَقْنِيَةِ (بِمَنْزِلَةِ الْمِصْرِ فِي حَوَائِجِ أَهْلِهَا) وَيُعْرَفُ مِنْ هَذَا التَّغْلِيلِ تَعْرِيفُ الْفَنَاءِ، وَهُوَ مَا أَعَدَّ لِحَوَائِجِ أَهْلِ الْمِصْرِ، وَفَنَاءُ الدَّارِ وَفَنَاءُ كُلِّ شَيْءٍ كَذَلِكَ.

وَقَدَّرَ شَيْخُ الْإِسْلَامِ وَشَمْسُ الْأُئِمَّةِ السَّرْحَسِيُّ فَنَاءَ الْمِصْرِ بِالْغُلُوءِ اعْتِبَارًا بِمَا ذَكَرَهُ مُحَمَّدٌ فِي التَّوَادِرِ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: الْمِصْرُ لَيْسَ بِشَرْطٍ وَلَا فَنَاءُ، بَلْ كُلُّ قَرْيَةٍ يَسْكُنُهَا أَرْبَعُونَ مِنَ الرِّجَالِ الْأَحْرَارِ لَا يَطْعَنُونَ عَنْهَا شَتَاءً وَلَا صَيْفًا تُقَامُ فِيهَا الْجُمُعَةُ لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿فَاسْعَوْا إِلَى ذِكْرِ اللَّهِ﴾ [الجمعة: ٩] مِنْ غَيْرِ فَصْلٍ، وَلَمَّا رُوِيَ أَنَّ أَوَّلَ جُمُعَةٍ جُمِعَتْ فِي الْإِسْلَامِ بَعْدَ الْمَدِينَةِ مَا جُمِعَتْ بِجَوَانًا، وَهِيَ قَرْيَةٌ مِنْ قُرَى عَامِرِ بْنِ الْقَيْسِ بِالْبَحْرَيْنِ، وَكَتَبَ أَبُو هُرَيْرَةَ إِلَى عُمَرَ يَسْأَلُهُ عَنِ الْجُمُعَةِ بِجَوَانًا فَكَتَبَ إِلَيْهِ أَنْ جَمَعَ بِهَا وَحَيْثُمَا كُنْتُ.

وَالْجَوَابُ أَنَّ قَوْلَهُ ﷺ «إِلَّا فِي مِصْرٍ جَامِعٍ» يَنْفِي إِقَامَتَهَا فِي الْقُرَى، وَالصَّحَابَةُ حِينَ فَتَحُوا الْأَمْصَارَ وَالْقُرَى مَا اشْتَغَلُوا بِنِصْبِ الْمَنَابِرِ وَبِنَاءِ الْجَوَامِعِ إِلَّا فِي الْأَمْصَارِ وَالْمَدُنِ، وَذَلِكَ اتِّفَاقٌ مِنْهُمْ عَلَى أَنَّ الْمِصْرَ مِنْ شَرَائِطِ الْجُمُعَةِ، وَالْآيَةُ لَيْسَتْ بِحُجَّةٍ لَهُ لِأَنَّ الْمَكَانَ مُضْمَرٌ فِيهِ بِالْإِجْمَاعِ حَتَّى لَا تَجُوزَ إِقَامَةُ الْجُمُعَةِ فِي الْبَوَادِي بِالْإِجْمَاعِ، فَتَحْنُ نَضْمُ الْمِصْرِ وَهُوَ يُضْمَرُ الْقَرْيَةُ، وَجَوَانًا مِصْرٌ بِالْبَحْرَيْنِ، وَتُسَمَّى الرَّاوي قَرْيَةً لَا يَنْفِي مَا ذَكَرْنَا لِأَنَّ اسْمَ الْقَرْيَةِ يُطْلَقُ عَلَى الْبَلَدَةِ

(وَتَجُوزُ بِمَنَى إِذَا كَانَ الْأَمِيرُ أَمِيرَ الْحِجَازِ، أَوْ كَانَ مُسَافِرًا عَنْدَهُمَا. وَقَدْ قَالَ مُحَمَّدٌ: لَا جُمُعَةٌ بِمَنَى؛ لِأَنَّهَا مِنَ الْقُرَى حَتَّى لَا يُعِيدَ بِهَا. وَلَهُمَا أَنَّهَا تَتَمَصَّرُ فِي أَيَّامِ الْمَوْسِمِ وَعَدَمُ التَّعْيِيدِ لِلتَّخْفِيفِ، وَلَا جُمُعَةٌ بِعَرَفَاتٍ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا؛ لِأَنَّهَا قَضَاءٌ وَبِمَنَى أَبْنِيَّةٌ. وَالتَّعْيِيدُ بِالْخَلِيفَةِ وَأَمِيرِ الْحِجَازِ؛ لِأَنَّ الْوِلَايَةَ لَهُمَا، أَمَّا أَمِيرُ الْمَوْسِمِ فَيَلِي أُمُورَ الْحَجِّ لَا غَيْرُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَتَجُوزُ) يَعْنِي إِقَامَةُ الْجُمُعَةِ (بِمَنَى إِنْ كَانَ الْإِمَامُ أَمِيرَ الْحِجَازِ أَوْ كَانَ الْخَلِيفَةُ مُسَافِرًا) وَإِنَّمَا قِيدَ بِكَوْنِهِ مُسَافِرًا لِأَحَدِ أَمْرَيْنِ: إِمَّا لِلتَّنْبِيهِ عَلَى أَنَّهُ إِذَا كَانَ مُقِيمًا

كَانَ بِالْجَوَازِ أَوَّلَى. وَإِمَّا لَتَفِي تَوْهُمُ أَنَّ الْخَلِيفَةَ كَانَ مُسَافِرًا لَا يُقِيمُ الْجُمُعَةَ، كَمَا إِذَا كَانَ أَمِيرُ الْمَوْسِمِ مُسَافِرًا.

وَفِيهِ إِشَارَةٌ إِلَى أَنَّ الْخَلِيفَةَ أَوْ السُّلْطَانَ إِذَا طَافَ فِي وِلَايَتِهِ كَانَ عَلَيْهِ الْجُمُعَةُ فِي كُلِّ مِصْرٍ يَكُونُ فِيهِ يَوْمُ الْجُمُعَةِ لِأَنَّ إِمَامَةَ غَيْرِهِ إِنَّمَا تَجُوزُ بِأَمْرِهِ، فإِمَامَتُهُ أَوَّلَى وَإِنْ كَانَ مُسَافِرًا، وَقَوْلُهُ (لَأَنَّهَا) يَعْنِي مِنِّي عَلَى تَأْوِيلِ الْقَرْيَةِ، وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ التَّائِيثُ بِاعْتِبَارِ الْخَبَرِ لِأَنَّ تَقْدِيرَهُ لَأَنَّهَا قَرْيَةٌ (مِنَ الْقَرْيَةِ) يَعْنِي أَنَّهَا لَيْسَتْ بِمِصْرٍ وَلَا مِنْ فَنَائِهِ لَزِيَادَتِهِ عَلَى الْعُلُوهِ وَهَذَا لَا يُعِيدُ بِهَا) فَلَا تُقَامُ فِيهَا الْجُمُعَةُ (وَلَهُمَا أَنَّهَا تَتَمَصَّرُ فِي أَيَّامِ الْمَوْسِمِ) لِاجْتِمَاعِ شَرَائِطِ الْمِصْرِ مِنَ السُّلْطَانِ وَالْقَاضِي وَالْأَبْنِيَّةِ وَالْأَسْوَاقِ (وَعَدَمِ التَّعْيِيدِ) أَيْ عَدَمِ إِقَامَةِ صَلَاةِ الْعِيدِ لِلتَّخْفِيفِ لِاشْتِغَالِ الْحَاجِّ بِأَعْمَالِ الْمَنَاسِكِ مِنَ الرَّمْيِ وَالذَّبْحِ وَالْحَلْقِ فِي ذَلِكَ الْيَوْمِ لَا لِعَدَمِ الْمِصْرِيَّةِ (وَلَا جُمُعَةَ بَعَرَفَاتٍ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا) وَالْفَرْقُ أَنَّ عَرَفَاتٍ فُضَاءَ وَمِنِّي فِيهِ أَبْنِيَّةٌ.

وَقَوْلُهُ (أَمَّا أَمِيرُ الْمَوْسِمِ فَيَلِي أُمُورَ الْحَاجِّ لَا غَيْرُ) يُشِيرُ إِلَى أَنَّهُ إِنْ اسْتَعْمَلَ عَلَى مَكَّةَ يُقِيمُ الْجُمُعَةَ بِمَنَى لِأَنَّ لَهُ الْوِلَايَةَ حَيْثُذ. وَقِيلَ إِنْ كَانَ مِنْ أَهْلِ مَكَّةَ يُقِيمُهَا وَإِنْ اسْتَعْمَلَ عَلَى الْمَوْسِمِ خَاصَّةً، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مِنْ أَهْلِهَا لَا يُقِيمُ عِنْدَهُمَا أَيْضًا.

(وَلَا يَجُوزُ إِقَامَتُهَا إِلَّا لِلْسُّلْطَانِ أَوْ لِمَنْ أَمَرَهُ السُّلْطَانُ) لِأَنَّهَا تُقَامُ بِجَمْعٍ عَظِيمٍ، وَقَدْ تَقَعُ الْمَنَازَعَةُ فِي التَّقَدُّمِ وَالتَّقَدِيمِ، وَقَدْ تَقَعُ فِي غَيْرِهِ فَلَا بُدَّ مِنْهُ تَتَمِيمًا لِأَمْرِهِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: وَلَا يَجُوزُ إِقَامَتُهَا إِلَّا لِلْسُّلْطَانِ أَيْ لِلْوَالِي الَّذِي لَا وَالِيَ فَوْقَهُ وَكَانَ ذَلِكَ الْخَلِيفَةَ (أَوْ لِمَنْ أَمَرَهُ السُّلْطَانُ) وَهُوَ الْأَمِيرُ أَوْ الْقَاضِي أَوْ الْخُطْبَاءُ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَيْسَ ذَلِكَ بِشَرْطٍ لَمَّا رُوِيَ أَنَّ عُثْمَانَ رضي الله عنه حِينَ كَانَ مَحْصُورًا بِالْمَدِينَةِ صَلَّى عَلَى عليه السلام بِالنَّاسِ الْجُمُعَةَ، وَلَمْ يَرَوْا أَنَّهُ صَلَّى بِأَمْرِ عُثْمَانَ رضي الله عنه وَكَانَ الْأَمْدُ بِيَدِهِ (وَلَنَا أَنَّ الْجُمُعَةَ تُقَامُ بِجَمْعٍ عَظِيمٍ) لَكُونِهَا جَامِعَ الْجَمَاعَاتِ (وَقَدْ تَقَعُ الْمَنَازَعَةُ فِي التَّقَدُّمِ) بِأَنْ يَقُولَ شَخْصٌ أَنَا أَتَقَدَّمُ وَغَيْرُهُ يَقُولُ أَنَا أَتَقَدَّمُ (و) فِي (التَّقَدُّمِ) بِأَنْ يَقْدَمَ طَائِفَةٌ شَخْصًا وَأُخْرَى آخَرَ (وَقَدْ يَقَعُ فِي غَيْرِهِ) أَيْ فِي غَيْرِ أَمْرِ التَّقَدُّمِ وَالتَّقَدُّمِ مِنْ أَدَاءِ مَنْ يَسْبِقُ إِلَى الْجَامِعِ وَالْأَدَاءُ فِي أَوَّلِ الْوَقْتِ وَآخِرِهِ (فَلَا بُدَّ مِنْهُ) أَيْ مِنَ السُّلْطَانِ أَوْ مِنْ

أَمْرِهِ (تَتِمِّمًا لِأَمْرِهِ) وَأَثَرٌ عَلَيَّ لَيْسَ بِحُجَّةٍ الْجَوَازِ أَنَّ ذَلِكَ كَانَ بِأَمْرِ عُثْمَانَ. سَلَّمَائِهِ وَلَكِنْ إِنَّمَا فَعَلَ لِأَنَّ النَّاسَ اجْتَمَعُوا عَلَيْهِ، وَعِنْدَ ذَلِكَ يَجُوزُ لِأَنَّ النَّاسَ احْتَجَّاجُوا إِلَى إِقَامَةِ الْفَرَضِ فَاعْتَبِرَ اجْتِمَاعُهُمْ.

(وَمِنْ شَرَائِطِهَا الْوَقْتُ فَتَصِحُّ فِي وَقْتِ الظُّهْرِ وَلَا تَصِحُّ بَعْدَهُ) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «إِذَا مَالَتِ الشَّمْسُ فَصَلِّ بِالنَّاسِ الْجُمُعَةَ»^(١) (وَلَوْ خَرَجَ الْوَقْتُ وَهُوَ فِيهَا اسْتَقْبَلَ الظُّهْرَ وَلَا يَبْنِيهِ عَلَيْهَا) لاختلافهما.

الشرح:

قَالَ (وَمِنْ شَرَائِطِهَا) أَيِّ مِنْ شَرَائِطِ الْجُمُعَةِ (الْوَقْتُ) وَهُوَ وَقْتُ الظُّهْرِ (فَتَصِحُّ فِيهِ وَلَا تَصِحُّ بَعْدَهُ) لَمَّا رُوِيَ «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ لَمَّا بَعَثَ مُصْعَبَ بْنَ عُمَيْرٍ إِلَى الْمَدِينَةِ قَبْلَ هِجْرَتِهِ قَالَ لَهُ: إِذَا مَالَتِ الشَّمْسُ فَصَلِّ بِالنَّاسِ الْجُمُعَةَ» (وَلَوْ خَرَجَ الْوَقْتُ وَهُوَ فِيهَا) أَيُّ الْإِمَامُ فِي صَلَاةِ الْجُمُعَةِ (اسْتَقْبَلَ الظُّهْرَ وَلَا يَبْنِيهِ عَلَيْهَا لاختلافهما) أَيُّ لاختلاف الظُّهْرِ وَالْجُمُعَةِ بِدَلِيلِ تَخْيِيرِ الْعَبْدِ إِذَا أَذِنَ لَهُ مَوْلَاهُ فِي الْجُمُعَةِ بَيْنَ أَنْ يُصَلِّيَ الظُّهْرَ أَوْ الْجُمُعَةَ مَعَ تَعْيِينِ الرَّفْقِ فِي الْجُمُعَةِ بِالْقَلَّةِ، وَلَوْ لَمْ يَكُونَا مُخْتَلِفَيْنِ لَمَّا خَيْرٌ كَمَا فِي جَنَائَةِ الْمُدَبِّرِ بِحَيْثُ يَجِبُ الْأَقْلُ عَلَى مَوْلَاهُ مِنَ الْأَرْضِ أَوْ الْقِيَمَةِ بِلا خِيَارٍ لِاتِّحَادِهِمَا فِي الْمَالِيَّةِ، وَبِنَاءِ فَرَضٍ عَلَى تَحْرِيمَةِ فَرَضٍ آخَرَ لَا يَصِحُّ فِي أَصَحِّ الرُّوَايَاتِ.

(وَمِنْهَا الْخُطْبَةُ)؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ مَا صَلَّاهَا بِدُونِ الْخُطْبَةِ فِي عُمْرِهِ (وَهِيَ قَبْلَ الصَّلَاةِ بَعْدَ الزَّوَالِ) بِهِ وَرَدَتِ السُّنَّةُ (وَيُخْطَبُ خُطْبَتَيْنِ يَفْصِلُ بَيْنَهُمَا بِقَعْدَةٍ) بِهِ جَرَى التَّوَارُثُ (وَيُخْطَبُ قَائِمًا عَلَى طَهَارَةٍ)؛ لِأَنَّ الْقِيَامَ فِيهِمَا مُتَوَارَثٌ، ثُمَّ هِيَ شَرْطُ الصَّلَاةِ فَهِيَ سَتَحَبُّ فِيهَا الطَّهَارَةُ كَالْأَذَانِ (وَلَوْ خُطِبَ قَاعِدًا أَوْ عَلَى غَيْرِ طَهَارَةٍ جَازَ) لِحُصُولِ الْمَقْصُودِ إِلَّا أَنَّهُ يُكْرَهُ لِمُخَالَفَتِهِ التَّوَارُثَ وَلِلْفَصْلِ بَيْنَهُمَا وَبَيْنَ الصَّلَاةِ (فَإِنْ اقْتَصَرَ عَلَى ذِكْرِ اللَّهِ جَازَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ).

وَقَالَا: لَا بُدَّ مِنْ ذِكْرِ طَوِيلٍ يُسَمَّى خُطْبَةً؛ لِأَنَّ الْخُطْبَةَ هِيَ الْوَاجِبَةُ، وَالتَّسْبِيحَةُ أَوْ التَّحْمِيدَةُ لَا تُسَمَّى خُطْبَةً.

(١) أخرجه البخاري في الجمعة باب ١٦، والترمذي في الجمعة باب ٩، وأحمد (٣/١٢٨)، ١٥٠،

(٢٢٨). وانظر نصب الراية (٢/٢٠٣).

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ لَا تَجُوزُ حَتَّى يَخْطُبَ خُطْبَتَيْنِ اعْتِبَارًا لِلْمُتَعَارَفِ. وَلَهُ قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿فَاسْعَوْا إِلَى ذِكْرِ اللَّهِ﴾ [الجمعة: ١٩] مِنْ غَيْرِ فَصْلٍ. وَعَنْ عُثْمَانَ رضي الله عنه أَنَّهُ قَالَ: الْحَمْدُ لِلَّهِ فَارْتَجَ عَلَيْهِ فَتَزَلَّ وَصَلَّى.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمِنْهَا) مِنْ شَرَائِطِ الْجُمُعَةِ (الْخُطْبَةُ) وَهِيَ اسْمٌ لِمَا يُخْطَبُ بِهِ، وَإِنَّمَا كَانَتْ شَرْطًا «لأن النبي صلى الله عليه وسلم ما صلاها في عمره بدون الخطبة» وفيه بحث. أَمَّا أَوَّلًا فَأَن يُقَالَ: الْخُطْبَةُ يَجِبُ أَنْ تُكُونَ رُكْنًا وَلَا تُكُونَ شَرْطًا لِأَنَّهَا أُقِيمَتْ مَقَامَ رُكْنَتَي الظُّهْرِ وَذَلِكَ رُكْنٌ، فَكَذَلِكَ مَا قَامَ مَقَامَهُ فَلَا يَتَأَدَّى بِهَا طَهَارَةٌ وَلَا كَهَا لَمْ يُشْتَرَطَ قِيَامُهَا حَالَةَ الْأَدَاءِ، وَلَوْ كَانَتْ شَرْطًا لَكَانَ يُرَاعَى قِيَامُهَا حَالَةَ الْأَدَاءِ كَمَا اشْتَرَطَ قِيَامُ الطَّهَارَةِ وَسِتْرِ الْعَوْرَةِ.

وَأَمَّا ثَانِيًا فَلِأَنَّهَا إِذَا كَانَتْ شَرْطًا كَانَتْ مِنْ ضَرُورِيَّاتِ صَلَاةِ الْجُمُعَةِ لِأَنَّ شَرْطَ الشَّيْءِ لَزِمَ لَهُ، وَالْحَدِيثُ يُدُلُّ عَلَى دَوَامِ وَجُودِهِ، وَالذَّوَامُ لَا يَسْتَلْزِمُ الضَّرُورَةَ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ صلى الله عليه وسلم لَمْ يُصَلِّ صَلَاةً بِدُونِ سُنَنِهَا كَرَفَعَ الْيَدَيْنِ عِنْدَ كُلِّ تَحْرِيمَةٍ وَالتَّكْبِيرِ عِنْدَ كُلِّ خَفْضٍ وَرَفْعٍ وَغَيْرِهِمَا، وَلَمْ يَكُنْ شَيْءٌ مِنْ ذَلِكَ شَرْطًا لِلصَّلَاةِ. وَالْجَوَابُ عَنْ الْأَوَّلِ أَنَّهَا لَيْسَتْ بِرُكْنٍ لِأَنَّ رُكْنَ الشَّيْءِ مَا يَقُومُ بِهِ ذَلِكَ الشَّيْءُ، وَصَلَاةُ الْجُمُعَةِ لَا تَقُومُ بِالْخُطْبَةِ وَإِنَّمَا تَقُومُ بِأَرْكَانِهَا فَكَانَتْ شَرْطًا، لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى أَمَرَ بِالسَّعْيِ إِلَيْهَا فِي قَوْلِهِ تَعَالَى ﴿فَاسْعَوْا﴾ فَتَكُونُ وَاجِبَةً وَلَيْسَتْ بِمَقْصُودَةٍ لِدَاتِهَا لِأَنَّ النَّدَاءَ لَمْ يَقَعْ لَهَا بَلْ لِمَا هُوَ الْمَقْصُودُ وَهُوَ صَلَاةُ الْجُمُعَةِ حَيْثُ قَالَ ﴿إِذَا نُودِيَ لِلصَّلَاةِ مِنْ يَوْمِ الْجُمُعَةِ﴾ وَلَوْ كَانَتْ مَقْصُودَةً لَكَانَ النَّدَاءُ لَهَا أَوْ لَهَا إِنْ كَانَتْ مَقْصُودَتَيْنِ، وَإِذَا لَمْ تُكُنْ مَقْصُودَةً لِدَاتِهَا وَهِيَ فَرَضٌ كَانَتْ شَرْطًا لغيرها.

وَقَوْلُهُ وَلَوْ كَانَتْ شَرْطًا لَكَانَ يُرَاعَى قِرَاءَةُ الْخُطْبَةِ حَالَ الْأَدَاءِ. قُلْنَا: الشَّرْطُ وَجُودُهَا لَا وَجُودُهَا حَالَ الْأَدَاءِ. وَعَنْ الثَّانِي بِأَنَّ الذَّوَامَ قَدْ يَسْتَلْزِمُ الضَّرُورَةَ إِذَا دَلَّ الدَّلِيلُ الْخَارِجِيُّ عَلَى ذَلِكَ، وَقَدْ قَامَ الدَّلِيلُ ههنا عَلَى ذَلِكَ وَهُوَ أَنَّا نَعْلَمُ بَيِّقِينَ أَنَّ شَطْرَ الظُّهْرِ تَرْكُ الْخُطْبَةِ وَالْفَرَضُ لَا يُتْرَكُ لِغَيْرِ الْفَرَضِ فَكَانَتْ فَرَضًا، فَأَمَّا أَنْ تُكُونَ فَرَضًا لِدَاتِهَا أَوْ لغيرها لَا سَبِيلَ إِلَى الْأَوَّلِ لِمَا ذَكَرْنَا فَتَعَيَّنَ الثَّانِي، وَكَانَ لَازِمًا مِنْ لَوَازِمِهِ فَكَانَ

شَرْطًا (وَهِيَ) أَيِ الْخُطْبَةِ (قَبْلَ الصَّلَاةِ بِهِ وَرَدَتْ السُّنَّةُ) وَشَرْطِهَا أَيْضًا تَقْتَضِي ذَلِكَ (وَيَخْطُبُ خُطْبَتَيْنِ يَفْصِلُ بَيْنَهُمَا بَقْعَةً) مِقْدَارُ ثَلَاثِ آيَاتٍ فِي ظَاهِرِ الرُّوَايَةِ.

وَقَالَ الطَّحَاوِيُّ: مِقْدَارُ مَا يَمَسُّ مَوْضِعَ جُلُوسِهِ مِنَ الْمِنْبَرِ (بِهِ جَرَى التَّوَارُثُ) وَلَفْظُ التَّوَارُثِ إِنَّمَا يُسْتَعْمَلُ فِي أَمْرِ خَطِيرٍ ذِي شَرَفٍ، وَقِيلَ هُوَ حِكَايَةُ الْعَدْلِ عَنِ الْعَدْلِ، وَهَذِهِ الْقَعْدَةُ لَيْسَتْ بِشَرْطٍ عِنْدَنَا إِنَّمَا هِيَ لِلإِسْتِرَاحَةِ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: إِنَّهَا شَرْطٌ حَتَّى لَا يُكْتَفَى عِنْدَهُ بِالْخُطْبَةِ الْوَاحِدَةِ وَإِنْ طَالَ لِلتَّوَارُثِ وَلَنَا حَدِيثُ جَابِرِ بْنِ سَمُرَةَ «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ كَانَ يَخْطُبُ قَائِمًا خُطْبَةً وَاحِدَةً، فَلَمَّا أَسَنَ جَعَلَهَا خُطْبَتَيْنِ يَجْلِسُ بَيْنَهُمَا جَلْسَةً» وَفِيهِ كَمَا تَرَى ذَلِيلٌ عَلَى جَوَازِ الْإِكْتِفَاءِ بِخُطْبَةٍ وَاحِدَةٍ لِأَنَّهُ إِنَّمَا فَعَلَ ذَلِكَ لِيَكُونَ أَرْوَحَ عَلَيْهِ لَا لِأَنَّهُ شَرْطٌ (وَيَخْطُبُ) قَائِمًا عَلَى طَهَارَةٍ لِأَنَّ الْقِيَامَ فِيهَا مُتَوَارَثٌ.

رُوي أَنَّ ابْنَ مَسْعُودٍ لَمَّا سُئِلَ عَنْ هَذَا، قَالَ: أَلَسْتُ تَتْلُو قَوْلَهُ تَعَالَى ﴿وَتَرَكُوكَ قَائِمًا﴾ [الجمعة: ١١] كَانَ النَّبِيُّ ﷺ يَخْطُبُ قَائِمًا حِينَ انْقَضَ عَنْهُ النَّاسُ بِدُخُولِ الْعِيرِ الْمَدِينَةِ. وَالَّذِي رُويَ عَنْ عُثْمَانَ أَنَّهُ كَانَ يَخْطُبُ قَاعِدًا إِنَّمَا فَعَلَ ذَلِكَ لِمَرْضٍ أَوْ كِبَرٍ فِي آخِرِ عُمُرِهِ.

وَقَوْلُهُ (فَيَسْتَحَبُّ فِيهَا الطَّهَارَةَ) يَعْنِي عَنِ الْجَنَابَةِ وَالْحَدَثِ جَمِيعًا كَالْأَذَانِ. وَوَجْهُ الشَّبَهِ بِهِ أَنَّ الْخُطْبَةَ ذَكَرَ لَهَا شَبَهٌ بِالصَّلَاةِ مِنْ حَيْثُ إِنَّهَا أُقِيمَتْ مَقَامَ شَطْرِ الصَّلَاةِ وَتُقَامُ بَعْدَ دُخُولِ الْوَقْتِ، كَمَا أَنَّ الْأَذَانَ أَيْضًا ذَكَرَ لَهُ شَبَهٌ بِالصَّلَاةِ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ دُعَاءٌ لَهَا وَتُقَامُ بَعْدَ دُخُولِ الْوَقْتِ. قِيلَ فِي عِبَارَتِهِ نَظَرٌ لِأَنَّهُ يَدُلُّ عَلَى أَنَّ الْأَذَانَ شَرْطٌ لِلصَّلَاةِ وَلَيْسَ كَذَلِكَ وَهُوَ غَلَطٌ، لِأَنَّ قَوْلَهُ كَالْأَذَانِ يَتَعَلَّقُ بِقَوْلِهِ فَيَسْتَحَبُّ فِيهَا الطَّهَارَةَ لَا بِقَوْلِهِ وَهِيَ شَرْطٌ لِلصَّلَاةِ (وَلَوْ خَطَبَ قَاعِدًا أَوْ عَلَى غَيْرِ طَهَارَةٍ جَازَ لِحُصُولِ الْمَقْصُودِ) وَهُوَ الذِّكْرُ وَالْوَعْظُ.

وَخَالَفَ أَبُو يُوسُفَ وَالشَّافِعِيُّ فِيمَا إِذَا خَطَبَ عَلَى غَيْرِ طَهَارَةٍ. وَالشَّافِعِيُّ وَحْدَهُ إِذَا خَطَبَ قَاعِدًا. لُهُمَا فِي الْأَوَّلِ أَنَّ الْخُطْبَةَ بِمَنْزِلَةِ شَطْرِ الصَّلَاةِ لَمَّا فِي الْأَثَرِ، وَهُوَ مَا رُويَ أَنَّ ابْنَ عُمَرَ وَعَائِشَةَ قَالَا: إِنَّمَا قُصِرَتْ الْجُمُعَةُ لِمَكَانِ الْخُطْبَةِ، فَكَمَا تُشْتَرَطُ الطَّهَارَةُ فِي الصَّلَاةِ تُشْتَرَطُ فِيهَا.

وللشافعي في الثاني أن الخطبة قائمة مقام ركعتين فيشترط فيها ما يشترط في الصلاة. والجواب أنها ذكر والمحدث والجنب لا يمتنعان عن ذكر الله ما خلا القرآن في حق الجنب، وتأويل الأثر أنها في حكم الثواب كشرط الصلاة لا في شرائطها. وقوله (إلا أنه يكره) استثناء من قوله جاز. وقوله (لمخالفته التوارث) متعلق بقوله خطب قاعدا. وقوله (للفصل بينها وبين الصلاة) يتعلق بقوله أو على غير طهارة، ولم يذكر أنه يعيدها إذا كان على غير طهارة. وقيل ينبغي أن تعاد استحبابا كإعادة أذانه.

وقوله (فإن اقتصر على ذكر الله عز وجل جاز) يعني إذا ذكر الله على قصد الخطبة فقال الحمد لله أو سبحان الله أو لا إله إلا الله جاز عند أبي حنيفة، وأما إذا قال ذلك لعطاس أو تعجب فلا يجوز بالاتفاق (وقالا: لا بد من ذكر طويل يسمى خطبة) وهو مقدار ثلاث آيات عند الكرخي، وقيل مقدار التشهد من قوله التحيات لله إلى قوله عبده ورسوله (لأن الخطبة هي الواجبة) يعني بالإجماع (والتسيحة أو التحميدة أو التهيلة لا تسمى خطبة. وقال الشافعي: لا يجوز حتى يخطب خطبتين) تشمل الأولى على التحميدة والصلاة على النبي ﷺ والوصية بتقوى الله وقراءة آية، وكذلك الثانية إلا أن فيها بدل الآية الدعاء للمؤمنين والمؤمنات (اعتبارا للتوارث) فإنه جرى هكذا من لدن رسول الله ﷺ (ولأبي حنيفة قوله تعالى ﴿فَاسْعَوْا إِلَى ذِكْرِ اللَّهِ﴾ والمراد به الخطبة باتفاق المفسرين، وقد أطلق عليها الذكر من غير فصل بين قليل وكثير، فالزيادة عليها تسخ).

وما روي عن عثمان رضي الله عنه لما صعد المنبر أول جمعة ولي قال: الحمد لله فأرنج عليه بالبناء للمفعول وتخفيف الجيم: أي أغلق فنزل وصلى وكان بمحض من علماء الصحابة ولم ينكر عليه أحد فدل على أن هذا المقدار كاف.

(ومن شرائطها الجماعة؛ لأن الجماعة مشتقة منها) وأقلهم عند أبي حنيفة ثلاثة سوى الإمام، وقالا: اثنان سواه قال: والأصح أن هذا قول أبي يوسف وحده. له أن في المتن معنى الاجتماع هي منبئة عنه. ولهما أن الجمع الصحيح إنما هو الثلاث؛ لأنه جمع تسمية ومعنى، والجماعة شرط على حدة، وكذا الإمام فلا يعتبر منهم.

الشرح:

قَالَ (وَمِنْ شَرَائِطِهَا الْجَمَاعَةُ) الْجَمَاعَةُ شَرْطُ الْجُمُعَةِ بِالْإِجْمَاعِ وَالْإِخْتِلَافُ فِي الْعَدَدِ فَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ أَقْلُهُمْ ثَلَاثَةٌ سِوَى الْإِمَامِ وَعِنْدَهُمَا أَثْنَانِ سِوَاهُ. قَالَ الْمُصَنِّفُ (وَالْأَصَحُّ أَنَّ هَذَا قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ وَحْدَهُ. لَهُ أَنَّ فِي الْمُتَنَّى مَعْنَى الْاجْتِمَاعِ) لِأَنَّ فِيهِ اجْتِمَاعَ وَاحِدٍ بَاخِرَ وَالْجُمُعَةُ مَبْنِيَّةٌ عَلَى مَعْنَى الْاجْتِمَاعِ لَمَا ذُكِرَ أَنَّ الْجُمُعَةَ مُشْتَقَّةٌ مِنَ الْجَمَاعَةِ، وَفِي الْجَمَاعَةِ اجْتِمَاعٌ لَا مَحَالَةَ (وَلَهُمَا) أَيُّ لِأَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ (أَنَّ الْجَمْعَ الصَّحِيحَ إِنَّمَا هُوَ الثَّلَاثُ) يَعْنِي سَلَّمْنَا أَنَّ الْجُمُعَةَ تُنْبِئُ عَنِ الْاجْتِمَاعِ، لَكِنَّ الْخَطَابَ وَرَدَ لِلْجَمْعِ وَهُوَ قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿فَاسْعَوْا إِلَى ذِكْرِ اللَّهِ﴾ وَالْجَمْعُ الصَّحِيحُ هُوَ الثَّلَاثُ (قَوْلُهُ جَمْعًا تَسْمِيَةً وَمَعْنَى).

فَإِنْ قِيلَ: فَمِمَّا قَالَهُ أَبُو يُوسُفَ كَذَلِكَ لِأَنَّهُ يُعْتَبَرُ مَعَ الْإِمَامِ ثَلَاثَةٌ؟ أَجَابَ بِقَوْلِهِ: وَالْجَمَاعَةُ شَرْطٌ عَلَى حِدَةٍ، وَكَذَلِكَ الْإِمَامُ، فَلَا يُعْتَبَرُ الْإِمَامُ مِنَ الْجَمَاعَةِ وَذَلِكَ لِأَنَّ قَوْلَهُ تَعَالَى ﴿فَاسْعَوْا﴾ يَقْتَضِي ثَلَاثَةً، وَقَوْلُهُ ﴿إِلَى ذِكْرِ اللَّهِ﴾ يَقْتَضِي ذَاكِرًا فَذَلِكَ أَرْبَعَةٌ. وَيَجِبُ أَنْ يَكُونُوا كُلُّهُمْ مِمَّنْ يَصْلُحُ إِمَامًا، حَتَّى إِذَا كَانَ أَحَدُهُمْ صَبِيًّا أَوْ مَجْنُونًا لَا يَجُوزُ بِخِلَافِ الْعَبِيدِ وَالْمُسَافِرِينَ فَإِنَّ الْجَمَاعَةَ تَتِمُّ بِهِمْ لَصَلَاحَتِهِمْ لِلْإِمَامَةِ، وَكَمَا نَفَى الْآيَةُ مَا دُونَ الثَّلَاثِ نَفَى اشْتِرَاطَ الْأَرْبَعِينَ لِعَدَمِ دَلَالَتِهِ عَلَيْهِ بِبَيِّنٍ.

(وَإِنْ نَفَرَ النَّاسُ قَبْلَ أَنْ يَرْكَعَ الْإِمَامُ وَيَسْجُدَ وَلَمْ يَبْقَ إِلَّا النِّسَاءُ وَالصَّبِيَّانُ اسْتَقْبَلَ الظُّهْرَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: إِذَا نَفَرُوا عَنْهُ بَعْدَمَا افْتَتَحَ الصَّلَاةَ صَلَّى الْجُمُعَةَ، فَإِنْ نَفَرُوا عَنْهُ بَعْدَمَا رَكَعَ رَكْعَةً وَسَجَدَ سَجْدَةً بَنَى عَلَى الْجُمُعَةِ خِلَافًا لِنُفَرِّ. وَهُوَ يَقُولُ: إِنَّهَا شَرْطٌ فَلَا بُدَّ مِنْ دَوَامِهَا كَالْوَقْتِ. وَلَهُمَا أَنَّ الْجَمَاعَةَ شَرْطُ الْإِنْعِقَادِ فَلَا يُشْتَرَطُ دَوَامُهَا كَالْخُطْبَةِ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الْإِنْعِقَادَ بِالشُّرُوعِ فِي الصَّلَاةِ، وَلَا يَتِمُّ ذَلِكَ إِلَّا بِتِمَامِ الرُّكْعَةِ؛ لِأَنَّ مَا دُونَهَا لَيْسَ بِصَلَاةٍ فَلَا بُدَّ مِنْ دَوَامِهَا إِلَيْهَا بِخِلَافِ الْخُطْبَةِ فَإِنَّهَا تُنَافِي الصَّلَاةَ فَلَا يُشْتَرَطُ دَوَامُهَا، وَلَا مُعْتَبَرٌ بِبَقَاءِ النِّسَاءِ، وَكَذَا الصَّبِيَّانُ؛ لِأَنَّهُ لَا تَنَعُّدُ بِهِمِ الْجُمُعَةُ فَلَا تَتِمُّ بِهِمِ الْجَمَاعَةُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِنْ نَفَرَ النَّاسُ) اعْلَمْ أَنَّ النَّاسَ إِذَا نَفَرُوا قَبْلَ شُرُوعِهِمْ فِي صَلَاةِ الْجُمُعَةِ

مَعَ الْإِمَامِ لَا يُصَلِّي الْجُمُعَةَ بِإِلَّا خِلَافٍ وَيُصَلِّي الظُّهْرَ، وَإِنْ تَفَرُّوا بَعْدَهُ فَإِنْ كَانَ قَبْلَ تَقْيِيدِ الرَّكْعَةِ بِالسَّجْدَةِ اسْتَقْبَلَ الظُّهْرَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَبَنَى عَلَى الْجُمُعَةِ عِنْدَهُمَا، وَإِنْ كَانَ بَعْدَهُ بَنَى عَلَيْهَا عِنْدَهُمْ خِلَافًا لِرُفْرُ فَإِنَّهُ يَقُولُ: إِنَّهَا شَرْطُ الْأَدَاءِ لِأَنَّ التَّحْرِيمَ مِنْهُمْ مُقَارِنًا لِتَحْرِيمِ الْإِمَامِ لَيْسَ بِشَرْطٍ بِالِاتِّفَاقِ، وَلَوْ كَانَتْ شَرْطًا لِلِاتِّعَادِ لِاشْتِرَاطِ ذَلِكَ فَكَانَتْ كَالْوَقْتِ، وَدَوَامُهُ شَرْطٌ لَصِحَّةِ الْجُمُعَةِ، فَكَذَا دَوَامُهَا، وَلَمْ يُوْجَدْ إِذَا تَفَرُّوا بَعْدَ السُّجُودِ. وَلَهُمَا أَنَّهَا شَرْطُ الْإِتِّعَادِ لِأَنَّ الْأَدَاءَ قَدْ يَنْفَكُ عَنْهَا كَمَا فِي الْمَسْبُوقِ وَاللَّاحِقِ، وَمَا هُوَ كَذَلِكَ لَا يُشْتَرَطُ دَوَامُهَا كَالْخُطْبَةِ، فَإِنَّ دَوَامَهَا إِلَى تَقْيِيدِ الرَّكْعَةِ بِالسَّجْدَةِ غَيْرُ شَرْطٍ بِالِاتِّفَاقِ. وَأَبُو حَنِيفَةَ يَقُولُ نَعَمْ هُوَ شَرْطُ الْإِتِّعَادِ كَمَا ذَكَرْتُمْ، وَالِاتِّعَادُ إِنَّمَا هُوَ بِالشَّرُوعِ فِي الصَّلَاةِ، وَالصَّلَاةُ لَا تَتِمُّ إِلَّا بِتِمَامِ الرَّكْعَةِ لِأَنَّ مَا دُونَهَا لَيْسَ بِصَلَاةٍ لِكَوْنِهِ فِي مَحَلِّ الرُّفْضِ كَمَا تَقَدَّمَ فَلَا بُدَّ مِنْ دَوَامِهَا إِلَيْهَا: أَيُّ مِنْ دَوَامِ الْجَمَاعَةِ إِلَى الرَّكْعَةِ بِحَذْفِ الْمُضَافِ: أَيُّ إِلَى تِمَامِ الرَّكْعَةِ. وَقَوْلُهُ (بِخِلَافِ الْخُطْبَةِ) جَوَابٌ عَنْ قِيَاسِهِمَا الْجَمَاعَةَ بِهَا. وَوَجْهُهُ أَنَّ الْخُطْبَةَ تُنَافِي الصَّلَاةَ، فَإِنَّ الْإِمَامَ هُوَ الَّذِي يَخْطُبُ، وَلَا يُمَكِّنُهُ أَنْ يَخْطُبَ فِي صَلَاةٍ فَلَا يُشْتَرَطُ دَوَامُهَا. وَقَوْلُهُ (وَلَا مُعْتَبَرٌ بِبَقَاءِ النَّسْوَانِ) ظَاهِرٌ.

(وَلَا تَجِبُ الْجُمُعَةُ عَلَى مُسَافِرٍ وَلَا امْرَأَةٍ وَلَا مَرِيضٍ وَلَا عَبْدٍ وَلَا أَعْمَى)؛ لِأَنَّ الْمُسَافِرَ يَخْرُجُ فِي الْحَضُورِ، وَكَذَا الْمَرِيضُ وَالْأَعْمَى، وَالْعَبْدُ مَشْغُولٌ بِخِدْمَةِ الْمَوْلَى، وَالْمَرَأَةُ بِخِدْمَةِ الزَّوْجِ فَعَذِرُوا دَفْعًا لِلْحَرَجِ وَالضَّرَرِ (فَإِنْ حَضَرُوا وَصَلُّوا مَعَ النَّاسِ أَجْزَأَهُمْ عَنْ فَرَضِ الْوَقْتِ)؛ لِأَنَّهُمْ تَحَمَّلُوهُ فَصَارُوا كَالْمُسَافِرِ إِذَا صَامَ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلَا تَجِبُ الْجُمُعَةُ عَلَى مُسَافِرٍ) وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (لَأَنَّهُمْ تَحَمَّلُوهُ) يَعْنِي الْحَرَجَ، مَعْنَاهُ أَنَّ السُّقُوطَ فَرَضُ السَّعْيِ عَنْهُمْ لَمْ يَكُنْ لِمَعْنَى فِي الصَّلَاةِ بَلْ لِلْحَرَجِ وَالضَّرَرِ، فَإِذَا تَحَمَّلُوا التَّحَقُّوْا فِي الْأَدَاءِ بغيرِهِمْ وَصَارُوا كَمُسَافِرٍ صَامٍ

(وَيَجُوزُ لِلْمُسَافِرِ وَالْعَبْدِ وَالْمَرِيضِ أَنْ يُؤْمَّ فِي الْجُمُعَةِ) وَقَالَ زُفَرٌ: لَا يَجْزِيهِ؛ لِأَنَّهُ لَا فَرَضَ عَلَيْهِ فَاشْبَهَ الصَّبِيَّ وَالْمَرَأَةَ. وَلَنَا أَنْ هَذِهِ رُخْصَةٌ، فَإِذَا حَضَرُوا يَقَعُ فَرَضًا عَلَى مَا بَيْنَاهُ، أَمَّا الصَّبِيُّ فَمَسْلُوبُ الْأَهْلِيَّةِ، وَالْمَرَأَةُ لَا تَصْلُحُ لِإِمَامَةِ الرِّجَالِ، وَتَتَعَقَّدُ بِهِمُ الْجُمُعَةُ؛

لَأَنَّهُمْ صَلَحُوا لِلْإِمَامَةِ فَيَصْلَحُونَ لِلْإِقْتِدَاءِ بِطَرِيقِ الْأُولَى.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَيَجُوزُ لِلْمُسَافِرِ) وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (فَأَشْبَهَ الصَّبِيَّ) يَعْنِي فِي أَنَّ الْجُمُعَةَ لَيْسَتْ بِفَرْضٍ عَلَيْهِمْ، وَلَوْ أُمَّ الصَّبِيَّ فِيهَا لَمْ يُجْزِهِ، فَكَذَا مَنْ أَشْبَهَهُ (وَلَنَا أَنَّ هَذِهِ) أَيَّ سُقُوطِ الْجُمُعَةِ عَنْهُمْ، وَأَنْتَ الْإِشَارَةُ بِاعْتِبَارِ الْخَبَرِ وَهُوَ (رُخْصَةٌ) لِأَنَّ الْخِطَابَ عَامٌّ فَيَتَنَاوَلُهُمْ، إِلَّا أَنَّهُمْ عُدِرُوا دَفْعًا لِلْحَرَجِ عَنْهُمْ (فَإِذَا حَضَرُوا يَقَعُ فَرَضًا عَلَى مَا بَيْنَا) يَعْنِي قَوْلُهُ لَأَنَّهُمْ تَحَمَّلُوهُ، وَإِذَا تَحَمَّلُوهُ يَقَعُ فَرَضًا عَنْهُمْ لِأَنَّهُمْ لَوْ لَمْ يَقَعِ فَرَضًا عَنْهُمْ لَكَانَ مَا فَرَضْنَاهُ لَدَفْعِ الْحَرَجِ حَرَجًا وَذَلِكَ خَلْفٌ بَاطِلٌ، أَمَّا الصَّبِيُّ فَمَسْلُوبُ الْأَهْلِيَّةِ فَلَنْ يَتَنَاوَلَهُ الْخِطَابُ، وَالْمَرْأَةُ لَا تَصْلُحُ لِلْإِمَامَةِ الرَّجَالِ.

وَقَوْلُهُ (وَتَنْعَقِدُ بِهِمْ) أَيَّ بِالْمُسَافِرِ وَالْعَبْدِ وَالْمَرِيضِ (الْجُمُعَةُ) إِشَارَةٌ إِلَى رَدِّ قَوْلِ الشَّافِعِيِّ إِنَّ هَؤُلَاءِ نَصَحُ إِمَامَتُهُمْ، لَكِنْ لَا يُعْتَدُ بِهِمْ فِي الْعَدَدِ الَّذِي تَنْعَقِدُ بِهِ الْجُمُعَةُ وَذَلِكَ لِأَنَّهُمْ لَمَّا صَلَحُوا لِلْإِمَامَةِ، فَلَأَن يَصْلَحُوا لِلْإِقْتِدَاءِ أُولَى.

(وَمَنْ صَلَّى الظُّهْرَ فِي مَنْزِلِهِ يَوْمَ الْجُمُعَةِ قَبْلَ صَلَاةِ الْإِمَامِ وَلَا عُذْرَ لَهُ كُفْرُهُ لَهُ ذَلِكَ وَجَازَتْ صَلَاتُهُ) وَقَالَ زُفَرٌ: لَا يُجْزِيهِ؛ لِأَنَّ عِنْدَهُ الْجُمُعَةَ هِيَ الْفَرِيضَةُ أَصَالَةً. وَالظُّهْرُ كَالْبَدَلِ عَنْهَا، وَلَا مَصِيرَ إِلَى الْبَدَلِ مَعَ الْقُدْرَةِ عَلَى الْأَصْلِ. وَلَنَا أَنَّ أَصْلَ الْفَرَضِ هُوَ الظُّهْرُ فِي حَقِّ الْكَافِرِ، هَذَا هُوَ الظَّاهِرُ إِلَّا أَنَّهُ مَأْمُورٌ بِإِسْقَاطِهِ بِأَدَاءِ الْجُمُعَةِ، وَهَذَا؛ لِأَنَّهُ مُتِمِّكِنٌ مِنْ أَدَاءِ الظُّهْرِ بِنَفْسِهِ دُونَ الْجُمُعَةِ لِتَوْفُقِهَا عَلَى شَرَائِطِ لَا تَتِمُّ بِهِ وَحْدَهُ، وَعَلَى التَّمَكُّنِ يَدُورُ التَّكْلِيفُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ صَلَّى الظُّهْرَ فِي مَنْزِلِهِ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (لَأَنَّ عِنْدَهُ الْجُمُعَةَ هِيَ الْفَرِيضَةُ أَصَالَةً) لِأَنَّهُ مَأْمُورٌ بِالسَّعْيِ إِلَيْهَا مِنْهُيٌّ عَنِ الْإِشْتَغَالِ عَنْهَا بِالظُّهْرِ مَا لَمْ يَتَحَقَّقْ فَوْتُ الْجُمُعَةِ، وَهَذَا صُورَةُ الْأَصْلِ وَالْبَدَلِ، وَلَا مَصِيرَ إِلَى الْبَدَلِ مَعَ الْقُدْرَةِ عَلَى الْأَصْلِ، وَهِيَ ثَابِتَةٌ لِأَنَّ فَوَائِهَا إِنَّمَا يَكُونُ بِفَرَاغِ الْإِمَامِ عَنِ الصَّلَاةِ وَفَرَضِ الْمَسْأَلَةِ قَبْلَ ذَلِكَ (وَلَنَا أَنَّ أَصْلَ الْفَرَضِ هُوَ الظُّهْرُ فِي حَقِّ النَّاسِ كَافَّةً) لِأَنَّ التَّكْلِيفَ بِحَسَبِ الْقُدْرَةِ. وَالْمُكَلَّفُ بِالصَّلَاةِ فِي هَذَا الْوَقْتِ مُتِمِّكِنٌ بِنَفْسِهِ مِنْ أَدَاءِ الظُّهْرِ دُونَ الْجُمُعَةِ

لَتَوْفُقَهَا عَلَى شَرَائِطَ لَا تَتِمُّ بِهِ وَحْدَهُ فَكَانَ التَّكْلِيفُ بِالْجُمُعَةِ تَكْلِيفًا بِمَا لَيْسَ فِي الْوُسْعِ إِلَّا أَنَّهُ أَمَرَ بِإِسْقَاطِ الظُّهْرِ بِأَدَاءِ الْجُمُعَةِ عِنْدَ اسْتِجْمَاعِ شَرَائِطِهَا فَكَانَ الْعُدُولُ عَنْهَا مَعَ الْقُدْرَةِ مَكْرُوهًا.

وَقَوْلُهُ (هَذَا هُوَ الظَّاهِرُ) تَلْوِيحٌ مِنْهُ إِلَى غَيْرِ ذَلِكَ، فَإِنَّهُ نَقَلَ عَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّ فَرَضَ الْوَقْتِ الْجُمُعَةُ وَلَهُ إِسْقَاطُهَا بِالظُّهْرِ وَرَوَى عَنْهُ أَنَّهُ قَالَ: لَا أَذْرِي مَا أَصْلُ فَرَضِ الْوَقْتِ فِي هَذَا الْيَوْمِ وَلَكِنَّهُ سَقَطَ عَنْهُ الْفَرَضُ بِأَدَاءِ الظُّهْرِ أَوْ الْجُمُعَةِ، يُرِيدُ بِهِ أَنَّ أَصْلَ الْفَرَضِ أَحَدُهُمَا لَا بَعَيْنِهِ وَيَتَّبِعِينَ بِفِعْلِهِ، وَلَكِنْ ظَاهِرُ الرِّوَايَةِ عَنْ الْعُلَمَاءِ الثَّلَاثَةِ مَا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ.

(فَإِنْ بَدَأَ لَهُ أَنْ يَحْضُرَهَا فَتَوَجَّهَ إِلَيْهَا وَالْإِمَامُ فِيهَا بَطَلَ ظَهْرُهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ بِالسَّعْيِ، وَقَالَ: لَا يَبْطُلُ حَتَّى يَدْخُلَ مَعَ الْإِمَامِ)؛ لِأَنَّ السَّعْيَ دُونَ الظُّهْرِ فَلَا يَنْقُصُهُ بَعْدَ تَمَامِهِ، وَالْجُمُعَةُ فَوْقَهَا فَيَنْقُصُهَا وَصَارَ كَمَا إِذَا تَوَجَّهَ بَعْدَ فَرَاغِ الْإِمَامِ. وَلَهُ أَنَّ السَّعْيَ إِلَى الْجُمُعَةِ مِنْ خَصَائِصِ الْجُمُعَةِ فَيَنْزِلُ مَنْزِلَتَهَا فِي حَقِّ ارْتِفَاعِ الظُّهْرِ احْتِيَاطًا بِخِلَافِ مَا بَعْدَ الْفَرَاغِ مِنْهَا؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِسَّعْيٍ إِلَيْهَا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (فَإِنْ بَدَأَ لَهُ) أَيُّ بَدَأَ لِمَنْ صَلَّى الظُّهْرَ فِي مَنْزِلِهِ قَبْلَ صَلَاةِ الْإِمَامِ مَعْدُورًا كَانَ أَوْ غَيْرَهُ (أَنْ يَحْضُرَهَا فَتَوَجَّهَ وَالْإِمَامُ فِيهَا) فَإِمَّا أَنْ يُدْرِكَ الْجُمُعَةَ مَعَ الْإِمَامِ أَوْ لَا، فَإِنْ أَدْرَكَ الصَّلَاةَ مَعَ الْإِمَامِ انْتَقَضَ ظَهْرُهُ وَانْقَلَبَ نَفْلًا، وَهَذَا لَمْ يَذْكُرْهُ فِي الْكِتَابِ، وَإِنْ لَمْ يَذْكُرْهُ (بَطَلَ ظَهْرُهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ بِالسَّعْيِ، وَقَالَ: لَا يَبْطُلُ حَتَّى يَدْخُلَ مَعَ الْقَوْمِ) وَإِنَّمَا لَمْ يَذْكُرْ الْقِسْمَ الْأَوَّلَ لِأَنَّهُ يُفْهَمُ مِنْ إِشَارَةِ هَذَا الْقِسْمِ لِأَنَّهُ يُشِيرُ إِلَى أَنَّ الْإِمَامَ مَعَ الْإِمَامِ لَيْسَ بِشَرْطٍ لِنَقْضِ الظُّهْرِ عِنْدَهُمَا بَلِ الدُّخُولُ كَافٍ، وَإِذَا كَانَ بِالدُّخُولِ يُنْتَقَضُ فَبِالْإِمَامِ أَوْلَى (لِأَنَّ السَّعْيَ دُونَ الظُّهْرِ) إِذْ هُوَ لَيْسَ بِمَقْصُودٍ بِنَفْسِهِ بَلْ هُوَ وَسِيلَةٌ إِلَى أَدَاءِ الْجُمُعَةِ، وَالظُّهْرُ فَرَضٌ مَقْصُودٌ وَمَا هُوَ دُونَ الشَّيْءِ (لَا يَنْقُضُهُ بَعْدَ تَمَامِهِ وَالْجُمُعَةُ فَوْقَهُ) لِأَنَّا أَمَرْنَا بِإِسْقَاطِهِ بِهَا فَجَازَ أَنْ تَنْقُضَهُ، وَإِنَّمَا أَثَرُ الظُّهْرِ فِي الْكِتَابِ بِتَأْوِيلِ الصَّلَاةِ، وَإِذَا لَمْ يَكُنِ التَّوَجُّهُ نَاقِصًا لضعفه كَانَ كَمَا إِذَا تَوَجَّهَ بَعْدَ فَرَاغِ الْإِمَامِ (وَلَأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ السَّعْيَ) وَهُوَ الْمَشْيُ لَا مُسْرِعًا (إِلَى الْجُمُعَةِ مِنْ خَصَائِصِهَا) لَكُونِهَا صَلَاةً مَخْصُوصَةً بِمَكَانٍ لَا تُمَكِّنُ الْإِقَامَةَ إِلَّا بِالسَّعْيِ إِلَيْهَا فَكَانَ السَّعْيُ

مَخْصُوصًا بِهَا، بِخِلَافِ سَائِرِ الصَّلَوَاتِ لِأَنَّ أَدَاءَهَا صَحِيحٌ فِي كُلِّ مَكَانٍ، وَإِذَا كَانَ مِنْ خَصَائِصِهَا كَانَ الاشتغال به كَالِاشْتغال بِرُكْنٍ مِنْ أَرْكَانِهَا بِجَمَاعٍ الْاِخْتِصَاصِ فَيُؤَثَّرُ فِي ارْتِفَاضِ الظُّهْرِ احْتِطَاطًا، إِذِ الْأَقْوَى يُحْتَاطُ لِإِتْيَانِهِ مَا لَا يُحْتَاطُ لِإِتْيَانِ الْأَضْعَفِ.

واعتُرضَ بِأَنَّ السَّعْيَ الْمُوَصِّلَ إِلَى الْجُمُعَةِ مَأْمُورٌ بِهِ، وَهَذَا السَّعْيُ لَيْسَ بِمُوَصِّلٍ. سَلَمَتَاهُ وَلَكِنَّهُ ضَعِيفٌ لِأَنَّهُ وَسِيلَةٌ فَلَا يَرْفُضُ الْقَوِيَّ. سَلَمَتَاهُ، لَكِنَّ الظُّهْرَ إِنَّمَا يَبْطُلُ فِي ضَمَنِ أَدَاءِ الْجُمُعَةِ لِأَنَّ نَقْضَ الْعِبَادَةِ قَصْدُ إِحْرَامٍ فَإِذَا لَمْ يُؤَدَّ لَمْ يُنْتَقَضْ. سَلَمَتَاهُ، لَكِنَّهُ يُنْتَقَضُ بِمَسْأَلَةِ الْقَارِنِ إِذَا وَقَفَ بِعَرَفَاتٍ قَبْلَ أَنْ يَطُوفَ لِعُمْرَتِهِ فَإِنَّهُ يَصِيرُ رَافِضًا لَهَا، وَلَوْ سَعَى إِلَى عَرَفَاتٍ لَا يَصِيرُ بِهِ رَافِضًا لِعُمْرَتِهِ. وَأُجِيبَ عَنِ الْأَوَّلِ بِأَنَّ الْحُكْمَ دَارَ مَعَ الْإِمْكَانِ لَكُونَ الْإِمَامُ فِي الْجُمُعَةِ وَالْإِدْرَاكُ مُمَكِّنٌ بِإِقْدَارِ اللَّهِ تَعَالَى.

وَعَنِ الثَّانِي بِأَنَّهُ لَمَّا نُزِّلَ مَنْزِلَتُهَا صَارَ قَوِيًّا وَهُوَ الْجَوَابُ عَنِ الثَّلَاثِ لِأَنَّهُ صَارَ الْإِبْطَالُ فِي ضَمْنِهِ كَالْإِبْطَالِ فِي ضَمْنِهَا، وَعَنِ الرَّابِعِ بِأَنَّهُ لَا نَقْضَ عَلَى وَجْهِ الْقِيَاسِ لِأَنَّهُمَا: أَيْ الْعُمْرَةُ وَالْجُمُعَةُ سَوَاءٌ فِي الْارْتِفَاضِ فِيهِ، وَأَمَّا فِي الْاسْتِحْسَانِ فَإِنَّهُ إِنَّمَا لَا تُرْتَفَضُ الْعُمْرَةُ لَكُونَ السَّعْيُ فِيهَا مِنْهَا عَنَّا قَبْلَ طَوَافِ الْعُمْرَةِ فَضَعُفَ فِي نَفْسِهِ، وَالسَّعْيُ إِلَى الْجُمُعَةِ مَأْمُورٌ بِهِ فَكَانَ فِي نَفْسِهِ قَوِيًّا، وَلَا يَلْزَمُ مِنْ إِبْطَالِ الْقَوِيِّ إِبْطَالُ الضَّعِيفِ. وَقَوْلُهُ (بِخِلَافِ مَا بَعْدَ الْفَرَاغِ مِنْهَا) جَوَابٌ عَنِ قِيَاسِهِمَا وَهُوَ وَاضِحٌ.

(وَيُكْرَهُ أَنْ يُصَلِّيَ الْمَعْدُورُونَ الظُّهْرَ بِجَمَاعَةٍ يَوْمَ الْجُمُعَةِ فِي الْمِصْرِ، وَكَذَا أَهْلُ السِّجْنِ) لَمَّا فِيهِ مِنَ الْإِخْلَالِ بِالْجُمُعَةِ إِذْ هِيَ جَامِعَةٌ لِلْجَمَاعَاتِ، وَالْمَعْدُورُ قَدْ يَقْتَدِي بِهِ غَيْرُهُ بِخِلَافِ أَهْلِ السَّوَادِ؛ لِأَنَّهُ لَا جُمُعَةَ عَلَيْهِمْ (وَلَوْ صَلَّى قَوْمٌ أَجْزَأَهُمْ) لَا سِتِّجَمَاعَ شَرَأِطِهِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَيُكْرَهُ أَنْ يُصَلِّيَ الْمَعْدُورُ الظُّهْرَ بِجَمَاعَةٍ إلخ) ظَاهِرٌ (وَمَنْ أَدْرَكَ الْإِمَامَ يَوْمَ الْجُمُعَةِ صَلَّى مَعَهُ مَا أَدْرَكَهُ) وَبَنَى عَلَيْهِ الْجُمُعَةَ لِقَوْلِهِ ﷺ «مَا أَدْرَكْتُمْ فَصَلُّوا، وَمَا فَاتَكُمْ فَاقْضُوا» ^(١) (وَأِنْ كَانَ أَدْرَكَهُ فِي التَّشْهَدِ أَوْ فِي

(١) أخرجه البخاري في الأذان باب ٢٠، ٢١، والجمعة باب ١٨، ومسلم في المساجد ومواضع الصلاة حديث ١٥١، ١٥٥. وانظر نصب الراية (٢/٢٠٩).

سُجُودِ السَّهْوِ بَنَى عَلَيْهَا الْجُمُعَةَ عِنْدَهُمَا. وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: إِنْ أَدْرَكَ مَعَهُ أَكْثَرَ الرُّكْعَةِ الثَّانِيَةِ بَنَى عَلَيْهَا الْجُمُعَةَ، وَإِنْ أَدْرَكَ أَقْلَهَا بَنَى عَلَيْهَا الظُّهْرَ؛ لِأَنَّهُ جُمُعَةٌ مِنْ وَجْهِ ظُهْرٍ مِنْ وَجْهِ لَفَوَاتٍ بَعْضِ الشَّرَائِطِ فِي حَقِّهِ، فَيُصَلِّي أَرْبَعًا اعْتِبَارًا لِلظُّهْرِ وَيَقْعُدُ لَا مَحَالَةَ عَلَى رَأْسِ الرُّكْعَتَيْنِ اعْتِبَارًا لِلْجُمُعَةِ، وَيَقْرَأُ فِي الْأَخْرَيْنِ لِاحْتِمَالِ النُّفْلِيَّةِ. وَلَهُمَا أَنَّهُ مُدْرِكٌ لِلْجُمُعَةِ فِي هَذِهِ الْحَالَةِ حَتَّى يَشْتَرِطَ نِيَّةَ الْجُمُعَةِ، وَهِيَ رَكْعَتَانِ، وَلَا وَجْهَ لِمَا ذُكِرَ؛ لِأَنَّهُمَا مُخْتَلِفَانِ فَلَا يَبْنِي أَحَدُهُمَا عَلَى تَحْرِيمَةِ الْآخَرِ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ أَدْرَكَ الْإِمَامَ يَوْمَ الْجُمُعَةِ) إِذَا أَدْرَكَ الْإِمَامَ فِي صَلَاةِ الْجُمُعَةِ رَاكِعًا فِي الرُّكْعَةِ الثَّانِيَةِ فَهُوَ مُدْرِكٌ لَهَا بِالِاتِّفَاقِ، وَإِنْ أَدْرَكَهُ بَعْدَمَا رَفَعَ رَأْسَهُ مِنَ الرُّكُوعِ فَكَذَلِكَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ وَبَنَى عَلَيْهَا الْجُمُعَةَ لِقَوْلِهِ ﷺ «مَا أَدْرَكْتُمْ فَصَلُّوا، وَمَا فَاتَكُمْ فَأَقْضُوا» إِذْ لَا شَكَّ أَنَّ مُرَادَهُ مَا فَاتَكُمْ مِنْ صَلَاةِ الْإِمَامِ بِدَلِيلِ قَوْلِهِ «مَا أَدْرَكْتُمْ فَصَلُّوا» فَإِنَّ مَعْنَاهُ مِنْ صَلَاةِ الْإِمَامِ، وَالَّذِي فَاتَ مِنْ صَلَاةِ الْإِمَامِ هُوَ الْجُمُعَةُ فَيُصَلِّي الْمَأْمُومُ الْجُمُعَةَ (وَكَذَا إِنْ أَدْرَكَهُ فِي التَّشَهُدِ أَوْ فِي سُجُودِ السَّهْوِ عِنْدَهُمَا. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: إِنْ أَدْرَكَ مَعَ الْإِمَامِ أَكْثَرَ الرُّكْعَةِ الثَّانِيَةِ بَنَى عَلَيْهَا الْجُمُعَةَ، وَإِنْ أَدْرَكَ أَقْلَهَا بَنَى عَلَيْهَا الظُّهْرَ لِأَنَّهُ جُمُعَةٌ مِنْ وَجْهِ) وَلِهَذَا لَا يَتَأَدَّى إِلَّا بِنِيَّةِ الْجُمُعَةِ (ظُهْرٌ مِنْ وَجْهِ لَفَوَاتٍ بَعْضِ شُرَائِطِ الْجُمُعَةِ) وَهُوَ الْجَمَاعَةُ فَبِالنَّظَرِ إِلَى كَوْنِهِ ظُهْرًا يُصَلِّي أَرْبَعًا وَيَقْعُدُ عَلَى رَأْسِ الرُّكْعَتَيْنِ، وَبِالنَّظَرِ إِلَى كَوْنِهِ جُمُعَةً يُقْرَأُ فِي الْأَخْرَيْنِ لِاحْتِمَالِ التَّفَايَةِ فَكَانَ فِي ذَلِكَ إِعْمَالُ الدَّلِيلَيْنِ وَهُوَ أَوَّلَى مِنْ إِعْمَالِ أَحَدِهِمَا.

وَلَهُمَا أَنَّهُ مُدْرِكٌ لِلْجُمُعَةِ فِي هَذِهِ الْحَالَةِ لِأَنَّهُ لَا بُدَّ لَهُ مِنْ نِيَّةِ الْجُمُعَةِ، حَتَّى لَوْ نَوَى غَيْرَهَا لَمْ يُصْبِحْ اقْتِدَاؤُهُ، وَمُدْرِكٌ الْجُمُعَةَ لَا يَبْنِي إِلَّا عَلَى الْجُمُعَةِ، وَلَا وَجْهَ لِمَا ذَكَرَهُ مِنْ إِعْمَالِ الْوَجْهَيْنِ لِأَنَّهُمَا صَلَاتَانِ مُخْتَلِفَانِ فَكَيْفَ يُصْبِحُ بِنَاءُ إِحْدَاهُمَا عَلَى تَحْرِيمِ الْآخَرَى.

وَعُورِضُ بَأْنٍ فِيمَا ذَكَرْتُمْ تَجْوِيزُ الْجُمُعَةِ مَعَ عَدَمِ شَرْطِهَا، وَذَلِكَ فَاسِدٌ لِأَنَّ الشَّيْءَ يَنْتَفِي عِنْدَ انْتِفَاءِ شَرْطِهِ. وَأُجِيبَ بَأْنُ وَجُودِهِ فِي حَقِّ الْإِمَامِ جُعِلَ وَجُودًا فِي حَقِّ الْمَسْبُوقِ كَمَا فِي الْقِرَاءَةِ، فَأَمَّا الْجَمْعُ بَيْنَ صَلَاتَيْنِ مُخْتَلِفَتَيْنِ بِتَحْرِيمِ وَاحِدَةٍ فَمَا لَا

يُوجَدُ بِحَالٍ، وَالْقَوْلُ بِمَا يُوجَدُ بِحَالٍ أَوْلَى مِنْهُ بِمَا لَا يُوجَدُ بِحَالٍ.
 فَإِنْ قِيلَ: قَدْ اسْتَدَلَّ لُهُمَا فِي أَوَّلِ الْبَحْثِ بِالْحَدِيثِ وَهُوَ أَقْوَى فَمَا وَجَّهَ قَوْلَهُ بَعْدَ ذَلِكَ وَلَهُمَا الْخ؟ قُلْتُ: لَا تَنَافِي فِي ذَلِكَ لِحَوَازِ أَنْ يُسْتَدَلَّ عَلَى مَطْلُوبٍ وَاحِدٍ بِالْمَنْقُولِ وَالْمَعْقُولِ، أَوْ كَانَ الْأَوَّلُ اسْتِدْلَالًا عَلَى مَا إِذَا كَانَ الْمَذْرُوكُ أَكْثَرَ، وَذَلِكَ مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ، فَلَيْسَ الْاسْتِدْلَالُ لُهُمَا فَقَطْ بَلْ لَهُمْ جَمِيعًا، وَكَوْنُ الْحَدِيثِ يَدُلُّ عَلَى الْمَطْلُوبِ الثَّانِي لُهُمَا أَيْضًا لَا يُنَافِيهِ. فَإِنْ قِيلَ: قَدْ رَوَى الزُّهْرِيُّ بِإِسْنَادِهِ إِلَى أَبِي هُرَيْرَةَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ قَالَ «مَنْ أَدْرَكَ رَكْعَةً مِنَ الْجُمُعَةِ فَقَدْ أَدْرَكَهَا وَلِيُضِفَ إِلَيْهَا رَكْعَةً أُخْرَى، وَإِنْ أَدْرَكَهُمْ جُلُوسًا صَلَّى أَرْبَعًا» وَهَذَا كَمَا تَرَى نَصًّا عَلَى مَا يَقُولُ مُحَمَّدٌ، فَمَا وَجَّهَ تَرْكُ الْاسْتِدْلَالِ بِهِ لِمُحَمَّدٍ؟ قُلْتُ: ضَعْفُهُ فَإِنَّهُ مَا رَوَاهُ إِلَّا ضَعْفَاءُ أَصْحَابِ الزُّهْرِيِّ، وَأَمَّا الثَّقَاتُ مِنْهُمْ كَعُمَرَ وَالْأَوْزَاعِيِّ وَمَالِكٍ فَقَدْ رَوَوْا عَنْهُ «مَنْ أَدْرَكَ رَكْعَةً مِنْ صَلَاةِ الْجُمُعَةِ فَقَدْ أَدْرَكَهَا» وَأَمَّا إِذَا أَدْرَكَ مَا دُونَهَا فَحُكْمُهُ مَسْكُوتٌ عَنْهُ وَلَا دَلِيلٌ عَلَيْهِ.
 وَمَا رَوَى مِنْ قَوْلِهِ ﷺ «وَمَا أَدْرَكْتُمْ فَصَلُّوا» الْحَدِيثُ يَدُلُّ عَلَى مُدْعَاهُمَا فَأَخَذَا بِهِ، وَعَلَى تَقْدِيرِ ثُبُوتِهِ فَتَأْوِيلُهُ أَدْرَكَهُمْ جُلُوسًا قَدْ سَلَّمُوا.

(وَإِذَا خَرَجَ الْإِمَامُ يَوْمَ الْجُمُعَةِ تَرَكَ النَّاسُ الصَّلَاةَ وَالْكَلامَ حَتَّى يَفْرُغَ مِنْ خُطْبَتِهِ)
 قَالَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ، وَقَالَا: لَا بَأْسَ بِالْكَلامِ إِذَا خَرَجَ الْإِمَامُ قَبْلَ أَنْ يَخْطُبَ وَإِذَا نَزَلَ قَبْلَ أَنْ يُكَبِّرَ؛ لِأَنَّ الْكَرَاهَةَ لِلْإِخْلَالِ بِفَرْضِ الْاسْتِمَاعِ وَلَا اسْتِمَاعَ هُنَا، بِخِلَافِ الصَّلَاةِ؛ لِأَنَّهَا قَدْ تَمَّتْ. وَأَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «إِذَا خَرَجَ الْإِمَامُ فَلَا صَلَاةَ وَلَا كَلامَ»^(١) مِنْ غَيْرِ فَصْلِ، وَلِأَنَّ الْكَلامَ قَدْ يَمْتَدُّ طَبَعًا فَأَشَبَهُ الصَّلَاةَ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِذَا خَرَجَ الْإِمَامُ يَوْمَ الْجُمُعَةِ) يَعْنِي لِأَجْلِ الْخُطْبَةِ (تَرَكَ النَّاسُ الصَّلَاةَ وَالْكَلامَ حَتَّى يَفْرُغَ مِنْ خُطْبَتِهِ) يُرِيدُ بِهِ مَا سِوَى التَّسْبِيحِ وَتَحْوِيهِ عَلَى الْأَصَحِّ. وَقَالَ بَعْضُهُمْ: كُلُّ كَلامٍ (وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَقَالَا: لَا بَأْسَ بِالْكَلامِ) قَبْلَ الْخُطْبَةِ وَبَعْدَهَا

(١) أخرجه البخاري في الجمعة باب ٣٦، ومسلم في الجمعة حديث ١٢. وانظر نصب الراية

قَبْلَ التَّكْبِيرِ، لِأَنَّ حُرْمَةَ الْكَلَامِ إِنَّمَا هِيَ بِاعْتِبَارِ الْإِخْلَالِ بِفَرْضِ الْاسْتِمَاعِ لِكَوْنِهِ فِي نَفْسِهِ مُبَاحًا وَلَا اسْتِمَاعَ فَلَا إِخْلَالَ فِي هَذَيْنِ الْوَقْتَيْنِ، بِخِلَافِ الصَّلَاةِ فَإِنَّهَا قَدْ تَمْتَدُّ فَتَقْضِي إِلَى الْإِخْلَالِ. وَلَأَيُّ حَنِيفَةٍ حَدِيثُ ابْنِ عُمَرَ وَابْنِ عَبَّاسٍ أَنَّهُمَا رَوَيَا عَنْ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ قَالَ: «إِذَا خَرَجَ الْإِمَامُ فَلَا صَلَاةَ وَلَا كَلَامَ» وَالْمَصِيرُ إِلَيْهِ وَاجِبٌ. فَإِنْ قِيلَ: الْمَصِيرُ إِلَيْهِ وَاجِبٌ إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ مُعَارِضٌ، وَقَدْ رُوِيَ «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ كَانَ إِذَا نَزَلَ عَنْ الْمِنْبَرِ سَأَلَ النَّاسَ عَنْ حَوَائِجِهِمْ وَعَنْ أَسْعَارِ السُّوقِ ثُمَّ صَلَّى» أُجِيبَ بِأَنَّ ذَلِكَ كَانَ فِي الْإِبْتِدَاءِ حِينَ كَانَ الْكَلَامُ مُبَاحًا فِي الصَّلَاةِ وَكَانَ يُبَاحُ فِي الْخُطْبَةِ أَيْضًا ثُمَّ نَهِيَ بَعْدَ ذَلِكَ عَنْ الْكَلَامِ فِيهِمَا.

(وَإِذَا أَدَّنَ الْمُؤَذِّنُونَ الْأَذَانَ الْأَوَّلَ تَرَكَ النَّاسُ الْبَيْعَ وَالشِّرَاءَ وَتَوَجَّهُوا إِلَى الْجُمُعَةِ)

لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿فَاسْعَوْا إِلَى ذِكْرِ اللَّهِ وَذَرُوا الْبَيْعَ﴾..

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِذَا أَدَّنَ الْمُؤَذِّنُونَ) ذَكَرَ الْمُؤَذِّنِينَ بِلَفْظِ الْجَمْعِ إِخْرَاجًا لِلْكَلَامِ مَخْرَجَ الْعَادَةِ فَإِنَّ الْمُتَوَارِثَ فِي أَدَانِ الْجُمُعَةِ اجْتِمَاعُ الْمُؤَذِّنِينَ لِتَبْلُغَ أَصْوَاتُهُمْ إِلَى أَطْرَافِ الْمَصْرِ الْجَامِعِ، وَالْأَذَانُ الْأَوَّلُ هُوَ الَّذِي حَدَّثَ فِي زَمَنِ عُثْمَانَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ عَلَى الزُّوْرَاءِ، وَكَانَ الْحَسَنُ ابْنُ زِيَادٍ يَقُولُ: الْمُعْتَبَرُ هُوَ الْأَذَانُ عَلَى الْمَنَارَةِ لِأَنَّهُ لَوْ انْطَرَفَ الْأَذَانُ عِنْدَ الْمِنْبَرِ يَقُوْهُ أَدَاءُ السُّنَّةِ وَسَمَاعُ الْخُطْبَةِ، وَرُبَّمَا يَقُوْهُ الْجُمُعَةُ إِذَا كَانَ يَبْتَدِئُ بَعِيدًا مِنَ الْجَامِعِ.

وَكَانَ الطَّحَاوِيُّ يَقُولُ: الْمُعْتَبَرُ هُوَ الْأَذَانُ عِنْدَ الْمِنْبَرِ بَعْدَ خُرُوجِ الْإِمَامِ فَإِنَّهُ هُوَ الْأَصْلُ الَّذِي كَانَ لِلْجُمُعَةِ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ، وَكَذَلِكَ فِي عَهْدِ أَبِي بَكْرٍ وَعُمَرَ وَهُوَ اخْتِيَارُ شَيْخِ الْإِسْلَامِ وَالْأَصْحَحُ أَنَّ الْمُعْتَبَرَ فِي جُوبِ السَّعْيِ وَكَرَاهَةِ الْبَيْعِ هُوَ الْأَذَانُ الْأَوَّلُ إِذَا كَانَ بَعْدَ الزَّوَالِ لِحُصُولِ الْإِعْلَامِ بِهِ مَعَ مَا ذَكَرْنَا فِي قَوْلِ الْحَسَنِ إِنْفَاءً وَهُوَ اخْتِيَارُ شَمْسِ الْأَئِمَّةِ السَّرْحَسِيِّ.

(وَإِذَا صَعِدَ الْإِمَامُ الْمِنْبَرَ جَلَسَ وَأَدَّنَ الْمُؤَذِّنُونَ بَيْنَ يَدَيْ الْمِنْبَرِ) بِذَلِكَ جَرَى التَّوَارِثُ وَلَمْ يَكُنْ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ إِلَّا هَذَا الْأَذَانُ، وَلِهَذَا قِيلَ: هُوَ الْمُعْتَبَرُ فِي جُوبِ السَّعْيِ وَحُرْمَةِ الْبَيْعِ، وَالْأَصْحَحُ أَنَّ الْمُعْتَبَرَ هُوَ الْأَوَّلُ إِذَا كَانَ بَعْدَ الزَّوَالِ لِحُصُولِ الْإِعْلَامِ بِهِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

بَابُ الْعِيدَيْنِ

قَالَ: (وَتَجِبُ صَلَاةُ الْعِيدِ عَلَى كُلِّ مَنْ تَجِبُ عَلَيْهِ صَلَاةُ الْجُمُعَةِ) وَفِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ: عِيدَانِ اجْتَمَعَ فِي يَوْمٍ وَاحِدٍ، فَالْأَوَّلُ سُنَّةٌ، وَالثَّانِي فَرِيضَةٌ، وَلَا يُتْرَكُ وَاحِدٌ مِنْهُمَا. قَالَ ﷺ: وَهَذَا تَنْصِيصٌ عَلَى السُّنَّةِ وَالْأَوَّلُ عَلَى الْوُجُوبِ وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ. وَجَهُ الْأَوَّلُ مُوَظِّعٌ النَّبِيِّ ﷺ عَلَيْهَا، وَوَجَهُ الثَّانِي قَوْلُهُ ﷺ فِي حَدِيثِ الْأَعْرَابِيِّ عَقِيبَ سُؤَالِهِ قَالَ: هَلْ عَلَيَّ غَيْرُهُنَّ؟ فَقَالَ: لَا إِلَّا أَنْ تَطُوعٌ^(١) وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ، وَتَسْمِيَتُهُ سُنَّةٌ لَوُجُوبِهِ بِالسُّنَّةِ.

الشرح:

(بَابُ صَلَاةِ الْعِيدَيْنِ): أَيُّ بَابُ صَلَاةِ الْعِيدَيْنِ لِأَنَّ الْكَلَامَ فِي كِتَابِ الصَّلَاةِ حُذِفَ الْمُضَافُ لِلْعِلْمِ بِهِ وَسُمِّيَ يَوْمُ الْعِيدِ بِالْعِيدِ لِأَنَّ لِلَّهِ تَعَالَى فِيهِ عَوَائِدَ الْإِحْسَانِ إِلَى عِبَادِهِ، وَمُنَاسِبَتَهَا لَصَلَاةِ الْجُمُعَةِ فِي أَنَّ كُلًّا مِنْهُمَا صَلَاةٌ نَهَارِيَّةٌ تُؤَدَّى بِجَمْعٍ عَظِيمٍ يُجْهَرُ بِالْقِرَاءَةِ فِيهَا وَيُشْتَرَطُ لِإِحْدَاهُمَا مَا يُشْتَرَطُ لِلْأُخْرَى سِوَى الْخُطْبَةِ، وَيَشْتَرِكَانِ أَيْضًا فِي حَقِّ التَّكْلِيفِ فَإِنَّهَا تَجِبُ عَلَى مَنْ تَجِبُ عَلَيْهِ الْجُمُعَةُ، وَقَدَّمَ الْجُمُعَةَ لِقَوَّتِهَا لَكُونِهَا فَرِيضَةً أَوْ لكَثْرَةِ وَقُوعِهَا. قَالَ (وَتَجِبُ صَلَاةُ الْعِيدِ عَلَى مَنْ تَجِبُ عَلَيْهِ الْجُمُعَةُ) لَا تَجِبُ صَلَاةُ الْعِيدِ عَلَى الْمُسَافِرِ وَالْعَبْدِ وَالْمَرِيضِ كَالْجُمُعَةِ لِلْمَعْنَى الَّذِي ذَكَرْنَاهُ فِي بَابِ الْجُمُعَةِ.

فَإِنْ قِيلَ: حَالُ الْعَبْدِ هُنَا لَيْسَتْ كَهَيِّ فِي الْجُمُعَةِ إِذَا أُذِنَ لَهُ الْمَوْلَى لِأَنَّ لِلْجُمُعَةِ خَلْفًا وَهُوَ الظُّهْرُ فَلَمْ تَجِبِ الْجُمُعَةُ، وَهَاهُنَا لَا خَلْفَ فَكَانَ الْوَاجِبُ الْوُجُوبَ إِذَا أَسْقَطَ الْمَوْلَى حَقَّهُ بِالْإِذْنِ. أُجِيبَ بِأَنَّ الْمَنَافِعَ لَا تُصِيرُ مَمْلُوكَةً لَهُ بِالْإِذْنِ لِأَنَّهَا غَيْرُ مُسْتَنَآتٍ عَلَى الْمَوْلَى، فَبَقِيَ الْحَالُ بَعْدَ الْأَذَانِ كَهَيِّ قَبْلَهُ كَمَا فِي الْحَجِّ فَإِنَّهُ لَا يَقَعُ عَنْ حَاجَةِ الْإِسْلَامِ وَإِنْ حَجَّ بِإِذْنِ مَوْلَاهُ، وَأَعَادَ لَفْظَ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ لِمُخَالَفَةِ رِوَايَتِهِ لِرِوَايَةِ الْقُدُورِيِّ فَإِنَّهُ ذَكَرَ فِي الْقُدُورِيِّ بِلَفْظِ الْوَاجِبِ، وَفِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ بِلَفْظِ السُّنَّةِ، وَالْمُرَادُ مِنْ اجْتِمَاعِ الْعِيدَيْنِ كَوْنُ يَوْمِ الْفِطْرِ أَوْ الْأَضْحَى يَوْمَ الْجُمُعَةِ، وَغَلَبَ لَفْظُ الْعِيدِ لِحَقِّقَتِهِ كَمَا فِي الْعَمَرَيْنِ أَوْ لَذُكُورَتِهِ كَمَا فِي الْقَمَرَيْنِ (وَلَا يُتْرَكُ وَاحِدٌ مِنْهُمَا) أَمَّا الْجُمُعَةُ فَلَا تَنْهَا

(١) سبق تخريجه.

فَرِيضَةً، وَأَمَّا الْعِيدُ فَلَأَنَّ تَرْكَهَا بَدْعَةٌ وَضَلَالٌ.

قَوْلُهُ (وَجْهَ الْأَوَّلِ مُوَاطَظَةُ النَّبِيِّ ﷺ عَلَيْهَا) وَفِي بَعْضِ النَّسَخِ وَقَعَ بَلْفُظٌ مِنْ غَيْرِ تَرْكِ، وَهُوَ لَا يَحْتَاجُ إِلَى عِنَايَةٍ، وَفِي بَعْضِهَا لَيْسَ كَذَلِكَ وَيَحْتَاجُ إِلَى أَنْ يُقَالَ مَعْنَاهُ ذَلِكَ وَإِنَّمَا تَرْكُهُ اعْتِمَادًا عَلَى مَا ذَكَرَ فِي آخِرِ بَابِ إِدْرَاكِ الْفَرِيضَةِ، لَا سَنَةَ دُونَ الْمُوَاطَظَةِ إِنَّمَا تَكُونُ دَلِيلَ الْوُجُوبِ إِذَا كَانَتْ مِنْ غَيْرِ تَرْكِ. وَقَوْلُهُ (وَجْهَ الثَّانِي) ظَاهِرٌ.

(وَيُسْتَحَبُّ فِي يَوْمِ الْفِطْرِ أَنْ يَطْعَمَ قَبْلَ أَنْ يَخْرُجَ إِلَى الْمُصَلَّى وَيَغْتَسِلَ وَيَسْتَأْكُ وَيَتَطَيَّبَ) لَمَّا رُوِيَ أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ كَانَ يَطْعَمُ فِي يَوْمِ الْفِطْرِ قَبْلَ أَنْ يَخْرُجَ إِلَى الْمُصَلَّى، وَكَانَ يَغْتَسِلُ فِي الْعِيدَيْنِ^(١) وَلَئِنَّهُ يَوْمُ اجْتِمَاعٍ فَيَسْنُ فِيهِ الْغُسْلُ وَالطَّيْبُ كَمَا فِي الْجُمُعَةِ (وَيَلْبَسُ أَحْسَنَ ثِيَابِهِ)؛ لَأَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ كَانَتْ لَهُ جُبَّةٌ فَتَكَ أَوْ صُوفٌ يَلْبَسُهَا فِي الْأَعْيَادِ (وَيُؤَدِّي صَدَقَةَ الْفِطْرِ) إِغْنَاءً لِلْفَقِيرِ لِيَتَفَرَّغَ قَلْبُهُ لِلصَّلَاةِ (وَيَتَوَجَّهُ إِلَى الْمُصَلَّى، وَلَا يُكَبِّرُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي طَرِيقِ الْمُصَلَّى، وَعِنْدَهُمَا يُكَبِّرُ) اعْتِبَارًا بِالْأَضْحَى. وَلَهُ أَنَّ الْأَصْلَ فِي الثَّنَاءِ الْإِخْفَاءُ، وَالشَّرْعُ وَرَدَ بِهِ فِي الْأَضْحَى؛ لَأَنَّهُ يَوْمٌ تَكْبِيرٍ، وَلَا كَذَلِكَ يَوْمَ الْفِطْرِ (وَلَا يَتَنَفَّلُ فِي الْمُصَلَّى قَبْلَ الْعِيدِ)؛ لَأَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لَمْ يَفْعَلْ ذَلِكَ مَعَ حَرَصِهِ عَلَى الصَّلَاةِ، ثُمَّ قِيلَ الْكَرَاهَةُ فِي الْمُصَلَّى خَاصَّةً، وَقِيلَ فِيهِ وَفِي غَيْرِهِ عَامَّةً؛ لَأَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لَمْ يَفْعَلْهُ.

الشرح:

وقوله (ولا يكبر عند أبي حنيفة في طريق المصلى) يعني جهراً في الطريق الذي يخرج منه إلى عيد الفطر وهذه رواية المصنف عنه. وروى الطحاوي عن أستاذه ابن عمر البغدادي عنه أنه يكبر في طريق المصلى في عيد الفطر جهراً وبه أخذ أبو يوسف ومحمد اعتباراً بالأضحى. وجه الأول أن الأصل في الثناء الإخفاء، والشروع ورد به في الأضحى لأنه يوم تكبير، قال الله تعالى ﴿وَاذْكُرُوا اللَّهَ فِي أَيَّامٍ مَعْدُودَاتٍ﴾ [البقرة: ٢٠٣] جاء في التفسير أن المراد به التكبير في هذه الأيام (ولا كذلك يوم الفطر) لأنه لم يرد به الشرع، وليس في معناه أيضاً لأن عيد الأضحى أخص بركن من أركان

(١) أخرجه البخاري في العيدين باب ٤، والترمذي في الجمعة باب ٣٨، وابن ماجه في الصيام باب

الحَجِّ، وَالتَّكْبِيرُ شُرِعَ عَلَمًا عَلَى وَقْتِ أَفْعَالِ الْحَجِّ وَلَيْسَ فِي شَوَالٍ ذَلِكَ.
فَإِنْ قِيلَ: لَا تُسَلَّمُ أَنَّ الشَّرْعَ لَمْ يَرِدْ بِهِ فَإِنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَالَ ﴿وَلِتُكْمِلُوا الْعِدَّةَ
وَلِتُكَبِّرُوا اللَّهَ عَلَى مَا هَدَيْتُكُمْ﴾ [البقرة: ١٨٥] أَخْبَرَ بِالتَّكْبِيرِ بَعْدَ إِكْمَالِ عِدَّةِ أَيَّامِ
شَهْرِ رَمَضَانَ.

وَرَوَى نَافِعٌ عَنْ ابْنِ عُمَرَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ كَانَ يَخْرُجُ يَوْمَ الْفِطْرِ وَيَوْمَ
الْأَضْحَى رَافِعًا صَوْتَهُ بِالتَّكْبِيرِ وَهَذَا نَصٌّ فِي الْبَابِ. أُجِيبَ بِأَنَّ الْمُرَادَ بِمَا فِي الْآيَةِ
التَّكْبِيرُ فِي صَلَاةِ الْعِيدِ، وَالْمَعْنَى صَلُّوا صَلَاةَ الْعِيدِ وَكَبِّرُوا اللَّهَ فِيهَا، وَمَدَارُ الْحَدِيثِ عَلَى
الْوَلِيدِ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنِ الزُّهْرِيِّ، وَالْوَلِيدُ مَتْرُوكُ الْحَدِيثِ. قَالَ (وَلَا يَتَنَفَّلُ فِي الْمُصَلَّى قَبْلَ
الْعِيدِ) التَّنَفُّلُ قَبْلَ صَلَاةِ الْعِيدِ فِي الْمُصَلَّى وَغَيْرِهِ لِلْإِمَامِ، وَغَيْرُهُ مَكْرُوهٌ كَمَا فِي الْكِتَابِ،
وَقَدْ وَرَدَ النَّهْيُ وَالْإِنْكَارُ فِي ذَلِكَ عَنِ الصَّحَابَةِ كَثِيرًا.

رُوي عَنْ ابْنِ مَسْعُودٍ وَحُذَيْفَةَ "أَنْتُهُمَا قَامَا فَتَهَيَّأَ النَّاسُ عَنْ الصَّلَاةِ قَبْلَ الْإِمَامِ
يَوْمَ الْفِطْرِ. وَرُوي "أَنْ عَلِيًّا خَرَجَ إِلَى الْمُصَلَّى فَرَأَى قَوْمًا يُصَلُّونَ فَقَالَ: مَا هَذِهِ الصَّلَاةُ
الَّتِي لَمْ تَكُنْ تَعْرِفُهَا عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ؟ فَقِيلَ لَهُ: أَلَا تَنْتَهِاهُمْ؟ فَقَالَ: أَكْرَهُ أَنْ
أَكُونَ الَّذِي يَنْهَى عَبْدًا إِذَا صَلَّى " وَقَوْلُهُ (خَاصَّةٌ وَعَامَّةٌ) نُصِبَ عَلَى الْحَالِ مِنَ الضَّمِيرِ
الَّذِي فِي الْمُسْتَقَرِّ فِي الظَّرْفِ.

(وَإِذَا حَلَّتِ الصَّلَاةُ بَارْتِفَاعِ الشَّمْسِ دَخَلَ وَقْتُهَا إِلَى الزَّوَالِ، فَإِذَا زَالَتِ الشَّمْسُ خَرَجَ
وَقْتُهَا) لِأَنَّهُ عَلَيْهِ السَّلَامُ كَانَ يُصَلِّي الْعِيدَ وَالشَّمْسُ عَلَى قَيْدِ رُمَحٍ أَوْ رُمَحِينَ^(١)، وَلَمَّا
شَهِدُوا بِالْهَلَالِ بَعْدَ الزَّوَالِ أَمَرَ بِالْخُرُوجِ إِلَى الْمُصَلَّى مِنَ الْغَدِ^(٢).

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِذَا حَلَّتِ الصَّلَاةُ) عُبِّرَ بِالْحَلَالِ عَنْ جَوَازِهَا لِأَنَّهَا كَانَتْ حَرَامًا قَبْلَ
ارْتِفَاعِ الشَّمْسِ لَمَّا مَرَّ فِي الْحَدِيثِ وَقَوْلُهُ (لَأَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ كَانَ يُصَلِّي الْعِيدَ
وَالشَّمْسُ عَلَى قَيْدِ رُمَحٍ أَوْ رُمَحِينَ) ذَلِيلُ دُخُولِ الْوَقْتِ. وَقَوْلُهُ (وَلَمَّا)

(١) قال الزيلعي في نصب الراية (٢/٢٢٠): حديث غريب، وأخرجه أبو داود (١١٣٥)، وابن
ماجه (١٣١٧).

(٢) أخرجه ابن ماجه (٢/١٧٠)، وانظر نصب الراية (٢/٢٢٠).

شَهِدُوا بِالْهِلَالِ) دَلِيلُ خُرُوجِ الْوَقْتِ، وَذَلِكَ لِأَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَمَرَ بِالْخُرُوجِ إِلَى الْمُصَلِّي مِنْ الْغَدِ لِأَجْلِ الصَّلَاةِ، وَكَانَ ذَلِكَ تَأْخِيرًا بِلا عُدْرٍ سَمَاوِيٍّ، وَلَوْ لَمْ يُخْرَجِ الْوَقْتُ لَمَا فَعَلَ ذَلِكَ لِأَنَّ الصَّلَاةَ فِي وَقْتِهَا أَوْلَى، وَفَعَلَهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لَا يُحْمَلُ إِلَّا عَلَى الْأَوَّلَى مَهْمَا أُمِكَ.

(وَيُصَلِّي الْإِمَامُ بِالنَّاسِ رَكْعَتَيْنِ، يُكَبِّرُ فِي الْأَوَّلَى لِلِافْتِتَاحِ وَثَلَاثًا بَعْدَهَا، ثُمَّ يَقْرَأُ الْفَاتِحَةَ وَسُورَةً، وَيُكَبِّرُ تَكْبِيرَةً يَرْكَعُ بِهَا. ثُمَّ يَبْتَدِئُ فِي الرُّكْعَةِ الثَّانِيَةِ بِالصِّرَاءَةِ، ثُمَّ يُكَبِّرُ ثَلَاثًا بَعْدَهَا، وَيُكَبِّرُ رَابِعَةً يَرْكَعُ بِهَا) وَهَذَا قَوْلُ ابْنِ مَسْعُودٍ، وَهُوَ قَوْلُنَا.

وَقَالَ ابْنُ عَبَّاسٍ: يُكَبِّرُ فِي الْأَوَّلَى لِلِافْتِتَاحِ وَخَمْسًا بَعْدَهَا وَفِي الثَّانِيَةِ يُكَبِّرُ خَمْسًا ثُمَّ يَقْرَأُ. وَفِي رِوَايَةٍ يُكَبِّرُ أَرْبَعًا، وَظَهَرَ عَمَلُ الْعَامَّةِ الْيَوْمَ بِقَوْلِ ابْنِ عَبَّاسٍ لِأَمْرِ بَنِيهِ الْخُلَفَاءِ.

فَأَمَّا الْمَذْهَبُ فَالْقَوْلُ الْأَوَّلُ؛ لِأَنَّ التَّكْبِيرَ وَرَفَعَ الْأَيْدِي خِلَافَ الْمَعْهُودِ فَكَانَ الْأَخْذُ بِالْأَقْلِ أَوْلَى ثُمَّ بِالتَّكْبِيرَاتِ مِنْ أَعْلَامِ الدِّينِ حَتَّى يَجْهَرَ بِهِ فَكَانَ الْأَصْلُ فِيهِ الْجَمْعُ وَفِي الرُّكْعَةِ الْأَوَّلَى يَجِبُ الْحَاقُّهَا بِتَكْبِيرَةِ الْإِفْتِتَاحِ لِقَوَّتِهَا مِنْ حَيْثُ الْفَرِيضَةُ وَالسَّبْقُ، وَفِي الثَّانِيَةِ لَمْ يُوجَدِ إِلَّا تَكْبِيرَةُ الرُّكُوعِ فَوَجَبَ الضَّمُّ إِلَيْهَا، وَالشَّافِعِيُّ أَخَذَ بِقَوْلِ ابْنِ عَبَّاسٍ، إِلَّا أَنَّهُ حَمَلَ الْمَرْوِيَّ كُلَّهُ عَلَى الزَّوَائِدِ فَصَارَتِ التَّكْبِيرَاتُ عِنْدَهُ خَمْسَ عَشْرَةَ أَوْ سِتَّ عَشْرَةَ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَيُصَلِّي الْإِمَامُ بِالنَّاسِ رَكْعَتَيْنِ) ظَاهِرٌ، وَحَاصِلُهُ أَنَّ الزَّوَائِدَ عِنْدَنَا ثَلَاثٌ، وَالْمُؤَالَاةُ فِي الْقِرَاءَةِ خِلَافًا لَهُ. وَقَوْلُهُ (وَظَهَرَ عَمَلُ الْعَامَّةِ) أَيُّ عَمَلُ النَّاسِ كَافَّةً (بِقَوْلِ ابْنِ عَبَّاسٍ لِأَمْرِ بَنِيهِ الْخُلَفَاءِ) فَإِنَّ الْوِلَايَةَ لَمَا انْتَقَلَتْ إِلَيْهِمْ أَمَرُوا النَّاسَ بِالْعَمَلِ فِي التَّكْبِيرَاتِ بِقَوْلِ جَدِّهِمْ وَكَتَبُوا فِي مَنَاشِيرِهِمْ ذَلِكَ.

وَعَنْ هَذَا صَلَّى أَبُو يُوسُفَ بِالنَّاسِ حِينَ قَدِمَ بَعْدَ صَلَاةِ الْعِيدِ وَكَبَّرَ تَكْبِيرَ ابْنِ عَبَّاسٍ فَإِنَّهُ صَلَّى خَلْفَهُ هَارُونُ الرَّشِيدُ وَأَمَرَهُ بِذَلِكَ، كَذَا رُوي عَنْ مُحَمَّدٍ لَا مَذْهَبًا وَاعْتِقَادًا، فَإِنَّ الْمَذْهَبَ هُوَ الْقَوْلُ الْأَوَّلُ وَهُوَ قَوْلُ ابْنِ مَسْعُودٍ وَهُوَ مَذْهَبُ عُمَرَ وَأَبِي مُوسَى الْأَشْعَرِيِّ وَحَدِيقَةَ وَابْنِ الزُّبَيْرِ وَأَبِي هُرَيْرَةَ وَأَبِي مَسْعُودٍ الْأَنْصَارِيِّ، فَكَانَ أَوْلَى

بالأخذ.

وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ الرَّازِيُّ: حَدَّثَ الطَّحَاوِيُّ مُسْنِدًا إِلَى النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ صَلَّى يَوْمَ الْعِيدِ وَكَبَّرَ أَرْبَعًا، ثُمَّ أَقْبَلَ بِوَجْهِهِ حِينَ انْصَرَفَ فَقَالَ: أَرْبَعٌ لَا تَسْهُو كَتِّبِيرِ الْجَنَائِزِ، وَأَشَارَ بِأَصَابِعِهِ وَقَبَضَ إِنْهَامَهُ فِيهِ قَوْلٌ وَفِعْلٌ وَإِشَارَةٌ إِلَى أَصْلٍ وَتَأْكِيدٌ فَلَا جَرَمَ كَانَ الْأَخْذُ بِهِ أَوَّلَى.

وَأَرَادَ بِقَوْلِهِ أَرْبَعًا: أَرْبَعُ تَكْبِيرَاتٍ مُتَوَالِيَةٍ، وَلِأَنَّ التَّكْبِيرَ وَرَفَعَ الْأَيْدِي مِنْ حَيْثُ الْمَجْمُوعُ خِلَافَ الْمَعْهُودِ فِي الصَّلَوَاتِ، فَكَانَ الْأَخْذُ بِالْقَلِيلِ أَوَّلَى، ثُمَّ التَّكْبِيرُ مِنْ أَعْلَامِ الدِّينِ حَتَّى يُجَهَرَ بِهِ كَتَّكْبِيرَةِ الْإِفْتِتَاحِ، وَكَانَ الْأَصْلُ فِيهِ الْجَمْعُ لِأَنَّ الْجَنَسِيَّةَ عِلَّةُ الضَّمِّ؛ فَفِي الرُّكْعَةِ الْأُولَى يَجِبُ إِلْحَاقُهَا بِتَكْبِيرَةِ الْإِفْتِتَاحِ لِقَوْتِهَا مِنْ حَيْثُ الْفَرِيضَةُ وَالسَّبْقُ، وَفِي الثَّانِيَةِ لَمْ يُوجَدْ إِلَّا تَكْبِيرَةُ الرُّكُوعِ فَوَجَبَ الضَّمُّ إِلَيْهَا.

وَقَوْلُهُ (وَالشَّافِعِيُّ أَخَذَ بِقَوْلِ ابْنِ عَبَّاسٍ إِلَّا أَنَّهُ حَمَلَ الْمَرْوِيَّ عَلَى الزَّوَائِدِ فَصَارَتْ التَّكْبِيرَاتُ عِنْدَهُ خَمْسَةٌ عَشَرَ أَوْ سِتَّةَ عَشَرَ) فِيهِ اشْتِبَاهٌ، لِأَنَّ قَوْلَهُ حَمَلَ الْمَرْوِيَّ إِمَّا أَنْ يُرِيدَ بِهِ الْمَرْوِيَّ فِي هَذَا الْكِتَابِ بِقَوْلِهِ أَوْ لَا. قَالَ ابْنُ عَبَّاسٍ: يُكَبِّرُ فِي الْأَوَّلَى لِلإِفْتِتَاحِ وَخَمْسًا بَعْدَهَا، وَفِي الثَّانِيَةِ يُكَبِّرُ خَمْسًا ثُمَّ يَقْرَأُ.

وَفِي رِوَايَةٍ: يُكَبِّرُ أَرْبَعًا أَوْ غَيْرَ ذَلِكَ، فَإِنْ كَانَ الثَّانِي كَانَ فِي الْكَلَامِ تَعْقِيدٌ يَعْلُو قَدْرُ الْمُصَنِّفِ عَنْ ذَلِكَ، وَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ لَمْ تَرْتَقِ التَّكْبِيرَاتُ إِلَى ذَلِكَ الْمِقْدَارِ لِأَنَّ الزَّوَائِدَ فِيهِ تِسْعٌ أَوْ عَشْرٌ، وَبِالْأَصْلِيَّاتِ تَكُونُ ثِنْتِي عَشْرَةَ أَوْ ثَلَاثَ عَشْرَةَ.

وَأَيْضًا قَالَ: وَظَهَرَ عَمَلُ الْعَامَّةِ الْيَوْمَ بِقَوْلِ ابْنِ عَبَّاسٍ، ثُمَّ قَالَ: وَالشَّافِعِيُّ أَخَذَ بِقَوْلِ ابْنِ عَبَّاسٍ، وَذَلِكَ يَقْتَضِي أَنْ يَكُونَ عَمَلُ الْعَامَّةِ الْيَوْمَ عَلَى خَمْسَةِ عَشَرَ تَكْبِيرَةً أَوْ سِتَّةَ عَشَرَ وَلَيْسَ كَذَلِكَ.

وَأَزَالَةُ ذَلِكَ أَنْ يُقَالَ: رُوِيَ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ رَوَاتَانِ: إِحْدَاهُمَا أَنَّهُ يُكَبِّرُ فِي الْعِيدَيْنِ ثَلَاثَ عَشْرَةَ تَكْبِيرَةً، وَالْأُخْرَى أَنَّهُ يُكَبِّرُ ثِنْتِي عَشْرَةَ تَكْبِيرَةً، فَفَسَّرَ عُلَمَاؤُنَا رِوَايَتَهُ بِأَنَّ ذَلِكَ إِمَّا هُوَ بِإِضَافَةِ الْأَصْلِيَّاتِ لِأَنَّ الْأَصْلِيَّاتِ ثَلَاثٌ: تَكْبِيرَةُ الْإِفْتِتَاحِ وَتَكْبِيرَتَا الرُّكُوعِ فِي الرُّكْعَتَيْنِ، فَإِذَا أُضِيفَتْ إِلَى خَمْسَةٍ وَخَمْسَةٍ كَانَتْ ثَلَاثَةَ عَشَرَ، وَإِذَا أُضِيفَتْ إِلَى خَمْسَةٍ وَأَرْبَعَةٍ صَارَتْ ثِنْتِي عَشْرَةَ، وَعَلَى هَذَا عَمَلُ الْعَامَّةِ الْيَوْمَ

(وَحَمَلَ الشَّافِعِيُّ الْمَرْوِيَّ عَلَى الزَّوَائِدِ) فَإِذَا أُضِيفَتْ إِلَيْهَا الْأَصْلِيَّاتُ صَارَتْ خَمْسَةً عَشَرَ أَوْ سِتَّةَ عَشَرَ، فَكَانَ مُرَادُهُ بِالْمَرْوِيِّ مَا رُوِيَ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ، وَلَا تَعْقِيدَ فِي ذَلِكَ لِأَنَّ التَّفْسِيرَ الْمَذْكُورَ فِي الْكِتَابِ يَدُلُّ عَلَيْهِ.

وَمَعْنَى قَوْلِهِ وَظَهَرَ عَمَلُ الْعَامَّةِ الْيَوْمَ بِقَوْلِ ابْنِ عَبَّاسٍ عَلَى تَفْسِيرِ عُلَمَائِنَا لَا عَلَى مَا حَمَلَ عَلَيْهِ الشَّافِعِيُّ، وَيَظْهَرُ مِنْ هَذَا الْبَيِّنَةِ أَنَّ مَا عَلَيْهِ عَمَلُ أَصْحَابِنَا إِنَّمَا هُوَ مَذْهَبُ ابْنِ عَبَّاسٍ لَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ.

قَالَ فِي الْمُحِيطِ: ثُمَّ عَمِلُوا بِرِوَايَةِ الزِّيَادَةِ فِي عِيدِ الْفِطْرِ وَبِرِوَايَةِ التَّقْصَانِ فِي عِيدِ الْأَضْحَى عَمَلًا بِالرَّوَايَتَيْنِ، وَخَصَّصُوا الْأَضْحَى بِالتَّقْصَانِ لِاسْتِعْجَالِ النَّاسِ بِالْقَرَائِنِ.

قَالَ (وَيَرْفَعُ يَدَيْهِ فِي تَكْبِيرَاتِ الْعِيدَيْنِ) يُرِيدُ بِهِ مَا سِوَى تَكْبِيرَتَي الرُّكُوعِ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «لَا تُرْفَعُ الْأَيْدِي إِلَّا فِي سَبْعِ مَوَاطِنَ»^(١) وَذَكَرَ مِنْ جُمْلَتِهَا تَكْبِيرَاتِ الْأَعْيَادِ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ لَا يَرْفَعُ، وَالْحُجَّةُ عَلَيْهِ مَا رَوَيْنَا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَيَرْفَعُ يَدَيْهِ فِي تَكْبِيرَاتِ الْعِيدَيْنِ) ظَاهِرٌ وَلَيْسَ بَيْنَ التَّكْبِيرَاتِ ذِكْرٌ مَسْنُونٌ. وَرُوِيَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ يَسْكُتُ بَيْنَ كُلِّ تَكْبِيرَيْنِ بِقَدْرِ ثَلَاثِ تَسْبِيحَاتٍ لِأَنَّ صَلَاةَ الْعِيدِ تُقَامُ بِجَمْعٍ عَظِيمٍ، فَلَوْ وَالَى بَيْنَ التَّكْبِيرَاتِ لاشتَبَهَ عَلَى مَنْ كَانَ نَائِيًا عَنْ الْإِمَامِ، وَالِاسْتِثْنَاءُ يَزُولُ بِهَذَا الْقَدْرِ مِنَ الْمَكْتِ.

وَقَالَ فِي الْمَبْسُوطِ: لَيْسَ هَذَا الْقَدْرُ بِإِلْزَامٍ، بَلْ يَخْتَلِفُ ذَلِكَ بِكَثْرَةِ الرِّحَامِ وَقِلَّتِهِ، لِأَنَّ الْمَقْصُودَ إِزَالَةَ الْإِشْتِبَاهِ عَنِ الْقَوْمِ، وَذَلِكَ يَخْتَلِفُ بِحَسَبِ كَثْرَةِ الْقَوْمِ وَقِلَّتِهِمْ (وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ لَا يَرْفَعُ) يَدَيْهِ لِأَنَّ الرَّفْعَ سُنَّةُ الْإِفْتِتَاحِ، وَلَا افْتِتَاحَ فِي الزَّوَائِدِ فَلَا رَفْعَ كَمَا فِي تَكْبِيرَةِ الرُّكُوعِ (وَالْحُجَّةُ عَلَيْهِ مَا رَوَيْنَا) لِأَنَّ مَا قَالَهُ قِيَاسُ ثُرْكٍ بِالْأَثَرِ، وَيَأْتِي بِالثَّنَاءِ عَقِبَ تَكْبِيرَةِ الْإِفْتِتَاحِ قَبْلَ الزَّوَائِدِ، وَكَذَلِكَ التَّعَوُّذُ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ، وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ يَسْتَعِيدُ عِنْدَ الْقِرَاءَةِ.

قَالَ (ثُمَّ يَخْطُبُ بَعْدَ الصَّلَاةِ خُطْبَتَيْنِ) بِذَلِكَ وَرَدَ النُّقْلُ الْمُسْتَفِيزُ (يَعْلَمُ النَّاسَ فِيهَا صَدَقَةَ الْفِطْرِ وَأَحْكَامَهَا)؛ لِأَنَّهَا شُرِعَتْ لِأَجْلِهِ.

الشرح:

قَالَ (ثُمَّ يَخْطُبُ بَعْدَ الصَّلَاةِ خُطْبَتَيْنِ) الْخُطْبَةُ فِي صَلَاةِ الْعِيدِ تُخَالَفُ خُطْبَةَ الْجُمُعَةِ مِنْ وَجْهَيْنِ: أَحَدُهُمَا أَنَّ الْجُمُعَةَ لَا تَجُوزُ بِإِلَّا خُطْبَةٍ بِخِلَافِ الْعِيدِ. الثَّانِي أَنَّهَا فِي الْجُمُعَةِ مُتَقَدِّمَةٌ عَلَى الصَّلَاةِ بِخِلَافِ الْعِيدِ، وَلَوْ قَدَّمَهَا فِي الْعِيدِ أَيْضًا جَازَ وَلَا تُعَادُ الْخُطْبَةُ بَعْدَ الصَّلَاةِ، وَمَا فِي الْكِتَابِ ظَاهِرٌ.

(وَمَنْ فَاتَتْهُ صَلَاةُ الْعِيدِ مَعَ الْإِمَامِ لَمْ يَقْضِهَا)؛ لِأَنَّ الصَّلَاةَ بِهَذِهِ الصِّفَةِ لَمْ تُعْرِفْ قُرْبَةً إِلَّا بِشَرَائِطَ لَا تَتِمُّ بِالْمُنْفَرِدِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ فَاتَتْهُ صَلَاةُ الْعِيدِ مَعَ الْإِمَامِ) أَيُّ أَدَّى الْإِمَامُ صَلَاةَ الْعِيدِ وَلَمْ يُؤَدِّهَا هُوَ (لَمْ يَقْضِهَا) عِنْدَنَا خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ فَإِنَّهُ قَالَ: يُصَلِّي وَحْدَهُ كَمَا يُصَلِّي مَعَ الْإِمَامِ لِأَنَّ الْجَمَاعَةَ وَالسُّلْطَانَ لَيْسَ بِشَرْطٍ عِنْدَهُ فَكَانَ لَهُ أَنْ يُصَلِّيَ وَحْدَهُ. وَعِنْدَنَا هِيَ صَلَاةٌ لَا تَجُوزُ إِقَامَتُهَا إِلَّا بِشَرَائِطَ مَخْصُوصَةٍ مِنَ الْجَمَاعَةِ وَالسُّلْطَانِ، فَإِذَا فَاتَتْ عَجَزَ عَنْ قَضَائِهَا. فَإِنْ قِيلَ: هِيَ قَائِمَةٌ مَقَامَ صَلَاةِ الضُّحَى وَلِهَذَا تُكْرَهُ صَلَاةُ الضُّحَى قَبْلَ صَلَاةِ الْعِيدِ فَإِذَا عَجَزَ عَنْهَا يَصِيرُ إِلَى الْأَصْلِ كَالْجُمُعَةِ إِذَا فَاتَتْ فَإِنَّهُ يَصِيرُ إِلَى الظُّهْرِ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ إِنْ سَلَّمْنَا ذَلِكَ لَا يَضُرُّنَا لِأَنَّهُ إِذَا عَجَزَ عَادَ الْأَمْرُ إِلَى أَصْلِهِ هُوَ صَلَاةُ الضُّحَى وَهِيَ غَيْرُ وَاجِبَةٍ فَيَتَخَيَّرُ، وَفِي الْجُمُعَةِ إِذَا عَجَزَ عَادَ إِلَى أَصْلِهِ هُوَ فَرَضٌ فَيَلْزِمُهُ أَدَاؤُهُ.

(فَإِنْ غُمَّ الْهَلَالُ وَشَهِدُوا عِنْدَ الْإِمَامِ بِرُؤْيَا الْهَلَالِ بَعْدَ الزَّوَالِ صَلَّى الْعِيدَ مِنَ الْغَدِ)؛ لِأَنَّ هَذَا تَأْخِيرٌ بِعُدْرٍ وَقَدْ وَرَدَ فِيهِ الْحَدِيثُ (فَإِنْ حَدَّثَ عُدْرٌ يَمْنَعُ مِنَ الصَّلَاةِ فِي الْيَوْمِ الثَّانِي لَمْ يُصَلِّهَا بَعْدَهُ)؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ فِيهَا أَنْ لَا تُقْضَى كَالْجُمُعَةِ إِلَّا أَنَّا تَرَكْنَاهُ بِالْحَدِيثِ، وَقَدْ وَرَدَ بِالتَّأْخِيرِ إِلَى الْيَوْمِ الثَّانِي عِنْدَ الْعُدْرِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَقَدْ وَرَدَ فِيهِ الْحَدِيثُ) أَيُّ الْمَعْهُودُ، وَهُوَ مَا ذَكَرَهُ قَبْلَ هَذَا بِقَوْلِهِ: وَلَمَّا شَهِدُوا بِالْهَلَالِ بَعْدَ الزَّوَالِ أَمَرَ بِالْخُرُوجِ إِلَى الْمُصَلَّى مِنَ الْعَدْرِ وَمَا بَعْدَهُ ظَاهِرٌ.

(وَيُسْتَحَبُّ فِي يَوْمِ الْأَضْحَى أَنْ يَغْتَسِلَ وَيَتَطَيَّبَ) لَمَّا ذَكَرْنَاهُ (وَيُؤَخَّرُ الْأَكْلُ حَتَّى يَفْرَغَ مِنَ الصَّلَاةِ) لَمَّا رُوِيَ أَنَّهُ عَلَيْهِ السَّلَامُ كَانَ لَا يَطْعَمُ فِي يَوْمِ النَّحْرِ حَتَّى يَرْجِعَ

فَيَاكُلُ مِنْ أَضْحِيَّتِهِ وَيَتَوَجَّهُ إِلَى الْمُصَلَّى (وَهُوَ يُكَبِّرُ)؛ لِأَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ كَانَ يُكَبِّرُ فِي الطَّرِيقِ (وَيُصَلِّي رَكَعَتَيْنِ كَالْفِطْرِ) كَذَلِكَ ثَقُلَ (وَيَخْطُبُ بَعْدَهَا خُطْبَتَيْنِ)؛ لِأَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ كَذَلِكَ فَعَلَ (وَيُعَلِّمُ النَّاسَ فِيهَا الْأُضْحِيَّةَ وَتَكْبِيرَ الشَّارِقِ)؛ لِأَنَّهُ مَشْرُوعُ الْوَقْتِ، وَالْخُطْبَةُ مَا شُرِعَتْ إِلَّا لِتَعْلِيمِهِ.

(فَإِنْ كَانَ عَذْرُ يَمْنَعُ مِنَ الصَّلَاةِ فِي يَوْمِ الْأُضْحَى صَلَاهَا مِنَ الْغَدِ وَبَعْدَ الْغَدِ وَلَا يُصَلِّيَهَا بَعْدَ ذَلِكَ)؛ لِأَنَّ الصَّلَاةَ مُؤَقَّتَةً بِوَقْتِ الْأُضْحِيَّةِ فَتَتَقَيَّدُ بِأَيَّامِهَا لَكِنَّهُ مُسَيَّءٌ فِي التَّأْخِيرِ مِنْ غَيْرِ عَذْرٍ لِمُخَالَفَةِ الْمَنْقُولِ.

(وَالْتَّعْرِيفُ الَّذِي يَصْنَعُهُ النَّاسُ لَيْسَ بِشَيْءٍ) وَهُوَ أَنْ يَجْتَمَعَ النَّاسُ يَوْمَ عَرَفَةَ فِي بَعْضِ الْمَوَاضِعِ تَشْبِيهَا بِالْوَاقِفِينَ بِعَرَفَةَ؛ لِأَنَّ الْوُقُوفَ عُرْفُ عِبَادَةٍ مُخْتَصَّةٍ بِمَكَانٍ مَخْصُوصٍ فَلَا يَكُونُ عِبَادَةٌ دُونَهُ كَسَائِرِ الْمَنَاسِكِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَالْتَّعْرِيفُ الَّذِي يَصْنَعُهُ النَّاسُ) إِنَّمَا قِيدَ بِقَوْلِهِ يَصْنَعُهُ النَّاسُ لِأَنَّهُ يَجِيءُ لِمَعَانٍ: لِلإِعْلَامِ وَالتَّطْيِيبِ مِنَ الْعُرْفِ وَهُوَ الرِّيحُ وَإِشَادِ الضَّالَّةِ وَالْوُقُوفِ بِعَرَفَاتٍ وَالتَّشْبِيهِ بِأَهْلِ عَرَفَةَ وَهُوَ الْمُرَادُ هُنَا. وَقَوْلُهُ (لَيْسَ بِشَيْءٍ) أَيُّ لَيْسَ بِشَيْءٍ مُعْتَبَرٍ يَتَعَلَّقُ بِهِ الثَّوَابُ لَمَّا ذُكِرَ فِي الْكِتَابِ، وَمَا ثَقُلَ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أَنَّهُ فَعَلَ ذَلِكَ بِالْبَصَرَةِ مَحْمُولٌ عَلَى أَنَّهُ كَانَ لِلدُّعَاءِ لَا تَشْبِيهَا بِأَهْلِ عَرَفَةَ.

فَصْلٌ فِي تَكْبِيرَاتِ الشَّارِقِ

(وَيَبْدَأُ بِتَكْبِيرِ الشَّارِقِ بَعْدَ صَلَاةِ الْفَجْرِ مِنْ يَوْمِ عَرَفَةَ، وَيَخْتِمُ عَقِيبَ صَلَاةِ الْعَصْرِ مِنْ يَوْمِ النُّحْرِ) عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَالَا: يَخْتِمُ عَقِيبَ صَلَاةِ الْعَصْرِ مِنْ آخِرِ أَيَّامِ الشَّارِقِ، وَالْمَسْأَلَةُ مُخْتَلَفَةٌ بَيْنَ الصَّحَابَةِ، فَأَخَذَا بِقَوْلِ عَلِيٍّ أَخَذَا بِالْأَكْثَرِ، إِذْ هُوَ الْإِحْتِيَاطُ فِي الْعِبَادَاتِ، وَأَخَذَ بِقَوْلِ ابْنِ مَسْعُودٍ أَخَذَا بِالْأَقَلِّ؛ لِأَنَّ الْجَهْرَ بِالتَّكْبِيرِ بَدْعَةٌ.

الشرح:

(فَصْلٌ فِي تَكْبِيرَاتِ الشَّارِقِ): تَكْبِيرُ الشَّارِقِ لَمَّا كَانَ ذِكْرًا مُخْتَصًّا بِالْأُضْحَى نَاسَبَ ذِكْرَهُ فِي فَصْلِ عَلَى حَدِّهِ، ثُمَّ قِيلَ رُجْمَةُ الْفَصْلِ بِتَكْبِيرِ الشَّارِقِ وَقَعَ عَلَى قَوْلِهِمَا لِأَنَّ شَيْئًا مِنَ التَّكْبِيرِ لَا يَقَعُ فِي أَيَّامِ الشَّارِقِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَيَجُوزُ أَنْ يُقَالَ

باعتبار القرب أخذ اسمه، وقوله (ويبدأ بتكبير التشريق) اختلف الصحابة في ابتداء التشريق وانتهائه، فأمّا ابتدأؤه فكبار الصحابة كعمرو وعلي وابن مسعود قالوا: يبدأ بالتكبير بعد صلاة الفجر من يوم عرفة، وبه أخذ علماؤنا في ظاهر الرواية، وصغارهم كعبد الله بن عباس وعبد الله بن عمر وزيد بن ثابت قالوا: يبدأ بالتكبير من صلاة الظهر من يوم النحر، وإليه رجع أبو يوسف في بعض الروايات عنه. وأمّا انتهأؤه فقال ابن مسعود: صلاة العصر من أول أيام النحر فعنده ثمان صلوات يكبر فيها، وبه أخذ أبو حنيفة وقال علي وابن عمر في إحدى الروايتين عنه: انتهأؤه من صلاة العصر من آخر أيام التشريق فيكون ثلاث وعشرون صلاة وبه أخذ أبو يوسف ومحمد. ووجه كل من ذلك ما ذكره في الكتاب. وذكر في الخلاصة أن أيام النحر ثلاثة وأيام التشريق ثلاثة ويمضي ذلك في أربعة أيام، فإن العاشر من ذي الحجة نحر خاص، والثالث عشر تشريق خاص، واليومان فيما بينهما للنحر والتشريق.

والتكبير أن يقول مرة واحدة: الله أكبر الله أكبر، لا إله إلا الله والله أكبر، الله أكبر والله الحمد^(١). هذا هو المأثور عن الخليل صلوات الله عليه.

الشرح:

وقوله (وهذا هو المأثور عن الخليل عليه السلام) قيل أصل ذلك ما روي: «أن جبريل لما جاء بالقرآن خاف العجلة على إبراهيم عليهما السلام فقال الله أكبر الله أكبر، فلما رآه إبراهيم قال لا إله إلا الله والله أكبر، فلما علم إسماعيل بالفداء قال الله أكبر والله الحمد»، فبقي في الآخرين إما سنة أو واجبا على ما يذكر. وروى ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال «أفضل ما قلت وقالت الأنبياء قبلي يوم عرفة: الله أكبر الله أكبر لا إله إلا الله والله أكبر، الله أكبر والله الحمد» قوله (مرة واحدة) احتراز عن قول الشافعي فإنه يذكر التكبير ثلاث مرات، وله في ذكر التهليل بعده قولان.

(وهو عقيب الصلوات المفروضة على المقيمين في الأمصار في الجماعات المستحبة عند أبي حنيفة وليس على جماعات النساء إذا لم يكن معهن رجل، ولا على

(١) رواه الطبراني في الكبير كما أشار إلى ذلك الهيتمي في مجمع الزوائد (١٩٧/٢). وانظر نصب

جَمَاعَةِ الْمُسَافِرِينَ إِذَا لَمْ يَكُنْ مَعَهُمْ مُقِيمٌ. وَقَالَا: هُوَ عَلَى كُلِّ مَنْ صَلَّى الْمَكْتُوبَةَ؛ لِأَنَّهُ تَبَعَ لِلْمَكْتُوبَةِ، وَلَهُ مَا رَوَيْنَا مِنْ قَبْلُ. وَالتَّشْرِيقُ هُوَ التَّكْبِيرُ كَذَا نُقِلَ عَنِ الْخَلِيلِ بْنِ أَحْمَدَ، وَلَأَنَّ الْجَهْرَ بِالتَّكْبِيرِ خِلَافُ السُّنَّةِ، وَالشَّرْعُ وَرَدَ بِهِ عِنْدَ اسْتِجْمَاعِ هَذِهِ الشَّرَائِطِ، إِلَّا أَنَّهُ يَجِبُ عَلَى النِّسَاءِ إِذَا اقْتَدَيْنَ بِالرِّجَالِ، وَعَلَى الْمُسَافِرِينَ عِنْدَ اقْتِدَائِهِمْ بِالْمُقِيمِ بِطَرِيقِ التَّبَعِيَّةِ. قَالَ يَعْقُوبُ: صَلَّيْتُ بِهِمْ الْمَغْرِبَ يَوْمَ عَرَفَةَ فَسَهَوْتُ أَنَّ أَكْبَرَ فَكَبَّرَ أَبُو حَنِيفَةَ. دَلَّ أَنَّ الْإِمَامَ وَإِنْ تَرَكَ التَّكْبِيرَ لَا يَتْرُكُهُ الْمُقْتَدِي، وَهَذَا؛ لِأَنَّهُ لَا يُؤَدِّي فِي حُرْمَةِ الصَّلَاةِ فَلَمْ يَكُنْ الْإِمَامُ فِيهِ حَتْمًا وَإِنَّمَا هُوَ مُسْتَحَبٌّ.

الشرح:

قَوْلُهُ (وَهُوَ عَقِيبَ الصَّلَوَاتِ الْمَفْرُوضَاتِ عَلَى الْمُقِيمِينَ) يُشِيرُ إِلَى أَنَّهُ اخْتَارَ كَوْنَهُ وَاجِبًا وَهُوَ اخْتِيَارُ فَخْرِ الْإِسْلَامِ وَصَدْرِ الْإِسْلَامِ. وَالْأَصْلُ فِيهِ قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿وَاذْكُرُوا اللَّهَ فِي أَيَّامٍ مَعْدُودَاتٍ﴾ [البقرة: ٢٠٣] فَإِنَّهُ جَاءَ فِي التَّفْسِيرِ أَنَّ الْمُرَادَ بِهِ أَيَّامُ التَّشْرِيقِ فَيَكُونُ وَاجِبًا عَمَلًا بِالْأَمْرِ، وَذَهَبَ بَعْضُهُمْ إِلَى أَنَّهُ سُنَّةٌ.

قَالَ الْإِمَامُ التُّمَرْتَاشِيُّ تَكْبِيرُ التَّشْرِيقِ سُنَّةٌ، وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ وَمَالِكٌ وَأَحْمَدُ، وَفِي قَوْلِهِ عَقِيبَ الصَّلَوَاتِ إِشَارَةٌ إِلَى أَنَّهُ لَا يَجُوزُ أَنْ يُخْلَلَ مَا يَقْطَعُ بِهِ حُرْمَةُ الصَّلَاةِ؛ حَتَّى لَوْ قَامَ وَخَرَجَ مِنَ الْمَسْجِدِ أَوْ تَكَلَّمَ لَمْ يُكَبِّرْ؛ فَفِي قَوْلِهِ الْمَفْرُوضَاتِ إِشَارَةٌ إِلَى أَنَّهُ لَا يُكَبِّرُ بَعْدَ الْوُثْرِ وَصَلَاةِ الْعِيدِ وَالتَّالِفَةِ. وَقَيَّدَ بِالْإِقَامَةِ لِأَنَّ الْمُسَافِرَ لَا يُكَبِّرُ إِلَّا إِذَا اقْتَدَى بِمُقِيمٍ، وَقَيَّدَ بِالْأَمْصَارِ لِأَنَّهُ لَا يُكَبِّرُ فِي الْقُرَى، وَقَيَّدَ بِالْجَمَاعَاتِ؛ لِأَنَّهُ لَا تَكْبِيرَ عَلَى الْمُنْفَرِدِ، وَقَيَّدَ بِالْمُسْتَحَبَّةِ احْتِرَازًا عَنْ جَمَاعَةِ النِّسَاءِ فَإِنَّهُ لَا تَكْبِيرَ عَلَيْهِنَّ إِذَا لَمْ يَكُنْ مَعَهُنَّ رَجُلٌ، وَقَالَا هُوَ وَاجِبٌ عَلَى كُلِّ مَنْ صَلَّى الْمَكْتُوبَةَ لِأَنَّهُ تَبَعَ لَهَا (وَلَهُ مَا رَوَيْنَا مِنْ قَبْلُ) يُرِيدُ بِهِ مَا ذَكَرَ فِي أَوَّلِ بَابِ الْجُمُعَةِ وَهُوَ قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «لَا جُمُعَةَ وَلَا تَشْرِيقَ وَلَا فِطْرَ وَلَا أَضْحَى إِلَّا فِي مِصْرَ جَامِعٍ»^(١).

فَإِنْ قِيلَ: هَذِهِ التَّكْبِيرَاتُ شُرِعَتْ تَبَعًا لِلْمَكْتُوبِ فَكَيْفَ يُشْتَرَطُ لَهَا مَا لَمْ يُشْتَرَطْ لِلْمَتَّبِعِ؟ قُلْنَا بِالنَّصِّ عَلَى خِلَافِ الْقِيَاسِ. وَاخْتَلَفَ الْمَشَايخُ فِي اشْتِرَاطِ الْحُرِّيَّةِ عَلَى قَوْلِهِ، فَمِنْهُمْ مَنْ اشْتَرَطَهَا قِيَاسًا عَلَى الْجُمُعَةِ وَالْعِيدِ، وَمِنْهُمْ مَنْ لَا يَشْتَرِطُهَا قِيَاسًا عَلَى

سَائِرِ الصَّلَوَاتِ. وَفَائِدَتُهُ تَظْهَرُ فِيمَا إِذَا أَمَّ الْعَبْدُ فِي صَلَاةٍ مَكْتُوبَةٍ فِي هَذِهِ الْأَيَّامِ، فَمَنْ شَرَطَهَا لَمْ يُوجِبِ التَّكْبِيرَ، وَمَنْ لَمْ يَشَرْطَهَا أَوْجَبَهُ (قَالَ يَعْقُوبُ: صَلَّيْتُ بِهِمُ الْمَغْرِبَ فَسَهَوْتُ أَنْ أَكْبِرَ فَكَبَّرَ أَبُو حَنِيفَةَ، ذَلَّ) أَيُّ قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ عَلَى (أَنَّ الْإِمَامَ إِنْ تَرَكَ التَّكْبِيرَ لَا يَتْرُكُهُ الْمُقْتَدِي) لَمَّا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ، بِخِلَافِ سُجُودِ السَّهْوِ فَإِنَّهُ إِذَا تَرَكَهُ الْإِمَامُ لَا يَسْجُدُ الْمُقْتَدِي لِأَنَّهُ يُؤْتَى بِهِ فِي حُرْمَةِ الصَّلَاةِ، بِخِلَافِ التَّكْبِيرِ، وَلَكِنْ إِنْمَا يُكَبِّرُ الْقَوْمُ قَبْلَ الْإِمَامِ إِذَا وَقَعَ الْيَأْسُ مِنْ تَكْبِيرِ الْإِمَامِ بِأَنْ قَامَ.

قِيلَ فِي ذِكْرِ هَذِهِ الْحِكَايَةِ فَوَائِدُ: مِنْهَا بَيَانُ مَنْزِلَتِهِ عِنْدَ أَسْتَاذِهِ حَيْثُ قَدَّمَهُ وَاقْتَدَى بِهِ. وَمِنْهَا بَيَانُ حُرْمَةِ أَسْتَاذِهِ فِي قَلْبِهِ، فَإِنَّهُ لَمَّا عَلِمَ أَنَّ الْمُقْتَدَى بِهِ أَسْتَاذُهُ سَهَا عَمَّا لَا يَسْهُو الْمَرْءُ عَنْهُ عَادَةً وَهُوَ التَّكْبِيرُ.

وَمِنْهَا مُبَادَرَةُ أَسْتَاذِهِ إِلَى السِّرِّ عَلَيْهِ حَيْثُ كَبَّرَ لِيَتَذَكَّرَ هُوَ فَكَبَّرَ، وَهَكَذَا يَنْبَغِي أَنْ تَكُونَ الْمُعَامَلَةُ بَيْنَ كُلِّ أَسْتَاذٍ وَتَلْمِيذِهِ: يَعْنِي أَنَّ التَّلْمِيذَ يُعْظَمُ الْأُسْتَاذَ وَالْأُسْتَاذَ يَسْتُرُ عَلَيْهِ عُيُوبَهُ.

بَابُ صَلَاةِ الْكُسُوفِ

قَالَ (إِذَا انْكَسَفَتِ الشَّمْسُ صَلَّى الْإِمَامُ بِالنَّاسِ رَكْعَتَيْنِ كَهَيْئَةِ النَّافِلَةِ فِي كُلِّ رَكْعَةٍ رُكُوعٌ وَاحِدٌ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: رُكُوعَانِ. لَهُ مَا رَوَتْ عَائِشَةُ^(١)، وَلَنَا رِوَايَةُ ابْنِ عُمَرَ، وَالْحَالُ أَكْشَفُ عَلَى الرِّجَالِ لِقُرْبِهِمْ فَكَانَ التَّرْجِيحُ لِرِوَايَتِهِ (وَيَطُولُ الْقِرَاءَةُ فِيهِمَا وَيُخْفِي عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَ لَا يَجْهَرُ) وَعَنْ مُحَمَّدٍ مِثْلُ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ أَمَّا التَّطْوِيلُ فِي الْقِرَاءَةِ فَبَيَانُ الْأَفْضَلِ، وَيُخَفَّفُ إِنْ شَاءَ؛ لِأَنَّ الْمُسْنُونَ اسْتِيعَابُ الْوَقْتِ بِالصَّلَاةِ وَالِدُعَاءِ، فَإِذَا خَفَّفَ أَحَدُهُمَا طَوَّلَ الْآخَرُ. وَأَمَّا الْإِخْفَاءُ وَالْجَهْرُ فَلَهُمَا رِوَايَةُ عَائِشَةَ «أَنَّهُ ﷺ جَهَرَ فِيهَا»^(٢) وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رِوَايَةُ ابْنِ عَبَّاسٍ^(٣) وَسَمُرَةَ^(٤) رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ، وَالتَّرْجِيحُ قَدْ مَرَّ مِنْ قَبْلُ، كَيْفَ وَإِنَّهَا صَلَاةُ النَّهَارِ وَهِيَ عَجْمَاءُ.

(١) أخرجه البخاري (١٠٤٤)، ومسلم في الكسوف (١، ٢، ٣). من حديث عائشة رضي الله عنها. وانظر نصب الراية (٢٣٣/٢).

(٢) سبق تخريجه.

(٣) أخرجه أحمد (٣٩٢/١، ٣٥٠) من حديث ابن عباس رضي الله عنهما.

(٤) أخرجه ابن حبان (٥٩٧) موارد عن سمرة رضي الله عنه. وانظر نصب الراية (٢٤٠/٢).

الشرح:

(بَابُ صَلَاةِ الْكُسُوفِ): قَرَنَ صَلَاةَ الْكُسُوفِ بِصَلَاةِ الْعِيدِ لِأَنَّهُمَا يُؤَدَّيَانِ بِالْجَمَاعَةِ فِي النَّهَارِ بغيرِ أَذَانٍ وَإِقَامَةٍ، وَأَخْرَجَهَا عَنِ الْعِيدِ لِأَنَّ صَلَاةَ الْعِيدِ وَاجِبَةٌ فِي الْأَصَحِّ عَلَى مَا مَرَّ، يُقَالُ: كَسَفَتِ الشَّمْسُ تَكْسِفُ كُسُوفًا، وَكَسَفَهَا اللَّهُ كَسْفًا يَتَعَدَّى وَلَا يَتَعَدَّى. قَالَ جَرِيرٌ يَرْتِي بِهِ عُمَرُ بْنُ عَبْدِ الْعَزِيزِ:

الشَّمْسُ طَالَعَةٌ لَيْسَتْ بِكَاسِفَةٍ تَبْكِي عَلَيْكَ لُجُومَ اللَّيْلِ وَالْقَمَرَا
قِيلَ مَعْنَاهُ: لَيْسَتْ تَكْسِفُ ضَوْءَ النُّجُومِ مَعَ طُلُوعِهَا، وَلَكِنْ لِقَلَّةِ ضَوْئِهَا وَبُكَائِهَا عَلَيْكَ لَمْ يَظْهَرْ لَهَا نُورٌ. وَقِيلَ مَعْنَاهُ: تَغْلُبُ النُّجُومُ فِي الْبُكَاءِ، يُقَالُ بَاكِئُهُ فَبَكَيْتُهُ: أَيُّ غَلَبْتُهُ فِي الْبُكَاءِ. وَهِيَ مَشْرُوعَةٌ اجْتَمَعَتِ الْأُمَّةُ عَلَى ذَلِكَ، وَسَبَبُ شَرْعِيَّتِهَا الْكُسُوفُ، وَلِهَذَا تُضَافُ إِلَيْهِ. وَشُرُوطُهَا شُرُوطُ سَائِرِ الصَّلَوَاتِ، وَهِيَ سُنَّةٌ لِأَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ صَلَّاهَا.

وَكَيْفِيَّةُ أَدَائِهَا أَنْ يُصَلِّيَ إِمَامُ الْجُمُعَةِ فِي الْجَامِعِ أَوْ فِي الْمَصَلَّى فِي الْأَوْقَاتِ الْمُسْتَحَبَّةِ بِالنَّاسِ رَكَعَتَيْنِ كَهَيْئَةِ النَّافِلَةِ بِلَا أَذَانٍ وَلَا إِقَامَةٍ بِرُكُوعٍ وَاحِدٍ.
وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: إِذَا كَسَفَتِ الشَّمْسُ فِي وَقْتٍ مَكْرُوهٍ أَوْ غَيْرِهِ تُودِي الصَّلَاةُ جَامِعَةً وَصَلَّى الْإِمَامُ بِالنَّاسِ رَكَعَتَيْنِ يَقْرَأُ فِي الْأُولَى بِفَاتِحَةِ الْكِتَابِ وَسُورَةَ الْبَقَرَةِ إِنْ حَفِظَهَا وَإِلَّا فَمَا يَعْدِلُهَا مِنْ غَيْرِهَا، ثُمَّ يَرْكَعُ وَيَمْكُثُ فِي رُكُوعِهِ قَدْرَ مَا مَكَثَ فِي قِيَامِهِ، ثُمَّ يَرْفَعُ رَأْسَهُ وَيَقُومُ وَيَقْرَأُ سُورَةَ آلِ عِمْرَانَ إِنْ حَفِظَهَا وَإِلَّا فَمَا يَعْدِلُهَا مِنْ غَيْرِهَا، ثُمَّ يَرْكَعُ ثَانِيًا وَيَمْكُثُ فِي رُكُوعِهِ مِثْلَمَا مَكَثَ فِي قِيَامِهِ هَذَا، ثُمَّ يَرْفَعُ رَأْسَهُ ثُمَّ يَسْجُدُ سَجْدَتَيْنِ، ثُمَّ يَقُومُ وَيَمْكُثُ فِي قِيَامِهِ وَيَقْرَأُ فِيهِ مِقْدَارَ مَا قَرَأَ فِي الْقِيَامِ الثَّانِي مِنْ الرُّكْعَةِ الْأُولَى ثُمَّ يَرْكَعُ وَيَمْكُثُ فِي رُكُوعِهِ مِثْلَ مَكْثِهِ فِي هَذَا الْقِيَامِ، ثُمَّ يَقُومُ وَيَمْكُثُ فِي قِيَامِهِ مِثْلَمَا مَكَثَ فِي الرُّكُوعِ ثُمَّ يَرْكَعُ وَيَمْكُثُ فِيهِ مِثْلَمَا مَكَثَ فِي قِيَامِهِ، ثُمَّ يَرْفَعُ رَأْسَهُ وَيَقُومُ مِثْلَ ثُلُثِي قِيَامِهِ فِي الْقِيَامِ الْأَوَّلِ مِنْ هَذِهِ الرُّكْعَةِ، ثُمَّ يَسْجُدُ سَجْدَتَيْنِ وَيَتِمُّ الصَّلَاةَ. وَاحْتَجَّ عَلَى ذَلِكَ بِحَدِيثِ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ صَلَّى صَلَاةَ الْكُسُوفِ رَكَعَتَيْنِ بِأَرْبَعِ رُكُوعَاتٍ وَأَرْبَعِ سَجَدَاتٍ» وَلَنَا حَدِيثُ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَمْرٍو وَالتُّعْمَانِ بْنِ بَشِيرٍ وَأَبِي بَكْرَةَ وَسَمُرَةَ بْنِ جُنْدُبٍ بِالْفَاطِ مُخْتَلَفٌ: «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ صَلَّى

فِي كُسُوفِ الشَّمْسِ رَكَعَتَيْنِ كَأَطْوَلِ صَلَاةٍ كَانَ يُصَلِّيهَا فَأَجَلَّتِ الشَّمْسُ مَعَ فَرَاعِهِ مِنْهَا». وَإِذَا تَعَارَضَتِ الرُّوَايَتَانِ كَانَ التَّرْجِيحُ لِرَوَايَةِ ابْنِ عُمَرَ، وَالْحَالُ أَكْشَفُ عَنْ الرِّجَالِ لِقُرْبِهِمْ وَتَأْوِيلُ مَا رَوَاهُ مَا ذَكَرَهُ مُحَمَّدٌ فِي صَلَاةِ الْأَثَرِ قَالَ: يُحْتَمَلُ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَطَالَ الرُّكُوعَ زِيَادَةً عَلَى قَدْرِ رُكُوعِ سَائِرِ الصَّلَوَاتِ، فَرَفَعَ أَهْلُ الصَّفِّ الْأَوَّلِ رُءُوسَهُمْ ظَنًّا مِنْهُمْ أَنَّهُ ﷺ رَفَعَ رَأْسَهُ مِنَ الرُّكُوعِ، فَمَنْ خَلَفَهُمْ رَفَعُوا رُءُوسَهُمْ، فَلَمَّا رَأَى أَهْلُ الصَّفِّ الْأَوَّلِ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ رَاكِعًا رَكَعُوا، فَمَنْ خَلَفَهُمْ رَكَعُوا، فَلَمَّا رَفَعَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ رَأْسَهُ مِنَ الرُّكُوعِ رَفَعَ الْقَوْمُ رُءُوسَهُمْ وَمَنْ كَانُوا خَلْفَ الصَّفِّ الْأَوَّلِ ظَنُّوا أَنَّهُ رَكَعَ رُكُوعَيْنِ فَرَوَوْا عَلَى حَسَبِ مَا وَقَعَ عِنْدَهُمْ، وَمِثْلُ هَذَا الْاِشْتِبَاهِ قَدْ يَقَعُ لِمَنْ كَانَ فِي آخِرِ الصُّفُوفِ وَعَائِشَةُ كَانَتْ فِي صَفِّ النِّسَاءِ.

فَإِنْ قِيلَ: قَدْ رَوَى حَدِيثُهَا مِنَ الرِّجَالِ ابْنُ عَبَّاسٍ وَقَدْ كَانَ فِي صَفِّهِمْ. أُجِيبَ بِأَنَّهُ كَانَ فِي صَفِّ الصَّبِيَّانِ فِي ذَلِكَ الْوَقْتِ. وَقَوْلُهُ (وَيُطَوَّلُ الْقِرَاءَةُ فِيهِمَا) أَيُّ فِي الرُّكْعَتَيْنِ. وَقَوْلُهُ (فَيَبَيَّنُ الْأَفْضَلَ) لِأَنَّ فِيهِ مُتَابَعَةَ النَّبِيِّ ﷺ فَإِنَّهُ صَحَّ «أَنَّ قِيَامَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ كَانَ فِي الرُّكْعَةِ الْأُولَى بِقَدْرِ سُورَةِ الْبَقَرَةِ، وَفِي الثَّانِيَةِ بِقَدْرِ سُورَةِ آلِ عِمْرَانَ». وَقَوْلُهُ (فَلَهُمَا رَوَايَةُ عَائِشَةَ) فَإِنَّهَا رَوَتْ «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَرَأَ قِرَاءَةً طَوِيلَةً فَجَهَرَ بِهَا: يَعْنِي فِي صَلَاةِ الْكُسُوفِ» (وَلَهُ رَوَايَةُ ابْنِ عَبَّاسٍ) وَسَمَرَةَ بْنِ جُنْدُبٍ أَنَّهُ لَمْ يَسْمَعْ مِنْ قِرَاءَتِهِ فِيهَا حَرْفًا (وَالْتَّرْجِيحُ قَدْ مَرَّ مِنْ قَبْلُ) يَعْنِي قَوْلُهُ وَالْحَالُ أَكْشَفُ عَلَى الرِّجَالِ لِقُرْبِهِمْ.

فَإِنْ قِيلَ: ذَكَرَ فِي الْمَبْسُوطِ أَنَّ عَلِيًّا ؓ رَوَى حَدِيثَهَا، فَإِنْ صَحَّ ذَلِكَ فَمَا جَوَابُهُ؟ أُجِيبَ بِأَنَّ الْجَوَابَ بِالرُّجُوعِ إِلَى الْأَصْلِ فَإِنَّهَا صَلَاةُ نَهَارِيَّةٌ وَالْأَصْلُ فِيهَا الْإِخْفَاءُ. قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «صَلَاةُ النَّهَارِ عَجْمَاءُ» وَقَدْ تَقَدَّمَ ذَلِكَ.

(وَيَدْعُو بَعْدَهَا حَتَّى تَنْجَلِيَ الشَّمْسُ) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «إِذَا رَأَيْتُمْ مِنْ هَذِهِ الْأَفْرَاقِ شَيْئًا فَارْغَبُوا إِلَى اللَّهِ بِالْدُّعَاءِ»^(١)، وَالسُّنَّةُ فِي الْأَدْعِيَةِ تَأْخِيرُهَا عَنِ الصَّلَاةِ (وَيُصَلِّي بِهِمُ الْإِمَامُ الَّذِي يُصَلِّي بِهِمُ الْجُمُعَةُ فَإِنْ لَمْ يَحْضُرْ صَلَّى النَّاسُ فُرَادَى) تَحَرُّزًا عَنِ الْفِتْنَةِ.

(١) قال الزيلعي في نصب الراية (٢/٢٤٢): غريب بهذا اللفظ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَيَدْعُو بَعْدَهَا) أَيُّ بَعْدَ صَلَاةِ الْكُسُوفِ إِنْ شَاءَ جَالِسًا مُسْتَقْبِلَ الْقِبْلَةِ وَإِنْ شَاءَ قَائِمًا وَإِنْ شَاءَ يَسْتَقْبِلُ الْقَوْمَ بِوَجْهِهِ وَالْقَوْمُ تَوْمَنٌ. وَقَوْلُهُ (مِنْ هَذِهِ الْأَفْرَاحِ) الْفَرْغُ الْخَوْفُ وَكَلَامُهُ وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (فَإِنْ لَمْ يَحْضُرْ) يَعْنِي الْإِمَامَ (صَلَّى النَّاسُ فُرَادَى إِنْ شَاءُوا رَكَعَتَيْنِ وَإِنْ شَاءُوا أَرْبَعًا) لِأَنَّ هَذَا تَطَوُّعٌ وَالْأَصْلُ فِي التَّطَوُّعَاتِ ذَلِكَ. وَقَوْلُهُ (تَحَرُّزًا عَنِ الْفِتْنَةِ) أَيُّ فِتْنَةِ التَّقْدِيمِ وَالتَّقَدُّمِ وَالتَّنَازَعَةِ فِيهِمَا.

(وَلَيْسَ فِي خُسُوفِ الْقَمَرِ جَمَاعَةٌ) لَتَعَذُّرِ الْاجْتِمَاعِ فِي اللَّيْلِ (أَوْ لَخَوْفِ الْفِتْنَةِ)، وَإِنَّمَا يُصَلِّي كُلُّ وَاحِدٍ بِنَفْسِهِ؛ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «إِذَا رَأَيْتُمْ شَيْئًا مِنْ هَذِهِ الْأَهْوَالِ فَافْزَعُوا إِلَى الصَّلَاةِ»^(١) (وَلَيْسَ فِي الْكُسُوفِ خُطْبَةٌ)؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُنْقَلْ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلَيْسَ فِي خُسُوفِ الْقَمَرِ جَمَاعَةٌ) عَابَ أَهْلُ الْأَدَبِ مُحَمَّدًا فِي هَذَا اللَّفْظِ وَقَالُوا: إِنَّمَا يُسْتَعْمَلُ فِي الْقَمَرِ لَفْظُ الْخُسُوفِ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿فَإِذَا بَرِقَ الْبَصَرُ وَخَسَفَ الْقَمَرُ﴾ [الْقِيَامَةُ: ٧-٨] وَقَالَ فِي الْمَغْرِبِ: يُقَالُ كَسَفَتِ الشَّمْسُ وَالْقَمَرُ جَمِيعًا، وَقَوْلُهُ ﷺ «فَافْزَعُوا إِلَى الصَّلَاةِ» الْحَدِيثُ.

رَوَى أَبُو مَسْعُودٍ الْأَنْصَارِيُّ قَالَ «انْكَسَفَتِ الشَّمْسُ يَوْمَ مَاتَ إِبْرَاهِيمُ وَلَدُ النَّبِيِّ ﷺ، فَقَالَ النَّاسُ: إِنَّمَا انْكَسَفَتْ لِمَوْتِهِ، فَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: إِنَّ الشَّمْسَ وَالْقَمَرَ آيَاتَانِ مِنَ آيَاتِ اللَّهِ تَعَالَى لَا يَنْكَسِفَانِ لِمَوْتِ أَحَدٍ وَلَا لِحَيَاتِهِ، فَإِذَا رَأَيْتُمْ شَيْئًا مِنْ هَذِهِ الْأَهْوَالِ فَافْزَعُوا إِلَى الصَّلَاةِ» أَيُّ التَّحَنُّنِ إِلَيْهَا.

فَإِنْ قِيلَ: هَذَا أَمْرٌ وَالْأَمْرُ لِلْوُجُوبِ فَكَانَ يَتَّبَعِي أَنْ تَكُونَ صَلَاةُ الْكُسُوفِ وَاجِبَةً. قُلْنَا: قَدْ ذَهَبَ إِلَى ذَلِكَ بَعْضُ أَصْحَابِنَا، وَاخْتَارَهُ صَاحِبُ الْأَسْرَارِ وَالْعَامَّةُ ذَهَبَتْ إِلَى كَوْنِهَا سُنَّةً لِأَنَّهَا لَيْسَتْ مِنْ شُعَائِرِ الْإِسْلَامِ فَإِنَّهَا تُوجَدُ بِعَارِضٍ لَكِنْ صَلَاةَ النَّبِيِّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ فَكَانَتْ سُنَّةً وَالْأَمْرُ لِلتَّنْذِيرِ.

وَقَوْلُهُ (وَلَيْسَ فِي الْكُسُوفِ) أَيُّ كُسُوفِ الشَّمْسِ وَالْقَمَرِ (خُطْبَةٌ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ فِي كُسُوفِ الشَّمْسِ: يَخْطُبُ بَعْدَ الصَّلَاةِ خُطْبَتَيْنِ كَمَا فِي الْعِيدَيْنِ لَمَّا رَوَتْ عَائِشَةُ

(١) قال الزيلعي في نصب الراية (٢/٤٣): غريب بهذا اللفظ.

رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا قَالَتْ «خَسَفَتِ الشَّمْسُ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَصَلَّى ثُمَّ خَطَبَ فَحَمَدَ اللَّهَ وَأَتَى عَلَيْهِ» وَلَنَا أَنَّهُ لَمْ يُنْقَلْ، وَذَلِكَ دَلِيلٌ عَلَى أَنَّهُ لَمْ يُفْعَلْ، وَإِنْ صَحَّ فَتَأْوِيلُهُ أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ خَطَبَ لَأَنَّ النَّاسَ كَانُوا يَقُولُونَ إِنَّهَا كَسَفَتْ لِمَوْتِ إِبْرَاهِيمَ فَأَرَادَ أَنْ يَرُدَّ عَلَيْهِمْ.

بَابُ الاسْتِسْقَاءِ

(قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: لَيْسَ فِي الاسْتِسْقَاءِ صَلَاةٌ مَسْنُونَةٌ فِي جَمَاعَةٍ، فَإِنْ صَلَّى النَّاسُ وَحْدَانًا جَازَ، وَإِنَّمَا الاسْتِسْقَاءُ الدُّعَاءُ وَالِاسْتِغْفَارُ لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿فَقُلْتُ اسْتَغْفِرُوا رَبَّكُمْ إِنَّهُ كَانَ غَفَّارًا﴾ [نوح: ١٠]، «وَرَسُولُ اللَّهِ ﷺ اسْتَسْقَى وَلَمْ تُرَوْ عَنْهُ الصَّلَاةُ» (وَقَالَا: يُصَلِّي الْإِمَامُ رَكْعَتَيْنِ) لَمَّا رُوِيَ «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ صَلَّى فِيهِ رَكْعَتَيْنِ كَصَلَاةِ الْعِيدِ» رَوَاهُ ابْنُ عَبَّاسٍ. قُلْنَا: فَعَلَهُ مَرَّةً وَتَرَكَهُ أُخْرَى فَلَمْ يَكُنْ سُنَّةً.

وَقَدْ ذُكِرَ فِي الْأَصْلِ قَوْلُ مُحَمَّدٍ وَحْدَهُ. (وَيَجْهَرُ فِيهِمَا بِالْقِرَاءَةِ) اعْتِبَارًا بِصَلَاةِ الْعِيدِ (ثُمَّ يَخْطُبُ) لَمَّا رُوِيَ «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ خَطَبَ» ثُمَّ هِيَ كَخُطْبَةِ الْعِيدِ عِنْدَ مُحَمَّدٍ، وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ خُطْبَةٌ وَاحِدَةٌ (وَلَا خُطْبَةَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ)؛ لِأَنَّهَا تَبَعَ لِلْجَمَاعَةِ وَلَا جَمَاعَةَ عِنْدَهُ (وَيَسْتَقْبِلُ الْقِبْلَةَ بِالدُّعَاءِ) لَمَّا رُوِيَ «أَنَّهُ ﷺ اسْتَقْبَلَ الْقِبْلَةَ وَحَوْلَ رِدَاءَهُ» ^(١) (وَيَقْلُبُ رِدَاءَهُ) لَمَّا رَوَيْنَا. قَالَ: وَهَذَا قَوْلُ مُحَمَّدٍ، أَمَّا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ فَلَا يَقْلُبُ رِدَاءَهُ؛ لِأَنَّهُ دُعَاءٌ فَيُعْتَبَرُ بِسَائِرِ الْأَدْعِيَةِ. وَمَا رَوَاهُ كَانَ تَفَاوُلًا (وَلَا يَقْلُبُ الْقَوْمُ أَرْدِيَتَهُمْ)؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُنْقَلْ أَنَّهُ أَمَرَهُمْ بِذَلِكَ.

الشرح:

(بَابُ الاسْتِسْقَاءِ): أُخِّرَ صَلَاةُ الاسْتِسْقَاءِ عَنْ صَلَاةِ الْكُسُوفِ لِأَنَّ صَلَاةَ الْكُسُوفِ سُنَّةٌ. وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: لَيْسَ فِي الاسْتِسْقَاءِ صَلَاةٌ مَسْنُونَةٌ فِي جَمَاعَةٍ، فَإِنْ صَلَّى النَّاسُ وَحْدَانًا جَازَ وَإِنَّمَا الاسْتِسْقَاءُ الدُّعَاءُ وَالِاسْتِغْفَارُ لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿فَقُلْتُ اسْتَغْفِرُوا رَبَّكُمْ إِنَّهُ كَانَ غَفَّارًا﴾ [نوح: ١٠-١١] يُرْسِلُ السَّمَاءَ عَلَيْكُمْ مِدْرَارًا ﴿وَرُوِيَ أَنَّ قَوْمَ نُوحٍ عَلَيْهِ السَّلَامُ لَمَّا كَذَّبُوهُ بَعْدَ طَوْلِ تَكْرِيرِهِ الدَّعْوَةَ حَسَّ اللَّهُ عَنْهُمْ

(١) أخرجه البخاري في الاستسقاء باب ١، ١٥، ١٧، ٢٠، ومسلم في الاستسقاء حديث ١، ٣، ٤.

الْقَطْرَ وَأَعْقَمَ أَرْحَامَ نِسَائِهِمْ أَرْبَعِينَ سَنَةً، وَقِيلَ سَبْعِينَ سَنَةً، فَوَعَدَهُمْ أَنَّهُمْ إِنْ آمَنُوا رَزَقَهُمُ اللَّهُ الْخِصْبَ وَرَفَعَ عَنْهُمْ مَا كَانُوا عَلَيْهِ.

وَوَجْهَ الاستِدْلَالِ بِهِ أَنَّ شَرَائِعَ مَنْ قَبْلَنَا شَرَائِعُ لَنَا إِذَا قَصَّ اللَّهُ وَرَسُولُهُ مِنْ غَيْرِ إِنْكَارٍ وَهَذَا كَذَلِكَ، وَرَسُولُ اللَّهِ ﷺ اسْتَسْقَى وَلَمْ يُرَوْ عَنْهُ الصَّلَاةُ، وَإِنَّمَا الْمَرْوِيُّ عَنْهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ فِي ذَلِكَ الدُّعَاءُ.

رَوَى أَنَسٌ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ «أَنَّ النَّاسَ قَدْ فَحَطُوا فِي زَمَنِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَدَخَلَ رَجُلٌ مِنْ بَابِ الْمَسْجِدِ وَرَسُولُ اللَّهِ ﷺ يَخْطُبُ فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ هَلَكْتَ الْمَوَاشِي وَخَشِنَا الْهَلَاقَ عَلَى أَنْفُسِنَا فَادْعُ اللَّهَ أَنْ يَسْقِينَا، فَرَفَعَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ يَدَيْهِ فَقَالَ: اللَّهُمَّ اسْقِنَا غَيْثًا مُغِيثًا هَنِيئًا مَرِيئًا غَدَقًا مُعَدَّقًا عَاجِلًا غَيْرَ رَائِثٍ.

قَالَ الرَّأوِي: مَا كَانَ فِي السَّمَاءِ قَرَعَةً، فَارْتَفَعَتِ السَّحَابُ مِنْ هَهُنَا وَمِنْ هَهُنَا حَتَّى صَارَتْ رُكَامًا، ثُمَّ مَطَرَتْ سَبْعًا مِنَ الْجُمُعَةِ إِلَى الْجُمُعَةِ، ثُمَّ دَخَلَ ذَلِكَ الرَّجُلُ وَالنَّبِيُّ ﷺ يَخْطُبُ وَالسَّمَاءُ تَسْكُبُ فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ تَهْدِمُ الْبُنْيَانُ وَانْقَطَعَتِ السُّبُلُ فَادْعُ اللَّهَ أَنْ يُمَسِّكَهُ، فَتَبَسَّمَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ لِمَالَةَ ابْنِ آدَمَ.

قَالَ الرَّأوِي: وَاللَّهِ مَا تَرَى فِي السَّمَاءِ خَضِرًا، ثُمَّ رَفَعَ يَدَيْهِ فَقَالَ: اللَّهُمَّ حَوَالَيْنَا وَلَا عَلَيْنَا، اللَّهُمَّ عَلَى الْآكَامِ وَالظَّرَابِ وَبُطُونِ الْأَوْدِيَةِ وَمَنَابِتِ الشَّجَرِ»، فَانْجَابَتِ السَّحَابَةُ عَنْ الْمَدِينَةِ حَتَّى صَارَتْ حَوْلَهَا كَالْإِكْلِيلِ وَلَمْ يَذْكُرْ غَيْرَ الدُّعَاءِ» (وَقَالَا: يُصَلِّي الْإِمَامُ رَكَعَتَيْنِ، لَمَّا رُوِيَ أَنَّهُ ﷺ صَلَّى فِيهَا رَكَعَتَيْنِ كَصَلَاةِ الْعِيدِ) فِي الْجَهْرِ بِالْقِرَاءَةِ، وَالصَّلَاةُ بِلَا أَذَانٍ وَلَا إِقَامَةٍ رَوَاهُ ابْنُ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا. (قُلْنَا) إِنْ ثَبَتَ ذَلِكَ دَلٌّ عَلَى الْجَوَازِ وَنَحْنُ لَا نَمْنَعُهُ، وَإِنَّمَا الْكَلَامُ فِي أَنَّهَا سُنَّةٌ أَوْ لَا، وَالسُّنَّةُ مَا وَاظَبَ عَلَيْهِ النَّبِيُّ ﷺ، وَهَاهُنَا (فَعَلَهُ مَرَّةً وَتَرَكَهُ أُخْرَى فَلَمْ يَكُنْ) فَعَلَهُ أَكْثَرَ مِنْ تَرْكِهِ حَتَّى يَكُونَ مُوَاطَبَةً فَلَا يَكُونُ (سُنَّةً).

فَإِنْ قِيلَ كَلَامُ الْمُصَنِّفِ حِينَئِذٍ مُتَنَاقِضٌ؛ لِأَنَّهُ قَالَ أَوَّلًا وَلَمْ تُرَوْ عَنْهُ الصَّلَاةُ ثُمَّ قَالَ لَمَّا رُوِيَ عَنْهُ. فَالْجَوَابُ أَنَّ الْمَرْوِيَّ لَمَّا كَانَ شَاذًا فِيمَا نَعْمُ بِهِ الْبَلَوَى جَعَلَهُ كَأَنَّهُ غَيْرُ مَرْوِيٍّ. قَوْلُهُ (وَقَدْ ذَكَرَ فِي الْأَصْلِ قَوْلَ مُحَمَّدٍ وَحْدَهُ) يَعْنِي أَنَّ أَبَا يُوسُفَ مَعَ أَبِي حَنِيفَةَ، هَكَذَا ذَكَرَ فِي الْمَبْسُوطِ وَالْمُحِيطِ، وَذَكَرَ فِي شَرْحِ الطَّحَاوِيِّ قَوْلَهُ مَعَ مُحَمَّدٍ

كَمَا ذَكَرَ فِي الْكِتَابِ. وَقَوْلُهُ (وَيُجْهَرُ فِيهِمَا بِالْقِرَاءَةِ) اتَّفَقَا عَلَى الْجَهْرِ بِالْقِرَاءَةِ اعْتِبَارًا بِصَلَاةِ الْعَبْدِ. وَاخْتَلَفَا فِي الْخُطْبَةِ فَقَالَ مُحَمَّدٌ: هِيَ كَخُطْبَةِ الْعِيدِ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: خُطْبَةٌ وَاحِدَةٌ وَبِكُلِّ ذَلِكَ وَرَدَ الْحَدِيثُ (وَلَا خُطْبَةَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ لِأَنَّهَا تَبْعُ الْجَمَاعَةِ وَلَا جَمَاعَةَ عِنْدَهُ) وَقَالَ ابْنُ عَبَّاسٍ «حَرَجَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ مُتَدَلًّا مُتَوَاضِعًا مُتَضَرِّعًا حَتَّى أَتَى الْمُصَلِّيَ فَرَفَعِيَ الْمَنِيرَ، فَلَمْ يَخْطُبْ خُطْبَتَكُمْ هَذِهِ وَلَكِنْ لَمْ يَزَلْ فِي الدُّعَاءِ وَالتَّضَرُّعِ وَالتَّكْبِيرِ» (وَيَسْتَقْبِلُ الْقِبْلَةَ لَمَّا رَوِيَ أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ فَعَلَّ ذَلِكَ).

رَوِيَ عَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ قَالَ: إِنْ شَاءَ رَفَعَ يَدَيْهِ بِالدُّعَاءِ، وَإِنْ شَاءَ أَشَارَ بِأَصَابِعِهِ (وَيَقْلِبُ رِدَاءَهُ) وَصِفَةُ الْقَلْبِ إِنْ كَانَ الرِّدَاءُ مُرَبَّعًا أَنْ يَجْعَلَ أَعْلَاهُ أَسْفَلَهُ وَأَسْفَلَهُ أَعْلَاهُ. وَإِنْ كَانَ مُدَوَّرًا بَأَنْ كَانَ حَبَّةً أَنْ يَجْعَلَ الْأَيْمَنَ أَيْسَرَ وَالْأَيْسَرَ أَيْمَنَ. (وَقَوْلُهُ لَمَّا رَوَيْنَا) يُرِيدُ بِهِ قَوْلَهُ لَمَّا رَوِيَ " { أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ اسْتَقْبَلَ الْقِبْلَةَ وَحَوْلَ رِدَاءَهُ } " قَالَ الْمُصَنِّفُ (وَهَذَا قَوْلُ مُحَمَّدٍ، أَمَّا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ فَلَا يَقْلِبُ) وَلَمْ يَذْكُرْ قَوْلَ أَبِي يُوسُفَ لِأَنَّهُ مُضْطَرِبٌ، ذَكَرَهُ الْحَاكِمُ مَعَ أَبِي حَنِيفَةَ وَالْكَرْخِيُّ مَعَ مُحَمَّدٍ. وَقَوْلُهُ (لَأَنَّهُ) أَيُّ الاسْتِسْقَاءِ (دُعَاءٌ) وَلَيْسَ فِي شَيْءٍ مِنَ الْأَدْعِيَةِ قَلْبُ رِدَاءٍ فَكَذَا هَذَا. وَقَوْلُهُ (وَمَا رَوَاهُ كَانَ تَفَاوُلًا) جَوَابٌ عَنْ اسْتِدْلَالِهِم بِالْحَدِيثِ، وَمَعْنَاهُ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ تَفَاعَلَ بِتَغْيِيرِ الْهَيْئَةِ لِتَغْيِيرِ الْهَوَاءِ: يَعْنِي غَيْرَنَا مَا كُنَّا عَلَيْهِ فَعَبَّرَ اللَّهُمَّ الْحَالِ.

وَفِي كَلَامِهِ نَظَرٌ مِنْ وَجْهَيْنِ: أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ تَعْلِيلٌ فِي مُقَابَلَةِ النَّصِّ وَهُوَ بَاطِلٌ. وَالثَّانِي هَبَّ أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ تَفَاعَلَ بِذَلِكَ فَلْيَتَفَاعَلَ كُلُّ مَنْ يُتَتَلَّى بِذَلِكَ تَأْسِيًا بِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ.

وَالْجَوَابُ عَنْ الْأَوَّلِ: أَنَّهُ لَيْسَ تَعْلِيلًا فِي مُقَابَلَةِ النَّصِّ بَلْ مِنْ بَابِ الْعَمَلِ بِالْقِيَاسِ بَعْدَ تَعَارُضِ النَّصِّينِ، وَذَلِكَ لِأَنَّ مَا رَوَاهُ مُحَمَّدٌ يَدُلُّ عَلَى الْقَلْبِ، وَمَا رَوَى أَنَسٌ يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ لَا تَحْوِيلَ فِيهِ فَتَعَارُضًا فَصِيرَ إِلَى مَا بَعْدَهُمَا مِنَ الْحُجَّةِ وَهُوَ الْقِيَاسُ، وَالْمُصَنِّفُ لَمْ يَتَعَرَّضْ لَذِكْرِهِ لِتَقْدُّمِ ذِكْرِهِ.

وَعَنِ الثَّانِي: بِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ عِلْمٌ بِالْوَحْيِ أَنَّ الْحَالَ يَتَقَلَّبُ إِلَى الْخُصْبِ مَتَى قَلْبَ الرِّدَاءِ، وَهَذَا مِمَّا لَا يَتَأْتَى مِنْ غَيْرِهِ فَلَا فَائِدَةَ فِي التَّأْسِي ظَاهِرًا فِيمَا

يَنْفِيهِ الْقِيَاسُ. وَقَوْلُهُ (وَلَا يُقَلِّبُ الْقَوْمَ أَرْدِيَّتَهُمْ) قِيلَ هُوَ بِالتَّشْدِيدِ لِأَنَّ فِيهِ تَكْثِيرًا بِخِلَافِ الْأَوَّلِ.

وَقَوْلُهُ (لَأَنَّهُ لَمْ يُنْقَلْ أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَمَرَهُمْ بِذَلِكَ) فِيهِ نَظَرٌ لِأَنَّهُ اسْتِدْلَالٌ بِالتَّنْفِي وَهُوَ بَاطِلٌ لِأَنَّهُ احْتِجَاجٌ بِلَا دَلِيلٍ، وَمِثْلُ هَذَا صَنَعَ فِي آخِرِ بَابِ الْكُسُوفِ حَيْثُ قَالَ: لَأَنَّهُ لَمْ يُنْقَلْ. وَالْجَوَابُ: أَنَّ التَّغْلِيلَ بِالتَّنْفِي لَا يَصِحُّ إِذَا لَمْ تَكُنِ الْعِلَّةُ مُتَعَيِّنَةً، أَمَّا إِذَا كَانَتْ فَلَا بَأْسَ بِهِ لِأَنَّ انْتِفَاءَ الْعِلَّةِ الشَّخْصِيَّةِ يَسْتَلْزِمُ انْتِفَاءَ الْحُكْمِ، أَلَا تَرَى إِلَى قَوْلِ مُحَمَّدٍ فِي وَلَدِ الْمَغْضُوبِ إِنَّهُ لَا يَضْمَنُ الْغَضَبُ لَمْ يَرِدْ عَلَيْهِ وَمَوْضِعُهُ أُصُولُ الْفَقْهِ فَإِنْ قِيلَ: قَدْ رُوِيَ أَنَّ الْقَوْمَ قَلَبُوا أَرْدِيَّتَهُمْ حِينَ رَأَوْا قَلْبَ النَّبِيِّ ﷺ وَلَمْ يُنْكِرْ عَلَيْهِمْ. أُجِيبَ بِأَنَّ قَلْبَهُمْ هَذَا كَخَلْعِهِمُ النَّعَالَ حِينَ رَأَوْهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ خَلَعَ نَعْلَيْهِ فِي صَلَاةِ الْجَنَائِزِ وَلَمْ يَكُنْ ذَلِكَ حُجَّةً فَكَذَا هَذَا، وَإِنَّمَا لَمْ يُنْكِرْ عَلَيْهِمْ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِحَرَامٍ بِلَا خِلَافٍ، وَإِنَّمَا الْكَلَامُ فِي كَوْنِهِ سُنَّةً.

(وَلَا يَحْضُرُ أَهْلُ الذِّمَّةِ الْاسْتِسْقَاءَ؛ لِأَنَّهُ لَا اسْتِنَزَالَ الرَّحْمَةِ، وَإِنَّمَا تَنْزِيلُ عَلَيْهِمُ

الْلُعْنَةُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلَا يَحْضُرُ أَهْلُ الذِّمَّةِ الْاسْتِسْقَاءَ) ظَاهِرٌ، وَإِنَّمَا يَخْرُجُ الْمُسْلِمُونَ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ وَلَمْ يُنْقَلْ أَكْثَرُ مِنْ ذَلِكَ. قِيلَ يُسْتَحَبُّ لِلْإِمَامِ أَنْ يَأْمُرَ النَّاسَ بِصِيَامِ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ، وَمَا أَطَاقُوا مِنَ الصَّدَقَةِ وَالْخُرُوجِ مِنَ الْمَظَالِمِ وَالتَّوْبَةِ مِنَ الْمَعَاصِي، ثُمَّ يَخْرُجُ بِهِمُ الْيَوْمَ الرَّابِعَ وَبِالْعَجَائِزِ وَالصَّبِيَّانِ مُنْتَظِفِينَ فِي ثِيَابٍ بَذَلَتْ بِذَلِكَ مُتَوَاضِعِينَ لِلَّهِ، وَيُسْتَحَبُّ إِخْرَاجُ الدَّوَابِّ.

بَابُ صَلَاةِ الْخَوْفِ

(إِذَا اشْتَدَّ الْخَوْفُ جَعَلَ الْإِمَامُ النَّاسَ طَائِفَتَيْنِ: طَائِفَةً إِلَى وَجْهِ الْعَدُوِّ، وَطَائِفَةً

خَلْفَهُ، فَيُصَلِّي بِهَذِهِ الطَّائِفَةِ رَكْعَةً وَسَجْدَتَيْنِ، فَإِذَا رَفَعَ رَأْسَهُ مِنَ السَّجْدَةِ الثَّانِيَةِ مَضَتْ هَذِهِ الطَّائِفَةُ إِلَى وَجْهِ الْعَدُوِّ وَجَاءَتْ تِلْكَ الطَّائِفَةُ، فَيُصَلِّي بِهِمُ الْإِمَامُ رَكْعَةً وَسَجْدَتَيْنِ وَتَشْهَدُ وَسَلِّمَ وَلَمْ يُسَلِّمُوا، وَذَهَبُوا إِلَى وَجْهِ الْعَدُوِّ، وَجَاءَتْ الطَّائِفَةُ الْأُولَى فَصَلُّوا رَكْعَةً وَسَجْدَتَيْنِ وَحَدَانَا بِغَيْرِ قِرَاءَةٍ؛ لِأَنَّهُمْ لَاحِقُونَ (وَتَشْهَدُوا وَسَلِّمُوا وَمَضُوا إِلَى وَجْهِ الْعَدُوِّ، وَجَاءَتْ الطَّائِفَةُ الْأُخْرَى، وَصَلُّوا رَكْعَةً وَسَجْدَتَيْنِ بِقِرَاءَةٍ؛ لِأَنَّهُمْ

مَسْبُوقُونَ (وَتَشْهَدُوا وَسَلَّمُوا) وَالْأَصْلُ فِي رِوَايَةِ ابْنِ مَسْعُودٍ «أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ صَلَّى صَلَاةَ الْخَوْفِ عَلَى الصِّفَةِ الَّتِي قُلْنَا». وَأَبُو يُوسُفَ وَإِنْ أَنْكَرَ شَرْعِيَّتَهَا فِي زَمَانِنَا فَهُوَ مَحْجُوجٌ عَلَيْهِ بِمَا رَوَيْنَا.

الشرح:

(بَابُ صَلَاةِ الْخَوْفِ): وَجْهُ الْمُنَاسَبَةِ بَيْنَ الْبَابَيْنِ أَنَّ شَرْعِيَّةَ كُلِّ مِنْهُمَا لِعَارِضِ خَوْفٍ، وَقَدْ أَمَّ الْإِسْتِسْقَاءُ لِأَنَّ الْعَارِضَ ثَمَّةً انْقِطَاعُ الْمَطَرِ وَهُوَ سَمَاوِيٌّ وَهَاهُنَا اخْتِيَارِيٌّ وَهُوَ الْجِهَادُ الَّذِي سَبَبُهُ كُفْرُ الْكَافِرِ، وَصُورَةُ صَلَاةِ الْخَوْفِ مَا ذُكِرَ فِي الْكِتَابِ، وَقَوْلُهُ (إِذَا اشْتَدَّ الْخَوْفُ) لَيْسَ اشْتِدَادُ الْخَوْفِ شَرْطًا عِنْدَ عَامَّةِ مَشَايخِنَا.

قَالَ فِي التُّحْفَةِ: سَبَبُ جَوَازِ صَلَاةِ الْخَوْفِ نَفْسُ قُرْبِ الْعَدُوِّ مِنْ غَيْرِ ذِكْرِ الْخَوْفِ وَالْإِشْتِدَادِ. وَقَالَ فَخْرُ الْإِسْلَامِ فِي مَبْسُوطِهِ: الْمُرَادُ بِالْخَوْفِ عِنْدَ الْبَعْضِ حَضْرَةُ الْعَدُوِّ لَا حَقِيقَةُ الْخَوْفِ، لِأَنَّ حَضْرَةَ الْعَدُوِّ أُقِيمَ مَقَامَ الْخَوْفِ عَلَى مَا عُرِفَ فِي تَعْلِيلِ الرُّخْصَةِ بِنَفْسِ السَّفَرِ لَا حَقِيقَةَ الْمَشَقَّةِ لِأَنَّ السَّفَرَ سَبَبُ الْمَشَقَّةِ فَأُقِيمَ مَقَامُهَا، فَكَذَا حَضْرَةُ الْعَدُوِّ هَاهُنَا سَبَبُ الْخَوْفِ أُقِيمَ مَقَامَ حَقِيقَةِ الْخَوْفِ.

قِيلَ صَلَاةُ الْخَوْفِ عَلَى الْوَجْهِ الْمَذْكُورِ فِي الْكِتَابِ إِنَّمَا يُحْتَاجُ إِلَيْهَا إِذَا تَنَازَعَ الْقَوْمُ فِي الصَّلَاةِ خَلْفَ الْإِمَامِ فَقَالَ كُلُّ طَائِفَةٍ مِنْهُمْ نَحْنُ نُصَلِّي مَعَكَ، وَأَمَّا إِذَا تَنَازَعُوا فَأَلْفُضْ أَنْ يُصَلِّيَ الْإِمَامُ بِطَائِفَةٍ تَمَامَ الصَّلَاةِ وَيُرْسِلَهُمْ إِلَى وَجْهِ الْعَدُوِّ وَيَأْمُرُ رَجُلًا مِنَ الطَّائِفَةِ الَّتِي كَانَتْ بِإِزَاءِ الْعَدُوِّ أَنْ يُصَلِّيَ بِهِمْ تَمَامَ صَلَاتِهِمْ أَيْضًا وَتَقُومَ الَّتِي صَلَّتْ مَعَ الْإِمَامِ بِإِزَاءِ الْعَدُوِّ. وَقَوْلُهُ (وَأَبُو يُوسُفَ وَإِنْ أَنْكَرَ شَرْعِيَّتَهَا) أَيُّ كَوْنِهَا مَشْرُوعَةً، وَكَانَ يَقُولُ أَوَّلًا مِثْلَمَا قَالَا ثُمَّ رَجَعَ وَقَالَ: كَانَتْ مَشْرُوعَةً فِي حَيَاةِ النَّبِيِّ ﷺ خَاصَّةً لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَإِذَا كُنْتَ فِيهِمْ﴾ [النساء: ١٠٢]، لَيَنَالُ كُلُّ طَائِفَةٍ فَضِيلَةَ الصَّلَاةِ خَلْفَهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ، وَقَدْ ارْتَفَعَ ذَلِكَ بَعْدَهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ، وَكُلُّ طَائِفَةٍ تَتِمَّكَّنُ مِنْ أَدَاءِ الصَّلَاةِ بِإِمَامٍ عَلَى حِدَةٍ، فَلَا يَجُوزُ أَدَاؤُهَا بِصِفَةِ الذَّهَابِ وَالْمَجِيءِ. وَقَوْلُهُ (بِمَا رَوَيْنَا) يُرِيدُ بِهِ قَوْلَهُ.

وَالْأَصْلُ فِيهِ رِوَايَةُ ابْنِ مَسْعُودٍ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ صَلَّى صَلَاةَ الْخَوْفِ عَلَى الصِّفَةِ الَّتِي قُلْنَا. قَالَ بَعْضُ الشَّارِحِينَ: هَذَا فِي غَايَةِ الْبُعْدِ عَنِ التَّحْقِيقِ، لِأَنَّ أَبَا يُوسُفَ لَمْ يُنْكِرْ

شَرَعِيَّتَهَا فِي زَمَنِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ، فَكَيْفَ تَكُونُ صَلَاتُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ حُجَّةً عَلَى أَبِي يُوسُفَ؟ وَالْجَوَابُ أَنَّهُ حُجَّةٌ عَلَى أَبِي يُوسُفَ مِنْ حَيْثُ الدَّلَالَةُ لَا مِنْ حَيْثُ الْعِبَارَةُ، وَذَلِكَ لِأَنَّ السَّبَبَ هُوَ الْخَوْفُ، وَهُوَ يَتَحَقَّقُ بَعْدَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ كَمَا كَانَ فِي حَيَاتِهِ، وَلَمْ يَكُنْ ذَلِكَ لَتَيْلِ فَضِيلَةِ الصَّلَاةِ خَلْفَهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لِأَنَّهُ تَرَكَ الْمَشْيَ وَالْإِسْتِدْبَارَ فِي الصَّلَاةِ فَرِيضَةً وَالصَّلَاةَ خَلْفَهُ فَضِيلَةً، وَلَا يَجُوزُ تَرْكُ الْفَرَضِ لِإِحْرَازِ الْفَضِيلَةِ، وَالْخَطَابُ لِلرَّسُولِ قَدْ لَا يَخْتَصُّ بِهِ كَمَا فِي قَوْلِهِ تَعَالَى ﴿خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً﴾ [التوبة: ١٠٣] وَالْمَعْلُوقُ بِالشَّرْطِ لَا يُوجِبُ عَدَمَ الْحُكْمِ عِنْدَ عَدَمِهِ عِنْدَنَا عَلَى مَا عُرِفَ بَلْ هُوَ مَوْقُوفٌ إِلَى قِيَامِ الدَّلِيلِ وَقَدْ قَامَ الدَّلِيلُ عَلَى وُجُودِهِ وَهُوَ فِعْلُ الصَّحَابَةِ بَعْدَ النَّبِيِّ ﷺ، فَإِنَّهُ رُوِيَ عَنْ سَعْدِ بْنِ أَبِي وَقَّاصٍ وَأَبِي عُيَيْدَةَ بْنِ الْجَرَّاحِ وَأَبِي مُوسَى الْأَشْعَرِيِّ أَقَامُوا صَلَاةَ الْخَوْفِ بِأَصْفِهَانِ.

وَكَذَا رُوِيَ عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْعَاصِ أَنَّهُ حَارَبَ الْمُجُوسَ بِطَبْرِسْتَانَ وَمَعَهُ الْحَسَنُ بْنُ عَلِيٍّ وَحَذِيفَةُ بْنُ الْيَمَانِ وَعَبْدُ اللَّهِ بْنُ عَمْرِو بْنِ الْعَاصِ وَصَلَّى بِهِمْ صَلَاةَ الْخَوْفِ وَلَمْ يُنْكَرْ عَلَيْهِ أَحَدٌ فَحَلَّ مَحَلَّ الْإِجْمَاعِ.

قَالَ (وَإِنْ كَانَ الْإِمَامُ مُقِيمًا صَلَّى بِالطَّائِفَةِ الْأُولَى رَكْعَتَيْنِ وَبِالثَّانِيَةِ رَكْعَتَيْنِ) لَمَّا رُوِيَ «أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ صَلَّى الظُّهْرَ بِالطَّائِفَتَيْنِ رَكْعَتَيْنِ رَكْعَتَيْنِ» (وَيُصَلِّي بِالطَّائِفَةِ الْأُولَى مِنَ الْمَغْرِبِ رَكْعَتَيْنِ، وَبِالثَّانِيَةِ رَكْعَةً وَاحِدَةً) لِأَنَّهُ تَنْصِيفُ الرُّكْعَةِ الْوَاحِدَةِ غَيْرُ مُمَكِّنٍ، فَجَعَلَهَا فِي الْأُولَى أُولَى بِحُكْمِ السَّبْقِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَيُصَلِّي بِالطَّائِفَةِ الْأُولَى مِنَ الْمَغْرِبِ رَكْعَتَيْنِ) مَذْهَبُنَا، وَقَالَ الثَّوْرِيُّ بِالْعَكْسِ لِأَنَّهُ فَرَضَ الْقِرَاءَةَ فِي الرُّكْعَتَيْنِ الْأُولَيَيْنِ فَيَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ لِكُلِّ طَائِفَةٍ فِي ذَلِكَ حَظٌّ. وَقَوْلُهُ (لِأَنَّهُ تَنْصِيفُ الرُّكْعَةِ الْوَاحِدَةِ غَيْرُ مُمَكِّنٍ) مَعْنَاهُ: أَنَّهُ يُصَلِّي بِكُلِّ طَائِفَةٍ شَطْرَ الصَّلَاةِ وَشَطْرُ الْمَغْرِبِ رَكْعَةً وَنِصْفٌ فَيَكُونُ حَقُّ الطَّائِفَةِ الْأُولَى نِصْفَ رَكْعَةٍ وَالرُّكْعَةُ الْوَاحِدَةُ لَا تَنْجَزُ فَنُتَبِتُ فِي كُلِّهَا بِحُكْمِ السَّبْقِ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: إِنْ شَاءَ صَلَّى مِثْلَ مَذْهَبِنَا وَإِنْ شَاءَ صَلَّى مِثْلَ مَذْهَبِ الثَّوْرِيِّ

(وَلَا يَقَاتِلُونَ فِي حَالِ الصَّلَاةِ، فَإِنْ فَعَلُوا بَطَلَتْ صَلَاتُهُمْ)؛ لِأَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ

وَالسَّلَامُ شُغِلَ عَنْ أَرْبَعِ صَلَوَاتِ يَوْمِ الْخَنْدَقِ، وَلَوْ جَازَ الْأَدَاءُ مَعَ الْقِتَالِ لَمَا تَرَكَهَا.

الشرح:

(وَلَا يُقَاتِلُونَ فِي حَالِ الصَّلَاةِ فَإِنْ فَعَلُوا ذَلِكَ بَطَلَتْ صَلَاتُهُمْ) وَقَالَ مَالِكٌ: لَا تَفْسُدُ، وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ فِي الْقَدِيمِ لظَاهِرِ قَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَلْيَأْخُذُوا حِذْرَهُمْ وَأَسْلِحَتَهُمْ﴾ [النساء: ١٠٢] وَالْأَمْرُ بِأَخْذِ السَّلَاحِ فِي الصَّلَاةِ لَا يَكُونُ إِلَّا لِلْقِتَالِ بِهِ، وَلَنَا مَا ذَكَرَهُ «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ شُغِلَ عَنْ أَرْبَعِ صَلَوَاتِ يَوْمِ الْأَخْزَابِ» فَلَوْ جَازَ الْأَدَاءُ مَعَ الْقِتَالِ لَمَا تَرَكَهَا، وَالْأَمْرُ بِأَخْذِ الْأَسْلِحَةِ لِكَيْ لَا يَطْمَعَ الْعَدُوُّ فِيهِمْ إِذَا رَأَاهُمْ غَيْرَ مُسْتَعِدِينَ أَوْ لِيُقَاتِلُوا بِهَا إِذَا احْتَجَّاهَا ثُمَّ يَسْتَقْبِلُوا الصَّلَاةَ.

(فَإِنْ اشْتَدَّ الْخَوْفُ صَلُّوا رُكْبَانًا فَرَادَى يُؤْمِنُونَ بِالرُّكُوعِ وَالسُّجُودِ إِلَى أَيِّ جِهَةٍ شَاءُوا إِذَا لَمْ يَقْدِرُوا عَلَى التَّوَجُّهِ إِلَى الْقِبْلَةِ) لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ فَرِجَالًا أَوْ رُكْبَانًا﴾ [البقرة: ٢٣٩] وَسَقَطَ التَّوَجُّهُ لِلضَّرُورَةِ. وَعَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُمُ الْمُصَلُّونَ بِجَمَاعَةٍ، وَلَيْسَ بِصَحِيحٍ لَانْعِدَامِ الْإِتِّحَادِ فِي الْمَكَانِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (فَإِنْ اشْتَدَّ الْخَوْفُ) بَأَنَّ لَا يَدْعُهُمُ الْعَدُوُّ أَنْ يُصَلُّوا تَارِلِينَ بَلْ يَهْجُمُونَهُمْ بِالْمَحَارَبَةِ (صَلُّوا رُكْبَانًا إلخ) فِيهِ إِشَارَةٌ إِلَى أَنَّ اشْتِدَادَ الْخَوْفِ شَرْطُ جَوَازِ الصَّلَاةِ رُكْبَانًا وَفَرَادَى مُؤْمِنِينَ لَا شَرْطُ جَوَازِ صَلَاةِ الْخَوْفِ حَتَّى لَوْ رَكِبَ فِي غَيْرِ حَالَةِ الْإِشْتِدَادِ بَطَلَتْ صَلَاتُهُ لِأَنَّهُ عَمَلٌ كَثِيرٌ لَمْ يَرِدْ فِيهِ نَصٌّ، بِخِلَافِ الْمَشْيِ وَالذَّهَابِ فَإِنَّهُ وَرَدَ فِيهِ النَّصُّ لِبَقَاءِ التَّحْرِيمَةِ وَإِنْ كَانَ عَمَلًا كَثِيرًا.

وَعَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُمْ يُصَلُّونَ جَمَاعَةً أَسْتَحْسِنَ ذَلِكَ لَتَيْلِ فَضِيلَةِ الصَّلَاةِ بِالْجَمَاعَةِ، وَلَيْسَ بِصَحِيحٍ لِأَنَّ اتِّحَادَ الْمَكَانِ شَرْطُ صِحَّةِ الْإِقْتِدَاءِ وَلَمْ يُوجَدْ إِلَّا أَنْ يَكُونَ الرَّجُلُ مَعَ الْإِمَامِ عَلَى دَابَّةٍ وَاحِدَةٍ فَيَصِحُّ الْإِقْتِدَاءُ لَانْتِفَاءِ الْمَانِعِ، وَالْخَوْفُ مِنْ سَبْعِ يُعَانِيُونَهُ كَالْخَوْفِ مِنَ الْعَدُوِّ وَلِأَنَّ الرُّخْصَةَ لِدَفْعِ سَبَبِ الْخَوْفِ عَنْهُمْ، وَلَا فَرْقَ فِي هَذَا بَيْنَ السَّبْعِ وَالْعَدُوِّ.

بَابُ الْجَنَائِزِ

(إِذَا أُحْضِرَ الرَّجُلُ وَجْهَهُ إِلَى الْقَبِيلَةِ عَلَى شِقِّهِ الْأَيْمَنِ) اعتِباراً بِحَالِ الْوَضْعِ فِي الْقَبْرِ؛ لِأَنَّهُ أَشْرَفَ عَلَيْهِ، وَالْمُخْتَارُ فِي بِلَادِنَا الْإِسْتِلْقَاءُ؛ لِأَنَّهُ أَيْسَرُ لَخُرُوجِ الرُّوحِ وَالْأَوَّلُ هُوَ السُّنَّةُ (وَلَقَنَّ الشَّهَادَتَيْنِ) لِقَوْلِهِ ﷺ: «لَقَنُوا مَوْتَكُمْ شَهَادَةً أَنْ لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ»^(١) وَالْمُرَادُ الَّذِي قَرُبَ مِنَ الْمَوْتِ (فَإِذَا مَاتَ شَدَّ لِحْيَاهُ وَغَمَضَ عَيْنَاهُ) بِذَلِكَ جَرَى التَّوَارُثُ، ثُمَّ فِيهِ تَحْسِينُهُ فَيُسْتَحْسَنُ.

الشرح:

(بَابُ الْجَنَائِزِ): الْجَنَائِزُ جَمْعُ جَنَازَةٍ، وَالْجَنَازَةُ بِالْكَسْرِ السَّرِيرُ، وَبِالْفَتْحِ الْمَيْتُ. وَقِيلَ هُمَا لُغَتَانِ. وَعَنْ الْأَصْمَعِيِّ لَا يُقَالُ بِالْفَتْحِ. وَلَمَّا كَانَ الْمَوْتُ آخِرَ الْعَوَاضِ ذَكَرَ صَلَاةَ الْجَنَازَةِ آخِرًا لِلْمُنَاسَبَةِ، إِلَّا أَنَّ هَذَا يَقْتَضِي أَنْ يَذْكَرَ الصَّلَاةُ فِي الْكَعْبَةِ قَبْلَهَا، وَلَكِنْ أُخْرِجَهَا لِيَكُونَ خَتَمُ كِتَابِ الصَّلَاةِ بِمَا يُتَبَرَّكُ بِهَا حَالًا وَمَكَانًا (إِذَا أُحْضِرَ الرَّجُلُ) أَيُّ قَرُبَ مِنَ الْمَوْتِ، وَقَدْ يُقَالُ أُحْضِرَ إِذَا مَاتَ لِأَنَّ الْوَفَاةَ حَضَرَتْهُ أَوْ مَلَائِكَةُ الْمَوْتِ. وَقَوْلُهُ (عَلَى شِقِّهِ) أَيُّ جَنْبِهِ (الْأَيْمَنِ) اعتِباراً بِحَالِ الْوَضْعِ فِي الْقَبْرِ فَإِنَّهُ يُوضَعُ فِيهِ كَذَلِكَ بِالِاتِّفَاقِ (لِأَنَّهُ أَشْرَفَ عَلَيْهِ) أَيُّ عَلَى الْوَضْعِ فِي الْقَبْرِ، وَالشَّيْءُ إِذَا قَرُبَ مِنْ الشَّيْءِ يَأْخُذُ حُكْمَهُ. وَقَوْلُهُ (وَلَقَنَّ الشَّهَادَةَ) تَلْقِينُهَا أَنْ يُقَالَ عِنْدَهُ وَهُوَ يَسْمَعُ، وَلَا يُقَالُ لَهُ قُلْ لِأَنَّ الْحَالَ صَعْبٌ عَلَيْهِ فَرُبَّمَا يَمْتَنِعُ عَنْ ذَلِكَ وَالْعِبَادُ بِاللَّهِ.

وَقَوْلُهُ (وَالْمُرَادُ الَّذِي قَرُبَ مِنَ الْمَوْتِ) دَفْعُ لَوْهَمٍ مَنْ يَتَوَهَّمُ أَنَّ الْمُرَادَ بِهِ قِرَاءَةُ التَّلْقِينِ عَلَى الْقَبْرِ كَمَا ذَهَبَ إِلَيْهِ بَعْضُ فَيَكُونُ مِنْ بَابِ قَوْلِهِ ﴿إِنَّكَ مَيِّتٌ﴾ وَ «مَنْ قَتَلَ قَتِيلًا فَلَهُ سَلْبُهُ» وَقَوْلُهُ (ثُمَّ فِيهِ تَحْسِينُهُ) لِأَنَّهُ إِذَا تُرِكَ مَفْتُوحَ الْعَيْنِ يَصِيرُ كَرِيهَ الْمَنْظَرِ وَيَقْبُحُ فِي أَعْيُنِ النَّاسِ.

فَصْلٌ فِي الْغُسْلِ

(وَإِذَا أَرَادُوا غُسْلَهُ وَضَعُوهُ عَلَى سَرِيرٍ) لِيَنْصَبَ الْمَاءُ عَنْهُ (وَجَعَلُوا عَلَى عَوْرَتِهِ خِرْقَةً) إِقَامَةً لَوَاجِبِ السُّتْرِ، وَيَكْتَفِي بِسُتْرِ الْعَوْرَةِ الْغَلِيظَةِ هُوَ الصَّحِيحُ تَيْسِيرًا (وَنَزَعُوا

(١) أخرجه مسلم في الجنائز حديث (٥١)، وأبو داود في الجنائز باب ١٦ حديث (٣١٧)، والترمذي في الجنائز باب ٧. وانظر نصب الراية (٢٦٠/٢).

ثِيَابَهُ) لِيُمْكِنَهُمُ التَّنْظِيفُ.

الشرح:

(فصل في ذكر أحوال الميت): في فُضُولٍ وَقَدَّمَ الْغُسْلَ لِأَنَّهُ أَوَّلُ مَا يُصْنَعُ بِهِ، وَهُوَ وَاجِبٌ عَلَى الْأَحْيَاءِ بِالْإِجْمَاعِ. وَاخْتَلَفُوا فِي سَبَبِ وَجُوبِ الْغُسْلِ، فَقِيلَ إِنَّمَا وَجِبَ لِحَدَثٍ يَحُلُّ بِاسْتِرْحَاءِ الْمَفَاصِلِ لَا لِنَجَاسَةٍ تَحُلُّ بِهِ، فَإِنَّ الْآدَمِيَّ لَا يَنْجَسُ بِالْمَوْتِ كَرَامَةً، إِذْ لَوْ تَنَجَّسَ لَمَّا طَهَّرَ بِالْغُسْلِ كَسَائِرِ الْحَيَوَانَاتِ، وَكَانَ الْوَاجِبُ الْاِقْتِصَارَ فِي الْغُسْلِ عَلَى أَعْضَاءِ الْوُضُوءِ كَمَا فِي حَالِ الْحَيَاةِ، لَكِنَّ ذَلِكَ إِنَّمَا كَانَ نَفْيًا لِلْحَرَجِ فِيمَا يَتَكَرَّرُ كُلَّ يَوْمٍ، وَالْحَدَثُ بِسَبَبِ الْمَوْتِ لَا يَتَكَرَّرُ فَكَانَ كَالْجَنَابَةِ لَا يُكْتَفَى فِيهَا بِغُسْلِ الْأَعْضَاءِ الْأَرْبَعَةِ بَلْ يَبْقَى عَلَى الْأَصْلِ وَهُوَ وَجُوبُ غَسْلِ جَمِيعِ الْبَدَنِ لِعَدَمِ الْحَرَجِ فَكَذَا هَذَا.

وَقَالَ الْعِرَاقِيُّونَ: وَجِبَ غُسْلُهُ لِنَجَاسَةِ الْمَوْتِ لَا بِسَبَبِ الْحَدَثِ، لِأَنَّ لِلْآدَمِيِّ دَمًا سَائِلًا كَالْحَيَوَانَاتِ الْبَاقِيَةِ فَيَتَنَجَّسُ بِالْمَوْتِ قِيَاسًا عَلَى غَيْرِهِ مِنْهَا، أَلَا تَرَى أَنَّهُ إِذَا مَاتَ فِي الْبَيْتِ نَجَسَهَا، وَلَوْ حَمَلَهُ الْمُصَلِّي لَمْ تَجْزُ صَلَاتُهُ، وَلَوْ لَمْ يَكُنْ نَجِسًا لَجَازَتْ كَمَا لَوْ حَمَلَ مُحَدَّثًا، وَيَجُوزُ أَنْ تَزُولَ نَجَاسَتُهُ بِالْغُسْلِ كَرَامَةً.

قَوْلُهُ (وَإِذَا أَرَادُوا غُسْلَهُ وَضَعُوهُ عَلَى سَرِيرٍ لِيَنْصَبَ الْمَاءُ عَنْهُ) أَيُّ عَنِ الْمَيِّتِ. قَوْلُهُ لِيَنْصَبَ عِلَّةُ الْوَضْعِ عَلَى السَّرِيرِ، فَإِنَّهُ لَوْ وُضِعَ عَلَى الْأَرْضِ تَلَطَّحَ بِالطِّينِ، وَلَمْ يُبَيِّنْ كَيْفِيَّةَ وَضْعِ التَّخْتِ إِلَى الْقَبْلَةِ طُولًا وَعَرْضًا وَلَا كَيْفِيَّةَ وَضْعِ الْمَيِّتِ عَلَى التَّخْتِ، أَمَّا الْأَوَّلُ فَمِنْ أَصْحَابِنَا مَنْ اخْتَارَ الْوَضْعَ طُولًا كَمَا كَانَ يَفْعَلُ فِي مَرَضِهِ إِذَا أَرَادَ الصَّلَاةَ بِالْإِيمَاءِ، وَمِنْهُمْ مَنْ اخْتَارَهُ عَرْضًا كَمَا يُوضَعُ فِي الْقَبْرِ.

قَالَ شَمْسُ الْأَيْمَةِ السَّرْحَسِيُّ: وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ يُوضَعُ كَيْفَ اتَّفَقَ فَإِنَّهُ يَخْتَلَفُ بِاخْتِلَافِ الْأَمَاكِينِ وَالْمَوَاضِعِ. وَأَمَّا الثَّانِي فَلَيْسَ فِيهِ رِوَايَةٌ، إِلَّا أَنَّ الْعُرْفَ فِيهِ أَنْ يُوضَعَ مُسْتَلْقِيًا عَلَى قَفَاهُ (وَجَعَلُوا عَلَى عَوْرَتِهِ خِرْقَةً إِقَامَةً لَوَاجِبِ السَّرِّ) فَإِنَّ الْآدَمِيَّ مُحْتَرَّمٌ حَيًّا وَمَيِّتًا فَتُسَرُّ عَوْرَتُهُ كَذَلِكَ (وَيُكْتَفَى بِسَرِّ الْعَوْرَةِ الْعَلِيظَةِ) بِأَنْ تُسَرَّ السَّوَاهُ وَيُتْرَكَ فَخِذَاهُ مَكْشُوفَتَيْنِ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ تَيْسِيرًا لِأَنَّهُ رَبَّمَا يَشَقُّ عَلَيْهِمْ غَسْلُ مَا تَحْتَ الْإِزَارِ. وَقَوْلُهُ (هُوَ الصَّحِيحُ) احْتِرَازٌ عَنْ رِوَايَةِ النَّوَادِرِ فَإِنَّهُ قَالَ فِيهَا: وَيُوضَعُ عَلَى عَوْرَتِهِ

خَرْقَةً مِنَ السَّرَّةِ إِلَى الرُّكْبَةِ (وَتَزْعُو تَيَابَهُ لِيُمْكِنَهُمُ التَّنْظِيفُ) وَهَذَا لِأَنَّ الْمَقْصُودَ مِنَ الْغُسْلِ هُوَ التَّطْهِيرُ، وَالتَّطْهِيرُ لَا يَحْصُلُ إِذَا غُسِلَ مَعَ تَيَابِهِ، لِأَنَّ التَّوْبَ مَتَى تَنَجَّسَ بِالْغُسَالَةِ تَنَجَّسَ بِهِ بَدَنُهُ ثَانِيًا بِنَجَاسَةِ التَّوْبِ فَلَا يُفِيدُ الْغُسْلُ فَيَجِبُ التَّجَرِيدُ.

وَفِيهِ نَفْيٌ لِقَوْلِ الشَّافِعِيِّ: إِنَّ السُّنَّةَ أَنْ يُغْسَلَ فِي قَمِيصٍ وَاسِعِ الْكُمَيْنِ حَتَّى يَدْخُلَ الْغَاسِلُ يَدَهُ فِي الْكُمَيْنِ وَيَغْسَلَ بَدَنَهُ، وَإِنْ كَانَ ضَيْقًا خَرَقَ الْكُمَيْنِ «لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ لَمَّا تُوفِّي غُسِّلَ فِي قَمِيصِهِ الَّذِي تُوفِّي فِيهِ»، وَمَا كَانَ سُنَّةً فِي حَقِّ النَّبِيِّ ﷺ كَانَ سُنَّةً فِي حَقِّ أُمَّتِهِ مَا لَمْ يَقُمْ دَلِيلُ التَّخْصِصِ.

وَقُلْنَا قَدْ قَامَ دَلِيلُ التَّخْصِصِ، رَوَتْ عَائِشَةُ «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ لَمَّا تُوفِّي اجْتَمَعَتِ الصَّحَابَةُ لِنُحْلِهِ، فَقَالُوا لَا نَدْرِي كَيْفَ نَغْسِلُهُ، نَغْسِلُهُ كَمَا نَغْسِلُ مَوْتَانَا أَوْ نَغْسِلُهُ وَعَلَيْهِ تَيَابُهُ؟ فَأَرْسَلَ اللَّهُ تَعَالَى عَلَيْهِمُ النَّوْمَ فَمَا مِنْهُمْ أَحَدٌ إِلَّا نَامَ وَذَقْنُهُ عَلَى صَدْرِهِ إِذْ نَادَاهُمْ مُنَادٌ: أَنْ غَسِّلُوا رَسُولَ اللَّهِ ﷺ وَعَلَيْهِ تَيَابُهُ» فَقَدْ أَجْمَعَتِ الصَّحَابَةُ أَنَّ السُّنَّةَ فِي سَائِرِ الْمَوْتَى التَّجَرِيدُ، وَقَدْ خُصَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ بِخِلَافِ ذَلِكَ بِالنَّصِّ لِعِظَمِ حُرْمَتِهِ

(وَوُضُوءُهُ مِنْ غَيْرِ مَضْمُضَةٍ وَلَا اسْتِنْشَاقٍ)؛ لِأَنَّ الْوُضُوءَ سُنَّةُ الْاِغْتِسَالِ، غَيْرَ أَنَّ إِخْرَاجَ الْمَاءِ مِنْهُ مُتَعَذَّرٌ فَيُتْرَكُ (ثُمَّ يُفِيضُونَ الْمَاءَ عَلَيْهِ) اعْتِبَارًا بِحَالِ الْحَيَاةِ.

الشرح:

(وَوُضُوءُهُ مِنْ غَيْرِ مَضْمُضَةٍ وَلَا اسْتِنْشَاقٍ) أَمَّا الْوُضُوءُ فَلَا تُهْمُ سُنَّةُ الْاِغْتِسَالِ، وَأَمَّا تَرْكُهُمَا فَلَأَنَّ إِخْرَاجَ الْمَاءِ مِنْ فَمِهِ مُتَعَذَّرٌ فَيَكُونُ سَفْيًا لَا مَضْمُضَةَ، وَلَوْ كَبُوهُ عَلَى وَجْهِهِ لَرُبَّمَا خَرَجَ مِنْ جَوْفِهِ مَا هُوَ شَرٌّ مِنْهُ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: يُمَضَّمُ وَيُسْتَنْشَقُ اعْتِبَارًا بِحَالِ الْحَيَاةِ. وَأُجِيبَ بِأَنَّهُ اعْتِبَارٌ فَاسِدٌ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: «الْمَيِّتُ يَوْضَأُ وَضُوءُهُ لِلصَّلَاةِ وَلَا يُمَضَّمُ وَلَا يُسْتَنْشَقُ» وَلَمْ يَذْكُرْ مُحَمَّدٌ فِي الْكِتَابِ أَنَّهُ يُسْتَنْجَى أَوَّلًا. وَذَكَرَ فِي صَلَاةِ الْأَثَرِ أَنَّ عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ يُسْتَنْجَى، وَعَلَى قَوْلِ أَبِي يُونُسَ لَا يُسْتَنْجَى لِأَنَّ الْمَسْكَةَ تَزُولُ بِالْمَوْتِ وَالْمَفَاصِلُ تُسْتَرْخِي، فَرُبَّمَا يُزَادُ الْاسْتَرْخَاءُ بِالِاسْتِنْجَاءِ فَتَخْرُجُ نَجَاسَةٌ مِنْ بَاطِنِهِ فَلَا يُفِيدُ الْاسْتِنْجَاءُ فَائِدَتَهُ. وَلَهُمَا أَنْ مَوْضِعَ اسْتِنْجَاءِ الْمَيِّتِ قَلَمًا يَحُلُو عَنْ نَجَاسَةِ حَقِيقَةٍ فَيَجِبُ إِزَالَتُهَا كَمَا لَوْ كَانَتْ فِي مَوْضِعٍ آخَرَ مِنَ الْبَدَنِ، ثُمَّ الْاِقْتِصَارُ عَلَى

المَضْمُضَةُ وَالِاسْتِنْشَاقُ فِي الْاِسْتِنَاءِ يَدُلُّ عَلَى أَنَّ بَقِيَّةَ الْأَفْعَالِ مِنْ تَقْدِيمِ غَسْلِ الْيَدَيْنِ إِلَى الرُّسْغِ وَالْمَسْحِ عَلَى الرَّأْسِ كَمَا كَانَتْ فِي حَيَاتِهِ هُوَ الصَّحِيحُ، وَفِي صَلَاةِ الْأَثَرِ لَا يَبْدَأُ بِغَسْلِ الْيَدَيْنِ بَلْ يَغْسِلُ الْوَجْهَ وَلَا يَمْسَحُ عَلَى الرَّأْسِ. وَقَوْلُهُ (ثُمَّ يُفِيضُونَ الْمَاءَ عَلَيْهِ) يَعْنِي ثَلَاثًا، وَإِنْ زَادُوا عَلَى ذَلِكَ جَازَ كَمَا فِي حَالِ الْحَيَاةِ.

(وَيُجَمَّرُ سَرِيرُهُ وَتَرًا) لِمَا فِيهِ مِنْ تَعْظِيمِ الْمَيِّتِ، وَإِنَّمَا يُوتَرُ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «إِنَّ اللَّهَ وَتَرٍ يُحِبُّ الْوَتَرَ».

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَيُجَمَّرُ سَرِيرُهُ) أَيُّ يُخَرَّرُ. يَعْنِي يُدَارُ الْمُجَمَّرُ وَهُوَ الَّذِي يُوقَدُ فِيهِ الْعُودُ حَوَالِي السَّرِيرِ ثَلَاثًا أَوْ خَمْسًا أَوْ سَبْعًا، أَمَّا التَّجْمِيرُ فَلَأَنَّ فِيهِ تَعْظِيمَ الْمَيِّتِ، وَأَمَّا الْإِيْتَارُ فَلِقَوْلِهِ ﷺ «إِنَّ اللَّهَ وَتَرٍ يُحِبُّ الْوَتَرَ».

(وَيَغْلِي الْمَاءَ بِالسُّدْرِ أَوْ بِالْحَرَضِ) مُبَالَغَةٌ فِي التَّنْظِيفِ (فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فَأَلْمَاءُ الْقَرَاخِ) لِحُصُولِ أَصْلِ الْمَقْصُودِ (وَيُغْسَلُ رَأْسُهُ وَلَحِيَّتُهُ بِالْخِطْمِيِّ) لِيَكُونَ أَنْظَفَ لَهُ.

الشرح:

قَوْلُهُ (وَيَغْلِي الْمَاءَ) مِنْ الْإِغْلَاءِ لَا مِنْ الْعَلْيِ، لِأَنَّ الْعَلْيَ وَالْعَلْيَانَ لَازِمٌ. قَالَ الشَّافِعِيُّ: الْغُسْلُ بِالْمَاءِ الْبَارِدِ أَفْضَلُ حَذَرًا عَنْ زِيَادَةِ الْاِسْتِرْحَاءِ الْمَوْجِبِ لَخُرُوجِ النَّجَاسَةِ الْمَوْجِبَةِ لَتَنَجَّسِ الْكَفَنِ.

وَقُلْنَا: غَسْلُ الْمَيِّتِ شَرَعَ لِلتَّنْظِيفِ وَالْمَاءُ الْحَارُّ أَبْلَغُ فِي التَّنْظِيفِ فَيَكُونُ أَفْضَلُ، وَزِيَادَةُ الْاِسْتِرْحَاءِ قَدْ تُعِينُ عَلَى الْمَقْصُودِ وَهُوَ التَّنْظِيفُ لِأَنَّهُ يُخْرَجُ جَمِيعُ مَا هُوَ مُعَدُّ لِلخُرُوجِ فَلَا يَتَنَجَّسُ الْكَفَنُ بَعْدَ الْفَرَاغِ مِنَ الْغُسْلِ (فَإِنْ لَمْ يَكُنْ) أَيُّ فَإِنْ فَلَمْ يُوجَدْ الْمَاءُ الْمَغْلِيُّ بِالسُّدْرِ أَوْ بِالْحَرَضِ وَهُوَ الْأَشْنَانُ (يُغْسَلُ بِالْمَاءِ الْقَرَاخِ) أَيُّ الْخَالِصِ، وَأَمَّا إِذَا وَجِدَ ذَلِكَ فَالتَّرْتِيبُ مَا ذَكَرَ فِي مَبْسُوطِ شَيْخِ الْإِسْلَامِ وَالْمُحِيطِ وَهُوَ الْمَرْوِيُّ عَنْ ابْنِ مَسْعُودٍ أَنَّهُ يَبْدَأُ أَوَّلًا بِالْمَاءِ الْقَرَاخِ حَتَّى يَبْتَلَّ مَا عَلَى الْبَدَنِ مِنَ الدَّرَنِ وَالنَّجَاسَةِ، ثُمَّ بِمَاءِ السُّدْرِ أَوْ الْحَرَضِ لِيَزُولَ مَا عَلَى الْبَدَنِ مِنْ ذَلِكَ لِأَنَّهُ أَبْلَغُ فِي التَّنْظِيفِ، ثُمَّ بِمَاءِ الْكَافُورِ إِنْ وَجِدَ تَطْيِيبًا لِبَدَنِ الْمَيِّتِ، كَذَا فَعَلَتْ الْمَلَائِكَةُ بِأَدَمَ عَلَيْهِ السَّلَامُ حِينَ غَسَلُوهُ وَيُغْسَلُ رَأْسُهُ وَلَحِيَّتُهُ بِالْخِطْمِيِّ لِيَكُونَ أَنْظَفَ لَهُ) لِأَنَّهُ مِثْلُ الصَّابُونِ فِي التَّنْظِيفِ.

(ثُمَّ يُضْجَعُ عَلَى شِقِّهِ الْأَيْسَرِ فَيُغْسَلُ بِالْمَاءِ وَالسُّدْرِ حَتَّى يَرَى أَنَّ الْمَاءَ قَدْ وَصَلَ إِلَى مَا يَلِي التُّخْتَ مِنْهُ، ثُمَّ يُضْجَعُ عَلَى شِقِّهِ الْأَيْمَنِ فَيُغْسَلُ حَتَّى يَرَى أَنَّ الْمَاءَ قَدْ وَصَلَ إِلَى مَا يَلِي التُّخْتَ مِنْهُ)؛ لِأَنَّ السُّنَّةَ هُوَ الْبِدْءُ بِالْيَمَانِ (ثُمَّ يُجْلِسُهُ وَيُسْنِدُهُ إِلَيْهِ وَيَمْسَحُ بَطْنَهُ مَسْحًا رَقِيقًا) تَحَرُّزًا عَنْ تَلَوِثِ الْكَفَنِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (ثُمَّ يُضْجَعُ عَلَى شِقِّهِ الْأَيْسَرِ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (لِأَنَّ السُّنَّةَ هِيَ الْبِدْءُ بِالْيَمَانِ) رُويَ عَنْ أُمِّ عَطِيَّةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ لِلنِّسَاءِ فِي غُسْلِ ابْنَتِهِ: ابْدَأْنَ بِيَمَانِهَا» (ثُمَّ يُجْلِسُهُ وَيُسْنِدُهُ إِلَيْهِ وَيَمْسَحُ بَطْنَهُ. مَسْحًا رَقِيقًا) يَعْنِي بِلا عُنْفٍ حَتَّى إِنْ بَقِيَ عِنْدَ الْمَخْرَجِ شَيْءٌ يَسِيلُ تَحَرُّزًا مِنْ تَلَوِثِ الْكَفَنِ، وَالْأَصْلُ فِيهِ مَا رُويَ «أَنَّ عَلِيًّا ؓ لَمَّا غَسَلَ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ مَسَحَ بَطْنَهُ بِيَدِهِ رَقِيقًا طَلَبَ مِنْهُ مَا يُطْلَبُ مِنَ الْمَيِّتِ فَلَمْ يَرِ شَيْئًا فَقَالَ: طُبْتُ حَيًّا وَمَيِّتًا»

(فَإِنْ خَرَجَ مِنْهُ شَيْءٌ غَسَلَهُ وَلَا يُعِيدُ غُسْلَهُ وَلَا وُضُوئَهُ)؛ لِأَنَّ الْغُسْلَ عَرَفْنَاهُ بِالنِّصِّ وَقَدْ حَصَلَ مَرَّةً (ثُمَّ يُنَشَفُهُ بِثَوْبٍ) كَي لَا تَبْتَلَّ أَكْفَانُهُ (وَيَجْعَلُهُ) أَيِ الْمَيِّتِ (فِي أَكْفَانِهِ وَيَجْعَلُ الْحَنَوطَ عَلَى رَأْسِهِ وَلَحْيَتَيْهِ وَالْكَافُورَ عَلَى مَسَاجِدِهِ)؛ لِأَنَّ التَّطْيِيبَ سُنَّةٌ وَالْمَسَاجِدُ أَوَّلَى بِزِيَادَةِ الْكَرَامَةِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (فَإِنْ خَرَجَ مِنْهُ شَيْءٌ غَسَلَهُ) قِيلَ بَعْدَ أَنْ يَمْسَحَهُ لِأَنَّ الْغُسْلَ قَبْلَ الْمَسْحِ رُبَّمَا يُعَدِّيهَا عَنْ ذَلِكَ الْمَوْضِعِ (وَلَا يُعِيدُ غُسْلَهُ) رُويَ بِضَمِّ الْعَيْنِ وَفَتْحِهَا (وَلَا وُضُوئَهُ لِأَنَّ الْغُسْلَ قَدْ عَرَفْنَاهُ بِالنِّصِّ) وَهُوَ قَوْلُهُ ﷺ «لِلْمُسْلِمِ عَلَى الْمُسْلِمِ سِتَّةُ حُقُوقٍ، وَذَكَرَ مِنْهَا الْغُسْلَ بَعْدَ الْمَوْتِ» وَقَدْ حَصَلَ مَرَّةً وَسَقَطَ الْوَاجِبُ فَلَا يُعِيدُهُ، وَأَمَّا الْوُضُوءُ فَلِأَنَّ الْخَارِجَ إِنْ كَانَ حَدَثًا فَلَمَوْتُ أَيْضًا حَدَثٌ وَهُوَ لَا يُوجِبُ الْوُضُوءَ فَكَذَا هَذَا الْحَدَثُ، وَالْمَذْكُورُ فِي الْكِتَابِ مِنْ مَسْحِ الْبَطْنِ بَعْدَ الْمَرَّةِ الثَّانِيَةِ مِنَ الْغُسْلِ ظَاهِرُ الرَّوَايَةِ.

وَرُويَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ فِي غَيْرِ رِوَايَةِ الْأُصُولِ أَنَّهُ قَالَ: يُقْعَدُهُ أَوَّلًا وَيَمْسَحُ بَطْنَهُ ثُمَّ يَغْسِلُهُ، لِأَنَّ الْمَسْحَ قَبْلَ الْغُسْلِ أَوْلَى حَتَّى يُخْرِجَ مَا فِي بَطْنِهِ مِنَ النَّجَاسَةِ فَيَقْعُ الْغُسْلُ ثَلَاثًا بَعْدَ خُرُوجِ النَّجَاسَةِ.

وَجْهَ الظَّاهِرِ أَنَّ التَّجَاسَةَ قَدْ تَكُونُ مُنْعَقِدَةً لَا تَخْرُجُ إِلَّا بَعْدَ الْغُسْلِ مَرَّتَيْنِ بِمَاءٍ حَارٍّ، فَكَانَ الْمَسْحُ بَعْدَ الْمَرَّتَيْنِ أَقْدَرَ عَلَى إِخْرَاجِ مَا بِهِ مِنَ التَّجَاسَةِ فَيَكُونُ أَوَّلَى. وَاعْلَمْ أَنَّ التَّثْلِيثَ فِي غُسْلِهِ سُنَّةٌ لِحَدِيثِ أُمِّ عَطِيَّةٍ «اغْسِلْنَهَا ثَلَاثًا أَوْ خَمْسًا». وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ الرَّازِيُّ فِي شَرْحِهِ لِمُخْتَصَرِ الطَّحَاوِيِّ: يُغَسَّلُ أَوَّلًا وَهُوَ عَلَى جَنْبِهِ الْأَيْسَرِ، ثُمَّ يُغَسَّلُ وَهُوَ عَلَى جَنْبِهِ الْأَيْمَنِ، ثُمَّ يُغَسَّلُ وَهُوَ عَلَى جَنْبِهِ الْأَيْسَرِ لِيَحْصُلَ الْغُسْلُ ثَلَاثًا.

وَقَالَ بَعْضُ الشَّارِحِينَ: تَرَكَ الْمُصَنِّفُ ذِكْرَ الثَّالِثِ. وَقَالَ بَعْضُهُمْ: الثَّالِثُ هُوَ قَوْلُهُ ثُمَّ يُفِيضُونَ الْمَاءَ عَلَيْهِ. وَرَدَّ بَأَنَّهُ قَالَ بَعْدَ ذَلِكَ: وَيُغَسَّلُ رَأْسُهُ وَلَحْيَتُهُ بِالْخِطْمِيِّ، وَغُسْلُ الرَّأْسِ بَعْدَ الْوُضُوءِ قَبْلَ الْغُسْلِ بِالْإِجْمَاعِ فَكَيْفَ يَكُونُ ذَلِكَ ثَلَاثًا، وَإِنَّمَا ذَكَرَ الْغُسْلَ إِجْمَالًا وَمَا بَعْدَهُ تَفْصِيلُهُ. وَقَالَ بَعْضُهُمْ: يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ الْمَذْكُورُ فِي الْكِتَابِ مِنَ الْغُسْلِ مَرَّتَيْنِ مُخْتَارَ الْمُصَنِّفِ، وَالتَّثْلِيثُ فِي الصَّبِّ سُنَّةٌ عِنْدَ كُلِّ إِضْجَاعٍ وَهَذَا أُنْسَبُ. قِيلَ النَّبِيُّ لَا بُدَّ مِنْهَا فِي غُسْلِ الْمَيِّتِ حَتَّى لَوْ أُخْرِجَ الْعَرِيقُ وَجَبَ غُسْلُهُ إِلَّا إِذَا حُرِّكَ عِنْدَ الْإِخْرَاجِ بِنِيَّةِ الْغُسْلِ، لِأَنَّ الْخِطَابَ بِالْغُسْلِ تَوَجَّهَ عَلَى بَنِي آدَمَ وَلَمْ يَوْجَدْ مِنْهُمْ شَيْءٌ عِنْدَ عَدَمِ التَّحْرِيكِ، وَفِيهِ نَظَرٌ لِأَنَّ الْمَاءَ مُرَبِّلٌ بِطَبْعِهِ، فَكَمَا لَا تَجِبُ النَّبِيُّ فِي غُسْلِ الْحَيِّ فَكَذَا لَا تَجِبُ فِي غُسْلِ الْمَيِّتِ، وَلِهَذَا قَالَ فِي فَتَاوَى قَاضِي خَانَ: مَيِّتٌ غَسَلَهُ أَهْلُهُ مِنْ غَيْرِ نِيَّةِ الْغُسْلِ أَجْزَأُهُمْ ذَلِكَ. وَقَوْلُهُ (ثُمَّ يُنَشِّفُهُ) ظَاهِرٌ، وَالْحَنُوطُ عِطْرٌ مُرَكَّبٌ مِنْ أَشْيَاءٍ طَيِّبَةٍ. وَالْمُرَادُ بِالْمَسَاجِدِ الْجَنَّةُ وَالْأَنْفُ وَالْيَدَانِ وَالرُّكْبَتَانِ وَالْقَدَمَانِ لِأَنَّهُ كَانَ يَسْجُدُ بِهَذِهِ الْأَعْضَاءِ فَخُصَّ بِزِيَادَةِ الْكَرَامَةِ.

(وَلَا يُسْرَحُ شَعْرُ الْمَيِّتِ وَلَا لَحْيَتُهُ وَلَا يُقَصُّ ظَفْرُهُ وَلَا شَعْرُهُ) لِقَوْلِ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا: عَلَامٌ تَنْصُونُ مَيِّتَكُمْ، وَلَئِنْ هَذِهِ الْأَشْيَاءُ لِلزَّيْنَةِ وَقَدْ اسْتَعْنَى الْمَيِّتُ عَنْهَا، وَفِي الْحَيِّ كَانَ تَنْظِيفًا لاجْتِمَاعِ الْوَسَخِ تَحْتَهُ وَصَارَ كَالْخِتَانِ.

الشرح:

(قَوْلُهُ وَلَا يُسْرَحُ شَعْرُ الْمَيِّتِ) تَسْرِيحُ الشَّعْرِ تَخْلِيصُ بَعْضِهِ عَنْ بَعْضٍ، وَقِيلَ تَخْلِيلُهُ بِالْمَشْطِ، وَقِيلَ مَشْطُهُ. وَقَوْلُهُ (وَلَا يُقَصُّ ظَفْرُهُ) رَوَى عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ أَنَّ الظَّفَرَ إِذَا كَانَ مُنْكَسِرًا فَلَا بَأْسَ بِأَخْذِهِ. وَقَوْلُهُ (عَلَامٌ) أَصْلُهُ

" عَلَى مَا " دَخَلَ حَرْفُ الْجَرْ عَلَى مَا الِاسْتِفْهَامِيَّةِ فَاسْقَطَ أَلْفَهَا كَمَا فِي قَوْلِهِ تَعَالَى ﴿عَمَّ يَتَسَاءَلُونَ﴾ [النبا: ١] وَيُقَالُ نَصَوْتُ الرَّجُلَ نَصْوًا أَخَذْتُ نَاصِيَتَهُ وَمَدَدْتُهَا. رُوِيَ أَنَّ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا سَأَلَتْ عَنْ تَسْرِيحِ شَعْرِ الْمَيِّتِ فَقَالَتْ: عَلَامَ تَنْصُونُ مَيِّتَكُمْ؟ كَأَنَّهَا كَرِهَتْ تَسْرِيحَ رَأْسِ الْمَيِّتِ فَجَعَلَتْهُ بِمَنْزِلَةِ الْأَخْذِ بِالنَّاصِيَةِ فِي كَوْنِهِ غَيْرَ مُحْتَاجٍ إِلَيْهِ.

قَالَ: وَفِي النَّهْيَةِ: قَوْلُهُ فِي الْحَيِّ كَانَ تَنْظِيفًا جَوَابُ إِشْكَالٍ: أَيُّ لَا يُشْكَلُ عَلَيْنَا الْحَيُّ حَيْثُ يُسْرَحُ شَعْرُهُ وَيَقْصُّ ظَفْرُهُ لِأَنَّهُ مُحْتَاجٌ إِلَى الزَّيْنَةِ فَلَا يُعْتَبَرُ فِي حَقِّهِ زَوَالُ الْجُزْءِ، بِخِلَافِ الْمَيِّتِ فَإِنَّهُ لَا يُسْنُ فِيهِ إِزَالَةُ الْجُزْءِ كَمَا فِي الْخِتَانِ حَيْثُ يُفَرَّقُ بَيْنَ الْحَيِّ وَالْمَيِّتِ فِيهِ. بَأَنَّ يُخْتَنَ الْحَيُّ وَلَا يُخْتَنُ الْمَيِّتُ بِالِاتِّفَاقِ، فَكَذَا فِي كُلِّ زَيْنَةٍ تَتَضَمَّنُ إِبَانَةَ الْجُزْءِ يَجِبُ أَنْ يُفَرَّقَ بَيْنَهُمَا، وَلَمْ أَجِدْ لَهُ رِبْطًا بِكَلَامِ الْمُصَنِّفِ أَصْلًا وَلَكِنِّي أَقُولُ قَوْلُهُ (وَلَأَنَّ هَذِهِ الْأَشْيَاءَ لِلزَّيْنَةِ) أَيُّ لَزِيْنَةِ الْمَيِّتِ (وَقَدْ اسْتَعْنَى الْمَيِّتُ عَنْهَا) أَيُّ عَنْ الزَّيْنَةِ فَاسْتَعْنَى عَنْ هَذِهِ الْأَشْيَاءِ.

فَإِنْ قِيلَ: لَا يُسَلِّمُ أَنَّ هَذِهِ الْأَشْيَاءَ لَزِيْنَةِ الْمَيِّتِ فَإِنَّهَا تُفَعَّلُ بِالْحَيِّ أَيْضًا. أَجَابَ بِقَوْلِهِ (وَفِي الْحَيِّ كَانَ تَنْظِيفًا) يَعْنِي مَا كَانَتْ تُعْمَلُ بِالْحَيِّ مِنْ حَيْثُ إِنَّهَا زَيْنَةٌ بَلْ مِنْ حَيْثُ إِنَّهَا تَنْظِيفٌ (لِاجْتِمَاعِ الْوَسْخِ تَحْتَهُ) وَذَكَرَ الضَّمِيرُ فِي تَحْتَهُ بِتَأْوِيلِ الْمَذْكُورِ. بَقِيَ أَنْ يُقَالَ: هَبْ أَلَّهُ كَانَ فِي الْحَيِّ تَنْظِيفًا لَكِنَّ الْمَيِّتَ أَيْضًا مُحْتَاجٌ إِلَى التَّنْظِيفِ وَلِهَذَا قَالَ وَيُعْلَى الْمَاءُ بِالسِّدْرِ أَوْ بِالْحَرْصِ مُبَالِغَةً فِي التَّنْظِيفِ وَيُعَسَّلُ رَأْسُهُ وَلَحْيَتُهُ بِالْخَطْمِيِّ لِيَكُونَ أَنْظَفَ فَلْيُعْمَلْ بِهِ مِنْ حَيْثُ التَّنْظِيفُ. يُمَكِّنُ أَنْ يُقَالَ: إِنَّهُ تَنْظِيفٌ بِإِبَانَةِ جُزْءٍ وَذَلِكَ فِي الْمَيِّتِ غَيْرُ مَسْنُونٍ كَمَا فِي الْخِتَانِ، هَذَا مَا سَنَحَ لِي فِي حَلِّ هَذَا الْمَقَامِ.

فصل في تكفينه

(السُّنَّةُ أَنْ يُكْفَنَ الرَّجُلُ فِي ثَلَاثَةِ أَثَوَابٍ إِزَارٍ وَقَمِيصٍ وَلِفَافَةٍ) لَمَّا رُوِيَ «أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ كَفَّنَ فِي ثَلَاثَةِ أَثَوَابٍ بَيْضٍ سَحُولِيَّةٍ» وَلِأَنَّهُ أَكْثَرُ مَا يَلْبَسُهُ عَادَةً فِي حَيَاتِهِ فَكَذَا بَعْدَ مَمَاتِهِ (فَإِنْ اِهْتَصَرُوا عَلَى ثَوْبَيْنِ جَزَاءً، وَالثَّوْبَانِ إِزَارٌ وَلِفَافَةٌ) وَهَذَا كَفْنُ الْكَفَايَةِ لِقَوْلِ أَبِي بَكْرٍ: اغْسِلُوا ثَوْبِي هَذَيْنِ وَكَفِّنُونِي فِيهِمَا، وَلِأَنَّهُ أَدْنَى لِبَاسِ الْأَحْيَاءِ،

وَالْإِزَارُ مِنَ الْقَرْنِ إِلَى الْقَدَمِ، وَاللِّفَافَةُ كَذَلِكَ، وَالْقَمِيصُ مِنْ أَسْلِ الْعُنُقِ إِلَى الْقَدَمِ.

الشرح:

(فَصَلِّ فِي التَّكْفِينِ): رَتَّبَ هَذِهِ الْفُصُولَ عَلَى حَسَبِ تَرْتِيبِ مَا فِيهَا مِنَ الْأَفْعَالِ. تَكْفِينُ الْمَيِّتِ: لَفُّهُ بِالْكَفَنِ، وَهُوَ وَاجِبٌ يَدُلُّ عَلَيْهِ تَقْدِيمُهُ عَلَى الدَّيْنِ وَالْإِرْثِ وَالْوَصِيَّةِ وَلِذَلِكَ قَالُوا: مَنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ فَكَفَنَهُ عَلَى مَنْ عَلَيْهِ نَفَقَتُهُ كَمَا تَلَزُمُهُ كَسَوْنُهُ فِي حَالِ حَيَاتِهِ. وَقَوْلُهُ (السُّنَّةُ أَنْ يُكْفَنَ) يَعْنِي تَكْفِينُهُ (فِي ثَلَاثَةِ أَثْوَابٍ) سُنَّةٌ، وَذَلِكَ لَا يُنَافِي كَوْنَ أَصْلِ التَّكْفِينِ وَاجِبًا؛ ثُمَّ التَّكْفِينُ إِمَّا أَنْ يَكُونَ فِي حَالَةِ الضَّرُورَةِ أَوْ لَا، فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ كَفْنٌ بِمَا وَجَدَ، لَمَّا رُويَ «أَنَّ مُصْعَبَ بْنَ عُمَيْرٍ صَاحِبَ رَأْيَةٍ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ اسْتَشْهَدَ يَوْمَ أُحُدٍ وَتَرَكَ نَمْرَةً وَهِيَ كِسَاءٌ فِيهِ خُطُوطٌ بَيْضٌ وَسُودٌ فَأَخْبَرَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بِذَلِكَ فَأَمَرَ بِأَنْ يُكْفَنَ فِيهَا» وَإِنْ كَانَ الثَّانِي فَهُوَ عَلَى تَوْعَيْنٍ: كَفْنُ سُنَّةٍ وَهُوَ فِي حَقِّ الرِّجَالِ ثَلَاثَةٌ (أَثْوَابٍ: إِزَارٌ، وَقَمِيصٌ، وَلِفَافَةٌ) لَمَّا ذُكِرَ فِي الْكِتَابِ. وَالسَّحُولِيَّةُ نِسْبَةٌ إِلَى سُحُولٍ بَفَتْحِ السَّيْنِ. وَعَنْ الْأَزْهَرِيِّ بِالضَّمِّ: وَهِيَ قَرْيَةٌ بِالْيَمَنِ.

وَفِي حَقِّ النِّسَاءِ خَمْسَةٌ أَثْوَابٍ: إِزَارٌ، وَدِرْعٌ، وَخِمَارٌ وَلِفَافَةٌ، وَخِرْقَةٌ تُرْبَطُ فَوْقَ نَدْيَيْهَا. وَكَفْنٌ كِفَايَةٌ. وَهُوَ فِي حَقِّ الرَّجُلِ ثَوْبَانِ: إِزَارٌ، وَلِفَافَةٌ. وَفِي حَقِّ الْمَرْأَةِ ثَلَاثَةٌ أَثْوَابٍ: قَمِيصٌ، وَإِزَارٌ، وَخِمَارٌ. وَمَا فِي الْكِتَابِ وَاضِحٌ.

(فَإِذَا أَرَادُوا لَفَّ الْكَفَنِ ابْتَدَعُوا بِجَانِبِهِ الْأَيْسَرَ فَلَفُّوهُ عَلَيْهِ ثُمَّ بِالْيَمَنِ) كَمَا فِي حَالِ الْحَيَاةِ، وَبَسَطُوهُ أَنْ تُبْسَطَ اللَّفَافَةُ أَوَّلًا ثُمَّ يُبْسَطَ عَلَيْهَا الْإِزَارُ ثُمَّ يُقَمَّصَ الْمَيِّتُ وَيُوضَعَ عَلَى الْإِزَارِ ثُمَّ يُعْطَفَ الْإِزَارُ مِنْ قَبْلِ الْيَسَارِ ثُمَّ مِنْ قَبْلِ الْيَمَنِ، ثُمَّ اللَّفَافَةُ كَذَلِكَ (وَإِنْ خَافُوا أَنْ يَتَشَرَّ الْكَفْنُ عَنْهُ عَقَدُوهُ بِخِرْقَةٍ) صَيَانَةٌ عَنِ الْكَشْفِ.

(وَتُكْفَنُ الْمَرْأَةُ فِي خَمْسَةِ أَثْوَابٍ دِرْعٌ وَإِزَارٌ وَخِمَارٌ وَلِفَافَةٌ وَخِرْقَةٌ تُرْبَطُ فَوْقَ نَدْيَيْهَا) لِحَدِيثِ أُمِّ عَطِيَّةَ «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَعْطَى اللَّوَاتِي غَسْلَنَ ابْنَتَهُ خَمْسَةَ أَثْوَابٍ»^(١) وَلَا تَهَيَّأُ تَخْرُجُ فِيهَا حَالَةَ الْحَيَاةِ فَكَذَا بَعْدَ الْمَمَاتِ.

(ثُمَّ هَذَا يَبَيِّنُ كَفْنَ السُّنَّةِ، وَإِنْ اقْتَصَرُوا عَلَى ثَلَاثَةِ أَثْوَابٍ جَارَ) وَهِيَ ثَوْبَانِ

(١) قال الزيلعي في نصب الراية (٢/٢٧٢): غريب من حديث أم عطية، وأخرج أبو داود في سننه

وَحِمَارٌ (وَهُوَ كَفَنُ الْكِفَايَةِ، وَيُكْرَهُ أَقْلُ مَنْ ذَلِكَ).

وَفِي الرَّجُلِ يُكْرَهُ الْاِقْتِصَارُ عَلَى ثَوْبٍ وَاحِدٍ إِلَّا فِي حَالَةِ الضَّرُورَةِ (لأنَّ مُصْعَبَ ابْنَ عُمَيْرٍ رضي الله عنه حِينَ أُسْتَشْهِدَ كَفَّنَ فِي ثَوْبٍ وَاحِدٍ وَهَذَا كَفَنُ الضَّرُورَةِ (وَلَيْسَ الْمَرْأَةُ الدَّرْعَ أَوْ لَا ثُمَّ يُجْعَلُ شَعْرُهَا ضَفِيرَتَيْنِ عَلَى صَدْرِهَا فَوْقَ الدَّرْعِ، ثُمَّ الْحِمَارُ فَوْقَ ذَلِكَ نَحْتِ الْإِزَارِ، ثُمَّ الْإِزَارُ ثُمَّ اللَّفَافَةُ).

قَالَ: وَتُجْمَرُ الْأَكْفَانُ قَبْلَ أَنْ يُدْرَجَ فِيهَا وَثْرًا) «لأنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَمَرَ بِإِحْمَارِ أَكْفَانِ ابْنَتِهِ وَثْرًا»، وَالْإِحْمَارُ هُوَ التَّطْيِيبُ، فَإِذَا فَرَعُوا مِنْهُ صَلُّوا عَلَيْهِ لِأَنَّهَا فَرِيضَةٌ.

فصل في الصلاة على الميت

الشرح:

(فصل في الصلاة على الميت) الصلاة على الميت فرض كفاية، أمّا فرضيته فلأنَّ اللَّهَ تَعَالَى أَمَرَ بِقَوْلِهِ عَزَّ وَجَلَّ ﴿وَصَلِّ عَلَيْهِمْ﴾ [التوبة: ١٠٣] وَالْأَمْرُ لِلْوُجُوبِ وَعَلَى ذَلِكَ أَجْمَعَتِ الْأُмَّةُ، وَأَمَّا أَنَّهَا عَلَى الْكِفَايَةِ فَلأنَّ فِي الْإِيجَابِ عَلَى جَمِيعِ النَّاسِ اسْتِحَالَةُ أَوْ حَرَجًا فَاكْتَفَى بِالْبَعْضِ كَمَا فِي الْجِهَادِ.

(وَأَوْلَى النَّاسِ بِالصَّلَاةِ عَلَى الْمَيِّتِ السُّلْطَانُ إِنْ حَضَرَ) لأنَّ فِي التَّقْدِيمِ عَلَيْهِ اِزْدِرَاءً بِهِ (فَإِنْ لَمْ يَحْضُرْ فَالْقَاضِي) لِأَنَّهُ صَاحِبُ وِلَايَةٍ (فَإِنْ لَمْ يَحْضُرْ فَيُسْتَحَبُّ تَقْدِيمُ إِمَامِ الْحَيِّ) لِأَنَّهُ رَضِيهِ فِي حَالِ حَيَاتِهِ. قَالَ (ثُمَّ الْوَلِيُّ وَالْأَوْلِيَاءُ عَلَى التَّرْتِيبِ الْمَذْكُورِ فِي النُّكَاحِ).

الشرح:

رَوَى الْحَسَنُ بْنُ زِيَادٍ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الْإِمَامَ الْأَعْظَمَ وَهُوَ الْخَلِيفَةُ أَوَّلَى إِنْ حَضَرَ، وَإِنْ لَمْ يَحْضُرْ فإِمَامُ الْمِصْرِ أَوَّلَى إِنْ حَضَرَ، فَإِنْ لَمْ يَحْضُرْ فَالْقَاضِي أَوَّلَى، فَإِنْ لَمْ يَحْضُرْ فَصَاحِبُ الشَّرْطَةِ أَوَّلَى. فَإِنْ لَمْ يَحْضُرْ فإِمَامُ الْحَيِّ، فَإِنْ لَمْ يَحْضُرْ فَلْأَقْرَبُ مِنْ ذَوِي قَرَابَتِهِ. وَبِهَذِهِ الرِّوَايَةِ أَخَذَ كَثِيرٌ مِنْ مَشَايخِنَا. وَقَوْلُهُ فِي الْكِتَابِ السُّلْطَانُ يَجُوزُ أَنْ يُرَادَ بِهِ الْإِمَامُ الْأَعْظَمُ إِنْ حَضَرَ، فَإِنْ لَمْ يَحْضُرْ فإِمَامُ الْمِصْرِ.

وَقَوْلُهُ (ثُمَّ الْوَلِيُّ) إِنَّمَا هُوَ عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ، وَأَمَّا عَلَى قَوْلِ أَبِي

يُوسُفَ فَالْوَلِيُّ أَوَّلَى بِالصَّلَاةِ عَلَى الْمَيِّتِ عَلَى كُلِّ حَالٍ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿ وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَى بِبَعْضٍ ﴾ [الأحزاب: ٦] وَلَهُمَا أَنْ الْحَسَنُ بْنُ عَلِيٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا لَمَّا مَاتَ خَرَجَ الْحُسَيْنُ وَالنَّاسُ لَصَلَاةِ الْجِنَازَةِ، فَقَدَّمَ الْحُسَيْنُ سَعِيدَ بْنَ الْعَاصِ، وَكَانَ سَعِيدٌ يَوْمئِذٍ وَالِيًا بِالْمَدِينَةِ فَأَبَى أَنْ يَتَقَدَّمَ، فَقَالَ لَهُ الْحُسَيْنُ: تَقَدَّمْ، وَلَوْ لَا السُّنَّةُ مَا قَدَّمْتُكَ». وَالْآيَةُ مَحْمُولَةٌ عَلَى الْمَوَارِيثِ وَعَلَى وِلَايَةِ الْمُنَاكِحَةِ.

وَقَوْلُهُ (وَالْأَوْلِيَاءُ عَلَى التَّرْتِيبِ الْمَذْكُورِ فِي النِّكَاحِ) يَقْتَضِي أَنْ يَتَقَدَّمَ الْإِبْنُ عَلَى الْأَبِ. وَقَدْ ذَكَرَ مُحَمَّدٌ فِي كِتَابِ الصَّلَاةِ أَنَّ الْأَبَ أَوْلَى، فَمِنْ الْمَشَايخِ مَنْ قَالَ هُوَ قَوْلُ مُحَمَّدٍ.

وَأَمَّا عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ فَالْإِبْنُ أَوْلَى، وَعَلَى قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ الْوَلَايَةُ لَهُمَا إِلَّا أَنَّهُ يُقَدَّمُ الْأَبُ احْتِرَامًا لَهُ، وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ لَا بَلْ مَا ذَكَرَهُ فِي صَلَاةِ الْجِنَازَةِ أَنَّ الْأَبَ أَوْلَى قَوْلُ الْكُلِّ لِأَنَّ لِلْأَبِ زِيَادَةَ فَضِيلَةٍ وَسِنَّةً لَيْسَتْ لِلْإِبْنِ، وَلِلْفَضِيلَةِ أَثَرٌ فِي اسْتِحْقَاقِ الْإِمَامَةِ فَيَرْجَحُ الْأَبُ بِذَلِكَ بِخِلَافِ النِّكَاحِ وَعَلَى قَوْلِ هَؤُلَاءِ.

قَوْلُهُ (وَالْأَوْلِيَاءُ عَلَى التَّرْتِيبِ الْمَذْكُورِ فِي النِّكَاحِ) مَحْمُولٌ عَلَى غَيْرِ الْأَبِ وَالْإِبْنِ فَبَنُو الْأَعْيَانِ يَحْجُبُونَ بَنِي الْعِلَاتِ وَالْأَكْبَرُ سِنًا يَحْجُبُ الْأَصْغَرَ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا «لَأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَمَرَ بِتَقْدِيمِ الْأَسَنِ» فَإِنْ أَرَادَ الْأَكْبَرُ مِنَ الْأَعْيَانِ أَنْ يُقَدَّمَ إِنْسَانًا آخَرَ فَلَيْسَ لَهُ ذَلِكَ إِلَّا بِرِضَا الْآخِرِ لِأَنَّ الْحَقَّ لَهُمَا لاسْتَوَائِهِمَا فِي الْقَرَابَةِ، وَإِنْ أَرَادَ بَنُو الْأَعْيَانِ تَقْدِيمَ إِنْسَانٍ فَلَيْسَ لِأَحَدٍ مِنْ بَنِي الْعِلَاتِ مَنْعُهُ لِأَنَّهُ لَا حَقَّ لَهُ مَعَ وَجُودِهِمْ، وَابْنُ عَمِّ الْمَرْأَةِ أَحَقُّ مِنْ زَوْجِهَا إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مِنْهَا ابْنٌ لِانْقِطَاعِ النِّكَاحِ بِمَوْتِهَا وَالتَّحَاقُّهُ بِالْأَجَانِبِ، فَإِنْ كَانَ لَهُ ذَلِكَ فَهُوَ أَحَقُّ بِالصَّلَاةِ عَلَيْهَا لِأَنَّ الْحَقَّ يَثْبُتُ لِلْإِبْنِ فِي هَذِهِ الْحَالَةِ، ثُمَّ الْإِبْنُ يُقَدَّمُ أَبَاهُ احْتِرَامًا لَهُ فَيَثْبُتُ لِلزَّوْجِ حَقُّ الصَّلَاةِ عَلَيْهَا مِنْ هَذَا الْوَجْهِ. قَالَ الْقُدُورِيُّ: وَسَائِرُ الْقَرَابَاتِ أَوْلَى مِنَ الزَّوْجِ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: الزَّوْجُ أَوْلَى لِأَنَّ ابْنَ عَبَّاسٍ صَلَّى عَلَى امْرَأَتِهِ وَقَالَ: أَنَا أَحَقُّ بِهَا». وَلَنَا مَا رَوَى عَنْ ابْنِ عَمَرَ «أَنَّهُ لَمَّا مَاتَتْ امْرَأَتُهُ قَالَ لِأَوْلِيَائِهَا: كُنَّا أَحَقَّ بِهَا حِينَ كَانَتْ حَيَّةً، فَإِذَا مَاتَتْ فَأَنْتُمْ أَحَقُّ بِهَا».

وَحَدِيثُ ابْنِ عَبَّاسٍ مَحْمُولٌ عَلَى أَنَّهُ كَانَ إِمَامًا حَيًّا.

(فَإِنْ صَلَّى غَيْرُ الْوَلِيِّ أَوْ السُّلْطَانِ أَعَادَ الْوَلِيَّ) يَعْنِي إِنْ شَاءَ لَمْ ذَكَرْنَا أَنَّ الْحَقَّ لِلْأُولِيَاءِ (وَإِنْ صَلَّى الْوَلِيُّ لَمْ يَجْزُ لِأَحَدٍ أَنْ يُصَلِّيَ بَعْدَهُ) لِأَنَّ الْفَرْضَ يَتَأَدَّى بِالْأُولَى وَالتَّنْفُلُ بِهَا غَيْرُ مَشْرُوعٍ، وَلِهَذَا رَأَيْنَا النَّاسَ تَرَكَوْا عَنْ آخِرِهِمُ الصَّلَاةَ عَلَى قَبْرِ النَّبِيِّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ وَهُوَ الْيَوْمَ كَمَا وَضَعَ.

الشرح:

(فَإِنْ صَلَّى غَيْرُ الْوَلِيِّ أَوْ السُّلْطَانِ أَعَادَ الْوَلِيَّ) وَإِنَّمَا قِيدَ بِذِكْرِ السُّلْطَانِ، لِأَنَّهُ لَوْ صَلَّى السُّلْطَانُ فَلَا إِعَادَةَ لِأَحَدٍ لِأَنَّهُ هُوَ الْمُقَدَّمُ عَلَى الْوَلِيِّ، ثُمَّ هُوَ لَيْسَ بِمُنْحَصِرٍ عَلَى السُّلْطَانِ، بَلْ كُلُّ مَنْ كَانَ مُقَدَّمًا عَلَى الْوَلِيِّ فِي تَرْتِيبِ الْإِمَامَةِ فِي صَلَاةِ الْجَنَازَةِ عَلَى مَا ذَكَرْنَا فَصَلَّى هُوَ لَا يُعِيدُ الْوَلِيُّ ثَانِيًا قَالَ الْإِمَامُ الْوَلَوَالِجِيُّ فِي فَتَاوَاهُ: رَجُلٌ صَلَّى عَلَى جَنَازَةِ الْوَلِيِّ خَلْفَهُ وَلَمْ يَرْضَ بِهِ، إِنْ تَابَعَهُ وَصَلَّى مَعَهُ لَا يُعِيدُ لِأَنَّهُ صَلَّى مَرَّةً، وَإِنْ لَمْ يُتَابَعَهُ فَإِنْ كَانَ الْمُصَلِّي السُّلْطَانُ أَوْ الْإِمَامُ الْأَعْظَمُ فِي الْبَلَدَةِ أَوْ الْقَاضِي أَوْ الْوَالِي. عَلَى الْبَلَدَةِ. أَوْ إِمَامٌ حَيٌّ لَيْسَ لَهُ أَنْ يُعِيدَ لِأَنَّ هَؤُلَاءِ هُمْ الْأَوَّلُونَ مِنْهُ، وَإِنْ كَانَ غَيْرُهُمْ. فَلَهُ الْإِعَادَةُ. وَكَذَا ذَكَرَ فِي التَّجْنِيسِ وَالْفَتَاوَى الظَّهِيرِيَّةِ.

قَالَ فِي النَّهَائَةِ: ذَكَرَ فِي الْكِتَابِ إِعَادَةَ الْوَلِيِّ إِذَا لَمْ يُصَلِّهَا وَلَمْ يَذْكُرْ إِعَادَةَ السُّلْطَانِ إِذَا لَمْ يُصَلِّهَا، وَيَجِبُ أَنْ يَكُونَ حُكْمُهُ فِي وِلَايَةِ الْإِعَادَةِ كَحُكْمِ الْوَلِيِّ لَمَّا أَتَاهُ مُقَدَّمٌ فِي حَقِّ صَلَاةِ الْجَنَازَةِ عَلَى الْوَلِيِّ، فَلَمَّا ثَبَتَ حَقُّ الْإِعَادَةِ لِلأَوَّلِينَ فَلَا أَنْ يَثْبُتَ لِلأَعْلَى مِنْهُ أُولَى، وَقَالَ: قَدْ وَجَدْتُ رَوَايَةً فِي نَوَادِرِ الصَّلَاةِ تَشْهَدُ بِمَا ذَكَرَ.

وَقَالَ فِي قَوْلِهِ وَإِنْ صَلَّى الْوَلِيُّ لَمْ يَجْزُ لِأَحَدٍ أَنْ يُصَلِّيَ بَعْدَهُ تَخْصِصُ الْوَلِيِّ لَيْسَ بِقَيْدٍ لَمَّا أَتَاهُ لَوْ صَلَّى السُّلْطَانُ أَوْ غَيْرُهُ مِمَّنْ هُوَ أُولَى. مِنَ الْوَلِيِّ. فِي الصَّلَاةِ عَلَى الْمَيِّتِ مِمَّنْ ذَكَرْنَا لَيْسَ لِأَحَدٍ أَنْ يُصَلِّيَ بَعْدَهُ أَيْضًا عَلَى مَا ذَكَرْنَا مِنْ رَوَايَةِ الْوَلَوَالِجِيِّ وَالتَّجْنِيسِ، وَهَذَا الَّذِي ذَكَرَهُ بِقَوْلِهِ لَمْ يَجْزُ لِأَحَدٍ أَنْ يُصَلِّيَ بَعْدَهُ مَذْهَبُنَا.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: تُعَادُ الصَّلَاةُ عَلَى الْجَنَازَةِ مَرَّةً بَعْدَ أُخْرَى لَمَّا رُوِيَ «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ مَرَّ بِقَبْرِ جَدِيدٍ فَسَأَلَ عَنْهُ، فَقِيلَ قَبْرُ فُلَانَةٍ، فَقَالَ: هَلَا آذَنْتُمُونِي بِالصَّلَاةِ؟ فَقِيلَ إِنَّهَا دُفِنَتْ لَيْلًا فَخَشِينَا عَلَيْكَ هَوَامَّ الْأَرْضِ فَقَامَ وَصَلَّى عَلَى قَبْرِهَا» «وَلَمَّا قَبِضَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ صَلَّى عَلَيْهِ. أَصْحَابُهُ فَوَجَّأَ بَعْدَ فَوْجٍ». وَلَنَا مَا ذَكَرَ فِي الْكِتَابِ، وَقَوْلُهُ (وَهُوَ الْيَوْمَ

كَمَا وَضِعَ) لَأَنَّ لُحُومَ الْأَنْبِيَاءِ عَلَيْهِمُ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ حَرَامٌ عَلَى الْأَرْضِ بِهِ وَرَدَ الْأَثَرُ وَإِنَّمَا صَلَّى النَّبِيُّ ﷺ لَأَنَّ الْحَقَّ كَانَ لَهُ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿الَّذِي أُولَىٰ بِالْمُؤْمِنِينَ مِنْ أَنْفُسِهِمْ﴾ [الأحزاب: ٦] وَلَيْسَ لغيرِهِ وَلَايَةُ الْإِسْقَاطِ، وَهَكَذَا تَأْوِيلُ فِعْلِ الصَّحَابَةِ، فَإِنَّ أَبَا بَكْرٍ كَانَ مَشْغُولًا بِتَسْوِيَةِ الْأُمُورِ وَتَسْكِينِ الْفِتْنَةِ فَكَانُوا يُصَلُّونَ عَلَيْهِ قَبْلَ حُضُورِهِ، وَكَانَ الْحَقُّ لَهُ لِأَنَّهُ هُوَ الْخَلِيفَةُ، فَلَمَّا فَرَّغَ صَلَّى عَلَيْهِ ثُمَّ لَمْ يُصَلِّ عَلَيْهِ أَحَدٌ بَعْدَهُ، كَذَا فِي الْمَبْسُوطِ.

(وَإِنَّ دُفِينَ الْمَيِّتُ وَلَمْ يُصَلِّ عَلَيْهِ صَلَّى عَلَى قَبْرِهِ) لَأَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ صَلَّى عَلَى قَبْرِ امْرَأَةٍ مِنَ الْأَنْصَارِ (وَيُصَلَّى عَلَيْهِ قَبْلَ أَنْ يَتَفَسَّخَ) وَالْمُعْتَبَرُ فِي مَعْرِفَةِ ذَلِكَ أَكْبَرُ الرَّأْيِ هُوَ الصَّحِيحُ لِاخْتِلَافِ الْحَالِ وَالزَّمَانِ وَالْمَكَانِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (صَلَّى عَلَى قَبْرِهِ) يَعْنِي إِذَا وَضِعَ اللَّبْنُ عَلَى اللَّحْدِ وَأُهِيلَ الثَّرَابُ عَلَيْهِ، وَأَمَّا إِذَا لَمْ يُوضَعْ اللَّبْنُ عَلَى اللَّحْدِ أَوْ وَضِعَ وَلَكِنْ لَمْ يُهَلَّ الثَّرَابُ عَلَيْهِ يُخْرَجُ وَيُصَلَّى عَلَيْهِ لِأَنَّ التَّسْنِيمَ لَمْ يَتِمَّ بَعْدَهُ، كَذَا فِي الْمَحِيطِ وَغَيْرِهِ. وَقَوْلُهُ (وَالْمُعْتَبَرُ فِي ذَلِكَ) أَيُّ فِي عَدَمِ التَّفَسُّخِ. وَقَوْلُهُ (هُوَ الصَّحِيحُ) اخْتِرَازٌ عَمَّا رَوَى عَنْ أَبِي يُوسُفَ فِي الْأَمَالِيِّ أَنَّهُ يُصَلَّى عَلَى الْمَيِّتِ فِي الْقَبْرِ إِلَى ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ؛ وَبَعْدَهُ لَا يُصَلَّى عَلَيْهِ، وَهَكَذَا ذَكَرَ ابْنُ رُسْتَمٍ فِي نَوَادِرِهِ، عَنْ مُحَمَّدٍ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ. وَالصَّحِيحُ أَنَّ ذَلِكَ لَيْسَ بِتَقْدِيرٍ لَازِمٍ، لِأَنَّ تَفَرُّقَ الْأَجْزَاءِ يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ حَالِ الْمَيِّتِ مِنَ السَّمَنِ وَالْهَزَالِ، وَبِاخْتِلَافِ الزَّمَانِ مِنَ الْحَرِّ وَالْبَرْدِ، وَبِاخْتِلَافِ الْمَكَانِ مِنَ الصَّلَاةِ وَالرَّخَاوَةِ، وَالَّذِي رَوَى «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ صَلَّى عَلَى شَهْدَاءٍ أُحْدِ بَعْدَ ثَمَانِ سِنِينَ» مَعْنَاهُ دَعَا لَهُمْ وَهُوَ حَقِيقَةُ لُغَوِيَّةٍ. وَقِيلَ: إِنَّهُمْ كَانُوا كَمَا دُفِنُوا لَمْ تَتَفَرَّقْ أَعْضَاؤُهُمْ، وَإِذَا كَانَ أَكْثَرُ الرَّأْيِ هُوَ الْمُعْتَبَرُ، فَإِنْ كَانَ فِي أَكْثَرِ رَأْيِهِمْ أَنَّ أَجْزَاءَ الْمَيِّتِ تَفَرَّقَتْ قَبْلَ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ لَا يُصَلُّونَ عَلَيْهِ إِلَى ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ، وَإِنْ كَانَ فِيهِ أَنَّهَا لَمْ تَتَفَرَّقْ بَعْدَ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ يُصَلَّى عَلَيْهِ بَعْدَ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ.

(وَالصَّلَاةُ أَنْ يُكَبِّرَ تَكْبِيرَةً يَحْمَدُ اللَّهُ عَقِبَهَا، ثُمَّ يُكَبِّرُ تَكْبِيرَةً يُصَلِّي فِيهَا عَلَى

النَّبِيِّ ﷺ، ثُمَّ يُكَبِّرُ تَكْبِيرَةً يَدْعُو فِيهَا لِنَفْسِهِ وَلِلْمَيِّتِ وَلِلْمُسْلِمِينَ ثُمَّ يُكَبِّرُ الرَّابِعَةَ وَيُسَلِّمُ)

لَأَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ كَبَّرَ أَرْبَعًا فِي آخِرِ صَلَاةٍ صَلَّاهَا فَتَنَسَّخَتْ مَا قَبْلَهَا.

الشرح:

قَالَ (وَالصَّلَاةُ أَنْ يُكَبِّرَ تَكْبِيرَةً) الصَّلَاةُ عَلَى الْمَيِّتِ أَرْبَعُ تَكْبِيرَاتٍ (يَحْمَدُ اللَّهُ عَقِبَ التَّكْبِيرَةِ الْأُولَى) وَلَمْ يُعَيَّنْ نَوْعًا مِنَ الشَّأْنِ، بِخِلَافِ سَائِرِ الصَّلَوَاتِ فَإِنَّهُ يَقُولُ فِيهَا: سُبْحَانَكَ اللَّهُمَّ إِنْ كَمَا مَرَّ وَقَدْ اخْتَلَفُوا فِي هَذَا بَعْدَ التَّحْرِيمِ، فَقَالَ بَعْضُهُمْ: يَحْمَدُ اللَّهُ كَمَا ذَكَرَهُ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ، وَقَالَ بَعْضُهُمْ: يَقُولُ سُبْحَانَكَ اللَّهُمَّ وَبِحَمْدِكَ إِنْ كَمَا فِي الصَّلَاةِ الْمَعْهُودَةِ. وَأَرَى أَنَّهُ مُخْتَارُ الْمُصَنِّفِ حَيْثُ أَشَارَ إِلَيْهِ بِقَوْلِهِ وَالْبَدَاءَةُ بِالشَّأْنِ، فَإِنَّ الْمَعْهُودَ مِنَ الشَّأْنِ ذَلِكَ وَلَا يَرْفَعُ يَدَهُ فِي التَّكْبِيرَاتِ إِلَّا عِنْدَ الْإِفْتِتَاحِ (ثُمَّ يُكَبِّرُ تَكْبِيرَةً ثَانِيَةً يُصَلِّي عَلَى النَّبِيِّ ﷺ) لِأَنَّ الشَّأْنَ عَلَى اللَّهِ يَعْقِبُهُ الصَّلَاةُ عَلَى رَسُولِهِ ﷺ كَمَا فِي التَّشْهِيدِ وَعَلَى ذَلِكَ وَضِعَتِ الْخُطْبُ (ثُمَّ يُكَبِّرُ تَكْبِيرَةً ثَالِثَةً يَدْعُو فِيهَا لِنَفْسِهِ وَلِلْمَيِّتِ وَلِلْمُسْلِمِينَ) يَقُولُ: اللَّهُمَّ اغْفِرْ لِحَيِّنَا وَمَيِّتِنَا إِنْ كَانَ يُحْسِنُ ذَلِكَ، وَإِلَّا فَيَأْتِي بِأَيِّ دُعَاءٍ شَاءَ لِأَنَّ الشَّأْنَ عَلَى اللَّهِ وَالصَّلَاةُ عَلَى النَّبِيِّ ﷺ يَعْقِبُهُمَا الدُّعَاءُ وَالِاسْتِغْفَارُ، قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «إِذَا أَرَادَ أَحَدُكُمْ أَنْ يَدْعُوَ فَلْيَحْمَدِ اللَّهَ وَلْيُصَلِّ عَلَى النَّبِيِّ ثُمَّ يَدْعُو» (ثُمَّ يُكَبِّرُ الرَّابِعَةَ وَيُسَلِّمُ، لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ كَبَّرَ أَرْبَعًا فِي آخِرِ صَلَاةٍ صَلَّاهَا» فَنَسَخَتْ مَا قَبْلَهَا) فَكَانَ مَا بَعْدَ التَّكْبِيرَةِ الرَّابِعَةِ أَوْ أَنَّ التَّحَلُّلَ وَذَلِكَ بِالسَّلَامِ، وَلَيْسَ بَعْدَهَا دُعَاءٌ إِلَّا السَّلَامُ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ. وَاخْتَارَ بَعْضُ مَشَايخِنَا أَنْ يُقَالَ: رَبَّنَا آتِنَا فِي الدُّنْيَا حَسَنَةً وَفِي الْآخِرَةِ حَسَنَةً وَقِنَا بِرَحْمَتِكَ عَذَابَ الْقَبْرِ وَعَذَابَ النَّارِ وَبَعْضُهُمْ أَنْ يَقُولَ: ﴿رَبَّنَا لَا تُرْغِ قُلُوبَنَا بَعْدَ إِذْ هَدَيْتَنَا﴾ الْآيَةُ.

(وَلَوْ كَبَّرَ الْإِمَامُ خَمْسًا لَمْ يُتَابِعْهُ الْمُؤْتَمُّ) خِلَافًا لِزُفَرٍ لِأَنَّهُ مَنْسُوخٌ لِمَا رَوَيْنَا، وَيَنْتَظِرُ تَسْلِيمَةَ الْإِمَامِ فِي رِوَايَةٍ وَهُوَ الْمَخْتَارُ.

الشرح:

(وَلَوْ كَبَّرَ الْإِمَامُ خَمْسًا لَمْ يُتَابِعْهُ الْمُقْتَدِي) فِي الْخَامِسَةِ لَكَوْنُهَا مَنْسُوخَةً بِمَا رَوَيْنَا «أَنَّهُ ﷺ كَبَّرَ أَرْبَعًا فِي آخِرِ صَلَاةٍ صَلَّاهَا». وَقَالَ زُفَرٌ: يُتَابِعُهُ لِأَنَّهُ مُجْتَهِدٌ فِيهِ لِمَا رُوِيَ أَنَّ عَلِيًّا ﷺ كَبَّرَ خَمْسًا فَتَابِعَهُ الْمُقْتَدِي كَمَا فِي تَكْبِيرَاتِ الْعِيدِ. قُلْنَا: ثَبَتَ أَنَّ الصَّحَابَةَ تَشَاوَرُوا وَرَجَعُوا إِلَى آخِرِ صَلَاةٍ صَلَّاهَا فَصَارَ ذَلِكَ مَنْسُوخًا بِاجْتِمَاعِهِمْ، وَمُتَابَعَةُ الْمَنْسُوخِ خَطَأً، وَإِذَا لَمْ يُتَابِعْهُ مَاذَا يَصْنَعُ؟ فِي رِوَايَةٍ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ يُسَلِّمُ لِلْحَالِ تَحْقِيقًا

لِلْمُخَالَفَةِ، وَفِي أُخْرَى: يَنْتَظِرُ تَسْلِيمَ الْإِمَامِ لِيَصِيرَ مُتَابِعًا فِيمَا تَجِبُ الْمَتَابَعَةُ فِيهِ. قَالَ الْمُصَنِّفُ (وَهُوَ الْمُخْتَارُ).

وَالِإِثْنَانِ بِالدَّعَوَاتِ اسْتِغْفَارًا لِلْمَيِّتِ وَالْبِدْءَ بِالثَّنَاءِ ثُمَّ بِالصَّلَاةِ سُنَّةَ الدُّعَاءِ، وَلَا يَسْتَغْفِرُ لِلصَّبِيِّ وَلَكِنْ يَقُولُ: اللَّهُمَّ اجْعَلْهُ لَنَا فَرَطًا، وَاجْعَلْهُ لَنَا أَجْرًا وَذُخْرًا، وَاجْعَلْهُ لَنَا شَافِعًا مُشَفَّعًا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَالِإِثْنَانِ بِالدَّعَوَاتِ) يَعْنِي بَعْدَ التَّكْبِيرَةِ الثَّلَاثَةِ إِشَارَةً إِلَى أَنَّ الْمَقْصُودَ هُوَ الدُّعَاءُ (وَالْبِدْءَ بِالثَّنَاءِ وَالصَّلَاةِ عَلَى النَّبِيِّ ﷺ سُنَّةَ الدُّعَاءِ) تَحْصِيلًا لِلِإِجَابَةِ، فَإِنَّهُ رُوِيَ «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ رَأَى رَجُلًا فَعَلَ هَكَذَا بَعْدَ الْفَرَاغِ مِنَ الصَّلَاةِ فَقَالَ ﷺ: أَدْعُ فَقَدْ أُسْتَجِيبَ لَكَ» (و) عَلَى هَذَا (لَا يُسْتَغْفَرُ لِلصَّبِيِّ) لِأَنَّهُ لَا ذَنْبَ لَهُ (وَلَكِنْ يَقُولُ: اللَّهُمَّ اجْعَلْهُ لَنَا فَرَطًا) أَيَّ أَجْرًا يَتَقَدَّمُنَا، وَأَصْلُ الْفَرَطِ فِيمَنْ يَتَقَدَّمُ الْوَارِدَةَ، وَمِنْهُ الْحَدِيثُ «أَنَا فَرَطُكُمْ عَلَى الْخَوْضِ» أَيَّ مُتَقَدِّمُكُمْ (وَاجْعَلْهُ لَنَا ذُخْرًا) أَيَّ خَيْرًا بَاقِيًا (وَاجْعَلْهُ لَنَا شَافِعًا مُشَفَّعًا) أَيَّ مَقْبُولِ الشَّفَاعَةِ.

(وَلَوْ كَبَّرَ الْإِمَامُ تَكْبِيرَةً أَوْ تَكْبِيرَتَيْنِ لَا يُكَبِّرُ الْآتِي حَتَّى يُكَبِّرَ أُخْرَى بَعْدَ حُضُورِهِ) عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: يُكَبِّرُ حِينَ يَحْضُرُ لِأَنَّ الْأُولَى لِلِافْتِتَاحِ، وَالْمَسْبُوقُ يَأْتِي بِهِ. وَلَهُمَا أَنَّ كُلَّ تَكْبِيرَةٍ قَائِمَةٌ مَقَامَ رَكْعَةٍ، وَالْمَسْبُوقُ لَا يَبْتَدِئُ بِمَا فَاتَهُ إِذْ هُوَ مَنْسُوخٌ، وَلَوْ كَانَ حَاضِرًا فَلَمْ يُكَبِّرْ مَعَ الْإِمَامِ لَا يَنْتَظِرُ الثَّانِيَةَ بِالِاتِّفَاقِ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الْمَدْرُكِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلَوْ كَبَّرَ الْإِمَامُ تَكْبِيرَةً أَوْ تَكْبِيرَتَيْنِ) ظَاهِرٌ. وَحَاصِلُهُ أَنَّ الْحَاضِرَ بَعْدَ التَّكْبِيرَةِ الْأُولَى عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ كَالْمَسْبُوقِ، وَالْمَسْبُوقُ يَأْتِي بِتَكْبِيرَةِ الْإِفْتِتَاحِ إِذَا انْتَهَى إِلَى الْإِمَامِ فَكَذَا هَذَا، وَعِنْدَهُمَا وَإِنْ كَانَ كَالْمَسْبُوقِ لَكِنْ لِكُلِّ تَكْبِيرَةٍ بِمَنْزِلَةِ رَكْعَةٍ مِنَ الصَّلَاةِ وَلِهَذَا قِيلَ أَرْبَعٌ كَأَرْبَعِ الظُّهْرِ (وَالْمَسْبُوقُ لَا يَبْتَدِئُ بِمَا فَاتَهُ قَبْلَ فَرَاغِ الْإِمَامِ) فَيَنْتَظِرُ حَتَّى يُكَبِّرَ الْإِمَامُ فَيُكَبِّرُ مَعَهُ فَتَكُونُ هَذِهِ التَّكْبِيرَةُ تَكْبِيرَةَ الْإِفْتِتَاحِ فِي حَقِّ هَذَا الرَّجُلِ فَيَصِيرُ مَسْبُوقًا بِمَا فَاتَهُ مِنْ تَكْبِيرَةٍ أَوْ تَكْبِيرَتَيْنِ يَأْتِي بِهِ بَعْدَ سَلَامِ الْإِمَامِ، وَهُوَ

مَرْوِيٌّ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ.

وَقَوْلُهُ (إِذْ هُوَ) أَيُّ الْإِبْتِدَاءِ بِمَا فَاتَتْهُ قَبْلَ أَدَاءِ مَا أَدْرَكَ مَعَ الْإِمَامِ (مَنْسُوخٌ) وَقَوْلُهُ (وَلَوْ كَانَ حَاضِرًا) أَيُّ الَّذِي فَاتَتْهُ التَّكْبِيرَةُ (لَا يَنْتَظِرُ الثَّانِيَةَ بِالِاتِّفَاقِ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الْمُدْرِكِ) لِتِلْكَ التَّكْبِيرَةِ ضَرُورَةُ الْعَجْزِ عَنِ الْمُقَارَنَةِ.

وَشَرَطُ قَضَاءِ التَّكْبِيرِ الْفَائِتِ أَنْ لَا تُرْفَعَ الْجِنَازَةُ لِأَنَّ الصَّلَاةَ لَا تَجُوزُ بَعْدَ رَفْعِهَا. وَفَائِدَةُ هَذَا الْاِخْتِلَافِ تَظْهَرُ فِيمَا إِذَا سَلَّمَ الْإِمَامُ، فَإِنَّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ يُكَبِّرُ الْمَسْبُوقُ قَبْلَ أَنْ تُرْفَعَ الْجِنَازَةُ لِأَنَّهُ صَارَ مَسْبُوقًا بِهَا، وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ يُسَلِّمُ مَعَ الْإِمَامِ لِأَنَّهُ لَمْ يَصِرْ مَسْبُوقًا بِشَيْءٍ لِأَنَّهُ كَبَّرَ عِنْدَ الدُّخُولِ، وَلَوْ كَانَ مَسْبُوقًا بِأَرْبَعِ تَكْبِيرَاتٍ وَجَاءَ قَبْلَ أَنْ يُسَلَّمَ الْإِمَامُ فَإِنَّهُ لَا يَكُونُ مُدْرِكًا لِلصَّلَاةِ عِنْدَهُمَا لِأَنَّهُ لَوْ كَبَّرَ صَارَ مُشْتَغَلًا بِقَضَاءِ مَا سَبَقَ بِهِ قَبْلَ فَرَغِ الْإِمَامِ، وَإِذَا سَلَّمَ الْإِمَامُ فَاتَتْهُ الْجِنَازَةُ، وَعَلَى قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ يُكَبِّرُ وَيَشْرَعُ فِي صَلَاةِ الْإِمَامِ ثُمَّ يَأْتِي بِالتَّكْبِيرَاتِ بَعْدَمَا سَلَّمَ قَبْلَ أَنْ تُرْفَعَ الْجِنَازَةُ.

قَالَ (وَيَقُومُ الَّذِي يُصَلِّي عَلَى الرَّجُلِ وَالْمَرْأَةِ بِحِذَاءِ الصَّدْرِ) لِأَنَّهُ مَوْضِعُ الْقَلْبِ وَفِيهِ نُورُ الْإِيمَانِ فَيَكُونُ الْقِيَامُ عِنْدَهُ إِشَارَةً إِلَى الشَّفَاعَةِ لِإِيمَانِهِ. وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ يَقُومُ مِنَ الرَّجُلِ بِحِذَاءِ رَأْسِهِ وَمِنَ الْمَرْأَةِ بِحِذَاءِ وَسْطِهَا لِأَنَّ أَنْسَا ﷺ فَعَلَ كَذَلِكَ وَقَالَ: هُوَ السُّنَّةُ. فَلَمَّا تَأَوَّلَهُ أَنْ جِنَازَتَهَا لَمْ تَكُنْ مَعُوشَةً فَحَالَ بَيْنَهَا وَبَيْنَهُمْ.

الشرح:

قَالَ (وَيَقُومُ الَّذِي يُصَلِّي عَلَى الرَّجُلِ وَالْمَرْأَةِ بِحِذَاءِ الصَّدْرِ) كَلَامُهُ وَاضِحٌ. وَالْوَسْطُ قَالَ صَاحِبُ النَّهَائِيَةِ: يَسْكُونُ السَّيْنُ لِأَنَّهُ اسْمٌ مُبْهَمٌ لِدَاخِلِ الشَّيْءِ وَلِذَا كَانَ ظَرْفًا، يُقَالُ: جَلَسْتُ وَسْطَ الدَّارِ بِالسُّكُونِ وَهُوَ الْمُرَادُ هُنَا، بِخِلَافِ الْمُتَحَرِّكِ لِأَنَّهُ اسْمٌ لِعَيْنٍ مَا بَيْنَ طَرَفَيْ الشَّيْءِ وَلَيْسَ بِمُرَادٍ، وَالتَّعَشُّ شَبَهَ الْحَقَّةِ مُشْتَبِكٌ مُطَبِّقٌ عَلَى الْمَرْأَةِ إِذَا وُضِعَتْ عَلَى الْجِنَازَةِ وَالرُّكْبَانُ جَمْعُ رَاكِبٍ.

(فَإِنْ صَلَّوْا عَلَى جِنَازَةِ رُكْبَانًا أَجْزَأَهُمْ) فِي الْقِيَاسِ لِأَنَّهَا دُعَاءٌ. وَفِي الْإِسْتِحْسَانِ: لَا تُجْزِئُهُمْ لِأَنَّهَا صَلَاةٌ مِنْ وَجْهِ لَوْجُودِ التَّحْرِيمَةِ فَلَا يَجُوزُ تَرْكُهُ مِنْ غَيْرِ عَذْرِ احْتِيَاطًا

الشرح:

وَقَوْلُهُ (لَأَنَّهَا دُعَاءٌ) يَعْنِي فِي الْحَقِيقَةِ، وَلِهَذَا لَمْ يَكُنْ لَهَا قِرَاءَةٌ وَلَا رُكُوعٌ وَلَا

سُجُودٌ فَيَسْقُطُ الْقِيَامُ كَسَائِرِ الْأَرْكَانِ (وَفِي الاسْتِحْسَانِ لَا يُجْزِيهِمْ) يَعْنِي تَجِبُ عَلَيْهِمُ الْإِعَادَةُ لَمَا ذَكَرَ فِي الْكِتَابِ.

(وَلَا بَأْسَ بِالْإِذْنِ فِي صَلَاةِ الْجِنَازَةِ) لِأَنَّ التَّقَدُّمَ حَقُّ الْوَلِيِّ فَيَمْلِكُ إِبْطَالَهُ بِتَقْدِيمِ غَيْرِهِ. وَفِي بَعْضِ النُّسخِ: لَا بَأْسَ بِالْأَذَانِ: أَيِ الْإِعْلَامِ، وَهُوَ أَنْ يُعْلَمَ بَعْضُهُمْ بَعْضًا لِيَقْضُوا حَقَّهُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلَا بَأْسَ بِالْإِذْنِ) أَيُّ بِإِذْنِ الْوَلِيِّ لَغَيْرِهِ بِالْإِمَامَةِ إِذَا حَسُنَ ظَنُّهُ بِشَخْصٍ أَنْ فِي تَقْدِيمِهِ مَزِيدٌ خَيْرٌ وَتَوَاقُفٌ، وَشَفَاعَتُهُ أَرْجَى لَهُ لِأَنَّ الصَّلَاةَ عَلَى الْمَيِّتِ حَقُّهُ فَجَازَ أَنْ يَأْذَنَ لَغَيْرِهِ. وَقِيلَ مَعْنَاهُ: لَا بَأْسَ بِإِذْنِ الْوَلِيِّ لِلنَّاسِ بِالْإِنْصِرَافِ بَعْدَ الصَّلَاةِ، إِذْ لَا يَسْعُهُمُ الْإِنْصِرَافُ عَنْهَا قَبْلَ الدَّفْنِ إِلَّا بِإِذْنِ الْوَلِيِّ. وَقَوْلُهُ (وَفِي بَعْضِ النُّسخِ) أَيُّ نُسَخِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ (بِالْأَذَانِ) أَيُّ إِعْلَامِ الْأَقَارِبِ وَالْجِيرَانِ، قَالَ ﷺ «إِذَا مَاتَ أَحَدُكُمْ فَادْنُوا بِالصَّلَاةِ» أَيُّ اذْهَبُوا، وَقَدْ اسْتَحْسَنَ بَعْضُ الْمُتَأَخِّرِينَ النَّدَاءَ فِي الْأَسْوَاقِ لِلْجِنَازَةِ الَّتِي يَرْغَبُ النَّاسُ فِي الصَّلَاةِ عَلَيْهَا كَالزُّهَادِ وَالْعُلَمَاءِ.

(وَلَا يُصَلِّي عَلَى مَيِّتٍ فِي مَسْجِدٍ جَمَاعَةٍ) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «مَنْ صَلَّى عَلَى جِنَازَةٍ فِي الْمَسْجِدِ فَلَا أَجْرَ لَهُ» ^(١) وَلِأَنَّهُ بُنِيَ لِأَدَاءِ الْمَكْتُوبَاتِ، وَلِأَنَّهُ يُحْتَمَلُ تَلْوِيثُ الْمَسْجِدِ، وَفِيمَا إِذَا كَانَ الْمَيِّتُ خَارِجَ الْمَسْجِدِ اخْتِلَافُ الْمُشَايِخِ رَحِمَهُمُ اللَّهُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلَا يُصَلِّي عَلَى مَيِّتٍ فِي مَسْجِدٍ جَمَاعَةٍ) إِذَا كَانَتْ الْجِنَازَةُ فِي الْمَسْجِدِ، فَالصَّلَاةُ عَلَيْهَا مَكْرُوهَةٌ بِاتِّفَاقِ أَصْحَابِنَا، وَإِنْ كَانَتْ الْجِنَازَةُ وَالْإِمَامُ وَبَعْضُ الْقَوْمِ خَارِجَ الْمَسْجِدِ وَالْبَاقِي فِيهِ لَمْ تُكْرَهْ بِالْإِتِّفَاقِ، وَإِنْ كَانَتْ الْجِنَازَةُ وَحْدَهَا خَارِجَ الْمَسْجِدِ فَفِيهِ اخْتِلَافُ الْمُشَايِخِ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا يُكْرَهُ عَلَى كُلِّ حَالٍ لَمَّا رُوِيَ «أَنَّهُ لَمَّا مَاتَ سَعْدُ بْنُ أَبِي وَقَّاصٍ أَمَرَتْ عَائِشَةُ بِإِدْخَالِ جِنَازَتِهِ الْمَسْجِدَ حَتَّى صَلَّتْ عَلَيْهَا أَزْوَاجُ النَّبِيِّ ﷺ، ثُمَّ

(١) أخرجه أبو داود (٣١٩١)، وابن ماجه (١٥١٧)، وأحمد (٤٤٤/٢، ٤٤٥)، وانظر نصب

قَالَتْ لِبَعْضٍ مَنْ حَوْلَهَا: هَلْ عَابَ النَّاسُ عَلَيْنَا مَا فَعَلْنَا؟ قَالَن نَعَمْ، فَقَالَتْ: مَا أَسْرَعَ مَا نُسُوا، «مَا صَلَّى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَلَى جِنَازَةِ سُهَيْلِ بْنِ الْبَيْضَاءِ إِلَّا فِي الْمَسْجِدِ».

وَلَنَا مَا رَوَى أَبُو هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «مَنْ صَلَّى عَلَى جِنَازَةٍ فِي الْمَسْجِدِ فَلَا أَجْرَ لَهُ» وَحَدِيثُ عَائِشَةَ مُشْتَرِكُ الْإِلْزَامِ لَأَنَّ النَّاسَ فِي زَمَانِهَا الْمُهَاجِرُونَ وَالْأَنْصَارُ قَدْ عَابُوا عَلَيْهَا، فَدَلَّ عَلَى أَنَّ كَرَاهَةَ ذَلِكَ كَانَتْ مَعْرُوفَةً فِيمَا بَيْنَهُمْ، وَتَأْوِيلُ صَلَاتِهِ ﷺ عَلَى جِنَازَةِ سُهَيْلٍ فِي الْمَسْجِدِ أَنَّهُ كَانَ مُعْتَكِفًا فِي ذَلِكَ الْوَقْتِ فَلَمْ يُمَكِّنْهُ الْخُرُوجُ فَأَمَرَ بِالْجِنَازَةِ فَوُضِعَتْ خَارِجَ الْمَسْجِدِ. وَعِنْدَنَا إِذَا كَانَتْ الْجِنَازَةُ خَارِجَ الْمَسْجِدِ لَمْ يُكْرَهْ أَنْ يُصَلِّيَ النَّاسُ عَلَيْهَا فِي الْمَسْجِدِ لَمَّا تَذَكَّرُوهُ.

وَقَوْلُهُ (وَلَا نُكْرَهُ بِنِي لَأَدَاءِ الْمَكْتُوباتِ) دَلِيلَانِ مَعْقُولَانِ عَلَى ذَلِكَ وَقَعَ اخْتِلَافُ الْمَشَايِخِ فِيمَا إِذَا كَانَتْ الْجِنَازَةُ خَارِجَ الْمَسْجِدِ نَظَرًا إِلَيْهَا؛ فَمَنْ نَظَرَ إِلَى الْأَوَّلِ قَالَ بِالْكَرَاهَةِ وَإِنْ كَانَتْ خَارِجَهُ وَلَا يَلْزَمُهُ التَّنْفُلُ فِي الْمَسْجِدِ لِأَنَّهُ تَبَعَ لِلْمَكْتُوبَةِ، وَمَنْ نَظَرَ إِلَى الثَّانِي حَكَمَ بَعْدِمِهَا لِأَنَّ الْعِلَّةَ وَهِيَ التَّلْوِثُ لَمْ تُوجَدْ. فَإِنْ قِيلَ: حَدِيثُ أَبِي هُرَيْرَةَ مُطْلَقٌ فَالتَّعْلِيلُ بِالتَّلْوِثِ فِي مُقَابَلَةِ النَّصِّ وَهُوَ بَاطِلٌ. فَالْجَوَابُ أَنَّ قَوْلَهُ ﷺ «فِي الْمَسْجِدِ» يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ ظَرْفًا لِلصَّلَاةِ فَكَانَ دَلِيلًا لِلأَوَّلَيْنِ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ ظَرْفًا لِلْجِنَازَةِ فَلَا يَكُونُ مُنَافِيًا لِلتَّعْلِيلِ الْآخَرِينَ.

(وَمَنْ اسْتَهَلَ بَعْدَ الْوِلَادَةِ سُمِّيَ وَغُسِّلَ وَصَلِّيَ عَلَيْهِ) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «إِذَا اسْتَهَلَ الْمَوْلُودُ صَلَّيْ عَلَيْهِ، وَإِنْ لَمْ يَسْتَهَلْ لَمْ يُصَلَّ عَلَيْهِ»^(١) وَلِأَنَّ الْاسْتِهْلَالَ دَلَالَةُ الْحَيَاةِ فَتَحَقَّقَ فِي حَقِّهِ سُنْتُ الْمَوْتِ (وَإِنْ لَمْ يَسْتَهَلْ أُدْرِجَ فِي خِرْقَةٍ) كَرَامَةِ لَبْنِي آدَمَ (وَلَمْ يُصَلَّ عَلَيْهِ) لَمَّا رَوَيْنَا، وَيُغَسَّلُ فِي غَيْرِ الظَّاهِرِ مِنَ الرِّوَايَةِ لِأَنَّهُ نَفْسٌ مِنْ وَجْهِ، وَهُوَ الْمُخْتَارُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ اسْتَهَلَ) عَلَى بِنَاءِ الْفَاعِلِ، وَاسْتِهْلَالُ الصَّبِيِّ: أَنْ يَرْفَعَ صَوْتَهُ بِالْبُكَاءِ عِنْدَ الْوِلَادَةِ. وَذَكَرَ فِي الْإِيضَاحِ: هُوَ أَنْ يَكُونَ مِنْهُ مَا يَدُلُّ عَلَى حَيَاتِهِ مِنْ بُكَاءٍ أَوْ

(١) أَخْرَجَهُ التِّرْمِذِيُّ فِي الْجَنَائِزِ بَابَ ٤٣، وَابْنُ مَاجَهَ (٢٧٥٠)، وَالدَّارِمِيُّ فِي الْفَرَائِضِ بَابَ ٤٧.

تَحْرِيكِ غُضُوهُ أَوْ طَرَفِ عَيْنٍ وَكَلَامُهُ وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (لَأَنَّهُ نَفْسٌ مِنْ وَجْهِ) دَلِيلٌ غَيْرُ ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ وَهِيَ عَنْ أَبِي يُوسُفَ. وَتَقْرِيرُهُ أَنَّهُ فِي حُكْمِ الْجُزْءِ مِنْ وَجْهِهِ وَفِي حُكْمِ النَّفْسِ مِنْ وَجْهِهِ فَيُعْطَى حَظًّا مِنَ الشَّهَيْنِ، فَلَاغْتِبَارِهِ بِالنَّفُوسِ يُعَسَّلُ وَلَاغْتِبَارِهِ بِالْأَجْزَاءِ لَا يُصَلِّي عَلَيْهِ، وَهَذَا هُوَ الْمُخْتَارُ.

(وَإِذَا سُبِيَ صَبِيٌّ مَعَ أَحَدِ آبَوَيْهِ وَمَاتَ لَمْ يُصَلَّ عَلَيْهِ) لِأَنَّهُ تَبَعَ لهُمَا (إِلَّا أَنْ يُقَرَّ بِالْإِسْلَامِ وَهُوَ يَعْقِلُ) لِأَنَّهُ صَحَّ إِسْلَامُهُ اسْتِحْسَانًا (أَوْ يُسَلِّمَ أَحَدُ آبَوَيْهِ) لِأَنَّهُ يَتَّبِعُ خَيْرَ الْأَبَوَيْنِ دِينًا (وَأِنْ لَمْ يُسَبِّ مَعَهُ أَحَدُ آبَوَيْهِ صَلَّى عَلَيْهِ) لِأَنَّهُ ظَهَرَتْ تَبَعِيَّةُ الدَّارِ فَحُكْمُ بِالْإِسْلَامِ كَمَا فِي اللَّقِيطِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِذَا سُبِيَ صَبِيٌّ) يَعْنِي إِذَا سُبِيَ صَبِيٌّ فَلَا يَخْلُو إِمَّا أَنْ يَكُونَ (مَعَ أَحَدِ آبَوَيْهِ) أَوْ لَا، فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ (فَمَاتَ لَمْ يُصَلَّ عَلَيْهِ) لِأَنَّهُ كَافِرٌ تَبَعَ لِلْأَبَوَيْنِ لِقَوْلِهِ ﷺ «الْوَلَدُ يَتَّبِعُ خَيْرَ الْأَبَوَيْنِ دِينًا» فَإِنْ فِيهِ دَلَالَةٌ ظَاهِرَةٌ عَلَى مُتَابَعَةِ الْوَلَدِ لِلْأَبَوَيْنِ (إِلَّا أَنْ يُقَرَّ بِالْإِسْلَامِ وَهُوَ يَعْقِلُ) صِفَةُ الْإِسْلَامِ الْمَذْكُورَةِ فِي {حَدِيثِ جَبْرِيلَ عَلَيْهِ السَّلَامُ أَنْ تُؤْمِنَ بِاللَّهِ وَمَلَائِكَتِهِ وَكُتُبِهِ وَرُسُلِهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَالْقَدَرِ خَيْرِهِ وَشَرِّهِ مِنَ اللَّهِ} وَقِيلَ مَعْنَاهُ: يَعْقِلُ الْمَنَافِعَ وَالْمَضَارَّ، وَإِنْ الْإِسْلَامُ هُدًى وَاتَّبَاعُهُ خَيْرٌ، وَالْكُفْرُ ضَلَالَةٌ وَاتَّبَاعُهُ شَرٌّ (لَأَنَّهُ صَحَّ إِسْلَامُهُ اسْتِحْسَانًا) وَإِنْ لَمْ يَصِحَّ قِيَاسًا كَمَا هُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ عَلَى مَا عُرِفَ فِي الْأُصُولِ.

وَقَوْلُهُ (أَوْ يُسَلِّمَ) عَطْفٌ عَلَى قَوْلِهِ إِلَّا أَنْ يُقَرَّ؛ يَعْنِي أَنَّهُ إِذَا أَقَرَّ بِالْإِسْلَامِ وَهُوَ يَعْقِلُ أَوْ يُسَلِّمَ (أَحَدُ آبَوَيْهِ) صَحَّ إِسْلَامُهُ لِمَا رَوَيْنَا، وَإِنْ كَانَ الثَّانِي صَلَّى عَلَيْهِ لِأَنَّهُ ظَهَرَتْ تَبَعِيَّةُ الدَّارِ فَحُكْمُ بِإِسْلَامِهِ كَمَا فِي اللَّقِيطِ عَلَى مَا سَيَجِيءُ.

فَإِنْ قِيلَ: إِذَا كَانَتْ الدَّارُ مِمَّا يُتَّبَعُ فَلْيَتَّبِعْ وَإِنْ سُبِيَ مَعَهُ أَحَدُ آبَوَيْهِ تَرْجِيحًا لِلْإِسْلَامِ كَالْأَبَوَيْنِ إِذَا كَانَ أَحَدُهُمَا مُسْلِمًا. أَجِيبَ بِأَنْ تَأْثِيرَ الدَّارِ فِي الْاسْتِبَاعِ دُونَ تَأْثِيرِ الْوِلَادَةِ، «لَأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ حَكَمَ بِاسْتِبَاعِ الْأَبَوَيْنِ دُونَ الدَّارِ مَعَ قِيَامِ الدَّارِ»، وَلَوْ لَمْ يَكُنْ كَذَلِكَ لَمَا حَكَمَ بِكُفْرِ صَبِيِّ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ أَصْلًا، وَكَانَ مَا تَرَكَ أَبَوَاهُ لِبَيْتِ الْمَالِ لاختلاف الدينين، ولم يذكر المصنف تبعية اليد بعد تبعية الدار، فإنه لو وقع من الغنيمة

صَبِيٍّ فِي سَهْمٍ رَجُلٍ فِي دَارِ الْحَرْبِ فَمَاتَ يُصَلِّي عَلَيْهِ وَيُجْعَلُ مُسْلِمًا تَبَعًا لَصَاحِبِ
الْيَدِ؛ وَصَاحِبُ الْمُحِيطِ قَدَّمَ تَبَعِيَّةَ الْيَدِ عَلَى تَبَعِيَّةِ الدَّارِ.

(وَإِذَا مَاتَ الْكَافِرُ وَلَهُ وَلِيٌّ مُسْلِمٌ فَإِنَّهُ يُغَسَّلُهُ وَيُكَفَّنُهُ وَيَدْفَنُهُ) بِذَلِكَ أَمَرَ عَلِيٌّ عليه السلام

فِي حَقِّ أَبِيهِ أَبِي طَالِبٍ، لَكِنْ يُغَسَّلُ غُسْلَ التُّوبِ النَّجِسِ وَيُلْفُ فِي خِرْقَةٍ وَتُحْفَرُ حُفْرَةٌ
مِنْ غَيْرِ مُرَاعَاةِ سُنَّةِ التَّكْفِينِ وَاللَّحْدِ، وَلَا يُوضَعُ فِيهَا بَلْ يُلْقَى.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِذَا مَاتَ الْكَافِرُ وَلَهُ وَلِيٌّ مُسْلِمٌ) أَيُّ قَرِيبٌ، لِأَنَّ حَقِيقَةَ الْوِلَايَةِ مَنْفِيَّةٌ،
قَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿لَا تَتَّخِذُوا الْيَهُودَ وَالنَّصَارَى أَوْلِيَاءَ﴾ [المائدة: ٥١] أَطْلُقُ لِيَتَنَاوَلَ
كُلَّ قَرِيبٍ لَهُ مِنْ ذَوِي الْفُرُوضِ وَالْعَصَبَاتِ وَذَوِي الْأَرْحَامِ، وَهَذَا الْإِطْلَاقُ لَفْظُ الْجَامِعِ
الصَّغِيرِ.

وَذَكَرَ فِي الْأَصْلِ: كَافِرٌ مَاتَ وَلَهُ ابْنٌ مُسْلِمٌ يُغَسَّلُهُ وَيُكَفَّنُهُ وَيَدْفَنُهُ إِذَا لَمْ يَكُنْ
هُنَاكَ مِنْ أَقْرَبَائِهِ الْكَفَّارِ مَنْ يَتَوَلَّى أَمْرَهُ، فَإِنْ كَانَ نَمَةً أَحَدٌ مِنْهُمْ فَلِأَوَّلَى أَنْ يُخْلِيَ
الْمُسْلِمُ بَيْنَهُمْ وَيَبْنِيهِ يَصْنَعُونَ بِهِ مَا يَصْنَعُونَ بِمَوْتَاهُمْ (بِذَلِكَ أَمَرَ عَلِيٌّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ)
رُويَ «ثُمَّ لَمَّا مَاتَ أَبُو طَالِبٍ جَاءَ عَلِيٌّ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَقَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنَّ عَمَّكَ
الضَّالَّ وَفِي رِوَايَةٍ إِنَّ الشَّيْخَ الضَّالَّ قَدْ مَاتَ، فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ: اغْسِلْهُ وَكَفِّنْهُ وَوَارِهِ
وَكَفِّنْهُ وَلَا تُحَدِّثْ بِهِ حَدَّثًا حَتَّى تَلْقَانِي» أَيُّ لَا تُصَلِّ عَلَيْهِ.

وَقَوْلُهُ (لَكِنْ يُغَسَّلُ غُسْلَ التُّوبِ النَّجِسِ) يَعْنِي لَا يُغَسَّلُ كَغُسْلِ الْمُسْلِمِ مِنْ
الْبِدَاةِ بِالْوُضُوءِ وَبِالْيَمَانِ، وَلَكِنْ يُصَبُّ عَلَيْهِ الْمَاءُ كَمَا يُصَبُّ فِي غُسْلِ النَّجَاسَةِ وَلَا
يَكُونُ الْغُسْلُ طَهَارَةً لَهُ؛ حَتَّى لَوْ حَمَلَهُ إِنْسَانٌ وَصَلَّى لَمْ تَجْزُ صَلَاتُهُ، بِخِلَافِ الْمُسْلِمِ
فَإِنَّهُ لَوْ حَمَلَهُ الْمُصَلِّي بَعْدَمَا غُسِّلَ جَازَتْ صَلَاتُهُ (وَيُلْفُ فِي خِرْقَةٍ) يَعْنِي بِلاِ اعْتِبَارِ عَدَدِ
وَلَا حُنُوطٍ وَلَا كَافُورٍ.

فصل في حمل الجنابة

(وَإِذَا حَمَلُوا الْمَيِّتَ عَلَى سَرِيرِهِ أَخَذُوا بِقَوَائِمِهِ الْأَرْبَعِ) بِذَلِكَ وَرَدَتِ السُّنَّةُ، وَفِيهِ
تَكْثِيرُ الْجَمَاعَةِ وَزِيَادَةُ الْإِكْرَامِ وَالصِّيَانَةِ، وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: السُّنَّةُ أَنْ يَحْمِلَهَا رَجُلَانِ:
يَضَعُهَا السَّابِقُ عَلَى أَصْلِ عُنُقِهِ، وَالثَّانِي عَلَى أَعْلَى صَدْرِهِ، لِأَنَّ جِنَازَةَ سَعْدِ بْنِ مُعَاذٍ رضي الله عنه

هَكَذَا حُمِلَتْ. قُلْنَا: كَانَ ذَلِكَ لَازِدِحَامِ الْمَلَائِكَةِ.

الشرح:

(فَصَلِّ فِي حَمْلِ الْجِنَازَةِ): (إِذَا حَمَلُوا الْمَيِّتَ عَلَى سَرِيرِهِ أَخَذُوا بِقَوَائِمِهِ الْأَرْبَعَةَ بِذَلِكَ وَرَدَّتِ السُّنَّةُ) وَهِيَ مَا رُوِيَ عَنْ ابْنِ مَسْعُودٍ: مِنَ السُّنَّةِ أَنْ تُحْمَلَ الْجِنَازَةُ مِنْ جَوَانِبِهَا الْأَرْبَعِ (وَفِيهِ تَكْثِيرُ الْجَمَاعَةِ) حَتَّى لَوْ لَمْ يَتَّبَعَهُ أَحَدٌ كَانَ هَؤُلَاءِ جَمَاعَةً، وَفِيهِ زِيَادَةُ الْإِكْرَامِ حَيْثُ لَمْ يُحْمَلْ كَمَا تُحْمَلُ الْأَحْمَالُ، وَفِيهِ صِبَاةٌ عَنْ سُقُوطِ الْمَيِّتِ (وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: السُّنَّةُ أَنْ يَحْمِلَهَا رَجُلَانِ) كَمَا ذَكَرَ فِي الْكِتَابِ، وَاسْتَدَلَّ عَلَى ذَلِكَ «بِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ حَمَلَ جِنَازَةَ سَعْدِ بْنِ مُعَاذٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ بَيْنَ الْعَمُودَيْنِ» قُلْنَا: كَانَ ذَلِكَ لَازِدِحَامِ الْمَلَائِكَةِ وَكَانَ الطَّرِيقُ ضَيْقًا حَتَّى رُوِيَ أَنَّهُ ﷺ كَانَ يَمْشِي عَلَى رُءُوسِ أَصَابِعِهِ وَصُدُورِ قَدَمَيْهِ وَكَانَ حَالَةً ضَرُورَةٍ وَنَحْنُ نَقُولُ بِهِ.

(وَيَمْشُونَ بِهِ مُسْرِعِينَ دُونَ الْخَبَبِ) "لَأَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ حِينَ سُئِلَ عَنْهُ

قَالَ: مَا دُونَ الْخَبَبِ" (١)

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَيَمْشُونَ بِهِ مُسْرِعِينَ دُونَ الْخَبَبِ) الْخَبَبُ ضَرْبٌ مِنَ الْعَدُوِّ دُونَ الْعَنْقِ لِأَنَّ الْعَنْقَ خَطُوطٌ فَسِيحٌ وَاسِعٌ لَمَّا رُوِيَ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ سُئِلَ عَنِ الْمَشْيِ فِي الْجِنَازَةِ فَقَالَ: «مَا دُونَ الْخَبَبِ، فَإِنْ يَكُنْ خَيْرًا عَجَلْتُمُوهُ إِلَيْهِ، وَإِنْ يَكُنْ شَرًّا وَضَعْتُمُوهُ عَنْ رِقَابِكُمْ» أَوْ قَالَ «فَبَعْدًا لِأَهْلِ النَّارِ» وَالْخَبَبُ مَكْرُوهٌ لِأَنَّهُ فِيهِ إِزْدِرَاءٌ بِالْمَيِّتِ وَإِضْرَارٌ بِالْمُتَّبِعِينَ. وَالْمَشْيُ خَلْفَ الْجِنَازَةِ أَفْضَلُ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: قَدَامَهَا أَفْضَلُ لِأَنَّ أَبَا بَكْرٍ وَعُمَرُ كَانَا يَمْشِيَانِ أَمَامَ الْجِنَازَةِ. وَلَنَا «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ مَشَى خَلْفَ جِنَازَةِ سَعْدِ بْنِ مُعَاذٍ وَعَلَيْهِ كَانَ يَمْشِي خَلْفَ الْجِنَازَةِ. وَقَالَ ابْنُ مَسْعُودٍ: فَضَّلُ الْمَشْيَ خَلْفَ الْجِنَازَةِ عَلَى الْمَشْيِ أَمَامَهَا كَفَضْلِ الْمَكْتُوبَةِ عَلَى النَّافِلَةِ. وَفَعَلَ أَبِي بَكْرٍ وَعُمَرُ مَحْمُولًا عَلَى التَّيْسِيرِ عَلَى النَّاسِ لِأَنَّ النَّاسَ كَانُوا يَحْتَرِزُونَ عَنِ الْمَشْيِ أَمَامَهَا، فَلَوْ اخْتَارَ الْمَشْيَ خَلْفَهَا لَصَاقَ الطَّرِيقُ عَلَى مَنْ يُشَيِّعُهَا، وَهَكَذَا أَجَابَ عَلِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ حِينَ قِيلَ لَهُ: إِنَّ أَبَا بَكْرٍ وَعُمَرَ كَانَا يَمْشِيَانِ أَمَامَ الْجِنَازَةِ قَالَ: يَرْحَمُهُمَا اللَّهُ إِنَّهُمَا قَدْ عَرَفَا أَنَّ الْمَشْيَ خَلْفَهَا أَفْضَلُ وَلَكِنَّهُمَا

(١) أخرجه أبو داود (٣١٨٤)، والترمذي (١٠١١)، وانظر نصب الراية (٢/٢٩٦).

أَرَادَا تَيْسِيرَ الْأَمْرِ عَلَى النَّاسِ.

(وَإِذَا بَلَغُوا إِلَى قَبْرِهِ يُكْرَهُ أَنْ يَجْلِسُوا قَبْلَ أَنْ يُوضَعَ عَنْ أَعْنَاقِ الرِّجَالِ) لِأَنَّهُ قَدْ

تَقَعَّ الْحَاجَةُ إِلَى التَّعَاوُنِ وَالْقِيَامِ أَمَكْنُ مِنْهُ

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِذَا بَلَغُوا إِلَى قَبْرِهِ) ظَاهِرٌ، فَإِذَا وَضِعَتْ عَنْ أَعْنَاقِ الرِّجَالِ جَلَسُوا وَكُرِهَ

الْقِيَامُ.

قَالَ: وَكَيْفِيَّةُ الْحَمَلِ أَنْ تَضَعَ مُقَدَّمَ الْجِنَازَةِ عَلَى يَمِينِكَ ثُمَّ مُؤَخَّرَهَا عَلَى يَمِينِكَ

ثُمَّ مُقَدَّمَهَا عَلَى يَسَارِكَ ثُمَّ مُؤَخَّرَهَا عَلَى يَسَارِكَ إِثَارًا لِلتَّيَامُنِ، وَهَذَا فِي حَالَةِ التَّنَاوُبِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَكَيفِيَّةُ الْحَمَلِ أَنْ تَضَعَ الْجِنَازَةَ) هَذَا لَفْظُ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ بِلَفْظِ الْخِطَابِ

خَاطَبَ أَبُو حَنِيفَةَ أَبَا يُوسُفَ. قَالَ يَعْقُوبُ: رَأَيْتُ أَبَا حَنِيفَةَ يَصْنَعُ هَكَذَا، قَالَ الْإِمَامُ

الْمَحْبُوبِيُّ: وَهَذَا دَلِيلٌ تَوَاضَعِهِ. قَالَ صَاحِبُ النَّهَائَةِ: وَقَدْ حَمَلَ الْجِنَازَةَ مَنْ هُوَ أَفْضَلُ

مِنْهُ، بَلْ أَفْضَلُ جَمِيعِ الْخَلَائِقِ وَهُوَ نَبِيُّنَا ﷺ، فَإِنَّهُ حَمَلَ جِنَازَةَ سَعْدِ بْنِ مُعَاذٍ كَمَا ذَكَرْنَا

لَمَّا أَنْ حَمَلَ الْجِنَازَةَ عِبَادَةٌ فَيَنْبَغِي أَنْ يَتَبَادَرَ إِلَيْهِ كُلُّ أَحَدٍ.

وَذَكَرَ شَيْخُ الْإِسْلَامِ إِنْمَا أَرَادَ بِالْيَمِينِ الْمُقَدَّمَ يَمِينَ الْمَيِّتِ، ثُمَّ قَالَ: فَإِذَا حَمَلْتَ

جَانِبَ السَّرِيرِ الْأَيْسَرَ فَذَلِكَ يَمِينُ الْمَيِّتِ لِأَنَّ يَمِينَ الْمَيِّتِ عَلَى يَسَارِ الْجِنَازَةِ، لِأَنَّ الْمَيِّتَ

وُضِعَ فِيهَا عَلَى قَفَاهُ وَكَانَ يَمِينُ الْمَيِّتِ يَسَارَهَا وَيَسَارُهُ يَمِينَهَا، ثُمَّ الْمَعْنَى فِي الْحَمَلِ عَلَى

هَذَا الْوَجْهِ، أَمَّا الْبُدْءُ بِالْأَيْمَنِ الْمُقَدَّمَ وَذَلِكَ يَمِينُ الْمَيِّتِ وَيَمِينُ الْحَامِلِ فَلِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ

كَانَ يُحِبُّ التَّيَامُنَ فِي كُلِّ شَيْءٍ، وَالْمُقَدَّمُ أَيْضًا أَوَّلُ الْجِنَازَةِ، وَالْبُدْءُ بِالْمَشْيِ إِنْمَا تَكُونُ

مِنْ أَوَّلِهِ ثُمَّ يَتَحَوَّلُ إِلَى الْأَيْمَنِ الْمُؤَخَّرِ، لِأَنَّهُ لَوْ تَحَوَّلَ إِلَى الْأَيْسَرِ الْمُقَدَّمَ احْتِجَاجٌ إِلَى الْمَشْيِ

أَمَامَهَا، وَالْمَشْيُ خَلْفَهَا أَفْضَلُ، فَلَمَّا مَشَى خَلْفَهَا وَبَلَغَ الْأَيْمَنُ الْمُؤَخَّرَ حَمَلَهُ لِأَنَّ فِيهِ

رُجْحَانِ التَّيَامُنِ أَيْضًا فَبَقِيَ جَانِبَاهُ الْأَيْسَرُ الْمُقَدَّمَ وَالْأَيْسَرُ الْمُؤَخَّرُ، فَيَخْتَارُ تَقْدِيمَ الْأَيْسَرِ

الْمُقَدَّمَ عَلَى الْأَيْسَرِ الْمُؤَخَّرِ لِأَنَّ فِيهِ الْخَتْمَ بِالْأَيْسَرِ الْمُؤَخَّرِ، وَالْخَتْمُ بِذَلِكَ أَوْلَى لِيَبْقَى بَعْدَ

الْفَرَاغِ خَلْفَ الْجِنَازَةِ فَإِنَّ الْمَشْيَ خَلْفَهَا أَفْضَلُ كَمَا مَرَّ.

وَقَوْلُهُ (وَهَذَا) أَيُّ حَمَلُهَا عَلَى الْوَجْهِ الْمَذْكُورِ (فِي حَالَةِ التَّنَاوُبِ) يَعْنِي عِنْدَ

وَقُورِ الْحَامِلِينَ لِيُدْفَعَ الْجَنْبَ الَّذِي حَمَلَهُ إِلَى غَيْرِهِ وَيَتَّقِلَ إِلَى الْجَانِبِ الْآخَرِ.

فصل في الدفن

(وَيُحْفَرُ الْقَبْرُ وَيُلْحَدُ) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «وَاللَّحْدُ لَنَا وَالشَّقُّ لغيرنا»^(١)

(وَيُدْخَلُ الْمَيِّتُ) مِمَّا يَلِي الْقِبْلَةَ خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ، فَإِنْ عِنْدَهُ يُسَلُّ سَلَا لِمَا رُوِيَ "أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ سَلَّ سَلَا"^(٢). وَلَنَا أَنَّ جَانِبَ الْقِبْلَةِ مُعْظَمٌ فَيُسْتَحَبُّ الْإِدْخَالُ مِنْهُ، وَأَضْطَرَّتِ الرُّوَايَاتُ فِي إِدْخَالِ النَّبِيِّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ

الشرح:

(فَصَلِّ فِي الدَّفْنِ) أَصْلُ هَذِهِ الْأَفْعَالِ: «أَغْنِي الْغُسْلَ وَالتَّكْفِينَ وَالدَّفْنَ فِي بَنِي آدَمَ عُرِفَ بِفِعْلِ الْمَلَائِكَةِ فِي حَقِّ آدَمَ عَلَيْهِ السَّلَامُ». رُوِيَ «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: لَمَّا تُوفِّي آدَمَ عَلَيْهِ السَّلَامُ غَسَلَتْهُ الْمَلَائِكَةُ وَكَفَّنُوهُ وَدَفَنُوهُ ثُمَّ قَالُوا لَوْلَدَهُ هَذِهِ سُنَّةُ مَوْتَاكُمْ». لَحَدَ الْمَيِّتَ وَالْحَدُّ: جَعَلَهُ فِي اللَّحْدِ وَهُوَ الشَّقُّ الْمَائِلُ فِي جَانِبِ الْقَبْرِ، وَيُلْحَدُ الْمَيِّتُ وَلَا يُشَقُّ لَهُ، خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ فَإِنَّهُ يَقُولُ بِالْعَكْسِ لِتَوَارُثِ أَهْلِ الْمَدِينَةِ الشَّقَّ دُونَ اللَّحْدِ.

وَلَنَا قَوْلُهُ ﷺ «اللَّحْدُ لَنَا وَالشَّقُّ لغيرنا» وَإِنَّمَا فَعَلَ أَهْلُ الْمَدِينَةِ الشَّقَّ لضعف أَرْضِيهِمْ بِالْبَقِيعِ. وَصِفَةُ اللَّحْدِ أَنْ يَحْفَرَ الْقَبْرَ بِتَمَامِهِ ثُمَّ يَحْفَرَ فِي جَانِبِ الْقِبْلَةِ مِنْهُ حُفِيرَةٌ يُوَضَعُ فِيهَا الْمَيِّتُ وَيُجْعَلُ كَذَلِكَ كَالْبَيْتِ الْمُسَقْفِ. وَصِفَةُ الشَّقِّ أَنْ يَحْفَرَ حُفِيرَةً فِي وَسْطِ الْقَبْرِ يُوَضَعُ فِيهَا الْمَيِّتُ. وَقَوْلُهُ (وَيُدْخَلُ الْمَيِّتُ مِمَّا يَلِي الْقِبْلَةَ) يَعْنِي يُوَضَعُ الْجِنَازَةُ فِي جَانِبِ الْقِبْلَةِ مِنَ الْقَبْرِ وَيُحْمَلُ مِنْهُ الْمَيِّتُ فَيُوَضَعُ فِي اللَّحْدِ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ ﷺ: السُّنَّةُ أَنْ يُسَلَّ إِلَى قَبْرِهِ، وَصِفَةُ ذَلِكَ أَنْ تُوَضَعَ الْجِنَازَةُ فِي مُؤَخَّرِ الْقَبْرِ حَتَّى يَكُونَ رَأْسُ الْمَيِّتِ بِإِزَاءِ مَوْضِعِ قَدَمَيْهِ مِنَ الْقَبْرِ، ثُمَّ يُدْخِلُ الرَّجُلُ الْآخِذُ فِي الْقَبْرِ فَيَأْخُذُ بِرَأْسِ الْمَيِّتِ وَيُدْخِلُهُ فِي الْقَبْرِ أَوَّلًا وَيُسَلُّ كَذَلِكَ. وَقِيلَ صَوْرَتُهُ أَنْ تُوَضَعَ الْجِنَازَةُ فِي مُقَدِّمِ

(١) أخرجه أبو داود (٣٢٠٨)، والترمذي في الجنائز باب ٥٣، والنسائي في الجنائز باب ٨٥، وابن ماجه (١٥٥٤).

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٧٠٥٣)، وفي معرفة السنن والآثار (١٨٥/٣) والشافعي في الأم (٢٤٢/١).

الْقَبْرِ حَتَّى تَكُونَ رِجْلَا الْمَيِّتِ بِإِزَاءِ مَوْضِعِ رَأْسِهِ مِنَ الْقَبْرِ ثُمَّ يُدْخِلُ الرَّجُلُ الْآخِذُ فِي الْقَبْرِ فَيَأْخُذُ بِرِجْلِي الْمَيِّتِ وَيُدْخِلُهُمَا الْقَبْرَ أَوَّلًا وَيُسَلُّ كَذَلِكَ. وَاحْتَجَّ بِمَا رَوَى «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ سُلَّ إِلَى قَبْرِهِ» وَلَنَا أَنَّ جَانِبَ الْقَبِيلَةِ مُعْظَمٌ فَيَسْتَحَبُّ الْإِدْخَالَ مِنْهُ لَا يُقَالُ: هَذَا تَعْلِيلٌ فِي مُقَابَلَةِ النَّصِّ وَهُوَ بَاطِلٌ، لِأَنَّ الرِّوَايَةَ فِي إِدْخَالِ النَّبِيِّ ﷺ فِي قَبْرِهِ مُضْطَرِبَةٌ. رَوَى إِبْرَاهِيمُ النَّخَعِيُّ «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أُدْخِلَ فِي قَبْرِهِ مِنْ قَبْلِ الْقَبِيلَةِ» وَرَوَاهُ بِخِلَافِهِ. وَرَوَى عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ مِثْلُ مَذْهَبِهِ، وَرَوَى عَنْهُ أَيْضًا مِثْلُ مَذْهَبِنَا، وَالْمُضْطَرِبُ لَا يَصْلُحُ حُجَّةً.

(فَإِذَا وَضِعَ فِي لَحْدِهِ يَقُولُ وَاضِعُهُ: بِسْمِ اللَّهِ وَعَلَى مِلَّةِ رَسُولِ اللَّهِ) كَذَا قَالَهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ حِينَ وَضَعَ أَبَا دُجَانَةَ ؓ فِي الْقَبْرِ (وَيُوجِّهُهُ إِلَى الْقَبِيلَةِ) بِذَلِكَ أَمَرَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ (وَتَحُلُّ الْعُقْدَةُ) لَوْفُوعِ الْأَمْنِ مِنَ الْإِنْتِشَارِ (وَيُسَوَّى اللَّبْنُ عَلَى اللَّحْدِ) لِأَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ جَعَلَ عَلَى قَبْرِهِ اللَّبْنَ

الشرح:

(فَإِذَا وَضِعَ فِي لَحْدِهِ يَقُولُ وَاضِعُهُ بِاسْمِ اللَّهِ وَعَلَى مِلَّةِ رَسُولِ اللَّهِ) أَيُّ بِاسْمِ اللَّهِ وَضَعْنَاكَ وَعَلَى مِلَّةِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ سَلَّمْنَاكَ، كَذَا فِي الْمُبْسُوطِ. قَالَ الْمُصَنِّفُ (كَذَا) «قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ حِينَ وَضَعَ أَبَا دُجَانَةَ فِي الْقَبْرِ قَالَ صَاحِبُ النِّهَايَةِ: وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ وَضَعَ ذَا الْبِحَادَيْنِ لِأَنَّ أَبَا دُجَانَةَ مَاتَ بَعْدَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فِي خِلَافَةِ أَبِي بَكْرٍ، هَكَذَا ذَكَرَ فِي التَّوَارِيخِ.

وَقَوْلُهُ (وَيُوجِّهُهُ إِلَى الْقَبِيلَةِ بِذَلِكَ أَمَرَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ) وَرَوَى عَنْ عَلِيٍّ ؓ أَنَّهُ قَالَ «مَاتَ الرَّجُلُ مِنْ بَنِي عَبْدِ الْمُطَّلِبِ فَقَالَ ﷺ: يَا عَلِيُّ اسْتَقْبِلْ بِهِ الْقَبِيلَةَ اسْتَقْبَلَا» وَقَوْلُهُ (وَتَحُلُّ الْعُقْدَةُ) يَعْنِي عُقْدَةَ الْكَفَنِ مَخَافَةَ الْإِنْتِشَارِ لَوْفُوعِ الْأَمْنِ مِنْهُ (وَيُسَوَّى اللَّبْنُ عَلَيْهِ) «لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ جَعَلَ عَلَى قَبْرِهِ اللَّبْنَ».

(وَيُسَجَّى قَبْرُ الْمَرَأَةِ بِثَوْبٍ حَتَّى يُجْعَلَ اللَّبْنُ عَلَى اللَّحْدِ وَلَا يُسَجَّى قَبْرُ الرَّجُلِ) لِأَنَّ مَبْنَى حَالَتَيْنِ عَلَى السِّتْرِ وَمَبْنَى حَالِ الرِّجَالِ عَلَى الْإِنْكَشَافِ (وَيُكْرَهُ الْأَجْرُ وَالْخَشَبُ) لِأَنَّهُمَا لِإِحْكَامِ الْبِنَاءِ وَالْقَبْرِ مَوْضِعُ الْبِلَى، ثُمَّ بِالْأَجْرِ يَكُونُ أَثَرُ النَّارِ فَيُكْرَهُ تَفَاوُلًا (وَلَا بَأْسَ بِالْقَصَبِ) وَفِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ، وَيَسْتَحَبُّ اللَّبْنُ وَالْقَصَبُ لِأَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ جَعَلَ عَلَى قَبْرِهِ طُنَّ مِنْ قَصَبٍ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَيُسَجَّى قَبْرُ الْمَرْأَةِ) التَّسْجِيَةُ التَّعْطِيبَةُ يُسَجَّى قَبْرُ الْمَرْأَةِ (بَثْوَبٍ حَتَّى يُجْعَلَ اللَّبْنُ عَلَى اللَّحْدِ) لَمَّا ذَكَرَ فِي الْكِتَابِ، وَقَدْ صَحَّ «أَنَّ قَبْرَ فَاطِمَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا سُجِّيَ بَثْوَبٍ» (وَلَا يُسَجَّى قَبْرُ الرَّجُلِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يُسَجَّى "لَمَّا رُويَ" «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ سَجَّى قَبْرَ سَعْدِ بْنِ مُعَاذٍ» وَلَمَّا مَا رُويَ عَنْ عَلِيٍّ "أَنَّهُ مَرَّ بِمَيِّتٍ قَدْ سَجَّى قَبْرَهُ فَنَزَعَهُ وَقَالَ: إِنَّهُ رَجُلٌ" يَعْنِي أَنَّهُ مَبْنِيٌّ حَالِ الرِّجَالِ عَلَى الْإِنْكَشَافِ كَمَا قَالَ فِي الْكِتَابِ. وَتَأْوِيلُ قَبْرِ سَعْدِ بْنِ مُعَاذٍ أَنْ كَفَنَتْهُ مَا كَانَ يَغْمُرُ بَدَنَهُ فَسَجَّى قَبْرَهُ حَتَّى لَا يَقَعَ الْإِطْلَافُ لِأَحَدٍ عَلَى شَيْءٍ مِنْ أَعْضَائِهِ.

وَقَوْلُهُ (وَيُكْرَهُ الْأَجْرُ وَالْخَشَبُ) هَذَا ظَاهِرُ الرَّوَايَةِ. وَقَوْلُهُ (لَا لِهَمَّا) أَيُّ الْأَجْرِ وَالْخَشَبِ (لِإِحْكَامِ الْبِنَاءِ وَالْقَبْرِ مَوْضِعُ الْبَلَى) وَمِنْهُمْ مَنْ فَرَّقَ بَيْنَهُمَا فَكَرِهَ الْأَجْرَ مِنْ حَيْثُ التَّفَاوُلُ بِهِ لِمَسَاسَتِهِ النَّارَ دُونَ الْخَشَبِ لِعَدَمِهِ فِيهِ، وَكَأَنَّ الْمُصَنِّفَ أَشَارَ إِلَى ذَلِكَ. بِقَوْلِهِ ثُمَّ بِالْأَجْرِ أَثَرُ النَّارِ فَيُكْرَهُ تَفَاوُلًا. وَرَدَّ بِأَنَّ مَسَاسَ النَّارِ لَا يَصْلُحُ عِلَّةَ الْكَرَاهَةِ، فَإِنَّ السَّنَةَ أَنْ يُغْسَلَ الْمَيِّتُ بِالْمَاءِ الْحَارِّ وَقَدْ مَسَّتْهُ النَّارُ.

وَقَالَ شَمْسُ الْأُيُمَةِ السَّرْحَسِيُّ: وَالْأَوَّلُ أَوْجَهُ: يَعْنِي التَّغْلِيلُ بِإِحْكَامِ الْبِنَاءِ لِأَنَّهُ جُمِعَ فِي كِتَابِ الصَّلَاةِ بَيْنَ اسْتِعْمَالِ الْأَجْرِ وَرُفُوفِ الْخَشَبِ وَهِيَ الْوَاحَةُ وَلَا يُوجَدُ مَعْنَى النَّارِ فِيهَا. وَقَوْلُهُ (وَفِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ يُسْتَحَبُّ اللَّبْنُ وَالْقَصَبُ) إِنَّمَا صَرَّحَ. بِلَفْظِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ لِمُخَالَفَةِ رَوَايَتِهِ لِرَوَايَةِ الْقُدُورِيِّ، لِأَنَّ رَوَايَةَ الْقُدُورِيِّ لَا تَذُلُّ عَلَى الْاسْتِحْبَابِ بَلْ عَلَى نَفْيِ الشَّدَّةِ لَا غَيْرُ، وَرَوَايَةُ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ تَذُلُّ عَلَيْهِ، وَلِأَنَّ رَوَايَةَ الْقُدُورِيِّ لَا تَذُلُّ عَلَى جَوَازِ الْجَمْعِ بَيْنَهُمَا، وَرَوَايَةُ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ تَذُلُّ «لِأَنَّهُ ﷺ جَعَلَ عَلَى قَبْرِهِ طُنًّا»: أَيُّ حُزْمَةً مِنَ الْقَصَبِ.

(ثُمَّ يُهَالُ التُّرَابُ وَيُسْتَمُّ الْقَبْرُ وَلَا يُسَطَّحُ) أَيُّ لَا يُرَيِّعُ «لِأَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ نَهَى عَنْ تَرْبِيعِ الْقُبُورِ»^(١) وَمَنْ شَاهَدَ قَبْرَهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَخْبَرَ أَنَّهُ مُسْتَمٌّ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (ثُمَّ يُهَالُ التُّرَابُ عَلَيْهِ) يُقَالُ هَلَتْ الدَّقِيقُ فِي الْجِرَابِ: صَبَّته مِنْ غَيْرِ

(١) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (١/١٣٤)، وانظر نصب الراية (٢/٣١٠).

كَيْلٍ، وَكُلُّ شَيْءٍ أُرْسِلَتْهُ إِرْسَالًا مِنْ رَمْلٍ أَوْ تُرَابٍ أَوْ طَعَامٍ أَوْ نَحْوِهِ قُلْتُ هَلْتَهُ أَهْلِيهِ هَيْلًا فَأَنْهَالَ: أَيُّ جَرَى فَأَنْصَبُ، وَمِنْهُ يُهَالُ التُّرَابُ: أَيُّ يُصَبُّ. وَقَوْلُهُ (وَيُسَنِّمُ الْقَبْرَ) الْمُرَادُ مِنْ تَسْنِيمِ الْقَبْرِ رَفْعُهُ مِنَ الْأَرْضِ مِقْدَارَ شِبْرٍ أَوْ أَكْثَرَ قَلِيلًا. وَقَوْلُهُ (وَلَا يُسَطِّحُ أَيُّ لَا يُرَبِّعُ).

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يُرَبِّعُ وَلَا يُسَنِّمُ لِمَا رُوِيَ «أَنَّ إِبْرَاهِيمَ بْنَ النَّبِيِّ ﷺ لَمَّا تُوفِّيَ جَعَلَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ قَبْرَهُ مُسَطِّحًا» وَلَمَّا رُوِيَ «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى عَنْ تَرْبِيعِ الْقُبُورِ». وَعَنْ إِبْرَاهِيمَ النَّخَعِيِّ أَنَّهُ قَالَ: أَخْبَرَنِي مَنْ رَأَى قَبْرَ النَّبِيِّ ﷺ وَقَبْرَ أَبِي بَكْرٍ وَعَمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا مُسَنَّمَةً عَلَيْهِمَا فَلَقَّ مِنْ مَدَرٍ بِيضٍ. فَلَقَّ جَمْعُ فَلَقَةٍ: وَهِيَ الْقِطْعَةُ مِنَ الْمَدَرِ، عَمَمَ الرَّائِي وَلَمْ يُعَيِّنْهُ لِأَنَّهُ كَانَ فِي الرَّائِينَ كَثْرَةٌ وَتَأْوِيلُ تَسْنِيمِ قَبْرِ إِبْرَاهِيمَ عَلَيْهِ السَّلَامُ أَنَّهُ سَطَّحَ قَبْرَهُ أَوَّلًا ثُمَّ سَنَمَ كَذَا فِي الْمَبْسُوطِ وَالْمَحِيطِ.

باب الشهيد

(الشَّهِيدُ مَنْ قَتَلَهُ الْمُشْرِكُونَ، أَوْ وُجِدَ فِي الْمَعْرَكَةِ وَبِهِ آثَرٌ، أَوْ قَتَلَهُ الْمُسْلِمُونَ ظُلْمًا وَلَمْ يَحِبْ بِقَتْلِهِ دِيَّةً فَيُكْفَنَ وَيُصَلَّى عَلَيْهِ وَلَا يُغْسَلُ) لِأَنَّهُ فِي مَعْنَى شَهِدَاءِ أَحَدٍ. وَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ فِيهِمْ «زَلُّوهُمْ بِكُلُومِهِمْ وَدِمَائِهِمْ وَلَا تُغْسَلُوهُمْ»^(١) فَكُلُّ مَنْ قُتِلَ بِالْحَدِيدَةِ ظُلْمًا وَهُوَ ظَاهِرٌ بِالْبَالِغِ وَلَمْ يَحِبْ بِهِ عِوَضَ مَالٍ فَهُوَ فِي مَعْنَاهُمْ فَيَلْحَقُ بِهِمْ، وَالْمُرَادُ بِالْآثَرِ الْجِرَاحَةُ لِأَنَّهَا دَلَالَةُ الْقَتْلِ، وَكَذَا خُرُوجُ الدَّمِ مِنْ مَوْضِعٍ غَيْرِ مُعْتَادٍ كَالْعَيْنِ وَنَحْوِهَا، وَالشَّافِعِيُّ يُخَالِفُنَا فِي الصَّلَاةِ وَيَقُولُ السَّيْفُ مُحَاءٌ لِلذُّنُوبِ فَأَغْنَى عَنِ الشَّفَاعَةِ، وَنَحْنُ نَقُولُ: الصَّلَاةُ عَلَى الْمَيِّتِ لِإِظْهَارِ كَرَامَتِهِ، وَالشَّهِيدُ أَوْلَى بِهَا، وَالطَّاهِرُ عَنِ الذُّنُوبِ لَا يَسْتَغْنِي عَنِ الدُّعَاءِ كَالنَّبِيِّ وَالصَّبِيِّ

الشرح:

(بَابُ الشَّهِيدِ) الْمَقْتُولُ مَيِّتٌ بِأَجَلِهِ عِنْدَ أَهْلِ السُّنَّةِ وَالْجَمَاعَةِ، وَإِنَّمَا بَوَّبَ لِلشَّهِيدِ بِحِيَالِهِ لِاخْتِصَاصِهِ بِالْفَضِيلَةِ فَكَانَ إِخْرَاجُهُ مِنْ بَابِ صَلَاةِ الْمَيِّتِ بَيَّابٍ عَلَى حِدَةٍ

(١) قال الزيلعي في نصب الراية (٣١٣/٢): حديث غريب، وفي ترك غسل الشهداء أحاديث: منها ما أخرجه البخاري في الجنازات باب ٧٢، ٧٥، ٨٧، والمغازي باب ٢٦، وأبو داود في الجنازات باب ٢٧ حديث (٣١٣٨)، والترمذي في الجنازات (١٠٣٦).

كَإِخْرَاجِ جَبْرِيلَ مِنَ الْمَلَائِكَةِ، وَسُمِّيَ الشَّهِيدُ شَهِيدًا لِأَنَّ الْمَلَائِكَةَ يَشْهَدُونَ مَوْتَهُ إِكْرَامًا لَهُ فَكَانَ مَشْهُودًا فَهُوَ فَعِيلٌ بِمَعْنَى مَفْعُولٍ، وَقِيلَ لِأَنَّهُ مَشْهُودٌ لَهُ بِالْجَنَّةِ، وَقِيلَ لِأَنَّهُ حَيٌّ عِنْدَ اللَّهِ حَاضِرٌ. وَهُوَ فِي اصْطِلَاحِ الْفُقَهَاءِ (مَنْ قَتَلَهُ الْمُشْرِكُونَ أَوْ وَجَدَ فِي الْمَعْرَكَةِ وَبِهِ أَثَرٌ أَوْ قَتَلَهُ الْمُسْلِمُونَ ظُلْمًا وَلَمْ يَجِبْ بِقَتْلِهِ دِيَّةٌ) فَقَوْلُهُ مَنْ قَتَلَهُ الْمُشْرِكُونَ، يَعْنِي بِأَيَّةِ آلَةٍ كَانَتْ، وَفِي مَعْنَاهُمْ أَهْلُ الْبَغْيِ وَقَطَاعُ الطَّرِيقِ لِلخُرُوجِ عَنْ طَاعَةِ الْإِمَامِ.

وَقَوْلُهُ (وَبِهِ أَثَرٌ) أَيُّ جِرَاحَةٍ ظَاهِرَةٍ أَوْ بَاطِنَةٍ كَخُرُوجِ الدَّمِ مِنَ الْعَيْنِ أَوْ نَحْوِهَا وَقَوْلُهُ (أَوْ قَتَلَهُ الْمُسْلِمُونَ ظُلْمًا) اخْتِرَازٌ عَمَّا قَتَلَهُ الْمُسْلِمُونَ رَجْمًا أَوْ قِصَاصًا. وَقَوْلُهُ (وَلَمْ يَجِبْ بِقَتْلِهِ دِيَّةٌ) اخْتِرَازٌ عَنْ شَبِّهِ الْعَمْدِ وَالْخَطَأِ، وَحُكْمُهُ أَنَّهُ يُكْفَنُ بِالِاتِّفَاقِ وَلَا يُعْسَلُ إِذَا كَانَ فِي مَعْنَى شُهَدَاءِ أُحُدٍ بِالِاتِّفَاقِ، وَيُصَلَّى عَلَيْهِ عِنْدَنَا خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ.

أَمَّا التَّكْفِينُ فَهُوَ سُنَّةٌ فِي مَوْتَى بَنِي آدَمَ، فَإِنْ كَانَ عَلَيْهِ ثِيَابٌ لَمْ تُنَزَعْ عَنْهُ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «زَمَلُوهُمْ بِكُلِّوْمِهِمْ وَدِمَائِهِمْ» وَفِي رِوَايَةٍ «بِثِيَابِهِمْ» وَيُنَزَّعُ الْفَرُؤُ وَالْحَشْوُ وَالْقَلَنْسُوَّةُ وَالْخُفُّ وَالسَّلَاحُ لِأَنَّهَا لَيْسَتْ مِنْ جِنْسِ الْكَفَنِ، وَيَزِيدُونَ وَيَنْقُصُونَ إِنْ مَامَا لِلْكَفَنِ عَلَى مَا ذُكِرَ. وَأَمَّا عَدَمُ الْغُسْلِ فَلِأَنَّهُ فِي مَعْنَى شُهَدَاءِ أُحُدٍ.

وَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ فِيهِمْ «زَمَلُوهُمْ بِكُلِّوْمِهِمْ وَدِمَائِهِمْ وَلَا تُغَسِّلُوهُمْ» (فَكُلُّ مَنْ قَتِلَ ظُلْمًا بِالْحَدِيدَةِ وَهُوَ طَاهِرٌ بَالِغٌ وَلَمْ يَجِبْ بِقَتْلِهِ عَوْضٌ مَالِيٌّ فَهُوَ فِي مَعْنَاهُمْ فَيُلْحَقُ بِهِمْ) وَالْقَيْدُ بِالْحَدِيدَةِ إِنْ مَامَا هُوَ إِذَا كَانَ الْقَتْلُ مِنَ الْمُسْلِمِينَ، وَأَمَّا مِنْ أَهْلِ الْحَرْبِ وَالْبَغْيِ وَقَطَاعِ الطَّرِيقِ فَلَيْسَ بِشَرْطٍ كَمَا تَقَدَّمَ لِأَنَّ شُهَدَاءَ أُحُدٍ مَا كَانَ كُلُّهُمْ قَتِيلَ السَّيْفِ وَالسَّلَاحِ، وَشَرْطُهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ أَنْ يَكُونَ طَاهِرًا لِأَنَّهُ إِذَا كَانَ جُنُبًا يُغَسَّلُ عَلَى مَا يُذَكَّرُ فِي الْكِتَابِ.

وَشَرْطُهُ أَنْ لَا يَكُونَ مُرْتَبًا عَلَى مَا يَذْكُرُهُ، وَأَمَّا الصَّلَاةُ عَلَيْهِ فَقَدْ خَالَفْنَا الشَّافِعِيَّ وَقَالَ: السَّيْفُ مَحَاءٌ لِلذُّنُوبِ فَأَغْنَى عَنْ الشَّفَاعَةِ. وَقُلْنَا الصَّلَاةُ عَلَى الْمَيِّتِ لِإِظْهَارِ كَرَامَتِهِ، وَالشَّهِيدُ أَوْلَى بِالْكَرَامَةِ. وَقَوْلُهُ (وَالطَّاهِرُ عَنِ الذُّنُوبِ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ السَّيْفُ مَحَاءٌ لِلذُّنُوبِ وَهُوَ ظَاهِرٌ.

(وَمَنْ قَتَلَهُ أَهْلُ الْحَرْبِ أَوْ أَهْلُ الْبَغْيِ أَوْ قَطَاعُ الطَّرِيقِ فَبِأَيِّ شَيْءٍ قَتَلُوهُ لَمْ يُغَسَّلْ)

لِأَنَّ شُهَدَاءَ أُحُدٍ مَا كَانَ كُلُّهُمْ قَتِيلَ السَّيْفِ وَالسَّلَاحِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ قَتَلَهُ أَهْلُ الْحَرْبِ) ظَاهِرٌ مِمَّا ذَكَرْنَا، وَاعْتَرِضَ بِأَنَّ مَنْ قَتَلَهُ أَهْلُ الْحَرْبِ فَهُوَ فِي مَعْنَى شَهْدَاءِ أَحَدٍ (فَبِأَيِّ شَيْءٍ قَتَلُوهُ لَمْ يُغَسَّلْ) وَأَمَّا أَهْلُ الْبَغْيِ وَقُطَاعُ الطَّرِيقِ فَمِنْ أَهْلِ الْإِسْلَامِ فَلَمْ يَكُنْ قَتِيلُهُمْ بِمَعْنَى شَهْدَاءِ أَحَدٍ فَيُشْتَرَطُ الْحَدِيدَةُ أَوْ الْآلَةُ الَّتِي لَا تَلْبَثُ فِي ثُبُوتِ الشَّهَادَةِ. أُجِيبَ بِأَنَّ كُلًّا مِنَ الْفَرِيقَيْنِ لَمَّا أُمِرْنَا بِقِتَالِهِمْ أُلْحِقَ بِقِتَالِ أَهْلِ الْحَرْبِ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى فِي أَهْلِ الْبَغْيِ ﴿فَقَتِّلُوا الَّذِينَ تَبَغُّوا﴾ [الحجرات: ٩]، وَقَالَ ﷺ فِي قُطَاعِ الطَّرِيقِ «قَاتِلِ ذُونَ مَالِكَ» وَقَالَ: «مَنْ قُتِلَ ذُونَ مَالِهِ فَهُوَ شَهِيدٌ» وَإِذَا كَانَ قِتَالُهُمَا مَأْمُورًا بِهِ صَارَ كَقِتَالِ أَهْلِ الْحَرْبِ، وَفِي قِتَالِ أَهْلِ الْحَرْبِ الْحُكْمُ تَعْمِيمُ الْآلَةِ فَكَذَا فِي قِتَالِهِمَا.

(وَإِذَا أُسْتُشْهِدَ الْجَنْبُ غُسِّلَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ) وَقَالَا: لَا يُغَسَّلُ، لِأَنَّ مَا وَجَبَ بِالْجَنَابَةِ سَقَطَ بِالمَوْتِ وَالثَّانِي لَمْ يَجِبْ لِلشَّهَادَةِ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الشَّهَادَةَ عُرِفَتْ مَانِعَةً غَيْرَ رَافِعَةٍ فَلَا تَرْفَعُ الْجَنَابَةَ. وَقَدْ صَحَّ أَنَّ حَنْظَلَةَ لَمَّا أُسْتُشْهِدَ جُنُبًا غَسَلَتْهُ الْمَلَائِكَةُ، وَعَلَى هَذَا الْخِلَافِ الْحَائِضُ وَالنُّفْسَاءُ إِذَا طَهَّرَتَا وَكَذَا قَبْلَ الْإِنْقِطَاعِ فِي الصَّحِيحِ مِنَ الرِّوَايَةِ، وَعَلَى هَذَا الْخِلَافِ الصَّبِيُّ لهُمَا أَنَّ الصَّبِيَّ أَحَقُّ بِهِذِهِ الْكَرَامَةِ. وَلَهُ أَنَّ السَّيْفَ كَفَى عَنْ الْغُسْلِ فِي حَقِّ شَهْدَاءِ أَحَدٍ بِوَصْفِ كَوْنِهِ طَهْرَةً، وَلَا ذَنْبَ عَلَى الصَّبِيِّ فَلَمْ يَكُنْ فِي مَعْنَاهُمْ

الشرح:

وَقَوْلُهُ (لَأَنَّ مَا وَجَبَ بِالْجَنَابَةِ سَقَطَ بِالمَوْتِ) لِأَنَّهُ خَرَجَ عَنْ كَوْنِهِ مُكَلَّفًا بِالْغُسْلِ عَنِ الْجَنَابَةِ (وَالثَّانِي) أَيُّ الْغُسْلِ بِسَبَبِ المَوْتِ (لَمْ يَجِبْ) لِأَنَّ الشَّهَادَةَ تَمْنَعُهُ فَإِنَّ قَوْلَهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «زَمُّوهُمْ بِكُلِّ مَوْتٍ وَدِمَائِهِمْ» لَا يَفْصِلُ بَيْنَ الشَّهِيدِ الْجَنْبِ وَغَيْرِهِ (وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الشَّهَادَةَ عُرِفَتْ مَانِعَةً غَيْرَ رَافِعَةٍ فَلَا تَرْفَعُ الْجَنَابَةَ) أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ كَانَ فِي ثَوْبِ الشَّهِيدِ نَجَاسَةٌ تُغَسَّلُ تِلْكَ النَّجَاسَةُ وَلَا يُغَسَّلُ عَنْهُ الدَّمُ. قِيلَ: لَوْ لَمْ يَكُنْ رَافِعًا لَوْضَى الْمُحْدَثِ إِذَا أُسْتُشْهِدَ وَاللَّازِمُ بَاطِلٌ فَكَذَا الْمَلْزُومُ. وَأُجِيبَ بِأَنَّهُ لَا يَلْزَمُ مِنْ أَنْ يَكُونَ رَافِعًا لِلأَعْلَى أَنْ لَا يَكُونَ رَافِعًا لِلأَدْنَى، وَبِأَنَّهُ ثَبَتَ بِالنَّصِّ (فَقَدْ صَحَّ «أَنَّ حَنْظَلَةَ ﷺ لَمَّا أُسْتُشْهِدَ جُنُبًا غَسَلَتْهُ الْمَلَائِكَةُ فَسَأَلَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَهْلَهُ عَنْ حَالِهِ، فَقَالَتْ زَوْجَتُهُ: إِنَّهُ أَصَابَ مِنِّي فَسَمِعَ الْهَيْعَةَ فَأَعَجَلَتْهُ عَنِ الْاِغْتِسَالِ فَاسْتُشْهِدَ وَهُوَ جُنُبٌ، فَقَالَ

عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: هُوَ ذَاكَ» وَالْهَيْعَةُ: الصَّوْتُ الَّذِي يُفْرَعُ مِنْهُ.

فَإِنْ قِيلَ الْوَاجِبُ غُسْلُ بَنِي آدَمَ دُونَ الْمَلَائِكَةِ، وَلَوْ كَانَ ذَلِكَ وَاجِبًا لِأَمْرِ النَّبِيِّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ بِإِعَادَةِ غُسْلِهِ. أَجِيبَ بِأَنَّ الْوَاجِبَ هُوَ الْغُسْلُ، وَأَمَّا الْعَاسِلُ فَيَجُوزُ كَاتِنًا مَنْ كَانَ؛ أَلَا تَرَى أَنَّ الْمَلَائِكَةَ لَمَّا غَسَلُوا آدَمَ عَلَيْهِ السَّلَامُ تَأَدَّى بِهِ الْوَاجِبَ وَلَمْ يُعِدْ أَوْلَادَهُ غُسْلَهُ. وَقَوْلُهُ (وَعَلَى هَذَا الْخِلَافِ الْخَائِضُ وَالْتَفْسَاءُ إِذَا طَهَّرْتَا) يَعْنِي عِنْدَهُمَا لَا يُغَسَّلَانِ لِأَنَّ الْغُسْلَ الْأَوَّلَ سَقَطَ بِالْمَوْتِ وَالثَّانِي لَمْ يَجِبْ بِالشَّهَادَةِ، وَعِنْدَهُ يُغَسَّلَانِ لِأَنَّ الشَّهَادَةَ عُرِفَتْ مَانِعَةً غَيْرَ رَافِعَةٍ (وَكَذَا قَبْلَ الْإِنْقِطَاعِ فِي الصَّحِيحِ مِنَ الرَّوَايَةِ).

فَإِنَّهُ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ فِيهِ رَوَايَتَانِ: فِي رَوَايَةٍ لَا يُغَسَّلَانِ لِأَنَّ الْاِغْتِسَالَ مَا كَانَ وَاجِبًا. عَلَيْهِمَا. قَبْلَ الْإِنْقِطَاعِ. وَفِي رَوَايَةٍ وَهُوَ الصَّحِيحُ يُغَسَّلَانِ لِأَنَّ الْإِنْقِطَاعَ حَصَلَ بِالْمَوْتِ، وَالْدَّمُ السَّائِلُ يُوجِبُ الْاِغْتِسَالَ عِنْدَ الْإِنْقِطَاعِ.

وَقَوْلُهُ (وَعَلَى هَذَا الْخِلَافِ الصَّبِيُّ) عَلَى مَا ذَكَرْتَاهُ وَقَوْلُهُ (بِهَذِهِ الْكَرَامَةِ) أَيُّ بِسُقُوطِ الْغُسْلِ فَإِنَّ سُقُوطَ الْغُسْلِ عَنِ الشَّهِيدِ لَا بَقَاءَ أَثَرِ مَظْلُومِيَّتِهِ فِي الْقَتْلِ فَكَانَ إِكْرَامًا لَهُ، وَالْمَظْلُومِيَّةُ فِي حَقِّ الصَّبِيِّ أَشَدُّ فَكَانَ أَوْلَى بِهَذِهِ الْكَرَامَةِ (وَلَأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ السَّيْفَ كَفَى عَنِ الْغُسْلِ فِي حَقِّ شَهْدَاءِ أَحَدٍ بِوصفِ كَوْنِهِ طَهْرَةً) عَنِ الذَّنْبِ (وَلَا ذَنْبَ لِلصَّبِيِّ فَلَا يَكُونُ فِي مَعْنَاهُمْ) وَمَنْ لَمْ يَكُنْ فِي مَعْنَاهُمْ غُسْلٌ.

(وَلَا يُغَسَّلُ عَنِ الشَّهِيدِ دَمُهُ، وَلَا يُنَزَعُ عَنْهُ ثِيَابُهُ) لَمَّا رَوَيْنَا (وَيُنَزَعُ عَنْهُ الْفَرُؤُ وَالْحَشَوُ وَالْقَلَنْسُوَّةُ وَالسَّلَاحُ وَالْخُفُّ) لِأَنَّهَا لَيْسَتْ مِنْ جِنْسِ الْكَفَنِ (وَيَزِيدُونَ وَيَنْقُصُونَ مَا شَاءُوا) إِتِمَامًا لِلْكَفَنِ

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلَا يُغَسَّلُ عَنِ الشَّهِيدِ دَمُهُ) ظَاهِرٌ وَقَوْلُهُ (وَيُنَزَعُ عَنْهُ الْفَرُؤُ إلخ) مَذْهَبُنَا وَقَالَ الشَّافِعِيُّ لَا يُنَزَعُ عَنْهُ شَيْءٌ وَاحْتَجَّ بِإِطْلَاقِ قَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ " زَمَلُوهُمْ " مِنْ غَيْرِ فَضْلٍ وَلَنَا مَا رَوَيْنَا فِي السُّنَنِ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا قَالَ «أَمَرَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بِقَتْلِ أَحَدٍ أَنْ يُنَزَعَ عَنْهُمْ الْحَدِيدُ وَالْجُلُودُ وَأَنْ يُدْفَنُوا بِدِمَائِهِمْ وَثِيَابِهِمْ» وَإِذَا تَعَارَضَا صَرَبْنَا إِلَى الْقِيَاسِ وَهُوَ عَلَى مَا ذَكَرَ فِي الْكِتَابِ (قَوْلُهُ وَيَزِيدُونَ وَيَنْقُصُونَ مَا شَاءُوا) أَيُّ يَزِيدُونَ مَا شَاءُوا إِذَا كَانَ نَاقِصًا عَنِ الْعَدَدِ الْمَسْنُونِ وَيَنْقُصُونَ مَا شَاءُوا

يَعْنِي إِذَا كَانَ زَائِدًا عَلَى الْعَدَدِ الْمَسْتَوْنِ.

قَالَ (وَمَنْ ارْتُثَّ غُسْلًا) وَهُوَ مَنْ صَارَ خَلْفًا فِي حُكْمِ الشَّهَادَةِ لِنَيْلِ مَرَافِقِ الْحَيَاةِ لِأَنَّ بِذَلِكَ يَخْفُ أَثَرُ الظُّلْمِ فَلَمْ يَكُنْ فِي مَعْنَى شَهْدَاءِ أَحَدٍ (وَالْارْتِثَاتُ: أَنْ يَأْكُلَ أَوْ يَشْرَبَ أَوْ يَنَامَ أَوْ يُدَاوِيَ أَوْ يُنْقَلَ مِنَ الْمَعْرَكَةِ حَيًّا) لِأَنَّهُ نَالَ بَعْضَ مَرَافِقِ الْحَيَاةِ. وَشَهْدَاءُ أَحَدٍ مَاثُوا عَطَاشَى وَالْكَاسُ تُدَارُ عَلَيْهِمْ فَلَمْ يَقْبَلُوا خَوْفًا مِنْ تَقْصَانِ الشَّهَادَةِ، إِلَّا إِذَا حُمِلَ مِنْ مَصْرِعِهِ كَي لَا تَطَّاهُ الْخِيُولُ، لِأَنَّهُ مَا نَالَ شَيْئًا مِنَ الرَّاحَةِ، وَلَوْ آوَاهُ فُسْطَاطٌ أَوْ خِيَمَةٌ كَانَ مُرْتَثًا لِمَا بَيْنَا (وَلَوْ بَقِيَ حَيًّا حَتَّى مَضَى وَقْتُ صَلَاةٍ وَهُوَ يَعْقِلُ فَهُوَ مُرْتَثٌ) لِأَنَّ تِلْكَ الصَّلَاةَ صَارَتْ دِينًا فِي ذِمَّتِهِ وَهُوَ مِنْ أَحْكَامِ الْأَحْيَاءِ. قَالَ: وَهَذَا مَرْوِيٌّ عَنْ أَبِي يُوسُفَ، وَلَوْ أَوْصَى بِشَيْءٍ مِنْ أُمُورِ الْآخِرَةِ كَانَ ارْتِثَاتًا عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ لِأَنَّهُ ارْتِفَاقٌ. وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ لَا يَكُونُ لِأَنَّهُ مِنْ أَحْكَامِ الْأَمْوَاتِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ ارْتُثَّ) هُوَ مَنْ قَوْلِكَ تَوْبٌ رَثٌ أَيْ خَلَقٌ وَكَلَامُهُ ظَاهِرٌ وَقَوْلُهُ (وَلَوْ أَوْصَى بِشَيْءٍ مِنْ أُمُورِ الْآخِرَةِ) إِنَّمَا قَيَّدَ بِأُمُورِ الْآخِرَةِ لِأَنَّهُ إِذَا أَوْصَى بِشَيْءٍ مِنْ أُمُورِ الدُّنْيَا يُغَسَّلُ بِالْإِتِّفَاقِ.

(وَمَنْ وَجِدَ قَتِيلًا فِي الْمِصْرِ غُسْلًا) لِأَنَّ الْوَاجِبَ فِيهِ الْقِسَامَةُ وَالِدِيَّةُ فَخَفَّ أَثَرُ الظُّلْمِ (إِلَّا إِذَا عَلِمَ أَنَّهُ قُتِلَ بِحَدِيدَةٍ ظُلْمًا) لِأَنَّ الْوَاجِبَ فِيهِ الْقِصَاصُ وَهُوَ عُقُوبَةٌ وَالْقَاتِلُ لَا يَتَخَلَّصُ عَنْهَا ظَاهِرًا، إِمَّا فِي الدُّنْيَا أَوِ الْعُقْبَى. وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ: مَا لَا يَلْبَثُ بِمَنْزِلَةِ السَّيْفِ وَيَعْرِفُ فِي الْجَنَائِزِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (إِلَّا إِذَا عَلِمَ أَنَّهُ قُتِلَ بِحَدِيدَةٍ ظُلْمًا) أَيْ حِينَئِذٍ لَا يُغَسَّلُ قَبْلَ هَذَا إِذَا عَلِمَ قَاتِلُهُ عَيْنًا. وَأَمَّا إِذَا عَلِمَ أَنَّهُ قُتِلَ بِحَدِيدَةٍ ظُلْمًا وَلَكِنْ لَمْ يُعْلَمْ قَاتِلُهُ يُغَسَّلُ لِمَا أَنَّ الْوَاجِبَ هُنَاكَ الدِّيَّةُ وَالْقِسَامَةُ عَلَى أَهْلِ الْمَحَلَّةِ، وَلَفْظُ الْكِتَابِ يُشِيرُ إِلَى هَذَا لِأَنَّهُ قَالَ (لِأَنَّ الْوَاجِبَ فِيهِ الْقِصَاصُ) لَا قِصَاصَ يَجِبُ إِلَّا عَلَى الْقَاتِلِ الْمَعْلُومِ (وَهُوَ) أَيْ الْقِصَاصُ (عُقُوبَةٌ وَالْقَاتِلُ لَا يَتَخَلَّصُ عَنْ الْعُقُوبَةِ ظَاهِرًا) أَمَّا فِي الدُّنْيَا إِنْ وَقَعَ الْإِسْتِيفَاءُ أَوْ فِي الْعُقْبَى إِنْ لَمْ يُسْتَوْفَ، فَلَوْ كَانَ وَجُوبُ الْقِصَاصِ مَانِعًا عَنْ الشَّهَادَةِ لَا نُسَدُّ بِأَبْهَا وَهُوَ بَاطِلٌ.

فَإِنْ قِيلَ مَنْ وَجَبَ بَقْتْلُهُ الْقِصَاصُ لَيْسَ فِي مَعْنَى شُهَدَاءِ أَحَدٍ إِذْ لَمْ يَجِبْ بِقَتْلِهِمْ شَيْءٌ، وَمَنْ لَيْسَ فِي مَعْنَاهُمْ يُغَسَّلُ. أَجِيبَ بِأَنَّ فَائِدَةَ الْقِصَاصِ تَرْجِعُ إِلَى وَلِيِّ الْقَتِيلِ وَسَائِرِ النَّاسِ دُونَ الْقَتِيلِ فَلَمْ يَحْصُلْ لَهُ بِالْقَتْلِ شَيْءٌ كَمَا لَمْ يَحْصُلْ لَشُهَدَاءِ أَحَدٍ، بِخِلَافِ الدِّيَةِ فَإِنَّ نَفْعَهَا يَعُودُ إِلَى الْمَيِّتِ حَتَّى تُقْضَى ذُبُونُهُ وَتَنْفَذَ وَصَايَاهُ.

وَقَوْلُهُ (وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ مَا لَا يَلْبَثُ بِمَنْزِلَةِ السَّيْفِ) يَعْنِي لَا يُشْتَرِطُ فِي قَتْلِ وَجَدٍ فِي الْمِصْرِ أَنْ يُقْتَلَ بِحَدِيدَةٍ عِنْدَهُمَا، بَلِ الْمُنْتَقَلُ مِنَ الْحَجَرِ وَالْخَشَبِ مِثْلُ السَّيْفِ عِنْدَهُمَا حَتَّى لَا يُغَسَّلُ الْقَتِيلُ ظُلْمًا فِي الْمِصْرِ إِذْ عُرِفَ قَاتِلُهُ وَعُلِمَ أَنَّهُ قَتَلَهُ بِالْمُنْتَقَلِ لَوْجُوبِ الْقِصَاصِ عِنْدَهُمَا. وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ لَا يَجِبُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ بِالْمُنْتَقَلِ وَيُعْرَفُ فِي الْجَنَائِزِ.

(وَمَنْ قُتِلَ فِي حَدٍّ أَوْ قِصَاصٍ غُسِّلَ وَصَلِّيَ عَلَيْهِ) لِأَنَّهُ بَاذِلٌ نَفْسَهُ لِإِيفَاءِ حَقٍّ مُسْتَحَقٍّ عَلَيْهِ، وَشُهَدَاءُ أَحَدٍ بَذَلُوا أَنْفُسَهُمْ لِابْتِغَاءِ مَرْضَاةِ اللَّهِ تَعَالَى فَلَا يَلْحَقُ بِهِمْ

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ قُتِلَ فِي حَدٍّ أَوْ قِصَاصٍ غُسِّلَ) لَمَّا رُوِيَ «أَنَّ مَاعِزًا رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ لَمَّا رُجِمَ جَاءَ عَمُّهُ إِلَى النَّبِيِّ ﷺ فَقَالَ: قُتِلَ مَاعِزٌ كَمَا تُقْتَلُ الْكِلَابُ فَمَاذَا تَأْمُرُنِي أَنْ أَصْنَعَ بِهِ؟ فَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: لَا تَقُلْ هَذَا فَقَدْ تَابَ تَوْبَةً لَوْ قَسِمَتْ تَوْبَتُهُ عَلَى أَهْلِ الْأَرْضِ لَوَسَعَتْهُمْ، أَذْهَبَ فَعَسَلَهُ وَكَفَّنَهُ وَصَلَّ عَلَيْهِ» وَلِأَنَّهُ بَاذِلٌ نَفْسَهُ لِإِيفَاءِ حَقٍّ مُسْتَحَقٍّ، وَمَنْ كَانَ كَذَلِكَ لَمْ يَكُنْ فِي مَعْنَى شُهَدَاءِ أَحَدٍ لِأَنَّهُمْ بَذَلُوا أَنْفُسَهُمْ لِابْتِغَاءِ مَرْضَاةِ اللَّهِ فَلَا يَلْحَقُ بِهِمْ.

(وَمَنْ قُتِلَ مِنَ الْبُغَاةِ أَوْ قُطَاعِ الطَّرِيقِ لَمْ يُصَلَّ عَلَيْهِ) لِأَنَّ عَلِيًّا رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ لَمْ يُصَلَّ عَلَى

الْبُغَاةِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ قُتِلَ مِنَ الْبُغَاةِ أَوْ قُطَاعِ الطَّرِيقِ لَمْ يُصَلَّ عَلَيْهِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يُصَلَّى عَلَيْهِ لِأَنَّهُ مُؤْمِنٌ، إِلَّا أَنَّهُ مَقْتُولٌ بِحَقٍّ فَهُوَ كَالْمَقْتُولِ فِي رَجْمٍ أَوْ قِصَاصٍ. وَلَنَا أَنَّ عَلِيًّا رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ لَمْ يُصَلَّ عَلَى الْبُغَاةِ وَلَمْ يُغَسَّلْهُمْ فَقِيلَ لَهُ: أَهْمُ كُفَّارٌ؟ فَقَالَ: لَا، وَلَكِنَّهُمْ إِخْوَانُنَا بَعَوْا عَلَيْنَا أَشَارَ إِلَى أَنَّهُ إِنَّمَا تَرَكَ الْغُسْلَ وَالصَّلَاةَ عَلَيْهِمْ عِقُوبَةً لَهُمْ وَرَجْرًا لغيرِهِمْ، وَهُوَ

نَظِيرُ الْمَصْلُوبِ يُتْرَكُ عَلَى خَشَبَةٍ عُقُوبَةً لَهُ وَزَجْرًا لغيره، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

باب الصلاة في الكعبة

(الصَّلَاةُ فِي الْكَعْبَةِ جَائِزَةٌ فَرَضُهَا وَتَقْلُهَا) خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ فِيهِمَا. وَمَالِكٌ فِي

الْفَرَضِ لِأَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ صَلَّى فِي جَوْفِ الْكَعْبَةِ يَوْمَ الْفَتْحِ، وَلِأَنَّهَا صَلَاةٌ اسْتَجْمَعَتْ شَرَائِطَهَا لَوْجُودِ اسْتِقْبَالِ الْقِبْلَةِ لِأَنَّ اسْتِيعَابَهَا لَيْسَ بِشَرْطٍ

الشرح:

(بَابُ الصَّلَاةِ فِي الْكَعْبَةِ): قَدْ تَقَدَّمَ فِي أَوَّلِ بَابِ صَلَاةِ الْحِنَاةِ وَجْهُ تَأْخِيرِ هَذَا الْبَابِ فَلَا يُعِيدُهُ (الصَّلَاةُ فِي الْكَعْبَةِ جَائِزَةٌ فَرَضُهَا وَتَقْلُهَا) عِنْدَنَا خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ.

قَالَ صَاحِبُ النَّهَائَةِ: كَانَ هَذَا اللَّفْظُ وَقَعَ سَهْوًا مِنَ الْكَاتِبِ، فَإِنَّ الشَّافِعِيَّ يَرَى جَوَازَ الصَّلَاةِ فِي الْكَعْبَةِ فَرَضُهَا وَتَقْلُهَا؛ وَكَذَا أَوْرَدَهُ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ فِي كُتُبِهِمْ، وَلَمْ يُورِدْ أَحَدٌ مِنْ عُلَمَائِنَا أَيْضًا هَذَا الْخِلَافَ فِيمَا عِنْدِي مِنَ الْكُتُبِ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ مُرَادَهُ مَا إِذَا تَوَجَّهَ إِلَى الْبَابِ وَهُوَ مُفْتُوخٌ، وَلَيْسَتْ الْعَتَبَةُ مُرْتَفَعَةً قَدْرَ مُؤَخَّرَةِ الرَّحْلِ، وَهُوَ خَيْرٌ مِنَ الْحَمْلِ عَلَى السَّهْوِ إِلَّا أَنْ يُطْلَقَ الْكَلَامُ يُنَافِيهِ.

قَوْلُهُ (وَمَالِكٌ فِي الْفَرَضِ) يَعْنِي أَنَّهُ يُجُوزُ النَّفْلُ فِي جَوْفِ الْكَعْبَةِ وَلَا يُجُوزُ الْفَرَضُ، وَيَقُولُ الصَّلَاةُ فِيهَا جَائِزَةٌ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ اسْتَقْبَلَ بَعْضًا، وَفَاسِدَةٌ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ اسْتَدْبَرَ آخَرَ، وَالتَّرْجِيحُ لْجَانِبِ الْفَسَادِ احْتِيَاطًا فِي أَمْرِ الْعِبَادَةِ، وَهُوَ الْقِيَاسُ فِي النَّفْلِ أَيْضًا إِلَّا أَنَّهُ تُرِكَ لَوُرُودِ الْأَثَرِ فِيهِ، وَمَبْنَاهُ عَلَى الْمُسَاهَلَةِ فَإِنَّهُ يُجُوزُ قَاعِدًا مَعَ الْقُدْرَةِ عَلَى الْقِيَامِ، وَالْفَرَضُ لَيْسَ فِي مَعْنَاهُ لِيُلْحَقَ بِهِ وَلَنَا أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ صَلَّى فِي جَوْفِ الْكَعْبَةِ الْفَرَضُ يَوْمَ الْفَتْحِ» رَوَاهُ بَلَالٌ وَلَيْتُنْ كَانَ نَفْلًا فَالْفَرَضُ فِي مَعْنَاهُ فِيمَا هُوَ مِنْ شَرَائِطِ الْجَوَازِ دُونَ الْأَرْكَانِ، وَلِأَنَّهَا صَلَاةٌ اسْتَجْمَعَتْ شَرَائِطَهَا لَوْجُودِ اسْتِقْبَالِ الْقِبْلَةِ لِأَنَّ اسْتِيعَابَهَا لَيْسَ بِشَرْطٍ كَمَا لَوْ صَلَّى خَارِجَهَا، وَالْاسْتِدْبَارُ إِنَّمَا يُوجِبُ الْفَسَادَ إِذَا لَمْ يُسْتَقْبَلْ بَعْضُهَا لِانْتِفَاءِ الْمَأْمُورِ بِهِ وَهُوَ اسْتِقْبَالُ شَطْرِ مِنْهَا، وَأَمَّا إِذَا اسْتَقْبَلَ فَمَمْنُوعٌ لِأَنَّهُ أَتَى بِمَا أُمِرَ بِهِ.

(فَإِنْ صَلَّى الْإِمَامُ بِجَمَاعَةٍ فِيهَا فَجَعَلَ بَعْضُهُمْ ظَهْرَهُ إِلَى ظَهْرِ الْإِمَامِ جَازٌ) لِأَنَّهُ

مُتَوَجَّهٌ إِلَى الْقِبْلَةِ، وَلَا يَعْتَقَدُ إِمَامُهُ عَلَى الْخَطَا بِخِلَافِ مَسْأَلَةِ التَّحْرِي (وَمَنْ جَعَلَ

مِنْهُمْ ظَهَرَهُ إِلَى وَجْهِ الْإِمَامِ لَمْ تَجْزُ صَلَاتُهُ) لَتَقْدُمِهِ عَلَى إِمَامِهِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (فَإِنْ صَلَّى الْإِمَامُ بِجَمَاعَةٍ فِيهَا) الصَّلَاةُ بِالْجَمَاعَةِ فِي جَوْفِ الْكَعْبَةِ لَا يَخْلُو عَنْ وَجْهِهِ أَرْبَعَةٌ: إِمَّا أَنْ يَكُونَ وَجْهُهُ إِلَى ظَهْرِ الْإِمَامِ، أَوْ إِلَى وَجْهِ الْإِمَامِ أَوْ يَكُونَ ظَهْرُهُ إِلَى ظَهْرِ الْإِمَامِ، أَوْ إِلَى وَجْهِ الْإِمَامِ. وَالْأَوَّلُ وَالثَّالِثُ جَائِزٌ بِلَا كَرَاهَةٍ، وَالثَّانِي بِكَرَاهَةٍ وَالرَّابِعُ لَا يَجُوزُ. أَمَّا جَوَازُ الْأَوَّلِ فَظَاهِرٌ. وَأَمَّا جَوَازُ الثَّانِي فَلَوْجُودِ الْمَتَابَعَةِ وَانْتِفَاءِ الْمَانِعِ وَهُوَ التَّقَدُّمُ عَلَى الْإِمَامِ. وَأَمَّا كَرَاهَتُهُ فَلشَبْهِهِ بِعَابِدِ الصُّورَةِ بِالْمُقَابَلَةِ فَيَنْبَغِي أَنْ يَجْعَلَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْإِمَامِ سِتْرَةٌ تَحْزُرًا عَنْ ذَلِكَ. وَأَمَّا جَوَازُ الثَّالِثِ فَلَمَّا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ أَنَّهُ مُتَوَجِّهٌ إِلَى الْقِبْلَةِ وَلَا يَعْتَقِدُ إِمَامَتَهُ عَلَى الْخَطَأِ. قِيلَ وَهَذَا لَيْسَ بِكَافٍ لِأَنَّ مَنْ جَعَلَ ظَهْرَهُ إِلَى وَجْهِ الْإِمَامِ وَهُوَ الْوَجْهُ الرَّابِعُ مُتَوَجِّهٌ إِلَى الْقِبْلَةِ وَلَا يَعْتَقِدُ إِمَامَتَهُ عَلَى الْخَطَأِ وَمَعَ ذَلِكَ لَا تَحْزُرُ صَلَاتُهُ، وَكَانَ الْوَاجِبُ أَنْ يَقُولَ وَهُوَ غَيْرُ مُتَقَدِّمٍ عَلَيْهِ. وَالْجَوَابُ أَنَّهُ لَمَّا عُلِّلَ عَدَمُ الْجَوَازِ فِي الْوَجْهِ الرَّابِعِ بِالتَّقَدُّمِ عَلَى الْإِمَامِ دَلَّ عَلَى أَنَّهُ مَانِعٌ فَاقْتَصَرَ عَلَى ذِكْرِهِ فِي الْأَوَّلِ اعْتِمَادًا عَلَى أَنَّهُ يُفْهَمُ مِنَ الثَّانِي.

وَقَوْلُهُ (بِخِلَافِ مَسْأَلَةِ التَّحَرِّيِ) يَعْنِي إِذَا صَلَّوْا فِي لَيْلَةٍ مُظْلِمَةٍ فَجَعَلَ بَعْضُهُمْ ظَهْرَهُ إِلَى ظَهْرِ الْإِمَامِ وَهُوَ يَعْلَمُ، فَإِنَّهُ لَا تَجُوزُ صَلَاتُهُ لِأَنَّهُ اعْتَقَدَ أَنَّ إِمَامَتَهُ عَلَى الْخَطَأِ، وَقَدْ مَرَّ فِي بَابِ شُرُوطِ الصَّلَاةِ، وَقَدْ ظَهَرَ وَجْهُ عَدَمِ جَوَازِ الْوَجْهِ الرَّابِعِ مِنْ هَذَا. وَأَمَّا إِذَا كَانَ عَلَى يَمِينِ الْإِمَامِ أَوْ يَسَارِهِ فَهُوَ أَيْضًا جَائِزٌ. وَهُوَ ظَاهِرٌ.

(وَإِذَا صَلَّى الْإِمَامُ فِي الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ فَتَحَلَّقَ النَّاسُ حَوْلَ الْكَعْبَةِ وَصَلَّوْا بِصَلَاةِ الْإِمَامِ، فَمَنْ كَانَ مِنْهُمْ أَقْرَبَ إِلَى الْكَعْبَةِ مِنَ الْإِمَامِ جَازَتْ صَلَاتُهُ إِذَا لَمْ يَكُنْ فِي جَانِبِ الْإِمَامِ) لِأَنَّ التَّقَدُّمَ وَالتَّأَخُّرَ إِنَّمَا يَظْهَرُ عِنْدَ اتِّحَادِ الْجَانِبِ

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِذَا صَلَّى الْإِمَامُ فِي الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ وَتَحَلَّقَ النَّاسُ حَوْلَ الْكَعْبَةِ) وَفِي بَعْضِ النُّسخِ فَتَحَلَّقَ، وَهُوَ ظَاهِرٌ لِأَنَّهُ عَطَفَ عَلَى قَوْلِهِ صَلَّى. وَقَوْلُهُ (فَمَنْ كَانَ مِنْهُمْ أَقْرَبَ) جَزَاءُ إِذَا صَلَّى الْإِمَامُ وَأَمَّا قَوْلُهُ (تَحَلَّقَ) بِلَا فَاءٍ، فَقَالَ بَعْضُهُمْ: حَالٌ بِتَقْدِيرِ قَدْ وَقَوْلُهُ فَمَنْ كَانَ جَزَاءُ الشَّرْطِ، وَقَالَ بَعْضُهُمْ: هُوَ جُزْءُ الشَّرْطِ وَقَوْلُهُ فَمَنْ كَانَ جُمْلَةً

أُخْرَى شَرْطِيَّةٌ عُطِفَتْ عَلَى الْأُولَى.

وَقَوْلُهُ: (إِذَا لَمْ يَكُنْ فِي جَانِبِ الْإِمَامِ) يُشِيرُ إِلَى أَنَّهُ إِذَا كَانَ فِي جَانِبِهِ لَمْ يَجْزُ لَوْجُودِ التَّقَدُّمِ لِأَنَّ التَّقَدُّمَ وَالتَّأَخُّرَ إِنَّمَا يَظْهَرُ عِنْدَ اتِّحَادِ الْجَانِبِ. قَالَ بَعْضُ الشَّارِحِينَ: لِأَنَّ التَّقَدُّمَ وَالتَّأَخُّرَ فِي الْأَسْمَاءِ الْإِضَافِيَّةِ فَلَا يَظْهَرُ إِلَّا عِنْدَ اتِّحَادِ الْجِهَةِ، وَفِيهِ نَظَرٌ لَأَنَّهُمَا مِنَ الْأَسْمَاءِ الْإِضَافِيَّةِ وَلَيْسَ لِلِإِضَافَةِ تَقْيِيدٌ بِجِهَةٍ. وَقَالَ بَعْضُهُمْ لَأَنَّهُ عِنْدَ اتِّحَادِ الْجِهَةِ كَانَ فِي مَعْنَى مَنْ جَعَلَ ظَهْرَهُ إِلَى وَجْهِ الْإِمَامِ وَهُوَ جَيِّدٌ.

(وَمَنْ صَلَّى عَلَى ظَهْرِ الْكَعْبَةِ جَازَتْ صَلَاتُهُ) خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ لِأَنَّ الْكَعْبَةَ هِيَ الْعَرَصَةُ، وَالْهَوَاءُ إِلَى عَتَانِ السَّمَاءِ عِنْدَنَا دُونَ الْبِنَاءِ لِأَنَّهُ يُنْقَلُ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ صَلَّى عَلَى جَبَلِ أَبِي قُبَيْسٍ جَازَ وَلَا بِنَاءَ بَيْنَ يَدَيْهِ، إِلَّا أَنَّهُ يُكْرَهُ لِمَا فِيهِ مِنْ تَرْكِ التَّعْظِيمِ، وَقَدْ وَرَدَ النَّهْيُ عَنْهُ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ^(١).

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ صَلَّى عَلَى ظَهْرِ الْكَعْبَةِ) أَيُّ عَلَى سَطْحِهَا، وَلَعَلَّهُ اخْتَارَ لَفْظَ الظَّهْرِ لَوُرُودِ لَفْظِ الْحَدِيثِ بِهِ عَلَى مَا ذَكَرَهُ أَرَادَ أَنْ مَنْ صَلَّى عَلَى سَطْحِ الْكَعْبَةِ (جَازَتْ صَلَاتُهُ) عِنْدَنَا وَإِنْ لَمْ يَكُنْ بَيْنَ يَدَيْهِ سُتْرَةٌ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا يَجُوزُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ بَيْنَ يَدَيْهِ سُتْرَةٌ بِنَاءً عَلَى أَنَّ الْمُعْتَبَرَ فِي جَوَازِ التَّوَجُّهِ إِلَيْهَا لِلصَّلَاةِ الْبِنَاءُ.

وَعِنْدَنَا أَنَّ الْقِبْلَةَ هِيَ الْكَعْبَةُ وَالْكَعْبَةُ هِيَ الْعَرَصَةُ وَالْهَوَاءُ إِلَى عَتَانِ السَّمَاءِ، وَلَا مُعْتَبَرَ بِالْبِنَاءِ لِأَنَّهُ يُنْقَلُ؛ أَلَا تَرَى أَنَّ مَنْ صَلَّى عَلَى أَبِي قُبَيْسٍ جَازَتْ صَلَاتُهُ وَلَا شَيْءَ مِنْ بِنَاءِ الْكَعْبَةِ بَيْنَ يَدَيْهِ فَدَلَّ عَلَى أَنَّهُ لَا مُعْتَبَرَ بِالْبِنَاءِ. وَقَوْلُهُ (إِلَّا أَنَّهُ يُكْرَهُ) اسْتِثْنَاءٌ مِنْ قَوْلِهِ جَازَتْ صَلَاتُهُ، وَتَذَكِيرُ الضَّمِيرِ بِتَأْوِيلِ فِعْلِ الصَّلَاةِ وَأَدَائِهَا (لِمَا فِيهِ) أَيُّ فِي التَّعْلِيِّ عَلَى ظَهْرِ الْكَعْبَةِ (وَمَنْ تَرَكَ التَّعْظِيمَ وَقَدْ وَرَدَ النَّهْيُ عَنْهُ) قِيلَ أَيُّ عَنْ تَرْكِ التَّعْظِيمِ، وَقِيلَ عَنْ أَدَاءِ الصَّلَاةِ عَلَى ظَهْرِهَا. وَرَوَى عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّهُ قَالَ «نَهَى النَّبِيُّ ﷺ عَنْ الصَّلَاةِ فِي سَبْعَةِ مَوَاطِنَ الْمَجْزَرَةِ، وَالْمَرْزَلَةِ، وَالْمَقْبَرَةِ، وَالْحِمَامِ، وَقَوَارِعِ الطُّرُقِ، وَمَعَاطِنِ الْإِبِلِ، وَفَوْقَ ظَهْرِ بَيْتِ اللَّهِ الْحَرَامِ».

(١) أخرجه الترمذي في الصلاة باب ١٤ حديث (٣٤٦)، وابن ماجه في المساجد باب ٤ حديث

كتاب الزكاة

الزَّكَاةُ وَاجِبَةٌ عَلَى الْحُرِّ الْعَاقِلِ الْبَالِغِ الْمُسْلِمِ إِذَا مَلَكَ نِصَابًا مِلْكًا تَامًا وَحَالَ عَلَيْهِ

الْحَوْلُ

أَمَّا الْوُجُوبُ فَلَقَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿وَأَتُوا الزَّكَاةَ﴾ [البقرة: ٤٣] وَلَقَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «أَدُوا زَكَاةَ أَمْوَالِكُمْ»^(١) وَعَلَيْهِ إِجْمَاعُ الْأُمَّةِ. وَالْمُرَادُ بِالْوَاجِبِ الْفَرَضُ لِأَنَّهُ لَا شُبْهَةَ فِيهِ، وَاشْتِرَاطُ الْحُرِّيَّةِ لِأَنَّ كَمَالَ الْمِلْكِ بِهَا، وَالْعَقْلُ وَالْبُلُوغُ لِمَا نَذَكَّرُهُ، وَالْإِسْلَامُ لِأَنَّ الزَّكَاةَ عِبَادَةٌ وَلَا تَتَحَقَّقُ مِنَ الْكَافِرِ، وَلَا بُدَّ مِنْ مِلْكٍ مِقْدَارِ النَّصَابِ لِأَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ قَدَّرَ السَّبَبَ بِهِ، وَلَا بُدَّ مِنَ الْحَوْلِ لِأَنَّهُ لَا بُدَّ مِنْ مُدَّةٍ يَتَحَقَّقُ فِيهَا النَّمَاءُ، وَقَدَّرَهَا الشَّرْعُ بِالْحَوْلِ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «لَا زَكَاةَ فِي مَالٍ حَتَّى يَحُولَ عَلَيْهِ الْحَوْلُ»^(٢) وَلِأَنَّهُ الْمُتِمَكَّنُ بِهِ مِنَ الْإِسْتِثْنَاءِ لِإِسْتِمَالِهِ عَلَى الْفُصُولِ الْمُخْتَلِفَةِ، وَالْغَالِبُ تَفَاوُتُ الْأَسْعَارِ فِيهَا فَأَدِيرَ الْحُكْمَ عَلَيْهِ. ثُمَّ قِيلَ: هِيَ وَاجِبَةٌ عَلَى الْفَوْرِ لِأَنَّهُ مُقْتَضَى مُطْلَقِ الْأَمْرِ، وَقِيلَ عَلَى التَّرَاخِي لِأَنَّ جَمِيعَ الْعُمْرِ وَهَتْ الْأَدَاءُ، وَلِهَذَا لَا تُضْمَنُ بِهِلَاكِ النَّصَابِ بَعْدَ التَّقْرِيطِ.

الشرح:

(كِتَابُ الزَّكَاةِ): قَرَنَ الزَّكَاةَ بِالصَّلَاةِ اقْتِدَاءً بِكِتَابِ اللَّهِ تَعَالَى فِي قَوْلِهِ ﴿وَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ وَآتُوا الزَّكَاةَ﴾ [البقرة: ٤٣] وَلِأَنَّ الصَّلَاةَ حَسَنَةً لِمَعْنَى فِي نَفْسِهَا بِدُونِ الْوَاسِطَةِ، وَالزَّكَاةَ مُلْحَقَةً بِهَا وَمَوْضِعُهُ أُصُولُ الْفَقْهِ.

وَالزَّكَاةُ فِي اللَّغَةِ: عِبَارَةٌ عَنِ النَّمَاءِ، يُقَالُ زَكَ الزَّرْعُ إِذَا نَمَا، وَفِي عُرْفِ الْفُقَهَاءِ: اسْمٌ لِفِعْلٍ أَدَاءٍ حَقٍّ يَجِبُ لِلْمَالِ يُعْتَبَرُ فِي وُجُوبِهِ الْحَوْلُ وَالنَّصَابُ لِأَنَّهَا تُوصَفُ بِالْوُجُوبِ، وَهُوَ مِنْ صِفَاتِ الْأَفْعَالِ دُونَ الْأَعْيَانِ، وَقَدْ يُطْلَقُ عَلَى الْمَالِ الْمُؤَدَّى لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَالَ ﴿وَأَتُوا الزَّكَاةَ﴾ وَلَا يَصِحُّ الْإِتْيَاءُ إِلَّا فِي الْعَيْنِ، وَسَبَبُهَا مِلْكُ

(١) أخرجه الترمذي في الجمعة باب ٨٠ حديث (٦١٦)، وأحمد (٢٥١/٥)، والحاكم في المستدرک (٩/١). وانظر نصب الراية (٣٣٢/٢).

(٢) أخرجه أبو داود (١٥٧٣) من حديث علي رضي الله عنه، والدارقطني (٩٠/٢)، وانظر نصب الراية (٣٣٤/٢).

النَّصَابِ النَّامِي، وَشَرَطُهَا الْحُرِّيَّةُ وَالْبُلُوغُ وَالْعَقْلُ وَالْإِسْلَامُ وَالْحُلُوءُ عَنِ الدِّينِ وَكَمَالُ نَصَابِ حَوْلِي، وَصِفَتُهَا الْفَرْضِيَّةُ، وَحُكْمُهَا الْخُرُوجُ عَنْ عَهْدَةِ التَّكْلِيفِ فِي الدُّنْيَا وَالنَّجَاةُ مِنَ الْعِقَابِ وَالْوُصُولُ إِلَى الثَّوَابِ فِي الْعُقْبَى. قَالَ (الزَّكَاةُ وَاجِبَةٌ عَلَى الْحُرِّ) أَيِ فَرِيضَةٍ لَازِمَةٍ بِالْكِتَابِ وَهُوَ قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿وَأَتُوا الزَّكَاةَ﴾ وَالسَّنَةُ الْمَعْرُوفَةُ وَهِيَ «بُنْيَ الْإِسْلَامِ عَلَى خَمْسٍ» الْحَدِيثُ وَإِجْمَاعُ الْأُمَّةِ لَمْ يُنْكِرْهَا أَحَدٌ مِنْ لَدُنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ إِلَى يَوْمِنَا هَذَا، وَإِنَّمَا عَدَلَ عَنْ لَفْظِ الْفَرْضِ إِلَى الْوَاجِبِ إِمَّا لِأَنَّ بَعْضَ مَقَادِيرِهَا وَكَيْفِيَّاتِهَا ثَابِتَةٌ بِأَخْبَارِ الْآحَادِ، أَوْ لِأَنَّ اسْتِعْمَالَ أَحَدِهِمَا فِي مَوْضِعِ الْآخَرِ جَائِزٌ مَجَازًا، وَإِنَّمَا قَالَ مِلْكًا تَامًا احْتِرَازًا عَنْ مَالِ الْمُكَاتَّبِ فَإِنَّهُ مِلْكُ الْمَوْلَى، وَإِنَّمَا لِلْمُكَاتَّبِ فِيهِ مِلْكُ الْيَدِ، وَعَنْ مَالِ الْمَدْيُونِ فَإِنَّ صَاحِبَ الدِّينِ يَسْتَحِقُّهُ عَلَيْهِ فَيَكُونُ مِلْكًا تَاقِصًا وَكَلَامُهُ فِيهِ ظَاهِرٌ.

وقوله (فَادِيرُ الْحُكْمِ عَلَيْهِ) يَعْنِي يَكُونُ الْاعْتِبَارُ بِهِ دُونَ حَقِيقَةِ الْاسْتِنْمَاءِ، حَتَّى إِذَا ظَهَرَ التَّمَاءُ أَوْ لَمْ يَظْهَرْ تَجِبُ الزَّكَاةُ. وَقَوْلُهُ (تَمَّ قِيلَ هِيَ وَاجِبَةٌ عَلَى الْفَوْرِ) وَهُوَ قَوْلُ الْكَرْخِيِّ، فَإِنَّهُ قَالَ: يَأْتُمُ بِتَأْخِيرِ الزَّكَاةِ بَعْدَ التَّمَكُّنِ.

وَرَوَى عَنْ مُحَمَّدٍ: مَنْ أَخَّرَ الزَّكَاةَ مِنْ غَيْرِ عَذْرِ لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ. وَفَرَّقَ بَيْنَهَا وَبَيْنَ الْحَجِّ فَقَالَ: لَا يَأْتُمُ بِتَأْخِيرِ الْحَجِّ وَيَأْتُمُ بِتَأْخِيرِ الزَّكَاةِ لِأَنَّ فِي الزَّكَاةِ حَقَّ الْفُقَرَاءِ فَيَأْتُمُ بِتَأْخِيرِ حَقِّهِمْ، وَأَمَّا الْحَجُّ فَخَالِصُ حَقِّ اللَّهِ تَعَالَى.

وَرَوَى هِشَامٌ عَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ لَا يَأْتُمُ بِتَأْخِيرِ الزَّكَاةِ وَيَأْتُمُ بِتَأْخِيرِ الْحَجِّ، لِأَنَّ الزَّكَاةَ غَيْرُ مُؤَقَّتَةٍ، أَمَّا الْحَجُّ فَهُوَ مُؤَقَّتٌ كَالصَّلَاةِ، فَرُبَّمَا لَا يُدْرِكُ الْوَقْتُ فِي الْمُسْتَقْبَلِ، وَمَوْضِعُهُ أَصُولُ الْفَقْهِ.

(وَلَيْسَ عَلَى الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ زَكَاةٌ) خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ فَإِنَّهُ يَقُولُ: هِيَ غَرَامَةٌ مَالِيَّةٌ فَتُعْتَبَرُ بِسَائِرِ الْمَوْنِ كَنَفَقَةِ الزَّوْجَاتِ وَصَارَ كَالْعُشْرِ وَالْخَرَاجِ. وَلَنَا أَنَّهَا عِبَادَةٌ فَلَا تَتَأَدَّى إِلَّا بِالْاخْتِيَارِ تَحْقِيقًا لِمَعْنَى الْإِبْتِلَاءِ، وَلَا اخْتِيَارَ لَهُمَا لِعَدَمِ الْعَقْلِ، بِخِلَافِ الْخَرَاجِ لِأَنَّهُ مُؤَنَّتٌ الْأَرْضِ. وَكَذَا الْغَالِبُ فِي الْعُشْرِ مَعْنَى الْمُؤَنَّتِ وَمَعْنَى الْعِبَادَةِ تَابِعٌ، وَلَوْ أَفَاقَ فِي بَعْضِ السَّنَةِ فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ إِفَاقَتِهِ فِي بَعْضِ الشَّهْرِ فِي الصَّوْمِ.

وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ يُعْتَبَرُ أَكْثَرُ الْحَوْلِ وَلَا فَرْقَ بَيْنَ الْأَصْلِيِّ

وَالْعَارِضِيَّ. وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ إِذَا بَلَغَ مَجْتُونًا يُعْتَبَرُ الْحَوْلُ مِنْ وَقْتِ الْإِفَاقَةِ بِمَنْزِلَةِ الصَّبِيِّ إِذَا بَلَغَ

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلَيْسَ عَلَى الصَّبِيِّ وَالْمَجْتُونِ زَكَاةٌ) هُوَ الْمَوْعُودُ بِقَوْلِهِ لَمَّا تَذَكَّرُهُ وَقَوْلُهُ (هِيَ غَرَامَةٌ مَالِيَّةٌ) أَيُّ وَجُوبٍ شَيْءٍ مَالِيٍّ اسْتَعَارَ لَفْظَ الْغَرَامَةِ لِلْوُجُوبِ لَمَّا أَنَّ حَقِيقَةَ الْغَرَامَةِ هِيَ أَنَّ لَا يَلْزَمُ الْإِنْسَانَ مَا لَيْسَ عَلَيْهِ كَأَنَّهُ يَقُولُ الزَّكَاةُ وَاجِبٌ مَالِيٌّ وَكُلُّ مَا هُوَ وَاجِبٌ مَالِيٌّ يَجِبُ عَلَيْهِ كَنَفَقَةِ الزَّوْجَاتِ وَالْعُشْرِ وَالْخَرَاجِ فَالزَّكَاةُ تَجِبُ عَلَيْهِ وَيُؤَدِّي عَنْهُ الْوَلِيُّ، وَهُوَ قَوْلُ ابْنِ عُمَرَ وَعَائِشَةَ (وَلَنَا أَنَّهَا عِبَادَةٌ) لِأَنَّ الْعِبَادَةَ مَا يَأْتِي بِهِ الْمَرْءُ عَلَى خِلَافِ هَوَى نَفْسِهِ تَعْظِيمًا لِأَمْرِ رَبِّهِ وَالزَّكَاةُ وَقَدْ قَالَ ﷺ «بُنِيَ الْإِسْلَامُ عَلَى خَمْسٍ» الْحَدِيثُ، وَغَيْرُهَا عِبَادَةٌ بِالِاتِّفَاقِ فَكَذَلِكَ هِيَ وَكُلُّ مَا هُوَ عِبَادَةٌ (لَا يَتَأَدَّى إِلَّا بِالِاخْتِيَارِ تَحْقِيقًا لِلِاتِّبَالِ وَلَا اخْتِيَارَ لَهَا لِعَدَمِ الْعَقْلِ) وَهُوَ قَوْلُ عَلِيٍّ وَابْنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا.

فَإِنْ قِيلَ: الصَّلَاةُ وَالصَّوْمُ وَالْإِيمَانُ عَلَى أَصْلَكُمْ يَصِحُّ مِنَ الصَّبِيِّ، فَإِمَّا أَنْ يَكُونَ بِاخْتِيَارٍ أَوْ غَيْرِهِ فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ فَلْتَصِحَّ الزَّكَاةُ بِمِثْلِهِ مِنَ الْاخْتِيَارِ، وَإِنْ كَانَ الثَّانِي أَتَقَضَى قَوْلُكُمْ وَكُلُّ مَا هُوَ عِبَادَةٌ لَا يَتَأَدَّى إِلَّا بِالِاخْتِيَارِ. فَالْجَوَابُ أَنَّهَا إِنَّمَا تَصِحُّ بِاخْتِيَارٍ قَوْلُهُ فَلْتَصِحَّ الزَّكَاةُ بِمِثْلِهِ مِنَ الْاخْتِيَارِ. قُلْنَا: غَيْرُ مُتَّصِرٍ لِأَنَّ ذَلِكَ اخْتِيَارٌ لَا يَسْتَلْزِمُ ضَرَرًا لِعَدَمِ الْوُجُوبِ عَلَيْهِ، وَهَذَا الْاخْتِيَارُ يَسْتَلْزِمُ الضَّرَرَ فَلَا يَكُونُ مِثْلَ ذَلِكَ. وَقَوْلُهُ (بِخِلَافِ الْخَرَاجِ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ وَصَارَ كَالْعُشْرِ وَالْخَرَاجِ. وَقَوْلُهُ (وَكَذَا الْغَالِبُ فِي الْعُشْرِ مَعْنَى الْمُؤَنَةِ) لَمَّا أَنَّ سَبَبَ وَجُوبِ الْعُشْرِ الْأَرْضُ النَّامِيَةُ بِالْخَرَاجِ، فَبِاعْتِبَارِ الْأَرْضِ وَهِيَ الْأَصْلُ كَأَنَّ الْمُؤَنَةَ أَصْلًا، وَبِاعْتِبَارِ الْخَرَاجِ وَهُوَ وَصْفُ الْأَرْضِ كَانَ شَبَهَهَا بِالزَّكَاةِ وَالْوَصْفُ تَابِعٌ لِلْمَوْصُوفِ فَكَانَ مَعْنَى الْعِبَادَةِ تَابِعًا.

فَإِنْ قِيلَ: سَبَبُ وَجُوبِ الزَّكَاةِ النَّصَابُ النَّامِي وَالنَّصَابُ أَصْلٌ وَالنَّمَاءُ وَصْفٌ وَمَعَ ذَلِكَ لَمْ يَكُنْ فِي الزَّكَاةِ مَعْنَى الْمُؤَنَةِ أَصْلًا. فَالْجَوَابُ أَنَّ الْمُؤَنَةَ مَا يُحْتَاجُ إِلَيْهِ لِلْبَقَاءِ كَالنَّفَقَةِ، وَالزَّكَاةُ لَيْسَتْ سَبَبًا لِبَقَاءِ الْمَالِ وَتَمَامُهُ قَرَرْنَاهُ فِي التَّقْرِيرِ.

وَقَوْلُهُ (وَلَوْ أَفَاقَ) يَعْنِي الْمَجْتُونُ (فِي بَعْضِ السَّنَةِ فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ الْإِفَاقَةِ فِي بَعْضِ

الشَّهْرُ) يَعْنِي إِذَا كَانَ مُفِيقًا فِي جُزْءٍ مِنَ السَّنَةِ أَوَّلَهَا أَوْ آخِرَهَا قَلَّ أَوْ كَثُرَ بَعْدَ مَلِكِ النَّصَابِ تَلَزَمَهُ الزَّكَاةُ. كَمَا لَوْ أَفَاقَ فِي جُزْءٍ مِنْ شَهْرِ رَمَضَانَ فِي يَوْمٍ أَوْ لَيْلَةٍ لَرَمَهُ صَوْمُ الشَّهْرِ كُلِّهِ فِي قَوْلِ مُحَمَّدٍ وَرَوَايَةٍ عَنْ أَبِي يُوسُفَ لَمَّا أَنَّ السَّنَةَ لِلزَّكَاةِ بِمَنْزِلَةِ الشَّهْرِ لِلصَّوْمِ، وَالْإِفَاقَةُ فِي جُزْءٍ مِنَ الشَّهْرِ كَالْإِفَاقَةُ فِي جَمِيعِهِ فِي وَجُوبِ صَوْمِ جَمِيعِ الشَّهْرِ فَكَذَا هَذَا (وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يُعْتَبَرُ أَكْثَرُ الْحَوْلِ) فَإِنْ كَانَ مُفِيقًا فِيهِ فَقَدْ غَلَبَتْ الصَّحَّةُ الْجُنُونُ فَصَارَ كَجُنُونِ سَاعَةٍ فَوَجَبَتْ الزَّكَاةُ، وَإِنْ كَانَ مَجْنُونًا فِيهِ كَانَ كَالْمَجْنُونِ فِي جَمِيعِ السَّنَةِ (وَلَا فَرْقَ بَيْنَ) الْجُنُونِ (الْأَصْلِيِّ) وَهُوَ أَنْ يُدْرِكَ مَجْنُونًا (وَالْعَارِضِيِّ) وَهُوَ أَنْ يُدْرِكَ مُفِيقًا ثُمَّ يُجَنَّ عَلَى ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ: يَعْنِي إِذَا أَفَاقَ فِي بَعْضِ السَّنَةِ وَجَبَتْ الزَّكَاةُ سَوَاءً كَانَ الْجُنُونُ أَصْلِيًّا أَوْ عَارِضِيًّا لَمَّا ذَكَرْنَا، وَكَذَا عَلَى قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ لِأَنَّ الْمُعْتَبَرَ عِنْدَهُ الْإِفَاقَةُ فِي أَكْثَرِ الْحَوْلِ مِنْ غَيْرِ نَظَرٍ إِلَى الْأَصْلِيِّ وَالْعَارِضِ (وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ) فِي الْأَصْلِيِّ (أَنَّهُ يُعْتَبَرُ الْحَوْلُ مِنْ وَقْتِ الْإِفَاقَةِ بِمَنْزِلَةِ الصَّبِيِّ إِذَا بَلَغَ) لِأَنَّ التَّكْلِيفَ لَمْ يَسْبِقْ هَذِهِ الْحَالَةَ فَصَارَتْ الْإِفَاقَةُ بِمَنْزِلَةِ بُلُوغِ الصَّبِيِّ، وَأَمَّا إِذَا طَرَأَ الْجُنُونُ فَإِنْ اسْتَمَرَّ سَنَةً سَقَطَ لِأَنَّهُ اسْتَوْعَبَ مُدَّةَ التَّكْلِيفِ وَهِيَ الصَّلَاةُ وَالصَّوْمُ وَالْحَجُّ، وَإِنْ كَانَ أَقَلَّ مِنْ ذَلِكَ لَمْ يُعْتَبَرُ.

(وَلَيْسَ عَلَى الْمَكَاتِبِ زَكَاةٌ) لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمَالِكٍ مِنْ كُلِّ وَجْهِ لَوْجُودِ الْمُنَافِي وَهُوَ

الرِّقُّ، وَلِهَذَا لَمْ يَكُنْ مِنْ أَهْلِ أَنْ يُعْتَقَ عَبْدُهُ.

الشرح:

قَالَ (وَلَيْسَ عَلَى الْمَكَاتِبِ زَكَاةٌ) قَدْ ذَكَرْنَا أَنَّ الْمَكَاتِبَ لَيْسَ لَهُ مِلْكٌ تَامٌّ فَلَا

تَجِبُ عَلَيْهِ الزَّكَاةُ.

(وَمَنْ كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ يُحِيطُ بِمَالِهِ فَلَا زَكَاةَ عَلَيْهِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: تَجِبُ لِتَحَقُّقِ

السَّبَبِ وَهُوَ مِلْكٌ نَصَابٍ تَامٌ. وَلَنَا أَنَّهُ مَشْغُولٌ بِحَاجَتِهِ الْأَصْلِيَّةِ فَأَعْتَبِرَ مَعْدُومًا كَالْمَاءِ

الْمُسْتَحَقِّ بِالْعَطَشِ وَثِيَابِ الْبِدَلَةِ وَالْمَهْنَةِ (وَأِنْ كَانَ مَالُهُ أَكْثَرَ مِنْ دَيْنِهِ زَكَى الْفَاضِلُ إِذَا

بَلَغَ نِصَابًا) لِفَرَاغِهِ عَنِ الْحَاجَةِ الْأَصْلِيَّةِ، وَالْمُرَادُ بِهِ دَيْنٌ لَهُ مُطَالِبٌ مِنْ جِهَةِ الْعِبَادِ حَتَّى لَا

يَمْنَعَ دَيْنَ النَّذْرِ وَالْكَفَّارَةِ، وَدَيْنُ الزَّكَاةِ مَانِعٌ حَالِ بَقَاءِ النَّصَابِ لِأَنَّهُ يُنْتَقَصُ بِهِ النَّصَابُ،

وَكَذَا بَعْدَ الْإِسْتِهْلَاكِ خِلَافًا لَزُفَرٍ فِيهِمَا. وَلَأَبِي يُوسُفَ فِي الثَّانِي عَلَى مَا رَوَى عَنْهُ لِأَنَّ

لَهُ مُطَالِبًا لِأَنَّهَا وَهُوَ الْإِمَامُ فِي السَّوَائِمِ وَنَائِبُهُ فِي أُمُوالِ التَّجَارَةِ فَإِنَّ الْمَلَكَ نَوَابَهُ.

الشرح:

(وَمَنْ كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ يُحِيطُ بِمَالِهِ) وَلَهُ مُطَالِبٌ مِنْ جِهَةِ الْعِبَادِ سَوَاءً كَانَ لِلَّهِ كَالزَّكَاةِ أَوْ لِلْعِبَادِ كَالْقَرْضِ، وَتَمَنَّى الْمَبِيعَ وَضَمَّانَ الْمُتْلَفَاتِ وَأَرَشَ الْجَرَاحَةَ وَمَهْرَ الْمَرْأَةِ سَوَاءً كَانَ مِنَ الثُّقُودِ أَوْ مِنْ غَيْرِهَا وَسَوَاءً كَانَ حَالًا أَوْ مُؤَجَّلًا (فَلَا زَكَاةَ عَلَيْهِ).

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: تَجِبُ لِتَحْقِيقِ السَّبَبِ وَهُوَ مَلِكٌ نَصَابٍ تَامٍ فَإِنَّ الْمَدْيُونِ مَالِكٌ لِمَالِهِ لِأَنَّ دَيْنَ الْحُرِّ الصَّحِيحِ يَجِبُ فِي ذِمَّتِهِ، وَلَا تَعْلُقُ لَهُ بِمَالِهِ وَلِهَذَا يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ فِيهِ كَيْفَ شَاءَ (وَلَنَا أَنَّهُ مَشْغُولٌ بِحَاجَتِهِ الْأَصْلِيَّةِ) أَيُّ مُعَدُّ لَمَّا يَذْفَعُ الْهَلَكَ حَقِيقَةً أَوْ تَقْدِيرًا لِأَنَّ صَاحِبَهُ يَحْتَاجُ إِلَيْهِ لِأَجْلِ قَضَاءِ الدَّيْنِ دَفْعًا لِلْحَبْسِ وَالْمُلَازِمَةِ عَنْ نَفْسِهِ، وَكُلُّ مَا هُوَ كَذَلِكَ أُعْتَبِرَ مَعْدُومًا كَالْمَاءِ الْمُسْتَحَقُّ بِالْعَطَشِ لِنَفْسِهِ أَوْ ذَابْتَهُ وَتَبَابَ الْمَهْنَةُ، وَهَذَا أَيْضًا رَاجِعٌ إِلَى تَقْصَانِ الْمَلِكِ فَإِنَّ لَصَاحِبِ الدَّيْنِ أَنْ يَأْخُذَهُ مِنْ غَيْرِ رِضَاهُ وَلَا قَضَاءٍ فَكَانَ مَلِكًا نَاقِصًا. وَقَوْلُهُ (وَإِنْ كَانَ مَالُهُ أَكْثَرَ مِنْ دَيْنِهِ) ظَاهِرٌ.

وَأَعْلَمُ أَنَّ الْمَدْيُونِ إِذَا كَانَ لَهُ صُنُوفٌ مِنَ الْأُمُوالِ الْمُخْتَلَفَةِ وَالَّذِينَ يَسْتَعْرِقُ بَعْضُهَا صُرْفًا أَوَّلًا إِلَى الثُّقُودِ، فَإِنْ فَضَلَ شَيْءٌ مِنْهُ صُرِفَ إِلَى عُرُوضِ التَّجَارَةِ دُونَ السَّائِمَةِ، فَإِنْ فَضَلَ شَيْءٌ مِنْهُ صُرِفَ إِلَى مَالِ الْقَيْنَةِ، فَإِنْ كَانَ لَهُ نَصِيبٌ مِنَ الْإِبِلِ وَالْبَقَرِ وَالْعَنَمِ يُصْرَفُ إِلَى أَقْلَى زَكَاةٍ حَتَّى إِنْ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ يُصْرَفُ الدَّيْنُ إِلَى الْإِبِلِ وَالْعَنَمِ وَلَا يُصْرَفُ إِلَى الْبَقَرِ، ثُمَّ الْمَالِكُ بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ صَرَفَهُ إِلَى الْعَنَمِ وَإِنْ شَاءَ إِلَى الْإِبِلِ لِاتِّحَادِ الْوَاجِبِ فِيهِمَا، وَالْأَصْلُ فِي جِنْسِ هَذِهِ الْمَسَائِلِ أَنَّ مَا كَانَ أَثْفَعَ لِلْفُقَرَاءِ لَا يُصْرَفُ الدَّيْنُ إِلَيْهِ.

وَقَوْلُهُ (وَالْمُرَادُ دَيْنٌ لَهُ مُطَالِبٌ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (حَالَ بَقَاءِ النَّصَابِ وَكَذَا بَعْدَ الاسْتِهْلَاكِ) صَوْرَتُهُ: رَجُلٌ مَلِكٌ مَائَتِي دِرْهَمٍ فَمَضَى عَلَيْهِ حَوْلَانِ لَيْسَ عَلَيْهِ زَكَاةُ السَّنَةِ الثَّانِيَةِ لِأَنَّ وَجُوبَ زَكَاةِ السَّنَةِ الْأُولَى صَارَ مَانِعًا عَنْ وَجُوبِهَا فِي السَّنَةِ الثَّانِيَةِ لِاتِّقَاصِ النَّصَابِ بِزَكَاةِ الْأُولَى، وَلَوْ حَالَ الْحَوْلُ عَلَى الْمَائَتَيْنِ فَاسْتَهْلَكَ النَّصَابُ قَبْلَ أَدَاءِ الزَّكَاةِ ثُمَّ اسْتَفَادَ مَائَتِي دِرْهَمٍ وَحَالَ الْحَوْلُ عَلَى الْمُسْتَفَادِ لَا يَجِبُ عَلَيْهِ زَكَاةُ الْمُسْتَفَادِ لِأَنَّ وَجُوبَ زَكَاةِ النَّصَابِ الْأَوَّلِ دَيْنٌ فِي ذِمَّتِهِ بِسَبَبِ الاسْتِهْلَاكِ فَمَنَعَ وَجُوبَ الزَّكَاةِ.

وَقَوْلُهُ (خِلَافًا لَزُفَرٍ فِيهِمَا) أَيِ فِي النَّصَابِ الَّذِي وَجَبَ فِيهِ الزَّكَاةُ وَفِي النَّصَابِ الَّذِي وَجَبَ فِيهِ دَيْنُ الاسْتِهْلَاكِ، فَإِنَّهُ لَمْ يَجْعَلْ هَذَيْنِ الدَّيْنَيْنِ مَانِعَيْنِ عَنِ الزَّكَاةِ لِأَنَّهُ لَا مُطَالِبَ لَهُ مِنْ جِهَةِ الْعِبَادِ فَصَارَ كَذَيْنِ النَّذْرِ وَالْكَفَّارَةِ. وَقَوْلُهُ (وَلَأَيُّ يُوْسُفَ فِي الثَّانِي) أَيِ فِي النَّصَابِ الَّذِي وَجَبَ فِيهِ دَيْنُ الاسْتِهْلَاكِ (عَلَى مَا رَوَى عَنْهُ) أَيِ عَلَى مَا رَوَى عَنْهُ أَصْحَابُ الْإِمْلَاءِ.

وَقَوْلُهُ (لَأَنَّ لَهُ مُطَالِبًا وَهُوَ الْإِمَامُ فِي السَّوَائِمِ وَتَأْتِيهِ فِي أَمْوَالِ التَّجَارَةِ فَإِنَّ الْمَلَاكَ نُوَابُهُ) دَلِيلُنَا، وَهَذَا لِأَنَّ ظَاهِرَ قَوْلِهِ تَعَالَى ﴿ خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً ﴾ [التوبة: ١٠٣] يُثَبِّتُ لِلْإِمَامِ حَقَّ الْأَخْذِ مِنْ كُلِّ مَالٍ، وَكَذَلِكَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ وَالْخَلِيفَتَانِ بَعْدَهُ كَانُوا يَأْخُذُونَ إِلَى أَنْ فَوَّضَ عُثْمَانُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فِي خِلَافَتِهِ آدَاءَ الزَّكَاةِ عَنِ الْأَمْوَالِ الْبَاطِنَةِ إِلَى مُلَاكِهَا لِمَصْلَحَةِ هِيَ أَنْ التَّقْدَمَ مَطْمَعُ كُلِّ طَامِعٍ، فَكَرِهَ أَنْ يُفْتَشَّ السُّعَاءُ عَلَى التُّجَّارِ مَسْتَوْرَ أَمْوَالِهِمْ، فَفَوَّضَ الْآدَاءَ إِلَيْهِمْ وَحَقَّ الْأَخْذَ لِلْسَّاعِي لِعَرَضِ الثُّبُوتِ فِي ذَلِكَ أَيْضًا فَإِنَّهُ إِذَا مَرَّ عَلَى الْعَاشِرِ كَانَ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ مِنْهُ الزَّكَاةَ فَيُطَالِبُهُ وَيَحْبِسَهُ وَلِذَلِكَ مَنَعَ وَجُوبَ الزَّكَاةِ.

وَبِهَذَا فَرَّقَ أَبُو يُوْسُفَ بَيْنَ دَيْنِ الزَّكَاةِ وَدَيْنِ الاسْتِهْلَاكِ، فَإِنَّ دَيْنَ النَّصَابِ الْمُسْتَهْلَكِ لَا مُطَالِبَ لَهُ مِنْ جِهَةِ الْعِبَادِ، بِخِلَافِ النَّصَابِ الْقَائِمِ فَإِنَّهُ يُمَكِّنُ أَنْ يَمُرَّ بِهِ عَلَى الْعَاشِرِ فَتَثْبُتَ لَهُ وَلَايَةُ الْمُطَالِبَةِ حِينَئِذٍ.

(وَلَيْسَ فِي دُورِ السُّكْنَى وَثِيَابِ الْبَدَنِ وَأَثَاثِ الْمَنَازِلِ وَدَوَابِّ الرُّكُوبِ وَعَبِيدِ الْخِدْمَةِ وَسِلَاحِ الاسْتِعْمَالِ زَكَاةً) لِأَنَّهَا مَشْغُولَةٌ بِالْحَاجَةِ الْأَصْلِيَّةِ وَلَيْسَتْ بِنَامِيَّةٍ أَيْضًا، وَعَلَى هَذَا كُتِبَ الْعِلْمُ لِأَهْلِهَا وَأَلَاتِ الْمُحْتَزِّفِينَ مَا قُلْنَا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (لِأَنَّهَا مَشْغُولَةٌ بِالْحَاجَةِ الْأَصْلِيَّةِ وَلَيْسَتْ بِنَامِيَّةٍ) يَعْنِي أَنَّ الشَّغْلَ بِالْحَاجَةِ الْأَصْلِيَّةِ وَعَدَمَ التَّمَاءِ كُلُّ مِنْهُمَا مَانِعٌ عَنْ وَجُوبِهَا وَقَدْ اجْتَمَعَا هَاهُنَا، أَمَّا كَوْنُهَا مَشْغُولَةً بِهَا فَلِأَنَّهُ لَا بُدَّ لَهُ مِنْ دَارٍ يَسْكُنُهَا وَثِيَابٍ يَلْبَسُهَا، وَأَمَّا عَدَمُ التَّمَاءِ فَلِأَنَّهُ إِمَّا خَلِيقٌ كَمَا فِي الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ أَوْ بِالْإِعْدَادِ لِلتَّجَارَةِ وَلَيْسَا بِمَوْجُودَيْنِ هَهُنَا. وَقَوْلُهُ (وَعَلَى هَذَا كُتِبَ الْعِلْمُ) يَعْنِي أَنَّهَا تَمْنَعُ وَجُوبَهَا إِذَا لَمْ تَكُنْ لِلتَّجَارَةِ

سَوَاءٌ كَانَتْ مَعَ أَهْلِهَا أَوْ مَعَ غَيْرِهِ لَعَدَمِ النَّمَاءِ، وَعَلَى هَذَا فَقَوْلُهُ (لَأَهْلِهَا) غَيْرُ مُفِيدٍ هَهُنَا، وَإِنَّمَا يُفِيدُ فِي حَقِّ الْمَصْرَفِ، فَإِنْ أَهْلُ كُتِبَ الْعِلْمُ إِذَا كَانَتْ لَهُ كُتِبَ تُسَاوِي مَائَتِي دِرْهَمٍ فَإِنْ كَانَ يَحْتَاجُ إِلَيْهَا لِلتَّدْرِيسِ وَنَحْوِهِ جَازَ صَرْفُ الزَّكَاةِ إِلَيْهِ وَإِلَّا فَلَا.

وقوله (وَأَلَاتُ الْمُحْتَزِّينَ) قِيلَ يُرِيدُ بِهَا مَا يَنْتَفِعُ بِعَيْنِهِ وَلَا يَبْقَى أَثَرُهُ فِي الْمَعْمُولِ كَالصَّابُونِ وَالْحَرَضِ وَغَيْرِهِمَا كَالْقُدُورِ وَقَوَارِيرِ الْعَطَارِ وَنَحْوِهَا لَكُونَ الْأَجْرُ حِينَئِذٍ مُقَابِلًا بِالْمَنْفَعَةِ فَلَا يُعَدُّ مِنْ مَالِ التَّجَارَةِ.

وَأَمَّا مَا يَبْقَى أَثَرُهُ فِيهِ كَمَا لَوْ اشْتَرَى الصَّبَاغُ عُصْفَرًا أَوْ زَعْفَرَانًا لِيَصْنَعَ لِلنَّاسِ بِالْأَجْرِ وَحَالٍ عَلَيْهِ الْحَوْلُ فَإِنَّهُ تَجِبُ فِيهِ الزَّكَاةُ إِذَا بَلَغَ نِصَابًا لِأَنَّ الْمَأْخُودَ مِنَ الْأَجْرِ مُقَابِلٌ بِالْعَيْنِ. وَقَوْلُهُ (لَمَّا قُلْنَا) يَعْنِي أَنَّهَا لَيْسَتْ بِنَامِيَةٍ.

(وَمَنْ لَهُ عَلَى آخِرَ دَيْنٍ فَجَحَدَهُ سِنِينَ ثُمَّ قَامَتْ لَهُ بَيِّنَةٌ لَمْ يُزَكِّهِ لَمَّا مَضَى) مَعْنَاهُ: صَارَتْ لَهُ بَيِّنَةٌ بِأَنَّهُ أَقْرَبُ عِنْدَ النَّاسِ وَهِيَ مَسْأَلَةُ مَالِ الضَّمَامِ، وَفِيهِ خِلَافٌ زَهْرٍ وَالشَّافِعِيُّ، وَمِنْ جُمْلَتِهِ: الْمَالُ الْمَفْقُودُ، وَالْأَبْقَى، وَالضَّالُّ، وَالْمَغْصُوبُ إِذَا لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ بَيِّنَةٌ وَالْمَالُ السَّاقِطُ فِي الْبَحْرِ، وَالْمَدْفُونُ فِي الْمَفَازَةِ إِذَا نَسِيَ مَكَانَهُ، وَالَّذِي أَخَذَهُ السُّلْطَانُ مُصَادَرَةً.

وَوُجُوبُ صَدَقَةِ الْفِطْرِ بِسَبَبِ الْأَبْقَى وَالضَّالِّ وَالْمَغْصُوبِ عَلَى هَذَا الْخِلَافِ. لَهُمَا أَنَّ السَّبَبَ قَدْ تَحَقَّقَ وَفَوَاتُ الْيَدِ غَيْرُ مُخِلٍّ بِالْوُجُوبِ كَمَا لَ ابْنُ السَّيْلِ، وَلَنَا قَوْلُ عَلِيٍّ عليه السلام: لَا زَكَاةَ فِي الْمَالِ الضَّمَامِ وَلَأنَّ السَّبَبَ هُوَ الْمَالُ النَّامِي وَلَا نَمَاءَ إِلَّا بِالْقُدْرَةِ عَلَى التَّصْرِيفِ وَلَا قُدْرَةَ عَلَيْهِ. وَابْنُ السَّيْلِ يَقْدِرُ بِنَائِيهِ، وَالْمَدْفُونُ فِي الْبَيْتِ نِصَابٌ لِتَيَسُّرِ الْوُصُولِ إِلَيْهِ، وَفِي الْمَدْفُونِ فِي أَرْضٍ أَوْ كَرَمٍ اخْتِلَافُ الْمُشَايخِ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ لَهُ عَلَى آخِرَ دَيْنٍ فَجَحَدَهُ سِنِينَ) لَمَّا فَرَغَ مِنْ بَيَانِ مَنْ تَجِبُ عَلَيْهِ الزَّكَاةُ وَمَنْ لَا تَجِبُ شَرَعَ فِي بَيَانِ الْأَمْوَالِ الَّتِي لَا تَجِبُ فِيهَا، وَهُوَ مَا يُسَمَّى ضِمَامًا وَهُوَ الْعَائِبُ الَّذِي لَا يُرْجَى وَصُولُهُ، فَإِذَا رَجَى فَلَيْسَ بِضِمَامٍ، كَذَا نَقَلَهُ الْمُطَرِّزِيُّ عَنْ أَبِي عُبَيْدَةَ، وَأَصْلُهُ مِنَ الْإِضْمَارِ وَهُوَ التَّغْيِيبُ وَالْإِخْفَاءُ، وَمِنْهُ أَضْمَرَ فِي قَلْبِهِ، وَقَالُوا: الضَّمَامُ مَا يَكُونُ عَيْنُهُ قَائِمًا وَلَا يُنْتَفَعُ بِهِ كَالدَّيْنِ الْمَجْهُودِ وَالْمَالِ الْمَفْقُودِ وَالْعَبْدِ الْآبِقِ وَالْمَغْصُوبِ إِذَا لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ بَيِّنَةٌ.

وَقَوْلُهُ (مَعْنَاهُ: صَارَتْ لَهُ بَيِّنَةٌ بِأَنْ أَقَرَّ عِنْدَ النَّاسِ) إِنَّمَا قَيَّدَ بِذَلِكَ اخْتِرَازًا عَنْ
مَسْأَلَةٍ تَأْتِي بَعْدَ هَذَا وَهِيَ قَوْلُهُ وَكَذَا لَوْ كَانَ عَلَى جَاحِدٍ وَعَلَيْهِ بَيِّنَةٌ وَقَوْلُهُ (وَالْمَدْفُونُ
فِي الْمَفَازَةِ إِذَا نُسِيَ مَكَانُهُ) قَيَّدَ بِالْمَفَازَةِ اخْتِرَازًا عَنْ الْمَدْفُونِ فِي أَرْضٍ لَهُ أَوْ كَرَمٍ أَوْ
بَيْتٍ عَلَى مَا يَجِيءُ. وَقَوْلُهُ (لَهُمَا) أَيُّ لَزُفَرٍ وَالشَّافِعِيُّ (أَنَّ السَّبَبَ قَدْ تَحَقَّقَ) وَالْمَانِعُ
مُتَّفَعٌ، وَكُلُّ مَا كَانَ كَذَلِكَ تَحَقَّقَ لَا مَحَالَةَ أَمَّا تَحَقُّقُ السَّبَبِ فَلَاكُهُ مَلَكٌ نَصَابًا تَأَمَّا
عَلَى مَا مَرَّ وَأَمَّا انْتِفَاءُ الْمَانِعِ فَلَاكُهُ لَوْ كَانَ ثَمَّةَ مَانِعٍ لَكَانَ فَوَاتُ الْيَدِ وَهُوَ لَا يُخْلُ
بِالْوُجُوبِ كَمَالِ ابْنِ السَّبِيلِ (وَلَنَا قَوْلٌ عَلِيٍّ عليه السلام): لَا زَكَاةَ فِي الْمَالِ الضَّمَارِ).

وَقَوْلُهُ (وَلَأَنَّ السَّبَبَ إِنْ حُجِّجَ) دَلِيلٌ يَتَضَمَّنُ الْمُمَانَعَةَ، بِأَنْ يُقَالَ: لَا نُسَلِّمُ أَنَّ السَّبَبَ
قَدْ وَجَدَ لِأَنَّ السَّبَبَ (هُوَ الْمَالُ النَّامِي) وَهُوَ غَيْرُ مُتَحَقِّقٍ لِأَنَّ النَّمَاءَ إِنَّمَا يَكُونُ بِالْقُدْرَةِ
عَلَى التَّصَرُّفِ، وَلَا قُدْرَةَ عَلَى الْمَالِ الضَّمَارِ.

وَقَوْلُهُ (وَأَنَّ السَّبِيلَ يُقَدَّرُ بِنَائِيهِ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِمَا كَمَالِ ابْنِ السَّبِيلِ: وَتَقْرِيرُهُ
سَلَّمْنَا أَنَّ السَّبَبَ قَدْ تَحَقَّقَ، وَلَكِنْ لَا نُسَلِّمُ أَنَّ الْمَانِعَ مُتَّفَعٌ.

قَوْلُهُ وَفَوَاتُ الْيَدِ غَيْرُ مُخْلٍ بِالْوُجُوبِ قُلْنَا: مَمْنُوعٌ. قَوْلُهُ كَمَالِ ابْنِ السَّبِيلِ: قُلْنَا
قِيَاسٌ فَاسِدٌ لِأَنَّ ابْنَ السَّبِيلِ قَادِرٌ عَلَى التَّصَرُّفِ بِنَائِيهِ، وَلِهَذَا لَوْ بَاعَ شَيْئًا مِنْ مَالِهِ جَارَ
لِقُدْرَتِهِ عَلَى التَّسْلِيمِ بِنَائِيهِ. وَقَوْلُهُ (وَالْمَدْفُونُ فِي الْبَيْتِ نَصَابٌ) أَيُّ مُوجِبٌ لَوُجُوبِ
الزَّكَاةِ (لِتَيَسَّرَ الْوُصُولُ إِلَيْهِ) لِكَوْنِ الْبَيْتِ بِيَدِهِ بِجَمِيعِ أَجْزَائِهِ فَيَصِلُ إِلَيْهِ بِحَفْرِهِ (وَفِي
الْمَدْفُونِ فِي أَرْضٍ مَمْلُوكَةٍ أَوْ كَرَمٍ اخْتِلَافٌ مَشَايِخُ بُخَارَى) فَقِيلَ يَجِبُ لِإِمْكَانِ حَفْرِ
جَمِيعِ الْأَرْضِ وَالْوُصُولِ إِلَيْهِ، وَقِيلَ لَا تَجِبُ لِأَنَّ حَفْرَ جَمِيعِهَا إِذَا لَمْ يَكُنْ مُتَعَذِّرًا كَانَ
مُتَعَسِّرًا وَالْحَرَجُ مَذْفُوعٌ

وَلَوْ كَانَ الدِّينُ عَلَى مُقَرَّرٍ مَلِيٍّ أَوْ مُعَسِّرٍ تَجِبُ الزَّكَاةُ لِإِمْكَانِ الْوُصُولِ إِلَيْهِ
ابْتِدَاءً أَوْ بِوَاسِطَةِ التَّحْصِيلِ، وَكَذَا لَوْ كَانَ عَلَى جَاحِدٍ وَعَلَيْهِ بَيِّنَةٌ أَوْ عَلِمَ بِهِ الْقَاضِي لَمَّا
قُلْنَا وَلَوْ كَانَ عَلَى مُقَرَّرٍ مُفْلِسٍ فَهُوَ نَصَابٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ لِأَنَّ تَفْلِسَ
الْقَاضِي لَا يَصِحُّ عِنْدَهُ. وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ لَا تَجِبُ لِتَحَقُّقِ الْإِفْلَاسِ عِنْدَهُ بِالتَّفْلِسِ. وَأَبُو
يُوسُفَ مَعَ مُحَمَّدٍ فِي تَحَقُّقِ الْإِفْلَاسِ، وَمَعَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي حُكْمِ الزَّكَاةِ
رِعَايَةً لِحَاذِيبِ الْفُقَرَاءِ.

الشرح:

(وَلَوْ كَانَ الدِّينُ عَلَى مُقَرَّرٍ مَلِيٍّ) أَي غَنِي مُقَدَّرٍ (أَوْ مُعْسِرٍ تَجِبُ الزَّكَاةُ لِإِمْكَانِ الوُصُولِ إِلَيْهِ ابْتِدَاءً) أَي فِي الْمَلِيِّ (أَوْ بِوَاسِطَةِ التَّحْصِيلِ) يَعْنِي فِي الْمُعْسِرِ فَكَانَ مِنْ قَبْلِ اللَّفِّ وَالتَّنْشِيرِ عَلَى السُّنَنِ (وَكَذَا لَوْ كَانَ عَلَى جَاحِدٍ وَعَلَيْهِ بَيِّنَةٌ أَوْ عَلِمَ الْقَاضِي بِهِ لَمَّا قُلْنَا) يَعْنِي مِنْ إِمْكَانِ الوُصُولِ إِلَيْهِ.

قَالَ الْإِمَامُ فَخْرُ الْإِسْلَامِ: وَلَوْ كَانَ لَهُ بَيِّنَةٌ عَادِلَةٌ وَجَبَتْ الزَّكَاةُ فِيمَا مَضَى لِأَنَّهُ لَا يُعَدُّ تَأْوِيًا لَمَّا أَنَّ حُجَّةَ الْبَيِّنَةِ فَوْقَ حُجَّةِ الْإِقْرَارِ، وَهَذَا رِوَايَةُ هِشَامٍ عَنْ مُحَمَّدٍ، وَفِي رِوَايَةٍ أُخْرَى عَنْهُ قَالَ: لَا تَلْزِمُهُ الزَّكَاةُ لَمَّا مَضَى وَإِنْ كَانَ يَعْلَمُ أَنَّ لَهُ بَيِّنَةً، إِذْ لَيْسَ كُلُّ شَاهِدٍ يُقْبَلُ وَلَا كُلُّ قَاضٍ يَعْدِلُ، وَفِي الْمَحَابَاةِ بَيْنَ يَدَيِ الْقَاضِي لِلْخُصُومَةِ ذُلٌّ، وَالْبَيِّنَةُ بِدُونِ الْقَضَاءِ لَا تَكُونُ مُوجِبَةً شَيْئًا بِخِلَافِ الْإِقْرَارِ لِأَنَّهُ يُوجِبُ الْحَقَّ بِنَفْسِهِ، وَبِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ الدِّينُ مَعْلُومًا لِلْقَاضِي لِأَنَّ صَاحِبَ الدِّينِ هُنَاكَ لَا يَحْتَاجُ إِلَى الْخُصُومَةِ لِأَنَّ الْقَاضِي يُلْزِمُهُ بِعِلْمِهِ.

وَقَوْلُهُ (وَلَوْ كَانَ عَلَى مُقَرَّرٍ مُفْلَسٍ) بِفَتْحِ اللَّامِ الْمُشَدَّدَةِ (فَهُوَ نَصَابٌ) أَي مُوجِبٌ لِلزَّكَاةِ (عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ لِأَنَّ تَفْلِيسَ الْقَاضِي) أَي النَّدَاءُ عَلَيْهِ بِأَنَّهُ أَفْلَسَ (لَا يَصِحُّ عِنْدَهُ) فَكَانَ وَجُودُهُ كَعَدَمِهِ، وَلَوْ لَمْ يُفْلَسْهُ وَجَبَتْ عَلَيْهِ الزَّكَاةُ بِالِاتِّفَاقِ لِإِمْكَانِ الوُصُولِ بِوَاسِطَةِ التَّحْصِيلِ كَمَا مَرَّ، فَكَذَا بَعْدَ التَّفْلِيسِ (وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ لَا تَجِبُ) عَلَيْهِ (لِتَحَقُّقِ الْإِفْلَاسِ بِالتَّفْلِيسِ) وَلَمَّا صَحَّ التَّفْلِيسُ عِنْدَهُ جَعَلَهُ بِمَنْزِلَةِ الْمَالِ التَّائِي وَالمَجْهُودِ (وَأَبُو يُوسُفَ مَعَ مُحَمَّدٍ فِي تَحَقُّقِ الْإِفْلَاسِ) حَتَّى تَسْقُطَ الْمَطَالِبَةُ إِلَى وَقْتِ الْيَسَارِ (وَمَعَ أَبِي حَنِيفَةَ فِي حُكْمِ الزَّكَاةِ) فَتَجِبُ لَمَّا مَضَى إِذَا قُبِضَ عِنْدَهُمَا (رِعَايَةً لِحَاظِ الْفُقَرَاءِ)

(وَمَنْ اشْتَرَى جَارِيَةً لِلتَّجَارَةِ وَنَوَاهَا لِلْخِدْمَةِ بَطَلَتْ عَنْهَا الزَّكَاةُ) لَا تَصَالُ النِّتْيَةُ بِالْعَمَلِ وَهُوَ تَرَكَ التَّجَارَةَ (وَإِنْ نَوَاهَا لِلتَّجَارَةِ بَعْدَ ذَلِكَ لَمْ تَكُنْ لِلتَّجَارَةِ حَتَّى يَبِيعَهَا فَيَكُونَ فِي ثَمَنِهَا زَكَاةٌ) لِأَنَّ النِّتْيَةَ لَمْ تَتَّصِلْ بِالْعَمَلِ إِذْ هُوَ لَمْ يَتَّجِرْ فَلَمْ تُعْتَبَرْ، وَلِهَذَا يَصِيرُ الْمُسَافِرُ مُقِيمًا بِمُجَرَّدِ النِّتْيَةِ، وَلَا يَصِيرُ الْمُقِيمُ مُسَافِرًا إِلَّا بِالسَّفَرِ (وَإِنْ اشْتَرَى شَيْئًا وَنَوَاهَا لِلتَّجَارَةِ كَانَ لِلتَّجَارَةِ لَا تَصَالُ النِّتْيَةُ بِالْعَمَلِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا وَرِثَ وَنَوَى التَّجَارَةَ) لِأَنَّهُ لَا عَمَلَ مِنْهُ، وَلَوْ مَلَكَهُ بِالْهَبَةِ أَوْ بِالْوَصِيَّةِ أَوْ بِالنِّكَاحِ أَوْ بِالْخُلْعِ أَوْ الصِّلَحِ عَنِ الْقَوَدِ

وَنَوَاهُ لِلتَّجَارَةِ كَانَ لِلتَّجَارَةِ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ لَا قِترَانَهَا بِالْعَمَلِ، وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ لَا يَصِيرُ لِلتَّجَارَةِ لَأَنَّهَا لَمْ تُقَارَنْ عَمَلُ التَّجَارَةِ، وَقِيلَ الْاِخْتِلَافُ عَلَى عَكْسِهِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ اشْتَرَى جَارِيَةً لِلتَّجَارَةِ) ظَاهِرٌ وَحَاصِلُهُ أَنَّ النِّيَّةَ إِذَا اقْتَرَنَتْ بِالْعَمَلِ وَجَبَ اعْتِبَارُهَا، وَإِذَا تَجَرَّدَتْ عَنِ الْعَمَلِ لَا تُعْتَبَرُ فِيمَا يَتَعَلَّقُ ثُبُوتُهُ بِالْجَوَارِحِ، وَالتَّجَارَةُ عَمَلُ الْجَوَارِحِ فَلَا تَتَحَصَّلُ بِمُجَرَّدِ النِّيَّةِ لِأَنَّهَا تَصْلُحُ لَتَرْكِ الْفِعْلِ دُونَ إِثْنَائِهِ. قَالَ (وَإِنْ اشْتَرَى شَيْئًا وَنَوَاهُ لِلتَّجَارَةِ كَانَ لِلتَّجَارَةِ) مَبْنَاهُ مَا تَقَدَّمَ، فَإِنَّهُ إِذَا اشْتَرَى وَتَوَى قُرِنَتْ نِيَّتُهُ بِالْعَمَلِ، وَإِذَا وَرِثَ وَتَوَى تَجَرَّدَتْ النِّيَّةُ عَنِ الْعَمَلِ لِمَا أَنَّ الْمِيرَاثَ يَدْخُلُ فِي مِلْكِهِ بِغَيْرِ عَمَلِهِ وَصُنْعِهِ حَتَّى إِنْ الْحَيِّنَ يَرِثُ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مِنْهُ فِعْلٌ (وَلَوْ مَلَكَهُ بِأَهْبَةٍ أَوْ بِالْوَصِيَّةِ) أَوْ بِغَيْرِهِمَا مِمَّا ذَكَرَ فِي الْكِتَابِ (وَنَوَاهُ لِلتَّجَارَةِ كَانَ لِلتَّجَارَةِ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ لَا قِترَانَهَا بِالْعَمَلِ وَهُوَ الْقَبُولُ).

وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ لَا يَكُونُ لِلتَّجَارَةِ لِأَنَّهَا لَمْ تُقَارَنْ عَمَلُ التَّجَارَةِ) لِأَنَّ هَذِهِ الْعُقُودَ لَيْسَتْ بِتَّجَارَةٍ. وَالْحَاصِلُ أَنَّ مَا يَدْخُلُ فِي مِلْكِ الرَّجُلِ عَلَى نَوْعَيْنِ: نَوْعٌ يَدْخُلُ بِغَيْرِ صُنْعِهِ كَالْإِرْثِ. وَنَوْعٌ يَدْخُلُ بِصُنْعِهِ وَهُوَ أَيْضًا عَلَى نَوْعَيْنِ: بَدَلِ مَالِي كَالشِّرَاءِ وَالْإِجَارَةِ وَغَيْرِهِ كَالْمَهْرِ وَبَدَلِ الْخُلْعِ وَبَدَلِ الصُّلْحِ عَنْ دَمِ الْعَمْدِ، وَبِغَيْرِ بَدَلٍ كَالْهَبَةِ وَالصَّدَقَةِ وَالْوَصِيَّةِ، فَالَّذِي يَدْخُلُ بِغَيْرِ صُنْعِهِ لَا يُعْتَبَرُ فِيهِ نِيَّةُ التَّجَارَةِ مُجَرَّدَةً بِالِاتِّفَاقِ، وَالَّذِي يَدْخُلُ بِبَدَلِ مَالِي يُعْتَبَرُ فِيهِ نِيَّةُ التَّجَارَةِ بِالِاتِّفَاقِ، وَالَّذِي يَدْخُلُ بِبَدَلِ غَيْرِ مَالِي أَوْ بِغَيْرِ بَدَلٍ فَقَدْ اُخْتَلَفَ فِيهِ عَلَى مَا ذَكَرْنَا.

قِيلَ قَوْلُهُ وَإِنْ اشْتَرَى شَيْئًا وَنَوَاهُ لِلتَّجَارَةِ كَانَ لِلتَّجَارَةِ لَيْسَ عَلَى إِطْلَاقِهِ، فَإِنْ مَنْ اشْتَرَى شَيْئًا لَمْ تَصِحَّ فِيهِ نِيَّةُ التَّجَارَةِ لَا يَصِيرُ لِلتَّجَارَةِ كَمَنْ اشْتَرَى أَرْضًا عَشْرِيَّةً أَوْ خَرَاجِيَّةً بِنِيَّةِ التَّجَارَةِ فَإِنَّهُ لَا تَجِبُ فِيهِ زَكَاةُ التَّجَارَةِ لِأَنَّ نِيَّةَ التَّجَارَةِ فِيهَا لَا تَصِحُّ، لِأَنَّهَا لَوْ صَحَّتْ لَزِمَ فِيهَا اجْتِمَاعُ الْحَقِّقِينَ بِسَبَبٍ وَاحِدٍ وَهُوَ الْأَرْضُ وَهُوَ لَا يَجُوزُ، وَإِذَا لَمْ تَصِحَّ بَقِيَتْ الْأَرْضُ عَلَى مَا كَانَتْ.

وَقَوْلُهُ (وَقِيلَ الْاِخْتِلَافُ عَلَى عَكْسِهِ) يَعْنِي مَا نَقَلَ الْإِسْبِجَابِيُّ فِي شَرْحِ الطَّحَاوِيِّ عَنِ الْقَاضِي الشَّهِيدِ أَنَّهُ ذَكَرَ فِي مُخْتَلَفِهِ هَذَا الْاِخْتِلَافَ، عَلَى عَكْسِ مَا ذَكَرَ

فِي الْكِتَابِ وَهُوَ أَنَّهُ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ لَا يَكُونُ لِلتَّجَارَةِ، وَفِي قَوْلِ مُحَمَّدٍ يَكُونُ لَهَا.

(وَلَا يَجُوزُ آدَاءُ الزَّكَاةِ إِلَّا بِنِيَّةٍ مُقَارِنَةٍ لِلآدَاءِ، أَوْ مُقَارِنَةٍ لِعَزْلِ مِقْدَارِ الْوَاجِبِ) لِأَنَّ الزَّكَاةَ عِبَادَةٌ فَكَانَ مِنْ شَرْطِهَا النِّيَّةُ وَالْأَصْلُ فِيهَا الْاِقْتِرَانُ، إِلَّا أَنَّ الدَّفْعَ يَتَفَرَّقُ فَكَانَتْ فِي بُجُودِهَا حَالَةُ الْعَزْلِ تَيْسِيرًا كَتَقْدِيمِ النِّيَّةِ فِي الصَّوْمِ.

الشرح:

قَالَ (وَلَا يَجُوزُ آدَاءُ الزَّكَاةِ إِلَّا بِنِيَّةٍ مُقَارِنَةٍ لِلآدَاءِ) لِأَنَّ الزَّكَاةَ عِبَادَةٌ فَلَا بُدَّ لَهَا مِنْ نِيَّةٍ، وَلَا مُعْتَبَرٍ بِهَا إِلَّا إِذَا قَارَنَتْ الْعَمَلَ، فَإِنْ قَارَنَتْ الْآدَاءَ فَظَاهِرٌ. وَإِنْ قَارَنَتْ عَزْلَ مِقْدَارِ الْوَاجِبِ فَلَمَّا ذَكَرَ بِقَوْلِهِ (إِلَّا أَنَّ الدَّفْعَ يَتَفَرَّقُ فَكَانَتْ فِي بُجُودِهَا حَالَةُ الْعَزْلِ تَيْسِيرًا) فَإِنَّا لَوْ شَرَطْنَا وَجُودَهَا عِنْدَ كُلِّ دَفْعٍ لَزِمَ الْحَرَجُ فَكَانَ كَتَقْدِيمِ النِّيَّةِ فِي الصَّوْمِ.

(وَمَنْ تَصَدَّقَ بِجَمِيعِ مَالِهِ لَا يَنْوِي الزَّكَاةَ سَقَطَ فَرَضُهَا عَنْهُ اسْتِحْسَانًا) لِأَنَّ الْوَاجِبَ جُزْءٌ مِنْهُ فَكَانَ مُتَعَيِّنًا فِيهِ فَلَا حَاجَةَ إِلَى التَّعْيِينِ (وَلَوْ أَدَّى بَعْضَ النَّصَابِ سَقَطَ زَكَاةُ الْمُؤَدَّى عِنْدَ مُحَمَّدٍ) لِأَنَّ الْوَاجِبَ شَائِعٌ فِي الْكُلِّ، وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ لَا تَسْقُطُ لِأَنَّ الْبَعْضَ غَيْرُ مُتَعَيِّنٍ لَكُونَ الْبَاقِي مَحَلًّا لِلوَاجِبِ بِخِلَافِ الْأَوَّلِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (مَنْ تَصَدَّقَ بِجَمِيعِ مَالِهِ لَا يَنْوِي الزَّكَاةَ) أَيُّ غَيْرِ نَاوٍ لَهَا (سَقَطَ عَنْهُ فَرَضُهَا اسْتِحْسَانًا) وَالْقِيَاسُ أَنَّ لَا يَسْقُطُ، قِيلَ: وَهُوَ قَوْلُ زُفَرٍ لِأَنَّ الثَّلْثَ وَالْفَرَضَ كِلَاهُمَا مَشْرُوعَانِ فَلَا بُدَّ مِنَ التَّعْيِينِ كَمَا فِي الصَّلَاةِ. وَجَهٌ الْاسْتِحْسَانُ مَا ذَكَرَهُ (أَنَّ الْوَاجِبَ جُزْءٌ مِنْهُ) أَيُّ مِنْ جَمِيعِ مَالِهِ وَهُوَ رُبْعُ الْعُشْرِ (فَكَانَ مُتَعَيِّنًا فِيهِ) أَيُّ فِي الْجَمِيعِ، وَالتَّعْيِينُ لَا يَحْتَاجُ إِلَى التَّعْيِينِ. وَلِقَائِلِ أَنْ يَقُولَ: الْوَاجِبُ مُتَعَيِّنٌ بِتَّعْيِينِ الْمُؤَدَّى أَوْ بِتَّعْيِينِ الشَّارِعِ، لَا سَبِيلَ إِلَى الْأَوَّلِ بِكَوْنِهِ خِلَافَ الْمَفْرُوضِ، وَالثَّانِي إِنَّمَا يُعْتَبَرُ إِذَا لَمْ يُزَاحِمْهُ مَزَاحِمُ كَصَوْمِ رَمَضَانَ، وَهَذَا لَيْسَ كَذَلِكَ لِأَنَّ الثَّلْثَ مَشْرُوعٌ. وَالْجَوَابُ أَنَّهُ مُتَعَيِّنٌ بِتَّعْيِينِ الْمُؤَدَّى بِدَلَالَةِ حَالِهِ كَمَنْ أَطْلَقَ نِيَّةَ الْحَجِّ وَعَلَيْهِ حُجَّةُ الْإِسْلَامِ.

وَالْمَفْرُوضُ عَدَمُ تَّعْيِينِهِ نَصًّا لَا دَلَالَةً. وَلَوْ سَلَكَ هَهُنَا الْمَسْلُكَ الَّذِي سَلَكَتُهُ فِي التَّقْرِيرِ وَهُوَ أَنْ يُقَالَ الزَّكَاةُ سَقَطَتْ عَنْهُ لِأَنَّهُ أَذَاهَا وَالسَّقُوطُ عَنْهُ إِنَّمَا هُوَ تَخْفِيفٌ عَلَيْهِ

فَيَكْتَفِي بِمُطْلَقِ النَّيَّةِ تَبْسِيرًا لَعَلَّهُ كَانَ أَسْهَلَ مَأْخَذًا (وَلَوْ أَدَّى بَعْضُ النَّصَابِ سَقَطَتْ زَكَاةُ الْمُؤَدَّى عِنْدَ مُحَمَّدٍ لِأَنَّ الْوَاجِبَ شَائِعٌ) فَلَوْ تَصَدَّقَ بِالْجَمِيعِ سَقَطَ الْجَمِيعُ، فَكَذَا إِذَا تَصَدَّقَ بِالْبَعْضِ اعْتِبَارًا لِلْبَعْضِ بِالْكُلِّ. وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ لَا يَسْقُطُ لِأَنَّ الْبَعْضَ الْمُؤَدَّى غَيْرُ مُتَعَيَّنٍ لِمَحَلِّهِ بَعْضُ الْوَاجِبِ الَّذِي يَخْصُهُ لِكَوْنِ الْبَاقِي مَحَلًّا لِلوَاجِبِ فَوُجِدَتْ مُزَاحِمَةٌ سَائِرِ الْأَجْزَاءِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا تَصَدَّقَ بِالْجَمِيعِ بِلا نِيَّةٍ فَإِنَّهُ لَمْ يَبْقَ ثُمَّ مُزَاحِمَةٌ.

وَلِقَائِلُ أَنْ يَقُولَ: الْبَاقِي مَحَلٌّ لِلوَاجِبِ كُلِّهِ أَوْ لِحَصَّتِهِ، وَالْأَوَّلُ عَيْنُ التَّرَاخُ، وَالثَّانِي هُوَ الْمَطْلُوبُ. وَرُويَ أَنَّ أَبَا حَنِيفَةَ مَعَ مُحَمَّدٍ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ.

بَابُ صَدَقَةِ السَّوَائِمِ

(فَصَلِّ فِي الْإِبِلِ) قَالَ ﷺ (لَيْسَ فِي أَقَلِّ مِنْ خَمْسٍ ذَوْدٍ صَدَقَةٌ، فَإِذَا بَلَغَتْ خَمْسًا سَأَلِمَتْ، وَحَالَ عَلَيْهَا الْحَوْلُ فَفِيهَا شَاةٌ إِلَى تِسْعٍ، فَإِذَا كَانَتْ عَشْرًا فَفِيهَا شَاتَانِ إِلَى أَرْبَعٍ عَشْرَةٍ، فَإِذَا كَانَتْ خَمْسَ عَشْرَةٍ فَفِيهَا ثَلَاثُ شِيَاهٍ إِلَى تِسْعَ عَشْرَةٍ، فَإِذَا كَانَتْ عِشْرِينَ فَفِيهَا أَرْبَعُ شِيَاهٍ إِلَى أَرْبَعٍ وَعِشْرِينَ، فَإِذَا بَلَغَتْ خَمْسًا وَعِشْرِينَ فَفِيهَا بِنْتُ مَخَاضٍ) وَهِيَ الَّتِي طَعَنْتَ فِي الثَّانِيَةِ. (إِلَى خَمْسٍ وَثَلَاثِينَ، فَإِذَا كَانَتْ سِتًّا وَثَلَاثِينَ فَفِيهَا بِنْتُ لَبُونٍ) وَهِيَ الَّتِي طَعَنْتَ فِي الثَّالِثَةِ إِلَى خَمْسٍ وَأَرْبَعِينَ (فَإِذَا كَانَتْ سِتًّا وَأَرْبَعِينَ فَفِيهَا حِقَّةٌ) وَهِيَ الَّتِي طَعَنْتَ فِي الرَّابِعَةِ (إِلَى سِتِّينَ، فَإِذَا كَانَتْ إِحْدَى وَسِتِّينَ فَفِيهَا جَذَعَةٌ) وَهِيَ الَّتِي طَعَنْتَ فِي الْخَامِسَةِ (إِلَى خَمْسٍ وَسَبْعِينَ، فَإِذَا كَانَتْ سِتًّا وَسَبْعِينَ فَفِيهَا بِنْتُ لَبُونٍ إِلَى تِسْعِينَ، فَإِذَا كَانَتْ إِحْدَى وَتِسْعِينَ فَفِيهَا حِقَّتَانِ إِلَى مِائَةٍ وَعِشْرِينَ) بِهَذَا اسْتَهْرَتْ كُتُبُ الصَّدَقَاتِ مِنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ (ثُمَّ) إِذَا زَادَتْ عَلَى مِائَةٍ وَعِشْرِينَ ^(١) (تُسْتَأْنَفُ الْفَرِيضَةُ) فَيَكُونُ فِي الْخَمْسِ شَاةٌ مَعَ الْحَقَّتَيْنِ، وَفِي الْعَشْرِ شَاتَانِ، وَفِي خَمْسَ عَشْرَةٍ ثَلَاثُ شِيَاهٍ، وَفِي الْعِشْرِينَ أَرْبَعُ شِيَاهٍ، وَفِي خَمْسٍ وَعِشْرِينَ بِنْتُ مَخَاضٍ، إِلَى مِائَةٍ وَخَمْسِينَ فَيَكُونُ فِيهَا ثَلَاثُ حَقَاقٍ، ثُمَّ تُسْتَأْنَفُ الْفَرِيضَةُ فَيَكُونُ فِي الْخَمْسِ شَاةٌ، وَفِي

(١) منها كتاب أبي بكر الصديق ﷺ لأنس بن مالك أخرجه البخاري ورفقه في ثلاثة أبواب متوالية (الأبواب ٣٧، ٣٨، ٣٩) من كتاب الزكاة (الأحاديث ١٤٥٣، ١٤٥٤، ١٤٥٥). وانظر نصب الراية (٣٤٢/٢).

العَشْرَ شَاتَانِ، وَفِي خَمْسَ عَشْرَةَ ثَلَاثُ شَيَاهِ، وَفِي الْعِشْرِينَ أَرْبَعُ شَيَاهِ، وَفِي خَمْسِ وَعِشْرِينَ بِنْتُ مَخَاضٍ، وَفِي سِتٍّ وَثَلَاثِينَ بِنْتُ لَبُونٍ، فَإِذَا بَلَغَتْ مِائَةً وَسِتًّا وَتِسْعِينَ فَفِيهَا أَرْبَعُ حِقَاقٍ إِلَى مِائَتَيْنِ ثُمَّ تُسْتَأْنَفُ الْفَرِيضَةُ أَبَدًا كَمَا تُسْتَأْنَفُ فِي الْخَمْسِينَ الَّتِي بَعْدَ الْمِائَةِ وَالْخَمْسِينَ وَهَذَا عِنْدَنَا. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: إِذَا زَادَتْ عَلَى مِائَةٍ وَعِشْرِينَ وَاحِدَةً فَفِيهَا ثَلَاثُ بَنَاتٍ لَبُونٍ، فَإِذَا صَارَتْ مِائَةً وَثَلَاثِينَ فَفِيهَا حِقَّةٌ وَبِنْتُ لَبُونٍ، ثُمَّ يُدَارُ الْحِسَابُ عَلَى الْأَرْبَعِينَاتِ وَالْخَمْسِينَاتِ فَتَجِبُ فِي كُلِّ أَرْبَعِينَ بِنْتُ لَبُونٍ وَفِي كُلِّ خَمْسِينَ حِقَّةٌ لَمَّا رُوِيَ أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ كَتَبَ «إِذَا زَادَتْ الْإِبِلُ عَلَى مِائَةٍ وَعِشْرِينَ فَفِي كُلِّ خَمْسِينَ حِقَّةٌ، وَفِي كُلِّ أَرْبَعِينَ بِنْتُ لَبُونٍ» مِنْ غَيْرِ شَرْطِ عَوْدٍ مَا دُونَهَا. وَلَنَا أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ كَتَبَ فِي آخِرِ ذَلِكَ فِي كِتَابِ عَمْرِو بْنِ حَزْمٍ «فَمَا كَانَ أَقَلَّ مِنْ ذَلِكَ، فَفِي كُلِّ خَمْسٍ ذَوْدُ شَاةٍ»^(١) فَتَعْمَلُ بِالزِّيَادَةِ (وَالْبُخْتِ وَالْعِرَابِ سَوَاءً) فِي وَجُوبِ الرُّكَاةِ لِأَنَّهُ مُطْلَقُ الْأَسْمِ يَتَنَاوَلُهُمَا.

الشرح:

(بَابُ صَدَقَةِ السَّوَائِمِ): ذَكَرَ فِي الْمَبْسُوطِ أَنَّ مُحَمَّدًا بَدَأَ فِي كِتَابِ الرُّكَاةِ بِرُكَاةِ الْمَوَاشِيِّ اقْتِدَاءً بِكِتَابِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ، وَذَكَرَ الصَّدَقَةَ وَأَرَادَ بِهَا الرُّكَاةَ اقْتِدَاءً بِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿ إِنَّمَا الصَّدَقَتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسْكِينِ ﴾ [التوبة: ٦٠] وَالسَّوَائِمُ جَمْعُ سَائِمَةٍ مِنْ سَامَتِ الْمَاشِيَةِ: أَيِ رَعَتْ سَوْمًا وَأَسَامَهَا صَاحِبُهَا إِسَامَةً. (فَصَلُّ فِي الْإِبِلِ) بَدَأَ فِي بَابِ صَدَقَةِ السَّوَائِمِ بِفَصْلِ الْإِبِلِ لِأَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ كَتَبَ إِلَى أَبِي بَكْرٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ هَكَذَا. وَالذَّوْدُ مِنَ الْإِبِلِ مِنَ الثَّلَاثِ إِلَى الْعِشْرِ، وَهِيَ مُؤَنَّثَةٌ لَا وَاحِدَ لَهَا مِنْ لَفْظِهَا. وَإِضَافَةُ خَمْسٍ إِلَى ذَوْدٍ كَالِإِضَافَةِ فِي قَوْلِهِ «تِسْعَةٌ رَهْطٍ» فِي كَوْنِهَا إِضَافَةٌ الْعَدَدِ إِلَى مُمَيِّزِهِ الَّذِي هُوَ بِمَعْنَى الْجَمْعِ، كَأَنَّهُ قَالَ تِسْعَةُ أَنْفُسٍ.

فَإِنْ قِيلَ: الْأَصْلُ فِي الرُّكَاةِ أَنْ تَجِبَ فِي كُلِّ نَوْعٍ مِنْهُ فَكَيْفَ وَجَبَتْ الشَّاةُ فِي الْإِبِلِ؟ قُلْتُ: بِالنَّصِّ عَلَى خِلَافِ الْقِيَاسِ، وَلِأَنَّ الْوَاحِدَ مِنْ خَمْسٍ خُمُسٌ وَالْوَاجِبُ هُوَ رُبْعُ الْعِشْرِ، وَفِي إِجَابِ الشَّقْصِ ضَرَرُ عَيْبِ الشَّرِكَةِ فَأَوْجَبَ الشَّاةَ لِأَنَّهَا تَقُومُ بِرُبْعِ

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٧٢٦٨)، والطحاوي في شرح الآثار (٤١٧/٢)، وابن حزم

في المحلى (١٤/٦)، وانظر نصب الراية (٣٥٠/٢).

عُشْرُ الْإِبِلِ لِأَنَّهَا كَانَتْ تَقُومُ بِخَمْسَةِ دَرَاهِمٍ هُنَاكَ وَبُنْتُ مَخَاضٍ بِأَرْبَعِينَ دِرْهَمًا، فَأَيُّهَا فِي خَمْسٍ مِنَ الْإِبِلِ كَأَيُّهَا الْخَمْسُ فِي الْمِائَتِينَ مِنَ الدَّرَاهِمِ.

قَوْلُهُ (فَإِذَا بَلَغَتْ خَمْسًا وَعِشْرِينَ فَفِيهَا بِنْتُ مَخَاضٍ) عَلَى هَذَا اتَّفَقَتِ الْأَنْبَاءُ وَأَجْمَعَ الْعُلَمَاءُ، إِلَّا مَا رَوَى شَاذًا عَنْ عَلِيٍّ عليه السلام أَنَّهُ قَالَ: فِي خَمْسٍ وَعِشْرِينَ خَمْسُ شِيَاهٍ، وَفِي سِتٍّ وَعِشْرِينَ بِنْتُ مَخَاضٍ. قَالَ سُفْيَانُ الثَّوْرِيُّ: هَذَا غَلَطٌ وَقَعَ مِنْ رِجَالِ عَلِيٍّ عليه السلام، أَمَّا عَلِيٌّ فَإِنَّهُ أَفْقَهُ مِنْ أَنْ يَقُولَ هَكَذَا، لِأَنَّ فِي هَذَا مُوَالَاةً بَيْنَ الْوَاجِبِينَ لَا وَقْصَ بَيْنَهُمَا، وَهُوَ خِلَافُ أَصُولِ الرِّكَوَاتِ فَإِنْ مَبْنَاهَا عَلَى أَنَّ الْوَقْصَ يَتْلُو الْوُجُوبَ.

وَقَوْلُهُ (وَهِيَ الَّتِي طَعَنْتَ) أَيُّ دَخَلَتْ (فِي الثَّانِيَةِ) وَإِنَّمَا سُمِّيَتْ بِنْتُ مَخَاضٍ لَمَعْنَى فِي أُمِّهَا لِأَنَّ أُمَّهَا صَارَتْ مَخَاضًا بِأُخْرَى: أَيُّ حَامِلًا، وَكَذَلِكَ سُمِّيَتْ بِنْتُ لُبُونٍ لَمَعْنَى فِي أُمِّهَا فَإِنَّهَا لُبُونٌ بِوِلَادَةِ أُخْرَى، وَسُمِّيَتْ حَقَّةً لَمَعْنَى فِيهَا وَهُوَ أَنَّهُ حَقٌّ لَهَا أَنْ تُرَكَّبَ وَيُحْمَلَ عَلَيْهَا، وَسُمِّيَتْ جَذَعَةً بِفَتْحِ الدَّالِّ لَمَعْنَى فِي أَسْنَانِهَا مَعْرُوفٌ عِنْدَ أَرْبَابِ الْإِبِلِ وَهِيَ أَعْلَى الْأَسْنَانِ الَّتِي تُؤْخَذُ فِي زَكَاةِ الْإِبِلِ، وَبَعْدَهُ ثِنْيٌ وَسَدِيسٌ وَبَازِلٌ، وَلَا يَجِبُ شَيْءٌ مِنْ ذَلِكَ لِنَهْيِ رَسُولِ اللَّهِ صلى الله عليه وسلم السَّعَاةَ عَنْ أَخْذِ كَرَائِمِ أَمْوَالِ النَّاسِ.

وَأَعْلَمُ أَنَّ مِنْ صِفَاتِ الْوَاجِبِ فِي الْإِبِلِ الْأُتُونَةُ، قَالَ صَاحِبُ التُّحْفَةِ لَا يَجُوزُ فِيهَا سِوَى الْإِنَاثِ إِلَّا بِطَرِيقِ الْقِيَمَةِ. وَقِيلَ فِي ذَلِكَ بَأَنَّ الشَّرْعَ جَعَلَ الْوَاجِبَ فِي نَصَابِ الْإِبِلِ الصَّغَارِ دُونَ الْكِبَارِ، بِدَلِيلِ أَنَّهُ لَا تَجُوزُ الْأُضْحِيَّةُ بِهَا وَإِنَّمَا تَجُوزُ بِالثَّنْيِ فَصَاعِدًا، وَكَانَ ذَلِكَ تَبْسِيرًا لِأَرْبَابِ الْمَوَاشِي، وَجُعِلَ الْوَاجِبُ أَيْضًا مِنَ الْإِنَاثِ لِأَنَّ الْأُتُونَةَ تُعَدُّ فَضْلًا فِي الْإِبِلِ فَصَارَ الْوَاجِبُ وَسَطًا؛ وَقَدْ جَاءَتِ السُّنَّةُ بِتَعْيِينِ الْوَسَطِ وَلَمْ تُعَيِّنِ الْأُتُونَةَ فِي الْبَقَرِ وَالْغَنَمِ لِأَنَّ الْأُتُونَةَ فِيهِمَا تُعَدُّ فَضْلًا.

وَقَوْلُهُ (تُسْتَأْنَفُ الْفَرِيضَةُ) تَفْسِيرُ الْأَسْتِنَافِ أَنَّهُ لَا يَجِبُ فِيهَا زَادٌ عَلَى مِائَةِ وَعِشْرِينَ حَتَّى تَبْلُغَ الزِّيَادَةُ خَمْسًا فَإِذَا بَلَغَتْ خَمْسًا كَانَ فِيهَا شَاءٌ مَعَ الْوَاجِبِ الْمُتَقَدِّمِ وَهُوَ الْحَقَّتَانِ، فَقَوْلُهُ مَعَ الْحَقَّتَيْنِ قَيْدٌ فِيمَا يَأْتِي بَعْدَهُ إِلَى قَوْلِهِ بِنْتُ مَخَاضٍ.

وَقَوْلُهُ (إِلَى مِائَةِ وَخَمْسِينَ) يَعْنِي مِنْ أَوَّلِ النَّصَابِ فَتَكُونُ جُمْلَةُ النَّصَابِ مِائَةً وَخَمْسَةً وَأَرْبَعِينَ لِحَقَّتَيْنِ وَبُنْتُ مَخَاضٍ فَإِذَا زَادَتْ عَلَى ذَلِكَ خَمْسَةٌ صَارَتْ مِائَةً وَخَمْسِينَ فَفِيهَا ثَلَاثُ حِقَاقٍ. وَقَوْلُهُ (ثُمَّ تَسْتَأْنَفُ الْفَرِيضَةُ فَيَكُونُ فِي الْخَمْسِ شَاءٌ)

يَعْنِي مِنْ ثَلَاثِ حَقَاقٍ، وَكَذَلِكَ فَمَا بَعْدَهُ.

وَقَوْلُهُ (تُمْ تَسْتَأْنِفُ الْفَرِيضَةَ أَبَدًا كَمَا تَسْتَأْنِفُ فِي الْخَمْسِينَ الَّتِي بَعْدَ الْمِائَةِ وَالْخَمْسِينَ) فَيَدَّ بِذَلِكَ احْتِرَازًا عَنِ الاسْتِنَافِ الَّذِي بَعْدَ الْمِائَةِ وَالْعِشْرِينَ فَإِنَّ ذَلِكَ لَيْسَ فِيهِ إِجْبَابُ بِنْتِ لُبُونٍ وَلَا إِجْبَابُ أَرْبَعِ حَقَاقٍ لِعَدَمِ نَصَابِهِمَا لِأَنَّهُ لَمَّا زَادَ خَمْسٌ وَعِشْرُونَ عَلَى الْمِائَةِ وَالْعِشْرِينَ صَارَ كُلُّ النَّصَابِ مِائَةً وَخَمْسَةً وَأَرْبَعِينَ فَهُوَ نَصَابُ بِنْتِ الْمُخَاضِ مَعَ الْحَقَّتَيْنِ، فَلَمَّا زَادَ عَلَيْهَا خَمْسٌ وَصَارَتْ مِائَةً وَخَمْسِينَ وَجَبَ ثَلَاثُ حَقَاقٍ.

وَقَوْلُهُ (وَهَذَا) أَيُّ الاسْتِنَافِ بَعْدَ الْمِائَةِ وَالْعِشْرِينَ وَبَعْدَ الْمِائَةِ وَالْخَمْسِينَ وَبَعْدَ الْمِائَتَيْنِ (مَذْهَبًا) وَهُوَ مَذْهَبُ عَلِيٍّ وَابْنِ مَسْعُودٍ (وَقَالَ الشَّافِعِيُّ إِذَا زَادَتْ عَلَى مِائَةٍ وَعِشْرِينَ وَاحِدَةً فَفِيهَا ثَلَاثُ بَنَاتٍ لُبُونٍ، فَإِذَا صَارَتْ مِائَةً وَثَلَاثِينَ فَفِيهَا حَقَّةٌ وَبِنْتُ لُبُونٍ، ثُمَّ يُدَارُ الْحِسَابُ عَلَى الْأَرْبَعِينَ وَالْخَمْسِينَ فَيَجِبُ فِي كُلِّ أَرْبَعِينَ بِنْتُ لُبُونٍ، وَفِي كُلِّ خَمْسِينَ حَقَّةٌ) وَاسْتَدْلَّ عَلَى ذَلِكَ بِمَا رَوَى أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ كَتَبَ «إِذَا زَادَتْ الْإِبِلُ عَلَى مِائَةٍ وَعِشْرِينَ فَفِي كُلِّ خَمْسِينَ حَقَّةٌ، وَفِي كُلِّ أَرْبَعِينَ بِنْتُ لُبُونٍ» وَلَمْ يُشْتَرَطْ عَوْدُ مَا دُونَهَا يَعْنِي مِنْ غَيْرِ أَنْ يُوجِبَ فِي خَمْسٍ وَعِشْرِينَ بِنْتُ مُخَاضٍ وَمِنْ غَيْرِ أَنْ يُوجِبَ فِي الْخَمْسِ شَاةٌ.

وَلَنَا حَدِيثُ «قَيْسِ بْنِ سَعْدٍ رضي الله عنه قَالَ: قُلْتُ لِأَبِي بَكْرٍ مُحَمَّدِ بْنِ عَمْرِو بْنِ حَزْمٍ: أَخْرِجْ لِي كِتَابَ الصَّدَقَاتِ الَّذِي كَتَبَهُ رَسُولُ اللَّهِ صلى الله عليه وسلم لِعَمْرِو بْنِ حَزْمٍ، فَأَخْرَجَ كِتَابًا فِي وَرَقَةٍ وَفِيهِ: فَإِذَا زَادَتْ الْإِبِلُ عَلَى مِائَةٍ وَعِشْرِينَ أُسْتُؤِنِفَتِ الْفَرِيضَةُ، فَمَا كَانَ أَقَلَّ مِنْ خَمْسٍ وَعِشْرِينَ فَفِيهَا الْغَنَمُ فِي كُلِّ خَمْسٍ ذَوْدُ شَاةٍ» فَيَعْمَلُ بِالزِّيَادَةِ إِذْ لَيْسَ فِي حَدِيثِهِمْ مَا يَنْفِي ذَلِكَ. وَقَدْ عَمِلْنَا بِحَدِيثِهِمْ أَيْضًا لِأَنَّا أَوْجَبْنَا فِي الْأَرْبَعِينَ بِنْتُ لُبُونٍ، فَإِنَّ الْوَاجِبَ فِي الْأَرْبَعِينَ مَا هُوَ الْوَاجِبُ فِي سِتٍّ وَثَلَاثِينَ، وَكَذَلِكَ أَوْجَبْنَا فِي خَمْسِينَ حَقَّةً.

وَقَوْلُهُ (وَالْبُخْتُ وَالْعَرَابُ سَوَاءٌ) الْبُخْتُ جَمْعُ بُخْتٍ وَهُوَ الْمُتَوَلَّدُ بَيْنَ الْعَرَبِيِّ وَالْعَجَمِيِّ مَنْسُوبٌ إِلَى بُخْتِ نَصْرِ وَالْعَرَابُ جَمْعُ عَرَبِيٍّ وَإِنَّمَا كَانَا سَوَاءً لِأَنَّ اسْمَ الْإِبِلِ الْمَذْكُورَ فِي الْحَدِيثِ يَتَنَاوَلُهُمَا وَاخْتِلَافُهُمَا فِي الصَّنَفِ لَا يُخْرِجُهُمَا مِنَ النَّوعِ.

فصل في البقر

(ليس في أقل من ثلاثين من البقر السائمة صدقة، فإذا كانت ثلاثين سائمة وحال عليها الحول ففيها تبع أو تبعات) وهي التي طعنت في الثانية (وفي أربعين مسن أو مسنة) وهي التي طعنت في الثالثة، بهذا أمر رسول الله ﷺ معاذاً (فإذا زادت على أربعين وجب في الزيادة بقدر ذلك إلى ستين) عند أبي حنيفة: ففي الواحدة الزائدة ربع عشر مسنة، وفي الاثنين نصف عشر مسنة، وفي الثلاثة ثلاثة أرباع عشر مسنة. وهذه رواية الأصل لأن العفو ثبت نصاً بخلاف القياس ولا نص هنا.

وروى الحسن عنه أنه لا يجب في الزيادة شيء حتى تبلغ خمسين، ثم فيها مسنة وربع مسنة أو ثلث تبع، لأن مبنى هذا النصاب على أن يكون بين كل عقدين وقص، وفي كل عقد واجب. وقال أبو يوسف ومحمد: لا شيء في الزيادة حتى تبلغ ستين، وهو رواية عن أبي حنيفة لقوله عليه الصلاة والسلام لمعاذ «لا تأخذ من أوقاص البقر شيئاً»^(١) وفسروه بما بين أربعين إلى ستين.

قلنا: قد قيل إن المراد منها الصغار (ثم في الستين تبعان أو تبعتان، وفي سبعين مسنة وتبع، وفي ثمانين مسنتان، وفي تسعين ثلاثة تبعات، وفي المائة تبعان ومسنة. وعلى هذا يتغير الفرض في كل عشر من تبع إلى مسنة ومن مسنة إلى تبع) لقوله عليه الصلاة والسلام «في كل ثلاثين من البقر تبع أو تبعات، وفي كل أربعين مسن أو مسنة»^(٢) (والجواميس والبقر سواء) لأن اسم البقر يتناولهما إذ هو نوع منه، إلا أن أوهام الناس لا تسبق إليه في ديارنا لقلته، فلذلك لا يحنت به في يمينه لا يأكل لحم بقر، والله أعلم.

الشرح:

(فصل في البقر): قدم فصل البقر على الغنم لمناسبتها ضخامة وقيمة، وهو مشتق من بقر إذا شق، وسمي به البقر لأنه يشق الأرض، ولا خلاف في أن الثلاثين

(١) أخرجه الدارقطني (٩٩/٢)، والبيهقي في السنن الكبرى (٧٢٩٣). وانظر نصب الراية (٣٥٤/٢).

(٢) أخرجه الترمذي في الزكاة باب ٥ حديث (٦٢٢)، وابن ماجه في الزكاة باب ١٢ حديث

(١٨٠٤). وانظر نصب الراية (٣٥٤/٢).

وَالْأَرْبَعِينَ نَصَابُ زَكَاةِ الْبَقَرِ عَلَى مَا ذَكَرَ فِي الْكِتَابِ.

وَاخْتَلَفَتْ الرِّوَايَةُ فِيمَا زَادَ عَلَى الْأَرْبَعِينَ عَلَى مَا يُذَكَّرُ. وَالتَّبَعُ مِنْ وَلَدِ الْبَقَرِ مَا يَتَّبِعُ أُمَّهُ، وَالْمُسْنُ مِنْهُ وَمِنْ الشَّاةِ مَا تَمَّتْ لَهُ سِتَّتَانِ، وَإِلَّا مَا خَيْرَ بَيْنَ الذَّكَرِ وَالْأُنْثَى لِأَنَّ الْأُنْثَى فِي الْبَقَرِ لَا تُعَدُّ فَضْلًا كَمَا تَقَدَّمَ.

وَقَوْلُهُ (بِهَذَا) أَيُّ بِمَا ذَكَرْنَا مِنَ التَّبَعِ وَالتَّبِيعَةِ فِي ثَلَاثِينَ وَالْمُسْنِ وَالْمُسْنَةِ فِي أَرْبَعِينَ (أَمَرَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ مُعَاذًا، فَإِذَا زَادَتْ عَلَى الْأَرْبَعِينَ) فَقَدْ رُوِيَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ثَلَاثُ رَوَايَاتٍ. فِي رِوَايَةِ الْأَصْلِ (يَجِبُ فِي الزِّيَادَةِ بِقَدْرِ ذَلِكَ إِلَى سِتِّينَ) فِيهِ الْوَاحِدَةُ الزَّائِدَةُ رُبْعُ عَشْرٍ مُسْنَةٍ (وَفِي الثَّانِيَةِ نِصْفُ عَشْرٍ مُسْنَةٍ) وَذَلِكَ جُزْءٌ مِنْ أَرْبَعِينَ جُزْءًا مِنْ مُسْنَةٍ لِأَنَّ الْأَرْبَعَةَ عَشَرَ لِلْأَرْبَعِينَ وَرُبْعُ الْأَرْبَعَةِ وَاحِدٌ فَيَكُونُ رُبْعُ الْعَشْرِ جُزْءًا مِنْ أَرْبَعِينَ جُزْءًا وَنِصْفُ الْعَشْرِ جُزْأَيْنِ مِنْ أَرْبَعِينَ جُزْءًا لِأَنَّ عَشَرَ الْأَرْبَعِينَ أَرْبَعَةٌ وَنِصْفُ الْأَرْبَعَةِ اثْنَانِ.

وَفِي رِوَايَةِ الْحَسَنِ عَنْهُ: لَا شَيْءَ فِي الزِّيَادَةِ حَتَّى تَبْلُغَ خَمْسِينَ، ثُمَّ فِيهَا مُسْنَةٌ وَرُبْعُ مُسْنَةٍ أَوْ ثُلُثُ تَبِيعٍ، وَفِي رِوَايَةِ أُسْدِ بْنِ عَمْرٍو عَنْهُ وَهُوَ قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ: لَا شَيْءَ فِي الزِّيَادَةِ حَتَّى تَبْلُغَ سِتِّينَ.

وَجْهُ الْأَوَّلِ أَنَّ الْعَوْفَ فِيمَا بَيْنَ الثَّلَاثِينَ وَالْأَرْبَعِينَ وَبَيْنَ السَّتِّينَ وَمَا فَوْقَهَا ثَبَتَ نَصًّا، بِخِلَافِ الْقِيَاسِ لِمَا فِيهِ مِنْ إِخْلَاءِ الْمَالِ عَنِ الْوَاجِبِ مَعَ قِيَامِ الْمُقْتَضَى وَهُوَ إِطْلَاقُ قَوْلِهِ تَعَالَى ﴿ خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً ﴾ [التوبة: ١٠٣] وَقِيَامِ الْأَهْلِيَّةِ وَلَا نَصَّ هَاهُنَا فَأَوْجَبْنَا فِيمَا زَادَ بِحِسَابِهِ وَتَحَمَّلْنَا التَّشْقِيقَ، وَإِنْ كَانَ خِلَافَ مَوْضُوعِ الزَّكَاةِ ضَرُورَةً تَعَذَّرَ إِخْلَائُهُ عَنِ الْوَاجِبِ. وَوَجْهُ رِوَايَةِ الْحَسَنِ أَنَّ مَبْنَى هَذَا النَّصَابِ: أَيُّ نَصَابِ الْبَقَرِ عَلَى أَنْ يَكُونَ بَيْنَ كُلِّ عَقْدَيْنِ وَقْصٌ وَفِي كُلِّ عَقْدٍ وَاجِبٌ بِدَلِيلٍ مَا قَبْلَ الْأَرْبَعِينَ وَبَعْدَ السَّتِّينَ فَيَكُونُ بَيْنَ الْأَرْبَعِينَ وَالْخَمْسِينَ كَذَلِكَ لَكِنَّهُ يُخَيَّرُ بَيْنَ إعْطَاءِ رُبْعِ مُسْنَةٍ وَثُلُثِ تَبِيعٍ لِأَنَّ الزِّيَادَةَ عَلَى الْأَرْبَعِينَ عَشْرَةٌ وَهِيَ ثُلُثُ ثَلَاثِينَ وَرُبْعُ أَرْبَعِينَ فَيُخَيَّرُ بَيْنَهُمَا. وَوَجْهُ رِوَايَةِ أُسْدٍ وَهُوَ قَوْلُهُمَا «قَوْلُهُ ﷺ لِمُعَاذِ بْنِ جَبَلٍ: لَا تَأْخُذْ مِنْ أَوْقَاصِ الْبَقَرِ شَيْئًا» وَفَسَّرُوهُ بِمَا بَيْنَ أَرْبَعِينَ إِلَى سِتِّينَ، وَالْأَوْقَاصُ جَمْعُ وَقْصٍ يَفْتَحُ الْقَافَ، وَهُوَ مَا بَيْنَ الْفَرِضَتَيْنِ. قُلْنَا: قَدْ قِيلَ إِنَّ الْمُرَادَ بِهَا الصَّغَارُ: يَعْنِي أَنَّ الْمُرَادَ بِالْأَوْقَاصِ الْعَجَاجِيلُ

وَنَحْنُ نَقُولُ بِذَلِكَ. وَقَوْلُهُ (ثُمَّ فِي السَّتِينِ تَبِعَانِ) لِحُ ظَاهِرٌ لَا يَحْتَاجُ إِلَى شَرْحٍ.

فَصْلٌ فِي الْغَنَمِ

(لَيْسَ فِي أَقَلِّ مِنْ أَرْبَعِينَ مِنَ الْغَنَمِ السَّائِمَةُ صَدَقَةً، فَإِذَا كَانَتْ أَرْبَعِينَ سَائِمَةً وَحَالَ عَلَيْهَا الْحَوْلُ فَفِيهَا شَاةٌ إِلَى مِائَةٍ وَعَشْرِينَ، فَإِذَا زَادَتْ وَاحِدَةً فَفِيهَا شَاتَانِ إِلَى مِائَتَيْنِ، فَإِذَا زَادَتْ وَاحِدَةً فَفِيهَا ثَلَاثُ شِيَاءٍ، فَإِذَا بَلَغَتْ أَرْبَعِمِائَةٍ فَفِيهَا أَرْبَعُ شِيَاءٍ، ثُمَّ فِي كُلِّ مِائَةٍ شَاةٌ شَاةً) هَكَذَا وَرَدَ الْبَيَانُ فِي كِتَابِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ، وَفِي كِتَابِ أَبِي بَكْرٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، وَعَلَيْهِ انْعَقَدَ الْإِجْمَاعُ (وَالضَّانُّ وَالْمَعْزُ سَوَاءٌ) لِأَنَّ لَفْظَةَ الْغَنَمِ شَامِلَةٌ لِلْكُلِّ وَالنَّصُّ وَرَدَ بِهِ وَيُؤْخَذُ الثَّنِيُّ فِي زَكَاتِهَا وَلَا يُؤْخَذُ الْجَذَعُ مِنَ الضَّانِّ إِلَّا فِي رَوَايَةِ الْحَسَنِ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ. وَالثَّنِيُّ مِنْهَا مَا تَمَّتْ لَهُ سَنَةٌ، وَالْجَذَعُ مَا آتَى عَلَيْهِ أَكْثَرُهَا.

وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ وَهُوَ قَوْلُهُمَا أَنَّهُ يُؤْخَذُ عَنِ الْجَذَعِ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «إِنَّمَا حَقُّنا الْجَذَعُ وَالثَّنِيُّ»^(١) وَلأنَّهُ يَتَأَدَّى بِهِ الْأُضْحِيَّةُ فَكَذَا الزُّكَاةُ. وَجَهُ الظَّاهِرِ حَدِيثُ عَلِيٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ مَوْفُوقًا وَمَرْفُوعًا «لَا يُؤْخَذُ فِي الزُّكَاةِ إِلَّا الثَّنِيُّ فَصَاعِدًا»^(٢) وَلأنَّ الْوَاجِبَ هُوَ الْوَسْطُ وَهَذَا مِنَ الصَّغَارِ، وَلِهَذَا لَا يَجُوزُ فِيهَا الْجَذَعُ مِنَ الْمَعْزِ، وَجَوَازُ التُّضْحِيَّةِ بِهِ عُرِفَ نَصًّا. وَالْمُرَادُ بِمَا رَوَى الْجَذَعَةُ مِنَ الْإِبِلِ (وَيُؤْخَذُ فِي زَكَاةِ الْغَنَمِ الذُّكُورُ وَالْإِنَاثُ) لِأَنَّ اسْمَ الشَّاةِ يَنْتَظِمُهُمَا، وَقَدْ قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «فِي أَرْبَعِينَ شَاةً شَاةً»^(٣).

الشرح:

(فَصْلٌ فِي الْغَنَمِ): قَدَّمَ فَصْلَ زَكَاةِ الْغَنَمِ عَلَى الْخَيْلِ، إمَّا لَكُونَ الْحَاجَّةَ إِلَى بَيَانِهِ أَمَسَّ لِكَثْرَتِهِ، وَإِمَّا لَكُونِهِ مُتَّفَقًا عَلَيْهِ. وَالْغَنَمُ اسْمُ جِنْسٍ يَقَعُ عَلَى الذَّكَرِ وَالْأُنْثَى، وَمَا فِي الْكِتَابِ ظَاهِرٌ إِلَّا كَلِمَاتُ نَذَرُهَا.

قَوْلُهُ (وَالضَّانُّ وَالْمَعْزُ سَوَاءٌ) يَعْنِي فِي تَكْمِيلِ النَّصَابِ لَا فِي أَدَاءِ الْوَاجِبِ لَمَّا سَنَذَكُرُ أَنَّ الْجَذَعُ مِنَ الْمَعْزِ لَا يَجُوزُ.

وَقَوْلُهُ (لأنَّ النَّصَّ وَرَدَ بِهِ) يَعْنِي مَا كُتِبَ فِي كِتَابِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ «فِي أَرْبَعِينَ

(١) أخرجه أبو داود (٢٧٩٩)، وابن ماجه (٣١٤٠). وانظر نصب الراية (٣٦٠/٢).

(٢) قال الزيلعي في نصب الراية (٣٦٢/٢): غريب.

(٣) أخرجه ابن ماجه (١٨٠٧) من حديث ابن عمر. وانظر نصب الراية (٢٦٢/٢).

مِنَ الْغَنَمِ شَاةٌ» الْحَدِيثَ. وَقَوْلُهُ (وَالْجَذْعُ مَا أَتَى عَلَيْهِ أَكْثَرُهَا) رُوِيَ عَنْ أَبِي عَلِيٍّ الدَّقَّاقِ أَنَّهُ مَا طَعَنَ فِي الشَّهْرِ التَّاسِعِ.

وَعَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ الرَّعْفَرَانِيِّ أَنَّهُ مَا طَعَنَ فِي الشَّهْرِ الثَّامِنِ. وَذَكَرَ فِي شَرْحِ الْأَقْطَعِ قَالَ الْفُقَهَاءُ: إِنَّ الْجَذْعَ مِنَ الْغَنَمِ مَا نَمَتْ لَهُ سِتَّةُ أَشْهُرٍ. هَذَا تَفْسِيرُ عُلَمَاءِ الْفَقْهِ. وَعَنْ الْأَزْهَرِيِّ: الْجَذْعُ مِنَ الْمَعْزِ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ، وَمِنَ الضَّأْنِ لثَمَانِيَةِ أَشْهُرٍ، وَالثَنِيُّ الَّذِي أَلْقَى نَبِيْتَهُ، وَهُوَ مِنَ الْإِبِلِ مَا اسْتَكْمَلَ السَّنَةَ الْخَامِسَةَ وَدَخَلَ فِي السَّادِسَةِ، وَمِنَ الْغَنَمِ وَالْبَقَرِ مَا اسْتَكْمَلَ الثَّانِيَةَ وَدَخَلَ فِي الثَّلَاثَةِ، وَمِنَ الْفَرَسِ وَالْبَعْلِ وَالْحِمَارِ مَا اسْتَكْمَلَ الثَّلَاثَةَ وَدَخَلَ فِي الرَّابِعَةِ، وَهُوَ فِي كُلِّهَا بَعْدَ الْجَذْعِ وَقَبْلَ الرَّابِعِيِّ، هَذَا تَفْسِيرُ أَهْلِ اللَّغَةِ.

وَقَوْلُهُ (وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ وَهُوَ قَوْلُهُمَا) يُرِيدُ بِهِ مَا رَوَى الْحَسَنُ عَنْهُ. وَقَوْلُهُ (وَلَأَنَّهُ يَتَأَدَّى بِهِ الْأُضْحِيَّةُ فَكَذَا الزَّكَاةُ) يَعْنِي أَنَّ بَابَ الْأُضْحِيَّةِ أَضْيَقُ، أَلَا تَرَى أَنَّ التَّضْحِيَّةَ بِالتَّيْبِيعِ وَالتَّيْبِيعَةِ لَا يَجُوزُ وَيَجُوزُ أَخْذُهُمَا فِي الزَّكَاةِ فَإِذَا كَانَ لِلْجَذْعِ مَدْخَلٌ فِي الْأُضْحِيَّةِ فَفِي الزَّكَاةِ أَوَّلَى. وَقَوْلُهُ (وَجَوَّازُ التَّضْحِيَّةِ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ وَلَأَنَّهُ يَتَأَدَّى بِهِ الْأُضْحِيَّةُ يَعْنِي أَنَّ جَوَّازَ التَّضْحِيَّةِ بِالْجَذْعِ عُرِفَ بِنَصِّ خَاصٍّ فِي التَّضْحِيَّةِ وَهُوَ قَوْلُهُ ﷺ «نَعِمَتِ الْأُضْحِيَّةُ الْجَذْعُ مِنَ الضَّأْنِ» فَلَا يَتَعَدَّاهَا، وَالزَّكَاةُ لَيْسَتْ فِي مَعْنَاهَا، إِذْ الْمَقْصُودُ بِهَا إِرَاقَةُ الدَّمِ، وَالْجَذْعُ يُقَارِبُ الثَّنِيَّ فِي ذَلِكَ، وَلَا كَذَلِكَ الزَّكَاةُ فَلَا تُلْحَقُ بِالْأُضْحِيَّةِ دَلَالَةً.

فَصْلٌ فِي الْخَيْلِ

(إِذَا كَانَتْ الْخَيْلُ سَائِمَةً ذُكُورًا وَإِنَاثًا فَصَاحِبُهَا بِالْخِيَارِ: إِنْ شَاءَ أَعْطَى عَنْ كُلِّ فَرَسٍ دِينَارًا، وَإِنْ شَاءَ قَوْمَهَا وَأَعْطَى عَنْ كُلِّ مَائَتِي دِرْهَمٍ خَمْسَةَ دَرَاهِمٍ) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَهُوَ قَوْلُ زُهْرٍ، وَقَالَا: لَا زَكَاةَ فِي الْخَيْلِ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «لَيْسَ عَلَى الْمُسْلِمِ فِي عَبْدِهِ وَلَا فِي فَرَسِهِ صَدَقَةٌ» ^(١) وَلَهُ قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «فِي كُلِّ فَرَسٍ سَائِمَةٍ دِينَارٌ أَوْ عَشْرَةُ دَرَاهِمٍ» وَتَأْوِيلُ مَا رَوَاهُ فَرَسُ الْغَازِي، وَهُوَ الْمُنْقُولُ عَنْ زَيْدِ بْنِ

(١) أخرجه البخاري في الزكاة باب ٤٥، ٤٦، ومسلم في الزكاة حديث (٩). وانظر نصب الراية

ثَابِتٍ. وَالتَّخْيِيرُ بَيْنَ الدِّينَارِ وَالتَّقْوِيمِ مَأْثُورٌ عَنْ عُمَرَ (وَلَيْسَ فِي ذُكُورِهَا مُنْفَرِدَةٌ زَكَاةً) لِأَنَّهَا لَا تَتَنَاسَلُ (وَكَذَا فِي الْإِنَاثِ الْمُنْفَرِدَاتِ فِي رِوَايَةٍ) وَعَنْهُ الْوُجُوبُ فِيهَا لِأَنَّهَا تَتَنَاسَلُ بِالْفَحْلِ الْمُسْتَعَارِ بِخِلَافِ الذُّكُورِ، وَعَنْهُ أَنَّهَا تَجِبُ فِي الذُّكُورِ الْمُنْفَرِدَةِ أَيْضًا (وَلَا شَيْءٌ فِي الْبِغَالِ وَالْحَمِيرِ) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «لَمْ يَنْزِلْ عَلَيَّ فِيهِمَا شَيْءٌ» وَالْمَقَادِيرُ تَثْبُتُ سَمَاعًا (إِلَّا أَنْ تَكُونَ لِلتَّجَارَةِ) لِأَنَّ الزَّكَاةَ حِينَئِذٍ تَتَعَلَّقُ بِالْمَالِيَّةِ كَسَائِرِ أَمْوَالِ التَّجَارَةِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

الشرح:

(فَصْلٌ فِي الْخَيْلِ): وَجْهٌ تَأْخِيرُهُ عَنْ فَضْلِ الْغَنَمِ قَدْ تَقَدَّمَ وَكَلَامُهُ وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (هُوَ الْمَنْقُولُ) أَيْ تَأْوِيلُ مَا رَوَاهُ بَفَرَسٍ الْغَارِي هُوَ الْمَنْقُولُ (عَنْ زَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ) فَإِنَّ هَذِهِ الْحَادِثَةَ وَقَعَتْ فِي زَمَنِ مَرْوَانَ رَحِمَهُ اللَّهُ، فَشَاوَرَ الصَّحَابَةَ فَرَوَى أَبُو هُرَيْرَةَ رضي الله عنه «لَيْسَ عَلَى الرَّجُلِ فِي عَبْدِهِ وَلَا فِي فَرَسِهِ صَدَقَةٌ».

فَقَالَ مَرْوَانُ لَزَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ: مَا تَقُولُ يَا أَبَا سَعِيدٍ؟ فَقَالَ أَبُو هُرَيْرَةَ: عَجَبًا مِنْ مَرْوَانَ أُحَدِّثُهُ بِحَدِيثِ رَسُولِ اللَّهِ صلى الله عليه وسلم وَهُوَ يَقُولُ مَا تَقُولُ يَا أَبَا سَعِيدٍ؟ فَقَالَ زَيْدٌ: صَدَقَ رَسُولُ اللَّهِ صلى الله عليه وسلم، وَإِنَّمَا أَرَادَ بِهِ فَرَسَ الْغَارِي، فَأَمَّا مَا جَشَرَ لَطَلَبَ نَسْلَهَا فَفِيهَا الصَّدَقَةُ فَقَالَ كَمْ؟ فَقَالَ فِي كُلِّ فَرَسٍ دِينَارًا أَوْ عَشْرَةَ دَرَاهِمَ (وَالْتَّخْيِيرُ بَيْنَ الدِّينَارِ وَالتَّقْوِيمِ مَأْثُورٌ عَنْ عُمَرَ) فَإِنَّهُ كَتَبَ إِلَى أَبِي عُبَيْدَةَ بْنِ الْجَرَّاحِ رضي الله عنه يَأْمُرُهُ أَنْ يَأْخُذَ مِنَ الْخَيْلِ السَّائِمَةِ عَنْ كُلِّ فَرَسٍ دِينَارًا أَوْ عَشْرَةَ دَرَاهِمَ، وَقِيلَ كَانَ ذَلِكَ فِي خَيْلِ الْعَرَبِ لَتَقَارُبِهَا فِي الْقِيَمَةِ، وَأَمَّا فِي أَفْرَاسِنَا فَيَقْوَمُهَا لَا غَيْرُ.

فَإِنْ قِيلَ: لَوْ وَجِبَتْ فِيهَا الزَّكَاةُ لَكَانَ لِلْإِمَامِ أَخْذُهَا جَبْرًا وَلَوْجِبَتْ فِي عَيْنِهَا كَمَا فِي سَائِرِ السَّوَائِمِ وَلَيْسَ كَذَلِكَ بِالْإِجْمَاعِ. أُجِيبَ بِأَنَّهُ لَمْ يَثْبُتْ لَهُ ذَلِكَ لِأَنَّ الْخَيْلَ مَطْمَعٌ لِكُلِّ طَامِعٍ فَيَخْشَى عَلَى صَاحِبِهِ التَّعَدِّيَ بِالْأَخْذِ، وَلَمْ يَجِبْ مِنْ عَيْنِهَا لِأَنَّ مَقْصُودَ الْفَقِيرِ لَا يَحْصُلُ بِهِ لِكُونِهِ غَيْرَ مَأْكُولِ اللَّحْمِ عِنْدَهُ.

وَقَوْلُهُ (وَلَيْسَ فِي ذُكُورِهَا مُنْفَرِدَةٌ زَكَاةً لِأَنَّهَا لَا تَتَنَاسَلُ) أُسْتُشْكِلَ بِذُكُورِ الْإِبِلِ وَالْبَقَرِ وَالْغَنَمِ مُنْفَرِدَاتٍ فَإِنَّهَا لَا تَتَنَاسَلُ وَوَجِبَتْ فِيهَا الزَّكَاةُ.

وَأُجِيبَ بِأَنَّ التَّمَاءَ شَرَطُ وَجُوبِ الزَّكَاةِ لَا مَحَالَةَ، وَهُوَ فِي الْخَيْلِ فِي التَّنَاسُلِ لَا

غَيْرُ، وَلَا تَنَاسَلُ فِي ذُكُورِ الْخَيْلِ مُنْفَرِدَةً، وَأَمَّا غَيْرُهَا فَالنَّمَاءُ فِيهِ كَمَا يَكُونُ بِهِ يَكُونُ بِاللَّحْمِ وَالْوَبَرِ فَيَجِبُ فِيهِ الزَّكَاةُ. فَإِنْ قِيلَ: فَمَا وَجْهُ الرِّوَايَةِ الَّتِي تَجِبُ فِيهَا فِي الذُّكُورِ الْمُنْفَرِدَةِ أَيْضًا وَلَا تُسَلِّ ثَمَّةٌ عَلَى مَا ذَكَرْتُمْ؟ أُجِيبَ بِأَنَّ وَجْهَهَا أَنَّ الْآثَارَ جَعَلَتْهَا نَظِيرَ سَائِرِ أَنْوَاعِ السَّوَائِمِ، فَإِنَّهُ بِسَبَبِ السَّوْمِ تَخَفُ الْمُؤْتَةُ عَلَى صَاحِبِهِ وَبِهِ يَصِيرُ مَالُ الزَّكَاةِ فَكَانَتْ كَأَنْوَاعِهَا. وَقَوْلُهُ (لَمْ يُنْزَلْ عَلَيَّ فِيهِمَا شَيْءٌ). رَوَى «أَنَّهُ ﷺ سَأَلَ عَنْ الْحَمِيرِ فَقَالَ: لَمْ يُنْزَلْ عَلَيَّ فِيهَا شَيْءٌ إِلَّا هَذِهِ الْآيَةُ الْفَاذَةُ الْجَامِعَةُ ﴿فَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ خَيْرًا يَرَهُ﴾ وَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ شَرًّا يَرَهُ﴾ [الزلزلة: ٧-٨].

فصل

(وَلَيْسَ فِي الْفُضْلَانِ وَالْحُمَلَانِ وَالْعَجَاجِيلِ صَدَقَةٌ) عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَعَهَا كِبَارٌ، وَهَذَا آخِرُ أَقْوَالِهِ وَهُوَ قَوْلُ مُحَمَّدٍ، وَكَانَ يَقُولُ أَوَّلًا يَجِبُ فِيهَا مَا يَجِبُ فِي الْمَسَانِ، وَهُوَ قَوْلُ زُهْرٍ وَمَالِكٍ، ثُمَّ رَجَعَ وَقَالَ فِيهَا وَاحِدَةٌ مِنْهَا. وَهُوَ قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ وَالشَّافِعِيِّ رَحِمَهُمَا اللَّهُ.

وَجْهٌ قَوْلُهُ الْأَوَّلُ أَنَّ الْأَسْمَ الْمَذْكُورَ فِي الْخِطَابِ يَنْتَظِمُ الصَّغَارَ وَالْكِبَارَ. وَوَجْهُ الثَّانِي تَحْقِيقُ النَّظَرِ مِنَ الْجَانِبَيْنِ كَمَا يَجِبُ فِي الْمَهَازِيلِ وَاحِدٌ مِنْهَا وَوَجْهُ الْأَخِيرِ أَنَّ الْمَقَادِيرَ لَا يَدْخُلُهَا الْقِيَاسُ هَذَا أَمْتَنَ إِيْجَابُ مَا وَرَدَ بِهِ الشَّرْعُ أَمْتَنَ أَصْلًا، وَإِذَا كَانَ فِيهَا وَاحِدٌ مِنَ الْمَسَانِ جَعَلَ الْكُلَّ تَبَعًا لَهُ فِي انْعِقَادِهَا نِصَابًا دُونَ تَادِيَةِ الزَّكَاةِ، ثُمَّ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ لَا يَجِبُ فِيهَا دُونَ الْأَرْبَعِينَ مِنَ الْحُمَلَانِ وَفِيهَا دُونَ الثَّلَاثِينَ مِنَ الْعَجَاجِيلِ، وَيَجِبُ فِي خَمْسٍ وَعِشْرِينَ مِنَ الْفُضْلَانِ وَاحِدٌ ثُمَّ لَا يَجِبُ شَيْءٌ حَتَّى تَبْلُغَ مِثْلًا لَوْ كَانَتْ مَسَانٌ يُثْنِي الْوَاجِبَ، ثُمَّ لَا يَجِبُ شَيْءٌ حَتَّى تَبْلُغَ مِثْلًا لَوْ كَانَتْ مَسَانٌ يُثَلَّثُ الْوَاجِبَ، وَلَا يَجِبُ فِيهَا دُونَ خَمْسٍ وَعِشْرِينَ فِي رِوَايَةٍ. وَعَنْهُ أَنَّهُ يَجِبُ فِي الْخَمْسِ خُمُسٌ فَصِيلٍ، وَفِي الْعَشْرِ خُمُسًا فَصِيلٍ عَلَى هَذَا الْاِعْتِبَارِ، وَعَنْهُ أَنَّهُ يَنْظَرُ إِلَى قِيَمَةِ خُمُسٍ فَصِيلٍ وَسَطٍ وَإِلَى قِيَمَةِ شَاةٍ فِي الْخَمْسِ فَيَجِبُ أَقْلُهُمَا، وَفِي الْعَشْرِ إِلَى قِيَمَةِ شَاتَيْنِ وَإِلَى قِيَمَةِ خُمُسِي فَصِيلٍ عَلَى هَذَا الْاِعْتِبَارِ.

الشرح:

(فصل): قَالَ صَاحِبُ النَّهَآيَةِ رَحِمَهُ اللَّهُ: وَجَدْتُ فِي هَذَا الْمَوْضِعِ مَكْتُوبًا بِخَطِّ

شَيْخِي رَحِمَهُ اللَّهُ: وَجْهٌ مُنَاسِبَةٌ إِبْرَادِ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ هُنَا هُوَ أَنَّهُ لَمَّا فَرَّغَ عَنْ بَيَانِ حُكْمِ الْكِبَارِ مِنَ السَّوَائِمِ شَرَعَ فِي بَيَانِ حُكْمِ الصَّغَارِ. وَأَقُولُ: لَيْسَ الْفَصْلُ مُنَحْصَرًا فِي ذَلِكَ بَلْ فِيهِ غَيْرُهُ. فَكَانَ الْفَصْلُ هَهُنَا كَمَسَائِلِ شَتَّى تُكْتَبُ فِي آخِرِ الْأَبْوَابِ. وَالْفُضْلَانُ جَمْعُ الْفَصِيلِ: وَهُوَ وَلَدُ الثَّاقَةِ مِنْ فَصْلِ الرُّضِيعِ عَنْ أُمِّهِ. وَالْحُمْلَانُ بِضَمِّ الْحَاءِ وَقِيلَ بِكَسْرِهَا أَيْضًا جَمْعُ الْحَمْلِ: وَلَدُ الضَّانِ فِي السَّنَةِ الْأُولَى.

وَالْعَجَاجِيلُ جَمْعُ عُجُولٍ: مِنْ أَوْلَادِ الْبَقَرِ حِينَ تَضَعُهُ أُمُّهُ إِلَى شَهْرٍ، كَذَا فِي الْمَغْرِبِ.

قِيلَ فِي صُورَةِ الْمَسْأَلَةِ: رَجُلٌ اشْتَرَى خَمْسَةَ وَعِشْرِينَ مِنَ الْفُضْلَانِ أَوْ ثَلَاثِينَ مِنَ الْعَجَاجِيلِ أَوْ أَرْبَعِينَ مِنَ الْحُمْلَانِ أَوْ وَهَبَ لَهُ ذَلِكَ هَلْ يَنْعَقِدُ عَلَيْهِ الْحَوْلُ أَوْ لَا؟ عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ لَا يَنْعَقِدُ، وَعِنْدَ غَيْرِهِمَا يَنْعَقِدُ حَتَّى لَوْ حَالَ عَلَيْهَا الْحَوْلُ مِنْ حِينَ مَا مَلَكَهَا وَجَبَتْ الزَّكَاةُ. وَقِيلَ صَوْرَتُهَا: إِذَا كَانَ لَهُ نِصَابٌ سَائِمَةٌ فَمَضَى عَلَيْهَا سَنَةٌ أَشْهُرٍ قَتَوَالِدَتْ مِثْلَ عَدَدِهَا ثُمَّ هَلَكَتْ الْأُصُولُ وَبَقِيَ الْأَوْلَادُ هَلْ يَنْقَى حَوْلُ الْأُصُولِ عَلَى الْأَوْلَادِ؟ عِنْدَهُمَا لَا يَنْقَى، وَعِنْدَ الْبَاقِينَ يَنْقَى.

وَذَكَرَ الطَّحَاوِيُّ فِي اخْتِلَافِ الْعُلَمَاءِ عَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ قَالَ: دَخَلْتُ عَلَى أَبِي حَنِيفَةَ فَقُلْتُ: مَا تَقُولُ فِيمَنْ مَلَكَ أَرْبَعِينَ حَمَلًا؟ فَقَالَ فِيهَا شَاةٌ مُسِنَّةٌ فَقُلْتُ: رُبَّمَا تَأْتِي قِيَمَةُ الشَّاةِ عَلَى أَكْثَرِهَا أَوْ جَمِيعِهَا، فَتَأْمَلُ سَاعَةً ثُمَّ قَالَ: لَا وَلَكِنْ تُؤْخَذُ وَاحِدَةٌ مِنْهَا، فَقُلْتُ: أَيْؤْخَذُ الْحَمْلُ فِي الزَّكَاةِ؟ فَتَأْمَلُ سَاعَةً ثُمَّ قَالَ: لَا إِذَا لَا يَجِبُ فِيهَا شَيْءٌ، فَأَخَذَ بِقَوْلِهِ الْأَوَّلِ زُفْرُ، وَبِقَوْلِهِ الثَّانِي أَبُو يُوسُفَ، وَبِقَوْلِهِ الثَّلَاثِ مُحَمَّدٌ، وَعُدَّ هَذَا مِنْ مَنَاقِبِهِ حَيْثُ تَكَلَّمَ فِي مَسْأَلَةٍ فِي مَجْلِسٍ بِثَلَاثَةِ أَقَاوِيلَ فَلَمْ يُضَعِ شَيْءٌ مِنْهَا (وَجْهٌ قَوْلِهِ الْأَوَّلُ إِنَّ الْأِسْمَ الْمَذْكُورَ فِي الْخُطَابِ) يَعْنِي قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «فِي خَمْسٍ مِنَ الْإِبِلِ السَّائِمَةِ شَاةٌ» (يَنْتَظِمُ الصَّغَارَ وَالْكِبَارَ) لِأَنَّهُ اسْمُ جِنْسٍ كَاسْمِ الْآدَمِيِّ، وَلِهَذَا لَوْ حَلَفَ لَا يَأْكُلُ لَحْمَ إِبِلٍ فَأَكَلَ لَحْمَ الْفَصِيلِ حَنَثَ.

وَأُجِيبَ بِأَنَّ الْوَاجِبَ قَلِيلٌ مِنَ الْكَثِيرِ، وَأَخَذَ الْمُسِنَّةُ مِنَ الصَّغَارِ لَيْسَ كَذَلِكَ لِأَنَّ قِيَمَتَهَا قَدْ تَأْتِي عَلَى أَكْثَرِ النَّصَابِ (وَوَجْهٌ قَوْلِهِ الثَّانِي) أَنَّا لَوْ أَوْجَبْنَا فِيهَا مَا يَجِبُ فِي الْمَسَانِّ وَهُوَ لَا يُوجَدُ فِيهَا كَانَ إِضْرَارًا بِصَاحِبِ الْمَالِ وَهُوَ يَقْتَضِي عَدَمَ الْوُجُوبِ، وَلَوْ

لَمْ يُوجِبْ شَيْئًا كَانَ إِضْرَارًا بِالْفُقَرَاءِ لِأَنَّ الصَّغَارَ نَصَابٌ، فَإِنَّ الْكِبَارَ يَكْمُلُ بِهَا نَصَابٌ وَكُلُّ مَا هُوَ كَذَلِكَ كَانَ نَصَابًا بِنَفْسِهِ كَالْمَهَازِلِ، وَعَكْسُهُ الْحُمْلَانُ فَإِنَّهَا لَا يَكْمُلُ بِهَا نَصَابٌ فَلَا تَكُونُ فِي نَفْسِهَا نَصَابًا فَأَوْجَبْنَا وَاحِدَةً مِنْهَا كَمَا فِي الْمَهَازِلِ فَإِنَّا لَا نُوجِبُ فِيهَا السَّمِينَ وَإِنَّمَا نُوجِبُ وَاحِدَةً مِنْهَا، وَهَذَا مَعْنَى قَوْلِهِ (تَحْقِيقُ النَّظَرِ مِنَ الْجَانِبَيْنِ. وَوَجْهُ قَوْلِهِ الْأَخِيرِ مَا قَالَهُ إِنَّ الْمَقَادِيرَ لَا يَدْخُلُهَا الْقِيَاسُ إلخ) وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ يُجَابَ مَا وَرَدَ بِهِ الشَّرْعُ مِنَ الْأَسْتِثْنَاءِ هَهُنَا مُمْتَنِعٌ لَأَنَّهَا لَا تُوجَدُ فِي الصَّغَارِ (وَإِذَا امْتَنَعَ مَا وَرَدَ بِهِ الشَّرْعُ هَهُنَا امْتَنَعَ أَصْلًا) لِأَنَّهُ لَوْ جَازَ لَكَانَ بِالْقِيَاسِ وَالْمَقَادِيرِ لَا يَدْخُلُهَا الْقِيَاسُ وَالْفُطْنُ يَسْتَخْرِجُ مِنْ هَذَا جَوَابَ أَبِي يُوسُفَ فَإِنَّهُ قَاسَ عَلَى الْمَهَازِلِ وَهُوَ فَاسِدٌ لِأَنَّ الْمَهَازِلَ يُوجَدُ فِيهَا مَا وَرَدَ بِهِ الشَّرْعُ مِنَ الْأَسْتِثْنَاءِ (وَلَوْ كَانَ فِيهَا وَاحِدَةٌ مِنَ الْمَسَانِ إلخ) يَعْنِي إِذَا كَانَ فِي الْحُمْلَانِ كِبَارٌ جُعِلَتِ الصَّغَارُ تَبَعًا لَهَا فِي الْعِقَادِهَا نَصَابًا وَلَا تَتَأَدَّى الزَّكَاةُ بِالصَّغَارِ بَلْ يُدْفَعُ لَهَا مِنَ الْكِبَارِ إِنْ كَانَ عَلَى مِقْدَارِ الْوَاجِبِ. يَبَيِّنُ أَنَّهُ إِذَا كَانَ لَهُ مُسْتَتَانٌ وَمِائَةٌ وَتِسْعَةٌ عَشَرَ حَمَلًا يَجِبُ فِيهَا مُسْتَتَانٌ، وَإِنْ كَانَتْ لَهُ مُسِنَّةٌ وَاحِدَةٌ وَمِائَةٌ وَعِشْرُونَ حَمَلًا فَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ تَجِبُ مُسِنَّةٌ وَاحِدَةٌ، وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ مُسِنَّةٌ وَحَمَلٌ.

وَعَلَى هَذَا الْقِيَاسِ فَصَلُّ الْإِبِلِ وَالْبَقَرِ، وَالْأَصْلُ فِي ذَلِكَ مَا قَالَ عُمَرُ رضي الله عنه: عُدُّ عَلَيْهِمُ السَّخْلَةَ وَلَوْ جَاءَ بِهَا الرَّاعِي يَحْمِلُهَا عَلَى كَتِفِهِ، وَلَا تَأْخُذُهَا مِنْهُمْ فَقَدْ نَهَى عَنْ أَخْذِ الصَّغَارِ عِنْدَ الْإِخْلَاطِ. وَقَوْلُهُ (ثُمَّ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ إلخ) يَعْنِي أَنَّ الرُّوَايَاتِ عَنْ أَبِي يُوسُفَ اخْتَلَفَتْ فِي الْفُضْلَانِ.

رَوَى مُحَمَّدٌ عَنْهُ أَنَّهُ لَا يَجِبُ فِيهَا الزَّكَاةُ حَتَّى تَبْلُغَ عَدَدًا لَوْ كَانَتْ كِبَارًا وَجَبَ فِيهَا وَاحِدَةٌ مِنْهَا وَذَلِكَ بِأَنْ تَبْلُغَ خَمْسَةً وَعِشْرِينَ ثُمَّ لَيْسَ فِي الزِّيَادَةِ شَيْءٌ حَتَّى تَبْلُغَ مَبْلَغًا لَوْ كَانَتْ مَسَانٌ ثَلَاثُ الْوَاجِبِ وَذَلِكَ بِأَنْ تَبْلُغَ سِتَّةً وَسَعِينَ فَحِينَئِذٍ يَجِبُ فِيهَا اثْنَانِ، ثُمَّ لَا يَجِبُ حَتَّى تَبْلُغَ مَبْلَغًا لَوْ كَانَتْ مَسَانٌ ثَلَاثُ الْوَاجِبِ بِأَنْ تَبْلُغَ مِائَةً وَخَمْسَةً وَأَرْبَعِينَ فَيَجِبُ مِنْهَا ثَلَاثَةٌ، وَلَا يَجِبُ فِيمَا دُونَ خَمْسَةِ وَعِشْرِينَ.

وَوَجْهُهُ أَنَّ الْوَاجِبَ كَانَ تَعَيَّنَ بِالنَّصِّ بِاعْتِبَارِ الْعَدَدِ وَالسَّنِّ، وَقَدْ تَعَذَّرَ السَّنُّ فِي الْفُضْلَانِ فَبَقِيَ الْعَدَدُ مُعْتَبَرًا.

قَالَ مُحَمَّدٌ: وَهَذَا غَيْرُ صَحِيحٍ، فَإِنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ أَوْجَبَ فِي خَمْسٍ وَعِشْرِينَ وَاحِدَةً فِي مَالٍ أُعْتَبِرَ قَبْلَهُ أَرْبَعَةٌ نُصِبَ، وَأَوْجَبَ فِي سِتٍّ وَسَبْعِينَ اثْنَيْنِ فِي مَوْضِعٍ أُعْتَبِرَ ثَلَاثَةٌ نُصِبَ بَيْنَهُمَا وَبَيْنَ خَمْسٍ وَعِشْرِينَ. وَفِي الْمَالِ الَّذِي لَا يُمَكِّنُ اعْتِبَارُ هَذِهِ النُّصُبِ لَوْ أَوْجَبْنَا لَكَانَ بِالرَّأْيِ لَا بِالنَّصِّ.

وَرَوَى ابْنُ سِمَاعَةَ عَنْهُ أَنَّهُ يَجِبُ فِي الْخَمْسِ خُمُسُ فَصِيلٍ، وَفِي الْعَشْرِ خُمُسًا فَصِيلٍ هَكَذَا إِلَى خَمْسٍ وَعِشْرِينَ. وَوَجْهُهُ أَنَّهُ أُعْتَبِرَ الْبَعْضُ بِالْجُمْلَةِ، وَرَوَى عَنْهُ أَنَّهُ يُنْظَرُ فِي الْخَمْسِ إِلَى قِيَمَةِ خُمُسٍ فَصِيلٍ وَإِلَى قِيَمَةِ شَاةٍ فَيَجِبُ أَقْلُهُمَا، وَفِي الْعَشْرِ إِلَى قِيَمَةِ شَاتَيْنِ وَإِلَى قِيَمَةِ خُمُسَيِ فَصِيلٍ وَفِي خَمْسَةِ عَشَرَ يَجِبُ الْأَقْلُ مِنْ قِيَمَةِ ثَلَاثِ شِيَاهٍ وَمِنْ قِيَمَةِ ثَلَاثِ أَخْمَاسِ فَصِيلٍ وَفِي الْعِشْرِينَ يَجِبُ الْأَقْلُ مِنْ أَرْبَعِ شِيَاهٍ وَمِنْ أَرْبَعَةِ أَخْمَاسِ فَصِيلٍ، وَفِي الْخَمْسِ وَالْعِشْرِينَ يَجِبُ وَاحِدَةٌ مِنْهَا، وَهَذَا مَعْنَى قَوْلِهِ عَلَى هَذَا الِاعْتِبَارِ. وَوَجْهُ هَذِهِ الرُّوَايَةِ أَنَّ الْأَقْلَ مُتَيَقِّنٌ فَيَتَعَيَّنُ.

قَالَ (وَمَنْ وَجَبَ عَلَيْهِ سِنٌَّ وَلَمْ تَوْجَدْ أَخَذَ الْمَصْدَقُ أَعْلَى مِنْهَا وَرَدَّ الْفَضْلُ أَوْ أَخَذَ دُونَهَا) وَأَخَذَ الْفَضْلَ، وَهَذَا يَبْتَنِي عَلَى أَنَّ أَخَذَ الْقِيَمَةَ فِي بَابِ الزَّكَاةِ جَائِزٌ عِنْدَنَا عَلَى مَا نَذْكُرُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى، إِلَّا أَنَّ فِي الْوَجْهِ الْأَوَّلِ لَهُ أَنْ لَا يَأْخُذَ وَيُطَالَبَ بِعَيْنِ الْوَاجِبِ أَوْ بِقِيَمَتِهِ لِأَنَّهُ شِرَاءٌ. وَفِي الْوَجْهِ الثَّانِي يُجْبَرُ لِأَنَّهُ لَا بَيْعَ فِيهِ بَلْ هُوَ إِعْطَاءٌ بِالْقِيَمَةِ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ وَجَبَ عَلَيْهِ سِنٌَّ) السَّنُّ هِيَ الْمَعْرُوفَةُ، ثُمَّ سُمِّيَ بِهَا صَاحِبُهَا كَالثَّابِ لِلْمُسِنَّةِ مِنَ الثُّوْقِ، ثُمَّ أُسْتَعِيرَتْ لغيرِهِ كَابْنِ الْمَخَاضِ وَابْنِ اللَّبُونِ، وَذَكَرُ السَّنِّ وَإِرَادَةُ ذَاتِ السَّنِّ إِنَّمَا يَكُونُ فِي الْحَيَوَانِ لَا فِي الْإِنْسَانِ لِأَنَّ عُمَرَ الْحَيَوَانِ يُعْرَفُ بِالسَّنِّ. قَوْلُهُ (وَمَنْ وَجَبَ عَلَيْهِ سِنٌَّ) صُورَةُ الْمَسْأَلَةِ: رَجُلٌ وَجَبَ عَلَيْهِ بِنْتُ لَبُونٍ وَلَمْ تَوْجَدْ عِنْدَهُ يَأْخُذُ الْمَصْدَقَ الْحَقَّةَ وَيَرُدُّ الْفَضْلَ، أَوْ وَجَبَ عَلَيْهِ الْحَقَّةُ وَلَمْ تَوْجَدْ يَأْخُذُ بِنْتُ اللَّبُونِ وَيَأْخُذُ الْفَضْلَ.

قَالَ فِي النَّهَايَةِ: ظَاهِرُ مَا ذُكِرَ فِي الْكِتَابِ يَدُلُّ عَلَى أَنَّ الْخِيَارَ لِلْمَصْدَقِ وَهُوَ الَّذِي يَأْخُذُ الصَّدَقَاتِ، وَلَكِنَّ الصَّوَابَ أَنَّ الْخِيَارَ إِلَى مَنْ عَلَيْهِ الْوَاجِبُ لِأَنَّ الْخِيَارَ شَرْعٌ رِفْقًا بِمَنْ عَلَيْهِ الْوَاجِبُ، وَالرَّفْقُ إِنَّمَا يَتَحَقَّقُ بِتَخْيِيرِهِ، فَكَأَنَّهُ أَرَادَ بِهِ إِذَا سَمَحَتْ نَفْسُ

مَنْ عَلَيْهِ، إِذِ الظَّاهِرُ مِنْ حَالِ الْمُسْلِمِ أَنَّهُ يَخْتَارُ مَا هُوَ الْأَرْفَقُ بِالْفُقَرَاءِ.
وَأَقُولُ: ظَاهِرُ مَا ذَكَرَ فِي الْكِتَابِ لَا يَدُلُّ عَلَى ذَلِكَ وَإِنَّمَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّ الْخِيَارَ
فِي الْوَجْهِ الْأَوَّلِ لِلْمُصَدِّقِ حَيْثُ قَالَ لَهُ أَنْ لَا يَأْخُذَ وَيُطَالِبَ بَعَيْنِ الْوَاجِبِ أَوْ بَقِيمَتِهِ
لَأَنَّهُ شِرَاءٌ، وَفِي الْوَجْهِ الثَّانِي لِمَنْ عَلَيْهِ حَيْثُ قَالَ يُجْبَرُ لِأَنَّهُ لَا يَتَّعَ فِيهِ بَلْ هُوَ إِعْطَاءٌ
بِالْقِيَمَةِ، وَلَا بُعْدَ فِي أَنْ يَكُونَ مُخْتَارُ الْمُصَنِّفِ التَّفْضِيلَ بِنَاءً عَلَى مَا ذَكَرَ مِنَ الدَّلِيلِ،
هَذَا إِذَا أَرَادَ بِالْكِتَابِ الْهَدَايَةَ، وَإِنْ أَرَادَ بِهِ الْقُدُورِيَّ فَالظَّاهِرُ مِنْهُ لَيْسَ بِمُرَادٍ كَمَا اسْتَدَلَّ
عَلَيْهِ الْمُصَنِّفُ بِنَاءً عَلَى مَا ذَكَرَ، وَفِي قَوْلِهِ وَرَدَّ الْفَضْلُ إِشَارَةً إِلَى نَفْيِ مَذْهَبِ الشَّافِعِيِّ
وَهُوَ أَنَّ جُبْرَانَ مَا بَيْنَ السَّنِينَ مُقَدَّرٌ عِنْدَهُ بِشَاتَيْنِ أَوْ عَشْرِينَ دِرْهَمًا لقوله ﷺ «مَنْ
وَجَبَ فِي إِبْلِهِ بِنْتُ لُبُونٍ فَلَمْ يَجِدْ الْمُصَدِّقَ إِلَّا حَقَّةً أَخَذَهَا وَرَدَّ شَاتَيْنِ أَوْ عَشْرِينَ
دِرْهَمًا فَمَا اسْتَيْسَرَكَ عَلَيْهِ، وَإِنْ لَمْ يَجِدْ إِلَّا بِنْتَ مَخَاضٍ أَخَذَهَا وَأَخَذَ شَاتَيْنِ أَوْ
عَشْرِينَ دِرْهَمًا فَمَا اسْتَيْسَرَكَ عَلَيْهِ» وَعِنْدَنَا ذَلِكَ بِحَسَبِ الْعَلَاءِ وَالرُّخْصِ، وَإِنَّمَا قَالَ
عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ ذَلِكَ لِأَنَّ التَّفَاوُتَ مَا بَيْنَ السَّنِينَ فِي زَمَانِهِ كَانَ ذَلِكَ الْقَدْرَ لَا أَنَّهُ
تَقْدِيرٌ شَرْعِيٌّ، وَكَيْفَ ذَلِكَ وَرُبَّمَا يُؤَدِّي إِلَى الْإِضْرَارِ بِالْفُقَرَاءِ أَوْ الْإِجْحَافِ بِأَرْبَابِ
الْأَمْوَالِ، لِأَنَّهُ إِذَا أَخَذَ الْحَقَّةَ وَرَدَّ شَاتَيْنِ فَرُبَّمَا تَكُونُ قِيمَتُهُمَا قِيَمَةَ الْحَقَّةِ فَيَصِيرُ تَارِكًا
لِلزَّكَاةِ عَلَيْهِ مَعْنَى وَهُوَ إِضْرَارٌ بِالْفُقَرَاءِ، وَإِذَا أَخَذَ بِنْتَ مَخَاضٍ وَشَاتَيْنِ فَقَدْ تَكُونُ
قِيمَتُهُمَا قِيَمَةَ بِنْتِ اللَّبُونِ فَيَكُونُ أَخِذًا لِلزَّكَاةِ مِنْهَا وَابْتِنَاءً الْمَخَاضِ تَكُونُ زِيَادَةً وَفِيهِ
إِجْحَافٌ بِأَرْبَابِ الْأَمْوَالِ.

(وَيَجُوزُ دَفْعُ الْقِيَمِ فِي الزَّكَاةِ) عِنْدَنَا وَكَذَا فِي الْكَفَّارَاتِ وَصَدَقَةِ الْفِطْرِ وَالْعُشْرِ
وَالنَّذْرِ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا يَجُوزُ اتِّبَاعًا لِلْمَنْصُوصِ كَمَا فِي الْهَدَايَا وَالضَّحَايَا. وَلَنَا أَنَّ
الْأَمْرَ بِالْأَدَاءِ إِلَى الْفَقِيرِ إِيصَالًا لِلرِّزْقِ الْمَوْعُودِ إِلَيْهِ فَيَكُونُ إِبْطَالًا لِقَيْدِ الشَّاءِ وَصَارَ
كَالْجَزِيَّةِ، بِخِلَافِ الْهَدَايَا لِأَنَّ الْقُرْبَةَ فِيهَا إِرَاقَةُ الدِّمِّ وَهُوَ لَا يُعْقَلُ. وَوَجْهُ الْقُرْبَةِ فِي
الْمُتَنَازَعِ فِيهِ سَدُّ خَلَّةِ الْمَحْتَاجِ وَهُوَ مَعْقُولٌ.

الشرح:

قَالَ (وَيَجُوزُ دَفْعُ الْقِيَمِ فِي الزَّكَاةِ) أَدَاءُ الْقِيَمَةِ مَكَانَ الْمَنْصُوصِ عَلَيْهِ فِي
الزَّكَوَاتِ وَالصَّدَقَاتِ وَالْعُشُورِ وَالْكَفَّارَاتِ جَائِزٌ، لَا عَلَى أَنَّ الْقِيَمَةَ بَدَلٌ عَنِ الْوَاجِبِ

لأنَّ الْمَصِيرَ إِلَى الْبَدَلِ إِنْ مَا يَجُوزُ عِنْدَ عَدَمِ الْقُدْرَةِ عَلَى الْأَصْلِ وَأَدَاءِ الْقِيَمَةِ مَعَ وُجُودِ عَيْنِ الْمَنْصُوصِ عَلَيْهِ فِي مِلْكِهِ جَائِزٌ فَكَانَ الْوَاجِبُ عِنْدَنَا أَحَدَهُمَا، إِمَّا الْعَيْنُ أَوْ الْقِيَمَةُ (وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا يَجُوزُ اتِّبَاعًا لِلْمَنْصُوصِ) وَهُوَ قَوْلُهُ ﷺ «فِي أَرْبَعِينَ شَأَنًا شَأَنًا» كَمَا فِي الْهَدَايَا وَالضَّحَايَا. وَقَوْلُهُ (إِصْصَالًا لِلرِّزْقِ الْمَوْعُودِ) مَفْعُولٌ لَهُ وَخَيْرٌ إِنَّ مَحْذُوفٌ: أَيُّ ثَابِتٌ أَوْ نَحْوُهُ. وَرَوَى إِصْصَالٌ فَهُوَ خَيْرٌ إِنَّ، فَعَلَى النُّسخَةِ الْأُولَى تَقْرِيرُ كَلَامِهِ الْأَمْرُ بِأَدَاءِ الزَّكَاةِ إِلَى الْفَقِيرِ بِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَأَتُوا الزَّكَاةَ﴾ [البقرة: ٤٣] لِإِصْصَالِ الرِّزْقِ الْمَوْعُودِ بِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَمَا مِنْ دَابَّةٍ فِي الْأَرْضِ إِلَّا عَلَى اللَّهِ رِزْقُهَا﴾ [هود: ٦] ثَابِتٌ فِي الْوَاقِعِ، وَالْأَمْرُ بِذَلِكَ يُبْطِلُ تَعْيِينَ الشَّيْءِ، فَالْثَّابِتُ فِي الْوَاقِعِ يُبْطِلُ تَعْيِينَ الشَّيْءِ، أَمَّا ثُبُوتُ ذَلِكَ فِي الْوَاقِعِ فَلأنَّ اللَّهَ تَعَالَى وَعَدَ أَرْزَاقَهُمْ ثُمَّ أَمَرَهُمْ بِإِتْيَاءِ مَا أَوْجَبَ عَلَيْهِمْ إِنْجَازًا لِلْوَعْدِ كَمَا دَلَّتْ عَلَيْهِ الْآيَاتَانِ، وَأَمَّا أَنَّ الْأَمْرَ بِذَلِكَ يُبْطِلُ تَعْيِينَ الشَّيْءِ فَلأنَّ الْمَأْمُورَ بِهِ قُرْبَةٌ أَبْتَنَى.

وَوَجْهُ الْقُرْبَةِ فِي الزَّكَاةِ سَدُّ خَلَّةِ الْمُحْتَاجِ وَهِيَ مَعَ كَثَرَتِهَا وَاخْتِلَافِهَا لَا تَنْسَدُ بِعَيْنِ الشَّيْءِ فَكَانَ إِذْنَا بِالِاسْتِبْدَالِ عَلَى مَا عُرِفَ فِي الْأُصُولِ، وَفِي ذَلِكَ إِبْطَالُ قَيْدِ الشَّيْءِ وَيَحْصُلُ بِهِ الرِّزْقُ الْمَوْعُودُ وَغَيْرُهُ، وَعَلَى الثَّانِيَةِ الْأَمْرُ بِالْأَدَاءِ إِلَى الْفَقِيرِ إِصْصَالٌ لِلرِّزْقِ الْمَوْعُودِ إِلَيْهِ وَإِصْصَالُ ذَلِكَ إِلَيْهِ إِبْطَالٌ لِقَيْدِ الشَّيْءِ لأنَّ الرِّزْقَ لَمْ يَنْحَصِرْ فِي أَكْلِ اللَّحْمِ فَكَانَ إِذْنَا فِي الْاسْتِبْدَالِ إلخ، وَكَانَ هَذَا كَالْجُزْئِيَةِ فِي أَهْلِهَا وَجَبَتْ لِكِفَايَةِ الْمُقَاتِلَةِ، وَيَجُوزُ فِيهَا دَفْعُ الْقِيَمَةِ بِالْإِجْمَاعِ، بِخِلَافِ الْهَدَايَا وَالضَّحَايَا فَإِنَّ الْقُرْبَةَ فِيهَا إِرَاقَةُ الدَّمِ، حَتَّى لَوْ هَلَكَ بَعْدَ الذَّبْحِ قَبْلَ التَّصَدُّقِ بِهِ لَمْ يَلْزَمُهُ شَيْءٌ وَهِيَ لَيْسَتْ بِمُتَقَوِّمَةٍ وَلَا مَعْقُولَةٍ الْمَعْنَى.

(وَلَيْسَ فِي الْعَوَامِلِ وَالْحَوَامِلِ وَالْعُلُوفَةِ صَدَقَةٌ) خِلَافًا لِمَالِكٍ. لَهُ ظَوَاهِرُ النُّصُوصِ. وَلَنَا قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «لَيْسَ فِي الْحَوَامِلِ وَالْعَوَامِلِ وَلَا فِي الْبَقَرِ الْمُثِيرَةِ صَدَقَةٌ»، وَلأنَّ السَّبَبَ هُوَ الْمَالُ النَّامِي وَدَلِيلُهُ الْإِسَامَةُ أَوْ الْإِعْدَادُ لِلتَّجَارَةِ وَلَمْ يَوْجَدْ، وَلأنَّ فِي الْعُلُوفَةِ تَتَرَاكُمُ الْمُؤَنَةُ فَيَنْعَدِمُ النَّمَاءُ مَعْنَى. ثُمَّ السَّائِمَةُ هِيَ الَّتِي تَكْتَفِي بِالرُّعْيِ فِي أَكْثَرِ الْحَوْلِ حَتَّى لَوْ عُلِفَهَا نِصْفَ الْحَوْلِ أَوْ أَكْثَرَ كَانَتْ عُلُوفَةً لأنَّ الْقَلِيلَ تَابِعٌ لِلْأَكْثَرِ.

الشرح:

قَالَ (وَلَيْسَ فِي الْعَوَامِلِ وَالْحَوَامِلِ وَالْعُلُوفَةِ صَدَقَةٌ) الْعُلُوفَةُ يَفْتَحُ الْعَيْنَ مَا يَعْلِفُونَ مِنَ الْعَنَمِ وَغَيْرِهِ، الْوَاحِدُ وَالْجَمْعُ سَوَاءٌ، مِنْ عَلَفَ الدَّابَّةُ أَطْعَمَهَا الْعَلَفَ، وَالْعُلُوفَةُ بِالضَّمِّ جَمْعُ عَلَفَ. قَوْلُهُ (لَهُ ظَوَاهِرُ التُّصَوُّصِ) يَعْنِي قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿ خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً ﴾ [التوبة: ١٠٣] وَقَوْلُهُ ﷺ: «خُذْ مِنَ الْإِبِلِ إِبِلًا، وَفِي أَرْبَعِينَ شَاةً شَاةً» وَغَيْرَ ذَلِكَ مِمَّا فِيهِ كَثْرَةٌ.

وَلَنَا حَدِيثُ عَلِيٍّ ؓ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: «لَيْسَ فِي الْإِبِلِ الْحَوَامِلِ صَدَقَةٌ» وَحَدِيثُ ابْنِ عَبَّاسٍ عَنْهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «لَيْسَ فِي الْبَقَرِ الْعَوَامِلِ صَدَقَةٌ» وَحَدِيثُ جَابِرٍ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ «لَيْسَ فِي الْبَقَرِ الْمُثِيرَةِ صَدَقَةٌ» وَهُوَ مَذْهَبُ عَلِيٍّ وَجَابِرٍ وَابْنِ عَبَّاسٍ وَمُعَاذٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ، وَلَأَنَّ السَّبَبَ هُوَ الْمَالُ النَّامِي وَهَذِهِ الْأَمْوَالُ لَيْسَتْ بِنَامِيَةٍ لَأَنَّ دَلِيلَ النَّمَاءِ الْإِسَامَةُ أَوْ الْإِعْدَادُ لِلتَّجَارَةِ وَالْفَرَضُ عَدَمُهُمَا، وَإِذَا انْتَفَى السَّبَبُ انْتَفَى الْحُكْمُ. وَقَوْلُهُ (وَلَأَنَّ فِي الْعُلُوفَةِ) أَيُّ وَلَأَنَّ السَّبَبَ هُوَ الْمَالُ النَّامِي، وَلَا نَمَاءَ فِي هَذِهِ الْأَمْوَالِ لَأَنَّ الْمُؤَنَةَ تَتَرَاكُمُ فِيهَا فَيَنْعَدِمُ النَّمَاءُ مَعْنَى.

وَفِيهِ بَحْثٌ مِنْ وَجْهَيْنِ: أَحَدُهُمَا أَنَّكُمْ أَبْطَلْتُمْ إِطْلَاقَ الْكِتَابِ بِخَبَرِ الْوَاحِدِ وَهُوَ لَا يَجُوزُ عِنْدَكُمْ لِكَوْنِهِ نَسَخًا وَحَمَلْتُمْ الْمُطْلَقَ فِي الْأَخْبَارِ عَلَى الْمُقَيَّدِ وَهُوَ أَيْضًا لَا يَجُوزُ عِنْدَكُمْ. وَالثَّانِي أَنَّ دَلِيلَ النَّمَاءِ الْإِسَامَةُ أَوْ الْإِعْدَادُ لِلتَّجَارَةِ كَمَا ذَكَرْتُمْ، وَتَرَاكُمُ الْمُؤَنَةُ لَا يُبْطِلُ النَّمَاءَ بِالْإِعْدَادِ لِلتَّجَارَةِ، فَإِنَّ مَنْ اشْتَرَى خَمْسًا مِنَ الْإِبِلِ بِنِيَّةِ التَّجَارَةِ وَعَلَفَهَا جَمِيعَ السَّنَةِ وَجَبَتْ عَلَيْهِ الزَّكَاةُ فِي آخِرِ السَّنَةِ فَمَا بَالُهُ أَبْطَلَ النَّمَاءَ بِالْإِسَامَةِ؟ وَالْجَوَابُ عَنْ الْأَوَّلِ أَنَّ الْإِطْلَاقَ لَيْسَ عَلَى ظَاهِرِهِ بِالْإِجْمَاعِ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ مُطْلَقٌ عَنْ حَوْلَانِ الْحَوْلِ وَلَا يَجِبُ إِلَّا بِهِ فَكَانَتْ الْآيَةُ لَيَّانٍ وَجُوبِ الْأَخْذِ وَهِيَ فِيمَا عَدَاهُ مُجْمَلٌ لِحَقِّ الْأَخْبَارِ بَيَانًا لَذَلِكَ، وَلَمْ يُحْمَلِ الْمُطْلَقُ عَلَى الْمُقَيَّدِ وَإِنَّمَا جَعَلْنَا الْمُقَيَّدَ مُتَأَخِّرًا لَعَلَّا يَلْزَمُ النَّسْخُ مَرَّتَيْنِ، فَإِنَّ الْأَصْلَ فِيهِ هُوَ الْإِطْلَاقُ لِكَوْنِهِ عَدَمًا، فَلَوْ قَدَمْنَا الْمُقَيَّدَ نَسَخَ الْإِطْلَاقَ، ثُمَّ الْمُطْلَقُ يَنْسَخُهُ فَعَكْسَنَاهُ دَفْعًا لَذَلِكَ.

وَعَنِ الثَّانِي بِأَنَّ الْإِسَامَةَ وَالْعَلَفَ مُتَضَادَّانِ، فَإِذَا وَجَدَ الْعَلَفُ انْتَفَى الْإِسَامَةُ وَلَا كَذَلِكَ التَّجَارَةُ (ثُمَّ السَّائِمَةُ هِيَ الَّتِي تَكْتَفِي بِالرَّغْيِ فِي أَكْثَرِ الْحَوْلِ حَتَّى لَوْ عَلَفَهَا

نِصْفَ الْحَوْلِ أَوْ أَكْثَرَ كَانَتْ عُلُوفَةً) أَمَّا فِي الْأَكْثَرِ فَلَأَنَّ الْقَلِيلَ تَابِعٌ لِلْأَكْثَرِ لِأَنَّ أَصْحَابَ السَّوَائِمِ لَا يَجِدُونَ بُدًّا مِنْ أَنْ يَغْلُقُوا سَوَائِمَهُمْ فِي وَقْتِ كِبَرٍ وَتَلَجٍ كَمَا فِي الْبِلَادِ الْبَارِدَةِ، وَأَمَّا فِي النِّصْفِ فَلَأَنَّهُ وَقَعَ الشُّكُّ فِي ثُبُوتِ سَبَبِ الْإِيحَابِ فَلَا تَجِبُ، فَلَا تُرَجِّحُ جِهَةُ الْوُجُوبِ بِجِهَةِ الْعِبَادَةِ لِأَنَّ التَّرْجِيحَ إِنَّمَا يَكُونُ بَعْدَ ثُبُوتِ السَّبَبِ.

قَالَ فِي النِّهَايَةِ: ثُمَّ هَذَا الَّذِي ذَكَرَهُ مِنَ الْإِسَامَةِ فِي حَقِّ إِيحَابِ زَكَاةِ السَّوَائِمِ إِنَّمَا يَصِحُّ أَنْ لَوْ كَانَتْ الْإِسَامَةُ لِلدَّرِّ وَالنَّسْلِ وَالتَّسْمِينِ، وَأَمَّا الْإِسَامَةُ لِلتَّجَارَةِ فَلَا يَجِبُ فِيهَا زَكَاةُ السَّائِمَةِ، وَكَذَلِكَ فِي الْإِسَامَةِ لِلْحَمْلِ وَالرُّكُوبِ.

(وَلَا يَأْخُذُ الْمَصْدَقُ خِيَارَ الْمَالِ وَلَا رِذَالَتَهُ وَيَأْخُذُ الْوَسْطُ) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ

وَالسَّلَامُ: «لَا تَأْخُذُوا مِنْ حَزَرَاتِ أَمْوَالِ النَّاسِ» أَيِ كَرَائِمِهَا «وَأَخْذُوا مِنْ حَوَاشِي أَمْوَالِهِمْ» أَيِ أَوْسَاطِهَا وَلِأَنَّ فِيهِ نَظَرًا مِنَ الْجَانِبَيْنِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلَا يَأْخُذُ الْمَصْدَقُ خِيَارَ الْمَالِ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (مِنْ حَزَرَاتِ أَمْوَالِ النَّاسِ) الْحَزَرَاتُ بِالْحَاءِ الْمُهْمَلَةِ وَالزَّايِ الْمُعْجَمَةِ وَالْفَتْحَاتِ جَمْعُ حَزْرَةٍ بِالتَّحْرِيكِ وَهُوَ خِيَارُ الْمَالِ، وَالْحَاشِيَةُ صِغَارُ الْإِبِلِ لَا كِبَارُ فِيهَا. وَذَكَرَ فِي الْمَغْرِبِ: خُذْ مِنْ حَوَاشِي أَمْوَالِهِمْ: أَيِ مِنْ غُرْضِهَا: يَعْنِي مِنْ جَانِبٍ مِنْ جَوَانِبِهَا مِنْ غَيْرِ اخْتِيَارٍ، وَهِيَ فِي الْأَصْلِ جَمْعُ حَاشِيَةِ الثُّوبِ وَغَيْرِهِ لِحَانِيهِ، وَتَفْسِيرُ الْمُصَنِّفِ بِقَوْلِهِ أَيِ أَوْسَاطِهَا غَيْرُ ذَلِكَ، وَهُوَ الْحَقُّ لِقَوْلِهِ وَلِأَنَّ فِيهِ نَظَرًا مِنَ الْجَانِبَيْنِ.

قَالَ (وَمَنْ كَانَ لَهُ نِصَابٌ فَاسْتَفَادَ فِي أَثْنَاءِ الْحَوْلِ مِنْ جِنْسِهِ ضَمَّهُ إِلَيْهِ وَزَكَاهُ

بِهِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا يُضْمُّ لِأَنَّهُ أَصْلٌ فِي حَقِّ الْمَلِكِ فَكَذَا فِي وَظِيفَتِهِ، بِخِلَافِ الْأَوْلَادِ وَالْأَرْبَاحِ لِأَنَّهَا تَابِعَةٌ فِي الْمَلِكِ حَتَّى مَلَكَتْ بِمِلْكِ الْأَصْلِ. وَلَنَا أَنَّ الْمُجَانَسَةَ هِيَ الْعِلَّةُ فِي الْأَوْلَادِ وَالْأَرْبَاحِ لِأَنَّ عِنْدَهُمَا يَتَعَسَّرُ الْمِيزُ فَيَعَسَّرُ اعْتِبَارُ الْحَوْلِ لِكُلِّ مُسْتَفَادٍ، وَمَا شَرَطُ الْحَوْلِ إِلَّا لِلتَّيْسِيرِ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ كَانَ لَهُ نِصَابٌ) الْمُسْتَفَادُ عَلَى ضَرِيئَيْنِ مِنْ جِنْسِ الْأَصْلِ وَمِنْ خِلَافِ جِنْسِهِ، وَالثَّانِي لَا يُضْمُّ بِالِاتِّفَاقِ كَمَا إِذَا كَانَ لَهُ إِبِلٌ فَاسْتَفَادَ فِي أَثْنَاءِ الْحَوْلِ بَقَرًا أَوْ

غَنَمًا وَإِنَّمَا يُسْتَأْنَفُ لَهُ حَوْلٌ بِذَاتِهِ، وَالْأَوَّلُ لَا يَخْلُو إِمَّا أَنْ يَكُونَ حَاصِلًا بِسَبَبِ الْأَصْلِ كَالْأَوْلَادِ وَالْأَرْبَاحِ أَوْ بِسَبَبِ مَقْصُودٍ، فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ يُضَمُّ بِالْإِجْمَاعِ، وَإِنْ كَانَ الثَّانِي مِثْلَ أَنْ يَكُونَ عِنْدَ رَجُلٍ مَقْدَارُ مَا تَجِبُ فِيهِ الزَّكَاةُ مِنْ سَائِمَةٍ فَاسْتِفَادَ مِنْ ذَلِكَ الْجِنْسِ فِي خِلَالِ الْحَوْلِ بِشِرَاءٍ أَوْ هِبَةٍ أَوْ مِيرَاثٍ ضَمَّهَا وَزَكَّى كُلَّهَا عِنْدَ تَمَامِ الْحَوْلِ عِنْدَنَا. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يُسْتَأْنَفُ لَهُ حَوْلٌ جَدِيدٌ مِنْ حِينَ مَلَكَهُ، فَإِذَا تَمَّ الْحَوْلُ وَجَبَ فِيهِ الزَّكَاةُ نَصَابًا كَانَ أَوْ لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنَّهُ أَصْلٌ فِي حَقِّ الْمَلِكِ لِحُصُولِهِ بِسَبَبِ غَيْرِ سَبَبِ الْأَصْلِ، وَكُلُّ مَا كَانَ كَذَلِكَ كَانَ أَصْلًا فِي الْوُظَيْفَةِ كَالْمُسْتَفَادِ مِنْ خِلَافِ الْجِنْسِ (بِخِلَافِ الْأَوْلَادِ وَالْأَرْبَاحِ لِأَنَّهَا تَابِعَةٌ لِلْمَلِكِ حَتَّى مُلِكْتَ بِمَلِكِ الْأَصْلِ) دُونَ سَبَبِ مَقْصُودٍ (وَلَنَا أَنَّ الْمُجَانِسَةَ هِيَ الْعِلَّةُ فِي الْأَوْلَادِ وَالْأَرْبَاحِ لِأَنَّ عِنْدَهَا) يَعْنِي عِنْدَ الْمُجَانِسَةِ (يَتَعَسَّرُ الْمِيزُ) لِأَنَّ الْمُسْتَفَادَ مِمَّا يَكْثُرُ وَجُودُهُ لِكَثْرَةِ أَسْبَابِهِ (فَيَعَسَّرُ اعْتِبَارُ الْحَوْلِ لِكُلِّ مُسْتَفَادٍ) لِأَنَّ مُرَاعَاتَهُ فِيهِ إِثْمًا تَكُونُ بَعْدَ ضَبْطِ كَمِّيَّتِهِ وَكَيْفِيَّتِهِ وَزَمَانِ تَجَدُّدِهِ وَفِي ذَلِكَ حَرَجٌ لَا سِيَّمَا إِذَا كَانَ النَّصَابُ دَرَاهِمَ وَهُوَ صَاحِبُ غَلَّةٍ يَسْتَفِيدُ كُلَّ يَوْمٍ دِرْهَمًا أَوْ دِرْهَمَيْنِ، وَالْحَوْلُ مَا شَرِطَ إِلَّا تَيْسِيرًا، فَلَوْ شَرَطْنَا لَهُ حَوْلًا جَدِيدًا عَادَ عَلَى مَوْضُوعِهِ بِالنَّقْضِ، وَإِذَا ثَبَتَ أَنَّ عِلَّةَ الضَّمِّ فِي الْأَوْلَادِ وَالْأَرْبَاحِ الْمُجَانِسَةِ وَهِيَ مَوْجُودَةٌ فِي مَحَلِّ التَّرَاجُعِ وَجَبَ الْقَوْلُ بِثُبُوتِ الْحُكْمِ فِيهِ.

فَإِنْ قِيلَ: قَدْ مَرَّ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: «لَيْسَ فِي مَالٍ زَكَاةٌ حَتَّى يَحُولَ عَلَيْهِ الْحَوْلُ» وَعَلَى تَقْدِيرِ الضَّمِّ يَجِبُ الزَّكَاةُ بِلَا حَوْلٍ. أُجِيبَ بِأَنَّا مَا أَسْقَطْنَا الْحَوْلَ وَإِنَّمَا جَعَلْنَا حَوْلَانَ الْحَوْلِ عَلَى الْأَصْلِ حَوْلَانًا عَلَى الْمُسْتَفَادِ تَيْسِيرًا.

فَإِنْ غُورِضَ بِأَنَّ الْحُكْمَ فِي الْأَوْلَادِ وَالْأَرْبَاحِ بِطَرِيقِ السَّرَايَةِ فَلَا يَثْبُتُ الْحُكْمُ فِي مَحَلِّ التَّرَاجُعِ. قُلْنَا: مَمْنُوعٌ، فَإِنَّ هَذَا الْحُكْمَ قَدْ ثَبَتَ فِي الْأُمّهَاتِ بِالْأَوْلَادِ، فَإِنْ مَنْ كَانَتْ لَهُ مِائَةٌ وَعِشْرُونَ شَاةً فَوَلَدَتْ وَاحِدَةً قَبْلَ الْحَوْلِ فَتَمَّ الْحَوْلُ وَجَبَ عَلَيْهِ شَاتَانِ، فَكَانَ الْوُجُوبُ عَلَى الْأُمِّ وَغَيْرِهَا بِسَبَبِ الْوَلَدِ فَتَيَيَّنَ أَنَّهُ لَمْ يَكُنْ بِطَرِيقِ السَّرَايَةِ.

قَالَ (وَالزَّكَاةُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ فِي النَّصَابِ دُونَ الْعَفْوِ) وَقَالَ مُحَمَّدٌ وَزَفَرٌ فِيهِمَا: حَتَّى لَوْ هَلَكَ الْعَفْوُ وَبَقِيَ النَّصَابُ بَقِيَ كُلُّ الْوَاجِبِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ، وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ وَزَفَرٍ يَسْقُطُ بِقَدْرِهِ. لِمُحَمَّدٍ وَزَفَرٍ أَنَّ الزَّكَاةَ وَجِبَتْ شُكْرًا لِنِعْمَةِ

المال والكلُ نعمة.

وَلَهُمَا قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «فِي خَمْسٍ مِنَ الْإِبِلِ السَّائِمَةِ شَاةٌ وَلَيْسَ فِي الزِّيَادَةِ شَيْءٌ حَتَّى تَبْلُغَ عَشْرًا» وَهَكَذَا قَالَ فِي كُلِّ نِصَابٍ، وَنَفَى الْوُجُوبَ عَنِ الْعَفْوِ، وَلَأَنَّ الْعَفْوَ تَبَعَ لِلنِّصَابِ، فَيُصْرَفُ الْهَلَاكُ أَوَّلًا إِلَى التَّبَعِ كَالرَّبْحِ فِي مَالِ الْمُضَارِبَةِ. وَهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: يُصْرَفُ الْهَلَاكُ بَعْدَ الْعَفْوِ إِلَى النِّصَابِ الْأَخِيرِ ثُمَّ إِلَى الَّذِي يَلِيهِ إِلَى أَنْ يَنْتَهِيَ، لَأَنَّ الْأَصْلَ هُوَ النِّصَابُ الْأَوَّلُ وَمَا زَادَ عَلَيْهِ تَابِعٌ. وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ يُصْرَفُ إِلَى الْعَفْوِ أَوَّلًا ثُمَّ إِلَى النِّصَابِ شَائِعًا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَالزَّكَاةُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ) صَوْرَتُهُ ظَاهِرَةٌ فَإِنْ مَنْ كَانَ لَهُ تِسْعٌ مِنَ الْإِبِلِ حَالَ عَلَيْهَا الْحَوْلُ فَهَلَكَ مِنْهَا أَرْبَعٌ فَعَلَيْهِ فِي الْبَاقِي شَاةٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ وَزُفَرَ عَلَيْهِ خَمْسَةٌ أُنْسَاعٍ شَاةٌ، وَكَذَلِكَ الدَّلِيلُ مِنَ الْجَانِبَيْنِ (وَقَوْلُهُ وَلَأَنَّ الْعَفْوَ) يَعْنِي أَنَّ الْعَفْوَ لَا يَثْبُتُ إِلَّا بَعْدَ وُجُودِ النِّصَابِ فَكَانَ تَابِعًا، وَكُلُّ مَالٍ اشْتَمَلَ عَلَى أَصْلٍ وَتَبَعَ ثُمَّ هَلَكَ مِنْهُ شَيْءٌ صُرِفَ الْهَلَاكُ إِلَى التَّبَعِ دُونَ الْأَصْلِ، كَمَالِ الْمُضَارِبَةِ إِذَا كَانَ فِيهِ رِبْحٌ فَهَلَكَ مِنْهُ شَيْءٌ فَإِنَّهُ يُصْرَفُ إِلَى الرِّبْحِ دُونَ رَأْسِ الْمَالِ بِالِاتِّفَاقِ. وَقَوْلُهُ (وَلِهَذَا) أَيُّ وَلِكَوْنِ الْهَلَاكِ يُصْرَفُ إِلَى التَّبَعِ (قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: يُصْرَفُ الْهَلَاكُ بَعْدَ الْعَفْوِ إِلَى النِّصَابِ الْأَخِيرِ إلخ) وَبَيَّانُ ذَلِكَ مَا إِذَا كَانَ لِرَجُلٍ أَرْبَعُونَ مِنَ الْإِبِلِ فَهَلَكَ مِنْهَا عِشْرُونَ فِي الْبَاقِي أَرْبَعٌ شِبَاهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: يَجِبُ فِيهَا عِشْرُونَ جُزْءًا مِنْ سِتَّةٍ وَثَلَاثِينَ جُزْءًا مِنْ بَنَتِ لِبُونٍ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ: يَجِبُ نِصْفُ بَنَتِ لِبُونٍ مَرَّةً عَلَى أَصْلِهِ أَنَّ الْوَاجِبَ مُتَعَلِّقٌ بِالْكُلِّ فَإِذَا هَلَكَ النِّصْفُ سَقَطَ نِصْفُ الْوَاجِبِ. وَلَأَبِي يُوسُفَ أَنَّ الْأَرْبَعَ عَفْوٌ وَبَقِيَ الْوَاجِبُ فِي سِتَّةٍ وَثَلَاثِينَ فَيَبْقَى الْوَاجِبُ بِقَدْرِ الْبَاقِي، وَلَأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الْهَلَاكَ يُجْعَلُ كَأَنَّهُ لَمْ يَكُنْ مِنْ قَبْلُ أَنَّهُ تَابِعٌ وَالنِّصَابُ الْأَوَّلُ هُوَ الْأَصْلُ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ عَجَّلَ الزَّكَاةَ عَنْ نِصْبٍ كَثِيرَةٍ وَفِي مِلْكِهِ نِصَابٌ وَاحِدٌ جَازَ فَتَبَّتْ أَنَّ النِّصَابَ الْأَوَّلَ أَصْلٌ وَمَا زَادَ كَالْتَّابِعِ، فَإِذَا هَلَكَ شَيْءٌ صُرِفَ الْهَلَاكُ إِلَى مَا هُوَ التَّابِعُ فَتَجِبُ زَكَاةُ الْعِشْرِينَ وَذَلِكَ أَرْبَعُ شِبَاهٍ.

(وَإِذَا أَخَذَ الْخَوَارِجُ الْخَرَاجَ وَصَدَقَتِ السَّوَائِمُ لَا يُثْنَى عَلَيْهِمْ) لِأَنَّ الْإِمَامَ لَمْ يَحْمِهِمُ وَالْجَبَايَةَ بِالْحِمَايَةِ، وَأَفْتَوْا بِأَنْ يُعِيدُوهَا دُونَ الْخَرَاجِ لِأَنَّهُمْ مَصَارِفُ الْخَرَاجِ لَكُونِهِمْ مُقَاتِلَةً، وَالزَّكَاةَ مَصْرِفُهَا الْفُقَرَاءُ وَهُمْ لَا يَصْرِفُونَهَا إِلَيْهِمْ. وَقِيلَ إِذَا نَوَى بِالدَّفْعِ التَّصَدُّقَ عَلَيْهِمْ سَقَطَ عَنْهُ، وَكَذَا الدَّفْعُ إِلَى كُلِّ جَائِزٍ لَأَنَّهُمْ بِمَا عَلَيْهِمْ مِنَ التَّيَبَعَاتِ فُقَرَاءُ، وَالْأَوَّلُ أَحْوَطُ.

الشرح:

قَالَ (إِذَا أَخَذَ الْخَوَارِجُ الْخَرَاجَ) الْخَوَارِجُ: قَوْمٌ مِنَ الْمُسْلِمِينَ خَرَجُوا عَنْ طَاعَةِ الْإِمَامِ الْعَدْلَ بِحَيْثُ يَسْتَحِلُّونَ قَتْلَ الْعَادِلِ وَمَالَهُ بِتَأْوِيلِ الْقُرْآنِ وَذَانُوا ذَلِكَ وَقَالُوا: مَنْ أَذْنَبَ صَغِيرَةً أَوْ كَبِيرَةً فَقَدْ كَفَرَ وَحَلَّ قَتْلُهُ إِلَّا أَنْ يَتُوبَ، وَتَمَسَّكُوا بِظَاهِرِ قَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَمَنْ يَعَصِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ فَإِنَّ لَهُ نَارَ جَهَنَّمَ خَالِدِينَ فِيهَا﴾ [الجن: ٢٣] فَإِذَا ظَهَرَ هَؤُلَاءِ عَلَى بَلَدَةٍ فِيهَا أَهْلُ الْعَدْلِ فَأَخَذُوا الْخَرَاجَ (وَصَدَقَتِ السَّوَائِمُ) ثُمَّ ظَهَرَ عَلَيْهِمُ الْإِمَامُ (لَا يُثْنَى عَلَيْهِمْ) أَيُّ لَا يَأْخُذُ مِنْهُمْ ثَانِيًا لِأَنَّ الْإِمَامَ لَمْ يَحْمِهِمُ وَالْجَبَايَةَ بِالْحِمَايَةِ كَتَبَ عُمَرُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ إِلَى عَامِلِهِ: إِنْ كُنْتُ لَا تَحْمِيهِمْ فَلَا تَجْبِيهِمْ مِنْ جَبَى الْخَرَاجِ جَبَايَةً إِذَا جَمَعَهُ (وَأَفْتَوْا بِأَنْ يُعِيدَهَا) يَعْنِي الصَّدَقَةَ (دُونَ الْخَرَاجِ) وَهُوَ اخْتِيَارُ أَبِي بَكْرٍ الْأَعْمَشِ (لَأَنَّهُمْ مَصَارِفُ الْخَرَاجِ لَكُونِهِمْ مُقَاتِلَةً) إِذَا ظَهَرَ عَدُوٌّ ذُبُّوا عَنْ دَارِ الْإِسْلَامِ، وَأَمَّا الصَّدَقَاتُ فَمَصْرِفُهَا الْفُقَرَاءُ وَهُمْ لَا يَصْرِفُونَهَا إِلَيْهِمْ. وَقِيلَ إِذَا نَوَى بِالدَّفْعِ التَّصَدُّقَ عَلَيْهِمْ يَسْقُطُ، وَهُوَ الْمَحْكِيُّ عَنْ الْفَقِيهِ أَبِي جَعْفَرٍ وَكَذَلِكَ الدَّفْعُ إِلَى كُلِّ جَائِزٍ. قَالَ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ لِقَاضِي خَانَ: وَكَذَلِكَ السُّلْطَانُ إِذَا صَادَرَ رَجُلًا وَأَخَذَ مِنْهُ أَمْوَالًا فَتَوَى صَاحِبُ الْمَالِ الزَّكَاةَ عِنْدَ الدَّفْعِ سَقَطَتْ عَنْهُ الزَّكَاةُ لِأَنَّهُمْ بِمَا عَلَيْهِمْ مِنَ التَّيَبَعَاتِ فُقَرَاءُ، فَإِنَّهُمْ إِذَا رَدُّوا أَمْوَالَهُمْ إِلَى مَنْ أَخَذَهَا مِنْهُمْ لَمْ يَبْقَ مَعَهُمْ شَيْءٌ، وَالتَّيَبَعَاتُ الْحُقُوقُ الَّتِي عَلَيْهِمْ كَالدِّيُونِ وَالْعُصُوبُ، وَالتَّبِعَةُ مَا أُتْبِعَ بِهِ.

وَقَوْلُهُ (وَالْأَوَّلُ أَحْوَطُ) أَيُّ الْإِفْتَاءِ بِإِعَادَةِ صَدَقَةِ السَّوَائِمِ، وَالْعُشُورِ أَحْوَطُ لِأَنَّ فِي ذَلِكَ خُرُوجًا عَنْ عَهْدَةِ الزَّكَاةِ بَيِّنِينَ. قِيلَ كَانَ فِي قَوْلِهِ وَصَدَقَتِ السَّوَائِمُ إِشَارَةً إِلَى مَا نَقَلَ التُّمَرْنَاشِيُّ عَنْ الشَّهِيدِ أَنَّ هَذَا فِي صِفَةِ الْأَمْوَالِ الظَّاهِرَةِ أَمَّا إِذَا صَادَرَهُ السُّلْطَانُ وَنَوَى هُوَ أَدَاءَ الزَّكَاةِ فَعَلَى قَوْلِ طَائِفَةٍ يَجُوزُ، وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ لِأَنَّهُ لَيْسَ لِلظَّالِمِ

وَلَايَةَ أَخْذِ زَكَاةِ الْأَمْوَالِ الْبَاطِنَةِ، وَالظَّاهِرِ مِنْ كَلَامِ الْمُصَنِّفِ الْعُمُومُ فِي الْأَمْوَالِ الظَّاهِرَةِ وَالْبَاطِنَةِ.

(وَلَيْسَ عَلَى الصَّبِيِّ مِنْ بَنِي تَغْلِبَ فِي سَائِمَتِهِ شَيْءٌ وَعَلَى الْمَرَأَةِ مِنْهُمْ مَا عَلَى الرَّجُلِ) لِأَنَّ الصُّلْحَ قَدْ جَرَى عَلَى ضِعْفٍ مَا يُؤْخَذُ مِنَ الْمُسْلِمِينَ وَيُؤْخَذُ مِنْ نِسَاءِ الْمُسْلِمِينَ دُونَ صِبْيَانِهِمْ

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلَيْسَ عَلَى الصَّبِيِّ مِنْ بَنِي تَغْلِبَ فِي سَائِمَتِهِ شَيْءٌ) وَبَنُو تَغْلِبَ قَوْمٌ مِنْ نَصَارَى الْعَرَبِ كَانُوا يَقْرُبُ الرُّومَ، فَلَمَّا أَرَادَ عُمَرُ رضي الله عنه أَنْ يُوظَّفَ عَلَيْهِمُ الْجَزِيَّةَ أَبَوْا وَقَالُوا: نَحْنُ مِنَ الْعَرَبِ نَأْتِي مِنْ أَدَاءِ الْجَزِيَّةِ، فَإِنْ وَظَّفْتَ عَلَيْنَا الْجَزِيَّةَ لِحَقِّنَا بِأَعْدَائِكَ مِنَ الرُّومِ، وَإِنْ رَأَيْتَ أَنْ تَأْخُذَ مِنَّا مَا يَأْخُذُ بَعْضُكُمْ مِنْ بَعْضٍ وَتُضَعِّفَهُ عَلَيْنَا فَعَلْنَا ذَلِكَ، فَشَاوَرَ عُمَرُ الصُّحَابَةَ فِي ذَلِكَ وَكَانَ الَّذِي يَسْعَى بَيْنَهُ وَبَيْنَهُمْ كُرْدُوسُ التَّغْلِبِيِّ قَالَ: يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ صَلَاحُهُمْ فَإِنَّكَ إِنْ تُنَاجِزَهُمْ لَمْ تُطَقِّهِمْ، فَصَالَحَهُمْ عُمَرُ عَلَى ذَلِكَ وَقَالَ: هَذِهِ جَزِيَّةٌ وَسَمُوهَا مَا شِئْتُمْ، فَوَقَعَ الصُّلْحُ عَلَى أَنْ يَأْخُذَ مِنْهُمْ ضِعْفٌ مَا يُؤْخَذُ مِنَ الْمُسْلِمِينَ، وَلَمْ يَتَعَرَّضْ لِهَذَا الصُّلْحِ بَعْدَهُ عُثْمَانُ رضي الله عنه فَلَزِمَ أَوَّلَ الْأُمَّةِ وَآخِرَهُمْ، وَإِذَا عُرِفَ هَذَا فَمَا فِي الْكِتَابِ ظَاهِرٌ وَهُوَ ظَاهِرُ الرَّوَايَةِ.

وَرَوَى الْحَسَنُ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ لَا يُؤْخَذُ مِنْ نِسَائِهِمْ لِأَنَّهُ بَدَلُ الْجَزِيَّةِ وَلَا جَزِيَّةٌ عَلَى النِّسَاءِ. وَوَجْهُ الظَّاهِرِ مَا أَشَارَ إِلَيْهِ فِي الْكِتَابِ أَنَّهُ بَدَلُ الصُّلْحِ، وَالرَّجَالُ وَالنِّسَاءُ فِيهِ سَوَاءٌ لِأَنَّهُمْ صَلَحُوا عَلَى أَنْ يُضَعَّفَ عَلَيْهِمْ مَا يُؤْخَذُ مِنَ الْمُسْلِمِينَ وَالصَّدَقَةُ تُؤْخَذُ مِنَ الْمُسْلِمِينَ دُونَ الصَّبِيَّانِ فَكَذًا فِي حَقِّهِمْ.

(وَإِنْ هَلَكَ الْمَالُ بَعْدَ وَجُوبِ الزَّكَاةِ سَقَطَتِ الزَّكَاةُ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يَضْمَنُ إِذَا هَلَكَ بَعْدَ التَّمَكُّنِ مِنَ الْأَدَاءِ لِأَنَّ الْوَاجِبَ فِي الذَّمِّ فَصَارَ كَصَدَقَةِ الْفِطْرِ وَلِأَنَّهُ مَنَعَهُ بَعْدَ الطَّلَبِ فَصَارَ كَالِاسْتِهْلَاكِ. وَلَنَا أَنَّ الْوَاجِبَ جُزْءٌ مِنَ النَّصَابِ تَحْقِيقًا لِلتَّيْسِيرِ فَيَسْقُطُ بِهِلاكِ مَحَلِّهِ كَدَفْعِ الْعَبْدِ بِالْجَنَائِيَةِ يَسْقُطُ بِهِلَاكِهِ وَالْمُسْتَحَقُّ فَقِيرٌ يُعِينُهُ الْمَالُ وَلَمْ يَتَحَقَّقْ مِنْهُ الطَّلَبُ، وَبَعْدَ طَلَبِ السَّاعِي قِيلَ يَضْمَنُ وَقِيلَ لَا يَضْمَنُ لِانْعِدَامِ التَّفْوِيتِ، وَفِي الْاسْتِهْلَاكِ وَجِدَ التَّعَدِّي، وَفِي هَلَاكِ الْبَعْضِ يَسْقُطُ بِقَدْرِهِ اعْتِبَارًا لَهُ بِالْكُلِّ.

الشرح:

قَالَ (وَإِنْ هَلَكَ الْمَالُ بَعْدَ وَجُوبِ الزَّكَاةِ سَقَطَتِ الزَّكَاةُ) إِنْ هَلَكَ الْمَالُ بَعْدَ وَجُوبِ الزَّكَاةِ سَقَطَتْ عِنْدَنَا. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: إِنْ هَلَكَ بَعْدَ التَّمَكُّنِ مِنَ الْأَدَاءِ لَمْ تَسْقُطْ، وَالتَّمَكُّنُ مِنْهُ فِي الْأَمْوَالِ الْبَاطِنَةِ بِالظَّفَرِ بِأَهْلِ الاسْتِحْقَاقِ، وَفِي الظَّاهِرِ بِالظَّفَرِ بِالسَّاعِي فِي أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ لِأَنَّ الْوَاجِبَ تَقَرَّرَ فِي الذِّمَّةِ بِحُصُولِ الْوُسْعِ عَلَى الْأَدَاءِ، وَمَنْ تَقَرَّرَ عَلَيْهِ الْوَاجِبُ لَا يَبْرَأُ عَنْهُ بِالْعَجْزِ عَنِ الْأَدَاءِ كَمَا فِي صَدَقَةِ الْفِطْرِ وَالْحَجِّ وَذِيُونَ الْعِبَادِ، وَهَذَا بِنَاءٌ عَلَى أَنَّ الزَّكَاةَ عِنْدَهُ تَجِبُ فِي الذِّمَّةِ وَعِنْدَنَا فِي الْعَيْنِ. وَقَوْلُهُ (وَلَأَنَّهُ مَنَعُهُ بَعْدَ الطَّلَبِ) دَلِيلٌ آخَرُ، وَهَذَا لِأَنَّ الزَّكَاةَ حَقُّ اللَّهِ تَعَالَى وَقَدْ طَلَبَ بِالْخِطَابِ، وَإِذَا تَمَكَّنَ مِنَ الْأَدَاءِ وَلَمْ يُؤَدِّ كَانَ الْهَلَاكُ مَنَعًا بَعْدَ الطَّلَبِ، وَالْمَنَعُ بَعْدَ طَلَبِ صَاحِبِ الْحَقِّ يُوجِبُ الضَّمَانَ (فَكَانَ كَالِاسْتِهْلَاكِ وَلَنَا أَنَّ الْوَاجِبَ) لَيْسَ فِي الذِّمَّةِ بَلْ هُوَ (جُزْءٌ مِنَ النَّصَابِ) عَمَلًا بِكَلِمَةٍ فِي قَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «فِي كُلِّ أَرْبَعِينَ شَأَةً شَأَةً» (وَتَحْقِيقًا لِلتَّيْسِيرِ) فَإِنَّ الزَّكَاةَ وَجَبَتْ بِقُدْرَةِ مُيسَّرَةٍ عَلَى مَا عُرِفَ فِي الْأَصُولِ.

وَمِنَ التَّيْسِيرِ أَنْ يَكُونَ الْوَاجِبُ مِنَ النَّصَابِ إِذِ الْإِنْسَانُ إِنَّمَا يُخَاطَبُ بِأَدَاءِ مَا يَقْدِرُ عَلَيْهِ وَهُوَ قَادِرٌ عَلَى أَدَاءِ الزَّكَاةِ مِنْ هَذَا النَّصَابِ لِحَوَازِ أَنْ لَا يَكُونَ مَالٌ سِوَاهُ، لَا سِيَّمَا السُّكَّانُ فِي الْمَفَاوِزِ فَإِنَّهُمْ لَا يَقْدِرُونَ عَلَى تَحْصِيلِ شَيْءٍ مِنَ التَّقَوُّدِ لِبُعْدِهِمْ عَنِ الْعُمَرَانِ. فَإِذَا كَانَ جُزْءًا مِنْهُ كَانَ النَّصَابُ مَحَلَّهُ (فَيَسْقُطُ بِهِلَاكُ مَحَلِّهِ كَدَفْعِ الْعَبْدِ بِالْجَنَائَةِ فَإِنَّهُ يَسْقُطُ بِهِلَاكِهِ) وَإِذَا ظَهَرَ هَذَا سَقَطَ الْاسْتِدْلَالُ بِصَدَقَةِ الْفِطْرِ وَغَيْرِهَا لِأَنَّهَا تَجِبُ فِي الذِّمَّةِ، وَغُورُضُ بَأْنِ دَفْعِ الْقِيَمَةِ يَجُوزُ عِنْدَكُمْ، وَلَوْ كَانَ الْوَاجِبُ جُزْءًا مِنَ النَّصَابِ لَمَا جَازَ لِأَنَّ الْقِيَمَةَ لَيْسَتْ بِجُزْءٍ مِنَ النَّصَابِ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ ذَلِكَ بِأَمْرِ آخَرَ وَهُوَ الْإِذْنُ بِالِاسْتِدْلَالِ كَمَا تَقَدَّمَ.

وَقَوْلُهُ (وَالْمُسْتَحَقُّ فَقِيرٌ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ مَنَعَ بَعْدَ الطَّلَبِ، وَفِيهِ إِشَارَةٌ إِلَى أَنَّهُ لَوْ طَلَبَ فَقِيرٌ بِالْأَدَاءِ وَلَمْ يُؤَدِّ حَتَّى هَلَكَ الْمَالُ لَمْ يَجِبِ الضَّمَانُ أَيْضًا فَضْلًا مَا إِذَا لَمْ يُطَالَبْهُ لِأَنَّ الْمُسْتَحَقَّ لِلطَّلَبِ فَقِيرٌ (يُعِينُهُ الْمَالِكُ) لَا كُلُّ فَقِيرٍ لِأَنَّ لِلْمَالِكِ الرَّأْيَ فِي الصَّرْفِ إِلَى مَنْ شَاءَ مِنَ الْفُقَرَاءِ (وَلَمْ يَتَحَقَّقْ مِنْهُ الطَّلَبُ) فَلَا يَكُونُ ثَمَّةَ مَنَعٍ بَعْدَ

الطلب، وفي عبارته تَسَامُحٌ لَأَنَّ الْفَقِيرَ مَصْرُفٌ عِنْدَنَا لَا مُسْتَحِقُّ كَمَا عُرِفَ فِي الْأُصُولِ إِلَّا إِذَا حُمِلَ كَلَامُهُ عَلَى أَنَّ الْمُرَادَ بِهِ الْمُسْتَحِقُّ لِلطَّلَبِ وَفِيهِ ضَعْفٌ.
فَإِنْ قِيلَ: فَالْسَّاعِي مُتَعَيِّنٌ لِلطَّلَبِ فَإِذَا لَمْ يُؤَدَّ بَعْدَ طَلْبِهِ حَتَّى هَلَكَ وَجَبَ أَنْ يَضْمَنَ وَلَمْ يَقُولُوا بِهِ. أَجَابَ بِقَوْلِهِ (وَبَعْدَ طَلَبِ السَّاعِي قِيلَ يَضْمَنُ) وَهُوَ قَوْلُ الْعِرَاقِيِّينَ مِنْ أَصْحَابِنَا لَكُونِهِ مُتَعَيِّنًا لِلطَّلَبِ فَالْمَنْعُ يَكُونُ تَقْوِيَةً كَمَا فِي الْاسْتِهْلَاكِ (وَقِيلَ لَا يَضْمَنُ) وَهُوَ قَوْلُ مَشَايِخِ مَا وَرَاءَ النَّهْرِ.

قِيلَ وَهُوَ الصَّحِيحُ لِعَدَمِ التَّقْوِيَةِ، فَإِنَّ الْمَنْعَ لَيْسَ بِتَقْوِيَةٍ لِحَوَازِ أَنْ يَكُونَ مَنْعُهُ لاختِيَارِ الْأَدَاءِ فِي مَحَلٍّ آخَرَ، بِخِلَافِ الْاسْتِهْلَاكِ فَإِنَّهُ قَدْ وَجِدَ مِنْهُ التَّعَدِّيُّ عَلَى مَحَلٍّ مَشْغُولٍ بِحَقِّ الْغَيْرِ بِالْإِثْلَافِ فَجُعِلَ الْمَحَلُّ قَائِمًا زَجْرًا لَهُ، وَنَظَرًا لِمَا حَبِطَ الْحَقُّ إِذْ لَوْ لَمْ يُجْعَلْ كَذَلِكَ لَمَا وَصَلَ إِلَى الْفَقِيرِ شَيْءٌ، لِأَنَّ كُلَّ مَنْ وَجَبَتْ عَلَيْهِ الزَّكَاةُ لَمْ يَعْجِزْ أَنْ يَصْرِفَ النَّصَابَ إِلَى حَاجَتِهِ بِلا ضَمَانٍ. وَقَوْلُهُ (وَفِي هَلَاكِ الْبَعْضِ يَسْقُطُ بِقَدْرِهِ) أَيُّ بِقَدْرِ الْهَالِكِ (اغْتِبَارًا لِلْبَعْضِ بِالْكُلِّ).

فَإِنْ قِيلَ: قَدْ ثَبَتَ أَنَّ الزَّكَاةَ وَاجِبَةً بِقُدْرَةِ مُيَسَّرَةٍ بِاشْتِرَاطِ النَّصَابِ وَمَا وَجَبَ بِصِفَةٍ لَا يَبْقَى بِدُونِهَا وَقَدْ زَالَ الْيُسْرُ بِفَوَاتِ بَعْضِ النَّصَابِ فَكَانَ الْوَاجِبُ أَنْ لَا يَبْقَى عَلَيْهِ شَيْءٌ كَابْتِدَاءِ الْوُجُوبِ فَإِنَّهُ لَا يَثْبُتُ بِبَعْضِ النَّصَابِ. أَجِيبَ بِأَنَّ الْيُسْرَ فِيهَا لَمْ يَكُنْ مِنْ حَيْثُ اشْتَرِاطُ النَّصَابِ بَلْ مِنْ حَيْثُ اشْتَرِاطُ صِفَةِ التَّمَاءِ لِيَكُونَ الْمُؤَدَّى جُزْءًا مِنَ الْمَالِ التَّامِي لئَلَّا يُنْتَقِضَ بِهِ أَصْلُ الْمَالِ، وَإِنَّمَا اشْتَرِطُ أَصْلُ النَّصَابِ فِي الْإِبْتِدَاءِ لِيَصِيرَ الْمُكَلَّفُ بِهِ أَهْلًا لِلْإِعْنَاءِ فَإِنَّهُ لَا يَتَحَقَّقُ إِلَّا مِنَ الْغِنَى، وَالشَّرْعُ قَدَّرَ الْغِنَى بِالنَّصَابِ كَمَا عُرِفَ فِي الْأُصُولِ، وَإِنَّمَا يَسْقُطُ عِنْدَ هَلَاكِ الْكُلِّ لِفَوَاتِ التَّمَاءِ الَّذِي تَعَلَّقَ بِهِ الْيُسْرُ، وَإِذَا هَلَكَ الْبَعْضُ بَقِيَ الْيُسْرُ بِبَقَاءِ التَّمَاءِ فِي ذَلِكَ الْقَدْرِ فَيَبْقَى بِقِسْطِهِ.

(وَإِنْ قَدَّمَ الزَّكَاةَ عَلَى الْحَوْلِ وَهُوَ مَالُكَ لِلنَّصَابِ جَازَ) لِأَنَّهُ أَدَّى بَعْدَ سَبَبِ الْوُجُوبِ

فَيَجُوزُ كَمَا إِذَا كَفَّرَ بَعْدَ الْجُرْحِ، وَفِيهِ خِلَافُ مَالِكٍ

الشرح:

قَوْلُهُ (وَإِنْ قَدَّمَ الزَّكَاةَ عَلَى الْحَوْلِ) أَيُّ أَدَاَهَا قَبْلَ حَوْلَانِ الْحَوْلِ (جَازَ) عِنْدَنَا خِلَافًا لِمَالِكٍ. وَذَكَرَ فِي الْأَسْرَارِ زُفَرَ بَدَلَ مَالِكٍ لَهُ أَنَّ حَوْلَانِ الْحَوْلِ شَرْطُ كَالنَّصَابِ،

وَتَقْدِمُ الْمَشْرُوطَ عَلَى الشَّرْطِ لَا يَجُوزُ كَمَا لَوْ قَدَّمَ عَلَى النَّصَابِ. وَلَنَا أَنَّهُ أَدَّى بَعْدَ سَبَبِ الْوُجُوبِ وَهُوَ جَائِزٌ كَمَا إِذَا صَلَّى فِي أَوَّلِ الْوَقْتِ وَصَامَ الْمُسَافِرُ فِي رَمَضَانَ وَأَدَّى الدَّيْنَ الْمُؤَجَّلَ، وَحَوْلَانِ الْحَوْلُ شَرْطُ وَجُوبِ الْأَدَاءِ وَكَلَامُنَا فِي جَوَازِهِ وَصَارَ كَمَا إِذَا كَفَرَ بَعْدَ الْجَرْحِ.

(وَيَجُوزُ) (التَّعْجِيلُ لِأَكْثَرِ مِنْ سَنَةٍ) لَوْجُودِ السَّبَبِ، وَيَجُوزُ لِنُصْبِ إِذَا كَانَ فِي مِلْكِهِ نِصَابٌ وَاحِدٌ خِلَافًا لَزُفَرٍ لِأَنَّ النَّصَابَ الْأَوَّلَ هُوَ الْأَصْلُ فِي السَّبَبِيَّةِ وَالزَّائِدُ عَلَيْهِ تَائِعٌ لَهُ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

الشرح:

(وَيَجُوزُ التَّعْجِيلُ لِأَكْثَرِ مِنْ سَنَةٍ) لِأَنَّ مِلْكَ النَّصَابِ سَبَبٌ وَجُوبِ الزَّكَاةِ فِي كُلِّ حَوْلٍ مَا لَمْ يُتَقَصَّ، وَجَوَازُ التَّعْجِيلِ بِاعْتِبَارِ تَمَامِ السَّبَبِ، وَفِي ذَلِكَ الْحَوْلِ الْأَوَّلِ وَالثَّانِي سَوَاءٌ (وَيَجُوزُ لِنُصْبِ إِذَا كَانَ فِي مِلْكِهِ نِصَابٌ وَاحِدٌ خِلَافًا لَزُفَرٍ) فَإِذَا كَانَ لَهُ خَمْسٌ مِنَ الْإِبِلِ فَعَجَّلَ أَرْبَعَ شِيَاهُ ثُمَّ تَمَّ الْحَوْلُ وَفِي مِلْكِهِ عَشْرُونَ مِنَ الْإِبِلِ جَازَ عَنِ الْكُلِّ عِنْدَنَا. وَعِنْدَهُ لَا يَجُوزُ إِلَّا عَنِ الْخَمْسِ لِأَنَّ كُلَّ نِصَابٍ فِي حَقِّ الزَّكَاةِ أَصْلٌ فِي نَفْسِهِ، فَكَانَ التَّعْجِيلُ عَلَى النَّصَابِ الثَّانِي كَالْتَّعْجِيلِ عَلَى الْأَوَّلِ، وَفِي ذَلِكَ تَقْدِيمُ الْحُكْمِ عَلَى السَّبَبِ وَهُوَ لَا يَجُوزُ.

وَلَنَا أَنَّ النَّصَابَ الْأَوَّلَ هُوَ الْأَصْلُ فِي السَّبَبِيَّةِ وَالزَّائِدُ عَلَيْهِ تَائِعٌ لَهُ؛ أَلَا تَرَى إِلَى مَنْ كَانَ لَهُ نِصَابٌ فِي أَوَّلِ الْحَوْلِ ثُمَّ حَصَلَ لَهُ نُصْبٌ فِي آخِرِ الْحَوْلِ ثُمَّ تَمَّ الْحَوْلُ عَلَى النَّصَابِ الْأَوَّلِ وَلَمْ يَتَمَّ عَلَى الْبَاقِيَةِ جُعِلَ كَأَنَّهُ تَمَّ الْحَوْلُ عَلَى النَّصْبِ كُلِّهَا وَوَجَبَ أَدَاءُ الزَّكَاةِ عَنِ الْمَجْمُوعِ بِالِاتِّفَاقِ، فَكَذَلِكَ يَجْعَلُ النَّصْبُ الْآخَرَ كَالْمَوْجُودَةِ فِي أَوَّلِ الْحَوْلِ فِي حَقِّ التَّعْجِيلِ.

باب زكاة المال

فصل في الفضة

(ليس فيما دون مائتي درهم صدقة) لقوله عليه الصلاة والسلام «ليس فيما دون خمس أواق صدقة»^(١) والأوقية أربعون درهماً (فإذا كانت مائتين وحال عليها الحول ففيها خمسة دراهم) لأنه عليه الصلاة والسلام كتب إلى معاذ رضي الله عنه: أن خذ من كل مائتي درهم خمسة دراهم، ومن كل عشرين مثقالاً من ذهب نصف مثقال. قال (ولا شيء في الزيادة حتى تبلغ أربعين درهماً فيكون فيها درهم ثم في كل أربعين درهماً درهم) وهذا عند أبي حنيفة وقالوا: ما زاد على المائتين فزكاته بحسابه، وهو قول الشافعي لقوله عليه الصلاة والسلام في حديث علي «وما زاد على المائتين فبحسابه»^(٢) ولأن الزكاة وجبت شكرًا لنعمة المال، واشترائط النصاب في الابتداء لتحقيق الغنى وبعد النصاب في السوائم تحرُّزاً عن التشقيص.

ولأبي حنيفة قوله عليه الصلاة والسلام في حديث معاذ «لا تأخذ من الكسور شيئاً»^(٣) وقوله في حديث عمرو بن حزم «وليس فيما دون الأربعين صدقة» ولأن الحرج مدفوع، وفي إيجاب الكسور ذلك لتعذر الوقوف، والمعتبر في الدراهم وزن سبعة، وهو أن تكون العشرة منها وزن سبعة مثاقيل، بذلك جرى التقدير في ديوان عمر واستقر الأمر عليه (وإذا كان الغالب على الورق الفضة فهو في حكم الفضة، وإذا كان الغالب عليها الغش فهو في حكم العروض يعتبر أن تبلغ قيمته نصاباً) لأن الدراهم لا تخلو عن قليل غش لأنها لا تنطبع إلا به وتخلو عن الكثير، فجعلنا الغلبة فاصلة وهو أن يزيد على النصف اعتباراً للحقيقة، وسندكره في الصرف إن شاء الله تعالى، إلا أن في غالب الغش لا بد من نية التجارة كما في سائر العروض، إلا إذا كان تخلص منها فضة تبلغ نصاباً لأنه لا يعتبر في عين الفضة القيمة ولا نية التجارة.

(١) أخرجه البخاري (١٤٥٩)، ومسلم في الزكاة (حديث ١-٥)، وأبو داود (١٥٥٨). وانظر نصب الراية (٣٧٣/٢).

(٢) أخرجه أبو داود، وابن عدي في الكامل في ضعفاء الرجال (٢٠٤/٣، ٢٠٥).

(٣) أخرجه الدارقطني في سننه (٩٢/٢)، وانظر نصب الراية (٣٧٦/٢).

الشرح:

(بَابُ فِي زَكَاةِ الْمَالِ): لَمَّا قَدَّمَ ذَكَرَ زَكَاةَ السَّوَائِمِ لَمَّا قُلْنَا أَعْقَبَهُ بِذِكْرِ غَيْرِهَا مِنْ أَمْوَالِ الزَّكَاةِ. قَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: الْمَالُ كُلُّ مَا يَتَمَلَّكُهُ النَّاسُ مِنْ دَرَاهِمٍ أَوْ دَنَائِيرٍ أَوْ حِنْطَةٍ أَوْ شَعِيرٍ أَوْ حَيَوَانٍ أَوْ ثِيَابٍ أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ، وَالْمُصَنَّفُ ذَكَرَ الْمَالَ وَأَرَادَ غَيْرَ السَّوَائِمِ عَلَى خِلَافِ عُرْفِ أَهْلِ الْبَادِيَةِ فَإِنَّ اسْمَ الْمَالِ عِنْدَهُمْ يَقَعُ عَلَى النَّعَمِ، وَعَلَى عُرْفِ أَهْلِ الْحَضَرِ فَإِنَّهُ عِنْدَهُمْ يَقَعُ عَلَى غَيْرِ النَّعَمِ.

(فَصْلٌ فِي الْفِضَّةِ): قَدَّمَ فَصْلَ الْفِضَّةِ عَلَى غَيْرِهَا لِكَوْنِهَا أَكْثَرُ تَدَاوُلًا فِي الْأَيْدِي، وَالْأَوْقِيَّةُ بِالتَّشْدِيدِ أَفْعُولَةٌ مِنَ الْوَقَايَةِ لِأَنَّهَا تَقِي صَاحِبَهَا مِنَ الْفَقْرِ. وَقِيلَ هِيَ فَعْلِيَّةٌ مِنَ الْأَوْقَى وَهُوَ الثَّقَلُ، وَالْجَمْعُ الْأَوَاقِيُّ بِالتَّشْدِيدِ أَفَاعِيلُ كَالْأَصَاحِيِّ وَبِالتَّخْفِيفِ أَفَاعِلُ، وَكَلَامُهُ ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (فَيَكُونُ فِيهَا دِرْهَمٌ) يَعْنِي مَعَ الْخُمْسَةِ، وَهَكَذَا فِي كُلِّ أَرْبَعِينَ دِرْهَمًا دِرْهَمٌ مَعَ مَا سَبَقَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَقَوْلُ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ رضي الله عنه، وَقَالَ: مَا زَادَ عَلَى الْمِائَتَيْنِ فَزَكَاتُهُ بِحِسَابِهِ قُلْتُ الزِّيَادَةُ أَوْ كَثُرَتْ. حَتَّى إِذَا كَانَتْ الزِّيَادَةُ دِرْهَمًا فَفِيهِ جُزْءٌ مِنْ أَرْبَعِينَ جُزْءًا مِنْ دِرْهَمٍ، وَهُوَ قَوْلُ عَلِيٍّ وَابْنِ عُمَرَ وَبِهِ أَخَذَ الشَّافِعِيُّ لِقَوْلِ عَلِيٍّ رضي الله عنه إِنَّ النَّبِيَّ صلى الله عليه وسلم قَالَ: «وَمَا زَادَ عَلَى الْمِائَتَيْنِ فَزَكَاتُهُ بِحِسَابِهِ» وَلَأَنَّ الزَّكَاةَ وَجِبَتْ شُكْرًا لِنِعْمَةِ الْمَالِ وَالْكُلُّ مَالٌ. فَإِنْ قِيلَ: فَعَلَامَ شُرْطِ النَّصَابِ فِي الْإِبْتِدَاءِ؟ أَجَابَ بِقَوْلِهِ لِيَتَحَقَّقَ الْغِنَى لِيَصِيرَ الْمُكَلَّفُ بِهِ أَهْلًا لِلْإِغْنَاءِ كَمَا ذَكَرْنَا مِنْ قَبْلُ.

فَإِنْ قِيلَ: لَوْ كَانَ اشْتِرَاطُهُ لِدَلَالَةٍ لَمَّا شُرْطَ فِي السَّوَائِمِ فِي الْإِنْتِهَاءِ كَمَا شُرْطَ فِي الْإِبْتِدَاءِ. أَجَابَ بِقَوْلِهِ تَحَرُّرًا عَنِ التَّشْفِيفِ وَهُوَ غَيْرُ مَوْجُودٍ فِي مَحَلِّ التَّزَاوُعِ (وَلِأَبِي حَنِيفَةَ قَوْلُهُ صلى الله عليه وسلم لِمُعَاذٍ حِينَ وَجَّهَهُ إِلَى الْيَمَنِ: لَا تَأْخُذْ مِنَ الْكُسُورِ شَيْئًا) قِيلَ مَعْنَاهُ: لَا تَأْخُذْ مِنَ الشَّيْءِ الَّذِي يَكُونُ الْمَأْخُوذُ مِنْهُ كُسُورًا فَسَمَاءُ كُسُورًا بِاعْتِبَارِ مَا وَجَبَ.

فَإِنْ قِيلَ: يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ الْمُرَادُ مَا قَبْلَ الْمِائَتَيْنِ بِدَلِيلِ أَنَّهُ قَالَ فِي حَدِيثٍ مُعَاذٍ عَقِيبَ هَذَا «فَإِذَا بَلَغَ الْوَرِقُ مِائَتِي دِرْهَمٍ فَخُذْ مِنْهَا خُمْسَةَ دَرَاهِمٍ» فَالْجَوَابُ أَنَّ الْمُرَادَ بِهِ مَا قَبْلَ الْمِائَتَيْنِ وَمَا بَعْدَهُ لِأَنَّهُ قَالَ عَقِيبَ قَوْلِهِ فِي حَدِيثٍ مُعَاذٍ «فَإِذَا بَلَغَ الْوَرِقُ مِائَتِي دِرْهَمٍ فَخُذْ مِنْهَا خُمْسَةَ دَرَاهِمٍ وَلَا تَأْخُذْ مِمَّا زَادَ حَتَّى يَبْلُغَ أَرْبَعِينَ دِرْهَمًا

فَتَأْخُذُ مِنْهَا دِرْهَمًا» هَكَذَا ذَكَرَ أَبُو بَكْرٍ الرَّازِيُّ فِي شَرْحِهِ لِمُخْتَصَرِ الطَّحَاوِيِّ مُسْنَدًا إِلَى مُعَاذِ بْنِ جَبَلٍ، فَيَجْعَلُ قَوْلُهُ «إِذَا بَلَغَ الْوَرَقُ» إِلَى آخِرِ الْحَدِيثِ بَيَانًا وَتَفْسِيرًا لِقَوْلِهِ «لَا تَأْخُذُ مِنَ الْكُسُورِ شَيْئًا» لئَلَّا يُلْزَمَ التَّكَرُّارُ.

وَقَوْلُهُ ﷺ فِي حَدِيثِ عَمْرِو بْنِ حَزْمٍ «لَيْسَ فِيمَا دُونَ الْأَرْبَعِينَ صَدَقَةً» وَذَلِكَ إِنَّمَا يَكُونُ بَعْدَ الْمِائَتَيْنِ لِأَنَّ مَا قَبْلَهُ لَيْسَ فِيهِ وَلَا فِيمَا دُونَهُ صَدَقَةٌ، وَهَذَا مُحْكَمٌ فَلَا يُعَارِضُهُ حَدِيثٌ عَلَيَّ لِحْتِمَالِ أَنْ يُرَادَ بِالزِّيَادَةِ عَلَى الْمِائَتَيْنِ أَرْبَعُونَ وَاحْتِمَالُهُ مَا ذَكَرُوهُ (وَلَا أَنَّ الْحَرَاجَ مَذْفُوعٌ) وَهُوَ وَاضِحٌ (وَفِي إِيْجَابِ الْكُسُورِ ذَلِكَ) أَيُّ الْحَرَاجُ (لِتَعَسُّرِ الْوُقُوفِ) لِأَنَّهُ إِذَا مَلَكَ مِائَتَيْ دِرْهَمٍ وَسَبْعَةَ دَرَاهِمٍ يَجِبُ عَلَيْهِ عِنْدَهُمَا خَمْسَةُ دَرَاهِمٍ وَسَبْعَةُ أَجْزَاءٍ مِنْ أَرْبَعِينَ جُزْءًا مِنْ دِرْهَمٍ فَتَعَسَّرَ مَعْرِفَةُ سَبْعَةِ أَجْزَاءٍ مِنْ أَرْبَعِينَ جُزْءًا مِنْ دِرْهَمٍ فَحِينَئِذٍ لَا يَقْدِرُ عَلَى الْإِدَاءِ فِي السَّنَةِ الْأُولَى، فَإِذَا جَاءَتْ السَّنَةُ الثَّانِيَةُ وَجَبَ عَلَيْهِ زَكَاةُ مَا بَقِيَ مِنَ الْمَالِ بَعْدَ الزَّكَاةِ لِأَنَّ دَيْنَهَا مُسْتَحَقٌّ وَإِنْ لَمْ يُؤَدَّ وَذَلِكَ مِائَتَا دِرْهَمٍ وَدِرْهَمٌ وَثَلَاثَةٌ وَثَلَاثُونَ جُزْءًا مِنْ أَرْبَعِينَ جُزْءًا مِنْ دِرْهَمٍ وَوَاحِدٌ وَزَكَاةُ دِرْهَمٍ وَثَلَاثَةٌ وَثَلَاثِينَ جُزْءًا مِنْ أَرْبَعِينَ جُزْءًا مِنْ دِرْهَمٍ يَتَعَسَّرُ الْوُقُوفُ عَلَيْهِ أَلْبَتَّةَ وَقَوْلُهُ (وَالْمُعْتَبَرُ فِي الدَّرَاهِمِ).

رُوي أَنَّ الدَّرَاهِمَ فِي الْإِبْتِدَاءِ كَانَتْ عَلَى ثَلَاثَةِ أَصْنَافٍ: صِنْفٌ مِنْهَا كُلُّ عَشْرَةٍ مِنْهُ عَشْرَةٌ مِثْقَالٌ كُلُّ دِرْهَمٍ مِثْقَالٌ، وَصِنْفٌ مِنْهَا كُلُّ عَشْرَةٍ مِنْهُ سِتَّةٌ مِثْقَالٌ كُلُّ دِرْهَمٍ ثَلَاثَةُ أَخْمَاسٍ مِثْقَالٌ، وَصِنْفٌ مِنْهَا كُلُّ عَشْرَةٍ مِنْهُ خَمْسَةُ مِثْقَالٍ كُلُّ دِرْهَمٍ نِصْفُ مِثْقَالٍ، وَكَانَ النَّاسُ يَتَصَرَّفُونَ بِهَا وَيَتَعَامَلُونَ بِهَا فِيمَا بَيْنَهُمْ، فَلَمَّا تَوَلَّى عُمَرُ ﷺ أَرَادَ أَنْ يَسْتَوْفِيَ الْخَرَاجَ بِالْأَكْثَرِ، فَالْتَمَسُوا مِنْهُ التَّخْفِيفَ، فَجَمَعَ حُسَابَ زَمَانِهِ لِيُتَوَسَّطُوا وَيُؤَفَّقُوا بَيْنَ الدَّرَاهِمِ كُلِّهَا وَبَيْنَ مَا رَامَهُ عُمَرُ وَبَيْنَ مَا رَامَهُ الرَّعِيَّةُ، فَاسْتَخْرَجُوا لَهُ وَزْنَ السَّبْعَةِ، وَهُوَ مَعْنَى قَوْلِهِ (بِذَلِكَ جَرَى التَّقْدِيرُ فِي دِيْوَانِ عُمَرَ وَاسْتَقَرَّ الْأَمْرُ عَلَيْهِ) فَتَعَلَّقُ الْأَحْكَامُ بِهِ كَالزَّكَاةِ وَالْخَرَاجِ وَنِصَابِ السَّرِقَةِ وَتَقْدِيرِ الدِّيَّاتِ وَمَهْرِ النِّكَاحِ، وَإِنَّمَا جَعَلُوا ذَلِكَ لِأَحَدٍ وَجُوهٌ ثَلَاثَةٌ:

أَحَدُهَا: أَنَّكَ إِذَا جَمَعْتَ مِنْ كُلِّ صِنْفٍ عَشْرَةَ دَرَاهِمٍ صَارَ الْكُلُّ أَحَدًا وَعِشْرِينَ مِثْقَالًا، فَإِذَا أَخَذْتَ ثُلْثَ ذَلِكَ كَانَ سَبْعَةَ مِثْقَالٍ.

وَالثَّانِي: أُنْكَ إِذَا أَخَذْتَ ثَلَاثَ عَشْرَةَ مِنْ كُلِّ صِنْفٍ وَجَمَعْتَ بَيْنَ الْأَثَلَاثِ الثَّلَاثَةَ الْمُخْتَلَفَةَ كَانَتْ سَبْعَةَ مِثْقَالٍ.

وَالثَّالِثُ: أُنْكَ إِذَا أَلْقَيْتَ الْفَاضِلَ عَلَى السَّبْعَةِ مِنَ الْعَشْرَةِ، أَغْنَى الثَّلَاثَةَ، وَالْفَاضِلَ أَيْضًا عَلَى السَّبْعَةِ مِنْ مَجْمُوعِ السَّبْعَةِ وَالْخُمْسَةِ أَغْنَى الْأَرْبَعَةَ ثُمَّ جَمَعْتَ مَجْمُوعَ الْفَاضِلِينَ: أَغْنَى فَاضِلَ السَّبْعَةِ مِنَ الْعَشْرَةِ وَفَاضِلَ الْمَجْمُوعِ مِنَ السَّبْعَةِ وَالْخُمْسَةِ وَهُوَ مَا أَلْقَيْتَهُ كَانَتْ سَبْعَةَ مِثْقَالٍ، فَلَمَّا كَانَتْ سَبْعَةُ مِثْقَالٍ أَعْدَلَ الْأَوْزَانَ فِيهَا وَدَارَتْ فِي جَمِيعِهَا بِطَرِيقِ مُسْتَقِيمٍ اخْتَارُوهَا.

وَقَوْلُهُ (فَهُوَ فِي حُكْمِ الْفِضَّةِ) وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (كَمَا فِي سَائِرِ الْعُرُوضِ إلخ) يَعْنِي أَنَّهَا إِذَا لَمْ تَكُنْ لِلتَّجَارَةِ يُنْظَرُ إِلَى مَا يَخْلُصُ مِنْهُ مِنَ الْفِضَّةِ، فَإِذَا بَلَغَ مِائَتِي دِرْهَمٍ تَجِبُ الزَّكَاةُ لِأَنَّهُ لَا يُعْتَبَرُ فِي عَيْنِ الْفِضَّةِ الْقِيَمَةُ وَلَا نِيَّةُ التَّجَارَةِ، وَإِنْ كَانَ لَا يَخْلُصُ ذَلِكَ فَهِيَ كَالْمَضْرُوبَةِ مِنَ الصُّفْرِ كَالْقُمُومِ لَا شَيْءَ فِيهَا إِلَّا إِذَا كَانَتْ لِلتَّجَارَةِ وَقَدْ بَلَغَتْ قِيَمَتُهَا مِائَتِي دِرْهَمٍ فَيَجِبُ فِيهَا خُمْسَةُ دَرَاهِمٍ.

فصل في الذهب

(لَيْسَ فِيمَا دُونَ عِشْرِينَ مِثْقَالًا مِنَ الذَّهَبِ صَدَقَةٌ. فَإِذَا كَانَتْ عِشْرِينَ مِثْقَالًا فَفِيهَا نِصْفُ مِثْقَالٍ) لَمَّا رَوَيْنَا وَالْمِثْقَالُ مَا يَكُونُ كُلُّ سَبْعَةِ مِنْهَا وَزَنَ عَشْرَةَ دَرَاهِمٍ وَهُوَ الْمَعْرُوفُ (ثُمَّ فِي كُلِّ أَرْبَعَةِ مِثْقَالٍ قِيرَاطَانِ) لِأَنَّ الْوَاجِبَ رُبْعَ الْعَشْرِ وَذَلِكَ فِيمَا قُلْنَا إِذْ كُلُّ مِثْقَالٍ عِشْرُونَ قِيرَاطًا (وَلَيْسَ فِيمَا دُونَ أَرْبَعَةِ مِثْقَالٍ صَدَقَةٌ) عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَعِنْدَهُمَا تَجِبُ بِحِسَابِ ذَلِكَ وَهِيَ مَسْأَلَةُ الْكُسُورِ، وَكُلُّ دِينَارٍ عَشْرَةَ دَرَاهِمٍ فِي الشَّرْعِ فَيَكُونُ أَرْبَعَةُ مِثْقَالٍ فِي هَذَا كَأَرْبَعِينَ دِرْهَمًا. قَالَ (وَفِي تَبْرِ الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ وَحُلِيِّهِمَا وَأَوَانِيهِمَا الزَّكَاةُ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا تَجِبُ فِي حُلِيِّ النِّسَاءِ وَخَاتَمِ الْفِضَّةِ لِلرِّجَالِ لِأَنَّهُ مُبْتَدَلٌ فِي مَبَاحٍ فَشَابَهُ ثِيَابُ الْبَذَلَةِ. وَلَنَا أَنَّ السَّبَبَ مَا لَمْ نَأْمِ وَدَلِيلُ النَّمَاءِ مَوْجُودٌ وَهُوَ الْإِعْدَادُ لِلتَّجَارَةِ خَلْقَةً، وَالْأَدْلَى هُوَ الْمَعْتَبَرُ بِخِلَافِ الثِّيَابِ.

الشرح:

(فصل في الذهب): قَدْ مَرَّ وَجْهٌ تَأْخِيرُهُ عَنْ فَصْلِ الْفِضَّةِ (وَقَوْلُهُ لَمَّا رَوَيْنَا) إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ فِي أَوَّلِ فَصْلِ الْفِضَّةِ «كُتِبَ إِلَى مُعَاذٍ أَنْ خُذْ، إِلَى أَنْ قَالَ: وَمِنْ كُلِّ

عِشْرِينَ مِثْقَالًا مِنْ ذَهَبٍ نِصْفَ مِثْقَالٍ». وَالْمِثْقَالُ مَا يَكُونُ كُلُّ سَبْعَةِ مِنْهَا وَزْنُ عَشْرَةِ دَرَاهِمٍ، وَضَمِيرُ مِنْهَا رَاجِعٌ إِلَى مَا لَأَنَّهُ فِي مَعْنَى الْجَمْعِ.

قِيلَ تَعْرِيفُ الْمِثْقَالِ بِقَوْلِهِ مَا يَكُونُ كُلُّ سَبْعَةِ مِنْهَا وَزْنُ عَشْرَةِ دَرَاهِمٍ غَيْرُ صَحِيحٍ لَأَنَّهُ عَرَّفَ الدَّرْهَمَ فِي فَصْلِ الْفِضَّةِ بِقَوْلِهِ. وَهُوَ أَنْ تَكُونَ الْعَشْرَةُ مِنْهَا وَزْنُ سَبْعَةِ مَنَاقِيلَ فَتَوْقُفَ مَعْرِفَةِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى الْآخِرِ وَهُوَ دَوْرٌ. وَالْجَوَابُ أَنَّهُ مَا عَرَّفَ الدَّرْهَمَ بِالْمِثْقَالِ فِي فَصْلِ الْفِضَّةِ، وَإِنَّمَا قَالَ الْمُعْتَبِرُ مِنْ أَصْنَافِهَا مَا يَكُونُ وَزْنُ سَبْعَةِ مَنَاقِيلَ، وَكَانَ ذَلِكَ مَعْرُوفًا فِيمَا بَيْنَهُمْ، ثُمَّ قَالَ هَهُنَا: وَالْمِثْقَالُ مَا يَكُونُ كُلُّ سَبْعَةِ مِنْهَا وَزْنُ عَشْرَةِ دَرَاهِمٍ وَهُوَ الْمَعْرُوفُ: أَيُّ الْمَرَادُ بِالْمِثْقَالِ هَاهُنَا هُوَ الْمَعْرُوفُ فِيمَا بَيْنَ النَّاسِ الَّذِي عَرَّفَ بِهِ وَزْنَ الدَّرْهَمِ وَلَا دَوْرَ فِي ذَلِكَ.

وَقَوْلُهُ (ثُمَّ فِي كُلِّ أَرْبَعَةِ مَنَاقِيلَ قِيرَاطَانِ) يَعْنِي إِذَا زَادَ عَلَى الْعِشْرِينَ وَبَلَغَ الزِّيَادَةُ إِلَى أَرْبَعَةِ مَنَاقِيلَ فَبِهَا قِيرَاطَانِ مَعَ نِصْفِ مِثْقَالٍ لِأَنَّ الْوَاجِبَ رُبْعُ الْعُشْرِ وَرُبْعُ الْعُشْرِ حَاصِلٌ فِيمَا قُلْنَا إِذْ كُلُّ مِثْقَالٍ عِشْرُونَ قِيرَاطًا فَيَكُونُ أَرْبَعَةُ مَنَاقِيلَ ثَمَانِينَ قِيرَاطًا وَرُبْعُ عَشْرِهِ قِيرَاطَانِ وَهَذَا بِصَنْجَةِ أَهْلِ الْحِجَازِ. وَالْقِيرَاطُ خُمُسُ شَعِيرَاتٍ، فَالْمِثْقَالُ وَهُوَ الدِّينَارُ عِنْدَهُمْ مِائَةُ شَعِيرَةٍ، وَأَصْلُ الْقِيرَاطِ قِرَاطٌ بِالتَّشْدِيدِ لِأَنَّ جَمْعَهُ الْقَرَارِيطُ، فَأَبْدَلَ مِنْ أَحَدٍ حَرْفِي التَّضْعِيفِ يَاءً. وَقَوْلُهُ (وَهِيَ مَسْأَلَةُ الْكُسُورِ) يَعْنِي الَّتِي بَيْنَهَا فِي فَصْلِ الْفِضَّةِ، وَقَدْ بَيَّنَّا الْاِخْتِلَافَ وَالْحِجَاجَ مِنَ الْجَانِبَيْنِ فِيهِ، وَلَا مُخَالَفَةَ بَيْنَهُمَا خِلَا أَنْ أَرْبَعَ مَنَاقِيلَ هَاهُنَا قَامَتْ مَقَامَ أَرْبَعِينَ دَرْهَمًا هُنَاكَ. وَقَوْلُهُ (وَفِي تَبَرِّ الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ) التَّبَرُّ مَا كَانَ غَيْرَ مَضْرُوبٍ مِنْهُمَا، وَالْحُلِّيُّ عَلَى فُعُولٍ جَمْعُ حَلْيٍ كَثْدِي فِي جَمْعِ ثَدْيٍ وَهُوَ مَا تَنَحَّلَى بِهِ الْمَرْأَةُ مِنْهُمَا.

وَقَوْلُهُ (وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا تَجِبُ فِي حُلْيِ النِّسَاءِ وَخَاتَمِ الْفِضَّةِ لِلرِّجَالِ) يَعْنِي الْحُلْيُ الَّذِي يُبَاحُ اسْتِعْمَالُهُ لَأَنَّهُ مُبْتَدَلٌ فِي مُبَاحٍ، وَكُلُّ مَا كَانَ كَذَلِكَ لَا زَكَاةَ فِيهِ كَسَائِرِ ثِيَابِ الْبَذْلَةِ وَالْمَهْنَةِ (وَلَنَا أَنَّ السَّبَبَ مَا لَا تَامَ، وَدَلِيلُ النَّمَاءِ مَوْجُودٌ وَهُوَ الْإِعْدَادُ لِلتَّجَارَةِ خَلْقَةً وَالدَّلِيلُ هُوَ الْمُعْتَبَرُ) فَإِذَا كَانَ مَوْجُودًا لَا مُعْتَبَرٌ بِمَا لَيْسَ بِأَصْلٍ وَهُوَ الْإِعْدَادُ لِلْاِئْتِدَالِ، بِخِلَافِ الثِّيَابِ فَإِنَّهُ لَيْسَ فِيهَا دَلِيلُ النَّمَاءِ وَالْاِئْتِدَالُ فِيهَا أَصْلٌ لِأَنَّ فِيهِ صَرَفًا لَهَا إِلَى الْحَاجَةِ الْأَصْلِيَّةِ الْمُتَعَلِّقَةِ بِهَا وَهِيَ دَفْعُ الْحَرِّ وَالْبَرْدِ.

فصل في العروض

(الرِّكَاءُ وَاجِبَةٌ فِي عُرُوضِ التِّجَارَةِ كَائِنَتْ مَا كَانَتْ إِذَا بَلَغَتْ قِيمَتُهَا نِصَابًا مِنَ الْوَرَقِ أَوْ الذَّهَبِ) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ فِيهَا «يُقَوِّمُهَا فَيُؤَدِّي مِنْ كُلِّ مِائَتِي دِرْهَمَ خَمْسَةَ دَرَاهِمٍ»^(١)، وَلَأَنَّهَا مُعَدَّةٌ لِلِاسْتِنْمَاءِ بِإِعْدَادِ الْعَبْدِ فَأَشْبَهَ الْمَعْدَّ بِإِعْدَادِ الشَّرْعِ، وَتَشْتَرَطُ نِيَّةُ التِّجَارَةِ لِيُثْبِتَ الْإِعْدَادُ، ثُمَّ قَالَ (يُقَوِّمُهَا بِمَا هُوَ أَنْفَعُ لِلْمَسَاكِينِ) احتياطًا لِحَقِّ الْفُقَرَاءِ قَالَ ﷺ: وَهَذَا رِوَايَةٌ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ وَفِي الْأَصْلِ خَيْرُهُ لِأَنَّ الثَّمَنِينَ فِي تَقْدِيرِ قِيمِ الْأَشْيَاءِ بِهِمَا سَوَاءٌ، وَتَفْسِيرُ الْأَنْفَعِ أَنْ يُقَوِّمَهَا بِمَا تَبْلُغُ نِصَابًا.

وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يُقَوِّمُهَا بِمَا اشْتَرَى إِنْ كَانَ الثَّمَنُ مِنَ النَّقُودِ لِأَنَّهُ أَبْلَغُ فِي مَعْرِفَةِ الْمَالِيَّةِ، وَإِنْ اشْتَرَاهَا بِغَيْرِ النَّقُودِ قَوِّمَهَا بِالنَّقْدِ الْغَالِبِ وَعَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ يُقَوِّمُهَا بِالنَّقْدِ الْغَالِبِ عَلَى كُلِّ حَالٍ كَمَا فِي الْمَفْصُولِ وَالْمُسْتَهْلَكِ (وَإِذَا كَانَ النِّصَابُ كَامِلًا فِي طَرَفِي الْحَوْلِ فَتَقْصَانُهُ فِيمَا بَيْنَ ذَلِكَ لَا يُسْقِطُ الرِّكَاءَ) لِأَنَّهُ يَشَقُّ اعْتِبَارُ الْكَمَالِ فِي أَثْنَائِهِ أَوْ مَا لَا بُدَّ مِنْهُ فِي ابْتِدَائِهِ لِلانْعِقَادِ وَتَحَقُّقِ الْغِنَى وَفِي انْتِهَائِهِ لِلوُجُوبِ، وَلَا كَذَلِكَ فِيمَا بَيْنَ ذَلِكَ لِأَنَّهُ حَالَةُ الْبَقَاءِ، بِخِلَافِ مَا لَوْ هَلَكَ الْكُلُّ حَيْثُ يَبْطُلُ حُكْمُ الْحَوْلِ، وَلَا تَجِبُ الرِّكَاءُ لِانْعِدَامِ النِّصَابِ فِي الْجُمْلَةِ، وَلَا كَذَلِكَ فِي الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى لِأَنَّ بَعْضَ النِّصَابِ بَاقٍ فَيَبْقَى الْانْعِقَادُ

الشرح:

(فصل في العروض): أَخَّرَ فَصْلَ الْعُرُوضِ لِأَنَّهَا تَقُومُ بِالنَّقْدَيْنِ فَكَانَ حُكْمُهَا بِنَاءً عَلَيْهِمَا. وَالْعُرُوضُ جَمْعُ عَرْضٍ بِفَتْحَتَيْنِ: حُطَامُ الدُّنْيَا: أَيُّ مَتَاعُهَا سِوَى النَّقْدَيْنِ. وَقَوْلُهُ (كَائِنَتْ مَا كَانَتْ) أَيُّ مِنْ أَيِّ جِنْسٍ كَانَتْ سَوَاءً كَانَتْ مِنْ جِنْسٍ مَا يَجِبُ فِيهِ الرِّكَاءُ كَالسَّوَابِ أَوْ لَمْ تُكُنْ كَالثِّيَابِ وَالْحَمِيرِ وَالْبِغَالِ. وَقَوْلُهُ (وَتَشْتَرَطُ نِيَّةُ التِّجَارَةِ) أَيُّ حَالَةِ الشَّرَاءِ أَمَا إِذَا كَانَتْ النِّيَّةُ بَعْدَ الْمِلْكِ فَلَا بُدَّ مِنْ اقْتِرَانِ عَمَلِ التِّجَارَةِ بِنِيَّةٍ لِأَنَّ مُجَرَّدَ النِّيَّةِ لَا تَعْمَلُ كَمَا مَرَّ.

وَقَوْلُهُ (يُقَوِّمُهَا بِمَا هُوَ أَنْفَعُ لِلْمَسَاكِينِ) أَحَدُ الْأَقْوَالِ فِي التَّقْوِيمِ، فَإِنَّ فِيهِ

(١) قال الزيلعي في نصب الراية (٣٨٦/٢): حديث غريب، وأخرجه أبو داود (١٥٦٢)، والبيهقي في السنن الكبرى (٧٥٩٧) وفي السنن الصغرى (١٢٠٨).

أَرْبَعَةً أَقَاوِيلَ:

أَحَدُهَا: هَذَا هُوَ مَا رُوِيَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ فِي الْأَمَالِي، وَوَجْهُهُ مَا ذَكَرَهُ بِقَوْلِهِ
اِحْتِيَاطًا لِحَقِّ الْفُقَرَاءِ فَإِنَّهُ لَا بُدَّ مِنْ مُرَاعَاتِهِ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ إِنْ كَانَ يُقَوِّمُهَا بِأَحَدِ التَّقْدِينَ
يَتِمُّ النَّصَابُ وَبِالْآخِرِ لَا يَتِمُّ يُقَوِّمُ بِمَا يَتِمُّ بِالِاتِّفَاقِ اِحْتِيَاطًا لِحَقِّ الْفُقَرَاءِ فَكَذَلِكَ هَذَا،
كَذَا فِي النَّهَائَةِ، وَهُوَ مُخَالَفٌ لِتَفْسِيرِ الْمُصَنِّفِ لِلْأَنْفَعِ فِي الْكِتَابِ.

وَالثَّانِي: مَا ذُكِرَ فِي الْمَبْسُوطِ وَهُوَ أَنَّ يُقَوِّمُ صَاحِبُ الْمَالِ بِأَيِّ التَّقْدِينَ شَاءَ،
وَوَجْهُهُ أَنَّ التَّقْوِيمَ لِمَعْرِفَةِ مَقْدَارِ الْمَالِيَّةِ وَالثَّمَنِ فِي ذَلِكَ سَوَاءً.

وَالثَّالِثُ: قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ عَلَى مَا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ. وَقَوْلُهُ (لَأَنَّهُ أُبْلِغَ فِي مَعْرِفَةِ
الْمَالِيَّةِ) لَأَنَّهُ ظَهَرَ قِيمَتُهُ مَرَّةً بِهَذَا التَّقْدِ الَّذِي وَقَعَ بِهِ الشِّرَاءُ، وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ اشْتَرَاهَا بِقِيمَتِهَا
لَأَنَّ الْعَبْنَ نَادِرٌ.

وَالرَّابِعُ: قَوْلُ مُحَمَّدٍ وَهُوَ أَنَّ يُقَوِّمُهَا بِالتَّقْدِ الْغَالِبِ عَلَى كُلِّ حَالٍ يَعْنِي سَوَاءً
اشْتَرَاهَا بِأَحَدِ التَّقْدِينَ أَوْ بغيرِهِ لَأَنَّ التَّقْوِيمَ فِي حَقِّ اللَّهِ تَعَالَى مُعْتَبَرٌ بِالتَّقْوِيمِ فِي حَقِّ
الْعِبَادِ، وَمَتَى وَقَعَتِ الْحَاجَةُ إِلَى تَقْوِيمِ الْمَغْضُوبِ وَالْمُسْتَهِلِكِ يَقُولُ بِالتَّقْدِ الْغَالِبِ فَكَذَا
هَذَا.

وَقَوْلُهُ (وَإِذَا كَانَ النَّصَابُ كَامِلًا فِي طَرَفِي الْحَوْلِ فَتَقْصَاةُهَا فِيمَا بَيْنَ ذَلِكَ لَا
يُسْقَطُ الزَّكَاةُ) قَيْدٌ بِالتَّقْصَانِ اخْتِرَازًا عَنِ الْهَلَاكِ، فَإِنْ هَلَكَ كُلُّ النَّصَابِ يَقْطَعُ الْحَوْلُ
بِالِاتِّفَاقِ، وَذَكَرَ النَّصَابُ مُطْلَقًا لِيَتَنَاولَ كُلُّ مَا يَجِبُ فِيهِ الزَّكَاةُ كَالْتَّقْدِينَ وَالْعُرُوضِ
وَالسَّوَائِمِ. وَقَالَ زُفَرٌ: لَا يَلْزَمُ الزَّكَاةُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ النَّصَابُ مِنْ أَوَّلِ الْحَوْلِ إِلَى آخِرِهِ
كَامِلًا لَأَنَّ حَوْلَانَ الْحَوْلِ عَلَى الْمَالِ شَرْطٌ لِلْوُجُوبِ وَكُلُّ جُزْءٍ مِنَ الْحَوْلِ بِمَعْنَى أَوَّلِهِ
وَآخِرِهِ وَلَنَا مَا ذُكِرَ فِي الْكِتَابِ وَهُوَ وَاضِحٌ، وَفِيهِ إِشَارَةٌ إِلَى الْجَوَابِ عَنْ قَوْلِ زُفَرٍ لَأَنَّ
اشْتِرَاطَ النَّصَابِ فِي الْإِبْتِدَاءِ لِلِاتِّعَادِ وَفِي الْإِنْتِهَاءِ لِلْوُجُوبِ وَمَا بَيْنَهُمَا بِمَعْرِزٍ عَنْهُمَا
جَمِيعًا فَلَا يَكُونُ كُلُّ جُزْءٍ مِنَ الْحَوْلِ بِمَعْنَى أَوَّلِهِ وَآخِرِهِ، وَالْمُرَادُ بِالتَّقْصَانِ التَّقْصَانُ فِي
الذَّاتِ، فَإِنَّ التَّقْصَانَ فِي الْوَصْفِ يَجْعَلُ السَّائِمَةَ عُلُوفَةً يُسْقَطُهَا بِالِاتِّفَاقِ، لَأَنَّ فَوَاتِ
الْوَصْفِ وَارِدٌ عَلَى كُلِّ النَّصَابِ فَكَانَ كَهَلَاكِ النَّصَابِ كُلِّهِ لَفَوَاتِ الْمَحَلِّيَةِ بِفَوَاتِ
الْوَصْفِ.

قَالَ (وَتُضْمُ قِيَمَةُ الْعُرُوضِ إِلَى الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ حَتَّى يَتِمَّ النِّصَابُ) لِأَنَّ الْوُجُوبَ فِي الْكُلِّ بِاعْتِبَارِ التَّجَارَةِ وَإِنْ افْتَرَقَتْ جِهَةُ الْإِعْدَادِ (وَيُضْمُ الذَّهَبُ إِلَى الْفِضَّةِ) لِلْمُجَانَسَةِ مِنْ حَيْثُ الثَّمَنِيَّةُ، وَمِنْ هَذَا الْوَجْهِ صَارَ سَبَبًا، ثُمَّ يُضْمُ بِالْقِيَمَةِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَعِنْدَهُمَا بِالْإِجْزَاءِ وَهُوَ رَوَايَةٌ عَنْهُ، حَتَّى إِنْ مَن كَانَ لَهُ مِائَةٌ دِرْهَمٍ وَخَمْسَةٌ مِثْقَالِ ذَهَبٍ تَبْلُغُ قِيَمَتُهَا مِائَةٌ دِرْهَمٍ فَعَلَيْهِ الزَّكَاةُ عِنْدَهُ خِلَافًا لَهُمَا، هُمَا يَقُولَانِ الْمُعْتَبَرُ فِيهِمَا الْقَدَرُ دُونَ الْقِيَمَةِ حَتَّى لَا تَحِبَّ الزَّكَاةُ فِي مَصْنُوعٍ وَزَنُّهُ أَقَلُّ مِنْ مِائَتَيْنِ وَقِيَمَتُهُ فَوْقَهُمَا، هُوَ يَقُولُ: إِنْ الضَّمُّ لِلْمُجَانَسَةِ وَهِيَ تَتَحَقَّقُ بِاعْتِبَارِ الْقِيَمَةِ دُونَ الصُّورَةِ فَيُضْمُ بِهَا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَتُضْمُ قِيَمَةُ الْعُرُوضِ) قَالَ فِي النَّهَايَةِ: حَاصِلُ مَسَائِلِ الضَّمِّ أَنَّ عُرُوضَ التَّجَارَةِ يُضْمُ بَعْضُهَا إِلَى بَعْضٍ بِالْقِيَمَةِ وَإِنْ اخْتَلَفَتْ أَجْنَاسُهَا، وَكَذَلِكَ يُضْمُ إِلَى التَّقْدِيرِ بِلَا خِلَافٍ، وَالسَّوَائِمُ الْمُخْتَلِفَةُ الْجِنْسِ كَالْإِبِلِ وَالْبَقَرِ وَالْعَنَمِ لَا يُضْمُ بَعْضُهَا إِلَى بَعْضٍ بِالْإِجْمَاعِ.

وَقَوْلُهُ (لِأَنَّ الْوُجُوبَ فِي الْكُلِّ بِاعْتِبَارِ التَّجَارَةِ) يَعْنِي أَنَّ سَبَبَ وَجُوبِ الزَّكَاةِ مِلْكُ النَّصَابِ الثَّامِي وَالنَّمَاءُ إِمَّا بِالْإِسَامَةِ أَوْ بِالتَّجَارَةِ، وَلَيْسَ كُلًّا مِمَّا فِي الْأُولَى فَتَعَيَّنَ الثَّانِيَةُ.

وَقَوْلُهُ (وَإِنْ افْتَرَقَتْ جِهَةُ الْإِعْدَادِ) يَعْنِي أَنَّ الْافْتِرَاقَ فِي الْجِهَةِ يَكُونُ الْإِعْدَادُ مِنْ جِهَةِ الْعِبَادِ لِإِعْدَادِهَا لِلتَّجَارَةِ، وَفِي التَّقْدِيرِ مِنْ جِهَةِ اللَّهِ تَعَالَى بِخَلْقِهِ الذَّهَبَ وَالْفِضَّةَ لِلتَّجَارَةِ لَا يَكُونُ مَانِعًا عَنِ الضَّمِّ بَعْدَ حُصُولِ مَا هُوَ الْأَصْلُ وَهُوَ النَّمَاءُ (وَيُضْمُ الذَّهَبُ إِلَى الْفِضَّةِ) عِنْدَنَا لِلْمُجَانَسَةِ مِنْ حَيْثُ الثَّمَنِيَّةُ، فَإِذَا كَانَ مَا هُوَ أَبْعَدُ فِي الْمُجَانَسَةِ عَلَةً وَهُوَ الْعُرُوضُ فَلَأَن يَكُونَ فِي الْأَقْرَبِ أَوْلَى. وَقَوْلُهُ (وَمِنْ هَذَا الْوَجْهِ صَارَ سَبَبًا) أَيُّ مِنْ حَيْثُ الثَّمَنِيَّةُ صَارَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنَ الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ سَبَبًا لَوْجُوبِ الزَّكَاةِ، فَكَانَ هَذَا الْوَجْهُ مُشْتَرَكًا بَيْنَهُمَا فَيُوجِبُ الضَّمَّ.

ثُمَّ اخْتَلَفَ عُلَمَاؤُنَا فِي ذَلِكَ، فَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ يُضْمُ بِالْقِيَمَةِ، وَعِنْدَهُمَا بِالْإِجْزَاءِ وَهُوَ رَوَايَةٌ عَنْهُ، وَفَائِدَتُهُ تَظْهَرُ فِيمَنْ كَانَ لَهُ مِائَةٌ دِرْهَمٍ وَخَمْسَةٌ مِثْقَالِ ذَهَبٍ وَتَبْلُغُ قِيَمَتُهُ مِائَةٌ دِرْهَمٍ فَعَلَيْهِ الزَّكَاةُ عِنْدَهُ خِلَافًا لَهُمَا. وَأَمَّا إِذَا كَانَ عَشْرَةٌ مِثْقَالِ ذَهَبٍ

وَمِائَةَ دِرْهَمٍ أَوْ مِنْ أَحَدِهِمَا ثُلُثٌ وَمِنْ الْآخِرِ ثُلُثَانٍ أَوْ رُبْعٌ وَثَلَاثَةُ أَرْبَاعٍ فَإِنَّهُ يُضْمُّ بِلاَ خِلاَفٍ عِنْدَهُمْ، وَدَلِيلُهُمَا عَلَى مَا ذُكِرَ فِي الْكِتَابِ وَاضِحٌ وَهُوَ يَقُولُ: إِنَّمَا أَوْجَبْنَا الضَّمَّ بِالْمُجَانَسَةِ وَهِيَ إِنَّمَا تَتَحَقَّقُ بِالْقِيَمَةِ دُونَ الصُّورَةِ وَاعْتِبَارُ الْإِجْرَاءِ اعْتِبَارُ الصُّورَةِ، وَمَسْأَلَةُ الْمَصُوغِ لَيْسَتْ مِمَّا نَحْنُ فِيهِ، إِذْ لَيْسَ فِيهَا ضَمُّ شَيْءٍ إِلَى شَيْءٍ آخَرَ حَتَّى تُعْتَبَرَ الْقِيَمَةُ، فَإِنَّ الْقِيَمَةَ فِي التَّقْوِيدِ إِنَّمَا تَظْهَرُ شَرْعًا عِنْدَ مُقَابَلَةِ أَحَدِهِمَا بِالْآخَرِ وَهَهُنَا لَيْسَ كَذَلِكَ.

بَابُ فِيمَنْ يَمُرُّ عَلَى الْعَاشِرِ

(إِذَا مَرَّ عَلَى الْعَاشِرِ بِمَالٍ فَقَالَ أَصَبْتُهُ مِنْذُ أَشْهُرٍ أَوْ عَلَيَّ دَيْنٌ وَحَلَفَ صَدَقَ) وَالْعَاشِرُ مَنْ نَصَبَهُ الْإِمَامُ عَلَى الطَّرِيقِ لِيَأْخُذَ الصَّدَقَاتِ مِنَ التُّجَّارِ، فَمَنْ أَنْكَرَ مِنْهُمْ تَمَامَ الْحَوْلِ أَوْ الْفَرَاغِ مِنَ الدَّيْنِ كَانَ مُنْكَرًا لِلْجَوَابِ وَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُنْكَرِ مَعَ الْيَمِينِ (وَكَذَا إِذَا قَالَ: أَدَيْتُهَا إِلَى عَاشِرٍ آخَرَ)، وَمُرَادُهُ إِذَا كَانَ فِي تِلْكَ السَّنَةِ عَاشِرٌ آخَرُ؛ لِأَنَّهُ ادَّعَى وَضَعَ الْأَمَانَةِ مَوْضِعَهَا بِخِلَافِ مَا إِذَا لَمْ يَكُنْ عَاشِرٌ آخَرُ فِي تِلْكَ السَّنَةِ؛ لِأَنَّهُ ظَهَرَ كَذِبُهُ بَيِّقِينَ (وَكَذَا إِذَا قَالَ: أَدَيْتُهَا أَنَا) يَعْنِي إِلَى الْفُقَرَاءِ فِي الْمِصْرِ؛ لِأَنَّ الْأَدَاءَ كَانَ مُفَوَّضًا إِلَيْهِ فِيهِ، وَوَلَايَةُ الْأَخْذِ بِالْمُرُورِ لِدُخُولِهِ تَحْتَ الْحِمَايَةِ، وَكَذَا الْجَوَابُ فِي صَدَقَةِ السُّؤَالِ فِي ثَلَاثَةِ فُصُولٍ.

وَفِي الْفَصْلِ الرَّابِعِ وَهُوَ مَا إِذَا قَالَ: أَدَيْتُ بِنَفْسِي إِلَى الْفُقَرَاءِ فِي الْمِصْرِ لَا يُصَدَّقُ وَإِنْ حَلَفَ وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يُصَدَّقُ؛ لِأَنَّهُ أَوْصَلَ الْحَقَّ إِلَى الْمُسْتَحِقِّ. وَلَنَا أَنَّ حَقَّ الْأَخْذِ لِلسُّلْطَانِ فَلَا يَمْلِكُ إِبْطَالَهُ بِخِلَافِ الْأَمْوَالِ الْبَاطِنَةِ. ثُمَّ قِيلَ الزَّكَاةُ هُوَ الْأَوَّلُ وَالثَّانِي سِيَاسَةٌ. وَقِيلَ هُوَ الثَّانِي وَالْأَوَّلُ يَنْقَلِبُ نَفْلاً وَهُوَ الصَّحِيحُ، ثُمَّ فِيمَا يُصَدَّقُ فِي السُّؤَالِ وَأَمْوَالُ التَّجَارَةِ لَمْ يَشْتَرِطْ إِخْرَاجُ الْبَرَاءَةِ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ، وَشَرْطُهُ فِي الْأَصْلِ وَهُوَ رِوَايَةُ الْحَسَنِ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ؛ لِأَنَّهُ ادَّعَى، وَلَصِدْقِ دَعْوَاهُ عَلَامَةٌ فَيُجِبُ إِبْرَازُهَا. وَجَهُ الْأَوَّلِ أَنَّ الْخَطَأَ يُشَبِّهُ الْخَطَأَ فَلَا يُعْتَبَرُ عَلَامَةً.

الشرح:

(بَابُ فِيمَنْ يَمُرُّ عَلَى الْعَاشِرِ): أَلْحَقَ هَذَا الْبَابَ بِكِتَابِ الزَّكَاةِ اتِّبَاعًا لِلْمَبْسُوطِ وَشُرُوحِ الْجَامِعِ لِمُنَاسَبَةِ وَهِيَ أَنَّ الْعَشَرَ الْمَأْخُوذَ مِنَ الْمُسْلِمِ الْمَارِّ عَلَى الْعَاشِرِ هُوَ الزَّكَاةُ

بِعَيْنِهَا إِلَّا أَنْ هَذَا الْعَاشِرَ كَمَا يَأْخُذُ مِنَ الْمُسْلِمِ يَأْخُذُ مِنَ الذَّمِّيِّ وَالْمُسْتَأْمَنِ وَلَيْسَ
الْمَأْخُودُ مِنْهُمَا بِزَكَاةٍ، وَقَدَّمَ الزَّكَاةَ عَلَى هَذَا الْبَابِ وَعَلَى مَا بَعْدَهُ لَكُونِهَا عِبَادَةً مَحْضَةً
لَا شَائِبَةً فِيهَا لِلْغَيْرِ، وَالْعَاشِرُ مُشْتَقٌّ مِنْ عَشَرَتِ الْقَوْمِ إِذَا أَخَذَتْ عَشْرَ أَمْوَالِهِمْ فَهُوَ
تَسْمِيَةٌ لِلشَّيْءِ بِاعْتِبَارِ بَعْضِ أَحْوَالِهِ وَهُوَ أَخْذُهُ الْعَشْرَ مِنَ الْحَرْبِيِّ لَا مِنَ الْمُسْلِمِ وَالذَّمِّيِّ
عَلَى مَا سَبَّحِيَّ (قَوْلُهُ إِذَا مَرَّ عَلَى الْعَاشِرِ بِمَالٍ) أَيُّ مِنَ الْأَمْوَالِ الْبَاطِنَةِ، وَإِنَّمَا قِيدَ
بِذَلِكَ لِأَنَّ الْأَمْوَالِ الظَّاهِرَةَ وَهِيَ السَّوَائِمُ لَا يَحْتَاجُ الْعَاشِرُ فِيهَا إِلَى مُرُورِ صَاحِبِ الْمَالِ
عَلَيْهِ فِي ثُبُوتِ وَلَايَةِ الْأَخْذِ لَهُ فَإِنَّهُ يَأْخُذُ عَشْرَ الْأَمْوَالِ الظَّاهِرَةِ مِنْهُ وَإِنْ لَمْ يَمُرَّ صَاحِبُ
الْمَالِ عَلَيْهِ.

وَأَمَّا فِي الْأَمْوَالِ الْبَاطِنَةِ فَإِنَّ الْأَدَاءَ لَصَاحِبِ الْمَالِ لَكُونِهَا غَيْرَ مُحْتَاجَةٍ إِلَى الْحِمَايَةِ
لِبُطُونِهَا، فَإِذَا أَخْرَجَهَا إِلَى الْمَفَازَةِ احْتَاجَتْ إِلَيْهَا فَصَارَتْ كَالسَّوَائِمِ، فَإِذَا مَرَّ التَّاجِرُ
عَلَى الْعَاشِرِ بِمَالٍ مِمَّا ذَكَرْنَا وَقَالَ أَصْبَتْهُ مُنْذُ أَشْهُرٍ: يُعْنَى لَمْ يَحُلْ عَلَيْهِ الْحَوْلُ وَلَمْ يَكُنْ
فِي يَدِهِ مَالٌ آخَرَ مِنْ جِنْسِ هَذَا الْمَالِ حَالَ عَلَيْهِ الْحَوْلُ فَإِنَّهُ لَوْ كَانَ لَمْ يُصَدَّقْ لِأَنَّ
الْحَوْلَ لَيْسَ بِشَرْطٍ فِي الْمُسْتَفَادِ مِنَ الْجِنْسِ، أَوْ قَالَ عَلَى دَيْنٍ. يَعْنِي دَيْنًا مُسْتَعْرِقًا لَهُ
مُطَالَبٌ مِنْ جِهَةِ الْعِبَادِ وَخَلَفَ عَلَى ذَلِكَ صَدَّقَ وَعَرَّفَ الْعَاشِرَ بِقَوْلِهِ مَنْ نَصَبَهُ الْإِمَامُ
عَلَى الطَّرِيقِ لِيَأْخُذَ الصَّدَقَاتِ مِنَ التُّجَّارِ. وَتَوْقُضَ بِأَنَّهُ يَأْخُذُ مِنَ الْكَافِرِ وَلَيْسَ الْمَأْخُودُ
مِنْهُ صَدَقَةً. وَأُجِيبَ بِأَنَّ الْأَصْلَ فِي نَصْبِهِ أَخْذَ الصَّدَقَاتِ لِأَنَّ فِيهِ إِعَانَةً لِلْمُسْلِمِ عَلَى أَدَاءِ
الْعِبَادَةِ، وَمَا عَدَاهَا تَابِعٌ لَا يَحْتَاجُ إِلَى تَنْصِيصِهِ بِالذِّكْرِ.

وَقَوْلُهُ (فَمَنْ أَنْكَرَ تَمَامَ الْحَوْلِ) يَعْنِي بِقَوْلِهِ أَصْبَتْ مُنْذُ أَشْهُرٍ (أَوْ الْفَرَاغُ مِنَ
الدَّيْنِ) بِقَوْلِهِ أَوْ عَلَى دَيْنٍ (كَانَ مُنْكَرًا لِلْوُجُوبِ وَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ) وَفِيهِ بَحْثٌ مِنْ
وَجْهَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّ قَوْلَهُ مُنْذُ أَشْهُرٍ لَا يَدُلُّ عَلَى مَا دُونَ الْحَوْلِ فَكَيْفَ عَبَّرَ عَنْهُ بِقَوْلِهِ
فَمَنْ أَنْكَرَ تَمَامَ الْحَوْلِ.

وَالثَّانِي: أَنَّ الزَّكَاةَ عِبَادَةً خَالِصَةً فَكَانَتْ بِمَنْزِلَةِ الصَّوْمِ وَالصَّلَاةِ، وَلَا يُشْتَرَطُ
لِلتَّصَدِيقِ فِيهِمَا التَّخْلِيفُ. وَأُجِيبَ عَنْ الْأَوَّلِ بِأَنَّ الْأَشْهُرَ تَقَعُ عَلَى الْعَشْرَةِ فَمَا دُونَهَا
لَكُونِهِ جَمْعٌ قَلِيلٌ، وَالْأَصْلُ فِي الْكَلَامِ الْحَقِيقَةُ، وَعَنْ الثَّانِي بِأَنَّهَا وَإِنْ كَانَتْ عِبَادَةً لَكِنْ

تَعْلَقَ بِهَا حَقُّ الْعَاشِرِ فِي الْأَخْذِ وَحَقُّ الْفَقِيرِ فِي الْإِتِّفَاعِ بِهِ فَالْعَاشِرُ بَعْدَ ذَلِكَ يُدْعَى عَلَيْهِ مَعْنَى لَوْ أَقَرَّ بِهِ لَزِمَهُ فَيَسْتَحْلِفُ لِرَجَاءِ التَّكْوِيلِ كَمَا فِي سَائِرِ الدَّعَاوَى، بِخِلَافِ الصَّوْمِ وَالصَّلَاةِ فَإِنَّهُ لَمْ يَتَعْلَقْ بِهِمَا حَقُّ الْعَبْدِ، وَلَا يَلْزَمُ حَدُّ الْقَذْفِ فَإِنَّهُ لَا يُسْتَحْلَفُ فِيهِ إِذَا أُتْكَرَ وَإِنْ تَعْلَقَ بِهِ حَقُّ الْعَبْدِ لِأَنَّ الْقَضَاءَ بِالتَّكْوِيلِ فِي الْحُدُودِ مُتَعَذِّرٌ عَلَى مَا عُرِفَ. وَقَوْلُهُ (وَكَذَا إِذَا قَالَ أَذَيْتَ إِلَى عَاشِرٍ آخَرَ) ظَاهِرٌ وَقَوْلُهُ (ثُمَّ قِيلَ الزَّكَاةُ هُوَ الْأَوَّلُ) بِنَاءٌ عَلَى مَا لِأَصْحَابِنَا مِنَ الطَّرِيقَيْنِ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ: أَحَدُهُمَا أَنَّهُ إِذَا كَانَ صَادِقًا فِيمَا قَالَ يَبْرَأُ فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللَّهِ تَعَالَى.

وَالثَّانِي أَنَّهُ لَا يَبْرَأُ، فَمَنْ اخْتَارَ الْأَوَّلَ قَالَ الزَّكَاةُ هُوَ الْأَوَّلُ كَمَا لَوْ خَفِيَ عَلَى السَّاعِي مَكَانَ مَالِهِ فَادَّعَى صَاحِبُ الْمَالِ زَكَاتَهُ وَقَعَ زَكَاةٌ (وَالثَّانِي سِيَّاسَةً) مَالِيَّةٌ زَجْرًا لغيرِهِ عَنِ الْإِفْذَامِ عَمَّا لَيْسَ إِلَيْهِ (وَمَنْ اخْتَارَ الثَّانِي قَالَ الزَّكَاةُ هُوَ الثَّانِي وَالْأَوَّلُ يَنْقَلِبُ نَفْلًا) كَمَنْ صَلَّى يَوْمَ الْجُمُعَةِ الظُّهْرَ فِي مَنْزِلِهِ ثُمَّ سَعَى إِلَى الْجُمُعَةِ فَأَذَاهَا وَهُوَ الَّذِي اخْتَارَهُ الْمُصَنِّفُ. وَقَالَ (هُوَ الصَّحِيحُ) اخْتِرَازًا عَنِ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ. وَوَجْهُ الصَّحَّةِ أَنَّهُ لَمَّا ثَبَتَ وِلَايَةُ الْأَخْذِ لِلسُّلْطَانِ شَرْعًا فِي الْأَمْوَالِ الظَّاهِرَةِ كَانَ أَدَاءُ رَبِّ الْمَالِ فَرَضًا لِعَوَا كَمَا لَوْ أَذَى الْحِزْبِيَّةَ إِلَى الْمُقَاتِلَةِ بِنَفْسِهِ. وَقَوْلُهُ (لَمْ يُشْتَرَطْ إِخْرَاجُ الْبَرَاءَةِ) أَيُّ الْعَلَامَةِ وَهِيَ اسْمُ لَخْطٍ الْإِبْرَاءِ مِنْ بَرِيٍّ مِنَ الدِّينِ. وَالْعَيْبُ بَرَاءَةٌ وَالْجَمْعُ بَرَاءَاتٌ وَالْبَرَاوَاتُ عَامِّيٌّ كَذَا فِي الْمَغْرِبِ. وَقَوْلُهُ (فَيَجِبُ إِبْرَازُهَا) أَيُّ إظهارُ الْعَلَامَةِ كَمَنْ ادَّعَى عَلَى آخَرَ شَجَّةً أَوْ قِطْعًا فَإِنَّهُ يَجِبُ عَلَيْهِ إِبْرَازُ عِلَالَتَيْهَا (وَجْهُ الْأَوَّلِ) وَهُوَ رَوَايَةُ الْجَامِعِ (أَنَّ الْخَطَّ يُشْبِهُ الْخَطَّ) فَلَا يُمَكِّنُ جَعْلُهُ حُكْمًا (فَلَمْ يُعْتَبَرْ عِلَالَةً) قَالَ فِي الْمَبْسُوطِ وَالْجَامِعِ الصَّغِيرِ لِلتُّمْرَتَاشِيِّ: وَهُوَ الصَّحِيحُ، ثُمَّ عَلَى قَوْلِ مَنْ يَقُولُ بِاشْتِرَاطِ الْعَلَامَةِ هَلْ يُشْتَرَطُ مَعَهَا الْيَمِينُ.

قَالَ الْإِمَامُ التُّمْرَتَاشِيُّ: إِنْ لَمْ يَحْلِفْ لَمْ يُصَدَّقْ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَصَدَّقَ عِنْدَهُمَا قِيلَ فِي كَلَامِ الْمُصَنِّفِ نَظَرٌ وَهُوَ أَنَّهُ قَالَ ثُمَّ فِيمَا يَصَدَّقُ فِي السَّوَائِمِ وَأَمْوَالِ التَّجَارَةِ، وَلَا شَكَّ أَنَّهُ فِي السَّوَائِمِ يَصَدَّقُ فِي ثَلَاثَةِ فُصُولٍ وَفِي أَمْوَالِ التَّجَارَةِ فِي أَرْبَعَةٍ كَمَا تَقَدَّمَ، فَيَنْبَغِي أَنْ يُشْتَرَطَ إِخْرَاجُ الْبَرَاءَةِ فِي الْجَمِيعِ وَلَا يُتَصَوَّرُ ذَلِكَ فِيمَا إِذَا قَالَ عَلِيٌّ دِينَ أَوْ أَصْبَتْهُ مِنْذُ أَشْهُرٍ أَوْ أَذَيْتَهَا إِلَى الْفُقَرَاءِ فِي الْمِصْرِ وَإِنَّمَا يُتَصَوَّرُ ذَلِكَ فِي صُورَةِ

وَاحِدَةً وَهُوَ أَنْ يَقُولَ أَذِيتَهُ إِلَى عَاشِرِ آخَرٍ وَفِي تِلْكَ السَّنَةِ عَاشِرِ آخَرٍ. وَأَجِيبَ بِأَنَّهُ ذَكَرَ الْعَامَّ وَأَرَادَ الْخَاصَّ: أَيِ الصُّورَةِ الْمَذْكُورَةِ مَجَازًا.

قَالَ (وَمَا صَدَّقَ فِيهِ الْمُسْلِمُ صَدَّقَ فِيهِ الذَّمِّيُّ)؛ لِأَنَّ مَا يُؤْخَذُ مِنْهُ ضِعْفُ مَا يُؤْخَذُ مِنَ الْمُسْلِمِ فَتَرَاعَى تِلْكَ الشَّرَاطِطُ تَحْقِيقًا لِلتَّضْعِيفِ (وَلَا يُصَدَّقُ الْحَرْبِيُّ إِلَّا فِي الْجَوَارِي يَقُولُ: هُنَّ أُمَهَاتُ أَوْلَادِي، أَوْ غِلْمَانٍ مَعَهُ يَقُولُ: هُمْ أَوْلَادِي)؛ لِأَنَّ الْأَخْذَ مِنْهُ بِطَرِيقِ الْحِمَايَةِ وَمَا فِي يَدِهِ مِنَ الْمَالِ يَحْتَاجُ إِلَى الْحِمَايَةِ غَيْرَ أَنْ إِقْرَارَهُ بِنَسَبِ مَنْ فِي يَدِهِ مِنْهُ صَحِيحٌ، فَكَذَا بِأُمُومِيَّةِ الْوَلَدِ؛ لِأَنَّهَا تَبَتَّتِي عَلَيْهِ فَانْعَدَمَتِ صِفَةُ الْمَالِيَّةِ فِيهِنَّ، وَالْأَخْذُ لَا يَجِبُ إِلَّا مِنَ الْمَالِ. قَالَ (وَيُؤْخَذُ مِنَ الْمُسْلِمِ رُبْعُ الْعُشْرِ وَمِنَ الذَّمِّيِّ نِصْفُ الْعُشْرِ وَمِنَ الْحَرْبِيِّ الْعُشْرُ) هَكَذَا أَمَرَ عُمَرُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ سَعَاتَهُ (وَأَنْ مَرَّ حَرْبِيٌّ بِخَمْسِينَ دِرْهَمًا لَمْ يُؤْخَذْ مِنْهُ شَيْءٌ إِلَّا أَنْ يَكُونُوا يَأْخُذُونَ مِنْهَا مِنْ مِثْلِهَا)؛ لِأَنَّ الْأَخْذَ مِنْهُمْ بِطَرِيقِ الْمَجَازَةِ، بِخِلَافِ الْمُسْلِمِ وَالذَّمِّيِّ؛ لِأَنَّ الْمَأْخُوذَ زَكَاةً أَوْ ضِعْفُهَا فَلَا بُدَّ مِنَ النَّصَابِ وَهَذَا فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ، وَفِي كِتَابِ الزَّكَاةِ لَا نَأْخُذُ مِنَ الْقَلِيلِ وَإِنْ كَانُوا يَأْخُذُونَ مِنْهَا مِنْهُ؛ لِأَنَّ الْقَلِيلَ لَمْ يَزَلْ عَفْوًا وَلَئِنَّهُ لَا يَحْتَاجُ إِلَى الْحِمَايَةِ.

قَالَ (وَأَنْ مَرَّ حَرْبِيٌّ بِمِائَتِي دِرْهَمٍ وَلَا يَعْلَمُ كَمْ يَأْخُذُونَ مِنْهَا نَأْخُذُ مِنْهُ الْعُشْرَ) لِقَوْلِ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: فَإِنْ أَصَابَكُمْ فَالْعُشْرُ (وَأِنْ عَلِمَ أَنَّهُمْ يَأْخُذُونَ مِنْهَا رُبْعَ الْعُشْرِ أَوْ نِصْفَ الْعُشْرِ نَأْخُذُ بِقَدْرِهِ، وَإِنْ كَانُوا يَأْخُذُونَ الْكُلَّ لَا نَأْخُذُ الْكُلَّ)؛ لِأَنَّهُ غَدَرٌ (وَإِنْ كَانُوا لَا يَأْخُذُونَ أَصْلًا لَا نَأْخُذُ) لِيَتْرَكُوا الْأَخْذَ مِنْ تِجَارِنَا وَلَأَنَّا أَحَقُّ بِمَكَارِمِ الْأَخْلَاقِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (فَيَرَاعَى تِلْكَ الشَّرَاطِطُ تَحْقِيقًا لِلتَّضْعِيفِ) يَعْنِي أَنَّ تَضْعِيفَ الشَّيْءِ إِنَّمَا يَتَحَقَّقُ إِذَا كَانَ الشَّيْءُ الْمُضْعَفُ عَلَى أَوْصَافِ الْمُضْعَفِ عَلَيْهِ وَإِلَّا لَكَانَ تَبْدِيلًا لَا تَضْعِيفًا وَقَوْلُهُ (وَلَا يُصَدَّقُ الْحَرْبِيُّ) يَعْنِي فِي الْفُصُولِ كُلِّهَا (إِلَّا فِي الْجَوَارِي يَقُولُ هُنَّ أُمَهَاتُ أَوْلَادِي أَوْ غِلْمَانٍ مَعَهُ يَقُولُ هُمْ أَوْلَادِي) لِأَنَّ الْأَخْذَ مِنْهُ بِطَرِيقِ الْحِمَايَةِ وَمَا فِي يَدِهِ مِنَ الْأَمْوَالِ يَحْتَاجُ إِلَيْهَا وَإِنَّمَا لَمْ يُصَدَّقْ فِي شَيْءٍ مِنَ الْفُصُولِ لِعَدَمِ الْفَائِدَةِ فِي تَصْدِيقِهِ لِأَنَّهُ لَوْ قَالَ لَمْ يَتَمَّ الْحَوْلُ عَلَى مَالِي فِي الْأَخْذِ مِنْهُ لَا يُعْتَبَرُ الْحَوْلُ لِأَنَّ اعْتِبَارَ الْحَوْلِ لَتَمَامِ الْحِمَايَةِ لِتَحْصِيلِ التَّمَاءِ وَالْحِمَايَةِ لِلْحَرْبِيِّ تَتِمُّ بِنَفْسِ الْأَمَانِ، إِذْ لَوْ لَمْ يَكُنْ الْأَمَانُ

صَارَ مَسْنِيًّا مَعَ أَمْوَالِهِ.

وَلَوْ قَالَ عَلِيٌّ دَيْنٌ فَالدَّيْنُ الَّذِي وَجَبَ عَلَيْهِ فِي دَارِ الْحَرْبِ لَا يُطَالَبُ بِهِ فِي دَارِنَا وَإِنْ قَالَ الْمَالُ بِضَاعَةٌ فَلَا حُرْمَةَ لِمُصَاحِبِهَا وَلَا أَمَانٌ، وَإِنْ قَالَ لَيْسَ لِلتَّجَارَةِ يُكَذِّبُهُ الظَّاهِرُ لِأَنَّهُ لَا يَتَكَلَّفُ لِلثَّقَلِ إِلَى غَيْرِ دَارِهِ مَا لَمْ يَكُنْ لَهَا، وَإِنْ قَالَ أَدَيْتَهَا إِلَى عَاشِرٍ آخَرَ لَمْ يُلْتَفَتْ إِلَيْهِ لِأَنَّ الْمَأْخُوذَ مِنْهُ أُجْرَةُ الْحِمَايَةِ وَقَدْ وَجِدَتْ بِنَفْسِ الْأَمَانِ كَمَا مَرَّ آنِفًا، وَلَوْ قَالَ أَدَيْتَهَا أَنَا كَذَبَهُ اعْتِقَادُهُ غَيْرَ أَنَّ إِفْرَارَهُ بِنَسَبٍ مَنْ فِي يَدِهِ مِنْهُ صَحِيحٌ لِأَنَّ كَوْنَهُ حَرَبِيًّا لَا يُنَافِي الْاِسْتِيلَادَ وَالتَّنَسُّبَ كَمَا يَثْبُتُ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ يَثْبُتُ فِي دَارِ الْحَرْبِ، وَبِهِ يَخْرُجُ مَنْ أَنْ يَكُونَ مَالًا وَالْأَخْذُ لَا يَكُونُ إِلَّا مِنْ الْمَالِ الْمَمْرُورِ بِهِ. قَالَ (وَيُؤْخَذُ مِنَ الْمُسْلِمِ رُبْعُ الْعُشْرِ).

رَوَى الشَّيْخُ أَبُو الْحَسَنِ الْقُدُورِيُّ فِي شَرْحِهِ لِمُخْتَصَرِ الْكَرْنَجِيِّ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ رضي الله عنه نَصَّبَ الْعُشَارَ فَقَالَ لَهُمْ: خُذُوا مِنَ الْمُسْلِمِ رُبْعَ الْعُشْرِ، وَمِنَ الذَّمِيِّ نِصْفَ الْعُشْرِ، وَمِنَ الْحَرَبِيِّ الْعُشْرَ، وَكَانَ هَذَا بِمُخَضَّرِ الصَّحَابَةِ مِنْ غَيْرِ خِلَافٍ، فَكَانَ إِجْمَاعًا.

وَالْمَعْنَى الْفَقْهِيَّةُ فِيهِ مَا قِيلَ إِنَّمَا يُؤْخَذُ مِنَ الْمُسْلِمِ رُبْعُ الْعُشْرِ لِقَوْلِهِ ﷺ «هَاتُوا رُبْعَ عُشُورِ أَمْوَالِكُمْ، مِنْ كُلِّ أَرْبَعِينَ دِرْهَمًا دِرْهَمٌ» وَإِنَّمَا ثَبَّتَ وَلَايَةُ الْأَخْذِ لِلْعَاشِرِ لِحَاجَتِهِ إِلَى الْحِمَايَةِ، وَحَاجَةُ الذَّمِيِّ إِلَى الْحِمَايَةِ أَكْثَرُ لِأَنَّ طَمَعَ اللُّصُوصِ فِي أَمْوَالِ أَهْلِ الذِّمَّةِ أَوْفَرُ فَيُؤْخَذُ مِنْهُ ضِعْفُ مَا يُؤْخَذُ مِنَ الْمُسْلِمِ كَمَا فِي صَدَقَاتِ بَنِي تَغْلِبَ، ثُمَّ الْحَرَبِيُّ مِنَ الذَّمِيِّ بِمَنْزِلَةِ الذَّمِيِّ مِنَ الْمُسْلِمِ، أَلَا تَرَى أَنَّ شَهَادَةَ أَهْلِ الْحَرْبِ عَلَى أَهْلِ الذِّمَّةِ غَيْرُ مَقْبُولَةٍ كَمَا لَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ الذَّمِيِّ عَلَى الْمُسْلِمِ، وَشَهَادَةُ أَهْلِ الذِّمَّةِ عَلَى أَهْلِ الْحَرْبِ وَهُمْ مَقْبُولَةٌ كَشَهَادَةِ الْمُسْلِمِ عَلَى الذَّمِيِّ، ثُمَّ الذَّمِيُّ يُؤْخَذُ مِنْهُ ضِعْفُ مَا يُؤْخَذُ مِنَ الْمُسْلِمِ، فَكَذَلِكَ الْحَرَبِيُّ يُؤْخَذُ مِنْهُ ضِعْفُ مَا يُؤْخَذُ مِنَ الذَّمِيِّ تَضْعِيفًا لَا تَبْدِيلًا. (وَإِنْ مَرَّ حَرَبِيٌّ بِخَمْسِينَ دِرْهَمًا لَا يُؤْخَذُ مِنْهُ شَيْءٌ إِلَّا أَنْ يَكُونُوا يَأْخُذُونَ مِنَّا مِنْ مِثْلِهَا) لِأَنَّ الْأَخْذَ مِنْهُمْ بِطَرِيقِ الْمُجَازَاةِ إِلَيْهِ أَشَارَ عُمَرُ رضي الله عنه لَمَّا سُئِلَ حِينَ نَصَّبَ الْعَاشِرَ فَقِيلَ لَهُ: كَمْ تَأْخُذُ مِمَّا مَرَّ بِهِ الْحَرَبِيُّ؟ فَقَالَ: كَمْ يَأْخُذُونَ مِنَّا؟ فَقَالُوا: الْعُشْرَ، فَقَالَ: خُذُوا مِنْهُمْ الْعُشْرَ.

وَلَسْنَا نَعْنِي بِقَوْلِنَا بِطَرِيقِ الْمَجَازَةِ أَنْ أَخَذْنَا لِمَقَابِلَةِ أَخْذِهِمْ أَمْوَالَنَا، فَإِنْ أَخَذَهُمْ أَمْوَالَنَا ظَلَمَ وَأَخَذْنَا أَمْوَالَهُمْ حَقٌّ، لَكِنَّ الْمَقْصُودَ أَنَّا إِذَا عَامَلْنَاهُمْ بِمِثْلِ مَا يُعَامِلُونَنَا كَانَ ذَلِكَ أَقْرَبَ إِلَى مَقْصُودِ الْأَمَانِ وَاتِّصَالِ التَّجَارَاتِ. لَا يُقَالُ: فِي كَلَامِ الْمُصَنِّفِ تَنَافٍ لِأَنَّهُ قَالَ قَبْلَ هَذَا لِأَنَّ الْأَخْذَ مِنْهُمْ بِطَرِيقِ الْحِمَايَةِ.

وَقَالَ هَهُنَا: لِأَنَّ الْأَخْذَ مِنْهُمْ بِطَرِيقِ الْمَجَازَةِ، وَإِذَا كَانَ الْأَخْذُ مَعْلُولًا لِأَحَدِهِمَا لَا يَكُونُ مَعْلُولًا لِغَيْرِهِ لِثَلَا تَتَوَارَدُ عِلَّتَانِ عَلَى مَعْلُولٍ وَاحِدٍ بِالشَّخْصِ لِأَنَّا نَقُولُ: الْأَخْذُ مِنْهُمْ مَعْلُومٌ لِلْحِمَايَةِ. وَأَمَّا الْمَقْدَارُ الْمَعِينُ وَهُوَ الْعُشْرُ فَمَعْلُولٌ لِلْمَجَازَةِ إِنْجٍ، وَلَا تَنَافِي فِي ذَلِكَ. وَقَوْلُهُ (بِخِلَافِ الْمُسْلِمِ) وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (فَإِنْ أَعْيَاكُمْ فَالْعُشْرُ) نَقُولُ عَيَّيتُ بِأَمْرِي إِذَا لَمْ تَهْتَدِ لَوَجْهَتِهِ، وَأَعْيَانِي هُوَ، وَقِيلَ مَأْخُودٌ مِنَ الْعِيِّ وَهُوَ الْجَهْلُ، فَإِنْ أَعْيَاكُمْ: أَيَّ جَهْلِكُمْ: يُعْنَى إِذَا اشْتَبَهَ الْحَالُ بِأَنْ لَمْ يَعْلَمْ الْعَاشِرُ مَا يَأْخُذُونَ مِنْ تُجَارِنَا يُؤْخَذُ مِنْهُ الْعُشْرُ.

وَقَوْلُهُ (لِأَنَّهُ غَدْرٌ) أَيُّ لَوْفُوعِهِ بَعْدَ الْحِمَايَةِ وَالْعَدْرُ حَرَامٌ، قَالَ ﷺ «وَفَاءٌ لَا غَدْرٌ» وَهَذَا قَوْلُ بَعْضِ الْمَشَايخِ، وَقَالَ بَعْضُهُمْ: يُؤْخَذُ مِنْهُ جَمِيعُ مَا فِي يَدِهِ إِلَّا قَدْرُ مَا يُبْلَغُهُ مَأْمَنُهُ، لِأَنَّا مَأْمُورُونَ بِتَبْلِيغِهِ مَأْمَنُهُ لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿ثُمَّ أَلْبَغْهُ مَأْمَنَهُ﴾ [التوبة: ٦] وَقَالَ بَعْضُهُمْ: يُؤْخَذُ مِنْهُ الْكُلُّ لِأَنَّ الْأَخْذَ بِطَرِيقِ الْمَجَازَةِ فَيُجَازِيهِمْ بِمِثْلِ صَنِيعِهِمْ لِيَنْزَجِرُوا.

قَالَ (وَإِنْ مَرَّ حَرْبِي عَلَى عَاشِرٍ فَعَشْرَهُ ثُمَّ مَرَّ مَرَّةً أُخْرَى لَمْ يَعَشْرَهُ حَتَّى يَحُولَ الْحَوْلُ)؛ لِأَنَّ الْأَخْذَ فِي كُلِّ مَرَّةٍ اسْتِثْصَالُ الْمَالِ وَحَقُّ الْأَخْذِ لِحِفْظِهِ، وَلِأَنَّ حُكْمَ الْأَمَانِ الْأَوَّلَ بَاقٍ، وَبَعْدَ الْحَوْلِ يَتَجَدَّدُ الْأَمَانُ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُ مِنَ الْإِقَامَةِ إِلَّا حَوْلًا، وَالْأَخْذُ بَعْدَهُ لَا يَسْتَأْصِلُ الْمَالُ (فَإِنْ عَشْرَهُ فَرَجَعَ إِلَى دَارِ الْحَرْبِ ثُمَّ خَرَجَ مِنْ يَوْمِهِ ذَلِكَ عَشْرَهُ أَيْضًا)؛ لِأَنَّهُ رَجَعَ بِأَمَانٍ جَدِيدٍ. وَكَذَا الْأَخْذُ بَعْدَهُ لَا يُفْضِي إِلَى الْاسْتِثْصَالِ

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِنْ مَرَّ حَرْبِي عَلَى عَاشِرٍ إِنْجٍ) حَاصِلُهُ أَنَّ الْعُشْرَ إِنَّمَا يَتَكَرَّرُ فِيمَا يَمُرُّ بِهِ بِكَمَالِ الْحَوْلِ أَوْ بِتَجْدِيدِ الْعَهْدِ بِالرُّجُوعِ إِلَى دَارِ الْحَرْبِ ثُمَّ بِالْمُرُورِ عَلَى الْعَاشِرِ، وَإِنْ كَانَ فِي يَوْمِهِ ذَلِكَ فَإِذَا لَمْ يُوجَدْ شَيْءٌ مِنْهُمَا لَمْ يُعَشْرَهُ ثَانِيًا لَمَّا رُويَ أَنَّ نَصْرَانِيًّا مَرَّ

بَفَرَسٍ لَهُ عَلَى عَاشِرِ عُمَرَ عليه السلام فَعَشَرَهُ، ثُمَّ مَرَّ بِهِ ثَانِيًا فَهَمَّ أَنْ يُعَشِّرَهُ فَقَالَ النَّصْرَانِيُّ: كُلَّمَا مَرَرْتُ بِكَ عَشَرْتَنِي إِذَا يَذْهَبُ فَرَسِي كُلُّهُ؟ فَفَرَّكَ الْفَرَسَ عِنْدَهُ وَذَهَبَ إِلَى عُمَرَ عليه السلام، فَلَمَّا دَخَلَ الْمَدِينَةَ أَتَى الْمَسْجِدَ فَوَضَعَ يَدَيْهِ عَلَى عَتَبَتِي الْبَابِ فَقَالَ: يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ أَنَا الشَّيْخُ النَّصْرَانِيُّ، فَقَالَ أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ: أَنَا الشَّيْخُ الْحَنِيفِيُّ، فَقَصَّ النَّصْرَانِيُّ الْقِصَّةَ فَقَالَ عُمَرُ عليه السلام: أَتَاكَ الْعَوْتُ فَتَكَسَّ رَأْسُهُ، وَرَجَعَ إِلَى مَا كَانَ فِيهِ، فَظَنَّ النَّصْرَانِيُّ أَنَّهُ اسْتَحَفَّ بِظُلَامَتِهِ فَارْجَعَ كَالْخَائِبِ، فَلَمَّا انْتَهَى إِلَى فَرَسِهِ وَجَدَ كِتَابَ عُمَرَ قَدْ سَبَقَهُ إِلَيْكَ إِنْ أَخَذْتَ الْعُشْرَ مَرَّةً فَلَا تَأْخُذْهُ مَرَّةً أُخْرَى، فَقَالَ النَّصْرَانِيُّ: إِنْ دِينَا يَكُونُ الْعَدْلُ فِيهِ بِهَذِهِ الصِّفَةِ لِحَقِيقٍ أَنْ يَكُونَ حَقًّا فَأَسْلَمَ.

فَإِنْ قِيلَ: كَلَامُ الْمُصَنِّفِ مُتَنَاقِضٌ لِأَنَّهُ قَالَ حَتَّى يَحُولَ الْحَوْلُ، ثُمَّ قَالَ لَا يُمَكِّنُ مِنَ الْمَقَامِ إِلَّا حَوْلًا، وَالْمُرَادُ بِهِ إِلَّا قَرِيبًا مِنَ الْحَوْلِ لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُ مِنَ الْإِقَامَةِ حَوْلًا كَامِلًا. أَجِيبَ بِأَنْ مُرَادَهُ بِقَوْلِهِ حَتَّى يَحُولَ الْحَوْلُ: إِذَا لَمْ يَعْلَمْ الْإِمَامُ بِحَالِهِ حَتَّى يَحُولَ الْحَوْلُ فَإِنَّهُ يَأْخُذُ ثَانِيًا.

(وَإِنْ مَرَّ ذِمِّي بِخَمْرٍ أَوْ خَنِزِيرٍ عَشَرَ الْخَمْرِ دُونَ الْخَنِزِيرِ) وَقَوْلُهُ عَشَرَ الْخَمْرِ: أَيِ مِنْ قِيَمَتِهَا.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ لَا يَعَشُرُهُمَا؛ لِأَنَّهُ لَا قِيَمَةَ لِهَمَّا. وَقَالَ زُفَرٌ: يَعَشُرُهُمَا لِاسْتِوَائِهِمَا فِي الْمَالِيَةِ عِنْدَهُمْ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: يَعَشُرُهُمَا إِذَا مَرَّ بِهِمَا جُمْلَةً كَأَنَّهُ جَعَلَ الْخَنِزِيرَ تَبَعًا لِلْخَمْرِ، فَإِنْ مَرَّ بِكُلِّ وَاحِدٍ عَلَى الْإِنْفِرَادِ عَشَرَ الْخَمْرِ دُونَ الْخَنِزِيرِ.

وَوَجْهُ الْفَرْقِ عَلَى الظَّاهِرِ أَنَّ الْقِيَمَةَ فِي ذَوَاتِ الْقِيَمِ لَهَا حُكْمُ الْعَيْنِ وَالْخَنِزِيرُ مِنْهَا، وَفِي ذَوَاتِ الْأَمْثَالِ لَيْسَ لَهَا هَذَا الْحُكْمُ وَالْخَمْرُ مِنْهَا، وَلِأَنَّ حَقَّ الْأَخْذِ لِلْحِمَايَةِ وَالْمُسْلِمُ يَحْمِي خَمْرَ نَفْسِهِ لِلتَّخْلِيلِ فَكَذَا يَحْمِيهَا عَلَى غَيْرِهِ وَلَا يَحْمِي خَنِزِيرَ نَفْسِهِ بَلْ يَجِبُ تَسْيِيْبُهُ بِالْإِسْلَامِ فَكَذَا لَا يَحْمِيهِ عَلَى غَيْرِهِ.

الشرح:

قَالَ (وَإِنْ مَرَّ ذِمِّي بِخَمْرٍ أَوْ خَنِزِيرٍ عَشَرَ الْخَمْرِ دُونَ الْخَنِزِيرِ) إِذَا مَرَّ الذِّمِّيُّ عَلَى الْعَاشِرِ بِخَمْرٍ أَوْ خَنِزِيرٍ بَيْنَةَ التَّجَارَةِ وَتَبْلُغُ الْقِيَمَةُ مِائَتِي دِرْهَمٍ فَفِيهِ أَرْبَعَةُ أَقْوَالٍ كَمَا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ، وَإِنَّمَا فَسَّرَ بِقَوْلِهِ (أَيِ مِنْ قِيَمَتِهَا) احْتِرَازًا عَنْ قَوْلِ مَسْرُوقٍ رَحِمَهُ

اللَّهُ فَإِنَّهُ يَقُولُ يُعَشِّرُ عَيْنَهَا وَتَفِيًا لظَاهِرٍ مَا يُفْهَمُ فَإِنَّ السَّمْعَ يَفْهَمُ مِنْهُ أَنَّهُ يُعَشِّرُ عَيْنَ الْخَمْرِ وَالْمُسْلِمَ مِنْهِيَ عَنْ اقْتِرَابِهَا ثُمَّ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ مَرَّ عَلَى أَصْلِهِ بِأَنَّهُ لَا مَالِيَّةَ وَلَا قِيَمَةَ لَوَاحِدٍ مِنْهُمَا حَتَّى لَوْ أَثْلَفَ الْمُسْلِمَ خَمْرَ الذَّمِّيِّ أَوْ خَنْزِيرَهُ لَا يَضْمَنُ عَنْدَهُ، وَزَفَرُ رَحِمَهُ اللَّهُ سَوَى بَيْنَهُمَا لاسْتَوَاهُمَا فِي الْمَالِيَّةِ عَنْدَهُ، فَإِنَّ الْمُسْلِمَ إِذَا أَثْلَفَ خَنْزِيرَ الذَّمِّيِّ ضَمَنَهُ كَمَا لَوْ أَثْلَفَ خَمْرَهُ، وَأَبُو يُوسُفَ اعْتَبَرَ التَّبَعِيَّةَ فَجَعَلَ الْخَنْزِيرَ تَابِعًا لِلْخَمْرِ لِأَنَّ الْخَمْرَ أَقْرَبُ إِلَى الْمَالِيَّةِ بِوَاسِطَةِ التَّخْلِيلِ، وَقَدْ يَثْبُتُ الْحُكْمُ تَبَعًا وَإِنْ لَمْ يَثْبُتْ مَقْصُودًا.

وَوَجْهُ الْفَرْقِ عَلَى ظَاهِرِ الرَّوَايَةِ مَا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ مِنَ الْوَجْهَيْنِ وَهُوَ ظَاهِرٌ، وَقَدْ أُعْطِرَ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا، أَمَّا عَلَى الْأَوَّلِ فَلَأَنَّهُ مُنْقُوضٌ بِمَا ذَكَرَهُ فِي الشُّفْعَةِ مِنْ هَذَا الْكِتَابِ فَقَالَ وَإِذَا اشْتَرَى ذِمِّيٌّ دَارًا بِخَمْرِ أَوْ خَنْزِيرٍ وَشَفِيعُهَا ذِمِّيٌّ، إِلَى أَنْ قَالَ: وَإِنْ كَانَ شَفِيعُهَا مُسْلِمًا أَخَذَهَا بِقِيَمَةِ الْخَمْرِ وَالْخَنْزِيرِ، فَلَوْ كَانَ لِقِيَمَةِ الْخَمْرِ وَالْخَنْزِيرِ حُكْمُهُ لَمَا أُخِذَ بِقِيَمَتِهِ كَمَا لَا يَأْخُذُهَا بِعَيْنِهِ وَبِمَسْأَلَةِ الْغَضَبِ وَالْإِثْلَافِ، فَإِنَّ الْمُسْلِمَ إِذَا أَثْلَفَ خَنْزِيرًا لَذِمِّيٌّ يَضْمَنُ بِقِيَمَتِهِ وَلَوْ كَانَ لَهَا حُكْمُ الْعَيْنِ لَمَا ضَمَنَهَا كَمَا لَا يَضْمَنُ عَيْنَهَا، وَأَمَّا عَلَى الثَّانِي فَبِأَنَّ الْمُسْلِمَ أَوْ الذَّمِّيَّ إِذَا غَضِبَ خَنْزِيرَ ذِمِّيٍّ وَتَحَاكَمَا إِلَى الْقَاضِي يَأْمُرُهُ الْقَاضِي بِالرَّدِّ وَالتَّسْلِيمِ وَذَلِكَ حِمَايَةً لَهُ. وَأُجِيبَ عَنْ الْأَوَّلِ بِأَنَّ قِيَمَةَ ذَوَاتِ الْقِيَمِ بِمَنْزِلَةِ عَيْنِهَا مِنْ وَجْهِ دُونَ وَجْهِ لَأَنَّهَا لَيْسَتْ بِمَنْزِلَةِ عَيْنِهَا مِنْ حَيْثُ الْحَقِيقَةُ وَبِمَنْزِلَتِهَا مِنْ حَيْثُ إِنَّ الْأَدَاءَ لَا يُمَكِّنُ إِلَّا بِالْتَّعِينِ وَلَا تَعِينُ إِلَّا بِالتَّقْوِيمِ فَأَخَذَتْ الْقِيَمَةُ حُكْمَ الْعَيْنِ مِنْ هَذَا الْوَجْهِ، وَلِهَذَا إِذَا تَزَوَّجَ الذَّمِّيُّ امْرَأَةً عَلَى خَنْزِيرٍ بِعَيْنِهِ ثُمَّ أَتَاهَا بِالْقِيَمَةِ أُجْبِرَتْ عَلَى قَبُولِهَا كَمَا لَوْ أَتَاهَا بِعَيْنِهِ، فَلَمَّا دَارَتْ الْقِيَمَةُ بَيْنَ أَنْ تَكُونَ بِمَنْزِلَةِ الْعَيْنِ وَبَيْنَ أَنْ لَا تَكُونَ أُعْطِيتْ حُكْمَ الْعَيْنِ فِي حَقِّ الْأَخْذِ وَالْحِيَازَةِ وَهُوَ فِي بَابِ الرِّكَاءِ، وَلَمْ تُعْطَ فِي حَقِّ الْإِعْطَاءِ لِأَنَّهُ مَوْضِعُ إِزَالَةٍ وَتَبْعِيدٍ وَهُوَ فِي بَابِ الشُّفْعَةِ وَالْإِثْلَافِ، وَتُقْضَى بِذِمِّيٍّ أَخَذَ قِيَمَةَ خَنْزِيرٍ لَهُ اسْتَهْلَكَهُ ذِمِّيٌّ وَقَضَى بِهَا دَيْنًا لِمُسْلِمٍ عَلَيْهِ فَإِنَّهُ جَائِزٌ، وَلَوْ كَانَ أَخَذَ الْقِيَمَةَ كَأَخْذِ الْعَيْنِ لَمَا جَارَ الْقَضَاءُ.

وَأُجِيبَ بِأَنَّهُ لَمَّا قَضَى بِهَا دَيْنًا عَلَيْهِ وَقَعَتْ الْمَعَاوِضَةُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ صَاحِبِ الدَّيْنِ وَعِنْدَ ذَلِكَ يَخْتَلِفُ السَّبَبُ، وَاخْتِلَافُ الْأَسْبَابِ بِمَنْزِلَةِ اخْتِلَافِ الْأَعْيَانِ عَلَى مَا عُرِفَ. وَعَنْ الثَّانِي بِأَنَّ الْمُرَادَ أَنَّ مَنْ لَيْسَ لَهُ وَلَايَةٌ حِمَايَةَ خَنْزِيرٍ نَفْسِهِ لَيْسَ لَهُ وَلَايَةٌ حِمَايَةَ

خَنْزِيرٍ غَيْرِهِ لَعْرَضٍ يَسْتَوْفِيهِ، وَالْعَاشِرُ لَوْ حَمَاهُ حَمَاهُ كَذَلِكَ بِخِلَافِ الْقَاضِي.
 (وَلَوْ مَرَّ صَبِيٌّ أَوْ امْرَأَةٌ مِنْ بَنِي تَغْلِبَ بِمَالٍ فَلَيْسَ عَلَى الصَّبِيِّ شَيْءٌ، وَعَلَى الْمَرْأَةِ مَا
 عَلَى الرَّجُلِ) لَمَّا ذَكَّرْنَا فِي السَّوَائِمِ (وَمَنْ مَرَّ عَلَى عَاشِرٍ بِمِائَةِ دِرْهَمٍ وَأَخْبَرَهُ أَنَّ لَهُ فِي
 مَنْزِلِهِ مِائَةٌ أُخْرَى قَدْ حَالَ عَلَيْهَا الْحَوْلُ لَمْ يُزَكَّ الْتِي مَرَّ بِهَا) لَقَلَّتْهَا وَمَا فِي بَيْتِهِ لَمْ
 يَدْخُلْ تَحْتَ حِمَايَتِهِ (وَلَوْ مَرَّ بِمِائَتَيْ دِرْهَمٍ بِضَاعَةً لَمْ يَعْشُرْهَا)؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مَأْذُونٍ بِإِدَاءِ
 زَكَاتِهِ. قَالَ (وَكَذَا الْمُضَارِبَةُ) يَعْنِي إِذَا مَرَّ الْمُضَارِبُ بِهِ عَلَى الْعَاشِرِ وَكَانَ أَبُو حَنِيفَةَ
 يَقُولُ أَوْ لَا يَعْشُرُهَا لِقُوَّةِ حَقِّ الْمُضَارِبِ حَتَّى لَا يَمْلِكَ رَبُّ الْمَالِ نَهْيَهُ عَنِ التَّصَرُّفِ فِيهِ بَعْدَ
 مَا صَارَ عَرُوضًا فَتَزُلْ مَنْزِلَةُ الْمَالِكِ ثُمَّ رَجَعَ إِلَى مَا ذَكَّرْنَا فِي الْكِتَابِ وَهُوَ قَوْلُهُمَا؛ لِأَنَّهُ
 لَيْسَ بِمَالِكٍ وَلَا نَائِبٍ عَنْهُ فِي آدَاءِ الزَّكَاةِ إِلَّا أَنْ يَكُونَ فِي الْمَالِ رِبْحٌ يَبْلُغُ نَصِيبَهُ نَصَابًا
 فَيُؤْخَذُ مِنْهُ؛ لِأَنَّهُ مَالِكٌ لَهُ

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلَوْ مَرَّ صَبِيٌّ أَوْ امْرَأَةٌ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (وَمَنْ مَرَّ عَلَى الْعَاشِرِ بِمِائَةٍ) يَعْنِي
 سَوَاءً كَانَ مُسْلِمًا أَوْ ذِمِّيًّا. وَقَوْلُهُ (لَأَنَّهُ غَيْرُ مَأْذُونٍ بِإِدَاءِ زَكَاتِهِ) يَعْنِي هُوَ مَأْذُونٌ
 بِالتَّجَارَةِ فَقَطْ، فَلَوْ أَخَذَ أَخَذَ غَيْرَ زَكَاةٍ وَلَيْسَ لَهُ أَخْذُ شَيْءٍ سِوَى الزَّكَاةِ. وَقَوْلُهُ (وَلَا
 نَائِبَ عَنْهُ) أَيُّ إِلَّا مَا هُوَ نَائِبٌ فِي التَّجَارَةِ لَا غَيْرُ، وَالنَّائِبُ تَقْتَصِرُ وَلَايَتُهُ عَلَى مَا فُوضَ
 إِلَيْهِ فَكَانَ بِمَنْزِلَةِ الْمُسْتَبْذَعِ.

(وَلَوْ مَرَّ عَبْدٌ مَأْذُونٌ لَهُ بِمِائَتَيْ دِرْهَمٍ وَلَيْسَ عَلَيْهِ دَيْنٌ عَشْرَةٌ) وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: لَا
 أَدْرِي أَنْ أبا حَنِيفَةَ رَجَعَ عَنْ هَذَا أَمْ لَا. وَفِي مِائَتَيْ دِرْهَمٍ فِي الْمُضَارِبَةِ وَهُوَ قَوْلُهُمَا أَنَّهُ لَا
 يَعْشُرُهُ؛ لِأَنَّ الْمَلِكَ فِيمَا فِي يَدِهِ لِلْمَوْلَى وَلَهُ التَّصَرُّفُ فَصَارَ كَالْمُضَارِبِ. وَقِيلَ فِي الْفَرْقِ
 بَيْنَهُمَا أَنَّ الْعَبْدَ يَتَصَرَّفُ لِنَفْسِهِ حَتَّى لَا يَرْجِعَ بِالْعَهْدَةِ عَلَى الْمَوْلَى فَكَانَ هُوَ الْمُحْتَاجَ إِلَى
 الْحِمَايَةِ، وَالْمُضَارِبُ يَتَصَرَّفُ بِحُكْمِ النِّيَابَةِ حَتَّى يَرْجِعَ بِالْعَهْدَةِ عَلَى رَبِّ الْمَالِ فَكَانَ رَبُّ
 الْمَالِ هُوَ الْمُحْتَاجَ. فَلَا يَكُونُ الرَّجُوعُ فِي الْمُضَارِبِ رَجُوعًا مِنْهُ فِي الْعَبْدِ وَإِنْ كَانَ مَوْلَاهُ مَعَهُ
 يُؤْخَذُ مِنْهُ؛ لِأَنَّ الْمَلِكَ لَهُ إِلَّا إِذَا كَانَ عَلَى الْعَبْدِ دَيْنٌ يُحِيطُ بِمَالِهِ لَا نَعْدَامَ الْمَلِكِ أَوْ لِلشُّغْلِ.
 قَالَ (وَمَنْ مَرَّ عَلَى عَاشِرٍ الْخَوَارِجِ فِي أَرْضٍ قَدْ غَلَبُوا عَلَيْهَا فَعَشْرُهُ يُنْتَى عَلَيْهِ الصَّدَقَةُ)
 مَعْنَاهُ: إِذَا مَرَّ عَلَى عَاشِرٍ أَهْلِ الْعَدْلِ؛ لِأَنَّ التَّقْصِيرَ جَاءَ مِنْ قِبَلِهِ حَيْثُ إِنَّهُ مَرَّ عَلَيْهِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلَوْ مَرَّ عَبْدٌ مَأْذُونٌ لَهُ بِمَائَتِي دِرْهَمٍ) ظَاهِرٌ، وَالصَّحِيحُ أَنَّ الرُّجُوعَ فِي الْمَضَارِبِ رُجُوعٌ فِي الْعَبْدِ الْمَأْذُونِ كَذَا قَالَ فَخَرُّ الْإِسْلَامِ وَصَاحِبُ الْإِيضَاحِ. وَقَوْلُهُ (إِلَّا إِذَا كَانَ عَلَى الْعَبْدِ دَيْنٌ يُحِيطُ بِمَالِهِ فَإِنَّهُ لَا يُؤْخَذُ مِنْهُ شَيْءٌ سِوَاءَ كَانَ مَعَهُ مَوْلَاهُ أَوْ لَمْ يَكُنْ لِإِعْدَامِ الْمَلِكِ) يَعْنِي عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ (أَوْ لِلشَّغْلِ) أَيُّ عِنْدَهُمَا. فَإِنَّ الشَّغْلَ بِالذَّيْنِ مَانِعٌ عَنِ وُجُوبِ الزَّكَاةِ. وَقَوْلُهُ (وَمَنْ مَرَّ عَلَى عَاشِرِ الْخَوَارِجِ) وَاضِحٌ

بَابُ الْمَعَادِنِ وَالرُّكَازِ

قَالَ (مَعْدِنٌ ذَهَبٌ أَوْ فِضَّةٌ أَوْ حَدِيدٌ أَوْ رِصَاصٌ أَوْ صُفْرٌ وَجَدَ فِي أَرْضٍ خَرَجَ أَوْ عَشْرٌ فَفِيهِ الْخُمْسُ) عِنْدَنَا وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا شَيْءَ عَلَيْهِ فِيهِ؛ لِأَنَّهُ مُبَاحٌ سَبَقَتْ يَدُهُ إِلَيْهِ كَالصَّيْدِ إِلَّا إِذَا كَانَ الْمُسْتَخْرَجُ ذَهَبًا أَوْ فِضَّةً فَيَجِبُ فِيهِ الزَّكَاةُ، وَلَا يُشْتَرَطُ الْحَوْلُ فِي قَوْلٍ؛ لِأَنَّهُ نَمَاءٌ كُلُّهُ وَالْحَوْلُ لِلتَّنْمِيَةِ وَلَنَا قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «فِي الرُّكَازِ الْخُمْسُ»^(١) وَهُوَ مِنَ الرُّكُزِ فَاطْلُقَ عَلَى الْمَعْدِنِ وَلِأَنَّهَا كَانَتْ فِي أَيْدِي الْكَفَرَةِ فَحَوَّتَهَا أَيْدِينَا غَلَبَتْ فَكَانَتْ غَنِيمَةً. وَفِي الْغَنَائِمِ الْخُمْسُ بِخِلَافِ الصَّيْدِ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَكُنْ فِي يَدِ أَحَدٍ إِلَّا أَنْ لِلْغَانِمِينَ يَدًا حَكِيمَةً لثَبُوتِهَا عَلَى الظَّاهِرِ، وَأَمَّا الْحَقِيقِيَّةُ فَلِلْوَاجِدِ فَاعْتَبَرْنَا الْحَكِيمَةَ فِي حَقِّ الْخُمْسِ وَالْحَقِيقَةَ فِي حَقِّ الْأَرْبَعَةِ الْأَخْمَاسِ حَتَّى كَانَتْ لِلْوَاجِدِ

الشرح:

(بَابُ الْمَعَادِنِ وَالرُّكَازِ): أَخَّرَ بَابَ الْمَعْدِنِ عَنِ الْعَاشِرِ لِأَنَّ الْعُشْرَ أَكْثَرُ وَجُودًا، وَالْمَالُ الْمُسْتَخْرَجُ مِنَ الْأَرْضِ لَهُ أَسْمَاءُ ثَلَاثَةٌ: الْكَنْزُ، وَالْمَعْدِنُ، وَالرُّكَازُ. وَالْكَنْزُ اسْمٌ لِمَا دَفَنَهُ بَنُو آدَمَ، وَالْمَعْدِنُ اسْمٌ لِمَا خَلَقَهُ اللَّهُ تَعَالَى فِي الْأَرْضِ يَوْمَ خَلَقَ الْأَرْضَ، وَالرُّكَازُ اسْمٌ لِهَمَا جَمِيعًا. وَالْكَنْزُ مَا خُودٌ مِنْ كَنْزِ الْمَالِ كَنْزًا جَمَعَهُ، وَالْمَعْدِنُ مِنْ عَدَنَ بِالْمَكَانِ أَقَامَ بِهِ، وَالرُّكَازُ مِنْ رَكَزَ الرُّمَحَ أَيُّ غَرَزَهُ. وَعَلَى هَذَا جَازَ إِطْلَاقُهُ عَلَيْهِمَا جَمِيعًا لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَرْكُوزٌ فِي الْأَرْضِ: أَيُّ مُثَبَّتٌ وَإِنْ اخْتَلَفَ الرَّكَزُ، وَعَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِانْفِرَادِهِ.

(١) أخرجه البخاري في الزكاة باب ٦٦، والديات باب ٢٨، ٢٩، والمساقاة باب ٣، ومسلم في الحدود حديث ٤٥، ٤٦، وأبو داود في الديات باب ٢٧. وانظر نصب الراية (٢/٢٩٣).

وَالْمُرَادُ بِالْمَذْكُورِ فِي لَقَبِ الْبَابِ الْكَثْرُ لِمَعْنَيْنِ: أَحَدُهُمَا أَنَّ هَذَا الْبَابَ يَشْتَمِلُ عَلَى بَيَانِ الْمَعَادِنِ وَالْكَثُورِ عَلَى مَا يَجِيءُ، وَالثَّانِي أَنَّهُ لَوْ أُريدَ بِهِ الْمَعْدِنُ لَزِمَ التَّكَرُّارُ لِأَنَّهُ يَكُونُ تَقْدِيرُ كَلَامِهِ بَابٌ فِي الْمَعَادِنِ وَالْمَعَادِنِ وَإِنْ أُريدَ الْمَعَادِنُ وَالْكَثْرُ كَانَ تَقْدِيرُهُ بَابٌ فِي الْمَعَادِنِ وَالْمَعَادِنِ وَالْكَثْرُ. قَالَ (مَعْدِنٌ ذَهَبٌ أَوْ فِضَّةٌ) الْمُسْتَخْرَجُ مِنَ الْمَعَادِنِ أَنْوَاعٌ ثَلَاثَةٌ: جَامِدٌ يَذُوبُ وَيَنْطِيعُ كَالذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ وَالْحَدِيدِ وَالرَّصَاصِ وَالصُّفْرِ، وَجَامِدٌ لَا يَذُوبُ كَالْجِصِّ وَالثُّورَةِ وَالْكُحْلِ وَالزَّرْنِخِ، وَمَائِعٌ لَا يَتَحَمَدُ كَالْمَاءِ وَالْقِرِ وَالنَّفْطِ.

وَمَسَائِلُ هَذَا الْبَابِ عَلَى خَمْسَةِ عَشَرَ وَجْهًا، لِأَنَّ الذَّهَبَ أَوْ الْفِضَّةَ الَّذِي يُوجَدُ إِمَّا أَنْ يَكُونَ مَعْدِنًا أَوْ كَنْزًا، وَكُلُّ ذَلِكَ لَا يَخْلُو إِمَّا أَنْ يُوجَدَ فِي حَيْزِ دَارِ الْإِسْلَامِ أَوْ حَيْزِ دَارِ الْحَرْبِ، وَكُلُّ ذَلِكَ لَا يَخْلُو عَنْ ثَلَاثَةِ أَوَجْهٍ: إِمَّا أَنْ يُوجَدَ فِي مَفَازَةٍ لَا مَالِكَ لَهَا، أَوْ فِي أَرْضٍ مَمْلُوكَةٍ، أَوْ فِي دَارٍ، وَالْمَوْجُودُ كَنْزٌ لَا يَخْلُو عَنْ ثَلَاثَةِ أَوَجْهٍ أَيْضًا: إِمَّا أَنْ يَكُونَ عَلَى ضَرْبِ أَهْلِ الْإِسْلَامِ، أَوْ عَلَى ضَرْبِ أَهْلِ الْجَاهِلِيَّةِ، وَاشْتَبَهَ الْحَالُ. فَفِي الْأَوَّلِ وَهُوَ مَا يَذُوبُ وَيَنْطِيعُ إِذَا (وُجِدَ فِي أَرْضٍ عَشْرٍ أَوْ خَرَاكِ الْخُمْسِ عِنْدَنَا.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَا شَيْءَ عَلَيْهِ لِأَنَّهُ مُبَاحٌ سَبَقَتْ يَدُهُ إِلَيْهِ) وَكُلُّ مَا هُوَ كَذَلِكَ لَا شَيْءَ عَلَيْهِ (كَالصَّيْدِ، إِلَّا أَنَّهُ إِذَا كَانَ الْمُسْتَخْرَجُ ذَهَبًا أَوْ فِضَّةً فَيَجِبُ فِيهِ الرِّكَاهُ) وَهُوَ رُبْعُ الْعَشْرِ (وَلَا يُشْتَرِطُ فِيهِ الْحَوْلُ فِي قَوْلٍ) لَمَّا ذَكَرَ أَنَّهُ نَمَاءٌ كُلُّهُ، وَالْحَوْلُ لِلتَّيْمَةِ وَالنَّصَابِ عِنْدَهُ مُعْتَبَرٌ، فَلَوْ كَانَ دُونَ الْمِائَتَيْنِ مِنَ الْفِضَّةِ لَا يَجِبُ شَيْءٌ. وَإِنَّمَا قَالَ فِي جَانِبِ الشَّافِعِيِّ: وَلَا يُشْتَرِطُ فِيهِ الْحَوْلُ وَلَمْ يَقُلْ فِي جَانِبِنَا لِأَنَّ الشَّافِعِيَّ قَائِلٌ بِالرِّكَاهَةِ فَكَانَ عَلَيْهِ أَنْ يَقُولَ بِاشْتِرَاطِ الْحَوْلِ، فَفَنَاهُ بِمَا ذَكَرَ مِنَ الدَّلِيلِ، وَنَحْنُ نَقُولُ بِالْخُمْسِ وَالْحَوْلِ لَا يُشْتَرِطُ لَهُ (وَلَنَا قَوْلُهُ ﷺ «وَفِي الرِّكَازِ الْخُمْسُ» قَالَهُ حِينَ سُئِلَ عَمَّا يُوجَدُ فِي دَارِ الْحَرْبِ الْعَادِي، وَعَطَفَ عَلَى الْمَسْئُولِ عَنْهُ فَقَالَ فِيهِ «وَفِي الرِّكَازِ الْخُمْسُ» عَطَفَ عَلَى الْمَذْفُونِ، وَذَلِكَ يَدُلُّ عَلَى أَنَّ الْمُرَادَ بِالرِّكَازِ الْمَعْدِنُ فَإِنَّهُ مِنَ الرِّكَازِ وَهُوَ يَنْطَلِقُ عَلَى الْمَعْدِنِ أَيْضًا كَمَا تَقَدَّمَ (وَلَأَنَّهُمَا) أَيْ الْأَرْضَ (كَأَنَّ فِي أَيْدِي الْكَفَرَةِ فَحَوَّثَهَا أَيْدِينَا) وَهُوَ وَاضِحٌ، وَكُلُّ مَا كَانَ كَذَلِكَ كَانَ غَنِيمَةً وَهُوَ أَيْضًا وَاضِحٌ، وَفِي الْغَنِيمَةِ الْخُمْسُ بِالنَّصِّ.

وَقَوْلُهُ (بِخِلَافِ الصَّيْدِ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ كَالصَّيْدِ، فَإِنْ قِيلَ: لَوْ كَانَتْ غَنِيمَةً

لَكَانَ الْخُمْسُ لِلْيَتَامَى وَالْمَسَاكِينِ وَابْنِ السَّبِيلِ وَأَرْبَعَةُ الْأَخْمَاسِ لِلْعَانِمِينَ وَلَيْسَ كَذَلِكَ. أَجَابَ بِقَوْلِهِ (إِلَّا أَنَّ لِلْعَانِمِينَ يَدَا حُكْمِيَّةَ) وَتَحْقِيقُهُ أَنَّ الْعَانِمِينَ إِنَّمَا يَسْتَحِقُّونَ أَرْبَعَةَ الْأَخْمَاسِ إِذَا حَوَتْ أَيْدِيَهُمْ حَقِيقَةً وَحُكْمًا، وَهَهُنَا أَيْدِيَهُمْ حُكْمِيَّةٌ لِأَنَّهُ لَمَّا تَبَيَّنَتْ أَيْدِيَهُمْ عَلَى ظَاهِرِ الْأَرْضِ حَقِيقَةً تَبَيَّنَتْ عَلَى بَاطِنِهَا حُكْمًا. (وَأَمَّا الْحَقِيقَةُ فَلِلْوَاجِدِ) فَكَانَ مَا فِي بَاطِنِهَا غَنِيمَةً حُكْمًا لَا حَقِيقَةً (فَاعْتَبَرْنَا الْحُكْمِيَّةَ فِي حَقِّ الْخُمْسِ وَالْحَقِيقَةَ فِي الْأَرْبَعَةِ الْأَخْمَاسِ حَتَّى كَانَ لِلْوَاجِدِ) مُسْلِمًا كَانَ أَوْ ذِمِّيًّا حُرًّا أَوْ عَبْدًا صَبِيًّا أَوْ بِالْعَا رَجُلًا أَوْ امْرَأَةً، لِأَنَّ اسْتِحْقَاقَ هَذَا الْمَالِ كَاسْتِحْقَاقِ الْغَنِيمَةِ، وَلَجَمِيعٍ مَنْ ذَكَرْنَا حَقًّا فِي الْغَنِيمَةِ إِمَّا سَهْمًا أَوْ رَضَخًا، فَإِنَّ الصَّبِيَّ وَالْمَرْأَةَ وَالْعَبْدَ وَالذَّمِّيَّ يُرَضَّخُ لَهُمْ إِذَا قَاتَلُوا عَلَى مَا سَبَّحِيَّ، بِخِلَافِ الْحَرْبِيِّ فَإِنَّهُ لَا حَظَّ لَهُ فِي الْغَنِيمَةِ وَإِنْ قَاتَلَ بِإِذْنِ الْإِمَامِ، فَإِذَا وَجَدَ شَيْئًا مِنَ الرِّكَازِ يُؤْخَذُ مِنْهُ الْكُلُّ.

فَإِنْ قِيلَ: رَوَى أَنَّ عَبْدًا وَجَدَ جَرَّةً مِنْ ذَهَبٍ عَلَى عَهْدِ عُمَرَ رضي الله عنه فَأَدَّى ثَمَنَهُ وَأَعْتَقَهُ وَجَعَلَ مَا بَقِيَ لَيْتَ الْمَالِ. أَجِيبَ بِأَنَّهُ كَانَ وَجَدَهُ فِي دَارِ رَجُلٍ صَاحِبِ خُطَّةٍ مَاتَ وَلَمْ يَتْرُكْ وَارِثًا فَصَرَفَهُ إِلَى يَتِّ الْمَالِ وَرَأَى الْمَصْلَحَةَ فِي أَنْ يُعْطِيَ ثَمَنَهُ مِنْ يَتِّ الْمَالِ لِيُوصِلَهُ إِلَى الْعِتْقِ.

قَالَ فِي التُّخْفَةِ: يَجُوزُ لِلْوَاجِدِ أَنْ يَصْرِفَ الْخُمْسَ إِلَى نَفْسِهِ إِذَا كَانَ مُحْتَاجًا لَا يُعْنِيهِ الْأَرْبَعَةُ الْأَخْمَاسُ وَهُوَ حَقٌّ وَذَكَرَ صَاحِبُ النَّهَائَةِ مَا يُشِيرُ إِلَى خِلَافِ ذَلِكَ.

(وَلَوْ وَجَدَ فِي دَارِهِ مَعْدِنًا فَلَيْسَ فِيهِ شَيْءٌ) عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَقَالَا فِيهِ الْخُمْسُ لِإِطْلَاقِ مَا رَوَيْنَا وَلَهُ أَنَّهُ مِنْ أَجْزَاءِ الْأَرْضِ مُرَكَّبٌ فِيهَا وَلَا مُؤَنَّةٌ فِي سَائِرِ الْأَجْزَاءِ فَكَذَا فِي هَذَا الْجُزْءِ؛ لِأَنَّ الْجُزْءَ لَا يُخَالَفُ الْجُمْلَةَ، بِخِلَافِ الْكَنْزِ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مُرَكَّبٍ فِيهَا (وَإِنْ وَجَدَهُ فِي أَرْضِهِ فَهَنْ أَبِي حَنِيفَةَ فِيهِ رَوَايَتَانِ) وَوَجْهُ الضَّرْقِ عَلَى إِحْدَاهُمَا وَهُوَ رَوَايَةُ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ أَنَّ الدَّارَ مَلَكَتْ خَالِيَةً عَنِ الْمُؤْنِ دُونَ الْأَرْضِ وَلِهَذَا وَجَبَ الْعَشْرُ، وَالْخَرَاجُ فِي الْأَرْضِ دُونَ الدَّارِ فَكَذَا هَذِهِ الْمُؤَنَّةُ.

الشرح:

قَالَ (وَلَوْ وَجَدَ فِي دَارِهِ) إِذَا وَجَدَ الْإِنْسَانُ فِي دَارِهِ (مَعْدِنًا فَلَيْسَ فِيهِ شَيْءٌ) عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَقَالَا فِيهِ الْخُمْسُ) لَهَا إِطْلَاقُ قَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «وَفِي الرِّكَازِ

الْخُمْسُ» مِنْ غَيْرِ فَضْلٍ بَيْنَ الْأَرْضِ وَالْدَّارِ، وَدَلِيلُ أَبِي حَنِيفَةَ ظَاهِرٌ. وَاعْتَرَضَ بِأَنَّهُ لَوْ كَانَ مِنْ أَجْزَائِهَا لَجَازَ التَّيْمُّ بِهِ وَلَمْ يُجْزِهِ بِالْإِجْمَاعِ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ التَّيْمُّ يَجُوزُ بِمَا هُوَ مِنْ جَنْسِهَا لَا مِنْ أَجْزَائِهَا خَلْقَةً، وَهَذَا لَيْسَ مِنْ جَنْسِهَا. وَالْجَوَابُ عَنِ الْحَدِيثِ أَنَّ الْإِمَامَ لَمَّا خَصَّهُ بِهَذِهِ الدَّارِ فَكَأَنَّهُ نُقِلَ بِهَا، وَلِلْإِمَامِ هَذِهِ الْوِلَايَةُ (وَإِنْ وَجَدَهُ فِي أَرْضِهِ فَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَوَاتَانِ) فِي رِوَايَةِ الْأَصْلِ: لَا شَيْءَ فِيهِ كَمَا فِي الدَّارِ، وَفِي رِوَايَةِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ: فِيهِ الْخُمْسُ، وَالْفَرْقُ مَا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ.

(وَإِنْ وَجَدَ رِكَازًا) أَيُّ كَنْزًا (وَجَبَ فِيهِ الْخُمْسُ) عِنْدَهُمْ لَمَّا رَوَيْنَا وَاسْمُ الرِّكَازِ يَنْطَلِقُ عَلَى الْكَنْزِ لِمَعْنَى الرِّكَازِ وَهُوَ الْإِتْبَاتُ ثُمَّ إِنْ كَانَ عَلَى ضَرْبِ أَهْلِ الْإِسْلَامِ كَالْمَكْتُوبِ عَلَيْهِ كَلِمَةُ الشَّهَادَةِ فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ اللَّقْطَةِ وَقَدْ عُرِفَ حُكْمُهَا فِي مَوْضِعِهِ، وَإِنْ كَانَ عَلَى ضَرْبِ أَهْلِ الْجَاهِلِيَّةِ كَالْمَنْقُوشِ عَلَيْهِ الصَّنَمُ فَفِيهِ الْخُمْسُ عَلَى كُلِّ حَالٍ لَمَّا بَيَّنَّا ثُمَّ إِنْ وَجَدَهُ فِي أَرْضٍ مُبَاحَةٍ فَأَرْبَعَةٌ أَخْمَاسِهِ لِلوَاجِدِ؛ لِأَنَّهُ تَمَّ الْإِحْرَازُ مِنْهُ إِذْ لَا عِلْمَ بِهِ لِلْعَانِمِينَ فَيَخْتَصُّهُ هُوَ بِهِ، وَإِنْ وَجَدَهُ فِي أَرْضٍ مَمْلُوكَةٍ، فَكَذَا الْحُكْمُ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ؛ لِأَنَّ الْأَسْتَحْقَاقَ بِتَمَامِ الْحَيَازَةِ وَهِيَ مِنْهُ، وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ هُوَ لِلْمُخْتَطِّ لَهُ وَهُوَ الَّذِي مَلَكَهُ الْإِمَامُ هَذِهِ الْبُعْثَةُ أَوَّلَ الْفَتْحِ؛ لِأَنَّهُ سَبَقَتْ يَدُهُ إِلَيْهِ وَهِيَ يَدُ الْخُصُوصِ فَيَمْلِكُ بِهَا مَا فِي الْبَاطِنِ وَإِنْ كَانَتْ عَلَى الظَّاهِرِ، كَمَنْ اصْطَادَ سَمَكَةً فِي بَطْنِهَا دُرَّةً مَلَكَ الدُّرَّةَ ثُمَّ بِالْبَيْعِ لَمْ تَخْرُجْ عَنْ مِلْكِهِ؛ لِأَنَّهُ مُودِعٌ فِيهَا بِخِلَافِ الْمَعْدِنِ؛ لِأَنَّهُ مِنْ أَجْزَائِهَا فَيَنْتَقِلُ إِلَى الْمُشْتَرِي وَإِنْ لَمْ يَعْرِفِ الْمُخْتَطُّ لَهُ يُصْرَفُ إِلَى أَقْصَى مَالِكٍ يُعْرِفُ فِي الْإِسْلَامِ عَلَى مَا قَالُوا وَلَوْ اشْتَبَهَ الضَّرْبُ يُجْعَلُ جَاهِلِيًّا فِي ظَاهِرِ الْمَذْهَبِ؛ لِأَنَّهُ الْأَصْلُ وَقِيلَ يُجْعَلُ إِسْلَامِيًّا فِي زَمَانِنَا لَتَقَادُمِ الْعَهْدِ.

الشرح:

قَوْلُهُ (وَإِنْ وَجَدَ رِكَازًا: أَيُّ كَنْزًا) إِنَّمَا فَسَّرَهُ بِهَذَا لِأَنَّ الرِّكَازَ اسْمٌ مُشْتَرَكٌ يَنْطَلِقُ عَلَى الْمَعْدِنِ وَالْكَنْزِ، وَقَدْ فَرَّغَ مِنْ بَيَانِ الْمَعْدِنِ فَيَرَادُ بِهِ الْكَنْزُ وَلِيَصِحَّ قَوْلُهُ (وَجَبَ فِيهِ الْخُمْسُ عِنْدَهُمْ) فَإِنْ وَجَبَ الْخُمْسُ بِالِاتِّفَاقِ إِنَّمَا هُوَ فِي الْكَنْزِ لَا فِي الْمَعْدِنِ لِأَنَّ أَبَا حَنِيفَةَ لَا يَقُولُ بِوُجُوبِهِ فِي الدَّارِ كَمَا ذَكَرْنَا. وَقَوْلُهُ (لَمَّا رَوَيْنَا) إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ: «وَفِي الرِّكَازِ الْخُمْسُ» فَإِنْ قِيلَ: قَدْ أُسْتَدِلَّ بِهِ

على وجوب الخمس في المعدن فاستدلّاه به هنا استعمال اللفظ المشترك في معنييه وهو غير جائز. أجاب بقوله (واسم الركاز ينطلق على الكنز لمعنى الركز فيه وهو الإثبات) ومعناه: أنه ليس في باب استعمال اللفظ المشترك في مدلوليه، وإنما هو من باب العموم المعنوي ولا امتناع في ذلك، وبهذا سقط ما قيل كان من حقه أن يقول لسباق ما روينا وهو قوله عليه الصلاة والسلام فيه «وفي الركاز الخمس» والمراد من قوله فيه الكنز فكان ذكر الكنز مقصوداً هناك فكان التمسك به أولى كما تمسك به في المبسوط، إذ دلالة الركاز على ما ادّعى المصنف من الكنز بسبب دلالة الركاز على الإثبات لا غير، وهو اسم مشترك قد يدل على الكنز وقد يدل على المعدن فكان محتملاً كالتص.

وأما إرادة الكنز لسياق الحديث وهو فيما تمسك به في المبسوط فبديل غير محتمل فكان مفسراً فالتمسك به أولى، وذلك لأنه استدلال بالعام على ما قرّر لا بالمشترك.

والعام والخاص عندنا في إيجاب الحكم سواء (ثم إن كان على ضرب أهل الإسلام كالمكتوب عليه كلمة التوحيد فهو بمنزلة اللقطة) يعرفها حيث وجدها مدة يتوهم أن صاحبها يطلبها وذلك يختلف بقلة المال وكثرته على ما سيجيء (وإن كان على ضرب أهل الجاهلية كالمقش عليه الصنم ففيه الخمس على كل حال) أي سواء كان الموجود ذهباً أو فضة أو رصاصاً أو غيرها، وسواء كان الواجد صغيراً أو بالغاً حراً أو عبداً مسلماً أو ذمياً إلا إذا كان حريئاً مستأمناً لما ذكرنا.

وقوله (لما يتنا) يعني من النص والمعقول (ثم إن وجدته في أرض مباحة) يعني الذي هو على ضرب أهل الجاهلية فإن الذي يكون بضرب أهل الإسلام يلحق باللقطة فلا يتأني فيه هذا التفرع وهو أن يكون أربعة أحماسه للواجد.

وقوله (لأنه تم الإحراز منه إذ لا علم به للغانمين) إشارة إلى ما ذكرنا أن للغانمين يدا حكمية وللواجد يدا حقيقية فيكون فيه الخمس والباقي للواجد (وإن وجدته) أي هذا الكنز المذكور (في أرض مملوكة فكذا الحكم عند أبي يوسف) أي الخمس للفقراء وأربعة أحماسه للواجد مالكاً كان أو غير مالك (لأن الاستحقاق بتمام

الْحَيَاةَ وَهِيَ مِنْهُ) لِأَنَّ الْمُخْتَطَّ لَهُ مَا حَازَ مَا فِي الْبَاطِنِ (وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ هُوَ لِلْمُخْتَطِّ لَهُ وَهُوَ الَّذِي مَلَكَهُ الْإِمَامُ هَذِهِ الْبُقْعَةُ أَوَّلَ الْفَتْحِ لِسَبْقِ يَدِهِ إِلَيْهِ) فَإِنْ قِيلَ: يَدُ الْمُخْتَطِّ لَهُ وَإِنْ كَانَتْ سَابِقَةً لَكُنْهَا يَدُ حُكْمِيَّةٍ وَبِهَا لَا يُمْلِكُ كَمَا فِي الْعَانِمِينَ أَجَابَ بِقَوْلِهِ (وَهِيَ يَدُ الْخُصُوصِ) يَعْنِي أَنَّ يَدَ الْحُكْمِيَّةِ إِنَّمَا لَا يَثْبُتُ بِهَا الْمِلْكُ إِذَا كَانَتْ يَدَ عُمُومٍ كَمَا فِي الْعَانِمِينَ، أَمَّا إِذَا كَانَتْ يَدَ خُصُوصٍ (فَيُمْلِكُ بِهَا مَا فِي الْبَاطِنِ وَإِنْ كَانَتْ عَلَى الظَّاهِرِ، كَمَنْ اصْطَادَ سَمَكَةً فِي بَطْنِهَا دُرَّةً مَلَكَ الدُّرَّةَ) وَمِمَّا يُؤَيِّدُ هَذَا أَنْ تُصَرَّفَ الْغَازِي بَعْدَ الْقِسْمَةِ نَافِذٌ وَقَبْلَهَا لَا، وَمَا نَمَّةٌ إِلَّا عُمُومُ الْيَدِ وَخُصُوصُهَا.

فَإِنْ قِيلَ: سَلَّمْنَا أَنَّ الْمُخْتَطَّ لَهُ قَدْ مَلَكَ لَكِنْ بَاعَ الْأَرْضَ فَخَرَجَ الْكَثْرُ عَنْ مِلْكِهِ كَمَا لَوْ كَانَ فِيهَا مَعْدَنٌ. أَجَابَ بِأَنَّهُ: أَيْ الْكَثْرُ لَمْ يَخْرُجْ عَنْ مِلْكِهِ بَيْنَ الْأَرْضِ لِأَنَّهُ مُودَعٌ فِيهَا، كَمَا أَنَّهُ إِذَا بَاعَ السَّمَكَةَ لَمْ تَخْرُجْ بَيْنَ الدُّرَّةِ عَنْ مِلْكِهِ، بِخِلَافِ الْمَعْدِنِ فَإِنَّهُ مِنْ أَجْزَائِهِ فَيَسْتَقِلُّ إِلَى الْمُشْتَرِي (وَإِنْ لَمْ يُعْرِفْ الْمُخْتَطَّ لَهُ يُصَرَّفُ إِلَى أَقْصَى مَالِكٍ يُعْرِفُ فِي الْإِسْلَامِ عَلَى مَا قَالُوا) وَهُوَ اخْتِيَارُ شَمْسِ الْأَئِمَّةِ السَّرْحَسِيِّ. وَقَالَ أَبُو الْيُسْرِ: يُوضَعُ فِي يَتِّ الْمَالِ وَقَوْلُهُ (وَلَوْ اشْتَبَهَ الضَّرْبُ) ظَاهِرٌ.

(وَمَنْ دَخَلَ دَارَ الْحَرْبِ بِأَمَانٍ فَوَجَدَ فِي دَارٍ بَعْضَهُمْ رِكَازًا رَدَّهُ عَلَيْهِمْ) تَحَرُّزًا عَنْ الْغَدْرِ؛ لِأَنَّ مَا فِي الدَّارِ فِي يَدِ صَاحِبِهَا خُصُوصًا (وَإِنْ وَجَدَهُ فِي الصَّحْرَاءِ فَهُوَ لَهُ)؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ فِي يَدِ أَحَدٍ عَلَى الْخُصُوصِ فَلَا يُعَدُّ غَدْرًا وَلَا شَيْءَ فِيهِ؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ مُتَلَصِّصٍ غَيْرِ مُجَاهِرٍ (وَلَيْسَ فِي الْفَيْرُوزِجِ يُوْجَدُ فِي الْجِبَالِ خُمْسٌ) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «لَا خُمْسُ فِي الْحَجَرِ» (وَفِي الزُّبَيْقِ الْخُمْسُ) فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ آخِرًا وَهُوَ قَوْلُ مُحَمَّدٍ خِلَافًا لِأَبِي يُوسُفَ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ دَخَلَ دَارَ الْحَرْبِ بِأَمَانٍ فَوَجَدَ فِي دَارٍ بَعْضَهُمْ رِكَازًا) سَوَاءً كَانَ مَعْدِنًا أَوْ كَنْزًا (رَدَّهُ عَلَيْهِمْ تَحَرُّزًا عَنْ الْغَدْرِ) قَالَ ﷺ «فِي الْغُهْدِ وَفَاءٌ لَا غَدْرٌ» (لِأَنَّ مَا فِي الدَّارِ فِي يَدِ صَاحِبِهَا خُصُوصًا وَإِنْ وَجَدَهُ فِي الصَّحْرَاءِ) أَيْ الَّتِي فِي حَيْزِ دَارِ الْحَرْبِ وَلَيْسَتْ مَمْلُوكَةً لِأَحَدٍ (فَهُوَ لَهُ لِأَنَّهُ لَيْسَ فِي يَدِ أَحَدٍ عَلَى الْخُصُوصِ فَلَا يُعَدُّ غَدْرًا وَلَا شَيْءَ فِيهِ) أَيْ لَا خُمْسَ إِنَّمَا يَجِبُ فِيمَا يَكُونُ فِي مَعْنَى الْعَيْنَةِ وَهِيَ مَا كَانَ

فِي يَدِ أَهْلِ الْحَرْبِ وَوَقَعَ فِي أَيْدِي الْمُسْلِمِينَ بِإِيحَافِ الْخَيْلِ وَالرُّكَّابِ وَهَذَا لَيْسَ كَذَلِكَ (لَأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الْمُتَلَصِّصِ) فِي دَارِ الْحَرْبِ إِذَا أَخَذَ شَيْئًا مِنْ أَمْوَالِهِمْ وَأَحْرَزَهُ بِدَارِ الْإِسْلَامِ. فَإِنْ قِيلَ: الْمُسْتَأْمَنُ مِنَّا فِي دَرَاهِمِهِ إِذَا وَجَدَ فِي أَرْضٍ لَيْسَ بِمَمْلُوكَةٍ رِكَازًا فَهُوَ لَهُ، وَالْمُسْتَأْمَنُ مِنْهُمْ فِي دَارِنَا لَوْ وَجَدَ شَيْئًا مِنْ ذَلِكَ فِي الصَّخْرَاءِ لَا حَقَّ لَهُ فِيهِ، وَيُؤْخَذُ مِنْهُ كُلُّهُ فَمَا الْفَرْقُ بَيْنَهُمَا؟ أُجِيبَ بِأَنَّ الْفَرْقَ أَنَّ دَارَ الْإِسْلَامِ دَارُ أَحْكَامٍ فَتُعْتَبَرُ الْيَدُ الْحَكْمِيَّةُ فِيهَا عَلَى الْمَوْجُودِ وَدَارُ الْحَرْبِ لَيْسَتْ كَذَلِكَ، فَالْمُعْتَبَرُ فِيهَا الْيَدُ الْحَقِيقِيَّةُ وَالْفَرْضُ عَدَمُهَا.

وَقَوْلُهُ (وَلَيْسَ فِي الْفَيَرُوزِجِ يُوجَدُ فِي الْجِبَالِ) هُوَ النَّوْعُ الثَّانِي مِنَ الْمُسْتَخْرَجِ مِنَ الْمَعَادِنِ، وَكَذَلِكَ الْجِصُّ وَالْكُحْلُ وَالزَّرْنِیْخُ وَالْيَاقُوتُ وَغَيْرُهَا وَقَيَّدَ بِقَوْلِهِ يُوجَدُ فِي الْجِبَالِ احْتِرَازًا عَمَّا يُوجَدُ مِنْهُ، وَمِمَّا ذَكَرَهُ بَعْدَهُ مِنَ الزُّبَيْقِ وَاللُّؤْلُؤِ فِي خَزَائِنِ الْكُفَّارِ فَأُصِيبَ قَهْرًا فَإِنَّ فِيهِ الْخُمْسَ بِالْإِتْفَاقِ، وَقَوْلُهُ ﷺ «لَا خُمْسَ فِي الْحَجَرِ» مَعْلُومٌ أَنَّهُ لَمْ يُرَدِّ بِهِ مَا كَانَ لِلتَّجَارَةِ وَإِنَّمَا أَرَادَ مَا يُسْتَخْرَجُ مِنْ مَعْدِنِهِ فَكَانَ هَذَا أَصْلًا فِي كُلِّ مَا هُوَ بِمَعْنَاهُ.

وَقَوْلُهُ (وَفِي الزُّبَيْقِ الْخُمْسُ) قِيلَ هُوَ فَارِسِيٌّ مُعَرَّبٌ بِالْهَمْزِ، وَمِنْهُمْ مَنْ يَقُولُ بِالْكَسْرِ الْبَاءُ، بَعْدَ الْهَمْزِ، وَالْمُرَادُ بِهِ مَا يُصَابُ فِي مَعْدِنِهِ لَمَّا ذَكَرْنَا آنفًا. حُكِيَ عَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ أَبَا حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ كَانَ يَقُولُ أَوَّلًا لَا شَيْءَ فِيهِ وَكُنْتُ أَقُولُ فِيهِ الْخُمْسُ، فَلَمْ أَزَلْ أَنْظَرُهُ وَأَقُولُ إِنَّهُ كَالرَّصَاصِ حَتَّى قَالَ فِيهِ الْخُمْسُ، ثُمَّ رَأَيْتُ أَنْ لَا شَيْءَ فِيهِ، فَصَارَ الْحَاصِلُ أَنَّهُ عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ الْآخَرِ وَهُوَ قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ الْأَوَّلِ وَهُوَ قَوْلُ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ فِيهِ الْخُمْسُ، وَعَلَى قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ الْآخَرِ وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ الْأَوَّلِ لَا شَيْءَ فِيهِ، قَالَ لَأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الْقِيرِ وَالنَّفْطِ: يَعْنِي هُوَ مِنْ جُمْلَةِ الْمِيَاهِ وَلَا خُمْسَ فِي الْمَاءِ. وَقَالَا إِنَّهُ يُسْتَخْرَجُ بِالْعِلَاجِ مِنْ عَيْنِهِ وَيَنْطَبِعُ مَعَ غَيْرِهِ فَكَانَ كَالْفِضَّةِ فَإِنَّهَا لَا تَنْطَبِعُ مَا لَمْ يُخَالَطْهَا شَيْءٌ، وَهَذَا هُوَ النَّوْعُ الثَّالِثُ مِمَّا ذَكَرْنَا فِي أَوَّلِ هَذَا الْبَابِ

(وَلَا خُمْسَ فِي اللَّؤْلُؤِ وَالْعَنْبَرِ) عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: فِيهِمَا

وَفِي كُلِّ حَلِيَّةٍ تَخْرُجُ مِنَ الْبَحْرِ خُمْسٌ؛ لِأَنَّ عُمَرَ ؓ أَخَذَ الْخُمْسَ مِنَ الْعَنْبَرِ. وَلَهُمَا أَنْ

قَعَرَ الْبَحْرَ لَمْ يَرِدْ عَلَيْهِ الْقَهْرُ فَلَا يَكُونُ الْمَأْخُودُ مِنْهُ غَنِيمَةً وَإِنْ كَانَ ذَهَبًا أَوْ فِضَّةً،
وَالْمَرْوِيُّ عَنْ عُمَرَ فِيمَا دَسَرَهُ الْبَحْرُ وَبِهِ نَقُولُ (مَتَاعٌ وَجِدَ رِكَازًا فَهُوَ لِلَّذِي وَجَدَهُ وَفِيهِ
الْخُمْسُ) مَعْنَاهُ: إِذَا وَجِدَ فِي أَرْضٍ لَا مَالَكْ لَهَا؛ لِأَنَّهُ غَنِيمَةٌ بِمَنْزِلَةِ الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ.

الشرح:

(وَلَا خُمْسَ فِي الْعَنْبَرِ وَاللُّؤْلُؤِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ. وَقَالَ أَبُو
يُوسُفَ فِيهِمَا وَفِي كُلِّ حَلِيَّةٍ تَخْرُجُ مِنَ الْبَحْرِ الْخُمْسُ لِأَنَّ عُمَرَ رضي الله عنه أَخَذَ الْخُمْسَ مِنَ
الْعَنْبَرِ).

رُوي أَنَّ يَعْلَى بْنَ أُمَيَّةَ: كَتَبَ إِلَى عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ رضي الله عنه يَسْأَلُهُ عَنْ عَنْبَرَةٍ وَجِدَتْ
عَلَى السَّاحِلِ، فَكَتَبَ إِلَيْهِ فِي جَوَابِهِ: إِنَّهُ مَالُ اللَّهِ يُؤْتِيهِ مَنْ يَشَاءُ وَفِيهِ الْخُمْسُ.
قَالَ صَاحِبُ النِّهَايَةِ: هَذَا الَّذِي ذَكَرَهُ يَصْلُحُ حُجَّةً فِي الْعَنْبَرِ لَا فِي اللُّؤْلُؤِ، وَلَمْ
يَذْكُرْ فِي الْكِتَابِ حُجَّةً فِي اللُّؤْلُؤِ. وَذَكَرَ فِي الْفَوَائِدِ الظَّهْرِيَّةِ أَنَّ سُؤَالَ عُمَرَ كَانَ
عَنْهُمَا جَمِيعًا، فَإِنَّهُ سُئِلَ عَنِ الْعَنْبَرِ وَاللُّؤْلُؤِ يُسْتَخْرَجَانِ مِنَ الْبَحْرِ قَالَ: فِيهِمَا الْخُمْسُ.
وَأَقُولُ: الَّذِي يَظْهَرُ مِنْ كَلَامِ الْمُصَنِّفِ أَنَّهُ أَرَادَ بِهِ الاسْتِدْلَالَ عَلَى اللُّؤْلُؤِ بِالِدَّلَالَةِ لِأَنَّهُ
قَالَ: وَفِي كُلِّ حَلِيَّةٍ تَخْرُجُ مِنَ الْبَحْرِ. وَاسْتَدَلَّ عَلَى الْمَجْمُوعِ بِالْعَنْبَرِ؛ لِأَنَّهُ يَخْرُجُ مِنَ
الْبَحْرِ وَفِيهِ الْخُمْسُ، فَكَذَا كُلُّ مَا يُسْتَخْرَجُ مِنْهُ دَفْعًا لِلْحُكْمِ (وَلَهُمَا أَنْ قَعَرَ الْبَحْرَ لَمْ يَرِدْ
عَلَيْهِ الْقَهْرُ) وَمَعْنَاهُ: أَنَّ الْخُمْسَ إِنَّمَا يَجِبُ فِيمَا كَانَ بِأَيْدِي الْكُفَرَةِ وَقَدْ وَقَعَ فِي أَيْدِي
الْمُسْلِمِينَ بِإِيحَافِ الْخَيْلِ وَالرِّكَابِ، وَالْعَنْبَرُ لَيْسَ كَذَلِكَ لِأَنَّهُ لَمْ يَكُنْ فِي يَدِ أَحَدٍ لَأَنَّ قَهْرَ
الْمَاءِ يَمْنَعُ قَهْرَ غَيْرِهِ، وَعَنْ هَذَا قَالُوا: لَوْ وَجِدَ الذَّهَبُ وَالْفِضَّةُ فِي قَعْرِ الْبَحْرِ لَمْ يَجِبْ
فِيهِ شَيْءٌ.

وَقَوْلُهُ (وَالْمَرْوِيُّ عَنْ عُمَرَ) جَوَابٌ عَنِ الاسْتِدْلَالَ بِجَوَابِهِ وَوَجْهُهُ أَنَّهُ كَانَ (فِيمَا
دَسَرَهُ الْبَحْرُ) أَيْ دَفَعَهُ وَقَذَفَهُ (وَبِهِ) أَيْ بِوُجُوبِ الْخُمْسِ فِي الْعَنْبَرِ الَّذِي دَسَرَهُ الْبَحْرُ
(نَقُولُ) وَمُرَادُهُ دَسَرَهُ الْبَحْرُ الَّذِي فِي دَارِ الْحَرْبِ فَوَجَدَهُ الْجَيْشُ عَلَى سَاحِلِهِ فَأَخَذُوهُ
فَإِنَّهُ غَنِيمَةٌ يَجِبُ فِيهِ الْخُمْسُ: وَإِنَّمَا قُلْنَا ذَلِكَ لِأَنَّهُ رُوي عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا
أَنَّهُ قَالَ فِي الْعَنْبَرِ: إِنَّهُ شَيْءٌ دَسَرَهُ الْبَحْرُ فَلَا شَيْءَ فِيهِ. فَيَحْمَلُ عَلَى أَحَدِ الْمَعْنَيْنِ: إِمَّا
عَلَى بَحْرِ دَارِ الْإِسْلَامِ، وَإِمَّا عَلَى أَنَّهُ أَخَذَهُ وَاحِدٌ مِنَ الْمُسْلِمِينَ فِي بَحْرِ دَارِ الْحَرْبِ لِأَنَّهُ

بِمَنْزِلَةِ الْمُتَلَصِّصِ وَلَا خُمْسَ فِيهِمَا.

وَقَوْلُهُ (مَتَاعٌ وَجِدَ رِكَازًا) أَيُّ حَالٍ كَوْنُهُ رِكَازًا، وَالْمُرَادُ بِالْمَتَاعِ مَا يُتَمَتَّعُ بِهِ فِي الْبَيْتِ مِنَ الرِّصَاصِ وَالتَّحَاسِ وَغَيْرِهِمَا. وَقِيلَ الْمُرَادُ بِهِ الثَّيَابُ لِأَنَّهُ يُسْتَمْتَعُ بِهَا، وَذَكَرَ هَذَا لِيَبَانَ أَنَّ وَجُوبَ الْخُمْسِ لَا يَتَفَاوَتُ فِيمَا يَبَيِّنُ أَنَّ يَكُونُ الرِّكَازُ مِنَ التَّقْدِيرِ أَوْ غَيْرِهِمَا، وَكَلَامُهُ وَاضِحٌ وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

بَابُ زَكَاةِ الزُّرُوعِ وَالثَّمَارِ

(قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ: فِي قَلِيلٍ مَا أَخْرَجَتْهُ الْأَرْضُ وَكَثِيرِهِ الْعُشْرُ، سَوَاءٌ سَقِيَ سَيْحًا أَوْ سَقَتْهُ السَّمَاءُ، إِلَّا الْحَطَبَ وَالْقَصَبَ وَالْحَشِيشَ. وَقَالَا: لَا يَجِبُ الْعُشْرُ إِلَّا فِيمَا لَهُ ثَمَرَةٌ بَاقِيَةٌ إِذَا بَلَغَ خُمُسَةَ أَوْسُقٍ، وَالْوَسْقُ سِتُّونَ صَاعًا بِصَاعِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ. وَلَيْسَ فِي الْخَضِرَاوَاتِ عِنْدَهُمَا عُشْرٌ) فَالْخِلَافُ فِي مَوْضِعَيْنِ: فِي اشْتِرَاطِ النَّصَابِ، وَفِي اشْتِرَاطِ الْبَقَاءِ. لَهُمَا فِي الْأَوَّلِ قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «لَيْسَ فِيمَا دُونَ خُمُسَةِ أَوْسُقٍ صَدَقَةً»^(١) وَلِأَنَّهُ صَدَقَةٌ فَيُشْتَرَطُ فِيهِ النَّصَابُ لِيَتَحَقَّقَ الْغِنَى.

وَلِأَيِّ حَنِيفَةٍ رَحِمَهُ اللَّهُ قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «مَا أَخْرَجَتِ الْأَرْضُ فِيهِهِ الْعُشْرُ»^(٢) مِنْ غَيْرِ فَصْلٍ وَتَأْوِيلُ مَا رَوِيَاهُ زَكَاةُ التَّجَارَةِ؛ لِأَنَّهُمْ كَانُوا يَتَّبَاعُونَ بِالْأَوْسَاقِ وَقِيمَةُ الْوَسْقِ أَرْبَعُونَ دِرْهَمًا، وَلَا مُعْتَبَرٌ بِالْمَالِكِ فِيهِ فَكَيْفَ بِصِفَتِهِ وَهُوَ الْغِنَى وَلِهَذَا لَا يُشْتَرَطُ الْحَوْلُ؛ لِأَنَّهُ لِلْإِسْتِنْمَاءِ وَهُوَ كُلُّهُ ثَمَاءٌ. وَلَهُمَا فِي الثَّانِي قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «لَيْسَ فِي الْخَضِرَاوَاتِ صَدَقَةٌ» وَالزُّكَاةُ غَيْرُ مُنْفِيَةٍ فَتَعَيَّنَ الْعُشْرُ وَلَهُ مَا رَوَيْنَا، وَمَرُويُهُمَا مَحْمُولٌ عَلَى صَدَقَتِهِ يَأْخُذُهَا الْعَاشِرُ، وَبِهِ أَخَذَ أَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ فِيهِ؛ لِأَنَّ الْأَرْضَ قَدْ تُسْتَنْمَى بِمَا لَا يَبْقَى وَالسَّبَبُ هِيَ الْأَرْضُ النَّامِيَّةُ وَلِهَذَا يَجِبُ فِيهَا الْخَرَاجُ أَمَّا الْحَطَبُ وَالْقَصَبُ وَالْحَشِيشُ فَلَا تُسْتَنْبَتُ فِي الْجَنَانِ عَادَةً بَلْ تُنْقَى عَنْهَا حَتَّى لَوْ اتَّخَذَهَا مَقْصَبَةً أَوْ مُشْجَرَةً أَوْ مَنَبَتًا لِلْحَشِيشِ يَجِبُ فِيهَا الْعُشْرُ، وَالْمُرَادُ بِالْمَذْكُورِ الْقَصَبُ الْفَارِسِيُّ أَمَّا قَصَبُ السُّكَّرِ وَقَصَبُ الدَّرِيرَةِ فَفِيهِمَا الْعُشْرُ؛ لِأَنَّهُ يَقْصَدُ بِهِمَا اسْتِغْلَالُ الْأَرْضِ، بِخِلَافِ السَّعْفِ وَالتَّنِّينِ؛ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ الْحَبَّ وَالثَّمَرُ دُونَهُمَا قَالَ:

(١) سبق تخريجه.

(٢) قال الزيلعي في نصب الراية (٣٩٩/٢): غريب هذا اللفظ.

الشرح:

(بَابُ زَكَاةِ الزُّرُوعِ وَالثَّمَارِ): سُمِّيَ الْعُشْرُ زَكَاةً كَمَا سُمِّيَ الْمَصَدَّقُ فِيمَا تَقَدَّمَ عَاشِرًا مِجَازًا، وَتَأْخِيرُ الْعُشْرِ عَنِ الزَّكَاةِ لِأَنَّهَا عِبَادَةٌ مَحْضَةٌ، وَالْعُشْرُ مُؤَنَّةٌ فِيهَا مَعْنَى الْعِبَادَةِ، وَالْعِبَادَاتُ الْخَالِصَةُ مُقَدَّمَةٌ عَلَى غَيْرِهَا (قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ) فِي كُلِّ مَا تُنْبِتُ الْأَرْضُ وَيَنْبَغِي بِهِ التَّمَاءُ قَلِيلًا كَانَ أَوْ كَثِيرًا رَطْبًا كَانَ أَوْ يَابِسًا يَبْقَى مِنْ سَنَةِ إِلَى سَنَةٍ أَوْ لَا يُوسُقُ أَوْ لَا يُسْقَى سَيْحًا أَيْ بِمَاءٍ جَارٍ، أَوْ سَقَتْهُ السَّمَاءُ، أَيْ الْمَطَرُ الْعُشْرُ، (إِلَّا الْحَطَبَ وَالْقَصَبَ وَالْحَشِيشَ) وَالتَّنِّينَ وَالسَّعْفَ، (وَقَالَا): لَا يَجِبُ الْعُشْرُ إِلَّا فِيمَا لَهُ ثَمَرَةٌ بَاقِيَةٌ تَبْقَى مِنْ سَنَةٍ إِلَى سَنَةٍ (إِذَا بَلَغَ خَمْسَةَ أَوْسُقٍ كُلُّ وَسْقٍ سِتُونَ صَاعًا بِصَاعِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ) قِيدَ الثَّمَرَةِ احْتِرَازًا عَنْ غَيْرِهَا، وَهِيَ اسْمٌ لشيءٍ مِنْ أَصْلٍ وَقِيدَ بِالْبَاقِيَةِ احْتِرَازًا عَنْ غَيْرِهَا وَحَدُّ الْبَقَاءِ أَنْ يَبْقَى سَنَةً فِي الْغَالِبِ مِنْ غَيْرِ مُعَالَجَةٍ كَثِيرَةٍ كَالْحِنْطَةِ وَالشَّعِيرِ وَالذَّرَّةِ وَغَيْرِهَا دُونَ الْخَوْخِ وَالتُّفَاحِ وَالسَّفَرَجَلِ وَنَحْوِهَا، وَقِيدَ بِمَا إِذَا بَلَغَ خَمْسَةَ أَوْسُقٍ احْتِرَازًا عَمَّا إِذَا كَانَ دُونَهَا.

وَالْوَسْقُ سِتُونَ صَاعًا بِصَاعِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ. فَخَمْسَةُ أَوْسُقٍ أَلْفٌ وَمِائَتَانِ مَنْ لَأَنَّ كُلَّ صَاعٍ أَرْبَعَةُ أَمْنَاءٍ.

قَالَ شَمْسُ الْأُمَّةِ الْحَلَوَانِيُّ: هَذَا قَوْلُ أَهْلِ الْكُوفَةِ، وَقَالَ أَهْلُ الْبَصْرَةِ: الْوَسْقُ ثَلَاثُمِائَةٌ مَنْ (وَلَيْسَ فِي الْخَضِرَاوَاتِ) كَالْفَوَاكِهِ وَالْبُقُولِ (عُشْرٌ عِنْدَهُمَا) لِأَنَّ الْبُقُولَ لَيْسَتْ بِثَمَرَةٍ وَالْفَوَاكِهُ لَا بَقَاءَ لَهَا سَنَةً إِلَّا بِمُعَالَجَةٍ كَثِيرَةٍ (فَالْخِلَافُ فِي مَوْضِعَيْنِ فِي اشْتِرَاطِ النَّصَابِ وَفِي اشْتِرَاطِ الْبَقَاءِ) وَلَمْ يَتَعَرَّضْ لَكُونِهِ ثَمَرَةً لِأَنَّ الْبُقُولَ دَخَلَتْ فِي اشْتِرَاطِ الْبَقَاءِ (لَهُمَا فِي الْأَوَّلِ) أَيْ فِي اشْتِرَاطِ النَّصَابِ (قَوْلُهُ ﷺ) «لَيْسَ فِيمَا دُونَ خَمْسَةِ أَوْسُقٍ صَدَقَةٌ» أَيْ عُشْرٌ لِأَنَّ زَكَاةَ التِّجَارَةِ تَجِبُ فِيمَا دُونَ خَمْسَةِ أَوْسُقٍ إِذَا بَلَغَتْ قِيمَتُهُ مِائَتِي دِرْهَمٍ (وَلَأَنَّهُ صَدَقَةٌ) بِدَلِيلِ تَعَلُّقِهِ بِنَمَاءِ الْأَرْضِ وَعَدَمِ وَجُوبِهِ عَلَى الْكَافِرِ وَصَرْفِهِ إِلَى مَصْرِفِ الصَّدَقَاتِ، وَكُلُّ مَا هُوَ صَدَقَةٌ يُشْتَرَطُ لَهُ النَّصَابُ لِيَتَحَقَّقَ الْغِنَى (وَلَأَيُّ حَنِيفَةِ رَحِمَهُ اللَّهُ قَوْلُهُ ﷺ) «مَا أَخْرَجَتْ الْأَرْضُ فِيهِ الْعُشْرُ مِنْ غَيْرِ فَضْلٍ» وَتَأْوِيلُ مَا رَوَاهُ زَكَاةُ التِّجَارَةِ لِأَنَّهُمْ كَانُوا يَتَبَايَعُونَ بِالْأَوْسَاقِ وَقِيمَةُ الْوَسْقِ أَرْبَعُونَ دِرْهَمًا فَتَكُونُ قِيمَةُ خَمْسَةِ أَوْسُقٍ مِائَتِي دِرْهَمٍ وَهُوَ نَصَابُ الزَّكَاةِ، قِيلَ الْعُشْرُ

فِيهِ مَعْنَى الْعَادَةِ كَمَا ذَكَرْتُمْ فَيَكُونُ لِمَالِيَّتِهِ عَفْوٌ وَنَصَابٌ قِيَاسًا عَلَى الزَّكَاةِ. وَالْجَوَابُ أَنَّهُ فَاسِدٌ لِأَنَّهُ قِيَاسُ مَا فِيهِ الْعِبَادَةُ مَعَ كَوْنِهِ مَنْصُوصًا عَلَيْهِ عَلَى الْعِبَادَةِ الْمَحْضَةِ، وَهُوَ ظَاهِرُ الْفَسَادِ.

وَقَوْلُهُ (وَلَا مُعْتَبَرٌ بِالمَالِكِ فِيهِ) أَيُّ فِي الْعُشْرِ جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ فَيَشْتَرِطُ النَّصَابُ: يَعْنِي أَنَّ الْغَنَى صِفَةُ المَالِكِ، وَالمَالِكُ فِي بَابِ الْعُشْرِ غَيْرُ مُعْتَبَرٍ حَتَّى يَجِبَ فِي أَرَاظِي المُكَاتِبِ وَالصَّيِّ وَالْمَجْنُونِ وَالأَرَاظِي المَوْقُوفَةِ عَلَى الرُّبَاطَاتِ وَالمَسَاجِدِ (فَكَيْفَ بِصِفَتِهِ وَهُوَ الْغَنَى، وَلِهَذَا لَا يُشْتَرِطُ الْحَوْلُ لِأَنَّهُ لِلْإِسْنِمَاءِ وَهُوَ كُلُّهُ نَمَاءٌ. وَلَهُمَا فِي الثَّانِي قَوْلُهُ ﷺ «لَيْسَ فِي الْخَضِرَاوَاتِ صَدَقَةٌ».

وَوَجْهُ الاسْتِدْلَالِ أَنَّهُ ﷺ نَفَى الصَّدَقَةَ عَنْ الْخَضِرَاوَاتِ وَلَيْسَ الزَّكَاةُ مَنْفِيَّةٌ بِالِاتِّفَاقِ فَتَعَيَّنَ الْعُشْرُ (وَلَهُ مَا رَوَيْنَا) يَعْنِي قَوْلُهُ ﷺ «مَا أَخْرَجْتَ الأَرْضَ فِيهِهِ الْعُشْرُ» (وَمَرُوءِيهِمَا) وَهُوَ لَيْسَ فِي الْخَضِرَاوَاتِ صَدَقَةٌ (مَحْمُولٌ عَلَى صَدَقَةٍ يَأْخُذُهَا الْعَاشِرُ) يَعْنِي إِذَا مَرَّ بِالْخَضِرَاوَاتِ عَلَى الْعَاشِرِ وَأَرَادَ الْعَاشِرُ أَنْ يَأْخُذَ مِنْ عَيْنِهَا لِأَجْلِ الْفُقَرَاءِ عِنْدَ إِبَاءِ المَالِكِ عَنْ دَفْعِ الْقِيَمَةِ لَا يَأْخُذُ (وَبِهِ) أَيُّ بِهَذَا المَرْوِيَّ (أَخَذَ أَبُو حَنِيفَةَ) فِي حَقِّ هَذَا المَحْمَلِ الَّذِي حَمَلْنَاهُ عَلَيْهِ. وَإِنَّمَا قُلْنَا لِأَجْلِ الْفُقَرَاءِ لِأَنَّهُ لَوْ أَخَذَ مِنْ عَيْنِهَا لِيَصْرِفَهُ إِلَى عِمَالَتِهِ جَازَ وَإِنَّمَا قُلْنَا عِنْدَ إِبَاءِ المَالِكِ عَنْ دَفْعِ الْقِيَمَةِ لِأَنَّهُ إِذَا أَعْطَاهُ الْقِيَمَةَ لَا كَلَامَ فِي جَوَازِ أَخْذِهِ وَهَذَا لِأَنَّ الأَخْذَ ثَبَتَ نَظَرًا لِلْفُقَرَاءِ وَلَا نَظَرَ هَاهُنَا لِأَنَّ الْعَاشِرَ فِي الأَغْلَبِ يَكُونُ نَائِيًا عَنِ الْبَلَدَةِ وَلَا يَجِدُ فَقِيرًا نَمَةً يَصْرِفُهُ إِلَيْهِ فَيَحْتَاجُ إِلَى أَنْ يَبْعَثَ بِهَا إِلَى الْبَلَدِ وَرُبَّمَا تَفْسُدُ قَبْلَ الْوُصُولِ إِلَى الْفُقَرَاءِ فَيُؤَدِّي إِلَى الضَّرَرِ فَلَا يَأْخُذُ بَلْ يُؤَدِّيهِ المَالِكُ بِنَفْسِهِ وَالَّذِي يَقْطَعُ هَذِهِ المَادَّةَ أَنَّ الْعَالَمَ الْمُتَّفَقَ عَلَيْهِ وَلَوْ فِي بَعْضِ مُوجِبِهِ أَوْلَى مِنَ الْخَاصِّ الْمُخْتَلَفِ فِيهِ وَقَدْ اتَّفَقُوا عَلَى الْعَمَلِ بِمَا رَوَاهُ أَبُو حَنِيفَةَ فِي مِقْدَارِ خَمْسَةِ أَوْسُقٍ وَلَمْ يَعْمَلْ بِمَا رَوَاهُ أَبُو حَنِيفَةَ وَإِنَّمَا حَمَلَهُ عَلَى مَحْمَلٍ آخَرَ وَعَمِلَ بِهِ فِيهِ وَأَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَخَذَ هَذَا الأَصْلَ عَنْ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ ﷺ فَإِنَّهُ عَمِلَ بِالعَامِ الْمُتَّفَقِ عَلَيْهِ حِينَ أَرَادَ إِجْلَاءَ بَنِي النَّضِيرِ وَهُوَ قَوْلُهُ ﷺ «لَا يَجْتَمِعُ دِينَارٌ فِي جَزِيرَةِ الْعَرَبِ» وَأَجْلَاهُمْ وَلَمْ يَتَلَفَّتْ إِلَى مَا اعْتَرَضُوا بِهِ عَلَيْهِ مِنْ قَوْلِهِ ﷺ «أَتُرْكُوهُمْ وَمَا يَدِينُونَ» كَذَا نَقَلَهُ شَيْخِي عَنْ شَيْخِ شَيْخِهِ رَحِمَهُمُ اللَّهُ.

وَقَوْلُهُ (وَلَأَنَّ الْأَرْضَ قَدْ تُسْتَمَى) دَلِيلٌ مَعْقُولٌ عَلَى مُدْعَاهُ وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ السَّبَبَ هِيَ الْأَرْضُ النَّامِيَّةُ وَالْأَرْضُ النَّامِيَّةُ قَدْ تُسْتَمَى بِمَا لَا يَبْقَى فَلَوْ لَمْ يَجِبِ الْعُشْرُ فِيمَا لَا يَبْقَى لَكَانَ قَدْ وَجَدَ السَّبَبُ وَالْخَارِجُ بِلَا شَيْءٍ وَذَلِكَ إِخْلَاءٌ لِلْسَّبَبِ عَنِ الْحُكْمِ فِي مَوْضِعٍ يُحْتَاطُ فِي إِبْتَاتِ ذَلِكَ الْحُكْمِ وَهُوَ لَا يَجُوزُ (وَلِهَذَا يَجِبُ فِيهِ) أَيُّ فِيمَا لَا يَبْقَى مِنَ الْخَارِجِ كَالْخَضِرَاوَاتِ أَوْ فِي الْأَرْضِ النَّامِيَّةِ بِالْخَارِجِ الَّذِي لَا يَبْقَى عَلَى تَأْوِيلِ الْمَكَانِ.

وَقَوْلُهُ (أَمَّا الْحَطَبُ) بَيَانٌ لِمَا اسْتَنَاهُ أَبُو حَنِيفَةَ مِمَّا أَخْرَجَتْهُ الْأَرْضُ وَقَوْلُهُ (فِي الْجَنَانِ) أَيُّ فِي الْبَسَاتِينِ وَيَبَاهُ أَنَّ الْحَطَبَ وَالْقَصَبَ وَالْحَشِيشَ وَنَحْوَهَا مِمَّا لَا يُسْتَمَى بِهِ الْأَرْضُ لَا عَشْرَ فِيهَا لِأَنَّ سَبَبَ وَجُوبِ الْعُشْرِ الْأَرْضُ النَّامِيَّةُ وَهَذِهِ الْأَشْيَاءُ تُنْقَى عَنْهَا الْبَسَاتِينُ لِأَنَّهَا إِذَا غَلَبَتْ عَلَى الْأَرْضِ أَفْسَدَتْهَا فَلَا يَحْصُلُ بِهَا النَّمَاءُ حَتَّى لَوْ اتَّخَذَ الْأَرْضُ مَقْصَبَةً أَوْ مَشْجَرَةً أَوْ مَنِيئًا لِلْحَشِيشِ وَأَرَادَ بِهِ الْاسْتِنَاءَ بِقَطْعِ ذَلِكَ وَيَبْعَهُ وَجَبَ فِيهَا الْعُشْرُ. وَقَوْلُهُ (وَالْمُرَادُ بِالْمَذْكُورِ الْقَصَبُ الْفَارِسِيُّ) الْقَصَبُ كُلُّ نَبَاتٍ كَانَ سَاقُهُ أَتَانِيَبَ وَكُعُوبًا، وَالْكَعْبُ الْعُقْدَةُ، وَالْأُتُوبُ مَا بَيْنَ الْكَعْبَيْنِ.

وَأَنْوَاعُ الْقَصَبِ الْفَارِسِيِّ وَهُوَ مَا يُتَّخَذُ مِنْهُ الْأَقْلَامُ وَقَصَبُ الذَّرِيرَةِ، وَهُوَ نَوْعٌ مِنْهُ مُتَقَارِبُ الْعُقْدِ وَأُتُوبُهُ مَمْلُوءٌ مِنْ مِثْلِ نَسْجِ الْعَنْكَبُوتِ وَفِي مَضْغِهِ حَرَاةٌ وَمَسْحُوقُهُ عَطَرٌ يُؤْتَى بِهِ مِنَ الْهِنْدِ وَأَجُودُهُ الْيَاقُوتِيُّ اللَّوْنِ وَقَصَبُ السُّكَّرِ، وَالْمُسْتَشْنَى مِنْهَا الْقَصَبُ الْفَارِسِيُّ.

وَأَمَّا الْآخَرَانِ فَفِيهِمَا الْعُشْرُ لِأَنَّهُ يُقْصَدُ بِهِمَا اسْتِعْلَالُ الْأَرْضِ، بِخِلَافِ السَّعْفِ وَهُوَ وَرَقُ الْجَرِيدِ الَّذِي يُتَّخَذُ مِنْهُ الْمَرَاوِحُ وَالتَّنْبِنُ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ هُوَ الْحَبُّ وَالثَّمَرُ دُونَهُمَا. فَإِنْ قِيلَ: يَتَّبَعِي أَنْ يَجِبَ الْعُشْرُ فِي التَّنْبِنِ لِأَنَّهُ كَانَ وَاجِبًا وَقَدْ كَوَّنَ الزَّرْعَ قَصِيلًا وَالتَّنْبِنُ هُوَ الْقَصِيلُ ذَاتًا إِلَّا أَنَّهُ زَادَتْ فِيهِ الْيُبُوسَةُ وَبِهَا لَا يَتَّعَيَّرُ الْوَاجِبُ. أُجِيبَ بِأَنَّهُ لَا يَجِبُ الْعُشْرُ فِي التَّنْبِنِ لِأَنَّ الْعُشْرَ كَانَ وَاجِبًا قَبْلَ إِدْرَاكِ الزَّرْعِ فِي السَّاقِ حَتَّى لَوْ قَصَلَهُ وَجَبَ الْعُشْرُ فِي الْقَصِيلِ، فَإِذَا أُدْرِكَ تَحَوَّلَ الْعُشْرُ مِنَ السَّاقِ إِلَى الْحَبِّ كَمَا تَحَوَّلَ الْخَرَجُ مِنَ الْمَكْنَةِ عِنْدَ التَّعْطِيلِ إِلَى الْخَارِجِ عِنْدَ الْخُرُوجِ.

(وَمَا سَقِيَ بِغَرْبٍ أَوْ دَالِيَةٍ أَوْ سَائِيَةٍ فَفِيهِ نِصْفُ الْعُشْرِ عَلَى الْقَوْلَيْنِ)؛ لِأَنَّ الْمَوْنَةَ

تَكْثُرُ فِيهِ وَتَقِلُّ فِيْمَا يُسْقَى بِالسَّمَاءِ أَوْ سَيْحًا وَإِنْ سُقِيَ سَيْحًا وَبِدَالِيَةٍ فَالْمُعْتَبَرُ أَكْثَرُ
السَّنَةِ كَمَا مَرَّ فِي السَّائِمَةِ. (وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ: فِيْمَا لَا يُوسَقُ كَالزُّعْفَرَانِ،
وَالْقُطْنِ يَجِبُ فِيهِ الْعُشْرُ إِذَا بَلَغَتْ قِيَمَتُهُ قِيَمَةَ خَمْسَةِ أَوْسُقٍ مِنْ أَدْنَى مَا يُوسَقُ) كَالدَّرَةِ
فِي زَمَانِنَا؛ لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُ التَّقْدِيرُ الشَّرْعِيُّ فِيهِ فَاعْتَبِرَتْ قِيَمَتُهُ كَمَا فِي عُرُوضِ التَّجَارَةِ
(وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: يَجِبُ الْعُشْرُ إِذَا بَلَغَ الْخَارِجُ خَمْسَةَ أَعْدَادٍ مِنْ أَعْلَى مَا يُقَدَّرُ بِهِ
نَوْعُهُ. فَاعْتَبِرَ فِي الْقُطْنِ خَمْسَةُ أَحْمَالٍ كُلُّ حِمْلٍ ثَلَاثُمِائَةٍ مَنْ، وَفِي الزُّعْفَرَانِ خَمْسَةُ
أَمْنَاءٍ)؛ لِأَنَّ التَّقْدِيرَ بِالْوَسْقِ كَانَ بِاعْتِبَارِ أَنَّهُ أَعْلَى مَا يُقَدَّرُ بِهِ نَوْعُهُ

الشرح:

قَالَ (وَمَا سُقِيَ بِغَرْبٍ أَوْ ذَالِيَةٍ) الْغَرْبُ الدَّلْوُ الْعَظِيمَةُ، وَالدَّالِيَةُ الْمُنْجُونُ تُدِيرُهَا
الْبَقَرَةُ. وَذَكَرَ فِي الْمَغْرِبِ أَنَّ الدَّالِيَةَ جَذَعٌ طَوِيلٌ يُرَكَّبُ تَرْكِيْبَ مَدَاقِّ الْأُرْزِ فِي رَأْسِهِ
مَعْرِفَةً كَبِيرَةً يُسْتَقَى بِهَا، وَالسَّائِمَةُ النَّاقَةُ الَّتِي يُسْتَقَى عَلَيْهَا. وَقَوْلُهُ (فَفِيهِ نِصْفُ الْعُشْرِ
عَلَى الْقَوْلَيْنِ) أَيُّ عَلَى حَسَبِ اخْتِلَافِ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَقَوْلِ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ عِنْدَهُ
يَجِبُ نِصْفُ الْعُشْرِ مِنْ غَيْرِ شَرْطِ النَّصَابِ وَالْبَقَاءِ، وَعِنْدَهُمَا أَيْضًا نِصْفُ الْعُشْرِ لَكِنْ
بِشَرْطِ النَّصَابِ وَالْبَقَاءِ كَمَا بَيَّنَّا، وَمَا ذَكَرَهُ مِنَ الدَّلِيلِ ظَاهِرٌ.

وَقَالَ شَمْسُ الْأَيْمَةِ السَّرْحَسِيُّ: غَلَّلَ بَعْضُ مَشَايخِنَا بِقِلَّةِ الْمُؤَنَةِ فِيْمَا سَقَتْهُ السَّمَاءُ
وَبِكَثْرَتِهَا فِيْمَا سُقِيَ بِغَرْبٍ أَوْ ذَالِيَةٍ، وَهَذَا لَيْسَ بِقَوِيٍّ فَإِنَّ الشَّرْعَ أَوْجَبَ الْخُمْسَ فِي
الْغَنَائِمِ وَالْمُؤَنَةِ فِيْمَا أَكْثَرُ مِنْهَا فِي الزَّرَاعَةِ، وَلَكِنْ هَذَا تَقْدِيرٌ شَرْعِيٌّ فَتَتَّبِعُهُ وَتَعْتَقِدُ فِيهِ
الْمَصْلَحَةَ وَإِنْ لَمْ تَقِفْ عَلَيْهَا. وَقَوْلُهُ (وَإِنْ سُقِيَ سَيْحًا وَبِدَالِيَةٍ) وَاضِحٌ. وَإِنَّمَا عَطَفَ
الدَّالِيَةَ بِالْبَاءِ لِأَنَّ السَّيْحَ اسْمٌ لِلْمَاءِ دُونَ الدَّالِيَةِ، فَإِنَّ الدَّالِيَةَ آلَةُ الْاسْتِقَاءِ فَلَا يَصِحُّ أَنْ
يُقَالَ سُقِيَ ذَالِيَةً لِأَنَّ الدَّالِيَةَ غَيْرُ مُسْقِيَةٍ بَلْ هِيَ آلَةُ السَّقْيِ، كَذَا فِي النَّهَائَةِ.

وَقَوْلُهُ (قَالَ أَبُو يُوسُفَ) قِيلَ: إِنَّمَا ابْتَدَأَ بِقَوْلِ أَبِي يُوسُفَ لِأَنَّهُ لَا يَرِدُ إِشْكَالٌ
عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ فَإِنَّهُ يَقُولُ بِالْعُشْرِ فِي الْقَلِيلِ وَالْكَثِيرِ وَهُمَا أَثْبَتَا الْحُكْمَ عَلَى قَوْدِ
مَذْهَبِهِمَا فِي الْمَنْصُوصِ عَلَيْهِ وَهُوَ مَا يَدْخُلُ تَحْتَ الْوَسْقِ فَيَحْتَاجُ إِلَى الْبَيَانِ فِيْمَا لَا
يُوسَقُ. وَقَوْلُهُ (لِأَنَّ التَّقْدِيرَ بِالْوَسْقِ كَانَ بِاعْتِبَارِ أَنَّهُ أَعْلَى مَا يُقَدَّرُ بِهِ نَوْعُهُ) لِأَنَّهُ يُقَدَّرُ
أَوَّلًا بِالصَّاعِ ثُمَّ بِالْكَيْلِ ثُمَّ بِالْوَسْقِ فَكَانَ الْوَسْقُ أَقْصَى مَا يُقَدَّرُ بِهِ مِنْ مَعْيَارِهِ، وَأَقْصَى

مَا يُقَدَّرُ بِهِ فِي الْقُطَنِ الْحَمْلُ لِأَنَّهُ يُقَدَّرُ أَوَّلًا بِالْأَسَاتِيرِ ثُمَّ بِالْأَمْنَاءِ ثُمَّ بِالْحَمْلِ فَكَانَ الْحَمْلُ أَعْلَى مَا يُقَدَّرُ بِهِ. وَفِي الزَّعْفَرَانِ الْمَنْ لَأَنَّهُ يُقَدَّرُ أَوَّلًا بِالسَّجَّاتِ ثُمَّ بِالْأَسَانِينَ ثُمَّ بِالْمَنْ.

(وَفِي الْعَسَلِ الْعُشْرُ إِذَا أُخِذَ مِنْ أَرْضِ الْعُشْرِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ لَا يَجِبُ؛ لِأَنَّهُ مُتَوَلَّدٌ مِنَ الْحَيَوَانِ فَأَشْبَهَ الْإِبْرَيْسَمَ. وَلَنَا قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «فِي الْعَسَلِ الْعُشْرُ»^(١) وَلَأَنَّ التَّحْلَ يَتَنَاوَلُ مِنَ الْأَنْوَارِ وَالتَّمَارِ وَفِيهِمَا الْعُشْرُ فَكَذَا فِيمَا يَتَوَلَّدُ مِنْهُمَا بِخِلَافِ دُودِ الْقَرْ؛ لِأَنَّهُ يَتَنَاوَلُ مِنَ الْأَوْرَاقِ وَلَا عُشْرَ فِيهَا. ثُمَّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى يَجِبُ فِيهِ الْعُشْرُ قَلَّ أَوْ كَثُرَ؛ لِأَنَّهُ لَا يَعْتَبَرُ النَّصَابُ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ يُعْتَبَرُ فِيهِ قِيَمَةُ خَمْسَةِ أَوْسُقٍ كَمَا هُوَ أَصْلُهُ. وَعَنْهُ أَنَّهُ لَا شَيْءَ فِيهِ حَتَّى يَبْلُغَ عُشْرَ قَرِيبٍ لِحَدِيثِ «بَنِي شَبَابَةَ أَنَّهُمْ كَانُوا يُؤَدُّونَ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ كَذَلِكَ» وَعَنْهُ خَمْسَةُ أَمْنَاءٍ، وَعَنْ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ خَمْسَةَ أَفْرَاقٍ كُلُّ فَرَقٍ سِتَّةٌ وَثَلَاثُونَ رِطْلًا؛ لِأَنَّهُ أَقْصَى مَا يُقَدَّرُ بِهِ. وَكَذَا فِي قَصَبِ السُّكَّرِ وَمَا يُوْجَدُ فِي الْجِبَالِ مِنَ الْعَسَلِ وَالتَّمَارِ فَفِيهِ الْعُشْرُ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ لَا يَجِبُ لَانْعِدَامِ السَّبَبِ وَهُوَ الْأَرْضُ النَّامِيَّةُ، وَجَهُ الظَّاهِرِ أَنَّ الْمَقْصُودَ حَاصِلٌ وَهُوَ الْخَارِجُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَفِي الْعَسَلِ الْعُشْرُ إِذَا أُخِذَ مِنْ أَرْضِ الْعُشْرِ) قَيَّدَ بِأَرْضِ الْعُشْرِ لِأَنَّهُ إِذَا أُخِذَ مِنْ أَرْضِ الْخَرَاجِ فَلَا شَيْءَ فِيهِ لَا عُشْرَ وَلَا خَرَاجَ كَمَا بُيِّنَ. وَقَوْلُهُ (فَأَشْبَهَ الْإِبْرَيْسَمَ) يَعْنِي الَّذِي يَكُونُ مِنْ دُودِ الْقَرْ (وَلَنَا قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ) يَعْنِي بِهِ مَا رَوَى أَبُو سَلَمَةَ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ كَتَبَ إِلَى أَهْلِ الْيَمَنِ: إِنَّ فِي الْعَسَلِ الْعُشْرَ» (وَلَأَنَّ التَّحْلَ يَتَنَاوَلُ مِنَ الْأَنْوَارِ وَالتَّمَارِ) قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿ثُمَّ كُلِي مِنْ كُلِّ الثَّمَرَاتِ﴾ [النحل: ٦٩]، (وَفِيهِمَا الْعُشْرُ فِيمَا يَتَوَلَّدُ مِنْهُمَا) وَقَوْلُهُ (ثُمَّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ) ظَاهِرٌ.

وَقَوْلُهُ (لِحَدِيثِ بَنِي شَبَابَةَ) وَفِي بَعْضِ النُّسخِ بَنِي سَيَّارَةَ، وَهُوَ مَا رَوَى عَبْدُ اللَّهِ

(١) قال الزيلعي في نصب الراية (٤٠٥/٢): رواه هذا اللفظ العقيلي في كتاب الضعفاء من طريق عبد الرزاق، أخبرنا عبد الله بن محرز عن الزهري عن أبي سلمة عن أبي هريرة عن النبي ﷺ قال: (في العسل العشر)، ولم أجده في مصنف عبد الرزاق (٦٩٧٢) بهذا اللفظ.

ابْنُ عَمْرٍو بْنِ الْعَاصِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أَنَّ بَنِي شَبَّابَةَ قَوْمٍ مِنْ جُرْهُمٍ.
وَقَالَ فِي الْمَغْرِبِ: مِنْ خَتَمَ كَانَتْ لَهُمْ نَحْلٌ عَسَالَةٌ يُؤَدُّونَ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ
مِنْ كُلِّ عَشْرِ قَرَبٍ قَرَبَةٍ وَكَانَ يَحْمِي لَهُمْ وَادِيَهُمْ، فَلَمَّا كَانَ فِي زَمَنِ عُمَرَ ﷺ اسْتَعْمَلَ
عَلَيْهِمْ سُفْيَانُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ الثَّقَفِيُّ ﷺ، فَأَبَوْا أَنْ يُعْطَوْهُ شَيْئًا فَكَتَبَ فِي ذَلِكَ إِلَى عُمَرَ
ﷺ فَكَتَبَ إِلَيْهِ عُمَرُ ﷺ: إِنَّ النَّحْلَ ذُبَابٌ غَيْثٌ يَسُوقُهُ اللَّهُ إِلَى مَنْ يَشَاءُ، فَإِنْ أَدَّوْا
إِلَيْكَ مَا كَانُوا يُؤَدُّونَ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَاحْمِ لَهُمْ وَادِيَهُمْ وَإِلَّا فَحَلَّ بَيْنَهُمَا وَيَبْنَ
النَّاسِ، فَدَفَعُوا إِلَيْهِ الْعَشَرَ. وَالْقَرَبَةُ خَمْسُونَ رِطْلًا.

وَقَوْلُهُ (كُلُّ فَرْقٍ سِتَّةٌ وَثَلَاثُونَ رِطْلًا) الْفَرْقُ بِفَتْحَتَيْنِ إِنْاءٌ يَأْخُذُ سِتَّةَ عَشَرَ رِطْلًا
وَذَلِكَ ثَلَاثَةُ أَصْوُعٍ، نَقْلُهُ صَاحِبُ الْمَغْرِبِ فِي التَّهْذِيبِ عَنْ ثَعْلَبٍ وَخَالِدِ بْنِ يَزِيدَ.
قَالَ الْأَزْهَرِيُّ: وَالْمُحَدَّثُونَ عَلَى السُّكُونِ وَكَلَامِ الْعَرَبِ عَلَى التَّخْرِيكِ وَفِي
الصَّحَاحِ: الْفَرْقُ مِكْيَالٌ مَعْرُوفٌ بِالْمَدِينَةِ وَهُوَ سِتَّةَ عَشَرَ رِطْلًا. قَالَ وَقَدْ يُحْرَكُ. ثُمَّ قَالَ
الْمُطَرِّزِيُّ: قُلْتُ وَفِي نَوَادِرِ هِشَامٍ عَنْ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ: الْفَرْقُ سِتَّةٌ وَثَلَاثُونَ رِطْلًا
وَلَمْ أَجِدْ هَذَا فِيمَا عِنْدِي مِنْ أَصُولِ اللُّغَةِ (قَوْلُهُ وَكَذَا فِي قَصَبِ السُّكْرِ) أَيِ الْخِلَافِ
بَيْنَ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ فِي قَصَبِ السُّكْرِ كَمَا هُوَ فِي الْقُطْنِ وَالزُّعْفَرَانِ فَيُعْتَبَرُ عِنْدَ أَبِي
يُوسُفَ بِقِيَمَةِ خَمْسَةِ أَوْسُقٍ وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ خَمْسَةَ أَمْتَاءَ.

وَقَوْلُهُ (وَمَا يُوجَدُ فِي الْجِبَالِ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (أَنَّ الْمَقْصُودَ حَاصِلٌ وَهُوَ الْخَارِجُ)
يَعْنِي وَلَا مُعْتَبَرٌ بِكَوْنِ الْأَرْضِ غَيْرَ مَمْلُوكَةٍ لَهُ لِأَنَّ الْعَشَرَ يَجِبُ عَلَى الْمُسْتَعِيرِ إِذَا زَرَعَ،
وَلَوْ لَمْ تَكُنْ الْأَرْضُ مَمْلُوكَةً لَهُ لَمَا أَنَّ الْخَارِجَ سَلَّمَ لَهُ مِنْ غَيْرِ عَوَضٍ فَكَذَا هَذَا.

قَالَ (وَكُلُّ شَيْءٍ أَخْرَجْتَهُ الْأَرْضُ مِمَّا فِيهِ الْعَشَرُ لَا يُحْتَسَبُ فِيهِ أَجْرُ الْعُمَالِ
وَنَفَقَةُ الْبَقَرِ)؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ حَكَمَ بِتَفَاوُتِ الْوَاجِبِ لِتَفَاوُتِ الْمُؤْتَةِ فَلَا مَعْنَى لِرَفْعِهَا.

الشرح:

(قَوْلُهُ وَكُلُّ شَيْءٍ أَخْرَجْتَهُ الْأَرْضُ) كُلُّ شَيْءٍ أَخْرَجْتَهُ الْأَرْضُ مِمَّا فِيهِ الْوَاجِبُ
الْعَشْرِيُّ عَشْرًا كَانَ أَوْ نِصْفَهُ لَا يَرْفَعُ الْمُؤْتَةُ مِنَ الْعَشْرِ مِثْلُ أَجْرِ الْعُمَالِ وَالْبَقَرِ وَكَرِّي
الْأَنْهَارِ وَغَيْرِ ذَلِكَ، يَعْنِي لَا يُقَالُ بَعْدَ وَجُوبِ الْعَشْرِ فِي قَدْرِ الْخَارِجِ الَّذِي بِمُقَابَلَةِ
الْمُؤْتَةِ مِنْ حَيْثُ الْقِيَمَةُ بَلْ يَجِبُ الْعَشَرُ فِي كُلِّ الْخَارِجِ.

وَمِنَ النَّاسِ مَنْ قَالَ: يَجِبُ النَّظَرُ إِلَى قَدْرِ قِيمِ الْمُؤْنِ مِنَ الْخَارِجِ فَيُسَلَّمُ ذَلِكَ الْقَدْرُ بِلا عَشْرٍ ثُمَّ يُعَشِّرُ الْبَاقِي لِأَنَّ قَدْرَ الْمُؤْنِ بِمَنْزِلَةِ السَّلَامِ لَهُ بَعْوَضٌ كَأَنَّهُ اشْتَرَاهُ، أَلَا تَرَى أَنَّ مَنْ زَرَعَ فِي أَرْضٍ مَعْصُوبَةٍ سَلَّمَ لَهُ مِنَ الْخَارِجِ بِقَدْرِ مَا عَزَمَ مِنْ نُقْصَانِ الْأَرْضِ فَطَابَ لَهُ كَأَنَّهُ اشْتَرَاهُ، وَوَجْهُ قَوْلِنَا إِنَّ النَّبِيَّ ﷺ حَكَمَ بِتَفَاوُتِ الْوَاجِبِ بِتَفَاوُتِ الْمُؤْتَةِ؛ لِأَنَّهُ قَالَ: «مَا سَقَتْهُ السَّمَاءُ فَفِيهِ الْعَشْرُ وَمَا سَقِيَ بَعْرَبٍ فَفِيهِ نِصْفُ الْعَشْرِ»، فَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ لَمْ يَكُنْ لِرَفْعِهَا مَعْنَى لِأَنَّ رَفْعَهَا يَسْتَلْزِمُ عَدَمَ التَّفَاوُتِ الْمَنْصُوصَ عَلَيْهِ وَهُوَ بَاطِلٌ، وَيَبَيِّنُهُ أَنَّ الْخَارِجَ فِيمَا سَقَتْهُ السَّمَاءُ إِذَا كَانَ عَشْرِينَ قَفِيزًا.

فَفِيهِ الْعَشْرُ قَفِيزَانِ، وَإِذَا كَانَ الْخَارِجُ فِيمَا سَقِيَ بَعْرَبٍ أَرْبَعِينَ قَفِيزًا، وَالْمُؤْتَةُ ثَسَاوِي عَشْرِينَ قَفِيزًا، فَإِذَا رُفِعَتْ كَانَ الْوَاجِبُ قَفِيزَيْنِ، فَلَمْ يَكُنْ تَفَاوُتٌ بَيْنَ مَا سَقَتْهُ السَّمَاءُ وَبَيْنَ مَا سَقِيَ بَعْرَبٍ وَالْمَنْصُوصُ خِلَافُهُ، فَتَبَيَّنَ أَنَّ مَا سَقِيَ بَعْرَبٍ فِيهِ نِصْفُ الْعَشْرِ مِنْ غَيْرِ اعْتِبَارِ الْمُؤْتَةِ، وَهَذَا الْحُلُّ مِنْ خَوَاصِّ هَذَا الشَّرْحِ فَلْيَتَأَمَّلْ. قِيلَ كَانَ مِنْ حَقِّ الْكَلَامِ أَنْ يَقُولَ مِمَّا فِيهِ الْعَشْرُ أَوْ نِصْفُ الْعَشْرِ لِأَنَّ الْوَاجِبَ أَحَدَهُمَا، وَالْجَوَابُ أَنَّ الْمُرَادَ الْوَاجِبَ الْعَشْرِيَّ كَمَا أَشْرَفْنَا إِلَيْهِ فِي صَدْرِ الْكَلَامِ فَكَانَ الْعَشْرُ صَارَ عَلَمًا لِلذَلِكَ سِوَاءِ كَانَ عَشْرًا لُغَوِيًّا أَوْ نِصْفُهُ.

قَالَ (تَغْلِيْبِي لَهُ أَرْضُ عَشْرِ عَلَيْهِ الْعَشْرُ مُضَاعَفًا) عُرِفَ ذَلِكَ بِإِجْمَاعِ الصَّحَابَةِ رِضْوَانُ اللَّهِ عَلَيْهِم.

وَعَنْ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ: أَنَّ فِيمَا اشْتَرَاهُ التَّغْلِيْبِيُّ مِنَ الْمُسْلِمِ عَشْرًا وَاحِدًا؛ لِأَنَّ الْوُظَيْفَةَ عِنْدَهُ لَا تَتَغَيَّرُ بِتَغْيِيرِ الْمَالِكِ (فَإِنْ اشْتَرَاهَا مِنْهُ ذِمِّيٌّ فَهِيَ عَلَى حَالِهَا عِنْدَهُمْ) لِحَوَازِ التَّضْعِيفِ عَلَيْهِ فِي الْجُمْلَةِ كَمَا إِذَا مَرَّ عَلَى الْعَاشِرِ (وَكَذَا إِذَا اشْتَرَاهَا مِنْهُ مُسْلِمٌ أَوْ أَسْلَمَ التَّغْلِيْبِيُّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ) سِوَاءِ كَانَ التَّضْعِيفُ أَصْلِيًّا أَوْ حَادِثًا؛ لِأَنَّ التَّضْعِيفَ صَارَ وَظِيفَةً لَهَا. فَتَنَقَّلُ إِلَى الْمُسْلِمِ بِمَا فِيهَا كَالْخَرَاجِ (وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ: يَعُودُ إِلَى عَشْرِ وَاحِدٍ) لَزَوَالِ الدَّاعِي إِلَى التَّضْعِيفِ قَالَ فِي الْكِتَابِ وَهُوَ قَوْلُ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ فِيمَا صَحَّ عَنْهُ: قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ: اخْتَلَفَتِ النُّسخُ فِي بَيَانِ قَوْلِهِ وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ مَعَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي بَقَاءِ التَّضْعِيفِ، إِلَّا أَنَّ قَوْلَهُ لَا يَتَأْتِي إِلَّا فِي الْأَصْلِيِّ؛ لِأَنَّ التَّضْعِيفَ الْحَادِثَ لَا يَتَحَقَّقُ عِنْدَهُ لِعَدَمِ تَغْيِيرِ الْوُظَيْفَةِ

الشرح:

وَقَوْلُهُ (تَعْلِيٍّ) بِكَسْرِ اللامِ مَنْسُوبٌ إِلَى بَنِي تَعْلَبَ وَقَوْلُهُ (عُرِفَ ذَلِكَ بِإِجْمَاعِ الصَّحَابَةِ) تَقَدَّمَ بَيَانُهُ فِي قِصَّةِ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ مَعَهُمْ، وَلَا فَصْلَ فِي ذَلِكَ بَيْنَ أَنْ تَكُونَ الْأَرْضُ مِلْكُهُ فِي الْأَصْلِ أَوْ اشْتَرَاهَا مِنْ مُسْلِمٍ. (وَعَنْ مُحَمَّدٍ: أَنَّ فِيمَا اشْتَرَاهُ التَّعْلَبِيُّ مِنَ الْمُسْلِمِ عَشْرًا وَاحِدًا لِأَنَّ الْوِظِيفَةَ عِنْدَهُ لَا تَتَغَيَّرُ بِتَغْيِيرِ الْمَالِكِ) فَتَضْعِيفُ الْعَشْرِ إِنَّمَا يَكُونُ فِي الْأَرَاذِيِّ الْأَصْلِيَّةِ الَّتِي وَقَعَ الصَّلْحُ عَلَيْهَا.

وَلَهُمَا أَنَّ الصَّلْحَ وَقَعَ بَيْنَنَا وَبَيْنَهُمْ عَلَى أَنْ نُضَعِّفَ عَلَيْهِمْ مَا يُؤْخَذُ مِنَ الْمُسْلِمِ وَالْعَشْرُ يُؤْخَذُ مِنَ الْمُسْلِمِ فَيُضَعِّفُ عَلَيْهِمْ. وَقَوْلُهُ (فَإِنْ اشْتَرَاهَا) يَعْنِي الْأَرْضَ الَّتِي عَلَيْهَا عَشْرٌ مُضَاعَفٌ مِنَ الْأَصْلِ مِنَ التَّعْلَبِيِّ (ذِمِّيٌّ فَهِيَ عَلَى حَالِهَا) مِنَ الْعَشْرِ الْمُضَاعَفِ (عِنْدَهُمْ) لِحَوَازِ التَّضْعِيفِ عَلَيْهِ فِي الْجُمْلَةِ كَمَا إِذَا مَرَّ عَلَى الْعَاشِرِ فَإِنَّ الذِّمِّيَّ إِذَا مَرَّ عَلَى الْعَاشِرِ بِمَالِ الزَّكَاةِ يُؤْخَذُ مِنْهُ ضِعْفُ مَا يُؤْخَذُ مِنَ الْمُسْلِمِ.

وَقَوْلُهُ (وَكَذَلِكَ إِذَا اشْتَرَاهَا مِنْهُ مُسْلِمٌ) يَعْنِي يَبْقَى عَشْرُهَا مُضَاعَفًا (عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ) مِنْ غَيْرِ فَصْلٍ بَيْنَ التَّضْعِيفِ الْأَصْلِيِّ وَالْحَادِثِ (لِأَنَّ التَّضْعِيفَ صَارَ وَظِيفَةً لَهَا فَتَنْتَقِلُ إِلَى الْمُسْلِمِ بِمَا فِيهَا كَالْخَرَجِ) فَإِنَّ الْمُسْلِمَ إِذَا اشْتَرَى أَرْضًا خَرَجِيَّةً بَقِيَ كَمَا كَانَتْ، وَكَذَا إِذَا أَسْلَمَ صَاحِبُهَا، وَهَذَا لِأَنَّ بَقَاءَ الْحُكْمِ يُسْتَعْنَى عَنْ بَقَاءِ الْعِلَّةِ كَالرَّمْلِ وَالْاضْطِبَاحِ بَقِيًّا بَعْدَ زَوَالِ الْحَاجَةِ إِلَى إِظْهَارِ التَّجَلُّدِ، وَهَهُنَا بَحْثُ قَرَرْنَاهُ فِي التَّقْرِيرِ فَيُطْلَبُ ثَمَّةُ (وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: يَعُودُ إِلَى عَشْرِ وَاحِدٍ لِرِوَالِ الدَّاعِي إِلَى التَّضْعِيفِ) وَهُوَ الْكُفْرُ، أَلَا تَرَى أَنَّ التَّعْلَبِيَّ إِذَا كَانَتْ لَهُ خُمْسٌ مِنَ الْإِبِلِ السَّائِمَةِ يَجِبُ فِيهَا شَتَانَانِ، فَإِنْ بَاعَهَا مِنْ مُسْلِمٍ أَوْ أَسْلَمَ يُؤْخَذُ مِنْهُ شَاةٌ وَاحِدَةٌ، وَالْجَوَابُ لِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ مَالِ الزَّكَاةِ أَقْبَلُ لِلتَّحْوِيلِ مِنْ وَصْفٍ إِلَى وَصْفٍ، أَلَا تَرَى أَنَّ مَالِ التَّجَارَةِ تَبْطُلُ عَنْهُ الزَّكَاةُ بِنِيَّةِ الْقَنِيَّةِ وَالسَّوَامِ تَبْطُلُ عَنْهَا بِجَعْلِهَا عُلُوفَةً وَالْأَرَاذِيِّ لَيْسَتْ كَذَلِكَ.

وَقَوْلُهُ (قَالَ فِي الْكِتَابِ) أَيُّ فِي كِتَابِ الزَّكَاةِ مِنَ الْمَبْسُوطِ (وَهُوَ) أَيُّ الْعَوْدِ إِلَى عَشْرِ وَاحِدٍ (قَوْلُ مُحَمَّدٍ فِيمَا صَحَّ عَنْهُ قَالَ الْمُصَنِّفُ رَحِمَهُ اللَّهُ: اخْتَلَفَتْ النُّسخُ) أَيُّ نُسْخِ الْمَبْسُوطِ (فِي بَيَانِ قَوْلِ مُحَمَّدٍ) أَنَّهُ مَعَ أَبِي حَنِيفَةَ أَوْ مَعَ أَبِي يُوسُفَ (وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ مَعَ أَبِي حَنِيفَةَ فِي بَقَاءِ التَّضْعِيفِ) عَلَى الْمُسْلِمِ وَمَا بَعْدَهُ ظَاهِرٌ مِمَّا تَقَدَّمَ.

(وَلَوْ كَانَتْ الْأَرْضُ لِمُسْلِمٍ بَاعَهَا مِنْ نَصْرَانِيٍّ) يُرِيدُ بِهِ ذِمِّيًّا غَيْرَ تَغْلِبِيٍّ (وَقَبَضَهَا فَعَلَيْهِ الْخَرَاجُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ)؛ لِأَنَّهُ أَلِيقٌ بِحَالِ الْكَافِرِ (وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ عَلَيْهِ الْعَشْرُ مُضَاعَفًا) وَيُصْرَفُ مَصَارِفُ الْخَرَاجِ اعْتِبَارًا بِالتَّغْلِبِيِّ وَهَذَا أَهْوَنُ مِنَ التَّبْدِيلِ (وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ هِيَ عَشْرِيَّةٌ عَلَى حَالِهَا)؛ لِأَنَّهُ صَارَ مُؤَنَّةً لَهَا فَلَا يَتَبَدَّلُ كَالْخَرَاجِ، ثُمَّ فِي رِوَايَةٍ: يُصْرَفُ مَصَارِفَ الصَّدَقَاتِ.

وَفِي رِوَايَةٍ: يُصْرَفُ مَصَارِفُ الْخَرَاجِ (فَإِنْ أَخَذَهَا مِنْهُ مُسْلِمٌ بِالشُّفْعَةِ أَوْ رُدَّتْ عَلَى الْبَائِعِ لِفَسَادِ الْبَيْعِ فَهِيَ عَشْرِيَّةٌ كَمَا كَانَتْ) أَمَّا الْأَوَّلُ فَلْتَحَوَّلَ الصَّفَقَةُ إِلَى الشُّفْعِ كَأَنَّهُ اشْتَرَاهَا مِنَ الْمُسْلِمِ، وَأَمَّا الثَّانِي فَلِأَنَّهُ بِالرَّدِّ وَالْفَسْخِ بِحُكْمِ الْفَسَادِ جَعَلَ الْبَيْعَ كَأَنَّهُ لَمْ يَكُنْ، وَلَٰنَ حَقَّ الْمُسْلِمِ لَمْ يَنْقَطِعْ بِهِذَا الشَّرَاءُ لِكُونِهِ مُسْتَحِقَّ الرَّدِّ (وَإِذَا كَانَتْ لِمُسْلِمٍ دَارٌ خُطِبَتْ فَجَعَلَهَا بُسْتَانًا فَعَلَيْهِ الْعَشْرُ) مَعْنَاهُ إِذَا سَقَاهُ بِمَاءِ الْعَشْرِ، وَأَمَّا إِذَا كَانَتْ تُسْقَى بِمَاءِ الْخَرَاجِ فَفِيهَا الْخَرَاجُ؛ لِأَنَّ الْمُؤَنَّةَ فِي مِثْلِ هَذَا تَدُورُ مَعَ الْمَاءِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلَوْ كَانَتْ الْأَرْضُ لِمُسْلِمٍ بَاعَهَا مِنْ نَصْرَانِيٍّ) أَيِ ذِمِّيٍّ غَيْرِ تَغْلِبِيٍّ، وَإِنَّمَا فُسِّرَ بِذَلِكَ لِأَنَّ لَفْظَ النَّصْرَانِيِّ وَلَفْظَ الذَّمِّيِّ يَتَنَوَّلَانِ التَّغْلِبِيَّ وَغَيْرَهُ مِنَ النَّصَارَى، وَذَكَرَ قُبِيلَ هَذَا بَيْعَ الْمُسْلِمِ مِنَ التَّغْلِبِيِّ فَكَانَ هَذَا مِنْ غَيْرِ تَغْلِبِيٍّ، وَإِنَّمَا قِيدَ بِقَوْلِهِ وَقَبَضَهَا لِيُعْلَمَ بِهِ تَأْكُذُ مَلِكِ الذَّمِّيِّ فِيهَا وَتَقَرُّرُ الْأَرْضِ عَلَيْهِ حَتَّى إِذَا أَخَذَهَا مُسْلِمٌ بِالشُّفْعَةِ أَوْ رُدَّتْ عَلَى الْبَائِعِ تَبْقَى عَشْرِيَّةٌ كَمَا كَانَتْ وَهِيَ الْمَسْأَلَةُ الثَّانِيَّةُ الَّتِي تَجِيءُ. وَقَوْلُهُ: (لِأَنَّهُ أَلِيقٌ بِحَالِ الْكَافِرِ) إِنَّمَا كَانَ كَذَلِكَ لِأَنَّ الْمَأْخُوذَ ثَلَاثَةُ أَنْوَاعٍ خَرَاجٌ وَعَشْرٌ وَاحِدٌ وَعَشْرٌ مُضَاعَفٌ، وَالْعَشْرُ الْمُضَاعَفُ يَعْتَمِدُ الصُّلْحَ وَالتَّرَاضِيَّ كَمَا فِي التَّغْلِبَةِ وَلَيْسَ بِمَوْجُودٍ، وَالْعَشْرُ الْوَاحِدُ فِيهِ مَعْنَى الْقُرْبَةِ، وَالْكَافِرُ لَيْسَ مِنْ أَهْلِهِ فَتَعَيَّنَ الْخَرَاجُ لِأَنَّهُ أَلِيقٌ بِهِ لِكُونِهِ مُؤَنَّةً فِيهَا مَعْنَى الْعُقُوبَةِ وَالْكَافِرُ أَهْلٌ لَهَا.

وَقَوْلُهُ (اعْتِبَارًا بِالتَّغْلِبِيِّ) يَعْنِي أَنَّ مَا كَانَ مَأْخُوذًا مِنَ الْمُسْلِمِ إِذَا وَجَبَ أَخْذُهُ مِنَ الْكَافِرِ يُضَعَّفُ عَلَيْهِ كَصَدَقَةِ بَنِي تَغْلِبَ، وَمَا يَمُرُّ بِهِ الذَّمِّيُّ عَلَى الْعَاشِرِ وَهُوَ أَهْوَنُ مِنَ التَّبْدِيلِ لِأَنَّهُ تَغْيِيرٌ فِي الْوَصْفِ وَالْخَرَاجُ وَاجِبٌ آخَرُ. وَقَوْلُهُ (ثُمَّ فِي رِوَايَةٍ: يُصْرَفُ مَصَارِفَ الصَّدَقَاتِ، وَفِي رِوَايَةٍ: يُصْرَفُ مَصَارِفَ الْخَرَاجِ) وَجْهُ الْأَوَّلِ أَنَّ حَقَّ الْفُقَرَاءِ

تَعْلَقَ بِهِ فَهُوَ كَتَعْلَقِ حَقِّ الْمُقَاتِلَةِ بِالْأَرْضِ الْخَرَاجِيَّةِ، وَوَجْهُ الثَّانِيَةِ وَهِيَ رِوَايَةُ ابْنِ سَمَاعَةَ أَنَّ مَا يُصْرَفُ إِلَى الْفُقَرَاءِ هُوَ مَا كَانَ لِلَّهِ تَعَالَى بِطَرِيقِ الْعِبَادَةِ، وَمَالُ الْكَافِرِ لَيْسَ كَذَلِكَ فَيُصْرَفُ مَصَارِفَ الْخَرَاجِ.

وَقَوْلُهُ (فَإِنْ أَخَذَهَا مِنْهُ مُسْلِمٌ) أَيُّ: إِنْ أَخَذَ الْأَرْضَ الَّتِي بَاعَهَا الْمُسْلِمُ مِنْ نَصْرَانِيٍّ مِنَ النَّصْرَانِيِّ مُسْلِمٌ (بِالشَّفْعَةِ أَوْ رُدَّتْ عَلَى الْبَائِعِ لِفْسَادِ الْبَيْعِ فَهِيَ عَشْرِيَّةٌ كَمَا كَانَتْ أَمَّا الْأَوَّلُ) أَيُّ الْأَخْذُ بِالشَّفْعَةِ (فَلْتَحَوَّلِ الصَّفْقَةُ إِلَى الشَّفْعِ كَأَنَّهُ اشْتَرَاهَا مِنَ الْمُسْلِمِ) وَلَمْ يَتَوَسَّطِ النَّصْرَانِيُّ.

وَاعْتَرَضَ بَأَنَّهُ لَوْ كَانَ كَذَلِكَ لَمَا رَجَعَ الشَّفْعُ بِالْغَيْبِ عَلَى الْمُشْتَرِي إِذَا قَبَضَهَا مِنْهُ، وَأُجِيبَ بَأَنَّهُ إِنَّمَا يَرْجِعُ عَلَيْهِ لَوْجُودِ الْقَبْضِ مِنْهُ كَمَا فِي الْوَكِيلِ بِالْبَيْعِ فَإِنَّ الْمُشْتَرِيَّ يَرُدُّ الْمَبِيعَ بِالْغَيْبِ عَلَى الْوَكِيلِ لَا عَلَى الْمُوَكَّلِ لِحُصُولِ الْقَبْضِ مِنْهُ حَتَّى لَوْ كَانَ الشَّفْعُ قَبْضَهَا مِنَ الْبَائِعِ ثُمَّ وَجَدَهَا مَعِيًا يَرُدُّهَا عَلَيْهِ دُونَ الْمُشْتَرِي (وَأَمَّا الثَّانِي) أَيُّ الرَّدُّ عَلَى الْبَائِعِ لِفْسَادِ الْبَيْعِ (فَلَاغُهُ بِالرَّدِّ وَالْفَسْخِ بِحُكْمِ الْفَسَادِ جُعِلَ الْبَيْعُ كَأَنَّهُ لَمْ يَكُنْ وَلَآنَ حَقُّ الْمُسْلِمِ) أَيُّ الْبَائِعِ (لَمْ يَنْقَطِعْ بِهِذَا الشَّرَاءِ) وَهُوَ الْفَاسِدُ (لِكَوْنِهِ مُسْتَحَقُّ الرَّدِّ) بِفَتْحِ الْحَاءِ قَالَ (وَإِذَا كَانَتْ لِمُسْلِمٍ دَارُ خُطَّةٍ) دَارُ خُطَّةٍ كَخَاتِمِ فِضَّةٍ بِالإِضَافَةِ سَمَاعًا وَيَجُوزُ خُطَّةٌ بِالتَّصْبِئِ تَمْيِيزًا كَمَا فِي عِنْدِي رَاقُودٌ خَلَا وَالْخُطَّةُ مَا خَطَّهُ الْإِمَامُ بِالتَّمْلِكِ عِنْدَ فَتْحِ دَارِ الْحَرْبِ، وَالْبُسْتَانُ كُلُّ أَرْضٍ يَحُوطُهَا حَائِطٌ وَفِيهَا نَخِيلٌ مُتَفَرِّقَةٌ وَأَشْجَارٌ عَلَى مَا سَيَجِيءُ، وَوَضَعَ هَذِهِ الْمَسْأَلَةَ لِيَبَانَ أَنَّ الْحُكْمَ الْأَصْلِيَّ لِلشَّيْءِ يَتَغَيَّرُ بِتَغْيِيرِ صِفَتِهِ فَإِنَّهَا لَوْ بَقِيَتْ دَارًا كَمَا كَانَتْ لَمْ يَكُنْ فِيهَا شَيْءٌ سِوَاءَ كَانَ مَالُكُهَا مُسْلِمًا أَوْ ذِمِّيًّا فَإِذَا جَعَلَهَا بُسْتَانًا وَجَبَ عَلَيْهِ الْعُشْرُ إِنْ سَقَاهُ بِمَاءِ الْعُشْرِ، وَالْخَرَاجُ إِنْ سَقَاهُ بِمَاءِ الْخَرَاجِ لِأَنَّ الْمُؤْتَةَ فِي مِثْلِ هَذَا تَدُورُ مَعَ الْمَاءِ لِأَنَّ وَظِيفَةَ الْأَرْضِ بِاعْتِبَارِ إِزْرَائِهَا وَهِيَ إِنَّمَا تُكُونُ بِالْمَاءِ وَاسْتَشْكَلَ هَذِهِ الْمَسْأَلَةَ بِأَنَّ فِيهَا تَوْظِيفَ الْخَرَاجِ عَلَى الْمُسْلِمِ ابْتِدَاءً وَقَدْ ذَكَرَ مُحَمَّدٌ فِي أَبْوَابِ السِّيَرِ مِنَ الزِّيَادَاتِ أَنَّ الْمُسْلِمَ لَا يُبْتَدَأُ بِتَوْظِيفِ الْخَرَاجِ.

وَأَجَابَ شَمْسُ الْأَيْمَةِ بِأَنَّ مَعْنَاهُ أَنَّهُ لَا يُبْتَدَأُ بِتَوْظِيفِ الْخَرَاجِ عَلَيْهِ إِذَا لَمْ يَكُنْ مِنْهُ صُنْعٌ يُسْتَدْعَى ذَلِكَ وَهَاهُنَا وَجَدَ مِنْهُ ذَلِكَ وَهُوَ السَّقْيُ بِمَاءِ الْخَرَاجِ إِذَا الْخَرَاجُ يَجِبُ حَقًّا لِلْمُقَاتِلَةِ فَيَخْتَصُّ وَجُوبُهُ بِمَا حَوْتُهُ الْمُقَاتِلَةُ، أَلَا تَرَى أَنَّ الْمُسْلِمَ إِذَا أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً

بِإِذْنِ الْإِمَامِ وَسَقَاهَا بِمَاءِ الْخَرَّاجِ وَجَبَ عَلَيْهِ الْخَرَّاجُ، وَمَعْنَى قَوْلِهِ فِي مِثْلِ هَذَا الْأَرْضِ الَّتِي لَمْ يَتَقَرَّرْ أَمْرُهُ عَلَى عَشْرِ أَوْ خَرَّاجٍ وَهُوَ اخْتِرَازٌ عَمَّا إِذَا كَانَ لِمُسْلِمٍ أَرْضٌ تُسْقَى بِمَاءِ الْعَشْرِ، وَقَدْ اشْتَرَاهَا ذِمِّيٌّ فَإِنَّ مَاءَهَا عَشْرِيٌّ وَفِيهِ الْخَرَّاجُ.

(وَلَيْسَ عَلَى الْمَجُوسِيِّ فِي دَارِهِ شَيْءٌ) لِأَنَّ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُ جَعَلَ الْمَسَاكِينَ عَفْوًا (وَأِنْ جَعَلَهَا بُسْتَانًا فَعَلَيْهِ الْخَرَّاجُ) وَإِنْ سَقَاهَا بِمَاءِ الْعَشْرِ لَتَعَذَّرَ إِجَابُ الْعَشْرِ إِذْ فِيهِ مَعْنَى الْقُرْبَةِ فَيَتَعَيَّنُ الْخَرَّاجُ وَهُوَ عَقُوبَةٌ تَلِيْقُ بِحَالِهِ، وَعَلَى قِيَاسِ قَوْلِهِمَا يَجِبُ الْعَشْرُ فِي الْمَاءِ الْعَشْرِيِّ، إِلَّا أَنْ عِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ عَشْرًا وَاحِدًا، وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ عَشْرَانِ وَقَدْ مَرَّ الْوَجْهَ فِيهِ.

ثُمَّ الْمَاءُ الْعَشْرِيُّ مَاءُ السَّمَاءِ وَالْأَبَارِ وَالْعُيُونِ وَالْبِحَارِ الَّتِي لَا تَدْخُلُ تَحْتَ وَلايَةِ أَحَدٍ، وَالْمَاءُ الْخَرَّاجِيُّ مَاءُ الْأَنْهَارِ الَّتِي شَقَّهَا الْأَعَاجِمُ، وَمَاءُ جِيحُونَ وَسِيحُونَ وَدَجَلَةٌ وَالْفُرَاتِ عَشْرِيٌّ عِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ؛ لِأَنَّهُ لَا يَحْمِيهَا أَحَدٌ كَالْبِحَارِ، وَخَرَّاجِيٌّ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ؛ لِأَنَّهُ يَتَّخِذُ عَلَيْهَا الْقَنَاطِرَ مِنَ السُّفُنِ وَهَذَا يَدُّ عَلَيْهَا (وَفِي أَرْضِ الصَّبِيِّ وَالْمَرْأَةِ التَّغْلِيْبَيْنِ مَا فِي أَرْضِ الرَّجُلِ التَّغْلِيْبِيِّ) يَعْنِي الْعَشْرَ الْمُضَاعَفَ فِي الْعَشْرِيَّةِ وَالْخَرَّاجَ الْوَاحِدَ فِي الْخَرَّاجِيَّةِ، لِأَنَّ الصَّلْحَ قَدْ جَرَى عَلَى تَضْعِيفِ الصَّدَقَةِ دُونَ الْمُؤْتَرِ الْمُحْضَةِ، ثُمَّ عَلَى الصَّبِيِّ وَالْمَرْأَةِ إِذَا كَانَا مِنَ الْمُسْلِمِينَ الْعَشْرُ فَيُضَعَّفُ ذَلِكَ إِذَا كَانَا مِنْهُمْ قَالَ: (وَلَيْسَ فِي عَيْنِ الْقَبْرِ وَالنَّفْطِ فِي أَرْضِ الْعَشْرِ شَيْءٌ)؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ مِنْ أَنْزَالِ الْأَرْضِ وَإِنَّمَا هُوَ عَيْنٌ فَوَارَةٌ كَعَيْنِ الْمَاءِ (وَعَلَيْهِ فِي أَرْضِ الْخَرَّاجِ خَرَّاجٌ) وَهَذَا (إِذَا كَانَ حَرِيمُهُ صَالِحًا لِلزَّرَاعَةِ)؛ لِأَنَّ الْخَرَّاجَ يَتَعَلَّقُ بِالتَّمَكُّنِ مِنَ الزَّرَاعَةِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلَيْسَ عَلَى الْمَجُوسِيِّ فِي دَارِهِ شَيْءٌ) قَالَ شَيْخُ الْإِسْلَامِ رَحِمَهُ اللَّهُ: إِنَّمَا خَصَّهُ بِالذِّكْرِ لِأَنَّهُ قِيلَ لِعُمَرَ رضي الله عنه إِنَّ الْمَجُوسَ كَثِيرٌ بِالسَّوَادِ فَقَالَ: أَعْيَانِي أَمْرُ الْمَجُوسِ، وَفِي الْقَوْمِ عَبْدُ الرَّحْمَنِ بْنُ عَوْفٍ رضي الله عنه فَقَالَ: سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ صلى الله عليه وسلم يَقُولُ «سُئِلُوا بِالْمَجُوسِ سُنَّةَ أَهْلِ الْكِتَابِ» الْحَدِيثَ فَلَمَّا سَمِعَ عُمَرُ رضي الله عنه بِذَلِكَ عَمِلَ بِهِ وَأَمَرَ عُمَّالَهُ أَنْ يَمْسَحُوا أَرْضِيهِمْ وَعَامَرَهُمْ فَيُوطِفُوا الْخَرَّاجَ عَلَى أَرْضِيهِمْ وَرِيْعِهِمْ بِقَدْرِ الطَّاقَةِ وَالرِّيْعِ وَعَفَا عَنْ رِقَابِ دُورِهِمْ وَعَنْ رِقَابِ الْأَشْجَارِ فِيهَا، فَلَمَّا ثَبَتَ الْعَفْوُ فِي حَقِّهِمْ

مَعَ كَوْنِهِمْ أَبْعَدَ عَنِ الْإِسْلَامِ ثَبَتَ فِي حَقِّ الْيَهُودِ وَالتَّصَارَى بِالطَّرِيقِ الْأَوَّلِ (وَأِنْ جَعَلَهَا بُسْتَانًا فَعَلَيْهِ الْخَرَجُ وَإِنْ سَقَاهُ بِمَاءِ الْعُشْرِ لَتَعْدَرُ إِيحَابِ الْعُشْرِ عَلَيْهِ إِذْ فِيهِ مَعْنَى الْقُرْبَةِ فَيَتَعَيَّنُ الْخَرَجُ وَهُوَ عُقُوبَةٌ تَلِيقُ بِحَالِهِ) وَلَقَائِلُ أَنْ يَقُولَ إِمَّا أَنْ يَكُونَ الْاِغْتِبَارُ لِلْمَاءِ أَوْ لِحَالِ مَنْ تُوضَعُ عَلَيْهِ الْوُظِيفَةُ فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ وَجَبَ عَلَيْهِ الْعُشْرُ، وَإِنْ كَانَ الثَّانِي نَاقِضَ هَذَا قَوْلُهُ لِأَنَّ الْمُؤَنَةَ فِي مِثْلِ هَذَا تَدُورُ مَعَ الْمَاءِ، وَوَجَبَ عَلَى الْمُسْلِمِ الْعُشْرُ إِذَا سَقَى أَرْضَهُ بِمَاءِ الْخَرَجِ. وَالْجَوَابُ أَنَّ الْاِغْتِبَارَ لِلْمَاءِ وَلَكِنْ قَبُولَ الْمَحَلِّ شَرْطُ وَجُوبِ الْحُكْمِ وَالْكَافِرُ لَيْسَ بِمَحَلٍّ لِإِيحَابِ الْعُشْرِ عَلَيْهِ لَكُونِهِ عِبَادَةً.

فَإِنْ قِيلَ: فَكَيْفَ كَانَ الْمُسْلِمُ مُحَلًّا لِإِيحَابِ الْخَرَجِ، وَفِيهِ الصَّغَارُ وَالْمُسْلِمُ لَيْسَ بِمَحَلٍّ لَهُ. فَالْجَوَابُ أَنَّهُ لَا صَغَارَ فِي خَرَجِ الْأَرْضِ إِمَّا هُوَ خَرَجُ الْجَمَاعِمِ، كَذَا ذَكَرَهُ شَمْسُ الْأَيْمَةِ رَحِمَهُ اللَّهُ سَلَمَتَاهُ وَلَكِنَّهُ لَيْسَ بِمَحَلٍّ لَهُ مُطْلَقًا أَوْ إِذَا لَمْ يَظْهَرْ مِنْهُ صُنْعٌ يَقْتَضِيهِ، وَالْأَوَّلُ مَمْنُوعٌ وَالثَّانِي مُسَلَّمٌ، وَلَكِنَّهُ قَدْ ظَهَرَ مِنْهُ ذَلِكَ وَهُوَ السَّقْيُ بِمَاءِ الْخَرَجِ كَمَا تَقَدَّمَ.

وَقَوْلُهُ (وَعَلَى قِيَاسِ قَوْلِهِمَا) يَعْنِي مَا مَرَّ أَنَّ الدِّمِّيَّ إِذَا اشْتَرَى مِنْ مُسْلِمٍ أَرْضًا عُشْرِيَّةً وَجَبَ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ عُشْرٌ مُضَاعَفٌ، وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ عُشْرٌ وَاحِدٌ، فَعَلَى قِيَاسِ قَوْلِهِمَا هَذَا وَجَبَ عَلَى الْمَجُوسِيِّ إِذَا سَقَى أَرْضًا بِمَاءِ الْعُشْرِ عِنْدَ مُحَمَّدٍ عُشْرٌ وَاحِدٌ، وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ عَشْرَانِ، وَالْوَجْهُ مِنَ الْجَانِبَيْنِ قَدْ مَرَّ، وَكَذَا الرُّوَاتَانِ عَنْ مُحَمَّدٍ فِي الْمَصْرِفِ. وَقَوْلُهُ (ثُمَّ الْمَاءُ الْعُشْرِيُّ) بَيَانٌ لِلْمَاءِ الْعُشْرِيِّ وَالْخَرَجِيِّ وَهُوَ ظَاهِرٌ وَالْأَنْهَارُ الَّتِي شَقَّهَا الْأَعَاجِمُ مِثْلُ نَهْرِ الْمَلِكِ وَيَزْدَجِرْدَ وَمَرْوَرُودَ، لِأَنَّ أَصْلَ تِلْكَ الْأَنْهَارِ بِمَالِ الْخَرَجِ فَصَارَ مَأْوَاهَا خَرَجِيًّا، وَصَارَتِ الْأَرْضُ خَرَجِيَّةً تَبْعًا، وَجِيحُوهُ نَهْرٌ تَرْمِذُ بِكُسْرِ التَّاءِ وَالذَّالِ الْمُعْجَمَةِ، وَسِيحُوهُ نَهْرُ التُّرْكِ وَهُوَ نَهْرٌ خُجَنْدَ، وَدِجْلَةُ نَهْرٌ بَعْدَادَ، وَالْفُرَاتُ نَهْرُ الْكُوفَةِ.

قَالَ بَعْضُ الشَّارِحِينَ: الْآبَارُ وَالْعُيُونُ الَّتِي حُفِرَتْ وَظَهَرَتْ فِي الْأَرْضِ الْعُشْرِيَّةِ مَأْوَاهَا عُشْرِيٌّ أَمَّا الَّتِي تَكُونُ فِي الْأَرْضِ الْخَرَجِيَّةِ فَلَمَاءٌ أَيْضًا خَرَجِيٌّ لِأَنَّ الْمَاءَ يَأْخُذُ حُكْمَ الْأَرْضِ لَكُونِهِ خَارِجًا مِنْهَا، وَفِيهِ بَحْثٌ وَهُوَ أَنَّهُ ذَكَرَ أَنَّ الْأَرْضَ الْعُشْرِيَّةَ مَا تُسْقَى مِنْ مَاءِ الْعُشْرِ، فَلَوْ كَانَ مَاءُ الْعُشْرِ مِنَ الْآبَارِ وَالْعُيُونِ مَا يَكُونُ فِي الْأَرْضِ

العُشْرِيَّةُ لَمْ يُفْذَ شَيْئًا لَتَوْفِّ أَحَدِهِمَا عَلَى الْآخَرِ.

وَالْجَوَابُ: أَنَّ الْأَرَاذِيَّ الْعُشْرِيَّةَ خَمْسَةُ أَنْوَاعٍ: فَأَرْضُ الْعَرَبِ كُلُّهَا عُشْرِيَّةٌ وَسَيَاتِي تَحْدِيدُهَا. وَالثَّانِي: كُلُّ أَرْضٍ أَسْلَمَ أَهْلُهَا طَوْعًا. وَالثَّلَاثُ: الْأَرْضُ الَّتِي فُتِحَتْ عَنْوَةً وَقُسِمَتْ بَيْنَ الْعَانِمِينَ وَالرَّابِعُ: بُسْتَانٌ مُسْلِمٌ كَانَ دَارِهِ فَاتَّخَذَهُ بُسْتَانًا. وَالْخَامِسُ: الْأَرْضُ الْمِيتَةُ الَّتِي أَحْيَاهَا مُسْلِمٌ وَكَانَتْ مِنْ تَوَابِعِ الْأَرْضِ الْعُشْرِيَّةِ، وَمَا نَحْنُ فِيهِ إِنَّمَا يُتَصَوَّرُ فِي الرَّابِعِ وَالْخَامِسِ: فَإِنَّ الْمُسْلِمَ إِذَا كَانَ لَهُ دَارٌ فِي أَرْضِ الْعَرَبِ أَوْ فِي الْأَرْضِ الَّتِي أَسْلَمَ أَهْلُهَا طَوْعًا أَوْ الَّتِي فُتِحَتْ عَنْوَةً وَقُسِمَتْ بَيْنَ الْعَانِمِينَ فَجَعَلَهَا بُسْتَانًا وَسَقَى بِمَاءِ آبَارِهَا أَوْ الْعُيُونِ الَّتِي فِيهَا وَجَبَ الْعُشْرُ، وَإِنْ كَانَ الدَّارُ لِمَجُوسِيٍّ. وَالْمَسْأَلَةُ بِحَالِهَا فَعَلَى مَا ذُكِرَ مِنْ اخْتِلَافِهِمْ فِي وَجُوبِ الْخَرَاجِ أَوْ الْعُشْرِ الْوَاحِدِ أَوْ الْمُضَاعَفِ وَعَلَى هَذَا إِذَا أَحْيَا أَرْضًا مَوَاتًا. وَقَوْلُهُ (لَأَنَّ الصُّلْحَ قَدْ جَرَى عَلَى تَضْعِيفِ الصَّدَقَةِ) أَيُّ عَلَى تَضْعِيفِ مَا يَجِبُ عَلَى الْمُسْلِمِينَ مِنَ الْعِبَادَةِ أَوْ مَا فِيهِ مَعْنَاهَا. (دُونَ الْمُؤْتَةِ الْمَحْضَةِ) أَيُّ الْخَالِيَةِ عَنْ مَعْنَى الْعِبَادَةِ كَالْخَرَاجِ فَمَنْ وَجَبَ عَلَيْهِ مِنَ الْمُسْلِمِينَ شَيْءٌ مِنْ ذَلِكَ وَجَبَ عَلَى بَنِي تَغْلِبَ ضِعْفُهُ. (وَعَلَى الصَّبِيِّ وَالْمَرْأَةِ إِذَا كَانَ مِنَ الْمُسْلِمِينَ الْعُشْرُ فَيُضَعَّفُ ذَلِكَ إِذَا كَانَا مِنْهُمْ).

وَقَوْلُهُ (وَلَيْسَ فِي عَيْنِ الْقَبْرِ وَالتَّنْفِطِ) الْقَبْرُ هُوَ الزُّفْتُ وَالْقَارُ لَعَةً فِيهِ وَالتَّنْفُطُ يَفْتَحُ الثُّونَ وَكَسْرُهَا وَهُوَ أَفْصَحُ دُهْنٌ يَكُونُ عَلَى وَجْهِ الْمَاءِ فِي الْعَيْنِ وَكَلَامُهُ وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (وَعَلَيْهِ فِي أَرْضِ الْخَرَاجِ خَرَاجٌ) يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ مَعْنَاهُ وَعَلَى عَيْنِ الْقَبْرِ وَالتَّنْفِطِ خَرَاجٌ بِأَنْ يُمَسَّحَ مَوْضِعُ الْقَبْرِ. (إِذَا كَانَ حَرِيمُهَا صَالِحًا لِلزَّرَاعَةِ لِأَنَّ الْخَرَاجَ يَتَعَلَّقُ بِالتَّمَكُّنِ مِنَ الزَّرَاعَةِ) فَيَكُونُ مَوْضِعُ الْعَيْنِ تَابِعًا لِلأَرْضِ وَهُوَ اخْتِيَارُ بَعْضِ الْمَشَايخِ، وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ مَعْنَاهُ: وَعَلَى الرَّجُلِ فِي عَيْنِ الْقَبْرِ وَالتَّنْفِطِ فِي أَرْضِ الْخَرَاجِ خَرَاجٌ يَعْنِي فِي حَرِيمِهَا إِذَا كَانَ صَالِحًا لِلزَّرَاعَةِ، وَلَا يُمَسَّحُ مَوْضِعُ الْعَيْنِ لِأَنَّهُ لَا يَصْلُحُ لِلزَّرَاعَةِ، وَهُوَ رِوَايَةُ ابْنِ سِمَاعَةَ عَنْ مُحَمَّدٍ، وَهُوَ مُخْتَارُ أَبِي بَكْرٍ الرَّازِيِّ لِأَنَّ حَرِيمَهُ فِي الْأَصْلِ صَالِحٌ لَهَا وَإِنَّمَا عَطَلَهُ صَاحِبُهُ لِحَاجَتِهِ، وَهُوَ تَحْصِيلُ مَا يَحْصُلُ بِهِ فِيهِ، وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ لَا خَرَاجَ فِيهَا وَلَا عَلَى مَا حَوْلَهَا لِأَنَّهَا لَا تَصْلُحُ لِلزَّرَاعَةِ كَالْأَرْضِ السَّيْحَةِ وَمَا لَا يَبْلُغُهَا الْمَاءُ، وَكَأَنَّ الْمُصَنِّفَ اخْتَارَ قَوْلَ أَبِي بَكْرٍ الرَّازِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ.

بَابُ مَنْ يَجُوزُ دَفْعُ الصَّدَقَةِ إِلَيْهِ وَمَنْ لَا يَجُوزُ

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ الْأَصْلُ فِيهِ قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿ إِنَّمَا الصَّدَقَتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسْكِينِ ﴾

التوبة: ٦٠. فَهَذِهِ ثَمَانِيَةُ أَصْنَافٍ، وَقَدْ سَقَطَ مِنْهَا الْمُؤَلَّفَةُ قُلُوبُهُمْ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى أَعَزَّ الْإِسْلَامَ وَأَغْنَى عَنْهُمْ وَعَلَى ذَلِكَ انْعَقَدَ الْإِجْمَاعُ

الشرح:

(بَابُ مَنْ يَجُوزُ دَفْعُ الصَّدَقَةِ إِلَيْهِ وَمَنْ لَا يَجُوزُ): لَمَّا ذَكَرَ وَمَا يَلْحَقُهَا مِنْ خُمُسِ الْمَعَادِنِ وَعُشْرِ الزُّرُوعِ احْتِجَاجٌ إِلَى بَيَانِ مَنْ تُصَرَّفُ إِلَيْهِ هَذِهِ الْأَشْيَاءُ فَشَرَعَ فِي بَيَانِهِ فِي هَذَا الْبَابِ (الْأَصْلُ فِيهِ) أَيِ فِيمَنْ يَجُوزُ الصَّرْفُ إِلَيْهِ قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿ إِنَّمَا الصَّدَقَتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسْكِينِ ﴾ [التوبة: ٦٠] فَهَذِهِ ثَمَانِيَةُ أَصْنَافٍ وَقَدْ سَقَطَ مِنْهَا الْمُؤَلَّفَةُ قُلُوبُهُمْ وَهُمْ كَانُوا ثَلَاثَةَ أَنْوَاعٍ نَوْعٌ كَانَ يَتَأَلَّفُهُمْ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ لِيُسَلِّمُوا وَيُسَلِّمَ قَوْمُهُمْ بِإِسْلَامِهِمْ، وَنَوْعٌ مِنْهُمْ أَسْلَمُوا لَكِنْ عَلَى ضَعْفٍ فَيَزِيدُ تَقْرِيرُهُمْ لَضَعْفِهِمْ، وَنَوْعٌ مِنْهُمْ لَدَفَعَ شَرَّهُمْ وَهُمْ مِثْلُ عَيْشَةَ بْنِ حِصْنٍ، وَالْأَقْرَعِ بْنِ حَابِسٍ، وَالْعَبَّاسِ بْنِ مِرْدَاسٍ، وَكَانَ هَؤُلَاءِ رُؤَسَاءَ قُرَيْشٍ لَمْ يَكُنْ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ يُعْطِيهِمْ خَوْفًا مِنْهُمْ، فَإِنَّ الْأَنْبِيَاءَ عَلَيْهِمُ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لَا يَخَافُونَ أَحَدًا إِلَّا اللَّهَ وَإِنَّمَا أَعْطَاهُمْ خَشْيَةً أَنْ يَكْبَهُمُ اللَّهُ عَلَى وُجُوهِهِمْ فِي النَّارِ، ثُمَّ سَقَطَ ذَلِكَ فِي خِلَافَةِ الصَّدِّيقِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

رَوَى أَنَّهُمْ اسْتَبَدَّلُوا الْخَطَّ لِتَصْيِبِهِمْ فِي خِلَافَةِ أَبِي بَكْرٍ ﷺ فَبَدَّلَ لَهُمْ وَجَاءُوا إِلَى عُمَرَ ﷺ فَاسْتَبَدَّلُوا خَطَّهُ فَأَبَى وَمَزَّقَ خَطَّ أَبِي بَكْرٍ ﷺ، وَقَالَ: هَذَا شَيْءٌ كَانَ يُعْطِيكُمْ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ تَأْلِيفًا لَكُمْ، فَأَمَّا الْيَوْمَ فَقَدْ أَعَزَّ اللَّهُ الْإِسْلَامَ وَأَغْنَى عَنْكُمْ، فَإِنْ تُبْتُمْ عَلَى الْإِسْلَامِ وَإِلَّا فَيَنِينَا وَيَنِينُكُمْ السَّيْفُ، فَعَادُوا إِلَى أَبِي بَكْرٍ فَقَالُوا: أَنْتَ الْخَلِيفَةُ أَوْ عُمَرُ؟ بَذَلَتْ لَنَا الْخَطَّ وَمَزَّقَهُ عُمَرُ، فَقَالَ: هُوَ إِنْ شَاءَ وَلَمْ يُخَالَفْهُ (وَعَلَى ذَلِكَ انْعَقَدَ الْإِجْمَاعُ) وَاخْتَلَفَ كَلَامُ الْقَوْمِ فِي وَجْهِ سُقُوطِهِ بَعْدَ النَّبِيِّ ﷺ بَعْدَ ثُبُوتِهِ بِالْكِتَابِ إِلَى حِينٍ وَقَاتِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ، فَمِنْهُمْ مَنْ ارْتَكَبَ جَوَازَ نَسْخِ مَا ثَبَتَ بِالْكِتَابِ بِالْإِجْمَاعِ بِنَاءً عَلَى أَنَّ الْإِجْمَاعَ حُجَّةٌ قَطْعِيَّةٌ كَالْكِتَابِ، وَلَيْسَ بِصَحِيحٍ مِنَ الْمَذْهَبِ.

وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ: هُوَ مِنْ قَبِيلِ انْتِهَاءِ الْحُكْمِ بِانْتِهَاءِ عَلَيْهِ كَانْتِهَاءِ جَوَازِ الصَّوْمِ بِانْتِهَاءِ وَقْتِهِ وَهُوَ النَّهَارُ، وَيُرَدُّ بِأَنَّ الْحُكْمَ فِي الْبَقَاءِ لَا يَحْتَاجُ إِلَى عَلَيْهِ كَمَا فِي الرَّمْلِ

وَالْاضْطِجَاعِ فِي الطَّوَافِ وَقَدْ تَقَدَّمَ، فَانْتِهَآؤَهَا قَدْ لَا يَسْتَلِرُّمُ انْتِهَآءُهُ. وَفِيهِ بَحْثٌ قَرَّرْنَاهُ فِي التَّقْرِيرِ.

وَقَالَ شَيْخُ شَيْخِي الْعَلَامَةُ عَلَاءُ الدِّينِ عَبْدُ الْعَزِيزِ رَحِمَهُمَا اللَّهُ: وَالْأَحْسَنُ أَنْ يُقَالَ هَذَا تَقْرِيرٌ لَمَّا كَانَ فِي زَمَنِ النَّبِيِّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ مِنْ حَيْثُ الْمَعْنَى، وَذَلِكَ أَنَّ الْمَقْصُودَ بِالْدَّفْعِ إِلَيْهِمْ كَانَ إِعْزَازَ الْإِسْلَامِ لضعفه فِي ذَلِكَ الْوَقْتِ لَعَلَّيْهِ أَهْلُ الْكُفْرِ، فَكَانَ الْإِعْزَازُ فِي الدَّفْعِ، فَلَمَّا تَبَدَّلَ الْحَالُ بِعَلَيَّةِ أَهْلِ الْإِسْلَامِ صَارَ الْإِعْزَازُ فِي الْمَنْعِ فَكَانَ الْإِعْطَاءُ فِي ذَلِكَ الزَّمَانِ وَالْمَنْعُ فِي هَذَا الزَّمَانِ بِمَنْزِلَةِ الْآلَةِ لِإِعْزَازِ الدِّينِ، وَالْإِعْزَازُ هُوَ الْمَقْصُودُ وَهُوَ بَاقٍ عَلَى حَالِهِ فَلَمْ يَكُنْ نَسْخًا: كَالْمُتَيْمِّمْ وَجَبَ عَلَيْهِ اسْتِعْمَالُ التُّرَابِ لِلتَّطَهُّرِ لِأَنَّهُ آلَةٌ مُتَعَيِّنَةٌ لِحُصُولِ التَّطَهُّرِ عِنْدَ عَدَمِ الْمَاءِ، فَإِذَا تَبَدَّلَ حَالُهُ بِوُجُودِ الْمَاءِ سَقَطَ الْأَوَّلُ وَوَجَبَ اسْتِعْمَالُ الْمَاءِ لِأَنَّهُ صَارَ مُتَعَيِّنًا لِحُصُولِ الْمَقْصُودِ، وَلَا يَكُونُ هَذَا نَسْخًا لِلأَوَّلِ فَكَذَا هَذَا، وَهُوَ نَظِيرُ إِجْبَابِ الدِّيَّةِ عَلَى الْعَاقِلَةِ فَإِنَّهَا كَانَتْ وَاجِبَةً عَلَى الْعَشِيرَةِ فِي زَمَنِ ﷺ وَبَعْدَهُ عَلَى أَهْلِ الدِّيَّانِ، لِأَنَّ الْإِجْبَابَ عَلَى الْعَاقِلَةِ بِسَبَبِ النُّصْرَةِ وَالْإِتِّصَارِ فِي زَمَنِ ﷺ كَانَ بِالْعَشِيرَةِ وَبَعْدَهُ ﷺ بِأَهْلِ الدِّيَّانِ فَإِجْبَابُهَا عَلَى أَهْلِ الدِّيَّانِ بَعْدَهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لَمْ يَكُنْ نَسْخًا بَلْ كَانَ تَقْرِيرًا لِلْمَعْنَى الَّتِي وَجَبَتْ الدِّيَّةُ لِأَجْلِهِ وَهُوَ الْإِتِّصَارُ فَكَذَا هَذَا وَهُوَ كَلَامٌ حَسَنٌ.

(وَالْفَقِيرُ مَنْ لَهُ أَدْنَى شَيْءٍ وَالْمَسْكِينُ مَنْ لَا شَيْءَ لَهُ) وَهَذَا مَرْوِيٌّ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ، وَقَدْ قِيلَ عَلَى الْعَكْسِ وَلِكُلِّ وَجْهٍ ثُمَّ هُمَا صِنْفَانِ أَوْ صِنْفٌ وَاحِدٌ سَنَذْكُرُهُ فِي كِتَابِ الْوَصَايَا إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى. (وَالْعَامِلُ يَدْفَعُ إِلَيْهِ الْإِمَامُ إِنْ عَمِلَ بِقَدْرِ عَمَلِهِ فَيُعْطِيهِ مَا يَسْعُهُ وَأَعْوَانُهُ غَيْرُ مُقَدَّرٍ بِالْثَمَنِ) خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ لِأَنَّهُ اسْتَحَقَّاقُهُ بِطَرِيقِ الْكِفَايَةِ، وَلِهَذَا يَأْخُذُ وَإِنْ كَانَ غَنِيًّا إِلَّا أَنْ فِيهِ شُبْهَةٌ الصَّدَقَةِ فَلَا يَأْخُذُهَا الْعَامِلُ الْهَاشِمِيُّ تَنْزِيْهَا لِقَرَابَةِ الرُّسُولِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ عَنْ شُبْهَةِ الْوَسَخِ، وَالْغَنِيِّ لَا يُوَازِيهِ فِي اسْتِحَقَاقِ الْكِرَامَةِ فَلَمْ تُعْتَبَرِ الشُّبْهَةُ فِي حَقِّهِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَالْفَقِيرُ مَنْ لَهُ أَدْنَى شَيْءٍ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (وَلِكُلِّ وَجْهٍ) أَمَّا وَجْهُ الْأَوَّلُ وَهُوَ أَنْ يَكُونَ الْمَسْكِينُ أَسْوَأَ حَالًا مِنَ الْفَقِيرِ فَقَوْلُهُ تَعَالَى ﴿أَوْ مَسْكِينًا ذَا مَتْرَبَةٍ﴾

[البلد: ١٦] أَيْ لِاصِصًا بِالتُّرَابِ مِنَ الْجُوعِ وَالْعُرْيِ. وَأَمَّا وَجْهٌ مَنْ قَالَ بِالثَّانِي وَهُوَ أَنَّ الْفَقِيرَ أَسْوَأَ حَالًا مِنَ الْمَسْكِينِ فَقَوْلُهُ تَعَالَى ﴿أَمَّا السَّفِينَةُ فَكَانَتْ لِمَسْكِينٍ يَعْمَلُونَ فِي الْبَحْرِ﴾ [الكهف: ٧٩] وَالْفَائِدَةُ تَظْهَرُ فِي الْوَصَايَا وَالْأَوْقَافِ وَالنُّذُورِ لَا فِي الزَّكَاةِ فَإِنَّ صَرْفَهَا إِلَى صِنْفٍ وَاحِدٍ جَائِزٌ عِنْدَنَا (ثُمَّ هُمَا صِنْفَانِ أَوْ صِنْفٌ وَاحِدٌ سَنَذْكُرُهُ فِي كِتَابِ الْوَصَايَا إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى).

رُويَ عَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ قَالَ: هُمَا وَاحِدٌ حَتَّى قَالَ فِيمَنْ أَوْصَى بِثُلْثِ مَالِهِ لِفُلَانٍ وَلِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ إِنَّ لِفُلَانٍ نِصْفَ الثُّلُثِ وَلِلْفَرِيقَيْنِ النِّصْفَ الْآخَرَ. وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: لِفُلَانٍ ثُلُثُ الثُّلُثِ فَجَعَلَهُمَا صِنْفَيْنِ وَهُوَ الصَّحِيحُ كَذَا ذَكَرَهُ فَخَرُ الْإِسْلَامِ لِأَنَّهُ عَطَفَ وَهُوَ يَقْتَضِي الْمُعَايَرَةَ (وَقَوْلُهُ وَالْعَامِلُ يَدْفَعُ إِلَيْهِ الْإِمَامُ) الْعَامِلُ هُوَ الَّذِي يَبْعَثُهُ الْإِمَامُ لِحَابَةِ الصَّدَقَاتِ (فَيُعْطِيهِ مَا يَسْعُهُ) أَيْ يَكْفِيهِ (وَأَعْوَانُهُ) مُدَّةٌ ذَهَابِهِمْ وَإِيَابِهِمْ لِأَنَّهُ فَرَّغَ نَفْسَهُ لِهَذَا الْعَمَلِ، وَكُلُّ مَنْ فَرَّغَ نَفْسَهُ لِعَمَلٍ مِنْ أُمُورِ الْمُسْلِمِينَ يَسْتَحِقُّ عَلَى ذَلِكَ رِزْقًا كَالْقُضَاةِ وَالْمُقَاتِلَةِ، وَلَيْسَ ذَلِكَ عَلَى وَجْهِ الْإِجَارَةِ لِأَنَّهَا لَا تُكُونُ إِلَّا عَلَى عَمَلٍ مَعْلُومٍ أَوْ مُدَّةٍ مَعْلُومَةٍ وَأُجْرَتُهُ مَعْلُومَةٌ وَلَمْ يُقَدَّرْ ذَلِكَ بِالثَّمَنِ خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ فَإِنَّهُ يُقَدَّرُ بِذَلِكَ لِأَنَّ التَّسْمِيَةَ تَقْتَضِي الْمُسَاوَاةَ فِي الْأَصْلِ فَيَكُونُ بَيِّنَاتٍ لِحَصَّتِهِ، وَفِيهِ نَظَرٌ لِأَنَّ التَّسْمِيَةَ إِنْ اقْتَضَتْ ذَلِكَ فَسَهْمُ الْمُؤَلَّفَةِ قُلُوبُهُمْ سَقَطَ بِالْإِجْمَاعِ فَلَمْ تَبْقَ الْأَسْهُمُ ثَمَانِيَةً حَتَّى يَكُونَ لَهُ الثَّمَنُ.

وَأُجِيبَ بِأَنَّ الْمُؤَلَّفَةَ قُلُوبُهُمْ مُسْلِمُونَ وَكُفَرَاءٌ، وَالسَّاقِطُ سَهْمُ الْكُفَرَاءِ فَقَطْ فَكَانَتْ الْأَسْهُمُ ثَمَانِيَةً.

وَقَوْلُهُ (لَأَنَّ اسْتِحْقَاقًا بِطَرِيقِ الْكِفَايَةِ) أَيْ لَا بِطَرِيقِ الصَّدَقَةِ، أَلَا تَرَى أَنَّ صَاحِبَ الزَّكَاةِ إِذَا دَفَعَهَا لِلْإِمَامِ لَمْ يَسْتَحِقَّ الْعَامِلُ شَيْئًا وَيَأْخُذُ وَإِنْ كَانَ غَنِيًّا. فَإِنْ قِيلَ: لَوْ كَانَ كَذَلِكَ لَجَازَ أَخْذُهَا لِلهَاشِمِيِّ. أَجَابَ بِقَوْلِهِ (إِلَّا أَنْ فِيهِ شُبْهَةٌ الصَّدَقَةِ) نَظَرًا إِلَى سُقُوطِ الزَّكَاةِ عَنْ ذِمَّةِ الْمُؤَدِّي (فَلَا يَأْخُذُهَا الْعَامِلُ الْهَاشِمِيُّ تَنْزِيهَاً لِقَرَابَةِ الرَّسُولِ ﷺ عَنْ شُبْهَةِ الْوَسْخِ وَالْغَنَى لَا يُوزَايِهِ) أَيْ الْهَاشِمِيُّ (فِي اسْتِحْقَاقِ الْكِرَامَةِ فَلَمْ تُعْتَبَرِ الشُّبْهَةُ فِي حَقِّهِ).

قَالَ (وَفِي الرَّقَابِ يَعَانُ الْمَكَاتِبُونَ مِنْهَا فِي هَذَا رِقَابِهِمْ) وَهُوَ الْمَنْقُولُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَهُوَ الْمَنْقُولُ) يَعْنِي عَنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَإِنَّهُ رَوَى: «أَنْ رَجُلًا قَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ دُلَّنِي عَلَى عَمَلٍ يُدْخِلُنِي الْجَنَّةَ. قَالَ: فُكِّ الرِّقَبَةُ وَأَعْتِقِ النَّسَمَةَ، قَالَ: أَوْلَيْسَا سَوَاءً يَا رَسُولَ اللَّهِ؟ قَالَ: فُكِّ الرِّقَبَةُ أَنْ تُعِينَ فِي عِتْقِهِ».

(وَالْغَارَمُ مَنْ لَزِمَهُ دَيْنٌ وَلَا يَمْلِكُ نَصَابًا فَاضِلًا عَنْ دَيْنِهِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ مَنْ تَحَمَّلَ غَرَامَةً فِي إِصْلَاحِ ذَاتِ الْبَيْنِ وَإِطْفَاءِ النَّائِرَةِ بَيْنَ الْقَبِيلَتَيْنِ (وَفِي سَبِيلِ اللَّهِ مُنْقَطِعُ الْغُرَاةِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ) لِأَنَّهُ هُوَ الْمُتَفَاهِمُ عِنْدَ الْإِطْلَاقِ (وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ مُنْقَطِعُ الْحَاجِّ) لَمَّا رَوَى «أَنْ رَجُلًا جَعَلَ بَعِيرًا لَهُ فِي سَبِيلِ اللَّهِ. فَأَمَرَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَنْ يَحْمِلَ عَلَيْهِ الْحَاجَّ».

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلَا يَمْلِكُ نَصَابًا فَاضِلًا عَنْ دَيْنِهِ) لِأَنَّهُ إِذَا مَلَكَ نَصَابًا كَانَ غَنِيًّا وَإِذَا لَمْ يَمْلِكْ وَمَا فِي يَدِهِ مُسْتَحَقٌّ بِالذِّينِ وَجُودُهُ وَعَدَمُهُ سَوَاءٌ كَانَ فَقِيرًا. وَقَوْلُهُ (فِي إِصْلَاحِ ذَاتِ الْبَيْنِ) أَيْ الصُّلْحِ بَيْنَ الْمُتَعَادِينَ لِرُزَالِ الْإِخْتِلَافِ وَحُصُولِ الْأَثْلَافِ، وَالنَّائِرَةُ الْعِدَاوَةُ وَالشُّحْنَاءُ وَقَوْلُهُ (مُنْقَطِعُ الْغُرَاةِ) أَيْ فُقْرَاءُ الْغُرَاةِ وَكَذَلِكَ الْمُرَادُ بِمُنْقَطِعِ الْحَاجِّ فُقْرَاؤُهُمُ الْمُتَقَطِّعُ بِهِمْ

وَلَا يُصْرِفُ إِلَى أَغْنِيَاءِ الْغُرَاةِ عِنْدَنَا لِأَنَّ الْمَصْرِفَ هُوَ الْفُقْرَاءُ (وَأَبْنُ السَّبِيلِ مَنْ كَانَ لَهُ مَالٌ فِي وَطْنِهِ) وَهُوَ فِي مَكَانٍ لَا شَيْءَ لَهُ فِيهِ. قَالَ: (فَهَذِهِ جِهَاتُ الزَّكَاةِ، فَلِلْمَالِكِ أَنْ يَدْفَعَ إِلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ، وَلَهُ أَنْ يَقْتَصِرَ عَلَى صِنْفٍ وَاحِدٍ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ لَا يَجُوزُ إِلَّا أَنْ يُصْرِفَ إِلَى ثَلَاثَةٍ مِنْ كُلِّ صِنْفٍ، لِأَنَّ الْإِضَافَةَ بِحَرْفِ اللامِ لِلْإِسْتِحْقَاقِ.

وَلَنَا أَنَّ الْإِضَافَةَ لِبَيَانِ أَنَّهُمْ مَصَارِفُ لَا لِإثْبَاتِ الْإِسْتِحْقَاقِ، وَهَذَا لَمَّا عُرِفَ أَنَّ الزَّكَاةَ حَقُّ اللَّهِ تَعَالَى، وَبِعِلَّةِ الْفَقْرِ صَارُوا مَصَارِفَ فَلَا يُبَالِي بِإِخْتِلَافِ جِهَاتِهِ، وَالَّذِي ذَهَبْنَا إِلَيْهِ مَرْوِيُّ عَنْ عُمَرَ وَابْنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُم.

الشرح:

(وَلَا يُصْرِفُ إِلَى أَغْنِيَاءِ الْغُرَاةِ عِنْدَنَا لِأَنَّ الْمَصْرِفَ هُوَ الْفُقْرَاءُ) لِقَوْلِهِ ﷺ «خُذْهَا

مِنْ أَغْنِيَانِهِمْ وَرَدَّهَا فِي فَقْرَائِهِمْ»^(١) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يَجُوزُ لِقَوْلِهِ ﷺ «لَا تَحِلُّ الصَّدَقَةُ لِعَنِيٍّ إِلَّا لِحَمْسَةٍ، مِنْ جُمْلَتِهِمُ الْعُرَاةُ فِي سَبِيلِ اللَّهِ» وَتَأْوِيلُهُ الْعَنِيُّ بِقُوَّةِ الْبَدَنِ وَمَعْنَاهُ: أَنَّ الْمُسْتَغْنِيَّ بِكَسْبِهِ لِقُوَّةِ بَدَنِهِ لَا يَحِلُّ لَهُ طَلَبُ الصَّدَقَةِ إِلَّا إِذَا كَانَ غَازِيًا فَيَحِلُّ لَهُ الْاِسْتِغَالُ بِالْجِهَادِ عَنِ الْكَسْبِ.

وَذَكَرَ تِلْكَ الْحَمْسَةَ فِي التَّحْنِيسِ فَقَالَ: لَا تَحِلُّ الصَّدَقَةُ لِعَنِيٍّ إِلَّا لِحَمْسَةٍ: الْغَازِي، وَالْعَامِلُ عَلَيْهَا، وَالْغَارِمُ، وَرَجُلٌ اشْتَرَاهَا بِمَالِهِ، وَرَجُلٌ تَصَدَّقَ بِهَا عَلَى الْمَسْكِينِ فَأَهْدَاهَا الْمَسْكِينُ إِلَيْهِ. وَذَكَرَ فِي الْمَصَاحِبِ وَفِي رِوَايَةِ «وَأَبْنِ السَّبِيلِ». فَإِنْ قِيلَ: قَوْلُهُ وَفِي سَبِيلِ اللَّهِ مُكَرَّرٌ سَوَاءٌ كَانَ مُنْقَطِعَ الْعُرَاةِ أَوْ مُنْقَطِعَ الْحَاجِّ لِأَنَّهُ إِمَّا أَنْ يَكُونَ لَهُ فِي وَطْنِهِ مَالٌ أَوْ لَا فَإِنْ كَانَ هُوَ ابْنُ السَّبِيلِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فَهُوَ فَقِيرٌ فَمِنْ أَيْنَ يَكُونُ الْعَدَدُ سَبْعَةً. أُجِيبَ بِأَنَّهُ فَقِيرٌ إِلَّا أَنَّهُ اِزْدَادَ فِيهِ شَيْءٌ آخَرُ سِوَى الْفَقْرِ وَهُوَ الْاِنْقِطَاعُ فِي عِبَادَةِ اللَّهِ مِنْ جِهَادٍ أَوْ حَجٍّ فَلِذَلِكَ غَايَرُ الْفَقِيرِ الْمُطْلَقِ فَإِنَّ الْمُقَيَّدَ يُغَايَرُ الْمُطْلَقُ لَا مَحَالَةَ.

وَيُظْهِرُ أَثَرُ التَّغَايُرِ فِي حُكْمٍ آخَرَ أَيْضًا وَهُوَ زِيَادَةُ التَّخْرِيسِ وَالتَّرْغِيبِ فِي رِعَايَةِ جَانِبِهِ الَّتِي اسْتَفِيدَتْ مِنَ الْعُدُولِ عَنِ اللِّامِ إِلَى كَلِمَةٍ فِي، فَإِنْ فِي ذَلِكَ إِيْدَانًا بِأَنَّهُمْ أَرَسَخَ فِي اسْتِحْقَاقِ التَّصَدُّقِ عَلَيْهِمْ مِمَّنْ سَبَقَ ذِكْرُهُمْ لَأَنَّ فِي الطَّرِيقَةِ تَنْبِيْهَا عَلَى أَنََّّهُمْ أَحَقَّاءُ بِأَنْ تُوضَعَ فِيهِمُ الصَّدَقَاتُ، وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ لَمْ تُتَقَصَّ الْمَصَارِفُ عَنِ السَّبْعَةِ وَفِيهِ تَأْمُلٌ.

وَقَوْلُهُ (فَهَذِهِ جِهَاتُ الزَّكَاةِ) يَعْنِي أَنَّهُمْ مَصَارِفُ الصَّدَقَاتِ لَا مُسْتَحَقُّوْهَا عِنْدَنَا حَتَّى يَجُوزَ الصَّرْفُ إِلَى وَاحِدٍ مِنْهُمْ: وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: هُمْ الْمُسْتَحَقُّونَ لَهَا حَتَّى لَا تَجُوزَ مَا لَمْ يُصَرَفْ إِلَى الْأَصْنَافِ السَّبْعَةِ مِنْ كُلِّ صِنْفٍ ثَلَاثَةٌ وَهُمْ أَحَدٌ وَعِشْرُونَ (لَأَنَّ الْإِضَافَةَ بِحَرْفِ اللِّامِ لِلْاِسْتِحْقَاقِ) لِكَوْنِهَا مَوْضُوعَةٌ لِلتَّمْلِكِ (وَلَنَا أَنَّ الْإِضَافَةَ لِبَيَانِ أَنَّهُمْ مَصَارِفُ لَا لِإثْبَاتِ الْاِسْتِحْقَاقِ).

وَقَالَ ابْنُ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا: الْمُرَادُ بِهِ بَيَانُ الْمَصَارِفِ فَإِلَى أَيُّهَا صُرِفَتْ

(١) أخرجه البخاري في الزكاة باب ٩، ٦٣، والمظالم باب ٩، والغازي باب ٦٠، ومسلم في الإيمان حديث ٢٩. وانظر نصب الراية (٤١٥/٢).

أَجْزَأُكَ كَمَا أَنَّ اللَّهَ تَعَالَى أَمَرَنَا بِاسْتِقْبَالِ الْكَعْبَةِ فَإِذَا اسْتَقْبَلْتَ جُزْءًا مِنْهَا كُنْتَ مُمْتَثِلًا لِلأَمْرِ، أَلَا تَرَى أَنَّ اللَّهَ تَعَالَى ذَكَرَ الْأَصْنَافَ بِأَوْصَافٍ تُنبِئُ عَنِ الْحَاجَةِ، فَعَرَفْنَا أَنَّ الْمَقْصُودَ سَدُّ خَلَّةِ الْمُحْتَاجِ فَصَارُوا صِنْفًا وَاحِدًا فِي التَّحْقِيقِ.

وَقَوْلُهُ (وَهَذَا) أَيُّ مَا ذَكَرْنَا أَنَّ الْإِضَافَةَ إِلَيْهِمْ لِيَبَانَ أَنَّهُمْ مَصَارِفُ لَا لِإِثْبَاتِ الْاسْتِحْقَاقِ (لَمَّا عَرَفْنَا أَنَّ الزَّكَاةَ حَقُّ اللَّهِ تَعَالَى وَبِعِلَّةِ الْفَقْرِ) أَيُّ الْحَاجَةِ (صَارُوا مَصَارِفَ) لَمَّا ذَكَرْنَا أَنَّهُ تَعَالَى ذَكَرَ الْأَصْنَافَ بِأَوْصَافٍ تُنبِئُ عَنِ الْحَاجَةِ (فَلَا يُبَالَى بِاخْتِلَافِ جِهَاتِهِ).

(وَلَا يَجُوزُ أَنَّهُ يَدْفَعُ الزَّكَاةَ إِلَى ذِمِّيٍّ) «لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لِمُعَاذٍ ﷺ خُذْهَا مِنْ أَغْنِيَائِهِمْ وَرُدِّهَا فِي فَقَرَائِهِمْ» ^(١). قَالَ (وَيَدْفَعُ مَا سِوَى ذَلِكَ مِنَ الصَّدَقَةِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَا يَدْفَعُ وَهُوَ رَوَايَةٌ عَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ اعْتِبَارًا بِالزَّكَاةِ. وَلَنَا قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «تَصَدَّقُوا عَلَى أَهْلِ الْأَدْيَانِ كُلِّهَا» وَلَوْلَا حَدِيثُ مُعَاذٍ ﷺ لَقُلْنَا بِالْجَوَازِ فِي الزَّكَاةِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَدْفَعَ الزَّكَاةَ إِلَى ذِمِّيٍّ) وَاضِحٌ وَالضَّمِيرُ فِي مَنْ أَغْنِيَائِهِمْ رَاجِعٌ إِلَى الْمُسْلِمِينَ بِالْإِجْمَاعِ لِأَنَّ الزَّكَاةَ لَا تَجِبُ عَلَى الْكَافِرِ، فَكَذَا ضَمِيرُ فَقَرَائِهِمْ لِثَلَا يَخْتَلُ النَّظْمُ. فَإِنْ قِيلَ: هَذَا زِيَادَةٌ عَلَى النَّصِّ وَهُوَ قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿إِنَّمَا الصَّدَقَتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسْكِينِ﴾ [التوبة: ٦٠] بِخَبَرِ الْوَاحِدِ وَهُوَ لَا يَجُوزُ. أُجِيبَ بِأَنَّهُ مَشْهُورٌ تَلَفُّتُهُ الْأُمَّةُ بِالْقَبُولِ فَجَازَ الزِّيَادَةُ بِهِ.

وَقَوْلُهُ (وَيَدْفَعُ مَا سِوَى ذَلِكَ مِنَ الصَّدَقَةِ) يَعْنِي إِلَى الذَّمِّيِّ لِأَنَّهُ هُوَ الْمَذْكُورُ أَوَّلًا دُونَ الْحَرَبِيِّ وَالْمُسْتَأْمِنِ وَفُقَرَاءِ الْمُسْلِمِينَ أَوَّلًا، وَقَوْلُهُ «تَصَدَّقُوا عَلَى أَهْلِ الْأَدْيَانِ كُلِّهَا» يَقْتَضِي شَيْئَيْنِ: أَحَدُهُمَا أَنَّ يَجُوزَ الصَّرْفُ إِلَى الْحَرَبِيِّ وَالْمُسْتَأْمِنِ، وَالثَّانِي جَوَازُ دَفْعِ الزَّكَاةِ أَيْضًا. وَأَجَابَ عَنِ الثَّانِي بِقَوْلِهِ (وَلَوْلَا حَدِيثُ مُعَاذٍ ﷺ لَقُلْنَا بِالْجَوَازِ فِي الزَّكَاةِ) لِأَنَّ قَوْلَهُ "تَصَدَّقُوا" مُطْلَقٌ فَإِنَّ مَعْنَاهُ أَفْعَلُوا تَصَدَّقُوا.

فَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ: مَعْنَاهُ أَنَّهُ مَخْصُوصٌ بِهِ وَلَيْسَ بِشَيْءٍ لِأَنَّ الْمَطْلُوقَ لَيْسَ بِعَامٍّ،

وَمِنْهُمْ يَقُولُ: مَعْنَاهُ الْعَمَلُ بِالذَّلِيلِينَ، وَذَلِكَ لِأَنَّ قَوْلَهُ ﷺ «تَصَدَّقُوا عَلَى أَهْلِ الْأَدْيَانِ كُلِّهَا» يَفْتَضِي جَوَازَ دَفْعِ الزَّكَاةِ إِلَيْهِمْ، وَحَدِيثَ مُعَاذٍ يَفْتَضِي عَدَمَهُ. فَقُلْنَا: حَدِيثُ مُعَاذٍ فِي الزَّكَاةِ وَالْآخَرُ فِيمَا سِوَاهَا مِنَ الصَّدَقَاتِ الْوَاجِبَةِ كَصَدَقَةِ الْفِطْرِ وَالصَّدَقَةِ الْمَنْدُورَةِ وَالْكَفَّارَاتِ عَمَلًا بِالذَّلِيلِينَ، وَلَمْ يَذْكُرِ الْجَوَابَ عَنِ الْأَوَّلِ. وَأُجِيبَ عَنْهُ بِأَنَّهُ مَخْصُوصٌ فِي حَقِّ الْحَرْبِيِّ وَالْمُسْتَأْمِنِ بِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿إِنَّمَا يَنْهَكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ قَتَلُواكُمْ فِي الدِّينِ﴾ [المتحنة: ٩] وَفِيهِ نَظَرٌ لِأَنَّهُ لِحَقِّهِ بَيَانُ التَّقْرِيرِ. وَهُوَ يَمْنَعُ الْخُصُوصَ عَلَى مَا عُرِفَ فِي الْأُصُولِ، وَلَا يُدْفَعُ بِمَا قِيلَ كَلِمَةُ "كُلُّ" لِتَأْكِيدِ الْأَدْيَانِ لَا لِتَأْكِيدِ الْأَهْلِ فَتَأَمَّلْ فَإِنَّهُ غَامِضٌ سَلَمَتَاهُ، وَلَكِنْ يَفْتَضِي أَنْ يَكُونَ الْمُخَصَّصُ مُقَارِنًا عِنْدَنَا، وَلَيْسَ بِثَابِتٍ عَلَى أَنَّ النَّهْيَ فِي الْآيَةِ عَنِ التَّوَلَّى عَنِ الْبِرِّ فَلَا يَكُونُ لَهُ التَّعَلُّقُ بِالصَّدَقَةِ.

وَيُمْكِنُ أَنْ يُقَالَ: أُمِرْنَا بِالْمُقَاتِلَةِ مَعَهُمْ بِآيَاتِ الْقِتَالِ، فَإِنْ كَانَ شَيْءٌ مِنْهَا مُتَأَخِّرًا عَنْ هَذَا الْحَدِيثِ كَانَ نَاسِخًا فِي حَقِّهِمْ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَمْ يَبْقَ الْحَدِيثُ مَعْمُولًا بِهِ فِي حَقِّهِمْ لِأَنَّ التَّصَدَّقَ عَلَيْهِمْ مَرَحَمَةٌ لَهُمْ وَمُوَاسَاةٌ، وَهِيَ مُنَافِيَةٌ لِمُقْتَضَى الْآيَةِ وَلَيْسَ فِي مَرْتَبَتِهَا فَيَسْقُطُ الْعَمَلُ بِهِ فِي حَقِّهِمْ وَيَبْقَى مَعْمُولًا بِهِ فِي حَقِّ أَهْلِ الذِّمَّةِ عَمَلًا بِالذَّلِيلِ بِقَدْرِ الْإِمْكَانِ.

(وَلَا يُبْنَى بِهَا مَسْجِدٌ وَلَا يُكْفَنُ بِهَا مَيِّتٌ) لِانْعِدَامِ التَّمْلِيكِ وَهُوَ الرُّكْنُ (وَلَا يُقْضَى بِهَا دَيْنٌ مَيِّتٍ) لِأَنَّ قِضَاءَ دَيْنِ الْغَيْرِ لَا يَقْتَضِي التَّمْلِيكَ مِنْهُ لَا سَيِّمًا مِنَ الْمَيِّتِ (وَلَا تُشْتَرَى بِهَا رَقَبَةٌ تَعْتَقُ) خِلَافًا لِمَالِكٍ ذَهَبَ إِلَيْهِ فِي تَأْوِيلِ قَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَفِي الرِّقَابِ﴾ [التوبة: ٦٠] وَلَنَا أَنَّ الْإِعْتَاقَ إِسْقَاطُ الْمَلِكِ وَلَيْسَ بِتَّمْلِيكِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَهُوَ الرُّكْنُ) لِأَنَّ الْأَصْلَ فِي دَفْعِ الزَّكَاةِ تَمْلِيكَ فَقِيرٍ مُسْلِمٍ غَيْرِ هَاشِمِيٍّ وَلَا مَوْلَاهُ جُزْءًا مِنَ الْمَالِ مَعَ قَطْعِ النِّفْعَةِ الْمُدْفُوعِ عَنْ نَفْسِهِ مَقْرُونًا بِالْيَتَةِ، وَلِقَائِلُ أَنْ يَقُولَ: قَوْلُكُمْ التَّمْلِيكَ رُكْنٌ دَعَاؤِي مُجَرَّدَةٌ إِذْ لَيْسَ فِي الْأَدْلَةِ الثَّقَلِيَّةِ الْمُنْقُولَةِ فِي هَذَا الْبَابِ مَا يَدُلُّ عَلَى ذَلِكَ مَا خَلَا قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿إِنَّمَا الصَّدَقَتُ لِلْفُقَرَاءِ﴾ [التوبة: ٦٠] وَأَنْتُمْ جَعَلْتُمْ اللَّامَ لِلْعَاقِبَةِ دُونَ التَّمْلِيكِ. وَالْجَوَابُ: أَنَّ مَعْنَى قَوْلِهِمْ لِلْعَاقِبَةِ أَنَّ الْمَقْبُوضَ يَصِيرُ مِلْكًا لَهُمْ فِي الْعَاقِبَةِ فَهُمْ مَصَارِفُ ابْتِدَاءٍ لَا مُسْتَحِقُونَ ثُمَّ يَحْصُلُ لَهُمُ الْمِلْكُ فِي

العَاقِبَةِ بِدَلَالَةِ اللَّامِ فَلَمْ تَبْقَ دَعْوَى مُجَرَّدَةً، وَقَوْلُهُ (لَأَنَّ قَضَاءَ دَيْنِ الْغَيْرِ لَا يَفْتَضِي التَّمْلِيكَ مِنْهُ) بِدَلِيلِ أَنَّ الدَّائِنَ وَالْمُدْيُونَ إِذَا تَصَادَقَا أَنَّ لَا دَيْنَ بَيْنَهُمَا فَلِلْمُؤَدِّي أَنْ يَسْتَرِدَّ الْمُقْبُوضَ مِنَ الْقَاضِي فَلَمْ يَصِرْ هُوَ مِلْكًا لِلْقَاضِي، وَإِنَّمَا قُبِدَ بِدَيْنِ الْمَيْتِ لِأَنَّهُ لَوْ قَضَى دَيْنَ حَيٍّ بِأَمْرِهِ وَقَعَ عَنِ الزَّكَاةِ كَأَنَّهُ تُصَدَّقُ عَلَى الْعَرِيمِ فَيَكُونُ الْقَاضِي كَالْوَكِيلِ لَهُ فِي قَبْضِ الصَّدَقَةِ. وَقَوْلُهُ (وَلَا تَشْتَرِي بِهَا رَقَبَةً ظَاهِرًا).

(وَلَا تُدْفَعُ إِلَى غَنِيِّ) لِقَوْلِهِ ﷺ «لَا تَحِلُّ الصَّدَقَةُ لَغْنِي»^(١) وَهُوَ بِإِطْلَاقِ حُجَّةٍ عَلَى الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي غَنِيِّ الْعُرَاةِ. وَكَذَا حَدِيثُ مُعَاذٍ ﷺ عَلَى مَا رَوَيْنَا.

قَالَ (وَلَا يَدْفَعُ الْمَرْكَبِيُّ زَكَاتَهُ إِلَى أَبِيهِ وَجَدِهِ وَإِنْ عَلَا، وَلَا إِلَى وَلَدِهِ وَوَلَدِ وَلَدِهِ وَإِنْ سَفَلَ) لِأَنَّ مَنَافِعَ الْأَمْلاكِ بَيْنَهُمْ مُتَّصِلَةٌ فَلَا يَتَحَقَّقُ التَّمْلِيكَ عَلَى الْكَمَالِ (وَلَا إِلَى أَمْرَاتِهِ) لِلِاشْتِرَاكِ فِي الْمَنَافِعِ عَادَةً (وَلَا تَدْفَعُ الْمَرْأَةُ إِلَى زَوْجِهَا) عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ لَمَّا ذَكَّرْنَا، وَقَالَ: تَدْفَعُ إِلَيْهِ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «لَكَ أَجْرَانِ: أَجْرُ الصَّدَقَةِ، وَأَجْرُ الصَّلَةِ»^(٢) قَالَ لِمَرْأَةِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ مَسْعُودٍ ﷺ وَقَدْ سَأَلَتْهُ عَنِ التَّصَدُّقِ عَلَيْهِ؛ قُلْنَا: هُوَ مَحْمُولٌ عَلَى النَّافِلَةِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلَا يَدْفَعُ الْمَرْكَبِيُّ زَكَاتَهُ إِلَى أَبِيهِ) أَيُّ مَنْ يَكُونُ بَيْنَهُمَا قَرَابَةٌ وَلَدٍ أَعْلَى أَوْ أَسْفَلَ، وَأَمَّا مَا سِوَاهُمُ مِنَ الْقَرَابَةِ فَيَتِمُّ الْإِيْتَاءُ بِالصَّرْفِ إِلَيْهِ، وَهُوَ أَفْضَلُ لَمَّا فِيهِ مِنْ صِلَةِ الرَّحِمِ. وَقَوْلُهُ (لِلِاشْتِرَاكِ فِي الْمَنَافِعِ عَادَةً) لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَالَ ﴿وَوَجَدَكَ عَائِلًا فَأَغْنَى﴾ [الضحى: ٨] قِيلَ: بِمَالِ خَدِيجَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا. وَقَوْلُهُ (لَمَّا ذَكَّرْنَا) يَعْنِي مَنْ اشْتَرَاكَ الْمُنْفَعَةَ؛ أَلَا تَرَى أَنَّ كُلًّا مِنْهُمَا مُتَّهَمٌ فِي حَقِّ صَاحِبِهِ حَتَّى لَا تَجُوزَ شَهَادَتُهُ لَهُ، وَأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَرِثُ صَاحِبَهُ مِنْ غَيْرِ حَجَبٍ كَمَا فِي الْوِلَادِ، فَكَمَا أَنَّ الْوِلَادَ مَانِعٌ فَكَذَا مَا يَتَفَرَّغُ مِنْهُ الْوِلَادُ. وَقَوْلُهُ (قُلْنَا هُوَ مَحْمُولٌ عَلَى النَّافِلَةِ) لَمَّا رَوَى أَنَّهَا كَانَتْ امْرَأَةً صَنِعَةَ الْيَدَيْنِ تَعْمَلُ لِلنَّاسِ وَتَتَصَدَّقُ بِذَلِكَ وَبِهِ نَقُولُ.

(١) أخرجه أبو داود (١٦٣٤)، والترمذي في الزكاة باب ٢٣ حديث (٦٥٢)، وأحمد (١٦٤/٢).

وانظر نصب الراية (٤١٦/٢).

(٢) أخرجه البخاري في الزكاة باب ٤٨ حديث (٧٧٨)، ومسلم في الزكاة حديث (٤٥، ٤٦).

قَالَ (وَلَا يَدْفَعُ إِلَى مُكَاتِبِهِ وَمُدَبِّرِهِ وَأُمِّ وَلَدِهِ) لِفَقْدَانِ التَّمْلِيكِ إِذَا كَسَبَ الْمَمْلُوكُ لِسَيِّدِهِ وَلَهُ حَقٌّ فِي كَسْبِ مُكَاتِبِهِ فَلَمْ يَتِمَّ التَّمْلِيكُ (وَلَا إِلَى عَبْدٍ قَدْ أَعْتَقَ بَعْضُهُ) عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الْمُكَاتِبِ عِنْدَهُ وَقَالَ: يَدْفَعُ إِلَيْهِ لِأَنَّهُ حُرٌّ مَدْيُونٌ عِنْدَهُمَا (وَلَا يَدْفَعُ إِلَى مَمْلُوكٍ غَنِيٍّ) لِأَنَّ الْمَلِكَ وَاقِعٌ لَمَوْلَاهُ (وَلَا إِلَى وَلَدٍ غَنِيٍّ إِذَا كَانَ صَغِيرًا) لِأَنَّهُ يُعَدُّ غَنِيًّا بِسَارِ أَبِيهِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ كَبِيرًا فَقَبِيرًا لِأَنَّهُ لَا يُعَدُّ غَنِيًّا بِسَارِ أَبِيهِ وَإِنْ كَانَتْ نَفَقَتُهُ عَلَيْهِ، وَبِخِلَافِ امْرَأَةِ الْغَنِيِّ لِأَنَّهَا إِنْ كَانَتْ فَقِيرَةً لَا تُعَدُّ غَنِيَّةً بِسَارِ زَوْجِهَا، وَبِقَدْرِ النِّفَقَةِ لَا تَصِيرُ مُوسِرَةً.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلَهُ حَقٌّ فِي كَسْبِ مُكَاتِبِهِ) ظَاهِرٌ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ تَزَوَّجَ جَارِيَةَ مُكَاتِبِهِ لَمْ يَجْزُ كَمَا لَوْ تَزَوَّجَ جَارِيَةَ نَفْسِهِ، وَقَوْلُهُ (وَلَا إِلَى عَبْدٍ قَدْ أَعْتَقَ بَعْضُهُ) بِضَمِّ الهمزة بَأَنَّ يَكُونَ عَبْدٌ بَيْنَ اثْنَيْنِ أَحَدُهُمَا أَعْتَقَ نَصِيْبَهُ وَهُوَ مُعْسِرٌ لَا يَجُوزُ لِلْآخَرِ دَفْعُ زَكَاتِهِ إِلَيْهِ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الْمُكَاتِبِ عِنْدَهُ وَحُرٌّ مَدْيُونٌ عِنْدَهُمَا. وَقَوْلُهُ (وَبِخِلَافِ امْرَأَةِ الْغَنِيِّ) يَعْنِي فَإِنَّهُ يَجُوزُ الدَّفْعُ إِلَيْهَا إِذَا كَانَتْ فَقِيرَةً وَهُوَ ظَاهِرُ الرَّوَايَةِ.

وَرَوَى أَصْحَابُ الْأَمَالِيِّ عَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ لِأَنَّهَا مُكْفِيَةُ الْمُؤْتَةِ بِمَا تَسْتَوْجِبُ النَّفَقَةَ عَلَى الْغَنِيِّ حَالَةَ الْيَسَارِ وَالْإِعْسَارِ، فَالصَّرْفُ إِلَيْهَا كَالصَّرْفِ إِلَى وَلَدٍ صَغِيرٍ لِلْغَنِيِّ. وَوَجْهُ الظَّاهِرِ مَا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ، وَالْفَرْقُ بَيْنَهَا وَبَيْنَ الْوَلَدِ الصَّغِيرِ لِلْغَنِيِّ أَنَّهُ يَسْتَوْجِبُ النَّفَقَةَ عَلَيْهِ بِالْجُزْئِيَّةِ فَكَانَ الصَّرْفُ إِلَيْهِ كَالصَّرْفِ إِلَى الْغَنِيِّ.

(وَلَا يَدْفَعُ إِلَى بَنِي هَاشِمٍ) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «يَا بَنِي هَاشِمٍ إِنَّ اللَّهَ تَعَالَى حَرَّمَ عَلَيْكُمْ غُسَالَتِ النَّاسِ وَأَوْسَاخَهُمْ وَعَوَضَكُمْ مِنْهَا بِخُمْسِ الْخُمْسِ»^(١) بِخِلَافِ التَّطَوُّعِ، لِأَنَّ الْمَالَ هَاهُنَا كَالْمَاءِ يَتَدَنُّسُ بِإِسْقَاطِ الْفَرَضِ.

أَمَّا التَّطَوُّعُ فَبِمَنْزِلَةِ التَّبَرُّدِ بِالْمَاءِ. قَالَ: (وَهُمْ آلُ عَلِيٍّ وَآلُ عَبَّاسٍ وَآلُ جَعْفَرٍ وَآلُ عَقِيلٍ وَآلُ الْحَارِثِ بْنِ عَبْدِ الْمُطَّلِبِ وَمَوَالِيهِمْ) أَمَّا هَؤُلَاءِ فَلَأَنَّهُمْ يُنْسَبُونَ إِلَى بَنِي هَاشِمٍ بِنِ عَبْدِ مَنَافٍ وَنِسْبَةُ الْقَبِيلَةِ إِلَيْهِ. وَأَمَّا مَوَالِيهِمْ فَلَمَّا رُوِيَ «أَنَّ مَوْلَى لِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ سَأَلَهُ أَتَحِلُّ لِي الصَّدَقَةُ؟ فَقَالَ: لَا أَنْتَ مَوْلَانَا» بِخِلَافِ مَا إِذَا أَعْتَقَ الْقُرَشِيُّ عَبْدًا نَصْرَانِيًّا حَيْثُ

(١) قال الزيلعي في نصب الراية (٢/٤٢٠): غريب هذا اللفظ.

تُؤْخَذُ مِنْهُ الْجِزْيَةُ وَيُعْتَبَرُ حَالُ الْمُعْتَقِ لِأَنَّهُ الْقِيَاسُ وَالْإِلْحَاقُ بِالْمَوْلَى بِالنِّصِّ وَقَدْ خَصَّ الصَّدَقَةَ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلَا يُدْفَعُ إِلَى بَنِي هَاشِمٍ إِلَى قَوْلِهِ بِمَنْزِلَةِ التَّبَرُّدِ بِالمَاءِ) ظَاهِرٌ، وَاعْتَرَضَ عَلَيْهِ بِأَنَّ التَّشْبِيهَ بِالْوُضُوءِ عَلَى الْوُضُوءِ كَانَ أَنْسَبَ بِاعْتِبَارِ وُجُودِ الْقُرْبَةِ فِيهِمَا، وَلِهَذَا اخْتَارَ صَاحِبُ الْفَتَاوَى الْكُبْرَى حُرْمَةَ التَّطَوُّعِ أَيْضًا.

وَذَكَرَ فِي شَرْحِ الْأَثَارِ أَنَّ الْمَفْرُوضَةَ وَالنَّافِلَةَ مُحَرَّمَتَانِ عَلَيْهِمَا عِنْدَهُمَا، وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ فِيهِمَا رَوَاتَانِ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ الْمَالَ فِي التَّطْهِيرِ دُونَ الْمَاءِ لِأَنَّ الْمَالَ مُطَهَّرٌ حُكْمًا وَالْمَاءُ مُطَهَّرٌ حَقِيقَةً وَحُكْمًا، فَيَكُونُ الْمَالَ مُطَهَّرًا مِنْ وَجْهِ دُونَ وَجْهِهِ، فَجَعَلْنَاهُ مُتَدَسِّسًا فِي الْفَرَضِ دُونَ النَّفْلِ عَمَلًا بِالْوَجْهَيْنِ. وَقَوْلُهُ (وَهُمْ آلُ عَلِيٍّ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (وَأَمَّا مَوَالِيَهُمْ فَلَمَّا رُوِيَ أَنَّ مَوْلَى لِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ) هُوَ أَبُو رَافِعٍ رَوَى صَاحِبُ السُّنَنِ مُسْنَدًا إِلَى أَبِي رَافِعٍ «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ بَعَثَ رَجُلًا مِنْ بَنِي مَخْزُومٍ عَلَى الصَّدَقَةِ فَقَالَ لِأَبِي رَافِعٍ اصْحَبْنِي فَإِنَّكَ تُصِيبُ مِنْهَا، فَقَالَ: حَتَّى آتِيَ النَّبِيَّ ﷺ فَأَسْأَلُهُ، فَأَتَاهُ فَسَأَلَهُ فَقَالَ: مَوْلَى الْقَوْمِ مِنْ أَنْفُسِهِمْ، وَإِنَّا لَا نَحِلُّ لَنَا الصَّدَقَةَ».

فَإِنْ قِيلَ: لَوْ كَانَ مَوْلَى الْقَوْمِ مِنْهُمْ لَمَا وَجَبَتْ الْجِزْيَةُ عَلَى عَبْدٍ كَافِرٍ أَعْتَقَهُ قُرَشِيٌّ لِأَنَّهُ لَا جِزْيَةَ عَلَيْهِ. أَجَابَ بِقَوْلِهِ (بِخِلَافِ مَا إِذَا أَعْتَقَ الْقُرَشِيُّ عَبْدًا نَصْرَانِيًّا حَيْثُ تُؤْخَذُ مِنْهُ الْجِزْيَةُ وَيُعْتَبَرُ حَالُ الْمُعْتَقِ) بَفَتْحِ التَّاءِ (لَأَنَّهُ هُوَ الْقِيَاسُ) فَإِنَّ الْقِيَاسَ أَنَّ لَا يُلْحَقُ الْمُعْتَقُ بِالْمُعْتَقِ فِي حَالِهِ مَا لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَصْلٌ بِنَفْسِهِ مِنْ حَيْثُ الْبُلُوغُ وَالْعَقْلُ وَالْحُرِّيَّةُ، وَخِطَابُ الشَّرْعِ وَالْإِلْحَاقُ: إِنَّمَا كَانَ بِالنِّصِّ فِي حَقِّ الصَّدَقَةِ فَلَا يَتَعَدَّاهُ، وَلِهَذَا يُؤْخَذُ مِنْ مَوْلَى التَّغْلِبِيِّ الْجِزْيَةُ دُونَ الصَّدَقَةِ الْمُضَاعَفَةِ.

(قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُمَا اللَّهُ: إِذَا دَفَعَ الزَّكَاةَ إِلَى رَجُلٍ يَطْنُهُ فَقِيرًا ثُمَّ بَانَ أَنَّهُ غَنِيٌّ أَوْ هَاشِمِيٌّ أَوْ كَافِرٌ أَوْ دَفَعَ فِي ظُلْمَةٍ فَبَانَ أَنَّهُ أَبَوُهُ أَوْ ابْنُهُ فَلَا إِعَادَةَ عَلَيْهِ. قَالَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ عَلَيْهِ الْإِعَادَةُ) لظُهُورِ خَطِيئَةِ بَيِّقَيْنِ وَإِمْكَانِ الْوُقُوفِ عَلَى هَذِهِ الْأَشْيَاءِ وَصَارَ كَالْأَوَانِي وَالثِّيَابِ. وَلَهُمَا حَدِيثٌ مَعْنِ بْنِ يَزِيدَ فَإِنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ قَالَ فِيهِ «يَا يَزِيدُ لَكَ مَا نَوَيْتَ، وَيَا مَعْنُ لَكَ مَا أَخَذْتَ» وَقَدْ دَفَعَ إِلَيْهِ وَكَيْلُ أَبِيهِ صَدَقَتَهُ؛

وَلَأَنَّ الْوُقُوفَ عَلَى هَذِهِ الْأَشْيَاءِ بِالْاجْتِهَادِ دُونَ الْقَطْعِ فَيَبْتَنِي الْأَمْرُ فِيهَا عَلَى مَا يَقَعُ عِنْدَهُ كَمَا إِذَا اشْتَبَهَتْ عَلَيْهِ الْقِبْلَةُ، وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي غَيْرِ الْغَنِيِّ أَنَّهُ لَا يَجْزِيهِ، وَالظَّاهِرُ هُوَ الْأَوَّلُ. وَهَذِهِ إِذَا تَحَرَّى فَدَفَعَ وَفِي أَكْبَرِ رَأْيِهِ أَنَّهُ مُصْرِفٌ، أَمَّا إِذَا شَكَّ وَلَمْ يَتَحَرَّ أَوْ تَحَرَّى فَدَفَعَ، وَفِي أَكْبَرِ رَأْيِهِ أَنَّهُ لَيْسَ بِمُصْرِفٍ لَا يَجْزِيهِ إِلَّا إِذَا عَلِمَ أَنَّهُ فَقِيرٌ هُوَ الصَّحِيحُ، وَلَوْ دَفَعَ إِلَى شَخْصٍ ثُمَّ عَلِمَ أَنَّهُ عَبْدُهُ أَوْ مُكَاتَبُهُ لَا يَجْزِيهِ لِانْعِدَامِ التَّمْلِيكِ لِعَدَمِ أَهْلِيَّةِ الْمَلِكِ وَهُوَ الرُّكْنُ عَلَى مَا مَرَّ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٌ) هَذَا عَلَى ثَلَاثَةِ أَوْجُهٍ: إِمَّا أَنْ ظَهَرَ أَنَّهُ كَانَ مَحَلًّا لِلصَّدَقَةِ، أَوْ لَمْ يَظْهَرْ حَالُهُ عِنْدَهُ أَصْلًا، أَوْ ظَهَرَ أَنَّهُ لَمْ يَكُنْ مَحَلًّا لِلصَّدَقَةِ. فَبِالْأَوَّلَيْنِ يَجُوزُ بِالِاتِّفَاقِ، وَفِي الثَّلَاثِ جَازَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ (وَلَا إِعَادَةَ عَلَيْهِ) وَهَلْ يَطِيبُ الْمَقْبُوضُ لِلْقَابِضِ ذَكَرَ الْحَلَوَانِيُّ أَنَّهُ لَا رَوَايَةَ فِيهِ، وَاخْتَلَفُوا فِيهِ، فَعَلَى قَوْلٍ مَنْ لَا يُطِيبُ مَاذَا يَصْنَعُ بِهَا قَبْلَ يَتَصَدَّقُ بِهِ، وَقِيلَ: يَرُدُّهُ عَلَى الْمُعْطِي عَلَى وَجْهِ التَّمْلِيكِ لِيُعِيدَ الْإِيْتَاءَ (وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: عَلَيْهِ الْإِعَادَةُ) وَلَكِنْ لَا يَسْتَرِدُّ مَا أَدَّاهُ (لِظُهُورِ خَطْئِهِ بَيِّنٍ وَإِمْكَانُ الْوُقُوفِ عَلَى هَذِهِ الْأَشْيَاءِ وَصَارَ كَالْأَوَانِي وَالثِّيَابِ) فَإِنَّ الْأَوَانِي الطَّاهِرَةَ إِذَا اخْتَلَطَتْ بِالنَّجَسَةِ، فَإِنْ غَلَبَتِ الطَّاهِرَةُ مِثْلُ أَنْ يَكُونَ إِنَاءَانِ طَاهِرَانِ وَوَاحِدٌ نَجِسٌ، فَإِنَّهُ لَا يَجُوزُ أَنْ يَتْرَكَ التَّحَرِّيَّ، فَإِذَا تَحَرَّى وَتَوَضَّأَ ثُمَّ ظَهَرَ الْخَطَأُ يُعِيدُ الْوُضُوءَ، وَأَمَّا إِذَا غَلَبَتْ النَّجَسَةُ أَوْ تَسَاوَتَا يَتَيَمَّمُ وَلَا يَتَحَرَّى وَأَمَّا الثِّيَابُ الطَّاهِرَةَ إِذَا اخْتَلَطَتْ بِالنَّجَسَةِ وَلَيْسَ ثَمَّةَ عَلَامَةٍ تُعَرِّفُ بِهَا فَإِنَّهُ يَتَحَرَّى مُطْلَقًا، فَإِذَا صَلَّى فِي ثَوْبٍ مِنْهَا بِالتَّحَرِّيِّ ثُمَّ ظَهَرَ خَطْوُهُ أَعَادَ الصَّلَاةَ، وَأَمَّا عَدَمُ اسْتِرْدَادِهِ فَلَأَنَّ فَسَادَ جِهَةِ الرُّكَاءِ لَا يَنْقُضُ الْأَدَاءَ (وَلَهُمَا حَدِيثُ مَعْنٍ بْنِ يَزِيدَ) وَهُوَ مَا رَوَى «أَنْ يَزِيدَ دَفَعَ صَدَقَتَهُ إِلَى رَجُلٍ لِيُدْفَعَهَا إِلَى الْفَقِيرِ فَدَفَعَهَا إِلَى ابْنِهِ مَعْنٍ، فَلَمَّا أَصْبَحَ رَأَاهَا مَعَهُ فَقَالَ: يَا بُنَيَّ وَاللَّهِ مَا إِيَّاكَ أَرَدْتُ، فَاخْتَصَمَا إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: يَا يَزِيدُ لَكَ مَا تَوَيْتَ وَيَا مَعْنُ لَكَ مَا أَخَذْتَ» وَجَوَزَ ذَلِكَ وَلَمْ يَسْتَفْسِرْ أَنَّ الصَّدَقَةَ كَانَتْ فَرِيضَةً أَوْ تَطَوُّعًا، وَذَلِكَ يَدُلُّ عَلَى أَنَّ الْحَالَ لَا تَخْتَلِفُ، أَوْ لَأَنَّ مُطْلَقَ الصَّدَقَةِ يَنْصَرِفُ إِلَى الْفَرِيضَةِ.

وَقَوْلُهُ (وَلَأَنَّ الْوُقُوفَ عَلَى هَذِهِ الْأَشْيَاءِ بِالْاجْتِهَادِ) دَلِيلٌ يَتَضَمَّنُ الْجَوَابَ عَنْ

قَوْلُهُ وَإِمَّا كَانَ الْوُقُوفُ عَلَى هَذِهِ الْأَشْيَاءِ: يَعْنِي سَلَّمْنَا أَنَّ الْوُقُوفَ عَلَى هَذِهِ الْأَشْيَاءِ مُمَكِّنٌ لِكُنْهٖ بِالاجْتِهَادِ دُونَ الْقَطْعِ، وَمَا كَانَ كَذَلِكَ يَنْبَنِي الْأَمْرُ فِيهِ عَلَى مَا يَقَعُ عِنْدَهُ. كَمَا إِذَا اشْتَبَهَتْ عَلَيْهِ الْقِبْلَةُ، فَإِذَا وَقَعَ عِنْدَهُ أَنَّهُ مَصْرَفٌ صَحَّ الْأَدَاءُ لِفُلَانٍ يَلْزَمُ تَكْلِيفُ مَا لَيْسَ فِي الْوُسْعِ (وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ فِي غَيْرِ الْغَنِيِّ) أَيُّ فِيمَا إِذَا ظَهَرَ أَنَّهُ هَاشِمِيٌّ أَوْ كَافِرٌ أَوْ أَنَّهُ أَبُوهُ أَوْ ابْنُهُ (لَا يُجْزِيهِ وَالظَّاهِرُ هُوَ الْأَوَّلُ) يَعْنِي الْإِجْرَاءَ فِي الْكُلِّ.

وَقَوْلُهُ (وَهَذَا) أَيُّ عَدَمِ الْإِعَادَةِ (إِذَا تَحَرَّى) حَاصِلُ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ عَلَى أَرْبَعَةٍ أَوْجُهُ: إِمَّا أَنْ يَدْفَعَ زَكَاةَ مَالِهِ رَجُلًا بِلَا شَكٍّ وَلَا تَحَرٍّ أَوْ شَكٍّ فِي أَمْرِهِ، فَلَا أَوَّلَ يُجْزِيهِ مَا لَمْ يَتَبَيَّنْ أَنَّهُ غَنِيٌّ لِأَنَّ الْفَقِيرَ فِي الْقَابِضِ أَصْلٌ. وَالثَّانِي إِمَّا أَنْ يَتَحَرَّى أَوَّلًا، فَإِنْ لَمْ يَتَحَرَّ لَمْ يُجْزِهِ حَتَّى يَعْلَمَ أَنَّهُ فَقِيرٌ لِأَنَّهُ لَمَّا شَكَّ وَجَبَ عَلَيْهِ التَّحَرِّيُّ كَمَا فِي الصَّلَاةِ، فَإِذَا تَرَكَ بَعْدَ مَا لَزِمَهُ لَمْ يَقَعِ الْمُؤَدَّى مَوْقِعَ الْجَوَازِ إِلَّا إِذَا ظَهَرَ أَنَّهُ فَقِيرٌ لِأَنَّ الْفَقْرَ هُوَ الْمَقْصُودُ وَقَدْ حَصَلَ بِدُونِهِ كَالسَّعْيِ إِلَى الْجُمُعَةِ، وَإِنْ تَحَرَّى وَدَفَعَ فِيمَا أَنْ يَكُونَ فِي أَكْبَرَ رَأْيِهِ أَنَّهُ مَصْرَفٌ أَوْ لَيْسَ بِمَصْرَفٍ، فَإِنْ كَانَ الثَّانِي لَا يُجْزِيهِ إِلَّا إِذَا ظَهَرَ أَنَّهُ فَقِيرٌ، فَإِذَا ظَهَرَ صَحَّ وَهُوَ الصَّحِيحُ.

وَزَعَمَ بَعْضُ مَشَائِخِنَا أَنَّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ لَا يَجُوزُ، كَمَا لَوْ اشْتَبَهَتْ عَلَيْهِ الْقِبْلَةُ فَتَحَرَّى إِلَى جِهَةٍ ثُمَّ أَعْرَضَ عَنِ الْجِهَةِ الَّتِي أَدَّى إِلَيْهَا اجْتِهَادُهُ وَصَلَّى إِلَى جِهَةٍ أُخْرَى، ثُمَّ تَبَيَّنَ أَنَّهُ أَصَابَ الْقِبْلَةَ لَزِمَهُ إِعَادَةُ الصَّلَاةِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ، وَالْأَصَحُّ هُوَ الْفَرْقُ، فَإِنَّ الصَّلَاةَ لَغَيْرِ الْقِبْلَةِ مَعَ الْعِلْمِ لَا تُكُونُ طَاعَةً، فَإِذَا كَانَ عِنْدَهُ أَنَّ فِعْلَهُ مَعْصِيَةٌ لَا يُمَكِّنُ إِسْقَاطُ الْوَاجِبِ عَنْهُ بِهِ، وَأَمَّا التَّصَدُّقُ عَلَى الْغَنِيِّ فَصَحِيحٌ وَلَيْسَ فِيهِ مِنْ مَعْنَى الْمَعْصِيَةِ شَيْءٌ، وَيُمَكِّنُ إِسْقَاطُ الْوَاجِبِ عِنْدَ إِصَابَةِ مَحَلِّهِ بِفِعْلِهِ فَكَانَ الْعَمَلُ بِالتَّحَرِّيِّ لِحُصُولِ الْمَقْصُودِ وَقَدْ حَصَلَ بغيرِهِ، وَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ فَإِنْ ظَهَرَ أَنَّهُ فَقِيرٌ أَوْ لَمْ يَظْهَرْ مِنْ حَالِهِ شَيْءٌ جَازَ بِالِاتِّفَاقِ، وَإِنْ ظَهَرَ أَنَّهُ غَنِيٌّ فَكَذَلِكَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ، وَهُوَ قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ أَوَّلًا.

ثُمَّ قَالَ: تَلَزَمَتْهُ الْإِعَادَةُ كَمَا ذَكَرْنَا وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ. وَقَوْلُهُ (وَهُوَ الرُّكْنُ) أَيُّ التَّمْلِيكِ هُوَ الرُّكْنُ فِي الزَّكَاةِ (كَمَا مَرَّ).

(وَلَا يَجُوزُ دَفْعُ الزَّكَاةِ إِلَى مَنْ يَمْلِكُ نِصَابًا مِنْ أَيِّ مَالٍ كَانَ) لِأَنَّ الْغِنَى الشَّرْعِيَّ

مُقَدَّرٌ بِهِ، وَالشَّرْطُ أَنْ يَكُونَ فَاضِلًا عَنِ الْحَاجَةِ الْأَصْلِيَّةِ وَإِنَّمَا شَرَطَ الْوُجُوبَ (وَيَجُوزُ دَفْعُهَا إِلَى مَنْ يَمْلِكُ أَقَلَّ مِنْ ذَلِكَ وَإِنْ كَانَ صَحِيحًا مُكْتَسِبًا) لِأَنَّهُ فَقِيرٌ وَالْفُقَرَاءُ هُمْ الْمَصَارِفُ، وَلِأَنَّ حَقِيقَةَ الْحَاجَةِ لَا يُوقَفُ عَلَيْهَا فَأَدِيرَ الْحُكْمَ عَلَى دَلِيلِهَا وَهُوَ فَقْدُ النَّصَابِ

الشرح:

قال: (وَلَا يَجُوزُ دَفْعُ الزَّكَاةِ إِلَى مَنْ مَلَكَ نَصَابًا) سَوَاءً كَانَ مِنَ التَّقْوِدِ أَوْ السَّوَائِمِ أَوْ الْعُرُوضِ وَهُوَ فَاضِلٌ عَنْ حَوَائِجِهِ الْأَصْلِيَّةِ كَالَّذِينَ فِي التَّقْوِدِ وَالْاِحْتِيَاجِ إِلَى الْاِسْتِعْمَالِ فِي أَمْرِ الْمَعَاشِ فِي غَيْرِهِمَا لَا يَجُوزُ دَفْعُ الزَّكَاةِ إِلَيْهِ، وَعَنْ هَذَا ذَكَرَ فِي الْمَبْسُوطِ رَجُلٌ لَهُ أَلْفُ دِرْهَمٍ وَعَلَيْهِ دَيْنٌ أَلْفُ دِرْهَمٍ وَلَهُ دَارٌ وَخَادِمٌ وَسِلَاحٌ وَفَرَسٌ لَغَيْرِ التَّجَارَةِ قِيمَتُهَا عَشْرَةُ آلَافٍ دِرْهَمٍ فَلَا زَكَاةَ عَلَيْهِ، لِأَنَّ الدَّيْنَ مَصْرُوفٌ إِلَى الْمَالِ الَّذِي فِي يَدِهِ لِأَنَّهُ فَاضِلٌ عَنْ حَاجَتِهِ مُعَدٌّ لِلتَّقَلُّبِ وَالتَّصَرُّفِ بِهِ، فَكَانَ الدَّيْنُ مَصْرُوفًا إِلَيْهِ. فَأَمَّا الْخَادِمُ وَالدَّارُ وَالفَرَسُ وَالسِّلَاحُ فَمَشْغُولٌ بِحَاجَتِهِ فَلَا يُصَرَّفُ الدَّيْنُ إِلَيْهِ، وَعَلَى هَذَا قَالَ مَشَايِخُنَا إِنَّ الْفَقِيرَ إِذَا مَلَكَ مِنَ الْكُتْبِ مَا يُسَاوِي مَا لَا عَظِيمًا وَلَكِنَّهُ يَحْتَاجُ إِلَيْهَا يَحِلُّ لَهُ أَخْذُ الصَّدَقَةِ إِلَّا أَنْ يَمْلِكَ فَاضِلًا عَنْ حَاجَتِهِ مَا يُسَاوِي مَائَتِي دِرْهَمٍ.

وَقَوْلُهُ (وَإِنَّمَا التَّمَاءُ شَرَطُ الْوُجُوبِ) يَعْنِي أَنَّ الشَّرْطَ فِي عَدَمِ جَوَازِ الدَّفْعِ مِلْكُ النَّصَابِ الْفَاضِلِ عَنْ الْحَوَائِجِ الْأَصْلِيَّةِ تَامِيًا كَانَ أَوْ غَيْرَ تَامٍ، وَإِنَّمَا التَّمَاءُ شَرَطُ وَجُوبِ الزَّكَاةِ (وَيَجُوزُ دَفْعُهَا إِلَى مَنْ يَمْلِكُ أَقَلَّ مِنْ ذَلِكَ وَإِنْ كَانَ صَحِيحًا مُكْتَسِبًا).

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا يَجُوزُ دَفْعُهَا إِلَى الْفَقِيرِ الْكَسُوبِ لِقَوْلِهِ ﷺ «لَا تَحِلُّ الصَّدَقَةُ لِعَنِيٍّ وَلَا لِمَنْ مَرَّةً سَوِيًّا» وَلَنَا أَنَّهُ فَقِيرٌ وَالْفُقَرَاءُ هُمْ الْمَصَارِفُ، وَلِأَنَّ حَقِيقَةَ الْحَاجَةِ لَا يُوقَفُ عَلَيْهَا لَكُونِهَا خَفِيَّةً، وَلَهَا دَلِيلٌ ظَاهِرٌ، وَهُوَ فَقْدُ النَّصَابِ فَيَقَامُ مَقَامُهُ كَمَا فِي الْإِحْبَارِ عَنْ الْمَحَبَّةِ فِيمَا إِذَا قَالَ: إِنْ كُنْتُ تُحِبِّينِي فَأَنْتِ طَالِقٌ: فَقَالَتْ: أُحِبُّكَ وَتَأْوِيلُ مَا رَوَاهُ حُرْمَةُ الطَّلَبِ، أَلَا تَرَى إِلَى مَا رَوَى عَنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ «أَنَّهُ كَانَ يَقْسِمُ الصَّدَقَاتِ فَقَامَ إِلَيْهِ رَجُلَانِ يَسْأَلَانِهِ فَنَظَرَ إِلَيْهِمَا وَرَأَاهُمَا جِلْدَيْنِ فَقَالَ: إِنَّهُ لَا حَقَّ لَكُمَا فِيهِ وَإِنْ شِئْتُمَا أُعْطِيْتُكُمَا» مَعْنَاهُ لَا حَقَّ لَكُمَا فِي السُّؤَالِ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ جَوَزَ الْإِعْطَاءَ إِيَّاهُمَا.

(وَيُكْرَهُ أَنْ يُدْفَعَ إِلَى وَاحِدٍ مَائَتِي دِرْهَمٍ فَصَاعِدًا وَإِنْ دَفَعَ جَارًا) وَقَالَ زُفَرٌ رَحِمَهُ
 اللَّهُ: لَا يَجُوزُ لِأَنَّ الْغَنَى قَارَنَ الْأَدَاءَ فَحَصَلَ الْأَدَاءُ إِلَى الْغَنَى. وَلَنَا أَنَّ الْغَنَى حُكْمُ الْأَدَاءِ
 فَيَتَعَقَّبُهُ لَكِنَّهُ يُكْرَهُ لِقُرْبِ الْغَنَى مِنْهُ كَمَنْ صَلَّى وَيُقْرِبُهُ نَجَاسَةً (قَالَ: وَأَنْ تُغْنِيَ بِهَا
 إِنْسَانًا أَحَبَّ إِلَيَّ) مَعْنَاهُ الْإِغْنَاءُ عَنِ السُّؤَالِ يَوْمَهُ ذَلِكَ لِأَنَّ الْإِغْنَاءَ مُطْلَقًا مَكْرُوهًا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَيُكْرَهُ أَنْ يُدْفَعَ إِلَى وَاحِدٍ مَائَتِي دِرْهَمٍ فَصَاعِدًا) قِيلَ: مَعْنَاهُ إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ
 عِيَالٌ وَلَا دَيْنٌ عَلَيْهِ، فَأَمَّا إِذَا كَانَ مُعِيلاً فَلَا بَأْسَ أَنْ يُعْطِيَهُ مِقْدَارَ مَا لَوْ وَزَّعَهُ عَلَى عِيَالِهِ
 أَصَابَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ دُونَ الْمَائَتَيْنِ لِأَنَّ التَّصَدُّقَ عَلَيْهِ فِي الْمَعْنَى تَصَدَّقُ عَلَيْهِ وَعَلَى
 عِيَالِهِ، وَإِذَا كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ فَلَا بَأْسَ بِأَنْ يُعْطِيَهُ مَائَتَيْنِ أَوْ أَكْثَرَ مِقْدَارَ مَا إِذَا قَضَى بِهِ دَيْنَهُ
 لَهُ دُونَ الْمَائَتَيْنِ، وَكَذَلِكَ ذَكَرَ هَذِهِ الْمَسْأَلَةَ فِي الْمَبْسُوطِ مُفِيدَةً بِهِذَيْنِ الْقَيْدَيْنِ فَقَالَ:
 وَيُكْرَهُ أَنْ يُعْطِيَ رَجُلًا مِنَ الزُّكَاةِ مَائَتِي دِرْهَمٍ إِذَا لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ دَيْنٌ أَوْ لَهُ عِيَالٌ وَقَالَ
 أَبُو يُوسُفَ: لَا بَأْسَ بِإِعْطَاءِ الْمَائَتَيْنِ وَيُكْرَهُ أَنْ يُعْطِيَهُ فَوْقَ الْمَائَتَيْنِ.
 وَقَالَ زُفَرٌ: لَا يَجُوزُ أَنْ يُعْطِيَهُ الْمَائَتَيْنِ، وَجْهٌ قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ: أَنَّ جُزْءًا مِنَ
 الْمَائَتَيْنِ مُسْتَحَقٌّ لِحَاجَتِهِ لِلْحَالِ وَالْبَاقِي دُونَ الْمَائَتَيْنِ فَلَا تُثَبِّتُ بِهِ صِفَةُ الْغَنَى إِلَّا أَنْ يُعْطِيَهُ
 فَوْقَ الْمَائَتَيْنِ.

وَوَجْهٌ قَوْلِ زُفَرٍ: إِنَّ الْغَنَى قَارَنَ الْأَدَاءَ لِأَنَّ الْأَدَاءَ عَلَّةُ الْغَنَى وَالْحُكْمُ يُقَارَنُ الْعِلَّةُ
 كَمَا فِي الْإِسْلَامِ وَغَيْرِهِ فِي أَصُولِ الْفِقْهِ، وَلَنَا مَا ذَكَرَهُ: أَنَّ الْغَنَى حُكْمُ الْأَدَاءِ وَحُكْمُ
 الشَّيْءِ يَعْقُبُهُ، وَاعْتَرَضُوا عَلَيْهِ بِأَنَّ حُكْمَ الْعِلَّةِ الْحَقِيقِيَّةِ لَا يَجُوزُ أَنْ يَتَأَخَّرَ عَنْهَا. كَمَا
 قَالَ زُفَرٌ فَمَا وَجْهٌ هَذَا الْكَلَامِ؟ فَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ: مَعْنَى قَوْلِهِ الْغَنَى حُكْمُ الْأَدَاءِ الْغَنَى
 حُكْمُ الْأَدَاءِ، وَذَلِكَ لِأَنَّ الْأَدَاءَ عَلَّةُ الْمَلِكِ وَالْمَلِكُ عَلَّةُ الْغَنَى، فَكَانَ الْغَنَى مُضَافًا
 إِلَى الْأَدَاءِ لَكِنْ بِوَاسِطَةِ الْمَلِكِ فَكَانَ لِلْعِلَّةِ الْأُولَى وَهِيَ الْأَدَاءُ شُبْهَةُ السَّبَبِ.

وَالسَّبَبُ الْحَقِيقِيُّ هُوَ الَّذِي يَتَقَدَّمُ عَلَى الْحُكْمِ حَقِيقَةً، وَمَا كَانَ يُشْبِهُ السَّبَبَ مِنْ
 الْعِلَلِ لَهُ شُبْهَةُ التَّقَدُّمِ فَكَانَ هَذَا مِنْ قَبِيلِ شِرَاءِ الْقَرِيبِ لِلْإِعْتِقَادِ، فَإِنَّ الشِّرَاءَ عَلَّةٌ
 لِلْمَلِكِ، وَالْمَلِكُ فِي الْقَرِيبِ عَلَّةُ الْعِتْقِ بِالْحَدِيثِ، فَكَانَ الْعِتْقُ حُكْمٌ حُكْمُ الشِّرَاءِ فَلِذَلِكَ

جَازَتْ نِيَّةُ الْكَفَّارَةِ عِنْدَ الشَّرَاءِ لَشُبْهَةِ تَقَدُّمِ الشَّرَاءِ عَلَى الْعِتْقِ بِوُجُودِ الْوَاسِطَةِ، وَلَيْسَ فِي كَلَامِ الْمُصَنِّفِ مَا يُشْعِرُ بِهِ. وَقَالَ فَخْرُ الْإِسْلَامِ: الْأَدَاءُ يُلَاقِي الْفَقْرَ وَإِنَّمَا يَثْبُتُ الْغِنَى بِحُكْمِهِ وَحُكْمُ الشَّيْءِ لَا يَصْلُحُ مَانِعًا لَأَنَّ الْمَانِعَ مَا يَسْبِقُهُ لَا مَا يَلْحَقُهُ، وَالْجَوَازُ لَا يَحْتَمِلُ الْبُطْلَانَ لَأَنَّ الْبَقَاءَ يَسْتَعْنِي عَنِ الْفَقْرِ، وَهَذَا يُشِيرُ إِلَى التَّأَخُّرِ كَمَا تَرَى، وَالْحُكْمُ لَا يَتَأَخَّرُ عَنِ الْعِلَّةِ الْحَقِيقَةِ.

وَأَقُولُ: الْحُكْمُ يَتَعَقَّبُ الْعِلَّةَ فِي الْعَقْلِ وَيُقَارِنُهَا فِي الْوُجُودِ، فَبِالنَّظَرِ إِلَى التَّأَخُّرِ الْعَقْلِيِّ جَازَ، وَبِالنَّظَرِ إِلَى التَّفَارُقِ الْخَارِجِيِّ يُكْرَهُ، وَلَعَلَّهُ الْمُرَادُ بِقَوْلِهِ لِقُرْبِهِ مِنْهُ. وَقَوْلُهُ (وَأَنْ تُغْنِيَ بِهَا إِنْسَانًا أَحَبُّ إِلَيَّ) هَذَا خَطَابُ أَبِي حَنِيفَةَ لِأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ، وَإِنَّمَا صَارَ هَذَا أَحَبَّ لَأَنَّ فِيهِ صِيَانَةَ الْمُسْلِمِ عَنْ ذُلِّ السُّؤَالِ مَعَ أَدَاءِ الزَّكَاةِ، وَهَذَا قَالُوا: إِنْ مَنْ أَرَادَ أَنْ يَتَصَدَّقَ بِدِرْهَمٍ فَاشْتَرَى بِهِ فُلُوسًا فَفَرَّقَهَا فَقَدْ قَصَرَ فِي أَمْرِ الصَّدَقَةِ (وَمَعْنَاهُ الْإِغْنَاءُ عَنِ السُّؤَالِ فِي يَوْمِهِ) لَا أَنْ يُمْلِكَهُ نَصَابًا (لَأَنَّ الْإِغْنَاءَ مُطْلَقًا مَكْرُوهٌ) كَمَا تَقَدَّمَ. وَيَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ مُرَادُهُ إِذَا لَمْ يَكُنْ مَدْيُونًا أَوْ مُعِيلاً عَلَى مَا تَقَدَّمَ

قَالَ (وَيُكْرَهُ نَقْلُ الزَّكَاةِ مِنْ بَلَدٍ إِلَى بَلَدٍ) وَإِنَّمَا تَفَرَّقَ صَدَقَتُ كُلِّ هَرِيقٍ فِيهِمْ لَمَّا رَوَيْنَا مِنْ حَدِيثِ مُعَاذٍ رضي الله عنه، وَفِيهِ رِعَايَةُ حَقِّ الْجَوَارِ (إِلَّا أَنْ يَنْقُلَهَا الْإِنْسَانُ إِلَى قَرَابَتِهِ أَوْ إِلَى قَوْمٍ هُمْ أَحْوَجُ مِنْ أَهْلِ بَلَدِهِ) لَمَّا فِيهِ مِنَ الصَّلَةِ أَوْ زِيَادَةِ دَفْعِ الْحَاجَةِ، وَلَوْ نَقَلَ إِلَى غَيْرِهِمْ أَجْزَاءَهُ، وَإِنْ كَانَ مَكْرُوهًا لَأَنَّ الْمَصْرِفَ مُطْلَقُ الْفُقَرَاءِ بِالنَّصِّ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَيُكْرَهُ نَقْلُ الزَّكَاةِ مِنْ بَلَدٍ إِلَى بَلَدٍ) قَالَ الْإِمَامُ أَبُو الْحَسَنِ الْقُدُورِيُّ: يُكْرَهُ نَقْلُ الزَّكَاةِ إِلَى بَلَدٍ آخَرَ، وَهَذَا إِذَا لَمْ يَنْقُلْ إِلَى قَرَابَتِهِ أَوْ إِلَى قَوْمٍ هُمْ أَحْوَجُ مِنْ أَهْلِ بَلَدِهِ، أَمَّا إِذَا نَقَلَ إِلَيْهِمْ فَإِنَّهُ يَجُوزُ بِلا كَرَاهَةٍ، أَمَّا الْجَوَازُ فِي الصُّورَةِ الْأُولَى فَلَأَنَّ الْمَصْرِفَ مُطْلَقُ الْفُقَرَاءِ بِالنَّصِّ.

وَأَمَّا الْكَرَاهَةُ فَلِحَدِيثِ مُعَاذٍ، وَلَأَنَّ فِي النَّقْلِ تَرْكَ رِعَايَةِ حَقِّ الْجَوَارِ، وَأَمَّا عَدَمُ الْكَرَاهَةِ فِيمَا إِذَا نَقَلَ إِلَى قَرَابَتِهِ فَلَمَّا فِيهِ مِنْ أَجْرِ الصَّدَقَةِ وَأَجْرِ صَلَةِ الرَّحِمِ، وَأَمَّا إِلَى قَوْمٍ هُمْ أَحْوَجُ مِنْ أَهْلِ بَلَدِهِ فَلَأَنَّ الْمَقْصُودَ سَدُّ خَلَّةِ الْفَقِيرِ فَمَنْ كَانَ أَحْوَجَ كَانَ أَوْلَى، وَقَدْ صَحَّ عَنْ مُعَاذٍ رضي الله عنه أَنَّهُ كَانَ يَقُولُ بِالْيَمِينِ: ائْتُونِي بِخَمِيسٍ أَوْ لَيْسَ آخِذُهُ مِنْكُمْ فِي

الصَّدَقَةِ، فَإِنَّهُ أَيْسَرُ عَلَيْكُمْ وَأَنْفَعُ لِلْمُهَاجِرِينَ بِالْمَدِينَةِ، وَالْخَمِيسُ الثَّوْبُ الصَّغِيرُ طُولُهُ خَمْسَةُ أَذْرُعٍ، وَاللَّيْسُ الْخَلْقُ، وَطُولُهَا بِالْفَرْقِ بَيْنَ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ وَبَيْنَ صَدَقَةِ الْفِطْرِ فِي أَنَّهُ أُعْتَبِرَ هَاهُنَا مَكَانُ الْمَالِ وَفِي صَدَقَةِ الْفِطْرِ مَنْ تَجِبُ عَلَيْهِ فِي ظَاهِرِ الرَّوَايَةِ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ وَجُوبَ الصَّدَقَةِ عَلَى الْمَوْلَى فِي ذِمَّتِهِ عَنْ رَأْسِهِ فَحَيْثُ كَانَ رَأْسُهُ وَجَبَتْ عَلَيْهِ، وَرَأْسُ مَمَالِيكِهِ فِي حَقِّهِ كَرَأْسِهِ فِي وَجُوبِ الْمُؤْنَةِ الَّتِي هِيَ سَبَبُ الصَّدَقَةِ فَيَجِبُ حَيْثُمَا كَانَتْ رُءُوسُهُمْ، وَأَمَّا الزَّكَاةُ فَإِنَّهَا تَجِبُ فِي الْمَالِ وَلِهَذَا إِذَا هَلَكَ الْمَالُ سَقَطَتْ فَاعْتَبِرَ بِمَكَانِهِ.

بَابُ صَدَقَةِ الْفِطْرِ

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ: (صَدَقَةُ الْفِطْرِ وَاجِبَةٌ عَلَى الْحُرِّ الْمُسْلِمِ إِذَا كَانَ مَالِكًا لِمَقْدَارِ النَّصَابِ فَاضِلًا عَنْ مَسْكَنِهِ وَثِيَابِهِ وَأَتَانِهِ وَفَرَسِهِ وَسِلَاحِهِ وَعَبِيدِهِ) أَمَّا وَجُوبُهَا فَلَقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ فِي خُطْبَتِهِ «أَدُّوا عَنْ كُلِّ حُرٍّ وَعَبْدٍ صَغِيرٍ أَوْ كَبِيرٍ نِصْفَ صَاعٍ مِنْ بُرٍّ أَوْ صَاعًا مِنْ تَمَرٍ أَوْ صَاعًا مِنْ شَعِيرٍ»^(١) رَوَاهُ ثَعْلَبَةُ بْنُ صُعَيْرٍ الْعَدَوِيُّ أَوْ صُعَيْرُ الْعَدْرِيِّ رضي الله عنه، وَبِمِثْلِهِ يَثْبُتُ الْوَجُوبُ لِعَدَمِ الْقَطْعِ.

الشرح:

(بَابُ صَدَقَةِ الْفِطْرِ): صَدَقَةُ الْفِطْرِ لَهَا مُنَاسَبَةٌ بِالزَّكَاةِ وَالصَّوْمِ، أَمَّا بِالزَّكَاةِ فَلِأَنَّهَا مِنْ الْوُظَائِفِ الْمَالِيَّةِ مَعَ انْحِطَاطِ دَرَجَتِهَا عَنْ الزَّكَاةِ، وَأَمَّا بِالصَّوْمِ فَبِاعْتِبَارِ التَّرْتِيبِ الْوُجُودِيِّ فَإِنَّ شَرْطَهَا الْفِطْرُ وَهُوَ بَعْدَ الصَّوْمِ.

قَالَ صَاحِبُ النَّهَائِيَةِ: وَإِنَّمَا رَجَّحَ هَذَا التَّرْتِيبَ لِمَا أَنَّ الْمَقْصُودَ مِنَ الْكَلَامِ هُوَ الْمُضَافُ لَا الْمُضَافُ إِلَيْهِ، خُصُوصًا إِذَا كَانَ مُضَافًا إِلَى شَرْطِهِ، وَالصَّدَقَةُ عَطِيَّةٌ يُرَادُ بِهَا الْمُثُوبَةُ مِنَ اللَّهِ تَعَالَى سُمِّيَتْ بِهَا لِأَنَّ بِهَا يَظْهَرُ صِدْقُ الرَّغْبَةِ فِي تِلْكَ الْمُثُوبَةِ كَالصَّدَاقِ يَظْهَرُ بِهِ صِدْقُ رَغْبَةِ الرَّجُلِ فِي الْمَرْأَةِ.

قَالَ (صَدَقَةُ الْفِطْرِ وَاجِبَةٌ) الْوَجُوبُ هَهُنَا عَلَى مَعْنَاهُ الْإِصْطِلَاحِيِّ، وَهُوَ مَا يَثْبُتُ بِدَلِيلٍ فِيهِ شُبْهَةٌ عَلَى مَا ذُكِرَ فِي الْكِتَابِ. وَقَوْلُهُ (فَاضِلًا عَنْ مَسْكَنِهِ) قَالَ فِي النَّهَائِيَةِ:

(١) أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ فِي سَنَنِهِ (١٦٢٠)، وَأَخْرَجَهُ الدَّارَقُطْنِيُّ (١٤٨/٢)، وَانْظُرْ نَصْبَ الرَّايَةِ

حَتَّى لَوْ كَانَ لَهُ دَارَانِ دَارٌ يَسْكُنُهَا وَأُخْرَى لَا يَسْكُنُهَا وَيُؤْجِرُهَا أَوْ لَا يُؤْجِرُهَا يُعْتَبَرُ قِيمَتُهَا فِي الْغِنَى حَتَّى لَوْ كَانَتْ قِيمَتُهَا مِائَتِي دِرْهَمٍ وَجَبَ عَلَيْهِ صَدَقَةُ الْفِطْرِ.

وَقَوْلُهُ (وَعَيْدُهُ) يَعْنِي الَّتِي لِلْخِدْمَةِ فَإِنَّ الَّتِي تُكُونُ لِلتَّجَارَةِ فِيهَا الزَّكَاةُ. وَقَوْلُهُ (صَغِيرٌ أَوْ كَبِيرٌ) صِفَتَانِ لِعَبْدٍ، وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَا صِفَتَيْنِ لِحُرٍّ وَعَبْدٌ لِأَنَّهُ لَا تَجِبُ صَدَقَةُ الْفِطْرِ عَنْ وَلَدِهِ الْكَبِيرِ، وَفِي الْحَدِيثِ بَيَانٌ لَوْجُوبِهَا وَسَبَبُ وَجُوبِهَا وَشَرْطُهَا وَمِقْدَارُ الْوَاجِبِ وَبَيَانٌ مَنْ تَجِبُ عَلَيْهِ وَمَنْ تَجِبُ عَنْهُ. وَقَوْلُهُ (رَوَاهُ ثَعْلَبَةُ بْنُ صُعَيْرٍ الْعَدَوِيُّ أَوْ صُعَيْرُ الْعَدْرِيِّ) قَالَ الْإِمَامُ حُمَيْدُ الدِّينِ الضَّرِيرُ رَحِمَهُ اللَّهُ: الْعَدْرِيُّ يَعْنِي بِالْعَيْنِ وَالذَّالِ الْمُعْجَمَةِ أَصَحُّ مَنْسُوبٌ إِلَى بَنِي عُذْرَةَ اسْمُ قَبِيلَةٍ، وَالْعَدَوِيُّ مَنْسُوبٌ إِلَى عَدِيٍّ وَهُوَ جَدُّهُ، وَأَهْلُ الْحَدِيثِ يَقُولُونَهُ كُنْيَةً أَبِي صُعَيْرٍ الْعَدْرِيِّ.

وَشَرْطُ الْحُرِّيَّةِ لِيَتَحَقَّقَ التَّمْلِكُ وَالْإِسْلَامُ لِيَقَعَ قُرْبَةً، وَالْيَسَارُ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «لَا صَدَقَةَ إِلَّا عَنْ ظَهْرٍ غَنَى» وَهُوَ حُجَّةٌ عَلَى الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي قَوْلِهِ: تَجِبُ عَلَى مَنْ يَمْلِكُ زِيَادَةً عَنْ قُوَّتِ يَوْمِهِ لِنَفْسِهِ وَعِيَالِهِ، وَقَدَّرَ الْيَسَارَ بِالنِّصَابِ لِتَقْدِيرِ الْغِنَى فِي الشَّرْعِ بِهِ فَاضِلًا عَمَّا ذُكِرَ مِنَ الْأَشْيَاءِ لِأَنَّهَا مُسْتَحَقَّةٌ بِالْحَاجَةِ الْأَصْلِيَّةِ، وَالْمُسْتَحَقُّ بِالْحَاجَةِ الْأَصْلِيَّةِ كَالْعَدُومِ وَلَا يُشْتَرَطُ فِيهِ التَّمَوُّ، وَيَتَعَلَّقُ بِهَذَا النِّصَابِ حِرْمَانُ الصَّدَقَةِ وَوَجُوبُ الْأُضْحِيَّةِ وَالْفِطْرَةِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ «لَا صَدَقَةَ إِلَّا عَنْ ظَهْرٍ غَنَى» أَيُّ صَادِرَةً عَنْ غِنَى، فَالظُّهْرُ فِيهِ مَقْحَمٌ كَمَا فِي ظَهْرِ الْقَلْبِ الْغَيْبُ (وَهُوَ) أَيُّ الْحَدِيثُ (حُجَّةٌ عَلَى الشَّافِعِيِّ فِي إِجَابِهِ عَلَى مَنْ يَمْلِكُ الزِّيَادَةَ عَلَى قُوَّتِ يَوْمِهِ لِنَفْسِهِ وَعِيَالِهِ) اسْتِدْلَالًا بِمَا ذُكِرَ فِي آخِرِ حَدِيثِ ابْنِ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا غَنَى أَوْ فَقِيرٌ، لِأَنَّهُ مَحْمُولٌ إِمَّا عَلَى مَا كَانَ فِي الْإِبْتِدَاءِ ثُمَّ أُتْسِخَ بِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «إِنَّمَا الصَّدَقَةُ مَا كَانَ عَنْ ظَهْرٍ غَنَى» وَإِمَّا عَلَى النَّدْبِ؛ لِأَنَّهُ قَالَ فِي آخِرِهِ «أَمَّا غَنِيكُمْ فَيُزَكِّيهِ اللَّهُ، وَأَمَّا فَقِيرُكُمْ فَيُعْطِيهِ اللَّهُ أَفْضَلَ مِمَّا أُعْطِيَ».

وَقَوْلُهُ (وَقَدَّرَ الْيَسَارَ بِالنِّصَابِ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (وَلَا يُشْتَرَطُ فِيهِ التَّمَوُّ) أَيُّ لَا يُشْتَرَطُ أَنْ يَكُونَ النِّصَابُ بِمَالٍ نَامٍ لِأَنَّهَا وَجَبَتْ بِالْقُدْرَةِ الْمُمْكِنَةِ، وَالتَّمَوُّ إِنَّمَا يُشْتَرَطُ

فِيمَا يَكُونُ وَجُوبُهُ بِالْقُدْرَةِ الْمُسْرَةِ كَالزَّكَاةِ عَلَى مَا عُرِفَ فِي الْأَصُولِ.
 وَقَوْلُهُ (وَيَتَعَلَّقُ بِهَذَا النَّصَابِ) يُشِيرُ إِلَى وُجُودِ نَصِيبٍ قِلٍ وَهِيَ ثَلَاثَةٌ: نِصَابٌ
 يُشْتَرَطُ فِيهِ النَّمَاءُ تَعَلُّقٌ بِهِ الزَّكَاةُ وَسَائِرُ الْأَحْكَامِ الْمُتَعَلِّقَةِ بِالْمَالِ وَقَدْ تَقَدَّمَ بَيَانُهُ وَنِصَابٌ
 يَجِبُ بِهِ أَحْكَامُ أَرْبَعَةٍ: حُرْمَةُ الصَّدَقَةِ، وَوُجُوبُ الْأُضْحِيَّةِ، وَصَدَقَةُ الْفِطْرِ، وَتَفَقَّاتُ
 الْأَقَارِبِ، وَلَا يُشْتَرَطُ فِيهِ النَّمَاءُ لَا بِالتَّجَارَةِ وَلَا بِالْحَوْلِ. وَنِصَابٌ يَثْبُتُ بِهِ حُرْمَةُ
 السُّؤَالِ وَهُوَ مَا إِذَا كَانَ عِنْدَهُ قُوَّةُ يَوْمِهِ عِنْدَ بَعْضٍ. وَقَالَ بَعْضُهُمْ: أَنْ يَمْلِكَ خَمْسِينَ
 دِرْهَمًا.

قَالَ (يُخْرِجُ ذَلِكَ عَنْ نَفْسِهِ) لِحَدِيثِ ابْنِ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا قَالَ «فَرَضَ رَسُولُ
 اللَّهِ ﷺ زَكَاةَ الْفِطْرِ عَلَى الذَّكَرِ وَالْأُنْثَى» الْحَدِيثُ (و) يُخْرِجُ عَنْ (أَوْلَادِهِ الصِّغَارِ) لِأَنَّ
 السَّبَبَ رَأْسُ يَمُونُهُ وَيَلِي عَلَيْهِ لِأَنَّهَا تُضَافُ إِلَيْهِ يُقَالُ زَكَاةُ الرَّأْسِ، وَهِيَ أَمَارَةُ السَّبَبِيَّةِ،
 وَالْإِضَافَةُ إِلَى الْفِطْرِ بِاعْتِبَارِ أَنَّهُ وَقْتُهُ، وَلِهَذَا تَتَعَدَّدُ بِتَعَدُّدِ الرَّأْسِ مَعَ اتِّحَادِ الْيَوْمِ، وَالْأَصْلُ
 فِي الْوُجُوبِ رَأْسُهُ وَهُوَ يَمُونُهُ وَيَلِي عَلَيْهِ فَيَلْحَقُ بِهِ مَا هُوَ فِي مَعْنَاهُ كَأَوْلَادِهِ الصِّغَارِ لِأَنَّهُ
 يَمُونُهُمْ وَيَلِي عَلَيْهِمْ (وَمَمَالِيكِهِ) لِقِيَامِ الْوِلَايَةِ وَالْمُوْتَةِ، وَهَذَا إِذَا كَانُوا لِلْخِدْمَةِ وَلَا مَالٌ
 لِلصِّغَارِ، فَإِنْ كَانَ لَهُمْ مَالٌ يُؤَدِّي مِنْ مَالِهِمْ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ
 تَعَالَى خِلَافًا لِمُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ لِأَنَّ الشَّرْعَ أَجْرَاهُ مَجْرَى الْمُوْتَةِ فَأَشْبَهَ النِّفْقَةَ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (يُخْرِجُ ذَلِكَ) أَيِ الْمِقْدَارِ الْمَذْكُورِ (عَنْ نَفْسِهِ) لِحَدِيثِ ابْنِ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ
 عَنْهُمَا قَالَ: «فَرَضَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ زَكَاةَ الْفِطْرِ عَلَى الذَّكَرِ وَالْأُنْثَى» وَالْحُرُّ وَالْمَمْلُوكُ
 صَاعًا مِنْ تَمْرٍ أَوْ صَاعًا مِنْ شَعِيرٍ فَعَدَلَ النَّاسُ بِهِ نِصْفَ صَاعٍ مِنْ بُرٍّ. وَقَوْلُهُ (لِأَنَّ
 السَّبَبَ رَأْسُ يَمُونُهُ وَيَلِي عَلَيْهِ لِأَنَّهُ يُضَافُ إِلَيْهِ يُقَالُ زَكَاةُ الرَّأْسِ وَهِيَ) أَيِ الْإِضَافَةِ
 (أَمَارَةُ السَّبَبِيَّةِ) لِأَنَّ الْإِضَافَةَ لِلَاخْتِصَاصِ. وَأَقْوَى وَجُوهِهِ إِضَافَةُ الْمُسَبَّبِ إِلَى سَبَبِهِ
 لِحُدُوثِهِ بِهِ.

فَإِنْ قِيلَ: لَوْ كَانَتْ الْإِضَافَةُ أَمَارَةَ السَّبَبِيَّةِ لَكَانَ الْفِطْرُ سَبَبًا لِإِضَافَتِهَا إِلَيْهِ يُقَالُ:
 صَدَقَةُ الْفِطْرِ وَلَيْسَ كَذَلِكَ عِنْدَكُمْ. أَجَابَ بِقَوْلِهِ (وَالْإِضَافَةُ إِلَى الْفِطْرِ بِاعْتِبَارِ أَنَّهُ وَقْتُهُ)
 فَكَانَتْ إِضَافَةً مَجَازِيَّةً (وَلِهَذَا تَتَعَدَّدُ) الصَّدَقَةُ بِتَعَدُّدِ الرَّأْسِ مَعَ اتِّحَادِ الْيَوْمِ فَعُلِمَ أَنَّ

الرَّأْسُ هُوَ السَّبَبُ دُونَ الْوَقْتِ فَإِنْ قِيلَ: قَدْ يَتَكَرَّرُ بِتَكَرُّرِ الْوَقْتِ فِي السَّنَةِ الثَّانِيَةِ وَالثَّلَاثَةِ وَهَلُمَّ جَزْأً مَعَ اتِّحَادِ الرَّأْسِ وَلَوْ كَانَ الرَّأْسُ هُوَ السَّبَبُ لَمَا كَانَ الْوُجُوبُ مُتَكَرِّرًا مَعَ اتِّحَادِهِ. أُجِيبَ: بِأَنَّ الرَّأْسَ إِنَّمَا جُعِلَ سَبَبًا بِوَصْفِ الْمُؤْتَةِ وَهِيَ تَتَكَرَّرُ بِمُضِيِّ الزَّمَانِ فَصَارَ الرَّأْسُ بِاعْتِبَارِ تَكَرُّرِ وَصْفِهِ كَالْمُتَكَرِّرِ بِنَفْسِهِ حُكْمًا فَكَانَ السَّبَبُ هُوَ التَّكَرُّرُ حُكْمًا.

وَقَوْلُهُ (وَالْأَصْلُ فِي الْوُجُوبِ رَأْسُهُ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (وَمَمَالِكُهُ) بِالْجَرِّ يَتَنَاوَلُ الْعَبِيدَ وَالْمُدَبِّرِينَ وَأُمَمَاتِ الْأَوْلَادِ دُونَ الْمُكَاتِبِينَ عَلَى مَا سَنَدُّكُرُهُ. وَقَوْلُهُ (فَإِنْ كَانَ لَهُمْ مَالٌ يُؤَدِّي مِنْ مَالِهِمْ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ) وَهُوَ اسْتِحْسَانٌ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ وَهُوَ قَوْلُ زُفَرٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ: وَهُوَ الْقِيَاسُ لَا يُؤَدِّي إِلَّا مِنْ مَالِ نَفْسِهِ، وَلَوْ أَدَّى مِنْ مَالِ الصَّغِيرِ ضَمِنَ لِأَنَّهَا زَكَاةٌ فِي الشَّرِيعَةِ كَزَكَاةِ الْمَالِ، فَلَا تَجِبُ عَلَى الصَّغِيرِ وَلِأَنَّهَا عِبَادَةٌ وَالصَّغِيرُ لَيْسَ بِأَهْلٍ لَوُجُوبِهَا.

وَجَهُّ الاسْتِحْسَانِ أَنَّ الشَّرْعَ أَجْرَاهُ مَجْرَى الْمُؤْتَةِ حَيْثُ أَوْجَبَ عَلَى الْإِنْسَانِ مِنْ جِهَةٍ غَيْرِهِ فَأَشْبَهَ التَّفَقُّةَ، وَتَفَقَّ الصَّغِيرُ فِي مَالِهِ إِذَا كَانَ لَهُ مَالٌ وَكَمَا يُؤَدِّي عَنْ الصَّغِيرِ مِنْ مَالِهِ فَكَذَلِكَ عَنْ مَمَالِكِ الصَّغِيرِ وَالْمَجْنُونِ فِي ذَلِكَ بِمَنْزِلَةِ الصَّغِيرِ.

(وَلَا يُؤَدِّي عَنْ زَوْجَتِهِ) لِقُصُورِ الْوِلَايَةِ وَالْمُؤْتَةِ فَإِنَّهُ لَا يَلِيهَا فِي غَيْرِ حُقُوقِ النِّكَاحِ وَلَا يُمَوِّئُهَا فِي غَيْرِ الرِّوَاتِبِ كَالْمُدَاوَاةِ. (وَلَا عَنْ أَوْلَادِ الْكِبَارِ وَإِنْ كَانُوا فِي عِيَالِهِ) لِانْعِدَامِ الْوِلَايَةِ وَلَوْ أَدَّى عَنْهُمْ أَوْ عَنْ زَوْجَتِهِ بِغَيْرِ أَمْرِهِمْ أَجْزَاهُ اسْتِحْسَانًا لثُبُوتِ الْإِذْنِ عَادَةً.

الشرح:

قَالَ (وَلَا يُؤَدِّي عَنْ زَوْجَتِهِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يَجِبُ عَلَى الرَّجُلِ أَنْ يُؤَدِّيَ صَدَقَةَ الْفِطْرِ عَنْ زَوْجَتِهِ لِقَوْلِهِ ﷺ «أَدُّوا عَمَّنْ تُمَوِّئُونَ». وَهُوَ يُمَوِّئُ زَوْجَتَهُ، وَلَنَا مَا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ وَوَجْهُهُ: أَنَّهُ ﷺ ذَكَرَ الْمُؤْتَةَ مُطْلَقَةً، وَالْمُطْلَقُ يَنْصَرِفُ إِلَى الْكَامِلِ وَلَيْسَ عَلَيْهِ مُؤْتَتُهَا كَامِلَةً لِأَنَّهُ يُمَوِّئُهَا فِي غَيْرِ الرِّوَاتِبِ كَالْمُدَاوَاةِ، وَكَذَلِكَ لَا بُدَّ مِنَ الْوِلَايَةِ، وَلَيْسَ لَهُ عَلَيْهَا وِلَايَةٌ فِي حُقُوقِ النِّكَاحِ. (وَلَا) يُؤَدِّي (عَنْ أَوْلَادِهِ الْكِبَارِ وَإِنْ كَانُوا فِي عِيَالِهِ) بِأَنْ يَكُونُوا فَقَرَاءَ زَمَنِي لِأَنَّهُ لَا يَسْتَحِقُّ عَلَيْهِمْ وِلَايَةً فَصَارُوا كَالْأَجَانِبِ. وَقَوْلُهُ (وَلَوْ أَدَّى عَنْهُمْ) ظَاهِرٌ، وَهُوَ اسْتِحْسَانٌ، وَالْقِيَاسُ أَنْ لَا يَصِحَّ كَمَا إِذَا أَدَّى الزَّكَاةَ بِغَيْرِ

إِذْنَهَا. وَجْهُ الاسْتِحْسَانِ أَنَّ الصَّدَقَةَ فِيهَا مَعْنَى الْمُؤَنَةِ فَيَجُوزُ أَنْ تَسْقُطَ بِأَدَاءِ الْغَيْرِ وَإِنْ لَمْ يُوْجَدْ الإِذْنُ صَرِيحًا، وَفِي الْعَادَةِ أَنَّ الزَّوْجَ هُوَ الَّذِي يُؤَدِّي عَنْهَا فَكَانَ الإِذْنُ ثَابِتًا عَادَةً، بِخِلَافِ الرِّكَاءَةِ فَإِنَّهَا عِبَادَةٌ مَحْضَةٌ لَا تَصِحُّ بِدُونِ الإِذْنِ صَرِيحًا

(وَلَا يُخْرِجُ (عَنْ مَكَاتِبِهِ) لِعَدَمِ الْوِلَايَةِ وَلَا الْمَكَاتِبِ عَنْ نَفْسِهِ لِفَقْرِهِ. وَفِي الْمُدَبِّرِ
وَأَمُّ الْوَلَدِ وَوَلَايَةُ الْمَوْلَى ثَابِتَةٌ فَيُخْرِجُ عَنْهُمَا.

الشرح:

(وَلَا يُخْرِجُ عَنْ مَكَاتِبِهِ لِعَدَمِ الْوِلَايَةِ) وَلَئِنَّهُ لَا يُمَوَّنُهُ (وَلَا الْمَكَاتِبُ عَنْ نَفْسِهِ لِفَقْرِهِ) لِأَنَّهُ مَمْلُوكٌ مَالًا. وَمَنْ كَانَ كَذَلِكَ لَيْسَ مِنْ أَهْلِ مِلْكِ الْمَالِ. وَقَدْ قَرَّرْنَاهُ فِي التَّقْرِيرِ عَلَى وَجْهِ لَمْ يُسَبِّقْ إِلَيْهِ فَلْيُطْلَبْ ثَمَّة. (وَفِي الْمُدَبِّرِ وَأَمُّ الْوَلَدِ وَوَلَايَةُ الْمَوْلَى ثَابِتَةٌ) لِأَنَّهَا لَا تُعَدُّ بِالتَّذْيِيرِ وَالِاسْتِيلَادِ وَإِنَّمَا تَحْتَلُّ الْمَالِيَّةُ وَلَا عِبْرَةٌ بِهَا هَاهُنَا لِأَنَّهُ يُؤَدِّي عَنْ نَفْسِهِ وَأَوْلَادِهِ الصَّغَارِ وَلَا مَالِيَّةٌ فِيهِمْ

(وَلَا يُخْرِجُ (عَنْ مَمَالِكِهِ لِلتَّجَارَةِ) خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ فَإِنَّ عِنْدَهُ وَجُوبَهَا عَلَى الْعَبْدِ وَوُجُوبَ الزَّكَاةِ عَلَى الْمَوْلَى فَلَا تَنَافِي، وَعِنْدَنَا وَجُوبُهَا عَلَى الْمَوْلَى بِسَبَبِهِ
كَالزَّكَاةِ فَيُؤَدِّي إِلَى الثَّنِيِّ

الشرح:

(وَلَا يُخْرِجُ عَنْ مَمَالِكِهِ لِلتَّجَارَةِ) خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ فَإِنَّ عِنْدَهُ وَجُوبَهَا عَلَى الْعَبْدِ وَوُجُوبَ الزَّكَاةِ عَلَى الْمَوْلَى) فَهُمَا حَقَّانِ ثَابِتَانِ فِي مَحَلِّينِ مُخْتَلِفَيْنِ (فَلَا تَنَافِي) بَيْنَهُمَا فَجَازَ اجْتِمَاعُهُمَا (وَعِنْدَنَا وَجُوبُهَا عَلَى الْمَوْلَى بِسَبَبِ الْعَبْدِ كَالزَّكَاةِ) فَلَوْ أَوْجَبْنَاهَا عَلَيْهِ أَدَّى إِلَى الثَّنِيِّ وَهُوَ لَا يَجُوزُ لِإِطْلَاقِ قَوْلِهِ ﷺ «لَا ثَنِيًّا فِي الصَّدَقَةِ» وَالثَّنِيُّ مَكْسُورٌ مَقْصُورٌ: أَيُّ لَا تُؤْخَذُ فِي السَّنَةِ مَرَّتَيْنِ. فَإِنْ قِيلَ: سَبَبُ الزَّكَاةِ فِيهِمْ الْمَالِيَّةُ وَسَبَبُ الصَّدَقَةِ مُؤَنَةُ رَعُوسِهِمْ وَمَحَلُّ الزَّكَاةِ بَعْضُ النَّصَابِ، وَمَحَلُّ الصَّدَقَةِ الذَّمَّةُ، فَإِذَا هُمَا حَقَّانِ مُخْتَلِفَانِ سَبَبًا وَمَحَلًّا فَلَا يُؤَدِّي إِلَى الثَّنِيِّ لِأَنَّ الثَّنِيَ عِبَارَةٌ عَنْ ثَنِيَّةِ الشَّيْءِ الْوَاحِدِ وَهُمَا شَيْئَانِ فَكَانَا كَتَفَقَةٍ عِبِيدِ التَّجَارَةِ مَعَ الزَّكَاةِ. أُجِيبَ بِأَنَّ الشَّرْعَ بَنَى هَذِهِ الصَّدَقَةَ عَلَى الْمُؤَنَةِ فَقَالَ: «أَدُّوا عَمَّنْ تَمُوتُونَ» وَهَذِهِ الْعِبِيدُ مُعَدَّةٌ لِلتَّجَارَةِ لَا لِلْمُؤَنَةِ، وَالثَّفَقَةُ الَّتِي يَعْرِمُهَا فِيهِمْ لَطَلَبُ الزِّيَادَةِ مِنْهُمْ فَتَكُونُ سَاقِطَةً الْعِبْرَةِ بِحُكْمِ الْقَصْدِ، أَلَا تَرَى أَنَّ

الْمُضَارِبَ يَمْلِكُ هَذَا الْإِتِّفَاقَ وَهُوَ غَيْرُ مَأْذُونٍ إِلَّا بِالتَّجَارَةِ، وَإِذَا سَقَطَتِ الْمُؤْتَةُ حُكْمًا فِي مَالِ التَّجَارَةِ أَشْبَهَ السَّقُوطِ حَقِيقَةً، وَلَوْ سَقَطَتْ حَقِيقَةً بِالْإِبَاقِ أَوْ الْعَصَبِ أَوْ الْكِتَابَةِ سَقَطَتِ الصَّدَقَةُ لَعَدِمَ الْمُؤْتَةُ فَكَذَا هَذَا، فَعَلِمَ بِهِذَا أَنَّ سَقُوطَ صَدَقَةِ الْفِطْرِ هَاهُنَا لَزَوَالِ سَبَبِ الْوُجُوبِ وَهُوَ الْمُؤْتَةُ لَا لِتَنَافٍ بَيْنَ الْوَاجِبَيْنِ.

(وَالْعَبْدُ بَيْنَ شَرِيكَيْنِ لَا فِطْرَةَ عَلَى وَاحِدٍ مِنْهُمَا) لِقُصُورِ الْوِلَايَةِ وَالْمُؤْتَةِ فِي حَقِّ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا (وَكَذَا الْعَبْدُ بَيْنَ اثْنَيْنِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ) وَقَالَا عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَا يَخْصُهُ مِنَ الرُّعُوسِ دُونَ الْأَشْقَاصِ بِنَاءً عَلَى أَنَّهُ لَا يَرَى قِسْمَةَ الرَّقِيقِ وَهُمَا يَرِيَانِهِمَا، وَقِيلَ: هُوَ بِالْإِجْمَاعِ لِأَنَّهُ لَا يَجْتَمِعُ النَّصِيبُ قَبْلَ الْقِسْمَةِ فَلَمْ تَتِمَّ الرَّقَبَةُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا (وَيُؤَدِّي الْمُسْلِمُ الْفِطْرَةَ عَنْ عَبْدِهِ الْكَافِرِ) لِإِطْلَاقِ مَا رَوَيْنَا وَلَقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ فِي حَدِيثِ ابْنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا «أَدَا عَنْ كُلِّ حُرٍّ وَعَبْدٍ يَهُودِيٍّ أَوْ نَصْرَانِيٍّ أَوْ مَجُوسِيٍّ» الْحَدِيثَ وَلَأنَّ السَّبَبَ قَدْ تَحَقَّقَ وَاتَّوَلَّى مِنْ أَهْلِهِ، وَفِيهِ خِلَافُ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ لِأَنَّ الْوُجُوبَ عِنْدَهُ عَلَى الْعَبْدِ، وَهُوَ لَيْسَ مِنْ أَهْلِهِ، وَلَوْ كَانَ عَلَى الْعَكْسِ فَلَا وَجُوبَ بِالْإِتِّفَاقِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَالْعَبْدُ بَيْنَ شَرِيكَيْنِ لَا فِطْرَةَ عَلَى وَاحِدٍ مِنْهُمَا لِقُصُورِ الْوِلَايَةِ وَالْمُؤْتَةِ فِي حَقِّ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا) وَقَدْ تَقَدَّمَ أَنَّ الْوِلَايَةَ وَالْمُؤْتَةَ الْكَامِلَتَيْنِ سَبَبٌ وَلَمْ يُوجَدَا. وَقَوْلُهُ (وَكَذَا الْعَبْدُ بَيْنَ اثْنَيْنِ) يَعْنِي لَا تَجِبُ الصَّدَقَةُ (عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَقَالَا عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مَا يَخْصُهُ مِنَ الرُّعُوسِ دُونَ الْأَشْقَاصِ) أَيُّ الْكُسُورِ حَتَّى لَوْ كَانَ بَيْنَهُمَا خَمْسَةُ أَعْبَدٍ يَجِبُ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا صَدَقَةُ الْفِطْرِ عَنْ الْعَبْدَيْنِ وَلَا تَجِبُ عَنْ الْخَامِسِ. أَبُو حَنِيفَةَ مَرَّ عَلَى أَصْلِهِ فَإِنَّهُ لَا يَرَى قِسْمَةَ الرَّقِيقِ جَبْرًا فَلَا يَمْلِكُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَا يُسَمَّى عَبْدًا، وَمُحَمَّدٌ كَذَلِكَ فَإِنَّهُ يَرَى قِسْمَةَ الرَّقِيقِ جَبْرًا، وَبِاعْتِبَارِ الْقِسْمَةِ مَلِكٌ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فِي الْبَعْضِ مُتَكَامِلٌ، وَالْحَاقُّ أَبِي يُوسُفَ بِمُحَمَّدٍ هَهُنَا مُخَالَفٌ لِمَا ذَكَرَهُ فِي الْمَبْسُوطِ حَيْثُ قَالَ: فَإِنْ كَانَ بَيْنَهُمَا مَمَالِكٌ لِلْخِدْمَةِ فَعَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ لَا يَجِبُ عَلَى وَاحِدٍ مِنْهُمَا صَدَقَةُ الْفِطْرِ عَنْهُمْ، وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ يَجِبُ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الصَّدَقَةُ فِي حِصَّتِهِ إِذَا كَانَتْ كَامِلَةً فِي نَفْسِهَا، وَمَذْهَبُ أَبِي يُوسُفَ مُضْطَرِبٌ،

وَالْأَصَحُّ أَنَّ قَوْلَهُ كَقَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَعُذْرُهُ أَنَّ الْقِسْمَةَ تَنْبِيهِ عَلَى الْمَلِكِ.

فَأَمَّا وَجُوبُ الصَّدَقَةِ فَيَنْبِيهِ عَلَى الْوَلَايَةِ وَالْمُوْتَةِ لَا عَلَى الْمَلِكِ حَتَّى تَجِبُ الصَّدَقَةُ فِيمَا لَا مَلِكَ لَهُ فِيهِ كَالْوَلَدِ الصَّغِيرِ، وَلَيْسَ لَوَاحِدٍ مِنْهُمَا وَلَايَةٌ كَامِلَةٌ عَلَى شَيْءٍ عَمَّنْ هَذِهِ الرُّءُوسِ كَمَا تَقَدَّمَ وَوَجْهُ قَوْلِهِ: إِذَا كَانَ كَقَوْلِ مُحَمَّدٍ هُوَ مَا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ (وَهُمَا يَرَيَانَهَا وَقِيلَ هُوَ بِالْإِجْمَاعِ) أَيُّ عَدَمِ وَجُوبِ الْفِطْرَةِ فِي الْعَبِيدِ بَيْنَ اثْنَيْنِ بِإِجْمَاعِ عُلَمَائِنَا الثَّلَاثَةِ لِأَنَّهُ لَا يَجْتَمِعُ نَصِيبُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الشَّرِيكَيْنِ قَبْلَ الْقِسْمَةِ فَلَا تَتِمُّ الرِّقْبَةُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الشَّرِيكَيْنِ.

وقوله (وَيُؤَدِّي الْمُسْلِمُ الْفِطْرَةَ) أَيُّ صَدَقَةِ الْفِطْرِ (عَنْ عَبْدِ الْكَافِرِ لِإِطْلَاقِ مَا رَوَيْنَا) مِنْ حَدِيثِ ثَعْلَبَةَ فِي أَوَّلِ الْبَابِ وَهُوَ قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «أَدُّوا عَنْ كُلِّ حُرٍّ وَعَبْدٍ» (وَلَقَوْلِهِ ﷺ فِي حَدِيثِ ابْنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا «أَدُّوا عَنْ كُلِّ حُرٍّ وَعَبْدٍ يَهُودِيٍّ أَوْ نَصْرَانِيٍّ أَوْ مَجُوسِيٍّ» الْحَدِيثُ، وَلَأَنَّ السَّبَبَ قَدْ تَحَقَّقَ) وَهُوَ رَأْسُ بُمُوتِهِ بِوَلَايَتِهِ عَلَيْهِ (وَالْمَوْلَى مِنْ أَهْلِهِ) أَيُّ مِنْ أَهْلِ الْوُجُوبِ، لَا يُقَالُ إِضْمَارًا قَبْلَ الذِّكْرِ لِأَنَّ الشُّهُرَةَ قَائِمَةٌ مَقَامَ الذِّكْرِ (وَفِيهِ خِلَافُ الشَّافِعِيِّ لِأَنَّ الْوُجُوبَ عِنْدَهُ عَلَى الْعَبْدِ وَهُوَ لَيْسَ مِنْ أَهْلِهِ) أَيُّ مِنْ أَهْلِ الْوُجُوبِ، وَهُوَ يَسْتَدِلُّ لِإِبْطَالِ هَذَا الْأَصْلِ بِحَدِيثِ ابْنِ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ «فَرَضَ صَدَقَةً عَلَى كُلِّ حُرٍّ وَعَبْدٍ» فَإِنَّ كَلِمَةَ «عَلَى» لِلِإِجْبَابِ وَلَنَا قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «أَدُّوا عَمَّنْ تَمُوتُونَ» فَإِنَّ الْوُجُوبَ عَلَى مَنْ خُوطِبَ بِالْأَدَاءِ وَهُمْ الْمَوَالِي.

وَكَلِمَةُ «عَلَى» فِي حَدِيثِ ابْنِ عُمَرَ بِمَعْنَى عَنْ كَمَا فِي قَوْلِهِ تَعَالَى ﴿الَّذِينَ إِذَا أَكْتَالُوا عَلَى النَّاسِ يَسْتَوْفُونَ﴾ [المطففين: ٢] أَيُّ عَنِ النَّاسِ (لَوْ كَانَ عَلَى الْعَكْسِ فَلَا وَجُوبَ بِالِاتِّفَاقِ) أَمَّا عِنْدَنَا فَظَاهِرٌ لِأَنَّ الْمَوْلَى لَيْسَ بِأَهْلٍ لِلْوُجُوبِ عَلَيْهِ وَلَا لِلْأَدَاءِ، وَأَمَّا عِنْدَهُ فَلَأَنَّ تَحْمُلَ الْمَوْلَى عَنْ مَمْلُوكِهِ يَسْتَدْعِي أَهْلِيَّةَ أَدَاءِ الْعِبَادَةِ وَالْكَافِرُ لَيْسَ بِأَهْلٍ لَهُ، وَالْوُجُوبُ عِنْدَهُ بِاعْتِبَارِ تَحْمُلِ الْمَوْلَى الْأَدَاءَ عَنْهُ، فَإِذَا انْعَدَمَ ذَلِكَ فِي حَقِّ الْمَمْلُوكِ لَمْ يَجِبْ أَصْلًا.

(وَمَنْ بَاعَ عَبْدًا وَآحَدَهُمَا بِالْخِيَارِ فَفِطْرَتُهُ عَلَى مَنْ يَصِيرُ لَهُ) مَعْنَاهُ إِذَا مَرَّ يَوْمُ الْفِطْرِ وَالْخِيَارُ بَاقٍ، وَقَالَ زُفَرٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: عَلَى مَنْ لَهُ الْخِيَارُ لِأَنَّ الْوَلَايَةَ لَهُ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: عَلَى مَنْ لَهُ الْمَلِكُ لِأَنَّهُ مِنْ وَظَائِفِهِ كَالنَّفَقَةِ، وَلَنَا أَنَّ الْمَلِكَ مَوْقُوفٌ لِأَنَّهُ لَوْ رُدَّ إِلَى قَدِيمِ مِلْكِ الْبَائِعِ وَلَوْ أُجِيزَ يَثْبُتُ الْمَلِكُ لِلْمُشْتَرِي مِنْ وَقْتِ الْعَقْدِ فَيَتَوَقَّفُ مَا يَبْتَنِي عَلَيْهِ بِخِلَافِ النَّفَقَةِ لِأَنَّهَا لِلْحَاجَةِ النَّاجِزَةِ فَلَا تَقْبَلُ التَّوَقُّفَ، وَزَكَاةُ التَّجَارَةِ عَلَى هَذَا الْخِلَافِ.

الشرح:

(وَمَنْ بَاعَ عَبْدًا وَأَحَدَهُمَا بِالْخِيَارِ فَفَطَرْتُهُ عَلَى مَنْ يَصِيرُ لَهُ) حَقٌّ إِذَا تَمَّ الْبَيْعُ فَعَلَى الْمُشْتَرِي، وَإِنْ انْتَقَضَ فَعَلَى الْبَائِعِ. وَقَوْلُهُ (مَعْنَاهُ إِذَا مَرَّ يَوْمُ الْفِطْرِ وَالْخِيَارُ بَاقٍ) قَالَ الْإِمَامُ حُمَيْدُ الدِّينِ الضَّرِيرُ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي شَرْحِهِ: هَذَا مِنْ قِبَلِ إِطْلَاقِ اسْمِ الْكُلِّ وَإِرَادَةِ الْبَعْضِ لِأَنَّ مُضِيَّ كُلِّ يَوْمٍ الْفِطْرُ لَيْسَ بِشَرْطٍ (وَقَالَ زُفَرٌ عَلَى مَنْ لَهُ الْخِيَارُ) لِأَنَّ سَبَبَ الصَّدَقَةِ الْوَلَايَةُ الْكَامِلَةُ وَالْوَلَايَةُ الْكَامِلَةُ لِمَنْ لَهُ الْخِيَارُ، لِأَنَّهُ إِنْ أَجَارَهُ تَمَّ وَإِنْ لَمْ يُجْزِهِ انْفَسَخَ.

(وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: عَلَى مَنْ لَهُ الْمَلِكُ) وَهُوَ الْمُشْتَرِي، فَإِنَّ مَذْهَبَهُ أَنَّ خِيَارَ الشَّرْطِ لَا يَمْنَعُ ثُبُوتَ الْمَلِكِ لِلْمُشْتَرِي كَخِيَارِ الْعَيْبِ كَذَا فِي النِّهَايَةِ (لَأَنَّهُ) أَيْ صَدَقَةُ الْفِطْرِ بِمَعْنَى التَّصَدُّقِ (مِنْ وَظَائِفِهِ) أَيْ الْمَلِكِ وَمَا هُوَ كَذَلِكَ فَإِنَّهُ عَلَى الْمَالِكِ (كَالنَّفَقَةِ) فَإِنَّهَا فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ عَلَى الْمَالِكِ (وَلَنَا أَنَّ الْمَلِكَ مَوْقُوفٌ) يَعْنِي سَلَمْنَا أَنَّهَا وَظِيفَةُ الْمَلِكِ لَكِنَّ الْمَلِكَ مَوْقُوفٌ (لَأَنَّهُ لَوْ رُدَّ لَعَادَ إِلَى قَدِيمِ مِلْكِ الْبَائِعِ وَلَوْ أُجِيزَ يَثْبُتُ الْمَلِكُ لِلْمُشْتَرِي مِنْ وَقْتِ الْعَقْدِ) وَكُلُّ مَا كَانَ مَوْقُوفًا فَالْمُبْتَنَى عَلَيْهِ كَذَلِكَ لِأَنَّ التَّرَدُّدَ فِي الْأَصْلِ يَسْتَلْزِمُ التَّرَدُّدَ فِي الْفَرْعِ (بِخِلَافِ النَّفَقَةِ) فَإِنَّهَا وَإِنْ كَانَتْ تُبْنِي عَلَى الْمَلِكِ لَكِنَّهَا تَثْبُتُ (لِلْحَاجَةِ النَّاجِزَةِ) أَيْ الْوَاقِعَةِ فِي الْحَالِ (فَلَا تَقْبَلُ التَّوَقُّفَ)، وَهَذَا الْجَوَابُ بِطَرِيقِ التَّنْزِيلِ لَا بِحَسَبِ الْوَاقِعِ فَإِنَّهَا لَوْ كَانَتْ وَظِيفَةُ الْمَلِكِ لَمَا وَجَبَتْ عَلَيْهِ عَنْ نَفْسِهِ وَأَوْلَادِهِ الصَّغَارِ، (وَزَكَاةُ التَّجَارَةِ عَلَى هَذَا الْخِلَافِ) يَعْنِي إِذَا كَانَ لِرَجُلٍ عَبْدٌ لِلتَّجَارَةِ فَبَاعَهُ بِعُرُوضِ التَّجَارَةِ عَلَى أَنَّهُ بِالْخِيَارِ فَحَالَ الْحَوْلِ وَالْخِيَارُ بَاقٍ فَزَكَاتُهُ عَلَى مَنْ يَصِيرُ الْمَلِكُ لَهُ، أَوْ عَلَى مَنْ لَهُ الْخِيَارُ، أَوْ عَلَى مَنْ لَهُ الْمَلِكُ لِأَنَّ الْعُرُوضَ بَدَلُ الْعَبْدِ، وَحَوْلَانِ الْحَوْلِ عَلَى الْبَدَلِ كَحَوْلَانِهِ عَلَى الْمُبْدَلِ كَذَا يُقَالُ عَنْ حُمَيْدِ الدِّينِ الضَّرِيرِ.

وَقِيلَ: صُورَتُهُ رَجُلَانِ لِأَحَدِهِمَا عِشْرُونَ دِينَارًا وَلَا آخَرَ عَرَضٌ يُسَاوِيهِ فِي الْقِيَمَةِ

وَمَبْدَأُ حَوْلِهَا عَلَى السَّوَاءِ، فَفِي آخِرِ الْحَوْلِ بَاعَ صَاحِبُ الْعَرْضِ عَرْضَهُ مِنَ الْآخِرِ بِشَرْطِ الْخِيَارِ لَهُ أَوْ لِلْمُشْتَرِي، فَازْدَادَ قِيَمَةُ الْعَرْضِ فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ قَبْلَ تَمَامِ الْحَوْلِ، ثُمَّ تَمَّ الْحَوْلُ، فَإِنْ تَقَرَّرَ الْمَلِكُ لِلْبَائِعِ يَجِبُ عَلَيْهِ بِحِصَّةِ الزِّيَادَةِ شَيْءٌ وَإِنْ تَقَرَّرَ لِلْمُشْتَرِي يَجِبُ عَلَيْهِ ذَلِكَ أَيْضًا عِنْدَنَا.

فصل في مقدار الواجب ووقته

(الْفِطْرَةُ نِصْفُ صَاعٍ مِنْ بُرٍّ أَوْ دَقِيقٍ أَوْ سَوِيْقٍ أَوْ زَبِيبٍ أَوْ صَاعٍ مِنْ تَمَرٍ أَوْ شَعِيرٍ) وَقَالَ أَبُو يُوْسُفَ وَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُمَا اللَّهُ، الزَّبِيبُ بِمَنْزِلَةِ الشَّعِيرِ، وَهُوَ رَوَايَةٌ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى، وَالْأَوَّلُ رَوَايَةُ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: مِنْ جَمِيعِ ذَلِكَ صَاعٌ لِحَدِيثِ أَبِي سَعِيدٍ الْخُدْرِيِّ رضي الله عنه قَالَ: كُنَّا نُخْرِجُ ذَلِكَ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ. وَلَنَا مَا رَوَيْنَا وَهُوَ مَذْهَبُ جَمَاعَةٍ مِنَ الصَّحَابَةِ فِيهِمُ الْخُلَفَاءُ الرَّاشِدُونَ رِضْوَانُ اللَّهِ عَلَيْهِمْ أَجْمَعِينَ، وَمَا رَوَاهُ مَحْمُولٌ عَلَى الزِّيَادَةِ تَطَوُّعًا. وَلَهُمَا فِي الزَّبِيبِ أَنَّهُ وَالتَّمَرُ يَتَقَارَبَانِ فِي الْمَقْصُودِ، وَلَهُ أَنَّهُ وَالبُرُّ يَتَقَارَبَانِ فِي الْمَعْنَى لِأَنَّهُ يُؤْكَلُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا كُلُّهُ، بِخِلَافِ الشَّعِيرِ وَالتَّمَرِ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يُؤْكَلُ وَيُلْقَى مِنَ التَّمَرِ النَّوَاةُ وَمِنَ الشَّعِيرِ النُّخَالَةُ، وَبِهَذَا ظَهَرَ التَّفَاوُتُ بَيْنَ الْبُرِّ وَالتَّمَرِ، وَمُرَادُهُ مِنَ الدَّقِيقِ وَالسَّوِيْقِ مَا يُتَّخَذُ مِنَ الْبُرِّ، أَمَّا دَقِيقُ الشَّعِيرِ فَكَالشَّعِيرِ، الْأَوَّلَى أَنْ يُرَاعَى فِيهِمَا الْقَدْرُ وَالْقِيَمَةُ احْتِيَاطًا، وَإِنْ نَصَّ عَلَى الدَّقِيقِ فِي بَعْضِ الْأَخْبَارِ، وَلَمْ يُبَيِّنْ ذَلِكَ فِي الْكِتَابِ اعْتِبَارًا لِلغَالِبِ.

الشرح:

(فصل في مقدار الواجب ووقته): لَمَّا ذَكَرَ وَجُوبَ صَدَقَةِ الْفِطْرِ وَشُرُوطَهُ وَمَنْ تَجِبُ عَلَيْهِ وَمَنْ تَجِبُ عَنْهُ شَرَعَ فِي بَيَانِ مَا يُؤَدِّي صَدَقَةَ الْفِطْرِ وَقَدْرَهُ وَكَلَامَهُ وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (لِحَدِيثِ أَبِي سَعِيدٍ الْخُدْرِيِّ).

رُوي عَنْ مَرْوَانَ بْنِ الْحَكَمِ أَنَّهُ كَتَبَ إِلَى أَبِي سَعِيدٍ الْخُدْرِيِّ يَسْأَلُهُ عَنْ صَدَقَةِ الْفِطْرِ فَقَالَ: كُنَّا نُخْرِجُ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ صَاعًا مِنَ الطَّعَامِ أَوْ صَاعًا مِنَ التَّمَرِ أَوْ صَاعًا مِنَ الشَّعِيرِ (وَلَنَا مَا رَوَيْنَا) يَعْنِي فِي أَوَّلِ الْبَابِ مِنْ حَدِيثِ ثَعْلَبَةَ بْنِ صُعَيْرٍ (وَهُوَ مَذْهَبُ جَمَاعَةٍ مِنَ الصَّحَابَةِ فِيهِمُ الْخُلَفَاءُ الرَّاشِدُونَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ).

قَالَ أَبُو الْحَسَنِ الْكَرْخِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَمْ يُنْقَلْ عَنْ أَحَدٍ مِنْهُمْ أَنَّهُ لَمْ يُجَوِّزْ أَدَاءَ نِصْفِ صَاعٍ مِنْ بُرٍّ (وَمَا رَوَاهُ مُحْمُولٌ عَلَى الزِّيَادَةِ تَطَوُّعًا) وَقَوْلُهُ (وَلَهُمَا فِي الزَّرِيبِ أَنَّهُ) أَيُّ الزَّرِيبِ (وَالْتَمَرُ يَتَقَارَبَانِ فِي الْمَقْصُودِ) وَهُوَ التَّفَكُّهُ وَالِاسْتِحْلَاءُ فَإِنَّهُ يُشْبِهُ التَّمْرَ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ حُلُوٌّ مَأْكُولٌ وَلَهُ عَجَمٌ كَمَا لِلتَّمْرِ نَوَى. وَقَوْلُهُ (وَمُرَادُهُ) أَيُّ مُرَادٍ مُحَمَّدٍ أَوْ صَاحِبِ الْقُدُورِيِّ مِنْ قَوْلِهِ: أَوْ دَقِيقٍ أَوْ سَوِيْقٍ (مَا يُتَّخَذُ مِنَ الْبُرِّ أَمَّا دَقِيقُ الشَّعِيرِ) فَكَعْبِنِهِ (وَالْأَوَّلَى أَنْ يُرَاعَى فِيهِمَا) أَيُّ فِي الدَّقِيقِ وَالسَّوِيْقِ (الْقَدْرُ وَالْقِيَمَةُ اخْتِطَاطًا) حَتَّى إِذَا كَانَا مَنْصُوصًا عَلَيْهِمَا تَنَادَى بِاعْتِبَارِ الْقَدْرِ، وَإِنْ لَمْ يَكُونُوا بِاعْتِبَارِ الْقِيَمَةِ وَتَفْسِيرُهُ أَنْ يُؤَدَّى نِصْفَ صَاعٍ مِنْ دَقِيقِ الْبُرِّ تَبْلُغُ قِيَمَتُهُ قِيَمَةَ نِصْفِ صَاعٍ مِنْ بُرٍّ، وَأَمَّا لَوْ أَدَّى مَنَّا وَنِصْفَ مَنْ مِنْ دَقِيقِ الْبُرِّ وَلَكِنْ تَبْلُغُ قِيَمَتُهُ نِصْفَ صَاعٍ مِنْ بُرٍّ أَوْ أَدَّى نِصْفَهُ مِنْ دَقِيقِ الْبُرِّ، وَلَكِنْ لَا تَبْلُغُ قِيَمَتُهُ قِيَمَةَ نِصْفِ صَاعٍ مِنْ بُرٍّ لَا يَكُونُ عَامِلًا بِالِاخْتِطَاطِ وَقَوْلُهُ: (وَإِنْ نَصَّ عَلَى دَقِيقٍ فِي بَعْضِ الْأَخْبَارِ) يُرِيدُ بِهِ مَا رَوَى أَبُو هُرَيْرَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ «أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: أَذُوا قَبْلَ خُرُوجِكُمْ زَكَاةَ فِطْرِكُمْ فَإِنَّ عَلَى كُلِّ مُسْلِمٍ مُدَيْنٍ مِنْ قَمَحٍ أَوْ دَقِيقِهِ».

وَقَوْلُهُ (وَلَمْ يُبَيِّنْ ذَلِكَ فِي الْكِتَابِ) أَيُّ مَرَاعَاةِ الْاخْتِطَاطِ فِيهِمَا بِالْقَدْرِ وَالْقِيَمَةِ لَمْ يُبَيِّنْ مُحَمَّدٌ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ (اعْتِبَارًا لِلْغَالِبِ) فَإِنَّ الْغَالِبَ أَنَّ قِيَمَةَ نِصْفِ صَاعٍ مِنْ الدَّقِيقِ تُسَاوِي نِصْفَ صَاعٍ مِنْ بُرٍّ أَوْ تَزِيدُ، وَإِنْ كَانَ يُتَوَهَّمُ أَنْ لَا يَكُونَ كَذَلِكَ فِي بَعْضِ الْأَوْقَاتِ وَهُوَ وَقْتُ الْبَذْرِ فَلِذَلِكَ أَمَرَ بِالِاخْتِطَاطِ حَتَّى إِنْ وَقَعَ ذَلِكَ يَزِيدُ مِنَ الدَّقِيقِ إِلَى أَنْ تَبْلُغَ قِيَمَتُهُ نِصْفَ صَاعٍ مِنَ الْبُرِّ

وَالْخُبْرُ تُعْتَبَرُ فِيهِ الْقِيَمَةُ هُوَ الصَّحِيحُ، ثُمَّ يُعْتَبَرُ نِصْفُ صَاعٍ مِنْ بُرٍّ وَزَنَا فِيمَا يُرَوَى عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَعَنْ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ يُعْتَبَرُ كَيْلًا وَالدَّقِيقُ أَوَّلَى مِنَ الْبُرِّ، وَالذَّرَاهِمُ أَوَّلَى مِنَ الدَّقِيقِ فِيمَا يُرَوَى عَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ، وَهُوَ اخْتِيَارُ الْفَقِيهِ أَبِي جَعْفَرٍ رَحِمَهُ اللَّهُ لِأَنَّهُ أَدْفَعَ لِلْحَاجَةِ وَأَعَجَلَ بِهِ، وَعَنْ أَبِي بَكْرٍ الْأَعْمَشِ تَفْضِيلُ الْحِنْطَةِ لِأَنَّهُ أَبْعَدُ مِنَ الْخِلَافِ إِذْ فِي الدَّقِيقِ وَالْقِيَمَةِ خِلَافُ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ قَالَ (وَالصَّاعُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ ثَمَانِيَةُ أَرْطَالٍ بِالْعِرَاقِيِّ) وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ: خَمْسَةُ أَرْطَالٍ وَثَلَاثُ رِطَلٍ وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ

الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «صَاعُنَا أَصْغَرُ الصَّيْعَانِ»^(١). وَلَنَا مَا رُوِيَ أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ كَانَ يَتَوَضَّأُ بِالدُّرَّةِ رِطْلَيْنِ وَيَغْتَسِلُ بِالصَّاعِ ثَمَانِيَةَ أَرْطَالٍ وَهَكَذَا كَانَ صَاعُ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ وَهُوَ أَصْغَرُ مِنَ الْهَاشِمِيِّ، وَكَانُوا يَسْتَعْمِلُونَ الْهَاشِمِيَّ.

الشرح:

(وَالْخُبْزُ يُعْتَبَرُ فِيهِ الْقِيَمَةُ هُوَ الصَّحِيحُ) خِلَافًا لِبَعْضِ الْمُتَأَخِّرِينَ فَإِنَّهُمْ قَالُوا: يَجُوزُ بِاعْتِبَارِ الْعَيْنِ فَإِنَّهُ إِذَا أَدَّى مَتَوَيْنَ مِنْ خُبْزِ الْخِنْطَةِ جَارَ لِأَنَّهُ لَمَّا جَارَ الدَّقِيقُ وَالسَّوِيقُ بِاعْتِبَارِ الْعَيْنِ فَمِنْ الْخُبْزِ أَوْلَى؛ لِأَنَّهُ أَنْفَعُ لِلْفَقِيرِ، وَالصَّحِيحُ الْأَوَّلُ لِأَنَّهُ لَمْ يَرُدْ فِي الْخُبْزِ نَصٌّ فَكَانَ بِمَنْزِلَةِ الدَّرَّةِ وَالْأَصْلُ أَنَّ مَا هُوَ مَنْصُوصٌ عَلَيْهِ لَا يُعْتَبَرُ فِيهِ الْقِيَمَةُ حَتَّى لَوْ أَدَّى نَصْفَ صَاعٍ مِنْ تَمْرٍ تَبْلُغَ قِيَمَتُهُ قِيَمَةَ نَصْفِ صَاعٍ مِنْ بُرٍّ أَوْ أَكْثَرَ لَمْ يَجْزُ؛ لِأَنَّ فِي اعْتِبَارِ الْقِيَمَةِ إِبْطَالَ التَّقْدِيرِ الْمَنْصُوصِ عَلَيْهِ فِي الْمَوْدَى، وَهُوَ لَا يَجُوزُ، فَأَمَّا مَا لَيْسَ بِمَنْصُوصٍ عَلَيْهِ فَإِنَّهُ يُلْحَقُ بِالتَّنْصُوصِ بِاعْتِبَارِ الْقِيَمَةِ إِذْ لَيْسَ فِيهِ إِبْطَالُ ذَلِكَ (ثُمَّ يُعْتَبَرُ نَصْفُ صَاعٍ مِنْ بُرٍّ وَزَنًا فِيمَا رَوَى أَبُو يُوسُفَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ) لِأَنَّ الْعُلَمَاءَ لَمَّا اخْتَلَفُوا فِي مِقْدَارِ الصَّاعِ أَنَّهُ ثَمَانِيَةُ أَرْطَالٍ أَوْ خَمْسَةُ أَرْطَالٍ وَثَلَاثُ رِطْلٍ فَقَدْ اتَّفَقُوا عَلَى التَّقْدِيرِ بِمَا يَعْدِلُ بِالْوِزْنِ وَذَلِكَ دَلِيلٌ عَلَى اعْتِبَارِ الْوِزْنِ فِيهِ، وَرَوَى ابْنُ رُسْتَمٍ عَنْ مُحَمَّدٍ كَيْلًا.

قَالَ قُلْتُ لَهُ: لَوْ وَزَنَ الرَّجُلُ مَتَوَيْنَ مِنَ الْخِنْطَةِ وَأَعْطَاهُمَا الْفَقِيرَ هَلْ يَجُوزُ مِنْ صَدَقَتِهِ فَقَالَ: لَا فَقَدْ تَكُونُ الْخِنْطَةُ ثَقِيلَةً فِي الْوِزْنِ، وَقَدْ تَكُونُ خَفِيفَةً فَإِنَّمَا يُعْتَبَرُ نَصْفُ الصَّاعِ كَيْلًا لِأَنَّ الْآثَارَ جَاءَتْ بِالتَّقْدِيرِ بِالصَّاعِ وَهُوَ اسْمٌ لِلْمِكْيَالِ. وَقَوْلُهُ (وَالدَّقِيقُ أَوْلَى مِنَ الْبُرِّ) وَاضِحٌ.

قَالَ: (وَالصَّاعُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ ثَمَانِيَةُ أَرْطَالٍ بِالْعِرَاقِيِّ) اخْتَلَفَ الْعُلَمَاءُ فِي الصَّاعِ فَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُمَا اللَّهُ: هُوَ مَا يَسَعُ فِيهِ ثَمَانِيَةُ أَرْطَالٍ بِالرُّطْلِ الْعِرَاقِيِّ كُلُّ رِطْلٍ عِشْرُونَ أَسْتَارًا وَالْإِسْتَارُ سِتَّةُ دَرَاهِمٍ وَنِصْفٌ (وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ خَمْسَةُ أَرْطَالٍ وَثَلَاثُ رِطْلٍ وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ لِقَوْلِهِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ «صَاعُنَا أَصْغَرُ الصَّيْعَانِ»). وَهَذَا أَصْغَرُ بِالنِّسْبَةِ إِلَى ثَمَانِيَةِ أَرْطَالٍ. وَلَنَا مَا رَوَى أَنَسُ وَجَابِرٌ رَضِيَ اللَّهُ

(١) قال الزيلعي في نصب الراية (٤٤٦/٢): غريب.

عَنْهُمَا «أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ كَانَ يَتَوَضَّأُ بِالْمُدِّ رَطْلَيْنِ وَيَغْتَسِلُ بِالصَّاعِ ثَمَانِيَةَ أَرْطَالٍ» وَهَكَذَا كَانَ صَاعُ عُمَرَ عليه السلام وَكَانَ قَدْ فُقدَ فَأَخْرَجَهُ الْحَجَّاجُ وَكَانَ يَمْنُ عَلَى أَهْلِ الْعِرَاقِ يَقُولُ فِي خُطْبَتِهِ: يَا أَهْلَ الْعِرَاقِ، يَا أَهْلَ الشَّقَاقِ وَالْفَقَاقِ، وَمَسَاوِي الْأَخْلَاقِ، أَلَمْ أُخْرِجْ لَكُمْ صَاعَ عُمَرَ، وَلِذَلِكَ سُمِّيَ حَجَّاجِيًّا وَهُوَ صَاعُ الْعِرَاقِ. وَقَوْلُهُ (وَهُوَ أَصْغَرُ مِنَ الْهَاشِمِيِّ) جَوَابٌ عَنْ أَبِي يُوسُفَ: يَعْنِي إِنْ صَحَّ مَا رَوَيْتُمْ فَهُوَ لَيْسَ بِحُجَّةٍ لِأَنَّهُ أَصْغَرُ مِنَ الْهَاشِمِيِّ، لِأَنَّ الصَّاعَ الْهَاشِمِيَّ اثْنَانِ وَثَلَاثُونَ رِطْلًا (وَكَانُوا يَسْتَعْمِلُونَ الْهَاشِمِيَّ) وَالنَّبِيُّ عليه السلام اسْتَعْمَلَ الْعِرَاقِيَّ وَقَالَ «صَاعُنَا أَصْغَرُ الصَّيْعَانِ».

وَقَالَ (وَوُجُوبُ الْفِطْرَةِ يَتَعَلَّقُ بِطُلُوعِ الْفَجْرِ مِنْ يَوْمِ الْفِطْرِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: بِغُرُوبِ الشَّمْسِ فِي الْيَوْمِ الْأَخِيرِ مِنْ رَمَضَانَ حَتَّى إِنْ مَنْ أَسْلَمَ أَوْ وُلِدَ لَيْلَةَ الْفِطْرِ تَجِبُ فِطْرَتُهُ عِنْدَنَا، وَعِنْدَهُ لَا تَجِبُ، وَعَلَى عَكْسِهِ مَنْ مَاتَ فِيهَا مِنْ مَمَالِكِهِ أَوْ وَلَدِهِ. لَهُ أَنَّهُ يَخْتَصُّ بِالْفِطْرِ وَهَذَا وَقْتُهُ. وَلَنَا أَنَّ الْإِضَافَةَ لِلَاخْتِصَاصِ، وَالْإِخْتِصَاصُ الْفِطْرُ بِالْيَوْمِ دُونَ اللَّيْلِ (وَالْمُسْتَحَبُّ أَنْ يُخْرِجَ النَّاسُ الْفِطْرَةَ يَوْمَ الْفِطْرِ قَبْلَ الْخُرُوجِ إِلَى الْمُصَلَّى) لِأَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ كَانَ يُخْرِجُ قَبْلَ أَنْ يَخْرُجَ لِلْمُصَلَّى، وَلِأَنَّ الْأَمْرَ بِالْإِغْنَاءِ كَيْ لَا يَتَشَاغَلَ الْفَقِيرُ بِالسَّالَةِ عَنِ الصَّلَاةِ، وَذَلِكَ بِالتَّقْدِيمِ (فَإِنْ قَدَّمُوهَا عَلَى يَوْمِ الْفِطْرِ جَازٌ) لِأَنَّهُ أَدَّى بَعْدَ تَقَرُّرِ السَّبَبِ فَأَشْبَهَ التَّعْجِيلَ فِي الزَّكَاةِ، وَلَا تَفْصِيلَ بَيْنَ مُدَّةٍ وَمُدَّةٍ هُوَ الصَّحِيحُ وَقِيلَ يَجُوزُ تَعْجِيلُهَا فِي النِّصْفِ الْأَخِيرِ مِنْ رَمَضَانَ وَقِيلَ فِي الْعَشْرِ الْأَخِيرِ (وَإِنْ أَخْرَوْهَا عَنْ يَوْمِ الْفِطْرِ لَمْ تَسْقُطْ وَكَانَ عَلَيْهِمْ إِخْرَاجُهَا) لِأَنَّ وَجْهَ الْقُرْبَةِ فِيهَا مَعْقُولٌ فَلَا يَتَقَدَّرُ وَقْتُ الْأَدَاءِ فِيهَا بِخِلَافِ الْأُضْحِيَّةِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَوُجُوبُ الْفِطْرَةِ يَتَعَلَّقُ بِطُلُوعِ الْفَجْرِ مِنْ يَوْمِ الْفِطْرِ) يَعْنِي تَعَلَّقَ وَجُوبُ الْأَدَاءِ بِالشَّرْطِ، فَهُوَ مَنْ تَعَلَّقَ الْمَشْرُوطُ بِالشَّرْطِ لَا مِنْ تَعَلَّقِ الْحُكْمِ بِالسَّبَبِ، حَتَّى إِذَا قَالَ لِعَبْدِهِ: إِذَا جَاءَ يَوْمُ الْفِطْرِ فَأَلْتِ حُرًّا، فَجَاءَ يَوْمُ الْفِطْرِ عَتَقَ الْعَبْدُ، وَيَجِبُ عَلَى الْمَوْلَى صَدَقَةُ فِطْرِهِ قَبْلَ الْعِتْقِ بِلَا فَضْلِ، لِأَنَّ الْمَشْرُوطَ يَعْقِبُ الشَّرْطَ فِي الْوُجُودِ (وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: بِغُرُوبِ الشَّمْسِ فِي الْيَوْمِ الْأَخِيرِ مِنْ رَمَضَانَ حَتَّى إِنْ مَنْ أَسْلَمَ أَوْ وُلِدَ لَيْلَةَ الْفِطْرِ تَجِبُ عَلَيْهِ الْفِطْرَةُ عِنْدَنَا، وَعِنْدَهُ لَا تَجِبُ) وَقَوْلُهُ (وَعَلَى عَكْسِهِ مَنْ مَاتَ فِيهَا مِنْ مَمَالِكِهِ أَوْ وَلَدِهِ) أَيُّ عِنْدَنَا لَا تَجِبُ لِعَدَمِ تَحَقُّقِ شَرْطِ وَجُوبِ الْأَدَاءِ وَهُوَ طُلُوعُ

الْفَجْرِ مِنْ يَوْمِ الْفِطْرِ. وَعِنْدَهُ تَجِبُ لِتَحَقُّقِ شَرْطِ وُجُوبِهِ وَهُوَ غُرُوبُ الشَّمْسِ فِي الْيَوْمِ الْأَخِيرِ مِنْ رَمَضَانَ وَهُوَ حَيٌّ (لَهُ اللَّهُ) أَيْ وَجُوبُ الْفِطْرَةِ (يَخْتَصُّ بِالْفِطْرِ) لَمَّا رُويَ أَنَّ ابْنَ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا قَالَ: فَرَضَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ زَكَاةَ الْفِطْرِ مِنْ رَمَضَانَ (وَهَذَا وَقْتُهُ) أَيْ وَقْتُ الْفِطْرِ (وَلَنَا أَنَّ) الصَّدَقَةَ أُضِيفَتْ إِلَى الْفِطْرِ. وَ (الإِضَافَةُ لِلَاخْتِصَاصِ وَالِاخْتِصَاصُ لِلْفِطْرِ بِالْيَوْمِ دُونَ اللَّيْلِ) إِذِ الْمُرَادُ فِطْرُ يُضَادُّ الصَّوْمَ وَهُوَ فِي الْيَوْمِ دُونَ اللَّيْلِ، لِأَنَّ الصَّوْمَ فِيهِ حَرَامٌ، أَلَا تَرَى أَنَّ الْفِطْرَ كَانَ يُوجَدُ فِي كُلِّ لَيْلَةٍ مِنْ رَمَضَانَ وَلَا يَتَعَلَّقُ الْوُجُوبُ بِهِ، فَذَلَّ عَلَى أَنَّ الْمُرَادَ بِهِ مَا يُضَادُّ الصَّوْمَ.

وَقَوْلُهُ (وَالْمُسْتَحَبُّ) ظَاهِرٌ وَقَوْلُهُ (هُوَ الصَّحِيحُ) اخْتِرَازٌ عَنْ قَوْلِ الْحَسَنِ بْنِ زِيَادٍ وَخَلْفِ بْنِ أَيُّوبَ وَنُوحِ بْنِ أَبِي مَرْيَمَ فَإِنَّ الْحَسَنَ بْنَ زِيَادٍ يَقُولُ: لَا يَجُوزُ تَعْجِيلُهَا أَصْلًا كَالْأُضْحِيَّةِ، وَقَالَ خَلْفُ بْنُ أَيُّوبَ: يَجُوزُ تَعْجِيلُهَا بَعْدَ دُخُولِ شَهْرِ رَمَضَانَ لَا قَبْلَهُ فَإِنَّهَا صَدَقَةُ الْفِطْرِ وَلَا فِطْرٌ قَبْلَ الشَّرُوعِ فِي الصَّوْمِ.

وَقَالَ نُوحُ بْنُ أَبِي مَرْيَمَ: يَجُوزُ تَعْجِيلُهَا فِي النَّصْفِ الْأَخِيرِ مِنْ رَمَضَانَ لِأَنَّ بِمُضِيِّ النَّصْفِ قُرْبَ الْفِطْرِ الْخَاصُّ فَأَخَذَ حُكْمَهُ، وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ: فِي الْعَشْرِ الْأَخِيرِ مِنْ رَمَضَانَ، وَوَجْهُ الصَّحَّةِ مَا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ بِقَوْلِهِ: لِأَنَّهُ أَدَّى بَعْدَ تَقَرُّرِ السَّبَبِ فَأَشْبَهَ التَّعْجِيلَ فِي الزَّكَاةِ.

وَعَنْ هَذَا قَالَ فِي الْخُلَاصَةِ: لَوْ أَدَّى عَنْ عَشْرِ سِنِينَ أَوْ أَكْثَرَ جَارَ. وَقَوْلُهُ (وَإِنْ أَخَرُوهَا عَنْ يَوْمِ الْفِطْرِ لَمْ تَسْقُطْ) يَعْنِي وَإِنْ طَالَتِ الْمُدَّةُ (وَكَانَ عَلَيْهِمْ إِخْرَاجُهَا).

وَقَالَ الْحَسَنُ: تَسْقُطُ بِمُضِيِّ يَوْمِ الْفِطْرِ لِأَنَّهَا قُرْبَةٌ أُخْتُصَّتْ بِيَوْمِ الْعِيدِ فَكَانَتْ كَالْأُضْحِيَّةِ تَسْقُطُ بِمُضِيِّ أَيَّامِ النَّحْرِ، وَلَنَا مَا ذَكَرَهُ أَنَّ وَجْهَ الْقُرْبَةِ فِيهَا مَعْقُولٌ لِأَنَّهَا صَدَقَةٌ مَالِيَّةٌ وَهِيَ قُرْبَةٌ مَشْرُوعَةٌ فِي كُلِّ وَقْتٍ لِدَفْعِ حَاجَةِ الْفُقَرَاءِ وَلِلْإِعْنَاءِ عَنِ الْمَسْأَلَةِ (فَلَا يَتَقَدَّرُ وَقْتُ الْأَدَاءِ فِيهَا) بَلْ يَجُوزُ أَنْ يَتَعَدَّى إِلَى غَيْرِهِ فَلَا تَسْقُطُ بَعْدَ الْوُجُوبِ إِلَّا بِالْأَدَاءِ كَالزَّكَاةِ (بِخِلَافِ الْأُضْحِيَّةِ) فَإِنَّ الْقُرْبَةَ فِيهَا إِرَاقَةُ الدَّمِ وَهِيَ لَمْ تُعْقَلْ قُرْبَةً، وَلِهَذَا لَمْ تُكُنْ قُرْبَةً فِي غَيْرِ هَذِهِ الْأَيَّامِ فَيُقْتَصَرُ عَلَى مُورِدِ النَّصِّ.

كتاب الصوم

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ: (الصَّوْمُ ضَرَبَانِ: وَاجِبٌ وَتَفَلُّ، وَالوَاجِبُ ضَرَبَانِ: مِنْهُ مَا يَتَعَلَّقُ بِزَمَانٍ بَعِيْنِهِ كَصَوْمِ رَمَضَانَ وَالنَّذْرِ الْمُعَيَّنِ فَيَجُوزُ صَوْمُهُ بِنَيْتِهِ مِنَ اللَّيْلِ وَإِنْ لَمْ يَبْرُحْ أَصْبَحَ أَجْزَأَهُ النَّيْتُ مَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ الزَّوَالِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا يَجْزِيهِ.

اعْلَمْ أَنَّ صَوْمَ رَمَضَانَ فَرِيضَةٌ لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ﴾ [البقرة: ١٨٣] وَعَلَى فَرَضِيَّتِهِ ائْتَقَدَ الْإِجْمَاعُ وَلِهَذَا يَكْفُرُ جَاحِدُهُ، وَالْمَنْذُورُ وَاجِبٌ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَلْيُوفُوا نُذُورَهُمْ﴾ [الحج: ٢٩] وَسَبَبُ الْأَوَّلِ الشَّهْرُ وَلِهَذَا يُضَافُ إِلَيْهِ وَيَتَكَرَّرُ بِتَكَرُّرِهِ وَكُلُّ يَوْمٍ سَبَبٌ لَوْجُوبِ صَوْمِهِ، وَسَبَبُ الثَّانِي النَّذْرُ.

الشرح:

(كِتَابُ الصَّوْمِ): ذَكَرَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي الْجَامِعِ الْكَبِيرِ كِتَابَ الصَّوْمِ عَقِيبَ كِتَابِ الصَّلَاةِ، لِأَنَّ كُلًّا مِنْهُمَا عِبَادَةٌ بَدَنِيَّةٌ بِخِلَافِ الزَّكَاةِ، وَأَخْرَجَهُ عَنِ الزَّكَاةِ هَهُنَا لِأَنَّهُ كَالْوَسِيلَةِ لِلصَّلَاةِ بِاعْتِبَارِ ارْتِيَاضِ النَّفْسِ وَلَكِنْ لَا عَلَى وَجْهِ يَتَوَقَّفُ أَمْرُ الصَّلَاةِ عَلَيْهِ وَجُودًا أَوْ جَوَازًا كَمَا كَانَتْ الطَّهَارَةُ كَذَلِكَ فَأَخَّرَ عَنْهَا حَقًّا لِرُبُوبَةِ الْوَسِيلَةِ عَنِ الْمَقْصُودِ، وَلَوْ قِيلَ: قَدَّمَ الزَّكَاةَ عَلَى الصَّوْمِ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَرَنَ ذِكْرَ الصَّلَاةِ بِالزَّكَاةِ فِي قَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ وَآتُوا الزَّكَاةَ﴾ [البقرة: ٤٣] فَكَانَ الْاِئْتِدَاءُ بِالْكِتَابِ أَوْلَى كَانَ أَسْهَلَ مَأْخِذًا، وَيَحْتَاجُ هَاهُنَا إِلَى مَعْرِفَةِ تَفْسِيرِ الصَّوْمِ لَعَةً وَشَرْعًا، وَمَعْرِفَةِ سَبَبِهِ وَشَرْطِهِ وَرُكْنِهِ وَحُكْمِهِ، وَفِي كَلَامِهِ إِشَارَةٌ إِلَى أَكْثَرِهَا وَالْفِطْنُ يَكْتَفِي بِذَلِكَ.

قَالَ (الصَّوْمُ ضَرَبَانِ: وَاجِبٌ، وَتَفَلُّ) ذَكَرَ التَّقْسِيمَ قَبْلَ التَّعْرِيفِ لِيَسْهَلَ أَمْرُ التَّعْرِيفِ، كَذَا فِي النَّهَايَةِ، وَمَعْنَاهُ أَنَّ حَقِيقَةَ الصَّوْمِ شَرْعًا تَنْقَسِمُ إِلَى فَرَضٍ وَوَاجِبٍ وَتَفَلُّ، وَتَعْرِيفُهَا عَلَى وَجْهِ يَشْمَلُهَا عَسِيرٌ، فَإِذَا ذَكَرَ أَقْسَامَهَا سَهْلٌ أَمْرٌ تَعْرِيفُهَا، وَكَلَامُهُ وَاضِحٌ غَيْرُ أَنَّهُ أَطْلَقَ الْوَاجِبَ فِي لَفْظِ الْمُخْتَصَرِ، وَأُرِيدَ بِهِ الْفَرَضُ وَالوَاجِبُ، وَفِي ذَلِكَ الْمَخْذُورُ الْمَعْرُوفُ عَلَى مَذْهَبِنَا، وَيُمْكِنُ أَنْ يُقَالَ أَرَادَ بِالْوَاجِبِ الثَّابِتَ عَيْنًا فَيَنْدَفِعُ الْمَخْذُورُ، وَقَوْلُهُ (وَلِهَذَا يُكْفَرُ جَاحِدُهُ) بِضَمِّ اللَّيَاءِ وَفَتْحِ الْفَاءِ بِلا تَشْدِيدٍ وَمَعْنَاهُ يُحْكَمُ بِكُفْرِ جَاحِدِهِ، وَمِنْهُ لَا تُكْفَرُ أَهْلُ قِبْلَتِكَ أَيُّ لَا تَدْعُهُمْ كُفْرًا.

وَقَوْلُهُ (وَالْمَنْذُورُ وَاجِبٌ لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَلْيُوفُوا نُذُورَهُمْ﴾ [الحج: ٢٩] بِنَاءً عَلَى

أَنَّ الْأَمْرَ لِلْجُوبِ، فَكَانَ الْوَاجِبُ أَنْ يَكُونَ فَرْضًا لَكُونِهِ ثَابِتًا بِالْكِتَابِ كَصَوْمِ رَمَضَانَ، وَأُجِيبَ بِأَنَّهُ قَدْ خُصَّ مِنَ الْآيَةِ بِالْإِتِّفَاقِ الْمُنْدُورِ الَّذِي لَيْسَ مِنْ جِنْسِهِ وَاجِبٌ شَرْعًا كَعِبَادَةِ الْمَرْضَى، أَوْ مَا لَيْسَ بِمَقْصُودٍ فِي الْعِبَادَةِ كَالْتَذَرِ بِالْوُضُوءِ لِكُلِّ صَلَاةٍ وَالتَّذَرِ بِالْمَعْصِيَةِ، فَلَمَّا خُصَّتْ هَذِهِ الْمَوَاضِعُ بِقِيِّ الْبَاقِي حُجَّةٌ مُجَوِّزَةٌ لَا مُوجِبَةً قَطْعًا كَالْآيَةِ الْمُؤَوَّلَةِ وَخَبَرِ الْوَاحِدِ، وَفِيهِ نَظَرٌ، لِأَنَّ مِنْ شَرْطِ التَّخْصِصِ الْمُقَارَنَةِ، وَالْمَخْصَصُ غَيْرُ مَعْلُومٍ فَضْلًا عَنْ مَعْرِفَةِ كَوْنِهِ مُقَارِنًا أَوْ لَا، وَلِأَنَّ قَوْلَهُ تَعَالَى ﴿فَمَنْ شَهِدَ مِنْكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ﴾ [البقرة: ١٨٥] خُصَّ مِنْهُ الْمَجَانِينُ الصَّبِيَّانُ وَأَصْحَابُ الْأَعْدَارِ وَلَمْ يَتَنَفَّ بِه عَنْهُ إِبْتِثَاتُ الْفَرِيضَةِ، وَأَقُولُ فِي الْجَوَابِ عَنْ الْأَوَّلِ: إِنَّ الْأَمْرَ لِتَفْرِيجِ الذِّمَّةِ عَمَّا وَجَبَ عَلَيْهِ بِالسَّبَبِ، فَإِنْ كَانَ السَّبَبُ مِنَ الشَّارِعِ كَشُهُودِ الشَّهْرِ فِي رَمَضَانَ يَكُونُ الثَّابِتُ بِهِ فَرْضًا، وَإِنْ كَانَ مِنَ الْعَبْدِ يَكُونُ وَاجِبًا كَمَا فِي الْمُنْدُورِ فَرَقًا بَيْنَ إِجْبَابِ الرَّبِّ وَعَبْدِهِ، ثُمَّ الْأَمْرُ الْوَارِدُ مِنَ الشَّارِعِ يَكُونُ لِأَدَاءِ ذَلِكَ، وَحَيْثُ لَا يَلْزَمُ أَنْ يَكُونَ لِيُوفُوا مُفِيدًا لِلْفَرِيضَةِ، كَمَا أَفَادَهَا لِيَصُمُهُ لِاخْتِلَافِ السَّبَبِ الْمَوْجِبِ وَهَذَا يُعْنِي عَنْ الْجَوَابِ عَنِ الثَّانِي.

وَقَدْ قِيلَ فِي الْجَوَابِ عَنْهُ: إِنَّ الْعَقْلَ دَلَّ عَلَى عَدَمِ دُخُولِ الْمَجَانِينِ وَالصَّبِيَّانِ وَأَصْحَابِ الْأَعْدَارِ فَلَا يَكُونُونَ دَاخِلِينَ فَلَا يَكُونُ تَمَّةٌ تَخْصِصُ، (وَسَبَبُ الْأَوَّلِ) يَعْنِي الْفَرَضَ (الشَّهْرُ لِأَنَّهُ يُضَافُ إِلَيْهِ) وَالْإِضَافَةُ دَلِيلُ السَّبَبِيَّةِ لَمَّا تَقَدَّمَ (وَيَتَكَرَّرُ بِتَكَرُّرِهِ) فَإِنَّهُ كَلَّمَا دَخَلَ رَمَضَانَ وَجَبَ صَوْمُهُ، وَذَلِكَ أَيْضًا دَلِيلُ السَّبَبِيَّةِ (وَكُلُّ يَوْمٍ سَبَبٌ وَجُوبٌ صَوْمٍ ذَلِكَ الْيَوْمِ) لِأَنَّ صَوْمَ رَمَضَانَ بِمَنْزِلَةِ عِبَادَاتٍ مُتَفَرِّقَةٍ لِأَنَّهُ تَخَلَّلَ بَيْنَ يَوْمَيْنِ زَمَانٌ لَا يَصْلُحُ لِلصَّوْمِ لَا قِضَاءً وَلَا آدَاءً وَهُوَ اللَّيَالِي فَصَارَ كَالصَّلَوَاتِ، وَهَذَا اخْتِيَارُ صَاحِبِ الْأَسْرَارِ وَفَخَّرِ الْإِسْلَامَ.

وَقَالَ شَمْسُ الْأَيْمَةِ السَّرْحَسِيُّ: اللَّيَالِي وَالْأَيَّامُ فِي السَّبَبِيَّةِ سَوَاءٌ، وَقَدْ عُرِفَ ذَلِكَ فِي الْأُصُولِ. وَقَوْلُهُ (وَسَبَبُ الثَّانِي) أَيُّ الْمُنْدُورِ الْمُعَيَّنِ وَهُوَ (التَّذَرُّ)

وَالنِّيَّةُ مِنْ شَرْطِهِ وَسَبَبِيَّتُهُ وَتَفْسِيرُهُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى. وَجَهَ قَوْلُهُ فِي الْخِلَافِيَّةِ قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «لَا صِيَامَ لِمَنْ لَمْ يَنْوِ الصِّيَامَ مِنَ اللَّيْلِ» ^(١) وَلِأَنَّهُ لَمَّا فَسَدَ الْجُزْءُ

(١) أخرجه أبو داود (٢٤٥٤)، والترمذي في الصوم باب ٣٣ (حديث ٧٣٠)، والنسائي في

الصوم باب ٦٨ (حديث ٢١٩٦).

الأَوَّلُ لِفَقْدِ النِّيَّةِ فَسَدَ الثَّانِي ضَرُورَةً أَنَّهُ لَا يَتَجَرَّأُ بِخِلَافِ النَّفْلِ لِأَنَّهُ مُتَجَرِّئٌ عِنْدَهُ. وَلَنَا قَوْلُهُ «بَعْدَمَا شَهِدَ الْأَعْرَابِيُّ بِرُؤْيَا الْهَلَالِ: أَلَا مَنْ أَكَلَ فَلَا يَأْكُلُنْ بَقِيَّةَ يَوْمِهِ، وَمَنْ لَمْ يَأْكُلْ فَلْيَصُمْ» وَمَا رَوَاهُ مَحْمُولٌ عَلَى نَفْيِ الْفَضِيلَةِ وَالْكَمَالِ، أَوْ مَعْنَاهُ لَمْ يَنْوَ أَنَّهُ صَوْمٌ مِنَ اللَّيْلِ، وَلِأَنَّهُ يَوْمٌ صَوْمٍ فَيَتَوَقَّفُ الْإِمْسَاكُ فِي أَوَّلِهِ عَلَى النِّيَّةِ الْمُتَأَخَّرَةِ الْمُقْتَرَنَةِ بِأَكْثَرِهِ كَالنَّفْلِ، وَهَذَا لِأَنَّ الصَّوْمَ رُكْنٌ وَاحِدٌ مُمْتَدٌّ وَالنِّيَّةُ لَتَعْيِينِهِ لِلَّهِ تَعَالَى فَتَرْجَحُ بِالْكَثَرَةِ جَنْبُ الْوُجُودِ بِخِلَافِ الصَّلَاةِ وَالْحَجِّ لِأَنَّ لِهَمَا أَرْكَانًا فَيُشْتَرِطُ قِرَائُهَا بِالْعَقْدِ عَلَى آدَائِهِمَا، وَبِخِلَافِ الْقَضَاءِ لِأَنَّهُ يَتَوَقَّفُ عَلَى صَوْمِ ذَلِكَ الْيَوْمِ وَهُوَ النَّفْلُ وَبِخِلَافِ مَا بَعْدَ الزَّوَالِ لِأَنَّهُ لَمْ يُوجَدْ اقْتِرَانُهَا بِالْأَكْثَرِ فَتَرْجَحَتْ جَنْبُ الْفَوَاتِ.

ثُمَّ قَالَ فِي الْمُخْتَصَرِ: مَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ الزَّوَالِ، وَفِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ قَبْلَ نِصْفِ النَّهَارِ وَهُوَ الْأَصَحُّ، لِأَنَّهُ لَا بُدَّ مِنْ وُجُودِ النِّيَّةِ فِي أَكْثَرِ النَّهَارِ وَنِصْفِهِ مِنْ وَقْتِ طُلُوعِ الْفَجْرِ إِلَى وَقْتِ الضُّحَى الْكُبْرَى لَا إِلَى وَقْتِ الزَّوَالِ، فَتُشْتَرِطُ النِّيَّةُ قَبْلُهَا لِتَتَحَقَّقَ فِي الْأَكْثَرِ، وَلَا فَرْقَ بَيْنَ الْمُسَافِرِ وَالْمُقِيمِ عِنْدَنَا، خِلَافًا لِمَا زُفِرَ رَحِمَهُ اللَّهُ، لِأَنَّهُ لَا تَفْصِيلَ فِيهِمَا ذَكَرْنَا مِنَ الدَّلِيلِ وَهَذَا الضَّرْبُ مِنَ الصَّوْمِ يَتَأَدَّى بِمُطْلَقِ النِّيَّةِ وَبِنِيَّةِ النَّفْلِ وَبِنِيَّةٍ وَاجِبٍ آخَرَ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: فِي نِيَّةِ النَّفْلِ عَابِتٌ، وَفِي مُطْلَقِهَا لَهُ قَوْلَانِ: لِأَنَّهُ بِنِيَّةِ النَّفْلِ مُعْرِضٌ عَنِ الْفَرْضِ فَلَا يَكُونُ لَهُ الْفَرْضُ. وَلَنَا أَنَّ الْفَرْضَ مُتَعَيَّنٌ فِيهِ، فَيَصَابُ بِأَصْلِ النِّيَّةِ كَالْمُتَوَحِّدِ فِي الدَّارِ يُصَابُ بِاسْمِ جِنْسِهِ، وَإِذَا نَوَى النَّفْلَ أَوْ وَاجِبًا آخَرَ فَقَدْ نَوَى أَصْلَ الصَّوْمِ وَزِيَادَةَ جِهَةٍ، وَقَدْ لَغَتْ الْجِهَةُ فَبَقِيَ الْأَصْلُ وَهُوَ كَافٍ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَالنِّيَّةُ مِنْ شَرْطِهِ) أَيُّ مِنْ شُرُوطِ الصَّوْمِ بِأَنْوَاعِهِ. (وَسَيَبَيِّنُهُ) أَيُّ سَيَبَيِّنُ شَرْطَ الصَّوْمِ (وَتَفْسِيرُهُ) أَيُّ تَفْسِيرُ ذَلِكَ الشَّرْطِ وَأَرَادَ بَيَانِ النِّيَّةِ مَا ذَكَرَهُ بَعْدَ هَذَا عِنْدَ قَوْلِهِ لِأَنَّهُ يَوْمٌ صَوْمٍ فَيَتَوَقَّفُ الْإِمْسَاكُ فِي أَوَّلِهِ عَلَى النِّيَّةِ الْمُتَأَخَّرَةِ الْمُقْتَرَنَةِ بِأَكْثَرِهِ، وَأَرَادَ بَيَانِ تَفْسِيرِهِ مَا ذَكَرَهُ بِقَوْلِهِ وَالنِّيَّةُ لَتَعْيِينِهِ لِلَّهِ تَعَالَى لِأَنَّ النِّيَّةَ عِبَارَةً عَنْ تَعْيِينِ بَعْضِ الْمُحْتَمَلَاتِ فَكَانَ مَا ذَكَرَهُ تَفْسِيرًا لِلنِّيَّةِ، كَذَا ذُكِرَ فِي بَعْضِ الشُّرُوحِ.

وَقَوْلُهُ (وَجْهٌ قَوْلُهُ فِي الْخِلَافَةِ) أَيُّ فِي الْمَسْأَلَةِ الْخِلَافِيَّةِ وَهِيَ: أَنَّ النِّيَّةَ قَبْلَ الزَّوَالِ تُجْزِيهِ عِنْدَنَا خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ (قَوْلُهُ «لَا صِيَامَ لِمَنْ لَمْ يَنْوَ الصِّيَامَ مِنَ اللَّيْلِ»)

وَالصَّيَّامُ مَصْدَرٌ كَالْقِيَامِ. وَقَوْلُهُ (وَلَاغَةً لِّمَا فَسَدَ الْجُزْءُ الْأَوَّلُ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (لَاغَةً مُتَجَرِّئُ عِنْدَهُ) ذَكَرَ فِي الْوَجِيزِ: الْعَزَالِيُّ يَجُوزُ نِيَّةُ التَّطَوُّعِ قَبْلَ الزَّوَالِ وَبَعْدَهُ قَوْلَانِ وَهَذَا بِشَرْطِ خُلُوقِ أَوَّلِ الْيَوْمِ عَنِ الْأَكْلِ.

وَرُوِيَ أَنَّ ابْنَ شَرِيحٍ مِنْ أَصْحَابِهِ لَمْ يَشْتَرِطْ ذَلِكَ (وَلَنَا قَوْلُهُ ﷺ بَعْدَمَا شَهِدَ الْأَعْرَابِيُّ بِرُؤْيَةِ الْهَلَالِ: أَلَا مَنْ أَكَلَ فَلَا يَأْكُلَنَّ بَقِيَّةَ يَوْمِهِ وَمَنْ لَمْ يَأْكُلْ فَلْيَصُمْ) وَهَذَا لَا يَقْبَلُ التَّأْوِيلُ (وَمَا رَوَاهُ مَحْمُولٌ عَلَى نَفْيِ الْفَضِيلَةِ وَالْكَمَالِ أَوْ مَعْنَاهُ لَمْ يَتَوَّأَنَّ صَوْمٌ مِنَ اللَّيْلِ) يَعْنِي: أَنَّ مَعْنَى قَوْلِهِ «لَا صِيَامَ لِمَنْ لَمْ يَتَوَّأَنَّ الصَّيَامَ مِنَ اللَّيْلِ» لَا صِيَامَ لِمَنْ لَمْ يَتَوَّأَنَّ صِيَامَهُ مِنَ اللَّيْلِ بَلْ تَوَيَّأَنَّ أَنْ صِيَامَهُ مِنْ وَقْتِ النَّيَّةِ قِيلَ: الصَّلَاةُ إِذَا تَعَقَّبَتْ فِعْلًا وَمَفْعُولًا وَأَمَكَنَّ تَعَلَّقَهَا بِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فَإِنَّهَا تَتَعَلَّقُ بِالْفِعْلِ دُونَ الْمَفْعُولِ كَمَا يُقَالُ: أَتَيْتُ فُلَانًا مِنْ بَعْدَادَ، فَإِنَّ كَلِمَةَ «مِنْ» تَعَلَّقَتْ بِالْإِثْنَانِ لَا بِالْمَفْعُولِ كَذَلِكَ هَهُنَا. وَأُجِيبَ بِأَنَّهُ كَذَلِكَ لَكِنَّهُ يُحْتَمَلُ مَا ذَكَرْنَا فَيَحْتَمِلُ عَلَيْهِ عَمَلًا بِالنُّصُوصِ، قِيلَ: قَوْلُهُ "فَلْيَصُمْ" يَحْتَمِلُ الصَّوْمَ اللَّغَوِيَّ فَيَحْتَمِلُ عَلَيْهِ عَمَلًا بِالنُّصُوصِ. وَأُجِيبَ بِأَنَّهُ لَا يَحْتَمِلُ ذَلِكَ هَاهُنَا لِأَنَّهُ لَوْ كَانَ كَذَلِكَ لَكَانَ الْأَكْلُ وَعَدَمُهُ سَوَاءً، فَلَا فَائِدَةَ فِي قَوْلِهِ "وَمَنْ لَمْ يَأْكُلْ" قَوْلُهُ (وَلَاغَةً) دَلِيلٌ مَقْفُولٌ، وَيَجُوزُ تَقْرِيرُهُ عَلَى هَذَا الْوَجْهِ سَلَمْنَا أَنَّ مَا رَوَاهُ لَيْسَ بِمَحْمُولٍ عَلَى شَيْءٍ مِمَّا ذَكَرْنَا يَكُونُ مُعَارِضًا لِمَا رَوَيْنَاهُ فَيُصَارُ إِلَى مَا بَعْدَهُ مِنْ الْحُجَّةِ، وَهُوَ الْقِيَاسُ، وَهُوَ مَعْنَى لِأَنَّهُ (يَوْمٌ صَوْمٌ) لِأَنَّ الصَّوْمَ فِيهِ فَرَضٌ وَكُلُّ مَا هُوَ يَوْمٌ صَوْمٌ (يَتَوَقَّفُ الْإِمْسَاكُ فِي أَوَّلِهِ عَلَى النَّيَّةِ الْمُتَأَخَّرَةِ الْمُقْتَرَنَةِ بِأَكْثَرِهِ كَالْتَفُّلِ وَهَذَا) أَيُّ تَوَقَّفِ الْإِمْسَاكِ عَلَى مَا ذَكَرْنَا (لِأَنَّ الصَّوْمَ رُكْنٌ وَاحِدٌ مُمْتَدِّدٌ يَحْتَمِلُ الْعَادَةَ وَالْعِبَادَةَ وَكُلُّ مَا هُوَ كَذَلِكَ يَحْتَاجُ إِلَى مَا يُعِينُهُ لِلْعِبَادَةِ وَهُوَ النَّيَّةُ فَإِنَّهَا شَرِطَتْ (لِتَعِينِهِ لِلَّهِ تَعَالَى) فَإِنْ وَجِدَتْ مِنْ أَوَّلِهِ فَلَا كَلَامَ، وَإِنْ وَجِدَتْ فِي أَكْثَرِهِ جُعِلَتْ كَأَنَّهَا وَجِدَتْ مِنْ أَوَّلِهِ، لِأَنَّ بِالْكَثَرَةِ تَرَجَّحَ حَبْنَةُ الْوُجُودِ عَلَى الْعَدَمِ، فَإِنَّ الْأَكْثَرَ يَقُومُ مَقَامَ الْكُلِّ فِي كَثِيرٍ مِنَ الْمَوَاضِعِ لَذَلِكَ، وَإِنْ كَانَ كَذَلِكَ لَمْ يَكُنْ اقْتِرَانُ النَّيَّةِ بِحَالِ الشَّرُوعِ شَرْطًا (بِخِلَافِ الصَّلَاةِ وَالْحَجِّ) حَيْثُ يُشْتَرِطُ اقْتِرَانُ النَّيَّةِ بِحَالِ الشَّرُوعِ فِيهِمَا وَلَا يُجْعَلُ الْأَكْثَرُ كَالْكُلِّ (لِأَنَّ لِهَما أَرْكَانًا) مُخْتَلَفَةً كَالرُّكُوعِ وَالسُّجُودِ وَالْوُقُوفِ وَالطَّوَافِ (فَيُشْتَرِطُ قِرَاءَتُهَا بِالْعَقْدِ عَلَى أَذَانَيْهِمَا) لِثَلَا يَخْلُو بَعْضُ الْأَرْكَانِ عَنِ النَّيَّةِ، وَقَوْلُهُ

(وَبِخِلَافِ الْقَضَاءِ) جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ: لَوْ كَانَ الصَّوْمُ رُكْنًا وَاحِدًا مُمْتَدًّا وَالنِّبْيَةُ الْمُتَأَخَّرَةُ فِيهِ جَائِزَةٌ لَدَلَّكَ لَمْ يَكُنْ فِي الْقَضَاءِ اشْتِرَاطُ النَّبِيِّ مِنَ اللَّيْلِ، وَوَجْهُهُ إِنَّمَا كَانَ كَذَلِكَ (لَأَنَّهُ) أَيُّ الْإِمْسَاكِ (يَتَوَقَّفُ عَلَى صَوْمِ ذَلِكَ الْيَوْمِ وَهُوَ النَّفْلُ) وَالْمَعْنَى بِصَوْمِ الْيَوْمِ مَا تَعَلَّقَتْ شَرْعِيَّتُهُ بِمَجِيءِ الْيَوْمِ لَا بِسَبَبِ آخَرَ مِنْ نَحْوِ الْقَضَاءِ وَالْكَفَّارَةِ، فَيَكُونُ الصَّوْمُ قَدْ وَقَعَ عَنْهُ فَلَا يُمَكِّنُ جَعْلُهُ مِنَ الْقَضَاءِ إِلَّا قَبْلَ أَنْ يَقَعَ مِنْهُ، وَذَلِكَ إِنَّمَا يَكُونُ بِنَيْتِهِ مِنَ اللَّيْلِ.

وَقَوْلُهُ (وَبِخِلَافِ مَا بَعْدَ الزَّوَالِ) جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ: إِذَا كَانَ رُكْنًا وَاحِدًا مُمْتَدًّا يَتَّبِعِي أَنْ يَكُونَ اقْتِرَانُهَا بِالْقَلِيلِ وَالكَثِيرِ سَوَاءً، وَوَجْهُهُ: أَنَّ الْأَصْلَ أَنْ تَكُونَ النَّبْيَةُ مُقَارِنَةً لِحَالَةِ الشَّرُوعِ، وَلَكِنْ تَرَكْنَا ذَلِكَ إِذَا قَارَنْتِ الْأَكْثَرَ لِقِيَامِهِ مَقَامَ الْكُلِّ، وَلَمْ يُوجَدْ فِيهَا بَعْدَ الزَّوَالِ (فَتَرَجَّحَتْ جَنَبَةُ الْفَوَاتِ) وَقَوْلُهُ (لَمْ قَالَ فِي الْمُخْتَصِرِ) أَيُّ الْمُخْتَصِرِ الْقُدُورِيِّ: إِذَا لَمْ يَنْوِ حَتَّى أَصْبَحَ أَجْزَأُهُ النَّبْيَةُ (مَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ الزَّوَالِ). وَفِي الْجَمَاعِ الصَّغِيرِ: قَبْلَ نِصْفِ النَّهَارِ، وَهُوَ الْأَصَحُّ وَوَجْهُهُ مَا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ وَقَوْلُهُ (وَلَا فَرْقَ بَيْنَ الْمُسَافِرِ وَالْمُقِيمِ) يَعْنِي فِي جَوَازِ النَّبْيَةِ قَبْلَ نِصْفِ النَّهَارِ (خِلَافًا لِرُفْرُ) فَإِنَّهُ يَقُولُ: إِمْسَاكِ الْمُسَافِرِ فِي أَوَّلِ النَّهَارِ لَمْ يَكُنْ مُسْتَحَقًّا لِلصَّوْمِ الْفَرْضِ فَلَا يَتَوَقَّفُ عَلَى وُجُودِ النَّبْيَةِ، بِخِلَافِ إِمْسَاكِ الْمُقِيمِ، وَلَنَا أَنَّ الْمَعْنَى الَّذِي لِأَجْلِهِ جُوزَ فِي حَقِّ الْمُقِيمِ إِقَامَةُ النَّبْيَةِ فِي أَكْثَرِ وَقْتِ الْأَدَاءِ مَقَامَهَا فِي جَمِيعِ الْوَقْتِ لَمْ يَفْصَلْ بَيْنَ الْمُقِيمِ وَالْمُسَافِرِ قَالَ (وَهَذَا الضَّرْبُ مِنَ الصَّوْمِ (لِخ) أَرَادَ بِهَذَا الضَّرْبِ مَا يَتَعَلَّقُ بِزَمَانٍ بَعِيْنِهِ عَلَى مَا ذَكَرَ فِي أَوَّلِ الْكِتَابِ. قَوْلُهُ (يَتَأَدَّى بِمُطْلَقِ النَّبْيَةِ) أَيُّ بِأَنْ يَقُولَ: نَوَيْتُ الصَّوْمَ (وَبِنَيْتِ النَّفْلِ) ظَاهِرٌ. (وَبِنَيْتِ وَاجِبٍ آخَرَ) بِأَنْ يُنَوِيَ عَنْ كَفَّارَةٍ أَوْ غَيْرِهَا.

قِيلَ: وَهَذَا فِي صَوْمِ رَمَضَانَ مُسْتَقِيمٌ، فَأَمَّا فِي النَّذْرِ الْمُعَيَّنِ فَلَا لَأَنَّهُ يَنْعَى عَمَّا نَوَى مِنَ الْوَاجِبِ إِذَا كَانَتْ النَّبْيَةُ مِنَ اللَّيْلِ، ذَكَرَهُ فِي أُصُولِ شَمْسِ الْأَيْمَةِ وَغَيْرِهِ، فَجَنَّبَ قَوْلَ الْمُصَنِّفِ وَهَذَا الضَّرْبُ لَا يَنْقُضِي عَلَى إِطْلَاقِهِ.

وَأَجَابَ شَيْخُ شَيْخِي الْعَلَامَةُ عَبْدُ الْعَزِيزِ: بِأَنَّهُ يُمَكِّنُ أَنْ يُقَالَ مُوجِبُ كَلَامِ الْمُصَنِّفِ أَنْ يَتَأَدَّى الْمَجْمُوعُ بِالْمَجْمُوعِ، وَالْبَعْضُ بِالْبَعْضِ، وَالْبَعْضُ بِالْمَجْمُوعِ، لَا أَنْ كُلَّ فَرْدٍ يَتَأَدَّى الْمَجْمُوعُ فَيُظْهِرُ لِكَلَامِهِ وَجْهَ صِحَّةٍ (وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: فِي نَيْتِ النَّفْلِ

عَابَتْ) أَي لَا يَكُونُ صَائِمًا لَا فَرَضًا وَلَا نَفْلًا (وَفِي مُطْلَقِهَا لَهُ قَوْلَانِ) فِي قَوْلٍ يَقَعُ عَنْ فَرَضِ الْوَقْتِ، وَفِي قَوْلٍ لَا يَقَعُ عَنْهُ.

وَقَوْلُهُ (لَأَنَّهُ بَنِيَّةُ النَّفْلِ) دَلِيلٌ عَلَى النَّفْلِ أَيِ إِنَّهُ بَنِيَّةُ النَّفْلِ (مُعَرَّضٌ عَنِ الْفَرَضِ) لِمَا يَبْتَنِيهِمَا مِنَ الْمُعَايِرَةِ فَصَارَ كَأَعْرَاضِهِ بَتَرَكِ النَّيَّةِ (فَلَا يَكُونُ لَهُ الْفَرَضُ) وَمِنْ هَذَا يَظْهَرُ وَجْهُ أَحَدِ قَوْلَيْهِ فِي مُطْلَقِ النَّيَّةِ لِأَنَّهُ لَمْ يَصِرْ مُعَرَّضًا بِهِذِهِ النَّيَّةِ فَيَجُوزُ، وَوَجْهُ الْقَوْلِ الْآخَرِ أَنَّ صِفَةَ الْفَرْضِيَّةِ قُرْبَةٌ كَأَصْلِ الصَّوْمِ فَكَمَا لَا يَتَأَدَّى أَصْلُ الصَّوْمِ إِلَّا بِالنِّيَّةِ فَكَذَلِكَ الصَّفَةُ، وَإِذَا انْعَدَمَتِ الصَّفَةُ يَنْعَدِمُ الصَّوْمُ ضَرُورَةً. (وَلَنَا أَنَّ الْفَرَضَ مُتَعَيِّنٌ فِيهِ) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «إِذَا انْسَلَخَ شَعْبَانُ فَلَا صَوْمَ إِلَّا رَمَضَانُ» وَكُلُّ مَا هُوَ مُتَعَيِّنٌ فِي مَكَانٍ يُصَابُ بِأَصْلِ النَّيَّةِ كَالْمُتَوَحِّدِ فِي الدَّارِ يُصَابُ بِاسْمِ جِنْسِهِ بِأَن يُقَالَ: يَا حَيَّوَانُ، كَمَا يُنَالُ بِاسْمِ نَوْعِهِ بِأَن يُقَالَ: يَا إِنْسَانُ.

وَاسْمُ عِلْمِهِ بِأَن قَالَ: يَا زَيْدُ، لَا يُقَالَ الْمُتَوَحِّدُ فِي الْمَكَانِ إِنَّمَا يُنَالُ بِاسْمِ جِنْسِهِ إِذَا كَانَ مَوْجُودًا، وَفِيمَا نَحْنُ فِيهِ إِنَّمَا يُوجَدُ بِتَحْصِيلِهِ فَكَيْفَ يُنَالُ بِاسْمِ جِنْسِهِ لِأَنَّهُ كَوْنُهُ مَعْدُومًا لِمَا لَمْ يَمْتَنِعْ أَنْ يُنَالُ بِاسْمِ نَوْعِهِ بِأَن نَوَى الصَّوْمَ الْمَشْرُوعَ فِي الْوَقْتِ لَا يَمْتَنِعُ أَنْ يُنَالُ بِاسْمِ جِنْسِهِ دَفْعًا لِلتَّحَكُّمِ.

فَإِنْ قِيلَ: مَا ذَكَرْتُمْ يَقْتَضِي الْإِصَابَةَ بِمُطْلَقِ النَّيَّةِ دُونَ نِيَّةِ النَّفْلِ أَوْ وَاجِبِ آخَرَ لِأَنَّ الْمُتَوَحِّدَ يُنَالُ بِاسْمِ جِنْسِهِ لَا بِاسْمِ غَيْرِهِ، فَإِنْ زِيدَا لَا يُنَالُ بِاسْمِ غَيْرِهِ؟ أَجَابَ بِقَوْلِهِ (وَإِذَا نَوَى النَّفْلَ أَوْ وَاجِبًا آخَرَ فَقَدْ نَوَى أَصْلَ الصَّوْمِ وَزِيَادَةَ جِهَةٍ وَقَدْ لَعَتْ الْجِهَةُ) لِأَنَّ الْوَقْتَ لَا يَقْبَلُهَا (فَبَقِيَ الْأَصْلُ) إِذْ لَيْسَ مِنْ ضَرُورَةِ بُطْلَانِ الْوَصْفِ إِذَا لَمْ يَكُنْ فَضْلًا مُنَوَّعًا بِطُلَانِ الْأَصْلِ وَأَصْلُ الصَّوْمِ جِنْسُهُ (وَذَلِكَ كَافٍ) وَمَوْضِعُهُ أَصُولُ الْفِقْهِ وَقَدْ قَرَّرْنَاهُ فِي الْأَنْوَارِ وَالتَّقْرِيرِ.

وَلَا فَرْقَ بَيْنَ الْمُسَافِرِ وَالْمَقِيمِ وَالصَّحِيحِ وَالسَّقِيمِ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ، لِأَنَّ الرُّخْصَةَ كَي لَا تَلْزَمَ الْمَعْدُورَ مَشَقَّةً فَإِذَا تَحَمَّلَهَا التَّحَقُّقَ بِغَيْرِ الْمَعْدُورِ.

وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ: إِذَا صَامَ الْمَرِيضُ وَالْمُسَافِرُ بَنِيَّةً وَاجِبَ آخَرَ يَقَعُ عَنْهُ لِأَنَّهُ شَغَلَ الْوَقْتَ بِالْأَهَمِّ لِتَحْتِمِهِ لِلْحَالِ وَتَخْيِيرِهِ فِي صَوْمِ رَمَضَانَ إِلَى إِدْرَاكِ الْعِدَّةِ. وَعَنْهُ فِي نِيَّةِ التَّطَوُّعِ رَوَايَتَانِ، وَالْفَرْقُ عَلَى إِحْدَاهُمَا أَنَّهُ مَا صَرَفَ الْوَقْتَ إِلَى

الْأَهَمُّ. قَالَ (وَالضَّرْبُ الثَّانِي مَا يَثْبُتُ فِي الذَّمِّ كَقَضَاءِ رَمَضَانَ وَالنَّذْرِ الْمُطْلَقِ وَصَوْمِ الْكَفَّارَةِ فَلَا يَجُوزُ إِلَّا بِنَيْتٍ مِنَ اللَّيْلِ) لِأَنَّهُ غَيْرُ مُتَعَيَّنٍ فَلَا بُدَّ مِنَ التَّعْيِينِ مِنَ الْإِبْتِدَاءِ (وَالنَّفْلُ كُلُّهُ يَجُوزُ بِنَيْتٍ قَبْلَ الزَّوَالِ) خِلَافًا لِمَالِكٍ، فَإِنَّهُ يَتَمَسَّكُ بِإِطْلَاقِ مَا رَوَيْنَا. وَلَنَا «قَوْلُهُ ﷺ بَعْدَ مَا كَانَ يُصْبِحُ غَيْرَ صَائِمٍ إِنِّي إِذَا لَصَائِمٌ»^(١) وَلَأَنَّ الْمَشْرُوعَ خَارِجَ رَمَضَانَ هُوَ نَفْلٌ فَيَتَوَقَّفُ الْإِمْسَاكُ فِي أَوَّلِ الْيَوْمِ عَلَى صَيْرُورَتِهِ صَوْمًا بِالنَّيْتِ عَلَى مَا ذَكَرْنَا، وَلَوْ نَوَى بَعْدَ الزَّوَالِ لَا يَجُوزُ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يَجُوزُ وَيَصِيرُ صَائِمًا مِنْ حِينَ نَوَى إِذْ هُوَ مُتَجَزِّئٌ عِنْدَهُ لِكَوْنِهِ مَبْنِيًّا عَلَى النَّشَاطِ، وَلَعَلَّهُ يَنْشَطُ بَعْدَ الزَّوَالِ إِلَّا أَنْ مِنْ شَرْطِهِ الْإِمْسَاكُ فِي أَوَّلِ النَّهَارِ، وَعِنْدَنَا يَصِيرُ صَائِمًا مِنْ أَوَّلِ النَّهَارِ لِأَنَّهُ عِبَادَةُ قَهْرِ النَّفْسِ، وَهِيَ إِنَّمَا تَتَحَقَّقُ بِإِمْسَاكِ مُقَدَّرٍ فَيُعْتَبَرُ هِرَانُ النَّيْتِ بِأَكْثَرِهِ.

الشرح:

(وَلَا فَرْقَ بَيْنَ الْمُسَافِرِ وَالْمَقِيمِ وَالصَّحِيحِ وَالسَّقِيمِ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ لِأَنَّ الرُّخْصَةَ) إِنَّمَا ثَبَتَتْ (كَيْ لَا يَلْزَمَ الْمَعْذُورُ مَشَقَّةً فَإِذَا تَحَمَّلَهَا التَّحَقُّقُ بِغَيْرِ الْمَعْذُورِ وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ: إِذَا صَامَ الْمَرِيضُ وَالْمُسَافِرُ بِنَيْتٍ وَاجِبٍ آخَرَ يَقَعُ عَنْهُ، لِأَنَّهُ شَعَلَ الْوَقْتُ بِالْأَهَمِّ لِتَحْتِمِهِ لِلْحَالِ) إِذْ الْقَضَاءُ لَازِمٌ لِلْحَالِ فَهُوَ مُوَآخِذٌ بِهِ (وَتَخْيِيرُهُ فِي صَوْمِ رَمَضَانَ) لِأَنَّهُ لَا يَلْزَمُهُ مَا لَمْ يُدْرِكْ عِدَّةً مِنْ أَيَّامٍ أُخَرَ. حَتَّى إِذَا مَاتَ قَبْلَ الْإِدْرَاكِ لَيْسَ عَلَيْهِ شَيْءٌ، وَهَذَا الَّذِي اخْتَارَهُ الْمُصَنِّفُ مِنَ التَّسْوِيَةِ بَيْنَ الْمُسَافِرِ وَالْمَرِيضِ مُخَالَفٌ لِمَا ذَكَرَهُ الْعُلَمَاءُ فِي التَّحْقِيقِ فَخَرُّ الْإِسْلَامِ، وَشَمْسُ الْأُئِمَّةِ، فَإِنَّهُمَا قَالَا: إِذَا نَوَى الْمَرِيضُ عَنْ وَاجِبٍ آخَرَ فَالصَّحِيحُ أَنَّهُ يَقَعُ صَوْمُهُ عَنْ رَمَضَانَ لِأَنَّ إِبَاحَةَ الْفِطْرِ لَهُ عِنْدَ الْعَجْزِ عَنْ أَدَاءِ الصَّوْمِ، فَأَمَّا عِنْدَ الْقُدْرَةِ فَهُوَ وَالصَّحِيحُ سَوَاءٌ، بِخِلَافِ الْمُسَافِرِ فَإِنَّ الرُّخْصَةَ فِي حَقِّهِ تَتَعَلَّقُ بِعَجْزٍ مُقَدَّرٍ قَامَ السَّفَرُ مَقَامَهُ وَهُوَ مَوْجُودٌ.

وَقَالَ صَاحِبُ الْإِيضَاحِ: وَكَانَ بَعْضُ أَصْحَابِنَا يَفْصِلُ بَيْنَ الْمُسَافِرِ وَالْمَرِيضِ، وَأَنَّهُ لَيْسَ بِصَّحِيحٍ، وَالصَّحِيحُ أَنَّهُمَا يَتَسَاوَيَانِ وَهُوَ قَوْلُ الْكَرَّحِيِّ، اخْتَارَهُ الْمُصَنِّفُ، وَقَوْلُهُ

(١) أخرجه مسلم في الصيام (حديث ١٦٩، ١٧٠)، وأبو داود في الصوم (٢٤٥٥)، والنسائي في

الصيام باب ٦٧، وأحمد (٤٩/٦، ٢٠٧). وانظر نصب الراية (٤٥٦/٢).

(وَعَنْهُ) أَي عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ (فِي نَبَةِ التَّطَوُّعِ) مِنَ الْمُسَافِرِ (رَوَاتَانِ) فِي رِوَايَةِ ابْنِ سَمَاعَةَ: يَقَعُ عَنِ الْفَرَضِ لَمَّا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ، (وَأَنَّهُ مَا صَرَفَ الْوَقْتَ إِلَى الْأَهَمِّ) وَهُوَ إِسْقَاطُ وَاجِبٍ عَلَيْهِ، وَإِنَّمَا قَصَدَ تَحْصِيلَ الثَّوَابِ وَهُوَ فِي الْفَرَضِ أَكْثَرُ، وَفِي رِوَايَةِ الْحَسَنِ: يَقَعُ عَمَّا نَوَى مِنَ النَّفْلِ، لِأَنَّ رَمَضَانَ فِي حَقِّهِ كَشَعْبَانَ فِي حَقِّ الْمُقِيمِ، وَنَبَتْهُ فِي شَعْبَانَ تَقَعُ عَمَّا نَوَى نَفْلًا كَانَ أَوْ وَاجِبًا، فَكَذَلِكَ هَذَا.

وَأَمَّا الْمَرِيضُ إِذَا نَوَى عَنِ التَّطَوُّعِ فَإِنَّ صَوْمَهُ يَقَعُ عَنِ الْفَرَضِ وَهُوَ الظَّاهِرُ، وَقَالَ النَّاطِقِيُّ: قِيَاسُ التَّسْوِيَةِ بَيْنَ الْمَرِيضِ وَالْمُسَافِرِ عَلَى رِوَايَةِ نَوَادِرِ أَبِي يُوسُفَ يُوجِبُ أَنْ يَكُونَ فِي الْمَرِيضِ جَائِزًا عَنِ التَّطَوُّعِ.

قَالَ (وَالضَّرْبُ الثَّانِي مَا يَثْبُتُ فِي الذِّمَّةِ) وَالْمُرَادُ مِنَ الثُّبُوتِ فِي الذِّمَّةِ كَوْنُهُ مُسْتَحَقًّا فِيهَا مِنْ غَيْرِ اتِّصَالٍ لَهُ بِالْوَقْتِ قَبْلَ الْعَزْمِ عَلَى صَرْفِ مَالِهِ إِلَى مَا عَلَيْهِ (كَقَضَاءِ رَمَضَانَ) وَصَوْمِ كَفَّارَةِ الْيَمِينِ وَالظَّهَارِ وَالْقَتْلِ، وَجَزَاءِ الصَّيْدِ وَالْحَلْقِ وَالْمُتْعَةِ وَكَفَّارَةِ رَمَضَانَ، وَكَذَلِكَ التَّنْذُرُ الْمَطْلُوقُ فَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ (لَا يَجُوزُ إِلَّا بِنِيَّةٍ مِنَ اللَّيْلِ لَكُونِهِ غَيْرَ مُتَعَيَّنٍ فَلَا بُدَّ مِنَ التَّعْيِينِ مِنَ الْإِبْتِدَاءِ).

وَقَوْلُهُ (وَالنَّفْلُ كُلُّهُ يَجُوزُ بِنِيَّةٍ قَبْلَ الزَّوَالِ) أَي قَبْلَ انْتِصَافِ النَّهَارِ سَوَاءً كَانَ مُسَافِرًا أَوْ مُقِيمًا (خِلَافًا لِمَالِكٍ فَإِنَّهُ يَتَمَسَّكُ بِإِطْلَاقِ مَا رَوَيْنَا) مِنْ قَوْلِهِ ﷺ «لَا صِيَامَ لِمَنْ لَمْ يَنْوِ الصِّيَامَ مِنَ اللَّيْلِ» (وَلَنَا «قَوْلُهُ ﷺ بَعْدَ مَا كَانَ يُصْبِحُ غَيْرَ صَائِمٍ إِلَيَّ إِذَا لَصَائِمٌ» عَنْ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ كَانَ يَدْخُلُ عَلَى نِسَائِهِ وَيَقُولُ: هَلْ عِنْدَكُنَّ مِنْ غَدَاءٍ؟ فَإِنْ قُلْنَ لَا. قَالَ: إِنِّي إِذَا لَصَائِمٌ».

وَقَوْلُهُ (وَلَأَنَّ الْمَشْرُوعَ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (عَلَى مَا ذَكَرْنَا) إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ: وَلَأَنَّهُ يَوْمُ صَوْمٍ فَيَتَوَقَّفُ الْإِمْسَاكُ فِي أَوَّلِهِ عَلَى النِّيَّةِ الْمُتَأَخَّرَةِ الْمُقْتَرَنَةِ بِأَكْثَرِهِ كَالنَّفْلِ. وَقَوْلُهُ (وَلَوْ نَوَى بَعْدَ الزَّوَالِ) ظَاهِرٌ مِمَّا تَقَدَّمَ.

فصل في رؤية الهلال

قَالَ (وَيَنْبَغِي لِلنَّاسِ أَنْ يَلْتَمِسُوا الْهِلالَ فِي الْيَوْمِ التَّاسِعِ وَالْعِشْرِينَ مِنْ شَعْبَانَ، فَإِنْ رَأَوْهُ صَامُوا، وَإِنْ غُمَّ عَلَيْهِمْ أَكْمَلُوا عِدَّةَ شَعْبَانَ ثَلَاثِينَ يَوْمًا ثُمَّ صَامُوا) لِقَوْلِهِ ﷺ «صُومُوا لِرُؤْيَيْهِ وَأَفْطِرُوا لِرُؤْيَيْهِ، فَإِنْ غُمَّ عَلَيْكُمُ الْهِلالُ فَأَكْمَلُوا عِدَّةَ شَعْبَانَ ثَلَاثِينَ

يَوْمًا»^(١) وَلَأنَّ الْأَصْلَ بَقَاءُ الشَّهْرِ فَلَا يُنْقَلُ عَنْهُ إِلَّا بِدَلِيلٍ وَلَمْ يُوجَدْ.

الشرح:

وَيَنْبَغِي لِلنَّاسِ أَنْ يَلْتَمِسُوا الْهَلَالَ فِي الْيَوْمِ الثَّاسِعِ وَالْعِشْرِينَ مِنْ شَعْبَانَ لِأَنَّ الشَّهْرَ قَدْ يَكُونُ تِسْعَةٌ وَعِشْرِينَ يَوْمًا قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «الشَّهْرُ هَكَذَا وَهَكَذَا هَكَذَا وَأَشَارَ بِأَصَابِعِهِ وَخَتَسَ إِبْهَامَهُ فِي الثَّالِثَةِ» (فَإِنْ رَأَاهُ صَامُوا) كَلَامُهُ وَاضِحٌ.

(وَلَا يَصُومُونَ يَوْمَ الشُّكِّ إِلَّا تَطَوُّعًا) لِقَوْلِهِ ﷺ «لَا يُصَامُ الْيَوْمُ الَّذِي يُشْكُّ فِيهِ أَنَّهُ مِنْ رَمَضَانَ إِلَّا تَطَوُّعًا».

وَهَذِهِ الْمَسْأَلَةُ عَلَى وَجْهِ:

أَحَدُهَا: أَنَّ يَنْوِي صَوْمَ رَمَضَانَ وَهُوَ مَكْرُوهٌ لِمَا رَوَيْنَا، وَلِأَنَّهُ تَشَبُّهُ بِأَهْلِ الْكِتَابِ لِأَنَّهُمْ زَادُوا فِي مُدَّةِ صَوْمِهِمْ ثُمَّ إِنْ ظَهَرَ أَنَّ الْيَوْمَ مِنْ رَمَضَانَ يَجْزِيهِ لِأَنَّهُ شَهِدَ الشَّهْرَ وَصَامَهُ وَإِنْ ظَهَرَ أَنَّهُ مِنْ شَعْبَانَ كَانَ تَطَوُّعًا، وَإِنْ أَفْطَرَ لَمْ يَقْضِهِ لِأَنَّهُ فِي مَعْنَى الْمَطْنُونِ.

وَالثَّانِي: أَنَّ يَنْوِي عَنْ وَاجِبٍ آخَرَ وَهُوَ مَكْرُوهٌ أَيْضًا لِمَا رَوَيْنَا إِلَّا أَنَّ هَذَا دُونَ الْأَوَّلِ فِي الْكَرَاهِيَةِ ثُمَّ إِنْ ظَهَرَ أَنَّهُ مِنْ رَمَضَانَ يَجْزِيهِ لَوْجُودِ أَصْلِ النِّيَّةِ، وَإِنْ ظَهَرَ أَنَّهُ مِنْ شَعْبَانَ فَقَدْ قِيلَ: يَكُونُ تَطَوُّعًا لِأَنَّهُ مِنْهِيَ عَنْهُ فَلَا يَتَأَدَّى بِهِ الْوَاجِبُ، وَقِيلَ: يَجْزِيهِ عَنِ الَّذِي نَوَاهُ وَهُوَ الْأَصَحُّ لِأَنَّ الْمُنْهِيَ عَنْهُ وَهُوَ التَّقَدُّمُ عَلَى رَمَضَانَ بِصَوْمِ رَمَضَانَ لَا يَقُومُ بِكُلِّ صَوْمٍ، بِخِلَافِ يَوْمِ الْعِيدِ لِأَنَّ الْمُنْهِيَ عَنْهُ وَهُوَ تَرْكُ الْإِجَابَةِ بِإِلَازِمِ كُلِّ صَوْمٍ، وَالْكَرَاهِيَةُ هَهُنَا لَصُورَةِ النُّهْيِ.

وَالثَّلَاثُ: أَنَّ يَنْوِي التَّطَوُّعَ وَهُوَ غَيْرُ مَكْرُوهٍ لِمَا رَوَيْنَا وَهُوَ حُجَّةٌ عَلَى الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي قَوْلِهِ يُكْرَهُ عَلَى سَبِيلِ الْإِبْتِدَاءِ، وَالْمُرَادُ بِقَوْلِهِ ﷺ «لَا تَتَقَدَّمُوا رَمَضَانَ بِصَوْمِ يَوْمٍ وَلَا بِصَوْمِ يَوْمَيْنِ»^(٢) الْحَدِيثُ، التَّقَدُّمُ بِصَوْمِ رَمَضَانَ لِأَنَّهُ يُؤَدِّيهِ قَبْلَ أَوَانِهِ، ثُمَّ إِنْ وَافَقَ صَوْمًا كَانَ يَصُومُهُ فَالْصَّوْمُ أَفْضَلُ بِالْإِجْمَاعِ: وَكَذَا إِذَا صَامَ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ مِنْ آخِرِ الشَّهْرِ فَصَاعِدًا، وَإِنْ أَفْرَدَهُ فَقَدْ قِيلَ: الْفِطْرُ أَفْضَلُ احْتِرَازًا عَنْ ظَاهِرِ النُّهْيِ وَقَدْ قِيلَ: الصَّوْمُ

(١) أخرجه البخاري (١٩٠٩)، ومسلم في الصيام (حديث ١٧).

(٢) أخرجه البخاري في الصوم باب ١٤، ومسلم في الصيام حديث ٢١.

أَفْضَلُ اهْتِدَاءٍ بَعْلِي وَعَائِشَتَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا فَإِنَّهُمَا كَانَا يَصُومَانِهِ، وَالْمُخْتَارُ أَنْ يَصُومَ الْمُفْتِي بِنَفْسِهِ أَخَذًا بِالِاحْتِيَاظِ، وَيُفْتِي الْعَامَّةَ بِالتَّلَوُّمِ إِلَى وَقْتِ الزَّوَالِ ثُمَّ بِالْإِفْطَارِ نَفِيًا لِلتَّهْمَةِ.

وَالرَّابِعُ: أَنْ يُضْجَعَ فِي أَصْلِ النَّيَّةِ بِأَنْ يَنْوِيَ أَنْ يَصُومَ غَدًا إِنْ كَانَ مِنْ رَمَضَانَ وَلَا يَصُومُهُ إِنْ كَانَ مِنْ شَعْبَانَ، وَفِي هَذَا الْوَجْهِ لَا يَصِيرُ صَائِمًا لِأَنَّهُ لَمْ يَقْطَعْ عَزِيمَتَهُ فَصَارَ كَمَا إِذَا نَوَى أَنَّهُ إِنْ وَجَدَ غَدًا غَدَاءً يُفْطِرُ، وَإِنْ لَمْ يَجِدْ يَصُومُ.

وَالْخَامِسُ: أَنْ يُضْجَعَ فِي وَصْفِ النَّيَّةِ بِأَنْ يَنْوِيَ إِنْ كَانَ غَدًا مِنْ رَمَضَانَ يَصُومُ عَنْهُ، وَإِنْ كَانَ مِنْ شَعْبَانَ فَعَنْ وَاجِبٍ آخَرَ، وَهَذَا مَكْرُوهٌ لِتَرَدُّدِهِ بَيْنَ أَمْرَيْنِ مَكْرُوهَيْنِ. ثُمَّ إِنْ ظَهَرَ أَنَّهُ مِنْ رَمَضَانَ أَجْزَأَهُ لَعَدَمِ التَّرَدُّدِ فِي أَصْلِ النَّيَّةِ، وَإِنْ ظَهَرَ أَنَّهُ مِنْ شَعْبَانَ لَا يَجْزِيهِ عَنْ وَاجِبٍ آخَرَ لِأَنَّ الْجِهَةَ لَمْ تَثْبُتْ لِلتَّرَدُّدِ فِيهَا، وَأَصْلُ النَّيَّةِ لَا يَكْفِيهِ لَكِنَّهُ يَكُونُ تَطَوُّعًا غَيْرَ مَضْمُونٍ بِالْقَضَاءِ لَشُرُوعِهِ فِيهِ مُسْقِطًا، وَإِنْ نَوَى عَنْ رَمَضَانَ إِنْ كَانَ غَدًا مِنْهُ وَعَنِ التَّطَوُّعِ إِنْ كَانَ مِنْ شَعْبَانَ يُكْرَهُ لِأَنَّهُ ذَاوُ الْفَرْضِ مِنْ وَجْهِ، ثُمَّ إِنْ ظَهَرَ أَنَّهُ مِنْ رَمَضَانَ أَجْزَأَهُ عَنْهُ لَمَّا مَرَّ، وَإِنْ ظَهَرَ أَنَّهُ مِنْ شَعْبَانَ جَازَ عَنْ نَفْلِهِ لِأَنَّهُ يَتَأَدَّى بِأَصْلِ النَّيَّةِ، وَلَوْ أَفْسَدَهُ يَجِبُ أَنْ لَا يَقْضِيَهُ لِدُخُولِ الْإِسْقَاطِ فِي عَزِيمَتِهِ مِنْ وَجْهِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلَا يَصُومُونَ يَوْمَ الشُّكِّ إِلَّا تَطَوُّعًا) يَوْمَ الشُّكِّ هُوَ الْيَوْمُ الْأَخِيرُ مِنْ شَعْبَانَ الَّذِي يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ آخِرَ شَعْبَانَ أَوْ أَوَّلَ رَمَضَانَ (لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «لَا يُصَامُ الْيَوْمُ الَّذِي يُشَكُّ فِيهِ أَنَّهُ مِنْ رَمَضَانَ إِلَّا تَطَوُّعًا»).

وَقَوْلُهُ (وَهَذِهِ الْمَسْأَلَةُ عَلَى وَجْهِهِ) ذَكَرَ الْمُصَنِّفُ خَمْسَةً، وَوَجْهُهُ الْحَصْرُ أَنَّ مَنْ صَامَ يَوْمَ الشُّكِّ فَإِمَّا أَنْ يَقْطَعَ فِي النَّيَّةِ أَوْ يَتَرَدَّدَ فِيهَا، فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ فَلَا يَخْلُو إِمَّا أَنْ يَكُونَ فِيْمَا عَلَيْهِ أَوَّلًا، فَإِنْ كَانَ فِيْمَا عَلَيْهِ فَإِمَّا أَنْ يَكُونَ فِي الْوَقْتِ أَوْ فِي غَيْرِهِ، فَالْوَقْتُ هُوَ الْوَجْهُ الْأَوَّلُ وَغَيْرُهُ هُوَ الثَّانِي، وَإِنْ كَانَ فِي غَيْرِ مَا عَلَيْهِ فَهُوَ الثَّالِثُ، وَإِنْ كَانَ الثَّانِي فَإِمَّا أَنْ يَكُونَ التَّرَدُّدُ أَصْلَ النَّيَّةِ أَوْ فِي وَصْفِهَا، فَالْأَوَّلُ الرَّابِعُ وَالثَّانِي الْخَامِسُ. وَهَذَا إِذَا لَمْ يَفْرُقَ بَيْنَ مَا يَكُونُ بِنَاءً أَوْ ابْتِدَاءً فِي التَّطَوُّعِ، وَالْوَاجِبُ الْآخَرُ، أَمَّا إِذَا فَرَّقَ فَالْوَجْهُ سَبْعَةٌ كَمَا ذَكَرَهُ شَيْخُ الْإِسْلَامِ فِي مَبْسُوطِهِ، وَالْمُصَنِّفُ ذَكَرَ الْوَجْهَيْنِ لَكِنَّهُ لَمْ

يَجْعَلُهُمَا مُسْتَقْلَيْنِ (فَالأَوَّلُ أَنْ يُنَوِيَ رَمَضَانَ وَهُوَ مَكْرُوهٌ لِمَا رَوَيْنَا) مِنْ قَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «لَا يُصَامُ الْيَوْمُ الَّذِي يُشَكُّ فِيهِ أَنَّهُ مِنْ رَمَضَانَ إِلَّا تَطَوُّعًا» لَا يُقَالُ لَا يُصَامُ صِبْغَةً نَفِي، وَهُوَ يَقْتَضِي عَدَمَ الْجَوَازِ لِأَنَّهُ بِمَعْنَى النَّهْيِ لِتَحَقُّقِهِ حِسًّا وَهُوَ يَقْتَضِي الْمَشْرُوعِيَّةَ عَلَى مَا عُرِفَ. (وَلَا أَنَّهُ تَشْبَهُ بِأَهْلِ الْكِتَابِ بِمَعْنَى فِيمَا فِيهِ بَرٌّ وَذَلِكَ يُوجِبُ الْكَرَاهَةَ كَمَا تَقَدَّمَ. وَقَوْلُهُ (ثُمَّ إِنْ ظَهَرَ) ظَاهِرٌ.

وَقَوْلُهُ (لَأَنَّهُ فِي مَعْنَى الْمَظْنُونِ) لَمْ يَقُلْ لِأَنَّهُ مَظْنُونٌ لِأَنَّ حَقِيقَةَ الْمَظْنُونِ أَنْ يَثْبُتَ لَهُ الظَّنُّ بَعْدَ وَجُوبِهِ بَيِّقِينَ، وَالْحَالُ أَنَّهُ قَدْ أَدَاهُ فَشَرَعَ فِيهِ عَلَى ظَنِّ أَنَّهُ لَمْ يُؤَدِّهِ ثُمَّ عَلِمَ أَنَّهُ أَدَاهُ، وَأَمَّا هَهُنَا فَلَمْ يَثْبُتْ وَجُوبُهُ بَيِّقِينَ فَلَمْ يَكُنْ مَظْنُونًا حَقِيقَةً إِلَّا أَنَّهُ فِي كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لَمَّا شَرَعَ مُسْقِطًا لِلوَاجِبِ عِنْدَهُ لَا مُلْزَمًا كَانَ كُلُّ مِنْهُمَا فِي مَعْنَى الْآخِرِ. (وَالثَّانِي أَنْ يُنَوِيَ عَنْ وَاجِبٍ آخَرَ وَهُوَ مَكْرُوهٌ أَيْضًا لِمَا رَوَيْنَا) مِنْ قَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ " لَا يُصَامُ " الْحَدِيثَ (إِلَّا أَنْ هَذَا دُونَ الْأَوَّلِ فِي الْكَرَاهَةِ) لِعَدَمِ اسْتِلْزَامِهِ التَّشْبَهُ بِأَهْلِ الْكِتَابِ. وَقَوْلُهُ (ثُمَّ إِنْ ظَهَرَ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (لَأَنَّهُ مِنْهُيٌّ عَنْهُ) فَيَكُونُ نَاقِصًا وَمَا فِي ذِمَّتِهِ كَامِلٌ، فَلَا يَتَأَدَّى الْكَامِلُ بِالنَّاقِصِ، كَمَا لَوْ صَامَ يَوْمَ الْعِيدِ عَنْ وَاجِبٍ آخَرَ. وَقَوْلُهُ (لَأَنَّ النَّهْيَ عَنْهُ وَهُوَ التَّقَدُّمُ عَلَى رَمَضَانَ) أَيُّ بِحَدِيثِ أَبِي هُرَيْرَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ «لَا تَتَقَدَّمُوا عَلَى رَمَضَانَ بِصَوْمِ يَوْمٍ وَلَا بِصَوْمِ يَوْمَيْنِ» إِنْمَا هُوَ (بِصَوْمِ رَمَضَانَ) لَمَّا سَنَدَكُرُ، وَهُوَ (لَا يُوجَدُ بِكُلِّ صَوْمٍ بِخِلَافِ يَوْمِ الْعِيدِ لِأَنَّ الْمُنْهِيَّ عَنْهُ وَهُوَ تَرْكُ إِجَابَةِ دَعْوَةِ اللَّهِ تَعَالَى يُلَازِمُ كُلَّ صَوْمٍ) فَإِنْ قِيلَ: فَعَلَى هَذَا كَانَ الْوَاجِبُ أَنْ لَا يَكُونَ صَوْمٌ وَاجِبٌ آخَرَ مَكْرُوهًا أَجَابَ بِقَوْلِهِ (وَالْكَرَاهِيَّةُ هَهُنَا لَصُورَةِ النَّهْيِ) قَالَ فِي النَّهَايَةِ: إِلَّا أَنَّا أَثْبَتْنَا الْكَرَاهَةَ لِتَنَاقُلِ عُمُومِ نَفْيِ حَدِيثٍ آخَرَ. وَهُوَ قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «لَا يُصَامُ الْيَوْمُ الَّذِي يُشَكُّ فِيهِ» الْحَدِيثَ.

وَقَالَ غَيْرُهُ مِنَ الشَّارِحِينَ: لَصُورَةِ النَّهْيِ لَا لِحَقِيقَةِ النَّهْيِ، لِأَنَّ النَّهْيَ وَرَدَ فِي التَّقَدُّمِ بِصَوْمِ رَمَضَانَ إِلَّا أَنَّهُ لَمَّا كَانَ مِثْلَ صَوْمِهِ رَمَضَانَ فِي الْفَرْضِيَّةِ أَثْبَتْنَا فِيهِ نَوْعَ كَرَاهَةٍ. (وَالثَّلَاثُ: أَنْ يُنَوِيَ التَّطَوُّعَ وَهُوَ غَيْرُ مَكْرُوهٍ لَا رَوَيْنَا) مِنْ قَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ " إِلَّا تَطَوُّعًا ". (وَهُوَ) بِإِطْلَاقِهِ (حُجَّةٌ عَلَى الشَّافِعِيِّ فِي قَوْلِهِ يُكْرَهُ عَلَى سَبِيلِ الْإِبْتِدَاءِ) بِأَنْ لَا يَكُونَ مُوَافِقًا لَصَوْمِ كَانَ يَصُومُهُ فِي ذَلِكَ الْيَوْمِ، وَاسْتَدَلَّ عَلَى ذَلِكَ

بِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «لَا تَتَقَدَّمُوا رَمَضَانَ بِصَوْمِ يَوْمٍ وَلَا بِصَوْمِ يَوْمَيْنِ إِلَّا أَنْ يَكُونَ صَوْمًا يَصُومُهُ رَجُلٌ فَلْيَصُمْ ذَلِكَ الصَّوْمَ» وَهَذَا نَصٌّ عَلَى الْجَوَازِ بِنَاءً. وَأَجَابَ الْمُصَنِّفُ بِقَوْلِهِ (وَالْمُرَادُ بِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «لَا تَتَقَدَّمُوا رَمَضَانَ بِصَوْمِ يَوْمٍ وَلَا بِصَوْمِ يَوْمَيْنِ» الْحَدِيثَ التَّقَدُّمُ بِصَوْمِ رَمَضَانَ لِأَنَّهُ يُؤَدِّيهِ قَبْلَ أَوَانِهِ) وَفِي ذَلِكَ تَقْلِيدُ الْحُكْمِ عَلَى السَّبَبِ وَهُوَ بَاطِلٌ، وَالذَّلِيلُ عَلَى ذَلِكَ أَنَّ مَا قَبْلَ الشَّهْرِ وَقْتُ لِلتَّطَوُّعِ لَا لَصَوْمِ الشَّهْرِ فَلَا يُتَصَوَّرُ التَّقَدُّمُ بِالتَّطَوُّعِ.

فَإِنْ قِيلَ: صَوْمُ رَمَضَانَ هُوَ مَا يَقَعُ فِيهِ فَكَيْفَ يُتَصَوَّرُ التَّقَدُّمُ فِيهِ. أُجِيبَ: بِأَنَّ مَعْنَاهُ أَنْ يَنْوِيَ الْفَرَضَ قَبْلَ الشَّهْرِ، وَهَذَا كَمَا يُقَالُ مَثَلًا: قَدَّمَ صَلَاةَ الظُّهْرِ عَلَى وَقْتِهَا، فَإِنْ مَعْنَاهُ نَوَاهَا قَبْلَ دُخُولِ وَقْتِهَا.

فَإِنْ قِيلَ: فَمَا فَائِدَةُ قَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «يَوْمٍ أَوْ يَوْمَيْنِ» وَحُكْمُ الْأَكْثَرِ مِنْ ذَلِكَ كَذَلِكَ. أُجِيبَ بِأَنَّ يَوْمًا وَيَوْمَيْنِ مَا وَصَلَ إِلَى حَدِّ الْكَثْرَةِ فَيَجُوزُ أَنْ يُتَوَهَّمَ بِأَنَّ الْقَلِيلَ مَغْفُورٌ فَيَجُوزُ كَمَا فِي كَثِيرٍ مِنَ الْأَحْكَامِ فَتَفَى ذَلِكَ، وَقَوْلُهُ (ثُمَّ إِنْ وَافَقَ صَوْمًا) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (وَإِنْ أَفْرَدَهُ) يَعْنِي لَمْ يُوَافِقْ صَوْمًا يَصُومُهُ قَالَ مُحَمَّدُ بْنُ سَلَمَةَ (الْفِطْرُ أَفْضَلُ احْتِرَازًا عَنْ ظَاهِرِ النَّهْيِ).

وَقَالَ نُصَيْرُ بْنُ يَحْيَى: (الصَّوْمُ أَفْضَلُ اقْتِدَاءً بِعَلِيِّ وَعَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا فَإِنَّهُمَا كَانَا يَصُومَانِهِ) وَيَقُولَانِ: لِأَنَّ نَصَوْمَ يَوْمًا مِنْ شَعْبَانَ أَحَبُّ إِلَيْنَا أَنْ نَفْطِرَ يَوْمًا مِنْ رَمَضَانَ (وَالْمُخْتَارُ أَنْ يَصُومَ الْمُفْتِي بِنَفْسِهِ) اخْتِيَاظًا عَنْ وَقُوعِ الْفِطْرِ فِي رَمَضَانَ (وَيُفْتِي الْعَامَّةُ بِالتَّلَوُّمِ) أَيِ بِالِانْتِظَارِ (إِلَى وَقْتِ الزَّوَالِ ثُمَّ بِالْإِفْطَارِ نَفْيًا لِلتُّهْمَةِ) أَيِ تُهْمَةِ الرِّوَافِضِ ذَكَرَ فِي الْفَوَائِدِ الظَّهْرِيَّةِ، لَا خِلَافَ بَيْنَ أَهْلِ السُّنَّةِ وَالْجَمَاعَةِ أَنَّهُ لَا يُصَامُ الْيَوْمُ الَّذِي يُشَكُّ فِيهِ أَنَّهُ مِنْ رَمَضَانَ عَنْ رَمَضَانَ.

وَقَالَ الرِّوَافِضُ: يَجِبُ أَنْ يُصَامَ يَوْمُ الشَّكِّ عَنْ رَمَضَانَ، وَقِيلَ: مَعْنَاهُ لَوْ أَفْتَى الْعَامَّةُ بِأَدَاءِ النَّفْلِ فِيهِ عَسَى أَنْ يَقَعَ عَنْدهُمْ أَنَّهُ خَالَفَ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ، حَيْثُ نَهَى عَنْ صَوْمِ يَوْمِ الشَّكِّ، وَهُوَ أَطْلَقَهُ فِيمَتِيهِمْ بِالْإِفْطَارِ بَعْدَ التَّلَوُّمِ نَفْيًا لِهَذِهِ التُّهْمَةِ (وَالرَّابِعُ: أَنْ يُضْجَعَ فِي أَصْلِ النَّيَّةِ) التَّضْجِيعُ فِي النَّيَّةِ التَّرْدِيدُ فِيهَا، وَكَلَامُهُ ظَاهِرٌ. (وَالْخَامِسُ: أَنْ يُضْجَعَ فِي وَصْفِ النَّيَّةِ) وَقَوْلُهُ (بَيْنَ أَمْرَيْنِ مَكْرُوهَيْنِ) وَهُمَا صَوْمُ رَمَضَانَ وَوَجِبَ آخَرُ

فِي هَذَا الْيَوْمِ، إِلَّا أَنْ كَرَاهَةَ أَحَدِهِمَا وَهُوَ نِيَّةُ صَوْمِ رَمَضَانَ أَشَدُّ مِنَ الْآخَرِ. وَقَوْلُهُ (ثُمَّ إِنْ ظَهَرَ) ظَاهِرٌ وَقَوْلُهُ (لَشُرُوعِهِ فِيهِ مُسْقَطًا) يَعْنِي لَا مُلْزِمًا لِأَنَّ الْكَلَامَ فِيهَا إِذَا نَوَى عَنْ وَاجِبٍ آخَرَ عَلَى تَقْدِيرٍ وَعَنْ فَرْضِ رَمَضَانَ عَلَى تَقْدِيرٍ فَكَانَ مُسْقَطًا لِلوَاجِبِ عَنْ ذِمَّتِهِ، وَكَذَا قَوْلُهُ (وَإِنْ نَوَى عَنْ رَمَضَانَ) ظَاهِرٌ. قَوْلُهُ (لَمَّا مَرَّ) إِنْشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ لَعَدَمِ التَّرَدُّدِ فِي أَصْلِ النِّيَّةِ.

قَالَ (وَمَنْ رَأَى هِلَالَ رَمَضَانَ وَحْدَهُ صَامَ وَإِنْ لَمْ يَقْبَلِ الْإِمَامُ شَهَادَتَهُ) لِقَوْلِهِ ﷺ «صُومُوا لِرُؤْيَيْهِ» وَقَدْ رَأَى ظَاهِرًا وَإِنْ أَفْطَرَ فَعَلَيْهِ الْقَضَاءُ دُونَ الْكَفَّارَةِ، وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: عَلَيْهِ الْكَفَّارَةُ إِنْ أَفْطَرَ بِالْوَقَاعِ لِأَنَّهُ أَفْطَرَ فِي رَمَضَانَ حَقِيقَةً لَتَبَيَّنَ بِهِ وَحُكْمًا لَوْجُوبِ الصَّوْمِ عَلَيْهِ وَلَنَا أَنَّ الْقَاضِي رَدَّ شَهَادَتَهُ بِدَلِيلٍ شَرْعِيٍّ وَهُوَ تَهْمَةُ الْغَلَطِ، فَأُورِثَ شُبُهَةً وَهَذِهِ الْكَفَّارَةُ تَنْدَرِيٌّ بِالشُّبُهَاتِ، وَلَوْ أَفْطَرَ قَبْلَ أَنْ يَرُدَّ الْإِمَامُ شَهَادَتَهُ اخْتَلَفَ الْمَشَايخُ فِيهِ، وَلَوْ أَكْمَلَ هَذَا الرَّجُلُ ثَلَاثِينَ، يَوْمًا لَمْ يُفْطِرْ إِلَّا مَعَ الْإِمَامِ لِأَنَّ الْوُجُوبَ عَلَيْهِ لِلْإِحْتِيَاظِ، وَالْإِحْتِيَاظُ بَعْدَ ذَلِكَ فِي تَأْخِيرِ الْإِفْطَارِ وَلَوْ أَفْطَرَ لَا كَفَّارَةَ عَلَيْهِ اعْتِبَارًا لِلْحَقِيقَةِ الَّتِي عِنْدَهُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ رَأَى هِلَالَ رَمَضَانَ وَحْدَهُ) ظَاهِرٌ، وَهَلْ يَقْبَلُهَا أَوْ لَا لَمْ يَذْكُرْهُ، فَإِنْ كَانَتْ السَّمَاءُ مُصْحِيَّةً وَهُوَ مِنَ الْمَصْرِ لَمْ يَقْبَلِ الْإِمَامُ شَهَادَتَهُ لِأَنَّهُ اجْتَمَعَ مَا يُوجِبُ الْقَبُولَ وَهُوَ الْعَدَالَةُ وَالْإِسْلَامُ، وَمَا يُوجِبُ الرَّدَّ، وَمُخَالَفَةُ الظَّاهِرِ فَتَرَجَّحَ جَانِبُ الرَّدِّ لِأَنَّ الْفِطْرَ مِنْ كُلِّ وَجْهِ جَائِزٌ بَعْذَرٍ كَمَا فِي الْمَرِيضِ وَالْمُسَافِرِ، وَصَوْمُ رَمَضَانَ قَبْلَ رَمَضَانَ لَا يَجُوزُ بَعْذَرٍ مِنَ الْأَعْذَارِ فَكَانَ الْمَصِيرُ إِلَى مَا لَا يَجُوزُ بَعْذَرٍ أَوْلى وَقَيْدَ بِقَوْلِهِ: وَالسَّمَاءُ مُصْحِيَّةً وَهُوَ مِنَ الْمَصْرِ لِأَنَّهَا إِذَا كَانَتْ مُتَغَيِّمَةً أَوْ جَاءَ مِنْ خَارِجِ الْمَصْرِ تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ عَلَى مَا يُذَكِّرُ وَلَنَا أَنَّ الْقَاضِي رَدَّ شَهَادَتَهُ بِدَلِيلٍ شَرْعِيٍّ وَهُوَ تَهْمَةُ الْغَلَطِ فَإِنَّهَا يُطْلَقُ الْقَضَاءُ بِرَدِّهَا شَرْعًا كَمَا فِي شَهَادَةِ الْفَاسِقِ، وَهِيَ هَهُنَا مُتِمَكِّنَةٌ لِأَنَّهُ لَمَّا سَاوَى غَيْرَهُ فِي الْمَنْظَرِ ظَاهِرًا وَالنَّظَرِ وَحِدَّةِ الْبَصَرِ وَدِقَّةِ الْمُرْتَبِ وَبُعْدِ الْمَسَافَةِ فَالظَّاهِرُ عَدَمُ اخْتِصَاصِهِ بِالرُّؤْيَا مِنْ بَيْنِ سَائِرِ النَّاسِ، وَيَكُونُ غَالِطٌ فَيُورِثُ شُبُهَةً عَدَمِ الرُّؤْيَا. (وَهَذِهِ الْكَفَّارَةُ تَنْدَرِيٌّ بِالشُّبُهَاتِ) لِأَنَّ جِهَةَ الْعُقُوبَةِ فِيهَا رَاجِحَةٌ، وَلِهَذَا يَجْرِي فِيهَا التَّدَاخُلُ وَلَا تَجِبُ عَلَى الْمَعْذُورِ وَالْخَاطِئِ عَلَى مَا عُرِفَ فِي الْأَصُولِ (وَلَوْ أَفْطَرَ قَبْلَ أَنْ يَرُدَّ

الإمام شهادته اختلف المشايخ فيه) أي في وجوب الكفارة فمن نظر إلى أن الموت للشبهة وهو المذكور في الكتاب رد القاضي شهادته، قال: بوجوب الكفارة قبل الرد لا تفتاء ما يورثها وتحقق الرّمضانيّة لتيقنه بالرؤية، ومن نظر إلى أن يوم الصوم يوم يصوم الناس فيه لقوله ﷺ «صَوْمُكُمْ يَوْمَ تَصُومُونَ» الحديث وليس ما نحن فيه من اليوم يومًا يصوم الناس فيه لأنه لا يلزمهم صوم هذا اليوم لا أداء ولا قضاء، فكان يوم الفطر في حق الناس كافة لعدم التحري، وهذا يقتضي أن لا يجب عليه الصوم ولكن لما لم يكن يوم فطر في حقه حقيقة، وعارضه نص آخر وهو قوله عليه الصلاة والسلام «صُومُوا لِرُؤْيَيْهِ» أوردت شبهة الإباحة فيما يذّر بالشبهات قال: بعدم وجوبها (ولو أكمل هذا الرجل ثلاثين يومًا لم يفطر إلا مع الإمام لأن الوجوب عليه للاحتياط) لجواز وقوع الغلط.

كما روي أن عمر رضي الله عنه خرج في الناس يتفقّدون الهلال فقال واحد: الهلال يا أمير المؤمنين، فأمر عمر رضي الله عنه أن يمسح وجهه بالماء ثم قال له: أين الهلال؟ قال: فقدته. فقال عمر رضي الله عنه: لعل شعرة من شعرات حاجبك قامت فحسبتها هلالا (والاحتياط بعد ذلك في تأخير الإفطار ولو أفطر) يعني بعد الثلاثين (لا كفارة عليه اعتبارا للحقيقة التي عنده) وعملا بقوله عليه الصلاة والسلام «وَفِطْرُكُمْ يَوْمَ تَفْطِرُونَ».

قال (وإذا كان بالسّماء علة قبل الإمام شهادة الواحد العدل في رؤية الهلال رجلا كان أو امرأة حرا أو عبدا) لأنه أمر ديني، فأشبهه رواية الإخبار ولهذا لا يختص بلفظ الشهادة، وشترط العدالة لأن قول الفاسق في البيانات غير مقبول، وتأويل قول الطحاوي عدلا كان أو غير عدل أن يكون مستورا والعلة غيم أو غبار أو نحوه، وفي إطلاق جواب الكتاب يدخل المحدث في القذف بعد ما تاب وهو ظاهر الرواية لأنه خبر ديني.

وعن أبي حنيفة رحمه الله: أنها لا تقبل لأنها شهادة من وجه، وكان الشافعي في أحد قوليّه يشترط الثنّى والحجة عليه ما ذكرنا، وقد صح أن النبي ﷺ قبل شهادة الواحد في رؤية هلال رمضان ثم إذا قبل الإمام شهادة الواحد وصاموا ثلاثين يومًا لا يفطرون فيما روى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله للاحتياط، ولأن الفطر لا يثبت

بشهادة الواحد.

وَعَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُمْ يُفْطِرُونَ وَيُثْبِتُ الْفِطْرُ بِنَاءً عَلَى ثُبُوتِ الرِّمَاضَانِيَّةِ بِشَهَادَةِ الْوَاحِدِ، وَإِنْ كَانَ لَا يُثْبِتُ بِهَا ابْتِدَاءَ كَاسْتِحْقَاقِ الْإِرْثِ بِنَاءً عَلَى النَّسَبِ الثَّابِتِ بِشَهَادَةِ الْقَابِلَةِ.

قَالَ (وَإِذَا لَمْ تَكُنْ بِالسَّمَاءِ عَلْتَهُ لَمْ تُقْبَلِ الشَّهَادَةُ حَتَّى يَرَاهُ جَمْعٌ كَثِيرٌ يَقَعُ الْعِلْمُ بِخَبَرِهِمْ) لِأَنَّ التَّفَرُّدَ بِالرُّوْيَةِ فِي مِثْلِ هَذِهِ الْحَالَةِ يُوهِمُ الْغَلَطَ فَيَجِبُ التَّوَقُّفُ فِيهِ حَتَّى يَكُونَ جَمْعًا كَثِيرًا، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ بِالسَّمَاءِ عَلْتَهُ لِأَنَّهُ قَدْ يَنْشَقُّ الْغَيْمُ عَنْ مَوْضِعِ الْقَمَرِ فَيَتَّفِقُ لِبَعْضِ النَّظَرِ، ثُمَّ قِيلَ فِي حَدِّ الْكَثِيرِ أَهْلُ الْمَحَلَّةِ، وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ خَمْسُونَ رَجُلًا اعْتِبَارًا بِالْقِسَامَةِ وَلَا فَرْقَ بَيْنَ أَهْلِ الْمِصْرِ وَمَنْ وَرَدَ مِنْ خَارِجِ الْمِصْرِ، وَذَكَرَ الطَّحَاوِيُّ أَنَّهُ تُقْبَلُ شَهَادَةُ الْوَاحِدِ إِذَا جَاءَ مِنْ خَارِجِ الْمِصْرِ لِقِلَّةِ الْمَوَاقِعِ، وَإِلَيْهِ الْإِشَارَةُ فِي كِتَابِ الْإِسْتِحْسَانِ، وَكَذَا إِذَا كَانَ عَلَى مَكَانٍ مُرْتَفِعٍ فِي الْمِصْرِ

الشرح:

قَالَ: (وَإِذَا كَانَ بِالسَّمَاءِ عَلْتَهُ قَبْلَ الْإِمَامِ شَهَادَةُ الْوَاحِدِ الْعَدْلُ فِي رُؤْيَةِ الْهَلَالِ إلخ) كَلَامُهُ ظَاهِرٌ وَإِنَّمَا قَالَ (غَيْرُ مَقْبُولٍ) وَلَمْ يَقُلْ مَرْدُودٍ، لِأَنَّ حُكْمَهُ التَّوَقُّفُ قَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿إِنْ جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا﴾ [الحجرات: ٦]، وَقَوْلُهُ (وَفِي إِطْلَاقِ جَوَابِ الْكِتَابِ) يَعْنِي الْقُدُورِيَّ وَهُوَ قَوْلُهُ قَبْلَ الْإِمَامِ شَهَادَةُ الْوَاحِدِ الْعَدْلُ يَدْخُلُ الْمَحْدُودُ فِي الْقَذْفِ بَعْدَ التَّوْبَةِ وَهُوَ ظَاهِرُ الرُّوَايَةِ لِأَنَّهُ خَبَرٌ أَيْ لَيْسَ بِشَهَادَةٍ وَلِهَذَا لَمْ يَخْتَصَّ بِلَفْظِ الشَّهَادَةِ (وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ: أَنَّهَا لَا تُقْبَلُ لِأَنَّهَا شَهَادَةٌ مِنْ وَجْهِ) دُونَ وَجْهِ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ وَجُوبُ الْعَمَلِ بِهِ إِنَّمَا كَانَ بَعْدَ قَضَاءِ الْقَاضِي وَمِنْ حَيْثُ اخْتِصَاصُهُ بِمَجْلِسِ الْقَضَاءِ وَمِنْ حَيْثُ اشْتِرَاطُ الْعَدَالَةِ (وَكَانَ الشَّافِعِيُّ فِي أَحَدِ قَوْلَيْهِ يَشْتَرِطُ الثَّنَى وَالْحُجَّةَ عَلَيْهِ مَا ذَكَرْنَا) يَعْنِي قَوْلُهُ لِأَنَّهُ أَمَرَ دِينِي (وَقَدْ صَحَّ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَبِلَ شَهَادَةَ الْوَاحِدِ فِي هِلَالِ رَمَضَانَ).

قَالَ ابْنُ عَبَّاسٍ: «جَاءَ أَغْرَابِيٌّ إِلَى النَّبِيِّ ﷺ فَقَالَ: إِنِّي رَأَيْتُ الْهَلَالَ يَعْنِي هِلَالَ رَمَضَانَ فَقَالَ: أَتَشْهَدُ أَنْ لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ، قَالَ: نَعَمْ. قَالَ: أَتَشْهَدُ أَنَّ مُحَمَّدًا رَسُولُ اللَّهِ، قَالَ: نَعَمْ. قَالَ: يَا بِلَالُ أَذِنْ فِي النَّاسِ فَلْيَصُومُوا غَدًا» وَفِيهِ دَلِيلٌ عَلَى قَبُولِ

خَبَرَ الْوَاحِدَ كَمَا تَرَى.

وَقَوْلُهُ (وَصَامُوا ثَلَاثِينَ يَوْمًا) يَعْنِي وَلَمْ يَرَوْا الْهِلَالَ (لَا يُفْطِرُونَ) وَمَبْنَى مَا رُوِيَ عَنْ مُحَمَّدٍ مَا تَقَرَّرَ أَنَّ الشَّيْءَ قَدْ يَثْبُتُ ضَمْنًا، وَإِنْ لَمْ يَثْبُتْ ابْتِدَاءً كَبِيعِ الطَّرِيقِ وَالشُّرْبِ. وَقَوْلُهُ (كَاسْتَحَقَّاقِ الرِّثَّ بِنَاءً عَلَى النَّسَبِ) إِنَّمَا يَصِحُّ عَلَى قَوْلِهِمَا دُونَ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُمُ اللَّهُ. وَقَوْلُهُ (وَإِذَا لَمْ تَكُنْ بِالسَّمَاءِ عَلَةً) ظَاهِرٌ.

وَقَوْلُهُ (وَلَا فَرْقَ بَيْنَ أَهْلِ الْمِصْرِ) أَيُّ لَا فَرْقَ فِي عَدَمِ الْقَبُولِ إِذَا لَمْ يَكُنْ بِالسَّمَاءِ عَلَةً بَيْنَ أَهْلِ الْمِصْرِ (وَمَنْ وَرَدَ مِنْ خَارِجِ الْمِصْرِ وَذَكَرَ الطَّحَاوِيُّ: أَنَّهُ تُقْبَلُ شَهَادَةُ الْوَاحِدِ إِذَا جَاءَ مِنْ خَارِجِ الْمِصْرِ لِقَلَّةِ الْمَوَانِعِ وَإِلَيْهِ) أَيُّ إِلَى مَا ذَكَرَهُ الطَّحَاوِيُّ (الْإِشَارَةُ فِي كِتَابِ الْأَسْتِحْسَانِ) وَلَفْظُهُ: فَإِنْ كَانَ الَّذِي شَهِدَ بِذَلِكَ فِي الْمِصْرِ وَلَا عَلَةً فِي السَّمَاءِ لَمْ تُقْبَلْ شَهَادَتُهُ، وَوَجْهُ الْإِشَارَةِ أَنَّ التَّقْيِيدَ فِي الرَّوَايَةِ يَدُلُّ عَلَى نَفْيِ مَا عَدَاهُ فَكَانَ تَخْصِيصُهُ بِالْمِصْرِ، وَنَفْيُ الْعِلَّةِ فِي عَدَمِ قَبُولِ الشَّهَادَةِ دَلِيلًا عَلَى قَبُولِهَا إِذَا كَانَ الشَّاهِدُ خَارِجَ الْمِصْرِ أَوْ كَانَ فِي السَّمَاءِ عَلَةً (وَكَذًا إِذَا كَانَ فِي مَكَانٍ مُرْتَفِعٍ فِي الْمِصْرِ) تُقْبَلُ.

قَالَ (وَمَنْ رَأَى هِلَالَ الْفِطْرِ وَحْدَهُ لَمْ يُفْطِرْ) احتياطًا، وَفِي الصَّوْمِ الْاحتِيَاظُ فِي الْإِجَابِ. قَالَ (وَإِذَا كَانَ بِالسَّمَاءِ عَلَةً لَمْ يَقْبَلْ فِي هِلَالَ الْفِطْرِ إِلَّا شَهَادَةُ رَجُلَيْنِ أَوْ رَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ) لِأَنَّهُ تَعَلَّقَ بِهِ نَفْعُ الْعِبَادِ وَهُوَ الْفِطْرُ فَأَشْبَهَ سَائِرَ حُقُوقِهِ، وَالْأَضْحَى كَالْفِطْرِ فِي هَذَا فِي ظَاهِرِ الرَّوَايَةِ وَهُوَ الْأَصَحُّ، خِلَافًا لِمَا رُوِيَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ: أَنَّهُ كَهِلَالَ رَمَضَانَ لِأَنَّهُ تَعَلَّقَ بِهِ نَفْعُ الْعِبَادِ وَهُوَ التَّوَسُّعُ بِالْحُومِ الْأَضَاحِيِّ (وَإِنْ لَمْ يَكُنْ بِالسَّمَاءِ عَلَةً لَمْ يَقْبَلْ إِلَّا شَهَادَةُ جَمَاعَةٍ يَقَعُ الْعِلْمُ بِخَبَرِهِمْ) كَمَا ذَكَرْنَا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ رَأَى هِلَالَ الْفِطْرِ) وَاضِحٌ، وَكَذَا قَوْلُهُ (وَإِذَا كَانَ بِالسَّمَاءِ عَلَةً) وَقَوْلُهُ (وَهُوَ الْأَصَحُّ) احْتِرَازٌ عَمَّا رُوِيَ فِي النَّوَادِرِ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ: أَنَّهُ كَهِلَالَ رَمَضَانَ لِأَنَّهُ تَعَلَّقَ بِهِ أَمْرٌ دِينِي وَهُوَ ظُهُورُ وَقْتِ الْحَجِّ. وَقَوْلُهُ (لَأَنَّهُ تَعَلَّقَ بِهِ نَفْعُ الْعِبَادِ) دَلِيلُ الْأَصَحِّ. وَقَوْلُهُ (وَإِنْ لَمْ يَكُنْ بِالسَّمَاءِ عَلَةً) يَعْنِي فِي هِلَالَ الْفِطْرِ. وَقَوْلُهُ (كَمَا ذَكَرْنَا) إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ لِأَنَّ التَّفَرُّدَ بِالرُّوْيَةِ فِي مِثْلِ هَذِهِ الْحَالَةِ إلخ.

قَالَ (وَوَقْتُ الصَّوْمِ مِنْ حِينَ طُلُوعِ الْفَجْرِ الثَّانِي إِلَى غُرُوبِ الشَّمْسِ) لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَكُلُوا وَاشْرَبُوا حَتَّى يَتَبَيَّنَ لَكُمُ الْخَيْطُ الْأَبْيَضُ﴾ [البقرة: ١٨٧]، إِلَى أَنْ قَالَ ﴿ثُمَّ أَتَمُوا الصِّيَامَ إِلَى اللَّيْلِ﴾ [البقرة: ١٨٧]، وَالْخَيْطَانِ بَيَاضُ النَّهَارِ وَسَوَادُ اللَّيْلِ (وَالصَّوْمُ هُوَ الْإِمْسَاكُ عَنِ الْأَكْلِ وَالشَّرْبِ وَالْجِمَاعِ نَهَارًا مَعَ النَّيَّةِ) لِأَنَّهُ فِي حَقِيقَةِ اللَّغَةِ: هُوَ الْإِمْسَاكُ عَنِ الْأَكْلِ وَالشَّرْبِ وَالْجِمَاعِ لَوُرُودِ الِاسْتِعْمَالِ فِيهِ إِلَّا أَنَّهُ زِيدَ عَلَيْهِ النَّيَّةُ فِي الشَّرْعِ لِتَمَيِّزِهَا بِالْعِبَادَةِ مِنَ الْعَادَةِ، وَاخْتَصَّ بِالنَّهَارِ لِمَا تَلَوْنَا، وَلِأَنَّهُ لَمَّا تَعَذَّرَ الْوَصَالُ كَانَ تَعْيِينُ النَّهَارِ أَوْلَى لِيَكُونَ عَلَى خِلَافِ الْعَادَةِ، وَعَلَيْهِ مَبْنَى الْعِبَادَةِ، وَالطَّهَارَةُ عَنِ الْحِيضِ وَالنَّفَاسِ شَرْطٌ لِتَحَقُّقِ الْأَدَاءِ فِي حَقِّ النَّسَاءِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَوَقْتُ الصَّوْمِ مِنْ حِينَ طُلُوعِ الْفَجْرِ الثَّانِي) قِيلَ الْعِبْرَةُ لِأَوَّلِ طُلُوعِهِ وَقِيلَ لاسْتِنَارَتِهِ وَائْتِنَارِهِ، قَالَ شَمْسُ الْأَيْمَةِ الْحُلَوَانِيُّ: الْأَوَّلُ أَحُوْتُ، وَالثَّانِي: أَرْقُ. وَقَوْلُهُ (وَالْخَيْطَانِ) يَعْنِي أَنَّ الْخَيْطَ الْأَبْيَضَ هُوَ أَوَّلُ مَا يَبْدُو مِنَ الْفَجْرِ الصَّادِقِ وَهُوَ الْمُسْتَطِيلُ: أَيِ الْمُنْتَشِرِ الْمُعْتَرِضِ فِي الْأَفْقِ كَالْخَيْطِ الْمَمْدُودِ، وَالْخَيْطُ الْأَسْوَدُ مَا يَمْتَدُّ مَعَهُ مِنْ غَبَشِ اللَّيْلِ وَهُوَ الْفَجْرُ الْمُسْتَطِيلُ وَالْكَاذِبُ وَذَبُّ السَّرْحَانِ شُبُهًا بِخَيْطَيْنِ أَيْضَ وَأَسْوَدَ وَمَوْضِعُهُ عِلْمُ الْبَيَانِ، وَاكْتَفَى بَيَانُ الْخَيْطِ الْأَبْيَضِ بِقَوْلِهِ ﴿مِنَ الْفَجْرِ﴾ عَنْ بَيَانِ الْأَسْوَدِ، لِأَنَّ الْبَيَانَ فِي أَحَدِهِمَا بَيَانٌ فِي الْآخَرِ.

وَقَوْلُهُ (وَالصَّوْمُ هُوَ الْإِمْسَاكُ عَنِ الْأَكْلِ وَالشَّرْبِ وَالْجِمَاعِ نَهَارًا مَعَ النَّيَّةِ) قِيلَ: هُوَ مَنْقُوضٌ طَرْدًا وَعَكْسًا، أَمَّا عَكْسًا فَبِأَكْلِ النَّاسِي فَإِنَّ صَوْمَهُ بَاقٍ وَالْإِمْسَاكُ فَائِتٌ، وَأَمَّا طَرْدًا فَيَمْنُ أَكْلٌ قَبْلَ طُلُوعِ الشَّمْسِ بَعْدَ طُلُوعِ الْفَجْرِ لَمَّا أَنَّ النَّهَارَ اسْمٌ لِرِزْمَانٍ هُوَ مَعَ الشَّمْسِ، وَكَذَلِكَ فِي الْحَائِضِ وَالنَّفَسَاءِ فَإِنَّ هَذَا الْمَجْمُوعَ مَوْجُودٌ وَالصَّوْمُ فَائِتٌ. وَأُجِيبَ عَنِ الْأَوَّلِ: بِمَنْعِ قُوَّةِ الْإِمْسَاكِ لِأَنَّ الْوَلَدَ بِهِ الْإِمْسَاكُ الشَّرْعِيُّ وَهُوَ مَوْجُودٌ. وَعَنِ الثَّانِي: بِأَنَّ الْمُرَادَ بِالنَّهَارِ النَّهَارَ الشَّرْعِيَّ، وَهُوَ الْيَوْمُ بِالنَّصِّ وَهُوَ قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿وَكُلُوا وَاشْرَبُوا حَتَّى يَتَبَيَّنَ لَكُمُ الْخَيْطُ الْأَبْيَضُ﴾ [البقرة: ١٨٧]. وَعَنِ الْحَائِضِ بِأَنَّ الْحَائِضَ خَرَجَتْ عَنْ أَهْلِيَّةِ الْأَدَاءِ شَرْعًا. وَقَوْلُهُ (وَالطَّهَارَةُ عَنِ الْحِيضِ وَالنَّفَاسِ شَرْطٌ) الْمُرَادُ بِالطَّهَارَةِ مِنْهُمَا عَدَمُهُمَا لَا أَنَّ يَكُونَ الْمُرَادُ بِهَا الْاِغْتِسَالُ.

باب ما يوجب القضاء والكفارة

قَالَ (وَإِذَا أَكَلَ الصَّائِمُ أَوْ شَرِبَ أَوْ جَامَعَ نَهَارًا نَاسِيًا لَمْ يُفْطِرْ) وَالْقِيَاسُ أَنْ يُفْطِرَ، وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ لَوْجُودِ مَا يُضَادُّ الصَّوْمَ فَصَارَ كَالْكَلَامِ نَاسِيًا فِي الصَّلَاةِ، وَجَهُ الاستِحْسَانِ قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لِلَّذِي أَكَلَ وَشَرِبَ نَاسِيًا: «تَمَّ عَلَى صَوْمِكَ فَإِنَّمَا أَطْعَمَكَ اللَّهُ وَسَقَاكَ» ^(١) وَإِذَا ثَبَتَ هَذَا فِي الْأَكْلِ وَالشُّرْبِ ثَبَتَ فِي الْوُقَاعِ للاستِواءِ فِي الرُّكْنِيَّةِ بِخِلَافِ الصَّلَاةِ لِأَنَّ هَيْئَةَ الصَّلَاةِ مُذَكِّرَةٌ فَلَا يَغْلِبُ النِّسْيَانُ وَلَا مُذَكَّرٌ فِي الصَّوْمِ فَيَغْلِبُ، وَلَا فَرْقَ بَيْنَ الْفَرْضِ وَالنَّفْلِ لِأَنَّ النَّصَّ لَمْ يُفْضَلْ وَلَوْ كَانَ مُحْطًا أَوْ مُكْرَهًا فَعَلِيهِ الْقَضَاءُ خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ، فَإِنَّهُ يَعْتَبِرُهُ بِالنَّاسِي، وَلَنَا أَنَّهُ لَا يَغْلِبُ وَجُودُهُ وَعَذْرُ النِّسْيَانِ غَالِبٌ وَلِأَنَّ النِّسْيَانِ مِنْ قَبْلِ مَنْ لَهُ الْحَقُّ وَالْإِكْرَاهُ مِنْ قَبْلِ غَيْرِهِ فَيَفْتَرِقَانِ كَالْمُقْبِدِ وَالْمَرِيضِ فِي قَضَاءِ الصَّلَاةِ.

الشرح:

(بَابُ مَا يُوجِبُ الْقَضَاءُ وَالْكَفَّارَةَ): لَمَّا فَرَعَ مِنْ بَيَانِ أَنْوَاعِ الصَّوْمِ وَنَفْسِيرِهِ شَرَعَ فِي بَيَانِ مَا يَجِبُ عِنْدَ إِنْطَالِهِ لِأَنَّهُ أَمْرٌ عَارِضٌ عَلَى الصَّوْمِ فَنَاسَبَ أَنْ يُذَكَّرَ مُؤَخَّرًا (وَإِذَا أَكَلَ الصَّائِمُ أَوْ شَرِبَ أَوْ جَامَعَ نَاسِيًا لَمْ يُفْطِرْ، وَالْقِيَاسُ أَنْ يُفْطِرَ، وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ رَحِمَهُ اللَّهُ لَوْجُودِ مَا يُضَادُّ الصَّوْمَ) وَوُجُودُ مُضَادِّ الشَّيْءِ مُعَدِّمٌ لَهُ لَاسْتِحَالَةِ وَجُودِ الضَّدَّتَيْنِ مَعًا (فَصَارَ كَالْكَلَامِ نَاسِيًا فِي الصَّلَاةِ وَجَهُ الاستِحْسَانِ قَوْلُهُ ﷺ لِلَّذِي أَكَلَ وَشَرِبَ نَاسِيًا: «تَمَّ عَلَى صَوْمِكَ فَإِنَّمَا أَطْعَمَكَ اللَّهُ وَسَقَاكَ» قِيلَ: هَذَا الْحَدِيثُ مُعَارِضٌ لِلْكِتَابِ وَهُوَ قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿ثُمَّ أَتِمُّوا الصِّيَامَ إِلَى اللَّيْلِ﴾ [البقرة: ١٨٧] فَإِنَّ الصِّيَامَ إِمْسَاكَ وَقَدْ فَاتَ فَلَايَةُ تَذَلُّ عَلَى بُطْلَانِهِ لِأَنَّ انْتِفَاءَ رُكْنِ الشَّيْءِ يَسْتَلْزِمُ انْتِفَاءَهُ لَا مَحَالَةَ، وَالْحَدِيثُ يَذَلُّ عَلَى إِيفَائِهِ كَمَا كَانَ فَيجِبُ تَرْكُهُ. وَأُجِيبَ بَأَنَّ فِي الْكِتَابِ دَلَالَةً عَلَى أَنَّ النِّسْيَانِ مَغْفُورٌ عَنْهُ لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿رَبَّنَا لَا تُؤَاخِذْنَا إِن دَسِينَا أَوْ أَخْطَأْنَا﴾ [البقرة: ٢٨٦] فَكَانَ الْحَدِيثُ مُوَافِقًا لِلْكِتَابِ فَيَعْمَلُ بِهِ، وَيَحْمَلُ قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿ثُمَّ أَتِمُّوا الصِّيَامَ﴾ عَلَى حَالَةِ انْتِفَاءِ الْإِتِمَامِ عَمْدًا لِأَنَّ الْإِتِمَامَ فِعْلٌ اخْتِيَارِيٌّ فَيَكُونُ ضِدُّهُ الْمَفُوتُ لَهُ كَذَلِكَ، وَالنِّسْيَانُ لَيْسَ بِاخْتِيَارِيٍّ فَلَا يَقُوتُهُ.

(١) أخرجه البخاري في الصوم باب ٢٦، ومسلم في الصيام حديث ١٧.

فَإِنْ قِيلَ: سَلَّمْنَا ذَلِكَ لَكِنَّ النَّصَّ وَرَدَّ فِي الْأَكْلِ وَالشُّرْبِ عَلَى خِلَافِ الْقِيَاسِ، فَكَيْفَ تَعْدِي إِلَى الْجَمَاعِ؟ أَجَابَ بِقَوْلِهِ (وَإِذَا ثَبَتَ هَذَا فِي الْأَكْلِ وَالشُّرْبِ ثَبَتَ فِي الْوِقَاعِ لِلِاسْتِوَاءِ فِي الرُّكْنِيَّةِ) يَعْنِي ثَبَتَ بِالذَّلَالَةِ لَا بِالْقِيَاسِ لِأَنَّ كُلًّا مِنْهَا نَظِيرٌ لِلْآخَرِ فِي كَوْنِ الْكَفِّ عَنْ كُلِّ مِنْهُمَا رُكْنًا فِي بَابِ الصَّوْمِ، وَقَوْلُهُ (بِخِلَافِ الصَّلَاةِ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ فَصَارَ كَالْكَلَامِ نَاسِيًا فِي الصَّلَاةِ وَهُوَ وَاضِحٌ، وَكَذَا قَوْلُهُ (وَلَا فَرْقَ بَيْنَ الْفَرْضِ وَالتَّنْفُلِ).

وَقَوْلُهُ (وَلَوْ كَانَ مُخْطِئًا) بِأَنَّ كَانَ ذَاكِرًا لِلصَّوْمِ غَيْرَ قَاصِدٍ لِلشُّرْبِ فَتَمَضُّضُ فَسَبَقَهُ الْمَاءُ فَدَخَلَ حَلَقَهُ (أَوْ مَكْرَهَا فَعَلِيهِ الْقَضَاءُ) عِنْدَنَا (خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ فَإِنَّهُ يَتَعَبَّرُ بِالنَّاسِي) فَإِنَّ النَّاسِيَّ قَاصِدُ الشُّرْبِ دُونَ الْخَاطِئِ، فَإِذَا كَانَ فَعَلُ الْقَاصِدِ مَغْفُورًا فَفَعَلُ غَيْرِ الْقَاصِدِ أَوْلَى (وَلَنَا أَنَّهُ لَا يَغْلِبُ وَجُودُهُ) أَيُّ الْإِعْتِبَارُ فَاسِدٌ؛ لِأَنَّهُ عَلَى خِلَافِ الْقِيَاسِ، وَكَذَا الْإِلْحَاقُ بِالذَّلَالَةِ لِأَنَّهُ لَيْسَ فِي مَعْنَى النَّسْيَانِ، فَإِنَّ النَّسْيَانَ غَالِبُ الْوُجُودِ، وَالْخَطَأُ وَالْإِكْرَاهُ لَيْسَا كَذَلِكَ (وَلَأَنَّ النَّسْيَانَ مِنْ قَبْلِ صَاحِبِ الْحَقِّ) بِخِلَافِ غَيْرِهِ، (فَيَفْتَرِقَانِ كَالْمَقِيدِ وَالْمَرِيضِ فِي قَضَاءِ الصَّلَاةِ) فَإِنَّ الْمَقِيدَ إِذَا صَلَّى قَاعِدًا بَعْدَ الْقَيْدِ قَضَى بِخِلَافِ الْمَرِيضِ.

قَالَ (فَإِنْ نَامَ فَاحْتَلَمَ لَمْ يُفْطِرْ) لِقَوْلِهِ ﷺ «ثَلَاثٌ لَا يُفْطِرُونَ الصِّيَامَ الْقِيءُ وَالْحِجَامَةُ وَالْإِحْتِلَامُ»^(١)، وَلِأَنَّهُ لَمْ تَوْجَدْ صُورَةَ الْجَمَاعِ وَلَا مَعْنَاهُ وَهُوَ الْإِنْزَالُ عَنْ شَهْوَةِ الْمُبَاشَرَةِ (وَكَذَا إِذَا نَظَرَ إِلَى امْرَأَةٍ فَأَمْنَى) لَمَّا بَيَّنَّا فَصَارَ كَالْمُتَفَكِّرِ إِذَا أَمْنَى وَكَالْمُسْتَمْنِي بِالْكَفِّ عَلَى مَا قَالُوا (وَلَوْ أَدْهَنَ لَمْ يُفْطِرْ) لِعَدَمِ الْمُنَافِي (وَكَذَا إِذَا احْتَجَمَ) لِهَذَا وَلَمَّا رَوَيْنَا (وَلَوْ اكْتَحَلَ لَمْ يُفْطِرْ) لِأَنَّهُ لَيْسَ بَيْنَ الْعَيْنِ وَالْدِّمَاغِ مَنْفَذٌ وَالْدِّمْعُ يَتَرَشَّحُ كَالْعَرَقِ وَالْدَّخِيلُ مِنَ الْمَسَامِ لَا يُنَافِي كَمَا لَوْ اغْتَسَلَ بِالْمَاءِ الْبَارِدِ (وَلَوْ قَبْلَ لَا يَفْسُدُ صَوْمٌ) يُرِيدُ بِهِ إِذَا لَمْ يُنْزَلِ لِعَدَمِ الْمُنَافِي صُورَةً وَمَعْنَى بِخِلَافِ الرَّجْعَةِ وَالْمَصَاهِرَةِ لِأَنَّ الْحُكْمَ هُنَاكَ أَدِيرُ عَلَى السَّبَبِ عَلَى مَا يَأْتِي فِي مَوْضِعِهِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ. (وَإِنْ أَنْزَلَ بِقُبْلَتِهِ أَوْ لَمْسِ فَعَلِيهِ الْقَضَاءُ دُونَ الْكُفَّارَةِ) لَوْجُودِ مَعْنَى الْجَمَاعِ وَوُجُودِ الْمُنَافِي صُورَةً أَوْ مَعْنَى يَكْفِي لِإِجَابِ الْقَضَاءِ احْتِيَاطًا، أَمَّا الْكُفَّارَةُ فَتَمْتَقِرُ إِلَى كَمَالِ الْجِنَايَةِ لِأَنَّهَا تَنْدَرِي بِالشُّبُهَاتِ كَالْحُدُودِ (وَلَا

(١) أخرجه الترمذي في الصوم باب ٢٤ (حديث ٧١٩)، والبيهقي في السنن الكبرى (٨٢٧٣).

بِأَسَ بِالْقُبْلَةِ إِذَا آمَنَ عَلَى نَفْسِهِ) أَيِ الْجَمَاعِ أَوْ الْإِنْزَالِ (وَيُكْرَهُ إِذَا لَمْ يَأْمَنَ) لِأَنَّ عَيْنَهُ لَيْسَ بِمُفْطِرٍ وَرَبِّمَا يَصِيرُ فِطْرًا بِعَاقِبَتِهِ فَإِنْ آمَنَ يُعْتَبَرُ عَيْنُهُ وَأَبِيحَ لَهُ، وَإِنْ لَمْ يَأْمَنَ تُعْتَبَرُ عَاقِبَتُهُ وَكُرِهَ لَهُ، وَالشَّافِعِيُّ أَطْلَقَ فِيهِ فِي الْحَالِينِ وَالْحُجَّةُ عَلَيْهِ مَا ذَكَرْنَا وَالْمُبَاشَرَةُ الْفَاحِشَةُ مِثْلُ التَّقْصِيلِ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ وَعَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ كَرِهَ الْمُبَاشَرَةَ الْفَاحِشَةَ لِأَنَّهَا قَلَّمَا تَخْلُو عَنْ الْفِتْنَةِ.

الشرح:

(فَإِنْ نَامَ فَاحْتَلَمَ لَمْ يُفْطِرْ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «ثَلَاثٌ لَا يُفْطِرُنَ الصِّيَامُ: الْقَيِّءُ، وَالْحِجَامَةُ، وَالِاخْتِلَامُ» وَلَآئِذَا لَمْ يُوجَدْ صُورَةُ الْجَمَاعِ وَلَا مَعْنَاهُ) أَمَّا الْأَوَّلُ فَلَعَدَمُ إِيْلَاجِ الْفَرْجِ فِي الْفَرْجِ وَأَمَّا الثَّانِي فَلَعَدَمُ الْإِنْزَالِ عَنْ شَهْوَةِ الْمُبَاشَرَةِ، أَعْنِي بِمَسِّ الرَّجُلِ الْمَرْأَةَ (وَكَذَا إِذَا نَظَرَ إِلَى) وَجْهِ (امْرَأَةٍ) أَوْ فَرْجِهَا (فَأَمْنَى) أَيِ أَنْزَلَ الْمَنِيَّ لَا يُفْطِرُ (لَمَّا بَيَّنَّا) أَنَّهُ لَمْ يُوجَدْ الْجَمَاعُ صُورَةً وَلَا مَعْنَى (فَصَارَ كَالْمُتَفَكِّرِ) فِي امْرَأَةٍ حَسَنَاءَ إِذَا أَمْنَى (وَكَا الْمُسْتَمْنَى بِالْكَفِّ) يَعْنِي إِذَا عَالَجَ ذَكَرَهُ بِكَفِّهِ حَتَّى أَمْنَى لَمْ يُفْطِرْ (عَلَى مَا قَالُوا) أَيِ الْمَشَايِخِ، وَهُوَ قَوْلُ أَبِي بَكْرٍ الْإِسْكَافِ، وَأَبِي الْقَاسِمِ لَعَدَمِ الْجَمَاعِ صُورَةً وَمَعْنَى. وَعَامَّتُهُمْ عَلَى أَنَّهُ يَقْسُدُ صَوْمَهُ.

قَالَ الْمُصَنِّفُ فِي التَّجْنِيسِ: الصَّائِمُ إِذَا عَالَجَ ذَكَرَهُ بِيَدِهِ حَتَّى أَمْنَى يَجِبُ عَلَيْهِ الْقَضَاءُ هُوَ الْمُخْتَارُ لِأَنَّهُ وَجَدَ الْجَمَاعَ مَعْنَى.

قِيلَ: فِيهِ نَظَرٌ لِأَنَّ مَعْنَى الْجَمَاعِ يَعْتَمِدُ الْمُبَاشَرَةَ عَلَى مَا قُلْنَا وَلَمْ يُوجَدْ، وَأُجِيبَ بِأَنَّ مَعْنَاهُ وَجَدَ مَا هُوَ الْمَقْصُودُ مِنَ الْجَمَاعِ وَهُوَ قَضَاءُ الشَّهْوَةِ، وَهَلْ يَحِلُّ لَهُ أَنْ يَفْعَلَ ذَلِكَ إِنْ أَرَادَ الشَّهْوَةَ؟ لَا يَحِلُّ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «تَاكِحُ الْيَدِ مَلْعُونٌ وَإِنْ أَرَادَ تَسْكِينَ مَا بِهِ مِنَ الشَّهْوَةِ أَرْجُو أَنْ لَا يَكُونَ عَلَيْهِ وَبَالَ» (وَلَوْ أَدَّهَنَ أَوْ احْتَجَمَ لَمْ يُفْطِرْ لَعَدَمُ الْمَنَافِي) وَقَوْلُهُ (لَمَّا رَوَيْنَا) يَعْنِي بِهِ قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «ثَلَاثٌ لَا يُفْطِرُنَ الصَّائِمُ» الْحَدِيثَ (وَلَوْ اكْتَحَلَ لَمْ يُفْطِرْ) وَإِنْ وَجَدَ طَعْمَهُ فِي حَلَقِهِ (لَآئِذَا لَيْسَ بَيْنَ الْعَيْنِ وَالْدِّمَاغِ مَنَفَذٌ) فَمَا وَجَدَ فِي حَلَقِهِ مِنْ طَعْمِهِ إِمَّا هُوَ أَوْ أَرَاهُ لَا عَيْنَهُ.

فَإِنْ قِيلَ: لَوْ لَمْ يَكُنْ بَيْنَهُمَا مَنَفَذٌ لَمَا خَرَجَ الدَّمْعُ. أَجَابَ بِأَنَّ الدَّمْعَ يَرْتَشِخُ كَالْعَرَقِ: يَعْنِي أَنَّهُ دَاخِلٌ مِنَ الْمَسَامِ وَالْدَّاحِلُ مِنْهَا لَا يُنَافِي (كَمَا إِذَا اغْتَسَلَ بِالْمَاءِ الْبَارِدِ)

فَوَجَدَ بُرُودَةَ الْمَاءِ فِي كَيْدِهِ.

فَإِنْ قِيلَ: هَذَا تَعْلِيلٌ فِي مُقَابَلَةِ النَّصِّ وَهُوَ بَاطِلٌ. وَذَلِكَ لِمَا رَوَى مَعْبُدُ بْنُ هُوْدَةَ الْأَنْصَارِيُّ عَنْ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ قَالَ «عَلَيْكُمْ بِالْإِثْمِدِ الْمُرُوحِ وَقَتِ النَّوْمِ وَلَيْتَقَهُ الصَّائِمُ». أَجِيبَ بِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَدَبَ إِلَى صَوْمِ عَاشُورَاءَ وَالْاِكْتِحَالِ فِيهِ. وَقَدْ أَجْمَعَتِ الْأُمَّةُ عَلَى الْاِكْتِحَالِ يَوْمَ عَاشُورَاءَ فَهُوَ رَاجِعٌ عَلَى الْأَوَّلِ (وَلَوْ قِيلَ وَلَمْ يُنْزَلْ لَمْ يَفْسُدْ صَوْمُهُ لَعَدَمِ الْمَنَافِي صُورَةٍ وَمَعْنَى) عَلَى مَا ذَكَرْنَا (بِخِلَافِ الرَّجْعَةِ وَالْمَصَاهِرَةِ) فَإِنَّهُمَا يَثْبُتَانِ بِالْقُبْلَةِ بِالشَّهْوَةِ وَكَذَا بِالْمَسِّ وَإِنْ لَمْ يُنْزَلْ (لَأَنَّ حُكْمَهُمَا أُدِيرَ عَلَى السَّبَبِ) يَثْبُتُ بِسَبَبِ الْجَمَاعِ، كَمَا يَثْبُتُ بِهِ، وَلِهَذَا يَتَعَلَّقُ بِعَقْدِ النِّكَاحِ لَأَنَّ مَبْنَاهُمَا عَلَى الْاِحْتِيَاطِ، أَمَّا فَسَادُ الصَّوْمِ فَإِنَّهُ يَتَعَلَّقُ بِالْجَمِيعِ إِمَّا صُورَةً أَوْ مَعْنَى لَا بِسَبَبِهِ حَتَّى لَمْ يَفْسُدْ بِعَقْدِ النِّكَاحِ، وَفِيمَا نَحْنُ فِيهِ لَمْ يُوجَدْ الْجَمَاعُ لَا صُورَةً وَلَا مَعْنَى فَلَمْ يَفْسُدْ الصَّوْمُ. وَقَوْلُهُ (عَلَى مَا يَأْتِي فِي مَوْضِعِهِ) أَيُّ فِي بَابِ الرَّجْعَةِ (وَإِنْ أُنْزِلَ بِقُبْلَةٍ أَوْ لَمَسَ فَعَلَيْهِ الْقَضَاءُ دُونَ الْكُفَّارَةِ لَوْجُودِ مَعْنَى الْجَمَاعِ) وَهُوَ قَضَاءُ الشَّهْوَةِ بِالْمُبَاشَرَةِ (وَوُجُودِ الْمَنَافِي صُورَةً أَوْ مَعْنَى يَكْفِي لِإِجَابِ الْقَضَاءِ اِحْتِيَاطًا أَمَّا الْكُفَّارَةُ فَتَنْتَقِرُ إِلَى كَمَالِ الْجَنَابَةِ لِأَنَّهَا تَنْدَرِي بِالشُّبُهَاتِ كَالْحُدُودِ) وَهَذَا لِأَنَّ الْكُفَّارَةَ أَعْلَى عُقُوبَاتِ الْمُفْطِرِ لِإِفْطَارِهِ فَلَا يُعَاقَبُ بِهَا إِلَّا بَعْدَ بُلُوغِ الْجَنَابَةِ نَهَائَتِهَا وَلَمْ تَبْلُغْ نَهَائَتَهَا لِأَنَّ هَهُنَا جَنَابَةً مِنْ جَنَسِهَا أُبْلَغَ مِنْهَا، وَهِيَ الْجَمَاعُ صُورَةً وَمَعْنَى. وَقَوْلُهُ (وَلَا بَأْسَ بِالْقُبْلَةِ إِذَا أَمِنَ عَلَى نَفْسِهِ) اخْتَلَفَ الْمَشَايخُ فِي مَرْجِعِ هَذَا الضَّمِيرِ فِي قَوْلِ مُحَمَّدٍ فَقَالَ بَعْضُهُمْ: أَرَادَ بِهِ الْأَمْنَ عَنِ الْوُقُوعِ فِي الْجَمَاعِ.

وَقَالَ بَعْضُهُمْ: أَرَادَ بِهِ الْأَمْنَ مِنْ خُرُوجِ الْمَنِيِّ. وَقَوْلُهُ (وَيُكْرَهُ إِذَا لَمْ يَأْمَنْ) وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (وَالشَّافِعِيُّ أَطْلَقَ فِيهِ فِي الْحَالَيْنِ) أَيُّ فِي جَوَازِ الْقُبْلَةِ فِي حَالِ أَمْنِهِ عَلَى نَفْسِهِ وَعَدَمِهِ (وَالْحُجَّةُ عَلَيْهِ مَا ذَكَرْنَا) يَعْنِي قَوْلُهُ لِأَنَّ عَيْنَهُ لَيْسَ بِمُفْطِرٍ إلخ (وَالْمُبَاشَرَةُ الْفَاحِشَةُ) وَهِيَ أَنْ يُعَانِقَهَا مُتَجَرِّدَيْنِ وَيَمَسُّ ظَاهِرَ فَرْجِهِ ظَاهِرَ فَرْجِهَا (مِثْلُ التَّقْيِيلِ فِي ظَاهِرِ الرَّوَايَةِ) يُكْرَهُ إِذَا لَمْ يَأْمَنْ وَلَا يُكْرَهُ إِذَا أَمِنَ (وَعَنْ مُحَمَّدٍ) وَهُوَ رَوَايَةُ الْحَسَنِ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ (أَنَّهُ كَرِهَ الْمُبَاشَرَةَ الْفَاحِشَةَ) لِلصَّائِمِ (لَأَنَّهَا قَلَمًا تَخْلُو عَنْ الْفِتْنَةِ).

(وَلَوْ دَخَلَ حَلَقَهُ ذُبَابٌ وَهُوَ ذَاكِرٌ لَصَوْمِهِ لَمْ يُفْطِرْ).

وَفِي الْقِيَاسِ يَفْسُدُ صَوْمُهُ لَوْصُولُ الْمُفْطِرِ إِلَى جَوْفِهِ، وَإِنْ كَانَ لَا يَتَغَذَّى بِهِ

كَالثَّرَابِ وَالْحَصَاةِ. وَجَهُ الْإِسْتِحْسَانِ أَنَّهُ لَا يُسْتَطَاعُ الْإِحْتِرَازُ عَنْهُ فَأَشَبَهُ الْغُبَارُ وَالْدُخَانُ،
وَاخْتَلَفُوا فِي الْمَطَرِ وَالتَّلْجِ، وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ يَفْسُدُ لِإِمْكَانِ الْإِمْتِنَاعِ عَنْهُ إِذَا آوَاهُ خِيْمَةٌ أَوْ سَقْفٌ
(وَلَوْ أَكَلَ لَحْمًا بَيْنَ أَسْنَانِهِ فَإِنْ كَانَ قَلِيلًا لَمْ يُفْطِرْ وَإِنْ كَانَ كَثِيرًا يُفْطِرُ) وَقَالَ زُفَرٌ:
يُفْطِرُ فِي الْوَجْهَيْنِ لِأَنَّ الْفَمَ لَهُ حُكْمُ الظَّاهِرِ حَتَّى لَا يَفْسُدَ صَوْمُهُ بِالْمُضْمَضَةِ. وَلَنَا أَنَّ
الْقَلِيلَ تَابِعٌ لِأَسْنَانِهِ بِمَنْزِلَةِ رِيْقِهِ بِخِلَافِ الْكَثِيرِ لِأَنَّهُ لَا يَبْقَى فِيمَا بَيْنَ الْأَسْنَانِ،
وَالْفَاصِلُ مِقْدَارُ الْحِمَصَةِ وَمَا دُونَهَا قَلِيلٌ (وَإِنْ أَخْرَجَهُ وَأَخَذَهُ بِيَدِهِ ثُمَّ أَكَلَهُ يَنْبَغِي أَنْ
يَفْسُدَ صَوْمُهُ) لَمَّا رُوِيَ عَنْ مُحَمَّدٍ: أَنَّ الصَّائِمَ إِذَا ابْتَلَعَ سِمِسمَةً بَيْنَ أَسْنَانِهِ لَا يَفْسُدُ
صَوْمُهُ وَلَوْ أَكَلَهَا ابْتِدَاءً يَفْسُدُ صَوْمُهُ وَلَوْ مَضْغَهَا لَا يَفْسُدُ لِأَنَّهَا تَتَلَاشَى وَفِي مِقْدَارِ
الْحِمَصَةِ عَلَيْهِ الْقَضَاءُ دُونَ الْكَفَّارَةِ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ وَعِنْدَ زُفَرٍ عَلَيْهِ الْكَفَّارَةُ أَيْضًا لِأَنَّهُ
طَعَامٌ مُتَغَيِّرٌ، وَلَأَبِي يُوسُفَ: أَنَّهُ يَعَافُهُ الطَّبِيعُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَاخْتَلَفُوا) يَعْنِي الْمَشَايِخَ (فِي الْمَطَرِ وَالتَّلْجِ) فَقَالَ بَعْضُهُمْ: الْمَطَرُ يُفْسِدُ
وَالْتَّلْجُ لَا يُفْسِدُ. وَقَالَ بَعْضُهُمْ: عَلَى الْعَكْسِ، وَقَالَ غَائِثُهُمْ بِإِفْسَادِهِمَا وَهُوَ الصَّحِيحُ
لِحُصُولِ الْمُفْطَرِّ مَعْنَى وَ (لِإِمْكَانِ الْإِحْتِرَازِ عَنْهُ إِذَا آوَاهُ خِيْمَةٌ أَوْ سَقْفٌ، وَلَوْ أَكَلَ لَحْمًا
بَيْنَ أَسْنَانِهِ فَإِنْ كَانَ قَلِيلًا لَمْ يُفْطِرْ، وَإِنْ كَانَ كَثِيرًا يُفْطِرُ).

وَقَالَ زُفَرٌ: يُفْطِرُ فِي الْوَجْهَيْنِ لِأَنَّ الْفَمَ لَهُ حُكْمُ الظَّاهِرِ حَتَّى لَا يَفْسُدَ صَوْمُهُ
بِالْمُضْمَضَةِ) وَلَوْ أَكَلَ الْقَلِيلَ مِنْ خَارِجِ أَفْطَرٍ عَلَى مَا يُذَكَّرُ فَكَذَا إِذَا أَكَلَ مِنْ فَمِهِ (وَلَنَا
أَنَّ الْقَلِيلَ تَابِعٌ لِأَسْنَانِهِ) لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُ الْإِحْتِرَازَ عَنْهُ فَكَانَ (بِمَنْزِلَةِ رِيْقِهِ) وَلَوْ ابْتَلَعَ رِيْقَهُ
لَمْ يَفْسُدْ (بِخِلَافِ الْكَثِيرِ لِأَنَّهُ لَا يَبْقَى بَيْنَ الْأَسْنَانِ) فَكَانَ الْإِحْتِرَازُ عَنْهُ مُمَكِّنًا
(وَالْفَاصِلُ) إِنْ كَانَ (مِقْدَارُ الْحِمَصَةِ) فَهُوَ كَثِيرٌ (وَمَا دُونَهَا قَلِيلٌ) بِخِلَافِ قَدْرِ الدَّرْهِمِ
فِي بَابِ النَّجَاسَةِ فَإِنَّهُ الْفَاصِلُ بَيْنَ الْقَلِيلِ وَالْكَثِيرِ، وَهُوَ دَاخِلٌ فِي الْقَلِيلِ لِأَنَّهُ أَخَذَ مِنْ
قَدْرِ مَوْضِعِ الْاسْتِنْجَاءِ، وَذَلِكَ الْقَدْرُ فِي الْاسْتِنْجَاءِ مَعْفُوٌّ بِالإِجْمَاعِ، حَتَّى لَمْ يُفْتَرَضْ
الْاسْتِنْجَاءُ وَاكْتَفِيَ فِي إِقَامَةِ سُنَّةِ الْاسْتِنْجَاءِ بِالْحَجَرِ وَالْمَدَرِ، وَهُوَ لَا يُقْلَعُ النَّجَاسَةُ فَصَارَ
قَدْرُ الدَّرْهِمِ مَعْفُوًّا فِي غَيْرِ مَوْضِعِ الْاسْتِنْجَاءِ أَيْضًا قِيَاسًا عَلَيْهِ، وَأَمَّا هَهُنَا فَقَدْرُ الْحِمَصَةِ
لَا يَبْقَى فِي فُرْجِ الْأَسْنَانِ غَالِبًا فَلَا يُمَكِّنُ الْحَاقَةَ بِالرِّيْقِ فَصَارَ كَثِيرًا.

وَقَوْلُهُ (وَإِنْ أَخْرَجَهُ وَأَخَذَهُ بِيَدِهِ) ظَاهِرٌ، وَقَوْلُهُ (لَأَنَّهُ طَعَامٌ مُتَغَيَّرٌ) فَصَارَ كَاللَّحْمِ الْمُتَنَبِّ (وَلَأَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يَعَافُهُ الطَّبْعُ) أَيَّ يَكْرَهُهُ فَصَارَ مِنْ جِنْسٍ مَا لَا يُتَغَذَّى بِهِ كَالثَّرَابِ.

(فَإِنْ ذَرَعَهُ الْقَيِّءُ لَمْ يُفْطِرْ) لِقَوْلِهِ ﷺ «مَنْ قَاءَ فَلَا قِضَاءَ عَلَيْهِ وَمَنْ اسْتَقَاءَ عَمِدًا فَعَلَيْهِ الْقِضَاءُ»^(١) وَيَسْتَوِي فِيهِ مِلءُ الْفَمِ فَمَا دُونَهُ فَلَوْ عَادَ وَكَانَ مِلءُ الْفَمِ فَسَدَ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ لِأَنَّهُ خَارِجٌ حَتَّى انْتَقَضَ بِهِ الطُّهَارَةُ وَقَدْ دَخَلَ وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ لَا يَفْسُدُ لِأَنَّهُ لَمْ تَوْجَدَ صُورَةُ الْفِطْرِ وَهُوَ الْإِبْتِلَاعُ وَكَذَا مَعْنَاهُ لِأَنَّهُ لَا يَتَغَذَّى بِهِ عَادَةً، إِنْ أَعَادَهُ فَسَدَ بِالْإِجْمَاعِ لَوْجُودِ الْإِدْخَالِ بَعْدَ الْخُرُوجِ فَتَحَقَّقَ صُورَةُ الْفِطْرِ.

وَإِنْ كَانَ أَقَلُّ مِنْ مِلءِ الْفَمِ فَعَادَ لَمْ يَفْسُدْ صَوْمُهُ لِأَنَّهُ غَيْرُ خَارِجٍ وَلَا صُنْعَ لَهُ فِي الْإِدْخَالِ، وَإِنْ أَعَادَهُ فَكَذَلِكَ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ لِعَدَمِ الْخُرُوجِ، وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ يَفْسُدُ صَوْمُهُ لَوْجُودِ الصَّنْعِ مِنْهُ فِي الْإِدْخَالِ (فَإِنْ اسْتَقَاءَ عَمِدًا مِلءُ فِيهِ فَعَلَيْهِ الْقِضَاءُ) لَمَّا رَوَيْنَا وَالْقِيَاسُ مَتْرُوكٌ بِهِ وَلَا كَفَّارَةٌ عَلَيْهِ لِعَدَمِ الصُّورَةِ وَإِنْ كَانَ أَقَلُّ مِنْ مِلءِ الْفَمِ فَكَذَلِكَ عِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ لِإِطْلَاقِ الْحَدِيثِ، وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ لَا يَفْسُدُ لِعَدَمِ الْخُرُوجِ حُكْمًا ثُمَّ إِنْ عَادَ لَمْ يَفْسُدْ عِنْدَهُ لِعَدَمِ سَبْقِ الْخُرُوجِ، وَإِنْ أَعَادَهُ فَعَنَهُ؛ أَنَّهُ لَا يَفْسُدُ لَمَّا ذَكَرْنَا، وَعَنَهُ؛ أَنَّهُ يَفْسُدُ فَأَلْحَقَهُ بِمِلءِ الْفَمِ لِكَثْرَةِ الصَّنْعِ.

الشرح:

قَالَ (فَإِنْ ذَرَعَهُ الْقَيِّءُ) ذَرَعَهُ الْقَيِّءُ سَبَقَ إِلَى فِيهِ وَغَلَبَهُ فَخَرَجَ وَهُوَ لَا يَفْسُدُ الصَّوْمُ (لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ) «مَنْ قَاءَ فَلَا قِضَاءَ عَلَيْهِ وَمَنْ اسْتَقَاءَ عَمِدًا فَعَلَيْهِ الْقِضَاءُ» الْحَدِيثِ وَقَاءَ وَاسْتَقَاءَ مَمْدُودَانِ، يُقَالُ: قَاءَ مَا أَكَلَ: إِذَا أَلْقَاهُ، وَاسْتَقَاءَ وَتَقَيًّا تَكَلَّفَ فِي ذَلِكَ، وَكَلَامُهُ وَاضِحٌ إِلَّا فِي مَوَاضِعَ تُنبِئُهُ عَلَيْهَا. وَقَوْلُهُ (وَيَسْتَوِي فِيهِ) أَيَّ فِي الْقَيِّءِ الَّذِي ذَرَعَهُ. وَقَوْلُهُ (فَلَوْ عَادَ) يَعْنِي مَا ذَرَعَهُ.

وَقَوْلُهُ (وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ لَا يَفْسُدُ) قِيلَ: وَهُوَ الصَّحِيحُ لِأَنَّهُ كَمَا لَا يُمَكِّنُ الْإِحْتِرَازُ عَنْ خُرُوجِهِ لَا يُمَكِّنُ عَنْ عَوْدِهِ فَجُعِلَ عَفْوًا. وَقَوْلُهُ (لَأَنَّهُ غَيْرُ خَارِجٍ) تَعْلِيلُ أَبِي يُوسُفَ وَقَوْلُهُ (وَلَا صُنْعَ لَهُ فِي الْإِدْخَالِ) تَعْلِيلُ مُحَمَّدٍ. وَقَوْلُهُ (فَإِنْ اسْتَقَاءَ عَمِدًا) يُشِيرُ

(١) أخرجه أبو داود (٢٣٨٠)، والترمذي في الصوم باب ٢٥ (حديث ٧٢٠)، وابن ماجه (١٦٧٦).

إِلَى أَنَّهُ لَوْ اسْتَقَاءَ نَاسِيًا لَصَوْمِهِ لَا يَفْسُدُ صَوْمُهُ كَمَا لَوْ أَكَلَ نَاسِيًا. وَقَوْلُهُ (لَمَّا رَوَيْنَا) إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «وَمَنْ اسْتَقَاءَ عَمْدًا فَعَلَيْهِ الْقَضَاءُ». وَقَوْلُهُ (فَعَنَّهُ) أَيُّ عَنْ أَبِي يُوسُفَ. وَقَوْلُهُ (لَمَّا ذَكَّرْنَا) يُرِيدُ بِهِ عَدَمَ الْخُرُوجِ وَعَنَّهُ أَيُّ عَنْ أَبِي يُوسُفَ. وَقَوْلُهُ (لِكَثْرَةِ الصَّنْعِ) وَهُوَ صُنْعُ الاسْتِقَاءِ وَصُنْعُ الْإِعَادَةِ.

قَالَ: (وَمَنْ ابْتَلَعَ الْحَصَاةَ أَوْ الْحَدِيدَ أَفْطَرَ) لَوْجُودِ صُورَةِ الْفِطْرِ (وَلَا كَفَّارَةَ عَلَيْهِ) لِعَدَمِ الْمَعْنَى.

الشرح:

(وَمَنْ ابْتَلَعَ الْحَصَاةَ أَوْ الْحَدِيدَ أَفْطَرَ لَوْجُودِ صُورَةِ الْفِطْرِ) بِإِصَالِ الشَّيْءِ إِلَى بَاطِنِهِ (وَلَا كَفَّارَةَ عَلَيْهِ لِعَدَمِ الْمَعْنَى) أَيُّ مَعْنَى الْفِطْرِ وَقَدْ تَقَدَّمَ أَنَّ الْكَفَّارَةَ أَقْصَى عَقُوبَةٍ فِي الْإِفْطَارِ فَيَحْتَاجُ إِلَى كَمَالِ الْجِنَايَةِ لِأَنَّ فِي نُقْصَانِهَا شُبْهَةَ الْعَدَمِ وَهِيَ تَنْدَرِي بِالشُّبْهَاتِ، وَقَالَ مَالِكٌ: تَجِبُ عَلَيْهِ لِأَنَّهُ مُفْطِرٌ غَيْرُ مَعْذُورٍ وَكُلُّ مَنْ هُوَ كَذَلِكَ تَجِبُ عَلَيْهِ عِنْدَهُ.

(وَمَنْ جَامَعَ فِي أَحَدِ السَّبِيلَيْنِ عَامِدًا فَعَلَيْهِ الْقَضَاءُ) اسْتِدْرَاكًا لِلْمَصْلَحَةِ الْفَائِتَةِ (وَالْكَفَّارَةُ) لِنَتْكَامُلِ الْجِنَايَةِ وَلَا يُشْتَرَطُ الْإِنْزَالُ فِي الْمُحَلِّينِ اعْتِبَارًا بِالِاغْتِسَالِ، وَهَذَا لِأَنَّ قَضَاءَ الشَّهْوَةِ يَتَحَقَّقُ دُونَهُ وَإِنَّمَا ذَلِكَ شَبَعٌ.

وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ: أَنَّهُ لَا تَجِبُ الْكَفَّارَةُ بِالْجِمَاعِ فِي الْمَوْضِعِ الْمَكْرُوهِ اعْتِبَارًا بِالْحَدِّ عِنْدَهُ. وَالْأَصَحُّ أَنَّهَا تَجِبُ لِأَنَّ الْجِنَايَةَ مُتَكَامِلَةٌ لِقَضَاءِ الشَّهْوَةِ (وَلَوْ جَامَعَ مَيْتَةً أَوْ بِهِيمَةً فَلَا كَفَّارَةَ أَنْزَلَ أَوْ لَمْ يُنْزَلْ) خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ: لِأَنَّ الْجِنَايَةَ تَكَامَلُهَا بِقَضَاءِ الشَّهْوَةِ فِي مَحَلٍّ مُشْتَهَى وَلَمْ يُوْجَدْ، ثُمَّ عِنْدَنَا كَمَا تَجِبُ الْكَفَّارَةُ بِالْوُقَاعِ عَلَى الرَّجُلِ تَجِبُ عَلَى الْمَرَأَةِ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي قَوْلٍ: لَا تَجِبُ عَلَيْهَا لِأَنَّهَا مُتَعَلِّقَةٌ بِالْجِمَاعِ وَهُوَ فِعْلُهُ وَإِنَّمَا هِيَ مَحَلُّ الْفِعْلِ، وَفِي قَوْلٍ: تَجِبُ، وَيَتَحَمَّلُ الرَّجُلُ عَنْهَا اعْتِبَارًا بِمَاءِ الْإِغْتِسَالِ. وَلَنَا قَوْلُهُ ﷺ «مَنْ أَفْطَرَ فِي رَمَضَانَ فَعَلَيْهِ مَا عَلَى الْمُظَاهِرِ»^(١) وَكَلِمَةً مَنْ تَنْتَظِمُ الذُّكُورُ وَالْإِنَاثُ، وَلِأَنَّ السَّبَبَ جِنَايَةُ الْإِفْسَادِ لَا نَفْسُ الْوُقَاعِ وَقَدْ شَارَكَتْ فِيهَا وَلَا يَتَحَمَّلُ لِأَنَّهَا

(١) قال الزيلعي في نصب الراية (٢/٤٧٣): حديث غريب بهذا اللفظ.

عِبَادَةٌ أَوْ عُقُوبَةٌ، وَلَا يَجْرِي فِيهَا التَّحْمُلُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ جَامَعَ عَمْدًا) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (اعْتِبَارًا بِالْاِغْتِسَالِ) يَعْنِي أَنَّهُ إِذَا أُدْخِلَ وَلَمْ يُنْزَلْ وَجِبَ عَلَيْهِ الْغُسْلُ فَكَذَلِكَ الْكَفَّارَةُ.

فَإِنْ قِيلَ: الْكَفَّارَةُ تَنْدَرِي بِالشُّبُهَاتِ، وَانْتِفَاءُ مَعْنَى الْجِمَاعِ وَهُوَ قَضَاءُ الشَّهْوَةِ يُورِثُ الشُّبُهَةَ، وَالْاِغْتِسَالُ يَجِبُ بِالْاِخْتِيَاظِ. فَقِيَاسُ أَحَدِهِمَا عَلَى الْآخَرِ لَا يَكُونُ صَحِيحًا. فَالْجَوَابُ: أَنَّا نَمْنَعُ انْتِفَاءَ مَعْنَى الْجِمَاعِ لِأَنَّ قَضَاءَ الشَّهْوَةِ يَتَحَقَّقُ دُونَ الْإِنْزَالِ، وَالْإِنْزَالُ شَيْعٌ وَلَيْسَ بِشَرْطٍ أَلَّا تَرَى أَنَّ مَنْ أَكَلَ لُقْمَةً وَجَبَتْ عَلَيْهِ الْكَفَّارَةُ، وَإِنْ لَمْ يُوْجَدْ الشَّيْعُ، وَإِلَى هَذَا أَشَارَ بِقَوْلِهِ (وَهَذَا لِأَنَّ قَضَاءَ الشَّهْوَةِ يَتَحَقَّقُ دُونَهُ) وَلَوْ جَامَعَ فِي الْمَوْضِعِ الْمَكْرُوهِ فَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ فِي وَجُوبِ الْكَفَّارَةِ رِوَايَتَانِ، فِي رِوَايَةِ الْحَسَنِ لَا كَفَّارَةَ عَلَيْهِ (اعْتِبَارًا بِالْحَدِّ عِنْدَهُ) فَإِنَّهُ لَمْ يَجْعَلْ هَذَا الْفِعْلَ جَنَائَةً كَامِلَةً فِي إِيْجَابِ الْعُقُوبَةِ الَّتِي تَنْدَرِي بِالشُّبُهَاتِ وَهَذِهِ عُقُوبَةٌ تَنْدَرِي بِالشُّبُهَاتِ كَالْحَدِّ، وَفِي رِوَايَةِ أَبِي يُوسُفَ عَنْهُ أَنَّ عَلَيْهِمَا الْكَفَّارَةَ وَهُوَ الْأَصَحُّ (لَأَنَّهَا جَنَائَةٌ مُتَكَامِلَةٌ لِقَضَاءِ الشَّهْوَةِ) إِنَّمَا يَدَّعِي أَبُو حَنِيفَةَ التَّقْصَانَ فِي مَعْنَى الزَّنا مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ لَا يَحْصُلُ بِهِ إِفْسَادُ الْفِرَاشِ، وَلَا مُعْتَبَرٌ بِهِ فِي إِيْجَابِ الْكَفَّارَةِ وَلَا يَلْزَمُ مِنْ انْتِفَاءِ مَا هُوَ عُقُوبَةٌ كَامِلَةٌ انْتِفَاءُ مَا فِيهِ مَعْنَى الْعُقُوبَةِ، (وَلَوْ جَامَعَ مَيْتَةً أَوْ بِهِمَةً فَلَا كَفَّارَةَ عَلَيْهِ أَنْزَلَ أَوْ لَمْ يُنْزَلْ) فَإِنْ أَنْزَلَ فَعَلَيْهِ الْقَضَاءُ لِأَنَّهُ فَاتَ صُورَةَ الْكَفِّ فَصَارَ كَالْجِمَاعِ فِيمَا دُونَ الْفَرْجِ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: وَجَبَتْ عَلَيْهِ الْكَفَّارَةُ لِأَنَّ السَّبَبَ لِلْكَفَّارَةِ عِنْدَهُ الْجِمَاعُ الْمُعْدَمُ لِلصُّورَةِ، وَقَدْ وَجَدَ. وَلَنَا أَنَّ الْكَفَّارَةَ تَعْتَمِدُ الْجَنَائَةَ الْكَامِلَةَ (وَتَكَامُلُهَا بِقَضَاءِ الشَّهْوَةِ فِي مَحَلِّ مُشْتَهَى وَلَمْ يُوْجَدْ) أَلَّا تَرَى أَنَّ الطَّبَّاعَ السَّلِيمَةَ تَنْفَرُ عَنْهَا، فَإِنْ حَصَلَ بِهِ قَضَاءُ الشَّهْوَةِ فَذَلِكَ لَغَلْبَةِ الشَّبَقِ أَوْ لِفَرْطِ السَّعَةِ فَهُوَ كَمَنْ يَتَكَلَّفُ لِقَضَاءِ شَهْوَتِهِ يَبْدُو لَهُ لَا تَتِمُّ جَنَائَتُهُ فِي إِيْجَابِ الْكَفَّارَةِ فَكَذَا هَذَا.

وَقَوْلُهُ (اعْتِبَارًا بِمَاءِ الْاِغْتِسَالِ) وَالْمَعْنَى: أَنَّ هَذِهِ مُؤَنَةٌ أَوْفَعَهَا الزَّوْجُ فِيهَا فَيَتَحْمَلُهَا عَنْهَا كَثَمْنِ مَاءِ الْاِغْتِسَالِ. (وَلَنَا قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «مَنْ أَفْطَرَ فِي رَمَضَانَ مُتَعَمِّدًا فَعَلَيْهِ مَا عَلَى الْمَظَاهِرِ» وَكَلِمَةُ مَنْ تَنْتَظِمُ الْإِنَاثَ كَالذُّكُورِ) قَالَ اللَّهُ

تَعَالَى ﴿وَمَنْ يَقْنُتْ مِنْكُنْ﴾ [الأحزاب: ٣١] (وَلَأَنَّ سَبَبَ الْكَفَّارَةِ جِنَايَةُ إِفْسَادِ الصَّوْمِ لَا نَفْسُ الْوِقَاعِ) لِأَنَّهُ تَصَرَّفَ فِي مِلْكِهِ (وَقَدْ شَارَكْتُهُ فِي ذَلِكَ) فَوَجَبَتْ عَلَيْهَا كَمَا وَجَبَتْ عَلَيْهِ وَهَذَا جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ الْأَوَّلِ. وَقَوْلُهُ (وَلَا يَتَحَمَّلُ لَأَنَّهَا عِبَادَةٌ أَوْ عُقُوبَةٌ وَلَا يَجْرِي فِيهِمَا التَّحَمُّلُ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ الثَّانِي.

(وَلَوْ أَكَلَ أَوْ شَرِبَ مَا يَتَغَذَّى بِهِ أَوْ يَتَدَاوَى بِهِ فَعَلَيْهِ الْقَضَاءُ وَالْكَفَّارَةُ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَا كَفَّارَةَ عَلَيْهِ لِأَنَّهَا شُرِعَتْ فِي الْوِقَاعِ بِخِلَافِ الْقِيَاسِ لَارْتِفَاعِ الذَّنْبِ بِالتَّوْبَةِ فَلَا يُقَاسُ عَلَيْهِ غَيْرُهُ. وَلِنَا أَنَّ الْكَفَّارَةَ تَعَلَّقَتْ بِجِنَايَةِ الْإِفْطَارِ فِي رَمَضَانَ عَلَى وَجْهِ الْكَمَالِ وَقَدْ تَحَقَّقَتْ، وَيُجِيبُ الْإِعْتِقَادَ تَكْفِيرًا عُرِفَ أَنَّ التَّوْبَةَ غَيْرُ مُكَفِّرَةٍ لِهَذِهِ الْجِنَايَةِ.

الشرح:

(وَلَوْ أَكَلَ أَوْ شَرِبَ مَا يَتَغَذَّى بِهِ أَوْ يَتَدَاوَى بِهِ فَعَلَيْهِ الْقَضَاءُ وَالْكَفَّارَةُ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَا كَفَّارَةَ عَلَيْهِ لِأَنَّهَا شُرِعَتْ فِي الْوِقَاعِ بِالنَّصِّ عَلَى خِلَافِ الْقِيَاسِ لَارْتِفَاعِ الذَّنْبِ بِالتَّوْبَةِ) يَبَيِّنُ أَنَّ الْأَعْرَابِيَّ جَاءَ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ تَائِبًا نَادِمًا وَالتَّوْبَةُ رَافِعَةٌ لِلذَّنْبِ بِالنَّصِّ، وَمَعَ ذَلِكَ أَوْجَبَ عَلَيْهِ النَّبِيُّ ﷺ الْكَفَّارَةَ، فَعَلِمَ أَنَّهَا تَبَتَّتْ عَلَى خِلَافِ الْقِيَاسِ، وَمَا كَانَ كَذَلِكَ لَا يُقَاسُ عَلَيْهِ غَيْرُهُ (وَلِنَا أَنَّ الْكَفَّارَةَ تَعَلَّقَتْ بِجِنَايَةِ الْإِفْطَارِ فِي رَمَضَانَ عَلَى وَجْهِ الْكَمَالِ) وَهُوَ الْإِفْطَارُ صُورَةً بِإِيصَالِ شَيْءٍ إِلَى جَوْفٍ، وَمَعْنَى بَقْضَاءِ الشَّهْوَةِ. لَمَّا رَوَى أَبُو هُرَيْرَةَ ؓ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ «مَنْ أَفْطَرَ فِي رَمَضَانَ فَعَلَيْهِ مَا عَلَى الْمُظَاهِرِ» وَلَمْ يُبَيِّنِ السَّبَبَ الْمُفْطَرِّ، وَلَمَّا رُوِيَ أَنَّ رَجُلًا سَأَلَهُ فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ أَفْطَرْتُ فِي رَمَضَانَ، فَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: مِنْ غَيْرِ مَرَضٍ وَلَا سَفَرٍ؟ فَقَالَ: نَعَمْ. فَقَالَ: أَغْنَقَ رَقَبَةً؟ وَلَمْ يَسْأَلْهُ عَمَّا أَفْطَرَ بِهِ فَدَلَّ عَلَى أَنَّ الْحُكْمَ لَا يَخْتَلِفُ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ سَأَلَهُ عَنْ حَالِهِ بِالْمَرَضِ وَالسَّفَرِ لِاخْتِلَافِ حُكْمِ الْحَالِ (وَالْجِنَايَةُ بِالْإِفْطَارِ عَلَى وَجْهِ الْكَمَالِ) (قَدْ تَحَقَّقَتْ).

فَإِنْ قِيلَ: مَا ذَكَرْتُمْ يَدُلُّ عَلَى عَدَمِ انْحِصَارِ الْكَفَّارَةِ فِي الْوِقَاعِ وَمُدَّعَاكُمْ الْجِنَايَةَ عَلَى وَجْهِ الْكَمَالِ فَلَا مُطَابَقَةَ بَيْنَ الدَّلِيلِ وَالْمُدَّعَاةِ. أُجِيبَ بِأَنَّ الْمَقْصُودَ الْأَصْلِيَّ هُوَ ذَلِكَ، وَأَمَّا وَجُوبُ الْجِنَايَةِ عَلَى وَجْهِ الْكَمَالِ فَتَابَتْ بِمُسَاعَدَةِ الْخَصْمِ لَكِنَّهُ يَقُولُ عَلَى

وَجْهٍ خَاصٍّ وَنَحْنُ نَنْفِيهِ.

وَعُورِضٌ بِأَنَّ الْكَفَّارَةَ بِنَفْسِ الْوِقَاعِ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ مَا أَلَزَمَ الْكَفَّارَةَ إِلَّا فِي مُقَابَلَةِ مَا سُئِلَ عَنْهُ مِنَ الْوِقَاعِ. وَالْجَوَابُ: أَنَّ تَعَلُّقَهَا بِهِ إِمَّا أَنْ يَكُونَ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ وَقَاعٌ أَوْ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ وَقَاعٌ فِي نَهَارِ رَمَضَانَ، فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ فَلَيْسَ فِي الْأَصْلِ بِجِنَايَةٍ فَلَا يَسْتَلْزِمُهَا، وَإِنْ كَانَ الثَّانِي فَهُوَ مُسَلَّمٌ، وَهُوَ الْمَطْلُوبُ لِأَنَّهُ جِنَايَةٌ بِالْإِفْطَارِ عَلَى وَجْهِ الْكَمَالِ بِجَهَةِ خَاصَّةٍ، وَإِذَا كَانَ غَيْرُهُ فِي مَعْنَاهُ الْحَقِّ بِهِ دَلَالَةٌ لَا قِيَاسًا، وَتَمَامُ تَقْرِيرِهِ مَذْكُورٌ فِي التَّقْرِيرِ.

وَقَوْلُهُ (وَبِإِجَابِ الْإِعْتِقَاقِ تَكْفِيرًا) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِ الشَّافِعِيِّ لَارْتِفَاعِ الذُّبِّ بِالتَّوْبَةِ. وَتَقْرِيرُهُ: لَا تُسَلَّمُ أَنَّ هَذِهِ الْجِنَايَةَ تَرْتَفِعُ بِالتَّوْبَةِ فَإِنَّ الشَّرْعَ لَمَّا أَوْجَبَ الْإِعْتِقَاقَ كَفَّارَةً لِهَذِهِ الْجِنَايَةِ عَلَّمَ أَنَّهَا غَيْرُ مُكْفَّرَةٍ لَهَا كَجِنَايَةِ السَّرِقَةِ وَالزُّنَا، حَيْثُ لَا يَرْتَفِعَانِ بِمُجَرَّدِ التَّوْبَةِ بَلْ بِالْحَدِّ.

ثُمَّ قَالَ (وَالْكَفَّارَةُ مِثْلُ كَفَّارَةِ الظَّهَارِ) لَمَّا رَوَيْنَا، وَلَحْدِيثِ الْأَعْرَابِيِّ فَإِنَّهُ قَالَ: «يَا رَسُولَ اللَّهِ هَلَكْتُ وَأَهْلَكْتُ. فَقَالَ: مَاذَا صَنَعْتَ. قَالَ: وَأَقَعْتُ امْرَأَتِي فِي نَهَارِ رَمَضَانَ مُتَعَمِّدًا، فَقَالَ ﷺ: أَعْتَقَ رَقَبَتَهُ. فَقَالَ: لَا أَمْلِكُ إِلَّا رَقَبَتِي هَذِهِ، فَقَالَ: صُمْ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ. فَقَالَ: وَهَلْ جَاءَنِي مَا جَاءَنِي إِلَّا مِنَ الصَّوْمِ فَقَالَ: أَطْعِمِ سِتِينَ مَسْكِينًا. فَقَالَ: لَا أَجِدُ، فَأَمَرَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَنْ يُؤْتَى بِفَرْقٍ مِنْ تَمَرٍ. وَيُرَوَّى بِعِرْقٍ فِيهِ خَمْسَةَ عَشَرَ صَاعًا، وَقَالَ: فَرَّقَهَا عَلَى الْمَسَاكِينِ فَقَالَ: وَاللَّهِ مَا بَيْنَ لَابَتَيِ الْمَدِينَةِ أَحَدٌ أَحْوَجُ مِنِّي وَمِنْ عِيَالِي، فَقَالَ: كُلْ أَنْتَ وَعِيَالُكَ، يَجْزِيكَ وَلَا يَجْزِي أَحَدًا بَعْدَكَ»^(١)، وَهُوَ حُجَّةٌ عَلَى الشَّافِعِيِّ فِي قَوْلِهِ يُخَيَّرُ لِأَنَّ مُقْتَضَاهُ التَّرْتِيبَ وَعَلَى مَا لَكَ فِي نَفْيِ التَّتَابُعِ لِلنَّصِّ عَلَيْهِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَالْكَفَّارَةُ مِثْلُ كَفَّارَةِ الظَّهَارِ) لَمَّا رَوَيْنَا يَعْنِي مِنْ حَدِيثِ أَبِي هُرَيْرَةَ (وَلَحْدِيثِ الْأَعْرَابِيِّ) وَهُوَ مَشْهُورٌ ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (بِفَرْقٍ) قَدْ تَقَدَّمَ مَعْنَاهُ. وَقَوْلُهُ (وَهُوَ) أَيُّ حَدِيثٍ (حُجَّةٌ عَلَى الشَّافِعِيِّ فِي قَوْلِهِ: يُخَيَّرُ لِأَنَّ مُقْتَضَاهُ التَّرْتِيبَ) وَهُوَ ظَاهِرٌ (وَعَلَى مَا لَكَ فِي نَفْيِ التَّتَابُعِ لِلنَّصِّ عَلَيْهِ) بِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «صُمْ شَهْرَيْنِ

(١) أخرجه البخاري في الصوم باب ٣٠، ٣١، ومسلم في الصيام (حديث ٨١).

مُتَّابِعِينَ».

قَالَ فِي النَّهَايَةِ: مَا مَعْنَاهُ أَنْ نِسْبَةَ التَّخْيِيرِ إِلَى الشَّافِعِيِّ، وَتَمَيُّ التَّابِعِ إِلَى مَالِكٍ سَهْوٌ، بَلِ الشَّافِعِيُّ يَقُولُ بِالترْتِيبِ كَمَا نَقُولُ: ذَلَّ عَلَى ذَلِكَ كُتُبُهُمْ وَكُتُبُ أَصْحَابِنَا، وَالْقَائِلُ بَعْدَ التَّابِعِ هُوَ ابْنُ أَبِي لَيْلَى الْقَائِلُ بِالتَّخْيِيرِ. احْتَجَّ بِحَدِيثِ سَعْدِ بْنِ أَبِي وَقَّاصٍ رضي الله عنه أَنَّ رَجُلًا سَأَلَ النَّبِيَّ صلى الله عليه وسلم فَقَالَ: «إِنِّي أَفْطَرْتُ فِي رَمَضَانَ فَقَالَ: أَعْتَقَ رَقَبَةً أَوْ صُمَّ شَهْرَيْنِ أَوْ أَطْعَمَ سِتِينَ مَسْكِينًا» وَقُلْنَا: حَدِيثُ الْأَعْرَابِيِّ مَشْهُورٌ لَا يُعَارِضُهُ هَذَا الْحَدِيثُ، فَيُحْمَلُ عَلَى أَنَّ الْمُرَادَ بِهِ بَيَانُ مَا بِهِ تَتَأَدَّى الْكَفَّارَةُ فِي الْجُمْلَةِ لَا التَّخْيِيرُ. وَاحْتَجَّ الْقَائِلُ بِنَفْيِ التَّابِعِ بِالْقِيَاسِ عَلَى الْقَضَاءِ. وَمَا رَوَيْنَا حُجَّةً عَلَيْهِ لِأَنَّ الْقِيَاسَ فِي مُقَابَلَةِ النَّصِّ فَاسِدٌ

(وَمَنْ جَامَعَ فِيمَا دُونَ الْفَرْجِ فَأَنْزَلَ فَعَلَيْهِ الْقَضَاءُ) لَوْجُودِ الْجَمَاعِ مَعْنَى (وَلَا كَفَّارَةَ عَلَيْهِ) لِانْعِدَامِهِ صُورَةً

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ جَامَعَ فِيمَا دُونَ الْفَرْجِ فَأَنْزَلَ فَعَلَيْهِ الْقَضَاءُ إلخ) أَرَادَ بِالْفَرْجِ الْقَبْلَ وَالذُّبْرَ فَكَانَ مَا دُونَهُ هُوَ التَّفْخِيزُ وَالتَّبْطِيطُ وَالْجَمَاعُ فِيهِ جَمَاعٌ مَعْنَى فَأَوْجَبَ الْقَضَاءُ وَلَيْسَ بِهِ صُورَةٌ فَلَا كَفَّارَةَ عَلَيْهِ.

(وَلَيْسَ فِي إِفْسَادِ صَوْمٍ غَيْرِ رَمَضَانَ كَفَّارَةٌ) لِأَنَّ الْإِفْطَارَ فِي رَمَضَانَ أَبْلَغُ فِي الْجِنَايَةِ فَلَا يَلْحَقُ بِهِ غَيْرُهُ.

الشرح:

(وَلَيْسَ فِي إِفْسَادِ صَوْمٍ غَيْرِ رَمَضَانَ كَفَّارَةٌ) لِأَنَّ الْكَفَّارَةَ فِي إِفْطَارِ صَوْمِهِ وَجَبَتْ بِالنَّصِّ عَلَى خِلَافِ الْقِيَاسِ فَلَا قِيَاسَ، وَلَيْسَ غَيْرُهُ فِي مَعْنَاهُ (لِأَنَّ الْإِفْطَارَ فِي رَمَضَانَ أَبْلَغُ فِي الْجِنَايَةِ) لَكَوْنِهَا جِنَايَةً عَلَى الصَّوْمِ وَالشَّهْرِ جَمِيعًا وَغَيْرُهُ جِنَايَةٌ عَلَى الصَّوْمِ وَحْدَهُ لِأَنَّ الْوَقْتَ غَيْرُ مُتَعَيَّنٍ لِذَلِكَ (فَلَا يَلْحَقُ بِهِ غَيْرُهُ) خِلَافُ الْكَفَّارَةِ فِي الْحَجِّ حَيْثُ يَسْتَوِي فِيهَا الْفَرَضُ وَالتَّفْلُ لِأَنَّ وَجُوبَهَا لِحُرْمَةِ الْعِبَادَةِ وَهُمَا فِيهَا سَوَاءٌ.

(وَمَنْ احْتَقَنَ أَوْ اسْتَعَطَّ أَوْ أَقْطَرَ فِي أَذْنِهِ أَفْطَرَ) لِقَوْلِهِ صلى الله عليه وسلم «الْفِطْرُ مِمَّا دَخَلَ»^(١)

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٨٢٥٣)، وانظر نصب الراية (٤٧٧/٢).

وَلَوْجُودِ مَعْنَى الْفِطْرِ، وَهُوَ وُضُوءٌ مَا فِيهِ صَلَاحُ الْبَدَنِ إِلَى الْجَوْفِ (وَلَا كَفَّارَةٌ عَلَيْهِ) لَانْعِدَامِهِ صُورَةً. (وَلَوْ أَقْطَرَ فِي أُذُنِهِ الْمَاءُ أَوْ دَخَلَهُ لَا يَفْسُدُ صَوْمُهُ) لَانْعِدَامِ الْمَعْنَى وَالصُّورَةِ. بِخِلَافِ مَا إِذَا دَخَلَهُ الدَّهْنُ (وَلَوْ دَاوَى جَائِفَةً أَوْ أَمَةً بِدَوَاءٍ فَوَصَلَ إِلَى جَوْفِهِ أَوْ دِمَاعِهِ أَفْطَرَ) عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ، وَالَّذِي يَصِلُ هُوَ الرُّطْبُ، وَقَالَا: لَا يُفْطِرُ لَعَدَمِ التَّيَقُّنِ بِالْوُضُوءِ لَانْضِمَامِ الْمَنْفَعَةِ مَرَّةً وَاتِّسَاعِهِ أُخْرَى، كَمَا فِي الْيَابِسِ مِنَ الدَّوَاءِ. وَلَهُ أَنْ رُطُوبَةُ الدَّوَاءِ تَلَاقِي رُطُوبَةَ الْجِرَاحَةِ فَيَزْدَادُ مِيلًا إِلَى الْأَسْفَلِ فَيَصِلُ إِلَى الْجَوْفِ، بِخِلَافِ الْيَابِسِ لِأَنَّهُ يُنْشَفُ رُطُوبَةُ الْجِرَاحَةِ فَيَنْسَدُ فَمَهَا (وَلَوْ أَقْطَرَ فِي إِحْلِيلِهِ لَمْ يُفْطِرْ) عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: يُفْطِرُ، وَقَوْلُ مُحَمَّدٍ: مُضْطَرِبٌ فِيهِ فَكَأَنَّهُ وَقَعَ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ أَنْ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْجَوْفِ مَنَفَذًا، وَلِهَذَا يَخْرُجُ مِنْهُ الْبَوْلُ، وَوَقَعَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنْ الْمَثَانَةَ بَيْنَهُمَا حَائِلٌ وَالْبَوْلُ يَتَرَشَّحُ مِنْهُ، وَهَذَا لَيْسَ مِنْ بَابِ الْفِقْهِ.

الشرح:

(وَمَنْ احْتَقَنَ أَوْ اسْتَعَطَ) أَيِ اسْتَعْمَلَ الدَّوَاءَ بِالْحَقْنَةِ أَوْ السُّعُوطِ وَهُوَ الدَّوَاءُ الَّذِي يُصَبُّ فِي الْأَنْفِ وَهُمَا عَلَى بِنَاءِ الْفَاعِلِ (أَوْ أَقْطَرَ فِي أُذُنِهِ) عَلَى بِنَاءِ الْمَفْعُولِ قَالَ صَاحِبُ النَّهَائَةِ: كَذَا وَجَدْتُ بِخَطِّ شَيْخِي (أَفْطَرَ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «الْفِطْرُ مِمَّا دَخَلَ») وَكَلَامُهُ وَاضِحٌ.

وَقَوْلُهُ (وَإِنْ دَاوَى جَائِفَةً أَوْ أَمَةً) الْجَائِفَةُ اسْمٌ لَجِرَاحَةٍ وَصَلَتْ إِلَى الْجَوْفِ، وَالْأَمَةُ اسْمٌ لَجِرَاحَةٍ وَصَلَتْ إِلَى الدِّمَاعِ وَالَّذِي يَصِلُ هُوَ الرُّطْبُ (وَإِنَّمَا قَيَّدَ بِالرُّطْبِ فِي ظَاهِرِ الرُّوَايَةِ فَرْقًا بَيْنَ الدَّوَاءِ الرُّطْبِ وَالْيَابِسِ، وَأَكْثَرُ مَشَايِخِنَا عَلَى أَنَّ الْعَبْرَةَ بِالْوُضُوءِ، حَتَّى إِذَا عَلِمَ أَنَّ الدَّوَاءَ الْيَابِسَ وَصَلَ إِلَى جَوْفِهِ فَسَدَ صَوْمُهُ، وَإِنْ عَلِمَ أَنَّ الرُّطْبَ لَمْ يَصِلْ إِلَى جَوْفِهِ لَمْ يَفْسُدْ صَوْمُهُ عِنْدَهُ إِلَّا أَنَّهُ ذَكَرَ الرُّطْبَ وَالْيَابِسَ بِنَاءً عَلَى الْعَادَةِ، فَالْيَابِسُ إِنَّمَا يُسْتَعْمَلُ فِي الْجِرَاحَةِ لِاسْتِمْسَاكِ رَأْسِهَا بِهِ فَلَا يَتَعَدَّى إِلَى الْبَاطِنِ، وَالرُّطْبُ يَصِلُ إِلَى الْبَاطِنِ عَادَةً فَلِهَذَا فُرِّقَ بَيْنَهُمَا وَلَوْ أَقْطَرَ فِي إِحْلِيلِهِ لَمْ يُفْطِرْ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: يُفْطِرُ وَقَوْلُ مُحَمَّدٍ مُضْطَرِبٌ (ذَكَرَ قَوْلُهُ فِي الْأَصْلِ مَعَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَذَكَرَهُ الطَّحَاوِيُّ فِي مُخْتَصَرِهِ مَعَ أَبِي يُوسُفَ).

وَقَالَ أَبُو سُلَيْمَانَ الْجَوْزْجَانِيُّ فِي الْأَصْلِ بَعْدَ مَا ذَكَرَ قَوْلَ مُحَمَّدٍ مَعَ أَبِي حَنِيفَةَ:

ثُمَّ إِنَّ مُحَمَّداً شَكَّ فِي ذَلِكَ، فَوَقَفَ، وَمَا ذَكَرَهُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْجَانَيْنِ ظَاهِرٌ. وَإِنَّمَا تَوَقَّفَ مُحَمَّدٌ لِأَنَّهُ شَكَّ فِي وُجُودِ الْمَنَفَعِ مِنَ الْإِحْلِيلِ إِلَى الْجَوْفِ. وَتَكَلَّمُوا فِي الْإِفْطَارِ فِي أَقْبَالِ النَّسَاءِ. فَقِيلَ: هُوَ عَلَى هَذَا الْاِخْتِلَافِ. وَقِيلَ: يُشْبِهُ الْحَقَّةَ فَيُفْسِدُ الصَّوْمَ بِهَا خِلَافَ. قِيلَ: وَهُوَ الْأَصَحُّ.

(وَمَنْ ذَاقَ شَيْئاً بِفَمِهِ لَمْ يَفْطُرْ) لِعَدَمِ الْفِطْرِ صُورَةً وَمَعْنَى (وَيُكْرَهُ لَهُ ذَلِكَ) لَمَّا فِيهِ مِنْ تَعْرِيزِ الصَّوْمِ عَلَى الْفَسَادِ.

الشرح:

قَوْلُهُ (وَمَنْ ذَاقَ شَيْئاً بِفَمِهِ) الذَّوْقُ بِالْفَمِ قُوَّةٌ مُثَبَّتَةٌ فِي الْعَصَبِ الْمَفْرُوشِ عَلَى جِرْمِ اللِّسَانِ وَإِدْرَاكُ الذَّوْقِ بِمُخَالَطَةِ الرُّطُوبَةِ اللَّعَائِيَّةِ الْمُنْبَعَةِ مِنَ الْآلَةِ الْمُسَمَّاةِ بِالْمَلْعَبَةِ بِالْمَذْوُوقِ وَوُضُوعِهِ إِلَى الْعَصَبِ: وَلَيْسَ فِي هَذَا الْمَعْنَى مَا يُوجِبُ الْفِطْرَ لَا صُورَةً وَلَا مَعْنَى (وَيُكْرَهُ ذَلِكَ لَمَّا فِيهِ مِنْ تَعْرِيزِ الصَّوْمِ عَلَى الْفَسَادِ) بِسَبِيلِ التَّسْبِيحِ لِأَنَّ الْجَاذِبَةَ قَوِيَّةً إِذَا كَانَ صَائِماً فَلَا يَأْمَنُ مِنْ أَنْ تَجْذِبَ شَيْئاً مِنْهُ إِلَى الْبَاطِنِ.

(وَيُكْرَهُ لِلْمَرْأَةِ أَنْ تَمْضُغَ لَصِيْبَهَا الطَّعَامَ إِذَا كَانَ لَهَا مِنْهُ بَدْءٌ) لَمَّا بَيَّنَّا (وَلَا بَاسَ إِذَا لَمْ تَجِدْ مِنْهُ بَدْءاً) صَيَانَتَهُ لِلْوَلَدِ. أَلَا تَرَى أَنَّ لَهَا أَنْ تَفْطُرَ إِذَا خَافَتْ عَلَى وَلَدِهَا (وَمَضْغُ الْعَلَكِ لَا يَفْطُرُ الصَّائِمَ) لِأَنَّهُ لَا يَصِلُ إِلَى جَوْفِهِ. وَقِيلَ: إِذَا لَمْ يَكُنْ مُلْتَمِماً يَفْسُدُ لِأَنَّهُ يَصِلُ إِلَيْهِ بَعْضُ أَجْزَائِهِ. وَقِيلَ: إِذَا كَانَ أَسْوَدَ يَفْسُدُ وَإِنْ كَانَ مُلْتَمِماً لِأَنَّهُ يَتَفَتَّتُ (إِلَّا أَنَّهُ يُكْرَهُ لِلصَّائِمِ) لَمَّا فِيهِ مِنْ تَعْرِيزِ الصَّوْمِ لِلْفَسَادِ، وَلِأَنَّهُ يُتَهَمُ بِالْإِفْطَارِ وَلَا يُكْرَهُ لِلْمَرْأَةِ إِذَا لَمْ تَكُنْ صَائِمَةً لِقِيَامِهِ مَقَامَ السُّؤَالِ فِي حَقِّهِ، وَيُكْرَهُ لِلرِّجَالِ عَلَى مَا قِيلَ إِذَا لَمْ يَكُنْ مِنْ غَلْطِهِ. وَقِيلَ: لَا يُسْتَحَبُّ لَمَّا فِيهِ مِنَ التَّشْبِيهِ: بِالنِّسَاءِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (لَمَّا بَيَّنَّا) إِشَارَةً إِلَى التَّعْرِيزِ. وَقَوْلُهُ (وَمَضْغُ الْعَلَكِ لَا يَفْطُرُ) أَطْلَقَ مُحَمَّدٌ فِي الْكِتَابِ. وَهُوَ يَدُلُّ عَلَى أَنَّ الْكُلَّ وَاحِدٌ وَالتَّفْصِيلُ الْمَذْكُورُ فِي الْكِتَابِ ذَكَرَهُ الْمَشَايِخُ. وَقَوْلُهُ (إِلَّا أَنَّهُ يُكْرَهُ) اسْتِثْنَاءٌ مِنْ قَوْلِهِ "وَمَضْغُ الْعَلَكِ لَا يَفْطُرُ" وَقَوْلُهُ (وَلِأَنَّهُ يُتَهَمُ بِالْإِفْطَارِ) يَعْنِي. أَنَّ مَنْ رَأَاهُ يَتَوَهَّمُ أَنَّهُ يَأْكُلُ شَيْئاً فَيَتَهَمُهُ، وَقَدْ قَالَ عَلِيُّ بْنُ أَبِي بَكْرٍ: وَمَا يَسْبِقُ إِلَى الْقُلُوبِ الْإِنْكَارُ. وَإِنْ كَانَ عِنْدَكَ اعْتِدَارُهُ. وَقَوْلُهُ (وَيُكْرَهُ) ظَاهِرٌ وَالْكَرَاهَةُ

تَسْتَلْزِمُ عَدَمَ الاسْتِحْبَابِ، وَلَا يَنْعَكِسُ لِأَنَّ الْمُبَاحَاتِ لَا تُوصَفُ بِهِمَا.
(وَلَا بَاسَ بِالْكَحْلِ وَدَهْنِ الشَّارِبِ) لِأَنَّهُ نَوْعٌ ارْتِفَاقٍ وَهُوَ لَيْسَ مِنْ مَحْظُورَاتِ
الصَّوْمِ، وَقَدْ نَدَبَ النَّبِيُّ ﷺ إِلَى الْاِكْتِحَالِ يَوْمَ عَاشُورَاءَ وَإِلَى الصَّوْمِ فِيهِ^(١)، وَلَا بَاسَ
بِالْاِكْتِحَالِ لِلرِّجَالِ إِذَا قَصَدَ بِهِ التَّدَاوِي دُونَ الزَّيْنَةِ، وَيُسْتَحْسَنُ دَهْنُ الشَّارِبِ إِذَا لَمْ
يَكُنْ مِنْ قَصْدِهِ الزَّيْنَةُ لِأَنَّهُ يَعْمَلُ عَمَلُ الْخِضَابِ، وَلَا يَفْعَلُ لَتَطْوِيلِ اللَّحِيَةِ إِذَا كَانَتْ
بِقَدْرِ الْمَسْنُونِ وَهُوَ الْقُبْضَةُ.

الشرح:

قَالَ (وَلَا بَاسَ بِالْكَحْلِ وَدَهْنِ الشَّارِبِ إلخ) يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ الْفَاءُ مِنْهُمَا مَفْتُوحًا
فَيَكُونَانِ مَصْدَرَيْنِ مِنْ كَحَلَ عَيْنُهُ كَحَلًا، وَدَهَنَ رَأْسَهُ دَهْنًا: إِذَا طَلَاهُ بِالذَّهْنِ. وَيَجُوزُ
أَنْ يَكُونَ مَضْمُومًا وَيَكُونَ مَعْنَاهُ وَلَا بَاسَ بِاسْتِعْمَالِ الْكَحْلِ وَالذَّهْنِ.
فَإِنْ قِيلَ: مَا وَجْهُ تَكَرُّرِ مَسْأَلَةِ الْكَحْلِ، فَإِنَّهُ قَالَ: وَلَوْ اِكْتَحَلَ لَمْ يُفْطَرْ. ثُمَّ قَالَ:
بِالْكَحْلِ، ثُمَّ قَالَ وَلَا بَاسَ بِالْاِكْتِحَالِ. أُجِيبَ: بِأَنَّ الْأَوَّلَ: وَضَعَ الْقُدُورِي، وَالثَّانِي:
وَضَعَ الْجَامِعُ الصَّغِيرَ. وَالثَّلَاثُ: وَضَعَ الْفَتَاوَى وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهَا فَائِدَةٌ، فَأَمَّا فَائِدَةُ الْأَوَّلِ
فَمَا أُسْتَفِيدَ مِنْ عَدَمِ تَفْطِيرِ الْاِكْتِحَالِ وَلَا يَلْزَمُ مِنْهُ أَنْ لَا يَكُونَ مَكْرُوهًا، بَلْ يَجُوزُ أَنْ
يَكُونَ مَكْرُوهًا وَلَا يُفْطَرْ كَمَا إِذَا ذَاقَ بِلِسَانِهِ شَيْئًا فَبِالْثَّانِي نَفَى ذَلِكَ، ثُمَّ قَدْ يَخْتَلَفُ
حُكْمُهُ بَيْنَ الرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ كَمَا فِي الْعِلْكِ، فَأَعْلَمَ بِالثَّلَاثِ أَنَّهُمَا لَا يَفْتَرِقَانِ إِذَا لَمْ يَكُنْ
قَصْدُ الرَّجُلِ الزَّيْنَةَ.

وَقَوْلُهُ (لَأَنَّهُ يَعْمَلُ عَمَلُ الْخِضَابِ) يَعْنِي وَبِالْخِضَابِ جَاءَتْ السُّنَّةُ لَكِنْ لِحَاجَةِ غَيْرِ
الزَّيْنَةِ، وَالْقُبْضَةُ بَضْمُ الْقَافِ وَقَدْ رُوِيَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ كَانَ يَأْخُذُ مِنْ لَحِيَّتِهِ مِنْ طُولِهَا
وَعَرَضِهَا أَوْرَدَهُ أَبُو عِيسَى فِي جَامِعِهِ، وَقَالَ: مِنْ سَعَادَةِ الرَّجُلِ خِفَةُ لَحِيَّتِهِ.
وَذَكَرَ أَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي آثَارِهِ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ: أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ
كَانَ يَقْبِضُ عَلَى لَحِيَّتِهِ وَيَقْطَعُ مَا وَرَاءَ الْقُبْضَةِ، وَبِهِ أَخَذَ أَبُو حَنِيفَةَ وَأَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ
رَحِمَهُمُ اللَّهُ.

(وَلَا بَاسَ بِالسَّوَاكِ الرَّطْبِ بِالْغَدَاةِ وَالْعَشِيِّ لِلصَّائِمِ) لِقَوْلِهِ ﷺ «خَيْرُ خِلَالِ الصَّائِمِ

(١) أخرجه البخاري في الصوم باب ٢١، ومسلم في الصيام (حديث ١٣٣).

السَّوَاكُ»^(١) مِنْ خَيْرِ فَعْلٍ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يُكْرَهُ بِالْعَشِيِّ لَمَّا فِيهِ مِنْ إِزَالَةِ الْأَثَرِ الْمَحْمُودِ، وَهُوَ الْخُلُوفُ فَشَابَهُ دَمُ الشَّهِيدِ. قُلْنَا: هُوَ أَثَرُ الْعِبَادَةِ اللَّائِقُ بِهِ الْإِحْفَاءُ. بِخِلَافِ دَمِ الشَّهِيدِ لِأَنَّهُ أَثَرُ الظُّلْمِ، وَلَا فَرْقَ بَيْنَ الرُّطْبِ الْأَخْضَرِ وَبَيْنَ الْمَبْلُولِ بِالمَاءِ لَمَّا رَوَيْنَا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلَا بَأْسَ بِالسَّوَاكِ الرُّطْبِ بِالْغَدَاةِ وَالْعَشِيِّ) ذَكَرَهُ مُحَمَّدٌ فِي الْأَصْلِ أَنَّهُ لَا بَأْسَ لِلصَّائِمِ بِسَّوَاكِ الرُّطْبِ، وَلَمْ يَذْكُرْ أَنَّ رُطُوبَتَهُ بِالمَاءِ أَوْ بِالرُّطُوبَةِ الْأَصْلِيَّةِ الَّتِي تَكُونُ لِلأَشْجَارِ، وَلَا ذَكَرَ أَنَّهُ بَلُّهُ بِرَيْقِهِ أَوْ بِالمَاءِ، وَذَكَرَ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ لَا بَأْسَ بِالسَّوَاكِ الرُّطْبِ بِالمَاءِ لِلصَّائِمِ فِي الْفَرِيضَةِ فَكَانَ تَفْسِيرًا لَمَّا ذَكَرَ فِي الْأَصْلِ وَيَدُلُّ عَلَى الرُّطْبِ بِالرُّطُوبَةِ الْأَصْلِيَّةِ بِالْإِلْحَاقِ.

وَلِهَذَا قَالَ الْمُصَنِّفُ: وَلَا فَرْقَ بَيْنَ الرُّطْبِ الْأَخْضَرِ وَبَيْنَ الْمَبْلُولِ بِالمَاءِ، لِقَوْلِهِ ﷺ «خَيْرُ خِلَالِ الصَّائِمِ السَّوَاكُ» مِنْ غَيْرِ فَعْلٍ بَيْنَ الرُّطْبَيْنِ وَبَيْنَ الْغَدَاةِ وَالْعَشِيِّ. وَيَتَنَبَّاهُ بِهِ مَا قَالَ أَبُو يُوسُفَ: أَنَّ الرُّطْبَ بِالمَاءِ مَكْرُوهٌ لَمَّا فِيهِ مِنْ إِدْخَالِ المَاءِ فِي الْفَمِ وَذَلِكَ لِأَنَّ مَا يَبْقَى مِنَ الرُّطُوبَةِ بَعْدَ الْمَضْمَضَةِ أَكْثَرُ مَا يَبْقَى بَعْدَ السَّوَاكِ. ثُمَّ لَمْ يُكْرَهُ لِلصَّائِمِ الْمَضْمَضَةُ فَكَذَا السَّوَاكُ (وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: يُكْرَهُ بِالْعَشِيِّ لَمَّا فِيهِ مِنْ إِزَالَةِ الْأَثَرِ الْمَحْمُودِ وَهُوَ الْخُلُوفُ) «قَالَ ﷺ فِيمَا يَحْكِيهِ عَنْ رَبِّهِ عَزَّ وَجَلَّ: الصَّوْمُ لِي وَأَنَا أَجْزِي بِهِ، وَخُلُوفُ فَمِ الصَّائِمِ أَطْيَبُ عِنْدَ اللَّهِ مِنْ رِيحِ الْمَسْكِ» وَمَا يَكُونُ مَحْمُودًا عِنْدَ اللَّهِ فَسَبِيلُهُ الْإِبْقَاءُ كَمَا فِي دَمِ الشَّهِيدِ، وَالْخُلُوفُ مَصْدَرُ خُلْفَ فَوْهُ إِذَا تَغَيَّرَتْ رَائِحَتُهُ لَعَدَمِ الْأَكْلِ بِالضَّمِّ لَا غَيْرُ (قُلْنَا هُوَ أَثَرُ الْعِبَادَةِ فَالْلائِقُ بِهِ الْإِحْفَاءُ) فِرَارًا عَنِ الرِّيَاءِ (بِخِلَافِ دَمِ الشَّهِيدِ فَإِنَّهُ أَثَرُ الظُّلْمِ) فَيَحْتَاجُ إِلَى الْإِتِّصَافِ مِنْ خَصْمِهِ فَلَا بُدَّ مِنَ الْاسْتِبْقَاءِ. وَقَوْلُهُ (لَمَّا رَوَيْنَا) يُعْنَى مِنْ قَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «خَيْرُ خِلَالِ الصَّائِمِ السَّوَاكُ».

فصل

(وَمَنْ كَانَ مَرِيضًا فِي رَمَضَانَ فَخَافَ أَنْ صَامَ أَزْدَادَ مَرَضِهِ أَفْطَرَ وَقَضَى) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَا يُفْطِرُ، هُوَ يَعْتَبَرُ خَوْفَ الْهَلَاكِ أَوْ قَوَاتِ الْعُضْوِ كَمَا يَعْتَبَرُ فِي التَّيَمُّمِ، وَنَحْنُ نَقُولُ: إِنَّ زِيَادَةَ الْمَرَضِ وَامْتِدَادَهُ قَدْ يُفْضِي إِلَى الْهَلَاكِ فَيَجِبُ الْإِحْتِرَازُ

(١) أخرجه ابن ماجه (١٦٧٧)، والدارقطني (٢/٢٠٣)، والبيهقي في السنن الكبرى (٨٣٢٦).

عَنْهُ (وَإِنْ كَانَ مُسَافِرًا لَا يَسْتَضِيرُ بِالصَّوْمِ فَصَوْمُهُ أَفْضَلُ، وَإِنْ أَفْطَرَ جَازَ) لِأَنَّ السَّفَرَ لَا يَعْرِى عَنِ الْمَشَقَّةِ فَجُعِلَ نَفْسُهُ عُذْرًا، بِخِلَافِ الْمَرَضِ فَإِنَّهُ قَدْ يُخَفَّفُ بِالصَّوْمِ فَشَرِطَ كَوْنُهُ مُضْطَرًّا إِلَى الْحَرَجِ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: الْفِطْرُ أَفْضَلُ لِقَوْلِهِ ﷺ «لَيْسَ مِنَ الْبِرِّ الصِّيَامُ فِي السَّفَرِ» ^(١) وَلَنَا أَنَّ رَمَضَانَ أَفْضَلُ الْوَقْتَيْنِ فَكَانَ الْأَدَاءُ فِيهِ أَوْلَى، وَمَا رَوَاهُ مَحْمُولٌ عَلَى حَالَةِ الْجَهْدِ (وَإِذَا مَاتَ الْمَرِيضُ أَوْ الْمُسَافِرُ وَهُمَا عَلَى حَالِهِمَا يَلْزِمُهُمَا الْقَضَاءُ) لِأَنَّهُمَا لَمْ يُدْرِكَا عِدَّةً مِنْ أَيَّامٍ أُخَرَ (وَلَوْ صَحَّ الْمَرِيضُ وَأَقَامَ الْمُسَافِرُ ثُمَّ مَاتَا لَزِمَهُمَا الْقَضَاءُ بِقَدْرِ الصَّحَّةِ وَالْإِقَامَةِ) لَوْجُودِ الْإِدْرَاكِ بِهَذَا الْمِقْدَارِ. وَقَائِدَتُهُ وَجُوبُ الْوَصِيَّةِ بِالْإِطْعَامِ. وَذَكَرَ الطَّحَاوِيُّ فِيهِ خِلَافًا بَيْنَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ وَبَيْنَ مُحَمَّدٍ وَلَيْسَ بِصَحِيحٍ وَإِنَّمَا الْخِلَافُ فِي النَّذْرِ. وَالْفَرْقُ لَهُمَا أَنَّ النَّذْرَ سَبَبٌ فَيُظْهَرُ الْوُجُوبُ فِي حَقِّ الْخُلْفِ، وَفِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ السَّبَبُ إِدْرَاكُ الْعِدَّةِ فَيَتَقَدَّرُ بِقَدْرِ مَا أَدْرَكَ.

الشرح:

(فَصْلٌ): لَمَّا ذَكَرَ مَسَائِلَ الصَّوْمِ شَرَعَ فِي هَذَا الْفَصْلِ بَيَانُ وَجْهِ الْأَعْذَارِ الْمُبِيحَةِ لِلْفِطْرِ فِي الصَّوْمِ وَمَا يَتَعَلَّقُ بِهَا، وَكَلَامُهُ وَاضِحٌ. وَحَاصِلُهُ: أَنَّ الرُّخْصَةَ لَا تَتَعَلَّقُ بِنَفْسِ الْمَرَضِ لِتَنَوُّعِهِ إِلَى مَا يَزِدُّهُ بِالصَّوْمِ إِلَى مَا يَخَفُّ بِهِ، وَمَا يَخَفُّ بِهِ لَا يَكُونُ مُرَخَّصًا لَا مُحَالَةً، فَجَعَلْنَا مَا يَزِدُّهُ بِهِ مُرَخَّصًا كَخَوْفِ الْهَلَاكِ لَوْجُودِ مَا هُوَ الْأَصْلُ فِي الْبَابِ وَهُوَ الْمَشَقَّةُ فِيهِ، وَمَعْرِفَةُ ذَلِكَ إِمَّا أَنْ تَكُونَ بِاجْتِهَادِهِ بِأَنْ يَعْلَمَ مِنْ نَفْسِهِ أَنَّ حُمَاهُ زَادَ شِدَّةً أَوْ عَيْنَهُ وَجَعًا وَإِمَّا بِقَوْلِ طَبِيبٍ حَازِقٍ مُسْلِمٍ.

وَالشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ اعْتَبَرَ خَوْفَ الْهَلَاكِ أَوْ فَوَاتِ الْعُضْوِ كَمَا فِي التَّيْمُمِ. وَأَمَّا السَّفَرُ بِنَفْسِهِ فَمُرَخَّصٌ لِأَنَّهُ لَا يَعْرِى عَنِ الْمَشَقَّةِ، فَإِذَا كَانَ مُسَافِرًا لَا يَضُرُّهُ الصَّوْمُ فَالْصَّوْمُ أَفْضَلُ عِنْدَنَا، خِلَافًا لَهُ، هَكَذَا نُقِلَتْ هَذِهِ الْمَسْأَلَةُ فِي كُتُبِ أَصْحَابِنَا عَلَى خِلَافِ مَا وَقَعَتْ فِي كُتُبِ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ. فَإِنَّ الْعَزَالِيَّ رَحِمَهُ اللَّهُ ذَكَرَ أَنَّ الصَّوْمَ أَحَبُّ فِي السَّفَرِ مِنَ الْإِفْطَارِ لِتَبَرُّأِ ذِمَّتِهِ. اسْتَدَلَّ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ بِقَوْلِهِ ﷺ «لَيْسَ مِنَ الْبِرِّ الصِّيَامُ فِي السَّفَرِ».

رَوَى جَابِرُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا قَالَ كَانَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فِي سَفَرٍ،
فَرَأَى زَحَامًا وَرَجُلًا قَدْ ظَلَّ عَلَيْهِ فَقَالَ: مَا هَذَا؟ قَالُوا صَائِمٌ، فَقَالَ: «لَيْسَ مِنَ الْبِرِّ»
الْحَدِيثَ (وَلَنَا أَنَّ رَمَضَانَ أَفْضَلُ الْوَقْتَيْنِ) لِأَنَّ ﴿فَعِدَّةٌ مِّنْ أَيَّامٍ أُخَرَ﴾ [البقر: ١٨٤]
كَالْخَلْفِ عَنِ رَمَضَانَ، وَالْخَلْفُ لَا يُسَاوِي الْأَصْلَ بِحَالٍ (وَمَا رَوَاهُ مَحْمُولٌ عَلَى حَالَةِ
الْجَدِّ) يَفْتَحُ الْجِيمُ: أَيُّ الْمَشَقَّةِ عَلَى مَا ذَكَرْنَا فِي سَبِيهِ آتِفًا. وَقَوْلُهُ (وَإِنْ مَاتَ الْمَرِيضُ أَوْ
الْمُسَافِرُ وَهُمَا عَلَى حَالِهِمَا) أَيُّ مِنَ الْمَرَضِ وَالسَّفَرِ (لَمْ يَلْزِمُهُمَا الْقَضَاءُ) لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى
أَوْجَبَ عَلَيْهِمَا الْقَضَاءَ فِي عِدَّةٍ مِنْ أَيَّامٍ أُخَرَ وَ (لَمْ يُذَكِّرْكَ عِدَّةٌ مِنْ أَيَّامٍ أُخَرَ) وَقَوْلُهُ
(وَلَوْ صَحَّ الْمَرِيضُ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (وَفَائِدَتُهُ) أَيُّ فَائِدَةُ لُزُومِ الْقَضَاءِ (وُجُوبِ الْوَصِيَّةِ
بِالْإِطْعَامِ) بِقَدْرِ الصَّحَّةِ وَالْإِقَامَةِ فَإِذَا أَوْصَى يُؤَدِّي الْوَصِيُّ مِنْ ثُلْثِ مَالِهِ لِكُلِّ يَوْمٍ
مِسْكِينًا بِقَدْرِ مَا يَجِبُ فِي صَدَقَةِ الْفِطْرِ.

وَإِنْ لَمْ يُوصِ وَتَبَرَّعَ الْوَرَثَةُ جَارَ، وَإِنْ لَمْ يَتَبَرَّعُوا لَا يَلْزِمُهُمُ الْأَدَاءُ بَلْ يَسْقُطُ فِي
حُكْمِ الدُّنْيَا (وَذَكَرَ الطَّحَاوِيُّ فِيهِ) أَيُّ فِي وُجُوبِ الْوَصِيَّةِ (خِلَافًا بَيْنَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي
يُوسُفَ وَبَيْنَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُمُ اللَّهُ).

فَقَالَ: وَلَوْ زَالَ عَنْهُ الْعَذْرُ وَقَدَرَ عَلَى قَضَاءِ الْبَعْضِ دُونَ الْبَعْضِ فَإِنَّهُ يَنْظُرُ إِنْ
قَضَى فِيمَا قَدَرَ وَلَمْ يُفْرِطْ فِيهِ ثُمَّ مَاتَ فَلَا يَلْزِمُهُ قَضَاءُ مَا بَقِيَ لِأَنَّهُ لَمْ يُذَكِّرْ مِنْ وَقْتِ
قَضَائِهِ إِلَّا قَدَرَ مَا قَضَى، وَإِنْ لَمْ يَصُمْ فِيمَا قَدَرَ عَلَيْهِ حَتَّى مَاتَ وَجَبَ عَلَيْهِ قَضَاءُ الْكُلِّ
فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ، لِأَنَّ مَا قَدَرَ يَصْلُحُ فِيهِ قَضَاءُ الْيَوْمِ الْأَوَّلِ وَالَّذِي بَعْدَهُ
وَهَلَمْ جَرًّا، فَلَمَّا قَدَرَ عَلَى قَضَاءِ الْبَعْضِ فَكَأَنَّهُ قَدَرَ عَلَى قَضَاءِ الْكُلِّ وَلَمْ يَصُمْ، وَلَيْسَ
كَذَلِكَ إِذَا صَامَ فِيمَا قَدَرَ لِأَنَّهُ بِالصَّوْمِ تَعَيَّنَ أَنْ لَا يَصْلُحَ فِيهِ قَضَاءُ يَوْمٍ أُخَرَ.

وَقَالَ مُحَمَّدٌ: لَا يَلْزِمُهُ الْقَضَاءُ إِلَّا مِقْدَارَ مَا قَدَرَ عَلَيْهِ لِأَنَّهُ مَا أَدْرَكَ إِلَّا ذَلِكَ فَلَمْ
يَلْزِمُهُ غَيْرُهُ. قَالَ الْمُصَنِّفُ (وَلَيْسَ بِصَحِيحٍ) يَعْنِي أَنَّ الصَّحِيحَ أَنْ قَوْلُهُمَا كَقَوْلِ مُحَمَّدٍ
(وَأَيْمًا الْخِلَافُ فِي التَّذَرُّ) وَهُوَ أَنْ يَقُولَ الْمَرِيضُ: اللَّهُ عَلَيَّ أَنْ أَصُومَ شَهْرًا، فَإِذَا مَاتَ
قَبْلَ أَنْ يَصِحَّ لَمْ يَلْزِمَهُ شَيْءٌ، وَإِنْ صَحَّ يَوْمًا وَاحِدًا لَزِمَهُ أَنْ يُوصِيَ بِجَمِيعِ الشَّهْرِ عِنْدَ
أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ.

وَقَالَ مُحَمَّدٌ: لَزِمَهُ بِقَدْرِ مَا صَحَّ لِأَنَّ إِجَابَ الْعَبْدِ مُعْتَبَرٌ بِإِجَابِ اللَّهِ فَصَارَ

كَقَضَاءِ رَمَضَانَ (وَالْفَرْقُ لُهُمَا) بَيْنَ قَضَاءِ رَمَضَانَ وَالتَّذْرُ مَا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ (أَنَّ التَّذْرُ سَبَبٌ) وَقَدْ وَجَدَ، الْمَانِعَ وَهُوَ عَدَمُ الذِّمَّةِ فِي التِّزَامِ أَذَاتِهِ قَدْ زَالَ بِالْبَرِّءِ، وَإِذَا وَجَدَ السَّبَبُ الْمُقْتَضِي وَزَالَ الْمَانِعُ يَظْهَرُ الْوُجُوبُ لَا مَحَالَةَ، وَصَارَ كَصَحِيحِ نَذْرِ فَمَاتَ قَبْلَ الْأَدَاءِ، وَإِذَا ظَهَرَ الْوُجُوبُ وَلَمْ يَتَحَقَّقْ الْأَدَاءُ يُصَارُ إِلَى الْخَلْفِ وَهُوَ الْفِدْيَةُ (وَفِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ السَّبَبُ إِذْ رَأَى الْعِدَّةَ) وَإِذْ رَأَى كُفْلَهَا لَمْ يَتَحَقَّقْ بِكَمَالِهِ بَلْ بَعْضُهَا تَحَقَّقَ (فَيَتَقَدَّرُ بِقَدَرِهِ).

وَفِيهِ بَحْثٌ مِنْ وَجْهَيْنِ: أَحَدُهُمَا: أَنَّ الْقَضَاءَ يَجِبُ بِمَا يَجِبُ بِهِ الْأَدَاءُ عِنْدَ الْمُحَقِّقِينَ وَسَبَبُ الْأَدَاءِ شَهُودُ الشَّهْرِ فَكَذَا سَبَبُ الْقَضَاءِ. وَالثَّانِي: أَنَّ جُزْءَ السَّبَبِ لَيْسَ لَهُ حُكْمٌ كُلُّهُ فَلَا يَكُونُ لِبَعْضِ السَّبَبِ أَثَرٌ فِي بَعْضِ الْحُكْمِ. وَالْجَوَابُ عَنِ الْأَوَّلِ: أَنَّ ذَلِكَ لَيْسَ فِيمَا يَتَعَلَّقُ بِهِ نَفْسُ الْوُجُوبِ، بَلْ فِيمَا يَتَعَلَّقُ بِهِ تَسْلِيمُ الْوُجُوبِ أَوْ مِثْلُهُ وَهُوَ الْخَطَابُ، وَهَذَا مِنْ مَزَالِ الْأَقْدَامِ فَلَا تُغْفَلُ.

وَعَنِ الثَّانِي: بِأَنَّ جُزْءَ السَّبَبِ لَا يَجُوزُ أَنْ يُؤَثَّرَ فِي كُلِّ الْحُكْمِ وَإِلَّا لَكَانَ هُوَ الْعِلَّةَ فَمَا فَرَضْنَاهُ جُزْءًا لَا يَكُونُ جُزْءًا هَذَا خَلْفٌ بَاطِلٌ.

وَأَمَّا أَنْ يَكُونَ جُزْءًا لِسَبَبٍ عِلَّةٌ تَامَّةٌ لِبَعْضِ الْحُكْمِ فَلَا مَانِعَ عَنْهُ، أَلَا تَرَى أَنَّ بِالْقَدْرِ وَالْجَنَسِ يَحْرُمُ الْفَضْلُ وَالنَّسِيبَةُ، وَأَحَدُهُمَا يُحْرَمُ النَّسِيبَةُ، وَكُلُّ ذَلِكَ قَرَرْنَاهُ فِي التَّقْرِيرِ مُسْتَوْفَى.

(وَقَضَاءُ رَمَضَانَ إِنْ شَاءَ فَرَقَهُ وَإِنْ شَاءَ تَابَعَهُ) لِإِطْلَاقِ النَّصِّ، لَكِنْ الْمُسْتَحَبُّ الْمُتَابَعَةُ مُسَارَعَةً إِلَى إِسْقَاطِ الْوَاجِبِ (وَإِنْ أَخْرَهُ حَتَّى دَخَلَ رَمَضَانُ آخِرُ صَامِ الثَّانِي) لِأَنَّهُ فِي وَقْتِهِ (وَقَضَى الْأَوَّلَ بَعْدَهُ) لِأَنَّهُ وَقْتُ الْقَضَاءِ (وَلَا فِدْيَةَ عَلَيْهِ) لِأَنَّ وَجُوبَ الْقَضَاءِ عَلَى التَّرَاحِي، حَتَّى كَانَ لَهُ أَنْ يَتَطَوَّعَ.

الشرح:

قَالَ (وَقَضَاءُ رَمَضَانَ إِنْ شَاءَ فَرَقَهُ وَإِنْ شَاءَ تَابَعَهُ) الصَّوْمُ الْمَذْكُورُ فِي كِتَابِ اللَّهِ ثَمَانِيَّةٌ: أَرْبَعَةٌ مِنْهَا مُتَابَعَةٌ، وَأَرْبَعَةٌ صَاحِبُهَا فِيهَا بِالْخِيَارِ، أَمَّا الْمُتَابَعُ فَصَوْمُ رَمَضَانَ وَكَفَّارَةُ الْقَتْلِ وَالظَّهَارِ وَالْيَمِينِ عِنْدَنَا، وَأَمَّا غَيْرُهُ فَقَضَاءُ رَمَضَانَ وَصَوْمُ الْمُتَعَةِ وَكَفَّارَةُ الْحَلْقِ وَجَزَاءُ الصَّيْدِ. أَمَّا صَوْمُ رَمَضَانَ فَلَا كَلَامَ لِأَحَدٍ فِي وَجُوبِ التَّابَعِ فِيهِ، وَأَمَّا غَيْرُهُ فَقَدْ ضَبَطَهُ الْمَشَايِخُ بِأَنَّ كُلَّ مَا شَرَعَ فِيهِ الْعِتْقُ كَانَ التَّابَعُ فِيهِ وَاجِبًا، وَمَا لَا فَلَا

فَيَكُونُ قَضَاءُ رَمَضَانَ مِمَّا فِيهِ لَمْ يَحِلَّ عَلَيْهِ الْخِيَارُ، وَلَئِنْ نَصَّ مُطْلَقًا وَالْعَمَلُ بِهِ وَاجِبٌ.

وَفِيهِ بَحْثٌ مِنْ وَجْهَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّ الْقَضَاءَ يَحْكِي الْأَدَاءَ، وَالتَّابِعُ وَاجِبٌ فِي الْأَدَاءِ، فَكَانَ مُعْنِيًا عَنْ

تَقْيِيدِ نَصِّ الْقَضَاءِ.

وَالثَّانِي: أَنَّ أَبِي بَنَ كَعْبٍ رضي الله عنه قَرَأَ " فَعِدَّةٌ مِنْ أَيَّامٍ أُخَرَ مُتَتَابِعَاتٍ " فَهَلَا اعتبرتُمْ

قِرَاءَتَهُ مُقَيَّدَةً كَمَا فَعَلْتُمْ بِقِرَاءَةِ ابْنِ مَسْعُودٍ رضي الله عنه فِي كِفَارَةِ الْيَمِينِ؟

وَالْجَوَابُ عَنْ الْأَوَّلِ: أَنَّ الْأَمْرَ لَوْ كَانَ كَمَا ذَكَرْتُمْ لَمَا قَالَ رضي الله عنه لَمْ يَسْأَلُهُ عَنْ

تَقْطِيعِ قَضَاءِ رَمَضَانَ ذَلِكَ إِلَيْكَ، أَرَأَيْتَ لَوْ كَانَ عَلَى أَحَدِكُمْ ذَيْنَ فَقَضَاهُ الدَّرْهَمَ

وَالدَّرْهَمَيْنِ أَلَمْ يَكُنْ قَضَاءً قَالَ: نَعَمْ قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: قَالَ لَهُ أَحَقُّ أَنْ يَغْفُوَ

وَيَغْفِرَ» فَإِنَّهُ رضي الله عنه كَانَ أَعْلَمَ بِذَلِكَ.

وَعَنْ الثَّانِي: مَا قِيلَ إِنَّ قِرَاءَةَ أَبِي رضي الله عنه لَمْ تَشْتَهَرْ اِشْتِهَارَ قِرَاءَةِ ابْنِ مَسْعُودٍ، فَكَانَ

كَخَبَرِ الْوَاحِدِ فَلَا يُزَادُ بِهِ عَلَى كِتَابِ اللَّهِ. قَوْلُهُ (لَكِنَّ الْمُسْتَحَبَّ الْمُتَابِعَةَ) أَيُّ التَّابِعِ

(مُسَارَعَةٍ إِلَى إِسْقَاطِ الْوَاجِبِ، وَإِنْ أُخِّرَ الْقَضَاءُ حَتَّى دَخَلَ رَمَضَانُ أُخِرَ صَامَ الثَّانِي

لَأَنَّهُ فِي وَقْتِهِ وَقَضَى الْأَوَّلَ بَعْدَهُ لِأَنَّهُ وَقْتُ الْقَضَاءِ وَلَا فِدْيَةَ عَلَيْهِ) خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ

رَحِمَهُ اللَّهُ: فَإِنَّهُ يُوجِبُ مَعَ الْقَضَاءِ لِكُلِّ يَوْمٍ طَعَامَ مِسْكِينٍ، وَرَوَى ذَلِكَ عَنْ ابْنِ عُمَرَ

رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا.

وَيَقُولُ: الْقَضَاءُ مُؤَقَّتٌ بِمَا بَيْنَ رَمَضَانَيْنِ، مُسْتَدِلًا بِمَا رَوَى عَنْ عَائِشَةَ رَضِيَ

اللَّهُ عَنْهَا " أَنَّهَا كَانَتْ تُؤَخِّرُ قَضَاءَ أَيَّامِ الْحَيْضِ إِلَى شَعْبَانَ " وَهَذَا بَيَانٌ مِنْهَا لِأَخِرِ وَقْتِ

يَجُوزُ التَّأْخِيرُ إِلَيْهِ. ثُمَّ يَجْعَلُ تَأْخِيرَ الْقَضَاءِ عَنْ وَقْتِهِ كَتَأْخِيرِ الْأَدَاءِ عَنْ وَقْتِهِ، وَتَأْخِيرُ

الْأَدَاءِ لَا يَنْفَكُ عَنْ مُوجِبٍ فَكَذَا تَأْخِيرُ الْقَضَاءِ، وَهَذَا كَمَا تَرَى لَيْسَ فِيهِ مَا يُعَوَّلُ عَلَيْهِ

لِأَنَّ تَأْخِيرَهَا الْقَضَاءَ إِلَى شَعْبَانَ قَدْ يَكُونُ اتِّفَاقًا، وَلَوْ سُلِّمَ ذَلِكَ فَلِإِجَابِ الْفِدْيَةِ لَا أَصْلَ

لَهُ، لِأَنَّهُ لَا فِدْيَةَ فِي الشَّرْعِ عَلَى الْقَادِرِ عَلَى الْأَصْلِ، وَبِالتَّأْخِيرِ لَمْ يَثْبُتِ الْعَجْزُ.

وَلَنَا أَنَّ اللَّهَ تَعَالَى أَمَرَ بِالْقَضَاءِ مُطْلَقًا، وَالْأَمْرُ الْمُطْلَقُ لَا يُوجِبُ الْفَوْرَ بَلْ عَلَى

التَّرَاحِي، وَهَذَا لَوْ تَطَوَّعَ جَارَ بِالِاتِّفَاقِ، وَمَذْهَبُنَا مَرْوِيٌّ عَنْ عَلِيٍّ وَابْنِ مَسْعُودٍ رَضِيَ

اللَّهُ عَنْهُمَا.

(وَالْحَامِلُ وَالْمَرْضِعُ إِذَا خَافَتَا عَلَى أَنْفُسِهِمَا أَوْ وَلَدَيْهِمَا أَفْطَرَتَا وَقَضَتَا) دَفْعًا
لِلحَرَجِ (وَلَا كَفَّارَةَ عَلَيْهِمَا) لِأَنَّهُ إِفْطَارٌ بِعُذْرٍ (وَلَا فِدْيَةَ عَلَيْهِمَا) خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ
اللَّهُ فِيمَا إِذَا خَافَتِ عَلَى الْوَلَدِ، هُوَ يَعْتَبَرُهُ بِالشَّيْخِ الْفَانِي. وَلَنَا أَنَّ الْفِدْيَةَ بِخِلَافِ الْقِيَاسِ
فِي الشَّيْخِ الْفَانِي، وَالْفِطْرَ بِسَبَبِ الْوَلَدِ لَيْسَ فِي مَعْنَاهُ لِأَنَّهُ عَاجَزٌ بَعْدَ الْوُجُوبِ، وَالْوَلَدُ لَا
وُجُوبَ عَلَيْهِ أَصْلًا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَالْحَامِلُ وَالْمَرْضِعُ) قَالَ فِي الذَّخِيرَةِ: الْمُرَادُ بِالْمَرْضِعِ هَهُنَا الظَّرُّ، لِأَنَّ الْأُمَّ
لَا تُفْطِرُ إِذَا كَانَ لِلْوَلَدِ أَبٌ، لِأَنَّ الصَّوْمَ فَرَضَ عَلَيْهَا دُونَ الْإِرْضَاعِ.
وَقَالَ شَيْخُ شَيْخِي عَبْدُ الْعَزِيزِ: يَتَّبِعِي أَنْ يَشْتَرِطَ يَسَارَ الْأَبِ أَوْ عَدَمَ اخْتِذِ الْوَلَدِ
ضَرْعَ غَيْرِ الْأُمِّ. وَقَوْلُهُ (لَأَنَّهُ إِفْطَارٌ بِعُذْرٍ) قِيلَ: نَعَمْ هُوَ عُذْرٌ، وَلَكِنْ لَا فِي نَفْسِ الصَّائِمِ
بَلْ لِأَجْلِ غَيْرِهِ، وَمِثْلُهُ لَا يُعْتَدُّ بِهِ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ أُكْرِهَ عَلَى شُرْبِ الْخَمْرِ بِقَتْلِ أَبِيهِ أَوْ
ابْنِهِ لَمْ يَحِلَّ لَهُ الشُّرْبُ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ الْحَامِلَ وَالْمَرْضِعَ مَأْمُورَةٌ بِصِيَانَةِ الْوَلَدِ مَقْصُودَةٌ،
وَهِيَ لَا تَتَأَتَّى بِدُونَ الْإِفْطَارِ عِنْدَ الْخَوْفِ فَكَانَتْ مَأْمُورَةٌ بِالْإِفْطَارِ وَالْأُمْرُ بِالْإِفْطَارِ مَعَ
الْكُفَّارَةِ الَّتِي بَنَآؤُهَا عَلَى الْوُجُوبِ عَنِ الْإِفْطَارِ لَا يَجْتَمِعَانِ بِخِلَافِ الْإِكْرَاهِ، فَإِنَّهُ لَيْسَ
كُلُّ أَحَدٍ مَأْمُورًا قَصْدًا بِصِيَانَةِ غَيْرِهِ بَلْ نَشَأَ الْأَمْرُ هُنَاكَ مِنْ ضَرُورَةِ حُرْمَةِ الْقَتْلِ وَالْحُكْمِ
بِتَفَاوُتِ الْأَمْرِ قَصْدًا وَضِمْنًا.

وَقَوْلُهُ (فِيمَا إِذَا خَافَتِ عَلَى الْوَلَدِ إلخ) يَعْنِي إِذَا خَافَتِ الْحَامِلُ أَوْ الْمَرْضِعُ عَلَى
نَفْسِهَا لَا تَجِبُ الْفِدْيَةُ بِالْإِتِّفَاقِ، وَإِذَا خَافَتِ عَلَى وَلَدِهَا فَأَفْطَرَتْ وَجَبَ الْقَضَاءُ
وَالْفِدْيَةُ عَلَى أَصَحِّ أَقْوَالِهِ عِنْدَهُمْ (هُوَ يَعْتَبَرُهُ بِالشَّيْخِ الْفَانِي) فَإِنَّ الْفِطْرَ حَصَلَ بِسَبَبِ
نَفْسٍ عَاجِزَةٍ عَنِ الصَّوْمِ خَلْقَةً لَا عِلَّةَ فَتَجِبُ الْفِدْيَةُ كَفِطْرِ الشَّيْخِ الْفَانِي، وَلَئِنْ فِيهِ
مَنْفَعَةٌ لِنَفْسِهَا وَلِلدَّهَاءِ، فَبِالنَّظَرِ إِلَى نَفْسِهَا يَجِبُ الْقَضَاءُ وَبِالنَّظَرِ إِلَى مَنْفَعَةِ وَلَدِهَا تَجِبُ
الْفِدْيَةُ، وَلَنَا أَنَّ الْفِدْيَةَ فِيهِ ثَبَّتَتْ بِالنَّصِّ عَلَى خِلَافِ الْقِيَاسِ فَلَا يَصِحُّ الْقِيَاسُ (وَالْفِطْرُ
بِسَبَبِ الْوَلَدِ لَيْسَ فِي مَعْنَاهُ لِأَنَّ الشَّيْخَ الْفَانِي عَاجَزٌ بَعْدَ الْوُجُوبِ وَالْوَلَدُ لَا وَجُوبَ
عَلَيْهِ أَصْلًا) أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ كَانَ لَهُ مَالٌ لَمْ تَجِبْ عَلَى مَالِهِ، وَلَمْ تَتَضَاعَفْ بِتَضَاعُفِ
الْوَلَدِ فَلَا يُلْحَقُ بِهِ دَلَالَةٌ أَيْضًا.

(وَالشَّيْخُ الْفَانِي الَّذِي لَا يَقْدِرُ عَلَى الصَّيَامِ يُفْطِرُ وَيُطْعِمُ لِكُلِّ يَوْمٍ مِسْكِينًا كَمَا يُطْعِمُ فِي الْكَفَّارَاتِ) وَالْأَصْلُ فِيهِ قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿وَعَلَى الَّذِينَ يُطِيقُونَهُ فِدْيَةٌ طَعَامُ مِسْكِينٍ﴾ قِيلَ مَعْنَاهُ: لَا يُطِيقُونَهُ، وَلَوْ قَدَرَ عَلَى الصَّوْمِ يَبْطُلُ حُكْمُ الْفِدَاءِ لِأَنَّهُ شَرَطَ الْخَلْفِيَّةَ اسْتِمْرَارُ الْعَجْزِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَالشَّيْخُ الْفَانِي) وَصَفَ بِمَا يَتَّبِعُ الْمُرَادَ بِهِ بِقَوْلِهِ (الَّذِي لَا يَقْدِرُ عَلَى الصَّيَامِ) وَسُمِّيَ فَانِيًا إِمَّا لِقُرْبِهِ إِلَى الْفَنَاءِ أَوْ لِأَنَّهُ فَنِيَتْ قُوَّتُهُ، وَوَجُوبُ الْفِدْيَةِ عَلَيْهِ مَذْهَبُنَا. وَقَالَ مَالِكٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَا تَجِبُ عَلَيْهِ الْفِدْيَةُ، لِأَنَّ الْأَصْلَ وَهُوَ الصَّوْمُ لَمْ يَجِبْ عَلَيْهِ فَلَا يَجِبُ خَلْفُهُ وَقُلْنَا: السَّبَبُ وَهُوَ شَهْرُ الشَّهْرِ تَنَاوَلَهُ حَتَّى لَوْ تَحَمَّلَ الْمَشَقَّةَ وَصَامَ وَقَعَ عَنْ فَرْضِهِ، وَإِنَّمَا يُبَاحُ لَهُ الْإِفْطَارُ بِعَذْرِ لَيْسَ بِعَرَضِ الزَّوَالِ حَتَّى يُصَارَ إِلَى الْقَضَاءِ كَالْمَرَضِ وَالسَّفَرِ فَوَجَبَتْ الْفِدْيَةُ كَمَنْ مَاتَ وَعَلَيْهِ الصَّوْمُ (وَالْأَصْلُ فِيهِ قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿وَعَلَى الَّذِينَ يُطِيقُونَهُ فِدْيَةٌ﴾ [البقرة: ١٨٤] قَالَ أَهْلُ التَّفْسِيرِ (مَعْنَاهُ لَا يُطِيقُونَهُ) فَهُوَ كَقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿يُبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمُ أَنْ تَصَلُّوا﴾ [النساء: ١٧٦].

فَإِنْ قِيلَ: رُوِيَ عَنِ الشَّعْبِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ قَالَ: لَمَّا نَزَلَ قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿وَعَلَى الَّذِينَ يُطِيقُونَهُ فِدْيَةٌ﴾ [البقرة: ١٨٤] كَانَ الْأَغْنِيَاءُ يُفْطِرُونَ وَيَفِدُّونَ وَالْفُقَرَاءُ يَصُومُونَ بِنَاءً عَلَى أَنَّ فِي بَدْءِ الْإِسْلَامِ كَانَ الرَّجُلُ مُخِيرًا بَيْنَ الصَّوْمِ وَالْفِدْيَةِ، ثُمَّ تُسَخِّتُ بَعْدَ ذَلِكَ بِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿فَمَنْ شَهِدَ مِنْكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ﴾ [البقرة: ١٨٥] وَالْمَنْسُوخُ لَا يَجُوزُ الِاسْتِدْلَالُ بِهِ. أُجِيبَ بِأَنَّ الْآيَةَ إِنْ وَرَدَتْ فِي الشَّيْخِ الْفَانِي كَمَا ذَهَبَ إِلَيْهِ بَعْضُ السَّلَفِ فَظَاهِرٌ، وَإِنْ وَرَدَتْ فِي التَّخْيِيرِ فَكَذَلِكَ لِأَنَّ النَّسْخَ إِنَّمَا ثَبَتَ فِي حَقِّ الْقَادِرِ عَلَى الصَّوْمِ، فَبَقِيَ الشَّيْخُ الْفَانِي عَلَى حَالِهِ كَمَا كَانَ. وَقَوْلُهُ (وَلَوْ قَدَرَ عَلَى الصَّوْمِ) يَعْنِي بَعْدَمَا فَدَى (بَطُلَ حُكْمُ الْفِدَاءِ) وَصَارَ كَأَنَّهُ لَمْ يَكُنْ وَوَجَبَ عَلَيْهِ الصَّوْمُ.

فَإِنْ قِيلَ: الْقُدْرَةُ عَلَى الْأَصْلِ بَعْدَ حُصُولِ الْمَقْصُودِ بِالْخَلْفِ لَا تُبْطِلُ الْخَلْفَ، كَمَا لَوْ قَدَرَ عَلَى الْمَاءِ بَعْدَمَا صَلَّى بِالتَّيْمَمِ، وَهَهُنَا حُصُولُ الْمَقْصُودِ وَهُوَ تَفْرِيعُ الذِّمَّةِ عَمَّا وَجَبَ عَلَيْهِ. أُجِيبَ: بِأَنَّ الْقُدْرَةَ هَهُنَا عَلَى الْأَصْلِ إِنَّمَا هِيَ قَبْلَ حُصُولِ الْمَقْصُودِ

بالخلف، لأنَّ دَوَامَ هَذَا الْعَجْزِ إِلَى الْمَوْتِ شَرْطُ صِحَّةِ هَذَا الْخَلْفِ، فَإِنَّ الشَّيْخَ الْفَانِي هُوَ الَّذِي يَزْدَادُ ضَعْفُهُ كُلَّ وَقْتٍ إِلَى مَوْتِهِ، وَإِلَيْهِ أَشَارَ بِقَوْلِهِ (لأنَّ شَرْطَ الْخَلْفِيَّةِ اسْتِمْرَارُ الْعَجْزِ)

(وَمَنْ مَاتَ وَعَلَيْهِ قَضَاءُ رَمَضَانَ فَأَوْصَى بِهِ أَطْعَمَ عَنْهُ وَلِيَهُ لِكُلِّ يَوْمٍ مِسْكِينًا نِصْفَ صَاعٍ مِنْ بُرٍّ أَوْ صَاعًا مِنْ تَمَرٍ أَوْ شَعِيرٍ) لِأَنَّهُ عَجَزَ عَنِ الْأَدَاءِ فِي آخِرِ عُمَرِهِ فَصَارَ كَالشَّيْخِ الْفَانِي، ثُمَّ لَا بُدَّ مِنَ الْإِيصَاءِ عِنْدَنَا خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ، وَعَلَى هَذَا الرُّكَاةُ. هُوَ يُعْتَبَرُهُ بِدْيُونِ الْعِبَادِ إِذْ كُلُّ ذَلِكَ حَقٌّ مَالِيٌّ تَجْرِي فِيهِ النِّيَابَةُ وَلَنَا أَنَّهُ عِبَادَةٌ وَلَا بُدَّ فِيهِ مِنَ الْاِخْتِيَارِ. وَذَلِكَ فِي الْإِيصَاءِ دُونَ الْوَرَاثَةِ لِأَنَّهَا جَبَرِيَّةٌ، ثُمَّ هُوَ تَبَرُّعٌ ابْتِدَاءً حَتَّى يُعْتَبَرَ مِنَ الثَّلَاثِ، وَالصَّلَاةُ كَالصَّوْمِ بِاسْتِحْسَانِ الْمَشَاطِيطِ وَكُلُّ صَلَاةٍ تُعْتَبَرُ بِصَوْمِ يَوْمٍ هُوَ الصَّحِيحُ (وَلَا يَصُومُ عَنْهُ الْوَلِيُّ وَلَا يُصَلِّي) لِقَوْلِهِ ﷺ «لَا يَصُومُ أَحَدٌ عَنْ أَحَدٍ وَلَا يُصَلِّي أَحَدٌ عَنْ أَحَدٍ»^(١).

الشرح:

وقوله (وَمَنْ مَاتَ وَعَلَيْهِ قَضَاءُ رَمَضَانَ) أَيُّ قَرُبَ مِنْهُ لِأَنَّ الْإِيصَاءَ بَعْدَ الْمَوْتِ غَيْرُ مُتَّصِرٍ. وقوله (لأنَّهُ عَجَزَ عَنِ الْأَدَاءِ فِي آخِرِ عُمَرِهِ) اسْتَعْمَلَ الْأَدَاءَ فِي مَوْضِعِ الْقَضَاءِ وَالْعَجْزِ عَنِ الْقَضَاءِ بِحَيْثُ لَا يُرْجَى فِي مَعْنَى الشَّيْخِ الْفَانِي، فَيُلْحَقُ بِهِ دَلَالَةٌ بِالطَّرِيقِ الْأُولَى، لِأَنَّ عَجْزَ الْمَيِّتِ أَلْزَمُ (ثُمَّ لَا بُدَّ مِنَ الْإِيصَاءِ) لِإِلْزَامِ الْوَارِثِ، فَإِنْ لَمْ يُوصِ فَلِلْوَارِثِ أَنْ يُخْرِجَهُ وَلَا يَلْزَمُهُ، وَإِذَا أَوْصَى أَخْرَجَ عَنْهُ مِنْ ثُلْثِ الْمَالِ مِقْدَارَ صَدَقَةِ الْفِطْرِ (عِنْدَنَا خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ) فِي جَمِيعِ ذَلِكَ؛ أَمَّا خِلَافُهُ فِي الْمِقْدَارِ فَلِأَنَّ الْمِقْدَارَ الْوَاجِبَ عِنْدَهُ مُدٌّ، وَأَمَّا فِي الْبَاقِي فَلِأَنَّهُ يُعْتَبَرُ هَذَا الدَّيْنُ بِدْيُونِ الْعِبَادِ بِجَمَاعٍ أَنْ كُلًّا مِنْهُمَا حَقٌّ مَالِيٌّ تَجْرِي فِيهِ النِّيَابَةُ.

فَكَمَا أَنَّ دْيُونَ الْعِبَادِ تَخْرُجُ مِنْ جَمِيعِ الْمَالِ وَإِنْ لَمْ يُوصِ فَكَذَلِكَ هَذَا (وَلَنَا أَنَّهُ عِبَادَةٌ وَكُلُّ مَا هُوَ عِبَادَةٌ لَا بُدَّ فِيهِ مِنَ الْإِخْبَارِ وَذَلِكَ فِي الْإِيصَاءِ دُونَ الْوَرَاثَةِ لِأَنَّهَا جَبَرِيَّةٌ ثُمَّ هُوَ تَبَرُّعٌ ابْتِدَاءً) لِأَنَّ الصَّوْمَ فِعْلٌ مُكَلَّفٌ بِهِ وَقَدْ سَقَطَتْ الْأَفْعَالُ بِالْمَوْتِ فَصَارَ

(١) قال الزيلعي في نصب الراية (٤٨٧/٢): غريب مرفوعا. أخرجه النسائي في السنن الكبرى

(٢٩١٨) عن ابن عباس رضي الله عنهما.

الصَّوْمُ كَأَنَّهُ سَقَطَ فِي حَقِّ الدُّنْيَا فَكَانَتْ الْوَصِيَّةُ بِأَدَاءِ الْفِدْيَةِ تَبَرُّعًا، بِخِلَافِ دَيْنِ الْعِبَادِ فَإِنَّهُ لَا يَسْقُطُ بِالْمَوْتِ، لِأَنَّ الْمَقْصُودَ ثَمَّةً هُوَ الْمَالُ وَالْفِعْلُ غَيْرُ مَقْصُودٍ لِحَاجَةِ الْعِبَادِ إِلَى الْأَمْوَالِ، وَكَذَلِكَ الْوَصِيَّةُ بِالزَّكَاةِ، وَإِذَا كَانَ تَبَرُّعًا (يُعْتَبَرُ مِنَ الثَّلَاثِ) وَإِنَّمَا قَالَ ابْتِدَاءً لِأَنَّهَا فِي الْآخِرَةِ تُثَوِّبُ عَنِ الْوَاجِبِ عَلَى الْمَيِّتِ (وَالصَّلَاةُ كَالصَّوْمِ بِاسْتِحْسَانِ الْمَشَايِخِ) فَإِنَّ النَّصَّ الْوَاردَ بِالْفِدَاءِ فِي الصَّوْمِ غَيْرُ مَعْقُولٍ الْمَعْنَى، فَالْقِيَاسُ أَنْ يُقْتَصَرَ عَلَيْهِ، لَكِنَّ النَّصَّ الْوَاردَ فِيهِ يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ مَعْلُولًا بَعْلَةً مُشْتَرَكَةً بَيْنَهُ وَبَيْنَ الصَّلَاةِ وَإِنْ كُنَّا لَا نَعْقِلُهُ، وَالصَّلَاةُ تُظَاهِرُ الصَّوْمَ بَلْ أَهَمُّ، فَأَمَرَ الْمَشَايِخُ بِالْفِدَاءِ فِيهَا احتياطًا وَمَوْضِعُهُ الْأَصُولُ وَقَوْلُهُ (هُوَ الصَّحِيحُ) احْتِرَازٌ عَمَّا قَالَهُ مُحَمَّدُ بْنُ مُقَاتِلٍ أَوَّلًا: إِنَّهُ يُطْعِمُ عَنْهُ لَصَلَاةٍ كُلِّ يَوْمٍ نِصْفَ صَاعٍ عَلَى قِيَاسِ الصَّوْمِ، ثُمَّ رَجَعَ فَقَالَ: كُلُّ صَلَاةٍ فَرَضَ عَلَى حِدَةٍ بِمَنْزِلَةِ صَوْمٍ يَوْمٍ وَهُوَ الصَّحِيحُ أَنَّهُ أَحْوَطُ. وَقَوْلُهُ (وَلَا يَصُومُ عَنْهُ الْوَلِيُّ) احْتِرَازٌ عَنْ قَوْلِ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ، فَإِنَّهُ يَجُوزُ ذَلِكَ فِي قَوْلِ اسْتِدْلَالًا بِمَا رُوِيَ عَنْ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا عَنِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ قَالَ «مَنْ مَاتَ وَعَلَيْهِ صِيَامٌ صَامَ عَنْهُ وَلِيُّهُ» وَهُوَ نَصٌّ فِي الْبَابِ.

وَلَنَا حَدِيثُ ابْنِ عُمرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا («لَا يَصُومُ أَحَدٌ عَنْ أَحَدٍ، وَلَا يُصَلِّي أَحَدٌ عَنْ أَحَدٍ») وَتَأْوِيلُ حَدِيثِ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا فِعْلُ مَا يَقُومُ مَقَامَ الصَّوْمِ مِنَ الْإِطْعَامِ إِنْ أَوْصَى بِذَلِكَ.

(وَمَنْ دَخَلَ فِي صَلَاةِ التَّطَوُّعِ أَوْ فِي صَوْمِ التَّطَوُّعِ ثُمَّ أَفْسَدَهُ قَضَاهُ) خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ. لَهُ أَنَّهُ تَبَرُّعٌ بِالْمُؤَدَّى فَلَا يُلْزَمُهُ مَا لَمْ يَتَبَرَّعَ بِهِ. وَلَنَا أَنَّ الْمُؤَدَّى قُرْبَةٌ وَعَمَلٌ فَتَجِبُ صِيَانَتُهُ بِالْمُضِيِّ عَنِ الْإِبْطَالِ، وَإِذَا وَجَبَ الْمُضِيُّ وَجَبَ الْقَضَاءُ بِتَرْكِهِ. ثُمَّ عِنْدَنَا لَا يَبَاحُ الْإِفْطَارُ فِيهِ بِغَيْرِ عُدْرٍ فِي إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ لَمَّا بَيَّنَّا وَيَبَاحُ بَعْدُ، وَالضِّيَافَةُ عُدْرٌ لِقَوْلِهِ ﷺ «أَفْطِرُ وَأَقْضِي يَوْمًا مَكَانَهُ»^(١).

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ دَخَلَ فِي صَوْمِ التَّطَوُّعِ) ذَكَرْنَاهُ فِي فَصْلِ الْقِرَاءَةِ مِنْ كِتَابِ الصَّلَاةِ. وَقَوْلُهُ (ثُمَّ عِنْدَنَا) كَأَنَّهُ يَبَيِّنُ الْاِخْتِلَافَ، وَهُوَ أَنَّ الْإِفْطَارَ بَعْدَ الشَّرُوعِ لَيْسَ بِمُبَاحٍ

(١) أخرجه الدارقطني (١٧٧/٢)، وأبو داود الطيالسي (ص ٢٩٣)، وانظر نصب الراية (٤٨٩/٢).

بَعِيرٍ عُذْرٍ عِنْدَنَا وَعِنْدَهُ مُبَاحٌ، فَإِذَا كَانَ غَيْرَ مُبَاحٍ كَانَ بِالْإِفْطَارِ جَانِبًا فَيَلْزِمُهُ الْقَضَاءُ، وَإِذَا كَانَ مُبَاحًا لَمْ يَكُنْ جَانِبًا فَلَا يَلْزِمُهُ الْقَضَاءُ. وَقَوْلُهُ (وَالضِّيَافَةُ عُذْرٌ) يَعْنِي عَلَى الْأَظْهَرِ.

وَرَوَى الْحَسَنُ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهَا لَيْسَتْ بِعُذْرٍ لَمَّا رُوِيَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ «إِذَا دُعِيَ أَحَدُكُمْ فَلْيَجِبْ. فَإِنْ كَانَ مُفْطِرًا فَلْيَأْكُلْ وَإِنْ كَانَ صَائِمًا فَلْيُصَلِّ: أَيْ فَلْيَدْعُ لَهُمْ».

وَوَجْهُ الْأَظْهَرِ مَا رُوِيَ عَنْهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَنَّهُ كَانَ فِي ضِيَافَةِ رَجُلٍ مِنَ الْأَنْصَارِ، فَاِمْتَنَعَ رَجُلٌ مِنَ الْأَكْلِ وَقَالَ إِنِّي صَائِمٌ، فَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: إَلَمَّا دَعَاكَ أَخُوكَ لَتُكْرِمَهُ فَأَفْطِرْ وَأَقْضِ يَوْمًا مَكَائَهُ» وَمِنَ الْمَشَايخِ مَنْ قَالَ إِنْ كَانَ صَاحِبُ الدَّعْوَةِ يَرْضَى بِمُجَرَّدِ حُضُورِهِ وَلَا يَتَأَذَى بِتَرْكِ الْأَكْلِ لَا يُفْطِرُ، وَإِنْ كَانَ يَتَأَذَى يُفْطِرُ وَيَقْضِي.

وَقَالَ فِي الذَّخِيرَةِ: هَذَا كُلُّهُ إِذَا كَانَ الْإِفْطَارُ قَبْلَ الزَّوَالِ، فَأَمَّا إِذَا كَانَ بَعْدَ الزَّوَالِ فَلَا يَنْبَغِي لَهُ أَنْ يُفْطِرَ إِلَّا إِذَا كَانَ فِي تَرْكِ الْإِفْطَارِ عُقُوقُ الْوَالِدَيْنِ أَوْ أَحَدِهِمَا. (وَإِذَا بَلَغَ الصَّبِيُّ أَوْ أَسْلَمَ الْكَافِرُ فِي رَمَضَانَ أَمْسَكَ بِقِيَّتِهِ يَوْمَهُمَا) قَضَاءٌ لِحَقِّ الْوَقْتِ بِالشَّيْبَةِ (وَلَوْ أَفْطَرَ فِيهِ لَا قَضَاءَ عَلَيْهِمَا) لِأَنَّ الصَّوْمَ غَيْرُ وَاجِبٍ فِيهِ (وَصَامًا مَا بَعْدَهُ) لِتَحَقُّقِ السَّبَبِ وَالْأَهْلِيَّةِ (وَلَمْ يَقْضِ يَوْمَهُمَا وَلَا مَا مَضَى) لَعَدَمِ الْخِطَابِ، وَهَذَا بِخِلَافِ الصَّلَاةِ لِأَنَّ السَّبَبَ فِيهَا الْجُزْءُ الْمُتَّصِلُ بِالْأَدَاءِ فَوُجِدَتْ الْأَهْلِيَّةُ عِنْدَهُ، وَفِي الصَّوْمِ الْجُزْءُ الْأَوَّلُ وَالْأَهْلِيَّةُ مُنْعَدِمَةٌ عِنْدَهُ.

وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ إِذَا زَالَ الْكُفْرُ أَوْ الصَّبَا قَبْلَ الزَّوَالِ فَعَلَيْهِ الْقَضَاءُ، لِأَنَّهُ أَدْرَكَ وَقْتَ النَّبِيِّ. وَجْهُ الظَّاهِرِ أَنَّ الصَّوْمَ لَا يَتَجَرَّأُ وَجُوبًا وَأَهْلِيَّةً الْوُجُوبِ مُنْعَدِمَةٌ فِي أَوَّلِهِ إِلَّا أَنْ لِلصَّبِيِّ أَنْ يَنْوِيَ التَّطَوُّعَ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ دُونَ الْكَافِرِ عَلَى مَا قَالُوا، لِأَنَّ الْكَافِرَ لَيْسَ مِنْ أَهْلِ التَّطَوُّعِ أَيْضًا، وَالصَّبِيُّ أَهْلٌ لَهُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِذَا بَلَغَ الصَّبِيُّ أَوْ أَسْلَمَ الْكَافِرُ) الْأَصْلُ فِي هَذَا أَنْ كُلَّ مَنْ صَارَ فِي آخِرِ النَّهَارِ بِصِفَةٍ لَوْ كَانَ عَلَيْهَا فِي أَوَّلِهِ لَزِمَهُ الصَّوْمُ فَعَلَيْهِ الْإِمْسَاكُ كَالْحَائِضِ وَالتَّنَفُّسِ

يَطْهَرَانِ بَعْدَ طُلُوعِ الْفَجْرِ أَوْ مَعَهُ، وَالْمَجْنُونُ يُفَيْقُ وَالْمَرِيضُ يَبْرَأُ، وَالْمَسَافِرُ يَقْدَمُ بَعْدَ الزَّوَالِ أَوْ الْأَكْلِ، وَالْمُفْطِرُ عَمْدًا أَوْ خَطَأً أَوْ مَكْرَهًا، أَوْ أَكَلَ يَوْمَ الشَّكِّ ثُمَّ تَبَيَّنَ أَنَّهُ مِنْ رَمَضَانَ أَوْ أَفْطَرَ عَلَى ظَنِّ غُرُوبِ الشَّمْسِ أَوْ تَسَحَّرَ عَلَى ظَنِّ عَدَمِ طُلُوعِ الْفَجْرِ وَالْأَمْرُ بِخِلَافِهِ، وَمَنْ لَمْ يَكُنْ كَذَلِكَ لَمْ يَجِبْ عَلَيْهِ الْإِمْسَاكُ كَمَا فِي حَالَةِ الْحَيْضِ وَالنَّفَاسِ. ثُمَّ وَجُوبُ الْإِمْسَاكِ إِنَّمَا هُوَ عَلَى قَوْلِ بَعْضِ الْمَشَايخِ وَهُوَ اخْتِيَارُ الْمُصَنِّفِ عَلَى مَا يَذْكُرُهُ عِنْدَ قَوْلِهِ: إِذْ قَدِمَ الْمَسَافِرُ، أَوْ طَهَّرَتِ الْحَائِضُ.

وَقَالَ الشَّيْخُ الْإِمَامُ الصَّفَّارُ: الصَّحِيحُ أَنَّهُ عَلَى الْإِجَابِ لِأَنَّ مُحَمَّدًا رَحِمَهُ اللَّهُ ذَكَرَ فِي كِتَابِ الصَّوْمِ "فَلْيَصُمْ بَقِيَّةَ يَوْمِهِ" وَالْأَمْرُ لِلْوُجُوبِ. وَقَالَ فِي الْحَائِضِ: إِذَا طَهَّرَتْ فِي بَعْضِ النَّهَارِ فَلْتَدَعْ الْأَكْلَ وَالشَّرْبَ وَهَذَا أَمْرٌ أَيْضًا. وَقَالَ بَعْضُهُمْ: هُوَ عَلَى الْاسْتِحْبَابِ ذَكَرَهُ مُحَمَّدُ بْنُ شُجَاعٍ، لِأَنَّهُ مُفْطِرٌ فَكَيْفَ يَجِبُ عَلَيْهِ الْكَفُّ عَنِ الْمُفْطَرَاتِ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي الْحَائِضِ: طَهَّرَتْ فِي بَعْضِ النَّهَارِ وَلَا يَحْسُنُ لَهَا أَنْ تَأْكُلَ وَتَشْرَبَ وَتَلْبَسَ صِيَامًا. وَأُجِيبَ عَنِ الثَّانِي. بِأَنَّ هَذَا الْإِمْسَاكُ لَيْسَ عَلَى جِهَةِ الصَّوْمِ حَتَّى يُنَافِيَ الْإِفْطَارَ الْمُتَقَدِّمَ، وَإِنَّمَا هُوَ قَضَاءٌ لِحَقِّ الْوَقْتِ بِالتَّشْبِهِ، وَمَعْنَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ لَا يَحْسُنُ لَهَا يَقْبُحُ مِنْهَا، وَتَرُكُ الْقَبِيحِ شَرْعًا مِنَ الْوَاجِبَاتِ. وَقَوْلُهُ (وَلَوْ أَفْطَرَا فِيهِ) أَيِ فِيمَا بَقِيَ مِنْ يَوْمِهِمَا (لَا قَضَاءَ عَلَيْهِمَا لِأَنَّ الصَّوْمَ غَيْرُ وَاجِبٍ فِيهِ) بَلِ الْإِمْسَاكُ هُوَ الْوَاجِبُ وَلَا قَضَاءَ إِلَّا لِلصَّوْمِ (وَصَامًا مَا بَعْدَهُ) مِنَ الْأَيَّامِ (لِتَحَقُّقِ السَّبَبِ) وَهُوَ شَهْرُ الشَّهْرِ (وَالْأَهْلِيَّةُ) بِالْإِسْلَامِ وَالْبُلُوغِ (وَلَمْ يَقْضِ يَوْمَهُمَا) يَعْنِي إِذَا أَمْسَكَ بَقِيَّةَ النَّهَارِ، وَإِنَّمَا قُلْتُ هَذَا لِثَلَاثِ تَكَرَّرَ مَعَ قَوْلِهِ لَا قَضَاءَ عَلَيْهِمَا، وَقَوْلُهُ (وَلَا مَا مَضَى) أَيِ لَمْ يَقْضِ مَا مَضَى مِنَ الْأَيَّامِ قَبْلَ الْبُلُوغِ وَالْإِسْلَامِ (لَعَدَمِ الْخِطَابِ) لِأَنَّهُ إِنَّمَا يَكُونُ عِنْدَ الْأَهْلِيَّةِ وَكَانَتْ مُتَّفِقَةً قَبْلَهُمَا:

فَإِنْ قِيلَ: انْتِفَاءُ الْأَهْلِيَّةِ فِي أَوَّلِ النَّهَارِ لَا يَمْنَعُ وَجُوبَ الْقَضَاءِ فَإِنَّ الْمَجْنُونِ إِذَا أَفَاقَ فِي يَوْمِ رَمَضَانَ قَبْلَ الزَّوَالِ وَالْأَكْلِ وَتَوَى الصَّوْمَ يَقَعُ عَنِ الْفَرْضِ، وَلَوْ أَفْطَرَ وَجَبَ عَلَيْهِ الْقَضَاءُ مَعَ أَنَّ الصَّوْمَ لَمْ يَكُنْ وَاجِبًا عَلَيْهِ وَقَدْ طُلِعَ الْفَجْرُ. أُجِيبَ: بَأَنَّا لَا نُسَلِّمُ أَنَّ الْوُجُوبَ لَمْ يَكُنْ ثَابِتًا عَلَيْهِ فِي ذَلِكَ الْوَقْتِ، بَلِ

الْوُجُوبُ فِي حَقِّهِ كَانَ ثَابِتًا إِلَّا أَنَّهُ لَمْ يَظْهَرْ أَنَّهُ عِنْدَ الاسْتِعْرَاقِ، فَإِذَا لَمْ يَسْتَعْرِقْ ظَهَرَ أَنَّهُ الْوُجُوبُ. وَقَوْلُهُ (وَهَذَا) أَيُّ مَا ذَكَرْنَا مِنْ عَدَمِ وَجُوبِ قَضَاءِ صَوْمِ ذَلِكَ الْيَوْمِ الَّذِي بَلَغَ فِيهِ الصَّبِيُّ أَوْ أَسْلَمَ فِيهِ الْكَافِرُ (بِخِلَافِ الصَّلَاةِ) حَيْثُ يَجِبُ قَضَاؤُهَا إِذَا بَلَغَ أَوْ أَسْلَمَ لَمَّا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ، وَهُوَ وَاضِحٌ (و) رَوَى ابْنُ سِمَاعَةَ (عَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ إِذَا زَالَ الْكُفْرُ أَوْ الصَّبَا قَبْلَ الزَّوَالِ فَعَلَيْهِمَا الْقَضَاءُ) لَمَّا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ، وَهُوَ نَظِيرٌ مَنْ أَصْبَحَ نَائِيًا لِلْفِطْرِ ثُمَّ نَوَى قَبْلَ الزَّوَالِ أَنْ يَصُومَ أَجْزَأَهُ، وَلَا شَكَّ أَنَّ نِيَّةَ الْفِطْرِ مُنَافِيَةٌ لِلصَّوْمِ لِكُنْهَافِةٍ مُنَافِيَةٌ حُكْمًا لَا حَقِيقَةً، فَلَا تَمْنَعُ نِيَّةَ الصَّوْمِ قَبْلَ الزَّوَالِ وَكَذَا الْكُفْرُ مُنَافٍ لِلصَّوْمِ حُكْمًا لَا حَقِيقَةً، وَخَلَلَهُ ظَاهِرٌ لِأَنَّ فِيهِ مُسَاوَاةَ الْأَهْلِ لِغَيْرِ الْأَهْلِ. وَجْهُهُ الظَّاهِرُ مَا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ وَمَبْنَاهُ كَمَا تَرَى عَلَى التَّفَرُّقَةِ بَيْنَ مَنْ لَهُ الْأَهْلِيَّةُ وَفَاقِدِهَا. وَأَكْثَرُ الْمَشَايِخِ عَلَى التَّفَرُّقَةِ بَيْنَهُمَا فِي النَّفْلِ أَيْضًا فَالصَّبِيُّ إِذَا بَلَغَ قَبْلَ الزَّوَالِ وَنَوَى صَوْمَ النَّفْلِ صَحَّ. وَالْكَافِرُ إِذَا أَسْلَمَ وَنَوَى ذَلِكَ لَمْ يَصِحَّ. وَذَكَرَ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ أَنََّّهُمَا فِي صِحَّةِ نِيَّةِ التَّطَوُّعِ سَوَاءٌ. فَكَانَ الْاِخْتِلَافُ فِي النَّفْلِ كَالِاخْتِلَافِ فِي الْفَرْضِ.

(وَإِذَا نَوَى الْمُسَافِرُ الْإِفْطَارَ ثُمَّ قَدِمَ الْمِصْرَ قَبْلَ الزَّوَالِ فَتَوَى الصَّوْمَ أَجْزَأَهُ) لِأَنَّ السَّفَرَ لَا يُنَافِي أَهْلِيَّةَ الْوُجُوبِ وَلَا صِحَّةَ الشَّرْعِ (وَإِنْ كَانَ فِي رَمَضَانَ فَعَلَيْهِ أَنْ يَصُومَ) لَزَوَالِ الْمُرْخَّصِ فِي وَقْتِ النِّيَّةِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ كَانَ مُقِيمًا فِي أَوَّلِ الْيَوْمِ ثُمَّ سَافَرَ لَا يُبَاحُ لَهُ الْفِطْرُ تَرْجِيحًا لِحَاثِ الْإِقَامَةِ فَهَذَا أَوَّلِي، إِلَّا أَنَّهُ إِذَا أَفْطَرَ فِي الْمَسْأَلَتَيْنِ لَا تَلْزَمُهُ الْكُفَّارَةُ لِقِيَامِ شُبُهَةِ الْمُبِيعِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِذَا نَوَى الْمُسَافِرُ الْإِفْطَارَ ثُمَّ قَدِمَ الْمِصْرَ قَبْلَ الزَّوَالِ فَتَوَى الصَّوْمَ أَجْزَأَهُ) لِأَنَّ السَّفَرَ لَا يُنَافِي أَهْلِيَّةَ الْوُجُوبِ لِأَنَّهَا بِالذِّمَّةِ الصَّالِحَةِ لِلْوُجُوبِ وَهُوَ ثَابِتٌ فِي حَقِّهِ (وَلَا صِحَّةَ الشَّرْعِ) لِأَنَّهُ لَوْ صَامَ صَحَّ (وَإِنْ كَانَ فِي رَمَضَانَ) يَعْنِي الْمُسَافِرَ الَّذِي نَوَى الْإِفْطَارَ (فَعَلَيْهِ أَنْ يَصُومَ لَزَوَالِ الْمُرْخَّصِ) وَهُوَ السَّفَرُ (فِي وَقْتِ النِّيَّةِ) لِأَنَّ فَرْضَ الْمَسْأَلَةِ فِيمَا إِذَا قَدِمَ قَبْلَ اتِّصَافِ النَّهَارِ، قِيلَ: فِي كَلَامِ الْمُصَنِّفِ تَكَرَّرَ لِأَنَّ الْمَسْأَلَتَيْنِ كِلْتَاهُمَا فِي مُسَافِرٍ قَدِمَ الْمِصْرَ قَبْلَ الزَّوَالِ فِي رَمَضَانَ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ الْمَسْأَلَةَ الْأُولَى فِي غَيْرِ رَمَضَانَ. وَرُدُّ بِأَنَّ قَوْلَهُ لَا يُنَافِي أَهْلِيَّةَ الْوُجُوبِ يَأْبَاهُ لِأَنَّهُ لَا يُسْتَعْمَلُ فِي غَيْرِ الْفَرْضِ.

وَأَجِيبَ بِأَنْ مَعْنَاهُ لَا يُتَأَنَّى أَهْلِيَّةُ الثَّبُوتِ وَفِيهِ بُعْدٌ، وَبِأَنْ مَعْنَاهُ الْمَعْنَى الْمُصْطَلَحُ، وَالصَّوْمُ هُوَ أَنْ يَكُونَ نَذْرًا مُعَيَّنًا. وَصُورَتُهُ: نَوَى الْمُسَافِرُ الْإِفْطَارَ ثُمَّ قَدِمَ الْمِصْرَ قَبْلَ انْتِصَافِ النَّهَارِ فَذَكَرَ أَنْ يَصُومَ ذَلِكَ الْيَوْمَ وَتَوَاهُ أَجْزَاءُ، فَكَانَتْ الْأُولَى فِي غَيْرِ رَمَضَانَ، وَالثَّانِيَةِ فِيهِ فَلَا تَكْرَارَ. وَقَوْلُهُ (فَهَذَا أُولَى) قِيلَ فِي وَجْهِ الْأُولَوِيَّةِ إِنَّ الْمُرْخَّصَ وَهُوَ السَّفَرُ قَائِمٌ وَقَتَ الْإِفْطَارِ فِي تِلْكَ الْمَسْأَلَةِ وَمَعَ ذَلِكَ لَمْ يُبَحِّ لَهُ الْإِفْطَارُ، فَلَأَنَّهُ لَا يُبَاحُ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ وَهُوَ لَيْسَ بِقَائِمٍ فِيهِ أُولَى. وَقَوْلُهُ (فِي الْمَسْأَلَتَيْنِ) يَعْنِي مُسَافِرًا أَقَامَ وَمُقِيمًا سَافَرَ.

(وَمَنْ أَغْمِيَ عَلَيْهِ فِي رَمَضَانَ لَمْ يَقْضِ الْيَوْمَ الَّذِي حَدَّثَ فِيهِ الْإِغْمَاءُ) لَوْجُودِ الصَّوْمِ فِيهِ وَهُوَ الْإِمْسَاكُ الْمَقْرُونُ بِالنِّيَّةِ إِذَا ظَاهَرَ وُجُودَهَا مِنْهُ (وَقَضَى مَا بَعْدَهُ) لَانْعِدَامِ النِّيَّةِ (وَأَنْ أَغْمِيَ عَلَيْهِ أَوَّلَ لَيْلَةٍ مِنْهُ قَضَاهُ كُلُّهُ غَيْرَ يَوْمٍ تِلْكَ اللَّيْلَةِ) لَمَّا قُلْنَا.

وَقَالَ مَالِكٌ: لَا يَقْضِي مَا بَعْدَهُ لِأَنَّهُ صَوْمَ رَمَضَانَ عِنْدَهُ يَتَأَدَّى بِنِيَّةٍ وَاحِدَةٍ بِمَنْزِلَةِ الْإِعْتِكَافِ، وَعِنْدَنَا لَا بُدَّ مِنَ النِّيَّةِ لِكُلِّ يَوْمٍ لِأَنَّهَا عِبَادَاتٌ مُتَفَرِّقَةٌ، لِأَنَّهُ يَتَخَلَّلُ بَيْنَ كُلِّ يَوْمَيْنِ مَا لَيْسَ بِزَمَانٍ لِهَذِهِ الْعِبَادَةِ. بِخِلَافِ الْإِعْتِكَافِ (وَمَنْ أَغْمِيَ عَلَيْهِ فِي رَمَضَانَ كُلُّهُ قَضَاهُ) لِأَنَّهُ نَوْعُ مَرَضٍ يُضْعِفُ الْقُوَى وَلَا يَزِيلُ الْحِجَابَ فَيَصِيرُ عُذْرًا فِي التَّأخيرِ لَا فِي الْإِسْقَاطِ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ أَغْمِيَ عَلَيْهِ فِي رَمَضَانَ) الْإِغْمَاءُ إِمَّا أَنْ يَكُونَ مُسْتَعْرِقًا أَوْ لَا، وَالثَّانِي إِمَّا أَنْ يَحْدُثَ فِي أَوَّلِ لَيْلَةٍ أَوْ فِي غَيْرِهَا، فَإِنْ كَانَ فِي غَيْرِهَا سَوَاءٌ كَانَ لَيْلًا أَوْ نَهَارًا لَا يَقْضِي صَوْمَ ذَلِكَ النَّهَارِ الَّذِي حَصَلَ فِيهِ أَوْ فِي لَيْلَتِهِ الْإِغْمَاءُ، وَكَذَا إِذَا كَانَ فِي أَوَّلِ لَيْلَةٍ لِأَنَّ الْإِمْسَاكَ مَوْجُودًا لَا مُحَالَةً، وَكَذَا النَّبِيُّ ظَاهِرًا، لِأَنَّ ظَاهِرَ حَالِ الْمُسْلِمِ فِي لَيْلَةِ رَمَضَانَ عَدَمُ الْخُلُوعِ عَنِ النَّبِيَّةِ، وَالْأَوَّلُ يَقْضِيهِ كُلُّهُ لَمَّا ذَكَرَهُ مِنْ قَوْلِهِ (لِأَنَّهُ نَوْعُ مَرَضٍ إلخ) وَكَلَامُهُ وَاضِحٌ.

(وَمَنْ جُنَّ رَمَضَانَ كُلُّهُ لَمْ يَقْضِهِ) خِلَافًا لِمَالِكٍ هُوَ يَعْتَبِرُهُ بِالْإِغْمَاءِ. وَلَنَا أَنَّ الْمُسْقِطَ هُوَ الْحَرَجُ وَالْإِغْمَاءُ لَا يَسْتَوْعِبُ الشَّهْرَ عَادَةً فَلَا حَرَجَ، وَالْجُنُونُ يَسْتَوْعِبُهُ فَيَتَحَقَّقُ الْحَرَجُ (وَأِنْ أَفَاقَ الْمَجْنُونُ فِي بَعْضِهِ قَضَى مَا مَضَى) خِلَافًا لَزُهْرٍ وَالشَّافِعِيِّ رَحِمَهُمَا اللَّهُ. هُمَا يَقُولَانِ لَمْ يَحِبَّ عَلَيْهِ الْأَدَاءُ لَانْعِدَامِ الْأَهْلِيَّةِ، وَالْقَضَاءُ مُرْتَبٌّ عَلَيْهِ،

وَصَارَ كَالْمُسْتَوْعَبِ. وَلَنَا أَنَّ السَّبَبَ قَدْ وَجِدَ وَهُوَ الشَّهْرُ وَالْأَهْلِيَّةُ بِالذَّمَّةِ، وَفِي الْوُجُوبِ فَائِدَةٌ وَهُوَ صَيْرُورَتُهُ مَطْلُوبًا عَلَى وَجْهِ لَا يُخْرَجُ فِي آدَائِهِ، بِخِلَافِ الْمُسْتَوْعَبِ لِأَنَّهُ يُخْرَجُ فِي الْآدَاءِ فَلَا فَائِدَةَ وَتَمَامَهُ فِي الْخِلَافِيَّاتِ، ثُمَّ لَا فَرْقَ بَيْنَ الْأَصْلِيِّ وَالْعَارِضِيِّ، قِيلَ هَذَا فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ.

وَعَنْ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ فَرَّقَ بَيْنَهُمَا لِأَنَّهُ إِذَا بَلَغَ مَجْنُونًا التَّحَقُّقَ بِالصَّبِيِّ فَانْعَدَمَ الْخِطَابُ بِخِلَافِ مَا إِذَا بَلَغَ عَاقِلًا ثُمَّ جُنَّ، وَهَذَا مُخْتَارُ بَعْضِ الْمُتَأَخِّرِينَ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ جُنَّ رَمَضَانَ كُلَّهُ) قَالَ شَمْسُ الْأُيُمَةِ الْحُلَوَانِي: الْمُرَادُ بِقَوْلِهِ جُنَّ رَمَضَانَ كُلَّهُ مَا يُمَكِّنُهُ الصَّوْمُ فِيهِ ابْتِدَاءً، حَتَّى لَوْ أَفَاقَ بَعْدَ الزَّوَالِ مِنَ الْيَوْمِ الْآخِرِ مِنْ شَهْرِ رَمَضَانَ لَمْ يَلْزَمُهُ الْقَضَاءُ لِأَنَّ الصَّوْمَ لَا يَصِحُّ فِيهِ كَاللَّيْلِ هُوَ الصَّحِيحُ. وَقَوْلُهُ (هُوَ يَعْتَبَرُهُ بِالْإِغْمَاءِ) يَعْنِي مِنْ حَيْثُ إِنَّ الْجُنُونَ مَرَضٌ يُخِلُّ الْعَقْلَ فَيَكُونُ عُذْرًا فِي التَّأَخِيرِ إِلَى زَوَالِهِ لَا فِي الْإِسْقَاطِ كَمَا فِي الْإِغْمَاءِ. وَقَوْلُهُ (وَلَنَا) ظَاهِرٌ.

وَقَوْلُهُ (هُمَا يَقُولَانِ لَمْ يَجِبْ عَلَيْهِ الْآدَاءُ) أَيُّ آدَاءِ ذَلِكَ الْبَعْضِ (لِانْعِدَامِ الْأَهْلِيَّةِ) وَكُلُّ مَنْ لَمْ يَجِبْ عَلَيْهِ الْآدَاءُ لَمْ يَجِبْ عَلَيْهِ الْقَضَاءُ، لِأَنَّ الْقَضَاءَ مُرْتَبٌ عَلَيْهِ (وَصَارَ كَالْمُسْتَوْعَبِ) فَإِنَّ الْمُسْتَوْعَبَ مِنْهُ مَنَعَ الْقَضَاءُ فِي الْكُلِّ، فَإِذَا وَجَدَ فِي الْبَعْضِ مَنَعَ بِقَدْرِهِ اعْتِبَارًا لِلْبَعْضِ بِالْكُلِّ (وَلَنَا أَنَّ السَّبَبَ قَدْ وَجِدَ وَهُوَ الشَّهْرُ) أَيُّ بَعْضُهُ، لِأَنَّ السَّبَبَ لَوْ كَانَ كُلُّهُ لَوَقَعَ الصَّوْمُ فِي شَوَالٍ فَكَانَ تَقْدِيرُ الْآيَةِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ:

فَمَنْ شَهِدَ مِنْكُمْ بَعْضَ الشَّهْرِ فَلْيَصُمْ الشَّهْرَ كُلَّهُ، لِأَنَّ الضَّمِيرَ يَرْجِعُ إِلَى الْمَذْكُورِ دُونَ الْمُضْمَرِّ وَالْمَجْنُونِ الَّذِي لَمْ يَسْتَعْرِقْ جُنُونَهُ الشَّهْرَ قَدْ شَهِدَ بَعْضَ الشَّهْرِ فَيَصُومُ كُلَّهُ.

فَإِنْ قِيلَ: يَجُوزُ أَنْ يَمْنَعَ مِنْ ذَلِكَ مَانِعٌ. وَهُوَ عَدَمُ الْأَهْلِيَّةِ فِيمَا مَضَى. أَجَابَ بِأَنَّ الْأَهْلِيَّةَ لِلْوُجُوبِ بِالذَّمَّةِ وَهِيَ كَوْنُهُ أَهْلًا لِلْإِجَابِ وَالِاسْتِجَابِ وَهِيَ مَوْجُودَةٌ لَأَنَّهَا بِالْأَدَمِيَّةِ. فَإِنْ قِيلَ: لَوْ كَانَ مَا ذَكَرْتُمْ صَحِيحًا لَوَجَبَ عَلَى الْمُسْتَعْرِقِ أَيْضًا. أَجَابَ بِقَوْلِهِ (وَفِي الْوُجُوبِ فَائِدَةٌ وَهُوَ) أَيُّ الْفَائِدَةِ بِتَأْوِيلِ الْمَذْكُورِ (صَيْرُورَتُهُ مَطْلُوبًا عَلَى وَجْهِ لَا يُخْرَجُ فِي آدَائِهِ، وَالْمُسْتَوْعَبُ لَيْسَ كَذَلِكَ لِأَنَّهُ يُخْرَجُ فِي الْآدَاءِ فَلَا فَائِدَةَ) فِي الْوُجُوبِ لِأَنَّهُ لَوْ وَجَبَ لِسَقْطِ سَبَبِ الْحَرَجِ بَعْدَ الْوُجُوبِ فَصَارَ كَالصَّبَا لِأَنَّ الصَّبَا لَمَّا

كَانَ مُمْتَدًّا كَانَ فِي الْإِجَابِ عَلَيْهِ حَرَجٌ وَهُوَ مُسْقَطٌ فَلَا فَائِدَةَ فِيهِ.

وَالْحَاصِلُ أَنَّ الْوُجُوبَ فِي الذِّمَّةِ لَا يَنْعَدُّ بِسَبَبِ الْإِعْمَاءِ وَالصَّبَا وَالْجُنُونِ، إِلَّا أَنَّ الْإِعْمَاءَ لَا يَطُولُ عَادَةً فَلَا يُسْقَطُ الْقَضَاءُ وَالصَّبَا يَطُولُ فَيُسْقَطُ دَفْعًا لِلْحَرَجِ وَالْجُنُونُ يَطُولُ وَيَقْصُرُ، فَإِذَا طَالَ التُّحَقُّقُ بِالصَّبَا، وَإِذَا لَمْ يَطُلِ التُّحَقُّقُ بِالْإِعْمَاءِ، وَالطَّوِيلُ فِي الصَّوْمِ أَنْ يَسْتَوْعِبَ الشَّهْرَ كُلَّهُ، وَفِي الصَّلَاةِ أَنْ يَزِيدَ عَلَى يَوْمٍ وَلَيْلَةٍ (ثُمَّ لَا فَرْقَ بَيْنَ الْجُنُونِ (الْأَصْلِيِّ) وَهُوَ أَنْ يَبْلُغَ مَجْنُونًا (وَالْعَارِضِيِّ) وَهُوَ أَنْ يَبْلُغَ عَاقِلًا ثُمَّ يُجَنَّ (قِيلَ هَذَا) أَيْ عَدَمُ الْفَرْقِ بَيْنَ الْجُنُونَيْنِ (ظَاهِرُ الرَّوَايَةِ).

وَعَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ فَرَّقَ بَيْنَهُمَا فَقَالَ: إِنْ بَلَغَ مَجْنُونًا ثُمَّ أَفَاقَ فِي بَعْضِ الشَّهْرِ لَيْسَ عَلَيْهِ قَضَاءٌ مَا مَضَى، لِأَنَّ ابْتِدَاءَ الْخِطَابِ يَتَوَجَّهُ إِلَيْهِ الْآنَ فَصَارَ كَصَبِيٍّ بَلَغَ.

وَرَوَى هِشَامٌ عَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ قَالَ فِي الْقِيَاسِ لَا قَضَاءَ عَلَيْهِ وَلَكِنِّي أَسْتَحْسِنُ فَأَوْجَبَ عَلَيْهِ قَضَاءٌ مَا مَضَى مِنَ الشَّهْرِ، لِأَنَّ الْجُنُونَ الْأَصْلِيَّ لَا يُفَارِقُ الْعَارِضِيَّ فِي شَيْءٍ مِنَ الْأَحْكَامِ، وَلَيْسَ فِيهِ رَوَايَةٌ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ. وَاخْتَلَفَ فِيهِ الْمُتَأَخِّرُونَ عَلَى قِيَاسٍ مَذْهَبِهِ، وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ لَيْسَ عَلَيْهِ قَضَاءٌ مَا مَضَى، كَذَا فِي الْمَبْسُوطِ وَإِلَيْهِ أَشَارَ بِقَوْلِهِ (وَهَذَا) أَيْ الْمَرْوِيُّ عَنْ مُحَمَّدٍ (مُخْتَارُ بَعْضِ الْمُتَأَخِّرِينَ) مِنْهُمْ الْإِمَامُ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ الْجُرْجَانِيُّ، وَالْإِمَامُ الرَّسْتَقْفِيُّ، وَالزَّاهِدُ الصَّفَّارُ رَحِمَهُمُ اللَّهُ.

(وَمَنْ لَمْ يَنْوِ فِي رَمَضَانَ كُلِّهِ لَا صَوْمًا وَلَا فِطْرًا فَعَلَيْهِ قَضَاؤُهُ) وَقَالَ زُفَرٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: يَتَأَدَّى صَوْمُ رَمَضَانَ بِدُونِ النِّيَّةِ فِي حَقِّ الصَّحِيحِ الْمُقِيمِ لِأَنَّ الْإِمْسَاكَ مُسْتَحَقٌّ عَلَيْهِ، فَعَلَى أَيْ وَجْهِ يُؤَدِّيهِ يَقَعُ عَنْهُ، كَمَا إِذَا وَهَبَ كُلُّ النَّصَابِ مِنَ الْفَقِيرِ. وَلَنَا أَنَّ الْمُسْتَحَقَّ الْإِمْسَاكَ بِجِهَةِ الْعِبَادَةِ وَلَا عِبَادَةٍ إِلَّا بِالنِّيَّةِ، وَفِي هِبَةِ النَّصَابِ وَجِدَ نِيَّةَ الْقُرْبَةِ عَلَى مَا مَرَّ فِي الزَّكَاةِ (وَمَنْ أَصْبَحَ غَيْرَ نَاوٍ لِلصَّوْمِ فَأَكَلَ لَا كَفَّارَةَ عَلَيْهِ) عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ.

وَقَالَ زُفَرٌ: عَلَيْهِ الْكَفَّارَةُ لِأَنَّهُ يَتَأَدَّى بِغَيْرِ النِّيَّةِ عِنْدَهُ.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُمَا اللَّهُ: إِذَا أَكَلَ قَبْلَ الزُّوَالِ تَجِبُ الْكَفَّارَةُ لِأَنَّهُ قَوَّتَ إِمكَانَ التَّحْصِيلِ فَصَارَ كَقَاصِبِ الْغَاصِبِ، وَلَا بِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ: أَنَّ الْكَفَّارَةَ تَعَلَّقَتْ بِالْإِفْسَادِ وَهَذَا امْتِنَاعٌ إِذَا لَا صَوْمَ إِلَّا بِالنِّيَّةِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ لَمْ يَنْوِ فِي رَمَضَانَ) يَعْنِي أَمْسَكَ عَنِ الْمُفْطَرَاتِ لِكُنْهَ لَمْ يَنْوِ (صَوْمًا) وَلَا فِطْرًا فَعَلَيْهِ قَضَاؤُهُ) قَالُوا: هَذِهِ الْمَسْأَلَةُ مِنْ خَوَاصِّ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ وَلَا بُدَّ لَهَا مِنْ تَأْوِيلٍ، لَأَنَّ دَلَالََةَ حَالِ الْمُسْلِمِ فِيهِ كَافِيَةٌ لَوْجُودِ النَّيَّةِ كَالْمُعْمَى عَلَيْهِ فِي رَمَضَانَ يُجْعَلُ صَائِمًا يَوْمَ أُغْمِيَ عَلَيْهِ، لَأَنَّ ظَاهِرَ حَالِهِ عَدَمُ الْخُلُوءِ عَنِ النَّيَّةِ وَإِنْ لَمْ يُعْرِفْ مِنْهُ، وَأَوَّلُوا بِأَنْ يَكُونَ مَرِيضًا أَوْ مُسَافِرًا أَوْ مُتَهْتِكًا اعْتَادَ الْأَكْلَ فِي رَمَضَانَ، فَلَمْ يَصْلُحْ حَالُهُ دَلِيلًا عَلَى نِيَّةِ الصَّوْمِ، كَذَا ذَكَرَهُ فَخْرُ الْإِسْلَامِ، وَأَرَى أَنَّهُ لَيْسَ بِمُحْتَاجٍ إِلَى التَّأْوِيلِ لَأَنَّ حَالِ الْمُسْلِمِ دَلِيلٌ إِذَا لَمْ يُعْرِفْ مِنْهُ كَمَا فِي الْمُعْمَى عَلَيْهِ، وَالْفَرَضُ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ الْعِلْمُ بِأَنَّهُ لَمْ يَنْوِ شَيْئًا بِإِخْبَارِهِ بِذَلِكَ، وَالدَّلَالَةُ إِنَّمَا تُعْتَبَرُ إِذَا لَمْ يُخَالِفْهَا صَرِيحٌ (وَقَالَ زُفَرٌ: يَكُونُ صَائِمًا وَلَا قَضَاءَ عَلَيْهِ لَأَنَّ صَوْمَ رَمَضَانَ يَتَأَدَّى بِدُونِ النَّيَّةِ فِي حَقِّ الصَّحِيحِ الْمُقِيمِ لَأَنَّ الْإِمْسَاكَ مُسْتَحَقٌّ عَلَيْهِ، فَعَلَى أَيِّ وَجْهِ أَذَاهُ يَقَعُ عَنْهُ كَمَا إِذَا وَهَبَ كُلُّ النَّصَابِ مِنَ الْفَقِيرِ).

وَهَكَذَا رُوِيَ عَنْ عَطَاءٍ، وَأُنْكَرَ الْكَرْخِيُّ أَنْ يَكُونَ هَذَا مَذْهَبًا لَزُفَرٍ، وَقَالَ الْمَذْهَبُ عِنْدَهُ أَنَّ صَوْمَ الشَّهْرِ كُلَّهُ يَتَأَدَّى بِنِيَّةٍ وَاحِدَةٍ كَمَا هُوَ قَوْلُ مَالِكٍ، وَقَالَ أَبُو الْيُسْرِ: هَذَا قَوْلُ لَزُفَرٍ فِي صِغَرِهِ ثُمَّ رَجَعَ عَنْهُ، وَإِنَّمَا قِيدَ بِالصَّحِيحِ الْمُقِيمِ نَفْيًا لِمَا يَجُوزُ بِهِ صَرَفُ الْإِمْسَاكَ إِلَى غَيْرِهِ لِتَعْيِينِ الْجِهَةِ.

وَاعْتَرَضَ بِأَنَّ هَبَةَ النَّصَابِ فَقِيرًا وَاحِدًا لَا يَجُوزُ عِنْدَهُ عَلَى مَا مَرَّ فَمَا وَجْهُ مَا فِي الْكِتَابِ؟ وَأُجِيبَ بِأَنَّ مَعْنَاهُ عَلَى قَوْلِ مَذْهَبِكُمْ، وَبِأَنَّ تَأْوِيلَهُ أَنْ يَكُونَ الْفَقِيرُ مَذْثُونًا فَإِنْ دَفَعَ النَّصَابُ إِلَيْهِ جَائِزٌ بِالْإِتِّفَاقِ، وَيَجُوزُ أَنْ يُقَالَ أَرَادَ بِالْفَقِيرِ الْجِنْسَ فَكَانَ الدَّفْعُ مُتَّفِقًا (وَلَنَا أَنَّ الْمُسْتَحَقَّ هُوَ الْإِمْسَاكَ عِبَادَةً وَلَا إِمْسَاكَ عِبَادَةً بِالنِّيَّةِ وَفِي هَبَةِ النَّصَابِ قَدْ وَجَدَتِ النَّيَّةُ كَمَا مَرَّ فِي الزَّكَاةِ، وَمَنْ أَصْبَحَ غَيْرَ نَاوٍ لِلصَّوْمِ فَأَفْطَرَ) قَبْلَ الزَّوَالِ أَوْ بَعْدَهُ (فَلَا كَفَّارَةَ عَلَيْهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ).

وَقَالَ زُفَرٌ: عَلَيْهِ الْكَفَّارَةُ لِأَنَّهُ يَتَأَدَّى عِنْدَهُ بِغَيْرِ النَّيَّةِ) وَقَدْ أَفْسَدَ الْمُسْتَحَقَّ عَلَيْهِ شَرْعًا فَتَجِبُ الْكَفَّارَةُ كَمَا لَوْ نَوَى. (وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ) وَفَخَرُ الْإِسْلَامِ جَعَلَ هَذَا قَوْلَ أَبِي يُوسُفَ خَاصَّةً (إِذَا أَكَلَ قَبْلَ الزَّوَالِ تَجِبُ الْكَفَّارَةُ لِأَنَّهُ قَوَّتَ إِمْكَانَ

التَّحْصِيلُ) لِكَوْنِهِ وَقْتُ النَّيَّةِ (فَصَارَ كَغَاصِبِ الْغَاصِبِ) فَإِنَّ الْمَالِكَ إِذَا ضَمَّنَهُ فَإِنَّمَا يَضْمُنُهُ لَتَفْوِيْتِ الْإِمْكَانِ وَتَفْوِيْتِ إِمْكَانِ الشَّيْءِ كَتَفْوِيْتِهِ، لَا يُقَالُ: لَا تُسَلِّمُ أَنَّ التَّضْمِينَ لَتَفْوِيْتِ الْإِمْكَانِ لَمْ لَا يَكُونُ لِلِاسْتِهْلَاكِ أَوْ لِلْعُضْبِ نَفْسِهِ مِنَ الْغَاصِبِ، لِأَنَّ الاسْتِهْلَاكَ شَرْطُ التَّفْوِيْتِ، وَلَا يُضَافُ الْحُكْمُ إِلَى الشَّرْطِ مَعَ قِيَامِ صَاحِبِ الْعِلَّةِ، وَلَمْ يَتَحَقَّقْ الْعُضْبُ لِأَنَّهُ مَا أَرَالَ يَدًا مُحَقَّةً فَلَمْ يَكُنْ إِلَّا لِلتَّفْوِيْتِ.

وَوَجْهُ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ ظَاهِرٌ مَكْشُوفٌ، وَأَمَّا مَا قَالَا مِنْ تَفْوِيْتِ الْإِمْكَانِ فَهُوَ مُسْتَقِيمٌ فِي غَيْرِ مَا يَنْدَرِي بِالشُّبُهَاتِ فِي بَابِ الْعُدْوَانِ.

(وَإِذَا حَاضَتِ الْمَرْأَةُ أَوْ نَفَسَتْ أَفْطَرَتْ وَقَضَتْ) بِخِلَافِ الصَّلَاةِ لِأَنَّهَا تُحْرَجُ فِي قَضَائِهَا وَقَدْ مَرَّ فِي الصَّلَاةِ (وَإِذَا قَدِمَ الْمُسَافِرُ أَوْ طَهَّرَتِ الْحَائِضُ فِي بَعْضِ النَّهَارِ أَمْسَكَ بِقِيَّتِهِ يَوْمَهُمَا) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَا يَجِبُ الْإِمْسَاكُ وَعَلَى هَذَا الْخِلَافِ كُلُّ مَنْ صَارَ أَهْلًا لِلزُّوْمِ وَلَمْ يَكُنْ كَذَلِكَ فِي أَوَّلِ الْيَوْمِ. هُوَ يَقُولُ: التَّشْبِيهُ خَلْفٌ فَلَا يَجِبُ إِلَّا عَلَى مَنْ يَتَحَقَّقُ الْأَصْلُ فِي حَقِّهِ كَالْمُفْطِرِ مُتَعَمِّدًا أَوْ مُخْطِئًا.

وَلَنَا أَنَّهُ وَجِبَ قَضَاءُ لِحَقِّ الْوَقْتِ لَا خَلْفًا لِأَنَّهُ وَقْتُ مُعْظَمٍ، بِخِلَافِ الْحَائِضِ وَالنَّفْسَاءِ وَالْمَرِيضِ وَالْمُسَافِرِ حَيْثُ لَا يَجِبُ عَلَيْهِمْ حَالُ قِيَامِ هَذِهِ الْأَعْدَارِ لِتَحَقُّقِ الْمَانِعِ عَنِ التَّشْبِيهِ حَسَبَ تَحَقُّقِهِ عَنِ الصَّوْمِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِذَا حَاضَتِ الْمَرْأَةُ أَوْ نَفَسَتْ) بِضَمِّ الثَّوْنِ أَيْ صَارَتْ نَفْسَاءً وَكَلَامُهُ وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (وَإِذَا قَدِمَ الْمُسَافِرُ) قَدْ قَدَمْنَا الْأَصْلَ الْجَامِعَ لِهَذِهِ الْفُرُوعِ، وَكَلَامُهُ كَمَا تَرَى يُشِيرُ إِلَى اخْتِيَارِهِ وَجُوبِ الْإِمْسَاكِ، إِذْ لَوْ لَمْ يَكُنْ كَذَلِكَ لَارْتَفَعَ الْخِلَافُ. فَإِنَّ الشَّافِعِيَّ رَحِمَهُ اللَّهُ يَقُولُ: بَعْدَمِ الْوُجُوبِ بِنَاءً عَلَى أَنَّ التَّشْبِيهُ خَلْفٌ وَالْخَلْفُ لَا يَجِبُ إِلَّا عَلَى مَنْ يَجِبُ الْأَصْلُ فِي حَقِّهِ كَالْمُفْطِرِ مُتَعَمِّدًا.

وَالْمُخْطِئُ، يَعْنِي الَّذِي أَكَلَ يَوْمَ الشُّكِّ ثُمَّ ظَهَرَ أَنَّهُ مِنْ رَمَضَانَ أَوْ تَسَحَّرَ عَلَى ظَنِّ أَنَّهُ لَيْلٌ وَكَانَ الْفَجْرُ طَالِعًا لَا الَّذِي أَخْطَأَ فِي الْمَضْمَضَةِ وَنَزَلَ الْمَاءُ فِي جَوْفِهِ فَإِنَّهُ لَا يُفْطِرُ عِنْدَهُ. قُلْنَا: لَا تُسَلِّمُ أَنَّ التَّشْبِيهُ خَلْفٌ لِأَنَّ بَعْضَ الشَّيْءِ لَا يَكُونُ خَلْفًا عَنِ الْكُلِّ بَلْ وَجِبَ قَضَاءُ لِحَقِّ الْوَقْتِ أَصْلًا لِأَنَّ هَذَا الْوَقْتُ مُعْظَمٌ، وَلِهَذَا وَجِبَتْ الْكَفَّارَةُ عَلَى

الْفِطْرِ فِيهِ عَمْدًا دُونَ غَيْرِهِ وَقَدْ قَالَ ﷺ «مَنْ تَقَرَّبَ فِيهِ بِخِصْلَةٍ مِنْ خِصَالِ الْخَيْرِ كَانَ كَمَنْ أَدَّى فَرِيضَةً، وَمَنْ أَدَّى فَرِيضَةً فِيهِ كَانَ كَمَنْ أَدَّى سَبْعِينَ فَرِيضَةً فِيمَا سِوَاهُ» وَإِذَا كَانَ مُعْظَمًا وَجَبَ عَلَيْهِ قَضَاءُ حَقِّهِ بِالصَّوْمِ إِنْ كَانَ أَهْلًا، وَبِالْإِمْسَاكِ إِنْ لَمْ يَكُنْ وَإِذَا لَمْ يَكُنْ خَلْفًا لَا يَكُونُ وَجُوبُهُ مَبْنِيًّا عَلَى وَجُوبِ الْأَصْلِ (بِخِلَافِ الْحَائِضِ وَالتُّنَفَّاسِ وَالْمَرِيضِ وَالْمُسَافِرِ حَيْثُ لَا يَجِبُ عَلَيْهِمْ) الْإِمْسَاكُ لِتَحَقُّقِ الْمَانِعِ عَنْهُ وَهُوَ قِيَامُ هَذِهِ الْأَعْدَارِ، فَإِنَّهَا كَمَا تَمْنَعُ عَنِ الصَّوْمِ تَمْنَعُ عَنِ التَّشَبُّهِ بِهِ، أَمَّا فِي الْحَائِضِ وَالتُّنَفَّاسِ فَلَأَنَّ الصَّوْمَ عَلَيْهِمَا حَرَامٌ وَالتَّشَبُّهُ بِالْحَرَامِ حَرَامٌ، وَأَمَّا فِي الْمَرِيضِ وَالْمُسَافِرِ فَلَأَنَّ الرُّخْصَةَ فِي حَقِّهِمَا بِاعْتِبَارِ الْحَرَجِ فَلَوْ أَلْزَمْنَا التَّشَبُّهَ عَادَ عَلَى مَوْضُوعِهِ بِالنَّقْصِ.

قَالَ (وَإِذَا تَسَحَّرَ وَهُوَ يَظُنُّ أَنَّ الْفَجْرَ لَمْ يَطْلُعْ فَإِذَا هُوَ قَدْ طَلَعَ، أَوْ أَفْطَرَ وَهُوَ يَرَى أَنَّ الشَّمْسَ قَدْ غَرَبَتْ فَإِذَا هِيَ لَمْ تَغْرُبْ أَمْسَكَ بِقِيَّةِ يَوْمِهِ) قَضَاءُ لِحَقِّ الْوَقْتِ بِالْقَدْرِ الْمُمْكِنِ أَوْ نَفْيًا لِلتُّهْمَةِ (وَعَلَيْهِ الْقَضَاءُ) لِأَنَّهُ حَقٌّ مَضْمُونٌ بِالْمِثْلِ، كَمَا فِي الْمَرِيضِ وَالْمُسَافِرِ (وَلَا كَفَّارَةٌ عَلَيْهِ) لِأَنَّ الْجِنَايَةَ قَاصِرَةٌ لِعَدَمِ الْقَصْدِ، وَفِيهِ قَالَ عُمَرُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: مَا تَجَانَفْنَا لِإِثْمٍ، قَضَاءُ يَوْمٍ عَلَيْنَا يَسِيرٌ، وَالْمُرَادُ بِالْفَجْرِ الْفَجْرُ الثَّانِي، وَقَدْ بَيَّنَّاهُ فِي الصَّلَاةِ.

الشرح:

قَالَ: (وَإِذَا تَسَحَّرَ وَهُوَ يَظُنُّ أَنَّ الْفَجْرَ لَمْ يَطْلُعْ) وَمَنْ أَخْطَأَ فِي الْفِطْرِ بِنَاءً عَلَى ظَنِّهِ فَسَدَ صَوْمُهُ وَلَزِمَهُ إِمْسَاكُ بَقِيَّةِ يَوْمِهِ، وَيَجِبُ عَلَيْهِ الْقَضَاءُ وَلَا تَجِبُ عَلَيْهِ الْكَفَّارَةُ، وَلَا يَأْتِي بِهِ، أَمَّا فَسَادُ صَوْمِهِ فَلِاتِّفَاعِ رُكْنِهِ بِغَلَطٍ يُمَكِّنُ الْإِحْتِرَازَ عَنْهُ فِي الْجُمْلَةِ بِخِلَافِ النَّسْيَانِ.

وَأَمَّا إِمْسَاكُ الْبَقِيَّةِ فَلِقَضَاءِ حَقِّ الْوَقْتِ بِالْقَدْرِ الْمُمْكِنِ كَمَا ذَكَرْنَا آتِفًا أَوْ لَنَفْيِ التُّهْمَةِ، فَإِنَّهُ إِذَا أَكَلَ وَلَا عُذْرَ بِهِ أَتَّهَمَهُ النَّاسُ بِالْفِسْقِ، وَالتَّحَرُّزُ عَنْ مَوَاضِعِ التُّهْمِ وَاجِبٌ بِالْحَدِيثِ.

وَأَمَّا الْقَضَاءُ فَلَأَنَّهُ حَقٌّ مَضْمُونٌ بِالْمِثْلِ شَرْعًا فَإِذَا فَوَّتَهُ قَضَاهُ كَالْمَرِيضِ وَالْمُسَافِرِ، وَأَمَّا عَدَمُ الْكَفَّارَةِ فَلَأَنَّ الْجِنَايَةَ قَاصِرَةٌ لِعَدَمِ الْقَصْدِ، وَيُعْضَدُ مَا رُوِيَ عَنْ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: أَنَّهُ كَانَ جَالِسًا مَعَ أَصْحَابِهِ فِي رَحْبَةِ مَسْجِدِ الْكُوفَةِ عِنْدَ الْغُرُوبِ فِي شَهْرِ رَمَضَانَ، فَأَتَى بَعْضُ مَنْ لَبِنٍ فَشَرِبَ مِنْهُ هُوَ وَأَصْحَابُهُ، وَأَمَرَ الْمُؤَذِّنُ أَنْ يُؤَذِّنَ، فَلَمَّا رَفَى الْمِثْدَنَةَ رَأَى

الشَّمْسُ لَمْ تَغِبْ فَقَالَ: الشَّمْسُ يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ، فَقَالَ عُمَرُ: بَعَثْنَاكَ دَاعِيًا وَلَمْ تَبْعُنْكَ رَاعِيًا (مَا تَجَافُنَا لِإِثْمٍ، قَضَاءُ يَوْمٍ عَلَيْنَا يَسِيرٌ) فِيهِ دَلَالَةٌ عَلَى لُزُومِ الْقَضَاءِ وَعَدَمِ الْإِثْمِ. وَإِنْ جَعَلْتَ الْمَوْضِعَ مَوْضِعَ بَيَانٍ مَا يَجِبُ فِي مِثْلِهِ دَلٌّ عَلَى عَدَمِ الْكَفَّارَةِ أَيْضًا، لِأَنَّ السُّكُوتَ فِي مَوْضِعِ الْحَاجَةِ إِلَى الْبَيَانِ بَيَانٌ. وَالْجَنَفُ الْمِيلُ. فَإِنْ قِيلَ: مَا يَدُلُّ عَلَيْهِ عِبَارَةُ الْكِتَابِ هُوَ مَا يَكُونُ ظَنًّا فَمَا حُكْمُ الشَّكِّ فِي ذَلِكَ؟ فَالْجَوَابُ أَنَّهُ إِذَا شَكَّ فِي طُلُوعِ الْفَجْرِ لَا تَجِبُ عَلَيْهِ الْكَفَّارَةُ، وَإِذَا شَكَّ فِي غُرُوبِ الشَّمْسِ وَجِبَتْ. وَالْفَرْقُ أَنَّهُ مَتَى شَكَّ فِي غُرُوبِ الشَّمْسِ فَأَفْطَرَ فَقَدْ كَمَلَ الْفِطْرَ عَلَى سَبِيلِ التَّعَدِّي، لِأَنَّهُ كَانَ مُتَيَقِّنًا بِالنَّهَارِ شَاكًّا بِاللَّيْلِ، وَالْيَقِينُ لَا يَزُولُ بِالشَّكِّ وَفِي طُلُوعِ الْفَجْرِ بِالْعَكْسِ.

وَفِي كَلَامِ الْمُصَنِّفِ تَصْرِيحٌ بِذَلِكَ وَلَكِنَّهُ قَالَ: يَنْبَغِي أَنْ تَجِبَ الْكَفَّارَةُ لِأَنَّ فِيهِ اخْتِلَافَ الْمَشَايخِ. وَقَوْلُهُ (وَالْمُرَادُ بِالْفَجْرِ ظَاهِرٌ).

(ثُمَّ التَّسَحُّرُ مُسْتَحَبٌّ) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «تَسَحَّرُوا فَإِنْ فِي السُّحُورِ بَرَكَتٌ»^(١) (وَالْمُسْتَحَبُّ تَأْخِيرُهُ) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «ثَلَاثٌ مِنْ أَخْلَاقِ الْمُرْسَلِينَ: تَعْجِيلُ الْإِفْطَارِ، وَتَأْخِيرُ السُّحُورِ، وَالسَّوَالِكُ»^(٢) (إِلَّا أَنَّهُ إِذَا شَكَّ فِي الْفَجْرِ وَمَعْنَاهُ تَسَاوِي الظُّلْمَيْنِ) (الْأَفْضَلُ أَنْ يَدَعَ الْأَكْلَ) تَحَرُّزًا عَنِ الْمُحَرَّمِ، وَلَا يَجِبُ عَلَيْهِ ذَلِكَ، وَلَوْ أَكَلَ فَصَوْمُهُ تَامٌ لِأَنَّ الْأَصْلَ هُوَ اللَّيْلُ.

وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ: إِذَا كَانَ فِي مَوْضِعٍ لَا يَسْتَبِينُ الْفَجْرَ، أَوْ كَانَتْ اللَّيْلَةُ مُقْمَرَةً أَوْ مُتَغَيِّمَةً. أَوْ كَانَ بِبَصَرِهِ عِلَّةٌ وَهُوَ يَشْكُ لَا يَأْكُلُ، وَلَوْ أَكَلَ فَقَدْ أَسَاءَ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «دَعْ مَا يَرِيْبُكَ إِلَى مَا لَا يَرِيْبُكَ» وَإِنْ كَانَ أَكْبَرَ رَأْيِهِ أَنَّهُ أَكَلَ وَالْفَجْرُ طَالَعَ فَعَلَيْهِ قَضَاؤُهُ عَمَلًا بِغَالِبِ الرَّأْيِ، وَفِيهِ الْاِحْتِيَاظُ.

وَعَلَى ظَاهِرِ الرُّوَايَةِ لَا قَضَاءَ عَلَيْهِ لِأَنَّ الْبَاقِينَ لَا يُزَالُ إِلَّا بِمِثْلِهِ، وَلَوْ ظَهَرَ أَنَّ الْفَجْرَ طَالَعَ لَا كَفَّارَةَ عَلَيْهِ لِأَنَّهُ بَنَى الْأَمْرَ عَلَى الْأَصْلِ فَلَا تَتَحَقَّقُ الْعَمْدِيَّةُ (وَلَوْ شَكَّ فِي غُرُوبِ الشَّمْسِ لَا يَحِلُّ لَهُ الْفِطْرُ) لِأَنَّ الْأَصْلَ هُوَ النَّهَارُ (وَلَوْ أَكَلَ فَعَلَيْهِ الْقَضَاءُ)

(١) أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ فِي الصَّوْمِ بَابَ ٢٠ (حَدِيثُ ٩٧٧)، وَمُسْلِمٌ فِي الصَّيَامِ (حَدِيثُ ٤٥).

(٢) أَخْرَجَهُ الطَّبْرَانِيُّ فِي مَعْجَمِهِ كَمَا فِي مَجْمَعِ الزَّوَائِدِ (١٠٥/٢) عَنْ أَبِي الدَّرْدَاءِ

عَمَلًا بِالْأَصْل، وَإِنْ كَانَ أَكْبَرُ رَأْيِهِ أَنَّهُ أَكَلَ قَبْلَ الْغُرُوبِ فَعَلَيْهِ الْقَضَاءُ رِوَايَةً وَاحِدَةً لِأَنَّ النَّهَارَ هُوَ الْأَصْلُ، وَلَوْ كَانَ شَاكًا فِيهِ وَتَبَيَّنَ أَنَّهَا لَمْ تَقْرُبَ يَنْبَغِي أَنْ تَحِبَّ الْكَفَّارَةُ نَظَرًا إِلَى مَا هُوَ الْأَصْلُ وَهُوَ النَّهَارُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (ثُمَّ التَّسَحُّرُ) السَّحَرُ آخِرُ اللَّيْلِ، عَنْ اللَّيْثِ قَالُوا: هُوَ السُّدُسُ الْآخِرُ، وَالسُّحُورُ اسْمٌ لِمَا يُؤْكَلُ فِي ذَلِكَ الْوَقْتِ وَقَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «فَإِنْ فِي السُّحُورِ بَرَكَةٌ» أَيُّ فِي أَكْلِهِ، وَالْمُرَادُ بِالْبَرَكَةِ زِيَادَةُ الْقُوَّةِ عَلَى آدَاءِ الصَّوْمِ، وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ الْمُرَادُ نَيْلُ زِيَادَةِ الثَّوَابِ لِاسْتِنَانِهِ بِسُنَنِ الْمُرْسَلِينَ، ثُمَّ تَأْخِيرُ أَكْلِ السُّحُورِ مُسْتَحَبٌّ فِي مُسْتَحَبٍّ، فَإِنَّ نَفْسَ التَّسَحُّرِ مُسْتَحَبَّةٌ. وَتَأْخِيرُهُ مُسْتَحَبٌّ أَيْضًا، فَكَانَ التَّأْخِيرُ مُسْتَحَبًّا فِي مُسْتَحَبٍّ. قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «ثَلَاثٌ مِنْ أَخْلَاقِ الْمُرْسَلِينَ: تَعْجِيلُ الْإِفْطَارِ، وَتَأْخِيرُ السُّحُورِ، وَالسَّوَاكُ» فَإِنْ قِيلَ: مَا وَجْهٌ جَعَلَ تَأْخِيرَ السُّحُورِ مِنْ أَخْلَاقِ الْمُرْسَلِينَ وَهُوَ مَخْصُوصٌ بِأَهْلِ الْإِسْلَامِ وَبِأَمَّتِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ، فَإِنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: «فَرَّقَ مَا بَيْنَ صِيَامِنَا وَصِيَامِ أَهْلِ الْكِتَابِ أَكْلُ السُّحُورِ».

أُجِيبَ: بِأَنَّ الْمُرَادَ بِهِ الْأَكْلَةُ الثَّانِيَةُ فَإِنَّهَا كَانَتْ تَجْرِي مَجْرَى السُّحُورِ فِي حَقِّهِمْ، وَيَجُوزُ أَنْ يُقَالَ: لَا مُنَافَاةَ بَيْنَ الْحَدِيثَيْنِ، فَإِنَّ الْأَوَّلَ يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ مِنْ أَخْلَاقِ الْمُرْسَلِينَ. وَالثَّانِي يَدُلُّ عَلَى أَنَّ أَهْلَ الْكِتَابِ مَا كَانَ لَهُمْ سُحُورٌ، وَهَذَا غَيْرُ الْأَوَّلِ لِحَوَازِ أَنْ يَكُونَ أَتْبَاقُهُمْ يَتَسَحَّرُونَ. وَقَوْلُهُ (إِلَّا أَنَّهُ إِذَا شَكَّ فِي الْفَجْرِ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (وَعَلَى ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ لَا قَضَاءَ عَلَيْهِ) هُوَ الصَّحِيحُ، لِأَنَّ اللَّيْلَ هُوَ الْأَصْلُ فَلَا يُتَّقَلُّ عَنْهُ إِلَّا بَيِّقِينَ، وَأَكْبَرُ الرَّأْيِ لَيْسَ كَذَلِكَ. وَقَوْلُهُ (رِوَايَةً وَاحِدَةً) قَالَ فِي النَّهْيَةِ: أَيُّ فَعَلَيْهِ الْقَضَاءُ وَالْكَفَّارَةُ، لِأَنَّ النَّهَارَ كَانَ ثَابِتًا وَقَدْ انْضَمَّ إِلَيْهِ أَكْبَرُ الرَّأْيِ فَصَارَ بِمِثْلَةِ الْيَقِينِ، وَقَدْ أَشْرْنَا إِلَيْهِ فِي الْجَوَابِ الْمَذْكُورِ، وَإِنَّمَا قَالَ: رِوَايَةً وَاحِدَةً اخْتِرَازًا عَمَّا إِذَا كَانَ أَكْبَرُ رَأْيِهِ أَنَّ الْفَجْرَ طَالَعَ، لِأَنَّ فِيهِ رِوَايَتَيْنِ كَمَا ذَكَرْنَا آنفًا.

(وَمَنْ أَكَلَ فِي رَمَضَانَ نَاسِيًا وَظَنَّ أَنَّ ذَلِكَ يُفْطِرُهُ فَأَكَلَ بَعْدَ ذَلِكَ مُتَعَمِّدًا عَلَيْهِ الْقَضَاءُ دُونَ الْكَفَّارَةِ) لِأَنَّ الْاِشْتِبَاهَ اسْتَدَّ إِلَى الْقِيَاسِ فَتَحَقَّقُ الشُّبْهَةُ، وَإِنْ بَلَغَهُ الْحَدِيثُ وَعَلِمَهُ فَكَذَلِكَ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ، وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهَا تَحِبُّ، وَكَذَا عَنْهُمَا

لأنه لا اشتباه فلا شبهة. وجه الأول قيام الشبهة الحكمية بالنظر إلى القياس فلا ينتقي بالعلم كوطء الأب جارية ابنه.

الشرح:

وقوله (ومن أكل في رمضان ناسياً) ظاهر (لأن الاشتباه استند إلى القياس) لأن القياس الصحيح يقتضي أن لا يبقى الصوم بانتفاء ركنه بالأكل ناسياً، فإذا أكل بعده عامداً لم يلاق فعله الصوم فلا تجب عليه الكفارة. وقوله (لأنه لا اشتباه) يعني إذا علم الحديث علم أن القياس متروك، والمتروك لا يورث شبهة فلا شبهة. وقوله (وجه الأول) يعني عدم وجوب الكفارة (قيام الشبهة الحكمية بالنظر إلى القياس) وهذا لأن الشبهة الحكمية هي الشبهة في المحل، وهي التي يتحقق بقيام الدليل الثافي للحرمة في ذاته ولا تتوقف على ظن الجاني واعتقاده كما سيجيء في كتاب الحدود، والقياس دليل قائم ينفي حرمة الأكل الثاني سواء علم ذلك أو لم يعلم (كوطء الأب جارية ابنه) فإنه لا يجب به الحد سواء كان الأب عالماً بالحرمة أو لا.

(ولو احتجهم وظن أن ذلك يفطره ثم أكل متعمداً عليه القضاء والكفارة) لأن الظن ما استند إلى دليل شرعي إلا إذا افتاه فقيه بالفساد لأن الفتوى دليل شرعي في حقه، ولو بلغه الحديث واعتمده فكذلك عند محمد رحمه الله تعالى، لأن قول الرسول عليه الصلاة والسلام لا ينزل عن قول المفتي، وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى خلاف ذلك، لأن على العامي الاقتداء بالفقهاء لعدم الاهتداء في حقه إلى معرفة الأحاديث، وإن عرف تأويله تجب الكفارة لانتفاء الشبهة، وقول الأوزاعي رحمه الله لا يورث الشبهة لمخالفته القياس. (ولو أكل بعدما اغتاب متعمداً فعليه القضاء والكفارة كيفما كان) لأن الفطر يخالف القياس، والحديث مؤول بالإجماع.

الشرح:

وقوله (ولو احتجهم) صورته ظاهرة. وقوله (لأن الظن ما استند إلى دليل شرعي) فإن الحجامه كالقص في خروج الدم من العروق والقص لا يفسد، فكذا الحجامه. لا يقال: لا يجوز أن يكون كدم الحيض والنفس فإنه ليس فيه وصول شيء إلى باطنه ولا قضاء شهوة. ومع ذلك يفسد الصوم لأن ذلك ثابت بالنص على خلاف القياس

كَالاسْتَقَاءِ.

فَإِنْ قِيلَ: فَلَتَكُنَ الْحِجَامَةُ كَذَلِكَ بِقَوْلِهِ ﷺ «أَفْطَرَ الْحَاجِمُ وَالْمَحْجُومُ»^(١). أُجِيبَ
«بِأَنَّهُ ﷺ احْتَجَمَ وَهُوَ صَائِمٌ» رَوَاهُ ابْنُ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا.

وَرَوَى أَيْضًا «أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ احْتَجَمَ وَهُوَ مُحَرَّمٌ صَائِمٌ بَيْنَ مَكَّةَ
وَالْمَدِينَةِ» فَكَانَ الْحَدِيثُ مُعَارَضًا بِهِ فَلَا يَثْبُتُ بِهِ شَيْءٌ. لَا يُقَالُ: مَا رَوَاهُ ابْنُ عَبَّاسٍ
رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا حِكَايَةً فِعْلٍ وَالْقَوْلُ رَاجِحٌ، لِأَنَّ الْقَوْلَ إِنَّمَا يَكُونُ رَاجِحًا إِذَا لَمْ يَكُنْ
مُؤَوَّلًا وَهَذَا مُؤَوَّلٌ عَلَى مَا يُذَكِّرُ. وَقَوْلُهُ (إِلَّا إِذَا أَفْتَاهُ فَقِيهٌ) يَعْنِي حَيْثُ لَا تَجِبُ
الْكُفَّارَةُ. وَالْمُرَادُ بِهِ فَقِيهٌ يُؤْخَذُ مِنْهُ الْفَقْهُ وَيُعْتَمَدُ عَلَى فَتَوَاهُ فِي الْبَلَدِ، هَكَذَا رَوَى الْحَسَنُ
عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ وَبِشْرِ بْنِ الْوَلِيدِ عَنْ أَبِي يُوسُفَ وَابْنِ رُسْتَمٍ عَنْ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُمُ اللَّهُ
(لَأَنَّ الْفَتَوَى دَلِيلٌ شَرْعِيٌّ فِي حَقِّهِ) فَتَصِيرُ شُبْهَةً (وَإِنْ بَلَغَهُ الْحَدِيثُ) وَهُوَ قَوْلُهُ ﷺ
«أَفْطَرَ الْحَاجِمُ وَالْمَحْجُومُ» رَوَى بِالْوَاوِ وَبِغَيْرِهِ بِنَصْبِ الْمَحْجُومِ (وَاعْتَمَدَهُ فَكَذَلِكَ عِنْدَ
مُحَمَّدٍ) لَا تَجِبُ عَلَيْهِ الْكُفَّارَةُ (لَأَنَّ قَوْلَ الرَّسُولِ لَا يَنْزِلُ عَنْ قَوْلِ الْمُفْتِي، وَعَنْ أَبِي
يُوسُفَ خِلَافَ ذَلِكَ) يَعْنِي لَا تَسْقُطُ الْكُفَّارَةُ (لَأَنَّ عَلَى الْعَامِّيِّ الْاِقْتِدَاءَ بِالْفُقَهَاءِ لَعَدَمِ
الِاهْتِدَاءِ فِي حَقِّهِ إِلَى مَعْرِفَةِ الْأَحَادِيثِ) لِحَوَازِ أَنْ يَكُونَ مَصْرُوفًا عَنْ ظَاهِرِهِ أَوْ مَنْسُوخًا
(وَإِنْ عَرَفَ تَأْوِيلَهُ) وَهُوَ «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ مَرَّ بِهِمَا وَهُمَا مَعْقُلٌ بَيْنَ سِنَانٍ مَعَ حَاجِمِهِ وَهُمَا
يَعْتَابَانِ آخَرَ فَقَالَ: أَفْطَرَ الْحَاجِمُ وَالْمَحْجُومُ» أَيْ ذَهَبَ بِثَوَابِ صَوْمِهِمَا الْغِيْبَةُ.

وَقِيلَ: «إِنَّهُ غَشِيَ عَلَى الْمَحْجُومِ فَصَبَّ الْحَاجِمُ الْمَاءَ فِي حَلْقِهِ فَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ
وَالسَّلَامُ أَفْطَرَ الْحَاجِمُ الْمَحْجُومُ» أَيْ فَطَرَهُ بِمَا صَنَعَ بِهِ فَوْقَ عِنْدِ الرَّاوي أَنَّهُ
قَالَ: «أَفْطَرَ الْحَاجِمُ وَالْمَحْجُومُ» (تَجِبُ الْكُفَّارَةُ لِانْتِفَاءِ الشُّبْهَةِ) لِأَنَّهَا نَشَأَتْ مِنْ
الاعْتِمَادِ عَلَى الظَّاهِرِ، وَقَدْ زَالَ بِمَعْرِفَةِ التَّأْوِيلِ.

فَإِنْ قِيلَ: لَا تُسَلِّمُ أَنْ مُنْشَأَ الشُّبْهَةِ ذَلِكَ وَحْدَهُ بَلْ قَوْلُ الْأَوْزَاعِيِّ بِذَلِكَ مُنْشَأُهَا
أَيْضًا. أَجَابَ: بِأَنَّ قَوْلَ الْأَوْزَاعِيِّ لَا يُورِثُ الشُّبْهَةَ لِمُخَالَفَتِهِ الْقِيَاسَ، فَإِنَّ الْفِطْرَ مِمَّا
يَدْخُلُ لَا مِمَّا يَخْرُجُ، بِخِلَافِ قَوْلِ مَالِكٍ فِي أَكْلِ النَّاسِي. لَا يُقَالُ فِي عِبَارَتِهِ تَنَاقُضٌ
لَأَنَّهُ قَالَ: إِلَّا إِذَا أَفْتَاهُ فَقِيهٌ، وَفَتَوَاهُ لَا تَكُونُ إِلَّا بِقَوْلِهِ.

(١) أخرجه أبو داود (٢٣٦٧)، وابن ماجه (١٦٨٠). وانظر نصب الراية (٤٩٨/٢).

ثُمَّ قَالَ: وَقَوْلُ الْأَوْزَاعِيِّ: لَا يُورِثُ الشُّبْهَةَ، وَأَيْضًا الْفَتْوَى فِي هَذَا الْبَابِ لَا تَكُونُ إِلَّا مُخَالَفَةً لِلْقِيَامِ فَكَيْفَ تَكُونُ شُبْهَةً مِنْ غَيْرِ الْأَوْزَاعِيِّ دُونِهِ. لَأَنَّا نَقُولُ: ذَلِكَ بِالنِّسْبَةِ إِلَى الْعَامِّيِّ وَهَذَا بِالنِّسْبَةِ إِلَى مَنْ عَرَفَ التَّأْوِيلَ (وَلَوْ أَكَلَ بَعْدَمَا اغْتَابَ مُتَعَمِّدًا فَعَلَيْهِ الْقَضَاءُ وَالْكَفَّارَةُ كَيْفَمَا كَانَ) أَيْ سَوَاءً بَلَغَهُ الْحَدِيثُ أَوْ لَمْ يَبْلُغْهُ، عَرَفَ تَأْوِيلَهُ أَوْ لَمْ يَعْرِفْ، أَتَاهُ مُفْتًى أَوْ لَمْ يُفْتِ (لَأَنَّ الْفِطْرَ بِهَا يُخَالِفُ الْقِيَاسَ وَالْحَدِيثَ) وَهُوَ قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «الْغِيَّةُ تُفْطِرُ الصَّائِمَ» (مُؤَوَّلٌ بِالْإِجْمَاعِ) بِأَنَّ الْمُرَادَ بِهِ ذَهَابُ الثَّوَابِ فَلَمْ يُوجَدْ الدَّلِيلُ النَّافِي لِلْحُرْمَةِ فِي ذَاتِهِ فَلَا يَكُونُ شُبْهَةً، بِخِلَافِ حَدِيثِ الْحِجَامَةِ فَإِنَّ بَعْضَ الْعُلَمَاءِ أَخَذَ بِظَاهِرِهِ مِنْ غَيْرِ تَأْوِيلٍ.

(وَإِذَا جُمِعَتِ النَّائِمَةُ أَوْ الْمَجْنُونَةُ وَهِيَ صَائِمَةٌ عَلَيْهَا الْقَضَاءُ دُونَ الْكَفَّارَةِ) وَقَالَ زُفَرٌ وَالشَّافِعِيُّ رَحِمَهُمَا اللَّهُ تَعَالَى: لَا قَضَاءَ عَلَيْهِمَا اعْتِبَارًا بِالنَّاسِي، وَالْعُذْرُ هُنَا أَبْلَغُ لَعَدَمِ الْقَصْدِ. وَلَنَا أَنَّ النَّسِيَانَ يَغْلِبُ وَجُودُهُ وَهَذَا نَادِرٌ، وَلَا تَجِبُ الْكَفَّارَةُ لِانْعِدَامِ الْجِنَايَةِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِذَا جُمِعَتِ النَّائِمَةُ أَوْ الْمَجْنُونَةُ) أَمَا صَوْمُ النَّائِمَةِ فَظَاهِرٌ، وَأَمَّا الْمَجْنُونَةُ فَقَدْ تَكَلَّمُوا فِي صِحَّةِ صَوْمِهَا لِأَنَّهَا لَا تُجَامِعُ الْجُنُونَ، وَحُكِيَ عَنْ أَبِي سُلَيْمَانَ الْجَوَزْجَانِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ قَالَ: لَمَّا قَرَأْتُ عَلَى مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ هَذِهِ الْمَسْأَلَةَ قُلْتُ لَهُ: كَيْفَ تَكُونُ صَائِمَةً وَهِيَ مَجْنُونَةٌ؟ فَقَالَ لِي: دَعِ هَذَا فَإِنَّهُ انْتَشَرَ فِي الْأَفُقِ.

فَمِنْ الْمَشَايِخِ مَنْ قَالَ: كَأَنَّهُ كُتِبَ فِي الْأَصْلِ مَجْبُورَةٌ فَظَنَّ الْكَاتِبُ مَجْنُونَةً، وَهَذَا قَالَ: دَعِ فَإِنَّهُ انْتَشَرَ فِي الْأَفُقِ، وَأَكْثَرُهُمْ قَالُوا: تَأْوِيلُهُ أَنَّهَا كَانَتْ عَاقِلَةً بِالْعَقَّةِ فِي أَوَّلِ النَّهَارِ ثُمَّ جُنَّتْ فَجَامَعَهَا زَوْجُهَا ثُمَّ أَفَاقَتْ وَعَلِمَتْ بِمَا فَعَلَ بِهَا الزَّوْجُ (وَقَالَ زُفَرٌ وَالشَّافِعِيُّ: لَا قَضَاءَ عَلَيْهِمَا إِلَّا حَقًا بِالنَّاسِي، لَأَنَّ الْعُذْرَ فِيهِمَا أَبْلَغُ لَعَدَمِ الْقَصْدِ) وَلَنَا أَنَّ الْإِلْحَاقَ إِنَّمَا يَصِحُّ أَنْ لَوْ كَانَا فِي مَعْنَاهُ مِنْ كُلِّ وَجْهِ وَلَيْسَ كَذَلِكَ، لَأَنَّ النَّسِيَانَ يَغْلِبُ وَجُودُهُ فَيُفْضَى إِلَى الْحَرَجِ (وَهَذَا) جَمَاعُ الْمَجْنُونَةِ وَالنَّائِمَةِ (نَادِرٌ) فَالْقَضَاءُ لَا يُفْضَى إِلَى الْحَرَجِ (وَلَا تَجِبُ الْكَفَّارَةُ لِانْعِدَامِ الْجِنَايَةِ) لَعَدَمِ الْقَصْدِ.

فصل فيما يوجبه على نفسه

(وَإِذَا قَالَ: اللَّهُ عَلَيَّ صَوْمُ يَوْمِ النَّحْرِ أَفْطَرُ وَقَضَى): فَهَذَا النَّذْرُ صَحِيحٌ عِنْدَنَا خِلَافًا لِرُفْرُ وَالشَّافِعِيِّ رَحِمَهُمَا اللَّهُ. هُمَا يَقُولَانِ: إِنَّهُ نَذْرٌ بِمَا هُوَ مَعْصِيَةٌ لُورُودِ النَّهْيِ عَنْ صَوْمِ هَذِهِ الْأَيَّامِ. وَلَنَا أَنَّهُ نَذْرٌ بِصَوْمِ مَشْرُوعٍ وَالنَّهْيُ لغيرِهِ، وَهُوَ تَرَكُ إِجَابَةِ دَعْوَةِ اللَّهِ تَعَالَى، فَيَصِحُّ نَذْرُهُ لَكِنَّهُ يُفْطِرُ احْتِرَازًا عَنِ الْمَعْصِيَةِ الْمُجَاوِرَةِ ثُمَّ يَقْضِي إسْقَاطًا لِلوَاجِبِ، وَإِنْ صَامَ فِيهِ يَخْرُجُ عَنِ الْعَهْدَةِ لِأَنَّهُ أَذَاهُ كَمَا التَّزَمَهُ. (وَإِنْ نَوَى يَمِينًا فَعَلَيْهِ كَفَّارَةٌ يَمِينٍ) يَعْنِي. إِذَا أَفْطَرَ، وَهَذِهِ الْمَسْأَلَةُ عَلَى وَجْهِ سِتَّةٍ: إِنْ لَمْ يَنْوِ شَيْئًا أَوْ نَوَى النَّذْرَ لَا غَيْرَ، أَوْ نَوَى النَّذْرَ وَنَوَى أَنْ لَا يَكُونَ يَمِينًا يَكُونُ نَذْرًا لِأَنَّهُ نَذْرٌ بِصِفَتِهِ. كَيْفَ وَقَدْ قَرَّرَهُ بِعَزِيمَتِهِ؟ وَإِنْ نَوَى الْيَمِينَ وَنَوَى أَنْ لَا يَكُونَ نَذْرًا يَكُونُ يَمِينًا، لِأَنَّ الْيَمِينَ مُحْتَمَلٌ كَلَامُهُ وَقَدْ عَيَّنَهُ وَنَفَى غَيْرَهُ، وَإِنْ نَوَاهُمَا يَكُونُ نَذْرًا وَيَمِينًا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ، وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ يَكُونُ نَذْرًا، وَلَوْ نَوَى الْيَمِينَ فَكَذَلِكَ عِنْدَهُمَا وَعِنْدَهُ يَكُونُ يَمِينًا. لِأَبِي يُوسُفَ أَنَّ النَّذْرَ فِيهِ حَقِيقَةٌ وَالْيَمِينَ مَجَازٌ حَتَّى لَا يَتَوَقَّفَ الْأَوَّلُ عَلَى النَّيِّ، وَيَتَوَقَّفَ الثَّانِي فَلَا يَنْتَظِمُهُمَا، ثُمَّ الْمَجَازُ يَتَعَيَّنُ بِنَيْتِهِ، وَعِنْدَ نَيْتِهِمَا تَتَرَجَّحُ الْحَقِيقَةُ. وَلَهُمَا أَنَّهُ لَا تَنَافِي بَيْنَ الْجِهَتَيْنِ لِأَنَّهُمَا يَقْتَضِيَانِ الْوُجُوبَ إِلَّا أَنَّ النَّذْرَ يَقْتَضِيهِ لَعْنَةُ الْيَمِينَ لغيرِهِ، فَجَمَعْنَا بَيْنَهُمَا عَمَلًا بِالدَّلِيلَيْنِ، كَمَا جَمَعْنَا بَيْنَ جِهَتَيْ التَّبَرُّعِ وَالْمَعَاوَضَةِ فِي الْهَبَةِ بِشَرْطِ الْعَوَضِ.

الشرح:

(فَصَلِّ فِيمَا يُوجِبُهُ عَلَى نَفْسِهِ): لَمَّا فَرَّغَ مِنْ بَيَانِ مَا أَوْجَبَ اللَّهُ تَعَالَى عَلَى الْعِبَادِ، شَرَعَ فِي بَيَانِ مَا يُوجِبُهُ الْعَبْدُ عَلَى نَفْسِهِ، لِأَنَّهُ فَرَعَ عَلَى الْأَوَّلِ، وَلِهَذَا شَرَطَ أَنْ يَكُونَ مِنْ جِنْسِ مَا أَوْجَبَهُ اللَّهُ، وَأَنْ لَا يَكُونَ وَاجِبًا بِإِيجَابِ اللَّهِ (وَإِذَا قَالَ: اللَّهُ عَلَيَّ صَوْمُ يَوْمِ النَّحْرِ، أَفْطَرُ وَقَضَى).

وَقَالَ زُفَرٌ وَالشَّافِعِيُّ: لَا يَصِحُّ نَذْرُهُ، وَهُوَ رَوَايَةُ ابْنِ الْمُبَارَكِ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ، لِأَنَّ هَذَا نَذْرٌ بِالْمَعْصِيَةِ (لُورُودِ النَّهْيِ عَنْ صَوْمِ هَذِهِ الْأَيَّامِ) قَالَ ﷺ «أَلَا لَا تَصُومُوا فِي هَذِهِ الْأَيَّامِ» الْحَدِيثُ، وَالنَّذْرُ بِالْمَعْصِيَةِ غَيْرُ صَحِيحٍ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «لَا نَذْرَ فِي مَعْصِيَةِ اللَّهِ» (وَلَنَا أَنَّ هَذَا نَذْرٌ بِصَوْمٍ مَشْرُوعٍ) لِأَنَّ الدَّلِيلَ الدَّالَّ عَلَى مَشْرُوعِيَّتِهِ وَهُوَ

كَوْنُهُ كَمَا لِلنَّفْسِ الَّتِي هِيَ عَدُوُّ اللَّهِ عَنْ شَهَوَاتِهَا لَا يُفْصَلُ بَيْنَ يَوْمٍ وَيَوْمٍ، فَكَانَ مِنْ حَيْثُ حَقِيقَتُهُ حَسَنًا مَشْرُوعًا، وَالتَّذَرُّ بِمَا هُوَ مَشْرُوعٌ جَائِزٌ، وَمَا ذَكَرْتُمْ مِنَ التَّنْهِى فَإِنَّمَا هُوَ لغيرِهِ الْمُجَاوِرِ (وَهُوَ تَرْكُ إِجَابَةِ دَعْوَةِ اللَّهِ تَعَالَى) لِأَنَّ النَّاسَ أَضْيَافُ اللَّهِ فِي هَذِهِ الْأَيَّامِ، وَإِذَا كَانَ لغيرِهِ لَا يُمْنَعُ صِحَّتُهُ مِنْ حَيْثُ ذَاتُهُ. وَلِقَائِلِ أَنْ يَقُولَ الْإِمْسَاكُ فِي هَذِهِ الْأَيَّامِ يَسْتَلْزِمُ تَرْكُ إِجَابَةِ الدَّعْوَةِ الْبَتَّةَ، وَتَرْكُ الْإِجَابَةِ مِنْهِي عَنْهُ قَبِيحٌ فَمَا يَسْتَلْزِمُهُ كَذَلِكَ؟ وَالْجَوَابُ: أَنَا لَا نُسَلِّمُ ذَلِكَ فَإِنَّهُ لَوْ أَمْسَكَ حَمِيَّةً أَوْ لَضَعْفٍ أَوْ لَعَدَمِ مَا يَأْكُلُهُ لَا يَكُونُ تَارِكًا لِلْإِجَابَةِ.

فَإِنْ قِيلَ: الْإِمْسَاكُ عِبَادَةٌ تَسْتَلْزِمُهُ. قُلْنَا: كَانَ ذَلِكَ قَوْلًا بِالْوَجْهِ وَالْإِعْتِبَارِ. وَعَلَى تَقْدِيرِ تَسْلِيمِ صِحَّتِهِ فَلَنَا أَنْ نَقُولَ هَذَا الصَّوْمُ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ تَرْكُ إِجَابَةِ دَعْوَةِ اللَّهِ قَبِيحٌ، وَمِنْ حَيْثُ إِنَّهُ قَهْرٌ لِلنَّفْسِ الْأَمَّارَةِ بِالسُّوءِ عَلَى وَجْهِ التَّقَرُّبِ إِلَى اللَّهِ حَسَنٌ، (فَيَصِحُّ التَّذَرُّ لَكِنَّهُ يُفْطِرُ احْتِرَازًا عَنِ الْمَعْصِيَةِ الْمُجَاوِرَةِ ثُمَّ يَقْضِي إسْقَاطًا لِلوَاجِبِ، وَإِنْ صَامَ فِيهِ يَخْرُجُ عَنِ الْعُهُدَةِ لِأَنَّهُ أَذَاهُ كَمَا التَّزَمَهُ) فَإِنْ مَا وَجِبَ نَاقِصًا يَجُوزُ أَنْ يَتَأَدَّى نَاقِصًا.

فَإِنْ قُلْتَ: سَمَى الْمُصَنَّفُ هَذَا النَّوعَ مِنَ الْقُبْحِ مُجَاوِرًا وَهُوَ عَلَى خِلَافِ مَا فِي كُتُبِ أَصْحَابِنَا فِي أُصُولِ الْفَقْهِ قَاطِبَةً، فَإِنَّهُمْ سَمَوْهُ بِالْمُتَّصِلِ وَصَفًا، وَأَمَّا الْمُجَاوِرُ جَمْعًا فَمِثْلُ الْبَيْعِ عِنْدَ أَذَانِ الْجُمُعَةِ. قُلْتَ: سُؤَالَ حَسَنٍ. وَالتَّقْصِي عَنْ عُهُدَةٍ جَوَابِهِ مُشْكِلٌ، وَتَقْرِيرُنَا كَافِلٌ كَافٍ لِتَقْرِيرِهِ فَلْيُطْلَبْ نَمَّةٌ فَإِنَّهُ مِنْ مَبَاحِثِ الْأُصُولِ.

قَالَ (وَإِنْ نَوَى يَمِينًا فَعَلَيْهِ كَفَّارَةٌ يَمِينٍ) هَذِهِ الْمَسْأَلَةُ عَلَى سِتَّةِ أَوْجُهٍ، وَالْجَمِيعُ مَذْكُورٌ فِي الْكِتَابِ، فَفِي الثَّلَاثَةِ الْأُولَى وَهِيَ: مَا إِذَا لَمْ يَنْوِ شَيْئًا أَوْ نَوَى التَّذَرُّ لَا غَيْرُ، أَوْ نَوَى التَّذَرُّ وَنَوَى أَنْ لَا يَكُونَ يَمِينًا، يَكُونُ نَذْرًا بِالْإِجْمَاعِ، وَفِي الْوَاحِدِ يَكُونُ يَمِينًا بِالْإِجْمَاعِ، وَهُوَ مَا إِذَا نَوَى الْيَمِينَ وَنَوَى أَنْ لَا يَكُونَ نَذْرًا، وَفِي الْاِثْنَيْنِ وَهُوَ أَنْ يَنْوِيَهُمَا أَوْ نَوَى الْيَمِينَ لَا غَيْرُ يَكُونُ نَذْرًا وَيَمِينًا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ، وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ فِي الْأَوَّلِ نَذْرٌ وَفِي الْيَمِينَ يَمِينٌ، ثُمَّ الْوُجُوهُ الْأَرْبَعَةُ الْمُتَّفَقُ عَلَيْهَا ظَاهِرَةٌ، وَكَفَى بَعْدَ الْمُنَازَعِ دَلِيلًا، وَأَمَّا وَجْهُ الْبَاقِينَ فَلَأَبِي يُوسُفَ (أَنَّ التَّذَرُّ فِيهِ) أَيْ فِي هَذَا الْكَلَامِ (حَقِيقَةٌ) لَعَدَمُ تَوَقُّفِهِ عَلَى النِّيَّةِ (وَالْيَمِينَ مَجَازٌ) لِتَوَقُّفِهِ عَلَيْهَا، وَاللَّفْظُ الْوَاحِدُ لَا يَنْتَظِمُ الْحَقِيقَةَ وَالْمَجَازَ. فَإِذَا نَوَاهُمَا وَالْحَقِيقَةُ مُرَادَةٌ فَلَا يَكُونُ الْمَجَازُ مُرَادًا،

وَإِذَا نَوَى الْيَمِينَ تَعَيَّنَ الْمَجَارُ بَيْنَهُ فَلَا تَكُونُ الْحَقِيقَةُ مُرَادَةً (وَلَهُمَا أَنَّهُ لَا تَنَافِي بَيْنَ الْجِهَتَيْنِ) يَعْنِي: أَنَّهُ لَيْسَ مِنْ بَابِ الْجَمْعِ بَيْنَ الْحَقِيقَةِ وَالْمَجَارِ، لِأَنَّ قَوْلَهُ: لِلَّهِ عَلَيَّ صَوْمُ يَوْمِ النَّحْرِ مَوْضُوعٌ لِلْوُجُوبِ وَمُسْتَعْمَلٌ فِي الْوُجُوبِ، وَلَيْسَ بِمُسْتَعْمَلٍ فِي غَيْرِ الْوُجُوبِ أَيْضًا حَتَّى يَلْزَمَ الْجَمْعُ بَيْنَ الْحَقِيقَةِ وَالْمَجَارِ، غَيْرَ أَنَّهُ مُسْتَعْمَلٌ فِيهِ مِنْ جِهَتَيْنِ لَا تَنَافِي بَيْنَهُمَا، نَشَأَتْ إِحْدَاهُمَا مِنَ النَّذْرِ لِأَنَّهُ يَقْتَضِيهِ لَعْنُهُ، وَلِهَذَا يَجِبُ الْقَضَاءُ إِذَا تَرَكَهُ، وَالْأُخْرَى مِنَ الْيَمِينِ لِأَنَّهُ يَقْتَضِيهِ لَعْنُهُ وَهُوَ صِيَانَةُ اسْمِ اللَّهِ تَعَالَى عَنِ الْهَيْكَلِ، وَلِهَذَا لَا يَجِبُ الْقَضَاءُ بَلْ الْكَفَّارَةُ وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنَ الْمُشْتَائِنِ دَلِيلٌ شَرْعِيٌّ يَجِبُ الْعَمَلُ بِهِ إِذَا امْكُنَ، وَالْعَمَلُ بِهِمَا مُمَكِّنٌ لِعَدَمِ التَّنَافِي بَيْنَهُمَا فَجَمَعْنَا بَيْنَهُمَا عَمَلًا بِالِدَّلِيلَيْنِ كَمَا جَمَعْنَا بَيْنَ جِهَتَيْ التَّبَرُّعِ وَالْمَعَاوَضَةِ فِي الْهَبَةِ بِشَرْطِ الْعَوَضِ هَذَا الَّذِي ظَهَرَ لِي مِنْ كَلَامِهِ فِي هَذَا الْمَوْضِعِ، وَلِلنَّاسِ فِي تَحْقِيقِ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ عَلَى مَذْهَبَيْهِمَا أَنْوَاعٌ مِنَ التَّوْجِيهَاتِ، فَمَنْ تَشَوَّفَ إِلَيْهَا طَالَعَ التَّقْرِيرَ.

(وَلَوْ قَالَ: لِلَّهِ عَلَيَّ صَوْمُ هَذِهِ السَّنَةِ أَفْطَرُ يَوْمَ الْفِطْرِ وَيَوْمَ النَّحْرِ وَأَيَّامَ التَّشْرِيقِ وَقَضَاهَا) لِأَنَّ النَّذَرَ بِالسَّنَةِ الْمُعَيَّنَةِ نَذْرٌ بِهَذِهِ الْأَيَّامِ، وَكَذَا إِذَا لَمْ يُعَيَّنْ لِكُنْهُ شَرْطُ التَّتَابُعِ، لِأَنَّ الْمُتَابَعَةَ لَا تَعْرِى عَنْهَا لَكِنْ يَقْضِيهَا فِي هَذَا الْفَصْلِ مَوْصُولَةً تَحْقِيقًا لِلتَّتَابُعِ بِقَدْرِ الْإِمْكَانِ، وَيَتَأْتَى فِي هَذَا خِلَافٌ زُفَرٍ وَالشَّافِعِيُّ رَحِمَهُمَا اللَّهُ لِلنُّهْيِ عَنِ الصَّوْمِ فِيهَا، وَهُوَ قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «أَلَا لَا تَصُومُوا فِي هَذِهِ الْأَيَّامِ فَإِنَّهَا أَيَّامٌ أَكَلٍ وَشُرْبٍ وَبِعَالٍ» ^(١) وَقَدْ بَيَّنَّا الْوَجْهَ فِيهِ وَالْعُدْرَةَ عَنْهُ، وَلَوْ لَمْ يَشْتَرِطِ التَّتَابُعُ لَمْ يُجْزِهِ صَوْمُ هَذِهِ الْأَيَّامِ، لِأَنَّ الْأَصْلَ فِيمَا يَلْتَزِمُهُ الْكَمَالُ، وَالْمُؤَدَّى نَاقِصٌ لَمَكَانِ النُّهْيِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا عَيَّنَهَا لِأَنَّهُ التَّزَمَ بِوَصْفِ النُّقْصَانِ فَيَكُونُ الْأَدَاءُ بِالْوَصْفِ الْمُلتَزَمِ. قَالَ (وَعَلَيْهِ كَفَّارَةُ يَمِينٍ إِنْ أَرَادَ بِهِ يَمِينًا) وَقَدْ سَبَقَتْ وَجُوهُهُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلَوْ قَالَ: لِلَّهِ عَلَيَّ) يَعْنِي أَنَّ مَنْ نَذَرَ صَوْمَ سَنَةٍ فَلَا يَحُلُو: إِمَّا أَنْ عَيَّنَهَا بِقَوْلِهِ: هَذِهِ السَّنَةُ، أَوْ أَطْلَقَهَا بِأَنْ قَالَ: سَنَةً، فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ لَزِمَهُ صَوْمُ السَّنَةِ إِلَّا أَنَّهُ

(١) أخرجه الطبراني في معجمه كما في مجمع الزوائد (٢٠٣/٣) عن ابن عباس رضي الله عنهما.

وانظر نصب الراية (٥١٠/٢).

أَفْطَرَ الْآيَّامَ الْخَمْسَةَ وَقَضَاهَا (لَأَنَّ التَّذْرَ بِالسَّنَةِ الْمُعَيَّنَةِ نَذْرٌ بِهَذِهِ الْآيَّامِ) وَلَمْ يَجِبْ عَلَيْهِ قَضَاءُ رَمَضَانَ لِأَنَّ صَوْمَهُ لَمْ يَجِبْ بِهَذَا التَّذْرِ، وَلَوْ صَامَ الْآيَّامَ الْخَمْسَةَ جَازَ لَمَّا تَقَدَّمَ، وَإِنْ كَانَ الثَّانِي فَإِمَّا أَنْ يَشْتَرِطَ التَّابِعَ أَوْ لَا، فَإِنْ شَرَطَهُ فَحُكْمُهُ حُكْمُ الْمُعَيَّنَةِ، وَإِنْ لَمْ يَشْتَرِطْ لَمْ يُجْزِهِ صَوْمُ هَذِهِ الْآيَّامِ وَيَقْضِي خَمْسَةً وَثَلَاثِينَ يَوْمًا خَمْسَةَ لِلْآيَّامِ الْخَمْسَةِ وَثَلَاثِينَ يَوْمًا لِرَمَضَانَ، وَكَلَامُهُ وَاضِحٌ، وَمَبْنَى جَوَازِ صَوْمِ هَذِهِ الْآيَّامِ وَعَدَمِ جَوَازِهِ أَنَّ مَا وَجِبَ كَامِلًا لَا يَتَأَدَّى نَاقِصًا، وَمَا وَجِبَ نَاقِصًا جَازٌ أَنْ يَتَأَدَّى نَاقِصًا.

(وَمَنْ أَصْبَحَ يَوْمَ النَّحْرِ صَائِمًا ثُمَّ أَفْطَرَ لَا شَيْءَ عَلَيْهِ، وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ فِي النُّوَادِرِ أَنَّ عَلَيْهِ الْقَضَاءَ) لِأَنَّ الشَّرُوعَ مُلْزِمٌ كَالنَّذْرِ، وَصَارَ كَالشَّرُوعِ فِي الصَّلَاةِ فِي الْوَقْتِ الْمَكْرُوهِ. وَالْفَرْقُ لِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ، وَهُوَ ظَاهِرُ الرَّوَايَةِ أَنَّ بِنَفْسِ الشَّرُوعِ فِي الصَّوْمِ يُسَمَّى صَائِمًا حَتَّى يَحْنُثَ بِهِ الْحَالْفُ عَلَى الصَّوْمِ فَيَصِيرُ مُرْتَكِبًا لِلنَّهْيِ، فَيَجِبُ إِبْطَالُهُ فَلَا تَجِبُ صِيَانَتُهُ وَوُجُوبُ الْقَضَاءِ يُبْتَنَى عَلَيْهِ، وَلَا يَصِيرُ مُرْتَكِبًا لِلنَّهْيِ بِنَفْسِ التَّذْرِ وَهُوَ الْمَوْجِبُ، وَلَا بِنَفْسِ الشَّرُوعِ فِي الصَّلَاةِ حَتَّى يُتِمَّ رَكْعَةً، وَلِهَذَا لَا يَحْنُثُ بِهِ الْحَالْفُ عَلَى الصَّلَاةِ فَتَجِبُ صِيَانَةُ الْمُؤَدَّى وَيَكُونُ مَضمُونًا بِالْقَضَاءِ، وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ: أَنَّهُ لَا يَجِبُ الْقَضَاءُ فِي فَصْلِ الصَّلَاةِ أَيْضًا، وَالْأَظْهَرُ هُوَ الْأَوَّلُ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَالْفَرْقُ لِأَبِي حَنِيفَةَ وَهُوَ ظَاهِرُ الرَّوَايَةِ) يَعْنِي عَنْهُمَا بَيْنَ التَّذْرِ وَالشَّرُوعِ فِي الصَّوْمِ وَبَيْنَ الشَّرُوعِ فِي الصَّوْمِ، وَالشَّرُوعُ فِي الصَّلَاةِ فِي الْأَوْقَاتِ الْمَكْرُوهَةِ، فَإِنَّ فِي التَّذْرِ يَلْزَمُ الْقَضَاءُ وَفِي الشَّرُوعِ فِي الصَّوْمِ لَا يَلْزَمُ، وَفِي الصَّلَاةِ يَلْزَمُهُ إِذَا أَفْسَدَهَا. وَحَاصِلُ الْفَرْقِ بَيْنَ التَّذْرِ وَالشَّرُوعِ فِي الصَّوْمِ أَنَّ الشَّرُوعَ إِحْدَاثُ الْفِعْلِ فِي الْخَارِجِ وَهُوَ لَا يَنْفَكُ عَنِ ارْتِكَابِ الْمَنْهِيِّ عَنْهُ، وَهُوَ تَرْكُ إِجَابَةِ الدَّعْوَةِ فَيَجِبُ إِبْطَالُهُ فَلَا تَجِبُ صِيَانَتُهُ، وَوُجُوبُ الْقَضَاءِ يُبْنَى عَلَى وَجُوبِ الصِّيَانَةِ، وَأَمَّا التَّذْرُ فَإِنَّمَا هُوَ إِجْبَابٌ فِي الذِّمَّةِ وَهُوَ أَمْرٌ عَقْلِيٌّ وَجَازٌ لِلْعَقْلِ أَنْ يُجَرِّدَ الْأَصْلَ عَنِ الْوَصْفِ فَلَمْ يَكُنْ مُرْتَكِبًا لِلْمَنْهِيِّ عَنْهُ، وَأَمَّا الشَّرُوعُ فِي الصَّلَاةِ فِي الْأَوْقَاتِ الْمَكْرُوهَةِ فَإِنَّمَا صَارَ مُوجِبًا لِلْقَضَاءِ، لِأَنَّ مَا شُرِعَ فِيهِ لَا يَكُونُ صَلَاةً حَتَّى يُتِمَّ رَكْعَةً، وَلِهَذَا لَا يَحْنُثُ بِهِ الْحَالْفُ عَلَى

الصَّلَاةَ، فَلَمْ يَكُنْ الشُّرُوعُ فِي الْإِبْتِدَاءِ إِحْدَاثًا لِفِعْلِ الصَّلَاةِ فِي الْخَارِجِ فَكَانَ كَالنَّذْرِ فِي الْإِنْفِصَالِ عَنْ ارْتِكَابِ الْمُنْهَيِّ عَنْهُ، فَتَجِبُ الصِّيَانَةُ وَالْقَضَاءُ بِتَرْكِهَا، هَذَا مَا سَنَحَ لِي فِي تَوْجِيهِ كَلَامِهِ، وَاللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ.

باب الاعتكاف

قَالَ (الاعتكافُ مُسْتَحَبٌّ) وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ سُنَّةٌ مُؤَكَّدَةٌ، لِأَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ وَاطَّابَ عَلَيْهِ الْعَشْرُ الْأَوَّخِرُ مِنْ رَمَضَانَ وَالْمُوَاطَبَةُ دَلِيلُ السُّنَّةِ (وَهُوَ اللَّبْتُ فِي الْمَسْجِدِ مَعَ الصَّوْمِ وَبَيَّةُ الْإِعْتِكَافِ) أَمَّا اللَّبْتُ فَرُكْنُهُ لِأَنَّهُ يُنْبِئُ عَنْهُ فَكَانَ وَجُودُهُ بِهِ، وَالصَّوْمُ مِنْ شَرْطِهِ عِنْدَنَا خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ، وَالنِّيَّةُ شَرْطٌ فِي سَائِرِ الْعِبَادَاتِ، هُوَ يَقُولُ: إِنَّ الصَّوْمَ عِبَادَةٌ وَهُوَ أَصْلٌ بِنَفْسِهِ فَلَا يَكُونُ شَرْطًا لغيره.

وَلَنَا قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «لَا اِعْتِكَافَ إِلَّا بِالصَّوْمِ»^(١) وَالْقِيَاسُ فِي مُقَابَلَةِ النَّصِّ الْمُنْقُولِ غَيْرُ مَقْبُولٍ، ثُمَّ الصَّوْمُ شَرْطٌ لَصِحَّةِ الْوَاجِبِ مِنْهُ رِوَايَةٌ وَاحِدَةٌ، وَلَصِحَّةِ التَّطَوُّعِ فِيمَا رَوَى الْحَسَنُ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى لظَاهِرِ مَا رَوَيْنَا وَعَلَى هَذِهِ الرِّوَايَةِ لَا يَكُونُ أَقَلُّ مِنْ يَوْمٍ.

وَفِي رِوَايَةِ الْأَصْلِ. وَهُوَ قَوْلُ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى أَقَلُّهُ سَاعَةً فَيَكُونُ مِنْ غَيْرِ صَوْمٍ. لِأَنَّ مَبْنَى النُّفْلِ عَلَى الْمُسَاهَلَةِ أَلَّا تَرَى أَنَّهُ يَقْعُدُ فِي صَلَاةِ النُّفْلِ مَعَ الْقُدْرَةِ عَلَى الْقِيَامِ. وَلَوْ شَرَعَ فِيهِ ثُمَّ قَطَعَهُ لَا يُلْزِمُهُ الْقَضَاءُ فِي رِوَايَةِ الْأَصْلِ لِأَنَّهُ غَيْرُ مُقَدَّرٍ فَلَمْ يَكُنِ الْقَطْعُ إِبْطَالًا. وَفِي رِوَايَةِ الْحَسَنِ: يُلْزِمُهُ لِأَنَّهُ مُقَدَّرٌ بِالْيَوْمِ كَالصَّوْمِ.

الشرح:

(بَابُ الْإِعْتِكَافِ): وَجْهٌ تَقْدِيمِ الصَّوْمِ عَلَى الْإِعْتِكَافِ وَجْهٌ تَقْدِيمِ الْوُضُوءِ عَلَى الصَّلَاةِ، وَيَنْ صِفَتُهُ قَبْلَ بَيَانِ تَفْسِيرِهِ لِأَنَّهَا أَهَمُّ مِنْ حَيْثُ عِلْمُ الْفِقْهِ. فَإِنْ قِيلَ: الْمُوَاطَبَةُ ثَابِتَةٌ مِنْ غَيْرِ تَرْكٍ.

قَالَتْ عَائِشَةُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا إِنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ كَانَ يَعْتَكِفُ فِي الْعَشْرِ الْأَخِيرِ مِنْ رَمَضَانَ حِينَ قَدِمَ الْمَدِينَةَ إِلَى أَنْ تَوَفَّاهُ اللَّهُ. أُجِيبَ: بِأَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لَمْ يُتْرَكْ عَلَى مَنْ تَرَكَهُ، وَلَوْ كَانَ وَاجِبًا لِأَنَّكَ، فَكَانَتْ الْمُوَاطَبَةُ بِلَا تَرْكِ مُعَارِضًا بِتَرْكِ

(١) أخرجه الدراقطني في سننه (٢/٢٠٠)، والبيهقي في السنن الكبرى (٨٥٨٠).

الإنكار، وتفسيره لغة الاحتباس، لأنه من العكوف وهو الحبس، ومنه قوله تعالى ﴿وَأَهْدَىٰ مَعَكُوفًا﴾ [الفتح: ٢٥] وأما تفسيره شريعة فما ذكره أنه اللبث في المسجد مع الصوم ونية الاعتكاف، وهو مركب من ركنه وهو اللبث لأنه يئبي عنه لغة كما ذكرنا، وبعض شرائطه وهو الصوم والنية، أما النية فهي شرط في جميع العبادات، وأما الصوم فهو شرط عندنا، خلافاً للشافعي. هو يقول: الصوم عبادة وهو أصل بنفسه، وهو ظاهر وكل ما كان كذلك لا يكون شرطاً لغيره وإلا لا يكون أصلاً بنفسه، فما فرضناه أصلاً لا يكون أصلاً، هذا خلف باطل.

(ولنا قوله ﷺ «لا اعتكاف إلا بالصوم» رَوَاهُ عَائِشَةُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا (وَالْقِيَاسُ فِي مُقَابَلَةِ النَّصِّ الْمَنْقُولِ غَيْرُ مَقْبُولٍ) وَفِيهِ بَحْثٌ مِنْ وَجْهَيْنِ:
أحدهما: أَنَّ اللَّهَ تَعَالَى شَرَعَ الْاِعْتِكَافَ مُطْلَقًا بِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَلَا تَبْشُرُوهُ﴾
وَأَتَمَّ عَنِكَفُونَ فِي الْمَسْجِدِ﴾ [البقرة: ١٨٧] فَاشْتَرَطَ الصَّوْمَ زِيَادَةً عَلَيْهِ بِخَبَرِ الْوَاحِدِ
وَهُوَ نَسْخٌ لَا يَجُوزُ.

والثاني: أَنَّ الْاِعْتِكَافَ يَتَحَقَّقُ فِي اللَّيَالِي وَالصَّوْمُ فِيهَا غَيْرُ مَشْرُوعٍ، وَفِي ذَلِكَ تَحَقُّقُ الْمَشْرُوطِ بِدُونِ الشَّرْطِ وَهُوَ بَاطِلٌ، فَدَلَّ عَلَى أَنَّهُ لَيْسَ بِشَرْطٍ.
وأجيب عن الأول: بِأَنَّ الْإِمْسَاكَ عَنِ الْجِمَاعِ ثَبَتَ شَرْطًا لَصِحَّةِ الْاِعْتِكَافِ بِهَذَا النَّصِّ الْقَطْعِيِّ وَهُوَ أَحَدُ رُكْنَيْ الصَّوْمِ فَالْحَقُّ بِهِ الرُّكْنُ الْآخَرُ وَهُوَ الْإِمْسَاكَ عَنِ شَهْوَةِ الْبَطْنِ بِالِدَّلَالَةِ لَاسْتَوَاتِهِمَا فِي الْحَظَرِ وَالْإِبَاحَةِ، كَمَا أُلْحِقَ الْجِمَاعُ بِالْأَكْلِ وَالشُّرْبِ نَاسِيًا فِي حَقِّ بَقَاءِ الصَّوْمِ بِالِدَّلَالَةِ لِهَذَا الْمَعْنَى، ثُمَّ لَمَّا ثَبَتَ وَجُوبُ الْإِمْسَاكَ عَلَى الْمُعْتَكِفِ عَنِ الشَّهَوَتَيْنِ لِلَّهِ تَعَالَى كَانَ صَوْمًا.

وعن الثاني: بِأَنَّ الشَّرْطَ إِنَّمَا ثَبَتُ بِحَسَبِ الْإِمْكَانِ، فَإِنَّ مَنْ عَلَيْهَا صَوْمُ شَهْرِ مُتَتَابِعٍ لَمْ يَنْقَطِعِ التَّتَابُعُ بِغُذْرِ الْحَيْضِ، وَالصَّوْمُ فِي اللَّيَالِي غَيْرُ مُمَكِّنٍ. وَقَوْلُهُ (ثُمَّ الصَّوْمُ شَرْطٌ لَصِحَّةِ الْوَاجِبِ مِنْهُ رِوَايَةٌ وَاحِدَةٌ) أَيُّ لَيْسَ فِيهِ اخْتِلَافُ الرِّوَايَاتِ. فَمَعْنَاهُ فِي جَمِيعِ الرِّوَايَاتِ.

وقوله (وعلى هذه الرواية لا يكون أقل من يوم) يُشِيرُ إِلَى أَنَّهُ لَوْ صَامَ رَجُلٌ تَطَوُّعًا ثُمَّ قَالَ قَبْلَ انْتِصَافِ النَّهَارِ: عَلَيَّ اِعْتِكَافُ هَذَا الْيَوْمِ. لَا يَكُونُ عَلَيْهِ شَيْءٌ لِأَنَّ صَوْمَهُ اِنْعَقَدَ تَطَوُّعًا فَتَعَذَّرَ جَعْلُهُ وَاجِبًا بِنَدْرِ الْاِعْتِكَافِ.

وَقَوْلُهُ (وَفِي رِوَايَةِ الْأَصْلِ) قَالُوا: هِيَ ظَاهِرُ الرِّوَايَةِ عَنْ عُلَمَائِنَا الثَّلَاثَةِ. وَقَوْلُهُ (لَأَنَّهُ غَيْرُ مُقَدَّرٍ فَلَمْ يَكُنِ الْقَطْعُ إِبْطَالًا) يُفْهَمُ مِنْهُ الْفَرْقُ بَيْنَ مَنْ شَرَعَ فِي الْاِعْتِكَافِ وَالصَّوْمِ وَالصَّلَاةِ مُتَطَوِّعًا حَيْثُ لَمْ يَجِبْ عَلَيْهِ شَيْءٌ فِي الْأَوَّلِ لَكَوْنِهِ غَيْرَ مُقَدَّرٍ، وَوَجِبَ عَلَيْهِ فِي الْآخَرَيْنِ، لِأَنَّ الصَّوْمَ مُقَدَّرٌ يَوْمٌ، وَالصَّلَاةَ بِرَكَعَتَيْنِ.

(ثُمَّ الْاِعْتِكَافُ لَا يَصِحُّ إِلَّا فِي مَسْجِدِ الْجَمَاعَةِ لِقَوْلِ حُذَيْفَةَ رضي الله عنه " لَا اِعْتِكَافَ إِلَّا فِي مَسْجِدِ جَمَاعَةٍ" ^(١) وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ: أَنَّهُ لَا يَصِحُّ إِلَّا فِي مَسْجِدٍ يُصَلَّى فِيهِ الصَّلَوَاتُ الْخَمْسُ، لِأَنَّهُ عِبَادَةٌ اِنْتِظَارِ الصَّلَاةِ فَيَخْتَصُّ بِمَكَانٍ تُؤَدَّى فِيهِ، أَمَّا الْمَرَأَةُ فَتَعْتَكِفُ فِي مَسْجِدِ بَيْتِهَا لِأَنَّهُ هُوَ الْمَوْضِعُ لصلَاتِهَا فَيَتَحَقَّقُ اِنْتِظَارُهَا فِيهِ).

الشرح:

وَقَوْلُهُ (ثُمَّ الْاِعْتِكَافُ لَا يَصِحُّ إِلَّا فِي مَسْجِدِ الْجَمَاعَةِ) هَذَا أَيْضًا مِنْ شُرُوطِ جَوَازِهِ، وَمَسْجِدُ الْجَمَاعَةِ هُوَ الَّذِي يَكُونُ لَهُ إِمَامٌ وَمُؤَذِّنٌ أُدِّيَتْ فِيهِ الصَّلَوَاتُ الْخَمْسُ أَوْ لَا (لِقَوْلِ حُذَيْفَةَ بْنِ الْيَمَانِ: لَا اِعْتِكَافَ إِلَّا فِي مَسْجِدِ جَمَاعَةٍ، وَ) رَوَى الْحَسَنُ (عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ لَا يَصِحُّ إِلَّا فِي مَسْجِدٍ يُصَلَّى فِيهِ الصَّلَوَاتُ الْخَمْسُ) لَمَّا ذَكَرَ فِي الْكِتَابِ. وَقَالَ الْإِمَامُ الْإِسْبِخَانِيُّ فِي شَرْحِ الطَّحَاوِيِّ: أَفْضَلُ الْاِعْتِكَافِ أَنْ يَكُونَ فِي الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ، ثُمَّ فِي مَسْجِدِ الْمَدِينَةِ، وَهُوَ مَسْجِدُ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ، ثُمَّ فِي مَسْجِدِ بَيْتِ الْمُقَدَّسِ، ثُمَّ فِي الْمَسَاجِدِ الْعِظَامِ الَّتِي كَثُرَ أَهْلُهَا.

وَقَوْلُهُ (أَمَّا الْمَرَأَةُ فَتَعْتَكِفُ فِي مَسْجِدِ بَيْتِهَا) هَذَا عِنْدَنَا.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَا اِعْتِكَافَ لِلرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ إِلَّا فِي مَسْجِدِ جَمَاعَةٍ، لِأَنَّ الْمَقْصُودَ مِنَ الْاِعْتِكَافِ تَعْظِيمُ الْبُقْعَةِ فَيَخْتَصُّ بِبُقْعَةٍ مُعْظَمَةٍ شَرْعًا وَهُوَ لَا يُوْجَدُ فِي مَسَاجِدِ الْبُيُوتِ.

وَلَنَا أَنَّ مَوْضِعَ الْاِعْتِكَافِ فِي حَقِّهَا الْمَوْضِعُ الَّذِي تَكُونُ صَلَاتُهَا فِيهِ أَفْضَلَ كَمَا فِي حَقِّ الرَّجُلِ، وَصَلَاتُهَا فِي مَسْجِدِ بَيْتِهَا أَفْضَلُ، فَكَانَ مَوْضِعُ الْاِعْتِكَافِ مَسْجِدَ بَيْتِهَا.

(١) أخرجه الدارقطني في سننه (٢/٢٠٠)، وانظر نصب الراية (٢/٥١٧).

(وَلَا يَخْرُجُ مِنَ الْمَسْجِدِ إِلَّا لِحَاجَةِ الْإِنْسَانِ أَوْ الْجُمُعَةِ) أَمَّا الْحَاجَةُ فَلَحْدِيثٌ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا «كَانَ النَّبِيُّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لَا يَخْرُجُ مِنْ مُعْتَكِفِهِ إِلَّا لِحَاجَةِ الْإِنْسَانِ»^(١) وَلَأنَّهُ مَعْلُومٌ وَقُوعُهَا، وَلَا بُدَّ مِنَ الْخُرُوجِ فِي تَقْضِيَّتِهَا فَيَصِيرُ الْخُرُوجُ لَهَا مُسْتَثْنًى، وَلَا يَمَكُثُ بَعْدَ فَرَاغِهِ مِنَ الطُّهُورِ لَأَنَّهُ مَا ثَبَتَ بِالضَّرُورَةِ يَتَقَدَّرُ بِقَدَرِهَا، وَأَمَّا الْجُمُعَةُ فَلَأَنَّهَا مِنْ أَهَمِّ حَوَائِجِهِ وَهِيَ مَعْلُومٌ وَقُوعُهَا.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: الْخُرُوجُ إِلَيْهَا مُفْسِدٌ لِأنَّهُ يُمْكِنُهُ الِاعْتِكَافُ فِي الْجَامِعِ، وَنَحْنُ نَقُولُ: الِاعْتِكَافُ فِي كُلِّ مَسْجِدٍ مَشْرُوعٌ، وَإِذَا صَحَّ الشَّرْعُ فَالضَّرُورَةُ مُطْلَقَةٌ فِي الْخُرُوجِ، وَيَخْرُجُ حِينَ تَزُولُ الشَّمْسُ لِأَنَّ الْخِطَابَ يَتَوَجَّهُ بَعْدَهُ، وَإِنْ كَانَ مَنْزِلُهُ بَعِيدًا عَنْهُ يَخْرُجُ فِي وَقْتٍ يُمْكِنُهُ إدْرَاكُهَا وَيُصَلِّي قَبْلَهَا أَرْبَعًا، وَفِي رِوَايَةٍ سِتًّا، الْأَرْبَعُ سُنَّةٌ، وَالرُّكْعَتَانِ تَحِيَّةُ الْمَسْجِدِ، وَبَعْدَهَا أَرْبَعًا أَوْ سِتًّا عَلَى حَسَبِ الْاِخْتِلَافِ فِي سُنَّةِ الْجُمُعَةِ، وَسُنَّتُهَا تَوَابِعُ لَهَا فَالْحَقِيقَةُ بِهَا، وَلَوْ أَقَامَ فِي مَسْجِدِ الْجَامِعِ أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ لَا يَفْسُدُ اعْتِكَافُهُ لِأنَّهُ مُوضِعُ اعْتِكَافٍ إِلَّا أَنَّهُ لَا يُسْتَحَبُّ لِأنَّهُ التَّزَمَ آدَاءَهُ فِي مَسْجِدٍ وَاحِدٍ فَلَا يُتِمُّهُ فِي مَسْجِدَيْنِ مِنْ غَيْرِ ضَرُورَةٍ (وَلَوْ خَرَجَ مِنَ الْمَسْجِدِ سَاعَةً بِغَيْرِ عُدَرٍ فَسَدَ اعْتِكَافُهُ) عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى لَوْجُودِ الْمُتَأَنِّي وَهُوَ الْقِيَاسُ، وَقَالَا: لَا يَفْسُدُ حَتَّى يَكُونَ أَكْثَرَ مِنْ نِصْفِ يَوْمٍ وَهُوَ الِاسْتِحْسَانُ لِأَنَّهُ فِي الْقَلِيلِ ضَرُورَةٌ.

الشرح:

قَالَ: (وَلَا يَخْرُجُ مِنَ الْمَسْجِدِ إِلَّا لِحَاجَةِ الْإِنْسَانِ أَوْ الْجُمُعَةِ) كَلَامُهُ وَاضِحٌ إِلَى قَوْلِهِ لِأنَّهُ يُمْكِنُهُ الِاعْتِكَافُ فِي الْجَامِعِ فَإِنَّهُ إِنْ كَانَ اعْتِكَافُهُ دُونَ سَبْعَةِ أَيَّامٍ اعْتَكَفَ فِي أَيِّ مَسْجِدٍ شَاءَ، وَإِنْ كَانَ سَبْعَةَ أَيَّامٍ فَصَاعِدًا اعْتَكَفَ فِي مَسْجِدِ الْجَامِعِ فَلَمْ تَتَحَقَّقْ الضَّرُورَةُ الْمُطْلَقَةُ لِلْخُرُوجِ.

وَلَنَا أَنَّ الدَّلِيلَ قَدْ دَلَّ عَلَى أَنَّ الِاعْتِكَافَ فِي كُلِّ مَسْجِدٍ مَشْرُوعٌ، وَإِذَا صَحَّ الشَّرْعُ صَحَّتْ الضَّرُورَةُ الْمُطْلَقَةُ لِلْخُرُوجِ إِلَيْهَا لِأَنَّ تَرْكَهَا صَيَانَةً لِلِاعْتِكَافِ لَا يَجُوزُ لِكُونِهِ دُونَهَا فِي الْوُجُوبِ لِكُونِهَا وَاجِبَةً بِإِجَابِ اللَّهِ تَعَالَى وَهُوَ وَاجِبٌ بِإِجَابِ الْعَبْدِ

(١) قَالَ الزَّيْلَعِيُّ فِي نَسَبِ الرَّايَةِ (٥١٨/٢): غَرِيبٌ بِهَذَا اللَّفْظِ، أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ فِي الِاعْتِكَافِ

وَلَيْسَ لِلْعَبْدِ إِسْقَاطُ مَا وَجَبَ بِإِجَابِ اللَّهِ بِإِجَابِهِ.

وَقَوْلُهُ (فَلَا يُتِمُّهُ فِي مَسْجِدَيْنِ عَنْ غَيْرِ ضُرُورَةٍ) قَيْدٌ بِذَلِكَ لِأَنَّهُ إِذَا كَانَ ثَمَّةَ ضُرُورَةٌ مِثْلُ أَنْ يَعْتَكِفَ فِي مَسْجِدٍ فَيَنْهَدُمُ جَارَ لَهُ الْخُرُوجُ إِلَى مَسْجِدٍ آخَرَ، لِأَنَّهُ مُضْطَرٌّ إِلَى الْخُرُوجِ فَكَانَ عَفْوًا. وَقَوْلُهُ (وَهُوَ الْقِيَاسُ) لِأَنَّ رُكْنَ الِاعْتِكَافِ هُوَ اللَّبْثُ فِي الْمَسْجِدِ وَالْخُرُوجُ مَقُوتٌ لَهُ، فَكَانَ الْقَلِيلُ وَالكَثِيرُ سَوَاءً كَالْأَكْلِ فِي الصَّوْمِ. وَالْحَدِيثُ فِي الطَّهَارَةِ.

وَقَوْلُهُ (لَأَنَّ فِي الْقَلِيلِ ضُرُورَةً) يَبَيِّنُهُ أَنَّ الْمُعْتَكِفَ إِذَا خَرَجَ لِحَاجَةِ الْإِنْسَانِ لَا يُؤْمَرُ بِأَنْ يُسْرِعَ فِي الْمَشْيِ. وَلَهُ أَنْ يَمْشِيَ عَلَى التَّوَدَّةِ فَكَانَ الْقَلِيلُ عَفْوًا وَالكَثِيرُ لَيْسَ بِعَفْوٍ. فَجَعَلْنَا الْحَدَّ الْفَاصِلَ بَيْنَهُمَا الْأَكْثَرَ مِنْ نِصْفِ يَوْمٍ اعْتِبَارًا بِنِيةِ الصَّوْمِ فِي رَمَضَانَ. إِذَا وَجَدَتْ فِي أَكْثَرِ الْيَوْمِ جُعِلَتْ كَأَنَّهَا وَجَدَتْ فِي جَمِيعِ الْيَوْمِ. لِأَنَّ الْقَلِيلَ تَابِعٌ لِلْأَكْثَرِ.

قَالَ (وَأَمَّا الْأَكْلُ وَالشُّرْبُ وَالتَّوْمُ يَكُونُ فِي مُعْتَكِفِهِ) لِأَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَأْوَى إِلَّا الْمَسْجِدُ، وَلِأَنَّهُ يُمَكِّنُ قَضَاءَ هَذِهِ الْحَاجَةِ فِي الْمَسْجِدِ فَلَا ضُرُورَةَ إِلَى الْخُرُوجِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (لَمْ يَكُنْ لَهُ مَأْوَى إِلَّا الْمَسْجِدُ) يَعْنِي فِي غَالِبِ أَحْوَالِهِ، وَيَلْزَمُ مِنْ ذَلِكَ أَنْ يَكُونَ أَكَلُهُ فِيهِ حَبِثًا.

(وَلَا بَأْسَ بِأَنْ يَبِيعَ وَيَبْتَاعَ فِي الْمَسْجِدِ مِنْ غَيْرِ أَنْ يُحْضِرَ السَّلَمَةَ) لِأَنَّهُ قَدْ يَحْتَاجُ إِلَى ذَلِكَ بِأَنْ لَا يَجِدَ مَنْ يَقُومُ بِحَاجَتِهِ إِلَّا أَنَّهُمْ قَالُوا: يُكْرَهُ إِحْضَارُ السَّلَمَةِ لِلْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ. لِأَنَّ الْمَسْجِدَ مُحَرَّرَ عَنْ حُقُوقِ الْعِبَادِ، وَفِيهِ شَغْلُهُ بِهَا، وَيُكْرَهُ لِغَيْرِ الْمُعْتَكِفِ الْبَيْعَ وَالشِّرَاءَ فِيهِ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «جَنَّبُوا مَسَاجِدَكُمْ صَبِيَانَكُمْ» إِلَى أَنْ قَالَ «وَيَبِيعَكُمْ وَشِرَاءَكُمْ»^(١).

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلَا بَأْسَ بِأَنْ يَبِيعَ وَيَبْتَاعَ) يَعْنِي مَا كَانَ مِنْ حَوَائِجِهِ الْأَصْلِيَّةِ، وَأَمَّا مَا

(١) أخرجه ابن ماجه في المساجد والجماعات باب ٥ (حديث ٧٥٠)، وانظر نصب الراية (٥١٩/٢).

كَانَ لِلتَّجَارَةِ فَهُوَ مَكْرُوهٌ؛ أَلَا تَرَى إِلَى قَوْلِهِ (وَيُكْرَهُ لِعَيْرِ الْمُعْتَكِفِ الْبَيْعُ وَالشِّرَاءُ فِيهِ) فَإِذَا كَانَ لِعَيْرِ الْمُعْتَكِفِ مَكْرُوهًا فَمَا ظَنُّكَ بِالْمُعْتَكِفِ.

قَالَ (وَلَا يَتَكَلَّمُ إِلَّا بِخَيْرٍ وَيُكْرَهُ لَهُ الصَّمْتُ) لِأَنَّ صَوْمَ الصَّمْتِ لَيْسَ بِقُرْبَةٍ شَرِيعَتًا لَكِنَّهُ يَتَجَانَّبُ مَا يَكُونُ مَأْثَمًا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلَا يَتَكَلَّمُ إِلَّا بِخَيْرٍ) يَعْنِي أَنَّ التَّكَلَّمَ بِالشَّرِّ فِي الْمُعْتَكِفِ أَشَدُّ حُرْمَةً مِنْهُ فِي غَيْرِهِ، فَكَانَ مِنْ قَبِيلِ قَوْلِهِ تَعَالَى ﴿فَلَا تَظْلِمُوا فِيهِنَّ أَنْفُسَكُمْ﴾ [التوبة: ٣٦] فَإِنَّ الظُّلْمَ وَإِنْ كَانَ حَرَامًا مُطْلَقًا لَكِنَّهُ قَيْدُهُ بِالْأَشْهَرِ لِأَنَّهُ فِيهَا أَشَدُّ حُرْمَةً. وَقَوْلُهُ (وَيُكْرَهُ لَهُ الصَّمْتُ) قِيلَ: مَعْنَاهُ أَنْ يَنْذَرُ أَنْ لَا يَتَكَلَّمُ أَصْلًا كَمَا كَانَ فِي شَرِيعَةٍ مِنْ قَبْلِنَا. وَقِيلَ: أَنْ يَصْمُتَ وَلَا يَتَكَلَّمُ أَصْلًا مِنْ غَيْرِ نَذَرٍ سَابِقٍ.

وَقِيلَ: مَعْنَاهُ أَنْ يَتَوَيَّ الصَّوْمَ الْمَعْهُودَ وَهُوَ الْإِمْسَاكُ عَنِ الْمَفْطَرَاتِ الثَّلَاثِ مَعَ زِيَادَةِ نِيَّةٍ أَنْ لَا يَتَكَلَّمُ، وَهَذَا مُوَافِقٌ لِلتَّلْعِيلِ الْمَذْكُورِ فِي الْكِتَابِ بِقَوْلِهِ (لَأَنَّ صَوْمَ الصَّمْتِ لَيْسَ بِقُرْبَةٍ) فَإِنَّهُ رُوِيَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ عَنْ عَدِيِّ بْنِ ثَابِتٍ عَنْ أَبِي حَازِمٍ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ رضي الله عنه «أَنَّ النَّبِيَّ صلى الله عليه وسلم نَهَى عَنْ صَوْمِ الْوِصَالِ وَصَوْمِ الصَّمْتِ».

فَقَالَ الرَّاوي وَهُوَ زَكَرِيَّا بْنُ أَبِي زَائِدَةَ: قُلْتُ لِأَبِي حَنِيفَةَ: مَا صَوْمُ الصَّمْتِ؟ قَالَ: أَنْ يَصُومَ وَلَا يُكَلِّمَ أَحَدًا فِي يَوْمِ الصَّوْمِ. وَقَوْلُهُ (يَتَجَانَّبُ مَا يَكُونُ مَأْثَمًا) أَيُّ إِنَّمَا مُتَّصِلٌ بِقَوْلِهِ يُكْرَهُ لَهُ الصَّمْتُ. لَا يُقَالُ فِي عِبَارَتِهِ تَسَامُحٌ لِأَنَّ قَوْلَهُ: وَلَا يَتَكَلَّمُ إِلَّا بِخَيْرٍ، يَفْتَضِي حَصْرَ أَنْ يَكُونَ الْكَلَامُ بِخَيْرٍ. وَقَوْلُهُ (يَتَجَانَّبُ مَا يَكُونُ مَأْثَمًا) يَفْتَضِي جَوَازَ التَّكَلُّمِ بِمَا هُوَ مُبَاحٌ، وَذَلِكَ تَنَاقُضٌ.

لِأَنَّ نَقُولَ مَا لَيْسَ بِمَأْثَمٍ فَهُوَ خَيْرٌ عِنْدَ الْحَاجَةِ إِلَيْهِ لِأَنَّ الْخَيْرَ عِبَارَةٌ عَنِ الشَّيْءِ الْحَاصِلِ لِمَا مِنْ شَأْنِهِ أَنْ يَكُونَ حَاصِلًا لَهُ إِذَا كَانَ مُؤْتَرًّا. وَالتَّكَلُّمُ بِالْمُبَاحِ عِنْدَ الْحَاجَةِ إِلَيْهِ كَذَلِكَ.

(وَيَحْرُمُ عَلَى الْمُعْتَكِفِ الْوُطْءُ) لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَلَا تَبْشِرُوهُنَّ وَأَنْتُمْ عَنِكُنَّ فِي الْمَسْجِدِ﴾ [البقرة: ١٨٧] (وَ) كَذَا (الْمَسُّ وَالْقُبْلَةُ) لِأَنَّهُ مِنْ دَوَاعِيهِ فَيَحْرُمُ عَلَيْهِ إِذَا هُوَ مُحْظَرُهُ كَمَا فِي الْإِحْرَامِ بِخِلَافِ الصَّوْمِ، لِأَنَّ الْكَفَّ رُكْنُهُ لَا مُحْظَرُهُ فَلَمْ يَتَعَدَّ

إِلَى دَوَاعِيهِ (فَإِنْ جَامَعَ لَيْلًا أَوْ نَهَارًا عَامِدًا أَوْ نَاسِيًا بَطَلَ اعْتِكَافُهُ) لِأَنَّ اللَّيْلَ مَحَلُّ
الِاعْتِكَافِ بِخِلَافِ الصَّوْمِ وَحَالَةُ الْعَاكِفِينَ مُذَكَّرَةٌ فَلَا يُعْذَرُ بِالنَّسْيَانِ (وَلَوْ جَامَعَ فِيمَا
دُونَ الْفَرْجِ فَأَنْزَلَ أَوْ قَبْلَ أَوْ لَمْسَ فَأَنْزَلَ بَطَلَ اعْتِكَافُهُ) لِأَنَّهُ فِي مَعْنَى الْجَمَاعِ حَتَّى يَفْسُدَ
بِهِ الصَّوْمُ، وَلَوْ لَمْ يُنْزَلْ لَا يَفْسُدُ وَإِنْ كَانَ مُحَرِّمًا لِأَنَّهُ لَيْسَ فِي مَعْنَى الْجَمَاعِ وَهُوَ
الْمُفْسِدُ وَلِهَذَا لَا يَفْسُدُ بِهِ الصَّوْمُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَيَحْرُمُ عَلَى الْمُعْتَكِفِ الْوُطْءُ) يَحْتَاجُ إِلَى تَأْوِيلٍ، لِأَنَّ الْمُعْتَكِفَ إِنَّمَا يَكُونُ
فِي الْمَسْجِدِ فَلَا يَتَهَيَّأُ لَهُ الْوُطْءُ، وَأَوَّلُوهُ بِأَنَّهُ جَازَ لَهُ الْخُرُوجُ لِلْحَاجَةِ الْإِنْسَانِيَّةِ فَعِنْدَ ذَلِكَ
يَحْرُمُ عَلَيْهِ الْوُطْءُ، لِأَنَّ اسْمَ الْمُعْتَكِفِ لَا يَزُولُ عَنْهُ بِذَلِكَ الْخُرُوجِ. وَذَكَرَ فِي شَرْحِ
التَّائِيلَاتِ أَنَّهُمْ كَانُوا يَخْرُجُونَ وَيَقْضُونَ حَاجَتَهُمْ فِي الْجَمَاعِ ثُمَّ يَغْتَسِلُونَ فَيَرْجِعُونَ
إِلَى مُعْتَكِفِهِمْ، فَنَزَلَ قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿وَلَا تَبْشِرُوهُمْ﴾ وَأَنْتُمْ عَنِكُمْ فِي الْمَسْجِدِ ﴿[البقرة: ١٨٧] وَكَذَا اللَّمْسُ وَالْقُبْلَةُ لِأَنَّهُ﴾ أَيُّ لَأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنَ اللَّمْسِ وَالْقُبْلَةِ (مِنْ
دَوَاعِي الْجَمَاعِ، إِذْ هُوَ) أَيُّ الْجَمَاعِ (مَحْظُورُ الْاعْتِكَافِ، كَمَا أَنَّهُ مَحْظُورُ الْإِحْرَامِ)
فَكَانَتْ الدَّوَاعِي مُحَرَّمَةً.

فَإِنْ قِيلَ: الْجَمَاعُ يُفْسِدُ الصَّوْمَ كَمَا أَنَّهُ يُفْسِدُ الْاعْتِكَافَ. أَجَابَ بِقَوْلِهِ (بِخِلَافِ
الصَّوْمِ لِأَنَّ الْكَفَّ) أَيُّ عَنِ الْجَمَاعِ (رُكْنُهُ لَا مَحْظُورَهُ، فَلَمْ يَتَّعَدْ إِلَى دَوَاعِيهِ) وَلَا زَالَ
فِي تَحْقِيقِهِ اضْطَرَّكَ الرُّكْبُ، وَأَقْصَى مَا انْتَهَى إِلَيْهِ الْقَدَرُ أَنْ قَالُوا: الْوُطْءُ مَحْظُورُ
الِاعْتِكَافِ لِأَنَّ مَحْظُورَ الشَّيْءِ مَا نُهِيَ عَنْهُ بَعْدَ وُجُودِهِ مِمَّا يُفْسِدُهُ، وَالْوُطْءُ فِي
الِاعْتِكَافِ كَذَلِكَ لِأَنَّهُ اللَّبْثُ فِي مَسْجِدِ الْجَمَاعَةِ مَعَ الصَّوْمِ وَالنِّيَّةِ، هَذَا حَقِيقَتُهُ.

ثُمَّ نُهِيَ الْمُعْتَكِفُ أَنْ يَرْتَكِبَ الْوُطْءَ وَهُوَ مُعْتَكِفٌ بِصَرِيحِ قَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَلَا
تَبْشِرُوهُمْ﴾ وَأَنْتُمْ عَنِكُمْ فِي الْمَسْجِدِ ﴿مَقْصُودًا فَتَعَدَّتْ الْحُرْمَةُ إِلَى الدَّوَاعِي؛
لِأَنَّ الشُّبُهَاتِ فِي بَابِ الْمُحَرَّمَاتِ مُلْحَقَةٌ بِالْحَقِيقَةِ، كَمَا قُلْنَا فِي الْإِحْرَامِ: إِنَّ حَقِيقَتَهُ
التَّلْبِيَةُ بِاللِّسَانِ وَالْقَلْبِ، ثُمَّ بَعْدَهَا وَجَدَ ذَلِكَ صَارَ الْوُطْءُ حَرَامًا بِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿فَلَا رَفَتْ
وَلَا فُسُوقَ وَلَا جِدَالَ فِي الْحَجِّ﴾ [البقرة: ١٩٧] فَتَعَدَّتْ الْحُرْمَةُ إِلَى الدَّوَاعِي مِنَ
الْمَسِّ وَالْقُبْلَةِ. وَأَمَّا الصَّوْمُ فَالْوُطْءُ لَيْسَ بِمَحْظُورِهِ عَلَى مَا ذَكَرْنَا مِنْ تَفْسِيرِ الْمَحْظُورِ،

فَإِنَّ رُكْنَ الصَّوْمِ الْكَفُّ عَنِ الْوُطْءِ ثَبَتَ بِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿ ثُمَّ أَتَمُّوا الصَّيَامَ إِلَى آئِلٍ ﴾
بَعْدَ قَوْلِهِ ﴿ فَالْكُنْ بِشِرْوَهْنِ ﴾ إِلَى قَوْلِهِ ﴿ حَتَّى يَتَبَيَّنَ لَكُمُ الْخَيْطُ الْأَبْيَضُ مِنَ الْخَيْطِ
الْأَسْوَدِ ﴾ الْآيَةِ.

وَبَيَّنَتْ إِذْ ذَاكَ حُرْمَةُ الْجِمَاعِ الْمُفَوَّتِ لِلرُّكْنِ وَهُوَ الْكَفُّ بِالنَّهْيِ الثَّابِتِ بِالْأَمْرِ
ضِمَّنَا لَا مَقْصُودًا، ضَرُورَةَ بَقَاءِ الرُّكْنِ، وَالضَّرُورِي لَا يَتَعَدَّى عَنْ مَحَلِّهِ فَبَقِيَ الدَّوَاعِي
عَلَى مَا كَانَتْ عَلَيْهِ مِنَ الْحِلِّ.

وَأَعْتَرَضَ بِأَنَّ ظَاهِرَ هَذَا الْكَلَامِ يَدُلُّ عَلَى أَنَّ النَّهْيَ الضَّمْنِيَّ لَا يَقْتَضِي حُرْمَةَ
الدَّوَاعِي وَالْقَصْدِيَّ يَقْتَضِيهَا، وَهُوَ مَنْقُوضٌ بِالنَّهْيِ عَنِ الْوُطْءِ حَالَةَ الْحَيْضِ، فَإِنَّهُ قَصَدَ
إِلَى ذَلِكَ بِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿ وَلَا تَقْرُبُوهُنَّ حَتَّى يَطْهَرْنَ ﴾ [البقرة: ٢٢٢] وَلَمْ تَحْرُمْ
الدَّوَاعِي.

وَأُجِيبَ: بِأَنَّهَا لَمْ تَحْرُمْ فِيهَا لَفْلًا يُفْضِي إِلَى الْحَرَجِ بِكَثْرَةِ وَقُوعِ الْحَيْضِ، وَيَجُوزُ
أَنْ يُجَابَ أَيْضًا بِأَنَّ مَبْنَى الْكَلَامِ عَلَى أَنَّ مَا كَانَ مَحْظُورًا عَلَى مَا عَرَفَتْ مِنْ تَفْسِيرِهِ
هُوَ الَّذِي يَتَعَدَّى، وَالْوُطْءُ حَالَةَ الْحَيْضِ لَيْسَ كَذَلِكَ، هَذَا، وَلَيْسَ وَرَاءَ عَبَادَانَ قَرِيَّةً.
وَقَوْلُهُ (فَإِنْ جَامَعَ لَيْلًا أَوْ نَهَارًا عَامِدًا أَوْ نَاسِيًا) يَعْنِي أَنْزَلَ أَوْ لَمْ يُنْزَلْ (بَطَلَ اعْتِكَافُهُ
لَأَنَّ اللَّيْلَ مَحَلُّ اعْتِكَافٍ بِخِلَافِ الصَّوْمِ) فَإِنَّ اللَّيْلَ لَيْسَ مَحَلًّا لَهُ.

فَإِنْ قِيلَ: الْاعْتِكَافُ فَرْعٌ عَنِ الصَّوْمِ وَالْفَرْعُ مُلْحَقٌ بِالْأَصْلِ فِي حُكْمِهِ، وَلَوْ
جَامَعَ نَاسِيًا فِي نَهَارٍ رَمَضَانَ لَمْ يَفْسُدِ الصَّوْمُ فَكَيْفَ يَفْسُدُ الْاعْتِكَافُ؟ أَجَابَ بِقَوْلِهِ
(وَحَالَةُ الْعَاكِفِينَ مُذَكَّرَةٌ فَلَا يُعْذَرُ بِالنَّسْيَانِ) بِخِلَافِ الصَّوْمِ فَإِنَّهُ لَا مُذَكَّرَ فِيهِ.

فَإِنْ قِيلَ: فَكَانَ الْوَاجِبُ أَنْ يَفْسُدَ بِالْأَكْلِ نَاسِيًا كَالْجِمَاعِ. أُجِيبَ بِأَنَّ حُرْمَةَ
الْأَكْلِ لَيْسَتْ لِأَجْلِ الْاعْتِكَافِ بَلْ لِأَجْلِ الصَّوْمِ حَتَّى أُخْصِصَتْ بِوَقْتِ الصَّوْمِ بِخِلَافِ
الْجِمَاعِ، فَإِنَّ حُرْمَتَهُ لِأَجْلِ الْاعْتِكَافِ نَصًّا فَكَانَ كَالْجِمَاعِ فِي الْإِحْرَامِ يَسْتَوِي فِيهِ
الْقَاصِدُ وَغَيْرُهُ (وَلَوْ جَامَعَ فِيمَا دُونَ الْفَرْجِ فَأَنْزَلَ أَوْ قَبْلَ أَوْ لَمَسَ فَأَنْزَلَ بَطَلَ اعْتِكَافُهُ
لَأَنَّهُ فِي مَعْنَى الْجِمَاعِ وَلِهَذَا فَسَدَ بِهِ الصَّوْمُ، وَلَوْ لَمْ يُنْزَلْ لَا يَفْسُدُ وَإِنْ كَانَ حَرَامًا لِأَنَّهُ
لَيْسَ فِي مَعْنَى الْجِمَاعِ، وَلِهَذَا لَا يَفْسُدُ بِهِ الصَّوْمُ) فَإِنْ قِيلَ: فَهَلَا جَعَلَتْ نَفْسَ الْمُبَاشَرَةِ
مُفْسِدَةً مِنْ غَيْرِ إِتْرَالٍ لظَاهِرِ قَوْلِهِ تَعَالَى ﴿ وَلَا تُبَشِّرُوهُنَّ ﴾ وَتِلْكَ تَتَحَقَّقُ فِي الْجِمَاعِ

فِيمَا دُونَ الْفَرَجِ. أُجِيبَ: بِأَنَّ الْمَجَازَ وَهُوَ الْجَمَاعُ لَمَّا كَانَ مُرَادًا بَطْلَ أَنْ تَكُونَ الْحَقِيقَةُ مُرَادَةً، وَلِأَنَّ الْاِعْتِكَافَ مُعْتَبَرًا بِالصَّوْمِ فِيهَا وَتَفْسُهَا لَمْ تُفْسِدِ الصَّوْمَ فَكَذَا الْاِعْتِكَافُ.

قَالَ (وَمَنْ أَوْجِبَ عَلَى نَفْسِهِ اِعْتِكَافَ أَيَّامٍ لَزِمَهُ اِعْتِكَافُهَا بِلَيَالِيهَا) لِأَنَّ ذِكْرَ الْأَيَّامِ عَلَى سَبِيلِ الْجَمْعِ يَتَنَاوَلُ مَا يَزَائِلُهَا مِنَ اللَّيَالِي، يُقَالُ: مَا رَأَيْتُكَ مِنْذُ أَيَّامٍ وَالْمُرَادُ بِلَيَالِيهَا وَكَانَتْ (مُتَتَابِعَةً وَإِنْ لَمْ يَشْتَرِطِ التَّتَابُعُ) لِأَنَّ مَبْنَى الْاِعْتِكَافِ عَلَى التَّتَابُعِ، لِأَنَّ الْأَوْقَاتَ كُلَّهَا قَابِلَةٌ بِخِلَافِ الصَّوْمِ، لِأَنَّ مَبْنَاهُ عَلَى التَّفَرُّقِ لِأَنَّ اللَّيَالِيَ غَيْرُ قَابِلَةٍ لِلصَّوْمِ فَيَجِبُ عَلَى التَّفَرُّقِ حَتَّى يَنْصُرَ عَلَى التَّتَابُعِ (وَإِنْ نَوَى الْأَيَّامَ خَاصَّةً صَحَّتْ نِيَّتُهُ) لِأَنَّهُ نَوَى الْحَقِيقَةَ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ أَوْجِبَ عَلَى نَفْسِهِ اِعْتِكَافَ أَيَّامٍ) أَيُّ: وَمَنْ قَالَ: عَلَيَّ أَنْ أَعْتَكِفَ عَشْرَةَ أَيَّامٍ (تَلَزَمَهُ بِلَيَالِيهَا مُتَتَابِعَةً) أَمَّا لُزُومُهَا بِلَيَالِيهَا فَلَمَّا ذَكَرَ (أَنَّ ذِكْرَ الْأَيَّامِ عَلَى سَبِيلِ الْجَمْعِ يَتَنَاوَلُ مَا يَزَائِلُهَا مِنَ اللَّيَالِي) عُرِفَا (يُقَالُ: مَا رَأَيْتُكَ مِنْذُ أَيَّامٍ، وَالْمُرَادُ بِلَيَالِيهَا) وَإِذَا حَلَفَ لَا يُكَلِّمُ فَلَانًا شَهْرًا أَوْ عَشْرَةَ أَيَّامٍ كَانَ ذَلِكَ عَلَى الْأَيَّامِ وَاللَّيَالِي، أَلَا تَرَى إِلَى قِصَّةِ زَكَرِيَّا عَلَيْهِ السَّلَامُ حَيْثُ قَالَ ﴿أَلَّا تُكَلِّمَ النَّاسَ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ إِلَّا رَمَزًا﴾ [آل عمران: ٤١] وَقَالَ ﴿أَلَّا تُكَلِّمَ النَّاسَ ثَلَاثَ لَيَالٍ سَوِيًّا﴾ [مريم: ١٠] وَالْقِصَّةُ وَاحِدَةٌ، وَتَأْوِيلُهُ مَا ذَكَرْنَا. وَقَوْلُهُ عَلَى سَبِيلِ الْجَمْعِ يَدْفَعُ مَا يُقَالُ قَدْ تَقَرَّرَ فِي أَصُولِ الْفِقْهِ أَنَّ الْيَوْمَ إِذَا قُرِنَ بِفِعْلٍ مُمْتَدٍّ يَرَادُ بِهِ بَيَاضُ النَّهَارِ خَاصَّةً، وَالْاِعْتِكَافُ فِعْلٌ مُمْتَدٌّ فَيَجِبُ أَنْ يُرَادَ بِالْأَيَّامِ النَّهْرُ دُونَ اللَّيَالِي وَإِلَّا لَانْتَقَضَ الْقَاعِدَةُ.

وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ الْعُرْفَ جَارٍ عَلَى مَا ذَكَرْنَا، حَتَّى لَوْ قَالَ: عَلَيَّ أَنْ أَعْتَكِفَ يَوْمًا أُخْتَصَّ بَبَيَاضِ النَّهَارِ، كَذَا فِي التَّحْفَةِ، وَأَمَّا التَّتَابُعُ فَلَمَّا ذَكَرَ أَنَّ مَبْنَى الْاِعْتِكَافِ عَلَى التَّتَابُعِ إلخ (وَإِنْ نَوَى الْأَيَّامَ خَاصَّةً صَحَّتْ نِيَّتُهُ لِأَنَّهُ نَوَى الْحَقِيقَةَ) فَإِنْ قِيلَ: الْحَقِيقَةُ مُنْصَرَفُ اللَّفْظِ بِدُونِ قَرِينَةٍ أَوْ نِيَّةٍ فَمَا وَجْهُ قَوْلِهِ لِأَنَّهُ نَوَى الْحَقِيقَةَ؟ قُلْتُ: كَأَنَّهُ اخْتَارَ مَا ذَهَبَ إِلَيْهِ بَعْضُ أَنَّ الْيَوْمَ مُشْتَرِكٌ بَيْنَ بَيَاضِ النَّهَارِ وَمُطْلَقِ الْوَقْتِ، وَأَحَدُ مَعْنَى الْمُشْتَرَكِ يَحْتَاجُ إِلَى ذَلِكَ لِتَعْيِينِ الدَّلَالَةِ لَا لِنَفْسِ الدَّلَالَةِ، وَعَلَى تَقْدِيرِ أَنْ يَكُونَ مُخْتَارُهُ مَا عَلَيْهِ الْأَكْثَرُونَ، وَهُوَ أَنَّهُ مَجَازٌ فِي مُطْلَقِ الْوَقْتِ فَجَوَابُهُ أَنَّ ذِكْرَ الْأَيَّامِ عَلَى سَبِيلِ الْجَمْعِ صَارِفٌ لَهُ

عَنِ الْحَقِيقَةِ كَمَا تَقَدَّمَ، فَيَحْتَاجُ إِلَى التَّيَّةِ دَفْعًا لِلصَّارِفِ عَنِ الْحَقِيقَةِ لَا لِلدَّلَالَةِ عَلَيْهَا.
(وَمَنْ أَوْجَبَ عَلَى نَفْسِهِ اعْتِكَافَ يَوْمَيْنِ يَلْزَمُهُ بِلَيْتَيْهِمَا). وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ
اللَّهُ: لَا تَدْخُلُ اللَّيْلَةُ الْأُولَى لِأَنَّ الْمُتَنَّى غَيْرُ الْجَمْعِ، وَفِي الْمُتَوَسُّطَةِ ضَرُورَةُ الْإِصْطِلَاقِ. وَجَهُ
الظَّاهِرِ أَنَّ فِي الْمُتَنَّى مَعْنَى الْجَمْعِ فَيَلْحَقُ بِهِ احْتِيَاطًا لِأَمْرِ الْعِبَادَةِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ أَوْجَبَ عَلَى نَفْسِهِ اعْتِكَافَ يَوْمَيْنِ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ)
قَالَ فِي النَّهَائَةِ: كَانَ مِنْ حَقِّهِ أَنْ يَقُولَ: وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ، لَمَّا أَنَّ هَذِهِ الرَّوَايَةَ غَيْرُ
ظَاهِرَةٍ عَنْهُ وَالذَّلِيلُ عَلَى هَذَا قَوْلُهُ بَعْدَهُ وَجَهُ الظَّاهِرِ.
وَقَوْلُهُ (لِأَنَّ الْمُتَنَّى غَيْرُ الْجَمْعِ) ظَاهِرٌ. وَلَمَّا كَانَ كَذَلِكَ كَانَ لَفْظُ الْمُتَنَّى وَلَفْظُ
الْمُفْرَدِ سَوَاءً.

وَلَوْ قَالَ: عَلَيَّ أَنْ أَعْتَكِفَ يَوْمًا لَمْ تَدْخُلْ لَيْلَتُهُ بِالِاتِّفَاقِ، فَكَذَا فِي الثَّنِيَةِ إِلَّا أَنَّ
الْلَيْلَةَ الْوَسْطَى تَدْخُلُ لِمُضَرَّةِ اتِّصَالِ الْبَعْضِ بِالْبَعْضِ الْآخِرِ، وَهَذِهِ الضَّرُورَةُ لَمْ تُوجَدْ
فِي اللَّيْلَةِ الْأُولَى.

فَإِنْ قِيلَ: لَمَّا كَانَ الْمُتَنَّى غَيْرَ الْجَمْعِ وَجَبَ أَنْ لَا يَكْتَفِيَ فِي الْجُمُعَةِ بِالِاثْنَيْنِ سِوَى
الْإِمَامِ وَقَدْ اكْتَفَى كَمَا تَقَدَّمَ فِي بَابِ الْجُمُعَةِ.

أَجِيبَ: بِأَنَّ الْأَصْلَ مَا ذَكَرْتُ هَاهُنَا لِأَنَّ فِيهِ الْعَمَلُ بِأَوْضَاعِ الْوُحْدَانِ وَالْجَمْعِ إِلَّا
أَنِّي وَجَدْتُ فِي الْجُمُعَةِ مَعْنَى لَمْ يُوجَدْ فِي غَيْرِهَا، وَهُوَ أَنَّهَا سُمِّيَتْ جُمُعَةً لِمَعْنَى
الاجْتِمَاعِ، وَفِي الْجَمَاعَةِ وَالثَّنِيَةِ كَذَلِكَ، فَكَانَتْ الثَّنِيَةُ فِي تَحْقِيقِ مَعْنَى الْاجْتِمَاعِ
كَالْجَمْعِ فَانْكَفَيْتْ بِهَا (وَجَهُ ظَاهِرُ الرَّوَايَةِ أَنَّ فِي الْمُتَنَّى مَعْنَى الْجَمْعِ) لِاجْتِمَاعِ فَرْدٍ وَفَرْدٍ
فِيهِ (فَيَلْحَقُ بِالْجَمْعِ احْتِيَاطًا لِأَمْرِ الْعِبَادَةِ) وَفِيهِ تَلْوِيحٌ إِلَى أَنَّهُمَا إِنَّمَا لَمْ يُلْحَقَا الْمُتَنَّى
بِالْجَمْعِ فِي الْجُمُعَةِ لِعَدَمِ الْإِصْطِلَاقِ فِي ذَلِكَ لِأَنَّ الْإِصْطِلَاقَ فِي الْخُرُوجِ عَنْ عَهْدَةٍ مَا عَلَيْهِ
بَيِّقِينَ، وَذَلِكَ فِي الْإِلْحَاقِ غَيْرُ بَيِّقِينَ، لِأَنَّ الْجَمَاعَةَ شَرْطُ عَلَى حِدَةٍ بِالِاتِّفَاقِ، وَفِي كَوْنِ
الثَّنِيَةِ بِمَعْنَى الْجَمْعِ تَرَدُّدٌ لِلْجَذْبِ الْفَرْدِ وَالْجَمْعِ إِذْ هِيَ بَيْنَهُمَا، وَفِي اشْتِرَاطِ الْجَمْعِ لَا
تَرَدُّدٌ فِي الْخُرُوجِ فَكَانَ شَرْطًا، وَأَمَّا فِي الْإِعْتِكَافِ فَفِي الْإِلْحَاقِ بِالْجَمْعِ خُرُوجٌ عَنْهَا
بَيِّقِينَ، لِأَنَّ إِجْبَابَ لَيْلَتَيْنِ مَعَ يَوْمَيْنِ أَحْوَطٌ مِنْ إِجْبَابِ يَوْمَيْنِ بِلَيْلَةٍ وَاحِدَةٍ وَهُوَ ظَاهِرٌ.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ كِتَابُ الْحَجِّ

الشرح:

(كِتَابُ الْحَجِّ): لَمَّا رَتَّبَ الْعِبَادَاتِ الْمُتَقَدِّمَةَ ذَلِكَ التَّرْتِيبَ لِمَعَانٍ ذُكِرَتْ عِنْدَ كُلِّ كِتَابٍ تَأَخَّرَ الْحَجُّ إِلَى ههنا ضَرُورَةً، لِأَنَّ مَا بَعْدَهُ إِنَّمَا يَكُونُ مِنَ الْمُعَامَلَاتِ أَوْ غَيْرِهَا، وَالْعِبَادَاتِ مُتَقَدِّمَةً.

وَالْحَجُّ فِي اللُّغَةِ: الْقَصْدُ، وَفِي الشَّرِيعَةِ: زِيَارَةُ الْبَيْتِ عَلَى وَجْهِ التَّعْظِيمِ.

(الْحَجُّ وَاجِبٌ عَلَى الْأَحْرَارِ الْبَالِغِينَ الْعُقُلَاءِ الْأَصِحَّاءِ إِذَا قَدَرُوا عَلَى الزَّادِ وَالرَّاحِلَةِ فَاضِلًا عَنِ الْمَسْكَنِ وَمَا لَا بُدَّ مِنْهُ، وَعَنْ نَفَقَةِ عِيَالِهِ إِلَى حِينِ عَوْدِهِ وَكَانَ الطَّرِيقُ آمِنًا).

الشرح:

ثُمَّ إِنَّهُ فُرِضَ عَلَى كُلِّ حُرٍّ بَالِغٍ عَاقِلٍ صَحِيحٍ إِذَا قَدَرَ عَلَى الزَّادِ وَالرَّاحِلَةِ فَاضِلًا عَنِ الْمَسْكَنِ وَمَا لَا بُدَّ مِنْهُ، وَعَنْ نَفَقَةِ عِيَالِهِ إِلَى حِينِ عَوْدِهِ وَكَانَ الطَّرِيقُ آمِنًا، وَإِنَّمَا عَدَلَ الْمُصَنِّفُ عَنِ الْإِفْرَادِ إِلَى الْجَمْعِ فِي قَوْلِهِ الْأَحْرَارِ لِخِ مَظَرًّا إِلَى وَقُوعِهِ، فَإِنَّهُ لَا يَتَأَدَّى إِلَّا بِجَمْعٍ عَظِيمٍ.

وَأَمَّا (وَصَفَهُ بِالْوُجُوبِ وَهُوَ فَرِيضَةٌ مُحْكَمَةٌ) كَمَا صَنَعَ بِالزَّكَاةِ وَقَدْ ذَكَرْنَا وَجْهَهُ هُنَاكَ، وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ مَعْنَاهُ ثَابِتٌ أَوْ لَازِمٌ، فَإِنَّ الْوُجُوبَ يَدُلُّ عَلَى ذَلِكَ (وَفَرَضِيَّتَهُ ثَبَتَ بِالْكِتَابِ وَهُوَ قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ﴾ الْآيَةُ يَعْنِي أَنَّهُ حَقٌّ وَاجِبٌ لِلَّهِ فِي رِقَابِ النَّاسِ لَا يَنْفَكُونَ عَنْ عَهْدَتِهِ إِلَّا بِالْأَذَاءِ.

(وَلَا يَجِبُ فِي الْعُمْرِ إِلَّا مَرَّةً وَاحِدَةً) لِأَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ قِيلَ لَهُ «الْحَجُّ فِي كُلِّ عَامٍ أَوْ مَرَّةً وَاحِدَةً؟ فَقَالَ: لَا بَلْ مَرَّةً وَاحِدَةً فَمَا زَادَ فَهُوَ تَطَوُّعٌ»^(١) وَلِأَنَّ سَبَبَهُ الْبَيْتُ وَأَنَّهُ لَا يَتَعَدَّدُ فَلَا يَتَكَرَّرُ الْوُجُوبُ.

الشرح:

(وَلَا يَجِبُ فِي الْعُمْرِ إِلَّا مَرَّةً وَاحِدَةً لِأَنَّهُ عَلَيْهِ السَّلَامُ قِيلَ لَهُ يَعْنِي لَمَّا نَزَلَتْ هَذِهِ الْآيَةُ وَقَالَ لَهُمْ: «يَا أَيُّهَا النَّاسُ حُجُّوا الْبَيْتَ. الْحَجُّ فِي كُلِّ عَامٍ أَمْ مَرَّةً وَاحِدَةً؟ فَقَالَ: لَا بَلْ مَرَّةً وَاحِدَةً، فَمَا زَادَ فَهُوَ تَطَوُّعٌ»، وَلِأَنَّ سَبَبَهُ الْبَيْتُ) لِإِضَافَتِهِ إِلَيْهِ، يُقَالُ حَجَّ

(١) أخرجه أبو داود (١٧٢١)، وابن ماجه (٢٨٨٦)، وأحمد (٣٥٢/١).

الْبَيْتِ وَالْإِضَافَةُ دَلِيلُ السَّبَبِيَّةِ (وَأَنَّهُ لَا يَتَعَدَّدُ) الْبَيْتُ (فَلَا يَتَكَرَّرُ الْوُجُوبُ)
ثُمَّ هُوَ وَاجِبٌ عَلَى الْفَوْرِ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ. وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ مَا
يَدُلُّ عَلَيْهِ. وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ وَالشَّافِعِيِّ رَحِمَهُمَا اللَّهُ عَلَى التَّرَاجِي لِأَنَّهُ وَظِيفَةُ الْعُمَرِ فَكَانَ
الْعُمَرُ فِيهِ كَالْوَقْتِ فِي الصَّلَاةِ. وَجِهَ الْأَوَّلُ أَنَّهُ يَخْتَصُّ بِوَقْتٍ خَاصٍّ، وَالْمَوْتُ فِي سَنَةِ
وَاحِدَةٍ غَيْرِ نَادِرٍ فَيَتَضَيَّقُ احْتِطَاطًا وَلِهَذَا كَانَ التَّعْجِيلُ أَفْضَلَ، بِخِلَافِ وَقْتِ الصَّلَاةِ لِأَنَّ
الْمَوْتَ فِي مِثْلِهِ نَادِرٌ.

الشرح:

(ثُمَّ هُوَ وَاجِبٌ عَلَى الْفَوْرِ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ) حَتَّى إِنْ أَخَّرَ بَعْدَ اسْتِحْجَاعِ
الشَّرَاطِ أَتَمَّ، رَوَاهُ عَنْهُ بَشَرٌ وَالْمَعْلَى (وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ مَا يَدُلُّ عَلَيْهِ) أَيْ عَلَى الْفَوْرِ وَهُوَ
مَا ذَكَرَهُ ابْنُ شُجَاعٍ عَنْهُ أَنَّهُ سُئِلَ عَمَّنْ لَهُ مَالٌ أَيَحُجُّ بِهِ أَمْ يَتَزَوَّجُ؟ فَقَالَ: بَلْ يَحُجُّ بِهِ،
وَذَلِكَ دَلِيلٌ عَلَى أَنَّ الْوُجُوبَ عِنْدَهُ عَلَى الْفَوْرِ.

وَوَجْهُ دَلَالَتِهِ عَلَى ذَلِكَ أَنَّ فِي التَّزْوِيجِ تَخْصِينَ النَّفْسِ الْوَاجِبَ عَلَى كُلِّ حَالٍ
وَالِاسْتِغَالِ بِالْحَجِّ يَفُوتُهُ، وَلَوْ لَمْ يَكُنْ وَجُوبُهُ عَلَى الْفَوْرِ لَمَّا أَمَرَ بِمَا يَفُوتُ الْوَاجِبَ مَعَ
إِمْكَانِ حُصُولِهِ فِي وَقْتٍ آخَرَ لَمَّا أَنَّ الْمَالَ غَادٍ وَرَائِحٍ (وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ وَالشَّافِعِيِّ عَلَى
التَّرَاجِي لِأَنَّهُ وَظِيفَةُ الْعُمَرِ فَكَانَ الْعُمَرُ فِيهِ كَالْوَقْتِ فِي الصَّلَاةِ) فَكَمَا أَنَّهَا جَازَتْ فِي
آخِرِ وَقْتِهَا يَجُوزُ الْحَجُّ فِي آخِرِ الْعُمَرِ مِنْ أَشْهُرِ الْحَجِّ، وَهَذَا الدَّلِيلُ لِمُحَمَّدٍ لِأَنَّهُ يَقُولُ
بِجَوَازِ تَأْخِيرِ مُكَيِّفٍ، وَهُوَ أَنْ لَا يَفُوتَهُ بِالْمَوْتِ، فَإِنْ فُوتَهُ أَتَمَّ.

وَأَمَّا الشَّافِعِيُّ فَإِنَّهُ يَقُولُ: لَا يَأْتِمُّ بِالتَّأْخِيرِ، وَإِنْ مَاتَ فَلَمْ يَكُنْ عِنْدَهُ كَوَقْتِ
الصَّلَاةِ (وَجِهَ الْأَوَّلُ) يَعْنِي قَوْلَ أَبِي يُوسُفَ إِنَّ الْحَجَّ يَخْتَصُّ بِوَقْتٍ خَاصٍّ مِنْ كُلِّ عَامٍ
وَهُوَ أَشْهُرُ الْحَجِّ، وَكُلُّ مَا أُخْتُصَّ بِوَقْتٍ خَاصٍّ، وَقَدْ فَاتَ عَنْ وَقْتِهِ لَا يُدْرِكُ إِلَّا بِإِدْرَاكِ
ذَلِكَ الْوَقْتِ بَعِيْنِهِ وَإِلَّا لَا يَكُونُ مُخْتَصًّا بِهِ، وَذَلِكَ مُدَّةٌ طَوِيلَةٌ يَسْتَوِي فِيهَا الْحَيَاةُ
وَالْمَمَاتُ (لَأَنَّ الْمَوْتَ فِي سَنَةٍ وَاحِدَةٍ) مُشْتَمِلَةٌ عَلَى الْفُصُولِ الْأَرْبَعَةِ الْمُتَضَادَّةِ الْمَزَاجِ (غَيْرُ
نَادِرٍ فَيَتَضَيَّقُ احْتِطَاطًا) لَا تَحْقِيقًا، وَإِنَّمَا قَالَ ذَلِكَ لِأَنَّهُ لَا يَرَدُّ عَلَيْهِ أَنَّهُ لَوْ كَانَ مُتَضَيِّقًا
لَوَجِبَ أَنْ يَكُونَ بَعْدَ الْعَامِ الْأَوَّلِ قَضَاءً وَلَيْسَ كَذَلِكَ، فَإِنَّ التَّضَيِّقَ إِذَا كَانَ احْتِطَاطًا لَا
يَلْزَمُ ذَلِكَ، وَالدَّلِيلُ عَلَى هَذَا تَوْضِيحُهُ بِقَوْلِهِ (وَلِهَذَا كَانَ التَّعْجِيلُ أَفْضَلَ) يَعْنِي

بِالْإِتِّفَاقِ، فَإِنَّ الاسْتِدْلَالَ بِالْأَفْضَلِيَّةِ عَلَى الْوُجُوبِ مِمَّا لَا يَكَادُ يَصِحُّ.
وَقَوْلُهُ (بِخِلَافِ وَقْتِ الصَّلَاةِ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ كَالْوَقْتِ فِي الصَّلَاةِ، وَتَمَرَّةُ
الْخِلَافِ لَا تَظْهَرُ إِلَّا فِي حَقِّ الْإِثْمِ خَاصَّةً، وَأَمَّا أَنَّ الْوَاقِعَ فِي الْعَامِ الثَّانِي أَدَاءٌ كَمَا فِي
الْأَوَّلِ، وَأَنَّ التَّطَوُّعَ فِي الْعَامِ الْأَوَّلِ جَائِزٌ فَلَا يُنْكَرُهُ أَحَدٌ، وَتَمَامُ هَذَا الْبَحْثِ مَوْضِعُهُ
أُصُولُ الْفَقْهِ.

وَإِنَّمَا شَرَطَ الْحُرِّيَّةَ وَالْبُلُوغَ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «أَيُّمَا عَبْدٍ حَجَّ عَشْرَ
حِجَجٍ ثُمَّ أُعْتِقَ فَعَلَيْهِ حَجَّةُ الْإِسْلَامِ، وَأَيُّمَا صَبِيٍّ حَجَّ عَشْرَ حِجَجٍ ثُمَّ بَلَغَ فَعَلَيْهِ حَجَّةُ
الْإِسْلَامِ»^(١) وَلَأَنَّهُ عِبَادَةٌ وَالْعِبَادَاتُ بِأَسْرِهَا مَوْضُوعَةٌ عَنِ الصَّبِيَّانِ

الشرح:

وَإِنَّمَا شَرَطَ الْحُرِّيَّةَ وَالْبُلُوغَ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «أَيُّمَا عَبْدٍ حَجَّ وَلَوْ
عَشْرَ حِجَجٍ ثُمَّ أُعْتِقَ فَعَلَيْهِ حَجَّةُ الْإِسْلَامِ» وَالْفَرْقُ بَيْنَ الْحَجِّ وَالصَّوْمِ وَالصَّلَاةِ: أَنَّ
الْحَجَّ يَحْتَاجُ إِلَى الزَّادِ وَالرَّاحِلَةِ، وَالْعَبْدُ لَا يَمْلِكُ مِنَ الْمَالِ شَيْئًا، وَالصَّوْمُ وَالصَّلَاةُ لَيْسَا
كَذَلِكَ، وَأَنَّ حَقَّ الْمَوْلَى فِي الْحَجِّ يَفُوتُ فِي مَدَّةٍ طَوِيلَةٍ، فَقَدَّمَ حَقَّ الْعَبْدِ عَلَى حَقِّ اللَّهِ
تَعَالَى بِخِلَافِ الصَّوْمِ وَالصَّلَاةِ.

وَالْعَقْلُ شَرَطٌ لَصِحَّةِ التَّكْلِيفِ. وَكَذَا صِحَّةُ الْجَوَارِحِ لِأَنَّ الْعَجْزَ دُونَهَا لَازِمٌ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَالْعَقْلُ) لِبَيَانِ اشْتِرَاطِ الْعَقْلِ. وَقَوْلُهُ (وَكَذَا صِحَّةُ الْجَوَارِحِ) لِبَيَانِ اشْتِرَاطِ
الصَّحَّةِ (لَأَنَّ الْعَجْزَ بِدُونِهَا لَازِمٌ)

وَالْأَعْمَى إِذَا وَجَدَ مَنْ يَكْفِيهِ مُؤَنَّةَ سَفَرِهِ وَوَجَدَ زَادًا وَرَاحِلَةً لَا يَجِبُ عَلَيْهِ الْحَجُّ
عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ خِلَافًا لَهُمَا، وَقَدْ مَرَّ فِي كِتَابِ الصَّلَاةِ. وَأَمَّا الْمُقْعَدُ، فَعَنْ أَبِي
حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ. أَنَّهُ يَجِبُ لَأَنَّهُ مُسْتَطِيعٌ بغيرِهِ فَأَشْبَهَ الْمُسْتَطِيعَ بِالرَّاحِلَةِ. وَعَنْ مُحَمَّدٍ
رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى أَنَّهُ لَا يَجِبُ لَأَنَّهُ غَيْرُ قَادِرٍ عَلَى الْأَدَاءِ بِنَفْسِهِ، بِخِلَافِ الْأَعْمَى لَأَنَّهُ لَوْ
هَدَى يُوَدِّي بِنَفْسِهِ فَأَشْبَهَ الضَّالَّ عَنْهُ، وَلَا بُدَّ مِنَ الْقُدْرَةِ عَلَى الزَّادِ وَالرَّاحِلَةِ، وَهُوَ قَدَرُ مَا
يَكْتَرِي بِهِ شِقُّ مَحْمَلٍ أَوْ رَأْسَ زَامِلَةٍ، وَقَدَرُ النِّفْقَةِ ذَاهِبًا وَجَائِيًا، لَأَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ

(١) أخرجه الحاكم في المستدرک (٤٨١/١)، والبيهقي (٢٩١/٥) وانظر نصب الراية (٨/٣).

وَالسَّلَامُ سُئِلَ عَنِ السَّبِيلِ إِلَيْهِ فَقَالَ: «الزَّادُ وَالرَّاحِلَةُ» ^(١) وَإِنْ أَمَكَّنَهُ أَنْ يَكْتَرِيَ عَقَبَةً فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ، لَأَنْهُمَا إِذَا كَانَ يَتَعَقَّبَانِ لَمْ تُوجَدْ الرَّاحِلَةُ فِي جَمِيعِ السَّفَرِ.

وَيُشْتَرَطُ أَنْ يَكُونَ فَاضِلًا عَنِ الْمَسْكَنِ وَعَمَّا لَا بُدَّ مِنْهُ كَالْخَادِمِ وَأَثَاثِ الْبَيْتِ وَثِيَابِهِ، لِأَنَّ هَذِهِ الْأَشْيَاءَ مَشْفُولَةٌ بِالْحَاجَةِ الْأَصْلِيَّةِ، وَيُشْتَرَطُ أَنْ يَكُونَ فَاضِلًا عَنِ نَفَقَةِ عِيَالِهِ إِلَى حِينِ عَوْدِهِ، لِأَنَّ النَّفَقَةَ حَقٌّ مُسْتَحَقٌّ لِلْمَرْأَةِ، وَحَقُّ الْعَبْدِ مُقَدَّمٌ عَلَى حَقِّ الشَّرْعِ بِأَمْرِهِ.

وَلَيْسَ مِنْ شَرْطِ الْوُجُوبِ عَلَى أَهْلِ مَكَّةَ وَمَنْ حَوْلَهُمُ الرَّاحِلَةُ، لِأَنَّهُ لَا تَلَحُّقَهُمْ مَشَقَّةُ زَالِدَةٍ فِي الْأَدَاءِ فَأَشْبَهَ السَّعْيَ إِلَى الْجُمُعَةِ وَلَا بُدَّ مِنْ أَمْنِ الطَّرِيقِ لِأَنَّ الْإِسْتِطَاعَةَ لَا تَثْبُتُ دُونَهُ. ثُمَّ قِيلَ: هُوَ شَرْطُ الْوُجُوبِ حَتَّى لَا يَجِبَ عَلَيْهِ الْإِيصَاءُ وَهُوَ مَرْوِيٌّ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ. وَقِيلَ: هُوَ شَرْطُ الْأَدَاءِ دُونَ الْوُجُوبِ، لِأَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ فَسَّرَ الْإِسْتِطَاعَةَ بِالزَّادِ وَالرَّاحِلَةِ لَا غَيْرُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَالْأَعْمَى إِذَا وَجَدَ) يَعْنِي أَنَّ الْأَعْمَى إِذَا مَلَكَ الزَّادَ وَالرَّاحِلَةَ، فَإِنْ لَمْ يَجِدْ قَائِدًا لَا يَلْزَمُهُ الْحَجُّ بِنَفْسِهِ فِي قَوْلِهِمْ، وَهَلْ يَجِبُ الْإِحْجَاجُ بِالْمَالِ؟ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ: لَا يَجِبُ، وَعِنْدَهُمَا يَجِبُ وَإِنْ وَجَدَ قَائِدًا، وَقَدْ عَبَّرَ عَنْهُ الْمُصَنِّفُ بِقَوْلِهِ (مَنْ يَكْفِيهِ مُؤَنَّةُ سَفَرِهِ) لَا يَجِبُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ كَمَا لَا تَجِبُ الْجُمُعَةُ، وَعَنْ صَاحِبِيهِ فِيهِ رِوَايَتَانِ فَرَقًا عَلَى إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ بَيْنَ الْحَجِّ وَالْجُمُعَةِ، وَقَالَا: وَجُودُ الْقَائِدِ إِلَى الْجُمُعَةِ لَيْسَ بِنَادِرٍ بَلْ هُوَ غَالِبٌ فَتَلْزَمُهُ الْجُمُعَةُ، وَلَا كَذَلِكَ الْقَائِدُ إِلَى الْحَجِّ.

وَقَوْلُهُ: (وَأَمَّا الْمُقْعَدُ فَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ) ظَاهِرُ الرِّوَايَةِ عَنْهُ فِي الزَّمَنِ وَالْمَقْلُوجِ وَالْمُقْعَدِ وَمَقْطُوعِ الرَّجْلَيْنِ أَنَّ الْحَجَّ لَا يَجِبُ عَلَيْهِمْ وَإِنْ مَلَكَوْا الزَّادَ وَالرَّاحِلَةَ، حَتَّى لَا يَجِبَ عَلَيْهِمُ الْإِحْجَاجُ بِمَا لَهُمْ لِأَنَّ الْأَصْلَ لِمَا لَمْ يَجِبْ لَمْ يَجِبِ الْبَدَلُ، وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْهُمَا.

(١) أخرجه الترمذي (٨١٣)، وابن ماجه (٢٨٩٦) من حديث ابن عمر رضي الله عنهما.

وأخرجه ابن ماجه (٢٨٩٧) من حديث ابن عباس رضي الله عنهما.

وأخرجه الحاكم في المستدرك (٤٤٢/١) من حديث أنس رضي الله عنه.

وَرَوَى الْحَسَنُ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ يَجِبُ عَلَيْهِ لِأَنَّهُ مُسْتَطِيعٌ بغيره فَأَشْبَهَ الْمُسْتَطِيعَ بِالرَّاحِلَةِ.

وَقَوْلُهُ (وَعَنْ مُحَمَّدٍ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (وَلَا بُدَّ مِنَ الْقُدْرَةِ) بَيَانٌ لِقَوْلِهِ: إِذَا قَدَرُوا عَلَى الزَّادِ وَالرَّاحِلَةِ، وَيَعْنِي بِهِ الْقُدْرَةَ بِطَرِيقِ الْمَلِكِ أَوْ الِاسْتِجَارِ بِأَن يَقْدِرَ عَلَى (مَا يَكْتَرِي بِهِ شَيْءٌ مَحْمَلٌ) يَفْتَحُ الْمِيمَ الْأَوَّلَ وَكَسْرَ الثَّانِي أَيْ جَانِبَهُ، لِأَنَّ لِلْمَحْمَلِ جَانِبَيْنِ، وَيَكْفِي لِلرَّاكِبِ أَحَدُ جَانِبَيْهِ.

وَالزَّامِلَةُ: الْبَعِيرُ يَحْمِلُ عَلَيْهِ الْمَسَافِرُ مَتَاعَهُ وَطَعَامَهُ مِنْ زَمَلِ الشَّيْءِ حَمَلُهُ، يُقَالُ لَهَا بِالْفَارِسِيَّةِ: سِرْبَارِي. وَقَوْلُهُ (وَقَدَّرُ الثَّفَقَةَ ذَاهِبًا وَجَائِيًا) يَعْنِي بَعْدَ الرَّاحِلَةِ ثَفَقَةً وَسَطَ بغيرِ إِسْرَافٍ وَلَا تَقْتِيرٍ، وَهَذَا لِأَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ سُئِلَ عَنِ السَّيْلِ إِلَيْهِ فَقَالَ: «الزَّادُ وَالرَّاحِلَةُ» وَإِنْ أُمِكنَهُ أَنْ يَكْتَرِيَ عُقْبَةً أَيْ مَا يَتَعَقَّبَانِ عَلَيْهِ فِي الرُّكُوبِ فَرَسًا بِفَرَسٍ أَوْ مَنَزِلًا مَنَزِلًا (فَلَا حَاجَ عَلَيْهِ) لِعَدَمِ الرَّاحِلَةِ إِذْ ذَاكَ فِي جَمِيعِ السَّفَرِ. وَقَوْلُهُ (وَيُشْتَرَطُ أَنْ يَكُونَ) أَيْ مَا يَقْدِرُ بِهِ عَلَى الزَّادِ وَالرَّاحِلَةِ (فَاضِلًا عَنِ الْمَسْكَنِ) بَيَانٌ لِقَوْلِهِ فِي أَوَّلِ الْبَحْثِ فَاضِلًا، وَهُوَ هُنَا مَنْصُوبٌ عَلَى الْحَالِ مِنَ الزَّادِ وَالرَّاحِلَةِ، وَقَيْدٌ بِالْمَسْكَنِ وَالْخَادِمِ إِشَارَةٌ إِلَى مَا ذَكَرَهُ ابْنُ شُجَاعٍ إِذَا كَانَتْ لَهُ دَارٌ لَا يَسْكُنُهَا وَعَبْدٌ لَا يَسْتَعْدِمُهُ، وَمَا أَشْبَهَ ذَلِكَ يَجِبُ عَلَيْهِ أَنْ يَبِيعَهُ وَيُحْجَّ بِهِ.

وَقَوْلُهُ (وَأَثَاثُ الْبَيْتِ) يَعْنِي كَالْفُرْشِ وَالْبُسْطِ وَآلَاتِ الطَّبْخِ (وَتِيَابُهُ) أَيْ تِيَابُ بَدَنِهِ وَفَرَسُهُ وَسِلَاحُهُ (لَأَنَّ هَذِهِ الْأَشْيَاءَ مَشْغُولَةٌ بِالْحَاجَةِ الْأَصْلِيَّةِ) وَالْمَشْغُولُ بِهَا كَالْمَعْدُومِ. وَقَوْلُهُ (وَحَقُّ الْعَبْدِ مُقَدَّمٌ عَلَى حَقِّ الشَّرْعِ بِأَمْرِهِ) قَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿ وَقد فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرَرْتُمْ إِلَيْهِ ﴾ [الأنعام: ١١٦] وَقَوْلُهُ (وَلَيْسَ مِنْ شَرْطِ الْوُجُوبِ عَلَى أَهْلِ مَكَّةَ) ظَاهِرٌ (وَلَا بُدَّ مِنْ أَمْنِ الطَّرِيقِ) وَهُوَ أَنْ يَكُونَ الْعَالِبُ فِيهِ السَّلَامَةُ، وَتَوْسُطُ الْبَحْرِ عُدْرٌ لِأَنَّ شَرْطَ وَجُوبِهِ الِاسْتِطَاعَةُ وَلَا اسْتِطَاعَةَ بَدُونِ الْأَمْنِ ثُمَّ اخْتَلَفَ الْمَشَائِخُ فِيهِ عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ: أَنَّهُ شَرْطُ نَفْسِ الْوُجُوبِ، أَوْ شَرْطُ الْأَدَاءِ؛ فَمِنْهُمْ مَنْ ذَهَبَ إِلَى الْأَوَّلِ لَمَّا مَرَّ أَنَّ الِاسْتِطَاعَةَ لَا تُثَبِّتُ بِدُونِهِ (وَهُوَ مَرْوِيُّ عَنْهُ) وَمِنْهُمْ مَنْ ذَهَبَ إِلَى الثَّانِي (لَأَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ فَسَرَ الِاسْتِطَاعَةَ بِالزَّادِ وَالرَّاحِلَةِ لَا غَيْرَ) وَتَمَرَّةُ الْخِلَافِ تَظْهَرُ فِي وَجُوبِ الْإِيصَاءِ عَلَى مَنْ مَاتَ قَبْلَ الْحَجِّ، وَلَمْ يَكُنْ

الطَّرِيقُ آمِنًا؛ فَعِنْدَ الْأَوَّلِينَ لَا تَلْزُمُهُ الْوَصِيَّةُ، وَعِنْدَ الْآخَرِينَ تَلْزُمُهُ.

قَالَ (وَيُعْتَبَرُ فِي الْمَرَأَةِ أَنْ يَكُونَ لَهَا مُحَرَّمٌ تَحُجُّ بِهِ أَوْ زَوْجٌ، وَلَا يَجُوزُ لَهَا أَنْ تَحُجَّ بِغَيْرِهِمَا إِذَا كَانَ بَيْنَهَا وَبَيْنَ مَكَّةَ مَسِيرَةُ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يَجُوزُ لَهَا الْحَجُّ إِذَا خَرَجَتْ فِي رُفْقَةٍ وَمَعَهَا نِسَاءٌ ثِقَاتٌ لِحُصُولِ الْأَمْنِ بِالْمُرَافَقَةِ.

وَلَنَا قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «لَا تَحُجَّنَّ امْرَأَةٌ إِلَّا وَمَعَهَا مُحَرَّمٌ»^(١) وَلأنَّهَا بِدُونِ الْمُحَرَّمِ يَخَافُ عَلَيْهَا الْفِتْنَةُ وَتَزْدَادُ بِانْضِمَامِ غَيْرِهَا إِلَيْهَا، وَلِهَذَا تَحْرُمُ الْخُلُوةُ بِالْأَجْنَبِيِّتِ وَإِنْ كَانَ مَعَهَا غَيْرُهَا، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ بَيْنَهَا وَبَيْنَ مَكَّةَ أَقَلُّ مِنْ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ، لِأَنَّهُ يَبَاحُ لَهَا الْخُرُوجُ إِلَى مَا دُونَ السَّفَرِ بِغَيْرِ مُحَرَّمٍ. (وَإِذَا وَجَدَتْ مُحَرَّمًا لَمْ يَكُنْ لِلزَّوْجِ مَنَعُهَا).

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَهُ أَنْ يَمْنَعَهَا لِأَنَّ فِي الْخُرُوجِ تَفْوِيتَ حَقِّهِ. وَلَنَا أَنْ حَقَّ الزَّوْجِ لَا يَظْهَرُ فِي حَقِّ الْفَرَائِضِ وَالْحَجِّ مِنْهَا، حَتَّى لَوْ كَانَ الْحَجُّ نَفْلًا لَهُ أَنْ يَمْنَعَهَا، وَلَوْ كَانَ الْمُحَرَّمُ فَاسِقًا قَالُوا: لَا يَجِبُ عَلَيْهَا لِأَنَّ الْمَقْصُودَ لَا يَحْصُلُ بِهِ (وَلَهَا أَنْ تَخْرُجَ مَعَ كُلِّ مُحَرَّمٍ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَجُوسِيًّا) لِأَنَّهُ يَعْتَقَدُ إِبَاحَةَ مُنَاسَكَتِهَا، وَلَا عِبْرَةَ بِالصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ لِأَنَّهُ لَا تَتَأْتِي مِنْهُمَا الصِّيَانَةُ، وَالصَّبِيُّ الَّتِي بَلَغَتْ حَدَّ الشَّهْوَةِ بِمَنْزِلَةِ الْبَالِغَةِ حَتَّى لَا يُسَافَرَ بِهَا مِنْ غَيْرِ مُحَرَّمٍ، وَنَفَقَتُ الْمُحَرَّمِ عَلَيْهَا لِأَنَّهُ تَتَوَسَّلُ بِهِ إِلَى آدَاءِ الْحَجِّ. وَاخْتَلَفُوا فِي أَنَّ الْمُحَرَّمِ شَرْطُ الْوُجُوبِ أَوْ شَرْطُ الْآدَاءِ عَلَى حَسَبِ اخْتِلَافِهِمْ فِي أَمْنِ الطَّرِيقِ.

الشرح:

قَالَ (وَيُعْتَبَرُ فِي الْمَرَأَةِ أَنْ يَكُونَ لَهَا مُحَرَّمٌ تَحُجُّ بِهِ) الْاِخْتِلَافُ الْمَارُّ فِي أَمْنِ الطَّرِيقِ فِي كَوْنِهِ شَرْطُ الْوُجُوبِ، أَوْ شَرْطُ الْآدَاءِ ثَابِتٌ فِي مُحَرَّمِ الْمَرَأَةِ، وَالْمُحَرَّمُ مَنْ لَا يَجُوزُ لَهُ مُنَاسَكَتُهَا عَلَى التَّائِيدِ بِقَرَابَةٍ أَوْ رِضَاعٍ أَوْ صِهَارَةٍ، وَلَا يَجُوزُ لِلْمَرَأَةِ أَنْ تَحُجَّ إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهَا مُحَرَّمٌ أَوْ زَوْجٌ إِذَا كَانَ بَيْنَهَا وَبَيْنَ مَكَّةَ ثَلَاثَةُ أَيَّامٍ، شَاةً كَانَتْ أَوْ عَجُوزًا، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا مُحَرَّمٌ أَوْ زَوْجٌ لَا يَجِبُ عَلَيْهَا التَّزَوُّجُ لِلْحَجِّ، كَمَا لَا يَجِبُ عَلَى الْفَقِيرِ اكْتِسَابُ الْمَالِ لِأَجْلِ الْحَجِّ وَالزَّكَاةِ (وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَهَا أَنْ تَحُجَّ فِي رُفْقَةٍ وَمَعَهَا نِسَاءٌ ثِقَاتٌ لِحُصُولِ الْأَمْنِ مِنَ الْفِتْنَةِ بِالْمُرَافَقَةِ).

(١) أخرجه الدار قطني (٢٢٢/٢) رقم (٣٠) من حديث ابن عباس رضي الله عنهما.

وأخرجه أيضا (٢٢٣/٢) رقم (٣٢) من حديث أبي أمامة رضي الله عنه.

وَلَنَا قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «لَا تُحْجَنِ امْرَأَةٌ إِلَّا وَمَعَهَا مَحْرَمٌ» وَلِأَنَّهَا بَدُونِ
 الْمَحْرَمِ يَخَافُ عَلَيْهَا الْفِتْنَةُ وَتَزْدَادُ بِانْضِمَامِ غَيْرِهَا إِلَيْهَا فَضْلاً عَنْ حُصُولِ الْأَمْنِ.
 وَعُورِضَ بِأَنَّ الْمُهَاجِرَةَ تَخْرُجُ إِلَى دَارِ الْإِسْلَامِ بِدُونِهَا، وَالْمُهْجَرَةُ لَيْسَتْ مِنَ
 الْأَرْكَانِ الْخَمْسَةِ فَلَا تَخْرُجُ إِلَى الْحَجِّ وَهُوَ مِنْهَا أَوَّلَى. وَأُجِيبَ: بِأَنَّ ذَلِكَ ضَرُورَةٌ
 الْخَوْفِ عَلَى نَفْسِهَا؛ أَلَا تَرَى أَنَّهَا إِذَا وَصَلَتْ إِلَى جَيْشٍ مِنَ الْمُسْلِمِينَ فِي دَارِ الْحَرْبِ،
 حَتَّى صَارَتْ أَمَنَةً لَمْ يَكُنْ لَهَا بَعْدَ ذَلِكَ أَنْ تُسَافِرَ بِدُونِ الْمَحْرَمِ. فَإِنْ قِيلَ: فَسَرَّ النَّبِيُّ ﷺ
 السَّبِيلَ بِالزَّادِ وَالرَّاحِلَةَ، وَلَمْ يَذْكُرِ الْمَحْرَمَ. أُجِيبَ: بِأَنَّ ذَلِكَ حُجَّةٌ مَنْ جَعَلَهُ شَرْطَ
 الْأَدَاءِ، وَمَنْ جَعَلَهُ شَرْطَ الْوُجُوبِ قَالَ: لَمْ يَذْكُرْهُ، لِأَنَّ السَّائِلَ كَانَ رَجُلًا.

فَإِنْ قِيلَ: لَا تُسَلِّمُ أَنَّ الْفِتْنَةَ تَزْدَادُ بِانْضِمَامِ غَيْرِهَا إِلَيْهَا، فَإِنَّ الْمُبْتَوَةَ إِذَا اعْتَدَّتْ
 فِي بَيْتِ الزَّوْجِ بِحِيلُولَةِ ثِقَةٍ جَازٍ. وَلَمْ يَكُنْ انْضِمَامُهَا إِلَيْهَا فِتْنَةً. أُجِيبَ: بِأَنَّ انْضِمَامَ
 الْمَرْأَةِ إِلَيْهَا يُعِينُهَا عَلَى مَا تُرَاوِدُ بِمُشَاوَرَتِهَا، وَتَعْلِيمِ مَا عَسَى تَعْجِزُ عَنْهُ بِفِكْرِهَا، وَإِنَّمَا
 لَمْ يَكُنْ فِي الْمُعْتَدَّةِ كَذَلِكَ لِأَنَّ الْإِقَامَةَ مَوْضِعُ أَمْنٍ وَقُدْرَةٍ عَلَى دَفْعِ الْفِتْنَةِ وَفِيهِ نَظَرٌ، لِأَنَّ
 مِثْلَهَا لَا يُعَدُّ ثِقَةً وَالْكَلَامُ فِيهَا، وَلِأَنَّ جَوَابَ السَّنَدِ يُنَاقِضُ جَوَابَ الْمَنْعِ. وَالْأَوَّلَى أَنْ
 يُقَالَ هُنَّ نَاقِصَاتُ دِينٍ وَعَقْلٍ، فَلَا يُؤْمَنُ أَنْ تَتَخَدَّعَ فَتَكُونُ عَلَيْهَا فِي الْإِفْسَادِ وَتَتَوَسَّطُ
 فِي التَّوْطِينِ وَالتَّمْكِينِ فَتَعْجِزُ هِيَ عَنْ دَفْعِهَا فِي السَّفَرِ، وَهَذَا الْمَعْنَى مَعْدُومٌ فِي الْحَضَرِ
 لِإِمْكَانِ الاسْتِعَانَةِ. وَقَوْلُهُ (بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ) مُتَّصِلٌ بِقَوْلِهِ: إِذَا كَانَ بَيْنَهَا وَبَيْنَ مَكَّةَ
 ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ وَهُوَ وَاضِحٌ، وَكَذَا قَوْلُهُ: وَإِنْ وَجَدَتْ مَحْرَمًا (وَلَنَا أَنَّ حَقَّ الزَّوْجِ لَا يَظْهَرُ
 فِي حَقِّ الْفَرَائِضِ) أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَا يَمْنَعُهَا مِنْ صِيَامِ شَهْرِ رَمَضَانَ وَالصَّلَاةِ (وَالْحَجِّ مِنْهَا،
 حَتَّى لَوْ كَانَ الْحَجُّ نَفْلًا لَهُ أَنْ يَمْنَعَهَا) وَلِهَذَا كَانَ لَهُ أَنْ يُحَلَّلَهَا مِنْ سَاعَتِهِ. وَقَوْلُهُ (وَإِنْ
 كَانَ الْمَحْرَمُ فَاسِقًا) ظَاهِرٌ.

(وَإِذَا بَلَغَ الصَّبِيُّ بَعْدَ مَا أَحْرَمَ أَوْ عَتَقَ الْعَبْدُ فَمَضِيًّا لَمْ يُجْزِهِمَا عَنْ حَجَّةِ الْإِسْلَامِ)
 لِأَنَّ إِحْرَامَهُمَا انْعَقَدَ لِأَدَاءِ النَّفْلِ فَلَا يَنْقَلِبُ لِأَدَاءِ الْفَرْضِ (وَلَوْ جَدَّ الصَّبِيُّ الْإِحْرَامَ قَبْلَ
 الْوُقُوفِ وَنَوَى حَجَّةَ الْإِسْلَامِ جَازَ، وَالْعَبْدُ لَوْ فَعَلَ ذَلِكَ لَمْ يَجْزُ) لِأَنَّ إِحْرَامَ الصَّبِيِّ غَيْرُ
 لَازِمٍ لِعَدَمِ الْأَهْلِيَّةِ، أَمَّا إِحْرَامُ الْعَبْدِ لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُهُ الْخُرُوجُ عَنْهُ بِالشَّرْعِ فِي غَيْرِهِ وَاللَّهُ
 أَعْلَمُ.

الشرح:

وَإِذَا بَلَغَ الصَّبِيُّ بَعْدَ مَا أَحْرَمَ أَوْ عَتَقَ الْعَبْدُ يَعْنِي بَعْدَ مَا أَحْرَمَ (فَمَضِيًّا لَمْ يُجْزِهِمَا عَنْ حَجَّةِ الْإِسْلَامِ، لِأَنَّ إِحْرَامَهُمَا اتَّعَقَدَ لِأَدَاءِ النَّفْلِ) لَعَدَمِ الْخِطَابِ وَشَرْطِ الْوُجُوبِ فِي حَقِّهِمَا (فَلَا يَتَقَلَّبُ لِأَدَاءِ الْفَرْضِ) وَاعْتَرَضَ بِأَنَّ الْإِحْرَامَ شَرْطٌ عَلَى مَا تَذَكَّرُهُ كَالطَّهَارَةِ، وَالشَّرْطُ يُرَاعَى وَجُودُهُ لَا وَجُودُهُ قَصْدًا؛ أَلَا تَرَى أَنَّ الصَّبِيَّ إِذَا تَوَضَّأَ ثُمَّ بَلَغَ بِالسَّنِّ فَصَلَّى بِتِلْكَ الطَّهَارَةِ جَازَتْ صَلَاتُهُ، فَمَا بِأَلِ الْحَجِّ لَمْ يُجْزَ بِذَلِكَ الْإِحْرَامِ. وَالْجَوَابُ أَنَّ الْإِحْرَامَ عِنْدَنَا إِنَّمَا يَكُونُ بِالنِّيَّةِ عَلَى مَا سَيَأْتِي، وَبِهَا يَصِيرُ شَارِعًا فِي أَفْعَالِ الْحَجِّ، فَصَارَ كَصَبِيٍّ تَوَضَّأَ وَشَرَعَ فِي الصَّلَاةِ وَبَلَغَ بِالسَّنِّ فَتَوَى أَنْ تَكُونَ تِلْكَ الصَّلَاةُ فَرْضًا لَا تَتَقَلَّبُ إِلَيْهَا (وَلَوْ جَدَّدَ الصَّبِيُّ الْإِحْرَامَ قَبْلَ الْوُقُوفِ وَتَوَى حَجَّةَ الْإِسْلَامِ جَازَ وَالْعَبْدُ لَوْ فَعَلَ ذَلِكَ لَمْ يُجْزَ لِأَنَّ إِحْرَامَ الصَّبِيِّ غَيْرُ لَازِمٍ لَعَدَمِ الْأَهْلِيَّةِ) وَلِهَذَا لَوْ تَنَاوَلَ مَحْظُورًا لَمْ يَلْزَمْهُ شَيْءٌ، وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ جَازَ الْفَسْخُ وَالشَّرُوعُ فِي غَيْرِهِ (وَأَمَّا إِحْرَامُ الْعَبْدِ فَلَازِمٌ لِكَوْنِهِ مُخَاطَبًا وَلِهَذَا لَوْ أَصَابَ صَبِيًّا كَانَ عَلَيْهِ الصِّيَامُ لِأَنَّهُ صَارَ جَانِبًا عَلَى إِحْرَامِهِ بِقَتْلِ الصَّيْدِ، وَهُوَ لَيْسَ مِنْ أَهْلِ التَّكْفِيرِ بِالْمَالِ) فَلَا يُمَكِّنُهُ الْخُرُوجُ عَنْهُ بِالشَّرُوعِ فِي غَيْرِهِ (وَأَمَّا طَرِيقُ خُرُوجِهِ مِنْ ذَلِكَ الْإِحْرَامِ أَدَاءُ الْأَفْعَالِ، فَسَوَاءٌ جَدَّدَ التَّلَبُّسَ أَوْ لَمْ يُجَدِّدْهَا، وَهُوَ بَاقٍ عَلَى ذَلِكَ الْإِحْرَامِ فَلَا يُجْزِيهِ عَنْ حَجَّةِ الْإِسْلَامِ.

فصل

(وَالْمَوَاقِيتُ الَّتِي لَا يَجُوزُ أَنْ يُجَاوِزَهَا الْإِنْسَانُ إِلَّا مُحَرِّمًا خَمْسَةً: لِأَهْلِ الْمَدِينَةِ دُوَّ الْحُلَيْفَةِ، وَلِأَهْلِ الْعِرَاقِ ذَاتُ عِرْقٍ. وَلِأَهْلِ الشَّامِ الْجُحَفَةُ، وَلِأَهْلِ نَجْدٍ قَرْنٌ، وَلِأَهْلِ الْيَمَنِ يَلَمْلَمٌ) ^(١) هَكَذَا وَقَّتَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ هَذِهِ الْمَوَاقِيتَ لِهَؤُلَاءِ. وَفَالِدَةُ النَّاقِيتِ الْمَنْعُ عَنْ تَأْخِيرِ الْإِحْرَامِ عَنْهَا، لِأَنَّهُ يَجُوزُ التَّقْدِيمُ عَلَيْهَا بِالِاتِّفَاقِ، ثُمَّ الْأَفَاقِيُّ إِذَا انْتَهَى إِلَيْهَا عَلَى قَصْدِ دُخُولِ مَكَّةَ عَلَيْهِ أَنْ يُحْرِمَ قَصْدَ الْحَجِّ أَوْ الْعُمْرَةِ أَوْ لَمْ يَقْصِدْ عِنْدَنَا لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «لَا يُجَاوِزُ أَحَدُ الْمِيقَاتِ إِلَّا مُحَرِّمًا» ^(٢) وَلِأَنَّ وَجُوبَ الْإِحْرَامِ لِبَعْضِ هَذِهِ الْبُقْعَةِ

(١) أخرجه البخاري (١٥٢٤، ١٥٢٦، ١٥٢٩)، ومسلم (١١، ١٢) كتاب الحج من حديث ابن

عباس رضي الله عنهما.

(٢) أخرجه البيهقي (٤٤/٥) من حديث ابن عباس رضي الله عنهما.

الشَّرِيفَةِ فَيَسْتَوِي فِيهِ الْحَاجُّ وَالْمُعْتَمِرُ وَغَيْرُهُمَا.

الشرح:

(فصل): لَمَّا فَرَّغَ مِنْ ذِكْرِ مَنْ يَجِبُ عَلَيْهِ الْحَجُّ وَذَكَرَ شُرُوطَ الْوُجُوبِ. وَمَا يَتَّبِعُهَا شَرَعَ فِي بَيَانِ أَوَّلِ أَمْكِنَةٍ يُبْتَدَأُ فِيهَا بِأَفْعَالِ الْحَجِّ. وَهِيَ (الْمَوَاقِيتُ الَّتِي لَا يَجُوزُ أَنْ يُجَاوِزَهَا الْإِنْسَانُ إِلَّا مُحْرِمًا) وَالْمَوَاقِيتُ جَمْعُ مِيقَاتٍ، وَهُوَ الْوَقْتُ الْمَحْدُودُ فَاسْتَعِيرَ لِلْمَكَانِ كَمَا أُسْتَعِيرَ الْمَكَانُ لِلْوَقْتِ فِي قَوْلِهِ تَعَالَى ﴿ هُنَالِكَ الْوَلَايَةُ ﴾ [الكهف: ٤٣] وَالْمَوَاقِيتُ خَمْسَةٌ، كَمَا ذَكَرَ فِي الْكِتَابِ. وَقَوْلُهُ (هَكَذَا وَقْتُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ هَذِهِ الْمَوَاقِيتُ لَهُؤُلَاءِ) قِيلَ عَلَيْهِ كَيْفَ كَانَ التَّوَقُّيتُ لِأَهْلِ الْعِرَاقِ وَالشَّامِ وَلَمْ يَكُونُوا مُسْلِمِينَ؟ وَأَجِيبُ بِأَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ عَلَّمَ بِطَرِيقِ الْوَحْيِ إِيْمَانَهُمْ فَوَقَّتَ لَهُمْ عَلَى ذَلِكَ. وَقَوْلُهُ (وَفَائِدَةُ التَّائِقِيتِ) وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (عَلَى قَصْدِ دُخُولِ مَكَّةَ) فَيَدُلُّ بِذَلِكَ لِأَنَّهُ لَوْ لَمْ يَقْصِدْ ذَلِكَ لَيْسَ عَلَيْهِ أَنْ يُحْرِمَ.

قَالَ فِي النَّهَائَةِ: اعْلَمْ أَنَّ الْبَيْتَ لَمَّا كَانَ مُعَظَّمًا مُشْرِفًا جُعِلَ لَهُ حِصْنٌ وَهُوَ مَكَّةُ، وَحِمَى وَهُوَ الْحَرَمُ، وَلِلْحَرَمِ حَرَمٌ، وَهُوَ الْمَوَاقِيتُ حَتَّى لَا يَجُوزَ لِمَنْ دُونَهُ أَنْ يَتَجَاوَزَهُ إِلَّا بِالْإِحْرَامِ تَعْظِيمًا لِلْبَيْتِ، وَالْأَصْلُ فِيهِ أَنَّ كُلَّ مَنْ قَصَدَ مُجَاوِزَةَ مِيقَاتَيْنِ لَا يَجُوزُ إِلَّا بِإِحْرَامٍ.

وَمَنْ قَصَدَ مُجَاوِزَةَ مِيقَاتٍ وَاحِدٍ حَلَّ لَهُ بِغَيْرِ إِحْرَامٍ. بَيَانُهُ. أَنَّ مَنْ أَتَى مِيقَاتًا بَيْنَةَ الْحَجِّ أَوْ الْعُمْرَةِ أَوْ دُخُولِ مَكَّةَ لِحَاجَةٍ لَا يَجُوزُ دُخُولُهُ إِلَّا بِالْإِحْرَامِ، لِأَنَّهُ قَصَدَ مُجَاوِزَةَ مِيقَاتَيْنِ مِيقَاتِ أَهْلِ الْآفَاقِ، وَمِيقَاتِ أَهْلِ الْحِلِّ. وَالْحِيلَةُ لِمَنْ أَرَادَ مِنَ الْآفَاقِيِّ دُخُولَهُ بِغَيْرِ إِحْرَامٍ أَنْ يَقْصِدَ بُسْتَانَ بَنِي عَامِرٍ أَوْ غَيْرَهُ مِنَ الْحِلِّ فَلَا يَجِبُ الْإِحْرَامُ، لِأَنَّهُ قَصَدَ مُجَاوِزَةَ مِيقَاتٍ وَاحِدٍ. وَقَوْلُهُ (عِنْدَنَا) إِشَارَةٌ إِلَى خِلَافِ الشَّافِعِيِّ فَإِنَّ عِنْدَهُ أَنَّ الْإِحْرَامَ يَجِبُ عِنْدَ الْمِيقَاتِ عَلَى مَنْ أَرَادَ دُخُولَ مَكَّةَ لِلْحَجِّ وَالْعُمْرَةِ، فَأَمَّا مَنْ أَرَادَ دُخُولَهَا لِقِتَالٍ فَلَيْسَ عَلَيْهِ الْإِحْرَامُ قَوْلًا وَاحِدًا، لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ دَخَلَهَا يَوْمَ الْفَتْحِ بِغَيْرِ إِحْرَامٍ، وَلَهُ فِي الدَّخْلِ لِلتَّجَارَةِ قَوْلَانِ.

وَلَنَا قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «لَا يُجَاوِزُ أَحَدٌ الْمِيقَاتَ إِلَّا مُحْرِمًا» وَلَآئِنْ وَجُوبَ الْإِحْرَامِ لَتَعْظِيمِ هَذِهِ الْبُقْعَةِ الشَّرِيفَةِ لَا لِأَنَّهُ شَرَطَ لِلْحَجِّ بِدَلِيلٍ أَنَّ مَنْ كَانَ

دَاخِلَ الْمِيقَاتِ يُحْرَمُ مِنْ دَوِيرَةِ أَهْلِهِ، وَتَعْظِيمُهَا لَمْ يَخْتَلَفْ بِالنِّسْبَةِ إِلَى الْحَاجِّ وَغَيْرِهِ (فَيَسْتَوِي فِيهِ الْحَاجُّ وَالْمُعْتَمِرُ وَغَيْرُهُمَا) وَمَا رَوَاهُ الشَّافِعِيُّ فَمِنْ خُصُوصِيَّاتِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ، كَمَا قَالَ فِي خُطْبَتِهِ يَوْمَ فَتْحِ مَكَّةَ «إِنَّ مَكَّةَ حَرَامٌ حَرَّمَهَا اللَّهُ تَعَالَى يَوْمَ خَلَقَ السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضَ، وَإِنَّهَا لَمْ تَحِلَّ لِأَحَدٍ قَبْلِي، وَلَا تَحِلُّ لِأَحَدٍ بَعْدِي، وَإِنَّمَا أُحِلَّتْ لِي سَاعَةً مِنْ نَهَارٍ ثُمَّ عَادَتْ حَرَامًا إِلَى يَوْمِ الْقِيَامَةِ».

(وَمَنْ كَانَ دَاخِلَ الْمِيقَاتِ لَهُ أَنْ يَدْخُلَ مَكَّةَ بِغَيْرِ إِحْرَامٍ لِحَاجَّتِهِ) لِأَنَّهُ يَكْثُرُ دُخُولُهُ مَكَّةَ، وَفِي إِيضَابِ الْإِحْرَامِ فِي كُلِّ مَرَّةٍ حَرَجٌ بَيْنَ قَصَارٍ كَأَهْلِ مَكَّةَ حَيْثُ يُبَاحُ لَهُمُ الْخُرُوجُ مِنْهَا ثُمَّ دُخُولُهَا بِغَيْرِ إِحْرَامٍ لِحَاجَّتِهِمْ، بِخِلَافِ مَا إِذَا قَصَدَ آدَاءَ التَّسْبِيحِ لِأَنَّهُ يَتَحَقَّقُ أحيانًا فَلَا حَرَجَ (فَإِنْ قَدَّمَ الْإِحْرَامَ عَلَى هَذِهِ الْمَوَاقِيتِ جَازًا) لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَأَتِمُّوا الْحَجَّ وَالْعُمْرَةَ لِلَّهِ﴾ [البقرة: ١٩٦] وَإِتِمَامُهُمَا أَنْ يُحْرِمَ بِهِمَا مِنْ دَوِيرَةِ أَهْلِهِ، كَذَا قَالَهُ عَلِيُّ وَابْنُ مَسْعُودٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا. وَالْأَفْضَلُ التَّقْدِيمُ عَلَيْهَا لِأَنَّ إِتِمَامَ الْحَجِّ مُفَسَّرٌ بِهِ وَالْمَشَقَّةُ فِيهِ أَكْثَرُ وَالتَّعْظِيمُ أَوْفَرُ، وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ إِنَّمَا يَكُونُ أَفْضَلُ إِذَا كَانَ يَمْلِكُ نَفْسَهُ أَنْ لَا يَقَعَ فِي مَحْظُورٍ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَمَنْ كَانَ دَاخِلَ الْمِيقَاتِ ظَاهِرًا، وَالْأَصْلُ «أَنَّهُ ﷺ رَخَّصَ لِلْحَطَّائِينَ دُخُولَ مَكَّةَ بِغَيْرِ إِحْرَامٍ»، وَكَذَلِكَ قَوْلُهُ (فَإِنْ قَدَّمَ الْإِحْرَامَ) ظَاهِرٌ. قِيلَ: إِنَّمَا صَعَّرَ الدَّوِيرَةَ تَعْظِيمًا لِلْكَعْبَةِ (كَذَا قَالَهُ عَلِيُّ وَابْنُ مَسْعُودٍ) يَعْنِي أَنْ إِتِمَامَهُمَا أَنْ يُحْرِمَ بِهِمَا مِنْ دَوِيرَةِ أَهْلِهِ، وَرَوَى عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ مِثْلَهُ، وَقِيلَ إِتِمَامُهُمَا أَنْ يُفْرَدَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا سَفَرًا كَمَا قَالَ مُحَمَّدٌ حَجَّةً كُوفِيَّةً وَعُمْرَةً كُوفِيَّةً أَفْضَلُ (وَالْأَفْضَلُ التَّقْدِيمُ عَلَيْهَا لِأَنَّ الْإِتِمَامَ مُفَسَّرٌ بِهِ وَالْمَشَقَّةُ فِيهِ أَكْثَرُ وَالتَّعْظِيمُ أَوْفَرُ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: الْإِحْرَامُ مِنَ الْمِيقَاتِ أَفْضَلُ لِأَنَّ الْإِحْرَامَ عِنْدَهُ مِنَ الْأَدَاءِ. وَقَوْلُهُ (وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ) ظَاهِرٌ.

(وَمَنْ كَانَ دَاخِلَ الْمِيقَاتِ فَوْقَهُ الْحِلُّ) مَعْنَاهُ الْحِلُّ الَّذِي بَيْنَ الْمَوَاقِيتِ وَبَيْنَ الْحَرَمِ لِأَنَّهُ يَجُوزُ إِحْرَامُهُ مِنْ دَوِيرَةِ أَهْلِهِ، وَمَا وَرَاءَ الْمِيقَاتِ إِلَى الْحَرَمِ مَكَانٌ وَاحِدٌ (وَمَنْ كَانَ بِمَكَّةَ فَوْقَهُ فِي الْحَجِّ الْحَرَمُ وَفِي الْعُمْرَةِ الْحِلُّ) لِأَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَمَرَ

أَصْحَابُهُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ أَنْ يُحْرِمُوا بِالْحَجِّ مِنْ جَوْفِ مَكَّةَ^(١)، وَأَمَرَ أَخَا عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أَنْ يُعْمِرَهَا مِنَ التَّنْعِيمِ^(٢) وَهُوَ فِي الْحِلِّ، وَلَأَنْ آدَاءَ الْحَجِّ فِي عَرَوَهِی فِي الْحِلِّ فَيَكُونُ الْإِحْرَامُ مِنَ الْحَرَمِ لِيَتَحَقَّقَ نَوْعُ سَفَرٍ، وَآدَاءَ الْعُمْرَةِ فِي الْحَرَمِ فَيَكُونُ الْإِحْرَامُ مِنَ الْحِلِّ لِهَذَا، إِلَّا أَنَّ التَّنْعِيمَ أَفْضَلُ لَوُرُودِ الْأَثَرِ بِهِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ كَانَ دَاخِلَ الْمِيقَاتِ فَوَقَّعَهُ) أَيَّ مَوْضِعٍ إِحْرَامِهِ (الْحِلُّ الَّذِي بَيْنَ الْمِيقَاتِ وَبَيْنَ الْحَرَمِ) لَا الْحِلُّ الَّذِي هُوَ خَارِجُ الْمِيقَاتِ (لَأَنَّهُ يَجُوزُ إِحْرَامُهُ مِنْ دُوَيْرَةِ أَهْلِهِ) لَمَّا تَلَوْنَا، فَلَوْ كَانَ الْمُرَادُ بِالْحِلِّ مَا هُوَ خَارِجُ الْمِيقَاتِ لَمَّا جَازَ أَنْ يُحْرِمَ مِنْ دُوَيْرَةِ أَهْلِهِ، وَحَيْثُ جَازَ لَهُ ذَلِكَ جَازَ أَنْ يُحْرِمَ مِنْ أَيِّ مَوْضِعٍ شَاءَ مِنَ الْحِلِّ لِأَنَّ مَا وَرَاءَ الْمِيقَاتِ إِلَى الْحَرَمِ مَكَانٌ وَاحِدٌ. وَقَوْلُهُ (وَمَنْ كَانَ بِمَكَّةَ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (لَوُرُودِ الْأَثَرِ بِهِ) أَرَادَ بِهِ قَوْلُهُ: وَأَمَرَ أَخَا عَائِشَةَ أَنْ يُعْمِرَهَا مِنَ التَّنْعِيمِ.

بَابُ الْإِحْرَامِ

(وَإِذَا أَرَادَ الْإِحْرَامَ اغْتَسَلَ أَوْ تَوَضَّأَ وَالْفَسْلُ أَفْضَلُ) لَمَّا رُوِيَ «أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ اغْتَسَلَ لِإِحْرَامِهِ»^(٣) إِلَّا أَنَّهُ لِلتَّنْظِيفِ حَتَّى تُؤْمَرَ بِهِ الْحَائِضُ، وَإِنْ لَمْ يَقَعْ فَرَضًا عَنْهَا فَيَقُومُ الْوُضُوءُ مَقَامَهُ كَمَا فِي الْجُمُعَةِ، لَكِنَّ الْفَسْلَ أَفْضَلُ لِأَنَّهُ مَعْنَى النِّظَافَةِ فِيهِ أَتَمُّ، وَلَأَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ اخْتَارَهُ.

قَالَ (وَلَيْسَ ثَوْبَيْنِ جَدِيدَيْنِ أَوْ غَسِيلَيْنِ إِزَارًا وَرِدَاءً) لَأَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ ائْتَزَرَ وَارْتَدَّى عِنْدَ إِحْرَامِهِ، وَلَأَنَّهُ مَمْنُوعٌ عَنْ ثَبَسِ الْمَخِيطِ وَلَا بُدَّ مِنْ سِتْرِ الْعَوْرَةِ وَدَفْعِ الْحَرِّ وَالْبَرْدِ، وَذَلِكَ فِيمَا عَيْنَاهُ، وَالْجَدِيدُ أَفْضَلُ لِأَنَّهُ أَقْرَبُ إِلَى الطَّهَارَةِ. قَالَ (وَمَسَّ طَبِيبًا إِنْ كَانَ لَهُ) وَعَنْ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ: أَنَّهُ يُكْرَهُ إِذَا تَطَيَّبَ بِمَا تَبَقَّى عَيْنُهُ بَعْدَ الْإِحْرَامِ، وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ وَالشَّافِعِيِّ رَحِمَهُمَا اللَّهُ، لَأَنَّهُ مُنْتَفِعٌ بِالطَّبِيبِ بَعْدَ الْإِحْرَامِ.

وَوَجْهُ الْمَشْهُورِ حَدِيثُ «عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا قَالَتْ كُنْتُ أَطِيبُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ

(١) أخرجه البخاري باب (٨٢)، ومسلم (١٣٩) كتاب الحج من حديث جابر رضي الله عنه.

(٢) أخرجه البخاري باب (٦٣)، ومسلم (١٣٢) من حديث عائشة رضي الله عنها.

(٣) أخرجه الترمذي (٨٣٠) من حديث زيد بن ثابت رضي الله عنه.

لِإِحْرَامِهِ قَبْلَ أَنْ يُحْرِمَ»^(١) وَالْمَنْعُوعُ عَنْهُ التَّطَيُّبُ بَعْدَ الْإِحْرَامِ، وَالْبَاقِي كَالنَّاسِغِ لَهُ لِاتِّصَالِهِ بِهِ، بِخِلَافِ الثُّوبِ لِأَنَّهُ مُبَايِنٌ عَنْهُ.

الشرح:

(بَابُ الْإِحْرَامِ): لَمَّا فَرَعَ مِنْ ذِكْرِ الْمَوَاقِيتِ، ذَكَرَ كَيْفِيَّةَ الْإِحْرَامِ الَّذِي يُفْعَلُ فِي تِلْكَ الْمَوَاقِيتِ. وَالْإِحْرَامُ لُغَةً مَصْدَرٌ أَحْرَمَ إِذَا دَخَلَ فِي الْحَرَمِ كَأَشْتَى إِذَا دَخَلَ فِي الشَّتَاءِ. وَفِي عُرْفِ الْفُقَهَاءِ تَحْرِيمُ الْمُبَاحَاتِ عَلَى نَفْسِهِ لِأَدَاءِ هَذِهِ الْعِبَادَةِ، فَإِنْ مِنْ الْعِبَادَاتِ مَا لَهَا تَحْرِيمٌ وَتَحْلِيلٌ كَالصَّلَاةِ وَالْحَجِّ، وَمِنْهَا مَا لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ كَالصَّوْمِ وَالزَّكَاةِ (وَإِذَا أَرَادَ الْإِحْرَامَ اغْتَسَلَ أَوْ تَوَضَّأَ وَالْعُسْلُ أَفْضَلُ لَمَّا رَوَى «أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ اغْتَسَلَ لِإِحْرَامِهِ» وَقَوْلُهُ (إِلَّا أَنَّهُ) اسْتِثْنَاءٌ مِنْ قَوْلِهِ وَالْعُسْلُ أَفْضَلُ، وَكَأَنَّهُ يَدْفَعُ مَا يُتَوَهَّمُ أَنَّ الْعُسْلَ إِذَا كَانَ أَفْضَلَ، وَجَبَ أَنْ لَا يَقُومَ غَيْرُهُ مَقَامَهُ فَقَالَ إِلَّا أَنَّهُ لِلتَّنْظِيفِ حَتَّى تُؤْمَرَ بِهِ الْحَائِضُ وَإِنْ لَمْ يَقَعْ فَرَضًا عَنْهَا).

رُوي «أَنَّ أَبَا بَكْرٍ الصِّدِّيقَ عليه السلام قَالَ لِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ: إِنْ أَسْمَاءَ قَدْ نَفَسَتْ فَقَالَ: مُرْهَا فَلْتَعْتَسل وَلْتَحْرِمَ بِالْحَجِّ» وَمَعْلُومٌ أَنَّ الْاِغْتِسَالَ الْوَاجِبَ لَا يَتَأَدَّى مَعَ وُجُودِ الْحَيْضِ فَكَانَ لِمَعْنَى النَّظَافَةِ، وَكُلُّ غُسْلٍ كَانَ لِمَعْنَى النَّظَافَةِ يَقُومُ الْوُضُوءُ مَقَامَهُ (كَمَا فِي الْجُمُعَةِ) وَالْعِيدَيْنِ (لَكِنَّ الْغُسْلَ أَفْضَلُ لِأَنَّ مَعْنَى النَّظَافَةِ فِيهِ أَكْثَرُ، وَلِأَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ اخْتَارَهُ) أَيْ آتَرَهُ عَلَى الْوُضُوءِ وَضَعْفُ تَرْكِيهِهِ لَا يَخْفَى عَلَى الْمُتَأَمِّلِ (وَلَيْسَ نَوَيْتَيْنِ جَدِيدَيْنِ أَوْ غَسِيلَيْنِ إِزَارًا وَرِدَاءً) وَفِي ذِكْرِ الْجَدِيدِ نَفْيٌ لِقَوْلِ مَنْ يَقُولُ بِكَرَاهَةِ لَيْسَ الْجَدِيدِ عِنْدَ الْإِحْرَامِ، وَالْإِزَارُ مِنَ الْحَقْوِ إِلَى الْخَصْرِ، وَالرِّدَاءُ مِنَ الْكَنْفِ (لِأَنَّهُ ﷺ ائْتَرَزَ وَارْتَدَّى) أَيْ لَيْسَ الْإِزَارُ وَالرِّدَاءُ. وَيُدْخِلُ الرِّدَاءَ تَحْتَ يَمِينِهِ وَيُلْقِيهِ عَلَى كَتِفِهِ الْأَيْسَرِ وَيَبْقَى كَتِفُهُ الْأَيْمَنُ مَكْشُوفًا وَلَا يَزُرُّهُ وَلَا يَعْقِدُهُ وَلَا يُخَلِّلُهُ، فَإِنْ فَعَلَ ذَلِكَ كَرِهَ وَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ. وَقَوْلُهُ (وَلِأَنَّهُ مَمْنُوعٌ) ظَاهِرٌ.

وَقَوْلُهُ (لِأَنَّهُ أَقْرَبُ إِلَى الطَّهَارَةِ) لِأَنَّهُ لَمْ تُصَبِّهِ النَّجَاسَةُ ظَاهِرٌ (وَمَسَّ طَبِيبًا إِنْ وَجَدَ) أَيْ طِيبَ كَانَ فِي ظَاهِرِ الرُّوَايَةِ (و) رَوَى الْمُعَلَّى (عَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ يُكْرَهُ إِذَا تَطَيَّبَ بِمَا تَبَقَّى عَيْتُهُ بَعْدَ الْإِحْرَامِ) كَالْمِسْكِ وَالْعَالِيَةِ.

(١) أخرجه البخاري (١٥٣٩)، ومسلم (٤٥) كتاب الحج من حديث عائشة رضي الله عنها.

قَالَ مُحَمَّدٌ: كُنْتُ لَا أَرَى بَأْسًا بِذَلِكَ حَتَّى رَأَيْتُ قَوْمًا أَحْضَرُوا طِيبًا كَثِيرًا وَرَأَيْتُ أَمْرًا شَنِيعًا فَكَرِهْتُهُ (وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ وَالشَّافِعِيِّ لِأَنَّهُ مُتَنَفِعٌ بِالطِّيبِ بَعْدَ الْإِحْرَامِ) قِيلَ: لِأَنَّهُ إِذَا عَرِقَ يَنْتَقِلُ إِلَى مَوْضِعٍ آخَرَ مِنْ بَدَنِهِ فَيَكُونُ ذَلِكَ بِمَنْزِلَةِ التَّطِيبِ ابْتِدَاءً بَعْدَ الْإِحْرَامِ فِي الْمَوْضِعِ الثَّانِي، يُؤَيِّدُهُ مَا رُوِيَ «أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ رَأَى أَعْرَابِيًّا عَلَيْهِ خُلُقٌ فَقَالَ: اغْسِلْ عَنْكَ هَذَا الْخُلُقُ»^(١) (وَوَجْهُ الْمَشْهُورِ حَدِيثُ عَائِشَةَ قَالَتْ «كُنْتُ أُطِيبُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ لِإِحْرَامِهِ قَبْلَ أَنْ يُحْرِمَ» وَفِيهِ نَظَرٌ، لِحَوَازِ أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ الطِّيبُ مِمَّا لَا يَبْقَى أَثَرُهُ بَعْدَ الْإِحْرَامِ وَالْمَكْرُوهُ ذَلِكَ. وَالْجَوَابُ: أَنَّ مِنْ جُمْلَةِ حَدِيثِ عَائِشَةَ «وَلَقَدْ رَأَيْتُ وَيِصَّ الطِّيبُ فِي مَفَارِقِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ بَعْدَ الْإِحْرَامِ» وَلَمَّا كَانَ ذَلِكَ مَعْلُومًا مِنْ حَدِيثِ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا اقْتَصَرَ عَنْ ذِكْرِهِ (وَلَأَنَّ الْمَثْوَعِ عَنِ الْمُحْرِمِ التَّطِيبُ وَالْبَاقِي كَالتَّابِعِ لَهُ لِاتِّصَالِهِ بِبَدَنِهِ) وَلَا حُكْمَ لِلتَّبَعِ فَيَكُونُ بِمَنْزِلَةِ الْعَدَمِ (بِخِلَافِ الثُّوبِ الْمَخِيطِ) إِذَا لَيْسَ قَبْلَ الْإِحْرَامِ، وَبَقِيَ عَلَى ذَلِكَ بَعْدَهُ فَإِنَّهُ يَكُونُ مَمْتُوعًا، وَيَكُونُ كَاللَّابِسِ ابْتِدَاءً حَتَّى يَلْزِمَهُ الْجَزَاءُ (لِأَنَّهُ مُبَايِنٌ عَنْهُ) فَلَا يَكُونُ تَابِعًا، وَعَنْ هَذَا إِذَا حَلَفَ لَا يَتَطِيبُ فَدَامَ عَلَى طِيبٍ كَانَ بِجَسَدِهِ لَا يَحْنُثُ، وَإِنْ حَلَفَ لَا يَلْبَسُ هَذَا الثُّوبَ فَدَامَ عَلَى لُبْسِهِ حَنْثٌ، وَحَدِيثُ الْأَعْرَابِيِّ مَحْمُولٌ عَلَى أَنَّهُ كَانَ عَلَى نَوْبِهِ لَا عَلَى بَدَنِهِ.

قَالَ (وَصَلَّى رَكَعَتَيْنِ لَمَّا رَوَى جَابِرٌ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُ «أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ صَلَّى بِذِي الْحُلَيْفَةِ رَكَعَتَيْنِ عِنْدَ إِحْرَامِهِ قَالَ وَقَالَ: اللَّهُمَّ إِنِّي أُرِيدُ الْحَجَّ فَيَسِّرْهُ لِي وَتَقَبَّلْهُ مِنِّي»^(٢) لَأَنَّ آدَاءَهَا فِي أَرْزَمَتِهِ مُتَفَرِّقَتَةٌ وَأَمَاكِنُ مُتَبَايِنَتٌ فَلَا يُعْرَى عَنِ الْمَشَقَّةِ عَادَةً فَيَسْأَلُ التَّيْسِيرَ، وَفِي الصَّلَاةِ لَمْ يَذْكُرْ مِثْلَ هَذَا الدُّعَاءِ لِأَنَّ مُدْتَهَا يَسِيرَةً وَآدَاءَهَا عَادَةً مُتَيَسِّرَةً. قَالَ (ثُمَّ يَلْبَسُ عَقِيبَ صَلَاتِهِ) لَمَّا رُوِيَ «أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لَبَّى فِي دُبُرِ صَلَاتِهِ»^(٣). وَإِنْ لَبَّى بَعْدَهَا اسْتَوَتْ بِهِ رَاحِلَتُهُ جَازًا، وَلَكِنْ الْأَوَّلُ أَفْضَلُ لَمَّا رَوَيْنَا.

(١) أخرجه مسلم (٩) كتاب الحج من حديث يعلى بن أمية ؓ.

(٢) أخرجه مالك (١٩).

(٣) أخرجه الترمذي (٨١٩)، وانظر اختلاف الصحابة في وقت إهلال النبي ﷺ بالحج مفصلاً في

نصب الرأية (٢٥/٣).

الشرح:

قَالَ (وَصَلَّى رَكَعَتَيْنِ) أَيِ إِذَا أَرَادَ الْإِحْرَامَ صَلَّى رَكَعَتَيْنِ لَمَا رَوَى جَابِرٌ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ «أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بِذِي الْحُلَيْفَةِ رَكَعَتَيْنِ عِنْدَ إِحْرَامِهِ» وَرَوَى عُمَرُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ «أَتَانِي آتٍ مِنْ رَبِّي وَأَنَا بِالْعَقِيقِ فَقَالَ: صَلِّ فِي هَذَا الْوَادِي الْمُبَارَكِ رَكَعَتَيْنِ وَقُلْ: لَيْتَكَ بِحَجَّةٍ وَعُمْرَةٍ مَعًا» وَيَقْرَأُ فِيهِمَا مَا شَاءَ وَإِنْ قَرَأَ فِي الْأُولَى بِفَاتِحَةِ الْكِتَابِ، وَ«قُلْ يَتَأَيُّهَا الْكَافِرُونَ» وَفِي الثَّانِيَةِ بِفَاتِحَةِ الْكِتَابِ، وَ«قُلْ هُوَ اللَّهُ أَحَدٌ» تَبَرُّكًا بِفِعْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ فَهُوَ أَفْضَلُ (قَالَ) يَعْنِي مُحَمَّدًا (وَقَالَ) يَعْنِي الَّذِي يُرِيدُ الْحَجَّ (اللَّهُمَّ إِنِّي أُرِيدُ الْحَجَّ فَيَسِّرْهُ لِي وَتَقَبَّلْهُ مِنِّي).

قَالَ فِي النَّهَايَةِ: وَفِي بَعْضِ النُّسخِ لَمْ يَذْكُرْ قَالَ الْأَوَّلُ، وَالْحَقُّ بِحَدِيثِ جَابِرٍ: أَيِ «صَلَّى النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بِذِي الْحُلَيْفَةِ»، وَقَالَ: أَيِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وَالصَّحِيحُ هُوَ الْأَوَّلُ، لِأَنَّهُ هُوَ الْمُثَبَّتُ فِي الْكُتُبِ الْمُتَّفَقَةِ عَنِ الْأَسَاتِذَةِ. وَقَوْلُهُ (لَأَنْ أَدَّاهَا) أَيِ أَدَاءِ هَذِهِ الْعِبَادَةِ تَعْلِيلٌ لِسُؤَالِ التَّيْسِيرِ.

وَقَوْلُهُ (ثُمَّ يُلَبِّي) يُرِيدُ مَنْ أَرَادَ الْحَجَّ (عَقِيبَ صَلَاتِهِ) اخْتَلَفَ الرُّوَاةُ فِي وَقْتِ تَلْبِيَةِ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ؛ فَقَالَ ابْنُ عَبَّاسٍ: «لَبَّى دُبُرَ صَلَاتِهِ» وَقَالَ ابْنُ عُمَرَ «لَبَّى حِينَ اسْتَوَى عَلَى رَاحِلَتِهِ» وَذَكَرَ جَابِرٌ: «أَنَّهُ لَبَّى حِينَ عَلَا الْبَيْدَاءَ» وَابْنُ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا رَدَّ هَذَا، فَقَالَ: يَكْذِبُونَ فِيهَا عَلَى رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ «وَأَمَّا لَبَّى حِينَ اسْتَوَى عَلَى رَاحِلَتِهِ».

وَرَوَى عَنْ سَعِيدِ بْنِ جُبَيْرٍ قَالَ: قُلْتُ لِابْنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا كَيْفَ اخْتَلَفَ النَّاسُ فِي وَقْتِ تَلْبِيَةِ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَمَا حَجَّ إِلَّا مَرَّةً وَاحِدَةً، فَقَالَ «لَبَّى رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فِي دُبُرِ صَلَاتِهِ» فَسَمِعَ ذَلِكَ قَوْمٌ مِنْ أَصْحَابِهِ فَتَقَلَّبُوا ذَلِكَ، وَكَانَ الْقَوْمُ يَأْتُونَهُ أَرْسَالًا فَلَبَّى حِينَ اسْتَوَى بِهِ رَاحِلَتُهُ فَسَمِعَ قَوْمٌ فَظَنُّوْهَا أَوَّلَ تَلْبِيَتِهِ فَتَقَلَّبُوا ذَلِكَ، ثُمَّ لَبَّى حِينَ عَلَا الْبَيْدَاءَ، فَسَمِعَهُ قَوْمٌ آخَرُونَ فَظَنُّوْهَا أَوَّلَ تَلْبِيَتِهِ فَتَقَلَّبُوا ذَلِكَ وَآيَمَ اللَّهُ مَا أَوْجَبَهَا إِلَّا فِي مُصَلَّاهُ " فَقُلْنَا: بَأَنَّ الْإِتْيَانَ بِقَوْلِ ابْنِ عَبَّاسٍ أَفْضَلُ لِأَنَّهُ أَكَّدَ رِوَايَتَهُ بِالْيَمِينِ، وَالْإِتْيَانَ بِقَوْلِ ابْنِ عُمَرَ جَائِزٌ.

(فَإِنْ كَانَ مُفْرِدًا بِالْحَجِّ يَنْوِي بِتَلْبِيَتِهِ الْحَجَّ) لِأَنَّهُ عِبَادَةٌ وَالْأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ (وَالْتَلْبِيَةُ أَنْ يَقُولَ: لَبَّيْكَ اللَّهُمَّ لَبَّيْكَ، لَبَّيْكَ لَا شَرِيكَ لَكَ لَبَّيْكَ، إِنَّ الْحَمْدَ وَالنُّعْمَةَ لَكَ

وَالْمَلِكُ، لَا شَرِيكَ لَكَ) وَقَوْلُهُ إِنَّ الْحَمْدَ بِكَسْرِ الْأَلْفِ لَا يَفْتَحُهَا لِيَكُونَ ابْتِدَاءً لَا بِنَاءً إِذِ الْفَتْحَةُ صِفَةُ الْأُولَى، وَهُوَ إِبْجَابَةُ الدُّعَاءِ الْخَلِيلِ صَلَوَاتُ اللَّهِ عَلَيْهِ عَلَى مَا هُوَ الْمَعْرُوفُ فِي الْقِصَّةِ (وَلَا يَنْبَغِي أَنْ يُخْلَ بِشَيْءٍ مِنْ هَذِهِ الْكَلِمَاتِ) لِأَنَّهُ هُوَ الْمَنْقُولُ بِاتِّفَاقِ الرُّوَاةِ فَلَا يَنْقُصُ عَنْهُ (وَلَوْ زَادَ فِيهَا جَازٌ) خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي رِوَايَةِ الرَّبِيعِ رَحِمَهُ اللَّهُ عَنْهُ. هُوَ اعْتَبَرَهُ بِالْأَذَانِ وَالشَّهَادَةِ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ ذَكَرَ مَظْلُومٌ.

وَلَمَّا أَنَّ أَجْلَاءَ الصَّحَابَةِ كَابِنِ مَسْعُودٍ وَابْنِ عُمَرَ وَآبِي هُرَيْرَةَ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُمْ زَادُوا عَلَى الْمَأْثُورِ، وَلَأنَّ الْمَقْصُودَ الثَّنَاءُ، وَإِظْهَارَ الْعُبُودِيَّةِ فَلَا يُمْنَعُ مِنَ الزِّيَادَةِ عَلَيْهِ. قَالَ (وَإِذَا لَبَّى فَقَدْ أَحْرَمَ) يَعْنِي إِذَا نَوَى لِأَنَّ الْعِبَادَةَ لَا تَتَأَدَّى إِلَّا بِالنِّيَّةِ إِلَّا أَنَّهُ لَمْ يَذْكُرْهَا لِتَقْدِيمِ الْإِشَارَةِ إِلَيْهَا فِي قَوْلِهِ "اللَّهُمَّ إِنِّي أُرِيدُ الْحَجَّ" (وَلَا يَصِيرُ شَارِعًا فِي الْإِحْرَامِ بِمُجَرَّدِ النِّيَّةِ مَا لَمْ يَأْتِ بِالنِّيَّةِ) خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ لِأَنَّهُ عَقَدَ عَلَى الْأَدَاءِ فَلَا بُدَّ مِنْ ذِكْرِ كَمَا فِي تَحْرِيمَةِ الصَّلَاةِ، وَيَصِيرُ شَارِعًا بِذِكْرِ يَقْصِدُ بِهِ التَّعْظِيمَ سِوَى التَّلْبِيَةِ فَارْسِيَّةٌ كَانَتْ أَوْ عَرَبِيَّةً، هَذَا هُوَ الْمَشْهُورُ عَنْ أَصْحَابِنَا رَحِمَهُمُ اللَّهُ تَعَالَى. وَالْفَرْقُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الصَّلَاةِ عَلَى أَصْلِهِمَا أَنَّ بَابَ الْحَجِّ أَوْسَعُ مِنْ بَابِ الصَّلَاةِ، حَتَّى يَقَامَ غَيْرُ الذِّكْرِ مَقَامَ الذِّكْرِ كَتَقْلِيدِ الْبَدَنِ فَكَذَا غَيْرُ التَّلْبِيَةِ وَغَيْرُ الْعَرَبِيَّةِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِنْ كَانَ مُفْرَدًا بِالْحَجِّ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (وَالْتَّلْبِيَةُ أَنْ يَقُولَ لَيْلِكَ اللَّهُمَّ لَيْلِكَ) وَهُوَ مِنَ الْمَصَادِرِ الَّتِي يَجِبُ حَذْفُ فِعْلِهَا لَوْفُوعِهِ مُشْتَقٌّ. وَاحْتَلَفُوا فِي مَعْنَاهُ فَقِيلَ: مُشْتَقٌّ مِنْ أَلْبَ الرَّجُلُ إِذَا أَقَامَ فِي مَكَانٍ، فَمَعْنَى لَيْلِكَ أَقِيمُ عَلَى طَاعَتِكَ إِقَامَةً بَعْدَ إِقَامَةٍ لِأَنَّ التَّلْبِيَةَ هَهُنَا لِلتَّكْرِيرِ، وَالتَّكْرِيرُ يُرَادُ لِلتَّكْثِيرِ.

وَقِيلَ: مُشْتَقٌّ مِنْ قَوْلِهِمْ: امْرَأَةٌ لَبَّةٌ أَيْ مُحَبَّةٌ لَزَوْجِهَا فَمَعْنَاهُ مُحَبَّتِي لَكَ يَا رَبِّ. وَقِيلَ: مِنْ قَوْلِهِمْ دَارِي تَلَبُّ دَارَكَ أَيْ تُوَاكِفُهَا فَمَعْنَاهُ اتَّجَاهِي إِلَيْكَ مَرَّةً بَعْدَ أُخْرَى وَالْأَوَّلُ أُنْسَبُ. وَقَوْلُهُ (إِنَّ الْحَمْدَ بِكَسْرِ الْأَلْفِ لَا يَفْتَحُهَا) هَكَذَا رَوَاهُ ابْنُ عُمَرَ وَابْنُ مَسْعُودٍ فِي صِفَةِ تَلْبِيَةِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ.

وَقَوْلُهُ (لِيَكُونَ ابْتِدَاءً) أَيْ غَيْرَ مُتَعَلِّقٍ بِمَا قَبْلَهُ لَا بِنَاءً إِذِ الْفَتْحَةُ صِفَةُ الْأُولَى) قِيلَ: مُرَادُهُ الْحَقِيقَةُ وَهِيَ الْمَعْنَى الْقَائِمُ بِالذَّاتِ لَا الصِّفَةِ التَّخَوُّيَّةِ، وَتَقْدِيرُهُ: أَلْبِي أَنْ الْحَمْدَ

وَالنَّعْمَةُ لَكَ، أَيِ وَأَنَا مَوْصُوفٌ بِهَذَا الْقَوْلِ.

وَقِيلَ: الْمُرَادُ بِهِ التَّغْلِيلُ لِأَنَّهُ يَكُونُ بِتَقْدِيرِ اللّامِ أَيِ لَبَّى لِأَنَّ الْحَمْدَ، وَفِيهِ بُعْدٌ.

وَقِيلَ: مُرَادُهُ أَنَّهُ صِفَةُ التَّلْبِيَةِ أَيِ التَّلْبِيَةِ. هِيَ أَنْ الْحَمْدَ لَكَ.

وَعَلَى هَذَا قِيلَ: مَنْ كَسَرَ الْهَمْزَةَ فَقَدْ عَمَّ وَمَنْ فَتَحَهَا فَقَدْ خَصَّ.

وَقَوْلُهُ (وَهُوَ) أَيِ ذَكَرُ التَّلْبِيَةِ (إِجَابَةً لِدَعْوَةِ الْخَلِيلِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ عَلَى مَا هُوَ الْمَعْرُوفُ فِي الْقِصَّةِ) وَهِيَ مَا رَوَى " أَنَّ الْخَلِيلَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لَمَّا فَرَّغَ مِنْ بِنَاءِ الْبَيْتِ أَمَرَ بِأَنْ يَدْعُو النَّاسَ إِلَى الْحَجِّ، فَصَعِدَ أَبَا قُبَيْسٍ وَقَالَ: أَلَا إِنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَدْ أَمَرَ بِنَاءِ بَيْتٍ لَهُ وَقَدْ بُنِيَ، أَلَا فَحُجُّوهُ فَبَلَغَ اللَّهُ صَوْتَهُ النَّاسَ فِي أَصْلَابِ آبَائِهِمْ وَأَرْحَامِ أُمَّهَاتِهِمْ فَمِنْهُمْ مَنْ أَجَابَ مَرَّةً وَمَرَّتَيْنِ وَأَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ عَلَى حَسَبِ جَوَابِهِمْ يَحْجُونَ وَيُؤَيِّدُ هَذَا قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿وَأَذِّنْ فِي النَّاسِ بِالْحَجِّ يَأْتُوكَ رِجَالًا﴾ [الحج: ٢٧].

فَالْتَّلْبِيَةُ إِجَابَةٌ لِدَعْوَةِ الْخَلِيلِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ وَلَا فَرْقَ فِي ظَاهِرِ الرُّوَايَةِ بَيْنَ هَذَا اللَّفْظِ وَغَيْرِهِ مِنَ الثَّنَاءِ وَالتَّسْبِيحِ وَالْعَرَبِيِّ وَالْفَارِسِيِّ. أَمَّا عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ فَظَاهِرٌ لَتَجْوِيزِهِ ذَلِكَ فِي تَكْبِيرَةِ الْإِفْتِتَاحِ. وَفَرْقَ مُحَمَّدٌ بَيْنَهُمَا بِأَنْ غَيْرَ الذِّكْرِ ههنا وَهُوَ تَقْلِيدُ الْهَدْيِ قَامَ مَقَامَهُ فَكَذَلِكَ غَيْرُ الْعَرَبِيَّةِ يَقُومُ مَقَامَهَا بِخِلَافِ الصَّلَاةِ، وَبِهَذَا فَرَّقَ أَبُو يُوسُفَ أَيْضًا بَيْنَ الصَّلَاةِ وَالتَّلْبِيَةِ، وَلَكِنَّ الْعَرَبِيَّةَ أَفْضَلُ.

وَقَوْلُهُ (فَلَا يَنْقُصُ عَنْهُ) قَالَ الْإِمَامُ أَبُو بَكْرٍ مُحَمَّدُ بْنُ الْفَضْلِ: لَوْ قَالَ اللَّهُمَّ وَلَمْ يَزِدْ عَلَيْهِ كَانَ عَلَى الْاِخْتِلَافِ الَّذِي ذَكَرْنَا فِي الشَّرُوعِ فِي الصَّلَاةِ.

فَمَنْ قَالَ: يَصِيرُ بِهِ شَارِعًا فِي الصَّلَاةِ قَالَ: يَصِيرُ بِهِ مُحَرِّمًا، وَمَنْ قَالَ: لَا فَلَا. وَقَوْلُهُ (وَلَوْ زَادَ فِيهَا جَزَاءً) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (زَادُوا عَلَى الْمَأْثُورِ).

قَالَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ مَسْعُودٍ: أَجْهَلُ النَّاسِ أَمُّ طَالٍ بِهِمْ الْعَهْدُ؟ لَيْتَكَ عَدَدَ الثَّرَابِ لَيْتَكَ، وَأَرَادَ بِالْعَهْدِ عَهْدَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ، وَزَادُوا فِي رِوَايَةِ «لَيْتَكَ حَقًّا حَقًّا تَعْبُدًا وَرَقًّا لَيْتَكَ عَدَدَ الثَّرَابِ لَيْتَكَ لَيْتَكَ ذَا الْمَعَارِجِ لَيْتَكَ لَيْتَكَ إِلَهَ الْخَلْقِ لَيْتَكَ لَيْتَكَ وَالرُّغْبَاءُ إِلَيْكَ لَيْتَكَ لَيْتَكَ مِنْ عَبْدِ أَبِي لَيْتِكَ». وَقَوْلُهُ (لَأَنَّ الْمَقْصُودَ الثَّنَاءُ) ظَاهِرٌ. وَالْجَوَابُ عَنْ التَّشْهَدِ وَالْأَذَانِ أَنَّ التَّشْهَدَ فِي تَعْلِيمِهِ زِيَادَةُ التَّأَكِيدِ.

قَالَ ابْنُ مَسْعُودٍ «كَانَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ يُعَلِّمُنَا التَّشْهَدَ كَمَا يُعَلِّمُنَا السُّورَةَ مِنْ

الْقُرْآنُ» فَالزِّيَادَةُ تُحِلُّ بِهِ، بِخِلَافِ التَّلْيَةِ لِأَنَّهَا لِلشَّاءِ مِنْ غَيْرِ تَأْكِيدٍ فِي تَعْلِيمِ نَظْمِهِ فَلَا تُحِلُّ بِهَا الزِّيَادَةُ، وَالْأَذَانُ لِلْإِعْلَامِ وَقَدْ صَارَ مَعْرُوفًا بِهَذِهِ الْكَلِمَاتِ فَلَا يَبْقَى إِعْلَامًا بغيرِهَا، وَلَيْسَ فِي الْمَسْأَلَةِ كَبِيرٌ خِلَافٌ فَإِنَّهُ جَعَلَ الْمُنْقُولَ أَفْضَلَ فِي رِوَايَةٍ.

قَالَ فِي شَرْحِ «الْوَجِيزِ»: لَا تُسْتَحَبُّ الزِّيَادَةُ عَلَى تَلْيَةِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ بَلْ يَكُونُ مَكْرُوهًا، وَتَجُنُّ لَا تُنْكَرُ هَذَا، كَذَا فِي الْأَسْرَارِ. قَالَ (وَإِذَا لَبِى فَقَدْ أَحْرَمَ) مَنْ أَرَادَ الْإِحْرَامَ إِذَا نَوَى وَلَبِى فَقَدْ أَحْرَمَ وَلَا يَصِيرُ شَارِعًا لَا بِمُجَرَّدِ التَّلْيَةِ، وَلَا بِمُجَرَّدِ التَّيَّةِ. أَمَّا الْأَوَّلُ فَلَأَنَّ الْعِبَادَةَ لَا تَتَأَدَّى إِلَّا بِالتَّيَّةِ إِلَّا أَنَّ الْقُدُورِيَّ لَمْ يَذْكُرْهَا لِتَقْدِيمِ الْإِشَارَةِ إِلَيْهَا فِي قَوْلِهِ: اللَّهُمَّ إِنِّي أُرِيدُ الْحَجَّ، وَأَمَّا الثَّانِي فَلَأَنَّهُ عَقَدَ عَلَى الْأَدَاءِ أَيْ عَلَى أَدَاءِ عِبَادَةٍ تَشْتَمِلُ عَلَى أَرْكَانٍ مُخْتَلَفَةٍ، وَكُلُّ مَا كَانَ كَذَلِكَ فَلَا بُدَّ لِلشَّرُوعِ فِيهِ مِنْ ذِكْرِ يُقْصَدُ بِهِ التَّعْظِيمُ سَوَاءً كَانَ تَلْيَةً أَوْ غَيْرَهَا عَرَبِيًّا أَوْ غَيْرَهُ فِي الْمَشْهُورِ كَمَا ذَكَرْنَا، أَوْ مَا يَقُومُ مَقَامَ الذِّكْرِ كَتَقْلِيدِ الْهَدْيِ، فَإِنَّهُ يَقُومُ مَقَامَهُ فِي حُصُولِ الْمَقْصُودِ وَهُوَ إِظْهَارُ الْإِجَابَةِ لِلدَّعْوَةِ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ فِي أَحَدِ قَوْلَيْهِ: يَصِيرُ شَارِعًا بِمُجَرَّدِ التَّيَّةِ لِأَنَّهُ التَّرَامُ الْكَفُّ عَنْ ارْتِكَابِ الْمَحْظُورَاتِ، وَكُلُّ مَا كَانَ كَذَلِكَ يَحْصُلُ الشَّرُوعُ فِيهِ بِمُجَرَّدِ التَّيَّةِ كَالصَّوْمِ. وَالْجَوَابُ: إِنَّا لَا نُسَلِّمُ أَنَّهُ فِي الْإِحْرَامِ التَّرَمُّ الْكَفُّ، بَلِ التَّرَمُّ أَدَاءُ الْأَفْعَالِ وَالْكَفُّ ضَمْنِيٌّ لِأَنَّهُ مِنْ مَحْظُورَاتِ الْحَجِّ، بِخِلَافِ الصَّوْمِ فَإِنَّ الْكَفَّ فِيهِ رُكْنٌ فَكَانَ التَّرَامُ قَصْدِيًّا.

قَالَ: (وَيَبْقَى مَا نَهَى اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُ مِنَ الْمَرْهَتْ وَالْفُسُوقِ وَالْجِدَالِ) وَالْأَصْلُ فِيهِ قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿فَلَا رَفَتْ وَلَا فُسُوقَ وَلَا جِدَالَ فِي الْحَجِّ﴾ (البقرة: ١٩٧) فَهَذَا نَهْيٌ بِصِغَةِ النَّفْيِ. وَالْمَرْهَتْ الْجِمَاعُ أَوْ الْكَلَامُ الْفَاحِشُ، أَوْ ذِكْرُ الْجِمَاعِ بِحَضْرَةِ النِّسَاءِ وَالْفُسُوقُ الْمَعَاصِي وَهُوَ فِي حَالِ الْإِحْرَامِ أَشَدُّ حُرْمَةً، وَالْجِدَالُ أَنْ يُجَادِلَ رَفِيقَهُ، وَقِيلَ: مُجَادَلَةُ الْمُشْرِكِينَ فِي تَقْدِيمِ وَقْتِ الْحَجِّ وَتَأْخِيرِهِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَيَبْقَى مَا نَهَى اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُ) قَوْلُهُ (فَهَذَا نَهْيٌ بِصِغَةِ النَّفْيِ) إِنَّمَا قَالَهُ لِأَنَّهُ يَلْزَمُ الْخَلْفُ فِي كَلَامِ الشَّارِعِ لَوْجُودِهِ مِنْ بَعْضٍ، وَإِنَّمَا قَالَ بِحَضْرَةِ النِّسَاءِ لِأَنَّ ذِكْرَ

الجماع بغير حَضْرَتِهِنَّ لَيْسَ مِنَ الرَّفَثِ، رُوِيَ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ أَنَّهُ أُنْشِدَ فِي إِحْرَامِهِ:
وَهُنَّ يَمْشِينَ بَنَاهِمِيسًا إِنْ يَصْدُقُ الطَّيْرُ نَبْكَ لِمِيسَا
فَقِيلَ لَهُ أُرْفَتْ وَأَنْتَ مُحْرِمٌ؟ فَقَالَ: إِنَّمَا الرَّفَثُ مَا كَانَ بِحَضْرَةِ النِّسَاءِ.
(وَلَا يَقْتُلُ صَيْدًا) لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿لَا تَقْتُلُوا الصَّيْدَ وَأَنْتُمْ حُرُمٌ﴾ [المائدة: ٩٥] (وَلَا
يُشِيرُ إِلَيْهِ وَلَا يَدُلُّ عَلَيْهِ) لِحَدِيثِ أَبِي هَتَادَةَ ؓ «أَنَّهُ أَصَابَ حِمَارًا وَحَشَرَ وَهُوَ حَلَالٌ
وَأَصْحَابُهُ مُحْرِمُونَ، فَقَالَ النَّبِيُّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لِأَصْحَابِهِ: هَلْ أَشْرْتُمْ؟ هَلْ دَلَّيْتُمْ؟
هَلْ أَعْنَيْتُمْ؟ فَقَالُوا: لَا، فَقَالَ: إِذَا فَكَلُوا» ^(١) وَلَأنَّهُ إِزَالَةُ الْأَمْنِ عَنِ الصَّيْدِ لِأنَّهُ آمِنٌ بِتَوْحُّشِهِ
وَبُعْدِهِ عَنِ الْأَعْيُنِ.

الشرح:

وَمَعْنَى قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿لَا تَقْتُلُوا الصَّيْدَ وَأَنْتُمْ حُرُمٌ﴾ [المائدة: ٩٥] لَا تَقْتُلُوا
الصَّيْدَ وَأَنْتُمْ مُحْرِمُونَ. وَقَوْلُهُ: (وَلَا يُشِيرُ إِلَيْهِ) الْإِشَارَةُ تَقْتَضِي الْحَضْرَةَ، وَالْدَّلَالَةُ
تَقْتَضِي الْغَيْبَةَ. وَقَوْلُهُ (وَلَأنَّهُ) أَيُّ الْمَذْكُورِ مِنَ الْإِشَارَةِ وَالْدَّلَالَةِ وَالْإِعَانَةِ (إِزَالَةُ الْأَمْنِ عَنِ
الصَّيْدِ لِأنَّهُ آمِنٌ بِتَوْحُّشِهِ وَبُعْدِهِ عَنِ الْأَعْيُنِ) وَهُوَ حَرَامٌ.

قَالَ (وَلَا يَلْبَسُ قَمِيصًا وَلَا سَرَاوِيلَ وَلَا عِمَامَةً وَلَا خُفَيْنِ إِلَّا أَنْ لَا يَجِدَ نَعْلَيْنِ
فَيَقْطَعُهُمَا أَسْفَلَ مِنَ الْكَعْبَيْنِ) لَمَّا رُوِيَ أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «نَهَى أَنْ يَلْبَسَ
الْمُحْرِمُ هَذِهِ الْأَشْيَاءَ» وَقَالَ فِي آخِرِهِ «وَلَا خُفَيْنِ إِلَّا أَنْ لَا يَجِدَ نَعْلَيْنِ فَلْيَقْطَعُهُمَا أَسْفَلَ
مِنِ الْكَعْبَيْنِ» ^(٢) وَالْكَعْبُ هُنَا الْمِفْصَلُ الَّذِي فِي وَسَطِ الْقَدَمِ عِنْدَ مَعْقِدِ الشَّرَاكِ دُونَ النَّاتِي
فِيمَا رَوَى هِشَامٌ عَنْ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَلَا يَلْبَسُ قَمِيصًا) ظَاهِرٌ.

قَالَ: (وَلَا يُغْطِي وَجْهَهُ وَلَا رَأْسَهُ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: يَجُوزُ لِلرَّجُلِ
تَغْطِيَةُ الْوَجْهِ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «إِحْرَامُ الرَّجُلِ فِي رَأْسِهِ وَإِحْرَامُ الْمَرْأَةِ فِي

(١) أخرجه البخاري كتاب الحج باب (٦١)، ومسلم (٦٠، ٦١) كتاب الحج.

(٢) أخرجه البخاري كتاب الحج باب (٢٢)، ومسلم (١) كتاب الحج من حديث ابن عمر رضي

وَجْهَهَا»^(١). وَلَنَا قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «لَا تُخَمِّرُوا وَجْهَهُ وَلَا رَأْسَهُ فَإِنَّهُ يُبْعَثُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ مُلَبَّيًّا»^(٢) قَالَهُ فِي مُحْرِمٍ تُؤْفَى، وَلَأَنَّ الْمَرَأَةَ لَا تُعْطَى وَجْهَهَا مَعَ أَنَّ فِي الْكَشْفِ فِتْنَةً فَالرَّجُلُ بِالطَّرِيقِ الْأُولَى. وَفَائِدَةٌ مَا رَوَى الْفَرَقُ فِي تَعْطِيةِ الرَّأْسِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (قَالَهُ فِي مُحْرِمٍ تُؤْفَى) هُوَ الْأَعْرَابِيُّ الَّذِي وَقَصَتْهُ نَاقَتُهُ فِي أَخَافِقِ الْجُرْدَانِ وَهُوَ مُحْرِمٌ فَمَاتَ وَالْوَقْصُ كَسْرُ الْعُنُقِ وَالْأَخَافِقُ شُقُوقٌ فِي الْأَرْضِ، وَالْجُرْدَانُ جَمْعُ جُرْدٍ وَهُوَ ضَرْبٌ مِنَ الْفَأْرِ.

فَإِنْ قِيلَ: كَيْفَ يَتَمَسَّكُ أَصْحَابُنَا بِهَذَا الْحَدِيثِ، وَمَذْهَبُنَا عَلَى خِلَافِ حُكْمِ هَذَا الْحَدِيثِ فِي مُحْرِمٍ يَمُوتُ فِي إِحْرَامِهِ حَيْثُ يُصْنَعُ بِهِ مَا يُصْنَعُ بِالْحَلَالِ مِنْ تَعْطِيةِ رَأْسِهِ وَوَجْهِهِ بِالْكَفَنِ عِنْدَنَا خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ، وَهُوَ يَتَمَسَّكُ هُنَاكَ بِهَذَا الْحَدِيثِ أُجِيبَ: بِأَنَّ الْحَدِيثَ فِيهِ دَلَالَةٌ عَلَى أَنَّ لِلْإِحْرَامِ تَأْثِيرًا فِي تَرْكِ تَعْطِيةِ الرَّأْسِ وَالْوَجْهِ، فَإِنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ عَلَّلَ لَتَرْكِ التَّعْطِيةِ بِأَنَّهُ يُبْعَثُ مُلَبَّيًّا.

وَالْحُجَّةُ لَنَا فِي تَعْطِيةِ رَأْسِ الْمُحْرِمِ وَوَجْهِهِ إِذَا مَاتَ مَا رَوَى عَطَاءٌ «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ سُئِلَ عَنْ مُحْرِمٍ مَاتَ فَقَالَ: خَمَّرُوا رَأْسَهُ وَوَجْهَهُ وَلَا تُشَبِّهُوهُ بِالْيَهُودِ». وَلِقَائِلُ أَنْ يَقُولَ: لَوْ كَانَ لِلْإِحْرَامِ تَأْثِيرٌ فِي تَرْكِ تَعْطِيةِ الرَّأْسِ وَالْوَجْهِ لَمَا أَمَرَ بِتَخْمِيرِهِمَا. وَقَوْلُهُ: (وَلَأَنَّ الْمَرَأَةَ لَا تُعْطَى وَجْهَهَا) ظَاهِرٌ، وَقَوْلُهُ (وَفَائِدَةٌ مَا رَوَى) يَعْنِي إِحْرَامَ الرَّجُلِ فِي رَأْسِهِ، وَإِحْرَامَ الْمَرَأَةِ فِي وَجْهِهَا (الْفَرَقُ فِي تَعْطِيةِ الرَّأْسِ) يَعْنِي الْفَرَقَ بَيْنَ إِحْرَامِي الرَّجُلِ وَالْمَرَأَةِ بِحَيْثُ يَجُوزُ لِلْمَرَأَةِ تَعْطِيةُ الرَّأْسِ، وَلَا يَجُوزُ لِلرَّجُلِ ذَلِكَ لَا أَنْ يُعْطِيَ الرَّجُلُ وَجْهَهُ فِي الْإِحْرَامِ.

قَالَ: (وَلَا يَمَسُّ طَيِّبًا) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «الْحَاجُّ الشَّعِثُ الثَّقِلُ»^(٣) (وَكَذًا لَا يَدْهِنُ) لَمَا رَوَيْنَا (لَا يَحْلُقُ رَأْسَهُ وَلَا شَعْرَ بَدَنِهِ) لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَلَا تَحْلِقُوا

(١) أخرجه النسائي في الكبرى (٧٤/٥)، والدارقطني (٢٩٤/٢) من حديث ابن عمر رضي الله عنهما.

(٢) أخرجه مسلم (٩٤) كتاب الحج من حديث ابن عباس رضي الله عنهما.

(٣) أخرجه الترمذي (٣١٩٧) من حديث ابن عمر رضي الله عنهما. وانظر نصب الراية

رُءُوسَكُمْ ﴿البقرة: ١٩٦﴾ (وَلَا يَقْصُ مِنْ لِحْيَتِهِ) لَأَنْ فِي مَعْنَى الْحَلْقِ وَلَأَنْ فِيهِ إِزَالَةُ الشَّعَثِ وَقِصَاءُ الثَّفَثِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَلَا يَمَسُّ طَبِيبًا) الطَّيِّبُ مَا لَهُ رَائِحَةٌ طَيِّبَةٌ (لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «الْحَاجُّ الشَّعْتُ الثَّفَلُ» وَالشَّعْتُ بِالْكَسْرِ نَعْتُ، وَبِالْفَتْحَةِ مَصْدَرٌ: وَهُوَ انْتِشَارُ الشَّعْرِ وَتَغْيِيرُهُ لِقَلَّةِ التَّعْهُدِ وَالتَّثَلُّ مِنَ الثَّفَلِ وَهُوَ تَرَكُّ الطَّيِّبِ حَتَّى يُوجَدَ مِنْهُ رَائِحَةٌ كَرِيهَةٌ (وَكَذَا لَا يَدَّهِنُ لَمَّا رَوَيْنَا) يَعْنِي «الْحَاجُّ الشَّعْتُ الثَّفَلُ». قَالَ (وَلَا يَخْلُقُ رَأْسَهُ) الْمُحْرَمُ لَا يَخْلُقُ شَعْرَهُ مُطْلَقًا (لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَلَا تَخْلُقُوا رُءُوسَكُمْ﴾ [البقرة: ١٩٦]) وَهُوَ بِعِبَارَتِهِ يَنْهَى عَنِ حَلْقِ الرَّأْسِ، وَبِدَلَالَتِهِ عَنْ حَلْقِ شَعْرِ الْبَدَنِ لَأَنَّ شَعْرَ الرَّأْسِ مُسْتَحَقُّ الْأَمْنِ عَنِ الْإِزَالَةِ لِكَوْنِهِ نَامِيًا يَحْصُلُ الْإِرْتِفَاقُ بِإِزَالَتِهِ، وَهَذَا الْمَعْنَى مَوْجُودٌ فِي شَعْرِ الْبَدَنِ فَيُلْحَقُ بِهِ دَلَالَةً. وَقَوْلُهُ (وَلَا يَقْصُ مِنْ لِحْيَتِهِ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (قِصَاءُ الثَّفَثِ) يَعْنِي إِزَالَةَ الْوَسَخِ.

قَالَ: (وَلَا يَلْبَسُ ثَوْبًا مَصْبُوغًا بِوَرَسٍ وَلَا زَعْفَرَانٍ وَلَا عُصْفُرٍ) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «لَا يَلْبَسُ الْمُحْرَمُ ثَوْبًا مَسَّهُ زَعْفَرَانٌ وَلَا وَرَسٌ»^(١) قَالَ (لَا أَنْ يَكُونَ غَسِيلًا لَا يَنْفُضُ) لَأَنَّ الْمَنْعَ لِلطَّيِّبِ لَا لِلْوَنِّ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَا بَأْسَ بِلبَسِ الْمُعْصِرِ لِأَنَّهُ لَوْنٌ لَا طَبِيبَ لَهُ. وَلِنَا أَنْ لَهُ رَائِحَةً طَيِّبَةً.

الشرح:

وَالْوَرَسُ صَبْغٌ أَصْفَرُ، وَقِيلَ: نَبَتٌ طَيِّبُ الرَّائِحَةِ، وَفِي الْقَانُونِ الْوَرَسُ شَيْءٌ أَحْمَرُ قَانِيٌّ يُشَبِّهُ سَجِيقَ الزَّعْفَرَانِ وَهُوَ مَجْلُوبٌ مِنَ الْيَمَنِ وَقَوْلُهُ (لَا يَنْفُضُ) أَيُّ لَا يُوجَدُ مِنْهُ رَائِحَةُ الْوَرَسِ وَالزَّعْفَرَانِ وَالْعُصْفُرِ.

وَعَنْ مُحَمَّدٍ أَنْ لَا يَتَعَدَّى أَثَرُ الصَّبْغِ إِلَى غَيْرِهِ أَوْ لَا تَفُوحَ مِنْهُ رَائِحَةُ الطَّيِّبِ. وَالثَّانِي: مُخْتَارُ الْمُصَنِّفِ لِأَنَّهُ قَالَ (لَأَنَّ الْمَنْعَ لِلطَّيِّبِ لَا لِلْوَنِّ) وَاعْتَرَضَ عَلَى الْمَرْوِيِّ عَنْ الْقُدُورِيِّ وَهُوَ يَنْفُضُ عَلَى بِنَاءِ الْفَاعِلِ لِأَنَّهُمْ يَقُولُونَ نَفَضْتُ الثَّوْبَ أَنْفَضُهُ نَفْضًا إِذَا حَرَّكَتَهُ لِيَسْقُطَ مَا عَلَيْهِ، وَالثَّوْبُ لَيْسَ بِنَافِضٍ وَأُنْكَرَ هَذِهِ الرُّوَايَةُ وَقِيلَ: بَلْ هِيَ عَلَى بِنَاءِ

(١) أخرجه البخاري كتاب الحج باب (٢٣) بمعناه من حديث ابن عباس رضي الله عنهما.

الْمَفْعُول، وَلَكِنْ كَانَتْ كَانَ إِسْتَادًا مَجَازِيًّا (وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا بَأْسَ بِلُبْسِ الْمُعْصِفِرِ لِأَنَّهُ لَوْ لَا طِيبَ لَهُ) فَلَا يَكُونُ فِي مَعْنَى مَا وَرَدَ بِهِ الْحَدِيثُ وَهُوَ الْوَرَسُ وَالزَّعْفَرَانُ لِيُلْحَقَ بِهِ، وَقُلْنَا حَدِيثُ الْوَرَسِ دَلِيلٌ فِي الْعُصْفَرِ بِالْأُولَوِيَّةِ لِأَنَّهُ فَوْقَ الْوَرَسِ فِي طِيبِ الرَّائِحَةِ، وَهُوَ مَذْهَبُ عَائِشَةَ.

قَالَ: (وَلَا بَأْسَ بِأَنْ يَغْتَسِلَ وَيَدْخُلَ الْحَمَّامَ) لِأَنَّ عُمَرَ ؓ اغْتَسَلَ وَهُوَ مُحَرَّمٌ

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلَا بَأْسَ بِأَنْ يَغْتَسِلَ) ظَاهِرٌ.

(و) لَا بَأْسَ بِأَنْ (يَسْتَظِلَّ بِالْبَيْتِ وَالْمَحْمَلِ) وَقَالَ مَالِكٌ: يُكْرَهُ أَنْ يَسْتَظِلَّ بِالْفُسْطَاطِ وَمَا أَشَبَهُ ذَلِكَ، لِأَنَّهُ يُشَبِّهُ تَغْطِيَةَ الرَّاسِ. وَلَنَا أَنَّ عُثْمَانَ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُ كَانَ يُضْرَبُ لَهُ فُسْطَاطٌ فِي إِحْرَامِهِ وَلَأَنَّهُ لَا يَمَسُّ بَدَنَهُ فَأَشَبَّهُ الْبَيْتَ. وَلَوْ دَخَلَ تَحْتَ أَسْتَارِ الْكَعْبَةِ حَتَّى غَطَّتْهُ، إِنْ كَانَ لَا يُصِيبُ رَأْسَهُ وَلَا وَجْهَهُ فَلَا بَأْسَ بِهِ لِأَنَّهُ اسْتَظْلَالَ

(و) لَا بَأْسَ بِأَنْ (يَشُدَّ فِي وَسْطِهِ الْهِمَيَانَ) وَقَالَ مَالِكٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: يُكْرَهُ إِذَا كَانَ فِيهِ نَفَقَةٌ غَيْرِهِ لِأَنَّهُ لَا ضَرُورَةَ. وَلَنَا أَنَّهُ لَيْسَ فِي مَعْنَى لُبْسِ الْمَخِيطِ فَاسْتَوَتْ فِيهِ الْحَالَتَانِ (وَلَا يَفْسِلُ رَأْسَهُ وَلَا لَحِيَّتَهُ بِالْخِطْمِ) لِأَنَّهُ نَوْعٌ طَيِّبٌ، وَلَأَنَّهُ يَقْتُلُ هَوَامَّ الرَّاسِ.

الشرح:

وَالْهِمَيَانُ مَعْرُوفٌ وَهُوَ مَا يُوضَعُ فِيهِ الدَّرَاهِمُ وَالْدَّنَانِيرُ. وَسُئِلَتْ عَائِشَةُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا: هَلْ يَلْبَسُ الْمُحْرِمُ الْهِمَيَانَ؟ فَقَالَتْ: اسْتَوْتَنِي فِي نَفَقَتِكَ بِمَا شِئْتَ، وَلَأَنَّهُ لَيْسَ فِي مَعْنَى لُبْسِ الْمَخِيطِ وَالْمَنْهِي عَنْهُ الِاسْتِمْتَاعُ بِلُبْسِ الْمَخِيطِ.

وَلَوْ قُضِيَ بِشَدِّ الْإِزَارِ وَالرِّدَاءِ بِحَبْلِ أَوْ غَيْرِهِ فَإِنَّهُ مَكْرُوهٌ بِالْإِجْمَاعِ، وَلَيْسَ فِي مَعْنَى لُبْسِ الْمَخِيطِ، وَبِمَا إِذَا عَصَبَ الْعَصَابَةَ عَلَى رَأْسِهِ فَإِنَّهُ مَكْرُوهٌ، فَلَوْ فَعَلَهُ يَوْمًا كَامِلًا لَزِمَهُ الصَّدَقَةُ، وَلَيْسَ فِي مَعْنَى لُبْسِ الْمَخِيطِ. وَأُجِيبَ عَلَى الْأَوَّلِ: بِأَنَّ الْكَرَاهَةَ فِيهِ تَبَيَّنَتْ بِنَصِّ وَرَدَ فِيهِ، وَهُوَ مَا رَوِيَ «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ رَأَى رَجُلًا قَدْ شَدَّ فَوْقَ إِزَارِهِ حَبْلًا، فَقَالَ: أَلْقِ هَذَا الْحَبْلَ وَبِئْسَ ذَلِكَ» وَعَنِ الثَّانِي: بِأَنَّ لُزُومَ الصَّدَقَةِ إِنَّمَا هُوَ بِاعْتِبَارِ تَغْطِيَةِ بَعْضِ الرَّاسِ بِالْعَصَابَةِ وَالْمُحْرِمُ مَمْنُوعٌ مِنْ ذَلِكَ إِلَّا أَنْ مَا يُعْطِيهِ جُزْءٌ يَسِيرٌ يَكْفِي فِيهِ بِالصَّدَقَةِ.

وَقَوْلُهُ (لَأَنَّهُ نَوْعٌ طِيبٌ وَلَأَنَّهُ يَقْتُلُ هَوَامَّ الرَّأْسِ) قِيلَ: لَوْجُودِ هَذَيْنِ الْمَعْنَيْنِ تَكَامَلَتْ الْجَنَائَةُ فَوَجَبَ الدَّمُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، إِذَا غَسَلَ رَأْسَهُ بِالْخِطْمِيِّ فَإِنَّ لَهُ رَائِحَةً وَإِنْ لَمْ تَكُنْ ذَكِيَّةً، وَفِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ عَلَيْهِ صَدَقَةٌ لَأَنَّهُ لَيْسَ بِطِيبٍ بَلْ هُوَ كَالْأُشْتَانِ وَلَكِنَّهُ يَقْتُلُ الْهَوَامَّ.

قَالَ: (وَيُكْثَرُ مِنَ التَّلْبِيَةِ عَقِيبَ الصَّلَوَاتِ وَكُلَّمَا عَلَا شَرْفًا أَوْ هَبَطَ وَاِدِيًا أَوْ لَقِيَ رَكْبًا وَبِالْأَسْحَارِ) لِأَنَّ أَصْحَابَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ كَانُوا يَلْبُونُ فِي هَذِهِ الْأَحْوَالِ، وَالتَّلْبِيَةُ فِي الْإِحْرَامِ عَلَى مِثَالِ التَّكْبِيرِ فِي الصَّلَاةِ، فَيُؤْتِي بِهَا عِنْدَ الْإِنْتِقَالِ مِنْ حَالٍ إِلَى حَالٍ (وَيَرْفَعُ صَوْتَهُ بِالتَّلْبِيَةِ) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «أَفْضَلُ الْحَجِّ الْعَجُّ وَالتَّحُّ»^(١) فَالْعَجُّ رَفْعُ الصَّوْتِ بِالتَّلْبِيَةِ، وَالتَّحُّ إِسَالَةُ الدَّمِ.

الشرح:

قَالَ: (وَيُكْثَرُ مِنَ التَّلْبِيَةِ عَقِيبَ الصَّلَوَاتِ وَكُلَّمَا عَلَا شَرْفًا) الْمُحْرِمُ يُكْثِرُ التَّلْبِيَةَ فِي خَمْسَةِ أَوْقَاتٍ عَلَى مَا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ، وَزَادَ الْأَعْمَشُ عَنْ خَيْثَمَةَ سَادِسًا وَهُوَ مَا إِذَا اسْتَعْطَفَ الرَّجُلُ رَاحِلَتَهُ، وَالتَّغْلِيلُ فِي الْكِتَابِ ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (وَيَرْفَعُ صَوْتَهُ بِالتَّلْبِيَةِ) الْمُسْتَحَبُّ عِنْدَنَا فِي الدُّعَاءِ وَالْأَذْكَارِ الْإِخْفَاءُ إِلَّا إِذَا تَعَلَّقَ بِإِعْلَانِهِ مَقْصُودٌ كَالْأَذَانِ وَالْخُطْبَةِ وَغَيْرِهِمَا، وَالتَّلْبِيَةُ لِلْإِعْلَامِ بِالشَّرُوعِ فِيمَا هُوَ مِنْ أَعْلَامِ الدِّينِ، فَكَانَ رَفْعُ الصَّوْتِ بِهَا مُسْتَحَبًّا.

قَوْلُهُ: (فَإِذَا دَخَلَ مَكَّةَ ابْتَدَأَ بِالْمَسْجِدِ الْحَرَامِ) لَمَّا رُوِيَ «أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ كُلَّمَا دَخَلَ مَكَّةَ دَخَلَ الْمَسْجِدَ»^(٢) وَلِأَنَّ الْمَقْصُودَ زِيَارَةَ الْبَيْتِ وَهُوَ فِيهِ، وَلَا يَضُرُّهُ لَيْلًا دَخَلَهَا أَوْ نَهَارًا لِأَنَّهُ دُخُولُ بَلَدَةٍ فَلَا يَخْتَصُّ بِأَحَدِهِمَا (وَإِذَا عَايَنَ الْبَيْتَ كَبَّرَ وَهَلَّلَ) وَكَانَ ابْنُ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُمَا يَقُولُ: إِذَا لَقِيَ الْبَيْتَ بِاسْمِ اللَّهِ وَآلِهِ أَكْبَرُ. وَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ لَمْ يُعَيِّنْ فِي الْأَصْلِ لِمُشَاهِدِ الْحَجِّ شَيْئًا مِنَ الدَّعَوَاتِ لِأَنَّ التَّوْقِيتَ يَذْهَبُ بِالرَّقَّةِ، وَإِنْ تَبَرَّكَ بِالْمَنْقُولِ مِنْهَا فَحَسَنٌ.

(١) أخرجه الترمذي (٣١٩٧) من حديث ابن عمر رضي الله عنهما. وانظر نصب الراية (٣/٣٨).

(٢) أخرجه البخاري في الحج باب ٦٣، ٧٨، من حديث عائشة رضي الله عنها، وانظر نصب الراية (٤١/٣).

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (فَإِذَا دَخَلَ مَكَّةَ) وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (وَإِنْ تَبَرَّكَ بِالْمَنْقُولِ مِنْهَا) أَيُّ مِنْ الدَّعَوَاتِ (فَحَسَنَ) وَمِنْ الْمَنْقُولِ أَنَّهُ إِذَا وَقَعَ بَصَرُهُ عَلَى الْبَيْتِ يَقُولُ: "اللَّهُمَّ زِدْ بَيْتَكَ تَشْرِيفًا وَتَكْرِيمًا وَتَعْظِيمًا وَبِرًّا وَمَهَابَةً وَزِدْ مِنْ شَرَفِهِ وَكَرَمِهِ وَعَظَمَتِهِ مِمَّنْ حَجَّهُ أَوْ اعْتَمَرَهُ تَشْرِيفًا وَتَكْرِيمًا وَتَعْظِيمًا وَبِرًّا وَمَهَابَةً بِاسْمِ اللَّهِ وَاللَّهُ أَكْبَرُ" وَعَنْ عَطَاءٍ «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ كَانَ يَقُولُ: إِذَا لَقِيَ الْبَيْتَ: أَعُوذُ بِرَبِّ الْبَيْتِ مِنَ الدَّيْنِ وَالْفَقْرِ وَضِيقِ الصَّدْرِ وَعَذَابِ الْقَبْرِ».

قَالَ: (ثُمَّ ابْتَدَأَ بِالْحَجَرِ الْأَسْوَدِ فَاسْتَقْبَلَهُ وَكَبَّرَ وَهَلَّلَ) لَمَّا رُويَ «أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ دَخَلَ الْمَسْجِدَ فَابْتَدَأَ بِالْحَجَرِ فَاسْتَقْبَلَهُ وَكَبَّرَ وَهَلَّلَ»^(١) (وَيَرْفَعُ يَدَيْهِ) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «لَا تُرْفَعُ الْأَيْدِي إِلَّا فِي سَبْعَةِ مَوَاطِنَ وَذَكَرَ مِنْ جُمْلَتِهَا اسْتِلَامُ الْحَجَرِ»^(٢) قَالَ (وَأَسْتَلِمَهُ إِنْ اسْتَطَاعَ مِنْ غَيْرِ أَنْ يُؤْذِيَ مُسْلِمًا) لَمَّا رُويَ «أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ قَبْلَ الْحَجَرِ الْأَسْوَدِ وَوَضَعَ شَفْتَيْهِ عَلَيْهِ» وَقَالَ لِعُمَرَ ﷺ: إِنَّكَ رَجُلٌ أَيْدٍ تُؤْذِي الضَّعِيفَ فَلَا تُزَاجِمِ النَّاسَ عَلَى الْحَجَرِ، وَلَكِنْ إِنْ وَجَدْتَ فُرْجَةً فَاسْتَلِمَهُ وَإِلَّا فَاسْتَقْبَلَهُ وَهَلَّلَ وَكَبَّرَ»^(٣). وَلِأَنَّ الْاسْتِلَامَ سُنَّةً وَالتَّحَرُّزُ عَنْ آذَى الْمُسْلِمِ وَاجِبٌ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (ثُمَّ ابْتَدَأَ بِالْحَجَرِ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (وَأَسْتَلِمَهُ) يُقَالُ: اسْتَلَمَ الْحَجَرَ تَنَاوَلَهُ بِالْيَدِ أَوْ بِالْقَبْلَةِ أَوْ مَسَحَهُ بِالْكَفِّ، مِنَ السَّلْمَةِ بِفَتْحِ السِّينِ وَكَسْرِ اللَّامِ وَهِيَ الْحَجَرُ وَرُويَ «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَبْلَ الْحَجَرِ الْأَسْوَدِ وَوَضَعَ شَفْتَيْهِ عَلَيْهِ». وَرُويَ أَنَّ عُمَرَ ﷺ فِي خِلَافَتِهِ أَتَى الْحَجَرَ الْأَسْوَدَ وَوَقَفَ فَقَالَ: أَمَا إِنِّي أَعْلَمُ أَنَّكَ حَجَرٌ لَا تَضُرُّ وَلَا تَنْفَعُ، وَلَوْ لَا أَنِّي رَأَيْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ اسْتَلَمَكَ مَا اسْتَلَمْتُكَ، فَبَلَغَ مَقَالَتَهُ عَلِيًّا ﷺ فَقَالَ: أَمَا إِنَّ الْحَجَرَ يَنْفَعُ فَقَالَ لَهُ عُمَرُ: وَمَا مَنَفَعَتُهُ يَا خَتَنَ رَسُولِ اللَّهِ؟ فَقَالَ: سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ يَقُولُ «إِنَّ اللَّهَ تَعَالَى لَمَّا أَخَذَ الذَّرِيَّةَ مِنْ ظَهْرِ آدَمَ

(١) أخرجه البخاري (١٦٠٧)، ومسلم في الحج (حديث ٢٥٣)، وانظر نصب الراية (٤٣/٣).

(٢) سبق تخريجه.

(٣) أخرجه أحمد (٢٨/١)، والبيهقي في السنن الكبرى (٩٢٦١).

عَلَيْهِ السَّلَامُ وَقَرَّرَهُمْ بِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿أَلَسْتُ بِرَبِّكُمْ﴾ [الأعراف: ١٧٢] أَوْدَعَ إِفْرَارَهُمُ الْحَجَرَ، فَمَنْ يَسْتَلِمُ الْحَجَرَ فَهُوَ يُجَدِّدُ الْعَهْدَ بِذَلِكَ الْإِفْرَارِ، وَالْحَجَرُ يَشْهَدُ لَهُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ». وَقَوْلُهُ (إِنَّكَ رَجُلٌ أَيْدٍ) أَيُّ قَوِيٍّ. وَالْعُرْجُونَ أَصْلُ الْكِبَاسَةِ.

قَالَ: (وَأِنْ أَمَكْنَهُ أَنْ يَمَسَّ الْحَجَرَ شَيْئًا فِي يَدِهِ) كَالْعُرْجُونَ وَغَيْرِهِ (ثُمَّ قِيلَ ذَلِكَ فَعُلَ) لَمَّا رُويَ «أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ طَافَ عَلَى رَاحِلَتِهِ وَاسْتَلَمَ الْأَرْكَانَ بِمِحْجَتِهِ»^(١) وَإِنْ لَمْ يَسْتَطِعْ شَيْئًا مِنْ ذَلِكَ اسْتَقْبَلَهُ وَكَبَّرَ وَهَلَّلَ وَحَمِدَ اللَّهَ وَصَلَّى عَلَى النَّبِيِّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَاسْتَلَمَ الْأَرْكَانَ) يَعْنِي الْحَجَرَ الْأَسْوَدَ وَالرُّكْنَ الْيَمَانِي، وَإِنَّمَا جَمَعَهُ بِاعْتِبَارِ تَكَرُّرِ الْأَشْوَاطِ وَإِنَّمَا قُلْنَاهُ لِأَنَّهُ ذَكَرَ فِي الْكِتَابِ بَعْدَ هَذَا، فَإِنَّهُ لَا يَسْتَلِمُ غَيْرَهُمَا. وَالْمِحْجَنُ بِكَسْرِ الْمِيمِ وَفَتْحِ الْجِيمِ: عُوْدٌ مُعْوَجُّ الرَّأْسِ كَالصَّوْلِحَانِ. وَقَوْلُهُ (وَإِنْ لَمْ يَسْتَطِعْ شَيْئًا مِنْ ذَلِكَ اسْتَقْبَلَهُ وَكَبَّرَ وَهَلَّلَ) قِيلَ: يَجْعَلُ بَاطِنَ كَفِّهِ إِلَى الْحَجَرِ دُونَ السَّمَاءِ وَلَا يَجْعَلُ بَاطِنَ كَفِّهِ إِلَى السَّمَاءِ كَمَا كَانَ يَفْعَلُ فِي سَائِرِ الْأَدْعِيَةِ، لِأَنَّ فِي حَقِيقَةِ الْاسْتِلَامِ يَجْعَلُ بَاطِنَ كَفِّهِ إِلَى الْحَجَرِ هَكَذَا فِي الْبَدَلِ.

قَالَ: (ثُمَّ أَخَذَ عَنْ يَمِينِهِ مِمَّا يَلِي الْبَابَ وَقَدْ اضْطَبَعَ رِداءَهُ قَبْلَ ذَلِكَ فَطُوفُ بِالْبَيْتِ سَبْعَةَ أَشْوَاطٍ) لَمَّا رُويَ «أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ اسْتَلَمَ الْحَجَرَ ثُمَّ أَخَذَ عَنْ يَمِينِهِ مِمَّا يَلِي الْبَابَ فَطَافَ سَبْعَةَ أَشْوَاطٍ»^(٢) (وَالْاضْطَبَاعُ أَنْ يَجْعَلَ رِداءَهُ تَحْتَ إِبْطِلِهِ الْأَيْمَنِ وَيُلْقِيهِ عَلَى كَتِفِهِ الْأَيْسَرِ) وَهُوَ سُنَّةٌ. وَقَدْ ثَقُلَ ذَلِكَ عَنْ رَسُولِ اللَّهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (ثُمَّ أَخَذَ عَنْ يَمِينِهِ) يَبَيِّنُ الْمَبْدَأَ الطَّوَّافِ وَهُوَ مِنَ الْحَجَرِ. فَإِنْ افْتَسَحَ مِنْ غَيْرِهِ لَمْ يَذْكُرْهُ مُحَمَّدٌ فِي الْأَصْلِ. وَاخْتَلَفَ الْمُتَأَخِّرُونَ فِيهِ:

(١) أخرجه البخاري (١٦٠٧)، ومسلم في الحج (حديث ٢٥٣) من حديث ابن عباس. وانظر نصب الراية (٤٦/٣).

(٢) أخرجه مسلم عن جابر بن عبد الله، والبيهقي عن ابن مسعود، وانظر نصب الراية (٤٨/٣).

فَقَالَ بَعْضُهُمْ: لَا يَجُوزُ وَهَكَذَا ذَكَرَ فِي الرُّقِيَّاتِ. وَوَجْهُهُ أَنَّ الْأَمْرَ بِالطَّوَافِ مُجْمَلٌ فِي حَقِّ الْبَدَءِ فَالتَّحَقُّقُ فِعْلُ النَّبِيِّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ بَيَانًا لَهُ، فَتَفْتَرَضُ الْبَدَءُ بِهِ. وَقَالَ آخَرُونَ: يَجُوزُ لِأَنَّ الْأَمْرَ بِالطَّوَافِ مُطْلَقٌ لَكِنَّ السُّنَّةَ مَا ذُكِرَ فِي الْكِتَابِ، وَإِنَّمَا قَيَّدَ بِالْيَمِينِ لِأَنَّهُ لَوْ أَخَذَ عَنْ يَسَارِهِ وَهُوَ الطَّوَافُ الْمُنْكَوسُ فَطَافَ كَذَلِكَ سَبْعَةَ أَشْوَاطٍ لَا يَعْتَدُ بِطَوَافِهِ عِنْدَنَا، وَيُعِيدُهُ مَا دَامَ بِمَكَّةَ. وَإِنْ رَجَعَ إِلَى أَهْلِهِ قَبْلَ الْإِعَادَةِ فَعَلَيْهِ دَمٌ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يَعْتَدُ بِطَوَافِهِ وَقَوْلُهُ (وَقَدْ اضْطَبَعَ رِدَاءُهُ) قَالَ فِي الْمَغْرِبِ الصَّوَابُ بِرِدَائِهِ. وَفِي الصَّحَاحِ: إِنَّمَا سُمِّيَ هَذَا الصَّنِيعُ بِذَلِكَ لِإِبْدَاءِ الضَّبْعَيْنِ وَهُوَ التَّائِبُطُ أَيْضًا. قَالَ: (وَيَجْعَلُ طَوَافَهُ مِنْ وَرَاءِ الْحَظِيمِ) وَهُوَ اسْمٌ لِمَوْضِعٍ فِيهِ الْمِزَابُ، سُمِّيَ بِهِ لِأَنَّهُ حُطِمَ مِنَ الْبَيْتِ: أَيِ كُسِرَ، وَسُمِّيَ حِجْرًا لِأَنَّهُ حُجِرَ مِنْهُ: أَيِ مَنَعَ، وَهُوَ مِنَ الْبَيْتِ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ فِي حَدِيثٍ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهَا «فَإِنَّ الْحَظِيمَ مِنَ الْبَيْتِ»^(١) فَلهَذَا يُجْعَلُ الطَّوَافُ مِنْ وَرَائِهِ، حَتَّى لَوْ دَخَلَ الْفُرْجَةُ الَّتِي بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْبَيْتِ لَا يَجُوزُ، إِلَّا أَنَّهُ إِذَا اسْتَقْبَلَ الْحَظِيمَ وَحْدَهُ لَا تُجْزِيهِ الصَّلَاةُ لِأَنَّ فَرْضِيَّةَ التَّوَجُّهِ ثَبَّتَتْ بِنَصِّ الْكِتَابِ فَلَا تَتَأَدَّى بِمَا ثَبَّتَتْ بِخَبَرِ الْوَاحِدِ احْتِيَاطًا، وَالْإِحْتِيَاطُ فِي الطَّوَافِ أَنْ يَكُونَ وَرَاءَهُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (فِي حَدِيثِ عَائِشَةَ) يَعْنِي مَا رُوِيَ «أَنَّ عَائِشَةَ نَذَرَتْ أَنْ تَفْتَحَ اللَّهُ مَكَّةَ عَلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ أَنْ تُصَلِّيَ فِي الْبَيْتِ رَكَعَتَيْنِ، فَأَخَذَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ يَدَهَا وَأَدْخَلَهَا الْحَظِيمَ وَقَالَ: صَلِّي هَهُنَا فَإِنَّ الْحَظِيمَ مِنَ الْبَيْتِ إِلَّا أَنْ قَوْمَكَ قَصُرَتْ بِهِمُ التَّنْفِقَةُ فَأَخْرَجُوهُ مِنَ الْبَيْتِ، وَلَوْ لَا حَدَّثَانُ قَوْمَكَ بِالْجَاهِلِيَّةِ لَنَقَضْتَ بِنَاءَ الْبَيْتِ وَأَظْهَرْتَ قَوَاعِدَ الْخَلِيلِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ وَأَدْخَلْتَ الْحَظِيمَ فِي الْبَيْتِ، وَأَلْصَقْتَ الْعَتَبَةَ بِالْأَرْضِ، وَجَعَلْتَ لَهَا بَابًا شَرْقِيًّا وَبَابًا غَرْبِيًّا، وَلَتِنَ عِشْتَ إِلَى قَابِلٍ لِأَفْعَلَنَ ذَلِكَ» وَلَمْ يَعِشْ وَلَمْ يَتَفَرَّغْ لَذَلِكَ أَحَدٌ مِنَ الْخُلَفَاءِ الرَّاشِدِينَ حَتَّى كَانَ زَمَنُ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ الزُّبَيْرِ، وَكَانَ سَمِعَ الْحَدِيثَ مِنْهَا فَفَعَلَ ذَلِكَ وَأَظْهَرَ قَوَاعِدَ الْخَلِيلِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ وَبَنَى الْبَيْتَ عَلَى قَوَاعِدِ الْخَلِيلِ بِمَحْضَرٍ مِنَ النَّاسِ، وَأَدْخَلَ الْحَظِيمَ فِي الْبَيْتِ فَلَمَّا قَتَلَ كَرِهَ

(١) أخرجه البخاري في الحج باب ٤٢، ومسلم في الحج (حديث ٤٠٥).

الْحَجَّاجُ بِنَاءُ الْكَعْبَةِ عَلَى مَا فَعَلَهُ ابْنُ الزُّبَيْرِ فَتَقَضَّ بِنَاءُهَا وَأَعَادَهُ عَلَى مَا كَانَ عَلَيْهِ فِي الْجَاهِلِيَّةِ. وَإِذَا كَانَ الْحَطِيمُ مِنَ الْبَيْتِ فَلَا بُدَّ مِنْ دُخُولِهِ فِي الطَّوَافِ وَبَاقِي كَلَامِهِ وَاضِحٌ.

قَالَ: (وَيَرْمِلُ فِي الثَّلَاثَةِ الْأَوَّلِ مِنَ الْأَسْوَاطِ) وَالرَّمْلُ أَنْ يَهْزُ فِي مَشْيِهِ الْكَتِفَيْنِ كَالْمُبَارِزِ يَتَبَخَّرُ بَيْنَ الصَّفَيْنِ وَذَلِكَ مَعَ الْاضْطِبَاعِ. وَكَانَ سَبَبُهُ إظهارَ الْجِلْدِ لِلْمُشْرِكِينَ حِينَ قَالُوا: أَضْنَاهُمْ حُمَى يَثْرِبُ، ثُمَّ بَقِيَ الْحُكْمُ بَعْدَ زَوَالِ السَّبَبِ فِي زَمَنِ النَّبِيِّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ وَبَعْدَهُ. قَالَ (وَيَمْشِي فِي الْبَاقِي عَلَى هَيْئَتِهِ) عَلَى ذَلِكَ اتَّفَقَ رِوَاةُ تُسْكِرُ رَسُولُ اللَّهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ (وَالرَّمْلُ مِنَ الْحَجَرِ إِلَى الْحَجَرِ) هُوَ الْمَنْقُولُ مِنْ رَمَلِ النَّبِيِّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ (فَإِنْ زَحَمَهُ النَّاسُ فِي الرَّمْلِ قَامَ. فَإِذَا وَجَدَ مَسْلَكًا رَمَلَ) لِأَنَّهُ لَا بُدَّ لَهُ فَيَقِفُ حَتَّى يُقِيمَهُ عَلَى وَجْهِ السُّنَنِ بِخِلَافِ الْإِسْتِلَامِ لِأَنَّ الْإِسْتِقْبَالَ بَدَلٌ لَهُ.

الشرح:

قَالَ: (وَيَرْمِلُ فِي الثَّلَاثَةِ الْأَوَّلِ) قَالَ ابْنُ عَبَّاسٍ: لَا رَمْلَ فِي الطَّوَافِ، وَإِنَّمَا فَعَلَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فِي عُمْرَةِ الْقَضَاءِ. وَهُوَ «أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لَمَّا قَدِمَ مَكَّةَ لِلْعُمْرَةِ عَامَ الْحُدَيْبِيَّةِ صَدَّهُ الْمُشْرِكُونَ عَنِ الْبَيْتِ. فَصَالَحَهُمْ عَلَى أَنْ يَنْصَرِفَ ثُمَّ يَرْجِعَ فِي الْعَامِ الثَّانِي وَيَدْخُلَ مَكَّةَ بِغَيْرِ سِلَاحٍ فَيَعْتَمِرَ وَيَخْرُجَ، فَلَمَّا قَدِمَ فِي الْعَامِ الثَّانِي أَخْلَوْا لَهُ الْبَيْتَ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ، وَصَعِدُوا الْجَبَلَ، وَطَافَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ مَعَ أَصْحَابِهِ، فَسَمِعَ بَعْضَ الْمُشْرِكِينَ يَقُولُ لِبَعْضٍ: أَضْنَاهُمْ حُمَى يَثْرِبُ، فَاضْطَبَعَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فَرَمَلَ وَقَالَ لِأَصْحَابِهِ: رَحِمَ اللَّهُ أَمْرًا أَرَى مِنْ نَفْسِهِ قُوَّةً»، فَإِذَا كَانَ ذَلِكَ لِإِظْهَارِ الْجِلَادَةِ يَوْمَئِذٍ وَقَدْ أُنْعِمَ ذَلِكَ الْمَعْنَى الْآنَ فَلَا مَعْنَى لِلرَّمْلِ. قُلْنَا: مَا ذَكَرَهُ ابْنُ عَبَّاسٍ هُوَ سَبَبُهُ وَلَكِنَّهُ صَارَ سُنَّةً بِذَلِكَ السَّبَبِ وَبَقِيَ بَعْدَ زَوَالِهِ.

رَوَى جَابِرٌ وَابْنُ عُمَرَ: «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ طَافَ يَوْمَ التَّحْرِ فِي حَجَّةِ الْوَدَاعِ فَرَمَلَ فِي الثَّلَاثِ الْأَوَّلِ، وَلَمْ يَبْقَ الْمُشْرِكُونَ بِمَكَّةَ عَامَ حَجَّةِ الْوَدَاعِ». وَقَوْلُهُ (وَيَمْشِي فِي الْبَاقِي عَلَى هَيْئَتِهِ) أَيُّ عَلَى السَّكِينَةِ وَالْوَقَارِ فَعَلَهُ مِنَ الْهُونِ (وَالرَّمْلُ مِنَ الْحَجَرِ إِلَى الْحَجَرِ) أَيُّ مِنَ الْحَجَرِ الْأَسْوَدِ إِلَى الْحَجَرِ الْأَسْوَدِ (فَإِنْ زَحَمَهُ النَّاسُ فِي الرَّمْلِ قَامَ) يَعْنِي وَقَفَ. وَلَا يَطُوفُ بِدُونِ الرَّمْلِ فِي تِلْكَ الثَّلَاثِ.

قَالَ: (وَيَسْتَلِمُ الْحَجَرَ كُلَّمَا مَرَّ بِهِ إِنْ اسْتَطَاعَ) لِأَنَّ أَشْوَاطَ الطَّوَافِ كَرَكَعَاتِ الصَّلَاةِ، فَكَمَا يَفْتَتِحُ كُلُّ رَكْعَةٍ بِالتَّكْبِيرِ يَفْتَتِحُ كُلُّ شَوْطِ بِاسْتِلَامِ الْحَجَرِ. وَإِنْ لَمْ يَسْتَطِعِ الْإِسْتِلَامَ اسْتَقْبَلَ وَكَبَّرَ وَهَلَّلَ عَلَى مَا ذَكَرْنَا (وَيَسْتَلِمُ الرُّكْنَ الْيَمَانِي) وَهُوَ حَسَنٌ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ، وَعَنْ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ سُنَّةٌ، وَلَا يَسْتَلِمُ غَيْرَهُمَا فَإِنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ كَانَ يَسْتَلِمُ هَذَيْنِ الرُّكْنَيْنِ وَلَا يَسْتَلِمُ غَيْرَهُمَا (وَيَخْتِمُ الطَّوَافَ بِالْإِسْتِلَامِ) يَعْنِي اسْتِلَامَ الْحَجَرِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَيَسْتَلِمُ الرُّكْنَ الْيَمَانِي) وَالْيَمَنُ خِلَافُ الشَّامِ لِأَنَّهَا بِلَادٌ عَلَى يَمِينِ الْكَعْبَةِ، وَالنَّسْبَةُ إِلَيْهَا يَمَنِيٌّ بِشَدِيدِ الْيَاءِ أَوْ يَمَانٌ بِالتَّخْفِيفِ عَلَى تَعْوِضِ الْأَلْفِ مِنْ إِحْدَى يَاءَيِ النَّسْبَةِ. وَقَوْلُهُ (حَسَنٌ) أَيُّ مُسْتَحَبٌّ.

قَالَ: (ثُمَّ يَأْتِي الْمَقَامَ فَيُصَلِّي عَنْدهُ رَكْعَتَيْنِ أَوْ حَيْثُ تيسَّرَ مِنَ الْمَسْجِدِ) وَهِيَ وَاجِبَةٌ عِنْدَنَا.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: سُنَّةٌ لِانْعِدَامِ دَلِيلِ الْوُجُوبِ. وَلَنَا قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «وَلْيُصَلِّ الطَّائِفُ لِكُلِّ أُسْبُوعٍ رَكْعَتَيْنِ»^(١) وَالْأَمْرُ لِلْوُجُوبِ (ثُمَّ يَعُودُ إِلَى الْحَجَرِ فَيَسْتَلِمُهُ) لَمَّا رُوِيَ «أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لَمَّا صَلَّى رَكْعَتَيْنِ عَادَ إِلَى الْحَجَرِ» وَالْأَصْلُ أَنَّ كُلَّ طَوَافٍ بَعْدَهُ سَعْيٍ يَعُودُ إِلَى الْحَجَرِ، لِأَنَّ الطَّوَافَ لَمَّا كَانَ يُفْتَتَحُ بِالْإِسْتِلَامِ فَكَذَا السَّعْيُ يُفْتَتَحُ بِهِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا لَمْ يَكُنْ بَعْدَهُ سَعْيٌ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (ثُمَّ يَأْتِي الْمَقَامَ) أَيُّ مَقَامَ إِبْرَاهِيمَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ وَهُوَ الْحَجَرُ الَّذِي فِيهِ أَثَرُ قَدَمَيْهِ (وَهِيَ وَاجِبَةٌ) أَيُّ الصَّلَاةُ عِنْدَ الْمَقَامِ وَاجِبَةٌ (عِنْدَنَا وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: سُنَّةٌ لِانْعِدَامِ دَلِيلِ الْوُجُوبِ).

وَلَنَا «قَوْلُهُ ﷺ وَلْيُصَلِّ الطَّائِفُ لِكُلِّ أُسْبُوعٍ رَكْعَتَيْنِ» وَالْأَمْرُ لِلْوُجُوبِ (وَاعْتَرَضَ بَوَجهَيْنِ: أَحَدُهُمَا: أَنَّ هَذَا الْحَدِيثَ لَا أَصْلَ لَهُ فِي كُتُبِ الْحَدِيثِ. وَالثَّانِي: أَنَّ حَدِيثَ الْأَعْرَابِيِّ وَهُوَ «أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ حِينَ عَلَّمَ الْأَعْرَابِيَّ الصَّلَوَاتِ الْخَمْسَ، وَقَالَ

(١) قال الزيلعي في نصب الراية (٥٣/٣): غريب.

لَهُ: هَلْ عَلَيَّ غَيْرُهُنَّ؟ قَالَ لَا، إِلَّا أَنْ تَطَوَّعَ» يُعَارِضُهُ، وَهُوَ أَقْوَى مِنْهُ، فَكَيْفَ يُفِيدُ الْوُجُوبَ. وَأُجِيبَ عَنْ الْأَوَّلِ بِأَنَّ الرَّاويَّ إِذَا كَانَ عَدْلًا فَذَلِكَ لَا يُوجِبُ الْقَدْحَ فِيهِ. وَعَنْ الثَّانِي: بِأَنَّ حَدِيثَ الْأَعْرَابِيِّ مَتْرُوكُ الظَّاهِرِ، فَإِنَّا أَجْمَعْنَا عَلَى أَنَّ صَلَاةَ الْجَنَازَةِ وَصَلَاةَ الْعِيدَيْنِ وَاجِبَةٌ وَلَيْسَ فِي هَذَا الْحَدِيثِ تَيَّانُهَا، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ حَدِيثُ الْأَعْرَابِيِّ قَبْلَ هَذَا الْحَدِيثِ.

قَالَ: (وَهَذَا الطَّوَّافُ طَوَّافُ الْقُدُومِ) وَيُسَمَّى طَوَّافُ التَّحِيَّةِ (وَهُوَ سُنَّةٌ وَلَيْسَ بِوَاجِبٍ) وَقَالَ مَالِكٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: إِنَّهُ وَاجِبٌ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «مَنْ أَتَى الْبَيْتَ فَلْيُحِيَّهُ بِالطَّوَّافِ»^(١) وَلَنَا أَنَّ اللَّهَ تَعَالَى أَمَرَ بِالطَّوَّافِ، وَالْأَمْرُ الْمُطْلَقُ لَا يَقْتَضِي التَّكَرَّارَ. وَقَدْ تَعَيَّنَ طَوَّافُ الزِّيَارَةِ بِالْإِجْمَاعِ وَفِيمَا رَوَاهُ سَمَاءُ تَحِيَّةً، وَهُوَ دَلِيلُ الاسْتِحْبَابِ

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَهَذَا الطَّوَّافُ طَوَّافُ الْقُدُومِ) هَذَا الطَّوَّافُ لَهُ أَرْبَعَةُ أَسْمَاءَ: طَوَّافُ الْقُدُومِ، وَطَوَّافُ التَّحِيَّةِ، وَطَوَّافُ اللَّقَاءِ، وَطَوَّافُ أَوَّلِ الْعَهْدِ. وَقَوْلُهُ (وَهُوَ سُنَّةٌ ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (وَفِيمَا رَوَاهُ سَمَاءُ تَحِيَّةً) جَوَابٌ عَنْ اسْتِدْلَالِ مَالِكٍ بِالْحَدِيثِ، وَهَذَا لِأَنَّ التَّحِيَّةَ فِي اللُّغَةِ اسْمٌ لِإِكْرَامٍ يَتَدَيُّ بِهِ الْإِنْسَانُ عَلَى سَبِيلِ التَّبَرُّعِ، فَلَا يَدُلُّ عَلَى الْوُجُوبِ، وَإِنْ كَانَ عَلَى صِيغَةِ الْأَمْرِ كَمَا فِي قَوْلِهِ «أَكْرِمُوا الشُّهُودَ».

فَإِنْ قِيلَ: قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿فَحْيُوا بِأَحْسَنَ مِنْهَا﴾ [النساء: ٨٦] وَارِدٌ بِلَفْظِ التَّحِيَّةِ، وَرَدُّ السَّلَامِ وَاجِبٌ. أُجِيبَ: بِأَنَّ الْمَأْمُورَ بِهِ الْأَحْسَنُ، وَهُوَ لَيْسَ بِوَاجِبٍ. سَلَّمْنَاهُ وَلَكِنْ ذَكَرَ لَفْظَ التَّحِيَّةِ وَقَعَ بِطَرِيقِ الْمُشَاكَلَةِ.

(وَلَيْسَ عَلَى أَهْلِ مَكَّةَ طَوَّافُ الْقُدُومِ) لِانْعِدَامِ الْقُدُومِ فِي حَقِّهِمْ. قَالَ (ثُمَّ يَخْرُجُ إِلَى الصَّفَا فَيَصْعَدُ عَلَيْهِ وَيَسْتَقْبِلُ الْبَيْتَ وَيُكَبِّرُ وَيُهَلِّلُ. وَيُصَلِّي عَلَى النَّبِيِّ ﷺ وَيَرْفَعُ يَدَيْهِ وَيَدْعُو اللَّهَ لِحَاجَتِهِ) لَمَّا رَوَى «أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ صَعِدَ الصَّفَا حَتَّى إِذَا نَظَرَ إِلَى الْبَيْتِ قَامَ مُسْتَقْبِلَ الْقِبْلَةِ يَدْعُو اللَّهَ»^(٢) وَلِأَنَّ الثَّنَاءَ وَالصَّلَاةَ يُقَدِّمَانِ عَلَى الدُّعَاءِ تَقْرِيبًا إِلَى الْإِجَابَةِ كَمَا فِي غَيْرِهِ مِنَ الدُّعَوَاتِ. وَالرَّفْعُ سُنَّةُ الدُّعَاءِ. وَإِنَّمَا يَصْعَدُ

(١) قَالَ الزَّيْلَعِيُّ فِي نَسْبِ الرَّايَةِ (٥٧/٣): غَرِيبٌ جَدًّا.

(٢) سَبَقَ تَخْرِيجهُ.

بِقَدْرِ مَا يَصِيرُ الْبَيْتُ بِمَرَأَى مِنْهُ، لَأَنَّ الْاِسْتِقْبَالَ هُوَ الْمَقْصُودُ بِالصُّعُودِ، وَيَخْرُجُ إِلَى الصَّفَا مِنْ أَيِّ بَابٍ شَاءَ. وَإِنَّمَا خَرَجَ النَّبِيُّ ﷺ مِنْ بَابِ بَنِي مَخْرُومٍ، وَهُوَ الَّذِي يُسَمَّى بَابَ الصَّفَا لِأَنَّهُ كَانَ أَقْرَبَ الْأَبْوَابِ إِلَى الصَّفَا لَا أَنَّهُ سُنَّةٌ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَلَيْسَ عَلَى أَهْلِ مَكَّةَ ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ: (ثُمَّ يَخْرُجُ إِلَى الصَّفَا) ظَاهِرٌ. وَقَالَ فِي التُّحْفَةِ: تَأْخِيرُ السَّعْيِ بَيْنَ الصَّفَا وَالْمَرْوَةِ إِلَى طَوَافِ الزِّيَارَةِ أَوَّلَى، لِكَوْنِهِ وَاجِبًا فَجَعَلُهُ تَابِعًا لِلْفَرْضِ أَوَّلَى، لَكِنَّ الْعُلَمَاءَ رَخَّصُوا فِي إِثْبَانِ السَّعْيِ عَقِيبَ طَوَافِ الْقُدُومِ، لِأَنَّ يَوْمَ النَّحْرِ الَّذِي هُوَ وَقْتُ طَوَافِ الزِّيَارَةِ يَوْمٌ شُغِلَ مِنَ الذَّبْحِ وَرُمِيَ الْجِمَارِ وَنَحَرَ ذَلِكَ، فَكَانَ فِي جَعْلِهِ تَابِعًا لِلسُّنَّةِ، وَهُوَ طَوَافُ الْقُدُومِ تَخْفِيفٌ عَلَى النَّاسِ.

قَالَ (ثُمَّ يَنْحَطُّ نَحْوَ الْمَرْوَةِ وَيَمْشِي عَلَى هَيْئَتِهِ " فَإِذَا بَلَغَ بَطْنَ الْوَادِي يَسْعَى بَيْنَ الْمِيلَيْنِ الْأَخْضَرَيْنِ سَعْيًا، ثُمَّ يَمْشِي عَلَى هَيْئَتِهِ حَتَّى يَأْتِيَ الْمَرْوَةَ فَيَصْعَدُ عَلَيْهَا وَيَفْعَلُ كَمَا فَعَلَ عَلَى الصَّفَا) لَمَّا رُوِيَ «أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ نَزَلَ مِنَ الصَّفَا وَجَعَلَ يَمْشِي نَحْوَ الْمَرْوَةِ وَسَعَى فِي بَطْنِ الْوَادِي، حَتَّى إِذَا خَرَجَ مِنْ بَطْنِ الْوَادِي مَشَى حَتَّى صَعِدَ الْمَرْوَةَ وَطَافَ بَيْنَهُمَا سَبْعَةَ أَشْوَاطٍ»^(١) قَالَ (وَهَذَا شَوْطٌ وَاحِدٌ فَيَطُوفُ سَبْعَةَ أَشْوَاطٍ يَبْدَأُ بِالصَّفَا وَيَخْتِمُ بِالْمَرْوَةِ) وَيَسْعَى فِي بَطْنِ الْوَادِي فِي كُلِّ شَوْطٍ لَمَّا رَوَيْنَا، وَإِنَّمَا يَبْدَأُ بِالصَّفَا لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ فِيهِ «ابْدَعُوا بِمَا بَدَأَ اللَّهُ تَعَالَى بِهِ» ثُمَّ السَّعْيُ بَيْنَ الصَّفَا وَالْمَرْوَةِ وَاجِبٌ وَلَيْسَ بِرُكْنٍ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: إِنَّهُ رُكْنٌ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «إِنَّ اللَّهَ تَعَالَى كَتَبَ عَلَيْكُمُ السَّعْيَ فَاسْعَوْا»^(٢). وَلَمَّا قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِ أَنْ يَطَّوَّفَ بِهِمَا﴾ [البقرة: ١٥٨] وَمِثْلُهُ يُسْتَعْمَلُ لِلِابْتِحَافِ فِيْنِي الرُّكْنِيَّةِ وَالْإِجَابِ إِلَّا أَنَّا عَدَلْنَا عَنْهُ فِي الْإِجَابِ. وَلِأَنَّ الرُّكْنِيَّةَ لَا تَثْبُتُ إِلَّا بِدَلِيلٍ مَقْطُوعٍ بِهِ وَلَمْ يُوْجَدْ. ثُمَّ مَعْنَى مَا رُوِيَ كُتِبَ اسْتِحْبَابًا كَمَا فِي قَوْلِهِ تَعَالَى ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ إِذَا حَضَرَ أَحَدُكُمُ الْمَوْتُ﴾ [البقرة: ١٨٠].

(١) سبق تخريجه.

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٩٣٦٦)، وأحمد (٤٢١/٦، ٤٢٢)، والحاكم في المستدرک

(٧٠/٤). وانظر نصب الراية (٦١/٣).

الشرح:

وَقَوْلُهُ (ثُمَّ يَنْحَطُّ) أَيُّ يَنْزِلُ (نَحْوَ الْمَرْوَةِ وَيَمْشِي عَلَى هَيْئَتِهِ) أَيُّ عَلَى السَّكِينَةِ وَالْوَقَارِ (فَإِذَا بَلَغَ بَطْنَ الْوَادِي سَعَى بَيْنَ الْمِيلَيْنِ الْأَخْضَرَيْنِ) رَوَى جَابِرٌ «لَمَّا صَعِدَ النَّبِيُّ ﷺ عَلَى الصَّفَا قَالَ: لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ وَحْدَهُ لَا شَرِيكَ لَهُ، لَهُ الْمُلْكُ وَلَهُ الْحَمْدُ يُحْيِي وَيُمِيتُ وَهُوَ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ، لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ وَحْدَهُ، أَنْجَزَ وَعْدَهُ وَنَصَرَ عَبْدَهُ، وَهَزَمَ الْأَحْزَابَ وَحْدَهُ، ثُمَّ قَرَأَ مَقْدَارَ خَمْسٍ وَعِشْرِينَ آيَةً مِنْ سُورَةِ الْبَقَرَةِ، ثُمَّ نَزَلَ وَجَعَلَ يَمْشِي نَحْوَ الْمَرْوَةِ، فَلَمَّا أَنْصَبَتْ قَدَمَاهُ فِي بَطْنِ الْوَادِي سَعَى حَتَّى التَّوَى إِزَارَهُ بِسَاقِيهِ وَهُوَ يَقُولُ: رَبِّ اغْفِرْ وَارْحَمْ وَتَجَاوَزْ عَمَّا تَعْلَمُ إِنَّكَ أَتَى الْأَعَزُّ الْأَكْرَمُ».

وَقَوْلُهُ: (وَيَفْعَلُ كَمَا فَعَلَ عَلَى الصَّفَا) أَيُّ مِنَ التَّكْبِيرِ وَالتَّهْلِيلِ وَالصَّلَاةِ عَلَى النَّبِيِّ ﷺ وَالدُّعَاءِ لِحَاجَتِهِ. وَقَوْلُهُ (وَهَذَا شَوْطٌ وَاحِدٌ فَيَطُوفُ سَبْعَةَ أَشْوَاطٍ يَبْدَأُ بِالصَّفَا وَيَخْتِمُ بِالْمَرْوَةِ) فِيهِ إشارَةٌ إِلَى نَفْيِ قَوْلِ الطَّحَاوِيِّ: إِنَّهُ يَطُوفُ بَيْنَهُمَا سَبْعَةَ أَشْوَاطٍ مِنَ الصَّفَا إِلَى الصَّفَا، وَهُوَ لَا يَتَعَبَّرُ رُجُوعَهُ فَلَا يَجْعَلُ ذَلِكَ شَوْطًا آخَرَ. وَالْأَصَحُّ مَا ذُكِرَ فِي الْكِتَابِ لِأَنَّ رُوَاةَ نُسُكِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ اتَّفَقُوا عَلَى أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ طَافَ بَيْنَهُمَا سَبْعَةَ أَشْوَاطٍ، وَعَلَى مَا قَالَهُ الطَّحَاوِيُّ يَصِيرُ أَرْبَعَةَ عَشَرَ شَوْطًا، كَذَا فِي الْمَبْسُوطِ.

فَإِنْ قِيلَ: مَا الْفَرْقُ بَيْنَ الطَّوْفِ وَالسَّعْيِ حَتَّى كَانَ مَبْدَأُ الطَّوْفِ هُوَ الْمُنْتَهَى دُونَ السَّعْيِ؟ أَجِيبَ أَنَّ الطَّوْفَ دَوْرَانٌ لَا يَتَأَتَّى إِلَّا بِحَرَكَةٍ دَوْرِيَّةٍ، فَيَكُونُ الْمَبْدَأُ وَالْمُنْتَهَى وَاحِدًا بِالضَّرُورَةِ.

وَأَمَّا السَّعْيُ فَهُوَ قَطْعُ مَسَافَةٍ بِحَرَكَةٍ مُسْتَقِيمَةٍ وَذَلِكَ لَا يَقْتَضِي عَوْدَهُ عَلَى بَدْئِهِ. وَقَوْلُهُ (لَمَّا رَوَيْنَا) إشارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ «وَيَسْعَى فِي بَطْنِ الْوَادِي» وَقَوْلُهُ (وَإِنَّمَا يَبْدَأُ بِالصَّفَا) ظَاهِرٌ (ثُمَّ السَّعْيُ بَيْنَ الصَّفَا وَالْمَرْوَةِ وَاجِبٌ وَلَيْسَ بِرُكْنٍ) عِنْدَنَا (وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: إِنَّهُ رُكْنٌ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «إِنَّ اللَّهَ كَتَبَ عَلَيْكُمُ السَّعْيَ فَاسْعَوْا» وَلَنَا قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِ أَنْ يَطُوفَ بِهِمَا﴾ [البقرة: ١٥٨] وَوَجْهُ الاستِدْلَالِ بِمَا ذَكَرَهُ أَنَّ مِثْلَهُ يُسْتَعْمَلُ لِلِإِبَاحَةِ كَمَا فِي قَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ

بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النَّسَاءِ ﴿ [البقرة: ٢٣٥] وَمَا يُسْتَعْمَلُ لِلِإِبَاحَةِ (يَنْفِي الرُّكْنِيَّةَ وَالْإِجَابَ إِلَّا أَنَّا عَدَلْنَا عَنْهُ) أَيُّ عَنْ ظَاهِرِ الْآيَةِ (فِي الْإِجَابِ) أَيُّ تَرَكْنَا الْعَمَلَ بِظَاهِرِهَا فِي نَفْيِ الْإِجَابِ، وَلَمْ يَذْكُرْ مَا أَوْجَبَ الْعُدُولَ وَاخْتَلَفَ فِيهِ الشَّارِحُونَ فَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ: عَمَلًا بِمَا رَوَاهُ لِأَنَّهُ خَبَرٌ وَاحِدٌ يُوجِبُ الْإِجَابَ. وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ: بِأَوَّلِ الْآيَةِ وَهُوَ قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿إِنَّ الصَّفَا وَالْمَرْوَةَ مِنْ شَعَائِرِ اللَّهِ﴾ [البقرة: ١٥٨].

فَإِنَّ الشَّعَائِرَ جَمْعُ شَعِيرَةٍ وَهِيَ الْعَلَامَةُ، وَذَلِكَ يَكُونُ فَرْضًا، فَأَوَّلُ الْآيَةِ يَدُلُّ عَلَى الْفَرْضِيَّةِ، وَآخِرُهَا عَلَى الْإِبَاحَةِ، فَعَمَلْنَا بِهِمَا، وَقُلْنَا بِالْوُجُوبِ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِفَرْضٍ عِلْمًا وَهُوَ فَرْضٌ عَمَلًا، فَكَانَ فِيهِ نَوْعٌ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْفَرْضِ وَالِاسْتِحْبَابِ. وَقِيلَ: بِالْإِجْمَاعِ، لِأَنَّ الرُّكْنِيَّةَ لَا تُثَبِّتُ إِلَّا بِدَلِيلٍ مَقْطُوعٍ بِهِ، وَمَا رَوَيْتُمْ لَيْسَ كَذَلِكَ. وَقَوْلُهُ (ثُمَّ مَعْنَى مَا رُوِيَ) تَأْوِيلٌ لِلْحَدِيثِ.

وَقِيلَ فِي قَوْلِهِ (كَمَا فِي قَوْلِهِ تَعَالَى ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ إِذَا حَضَرَ أَحَدُكُمُ الْمَوْتُ﴾ [البقرة: ١٨٠]) نَظَرٌ، لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ كَانَتْ فَرْضًا ثُمَّ تُسَخِّتُ، فَكَانَ كُتِبَ ذَالًا عَلَى الْفَرْضِيَّةِ. وَالْجَوَابُ: أَنَّ ذَلِكَ لَيْسَ بِمُجْمَعٍ عَلَيْهِ، بَلْ قَالَ بَعْضُهُمْ: لَيْسَتْ بِمَنْسُوخَةٍ بَلْ يُجْمَعُ لِلْوَارِثِ بَيْنَ الْوَصِيَّةِ وَالْمِيرَاثِ، وَلِلْمَانَعِ يَكْفِيهِ ذَلِكَ. فَإِنْ قِيلَ: مَا بَالُ الْمُصَنِّفِ أَعْرَضَ عَنِ الْاسْتِدْلَالِ بِحَدِيثِهِ، فَإِنَّهُ لَكُونَهُ خَيْرٌ وَاحِدٌ أَذِلُّ عَلَى الْوُجُوبِ مِنَ الرُّكْنِيَّةِ.

فَالْجَوَابُ: أَنَّهُ إِنَّمَا أَعْرَضَ عَنْهُ لِأَنَّ رَاوِيَهُ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ الْمُؤَمَّلِ وَهُوَ ضَعِيفٌ قَالَهُ النَّسَائِيُّ وَيَحْيَى بْنُ مَعِينٍ وَالدَّارَقُطْنِيُّ، وَقَالَ أَحْمَدُ: أَحَادِيثُهُ مُنْكَرَةٌ.

قَالَ: (ثُمَّ يُقِيمُ بِمَكَّةَ حَرَامًا) لِأَنَّهُ مُحَرَّمٌ بِالْحَجِّ فَلَا يَتَحَلَّلُ قَبْلَ الْإِتْيَانِ بِأَفْعَالِهِ، قَالَ (وَيَطُوفُ بِالْبَيْتِ كُلَّمَا بَدَأَ لَهُ) لِأَنَّهُ يُشَبِّهُ الصَّلَاةَ. قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «الطَّوَافُ بِالْبَيْتِ صَلَاةٌ. وَالصَّلَاةُ خَيْرُ مَوْضُوعٍ» ^(١) فَكَذَا الطَّوَافُ إِلَّا أَنَّهُ لَا يَسْعَى عَقِيبَ هَذِهِ الْأَطْوَفَةِ فِي هَذِهِ الْمُدَّةِ لِأَنَّ السَّعْيَ لَا يَجِبُ فِيهِ إِلَّا مَرَّةً. وَالْتَفَتُ بِالسَّعْيِ غَيْرُ مَشْرُوعٍ. وَيُصَلِّي لِكُلِّ أُسْبُوعٍ رَكْعَتَيْنِ، وَهِيَ رَكْعَتَا الطَّوَافِ عَلَى مَا بَيَّنَّا.

(١) أخرجه الترمذي في الحج باب ١١٢ (حديث ٩٦٠)، والنسائي في المناسك باب ١٣٦ (باب الكلام في الطواف).

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (ثُمَّ يُقِيمُ بِمَكَّةَ حَرَامًا) أَيِ مُحَرَّمًا (لَأَنَّهُ مُحَرَّمٌ بِالْحَجِّ) لَشُرُوعِهِ فِيهِ. وَكُلُّ مَنْ كَانَ كَذَلِكَ (لَا يَتَحَلَّلُ قَبْلَ الْإِثْنَانِ بِأَفْعَالِهِ) وَهَذَا لَمْ يَأْتْ بِهَا. وَقَوْلُهُ (وَالصَّلَاةُ خَيْرٌ مَوْضُوعٌ فَكَذَا الطَّوْفُ) قِيلَ: إِلَّا أَنَّ طَوَافَ التَّطَوُّعِ أَفْضَلُ لِلْغُرَبَاءِ. وَصَلَاةُ التَّطَوُّعِ أَفْضَلُ لِأَهْلِ مَكَّةَ، لِأَنَّ الْغُرَبَاءَ يَفُوتُهُمُ الطَّوْفُ وَلَا تَقُوتُهُمُ الصَّلَاةُ، وَأَهْلُ مَكَّةَ لَا يَفُوتُهُمُ الْأَمْرَانِ فَعِنْدَ الْجَمَاعِ الصَّلَاةُ أَفْضَلُ. وَقَوْلُهُ: (وَالْتَنَفُّلُ بِالسَّعْيِ غَيْرُ مَشْرُوعٍ) لِأَنَّهُ ثَبَتَ بِالنَّصِّ مَرَّةً فَالتَّكَرُّارُ لَا يَكُونُ إِلَّا بِالْقِيَاسِ عَلَى الطَّوْفِ، وَلَا مَحَالٌ لَهُ فِيهِ.

قَالَ: (فَإِذَا كَانَ قَبْلَ يَوْمِ التَّرْوِيَةِ يَوْمِ خُطْبِ الْإِمَامِ خُطْبَةً يَعْلَمُ فِيهَا النَّاسُ الْخُرُوجَ إِلَى مَنَى وَالصَّلَاةَ بِعَرَفَاتٍ وَالْوُقُوفَ وَالْإِضَافَةَ) وَالْحَاصِلُ أَنَّ فِي الْحَجِّ ثَلَاثَ خُطَبٍ: أَوَّلُهَا مَا ذَكَرْنَا، وَالثَّانِيَةُ بِعَرَفَاتٍ يَوْمَ عَرَفَةِ، وَالثَّالِثَةُ بِمَنَى فِي الْيَوْمِ الْحَادِي عَشَرَ، فَيُفْصَلُ بَيْنَ كُلِّ خُطْبَتَيْنِ يَوْمٍ. وَقَالَ زُفَرٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: يَخْطُبُ فِي ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ مُتَوَالِيَةٍ أَوَّلُهَا يَوْمَ التَّرْوِيَةِ لِأَنَّهَا أَيَّامُ الْمَوْسِمِ وَمُجْتَمَعُ الْحَاجِّ. وَلَنَا أَنَّ الْمَقْصُودَ مِنْهَا التَّعْلِيمُ. وَيَوْمَ التَّرْوِيَةِ وَيَوْمَ النُّحْرِ يَوْمًا اشْتِغَالَ، فَكَانَ مَا ذَكَرْنَاهُ أَنْفَعُ وَفِي الْقُلُوبِ أَنْجَعُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (فَإِذَا كَانَ قَبْلَ يَوْمِ التَّرْوِيَةِ يَوْمٍ) وَهُوَ الْيَوْمُ السَّابِعُ مِنْ ذِي الْحِجَّةِ (خُطْبَ الْإِمَامِ) يَعْنِي خُطْبَةً وَاحِدَةً مِنْ غَيْرِ أَنْ يَجْلِسَ بَيْنَ الْخُطْبَتَيْنِ بَعْدَ صَلَاةِ الظُّهْرِ، وَكَذَلِكَ فِي الْخُطْبَةِ الثَّلَاثَةِ الَّتِي تُخْطَبُ بِمَنَى، وَأَمَّا فِي خُطْبَةِ عَرَفَاتٍ فَيَجْلِسُ بَيْنَ الْخُطْبَتَيْنِ وَهِيَ قَبْلَ صَلَاةِ الظُّهْرِ، وَقَوْلُهُ (وَالْحَاصِلُ أَنَّ فِي الْحَجِّ ثَلَاثَ خُطَبٍ) ظَاهِرٌ.

(فَإِذَا صَلَّى الْفَجْرَ يَوْمَ التَّرْوِيَةِ بِمَكَّةَ خَرَجَ إِلَى مَنَى فَيُقِيمُ بِهَا حَتَّى يُصَلِّيَ الْفَجْرَ مِنْ يَوْمِ عَرَفَةِ) "لَمَْا رَوِيَ" أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ صَلَّى الْفَجْرَ يَوْمَ التَّرْوِيَةِ بِمَكَّةَ، فَلَمَّا طَلَعَتِ الشَّمْسُ رَاحَ إِلَى مَنَى فَصَلَّى بِمَنَى الظُّهْرَ وَالْعَصْرَ وَالْمَغْرِبَ وَالْعِشَاءَ وَالْفَجْرَ ثُمَّ رَاحَ إِلَى عَرَفَاتٍ^(١) (وَلَوْ بَاتَ بِمَكَّةَ لَيْلَةَ عَرَفَةِ وَصَلَّى بِهَا الْفَجْرَ ثُمَّ غَدَا إِلَى عَرَفَاتٍ وَمَرَّ بِمَنَى أَجْزَأَهُ) لِأَنَّهُ لَا يَتَعَلَّقُ بِمَنَى فِي هَذَا الْيَوْمِ إِقَامَةً نُسْكًا، وَلَكِنَّهُ أَسَاءَ بِتَرْكِهِ الْاِقْتِدَاءَ بِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ.

(١) سبق تحريجه، وهو من حديث جابر الطويل. وانظر نصب الراية (٣/ ٦٥).

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (فَإِذَا صَلَّى الْفَجْرَ يَوْمَ التَّرْوِيَةِ) وَهُوَ الْيَوْمُ الثَّامِنُ مِنْ ذِي الْحِجَّةِ قِيلَ: إِنَّمَا سُمِّيَ بِذَلِكَ لِأَنَّ إِبْرَاهِيمَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ رَأَى لَيْلَةَ التَّرْوِيَةِ كَأَنَّ قَائِلًا يَقُولُ لَهُ: إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكَ بِذَبْحِ ابْنِكَ هَذَا، فَلَمَّا أَصْبَحَ تَرَوَى: أَيُّ تَفَكَّرَ فِي ذَلِكَ مِنَ الصَّبَاحِ إِلَى الرُّوْحِ أَمِنَ اللَّهُ تَعَالَى هَذَا الْحُلُمُ أَمْ مِنَ الشَّيْطَانِ؟ فَمِنْ ثَمَّةَ سُمِّيَ يَوْمَ التَّرْوِيَةِ. فَلَمَّا أَمْسَى رَأَى مِثْلَ ذَلِكَ، فَعَرَفَ أَنَّهُ مِنَ اللَّهِ تَعَالَى، فَمِنْ ثَمَّ سُمِّيَ يَوْمَ عَرَفَةَ. ثُمَّ رَأَى مِثْلَهُ فِي اللَّيْلَةِ الثَّلَاثَةِ فَهَمَّ بِنَحْرِهِ فَسُمِّيَ الْيَوْمُ يَوْمَ النَّحْرِ.

وَقِيلَ: إِنَّمَا سُمِّيَ يَوْمَ التَّرْوِيَةِ بِذَلِكَ لِأَنَّ النَّاسَ يَزُوْنُ بِالْمَاءِ مِنَ الْعَطَشِ فِي هَذَا الْيَوْمِ يَحْمِلُونَ الْمَاءَ بِالرُّوَايَا إِلَى عَرَفَاتٍ وَمِنَى. وَإِنَّمَا سُمِّيَ يَوْمَ عَرَفَةَ بِهِ لِأَنَّ جِبْرِيلَ عَلَيْهِ السَّلَامُ عَلَّمَ إِبْرَاهِيمَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ الْمَنَاسِكَ كُلَّهَا يَوْمَ عَرَفَةَ فَقَالَ لَهُ: أَعَرَفْتَ فِي أَيِّ مَوْضِعٍ تَطُوفُ؟ وَفِي أَيِّ مَوْضِعٍ تَسْعَى؟ وَفِي أَيِّ مَوْضِعٍ تَقِفُ؟ وَفِي أَيِّ مَوْضِعٍ تَنْحَرُ وَتَرْمِي؟ فَقَالَ عَرَفْتُ، فَسُمِّيَ يَوْمَ عَرَفَةَ وَسُمِّيَ يَوْمَ الْأَضْحَى بِهِ لِأَنَّ النَّاسَ يُضْحُونَ فِيهِ بِقَرَابِنِهِمْ.

قَالَ: (ثُمَّ يَتَوَجَّهُ إِلَى عَرَفَاتٍ فَيَقِيمُ بِهَا) لَا رَوَيْنَا، وَهَذَا بَيَانُ الْأَوَّلِيَّةِ. أَمَّا لَوْ دَفَعَ قَبْلَهُ جَازَ لِأَنَّهُ لَا يَتَعَلَّقُ بِهَذَا الْمَقَامِ حُكْمٌ. قَالَ فِي الْأَصْلِ: وَيَنْزِلُ بِهَا مَعَ النَّاسِ لِأَنَّ الْإِنْتِبَازَ تَجَبُّرٌ وَالْحَالُ حَالٌ تَضَرُّعٌ وَالْإِجَابَةُ فِي الْجَمْعِ أَرْجَى. وَقِيلَ مُرَادُهُ أَنْ لَا يَنْزِلَ عَلَى الطَّرِيقِ كَيْ لَا يُضَيِّقَ عَلَى الْمَارَّةِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (ثُمَّ يَتَوَجَّهُ إِلَى عَرَفَاتٍ) أَيُّ يَتَوَجَّهُ مِنْ مِنَى بَعْدَ صَلَاةِ الْفَجْرِ يَوْمَ عَرَفَةَ إِلَى عَرَفَاتٍ (فَيَقِيمُ بِهَا لَمَّا رَوَيْنَا) «أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ رَاحَ إِلَى عَرَفَاتٍ» (وَهَذَا بَيَانُ الْأَوَّلِيَّةِ أَمَّا لَوْ دَفَعَ قَبْلَهُ) أَيُّ قَبْلَ طُلُوعِ الشَّمْسِ، وَهَذَا إِضْمَارٌ قَبْلَ الذِّكْرِ، وَكَانَ مِنْ حَقِّ الْكَلَامِ أَنْ يَقُولَ: ثُمَّ يَتَوَجَّهُ إِلَى عَرَفَاتٍ بَعْدَ طُلُوعِ الشَّمْسِ حَتَّى يَصْبَحَ بِنَاءَ قَوْلِهِ وَهَذَا: أَيُّ التَّوَجُّهِ بَعْدَ طُلُوعِ الشَّمْسِ.

وَقَوْلُهُ أَمَّا لَوْ دَفَعَ قَبْلَهُ. عَلَيْهِ قَالَ بَعْضُ الشَّارِحِينَ: تَرَكْتُ هَذَا الْقَيْدَ سَهْوًا مِنَ الْكَاتِبِ. وَقَوْلُهُ (لَأَنَّهُ) الضَّمِيرُ لِلشَّانِ. وَقَوْلُهُ (لَا يَتَعَلَّقُ بِهَذَا الْمَقَامِ) يَعْنِي مِنَى (حُكْمٌ)

مِنَ النَّاسِكَ فَيَجُوزُ الذَّهَابُ قَبْلَ طُلُوعِ الشَّمْسِ إِلَى عَرَافَاتِ اللُّوْقُوفِ فِيهَا وَهُوَ الرُّكْنُ الْأَعْظَمُ. لَا يُقَالُ: لَمْ لَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ الْمُكْتُ نَفْسُهُ إِلَى طُلُوعِ الشَّمْسِ مِنَ النَّاسِكَ كَالْوُقُوفِ بِالْمُرْدَلَفَةِ، لِأَنَّ ذَلِكَ إِنَّمَا يَثْبُتُ بِدَلِيلٍ مَثْقُولٍ وَلَمْ يُوجَدْ. وَقَوْلُهُ (وَيَنْزِلُ بِهَا) أَيُّ بَعْرِفَةٍ (مَعَ النَّاسِ لِأَنَّ الْاِسْتِبَادَ) أَيُّ الْاِنْفِرَادَ (تَجَبَّرَ) وَقَوْلُهُ (وَقِيلَ مُرَادُهُ) يَعْنِي مِنْ قَوْلِهِ مَعَ النَّاسِ (أَنْ لَا يَنْزِلَ عَلَى الطَّرِيقِ).

قَالَ (وَإِذَا زَالَتِ الشَّمْسُ يُصَلِّيَ الْإِمَامُ بِالنَّاسِ الظُّهْرَ وَالْعَصْرَ فَيَبْتَدِئُ فَيَخْطُبُ خُطْبَةً يُعَلِّمُ فِيهَا النَّاسَ الْوُقُوفَ بِعَرَفَتِهِ وَالْمُرْدَلَفَةَ وَرَمَى الْجِمَارِ وَالنَّحْرَ وَالْحَلْقَ وَطَوَّافَ الزِّيَارَةِ، يَخْطُبُ خُطْبَتَيْنِ يَفْصِلُ بَيْنَهُمَا بِجِلْسَتَيْنِ كَمَا فِي الْجُمُعَةِ) هَكَذَا فَعَلَهُ رَسُولُ اللَّهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ.

وَقَالَ مَالِكٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: يَخْطُبُ بَعْدَ الصَّلَاةِ، لِأَنَّهَا خُطْبَةٌ وَعِظٌ وَتَذْكِيرٌ فَأَشْبَهَ خُطْبَةَ الْعِيدِ. وَلَنَا مَا رَوَيْنَا، وَلِأَنَّ الْمَقْصُودَ مِنْهَا تَعْلِيمُ النَّاسِكَ وَالْجَمْعُ مِنْهَا. وَفِي ظَاهِرِ الْمَذْهَبِ: إِذَا صَعِدَ الْإِمَامُ الْمِنْبَرَ فَجَلَسَ أَذُنَ الْمُؤَدِّثُونَ كَمَا فِي الْجُمُعَةِ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى أَنَّهُ يُؤَدِّنُ قَبْلَ خُرُوجِ الْإِمَامِ. وَعَنْهُ أَنَّهُ يُؤَدِّنُ بَعْدَ الْخُطْبَةِ. وَالصَّحِيحُ مَا ذَكَرْنَا لِأَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لَمَّا خَرَجَ وَاسْتَوَى عَلَى نَاقَتِهِ أَذُنَ الْمُؤَدِّثُونَ بَيْنَ يَدَيْهِ. وَيُقِيمُ الْمُؤَدِّنُ بَعْدَ الْفَرَاغِ مِنَ الْخُطْبَةِ لِأَنَّهُ أَوَانُ الشَّرُوعِ فِي الصَّلَاةِ فَأَشْبَهَ الْجُمُعَةَ. قَالَ (وَيُصَلِّيَ بِهِمُ الظُّهْرَ الْعَصْرَ فِي وَهْتِ الظُّهْرِ بِأَذَانٍ وَإِقَامَتَيْنِ) وَقَدْ وَرَدَ النُّقْلُ الْمُسْتَفِيزُ بِاتِّفَاقِ الرُّوَاةِ بِالْجَمْعِ بَيْنَ الصَّلَاتَيْنِ.

وَفِيمَا رَوَى جَابِرٌ رضي الله عنه «أَنَّ النَّبِيَّ صلوات الله عليه صَلَّاهُمَا بِأَذَانٍ وَإِقَامَتَيْنِ»، ثُمَّ بَيَّأَهُ أَنَّهُ يُؤَدِّنُ لِلظُّهْرِ وَيُقِيمُ لِلظُّهْرِ ثُمَّ يُقِيمُ لِلْعَصْرِ لِأَنَّ الْعَصْرَ يُؤَدَّى قَبْلَ وَهْتِهِ الْمَعُودِ فَيُفْرِدُ بِالْإِقَامَةِ إِعْلَامًا لِلنَّاسِ (وَلَا يَتَطَوَّعُ بَيْنَ الصَّلَاتَيْنِ) تَحْصِيلًا لِمَقْصُودِ الْوُقُوفِ وَلِهَذَا قُدِّمَ الْعَصْرُ عَلَى وَهْتِهِ، فَلَوْ أَنَّهُ فَعَلَ فِعْلًا مَكْرُوهًا وَأَعَادَ الْأَذَانَ لِلْعَصْرِ فِي ظَاهِرِ الرُّوَايَةِ، خِلَافًا لِمَا رَوَى عَنْ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ لِأَنَّ الْاِسْتِغَالَ بِالتَّطَوُّعِ أَوْ بِعَمَلٍ آخَرَ يَقْطَعُ قُورَ الْأَذَانِ الْأَوَّلِ فَيُعِيدُهُ لِلْعَصْرِ (فَإِنْ صَلَّى بِغَيْرِ خُطْبَةٍ أَجْزَأَهُ) لِأَنَّ هَذِهِ الْخُطْبَةَ لَيْسَتْ بِفَرِيضَةٍ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَإِذَا زَالَتِ الشَّمْسُ) يَعْنِي فِي عَرَافَاتِ (لِيُصَلِّيَ الْإِمَامُ بِالنَّاسِ الظُّهْرَ

وَالْعَصْرَ فَيَبْتَدِئُ فَيَخْطُبُ خُطْبَةً يَعْني قَبْلَ الصَّلَاةِ وَلَفْظُ يَبْتَدِئُ يُشِيرُ إِلَى ذَلِكَ. وَقَوْلُهُ
(وَكَذَا فَعَلَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ).

رَوَى جَابِرٌ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ لَمَّا زَاغَتِ الشَّمْسُ أَمَرَ بِالْقَصْوَاءِ فَرُحِلَتْ لَهُ فَرَكَبَ
حَتَّى أَتَى بَطْنَ الْوَادِي فَخَطَبَ لِلنَّاسِ، ثُمَّ أَذَّنَ بِلَالٌ ثُمَّ أَقَامَ فَصَلَّى الظُّهْرَ، ثُمَّ أَقَامَ فَصَلَّى
الْعَصْرَ» وَقَوْلُهُ (وَلَنَا مَا رَوَيْنَا) إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ هَكَذَا فَعَلَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ (وَفِي ظَاهِرِ
الْمَذْهَبِ إِذَا صَعِدَ الْإِمَامُ الْمِنْبَرَ فَجَلَسَ أَذَّنَ الْمُؤَذِّنُونَ كَمَا فِي الْجُمُعَةِ، وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ
أَنَّهُ يُؤَذِّنُ قَبْلَ خُرُوجِ الْإِمَامِ) مِنَ الْمُسْطَاطِ، فَإِذَا فَرَّغَ الْمُؤَذِّنُ خَرَجَ الْإِمَامُ لِأَنَّ هَذَا
الْأَذَانَ لِأَدَاءِ الظُّهْرِ كَمَا فِي سَائِرِ الْأَيَّامِ (وَعَنْهُ أَنَّهُ يُؤَذِّنُ بَعْدَ الْخُطْبَةِ).

قَالَ بَعْضُ الشَّارِحِينَ: وَهَذَا أَصَحُّ عِنْدِي وَإِنْ كَانَ عَلَى خِلَافِ ظَاهِرِ الرَّوَايَةِ لَمَّا
صَحَّ مِنْ حَدِيثِ جَابِرٍ.

قَالَ الْمُصَنِّفُ (وَالصَّحِيحُ مَا ذَكَرْنَا) يَعْني ظَاهِرَ الرَّوَايَةِ (لَأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ لَمَّا خَرَجَ
وَاسْتَوَى عَلَى نَاقَتِهِ أَذَّنَ الْمُؤَذِّنُونَ بَيْنَ يَدَيْهِ) وَوَجْهُ الصَّحَّةِ أَنَّ رِوَايَةَ جَابِرٍ تَقْتَضِي الْأَذَانَ
بَعْدَ خُطْبَةٍ، وَهَذِهِ الرَّوَايَةُ تَقْتَضِيهِ قَبْلَهَا فَتَعَارَضْنَا فَصَرَرْنَا إِلَى مَا بَعْدَهُمَا مِنَ الْحُجَّةِ وَهُوَ
الْقِيَاسُ عَلَى الْجُمُعَةِ (وَيُقِيمُ الْمُؤَذِّنُ بَعْدَ الْفَرَاحِ مِنَ الْخُطْبَةِ لِأَنَّهُ أَوَانُ الشَّرُوعِ فِي الصَّلَاةِ
فَأَشْبَهَ الْجُمُعَةَ) قَالَ: (وَيُصَلِّي بِهِمُ الظُّهْرَ وَالْعَصْرَ فِي وَقْتِ الظُّهْرِ) أَيُّ يُصَلِّي الْإِمَامُ
بِالْقَوْمِ الظُّهْرَ وَالْعَصْرَ فِي وَقْتِ الظُّهْرِ (بِأَذَانٍ وَإِقَامَتَيْنِ) أَمَّا نَفْسُ الْجَمْعِ بَيْنَ الصَّلَاتَيْنِ
فَلَوْ رُودِ الثَّقَلِ الْمُسْتَفِيزِ بِاتِّفَاقِ الرِّوَاةِ بِالْجَمْعِ بَيْنَهُمَا، وَأَمَّا كَوْنُهُ بِأَذَانٍ وَإِقَامَتَيْنِ فَلَمَّا
رَوَى جَابِرٌ أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ صَلَاهُهَا بِأَذَانٍ وَإِقَامَتَيْنِ وَبَيَّأَهُ مَا ذَكَرَ فِي الْكِتَابِ
(وَلَا يَتَطَوَّعُ بَيْنَ الصَّلَاتَيْنِ) يَعْني لَا الْإِمَامُ وَلَا الْقَوْمُ. وَقَوْلُهُ (خِلَافًا لِمَا رَوَى عَنْ
مُحَمَّدٍ) فَإِنَّهُ يَقُولُ: لَا يُعِيدُ الْأَذَانَ لِأَنَّ الْوَقْتَ قَدْ جَمَعَهُمَا فَيَكْتَفَى بِأَذَانٍ وَاحِدٍ كَمَا فِي
الْعِشَاءِ مَعَ الْوُثْرِ.

وَوَجْهُ الظَّاهِرِ مَا ذَكَرَهُ (أَنَّ الْأَشْتِعَالَ بِالتَّطَوُّعِ أَوْ بِعَمَلٍ آخَرَ يَقْطَعُ فَوْرَ الْأَذَانِ
الْأَوَّلِ) وَقَطْعُ فَوْرِ الْأَذَانِ الْأَوَّلِ يُوجِبُ إِعَادَتَهُ لِلْعَصْرِ لِأَنَّ الْأَذَانَ لِلْإِعْلَامِ وَكُلُّ صَلَاةٍ
أَصْلٌ بِنَفْسِهَا، إِلَّا أَنَّهُ إِذَا جُمِعَ بَيْنَهُمَا اسْتَعْنِيَ عَنِ الْإِعْلَامِ، وَإِذَا قُطِعَ عَادَ حُكْمُهُ
الْأَصْلِيُّ. وَقَوْلُهُ (فَإِنْ صَلَّى بِغَيْرِ خُطْبَةٍ) ظَاهِرٌ.

قَالَ (وَمَنْ صَلَّى الظُّهْرَ فِي رَحْلِهِ وَحَدَهُ صَلَّى الْعَصْرَ فِي وَقْتِهِ) عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى. وَقَالَا: يَجْمَعُ بَيْنَهُمَا الْمُنْفَرِدُ لَأَنْ جَوَّازَ الْجَمْعِ لِلْحَاجَةِ إِلَى امْتِدَادِ الْوُقُوفِ وَالْمُنْفَرِدِ مُحْتَاجٌ إِلَيْهِ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ الْمُحَافَظَةَ عَلَى الْوَقْتِ فَرَضٌ بِالنُّصُوصِ فَلَا يَجُوزُ تَرْكُهُ إِلَّا فِيمَا وَرَدَ الشَّرْعُ بِهِ، وَهُوَ الْجَمْعُ بِالْجَمَاعَةِ مَعَ الْإِمَامِ وَالتَّقْدِيمُ لِصِيَانَةِ الْجَمَاعَةِ لِأَنَّهُ يَعْسرُ عَلَيْهِمُ الْاجْتِمَاعُ لِلْعَصْرِ بَعْدَ مَا تَفَرَّقُوا فِي الْمَوْقِفِ لَا لِمَا ذَكَرَاهُ إِذْ لَا مُنَافَاةَ، ثُمَّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ: الْإِمَامُ شَرَطٌ فِي الصَّلَاتَيْنِ جَمِيعًا.

وَقَالَ زُفَرٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: فِي الْعَصْرِ خَاصَّةً لِأَنَّهُ هُوَ الْمَغْيَرُ عَنْ وَقْتِهِ، وَعَلَى هَذَا الْخِلَافِ الْإِحْرَامُ بِالْحَجِّ.

وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ التَّقْدِيمَ عَلَى خِلَافِ الْقِيَاسِ عُرِفَ شَرْعُهُ فِيمَا إِذَا كَانَتِ الْعَصْرُ مُرْتَبَةً عَلَى ظَهْرِ مُؤَدَى بِالْجَمَاعَةِ مَعَ الْإِمَامِ فِي حَالَةِ الْإِحْرَامِ بِالْحَجِّ فَيُقْتَصَرُ عَلَيْهِ، ثُمَّ لَا بُدَّ مِنَ الْإِحْرَامِ بِالْحَجِّ قَبْلَ الزَّوَالِ فِي رِوَايَةِ تَقْدِيمًا لِلْإِحْرَامِ عَلَى وَقْتِ الْجَمْعِ، وَفِي أُخْرَى يَكْتَفِي بِالتَّقْدِيمِ عَلَى الصَّلَاةِ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ هُوَ الصَّلَاةُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَمَنْ صَلَّى الظُّهْرَ فِي رَحْلِهِ) أَيُّ فِي مَنْزِلِهِ (وَحَدَهُ صَلَّى الْعَصْرَ فِي وَقْتِهِ) عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَالَا: الْمُنْفَرِدُ وَغَيْرُهُ سَيَّانٍ فِي الْجَمْعِ بَيْنَهُمَا) وَمَبْنَى الْاِخْتِلَافِ عَلَى أَنَّ تَقْدِيمَ الْعَصْرِ عَلَى وَقْتِهِ لِأَجْلِ مُحَافَظَةِ الْجَمَاعَةِ أَوْ لِامْتِدَادِ الْوُقُوفِ، فَعِنْدَهُ لِلأَوَّلِ وَعِنْدَهُمَا لِلثَّانِي. لِهَذَا أَنَّ جَوَّازَ الْجَمْعِ لِلْحَاجَةِ إِلَى امْتِدَادِ الْوُقُوفِ بِذَلِيلٍ أَنَّهُ لَا جَمْعَ عَلَى مَنْ لَيْسَ عَلَيْهِ الْوُقُوفُ، وَأَنَّ الْحَاجَّ يَحْتَاجُ إِلَى الدُّعَاءِ فِي وَقْتِ الْوُقُوفِ، فَشَرِيعَ الْجَمْعُ لِقَلَا يَشْتَغِلُ عَنِ الدُّعَاءِ.

وَالْمُنْفَرِدُ وَغَيْرُهُ فِي هَذِهِ الْحَاجَةِ سَوَاءٌ فَيَسْتَوِيَانِ فِي جَوَّازِ الْجَمْعِ (وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الْمُحَافَظَةَ عَلَى الْوَقْتِ فَرَضٌ بِالنُّصُوصِ) قَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿حَفِظُوا عَلَى الصَّلَوَاتِ وَالصَّلَاةِ الْوُسْطَى﴾ [البقرة: ٢٣٨] وَقَالَ تَعَالَى ﴿إِنَّ الصَّلَاةَ كَانَتْ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ كِتَابًا مَوْقُوتًا﴾ [النساء: ١٠٣] وَكُلُّ مَا هُوَ كَذَلِكَ لَا يَجُوزُ تَرْكُهُ إِلَّا بِذَلِيلٍ قَطْعِيٍّ، وَذَلِكَ فِيمَا وَرَدَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ وَالْخُلَفَاءِ الرَّاشِدِينَ مَعَ وَفُورِ الصَّحَابَةِ مِنْ

الْجَمْعُ بِالْجَمَاعَةِ مَعَ الْإِمَامِ فَلَا يَجُوزُ بِذَوْنِهِ.

وَقَوْلُهُ: (وَالْتَقْدِيمُ لَصِيَانَةِ الْجَمَاعَةِ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِمَا وَتَقْرِيرُهُ لَا تُسَلِّمُ أَنَّ جَوَازَ الْجَمْعِ بِالتَّقْدِيمِ لامتداد الوقوف بل لصيانة الجماعة، لأنه يعسرُ عليهم الاجتماعُ للعصرِ بعدما تفرّقوا لأنَّ الموقفَ موضعٌ واسعٌ ذو طولٍ وعرضٍ فلا يُمكنُهُم إقامة الجماعة إلا بالاجتماع وألَّهُ يَتَعَذَّرُ مَرَّتَيْنِ فِي الْعَادَةِ فَعَجَّلُوا الْعَصْرَ لِقَلَا تَفَوُّتُهُمْ فَضِيلَةُ الْجَمَاعَةِ لِحَقِّ الْوُقُوفِ، لِأَنَّ الْجَمَاعَةَ تَقُوتُ لَا إِلَى خَلْفٍ، وَحَقُّ الْوُقُوفِ يَتَأَدَّى قَبْلُ وَبَعْدُ وَمَعَهُ، إِذْ لَا مُنَافَاةَ بَيْنَ الْوُقُوفِ وَالصَّلَاةِ لِأَنَّ الْوُقُوفَ، لَا يَنْقَطِعُ بِالاشْتِغَالِ بِالصَّلَاةِ كَمَا لَا يَنْقَطِعُ بِالْأَكْلِ وَالشُّرْبِ وَالتَّوَضُّؤِ وَغَيْرِ ذَلِكَ، وَفِي كَلَامِهِ تَسَامُحٌ لِأَنَّهُ جَعَلَ عِلَّةً تَقْدِيمِ الْعَصْرِ تَحْصِيلَ مَقْصُودِ الْوُقُوفِ حَيْثُ قَالَ: وَلِهَذَا قُدِّمَ الْعَصْرُ عَلَى وَقْتِهِ، وَهَهُنَا جَعَلَ عِلَّتُهُ صِيَانَةَ الْجَمَاعَةِ، فَإِنْ كَانَ الْمَقْصُودُ مِنَ الْوُقُوفِ صِيَانَةُ الْجَمَاعَةِ صَحَّ الْكَلَامُ، لَكِنْ لَيْسَ كَذَلِكَ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ مِنْهُ أَدَاءُ أَعْظَمِ رُكْنِي الْحَجِّ، وَإِنْ كَانَ غَيْرَ ذَلِكَ تَنَاقُضَ كَلَامُهُ وَتَوَارَدَ عِلَّتَانِ عَلَى مَعْلُولٍ وَاحِدٍ بِالشَّخْصِ وَذَلِكَ غَيْرُ جَائِزٍ.

وَيُمْكِنُ أَنْ يُجَابَ عَنْهُ بِأَنَّ الْمَقْصُودَ مِنَ الْوُقُوفِ شَيْئَانِ أَحَدُهُمَا عَاجِلٌ وَالثَّانِي آجِلٌ. وَالْأَوَّلُ هُوَ امْتِدَادُ الْمُكْتِ لَأَجْلِ الدُّعَاءِ لِمَصَالِحِ دِينِهِ وَدُنْيَاهُ. وَالثَّانِي أَدَاءُ الرُّكْنِ وَصِيَانَةُ الْجَمَاعَةِ، فَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ تَقْدِيمُ الْعَصْرِ مَعْلُولًا لِتَحْصِيلِ مَقْصُودِ الْوُقُوفِ مِنْ حَيْثُ الْمَقْصُودُ الْأَوَّلُ، وَلِصِيَانَةِ الْجَمَاعَةِ مِنْ حَيْثُ الثَّانِي، وَإِذَا اخْتَلَفَتِ الْجِهَةُ انْدَفَعَ التَّنَاقُضُ وَتَوَارَدَ الْعِلَّتَيْنِ.

وَالْحَاصِلُ أَنَّهُمْ اتَّفَقُوا عَلَى أَنَّ الْمَقْصُودَ مِنْهُ لِلْمُكَلَّفِ هُوَ الْامْتِدَادُ فِي الْمُكْتِ لَأَجْلِ الدُّعَاءِ، وَلَكِنَّهُمْ اخْتَلَفُوا فِي وُجُودِ غَيْرِهِ فَقَالَا: مَا ثَمَّةَ غَيْرُهُ، وَفِيهِ الْمُنْفَرِدُ وَالْجَمَاعَةُ سَوَاءٌ، وَقَالَ: بَلْ ثَمَّةَ غَيْرُهُ، وَهُوَ مَا لَهُ مِنْ صِيَانَةِ الْجَمَاعَةِ، وَلَيْسَ الْمُنْفَرِدُ فِيهِ كَالْجَمَاعَةِ ثُمَّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ: الْإِمَامُ شَرْطٌ فِي الصَّلَاتَيْنِ جَمِيعًا.

وَقَالَ زُفَرٌ: فِي الْعَصْرِ خَاصَّةً لِأَنَّهُ هُوَ الْمُغَيَّرُ عَنْ وَقْتِهِ وَاشْتَرَاطُ الْإِمَامِ لِلتَّغْيِيرِ (وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ التَّقْدِيمَ عَلَى خِلَافِ الْقِيَاسِ عَرِفَ شَرْعُهُ فِيمَا إِذَا كَانَتْ الْعَصْرُ مُرْتَبَةً عَلَى ظَهَرِ مُؤَدَّى بِالْجَمَاعَةِ مَعَ الْإِمَامِ فِي حَالَةِ الْإِحْرَامِ بِالْحَجِّ).

وَكُلُّ مَا كَانَ شَرْعُهُ عَلَى خِلَافِ الْقِيَاسِ بِالنَّصِّ يَقْتَصِرُ عَلَى مَوْرِدِهِ (وَعَلَى هَذَا

الْخِلَافِ الْإِحْرَامُ بِالْحَجِّ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: الْإِحْرَامُ شَرْطٌ فِيهِمَا جَمِيعًا.
وَقَالَ زُفَرٌ: هُوَ شَرْطٌ فِي صَلَاةِ الْعَصْرِ وَتَمَرُّهُ تَظْهَرُ فِي حَلَالِ مَكِّيٍّ صَلَّى الظُّهْرَ
مَعَ الْإِمَامِ ثُمَّ أَحْرَمَ بِالْحَجِّ فَصَلَّى الْعَصْرَ مَعَهُ، أَوْ الْمَحْرَمُ بِالْعُمْرَةِ صَلَّى الظُّهْرَ ثُمَّ أَحْرَمَ
فَصَلَّى الْعَصْرَ مَعَ الْإِمَامِ لَمْ يُجْزِهِ الْعَصْرُ إِلَّا فِي وَقْتِهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَعِنْدَ زُفَرٍ تَجُوزُ
(ثُمَّ لَا بُدَّ مِنَ الْإِحْرَامِ بِالْحَجِّ قَبْلَ الزَّوَالِ فِي رِوَايَةٍ) لِأَنَّ الْإِحْرَامَ شَرْطُ جَوَازِ الْجَمْعِ
وَشَرْطُ الشَّيْءِ يَسْبِقُهُ، وَجَوَازُ الْجَمْعِ يَتَحَقَّقُ إِذَا زَالَتِ الشَّمْسُ مُقَارِنًا، وَالتَّمَقُّدُ عَلَى
أَحَدِ الْمُتَقَارِنَيْنِ مُتَقَدِّمٌ عَلَى الْآخَرِ (وَفِي) رِوَايَةٍ (أُخْرَى) يُكْتَفَى بِالتَّمَقُّدِ عَلَى الصَّلَاةِ لِأَنَّ
الْمَقْصُودَ هُوَ الصَّلَاةُ).

قَالَ: (ثُمَّ يَتَوَجَّهُ إِلَى الْمَوْقِفِ فَيَقِفُ بِقُرْبِ الْجَبَلِ وَالْقَوْمُ مَعَهُ عَقِيبَ أَنْصِرَافِهِمْ مِنَ
الصَّلَاةِ) لِأَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ رَاحَ إِلَى الْمَوْقِفِ عَقِيبَ الصَّلَاةِ وَالْجَبَلُ يُسَمَّى
جَبَلَ الرَّحْمَةِ، وَالْمَوْقِفُ الْأَعْظَمُ.

الشرح:

قَالَ: (ثُمَّ يَتَوَجَّهُ الْإِمَامُ إِلَى الْمَوْقِفِ) أَيَّ بَعْدَ الْجَمْعِ بَيْنَ الصَّلَاتَيْنِ يَتَوَجَّهُ الْإِمَامُ إِلَى
الْمَوْقِفِ (فَيَقِفُ بِقُرْبِ الْجَبَلِ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ رَاحَ إِلَى الْمَوْقِفِ عَقِيبَ الصَّلَاةِ) وَقَوْلُهُ
(وَالْجَبَلُ يُسَمَّى جَبَلَ الرَّحْمَةِ) ظَاهِرٌ.

قَالَ: (وَعَرَفَاتٌ كُلُّهَا مَوْقِفٌ إِلَّا بَطْنَ عُرْنَتِهِ) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «عَرَفَاتٌ
كُلُّهَا مَوْقِفٌ وَارْتَفِعُوا عَنْ بَطْنِ عُرْنَتِهِ، وَالْمُزْدَلِفَةُ كُلُّهَا مَوْقِفٌ وَارْتَفِعُوا عَنْ وَادِي
مُحَسَّرٍ»^(١). قَالَ (وَيَنْبَغِي لِلْإِمَامِ أَنْ يَقِفَ بِعَرَفَتِهِ عَلَى رَاحِلَتِهِ) لِأَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ
وَالسَّلَامُ وَقَفَ عَلَى نَاقَتِهِ^(٢) (وَأِنْ وَقَفَ عَلَى قَدَمَيْهِ جَازَ) وَالْأَوَّلُ أَفْضَلُ لَمَّا بَيَّنَّا (وَيَنْبَغِي أَنْ
يَقِفَ مُسْتَقْبِلَ الْقِبْلَةِ) لِأَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ وَقَفَ كَذَلِكَ، وَقَالَ النَّبِيُّ عَلَيْهِ
الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «خَيْرُ الْمَوَاقِفِ مَا أُسْتُقْبِلَتْ بِهِ الْقِبْلَةُ» (وَيَدْعُو وَيَعْلَمُ النَّاسَ الْمَنَاسِكَ) لَمَّا
رَوَى «أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ كَانَ يَدْعُو يَوْمَ عَرَفَتَ مَاذَا يَدِيهِ كَالْمُسْتَطْعِمِ
الْمِسْكِينِ»^(٣) (وَيَدْعُو بِمَا شَاءَ) وَإِنْ وَرَدَ الْأَثَارُ بِبَعْضِ الدَّعَوَاتِ، وَقَدْ أوردنا تفصيلها في

(١) أخرجه ابن ماجه في المناسك باب ٥٥ (حديث ٣٠١٢) وأحمد (٨٢/٤).

(٢) أخرجه البخاري (١٦٦١)، ومسلم في الصيام (حديث ١١٠).

(٣) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٩٤٧٤)، وانظر نصب الراية (٧٢/٣).

كِتَابَنَا الْمُرْجَمُ [بَعْدَةَ النَّاسِكِ فِي عِدَّةٍ مِنَ الْمَنَاسِكِ] بِتَوْفِيقِ اللَّهِ تَعَالَى.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (بَطْنُ عُرَنَةَ) وَادٍ بِحِذَاءِ عَرَفَاتٍ. قِيلَ رَأَى النَّبِيُّ ﷺ فِيهِ الشَّيْطَانُ، فَكَانَ هَذَا نَظِيرَ النَّهْيِ عَنِ الصَّلَاةِ فِي السَّاعَاتِ الثَّلَاثِ. (وَالْمُرْدَلْفَةُ) إِنَّمَا سُمِّيَتْ بِهَا لِاجْتِمَاعِ النَّاسِ فِيهَا وَمِنْهُ قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿وَأَزَلَفْنَا ثُمَّ الْآخِرِينَ﴾ [الشعراء: ٦٤] أَيِ جَمْعِنَاهُمْ، وَقِيلَ مِنَ الْإِزْدِلَافِ بِمَعْنَى التَّقَرُّبِ، وَمِنْهُ قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿وَأَزَلَفْتَ الْجَنَّةَ لِلْمُتَّقِينَ﴾ [الشعراء: ٩٠] أَيِ قُرْبَتْ، وَسُمِّيَتْ بِهَا لِاقْتِرَابِ النَّاسِ إِلَى مِنَى بَعْدَ الْإِفَاضَةِ مِنْ عَرَفَاتٍ (وَوَادِي مُحَسَّرٍ) بِكَسْرِ السَّيْنِ وَتَشْدِيدِهَا هُوَ بَيْنَ مَكَّةَ وَعَرَفَاتٍ.

وَقَوْلُهُ: (كَالْمُسْتَطْعِمِ الْمُسْكِينِ) فِي تَقْدِيمِ الصَّفَةِ فَائِدَةٌ وَهِيَ الْمُبَالَغَةُ فِي تَحْقِيقِ الْمَدِّ، فَإِنَّ التَّشْبِيهَ حَيْثُذُ إِنَّمَا يَحْصُلُ بِحَالَةِ الْإِسْطِعَامِ وَهِيَ حَالَةُ الْاِحْتِيَاجِ. وَقَوْلُهُ (وَإِنْ وَرَدَ الْآثَارُ بِيَعُضِ الدَّعَوَاتِ) عَنْ عَلِيٍّ أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ قَالَ: «إِنْ أَكْثَرَ دُعَائِي وَدُعَاءِ الْأَنْبِيَاءِ مِنْ قَبْلِي عَشِيَّةَ عَرَفَةَ: لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ وَخَذَهُ لَا شَرِيكَ لَهُ، لَهُ الْمُلْكُ وَلَهُ الْحَمْدُ يُخَيِّبُ وَيُمِيتُ وَهُوَ حَيٌّ لَا يَمُوتُ بِيَدِهِ الْخَيْرُ وَهُوَ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ. اللَّهُمَّ اجْعَلْ فِي قَلْبِي نُورًا وَفِي سَمْعِي نُورًا وَفِي بَصَرِي نُورًا. اللَّهُمَّ اشْرَحْ لِي صَدْرِي وَيَسِّرْ لِي أَمْرِي، وَأَعُوذُ بِكَ مِنْ وَسْوَاسِ الصَّدْرِ وَشَتَاتِ الْأَمْرِ وَفِتْنَةِ الْقَبْرِ. اللَّهُمَّ إِنِّي أَعُوذُ بِكَ مِنْ شَرِّ مَا يَلْجُ فِي الْبَحْرِ وَشَرِّ مَا تَهْبُ بِهِ الرِّيَّاحُ».

قَالَ: (وَيَنْبَغِي لِلنَّاسِ أَنْ يَقْفُوا بِقُرْبِ الْإِمَامِ) لِأَنَّهُ يَدْعُو وَيُعَلِّمُ فَيَعْمَلُوا وَيَسْمَعُوا (وَيَنْبَغِي أَنْ يَقِفَ وَرَاءَ الْإِمَامِ) لِيَكُونَ مُسْتَقْبِلَ الْقِبْلَةِ، وَهَذَا بَيَانُ الْأَفْضَلِيَّةِ لِأَنَّ عَرَفَاتٍ كُلَّهَا مَوْقِفٌ عَلَى مَا ذَكَرْنَا.

قَالَ (وَيُسْتَحَبُّ أَنْ يَغْتَسِلَ قَبْلَ الْوُقُوفِ وَيَجْتَهِدَ فِي الدُّعَاءِ) أَمَّا الْاِغْتِسَالُ فَهُوَ سُنَّةٌ وَلَيْسَ بِوَاجِبٍ، وَلَوْ اِكْتَفَى بِالْوُضُوءِ جَازَ كَمَا فِي الْجُمُعَةِ وَالْعِيدَيْنِ وَعِنْدَ الْإِحْرَامِ. وَأَمَّا الْاجْتِهَادُ فَلِأَنَّهُ ﷺ اجْتَهِدَ فِي الدُّعَاءِ فِي هَذَا الْمَوْقِفِ لِأَمْتِهِ فَاسْتَجِيبَ لَهُ إِلَّا فِي الدَّمَاءِ وَالْمَظَالِمِ (وَيَلْبِي فِي مَوْقِفِهِ سَاعَةً بَعْدَ سَاعَةٍ).

وَقَالَ مَالِكٌ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: يَقْطَعُ التَّلْبِيَةَ كَمَا يَقِفُ بِعَرَفَةَ لِأَنَّ الْإِجَابَةَ بِاللِّسَانِ قَبْلَ الْاِسْتِغَالِ بِالْأَرْكَانِ. وَلَنَا مَا رَوَى «أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ مَا زَالَ

يُلَبِّي حَتَّى آتَى جَمْرَةَ الْعَقَبَةِ^(١) وَلَأَن التَّلْبِيَةَ فِيهِ كَالْتَكْبِيرِ فِي الصَّلَاةِ فَيَأْتِي بِهَا إِلَى آخِرِ جُزْءٍ مِنَ الْإِحْرَامِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (إِلَّا فِي الدَّمَاءِ وَالْمَظَالِمِ) أَيُّ إِلَّا فِي حَقِّ الدَّمِ الَّذِي وَجِبَ لِبَعْضِهِمْ عَلَى بَعْضٍ قِصَاصًا وَعَجَزُوا عَنْ اسْتِيفَائِهِ، وَفِي حَقِّ الْمَظْلَمَةِ الَّتِي وَجِبَتْ لِبَعْضِهِمْ عَلَى بَعْضٍ وَعَجَزُوا عَنْ الْإِثْتِصَافِ. وَقِيلَ: قَدْ أُسْتَجِيبَ لَهُ فِي ذَلِكَ أَيْضًا فِي الْمَزْدَلِفَةِ وَقَوْلُهُ (وَيُلَبِّي فِي مَوْقِفِهِ). يَعْنِي يَسْتَدِيمُ ذَلِكَ إِلَى أَنْ يَرْمِيَ أَوَّلَ حَصَاةٍ مِنْ جَمْرَةِ الْعَقَبَةِ (وَقَالَ مَالِكٌ: يَقْطَعُهَا كَمَا يَقِفُ بِعَرَفَةَ لِأَنَّ التَّلْبِيَةَ إِجَابَةٌ بِاللِّسَانِ، وَالْإِجَابَةُ بِاللِّسَانِ قَبْلَ الْاِسْتِغَالِ بِالْأَرْكَانِ) كَتَكْبِيرَةِ الْاِفْتِتَاحِ فِي الصَّلَاةِ.

وَلَنَا مَا رَوَى «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَرْدَفَ الْفَضْلَ فَأَخْبَرَ الْفَضْلَ أَنَّهُ لَمْ يَزَلْ يُلَبِّي حَتَّى رَمَى الْجَمْرَةَ»، وَلَأَنَّ التَّلْبِيَةَ فِي الْحَجِّ كَالْتَكْبِيرِ فِي الصَّلَاةِ فِي كَوْنِهِ ذِكْرًا مَفْعُولًا فِي افْتِتَاحِ الْعِبَادَةِ وَيَتَكَرَّرُ فِي أَثْنَائِهَا، فَكَانَ الْقِيَاسُ أَنْ يَكُونَ إِلَى آخِرِ جُزْءٍ مِنَ الْإِحْرَامِ، وَذَلِكَ إِمَّا يَكُونُ عِنْدَ الرَّمْيِ.

وَقِيلَ: كَانَ الْقِيَاسُ أَنْ يَكُونَ إِلَى آخِرِهِ كَالْتَكْبِيرِ فِي الصَّلَاةِ، إِلَّا أَنَّ الْقِيَاسَ تُرِكَ فِيمَا بَعْدَ الرَّمْيِ بِالْإِجْمَاعِ فَيُنْتَقَى فِيمَا وَرَاءَهُ عَلَى أَصْلِ الْقِيَاسِ.

قَالَ: (فَإِذَا غَرَبَتِ الشَّمْسُ أَفَاضَ الْإِمَامُ وَالنَّاسُ مَعَهُ عَلَى هَيْئَتِهِمْ حَتَّى يَأْتُوا الْمَزْدَلِفَةَ) لِأَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ دَفَعَ بَعْدَ غُرُوبِ الشَّمْسِ، وَلَأَنَّ فِيهِ إِظْهَارَ مُخَالَفَةِ الْمُشْرِكِينَ، وَكَانَ النَّبِيُّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ يَمْشِي عَلَى رَاحِلَتِهِ فِي الطَّرِيقِ عَلَى هَيْئَتِهِ، فَإِنْ خَافَ الزَّحَامَ فَدَفَعَ قَبْلَ الْإِمَامِ وَلَمْ يُجَاوِزْ حُدُودَ عَرَفَتِ أَجْزَأَهُ لِأَنَّهُ لَمْ يُفِضْ مِنْ عَرَفَتِ، وَالْأَفْضَلُ أَنْ يَقِفَ فِي مَقَامِهِ كَيْ لَا يَكُونَ آخِذًا فِي الْأَدَاءِ قَبْلَ وَقْفَتِهَا، وَلَوْ مَكَتَ قَلِيلًا بَعْدَ غُرُوبِ الشَّمْسِ وَإِفَاضَةِ الْإِمَامِ لَخَوَفَ الزَّحَامَ فَلَا بَأْسَ بِهِ. لَمَّا رَوِيَ أَنَّ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا بَعْدَ إِفَاضَةِ الْإِمَامِ دَعَتْ بِشَرَابٍ فَأَفْطَرَتْ ثُمَّ أَفَاضَتْ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَالنَّاسُ مَعَهُ عَلَى هَيْئَتِهِمْ) إِمَّا هُوَ أَتْبَاعُ اللَّسْتَةِ. قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ «أَيُّهَا

(١) أخرجه البخاري في الحج باب ٢٢، ٩٣، ٩٩، ١٠١، ومسلم في الحج (حديث ٢٦٦، ٢٦٧).

النَّاسُ لَيْسَ الْبَرُّ فِي إِجْافِ الْخَيْلِ وَفِي إِبْصَاعِ الْإِبِلِ، عَلَيْكُمْ بِالسَّكِينَةِ وَالْوَقَارِ» (وَالنَّبِيُّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ دَفَعَ بَعْدَ غُرُوبِ الشَّمْسِ) وَمَشَى عَلَى هَيْئَتِهِ فِي الطَّرِيقِ (وَلَأَنَّ فِيهِ إِظْهَارَ مُخَالَفَةِ الْمُشْرِكِينَ) فَإِنَّهُ رُوِيَ «أَنَّهُ ﷺ خَطَبَ عَشِيَّةَ عَرَفَةَ فَقَالَ: أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّ أَهْلَ الْجَاهِلِيَّةِ وَالْأَوَّثَانَ كَانُوا يَدْفَعُونَ مِنْ عَرَفَةَ قَبْلَ غُرُوبِ الشَّمْسِ إِذَا تَعَمَّمَتْ بِهَا رُءُوسُ الْجِبَالِ كَعَمَائِمِ الرِّجَالِ فِي وُجُوهِهِمْ، وَإِنَّ هَدْيَنَا لَيْسَ كَهَدْيِهِمْ، فَادْفَعُوا بَعْدَ غُرُوبِ الشَّمْسِ» فَقَدْ بَاشَرَ ذَلِكَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ وَأَمَرَ بِهِ إِظْهَارًا لِمُخَالَفَةِ الْمُشْرِكِينَ فَلَيْسَ لِأَحَدٍ أَنْ يُخَالَفَ ذَلِكَ.

وَقَوْلُهُ (وَلَمْ يُجَاوِزْ حُدُودَ عَرَفَةَ أَجْزَأَهُ) إِمَارَةً إِلَى أَنَّهُ لَوْ جَاوَزَهَا قَبْلَ الْإِمَامِ وَقَبْلَ غُرُوبِ الشَّمْسِ وَجَبَ عَلَيْهِ الدَّمُ، وَلَكِنْ إِنْ عَادَ إِلَى عَرَفَةَ قَبْلَ الْغُرُوبِ ثُمَّ دَفَعَ مَعَ الْإِمَامِ مِنْهَا بَعْدَ الْغُرُوبِ سَقَطَ عَنْهُ الدَّمُ. وَإِنْ عَادَ بَعْدَ الْغُرُوبِ لَمْ يَسْقُطْ.

قَالَ (وَإِذَا أَتَى مُزْدَلِفَةَ فَالْمُسْتَحَبُّ أَنْ يَقِفَ بِقُرْبِ الْجَبَلِ الَّذِي عَلَيْهِ الْمُقَيَّدَةُ يُقَالُ لَهُ قَرْحٌ) لِأَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ وَقَفَ عِنْدَ هَذَا الْجَبَلِ، وَكَذَا عُمَرُ ؓ وَبِئْسَ حَرْزٌ فِي النُّزُولِ عَنِ الطَّرِيقِ كَيْ لَا يَضُرَّ بِالْمَارَةِ فَيَنْزِلُ عَنْ يَمِينِهِ أَوْ يَسَارِهِ. وَيُسْتَحَبُّ أَنْ يَقِفَ وَرَاءَ الْإِمَامِ لَمَّا بَيَّنَّا فِي الْوُقُوفِ بِعَرَفَةَ.

قَالَ: (وَيُصَلِّي الْإِمَامُ بِالنَّاسِ الْمَغْرِبَ وَالْعِشَاءَ بِأَذَانٍ وَإِقَامَةٍ وَاحِدَةٍ) وَقَالَ زُهْرٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: بِأَذَانٍ وَإِقَامَتَيْنِ اعْتِبَارًا بِالْجَمْعِ بِعَرَفَةَ. وَلَنَا رِوَايَةُ جَابِرٍ ؓ «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ جَمَعَ بَيْنَهُمَا بِأَذَانٍ وَإِقَامَةٍ وَاحِدَةٍ»^(١) وَلَأَنَّ الْعِشَاءَ فِي وَقْتِهِ فَلَا يُفْرَدُ بِالْإِقَامَةِ إِعْلَامًا، بِخِلَافِ الْعَصْرِ بِعَرَفَةَ لِأَنَّهُ مُقَدَّمٌ عَلَى وَقْتِهِ فَأَفْرَدَ بِهَا لِزِيَادَةِ الْإِعْلَامِ (وَلَا يَتَطَوَّعُ بَيْنَهُمَا) لِأَنَّهُ يُخْلُ بِالْجَمْعِ، وَلَوْ تَطَوَّعَ أَوْ تَشَاغَلَ بِشَيْءٍ أَعَادَ الْإِقَامَةَ لَوْفُوعِ الْفَصْلِ، وَكَانَ يَنْبَغِي أَنْ يُعِيدَ الْأَذَانَ كَمَا فِي الْجَمْعِ الْأَوَّلِ بِعَرَفَةَ، إِلَّا أَنَّا اكْتَفَيْنَا بِإِعَادَةِ الْإِقَامَةِ، لَمَّا رُوِيَ «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ صَلَّى الْمَغْرِبَ بِمُزْدَلِفَةَ ثُمَّ تَعَشَّى ثُمَّ أَفْرَدَ الْإِقَامَةَ لِلْعِشَاءِ»^(٢). (وَلَا تُشْتَرِطُ الْجَمَاعَةُ لِهَذَا الْجَمْعِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ) لِأَنَّ الْمَغْرِبَ مُؤَخَّرَةٌ عَنْ وَقْتِهَا، بِخِلَافِ الْجَمْعِ بِعَرَفَةَ لِأَنَّ الْعَصْرَ مُقَدَّمٌ عَلَى وَقْتِهِ.

(١) أخرجه البخاري (١٦٧٣). وانظر نصب الراية (٧٧/٣).

(٢) قال الزيلعي في نصب الراية (٧٩/٣): غريب، وأخرجه البخاري (١٦٧٥) عن ابن مسعود ؓ.

الشرح:

قَالَ: (وَإِذَا أَتَى مُزْدَلِفَةَ فَالْمُسْتَحَبُّ أَنْ يَقِفَ بِقُرْبِ الْجَبَلِ الَّذِي عَلَيْهِ الْمُقَيَّدَةُ) كَلَامُهُ وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ: (لَمَّا بَيَّنَّا) إِشَارَةً إِلَى قَوْلِهِ لِأَنَّهُ يَدْعُو وَيُعَلِّمُ. وَقَوْلُهُ (وَيُصَلِّيُ الْإِمَامُ بِالنَّاسِ الْمَغْرِبَ وَالْعِشَاءَ بِأَذَانٍ وَإِقَامَةٍ) أَيُّ فِي وَقْتِ الْعِشَاءِ. وَقَوْلُهُ (ثُمَّ تَعَشَّى) أَيُّ أَكَلَ الْعِشَاءَ. وَقَوْلُهُ: (وَلَا تُشْتَرِطُ الْجَمَاعَةُ هَذَا الْجَمْعُ) أَيُّ لَجْمُ الْمُزْدَلِفَةِ (عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ لِأَنَّ الْمَغْرِبَ مُؤَخَّرَةٌ عَنْ وَقْتِهَا) وَأَدَاءُ الصَّلَاةِ بَعْدَ خُرُوجِ وَقْتِهَا مُوَافِقٌ لِلْقِيَاسِ لِأَنَّ الْقَضَاءَ مَشْرُوعٌ فِي جَمِيعِ الصَّلَوَاتِ فَلَا يَجِبُ مُرَاعَاةُ مَوَرِدِ النَّصِّ، فَالْتَّصُّ وَإِنْ وَرَدَ فِي تَأْخِيرِ الْمَغْرِبِ عِنْدَ وُجُودِ الْجَمَاعَةِ لَكِنْ لَا يُشْتَرِطُ فِيهِ الْجَمَاعَةُ، وَأَمَّا تَقْدِيمُ الصَّلَاةِ عَلَى وَقْتِهَا فَمُخَالَفٌ لِلْقِيَاسِ مِنْ كُلِّ وَجْهٍ فَيُرَاعَى لِدَلَالَةِ ذَلِكَ فِيهِ جَمِيعُ مَا وَرَدَ فِيهِ النَّصُّ، وَإِنَّمَا خَصَّ أَبَا حَنِيفَةَ بِالذِّكْرِ لِأَنَّ الْجَمَاعَةَ كَانَتْ شَرْطًا عِنْدَهُ فِي الْجَمْعِ بِعَرَفَاتٍ.

قَالَ: (وَمَنْ صَلَّى الْمَغْرِبَ فِي الطَّرِيقِ لَمْ يُجْزِهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ، وَعَلَيْهِ إِعَادَتُهَا مَا لَمْ يَطْلُعِ الْفَجْرُ).

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ: يُجْزِيهِ وَقَدْ أَسَاءَ، وَعَلَى هَذَا الْخِلَافِ إِذَا صَلَّى بِعَرَفَاتٍ. لِأَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ أَذَاهَا فِي وَقْتِهَا فَلَا تَجِبُ إِعَادَتُهَا كَمَا بَعْدَ طُلُوعِ الْفَجْرِ، إِلَّا أَنْ التَّأْخِيرَ مِنَ السَّنَةِ فَيَصِيرُ مُسِيئًا بِتَرْكِهِ. وَلَهُمَا مَا رَوِيَ «أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ قَالَ لِأَسَامَةَ ؓ فِي طَرِيقِ الْمُزْدَلِفَةِ: الصَّلَاةُ أَمَامَكَ» مَعْنَاهُ: وَقْتُ الصَّلَاةِ. وَهَذَا إِشَارَةٌ إِلَى أَنَّ التَّأْخِيرَ وَاجِبٌ، وَإِنَّمَا وَجِبَ لِيُمْكِنَهُ الْجَمْعُ بَيْنَ الصَّلَاتَيْنِ بِالْمُزْدَلِفَةِ فَكَانَ عَلَيْهِ الْإِعَادَةُ مَا لَمْ يَطْلُعِ الْفَجْرُ لِيَصِيرَ جَامِعًا بَيْنَهُمَا، وَإِذَا طَلَعَ الْفَجْرُ لَا يُمْكِنُهُ الْجَمْعُ فَسَقَطَتِ الْإِعَادَةُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (مَنْ صَلَّى الْمَغْرِبَ فِي الطَّرِيقِ) أَيُّ فِي طَرِيقِ الْمُزْدَلِفَةِ وَحْدَهُ (لَمْ يُجْزِهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ وَعَلَيْهِ إِعَادَتُهَا مَا لَمْ يَطْلُعِ الْفَجْرُ).

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: يُجْزِيهِ وَقَدْ أَسَاءَ) وَكَذَلِكَ لَوْ صَلَّاهَا بِعَرَفَاتٍ، وَكَذَلِكَ لَوْ صَلَّى الْعِشَاءَ فِي الطَّرِيقِ بَعْدَ دُخُولِ وَقْتِهَا: (لِأَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ أَذَاهَا فِي وَقْتِهَا) وَمَنْ أَدَّى صَلَاةً فِي وَقْتِهَا (لَا تَجِبُ عَلَيْهِ إِعَادَتُهَا كَمَا بَعْدَ طُلُوعِ الْفَجْرِ إِلَّا أَنْ التَّأْخِيرَ مِنَ السَّنَةِ فَيَصِيرُ مُسِيئًا بِتَرْكِهِ. وَلَهُمَا مَا رَوِيَ «أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ قَالَ لِأَسَامَةَ بْنِ زَيْدٍ حِينَ

أَفَاضَ مِنْ عَرَفَةَ وَمَالَ إِلَى الشَّعْبِ فَقَضَى حَاجَتَهُ وَتَوَضَّأَ، وَقَالَ لَهُ أَسَامَةُ: يَا رَسُولَ اللَّهِ أَتُصَلِّي الصَّلَاةَ أَمَامَكَ؟» يَعْنِي وَقْتُ الصَّلَاةِ أَمَامَكَ، لِأَنَّ الصَّلَاةَ فِعْلُ الْمُصَلِّي فَلَا يُتَصَوَّرُ أَنْ تَكُونَ أَمَامَهُ وَلَكِنَّهَا تُذَكَّرُ وَيُرَادُ بِهَا الْوَقْتُ كَمَا فِي قَوْلِهِ تَعَالَى ﴿خَلَفَ مِنْ بَعْدِهِمْ خَلْفٌ أَضَاعُوا الصَّلَاةَ﴾ [مريم: ٥٩].

وَفَسَّرَهُ بَعْضُهُمْ بِأَنْ مَعْنَاهُ: مَكَانُ الصَّلَاةِ أَمَامَكَ وَهُوَ مُزْدَلَفَةٌ فَيَكُونُ مِنْ بَابِ ذِكْرِ الْحَالِ وَإِرَادَةِ الْمَحَلِّ. (وَهَذَا) أَيُّ قَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ: (إِشَارَةٌ إِلَى أَنَّ التَّأَخِيرَ وَاجِبٌ) لِأَنَّهُ لَوْ لَمْ يَكُنْ كَذَلِكَ كَانَ مَعْنَاهُ الْقَضَاءُ بَعْدَ خُرُوجِ الْوَقْتِ، وَتَقْوِيَتُ الصَّلَاةِ عَنْ وَقْتِهَا لَا يَجُوزُ لغيرِهِ فَضْلاً عَنْهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ فَيَجِبُ النَّظَرُ فِي سَبَبِهِ، فَإِمَّا أَنْ يَكُونَ اتِّصَالُ السَّيْرِ أَوْ إِمْكَانُ الْجَمْعِ بَيْنَ الصَّلَاتَيْنِ فِي الْمُزْدَلَفَةِ، لَا سَبِيلَ إِلَى الْأَوَّلِ لِأَنَّ مِثْلَهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ إِلَى الشَّعْبِ وَقَضَاءُ حَاجَتِهِ يَأْبَاهُ فَتَعَيَّنَ الثَّانِي، فَمَهْمَا كَانَ مُمَكِّناً لَا يُصَارُ إِلَى غَيْرِهِ، وَالْإِمْكَانُ مَا لَمْ يَطْلُعِ الْفَجْرُ فَتَجِبُ الْإِعَادَةُ مَا لَمْ يَطْلُعْ، وَأَمَّا إِذَا طَلَعَ فَقَدْ فَاتَ الْإِمْكَانُ فَسَقَطَتِ الْإِعَادَةُ.

واعتَرَضَ بِأَنْ هَذَا الْحَدِيثَ مِنَ الْآحَادِ فَكَيْفَ يَجُوزُ أَنْ يَطْلُبَ بِهِ قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿إِنَّ الصَّلَاةَ كَانَتْ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ كِتَابًا مَوْقُوتًا﴾ [النساء: ١٠٣] وَأَجَابَ شَيْخُ شَيْخِي الْعَلَامَةُ بِأَنَّهُ مِنَ الْمَشَاهِيرِ ثَلَاثَتُهُ الْأُمَّةُ بِالْقَبُولِ فِي الصَّدْرِ الْأَوَّلِ وَعَمِلُوا بِهِ فَجَازَ أَنْ يُزَادَ بِهِ عَلَى كِتَابِ اللَّهِ تَعَالَى.

وَأَقُولُ: قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿إِنَّ الصَّلَاةَ كَانَتْ﴾ [النساء: ١٠٣] وَتَحْوَهَا لَيْسَ فِيهَا دَلَالَةٌ قَاطِعَةٌ عَلَى تَعْيِينِ الْأَوْقَاتِ، وَإِنَّمَا دَلَالَتُهَا عَلَى أَنَّ لِلصَّلَاةِ أَوْقَاتًا، وَتَعْيِينُهَا ثَبَتَ إِمَّا بِخَيْرِ جَبْرِيلَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَوْ بغيرِهِ مِنَ الْآحَادِ، أَوْ بِفِعْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ وَمِثْلُ ذَلِكَ لَا يُفِيدُ الْقَطْعَ فَجَازَ أَنْ يُعَارِضَهُ خَيْرُ الْوَاحِدِ، ثُمَّ يُعْمَلُ بِفِعْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ وَهُوَ أَنَّهُ جَمَعَ بَيْنَهُمَا بِالْمُزْدَلَفَةِ، وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ قَضَاءُ فَتَعَيَّنَ أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ وَقْتَهُ، وَشَكَّكَ عَنْ أَبِي يُوسُفَ بِأَنْ صَلَاةَ الْمَغْرِبِ الَّتِي صَلَّاهَا فِي الطَّرِيقِ إِمَّا أَنْ وَقَعَتْ صَحِيحَةً أَوْ لَا، فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ لَا تَجِبُ الْإِعَادَةُ لَا فِي الْوَقْتِ وَلَا بَعْدَهُ، وَإِنْ كَانَ الثَّانِي وَجَبَتْ فِيهِ وَبَعْدَهُ لِأَنَّ مَا وَقَعَ فَاسِدًا لَا يَتَقَلَّبُ صَحِيحًا بِمُضِيِّ الْوَقْتِ. وَأُجِيبُ بِأَنَّ الْفَسَادَ مَوْقُوفٌ يَظْهَرُ أَثَرُهُ فِي ثَانِي الْحَالِ كَمَا مَرَّ فِي مَسْأَلَةِ التَّرْتِيبِ.

قَالَ: (وَإِذَا طَلَعَ الْفَجْرُ يُصَلِّيَ الْإِمَامُ بِالنَّاسِ الْفَجْرَ بَغْلَسٍ) لِرَوَايَةِ ابْنِ مَسْعُودٍ رضي الله عنه «أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ صَلَّاهَا يَوْمَئِذٍ بَغْلَسٍ» وَلَأنَّ فِي التَّغْلِيسِ دَفْعَ حَاجَةِ الْوُقُوفِ فَيَجُوزُ كَتَقْدِيمِ الْعَصْرِ بِعَرَفَةٍ.

الشرح:

قَالَ: (وَإِذَا طَلَعَ الْفَجْرُ يُصَلِّيَ الْإِمَامُ بِالنَّاسِ الْفَجْرَ بَغْلَسٍ) أَيُّ إِذَا طَلَعَ الْفَجْرُ يَوْمَ النَّحْرِ يُصَلِّيَ الْإِمَامُ بِالنَّاسِ الْفَجْرَ بَغْلَسٍ وَالْعَلَسُ ظُلْمَةٌ آخِرُ اللَّيْلِ، وَفِي بَعْضِ الشُّرُوحِ نَاقِلًا عَنِ الدِّيَوَانِ آخِرُ ظُلْمَةِ اللَّيْلِ وَهُوَ أَوْفَقُ لِمَا نَحْنُ فِيهِ عَلَى مَا سَيُظْهِرُ. قَوْلُهُ: (لِرَوَايَةِ ابْنِ مَسْعُودٍ) قَالَ: «مَا رَأَيْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ صَلَّى صَلَاةً إِلَّا لَوْفَتَهَا إِلَّا بِجَمْعٍ، فَإِنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ جَمَعَ الْمَغْرِبَ وَالْعِشَاءَ وَصَلَّى صَلَاةَ الصُّبْحِ مِنَ الْعَدِّ قَبْلَ وَقْتِهَا».

وَلَقَائِلُ أَنْ يَقُولَ: الدَّلِيلُ الْمُنْقُولُ وَالْمَعْقُولُ اللَّذَانِ ذَكَرَهُمَا الْمُصَنِّفُ غَيْرُ مُطَابِقَيْنِ لِلْمَدْلُولِ. أَمَّا الْمُنْقُولُ فَلِأَنَّهُ يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ صَلَّاهَا بَغْلَسٍ، وَالْمَدْلُولُ قَوْلُهُ وَإِذَا طَلَعَ الْفَجْرُ يُصَلِّيَ الْإِمَامُ بِالنَّاسِ الْفَجْرَ بَغْلَسٍ، وَأَمَّا الْمَعْقُولُ فَلِأَنَّ تَقْرِيرَهُ فِي التَّغْلِيسِ دَفْعُ حَاجَةِ الْوُقُوفِ، وَدَفْعُ الْحَاجَةِ يَجُوزُ التَّقْدِيمُ كَتَقْدِيمِ الْعَصْرِ بِعَرَفَةٍ وَتَقْدِيمِ الْعَصْرِ كَانَ عَلَى وَقْتِهِ، فَيَكُونُ ههنا كَذَلِكَ تَصَحِيحًا لِلتَّشْبِيهِ وَهُوَ خِلَافُ الْمَطْلُوبِ. وَالْجَوَابُ عَنْ الْأَوَّلِ أَنَّ الرَّاويَ عَنْ ابْنِ مَسْعُودٍ هُوَ عَبْدُ الرَّحْمَنِ بْنُ يَزِيدَ.

وَقَدْ رَوَى الْبُخَارِيُّ عَنْهُ فِي صَحِيحِهِ أَنَّهُ قَالَ: «خَرَجْتُ مَعَ عَبْدِ اللَّهِ إِلَى مَكَّةَ ثُمَّ قَدِمْنَا جَمْعًا فَصَلَّى الصَّلَاتَيْنِ، ثُمَّ صَلَّى الْفَجْرَ حِينَ طَلَعَ الْفَجْرُ وَقَائِلٌ يَقُولُ لَمْ يَطْلُعِ الْفَجْرُ». وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّ الْمُرَادَ بِقَوْلِهِ قَبْلَ وَقْتِهَا قَبْلَ وَقْتِهَا الْمُسْتَحَبُّ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ الرَّاويَ لَا يَعْمَلُ عَلَى خِلَافِ مَا رَوَى.

وَيُؤَيِّدُهُ حَدِيثُ جَابِرٍ فِي الصَّحِيحَيْنِ: «فَصَلَّى الْفَجْرَ حِينَ تَبَيَّنَ الصُّبْحُ» وَعَنْ الثَّانِي بِأَنِّ مَعْنَاهُ: لَمَّا جَازَ تَعْجِيلُ الْعَصْرِ عَلَى وَقْتِهَا لِلْحَاجَةِ إِلَى الْوُقُوفِ بَعْدَهَا فَلِأَنَّ يَجُوزُ التَّغْلِيسُ بِالْفَجْرِ وَهِيَ فِي وَقْتِهَا أَوَّلَى.

(ثُمَّ وَقَفَ وَوَقَّفَ مَعَهُ النَّاسُ وَدَعَا) لِأَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ وَقَفَ فِي هَذَا الْمَوْضِعِ يَدْعُو حَتَّى رَوَى فِي حَدِيثِ ابْنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا «فَاسْتَجِيبَ لَهُ دَعَاؤُهُ

لَأَمَّتِهِ حَتَّى الدَّمَاءِ وَالْمَظَالِمِ» ثُمَّ هَذَا الْوُقُوفُ وَاجِبٌ عِنْدَنَا وَلَيْسَ بِرُكْنٍ، حَتَّى لَوْ تَرَكَهُ بِغَيْرِ عَذْرِ يَلْزِمُهُ الدَّمُ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: إِنَّهُ رُكْنٌ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿فَاذْكُرُوا اللَّهَ عِنْدَ الْمَشْعَرِ الْحَرَامِ﴾ [البقرة: ١٩٦] وَبِمِثْلِهِ تَثَبَّتِ الرُّكْنِيَّةُ.

وَلَنَا مَا رُوِيَ أَنَّهُ ﷺ قَدَّمَ ضَعْفَةَ أَهْلِهِ بِاللَّيْلِ، وَلَوْ كَانَ رُكْنًا لَمَا فَعَلَ ذَلِكَ، وَالْمَذْكُورُ فِيمَا تَلَا الذِّكْرَ وَهُوَ لَيْسَ بِرُكْنٍ بِالْإِجْمَاعِ، وَإِنَّمَا عَرَفْنَا الْوُجُوبَ بِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «مَنْ وَقَفَ مَعَنَا هَذَا الْمَوْقِفَ وَقَدْ كَانَ أَفَاضَ قَبْلَ ذَلِكَ مِنْ عَرَفَاتٍ فَقَدْ تَمَّ حَجُّهُ» ^(١) عُلِّقَ بِهِ تَمَامُ الْحَجِّ، وَهَذَا يَصْلُحُ أَمَارَةً لِلْوُجُوبِ، غَيْرَ أَنَّهُ إِذَا تَرَكَهُ بِعَذْرِ بَانَ يَكُونُ بِهِ ضَعْفٌ أَوْ عِلَّةٌ أَوْ كَانَتْ امْرَأَةٌ تَخَافُ الزُّحَامَ لَا شَيْءَ عَلَيْهِ لَمَا رَوَيْنَا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (ثُمَّ وَقَفَ وَوَقَفَ مَعَهُ النَّاسُ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (حَتَّى الدَّمَاءِ وَالْمَظَالِمِ) بِالرَّفْعِ: أَيُّ حَتَّى يَدْخُلَ فِي الْمُسْتَجَابِ بِأَنْ يَرْضَى الْخُصُومُ بِالْإِزْدِيَادِ فِي مَثُوبَاتِهِمْ حَتَّى يَتْرُكُوا خُصُومَاتِهِمْ فِي الدَّمَاءِ وَالْمَظَالِمِ. وَقَوْلُهُ: (وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: إِنَّهُ رُكْنٌ).

قَالَ فِي النَّهَايَةِ: وَنِسْبَةُ هَذَا الْقَوْلِ إِلَيْهِ سَهْوٌ وَقَعَ مِنَ الْكَاتِبِ لَمَّا أَنَّهُ ذَكَرَ فِي كُتُبِهِمْ أَنَّ الْوُقُوفَ بِالْمُزْدَلَفَةِ سُنَّةٌ. وَذَكَرَ فِي الْمُسَوِّطِ اللَّيْثُ بْنُ سَعْدٍ ﷺ مَكَانَ الشَّافِعِيِّ، وَذَكَرَ فِي الْأَسْرَارِ عُلُقَمَةَ مَكَانَ الشَّافِعِيِّ، وَذَكَرَ فِي فِتَاوَى قَاضِي خَانَ مَالِكَا مَكَانَ الشَّافِعِيِّ. وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ الْمُصَنِّفُ قَدْ أَطْلَعَ عَلَى نَقْلِ مَنْ مَذْهَبِهِ وَاسْتَدَلَّ (بِقَوْلِهِ) تَعَالَى ﴿فَاذْكُرُوا اللَّهَ عِنْدَ الْمَشْعَرِ الْحَرَامِ﴾ [البقرة: ١٩٦] وَبِمِثْلِهِ تَثَبَّتِ الرُّكْنِيَّةُ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى أَمَرَ بِالذِّكْرِ عِنْدَ الْمَشْعَرِ الْحَرَامِ، وَلَا يُمَكِّنُهُ ذَلِكَ فِيهِ إِلَّا بَعْدَ حُضُورِهِ وَالْوُقُوفَ فِيهِ، وَمَا لَا يَتِمُّ الْوَاجِبُ إِلَّا بِهِ فَهُوَ وَاجِبٌ (وَلَنَا مَا رُوِيَ «أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ قَدَّمَ ضَعْفَةَ أَهْلِهِ بِاللَّيْلِ»، وَلَوْ كَانَ رُكْنًا لَمَا فَعَلَ ذَلِكَ) لِأَنَّ مَا هُوَ رُكْنٌ لَا يَجُوزُ تَرْكُهُ لِعَذْرِ.

وَقَوْلُهُ: (وَالْمَذْكُورُ فِيمَا تَلَا الذِّكْرَ) جَوَابٌ عَنْ اسْتِدْلَالِهِ بِالْآيَةِ. وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ

(١) أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ (١٩٥٠)، وَالتِّرْمِذِيُّ فِي الْحَجِّ بَابَ ٥ (حَدِيثُ ٨٩١)، وَالنَّسَائِيُّ (٢٨٤٥).

الْمَأْمُورَ بِهِ فِي الْآيَةِ وَهُوَ الذِّكْرُ لَيْسَ بِرُكْنٍ بِالْإِجْمَاعِ، فَكَذَا مَا كَانَ وَسِيلَةً إِلَيْهِ وَهُوَ الْحُضُورُ وَالْوُقُوفُ. وَقَوْلُهُ (وَأَيْمًا عَرَفْنَا) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (لَمَّا رَوَيْنَا) يَعْنِي بِهِ قَوْلُهُ «أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ قَدَّمَ ضَعْفَةَ أَهْلِهِ بِاللَّيْلِ» فَعُلِمَ مِنْ هَذَا الْحَدِيثِ أَنَّ الْمُرَادَ مِنْ تَعْلِيْقِ تَمَامِ الْحُجِّ فِي قَوْلِهِ «عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ»: مَنْ وَقَفَ مَعَنَا هَذَا الْمَوْقِفَ» إلخ مِنْ حَيْثُ الْكَمَالُ وَهُوَ الْإِثْبَانُ بِالْوَاجِبِ لَا مِنْ حَيْثُ الْجَوَازُ.

قَالَ: (وَالْمُزْدَلَفَةُ كُلُّهَا مَوْقِفٌ إِلَّا وَادِي مُحَسِّرٍ) لَمَّا رَوَيْنَا مِنْ قَبْلُ. قَالَ (فَإِذَا طَلَعَتِ الشَّمْسُ أَفَاضَ الْإِمَامُ وَالنَّاسُ مَعَهُ حَتَّى يَأْتُوا مِنِّي) قَالَ الْعَبْدُ الضَّعِيفُ عَصَمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: هَكَذَا وَقَعَ فِي نُسْخِ الْمُخْتَصَرِ وَهَذَا غَلَطٌ. وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ إِذَا أَسْفَرَ أَفَاضَ الْإِمَامُ وَالنَّاسُ، لِأَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ دَفَعَ قَبْلَ طُلُوعِ الشَّمْسِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (لَمَّا رَوَيْنَا مِنْ قَبْلُ) يَعْنِي بِهِ قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «وَالْمُزْدَلَفَةُ كُلُّهَا مَوْقِفٌ وَارْتَفَعُوا عَنْ وَادِي مُحَسِّرٍ». وَقَوْلُهُ (هَكَذَا وَقَعَ فِي نُسْخِ الْمُخْتَصَرِ) أَيُّ فِي نُسْخِ مُخْتَصَرِ الْقُدُورِيِّ (وَهَذَا غَلَطٌ) لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ دَفَعَ قَبْلَ طُلُوعِ الشَّمْسِ. رَوَاهُ جَابِرٌ وَابْنُ عُمرَ قَالَا «إِنَّ النَّبِيَّ ﷺ وَقَفَ بِالْمَشْعَرِ الْحَرَامِ حَتَّى إِذَا كَادَتْ الشَّمْسُ تَطْلُعُ دَفَعَ إِلَى مِنِّي». وَأَقُولُ مَعْنَى قَوْلِهِ وَإِذَا طَلَعَتِ الشَّمْسُ: إِذَا قَرُبَتْ إِلَى الطُّلُوعِ، وَفَعَلَ ذَلِكَ اعْتِمَادًا عَلَى ظُهُورِ الْمَسْأَلَةِ.

قَالَ: (فَيَبْتَدِئُ بِجَمْرَةِ الْعَقَبَةِ فَيَرْمِيهَا مِنْ بَطْنِ الْوَادِي بِسَبْعِ حَصَيَّاتٍ مِثْلَ حَصَى الْخَنْدَفِ) لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ لَمَّا أَتَى مِنِّي لَمْ يُعْرِجْ عَلَى شَيْءٍ حَتَّى رَمَى جَمْرَةَ الْعَقَبَةِ، وَقَالَ ﷺ «عَلَيْكُمْ بِحَصَى الْخَنْدَفِ لَا يُؤْذِي بَعْضُكُمْ بَعْضًا» ^(١) وَلَوْ رَمَى بِأكْبَرَ مِنْهُ جَازَ لِحُصُولِ الرَّمْيِ، غَيْرَ أَنَّهُ لَا يَرْمِي بِالْكِبَارِ مِنَ الْأَحْجَارِ كَي لَا يَتَأَذَى بِهِ غَيْرُهُ (وَلَوْ رَمَاهَا مِنْ فَوْقِ الْعَقَبَةِ أَجْزَاهُ) لِأَنَّ مَا حَوْلَهَا مَوْضِعُ النَّسْكِ، وَالْأَفْضَلُ أَنْ يَكُونَ مِنْ بَطْنِ الْوَادِي لَمَّا رَوَيْنَا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (فَيَبْتَدِئُ بِجَمْرَةِ الْعَقَبَةِ) الْكَلَامُ فِي الرَّمْيِ فِي اثْنَيْ عَشَرَ مَوْضِعًا: أَحَدُهَا الْوَقْتُ وَهُوَ يَوْمُ النَّحْرِ وَثَلَاثَةُ أَيَّامٍ بَعْدَهُ، وَالثَّانِي فِي مَوْضِعِ الرَّمْيِ وَهُوَ بَطْنُ الْوَادِي،

(١) أخرجه أبو داود (١٩٦٦)، وابن ماجه (٣٠٣١)، وأحمد (٥٠٣/٣).

يَعْنِي مِنْ أَسْفَلِهِ إِلَى أَعْلَاهُ، وَالثَّالِثُ فِي مَحَلِّ الرَّمْيِ إِلَيْهِ وَهُوَ ثَلَاثَةٌ: جَمْرَةُ الْعَقَبَةِ وَمَسْجِدُ الْخَيْفِ وَالْوُسْطَى، وَالرَّابِعُ فِي كَمِّيَّةِ الْحَصِيَّاتِ وَهُوَ سَبْعَةٌ عِنْدَ كُلِّ جَمْرَةٍ، وَالْخَامِسُ فِي الْمِقْدَارِ وَهُوَ أَنْ يَكُونَ مِثْلَ حَصَى الْخَذْفِ، وَالسَّادِسُ فِي كَيْفِيَّةِ الرَّمْيِ وَهُوَ مَا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ، وَقِيلَ يَأْخُذُ الْحَصَى بِطَرَفِ إِبْهَامِهِ وَسَبَّابَتِهِ، وَالسَّابِعُ مِقْدَارُ الرَّمْيِ، وَقَدْ ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ، وَالثَّامِنُ فِي صِفَةِ الرَّامِي وَهُوَ أَنْ يَكُونَ رَاكِبًا أَوْ مَاشِيًا لَا فَرْقَ بَيْنَهُمَا، وَالتَّاسِعُ فِي مَوْضِعِ وَقُوعِ الْحَصِيَّاتِ، وَالْعَاشِرُ فِي الْمَوْضِعِ الَّذِي يُؤْخَذُ مِنْهُ الْحَجَرُ وَهُمَا مَذْكُورَانِ فِي الْكِتَابِ، وَالْحَادِي عَشَرَ فِيمَا يَرْمِي بِهِ وَهُوَ مَا كَانَ مِنْ جَنْسِ الْأَرْضِ، وَالثَّانِي عَشَرَ أَنَّهُ يَرْمِي فِي الْيَوْمِ الْأَوَّلِ جَمْرَةَ الْعَقَبَةِ لَا غَيْرَ وَفِي بَقِيَّةِ الْأَيَّامِ يَرْمِي الْجِمَارَ كُلَّهَا. وَكَلَامُهُ فِي الْكِتَابِ وَاضِحٌ.

(وَيُكَبَّرُ مَعَ كُلِّ حَصَاةٍ) كَذَا رَوَى ابْنُ مَسْعُودٍ وَابْنُ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا (وَلَوْ سَبَّحَ مَكَانَ التَّكْبِيرِ أَجْزَاءَهُ) لِحُصُولِ الذِّكْرِ وَهُوَ مِنْ آدَابِ الرَّمْيِ (وَلَا يَقِفُ عِنْدَهَا) لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ لَمْ يَقِفْ عِنْدَهَا (وَيَقْطَعُ التَّلْيِيَةَ مَعَ أَوَّلِ حَصَاةٍ) لَمَا رَوَيْنَا عَنْ ابْنِ مَسْعُودٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ. وَرَوَى جَابِرٌ «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَطَعَ التَّلْيِيَةَ عِنْدَ أَوَّلِ حَصَاةٍ رَمَى بِهَا جَمْرَةَ الْعَقَبَةِ».

ثُمَّ كَيْفِيَّةُ الرَّمْيِ أَنْ يَضَعَ الْحَصَاةَ عَلَى ظَهْرِ إِبْهَامِهِ الْيُمْنَى وَيَسْتَعِينُ بِالسَّبَّاحَةِ وَمِقْدَارُ الرَّمْيِ أَنْ يَكُونَ بَيْنَ الرَّامِي وَبَيْنَ مَوْضِعِ السَّقُوطِ خَمْسَةٌ أَذْرَعٍ فَصَاعِدًا، كَذَا رَوَى الْحَسَنُ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ لَأَنَّ مَا دُونَ ذَلِكَ يَكُونُ طَرَحًا. وَلَوْ طَرَحَهَا طَرَحًا أَجْزَاءَهُ لَأَنَّهُ رَمَى إِلَى قَدَمَيْهِ إِلَّا أَنَّهُ مُسِيءٌ لِمُخَالَفَتِهِ السُّنَّةَ، وَلَوْ وَضَعَهَا وَضَعًا لَمْ يُجْزِهِ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِرَمِيٍّ، وَلَوْ رَمَاهَا فَوَقَعَتْ قَرِيبًا مِنَ الْجَمْرَةِ يَكْفِيهِ لِأَنَّ هَذَا الْقَدْرَ مِمَّا لَا يُمْكِنُ الْإِحْتِرَازُ عَنْهُ، وَلَوْ وَقَعَتْ بَعِيدًا مِنْهَا لَا يُجْزِيهِ لِأَنَّهُ لَمْ يَعْرِفْ قُرْبَةً إِلَّا فِي مَكَانٍ مَخْصُوصٍ وَلَوْ رَمَى بِسَبْعِ حَصِيَّاتٍ جُمْلَةً فَهَذِهِ وَاحِدَةٌ لِأَنَّ الْمَنْصُوصَ عَلَيْهِ تَفَرُّقُ الْأَفْعَالِ، وَيَأْخُذُ الْحَصَى مِنْ أَيِّ مَوْضِعٍ شَاءَ إِلَّا مِنَ عِنْدِ الْجَمْرَةِ فَإِنَّ ذَلِكَ يُكْرَهُ لِأَنَّ مَا عِنْدَهَا مِنَ الْحَصَى مَرْدُودٌ، هَكَذَا جَاءَ فِي الْأَثَرِ فَيَتَشَاءُ بِهِ، وَمَعَ هَذَا لَوْ فَعَلَ أَجْزَاءَهُ لَوُجُودِ فِعْلِ الرَّمْيِ. وَيَجُوزُ الرَّمْيُ بِكُلِّ مَا كَانَ مِنْ أَجْزَاءِ الْأَرْضِ عِنْدَنَا خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ فِعْلَ الرَّمْيِ وَذَلِكَ يَحْصُلُ بِالطَّيْنِ كَمَا يَحْصُلُ بِالْحَجَرِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا رَمَى بِالذَّهَبِ أَوْ الْفِضَّةِ لِأَنَّهُ يُسَمَّى نِتَارًا لَا رَمِيًّا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (فَيَتَشَاءُ بِهِ) وَلَا يُتَبَرَّكُ، يَبَانُهُ فِي حَدِيثِ سَعِيدِ بْنِ جُبَيْرٍ قَالَ: قُلْتُ لِابْنِ عَبَّاسٍ: مَا بَالُ الْجَمَارِ تُرْمَى مِنْ وَقْتِ الْخَلِيلِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ وَلَمْ تُصِرْ هِضَابًا تُسَدُّ الْأُفُقَ؟ فَقَالَ: أَمَا عَلِمْتَ أَنَّهُ مَنْ يُقْبَلُ حَجُّهُ رُفِعَ حَصَاهُ وَمَنْ لَمْ يُقْبَلْ حَجُّهُ تُرِكَ حَصَاهُ، حَتَّى قَالَ مُجَاهِدٌ: لَمَّا سَمِعْتَ هَذَا مِنْ ابْنِ عَبَّاسٍ جَعَلْتَ عَلَى حَصَيَاتِي عَلَامَةً ثُمَّ تَوَسَّطْتَ الْحِمْرَةَ فَرَمَيْتَهُ مِنْ كُلِّ جَانِبٍ ثُمَّ طَلَبْتَ فَلَمْ أَجِدْ بِتِلْكَ الْعَلَامَةِ شَيْئًا مِنْ الْحَصَى. وَقَوْلُهُ (وَيَجُوزُ الرَّمْيُ بِكُلِّ مَا كَانَ مِنْ أَجْزَاءِ الْأَرْضِ عِنْدَنَا) أُعْثِرَضَ عَلَيْهِ بِالْفَيَرُوزِ وَالْيَاقُوتِ فَإِنَّهُمَا مِنْ أَجْزَاءِ الْأَرْضِ حَتَّى جَاَزَ التَّيْمُمُ بِهِمَا، وَمَعَ ذَلِكَ لَا يَجُوزُ الرَّمْيُ بِهِمَا حَتَّى لَمْ يَقَعْ مُعْتَدًا بِهِمَا فِي الرَّمْيِ.

وَأُجِيبَ بَأَنَّ الْجَوَارِ مَشْرُوطٌ بِالِاسْتِهَانَةِ بِرَمِيهِ وَذَلِكَ لَا يَحْصُلُ بِرَمِيهِمَا. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا يَجُوزُ الرَّمْيُ إِلَّا بِالْحَجَرِ اتِّبَاعًا لِمَا وَرَدَ بِهِ الْأَثَرُ لَعَدَمِ كَوْنِهِ مَعْقُولًا. وَقُلْنَا: سَلَّمْنَا أَنَّهُ غَيْرُ مَعْقُولٍ، وَلَكِنَّ الْمَنْصُوصَ عَلَيْهِ فِعْلُ الرَّمْيِ وَذَلِكَ يَحْصُلُ بِالطِّينِ كَمَا يَحْصُلُ بِالْحَجَرِ، وَالْأَصْلُ فِيهِ فِعْلُ الْخَلِيلِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ، وَلَمْ يَكُنْ فِي الْحَجَرِ لَهُ بَعِيْنُهُ مَقْصُودٌ إِنَّمَا مَقْصُودُهُ فِعْلُ الرَّمْيِ إِنَّمَا إِعَادَةٌ لِلْكَبْشِ أَوْ لَطَرْدِ الشَّيْطَانِ عَلَى حَسَبِ اخْتِلَافِ الرُّوَاةِ، فَقُلْنَا بِأَيِّ شَيْءٍ حَصَلَ فِعْلُ الرَّمْيِ أَجْزَاءُ، وَلَا يَرِدُ بِالذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ وَلَا الْجَوَاهِرِ لِأَنَّهُ يُسَمَّى نَتَارًا لَا رَمِيًا.

قَالَ: (ثُمَّ يَذْبَحُ إِنْ أَحَبَّ ثُمَّ يَحْلِقُ أَوْ يَقْصُرُ) لَمَّا رُويَ عَنْ رَسُولِ اللَّهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَنَّهُ قَالَ: «إِنْ أَوَّلَ نُسُكِنَا فِي يَوْمِنَا هَذَا أَنْ نَرْمِيَ ثُمَّ نَذْبَحُ ثُمَّ نَحْلِقُ»^(١) وَلَئِنْ: الْحَلْقُ مِنْ أَسْبَابِ التَّحَلُّلِ، وَكَذَا الذَّبْحُ حَتَّى يَتَحَلَّلَ بِهِ الْمُحْصِرُ فَيَقْدَمَ الرَّمْيُ عَلَيْهِمَا، ثُمَّ الْحَلْقُ مِنْ مَحْظُورَاتِ الْإِحْرَامِ فَيَقْدَمُ عَلَيْهِ الذَّبْحُ، وَإِنَّمَا عَلِقَ الذَّبْحُ بِالْمَحَبَّةِ لِأَنَّ الدَّمَ الَّذِي يَأْتِي بِهِ الْمُضْرَدُ تَطَوُّعٌ وَالْكَلَامُ فِي الْمُضْرَدِ (وَالْحَلْقُ أَفْضَلُ) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «رَحِمَ اللَّهُ الْمُحْلِقِينَ»^(٢) الْحَدِيثُ، ظَاهِرٌ بِالتَّرَحُّمِ عَلَيْهِمْ، لِأَنَّ الْحَلْقَ أَكْمَلُ فِي قَضَاءِ

(١) قال الزيلعي في نصب الراية (٩٠/٣): غريب، وأخرجه البخاري في الرضوء باب ٣٢، ومسلم في الحج حديث (٣٢٦).

(٢) أخرجه البخاري (١٧٢٧)، ومسلم في الحج (حديث ٣١٨) من حديث أنس بن مالك رضي الله عنه.

التَّقْتِ وَهُوَ الْمَقْصُودُ، وَفِي التَّقْصِيرِ بَعْضُ التَّقْصِيرِ فَأَشْبَهَ الْاِغْتِسَالُ مَعَ الْوُضُوءِ. وَيَكْتَفِي فِي الْحَلْقِ بِرُبْعِ الرَّأْسِ اعْتِبَارًا بِالْمَسْحِ، وَحَلَقُ الْكُلِّ أَوَّلَى اقْتِدَاءً بِرَسُولِ اللَّهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ. وَالتَّقْصِيرُ أَنْ يَأْخُذَ مِنْ رُءُوسِ شَعْرِهِ مِقْدَارَ الْأَنْمُلَةِ.

قَالَ (وَقَدْ حَلَّ لَهُ كُلُّ شَيْءٍ إِلَّا النِّسَاءَ) وَقَالَ مَالِكٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: وَإِلَّا الطَّيِّبَ أَيْضًا لِأَنَّهُ مِنْ دَوَاعِي الْجِمَاعِ. وَلَنَا قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ فِيهِ «حَلَّ لَهُ كُلُّ شَيْءٍ إِلَّا النِّسَاءَ»^(١) وَهُوَ مُقَدَّمٌ عَلَى الْقِيَاسِ. وَلَا يَحِلُّ لَهُ الْجِمَاعُ فِيمَا دُونَ الْفَرْجِ عِنْدَنَا، خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ لِأَنَّهُ قَضَاءُ الشَّهْوَةِ بِالنِّسَاءِ فَيُؤَخَّرُ إِلَى تَمَامِ الْإِحْلَالِ

الشرح:

قَالَ: (ثُمَّ يَذْبَحُ إِنْ أَحَبَّ ثُمَّ يَحْلِقُ أَوْ يَقْصُرُ) كَلَامُهُ وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (ظَاهِرٌ بِالتَّرَحُّمِ عَلَيْهِمْ) أَيُّ كَرَّرَ التَّرَحُّمَ عَلَى الْمُحَلِّقِينَ.

وَرَوَى نَافِعٌ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ «اللَّهُمَّ ارْحَمْ الْمُحَلِّقِينَ، قَالُوا: وَالْمُقْصِرِينَ؟ فَقَالَ: وَالْمُقْصِرِينَ» وَفِي رِوَايَةٍ أُخْرَى «كَرَّرَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ ثُمَّ قَالَ فِي الرَّابِعِ: وَالْمُقْصِرِينَ».

وَذَلِكَ دَلِيلٌ عَلَى أَنَّ الْحَلْقَ أَفْضَلُ. وَقَوْلُهُ (مِقْدَارُ الْأَنْمُلَةِ) قِيلَ هَذَا التَّقْدِيرُ مَرْوِيٌّ عَنْ ابْنِ عُمَرَ وَلَمْ يُعْلَمْ فِيهِ خِلَافٌ، وَمَنْ لَا شَعْرَ لَهُ أَمَرَ الْمُوسَى عَلَى رَأْسِهِ، لِأَنَّهُ إِنْ عَجَزَ عَنْ الْحَلْقِ وَالتَّقْصِيرِ لَمْ يَعْجَزْ عَنِ التَّشْبِيهِ.

وَاخْتَلَفُوا فِي كَوْنِهِ وَاجِبًا أَوْ مُسْتَحَبًّا. وَقَوْلُهُ (لِأَنَّهُ مِنْ دَوَاعِي الْجِمَاعِ) يُعْضَدُهُ أَنَّ الْمُعْتَدَةَ يَحْرُمُ عَلَيْهَا الطَّيِّبُ لِهَذَا الْمَعْنَى، وَالْجِمَاعُ بِدَوَاعِيهِ لَا يَحِلُّ حَتَّى يَطُوفَ كَالْقُبْلَةِ وَالْمَسُّ بِشَهْوَةٍ. وَلَنَا مَا رَوَتْ عَائِشَةُ «إِذَا حَلَقَ الْحَاجُّ حَلَّ لَهُ كُلُّ شَيْءٍ إِلَّا النِّسَاءَ» وَقَالَتْ: «طَيَّبْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ لِإِحْرَامِهِ وَإِحْلَالِهِ قَبْلَ أَنْ يَطُوفَ بِالْبَيْتِ» وَهَذَا لَا يُشْكُ فِي تَقْدِيمِهِ عَلَى الْقِيَاسِ (وَلَا يَحِلُّ لَهُ الْجِمَاعُ فِيمَا دُونَ الْفَرْجِ عِنْدَنَا خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ) قَالَ: الْجِمَاعُ فِيمَا دُونَ الْفَرْجِ يَرْفَعُ بِالْحَلْقِ لِأَنَّهُ لَا يُفْسِدُ الْإِحْرَامَ بِحَالٍ (وَلَنَا أَنَّهُ قَضَاءُ شَهْوَةٍ بِالنِّسَاءِ فَيُؤَخَّرُ إِلَى تَمَامِ الْإِحْلَالِ) بِالطَّوَّافِ، وَهَذَا لِأَنَّ دَوَاعِي الْجِمَاعِ مُلْحَقَةٌ بِهِ فِي الْمَحْظُورَاتِ كَمَا فِي الْاِغْتِكَافِ وَقَبْلَ الْحَلْقِ.

(١) أخرجه أبو داود (١٩٧٨)، والدارقطني (١٨٧)، وانظر نصب الراية (٩١/٣).

(ثُمَّ الرَّمْيُ لَيْسَ مِنْ أَسْبَابِ التَّحَلُّلِ عِنْدَنَا) خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ. هُوَ يَقُولُ: إِنَّهُ يَتَوَقَّعُ يَوْمَ النُّحْرِ كَالْحَلْقِ فَيَكُونُ بِمَنْزِلَتِهِ فِي التَّحْلِيلِ. وَلَنَا أَنْ مَا يَكُونُ مُحَلَّلًا يَكُونُ جِنَايَةً فِي غَيْرِ أَوَانِهِ كَالْحَلْقِ، وَالرَّمْيُ لَيْسَ بِجِنَايَةٍ فِي غَيْرِ أَوَانِهِ، بِخِلَافِ الطَّوَافِ لِأَنَّ التَّحَلُّلَ بِالْحَلْقِ السَّابِقِ لَا بِهِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (ثُمَّ الرَّمْيُ لَيْسَ مِنْ أَسْبَابِ التَّحَلُّلِ عِنْدَنَا) يَعْنِي إِذَا رَمَى جَمْرَةَ الْعَقَبَةِ لَا يَتَحَلَّلُ عِنْدَنَا حَتَّى يَحْلُقَ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يَتَحَلَّلُ لَهُ كُلُّ شَيْءٍ إِلَّا النَّسَاءَ (هُوَ يَقُولُ إِنَّهُ يَتَوَقَّعُ يَوْمَ النُّحْرِ) وَكُلُّ مَا هُوَ كَذَلِكَ فَهُوَ مُحَلَّلٌ كَالْحَلْقِ (وَلَنَا أَنْ مَا يَكُونُ مُحَلَّلًا يَكُونُ جِنَايَةً فِي غَيْرِ أَوَانِهِ كَالْحَلْقِ، وَالرَّمْيُ لَيْسَ بِجِنَايَةٍ فِي غَيْرِ أَوَانِهِ) وَتَوْقِضَ بَدَمِ الإِحْصَارِ فَإِنَّهُ مُحَلَّلٌ وَلَيْسَ بِمَحْظُورٍ الإِحْرَامِ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ الْمُرَادَ مَا كَانَ مُحَلَّلًا فِي الْأَصْلِ وَدَمَ الإِحْصَارِ لَيْسَ كَذَلِكَ، وَإِنَّمَا صِيرَ إِلَيْهِ لِمُضْرُورَةِ الْمَنْعِ. وَقَوْلُهُ (بِخِلَافِ الطَّوَافِ) جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ الطَّوَافُ مُحَلَّلٌ فِي حَقِّ النَّسَاءِ وَلَيْسَ بِمَحْظُورٍ الإِحْرَامِ وَإِنَّمَا هُوَ رُكْنٌ. وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ التَّحَلُّلَ لَمْ يَكُنْ بِالطَّوَافِ بَلْ بِالْحَلْقِ السَّابِقِ.

قَالَ (ثُمَّ يَأْتِي مَكَّةَ مِنْ يَوْمِهِ ذَلِكَ أَوْ مِنَ الْغَدِ أَوْ مِنْ بَعْدِ الْغَدِ، فَيَطُوفُ بِالْبَيْتِ طَوَافَ الزِّيَارَةِ سَبْعَةَ أَشْوَاطٍ) لَمَّا رُوِيَ «أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لَمَّا حَلَقَ أَفَاضَ إِلَى مَكَّةَ فَطَافَ بِالْبَيْتِ ثُمَّ عَادَ إِلَى مَنَى وَصَلَّى الظُّهْرَ بِمَنَى»^(١). وَوَقَّتَهُ أَيَّامُ النُّحْرِ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى عَطَفَ الطَّوَافَ عَلَى الذَّبْحِ قَالَ ﴿فَكُلُوا مِنْهَا﴾ [الحج: ٢٦] ثُمَّ قَالَ ﴿وَلْيَطُوفُوا بِالْبَيْتِ الْعَتِيقِ﴾ [الحج: ٢٩] فَكَانَ وَقْتُهِمَا وَاحِدًا.

وَأَوَّلُ وَقْتِهِ بَعْدَ طُلُوعِ الْفَجْرِ مِنْ يَوْمِ النُّحْرِ، لِأَنَّ مَا قَبْلَهُ مِنَ اللَّيْلِ وَقْتُ الْوُقُوفِ بِعَرَفَةَ وَالطَّوَافِ مُرْتَّبٌ عَلَيْهِ، وَأَفْضَلُ هَذِهِ الْأَيَّامِ أَوَّلُهَا كَمَا فِي التَّضْحِيَةِ.

وَفِي الْحَدِيثِ «أَفْضَلُهَا أَوَّلُهَا» (فَإِنْ كَانَ قَدْ سَعَى بَيْنَ الصَّفَا وَالْمَرْوَةِ عَقِيبَ طَوَافِ الْقُدُومِ لَمْ يَرْمِلْ فِي هَذَا الطَّوَافِ وَلَا سَعَى عَلَيْهِ، وَإِنْ كَانَ لَمْ يُقَدِّمِ السَّعْيَ رَمَلَ فِي هَذَا الطَّوَافِ وَسَعَى بَعْدَهُ) لِأَنَّ السَّعْيَ لَمْ يُشْرَعْ إِلَّا مَرَّةً وَالرَّمْلُ مَا شُرِعَ إِلَّا مَرَّةً فِي طَوَافِ بَعْدَهُ سَعْيَ (وَيُصَلِّي رَكَعَتَيْنِ بَعْدَ هَذَا الطَّوَافِ) لِأَنَّ خَتَمَ كُلِّ طَوَافٍ بِرَكَعَتَيْنِ فَرَضًا

كَانَ لِلطَّوَافِ أَوْ نَفْلًا لِمَا بَيَّنَّا. قَالَ (وَقَدْ حَلَّ لَهُ النِّسَاءُ) وَلَكِنْ بِالْحَلْقِ السَّابِقِ إِذْ هُوَ الْمُحَلَّلُ لَا بِالطَّوَافِ، إِلَّا أَنَّهُ أَخَّرَ عَمَلَهُ فِي حَقِّ النِّسَاءِ.

الشرح:

قَوْلُهُ: (ثُمَّ يَأْتِي مَكَّةَ مِنْ يَوْمِهِ) يَعْنِي أَوَّلَ أَيَّامِ النَّحْرِ. وَقَوْلُهُ (وَوَقْتُهُ أَيَّامُ النَّحْرِ) أَيُّ وَقْتُ طَوَافِ الزِّيَارَةِ. وَقَوْلُهُ (فَكَانَ وَقْتُهِمَا وَاحِدًا) أَيُّ وَقْتُ الْأُضْحِيَّةِ وَوَقْتُ طَوَافِ الزِّيَارَةِ إِلَّا أَنَّ الْأُضْحِيَّةَ لَمْ تُشْرَعْ بَعْدَ أَيَّامِ النَّحْرِ، وَالطَّوَافُ مَشْرُوعٌ بَعْدَ ذَلِكَ إِلَّا أَنَّهُ يُكْرَهُ تَأْخِيرُهُ عَنْ هَذِهِ الْأَيَّامِ عَلَى مَا يَجِيءُ. وَقَوْلُهُ (وَأَوَّلُ وَقْتِهِ) ظَاهِرٌ وَقَوْلُهُ (وَالرَّمْلُ مَا شُرِعَ إِلَّا مَرَّةً فِي طَوَافٍ بَعْدَهُ سَعْيٌ) لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ إِنَّمَا رَمَلَ فِي طَوَافِ الْعُمْرَةِ وَهُوَ طَوَافٌ بَعْدَهُ سَعْيٌ. وَقَوْلُهُ (لِمَا بَيَّنَّا) إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «وَلْيُصَلِّ الطَّائِفُ لِكُلِّ أُسْبُوعٍ رَكَعَتَيْنِ» وَالْأَمْرُ لِلْجُوبِ وَإِنَّمَا لَمْ يَقُلْ لِمَا رَوَيْنَا لِأَنَّهُ ذَكَرَ فِيهِ وَجْهَ التَّمَسُّكِ بِهِ لِلْجُوبِ، فَكَانَ قَوْلُهُ بَيَّنَّا أَشْمَلَ وَأَعَمَّ مِنْ قَوْلِهِ رَوَيْنَا، وَقَوْلُهُ وَلَكِنْ بِالْحَلْقِ السَّابِقِ تَقَدَّمَ مَعْنَاهُ.

وَقَوْلُهُ (إِلَّا أَنَّهُ أَخَّرَ عَمَلَهُ فِي حَقِّ النِّسَاءِ) جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ إِذَا كَانَ الْحَلْقُ السَّابِقُ مُحَلَّلًا فَكَيْفَ بَقِيَ النِّسَاءُ مُحَرَّمَةً. وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ عَمَلَهُ تَأَخَّرَ فِي حَقِّ النِّسَاءِ لِيَقَعَ الطَّوَافُ الَّذِي هُوَ رُكْنٌ فِي الْإِحْرَامِ لِفَلَا يَقَعَ التَّهَافُوتُ فِي أَمْرِهِ.

قَالَ: (وَهَذَا الطَّوَافُ هُوَ الْمَفْرُوضُ فِي الْحَجِّ) وَهُوَ رُكْنٌ فِيهِ إِذْ هُوَ الْمَأْمُورُ بِهِ فِي قَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَلْيَطَّوَّفُوا بِالْبَيْتِ الْعَتِيقِ﴾ [الحج: ٢٩]، وَيُسَمَّى طَوَافُ الْإِفَاضَةِ وَطَوَافُ يَوْمِ النَّحْرِ (وَيُكْرَهُ تَأْخِيرُهُ عَنْ هَذِهِ الْأَيَّامِ) لِمَا بَيَّنَّا أَنَّهُ مُوقَّتٌ بِهَا (وَإِنْ أَخَّرَهُ عَنْهَا لَزِمَهُ دَمٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ) وَسَنُبَيِّنُهُ فِي بَابِ الْجِنَايَاتِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

قَالَ (ثُمَّ يَعُودُ إِلَى مَنِىَ فَيَقِيمُ بِهَا) لِأَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ رَجَعَ إِلَيْهَا كَمَا رَوَيْنَا، وَلِأَنَّهُ بَقِيَ عَلَيْهِ الرَّمْيُ وَمَوْضِعُهُ بِمَنِىَ (فَإِذَا زَالَتِ الشَّمْسُ مِنَ الْيَوْمِ الثَّانِي مِنْ أَيَّامِ النَّحْرِ رَمَى الْجِمَارَ الثَّلَاثَ فَيَبْدَأُ بِالَّتِي تَلِي مَسْجِدَ الْخَيْفِ فَيَرْمِيهَا بِسَبْعِ حَصِيَّاتٍ يُكَبِّرُ مَعَ كُلِّ حَصَاةٍ وَيَقِفُ عِنْدَهَا، ثُمَّ يَرْمِي الَّتِي تَلِيهَا مِثْلَ ذَلِكَ وَيَقِفُ عِنْدَهَا، ثُمَّ يَرْمِي جَمْرَةَ الْعَقَبَةِ كَذَلِكَ وَلَا يَقِفُ عِنْدَهَا) هَكَذَا رَوَى جَابِرٌ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فِيهِمَا نَقَلَ مِنْ نُسْخِ رَسُولِ اللَّهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ مُفَسَّرًا، وَيَقِفُ عِنْدَ الْجَمْرَتَيْنِ فِي الْمَقَامِ الَّذِي يَقِفُ فِيهِ

النَّاسُ وَيَحْمَدُ اللَّهَ وَيُتْنِي عَلَيْهِ وَيَهْلُلُ وَيُكَبِّرُ وَيُصَلِّي عَلَى النَّبِيِّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ، وَيَدْعُو بِحَاجَتِهِ وَيَرْفَعُ يَدَيْهِ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «لَا تُرْفَعُ الْأَيْدِي إِلَّا فِي سَبْعِ مَوَاطِنَ»^(١) وَذَكَرَ مِنْ جُمْلَتِهَا عِنْدَ الْجَمْرَتَيْنِ. وَالْمُرَادُ رَفْعُ الْأَيْدِي بِالدُّعَاءِ. وَيَنْبَغِي أَنْ يَسْتَغْفِرَ لِلْمُؤْمِنِينَ فِي دُعَائِهِ فِي هَذِهِ الْمَوَاقِفِ لِقَوْلِ النَّبِيِّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «اللَّهُمَّ اغْفِرْ لِلْحَاجِّ وَلَنْ اسْتَغْفَرَ لَهُ الْحَاجُّ»^(٢) ثُمَّ الْأَصْلُ أَنَّ كُلَّ رَمِي بَعْدَهُ رَمِي يَقِفُ بَعْدَهُ لِأَنَّهُ فِي وَسْطِ الْعِبَادَةِ فَيَأْتِي بِالدُّعَاءِ فِيهِ، وَكُلُّ رَمِي لَيْسَ بَعْدَهُ رَمِي لَا يَقِفُ لِأَنَّ الْعِبَادَةَ قَدْ انْتَهَتْ، وَلِهَذَا لَا يَقِفُ بَعْدَ جَمْرَةِ الْعَقَبَةِ فِي يَوْمِ النُّحْرِ أَيْضًا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَهَذَا الطَّوَافُ) أَيُّ طَوَافِ الزِّيَارَةِ (هُوَ الْمَفْرُوضُ فِي الْحَجِّ) وَقَوْلُهُ (ثُمَّ يَعُودُ إِلَى مَنَى) يَعْنِي بَعْدَ طَوَافِ الزِّيَارَةِ (فَيَقِيمُ بِهَا لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ رَجَعَ إِلَيْهَا كَمَا رَوَيْنَا) يَعْنِي مَا تَقَدَّمَ «أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لَمَّا حَلَقَ أَقَاضَ إِلَى مَكَّةَ فَطَافَ بِالْبَيْتِ ثُمَّ عَادَ إِلَى مَنَى وَصَلَّى الظُّهْرَ بِمَنَى» وَقَوْلُهُ (وَلَا أَنَّهُ بَقِيَ عَلَيْهِ الرَّمْيُ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (وَيَقِفُ عِنْدَ الْجَمْرَتَيْنِ) يَعْنِي الْجَمْرَةَ الْأُولَى وَالْوُسْطَى (فِي الْمَقَامِ الَّذِي يَقِفُ فِيهِ النَّاسُ) وَهُوَ أَعْلَى الْوَادِي وَقَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «لَا تُرْفَعُ الْأَيْدِي إِلَّا فِي سَبْعَةِ مَوَاطِنَ» حَدِيثٌ مَشْهُورٌ، وَالْمَوَاطِنُ هِيَ: عِنْدَ افْتِتَاحِ الصَّلَاةِ، وَالْقُنُوتِ فِي الْوُثْرِ، وَفِي الْعِيدَيْنِ، وَعِنْدَ اسْتِلَامِ الْحَجَرِ الْأَسْوَدِ، وَعَلَى الصَّفَا وَالْمَرْوَةِ، وَبَعْرَفَاتٍ، وَجَمْعٍ، وَعِنْدَ الْمَقَامَيْنِ عِنْدَ الْجَمْرَتَيْنِ. وَذَكَرُ الْجَمْرَتَيْنِ يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ لَا يُقِيمُ عِنْدَ جَمْرَةِ الْعَقَبَةِ وَيَرْفَعُ يَدَيْهِ حِذَاءَ مَنْكَبَيْهِ نَصٌّ عَلَيْهِ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ وَفِي سَائِرِ الْأَدْعِيَةِ لَا يَفْعَلُ كَذَلِكَ لِأَنَّ الرُّفْعَ يَنَافِي السَّكِينَةَ وَالْوَقَارَ فَيُسَنُّ فِي مَوْضِعٍ وَرَدَ فِيهِ النَّصُّ وَيُتْرَكُ فِي الْبَاقِي عَلَى أَصْلِ الدَّلِيلِ.

قَالَ: (فَإِذَا كَانَ مِنَ الْغَدِ رَمَى الْجِمَارِ الثَّلَاثَ بَعْدَ زَوَالِ الشَّمْسِ كَذَلِكَ، وَإِنْ أَرَادَ أَنْ يَتَعَجَّلَ النَّفَرُ إِلَى مَكَّةَ نَفَرَ، وَإِنْ أَرَادَ أَنْ يُقِيمَ رَمَى الْجِمَارِ الثَّلَاثَ فِي الْيَوْمِ الرَّابِعِ بَعْدَ زَوَالِ الشَّمْسِ) لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿فَمَنْ تَعَجَّلَ فِي يَوْمَيْنِ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ وَمَنْ تَأَخَّرَ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ لِمَنِ اتَّقَى﴾ [البقرة: ٢٠٣] وَالْأَفْضَلُ أَنْ يُقِيمَ لَمَّا رُوي «أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ

(١) سبق تخريجه.

(٢) أخرجه الحاكم في المستدرک (١/٤٤١)، وانظر نصب الراية (٣/٩٦).

وَالسَّلَامُ صَبَرَ حَتَّى رَمَى الْجِمَارَ الثَّلَاثَ فِي الْيَوْمِ الرَّابِعِ». وَلَهُ أَنْ يَنْفِرَ مَا لَمْ يَطْلُعَ الْفَجْرُ مِنَ الْيَوْمِ الرَّابِعِ، فَإِذَا طَلَعَ الْفَجْرُ لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَنْفِرَ لِدُخُولِ وَقْتِ الرَّمْيِ، وَفِيهِ خِلَافُ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَإِنْ قَدَّمَ الرَّمْيَ فِي هَذَا الْيَوْمِ) يَعْنِي الْيَوْمَ الرَّابِعَ (قَبْلَ الزَّوَالِ بَعْدَ طُلُوعِ الْفَجْرِ جَازَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ) وَهَذَا اسْتِحْسَانٌ، وَقَالَا لَا يَجُوزُ اعْتِبَارًا بِسَائِرِ الْأَيَّامِ، وَإِنَّمَا التَّفَاوُتُ فِي رُحْصَةِ النَّفْرِ، فَإِذَا لَمْ يَتَرَخَّصِ التَّحْقُّقُ بِهَا، وَمَذْهَبُهُ مَرْوِيٌّ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا، وَلَأَنَّهُ لَمَّا ظَهَرَ أَثَرُ التَّخْفِيفِ فِي هَذَا الْيَوْمِ فِي حَقِّ التَّرْكِ فَلَا يَظْهَرُ فِي جَوَازِهِ فِي الْأَوْقَاتِ كُلِّهَا أَوَّلَى، بِخِلَافِ الْيَوْمِ الْأَوَّلِ وَالثَّانِي حَيْثُ لَا يَجُوزُ الرَّمْيُ فِيهِمَا إِلَّا بَعْدَ الزَّوَالِ فِي الْمَشْهُورِ مِنَ الرِّوَايَةِ، لَأَنَّهُ لَا يَجُوزُ تَرْكُهُ فِيهِمَا فَبَقِيَ عَلَى أَصْلِ الْمَرْوِيِّ. فَأَمَّا يَوْمُ النَّحْرِ فَأَوَّلُ وَقْتِ الرَّمْيِ مِنْ وَقْتِ طُلُوعِ الضُّجْرِ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: أَوَّلُهُ بَعْدَ نِصْفِ اللَّيْلِ لَمَّا رُوِيَ «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ رَخَّصَ لِلرُّعَاءِ أَنْ يَرْمُوا لَيْلًا».

وَلَنَا قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «لَا تَرْمُوا جَمْرَةَ الْعَقَبَةِ إِلَّا مُصْبِحِينَ» ^(١) وَيُرْوَى «حَتَّى تَطْلُعَ الشَّمْسُ» فَيُثَبِّتُ أَصْلُ الْوَقْتِ بِالْأَوَّلِ وَالْأَفْضَلِيُّ بِالثَّانِي. وَتَأْوِيلُ مَا رُوِيَ اللَّيْلَةُ الثَّانِيَّةُ وَالثَّلَاثَةُ، وَلَأَنَّ لَيْلَةَ النَّحْرِ وَقْتُ الْوُقُوفِ وَالرَّمْيِ يَتَرْتَّبُ عَلَيْهِ فَيَكُونُ وَقْتُهِ بَعْدَهُ ضَرُورَةً. ثُمَّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ يَمْتَدُّ هَذَا الْوَقْتُ إِلَى غُرُوبِ الشَّمْسِ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «إِنَّ أَوَّلَ نُسُكِنَا فِي هَذَا الْيَوْمِ الرَّمْيُ» جَعَلَ الْيَوْمَ وَقْتًا لَهُ وَذَهَابَهُ بِغُرُوبِ الشَّمْسِ.

وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ يَمْتَدُّ إِلَى وَقْتِ الزَّوَالِ، وَالْحُجَّةُ عَلَيْهِ مَا رَوَيْنَا. وَإِنْ أَخَّرَ إِلَى اللَّيْلِ رَمَاهُ وَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ لِحَدِيثِ الدُّعَاءِ. وَإِنْ أَخَّرَ إِلَى الْغَدِ رَمَاهُ لَأَنَّهُ وَقْتُ جِنْسِ الرَّمْيِ، وَعَلَيْهِ دَمٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ لِتَأْخِيرِهِ عَنْ وَقْتِهِ كَمَا هُوَ مَذْهَبُهُ.

الشرح:

قَالَ: (فَإِذَا كَانَ مِنَ الْغَدِ رَمَى الْجِمَارِ الثَّلَاثَ بَعْدَ الزَّوَالِ) يَعْنِي إِذَا زَالَتْ الشَّمْسُ مِنَ الْيَوْمِ الثَّلَاثِ مِنْ أَيَّامِ النَّحْرِ رَمَى الْجِمَارِ الثَّلَاثَ مِثْلَ مَا رَمَى فِي الْيَوْمِ الثَّانِي (وَإِنْ أَرَادَ أَنْ يَتَعَجَّلَ النَّفْرَ) أَيِ الذَّهَابِ وَالْخُرُوجِ مِنْ مَنَى (إِلَى مَكَّةَ) فِي الْيَوْمِ الثَّلَاثِ مِنْ أَيَّامِ

(١) أخرجه الطحاوي في شرح الآثار (٤١٢/١)، وانظر نصب الراية (٩٨/٣).

التَّحَرُّ فَعَلَ ذَلِكَ (وَإِنْ أَرَادَ أَنْ يُقِيمَ رَمَى الْجِمَارَ الثَّلَاثَ فِي الْيَوْمِ الرَّابِعِ بَعْدَ زَوَالِ الشَّمْسِ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿فَمَنْ تَعَجَّلَ فِي يَوْمَيْنِ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ وَمَنْ تَأَخَّرَ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ لِمَنِ اتَّقَى﴾ [البقرة: ٢٠٣] أَيْ فَمَنْ تَعَجَّلَ فِي الْيَوْمِ الثَّانِي وَالثَّلَاثِ مِنْ أَيَّامِ التَّحَرُّ وَمَنْ تَأَخَّرَ إِلَى الْيَوْمِ الرَّابِعِ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ (لِمَنِ اتَّقَى)، وَقَوْلُهُ: ﴿لِمَنِ اتَّقَى﴾ يَتَعَلَّقُ بِهِمَا جَمِيعًا: أَيْ ذَلِكَ التَّخْيِيرُ وَتَقْيُ الْإِثْمِ فِي الْحَالَيْنِ لِأَجْلِ الْحَاجِّ الْمُتَّقِي لِفَلَا يُتَخَالَجُ فِي قَلْبِهِ شَيْءٌ مِنْهُمَا فَيَحْسَبُ أَنَّ أَحَدَهُمَا يُؤْتِمُّ صَاحِبَهُ فِي الْإِقْدَامِ عَلَيْهِ، وَإِنَّمَا خَصَّ الْمُتَّقِي لِأَنَّهُ هُوَ الْحَاجُّ عِنْدَ اللَّهِ فِي الْحَقِيقَةِ.

وَقَوْلُهُ: (وَفِيهِ خِلَافُ الشَّافِعِيِّ) فَإِنَّهُ يَنْقَطِعُ عِنْدَهُ خِيَارُ النَّفَرِ بِغُرُوبِ الشَّمْسِ مِنَ الْيَوْمِ الثَّلَاثِ؛ لِأَنَّ الْمَنْصُوصَ عَلَيْهِ الْخِيَارُ فِي الْيَوْمِ وَهُوَ يَمْتَدُّ إِلَى غُرُوبِ الشَّمْسِ. وَقُلْنَا: اللَّيْلُ لَيْسَ بِوَقْتٍ لِرَمْيِ الْيَوْمِ الرَّابِعِ فَيَكُونُ خِيَارُهُ فِي النَّفَرِ ثَابِتًا فِيهِ كَقَبْلِ الْغُرُوبِ مِنَ الْيَوْمِ الثَّلَاثِ، بِخِلَافِ مَا بَعْدَ طُلُوعِ الْفَجْرِ فِي الْيَوْمِ الرَّابِعِ فَإِنَّهُ وَقْتُ الرَّمْيِ فَلَا يَبْقَى خِيَارُهُ بَعْدَ ذَلِكَ.

وَقَوْلُهُ (اعْتِبَارًا بِسَائِرِ الْأَيَّامِ) أَرَادَ بِالْأَيَّامِ الْيَوْمَيْنِ: أَعْنِي الثَّانِي وَالثَّلَاثَ، (لَأَنَّ رَمَى جَمْرَةِ الْعَقَبَةِ فِي يَوْمِ التَّحَرُّ قَبْلَ الزَّوَالِ جَائِزٌ بِلا خِلَافٍ). وَقَوْلُهُ (بِخِلَافِ الْيَوْمِ الْأَوَّلِ وَالثَّانِي) يَعْنِي الْأَوَّلَ وَالثَّانِي مِمَّا يُرْمَى فِيهِ الْجِمَارُ الثَّلَاثَ، لَا الْأَوَّلَ وَالثَّانِي مِنْ أَيَّامِ التَّحَرُّ. وَقَوْلُهُ (فِي الْمَشْهُورِ مِنَ الرِّوَايَةِ) احْتِرَازًا عَمَّا رَوَى الْحَسَنُ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ إِنْ كَانَ مِنْ قَصْدِهِ أَنْ يَتَعَجَّلَ فِي النَّفَرِ الْأَوَّلِ فَلَا بَأْسَ بِأَنْ يَرْمِيَ فِي الْيَوْمِ الثَّلَاثِ قَبْلَ الزَّوَالِ، وَإِنْ رَمَى بَعْدَهُ فَهُوَ أَفْضَلُ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ ذَلِكَ مِنْ قَصْدِهِ لَا يَجُوزُ أَنْ يَرْمِيَ إِلَّا بَعْدَ الزَّوَالِ وَذَلِكَ لِدَفْعِ الْحَرَجِ لِأَنَّهُ إِذَا نَفَرَ بَعْدَ الزَّوَالِ لَا يَصِلُ إِلَى مَكَّةَ إِلَّا بِاللَّيْلِ فَيُخْرِجُ فِي تَحْصِيلِ مَوْضِعِ التَّنْزُولِ.

وَوَجْهُ الظَّاهِرِ أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لَمْ يَرْمِ فِيهِ إِلَّا بَعْدَ الزَّوَالِ. وَقَوْلُهُ (ثُمَّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ) حَاصِلُهُ أَنَّ مَا بَعْدَ طُلُوعِ الْفَجْرِ مِنْ يَوْمِ التَّحَرُّ إِلَى طُلُوعِ الشَّمْسِ وَقْتُ الْجَوَازِ مَعَ الْإِسَاءَةِ وَمَا بَعْدَهُ إِلَى الزَّوَالِ وَقْتُ مَسْنُونٍ وَمَا بَعْدَ الزَّوَالِ إِلَى الْغُرُوبِ وَقْتُ الْجَوَازِ مِنْ غَيْرِ إِسَاءَةٍ وَاللَّيْلُ وَقْتُ الْجَوَازِ بِالْإِسَاءَةِ، كَذَا فِي مَبْسُوطِ شَيْخِ الْإِسْلَامِ (وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يَمْتَدُّ) أَيْ وَقْتُ الرَّمْيِ فِي الْيَوْمِ الْأَوَّلِ (إِلَى وَقْتِ الزَّوَالِ) لِأَنَّ الْوَقْتَ يُعْرَفُ بِتَوْقِيتِ الشَّرْعِ وَالشَّرْعُ وَرَدَ بِالرَّمْيِ قَبْلَ الزَّوَالِ فَلَا يَكُونُ مَا بَعْدَهُ وَقْتُاً لَهُ

(وَالْحُجَّةُ عَلَيْهِ مَا رَوَيْنَا) يَعْنِي قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «إِنْ أَوَّلُ نُسُكِنَا فِي هَذَا الْيَوْمِ».
 قَالَ: (فَإِنْ رَمَاهَا رَاكِبًا أَجْزَأَهُ) لِحُصُولِ فِعْلِ الرَّمْيِ (وَكُلُّ رَمِيٍّ بَعْدَهُ رَمِيٌّ
 فَالْأَفْضَلُ أَنْ يَرْمِيَهُ مَاشِيًا وَلَا فَيْرِمِيهِ رَاكِبًا) لِأَنَّ الْأَوَّلَ بَعْدَهُ وَقُوفٌ وَدُعَاءٌ عَلَى مَا
 ذَكَرْنَا فَيْرِمِيهِ مَاشِيًا لِيَكُونَ أَقْرَبَ إِلَى التَّضَرُّعِ، وَبَيَّانُ الْأَفْضَلِ مَرْوِيُّ عَنْ أَبِي يُوسُفَ
 رَحِمَهُ اللَّهُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَبَيَّانُ الْأَفْضَلِ مَرْوِيُّ عَنْ أَبِي يُوسُفَ) يَعْنِي بِهِ مَا حُكِيَ عَنْ إِبْرَاهِيمَ بْنِ
 الْجَرَّاحِ قَالَ: دَخَلْتُ عَلَى أَبِي يُوسُفَ رحمته الله فِي مَرَضِهِ الَّذِي مَاتَ فِيهِ فَفَتَحَ عَيْنَيْهِ وَقَالَ:
 الرَّمْيُ رَاكِبًا أَفْضَلُ أَمْ مَاشِيًا؟ فَقَالَ: أَخْطَأْتُ، فَقُلْتُ رَاكِبًا، فَقَالَ: أَخْطَأْتُ، ثُمَّ قَالَ:
 كُلُّ رَمِيٍّ بَعْدَهُ وَقُوفٌ فَالرَّمْيُ فِيهِ مَاشِيًا أَفْضَلُ، وَمَا لَيْسَ بَعْدَهُ وَقُوفٌ فَالرَّمْيُ فِيهِ رَاكِبًا
 أَفْضَلُ، فَقُمْتُ مِنْ عِنْدِهِ فَمَا انْتَهَيْتُ إِلَى بَابِ الدَّارِ حَتَّى سَمِعْتُ الصَّرَاخَ بِمَوْتِهِ،
 فَتَعَجَّبْتُ مِنْ حَرَصِهِ عَلَى الْعِلْمِ فِي مِثْلِ تِلْكَ الْحَالَةِ.
 وَالَّذِي رَوَى جَابِرٌ «أَنَّ النَّبِيَّ صلى الله عليه وسلم رَمَى الْجِمَارَ كُلَّهَا رَاكِبًا» فَإِنَّمَا فَعَلَهُ لِيَكُونَ
 أَشْهَرَ لِلنَّاسِ حَتَّى يَقْتَدُوا بِهِ فِيمَا يُشَاهِدُونَهُ مِنْهُ.

وَيُكْرَهُ أَنْ لَا يَبِيتَ بِمَنْى لِيَأْتِيَ الرَّمْيَ لِأَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ بَاتَ بِمَنْى،
 وَعُمَرُ رضي الله عنه كَانَ يُؤَدِّبُ عَلَى تَرْكِ الْمَقَامِ بِهَا. وَلَوْ بَاتَ فِي غَيْرِهَا مُتَعَمِّدًا لَا يَلْزَمُهُ شَيْءٌ
 عِنْدَنَا، خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ لِأَنَّهُ وَجَبَ لِيَسْهُلَ عَلَيْهِ الرَّمْيُ فِي أَيَّامِهِ فَلَمْ يَكُنْ مِنْ
 أَعْمَالِ الْحَجِّ فَتَرَكَهُ لَا يُوجِبُ الْجَابِرَ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَلَوْ بَاتَ فِي غَيْرِهِ) أَيُّ فِي غَيْرِ مَنْى (مُتَعَمِّدًا لَا يَلْزَمُهُ شَيْءٌ عِنْدَنَا خِلَافًا
 لِلشَّافِعِيِّ) فَإِنَّهُ قَالَ: إِنْ تَرَكَ الْبَيْتُوتَةَ لَيْلَةً فَعَلَيْهِ مَذٌّ، وَإِنْ تَرَكَهَا لَيْلَتَيْنِ فَعَلَيْهِ مَذَانٌ، وَإِنْ
 تَرَكَ ثَلَاثَ لَيَالٍ فَعَلَيْهِ دَمٌ. وَقَاسَ تَرَكَ الْبَيْتُوتَةَ فِي وَجُوبِ الْجَزَاءِ بِتَرَكَ الرَّمْيِ: وَلَنَا (أَنَّهُ
 وَجَبَ لِيَسْهُلَ عَلَيْهِ الرَّمْيُ فِي أَيَّامِهِ) يَعْنِي أَنَّ الْمَقْصُودَ مِنَ الْبَيْتُوتَةِ غَيْرُهَا وَهُوَ أَنْ يَسْهُلَ
 عَلَيْهِ مَا يَقَعُ فِي الْعَدِّ مِنَ التُّسْكِ وَهُوَ الرَّمْيُ، فَلَمَّا لَمْ تَكُنْ مَقْصُودَةً لِنَفْسِهَا لَمْ تَكُنْ مِنْ
 أَعْمَالِ الْحَجِّ فَلَمْ يُوجِبْ تَرَكَهَا جَابِرًا كَالْبَيْتُوتَةِ بِمَنْى لَيْلَةَ الْعِيدِ.

قَالَ: (وَيُكْرَهُ أَنْ يُقَدَّمَ الرَّجُلُ ثِقَلُهُ إِلَى مَكَّةَ وَيَقِيمَ حَتَّى يَرْمِيَ) لَمَّا رُويَ أَنَّ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ كَانَ يَمْنَعُ مِنْهُ وَيُؤَدِّبُ عَلَيْهِ، وَلَأَنَّهُ يُوجِبُ شَغْلَ قَلْبِهِ (وَإِذَا نَفَرَ إِلَى مَكَّةَ نَزَلَ بِالْمَحْصَبِ) وَهُوَ الْأَبْطَحُ وَهُوَ اسْمُ مَوْضِعٍ قَدْ نَزَلَ بِهِ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ وَكَانَ نَزْوُهُ قَصْدًا هُوَ الْأَصْحُ حَتَّى يَكُونَ النُّزُولُ بِهِ سُنَّةً عَلَى مَا رُويَ أَنَّهُ ﷺ قَالَ لِأَصْحَابِهِ «إِنَّا نَازِلُونَ غَدًا بِالْخَيْفِ خَيْفَ بَنِي كِنَانَةَ حَيْثُ تَقَاسَمَ الْمُشْرِكُونَ فِيهِ عَلَى شِرْكِهِمْ» ^(١) يُشِيرُ إِلَى عَهْدِهِمْ عَلَى هِجْرَانِ بَنِي هَاشِمٍ فَعَرَفْنَا أَنَّهُ نَزَلَ بِهِ إِرَاءَةً لِلْمُشْرِكِينَ لَطِيفٌ صُنِعَ اللَّهُ تَعَالَى بِهِ، فَصَارَ سُنَّةً كَالرَّمَلِ فِي الطَّوَافِ

الشرح:

قَالَ: (وَيُكْرَهُ أَنْ يُقَدَّمَ الرَّجُلُ ثِقَلُهُ إِلَى مَكَّةَ) الثَّقَلُ بِفَتْحَتَيْنِ: مَتَاعُ الْمَسَافِرِ وَحَشَمُهُ وَالْجَمْعُ أَثْقَالٌ، وَالْمَحْصَبُ: اسْمُ مَوْضِعٍ وَيُسَمَّى الْأَبْطَحُ وَهُوَ مَوْضِعُ ذُو حَصَى بَيْنَ مَكَّةَ وَمِنَى نَزَلَ بِهِ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ قَصْدًا، وَهُوَ الْأَصْحُ حَتَّى يَكُونَ سُنَّةً. وَقَوْلُهُ (هُوَ الْأَصْحُ) احْتِرَازٌ عَنْ قَوْلِ ابْنِ عَبَّاسٍ إِنَّ النُّزُولَ بِهِ لَيْسَ بِسُنَّةٍ، لَكِنَّهُ مَوْضِعُ نَزْلِ بِهِ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ اتِّفَاقًا. وَالْأَصْحُ عِنْدَنَا أَنَّهُ سُنَّةٌ وَنَزَلَ فِيهِ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ قَصْدًا (عَلَى مَا رُويَ «أَنَّهُ قَالَ لِأَصْحَابِهِ بِمَنَى: إِنَّا نَازِلُونَ غَدًا بِالْخَيْفِ خَيْفَ بَنِي كِنَانَةَ» إلخ) وَالْخَيْفُ بِسُكُونِ الْيَاءِ الْمَكَانُ الْمُرْتَفِعُ، وَخَيْفُ بَنِي كِنَانَةَ هُوَ الْمَحْصَبُ.

قَالَ: (ثُمَّ دَخَلَ مَكَّةَ وَطَافَ بِالْبَيْتِ سَبْعَةَ أَشْوَاطٍ لَا يَرْمِلُ فِيهَا وَهَذَا طَوَافُ الصَّدْرِ) وَيُسَمَّى طَوَافُ الْوَدَاعِ وَطَوَافُ آخِرِ عَهْدِهِ بِالْبَيْتِ لِأَنَّهُ يُودَعُ الْبَيْتَ وَيَصْدُرُ بِهِ (وَهُوَ وَاجِبٌ عِنْدَنَا) خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ، لِقَوْلِهِ ﷺ «مَنْ حَجَّ هَذَا الْبَيْتَ فَلْيَكُنْ آخِرَ عَهْدِهِ بِالْبَيْتِ الطَّوَافُ» ^(٢) وَرَخَّصَ لِلنِّسَاءِ الْحَيْضِ تَرْكُهُ. قَالَ (إِلَّا عَلَى أَهْلِ مَكَّةَ) لِأَنَّهُمْ لَا يُصْدَرُونَ وَلَا يُودَعُونَ، وَلَا رَمَلَ فِيهِ لَمَّا بَيَّنَّا أَنَّهُ شَرَعَ مَرَّةً وَاحِدَةً. وَيُصَلِّي رَكْعَتَيِ الطَّوَافِ بَعْدَهُ لَمَّا قَدَّمْنَا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَيُسَمَّى طَوَافُ الْوَدَاعِ) الْوَدَاعُ بِفَتْحِ الْوَاوِ اسْمٌ لِلتَّوْدِيعِ كَسَلَامٍ وَكَلَامٍ

(١) أخرجه البخاري (٣٠٥٨)، ومسلم في الحج (حديث ٤٣٩، ٤٤٠).

(٢) أخرجه البخاري في الحيض باب ٦، ومسلم في الحج حديث ٣٧٩، ٣٨٠.

وَهُوَ وَاجِبٌ عِنْدَنَا خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ فَإِنَّهُ عِنْدَهُ سُنَّةٌ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ طَوَافِ الْقُدُومِ، أَلَا تَرَى أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَأْتِي بِهِ الْآفَاقِيُّ دُونَ الْمَكِّيِّ وَمَا هُوَ مِنْ وَاجِبَاتِ الْحَجِّ فَالْآفَاقِيُّ وَالْمَكِّيُّ فِيهِ سَوَاءٌ (وَلَنَا قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «مَنْ حَجَّ هَذَا الْبَيْتَ فَلْيَكُنْ آخِرُ عَهْدِهِ بِالْبَيْتِ الطَّوَافِ» وَأَنَّهُ رَخَّصَ لِلنِّسَاءِ الْحَيْضِ) وَذَلِكَ أَيْضًا دَلِيلُ الْوُجُوبِ وَإِلَّا لَمْ يَكُنْ لَتَخْصِيصِ الرُّحْصَةِ بِالْحَيْضِ فَائِدَةٌ وَالْمَكِّيُّ وَالْآفَاقِيُّ فِي وَاجِبَاتِ الْحَجِّ سَوَاءٌ فِيمَا إِذَا كَانَتْ الْعِلَّةُ مُشْتَرَكَةً وَهَهُنَا لَيْسَتْ كَذَلِكَ لِأَنَّ عِلَّةَ هَذَا الطَّوَافِ التَّوْدِيعُ وَلَيْسَ بِمَوْجُودٍ فِي الْمَكِّيِّ وَلَا فِي حَقِّ مَنْ هُوَ فِيهِمَا وَرَاءَ الْمِيقَاتِ وَلَا فِي حَقِّ مَنْ اتَّخَذَ مَكَّةَ دَارًا ثُمَّ بَدَأَ لَهُ أَنْ يَخْرُجَ.

لَا يُقَالُ: لَوْ كَانَ وَاجِبًا لِلْوَدَاعِ لَوَجِبَ عَلَى الْمُعْتَمِرِ الْآفَاقِيُّ لِأَنَّ رُكْنَ الْعُمْرَةِ هُوَ الطَّوَافُ فَكَيْفَ يَصِيرُ مِثْلُ رُكْنِهِ تَبَعًا لَهُ؟.

وَقَوْلُهُ (لَمَّا قَدَّمْنَا) يَعْنِي فِي مَوَاضِعَيْنِ مِنْ قَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «وَلْيُصَلِّ الطَّائِفُ لِكُلِّ أُسْبُوعٍ رَكَعَتَيْنِ». وَقَوْلُهُ لِأَنَّ حَتَمَ كُلِّ طَوَافٍ بَرَكَتَيْنِ فَرَضًا كَانَ الطَّوَافُ أَوْ نَفْلًا.

(ثُمَّ يَأْتِي زَمَزَمَ فَيَشْرَبُ مِنْ مَائِهَا) لَمَّا رُوِيَ «أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ اسْتَقَى دَلْوًا بِنَفْسِهِ فَشَرِبَ مِنْهُ ثُمَّ أَفْرَغَ بَاقِيَ الدَّلْوِ فِي الْبَيْتِ» وَيُسْتَحَبُّ أَنْ يَأْتِيَ الْبَابَ وَيَقْبَلَ الْعَتَبَةَ (ثُمَّ يَأْتِي الْمُلتَزِمَ، وَهُوَ مَا بَيْنَ الْحَجَرِ إِلَى الْبَابِ فَيَضَعُ صَدْرَهُ وَوَجْهَهُ عَلَيْهِ وَيَتَشَبَّثُ بِالْأَسْتَارِ سَاعَةً ثُمَّ يَعُودُ إِلَى أَهْلِهِ) هَكَذَا رُوِيَ أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ فَعَلَ بِالْمُلتَزِمِ ذَلِكَ. قَالُوا: وَيَنْبَغِي أَنْ يَنْصَرِفَ وَهُوَ يَمْشِي وَرَاءَهُ وَوَجْهَهُ إِلَى الْبَيْتِ مُتَبَاكِيًا مُتَحَسِّرًا عَلَى فِرَاقِ الْبَيْتِ حَتَّى يَخْرُجَ مِنَ الْمَسْجِدِ. فَهَذَا بَيَانُ تَمَامِ الْحَجِّ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَيَأْتِي زَمَزَمَ) أَيُّ بَعْدَ تَقْبِيلِ الْعَتَبَةِ وَإِثْبَانِهِ الْمُلتَزِمَ وَالصَّاقِ خَدَّهُ بِجِدَارِ الْكَعْبَةِ يَأْتِي زَمَزَمَ فَشَرِبَ مِنْ مَائِهِ وَيَصُبُّ مِنْهُ عَلَى جَسَدِهِ وَيَقُولُ: اللَّهُمَّ إِنِّي أَسْأَلُكَ رِزْقًا وَاسِعًا وَعِلْمًا نَافِعًا وَشِفَاءً مِنْ كُلِّ دَاءٍ. وَقَوْلُهُ (فَهَذَا بَيَانُ تَمَامِ الْحَجِّ) يَعْنِي الْحَجَّ الَّذِي أَرَادَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ بِقَوْلِهِ «مَنْ حَجَّ هَذَا الْبَيْتَ فَلَمْ يَرُفْثْ وَلَمْ يَفْسُقْ خَرَجَ مِنْ ذُنُوبِهِ كَيَوْمِ وَلَدَتْهُ أُمُّهُ» كَذَا فِي الْمَبْسُوطِ.

فصل

(فَإِنْ لَمْ يَدْخُلِ الْمُحْرِمُ مَكَّةَ وَتَوَجَّهَ إِلَى عَرَفَاتٍ وَوَقَّفَ بِهَا) عَلَى مَا بَيَّنَّا (سَقَطَ عَنْهُ طَوَافُ الْقُدُومِ) لِأَنَّهُ شُرِعَ فِي ابْتِدَاءِ الْحَجِّ عَلَى وَجْهِ يَتَرْتَّبُ عَلَيْهِ سَائِرُ الْأَفْعَالِ، فَلَا يَكُونُ الْإِتْيَانُ بِهِ عَلَى غَيْرِ ذَلِكَ الْوَجْهِ سُنَّةً (وَلَا شَيْءٌ عَلَيْهِ بِتَرْكِهِ) لِأَنَّهُ سُنَّةٌ، وَبِتَرْكِ السُّنَّةِ لَا يَجِبُ الْجَائِزُ.

الشرح:

(فصل): لَمَّا ذَكَرَ أَفْعَالَ الْحَجِّ عَلَى التَّرْتِيبِ وَأَتَمَّهَا الْحَقَّ مَسَائِلَ شَتَّى مِنْ أَفْعَالِ الْحَجِّ فِي فَصْلِ عَلَى حِدَةٍ (فَإِنْ لَمْ يَدْخُلِ الْمُحْرِمُ مَكَّةَ وَتَوَجَّهَ إِلَى عَرَفَاتٍ وَوَقَّفَ بِهَا عَلَى مَا بَيَّنَّا) مِنْ أَحْكَامِ الْوُقُوفِ بِعَرَفَةَ (سَقَطَ عَنْهُ طَوَافُ الْقُدُومِ) عَلَى مَا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ وَهُوَ وَاضِحٌ.

(وَمَنْ أَدْرَكَ الْوُقُوفَ بِعَرَفَةَ مَا بَيْنَ زَوَالِ الشَّمْسِ مِنْ يَوْمِهَا إِلَى طُلُوعِ الْفَجْرِ مِنْ يَوْمِ النَّحْرِ فَقَدْ أَدْرَكَ الْحَجَّ) فَأَوَّلُ وَقْتِ الْوُقُوفِ بَعْدَ الزَّوَالِ عِنْدَنَا لَمَّا رُوِيَ أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ وَقَفَ بَعْدَ الزَّوَالِ، وَهَذَا بَيَانُ أَوَّلِ الْوَقْتِ. وَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «مَنْ أَدْرَكَ عَرَفَةَ بِلِيلٍ فَقَدْ أَدْرَكَ الْحَجَّ، وَمَنْ فَاتَهُ عَرَفَةُ بِلِيلٍ فَقَدْ فَاتَهُ الْحَجَّ»^(١) وَهَذَا بَيَانُ آخِرِ الْوَقْتِ.

وَمَالِكٌ رَحِمَهُ اللَّهُ إِنْ كَانَ يَقُولُ: إِنْ أَوَّلُ وَقْتِهِ بَعْدَ طُلُوعِ الْفَجْرِ أَوْ بَعْدَ طُلُوعِ الشَّمْسِ فَهُوَ مَحْجُوجٌ عَلَيْهِ بِمَا رَوَيْنَا (ثُمَّ إِذَا وَقَفَ بَعْدَ الزَّوَالِ وَأَفَاضَ مِنْ سَاعَتِهِ أَجْزَأَهُ) عِنْدَنَا لِأَنَّهُ ﷺ ذَكَرَهُ بِكَلِمَةٍ أَوْ فَإِنَّهُ قَالَ «الْحَجَّ عَرَفَةَ فَمَنْ وَقَفَ بِعَرَفَةَ سَاعَةً مِنْ لَيْلٍ أَوْ نَهَارٍ قَدْ تَمَّ حَجُّهُ»^(٢) وَهِيَ كَلِمَةُ التَّخْيِيرِ. وَقَالَ مَالِكٌ: لَا يُجْزِيهِ إِلَّا أَنْ يَقِفَ فِي الْيَوْمِ وَجُزْءٍ مِنَ اللَّيْلِ، وَلَكِنَّ الْحُجَّةَ عَلَيْهِ مَا رَوَيْنَاهُ

الشرح:

وَكَذَلِكَ قَوْلُهُ وَمَنْ أَدْرَكَ الْوُقُوفَ بِعَرَفَةَ (وَمَالِكٌ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى كَانَ يَقُولُ: إِنْ أَوَّلُ وَقْتِهِ بَعْدَ طُلُوعِ الْفَجْرِ أَوْ بَعْدَ طُلُوعِ الشَّمْسِ) مُسْتَدِلًا بِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ

(١) أخرجه أبو داود (١٩٤٩)، والترمذي في الحج باب ٥٧ (حديث ٨٨٩).

(٢) أخرجه أبو داود (١٩٥٠)، والترمذي في الحج باب ٥٧ (حديث ٨٩١).

«الحَجُّ عَرَفَةَ، فَمَنْ وَقَفَ بِعَرَفَةَ سَاعَةً مِنْ لَيْلٍ أَوْ نَهَارٍ فَقَدْ تَمَّ حَجُّهُ» وَالنَّهَارُ اسْمٌ لِلْوَقْتِ مِنْ طُلُوعِ الشَّمْسِ (وَهُوَ مُحْجُوجٌ بِمَا رَوَيْنَا) أَنَّهُ وَقَفَ بَعْدَ الزَّوَالِ وَكَانَ مُبَيَّنًا وَقْتُ الْوُقُوفِ بِفِعْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ. فَذَلَّ عَلَى أَنَّ ابْتِدَاءَ الْوُقُوفِ بَعْدَ الزَّوَالِ.

وَقَوْلُهُ (تَمَّ إِذَا وَقَفَ بَعْدَ الزَّوَالِ) ظَاهِرٌ (وَقَالَ مَالِكٌ: لَا يُجْزِيهِ إِلَّا أَنْ يَقِفَ فِي الْيَوْمِ وَجْزُهُ مِنَ اللَّيْلِ) وَذَلِكَ بِأَنْ تَكُونَ إِفَاضَتُهُ بَعْدَ الْغُرُوبِ، وَاسْتَدَلَّ بِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «مَنْ أَدْرَكَ عَرَفَةَ بَلِيلٍ فَقَدْ أَدْرَكَ الْحَجَّ، وَمَنْ فَاتَهُ عَرَفَةُ بَلِيلٍ فَقَدْ فَاتَهُ الْحَجَّ».

وَقُلْنَا: هَذِهِ الزِّيَادَةُ غَيْرُ مَشْهُورَةٍ، وَإِنَّمَا الْمَشْهُورُ: «مَنْ فَاتَهُ عَرَفَةَ فَقَدْ فَاتَهُ الْحَجَّ» وَفِيمَا رَوَيْنَا وَهُوَ قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «سَاعَةً مِنْ لَيْلٍ أَوْ نَهَارٍ» ذَلِيلٌ عَلَى أَنَّ بِنَفْسِ الْوُقُوفِ فِي جُزْءٍ مِنْ وَقْتِهِ يَصِيرُ مُدْرِكًا فَكَانَ حُجَّةً عَلَيْهِ.

(وَمَنْ اجْتَنَزَ بِعَرَفَاتٍ نَائِمًا أَوْ مُغْمًى عَلَيْهِ أَوْ لَا يَعْلَمُ أَنَّهَا عَرَفَاتٌ جَازَ عَنِ الْوُقُوفِ) لِأَنَّ مَا هُوَ الرُّكْنُ قَدْ وَجِدَ وَهُوَ الْوُقُوفُ، وَلَا يَمْتَنِعُ ذَلِكَ بِالْإِعْمَاءِ وَالنُّومِ كَرُكْنِ الصُّومِ، بِخِلَافِ الصَّلَاةِ لِأَنَّهَا لَا تَبْقَى مَعَ الْإِعْمَاءِ، وَالْجَهْلُ يُخِلُّ بِالنِّيَّةِ وَهِيَ لَيْسَتْ بِشَرْطٍ لِكُلِّ رُكْنٍ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَمَنْ اجْتَنَزَ بِعَرَفَاتٍ نَائِمًا أَوْ مُغْمًى عَلَيْهِ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (وَالْجَهْلُ يُخِلُّ بِالنِّيَّةِ وَهِيَ لَيْسَتْ بِشَرْطٍ لِكُلِّ رُكْنٍ) جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ الْجَهْلُ يُخِلُّ بِالنِّيَّةِ لَا مَحَالَةَ، وَالْإِخْلَالُ بِهَا إِخْلَالٌ بِالْحَجِّ لِكُونِهَا شَرْطًا، وَتَقْرِيرُهُ: سَلَّمْنَا أَنَّ الْجَهْلَ يُخِلُّ بِالنِّيَّةِ وَلَا تُسَلَّمُ أَنَّ الْإِخْلَالَ بِهَا إِخْلَالٌ بِهِ، وَإِنَّمَا كَانَ كَذَلِكَ أَنْ لَوْ كَانَتْ شَرْطًا لِكُلِّ رُكْنٍ وَلَيْسَ كَذَلِكَ، بَلْ إِذَا كَانَتْ مَوْجُودَةً عِنْدَ أَصْلِ هَذِهِ الْعِبَادَةِ وَهُوَ الْإِحْرَامُ حَقِيقَةً أَوْ دَلَالَةً أُسْتَعْنِيَ عَنْهَا عِنْدَ وُجُودِ كُلِّ رُكْنٍ إِذَا لَمْ يَكُنْ ثَمَّةُ صَارِفٍ.

وَإِنَّمَا قُلْنَا إِذَا لَمْ يَكُنْ ثَمَّةُ صَارِفٍ اخْتِرَازًا عَمَّا إِذَا طَافَ بِالْبَيْتِ هَارِبًا أَوْ طَالِبُ غَرِيمٍ وَلَمْ يَتَوَّطَّافَ عَنِ الْحَجِّ فَإِنَّهُ لَمْ يُجْزِهِ، وَإِنْ كَانَتْ النِّيَّةُ مَوْجُودَةً عِنْدَ الْإِحْرَامِ لِأَنَّ قَصْدَهُ الْهَرُوبَ أَوْ اللَّحُوقَ، وَذَلِكَ صَارِفٌ لَهُ عَنِ النِّيَّةِ السَّابِقَةِ لِأَنَّهَا لِكُونِهَا بَاقِيَةٌ بِالْإِسْتِصْحَابِ ضَعِيفَةٌ تَنْصَرِفُ بِصَارِفٍ.

(وَمَنْ أَعْمِيَ عَلَيْهِ فَأَهْلٌ عَنْهُ رُفَقَاؤُهُ جَازَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ) رَحِمَهُ اللَّهُ (وَقَالَا: لَا يَجُوزُ، وَلَوْ أَمَرَ إِنْسَانًا بِأَنْ يُحْرِمَ عَنْهُ إِذَا أَعْمِيَ عَلَيْهِ أَوْ نَامَ فَأَحْرَمَ الْمَأْمُورُ عَنْهُ صَحَّ) بِالْإِجْمَاعِ، حَتَّى إِذَا أَفَاقَ أَوْ اسْتَيْقَظَ وَآتَى بِأَفْعَالِ الْحَجِّ جَازَ. لَهُمَا أَنَّهُ لَمْ يُحْرِمَ بِنَفْسِهِ وَلَا أَذِنَ لغيرِهِ بِهِ، وَهَذَا لِأَنَّهُ لَمْ يُصَرِّحْ بِالِإِذْنِ وَالِدَّلَالَةُ تَقِفُ عَلَى الْعِلْمِ، وَجَوَازُ الْإِذْنِ بِهِ لَا يَعْرِفُهُ كَثِيرٌ مِنَ الْفُقَهَاءِ فَكَيْفَ يَعْرِفُهُ الْعَوَامُّ، بِخِلَافِ مَا إِذَا أَمَرَ غَيْرَهُ بِذَلِكَ صَرِيحًا. وَلَهُ أَنَّهُ لَمَّا عَاقَدَهُمْ عَقْدَ الرُّفْقَةِ فَقَدْ اسْتَعَانَ بِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ فِيمَا يَعْجِزُ عَنْ مُبَاشَرَتِهِ بِنَفْسِهِ. وَالْإِحْرَامُ هُوَ الْمَقْصُودُ بِهَذَا السَّفَرِ فَكَانَ الْإِذْنُ بِهِ ثَابِتًا دَلَالَةً، وَالْعِلْمُ ثَابِتٌ نَظَرًا إِلَى الدَّلِيلِ وَالْحُكْمُ يُدَارُ عَلَيْهِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَمَنْ أَعْمِيَ عَلَيْهِ فَأَهْلٌ عَنْهُ رُفَقَاؤُهُ) اتَّفَقَ عُلَمَاؤُنَا أَنَّ الْإِحْرَامَ يَقْبَلُ النَّيَابَةَ حَتَّى لَوْ أَمَرَ إِنْسَانًا أَنْ يُحْرِمَ عَنْهُ إِذَا أَعْمِيَ عَلَيْهِ أَوْ نَامَ فَفَعَلَ صَحَّ عَنْدهُمْ؛ لِأَنَّهُ شَرَطُ بِمَنْزِلَةِ الْوُضُوءِ وَسَتْرِ الْعَوْرَةِ وَلَيْسَ بِنُسْكَ فَاسْتَقَامَ النَّيَابَةُ بَعْدَ وُجُودِ نِيَّةِ الْعِبَادَةِ مِنْهُ وَهُوَ خُرُوجُهُ لِحَجِّ الْيَتِّ.

وَاخْتَلَفُوا فِي أَنَّ عَقْدَ الرُّفْقَةِ اسْتِنَابَةٌ كَالِإِذْنِ بِهِ أَوْ لَا، فَذَهَبَ أَبُو حَنِيفَةَ إِلَى أَنَّهُ اسْتِنَابَةٌ كَالِإِذْنِ بِهِ وَقَالَا: لَيْسَ بِاسْتِنَابَةٍ.

وَصُورَةُ ذَلِكَ أَنَّ يُحْرِمَ عَنْهُ الرُّفَقَاءُ نِيَابَةً مَعَ أَنَّهُمْ أَحْرَمُوا عَنْ أَنْفُسِهِمْ أَيْضًا فَيَصِيرُ الرَّفِيقُ مُحْرَمًا عَنْ نَفْسِهِ بِطَرِيقِ الْأَصَالَةِ وَمُحْرَمًا عَنْهُ أَيْضًا بِطَرِيقِ النَّيَابَةِ كَالْأَبِ يُحْرِمُ عَنْ ابْنِ صَغِيرٍ مَعَهُ فَكَانَ الْمُحْرِمُ حُكْمًا فِي إِحْرَامِ النَّيَابَةِ هُوَ الْمَنْوَبَ لَا النَّائِبَ، وَعِبَادَةُ النَّائِبِ فِيهِ كَعِبَادَةِ الْمَنْوَبِ، حَتَّى لَوْ أَصَابَ النَّائِبُ صَيْدًا كَانَ عَلَيْهِ الْجَزَاءُ مِنْ قَبْلِ إِهْلَالِهِ عَنْ نَفْسِهِ وَلَيْسَ عَلَيْهِ مِنْ جِهَةِ إِهْلَالِهِ عَنْ الْمُعْمَى عَلَيْهِ شَيْءٌ.

وَفِيهِ بَحْثٌ مِنْ وَجْهَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّ الرَّفِيقَ إِذَا كَانَ مُحْرَمًا عَنْ نَفْسِهِ فَيُحْرِمُهُ عَنْ غَيْرِهِ يَلْزَمُ تَدَاخُلُ

الْإِحْرَامَيْنِ.

وَالثَّانِي: أَنَّهُمْ شَبَّهُوا الْإِحْرَامَ بِالْوُضُوءِ فِي قَبُولِ النَّيَابَةِ، وَلَيْسَ مِثْلُهُ لِأَنَّ الْإِنْسَانَ إِذَا تَوَضَّأَ لَا يَكُونُ غَيْرُهُ بِهِ مُتَوَضِّئًا وَإِنْ تَوَى التَّوَضُّؤَ عَنْهُ، وَهَذَا يَصِيرُ غَيْرُهُ مُحْرَمًا

بإحرامه.

وَالْجَوَابُ عَنِ الْأَوَّلِ: أَنَّ التَّدَاخُلَ إِنَّمَا يَلْزَمُ أَنْ لَوْ كَانَ الْمُحْرَمُ هُوَ النَّائِبُ فِي الْإِحْرَامَيْنِ مِنْ كُلِّ وَجْهٍ، وَلَيْسَ كَذَلِكَ بَلِ الْمُحْرَمُ فِي إِحْرَامِهِ النَّيَابَةُ هُوَ الْمُعْمَى عَلَيْهِ لَا النَّائِبُ عَلَى مَا ذَكَرْنَا.

وَعَنِ الثَّانِي: أَنَّ التَّشْبِيهَ بِالْوُضُوءِ فِي أَنْ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا شَرْطٌ يَحْتَمِلُ النَّيَابَةَ، وَلَكِنَّ النَّيَابَةَ فِي الْوُضُوءِ بِالتَّوَضُّعِ بِأَنْ يُجْرِيَ الْمَاءُ عَلَى أَعْضَاءِ الْمُنُوبِ فَيَصِحُّ لَهُ أَنْ يُصَلِّيَ بِذَلِكَ الْوُضُوءِ، وَفِي هَذَا يَتَوَلَّى النَّائِبُ الْإِحْرَامَ بِنَفْسِهِ، ثُمَّ فَائِدَةُ ذَلِكَ أَنَّهُ (إِذَا أَفَاقَ أَوْ اسْتَيْقَظَ وَأَتَى بِأَفْعَالِ الْحَجِّ جَازَ) عِنْدَهُ كَمَا لَوْ أَمَرَ بِهِ (لَهُمَا أَنَّهُ لَمْ يُحْرَمَ بِنَفْسِهِ وَلَا أَذِنَ لغيره به) وَكُلُّ مَنْ كَانَ كَذَلِكَ لَيْسَ بِمُحْرَمٍ لَا مُحَالَةً، أَمَّا أَنَّهُ لَمْ يُحْرَمَ بِنَفْسِهِ فَظَاهِرٌ، وَأَمَّا أَنَّهُ لَمْ يَأْذَنْ لغيره فَلَا إِيذَانَ إِمَّا أَنْ يَكُونَ صَرِيحًا أَوْ دَلَالَةً وَهُوَ لَمْ يُصْرَحْ بِالِإِذْنِ إِذْ هُوَ الْمَفْرُوضُ، وَمَا تَمَّةُ دَلَالَةٍ لِأَنَّهَا تَقِفُ عَلَى الْعِلْمِ بِجَوَازِ الْإِذْنِ بِالْإِحْرَامِ لِأَنَّهُ إِذَا لَمْ يَعْلَمْ بِجَوَازِهِ لَا يُقَدِّمُ عَلَيْهِ (وَجَوَازُ الْإِذْنِ بِهِ لَا يَعْرِفُهُ كَثِيرٌ مِنَ الْفُقَهَاءِ فَكَيْفَ يَعْرِفُهُ الْعَوَامُّ، بِخِلَافِ مَا إِذَا أَمَرَ غَيْرُهُ بِذَلِكَ صَرِيحًا).

وَالْأَبْيَ حَافِظَةً أَنَّ الْإِذْنَ ثَابِتٌ دَلَالَةً، لِأَنَّهُ لَمَّا عَاقَدَهُمْ عَقْدَ الرُّفْقَةِ فَقَدْ اسْتَعَانَ بِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ فِيمَا يَعْجُزُ عَنْ مُبَاشَرَتِهِ بِنَفْسِهِ) وَقَدْ عَجَزَ عَنْ مُبَاشَرَةِ مَا هُوَ الْمَقْصُودُ بِهَذَا السَّفَرِ وَهُوَ الْإِحْرَامُ فَكَانَ مُسْتَعِينًا بِهِمْ عَلَى تَحْصِيلِهِ، وَالِاسْتِعَانَةُ إِذْنٌ بِالْإِعَانَةِ لَا مُحَالَةً (فَكَانَ الْإِذْنُ بِهِ ثَابِتًا دَلَالَةً) وَقَوْلُهُ (وَالْعِلْمُ ثَابِتٌ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِمَا وَالدَّلَالَةُ تَقِفُ عَلَى الْعِلْمِ. وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ الْعِلْمَ إِذَا كَانَ شَرْطَ الدَّلَالَةِ فَهُوَ ثَابِتٌ نَظَرًا إِلَى الدَّلِيلِ وَهُوَ عَقْدُ الرُّفْقَةِ، وَالْحُكْمُ يُدَارُ عَلَى الدَّلِيلِ فَيُثَبِّتُ الْإِذْنَ دَلَالَةً، وَالدَّلَالَةُ تَعْمَلُ عَمَلُ الصَّرِيحِ إِذَا لَمْ يُخَالَفْهَا صَرِيحٌ.

فَإِنْ قُلْتُ: هَذَا حُكْمُ الْإِحْرَامِ فَمَا حُكْمُ سَائِرِ الْمَنَاسِكِ؟ قُلْتُ: الْأَصَحُّ أَنْ نِيَابَتَهُمْ عَنْهُ فِي أَدَائِهِ صَحِيحَةٌ، إِلَّا أَنَّ الْأَوَّلَى أَنْ يَقِفُوا بِهِ وَأَنْ يَطُوفُوا بِهِ لِيَكُونَ أَقْرَبَ إِلَى أَدَائِهِ لَوْ كَانَ مُضِيًّا.

وَمِنْهُمْ مَنْ فَرَّقَ فَقَالَ: إِنَّمَا صَحَّتِ النَّيَابَةُ فِي الْإِحْرَامِ لِتَحَقُّقِ الْعَجْزِ وَهُوَ لَيْسَ بِمُتَحَقِّقٍ فِي الْأَفْعَالِ، لِأَنَّهُمْ إِذَا أَحْضَرُوهُ الْمَوَاقِفَ كَانَ هُوَ الْوَاقِفَ، وَإِذَا طَافُوا بِهِ كَانَ

هُوَ الطَّائِفُ. فَإِنْ قُلْتَ: هَلْ لَتَقْيِيدِ الْإِهْلَالِ بِالرُّفَقَاءِ فَائِدَةٌ؟ قُلْتَ. اخْتَلَفَ فِيهِ.
 قَالَ الشَّيْخُ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ الْجُرْجَانِيُّ: كَانَ يَقُولُ الْجَصَّاصُ: لَا يَجُوزُ إِحْرَامُ غَيْرِ
 الرُّفَقَاءِ، ثُمَّ رَجَعَ وَقَالَ: الرُّفَقَاءُ وَغَيْرُهُمْ فِي الْجَوَازِ سَوَاءٌ لِأَنَّ هَذَا لَيْسَ مِنْ بَابِ الْوِلَايَةِ
 بَلْ هُوَ مِنْ بَابِ الْإِعَانَةِ، وَقَدْ قَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى﴾ [المائدة: ٢]
 وَالرُّفَقَاءُ وَغَيْرُهُمْ فِي ذَلِكَ سَوَاءٌ.

قَالَ: (وَالْمَرْأَةُ فِي جَمِيعِ ذَلِكَ كَالرَّجُلِ) لِأَنَّهَا مُحَاطَبَةٌ كَالرَّجُلِ (غَيْرَ أَنَّهَا لَا
 تَكْشِفُ رَأْسَهَا) لِأَنَّهُ عَوْرَةٌ (وَتَكْشِفُ وَجْهَهَا) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «إِحْرَامُ الْمَرْأَةِ فِي
 وَجْهَهَا» (وَلَوْ سَدَدْتَ شَيْئًا عَلَى وَجْهَهَا وَجَافَتْهُ عَنْهُ جَازًا) هَكَذَا رُوِيَ عَنْ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ
 عَنْهَا وَلِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الْإِسْتِظْلَالِ بِالْمُحْمَلِ (وَلَا تَرْفَعُ صَوْتَهَا بِالتَّلْبِيَةِ) لَمَّا فِيهِ مِنَ الْفِتْنَةِ (وَلَا
 تَرْمُلُ وَلَا تَسْعَى بَيْنَ الْمِيلَيْنِ) لِأَنَّهُ مُخَلٌّ بِسِتْرِ الْعَوْرَةِ (وَلَا تَحْلُقُ وَلَكِنْ تُقَصِّرُ) لَمَّا رُوِيَ «أَنَّ
 النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ نَهَى النِّسَاءَ عَنِ الْحَلْقِ وَأَمَرَهُنَّ بِالتَّقْصِيرِ»^(١) وَلِأَنَّ حَلْقَ
 الشَّعْرِ فِي حَقِّهَا مُثَلَّةٌ كَحَلْقِ اللَّحْيَةِ فِي حَقِّ الرَّجُلِ (وَتَلْبَسُ مِنَ الْمَخِيطِ مَا بَدَأَ لَهَا) لِأَنَّ
 فِي ثِبْسِ غَيْرِ الْمَخِيطِ كَشْفُ الْعَوْرَةِ.

قَالُوا: وَلَا تَسْتَلِمُ الْحَجَرَ إِذَا كَانَ هُنَاكَ جَمْعٌ، لِأَنَّهَا مَمْنُوعَةٌ عَنْ مُمَاسَّةِ الرِّجَالِ
 إِلَّا أَنْ تَجِدَ الْمَوْضِعَ خَالِيًا.

الشرح:

قَالَ: (وَالْمَرْأَةُ فِي جَمِيعِ ذَلِكَ كَالرَّجُلِ) الْمَرْأَةُ فِي جَمِيعِ مَنَاسِكِ الْحَجِّ كَالرَّجُلِ
 لِأَنَّ الْخَطَّابَ بِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ﴾ [آل عمران: ٩٧] يَتَنَاوَلُ
 الرِّجَالَ وَالنِّسَاءَ فَتَفْعَلُ مِثْلَ مَا يَفْعَلُ الرَّجُلُ إِلَّا أَشْيَاءَ ذَكَرَهَا فِي الْكِتَابِ: لَا تُكْشِفُ
 رَأْسَهَا وَتَكْشِفُ وَجْهَهَا وَلَا تَرْفَعُ صَوْتَهَا بِالتَّلْبِيَةِ، وَلَا تَرْمُلُ وَلَا تَسْعَى بَيْنَ الْمِيلَيْنِ، وَلَا
 تَحْلُقُ وَلَكِنْ تُقَصِّرُ، وَتَلْبَسُ مَا بَدَأَ لَهَا مِنَ الْمَخِيطِ مِنَ الْقَمِيصِ وَالذَّرْعِ وَالْخِمَارِ وَالْخُفَّيْنِ
 وَالْقَفَازَيْنِ، وَلَا تَسْتَلِمُ الْحَجَرَ إِذَا كَانَ هُنَاكَ جَمْعٌ إِلَّا أَنْ تَجِدَ الْمَوْضِعَ خَالِيًا. وَوَجْهَهُ
 جَمِيعُ ذَلِكَ مَذْكُورٌ فِي الْكِتَابِ.

قَالَ: (وَمَنْ هَلْدَ بَدَنَةً تَطْوَعًا أَوْ نَذْرًا أَوْ جَزَاءً صَيْدٍ أَوْ شَيْئًا مِنَ الْأَشْيَاءِ وَتَوَجَّهَ مَعَهَا

(١) قال الزيلعي في نصب الراية (١١٠/٣): حديث غريب بهذا اللفظ.

يُرِيدُ الْحَجَّ فَقَدْ أَحْرَمَ) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «مَنْ قَلَّدَ بَدَنَةً فَقَدْ أَحْرَمَ» ^(١) وَلَأَنَّ سَوْقَ الْهَدْيِ فِي مَعْنَى التَّلْبِيَةِ فِي إِظْهَارِ الْإِجَابَةِ لِأَنَّهُ لَا يَفْعَلُهُ إِلَّا مَنْ يُرِيدُ الْحَجَّ أَوْ الْعُمْرَةَ، وَإِظْهَارُ الْإِجَابَةِ قَدْ يَكُونُ بِالْفِعْلِ كَمَا يَكُونُ بِالْقَوْلِ فَيَصِيرُ بِهِ مُحْرِمًا لِاتِّصَالِ النِّيَّةِ بِفِعْلٍ وَهُوَ مِنْ خَصَائِصِ الْإِحْرَامِ.

وَصِفَةُ التَّقْلِيدِ أَنْ يَرِيطَ عَلَى عُنُقِ بَدَنَتِهِ قِطْعَةً نَعْلِ أَوْ عُرْوَةً مُزَادَةً أَوْ لِحَاءَ شَجَرَةٍ (فَإِنْ قَلَّدَهَا وَبَعَثَ بِهَا وَلَمْ يَسْقِهَا لَمْ يَصِرْ مُحْرِمًا) لَمَّا رُوِيَ عَنْ «عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهَا أَنَّهَا قَالَتْ: كُنْتُ أَقْتُلُ قَلَائِدَ هَدْيِ رَسُولِ اللَّهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ فَبَعَثَ بِهَا وَأَقَامَ فِي أَهْلِهِ حَلَالًا» (فَإِنْ تَوَجَّهَ بَعْدَ ذَلِكَ لَمْ يَصِرْ مُحْرِمًا حَتَّى يُلْحِقَهَا) لِأَنَّ عِنْدَ التَّوَجُّهِ إِذَا لَمْ يَكُنْ بَيْنَ يَدَيْهِ هَدْيٍ يَسُوقُهُ لَمْ يُوْجَدْ مِنْهُ إِلَّا مُجَرَّدُ النِّيَّةِ، وَبِمُجَرَّدِ النِّيَّةِ لَا يَصِيرُ مُحْرِمًا، فَإِذَا أَدْرَكَهَا وَسَاقَهَا أَوْ أَدْرَكَهَا فَقَدْ اقْتَرَنْتَ نِيَّتَهُ بِعَمَلٍ هُوَ مِنْ خَصَائِصِ الْإِحْرَامِ فَيَصِيرُ مُحْرِمًا كَمَا لَوْ سَاقَهَا فِي الْإِبْتِدَاءِ. قَالَ (إِلَّا فِي بَدَنَةِ الْمُتَعَتِّ فَإِنَّهُ مُحْرِمٌ حِينَ تَوَجَّهَ) مَعْنَاهُ إِذَا نَوَى الْإِحْرَامَ وَهَذَا اسْتِحْسَانٌ. وَجَهُ الْقِيَاسِ فِيهِ مَا ذَكَرْنَا.

وَوَجَهُ الاسْتِحْسَانِ أَنَّ هَذَا الْهَدْيَ مَشْرُوعٌ عَلَى الْإِبْتِدَاءِ نُسْكًَا مِنْ مَنَاسِكِ الْحَجِّ وَضَعًا لِأَنَّهُ مُخْتَصٌّ بِمَكَّةَ، وَيَجِبُ شُكْرًا لِلْجَمْعِ بَيْنَ آدَاءِ التُّسْكِينِ، وَغَيْرُهُ قَدْ يَجِبُ بِالْجِنَايَةِ وَإِنْ لَمْ يَصِلْ إِلَى مَكَّةَ فَلِهَذَا اكْتَفَى فِيهِ بِالتَّوَجُّهِ، وَفِي غَيْرِهِ تَوَقَّفَ عَلَى حَقِيقَةِ الْفِعْلِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَمَنْ قَلَّدَ بَدَنَةً تَطَوُّعًا أَوْ نَذْرًا أَوْ جَزَاءً صَيْدٍ يَعْنِي صَيْدًا قَتَلَهُ فِي إِحْرَامٍ مَاضٍ (أَوْ شَيْئًا مِنَ الْأَشْيَاءِ) كَبَدَنَةِ الْمُتَعَتِّ أَوْ الْقِرَانِ (وَتَوَجَّهَ مَعَهَا يُرِيدُ الْحَجَّ فَقَدْ أَحْرَمَ) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «مَنْ قَلَّدَ بَدَنَةً فَقَدْ أَحْرَمَ» وَهَذَا بِنَاءٌ عَلَى مَا ذَكَرْنَا أَنَّ الْإِحْرَامَ عِنْدَنَا لَا يَنْعَقِدُ بِمُجَرَّدِ النِّيَّةِ، بَلْ لَا بُدَّ مِنْ انْضِمَامِ شَيْءٍ آخَرَ إِلَيْهَا كَكُبْرَةِ الْإِفْتِتَاحِ فِي الصَّلَاةِ، وَتَقْلِيدِ الْبَدَنَةِ وَالتَّوَجُّهِ مَعَهَا إِلَى الْحَجِّ يَقُومُ مَقَامَ التَّلْبِيَةِ (وَلَأَنَّ سَوْقَ الْهَدْيِ فِي مَعْنَى التَّلْبِيَةِ فِي إِظْهَارِ إِجَابَةِ دُعَاءِ إِبْرَاهِيمَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لِأَنَّهُ لَا يَفْعَلُهُ إِلَّا مَنْ يُرِيدُ الْحَجَّ أَوْ الْعُمْرَةَ) قِيلَ: قَوْلُهُ وَإِظْهَارُ الْإِجَابَةِ مَعْطُوفٌ عَلَى اسْمِ إِنْ إِنْ قُرِئَ

(١) قال الزيلعي في نصب الراية (١١١/٣): غريب مرفوعا، ووقفه ابن أبي شيبه في مصنفه على ابن عباس وابن عمر، وأخرجه الطحاوي في شرح الآثار (٤٣٩/١) عن جابر رضي الله عنه.

مَنْصُوبًا، وَعَلَى مَحَلِّهِ إِنْ قُرِئَ مَرْفُوعًا، فَهُوَ دَلِيلٌ آخَرُ عَلَى كَوْنِ السُّوقِ فِي مَعْنَى التَّلْبِيَةِ.
وَأَقُولُ: هُوَ مِنْ تَمَامِ الْأَوَّلِ. وَتَقْرِيرُهُ: الْمَقْصُودُ مِنَ التَّلْبِيَةِ إِظْهَارُ الْإِجَابَةِ، وَإِظْهَارُ
الْإِجَابَةِ قَدْ يَكُونُ بِالْفِعْلِ كَمَا يَكُونُ بِالْقَوْلِ. أَلَا تَرَى أَنَّ مَنْ قَالَ يَا فُلَانُ فَإِجَابَتُهُ تَارَةً
تَكُونُ بَلَيْتِكَ وَتَارَةً بِالْحُضُورِ وَالْإِمْتِنَالِ بَيْنَ يَدَيْهِ (فَيَصِيرُ بِهِ) أَيْ بِالسُّوقِ (مُحْرَمًا
لِاتِّصَالِ النَّيَةِ بِفِعْلٍ هُوَ مِنْ خَصَائِصِ الْإِحْرَامِ) فَحَصَلَ الْإِجَابَةُ لَنِي أَوْ لَمْ يُلْبَسْ، وَإِنَّمَا قَالَ
بَدَنَةً لِأَنَّ الْغَنَمَ لَا تُقْلَدُ، وَهَذَا لِأَنَّ التَّقْلِيدَ لثَلَاثٍ يُمْتَنَعُ مِنَ الْمَاءِ وَالْعَلْفِ إِذَا عَلِمَ أَنَّهُ هَذِي،
وَهَذَا فِيمَا يَغِيبُ عَنْ صَاحِبِهِ كَالْإِبِلِ وَالْبَقَرِ وَالْغَنَمِ لَيْسَ كَذَلِكَ، فَإِنَّهُ إِذَا لَمْ يَكُنْ مَعَهُ
صَاحِبُهُ يَضِيعُ. وَقَوْلُهُ (فَإِنْ قَلَّدَهَا وَبَعَثَ بِهَا) ظَاهِرٌ.

وَكَانَتْ الصَّحَابَةُ مُخْتَلِفِينَ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ عَلَى ثَلَاثَةِ أَقْوَالٍ:
فَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ: إِذَا قَلَّدَهَا صَارَ مُحْرَمًا.

وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ: إِذَا تَوَجَّهَ فِي أَثَرِهَا صَارَ مُحْرَمًا.

وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ: إِذَا أَدْرَكَهَا وَسَاقَهَا صَارَ مُحْرَمًا، فَأَخَذْنَا بِالْمُتَقِينَ وَقُلْنَا إِذَا
أَدْرَكَهَا وَسَاقَهَا صَارَ مُحْرَمًا لِاتِّفَاقِ الصَّحَابَةِ فِي هَذِهِ الْحَالَةِ. وَقَوْلُهُ (فَإِذَا أَدْرَكَهَا
وَسَاقَهَا أَوْ أَدْرَكَهَا) رَدَّدَ بَيْنَ السُّوقِ وَعَدَمِهِ لِأَنَّ الرِّوَايَةَ قَدْ اخْتَلَفَتْ فِيهِ. شَرَطَ فِي
الْمَبْسُوطِ السُّوقَ مَعَ اللُّحُوقِ وَلَمْ يَشْتَرْطِ السُّوقَ بَعْدَ اللُّحُوقِ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ،
وَالْمُصَنَّفُ جَمَعَ بَيْنَ الرِّوَايَتَيْنِ. وَقَوْلُهُ (فَقَدْ اقْتَرَنْتَ نِيَّتَهُ بِعَمَلٍ هُوَ مِنْ خَصَائِصِ الْإِحْرَامِ)
أَمَّا إِذَا سَاقَ الْهَذِي فَظَاهِرٌ وَأَمَّا إِذَا أَدْرَكَ وَلَمْ يَسُقْ وَسَاقَ غَيْرُهُ فَلَأَنَّ فِعْلَ الْوَكِيلِ
بِحَضْرَةِ الْمُوَكَّلِ كَفِعْلِ الْمُوَكَّلِ. وَقَوْلُهُ (إِلَّا فِي بَدَنَةِ الْمُتَعَةِ) اسْتِثْنَاءٌ مِنْ قَوْلِهِ لَمْ يَصِرْ
مُحْرَمًا حَتَّى يَلْحَقَهَا.

قَالَ فِي النَّهَايَةِ: ههنا قيد لا بد من ذكره وهو أنه في بدنة المتعة إنما يصير
محرمًا بالتقليد والتوجه إذا حصل في أشهر الحج، فإن حصل في غير أشهر الحج لا
يصير محرمًا ما لم يدرك الهدي ويسر معه، هكذا في الرقيات لأن تقليد هدي المتعة في
غير أشهر الحج لا يعتد به لأنه فعل من أفعال المتعة، وأفعال المتعة قبل أشهر الحج لا
يُعتد بها فيكون تطوعًا، وفي هدي التطوع ما لم يدرك ويسر معه لا يصير محرمًا،
كذا في الجامع الصغير لقاضي خان. وَقَوْلُهُ (وَجْهَ الْقِيَاسِ مَا ذَكَرْتَاهُ) يُرِيدُ بِهِ قَوْلُهُ لَمْ
يُوجَدْ مِنْهُ إِلَّا مُجَرَّدُ النَّيَةِ إلخ.

وَوَجْهَ الاستِحْسَانِ مَا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ. وَقَوْلُهُ (عَلَى الْإِبْدَاءِ) احْتِزَارُ عَمَّا وَجَبَ جَزَاءً. وَقَوْلُهُ (لَأَنَّهُ مُخْتَصَّ بِمَكَّةَ) دَلِيلُ كَوْنِهِ تُسْكًا. وَقَوْلُهُ (وَيَجِبُ شُكْرًا لِلْجَمْعِ بَيْنَ أَذَاءِ التُّسْكَيْنِ) يَبَيِّنُ اخْتِصَاصَهُ بِمَكَّةَ لِأَنَّ الْجَمْعَ بَيْنَ التُّسْكَيْنِ لَا يَكُونُ إِلَّا بِمَكَّةَ فَكَانَ هَذِي الْمُنْعَةُ مُخْتَصًّا بِمَكَّةَ (وَعِغْرُهُ قَدْ يَجِبُ بِالْجِنَايَةِ) بِأَنْ أَصَابَ صَيْدًا قَبْلَ وَصُولِهِ إِلَى مَكَّةَ.

(فَإِنْ جَلَّلَ بَدَنَتَهُ أَوْ أَشْعَرَهَا أَوْ قَلَّدَ شَاةً لَمْ يَكُنْ مُحَرِّمًا) لِأَنَّ التَّجْلِيلَ لِدَفْعِ الْحَرِّ وَالْبَرْدِ وَالذُّبَابِ فَلَمْ يَكُنْ مِنْ خَصَائِصِ الْحَجِّ. وَالْإِشْعَارُ مَكْرُوهٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى فَلَا يَكُونُ مِنَ التُّسْكِ فِي شَيْءٍ. وَعِنْدَهُمَا إِنْ كَانَ حَسَنًا فَقَدْ يُفْعَلُ لِلْمُعَالَجَةِ، بِخِلَافِ التَّقْلِيدِ لِأَنَّهُ يَخْتَصُّ بِالْهَدْيِ، وَتَقْلِيدُ الشَّاةِ غَيْرُ مُعْتَادٍ وَلَيْسَ بِسُنَّةٍ أَيْضًا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (فَإِنْ جَلَّلَ بَدَنَتَهُ أَوْ أَشْعَرَهَا) التَّجْلِيلُ: الْبَاسُ الْجَلُّ، وَإِشْعَارُ الْبَدَنَةِ: إِعْلَامُهَا بِشَيْءٍ أَتَى هَدْيً، مِنَ الشُّعَارِ: وَهُوَ الْعَلَامَةُ، وَكَلَامُهُ وَاضِحٌ.

قَالَ: (وَالْبَدَنُ مِنَ الْإِبِلِ وَالْبَقَرِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: مِنَ الْإِبِلِ خَاصَّةً لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ فِي حَدِيثِ الْجُمُعَةِ «فَالْمَتَمَجِّلُ مِنْهُمْ كَالْمُهْدِي بَدَنَتَهُ، وَالَّذِي يَلِيهِ كَالْمُهْدِي بَقَرَةً»^(١) فَصَلَ بَيْنَهُمَا.

وَلَمَّا أَنَّ الْبَدَنَةَ ثَنِيَّةٌ عَنِ الْبَدَانَةِ وَهِيَ الضَّخَامَةُ، وَقَدْ اشْتَرَكَا فِي هَذَا الْمَعْنَى وَلِهَذَا يُجْزِي كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَنْ سَبْعَةٍ. وَالصَّحِيحُ مِنَ الرُّوَايَةِ فِي الْحَدِيثِ «كَالْمُهْدِي جَزُورًا» وَاللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَالصَّحِيحُ مِنَ الرُّوَايَةِ فِي الْحَدِيثِ «كَالْمُهْدِي جَزُورًا» يَعْنِي فِي مَوْضِعِ الْبَدَنَةِ: وَلَئِنْ ثَبَّتَ تِلْكَ الرُّوَايَةَ الَّتِي رَوَاهَا. قُلْنَا: التَّمْيِيزُ مِنْ حَيْثُ الْحُكْمُ بِالْعَطْفِ لَا يَدُلُّ عَلَى اخْتِلَافِ الْجِنْسِيَّةِ، وَكَذَا التَّخْصِصُ بِاسْمٍ خَاصٍّ لَا يَمْنَعُ الدُّخُولَ تَحْتَ اسْمِ الْعَامِّ كَمَا فِي قَوْلِهِ تَعَالَى ﴿مَنْ كَانَ عَدُوًّا لِلَّهِ وَمَلَائِكَتِهِ وَرُسُلِهِ وَجِبْرِيلَ وَمِيكَالَ﴾ [البقرة: ٩٨].

(١) أخرجه البخاري في الجمعة باب ٤، ومسلم في الجمعة حديث ١٠.

باب القرآن

(الْقِرَانُ أَفْضَلُ مِنَ التَّمَتُّعِ وَالْإِفْرَادِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: الْإِفْرَادُ أَفْضَلُ. وَقَالَ مَالِكٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: التَّمَتُّعُ أَفْضَلُ مِنَ الْقِرَانِ لِأَنَّهُ ذِكْرٌ فِي الْقِرَانِ وَلَا ذِكْرَ لِلْقِرَانِ فِيهِ. وَلِلشَّافِعِيِّ قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «الْقِرَانُ رُخْصَةٌ»^(١) وَلِأَنَّهُ فِي الْإِفْرَادِ زِيَادَةُ التَّلْبِيَةِ وَالسَّفَرِ وَالْحَلَقِ. وَلَنَا قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «يَا آلَ مُحَمَّدٍ أَهْلُوا بِحَجَّتِي وَعُمْرَةٍ مَعًا»^(٢) وَلِأَنَّهُ فِيهِ جَمْعًا بَيْنَ الْعِبَادَتَيْنِ فَأَشْبَهَ الصَّوْمَ مَعَ الْإِعْتِكَافِ وَالْحِرَاسَةِ فِي سَبِيلِ اللَّهِ مَعَ صَلَاةِ اللَّيْلِ. وَالتَّلْبِيَةُ غَيْرُ مَحْصُورَةٍ وَالسَّفَرُ غَيْرُ مَقْصُودٍ، وَالْحَلَقُ خُرُوجٌ عَنِ الْعِبَادَةِ فَلَا تَرْجِيحَ بِمَا ذُكِرَ.

وَالْمَقْصِدُ بِمَا رُوِيَ نَفْيُ قَوْلِ أَهْلِ الْجَاهِلِيَّةِ إِنَّ الْعُمْرَةَ فِي أَشْهُرِ الْحَجِّ مِنْ أَفْجَرِ الضُّجُورِ. وَلِلْقِرَانِ ذِكْرٌ فِي الْقُرْآنِ لِأَنَّ الْمُرَادَ مِنْ قَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَأَتِمُّوا الْحَجَّ وَالْعُمْرَةَ لِلَّهِ﴾ [البقرة: ١٩٦] أَنَّ يُحْرَمَ بِهِمَا مِنْ ذَوِيرَةِ أَهْلِهِ عَلَى مَا رَوَيْنَا مِنْ قَبْلُ. ثُمَّ فِيهِ تَعْجِيلُ الْإِحْرَامِ وَاسْتِدَامَةُ إِحْرَامِهِمَا مِنَ الْمَيْقَاتِ إِلَى أَنْ يَفْرُغَ مِنْهُمَا، وَلَا كَذَلِكَ التَّمَتُّعُ فَكَانَ الْقِرَانُ أَوْلَى مِنْهُ. وَقِيلَ الْاِخْتِلَافُ بَيْنَنَا وَبَيْنَ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ بِنَاءً عَلَى أَنَّ الْقَارِنَ عِنْدَنَا يَطُوفُ طَوَافَيْنِ وَيَسْعَى سَعْيَيْنِ، وَعِنْدَهُ طَوَافًا وَاحِدًا وَسَعْيًا وَاحِدًا.

الشرح:

(بَابُ الْقِرَانِ): لَمَّا فَرَّغَ مِنْ ذِكْرِ الْمُرَدِّ شَرَعَ فِي بَيَانِ الْمُرَكَّبِ وَهُوَ الْقِرَانُ وَالتَّمَتُّعُ، إِلَّا أَنَّ الْقِرَانُ أَفْضَلُ مِنَ التَّمَتُّعِ فَقَدَّمَهُ فِي الذِّكْرِ. اعْلَمْ أَنَّ الْمُحْرَمَ عَلَى أَرْبَعَةِ أَنْوَاعٍ: مُفْرَدٌ بِالْحَجِّ وَقَدْ ذَكَرْتَاهُ، وَمُفْرَدٌ بِالْعُمْرَةِ وَهُوَ مَنْ يَتَوَيَّ الْعُمْرَةَ بَقَلْبِهِ وَيَقُولُ: لَيْتَكَ بِعُمْرَةٍ ثُمَّ يَأْتِي بِأَفْعَالِهَا، وَقَارِنٌ وَهُوَ مَنْ يَجْمَعُ بَيْنَ الْعُمْرَةِ وَالْحَجِّ فَيَتَوَيَّهِمَا وَيَقُولُ: لَيْتَكَ بِحَجَّةٍ وَعُمْرَةٍ وَيَأْتِي بِأَفْعَالِ الْعُمْرَةِ ثُمَّ بِأَفْعَالِ الْحَجِّ مِنْ غَيْرِ تَحْلُلٍ بَيْنَهُمَا، وَمَتَمَّتْعٌ وَهُوَ مَنْ يَأْتِي بِأَفْعَالِ الْعُمْرَةِ فِي أَشْهُرِ الْحَجِّ أَوْ بِأَكْثَرِ طَوَافِهَا ثُمَّ يُحْرِمُ بِالْحَجِّ وَيَحُجُّ مِنْ عَامِهِ ذَلِكَ عَلَى وَصْفِ الصَّحَّةِ مِنْ غَيْرِ أَنْ يُلَمَّ بِأَهْلِهِ إِلْمَامًا صَحِيحًا. وَالْقِرَانُ أَفْضَلُ مِنْ هَذِهِ الْأَقْسَامِ عِنْدَنَا، (وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: الْإِفْرَادُ) أَيُّ إِفْرَادُ كُلِّ

(١) قال الزيلعي في نصب الراية (١١٤/٣): غريب جدًا.

(٢) أخرجه الطحاوي في شرح الآثار (٣٧٩/١). وانظر نصب الراية (١١٤/٣).

وَاحِدٍ مِنَ الْحَجِّ وَالْعُمْرَةِ بِإِحْرَامٍ عَلَى حِدَةٍ أَفْضَلُ، وَقَالَ مَالِكٌ: التَّمَتُّعُ أَفْضَلُ مِنَ الْقِرَانِ لِأَنَّهُ ذِكْرًا فِي الْقُرْآنِ قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿فَمَنْ تَمَتَّعَ بِالْعُمْرَةِ إِلَى الْحَجِّ﴾، (وَلَا ذِكْرَ لِلْقِرَانِ فِيهِ) وَلِلشَّافِعِيِّ حَدِيثُ عَائِشَةَ: «إِنَّمَا أَجْرُكَ عَلَى قَدْرِ نَصَبِكَ» وَإِنَّمَا الْقِرَانُ رُخْصَةٌ وَالْإِفْرَادُ عَزِيمَةٌ وَالْأَخْذُ بِالْعَزِيمَةِ أَوْلَى (وَلَأَنَّ فِي الْإِفْرَادِ زِيَادَةَ الْإِحْرَامِ وَالسَّفَرِ وَالْحَلْقِ) فَإِنَّ الْقَارِنَ يُؤَدِّي التُّسْكِينَ بِسَفَرٍ وَاحِدٍ وَيُلْبِي لهُمَا ثَلَاثَةَ وَاحِدَةٍ وَيَحْلُقُ مَرَّةً وَاحِدَةً، وَالْمُفْرَدُ يُؤَدِّي كُلُّ نُسْكَ بِصِفَةِ الْكَمَالِ وَالْأَخْذُ بِصِفَةِ الْكَمَالِ أَوْلَى (وَلَنَا) مَا رَوَى الطَّحَاوِيُّ فِي شَرْحِهِ لِلْآثَارِ أَنَّهُ ﷺ قَالَ: «يَا آلَ مُحَمَّدٍ أَهْلُوا بِحَجَّةٍ وَعُمْرَةٍ مَعًا» وَلَأَنَّ فِي الْقِرَانِ جَمْعًا بَيْنَ الْعِبَادَتَيْنِ وَذَلِكَ أَفْضَلُ كَمَا إِذَا جَمَعَ بَيْنَ الصَّوْمِ وَالْإِعْتِكَافِ وَبَيْنَ الْحِرَاسَةِ فِي سَبِيلِ اللَّهِ لِحِمَايَةِ الْغَزَاةِ بِاللَّيْلِ وَالصَّلَاةِ فِيهِ. وَقَوْلُهُ (وَالثَّلَاثَةُ غَيْرُ مَحْصُورَةٍ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ وَلَأَنَّ فِيهِ زِيَادَةَ الثَّلَاثَةِ، وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ الْمُفْرَدَ كَمَا يُكَرَّرُ الثَّلَاثَةَ مَرَّةً بَعْدَ أُخْرَى، فَكَذَلِكَ الْقَارِنُ فَيَجُوزُ أَنْ تَقَعَ ثَلَاثَةُ الْقَارِنِ أَكْثَرَ مِنْ ثَلَاثَةِ الْمُفْرَدِ. وَقَوْلُهُ (وَالسَّفَرُ غَيْرُ مَقْصُودٍ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ وَالسَّفَرُ.

وَوَجْهُهُ أَنَّ الْمَقْصُودَ هُوَ الْحَجُّ وَالسَّفَرُ وَسَبِيلُهُ إِلَيْهِ فَلَا يُوجِبُ عَدَمُهُ نَقْصًا فِي الْحَجِّ، وَذَلِكَ لِأَنَّهُ يَتَقَدَّمُ عَلَى الْإِحْرَامِ فَعَدَمُهُ لَا يُوجِبُ نَقْصًا فِيهِ. وَقَوْلُهُ (وَالْحَلْقُ خُرُوجٌ عَنِ الْعِبَادَةِ) يَعْنِي فَلَا يُؤْتَرُ فِيهَا لِتَرْجَحَ بِهِ. وَقَوْلُهُ (وَالْمَقْصِدُ بِمَا رُوِيَ) يَعْنِي قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «الْقِرَانُ رُخْصَةٌ» (نَفْيُ قَوْلِ أَهْلِ الْجَاهِلِيَّةِ: إِنَّ الْعُمْرَةَ فِي أَشْهُرِ الْحَجِّ مِنْ أَفْجَرِ الْفُجُورِ) أَيِ مِنْ أَسْوَأِ السَّيِّئَاتِ، وَلَيْسَ الْمُرَادُ بِالرُّخْصَةِ مَا هُوَ الْمُصْطَلَحُ لِأَنَّ الْقِرَانَ عَزِيمَةٌ، وَإِنَّمَا الْمُرَادُ بِهِ التَّوَسُّعُ وَذَلِكَ لِأَنَّ أَشْهُرَ الْحَجِّ قَبْلَ الْإِسْلَامِ كَانَتْ لِلْحَجِّ، فَأَدْخَلَ اللَّهُ تَعَالَى الْعُمْرَةَ فِي أَشْهُرِ الْحَجِّ إِسْقَاطًا لِلسَّفَرِ الْجَدِيدِ عَنِ الْغُرَبَاءِ، فَكَانَ اجْتِمَاعُهُمَا فِي وَقْتٍ وَاحِدٍ تَوْسِيعَةً عَلَى النَّاسِ فَسَمَّاهُ رُخْصَةً.

وَيَجُوزُ أَنْ يُرَادَ بِهَا الْمُصْطَلَحُ وَيَكُونُ رُخْصَةً إِسْقَاطَ كَشَطْرِ الصَّلَاةِ فِي السَّفَرِ، وَالرُّخْصَةُ فِي مِثْلِهِ عَزِيمَةٌ عِنْدَنَا. وَقَوْلُهُ (وَالْقِرَانُ ذِكْرٌ فِي الْقُرْآنِ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِ مَالِكٍ (لَأَنَّ الْمُرَادَ بِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَأَتُمُوا الْحَجَّ وَالْعُمْرَةَ لِلَّهِ﴾ [البقرة: ١٩٦] أَنَّ يُحْرَمَ بِهِمَا مِنْ ذَوْبَةِ أَهْلِهِ عَلَى مَا رَوَيْنَا مِنْ قَبْلُ) يَعْنِي فِي فَصْلِ الْمَوَاقِيتِ.

وَقَوْلُهُ (تَمَّ فِيهِ) أَيِ فِي الْقِرَانِ شُرُوعٌ فِي التَّرْجِيحِ بَعْدَ تَمَامِ الْجَوَابِ.

فَإِنْ قِيلَ: الْمَأْمُورُ بِالْحَجِّ إِذَا قَرَنَ يَصِيرُ مُخَالَفًا، وَلَوْ كَانَ الْقِرَانُ أَفْضَلَ لَمَا كَانَ مُخَالَفًا، لِأَنَّهُ أَتَى بِالْمَأْمُورِ بِهِ مَعَ زِيَادَةٍ.

أَجِيبَ بِأَنَّهُ مَأْمُورٌ بِصَرْفِ التَّفَقُّعِ إِلَى عِبَادَةٍ تَقَعُ لِلْأَمْرِ عَلَى الْخُلُوصِ وَهِيَ إِفْرَادُ الْحَجِّ لَهُ وَقَدْ صَرَفَهَا إِلَى عِبَادَةٍ تَقَعُ لِلْأَمْرِ وَعِبَادَةٍ تَقَعُ لِنَفْسِهِ فَكَانَ مُخَالَفًا. وَلِقَائِلِ أَنْ يَقُولَ هَلْ دَخَلَ فِي الْمَأْمُورِ بِهِ تَقْصُّصٌ بِالْقِرَانِ أَوْ لَا؟ فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ فَلَيْسَ الْقِرَانُ أَفْضَلَ، وَإِنْ كَانَ الثَّانِي فَلَا يَكُونُ مُخَالَفًا. وَيُمْكِنُ أَنْ يُجَابَ عَنْهُ بِأَنَّهُ دَخَلَ تَقْصُّصٌ، وَالْقِرَانُ الْأَفْضَلُ الَّذِي كَانَ الْعِبَادَتَانِ فِيهِ لِشَخْصٍ وَاحِدٍ لِأَنَّهُ فِيهِ الْجَمْعُ بَيْنَ النَّسَكَيْنِ حَقِيقَةً. وَقَوْلُهُ (وَقِيلَ الْاِخْتِلَافُ يَنْبَغِي أَنْ التَّرَاعُ لَفْظِيٌّ،

قَالَ: (وَصِفَةُ الْقِرَانِ أَنْ يَهْلَ بِالْعُمْرَةِ وَالْحَجِّ مَعًا مِنَ الْمِيقَاتِ وَيَقُولُ عَقِيبُ الصَّلَاةِ: اللَّهُمَّ إِنِّي أُرِيدُ الْحَجَّ وَالْعُمْرَةَ فَيُسَرِّهُمَا لِي وَتَقْبَلُهُمَا مِنِّي) لِأَنَّ الْقِرَانَ هُوَ الْجَمْعُ بَيْنَ الْحَجِّ وَالْعُمْرَةِ مِنْ قَوْلِكَ قَرَنْتَ الشَّيْءَ بِالشَّيْءِ إِذَا جَمَعْتَ بَيْنَهُمَا، وَكَذَا إِذَا ادْخَلَ حَجَّةً عَلَى عُمْرَةٍ قَبْلَ أَنْ يَطُوفَ لَهَا أَرْبَعَةَ أَشْوَاطٍ لِأَنَّ الْجَمْعَ قَدْ تَحَقَّقَ إِذَا أَكْثَرُ مِنْهَا قَائِمٌ، وَمَتَى عَزَمَ عَلَى أَدَائِهِمَا يَسْأَلُ التَّيْسِيرَ فِيهِمَا وَقَدَّمَ الْعُمْرَةَ عَلَى الْحَجِّ فِيهِ وَلِذَلِكَ يَقُولُ: لَبَّيْكَ بِعُمْرَةٍ وَحَجَّةٍ مَعًا لِأَنَّهُ يَبْدَأُ بِأَفْعَالِ الْعُمْرَةِ فَكَذَلِكَ يَبْدَأُ بِذِكْرِهَا، وَإِنْ أَخَّرَ ذَلِكَ فِي الدُّعَاءِ وَالتَّلْبِيَةِ لَا بَأْسَ بِهِ لِأَنَّ الْوَاوَ لِلْجَمْعِ، وَلَوْ ذَوَى بِقَلْبِهِ وَلَمْ يَذْكُرْهُمَا فِي التَّلْبِيَةِ أَجْزَاءً عَتَبَارًا بِالصَّلَاةِ (فَإِذَا دَخَلَ مَكَّةَ ابْتَدَأَ فَطَافَ بِالْبَيْتِ سَبْعَةَ أَشْوَاطٍ يَرْمِلُ فِي الثَّلَاثِ الْأَوَّلِ مِنْهَا، وَيَسْعَى بَعْدَهَا بَيْنَ الصَّفَا وَالْمَرْوَةِ، وَهَذِهِ أَفْعَالُ الْعُمْرَةِ، ثُمَّ يَبْدَأُ بِأَفْعَالِ الْحَجِّ فَيَطُوفُ طَوَافَ الْقُدُومِ سَبْعَةَ أَشْوَاطٍ وَيَسْعَى بَعْدَهُ كَمَا بَيْنَا فِي الْمَفْرَدِ) وَيَقْدُمُ أَفْعَالُ الْعُمْرَةِ لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿فَمَنْ تَمَتَّعَ بِالْعُمْرَةِ إِلَى الْحَجِّ﴾ [البقرة: ١٩٦] وَالْقِرَانُ فِي مَعْنَى الْمُتَمَتَّعِ وَلَا يَحِلُّ بَيْنَ الْعُمْرَةِ وَالْحَجِّ لِأَنَّ ذَلِكَ جِنَايَةٌ عَلَى إِحْرَامِ الْحَجِّ، وَإِنَّمَا يَحِلُّ فِي يَوْمِ النَّحْرِ كَمَا يَحِلُّ الْمَفْرَدُ، وَيَتَحَلَّلُ بِالْحَلْقِ عِنْدَنَا لَا بِالذَّبْحِ كَمَا يَتَحَلَّلُ الْمَفْرَدُ ثُمَّ هَذَا مَذْهَبُنَا.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: يَطُوفُ طَوَافًا وَاحِدًا وَيَسْعَى سَعْيًا وَاحِدًا لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «دَخَلْتَ الْعُمْرَةَ فِي الْحَجِّ إِلَى يَوْمِ الْقِيَامَةِ»^(١) وَلِأَنَّ مَبْنَى الْقِرَانِ عَلَى

(١) أخرجه مسلم في الحج (حديث ١٤٧)، وأبو داود (١٧٩٠)، والترمذي في الحج باب ٨٩

التَّداخُلُ حَتَّى اكْتَفَى فِيهِ بِتَلْبِيَةِ وَاحِدَةٍ وَسَفَرٍ وَاحِدٍ وَحَلَقٍ وَاحِدٍ فَكَذَلِكَ فِي الْأَرْكَانِ. وَلَمَّا أَتَاهُ طَافَ صَبِيُّ بْنُ مَعْبُدٍ طَوَافَيْنِ وَسَعَى سَعِيَيْنِ قَالَ لَهُ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُ: هَدَيْتَ لِسُنَّتِ نَبِيِّكَ، وَلَأنَّ الْقِرَانَ ضَمُّ عِبَادَةٍ إِلَى عِبَادَةٍ وَذَلِكَ إِنَّمَا يَتَحَقَّقُ بِأَدَاءِ عَمَلٍ كُلِّ وَاحِدٍ عَلَى الْكَمَالِ، وَلَأنَّهُ لَا تَدَاخُلَ فِي الْعِبَادَاتِ. وَالسَّفَرُ لِلتَّوَسُّلِ، وَالتَّلْبِيَةُ لِلتَّحْرِيمِ، وَالْحَلَقُ لِلتَّحَلُّلِ، فَلَيْسَتْ هَذِهِ الْأَشْيَاءُ بِمَقَاصِدَ، بِخِلَافِ الْأَرْكَانِ، أَلَا تَرَى أَنَّ شَفْعِي التَّطَوُّعَ لَا يَتَدَاخِلَانِ وَبِتَحْرِيمَةٍ وَاحِدَةٍ يُؤَدِّيَانِ وَمَعْنَى مَا رَوَاهُ دَخَلَ وَقْتُ الْعُمْرَةِ فِي وَقْتِ الْحَجِّ.

الشرح:

قَالَ: (وَصَفَةُ الْقِرَانِ أَنْ يُهْلَ بِالْعُمْرَةِ وَالْحَجِّ مَعًا مِنْ الْمِيقَاتِ) كَلَامُهُ وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (وَكَذَا إِذَا أَدْخَلَ حَجَّةً عَلَى عُمْرَةٍ قَبْلَ أَنْ يَطُوفَ لَهَا أَرْبَعَةَ أَشْوَاطٍ) يَعْنِي يَكُونُ قَارِنًا فِي هَذِهِ الصُّورَةِ أَيْضًا لَوْجُودِ الْجَمْعِ بَيْنَ الْحَجِّ وَالْعُمْرَةِ، وَصُورَتُهُ أَنْ يُحْرَمَ بِعُمْرَةٍ فَيَطُوفُ لَهَا أَقْلٌ مِنْ أَرْبَعَةِ أَشْوَاطٍ ثُمَّ أَحْرَمَ بِحَجَّةٍ، وَلَوْ طَافَ لَهَا أَرْبَعَةٌ لَا يَصِيرُ قَارِنًا بِالْإِجْمَاعِ.

وَقَوْلُهُ (وَإِنْ أَخَّرَ ذَلِكَ) أَيَّ ذَكَرَ الْعُمْرَةَ (فِي الدُّعَاءِ وَالتَّلْبِيَةِ) بِأَنْ يَقُولَ: اللَّهُمَّ إِنِّي أُرِيدُ الْحَجَّ وَالْعُمْرَةَ وَلَيْتَكَ بِحَجَّةٍ وَعُمْرَةٍ (لَا بَأْسَ بِذَلِكَ لِأَنَّ الْوَاوَ لِلْجَمْعِ) وَلَكِنْ تَقْدِيمَ ذِكْرِهَا فِيهِمَا جَمِيعًا أَوَّلَى لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَدَّمَ ذِكْرَهَا فِي قَوْلِهِ ﴿فَمَنْ تَمَتَّعَ بِالْعُمْرَةِ إِلَى الْحَجِّ﴾ وَكَلِمَةُ إِلَى لِلْغَايَةِ (وَلَأنَّهُ يَبْدَأُ بِأَفْعَالِ الْعُمْرَةِ فَكَذَا يَبْدَأُ بِذِكْرِهَا) وَقَوْلُهُ (اعْتِبَارًا بِالصَّلَاةِ) يَعْنِي أَنَّ الذِّكْرَ بِاللِّسَانِ لَمْ يَكُنْ شَرْطًا فِيهَا وَإِنَّمَا الشَّرْطُ أَنْ يَعْلَمَ بِقَلْبِهِ أَيَّ صَلَاةٍ هِيَ فَكَذَلِكَ هَذَا. وَقَوْلُهُ (فَإِذَا دَخَلَ) يَعْنِي الْقَارِنُ بَيَانٌ لِكَيْفِيَّةِ الْعَمَلِ.

وَقَوْلُهُ: (وَالْقِرَانُ فِي مَعْنَى الْمُتَعَةِ) يَعْنِي أَنَّ النَّصَّ وَرَدَ بِتَقْدِيمِ أَفْعَالِ الْعُمْرَةِ عَلَى أَفْعَالِ الْحَجِّ فِي التَّمَتُّعِ وَالْقِرَانُ فِي مَعْنَاهُ لِأَنَّ فِي كُلِّ مِنْهُمَا جَمْعًا بَيْنَ التُّسْكِينِ فِي سَفَرٍ فَيَكُونُ وَارِدًا فِيهِ أَيْضًا دَلَالَةً. وَقَوْلُهُ (عِنْدَنَا) احْتِرَازٌ عَنْ مَذْهَبِ الشَّافِعِيِّ فَإِنَّهُ يَتَحَلَّلُ عِنْدَهُ بِالذَّبْحِ.

وَقِيلَ لَيْسَ هَذَا بِمَشْهُورٍ عَنِ الشَّافِعِيِّ وَإِنَّمَا الْمَشْهُورُ عَنْهُ أَنَّهُ يَتَحَلَّلُ بِرَمِي جَمْرَةِ

الْعَقَبَةِ. وَقَوْلُهُ (ثُمَّ هَذَا مَذْهَبُنَا) أَيُّ إِثْبَانِ الْقَارِنِ بِأَفْعَالِ الْعُمْرَةِ وَأَفْعَالِ الْحَجِّ جَمِيعًا هُوَ مَذْهَبُنَا (وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يَطُوفُ طَوَافًا وَاحِدًا وَيَسْعَى سَعْيًا وَاحِدًا لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «دَخَلْتُ الْعُمْرَةَ فِي الْحَجِّ إِلَى يَوْمِ الْقِيَامَةِ» فَيَكْتَفِي بِأَفْعَالِ الْحَجِّ عَنْ أَفْعَالِ الْعُمْرَةِ وَإِلَّا لَا تَكُونُ الْعُمْرَةُ دَاخِلَةً (وَلَأَنَّ مَبْنَى الْقِرَانِ عَلَى التَّدَاخُلِ حَتَّى أَكْتَفِيَ بِتَلْيِيزَةِ وَاحِدَةٍ وَسَفَرٍ وَاحِدٍ وَحَلْقٍ وَاحِدٍ) وَهَذَا بِنَاءٌ عَلَى أَنَّ الْإِحْرَامَ عِنْدَهُ مِنْ أَرْكَانِ الْحَجِّ وَالرُّكْنَانِ مِنْ عِبَادَتَيْنِ لَا يَتَصَوَّرُ تَأْدِيَهُمَا فِي وَقْتٍ وَاحِدٍ فِي حَالَةٍ وَاحِدَةٍ، وَحَيْثُ جَاءَ الشَّرْعُ بِالْقِرَانِ دَلٌّ عَلَى التَّدَاخُلِ، فَكَمَا وَجَدَ التَّدَاخُلُ فِي الْإِحْرَامِ يَجِبُ أَنْ يَكُونَ فِي الطَّوَافِ وَالسَّعْيِ أَيْضًا مَوْجُودًا دَفْعًا لِلتَّحْكُمِ، وَعَلَى هَذَا التَّفْصِيلِ يَكُونُ مَعْنَى قَوْلِهِ فَكَذَلِكَ فِي الْأَرْكَانِ: أَيُّ فِي بَقِيَّةِ الْأَرْكَانِ.

وَقَوْلُهُ (وَلَنَا أَنَّهُ لَمَّا طَافَ صَبِيُّ بَنٍ مَعْبُدٍ ظَاهِرًا. وَقَوْلُهُ (وَلَأَنَّهُ لَا تَدْخُلُ فِي الْعِبَادَاتِ) مَنْقُوضٌ بِسَجْدَةِ التَّلَاوَةِ فَإِنَّهَا عِبَادَةٌ وَفِيهَا التَّدَاخُلُ، وَأَجِيبَ بِأَنَّ الْمُرَادَ الْعِبَادَةَ الْمَقْصُودَةَ وَالسَّجْدَةَ لَيْسَتْ كَذَلِكَ، وَبِأَنَّ التَّدَاخُلَ فِيهَا لِدَفْعِ الْحَرَجِ عَلَى خِلَافِ الْقِيَاسِ فَلَا يُقَاسُ عَلَيْهَا وَلَا يُلْحَقُ بِهَا الْحَجُّ، لِأَنَّهُ لَيْسَ فِي مَعْنَاهَا فِي وُجُودِ الْحَرَجِ.

وَقَوْلُهُ: (وَالسَّفَرُ لِلتَّوَسُّلِ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ حَتَّى أَكْتَفِيَ فِيهِ بِتَلْيِيزَةِ وَاحِدَةٍ إلخ. لَا يُقَالُ: قَوْلُهُ: وَالسَّفَرُ لِلتَّوَسُّلِ وَالتَّلْيِيزَةُ لِلتَّحَرُّمِ وَالْحَلْقُ لِلتَّحَلُّلِ وَقَعَ تَكَرُّرًا فِي ذَلِيلِ الْحَصْمِ وَفِي الْجَوَابِ عَنْهُ لَتَقَدَّمَ ذِكْرُهُ فِي أَوَّلِ الْبَابِ مَرَّةً لِأَنَّهُ ذَكَرَ هُنَاكَ بِاعْتِبَارِ كَوْنِ الْإِفْرَادِ أَفْضَلَ، وَهَهُنَا بِاعْتِبَارِ إِفْرَادِ الطَّوَافِ وَالسَّعْيِ فَيُحْتَاجُ إِلَى الْجَوَابِ عَنْهُ بِالْإِعْتِبَارَيْنِ، وَمِثْلُهُ مِنَ التَّكَرُّارِ لَيْسَ بِمُنْكَرٍ. وَقَوْلُهُ (وَمَعْنَى مَا رَوَاهُ) يَعْنِي قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «دَخَلْتُ الْعُمْرَةَ فِي الْحَجِّ» (دَخَلَ وَقْتُ الْعُمْرَةِ) لَمَّا ذَكَرْنَا أَنَّهُمْ كَانُوا يَجْعَلُونَ أَشْهُرَ الْحَجِّ قَبْلَ الْإِسْلَامِ لِلْحَجِّ فَأَدْخَلَ اللَّهُ وَقْتَ الْعُمْرَةِ فِي وَقْتِ الْحَجِّ إِسْقَاطًا لِلسَّفَرِ الْجَدِيدِ عَنْ الْعُرْبَاءِ تَوْسِعَةً.

قَالَ: (فَإِنَّ طَوَافَ طَوَافَيْنِ لِعُمْرَتِهِ وَحَجَّتِهِ وَسَعَى سَعْيَيْنِ يُجْزِيهِ) لِأَنَّهُ أَتَى بِمَا هُوَ الْمُسْتَحَقُّ عَلَيْهِ وَقَدْ أَسَاءَ بِتَأْخِيرِ سَعْيِ الْعُمْرَةِ وَتَقْدِيمِ طَوَافِ التَّحِيَّاتِ عَلَيْهِ وَلَا يَلْزَمُهُ شَيْءٌ. أَمَّا عِنْدَهُمَا فَظَاهِرٌ لَأَنَّ التَّقْدِيمَ وَالتَّأْخِيرَ فِي الْمَنَاسِكِ لَا يُوجِبُ الدَّمَ عِنْدَهُمَا. وَعِنْدَهُ طَوَافُ التَّحِيَّاتِ سُنَّةٌ وَتَرْكُهُ لَا يُوجِبُ الدَّمَ فَتَقْدِيمُهُ أَوْلَى. وَالسَّعْيُ بِتَأْخِيرِهِ

بِالِاسْتِغَالِ بِعَمَلٍ آخَرَ لَا يُوجِبُ الدَّمَ فَكَذَا بِالِاسْتِغَالِ بِالطَّوَافِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَإِنْ طَافَ طَوَافَيْنِ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (وَالسَّعْيُ بِتَأْخِيرِهِ) يَعْنِي أَنْ تَأْخِيرَ سَعْيَ الْعُمْرَةِ (بِالِاسْتِغَالِ بِعَمَلٍ آخَرَ) كَالْأَكْلِ وَالنُّومِ، وَإِنْ كَانَ يَوْمًا (لَا يُوجِبُ الدَّمَ فَكَذَا بِالِاسْتِغَالِ بِطَوَافِ التَّحِيَّةِ)

قَالَ (وَإِذَا رَمَى الْجَمْرَةَ يَوْمَ النَّحْرِ ذَبَحَ شَاةً أَوْ بَقْرَةً أَوْ بَدَنَةً أَوْ سُبُعَ بَدَنَةٍ فَهَذَا دَمُ الْقِرَانِ) لِأَنَّهُ فِي مَعْنَى الْمُتَعَتِ وَالْهَدْيِ مَنْصُوصٌ عَلَيْهِ فِيهَا، وَالْهَدْيُ مِنَ الْإِبِلِ وَالْبَقَرِ وَالْغَنَمِ عَلَى مَا تَذَكَّرُهُ فِي بَابِهِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى، وَأَرَادَ بِالْبَدَنَةِ هَهُنَا الْبَعِيرَ وَإِنْ كَانَ اسْمُ الْبَدَنَةِ يَقَعُ عَلَيْهِ وَعَلَى الْبَقَرَةِ عَلَى مَا ذَكَّرْنَا، وَكَمَا يَجُوزُ سُبُعُ الْبَعِيرِ يَجُوزُ سُبُعُ الْبَقَرَةِ (فَإِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ مَا يَذْبَحُ صَامَ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ فِي الْحَجِّ آخِرُهَا يَوْمَ عَرَفَتِهِ، وَسَبْعَةَ أَيَّامٍ إِذَا رَجَعَ إِلَى أَهْلِهِ) لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ فِي الْحَجِّ وَسَبْعَةٍ إِذَا رَجَعْتُمْ تِلْكَ عَشْرَةٌ كَامِلَةٌ﴾ [البقرة: ١٩٦] فَالْأَصْلُ وَإِنْ وَرَدَ فِي التَّمَنُّعِ فَالْقِرَانُ مِثْلُهُ لِأَنَّهُ مُرْتَفِقٌ بِأَدَاءِ النُّسُكَيْنِ.

وَالْمُرَادُ بِالْحَجِّ وَاللَّهُ أَعْلَمُ وَقْتُهُ لِأَنَّهُ نَفْسُهُ لَا يَصْلُحُ ظَرْفًا، إِلَّا أَنْ الْأَفْضَلَ أَنْ يَصُومَ قَبْلَ يَوْمِ التَّرْوِيَةِ بِيَوْمٍ وَيَوْمِ التَّرْوِيَةِ وَيَوْمَ عَرَفَتِهِ لِأَنَّ الصُّومَ بَدَلٌ عَنِ الْهَدْيِ فَيُسْتَحَبُّ تَأْخِيرُهُ إِلَى آخِرِ وَقْتِهِ رَجَاءً أَنْ يَقْدِرَ عَلَى الْأَصْلِ (وَإِنْ صَامَهَا بِمَكَّةَ بَعْدَ فَرَاحِهِ مِنَ الْحَجِّ جَازٌ وَمَعْنَاهُ بَعْدَ مَضِيِّ أَيَّامِ التَّشْرِيقِ لِأَنَّ الصُّومَ فِيهَا مِنْهِيٌّ عَنْهُ).

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: لَا يَجُوزُ لِأَنَّهُ مُعَلَّقٌ بِالرُّجُوعِ، إِلَّا أَنْ يَنْوِيَ الْمَقَامَ فَحِينَئِذٍ يُجْزِيهِ لَتَعَذُّرِ الرُّجُوعِ. وَلَنَا أَنَّ مَعْنَاهُ رَجَعْتُمْ عَنِ الْحَجِّ: أَيِ فَرَغْتُمْ، إِذِ الْفَرَاعُ سَبَبُ الرُّجُوعِ إِلَى أَهْلِهِ فَكَانَ الْأَدَاءُ بَعْدَ السَّبَبِ فَيَجُوزُ.

الشرح:

قَالَ: (وَإِذَا رَمَى جَمْرَةَ الْعَبَةِ يَوْمَ النَّحْرِ ذَبَحَ شَاةً أَوْ بَقْرَةً أَوْ سُبُعَ بَدَنَةٍ فَهَذَا دَمُ الْقِرَانِ لِأَنَّهُ فِي مَعْنَى الْمُتَعَتِ) لَمَّا تَقَدَّمَ وَالْهَدْيُ مَنْصُوصٌ عَلَيْهِ فِيهَا (بِقَوْلِهِ تَعَالَى) ﴿فَمَنْ تَمَنَّعَ بِالْعُمْرَةِ إِلَى الْحَجِّ فَمَا اسْتَيْسَرَ مِنَ الْهَدْيِ﴾ وَلِهَذَا عَيْنُ الذَّبْحِ هَهُنَا، وَقَالَ فِي الْمَفْرَدِ: ثُمَّ يَذْبَحُ إِنْ أَحَبَّ (وَالْهَدْيُ مِنَ الْإِبِلِ وَالْبَقَرِ وَالْغَنَمِ عَلَى مَا يُذَكَّرُ فِي

بَابِهِ) وَأَرَادَ بِالْبَدَنَةِ ههنا البعير، وَكَأَنَّهُ جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ: أَنتُمْ تَقُولُونَ الْبَدَنَةُ تُطْلَقُ عَلَى الْبَعِيرِ وَالْبَقَرَةِ فَكَيْفَ قَالَ ههنا بَدَنَةً أَوْ بَقَرَةً؟ وَتَقْرِيرُهُ: نَحْنُ لَا نُنْكِرُ جَوَازَ إِطْلَاقِ الْبَدَنَةِ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْ مَعْنِيَتَيْهِ مُفْرَدًا وَههنا كَذَلِكَ.

فَإِنْ قِيلَ: سَلَّمْنَا ذَلِكَ لَكِنَّ الْمَنْصُوصَ عَلَيْهِ هَذِي وَهُوَ اسْمٌ لِمَا يُهْدَى: أَيْ يُنْقَلُ إِلَى الْحَرَمِ وَسَبْعُ الْبَدَنَةِ لَيْسَ كَذَلِكَ، وَلِهَذَا لَوْ قَالَ: إِنْ فَعَلْتَ كَذَا فَعَلِي هَذِي فَفَعَلَ كَانَ عَلَيْهِ مَا اسْتَيْسَرَ مِنَ الْهَدْيِ وَهُوَ شَاةٌ.

فَالْجَوَابُ أَنَّ الْقِيَاسَ مَا ذَكَرْتُمْ، وَلَكِنْ ثَبَتَ جَوَازُ سَبْعِ الْبَدَنَةِ أَوْ الْبَقَرَةِ بِحَدِيثِ جَابِرٍ رضي الله عنه قَالَ: «اشْتَرَكْنَا حِينَ كُنَّا مَعَ النَّبِيِّ صلى الله عليه وسلم فِي الْبَقَرَةِ سَبْعَةً، وَفِي الْبَدَنَةِ سَبْعَةً، وَفِي الشَّاةِ وَاحِدَةً» أَمَّا فِي التَّذَرُّعِ إِذَا نَوَى سَبْعَ بَدَنَةٍ فَلَا رِوَايَةَ فِيهِ، وَعَلَى تَقْدِيرِ التَّسْلِيمِ فَالْفَرْقُ أَنَّ التَّذَرُّعَ يَنْصَرِفُ إِلَى الْمُتَعَارَفِ كَالْيَمِينِ وَبَعْضُ الْهَدْيِ لَيْسَ بِهِدْيٍ غُرْفًا (فَإِذَا لَمْ يَجِدْ مَا يَذْبَحُ صَامَ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ فِي الْحَجِّ) أَيْ فِي وَقْتِهِ بَعْدَ أَنْ أُحْرِمَ بِالْعُمْرَةِ، وَالْأَفْضَلُ أَنْ يَصُومَ قَبْلَ يَوْمِ التَّرْوِيَةِ يَوْمٍ وَيَوْمَ التَّرْوِيَةِ وَيَوْمَ عَرَفَةَ كَمَا ذَكَرَ فِي الْكِتَابِ (وَسَبْعَةً إِذَا رَجَعَ إِلَى أَهْلِهِ لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ فِي الْحَجِّ وَسَبْعَةٍ إِذَا رَجَعْتُمْ﴾ تِلْكَ عَشْرَةٌ كَامِلَةٌ)، وَهَذَا النَّصُّ وَإِنْ وَرَدَ فِي التَّمَتُّعِ لَكِنَّ الْقِرَانَ فِي مَعْنَاهُ كَمَا مَرَّ غَيْرَ مَرَّةٍ، وَالْمُرَادُ بِالرَّجُوعِ إِلَى الْأَهْلِ الْفَرَاغُ مِنَ الْحَجِّ مِنْ بَابِ ذِكْرِ الْمُسَبِّبِ وَهُوَ الرَّجُوعُ وَإِرَادَةُ السَّبَبِ وَهُوَ الْفَرَاغُ (فَكَانَ الْأَدَاءُ بَعْدَ السَّبَبِ فَيَجُوزُ).

وَلِقَائِلٍ أَنْ يَقُولَ: ذَكَرَ الْمُسَبِّبَ وَإِرَادَةُ السَّبَبِ لَا يَصِحُّ فِي الْمَجَازِ كَمَا عُرِفَ فِي الْأَصُولِ. وَالْجَوَابُ أَنَّهُ إِذَا لَمْ يَكُنْ مُخْتَصًّا وَالْفَرَاغُ سَبَبٌ مُخْتَصٌّ بِالرَّجُوعِ فَيَجُوزُ.

فَإِنْ قِيلَ: لَا مَجَازَ إِلَّا بِقَرِينَةٍ فَمَا هِيَ؟ قُلْتُ: إِطْلَاقُ ذِكْرِ الرَّجُوعِ عَنْ ذِكْرِ الْأَهْلِ، وَقَوْلُهُ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ فِي الْحَجِّ فَكَأَنَّهُ قَالَ: وَسَبْعَةً إِذَا رَجَعْتُمْ عَمَّا كُنْتُمْ مُقْبِلِينَ عَلَيْهِ فِيهِ.

قِيلَ: وَفَائِدَةُ الْفَذْلِكَةِ نَفْيُ الْإِبَاحَةِ الَّتِي تُتَوَهَّمُ مِنْ كَلِمَةِ الْوَاوِ فِي قَوْلِهِ ﴿وَسَبْعَةٍ إِذَا رَجَعْتُمْ﴾ كَمَا فِي قَوْلِكَ: جَالَسَ الْحَسَنَ وَابْنَ سِيرِينَ. وَقِيلَ: مَعْنَاهُ كَامِلَةٌ فِي وَقُوعِهَا بَدَلًا مِنَ الْهَدْيِ، وَكَلَامُهُ وَاضِحٌ.

(فَإِنْ فَاتَهُ الصَّوْمُ حَتَّى آتَى يَوْمَ النَّحْرِ لَمْ يُجْزِهِ إِلَّا الدَّمُ). وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: يَصُومُ بَعْدَ هَذِهِ الْأَيَّامِ لِأَنَّهُ صَوْمٌ مُوقَّتٌ فَيَقْضِي كَصَوْمِ رَمَضَانَ.

وَقَالَ مَالِكٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: يَصُومُ فِيهَا لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿فَمَنْ لَمْ يَحِدْ فَصِيَامُ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ فِي الْحَجِّ﴾ وَهَذَا وَقْتُهُ. وَلَنَا التَّهْيُ الْمَشْهُورُ عَنِ الصَّوْمِ فِي هَذِهِ الْأَيَّامِ فَيَتَقَيَّدُ بِهِ النَّصُّ أَوْ يَدْخُلُهُ النِّقْصُ فَلَا يَتَأَدَّى بِهِ مَا وَجَبَ كَامِلًا، وَلَا يُؤَدِّي بَعْدَهَا لِأَنَّ الصَّوْمَ بَدَلٌ وَالْأَبْدَالُ لَا تُنْصَبُ إِلَّا شَرْعًا، وَالنَّصُّ خَصَّهُ بِوَقْتِ الْحَجِّ وَجَوَازِ الدِّمِّ عَلَى الْأَصْلِ.

وَعَنْ عُمَرَ أَنَّهُ أَمَرَ فِي مِثْلِهِ بِذَبْحِ الشَّاةِ، فَلَوْ لَمْ يَقْدِرْ عَلَى الْهَدْيِ تَحَلَّلَ وَعَلَيْهِ دِمَانٌ: دَمُ التَّمَتُّعِ، وَدَمُ التَّحَلُّلِ قَبْلَ الْهَدْيِ.

الشرح:

قَوْلُهُ: (وَقَالَ مَالِكٌ يَصُومُ فِيهَا) يَعْنِي فِي أَيَّامِ التَّشْرِيقِ دُونَ يَوْمِ النَّحْرِ لِأَنَّ الصَّوْمَ فِيهِ لَا يَجُوزُ بِالِاتِّفَاقِ. وَقَوْلُهُ (وَلَنَا التَّهْيُ الْمَشْهُورُ) يَعْنِي قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «أَلَا لَا تَصُومُوا فِي هَذِهِ الْأَيَّامِ» وَقَدْ تَقَدَّمَ، وَفِي التَّعَرُّضِ بِلَفْظِ الْمَشْهُورِ إِشَارَةٌ إِلَى الْجَوَابِ عَمَّا يُقَالُ: النَّصُّ يَدُلُّ عَلَى مَشْرُوعِيَّةِ الصَّوْمِ فِي هَذِهِ الْأَيَّامِ بِقَوْلِهِ ﴿فِي الْحَجِّ﴾ فَلَا يَجُوزُ تَقْيِيدُهُ بِغَيْرِ أَيَّامِ التَّشْرِيقِ بِالْخَبَرِ لِأَنَّهُ نَسَخَ لِلْكِتَابِ، وَتَقْرِيرُ الْجَوَابِ أَنَّ الْخَبَرَ مَشْهُورٌ فَيَجُوزُ التَّقْيِيدُ بِهِ.

وَقَوْلُهُ (أَوْ يَدْخُلُهُ النِّقْصُ) يَعْنِي لَوْ لَمْ يُقَيَّدْ بِهِ فَلَا أَقْلَ مِنْ أَنْ يُورِثَ نَقْصًا، وَمَا وَجَبَ كَامِلًا لَا يَتَأَدَّى نَاقِصًا فَلَا يَتَأَدَّى فِيهَا (وَلَا يُؤَدَّى بَعْدَهَا) أَيُّ بَعْدَ أَيَّامِ التَّشْرِيقِ (لِأَنَّ الصَّوْمَ بَدَلٌ وَالْأَبْدَالُ لَا تُنْصَبُ إِلَّا شَرْعًا) لِأَنَّ الْقِيَاسَ لَا مَدْخَلَ لَهُ فِي مَعْرِفَةِ الْمُمَاطَلَةِ بَيْنَ إِرَاقَةِ الدِّمِّ وَالصَّوْمِ (وَالنَّصُّ خَصَّهُ) بَدَلًا (بِوَقْتِ الْحَجِّ) فَلَا يَجُوزُ بَعْدُهُ، وَفِيهِ بَحْثٌ مِنْ أَوْجُهُ:

أَحَدُهَا: أَنَّ الْبَدَلَ إِنَّمَا يَجِبُ إِذَا كَانَ الْأَصْلُ مُتَصَوِّرًا وَهَهُنَا لَيْسَ كَذَلِكَ، لِأَنَّهُ إِنْ قَدَرَ عَلَى الْهَدْيِ لَا يَجُوزُ ذَبْحُهُ قَبْلَ يَوْمِ النَّحْرِ فَكَانَ كَمَسْأَلَةِ الْعُمُوسِ.

وَالثَّانِي: أَنَّ الْبَدَلَ إِنَّمَا يُصَارُ إِلَيْهِ عِنْدَ الْعَجْزِ عَنِ الْمُبْدَلِ، وَالْعَجْزُ عَنْهُ إِنَّمَا يَتَحَقَّقُ إِذَا مَضَى يَوْمُ النَّحْرِ وَلَمْ يَقْدِرْ عَلَيْهِ فَكَيْفَ يَجُوزُ الْبَدَلُ عَنْهُ قَبْلَهُ.

وَالثَّالِثُ: أَنَّ الدِّمَّ وَاجِبٌ عَلَيْهِ عِنْدَنَا إِذَا فَاتَ صَوْمُ الثَّلَاثَةِ قَبْلَ يَوْمِ النَّحْرِ، وَهُوَ غَيْرُ مَعْقُولٍ لِأَنَّهُ فَاتَ بِنَفْسِهِ وَيَبْدَلُهُ فَكَيْفَ يَجِبُ بَعْدَ ذَلِكَ؟ وَالْجَوَابُ أَنَّ الصَّوْمَ بَدَلٌ عَنِ الْهَدْيِ إِذَا لَمْ يَجِدْهُ بَعْدَمَا أَحْرَمَ بِالْعُمْرَةِ بِالنَّصِّ، وَأَصْلُ مَنْ حَيْثُ إِنَّهُ مُوقَّتٌ بِوَقْتِ

مُعَيَّنٍ، وَلَوْ كَانَ بَدَلًا مِنْ كُلِّ وَجْهِ كَانَ كَالْمُبْدَلِ فِي الْإِطْلَاقِ بَعْدَ أَيَّامِ النَّحْرِ لِأَنَّ حُكْمَ الْبَدَلِ حُكْمُ الْأَصْلِ فِي الْإِطْلَاقِ كَالْتِمِثِ مَعَ الْوُضُوءِ، فَيُنَظَّرُ إِلَى أَصَالَتِهِ جَازَ بغيرِ تَصَوُّرِ الْأَصْلِ وَقَبْلَ تَحَقُّقِ تَمَامِ الْعَجْرِ عَنْهُ، وَبِالنَّظَرِ إِلَى الْبَدَلِيَّةِ يَلْزَمُ الْهَدْيُ إِذَا قَدَرَ عَلَيْهِ قَبْلَ التَّحَلُّلِ فِي يَوْمِ النَّحْرِ لِلْقُدْرَةِ عَلَى الْأَصْلِ. قَبْلَ حُصُولِ الْمَقْصُودِ بِالْخُلْفِ.

وَأَمَّا وَجُوبُ الدَّمِّ بَعْدَ مَضِيِّ أَيَّامِ النَّحْرِ إِذَا لَمْ يَصُمْ الثَّلَاثَةَ فَبِنَاءً عَلَى الْأَصْلِ. قِيلَ لِأَنَّ الدَّمَ هُوَ الْأَصْلُ، وَلَيْسَ مُقَيَّدًا بِأَيَّامِ النَّحْرِ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿فَمَا اسْتَيْسَرَ مِنَ الْهَدْيِ﴾ غَيْرَ مُقَيَّدٍ بِوَقْتٍ فَيَجُوزُ ذَبْحُهُ فِي يَوْمِ النَّحْرِ وَفِيمَا بَعْدَهُ. وَفِيهِ بَحْثٌ مِنْ وَجْهَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّ ذَبْحَ هَدْيِ الْمُتَعَةِ مُوقَّتٌ بِأَيَّامِ النَّحْرِ وَهُوَ عَلَى خِلَافِ مُقْتَضَى هَذَا النَّصِّ. وَلَوْ لَمْ يَكُنْ مُقَيَّدًا لَجَازَ قَبْلَ يَوْمِ النَّحْرِ وَلَيْسَ كَذَلِكَ.

وَالثَّانِي: أَنَّ الدَّمَ وَاجِبٌ إِذَا فَاتَهُ صَوْمُ الثَّلَاثَةِ عَنْ وَقْتِهِ فَكَيْفَ عَبَّرَ الْمُصَنِّفُ عَنْهُ بِقَوْلِهِ وَجَوَّازُ الدَّمِّ؟ وَالْجَوَابُ عَنْ الْأَوَّلِ أَنَّ هَدْيَ الْمُتَعَةِ وَالْقِرَانَ يَخْتَصُّ ذَبْحُهُ بِيَوْمِ النَّحْرِ بِدَلِيلِ يَقْتَضِيهِ عَلَى مَا سَيَأْتِي فِي بَابِهِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى فَلَا يَجُوزُ قَبْلَهُ.

وَالْمُرَادُ بِالْأَصْلِ الْمَذْكُورِ فِي الْكِتَابِ مَا هُوَ الْمَعْهُودُ أَنَّ الشَّيْءَ إِذَا وَجَبَ فِي وَقْتٍ مُعَيَّنٍ وَلَمْ يَقْدِرْ عَلَيْهِ الْمُكَلَّفُ بِهِ لَمْ يَسْقُطْ عَنْ ذِمَّتِهِ، وَيَجُوزُ أَنْ يَأْتِيَ بِهِ بَعْدَ ذَلِكَ فِي أَيِّ وَقْتٍ كَانَ، وَهَذَا وَاجِبٌ وَلَمْ يَقْدِرْ عَلَيْهِ فَيَأْتِيَ بِهِ فِي أَيِّ وَقْتٍ قَدَرَ عَلَيْهِ.

وَعَنِ الثَّانِي أَنَّهُ عَبَّرَ عَنْهُ بِالْجَوَّازِ نَظَرًا إِلَى الصَّوْمِ فَإِنَّهُ لَا يَجُوزُ فِي يَوْمِ النَّحْرِ وَهَذَا جَائِزٌ فِيهِ وَفِي غَيْرِهِ فَعَبَّرَ عَنْهُ بِالْجَوَّازِ. هَذَا الَّذِي سَنَحَ لِي فِي هَذَا الْمَوْضِعِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ. وَقَوْلُهُ (وَعَنْ عُمَرَ) اعْتِضَادٌ لِإِجَابِ الدَّمِّ بَعْدَ فَوَاتِ الصَّوْمِ وَهُوَ ظَاهِرٌ.

(فَإِنْ لَمْ يَدْخُلِ الْقَارِنُ مَكَّةَ وَتَوَجَّهَ إِلَى عَرَافَاتٍ فَقَدْ صَارَ رَافِضًا لِعُمْرَتِهِ بِالْوُقُوفِ) لِأَنَّهُ تَعَدَّرَ عَلَيْهِ آدَاؤُهَا لِأَنَّهُ يَصِيرُ بَانِيًا أَعْمَالِ الْعُمْرَةِ عَلَى أَعْمَالِ الْحَجِّ، وَذَلِكَ خِلَافُ الْمَشْرُوعِ. وَلَا يَصِيرُ رَافِضًا بِمَجَرَّدِ التَّوَجُّهِ هُوَ الصَّحِيحُ مِنْ مَذْهَبِ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَيْضًا.

وَالْفَرْقُ لَهُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ مُصَلِّي الظُّهْرِ يَوْمَ الْجُمُعَةِ إِذَا تَوَجَّهَ إِلَيْهَا أَنَّ الْأَمْرَ هُنَاكَ بِالتَّوَجُّهِ مُتَوَجَّهٌ بَعْدَ آدَاءِ الظُّهْرِ، وَالتَّوَجُّهُ فِي الْقِرَانِ وَالتَّمَتُّعِ مِنْهُيٌّ عَنْهُ قَبْلَ آدَاءِ الْعُمْرَةِ فَافْتَرَقَا. قَالَ (وَسَقَطَ عَنْهُ دَمُ الْقِرَانِ) لِأَنَّهُ لَمَّا ارْتَفَضَتِ الْعُمْرَةُ لَمْ يَرْتَفِقْ بِآدَاءِ التُّسْكِينِ

(وَعَلَيْهِ دَمٌ لِرَفْضِ الْعُمْرَةِ بَعْدَ الشَّرُوعِ فِيهَا) (وَعَلَيْهِ قَضَاؤُهَا) لَصِحَّةِ الشَّرُوعِ فِيهَا فَأَشْبَهَ الْمُحْصِرَ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَذَلِكَ خِلَافُ الْمَشْرُوعِ) يَعْنِي أَنَّ الْمَشْرُوعَ أَنْ يَكُونَ الْوُقُوفُ مُرْتَبًا عَلَى أَفْعَالِ الْعُمْرَةِ. وَقَوْلُهُ: (هُوَ الصَّحِيحُ) اخْتِرَازٌ عَنْ رِوَايَةِ الْحَسَنِ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ يَصِيرُ رَافِضًا لِلْعُمْرَةِ بِالتَّوَجُّهِ إِلَى عَرَفَاتٍ قِيَاسًا عَلَى التَّوَجُّهِ إِلَى الْجُمُعَةِ. وَوَجْهُ الصَّحِيحِ مَا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ مِنَ الْفَرْقِ بَيْنَهُمَا وَهُوَ بَيِّنٌ. وَوَجْهُ كَوْنِهِ مِنْهُنَّ أَنَّ اللَّهَ تَعَالَى أَمَرَ بِإِبْتِدَاءِ أَفْعَالِ الْعُمْرَةِ بِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿فَمَنْ تَمَتَّعَ بِالْعُمْرَةِ إِلَى الْحَجِّ﴾ وَالْأَمْرُ بِالشَّيْءِ يَفْتَضِي كَرَاهَةَ ضِدِّهِ وَلَا كَرَاهَةَ إِلَّا بِالنَّهْيِ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَا يَكُونُ رَافِضًا لِعُمْرَتِهِ بِنَاءً عَلَى أَنَّ طَوَافَ الْعُمْرَةِ يَدْخُلُ فِي طَوَافِ الْحَجِّ عِنْدَهُ فَلَا يَلْزَمُ عَلَيْهِ طَوَافٌ مَقْصُودٌ لِلْعُمْرَةِ، وَالْفَائِدَةُ تَظْهَرُ فِي وَجُوبِ الدَّمِ. فَعِنْدَنَا يَسْقُطُ عَنْهُ دَمُ الْقِرَانِ الَّذِي هُوَ تُسْكٌ، وَيَلْزَمُ عَلَيْهِ دَمٌ لِرَفْضِ الْعُمْرَةِ لِأَنَّ رَفْعَ الْإِحْرَامِ قَبْلَ أَدَاءِ الْأَفْعَالِ يُوجِبُ ذَلِكَ كَمَا فِي الْإِحْصَارِ، وَعِنْدَهُ لَا يَجِبُ عَلَيْهِ دَمٌ وَيَقْضِيهَا لَصِحَّةِ الشَّرُوعِ فِيهَا، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

باب التمتع

(الْتِمَتُّ أَفْضَلُ مِنَ الْإِفْرَادِ عِنْدَنَا) وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ الْإِفْرَادَ أَفْضَلُ؛ لِأَنَّ الْمُتَمَتِّعَ سَفَرُهُ وَاقِعٌ لِعُمْرَتِهِ وَالْمُفْرِدَ سَفَرُهُ وَاقِعٌ لِحَجَّتِهِ. وَجْهُ ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ أَنَّ فِي التَّمَتُّعِ جَمْعًا بَيْنَ الْعِبَادَتَيْنِ فَأَشْبَهَ الْقِرَانَ ثُمَّ فِيهِ زِيَادَةٌ تُسْكٌ وَهِيَ إِرَاقَةُ الدَّمِ وَسَفَرُهُ وَاقِعٌ لِحَجَّتِهِ، وَإِنْ تَخَلَّلَتِ الْعُمْرَةُ؛ لِأَنَّهَا تَبَعَ الْحَجَّ كَتَخَلُّلِ السَّنَةِ بَيْنَ الْجُمُعَةِ وَالسَّعْيِ إِلَيْهَا.

الشرح:

(بَابُ التَّمَتُّعِ): وَجْهُ تَأْخِيرِهِ عَنْ بَابِ الْقِرَانِ قَدْ سَبَقَ هُنَاكَ فَلَا نُعِيدُهُ، وَكَلَامُهُ وَاضِحٌ. قَالَ بَعْضُ الشَّارِحِينَ: عَرَّفَ الْمُصَنِّفُ التَّمَتُّعَ بِقَوْلِهِ: (وَمَعْنَى التَّمَتُّعِ التَّرَفُّقُ بِالْحَجِّ). وَاعْتَرِضَ عَلَيْهِ بِأَنَّهُ غَيْرُ مَانِعٍ لِلدُّخُولِ مَنْ تَرَفَّقَ بِأَدَائِهِمَا وَالْعُمْرَةُ فِي غَيْرِ أَشْهُرِ الْحَجِّ فِي

سَفَرٍ وَاحِدٍ، وَمَنْ تَرَفَّقَ بِهِ فِيهِ فِي أَشْهُرِ الْحَجِّ فِي عَامَيْنِ وَهُمَا لَيْسَا بِمُتَمَتِّعَيْنِ، فَكَانَ الْوَاجِبُ أَنْ يَقُولَ: هُوَ التَّرَفُّقُ بِأَدَاءِ التُّسْكِينِ فِي أَشْهُرِ الْحَجِّ فِي عَامٍ وَاحِدٍ فِي سَفَرٍ وَاحِدٍ إلخ. وَالْجَوَابُ أَنَّ مَا ذَكَرَهُ الْمُصَنِّفُ هُوَ تَفْسِيرُهُ، وَأَمَّا كَوْنُ التَّرَفُّقِ فِي أَشْهُرِ الْحَجِّ مِنْ عَامٍ وَاحِدٍ فَهُوَ شَرْطُهُ وَسَنَذْكُرُهُ.

وَالْإِلْمَامُ هُوَ التُّزُولُ، يُقَالُ: أَلِمَ بِأَهْلِهِ: إِذَا نَزَلَ، وَهُوَ عَلَى نَوْعَيْنِ: صَحِيحٌ وَفَاسِدٌ. وَالْأَوَّلُ عِبَارَةٌ عَنِ التُّزُولِ فِي وَطْنِهِ مِنْ غَيْرِ بَقَاءِ صِفَةِ الْإِحْرَامِ، وَهَذَا إِنَّمَا يَكُونُ فِي الْمُتَمَتِّعِ الَّذِي لَمْ يَسُقِ الْهَدْيَ، وَالثَّانِي مَا يَكُونُ عَلَى خِلَافِهِ وَهُوَ إِنَّمَا يَكُونُ فِيمَنْ سَاقَهُ، فَقَوْلُهُ: إِنَّمَا صَحِيحًا احْتِرَازٌ عَنِ الْإِلْمَامِ الْفَاسِدِ فَإِنَّهُ لَا يَمْتَنِعُ صِحَّةُ التَّمَتُّعِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ عَلَى مَا يَأْتِي.

(وَالْمُتَمَتِّعُ عَلَى وَجْهَيْنِ مُتَمَتِّعٌ بِسَوْقِ الْهَدْيِ وَمُتَمَتِّعٌ لَا يَسُوقُ الْهَدْيَ) وَمَعْنَى التَّمَتُّعِ التَّرَفُّقُ بِأَدَاءِ التُّسْكِينِ فِي سَفَرٍ وَاحِدٍ مِنْ غَيْرِ أَنْ يَلْمَ بِأَهْلِهِ بَيْنَهُمَا إِنَّمَا صَحِيحًا، وَيَدْخُلُهُ اخْتِلَافَاتٌ ثَبِيَّتُهَا إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

(وَصِفَتُهُ أَنْ يَبْتَدِئَ مِنَ الْمِيقَاتِ فِي أَشْهُرِ الْحَجِّ فَيُحْرِمَ بِالْعُمْرَةِ وَيَدْخُلَ مَكَّةَ فَيَطُوفَ لَهَا وَيَسْعَى وَيَحْلُقَ أَوْ يَقْصِرَ وَقَدْ حَلَّ مِنْ عُمْرَتِهِ).

وَهَذَا هُوَ تَفْسِيرُ الْعُمْرَةِ، وَكَذَلِكَ إِذَا أَرَادَ أَنْ يُفْرِدَ بِالْعُمْرَةِ فَعَلَ مَا ذَكَرْنَا، هَكَذَا فَعَلَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فِي عُمْرَةِ الْقَضَاءِ. وَقَالَ مَالِكٌ: لَا حَلْقَ عَلَيْهِ، إِنَّمَا الْعُمْرَةُ الطَّوَافُ وَالسَّعْيُ، وَحُجَّتُنَا عَلَيْهِ مَا رَوَيْنَا. وَقَوْلُهُ تَعَالَى ﴿مُحَلِّقِينَ رُءُوسَكُمْ﴾ [الفتح: ٤٧]. نَزَلَتْ فِي عُمْرَةِ الْقَضَاءِ؛ وَلَأنَّهَا لَمَّا كَانَ لَهَا تَحْرِمٌ بِالتَّلْبِيَةِ كَانَ لَهَا تَحَلُّلٌ بِالْحَلْقِ كَالْحَجِّ.

(وَيَقْطَعُ التَّلْبِيَةَ إِذَا ابْتَدَأَ بِالطَّوَافِ) وَقَالَ مَالِكٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: كُلَّمَا وَقَعَ بَصَرُهُ عَلَى الْبَيْتِ؛ لِأَنَّ الْعُمْرَةَ زِيَارَةُ الْبَيْتِ وَتَمُّ بِهِ. وَلَنَا «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ فِي عُمْرَةِ الْقَضَاءِ قَطَعَ التَّلْبِيَةَ حِينَ اسْتَلَمَ الْحَجَرَ» وَلَأنَّ الْمَقْصُودَ هُوَ الطَّوَافُ فَيَقْطَعُهَا عِنْدَ افْتِتَاحِهِ، وَلِهَذَا يَقْطَعُهَا الْحَاجُّ عِنْدَ افْتِتَاحِ الرَّمْيِ. قَالَ (وَيَقِيمُ بِمَكَّةَ حَلَالًا)؛ لِأَنَّهُ حَلَّ مِنَ الْعُمْرَةِ.

قَالَ (فَإِذَا كَانَ يَوْمَ التَّرْوِيَةِ أَحْرَمَ بِالْحَجِّ مِنَ الْمَسْجِدِ) وَالشَّرْطُ أَنْ يُحْرِمَ مِنَ الْحَرَمِ أَمَّا الْمَسْجِدُ فَلَيْسَ بِإِلَازِمٍ؛ وَهَذَا لِأَنَّهُ فِي مَعْنَى الْمَكِّيِّ، وَمِيقَاتُ الْمَكِّيِّ فِي الْحَجِّ الْحَرَمِ عَلَى مَا بَيَّنَّا (وَفَعَلَ مَا يَفْعَلُهُ الْحَاجُّ الْمُضْرِدُ)؛ لِأَنَّهُ مُؤَدِّ لِلْحَجِّ إِلَّا أَنَّهُ يَرْمُلُ فِي طَوَافِ الزِّيَارَةِ

وَيَسْعَى بَعْدَهُ؛ لِأَنَّ هَذَا أَوَّلُ طَوَافٍ لَهُ فِي الْحَجِّ، بِخِلَافِ الْمُفْرِدِ؛ لِأَنَّهُ قَدْ سَعَى مَرَّةً، وَلَوْ كَانَ هَذَا الْمُتَمَتِّعُ بَعْدَمَا أَحْرَمَ بِالْحَجِّ طَافَ وَسَعَى قَبْلَ أَنْ يَرْوِحَ إِلَى مَنَى لَمْ يَرْمُلْ فِي طَوَافِ الزِّيَارَةِ وَلَا يَسْعَى بَعْدَهُ؛ لِأَنَّهُ قَدْ أَتَى بِذَلِكَ مَرَّةً.

(وَعَلَيْهِ دَمُ التَّمَتُّعِ) لِلنَّصِّ الَّذِي تَلَوْنَاهُ (فَإِنْ لَمْ يَجِدْ صَامَ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ فِي الْحَجِّ وَسَبْعَةً إِذَا رَجَعَ إِلَى أَهْلِهِ) عَلَى الْوَجْهِ الَّذِي بَيَّنَّاهُ فِي الْقِرَانِ (فَإِنْ صَامَ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ مِنْ شَوَّالٍ ثُمَّ اعْتَمَرَ لَمْ يُجْزِهِ عَنِ الثَّلَاثَةِ)؛ لِأَنَّ سَبَبَ وَجُوبِ هَذَا الصَّوْمِ التَّمَتُّعُ؛ لِأَنَّهُ بَدَلٌ عَنِ الْهَدْيِ وَهُوَ فِي هَذِهِ الْحَالَةِ غَيْرُ مُتَمَتِّعٍ فَلَا يَجُوزُ آدَاؤُهُ قَبْلَ وَجُودِ سَبَبِهِ (وَإِنْ صَامَهَا بِمَكَّةَ) (بَعْدَمَا أَحْرَمَ بِالْعُمْرَةِ قَبْلَ أَنْ يَطُوفَ جَازَ عِنْدَنَا) خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ لَهُ قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿فَصِيَامُ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ فِي الْحَجِّ﴾ وَلَنَّا أَنَّهُ آدَاهُ بَعْدَ انْعِقَادِ سَبَبِهِ، وَالْمُرَادُ بِالْحَجِّ الْمَذْكُورِ فِي النَّصِّ وَقْتُهُ عَلَى مَا بَيَّنَّا. (وَالْأَفْضَلُ تَاخِيرُهَا إِلَى آخِرِ وَقْتِهَا وَهُوَ يَوْمُ عَرَفَةَ) لَمَّا بَيَّنَّا فِي الْقِرَانِ.

الشرح:

وقوله: (وَيَخْلُقُ أَوْ يُقَصِّرُ) قَالَ شَيْخُ الْإِسْلَامِ فِي مَسْئَلِهِ: هَذَا التَّخْيِيرُ إِمَّا كَانَ لَهُ إِذَا لَمْ يَكُنْ شَعْرُهُ مُلْبَدًا أَوْ مَعْقُوصًا أَوْ مُضْفَرًا. وَأَمَّا إِذَا كَانَ مُلْبَدًا فَإِنَّهُ لَا يَتَخَيَّرُ؛ لِأَنَّ التَّقْصِيرَ لَا يَتَّهِي إِلَّا بِالْقَصِّ وَذَلِكَ مُتَعَذِّرٌ فَيَتَعَيَّنُ الْخَلْقُ.

وقوله: (وَهَذَا هُوَ تَفْسِيرُ الْعُمْرَةِ) أَيُّ: لَيْسَ لَهَا طَوَافُ الْقُدُومِ وَالصَّدْرِ؛ لِأَنَّ مُعْظَمَ الرُّكْنِ فِيهَا هُوَ الطَّوَافُ، وَمَا هُوَ كَذَلِكَ لَا يَتَكَرَّرُ كَالْوُقُوفِ فِي الْحَجِّ. وَقَوْلُهُ: (وَتَتِمُّ بِهِ) أَيُّ: تَتِمُّ زِيَارَةُ الْبَيْتِ بِوُقُوعِ الْبَصَرِ عَلَى الْبَيْتِ، وَلِأَنَّ الطَّوَافَ رُكْنَ فِي الْعُمْرَةِ كَطَوَافِ الزِّيَارَةِ فِي الْحَجِّ، فَكَمَا تُقَدَّمُ قِطْعُ التَّلِيَةِ هُنَاكَ عَلَى الْاِسْتِغَالِ بِالطَّوَافِ فَكَذَلِكَ هَهُنَا، (وَلَنَا) حَدِيثُ ابْنِ مَسْعُودٍ «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ فِي عُمْرَةِ الْقَضَاءِ قَطَعَ التَّلِيَةَ حِينَ اسْتَلَمَ الْحَجَرَ الْأَسْوَدَ».

وقوله: (وَلِأَنَّ الْمَقْصُودَ هُوَ الطَّوَافُ) بَيَّنَّاهُ أَنَّ هَذَا الطَّوَافَ تُسَكُّ مَقْصُودٌ فِي هَذَا الْيَوْمِ فَكَانَ كَالرَّمِيِّ فِي كَوْنِهِ تُسَكُّ مَقْصُودًا فِي ذَلِكَ الْيَوْمِ؛ فَكَمَا أَنَّ التَّلِيَةَ تُقَطَّعُ عِنْدَ افْتِتَاحِ الرَّمِيِّ تُقَطَّعُ عِنْدَ افْتِتَاحِ هَذَا الطَّوَافِ بِجَمَاعٍ أَنَّ كُلًّا مِنْهُمَا أَوَّلُ تُسَكِّ مَقْصُودٌ فِي هَذَا الْيَوْمِ. فَإِنْ قِيلَ: فَعَلَى هَذَا يَتَّبَعِي أَنْ يَقْطَعَ الْمُفْرِدُ بِالْحَجِّ التَّلِيَةَ إِذَا ابْتَدَأَ بِطَوَافِ

الْقُدُومِ؛ لِأَنَّهُ أَوَّلُ نُسُكٍ مَقْصُودٍ فِي هَذَا الْيَوْمِ. فَالْجَوَابُ أَنَّا لَا نُسَلِّمُ أَنَّهُ مَقْصُودٌ؛ لِأَنَّ الْمُرَادَ بِهِ مَا يَكُونُ وَاجِبًا، وَطَوَافُ الْقُدُومِ لَيْسَ كَذَلِكَ. سَلَّمْنَاهُ وَلَكِنْ ثَبَتَ بِالنَّصِّ عَلَى خِلَافِ الْقِيَاسِ لَمَّا رُوِيَ «أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَرْدَفَ الْفَضْلَ مِنْ مُزْدَلِفَةَ إِلَى مِنًى، فَلَمْ يَزَلْ يُلَبِّي حَتَّى رَمَى جَمْرَةَ الْعَقَبَةِ».

قَالَ: (وَيُقِيمُ بِمَكَّةَ حَلَالًا) الْمُتَمَتِّعُ إِذَا حَلَّ مِنْ عُمْرَتِهِ يُقِيمُ بِمَكَّةَ حَلَالًا، (فَإِذَا كَانَ يَوْمَ التَّرْوِيَةِ أَحْرَمَ بِالْحَجِّ مِنَ الْمَسْجِدِ)، وَلَكِنْ لَيْسَ كُلُّ مَا ذَكَرْنَا شَرْطًا، فَلَوْ أَحْرَمَ قَبْلَ يَوْمِ التَّرْوِيَةِ فَهُوَ أَفْضَلُ لِأَنَّ فِيهِ إِظْهَارَ الْمُسَارَعَةِ وَالرَّغْبَةِ فِي الْعِبَادَةِ، وَلِأَنَّهُ أَشَقُّ فَكَانَ أَفْضَلَ، وَكَذَا لَوْ أَحْرَمَ مِنَ الْحَرَمِ فِي غَيْرِ الْمَسْجِدِ جَازَ لَمَّا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ.

وَقَوْلُهُ: (عَلَى مَا بَيَّنَّا) أَرَادَ بِهِ مَا ذَكَرَهُ فِي آخِرِ فَصْلِ الْمَوَاقِيتِ بِقَوْلِهِ (وَمَنْ كَانَ بِمَكَّةَ فَوْقَهُ فِي الْحَجِّ الْحَرَمَ وَفِي الْعُمْرَةِ الْحِلَّ).

وَقَوْلُهُ: (وَفَعَلَ مَا يَفْعَلُهُ الْحَاجُّ الْمُرْدُّ) يَعْنِي خِلَا أَنَّهُ لَا يَطُوفُ طَوَافَ التَّحِيَّةِ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا حَلَّ صَارَ هُوَ وَالْمَكِّيُّ سَوَاءً وَلَا تَحِيَّةَ لِلْمَكِّيِّ. وَ (يَرْمِلُ فِي طَوَافِ الزِّيَارَةِ وَيَسْعَى بَعْدَهُ؛ لِأَنَّ هَذَا أَوَّلُ طَوَافٍ لَهُ فِي الْحَجِّ).

وَقَوْلُهُ: (وَلَوْ كَانَ هَذَا الْمُتَمَتِّعُ بَعْدَمَا أَحْرَمَ بِالْحَجِّ طَافَ) يَعْنِي طَوَافُ الْقُدُومِ (وَسَعَى قَبْلَ أَنْ يَخْرُجَ إِلَى مِنًى لَمْ يَرْمِلْ فِي طَوَافِ الزِّيَارَةِ وَلَا يَسْعَى بَعْدَهُ؛ لِأَنَّهُ أَتَى بِذَلِكَ مَرَّةً) وَلَا تَكَرَّرَ فِيهِ، ثُمَّ الرَّمْلُ ههنا يَسْقُطُ سَوَاءً رَمَلَ فِي طَوَافِ التَّحِيَّةِ أَوْ لَمْ يَرْمِلْ وَهَذَا سَكَتٌ عَنْ ذِكْرِهِ، فَلَمْ يَقُلْ: طَافَ وَرَمَلَ؛ لِأَنَّ الرَّمْلَ إِنَّمَا شُرِعَ فِي طَوَافِ بَعْدَهُ سَعْيٍ، وَلَا سَعْيٍ ههنا؛ لِأَنَّهُ وَجَدَ مَرَّةً. وَفِي هَذَا الْكَلَامِ دَلَالَةٌ عَلَى أَنَّ طَوَافَ التَّحِيَّةِ مَشْرُوعٌ لِلتَّمَتُّعِ حَيْثُ أُعْتَبِرَ رَمْلُهُ وَسَعْيُهُ فِيهِ.

وَقَوْلُهُ: (وَعَلَيْهِ دَمُ التَّمَتُّعِ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ: (خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ) يَعْنِي أَنَّهُ يَقُولُ: لَا يَجُوزُ صَوْمُ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ حَتَّى يُحْرَمَ بِالْحَجِّ لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿فَصِيَامُ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ فِي الْحَجِّ﴾ (وَلَنَا أَنَّهُ أَدَّاهُ بَعْدَ انْعِقَادِ سَبَبِهِ) وَهُوَ الْإِحْرَامُ بِالْعُمْرَةِ؛ لِأَنَّهُ طَرِيقٌ يُتَوَسَّلُ بِهِ إِلَى التَّمَتُّعِ، وَأَدَاءُ الْمُسَبَّبِ بَعْدَ تَحَقُّقِ السَّبَبِ جَائِزٌ. وَقَوْلُهُ: (عَلَى مَا بَيَّنَّا) إِشَارَةٌ إِلَى مَا ذَكَرَ فِي الْقِرَانِ أَنَّ نَفْسَ الْحَجِّ لَا يَصْلُحُ أَنْ يَكُونَ ظَرْفًا.

(وَإِنْ أَرَادَ الْمُتَمَتِّعُ أَنْ يَسُوقَ الْهَدْيَ أَحْرَمَ وَسَاقَ هَدْيَهُ) وَهَذَا أَفْضَلُ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ

سَاقَ الْهَدَايَا مَعَ نَفْسِهِ؛ وَلَأنَّ فِيهِ اسْتِعْدَادًا وَمُسَارَعَةً (فَإِنْ كَانَتْ بَدَنَتُهُ قَلْدَهَا بِمَزَادَةٍ أَوْ نَعْلٍ) لِحَدِيثِ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا عَلَى مَا رَوَيْنَاهُ. وَالتَّقْلِيدُ أَوَّلَى مِنَ التَّجْلِيلِ؛ لِأَنَّ لَهُ ذِكْرًا فِي الْكِتَابِ وَلأنَّهُ لِلْإِعْلَامِ وَالتَّجْلِيلِ لِلزَّيْنَةِ، وَيُلَبِّي ثُمَّ يَقْلُدُ؛ لِأنَّهُ يَصِيرُ مُحَرِّمًا بِتَقْلِيدِ الْهَدْيِ وَالتَّوَجُّهِ مَعَهُ عَلَى مَا سَبَقَ.

وَالأَوَّلَى أَنْ يَعْقِدَ الْإِحْرَامَ بِالتَّكْبِيرِ وَيَسُوقَ الْهَدْيَ. وَهُوَ أَفْضَلُ مِنْ أَنْ يَقُودَهَا لِأنَّهُ ﷺ أَحْرَمَ بِذِي الْحُلَيْفَةِ وَهَدَايَاهُ تُسَاقُ بَيْنَ يَدَيْهِ؛ وَلأنَّهُ أَبْلَغُ فِي التَّشْهِيرِ إِلَّا إِذَا كَانَتْ لَا تَنْقَادُ فَحِينَئِذٍ يَقُودُهَا.

قَالَ (وَأَشْعَرَ الْبَدَنَةَ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ) رَحِمَهُمَا اللَّهُ (وَلَا يُشْعِرُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ) رَحِمَهُ اللَّهُ (وَيُكْرَهُ) وَالْإِشْعَارُ هُوَ الْإِدْمَاءُ بِالْجَرْحِ لُغَةً (وَصِفَتُهُ أَنْ يَشُقَّ سَنَامُهَا) بِأَنْ يَطْعَنَ فِي أَسْفَلِ السَّنَامِ (مِنْ الْجَانِبِ الْأَيْمَنِ أَوِ الْأَيْسَرِ) قَالُوا؛ وَالْأَشْبَهُ هُوَ الْأَيْسَرُ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ طَعَنَ فِي جَانِبِ الْيَسَارِ مَقْصُودًا وَفِي جَانِبِ الْأَيْمَنِ اتِّفَاقًا، وَيُلَطِّخُ سَنَامَهَا بِالْدَمِ إِعْلَامًا، وَهَذَا الصَّنْعُ مَكْرُوهٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَعِنْدَهُمَا حَسَنٌ، وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ سُنَّةٌ؛ لِأنَّهُ مَرْوِيٌّ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ وَعَنِ الْخُلَفَاءِ الرَّأْشِدِيِّينَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ.

وَلَهُمَا أَنْ الْمَقْصُودُ مِنَ التَّقْلِيدِ أَنْ لَا يَهَاجَ إِذَا وَرَدَ مَاءٌ أَوْ كَلَأٌ أَوْ يَرْدٌ إِذَا ضَلَّ وَإِنَّهُ فِي الْإِشْعَارِ أَتَمُّ؛ لِأنَّهُ أَلْزَمُ، فَمِنْ هَذَا الْوَجْهِ يَكُونُ سُنَّةً، إِلَّا أَنَّهُ عَارِضُهُ جِهَةٌ كَوْنُهُ مُثَلَّةٌ فَقُلْنَا بِحُسْنِهِ وَلَأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ مُثَلَّةٌ وَأَنَّهُ مِنْهِيٌّ عَنْهُ. وَلَوْ وَقَعَ التَّعَارُضُ فَالْتَّرَجِيحُ لِلْمُحَرِّمِ وَإِشْعَارُ النَّبِيِّ ﷺ كَانَ لَصِيَانَةِ الْهَدْيِ؛ لِأَنَّ الْمُشْرِكِينَ لَا يَمْتَنِعُونَ عَنْ تَعَرُّضِهِ إِلَّا بِهِ. وَقِيلَ: إِنَّ أَبَا حَنِيفَةَ كَرِهَ إِشْعَارَ أَهْلِ زَمَانِهِ لِمُبَالِغَتِهِمْ فِيهِ عَلَى وَجْهِ يَخَافُ مِنْهُ السَّرَايَةَ، وَقِيلَ: إِنَّمَا كَرِهَ إِثَارَهُ عَلَى التَّقْلِيدِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَهَذَا أَفْضَلُ) يَعْنِي مِنْ مُتَمَتِّعٍ لَمْ يَسُقِ الْهَدْيَ. وَقَوْلُهُ: (عَلَى مَا رَوَيْنَا) يُرِيدُ بِهِ قَوْلُهُ: قَالَتْ عَائِشَةُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا: «كُنْتُ أَقْتُلُ فَلَانِدَ هَدْيِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ» وَقَوْلُهُ: (لَأنَّهُ لَهُ ذِكْرٌ فِي الْكِتَابِ) يُرِيدُ قَوْلَهُ تَعَالَى ﴿وَلَا أَهْدَى وَلَا أَلْقَلِيدُ﴾ [المائدة: ٢]. (وَيُلَبِّي ثُمَّ يَقْلُدُ؛ لِأنَّهُ يَصِيرُ مُحَرِّمًا بِالتَّقْلِيدِ وَالتَّوَجُّهِ مَعَهُ عَلَى مَا سَبَقَ) فِي فَصْلِ قُبِيلِ الْقِرَانِ، وَالشَّرُوعُ فِي الْإِحْرَامِ بِالتَّكْبِيرِ أَوَّلَى؛ لِأنَّهُ الْأَصْلُ، وَالتَّقْلِيدُ يَقُومُ مَقَامَهُ،

وَالْعَمَلُ بِالْأَصْلِ أَوْلَى عِنْدَ الْإِمْكَانِ لَا مَحَالَةَ، ثُمَّ السَّوْقُ فِي الْهَدْيِ أَفْضَلُ مِنَ الْقَوْدِ «لَأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ سَبَقَتْ هِدَايَاهُ إِذْ أَحْرَمَ بِذِي الْحُلَيْفَةِ بَيْنَ يَدَيْهِ».

وَقَوْلُهُ: (قَالُوا وَالْأَشْبَهُ) يَعْنِي إِلَى الصَّوَابِ فِي الرَّوَايَةِ (هُوَ الْأَيْسَرُ) وَذَلِكَ أَنَّ الْهَدَايَا كَانَتْ مُقْبِلَةً إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَكَانَ يَدْخُلُ بَيْنَ كُلِّ بَعِيرَيْنِ مِنْ قَبْلِ الرُّعُوسِ. وَكَانَ الرُّمْحُ يَمِينُهُ لَا مَحَالَةَ فَكَانَ يَقَعُ طَعْنُهُ عَادَةً أَوَّلًا عَلَى يَسَارِ الْبَعِيرِ، ثُمَّ كَانَ يَعْطِفُ عَنْ يَمِينِهِ وَيُشْعِرُ الْآخَرَ مِنْ قَبْلِ يَمِينِ الْبَعِيرِ اتِّفَاقًا لِلأَوَّلِ لَا قَصْدًا إِلَيْهِ، فَصَارَ الْأَمْرُ الْأَصْلِيُّ أَحَقَّ بِالاعتِبَارِ فِي الْهَدْيِ إِذَا كَانَ وَاحِدًا.

وَقَوْلُهُ: (وَلَهُمَا أَنْ الْمَقْصُودَ مِنَ التَّقْلِيدِ أَنْ لَا يُهَاجَ) أَيُّ: لَا يُنْفَرُ وَلَا يُطْرَدُ عَنْ الْمَاءِ وَالْكَلْبِ (أَوْ يُرَدُّ إِذَا ضَلَّ، وَإِنَّهُ فِي الْإِشْعَارِ أَنْتُمْ لِأَنَّهُ الزَّمْ)؛ لِأَنَّ الْقِلَادَةَ قَدْ تَحِلُّ وَقَدْ يَحْتَمِلُ أَنْ تَسْقُطَ مِنْهَا وَالْإِشْعَارُ لَا يُفَارِقُهَا.

(فَمِنْ هَذَا الْوَجْهِ يَكُونُ سُنَّةٌ إِلَّا أَنَّهُ عَارِضُهُ جِهَةٌ كَوْنُهُ مُثْلَةٌ) وَالْمُثْلَةُ هِيَ أَنْ يَصْنَعَ بِالْحَيَوَانِ مَا يَصِيرُ بِهِ مُثْلًا، وَقِيلَ هِيَ إِبْلَامٌ مَا وَجَبَ قَتْلُهُ أَوْ أُبِيحَ قَتْلُهُ (فَقُلْنَا بِحُسْنِهِ. وَلَأَبْيَ حَنِيفَةٍ أَنَّهُ) أَيُّ: الْإِشْعَارُ (مُثْلَةٌ وَإِنَّهُ) أَيُّ: فِعْلُ الْمُثْلَةِ (مَنْهِيٌّ عَنْهُ. وَلَوْ وَقَعَ التَّعَارُضُ) بَيْنَ كَوْنِهِ سُنَّةٌ وَبَيْنَ كَوْنِهِ مُثْلَةٌ (فَالْتَرَجِيحُ لِلْمُحْرِمِ) فَإِنْ قِيلَ: التَّهْيُّ عَنْ الْمُثْلَةِ كَانَ بِأَحَدٍ وَالْإِشْعَارُ عَامٌ حَجَّةُ الْوَدَاعِ وَالْمُتَأَخَّرُ نَاسِخٌ فَأَيْنَ التَّعَارُضُ؟ أَجِيبَ بِأَنَّ عِمْرَانَ بْنَ حُصَيْنٍ رَوَى «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ مَا قَامَ خَطِيبًا إِلَّا نَهَانَا عَنْ الْمُثْلَةِ»، فَكَانَ الْإِشْعَارُ مَنسُوخًا فَلَا أَقْلَ مِنَ التَّعَارُضِ وَالتَّرَجِيحُ لِلْمُحْرِمِ لِلْإِشْعَارِ أَوْ لِلْإِشْعَارِ عَنِ التَّكْرَارِ النَّسْخِ.

وَقَوْلُهُ: (وَالْإِشْعَارُ النَّبِيُّ ﷺ) جَوَابٌ عَمَّا قَالَ الشَّافِعِيُّ إِنَّهُ مَرْوِيٌّ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ وَهُوَ ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ: عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «لَوْ اسْتَقْبَلْتَ مِنْ أَمْرِي مَا اسْتَدْبَرْتَ» أَيُّ: لَوْ عَلِمْتَ أَوَّلًا مَا عَلِمْتَ آخِرًا (لَمَا سَقَتْ الْهَدْيَ)، وَقِصَّةُ ذَلِكَ «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَمَرَ أَصْحَابَهُ بِأَنْ يَفْسَخُوا إِحْرَامَ الْحَجِّ وَيُحْرِمُوا بِالْعُمْرَةِ لَمَّا بَلَغُوا مَكَّةَ تَحْقِيقًا لِمُخَالَفَةِ الْكُفْرَةِ، وَكَانُوا لَا يَفْسَخُونَ وَلَا يَخْلُقُونَ يَنْتَظِرُونَ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ هَلْ يَخْلُقُ أَوْ لَا؟ فَاعْتَذَرَ النَّبِيُّ ﷺ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ وَقَالَ: لَوْ اسْتَقْبَلْتَ» إلخ، وَبَيَّنَ فِيهِ أَنَّ سَوْقَ الْهَدْيِ يَمْتَنِعُ عَنِ التَّحَلُّلِ وَلَوْ لَا ذَلِكَ لَتَحَلَّلَ.

قَالَ: (فَإِذَا دَخَلَ مَكَّةَ طَافَ وَسَعَى) وَهَذَا لِلْعُمْرَةِ عَلَى مَا بَيَّنَّا فِي مُتَمَتِّعٍ لَا يَسُقِي الْهَدْيَ (إِلَّا أَنَّهُ لَا يَتَحَلَّلُ حَتَّى يُحْرِمَ بِالْحَجِّ يَوْمَ التَّرْوِيَةِ) لِقَوْلِهِ ﷺ «لَوْ اسْتَقْبَلْتُ مِنْ أَمْرِي مَا اسْتَدْبَرْتُ مَا سَقَتُ الْهَدْيَ وَلَجَعَلْتُهَا عُمْرَةً وَتَحَلَّلْتُ مِنْهَا» ^(١) وَهَذَا يَنْفِي التَّحَلُّلَ عِنْدَ سَوْقِ الْهَدْيِ (وَيُحْرِمُ بِالْحَجِّ يَوْمَ التَّرْوِيَةِ) كَمَا يُحْرِمُ أَهْلُ مَكَّةَ عَلَى مَا بَيَّنَّا. (وَإِنْ قَدَّمَ الْإِحْرَامَ قَبْلَهُ جَازَ، وَمَا عَجَلَ الْمُتَمَتِّعُ مِنَ الْإِحْرَامِ بِالْحَجِّ فَهُوَ أَفْضَلُ) لِمَا فِيهِ مِنَ الْمُسَارَعَةِ وَزِيَادَةِ الْمَشَقَّةِ، وَهَذِهِ الْأَفْضَلِيَّةُ فِي حَقِّ مَنْ سَاقَ الْهَدْيَ وَفِي حَقِّ مَنْ لَمْ يَسُقِ (وَعَلَيْهِ دَمٌ) وَهُوَ دَمُ الْمُتَمَتِّعِ عَلَى مَا بَيَّنَّا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَيُحْرِمُ بِالْحَجِّ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ: (عَلَى مَا بَيَّنَّا) إشارَةٌ إِلَى مَا قَالَ وَعَلَيْهِ دَمُ الْمُتَمَتِّعِ لِلنَّصِّ الَّذِي تَلَوْنَا: يَعْنِي قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿فَمَنْ تَمَتَّعَ بِالْعُمْرَةِ إِلَى الْحَجِّ﴾ [البقرة: ١٩٦]. (وَإِذَا حَلَقَ يَوْمَ النَّحْرِ فَقَدْ حَلَ مِنَ الْإِحْرَامَيْنِ)؛ لِأَنَّ الْحَلْقَ مُحَلِّلٌ فِي الْحَجِّ كَالسَّلَامِ فِي الصَّلَاةِ فَيَتَحَلَّلُ بِهِ عَنْهُمَا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَإِذَا حَلَقَ يَوْمَ النَّحْرِ فَقَدْ حَلَ مِنَ الْإِحْرَامَيْنِ) يَعْنِي إِحْرَامَ الْعُمْرَةِ وَإِحْرَامَ الْحَجِّ. فَإِنْ قِيلَ: التَّحَلُّلُ مِنْهُمَا يَقْتَضِي قِيَامَ كُلِّ مِنْهُمَا عِنْدَ الْحَلْقِ، وَلَوْ كَانَ إِحْرَامُ الْعُمْرَةِ بَاقِيًا عِنْدَهُ لَزِمَ الْقَارِنَ دَمَانِ إِذَا جَنَى بِقَتْلِ الصَّيِّدِ قَبْلَ الْحَلْقِ بَعْدَ الْوُقُوفِ بِعَرَفَةَ وَلَيْسَ كَذَلِكَ بَلْ عَلَيْهِ دَمٌ وَاحِدٌ، وَلَوْ كَانَ الْإِحْرَامُ بَاقِيًا لَزِمَ قِيَمَتَانِ كَمَا قَبْلَ الْوُقُوفِ. أَجِيبَ بِأَنَّ إِحْرَامَ الْعُمْرَةِ بَاقٍ لِلتَّحَلُّلِ لَا غَيْرَ؛ لِأَنَّ التَّحَلُّلَ لَا يُتَصَوَّرُ بِدُونِهِ، وَأَمَّا بِالنِّسْبَةِ إِلَى مَا عَدَاهُ فَلَيْسَ بِبَاقٍ؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى جَعَلَ غَايَةَ إِحْرَامِ الْعُمْرَةِ الْحَجَّ، وَالْمَضْرُوبُ لَهُ الْغَايَةُ لَا يَبْقَى بَعْدَ وُجُودِهَا إِلَّا لَضَرُورَةٍ وَهِيَ بِالنِّسْبَةِ إِلَى التَّحَلُّلِ لَا غَيْرَ، وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ لَمْ تَقَعْ الْحِنَايَةُ عَلَى إِحْرَامِ الْعُمْرَةِ فَلَا يَجِبُ لِأَجْلِهِ شَيْءٌ كإِحْرَامِ الْمُرَدِّ بِالْحَجِّ بَعْدَ الْحَلْقِ فَإِنَّهُ لَا يَبْقَى فِي حَقِّ سَائِرِ الْمَحْظُورَاتِ وَيَبْقَى فِي حَقِّ الْجَمَاعِ ضَرُورَةُ طَوَافِ الزِّيَارَةِ.

قَالَ: (وَلَيْسَ لِأَهْلِ مَكَّةَ تَمَتُّعٌ وَلَا قِرَانٌ، وَإِنَّمَا لَهُمُ الْإِفْرَادُ خَاصَّةً) خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ

(١) أخرجه البخاري في الحج باب ٨١، ومسلم في الحج حديث (٢١١، ٢١٢).

رَحِمَهُ اللَّهُ وَالْحُجَّةُ عَلَيْهِ قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿ ذَٰلِكَ لِمَنْ لَمْ يَكُنْ أَهْلُهُ حَاضِرِي الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ ﴾ [البقرة: ١٩٦]؛ وَلأنَّ شَرْعَهُمَا لِلتَّرْفَةِ بِإِسْقَاطِ إِحْدَى السُّفَرَتَيْنِ وَهَذَا فِي حَقِّ الْآفَاقِيِّ، وَمَنْ كَانَ دَاخِلَ الْمِيقَاتِ فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ الْمَكِّيِّ حَتَّى لَا يَكُونَ لَهُ مُتَعَةٌ وَلَا قِرَآنٌ، بِخِلَافِ الْمَكِّيِّ إِذَا خَرَجَ إِلَى الْكُوفَةِ وَقَرَنَ حَيْثُ يَصْبِحُ؛ لِأَنَّ عُمَرَتَهُ وَحُجَّتَهُ مِيقَاتِيَّتَانِ فَصَارَ بِمَنْزِلَةِ الْآفَاقِيِّ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَلَيْسَ لِأَهْلِ مَكَّةَ تَمَتُّعٌ وَلَا قِرَآنٌ) اعْلَمْ أَنَّ أَهْلَ مَكَّةَ وَمَنْ كَانَ دَاخِلَ الْمِيقَاتِ لَا تَمَتُّعَ لَهُمْ وَلَا قِرَآنَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَصْحَابِهِ، وَإِمَامُهُمْ فِي ذَلِكَ عَلِيٌّ وَعَبْدُ اللَّهِ بْنُ عَبَّاسٍ وَعَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ وَلَوْ تَمَتَّعُوا جَزَاءً وَأَسَاءُوا وَلَزِمَهُمْ دَمُ الْجَبْرِ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَهُمُ التَّمَتُّعُ وَالْقِرَآنُ وَلَكِنْ لَا دَمَ عَلَيْهِمْ، وَاسْتَدَلَّ عَلَى ذَلِكَ بِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿ فَمَنْ تَمَتَّعَ بِالْعُمْرَةِ إِلَى الْحَجِّ ﴾ فَإِنَّهُ بِإِطْلَاقِهِ لَا يَفْصِلُ بَيْنَ الْآفَاقِيِّ وَغَيْرِهِ. فَإِنْ قِيلَ: ﴿ ذَٰلِكَ أَنْ لَمْ يَكُنْ ﴾ إِشَارَةٌ إِلَى التَّمَتُّعِ الْمَفْهُومِ مِنْ تَمَتُّعٍ وَهُوَ يَقْتَضِي أَنَّ لَا يَكُونُ لِأَهْلِ حَاضِرِي الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ تَمَتُّعٌ.

أَجَابَ الشَّافِعِيُّ بِأَنَّ ذَلِكَ إِشَارَةٌ إِلَى الْهَدْيِ الْمَعْلُومِ مِنْ قَوْلِهِ تَعَالَى ﴿ فَمَا اسْتَسِيرَ مِنْ الْهَدْيِ ﴾ وَلَأَجْلَ هَذَا قُلْتُ: إِنَّهُ لَا دَمَ عَلَيْهِمْ. وَلَنَا قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿ ذَٰلِكَ لِمَنْ لَمْ يَكُنْ أَهْلُهُ حَاضِرِي الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ ﴾، وَوَجْهُهُ أَنَّ مَوْضُوعَ ذَلِكَ فِي كَلَامِ الْعَرَبِ الْبَعِيدِ وَالْقِرَآنُ نَزَلَ عَلَى لِسَانِهِمْ، وَمَا ذَكَرْتُمْ مِنَ الْهَدْيِ قَرِيبٌ لَا يَصْلُحُ ذَلِكَ حَقِيقَةً لَهُ، وَالتَّمَتُّعُ الْمَفْهُومُ مِنْ تَمَتُّعٍ بَعِيدٌ يَصْلُحُ لَذَلِكَ فَيُصَارُ إِلَيْهِ؛ لِأَنَّ الْعَمَلَ إِذَا أُمِّكِنَ بِالْحَقِيقَةِ لَا يُصَارُ إِلَى الْمَجَازِ بِالِاتِّفَاقِ فَتَكُونُ الْآيَةُ حُجَّةً عَلَيْهِ.

فَإِنْ قِيلَ: فَمَا الْجَوَابُ عَنْ اسْتِدْلَالِهِ بِإِطْلَاقِهِ؟ قُلْتُ: لَا إِطْلَاقَ ثَمَّةَ بَلْ كَلِمَةٌ مِنْ عَامَّةٍ خُصَّتْ بِقَوْلِهِ ﴿ ذَٰلِكَ لِمَنْ لَمْ يَكُنْ أَهْلُهُ حَاضِرِي الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ ﴾.

وَقَوْلُهُ: (وَلأنَّ شَرْعَهُمَا) دَلِيلٌ مَعْقُولٌ لَنَا، وَتَقْرِيرُ شَرْعِ الْمُتَعَةِ وَالْقِرَآنِ لِأَجْلِ التَّرْفَةِ (بِإِسْقَاطِ إِحْدَى السُّفَرَتَيْنِ) وَهُوَ ظَاهِرٌ، وَالتَّرْفَةُ بِذَلِكَ فِي حَقِّ الْآفَاقِيِّ؛ لِأَنَّ غَيْرَهُ لَا يُشَقُّ عَلَيْهِ هَذَا السَّفَرُ لِقُرْبِهِ حَتَّى يُتَرَفَّهَ. وَاعْتَرَضَ بِوَجْهَيْنِ: أَحَدُهُمَا أَنَّ النَّصَّ إِنْ كَانَ يَقْتَضِي مَا ذَكَرْتُمْ عَلَى مَا زَعَمْتُمْ لَكِنَّ تَخْصِيصَ الشَّيْءِ بِالذِّكْرِ لَا يَدُلُّ عَلَى التَّفْصِيلِ عَمَّا

عَدَاهُ. وَالثَّانِي أَنَّ اللَّهَ تَعَالَى شَرَعَ الْقِرَانَ وَالْمُتَعَةَ إِبَانَةً لِنَسْخِ مَا كَانَ عَلَيْهِ أَهْلُ الْجَاهِلِيَّةِ مِنْ تَحْرِيمِهِمُ الْعُمْرَةَ فِي أَشْهُرِ الْحَجِّ، وَالنَّسْخُ يُثْبِتُ فِي حَقِّ النَّاسِ كَافَّةً، وَرُجُوعُ الْإِشَارَةِ إِلَى مَا ذَكَرْتُمْ يُنَافِي ذَلِكَ.

وَأُجِيبَ عَنْ الْأَوَّلِ بِأَنْ تَخْصِيصَ الشَّيْءِ بِالذِّكْرِ كَمَا أَنَّهُ لَا يَدُلُّ عَلَى نَفْيِ الْحُكْمِ عَمَّا عَدَاهُ لَا يَدُلُّ عَلَى ثُبُوتِهِ لَهُ أَيْضًا، وَالْأَصْلُ فِيهِ الْعَدَمُ فَيَبْقَى إِلَى أَنْ يَدُلَّ الدَّلِيلُ عَلَى خِلَافِهِ. وَعَنْ الثَّانِي بِأَنَّ النَّسْخَ ثَابِتٌ عِنْدَنَا فِي حَقِّ الْمَكِّيِّ أَيْضًا، حَتَّى لَوْ اعْتَمَرَ فِي أَشْهُرِ الْحَجِّ جَازَ بِلَا كَرَاهَةٍ، وَلَكِنْ لَا يَذَرُكَ فَضِيلَةُ التَّمَتُّعِ؛ لِأَنَّ الْإِمَامَ قَطَعَ مُتَعَتَهُ كَمَا قَطَعَ مُتَعَةَ الْآفَاقِيِّ إِذَا رَجَعَ بَيْنَ النُّسُكَيْنِ إِلَى أَهْلِهِ، وَفِيهِ نَظَرٌ؛ لِأَنَّهُ يُسْتَدَلُّ بِهِ عَلَى بُطْلَانِ الْمُتَعَةِ لَا عَلَى عَدَمِ إِدْرَاكِ الْفَضِيلَةِ. وَالصَّوَابُ أَنْ يُقَالَ: لِأَنَّ مُتَعَتَهُ تَقْصَتْ عَنْ مُتَعَةِ الْآفَاقِيِّ بِصَيْرُورَةِ دَمِهِ دَمَ جَبْرِ.

وَقَوْلُهُ: (وَمَنْ كَانَ دَاخِلَ الْمِيقَاتِ فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ الْمَكِّيِّ حَتَّى لَا يَكُونَ لَهُ مُتَعَةٌ وَلَا قِرَانٌ) هَذَا رَاجِعٌ إِلَى تَفْسِيرِ ﴿حَاضِرِي الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ﴾ فَعِنْدَنَا هُمْ أَهْلُ مَكَّةَ، وَمَنْ كَانَ دَاخِلَ الْمِيقَاتِ سِوَاءَ كَانَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ مَكَّةَ مَسِيرَةٌ سَفَرٌ أَوْ لَمْ يَكُنْ، وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ: هُمْ أَهْلُ مَكَّةَ وَمَنْ حَوْلَهَا إِذَا لَمْ يَكُنْ بَيْنَهُ وَبَيْنَ مَكَّةَ مَسِيرَةٌ سَفَرٌ، كَذَا فِي مَبْسُوطِ شَيْخِ الْإِسْلَامِ.

وَقَوْلُهُ: (بِخِلَافِ الْمَكِّيِّ) مُتَّصِلٌ بِقَوْلِهِ: (وَلَيْسَ لِأَهْلِ مَكَّةَ تَمَتُّعٌ وَلَا قِرَانٌ): يَعْنِي لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ مَا دَامَ بِمَكَّةَ، بِخِلَافِ مَا (إِذَا خَرَجَ إِلَى الْكُوفَةِ وَقَرَنَ حَيْثُ يَصِحُّ) بِلَا كَرَاهَةٍ (لِأَنَّ عُمْرَتَهُ وَحَجَّتَهُ مِيقَاتَيْنِ فَصَارَ بِمَنْزِلَةِ الْآفَاقِيِّ) قَالَ الْمَحْبُوبِيُّ: هَذَا إِذَا خَرَجَ إِلَى الْكُوفَةِ قَبْلَ أَشْهُرِ الْحَجِّ، وَأَمَّا إِذَا خَرَجَ بَعْدَهَا فَقَدْ مَنَعَ مِنَ الْقِرَانِ فَلَا يَتَغَيَّرُ بِخُرُوجِهِ مِنَ الْمِيقَاتِ. وَإِنَّمَا خُصَّ الْقِرَانُ بِالذِّكْرِ لِأَنَّهُ إِذَا خَرَجَ الْمَكِّيُّ إِلَى الْكُوفَةِ وَاعْتَمَرَ لَا يَكُونُ مُتَمَتِّعًا عَلَى مَا نَذَرْتُمُوهُ.

(وَإِذَا عَادَ الْمُتَمَتِّعُ إِلَى بَلَدِهِ بَعْدَ فَرَاعِهِ مِنَ الْعُمْرَةِ وَلَمْ يَكُنْ سَاقَ الْهَدْيِ بَطَلَ تَمَتُّعُهُ؛ لِأَنَّهُ أَلَمَّ بِأَهْلِهِ فِيمَا بَيْنَ النُّسُكَيْنِ إِمَامًا صَحِيحًا وَبِذَلِكَ يَبْطُلُ التَّمَتُّعُ، كَذَا رُويَ عَنْ عِدَّةٍ مِنَ النَّاسِ، وَإِذَا سَاقَ الْهَدْيَ فَلِإِمَامِهِ لَا يَكُونُ صَحِيحًا وَلَا يَبْطُلُ تَمَتُّعُهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: رَحِمَهُ اللَّهُ يَبْطُلُ؛ لِأَنَّهُ آذَاهُمَا بِسَفَرَتَيْنِ.

وَلَهُمَا أَنْ الْعُودَ مُسْتَحَقٌّ عَلَيْهِ مَا دَامَ عَلَى نِيَّةِ التَّمَتُّعِ؛ لِأَنَّ السُّوقَ يَمْنَعُهُ مِنَ التَّحْلُلِ فَلَمْ يَصِحَّ إِمَامُهُ، بِخِلَافِ الْمَكِّيِّ إِذَا خَرَجَ إِلَى الْكُوفَةِ وَأَحْرَمَ بِعُمْرَةٍ وَسَاقَ الْهَدْيَ حَيْثُ لَمْ يَكُنْ مُتَمَتِّعًا؛ لِأَنَّ الْعُودَ هُنَاكَ غَيْرُ مُسْتَحَقٍّ عَلَيْهِ فَصَحَّ إِمَامُهُ بِأَهْلِهِ.

الشرح:

قَوْلُهُ: (وَإِذَا عَادَ التَّمَتُّعُ إِلَى بَلَدِهِ بَعْدَ فَرَاحِهِ مِنَ الْعُمْرَةِ وَلَمْ يَكُنْ سَاقَ الْهَدْيِ بَطْلَ تَمَتُّعُهُ) بِاتِّفَاقِ أَصْحَابِنَا (لَأَنَّهُ أَلَمْ يَأْهَلِهِ فِيمَا بَيْنَ التُّسْكِينِ إِمَامًا صَحِيحًا)، وَقَدْ تَقَدَّمَ تَفْسِيرُهُ، (وَبِذَلِكَ يَبْطُلُ التَّمَتُّعُ كَذَا رُويَ عَنْ) ابْنِ عَبَّاسٍ وَ (عِدَّةٍ مِنَ التَّابِعِينَ)، وَهَذَا لِأَنَّ حَدَّ التَّمَتُّعِ لَيْسَ بِصَادِقٍ عَلَيْهِ حَيْثُ أُنْشِئَ لِكُلِّ سَفَرٍ مِنْ أَهْلِهِ، وَالتَّمَتُّعُ مَنْ يَتَرَفَّقُ بِأَدَاءِ التُّسْكِينِ فِي سَفَرَةٍ وَاحِدَةٍ (وَإِذَا سَاقَ الْهَدْيَ فَلِإِمَامِهِ لَا يَكُونُ صَحِيحًا) عَلَى مَا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ وَهُوَ وَاضِحٌ.

وَقَوْلُهُ: (بِخِلَافِ الْمَكِّيِّ) مُتَّصِلٌ بِقَوْلِهِ: (وَإِذَا سَاقَ الْهَدْيَ فَلِإِمَامِهِ لَا يَكُونُ صَحِيحًا): يَعْنِي الْآفَاقِيَّ إِذَا فَعَلَ ذَلِكَ لَا يَكُونُ إِمَامُهُ صَحِيحًا بِخِلَافِ الْمَكِّيِّ (إِذَا خَرَجَ إِلَى الْكُوفَةِ وَأَحْرَمَ بِعُمْرَةٍ وَسَاقَ الْهَدْيَ حَيْثُ لَمْ يَكُنْ مُتَمَتِّعًا؛ لِأَنَّ الْعُودَ هُنَاكَ غَيْرُ مُسْتَحَقٍّ عَلَيْهِ)؛ لِأَنَّ الْمُرَادَ بِالْعُودِ هُوَ مَا يَكُونُ عَنِ الْوَطَنِ إِلَى الْحَرَمِ أَوْ إِلَى مَكَّةَ وَلَيْسَ هَهُنَا بِمَوْجُودٍ لِكُونِهِ فِي الْحَرَمِ أَوْ فِي مَكَّةَ فَلَا يُتَصَوَّرُ الْعُودُ، وَإِذَا سَاقَ الْهَدْيَ لَا يَكُونُ مُتَمَتِّعًا فَلَا يَكُونُ إِذَا لَمْ يَسُقْ كَانَ أَوَّلَى.

(وَمَنْ أَحْرَمَ بِعُمْرَةٍ قَبْلَ أَشْهُرِ الْحَجِّ فَطَافَ لَهَا أَقْلٌ مِنْ أَرْبَعَةِ أَشْوَاطٍ ثُمَّ دَخَلَتْ أَشْهُرُ الْحَجِّ فَتَمَّتْهَا وَأَحْرَمَ بِالْحَجِّ كَانَ مُتَمَتِّعًا؛ لِأَنَّ الْإِحْرَامَ عِنْدَنَا شَرْطٌ فَيَصِحُّ تَقْدِيمُهُ عَلَى أَشْهُرِ الْحَجِّ. وَإِنَّمَا يُعْتَبَرُ آدَاءُ الْأَفْعَالِ فِيهَا، وَقَدْ وُجِدَ الْأَكْثَرُ وَلِلْأَكْثَرِ حُكْمُ الْكُلِّ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَمَنْ أَحْرَمَ بِعُمْرَةٍ قَبْلَ أَشْهُرِ الْحَجِّ) فِيهِ ثَلَاثَةٌ مَذَاهِبٌ: ذَهَبَ الشَّافِعِيُّ إِلَى أَنَّهُ إِذَا أَحْرَمَ بِالْعُمْرَةِ قَبْلَ أَشْهُرِ الْحَجِّ لَا يَكُونُ مُتَمَتِّعًا وَإِنْ أَدَّى الْأَعْمَالَ فِيهَا. وَقَالَ مَالِكٌ: هُوَ مُتَمَتِّعٌ وَإِنْ لَمْ يُؤَدِّ فِيهَا إِذَا كَانَ التَّحْلُلُ عَنْ إِحْرَامِ الْعُمْرَةِ فِيهَا. وَقُلْنَا: إِنْ أَدَّى أَرْبَعَةَ أَشْوَاطٍ فِيهَا كَانَ مُتَمَتِّعًا وَإِلَّا فَلَا.

وَجْهٌ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ إِنَّهُ لَمْ يَجْمَعْ بَيْنَ النَّسْكِينِ فِي أَشْهُرِ الْحَجِّ لِتَقَدُّمِ رُكْنِ الْعُمْرَةِ عَلَيْهَا وَهُوَ الْإِحْرَامُ، وَوَجْهٌ قَوْلُ مَالِكٍ أَنَّ الْجَمْعَ بَيْنَهُمَا مُوجُودٌ بِاعْتِبَارِ الْإِتِمَامِ وَهُوَ التَّحَلُّلُ فِيهَا، وَلَنَا مَا ذَكَرَ فِي الْكِتَابِ أَنَّ الْإِحْرَامَ شَرْطُ فَجَازٍ تَقْدِيمُهُ كَتَقْدِيمِ الطُّهَارَةِ عَلَى وَقْتِ الصَّلَاةِ، وَالْاعْتِبَارُ بِإِدَاءِ الْأَفْعَالِ فِيهَا (وَقَدْ وَجَدَ الْأَكْثَرُ وَلِلْأَكْثَرِ حُكْمُ الْكُلِّ). قِيلَ: إِذَا لَمْ يُعَارِضْهُ نَصٌّ فَإِنَّ ثَلَاثَ رَكَعَاتٍ مِنَ الظُّهْرِ لَيْسَ لَهَا حُكْمُ الْكُلِّ لِمُعَارِضَةِ النَّصِّ النَّاطِقِ بِرُبَاعِيَةِ الظُّهْرِ.

(وَأِنْ طَافَ لِعُمْرَتِهِ قَبْلَ أَشْهُرِ الْحَجِّ أَرْبَعَةَ أَشْوَاطٍ فَصَاعِدًا ثُمَّ حَجَّ مِنْ عَامِهِ ذَلِكَ لَمْ يَكُنْ مُتَمَتِّعًا)؛ لِأَنَّهُ آدَى الْأَكْثَرِ قَبْلَ أَشْهُرِ الْحَجِّ، وَهَذَا؛ لِأَنَّهُ صَارَ بِحَالٍ لَا يَفْسُدُ نُسْكُهُ بِالْجِمَاعِ فَصَارَ كَمَا إِذَا تَحَلَّلَ مِنْهَا قَبْلَ أَشْهُرِ الْحَجِّ. وَمَالِكٌ رَحِمَهُ اللَّهُ يَعْتَبِرُ الْإِتِمَامَ فِي أَشْهُرِ الْحَجِّ وَالْحُجَّةِ عَلَيْهِ مَا ذَكَرْنَا؛ وَلَأَنَّ التَّرْفُقَ بِإِدَاءِ الْأَفْعَالِ، وَالْمُتَمَتُّعُ مُتَرَفِّقٌ بِإِدَاءِ النَّسْكِينِ فِي سَفَرَةٍ وَاحِدَةٍ فِي أَشْهُرِ الْحَجِّ.

الشرح:

قَوْلُهُ: (فَإِنْ طَافَ لِعُمْرَتِهِ قَبْلَ أَشْهُرِ الْحَجِّ) ظَاهِرٌ مِمَّا ذَكَرْنَاهُ. قَوْلُهُ: (وَهَذَا) إِمَارَةٌ إِلَى أَنَّهُ لَمْ يَكُنْ مُتَمَتِّعًا، وَأَرَادَ بِالنَّسْكِ الْعُمْرَةَ، وَمَعْنَاهُ أَنَّ نُسْكَ الْعُمْرَةِ يَفْسُدُ إِذَا جَامَعَ بَعْدَ مَا طَافَ ثَلَاثَةَ أَشْوَاطٍ وَلَمْ يَفْسُدْ بَعْدَ مَا طَافَ أَرْبَعَةَ أَشْوَاطٍ، فَإِنْ طَافَ أَرْبَعَةَ أَشْوَاطٍ قَبْلَ أَشْهُرِ الْحَجِّ صَارَ بِحَيْثُ لَا يَفْسُدُ نُسْكُهُ بِالْجِمَاعِ فَصَارَ كَأَنَّهُ تَحَلَّلَ قَبْلَ أَشْهُرِ الْحَجِّ، وَلَوْ تَحَلَّلَ قَبْلَهَا لَمْ يَكُنْ مُتَمَتِّعًا فَكَذَا هَذَا، وَعَلَى هَذَا يَكُونُ هَذَا الْمَذْكُورُ حُجَّةً عَلَى مَالِكٍ؛ لِأَنَّهُ يَعْتَبِرُ الْإِتِمَامَ وَهَذَا فِي حُكْمِ الْإِتِمَامِ فِي حَقِّ عَدَمِ الْفَسَادِ فَكَذَا فِي حَقِّ كَوْنِهِ غَيْرَ مُتَمَتِّعٍ.

(وَلَأَنَّ التَّرْفُقَ) إِنَّمَا يَكُونُ (بِإِدَاءِ الْأَفْعَالِ، وَالْمُتَمَتُّعُ هُوَ الْمُتَرَفِّقُ بِإِدَاءِ النَّسْكِينِ فِي سَفَرَةٍ وَاحِدَةٍ فِي أَشْهُرِ الْحَجِّ) فَلَا بُدَّ أَنْ تُوجَدَ الْأَفْعَالُ كُلُّهَا أَوْ أَكْثَرُهَا فِيهِ حَتَّى يَكُونَ مُتَمَتِّعًا. وَالْجَوَابُ عَنِ الشَّافِعِيِّ يُفْهَمُ مِنْ هَذَا؛ لِأَنَّ الْإِحْرَامَ لَيْسَ مِنْ أَفْعَالِ الْعُمْرَةِ بَلْ هُوَ مِنَ الشَّرُوطِ.

قَالَ (: وَأَشْهُرُ الْحَجِّ شَوَّالٌ وَذُو الْقَعْدَةِ وَعَشْرٌ مِنْ ذِي الْحِجَّةِ) كَذَا رَوَى عَنْ الْعَبَادِلَةِ الثَّلَاثَةِ وَعَبْدِ اللَّهِ بْنِ الزُّبَيْرِ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُمْ أَجْمَعِينَ وَلَأَنَّ الْحَجَّ يَقُوتُ

بِمُضِيِّ عَشْرِ ذِي الْحِجَّةِ، وَمَعَ بَقَاءِ الْوَقْتِ لَا يَتَحَقَّقُ الْفَوَاتُ، وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّ الْمُرَادَ مِنْ قَوْلِهِ تَعَالَى ﴿الْحَجُّ أَشْهُرٌ مَعْلُومَةٌ﴾ [البقرة: ١٩٧] شَهْرَانِ وَبَعْضُ الثَّالِثِ لَا كُلَّهُ.

الشرح:

(قَالَ: وَأَشْهُرُ الْحَجِّ: سُؤَالٌ وَذُو الْقَعْدَةِ وَعَشْرٌ مِنْ ذِي الْحِجَّةِ) لَمَّا ذَكَرَ أَنَّ الْمُتَمَتِّعَ هُوَ الَّذِي يَتَرَفَّقُ بِأَدَاءِ التُّسْكِينِ فِي سَفَرَةٍ وَاحِدَةٍ فِي أَشْهُرِ الْحَجِّ احْتِجَاجٌ إِلَى أَنَّ يُبَيِّنَ الْأَشْهُرَ فَقَالَ: أَشْهُرُ الْحَجِّ سُؤَالٌ وَذُو الْقَعْدَةِ وَعَشْرٌ مِنْ ذِي الْحِجَّةِ. فَإِنْ قُلْتُ: هَلْ لِلْمُتَمَتِّعِ اخْتِصَاصٌ بِذَلِكَ أَوْ الْقَارِنُ أَيْضًا لَا بُدَّ لَهُ أَنْ يَجْمَعَ بَيْنَ التُّسْكِينِ فِي أَشْهُرِ الْحَجِّ. قُلْتُ: قَالَ صَاحِبُ «النِّهَايَةِ»: وَجَدْتُ رِوَايَةً فِي الْمَحِيطِ أَنَّهُ لَا يُشْتَرَطُ لَصِحَّةِ الْقِرَانِ ذَلِكَ. قَالَ فِي «الْمُنْتَقَى»: رَجُلٌ جَمَعَ بَيْنَ حَجَّةٍ وَعُمْرَةٍ: أَيُّ أَحْرَمَ ثُمَّ قَدِمَ مَكَّةَ وَطَافَ لِعُمْرَتِهِ فِي شَهْرِ رَمَضَانَ كَانَ قَارِنًا وَلَكِنْ لَا هَذَا عَلَيْهِ.

قَوْلُهُ: (كَذَا رُوِيَ عَنِ الْعَبَادَةِ الثَّلَاثَةِ وَعَبْدُ اللَّهِ بْنِ الزُّبَيْرِ)، إِنَّمَا فَصَلَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ الزُّبَيْرِ عَنِ الْعَبَادَةِ وَهُمْ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ مَسْعُودٍ وَعَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ وَعَبْدُ اللَّهِ بْنُ عَبَّاسٍ؛ لِأَنَّهُ مَا كَانَ يُفْهَمُ فِي عُرْفِهِمْ مِنْ إِطْلَاقِ الْعَبَادَةِ إِلَّا هَؤُلَاءِ الثَّلَاثَةُ، وَأَمَّا فِي عُرْفِ الْمُحَدِّثِينَ فَالْعَبَادَةُ: عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عَبَّاسٍ، وَعَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ، وَعَبْدُ اللَّهِ بْنُ عَمْرٍو، وَعَبْدُ اللَّهِ بْنُ الزُّبَيْرِ، وَلَيْسَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ مَسْعُودٍ مِنْهُمْ؛ لِأَنَّهُ كَانَ تَقَدَّمَ مَوْتُهُ.

(وَلَأَنَّ الْحَجَّ يَقُوتُ بِمُضِيِّ عَشْرِ ذِي الْحِجَّةِ وَمَعَ بَقَاءِ الْوَقْتِ لَا يَتَحَقَّقُ الْفَوَاتُ) وَفِي هَذَا إِشَارَةٌ إِلَى نَفْيِ قَوْلِ مَالِكٍ إِنَّ وَقْتَ الْحَجِّ جَمِيعُ الْأَشْهُرِ الثَّلَاثَةِ، وَهُوَ مَرْوِيٌّ عَنْ عُرْوَةَ بْنِ الزُّبَيْرِ اسْتِدْلَالًا بِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿الْحَجُّ أَشْهُرٌ مَعْلُومَةٌ﴾، وَأَقْلُ الْجَمْعِ الْمُتَّفَقِ عَلَيْهِ ثَلَاثَةٌ.

وَفَائِدَةُ ذَلِكَ إِنَّمَا تَظْهَرُ فِي حَقِّ جَوَازِ تَأْخِيرِ طَوَافِ الزِّيَارَةِ إِلَى آخِرِ ذِي الْحِجَّةِ. فَإِنْ قُلْتُ: الْحَجُّ يَقُوتُ بِمُضِيِّ عَشْرِ لَيَالٍ وَتِسْعَةِ أَيَّامٍ فَلَا يَكُونُ الْيَوْمُ الْعَاشِرُ وَهُوَ يَوْمُ النَّحْرِ مِنْ وَقْتِ الْحَجِّ. قُلْتُ: هُوَ مُتَمَسِّكٌ أَبِي يُوسُفَ فِي غَيْرِ ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ، وَلَكِنَّا نَقُولُ: فَوَاتُ الْحَجِّ بِطُلُوعِ الْفَجْرِ مِنْ يَوْمِ النَّحْرِ؛ لِأَنَّ الْوُقُوفَ وَهُوَ الرُّكْنَ الْأَعْظَمُ مُوقَّتٌ بِوَقْتٍ مَخْصُوصٍ يَقُوتُ بِفَوَاتِهِ لَا لِأَنَّهُ خَرَجَ وَقْتُ الْحَجِّ؛ أَلَا تَرَى أَنَّ طَوَافَ الزِّيَارَةِ مَخْصُوصٌ بِيَوْمِ النَّحْرِ لَا يَجُوزُ قَبْلَهُ وَهُوَ رُكْنٌ وَالرُّكْنُ لَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ فِي

غَيْرِ وَقْتِهِ.

وَلَقَائِلُ أَنْ يَقُولَ: إِنْ اعْتَبَرْتُمْ الْفَوَاتَ يَلْزَمُ أَنْ لَا يَكُونَ يَوْمُ النَّحْرِ مِنْ وَقْتِ الْحَجِّ، وَإِنْ اعْتَبَرْتُمْ أَدَاءَ الْأَرْكَانِ وَجَبَ أَنْ يَكُونَ الْيَوْمُ الثَّانِي وَالثَّلَاثُ مِنْ وَقْتِ الْحَجِّ؛ لِأَنَّ طَوَافَ الزِّيَارَةِ يَجُوزُ فِيهِمَا، وَحِينَئِذٍ جَازَ أَنْ يَكُونَ ذُو الْحِجَّةِ إِلَى آخِرِهِ مِنْ وَقْتِ الْحَجِّ كَمَا قَالَ مَالِكٌ.

وَالْحَقُّ أَنْ يُقَالَ: الْمُعْوَلُ فِي ذَلِكَ مَا نُقِلَ عَنِ الْعِبَادَةِ وَغَيْرِهِمْ مِنَ الصَّحَابَةِ وَالتَّابِعِينَ أَنْ أَشْهُرَ الْحَجِّ: شَوَّالٌ وَذُو الْقَعْدَةِ وَعَشْرٌ مِنْ ذِي الْحِجَّةِ، وَفِيهِ نَظَرٌ؛ لِأَنَّ الْمُنْقُولَ عَنْهُمْ وَعَشْرٌ مِنْ ذِي الْحِجَّةِ بِالتَّذْكِيرِ وَهُوَ اللَّيَالِي فَلَا يَكُونُ حُجَّةً فِي دُخُولِ يَوْمِ النَّحْرِ فِي وَقْتِ الْحَجِّ.

وَالْجَوَابُ أَنْ ذَكَرَ أَحَدَ الْعَدَدَيْنِ مِنَ اللَّيَالِي وَالْأَيَّامِ بِلَفْظِ الْجَمْعِ يَقْتَضِي دُخُولَ مَا بِإِزَائِهِ مِنَ الْعَدَدِ الْآخَرِ كَمَا تَقَدَّمَ فِي الْاعْتِكَافِ. فَإِنْ قِيلَ: سَلَّمْنَا ذَلِكَ لَكِنْ مَا وَجْهُ دُخُولِ شَوَّالٍ وَذِي الْقَعْدَةِ فِي وَقْتِهِ وَأَدَاءِ الْحَجِّ لَا يَصِحُّ فِيهِمَا؟ أُجِيبَ بِأَنْ بَعْضَ أَفْعَالِهِ يَصِحُّ فِيهِمَا؛ أَلَا تَرَى أَنْ الْآفَاقِي إِذَا قَدِمَ مَكَّةَ فِي شَوَّالٍ وَطَافَ طَوَافَ الْقُدُومِ وَسَعَى بَعْدَهُ فَإِنَّ هَذَا السَّعْيَ يَكُونُ السَّعْيَ الْوَاجِبَ فِي الْحَجِّ، فَإِنَّهُ لَا يَجِبُ إِلَّا مَرَّةً وَاحِدَةً، وَلَوْ فَعَلَ ذَلِكَ فِي رَمَضَانَ لَمْ يُجْزِهِ عَنِ السَّعْيِ الْوَاجِبِ فِي الْحَجِّ.

وَقَوْلُهُ: (وَهَذَا) أَيُّ: مَا رُوِيَ عَنِ الْعِبَادَةِ وَمَا ذَكَرْنَا مِنَ الْمُعْقُولِ (يَدُلُّ عَلَى أَنَّ الْمُرَادَ مِنْ قَوْلِهِ تَعَالَى ﴿الْحَجُّ أَشْهُرٌ مَعْلُومَتٌ﴾ شَهْرَانِ وَبَعْضُ الشَّهْرِ الثَّلَاثِ لَا كُلَّهُ) وَلَمْ يَذْكُرْ كَيْفِيَّةَ الدَّلَالَةِ عَلَى ذَلِكَ. وَمِنْ الشَّارِحِينَ مَنْ قَالَ: لَفْظُ أَشْهُرٍ عَامٌّ فَيَجُوزُ أَنْ يُرَادَ مِنْهُ بَعْضٌ وَلَيْسَ شَيْءٌ؛ لِأَنَّ مَا يَنْتَهِي إِلَيْهِ الْخُصُوصُ إِذَا كَانَ الْعَامُّ جَمْعًا ثَلَاثَةً، وَلِأَنَّ الْخُصُوصَ إِنَّمَا يَكُونُ بِإِخْرَاجِ بَعْضِ أَفْرَادِ الْعَامِّ لَا بِإِخْرَاجِ بَعْضِ كُلِّ فَرْدٍ. وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ: اسْمُ الْجَمْعِ يَشْتَرِكُ فِيهِ مَا وَرَاءَ الْوَاحِدِ بِدَلِيلِ قَوْلِهِ تَعَالَى ﴿فَقَدْ صَغَتْ قُلُوبُكُمَا﴾ [التَّحْرِيمُ: ٤] فَإِنَّ الْمُرَادَ بِالْجَمْعِ التَّشْبِيهُ. وَرَدَّ بِأَنَّ ذَلِكَ عِنْدَ عَدَمِ الْإِلْبَاسِ كَمَا فِي هَذَا الْمَثَالِ وَمَا نَحْنُ فِيهِ مُلْبِسٌ.

وَأَقُولُ: هُوَ مِنْ بَابِ ذِكْرِ الْكُلِّ وَإِرَادَةِ الْجُزْءِ. فَإِنْ قُلْتُ: فَيَكُونُ مَجَازًا فَلَا بُدَّ لَهُ مِنْ قَرِينَةٍ. قُلْتُ: سِيَاقُ الْكَلَامِ لِأَنَّهُ قَالَ ﴿الْحَجُّ أَشْهُرٌ﴾ وَالْحَجُّ نَفْسُهُ لَيْسَ بِأَشْهُرٍ،

فَكَانَ تَقْدِيرُهُ وَاللَّهُ أَعْلَمُ: الْحَجُّ فِي أَشْهُرٍ، وَالظَّرْفُ لَا يَسْتَلْزِمُ الاسْتِعْرَاقَ فَكَانَ الْبَعْضُ مُرَادًا. وَعَيْنُهُ مَا رُوِيَ عَنِ الْعِبَادِلَةِ وَغَيْرِهِمْ.

(فَإِنْ قَدِمَ الْإِحْرَامُ بِالْحَجِّ عَلَيْهَا جَازَ إِحْرَامُهُ وَانْعَقَدَ حَجًّا) خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ فَإِنَّ عِنْدَهُ يَصِيرُ مُحْرِمًا بِالْعُمْرَةِ؛ لِأَنَّهُ رُكْنٌ عِنْدَهُ وَهُوَ شَرْطٌ عِنْدَنَا فَأَشْبَهَ الطَّهَارَةَ فِي جَوَازِ التَّقْدِيمِ عَلَى الْوَقْتِ؛ وَلِأَنَّ الْإِحْرَامَ تَحْرِيمَ أَشْيَاءَ وَإِيجَابَ أَشْيَاءَ، وَذَلِكَ يَصِحُّ فِي كُلِّ زَمَانٍ فَصَارَ كَالْتَّقْدِيمِ عَلَى الْمَكَانِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (فَإِنْ قَدِمَ الْإِحْرَامُ عَلَيْهَا) أَيُّ: عَلَى أَشْهُرِ الْحَجِّ. (جَازَ إِحْرَامُهُ) عِنْدَنَا (وَانْعَقَدَ حَجًّا) خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ، فَإِنَّ عِنْدَهُ يَصِيرُ مُحْرِمًا بِالْعُمْرَةِ؛ لِأَنَّهُ رُكْنٌ عِنْدَهُ) فَلَا يَتَحَقَّقُ قَبْلَ أَوَانِهِ. فَإِنْ قِيلَ: الْمَذْكُورُ فِي الْكِتَابِ يَذُلُّ عَلَى أَنَّهُ لَا يَقَعُ عَنِ الْحَجِّ وَالْمُدَّعِي وَفُوعُهُ إِحْرَامًا لِلْعُمْرَةِ. فَالْجَوَابُ أَنَّ الْإِحْرَامَ إِذَا وَجَدَ وَلَمْ يَصْلُحْ أَنْ يَكُونَ لِلْحَجِّ يَنْصَرِفُ إِلَى مَا يَصْلُحُ لَهُ حَذَرًا عَنِ الْإِلْغَاءِ كَمَنْ نَوَى صَوْمَ الْقَضَاءِ مِنَ النَّهَارِ فَإِنَّهُ يَكُونُ شَارِعًا فِي النَّفْلِ.

(وَهُوَ شَرْطٌ عِنْدَنَا فَأَشْبَهَ الطَّهَارَةَ فِي جَوَازِ التَّقْدِيمِ عَلَى الْوَقْتِ) فَإِنْ قِيلَ: لَوْ كَانَ شَرْطًا لَمَا كُرِهَ قَبْلَ أَشْهُرِ الْحَجِّ لَكُنْهُ مَكْرُوهًا. أَجِيبَ بِأَنَّ الْكَرَاهَةَ لَيْسَتْ لِلتَّقْدِيمِ عَلَى الْوَقْتِ بَلْ لِفَلَا يَقَعُ فِي الْمَحْظُورِ بِطُولِ الزَّمَانِ.

وَقَوْلُهُ: (وَلِأَنَّ الْإِحْرَامَ تَحْرِيمَ أَشْيَاءَ) أَيُّ: يَسْتَلْزِمُهُ كَتَحْرِيمِ قَتْلِ الصَّيْدِ وَلَيْسَ الْمَخِيطُ وَحَلْقُ الرَّأْسِ وَنَحْوُ ذَلِكَ، (وَإِيجَابُ أَشْيَاءَ) كَالسَّغْيِ وَالرَّمْيِ وَأَمْثَالَهُمَا، (وَذَلِكَ يَصِحُّ فِي كُلِّ زَمَانٍ فَصَارَ كَالْتَّقْدِيمِ عَلَى الْمَكَانِ) يَعْنِي الْمِيقَاتِ. لَا يُقَالُ: هَذَا كُلُّهُ تَعْلِيلٌ فِي مُقَابَلَةِ النَّصِّ، وَهُوَ مَا رُوِيَ أَنَّهُ ﷺ قَالَ: «الْمَهْلُ بِالْحَجِّ فِي غَيْرِ أَشْهُرِ الْحَجِّ مَهْلٌ بِالْعُمْرَةِ» وَفِي ذَلِكَ دَلَالَةٌ عَلَى أَنَّهُ لَيْسَ بِشَرْطٍ حَيْثُ لَمْ يَصِحَّ تَقْدِيمُهُ. لِأَنَّا نَقُولُ: هَذَا الْحَدِيثُ شَاذٌّ جَدًّا فَلَا يُعْتَمَدُ عَلَى مِثْلِهِ

قَالَ (وَإِذَا قَدِمَ الْكُوفِيُّ بِعُمْرَةٍ فِي أَشْهُرِ الْحَجِّ، وَفَرَّغَ مِنْهَا وَحَلَقَ أَوْ قَصَرَ ثُمَّ اتَّخَذَ مَكَّةَ أَوْ الْبَصْرَةَ دَارًا وَحَجَّ مِنْ عَامِهِ ذَلِكَ فَهُوَ مُتَمَتِّعٌ) أَمَّا الْأَوَّلُ فَلِأَنَّهُ تَرَفَّقَ بِنُسْكَيْنِ فِي سَفَرٍ وَاحِدٍ فِي أَشْهُرِ الْحَجِّ. وَأَمَّا الثَّانِي فَفَقِيلَ هُوَ بِالِاتِّفَاقِ. وَقِيلَ هُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ

رَحِمَهُ اللَّهُ. وَعِنْدَهُمَا لَا يَكُونُ مُتَمَتِّعًا؛ لِأَنَّ الْمُتَمَتِّعَ مَنْ تَكُونُ عُمُرَتُهُ مِيقَاتِيَّةً وَحَاجَتُهُ مَكِّيَّةً
وَنُسُكَاةً هَذَانِ مِيقَاتِيَّانِ.

وَلَهُ أَنَّ السَّفَرَةَ الْأُولَى قَائِمَةٌ مَا لَمْ يَعُدْ إِلَى وَطَنِهِ، وَقَدْ اجْتَمَعَ لَهُ نُسُكَانِ فِيهَا
فَوَجِبَ دَمُ التَّمَتُّعِ (فَإِنْ قَدِمَ بِعُمُرَةٍ فَأَفْسَدَهَا وَفَرَّغَ مِنْهَا وَقَصَرَ ثُمَّ اتَّخَذَ الْبَصْرَةَ دَارًا ثُمَّ
اعْتَمَرَ فِي أَشْهُرِ الْحَجِّ وَحَجَّ مِنْ عَامِهِ لَمْ يَكُنْ مُتَمَتِّعًا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ) رَحِمَهُ اللَّهُ (وَقَالَا:
هُوَ مُتَمَتِّعٌ)؛ لِأَنَّهُ إِنْشَاءُ سَفَرٍ وَقَدْ تَرَفَّقَ فِيهِ بِنُسُكَيْنِ. وَلَهُ أَنَّهُ بَاقٍ عَلَى سَفَرِهِ مَا لَمْ يَرْجِعْ
إِلَى وَطَنِهِ.

(فَإِنْ كَانَ رَجَعَ إِلَى أَهْلِهِ ثُمَّ اعْتَمَرَ فِي أَشْهُرِ الْحَجِّ، وَحَجَّ مِنْ عَامِهِ يَكُونُ مُتَمَتِّعًا
فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا)؛ لِأَنَّ هَذَا إِنْشَاءُ سَفَرٍ لِانْتِهَاءِ السَّفَرِ الْأَوَّلِ، وَقَدْ اجْتَمَعَ لَهُ نُسُكَانِ
صَحِيحَانِ فِيهِ، وَلَوْ بَقِيَ بِمَكَّةَ وَلَمْ يَخْرُجْ إِلَى الْبَصْرَةِ حَتَّى اعْتَمَرَ فِي أَشْهُرِ الْحَجِّ وَحَجَّ
مِنْ عَامِهِ لَا يَكُونُ مُتَمَتِّعًا بِالِاتِّفَاقِ؛ لِأَنَّ عُمُرَتَهُ مَكِّيَّةً وَالسَّفَرُ الْأَوَّلُ انْتَهَى بِالْعُمُرَةِ
الْفَاسِدَةِ وَلَا تَمْتَّعُ لِأَهْلِ مَكَّةَ.

الشرح:

قَالَ: (وَإِذَا قَدِمَ الْكُوفِيُّ بِعُمُرَةٍ) هَذِهِ الْمَسْأَلَةُ عَلَى أَرْبَعَةِ أَوْجُهٍ:
الْأَوَّلُ هُوَ مَا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ بِقَوْلِهِ (ثُمَّ اتَّخَذَ مَكَّةَ دَارًا) يَعْنِي أَقَامَ بِهَا بَعْدَ مَا
فَرَّغَ مِنَ الْعُمُرَةِ وَخَلَقَ ثُمَّ حَجَّ مِنْ عَامِهِ ذَلِكَ وَهُوَ فِي هَذَا الْوَجْهِ مُتَمَتِّعٌ.
وَالثَّانِي مَا ذَكَرَهُ ثَانِيًا بِقَوْلِهِ (أَوْ الْبَصْرَةَ دَارًا وَحَجَّ مِنْ عَامِهِ ذَلِكَ) وَقَالَ: وَهُوَ
مُتَمَتِّعٌ وَهُوَ يَنْصَرِفُ إِلَى الْوَجْهَيْنِ جَمِيعًا وَهُوَ رِوَايَةُ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ وَلَمْ يَذْكُرْ فِيهِ خِلَافًا.
وَالثَّالِثُ هُوَ أَنْ يَخْرُجَ مِنْ مَكَّةَ وَلَا يَتَجَاوَزُ الْمِيقَاتَ حَتَّى يَحُجَّ مِنْ عَامِهِ ذَلِكَ،
وَفِيهِ أَيْضًا مُتَمَتِّعٌ، وَلَمْ يَذْكُرْهُ؛ لِأَنَّ حُكْمَهُ يُعْلَمُ مِنَ الْوَجْهِ الْأَوَّلِ.
وَالرَّابِعُ هُوَ أَنْ يَخْرُجَ مِنْ مَكَّةَ وَيَتَجَاوَزَ الْمِيقَاتَ وَعَادَ إِلَى أَهْلِهِ ثُمَّ حَجَّ مِنْ عَامِهِ
ذَلِكَ، وَفِي هَذَا الْوَجْهِ لَيْسَ بِمُتَمَتِّعٍ لِأَنَّهُ أَلَمْ بِأَهْلِهِ إِلَّا مَا صَحِيحًا وَمِثْلُهُ لَا يَكُونُ مُتَمَتِّعًا وَلَمْ
يَذْكُرْهُ لِكَوْنِهِ مَعْلُومًا مِمَّا تَقَدَّمَ.

وَقَوْلُهُ: (أَمَّا الْأَوَّلُ) أَيُ: الْوَجْهُ الْأَوَّلُ وَإِنَّمَا صَارَ فِيهِ مُتَمَتِّعًا (لِأَنَّهُ تَرَفَّقَ بِنُسُكَيْنِ
فِي سَفَرٍ وَاحِدٍ فِي أَشْهُرِ الْحَجِّ) مِنْ غَيْرِ أَنْ يَلْمَ بِأَهْلِهِ إِلَّا مَا صَحِيحًا وَمِثْلُهُ مُتَمَتِّعٌ.

(وَأَمَّا الثَّانِي فَقِيلَ هُوَ بِالْإِتِّفَاقِ) ذَكَرَ الْجَصَاصُ أَنَّهُ لَا يَكُونُ مُتَمَتِّعًا عَلَى قَوْلِ الْكُلِّ، ذَكَرَهُ فِي الْمَحِيطِ، وَقَوْلُ الْمُصَنِّفِ مُلَبِّسٌ لِأَنَّهُ قَالَ فَقِيلَ هُوَ بِالْإِتِّفَاقِ وَهُوَ يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ فِي كَوْنِهِ مُتَمَتِّعًا وَفِي كَوْنِهِ لَا يَكُونُ مُتَمَتِّعًا. وَالثَّانِي هُوَ الْمُرَادُ عَلَى مَا ذَكَرَهُ الْجَصَاصُ.

وَرَوَى الْحَاكِمُ الشَّهِيدُ عَنْ أَبِي عَصْمَةَ سَعْدِ بْنِ مُعَاذٍ أَنَّ مَا ذَكَرَ فِي الْكِتَابِ: يَعْنِي الْجَامِعَ الصَّغِيرَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ، وَعَلَى قَوْلِهِمَا لَا يَكُونُ مُتَمَتِّعًا، وَهَكَذَا ذَكَرَ الطَّحَاوِيُّ؛ لِأَنَّ الْمُتَمَتِّعَ مَنْ تَكُونُ عُمُرُهُ مِيقَاتِيَّةً وَحَاجَّتُهُ مَكِّيَّةً، وَهَذَا لَيْسَ كَذَلِكَ؛ لِأَنَّ نُسُكِيَّةً مِيقَاتِيَّتَيْنِ لِأَنَّهُ بَعْدَ مَا جَاوَزَ الْمِيقَاتَ حَلَالًا وَعَادَ يَلْزِمُهُ الْإِحْرَامُ مِنَ الْمِيقَاتِ فَكَانَ كَالْمَلَمِّ بِأَهْلِهِ.

وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ السَّفَرَةَ الْأُولَى قَائِمَةٌ مَا لَمْ يَعُدْ إِلَى أَهْلِهِ فَكَانَ بِمَنْزِلَةِ مَنْ لَمْ يَخْرُجْ مِنَ الْمِيقَاتِ حَتَّى عَادَ وَحَجَّ. وَالْحَاصِلُ أَنَّ الْأَصْلَ عِنْدَهُ أَنَّهُ مَا لَمْ يَصِلْ إِلَى أَهْلِهِ فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ مَنْ لَمْ يُجَاوِزِ الْمِيقَاتَ.

وَعِنْدَهُمَا أَنَّ مَنْ خَرَجَ مِنَ الْمِيقَاتِ بِمَنْزِلَةِ مَنْ وَصَلَ إِلَى أَهْلِهِ، وَإِنَّمَا قَالَ: (فَوَجَبَ دَمُ التَّمَتُّعِ) وَلَمْ يَقُلْ: فَهُوَ مُتَمَتِّعٌ؛ لِأَنَّ فَائِدَةَ الْخِلَافِ تَظْهَرُ فِي حَقِّ وَجُوبِ الدَّمِ، فَقَالَ: (وَجَبَ دَمُ التَّمَتُّعِ) وَهُوَ دَمٌ قُرْبِي لِكَوْنِهِ دَمٌ شُكْرٍ؛ وَلِهَذَا حَلَّ لَهُ التَّأَوُّلُ مِنْهُ فَيُصَارُ إِلَى إِجْبَاهِهِ بِاعْتِبَارِ هَذِهِ الشَّبْهَةِ احْتِيَاظًا.

وَقَوْلُهُ: (فَإِنْ قَدِمَ بِعُمْرَةٍ) أَيُّ: بِإِحْرَامِ عُمْرَةٍ (فَأَفْسَدَهَا) بِأَنَّ جَامِعَ امْرَأَتِهِ قَبْلَ أَعْمَالِ الْعُمْرَةِ (وَفَرَّغَ مِنْهَا) يَعْنِي مَضَى (وَقَصَرَ) وَتَحَلَّلَ (ثُمَّ اتَّخَذَ الْبَصْرَةَ دَارًا ثُمَّ اعْتَمَرَ فِي أَشْهُرِ الْحَجِّ) أَيُّ: قَضَى الْعُمْرَةَ الَّتِي أَفْسَدَهَا، (وَحَجَّ مِنْ عَامِهِ ذَلِكَ) لَمْ يَكُنْ مُتَمَتِّعًا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ يَعْنِي إِذَا كَانَ خُرُوجُهُ إِلَى الْبَصْرَةِ فِي أَشْهُرِ الْحَجِّ.

وَأَمَّا إِذَا خَرَجَ قَبْلَ أَشْهُرِ الْحَجِّ وَاعْتَمَرَ وَحَجَّ مِنْ عَامِهِ ذَلِكَ فَإِنَّهُ يَكُونُ مُتَمَتِّعًا بِلا خِلَافٍ، كَذَا فِي «النَّهَائَةِ» نَاقِلًا عَنْ «مَبْسُوطِ» شَيْخِ الْإِسْلَامِ «وَالْفَوَائِدِ الظَّهِيرِيَّةِ». وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: هُوَ مُتَمَتِّعٌ، وَالْوَجْهُ مِنَ الْجَانِبَيْنِ مَا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ.

(وَمَنْ اعْتَمَرَ فِي أَشْهُرِ الْحَجِّ وَحَجَّ مِنْ عَامِهِ فَأَيُّهُمَا أَفْسَدَ مَضَى فِيهِ)؛ لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُهُ الْخُرُوجُ عَنْ عَهْدَةِ الْإِحْرَامِ إِلَّا بِالْأَفْعَالِ (وَسَقَطَ دَمُ الْمُتَمَتِّعِ)؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَتَرَفَّقْ بِإِدَاءِ

نُسْكَيْنِ صَحِيحَيْنِ فِي سَفَرَةٍ وَاحِدَةٍ

(وَإِذَا تَمَتَّعَتِ الْمَرْأَةُ فَضَحَّتْ بِشَاةٍ لَمْ يُجْزَها عَنْ الْمُتَعَةِ؛ لِأَنَّهَا أَتَتْ بِغَيْرِ الْوَاجِبِ، وَكَذَا الْجَوَابُ فِي الرَّجُلِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَإِذَا تَمَتَّعَتِ الْمَرْأَةُ فَضَحَّتْ بِشَاةٍ لَمْ يُجْزَها عَنْ الْمُتَعَةِ لِأَنَّهَا أَتَتْ بِغَيْرِ الْوَاجِبِ عَلَيْهَا) إِذِ الْوَاجِبُ عَلَيْهَا دَمُ الْمُتَعَةِ، وَالْأُضْحِيَّةُ لَيْسَتْ بِوَاجِبَةٍ، وَلَكِنْ كَانَتْ وَاجِبَةً بِأَنْ اشْتَرَتْ بَنِيَّةَ الْأُضْحِيَّةِ فَذَلِكَ وَاجِبٌ آخَرُ عَلَيْهَا غَيْرَ مَا وَجِبَ بِالْمُتَمَتِّعِ، (وَكَذَلِكَ الْجَوَابُ فِي الرَّجُلِ) وَإِنَّمَا خُصَّتِ الْمَرْأَةُ؛ لِأَنَّ السَّائِلَةَ كَانَتْ امْرَأَةً فَوَضَعَتْ الْمَسْأَلَةَ عَلَى مَا وَقَعَ وَإِنَّمَا؛ لِأَنَّ الْعَالِمَ مِنْ حَالِ الْجَهْلِ وَبَنِيَّةُ التَّضْحِيَّةِ فِي هَذِي الْمُتَعَةِ لَا تَكُونُ إِلَّا عَنْ جَهْلٍ. ثُمَّ لَمَّا لَمْ يُجْزَها عَنْ دَمِ الْمُتَعَةِ كَانَ عَلَيْهَا دَمَانِ سِوَى مَا ذَبَحَتْ: دَمُ الْمُتَعَةِ الَّذِي كَانَ وَاجِبًا عَلَيْهَا، وَدَمٌ آخَرُ لِأَنَّهَا قَدْ حَلَّتْ قَبْلَ الذَّبْحِ

(وَإِذَا حَاضَتِ الْمَرْأَةُ عِنْدَ الْإِحْرَامِ اغْتَسَلَتْ وَأَحْرَمَتْ وَصَنَعَتْ كَمَا يَصْنَعُهُ الْحَاجُّ غَيْرَ أَنَّهَا لَا تَطُوفُ بِالْبَيْتِ حَتَّى تَطْهَرَ) لِحَدِيثِ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا حِينَ حَاضَتْ بِسَرَفٍ وَلِأَنَّ الطَّوْفَ فِي الْمَسْجِدِ وَالْوُقُوفَ فِي الْمَفَازَةِ، وَهَذَا الْاِغْتِسَالُ لِلْإِحْرَامِ لَا لِلصَّلَاةِ فَيَكُونُ مُفِيدًا.

الشرح:

(وَإِذَا حَاضَتِ الْمَرْأَةُ عِنْدَ الْإِحْرَامِ اغْتَسَلَتْ وَأَحْرَمَتْ وَصَنَعَتْ كَمَا يَصْنَعُهُ الْحَاجُّ غَيْرَ أَنَّهَا لَا تَطُوفُ بِالْبَيْتِ حَتَّى تَطْهَرَ) لِحَدِيثِ عَائِشَةَ حِينَ حَاضَتْ بِسَرَفٍ وَهُوَ مَا رَوَى «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ دَخَلَ عَلَيْهَا وَهِيَ تَبْكِي فَقَالَ: مَا يُبْكِيكِ لَعَلَّكَ نَفِسَتْ؟ فَقَالَتْ: نَعَمْ، فَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: هَذَا شَيْءٌ كَتَبَهُ اللَّهُ عَلَى بَنَاتِ آدَمَ، دَعِيَ عَنْكَ الْعُمْرَةُ، أَوْ قَالَ: أُرْفُضِي عُمْرَتَكَ وَالْقُضِي رَأْسَكَ وَامْتَشِطِي وَاصْنَعِي جَمِيعَ مَا يَصْنَعُ الْحَاجُّ، غَيْرَ أَنْ لَا تَطُوفِي بِالْبَيْتِ» وَالْاِسْتِدْلَالُ إِنَّمَا هُوَ بِقَوْلِهِ: وَاصْنَعِي جَمِيعَ مَا يَصْنَعُ الْحَاجُّ، وَلَيْسَ فِيهِ مَا يَدُلُّ عَلَى الْاِغْتِسَالِ.

وَلَكِنْ فِيمَا رَوَى أَبُو دَاوُدَ فِي السُّنَنِ بِإِسْنَادِهِ إِلَى عَائِشَةَ قَالَتْ: نَفِسَتْ أَسْمَاءُ بِنْتُ عُمَيْسٍ بِمُحَمَّدِ بْنِ أَبِي بَكْرٍ، فَأَمَرَ النَّبِيُّ ﷺ أَبَا بَكْرٍ فَأَمَرَهَا أَنْ تَغْتَسِلَ وَتُهْلِلَ «دَلِيلُ

عَلَى ذَلِكَ؛ (وَلَأَنَّ الطَّوَافَ فِي الْمَسْجِدِ) وَالْحَائِضُ مِنْهُيَّةٌ عَنْ دُخُولِهِ، (وَالْوُقُوفَ فِي الْمَفَازَةِ) وَلَيْسَتْ بِمَنْهِيَّةٍ عَنْهَا.

فَإِنْ قِيلَ: لَا فَائِدَةٌ فِي هَذَا الْاِغْتِسَالِ.

(فَإِنْ حَاضَتْ بَعْدَ الْوُقُوفِ وَطَوَّافِ الزِّيَارَةِ انْصَرَفَتْ مِنْ مَكَّةَ وَلَا شَيْءَ عَلَيْهَا لَطَوَّافِ الصَّدْرِ) «لَأَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ رَخَّصَ لِلنِّسَاءِ الْحَيْضِ فِي تَرْكِ طَوَّافِ الصَّدْرِ».

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَلَا شَيْءَ عَلَيْهَا لَطَوَّافِ الصَّدْرِ) أَيُّ: لَتَرْكِ طَوَّافِ الصَّدْرِ؛ «لَأَنَّهُ عَلَيْهِ رَخَّصَ لِلنِّسَاءِ الْحَيْضِ فِي تَرْكِ طَوَّافِ الصَّدْرِ»، رَوَتْ عَائِشَةُ: «أَنَّ صَفِيَّةَ بِنْتَ حُيَّيْ حَاضَتْ، فَقَالَ النَّبِيُّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: عَقَرَى حَلَقَى إِلَيْكَ لِحَابِسْتِنَا، أَمَا كُنْتُ طُفْتُ يَوْمَ النَّحْرِ؟ قَالَتْ: بَلَى، قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: فَلَا بَأْسَ الْفَرِي» فَلَمَّا تَبَتَّ الرُّخْصَةُ لِلْحَائِضِ وَالثَّفْسَاءِ فِي تَرْكِ طَوَّافِ الصَّدْرِ لَمْ يَجِبْ بِتَرْكِه شَيْءٌ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ أَنَّ كُلَّ نُسْكَ جَازَ تَرْكُهُ بَعْدَ لَا يَجِبُ بِتَرْكِه كَفَّارَةٌ، وَعَقَرَى وَحَلَقَى عِنْدَ الْمُحَدِّثِينَ فَعَلَى، وَمَعْنَاهُ: عَقَرَ جَسَدَهَا وَأَصَابَهَا فِي حَلَقِهَا وَجَعٌ.

(وَمَنْ اتَّخَذَ مَكَّةَ دَارًا فَلَيْسَ عَلَيْهِ طَوَّافُ الصَّدْرِ؛ لَأَنَّهُ عَلَى مَنْ يُصَدِّرُ إِلَّا إِذَا اتَّخَذَهَا دَارًا بَعْدَ مَا حَلَّ النَّفَرُ الْأَوَّلُ فِيمَا يُرَوَى عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَيُرْوَاهُ الْبَعْضُ عَنْ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ؛ لَأَنَّهُ وَجَبَ عَلَيْهِ بِدُخُولِ وَقْتِهِ فَلَا يَسْقُطُ بِنَيْتِ الْإِقَامَةِ بَعْدَ ذَلِكَ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَمَنْ اتَّخَذَ مَكَّةَ دَارًا) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ: (بَعْدَ مَا حَلَّ النَّفَرُ الْأَوَّلُ) يَعْنِي الْيَوْمَ الثَّلَاثَ مِنْ أَيَّامِ النَّحْرِ (لَأَنَّهُ وَجَبَ بِدُخُولِ وَقْتِهِ فَلَا يَسْقُطُ بِنَيْتِ الْإِقَامَةِ بَعْدَ ذَلِكَ) كَمَنْ أَصْبَحَ وَهُوَ مُقِيمٌ فِي رَمَضَانَ ثُمَّ سَافَرَ لَا يَحِلُّ لَهُ أَنْ يُفْطِرَ. فَأَمَّا إِذَا اتَّخَذَ مَكَّةَ دَارًا قَبْلَ أَنْ يَحِلَّ النَّفَرُ الْأَوَّلُ فَلَا يَجِبُ عَلَيْهِ طَوَّافُ الصَّدْرِ لَأَنَّهُ صَارَ كَمُقِيمٍ سَافَرَ قَبْلَ أَنْ يُصْبِحَ فَإِنَّهُ يُبَاحُ لَهُ الْإِفْطَارُ.

وَعَلَى قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ يَسْقُطُ عَنْهُ طَوَّافُ الصَّدْرِ إِلَّا أَنْ يَكُونَ عَزَمَ عَلَى الْإِقَامَةِ

بَعْدَ مَا افْتَسَحَ الطَّوَافُ؛ لِأَنَّ وَقْتَ الطَّوَافِ بَاقٍ بَعْدَ مَا حَلَّ التَّفَرُّ الْأَوَّلُ، وَمَا بَقِيَ الْوَقْتُ لَا يَصِيرُ دَيْنًا فِي ذِمَّتِهِ فَيَسْقُطُ بِالْعَارِضِ الْمُعْتَبَرِ كَالْمَرْأَةِ الَّتِي حَاضَتْ فِي وَقْتِ الصَّلَاةِ يَلْزُمُهَا قَضَاءُ تِلْكَ الصَّلَاةِ.

باب الجنائيات

(وَإِذَا تَطَيَّبَ الْمُحْرِمُ فَعَلَيْهِ الْكَفَّارَةُ فَإِنْ طَيَّبَ عُضْوًا كَامِلًا فَمَا زَادَ فَعَلَيْهِ دَمٌ) وَذَلِكَ مِثْلُ الرَّأْسِ وَالسَّاقِ وَالْفَخِذِ وَمَا أَشْبَهَ ذَلِكَ؛ لِأَنَّ الْجِنَايَةَ تَتَكَامَلُ بِتَكَامُلِ الْارْتِفَاقِ، وَذَلِكَ فِي الْعُضْوِ الْكَامِلِ فَيَتَرْتَّبُ عَلَيْهِ كَمَالُ الْمُوجِبِ (وَإِنْ طَيَّبَ أَقْلًا مِنْ عُضْوٍ فَعَلَيْهِ الصَّدَقَةُ)؛ لِقُصُورِ الْجِنَايَةِ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: يَجِبُ بِقَدَرِهِ مِنَ الدَّمِ اعْتِبَارًا لِلْجُزْءِ بِالْكُلِّ. وَفِي الْمُنْتَقَى أَنَّهُ إِذَا طَيَّبَ رُبْعَ الْعُضْوِ فَعَلَيْهِ دَمٌ اعْتِبَارًا بِالْحَلْقِ، وَنَحْنُ نَذْكُرُ الْفَرْقَ بَيْنَهُمَا مِنْ بَعْدِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ.

ثُمَّ وَاجِبُ الدَّمِ يَتَأَدَّى بِالشَّاةِ فِي جَمِيعِ الْمَوَاضِعِ إِلَّا فِي مَوْضِعَيْنِ نَذْكُرُهُمَا فِي بَابِ الْهَدْيِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى. وَكُلُّ صَدَقَةٍ فِي الْإِحْرَامِ غَيْرُ مُقَدَّرَةٍ فَهِيَ نِصْفُ صَاعٍ مِنْ بُرٍّ إِلَّا مَا يَجِبُ بِقَتْلِ الْقَمَلَةِ وَالْجَرَادَةِ، هَكَذَا رَوَى عَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى.

الشرح:

(بَابُ الْجِنَايَاتِ): لَمَّا فَرَّغَ مِنْ بَيَانِ أَحْكَامِ الْمُحْرِمِينَ بَدَأَ بِمَا يَعْتَرِبُهُمْ مِنَ الْعَوَارِضِ مِنَ الْجِنَايَاتِ وَالْإِحْصَارِ وَالْفَوَاتِ، وَهِيَ جَمْعُ جِنَايَةٍ، وَالْجِنَايَةُ اسْمٌ لِلْفِعْلِ مُحَرَّمٌ شَرْعًا سِوَاءَ حَلِّ بِمَالٍ أَوْ نَفْسٍ، وَلَكِنَّهُمْ أَعْنَى الْفُقَهَاءَ خَصُّوْهَا بِالْفِعْلِ فِي النَّفْسِ وَالْأَطْرَافِ. فَأَمَّا الْفِعْلُ فِي الْمَالِ فَسَمَوُهُ غَضَبًا، وَالْمَرَادُ هَهُنَا فِعْلٌ لَيْسَ لِلْمُحْرِمِ أَنْ يَفْعَلَهُ، وَإِنَّمَا جَمَعَ بَيَانُ أَنَّهَا هَهُنَا أَنْوَاعُ قَوْلُهُ: (وَإِذَا تَطَيَّبَ الْمُحْرِمُ) التَّطَيُّبُ عِبَارَةٌ عَنْ لُصُوقِ عَيْنٍ لَهُ رَائِحَةٌ طَيِّبَةٌ بِيَدَنِ الْمُحْرِمِ أَوْ بِعُضْوٍ مِنْهُ، فَلَوْ شَمَّ طَيِّبًا وَلَمْ يَلْتَصِقْ بِيَدَنِهِ مِنْ عَيْنِهِ شَيْءٌ لَمْ يَجِبْ عَلَيْهِ شَيْءٌ.

ذَكَرَ أَوَّلًا أَنَّ تَطَيُّبَ الْمُحْرِمِ يُوجِبُ الْكَفَّارَةَ لِقَوْلِهِ ﷺ: «الْحَاجُّ الشَّعْثُ النَّفْلُ» وَالتَّطَيُّبُ يُزِيلُ هَذِهِ الصِّفَةَ كَانَ جِنَايَةً لَكِنَّهَا تَتَفَاوَتْ بِتَفَاوُتِ مَحَلِّ الْجِنَايَةِ، فَفَصَّلَ ذَلِكَ بِقَوْلِهِ: (فَإِنْ طَيَّبَ عُضْوًا كَامِلًا فَمَا زَادَ فَعَلَيْهِ دَمٌ) وَقَوْلُهُ: (فَمَا زَادَ) فَصَّلَ فِي الْبَيِّنِ. وَقَوْلُهُ: (وَذَلِكَ مِثْلُ الرَّأْسِ) ظَاهِرٌ.

وَالْفَاصِلُ فِي الْارْتِفَاقِ بَيْنَ الْكَامِلِ وَالْقَاصِرِ الْعَادَّةُ، فَإِنَّ الْعَادَّةَ فِي اسْتِعْمَالِ الطِّيبِ لِقَضَاءِ التَّثَمِّ غُضُو كَامِلٌ فَتَمُّ بِهِ الْجَنَائَةُ وَفِيمَا ذُوهُ فِي جَنَائَتِهِ نُقْصَانٌ فَتَكْفِيهِ الصَّدَقَةُ. وَقَوْلُهُ: (وَنَحْنُ نَذْكُرُ الْفَرْقَ بَيْنَهُمَا) هُوَ قَوْلُهُ: وَلَنَا أَنَّ حَلْقَ بَعْضِ الرَّأْسِ ارْتِفَاقٌ كَامِلٌ إلخ، وَقَوْلُهُ (إِلَّا فِي مَوْضِعَيْنِ) يَعْنِي إِذَا طَافَ طَوَافَ الزِّيَارَةِ جُنُبًا، وَإِذَا جَامَعَ بَعْدَ الْوُقُوفِ بِعَرَفَةَ. وَقَوْلُهُ: (إِلَّا مَا يَجِبُ بِقَتْلِ الْقَمْلَةِ وَالْجَرَادَةِ) يَعْنِي أَنَّ التَّصَدُّقَ فِيهِمَا غَيْرُ مُقَدَّرٍ بِنَصْفٍ صَاحٍ بَلْ يَتَصَدَّقُ بِمَا شَاءَ.

قَالَ (فَإِنْ خَضَبَ رَأْسَهُ بِحِنَاءٍ فَعَلَيْهِ دَمٌ؛ لِأَنَّهُ طِيبٌ. قَالَ ﷺ: «الْحِنَاءُ طِيبٌ»^(١)) وَإِنْ صَارَ مُلْبَدًا فَعَلَيْهِ دَمَانِ دَمٌ لِلتَّطْيِبِ وَدَمٌ لِلتَّغْطِيَةِ. وَلَوْ خَضَبَ رَأْسَهُ بِالْوَسْمَةِ لَا شَيْءَ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَسْتَبِطِيبُ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ إِذَا خَضَبَ رَأْسَهُ بِالْوَسْمَةِ؛ لِأَجْلِ الْمَعَالَجَةِ مِنَ الصَّدَاعِ فَعَلَيْهِ الْجَزَاءُ بِاعْتِبَارِ أَنَّهُ يُغْلَفُ رَأْسَهُ وَهَذَا صَحِيحٌ. ثُمَّ ذَكَرَ مُحَمَّدٌ فِي الْأَصْلِ رَأْسَهُ وَلَحِيَّتَهُ، وَاقْتَصَرَ عَلَى ذِكْرِ الرَّأْسِ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ دَلٌّ أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَضْمُونٌ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «الْحِنَاءُ طِيبٌ» قَالَهُ حِينَ نَهَى الْمُعْتَدَّةَ أَنْ تَخْتَضِبَ بِالْحِنَاءِ، (وَإِنْ صَارَ مُلْبَدًا) بَأَنَّ كَانَ الْحِنَاءُ جَامِدًا غَيْرَ مَائِعٍ (فَعَلَيْهِ دَمَانِ: دَمٌ لِلتَّطْيِبِ، وَدَمٌ لِلتَّغْطِيَةِ) يَعْنِي إِذَا غَطَّاهُ يَوْمًا إِلَى اللَّيْلِ، فَإِنْ كَانَ أَقْلٌ مِنْ ذَلِكَ فَعَلَيْهِ صَدَقَةٌ، وَكَذَا إِذَا غَطَّى رُبْعَ الرَّأْسِ، أَمَا إِذَا كَانَ أَقْلٌ مِنْ ذَلِكَ فَعَلَيْهِ صَدَقَةٌ. وَقَوْلُهُ: (بِاعْتِبَارِ أَنَّهُ يُغْلَفُ رَأْسَهُ) أَيُّ: يُعْطِيهِ، وَالْوَسْمَةُ بِكَسْرِ السِّينِ وَهُوَ أَفْصَحُ وَسُكُونُهَا: شَجَرَةٌ وَرَقُهَا خَضَابٌ. وَقَوْلُهُ: (وَهَذَا) أَيُّ: تَأْوِيلُ أَبِي يُوسُفَ بِالتَّغْلِيفِ (صَحِيحٌ)؛ لِأَنَّ تَغْطِيَةَ الرَّأْسِ تُوجِبُ الْجَزَاءَ.

وَقَوْلُهُ: (ثُمَّ ذَكَرَ مُحَمَّدٌ فِي الْأَصْلِ) يَعْنِي فِي مَسْأَلَةِ الْحِنَاءِ (رَأْسَهُ وَلَحِيَّتَهُ وَاقْتَصَرَ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ عَلَى ذِكْرِ الرَّأْسِ) خَاصَّةً وَفِي ذَلِكَ دَلَالَةٌ عَلَى (أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَضْمُونٌ).

(١) أخرجه البيهقي في كتاب المعرفة في الحج، والطبراني في الكبير (٤/٢١٨).

(فَإِنْ أَدَهَنَ بَزَيْتٍ فَعَلَيْهِ دَمٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَقَالَا: عَلَيْهِ الصَّدَقَةُ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: إِذَا اسْتَعْمَلَهُ فِي الشَّعْرِ فَعَلَيْهِ دَمٌ لِإِزَالَةِ الشَّعَثِ، وَإِنْ اسْتَعْمَلَهُ فِي غَيْرِهِ فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ لِانْعِدَامِهِ. وَلَهُمَا أَنَّهُ مِنَ الْأَطْعَمَةِ إِلَّا أَنْ فِيهِ ارْتِفَاقًا بِمَعْنَى قَتْلِ الْهَوَامِّ وَإِزَالَةِ الشَّعَثِ فَكَانَتْ جِنَايَةً قَاصِرَةً.

وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ أَصْلُ الطَّيِّبِ، وَلَا يَخْلُو عَنْ نَوْعٍ طَيِّبٍ، وَيَقْتُلُ الْهَوَامَّ وَيُلِينُ الشَّعْرَ وَيُزِيلُ التَّفَثَ وَالشَّعَثَ فَتَتَكَامَلُ الْجِنَايَةُ بِهَذِهِ الْجُمْلَةِ فَتُجِبُ الدَّمَ، وَكَوْنُهُ مَطْعُومًا لَا يُنَافِيهِ كَالزُّعْفَرَانِ، وَهَذَا الْخِلَافُ فِي الزَّيْتِ الْبَحْتِ وَالْحَلِّ الْبَحْتِ. أَمَّا الْمُطَيَّبُ مِنْهُ كَالْبَنْفَسَجِ وَالزَّنْبَقِ وَمَا أَشَبَّهُهُمَا يَجِبُ بِاسْتِعْمَالِهِ الدَّمُ بِالِاتِّفَاقِ؛ لِأَنَّهُ طَيِّبٌ، وَهَذَا إِذَا اسْتَعْمَلَهُ عَلَى وَجْهِ التَّطْيِيبِ، وَلَوْ دَاوَى بِهِ جُرْحَهُ أَوْ شَقُوقَ رِجْلِهِ فَلَا كَفَّارَةَ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِطَيِّبٍ فِي نَفْسِهِ إِنَّمَا هُوَ أَصْلُ الطَّيِّبِ أَوْ طَيِّبٌ مِنْ وَجْهِهِ فَيَشْتَرِطُ اسْتِعْمَالُهُ عَلَى وَجْهِ التَّطْيِيبِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا تَدَاوَى بِالمِسْكِ وَمَا أَشَبَّهُهُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَإِنْ أَدَهَنَ بَزَيْتٍ) يَعْنِي بَزَيْتٍ خَالِصٍ، أَمَّا الْمُطَيَّبُ بغيرِهِ فَيَجِيءُ ذِكْرُهُ (فَعَلَيْهِ دَمٌ) إِذَا بَلَغَ عُضْوًا كَامِلًا وَكَلَامُهُ ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ: (إِنَّهُ أَصْلُ الطَّيِّبِ) فَإِنَّ الرُّوَائِحَ تُلْقَى فِيهِ فَيَصِيرُ غَالِيَةً فَصَارَ كَبَيْضِ الصَّيْدِ فِي الْأَصَالَةِ يَلْزَمُ بِكُسْرِهِ الْجَزَاءُ فَكَذَا بِاسْتِعْمَالِهِ. قَوْلُهُ: (وَهَذَا الْخِلَافُ فِي الزَّيْتِ الْبَحْتِ) أَيُّ: الْخَالِصِ (وَالْحَلِّ) أَيُّ: دُهْنِ السُّمُسِمِ، (أَمَّا الْمُطَيَّبُ مِنْهُ كَالْبَنْفَسَجِ) وَهُوَ مَعْرُوفٌ (وَالزَّنْبَقِ) عَلَى وَزْنِ الْعَنْبَرِ دُهْنُ الْيَاسَمِينِ (وَمَا أَشَبَّهُهُمَا) كَدُهْنِ الْبَانِ وَالْوَرْدِ (فَيَجِبُ بِاسْتِعْمَالِهِ الدَّمُ بِالِاتِّفَاقِ؛ لِأَنَّهُ طَيِّبٌ، وَهَذَا إِذَا اسْتَعْمَلَهُ عَلَى وَجْهِ التَّطْيِيبِ، وَلَوْ دَاوَى بِهِ جُرْحَهُ أَوْ شَقُوقَ رِجْلِهِ فَلَا كَفَّارَةَ عَلَيْهِ) وَهُوَ ظَاهِرٌ.

وَقَوْلُهُ: (بِخِلَافِ مَا إِذَا تَدَاوَى بِالمِسْكِ وَمَا أَشَبَّهُهُ) كَالْعَنْبَرِ وَالْكَافُورِ؛ لِأَنَّهَا طَيِّبٌ بِنَفْسِهَا فَيَجِبُ الدَّمُ بِاسْتِعْمَالِهِ وَإِنْ كَانَ عَلَى وَجْهِ التَّدَاوِي.

(وَإِنْ لَيْسَ ثَوْبًا مَخِيطًا أَوْ غُطِيَ رَأْسُهُ يَوْمًا كَامِلًا فَعَلَيْهِ دَمٌ، وَإِنْ كَانَ أَقَلُّ مِنْ ذَلِكَ فَعَلَيْهِ صَدَقَةٌ) وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ إِذَا لَيْسَ أَكْثَرُ مِنْ نِصْفِ يَوْمٍ فَعَلَيْهِ دَمٌ، وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَوَّلًا.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: يَجِبُ الدَّمُ بِنَفْسِ اللُّبْسِ؛ لَأَنَّ الْارْتِفَاقَ يَتَكَمَّلُ بِالِاشْتِمَالِ عَلَى بَدَنِهِ. وَلَنَا أَنَّ مَعْنَى التَّرْفُقِ مَقْصُودٌ مِنَ اللُّبْسِ، فَلَا بُدَّ مِنْ اعْتِبَارِ الْمُدَّةِ؛ لِيَحْصُلَ عَلَى الْكَمَالِ وَيَجِبُ الدَّمُ، فَقَدَّرَ بِالْيَوْمِ؛ لِأَنَّهُ يُلْبَسُ فِيهِ ثُمَّ يُنَزَعُ عَادَةً وَتَتَقَاصَرُ فِيمَا دُونَهُ الْجِنَايَةُ فَتَجِبُ الصَّدَقَةُ.

غَيْرَ أَنَّ أَبَا يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَقَامَ الْأَكْثَرَ مَقَامَ الْكُلِّ. وَلَوْ ارْتَدَى بِالْقَمِيصِ أَوْ اتَّشَحَّ بِهِ أَوْ انْتَرَزَ بِالسَّرَاوِيلِ فَلَا بَأْسَ بِهِ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَلْبَسْهُ لُبْسَ الْمَخِيْطِ. وَكَذَا لَوْ أَدْخَلَ مَنْكِبَيْهِ فِي الْقَبَاءِ وَلَمْ يَدْخُلْ يَدَيْهِ فِي الْكُمَيْنِ خِلَافًا لَزَقَرٍ؛ لِأَنَّهُ مَا لَبَسَهُ لُبْسَ الْقَبَاءِ وَلِهَذَا يَتَكَلَّفُ فِي حِفْظِهِ.

وَالْتَقْدِيرُ فِي تَغْطِيَةِ الرَّاسِ مِنْ حَيْثُ الْوَقْتُ مَا بَيَّنَّاهُ، وَلَا خِلَافَ أَنَّهُ إِذَا غَطِيَ جَمِيعَ رَأْسِهِ يَوْمًا كَامِلًا يَجِبُ عَلَيْهِ الدَّمُ؛ لِأَنَّهُ مَمْنُوعٌ عَنْهُ، وَلَوْ غَطَى بَعْضَ رَأْسِهِ فَالْمَرْوِيُّ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ اعْتَبَرَ الرَّيْعَ اعْتِبَارًا بِالْحَلْقِ وَالْعَوْرَةِ، وَهَذَا؛ لِأَنَّ سِتْرَ الْبَعْضِ اسْتِمْتَاعٌ مَقْصُودٌ يَعْتَادُهُ بَعْضُ النَّاسِ، وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ يُعْتَبَرُ أَكْثَرُ الرَّاسِ اعْتِبَارًا لِلْحَقِيقَةِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَإِنْ لَيْسَ ثَوْبًا مَخِيْطًا أَوْ غَطَى رَأْسَهُ يَوْمًا كَامِلًا فَعَلَيْهِ دَمٌ) حُكْمُ اللَّيْلَةِ أَيْضًا كَذَلِكَ. وَقَوْلُهُ: (وَلَنَا أَنَّ مَعْنَى التَّرْفُقِ مَقْصُودٌ مِنَ اللُّبْسِ) لِأَنَّهُ أَعَدَّ لَذَلِكَ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿سَرَابِيلَ تَقِيكُمُ الْحَرَّ﴾ [النحل: ٨١] وَهَذَا الْمَعْنَى قَدْ يَمْتَدُّ فَيَكُونُ الْارْتِفَاقُ كَامِلًا، وَقَدْ يُقْصَرُ فَيَصِيرُ نَاقِصًا، فَلَا بُدَّ مِنْ حَدِّ فَاصِلٍ بَيْنَ الْكَامِلِ وَالْقَاصِرِ لِيَتَعَيَّنَ الْجَزَاءُ بِحَسَبِ ذَلِكَ فَقَدَّرَ بِالْيَوْمِ أَوْ اللَّيْلَةِ؛ (لَأَنَّهُ يُلْبَسُ فِيهِ ثُمَّ يُنَزَعُ عَادَةً) فَإِنْ مَنْ لَبَسَ ثَوْبًا يَلِيْقُ بِالنَّهَارِ يَنْزَعُهُ بِاللَّيْلِ، وَمَنْ لَبَسَ ثَوْبًا يَلِيْقُ بِاللَّيْلِ يَنْزَعُهُ بِالنَّهَارِ، فَإِذَا نَزَعَ دَلَّ عَلَى تَمَامِ الْارْتِفَاقِ فَيَجِبُ فِيهِ الدَّمُ، وَمَا دُونَ ذَلِكَ تَتَقَاصَرُ الْجِنَايَةُ فِيهِ لِنُقْصَانِ الْارْتِفَاقِ فَتَجِبُ الصَّدَقَةُ.

(غَيْرَ أَنَّ أَبَا يُوسُفَ أَقَامَ الْأَكْثَرَ مَقَامَ الْكُلِّ؛ لِأَنَّ الْمَرْءَ قَدْ يَرْجِعُ إِلَى بَيْتِهِ قَبْلَ اللَّيْلِ فَيَنْزِعُ ثِيَابَهُ الَّتِي لَبَسَهَا لِلنَّاسِ، فَكَانَ اللُّبْسُ فِي أَكْثَرِ الْيَوْمِ ارْتِفَاقًا مَقْصُودًا، وَلَكِنْ هَذَا غَيْرُ مَضْبُوطٍ فَإِنْ أَحْوَالَ رُجُوعِ النَّاسِ إِلَى بُيُوتِهِمْ قَبْلَ اللَّيْلِ مُخْتَلِفَةٌ، بَعْضُهُمْ يَرْجِعُ فِي

وَقَتِ الضُّحَى، وَبَعْضُهُمْ قَبْلَهُ، وَبَعْضُهُمْ بَعْدَهُ، فَكَانَ الظَّاهِرُ هُوَ الْأَوَّلُ.
وَقَوْلُهُ: (وَلَوْ ارْتَدَى بِالْقَمِيصِ أَوْ ائْتَشَحَ بِهِ) الْاِتِّشَاحُ هُوَ أَنْ يُدْخَلَ ثَوْبُهُ تَحْتَ
يَدِهِ الِیْمَنِ وَيُلْقِيَهُ عَلَى مَنْكِبِهِ الْأَيْسَرِ.

وَقَوْلُهُ: (خِلَافًا لِرُفْرِ) هُوَ يَقُولُ: الْقَبَاءُ مَخِيطٌ، فَإِذَا أُدْخِلَ فِيهِ مَنْكِبُهُ صَارَ لَابِسًا
لِلْمَخِيطِ، فَإِنَّ الْقَبَاءَ يُلْبَسُ هَكَذَا عَادَةً. وَقُلْنَا: مَا لِبَسَ لِبَسَ الْقَبَاءِ؛ لِأَنَّ الْعَادَةَ فِي ذَلِكَ
الضَّمُّ إِلَى نَفْسِهِ بِإِدْخَالِ الْمَنْكِبَيْنِ وَالْيَدَيْنِ؛ لِأَنَّهُ مَأْخُوذٌ مِنَ الْقَبْوِ وَهُوَ الضَّمُّ وَلَمْ يُوجَدْ.
(وَلِهَذَا يَتَكَلَّفُ فِي حِفْظِهِ) وَعَلَى هَذَا لَوْ زَرَهُ وَلَمْ يُدْخِلْ يَدَيْهِ فِي الْكُمَيْنِ كَانَ
لَابِسًا؛ لِأَنَّهُ لَا يَتَكَلَّفُ إِذْ ذَاكَ فِي حِفْظِهِ وَإِنَّمَا أَعَادَ قَوْلَهُ: (وَالْتَقْدِيرُ فِي تَعْطِيَةِ الرَّأْسِ)
لِيُنَبِّئَ عَلَيْهِ الْفُرُوعَ.

وَقَوْلُهُ: (مَا بَيْنَهُ) هُوَ مَا قَالَ أَوْ غَطَّى رَأْسَهُ يَوْمًا كَامِلًا. وَقَوْلُهُ: (وَلَا خِلَافَ أَنَّهُ
إِذَا غَطَّى جَمِيعَ رَأْسِهِ) ظَاهِرٌ.

وَقَوْلُهُ: (يَعْتَادُهُ بَعْضُ النَّاسِ) كَالْأَتْرَاكِ وَالْأَكْرَادِ فَإِنَّهُمْ يُعْطُونَ رُءُوسَهُمْ بِالْقَلَانِسِ
الصُّغَارِ وَيَعْدُونَ ذَلِكَ رِفْقًا كَامِلًا، (وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يَعْتَبِرُ أَكْثَرَ الرَّأْسِ اعْتِبَارًا
لِلْحَقِيقَةِ) أَيِ: لِحَقِيقَةِ الْكَثَرَةِ، إِذْ حَقِيقَتُهَا إِنَّمَا تَثْبُتُ إِذَا قَابَلَهَا أَقْلٌ مِنْهَا وَالرُّبْعُ وَالثُلُثُ
كَثِيرٌ حُكْمًا لَا حَقِيقَةً.

(وَإِذَا حَلَقَ رُبْعَ رَأْسِهِ أَوْ رُبْعَ لَحْيَتِهِ فَصَاعِدًا فَعَلَيْهِ دَمٌ، فَإِنْ كَانَ أَقْلٌ مِنَ الرُّبْعِ
فَعَلَيْهِ صَدَقَتْ) وَقَالَ مَالِكٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَا يَجِبُ إِلَّا بِحَلْقِ الْكُلِّ؛ وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ
يَجِبُ بِحَلْقِ الْقَلِيلِ اعْتِبَارًا بِنَبَاتِ الْحَرَمِ.

وَلَنَا أَنَّ حَلْقَ بَعْضِ الرَّأْسِ ارْتِفَاقٌ كَامِلٌ؛ لِأَنَّهُ مُعْتَادٌ فَتَتَكَامَلُ بِهِ الْجِنَايَةُ
وَتَتَقَاصَرُ فِيْمَا دُونَهُ بِخِلَافِ تَطْيِيبِ رُبْعِ الْعُضْوِ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مَقْصُودٍ، وَكَذَا حَلْقُ بَعْضِ
اللَّحْيَةِ مُعْتَادٌ بِالْعِرَاقِ وَآرَضِ الْعَرَبِ (وَإِنْ حَلَقَ الرُّقْبَةَ كُلَّهَا فَعَلَيْهِ دَمٌ)؛ لِأَنَّهُ عُضْوٌ
مَقْصُودٌ بِالْحَلْقِ.

(وَإِنْ حَلَقَ الْإِبْطِينَ أَوْ أَحَدَهُمَا فَعَلَيْهِ دَمٌ)؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَقْصُودٌ بِالْحَلْقِ
لِدَفْعِ الْأَذَى وَنِيلِ الرَّاحَةِ فَاشْبَهَ الْعَادَةَ. ذَكَرَ فِي الْإِبْطِينَ الْحَلْقَ هَهُنَا وَفِي الْأَصْلِ النَّتْفُ
وَهُوَ السُّنْتُ.

(وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ) رَحِمَهُمَا اللَّهُ (إِذَا حَلَقَ عُضْوًا فَعَلَيْهِ دَمٌ، وَإِنْ كَانَ أَقْلُ فَطَعَامٌ) أَرَادَ بِهِ الصَّدْرَ وَالسَّاقَ وَمَا أَشْبَهَ ذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ مَقْصُودُ بَطْرِيْقِ التَّنَوُّرِ فَتَتَكَامَلُ بِحَلْقِ كُلِّهِ وَتَتَقَاصِرُ عِنْدَ حَلْقِ بَعْضِهِ (وَإِنْ أَخَذَ مِنْ شَارِبِهِ فَعَلَيْهِ) طَعَامٌ (حُكُومَةً عَدَلٍ) وَمَعْنَاهُ أَنَّهُ يُنْظَرُ أَنَّ هَذَا الْمَأْخُودَ كَمَا يَكُونُ مِنْ رُبْعِ اللَّحْيَةِ فَيَجِبُ عَلَيْهِ الطَّعَامُ بِحَسَبِ ذَلِكَ، حَتَّى لَوْ كَانَ مِثْلًا مِثْلَ رُبْعِ الرَّبْعِ لَزِمَهُ قِيَمَةُ رُبْعِ الشَّاةِ، وَلَفْظَةُ الْأَخْذِ مِنَ الشَّارِبِ تَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ هُوَ السُّنَّةُ فِيهِ دُونَ الْحَلْقِ، وَالسُّنَّةُ أَنْ يُقْصَ حَتَّى يُوَازِيَ الْإِطَارَ.

قَالَ (وَإِنْ حَلَقَ مَوْضِعَ الْمَحَاجِمِ فَعَلَيْهِ دَمٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ) رَحِمَهُ اللَّهُ (وَقَالَا: عَلَيْهِ صِدْقَةٌ)؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا يَحْلُقُ الْحِجَامَةَ وَهِيَ لَيْسَتْ مِنَ الْمَحْظُورَاتِ فَكَذَا مَا يَكُونُ وَسِيلَةً إِلَيْهَا، وَإِلَّا أَنْ فِيهِ إِزَالَةُ شَيْءٍ مِنَ الثَّفَثِ فَتَجِبُ الصَّدَقَةُ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ حَلْقَهُ مَقْصُودٌ؛ لِأَنَّهُ لَا يَتَوَسَّلُ إِلَى الْمَقْصُودِ إِلَّا بِهِ، وَقَدْ وَجَدَ إِزَالَةَ الثَّفَثِ عَنْ عُضْوٍ كَامِلٍ فَيَجِبُ الدَّمُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَإِذَا حَلَقَ رُبْعَ رَأْسِهِ) ظَاهِرٌ (وَقَالَ مَالِكٌ: لَا يَجِبُ إِلَّا بِحَلْقِ الْكُلِّ) عَمَلًا بِظَاهِرِ قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَلَا تَحْلِقُوا رُءُوسَكُمْ﴾ [البقرة: ١٩٦] فَإِنَّ الرَّأْسَ اسْمٌ لِلْكُلِّ (وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يَجِبُ بِحَلْقِ الْقَلِيلِ) وَهُوَ ثَلَاثُ شَعْرَاتٍ، وَعَلَّقَ الْحُكْمَ بِاسْمِ الْجِنْسِ، وَالْحُكْمُ الْمُعَلَّقُ بِاسْمِ الْجِنْسِ يَتَأَدَّى بِأَدْنَى مَا يَنْطَلِقُ عَلَيْهِ الْاسْمُ كَمَا (فِي نَبَاتِ الْحَرَمِ)، (وَلَنَا أَنَّ حَلْقَ بَعْضِ الرَّأْسِ ارْتِفَاقٌ كَامِلٌ لِأَنَّهُ مُعْتَادٌ)، فَإِنَّ الْأَثْرَكَ يَحْلُقُونَ أَوْسَاطَ رُءُوسِهِمْ وَبَعْضُ الْعُلُوَّةِ يَحْلُقُونَ نَوَاصِيَهُمْ لِابْتِغَاءِ الرَّاحَةِ وَالزَّيْنَةِ، وَالْارْتِفَاقُ الْكَامِلُ تَتَكَامَلُ بِهِ الْجِنَايَةُ كَمَا تَقْدَمُ، (وَتَتَقَاصِرُ فِيمَا دُونَهُ) وَفِي قَوْلِهِ: (فَتَتَكَامَلُ بِهِ الْجِنَايَةُ) إِشَارَةٌ إِلَى دَفْعِ قَوْلِ مَالِكٍ فَإِنَّهُ قَالَ: بِحَلْقِ كُلِّ الرَّأْسِ تَتَكَامَلُ الْجِنَايَةُ، فَأَشَارَ إِلَى أَنَّ الْجِنَايَةَ تَتَكَامَلُ بِالْبَعْضِ أَيْضًا.

وَفِي قَوْلِهِ: (وَتَتَقَاصِرُ فِيمَا دُونَهُ) إِشَارَةٌ إِلَى نَفْيِ قَوْلِ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ إِنَّهُ يَجِبُ الْجَزَاءُ بِالْقَلِيلِ، فَأَشَارَ إِلَى أَنَّ الْجِنَايَةَ فِي الْقَلِيلِ قَاصِرَةٌ فَكَيْفَ تُوجِبُ الدَّمَ. وَأَمَّا حَلْقُ اللَّحْيَةِ فَهُوَ مُتَعَارَفٌ، فَإِنَّ الْأَكَاسِرَةَ كَانُوا يَحْلُقُونَ لِحْيَ شُجْعَانِهِمْ، وَكَذَلِكَ الْأَخْذُ مِنَ اللَّحْيَةِ مِقْدَارُ الرُّبْعِ وَمَا يُشَبِّهُهُ (مُعْتَادٌ بِالْعِرَاقِ وَأَرْضِ الْعَرَبِ)، فَكَانَ مَقْصُودًا

بِالارتِفَاقِ كَحَلْقِ الرَّأْسِ فَالْحَلْقُ بِهِ اخْتِطَاطٌ لِإِجَابِ الْكَفَّارَةِ فِي الْمَنَاسِكِ فَإِنَّهَا مَبْنِيَّةٌ عَلَى الْاِخْتِطَاطِ حَتَّى وَجَبَتْ بِالْأَعْذَارِ، بِخِلَافِ تَطْيِيبِ رُبْعِ الْعُضْوِ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مَقْصُودٍ، إِذْ الْعَادَةُ فِي الطَّيْبِ لَيْسَتْ فِي الْاِقْتِصَارِ عَلَى الرُّبْعِ فَكَانَ الْعُضْوُ الْكَامِلُ فِي الطَّيْبِ كَالرُّبْعِ فِي الْحَلْقِ فِي حَقِّ الْكَفَّارَةِ.

(وَإِنْ حَلَقَ الرَّقَبَةَ كُلَّهَا فَعَلَيْهِ دَمٌ)؛ لِأَنَّهُ عُضْوٌ مَقْصُودٌ بِالْحَلْقِ (وَإِنْ حَلَقَ الْإِبْطِينَ أَوْ أَحَدَهُمَا فَعَلَيْهِ دَمٌ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَقْصُودٌ بِالْحَلْقِ لِدَفْعِ الْأَذَى وَتَيْلِ الرَّاحَةِ فَأَشْبَهَ الْعَانَةَ) قِيلَ: إِذَا كَانَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنَ الْإِبْطِينَ مَقْصُودًا بِالْحَلْقِ وَجَبَ أَنْ يَجِبَ بِحَلْقِهِمَا دَمَانِ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ جَنَائِزَ الْمُحْرِمِ إِذَا كَانَتْ مِنْ نَوْعٍ وَاحِدٍ يَجِبُ فِيهَا ضَمَانٌ وَاحِدٌ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ إِذَا أَرَادَ شَعْرَ جَمِيعِ بَدَنِهِ بِالتَّنَوُّرِ لَمْ يَلْزَمُهُ إِلَّا دَمٌ وَاحِدٌ؟.

(ذُكِرَ فِي الْإِبْطِينَ الْحَلْقُ هَهُنَا) يَعْنِي فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ (وَفِي الْأَصْلِ) أَيِ: الْمَبْسُوطِ (التَّنْفُ وَهُوَ السُّنَّةُ) بِخِلَافِ الْعَانَةِ، فَإِنَّ السُّنَّةَ فِيهَا الْحَلْقُ لَمَّا جَاءَ فِي الْحَدِيثِ: «عَشْرٌ مِنَ الْفِطْرَةِ، مِنْهَا الْاسْتِحْدَادُ» وَتَفْسِيرُهُ حَلْقُ الْعَانَةِ بِالْحَدِيدِ.

(وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: إِذَا حَلَقَ عُضْوًا فَعَلَيْهِ دَمٌ) قِيلَ: قَوْلُهُمَا بَيَانٌ لِقَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ لَا أَنَّهُ خَالَفَهُمَا فِي ذَلِكَ، وَإِنَّمَا خُصَّ بِالذِّكْرِ لِأَنَّ الرِّوَايَةَ مَحْفُوظَةٌ عَنْهُمَا.

وَقَوْلُهُ: (أَرَادَ بِهِ) أَيِ: بِقَوْلِهِ عُضْوًا (الصَّدْرَ وَالسَّاقَ وَمَا أَشْبَهَ ذَلِكَ) مِثْلَ الْفَخَذِ وَالْعِضْدِ. فَإِنْ قِيلَ: الْجَنَائِزُ بِالْحَلْقِ إِنَّمَا تَتَكَامَلُ إِذَا كَانَ الْعُضْوُ مَقْصُودًا بِالْحَلْقِ وَمَا ذَكَرْتُمْ لَيْسَ كَذَلِكَ. قُلْتُ: هَذَا الَّذِي ذَكَرْتُ هُوَ مَا ذُكِرَ فِي الْمَبْسُوطِ.

قَالَ بَعْدَ مَا ذَكَرَ حَلْقَ الرَّأْسِ: ثُمَّ الْأَصْلُ بَعْدَ هَذَا أَنَّهُ مَتَى حَلَقَ عُضْوًا مَقْصُودًا بِالْحَلْقِ مِنْ بَدَنِهِ قَبْلَ أَوَانِ التَّحُلُّلِ فَعَلَيْهِ دَمٌ، وَإِنْ حَلَقَ مَا لَيْسَ بِمَقْصُودٍ فَعَلَيْهِ صَدَقَةٌ؛ ثُمَّ قَالَ: وَمِمَّا لَيْسَ بِمَقْصُودٍ حَلْقُ شَعْرِ الصَّدْرِ وَالسَّاقِ.

وَلَكِنَّ الْمُصَنِّفَ ذَكَرَ مَا هُوَ الْمُوَافِقُ لِرِوَايَةِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ لِفَخْرِ الْإِسْلَامِ نَظَرًا إِلَى أَنَّهُ مَقْصُودٌ بِالتَّنَوُّرِ: أَيِ: إِزَالَتِهِ بِالثُّورَةِ، وَلَا فَرْقَ عِنْدَ الْأُئِمَّةِ الْأَرْبَعَةِ فِي إِزَالَةِ الشَّعْرِ بَيْنَ الْحَلْقِ وَالتَّنْفِ وَالتَّنَوُّرِ فَكَانَتْ الْجَنَائِزُ بِحَلْقِ كُلِّهِ كَامِلَةً وَبِحَلْقِ بَعْضِهِ قَاصِرَةً.

وَقَوْلُهُ: (وَإِنْ أَخَذَ مِنْ شَارِبِهِ) ظَاهِرٌ. وَقِيلَ الشَّارِبُ عُضْوٌ مَقْصُودٌ بِالْحَلْقِ، فَإِنْ

مِنْ عَادَةِ بَعْضِ النَّاسِ حَلَقَ الشَّارِبِ دُونَ اللَّحْيَةِ، فَكَانَ الْوَاجِبُ تَكَامُلُ الْجِنَايَةِ بِحَلْقِهِ. وَأُجِيبَ بِأَنَّهُ مَعَ اللَّحْيَةِ فِي الْحَقِيقَةِ عُضْوٌ وَاحِدٌ لَا تَصَالُ الْبَعْضُ بِالْبَعْضِ فَلَا يُجْعَلُ فِي حُكْمِ أَعْضَاءٍ مُتَفَرِّقَةٍ كَالرَّأْسِ: فَإِنَّ مِنَ الْعُلْوِيَّةِ مَنْ عَادَتْهُ حَلْقُ مُقَدِّمِ الرَّأْسِ وَذَلِكَ لَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّ كُلَّهُ لَيْسَ بِعُضْوٍ وَاحِدٍ.

وَقَوْلُهُ: (تَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ هُوَ السَّنَةُ فِيهِ دُونَ الْحَلْقِ) هُوَ الْمَذْهَبُ عِنْدَ بَعْضِ الْمُتَأَخِّرِينَ مِنْ مَسَائِكِنَا لِمَا رَوَى عَنْ النَّبِيِّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَنَّهُ قَالَ: «عَشْرَةٌ مِنْ فِطْرَتِي وَفِطْرَةُ إِبْرَاهِيمَ خَلِيلِ الرَّحْمَنِ، وَذَكَرَ مِنْ جُمْلَتِهَا قَصُّ الشَّارِبِ». وَقَوْلُهُ: (حَتَّى يُوَازِي الْإِطَارَ) قَالَ فِي الْمَغْرِبِ: إِطَارُ الشَّفَةِ مُلتَقَى جِلْدَتِهَا وَلَحْمَتِهَا مُسْتَعَارٌ مِنْ إِطَارِ الْمُنْخَلِ وَالذُّفِّ. قَالَ: (وَإِنَّ حَلْقَ مَوْضِعِ الْمَحَاجِمِ فَعَلَيْهِ دَمٌ) الْمُرَادُ بِالْمَحَاجِمِ هَهُنَا جَمْعُ مَحْجَمٍ اسْمُ آلَةٍ مِنَ الْحِجَامَةِ بِدَلِيلِ ذِكْرِ اسْمِ الْمَوْضِعِ، فَلَا يَصِحُّ أَنْ يَكُونَ جَمْعُ مَحْجَمٍ بِفَتْحِ الْمِيمِ اسْمُ مَوْضِعٍ مِنَ الْحِجَامَةِ، وَدَلِيلُهُمَا ظَاهِرٌ. وَأَمَّا دَلِيلُ أَبِي حَنِيفَةَ فِيهِ اشْتِبَاهٌ؛ لِأَنَّهُ جَعَلَ حَلْقَهُ مَقْصُودًا وَوَسِيلَةً وَهُمَا مُتَنَافِيَانِ. وَأُجِيبَ بِأَنَّهُ لَمْ يَقُلْ بِأَنَّ حَلْقَهُ مَقْصُودٌ لِدَاثِهِ بَلْ قَالَ: مَقْصُودًا، وَمَا لَا يَتِمُّ الْمَقْصُودُ لِدَاثِهِ إِلَّا بِهِ فَهُوَ مَقْصُودٌ، وَإِنْ كَانَ لِعَیْرِهِ فَلَا تَنَافٍ بَيْنَهُمَا بَقِيَ الْكَلَامُ فِي أَنَّ الْمُرَادَ بِالْمَقْصُودِ أَعْمٌ مِنْ أَنْ يَكُونَ لِدَاثِهِ أَوْ لِعَیْرِهِ. وَقَوْلُهُ: (عَنْ عُضْوٍ كَامِلٍ) يَعْنِي أَنَّ هَذَا الْمَوْضِعَ فِي حَقِّ الْحِجَامَةِ عُضْوٌ كَامِلٌ.

(وَإِنْ حَلَقَ رَأْسَ مُحْرِمٍ بِأَمْرِهِ أَوْ بَغَيْرِ أَمْرِهِ فَعَلَى الْحَاقِقِ الصَّدَقَةُ، وَعَلَى الْمَحْلُوقِ دَمٌ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: رَحِمَهُ اللَّهُ لَا يَحِبُّ إِنْ كَانَ بِغَيْرِ أَمْرِهِ بِأَنَّ كَانَ نَائِمًا؛ لِأَنَّ مِنْ أَصْلِهِ أَنَّ الْإِكْرَاهَ يُخْرِجُ الْمُكْرَهَ مِنْ أَنْ يَكُونَ مُؤَاخَذًا بِحُكْمِ الْفِعْلِ وَالتَّوَمُّ أَبْلَغُ مِنْهُ.

وَعِنْدَنَا بِسَبَبِ التَّوَمِّ وَالْإِكْرَاهِ يَنْتَفِي الْمَأْتَمُّ دُونَ الْحُكْمِ وَقَدْ تَقَرَّرَ سَبَبُهُ، وَهُوَ مَا نَالِ مِنَ الرَّاحَةِ وَالزَّيْنَةِ فَيَلْزَمُهُ الدَّمُ حَتْمًا، بِخِلَافِ الْمُضْطَرِّ حَيْثُ يَتَخَيَّرُ؛ لِأَنَّ الْآفَةَ هُنَاكَ سَمَويَّةٌ وَهَهُنَا مِنَ الْعِبَادِ، ثُمَّ لَا يَرْجِعُ الْمَحْلُوقُ رَأْسَهُ عَلَى الْحَاقِقِ؛ لِأَنَّ الدَّمَّ إِنَّمَا لَزِمَهُ بِمَا نَالَ مِنَ الرَّاحَةِ فَصَارَ كَالْمَغْرُورِ فِي حَقِّ الْعَقْرِ.

وَكَذَا إِذَا كَانَ الْحَاقِقُ حَالًا لَا يَخْتَلَفُ الْجَوَابُ فِي حَقِّ الْمَحْلُوقِ رَأْسَهُ، وَأَمَّا الْحَاقِقُ تَلَزَمَهُ الصَّدَقَةُ فِي مَسْأَلَتَيْنَا فِي الْوَجْهَيْنِ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَا شَيْءَ عَلَيْهِ وَعَلَى هَذَا الْخِلَافُ إِذَا حَلَقَ الْمُحْرِمُ رَأْسَ حَلَالٍ. لَهُ أَنْ مَعْنَى الْارْتِفَاقِ لَا يَتَحَقَّقُ بِحَلْقِ

شَعْرٍ غَيْرِهِ وَهُوَ الْمَوْجِبُ.

وَلَنَا أَنْ إِزَالَتِ مَا يَنْمُو مِنْ بَدَنِ الْإِنْسَانِ مِنْ مَحْظُورَاتِ الْإِحْرَامِ؛ لَاسْتِحْقَاقِهِ الْأَمَانَ بِمَنْزِلَةِ ثَبَاتِ الْحَرَمِ فَلَا يَفْتَرِقُ الْحَالُ بَيْنَ شَعْرِهِ وَشَعْرٍ غَيْرِهِ إِلَّا أَنْ كَمَالَ الْجَنَائِيَةِ فِي شَعْرِهِ (فَإِنْ أَخَذَ مِنْ شَارِبٍ حَلَالٍ أَوْ قَلَّمَ أَظْفَافَهُ أَوْ أَطْعَمَ مَا شَاءَ) وَالْوَجْهَ فِيهِ مَا بَيَّنَّا. وَلَا يَعْرَى عَنْ نَوْعِ ارْتِفَاقٍ؛ لِأَنْ يَتَأَذَّى بِتَفَثٍ غَيْرِهِ وَإِنْ كَانَ أَقَلُّ مِنَ التَّأَذِّي بِتَفَثٍ نَفْسِهِ فَيَلْزِمُهُ الطَّعَامُ (وَإِنْ قَصَّ أَظْفَافَ يَدَيْهِ وَرِجْلَيْهِ فَعَلَيْهِ دَمٌ)؛ لِأَنَّهُ مِنَ الْمَحْظُورَاتِ لِمَا فِيهِ مِنْ قَضَاءِ الثَّفَثِ وَإِزَالَتِ مَا يَنْمُو مِنَ الْبَدَنِ، فَإِذَا قَلَّمَهَا كُلُّهَا فَهُوَ ارْتِفَاقٌ كَامِلٌ فَيَلْزِمُهُ الدَّمُ، وَلَا يَزَادُ عَلَى دَمٍ إِنْ حَصَلَ فِي مَجْلَسٍ وَاحِدٍ؛ لِأَنَّ الْجَنَائِيَةَ مِنْ نَوْعٍ وَاحِدٍ، فَإِنْ كَانَ فِي مَجَالَسٍ فَكَذَلِكَ عِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ؛ لِأَنَّ مَبْنَاهَا عَلَى التَّدَاخُلِ فَأَشْبَهَ كَفَّارَةَ الْفِطْرِ إِلَّا إِذَا تَخَلَّلَتِ الْكُفَّارَةُ لَارْتِفَاقِ الْأُولَى بِالتَّكْفِيرِ. وَعَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ تُحِبُّ أَرْبَعَةُ دِمَائٍ إِنْ قَلَّمَ فِي كُلِّ مَجْلَسٍ يَدًا أَوْ رِجْلًا؛ لِأَنَّ الْغَالِبَ فِيهِ مَعْنَى الْعِبَادَةِ فَيَتَقَيَّدُ التَّدَاخُلُ بِاتِّحَادِ الْمَجْلَسِ كَمَا فِي آيِ السُّجْدَةِ.

الشرح:

قَوْلُهُ: (وَإِنْ حَلَقَ) يَعْنِي الْمَحْرَمَ (رَأْسَ مُحْرِمٍ بِأَمْرِهِ أَوْ بِغَيْرِ أَمْرِهِ)، الْحَالِقُ وَالْمَحْلُوقُ رَأْسُهُ إِمَّا أَنْ يَكُونَ حَلَالِينَ أَوْ مُحْرِمِينَ، أَوْ الْحَالِقُ حَلَالٌ وَالْمَحْلُوقُ مُحْرِمٌ أَوْ بِالْعَكْسِ مِنْ ذَلِكَ؛ فَلَاوَلَّ لَا كَلَامَ فِيهِ، وَالثَّانِي عَلَى الْحَالِقِ فِيهِ صَدَقَةٌ سَوَاءٌ حَلَقَ بِأَمْرِ الْمَحْلُوقِ أَوْ بِغَيْرِ أَمْرِهِ، خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ فِيهِمَا فَإِنَّهُ يَقُولُ: لَا شَيْءَ عَلَى الْحَالِقِ مُطْلَقًا؛ لِأَنَّ الْمَوْجِبَ هُوَ الْارْتِفَاقُ، وَهُوَ لَا يَتَحَقَّقُ بِحَلْقِ شَعْرٍ غَيْرِهِ.

وَلَا عَلَى الْمَحْلُوقِ (إِذَا كَانَ بِغَيْرِ أَمْرِهِ بِأَنْ كَانَ نَائِمًا؛ لِأَنَّ مِنْ أَصْلِهِ أَنْ الْإِكْرَاهَ يُخْرِجُ الْمُكْرَاهَ مِنَ الْمُواخَذَةِ بِحُكْمِ الْفِعْلِ، وَالتَّوْمُ أَتْلَعُ مِنْهُ)؛ لِأَنَّ الْقَصْدَ يَفْسُدُ بِالْإِكْرَاهِ وَيَنْعَدِمُ بِالتَّوْمِ، وَقُلْنَا فِي الْحَالِقِ: إِنَّ إِزَالَةَ مَا يَنْمُو مِنْ بَدَنِ الْإِنْسَانِ مِنْ مَحْظُورَاتِ الْإِحْرَامِ لَاسْتِحْقَاقِهِ الْأَمَانَ بِمَنْزِلَةِ ثَبَاتِ الْحَرَمِ، وَتَنَاوُلُ مَحْظُورَاتِ الْإِحْرَامِ يُوجِبُ الْجَزَاءَ سَوَاءٌ كَانَ فِي بَدَنِهِ أَوْ فِي غَيْرِ بَدَنِهِ كَمَا فِي ثَبَاتِ الْحَرَمِ فَلَا يَفْتَرِقُ الْحَالُ بَيْنَ شَعْرِهِ وَشَعْرٍ غَيْرِهِ.

إِلَّا أَنَّ الْجَنَائِيَةَ فِي شَعْرِهِ مُتَكَامِلَةٌ فَيَلْزِمُهُ فِيهِ الدَّمُ وَفِي غَيْرِهِ الصَّدَقَةُ، وَفِي الْمَحْلُوقِ

رَأْسُهُ تَقَرَّرَ السَّبَبُ وَهُوَ تَيْلُ الرَّاحَةِ وَالزَّيْنَةِ، وَذَلِكَ يُوجِبُ الدَّمَ، وَالتَّوْمَ وَالْإِكْرَاهَ لَا يَصْلُحَانِ مَانِعَيْنِ؛ لِأَنَّ الْمَآثِمَ يَتَنَفَّى بِهَا دُونَ الْحُكْمِ.

قِيلَ: ذَكَرَ الْمُصَنِّفُ هَهُنَا أَنَّ بِحَلْقِ الشَّعْرِ تَحْصُلُ الزَّيْنَةُ فَتَجِبُ الْكَفَّارَةُ، وَذَكَرَ فِي الدِّيَّاتِ مِنْ هَذَا الْكِتَابِ أَنَّ فِي شَعْرِ الرَّأْسِ الدِّيَّةَ؛ لِأَنَّهُ يَفُوتُ بِهِ مَنَفْعَةُ الْجَمَالِ وَذَلِكَ تَنَاقُضٌ؛ لِأَنَّ الْجَمَالَ هُوَ الزَّيْنَةُ. وَأُجِيبَ بِأَنَّهُ جَمَالٌ مِنْ حَيْثُ الْخَلْقَةُ وَلِهَذَا يَتَكَلَّفُ عَادِمُهُ فِي سِتْرِهِ، وَيَحْصُلُ بِحَلْقِهِ زِينَةُ إِزَالَةِ الشُّعْثِ وَالتُّفْلِ، وَإِذَا اخْتَلَفَتِ الْجِهَةُ زَالَ التَّنَاقُضُ.

وَقَوْلُهُ: (بِخِلَافِ الْمُضْطَرِّ) مُتَّصِلٌ بِقَوْلِهِ حَتْمًا: أَيُّ بِخِلَافِ الْمُحْرَمِ الْمُضْطَرُّ إِلَى حَلْقِ رَأْسِهِ، فَإِنَّهُ إِذَا حَلَقَهُ يَتَخَيَّرُ إِنْ شَاءَ ذَبَحَ شَاءَ وَإِنْ شَاءَ تَصَدَّقَ عَلَى سِتَّةِ مَسَاكِينَ وَإِنْ شَاءَ صَامَ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ (لِأَنَّ الْآفَةَ هُنَاكَ سَمَآوِيَّةٌ، وَفِي صُورَةِ التَّرَاعِ مِنَ الْعِبَادِ ثُمَّ الْمَخْلُوقِ رَأْسُهُ لَا يَرْجِعُ عَلَى الْخَالِقِ بِمَا وَجَبَ عَلَيْهِ مِنَ الدِّمِّ).

وَقَالَ بَعْضُ الْعُلَمَاءِ: يَرْجِعُ لِأَنَّهُ هُوَ الَّذِي أَوْقَعَهُ فِي هَذِهِ الْعَهْدَةِ فَكَأَنَّهُ أَخَذَ هَذَا الْقَدْرَ مِنْ مَالِهِ. وَقُلْنَا: (الدِّمُّ إِنَّمَا لَزِمَهُ بِمَا نَالَ مِنَ الرَّاحَةِ فَصَارَ كَالْمَعْرُورِ) إِذَا ضَمِنَ الْعُفْرَ لَا يَرْجِعُ عَلَى الْعَارِ؛ لِأَنَّهُ فِي مُقَابِلَةِ مَا اسْتَوْفَاهُ مِنْ مَنَافِعِ الْبُضْعِ.

وَقَوْلُهُ: (وَكَذَلِكَ إِذَا كَانَ الْخَالِقُ حَلَالًا) هُوَ الْوَجْهُ الثَّلَاثُ مِنَ الْأَقْسَامِ الْعَقْلِيَّةِ وَلَيْسَ فِيهِ عَلَى الْخَالِقِ شَيْءٌ بِالِاتِّفَاقِ وَفِي الْمَخْلُوقِ الْخِلَافُ الْمَذْكُورُ.

وَقَوْلُهُ: (فِي مَسْأَلَتِنَا) أَرَادَ بِهِ مَا إِذَا كَانَ الْخَالِقُ مُحْرَمًا. وَقَوْلُهُ: (فِي الْوَجْهَيْنِ) أَرَادَ بِهِ مَا بِأَمْرِهِ أَوْ بغيرِ أَمْرِهِ.

وَقَوْلُهُ: (فَإِنْ أَخَذَ) يَعْنِي الْمُحْرَمَ (مِنْ شَارِبِ حَلَالٍ أَوْ قَصَّ أَظْفِيرَهُ أَطْعَمَ مَا شَاءَ وَالْوَجْهُ فِيهِ مَا يَبَيِّنُ) يَعْنِي قَوْلُهُ: إِنَّ إِزَالَهَ مَا يَنْمُو مِنْ بَدَنِ الْإِنْسَانِ مِنْ مَحْظُورَاتِ الْإِحْرَامِ.

وَقَوْلُهُ: (وَلَا يَغْرَى عَنْ نَوْعِ ارْتِفَاقٍ) إِشَارَةٌ إِلَى الْجَوَابِ عَمَّا قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ حَلَقَ رَأْسَ غَيْرِهِ وَالْأَخْذُ مِنْ شَارِبِهِ بِمَنْزِلَةِ أَنْ يَلْبَسَ غَيْرَهُ مَخِيطًا فِي عَدَمِ ارْتِفَاقِهِ، فَكَمَا لَا يَجِبُ فِي الْإِلْبَاسِ عَلَيْهِ شَيْءٌ فَكَذَلِكَ هَهُنَا، وَذَلِكَ؛ لِأَنَّ فِي الْحَلْقِ وَأَخْذِ الشَّارِبِ ارْتِفَاقًا لَهُ؛ لِأَنَّ الْإِنْسَانَ يَتَأَذَّى بِتَفَثِ غَيْرِهِ، وَلَيْسَ فِي الْإِلْبَاسِ الْمَخِيطِ ذَلِكَ لَكِنَّ التَّأَذَّى بِتَفَثِ غَيْرِهِ أَقْلُ مِنَ التَّأَذَّى بِتَفَثِ نَفْسِهِ (فَيَلْزِمُهُ الطَّعَامُ) وَقَوْلُهُ: (وَإِنْ قَصَّ) أَيُّ

المُحَرَّمُ (أُظْفِرَ يَدَيْهِ وَرِجْلَيْهِ) ظَاهِرٌ.

وَقَوْلُهُ: (لَأَنَّ الْجِنَايَةَ مِنْ نَوْعٍ وَاحِدٍ) يَعْنِي تَسْمِيَةً وَمَعْنَى، أَمَّا تَسْمِيَةُ فَلَأَنَّ الْكُلَّ يُسَمَّى قَصًّا، وَأَمَّا مَعْنَى فَلَأَنَّ الِارْتِفَاقَ مِنْ حَيْثُ الْقَصُّ وَهُوَ شَيْءٌ وَاحِدٌ. وَقَوْلُهُ: (لَأَنَّ مَبْنَاهَا عَلَى التَّدَاخُلِ) يَعْنِي أَنَّ الْمُحَرَّمَ إِذَا قُتِلَ صَبَدَ الْحَرَمَ يَكْفِيهِ قِيمَةٌ وَاحِدَةٌ، وَإِنْ كَانَتْ الْجِنَايَةُ فِي حَقِّ الْحَرَمِ وَالْإِحْرَامِ جَمِيعًا فَكَانَ مَبْنَاهَا عَلَى ذَلِكَ (فَأَشْبَهَ كَفَّارَةَ الْفِطْرِ).

وَهُمَا يَقُولَانِ: كَفَّارَةُ الْإِحْرَامِ مَعْنَى الْعِبَادَةِ فِيهَا غَالِبٌ بِدَلِيلِ أَنَّهَا تَجِبُ عَلَى الْمَعْذُورِ كَالْمُكْرِهِ وَالنَّائِمِ وَالْمُخْطِئِ وَالنَّاسِي وَالْمُضْطَرِّ، وَبِالنَّظَرِ إِلَى ذَلِكَ لَا تَتَدَاخَلُ فَقُلْنَا بِتَقْيِيدِ التَّدَاخُلِ بِاتِّحَادِ الْمَجْلِسِ؛ لِأَنَّهُ إِذَا كَانَ فِي مَجْلِسٍ وَاحِدٍ فَاَلْمَقْصُودُ وَاحِدٌ، وَالْمَحَالُّ مُخْتَلِفَةٌ فَرَجَحْنَا اتِّحَادَ الْمَقْصُودِ بِوُجُودِ الْجَامِعِ وَهُوَ الْمَجْلِسُ، وَأَمَّا إِذَا اخْتَلَفَتِ الْمَجَالِسُ فَيَتَرَجَّحُ جَانِبُ اخْتِلَافِ الْمَحَالِّ وَيَلْزَمُ لِكُلِّ وَاحِدٍ دَمٌ عَمَلًا بِالْوَجْهَيْنِ.

فَإِنْ قِيلَ: الْجِنَايَاتُ إِذَا كَانَتْ مِنْ جِنْسٍ وَاحِدٍ لَا تَتَعَدَّدُ الْكَفَّارَةُ كَمَا إِذَا خَلَقَ رَأْسُهُ فِي مَجَالِسٍ مُخْتَلِفَةٍ فَإِنَّ عَلَيْهِ كَفَّارَةً وَاحِدَةً لَذَلِكَ.

فَالْجَوَابُ أَنَّ هَهُنَا اتِّحَادَ الْمَقْصُودِ وَاتِّحَادَ الْمَحَلِّ وَكَذَا اخْتِلَافُهُمَا، فَامْتَنَى اتِّحَادَ الْجَمِيعِ لِرِمَّةِ كَفَّارَةٍ وَاحِدَةٍ بِلَا خِلَافٍ بَيْنَهُمْ، وَمَتَى اخْتَلَفَ الْجَمِيعُ لِرِمَّةِ الْكَفَّارَةِ مُتَعَدِّدَةً؛ وَمَتَى اتَّحَدَ الْمَقْصُودُ وَاخْتَلَفَ الْمَحَالُّ، فَإِنَّ اتِّحَادَ الْمَجْلِسِ تَقَوَّى جَانِبُ الْإِتِّحَادِ فَلَزِمَهُ كَفَّارَةٌ وَاحِدَةٌ، وَمَتَى اخْتَلَفَ الْمَجْلِسُ تَقَوَّى جَانِبُ الْإِخْتِلَافِ وَتَعَدَّدَتِ الْكَفَّارَةُ. فَإِذَا عَرَفْتَ هَذَا ظَهَرَ لُزُومُ التَّعَدُّدِ فِيمَا نَحْنُ فِيهِ عِنْدَ اخْتِلَافِ الْمَجْلِسِ وَلُزُومُ الْوَحْدَةِ عِنْدَ اتِّحَادِهِ، وَلَا يَلْزَمُ حَلْقُ الرَّأْسِ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّ الْمَحَلَّ مُتَّحِدًا وَالْمَقْصُودَ كَذَلِكَ، بِخِلَافِ مَحَلِّ النِّزَاعِ؛ لِأَنَّ الْمَحَالَّ فِيهِ مُخْتَلِفَةٌ وَلَا يُشْكَلُ بِحَلْقِ الْإِبْطَيْنِ، فَإِنَّ الْمَقْصُودَ مُتَّحِدًا وَالْمَحَالَّ مُخْتَلِفَةً.

وَلَا يَخْتَلِفُ الْحَالُ فِي اتِّحَادِ الْجَزَاءِ بَيْنَ مَا كَانَ الْمَجْلِسُ مُتَّحِدًا أَوْ مُخْتَلِفًا؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لَا رِوَايَةَ فِيهِ، وَلَأَنَّ كَانَتْ فَتْمَةٌ مَا يُوجِبُ اتِّحَادَ الْمَحَالِّ وَهُوَ التَّنْوِيرُ، فَإِنَّهُ لَوْ نَوَّرَ جَمِيعَ الْبَدَنِ لَمْ يَلْزَمُهُ إِلَّا كَفَّارَةٌ وَاحِدَةٌ، وَقَدْ تَقَدَّمَ أَنَّ الْحَلْقَ مِثْلُ التَّنْوِيرِ، وَلَيْسَ فِي صُورَةِ النِّزَاعِ مَا يَجْعَلُهَا كَذَلِكَ.

(وَإِنْ قَصَّ يَدًا أَوْ رِجْلًا فَعَلَيْهِ دَمٌ) إِقَامَةُ لِلرُّبْعِ مَقَامَ الْكُلِّ كَمَا فِي الْحَلْقِ (وَإِنْ

قَصُّ أَقْلٍ مِنْ خَمْسَةِ أَظَافِيرَ فَعَلَيْهِ صَدَقَةٌ) مَعْنَاهُ تَحِبُّ بِكُلِّ ظُفْرِ صَدَقَةٌ.

وَقَالَ زَفَرٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: يَجِبُ الدَّمُ بِقَصِّ ثَلَاثَةٍ مِنْهَا، وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ الْأَوَّلِ؛

لأنَّ فِي أَظَافِيرِ الْيَدِ الْوَاحِدَةِ دَمًا، وَالثَّلَاثُ أَكْثَرُهَا.

وَجَهَ الْمَذْكُورِ فِي الْكِتَابِ أَنَّ أَظَافِيرَ كَفٍّ وَاحِدٍ أَقْلُ مَا يَجِبُ الدَّمُ بِقَلَمِهِ وَقَدْ

أَقَمْنَاهَا مَقَامَ الْكُلِّ، فَلَا يُقَامُ أَكْثَرُهَا مَقَامَ كُلِّهَا؛ لِأَنَّهُ يُؤَدِّي إِلَى مَا لَا يَتَنَاهَى (وَأِنْ قَصَّ

خَمْسَةَ أَظَافِيرَ مُتَفَرِّقَةٍ مِنْ يَدَيْهِ وَرِجْلَيْهِ فَعَلَيْهِ صَدَقَةٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ)

رَحِمَهُمَا اللَّهُ تَعَالَى (وَقَالَ مُحَمَّدٌ): رَحِمَهُ اللَّهُ (عَلَيْهِ دَمٌ) اعْتِبَارًا بِمَا لَوْ قَصَّهَا مِنْ كَفٍّ

وَاحِدٍ، وَبِمَا إِذَا حَلَقَ رُبْعَ الرَّأْسِ مِنْ مَوَاضِعَ مُتَفَرِّقَةٍ.

وَلَهُمَا أَنَّ كَمَالَ الْجِنَايَةِ بِنَيْلِ الرَّاحَةِ وَالزَّيْنَةِ وَبِالْقَلَمِ عَلَى هَذَا الْوَجْهِ يَتَأَدَّى

وَيَشِيئُهُ ذَلِكَ، بِخِلَافِ الْحَلْقِ؛ لِأَنَّهُ مُعْتَادٌ عَلَى مَا مَرَّ.

وَإِذَا تَقَاصَرَتِ الْجِنَايَةُ تَحِبُّ فِيهَا الصَّدَقَةُ فَيَجِبُ بِقَلَمٍ كُلِّ ظُفْرِ طَعَامَ مِسْكِينٍ،

وَكَذَلِكَ لَوْ قَلَمَ أَكْثَرَ مِنْ خَمْسَةِ مُتَفَرِّقًا لِأَنَّهُ يَبْلُغُ ذَلِكَ دَمًا فَحِينَئِذٍ يَنْقُصُ عَنْهُ مَا شَاءَ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَأِنْ قَصَّ يَدًا أَوْ رِجْلًا) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ: (وَجَهَ الْمَذْكُورِ فِي الْكِتَابِ) أَيُّ:

الْقُدُورِيِّ (أَنَّ أَظَافِيرَ كَفٍّ وَاحِدٍ أَقْلُ مَا يَجِبُ الدَّمُ بِقَلَمِهِ) وَكُلُّ مَا هُوَ كَذَلِكَ لَا يُقَامُ

أَكْثَرُهُ مَقَامَهُ، أَمَّا أَنَّهَا أَقْلُ مَا يَجِبُ الدَّمُ بِقَلَمِهِ فَلَا تَهْأَنَ إِنَّمَا وَجَبَ الدَّمُ بِاعْتِبَارِ قِيَامِهِ مَقَامَ

الْكُلِّ، وَفِي ذَلِكَ شُبْهَةٌ، وَلَيْسَ بَعْدَ الشُّبْهَةِ إِلَّا شُبْهَةُ الشُّبْهَةِ وَهِيَ غَيْرُ مُعْتَبَرَةٍ بِحَالٍ.

وَقَدْ أَشَارَ إِلَى هَذَا التَّغْلِيلِ بِقَوْلِهِ: (وَقَدْ أَقَمْنَاهَا مَقَامَ الْكُلِّ) وَهُوَ فِي مَوْضِعِ

الْحَالِ: أَيُّ: أَنَّهَا أَقْلُ مَا يَجِبُ الدَّمُ بِقَلَمِهِ حَالِ كَوْنِهَا مُقَامَةً مَقَامَ الْكُلِّ، فَفِيهَا شُبْهَةٌ

الْكُلِّيَّةُ إِلَى آخِرِ مَا ذَكَرْنَا، وَأَمَّا أَنَّ كُلَّ مَا هُوَ كَذَلِكَ لَا يُقَامُ أَكْثَرُهُ مَقَامَهُ فَلَمَّا قَالَ:

(لَأَنَّهُ يُؤَدِّي إِلَى مَا لَا يَتَنَاهَى)؛ لِأَنَّهُ إِذَا أُقِيمَ الثَّلَاثَةُ مَقَامَ خَمْسَةِ يُقَامُ الْاِثْنَانِ مَقَامَ

الثَّلَاثَةِ، ثُمَّ الظُّفْرُ وَالنِّصْفُ مَقَامَ الظُّفْرَيْنِ، ثُمَّ الظُّفْرُ الْوَاحِدُ مَقَامَ ظُفْرٍ وَنِصْفٍ وَهَلُمَّ

جَرًّا دَفْعًا لِلتَّحَكُّمِ.

وَالْمُرَادُ بِقَوْلِهِ: (إِلَى مَا لَا يَتَنَاهَى). إِلَى مَا يَتَعَسَّرُ اعْتِبَارُهُ، لِأَنَّ الْجِسْمَ عِنْدَنَا أَهْلُ

السُّنَّةِ وَالْجَمَاعَةِ يَتَنَاهَى إِلَى الْجُزْءِ الَّذِي لَا يَتَجَزَّأُ، فَلَا بُدَّ لَهُ مِنْ تَأْوِيلٍ، وَذَلِكَ مَا قُلْنَا

(وَإِنْ قَصَّ خَمْسَةَ أَظْفِيرٍ مُتَّفَرِّقَةٍ) بِالْجَرِّ صِفَةً لِلْمَعْدُودِ كَمَا فِي قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿سَبْعَ بَقَرَاتٍ سِمَانٍ﴾ [يوسف: ٤٣] (مِنْ يَدَيْهِ وَرِجْلَيْهِ فَعَلَيْهِ صَدَقَةٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: عَلَيْهِ دَمٌ اعْتِبَارًا بِمَا لَوْ قَصَّهَا مِنْ كَفٍّ وَاحِدٍ) بِجَامِعٍ أَنَّهُ قَصَّ خَمْسَةَ أَظْفِيرٍ وَلَا تَفْرِقَةً فِي ذَلِكَ يَبِينُ أَنَّ تَكُونَ مِنْ يَدٍ وَاحِدَةٍ أَوْ مِنْ يَدٍ وَرِجْلٍ، (وَبِمَا إِذَا حَلَقَ رُبْعَ الرَّأْسِ مِنْ مَوَاضِعٍ مُتَّفَرِّقَةٍ.

وَلَهُمَا أَنَّ الدَّمَ إِنَّمَا يَجِبُ عِنْدَ تَكَامُلِ الْجَنَائَةِ بِنَيْلِ الرَّاحَةِ وَالزَّيْنَةِ وَ) هَذَا لَيْسَ كَذَلِكَ لِأَنَّهُ (بِالْقَلَمِ عَلَى هَذَا الْوَجْهِ يَتَأَدَّى وَيَشِينُهُ ذَلِكَ، بِخِلَافِ الْحَلْقِ؛ لِأَنَّهُ مُعْتَادٌ فَإِنْ مَنْ يَأْخُذُ شَيْئًا مِنْ مُقَدَّمِ رَأْسِهِ وَشَيْئًا مِنْ مُؤَخَّرِهِ فَإِذَا جَمَعَ الْجَمِيعَ يَصِيرُ مِقْدَارَ الرَّبْعِ.

(وَإِذَا تَقَاصَّرَتِ الْجَنَائَةُ تُجِبُّ فِيهَا الصَّدَقَةُ)، وَمِقْدَارُهَا لِكُلِّ ظُفْرٍ طَعَامُ مِسْكِينٍ، (وَكَذَلِكَ لَوْ قَلَّمَ أَكْثَرَ مِنْ خَمْسَةِ مُتَّفَرِّقًا إِلَّا أَنْ يَبْلُغَ ذَلِكَ دَمًا فَيُنْقِصُ مِنْهُ مَا شَاءَ) حَتَّى قَالُوا لَوْ قَصَّ سِتَّةَ عَشَرَ ظُفْرًا مِنْ كُلِّ غُضُوٍ أَرْبَعَةً، فَعَلَيْهِ لِكُلِّ ظُفْرٍ طَعَامُ مِسْكِينٍ إِلَّا أَنْ يَبْلُغَ ذَلِكَ دَمًا فَيُنْقِصُ مِنْهُ مَا شَاءَ.

قَالَ: (وَإِنْ انْكَسَرَ ظُفْرُ الْمُحْرِمِ وَتَعَلَّقَ فَآخَذَهُ فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَنُمُو بَعْدَ الْانْكَسَارِ فَاشْبَهَ الْيَأْسَ مِنْ شَجَرِ الْحَرَمِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَإِنْ انْكَسَرَ ظُفْرُ الْمُحْرِمِ) ظَاهِرٌ.

(وَإِنْ تَطَيَّبَ أَوْ لَبَسَ مَخِيطًا أَوْ حَلَقَ مِنْ عُذْرِ فَهُوَ مُخَيَّرٌ إِنْ شَاءَ ذَبَحَ وَإِنْ شَاءَ تَصَدَّقَ عَلَى سِتَّةِ مَسَاكِينَ بِثَلَاثَةِ أَصْوُعٍ مِنَ الطَّعَامِ وَإِنْ شَاءَ صَامَ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ) لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿فَفِدْيَةٌ مِّنْ صِّيَامٍ أَوْ صَدَقَةٍ أَوْ نُسُكٍ﴾ [البقرة: ١٨٦].

وَكَلِمَةُ أَوْ لِلتَّخْيِيرِ وَقَدْ فَسَّرَهَا رَسُولُ اللَّهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ بِمَا ذَكَرْنَا، وَالْأَيَّةُ نَزَلَتْ فِي الْمَعْدُورِ ثُمَّ الصَّوْمُ يُجْزِيهِ فِي أَيِّ مَوْضِعٍ شَاءَ؛ لِأَنَّهُ عِبَادَةٌ فِي كُلِّ مَكَانٍ، وَكَذَلِكَ الصَّدَقَةُ عِنْدَنَا لَمَّا بَيَّنَّا.

وَأَمَّا النُّسُكُ فَيَخْتَصُّ بِالْحَرَمِ بِالِاتِّفَاقِ؛ لِأَنَّ الْإِرَاقَةَ لَمْ تُعْرَفْ قُرْبَةً إِلَّا فِي زَمَانٍ أَوْ مَكَانٍ، وَهَذَا الدَّمُ لَا يَخْتَصُّ بِزَمَانٍ فَتُعَيَّنُ اخْتِصَاصُهُ بِالْمَكَانِ، وَلَوْ اخْتَارَ الطَّعَامُ أَجْزَاءَهُ فِيهِ التَّغْذِيَةُ وَالتَّعْشِيَةُ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ اعْتِبَارًا بِكَفَّارَةِ الْيَمِينِ.

وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ لَا يُجْزِيهِ؛ لِأَنَّ الصَّدَقَةَ تُنْبِئُ عَنِ التَّمْلِكِ وَهُوَ الْمَذْكُورُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَالْآيَةُ نَزَلَتْ فِي الْمَغْدُورِ) قَالَ كَعْبُ بْنُ عُجْرَةَ بَضَمَ الْعَيْنَ وَسُكُونِ الْجِيمِ: «مَرَّ بِي رَسُولُ اللَّهِ ﷺ وَالْقَمَلُ يَتَهَافَتُ عَلَى وَجْهِهِ وَأَنَا أَوْقَدُ تَحْتَ قَدْرِ لِي، فَقَالَ: أَيُّذِيكَ هَوَامُ رَأْسِكَ؟ فَقُلْتُ: نَعَمْ، فَأَنْزَلَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿فَفِدْيَةٌ مِّنْ صِّيَامٍ أَوْ صَدَقَةٍ أَوْ نُسْكَ﴾ [البقرة: ١٩٦]، فَقُلْتُ: مَا الصِّيَامُ يَا رَسُولَ اللَّهِ؟ فَقَالَ: ثَلَاثَةُ أَيَّامٍ كَمَا ذَكَرَ فِي الْكِتَابِ.»

وَلَوْ لَا تَفْسِيرُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لَقَدَّرْنَاهُ بِسِتَّةِ أَيَّامٍ لِأَنَّهُ لَمَّا تَقَدَّرَ الطَّعَامُ بِسِتَّةِ مَسَاكِينَ كَانَ الْقِيَاسُ أَنْ يَكُونَ الصَّوْمُ سِتَّةَ أَيَّامٍ، وَالْحُكْمُ فِي كُلِّ مَا اضْطُرَّ إِلَيْهِ مِمَّا لَوْ فَعَلَهُ غَيْرُ الْمُضْطَرِّ وَجَبَ عَلَيْهِ الدَّمُ كَذَلِكَ يَجِبُ عَلَيْهِ أَحَدُ الْأَشْيَاءِ الْمَذْكُورَةِ.

قَوْلُهُ: (وَكَذَلِكَ الصَّدَقَةُ عِنْدَنَا) يَعْنِي خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ فَإِنَّهُ يَقُولُ: لَا يُجْزِيهِ الطَّعَامُ إِلَّا فِي الْحَرَمِ؛ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ بِهِ الرِّفْقُ بِفُقَرَاءِ الْحَرَمِ وَوُصُولُ الْمُنْفَعَةِ إِلَيْهِمْ. وَقَوْلُهُ: (لَمَّا بَيَّنَّا) إِشَارَةً إِلَى قَوْلِهِ: (لَأَنَّهُ عِبَادَةٌ فِي كُلِّ مَكَانٍ). وَقَوْلُهُ: (وَأَمَّا النُّسْكُ) يُقَالُ: نَسَكَ لِلَّهِ نُسْكَاً وَمَنْسَكاً: إِذَا ذَبَحَ لَوَجْهِهِ، ثُمَّ قَالُوا: لِكُلِّ عِبَادَةٍ نُسْكَ، وَمِنْهُ قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿قُلْ إِنَّ صَلَاتِي وَنُسُكِي﴾ [الأنعام: ١٦٢].

وَالْمُرَادُ بِهِ هَهُنَا الْهَدْيُ الَّذِي يَذْبَحُهُ فِي الْحَرَمِ بِطَرِيقِ الْجَزَاءِ عَمَّا بَاشَرَهُ مِنْ مَحْظُورَاتِ الْإِحْرَامِ كَالطَّيْبِ وَالْحَلْقِ فِي حَالَةِ الْعُذْرِ، وَذَلِكَ مَخْصُوصٌ بِالْحَرَمِ بِالِاتِّفَاقِ؛ لِأَنَّ الْإِرَاقَةَ لَمْ تُعْرِفْ قُرْبَةً إِلَّا فِي زَمَانٍ كَالْأَضْحِيَّةِ وَهَذِي الْمُنْعَةِ وَالْقِرَانِ فِي أَيَّامِ التَّحَرُّ (أَوْ فِي مَكَانٍ) كَمَا فِي دِمَاءِ الْكُفَّارَاتِ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى فِي جَزَاءِ الصَّيْدِ ﴿هَذَا هَدْيًا بَلَغَ الْكَعْبَةِ﴾ [المائدة: ٩٥]؛ وَذَلِكَ وَاجِبٌ بِطَرِيقِ الْكُفَّارَةِ، (وَهَذَا الدَّمُ لَا يَخْتَصُّ بِزَمَانٍ فَتَعَيَّنَ اخْتِصَاصُهُ بِالْمَكَانِ) وَهُوَ الْحَرَمُ، وَلَيْسَ الْمَعْنَى بِالِاخْتِصَاصِ إِرَاقَةَ الدَّمِ لَا غَيْرَ؛ لِأَنَّهُ تَلَوِثُ الْحَرَمِ إِنَّمَا الْمَقْصُودُ هُوَ التَّصَدُّقُ بِاللَّحْمِ بَعْدَ الذَّبْحِ، فَعَلَيْهِ أَنْ يَتَصَدَّقَ بِلَحْمِهِ عَلَى فُقَرَاءِ الْحَرَمِ وَغَيْرِهِمْ عِنْدَنَا.

وَقَوْلُهُ: (وَلَوْ اخْتَارَ الطَّعَامُ أَجْزَاءَهُ) ظَاهِرٌ، وَأَبُو يُوسُفَ نَظَرَ إِلَى كُفَّارَةِ الْيَمِينِ فِي الْقِرَانِ فَإِنَّهُ ذَكَرَ بِلَفْظِ الْإِطْعَامِ وَهُوَ يُفِيدُ الْإِبَاحَةَ وَإِلَى تَفْسِيرِ النَّبِيِّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ

فَإِنَّهُ قَالَ: «أَطْعِمُ سِتَّةَ مَسَاكِينٍ» وَمُحَمَّدٌ نَظَرَ إِلَى قَوْلِهِ: أَوْ صَدَقَةً فَإِنَّهَا تُنْبِئُ عَنْ التَّمْلِيكِ، بِخِلَافِ كَفَّارَةِ الْيَمِينِ فَإِنَّ الْمَذْكُورَ فِيهَا الْإِطْعَامُ لَا الصَّدَقَةَ.

فصل

(فَإِنْ نَظَرَ إِلَى فَرْجِ امْرَأَتِهِ بِشَهْوَةٍ فَأَمْنَى لَا شَيْءَ عَلَيْهِ)؛ لِأَنَّ الْمَحْرَمَ هُوَ الْجَمَاعُ وَلَمْ يُوجَدَ فَصَارَ كَمَا لَوْ تَفَكَّرَ فَأَمْنَى (وَإِنْ قَبْلَ أَوْ لَمَسَ بِشَهْوَةٍ فَعَلَيْهِ دَمٌ) وَفِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ يَقُولُ: إِذَا مَسَّ بِشَهْوَةٍ فَأَمْنَى، وَلَا فَرْقَ بَيْنَ مَا إِذَا أُنْزِلَ أَوْ لَمْ يُنْزَلْ ذَكَرَهُ فِي الْأَصْلِ. وَكَذَا الْجَوَابُ فِي الْجَمَاعِ فِيمَا دُونَ الْفَرْجِ.

وَعَنِ الشَّافِعِيِّ أَنَّهُ إِذَا يَفْسَدُ إِحْرَامُهُ فِي جَمِيعِ ذَلِكَ إِذَا أُنْزِلَ وَاعْتَبَرَهُ بِالصُّومِ. وَلَنَا أَنْ فَسَادَ الْحَجِّ يَتَعَلَّقُ بِالْجَمَاعِ وَلِهَذَا لَا يَفْسَدُ بِسَائِرِ الْمَحْظُورَاتِ، وَهَذَا لَيْسَ بِجَمَاعٍ مَقْصُودٍ فَلَا يَتَعَلَّقُ بِهِ مَا يَتَعَلَّقُ بِالْجَمَاعِ إِلَّا أَنْ فِيهِ مَعْنَى الْاسْتِمْتَاعِ وَالْإِرْتِفَاقِ بِالْمَرَأَةِ وَذَلِكَ مُحْظُورُ الْإِحْرَامِ فَيَلْزِمُهُ الدَّمُ بِخِلَافِ الصُّومِ؛ لِأَنَّ الْمَحْرَمَ فِيهِ قَضَاءُ الشَّهْوَةِ، وَلَا يَحْصُلُ بِدُونِ الْإِنْزَالِ فِيمَا دُونَ الْفَرْجِ.

الشرح:

(فَصَلِّ): قَدَّمَ جَنَائَةَ الطَّيْبِ وَنَحَوَهَا عَلَى جَنَائَةِ الْجَمَاعِ وَدَوَاعِيهِ؛ لِأَنَّ الطَّيْبَ وَاللُّبْسَ كَالْوَسِيلَةِ لِلْجَمَاعِ وَالْوَسَائِلُ تُقَدَّمُ، وَلِهَذَا قَدَّمَ فِي هَذَا الْفَصْلِ ذِكْرَ دَوَاعِي الْجَمَاعِ عَلَيْهِ، (فَإِنْ نَظَرَ) الْمَحْرَمُ (إِلَى فَرْجِ امْرَأَتِهِ) أَيُّ: إِلَى دَاخِلِ فَرْجِهَا وَهُوَ مَوْضِعُ الْبَكَارَةِ، وَإِنَّمَا يَتَحَقَّقُ ذَلِكَ عِنْدَ كَوْنِهَا مُتَكَبَّةً (بِشَهْوَةٍ فَأَمْنَى) أَيُّ: أُنْزِلَ الْمَنِيَّ (لَا شَيْءَ عَلَيْهِ) مِنَ الْكَفَّارَةِ؛ لِأَنَّ الْمَحْرَمَ هُوَ الْجَمَاعُ وَهُوَ قَضَاءُ الشَّهْوَةِ عَلَى سَبِيلِ الْاجْتِمَاعِ صُورَةً وَهُوَ الْإِبْلَاجُ وَمَعْنَى وَهُوَ الْإِنْزَالُ.

(وَلَمْ يُوجَدَ) ذَلِكَ (فَصَارَ كَمَا لَوْ تَفَكَّرَ فَأَمْنَى)، فَإِنَّهُ لَا يَجِبُ عَلَيْهِ شَيْءٌ لَمَّا قُلْنَا، (فَإِنْ قَبْلَ أَوْ لَمَسَ بِشَهْوَةٍ فَعَلَيْهِ دَمٌ)، سَوَاءً أُنْزِلَ أَوْ لَمْ يُنْزَلْ عَلَى رِوَايَةِ الْأَصْلِ، (وَفِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ) شَرَطُ الْإِنْزَالِ حَيْثُ قَالَ: (إِذَا مَسَّ بِشَهْوَةٍ فَأَمْنَى)، وَلِهَذَا ذَكَرَ رِوَاةَ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ (وَكَذَا الْجَوَابُ فِي الْجَمَاعِ فِيمَا دُونَ الْفَرْجِ) مِنَ الْإِدْخَالِ بَيْنَ الْفَخْذَيْنِ وَالسَّرَةِ فَإِنَّ الْفَرْجَ يُرَادُ بِهِ الْقَبْلُ وَالذُّبُرُ فَمَا دُونَهُ يَكُونُ مَا ذَكَرْتَاهُ.

(و) رُوِيَ (عَنِ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ إِذَا أُنْزِلَ فَسَدَ إِحْرَامُهُ فِي جَمِيعِ ذَلِكَ)

يَعْنِي التَّقْيِيلُ بِشَهْوَةٍ وَالْمَسُّ بِشَهْوَةٍ وَالْجِمَاعُ فِيمَا دُونَ الْفَرْجِ (واعتبر ذلك بالصَّوم) فَإِنَّهُ إِنَّمَا يَفْسُدُ بِهَذِهِ الْأَشْيَاءِ إِذَا أُتْزِلَ، لِأَنَّهُ مُوَاقَعَةٌ مَعْنَى.

(وَلَنَا) عَلَى أَنَّ الْإِحْرَامَ لَا يَفْسُدُ وَأَنَّ الْإِنْزَالَ لَيْسَ بِشَرْطٍ لَوْجُوبِ الْكُفَّارَةِ فِي هَذِهِ الصُّورِ (أَنَّ فَسَادَ الْحَجِّ يَتَعَلَّقُ بِالْجِمَاعِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَفْسُدُ بغيرِهِ مِنَ الْمُحْظُورَاتِ) بِالْإِجْمَاعِ، (وَهَذَا لَيْسَ بِجِمَاعٍ) فَلَا يَتَعَلَّقُ بِهِ فَسَادُ الْحَجِّ إِلَّا أَنْ فِيهِ مَعْنَى الْاسْتِمْتَاعِ وَالْإِرْتِفَاقِ بِالْمَرْأَةِ وَذَلِكَ مِنْ مُحْظُورَاتِ الْإِحْرَامِ، لَمَّا تَقَدَّمَ أَنَّ دَوَاعِيَ الْجِمَاعِ مُلْحَقَةٌ بِهِ (فَيَلْزَمُهُ الدَّمُ).

وَقَوْلُهُ: (بِخِلَافِ الصَّوْمِ) جَوَابٌ عَنْ اعْتِبَارِهِ بِالصَّوْمِ (لَأَنَّ الْمُحَرَّمَ فِيهِ قَضَاءُ الشَّهْوَةِ) حَيْثُ كَانَ رُكْنُهُ الْكَفُّ عَنْهَا، وَقَضَاؤُهَا بِدُونِ الْإِنْزَالِ فِيمَا دُونَ الْفَرْجِ لَا يَتَحَقَّقُ.

(وَأَنَّ جَامِعَ فِي أَحَدِ السَّبِيلَيْنِ قَبْلَ الْوُقُوفِ بِعَرَفَةَ فَسَدَ حَجُّهُ وَعَلَيْهِ شَاةٌ، وَيَمْضِي فِي الْحَجِّ كَمَا يَمْضِي مَنْ لَمْ يُفْسِدْهُ، وَعَلَيْهِ الْقَضَاءُ) وَالْأَصْلُ فِيهِ مَا رَوَى «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ سُئِلَ عَمَّنْ وَقَعَ امْرَأَتَهُ وَهُمَا مُحْرِمَانِ بِالْحَجِّ قَالَ: يُرِيقَانِ دَمًا وَيَمْضِيَانِ فِي حَجَّتَيْهِمَا وَعَلَيْهِمَا الْحَجُّ مِنْ قَابِلٍ»^(١) وَهَكَذَا نُقِلَ عَنْ جَمَاعَةٍ مِنَ الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُمْ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: تَجِبُ بَدَنَةٌ اعْتِبَارًا بِمَا لَوْ جَامِعَ بَعْدَ الْوُقُوفِ، وَالْحُجَّةُ عَلَيْهِ إِطْلَاقُ مَا رَوَيْنَا، وَلَأَنَّ الْقَضَاءَ لَمَّا وَجِبَ وَلَا يَحِبُّ إِلَّا لَا اسْتِدْرَاكِ الْمَصْلَحَةِ خَفَ مَعْنَى الْجِنَايَةِ فَيُكَتَفَى بِالشَّاةِ بِخِلَافِ مَا بَعْدَ الْوُقُوفِ؛ لِأَنَّهُ لَا قَضَاءَ ثُمَّ سَوَى بَيْنَ السَّبِيلَيْنِ.

وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ فِي غَيْرِ الْقَبْلِ مِنْهُمَا لَا يَفْسُدُ لِنَقَاصِ مَعْنَى الْوُطْءِ فَكَانَ عَنْهُ رَوَايَتَانِ (وَلَيْسَ عَلَيْهِ أَنْ يُفَارِقَ امْرَأَتَهُ فِي قَضَاءٍ مَا أَفْسَدَاهُ) عِنْدَنَا خِلَافًا لِمَا لَكَ رَحِمَهُ اللَّهُ إِذَا خَرَجَا مِنْ بَيْتَيْهِمَا. وَلِزَفْرِ رَحِمَهُ اللَّهُ إِذَا أَحْرَمَا. وَلِلشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ إِذَا انْتَهَيَا إِلَى الْمَكَانِ الَّذِي جَامَعَهَا فِيهِ.

لَهُمُ أَنْتَهُمَا يَتَذَكَّرَانِ ذَلِكَ فَيَقَعَانِ فِي الْمَوَاقِعِ فَيَفْتَرِقَانِ. وَلَنَا أَنَّ الْجَامِعَ بَيْنَهُمَا وَهُوَ النِّكَاحُ قَائِمٌ فَلَا مَعْنَى لِلْإِفْتِرَاقِ قَبْلَ الْإِحْرَامِ لِإِبَاحَةِ الْوُقَاعِ وَلَا بَعْدَهُ؛ لِأَنَّهُمَا

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٩٧٧٨)، وانظر نصب الراية (١٤٩/٣).

يَتَذَكَّرَانِ مَا لِحَقِّهِمَا مِنَ الْمَشَقَّةِ الشَّدِيدَةِ بِسَبَبِ لَذَّةِ يَسِيرَةِ فَيَزِدَادَانِ نَدَمًا وَتَحَرُّزًا فَلَا مَعْنَى لِلْإِفْتِرَاقِ.

الشرح:

(وَإِنْ جَامَعَ فِي أَحَدِ السَّبِيلَيْنِ قَبْلَ الْوُقُوفِ بَعْرِفَةً فَسَدَ حَجُّهُ، وَعَلَيْهِ شَاءٌ وَيَمْضِي فِي الْحَجِّ) بِإِدَاءِ أَعْمَالِهِ (كَمَا يَمْضِي: مَنْ لَمْ يَفْسُدْ حَجُّهُ. وَالْأَصْلُ فِيهِ مَا رُوِيَ "أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ سَأَلَ عَنْ مَنْ وَقَعَ امْرَأَتُهُ وَهُمَا مُحْرِمَانِ بِالْحَجِّ قَالَ: «يُرِيقَانِ دَمًا وَيَمْضِيَانِ فِي حَجَّتَيْهِمَا، وَعَلَيْهِمَا الْحَجُّ مِنْ قَابِلٍ»)، وَلَا فَرْقَ فِي ذَلِكَ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ عَامِدًا أَوْ نَاسِيًا أَوْ هِيَ نَائِمَةٌ أَوْ مُكْرَهَةٌ، (وَهَكَذَا) يَعْنِي مِثْلَ مَا رُوِيَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ.

(نُقِلَ عَنْ جَمَاعَةٍ مِنَ الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: تَجِبُ بَدَنَةٌ كَمَا لَوْ جَامَعَ بَعْدَ الْوُقُوفِ) وَالْجَامِعُ تَعَلُّطُ الْجَنَائَةِ، (وَالْحُجَّةُ عَلَيْهِ إِطْلَاقُ مَا رَوَيْنَا) وَهُوَ قَوْلُهُ: عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ "يُرِيقَانِ دَمًا" ذَكَرَهُ مُطْلَقًا، فَيَتَنَاوَلُ الشَّاءَ؛ لِأَنَّهُ مُتَيَقِّنٌ. فَإِنْ قِيلَ: الْمَطْلُوقُ يَنْصَرِفُ إِلَى الْكَامِلِ وَالْجَزُورُ كَامِلٌ فَيَنْصَرِفُ إِلَيْهِ. فَالْجَوَابُ أَنَّ الْمَطْلُوقَ يَنْصَرِفُ إِلَى الْكَامِلِ إِذَا لَمْ يَكُنْ مَا يَمْنَعُهُ، وَهُوَ هَهُنَا مَوْجُودٌ؛ لِأَنَّ الْجَمَاعَ قِيلَ: الْوُقُوفُ لَمَّا كَانَ سَبَبًا لِلْقَضَاءِ خَفَّ مَعْنَى الْجَنَائَةِ لَا سِتْدْرَاكَ الْمَصْلُحَةِ الْفَائِتَةِ بِالْقَضَاءِ.

فَلَوْ أَوْجَبْنَا الْبَدَنَةَ لَزِمَ إِيْجَابُ الْجَزَاءِ الْعَلِيْظِ فِي مُقَابَلَةِ جَنَائَةِ خَفِيفَةٍ وَهُوَ خِلَافُ مُقْتَضَى الْحِكْمَةِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ بَعْدَ الْوُقُوفِ فَإِنَّ الْجَنَائَةَ لَمْ تَخَفْ لِعَدَمِ وُجُوبِ الْقَضَاءِ، فَإِيْجَابُ الْبَدَنَةِ فِي مُقَابَلَتِهَا عَلَى مُقْتَضَى الْحِكْمَةِ، وَإِلَى هَذَا أَشَارَ الْمُصَنِّفُ رَحِمَهُ اللَّهُ بِقَوْلِهِ: وَلَئِنْ الْقَضَاءُ لَمَّا وَجَبَ إلخ.

(وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ الْجَمَاعَ فِي غَيْرِ الْقَبْلِ مِنْهُمَا) أَيُّ: مِنَ السَّبِيلَيْنِ، وَقِيلَ مِنَ الرَّجُلِ وَالْمَرْأَةِ (لَا يُفْسِدُهُ لَتَقَاصُرِ مَعْنَى الْوُطْءِ)، وَلِهَذَا لَمْ يُوجِبِ الْحَدَّ وَلَا يَجِبُ الْمَهْرُ بِالْإِجْمَاعِ. وَفِي رِوَايَةٍ: يُفْسِدُهُ لِأَنَّهُ كَامِلٌ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ ارْتِفَاقٌ. وَعِنْدَهُمَا يُفْسِدُهُ؛ لِأَنَّهُ يُوجِبُ الْحَدَّ.

وَقَوْلُهُ: (وَلَيْسَ عَلَيْهِ أَنْ يُفَارِقَ امْرَأَتَهُ) الْأَصْلُ فِيهِ أَنَّ الصَّحَابَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ قَالُوا: إِذَا رَجَعَا لِلْقَضَاءِ يَفْتَرِقَانِ، مَعْنَاهُ يَأْخُذُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فِي طَرِيقٍ غَيْرِ طَرِيقِ صَاحِبِهِ، فَمَالِكٌ رَحِمَهُ اللَّهُ أَخَذَ بِظَاهِرِ هَذَا اللَّفْظِ فَقَالَ: كَمَا خَرَجَا مِنْ بَيْنَتِهِمَا فَعَلِيَهُمَا

أَنْ يَفْتَرِقَا. وَقَالَ زُفَرُ رَحِمَهُ اللَّهُ: يَفْتَرِقَانِ مِنْ وَقْتِ الْإِحْرَامِ؛ لِأَنَّ الْاِفْتِرَاقَ سُكٌّ بِقَوْلِ الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ: وَوَقْتُ أَدَاءِ التُّسُكِ بَعْدَ الْإِحْرَامِ، وَهَذَا الْمَعْنَى لَيْسَ بِشَيْءٍ؛ لِأَنَّ الْقَضَاءَ يَحْكِي الْأَدَاءَ، فَمَا لَمْ يَكُنْ تُسْكًا فِي الْأَدَاءِ لَا يَكُونُ تُسْكًا فِي الْقَضَاءِ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: إِذَا قَرُبَا مِنَ الْمَكَانِ الَّذِي جَامَعَهَا فِيهِ يَفْتَرِقَانِ؛ لِأَنَّهُمَا لَا يَأْمَنَانِ إِذَا وَصَلَا إِلَى ذَلِكَ الْمَوْضِعِ أَنْ تَهَيِّجَ بِهِمَا الشَّهْوَةُ فَيُوقِعَهَا. وَالْمُصَنِّفُ رَحِمَهُ اللَّهُ ذَكَرَ دَلِيلَنَا عَلَى وَجْهِ هُوَ دَافِعٌ لِأَقْوَالِهِمْ وَهُوَ وَاضِحٌ، وَنَقُولُ: مُرَادُ الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ أَنَّهُمَا يَفْتَرِقَانِ عَلَى سَبِيلِ التَّدْبِ إِنْ خَافَا عَلَى أَنْفُسِهِمَا الْفِتْنَةَ. كَمَا يُنْدَبُ لِلشَّابِّ الْاِمْتِنَاعُ عَنِ التَّقْيِيلِ فِي حَالَةِ الصَّوْمِ إِذَا كَانَ لَا يَأْمَنُ عَلَى نَفْسِهِ مَا سِوَاهُ.

(وَمَنْ جَامَعَ بَعْدَ الْوُقُوفِ بِعَرَفَةَ لَمْ يَفْسُدْ حَجُّهُ وَعَلَيْهِ بَدَنَةٌ) خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ فِيْمَا إِذَا جَامَعَ قَبْلَ الرَّمْيِ؛ لِقَوْلِهِ ﷺ: «مَنْ وَقَفَ بِعَرَفَةَ فَقَدْ تَمَّ حَجُّهُ» ^(١) وَإِنَّمَا تَجِبُ الْبَدَنَةُ لِقَوْلِ ابْنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أَوْ؛ لِأَنَّهُ أَعْلَى أَنْوَاعِ الْارْتِمَاقِ فَيَتَغَلَّظُ مُوجِبُهُ.

الشرح:

(وَمَنْ جَامَعَ بَعْدَ الْوُقُوفِ بِعَرَفَةَ لَمْ يَفْسُدْ حَجُّهُ وَعَلَيْهِ بَدَنَةٌ) خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ فِيْمَا إِذَا جَامَعَ قَبْلَ رَمْيِ جَمْرَةِ الْعَقَبَةِ فَإِنَّ حَجَّهُ يَفْسُدُ؛ لِأَنَّ إِحْرَامَهُ قَبْلَ الرَّمْيِ مُطْلَقٌ، أَيْ: كَامِلٌ حَيْثُ لَا يَحِلُّ لَهُ شَيْءٌ مِمَّا هُوَ حَرَامٌ عَلَى الْمُحْرِمِ، وَالْجَمَاعُ فِي الْإِحْرَامِ الْمُطْلَقِ مُفْسِدٌ لِلْحَجِّ كَمَا إِذَا كَانَ قَبْلَ الْوُقُوفِ، بِخِلَافِ مَا بَعْدَ الرَّمْيِ فَإِنَّهُ قَدْ جَاءَ أَوَانُ التَّحَلُّلِ وَحَلَّ لَهُ الْحَلْقُ الَّذِي كَانَ حَرَامًا عَلَى الْمُحْرِمِ.

وَقَوْلُهُ: (لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ) دَلِيلُنَا. وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ ﷺ قَالَ: «مَنْ وَقَفَ بِعَرَفَةَ فَقَدْ تَمَّ حَجُّهُ» وَلَيْسَ الْمُرَادُ بِهِ التَّمَامُ مِنْ حَيْثُ أَدَاءُ الْأَفْعَالِ بِالْاِتِّفَاقِ لِبَقَاءِ بَعْضِ الْأَرْكَانِ، فَكَانَ الْمُرَادُ بِهِ التَّمَامُ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ يَأْمَنُ مِنَ الْفَسَادِ بَعْدَهُ لِتَأَكُّدِ حَجِّهِ بِالْوُقُوفِ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ يَأْمَنُ الْفَوَاتِ بَعْدَ الْوُقُوفِ، فَكَمَا يَثْبُتُ حُكْمُ التَّأَكُّدِ فِي الْأَمْنِ عَنِ الْفَوَاتِ كَذَلِكَ يَثْبُتُ فِي الْأَمْنِ عَنِ الْفَسَادِ.

فَإِنْ قِيلَ: لَوْ كَانَ كَذَلِكَ لَمَا وَجِبَتْ الْبَدَنَةُ؛ لِأَنَّ الشَّيْءَ بَعْدَ تَمَامِهِ لَا يَقْبَلُ الْجَنَائَةَ فَلَا يَقْتَضِي جَزَاءً. أَجَابَ بِقَوْلِهِ (وَإِنَّمَا تَجِبُ الْبَدَنَةُ لِقَوْلِ ابْنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا)

وَهُوَ مَا رُوِيَ عَنْهُ أَنَّهُ قَالَ: إِذَا جَامَعَ قَبْلَ الْوُقُوفِ بَعْرَفَةً فَسَدَ نُسْكُهُ وَعَلَيْهِ دَمٌ، وَإِذَا جَامَعَ بَعْدَ الْوُقُوفِ فَحَجَّتُهُ تَامَةً وَعَلَيْهِ بَدَنَةٌ. وَرُوِيَ أَنَّهُ قَالَ: لَا تَجِبُ الْبَدَنَةُ فِي الْحَجِّ إِلَّا فِي مَوْضِعَيْنِ: مَنْ جَامَعَ بَعْدَ الْوُقُوفِ بَعْرَفَةً، وَمَنْ طَافَ طَوَافَ الزِّيَارَةِ جُنْبًا أَوْ لَمْ يُعْرِفْ لَهُ مُخَالَفٌ فَحَلَّ مَحَلَّ الإِجْمَاعِ. وَقِيلَ: مِثْلُهُ لَا مَدْخَلَ لِلرَّأْيِ فِيهِ فَكَانَ مَسْمُوعًا.

وَقَوْلُهُ: (أَوْ لِأَنَّهُ) قِيلَ إِنَّمَا ذَكَرَ بِكَلِمَةٍ أَوْ لِكَوْنِ أَثَرِ ابْنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا غَيْرَ مَشْهُورٍ فَأَتَى بِهَا لِيَكُونَ مُتَمَسِّكًا بِأَحَدِهِمَا، وَفِيهِ نَظَرٌ؛ لِأَنَّ الْمَطْلُوبَ إِبْثَاتُ الْوُجُوبِ وَهُوَ يَثْبُتُ بِخَبَرِ الْوَاحِدِ لَا يَتَوَقَّفُ عَلَى الْاِشْتِهَارِ، وَلَعَلَّهُ أَتَى بِأَحَدِ الْجَائِزَيْنِ فَلَا يُسْأَلُ عَنْ كَمِّيَّتِهِ. وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ الْجَمَاعَ أَعْلَى الْارْتِفَاقَاتِ لَوْفُورِ لَذَّتِهِ وَكُلُّ مَا كَانَ كَذَلِكَ يَتَغَلَّظُ مُوجِبُهُ لَوْجُوبِ التَّطَائُبِ بَيْنَ الْمَوْجِبِ وَالْمُوجِبِ بِمُقْتَضَى الْحِكْمَةِ.

(وَإِنْ جَامَعَ بَعْدَ الْحَلْقِ فَعَلَيْهِ شَاةٌ) لِبَقَاءِ إِحْرَامِهِ فِي حَقِّ النِّسَاءِ دُونَ لُبْسِ الْمَخِيطِ، وَمَا أَشَبَّهُهُ فَخَفَتْ الْجِنَايَةُ فَاكْتَفَى بِالشَّاةِ.

الشرح:

قَوْلُهُ: (وَإِنْ جَامَعَ بَعْدَ الْحَلْقِ فَعَلَيْهِ شَاةٌ) ظَاهِرٌ.

(وَمَنْ جَامَعَ فِي الْعُمْرَةِ قَبْلَ أَنْ يَطُوفَ أَرْبَعَةَ أَشْوَاطٍ فَسَدَتْ عُمْرَتُهُ فَيَمْضِي فِيهَا وَيَقْضِيهَا وَعَلَيْهِ شَاةٌ. وَإِذَا جَامَعَ بَعْدَمَا طَافَ أَرْبَعَةَ أَشْوَاطٍ أَوْ أَكْثَرَ فَعَلَيْهِ شَاةٌ وَلَا تَفْسُدُ عُمْرَتُهُ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: تَفْسُدُ فِي الْوَجْهَيْنِ وَعَلَيْهِ بَدَنَةٌ اِعْتِبَارًا بِالْحَجِّ إِذْ هِيَ فَرَضٌ عِنْدَهُ كَالْحَجِّ. وَلَنَا أَنَّهَا سُنَّةٌ فَكَانَتْ أَحَطُّ رُبَّتَةً مِنْهُ فَتَجِبُ الشَّاةُ فِيهَا وَالْبَدَنَةُ فِي الْحَجِّ إِظْهَارًا لِلتَّفَاوُتِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَمَنْ جَامَعَ فِي الْعُمْرَةِ) يَبَيِّنُ الْجِنَايَةَ عَلَى إِحْرَامِ الْعُمْرَةِ وَهُوَ وَاضِحٌ، لَكِنْ يُتَوَهَّمُ مِنْهُ تَفْضِيلُ طَوَافِ الْعُمْرَةِ عَلَى طَوَافِ الزِّيَارَةِ فَإِنَّهُ إِذَا جَامَعَ بَعْدَمَا طَافَ لَطَوَافِ الزِّيَارَةِ أَرْبَعَةَ أَشْوَاطٍ لَمْ يَجِبْ عَلَيْهِ شَيْءٌ، فَإِنْ فَعَلَ ذَلِكَ فِي طَوَافِ الْعُمْرَةِ فَعَلَيْهِ شَاةٌ كَمَا ذَكَرَ فِي الْكِتَابِ، وَأُجِيبَ بِأَنَّ ذَلِكَ لَيْسَ مِنْ حَيْثُ التَّفْضِيلُ بَلْ مِنْ حَيْثُ مَحَلُّ الْجِنَايَةِ، وَذَلِكَ؛ لِأَنَّ طَوَافَ الزِّيَارَةِ عَلَى الْوَجْهِ الْمَسْنُونِ فِي التَّرْتِيبِ إِنَّمَا

يُؤْتَى بِهِ بَعْدَ التَّحَلُّ بِالْحَلْقِ أَوْ التَّقْصِيرِ.

غَايَةُ مَا فِي الْبَابِ أَنَّ حُكْمَهُ تَأَخَّرَ فِي حَقِّ النِّسَاءِ لِمَعْنَى وَهُوَ وَقُوعُ الرُّكْنِ فِي الْإِحْرَامِ فَقَامَ أَكْثَرُ أَشْوَاطِهِ مَقَامَ كُلِّهِ، بِخِلَافِ الْعُمْرَةِ فَإِنَّ طَوَافَهَا قَبْلَ التَّحَلُّ، فَكَانَ ارْتِكَابُ الْمَخْطُورِ فِي مَحْضِ الْإِحْرَامِ فَيَجِبُ الدَّمُ وَلِهَذَا قُلْنَا: إِنْ لَمْ يَخْلُقْ قَبْلَ طَوَافِ الزِّيَارَةِ وَجَامَعَ بَعْدَهَا طَافَ لَهَا أَرْبَعَةُ أَشْوَاطٍ وَجَبَ عَلَيْهِ الدَّمُ كَمَا فِي طَوَافِ الْعُمْرَةِ لَذَلِكَ.

وَقَوْلُهُ: (وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: تَفْسُدُ فِي الْوَجْهَيْنِ) أَيُّ: فِيمَا إِذَا جَامَعَ قَبْلَ أَنْ يَطُوفَ أَرْبَعَةَ أَشْوَاطٍ وَبَعْدَهُ؛ لِأَنَّهُمَا سَيَّانٍ فِي إِفْسَادِ الْحَجِّ عِنْدَهُ فَكَذَلِكَ فِي الْعُمْرَةِ؛ لِأَنَّهُمَا عِنْدَهُ فَرِيضَةٌ كَالْحَجِّ.

(وَمَنْ جَامَعَ نَاسِيًا كَانَ كَمَنْ جَامَعَ مُتَعَمِّدًا) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ جَمَاعُ النَّاسِيِ غَيْرُ مُفْسِدٍ لِلْحَجِّ. وَكَذَا الْخِلَافُ فِي جَمَاعِ النَّائِمَةِ وَالْمُكْرَهَةِ. هُوَ يَقُولُ: الْحَظَرُ يَنْعَدِمُ بِهِذِهِ الْعَوَارِضِ فَلَمْ يَقَعْ الْفِعْلُ جِنَايَةً. وَلَنَا أَنَّ الْفَسَادَ بِاعْتِبَارِ مَعْنَى الْارْتِفَاقِ فِي الْإِحْرَامِ ارْتِفَاقًا مَخْصُوصًا، وَهَذَا لَا يَنْعَدِمُ بِهِذِهِ الْعَوَارِضِ، وَالْحَجُّ لَيْسَ فِي مَعْنَى الصَّوْمِ؛ لِأَنَّ حَالَاتِ الْإِحْرَامِ مُذَكَّرَةٌ بِمَنْزِلَةِ حَالَاتِ الصَّلَاةِ بِخِلَافِ الصَّوْمِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: جَمَاعُ النَّاسِيِ غَيْرُ مُفْسِدٍ لِلْحَجِّ) لَوْ قَالَ لِلْإِحْرَامِ كَانَ أَشْمَلُ لِيَتَنَاوَلَ الْعُمْرَةَ، جَعَلَ التَّسْيَانَ غَيْرَ مُؤَثِّرٍ فِي فُسَادِهِ كَمَا فِي الصَّوْمِ، وَجَعَلَ الْإِكْرَاهَ وَالتَّوَمَّ كَالنَّسْيَانِ بِنَاءً عَلَى أَنَّ الْإِكْرَاهَ لَمَّا أَبَاحَ الْإِقْدَامَ وَأَعْدَمَ أَصْلَ الْفِعْلِ مَعَ كَوْنِهِ قَاصِدًا كَانَ التَّوَمُّ أَوَّلَى لِاتِّفَاءِ الْقَصْدِ.

وَإِذَا انْعَدَمَ الْفِعْلُ لَمْ يَكُنْ جِنَايَةً (وَلَنَا أَنَّ الْفَسَادَ بِاعْتِبَارِ مَعْنَى الْارْتِفَاقِ فِي الْإِحْرَامِ ارْتِفَاقًا مَخْصُوصًا) وَهُوَ أَنْ يَكُونَ بَعَيْنُ الْجَمَاعِ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿فَلَا رَفَثَ﴾ [البقرة: ١٩٧] الْآيَةِ، وَالرَّفَثُ اسْمٌ لِلْجَمَاعِ (وَهُوَ لَا يَنْعَدِمُ بِهِذِهِ الْعَوَارِضِ، وَالْحَجُّ لَيْسَ فِي مَعْنَى الصَّوْمِ) لَوْجُودِ الْمَذْكَرِ وَهُوَ حَالَةُ الْإِحْرَامِ (بِخِلَافِ الصَّوْمِ) فَإِنَّهُ لَا مُذْكَرَ لَهُ.

فصل

(وَمَنْ طَافَ طَوَافَ الْقُدُومِ مُحْدِثًا فَعَلَيْهِ صَدَقَةٌ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَا

يُعْتَدُ بِهِ لِقَوْلِهِ ﷺ: «الطَّوَافُ بِالْبَيْتِ صَلَاةٌ» [إِلَّا أَنَّ اللَّهَ تَعَالَى أَبَاحَ فِيهِ الْمَنْطِقَ فَتَكُونُ الطَّهَّارَةُ مِنْ شَرْطِهِ. وَلَنَا قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿وَلْيَطَّوَّفُوا بِالْبَيْتِ الْعَتِيقِ﴾ [الحج: ٢٩] مِنْ غَيْرِ قَيْدِ الطَّهَّارَةِ فَلَمْ تَكُنْ فَرَضًا.

ثُمَّ قِيلَ: هِيَ سُنَّةٌ، وَالْأَصَحُّ أَنَّهَا وَاجِبَةٌ لِأَنَّهُ يَجِبُ بِتَرْكِهَا الْجَائِرُ؛ وَلِأَنَّ الْخَبَرَ يُوجِبُ الْعَمَلَ فَيُثْبِتُ بِهِ الْوُجُوبَ، فَإِذَا شَرَعَ فِي هَذَا الطَّوَافِ وَهُوَ سُنَّةٌ، يَصِيرُ وَاجِبًا بِالشَّرْعِ وَيَدْخُلُهُ نَقْصُ بِتَرْكِ الطَّهَّارَةِ فَيُجْبَرُ بِالصَّدَقَةِ إِظْهَارًا لِدُنُو رُتْبَتِهِ عَنِ الْوَاجِبِ بِإِجَابِ اللَّهِ، وَهُوَ طَوَافُ الزِّيَارَةِ، وَكَذَا الْحُكْمُ فِي كُلِّ طَوَافٍ هُوَ تَطَوُّعٌ.

الشرح:

فَصْلٌ

لَمَّا فَرَعَ مِنْ بَيَانِ الْجَنَائَةِ عَلَى الْإِحْرَامِ ذَكَرَ الْجَنَائَةَ عَلَى الطَّوَافِ الَّذِي هُوَ بَعْدَ الْإِحْرَامِ فِي فَصْلِ عَلَى حِدَةٍ قَوْلُهُ: (وَمَنْ طَافَ طَوَافَ الْقُدُومِ مُحْدَثًا) طَوَافَ الْقُدُومِ مُحْدَثًا مُعْتَدًا بِهِ عِنْدَنَا وَعَلَيْهِ صَدَقَةٌ (وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَا يُعْتَدُ بِهِ) وَلَا يُجْبَرُ بِشَيْءٍ؛ (لِقَوْلِهِ ﷺ: «الطَّوَافُ بِالْبَيْتِ صَلَاةٌ».

وَوَجْهُ الاسْتِدْلَالِ أَنَّهُ ﷺ شَبَّهَ الطَّوَافَ بِالصَّلَاةِ وَلَيْسَ بَيْنَ ذَاتَيْهِمَا مِنْ مُشَابَهَةٍ؛ لِأَنَّ ذَاتَ الطَّوَافِ وَهُوَ الدَّوْرَانُ مِمَّا يَنْتَفِي بِهِ ذَاتُ الصَّلَاةِ، فَيَكُونُ الْمُرَادُ أَنَّ حُكْمَهُ حُكْمُ الصَّلَاةِ وَمِنْ حُكْمِهَا عَدَمُ الْاعْتِدَادِ بِدُونِ الطَّهَّارَةِ (وَلَنَا قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿وَلْيَطَّوَّفُوا بِالْبَيْتِ الْعَتِيقِ﴾ [الحج: ٢٩] وَوَجْهُ الاسْتِدْلَالِ أَنَّ اللَّهَ تَعَالَى أَمَرَ بِالطَّوَافِ وَهُوَ الدَّوْرَانُ حَوْلَ الْكَعْبَةِ مِنْ غَيْرِ قَيْدِ الطَّهَّارَةِ فَلَمْ يَكُنْ فَرَضًا بِالْآيَةِ، وَلَا تَجُوزُ الزِّيَادَةُ عَلَيْهِ بِخَبَرِ الْوَاحِدِ؛ لِأَنَّهَا نَسَخٌ.

(ثُمَّ قِيلَ هِيَ سُنَّةٌ) وَهُوَ قَوْلُ ابْنِ شُجَاعٍ (وَالْأَصَحُّ أَنَّهَا وَاجِبَةٌ) وَهُوَ قَوْلُ أَبِي بَكْرٍ الرَّازِيِّ؛ (لِأَنَّهُ يَجِبُ بِتَرْكِهَا الْجَائِرُ) وَهُوَ إِمَّا الدَّمُ عَلَى مَا قَالَ بِهِ بَعْضُ مَشَائِخِ الْعِرَاقِ أَوْ الصَّدَقَةُ كَمَا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ وَهُوَ مَرْوِيُّ عَنْ مُحَمَّدٍ، وَكُلُّ مَا كَانَ يَجِبُ بِتَرْكِه جَائِرٌ فَهُوَ وَاجِبٌ؛ (وَلِأَنَّ الْخَبَرَ يُوجِبُ الْعَمَلَ) دُونَ الْعِلْمِ (فَيُثْبِتُ بِهِ الْوُجُوبَ) دُونَ الْفَرْضِيَّةِ.

قال: (فَإِذَا شَرَعَ فِي هَذَا الطَّوَافِ) دَلِيلٌ عَلَى وَجُوبِ الصَّلَاةِ عَلَى تَقْدِيرِ كَوْنِهَا

سَنَةً، وَذَلِكَ لِأَنَّ الشَّرُوعَ فِي التَّفَلُّ مُلْزِمٌ فِي الْحَجِّ بِالِاتِّفَاقِ فَيَصِيرُ الطَّوْفُ وَاجِبًا (وَيَدْخُلُهُ نَقْصٌ بِتَرْكِ الطَّهَّارَةِ فَيَجْبِرُ بِالصَّدَقَةِ إِظْهَارًا لِدُثْوِ رُتْبَتِهِ عَنِ الْوَاجِبِ بِإِيجَابِ اللَّهِ تَعَالَى وَهُوَ طَوَافُ الزِّيَارَةِ)، وَفِيهِ بَحْثٌ مِنْ وَجْهَيْنِ: أَحَدُهُمَا أَنَّ دُخُولَ النِّقْصِ بِتَرْكِهَا عَلَى تَقْدِيرِ كَوْنِهَا سَنَةً مِنْ حَيْزِ النِّزَاعِ فَلَا يُؤْخَذُ فِي الدَّلِيلِ، وَالثَّانِي أَنَّهُ مَنْقُوضٌ بِالصَّلَاةِ النَّافِلَةِ، فَإِنَّهُ إِذَا دَخَلَهَا نَقْصٌ تَنْجِرُ بِسَجْدَةِ السَّهْوِ كَمَا يَنْجِرُ الْفَرَضُ بِهَا وَلَمْ يَظْهَرْ دُثْوُ رُتْبَةِ التَّفَلُّ عَنِ رُتْبَةِ الْفَرَضِ فِيهَا فَلْيَكُنْ هَهُنَا أَيْضًا كَذَلِكَ.

وَالْجَوَابُ عَنِ الْأَوَّلِ أَنَّ تَرْكَ السَّنَةِ يُوجِبُ نَقْصًا وَيَنْجِرُ بِالْكَفَّارَةِ، أَلَا تَرَى أَنَّ مَنْ أَفَاضَ مِنْ عَرَفَاتٍ قَبْلَ الْإِمَامِ وَجَبَ عَلَيْهِ دَمٌ. قَالَ مُحَمَّدٌ: رَحِمَهُ اللَّهُ لِأَنَّهُ تَرَكَ سَنَةَ الدَّفْعِ، وَعَنِ الثَّانِي بَأَنَّ الشَّرْعَ جَعَلَ الْجَاهِرَ فِي الصَّلَاةِ نَوْعًا وَاحِدًا فَلَا مَصِيرَ إِلَى غَيْرِهِ وَفِي الْحَجِّ جَعَلَهُ مُتَنَوِّعًا فَأَمَكَّنَ الْمَصِيرُ إِلَى مَا تَبَيَّنَ بِهِ رُتْبَةُ التَّفَلُّ عَنِ الْفَرَضِ، وَهَذَا كُلُّهُ عَلَى رِوَايَةِ الْقُدُورِيِّ اخْتَارَهَا الْمُصَنِّفُ، وَأَمَّا عَلَى مَا ذَكَرَهُ الطُّحَاوِيُّ وَشَيْخُ الْإِسْلَامِ أَنَّهُ إِذَا طَافَ طَوَافَ التَّحِيَّةِ مُحَدِّثًا فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ لَوْ تَرَكَهُ أَصْلًا لَمْ يَجِبْ عَلَيْهِ شَيْءٌ فَكَذَا إِذَا أَتَى بِهِ مُحَدِّثًا فَلَا يَحْتَاجُ إِلَى شَيْءٍ مِنْ هَذِهِ التَّكَلُّفَاتِ.

(وَلَوْ طَافَ طَوَافَ الزِّيَارَةِ مُحَدِّثًا فَعَلَيْهِ شَاةٌ) لِأَنَّهُ أَدْخَلَ النِّقْصَ فِي الرُّكْنِ فَكَانَ أَفْحَشَ مِنَ الْأَوَّلِ فَيَجْبِرُ بِالدَّمِ (وَأِنْ كَانَ جُنُبًا فَعَلَيْهِ بَدَنَتٌ) كَذَا رُوِيَ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُمَا؛ وَلِأَنَّ الْجَنَابَةَ أَغْلَظَ مِنَ الْحَدَثِ فَيَجِبُ جَبْرُ نَقْصَانِهَا بِالْبَدَنَةِ إِظْهَارًا لِلتَّفَاوُتِ، وَكَذَا إِذَا طَافَ أَكْثَرَهُ جُنُبًا أَوْ مُحَدِّثًا، لِأَنَّ أَكْثَرَ الشَّيْءِ لَهُ حُكْمُ كُلِّهِ (وَالْأَفْضَلُ أَنْ يُعِيدَ الطَّوَافَ مَا دَامَ بِمَكَّةَ وَلَا ذَبَحَ عَلَيْهِ) وَفِي بَعْضِ النُّسخِ: وَعَلَيْهِ أَنْ يُعِيدَ. وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ يُؤْمَرُ بِالإِعَادَةِ فِي الْحَدَثِ اسْتِحْبَابًا وَفِي الْجَنَابَةِ إِجْبَابًا لِحُشِّ النُّقْصَانِ بِسَبَبِ الْجَنَابَةِ وَقُصُورِهِ بِسَبَبِ الْحَدَثِ. ثُمَّ إِذَا أَعَادَهُ وَقَدْ طَافَهُ مُحَدِّثًا لَا ذَبَحَ عَلَيْهِ وَإِنْ أَعَادَهُ بَعْدَ أَيَّامِ النُّحْرِ؛ لِأَنَّ بَعْدَ الإِعَادَةِ لَا يَبْقَى إِلَّا شُبْهَةُ النُّقْصَانِ، وَإِنْ أَعَادَهُ وَقَدْ طَافَهُ جُنُبًا فِي أَيَّامِ النُّحْرِ فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ لِأَنَّهُ أَعَادَهُ فِي وَقْتِهِ، وَإِنْ أَعَادَهُ بَعْدَ أَيَّامِ النُّحْرِ لَزِمَهُ الدَّمُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ بِالتَّأْخِيرِ عَلَى مَا عُرِفَ مِنْ مَذْهَبِهِ.

وَلَوْ رَجَعَ إِلَى أَهْلِهِ وَقَدْ طَافَهُ جُنُبًا عَلَيْهِ أَنْ يَعُودَ؛ لِأَنَّ النِّقْصَ كَثِيرٌ فَيُؤْمَرُ بِالْعُودِ اسْتِدْرَاكًا لَهُ وَيَعُودُ بِإِحْرَامٍ جَدِيدٍ. وَإِنْ لَمْ يَعُدْ وَبَعَثَ بَدَنَةً أَجْزَأَهُ لَمْ يَبَيَّنْ أَنَّهُ جَابِرٌ لَهُ، إِلَّا

أَنَّ الْأَفْضَلَ هُوَ الْعَوْدُ. وَلَوْ رَجَعَ إِلَى أَهْلِهِ وَقَدْ طَافَهُ مُحْدِثًا إِنْ عَادَ وَطَافَ جَازًا، وَإِنْ بَعَثَ بِالشَّاةِ فَهُوَ أَفْضَلُ؛ لِأَنَّهُ خَفَّ مَعْنَى التَّقْصَانِ وَفِيهِ نَفْعٌ لِلْفُقَرَاءِ، وَلَوْ لَمْ يَطُفْ طَوَافَ الزِّيَارَةِ أَصْلًا حَتَّى رَجَعَ إِلَى أَهْلِهِ فَعَلَيْهِ أَنْ يَعُودَ بِذَلِكَ الْإِحْرَامِ لِانْعِدَامِ التَّحَلُّلِ مِنْهُ وَهُوَ مُحَرَّمٌ عَنِ النِّسَاءِ أَبَدًا حَتَّى يَطُوفَ.

الشرح:

(وَلَوْ طَافَ طَوَافَ الزِّيَارَةِ مُحْدِثًا فَعَلَيْهِ شَاةٌ؛ لِأَنَّهُ أَدْخَلَ التَّقْصَ فِي الرُّكْنِ)، وَإِذْخَالَ التَّقْصَ فِي الرُّكْنِ أَفْحَشُ مِنْ إِدْخَالِهِ عَلَى الْوَاجِبِ، (وَإِنْ كَانَ جُنُبًا فَعَلَيْهِ بَدَنَةٌ) وَكَلَامُهُ ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ: (لَأَنَّ أَكْثَرَ الشَّيْءِ لَهُ حُكْمُ الْكُلِّ) يُعْتَرَضُ عَلَيْهِ بِالْمَقْدَرَاتِ الشَّرْعِيَّةِ كَالصَّوْمِ وَالصَّلَاةِ وَنَحْوِهِمَا، فَإِنَّ الْأَكْثَرَ فِيهَا لَا يَقُومُ مَقَامَ الْكُلِّ وَقَدْ قَدَّمْنَا الْجَوَابَ عَنْهُ.

وَنَزِيدُ هَهُنَا بَيَانًا وَهُوَ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: «مَنْ وَقَفَ بِعَرَفَةَ فَقَدْ تَمَّ حَجُّهُ» وَلَيْسَ ذَلِكَ إِلَّا بِإِقَامَةِ الْأَكْثَرِ مَقَامَ الْكُلِّ، فَإِنَّ الْحَجَّ لَهُ فُرُوضٌ ثَلَاثَةٌ: شَرْطٌ وَرُكْنَانِ وَعِنْدَمَا وَقَفَ فَقَدْ حَصَلَ مِنْهَا اثْنَانِ وَهُوَ الشَّرْطُ: أَعْنِي الْإِحْرَامَ وَأَحَدَ الرُّكْنَيْنِ، وَلَيْسَ فِي الْمَقْدَرَاتِ الشَّرْعِيَّةِ مِثْلُهُ فَلَمْ يَكُنْ كَذَلِكَ. وَقَوْلُهُ: (وَالْأَفْضَلُ أَنْ يُعِيدَ الطَّوْفَ مَا دَامَ بِمَكَّةَ) وَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ فِيهِ تَحْصِيلَ الْجَبْرَانِ بِمَا هُوَ مِنْ جِنْسِهِ فَكَانَ أَفْضَلَ.

وَقَوْلُهُ: (وَفِي بَعْضِ التُّسْخِخِ) يُرِيدُ بِهِ تَسْخِخَ الْمَبْسُوطِ. وَقَوْلُهُ: (ثُمَّ إِذَا أَعَادَهُ) يَعْنِي طَوَافَ الزِّيَارَةِ. وَقَوْلُهُ: (وَإِنْ أَعَادَهُ بَعْدَ أَيَّامِ النَّحْرِ) إِنَّ هَذِهِ لِلْوَصْلِ. وَقَوْلُهُ: (لَا ذَبْحَ عَلَيْهِ) بِنَاءٌ عَلَى أَنَّهُ الطَّوْفُ الْأَوَّلُ وَإِنْ كَانَ بَعِيرٍ طَهَارَةً مُعْتَدًّا بِهِ، وَإِلَّا لَزِمَ الدَّمُ عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ بِالتَّأْخِيرِ. فَإِذَا كَانَ مُعْتَدًّا بِهِ بِتُقْصَانٍ وَقَدْ أَعَادَهُ لَمْ يَبْقَ إِلَّا شَبْهَةُ التَّقْصَانِ وَهِيَ تَقْصَانُ الطَّوْفِ بِالْحَدَثِ وَهِيَ لَا تُوجِبُ شَيْئًا.

وَقَوْلُهُ: (وَإِنْ أَعَادَهُ وَقَدْ طَافَ جُنُبًا) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ: (وَإِنْ أَعَادَهُ بَعْدَ أَيَّامِ النَّحْرِ لِرِمَّةِ الدَّمِ) أَيْ: الشَّاةِ؛ لِأَنَّ الْبَدَنَةَ سَقَطَتْ بِالْإِعَادَةِ بِالِاتِّفَاقِ، وَإِنَّمَا هَذَا دَمٌ يَلْزِمُهُ عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ لِتَأْخِيرِ الطَّوْفِ عَنْ أَيَّامِ النَّحْرِ عَلَى مَا عُرِفَ مِنْ مَذْهَبِهِ أَنَّ مَنْ أَخَّرَ نُسُكًا عَنْ وَقْتِهِ يَجِبُ عَلَيْهِ الدَّمُ، وَهَذَا الَّذِي ذَكَرَهُ إِنَّمَا هُوَ عَلَى اخْتِيَارِ أَبِي بَكْرٍ الرَّازِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي أَنَّ الْمُعْتَدَّ بِهِ مِنَ الطَّوْافَيْنِ إِذَا طَافَ الْأَوَّلُ جُنُبًا إِنَّمَا هُوَ الثَّانِي وَأَنَّ الْأَوَّلَ

يَنْفَسِخُ بِالثَّانِي، إِذْ لَوْ كَانَ الْأَوَّلُ لَمَا لَزِمَهُ دَمُ التَّأْخِيرِ؛ لِأَنَّ الْأَوَّلَ مُؤَدَّى فِي وَقْتِهِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا طَافَ الْأَوَّلُ مُحْدِثًا فَإِنَّ الْمُعْتَدَّ بِهِ هُوَ الْأَوَّلُ لِقَلَّةِ التَّقْصَانِ فَكَانَ الثَّانِي جَابِرًا لِلتَّقْصَانِ الْمُتِمِّكِنِ فِيهِ.

فَإِنْ قِيلَ: فَمَا تَقُولُ فِي مُعْتَمِرِ طَافَ لِعُمْرَتِهِ فِي رَمَضَانَ جُنُبًا ثُمَّ أَعَادَ طَوَافَهُ فِي أَشْهُرِ الْحَجِّ وَحَجَّ مِنْ عَامِهِ ذَلِكَ فَإِنَّهُ لَا يَكُونُ مُتِمَّتًا، قَالَهُ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي الْكِتَابِ، وَلَوْ كَانَ الْمُعْتَدُّ بِهِ هُوَ الثَّانِي لَكَانَ مُتِمَّتًا.

أُجِيبَ بِأَنَّ الْمُعْتَمِرَ لَمَّا طَافَ فِي رَمَضَانَ وَقَعَ الْأَمْنُ عَنْ فَسَادِ الْعُمْرَةِ، وَإِذَا أَمِنَ فَسَادُهَا قَبْلَ وَقْتِ الْحَجِّ لَا يَكُونُ مُتِمَّتًا. فَإِنْ قِيلَ: التَّحَلُّلُ يَحْصُلُ بِالطَّوَافِ الْأَوَّلِ فَيَكُونُ هُوَ الْمُعْتَدُّ بِهِ. أُجِيبَ بِأَنَّ الْأَوَّلَ مُرَاعِي الْحُكْمِ لِتَفَاحُشِ التَّقْصَانِ فِيهِ، فَإِنْ أَعَادَهُ انْفَسَخَ الْأَوَّلُ وَاعْتَدَّ بِالثَّانِي وَإِلَّا كَانَ هُوَ الْمُعْتَدُّ بِهِ فِي التَّحَلُّلِ.

وَقَوْلُهُ: (وَلَوْ رَجَعَ إِلَى أَهْلِهِ ظَاهِرٌ وَقَوْلُهُ: (إِلَّا أَنَّ الْأَفْضَلَ هُوَ الْعَوْدُ) لَمَّا ذَكَرْنَا مِنْ كَوْنِ الْجَابِرِ مِنْ جِنْسِ الْمَجْبُورِ وَهُوَ الطَّوَافُ. وَقَوْلُهُ: (وَلَوْ رَجَعَ إِلَى أَهْلِهِ ظَاهِرٌ (وَمَنْ طَافَ طَوَافَ الصَّدْرِ مُحْدِثًا فَعَلَيْهِ صَدَقَةٌ) لِأَنَّهُ دُونَ طَوَافِ الزِّيَارَةِ، وَإِنْ كَانَ وَاجِبًا فَلَا بُدَّ مِنْ إِظْهَارِ التَّفَاوُتِ. وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ تَجِبُ شَاةٌ، إِلَّا أَنَّ الْأَوَّلَ أَصَحُّ (وَلَوْ طَافَ جُنُبًا فَعَلَيْهِ شَاةٌ) لِأَنَّهُ نَقَصٌ كَثِيرٌ، ثُمَّ هُوَ دُونَ طَوَافِ الزِّيَارَةِ فَيُكَتَفَى بِالشَّاةِ. (وَمَنْ تَرَكَ مِنْ طَوَافِ الزِّيَارَةِ ثَلَاثَةَ أَشْوَاطٍ فَمَا دُونَهَا فَعَلَيْهِ شَاةٌ) لِأَنَّ التَّقْصَانَ بِيَتْرَكَ الْأَقْلَّ يَسِيرٌ فَأَشْبَهَ التَّقْصَانُ بِسَبَبِ الْحَدَثِ فَتَلَزَمَهُ شَاةٌ. فَلَوْ رَجَعَ إِلَى أَهْلِهِ أَجْزَأُهُ أَنْ لَا يَعُودَ وَيَبْعَثُ بِشَاةٍ لَمَّا بَيَّنَّا (وَمَنْ تَرَكَ أَرْبَعَةَ أَشْوَاطٍ بَقِيَ مُحْرِمًا أَبَدًا حَتَّى يَطُوفَهَا) لِأَنَّ الْمَتْرُوكَ أَكْثَرَ فَصَارَ كَأَنَّهُ لَمْ يَطُفْ أَصْلًا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (لِأَنَّ التَّقْصَانَ بِيَتْرَكَ الْأَقْلَّ يَسِيرٌ) إِنَّمَا كَانَ كَذَلِكَ؛ لِأَنَّ جَانِبَ الْوُجُودِ رَاجِحٌ. وَقَوْلُهُ: (لَمَّا بَيَّنَّا) إِشَارَةً إِلَى قَوْلِهِ: لِأَنَّهُ خَفَّ مَعْنَى التَّقْصَانِ وَفِيهِ نَفْعٌ لِلْفُقَرَاءِ.

(وَمَنْ تَرَكَ طَوَافَ الصَّدْرِ أَوْ أَرْبَعَةَ أَشْوَاطٍ مِنْهُ فَعَلَيْهِ شَاةٌ) لِأَنَّهُ تَرَكَ الْوَاجِبَ أَوْ الْأَكْثَرَ مِنْهُ، وَمَا دَامَ بِمَكَّةَ يُؤْمَرُ بِالْإِعَادَةِ إِقَامَةً لِلوَاجِبِ فِي وَقْتِهِ (وَمَنْ تَرَكَ ثَلَاثَةَ أَشْوَاطٍ مِنْ طَوَافِ الصَّدْرِ فَعَلَيْهِ الصَّدَقَةُ، وَمَنْ طَافَ طَوَافَ الْوَاجِبِ فِي جَوْفِ الْحِجْرِ،

فَإِنْ كَانَ بِمَكَّةَ أَعَادَهُ) لَأَنَّ الطَّوَّافَ وَرَاءَ الْحَطِيمِ وَاجِبٌ عَلَى مَا قَدَّمَناهُ.

وَالطَّوَّافُ فِي جَوْفِ الْحِجْرِ أَنْ يَدُورَ حَوْلَ الْكَعْبَةِ وَيَدْخُلَ الْفُرْجَتَيْنِ اللَّتَيْنِ بَيْنَهَا وَبَيْنَ الْحَطِيمِ، فَإِذَا فَعَلَ ذَلِكَ فَقَدْ أَدْخَلَ نَقْصًا فِي طَوَافِهِ فَمَا دَامَ بِمَكَّةَ أَعَادَهُ كُلُّهُ لِيَكُونَ مُؤَدِّيًا لِلطَّوَّافِ عَلَى الْوَجْهِ الْمَشْرُوعِ (وَأِنْ أَعَادَ عَلَى الْحِجْرِ) خَاصَّةً (أَجْزَاءَهُ) لِأَنَّهُ تَلَاوَفَى مَا هُوَ الْمَتْرُوكُ وَهُوَ أَنْ يَأْخُذَ عَنْ يَمِينِهِ خَارِجَ الْحِجْرِ حَتَّى يَنْتَهِيَ إِلَى آخِرِهِ ثُمَّ يَدْخُلَ الْحِجْرَ مِنَ الْفُرْجَةِ وَيَخْرُجَ مِنَ الْجَانِبِ الْآخَرِ هَكَذَا يَفْعَلُهُ سَبْعَ مَرَّاتٍ.

(فَإِنْ رَجَعَ إِلَى أَهْلِهِ وَلَمْ يُعِدْهُ فَعَلَيْهِ دَمٌ) لِأَنَّهُ تَمَكَّنَ تَقْصَانًا فِي طَوَافِهِ بِتَرْكِ مَا هُوَ قَرِيبٌ مِنَ الرَّبْعِ وَلَا تَجْزِيهِ الصَّدَقَةُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (أَوْ أَرْبَعَةَ أَشْوَاطٍ مِنْهُ) يَعْنِي مِنْ طَوَافِ الصَّدْرِ. وَقَوْلُهُ: (وَمَنْ تَرَكَ ثَلَاثَةَ أَشْوَاطٍ مِنْ طَوَافِ الصَّدْرِ فَعَلَيْهِ الصَّدَقَةُ) يَعْنِي لِإِظْهَارِ التَّفَاوُتِ بَيْنَ تَرْكِ الْأَقْلُ مِنْ طَوَافِ الصَّدْرِ وَالْأَقْلُ مِنْ طَوَافِ الزِّيَارَةِ، وَالْمُرَادُ بِالصَّدَقَةِ هَهُنَا هُوَ أَنْ يَكُونَ لِكُلِّ شَوْطٍ مِنْهُ نِصْفُ صَاعٍ مِنْ حِنْطَةٍ. وَالْحَاصِلُ أَنَّ أَكْثَرَ طَوَافِ الصَّدْرِ بِمَنْزِلَةِ أَقْلٍ طَوَافِ الزِّيَارَةِ فِي وَجُوبِ الشَّاءِ، وَإِذَا كَانَ فِي أَكْثَرِهِ شَاءٌ فَلَا بُدَّ أَنْ يَكُونَ فِي أَقْلِهِ صَدَقَةٌ.

(وَمَنْ طَافَ طَوَافَ الزِّيَارَةِ عَلَى غَيْرِ وُضُوءٍ وَطَوَافِ الصَّدْرِ فِي آخِرِ أَيَّامِ التَّشْرِيقِ طَاهِرًا فَعَلَيْهِ دَمٌ)، فَإِنْ كَانَ طَافَ طَوَافَ الزِّيَارَةِ جُنُبًا فَعَلَيْهِ دَمَانِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَقَالَا عَلَيْهِ دَمٌ وَاحِدٌ) لِأَنَّ فِي الْوَجْهِ الْأَوَّلِ لَمْ يُنْقَلْ طَوَافُ الصَّدْرِ إِلَى طَوَافِ الزِّيَارَةِ لِأَنَّهُ وَاجِبٌ، وَإِعَادَةُ طَوَافِ الزِّيَارَةِ بِسَبَبِ الْحَدَثِ غَيْرُ وَاجِبٍ وَإِنَّمَا هُوَ مُسْتَحَبٌّ فَلَا يُنْقَلُ إِلَيْهِ.

وَفِي الْوَجْهِ الثَّانِي يُنْقَلُ طَوَافُ الصَّدْرِ إِلَى طَوَافِ الزِّيَارَةِ لِأَنَّهُ مُسْتَحَقٌّ الْإِعَادَةَ فَيَصِيرُ تَارِكًا لَطَوَافِ الصَّدْرِ مُؤَخَّرًا لَطَوَافِ الزِّيَارَةِ عَنْ أَيَّامِ النُّحْرِ فَيَحِبُّ الدَّمُ بِتَرْكِ الصَّدْرِ بِالِاتِّفَاقِ وَبِتَأْخِيرِ الْآخِرِ عَلَى الْخِلَافِ، إِلَّا أَنَّهُ يُؤْمَرُ بِإِعَادَةِ طَوَافِ الصَّدْرِ مَا دَامَ بِمَكَّةَ وَلَا يُؤْمَرُ بَعْدَ الرَّجُوعِ عَلَى مَا بَيَّنَّا.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ طَافَ طَوَافَ الزِّيَارَةِ عَلَى غَيْرِ وُضُوءٍ) مَا ذَكَرَ مِنَ الْمَسْأَلَتَيْنِ وَالْفَرْقُ بَيْنَهُمَا وَاضِحٌ. وَفَائِدَةُ نَقْلِ طَوَافِ الصَّدْرِ إِلَى طَوَافِ الزِّيَارَةِ سُقُوطُ الْبَدَنَةِ عَنْهُ، وَهَهُنَا

أَصْلٌ وَهُوَ أَنْ كُلَّ مَنْ وَجَبَ عَلَيْهِ طَوَافٌ وَأَتَى بِهِ فِي وَقْتِهِ وَقَعَ عَنْهُ سَوَاءٌ نَوَاهُ بَعِيْنَهُ أَوْ لَمْ يَنْوِهِ أَوْ نَوَى بِهِ طَوَافًا آخَرَ، فَأُلْحِرِمُ إِذَا دَخَلَ مَكَّةَ قَطَافٌ وَلَمْ يَنْوِ شَيْئًا أَوْ نَوَى التَّطَوُّعَ، فَإِنْ كَانَ مُعْتَمِرًا وَقَعَ عَنِ الْعُمْرَةِ وَإِنْ كَانَ حَاجًّا وَقَعَ عَنِ طَوَافِ الْقُدُومِ، وَإِنْ كَانَ قَارِنًا كَانَ الطَّوَافُ الْأَوَّلُ لِلْعُمْرَةِ ثُمَّ مَا بَعْدَهُ لِلْحَجِّ سَوَاءٌ نَوَى التَّطَوُّعَ أَوْ طَوَافًا آخَرَ. وَإِنَّمَا كَانَ كَذَلِكَ؛ لِأَنَّ الْإِحْرَامَ قَدْ انْعَقَدَ لِأَدَائِهِ، فَإِذَا أَتَى بِهِ وَقَعَ عَنِ الْمُسْتَحَقِّ وَلَمْ يَتَغَيَّرْ بَيْنَتِهِ، كَمَا إِذَا سَجَدَ يَنْوِي بِهِ تَطَوُّعًا لَمْ يَتَغَيَّرْ بَيْنَتُهُ وَوَقَعَتِ السَّجْدَةُ عَمَّا هُوَ مُسْتَحَقٌّ عَلَيْهِ. وَقَوْلُهُ: (عَلَى مَا بَيَّنَّا) إِيْشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ: (وَمَنْ تَرَكَ طَوَافَ الصَّدْرِ أَوْ أَرْبَعَةَ أَشْوَاطٍ مِنْهُ فَعَلَيْهِ شَاءٌ)، إِلَى قَوْلِهِ: (وَمَا دَامَ بِمَكَّةَ يُؤْمَرُ بِالْإِعَادَةِ).

(وَمَنْ طَافَ لِعُمْرَتِهِ وَسَعَى عَلَى غَيْرِ وُضُوءٍ وَحَلَّ فَمَا دَامَ بِمَكَّةَ يُعِيدُهُمَا وَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ) أَمَّا إِعَادَةُ الطَّوَافِ فَلِتَمَكُّنِ النِّقْصِ فِيهِ بِسَبَبِ الْحَدَثِ. وَأَمَّا السَّعْيُ فَلِأَنَّهُ تَبَعَ لِلطَّوَافِ، وَإِذَا أَعَادَهُمَا لَا شَيْءَ عَلَيْهِ لِارْتِفَاعِ النِّقْصَانِ (وَإِنْ رَجَعَ إِلَى أَهْلِهِ قَبْلَ أَنْ يُعِيدَ فَعَلَيْهِ دَمٌ) لَتَرْكِ الطَّهَّارَةِ فِيهِ، وَلَا يُؤْمَرُ بِالْعَوْدِ لَوْفُوعِ التَّحَلُّلِ بِأَدَاءِ الرُّكْنِ إِذَا انْقَضَى يَسِيرٌ، وَلَيْسَ عَلَيْهِ فِي السَّعْيِ شَيْءٌ؛ لِأَنَّهُ أَتَى بِهِ عَلَى أَثَرِ طَوَافٍ مُعْتَدٍّ بِهِ، وَكَذَا إِذَا أَعَادَ الطَّوَافَ وَلَمْ يُعِدِ السَّعْيَ فِي الصَّحِيحِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَمَنْ طَافَ لِعُمْرَتِهِ وَسَعَى عَلَى غَيْرِ وُضُوءٍ) وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ: (وَأَمَّا السَّعْيُ) يَعْنِي إِنَّمَا يُعِيدُ السَّعْيَ وَإِنْ لَمْ يَفْتَقِرْ إِلَى الطَّهَّارَةِ لِعَدَمِ وُجُودِ مَا وَرَدَ فِي الطَّوَافِ مِنَ النَّصِّ فِيهِ لِكُونِهِ تَابِعًا لِلطَّوَافِ؛ لِأَنَّهُ لَا يُعَدُّ قُرْبَةً بِدُونِ الطَّوَافِ. وَقَوْلُهُ: (وَلَيْسَ عَلَيْهِ فِي السَّعْيِ شَيْءٌ) مَعْطُوفٌ عَلَى قَوْلِهِ: فَعَلَيْهِ دَمٌ. وَقَوْلُهُ: (وَكَذَا إِذَا أَعَادَ الطَّوَافَ وَلَمْ يُعِدِ السَّعْيَ) يَعْنِي لَيْسَ عَلَيْهِ شَيْءٌ.

وَقَوْلُهُ: (فِي الصَّحِيحِ) احْتِرَازٌ عَمَّا قَالَ بَعْضُ الْمَشَايِخِ إِذَا أَعَادَ الطَّوَافَ وَلَمْ يُعِدِ السَّعْيَ كَانَ عَلَيْهِ دَمٌ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا أَعَادَ الطَّوَافَ فَقَدْ نَقَضَ الطَّوَافَ الْأَوَّلَ، فَإِذَا انْقَضَ ذَلِكَ حَصَلَ السَّعْيُ قَبْلَ الطَّوَافِ فَلَا يُعْتَدُّ بِهِ فَيَكُونُ تَارِكًا لِلْسَّعْيِ فَيَجِبُ عَلَيْهِ الدَّمُ. وَوَجْهُ الصَّحِيحِ وَهُوَ اخْتِيَارُ شَمْسِ الْأَيْمَةِ السَّرْحَسِيِّ وَالْإِمَامِ الْمُحْتَوِيِّ وَالْمُصَنِّفِ رَحِمَهُمُ اللَّهُ أَنَّ الطَّهَّارَةَ لَيْسَتْ بِشَرْطٍ فِي السَّعْيِ، وَإِنَّمَا الشَّرْطُ فِيهِ أَنْ يَكُونَ عَلَى إِثْرِ طَوَافٍ مُعْتَدٍّ

به، وَطَوَافُ الْمُحْدِثِ كَذَلِكَ وَهَذَا يَتَحَلَّلُ بِهِ، فَإِذَا أَتَى بِهِ مَعَ تَقَدُّمِ الشَّرْطِ عَلَيْهِ حَصَلَ الْمَقْصُودُ، فَإِنْ أَعَادَ تَبَعًا لِلطَّوَافِ فَهُوَ أَفْضَلُ وَإِلَّا فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ.

(وَمَنْ تَرَكَ السَّعْيَ بَيْنَ الصَّفَا وَالْمَرْوَةِ فَعَلَيْهِ دَمٌ وَحُجَّهٌ تَامٌ) لِأَنَّ السَّعْيَ مِنَ الْوَاجِبَاتِ عِنْدَنَا فَيُلْزَمُ بِتَرْكِهِ الدَّمُ دُونَ الْفَسَادِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَمَنْ تَرَكَ السَّعْيَ) ظَاهِرٌ.

(وَمَنْ أَفَاضَ قَبْلَ الْإِمَامِ مِنْ عَرَفَاتٍ فَعَلَيْهِ دَمٌ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَا شَيْءَ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّ الرُّكْنَ أَصْلُ الْوُقُوفِ فَلَا يُلْزَمُهُ بِتَرْكِ الْإِطَالَةِ شَيْءٌ. وَلَنَا أَنْ الِاسْتِدَامَةَ إِلَى غُرُوبِ الشَّمْسِ وَاجِبَةٌ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «فَادْفَعُوا بَعْدَ غُرُوبِ الشَّمْسِ» فَيَحِبُّ بِتَرْكِهِ الدَّمُ، بِخِلَافِ مَا إِذَا وَقَفَ لَيْلًا لِأَنَّ اسْتِدَامَةَ الْوُقُوفِ عَلَى مَنْ وَقَفَ نَهَارًا لَا لَيْلًا، فَإِنْ عَادَ إِلَى عَرَفَةِ بَعْدَ غُرُوبِ الشَّمْسِ لَا يَسْقُطُ عَنْهُ الدَّمُ فِي ظَاهِرِ الرَّوَايَةِ، لِأَنَّ الْمَتْرُوكَ لَا يَصِيرُ مُسْتَدْرَكًا. وَاخْتَلَفُوا فِيهَا إِذَا عَادَ قَبْلَ الْغُرُوبِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَمَنْ أَفَاضَ قَبْلَ الْإِمَامِ مِنْ عَرَفَاتٍ فَعَلَيْهِ دَمٌ) قَالَ فِي النَّهَائَةِ: كَانَ مِنْ حَقِّ الرَّوَايَةِ أَنْ يُقَالَ: وَمَنْ أَفَاضَ قَبْلَ غُرُوبِ الشَّمْسِ فَعَلَيْهِ دَمٌ لَمَّا أَنَّ الْمَخْطُورَ عَلَيْهِ الْإِفَاضَةُ قَبْلَ غُرُوبِ الشَّمْسِ. وَأَقُولُ: قَوْلُهُ: هَذَا يَسْتَلْزِمُ ذَلِكَ؛ لِأَنَّ الِاسْتِدَامَةَ إِذَا كَانَتْ وَاجِبَةً إِلَى غُرُوبِ الشَّمْسِ فَالْإِفَاضَةُ قَبْلَ الْإِمَامِ لَا تُكُونُ إِلَّا قَبْلَ الْغُرُوبِ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ الْإِمَامَ لَا يَتْرُكُ مَا وَجَبَ عَلَيْهِ مِنَ الِاسْتِدَامَةِ.

وَقَوْلُهُ: (بِخِلَافِ مَا إِذَا وَقَفَ لَيْلًا) مُتَّصِلٌ بِقَوْلِهِ: (وَلَنَا أَنْ الِاسْتِدَامَةَ إِلَى غُرُوبِ الشَّمْسِ وَاجِبَةٌ). فَإِنْ قِيلَ: قَوْلُهُ: عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «مَنْ وَقَفَ بِعَرَفَةِ بَلِيلٍ أَوْ نَهَارٍ فَقَدْ أَذْرَكَ الْحَجَّ» يَفْتَضِي أَنْ لَا يَكُونَ الِامْتِدَادُ شَرْطًا لَا فِي اللَّيْلِ وَلَا فِي النَّهَارِ فَكَيْفَ جَعَلْتُمْ شَرْطًا فِي النَّهَارِ دُونَ اللَّيْلِ؟ قُلْتُ: تَرَكَ ظَاهِرُهُ فِي حَقِّ النَّهَارِ بِقَوْلِهِ ﷺ: «فَادْفَعُوا بَعْدَ غُرُوبِ الشَّمْسِ» فَبَقِيَ اللَّيْلُ عَلَى ظَاهِرِهِ.

(وَإِنْ عَادَ إِلَى عَرَفَةٍ بَعْدَ غُرُوبِ الشَّمْسِ لَا يَسْقُطُ عَنْهُ الدَّمُ فِي ظَاهِرِ الرَّوَايَةِ) وَرَوَى ابْنُ شُجَاعٍ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ يَسْقُطُ عَنْهُ الدَّمُ لِأَنَّهُ اسْتَدْرَكَ مَا فَاتَهُ؛ لِأَنَّ

الوَاجِبَ عَلَيْهِ الْإِفَاضَةُ بَعْدَ الْغُرُوبِ وَقَدْ أَتَى بِهِ، فَكَانَ كَمَنْ جَاوَزَ الْمِيقَاتَ حَلَالًا ثُمَّ عَادَ إِلَى الْمِيقَاتِ وَأَحْرَمَ. وَجْهُ الظَّاهِرِ مَا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ أَنَّ الْمَتْرُوكَ لَا يَصِيرُ مُسْتَذْرَكًا؛ مَعْنَاهُ أَنَّ الْمَتْرُوكَ سُنَّةُ الدَّفْعِ مَعَ الْإِمَامِ وَذَلِكَ لَيْسَ بِمُسْتَذْرَكٍ بَعُودِهِ وَحُدُّهُ لَا مَحَالَةَ.

وَإِذَا عَادَ قَبْلَ غُرُوبِ الشَّمْسِ حَتَّى أَفَاضَ مَعَ الْإِمَامِ بَعْدَ غُرُوبِهَا فَقَدْ اخْتَلَفُوا فِيهِ: فَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ: لَا يَسْقُطُ عَنْهُ الدَّمُ؛ لِأَنَّ اسْتِدَامَةَ الْوُقُوفِ قَدْ انْقَطَعَتْ وَلَا يُمَكِّنُ تَذَارُكُهَا بَقِيَّ عَلَيْهِ الدَّمُ. وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ: يَسْقُطُ؛ لِأَنَّهُ اسْتَذْرَكَ سُنَّةَ الدَّفْعِ مَعَ الْإِمَامِ. (وَمَنْ تَرَكَ الْوُقُوفَ بِالْمُزْدَلَفَةِ فَعَلَيْهِ دَمٌ) لِأَنَّهُ مِنَ الْوَاجِبَاتِ.

الشرح:

قَالَ: (وَمَنْ تَرَكَ الْوُقُوفَ بِالْمُزْدَلَفَةِ) قَدْ تَقَدَّمَ أَنَّ الْوُقُوفَ بِالْمُزْدَلَفَةِ رَمِي الْجِمَارِ مِنَ الْوَاجِبَاتِ، فَإِذَا تَرَكَهُمَا يَجِبُ عَلَيْهِ الدَّمُ.

(وَمَنْ تَرَكَ رَمِي الْجِمَارِ فِي الْأَيَّامِ كُلِّهَا فَعَلَيْهِ دَمٌ) لِتَحَقُّقِ تَرْكِ الْوَاجِبِ، وَيَكْفِيهِ دَمٌ وَاحِدٌ؛ لِأَنَّ الْجِنْسَ مُتَّحِدٌ كَمَا فِي الْحَلْقِ، وَالتَّرْكَ إِنَّمَا يَتَحَقَّقُ بِغُرُوبِ الشَّمْسِ مِنْ آخِرِ أَيَّامِ الرَّمْيِ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُعْرِفْ قُرْبَةً إِلَّا فِيهَا، وَمَا دَامَتِ الْأَيَّامُ بَاقِيَةً فَلِلْإِعَادَةِ مُمَكِّنَةٌ فَيَرْمِيهَا عَلَى التَّالِيفِ ثُمَّ بِتَأْخِيرِهَا يَجِبُ الدَّمُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ خِلَافًا لَهُمَا.

(وَإِنْ تَرَكَ رَمِي يَوْمٍ وَاحِدٍ فَعَلَيْهِ دَمٌ) لِأَنَّهُ تُسَكَّتْ تَامٌ (وَمَنْ تَرَكَ رَمِي إِحْدَى الْجِمَارِ الثَّلَاثِ فَعَلَيْهِ الصَّدَقَةُ) لِأَنَّ الْكُلَّ فِي هَذَا الْيَوْمِ تُسَكَّتْ وَاحِدٌ فَكَانَ الْمَتْرُوكُ أَقَلَّ إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْمَتْرُوكُ أَكْثَرَ مِنَ النِّصْفِ فَحِينَئِذٍ يُلْزَمُهُ الدَّمُ لَوْجُودِ تَرْكِ الْأَكْثَرِ (وَإِنْ تَرَكَ رَمِي جَمْرَةِ الْعَقَبَةِ فِي يَوْمِ النَّحْرِ فَعَلَيْهِ دَمٌ) لِأَنَّهُ كُلُّ وَظِيْفَةٍ هَذَا الْيَوْمِ رَمِيًا وَكَذَا إِذَا تَرَكَ الْأَكْثَرَ مِنْهَا.

(وَإِنْ تَرَكَ مِنْهَا حَصَاةً أَوْ حَصَاتَيْنِ أَوْ ثَلَاثًا تَصَدَّقَ لِكُلِّ حَصَاةٍ نِصْفَ صَاعٍ إِلَّا أَنْ يَبْلُغَ دَمًا فَيَنْقُصَ مَا شَاءَ) لِأَنَّ الْمَتْرُوكَ هُوَ الْأَقَلُّ فَتَكْفِيهِ الصَّدَقَةُ.

الشرح:

لَكِنْ إِذَا (تَرَكَ رَمِي الْجِمَارِ فِي الْأَيَّامِ كُلِّهَا) وَهِيَ أَرْبَعَةُ أَيَّامٍ: نَحَرٌ خَاصٌّ وَتَشْرِيقٌ خَاصٌّ وَيَوْمَانِ بَيْنَهُمَا نَحَرٌ وَتَشْرِيقٌ يَكْفِيهِ دَمٌ وَاحِدٌ. وَقَالَ بَعْضُ الْمَشَائِخِ:

يَلْزَمُهُ بِتَرْكِ رَمِي كُلِّ يَوْمٍ دَمٌ؛ لِأَنَّ الْجَنَائِزَ وَإِنْ كَانَتْ جَنْسًا وَاحِدًا لَكِنْ فِي مَجَالِسَ مُخْتَلَفَةٍ فَكَانَ كَمَنْ قَصَّ أَظْفِيرَ يَدَيْهِ وَرِجْلَيْهِ فِي مَجَالِسَ مُخْتَلَفَةٍ كَمَا تَقْدَمُ.

وَوَجْهُهُ مَا فِي الْكِتَابِ مَا ذَكَرَهُ فِيهِ بِقَوْلِهِ: (لِأَنَّ الْجِنْسَ مُتَّحِدٌ) وَكُلُّ مَا كَانَ كَذَلِكَ لَا تَتَعَدَّدُ فِيهِ الْكُفَّارَةُ (كَمَا فِي الْحَلَقِ) فَإِنَّهُ إِنْ حَلَقَ شَعْرَ الْبَدَنِ كُلَّهُ يَلْزَمُهُ دَمٌ وَاحِدٌ، وَإِنْ كَانَ يَلْزَمُهُ دَمٌ وَاحِدٌ لَوْ اقْتَصَرَ عَلَى حَلَقِ الرَّأْسِ أَوْ رُبْعِهِ.

وَقَوْلُهُ: (وَالْتَرَكُ إِنَّمَا يَتَحَقَّقُ بِغُرُوبِ الشَّمْسِ مِنْ آخِرِ أَيَّامِ الرَّمْيِ) جَوَابُ مَا قَالَ ذَلِكَ الْبَعْضُ مِنَ الْمَشَائِخِ أَنَّ الْمَجَالِسَ مُخْتَلَفَةٌ. وَوَجْهُهُ ذَلِكَ أَنَّ أَيَّامَ الرَّمْيِ كُلَّهَا زَمَانٌ وَاحِدٌ لِلرَّمْيِ فَلَمْ يَتَحَقَّقْ هُنَاكَ اخْتِلَافُ الْمَجَالِسِ؛ (لِأَنَّهُ لَمْ يُعْرَفْ قُرْبَةً إِلَّا فِيهَا) عَلَى خِلَافِ الْقِيَاسِ فَلَا يَتَحَقَّقُ التَّرْكُ مَا دَامَ فِيهَا كَالْتَضْحِيَةِ فِي أَيَّامِ النَّحْرِ (فَيَرْمِيهَا عَلَى التَّأْلِيفِ) أَيْ عَلَى التَّرْتِيبِ الَّذِي شَرَعَ مَا دَامَتْ الْأَيَّامُ بَاقِيَةً.

بِخِلَافِ قَصِّ الْأَظْفِيرِ فَإِنَّ تَرْكَهُ لَيْسَ بِمَوْقَتٍ بِزَمَانٍ فَيَتَحَقَّقُ فِيهِ اخْتِلَافُ الْمَجَالِسِ، (ثُمَّ بِتَأْخِيرِهَا) عَنْ هَذِهِ الْأَيَّامِ (يَجِبُ الدَّمُ) وَهُوَ شَاةٌ (عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ خِلَافًا لَهُمَا، وَإِنْ تَرَكَ رَمِي يَوْمٍ وَاحِدٍ فَعَلَيْهِ دَمٌ؛ لِأَنَّهُ نُسْكَ تَامٌ)، فَإِنْ قِيلَ: هَذَا بَظَاهِرِهِ يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ إِذَا نَفَرَ النَّفَرَ الْأَوَّلَ يَجِبُ عَلَيْهِ دَمٌ؛ لِأَنَّهُ تَرَكَ رَمِي يَوْمٍ، وَلَيْسَ كَذَلِكَ فَإِنَّهُ مُخَيَّرٌ بَيْنَ الْإِقَامَةِ وَالنَّفْرِ، وَذَلِكَ آيَةُ التَّطَوُّعِ فَكَيْفَ يَجِبُ عَلَيْهِ دَمٌ؟ أُجِيبَ بِأَنَّ التَّخْيِيرَ قَبْلَ طُلُوعِ الْفَجْرِ مِنَ الْيَوْمِ الرَّابِعِ، فَأَمَّا إِذَا طَلَعَ فَقَدْ وَجِبَ عَلَيْهِ الْإِقَامَةُ وَالرَّمْيُ، فَلَوْ تَرَكَ وَجِبَ عَلَيْهِ الدَّمُ فَكَانَ كَالْتَّطَوُّعِ يُخَيَّرُ فِيهِ قَبْلَ الشُّرُوعِ وَيَجِبُ بَعْدَهُ.

وَقَوْلُهُ: (وَمَنْ تَرَكَ رَمِي إِحْدَى الْجِمَارِ) مَبْنَاهُ عَلَى أَنَّ مَا كَانَ نُسْكَ يَوْمٍ فَتَرْكُهُ يُوجِبُ الدَّمُ، وَمَا كَانَ بَعْضُهُ الْأَقْلَ فَتَرْكُهُ يُوجِبُ الصَّدَقَةَ، فَعَلَى هَذَا إِذَا تَرَكَ جَمْرَةً الْعَقَبَةَ يَوْمَ النَّحْرِ يَلْزَمُهُ دَمٌ، وَإِنْ تَرَكَهَا فِي بَقِيَّةِ الْأَيَّامِ يَلْزَمُهُ صَدَقَةٌ، وَهَذَا إِذَا لَمْ يَقْضِهِ فِي أَيَّامِ الرَّمْيِ، فَأَمَّا إِذَا قَضَاهُ فِيهَا فَقَدْ سَقَطَ الدَّمُ عَنْهُمَا وَلَمْ يَسْقُطْ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ. وَقَوْلُهُ (فَكَانَ الْمَثْرُوكُ أَقْلٌ) يَعْنِي إِذَا تَرَكَ رَمِي إِحْدَى الْجِمَارِ؛ لِأَنَّ الْمَثْرُوكَ حِينَئِذٍ سَبْعُ حَصِيَّاتٍ وَالْمَآتِي بِهِ أَرْبَعُ عَشْرَةَ حَصَاةً.

وَقَوْلُهُ: (إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْمَثْرُوكُ أَكْثَرَ مِنَ النِّصْفِ) اسْتِثْنَاءٌ مُتَقَطِّعٌ مِنْ قَوْلِهِ: (وَمَنْ تَرَكَ رَمِي إِحْدَى الْجِمَارِ): أَيْ: لَكِنْ إِذَا تَرَكَ أَكْثَرَ مِنْ رَمِي إِحْدَى الْجِمَارِ وَبَلَغَ الْمَثْرُوكُ

أَكْثَرَ مِنْ نِصْفِ مِثْلُ أَنْ يَتْرَكَ إِحْدَى عَشْرَةَ حَصَاةً وَيَرْمِي عَشْرَ حَصَيَاتٍ (فَحِينَئِذٍ يَلْزَمُهُ الدَّمُ لَوْجُودِ تَرْكِ الْأَكْثَرِ)، وَالْأَكْثَرُ يَقُومُ مَقَامَ الْكُلِّ.

وَقَوْلُهُ: (لَأَنَّهُ كُلُّ وَظِيفَةٍ هَذَا الْيَوْمَ رَمِيًا) نَصَبَ رَمِيًا عَلَى التَّمْيِيزِ؛ لِأَنَّ فِيهِ وَظَائِفَ غَيْرَهُ كَالذَّبْحِ وَالْحَلْقِ وَالطَّوَافِ، فَلَوْ اقْتَصَرَهُ عَلَى قَوْلِهِ: (لَأَنَّهُ وَظِيفَةُ هَذَا الْيَوْمَ لَمْ يَكُنْ عَلَى مَا يَتَّبَعِي. وَقَوْلُهُ: (وَكَذَا إِذَا تَرَكَ الْأَكْثَرَ مِنْهَا) أَيُّ: مِنْ جَمْرَةِ الْعَقَبَةِ. وَقَوْلُهُ: (إِلَّا أَنْ يَبْلُغَ دَمًا) اسْتِثْنَاءٌ مِنْ قَوْلِهِ: (تَصَدَّقْ لِكُلِّ حَصَاةٍ نِصْفَ صَاعٍ): يَغْنِي إِذَا بَلَغَ قِيَمَةُ مَا تَصَدَّقَ لِكُلِّ حَصَاةٍ قِيَمَةَ الدَّمِ فَحِينَئِذٍ (يَنْقُصُ مِنَ الدَّمِ مَا شَاءَ) حَتَّى لَا يَلْزَمَ التَّسْوِيَةُ بَيْنَ الْأَقْلِ وَالْأَكْثَرِ. وَقَوْلُهُ: (لَأَنَّ الْمَتْرُوكَ هُوَ الْأَقْلُ) دَلِيلُ قَوْلِهِ: تَصَدَّقْ.

(وَمَنْ أَخَّرَ الْحَلْقَ حَتَّى مَضَتْ أَيَّامُ النَّحْرِ فَعَلَيْهِ دَمٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَكَذَا إِذَا أَخَّرَ طَوَافَ الزِّيَارَةِ) حَتَّى مَضَتْ أَيَّامُ التَّشْرِيقِ (فَعَلَيْهِ دَمٌ عِنْدَهُ وَقَالَا: لَا شَيْءَ عَلَيْهِ فِي الْوَجْهَيْنِ) وَكَذَا الْخِلَافُ فِي تَأْخِيرِ الرَّمِي وَفِي تَقْدِيمِ نُسْكَ عَلَى نُسْكَ كَالْحَلْقِ قَبْلَ الرَّمِي وَنَحْرِ الْقَارِنِ قَبْلَ الرَّمِي وَالْحَلْقِ قَبْلَ الذَّبْحِ، لَهُمَا أَنْ مَا هَاتَا مُسْتَدْرَكٌ بِالْقَضَاءِ وَلَا يَجِبُ مَعَ الْقَضَاءِ شَيْءٌ آخَرُ.

وَلَهُ حَدِيثُ ابْنِ مَسْعُودٍ رضي الله عنه أَنَّهُ قَالَ مَنْ قَدَّمَ نُسْكَ عَلَى نُسْكَ فَعَلَيْهِ دَمٌ وَلَئِنْ التَّأْخِيرَ عَنِ الْمَكَانِ يُوجِبُ الدَّمَ فِيمَا هُوَ مُوقَّتٌ بِالْمَكَانِ كَالْإِحْرَامِ فَكَذَا التَّأْخِيرُ عَنِ الزَّمَانِ فِيمَا هُوَ مُوقَّتٌ بِالزَّمَانِ.

الشرح:

قَالَ: (وَمَنْ أَخَّرَ الْحَلْقَ حَتَّى مَضَتْ أَيَّامُ النَّحْرِ) هَذَا بِنَاءٌ عَلَى مَا تَقَدَّمَ أَنْ أَبَا حَنِيفَةَ يُوجِبُ الدَّمَ بِالتَّأْخِيرِ خِلَافًا لَهُمَا. وَقَوْلُهُ: (وَكَذَا الْخِلَافُ فِي تَأْخِيرِ الرَّمِي) أَيُّ: فِي تَأْخِيرِ رَمِي جَمْرَةِ الْعَقَبَةِ عَنْ يَوْمِ النَّحْرِ وَتَأْخِيرِ رَمِي الْجِمَارِ مِنَ الْيَوْمِ الثَّانِي إِلَى الثَّالِثِ أَوْ مِنَ الثَّالِثِ إِلَى الرَّابِعِ. وَقَوْلُهُ: (وَفِي تَقْدِيمِ نُسْكَ عَلَى نُسْكَ) أَيُّ: وَكَذَا الْخِلَافُ فِي تَقْدِيمِ نُسْكَ عَلَى نُسْكَ (كَالْحَلْقِ قَبْلَ الرَّمِي) سَوَاءً كَانَ مُفْرَدًا أَوْ غَيْرَهُ.

(وَنَحْرِ الْقَارِنِ) وَالْمُتَمَتِّعِ (قَبْلَ الرَّمِي وَحَلْقِ الْقَارِنِ) وَالْمُتَمَتِّعِ (قَبْلَ الذَّبْحِ) وَإِنَّمَا خُصَّ الْقَارِنُ بِذَلِكَ؛ لِأَنَّ الْمُفْرَدَ إِذَا ذَبَحَ قَبْلَ الرَّمِي أَوْ حَلَقَ قَبْلَ الذَّبْحِ فَإِنَّهُ لَا شَيْءَ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّ تَأْخِيرَ النُّسْكَ لَا يَتَحَقَّقُ فِي حَقِّهِ هَهُنَا لِكُونِ الذَّبْحِ غَيْرَ وَاجِبٍ عَلَيْهِ. فَإِنْ

قِيلَ: تَقْدِيمُ نُسْكَ عَلَى نُسْكَ يَسْتَلْزِمُ تَأْخِيرَ نُسْكَ عَنْ نُسْكَ فَكَانَ فِي كَلَامِهِ تَكَرُّارٌ. فَالْجَوَابُ أَنَّهُ أَرَادَ بِالتَّأْخِيرِ مَا يَكُونُ بِحَسَبِ الْآيَامِ وَبِالتَّقْدِيمِ مَا يَكُونُ بِحَسَبِ الْآنَاتِ فِي يَوْمٍ وَاحِدٍ فَلَا تَكَرُّارَ.

(لَهُمَا أَنْ مَا فَاتَ مُسْتَدْرَكُ بِالْقَضَاءِ) وَهُوَ ظَاهِرٌ، وَكُلُّ مَا هُوَ مُسْتَدْرَكُ بِالْقَضَاءِ لَا يَجِبُ فِيهِ شَيْءٌ غَيْرُهُ بِالِاسْتِقْرَاءِ فِي أَحْكَامِ الشَّرْعِ، (وَلَأَبِي حَنِيفَةَ حَدِيثُ ابْنِ مَسْعُودٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَالَ: «مَنْ قَدَّمَ نُسْكَاً عَلَى نُسْكَ فَعَلَيْهِ دَمٌ») فَإِنْ قِيلَ: ثَبَتَ فِي الصَّحِيحَيْنِ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَمْرٍو بْنِ الْعَاصِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ وَقَفَ لِلنَّاسِ بِمَنْىَ يَسْأَلُونَهُ، فَجَاءَ رَجُلٌ وَقَالَ: نَحَرْتُ قَبْلَ الرَّمْيِ، فَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: افْعَلْ وَلَا حَرَجَ، فَمَا سُئِلَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ عَنْ شَيْءٍ قُدِّمَ أَوْ أُخِّرَ إِلَّا قَالَ: افْعَلْ وَلَا حَرَجَ».

وَذَلِكَ دَلِيلٌ وَاضِحٌ عَلَى أَنَّهُ لَا شَيْءَ فِي التَّقْدِيمِ وَالتَّأْخِيرِ. فَالْجَوَابُ أَنَّهُ مَتْرُوكُ الظَّاهِرِ؛ لِأَنَّهُ يَذُلُّ عَلَى تَرْكِ الْقَضَاءِ أَيْضًا، وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ السَّائِلُ مُفْرَدًا وَتَقْدِيمُ الذَّبْحِ عَلَى الرَّمْيِ لَا يُوجِبُ عَلَيْهِ شَيْئًا كَمَا ذَكَرْنَا، وَكَذَا غَيْرُ ذَلِكَ مِمَّا ذُكِرَ، وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ مِمَّا لَيْسَ بِمَوْقَتٍ فَلَا يُوجِبُ التَّأْخِيرَ فِيهِ شَيْئًا. سَلَمْنَاهُ وَلَكِنْ يَكُونُ مُعَارِضًا بِمَا رَوَيْنَا مِنْ حَدِيثِ ابْنِ مَسْعُودٍ.

وَقِيلَ: الصَّحِيحُ أَنَّ رَاوِيَهُ ابْنَ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا فَيَصَارُ إِلَى مَا بَعْدَهُمَا، وَالْقِيَاسُ مَعْنَا عَلَى مَا ذُكِرَ فِي الْكِتَابِ بِقَوْلِهِ: (وَلَأَنَّ التَّأْخِيرَ عَنِ الْمَكَانِ يُوجِبُ الدَّمَ فِيمَا هُوَ مَوْقَتٌ بِالْمَكَانِ كَالْإِحْرَامِ)، فَإِنَّ الْحَاجَّ إِذَا جَاوَزَ الْمِيقَاتَ بِغَيْرِ إِحْرَامٍ ثُمَّ أُحْرِمَ وَجَبَ عَلَيْهِ الدَّمُ (فَكَذَا التَّأْخِيرُ عَنِ الزَّمَانِ فِيمَا هُوَ مَوْقَتٌ بِالزَّمَانِ) بِجَامِعٍ تَمَكَّنَ نُقْصَانُ التَّأْخِيرِ فِيهِمَا. فَإِنْ قِيلَ: مَعَهُمَا أَيْضًا قِيَاسٌ، وَهُوَ الْقِيَاسُ عَلَى سَائِرِ مَا يُسْتَدْرَكُ مِنَ الْعِبَادَاتِ بِالْقَضَاءِ فَكَانَ قِيَاسُكُمْ فِي حَيْزِ التَّعَارُضِ. فَالْجَوَابُ أَنَّ قِيَاسَنَا مُرْجِعٌ بِالِاحْتِيَاطِ، فَإِنَّ فِيهِ الْخُرُوجَ عَنِ الْعَهْدَةِ يَبْقَيْنَ.

(وَأِنْ حَلَقَ فِي أَيَّامِ النَّحْرِ فِي غَيْرِ الْحَرَمِ فَعَلَيْهِ دَمٌ، وَمَنْ اعْتَمَرَ فَخَرَجَ مِنَ الْحَرَمِ وَقَصَرَ فَعَلَيْهِ دَمٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ) رَحِمَهُمَا اللَّهُ تَعَالَى (وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَا شَيْءَ عَلَيْهِ) قَالَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: ذَكَرَ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ قَوْلَ أَبِي يُوسُفَ فِي الْمُعْتَمِرِ وَلَمْ يَذْكُرْهُ فِي الْحَاجِّ. قِيلَ هُوَ بِالِاتِّفَاقِ؛ لِأَنَّ السُّنَّةَ جَرَتْ فِي الْحَجِّ بِالْحَلْقِ بِمَنْىَ وَهُوَ مِنَ الْحَرَمِ.

وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ عَلَى الْخِلَافِ هُوَ يَقُولُ: الْحَلَقُ غَيْرُ مُخْتَصٍّ بِالْحَرَمِ «لأنَّ النَّبِيَّ ﷺ وَأَصْحَابَهُ أَحْصَرُوا بِالْحُدَيْبِيَّةِ وَحَلَقُوا فِي غَيْرِ الْحَرَمِ». وَلَهُمَا أَنْ الْحَلَقُ لَمَّا جُعِلَ مُحَلَّلًا صَارَ كَالسَّلَامِ فِي آخِرِ الصَّلَاةِ فَإِنَّهُ مِنْ وَاجِبَاتِهَا، وَإِنْ كَانَ مُحَلَّلًا، فَإِذَا صَارَ نُسْكَاً اخْتَصَّ بِالْحَرَمِ كَالذَّبْحِ وَبَعْضُ الْحُدَيْبِيَّةِ مِنَ الْحَرَمِ فَلَعَلَّهُمْ حَلَقُوا فِيهِ.

فَالْحَاصِلُ أَنَّ الْحَلَقَ يَتَوَقَّتُ بِالزَّمَانِ وَالْمَكَانِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ لَا يَتَوَقَّتُ بِهِمَا وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ يَتَوَقَّتُ بِالْمَكَانِ دُونَ الزَّمَانِ، وَعِنْدَ زُهْرٍ يَتَوَقَّتُ بِالزَّمَانِ دُونَ الْمَكَانِ. وَهَذَا الْخِلَافُ فِي التَّوَقُّتِ فِي حَقِّ التَّضْمِينِ بِالدَّمِ. وَأَمَّا فِي حَقِّ التَّحْلُلِ فَلَا يَتَوَقَّتُ بِالِاتِّفَاقِ. وَالتَّقْصِيرُ وَالْحَلَقُ فِي الْعُمْرَةِ غَيْرُ مُوَقَّتٍ بِالزَّمَانِ بِالْإِجْمَاعِ؛ لِأَنَّ أَصْلَ الْعُمْرَةِ لَا يَتَوَقَّتُ بِهِ بِخِلَافِ الْمَكَانِ؛ لِأَنَّهُ مُوَقَّتٌ بِهِ.

قَالَ (فَإِنْ لَمْ يَقْصُرْ حَتَّى رَجَعَ وَقْصَرَ فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا) مَعْنَاهُ: إِذَا خَرَجَ الْمُعْتَمِرُ ثُمَّ عَادَ؛ لِأَنَّهُ أَتَى بِهِ فِي مَكَانٍ فَلَا يَلْزَمُهُ ضِمَانُهُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَإِنْ حَلَقَ فِي أَيَّامِ النَّحْرِ) ظَاهِرٌ (قَالَ الْمُصَنِّفُ رَحِمَهُ اللَّهُ: ذَكَرَ مُحَمَّدٌ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ قَوْلَ أَبِي يُوسُفَ فِي الْمُعْتَمِرِ) أَنَّهُ لَا شَيْءَ عَلَيْهِ، (وَلَمْ يَذْكُرْهُ فِي الْحَاجِّ) إِذَا حَلَقَ خَارِجَ الْحَرَمِ، (فَقِيلَ) إِنَّمَا لَمْ يَذْكُرْهُ لِأَنَّهُ (بِالِاتِّفَاقِ) فِي وَجُوبِ الدَّمِ؛ (لِأَنَّ السُّنَّةَ جَرَتْ فِي الْحَجِّ بِأَنْ يَكُونَ الْحَلَقُ بِمَنْى وَهُوَ مِنَ الْحَرَمِ) فَبِتَرَكِهِ يَلْزَمُ الْجَائِزَ.

(وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ عَلَى الْخِلَافِ) عِنْدَهُمَا يَجِبُ الدَّمُ، وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ لَا يَجِبُ شَيْءٌ، وَوَجْهُ الْجَانِبَيْنِ عَلَى مَا ذُكِرَ فِي الْكِتَابِ وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ: (فَالْحَاصِلُ أَنَّ الْحَلَقَ) يَعْنِي فِي الْحَجِّ (يَتَوَقَّتُ بِالْمَكَانِ وَالزَّمَانِ) أَيُّ: يَوْمِ النَّحْرِ وَالْحَرَمِ (عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ لَا يَتَوَقَّتُ بِهِمَا، وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ يَتَوَقَّتُ بِالْمَكَانِ دُونَ الزَّمَانِ، وَعِنْدَ زُهْرٍ يَتَوَقَّتُ بِالزَّمَانِ دُونَ الْمَكَانِ).

وَإِنَّمَا قُلْنَا: يَعْنِي فِي الْحَجِّ؛ لِأَنَّ الْحَلَقَ فِي الْعُمْرَةِ لَا يَتَوَقَّتُ بِالزَّمَانِ بِالْإِجْمَاعِ. فَإِنْ قِيلَ: إِذَا كَانَ مُوَقَّتًا بِهِمَا كَانَ كَالْوُقُوفِ فَيَنْبَغِي أَنْ لَا يُعْتَدَّ بِهِ إِذَا حَلَقَ خَارِجَ الْحَرَمِ كَمَا لَوْ وَقَفَ بِغَيْرِ عَرَفَةَ أَوْ طَافَ بِغَيْرِ الْبَيْتِ. فَالْجَوَابُ أَنَّ مَحَلَّ الْفِعْلِ هُوَ الرَّأْسُ دُونَ الْحَرَمِ، وَلَكِنَّهُ جَازٍ بِالتَّأَخِيرِ عَنْ مَكَانِهِ فَيَلْزَمُهُ دَمٌ كَمَا يَلْزَمُهُ بِالتَّأَخِيرِ عَنْ وَقْتِهِ،

بِخِلَافِ مَا ذَكَرْتُمْ مِنَ الْوُقُوفِ وَالطَّوَافِ، فَإِنَّ مَحَلَّ الْفِعْلِ هُوَ الْحَجَلُ وَحَوْلَ الْبَيْتِ
وَبِالْخُرُوجِ عَنْهُمَا يَتَبَدَّلُ الْمَحَلُّ فَلَا يَجُوزُ. وَجْهٌ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ عَلَى اخْتِصَاصِهِ بِالْمَكَانِ
قَدْ عَلِمَ مِنْ قَوْلِهِ: وَلَهُمَا أَنْ الْحَلْقَ لَمَّا جُعِلَ مُحَلًّا لِلْحَجِّ. وَأَمَّا عَلَى اخْتِصَاصِهِ بِالزَّمَانِ فَلَأَنَّ
الْحَلْقَ لِلتَّحَلُّلِ وَهَذَا بِالِاتِّفَاقِ، وَكُلُّ مَا هُوَ كَذَلِكَ يُوقَّتُ بِالزَّمَانِ كَالطَّوَافِ.

وَوَجْهٌ قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ أَمَّا عَلَى عَدَمِ اخْتِصَاصِهِ بِالْمَكَانِ فَقَدْ عَلِمَ مِنْ قَوْلِهِ: هُوَ
بِقَوْلِ الْحَلْقِ غَيْرِ مُخْتَصٍّ بِالْحَرَمِ لِلْحَجِّ. وَأَمَّا عَلَى عَدَمِ اخْتِصَاصِهِ بِالزَّمَانِ فَهُوَ أَنَّ الْحَلْقَ
الَّذِي هُوَ تُسَكُّ فِي أَوَانِهِ بِمَنْزِلَةِ الْحَلْقِ الَّذِي هُوَ جِنَايَةٌ قَبْلَ أَوَانِهِ.

فَكَمَا أَنَّ ذَلِكَ لَا يَخْتَصُّ بِزَمَانٍ فَكَذَلِكَ هَذَا، وَلَوْ أَرَدْتَ أَنْ تَجْعَلَهُ دَلِيلًا
لِلشَّقِيئِينَ. قُلْتُ: فَكَمَا أَنَّ ذَلِكَ لَا يَخْتَصُّ بِزَمَانٍ وَمَكَانٍ فَكَذَلِكَ هَذَا، إِذْ لَوْ كَانَ
مُخْتَصًّا بِهِمَا لَمَّا وَقَعَ مُعْتَدًّا بِهِ فِي غَيْرِ الْمَكَانِ وَالزَّمَانِ كَالْوُقُوفِ بِعَرَفَةَ، وَقَدْ عَرَفْتَ
جَوَابَ ذَلِكَ آتِفًا وَجْهَهُ قَوْلُ مُحَمَّدٍ أَمَّا عَلَى اخْتِصَاصِهِ بِالْمَكَانِ فَقَدْ عَلِمَ مِنْ قَوْلِهِ:
وَلَهُمَا أَنَّ الْحَلْقَ لِلْحَجِّ، وَأَمَّا عَلَى عَدَمِ اخْتِصَاصِهِ بِالزَّمَانِ فَهُوَ دَلِيلُ أَبِي يُوسُفَ عَلَى عَدَمِ
اخْتِصَاصِهِ بِالزَّمَانِ.

وَوَجْهٌ قَوْلُ زُفَرَ أَنَّ التَّحَلُّلَ عَنِ الْإِحْرَامِ مُعْتَبَرٌ بِإِبْتِدَاءِ الْإِحْرَامِ، وَإِبْتِدَاؤُهُ مُوقَّتٌ
بِالزَّمَانِ حَتَّى كَرِهَ تَقْدِيمَ إِحْرَامِ الْحَجِّ عَلَى أَشْهُرِهِ دُونَ الْمَكَانِ حَتَّى جَازَ أَنْ يُحْرَمَ مِنْ
حَيْثُ شَاءَ قَبْلَ الْمِيقَاتِ، فَكَذَلِكَ التَّحَلُّلُ عَنْهُ يَتَوَقَّتُ بِالزَّمَانِ دُونَ الْمَكَانِ، فَلَوْ أُخِّرَ عَنْ
أَيَّامِ النَّحْرِ لَزِمَهُ الدَّمُ، وَلَوْ خَرَجَ مِنَ الْحَرَمِ ثُمَّ حَلَّقَ لَمْ يَلْزِمُهُ شَيْءٌ. وَقَوْلُهُ: (وَهَذَا
الْخِلَافُ) أَيُّ: مَا ذَكَرْنَاهُ بَيْنَ عُلَمَائِنَا فِي التَّوَقُّفِ (إِنَّمَا هُوَ فِي حَقِّ التَّضَمُّينِ بِالْدَّمِ، وَأَمَّا
فِي حَقِّ التَّحَلُّلِ فَلَا يَتَوَقَّتُ بِالِاتِّفَاقِ).

وَقَوْلُهُ: (لَأَنَّ أَصْلَ الْعُمْرَةِ لَا يَتَوَقَّتُ بِهِ) أَيُّ: بِالزَّمَانِ، فَإِنَّ رُكْنَهَا الطَّوَافُ وَهُوَ
غَيْرُ مُوقَّتٍ بِزَمَانٍ، وَفِيهِ نَظَرٌ؛ لِأَنَّهَا فِي أَيَّامِ النَّحْرِ مَكْرُوهَةٌ فَكَانَتْ مُوقَّتَةً. وَالْجَوَابُ أَنَّ
كَرَاهَتَهَا فِيهَا لَيْسَتْ مِنْ حَيْثُ إِنَّهَا مُوقَّتَةٌ بِغَيْرِهَا بَلْ بِاعْتِبَارِ أَنَّهُ مَشْغُولٌ بِأَفْعَالِ الْحَجِّ
فِيهَا، فَلَوْ اعْتَمَرَ فِيهَا لَرُبَّمَا أَخْلَى بِشَيْءٍ مِنْ أَفْعَالِهِ فَكَرِهَتْ لَذَلِكَ.

وَقَوْلُهُ: (بِخِلَافِ الْمَكَانِ لِأَنَّهُ مُوقَّتٌ بِهِ) مُتَّصِلٌ بِقَوْلِهِ: (غَيْرُ مُوقَّتٍ بِالزَّمَانِ)،
وَالِيهِ ذَهَبَ صَاحِبُ «النِّهَايَةِ»، وَيَكُونُ مَعْنَاهُ: لِأَنَّهُ مُوقَّتٌ بِهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ

بِنَاءٍ عَلَى مَا تَقَدَّمَ مِنَ الْأَصَحِّ. وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ مُتَّصِلًا بِقَوْلِهِ: (لَأَنَّ أَصْلَ الْعُمْرَةِ لَا يَتَوَقَّتُ بِهِ) أَيُّ: بِالزَّمَانِ، بِخِلَافِ الْمَكَانِ؛ لِأَنَّهُ أَيُّ: أَصْلُ الْعُمْرَةِ يَتَوَقَّتُ بِهِ فَلَا حَاجَةَ إِلَى التَّأْوِيلِ، (فَإِنْ لَمْ يُقَصِّرِ الْمُعْتَمِرُ الَّذِي خَرَجَ مِنَ الْحَرَمِ حَتَّى رَجَعَ إِلَى الْحَرَمِ وَقَصَرَ فِيهِ فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا؛ لِأَنَّهُ أَتَى بِهِ فِي مَكَانِهِ فَلَا يَلْزَمُهُ ضَمَانٌ)، وَلَوْ فَعَلَ الْحَاجُّ ذَلِكَ لَمْ يَسْقُطْ عَنْهُ دَمُ التَّأخِيرِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ.

(فَإِنْ حَلَقَ الْقَارِنُ قَبْلَ أَنْ يَذْبَحَ فَعَلَيْهِ دَمَانٌ) عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ: دَمٌ بِالْحَلْقِ فِي غَيْرِ أَوَانِهِ؛ لِأَنَّ أَوَانَهُ بَعْدَ الذَّبْحِ وَدَمٌ بِتَأخِيرِ الذَّبْحِ عَنِ الْحَلْقِ. وَعِنْدَهُمَا يَجِبُ عَلَيْهِ دَمٌ وَاحِدٌ وَهُوَ الْأَوَّلُ، وَلَا يَجِبُ بِسَبَبِ التَّأخِيرِ شَيْءٌ عَلَى مَا قُلْنَا.

الشرح:

وقوله: (فَإِنْ حَلَقَ الْقَارِنُ قَبْلَ أَنْ يَذْبَحَ) يَعْنِي إِذَا قَدَّمَ الْقَارِنُ الْحَلْقَ عَلَى الذَّبْحِ (فَعَلَيْهِ دَمَانٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ: دَمٌ لِلْقِرَانِ، وَدَمٌ بِتَأخِيرِ الذَّبْحِ عَنِ الْحَلْقِ. وَعِنْدَهُمَا يَجِبُ عَلَيْهِ دَمٌ وَاحِدٌ)، وَهُوَ دَمُ الْقِرَانِ، (وَلَا يَجِبُ بِسَبَبِ التَّأخِيرِ شَيْءٌ عَلَى مَا قُلْنَا) إِنْ التَّأخِيرُ عِنْدَهُ يُوجِبُ الدَّمَ خِلَافًا لهُمَا. هَذَا تَقْرِيرُ الْمَسْأَلَةِ عَلَى مَا عَلَيْهِ أَصْلُ رِوَايَةِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ، فَإِنَّ مُحَمَّدًا قَالَ فِيهِ: قَارِنٌ حَلَقَ قَبْلَ أَنْ يَذْبَحَ، قَالَ: عَلَيْهِ دَمَانٌ: دَمُ الْقِرَانِ، وَدَمٌ آخَرُ؛ لِأَنَّهُ حَلَقَ قَبْلَ أَنْ يَذْبَحَ.

يَعْنِي عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ، وَعَلَى هَذَا فَمَا ذَكَرَهُ الْمُصَنِّفُ غَيْرُ مُطَابِقٍ لَهُ لِأَنَّهُ قَالَ: عَلَيْهِ دَمٌ بِالْحَلْقِ فِي غَيْرِ أَوَانِهِ؛ لِأَنَّ أَوَانَهُ بَعْدَ الذَّبْحِ، وَدَمٌ بِتَأخِيرِ الذَّبْحِ عَنِ الْحَلْقِ، وَهَذَا كَمَا تَرَى يُشِيرُ إِلَى أَنَّهُمَا دَمَانِ جَنَائَةٍ وَلَمْ يَذْكُرْ دَمُ الْقِرَانِ، وَقَالَ: وَعِنْدَهُمَا يَجِبُ عَلَيْهِ دَمٌ وَاحِدٌ وَهُوَ الْأَوَّلُ: يَعْنِي الَّذِي يَجِبُ بِالْحَلْقِ فِي غَيْرِ أَوَانِهِ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَذْكُرْ أَوَّلًا سِوَاهُ، وَلَمْ يَذْكُرْ أَيْضًا دَمُ الْقِرَانِ، وَمَعَ عَدَمِ مُطَابَقَتِهِ فَهُوَ مُنَاقِضٌ لِقَوْلِهِ قَبْلَ هَذَا، وَقَالَ: لَا شَيْءَ عَلَيْهِ فِي الْوَجْهَيْنِ جَمِيعًا إِلَى أَنْ قَالَ: وَالْحَلْقُ قَبْلَ الذَّبْحِ.

وَعَلَى هَذَا كَانَ الْحَقُّ أَنْ يَقُولَ: فَعَلَيْهِ دَمَانٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ: دَمٌ لِلْقِرَانِ، وَدَمٌ بِتَأخِيرِ الذَّبْحِ، فَكَأَنَّهُ سَهْوٌ وَقَعَ مِنْهُ أَوْ مِنَ الْكَاتِبِ، وَلَا عَيْبَ فِي السَّهْوِ عَلَى الْإِنْسَانِ. فَإِنْ قِيلَ: قَدْ وَقَعَ فِي عِبَارَةِ بَعْضِ الْمَشَائِخِ: دَمُ الْقِرَانِ وَاجِبٌ إِجْمَاعًا وَدَمٌ آخَرُ بِسَبَبِ الْجَنَائَةِ عَلَى الْإِحْرَامِ؛ لِأَنَّ الْحَلْقَ لَا يَحِلُّ إِلَّا بَعْدَ الذَّبْحِ وَاجِبٌ أَيْضًا إِجْمَاعًا، وَدَمٌ آخَرُ

عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ بِسَبَبِ تَأْخِيرِ الذَّبْحِ عَنِ الْحَلْقِ فَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ الْمُصَنَّفُ قَدْ اخْتَارَ ذَلِكَ وَلَمْ يَذْكُرْ دَمَ الْقَرَانِ مِنَ الْجَانَيْنِ، وَإِنَّمَا ذَكَرَ الْآخَرَ وَأَشَارَ إِلَيْهِ بِقَوْلِهِ وَهُوَ الْأَوَّلُ وَذَكَرَ الْمُخْتَلَفَ فِيهِ. قُلْتُ: يَأْبَاهُ قَوْلُهُ: فِيمَا تَقَدَّمَ، وَقَالَا لَا شَيْءَ عَلَيْهِ فِي الْوَجْهَيْنِ، فَإِنَّهُ تَصْرِيحٌ بَأَنَّهُمَا لَا يَقُولَانِ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ بِوُجُوبِ شَيْءٍ يَتَعَلَّقُ بِالْكَفَّارَةِ أَصْلًا، عَلَى أَنَّهُ مُخَالَفٌ لِمَا هُوَ الْأَصْلُ فِي وَضْعِ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ وَهُوَ الْجَامِعُ الصَّغِيرُ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ.

فَإِنْ قِيلَ: فَعَلَى مَا ذَكَرَهُ مُحَمَّدٌ يَجِبُ عَلَيْهِ ثَلَاثَةُ دِمَاءٍ؛ لِأَنَّ جَنَايَةَ الْقَارِنِ مَضْمُونَةٌ بِالذَّمِّينِ وَهُوَ اعْتِرَاضُ الْإِمَامِ الْمُحْتَوِي. فَالْجَوَابُ أَنَّ مَا يَجِبُ عَلَى الْمُفْرَدِ فِيهِ دَمٌ فَعَلَى الْقَارِنِ دِمَانٍ، وَلَوْ قَدَّمَ الْمُفْرَدُ الْحَلْقَ عَلَى الذَّبْحِ لَمْ يَجِبْ عَلَيْهِ شَيْءٌ فَلَا يَتَضَاعَفُ عَلَى الْقَارِنِ.

فَصْلٌ

اعْلَمْ أَنَّ صَيْدَ الْبَرِّ مُحَرَّمٌ عَلَى الْمُحَرِّمِ، وَصَيْدُ الْبَحْرِ حَلَالٌ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿أُحِلَّ لَكُمْ صَيْدُ الْبَحْرِ﴾ (المائدة: ٩٦) إِلَى آخِرِ الْآيَةِ. وَصَيْدُ الْبَرِّ مَا يَكُونُ تَوَالِدُهُ وَمَتَوَاهُ فِي الْبَرِّ، وَصَيْدُ الْبَحْرِ مَا يَكُونُ تَوَالِدُهُ وَمَتَوَاهُ فِي الْمَاءِ. وَالصَّيْدُ هُوَ الْحَيَوَانُ الْمُمْتَنِعُ الْمُتَوَحَّشُ فِي أَصْلِ الْخَلْقَةِ، وَاسْتَنْتَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ الْخَمْسَ الْفَوَاسِقَ وَهِيَ: الْكَلْبُ الْعَقُورُ، وَالذَّنَبُ وَالْحِدَاةُ، وَالْغُرَابُ وَالْحَيَّةُ، وَالْعَقْرَبُ، فَإِنَّهَا مُبْتَدِئَاتُ بِالْأَذَى. وَالْمُرَادُ بِهِ الْغُرَابُ الَّذِي يَأْكُلُ الْجَيْفَ. هُوَ الْمَرْوِيُّ عَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ.

الشرح:

(فَصْلٌ): لَمَّا كَانَتْ الْجَنَايَةُ عَلَى الْإِحْرَامِ بِالصَّيْدِ نَوْعًا آخَرَ فَصَلَ عَمَّا قَبْلَهُ فِي فَصْلٍ عَلَى حِدَةٍ، (الصَّيْدُ هُوَ الْحَيَوَانُ الْمُمْتَنِعُ الْمُتَوَحَّشُ فِي أَصْلِ الْخَلْقَةِ) فَقَوْلُهُ: (الْحَيَوَانُ) بِمَنْزِلَةِ الْجِنْسِ. وَقَوْلُهُ: (الْمُمْتَنِعُ) وَهُوَ الَّذِي يَمْنَعُ نَفْسَهُ عَمَّنْ قَصَدَهُ إِمَّا بِقَوَائِمِهِ أَوْ بِجَنَاحِهِ يُخْرِجُ الْحَيَوَانَاتِ الْأَهْلِيَّةَ كَالْبَقَرِ وَالْعَنَمِ وَنَحْوِهِمَا وَالدَّجَاجِ وَالْبَطِّ. وَقَوْلُهُ: (الْمُتَوَحَّشُ فِي أَصْلِ الْخَلْقَةِ) يَدْخُلُ فِيهِ الْحَمَامُ الْمُسْرُولُ وَالطَّيْرُ الْمُسْتَأْنَسُ، وَتَخْرُجُ الْإِبِلُ الْمُتَوَحَّشَةُ؛ لِأَنَّ الْإِسْتِئْنَاسَ فِي الْأَوَّلِ وَالتَّوَحُّشَ فِي الثَّانِي عَارِضِيٌّ لَا مُعْتَبَرٌ بِهِ.

وَهُوَ عَلَى نَوْعَيْنِ: بَرِّيٌّ وَهُوَ مَا يَكُونُ مَوْلَدُهُ وَمَتَوَاهُ فِي الْبَرِّ، وَبَحْرِيٌّ وَهُوَ مَا يَكُونُ مَوْلَدُهُ وَمَتَوَاهُ فِي الْمَاءِ، وَالْإِبِلُ وَالْإِوَرُ بَرِّيٌّ؛ لِأَنَّ

مَوْلَدُهُمَا الْبَرُّ، وَالضُّفْدُعُ بَحْرِيٌّ؛ لِأَنَّ مَوْلَدَهُ الْبَحْرُ (وَصَيْدُ الْبَحْرِ حَلَالٌ لِلْمُحْرِمِ) سَوَاءٌ كَانَ مَأْكُولًا أَوْ لَمْ يَكُنْ.

(وَصَيْدُ الْبَرِّ مُحَرَّمٌ عَلَيْهِ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿أُحِلَّ لَكُمْ صَيْدُ الْبَحْرِ﴾ [المائدة: ٩٦] الْآيَةُ. وَاسْتَشْنَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَيُّ: بَيْنَ عَدَمِ دُخُولِهَا فِي الْآيَةِ؛ لِأَنَّ حَقِيقَةَ الْاسْتِثْنَاءِ لَا تُتَصَوَّرُ، وَلَكِنَّهُ لَمَّا كَانَ عِنْدَنَا لَبَّيْنٌ أَنَّهُ لَمْ يَدْخُلْ اسْتِعَارَةً لَهُ (الْخَمْسُ الْفَوَاسِقُ وَهِيَ: الْكَلْبُ الْعَقُورُ، وَالذَّبُّ وَالْحِدَاةُ، وَالْغَرَابُ، وَالْحَيَّةُ، وَالْعَقْرَبُ) عَلَى مَا ذُكِرَ فِي الْكِتَابِ، وَهِيَ سِتَّةٌ، وَسَيَّاتِي الْعَذْرُ عَنْ ذَلِكَ.

وَسُمِّيَتْ فَوَاسِقَ اسْتِعَارَةً لِحُبْثِهِنَّ، وَقِيلَ لَخُرُوجِهِنَّ مِنَ الْحُرْمَةِ لِابْتِدَائِهِنَّ بِالْأَذَى، وَلَمَّا كَانَ مَشْهُورًا جَارَتْ الزِّيَادَةُ بِهِ عَلَى الْكِتَابِ، وَلَا فَرْقَ فِي الصَّيْدِ بَيْنَ الْمَمْلُوكِ وَالْمَبَاحِ وَالْمَأْكُولِ وَغَيْرِهِ لَتَنَاوُلِ اسْمِ الصَّيْدِ ذَلِكَ كُلُّهُ.

قَالَ: (وَإِذَا قُتِلَ الْمُحْرِمُ صَيْدًا أَوْ دَلَّ عَلَيْهِ مَنْ قَتَلَهُ فَعَلَيْهِ الْجَزَاءُ) أَمَّا الْقَتْلُ فَلِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿لَا تَقْتُلُوا الصَّيْدَ وَأَنْتُمْ حُرْمٌ وَمَنْ قَتَلَهُ مِنْكُمْ مُتَعَمِّدًا فَجَزَاءٌ﴾ [المائدة: ٩٥] الْآيَةُ نَصٌّ عَلَى إيجابِ الْجَزَاءِ. وَأَمَّا الدَّلَالَةُ فَفِيهَا خِلَافُ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ. هُوَ يَقُولُ: الْجَزَاءُ تَعَلَّقَ بِالْقَتْلِ، وَالدَّلَالَةُ لَيْسَتْ بِقَتْلِ، فَأَشْبَهَ دَلَالَةُ الْحَلَالِ حَلَالًا. وَلَنَا مَا رَوَيْنَا مِنْ حَدِيثِ أَبِي قَتَادَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ. وَقَالَ عَطَاءٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: أَجْمَعَ النَّاسُ عَلَى أَنَّ عَلَى الدَّالِّ الْجَزَاءَ؛ وَلِأَنَّ الدَّلَالََةَ مِنْ مَحْظُورَاتِ الْإِحْرَامِ وَلِأَنَّهُ تَفْوِيتُ الْأَمْنِ عَلَى الصَّيْدِ إِذْ هُوَ آمِنٌ بِتَوْحُّشِهِ وَتَوَارِيهِ فَصَارَ كَالْإِتْلَافِ؛ وَلِأَنَّ الْمُحْرِمَ بِإِحْرَامِهِ التَّزَمَ الْامْتِنَاعَ عَنِ التَّعَرُّضِ فَيُضْمَنُ بِتَرْكِ مَا التَّزَمَهُ كَالْمُودَعِ بِخِلَافِ الْحَلَالِ لِأَنَّهُ لَا التَّزَامَ مِنْ جِهَتِهِ، عَلَى أَنَّ فِيهِ الْجَزَاءَ عَلَى مَا رَوَى عَنْ أَبِي يُوسُفَ وَزَفَرَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ.

وَالدَّلَالَةُ الْمُوجِبَةُ لِلْجَزَاءِ أَنْ لَا يَكُونَ الدَّلُولُ عَالِمًا بِمَكَانِ الصَّيْدِ وَأَنْ يُصَدِّقَهُ فِي الدَّلَالَةِ، حَتَّى لَوْ كَذَبَهُ وَصَدَّقَ غَيْرَهُ لَا ضَمَانَ عَلَى الْمُكَذِّبِ (وَلَوْ كَانَ الدَّالُّ حَلَالًا فِي الْحَرَمِ لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ شَيْءٌ) لَمَّا قُلْنَا (وَسَوَاءٌ فِي ذَلِكَ الْعَامِدُ وَالنَّاسِي) لِأَنَّهُ ضَمَانٌ يَعْتمِدُ وَجُوبُهُ الْإِتْلَافُ فَأَشْبَهَ غَرَامَاتِ الْأَمْوَالِ (وَالْمُبْتَدِئُ وَالْعَائِدُ سَوَاءٌ) لِأَنَّ الْمَوْجِبَ لَا يَخْتَلِفُ.

الشرح:

قَالَ: (وَإِذَا قُتِلَ الْمُحْرِمُ صَيْدًا أَوْ دَلَّ عَلَيْهِ مَنْ قَتَلَهُ فَعَلَيْهِ الْجَزَاءُ) أَمَّا الْقَتْلُ فَلَمَّا

ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ وَهُوَ وَاضِحٌ، وَأَمَّا الدَّلَالَةُ فَعَلَى الْقِسْمَةِ الْعَقْلِيَّةِ أَرْبَعَةٌ أَقْسَامٌ: إِمَّا أَنْ يَكُونَ الدَّالُّ وَالْمَذْلُولُ حَلَالَيْنِ أَوْ مُحْرَمَيْنِ، أَوْ الدَّالُّ حَلَالًا وَالْمَذْلُولُ مُحْرَمًا أَوْ بِالْعَكْسِ مِنْ ذَلِكَ. وَالْأَوَّلُ لَيْسَ مِمَّا نَحْنُ فِيهِ، وَالثَّانِي عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فِيهِ جَزَاءٌ كَامِلٌ عِنْدَنَا، وَفِي الثَّلَاثِ عَلَى الْمَذْلُولِ الْجَزَاءُ دُونَ الدَّالِّ كَذَلِكَ، وَفِي الرَّابِعِ عَكْسُهُ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَا شَيْءَ عَلَى الدَّالِّ أَصْلًا؛ لِأَنَّ الْجَزَاءَ يَتَعَلَّقُ بِالْقَتْلِ بِالنَّصِّ، (وَالدَّلَالَةُ لَيْسَتْ يَقْتُلُ فَأَشْبَهَ دَلَالَةَ الْحَلَالِ حَلَالًا)، وَقَوْلُهُ: حَلَالًا لَيْسَ بِقَيْدٍ فَإِنَّ الْمَذْلُولَ إِنْ كَانَ مُحْرَمًا فَالْحُكْمُ كَذَلِكَ (وَلَنَا مَا رَوَيْنَا مِنْ حَدِيثِ أَبِي قَتَادَةَ رضي الله عنه) «هَلْ دَلَّيْتُمْ عَلَيْهِ؟ هَلْ أَشْرَثْتُمْ إِلَيْهِ؟» عَلَى مَا تَقَدَّمَ فِي بَابِ الْإِحْرَامِ فَإِنَّهُ يَدُلُّ عَلَى أَنَّ الدَّلَالَةَ مِنْ مَحْظُورَاتِ الْإِحْرَامِ.

فَإِنْ قِيلَ: خَبَرٌ وَاحِدٌ لَا يُقَاوِمُ النَّصَّ الصَّرِيحَ. قُلْتُ: مَا تَقَدَّمَ فِي النَّصِّ ذِكْرُ الْقَتْلِ وَتَخْصِيصُ الشَّيْءِ بِالذِّكْرِ لَا يَدُلُّ عَلَى نَفْيِ الْحُكْمِ عَمَّا عَدَاهُ، وَالْحَدِيثُ يَدُلُّ عَلَى ذَلِكَ فَيُثَبِّتُ الْحُكْمَ بِهِ، (وَقَالَ عَطَاءٌ) هُوَ ابْنُ أَبِي رَبَاحٍ تَلْمِيزُ ابْنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا: (أَجْمَعَ النَّاسُ عَلَى أَنَّ عَلَى الدَّالِّ الْجَزَاءَ) قَالَ الطَّحَاوِيُّ: وَلَمْ يُرَوْ عَنْ أَحَدٍ مِنَ الصَّحَابَةِ خِلَافَ ذَلِكَ فَصَارَ ذَلِكَ إجماعًا.

وَرَدُّ بَأْثِهِ رُوِيَ عَنْ ابْنِ عُمرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا: لَيْسَ عَلَى الدَّالِّ الْجَزَاءُ. وَأُجِيبَ بِأَنَّهُ لَيْسَ بِثَابِتٍ، وَلَئِنْ كَانَ حُمِلَ عَلَى مَا إِذَا دَلَّ وَلَمْ يَقْتُلْهُ الْمَذْلُولُ فَإِنَّ الإجماعَ فِيمَا إِذَا قَتَلَهُ، فَكَانَ كَلَامُهُ غَيْرَ مُتَعَرِّضٍ لِمَحَلِّ الإجماعِ؛ (وَلِأَنَّ الدَّلَالَةَ مِنْ مَحْظُورَاتِ الْإِحْرَامِ)، وَالْإِقْدَامُ عَلَيْهَا يُوجِبُ الْجَزَاءَ لَا مَحَالَةَ؛ (وَلِأَنَّهُ) أَيُّ: الدَّلَالَةُ، وَذَكَرَ الضَّمِيرَ نَظْرًا إِلَى الْخَبَرِ وَهُوَ (تَقْوِيَةُ الْأَمْنِ مِنَ الصَّيْدِ) أَيُّ: الدَّلَالَةُ تُفَوِّتُ الْأَمْنَ مِنَ الصَّيْدِ.

(لِأَنَّهُ آمِنٌ بِتَوْحُشِهِ) مِنَ النَّاسِ، (وَتَوَارِيهِ) عَنْ أَعْيُنِهِمْ، وَبِالدَّلَالَةِ يَزُولُ ذَلِكَ (فَصَارَتْ كَالْإِثْلَافِ) وَقَوْلُهُ: (وَلِأَنَّ الْمُحْرِمَ) دَلِيلٌ آخَرُ يَتَضَمَّنُ الْجَوَابَ عَنْ قَوْلِ الْخَصْمِ فَأَشْبَهَ دَلَالَةَ الْحَلَالِ. وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ الْمُحْرِمَ بِإِحْرَامِهِ التَّزَمَ الْامْتِنَاعَ عَنْ التَّعَرُّضِ لِأَنَّهُ عَقْدٌ خَاصٌّ يَتَضَمَّنُ ذَلِكَ شَرْعًا، وَالدَّلَالَةُ مُبَاشِرَةٌ لِخِلَافِ مَا أُلْتَزِمَ وَذَلِكَ يُوجِبُ الضَّمَانَ كَذَلَالَةِ الْمُوَدَّعِ السَّارِقِ عَلَى الْوَدِيعَةِ، (بِخِلَافِ الْحَلَالِ) فَإِنَّهُ لَمْ يَلْتَزَمْ شَيْئًا.

(عَلَى أَنَّ فِيهِ) أَيُّ: فِيمَا إِذَا دَلَّ الْحَلَالُ عَلَى صَيْدِ الْحَرَمِ (الْجَزَاءُ عَلَى مَا رُوِيَ عَنْ

أَبِي يُوسُفَ وَزُفَرَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ، وَالِدَلَالَةُ الْمُوجِبَةُ لِلجَزَاءِ أَنْ لَا يَكُونَ الْمَدْلُولُ عَالِمًا بِمَكَانِ الصَّيْدِ؛ لِأَنَّهُ إِذَا عَلِمَهُ لَمْ يَكُنْ زَوَالُ الْأَمْنِ بِدَلَالَتِهِ فَلَا يَكُونُ فِي مَعْنَى الْإِثْلَافِ، (وَأَنْ يُصَدِّقَهُ فِي الدَّلَالَةِ) لِيَكُونَ فِي مَعْنَى الْإِثْلَافِ.

(أَمَّا إِذَا كَذَبَهُ وَصَدَّقَ غَيْرَهُ فَلَا ضَمَانَ عَلَى الْمُكَذِّبِ) وَفِيهِ إِشَارَةٌ إِلَى أَنَّ الضَّمَانَ عَلَى ذَلِكَ الْغَيْرِ إِنْ كَانَ مُحَرِّمًا، وَهَهُنَا شُرُوطُ أُخَرُ لَمْ يَذْكُرْهَا: أَحَدُهَا: أَنْ يَتَّصِلَ الْقَتْلُ بِهَذِهِ الدَّلَالَةِ؛ لِأَنَّ مُجَرَّدَ الدَّلَالَةِ لَا يُوجِبُ شَيْئًا. وَالثَّانِي: أَنْ يَبْقَى الدَّلَالُ مُحَرِّمًا عِنْدَ أَخْذِ الْمَدْلُولِ؛ لِأَنَّ فِعْلَهُ إِنَّمَا يَتِمُّ جُنَايَةً إِذَا بَقِيَ مُحَرِّمًا إِلَى وَقْتِ الْقَتْلِ. وَالثَّلَاثُ: أَنْ يَأْخُذَهُ الْمَدْلُولُ قَبْلَ أَنْ يَنْقَلِتَ، فَلَوْ صَدَّقَهُ وَلَمْ يَقْتُلْهُ حَتَّى انْقَلَتَ ثُمَّ أَخَذَهُ بَعْدَ ذَلِكَ فَقَتَلَهُ لَمْ يَكُنْ عَلَى الدَّلَالِ شَيْءٌ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ بِمَنْزِلَةِ جُرْحِ الْأَنْدَمَلِ (وَلَوْ كَانَ الدَّلَالُ حَلَالًا فِي الْحَرَمِ لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ شَيْءٌ لَمَّا قُلْنَا) إِنَّهُ لَا تَزَامَ مِنْ جِهَتِهِ.

فَإِنْ قِيلَ: بَلْ مِنْ جِهَتِهِ التَّزَمَ بِعَقْدِ الْإِسْلَامِ أَنْ لَا يَتَعَرَّضَ لَصَيْدِ الْحَرَمِ. أُجِيبَ بِأَنَّ عَقْدَ الْإِسْلَامِ لَيْسَ بِكَافٍ فِي ذَلِكَ، بَلْ لَا بُدَّ مِنْ عَقْدٍ خَاصٍّ كَمَا فِي عَقْدِ الْوَدِيعَةِ، أَلَا تَرَى أَنَّ الْمُسْلِمَ التَّزَمَ بِعَقْدِ الْإِسْلَامِ أَنْ لَا يَتَعَرَّضَ لِأَمْوَالِ النَّاسِ، ثُمَّ لَوْ ذَلَّ سَارِقًا عَلَى مَالِ إِنْسَانٍ فَأَخَذَهُ لَا ضَمَانَ عَلَى الدَّلَالِ. (وَالْعَامِدُ وَالنَّاسِي فِي وَجُوبِ الْجَزَاءِ سَوَاءٌ) كَانَا قَاتِلَيْنِ أَوْ دَائِنَيْنِ؛ (لَأَنَّهُ ضَمَانٌ يَعْتَمِدُ وَجُوبُهُ الْإِثْلَافُ) لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَمَنْ قَتَلَهُ مِنْكُمْ﴾ [المائدة: ٩٥] وَكُلُّ ضَمَانٍ يَعْتَمِدُ وَجُوبُهُ الْإِثْلَافُ فَالْعَامِدُ فِيهِ كَالنَّاسِي كَمَا فِي غَرَامَاتِ الْأَمْوَالِ.

فَإِنْ قِيلَ: لَيْسَ هَذَا كَغَرَامَاتِ الْأَمْوَالِ، أَلَا تَرَى أَنَّ رَجُلَيْنِ لَوْ اشْتَرَكَا فِي إِثْلَافِ شَاةِ الْغَيْرِ كَانَ عَلَى كُلِّ مِنْهُمَا نِصْفُ الْقِيَمَةِ، وَإِنْ اشْتَرَكَا فِي قَتْلِ صَيْدٍ كَانَ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا جَزَاءٌ كَامِلٌ. فَالْجَوَابُ أَنَّ مَنَاطَ الْإِلْحَاقِ مُدَارٌّ بِهِ الْإِثْلَافُ لِلضَّمَانِ وَقَدْ وَجِدَتْ، وَالْإِتِّحَادُ فِي جَمِيعِ الْجِهَاتِ يَرْفَعُ التَّعَدُّدَ وَيُبْطِلُ الْقِيَاسَ.

فَإِنْ قِيلَ: هَذَا تَعْلِيلٌ عَلَى مُخَالَفَةِ النَّصِّ الْقَاطِعِ لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَمَنْ قَتَلَهُ مِنْكُمْ مُتَعَمِّدًا﴾ [المائدة: ٩٥] نَصٌّ عَلَى التَّعَمُّدِ وَهُوَ يُخَالِفُ النَّسْيَانَ. فَالْجَوَابُ أَنَّ التَّخْصِصَ بِالذِّكْرِ لَا يَدُلُّ عَلَى نَفْيِ الْحُكْمِ عَمَّا عَدَاهُ فَجَازَ أَنْ يُثْبِتَ حُكْمُ النَّسْيَانِ بِدَلِيلٍ آخَرَ وَهُوَ قَوْلُهُ ﷺ: «الضُّبُعُ صَيْدٌ وَفِيهِ شَاةٌ» مِنْ غَيْرِ فَصْلٍ بَيْنَ عَمْدٍ وَنَسْيَانٍ،

وَهُوَ مَذْهَبُ عُمَرَ وَعَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ عَوْفٍ وَسَعْدِ بْنِ أَبِي وَقَّاصٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ.
فَإِنْ قِيلَ: فَمَا فَائِدَةُ قَوْلِهِ: مُتَعَمِّدًا؟ أُجِيبَ بِأَنَّهَا التَّنْبِيهُ؛ لِأَنَّ الدَّلَالَهَ قَدْ قَامَتْ عَلَى
أَنَّ صِفَةَ التَّعَمُّدِ فِي الْقَتْلِ تَمْنَعُ وَجُوبَ الْكَفَّارَةِ فَأَعْلَمَ اللَّهُ تَعَالَى هَهُنَا بِأَنَّهَا إِذَا وَجَبَتْ
فِي الْعَمْدِ فَلَا أَنْ تَجِبَ فِي الْخَطَا أَوَّلًا.

(وَالْمُبْتَدِئُ وَالْعَائِدُ) فِي وَجُوبِ الْكَفَّارَةِ (سَوَاءً)؛ لِأَنَّ الْعِلَّةَ الْمُوجِبَةَ كَمَا وَجِدَتْ
ابْتِدَاءً فَقَدْ وَجِدَتْ انْتِهَاءً فِي الْمَرَّةِ الثَّانِيَةِ، فَلَوْ تَخَلَّفَ الْحُكْمُ عَنْهُ بَطَلَتْ. فَإِنْ قِيلَ: قَالَ
اللَّهُ تَعَالَى: ﴿وَمَنْ عَادَ فَيَنْتَقِمُ اللَّهُ مِنْهُ﴾ [المائدة: ٩٥] جَعَلَ كُلَّ جَزَائِهِ بِالْفَاءِ انْتِقَامَ
اللَّهِ فَلَا يَكُونُ لَهُ مِنْهُ مُوجِبٌ سِوَاهُ كَمَا عُرِفَ. فَالْجَوَابُ أَنَّ هَذَا مُتَمَسِّكٌ ابْنِ عَبَّاسٍ
وَدَاوُدَ الظَّاهِرِيِّ فِي أَنَّ مُوجِبَ الْعَائِدِ أَنْ يُقَالَ لَهُ: اذْهَبْ فَيَنْتَقِمَ اللَّهُ مِنْكَ.

وَلَكِنَّا نَقُولُ: إِنَّ ذَلِكَ إِذَا عَادَ مُسْتَحِلًّا أَوْ مُسْتَحِقًّا بِهِ كَمَا فِي قَوْلِهِ تَعَالَى فِي بَابِ
الرَّبَا ﴿وَمَنْ عَادَ فَأُولَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ﴾ [البقرة: ٢٧٥] الْآيَةِ، وَأَمَّا إِذَا لَمْ يَكُنْ
كَذَلِكَ فَعَلَيْهِ الْجَزَاءُ عَمَلًا بِدَلَالَةِ النَّصِّ.

(وَالْجَزَاءُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ أَنْ يَقُومَ الصَّيْدُ فِي الْمَكَانِ الَّذِي
قُتِلَ فِيهِ أَوْ فِي أَقْرَبِ الْمَوَاضِعِ مِنْهُ إِذَا كَانَ فِي بَرِيَّةٍ فَيَقُومُهُ ذَوَا عَدَلٍ، ثُمَّ هُوَ مُخَيَّرٌ فِي
الْفِدَاءِ إِنْ شَاءَ ابْتِاعَ بِهَا هَدِيًّا وَذَبِيحَةً إِنْ بَلَغَتْ هَدِيًّا، وَإِنْ شَاءَ اشْتَرَى بِهَا طَعَامًا وَتَصَدَّقَ
عَلَى كُلِّ مِسْكِينٍ نِصْفَ صَاعٍ مِنْ بُرٍّ أَوْ صَاعًا مِنْ تَمَرٍ أَوْ شَعِيرٍ، وَإِنْ شَاءَ صَامَ) عَلَى مَا
نَذَكُرُ.

وَقَالَ مُحَمَّدٌ وَالشَّافِعِيُّ: يَجِبُ فِي الصَّيْدِ النُّظِيرُ فِيمَا لَهُ نُظِيرٌ، فَفِي الظَّبْيِ شَاةٌ،
وَفِي الضَّبُعِ شَاةٌ، وَفِي الْأَرْنَبِ عَنَاقٌ، وَفِي الْبَرَبُوعِ جَفَرَةٌ، وَفِي النُّعَامَةِ بَدَنَةٌ، وَفِي حِمَارِ
الْوَحْشِ بَقَرَةٌ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿فَجَزَاءٌ مِّثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ النَّعَمِ﴾ [المائدة: ٩٥] وَمِثْلُهُ مِنَ
النَّعَمِ مَا يَشَبْهُ الْمَقْتُولَ صُورَةً؛ لِأَنَّ الْقِيَمَةَ لَا تَكُونُ نَعْمًا.

وَالصَّحَابَةُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ أَوْجَبُوا النُّظِيرَ مِنْ حَيْثُ الْخَلْقَةُ وَالْمَنْظَرُ فِي النُّعَامَةِ
وَالظَّبْيِ وَحِمَارِ الْوَحْشِ وَالْأَرْنَبِ عَلَى مَا بَيَّنَّا. وَقَالَ ﷺ: «الضَّبُعُ صَيْدٌ وَفِيهِ شَاةٌ» وَمَا لَيْسَ
لَهُ نُظِيرٌ عِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ تَجِبُ فِيهِ الْقِيَمَةُ مِثْلَ الْعَصْفُورِ وَالْحَمَامِ وَأَشْبَاهِهِمَا. وَإِذَا
وَجِبَتْ الْقِيَمَةُ كَانَ قَوْلُهُ كَقَوْلِهِمَا.

وَالشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ يُوجِبُ فِي الْحَمَامَةِ شَاةً وَيُثَبِّتُ الْمَشَابَهَةَ بَيْنَهُمَا مِنْ حَيْثُ إِنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَعْبُ وَيَهْدُرُ. وَلَأَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ أَنَّ الْمِثْلَ الْمُطْلَقَ هُوَ الْمِثْلُ صُورَةً وَمَعْنَى، وَلَا يُمْكِنُ الْحَمْلُ عَلَيْهِ فَحَمِلَ عَلَى الْمِثْلِ مَعْنَى لَكُونِهِ مَعْهُودًا فِي الشَّرْعِ كَمَا فِي حُقُوقِ الْعِبَادِ أَوْ لَكُونِهِ مُرَادًا بِالْإِجْمَاعِ، أَوْ لَمَّا فِيهِ مِنَ النِّعَمِ، وَفِي ضِدِّهِ التَّخْصِصُ.

وَالْمُرَادُ بِالنَّصِّ وَاللَّهُ أَعْلَمُ فَجَزَاءُ قِيَمَةٍ مَا قُتِلَ مِنَ النِّعَمِ الْوَحْشِيِّ. وَاسْمُ النِّعَمِ يَنْطَلِقُ عَلَى الْوَحْشِيِّ وَالْأَهْلِيِّ، كَذَا قَالَ أَبُو عُبَيْدَةَ وَالْأَصْمَعِيُّ رَحِمَهُمَا اللَّهُ. وَالْمُرَادُ بِمَا رَوَى التَّقْدِيرُ بِهِ دُونَ إيجابِ الْمُعَيَّنِ. ثُمَّ الْخِيَارُ إِلَى الْقَاتِلِ فِي أَنْ يَجْعَلَهُ هَدِيًّا أَوْ طَعَامًا أَوْ صَوْمًا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ.

وَقَالَ مُحَمَّدٌ وَالشَّافِعِيُّ رَحِمَهُمَا اللَّهُ: الْخِيَارُ إِلَى الْحَكَمَيْنِ فِي ذَلِكَ، فَإِنْ حَكَمَا بِالْهَدْيِ يَجِبُ النُّظِيرُ عَلَى مَا ذَكَرْنَا، وَإِنْ حَكَمَا بِالطَّعَامِ أَوْ بِالصِّيَامِ فَعَلَى مَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَأَبُو يُوسُفَ. لَهُمَا أَنَّ التَّخْيِيرَ شَرْعٌ رِفْقًا بِمَنْ عَلَيْهِ فَيَكُونُ الْخِيَارُ إِلَيْهِ كَمَا فِي كَفَّارَةِ الْيَمِينِ. وَلِمُحَمَّدٍ وَالشَّافِعِيِّ قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿تَحَكُّمٌ بِهِ ذَوَا عَدَلٍ مِّنْكُمْ هَدْيًا﴾ [المائدة: ١٩٥] الْآيَةَ، ذَكَرَ الْهَدْيُ مَنْصُوبًا لِأَنَّهُ تَفْسِيرٌ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿تَحَكُّمٌ بِهِ﴾ وَمَفْعُولٌ لِحُكْمِ الْحَكَمِ، ثُمَّ ذَكَرَ الطَّعَامَ وَالصِّيَامَ بِكَلِمَةٍ أَوْ فَيَكُونُ الْخِيَارُ إِلَيْهِمَا.

فَلَمَّا: الْكَفَّارَةُ عَطُفَتْ عَلَى الْجَزَاءِ لَا عَلَى الْهَدْيِ بِدَلِيلِ أَنَّهُ مَرْفُوعٌ، وَكَذَا قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿أَوْ عَدْلٌ ذَلِكَ صِيَامًا﴾ [المائدة: ١٩٥] مَرْفُوعٌ، فَلَمْ يَكُنْ فِيهَا دَلَالَةٌ اخْتِيَارِ الْحَكَمَيْنِ، وَإِنَّمَا يُرْجَعُ إِلَيْهِمَا فِي تَقْوِيمِ الْمُتْلَفِ ثُمَّ الْاخْتِيَارُ بَعْدَ ذَلِكَ إِلَى مَنْ عَلَيْهِ، وَيَقُومَانِ فِي الْمَكَانِ الَّذِي أَصَابَهُ لاختلافِ الْقِيَمِ باختلافِ الْأَمَاكِنِ، فَإِنْ كَانَ الْمَوْضِعُ بَرًّا لَا يُبَاعُ فِيهِ الصَّيْدُ يُعْتَبَرُ أَقْرَبُ الْمَوَاضِعِ إِلَيْهِ مِمَّا يُبَاعُ فِيهِ وَيُشْتَرَى. قَالُوا: وَالْوَاحِدُ يَكْفِي وَالْمُثْنَى أَوْلَى؛ لِأَنَّهُ أَحَاطَ وَأَبْعَدُ عَنِ الْغَلْطِ كَمَا فِي حُقُوقِ الْعِبَادِ. وَقِيلَ يُعْتَبَرُ الْمُثْنَى هَهُنَا بِالنَّصِّ.

الشرح:

وقوله: (وَالْجَزَاءُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ أَنْ يَقُومَ الصَّيْدُ) يَعْنِي يَقُومُهُ ذَوَا عَدَلٍ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ صَيْدٌ لَا مِنْ حَيْثُ مَا زَادَ عَلَيْهِ صَنْعَةٌ، فَإِذَا قُتِلَ الْمُحْرِمُ بِأَزِيهِ الْمُعْلَمِ

فَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ غَيْرُ مُعْلَمٍ وَطُولُ بِلِ الْفَرْقِ بَيْنَهُ وَبَيْنَ مَا إِذَا قَتَلَهُ لغيرِهِ فَإِنَّهُ يَجِبُ قِيمَتُهُ مُعْلَمًا.
وَأُجِيبَ بَأَنَّ وَجُوبَ الْجَزَاءِ بِاعْتِبَارِ مَعْنَى الصَّيْدِيَّةِ وَهُوَ التَّوَحُّشُ وَالتَّنْفُرُ عَنِ النَّاسِ،
وَكَوْنُهُ مُعْلَمًا لَا مَدْخَلَ لَهُ فِي ذَلِكَ بَلْ يُنْتَقَضُ بِهِ ذَلِكَ فَلَا يَدْخُلُ فِي الْجَزَاءِ.

وَأَمَّا وَجُوبُ الْقِيَمَةِ فِي الْإِثْلَافِ فَبِاعْتِبَارِ الْمَالِيَّةِ وَهِيَ بِالْإِنْتِفَاعِ، وَذَلِكَ يَزْدَادُ
بِكَوْنِهِ مُعْلَمًا فَيَدْخُلُ فِي الضَّمَانِ، وَإِنَّمَا قِيدَ بِقَوْلِهِ: صَنْعَةً لِأَنَّهُ إِذَا كَانَتْ الزِّيَادَةُ بِأَمْرِ
خَلْقِي كَمَا إِذَا كَانَ طَيْرٌ يَصُوتُ فَازْدَادَ قِيمَتُهُ لِذَلِكَ فَفِي اعْتِبَارِ ذَلِكَ فِي الْجَزَاءِ
رَوَاتَانِ: فِي رِوَايَةٍ لَا يُعْتَبَرُ لِأَنَّهُ لَيْسَ مِنْ مَعْنَى الصَّيْدِيَّةِ فِي شَيْءٍ، وَفِي أُخْرَى يُعْتَبَرُ؛
لِأَنَّهُ وَصِفٌ ثَابِتٌ بِأَصْلِ الْخَلْقَةِ كَالْحَمَامِ إِذَا كَانَ مُطَوَّقًا.

وَقَوْلُهُ: (ثُمَّ هُوَ) يَعْنِي الْقَاتِلَ (مُخَيَّرٌ فِي الْفِدَاءِ) ظَاهِرٌ، (وَقَالَ مُحَمَّدٌ وَالشَّافِعِيُّ
رَحِمَهُمَا اللَّهُ: يَجِبُ فِي الصَّيْدِ النَّظِيرُ فِيمَا لَهُ نَظِيرٌ) أَيُّ: فِي الْمَنْظَرِ لَا فِي الْقِيَمَةِ (فَفِي
الطَّبْنِ شَاةٌ) ظَاهِرٌ، وَاسْتَدْلَا عَلَى ذَلِكَ بِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿فَجَزَاءٌ مِثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ النَّعَمِ﴾
[المائدة: ٩٥] وَوَجْهُهُ أَنَّ مِثْلَ الْمَقْتُولِ مِنَ النَّعَمِ مَا يُشَبِّهُ الْمَقْتُولَ صُورَةً؛ لِأَنَّ مِنَ النَّعَمِ
بَيَانٌ لِلْمِثْلِ.

(وَالْقِيَمَةُ لَا تَكُونُ نَعَمًا، وَبِأَنَّ الصَّحَابَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ) وَهُمْ عُمَرُ وَعَلِيٌّ وَعَبْدُ
اللَّهِ بْنُ مَسْعُودٍ (أَوْ جُوبُوا النَّظِيرَ عَلَى مَا بَيَّنَّا) يَعْنِي قَوْلُهُ: (فَفِي الطَّبْنِ شَاةٌ وَفِي الضَّبْعِ
شَاةٌ وَفِي الْيَرُبُوعِ جَفْرَةٌ)، وَهِيَ الَّتِي بَلَغَتْ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ إِخْ، (وَمَا لَيْسَ لَهُ نَظِيرٌ) مِنْ
حَيْثُ الْخَلْقَةُ (مِثْلُ الْعُصْفُورِ وَالْحَمَامِ وَمَا أَشَبَّهُهُمَا يَجِبُ فِيهِ الْقِيَمَةُ عِنْدَ مُحَمَّدٍ، وَإِذَا
وَجَبَتْ الْقِيَمَةُ كَانَ قَوْلُهُ: كَقَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ).

وَالشَّافِعِيُّ يَعْتَبِرُ الْمِثْلَ مِنْ حَيْثُ الصِّفَاتُ فَأَوْجَبَ فِي الْحَمَامِ شَاةً لِمُشَابَهَةِ
بَيْنَهُمَا (مِنْ حَيْثُ إِنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَعْبُ وَيَهْدُرُ) الْعَبُّ مِنْ بَابِ طَلَبٍ: أَيُّ: يَشْرَبُ
الْمَاءَ بِمِرَّةٍ مِنْ غَيْرِ أَنْ يَقْطَعَ الْجَرْعَ، قَالَ أَبُو عَمْرٍو، وَالْحَمَامُ يَشْرَبُ هَكَذَا بِخِلَافِ سَائِرِ
الطُّيُورِ فَإِنَّهَا تَشْرَبُ شَيْئًا فَشَيْئًا، وَيُقَالُ: هَدَرَ الْبَعِيرُ وَالْحَمَامُ إِذَا صَوَّتَ مِنْ بَابِ ضَرْبٍ.
(وَلَأَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ أَنَّ) اللَّهُ تَعَالَى أَطْلَقَ الْمِثْلَ.

وَ (الْمِثْلُ الْمَطْلُوقُ هُوَ الْمِثْلُ صُورَةً وَمَعْنَى وَلَا يُمَكِّنُ الْحَمْلُ عَلَيْهِ) لَخُرُوجِ مَا لَيْسَ لَهُ
مِثْلٌ صُورِيٌّ مِنْ تَنَاوُلِ النَّصِّ، وَفِي ذَلِكَ إِهْمَالُهُ عَنْ حُكْمِ الشَّرْعِ فَحُمِلَ عَلَى الْمِثْلِ

مَعْنَى لَكُونِهِ مَعْهُودًا فِي الشَّرْعِ كَمَا فِي حُقُوقِ الْعِبَادِ، أَوْ لَكُونِ الْمِثْلِ الْمَعْنَوِيِّ مُرَادًا بِالْإِجْمَاعِ فِيمَا لَا مِثْلَ لَهُ صُورَةً فَلَا يَكُونُ غَيْرُهُ مُرَادًا وَإِلَّا لَزِمَ عُمُومُ الْمُشْتَرَكِ، أَوْ الْجَمْعُ بَيْنَ الْحَقِيقَةِ وَالْمَجَازِ، وَكِلَاهُمَا غَيْرُ جَائِزٍ هَذَا مَا قَالُوا.

وَاعْتَرَضَ بِأَنَّ الْمِثْلَ لَيْسَ بِمُشْتَرَكٍ بَيْنَ الْمِثْلِ صُورَةً وَبَيْنَهُ مَعْنَى، وَلَا هُوَ حَقِيقَةٌ فِي أَحَدِهِمَا مَجَازٌ فِي الْآخَرِ حَتَّى يَلْزَمَ مَا ذَكَرْتُمْ، بَلْ هُوَ مُطْلَقٌ يَتَنَاوَلُهُمَا كَالرَّقِيقَةِ تَتَنَاوَلُ الْمُؤْمِنَةَ وَالْكَافِرَةَ فَيَدْخُلُ تَحْتَهُ الْمِثْلُ الْمَطْلُوقُ الصُّورِيُّ وَالْمَعْنَوِيُّ كَمَا فِي قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿فَمَنْ أَعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَأَعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا أَعْتَدَى عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة: ١٩٤] دَخَلَ مَا لَهُ مِثْلٌ صُورَةً وَمَعْنَى كَمَا فِي الْمَثَلِيَّاتِ، وَمَا لَيْسَ لَهُ مِثْلٌ إِلَّا مَعْنَى كَالْقِيَمِيَّاتِ. وَالْجَوَابُ أَنَّ الْمَطْلُوقَ مَا يَتَعَرَّضُ لِلذَّاتِ دُونَ الصِّفَاتِ لَا بِالتَّفْنِي وَلَا بِالْإِثْبَاتِ فَهُوَ الدَّلَالُ عَلَى الْمَاهِيَةِ فَقَطْ، وَذَلِكَ يَتَحَقَّقُ تَحْتَ كُلِّ فَرْدٍ مِنْ أَفْرَادِهِ الْمُحْتَمَلَةِ، فَلَوْ كَانَ دَلَالًا عَلَى ذَلِكَ لَوَجِبَ التَّعَامَةُ عَنِ التَّعَامَةِ، وَلَيْسَ كَذَلِكَ بَلْ هُوَ حَقِيقَةٌ عُرْفِيَّةٌ فِي الْمَطْلُوقِ وَمَجَازٌ فِي غَيْرِهِ، وَالْمَجَازُ هَهُنَا مُرَادٌ بِالْإِجْمَاعِ فَلَا يَكُونُ غَيْرُهُ مُرَادًا، وَبِمِثْلِ ذَلِكَ نَقُولُ فِي الْآيَةِ الْأُخْرَى، أَمَّا عَلَى قَوْلٍ مَنْ يَقُولُ: مُوجِبُ الْعَصَبِ الْقِيَمَةُ وَرَدُّ الْعَيْنِ مُخْلَصٌ فَظَاهِرٌ؛ لِأَنَّ الْمَوْجِبَ الْأَصْلِيَّ أَوَّلَى بِالْإِرَادَةِ، وَرَدُّ الْعَيْنِ نَبَتَ بِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذْتَ حَتَّى تَرُدَّهُ».

وَأَمَّا عَلَى قَوْلٍ مَنْ يَقُولُ: مُوجِبُ الْعَصَبِ رَدُّ الْعَيْنِ وَأَدَاءُ الْقِيَمَةِ مُخْلَصٌ، فَكَذَلِكَ تَكُونُ الْقِيَمَةُ نَائِبَةً بِالْكِتَابِ، وَرَدُّ الْعَيْنِ بِالسُّنَّةِ، وَهَذَا الْحُلُّ مِنْ خَوَاصِّ هَذَا الشَّرْحِ، وَجَهْدُ الْمُقِلِّ دُمُوعُهُ.

وَقَوْلُهُ: (أَوْ لَمَّا فِيهِ مِنَ التَّعْمِيمِ) دَلِيلٌ آخَرُ: يَعْنِي فِي اعْتِبَارِ الْمِثْلِ مَعْنَى تَّعْمِيمٍ؛ لِأَنَّهُ يَتَنَاوَلُ مَا لَهُ نَظِيرٌ وَمَا لَيْسَ لَهُ نَظِيرٌ، (وَفِي ضِدِّهِ) أَيُّ: فِي اعْتِبَارِ الْمِثْلِ صُورَةً (تَخْصِصٍ)؛ لَتَنَاوُلِهِ مَا لَهُ نَظِيرٌ فَقَطْ، وَالْعَمَلُ بِالتَّعْمِيمِ أَوَّلَى لَكُونِ النَّصِّ حِينَئِذٍ أَعَمُّ فَائِدَةً.

وَقَوْلُهُ: (وَالْمُرَادُ بِالنَّصِّ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ: (لَأَنَّ الْقِيَمَةَ لَا تَكُونُ نَعَمًا)، وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ الْمُرَادَ بِالْآيَةِ فَجَزَاءٌ هُوَ قِيَمَةٌ مَا قُتِلَ مِنَ النَّعَمِ الْوَحْشِيِّ؛ لِأَنَّ الْمِثْلَ بِمَعْنَى الْقِيَمَةِ عَلَى مَا بَيَّنَّا، وَمِنَ النَّعَمِ بَيَانٌ لَمَّا قُتِلَ، وَالْمُرَادُ مِنَ النَّعَمِ الْوَحْشِيِّ؛ لِأَنَّ الْجَزَاءَ إِنَّمَا يَجِبُ

بِقَتْلِهِ لَا يَقْتُلُ الْحَيَوَانَ الْأَهْلِيَّ، وَقَدْ ثَبَتَ أَنَّ النَّعَمَ كَمَا يُطْلَقُ عَلَى الْأَهْلِيِّ فِي اللُّغَةِ يُطْلَقُ عَلَى الْوَحْشِيِّ، قَالَهُ أَبُو عُبَيْدَةَ وَالْأَصْمَعِيُّ.

فَإِنْ قِيلَ: مَا تَصْنَعُ بِقَوْلِهِ: هَدْيًا وَهُوَ حَالٌ مِنْ جَزَاءٍ، فَإِذَا كَانَ الْجَزَاءُ الْقِيَمَةَ كَيْفَ يُمَكِّنُ أَنْ يَكُونَ هَدْيًا بَالِغَ الْكَعْبَةِ؟ أُجِيبَ بِأَنْ مَعْنَاهُ إِذَا قَوْمٌ فَبَلَعَتْ قِيَمَتُهُ هَدْيًا بَالِغَ الْكَعْبَةِ فَالْقَاتِلُ بِالْخِيَارِ بَيْنَ الْأُمُورِ الثَّلَاثَةِ.

(وَقَوْلُهُ: وَالْمَرَادُ بِمَا رُوِيَ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ: (قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «الضَّيْعُ صَيْدٌ وَفِيهِ شَاةٌ») وَعَنْ أَثَرِ الصَّحَابَةِ: يَعْنِي أَنَّ إِيجَابَ النَّبِيِّ ﷺ وَالصَّحَابَةِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ هَذِهِ التَّظَاهِيرَ لَمْ يَكُنْ بِاعْتِبَارِ أَعْيَانِهَا إِذْ لَا مُمَازَلَةَ بَيْنَ الضَّيْعِ وَالشَّاةِ خَلْقَةً، وَإِنَّمَا كَانَ بِاعْتِبَارِ التَّقْدِيرِ بِالْقِيَمَةِ، إِلَّا أَنَّهُمْ كَانُوا أَرْبَابَ الْمَوَاشِي فَكَانَ الْأَدَاءُ عَلَيْهِمْ مِنْهَا أَيْسَرَ وَهُوَ نَظِيرُ قَوْلِ عَلِيٍّ ؓ فِي وَلَدِ الْمَرْغُورِ: يُفَكُّ الْغُلَامُ بِالْغُلَامِ وَالْجَارِيَةُ بِالْجَارِيَةِ وَالْمَرَادُ الْقِيَمَةُ.

قَالَ (ثُمَّ الْخِيَارُ إِلَى الْقَاتِلِ) يَعْنِي إِذَا ظَهَرَ قِيَمَةُ الصَّيْدِ بِحُكْمِ الْحَكَمَيْنِ وَهِيَ تُبْلَغُ هَدْيًا، فَالْخِيَارُ (فِي أَنْ يَجْعَلَهُ هَدْيًا أَوْ طَعَامًا أَوْ صَوْمًا) إِلَى الْقَاتِلِ (عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ وَالشَّافِعِيُّ: الْخِيَارُ إِلَى الْحَكَمَيْنِ) فِي تَعْيِينِ أَحَدِ الْأَشْيَاءِ، (فَإِنْ حَكَمًا بِالْهَدْيِ يَجِبُ النَّظِيرُ عَلَى مَا ذَكَرْنَا، وَإِنْ حَكَمًا بِالطَّعَامِ أَوْ الصِّيَامِ فَعَلَى مَا قَالَهُ أَبُو حَنِيفَةَ وَأَبُو يُوسُفَ) يَعْنِي مِنْ اعْتِبَارِ الْقِيَمَةِ مِنْ حَيْثُ الْمَعْنَى.

(لَهُمَا) أَيِ لِأَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ (أَنَّ التَّخْيِيرَ شَرَعٌ رِفْقًا بِمَنْ عَلَيْهِ، فَيَكُونُ الْخِيَارُ إِلَيْهِ) لِيَرْتَفِقَ بِمَا يَخْتَارُ (كَمَا فِي كَفَّارَةِ الْيَمِينِ. وَلِمُحَمَّدٍ وَالشَّافِعِيِّ قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿تَحْكُمُ بِهِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ هَدْيًا﴾ [المائدة: ٩٥] الْآيَةَ) وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ (ذَكَرَ الْهَدْيَ مَنْصُوبًا تَفْسِيرًا لِقَوْلِهِ: ﴿تَحْكُمُ بِهِ﴾، فَإِنْ ضَمِيرَ بِهِ مُبْهَمٌ فَفَسَّرَهُ بِقَوْلِهِ: هَدْيًا فَكَانَ نَصَبًا عَلَى التَّفْسِيرِ.

وَقِيلَ أَيِ: التَّمْيِيزُ فَثَبَتَ أَنَّ الْمَثْلَ إِنَّمَا يَصِيرُ هَدْيًا بِاخْتِيَارِهِمَا وَحُكْمِهِمَا، (أَوْ مَفْعُولٌ لِحُكْمِ الْحَكَمِ) أَيِ: عَلَى أَنْ يَكُونَ بَدَلًا مِنَ الضَّمِيرِ مَحْمُولًا عَلَى مَحَلِّهِ كَمَا فِي قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿قُلْ إِنِّي هَدَيْتُ رَبِّي إِلَى صِرَاطٍ مُسْتَقِيمٍ دِينًا قِيمًا﴾ [الأنعام: ١٦١] وَفِي ذَلِكَ تَنْصِصٌ عَلَى أَنَّ التَّعْيِينَ إِلَى الْحَكَمَيْنِ، ثُمَّ لَمَّا ثَبَتَ ذَلِكَ فِي الْهَدْيِ ثَبَتَ فِي

الطَّعَامِ وَالصَّيَّامِ لَعَدَمِ الْقَائِلِ وَبِالْفَصْلِ؛ وَلَأَنَّهُ عَطَفَهُمَا عَلَيْهِ (بِكَلِمَةِ أَوْ) وَهِيَ لِلتَّخْيِيرِ، (فَيَكُونُ الْخِيَارُ إِلَيْهِمَا).

وَفِي تَوْجِيهِ هَذَا الْكَلَامِ إِشْكَالٌ؛ لِأَنَّ ذِكْرَ الطَّعَامِ وَالصَّيَّامِ بِكَلِمَةِ أَوْ لَا يُفِيدُ الْمَطْلُوبَ إِلَّا إِذَا كَانَ كَفَّارَةً مَنْصُوبًا عَلَى مَا هُوَ قِرَاءَةُ عِيسَى بْنِ عُمَرَ النَّحْوِيِّ وَهِيَ شَاذَّةٌ، وَالشَّافِعِيُّ لَا يَرَى الاسْتِدْلَالَ بِالْقِرَاءَةِ الشَّاذَّةِ لَا مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ كِتَابٌ وَلَا مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ خَبَرٌ كَمَا عُرِفَ فِي الْأُصُولِ.

وَقَوْلُهُ: (قُلْنَا) جَوَابٌ عَنْ اسْتِدْلَالِهِمَا، وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ الدَّلِيلَ إِنَّمَا يَصِحُّ أَنْ لَوْ كَانَ كَفَّارَةً مَعْطُوفَةً عَلَى هَذِيَا، وَلَيْسَ كَذَلِكَ لِاخْتِلَافِ إِعْرَابِهِمَا، وَإِنَّمَا هِيَ مَعْطُوفَةٌ عَلَى قَوْلِهِ: فَجَزَاءٌ بِدَلِيلٍ أَنَّهُ مَرْفُوعٌ، (وَكَذَلِكَ قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿أَوْ عَدَلُ ذَلِكَ صِيَامًا﴾ [المائدة: ٩٥] مَرْفُوعٌ فَلَمْ يَكُنْ فِي الْآيَةِ دَلَالَةٌ اخْتِيَارِ الْحَكَمَيْنِ) فِي الطَّعَامِ وَالصَّيَّامِ، وَإِذَا لَمْ يَثْبُتِ الْخِيَارُ فِيهِمَا لِلْحَكَمَيْنِ لَمْ يَثْبُتْ فِي الْهَدْيِ لَعَدَمِ الْقَائِلِ بِالْفَصْلِ.

(وَأِنَّمَا يَرْجِعُ إِلَيْهِمَا فِي تَقْوِيمِ الْمُتْلَفِ) لَا غَيْرِ، (ثُمَّ الْاخْتِيَارُ بَعْدَ ذَلِكَ إِلَى مَنْ عَلَيْهِ رِفْقًا لَهُ، (وَيُقَوِّمَانِ) أَيِ: الْحَكَمَانِ (فِي الْمَكَانِ الَّذِي أَصَابَهُ) الْمُحْرِمُ. قَالَ شَيْخُ الْإِسْلَامِ: وَكَذَا يُعْتَبَرُ الزَّمَانُ الَّذِي أَصَابَهُ فِيهِ لِاخْتِلَافِ الْقِيَمِ بِاخْتِلَافِ الْأَمَاكِنِ وَالْأَزْمَانِ. وَقَوْلُهُ: (فَإِنْ كَانَ الْمَوْضِعُ بَرًّا) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ: (وَقِيلَ يُعْتَبَرُ الْمُشْتَى هَهُنَا) فِي جَزَاءِ الصَّيْدِ (بِالنَّصِّ) وَهُوَ قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿تَحْكُمُ بِهِ ذَوَا عَدْلٍ﴾ [المائدة: ٩٥].

قَالَ فِي «الْكَشَّافِ» عَنْ قَبِيصَةَ أَنَّهُ أَصَابَ ظَبْيًا وَهُوَ مُحْرِمٌ، فَسَأَلَ عَنْهُ عُمَرُ فَشَاوَرَ عَبْدَ الرَّحْمَنِ بْنَ عَوْفٍ ثُمَّ أَمَرَهُ بِذَبْحِ شَاةٍ، فَقَالَ قَبِيصَةُ لَصَاحِبِهِ: وَاللَّهِ مَا عَلِمَ أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ حَتَّى سَأَلَ غَيْرَهُ، فَأَقْبَلَ عَلَيْهِ ضَرْبًا وَقَالَ: أَنْعِمِصُ الْفُتْيَا وَتَقْتُلُ الصَّيْدَ وَأَنْتَ مُحْرِمٌ؟ قَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿تَحْكُمُ بِهِ ذَوَا عَدْلٍ مِّنْكُمْ هَدْيًا﴾ [المائدة: ٩٥] فَأَنَا عُمَرُ وَهَذَا عَبْدُ الرَّحْمَنِ.

(وَالْهَدْيُ لَا يُذْبَحُ إِلَّا بِمَكَّةَ) لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿هَدْيًا بَلِغَ الْكَعْبَةِ﴾ (وَيَجُوزُ الْإِطْعَامُ فِي غَيْرِهَا) خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ. هُوَ يَعْتَبِرُهُ بِالْهَدْيِ وَالْجَامِعُ التَّوَسُّعُ عَلَى سُكَّانِ الْحَرَمِ، وَنَحْنُ نَقُولُ: الْهَدْيُ قُرْبَةً غَيْرُ مَعْقُولَةٍ فَيَخْتَصُّ بِمَكَانٍ أَوْ زَمَانٍ. أَمَّا الصَّدَقَةُ قُرْبَةً مَعْقُولَةٌ فِي كُلِّ زَمَانٍ وَمَكَانٍ (وَالصَّوْمُ يَجُوزُ فِي غَيْرِ مَكَّةَ)؛ لِأَنَّهُ قُرْبَةٌ فِي كُلِّ

مَكَان (فَإِنْ ذَبَحَ الْهَدْيَ بِالْكُوفَةِ أَجْزَأَهُ عَنِ الطَّعَامِ) مَعْنَاهُ إِذَا تَصَدَّقَ بِاللَّحْمِ وَفِيهِ وَقَاءُ بِقِيَمَةِ الطَّعَامِ؛ لِأَنَّ الْإِرَاقَةَ لَا تُتَوَبُّ عَنْهُ.

وَإِذَا وَقَعَ الْاِخْتِيَارُ عَلَى الْهَدْيِ يَهْدِي مَا يُجْزِيهِ فِي الْأُضْحِيَّةِ لِأَنَّ مُطْلَقَ اسْمِ الْهَدْيِ مُنْصَرَفٌ إِلَيْهِ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ وَالشَّافِعِيُّ: يُجْزِي صِغَارُ النِّعَمِ فِيهَا؛ لِأَنَّ الصُّحَابَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ أَوْجَبُوا عَنَاقًا وَجَفَرَةً.

وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ يَجُوزُ الصَّغَارُ عَلَى وَجْهِ الْإِطْعَامِ: يَعْنِي إِذَا تَصَدَّقَ. وَإِذَا وَقَعَ الْاِخْتِيَارُ عَلَى الطَّعَامِ يَقُومُ الْمُتْلَفُ بِالطَّعَامِ عِنْدَنَا؛ لِأَنَّهُ هُوَ الْمَضْمُونُ فَتُعْتَبَرُ قِيَمَتُهُ (وَإِذَا اشْتَرَى بِالْقِيَمَةِ طَعَامًا تَصَدَّقَ عَلَى كُلِّ مِسْكِينٍ نِصْفَ صَاعٍ مِنْ بُرٍّ أَوْ صَاعًا مِنْ تَمْرٍ أَوْ شَعِيرٍ وَلَا يَجُوزُ أَنْ يُطْعَمَ الْمِسْكِينُ أَقَلَّ مِنْ نِصْفِ صَاعٍ)؛ لِأَنَّ الطَّعَامَ الْمَذْكُورَ يَنْصَرَفُ إِلَى مَا هُوَ الْمَعْهُودُ فِي الشَّرْعِ.

(وَإِنْ اخْتَارَ الصِّيَامُ يَقُومُ الْمُتَقَاتِلُ طَعَامًا ثُمَّ يَصُومُ عَنْ كُلِّ نِصْفِ صَاعٍ مِنْ بُرٍّ أَوْ صَاعٍ مِنْ تَمْرٍ أَوْ شَعِيرٍ يَوْمًا)؛ لِأَنَّ تَقْدِيرَ الصِّيَامِ بِالْمُتَقَاتِلِ غَيْرُ مُمَكِّنٍ إِذْ لَا قِيَمَةَ لِلصِّيَامِ فَقَدَرْنَاهُ بِالطَّعَامِ، وَالتَّقْدِيرُ عَلَى هَذَا الْوَجْهِ مَعْهُودٌ فِي الشَّرْعِ كَمَا فِي بَابِ الْفِدْيَةِ (فَإِنْ فَضَلَ مِنَ الطَّعَامِ أَقَلُّ مِنْ نِصْفِ صَاعٍ فَهُوَ مُخَيَّرٌ إِنْ شَاءَ تَصَدَّقَ بِهِ، وَإِنْ شَاءَ صَامَ عَنْهُ يَوْمًا كَامِلًا)؛ لِأَنَّ الصَّوْمَ أَقَلُّ مِنْ يَوْمٍ غَيْرِ مَشْرُوعٍ، وَكَذَلِكَ إِنْ كَانَ الْوَاجِبُ دُونَ طَعَامِ مِسْكِينٍ يُطْعَمُ قَدْرَ الْوَاجِبِ أَوْ يَصُومُ يَوْمًا كَامِلًا مَا قُلْنَا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَيَجُوزُ الْإِطْعَامُ فِي غَيْرِهَا) يَعْنِي سَوَاءٌ كَانَ طَعَامُ الْإِبَاحَةِ أَوْ التَّمْلِيكِ. وَقَوْلُهُ: (وَالصَّوْمُ يَجُوزُ فِي غَيْرِ مَكَّةَ) يَعْنِي بِالْإِجْمَاعِ. وَقَوْلُهُ: (إِذَا تَصَدَّقَ بِاللَّحْمِ وَفِيهِ وَقَاءُ بِقِيَمَةِ الطَّعَامِ) بَأَنَّهُ يُصِيبُ كُلَّ مِسْكِينٍ مِنَ اللَّحْمِ مَا تَبْلُغُ قِيَمَتُهُ نِصْفَ صَاعٍ مِنْ بُرٍّ قِيَاسًا عَلَى كَفَّارَةِ الْيَمِينِ وَكَانَ مِنْ شَرْطِ تَصَدُّقِهِ التَّفْرِيقُ، بِخِلَافِ مَا إِذَا ذَبَحَ بِمَكَّةَ فَإِنَّهُ إِذَا تَصَدَّقَ بِهِ بَعْدَ الذَّبْحِ عَلَى فَقِيرٍ وَاحِدٍ جَازٍ؛ لِأَنَّ جَوَازَهُ مِنْ حَيْثُ الْهَدْيُ لَا مِنْ حَيْثُ الصَّدَقَةُ.

وَقَوْلُهُ: (لِأَنَّ الْإِرَاقَةَ لَا تُتَوَبُّ عَنْهُ) أَيُّ: لِأَنَّ الْإِرَاقَةَ الْحَاصِلَةَ بِمَكَانٍ غَيْرِ الْحَرَمِ لَا تُتَوَبُّ عَنْ الْهَدْيِ؛ حَتَّى لَوْ سَرَقَ الْمَذْبُوحُ أَوْ ضَاعَ قَبْلَ التَّصَدُّقِ بِهِ بَقِيَ الْوَاجِبُ عَلَيْهِ

كَمَا كَانَ، بِخِلَافِ الْمَذْبُوحِ بِمَكَّةَ حَيْثُ يَخْرُجُ عَنِ الْعَهْدَةِ وَإِنْ سَرَقَ أَوْ ضَاعَ قَبْلَ التَّصَدُّقِ بِهِ.

قَالَ: (وَإِذَا وَقَعَ الْاِخْتِيَارُ عَلَى الْهَدْيِ) إِذَا اخْتَارَ الْقَاتِلُ الْهَدْيَ، (يُهْدِي مَا يُجْزِيهِ فِي الْأُضْحِيَّةِ) وَهُوَ الْجَذْعُ الْكَبِيرُ مِنَ الضَّأْنِ أَوْ النَّيِّءُ مِنْ غَيْرِهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ (لَأَنَّ مُطْلَقَ اسْمِ الْهَدْيِ يَنْصَرِفُ إِلَيْهِ) كَمَا فِي هَدْيِ الْمُتَنَعَةِ وَالْقِرَانِ فَإِنَّهُ يَنْصَرِفُ إِلَى مَا يُجْزِي فِي الْأُضْحِيَّةِ.

واعتُزِلَ عَلَيْهِ بِأَنَّ اسْمَ الْهَدْيِ قَدْ يَنْصَرِفُ إِلَى غَيْرِهِ كَمَا إِذَا قَالَ: إِنْ فَعَلْتُ كَذَا فَتَوْبِي هَذَا هَدْيٌ فَلْيَكُنْ فِي مَحَلِّ النَّزَاعِ كَذَلِكَ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ الْكَلَامَ فِي مُطْلَقِ الْهَدْيِ وَمَا ذَكَرْتُ لَيْسَ كَذَلِكَ؛ لَأَنَّ الْإِشَارَةَ إِلَى التَّوْبِ قِيدَتْهُ بِذَلِكَ. (وَقَالَ مُحَمَّدٌ وَالشَّافِعِيُّ: يُجْزِي صِغَارُ النَّعَمِ) قَالَ فِي «الْتَّهْيَاةِ»: وَذَكَرَ فِي الْمَبْسُوطِ وَالْأَسْرَارِ وَشُرُوحِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ لَفْخَرِ الْإِسْلَامِ وَقَاضِي خَانَ قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ مِثْلُ قَوْلِ مُحَمَّدٍ.

(لَأَنَّ الصَّحَابَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ أَوْجَبُوا عَنَاقًا وَجَفَرَةً) فَذَلَّ عَلَى جَوَازِ ذَلِكَ فِي بَابِ الْهَدْيِ (وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ يَجُوزُ الصَّغَارُ عَلَى وَجْهِ الْإِطْعَامِ) فَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ إِيْجَابُ الصَّحَابَةِ عَلَى ذَلِكَ الْوَجْهِ، (وَإِذَا وَقَعَ الْاِخْتِيَارُ عَلَى الطَّعَامِ يُقَوِّمُ الْمُتْلَفُ بِالطَّعَامِ عِنْدَنَا) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: وَقِيلَ هُوَ قَوْلُ مُحَمَّدٍ يَجِبُ الْمِثْلُ ثُمَّ يُقَوِّمُ الْمِثْلُ بِالطَّعَامِ، وَأَمَّا عِنْدَنَا فَالْمُتْلَفُ هُوَ الْمَضْمُونُ فَيُعْتَبَرُ قِيَمَتُهُ.

وَقَوْلُهُ: (وَإِذَا اشْتَرَى بِالْقِيَمَةِ طَعَامًا) إِشَارَةٌ إِلَى أَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يُقَوِّمَ الْمُتْلَفُ بِالْقِيَمَةِ ثُمَّ يَشْتَرِيَ بِالْقِيَمَةِ طَعَامًا. قَوْلُهُ: (يَنْصَرِفُ إِلَى مَا هُوَ الْمَعْهُودُ فِي الشَّرْعِ) يَعْنِي نِصْفَ صَاعٍ مِنْ بُرٍّ كَمَا فِي صَدَقَةِ الْفِطْرِ وَكَفَّارَةِ الْيَمِينِ وَالظَّهَارِ.

وَقَوْلُهُ: (وَإِنْ اخْتَارَ الصِّيَامَ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ: (وَكَذَلِكَ إِنْ كَانَ الْوَاجِبُ دُونَ طَعَامِ مَسْكِينٍ) بِأَنَّ قَتْلَ يَرْبُوعًا أَوْ عُصْفُورًا وَلَمْ تَبْلُغْ قِيَمَتُهُ إِلَّا مُدًّا مِنَ الْخِنْطَةِ (يُطْعِمُ ذَلِكَ الْقَدْرَ أَوْ يَصُومُ يَوْمًا كَامِلًا لَمَا قُلْنَا): إِنْ الصَّوْمُ أَقْلُ مِنْ يَوْمٍ غَيْرِ مَشْرُوعٍ.

(وَلَوْ جَرَحَ صَيْدًا أَوْ نَتَفَ شَعْرَهُ أَوْ قَطَعَ عُضْوًا مِنْهُ ضَمِنَ مَا نَقَصَهُ) اعْتِبَارًا لِلْبَعْضِ بِالْكُلِّ كَمَا فِي حُقُوقِ الْعِبَادِ (وَلَوْ نَتَفَ رِيَشَ طَائِرٍ أَوْ قَطَعَ قَوَائِمَ صَيْدٍ فَخَرَجَ مِنْ حَيْزِ الْاِمْتِنَاعِ فَعَلَيْهِ قِيَمَتُهُ كَامِلَةٌ)؛ لِأَنَّهُ قُوَّتٌ عَلَيْهِ الْأَمْنُ بِتَقْوِيَةِ آلَةِ الْاِمْتِنَاعِ فَيَغْرَمُ جَزَاءَهُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَلَوْ جَرَحَ صَيْدًا) ظَاهِرٌ.

(وَمَنْ كَسَرَ بَيْضَ نَعَامَةٍ فَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ) وَهَذَا مَرْوِيٌّ عَنْ عَلِيٍّ وَابْنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ، وَلَأنَّهُ أَصْلُ الصَّيْدِ، وَلَهُ عَرْضِيَّةٌ أَنْ يَصِيرَ صَيْدًا فَنَزَلَ مَنْزِلَةَ الصَّيْدِ احْتِيَاطًا مَا لَمْ يَفْسُدْ (فَإِنْ خَرَجَ مِنَ الْبَيْضِ فَرُخٌ مَيِّتٌ فَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ حَيًّا) وَهَذَا اسْتِحْسَانٌ، وَالْقِيَاسُ أَنْ لَا يَغْرَمَ سِوَى الْبَيْضَةِ؛ لِأَنَّ حَيَاةَ الْفَرُخِ غَيْرُ مَعْلُومَةٍ. وَجَهُ الاسْتِحْسَانِ أَنَّ الْبَيْضَ مُعَدٌّ لِيَخْرُجَ مِنْهُ الْفَرُخُ الْحَيُّ، وَالْكَسْرُ قَبْلَ أَوَانِهِ سَبَبٌ لِمَوْتِهِ فَيُحَالُ بِهِ عَلَيْهِ احْتِيَاطًا، وَعَلَى هَذَا إِذَا ضَرَبَ بَطْنَ ظَلِيَّةٍ فَأَلْقَتْ جَنِينًا مَيِّتًا وَمَاتَتْ فَعَلَيْهِ قِيمَتُهُمَا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (مَا لَمْ يَفْسُدْ) إِشَارَةٌ إِلَى أَنَّهَا إِذَا كَانَتْ مَذْرُوعَةً فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُتْلَفْ صَيْدًا وَلَا مَا هُوَ بِعَرْضِيَّةٍ أَنْ يَصِيرَ صَيْدًا. وَقَوْلُهُ: (فَإِنْ خَرَجَ مِنَ الْبَيْضِ فَرُخٌ مَيِّتٌ) هَذِهِ الْمَسْأَلَةُ لَا تَخْلُو، أَمَّا إِنْ عَلِمَ أَنَّهُ كَانَ حَيًّا وَمَاتَ بِالْكَسْرِ، أَوْ عَلِمَ أَنَّهُ كَانَ مَيِّتًا، أَوْ لَمْ يَعْلَمْ أَنَّ مَوْتَهُ بِسَبَبِ الْكَسْرِ أَوْ لَا، فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ ضَمِنَ قِيمَتَهُ، وَإِنْ كَانَ الثَّانِي فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ، وَإِنْ كَانَ الثَّلَاثَ (فَالْقِيَاسُ أَنْ لَا يَغْرَمَ سِوَى الْبَيْضَةِ؛ لِأَنَّ حَيَاةَ الْفَرُخِ غَيْرُ مَعْلُومَةٍ).

وَفِي الاسْتِحْسَانِ: تَجِبُ عَلَيْهِ قِيمَةُ الْفَرُخِ حَيًّا لَمَّا ذُكِرَ فِي الْكِتَابِ. وَتَقْرِيرُهُ: الْبَيْضُ مُعَدٌّ لِيَخْرُجَ مِنْهُ الْفَرُخُ الْحَيُّ، وَكُلُّ مَا هُوَ مُعَدٌّ لِيَخْرُجَ مِنْهُ الْفَرُخُ الْحَيُّ كَسْرُهُ قَبْلَ أَوَانِهِ سَبَبٌ لِمَوْتِ ذَلِكَ الْفَرُخِ، وَذَلِكَ إِثْلَافٌ لَهُ، وَالْإِثْلَافُ يُوجِبُ الضَّمَانَ. وَقَوْلُهُ: (فَيُحَالُ بِهِ عَلَيْهِ) أَيُّ: بِالْمَوْتِ عَلَى الْكَسْرِ وَالْبَاءُ صِلَةٌ كَانَ أَصْلُهُ يُحَالُ الْمَوْتُ عَلَى الْكَسْرِ: أَيُّ: يُضَافُ إِلَيْهِ.

فَإِنْ قِيلَ: يَبْضُ النَّعَامَةِ كَبَطْنِ الظَّيْبَةِ، وَلَوْ ضَرَبَ بَطْنَ ظَلِيَّةٍ فَأَلْقَتْ جَنِينًا مَيِّتًا وَمَاتَتْ الظَّيْبَةُ كَانَ عَلَيْهِ قِيمَتُهُمَا عَلَى مَا يَجِيءُ، فَلَمْ لَا يَكُونُ عَلَيْهِ هَهُنَا قِيمَةُ الْبَيْضِ وَالْفَرُخِ جَمِيعًا؟ أَجِيبُ: بِأَنَّ ضَمَانَ الْبَيْضِ لَيْسَ لَذَاتِهِ بَلْ بِاعْتِبَارِ أَنَّهُ سَبَبُ الْفَرُخِ؛ وَلِهَذَا لَا يَجِبُ الضَّمَانُ إِذَا كَانَتْ الْبَيْضَةُ مَذْرُوعَةً، فَإِذَا وَجَبَ ضَمَانُ الْفَرُخِ لَا يَجِبُ ضَمَانُ الْبَيْضِ.

وَقَوْلُهُ: (وَعَلَى هَذَا) أَيِ عَلَى الْقِيَاسِ وَالِاسْتِحْسَانِ (إِذَا ضَرَبَ بَطْنَ ظَنِيَّةٍ فَأَلْقَتْ جَنِينًا مَيِّتًا وَمَاتَتْ فَعَلَيْهِ قِيمَتُهُمَا)، فَإِنْ قِيلَ: قَدْ تَقَدَّمَ أَنَّ ضَمَانَ الصَّيْدِ يُشْبِهُ غَرَامَاتِ الْأَمْوَالِ، وَمَنْ ضَرَبَ بَطْنَ جَارِيَةٍ فَأَلْقَتْ جَنِينًا مَيِّتًا وَمَاتَتْ كَانَ عَلَيْهِ قِيمَةُ الْجَارِيَةِ دُونَ الْجَنِينِ، فَكَيْفَ وَجَبَتْ هَهُنَا قِيمَةُ الْجَنِينِ؟ أُجِيبَ بِأَنَّ الْجَنِينَ فِي حُكْمِ الْجُزْءِ مِنْ وَجْهِهِ وَفِي حُكْمِ النَّفْسِ مِنْ وَجْهِهِ، وَالضَّمَانُ الْوَاجِبُ لِحَقِّ الْعِبَادِ غَيْرُ مَبْنِيٍّ عَلَى الْإِحْتِيَاطِ فَلَا يَجِبُ فِي مَوْضِعِ الشُّكِّ، فَأَمَّا جَزَاءُ الصَّيْدِ فَمَبْنِيٌّ عَلَى الْإِحْتِيَاطِ فَرَجَحَ فِيهِ شَبَهُ النَّفْسِيَّةِ فِي الْجَنِينِ وَوَجَبَ الْجَزَاءُ.

(وَلَيْسَ فِي قَتْلِ الْغُرَابِ وَالْحِدَاةِ وَالذَّنْبِ وَالْحَيَةِ وَالْعَقْرَبِ وَالْفَارَةَ وَالْكَلْبِ الْعَقُورِ جَزَاءً؛ لِقَوْلِهِ ﷺ: «خَمْسٌ مِنَ الْفَوَاسِقِ يُقْتَلْنَ فِي الْحِلِّ وَالْحَرَمِ، الْحِدَاةُ وَالْحَيَةُ وَالْعَقْرَبُ، وَالْفَارَةُ وَالْكَلْبُ الْعَقُورُ»^(١)) وَقَالَ ﷺ: «يُقْتَلُ الْمُحَرَّمُ الْفَارَةُ وَالْغُرَابُ وَالْحِدَاةُ وَالْعَقْرَبُ وَالْحَيَةُ وَالْكَلْبُ الْعَقُورُ» وَقَدْ ذَكَرَ الذَّنْبُ فِي بَعْضِ الرُّوَايَاتِ.

وَقِيلَ الْمُرَادُ بِالْكَلْبِ الْعَقُورِ الذَّنْبُ، أَوْ يُقَالُ إِنَّ الذَّنْبَ فِي مَعْنَاهُ، وَالْمُرَادُ بِالْغُرَابِ الَّذِي يَأْكُلُ الْجَيْفَ وَيَخْلَطُ؛ لِأَنَّهُ يَبْتَدِئُ بِالْأَذَى، أَمَّا الْعَقْمَقُ فَغَيْرُ مُسْتَثْنَى؛ لِأَنَّهُ لَا يُسَمَّى غُرَابًا وَلَا يَبْتَدِئُ بِالْأَذَى. وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ الْكَلْبَ الْعَقُورَ وَغَيْرَ الْعَقُورِ وَالْمُسْتَأْنَسَ وَالْمُتَوَحَّشَ مِنْهُمَا سَوَاءٌ؛ لِأَنَّ الْمُعْتَبَرَ فِي ذَلِكَ الْجِنْسُ، وَكَذَا الْفَارَةُ الْأَهْلِيَّةُ وَالْوَحْشِيَّةُ سَوَاءٌ. وَالضَّبُّ وَالْيَرْبُوعُ لَيْسَا مِنَ الْخَمْسِ الْمُسْتَثْنَاةِ؛ لِأَنَّهُمَا لَا يَبْتَدِئَانِ بِالْأَذَى.

الشرح:

(وَلَيْسَ فِي قَتْلِ الْفَوَاسِقِ الْخَمْسَةِ شَيْءٌ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ اسْتَثْنَى بِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «خَمْسٌ مِنَ الْفَوَاسِقِ يُقْتَلْنَ فِي الْحِلِّ وَالْحَرَمِ: الْحِدَاةُ، وَالْحَيَةُ، وَالْعَقْرَبُ، وَالْفَارَةُ، وَالْكَلْبُ الْعَقُورُ» وَذَكَرَ الذَّنْبَ فِي بَعْضِ الرُّوَايَاتِ، فَقِيلَ فِيمَا إِذَا ذَكَرَ الْكَلْبَ الْعَقُورَ فَمُرَادُهُ الذَّنْبُ، أَوْ يُقَالُ: إِنَّ الذَّنْبَ فِي مَعْنَى الْكَلْبِ الْعَقُورِ. وَذَكَرَ الْمُصَنِّفُ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي أَوَّلِ هَذَا الْفَصْلِ السَّتَّةَ بِنَاءً عَلَى الرُّوَايَةِ أَوْ الدَّلَالَةِ. وَقَوْلُهُ: (وَالْمُرَادُ بِالْغُرَابِ: الَّذِي يَأْكُلُ الْجَيْفَ وَيَخْلَطُ) أَيِ: التَّجَاسَّاتِ مَعَ غَيْرِهَا أَيِ:

(١) أخرجه مسلم في الحج (حديث ٦٦، ٦٧، ٧١) من حديث عائشة رضي الله عنها، وانظر نصب الراية (١٦٦/٣).

يَأْكُلُ الْحَبَّ ثَارَةً وَالتَّجَاسَةَ أُخْرَى، وَقَعَ تَكَرُّارًا؛ لِأَنَّهُ ذَكَرَهُ فِي أَوَّلِ الْفَصْلِ مَعَ زِيَادَةِ مَعْنَى وَهُوَ كَوْنُهُ مَرُوبًا عَنْ أَبِي يُوسُفَ فَكَانَ مُسْتَعْنَى عَنْ ذِكْرِهِ. وَقَوْلُهُ: (الَّذِي يَأْكُلُ الْحَيْفَ) خَبَرٌ لَا صِفَةً فَكَانَ مَوْضِعَ ضَمِيرِ الْفَصْلِ، وَاحْتَرَزَ بِهِ عَنِ الْغُرَابِ الَّذِي يَأْكُلُ الزَّرْعَ فَإِنَّهُ يَجِبُ الضَّمَانُ بِقَتْلِهِ.

وَقَوْلُهُ: (لَأَنَّهُ يَبْتَدِئُ بِالْأَذَى) قِيلَ لِأَنَّهُ يَقَعُ عَلَى دُبُرِ الدَّابَّةِ، وَقِيلَ فَعَلَى هَذَا يَكُونُ فِي قَوْلِهِ: فِي الْعَقَقِ وَلَا يَبْتَدِئُ بِالْأَذَى نَظَرٌ لِأَنَّهُ يَقَعُ عَلَى دُبُرِ الدَّابَّةِ. (وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الْكَلْبَ الْعَقُورَ وَغَيْرَ الْعَقُورِ وَالْمُسْتَأْنَسَ وَالْمُتَوَحَّشَ مِنْهُمَا) أَيْ: مِنَ الْكَلْبِ الْعَقُورِ وَغَيْرِ الْعَقُورِ (سَوَاءً)، أَمَّا الْعَقُورُ فَظَاهِرٌ؛ لِأَنَّهُ وَرَدَ فِيهِ الْحَدِيثُ، وَأَمَّا غَيْرُهُ فَإِنَّمَا لَمْ يَجِبْ فِيهِ الْجَزَاءُ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِصَيِّدٍ لَعَدَمِ تَوَحُّشِهِ خَلْقَةً.

وَقَوْلُهُ: (لَأَنَّ الْمُعْتَبَرُ هُوَ الْجِنْسُ) يَعْنِي الْحَقِيقَةَ الَّتِي تُسَمَّى كَلْبًا لَا فَرْدًا دُونَ فَرْدٍ، وَهَذَا لِأَنَّ هَذَا الْجِنْسَ لَيْسَ بِصَيِّدٍ، وَفِيهِ نَظَرٌ لِأَنَّهُ يُفْضَى إِلَى إِبْطَالِ الْوَصْفِ الْمَنْصُوصِ عَلَيْهِ وَهُوَ كَوْنُهُ عَقُورًا. وَالْجَوَابُ أَنَّهُ لَيْسَ لِلْقَيْدِ بَلْ لِإِظْهَارِ نَوْعِ أَذَاهُ، فَإِنَّ ذَلِكَ طَبَعَ فِيهِ.

(وَلَيْسَ فِي قَتْلِ الْبَعُوضِ وَالنَّمْلِ وَالْبَرَاعِيثِ وَالْقُرَادِ شَيْءٌ)؛ لِأَنَّهَا لَيْسَتْ بِصَيُودٍ وَلَيْسَتْ بِمُتَوَلَّدَةٍ مِنَ الْبَدَنِ ثُمَّ هِيَ مُؤَذِيَةٌ بِطَبَاعِهَا، وَالْمُرَادُ بِالنَّمْلِ السُّودُ أَوِ الصُّفْرُ الَّذِي يُؤْذِي، وَمَا لَا يُؤْذِي لَا يَحِلُّ قَتْلُهَا، وَلَكِنْ لَا يَجِبُ الْجَزَاءُ لِلْعِلَّةِ الْأُولَى.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (لَأَنَّهَا لَيْسَتْ بِصَيُودٍ) يَعْنِي أَنَّهَا لَيْسَتْ بِمُتَوَحَّشَةٍ عَنْ الْآدَمِيِّ بَلْ هِيَ طَالِبَةٌ لَهُ (وَلَيْسَتْ بِمُتَوَلَّدَةٍ مِنَ الْبَدَنِ) يَعْنِي حَتَّى تَكُونَ مِنْ بَابِ قَضَاءِ التَّفَثِ كَالْقَمَلَةِ (ثُمَّ هِيَ مُؤَذِيَةٌ بِطَبَاعِهَا) فَلَا يَجِبُ بِقَتْلِهَا شَيْءٌ.

وَقَوْلُهُ: (وَلَكِنْ لَا يَجِبُ الْجَزَاءُ لِلْعِلَّةِ الْأُولَى) يَعْنِي قَوْلُهُ: لِأَنَّهَا لَيْسَتْ بِصَيُودٍ وَلَيْسَتْ بِمُتَوَلَّدَةٍ مِنَ الْبَدَنِ، سَمَاهُمَا عِلَّةً وَإِنْ كَانَا فِي مَعْنَى عِلَّتَيْنِ؛ لِأَنَّهُ ذَكَرَ فِي مَوْضِعِ السَّلْبِ، وَفِي مَوْضِعِ السَّلْبِ تَكُونُ الْعِلَلُ الْكَثِيرَةُ بِمَعْنَى عِلَّةٍ وَاحِدَةٍ فِي أَنَّ الْحُكْمَ يَتَنَفَّى بِالْجَمِيعِ كَمَا أَنَّهُ يَتَنَفَّى بِإِتِّفَاعِ الْوَاحِدَةِ.

(وَمَنْ قَتَلَ قَمَلَةً تَصَدَّقَ بِمَا شَاءَ) مِثْلُ كَفٍّ مِنْ طَعَامٍ؛ لِأَنَّهَا مُتَوَلَّدَةٌ مِنَ التَّفَثِ الَّذِي عَلَى الْبَدَنِ (وَفِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ أَطْعَمَ شَيْئًا) وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ يُجْزِيهِ أَنْ يُطْعَمَ

مِسْكِينًا شَيْئًا يَسِيرًا عَلَى سَبِيلِ الْإِبَاحَةِ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُشْبَعًا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَمَنْ قَتَلَ قَمَلَةً تَصَدَّقَ بِمَا شَاءَ)، وَقَدْ أَوْضَحَهُ فِي الْكِتَابِ وَلَيْسَ الْجَزَاءُ مُنْحَصَرًا فِي الْقَتْلِ بَلْ الْإِلْقَاءُ فِي الْأَرْضِ كَالْقَتْلِ سَوَاءٌ أَخَذَهَا مِنْ رَأْسِهِ أَوْ مِنْ مَوْضِعٍ آخَرَ. وَقِيلَ فِي الْقَمَلَتَيْنِ وَالثَّلَاثِ كَفٌّ مِنْ حِنْطَةٍ، وَفِي الزِّيَادَةِ عَلَى ذَلِكَ نِصْفُ صَاعٍ مِنْ حِنْطَةٍ. وَقَوْلُهُ: (شَيْئًا يَسِيرًا عَلَى سَبِيلِ الْإِبَاحَةِ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُشْبَعًا) قَالَ فِي «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ»: كَكِسْرَةِ خَبِيرٍ.

(وَمَنْ قَتَلَ جَرَادَةً تَصَدَّقَ بِمَا شَاءَ)؛ لِأَنَّ الْجَرَادَ مِنْ صَيْدِ الْبَرِّ فَإِنَّ الصَّيْدَ مَا لَا يُمَكِّنُ أَخْذَهُ إِلَّا بِحِيلَةٍ وَيَقْصِدُهُ الْأَخْذُ (وَتَمْرَةٌ خَيْرٌ مِنَ جَرَادَةٍ) لِقَوْلِ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: تَمْرَةٌ خَيْرٌ مِنَ جَرَادَةٍ.

الشرح:

وَقَوْلُ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: (تَمْرَةٌ خَيْرٌ مِنَ جَرَادَةٍ) فَصَّيْتُ أَنَّ أَهْلَ حِمَصٍ أَصَابُوا جَرَادًا كَثِيرًا فِي إِحْرَامِهِمْ فَجَعَلُوا يَتَصَدَّقُونَ مَكَانَ كُلِّ جَرَادَةٍ بِدِرْهَمٍ، فَقَالَ عُمَرُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: أَرَى دِرَاهِمَكُمْ كَثِيرَةً يَا أَهْلَ حِمَصٍ، تَمْرَةٌ خَيْرٌ مِنَ جَرَادَةٍ.

(وَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ فِي ذَبْحِ السُّلْحَفَةِ)؛ لِأَنَّهُ مِنَ الْهَوَامِّ وَالْحَشَرَاتِ فَأَشْبَهَ الْخَنَافِسَ وَالْوَزَغَاتِ، وَيُمَكِّنُ أَخْذَهُ مِنْ غَيْرِ حِيلَةٍ وَكَذَا لَا يُقْصَدُ بِالْأَخْذِ فَلَمْ يَكُنْ صَيْدًا. (وَمَنْ حَلَبَ صَيْدَ الْحَرَمِ فَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ)؛ لِأَنَّ اللَّبَنَ مِنْ أَجْزَاءِ الصَّيْدِ فَأَشْبَهَ كُلَّهُ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ حَلَبَ صَيْدَ الْحَرَمِ): اللَّبَنُ مِنْ أَجْزَاءِ الصَّيْدِ لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿نُسْقِيكُمْ مِمَّا فِي بُطُونِهِ﴾ [النحل: ٦٦] وَكَلِمَةٌ مِنَ اللَّتَبْعِيضِ.

(وَمَنْ قَتَلَ مَا لَا يُؤْكَلُ لَحْمُهُ مِنَ الصَّيْدِ كَالسَّبَاعِ وَتَحَوَّهَا فَعَلَيْهِ الْجَزَاءُ) إِلَّا مَا اسْتَثْنَاهُ الشَّرْعُ وَهُوَ مَا عَدَدْنَاهُ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَا يَجِبُ الْجَزَاءُ لَأَنَّهَا جُبِلَتْ عَلَى الْإِيذَاءِ فَدَخَلَتْ فِي الْفَوَاسِقِ الْمُسْتَثْنَاءِ، وَكَذَا اسْمُ الْكَلْبِ يَتَنَاوَلُ السَّبَاعَ بِأَسْرِهَا لُغَةً. وَلَنَا أَنَّ السَّبْعَ صَيْدٌ لِتَوَحُّشِهِ، وَكَوْنِهِ مَقْصُودًا بِالْأَخْذِ إِمَّا لِحَلِّهِ أَوْ لِيُصْطَادَ بِهِ أَوْ لِدَفْعِ أَذَاهُ، وَالْقِيَاسُ عَلَى الْفَوَاسِقِ مُمْتَنِعٌ لِمَا فِيهِ مِنْ إِبْطَالِ الْعَدَدِ، وَاسْمُ الْكَلْبِ لَا يَقَعُ عَلَى السَّبْعِ

عُرْفًا وَالْعُرْفُ أَمْلَكُ.

(وَلَا يُجَاوِزُ بَقِيمَتِهِ شَاةٌ) وَقَالَ زُفَرٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: تَجِبُ قِيمَتُهُ بِالْعَمَةِ مَا بَلَغَتْ اعْتِبَارًا بِمَاكُولِ اللَّحْمِ. وَلَنَا قَوْلُهُ ﷺ «الضَّبْعُ صَيْدٌ وَفِيهِ الشَّاةُ»، وَلأنَّ اعْتِبَارَ قِيمَتِهِ لِمَكَانِ الْإِنْتِفَاعِ بِجِلْدِهِ لَا؛ لِأَنَّهُ مُحَارِبٌ مُؤَدٍّ، وَمِنْ هَذَا الْوَجْهِ لَا يُزَادُ عَلَى قِيمَةِ الشَّاةِ ظَاهِرًا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (كَالسَّبَاعِ) أَيُّ: سَبَاعِ الْبَهَائِمِ (وَنَحْوَهَا) أَيُّ سَبَاعِ الطَّيْرِ. وَقَوْلُهُ: (وَكَذَا اسْمُ الْكَلْبِ يَتَنَاوَلُ السَّبَاعَ بِأَسْرَهَا لُعَةً) يَعْنِي أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ اسْتَشْنَى الْكَلْبَ الْعَقُورَ وَلَيْسَ الْمُرَادُ بِهِ الْكَلْبُ الْمَعْرُوفُ فَإِنَّهُ أَهْلِيٌّ وَلَيْسَ بِصَيْدٍ، فَكَانَ الْمُرَادُ مَا يَتَكَلَّبُ: أَيُّ يَشْتَدُّ فَيَتَنَاوَلُ الْأَسَدَ وَالْفَهْدَ وَالنَّمْرَ وَغَيْرَهَا، فَكَانَ كَأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَالَ: لَا تَقْتُلُوا الصَّيْدَ وَأَنْتُمْ حُرْمٌ إِلَّا مَا كَانَ مُؤَذِيًا، وَلَوْ كَانَ النَّصُّ بِهَذِهِ الصِّفَةِ لَمْ يَتَنَاوَلْ إِلَّا مَاكُولِ اللَّحْمِ فَكَذَا هَذَا.

(وَلَنَا أَنَّ السَّبْعَ صَيْدٌ لَتَوْحُشِهِ) وَتَنَفَّرِهِ مِنَ النَّاسِ، (وَكُونِهِ مَقْصُودًا بِالْأَخْذِ إِمَّا لَجِلْدِهِ أَوْ لِيَصْطَادَ بِهِ أَوْ لِدَفْعِ أَذَاهُ) وَكُلُّ مَا هُوَ صَيْدٌ يَتَنَاوَلُهُ قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿لَا تَقْتُلُوا الصَّيْدَ﴾ [المائدة: ٩٥] فَيَجِبُ الْجَزَاءُ بِقَتْلِهِ، (وَالْقِيَاسُ عَلَى الْفَوَاسِقِ مُمْتَنِعٌ لِمَا فِيهِ مِنْ إِبْطَالِ الْعَدَدِ) وَكَذَلِكَ الْإِلْحَاقُ بِهَا دَلَالَةٌ؛ لِأَنَّ الْفَوَاسِقَ مِمَّا تَعْدُو عَلَيْنَا وَعَلَى مَوَاشِينَا بِالْقُرْبِ مِنَّا، وَالسَّبْعُ لَيْسَ كَذَلِكَ لُبَعْدِهِ عَنَّا فَلَا يَكُونُ فِي مَعْنَى الْفَوَاسِقِ لِيُلْحَقَ بِهَا.

وَأَسْمُ الْكَلْبِ وَإِنْ تَنَاوَلَهُ لُعَةً لَمْ يَتَنَاوَلْهُ عُرْفًا (وَالْعُرْفُ أَمْلَكُ) أَيُّ: أَقْوَى وَأَرْجَحُ فِي هَذَا الْمَوْضِعِ كَمَا فِي الْأَيْمَانِ لِبَنَائِهِ عَلَى الْإِحْتِيَاظِ، وَالْإِحْتِيَاظُ فِي إِيْجَابِ الْجَزَاءِ. وَقَوْلُهُ: (وَلَا يُجَاوِزُ بَقِيمَتِهِ شَاةٌ) الْبَاءُ لِلتَّعْدِيَةِ وَشَاةٌ مَرْفُوعٌ لِكُونِهِ مُسْتَدًّا إِلَيْهِ، وَمَعْنَاهُ: لَا يُجَاوِزُ بَقِيمَةَ الَّذِي لَا يُؤْكَلُ لَحْمُهُ مِنَ الصَّيْدِ قِيمَةُ شَاةٍ فِي ظَاهِرِ الرَّوَايَةِ.

وَرَوَى الْكَرْخِيُّ أَنَّهُ يَنْقُصُ مِنَ الدَّمِّ، (وَقَالَ زُفَرٌ: تَجِبُ قِيمَتُهُ بِالْعَمَةِ مَا بَلَغَتْ اعْتِبَارًا بِمَاكُولِ اللَّحْمِ) وَالْجَامِعُ الضَّمَانُ، (وَلَنَا قَوْلُهُ: عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «الضَّبْعُ صَيْدٌ وَفِيهِ الشَّاةُ»)، فَلَمَّا وَرَدَ الشَّرْعُ بِتَقْدِيرِ لَا يُزَادُ عَلَيْهِ بَرَأْيٍ؛ لِأَنَّ الْمَقَادِيرَ تُعْرَفُ سَمَاعًا؛ (وَلأنَّ اعْتِبَارَ قِيمَتِهِ لِمَكَانِ الْإِنْتِفَاعِ بِجِلْدِهِ)، إِذِ اللَّحْمُ غَيْرُ مَاكُولٍ (لَا لِأَنَّهُ مُحَارِبٌ) كَمَا فِي بَعْضِ السَّبَاعِ.

وَالْفِيلُ يَعْلَمُهُ أَهْلُ الْهِنْدِ الْمُحَارِبَةُ بِحَيْثُ يَكْسِرُ الْعَسْكَرَ، وَهُوَ مَعْنَى مَطْلُوبٌ

لِلْمُلُوكِ وَالسَّلَاطِينِ لَكُنْهُ خَارِجٌ عَنِ الصَّيْدِيَّةِ فَلَا يُعْتَبَرُ، وَلَا لِأَجْلِ مَعْنَى الْإِبْدَاءِ فِيهِ؛ لِأَنَّ الْإِبْدَاءَ مَعْنَى لَا تَقُومُ لَهُ شَرْعًا فَبَقِيَ اعْتِبَارُ الْجِلْدِ (وَمِنْ هَذَا الْوَجْهِ لَا يُزَادُ عَلَى قِيَمَةِ الشَّاةِ ظَاهِرًا).

(وَإِذَا صَالَ السَّبْعُ عَلَى الْمُحْرِمِ فَقَتَلَهُ لَا شَيْءَ عَلَيْهِ) وَقَالَ زُفَرٌ: يَجِبُ الْجَزَاءُ اعْتِبَارًا بِالْجَمَلِ الصَّائِلِ. وَلَنَا مَا رُوِيَ عَنْ عُمَرَ أَنَّهُ قَتَلَ سَبْعًا وَأَهْدَى كَبْشًا وَقَالَ: إِنَّا ابْتَدَأْنَاهُ؛ وَلِأَنَّ الْمُحْرِمَ مَمْنُوعٌ عَنِ التَّعَرُّضِ لَا عَنْ دَفْعِ الْأَذَى، وَلِهَذَا كَانَ مَا ذُوْنَا فِي دَفْعِ الْمُتَوَهِّمِ مِنَ الْأَذَى كَمَا فِي الْفَوَاسِقِ فَلَأَن يَكُونَ مَا ذُوْنَا فِي دَفْعِ الْمُتَحَقِّقِ مِنْهُ أَوْلَى، وَمَعَ وُجُودِ الْإِذْنِ مِنَ الشَّارِعِ لَا يَجِبُ الْجَزَاءُ حَقًّا لَهُ، بِخِلَافِ الْجَمَلِ الصَّائِلِ؛ لِأَنَّهُ لَا إِذْنَ مِنَ صَاحِبِ الْحَقِّ وَهُوَ الْعَبْدُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَإِذَا صَالَ السَّبْعُ عَلَى الْمُحْرِمِ) أَيُّ: وَتَبَ (فَقَتَلَهُ لَا شَيْءَ عَلَيْهِ). وَقَالَ زُفَرٌ: يَجِبُ الْجَزَاءُ عَلَيْهِ (اعْتِبَارًا بِالْجَمَلِ) إِذَا صَالَ عَلَى إِنْسَانٍ فَقَتَلَهُ الْإِنْسَانُ فَإِنَّهُ يَجِبُ قِيَمَتُهُ، وَإِنْ قَتَلَهُ دَفْعًا عَنْ نَفْسِهِ، (وَلَنَا مَا رُوِيَ عَنْ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّهُ قَتَلَ سَبْعًا وَأَهْدَى كَبْشًا، وَقَالَ: إِنَّا ابْتَدَأْنَاهُ) عُلِّلَ الْإِهْدَاءُ بِالْإِبْدَاءِ، فَذَلَّ عَلَى أَنَّ الدَّفْعَ لَا يَجِبُ عَلَيْهِ شَيْءٌ وَإِلَّا لَمْ يَبْقَ لِلتَّغْلِيلِ فَائِدَةٌ.

واعتُزِلَ بِأَنَّ التَّخْصِيصَ بِالذِّكْرِ لَا يَذُلُّ عَلَى نَفْيِ الْحُكْمِ عَمَّا عَدَاهُ فَلَا يَصِحُّ الاسْتِدْلَالُ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ ذَلِكَ فِي خِطَابَاتِ الشَّرْعِ، أَمَّا فِي الرُّوَايَاتِ فَيَذُلُّ، وَفِيهِ نَظَرٌ؛ لِأَنَّ قَوْلَ عُمَرَ فِي هَذَا الْمَحَلِّ بِمَنْزِلَةِ خِطَابَاتِ الشَّرْعِ؛ لِأَنَّهُ فِي حَيْزِ الاسْتِدْلَالِ بِهِ فَلَا يُفِيدُهُ. وَالْجَوَابُ أَنَّ الاسْتِدْلَالَ إِنَّمَا هُوَ بِفِعْلِهِ، وَقَوْلُهُ: رِوَايَةٌ فَيُفِيدُهُ.

وَقَوْلُهُ (وَلِأَنَّ الْمُحْرِمَ مَمْنُوعٌ عَنِ التَّعَرُّضِ) اسْتِدْلَالٌ بِذِلَالَةِ حَدِيثِ الْفَوَاسِقِ. وَوَجْهُهُ أَنَّ قَتْلَهَا أُبِيحَ دَفْعًا لِلْأَذَى الْمَوْهُومِ، فَلَأَن يُبَاحَ قَتْلُ السَّبْعِ دَفْعًا لِلْأَذَى الْمُحَقَّقِ أَوْلَى فَكَانَ مَا ذُوْنَا بِقَتْلِهِ مِنَ الشَّرْعِ، (وَمَعَ وُجُودِ الْإِذْنِ مِنْهُ لَا يَجِبُ الْجَزَاءُ حَقًّا لَهُ) لِسُقُوطِهِ بِإِذْنِهِ.

فَإِنْ قِيلَ: الْإِذْنُ مِنَ الشَّرْعِ لَا يَسْتَلْزِمُ سُقُوطَ الْجَزَاءِ، فَإِنَّ الْمُحْرِمَ إِذَا حَلَقَ رَأْسَهُ أَوْ تَطَيَّبَ لَعُذْرٍ فَهُوَ مَا ذُوْنَا مِنَ الشَّرْعِ وَلَمْ يَسْقُطْ الْجَزَاءُ. فَالْجَوَابُ مَا يَذْكُرُهُ بَعْدَ هَذَا

بِقَوْلِهِ: (لَأَنْ الإِذْنَ مُقَيَّدٌ بِالْكَفَّارَةِ بِالنَّصِّ عَلَى مَا تَلَوْنَاهُ) وَهُوَ قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿فَمَنْ كَانَ مِنْكُمْ مَرِيضًا أَوْ بِهِ أَذًى مِّن رَّأْسِهِ﴾ [البقرة: ١٩٦] الآية، فَكَانَ فَائِدَةُ الإِذْنِ دَفْعُ الْحُرْمَةِ لَا غَيْرَ.

وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ بَقَاءَ الْجَزَاءِ مَعَ إِذْنِ صَاحِبِ الْحَقِّ ثَابِتٌ بِالنَّصِّ، فَلَا يُقَاسُ عَلَيْهِ غَيْرُهُ. لَا يُقَالُ: فَلْيُلْحَقْ بِطَرِيقِ الدَّلَالَةِ؛ لِأَنَّ الضَّرُورَةَ فِي الصَّوْلِ لَيْسَتْ كَالضَّرُورَةِ فِي حَلْقِ الرَّأْسِ؛ لِأَنَّ الْأُولَى نَادِرَةٌ وَالثَّانِيَةُ كَثِيرَةٌ (بِخِلَافِ الْجَمَلِ الصَّائِلِ؛ لِأَنَّهُ لَا إِذْنَ مِنْ صَاحِبِ الْحَقِّ وَهُوَ الْعَبْدُ) وَتَوْقُضُ بِالْعَبْدِ صَالٍ بِالسَّيْفِ عَلَى رَجُلٍ فَقَتَلَهُ الْمَصُولُ عَلَيْهِ لَا يَضْمَنُ وَالِإِذْنَ لَمْ يَوْجَدْ مِنْ مَالِكِهِ.

وَأُجِيبَ بِأَنَّ الْعَبْدَ مَضْمُونٌ فِي الْأَصْلِ بِأَنَّهُ آدَمِيٌّ حَقًّا لِلْعَبْدِ لَا حَقًّا لِلْمَوْلَى لِكَوْنِهِ مُكَلَّفًا كَمَوْلَاهُ وَغَيْرِهِ، فَإِذَا جَاءَ الْمَيْحُ مِنْ قِبَلِهِ وَهُوَ الْمُحَارَبَةُ أَسْقَطَ حَقَّهُ كَمَا إِذَا ارْتَدَّ، وَسَقُوطُ مَالِيَّتِهِ الَّتِي هِيَ مِلْكُ الْمَوْلَى إِمَّا كَانَ فِي ضِمْنِ سَقُوطِ الْأَصْلِ وَهُوَ نَفْسُهُ فَلَا مُعْتَبَرٌ بِهِ كَمَا إِذَا ارْتَدَّ.

(فَإِنْ اضْطُرَّ الْمُحْرِمُ إِلَى قَتْلِ صَيْدٍ فَقَتَلَهُ فَعَلَيْهِ الْجَزَاءُ)؛ لِأَنَّ الإِذْنَ مُقَيَّدٌ بِالْكَفَّارَةِ بِالنَّصِّ عَلَى مَا تَلَوْنَاهُ مِنْ قَبْلُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَإِنْ اضْطُرَّ الْمُحْرِمُ) ظَهَرَ مَعْنَاهُ لَمَّا ذَكَرْتَاهُ آنفًا.

(وَلَا بَأْسَ لِلْمُحْرِمِ أَنْ يَذْبَحَ الشَّاةَ وَالْبَقَرَةَ وَالْبَعِيرَ وَالْذَّجَاجَةَ وَالْبَطَّ الْأَهْلِيَّ)؛ لِأَنَّ هَذِهِ الْأَشْيَاءَ لَيْسَتْ بِصَيُودٍ؛ لِعَدَمِ التَّوَحُّشِ، وَالْمُرَادُ بِالْبَطِّ الَّذِي يَكُونُ فِي الْمَسَاكِينِ وَالْحَيَاضِ؛ لِأَنَّهُ أُلُوفٌ بِأَصْلِ الْخَلْقَةِ (وَلَوْ ذَبَحَ حَمَامًا مُسْرُولًا فَعَلَيْهِ الْجَزَاءُ) خِلَافًا لِمَا لَكَ رَحِمَهُ اللَّهُ. لَهُ أَنَّهُ أُلُوفٌ مُسْتَأْنَسٌ وَلَا يَمْتَنِعُ بِجَنَاحِيهِ لِبَطْءِ نَهْوِضِهِ.

وَنَحْنُ نَقُولُ: الْحَمَامُ مُتَوَحِّشٌ بِأَصْلِ الْخَلْقَةِ مُمْتَنِعٌ بِطَيْرَانِهِ، وَإِنْ كَانَ بَطِيءَ النَّهْوِضِ، وَالْأَسْتِئْنَسُ عَارِضٌ فَلَمْ يُعْتَبَرِ (وَكَذَا إِذَا قَتَلَ ظَبْيًا مُسْتَأْنَسًا)؛ لِأَنَّهُ صَيْدٌ فِي الْأَصْلِ فَلَا يُطِيلُهُ الْأَسْتِئْنَسُ كَالْبَعِيرِ إِذَا نَدَّ لَا يَأْخُذُ حُكْمَ الصَّيْدِ فِي الْحُرْمَةِ عَلَى الْمُحْرِمِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَالْمُرَادُ بِالْبَطِّ) يَعْنِي الْمَذْكُورَ فِي الْقُدُورِيِّ الْبَطُّ (الَّذِي يَكُونُ فِي

الْمَسَاكِينَ) وَهُوَ الَّذِي يَكُونُ طَيْرَانُهُ كَالدَّجَاجِ فِي الْبُطءِ، وَيَجُوزُ ذَبْحُهُ لِلْمُحْرَمِ. وَالْمُسْرُوفُ بِالْفَتْحِ حَمَامٌ فِي رِجْلَيْهِ رِيْشٌ كَأَنَّهُ سَرَاوِيلٌ، مِنْ سَرَوَلَتِهِ إِذَا أَلْبَسْتَهُ السَّرَاوِيلَ. وَقَوْلُهُ: (وَنَحْنُ نَقُولُ الْحَمَامُ مُتَوَحَّشٌ) تَقْرِيرُهُ الْحَمَامُ مُتَوَحَّشٌ (بِأَصْلِ الْخِلْقَةِ مُتَنَبِّعٌ بِطَيْرَانِهِ)، وَكُلُّ مَا هُوَ كَذَلِكَ فَهُوَ صَيْدٌ.

(وَالِاسْتِنَاسُ عَارِضٌ) جَوَابٌ لِمَالِكَ وَمَعْنَاهُ الْاِعْتِبَارُ لِلْمَعَانِي الْأَصْلِيَّةِ دُونَ الْعَوَارِضِ. وَغَوَرِضٌ بِأَنَّ الْحَمَامَ لَا يَحِلُّ بِذَكَاءِ الْاضْطِرَارِ، حَتَّى لَوْ رَمَى سَهْمًا إِلَى بُرْجِ الْحَمَامِ فَأَصَابَ حَمَامًا مُسْرُوفًا وَمَاتَ قَبْلَ أَنْ تُدْرِكَ ذَكَائِهِ لَمْ يَحِلَّ، وَلَوْ كَانَ صَيْدُ الْحِلِّ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ مَدَارَ صِحَّةِ ذَكَاءِ الْاضْطِرَارِ هُوَ الْعَجْزُ دُونَ الصَّيْدِيَّةِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّ الْبَعِيرَ إِذَا نَدَّ حَلَّ بِذَبْحِ الْاضْطِرَارِ وَلَيْسَ بِصَيْدٍ لَوْجُودِ الْعَجْزِ عَنْ ذَكَاءِ الْاِخْتِيَارِ، وَالْعَجْزُ فِي الْحَمَامِ غَيْرُ مَوْجُودٍ؛ لِأَنَّهُ يَأْوِي فِي اللَّيْلِ إِلَى بُرْجِهِ. وَقَوْلُهُ: (وَكَذَا إِذَا قَتَلَ ظَبْيًا) ظَاهِرٌ.

(وَإِذَا ذَبَحَ الْمُحْرَمُ صَيْدًا فَذَبِيحَتُهُ مَيْتَةٌ لَا يَحِلُّ أَكْلُهَا) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: يَحِلُّ مَا ذَبَحَهُ الْمُحْرَمُ لغيرِهِ؛ لِأَنَّهُ عَامِلٌ لَهُ فَانْتَقَلَ فِعْلُهُ إِلَيْهِ. وَلَنَا أَنَّ الذَّكَاءَ فِعْلٌ مَشْرُوعٌ وَهَذَا فِعْلٌ حَرَامٌ فَلَا يَكُونُ ذَكَاءً كَذَبِيحَةِ الْمَجُوسِيِّ؛ وَهَذَا لِأَنَّ الْمَشْرُوعَ هُوَ الَّذِي قَامَ مَقَامَ الْمَيْزِ بَيْنَ الدِّمِّ وَاللَّحْمِ تَيْسِيرًا فَيَنْعَدِمُ بِانْعِدَامِهِ (فَإِنْ أَكَلَ الْمُحْرَمُ الذَّابِحَ مِنْ ذَلِكَ شَيْئًا فَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ مَا أَكَلَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ) رَحِمَهُ اللَّهُ.

(وَقَالَا: لَيْسَ عَلَيْهِ جَزَاءٌ مَا أَكَلَ، وَإِنْ أَكَلَ مِنْهُ مُحْرَمٌ آخَرٌ فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا) لَهُمَا أَنَّ هَذِهِ مَيْتَةٌ فَلَا يَلْزَمُهُ بِأَكْلِهَا إِلَّا الْاِسْتِغْفَارُ وَصَارَ كَمَا إِذَا أَكَلَهُ مُحْرَمٌ غَيْرُهُ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ حُرْمَتَهُ بِاِعْتِبَارِ كَوْنِهِ مَيْتَةً كَمَا ذَكَرْنَا، وَبِاِعْتِبَارِ أَنَّهُ مُحْظُورٌ إِحْرَامِهِ؛ لِأَنَّ إِحْرَامَهُ هُوَ الَّذِي أَخْرَجَ الصَّيْدَ عَنِ الْمَحْلِيَّةِ وَالذَّابِحَ عَنِ الْأَهْلِيَّةِ فِي حَقِّ الذَّكَاءِ فَصَارَتْ حُرْمَةُ التَّنَاوُلِ بِهِذِهِ الْوَسَائِطِ مُضَافَةً إِلَى إِحْرَامِهِ بِخِلَافِ مُحْرَمٍ آخَرَ؛ لِأَنَّ تَنَاوُلَهُ لَيْسَ مِنْ مَحْظُورَاتِ إِحْرَامِهِ.

الشرح:

قال: (وَإِذَا ذَبَحَ الْمُحْرَمُ صَيْدًا فَذَبِيحَتُهُ مَيْتَةٌ لَا يَحِلُّ أَكْلُهَا، وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ) فِي أَحَدِ قَوْلَيْهِ: (إِذَا ذَبَحَهُ الْمُحْرَمُ لغيرِهِ حَلٌّ؛ لِأَنَّهُ عَامِلٌ لَهُ) حَيْثُ ذَبَحَهُ لَهُ

وَكُلُّ مَنْ فَعَلَ لِشَخْصٍ اِثْتَقَلَ إِلَيْهِ ذَلِكَ الْفِعْلُ كَمَا فِي عَامَّةِ النَّيَابَاتِ فَصَارَ كَأَنَّهُ هُوَ الَّذِي ذَبَحَهُ، وَلَوْ ذَبَحَهُ ذَلِكَ الْغَيْرُ لِنَفْسِهِ جَازَ لَهُ أَنْ يَأْكُلَهُ، فَكَذَا إِذَا ذَبَحَهُ لَهُ الْمُحَرَّمُ. فَإِنْ قُلْتَ: عِبَارَةُ الْمُصَنِّفِ وَتَعْلِيلُهُ يَدُلُّ عَلَى أَنَّ الْمَذْبُوحَ يَحِلُّ لَهُ وَلِغَيْرِهِ، وَذَلِكَ لِأَنَّ التَّعْلِيلَ إِنَّمَا يَسْتَقِيمُ إِذَا كَانَ قَوْلُهُ لَغَيْرِهِ مُتَعَلِّقًا بِذَبْحِهِ؛ لِأَنَّهُ حِينَئِذٍ يَكُونُ عَامِلًا لَهُ، وَإِذَا كَانَ مُتَعَلِّقًا بِهِ بَقِيَ يَحِلُّ عَلَى إِطْلَاقِهِ، وَذَبِيحَةُ الْمُحَرَّمِ سَوَاءٌ كَانَتْ لِنَفْسِهِ أَوْ لَغَيْرِهِ حَرَامٌ عَلَيْهِ عِنْدَهُ أَيْضًا قَوْلًا وَاحِدًا. قُلْتَ: أَرَى أَنْ يَكُونُ قَوْلُهُ لَغَيْرِهِ يَخْذُمُ الْفِعْلَيْنِ جَمِيعًا، وَتَقْدِيرُهُ يَحِلُّ لَغَيْرِهِ مَا ذَبَحَهُ الْمُحَرَّمُ لَغَيْرِهِ. وَتَخْرُجُ نَفْسُهُ مِنْ ذَلِكَ؛ لِأَنَّ التَّقْيِيدَ فِي الرُّوَايَاتِ مُقَيَّدٌ بِالِاتِّفَاقِ.

فَإِنْ قُلْتَ: تَعْلِيلُهُ هَذَا لَا يَخْلُو إِمَّا أَنْ يَكُونَ صَحِيحًا أَوْ لَا، فَإِنْ كَانَ الثَّانِي لَمْ تَتِمَّ الدَّعْوَى، وَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ لَزِمَ أَنْ يَحِلَّ لَهُ؛ لِأَنَّ الْفِعْلَ قَدْ اِثْتَقَلَ إِلَيْهِ، وَلَوْ ذَبَحَ حَلَالٌ صَيْدًا حَلَّ أَكْلُهُ لِلْمُحَرَّمِ إِنْ لَمْ يَدُلَّ عَلَيْهِ أَوْ يُسَرِّ إِلَيْهِ. قُلْتَ: التَّعْلِيلُ صَحِيحٌ، وَلَكِنْ لَا يَحِلُّ لَهُ؛ لِأَنَّ الدَّلَالَهَ إِذَا كَانَتْ مُحَرَّمَةً فَلِإِبْشَارَةٍ لَا تَتَقَاعَدُ عَنِ الدَّلَالَهَ، وَإِنْ اِثْتَقَلَ الْفِعْلُ إِلَى غَيْرِهِ حُكْمًا.

(وَلَنَا أَنَّ الذَّكَاءَ فِعْلٌ مَشْرُوعٌ بِالِاتِّفَاقِ، وَذَبْحُ الْمُحَرَّمِ لَيْسَ بِفِعْلٍ مَشْرُوعٍ بِالنَّصِّ قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿لَا تَقْتُلُوا الصَّيْدَ﴾ [المائدة: ٩٥] سَمَاءُ قَتْلًا دُونَ الذَّبْحِ أَوْ الذَّكَاءِ إِشَارَةً إِلَى أَنَّهُ لَا يُوجِبُ الْحِلَّ وَنَهَاهُمْ عَنْهُ، وَهُوَ يَدُلُّ عَلَى التَّحْرِيمِ لِعَيْنِهِ لِكَوْنِهِ بِمَعْنَى النَّفْيِ. وَتُوقُضُ بِذَبْحِ شَاةٍ بَغَيْرِ إِذْنِهِ فَإِنَّهُ حَرَامٌ لَا مَحَالَةَ، فَكَانَ الْوَاجِبُ أَنْ لَا يَقَعَ ذَكَاءٌ وَلَا يَحِلَّ أَكْلُهُ وَلَيْسَ كَذَلِكَ.

وَالْجَوَابُ أَنَّ الْمُصَنِّفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَشَارَ إِلَى الْجَوَابِ عَنْ هَذَا بِقَوْلِهِ: (وَهَذَا؛ لِأَنَّ الْمَشْرُوعَ) أَيُّ: مِنَ الذَّبْحِ (هُوَ الَّذِي قَامَ مَقَامَ الْمَيْزِ بَيْنَ الدِّمِّ وَاللَّحْمِ تَيْسِيرًا) وَيَبَيِّنُهُ أَنَّ الدِّمَّ مُنَجَّسٌ لِلْحَيَوَانَ فَلَا بُدَّ مِنْ تَمْيِيزِهِ عَنِ اللَّحْمِ لِيَصْلُحَ لِلْأَكْلِ وَذَلِكَ أَمْرٌ مُتَعَسِّرٌ خَفِيٌّ، وَلَهُ سَبَبٌ ظَاهِرٌ وَهُوَ قَطْعُ عُرُوقِ الذَّبْحِ فَأَقِيمَ الذَّبْحُ مَقَامَ الْمَيْزِ بَيْنَ الدِّمِّ وَاللَّحْمِ تَيْسِيرًا.

وَالذَّبْحُ الَّذِي قَامَ مَقَامَهُ مَعْدُومٌ هَهُنَا؛ لِأَنَّ الْمُقِيمَ لَذَلِكَ هُوَ الشَّرْعُ، وَلَمْ يَقَمْ هَهُنَا حَيْثُ أَخْرَجَ الصَّيْدَ عَنِ الْمَحَلِّيَّةِ بِالنَّسْخِ يَعْنِي بِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَحَرَّمَ عَلَيْكُمْ صَيْدَ الْبَرِّ مَا

دُمْتُمْ حُرْمًا ﴿[المائدة: ٩٦] كَمَا قَالَ: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ﴾ [النساء: ٢٣] فَأَخْرَجَهُنَّ عَنْ مَحَلِّيَةِ النِّكَاحِ، بِخِلَافِ ذَبْحِ شَاةِ الْغَيْرِ بِغَيْرِ أَمْرِهِ فَإِنَّ الشَّرْعَ لَمْ يُخْرِجْهَا عَنْ الْمَحَلِّيَةِ فَكَانَ مِنْهَا، وَالتَّهْيِي يُدُلُّ عَلَى الْمَشْرُوعِيَّةِ كَمَا عُرِفَ فِي الْأُصُولِ.

وَقَوْلُهُ: (فَإِنْ أَكَلَ الْمُحْرِمُ الذَّابِحَ مِنْ ذَلِكَ شَيْئًا فَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ) قَالَ الْإِمَامُ الثَّمَرْتَاشِيُّ: (إِذَا أَكَلَ بَعْدَمَا أَدَّى الْجَزَاءَ، وَأَمَّا إِذَا أَكَلَ قَبْلَ ذَلِكَ فَقَدْ دَخَلَ قِيمَةُ مَا أَكَلَ فِي الْجَزَاءِ) وَقَوْلُهُ: (وَقَالَا) ظَاهِرٌ.

وَقَوْلُهُ: (فَصَارَتْ حُرْمَةُ التَّنَاوُلِ بِهَذِهِ الْوَسَائِطِ) يُرِيدُ أَنْ حُرْمَةُ التَّنَاوُلِ بِاعْتِبَارِ كَوْنِهِ مَيْتَةً، وَكَوْنُهُ مَيْتَةً بِاعْتِبَارِ خُرُوجِ الصَّيْدِ عَنِ الْمَحَلِّيَةِ، وَخُرُوجِ الذَّابِحِ عَنِ الْأَهْلِيَّةِ وَذَلِكَ بِاعْتِبَارِ الْإِحْرَامِ فَكَانَتْ الْحُرْمَةُ (مُضَافَةً إِلَى الْإِحْرَامِ) بِهَذِهِ الْوَسَائِطِ فَكَانَ مَتَنَاوَلًا مَحْظُورًا إِحْرَامِهِ فَيَجِبُ عَلَيْهِ الْجَزَاءُ.

وَوَظَّهَرَ مِنْ هَذَا الْجَوَابِ عَمَّا إِذَا ذَبَحَ الْحَلَالَ صَيْدًا فِي الْحَرَمِ فَأَدَّى جَزَاءَهُ ثُمَّ أَكَلَ مِنْهُ فَإِنَّهُ لَا يَلْزَمُهُ شَيْءٌ آخَرُ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَتَنَاوَلَ مَحْظُورًا إِحْرَامِهِ، وَإِنَّمَا وَجَبَ جَزَاءُ الْمَحَلِّ وَهُوَ لَا يَتَكَرَّرُ، فَإِنْ اسْتَشْكَلَ بِالْمُحْرِمِ كَسَرَ بَيْضَ صَيْدٍ فَأَدَّى جَزَاءَهُ ثُمَّ شَوَّاهُ فَأَكَلَهُ فَإِنَّهُ تَنَاوَلَ مَحْظُورًا إِحْرَامِهِ وَلَمْ يَلْزَمْ شَيْءٌ آخَرُ. أَجِيبُ بِأَنْ وَجُوبَ الْجَزَاءِ فِي الْبَيْضِ لَيْسَ لِذَاتِهِ بَلْ بِاعْتِبَارِ أَنَّهُ أَصْلُ الصَّيْدِ كَمَا ذَكَرْتَاهُ وَبَعْدَ الْكَسْرِ لَمْ يَبْقَ هَذَا الْمَعْنَى.

(وَلَا بَأْسَ بِأَنْ يَأْكُلَ الْمُحْرِمُ لَحْمَ صَيْدٍ اصْطَادَهُ حَلَالًا وَذَبَحَهُ إِذَا لَمْ يَدُلُّ الْمُحْرِمُ عَلَيْهِ، وَلَا أَمْرُهُ بِصَيْدِهِ) خِلَافًا لِمَالِكٍ رَحِمَهُ اللَّهُ فِيمَا إِذَا اصْطَادَهُ؛ لِأَجْلِ الْمُحْرِمِ. لَهُ قَوْلُهُ ﷺ «لَا بَأْسَ بِأَكْلِ الْمُحْرِمِ لَحْمَ صَيْدٍ مَا لَمْ يَصِدْهُ أَوْ يُصَدَّ لَهُ» ^(١) وَلَنَا مَا رَوَى «أَنَّ الصَّحَابَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ تَذَاكَرُوا لَحْمَ الصَّيْدِ فِي حَقِّ الْمُحْرِمِ، فَقَالَ ﷺ: لَا بَأْسَ بِهِ» وَاللَّامُ فِيمَا رَوَى لَا مِثْلِيَّةَ فَيُحْمَلُ عَلَى أَنْ يُهْدَى إِلَيْهِ الصَّيْدُ دُونَ اللَّحْمِ، أَوْ مَعْنَاهُ أَنْ يُصَادَ بِأَمْرِهِ.

ثُمَّ شَرِطَ عَدَمَ الدَّلَالَةِ، وَهَذَا تَنْصِصٌ عَلَى أَنَّ الدَّلَالَاتِ مُحَرَّمَةٌ، قَالُوا: فِيهِ رَوَايَتَانِ. وَوَجْهُ الْحُرْمَةِ حَدِيثُ أَبِي قَتَادَةَ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُ وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (فِيمَا إِذَا اصْطَادَهُ لِأَجْلِ الْمُحْرِمِ) يَعْنِي أَنْ يَتَوَيَّ أَنْ يَكُونَ الْاصْطِيَادُ لَهُ

(١) أخرجه أبو داود (١٨٥١)، والترمذي في الحج باب ٢٥ (٨٤٦)، والنسائي في المناسك باب ٨١.

سَوَاءُ أَمَرَهُ بِذَلِكَ أَوْ لَمْ يَأْمُرْهُ. وَقَوْلُهُ: (تَذَاكُرُوا لَحْمَ الصَّيْدِ فِي حَقِّ الْمُحْرَمِ) يُرِيدُ بِهِ مَا رُوِيَ «عَنْ طَلْحَةَ أَنَّهُ قَالَ تَذَاكُرْنَا لَحْمَ الصَّيْدِ فِي حَقِّ الْمُحْرَمِ، فَارْتَفَعَتْ أَصْوَاتُنَا وَرَسُولُ اللَّهِ ﷺ نَائِمٌ فِي حُجْرَتِهِ، فَقَالَ: «فِيمَ أَنْتُمْ؟» فَذَكَرْنَا ذَلِكَ لَهُ فَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: لَا بَأْسَ بِهِ».

وقوله: (وَاللَّامُ فِيمَا رُوِيَ) يَعْنِي مَالِكًا مِنْ قَوْلِهِ: أَوْ يُصَادُ لَهُ (لَا مَ تَمْلِكُ فَيَحْمَلُ عَلَى أَنْ يُهْدَى إِلَيْهِ الصَّيْدُ دُونَ اللَّحْمِ)، وَهَذَا لِأَنَّ تَمْلِيكَ الصَّيْدِ إِنَّمَا يَتَحَقَّقُ فِيمَا إِذَا أُهْدِيَ الصَّيْدُ إِلَى الْمُحْرَمِ لَا فِيمَا إِذَا أُهْدِيَ إِلَيْهِ اللَّحْمُ؛ لِأَنَّ اللَّحْمَ لَا يُسَمَّى صَيْدًا حَقِيقَةً فَيَكُونُ مُفْتَضًى الْحَدِيثِ حُرْمَةُ تَنَاوُلِ الصَّيْدِ عَلَى الْمُحْرَمِ، وَبِهِ نَقُولُ.

لَأَنَّهُ ثَبَتَ «أَنَّ الصَّعْبَ بْنَ جَنَّامَةَ اللَّيْثِيَّ أَهْدَى لِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ حِمَارًا وَحَشِييًا وَهُوَ بِالْأَبْوَاءِ فَرَدَّهُ عَلَيْهِ، فَلَمَّا رَأَى مَا فِي وَجْهِهِ قَالَ: إِنَّا لَمْ نَرُدُّهُ عَلَيْكَ إِلَّا أَنَّا حُرْمٌ» (أَوْ يَكُونُ مَعْنَى أَوْ يُصَادُ لَهُ يُصَادُ بِأَمْرِهِ) وَاعْلَمْ أَنَّ هَذَا الْحَدِيثَ رُوِيَ بِالرَّفْعِ أَوْ يُصَادُ، وَحِينَئِذٍ لَا تَمَسُّكَ لَهُ بِهِذِهِ الرِّوَايَةِ؛ لِأَنَّهُ يَفْتَضِي الْحِلَّ إِذَا صَادَ غَيْرُهُ لِأَجْلِهِ؛ لِأَنَّهُ صَارَ مَعْطُوفًا عَلَى الْمُعْتَبَا لَا عَلَى الْغَايَةِ.

وَرِوَايَةُ كُتُبِ الْحَدِيثِ مِثْلُ سُنَنِ أَبِي دَاوُدَ وَالتِّرْمِذِيِّ وَالنَّسَائِيِّ بِالْأَلْفِ هَكَذَا، وَإِنَّمَا يَصِحُّ لَهُ التَّمَسُّكُ بِهِ عَلَى مَا رُوِيَ أَوْ يُصَدَّ لَهُ لِيَصِيرَ مَعْطُوفًا عَلَى الْغَايَةِ وَهِيَ ضَعِيفَةٌ. وَقَوْلُهُ: (قَالُوا) أَيُّ الْمَشَايِخِ (فِيهِ) أَيُّ: فِي شَرْطِ عَدَمِ الدَّلَالَةِ لِإِبَاحَةِ الْأَكْلِ (رِوَايَتَانِ) فِي رِوَايَةِ يَحْرُمُ وَهُوَ اخْتِيَارُ الطَّحَاوِيِّ، وَفِي رِوَايَةِ لَا يَحْرُمُ وَهُوَ اخْتِيَارُ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ الْجُرْجَانِيِّ.

(وَفِي صَيْدِ الْحَرَمِ إِذَا ذَبَحَهُ الْحَلَالُ فِيمَتُهُ يَتَصَدَّقُ بِهَا عَلَى الْفُقَرَاءِ)؛ لِأَنَّ الصَّيْدَ اسْتَحَقَّ الْأَمْنُ بِسَبَبِ الْحَرَمِ. قَالَ ﷺ فِي حَدِيثٍ فِيهِ طَوْلٌ: «وَلَا يُفَرُّ صَيْدُهَا»^(١) (وَلَا يُجْزِيهِ الصَّوْمُ)؛ لِأَنَّهَا غَرَامَةٌ وَلَيْسَتْ بِكَفَّارَةٍ، فَأَشْبَهَ ضَمَانَ الْأَمْوَالِ؛ وَهَذَا لِأَنَّهُ يَجِبُ بِتَقْوِيَتِ وَصَفٍ فِي الْمَحَلِّ وَهُوَ الْأَمْنُ وَالْوَاجِبُ عَلَى الْمُحْرَمِ بِطَرِيقِ الْكَفَّارَةِ جَزَاءٌ عَلَى فِعْلِهِ؛ لِأَنَّ الْحُرْمَةَ بِاعْتِبَارِ مَعْنَى فِيهِ وَهُوَ إِحْرَامُهُ، وَالصَّوْمُ يُصْلَحُ جَزَاءَ الْأَفْعَالِ لَا ضَمَانَ

(١) أخرجه البخاري في العلم باب ٣٩ (حديث ١١٢)، ومسلم في الحج (حديث ٤٤٧). وانظر

الْمَحَلِّ. وَقَالَ زُفَرٌ: يُجْزِيهِ الصَّوْمُ اعْتِبَارًا بِمَا وَجَبَ عَلَى الْمُحْرِمِ، وَالْفَرْقُ قَدْ ذَكَّرْنَاهُ، وَهَلْ يُجْزِيهِ الْهَدْيُ؟ فَفِيهِ رَوَايَتَانِ.

الشرح:

قال: (وفي صَيْدِ الْحَرَمِ إِذَا ذَبَحَهُ الْحَلَالُ) إِذَا قَتَلَ الْحَلَالُ صَيْدَ الْحَرَمِ وَجَبَ عَلَيْهِ (قِيَمَتُهُ يَتَصَدَّقُ بِهَا عَلَى الْفُقَرَاءِ) لَمَّا ذُكِرَ فِي الْكِتَابِ وَهُوَ وَاضِحٌ. فَإِنْ قِيلَ: الصَّيْدُ كَمَا اسْتَحَقَّ الْأَمْنُ بِسَبَبِ الْحَرَمِ فَكَذَلِكَ اسْتَحَقَّهُ بِسَبَبِ الْإِحْرَامِ، فَإِذَا قَتَلَ الْمُحْرِمُ صَيْدَ الْحَرَمِ يَنْبَغِي أَنْ يَجِبَ عَلَيْهِ كَفَّارَتَانِ وَلَيْسَ كَذَلِكَ. قُلْتُ: وَجُوبُ الْكَفَّارَتَيْنِ وَجْهُ الْقِيَاسِ، صَرَّحَ بِذَلِكَ فِي «الْإِيضَاحِ». وَوَجْهُ الاسْتِحْسَانِ مَا ذُكِرَ فِي شَرْحِ الطَّحَاوِيِّ أَنَّ حُرْمَةَ الْإِحْرَامِ أَقْوَى؛ لِأَنَّ الْمُحْرِمَ يَحْرُمُ عَلَيْهِ الصَّيْدُ فِي الْحِلِّ وَالْحَرَمِ جَمِيعًا فَاسْتَبْعَ الْأَقْوَى الْأَضْعَفَ.

وَقَوْلُهُ: (وَلَا يُجْزِيهِ الصَّوْمُ) فَرَّقَ بَيْنَ قَتْلِ الْمُحْرِمِ الصَّيْدَ وَقَتْلِ الْحَلَالِ صَيْدَ الْحَرَمِ، فِي جَوَازِ الصَّوْمِ فِي الْأَوَّلِ دُونَ الثَّانِي بِمَا حَاصِلُهُ أَنَّ الْوَاجِبَ عَلَى الْمُحْرِمِ جَزَاءُ فِعْلِهِ، وَلِهَذَا تَعَدَّدَ إِذَا قَتَلَ الْمُحْرِمَانِ الصَّيْدَ وَاحِدًا، وَعَلَى الْحَلَالِ بَدَلُ مَا فَاتَ عَنْ الْمَحَلِّ مِنْ وَصْفِ الْأَمْنِ، وَالصَّوْمُ يَجُوزُ أَنْ يَقَعَ جَزَاءُ الْفِعْلِ لَا بَدَلُ الْمَحَلِّ.

فَإِنْ قُلْتُ: هَذَا يُنَاقِضُ مَا ذَكَرْتُ آنفًا أَنَّهُ يُؤَدَّى فِي ضَمَنِ أَداءِ جَزَاءِ الْإِحْرَامِ إِذَا قَتَلَ الْمُحْرِمُ صَيْدَ الْحَرَمِ؛ لِأَنَّ بَدَلُ الْمَحَلِّ لَا يُؤَدَّى فِي ضَمَنِ أَداءِ جَزَاءِ الْإِحْرَامِ كَمَا إِذَا قَتَلَ صَيْدًا مَمْلُوكًا. فَالْجَوَابُ أَنَّ مَا قُلْنَا مِنَ الاسْتِبَاعِ إِنَّمَا كَانَ فِيمَا تَكُونُ الْحُرْمَتَانِ لَوَاحِدٍ وَهُوَ اللَّهُ تَعَالَى، وَمَا ذَكَرْتُمْ لَيْسَ كَذَلِكَ؛ لِأَنَّ مَا وَجَبَ فِيهِ بِإِزَاءِ الْفِعْلِ لِلَّهِ تَعَالَى وَمَا وَجَبَ بِإِزَاءِ الْمَحَلِّ وَجَبَ لِلْعَبْدِ، وَلَا يُمَكِّنُ أَنْ يَقْضِيَ بِمَا لِلَّهِ مَا لِلْعَبْدِ؛ لِأَنَّ اقْتِنَارَ الْعَبْدِ مَانِعٌ بِخِلَافِ الْأَوَّلِ.

وَعُورِضُ بَأْنِهِ لَوْ كَانَ بَدَلُ الْمَحَلِّ لَوْجَبَ عَلَى الصَّبِيِّ وَالْمَجْثُونِ وَالْكَافِرِ إِذَا اسْتَهْلَكُوا صَيْدَ الْحَرَمِ وَلَيْسَ كَذَلِكَ. وَأُجِيبَ بَأْنُهُ وَإِنْ كَانَ ضَمَانُ الْمَحَلِّ لَكِنْ فِيهِ مَعْنَى الْجَزَاءِ حَتَّى إِنْ حَلَّالًا إِنْ أَصَابَ صَيْدَ الْحَرَمِ فَقَتَلَهُ فِي يَدِهِ حَلَالٌ آخَرَ فَعَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا جَزَاءُ كَامِلٌ لَمَّا أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُتْلَفٌ مِنْ جِهَةِ أَحَدِهِمَا بِالْأَخْذِ الْمَفُوتِ لِلأَمْنِ وَالثَّانِي بِالْإِثْلَافِ حَقِيقَةً، فَلَمْ يَلْزَمْ عَلَى مَنْ ذَكَرْتُمْ نَظَرًا إِلَى الْجَزَاءِ.

(وَهَلْ يُجْزِئُهُ الْهَدْيُ؟ فِيهِ رَوَاتَانِ) إِحْدَاهُمَا أَنَّ الْوَاجِبَ لَا يَتَأَدَّى بِإِرَاقَةِ الدِّمِّ بَلْ بِالتَّصَدُّقِ بِاللَّحْمِ فَيُسْتَرْطُ أَنْ تَكُونَ قِيمَةُ اللَّحْمِ مِثْلَ قِيمَةِ الصَّيْدِ؛ وَإِنْ سَرَقَ الْمَذْبُوحَ عَادَ الْوَاجِبُ كَمَا كَانَ، وَالْأُخْرَى أَنَّهُ يَتَأَدَّى بِهَا إِذَا كَانَتْ قِيمَتُهُ قَبْلَ الذَّبْحِ مِثْلَ قِيمَةِ الصَّيْدِ، فَإِنْ سَرَقَ الْمَذْبُوحَ لَمْ يَبْقَ عَلَيْهِ شَيْءٌ؛ لِأَنَّ الْهَدْيَ مَالٌ يُجْعَلُ لِلَّهِ تَعَالَى، وَإِرَاقَةُ الدِّمِّ طَرِيقٌ صَالِحٌ لِدَلَالِكَ شَرْعًا كَالْتَّصَدُّقِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّ الْمُضْحِيَّ يَجْعَلُ الْأُضْحِيَّةَ لِلَّهِ خَالِصَةً بِإِرَاقَةِ دِمِّهَا فَكَذَلِكَ بِالْهَدْيِ.

(وَمَنْ دَخَلَ الْحَرَمَ بِصَيْدٍ فَعَلَيْهِ أَنْ يُرْسِلَهُ فِيهِ إِذَا كَانَ فِي يَدِهِ) خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ فَإِنَّهُ يَقُولُ: حَقُّ الشَّرْعِ لَا يَظْهَرُ فِي مَمْلُوكِ الْعَبْدِ لِحَاجَةِ الْعَبْدِ. وَلَنَا أَنَّهُ لَمَّا حَصَلَ فِي الْحَرَمِ وَجَبَ تَرْكُ التَّعَرُّضِ لِحُرْمَةِ الْحَرَمِ إِذْ صَارَ هُوَ مِنْ صَيْدِ الْحَرَمِ فَاسْتَحَقَّ الْأَمْنُ لَمَّا رَوَيْنَا (فَإِنْ بَاعَهُ رَدَّ الْبَيْعِ فِيهِ إِنْ كَانَ قَائِمًا)؛ لِأَنَّ الْبَيْعَ لَمْ يَجْزُ لَمَّا فِيهِ مِنَ التَّعَرُّضِ لِلصَّيْدِ وَذَلِكَ حَرَامٌ (وَإِنْ كَانَ فَائِثًا فَعَلَيْهِ الْجَزَاءُ)؛ لِأَنَّهُ تَعَرَّضَ لِلصَّيْدِ بِتَقْوِيَتِ الْأَمْنِ الَّذِي اسْتَحَقَّهُ (وَكَذَلِكَ بَيْعُ الْمُحْرِمِ الصَّيْدِ مِنْ مُحْرِمٍ أَوْ حَلَالٍ) لَمَّا قُلْنَا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَمَنْ دَخَلَ الْحَرَمَ بِصَيْدٍ) قَالَ فِي «النِّهَايَةِ»: وَهُوَ حَلَالٌ حَتَّى يَظْهَرَ خِلَافُ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ فَإِنَّ فِي الْمُحْرِمِ لَا يَتَوَقَّفُ وَجُوبُ الْإِرْسَالِ عَلَى دُخُولِ الْحَرَمِ فَإِنَّهُ يَجِبُ عَلَيْهِ الْإِرْسَالُ بِمُجَرَّدِ الْإِحْرَامِ بِالِاتِّفَاقِ. قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: الصَّيْدُ الَّذِي فِي يَدِهِ مَمْلُوكُهُ، وَحَقُّ الشَّرْعِ لَا يَظْهَرُ فِي مَمْلُوكِ الْعَبْدِ لِحَاجَتِهِ، (وَلَنَا أَنَّهُ لَمَّا حَصَلَ فِي الْحَرَمِ وَجَبَ تَرْكُ التَّعَرُّضِ لِحُرْمَةِ الْحَرَمِ).

وَبَيَّنَ الْمُلَازِمَةُ بِقَوْلِهِ: (إِذْ صَارَ) يَعْنِي الصَّيْدَ (مِنْ صَيْدِ الْحَرَمِ) بِالدُّخُولِ فِيهِ، وَصَيْدُ الْحَرَمِ مُسْتَحَقُّ الْأَمْنِ (لَمَّا رَوَيْنَا) مِنْ قَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ فِي حَدِيثٍ طَوِيلٍ: «وَلَا يُنْفَرُ صَيْدُهَا»، وَقَوْلُهُ: (فَإِنْ بَاعَهُ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ: (لَمَّا قُلْنَا) إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ: لِأَنَّ الْبَيْعَ لَمْ يَجْزُ لَمَّا فِيهِ مِنَ التَّعَرُّضِ لِلصَّيْدِ.

(وَمَنْ أَحْرَمَ وَفِي بَيْتِهِ أَوْ فِي قَفْصٍ مَعَهُ صَيْدٌ فَلَيْسَ عَلَيْهِ أَنْ يُرْسِلَهُ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: يَجِبُ عَلَيْهِ أَنْ يُرْسِلَهُ؛ لِأَنَّهُ مُتَعَرِّضٌ لِلصَّيْدِ بِإِمْسَاكِهِ فِي مَلِكِهِ فَصَارَ كَمَا إِذَا كَانَ فِي يَدِهِ.

وَلَنَا أَنَّ الصَّحَابَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ كَانُوا يُحْرِمُونَ وَفِي بُيُوتِهِمْ صُبُودٌ وَدَوَاجِنُ،
وَلَمْ يُنْقَلْ عَنْهُمْ إِرْسَالُهَا، وَبِذَلِكَ جَرَتْ الْعَادَةُ الْفَاشِيَةُ وَهِيَ مِنْ إِدْحَى الْحُجَجِ؛ وَلَأنَّ
الْوَاجِبَ تَرْكُ التَّعَرُّضِ وَهُوَ لَيْسَ بِمُتَعَرِّضٍ مِنْ جِهَتِهِ؛ لِأَنَّهُ مُحْفُوظٌ بِالْبَيْتِ وَالْقَفْصِ لَا
بِهِ غَيْرَ أَنَّهُ فِي مِلْكِهِ، وَلَوْ أَرْسَلَهُ فِي مَفَازَةٍ فَهُوَ عَلَى مِلْكِهِ فَلَا مُعْتَبَرٌ بِبَقَاءِ الْمَلِكِ. وَقِيلَ: إِذَا
كَانَ الْقَفْصُ فِي يَدِهِ لَزِمَهُ إِرْسَالُهُ لَكِنْ عَلَى وَجْهِ لَا يَضِيعُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَمَنْ أَحْرَمَ وَفِي بَيْتِهِ أَوْ فِي قَفْصٍ مَعَهُ صَيْدٌ فَلَيْسَ عَلَيْهِ أَنْ يُرْسِلَهُ)
يُشِيرُ إِلَى أَنَّهُ لَوْ كَانَ فِي يَدِهِ فَعَلَيْهِ أَنْ يُرْسِلَهُ بِالْإِتِّفَاقِ وَلِهَذَا قَاسَ الشَّافِعِيُّ صُورَةَ التَّنَازُعِ
عَلَيْهِ بِقَوْلِهِ: (كَمَا إِذَا كَانَ فِي يَدِهِ)، وَقَوْلُهُ: (وَلَنَا أَنَّ الصَّحَابَةَ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ: (وَبِذَلِكَ
جَرَتْ الْعَادَةُ الْفَاشِيَةُ) فَإِنَّ النَّاسَ يُحْرِمُونَ وَلَهُمْ بُيُوتُ الْحِمَامِ وَلَا يَجِبُ عَلَيْهِمْ إِرْسَالُهَا.
وَقَوْلُهُ: (وَلَأنَّ الْوَاجِبَ تَرْكُ التَّعَرُّضِ) دَلِيلٌ آخَرُ يَتَضَمَّنُ الْجَوَابَ عَنْ دَلِيلِ
الشَّافِعِيِّ. وَوَجْهُهُ أَنَّ الْوَاجِبَ تَرْكُ التَّعَرُّضِ وَهُوَ حَاصِلٌ إِذَا لَمْ يَكُنْ بِيَدِهِ؛ (لَأنَّهُ مُحْفُوظٌ
بِالْبَيْتِ وَالْقَفْصِ لَا بِهِ) وَالتَّعَرُّضُ بِالْإِمْسَاكِ فِي الْمَلِكِ لَيْسَ بِمُنَافٍ، لِأَنَّهُ لَوْ أَرْسَلَهُ فِي
الْمَفَازَةِ فَهُوَ عَلَى مِلْكِهِ، فَذَلِكَ عَلَى أَنَّهُ لَا مُعْتَبَرٌ بِبَقَاءِ الْمَلِكِ وَإِلَّا لَزِمَ الْجَزَاءُ أُرْسَلُ أَوْ لَمْ
يُرْسَلِ، (وَقِيلَ إِذَا كَانَ الْقَفْصُ فِي يَدِهِ وَجَبَ عَلَيْهِ إِرْسَالُهُ)؛ لِأَنَّهُ مُتَعَرِّضٌ لَهُ بِمَسْكِهِ،
(لَكِنْ عَلَى وَجْهِ لَا يَضِيعُ) بِأَنْ يُخْلِيَهُ فِي بَيْتِهِ؛ لِأَنَّ إِضَاعَةَ الْمَالِ مِنْهُيٌّ عَنْهَا.

قَالَ (فَإِنْ أَصَابَ حَلَالٌ صَيْدًا ثُمَّ أَحْرَمَ فَأَرْسَلَهُ مِنْ يَدِهِ غَيْرُهُ يَضْمَنُ عِنْدَ أَبِي
حَنِيفَةَ) رَحِمَهُ اللَّهُ (وَقَالَ: لَا يَضْمَنُ)؛ لِأَنَّ الْمُرْسِلَ أَمَرَ بِالْمَعْرُوفِ نَاهٍ عَنِ الْمُنْكَرِ ﴿مَا عَلَى
الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ﴾ [التوبة: ٩١] وَلَهُ أَنَّهُ مَلِكُ الصَّيْدِ بِالْأَخْذِ مِلْكًا مُحْتَرَمًا فَلَا
يَبْطُلُ احْتِرَامُهُ بِإِحْرَامِهِ وَقَدْ آتَلَفَهُ الْمُرْسِلُ فَيَضْمَنُهُ، بِخِلَافِ مَا إِذَا أَخَذَهُ فِي حَالَتِهِ
الْإِحْرَامِ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَمْلِكْهُ. وَالْوَاجِبُ عَلَيْهِ تَرْكُ التَّعَرُّضِ وَيُمْكِنُهُ ذَلِكَ بِأَنْ يُخْلِيَهُ فِي بَيْتِهِ،
فَإِذَا قَطَعَ يَدَهُ عَنْهُ كَانَ مُتَعَدِّيًّا، وَنَظِيرُهُ الْاِخْتِلَافُ فِي كَسْرِ الْمَعَازِفِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (فَإِنْ أَصَابَ حَلَالٌ صَيْدًا) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ: (مَلِكُ الصَّيْدِ بِالْأَخْذِ مِلْكًا
مُحْتَرَمًا) احْتِرَازٌ عَمَّا أَخَذَهُ الْمُحْرَمُ فَإِنَّهُ لَا يَمْلِكُ الصَّيْدَ، وَالْمَلِكُ الْمُحْتَرَمُ لَا يَبْطُلُ

بِالإِحْرَامِ، وَإِنَّمَا قُلْنَا إِنَّهُ مَلَكَهُ مِلْكًا مُحْتَرَمًا بِدَلِيلِ أَنَّ الْحَلَالَ إِذَا أَخَذَ الصَّيْدَ ثُمَّ أَحْرَمَ فَأَرْسَلَهُ ثُمَّ حَلَّ فَوَجَدَهُ فِي يَدِ غَيْرِهِ كَانَ لَهُ الْأَخْذُ مِنْهُ، بِخِلَافِ مَا إِذَا أَخَذَ الصَّيْدَ وَهُوَ مُحْرَمٌ ثُمَّ أَرْسَلَهُ ثُمَّ حَلَّ مِنْ إِحْرَامِهِ فَوَجَدَهُ فِي يَدِ غَيْرِهِ لَا سَبِيلَ لَهُ عَلَيْهِ، وَإِذَا كَانَ مِلْكًا مُحْتَرَمًا وَقَدْ أَتْلَفَهُ الْمُرْسِلُ وَجَبَ عَلَيْهِ ضَمَانُهُ.

فَإِنْ قِيلَ: سَلَّمْنَا أَنَّهُ مَلَكَهُ مِلْكًا مُحْتَرَمًا وَلَكِنْ وَجَبَ إِخْرَاجُهُ مِنَ الْمَلِكِ تَرْكًا لِلتَّعَرُّضِ الْوَاجِبِ التَّرْكِ. أَجَابَ بِقَوْلِهِ: (وَالوَاجِبُ عَلَيْهِ تَرْكُ التَّعَرُّضِ) لَا الْإِخْرَاجَ عَنْ مِلْكِهِ، (وَيُمْكِنُهُ ذَلِكَ بِأَنْ يُخْلِيَهُ فِي بَيْتِهِ، فَإِذَا قَطَعَ عَنْهُ يَدُهُ) بِالْإِرْسَالِ (كَانَ مُتَعَدِّيًا) فَيُضْمَنُ، (وَيُظَاهِرُ هَذَا الْاِخْتِلَافَ الْاِخْتِلَافُ فِي كَسْرِ الْمَعَارِفِ)، فَإِنَّهُ لَا ضَمَانَ فِيهِ عِنْدَهُمَا لِأَنَّهُ أَمْرٌ بِالْمَعْرُوفِ نَاهٍ عَنِ الْمُنْكَرِ. وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ يَجِبُ الضَّمَانُ لغيرِ هُوَ.

(وَإِنْ أَصَابَ مُحْرَمٌ صَيْدًا فَأَرْسَلَهُ مِنْ يَدِهِ غَيْرُهُ لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ بِالِاتِّفَاقِ)؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَمْلِكْهُ بِالْأَخْذِ، فَإِنَّ الصَّيْدَ لَمْ يَبْقَ مَحَلًّا لِلتَّمْلُكِ فِي حَقِّ الْمُحْرَمِ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَحَرَّمَ عَلَيْكُمْ صَيْدَ الْبَرِّ مَا دُمْتُمْ حُرُمًا﴾ [المائدة: ٩٦] فَصَارَ كَمَا إِذَا اشْتَرَى الْخَمْرَ (فَإِنْ قَتَلَهُ مُحْرَمٌ آخَرَ فِي يَدِهِ فَعَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا جَزَاؤُهُ)؛ لِأَنَّ الْأَخْذَ مُتَعَرِّضٌ لِلصَّيْدِ الْآمِنِ، وَالْقَاتِلُ مُقَرَّرٌ لَذَلِكَ، وَالتَّقْرِيرُ كَالِابْتِدَاءِ فِي حَقِّ التَّضْمِينِ كَشُهُودِ الطَّلَاقِ قَبْلَ الدُّخُولِ إِذَا رَجَعُوا.

(وَيَرْجِعُ الْأَخْذُ عَلَى الْقَاتِلِ) وَقَالَ زُهْرِي: لَا يَرْجِعُ؛ لِأَنَّ الْأَخْذَ مُؤَاخَذٌ بِصُنْعِهِ فَلَا يَرْجِعُ عَلَى غَيْرِهِ. وَلَنَا أَنَّ الْأَخْذَ إِنَّمَا يَصِيرُ سَبَبًا لِلضَّمَانِ عِنْدَ اتِّصَالِ الْهَلَاكِ بِهِ، فَهُوَ بِالْقَتْلِ جَعَلَ فِعْلَ الْأَخْذِ عِلَّةً فَيَكُونُ فِي مَعْنَى مُبَاشَرَةِ عِلَّةِ الْعِلَّةِ فَيُحَالُ بِالضَّمَانِ عَلَيْهِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَإِنْ أَصَابَ مُحْرَمٌ صَيْدًا) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ: (فَإِنْ قَتَلَهُ مُحْرَمٌ آخَرَ فِي يَدِهِ فَعَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا جَزَاؤُهُ)؛ لِأَنَّ الْأَخْذَ مُتَعَرِّضٌ لِلصَّيْدِ الْآمِنِ، وَالتَّعَرُّضُ لَهُ مِنْ مَحْظُورَاتِ الْإِحْرَامِ الْمَوْجِبَةِ لِلحَزَاءِ، (وَالْقَاتِلُ مُقَرَّرٌ لَذَلِكَ)؛ لِأَنَّهُ كَانَ بَعْدَ الْأَخْذِ مُتَمَكِّنًا مِنَ الْإِرْسَالِ وَقَدْ فَاتَ ذَلِكَ بِهِ وَتَقَرَّرَ التَّعَرُّضُ، (وَالْتَقَرُّيرُ كَالِابْتِدَاءِ فِي حَقِّ التَّضْمِينِ كَشُهُودِ الطَّلَاقِ قَبْلَ الدُّخُولِ إِذَا رَجَعُوا)، فَإِنَّهُمْ يَضْمَنُونَ بِمَا أَقْرَأُوا بِشَهَادَتِهِمْ مَا كَانَ عَلَى شَرَفِ السَّقُوطِ بِتَمَكِينِ ابْنِ الزَّوْجِ عَلَى مَا عُرِفَ.

(ثُمَّ يَرْجِعُ الْآخِذُ عَلَى الْقَاتِلِ) بِمَا ضَمِنَ مِنَ الْجَزَاءِ، (وَقَالَ زُفَرٌ: لَا يَرْجِعُ) لِأَنَّ الْآخِذَ إِنَّمَا أَخَذَ بِصُنْعِهِ، وَمَنْ أَخَذَ بِصُنْعِهِ لَا يَرْجِعُ عَلَى غَيْرِهِ فِيمَا لَا يَقْبَلُ الْمَلِكُ لَثَلَا يَسْتَلْزِمُ تَنْزِيلَ الرَّاجِعِ مَنْرَلَةَ الْمَالِكِ بِوَاسِطَةِ الضَّمَانِ فِيمَا هُوَ غَيْرُ قَابِلٍ لِلْمَلِكِ فِي حَقِّ الْمُحْرَمِ، كَمُسْلِمٍ غَضِبَ خَنْزِيرَ ذِمِّيٍّ، فَأَثْلَفَهُ فِي يَدِهِ آخَرَ فَضَمَّنَ الذَّمِّيُّ الْغَاصِبَ لَمْ يَرْجِعْ عَلَى الْمُتْلَفِ بِشَيْءٍ.

(وَلَنَا أَنَّ الْأَخْذَ إِنَّمَا يَصِيرُ سَبَبًا لِلضَّمَانِ عِنْدَ اتِّصَالِ الْهَلَاكِ بِهِ، فَهُوَ) أَيُّ: الْقَاتِلُ (بِالْقَتْلِ جَعَلَ فِعْلُ الْآخِذِ عِلَّةً، فَيَكُونُ) قَتْلُهُ (فِي مَعْنَى مُبَاشَرَةٍ عِلَّةً الْعِلَّةُ فَيُضَافُ الضَّمَانُ إِلَيْهِ) كَغَاصِبِ الْغَاصِبِ إِذَا أَثْلَفَ الْمُعْصُوبُ وَضَمِنَهُ الْغَاصِبُ، فَإِنَّ حَاصِلَ الضَّمَانِ يَسْتَقَرُّ عَلَيْهِ.

وَأَعْتَزَّضَ بِأَنَّ الرُّجُوعَ يَسْتَلْزِمُ تَضْمِينَ مَا لَيْسَ بِمَمْلُوكٍ وَمَا لَيْسَ بِمَمْلُوكٍ لَيْسَ بِمَضْمُونٍ وَإِلْزَامٌ أَكْثَرَ مِمَّا لَزِمَهُ. فَإِنَّ مَا لَزِمَهُ كَفَّارَةٌ يُفْتَى بِهَا وَيُجْزئُهُ الصَّوْمُ فِيهِ. وَبِالرُّجُوعِ يُطَالِبُهُ بِضَمَانٍ مَحْكُومٍ بِهِ وَيُحْبَسُ عَلَيْهِ وَذَلِكَ أَكْثَرَ مِمَّا لَزِمَهُ فَلَا يَجُوزُ. وَأُجِيبَ عَنْ الْأَوَّلِ بِأَنَّ الضَّمَانَ لَمْ يَسْتَلْزِمِ الْمَلِكُ بَلْ يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ فِي مُقَابَلَةِ إِزَالَةِ يَدٍ مُحْتَرَمَةٍ وَهِيَ مَوْجُودَةٌ فِيمَا نَحْنُ فِيهِ؛ لِأَنَّ الْآخِذَ كَانَ مُتَمَكِّنًا بِيَدِهِ مِنْ الْإِرْسَالِ وَإِسْقَاطِ الْجَزَاءِ بِهِ عَنْ نَفْسِهِ وَقَدْ فَوَّتَهَا الْقَاتِلُ عَلَيْهِ فَيَضْمَنُهُ كَغَاصِبِ الْمُدَبِّرِ إِذَا أَثْلَفَهُ إِنْسَانٌ فِي يَدِهِ فَأَدَّى الْغَاصِبُ قِيمَتَهُ فَإِنَّهُ يَرْجِعُ عَلَى الْقَاتِلِ بِقِيمَتِهِ كَمَا لَوْ مَلَكَهُ وَإِنْ كَانَ الْمُدَبِّرُ لَا يَقْبَلُ الْإِنْتِقَالَ مِنْ مَلِكٍ إِلَى مَلِكٍ.

وَعَنْ الثَّانِي بِأَنَّ مِثْلَ هَذَا التَّفَاوُتِ لَا يَمْنَعُ الرُّجُوعَ، كَالْأَبِ إِذَا غَضِبَ مُدَبِّرُ ابْنِهِ فَغَضِبَهُ مِنْهُ آخَرُ، ثُمَّ الْإِبْنُ ضَمِنَ الْأَبُ رَجَعَ الْأَبُ عَلَى الْغَاصِبِ وَيَحْبِسُهُ وَإِنْ كَانَ هُوَ لَا يَحْبِسُ فِيمَا لَزِمَهُ لِابْنِهِ. وَالْجَوَابُ عَمَّا اسْتَشْهَدَ بِهِ زُفَرٌ أَنَّ غَاصِبَ الْخَنْزِيرِ لَمْ تُثْبِتْ لَهُ يَدٌ مُحْتَرَمَةٌ؛ لِأَنَّ خُرُوجَهُ عَنْ مَحَلِّيَةِ التَّمْلِكِ لِإِهَانَتِهِ، بِخِلَافِ الصَّيْدِ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ فِيهِ لَزِيَادَةُ احْتِرَامٍ فِي حَقِّ الْمُحْرَمِ بِإِحْرَامِهِ كَحُرْمَةِ الْآدَمِيِّ فَتُثْبِتُ لَهُ يَدٌ مُحْتَرَمَةٌ فِيهِ وَإِنْ لَمْ تُثْبِتْ لَهُ مَلِكٌ.

(فَإِنْ قَطَعَ حَشِيشَ الْحَرَمِ أَوْ شَجَرَةَ لَيْسَتْ بِمَمْلُوكَةٍ، وَهُوَ مِمَّا لَا يُنْبِئُهُ النَّاسُ فَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ إِلَّا فِيمَا جَفَّ مِنْهُ؛) لِأَنَّ حُرْمَتَهُمَا ثَبَّتَتْ بِسَبَبِ الْحَرَمِ، قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ

وَالسَّلَامُ: «لَا يُخْتَلَى خَلَاهَا وَلَا يُعْضَدُ شَوْكُهَا»^(١) وَلَا يَكُونُ لِلصَّوْمِ فِي هَذِهِ الْقِيَمَةِ مَدْخَلٌ؛ لِأَنَّ حُرْمَةَ تَنَاوُلِهَا بِسَبَبِ الْحَرَمِ لَا بِسَبَبِ الْإِحْرَامِ فَكَانَ مِنْ ضَمَانِ الْمَحَالِّ عَلَى مَا بَيَّنَّا وَيَتَصَدَّقُ بِقِيَمَتِهِ عَلَى الْفُقَرَاءِ، وَإِذَا أَذَاهَا مَلَكُهُ كَمَا فِي حُقُوقِ الْعِبَادِ.

وَيُكْرَهُ بَيْعُهُ بَعْدَ الْقَطْعِ؛ لِأَنَّهُ مَلَكُهُ بِسَبَبِ مَحْظُورٍ شَرْعًا، فَلَوْ أُطْلِقَ لَهُ فِي بَيْعِهِ لَتَطَرَّقَ النَّاسُ إِلَى مِثْلِهِ، إِلَّا أَنَّهُ يَجُوزُ الْبَيْعُ مَعَ الْكَرَاهَةِ، بِخِلَافِ الصَّيْدِ، وَالْفَرْقُ مَا نَذَكَّرُهُ. وَالَّذِي يُنْبِئُهُ النَّاسُ عَادَةً عَرَفْنَاهُ غَيْرَ مُسْتَحَقٍّ لِلْأَمْنِ بِالْإِجْمَاعِ؛ وَلِأَنَّ الْمُحْرَمَ الْمَنْسُوبَ إِلَى الْحَرَمِ وَالنَّسَبَ إِلَيْهِ عَلَى الْكَمَالِ عِنْدَ عَدَمِ النَّسَبَةِ إِلَى غَيْرِهِ بِالْإِنْبَاتِ.

وَمَا لَا يَنْبُتُ عَادَةً إِذَا أَنْبَتَهُ إِنْسَانٌ التَّحَقُّ بِمَا يَنْبُتُ عَادَةً. وَلَوْ نَبَتَ بِنَفْسِهِ فِي مَلِكٍ رَجُلٍ فَعَلَى قَاطِعِهِ قِيَمَتَانِ: قِيَمَةٌ لِحُرْمَةِ الْحَرَمِ حَقًّا لِلشَّرْعِ، وَقِيَمَةٌ أُخْرَى ضَمَانًا لِمَالِكِهِ كَالصَّيْدِ الْمَمْلُوكِ فِي الْحَرَمِ، وَمَا جَفَّ مِنْ شَجَرِ الْحَرَمِ لَا ضَمَانٌ فِيهِ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِنَامٍ.

الشرح:

قَالَ: (فَإِنْ قَطَعَ حَشِيشَ الْحَرَمِ) اعْلَمْ أَنَّ حَشِيشَ الْحَرَمِ وَشَجَرَهُ عَلَى نَوْعَيْنِ: شَجَرٌ أَنْبَتَهُ الْإِنْسَانُ. وَشَجَرٌ يَنْبُتُ بِنَفْسِهِ، وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى نَوْعَيْنِ لِأَنَّهُ إِمَّا أَنْ يَكُونَ مِنْ جَنْسٍ مَا يُنْبِئُهُ النَّاسُ أَوْ لَا يَكُونُ. وَالْأَوَّلُ بِنَوْعِيهِ لَا يُوجِبُ الْجَزَاءَ، وَالْأَوَّلُ مِنَ الثَّانِي كَذَلِكَ، وَإِنَّمَا يَجِبُ الْجَزَاءُ فِي الثَّانِي مِنْهُ وَهُوَ مَا نَبَتَ بِنَفْسِهِ وَلَيْسَ مِنْ جَنْسٍ مَا يُنْبِئُهُ النَّاسُ، وَيَسْتَوِي فِيهِ أَنْ يَكُونَ مَمْلُوكًا لِإِنْسَانٍ بِأَنْ يَنْبُتَ فِي مَلِكِهِ أَوْ لَمْ يَكُنْ، حَتَّى قَالُوا فِي رَجُلٍ نَبَتَ فِي مَلِكِهِ أَمْ غِيلَانٍ فَقَطَعَهَا إِنْسَانٌ فَعَلَيْهِ قِيَمَتُهَا لِمَالِكِهَا وَعَلَيْهِ قِيَمَةٌ أُخْرَى لِحَقِّ الشَّرْعِ.

فَقَوْلُهُ: «فَإِنْ قَطَعَ حَشِيشَ الْحَرَمِ» إِلَى أَنْ قَالَ: «فَعَلَيْهِ قِيَمَتُهُ» إِنْشَارَةً إِلَى هَذَا النَّوْعِ الْأَخِيرِ لِأَنَّهُ أَضَافَهُ إِلَى الْحَرَمِ وَقَالَ وَهُوَ مِمَّا لَا يُنْبِئُهُ النَّاسُ. وَقَوْلُهُ (لَا يُخْتَلَى خَلَاهَا) أَيُّ لَا يُحْصَدُ رُطْبُ مَرْعَاهَا وَلَا يُقَطَّعُ شَوْكُهَا. وَقَوْلُهُ (لِأَنَّ حُرْمَةَ تَنَاوُلِهَا بِسَبَبِ الْحَرَمِ لَا بِسَبَبِ الْإِحْرَامِ)؛ لِأَنَّ الْمُحْرَمَ لَيْسَ بِمَنْشُوعٍ مِنَ الْإِحْتِشَاشِ وَالْإِحْتِطَابِ خَارِجَ الْحَرَمِ. وَقَوْلُهُ (عَلَى مَا بَيَّنَّا) إِنْشَارَةً إِلَى قَوْلِهِ: «لِأَنَّهَا غَرَامَةٌ وَلَيْسَتْ بِكَفَّارَةٍ».

وَقَوْلُهُ (بِخِلَافِ الصَّيْدِ) يَعْنِي أَنَّهُ لَا يَجُوزُ بَيْعُ صَيْدٍ اصْطَادَهُ مُحْرَمٌ أَوْ بَيْعُ صَيْدٍ

الْحَرَمُ أَصْلًا (وَالْفَرْقُ مَا تَذَكَّرُهُ) يُرِيدُ قَوْلَهُ؛ لِأَنَّهُ يَنْبَغُ حَيًّا تَعَرُّضُ لِلصَّيْدِ الْآمِنِ. وَقَوْلُهُ (وَالَّذِي يُنْبِتُهُ النَّاسُ عَادَةً) مُتَّصِلٌ بِقَوْلِهِ وَهُوَ مِمَّا لَا يُنْبِتُهُ النَّاسُ. وَقَوْلُهُ (وَمَا لَا يُنْبِتُ عَادَةً إِذَا أَثْبَتَهُ إِنْسَانٌ) مَعْطُوفٌ عَلَى قَوْلِهِ وَالَّذِي يُنْبِتُهُ النَّاسُ عَادَةً: يَعْنِي مَا لَا يُنْبِتُهُ النَّاسُ عَادَةً إِذَا أَثْبَتَهُ إِنْسَانٌ التَّحَقُّ بِمَا يُنْبِتُهُ النَّاسُ فَكَانَ غَيْرَ مُسْتَحَقِّ الْأَمْنِ إِلَّا بِمَحَلِّ الْإِجْمَاعِ بِجَمَاعٍ انْقِطَاعِ كَمَالِ التَّسْبِيَةِ إِلَى الْحَرَمِ عِنْدَ التَّسْبِيَةِ إِلَى غَيْرِهِ بِالْإِثْبَاتِ.

وَقَوْلُهُ (وَلَوْ تَبَتَ بِنَفْسِهِ) يَعْنِي الَّذِي لَا يُنْبِتُ عَادَةً لَوْ تَبَتَ بِنَفْسِهِ (فِي مَلِكٍ رَجُلٍ) قَدْ ظَهَرَ مِمَّا ذَكَرْتَاهُ أَنْفَاءً. وَاعْتَرَضَ عَلَيْهِ بِوَجْهَيْنِ: أَحَدُهُمَا أَنَّ الثَّبَاتَ يُمْلِكُ بِالْأَخْذِ فَكَيْفَ تَجِبُ الْقِيَمَةُ بَعْدَ ذَلِكَ، وَالثَّانِي أَنَّ الْحَرَمَ غَيْرُ مَمْلُوكٍ لِأَحَدٍ فَكَيْفَ يُتَصَوَّرُ قَوْلُهُ وَقِيَمَةٌ أُخْرَى دَسْمَانًا لِمَالِكِهِ.

وَأُجِيبَ عَنِ الْأَوَّلِ بِأَنَّ قَوْلَهُ ﷺ «النَّاسُ شُرَكَاءُ فِي ثَلَاثٍ: الْمَاءِ وَالْكَلَالِ، وَالتَّارِ» مَحْمُولٌ عَلَى خَارِجِ الْحَرَمِ، وَأَمَّا حُكْمُ الْحَرَمِ فَبِخِلَافِهِ لِأَنَّهُ حَرَّمَ التَّعَرُّضَ بِالنَّصِّ كَصَيْدِهِ. وَعَنِ الثَّانِي بَأَنَّهُ عَلَى قَوْلٍ مَنْ يَرَى تَمْلُكَ أَرْضِ الْحَرَمِ وَهُوَ قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ. وَقَوْلُهُ (وَمَا جَفَّ مِنْ شَجَرِ الْحَرَمِ) بَيَانُ الِاسْتِثْنَاءِ فِي مَطْلَعِ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ وَهُوَ ظَاهِرٌ.

(وَلَا يُرْعَى حَشِيشُ الْحَرَمِ وَلَا يَقْطَعُ إِلَّا الْإِذْخِرُ) وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَا بَأْسَ بِالرَّعْيِ؛ لِأَنَّهُ فِيهِ ضَرُورَةٌ، فَإِنَّ مَنَعَ الدَّوَابَّ عَنْهُ مُتَعَدِّرٌ. وَلَنَا مَا رَوَيْنَا، وَالْقَطْعُ بِالْمَشَافِرِ كَالْقَطْعِ بِالْمَنَاجِلِ، وَحَمْلُ الْحَشِيشِ مِنَ الْحِلِّ مُمَكِّنٌ فَلَا ضَرُورَةَ، بِخِلَافِ الْإِذْخِرِ؛ لِأَنَّهُ اسْتِثْنَاءُ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَيَجُوزُ قَطْعُهُ وَرَعْيُهُ، وَبِخِلَافِ الْكَمَاءِ؛ لِأَنَّهَا لَيْسَتْ مِنْ جُمْلَةِ الثَّبَاتِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (لَا بَأْسَ بِالرَّعْيِ؛ لِأَنَّهُ فِيهِ ضَرُورَةٌ) يَعْنِي أَنَّ الَّذِينَ يَدْخُلُونَ الْحَرَمَ لِلْحَجِّ أَوْ الْعُمْرَةِ يَكُونُونَ عَلَى الدَّوَابِّ وَمَنْعُهَا عَنْهُ مُتَعَدِّرٌ فَتَحَقَّقَتِ الضَّرُورَةُ (وَلَنَا مَا رَوَيْنَا) يَعْنِي قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «لَا يُخْتَلَى خِلَاهَا» وَإِنَّمَا تُعْتَبَرُ الضَّرُورَةُ فِيمَا لَا يَكُونُ فِيهِ نَصٌّ بِخِلَافِهِ، فَإِنْ قِيلَ: النَّصُّ فِي الْقَطْعِ لَا فِي الرَّعْيِ. أَجَابَ بِقَوْلِهِ (وَالْقَطْعُ بِالْمَشَافِرِ كَالْقَطْعِ بِالْمَنَاجِلِ) شَفَرُهُ كُلُّ شَيْءٍ حَرْفُهُ، وَمِشْفَرُ الْبَعِيرِ شَفَتُهُ، وَالْمَنَاجِلُ جَمْعُ

مِنْجَلٍ وَهُوَ مَا يُخَصَّدُ بِهِ الزَّرْعُ.

وَقَوْلُهُ (وَحَمَلُ الْحَشِيشِ) يَعْنِي سَلَّمْنَا أَنْ النَّصَّ فِي الْقَطْعِ لَا فِي الرَّعْيِ لَكِنْ لَا تُسَلَّمُ الضَّرُورَةُ؛ لِأَنَّ حَمْلَ الْحَشِيشِ (مِنْ الْحِلِّ مُمَكِّنٌ فَلَا ضَرُورَةَ) فَإِنْ قِيلَ: مَا بَالُ الْإِذْخِرِ لَمْ يَحْرُمَ رَعْيُهُ وَلَا ضَرُورَةُ فِيهِ؟ أَجَابَ بِقَوْلِهِ (بِخِلَافِ الْإِذْخِرِ)؛ لِأَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ اسْتَنَاهُ فَيَجُوزُ رَعْيُهُ.

وَرَوَى «أَنَّ الْعَبَّاسَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ» لَمَّا قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «لَا يُخْتَلَى خِلَاهَا وَلَا يُعْضَدُ شَوْكُهَا» قَالَ: إِلَّا الْإِذْخِرَ يَا رَسُولَ اللَّهِ فَإِنَّهُ لَقُبُورِهِمْ وَيُوتِيهِمْ، فَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «إِلَّا الْإِذْخِرَ» وَتَأْوِيلُهُ أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ كَانَ مِنْ قَصْدِهِ أَنْ يُسْتَنَى إِلَّا أَنَّ الْعَبَّاسَ سَبَقَهُ بِذَلِكَ. أَوْ كَانَ أَوْحَى اللَّهُ إِلَيْهِ أَنْ يُرَخِّصَ فِيمَا يَسْتَنِيهِ الْعَبَّاسُ.

فَإِنْ قِيلَ: عَلَى هَذَا التَّفْهِيمِ كَانَ قَوْلُهُ لَا يُخْتَلَى خِلَاهَا عَامًّا مَخْصُوصًا بِمُقَارِنِ فَلْيُخَصَّ الرَّعْيُ بِالْقِيَاسِ عَلَيْهِ. قُلْتُ: الْاسْتِنَاءُ لَيْسَ بِتَخْصِصٍ، وَلَكِنْ سَلَّمْنَاهُ كَانَ الْإِذْخِرُ مَخْصُوصًا بِالضَّرُورَةِ، وَقَدْ ذَكَّرْنَا أَنَّ لَا ضَرُورَةَ فِي الرَّعْيِ. وَقَوْلُهُ (وَبِخِلَافِ الْكُمَاةِ) مَعْطُوفٌ عَلَى قَوْلِهِ بِخِلَافِ الْإِذْخِرِ: يَعْنِي أَنَّهَا لَيْسَتْ بِدَاخِلَةٍ فِي الْمَحْرَمَاتِ لِأَنَّهَا لَيْسَتْ مِنْ جُمْلَةِ ثَبَاتِ الْأَرْضِ بَلْ هِيَ مُودَعَةٌ فِيهَا.

(وَكُلُّ شَيْءٍ فَعَلَهُ الْقَارِنُ مِمَّا ذَكَّرْنَا أَنَّ فِيهِ عَلَى الْمُفْرَدِ دَمًا فَعَلَيْهِ دَمَانِ دَمٌ لِحَجَّتِهِ وَدَمٌ لِعُمْرَتِهِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: دَمٌ وَاحِدٌ بِنَاءً عَلَى أَنَّهُ مُحَرَّمٌ بِإِحْرَامٍ وَاحِدٍ عِنْدَهُ، وَعِنْدَنَا بِإِحْرَامَيْنِ وَقَدْ مَرَّ مِنْ قَبْلُ. قَالَ (إِلَّا أَنْ يَتَجَاوَزَ الْمِيقَاتِ غَيْرَ مُحَرَّمٍ بِالْعُمْرَةِ أَوْ الْحَجِّ فَيَلْزِمُهُ دَمٌ وَاحِدٌ) خِلَافًا لِرُفْرِ رَحِمَهُ اللَّهُ لَمَّا أَنَّ الْمُسْتَحَقَّ عَلَيْهِ عِنْدَ الْمِيقَاتِ إِحْرَامٌ وَاحِدٌ وَيَتَأَخِيرُ وَاجِبٌ وَاحِدٌ لَا يَجِبُ إِلَّا جِزَاءٌ وَاحِدٌ.

الشرح:

قَالَ (وَكُلُّ شَيْءٍ فَعَلَهُ الْقَارِنُ مِمَّا ذَكَّرْنَا أَنَّ فِيهِ عَلَى الْمُفْرَدِ دَمًا فَعَلَيْهِ دَمَانِ) كُلُّ مَا عَلَى الْمُفْرَدِ فِيهِ دَمٌ مِمَّا تَقَدَّمَ مِنَ الْجَنَائِزِ فَعَلَى الْقَارِنِ فِيهِ دَمَانِ (دَمٌ لِحَجَّتِهِ وَدَمٌ لِعُمْرَتِهِ). وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: دَمٌ وَاحِدٌ بِنَاءً عَلَى أَنَّ الْقَارِنَ عِنْدَهُ مُحَرَّمٌ بِإِحْرَامٍ وَاحِدٍ وَعِنْدَنَا بِإِحْرَامَيْنِ وَقَدْ مَرَّ ذَلِكَ مِنْ قَبْلُ).

فَإِنْ قِيلَ: إِحْرَامُ الْحَجِّ أَقْوَى لِكَوْنِهِ فَرْضًا دُونَ الْعُمْرَةِ، وَإِذَا اجْتَمَعَ أَمْرَانِ فِي

إِجْبَابِ حُكْمٍ وَاحِدٍ وَأَحَدُهُمَا أَقْوَى مِنَ الْآخَرِ فَإِنَّ الْحُكْمَ يُضَافُ إِلَيْهِ وَيُجْعَلُ الْأُضْعَفُ كَالْمَعْدُومِ، كَمَا ذَكَرْتُمْ فِي الْمَحْرَمِ إِذَا قُتِلَ صَيْدُ الْحَرَمِ فَإِنَّهُ لَا يَجِبُ عَلَيْهِ إِلَّا جَزَاءُ وَاحِدٍ؛ لِأَنَّ حُرْمَةَ الْإِحْرَامِ أَقْوَى. فَالْجَوَابُ أَنَّ ذَلِكَ الْأَصْلَ صَحِيحٌ وَلَكِنْ لَيْسَ إِحْرَامُ الْحَجِّ أَقْوَى مِنْ إِحْرَامِ الْعُمْرَةِ فَإِنَّ إِحْرَامَ الْعُمْرَةِ عَلَى انْفِرَادِهِ يَحْرُمُ عَلَى الْمَحْرَمِ بِهَا جَمِيعُ مَا يَحْرُمُ إِحْرَامُ الْحَجِّ فَكَأَنَّا مُتَسَاوِينَ فَلَا يَسْتَتِيعُ أَحَدُهُمَا الْآخَرَ.

فَإِنْ قِيلَ: فَعَلَى هَذَا يَجِبُ أَنْ يَخْتَصَّ وَجُوبُ الدَّمَنِ عَلَى الْقَارِنِ بِمَا إِذَا كَانَ قَبْلَ الْوُقُوفِ بِعَرَفَةَ، فَأَمَّا بَعْدَ الْوُقُوفِ بِهَا فَفِي الْجَمَاعِ يَجِبُ دَمَانٌ، وَفِي سَائِرِ الْمَحْظُورَاتِ دَمٌ وَاحِدٌ لَمَّا أَنَّ إِحْرَامَ الْعُمْرَةِ إِنَّمَا بَقِيَ فِي حَقِّ التَّحَلُّلِ لَا غَيْرُ. قُلْتُ بَعْدَ ذَلِكَ: وَإِنْ كَانَ شَيْخُ الْإِسْلَامِ ذَكَرَ مِثْلَ مَا ذَكَرْتُ. وَوَجْهُ الْبُعْدِ أَنَّ إِحْرَامَ الْعُمْرَةِ بَعْدَ الْفَرَاغِ مِنْ أَفْعَالِهَا لَمْ يَبْقَ إِلَّا فِي حَقِّ التَّحَلُّلِ خَاصَّةً فَكَانَ قَبْلَ الْوُقُوفِ وَبَعْدَهُ سَوَاءً.

وَقَوْلُهُ (إِلَّا أَنْ يَتَجَاوَزَ الْمِيقَاتِ اسْتِثْنَاءً مِنْ قَوْلِهِ فَعَلَيْهِ دَمَانٌ). وَقَوْلُهُ (خِلَافًا لِرُفْرِ) يَعْنِي أَنَّهُ يَقُولُ عَلَيْهِ دَمَانٌ لِكُلِّ إِحْرَامٍ دَمٌ كَمَا فِي سَائِرِ الْمَحْظُورَاتِ. وَلَنَا (أَنَّ الْمُسْتَحَقَّ عَلَيْهِ عِنْدَ الْمِيقَاتِ إِحْرَامٌ وَاحِدٌ) أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ أُحْرِمَ لِلْعُمْرَةِ عِنْدَ الْمِيقَاتِ ثُمَّ أُحْرِمَ بِالْحَجِّ بَعْدَ مَا جَاوَزَ الْمِيقَاتِ كَانَ جَائِزًا وَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ مَعَ أَنَّهُ قَارِنٌ أَيْضًا (وَبِتَأْخِيرِ وَاجِبٍ وَاحِدٍ لَا يَجِبُ إِلَّا جَزَاءُ وَاحِدٍ).

(وَإِذَا اشْتَرَكَ مُحْرِمَانِ فِي قَتْلِ صَيْدٍ فَعَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا جَزَاءُ كَامِلٌ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالشَّرِكَةِ يَصِيرُ جَانِبًا جِنَائِيَةً تَفُوقُ الدَّلَالََةَ فَيَتَعَدَّدُ الْجَزَاءُ بِتَعَدُّدِ الْجِنَائِيَةِ. (وَإِذَا اشْتَرَكَ حَلَالَانِ فِي قَتْلِ صَيْدِ الْحَرَمِ فَعَلَيْهِمَا جَزَاءُ وَاحِدٍ؛ لِأَنَّ الضَّمَانَ بَدَلَ عَنِ الْمَحَلِّ لَا جَزَاءَ عَنِ الْجِنَائِيَةِ فَيَتَّحِدُ بِاتِّحَادِ الْمَحَلِّ، كَرَجُلَيْنِ قَتَلَا رَجُلًا خَطَأً تَجِبُ عَلَيْهِمَا دِيَّةٌ وَاحِدَةٌ، وَعَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا كَفَّارَةٌ.

الشرح:

(وَإِذَا اشْتَرَكَ مُحْرِمَانِ فِي قَتْلِ صَيْدٍ) وَاحِدٍ (فَعَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا جَزَاءُ كَامِلٌ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: عَلَيْهِمَا جَزَاءُ وَاحِدٌ لِأَنَّ مِنْ أَصْلِهِ أَنَّ الْاِعْتِبَارَ لِلْمَحَلِّ، وَعَنْ هَذَا قَالَ الدَّالُّ الَّذِي لَمْ يَتَّصِلْ فَعَلُهُ بِالْمَحَلِّ لَا يَلْزَمُهُ شَيْءٌ، وَالْمَحَلُّ هَهُنَا وَاحِدٌ فَلَا يَلْزَمُهُ إِلَّا جَزَاءُ وَاحِدٍ، وَقَاسَ بِصَيْدِ الْحَرَمِ وَحُقُوقِ الْعِبَادِ.

وَلَنَا أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالشَّرَكَةِ يَصِيرُ جَانِبًا جَنَائَةً تَفُوقُ الدَّلَالَهَ أَمَّا أَنَّهُ يَصِيرُ جَانِبًا؛ فَلَأَنَّ الْفِعْلَ الَّذِي لَا يَقْبَلُ التَّجَزُّؤَ إِذَا صَدَرَ مِنْ فَاعِلَيْنِ يُضَافُ إِلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا كَامِلًا كَمَا فِي الْقَصَاصِ وَكَفَّارَةِ الْقَتْلِ، وَأَمَّا أَنَّهُ جَنَائَةٌ تَفُوقُ الدَّلَالَهَ فَلَاتَصَالُهُ بِالْمَحَلِّ دُونَهَا، وَإِذَا كَانَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا جَانِبًا تِلْكَ الْجِنَايَةِ كَانَتْ الْجِنَايَةُ مُتَعَدِّدَةً وَتَعَدُّدُهَا يُوجِبُ تَعَدُّدَ الْجَزَاءِ لَا مَحَالَةَ.

وَقَوْلُهُ (وَإِذَا اشْتَرَكَ حَلَالَانِ فِي قَتْلِ صَيْدٍ الْحَرَمِ) وَهُوَ عَكْسُ الْمَسْأَلَةِ الْمُتَقَدِّمَةِ ظَاهِرٌ مِمَّا تَقَدَّمَ غَيْرَ مَرَّةٍ.

(وَإِذَا بَاعَ الْمُحْرِمُ الصَّيْدَ أَوْ ابْتَاعَهُ فَالْبَيْعُ بَاطِلٌ)؛ لِأَنَّ بَيْعَهُ حَيًّا تَعَرُّضٌ لِلصَّيْدِ الْأَمِينِ وَبَيْعُهُ بَعْدَ مَا قَتَلَهُ بَيْعٌ مَيْتَةٍ.

الشرح:

(وَإِذَا بَاعَ الْمُحْرِمُ الصَّيْدَ أَوْ ابْتَاعَهُ فَالْبَيْعُ بَاطِلٌ) قَالَ الْمُصَنِّفُ ؛ لِأَنَّ بَيْعَهُ حَيًّا تَعَرُّضٌ لِلصَّيْدِ الْأَمِينِ وَالتَّعَرُّضُ لِلصَّيْدِ الْأَمِينِ بِالْبَيْعِ بَاطِلٌ لَخُرُوجِهِ عَنْ مَحَلِّيَّةِ الْبَيْعِ بِتَحْرِيمِ الشَّرْعِ كَخُرُوجِهِ عَنْ مَحَلِّيَّةِ الذَّبْحِ لِذَلِكَ وَالْبَيْعُ الْمُضَافُ إِلَى غَيْرِ مَحَلِّهِ بَاطِلٌ (وَبَيْعُهُ بَعْدَ مَا قَتَلَهُ بَيْعٌ مَيْتَةٍ) وَبَيْعُ الْمَيْتَةِ بَاطِلٌ لِعَدَمِ الْمَحَلِّ.

(وَمَنْ أَخْرَجَ ظَبْيَةً مِنَ الْحَرَمِ فَوَلَدَتْ أَوْلَادًا فَمَاتَتْ هِيَ وَأَوْلَادُهَا فَعَلَيْهِ جَزَاؤُهُنَّ)؛ لِأَنَّ الصَّيْدَ بَعْدَ الْإِخْرَاجِ مِنَ الْحَرَمِ بَقِيَ مُسْتَحَقًّا لِلْأَمْنِ شَرْعًا وَلِهَذَا وَجِبَ رَدُّهُ إِلَى مَالِيهِ، وَهَذِهِ صِفَةٌ شَرْعِيَّةٌ فَتَسْرِي إِلَى الْوَلَدِ (فَإِنْ أَدَّى جَزَاءَهَا ثُمَّ وَلَدَتْ لَيْسَ عَلَيْهِ جَزَاءُ الْوَلَدِ)؛ لِأَنَّ بَعْدَ آدَاءِ الْجَزَاءِ لَمْ تَبْقَ أَمْنَةٌ؛ لِأَنَّ وُصُولَ الْخَلْفِ كَوُصُولِ الْأَصْلِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ أَخْرَجَ ظَبْيَةً مِنَ الْحَرَمِ) حَلَالًا كَانَ أَوْ مُحْرِمًا (فَوَلَدَتْ أَوْلَادًا) فَمَاتَتْ هِيَ وَأَوْلَادُهَا فَعَلَيْهِ جَزَاؤُهُنَّ؛ لِأَنَّ الصَّيْدَ بَعْدَ الْإِخْرَاجِ مِنَ الْحَرَمِ بَقِيَ مُسْتَحَقًّا لِلْأَمْنِ شَرْعًا) يَعْنِي أَنَّ الصَّيْدَ بَعْدَ الْإِخْرَاجِ مِنَ الْحَرَمِ مُتَّصِفٌ بِصِفَةِ شَرْعِيَّةٍ وَهِيَ بَقَاءُ اسْتِحْقَاقِهِ لِلْأَمْنِ شَرْعًا، وَكُلُّ مَا اتَّصَفَ بِصِفَةِ شَرْعِيَّةٍ صِفَتُهُ تِلْكَ تَسْرِي إِلَى الْأَوْلَادِ. أَمَّا اتَّصَافُهُ بِبَقَاءِ الْاسْتِحْقَاقِ لِلْأَمْنِ شَرْعًا؛ فَلَأَنَّ الرَّدَّ إِلَى مَالِيهِ وَاجِبٌ.

وَأَمَّا أَنَّ كُلَّ مَا اتَّصَفَ بِتِلْكَ الصِّفَةِ صِفَتُهُ تِلْكَ تَسْرِي إِلَى الْأَوْلَادِ فَكَمَا فِي

الْحُرِّيَّةَ وَالرِّقَّ وَالْكَنَابَةَ وَغَيْرَهَا، وَتُوقِضَ بِوَلَدِ الْمَعْصُوبَةِ فَإِنَّهَا وَاجِبَةُ الرَّدِّ إِلَى مَالِكِهَا، وَهَذِهِ صِفَةُ شَرْعِيَّةٍ وَلَمْ تَسْرِ إِلَى وَلَدِهَا، فَإِنْ زَوَّادَ الْمَعْصُوبِ غَيْرُ مَضْمُونَةٍ. وَالْجَوَابُ أَنَّ الصِّفَةَ الشَّرْعِيَّةَ تَسْرِي إِلَى الْأَوْلَادِ إِذَا لَمْ يَكُنْ مَانِعٌ، وَصِفَةُ الْمَعْصُوبِيَّةِ تَمْنَعُ عَنْ ذَلِكَ لِأَنَّهَا لَيْسَتْ بِصِفَةٍ شَرْعِيَّةٍ، وَلِأَنَّ تَصَوُّرَهَا لَا يَتَحَقَّقُ فِي الْأَوْلَادِ؛ لِأَنَّ الْعَصَبَ إِزَالَةُ الْيَدِ الْمُحِقَّةِ، وَهِيَ فِي الْأَوْلَادِ لَا تَتَحَقَّقُ لِعَدَمِ ثُبُوتِ يَدِ عَلَيْهَا تَرَالُ بِالْعَصَبِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

باب مجاوزة الوقت بغير إحرام

(وَإِذَا أَتَى الْكُوفِيُّ بُسْتَانَ بَنِي عَامِرٍ فَأَحْرَمَ بِعُمْرَةٍ، فَإِنْ رَجَعَ إِلَى ذَاتِ عِرْقٍ وَلَبَّى بِطَلِّ عَنْهُ دَمُ الْوَقْتِ، وَإِنْ رَجَعَ إِلَيْهِ وَلَمْ يَلْبُ حَتَّى دَخَلَ مَكَّةَ وَطَافَ لِعُمْرَتِهِ فَعَلَيْهِ دَمٌ) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: إِنْ رَجَعَ إِلَيْهِ مُحْرِمًا فَلَيْسَ عَلَيْهِ شَيْءٌ لَبَّى أَوْ لَمْ يَلْبُ. وَقَالَ زُفَرٌ: لَا يَسْقُطُ لَبَّى أَوْ لَمْ يَلْبُ لِأَنَّ جِنَايَتَهُ لَمْ تَرْتَفِعْ بِالْعَوْدِ وَصَارَ كَمَا إِذَا أَفَاضَ مِنْ عَرَفَاتٍ ثُمَّ عَادَ إِلَيْهِ بَعْدَ الْغُرُوبِ.

وَلَنَا أَنَّهُ تَدَارَكَ الْمَتْرُوكَ فِي أَوَانِهِ وَذَلِكَ قَبْلَ الشُّرُوعِ فِي الْأَفْعَالِ فَيَسْقُطُ الدَّمُ، بِخِلَافِ الْإِفَاضَةِ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَتَدَارَكَ الْمَتْرُوكَ عَلَى مَا مَرَّ. غَيْرَ أَنَّ التَّدَارُكَ عِنْدَهُمَا بِعَوْدِهِ مُحْرِمًا؛ لِأَنَّهُ أَظْهَرَ حَقَّ الْمِيقَاتِ كَمَا إِذَا مَرَّ بِهِ مُحْرِمًا سَاكِنًا. وَعِنْدَهُ رَحِمَهُ اللَّهُ بِعَوْدِهِ مُحْرِمًا مُلْبِيًا؛ لِأَنَّ الْعَزِيمَةَ فِي الْإِحْرَامِ مِنْ دَوِيرَةِ أَهْلِهِ، فَإِذَا تَرَخَّصَ بِالتَّأْخِيرِ إِلَى الْمِيقَاتِ وَجَبَ عَلَيْهِ قَضَاءُ حَقِّهِ بِإِنْشَاءِ التَّلْبِيَةِ فَكَانَ التَّلَافِي بِعَوْدِهِ مُلْبِيًا، وَعَلَى هَذَا الْخِلَافُ إِذَا أَحْرَمَ بِحُجَّةٍ بَعْدَ الْمَجَاوِزَةِ مَكَانَ الْعُمْرَةِ فِي جَمِيعِ مَا ذَكَرْنَا.

وَلَوْ عَادَ بَعْدَ مَا ابْتَدَأَ بِالطَّوَافِ، وَاسْتَلَمَ الْحَجَرَ لَا يَسْقُطُ عَنْهُ الدَّمُ بِالِاتِّفَاقِ، وَلَوْ عَادَ إِلَيْهِ قَبْلَ الْإِحْرَامِ يَسْقُطُ بِالِاتِّفَاقِ.

(وَهَذَا) الَّذِي ذَكَرْنَا (إِذَا كَانَ يُرِيدُ الْحَجَّ أَوْ الْعُمْرَةَ، فَإِنْ دَخَلَ الْبُسْتَانَ لِحَاجَةٍ فَلَهُ أَنْ يَدْخُلَ مَكَّةَ بِغَيْرِ إِحْرَامٍ، وَوَقْتُهِ الْبُسْتَانُ، وَهُوَ صَاحِبُ الْمَنْزِلِ سَوَاءً؛ لِأَنَّ الْبُسْتَانَ غَيْرُ وَاجِبِ التَّعْظِيمِ فَلَا يَلْزَمُهُ الْإِحْرَامُ بِقَصْدِهِ، وَإِذَا دَخَلَهُ التَّحَقُّقُ بِأَهْلِهِ، وَلِلْبُسْتَانِي أَنْ يَدْخُلَ مَكَّةَ بِغَيْرِ إِحْرَامٍ لِلْحَاجَةِ فَكَذَلِكَ لَهُ.

وَالْمُرَادُ بِقَوْلِهِ: وَوَقْتُهِ الْبُسْتَانُ جَمِيعُ الْحِلِّ الَّذِي بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْحَرَمِ وَقَدْ مَرَّ مِنْ قَبْلُ،

فَكَذَا وَقْتُ الدَّخْلِ الْمَلْحَقِ بِهِ (فَإِنْ أَحْرَمًا مِنَ الْحِلِّ وَوَقْفًا بِعَرَفَةَ لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِمَا شَيْءٌ) يُرِيدُ بِهِ الْبُسْتَانِيَّ وَالِدَّاحِلَ فِيهِ؛ لِأَنَّهُمَا أَحْرَمًا مِنْ مِيقَاتِهِمَا.

الشرح:

(بَابُ مُجَاوَزَةِ الْوَقْتِ بِغَيْرِ إِحْرَامٍ): قَالَ صَاحِبُ «الْتَّهَائَةِ» رَحِمَهُ اللَّهُ: لَمَّا ذَكَرَ بَابَ الْجَنَائِيَّاتِ وَأَنْوَعَهَا أَعَقَبَهُ ذِكْرُ بَابِ مُجَاوَزَةِ الْوَقْتِ بِغَيْرِ إِحْرَامٍ؛ لِأَنَّ هَذَا مِنَ الْجَنَائِيَّاتِ أَيْضًا، إِلَّا أَنَّ هَذَا قَبْلَ الْإِحْرَامِ، وَمَا ذَكَرَهُ مِنْ بَابِ الْجَنَائِيَّاتِ وَمَا يَتَّبِعُهُ بَعْدَ الْإِحْرَامِ، وَمُطْلَقُ ذِكْرِ جَنَايَةِ الْمُحْرِمِ يَتَنَاوَلُ مَا بَعْدَ الْإِحْرَامِ فَكَانَ كَامِلًا فِي اسْتِحْقَاقِ اسْمِ الْجَنَايَةِ فَلِذَلِكَ قَدَّمَهُ عَلَى هَذَا الْبَابِ.

فَإِنْ قِيلَ: كَانَ الْوَاجِبُ أَنْ لَا يَجِبَ عَلَى مَنْ جَاوَزَ الْمِيقَاتِ بِغَيْرِ إِحْرَامٍ شَيْءٌ؛ لِأَنَّ الْمُحْرِمَ لِلْأَشْيَاءِ الْمَوْجِبَةِ لِلْكَفَّارَةِ هُوَ الْإِحْرَامُ وَالْإِحْرَامُ غَيْرُ مَوْجُودٍ فِي ذَلِكَ الْوَقْتِ. فَالْجَوَابُ أَنَّ مَنْ جَاوَزَ الْمِيقَاتِ بِغَيْرِ إِحْرَامٍ ارْتَكَبَ الْمَنْهِيَّ عَنْهُ وَتَمَكَّنَ بِهِ فِي حُجَّهِ نُقْصَانٍ، وَنُقْصَانُهُ يُجْبِرُ بِالْدَّمِ إِلَّا إِذَا تَذَارَكَ ذَلِكَ فِي أَوَانِهِ بِالرُّجُوعِ إِلَى الْمِيقَاتِ مُلْبِيًا قَبْلَ أَنْ يَطُوفَ.

(وَإِذَا أَتَى الْكُوفِيُّ بُسْتَانَ بَنِي عَامِرٍ فَأَحْرَمَ بِعُمْرَةٍ، فَإِنْ رَجَعَ إِلَى ذَاتِ عِرْقٍ وَلَبَّى بَطَلَ عَنْهُ دَمُ الْوَقْتِ) وَتَخْصِيصُهُ بِذَاتِ عِرْقٍ بِنَاءً عَلَى ظَاهِرِ حَالِ الْكُوفِيِّ وَإِلَّا فَالرُّجُوعُ إِلَيْهِ وَإِلَى غَيْرِهِ مِنَ الْمَوَاقِيتِ سَوَاءً فِي ظَاهِرِ الرُّوَايَةِ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ قَالَ: يُنْظَرُ إِنْ عَادَ إِلَى مِيقَاتٍ. وَذَلِكَ الْمِيقَاتُ يُحَاذِي الْمِيقَاتِ الْأَوَّلَ أَوْ أَبْعَدَ إِلَى الْحَرَمِ سَقَطَ عَنْهُ الدَّمُ وَإِلَّا فَلَا.

(وَإِنْ رَجَعَ إِلَيْهِ لَكِنْ لَمْ يُلَبَّ حَتَّى دَخَلَ مَكَّةَ وَطَافَ لِعُمْرَتِهِ فَعَلَيْهِ دَمٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَقَالَا: إِنْ رَجَعَ مُحْرَمًا فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ لَبَّى أَوْ لَمْ يُلَبَّ. وَقَالَ زُفَرٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَا يَسْقُطُ لَبَّى أَوْ لَمْ يُلَبَّ؛ لِأَنَّ جَنَائِيَّتَهُ لَمْ تَرْتَفِعْ بِالْعُودِ؛ لِأَنَّ حَقَّ الْمِيقَاتِ إِشْأَاءُ الْإِحْرَامِ، وَالرَّاجِعُ إِلَيْهِ لَيْسَ بِمُنْشِيٍّ (وَصَارَ كَمَا إِذَا أَفَاضَ مِنْ عَرَفَاتٍ ثُمَّ عَادَ إِلَيْهِ بَعْدَ الْغُرُوبِ. وَلَنَا أَنَّهُ تَذَارَكَ الْمَتْرُوكُ فِي وَقْتِهِ وَذَلِكَ قَبْلَ الشَّرُوعِ فِي الْأَفْعَالِ) وَتَذَارَكَ الْمَتْرُوكُ فِي أَوَانِهِ يُسْقَطُ الْكَفَّارَةُ.

(بِخِلَافِ الْإِفَاضَةِ لِأَنَّهُ لَمْ يَتَذَارَكَ الْمَتْرُوكُ) لِأَنَّ الْمَتْرُوكَ هُنَاكَ اسْتِدَامَةُ الْوُقُوفِ إِلَى

غُرُوبِ الشَّمْسِ، وَبِالْعَوْدِ لَمْ يَخْصُلْ ذَلِكَ عَلَى مَا مَرَّ. وَبِهَذَا الْكَلَامِ ثُمَّ الْحُجَّةُ عَلَى زُفَرٍ وَبَقِيَ الْكَلَامُ بَيْنَهُمْ فِي أَنْ التَّدَارُكَ هَلْ يَخْصُلُ بِمُجَرَّدِ الْعَوْدِ أَوْ مَعَ التَّلِيَةِ (عِنْدَهُمَا بِعَوْدِهِ مُحَرَّمًا لِأَنَّهُ أَظْهَرَ حَقَّ الْمِيقَاتِ) وَهُوَ الْمُرُورُ بِهِ مُحَرَّمًا فَإِنَّهُ إِذَا أُحْرِمَ مِنْ دَوِيرَةِ أَهْلِهِ وَمَرَّ بِهِ سَاكِتًا صَحَّ (وَعِنْدَهُ بِعَوْدِهِ مُحَرَّمًا مُلْتَبِّيًا؛ لِأَنَّ الْعَزِيمَةَ أَنْ يُحْرِمَ مِنْ دَوِيرَةِ أَهْلِهِ) فَإِذَا أُحْرِمَ مِنْهَا صَارَتْ مَوْضِعَ إِحْرَامِهِ فَتَشْتَرِطُ التَّلِيَةُ هُنَاكَ، فَإِذَا لَبَّى ثَمَّةَ ثُمَّ سَكَتَ عِنْدَ الْمُرُورِ بِالْمِيقَاتِ لَا شَيْءَ عَلَيْهِ.

وَلَيْسَ الْكَلَامُ فِيهِ وَإِنَّمَا الْكَلَامُ فِيمَا إِذَا تَرَخَّصَ بِالتَّأْخِيرِ إِلَى الْمِيقَاتِ فَإِنَّهُ يَجِبُ قَضَاءُ حَقِّهِ بِإِثْنَاءِ التَّلِيَةِ وَالْإِحْرَامِ، فَإِذَا تَرَكَ ذَلِكَ بِالمُجَاوِزَةِ حَتَّى أُحْرِمَ وَرَاءَ الْمِيقَاتِ ثُمَّ عَادَ، فَإِنْ لَبَّى فَقَدْ أَتَى بِجَمِيعِ مَا هُوَ الْمُسْتَحَقُّ عَلَيْهِ فَيَسْقُطُ عَنْهُ الدَّمُ، وَإِنْ لَمْ يَلْبُ فَلَمْ يَأْتِ بِجَمِيعِ مَا أُسْتُحَقَّ عَلَيْهِ، وَالْخِلَافُ فِي إِحْرَامِ الْحَجِّ بَعْدَ الْمُجَاوِزَةِ كَالْخِلَافِ فِي إِحْرَامِ الْعُمْرَةِ فِي جَمِيعِ مَا ذَكَرْنَا.

وَقَوْلُهُ (وَلَوْ عَادَ بَعْدَمَا ابْتَدَأَ الطَّوَافَ) مُتَّصِلٌ بِقَوْلِهِ وَإِنْ رَجَعَ إِلَيْهِ وَلَمْ يَلْبُ حَتَّى دَخَلَ مَكَّةَ وَطَافَ لِعُمْرَتِهِ. وَحَاصِلُهُ أَنَّ مَسْأَلَةَ الْعَوْدِ عَلَى ثَلَاثَةِ أَوْجُهٍ: فِي وَجْهِ لَا يَسْقُطُ بِالْعَوْدِ بِالِاتِّفَاقِ. وَفِي وَجْهِ يَسْقُطُ بِهِ بِالِاتِّفَاقِ، وَفِي وَجْهِ عَلَى الْاِخْتِلَافِ الَّذِي ذَكَرْنَاهُ.

وَيَبَيِّنُهُ أَنَّ مَنْ دَخَلَ مَكَّةَ يُرِيدُ الْحَجَّ أَوْ الْعُمْرَةَ لَا يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَتَجَاوَزَ الْمِيقَاتَ بِغَيْرِ إِحْرَامٍ، فَإِنْ جَاوَزَ فِيمَا أَنْ يَعُودَ إِلَيْهِ أَوْ لَا، فَإِنْ لَمْ يَعُدْ وَجَبَ عَلَيْهِ الدَّمُ، وَإِنْ عَادَ، فِيمَا أَنْ يَعُودَ قَبْلَ الْإِحْرَامِ أَوْ بَعْدَهُ، فَإِنْ عَادَ قَبْلَهُ سَقَطَ الدَّمُ بِالِاتِّفَاقِ لِأَنَّهُ أُثْبِتَ التَّلِيَةُ الْوَاجِبَةَ عِنْدَ ابْتِدَاءِ الْإِحْرَامِ، وَإِنْ عَادَ بَعْدَهُ فِيمَا أَنْ يَعُودَ بَعْدَمَا ابْتَدَأَ الطَّوَافَ وَاسْتَلَمَ الْحَجَرَ أَوْ قَبْلَهُ، فَإِنْ عَادَ بَعْدَهُ لَا يَسْقُطُ الدَّمُ بِالِاتِّفَاقِ لِأَنَّهُ لَمَّا طَافَ وَاسْتَلَمَ الْحَجَرَ وَقَعَ شَوْطًا مُعْتَدًا بِهِ.

وَذَلِكَ يُبَاقِي إِسْقَاطَ الدَّمِ عَنْهُ لِأَنَّ الْإِسْقَاطَ إِنَّمَا هُوَ بِاعْتِبَارِ أَنَّهُ مُبْتَدِئٌ مِنَ الْمِيقَاتِ تَقْدِيرًا وَبَعْدَمَا وَقَعَ مِنْهُ شَوْطٌ مُعْتَدٌ بِهِ لَا يُتَصَوَّرُ كَوْنُهُ مُبْتَدِئًا، وَظَهَرَ لَكَ مِمَّا ذَكَرْنَا أَنَّ قَوْلَهُ وَاسْتَلَمَ الْحَجَرَ لَيِّانٌ أَنَّ الْمُعْتَبَرَ فِي ذَلِكَ الشَّوْطِ وَإِنْ عَادَ قَبْلَهُ فَعَلَى الْاِخْتِلَافِ الْمَذْكُورِ.

وَقَوْلُهُ: (فَإِنْ دَخَلَ الْبُسْتَانَ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (التَّحَقَّ بِأَهْلِهِ) يَعْنِي سَوَاءً نَوَى مُدَّةَ
الإِقَامَةِ أَوْ لَمْ يَنْوِ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ شَرَطَ ثَبَّةَ الإِقَامَةِ خَمْسَةَ عَشَرَ
يَوْمًا. وَقَوْلُهُ (وَقَدْ مَرَّ مِنْ قَبْلُ) أَرَادَ بِهِ مَا ذَكَرَهُ فِي فَصْلِ الْمَوَاقِيتِ بِقَوْلِهِ: (وَمَنْ كَانَ
دَاخِلَ الْمِيقَاتِ فَوْقَهُ الْحِلُّ) مَعْنَاهُ جَمِيعُ الْحِلِّ الَّذِي بَيْنَ الْمَوَاقِيتِ وَبَيْنَ الْحَرَمِ.

(وَمَنْ دَخَلَ مَكَّةَ بِغَيْرِ إِحْرَامٍ ثُمَّ خَرَجَ مِنْ عَامِهِ ذَلِكَ إِلَى الْوَقْتِ، وَأَحْرَمَ بِحَجَّتِهِ
عَلَيْهِ أَجْزَأَهُ) ذَلِكَ (مِنْ دُخُولِهِ مَكَّةَ بِغَيْرِ إِحْرَامٍ) وَقَالَ زُفَرٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَا يُجْزِيهِ، وَهُوَ
الْقِيَاسُ اعْتِبَارًا بِمَا لَزِمَهُ بِسَبَبِ النَّذْرِ، وَصَارَ كَمَا إِذَا تَحَوَّلَتِ السَّنَةُ.

وَلَنَا أَنَّهُ تَلَا فَيَ الْمَتْرُوكِ فِي وَقْتِهِ؛ لِأَنَّ الْوَاجِبَ عَلَيْهِ تَعْظِيمُ هَذِهِ الْبُقْعَةِ بِالْإِحْرَامِ،
كَمَا إِذَا أَتَاهُ مُحْرِمًا بِحَجَّةِ الْإِسْلَامِ فِي الْإِبْتِدَاءِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا تَحَوَّلَتِ السَّنَةُ؛ لِأَنَّهُ صَارَ
دِينًا فِي ذِمَّتِهِ فَلَا يَتَأَدَّى إِلَّا بِإِحْرَامٍ مَقْصُودٍ كَمَا فِي الِاعْتِكَافِ الْمَنْذُورِ فَإِنَّهُ يَتَأَدَّى بِصَوْمِ
رَمَضَانَ مِنْ هَذِهِ السَّنَةِ دُونَ الْعَامِ الثَّانِي.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ دَخَلَ مَكَّةَ بِغَيْرِ إِحْرَامٍ) مَعْنَاهُ مَنْ دَخَلَ مَكَّةَ بِغَيْرِ إِحْرَامٍ فَلَزِمَهُ
حَجَّةٌ أَوْ عُمْرَةٌ (ثُمَّ خَرَجَ مِنْ عَامِهِ ذَلِكَ) وَحَجَّ حَجَّةَ الْإِسْلَامِ أَوْ حَجَّةً أَوْ عُمْرَةً
فَإِنَّهَا تُثَوِّبُ عَمَّا وَجَبَ عَلَيْهِ بِدُخُولِهِ مَكَّةَ بِغَيْرِ إِحْرَامٍ. وَقَالَ زُفَرٌ: لَا يُجْزِيهِ وَهُوَ الْقِيَاسُ
(اعْتِبَارًا بِمَا لَزِمَهُ بِسَبَبِ النَّذْرِ) فَإِنَّهُ إِذَا كَانَ عَلَيْهِ حَجَّةٌ وَجَبَتْ بِالنَّذْرِ وَحَجَّ حَجَّةَ
الْإِسْلَامِ فَإِنَّهُ لَا يَسْقُطُ بِهَا الْمَنْذُورَةُ كَذَلِكَ هَاهُنَا.

وَالْجَامِعُ أَنَّ كُلَّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا وَاجِبَةٌ بِسَبَبٍ غَيْرِ سَبَبِ الْأُخْرَى، فَإِنْ مَا وَجَبَ
عَلَيْهِ بِالْدُخُولِ بِمَنْزِلَةٍ مَا يَجِبُ عَلَيْهِ بِالنَّذْرِ فِي أَنَّ الشَّرُوعَ مُلْزِمٌ كَالنَّذْرِ، فَكَمَا لَا تَتَأَدَّى
الْمَنْذُورَةُ بِحَجَّةِ الْإِسْلَامِ فَكَذَا الْمَشْرُوعُ فِيهَا (وَصَارَ) ذَلِكَ (كَمَا إِذَا تَحَوَّلَتِ السَّنَةُ) ثُمَّ
حَجَّ حَجَّةَ الْإِسْلَامِ فَإِنَّهُ لَا يَقُومُ مَقَامَ مَا لَزِمَهُ بِدُخُولِهِ مَكَّةَ بِلا خِلَافٍ.

(وَلَنَا) وَهُوَ وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ (أَنَّهُ تَلَا فَيَ الْمَتْرُوكِ فِي وَقْتِهِ) وَهُوَ السَّنَةُ الَّتِي دَخَلَ
فِيهَا مَكَّةَ (لِأَنَّ الْوَاجِبَ عَلَيْهِ تَعْظِيمُ هَذِهِ الْبُقْعَةِ بِالْإِحْرَامِ) لَا غَيْرُ عَلَى أَيِّ وَجْهِ كَانَ
وَقَدْ حَصَلَ ذَلِكَ (كَمَا إِذَا أَتَاهُ مُحْرِمًا بِحَجَّةِ الْإِسْلَامِ فِي الْإِبْتِدَاءِ) فَإِنَّهُ يُجْزِيهِ عَنْ حَجَّةِ
الْإِسْلَامِ الَّتِي نَوَى وَعَمَّا لَزِمَهُ بِدُخُولِهِ مَكَّةَ (بِخِلَافِ مَا إِذَا تَحَوَّلَتِ السَّنَةُ لِأَنَّهُ صَارَ دِينًا

فِي ذِمَّتِهِ) بِمُضِيِّ وَقْتِ الْحَجِّ (فَلَا يَتَأَدَّى إِلَّا بِإِحْرَامٍ مَقْصُودٍ كَمَا فِي الْاِعْتِكَافِ الْمُنْدُورِ فَإِنَّهُ يَتَأَدَّى بِصَوْمٍ رَمَضَانَ مِنْ سَنَةٍ تَذَرُ فِيهَا دُونَ الْعَامِ الثَّانِي).

فَإِنْ قِيلَ: سَلَّمْنَا أَنَّ الْحَجَّةَ بِتَحَوُّلِ السَّنَةِ تَصِيرُ دَيْنًا، وَلَكِنْ لَا نُسَلِّمُ أَنَّ الْعُمْرَةَ تَصِيرُ دَيْنًا لَعَدَمِ تَوْفُّقِهَا بِوَقْتٍ مُعَيَّنٍ، فَيَنْبَغِي أَنْ تَسْقُطَ الْعُمْرَةُ الْوَاجِبَةُ بِدُخُولِهِ مَكَّةَ بِغَيْرِ إِحْرَامٍ بِالْعُمْرَةِ الْمُنْدُورَةِ فِي السَّنَةِ الثَّانِيَةِ كَمَا تَسْقُطُ بِهَا فِي السَّنَةِ الْأُولَى. أُجِيبَ بِأَنَّ تَأْخِيرَ الْعُمْرَةِ إِلَى أَيَّامِ النَّحْرِ وَالتَّشْرِيقِ مَكْرُوهٌ، فَإِذَا أَخْرَجَهَا إِلَى وَقْتٍ مَكْرُوهٍ صَارَ كَالْمَفُوتِ لَهَا فَصَارَتْ دَيْنًا.

(وَمَنْ جَاوَزَ الْوَقْتَ فَأَحْرَمَ بِعُمْرَةٍ وَأَفْسَدَهَا مَضَى فِيهَا وَقَضَاهَا): لِأَنَّ الْإِحْرَامَ يَقَعُ لَازِمًا فَصَارَ كَمَا إِذَا أَفْسَدَ الْحَجَّ (وَلَيْسَ عَلَيْهِ دَمٌ لِتَرْكِ الْوَقْتِ) وَعَلَى قِيَاسِ قَوْلِ زُفَرٍ رَحِمَهُ اللَّهُ لَا يَسْقُطُ عَنْهُ وَهُوَ نَظِيرُ الْاِخْتِلَافِ فِي فَائِتِ الْحَجِّ إِذَا جَاوَزَ الْوَقْتَ بِغَيْرِ إِحْرَامٍ وَفِي مَنْ جَاوَزَ الْوَقْتَ بِغَيْرِ إِحْرَامٍ وَأَحْرَمَ بِالْحَجِّ ثُمَّ أَفْسَدَ حَجَّتَهُ، هُوَ يَعْتَبَرُ الْمَجَاوِزَةَ هَذِهِ بِغَيْرِهَا مِنَ الْمَحْظُورَاتِ.

وَلَنَا أَنَّهُ يَصِيرُ قَاضِيًا حَقَّ الْمِيقَاتِ بِالْإِحْرَامِ مِنْهُ فِي الْقَضَاءِ، وَهُوَ يَحْكِي الْفَائِتَ وَلَا يَنْعَدِمُ بِهِ غَيْرُهُ مِنَ الْمَحْظُورَاتِ فَوَضَحَ الْفَرْقَ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ جَاوَزَ الْمِيقَاتِ بِغَيْرِ إِحْرَامٍ. ذَكَرَ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ ثَلَاثَةَ أَحْكَامٍ: الْمُضِيُّ فِيهَا، وَقَضَاؤُهَا بِإِحْرَامٍ مِنَ الْمِيقَاتِ، وَسُقُوطُ الدَّمِ. أَمَّا الْمُضِيُّ؛ فَلَأَنَّ الْإِحْرَامَ عَقْدٌ لَازِمٌ لَا يَخْرُجُ الْمَرْءُ عَنْهُ بَعْدَ الشَّرُوعِ فِيهِ إِلَّا بِأَدَاءِ الْأَفْعَالِ. وَأَمَّا الْقَضَاءُ فَلِأَنَّهُ التَّزَمُ الْأَدَاءَ عَلَى وَجْهِ الصَّحَّةِ وَلَمْ يَفْعَلْ. وَأَمَّا سُقُوطُ الدَّمِ فَلِأَنَّهُ إِذَا قَضَاهَا بِإِحْرَامٍ مِنَ الْمِيقَاتِ يَنْجَبِرُ بِهِ مَا نَقَصَ مِنْ حَقِّ الْمِيقَاتِ بِالْمَجَاوِزَةِ مِنْ غَيْرِ إِحْرَامٍ فَسَقَطَ عَنْهُ الدَّمُ كَمَنْ سَهَا فِي صَلَاتِهِ ثُمَّ أَفْسَدَهَا فَقَضَاهَا سَقَطَ سُجُودُ السَّهْوِ.

وَقَالَ زُفَرٌ: لَا يَسْقُطُ عَنْهُ الدَّمُ، وَهَذَا الْاِخْتِلَافُ نَظِيرُ الْاِخْتِلَافِ فِي مَنْ جَاوَزَ الْمِيقَاتِ بِغَيْرِ إِحْرَامٍ ثُمَّ أَحْرَمَ بِالْحَجِّ وَقَاتَهُ الْحَجُّ ثُمَّ قَضَاهُ فَإِنَّهُ يَسْقُطُ عَنْهُ دَمُ الْوَقْتِ عِنْدَنَا خِلَافًا لَزُفَرٍ. وَنَظِيرُ الْاِخْتِلَافِ فِي مَنْ جَاوَزَ الْمِيقَاتِ بِغَيْرِ إِحْرَامٍ وَأَحْرَمَ بِالْحَجِّ ثُمَّ أَفْسَدَهُ بِالْجَمَاعِ قَبْلَ الْوُقُوفِ بِعَرَفَةَ ثُمَّ قَضَاهُ فَإِنَّ دَمَ الْوَقْتِ يَسْقُطُ عَنْهُ عِنْدَنَا خِلَافًا لَزُفَرٍ،

قال: لأنَّ الدَّمَ بِمُجَاوَزَةِ المِيقَاتِ صَارَ وَاجِبًا عَلَيْهِ فَلَا يَسْقُطُ بِفَوَاتِ الْحَجِّ، كَمَا لَوْ وَجَبَ عَلَيْهِ الدَّمُ بِالتَّطَيُّبِ أَوْ لُبْسِ الْمَخِيطِ فَإِنَّهُ لَا يَسْقُطُ عَنْهُ بِفَوَاتِ الْحَجِّ.

(وَلَمَّا أَنَّهُ يَصِيرُ قَاضِيًا حَقَّ المِيقَاتِ بِالْإِحْرَامِ مِنْهُ) أَيُّ مِنْ المِيقَاتِ (فِي الْقَضَاءِ وَهُوَ) أَيُّ الْقَضَاءِ (يَحْكِي الْفَائِتَ) أَيُّ يَفْعَلُ مِثْلَ فَعَلٍ مَا فَاتَ وَهُوَ الْإِحْرَامُ مِنَ المِيقَاتِ ابْتِدَاءً فَيَنْعَدُّ بِهِ الْمَعْنَى الَّذِي لِأَجْلِهِ لَزِمَهُ الدَّمُ وَهُوَ الْمَجَاوَزَةُ بِغَيْرِ إِحْرَامٍ بِخِلَافِ غَيْرِهِ مِنَ الْمَحْظُورَاتِ فَإِنَّهُ لَا يَنْعَدُّ بِفَوَاتِ الْحَجِّ وَقَضَائِهِ.

(وَإِذَا خَرَجَ الْمَكِّيُّ يُرِيدُ الْحَجَّ فَأَحْرَمَ وَلَمْ يَعُدْ إِلَى الْحَرَمِ وَوَقَفَ بِعَرَفَةَ فَعَلَيْهِ شَاةٌ؛) لِأَنَّ وَقْتَهُ الْحَرَمَ وَقَدْ جَاوَزَهُ بِغَيْرِ إِحْرَامٍ، فَإِنْ عَادَ إِلَى الْحَرَمِ وَلَبَّى أَوْ لَمْ يَلْبَ فَهُوَ عَلَى الْاِخْتِلَافِ الَّذِي ذَكَرْنَاهُ فِي الْأَفَاقِيِّ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِذَا خَرَجَ الْمَكِّيُّ مِنَ الْحَرَمِ إلخ) ظَاهِرٌ.

(وَالْتَمَتَّعَ إِذَا فَرَغَ مِنْ عُمْرَتِهِ ثُمَّ خَرَجَ مِنَ الْحَرَمِ فَأَحْرَمَ وَوَقَفَ بِعَرَفَةَ فَعَلَيْهِ دَمٌ؛) لِأَنَّهُ لَمَّا دَخَلَ مَكَّةَ وَآتَى بِأَفْعَالِ الْعُمْرَةِ صَارَ بِمَنْزِلَةِ الْمَكِّيِّ، وَإِحْرَامُ الْمَكِّيِّ مِنَ الْحَرَمِ لَمَّا ذَكَرْنَا فَيَلْزِمُهُ الدَّمُ بِتَأْخِيرِهِ عَنْهُ (فَإِنْ رَجَعَ إِلَى الْحَرَمِ فَأَهْلٌ فِيهِ قَبْلَ أَنْ يَقِفَ بِعَرَفَةَ فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ) وَهُوَ عَلَى الْخِلَافِ الَّذِي تَقَدَّمَ فِي الْأَفَاقِيِّ، وَاللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ.

باب إضافة الإحرام إلى الإحرام

(قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ: إِذَا أَحْرَمَ الْمَكِّيُّ بِعُمْرَةٍ وَطَافَ لَهَا شَوَاطِئَ ثُمَّ أَحْرَمَ بِالْحَجِّ فَإِنَّهُ يَرْفُضُ الْحَجَّ، وَعَلَيْهِ لِرَفْضِهِ دَمٌ، وَعَلَيْهِ حَجَّةٌ وَعُمْرَةٌ). (وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُمَا اللَّهُ: رَفَضُ الْعُمْرَةِ أَحَبُّ إِلَيْنَا وَقَضَاؤُهَا، وَعَلَيْهِ دَمٌ؛) لِأَنَّهُ لَا بُدَّ مِنْ رَفْضِ أَحَدِهِمَا؛ لِأَنَّ الْجَمْعَ بَيْنَهُمَا فِي حَقِّ الْمَكِّيِّ غَيْرُ مَشْرُوعٍ، وَالْعُمْرَةُ أَوْلَى بِالرَّفْضِ؛ لِأَنَّهَا أَدْنَى حَالًا وَأَقْلُ أَعْمَالًا وَأَيْسَرُ قَضَاءً لِكُونِهَا غَيْرَ مُؤَقَّتَةٍ.

وَكَذَا إِذَا أَحْرَمَ بِالْعُمْرَةِ ثُمَّ بِالْحَجِّ وَلَمْ يَأْتِ بِشَيْءٍ مِنْ أَفْعَالِ الْعُمْرَةِ لَمَّا قُلْنَا. فَإِنْ طَافَ لِلْعُمْرَةِ أَرْبَعَةَ أَشْوَاطٍ ثُمَّ أَحْرَمَ بِالْحَجِّ رَفَضَ الْحَجَّ بِإِلَّا خِلَافٍ؛ لِأَنَّ لِلْأَكْثَرِ حُكْمَ الْكُلِّ فَتَعَذَّرَ رَفْضُهَا كَمَا إِذَا فَرَغَ مِنْهَا، وَلَا كَذَلِكَ إِذَا طَافَ لِلْعُمْرَةِ أَقْلٌ مِنْ ذَلِكَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَلَهُ أَنَّ إِحْرَامَ الْعُمْرَةِ قَدْ تَأَكَّدَ بِإِدَاءِ شَيْءٍ مِنْ أَعْمَالِهَا، وَإِحْرَامُ الْحَجِّ لَمْ

يَتَأَكَّدُ، وَرَفُضُ غَيْرِ الْمُتَأَكَّدِ أَيْسَرُ؛ وَلَأنَّ فِي رَفْضِ الْعُمْرَةِ، وَالْحَالَةِ هَذِهِ إِبْطَالُ الْعَمَلِ.
وَفِي رَفْضِ الْحَجِّ امْتِنَاعٌ عَنْهُ وَعَلَيْهِ دَمٌ بِالرَّفْضِ أَيُّهُمَا رَفَضَهُ؛ لِأَنَّهُ تَحَلَّلَ قَبْلَ
أَوَانِهِ؛ لِتَعَذُّرِ الْمُضِيِّ فِيهِ فَكَانَ فِي مَعْنَى الْمُحْصَرِ إِلَّا أَنَّ فِي رَفْضِ الْعُمْرَةِ قَضَاءَهَا لَا غَيْرَ،
وَفِي رَفْضِ الْحَجِّ قَضَاؤُهُ وَعُمْرَةٌ؛ لِأَنَّهُ فِي مَعْنَى فَائِتِ الْحَجِّ (وَإِنْ مَضَى عَلَيْهِمَا أَجْزَأُ)؛
لِأَنَّهُ أَدَّى أَفْعَالَهُمَا كَمَا التَّرَمَّهُمَا، غَيْرَ أَنَّهُ مَنَهِى عَنْهُمَا وَالنَّهْيُ لَا يَمْنَعُ تَحَقُّقَ الْفِعْلِ عَلَى
مَا عُرِفَ مِنْ أَصْلَانَا (وَعَلَيْهِ دَمٌ لَجَمْعِهِ بَيْنَهُمَا)؛ لِأَنَّهُ تَمَكَّنَ التَّقْصَانُ فِي عَمَلِهِ لِارْتِكَابِهِ
الْمَنَهِى عَنْهُ، وَهَذَا فِي حَقِّ الْمَكِّيِّ دَمٌ جَبَرٌ، وَفِي حَقِّ الْآفَاقِيِّ دَمٌ شُكْرٌ.

(وَمَنْ أَحْرَمَ بِالْحَجِّ ثُمَّ أَحْرَمَ يَوْمَ النَّحْرِ بِحَجَّةٍ أُخْرَى، فَإِنْ حَلَقَ فِي الْأُولَى لَزِمَتْهُ
الْأُخْرَى وَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ، وَإِنْ لَمْ يَحْلُقْ فِي الْأُولَى لَزِمَتْهُ الْأُخْرَى وَعَلَيْهِ دَمٌ قَصَرَ أَوْ لَمْ
يُقَصِّرْ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ) رَحِمَهُ اللَّهُ (وَقَالَا: إِنْ لَمْ يَقَصِّرْ فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ)؛ لِأَنَّ الْجَمْعَ بَيْنَ
إِحْرَامِي الْحَجِّ أَوْ إِحْرَامِي الْعُمْرَةِ بَدْعَةٌ، فَإِذَا حَلَقَ فَهُوَ وَإِنْ كَانَ تُسَكَّا فِي الْإِحْرَامِ الْأَوَّلِ
فَهُوَ جِنَايَةٌ عَلَى الثَّانِي؛ لِأَنَّهُ فِي غَيْرِ أَوَانِهِ فَلَزِمَهُ الدَّمُ بِالْإِجْمَاعِ.

وَإِنْ لَمْ يَحْلُقْ حَتَّى حَجَّ فِي الْعَامِ الْقَابِلِ فَقَدْ أَخَّرَ الْحَلْقَ عَنْ وَقْتِهِ فِي الْإِحْرَامِ
الْأَوَّلِ وَذَلِكَ يُوجِبُ الدَّمَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَعِنْدَهُمَا لَا يَلْزِمُهُ شَيْءٌ عَلَى مَا
ذَكَرْنَا، فَلِهَذَا سَوَّى بَيْنَ التَّقْصِيرِ وَعَدَمِهِ عِنْدَهُ وَشَرَطُ التَّقْصِيرِ عِنْدَهُمَا.

الشرح:

(بَابُ إِضَافَةِ الْإِحْرَامِ إِلَى الْإِحْرَامِ): إِضَافَةُ الْإِحْرَامِ إِلَى الْإِحْرَامِ فِي حَقِّ الْمَكِّيِّ
وَمَنْ بِمَعْنَاهُ جِنَايَةٌ، وَكَذَلِكَ إِضَافَةُ إِحْرَامِ الْعُمْرَةِ إِلَى إِحْرَامِ الْحَجِّ فِي حَقِّ الْآفَاقِيِّ،
بِخِلَافِ إِضَافَةِ إِحْرَامِ الْحَجِّ إِلَى إِحْرَامِ الْعُمْرَةِ؛ فَبِاعْتِبَارِ مَعْنَى الْجِنَايَةِ ذَكَرَهَا عَقِيبُ
الْجِنَايَاتِ، وَبِاعْتِبَارِ عَدَمِهِ جَعَلَهُ فِي بَابِ عَلَى حِدَةٍ (قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ: إِذَا أَحْرَمَ
الْمَكِّيُّ بِالْعُمْرَةِ وَطَافَ لَهَا شَوْطًا ثُمَّ أَحْرَمَ بِالْحَجِّ فَإِنَّهُ يَرْفُضُ الْحَجَّ وَعَلَيْهِ لِرَفْضِهِ دَمٌ وَعَلَيْهِ
حَجَّةٌ وَعُمْرَةٌ) قَيَّدَ بِالْمَكِّيِّ.

لِأَنَّ الْآفَاقِيَّ إِذَا أَهَلَ بِالْعُمْرَةِ أَوْ لَا وَطَافَ لَهَا شَوْطًا ثُمَّ أَهَلَ بِالْحَجِّ مَضَى فِيهِمَا،
وَلَا يَرْفُضُ الْحَجَّ؛ لِأَنَّ بِنَاءَ أَعْمَالِ الْحَجِّ عَلَى أَعْمَالِ الْعُمْرَةِ صَحِيحٌ فِي حَقِّ الْآفَاقِيِّ، إِلَّا
أَنَّهُ لَوْ طَافَ لَهَا أَقْلُ الْأَشْوَاطِ كَانَ قَارِنًا، وَإِنْ طَافَ لَهَا الْأَكْثَرُ كَانَ مُتَمَتِّعًا؛ لِأَنَّ التَّمَتُّعَ

مَنْ يُحْرِمُ بِالْحَجِّ بَعْدَ عَمَلِ الْعُمْرَةِ، وَلَا كَثَرَ الطَّوَافِ حُكْمُ الْكُلِّ، وَالْقَارِنُ مَنْ يَجْمَعُ بَيْنَهُمَا.

وَقِيدَ بِالْعُمْرَةِ لِأَنَّ الْمَكِّيَّ إِذَا أَهَلَ بِالْحَجِّ فَطَافَ لَهُ شَوْطًا ثُمَّ أَهَلَ بِالْعُمْرَةِ فَإِنَّهُ يَرْفُضُ الْعُمْرَةَ؛ لِأَنَّ إِحْرَامَهُ لِلْحَجِّ قَدْ تَأَكَّدَ، وَقَبْلَ التَّأَكُّدِ كَانَ يُؤْمَرُ بِرَفْضِهَا فَبَعْدَهُ أَوْلَى. وَقِيدَ بِالشَّوْطِ: يَعْنِي الْوَاحِدَ لِأَنَّهُ إِذَا طَافَ لَهَا أَرْبَعَةَ أَشْوَاطٍ لَا خِلَافَ فِي رَفْضِ الْحَجِّ، وَأَمَّا فِي الشَّوْطَيْنِ وَالثَّلَاثَةِ فَقَدْ صَرَّحَ فَخَرُ الْإِسْلَامُ بِوُجُودِ الْخِلَافِ الَّذِي ذَكَرَ إِذَا طَافَ لَهَا شَوْطًا.

(وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُمَا اللَّهُ: رَفَضُ الْعُمْرَةِ أَحَبُّ إِلَيْنَا وَقَضَاؤُهَا وَعَلَيْهِ دَمٌ لِأَنَّهُ لَا بُدَّ مِنْ رَفْضِ أَحَدِهِمَا) بِنَاءً عَلَى مَا تَقَدَّمَ مِنْ أَنَّ الْجَمْعَ بَيْنَ الْحَجِّ وَالْعُمْرَةِ فِي حَقِّ الْمَكِّيِّ غَيْرُ مَشْرُوعٍ فَلَا بُدَّ مِنْ رَفْضِ أَحَدِهِمَا حَذَرًا مِنَ الْاسْتِدَامَةِ عَلَى غَيْرِ الْمَشْرُوعِ (وَالْعُمْرَةُ أَوْلَى بِالرَّفْضِ لِأَنَّهَا أَذْنَى حَالًا) لِكَوْنِهِ فَرَضًا دُونَهَا (وَأَقْلُ أَعْمَالًا)؛ لِأَنَّ أَعْمَالَهَا الطَّوَافُ وَالسَّعْيُ لَا غَيْرُ (وَأَيْسَرُ قَضَاءً لِكَوْنِهَا غَيْرَ مُؤَقَّتَةٍ) هَذَا إِذَا كَانَ الْحَجُّ فَرَضًا. وَأَمَّا إِذَا كَانَ تَطَوُّعًا فَيُعْلَلُ بِالْوَجْهَيْنِ الْأَخِيرَيْنِ.

وَقَوْلُهُ (وَكَذَا إِذَا أُحْرِمَ) يَعْنِي رَفَضُ الْعُمْرَةِ أَحَبُّ لَكِنَّ هَذَا بِالِاتِّفَاقِ (لَمَّا قُلْنَا) يَعْنِي مِنَ الْأُمُورِ الثَّلَاثَةِ، وَفِي عِبَارَتِهِ تَسَامُحٌ لِأَنَّهُ عَطَفَ بِقَوْلِهِ وَكَذَا الْمُتَّفَقُ عَلَيْهِ عَلَى الْمُخْتَلَفِ فِيهِ وَهُوَ مُلَبَّسٌ لَا مَحَالَةَ. وَقَوْلُهُ (فَإِنْ طَافَ لِلْعُمْرَةِ أَرْبَعَةَ أَشْوَاطٍ) ظَاهِرٌ مِمَّا ذَكَرَ آنفًا.

وَقَوْلُهُ (وَلَا كَذَلِكَ إِذَا طَافَ لِلْعُمْرَةِ أَقْلٌ مِنْ ذَلِكَ عِنْدَهُمَا) اخْتَلَفَتْ النُّسخُ هَهُنَا فِي بَعْضِهَا عِنْدَهُمَا وَفِي بَعْضِهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَفِي بَعْضِهَا: وَكَذَلِكَ إِذَا طَافَ لِلْعُمْرَةِ أَقْلٌ مِنْ ذَلِكَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ بِحَذْفِ كَلِمَةٍ لَا مِنْ قَوْلِهِ وَلَا كَذَلِكَ. قَالَ صَاحِبُ النَّهَائَةِ رَحِمَهُ اللَّهُ: ذَكَرَ الْإِمَامُ مَوْلَانَا حُسَامُ الدِّينِ الْأَخْصِيكْتِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ.

وَالصَّوَابُ وَكَذَلِكَ يَعْنِي النُّسخَةُ الْأَخِيرَةُ قَالَ: وَهَكَذَا أَيْضًا وَجَدْتُهُ بِخَطِّ شَيْخِي، وَلِكُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْ هَذِهِ النُّسخِ وَجْهٌ، أَمَّا وَجْهُ الْأَوَّلِ وَالثَّلَاثَةِ فَظَاهِرٌ، وَأَمَّا وَجْهُ الثَّانِيَةِ فَهُوَ أَنَّهُ لَدَفَعَ سَوَالِ سَائِلٍ وَهُوَ أَنْ يُقَالَ: لَمَّا أَخَذَ الْأَكْثَرُ حُكْمَ الْكُلِّ يَكُونُ الْأَقْلُ مَعْدُومًا حُكْمًا، فَيَنْبَغِي أَنْ يَرْفُضَ الْعُمْرَةَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ حِينَئِذٍ لِأَنَّهُ لَمْ يَأْخُذْ حُكْمَ

الْمَوْجُودِ فَصَارَ كَأَنَّهُ لَمْ يَطْفُفَ لِلْعُمْرَةِ شَيْئًا وَهُنَاكَ يَرْفُضُ الْعُمْرَةَ كَمَا مَرَّ، فَكَذَلِكَ فِي الْمَعْدُومِ الْحُكْمِيِّ، فَقَالَ لَيْسَ كَذَلِكَ، لِأَنَّهُ لَمَّا أَتَى بِشَيْءٍ مِنْ أَفْعَالِ الْعُمْرَةِ فَقَدْ تَأَكَّدَتْ الْعُمْرَةُ وَلَمْ يَتَأَكَّدْ الْحَجُّ أَصْلًا فَكَانَ رَفْعُ غَيْرِ الْمُتَأَكَّدِ أَسْهَلَ.

وَهَذَا هُوَ أَحَدُ الْوَجْهَيْنِ الْمَذْكُورَيْنِ فِي الْكِتَابِ مِنْ جَانِبِهِ، وَالْوَجْهُ الْآخَرُ هُوَ مَا ذَكَرَهُ بِقَوْلِهِ (؛ وَلَآنَ فِي رَفْضِ الْعُمْرَةِ وَالْحَالَةُ هَذِهِ) يَعْنِي وَالْحَالُ أَنَّهُ أَتَى بِشَيْءٍ مِنْ أَفْعَالِ الْعُمْرَةِ (إِبْطَالِ الْعَمَلِ) أَيِ الطَّوَافِ الَّذِي أَتَى بِهِ (وَفِي رَفْضِ الْحَجِّ امْتِنَاعُ عَنْهُ) وَالْإِمْتِنَاعُ أَهْوَنُ مِنْ إِبْطَالِ مَا وَقَعَ مُعْتَدًّا بِهِ.

وَقَوْلُهُ (وَعَلَيْهِ دَمٌ بِالرَّفْضِ أَثِمًّا رَفَضُهُ) يَعْنِي الْحَجَّ عِنْدَهُ وَالْعُمْرَةَ عِنْدَهُمَا (لِأَنَّهُ تَحَلَّلَ قَبْلَ أَوَانِهِ لِتَعَدُّرِ الْمُضِيِّ فِيهِ) بِكَوْنِ الْجَمْعِ يَتَنَهَّمَا غَيْرَ مَشْرُوعٍ (فَكَانَ فِي مَعْنَى الْمُحْصَرِ) وَعَلَى الْمُحْصَرِ دَمٌ لِلتَّحَلُّلِ وَيَكُونُ الدَّمُ دَمَ جَبَرٍ لَا دَمَ شُكْرِ عَلَى مَا يَأْتِي. فَإِنْ قِيلَ: هَلَا لَزِمَهُ دَمَانِ لِحُرْمَةِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْإِحْرَامَيْنِ دَمٌ؟ أُجِيبَ بِأَنَّهُ غَيْرُ مَمْنُوعٍ عَنْ أَحَدِهِمَا بِالنَّقْصَانِ حَيْثُمَا تَمَكَّنَ وَإِنَّمَا تَمَكَّنَ فِي أَحَدِهِمَا فَلِذَلِكَ لَزِمَهُ دَمٌ وَاحِدٌ.

(إِلَّا أَنْ فِي رَفْضِ الْعُمْرَةِ قَضَاءُهَا لَا غَيْرُ وَفِي رَفْضِ الْحَجِّ قَضَاؤُهُ وَعُمْرَةٌ) أَمَّا الْحَجُّ فَلِأَنَّهُ صَحَّ شُرُوعُهُ فِيهِ ثُمَّ رَفَضَهُ، وَأَمَّا الْعُمْرَةُ فَلِأَنَّهُ فِي مَعْنَى فَائِتِ الْحَجِّ وَفَائِتُ الْحَجِّ يَتَحَلَّلُ بِأَفْعَالِ الْعُمْرَةِ بِالْحَدِيثِ، وَقَدْ تَعَدَّرَ التَّحَلُّلُ بِأَفْعَالِهَا هَهُنَا لِأَنَّهُ فِي الْعُمْرَةِ وَالْجَمْعُ بَيْنَ الْعُمَرَتَيْنِ مِنْهُيٌّ فَيَجِبُ عَلَيْهِ قَضَاءُ الْحَجِّ وَالْعُمْرَةِ جَمِيعًا (وَإِنْ مَضَى عَلَيْهِمَا) يَعْنِي إِذَا لَمْ يَرْفُضِ الْمَكِّيَّ وَمَنْ بِمَعْنَاهُ الْعُمْرَةَ أَوْ الْحَجَّ وَمَضَى عَلَيْهِمَا وَأَدَّاهُمَا.

(أَجْزَأُهُ لِأَنَّهُ أَدَّى أَفْعَالَهُمَا كَمَا التَّزَمَهُمَا غَيْرَ أَنَّهُ مِنْهُيٌّ عَنْهُمَا) أَيِ عَنْ إِحْرَامِ الْحَجِّ وَإِحْرَامِ الْعُمْرَةِ جَمِيعًا. قَالَ صَاحِبُ «النَّهَائَةِ»: وَفِي نُسْخَةٍ شَيْخِي بِخَطِّهِ مِنْهُيٌّ عَنْهَا أَيِ عَنِ الْعُمْرَةِ إِذْ هِيَ الْمُتَعَيَّنَةُ لِلرَّفْضِ إِجْمَاعًا فِيمَا إِذَا لَمْ يَشْتَغَلْ بِطَوَافِ الْعُمْرَةِ وَالْكَلَامُ فِيهِ لِأَنَّهَا هِيَ الدَّاخِلَةُ فِي وَقْتِ الْحَجِّ وَبَسَبِهَا وَقَعَ الْعِصْيَانُ.

وَقَوْلُهُ (وَالْتَّهْيُ لَا يَمْنَعُ تَحَقُّقَ الْفِعْلِ عَلَى مَا عُرِفَ مِنْ أَصْلَانَا) أَنَّ التَّهْيَ يَقْتَضِي الْمَشْرُوعِيَّةَ دُونَ التَّهْيِ فِي أَصُولِ الْفِقْهِ قِيلَ ذَكَرَ الْمُصَنِّفُ فِي أَوَّلِ الْمَسْأَلَةِ أَنَّ الْجَمْعَ يَتَنَهَّمَا فِي حَقِّ الْمَكِّيِّ غَيْرَ مَشْرُوعٍ، ثُمَّ ذَكَرَ هَهُنَا أَنَّهُ لَا يَمْنَعُ تَحَقُّقَ الْفِعْلِ، وَمَعْنَاهُ كَمَا قُلْنَا أَنَّهُ يَقْتَضِي الْمَشْرُوعِيَّةَ فَكَانَ التَّنَاقُضُ فِي كَلَامِهِ. وَأُجِيبَ بِأَنَّهُ أَرَادَ بِقَوْلِهِ غَيْرَ مَشْرُوعٍ غَيْرُ

مَشْرُوعٌ كَامِلًا كَمَا فِي حَقِّ الْآفَاقِيِّ وَبِهِ يَنْدَفِعُ التَّنَاقُضُ.

وَقَوْلُهُ (وَعَلَيْهِ دَمٌ) وَاضِحٌ. قَالَ (وَمَنْ أَحْرَمَ بِالْحَجِّ ثُمَّ أَحْرَمَ يَوْمَ التَّحْرِ بِحُجَّةٍ أُخْرَى) اعْلَمْ أَنَّ إِضَافَةَ الْإِحْرَامِ إِلَى الْإِحْرَامِ أَرْبَعَةُ أَقْسَامٍ بِالْقِسْمَةِ الْعَقْلِيَّةِ: إِدْخَالُ إِحْرَامِ الْحَجِّ عَلَى إِحْرَامِ الْعُمْرَةِ، وَإِدْخَالُ إِحْرَامِ الْحَجِّ عَلَى إِحْرَامِ الْحَجِّ، وَإِدْخَالُ إِحْرَامِ الْعُمْرَةِ عَلَى إِحْرَامِ الْعُمْرَةِ، وَإِدْخَالُ إِحْرَامِ الْعُمْرَةِ عَلَى إِحْرَامِ الْحَجِّ. وَقَدْ أَدْخَلَ إِحْرَامُ الْحَجِّ عَلَى إِحْرَامِ الْعُمْرَةِ عَلَى الْأَقْسَامِ الْبَاقِيَةِ لِكَوْنِهِ أَدْخَلَ فِي كَوْنِهِ جِنَايَةً وَلِهَذَا لَمْ يَسْقُطْ عَنْهُ الدَّمُ.

وَلَمَّا فَرَّغَ مِنْ ذَلِكَ ذَكَرَ إِدْخَالَ إِحْرَامِ الْحَجِّ عَلَى إِحْرَامِ الْحَجِّ مُقَدِّمًا عَلَى غَيْرِهِ لِقُوَّةِ حَالِهِ إِذَا كَانَ أَحَدُهُمَا فَرْضًا، ثُمَّ إِدْخَالَ إِحْرَامِ الْعُمْرَةِ عَلَى إِحْرَامِ الْعُمْرَةِ لِاتِّفَاقِهِمَا فِي الْكَيْفِيَّةِ وَكَمِّيَّةِ الْأَفْعَالِ. وَالْأَصْلُ فِي ذَلِكَ أَنَّ الْجَمْعَ بَيْنَ إِحْرَامِي الْحَجِّ أَوْ إِحْرَامِي الْعُمْرَةِ بَدْعَةٌ، لَكِنْ إِذَا جَمَعَ بَيْنَهُمَا لِرِمَائِهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ. وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ وَالشَّافِعِيِّ يَلْزَمُهُ أَحَدُهُمَا، وَلَا كَلَامَ هَهُنَا مَعَ الشَّافِعِيِّ بِنَاءً عَلَى أَنَّ الْإِحْرَامَ عِنْدَهُ رُكْنٌ فَلَا يُمَكِّنُ الْجَمْعُ بَيْنَ الرُّكْنَيْنِ.

وَعِنْدَنَا شَرْطٌ لِلْأَدَاءِ، لَكِنْ مُحَمَّدًا يَقُولُ: وَهُوَ وَإِنْ كَانَ شَرْطًا لِلْأَدَاءِ إِلَّا أَنَّهُ مَا شَرَعَ إِلَّا لِلْأَدَاءِ فَلَا يَتَحَقَّقُ إِلَّا عَلَى الْوَجْهِ الَّذِي يُتَصَوَّرُ فِيهِ الْأَدَاءُ. وَأَدَاءُ حَجَّتَيْنِ أَوْ عُمْرَتَيْنِ مَعًا غَيْرُ مُتَصَوَّرٍ فَلَا يُتَصَوَّرُ الْإِحْرَامُ لُهُمَا كَالْتَحْرِيمَةِ فِي الصَّلَاةِ، وَهُمَا يَقُولَانِ الْإِحْرَامُ بِالْحَجِّ التَّزَامُ مَحْضٌ فِي الذِّمَّةِ بِدَلِيلِ أَنَّهُ يَصِحُّ مُتَفَصِّلًا عَنِ الْأَدَاءِ وَالذِّمَّةُ تَسَعُ حَجًّا كَثِيرَةً فَصَارَ مِنْ هَذَا الْوَجْهِ كَالْتَذَرِّ بِخِلَافِ التَّحْرِيمَةِ لِلصَّلَاةِ لِأَنَّهَا لَا تَصِحُّ مُتَفَصِّلَةً عَنِ الْأَدَاءِ إِلَّا أَنَّهُ لَا بُدَّ لَهُ مِنْ رَفْضِ أَحَدِهِمَا إِمَّا اخْتِرَازًا عَنْ ارْتِكَابِ الْمُنْهَيِّ عَنْهُ، وَإِمَّا؛ لِأَنَّ الْبَقَاءَ لِلْأَدَاءِ لَا لِلاتِّزَامِ وَالْجَمْعُ أَدَاءٌ غَيْرُ مُتَصَوَّرٍ.

فَبَعْدَ هَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: إِذَا تَوَجَّهَ إِلَى أَدَاءِ أَحَدِهِمَا صَارَ رَافِضًا لِلْأُخْرَى. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: كَمَا فَرَّغَ مِنَ الْإِحْرَامَيْنِ يَصِيرُ رَافِضًا أَحَدَهُمَا. وَفَائِدَةُ الْاِخْتِلَافِ تَظْهَرُ فِيمَا إِذَا قُتِلَ صَيِّدًا قَبْلَ أَنْ يَتَوَجَّهَ إِلَى أَحَدِهِمَا، فَإِنَّهُ عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ يَلْزَمُهُ قِيمَتَانِ، وَعَلَى قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ يَلْزَمُهُ قِيمَةٌ وَاحِدَةٌ، وَكَذَلِكَ إِذَا أُحْصِرَ فِي هَذِهِ الْحَالَةِ يَحْتَاجُ إِلَى هَدْيَيْنِ لِلتَّحَلُّلِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ خِلَافًا لِأَبِي يُوسُفَ.

إِذَا عَرَفْتَ هَذَا نَعُودُ إِلَى تَطْبِيقِ مَا فِي الْكِتَابِ عَلَى هَذَا الْأَصْلِ، فَإِذَا أُحْرِمَ بِالْحَجِّ ثُمَّ أُحْرِمَ يَوْمَ النَّحْرِ بِحَجَّةٍ أُخْرَى (فَإِنْ خَلَقَ فِي) الْحَجَّةِ (الْأُولَى) ثُمَّ أُحْرِمَ يَوْمَ النَّحْرِ بِحَجَّةٍ أُخْرَى (لِزِمَتُهُ الْأُخْرَى) لَمَّا ذَكَرْنَا أَنَّهُ التَّزَامُ مُحَضَّرٌ (وَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ)؛ لِأَنَّ الْأُولَى قَدْ انْتَهَتْ نَهَائَتَهَا (وَإِنْ لَمْ يَخْلُقْ فِي الْأُولَى) وَأُحْرِمَ بِحَجَّةٍ أُخْرَى صَارَ جَامِعًا بَيْنَ إِحْرَامِي الْحَجِّ، فَبَعْدَ ذَلِكَ إِمَّا أَنْ يَخْلُقَ لِلْأُولَى فِي هَذِهِ السَّنَةِ أَوْ يُؤَخَّرَ الْخَلْقَ إِلَى السَّنَةِ الثَّانِيَةِ، فَإِنْ خَلَقَ فَقَدْ تَحَلَّلَ عَنِ الْأُولَى، وَلَكِنْ جَنَى عَلَى الثَّانِيَةِ بِالْخَلْقِ.

وَإِنْ أَخَّرَ فَقَدْ أَخَّرَ الْخَلْقَ فِي الْأُولَى عَنْ وَقْتِهِ، وَالتَّأَخِيرُ عَنِ الْوَقْتِ مَضْمُونٌ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَهَذَا قَالَ فِي الْكِتَابِ (وَعَلَيْهِ دَمٌ قَصَرٌ أَوْ لَمْ يُقْصَرْ) أَيَّ خَلَقَ أَوْ لَمْ يَخْلُقْ، وَإِنَّمَا عَبَّرَ عَنْهُ بِالتَّقْصِيرِ؛ لِأَنَّ وَضْعَ الْمَسْأَلَةِ فِي قَوْلِهِ وَمَنْ أُحْرِمَ بِالْحَجِّ ثُمَّ أُحْرِمَ يَتَنَاوَلُ الذِّكْرَ وَالْأُنْثَى، فَذَكَرَ أَوَّلًا لَفْظَ الْخَلْقِ ثُمَّ لَفْظَ التَّقْصِيرِ لَمَّا أَنَّ الْأَفْضَلَ فِي حَقِّ الرِّجَالِ الْخَلْقُ، وَفِي حَقِّ النِّسَاءِ التَّقْصِيرُ (وَقَالَا: إِنْ لَمْ يُقْصَرْ فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّ الْجَمْعَ بَيْنَ إِحْرَامِي الْحَجِّ أَوْ إِحْرَامِي الْعُمْرَةِ بِدَعَةٍ) إِلَى آخِرِ مَا ذَكَرَ فِي الْكِتَابِ وَهُوَ وَاضِحٌ بَعْدَ التَّأَمُّلِ فِيمَا سَبَقَ.

لَكِنْ يُرَدُّ عَلَيْهِ شَيْءٌ وَهُوَ أَنَّ الْمَذْكُورَ مِنْ مَذْهَبِ مُحَمَّدٍ فِي هَذَا الْأَصْلِ أَنَّهُ إِذَا جَمَعَ بَيْنَ إِحْرَامَيْنِ إِنَّمَا يَلْزِمُهُ أَحَدُهُمَا وَهُوَ الْمَرْوِيُّ عَنِ الْإِمَامِ الثَّمَرِثَانِيِّ وَالْفَوَائِدِ الظَّهِيرَةِ. وَحِينَئِذٍ يَتَّبِعِي أَنْ لَا يَلْزِمُهُ دَمٌ، وَإِنْ قَصَرَ لَعَدَمَ لُزُومِ الْآخَرِ، فَإِمَّا أَنْ يَكُونَ سَهْوًا فِي نَقْلِ مَذْهَبِ مُحَمَّدٍ وَمَذْهَبِهِ كَمَذْهَبَيْهِمَا، وَإِنَّمَا أَنْ يَكُونَ عَنْهُ فِي ذَلِكَ رِوَايَتَانِ.

(وَمَنْ فَرَّغَ مِنْ عُمْرَتِهِ إِلَّا التَّقْصِيرَ فَأُحْرِمَ بِأُخْرَى فَعَلَيْهِ دَمٌ لِإِحْرَامِهِ قَبْلَ الْوَقْتِ؛ لِأَنَّهُ جَمَعَ بَيْنَ إِحْرَامِي الْعُمْرَةِ وَهَذَا مَكْرُوهٌ فَيَلْزِمُهُ الدَّمُ وَهُوَ دَمُ جَبَرٍ وَكَفَّارَةٍ.

الشرح:

(وَمَنْ فَرَّغَ مِنْ عُمْرَتِهِ إِلَّا التَّقْصِيرَ فَأُحْرِمَ بِعُمْرَةٍ أُخْرَى فَعَلَيْهِ دَمٌ) يَعْنِي بِالتَّفَاقُ (لِإِحْرَامِهِ قَبْلَ الْوَقْتِ)؛ لِأَنَّ وَقْتَهُ بَعْدَ الْخَلْقِ الْأَوَّلِ وَلَمْ يُوجَدْ (لِأَنَّهُ جَمَعَ بَيْنَ إِحْرَامِي الْعُمْرَةِ وَهَذَا مَكْرُوهٌ فَيَلْزِمُهُ الدَّمُ وَهُوَ دَمُ جَبَرٍ وَكَفَّارَةٍ) لَا يَحِلُّ التَّنَاوُلُ مِنْهُ، وَهَذِهِ الْمَسْأَلَةُ مِنْ خَوَاصِّ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ بَيْنَ فِيهَا لُزُومِ دَمِ الْجَمْعِ فِي الْعُمْرَةِ مِنْ غَيْرِ اخْتِلَافِ الرِّوَايَتَيْنِ، وَسَكَتَ مُحَمَّدٌ بَيَانِ وَجُوبِهِ لِلْجَمْعِ بَيْنَ إِحْرَامِي الْحَجِّ فِي الْجَامِعِ

الصَّغِيرِ وَأَوْجَبَهُ فِي مَنَاسِكَ الْمَبْسُوطِ.

وَقَالَ بَعْضُ مَشَايخِنَا: فِي ذَلِكَ رَوَاتَانِ. وَأَمَّا وَجُوبُهُ فِي الْجَمْعِ بَيْنَ إِحْرَامِي الْعُمْرَةِ فَذَلِكَ رِوَايَةٌ وَاحِدَةٌ، وَهَذِهِ الْمَسْأَلَةُ أَيْضًا تُدَلُّ عَلَى أَنَّ مَذْهَبَ مُحَمَّدٍ فِي لُزُومِ الْإِحْرَامَيْنِ كَمَذْهَبِهِمَا، وَإِلَّا لَمَا لَزِمَ عِنْدَهُ شَيْءٌ؛ لِأَنَّ الْجَمْعَ غَيْرُ مُتَحَقِّقٍ لِعَدَمِ لُزُومِ أَحَدِهِمَا، إِلَّا إِذَا أَرَادَ بِالْجَمْعِ إِدْخَالَ الْإِحْرَامِ عَلَى الْإِحْرَامِ وَإِنْ لَمْ يَلْزَمْ إِلَّا أَحَدُهُمَا فَيَسْتَقِيمُ.

(وَمَنْ أَهْلُ الْحَجِّ ثُمَّ أَحْرَمَ بِعُمْرَةٍ لَزِمَاهُ؛ لِأَنَّ الْجَمْعَ بَيْنَهُمَا مَشْرُوعٌ فِي حَقِّ الْأَفَاقِيِّ، وَالْمَسْأَلَةُ فِيهِ فَيَصِيرُ بِذَلِكَ قَارِنًا لِكُنْهُ السَّنَةِ فَيَصِيرُ مُسَيِّئًا (وَلَوْ وَقَفَ بِعَرَفَاتٍ وَلَمْ يَأْتِ بِأَفْعَالِ الْعُمْرَةِ فَهُوَ رَافِضٌ لِعُمْرَتِهِ)؛ لِأَنَّهُ تَعَذَّرَ عَلَيْهِ أَدَاؤُهَا إِذْ هِيَ مَبْنِيَّةٌ عَلَى الْحَجِّ غَيْرُ مَشْرُوعَةٍ (فَإِنْ تَوَجَّهَ إِلَيْهَا لَمْ يَكُنْ رَافِضًا حَتَّى يَقِفَ) وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ مِنْ قَبْلُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ أَهْلُ الْحَجِّ) أَيُّ رَفَعَ صَوْتَهُ بِالتَّلْبِيَةِ (ثُمَّ أَحْرَمَ بِعُمْرَةٍ لَزِمَاهُ؛ لِأَنَّ الْجَمْعَ بَيْنَهُمَا مَشْرُوعٌ فِي حَقِّ الْأَفَاقِيِّ وَالْمَسْأَلَةُ فِيهِ فَيَصِيرُ بِذَلِكَ قَارِنًا) لِأَنَّهُ قَرَنَ بَيْنَ النَّسْكَينِ (لِكُنْهُ أَخْطَأَ السَّنَةَ فَيَصِيرُ مُسَيِّئًا)؛ لِأَنَّ السَّنَةَ إِدْخَالُ الْحَجِّ عَلَى الْعُمْرَةِ لَا إِدْخَالُ الْعُمْرَةِ عَلَى الْحَجِّ. قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿فَمَنْ تَمَتَّعَ بِالْعُمْرَةِ﴾ [البقرة: ١٩٦] جَعَلَ الْحَجَّ آخِرَ الْعَايَتَيْنِ.

لَكِنْ لَمَّا لَمْ يُؤَدِّ الْحَجَّ صَحَّ؛ لِأَنَّ التَّرْتِيبَ وَجَدَ فِي الْأَفْعَالِ، وَإِنْ فَاتَ فِي الْإِحْرَامِ فَعَلَيْهِ تَقْدِيمُ أَفْعَالِ الْعُمْرَةِ عَلَى أَفْعَالِ الْحَجِّ، حَتَّى (لَوْ وَقَفَ بِعَرَفَاتٍ وَلَمْ يَأْتِ بِأَفْعَالِ الْعُمْرَةِ كَانَ رَافِضًا لِعُمْرَتِهِ لِأَنَّهُ تَعَذَّرَ عَلَيْهِ أَدَاؤُهَا إِذْ هِيَ مَبْنِيَّةٌ عَلَى الْحَجِّ غَيْرُ مَشْرُوعَةٍ) بَلِ الْمَشْرُوعُ هُوَ أَنْ تَكُونَ أَفْعَالُ الْحَجِّ مَبْنِيَّةً عَلَى أَفْعَالِ الْعُمْرَةِ.

وَقَوْلُهُ: (مَبْنِيَّةٌ) نُصِبَ عَلَى الْحَالِ. قَالَ فِي النَّهَايَةِ: وَالْعَامِلُ فِيهَا مَعْنَى الْإِشَارَةِ فِي هِيَ فَلَذَا كَانَتْ مُقَيَّدَةً بِقَيْدِ سَيِّجِيءٍ وَفِيهِ نَظَرٌ (فَإِنْ تَوَجَّهَ إِلَيْهَا لَمْ يَكُنْ رَافِضًا) حَتَّى لَوْ بَدَأَ لَهُ فَرَجَعَ مِنَ الطَّرِيقِ إِلَى مَكَّةَ فَطَافَ لِعُمْرَتِهِ وَسَعَى ثُمَّ وَقَفَ بِعَرَفَاتٍ كَانَ قَارِنًا (وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ مِنْ قَبْلُ) يَعْنِي فِي آخِرِ بَابِ الْقِرَانِ حَيْثُ قَالَ وَلَا يَصِيرُ رَافِضًا بِمُجَرَّدِ التَّوَجُّهِ هُوَ الصَّحِيحُ مِنْ مَذْهَبِ أَبِي حَنِيفَةَ الْح.

(فَإِنْ طَافَ لِلْحَجِّ ثُمَّ أَحْرَمَ بِعُمْرَةٍ فَمَضَى عَلَيْهَا لَزِمَاهُ وَعَلَيْهِ دَمٌ لَجْمَعِهِ بَيْنَهُمَا)؛
لأنَّ الْجَمْعَ بَيْنَهُمَا مَشْرُوعٌ عَلَى مَا مَرَّ فَيَصِحُّ الْإِحْرَامُ بِهِمَا، وَالْمُرَادُ بِهَذَا الطَّوَافُ طَوَافُ
التَّحِيَّةِ، وَأَنَّهُ سُنَّةٌ وَلَيْسَ بِرُكْنٍ حَتَّى لَا يَلْزِمَهُ بتركه شيءٌ، وَإِذَا لَمْ يَأْتِ بِمَا هُوَ رُكْنٌ
يُمْكِنُهُ أَنْ يَأْتِيَ بِأَفْعَالِ الْعُمْرَةِ ثُمَّ بِأَفْعَالِ الْحَجِّ، فَلِهَذَا لَوْ مَضَى عَلَيْهَا جَازَ وَعَلَيْهِ دَمٌ
لَجْمَعِهِ بَيْنَهُمَا وَهُوَ دَمٌ كَفَّارَةٌ وَجَبَرِ هُوَ الصَّحِيحُ؛ لِأَنَّهُ بَانَ أَفْعَالُ الْعُمْرَةِ عَلَى أَفْعَالِ
الْحَجِّ مِنْ وَجْهِ.

(وَيُسْتَحَبُّ أَنْ يَرْفُضَ عُمْرَتَهُ)؛ لِأَنَّ إِحْرَامَ الْحَجِّ قَدْ تَأَكَّدَ بِشَيْءٍ مِنْ أَعْمَالِهِ،
بِخِلَافِهِ مَا إِذَا لَمْ يَطُفْ لِلْحَجِّ، وَإِذَا رَفَضَ عُمْرَتَهُ يَقْضِيهَا لِصِحَّةِ الشَّرْعِ فِيهَا (وَعَلَيْهِ
دَمٌ) لِرَفْضِهَا (وَمَنْ أَهْلٌ بِعُمْرَةٍ فِي يَوْمِ النَّحْرِ أَوْ فِي أَيَّامِ التَّشْرِيقِ لَزِمَتْهُ) لَمَّا قُلْنَا
(وَيَرْفُضُهَا) أَيِ يَلْزِمُهُ الرِّفْضُ؛ لِأَنَّهُ قَدْ أَذَى رُكْنَ الْحَجِّ فَيَصِيرُ بَانِيًا أَفْعَالِ الْعُمْرَةِ عَلَى
أَفْعَالِ الْحَجِّ مِنْ كُلِّ وَجْهِ، وَقَدْ كُرِهَتْ الْعُمْرَةُ فِي هَذِهِ الْأَيَّامِ أَيْضًا عَلَى مَا نَذَكَّرُ فَلِهَذَا
يَلْزِمُهُ رَفْضُهَا.

فَإِنْ رَفَضَهَا فَعَلَيْهِ دَمٌ؛ لِرَفْضِهَا (وَعُمْرَةُ مَكَانَهَا) لَمَّا بَيَّنَّا (فَإِنْ مَضَى عَلَيْهَا أَجْزَأَهُ)؛
لِأَنَّ الْكَرَاهَةَ لَمَعْنَى فِي غَيْرِهَا وَهُوَ كَوْنُهُ مَشْغُولًا فِي هَذِهِ الْأَيَّامِ بِأَدَاءِ بَقِيَّةِ أَعْمَالِ الْحَجِّ
فَيَجِبُ تَخْلِيصُ الْوَقْتِ لَهُ تَعْظِيمًا (وَعَلَيْهِ دَمٌ لَجْمَعِهِ بَيْنَهُمَا) إِمَّا فِي الْإِحْرَامِ أَوْ فِي
الْأَعْمَالِ الْبَاقِيَةِ، قَالُوا: وَهَذَا دَمٌ كَفَّارَةٌ أَيْضًا. وَقِيلَ إِذَا حَلَقَ لِلْحَجِّ ثُمَّ أَحْرَمَ لَا يَرْفُضُهَا
عَلَى ظَاهِرِ مَا ذَكَرَ فِي الْأَصْلِ، وَقِيلَ يَرْفُضُهَا احْتِرَازًا عَنِ النَّهْيِ..

الشرح:

(فَإِنْ طَافَ لِلْحَجِّ) يَعْنِي طَوَافَ التَّحِيَّةِ (ثُمَّ أَحْرَمَ بِعُمْرَةٍ فَمَضَى عَلَيْهَا)
وَتَفْسِيرُ الْمُضِيِّ أَنْ يُقَدَّمَ أَفْعَالُ الْعُمْرَةِ عَلَى أَفْعَالِ الْحَجِّ كَمَا هُوَ الْمُسْتَوْنُ فِي الْقِرَانِ (لَزِمَاهُ
وَعَلَيْهِ دَمٌ لَجْمَعِهِ بَيْنَهُمَا؛ لِأَنَّ الْجَمْعَ بَيْنَهُمَا مَشْرُوعٌ عَلَى مَا مَرَّ) يَعْنِي قَوْلُهُ؛ لِأَنَّ الْجَمْعَ
بَيْنَهُمَا مَشْرُوعٌ فِي حَقِّ الْآفَاقِيِّ (فَصَحَّ الْإِحْرَامُ بِهِمَا) وَكَلَامُهُ ظَاهِرٌ.

وَقَوْلُهُ (هُوَ الصَّحِيحُ) احْتِرَازٌ عَمَّا اخْتَارَهُ شَمْسُ الْأُيْمَةِ وَقَاضِي خَانَ وَالْإِمَامُ
الْمَحْبُوبِيُّ أَنَّ ذَلِكَ دَمُ الْقِرَانِ فَيَكُونُ دَمٌ شُكْرٍ. وَذَكَرَ الْإِمَامُ فَخْرُ الْإِسْلَامِ مِثْلَ مَا ذَكَرَ
فِي الْكِتَابِ لِأَنَّهُ أَخْطَأَ السُّنَّةَ فِي بِنَاءِ أَفْعَالِ الْعُمْرَةِ عَلَى أَفْعَالِ الْحَجِّ مِنْ وَجْهِ فَكَانَ

كَقِرَانِ الْمَكِيِّ. وَقَوْلُهُ (وَيُسْتَحَبُّ) ظَاهِرٌ.

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ أَهْلٌ بِعُمْرَةٍ فِي يَوْمِ النَّحْرِ) يَعْنِي قَبْلَ الْحَلْقِ أَوْ قَبْلَ طَوَافِ الزِّيَارَةِ؛ لِأَنَّ حُكْمَ مَنْ أَهْلٌ بِهَا بَعْدَمَا حَلَّ مِنَ الْحَجَّةِ بِالْحَلْقِ يَأْتِي ذِكْرُهُ كَذَا فِي النَّهْيَةِ، وَالظَّاهِرُ الْإِطْلَاقُ عَلَى مَا ذَكَرَهُ.

وَقَوْلُهُ (لَزِمَتْهُ لَمَّا قُلْنَا) يُرِيدُ قَوْلُهُ؛ لِأَنَّ الْجَمْعَ بَيْنَهُمَا مَشْرُوعٌ فِي حَقِّ الْآفَاقِيِّ. وَقَوْلُهُ (وَيَرْفُضُهَا) قَالُوا مَعْنَاهُ: يَلْزِمُهُ الرِّفْضُ لِأَنَّهُ قَدْ أَدَّى رُكْنَ الْحَجِّ، وَهُوَ الْوُقُوفُ فَيَصِيرُ بَانِيًا أَفْعَالِ الْعُمْرَةِ عَلَى أَفْعَالِ الْحَجِّ مِنْ كُلِّ وَجْهِ.

وَقَوْلُهُ (وَقَدْ كَرِهَتْ الْعُمْرَةُ) وَجْهٌ آخَرُ فِي لُزُومِ الرِّفْضِ (عَلَى مَا نَذَكُرُ) إِشَارَةً إِلَى مَا يُذَكَّرُ فِي بَابِ الْفَوَاتِ بِقَوْلِهِ الْعُمْرَةُ لَا تَقُوتُ وَهِيَ جَائِزَةٌ فِي جَمِيعِ السَّنَةِ إِلَّا خَمْسَةَ أَيَّامٍ يُكْرَهُ فِعْلُهَا فِيهَا. وَقَوْلُهُ (وَعُمْرَةٌ مَكَانَهَا) أَيُّ قِضَاءٍ لِلْمَرْفُوضَةِ. وَقَوْلُهُ (لَمَّا يَبَيَّنَا) إِشَارَةً إِلَى قَوْلِهِ؛ لِأَنَّ الْجَمْعَ بَيْنَهُمَا مَشْرُوعٌ.

فَإِنْ قِيلَ: مَا الْفَرْقُ بَيْنَ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ وَبَيْنَ الشُّرُوعِ فِي الصَّوْمِ فِي يَوْمِ النَّحْرِ حَيْثُ لَا يَلْزِمُهُ الْقِضَاءُ إِذَا أَفْسَدَهُ وَهُنَا يَلْزِمُ؟ أَجِيبَ بِأَنَّ مُجَرَّدَ الشُّرُوعِ فِي الصَّوْمِ فِيهِ تَحْصُلُ بِهِ الْمَعْصِيَةُ وَهِيَ تَرْكُ إِجَابَةِ ضِيَاغَةِ اللَّهِ تَعَالَى فَيُؤْمَرُ بِالْإِفْطَارِ وَلَا يَلْزِمُهُ الْقِضَاءُ، وَأَمَّا بِمُجَرَّدِ الْإِحْرَامِ لِلْعُمْرَةِ فِي هَذِهِ الْأَيَّامِ فَلَا تَحْصُلُ لِأَنَّ الْمَعْصِيَةَ أَدَاءُ أَفْعَالِهَا فِي هَذِهِ الْأَيَّامِ فَيَلْزِمُهُ الْقِضَاءُ لَصِحَّةِ الشُّرُوعِ (وَإِنْ مَضَى عَلَيْهَا) أَيُّ عَلَى الْعُمْرَةِ الَّتِي أُحْرِمَ لَهَا يَوْمَ النَّحْرِ وَفِي بَعْضِ النُّسخِ عَلَيْهِمَا: أَيُّ عَلَى الْحَجِّ وَالْعُمْرَةِ (أَجْزَأُ) وَدَلِيلُهُ ظَاهِرٌ.

وَقَوْلُهُ (وَعَلَيْهِ دَمٌ لَجْمَعِهِ بَيْنَهُمَا، إِمَّا فِي الْإِحْرَامِ) يَعْنِي إِنْ كَانَ إِحْرَامُ الْعُمْرَةِ قَبْلَ التَّحَلُّلِ بِالْحَلْقِ (أَوْ فِي الْأَعْمَالِ الْبَاقِيَةِ) يَعْنِي إِذَا كَانَ بَعْدَ الْحَلْقِ، وَهَذَا يُرْشِدُكَ إِلَى أَنَّ كَلَامَ الْمُصَنِّفِ عَلَى إِطْلَاقِهِ لَيْسَ بِمُقَيَّدٍ بِمَا قَبْلَ الْحَلْقِ كَمَا قَالَ صَاحِبُ النَّهْيَةِ، لِأَنَّهُ إِذَا كَانَ قَبْلَ الْحَلْقِ فَفِيهِ الْجَمْعُ بَيْنَ الْإِحْرَامَيْنِ فَلَا حَاجَةَ إِلَى قَوْلِهِ أَوْ فِي الْأَعْمَالِ لَا سِيَّمَا وَقَدْ ذُكِرَ بِكَلِمَةٍ أَوْ، وَكَذَا قَوْلُهُ وَقِيلَ إِذَا حَلَقَ يَدُلُّ عَلَى ذَلِكَ لِأَنَّ مَعْنَاهُ يَلْزِمُهُ الرِّفْضُ مُطْلَقًا.

(وَقِيلَ إِذَا حَلَقَ لِلْحَجِّ ثُمَّ أُحْرِمَ لَا يَرْفُضُهَا عَلَى ظَاهِرِ مَا ذَكَرَ فِي الْأَصْلِ) قَالَ الْإِمَامُ فَخْرُ الْإِسْلَامِ: لَمْ يَذْكُرْ مُحَمَّدُ الرِّفْضَ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ، وَجَوَابُهُ فِي الْأَصْلِ

مُشْتَبِهٌ ظَاهِرٌ ذَلِكَ أَنَّهُ لَا يَرْفُضُهَا (وَقِيلَ يَرْفُضُهَا احْتِرَازًا عَنِ التَّهْيِ) يَعْنِي التَّهْيَ عَنِ
الْعُمْرَةِ فِي هَذِهِ الْأَيَّامِ كَمَا ذَكَرْنَا.

قَالَ الْفَقِيهُ أَبُو جَعْفَرٍ: وَمَشَايخُنَا رَحِمَهُمُ اللَّهُ تَعَالَى عَلَى هَذَا (فَإِنْ فَاتَهُ الْحَجُّ ثُمَّ
أَحْرَمَ بِعُمْرَةٍ أَوْ بِحَجَّةٍ فَإِنَّهُ يَرْفُضُهَا)؛ لِأَنَّ فَاتَتْ الْحَجَّ يَتَحَلَّلُ بِأَفْعَالِ الْعُمْرَةِ مِنْ غَيْرِ أَنْ
يَنْقَلِبَ إِحْرَامُهُ إِحْرَامِ الْعُمْرَةِ عَلَى مَا يَأْتِيكَ فِي بَابِ الْفَوَاتِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى فَيَصِيرُ
جَامِعًا بَيْنَ الْعُمَرَتَيْنِ مِنْ حَيْثُ الْأَفْعَالُ فَعَلَيْهِ أَنْ يَرْفُضَهَا كَمَا لَوْ أَحْرَمَ بِعُمَرَتَيْنِ، وَإِنْ
أَحْرَمَ بِحَجَّةٍ يَصِيرُ جَامِعًا بَيْنَ الْحَجَّتَيْنِ إِحْرَامًا فَعَلَيْهِ أَنْ يَرْفُضَهَا كَمَا لَوْ أَحْرَمَ
بِحَجَّتَيْنِ وَعَلَيْهِ قَضَاؤُهَا لِصِحَّةِ الشَّرُوعِ فِيهَا وَدَمٌ لِرَفْضِهَا بِالتَّحَلُّلِ قَبْلَ أَوَانِهِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

الشرح:

(قَالَ الْفَقِيهُ أَبُو جَعْفَرٍ وَمَشَايخُنَا رَحِمَهُمُ اللَّهُ: عَلَى هَذَا) الْقَوْلُ وَهُوَ رَفْضُ
الْعُمْرَةِ. وَمَعْنَى مَا ذُكِرَ فِي الْأَصْلِ أَنَّهُ لَا يَرْفُضُهَا: أَيُّ لَا تُرْتَفَضُ مِنْ غَيْرِ رَفْضٍ. وَقَوْلُهُ
(فَإِنْ فَاتَهُ الْحَجُّ) يَعْنِي فَاتَتْ الْحَجَّ وَهُوَ مَنْ فَاتَهُ الْوُقُوفُ بِعَرَفَةَ إِذَا أَحْرَمَ بِحَجَّةٍ أَوْ عُمْرَةٍ
فَإِنَّهُ يَرْفُضُ الَّتِي أَحْرَمَ بِهَا.

أَمَّا إِذَا كَانَتْ عُمْرَةً؛ فَلَأَنَّ فَاتَتْ الْحَجَّ يَتَحَلَّلُ بِأَفْعَالِ الْعُمْرَةِ مِنْ غَيْرِ أَنْ يَنْقَلِبَ
إِحْرَامُهُ إِحْرَامِ الْعُمْرَةِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ خِلَافًا لِأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمُ اللَّهُ.
وَفَائِدَتُهُ تَظْهَرُ فِي حَقِّ لُزُومِ الرَّفْضِ إِذَا أَحْرَمَ بِحَجَّةٍ أُخْرَى، فَعِنْدَهُمَا يَرْفُضُهَا
كَيْ لَا يَصِيرَ جَامِعًا بَيْنَ إِحْرَامَيْ الْحَجِّ، وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ لَا يَرْفُضُهَا بَلْ يَمْضِي فِيهَا.
وَقَوْلُهُ (عَلَى مَا يَأْتِيكَ) أَرَادَ بِهِ قَوْلُهُ؛ لِأَنَّ فَاتَتْ الْحَجَّ يَتَحَلَّلُ بِأَفْعَالِ الْعُمْرَةِ لَا قَوْلُهُ مِنْ
غَيْرِ أَنْ يَنْقَلِبَ إِحْرَامُهُ إِحْرَامِ الْعُمْرَةِ؛ لِأَنَّ هَذَا غَيْرُ مَذْكُورٍ هُنَاكَ.

وَقَوْلُهُ (فَيَصِيرُ جَامِعًا) أَيُّ فَاتَتْ الْحَجَّ الَّذِي أَحْرَمَ بِعُمْرَةٍ يَصِيرُ جَامِعًا (بَيْنَ
الْعُمَرَتَيْنِ) أَفْعَالًا فَيَجِبُ أَنْ يَرْفُضَ الْعُمْرَةَ الَّتِي أَحْرَمَ بِهَا كَمَا لَوْ أَحْرَمَ بِعُمَرَتَيْنِ.
وَأَمَّا إِذَا كَانَتْ حَجَّةً فَإِنَّهُ يَصِيرُ جَامِعًا بَيْنَ الْحَجَّتَيْنِ إِحْرَامًا فَعَلَيْهِ أَنْ يَرْفُضَهَا كَمَا
لَوْ أَحْرَمَ بِحَجَّتَيْنِ وَعَلَيْهِ قَضَاؤُهَا لِصِحَّةِ الشَّرُوعِ فِيهَا وَدَمٌ لِرَفْضِهَا بِالتَّحَلُّلِ قَبْلَ أَوَانِهِ،
وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

باب الإحصار

(وَإِذَا أَحْصَرَ الْمُحْرِمُ بَعْدُ أَوْ أَصَابَهُ مَرَضٌ فَمَنَعَهُ مِنَ الْمَضِيِّ جَازَ لَهُ التَّحَلُّلُ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَا يَكُونُ الْإِحْصَارُ إِلَّا بِالْعَدْوِ؛ لِأَنَّ التَّحَلُّلَ بِالْهَدْيِ شَرَعَ فِي حَقِّ الْمُحْصَرِّ؛ لِتَحْصِيلِ النِّجَاةِ وَبِالْإِحْلَالِ يَنْجُو مِنَ الْعَدْوِ لَا مِنَ الْمَرَضِ.

وَلَمَّا أَنَّ آيَةَ الْإِحْصَارِ وَرَدَتْ فِي الْإِحْصَارِ بِالْمَرَضِ بِإِجْمَاعِ أَهْلِ اللُّغَةِ فَإِنَّهُمْ قَالُوا: الْإِحْصَارُ بِالْمَرَضِ وَالْحَصْرُ بِالْعَدْوِ وَالتَّحَلُّلُ قَبْلَ أَوَانِهِ لِدَفْعِ الْحَرَجِ الْآتِي مِنَ قَبْلِ امْتِدَادِ الْإِحْرَامِ، وَالْحَرَجُ فِي الْأَصْطِبَارِ عَلَيْهِ مَعَ الْمَرَضِ أَعْظَمُ، وَإِذَا جَازَ لَهُ التَّحَلُّلُ (يُقَالُ لَهُ ابْعَثْ شَاةً تُذْبِحُ فِي الْحَرَمِ وَوَاعِدَ مَنْ تَبِعْتَهُ بِيَوْمٍ بَعِينِهِ يَذْبَحُ فِيهِ ثُمَّ تَحَلَّلْ) وَإِنَّمَا يَبْعَثُ إِلَى الْحَرَمِ؛ لِأَنَّ دَمَ الْإِحْصَارِ قُرْبَةً، وَالْإِرَاقَةُ لَمْ تُعَرَفْ قُرْبَةً إِلَّا فِي زَمَانٍ أَوْ مَكَانٍ عَلَى مَا مَرَّ فَلَا يَقَعُ قُرْبَةً دُونَهُ فَلَا يَقَعُ بِهِ التَّحَلُّلُ، وَإِلَيْهِ الْإِشَارَةُ بِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَلَا تَحْلِقُوا رُءُوسَكُمْ حَتَّى يَبْلُغَ الْهَدْيُ مَحَلَّهُ﴾ [البقرة: ١٩٦] فَإِنَّ الْهَدْيَ اسْمٌ لِمَا يُهْدَى إِلَى الْحَرَمِ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَا يَتَوَقَّعُ بِهِ؛ لِأَنَّهُ شَرَعَ رُخْصَةً وَالتَّوَقُّعُ يُبْطِلُ التَّخْفِيفَ. قُلْنَا: الْمُرَاعَى أَصْلُ التَّخْفِيفِ لَا نِهَائِيَّتُهُ، وَتَجُوزُ الشَّاةُ؛ لِأَنَّ الْمَنْصُوصَ عَلَيْهِ الْهَدْيُ وَالشَّاةُ أَدْنَاهُ، وَتُجْزِيهِ الْبَقَرَةُ وَالْبَدَنَةُ أَوْ سُبْعُهُمَا كَمَا فِي الضَّحَايَا، وَلَيْسَ الْمُرَادُ بِمَا ذَكَرْنَا بَعَثَ الشَّاةَ بَعِينَهَا؛ لِأَنَّ ذَلِكَ قَدْ يَتَعَدَّرُ، بَلْ لَهُ أَنْ يَبْعَثَ بِالْقِيمَةِ حَتَّى تُشْتَرَى الشَّاةُ هُنَالِكَ وَتُذْبَحَ عَنْهُ.

وَقَوْلُهُ ثُمَّ تَحَلَّلْ إِشَارَةٌ إِلَى أَنَّهُ لَيْسَ عَلَيْهِ الْحَلْقُ أَوْ التَّقْصِيرُ، وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: عَلَيْهِ ذَلِكَ، وَلَوْ لَمْ يَفْعَلْ لَا شَيْءَ عَلَيْهِ ﷺ «لَأَنَّهُ ﷺ حَلَقَ عَامَ الْحُدَيْبِيَّةِ، وَكَانَ مُحْصَرًا بِهَا وَأَمَرَ أَصْحَابَهُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ بِذَلِكَ»^(١). وَلَهُمَا أَنَّ الْحَلْقَ إِنَّمَا عُرِفَ قُرْبَةً مُرْتَبًا عَلَى أَفْعَالِ الْحَجِّ فَلَا يَكُونُ نُسْكًَا قَبْلَهَا وَفَعَلَ النَّبِيُّ ﷺ وَأَصْحَابُهُ لِيُعْرِفَ اسْتِحْكَامَ عَزِيمَتِهِمْ عَلَى الْإِنْصِرَافِ.

(وَإِنْ كَانَ قَارِنًا بَعَثَ بِدَمَيْنِ) لِاحْتِيَاجِهِ إِلَى التَّحَلُّلِ مِنْ إِحْرَامَيْنِ، فَإِنْ بَعَثَ بِهَدْيٍ وَاحِدٍ لِيَتَحَلَّلَ عَنِ الْحَجِّ وَيَبْقَى فِي إِحْرَامِ الْعُمْرَةِ لَمْ يَتَحَلَّلْ عَنْ وَاحِدٍ مِنْهُمَا؛ لِأَنَّ التَّحَلُّلَ مِنْهُمَا شَرَعَ فِي حَالَتِهِ وَاحِدَةٍ.

(١) أخرجه البخاري (٢٧٠١، ٤٢٥٢). وانظر نصب الراية (٣/١٨١).

الشرح:

(بَابُ الْإِحْصَارِ): لَمَّا كَانَ مِنَ الْإِحْصَارِ مَا هُوَ جِنَايَةٌ عَلَى الْمَحْرَمِ أَعْقَبَهُ بَابُ الْجِنَايَاتِ بِبَابٍ عَلَى حِدَةٍ، تَقُولُ الْعَرَبُ: أَحْصَرَ إِذَا مَنَعَهُ خَوْفٌ أَوْ عَدُوٌّ أَوْ مَرَضٌ مِنَ الْوُصُولِ إِلَى إِيْتَامِ حَبَّتِهِ أَوْ عُمُرَتِهِ، وَإِذَا حَبَسَهُ سُلْطَانٌ أَوْ قَاهِرٌ مَانِعٌ يَقُولُونَ حَصِرَ، فَالْمُحْصَرُ مُحْرَمٌ مَمْنُوعٌ عَنِ الْمَضِيِّ إِلَى إِيْتَامِ أَفْعَالٍ مَا أَحْرَمَ لِأَجْلِهِ.

(فَإِذَا أَحْصَرَ بَعْدُو أَوْ مَرَضٌ فَمُنِعَ مِنَ الْمَضِيِّ جَازَ لَهُ التَّحَلُّلُ) وَالشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ حَصَرَ الْإِحْصَارُ فِي الْعَدُوِّ وَقَالَ: الْمَرِيضُ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَتَحَلَّلَ إِلَّا أَنْ يَكُونَ شَرَطَ ذَلِكَ عِنْدَ إِحْرَامِهِ، وَلَكِنَّهُ يَصِيرُ إِلَى أَنْ يَبْرَأَ (لَأَنَّ التَّحَلُّلَ بِالْهَدْيِ شَرِعٌ فِي حَقِّ الْمُحْصَرِ لِتَخْصِيلِ النَّجَاةِ) بِالْإِحْلَالِ وَالنَّجَاةُ بِالْإِحْلَالِ لَا تَكُونُ إِلَّا مِنَ الْعَدُوِّ وَلَأَنَّ مَا بِهِ مِنَ الْمَرَضِ لَا يَزُولُ بِالتَّحَلُّلِ، بِخِلَافِ الْمُحْصَرِ بِالْعَدُوِّ فَإِنَّ مَا أَثْبَلِي بِهِ يَزُولُ بِالتَّحَلُّلِ لِأَنَّهُ يَرْجِعُ إِلَى أَهْلِهِ فَيَنْدَفِعُ عَنْهُ شَرُّ عَدُوِّهِ.

(وَلَمَّا أَنَّ آيَةَ الْإِحْصَارِ وَرَدَتْ فِي الْإِحْصَارِ بِالْمَرَضِ بِإِجْمَاعِ أَهْلِ اللُّغَةِ، فَإِنَّهُمْ قَالُوا: الْإِحْصَارُ بِالْمَرَضِ وَالْحَصْرُ بِالْعَدُوِّ) وَإِذَا وَرَدَتْ فِيهِ كَانَتْ دَلَالَتُهُ عَلَى الْإِحْصَارِ بِالْمَرَضِ أَقْوَى، وَفِيهِ بَحْثٌ مِنْ وَجْهَيْنِ:

الأول: كَانَ مِنْ حَقِّ الْكَلَامِ أَنْ يَقُولَ بِإِجْمَاعِ أَهْلِ التَّفْسِيرِ لَأَنَّ أَهْلَ اللُّغَةِ لَا تَعْلُقُ لَهُمْ بَوُرُودَ الْآيَةِ وَسَبَبَ نُزُولِهَا.

والثاني: أَنَّهَا نَزَلَتْ فِي رَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَأَصْحَابِهِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ وَكَانَ الْإِحْصَارُ بِالْعَدُوِّ.

وَالْجَوَابُ عَنِ الْأَوَّلِ أَنَّ مَعْنَاهُ بِدَلَالَةِ إِجْمَاعِ أَهْلِ اللُّغَةِ أَجْمَعُوا عَلَى مَعْنَى ذَلِكَ الْمَعْنَى أَنَّ تَكُونَ الْآيَةَ وَارِدَةً فِي الْإِحْصَارِ بِمَرَضٍ. وَعَنِ الثَّانِي بِمَا قِيلَ التَّصْوُصُ الْوَارِدَةُ مُطْلَقَةً يُعْمَلُ بِهَا عَلَى إِطْلَاقِهَا مِنْ غَيْرِ حَمَلٍ عَلَى الْأَسْبَابِ الْوَارِدَةِ هِيَ لِأَجْلِهَا. وَقَوْلُهُ (وَالْتَّحَلُّ قَبْلَ أَوَانِهِ) اسْتِدْلَالٌ بِمَعْقُولٍ فِيهِ شَائِبَةُ التَّنَزُّلِ كَأَنَّهُ قَالَ: سَلَّمْنَا أَنَّ آيَةَ الْإِحْصَارِ وَرَدَتْ فِي الْحَصْرِ بِالْعَدُوِّ، وَلَا فَرْقَ بَيْنَ الْإِحْصَارِ وَالْحَصْرِ، لَكِنَّ الْمَرَضَ مُلْحَقٌ بِهِ بِالْإِحْصَارِ؛ لِأَنَّ التَّحَلُّلَ قَبْلَ أَوَانِهِ (لِذَلِكَ الْحَرَجِ الْآتِي مِنْ قَبْلِ امْتِنَادِ الْإِحْرَامِ وَالْحَرَجُ فِي الْإِحْصَارِ عَلَى الْإِحْرَامِ مَعَ الْمَرَضِ أَعْظَمُ) لَا مَحَالَةَ لِكَثْرَةِ احْتِيَاجِهِ مُدَاوَاةً

وَمُدَارَاةٌ إِلَى مَا هُوَ جَنَائَةٌ عَلَى الْإِحْرَامِ.

وَقَوْلُهُ (وَإِذَا جَازَ التَّحَلُّلُ) يَعْنِي إِذَا ثَبَتَ بِمَا ذَكَرْنَا مِنَ الدَّلِيلِ جَوَازُ التَّحَلُّلِ لِلْمُحْصَرِ (يُقَالُ لَهُ انْعَثَ شَاءَ تُذْبَحُ فِي الْحَرَمِ وَوَاعِدٌ مَنْ تَبَعْتَهُ يَوْمَ بَعَيْنِهِ يُذْبَحُ فِيهِ ثُمَّ تَحَلَّلُ) وَهَذَا عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ؛ لِأَنَّ دَمَ الْإِحْصَارِ عِنْدَهُ غَيْرُ مُوقَّتٍ فَيَحْتَاجُ إِلَى الْمَوَاعِدَةِ لِيُعْرَفَ وَقْتُ الْإِحْلَالِ، وَأَمَّا عِنْدَهُمَا فَدَمُ الْإِحْصَارِ فِي الْحَجِّ مُوقَّتٌ يَوْمَ النَّحْرِ فَلَا حَاجَةَ إِلَى الْمَوَاعِدَةِ فِيهِ، وَإِنَّمَا يَحْتَاجُ إِلَيْهَا فِي الْعُمْرَةِ.

فَإِذَا بَعَثَ فَهُوَ بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ أَقَامَ بِمَكَانِهِ وَإِنْ شَاءَ رَجَعَ لِأَنَّهُ لَمَّا صَارَ مَمْنُوعًا مِنَ الذَّهَابِ يُخَيَّرُ بَيْنَ الْمَقَامِ وَالْانْصِرَافِ. قَالَ فِي النَّهَائَةِ: إِنَّمَا قِيدَ بِقَوْلِهِ يُذْبَحُ فِيهِ ثُمَّ يَتَحَلَّلُ لِأَنَّهُ إِذَا ظَنَّ الْمُحْصَرُ بِهِ ذَبْحَ هَذِيهِ فَعَلَّ مَا يَفْعَلُ الْحَلَالُ ثُمَّ ظَهَرَ أَنَّهُ لَمْ يَذْبَحْ كَانَ عَلَيْهِ مَا عَلَى الَّذِي ارْتَكَبَ مُحْظُورَاتِ الْإِحْرَامِ لِبَقَاءِ إِحْرَامِهِ، كَذَا ذَكَرَهُ الْإِمَامُ قَاضِي خَانَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَإِنَّمَا يَنْعَثُ إِلَى الْحَرَمِ؛ لِأَنَّ دَمَ الْإِحْصَارِ قُرْبَةٌ وَالْإِرَاقَةُ لَمْ تُعْرَفْ قُرْبَةً إِلَّا فِي زَمَانٍ أَوْ مَكَانٍ عَلَى مَا مَرَّ) فَدَمُ الْإِحْصَارِ لَا يُعْرَفُ قُرْبَةً بِدُونِ أَحَدِ هَذَيْنِ فَلَا يَقَعُ بِهِ التَّحَلُّلُ) وَقَدْ عَيَّنَ الشَّارِعُ الْمَكَانَ بِإِشَارَةِ.

(قَوْلُهُ ﴿وَلَا تَحْلِقُوا رُءُوسَكُمْ حَتَّى يَبْلُغَ الْهَدْيُ مَحَلَّهُ﴾ [البقرة: ١٩٦] فَإِنَّ الْهَدْيَ اسْمٌ لَمَّا يُهْدَى إِلَى الْحَرَمِ) وَالْمَحَلُّ بِالْكَسْرِ عِبَارَةٌ عَنِ الْمَكَانِ كَالْمَسْجِدِ وَالْمَجْلِسِ، نَهْيٌ عَنِ الْحَلْقِ حَتَّى يَبْلُغَ الْهَدْيُ مَوْضِعَ حِلِّهِ، ثُمَّ فُسِّرَ الْمَحَلُّ بِقَوْلِهِ ثُمَّ مَحَلُّهَا إِلَى الْبَيْتِ الْعَتِيقِ وَلَيْسَ الْمُرَادُ عَيْنَ الْبَيْتِ لِأَنَّهُ لَا تُرَاقُ فِيهِ الدَّمَاءُ فَكَانَ الْمُرَادُ بِهِ الْحَرَمَ، وَهَذَا وَاضِحٌ.

(وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَا يَتَوَقَّتُ بِالْحَرَمِ لِأَنَّهُ شُرِعَ رُخْصَةً وَالتَّوَقُّيتُ يُنْطَلُ التَّخْفِيفُ. قُلْنَا: الْمُرَاعَى أَصْلُ التَّخْفِيفِ لَا نَهَائِيَّتُهُ) وَلِهَذَا لَمْ يَسْتَحِقَّ التَّخْفِيفَ مَتَى لَمْ يَجِدْ الْهَدْيَ بَلْ يَنْقَى مُحَرَّمًا أَبَدًا؛ وَلِأَنَّ نَهَائِيَّتَهُ لَوْ كَانَتْ مُرَاعَاةً لِتَحَلُّلِ فِي الْحَالِ كَمَا قَالَ مَالِكٌ رَحِمَهُ اللَّهُ وَلَيْسَ كَذَلِكَ بِاتِّفَاقٍ بَيْنَنَا وَبَيْنَهُ. وَقَوْلُهُ (وَتَجُوزُ الشَّاةُ) ظَاهِرٌ، وَذُكِرَ فِي الْمُحِيطِ أَنَّهُ إِذَا كَانَ مُعْسِرًا لَا يَجِدُ قِيمَةَ شَاءٍ أَقَامَ حَرَامًا حَتَّى يَطُوفَ وَيَسْعَى كَمَا يَفْعَلُهُ فَائِتُ الْحَجِّ.

وَقَوْلُهُ (وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: عَلَيْهِ ذَلِكَ) أَيُّ الْحَلْقِ (وَلَوْ لَمْ يَفْعَلْ لَا شَيْءَ عَلَيْهِ) «لِأَنَّ

النَّبِيِّ ﷺ حَلَقَ عَامَ الْحَدِيثِ وَكَانَ مُحْصَرًا بِهَا وَأَمَرَ أَصْحَابَهُ بِذَلِكَ» فَإِنْ قِيلَ: هَذَا الَّذِي ذَكَرَهُ مِنَ الدَّلِيلِ يَدُلُّ عَلَى قَوْلِهِ عَلَيْهِ ذَلِكَ لَمَّا أَنَّ مُجَرَّدَ فِعْلِ النَّبِيِّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ فِي الَّذِي لَا يُفْعَلُ قُرْبَةً دَلِيلُ الْوُجُوبِ فَكَيْفَ إِذَا أَمَرَ غَيْرَهُ بِذَلِكَ، وَحِينَئِذٍ لَا يَكُونُ دَلِيلًا عَلَى قَوْلِهِ وَلَوْ لَمْ يَفْعَلْ لَا شَيْءَ عَلَيْهِ فَأَيْنَ دَلِيلُهُ؟

أُجِيبَ بِأَنَّ هَذِهِ الْمَسْأَلَةَ عَنْ أَبِي يُوسُفَ فِيهَا رَوَايَتَانِ: فِي رِوَايَةٍ يَحْجُزُ، وَفِي أُخْرَى وَاجِبٌ. وَالْمُصَنَّفُ أوردَ دَلِيلَ رِوَايَةِ الْوُجُوبِ وَلَمْ يُوردَ دَلِيلَ الرِّوَايَةِ الْأُخْرَى؛ لِأَنَّ دَلِيلَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ يَصْلُحُ دَلِيلًا لَهَا. وَقَوْلُهُ (وَلَهُمَا أَنَّ الْحَلْقَ إِنَّمَا عُرِفَ قُرْبَةً) يَعْنِي أَنَّ كَوْنَ الْحَلْقِ قُرْبَةً عُرِفَ بِالنَّصِّ، بِخِلَافِ الْقِيَاسِ فَيَرَاغَى فِيهِ جَمِيعُ مَا وَرَدَ فِيهِ النَّصُّ مِنَ الْأَوْصَافِ وَمِنْ جُمْلَتِهَا كَوْنُهُ (مُرْتَبًا عَلَى أَفْعَالِ الْحَجِّ) فَلَا يَكُونُ فِي غَيْرِ الْمُرْتَبِ قُرْبَةً، وَأَمَّا حَلْقُ النَّبِيِّ ﷺ وَأَصْحَابِهِ فَلْيَعْرِفَ الْمُشْرِكُونَ اسْتِحْكَامَ عَزِيمَةِ الْمُؤْمِنِينَ عَلَى الْإِنْصِرَافِ فَيَأْمَنُوا جَانِبَهُمْ وَلَا يَشْتَغَلُوا بِمَكِيدَةِ أُخْرَى بَعْدَ الصُّلْحِ.

قَوْلُهُ (وَإِنْ كَانَ) الْمُحْصَرُ (قَارِنًا بَعَثَ بِدَمِينٍ لِحَاجَتِهِ إِلَى التَّحَلُّلِ عَنْ إِحْرَامِهِ، فَإِنْ بَعَثَ بِهِدْيٍ وَاحِدٍ لِيَتَحَلَّلَ عَنْ الْحَجِّ وَيَبْقَى فِي إِحْرَامِ الْعُمْرَةِ لَمْ يَتَحَلَّلْ عَنْ وَاحِدٍ مِنْهُمَا؛ لِأَنَّ التَّحَلُّلَ مِنْهُمَا شَرَعَ فِي حَالَةٍ وَاحِدَةٍ) لَمَّا رُوِيَ عَنْ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا قَالَتْ «خَرَجْنَا مَعَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فِي حَجَّةِ الْوَدَاعِ فَأَهْلَلْنَا بِعُمْرَةٍ.

ثُمَّ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: مَنْ كَانَ مَعَهُ هَدْيٌ فَلْيَهْلِلْ بِالْحَجِّ مَعَ الْعُمْرَةِ ثُمَّ لَا يَحِلُّ حَتَّى يَحِلَّ مِنْهُمَا جَمِيعًا» وَبِالْهَدْيِ الْوَاحِدِ لَا يَتَحَلَّلُ مِنْهُمَا فَلَا يَكُونُ لَهُ أَنْ يَتَحَلَّلَ أَصْلًا.

فَإِنْ قِيلَ: دَمُ الْإِحْصَارِ قَائِمٌ مَقَامَ الْحَلْقِ فِي التَّحَلُّلِ وَالْقَارِنُ يَتَحَلَّلُ بِحَلْقٍ وَاحِدٍ عَنْ الْإِحْرَامَيْنِ فَمَا بَالُهُ لَا يَتَحَلَّلُ عَنْهُمَا بِهِدْيٍ وَاحِدٍ؟ أُجِيبَ بِجَوَابَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّ الْحَلْقَ فِي الْأَصْلِ مَحْظُورُ الْإِحْرَامِ، وَإِنَّمَا صَارَ قُرْبَةً بِسَبَبِ التَّحَلُّلِ فَكَانَ قُرْبَةً لِمَعْنَى فِي غَيْرِهِ كَالْوُضُوءِ لِلصَّلَاةِ فَيُنَوِّبُ الْوَاحِدُ عَنْ الْاِثْنَيْنِ كَالطَّهَارَةِ الْوَاحِدَةِ تَكْفِي لَصَلَوَاتٍ كَثِيرَةٍ. وَأَمَّا الْهَدْيُ فَإِنَّهُ شَرَعَ لِلتَّحَلُّلِ إِلَّا أَنَّهُ قُرْبَةٌ مَقْصُودَةٌ بِدُونِ التَّحَلُّلِ وَلِهَذَا جَازَ التَّنَذُّرُ بِهِ، وَمَا هُوَ قُرْبَةٌ مَقْصُودَةٌ بِنَفْسِهِ لَا يُنَوِّبُ الْوَاحِدُ فِيهِ عَنْ الْاِثْنَيْنِ كَأَفْعَالِ الصَّلَاةِ.

وَالثَّانِي: أَنَّ الْحَلْقَ مَحْظُورُ الْإِحْرَامِ، وَإِنَّمَا يَصِيرُ قُرْبَةً بِسَبَبِ التَّحَلُّلِ. فَإِنْ تَكَرَّرَ فَلَا يَخْلُو إِمَّا أَنْ يَكُونَ التَّحَلُّلُ وَقَعًا بِالْأَوَّلِ أَوْ بِالثَّانِي، فَإِنْ وَقَعَ بِالْأَوَّلِ كَانَ الثَّانِي لَعْوًا، وَإِنْ وَقَعَ بِالثَّانِي كَانَ الْأَوَّلُ جِنَايَةً، فَأَمَّا الذَّبْحُ فَلَيْسَ بِمَحْظُورِ الْإِحْرَامِ فَصَحَّ الْجَمْعُ.

(وَلَا يَجُوزُ ذَبْحُ دَمِ الْإِحْصَارِ إِلَّا فِي الْحَرَمِ، وَيَجُوزُ ذَبْحُهُ قَبْلَ يَوْمِ النَّحْرِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَقَالَا: لَا يَجُوزُ الذَّبْحُ لِلْمُحْصَرِ بِالْحَجِّ إِلَّا فِي يَوْمِ النَّحْرِ، وَيَجُوزُ لِلْمُحْصَرِ بِالْعُمْرَةِ مَتَى شَاءَ) اعْتِبَارًا بِهِدْيِ الْمُتَعَةِ وَالْقِرَانِ، وَرُبَّمَا يَعْتَبَرَانِهِ بِالْحَلْقِ إِذْ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُحَلَّلٌ.

وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ دَمٌ كَفَّارَةٌ حَتَّى لَا يَجُوزَ الْأَكْلُ مِنْهُ فَيَخْتَصُّ بِالْمَكَانِ دُونَ الزَّمَانِ كَسَائِرِ دِمَائِ الْكَفَّارَاتِ، بِخِلَافِ دَمِ الْمُتَعَةِ وَالْقِرَانِ؛ لِأَنَّهُ دَمٌ تُسَكُّ، وَبِخِلَافِ الْحَلْقِ؛ لِأَنَّهُ فِي أَوَانِهِ، لِأَنَّ مُعْظَمَ أَفْعَالِ الْحَجِّ وَهُوَ الْوُقُوفُ يَنْتَهِي بِهِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلَا يَجُوزُ ذَبْحُ دَمِ الْإِحْصَارِ إِلَّا فِي الْحَرَمِ) إِنَّمَا أَعَادَ هَذِهِ الْمَسْأَلَةَ لِيَجْعَلَهَا تَوَظُّعًا لِقَوْلِهِ وَيَجُوزُ ذَبْحُهُ قَبْلَ يَوْمِ النَّحْرِ زِيَادَةً فِي بَيَانِ أَنَّ دَمَ الْإِحْصَارِ أَعْرِفُ فِي اخْتِصَاصِهِ بِالْمَكَانِ حَيْثُ لَمْ يَخْتَلَفْ فِيهِ أَصْحَابُنَا مِنْ اخْتِصَاصِهِ بِالزَّمَانِ لِأَنَّهُ مُخْتَلَفٌ فِيهِ. وَقَوْلُهُ (اعْتِبَارًا بِهِدْيِ الْمُتَعَةِ وَالْقِرَانِ) تَعْلِيلُ عَدَمِ جَوَازِ الذَّبْحِ لِلْمُحْصَرِ بِالْحَجِّ إِلَّا فِي يَوْمِ النَّحْرِ وَأَمَّا قَوْلُهُ (وَيَجُوزُ لِلْمُحْصَرِ بِالْعُمْرَةِ مَتَى شَاءَ) فَبِالْإِتِّفَاقِ فَلَا يَحْتَاجُ إِلَى تَعْلِيلٍ.

(وَرُبَّمَا يَعْتَبَرَانِهِ بِالْحَلْقِ إِذْ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُحَلَّلٌ) فَكَمَا لَمْ يَجْزِ الْحَلْقُ قَبْلَ يَوْمِ النَّحْرِ فَكَذَلِكَ الذَّبْحُ. وَقَوْلُهُ (وَلِأَبِي حَنِيفَةَ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (بِخِلَافِ دَمِ الْمُتَعَةِ وَالْقِرَانِ) جَوَابٌ عَنْ اعْتِبَارِهِمَا صُورَةَ النَّزَاعِ بِهِمَا (لِأَنَّهُ) أَيُّ دَمِ الْمُتَعَةِ وَالْقِرَانِ (دَمٌ تُسَكُّ) وَمَا هُوَ دَمٌ تُسَكُّ يَخْتَصُّ بِالزَّمَانِ فَكَذَا هَذَا.

وَقَوْلُهُ (وَبِخِلَافِ الْحَلْقِ) جَوَابٌ عَنْ اعْتِبَارِهِمَا الْآخَرَ. وَيَبَيِّنُهُ أَنَّ التَّحَلُّلَ عَلَى نَوْعَيْنِ: تَحَلُّلٌ فِي أَوَانِهِ وَهُوَ الَّذِي يَتَرْتَّبُ عَلَى أَفْعَالٍ مَا أُحْرِمَ لِأَجْلِهِ، وَتَحَلُّلٌ قَبْلَ أَوَانِهِ وَهُوَ مَا لَيْسَ كَذَلِكَ، وَالْأَوَّلُ لَا بُدَّ لَهُ مِنَ التَّوَقُّفِ يَوْمَ النَّحْرِ؛ لِأَنَّ الرُّكْنَ الْأَصْلِيَّ هُوَ الْوُقُوفُ بِعَرَفَةَ (وَهُوَ يَنْتَهِي بِهِ) أَيُّ بَوَاقِ الْحَلْقِ؛ لِأَنَّ وَقْتَهُ يَمْتَدُّ إِلَى طُلُوعِ الْفَجْرِ مِنْ يَوْمِ النَّحْرِ فَلَا بُدَّ أَنْ يَقَعَ الْحَلْقُ فِي يَوْمِ النَّحْرِ.

وَأَمَّا الثَّانِي فَإِنَّهُ لَا يَتَوَقَّفُ عَلَى أَدَاءِ الْأَفْعَالِ فَيَجُوزُ تَقْدِيمُهَا لَعَدَمِ الضَّرُورَةِ الدَّاعِيَةِ إِلَى التَّوَقُّفِ يَوْمَ النَّحْرِ وَمَا نَحْنُ فِيهِ مِنَ الثَّانِي فَكَانَ قِيَاسُهُ عَلَى الْأَوَّلِ قِيَاسًا مَعَ وُجُودِ الْفَارِقِ وَهُوَ بَاطِلٌ. قَالَ صَاحِبُ الْأَسْرَارِ: قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿فَإِنْ أُحْصِرْتُمْ فَمَا اسْتَيْسَرَ مِنَ الْهَدْيِ﴾ [البقرة: ١٩٦] مِنْ غَيْرِ اشْتِرَاطِ زَمَانٍ، فَاشْتِرَاطُهُ بِالْقِيَاسِ نَسْخٌ.

قَالَ: (وَالْمُحْصَرُ بِالْحَجِّ إِذَا تَحَلَّلَ فَعَلَيْهِ حَجَّةٌ وَعُمْرَةٌ) هَكَذَا رَوَى عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ وَابْنِ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ، وَلَأَنَّ الْحَجَّةَ يَجِبُ قَضَاؤُهَا لِصِحَّةِ الشَّرْعِ فِيهَا وَالْعُمْرَةُ لِمَا أَنَّهُ فِي مَعْنَى فَائِثِ الْحَجِّ (وَعَلَى الْمُحْصَرِ بِالْعُمْرَةِ الْقَضَاءُ) وَالْإِحْصَارُ عَنْهَا يَتَحَقَّقُ عِنْدَنَا. وَقَالَ مَالِكٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَا يَتَحَقَّقُ؛ لِأَنَّهَا لَا تَتَوَقَّتُ. وَلَنَا أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ وَأَصْحَابَهُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ أَحْصَرُوا بِالْحُدَيْبِيَّةِ وَكَانُوا عُمَرَاءَ؛ وَلَأَنَّ شَرَعَ التَّحَلُّلِ لِدَفْعِ الْحَرَجِ وَهَذَا مَوْجُودٌ فِي إِحْرَامِ الْعُمْرَةِ، وَإِذَا تَحَقَّقَ الْإِحْصَارُ فَعَلَيْهِ الْقَضَاءُ إِذَا تَحَلَّلَ كَمَا فِي الْحَجِّ.

الشرح:

قَالَ (وَالْمُحْصَرُ بِالْحَجِّ إِذَا تَحَلَّلَ فَعَلَيْهِ حَجَّةٌ وَعُمْرَةٌ) هَكَذَا رَوَى عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ وَابْنِ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ قَالَا: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «مَنْ فَاتَهُ عَرَفَةُ بَلِيلٍ فَقَدْ فَاتَهُ الْحَجُّ فَلْيُحْلِلْ بِعُمْرَةٍ وَعَلَيْهِ الْحَجُّ مِنْ قَابِلٍ»^(١) وَالْحَدِيثُ عَامٌّ فِي الَّذِي فَاتَهُ الْحَجُّ بِفَوَاتِ وَقْتِ الْوُقُوفِ وَقَوَائِهِ بِالْإِحْصَارِ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا قَدْ فَاتَهُ عَرَفَةُ فَقُلْنَا بِوُجُوبِ الْعُمْرَةِ، وَأَمَّا الْحَجَّةُ فَإِنَّهَا تَجِبُ قَضَاءً لِصِحَّةِ الشَّرْعِ فِيهَا.

فَإِنْ قِيلَ: الْعُمْرَةُ فِي فَائِثِ الْحَجِّ لِلتَّحَلُّلِ، وَالتَّحَلُّلُ هَهُنَا حَصَلَ بِالْهَدْيِ فَلَا حَاجَةَ إِلَى إِيْجَابِ الْعُمْرَةِ. قُلْنَا: هَذَا رَأْيٌ فِي مُقَابَلَةِ النَّصِّ لِمَا رَوَى سَالِمٌ عَنْ ابْنِ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ «أَنَّهُ كَانَ يَقُولُ: حَسْبُكُمْ سُنَّةُ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ إِنْ حِسِبَ أَحَدُكُمْ عَنِ الْبَيْتِ طَافَ بِالْبَيْتِ وَبِالصَّفَا وَالْمَرْوَةِ ثُمَّ حَلَّ مِنْ كُلِّ شَيْءٍ حَتَّى يَحْجَّ عَامًا قَابِلًا».

وَقَوْلُهُ (وَعَلَى الْمُحْصَرِ بِالْعُمْرَةِ الْقَضَاءُ) يَدُلُّ عَلَى أَنَّ الْإِحْصَارَ عَنِ الْعُمْرَةِ مُتَصَوِّرٌ. وَقَالَ مَالِكٌ: هُوَ غَيْرُ مُتَحَقِّقٍ فِي الْعُمْرَةِ (لِأَنَّهَا لَا تَتَوَقَّتُ). وَلَنَا أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ وَأَصْحَابَهُ رَضُوا أَنَّ اللَّهَ عَلَيْهِمْ أَحْصَرُوا بِالْحُدَيْبِيَّةِ وَكَانُوا عُمَرَاءَ) صَحَّ فِي كُتُبِ الْحَدِيثِ

أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ وَأَصْحَابَهُ أَحْصَرُوا بِالْعُمْرَةِ بِالْحُدَيْبِيَّةِ فَقَضَوْهَا مِنْ قَابِلٍ وَكَانَتْ تُسَمَّى عُمْرَةَ الْقَضَاءِ ؛ وَلِأَنَّ التَّحْلُلَ مَشْرُوعٌ لِدَفْعِ الْحَرَجِ وَهَذَا مَوْجُودٌ فِي إِحْرَامِ الْعُمْرَةِ، وَإِذَا تَحَقَّقَ الْإِحْصَارُ فَعَلَيْهِ الْقَضَاءُ إِذَا تَحَلَّلَ كَمَا فِي الْحَجِّ).

(وَعَلَى الْقَارِنِ حَجَّةٌ وَعُمْرَتَانِ) أَمَّا الْحَجُّ وَإِحْدَاهُمَا فَلَمَّا بَيْنَا، وَأَمَّا الثَّانِيَةُ فَلِأَنَّهُ مُخْرَجٌ مِنْهَا بَعْدَ صِحَّةِ الشَّرُوعِ فِيهَا.

الشرح:

(وَعَلَى الْقَارِنِ حَجَّةٌ وَعُمْرَتَانِ) أَمَّا الْحَجُّ وَإِحْدَاهُمَا فَلَمَّا بَيْنَا يَعْنِي فِي الْمُفْرَدِ مِنْ كَوْنِهِ بِمَعْنَى فَائِتِ الْحَجِّ (وَأَمَّا الثَّانِيَةُ فَلِأَنَّهُ خَرَجَ مِنْهَا بَعْدَ صِحَّةِ الشَّرُوعِ فِيهَا).

(فَإِنْ بَعَثَ الْقَارِنُ هَدِيًّا وَوَاعَدَهُمْ أَنْ يَذْبَحُوهُ فِي يَوْمٍ بَعَيْنِهِ ثُمَّ زَالَ الْإِحْصَارُ، فَإِنْ كَانَ لَا يُدْرِكُ الْحَجَّ وَالْهَدْيَ لَا يُلْزَمُهُ أَنْ يَتَوَجَّهَ بَلْ يَصْبِرُ حَتَّى يَتَحَلَّلَ بِنَحْرِ الْهَدْيِ) لِفَوَاتِ الْمَقْصُودِ مِنَ التَّوَجُّهِ وَهُوَ آدَاءُ الْأَفْعَالِ، وَإِنْ تَوَجَّهَ لِيَتَحَلَّلَ بِأَفْعَالِ الْعُمْرَةِ لَهُ ذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ فَائِتُ الْحَجِّ (وَإِنْ كَانَ يُدْرِكُ الْحَجَّ وَالْهَدْيَ لَزِمَهُ التَّوَجُّهُ) لِزَوَالِ الْعَجْزِ قَبْلَ حُصُولِ الْمَقْصُودِ بِالْخَلْفِ، وَإِذَا أَدْرَكَ هَدْيَهُ صَنَعَ بِهِ مَا شَاءَ؛ لِأَنَّهُ مِلْكُهُ وَقَدْ كَانَ عَيْنُهُ لِمَقْصُودٍ اسْتَعْنَى عَنْهُ.

(وَإِنْ كَانَ يُدْرِكُ الْهَدْيَ دُونَ الْحَجِّ يَتَحَلَّلُ) لِعَجْزِهِ عَنِ الْأَصْلِ (وَإِنْ كَانَ يُدْرِكُ الْحَجَّ دُونَ الْهَدْيِ جَازَ لَهُ التَّحْلُلُ) اسْتِحْسَانًا، وَهَذَا التَّقْسِيمُ لَا يَسْتَقِيمُ عَلَى قَوْلِهِمَا فِي الْمُحْصَرِ بِالْحَجِّ؛ لِأَنَّ دَمَ الْإِحْصَارِ عِنْدَهُمَا يَتَوَقَّفُ بِيَوْمِ النَّحْرِ، فَمَنْ يُدْرِكُ الْحَجَّ يُدْرِكُ الْهَدْيَ، وَإِنَّمَا يَسْتَقِيمُ عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَفِي الْمُحْصَرِ بِالْعُمْرَةِ يَسْتَقِيمُ بِالِاتِّفَاقِ؛ لِعَدَمِ تَوَقُّفِ الدَّمِ بِيَوْمِ النَّحْرِ.

وَجْهُ الْقِيَاسِ وَهُوَ قَوْلُ زُفَرٍ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ قَدَرَ عَلَى الْأَصْلِ وَهُوَ الْحَجُّ قَبْلَ حُصُولِ الْمَقْصُودِ بِالْبَدَلِ، وَهُوَ الْهَدْيُ. وَجْهُ الاسْتِحْسَانِ أَنَّا لَوْ أَلْزَمْنَاهُ التَّوَجُّهَ لَضَاعَ مَالُهُ؛ لِأَنَّ الْمَبْعُوثَ عَلَى يَدَيْهِ الْهَدْيَ يَذْبَحُهُ وَلَا يَحْصُلُ مَقْصُودُهُ، وَحُرْمَةُ الْمَالِ كَحُرْمَةِ النَّفْسِ، وَلَهُ الْخِيَارُ إِنْ شَاءَ صَبَرَ فِي ذَلِكَ الْمَكَانِ أَوْ فِي غَيْرِهِ؛ لِيَذْبَحَ عَنْهُ فَيَتَحَلَّلُ، وَإِنْ شَاءَ تَوَجَّهَ لِيُؤَدِّيَ النَّسْكَ الَّذِي التَّزَمَهُ بِالْإِحْرَامِ وَهُوَ أَفْضَلُ؛ لِأَنَّهُ أَقْرَبُ إِلَى الْوَفَاءِ بِمَا وَعَدَ (وَمَنْ وَقَفَ بِعَرَفَةَ ثُمَّ أَحْصَرَ لَا يَكُونُ مُحْصَرًا) لَوْفُوعِ الْأَمْنِ عَنِ الْفَوَاتِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (فَإِنْ بَعَثَ الْقَارِنُ هَدْيًا) قَالَ صَاحِبُ «الْتَّهْيَاةِ»: ذِكْرُ الْقَارِنِ هَهُنَا وَقَعَ غَلْطًا ظَاهِرًا مِنَ النَّاسِخِ، فَالْصَّوَابُ أَنْ يُقَالَ: فَإِنْ بَعَثَ الْمُحْصِرُ. وَيَبَيِّنُ الْغَلْطَ مِنْ وَجْهَيْنِ: أَحَدُهُمَا أَنَّهُ ذَكَرَ فَإِنْ بَعَثَ الْقَارِنُ هَدْيًا وَيَجِبُ عَلَى الْقَارِنِ بَعَثُ الْهَدْيَيْنِ فَإِنَّهُ لَا يَتَحَلَّلُ بِالْوَاحِدِ لِأَنَّهُ ذَكَرَ قَبْلَ هَذَا فِي هَذَا الْبَابِ، فَإِنْ كَانَ قَارِنًا بَعَثَ بِدَمَيْنِ، وَالثَّانِي أَنَّ الْمُصَنَّفَ جَمَعَ بَيْنَ رِوَايَتِي الْقُدُورِيِّ وَالْجَامِعِ الصَّغِيرِ وَهَذِهِ الْمَسْأَلَةُ مَذْكُورَةٌ فِي هَذَيْنِ الْكِتَابَيْنِ فِي حَقِّ الْمُحْصِرِ بِالْحَجِّ.

وَأَقُولُ: لَمَّا كَانَ كَلَامُ الْمُصَنَّفِ قَبْلَ هَذَا فِي الْقَارِنِ لَمْ يُرَدْ فَكَ التَّنْظِيمُ فَقَالَ: فَإِنْ بَعَثَ الْقَارِنُ هَدْيًا، وَالْهَدْيُ اسْمٌ لِمَا يُهْدَى إِلَى الْحَرَمِ سَوَاءً كَانَ ذَلِكَ دَمَيْنِ أَوْ دَمًا وَاحِدًا أَوْ تَوْبًا، وَكَانَ ذَكَرَ أَنَّ الْوَاجِبَ عَلَيْهِ دَمَانِ وَهُمَا هَدْيُ الْقَارِنِ، فَكَأَنَّهُ قَالَ: فَإِنْ بَعَثَ الْقَارِنُ دَمَيْنِ فَلَا مُنَافَاةَ بَيْنَ هَذَا وَبَيْنَ مَا تَقَدَّمَ، وَلَا هُوَ غَلْطٌ فِي الْكَلَامِ وَلَا مَنْ نَسَخَهُ، بَلْ رُبَّمَا لَوْ قَالَ: فَإِنْ بَعَثَ الْمُحْصِرُ كَانَ مُلَبِّسًا فِي حَقِّ الْقَارِنِ.

وَلَوْ قَالَ هَدْيَيْنِ كَانَ غَيْرَ فَصِيحٍ لِأَنَّهُ اسْمٌ لِحَنْسٍ مَا يُهْدَى فَلَا يُثْنَى إِلَّا إِذَا قَصَدَ الْأَنْوَاعَ وَلَيْسَ بِمَقْصُودٍ أَوْ الْعَدَدَ، وَذَلِكَ مَعْلُومٌ مِمَّا تَقَدَّمَ فَلِهَذَا قَالَ: فَإِنْ بَعَثَ الْقَارِنُ هَدْيًا (وَوَاعَدَهُمْ أَنْ يَذْبَحُوهُ فِي يَوْمٍ بَعِيْنِهِ ثُمَّ زَالَ الْإِحْصَارُ) ثُمَّ إِنَّ هَهُنَا وَجُوهًا أَرْبَعَةً بِحَسَبِ الْقِسْمَةِ الْعَقْلِيَّةِ، لِأَنَّهُ إِمَّا أَنْ لَا يُذْرِكَ الْحَجُّ وَالْهَدْيُ أَوْ يُذْرِكُهُمَا أَوْ يُذْرِكَ الْهَدْيَ دُونَ الْحَجِّ أَوْ بِالْعَكْسِ، وَالْكُلُّ مَذْكُورٌ فِي الْكِتَابِ.

فَفِي الْوَجْهِ الْأَوَّلِ (لَا يَلْزَمُهُ أَنْ يَتَوَجَّهَ بَلْ يَصِيرُ حَتَّى يَحِلَّ بِنَحْرِ الْهَدْيِ لِفَوَاتِ الْمَقْصُودِ مِنَ التَّوَجُّهِ وَهُوَ أَدَاءُ الْأَفْعَالِ، وَإِنْ تَوَجَّهَ لِيَتَحَلَّلَ بِأَفْعَالِ الْعُمْرَةِ فَلَهُ ذَلِكَ لِأَنَّهُ فَائِتُ الْحَجِّ) فَإِنْ قِيلَ: إِذَا كَانَ فِي مَعْنَى فَائِتِ الْحَجِّ وَجِبَ أَنْ يُؤْمَرَ بِالتَّوَجُّهِ وَالتَّحَلُّلِ بِالطَّوَافِ وَالسَّعْيِ حَتَّمًا كَفَائِتِ الْحَجِّ. أُجِيبَ بِأَنَّ الطَّوَافَ وَالسَّعْيَ فِي حَقِّ فَائِتِ الْحَجِّ غَيْرُ مَقْصُودٍ لِعَيْنِهِ، وَلَكِنَّ الْمَقْصُودَ هُوَ التَّحَلُّلُ، وَهَذَا الْمَقْصُودُ يَخْصُلُ لَهُ بِالْهَدْيِ الَّذِي بَعَثَهُ لِيُنْحَرَ عَنْهُ، فَلَهُ أَنْ يَقْتَصِرَ بِذَلِكَ ثُمَّ يَقْضِيَ الْعُمْرَةَ، وَلَهُ أَنْ يَتَوَجَّهَ لثَلَا يَلْزَمَهُ قَضَاءُ الْعُمْرَةِ.

وَفِي الْوَجْهِ الثَّانِي يَلْزَمُهُ التَّوَجُّهُ (لِزَوَالِ الْعَجْزِ قَبْلَ حُصُولِ الْمَقْصُودِ بِالْخَلْفِ)

كَالْمَكْفَرِ بِالصَّوْمِ إِذَا أُنْسِرَ قَبْلَ إِمْتَامِ الْكَفَّارَةِ بِهِ (وَإِذَا أَدْرَكَ هَدْيُهُ صَنَعَ بِهِ مَا شَاءَ لِأَنَّهُ مِلْكُهُ وَقَدْ كَانَ عَيْنُهُ لِمَقْصُودٍ اسْتَعْنَى عَنْهُ) وَفِي الْوَجْهِ الثَّلَاثِ يَتَحَلَّلُ لِعَجْرِهِ عَنِ الْأَصْلِ. وَفِي الْوَجْهِ الرَّابِعِ جَازَ لَهُ التَّحَلُّلُ (وَهَذَا التَّقْسِيمُ) يَعْنِي الْوَجْهَ الرَّابِعَ (لَا يَسْتَقِيمُ عَلَى قَوْلِهِمَا فِي الْمُحْصَرِّ بِالْحَجِّ) عَلَى مَا ذُكِرَ فِي الْكِتَابِ وَهُوَ وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (وَحُرْمَةُ الْمَالِ كَحُرْمَةِ النَّفْسِ) يَعْنِي كَمَا أَنَّ خَوْفَ النَّفْسِ كَانَ عُذْرًا لَهُ فِي التَّحَلُّلِ فَكَذَلِكَ الْخَوْفُ عَلَى مَالِهِ، لَكِنَّ الْأَفْضَلَ أَنْ يَتَوَجَّهَ.

فَإِنْ قُلْتُ: هَذَا الَّذِي ذَكَرَهُ الْمُصَنِّفُ أَنَّ حُرْمَةَ الْمَالِ كَحُرْمَةِ النَّفْسِ مُخَالَفٌ لِمَا قَالَهُ فَخَرُ الْإِسْلَامِ وَالْأُصُولِيُّونَ أَنَّ حُرْمَةَ النَّفْسِ فَوْقَ حُرْمَةِ الْمَالِ فَجَازَ أَنْ يَكُونَ وَقَايَةُ لِلنَّفْسِ، فَإِذَا أُكْرِهَ بِالْقَتْلِ عَلَى إِثْلَافِ مَالٍ غَيْرِهِ جَازَ الْإِقْدَامُ عَلَيْهِ. فَالْجَوَابُ أَنَّ حُرْمَةَ النَّفْسِ فَوْقَ حُرْمَةِ الْمَالِ حَقِيقَةٌ لِأَنَّهُ مَمْلُوكٌ مُبْتَدَلٌ فَأَيْنَ يُمَاطِلُ الْمَالُكَ الْمُبْتَدَلَ، وَلَكِنَّ حُرْمَةَ الْمَالِ تُشْبِهُ حُرْمَةَ النَّفْسِ مِنْ حَيْثُ كَوْنُ إِثْلَافِهِ ظُلْمًا لِقِيَامِ عِصْمَةِ صَاحِبِهِ فِيهِ.

وَالِى هَذَا أَشَارَ الْمُصَنِّفُ بِكَافِ التَّشْبِيهِ، فَإِنَّ الْمُشَابَهَةَ بَيْنَ الشَّيْئَيْنِ لَا تَقْتَضِي اتِّحَادَهُمَا مِنْ جَمِيعِ الْجِهَاتِ وَإِلَّا لَارْتَفَعَ التَّشْبِيهُ. وَقَوْلُهُ (وَلَهُ الْخِيَارُ) يَعْنِي عَلَى وَجْهِ الْاسْتِحْسَانِ، لَمَّا جَازَ لَهُ التَّحَلُّلُ كَانَ لَهُ الْخِيَارُ (إِنْ شَاءَ صَبَرَ) إِلَى أَنْ يُنَحَرَ عَنْهُ الْهَدْيُ فِي الْمِعَادِ فَيَتَحَلَّلَ (وَإِنْ شَاءَ تَوَجَّهَ لِأَدَاءِ التُّسْكِ) لِزَوَالِ الْعَجْرِ (وَهُوَ أَفْضَلُ لِأَنَّهُ أَقْرَبُ إِلَى الْوَفَاءِ بِمَا وَعَدَ، وَمَنْ وَقَفَ بِعَرَفَةَ ثُمَّ أُخْصِرَ لَا يَكُونُ مُحْصَرًّا)؛ لِأَنَّ سَبَبَ حُكْمِ الْإِخْصَارِ خَوْفُ الْفَوَاتِ.

وَقَدْ وَقَعَ الْأَمْنُ عَنْهُ لِقَوْلِهِ ﷺ «مَنْ وَقَفَ بِعَرَفَةَ فَقَدْ تَمَّ حَجُّهُ» لَكِنَّهُ مُحَرَّمٌ عَنْ النَّسَاءِ حَتَّى يَطُوفَ طَوَافَ الزِّيَارَةِ. وَعَلَيْهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ أَرْبَعَةُ دِمَاءٍ: دَمٌ لَتَرْكِ الْوُقُوفِ بِالْمُزْدَلِفَةِ، وَدَمٌ لَتَرْكِ رَمِي الْجِمَارِ. وَدَمٌ لِتَأْخِيرِ الطَّوَافِ. وَدَمٌ لِتَأْخِيرِ الْحَلْقِ. وَعِنْدَهُمَا لَيْسَ عَلَيْهِ لِتَأْخِيرِ الطَّوَافِ وَالْحَلْقِ شَيْءٌ. فَإِنْ قِيلَ: قَدْ تَقَدَّمَ أَنَّ زِدْيَادَ مَدَّةِ الْإِحْرَامِ يُثَبِّتُ حُكْمَ الْإِخْصَارِ كَمَا فِي إِخْصَارِ الْعُمَرَةِ وَهَهُنَا قَدْ زِدَادَتْ فَلْيُثَبِّتْ حُكْمُهُ. أُجِيبَ بِأَنَّهُ مُتِمَّكِنٌ مِنَ التَّحَلُّلِ بِالْحَلْقِ إِلَّا فِي حَقِّ النَّسَاءِ، وَإِنْ كَانَ يَلْزِمُهُ بَعْضُ الدِّمَاءِ فَلَا يَتَحَقَّقُ الْعُذْرُ الْمَوْجِبُ لِلتَّحَلُّلِ.

(وَمَنْ أُخْصِرَ بِمَكَّةَ وَهُوَ مَمْنُوعٌ عَنِ الطَّوَافِ وَالْوُقُوفِ فَهُوَ مُحْصَرٌّ)؛ لِأَنَّهُ تَعَدَّرَ

عَلَيْهِ الْإِتِمَامُ فَصَارَ كَمَا إِذَا أُحْصِرَ فِي الْحِلِّ (وَإِنْ قَدَرَ عَلَى أَحَدِهِمَا فَلَيْسَ بِمُحْصَرٍ) أَمَّا عَلَى الطَّوَافِ فَلَأَنَّ فَائِثَ الْحَجِّ يَتَحَلَّلُ بِهِ وَالدَّمُ بَدَلٌ عَنْهُ فِي التَّحَلُّلِ، وَأَمَّا عَلَى الْوُقُوفِ فَلَمَّا بَيَّنَّا، وَقَدْ قِيلَ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ خِلَافٌ بَيْنَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ تَعَالَى وَالصَّحِيحُ مَا أَعْلَمْتُكَ مِنَ التَّفْصِيلِ، وَاللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ أُحْصِرَ بِمَكَّةَ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (فَلَمَّا بَيَّنَّا) يَعْنِي قَوْلُهُ وَمَنْ وَقَفَ بِعَرَفَةَ ثُمَّ أُحْصِرَ لَا يَكُونُ مُحْصَرًا).

وَقَوْلُهُ (وَقَدْ قِيلَ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ) يَعْنِي قَوْلُهُ وَمَنْ أُحْصِرَ بِمَكَّةَ (خِلَافٌ بَيْنَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ) وَهُوَ مَا ذَكَرَ عَلِيُّ بْنُ الْجَعْدِ عَنْ أَبِي يُوسُفَ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا حَنِيفَةَ عَنِ الْمُحْرِمِ يُحْصَرُ فِي الْحَرَمِ فَقَالَ: لَا يَكُونُ مُحْصَرًا، فَقُلْتُ: أَلَيْسَ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أُحْصِرَ بِالْحُدَيْبِيَّةِ وَهِيَ مِنَ الْحَرَمِ؟ فَقَالَ: إِنَّ مَكَّةَ يَوْمَئِذٍ كَانَتْ دَارَ الْحَرْبِ وَأَمَّا الْيَوْمَ فَهِيَ دَارُ الْإِسْلَامِ فَلَا يَتَحَقَّقُ الْإِحْصَارُ فِيهَا.

قَالَ أَبُو يُوسُفَ: وَأَمَّا أَنَا فَأَقُولُ: إِذَا غَلَبَ الْعَدُوُّ عَلَى مَكَّةَ حَتَّى خَالُوا بَيْتَهُ وَبَيْنَ الْبَيْتِ فَهُوَ مُحْصَرٌ. قَالَ الْمُصَنِّفُ (وَالصَّحِيحُ) مِنَ الرَّوَايَةِ أَنَّ الْمَثْوَعَ عَنِ الْوُقُوفِ وَالطَّوَافِ يَكُونُ مُحْصَرًا بِاتِّفَاقِ أَصْحَابِنَا، وَإِذَا قَدَرَ عَلَى أَحَدِهِمَا لَا يَكُونُ مُحْصَرًا وَهُوَ مَعْنَى قَوْلِهِ (مَا أَعْلَمْتُكَ مِنَ التَّفْصِيلِ) وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

باب الضوات

(وَمَنْ أَحْرَمَ بِالْحَجِّ وَفَاتَهُ الْوُقُوفُ بِعَرَفَةَ حَتَّى طَلَعَ الْفَجْرُ مِنْ يَوْمِ النَّحْرِ فَقَدْ فَاتَهُ الْحَجُّ)؛ لَمَّا ذَكَرْنَا أَنَّ وَقْتَ الْوُقُوفِ يَمْتَدُّ إِلَيْهِ (وَعَلَيْهِ أَنْ يَطُوفَ وَيَسْعَى وَيَتَحَلَّلَ وَيَقْضِيَ الْحَجَّ مِنْ قَابِلٍ وَلَا دَمَ عَلَيْهِ)؛ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «مَنْ فَاتَهُ عَرَفَةُ لَيْلٍ فَقَدْ فَاتَهُ الْحَجُّ فَلْيَحْلِلْ بِعُمْرَةٍ وَعَلَيْهِ الْحَجُّ مِنْ قَابِلٍ» وَالْعُمْرَةُ لَيْسَتْ إِلَّا الطَّوَافُ وَالسَّعْيُ، وَلَأَنَّ الْإِحْرَامَ بَعْدَمَا انْعَقَدَ صَحِيحًا لَا طَرِيقَ لِلخُرُوجِ عَنْهُ إِلَّا بِإِدَاءِ أَحَدِ الشُّسْكَيْنِ كَمَا فِي الْإِحْرَامِ الْمُبْهِمِ.

وَهَهُنَا عَجَزَ عَنِ الْحَجِّ فَتَتَعَيَّنُ عَلَيْهِ الْعُمْرَةُ وَلَا دَمَ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّ التَّحَلُّلَ وَقَعَ بِأَفْعَالِ الْعُمْرَةِ فَكَانَتْ فِي حَقِّ فَائِثِ الْحَجِّ بِمَنْزِلَةِ الدَّمِ فِي حَقِّ الْمُحْصَرِ فَلَا يُجْمَعُ بَيْنَهُمَا.

الشرح:

(بَابُ الْفَوَاتِ): مَعْنَى الْإِحْصَارِ مِنَ الْفَوَاتِ نَازِلٌ مَنْزِلَةُ الْمُرَدِّ مِنَ الْمَرْكَبِ؛ لِأَنَّ الْإِحْصَارَ إِحْرَامًا بِلَا أَدَاءٍ فِي الْفَوَاتِ إِحْرَامٌ وَأَدَاءٌ فَلَا جَرَمَ أَثَرٌ تَأْخِيرُهُ. (قَوْلُهُ وَمَنْ أَحْرَمَ بِالْحَجِّ وَفَاتَهُ الْوُقُوفُ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ؛ (وَلِأَنَّ الْإِحْرَامَ بَعْدَمَا انْعَقَدَ صَحِيحًا) أَيُّ نَافِذًا لَازِمًا لَا يَرْتَفِعُ بِرَافِعٍ، فَهُوَ احْتِرَازٌ عَنِ إِحْرَامِ الرِّقِيقِ بِغَيْرِ إِذْنِ الْمَوْلَى، وَإِحْرَامِ الْمَرْأَةِ فِي التَّطَوُّعِ بِغَيْرِ إِذْنِ الزَّوْجِ، فَإِنَّ لِلْمَوْلَى وَالزَّوْجِ أَنْ يُحْلِلَاهُمَا وَلَيْسَ بِاحْتِرَازٍ عَنِ الْإِحْرَامِ الْفَاسِدِ، كَمَا إِذَا جَامَعَ الْمُحْرِمُ قَبْلَ الْوُقُوفِ بِعَرَفَةَ أَوْ أَحْرَمَ مُجَامِعًا فَإِنَّ حُكْمَهُ حُكْمُ الصَّحِيحِ.

وَقَوْلُهُ (لَا طَرِيقَ لِلخُرُوجِ عَنْهُ إِلَّا بِأَدَاءِ أَحَدِ التُّسْكِينِ) مَتَّقِضٌ بِالْمُحْصَرِ فَإِنَّ الْهَدْيَ طَرِيقٌ لَهُ لِلخُرُوجِ عَنْهُ كَمَا تَقَدَّمَ، وَأُجِيبَ بِأَنَّهُ بَنَى الْكَلَامَ عَلَى مَا هُوَ الْوَضْعُ وَمَسْأَلَةُ الْإِحْصَارِ مِنَ الْعَوَارِضِ ثَبَتَتْ بِالنَّصِّ عَلَى خِلَافِ الْقِيَاسِ.

وَقَوْلُهُ (كَمَا فِي الْإِحْرَامِ الْمُتَّبَعِ) أَيُّ الْمُتَّبَعِ مِنَ التُّسْكِينِ الْحَجَّةُ وَالْعُمْرَةُ بِأَنَّ أَهْلَهُمْ فِي الْإِحْرَامِ وَقَالَ: لَيْتَكَ اللَّهُمَّ لَيْتَكَ، وَلَمْ يُعَيِّنْ حَجَّةً وَلَا عُمْرَةً وَلَمْ يَنْوِ بِقَلْبِهِ شَيْئًا فَإِنَّهُ يَصِحُّ إِحْرَامُهُ وَلَا يَخْرُجُ عَنْهُ إِلَّا بِأَدَاءِ أَحَدِ التُّسْكِينِ، لَكِنَّهُ يَتَعَيَّنُ فِي الْمُتَيَقِّنِ وَهُوَ الْعُمْرَةُ لِأَنَّهَا أَقْلُ أَفْعَالًا وَأَيْسَرُ مُتَوَنُّةً.

(وَهَهُنَا عَجَزَ عَنِ الْحَجِّ) لِفَوَاتِ رُكْنِهِ الْأَعْظَمِ (فَيَتَعَيَّنُ عَلَيْهِ الْعُمْرَةُ) فَكَانَ الْمُنَاسَبَةُ بَيْنَ الْإِحْرَامِ الْمُتَّبَعِ وَبَيْنَ مَا نَحْنُ فِيهِ الْخُرُوجُ عَنِ الْإِحْرَامِ بِأَفْعَالِ الْعُمْرَةِ. وَقَوْلُهُ (وَلَا دَمَ عَلَيْهِ) يَعْنِي عِنْدَنَا خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ فَإِنَّهُ يُوجِبُ الدَّمَ عَلَيْهِ قِيَاسًا عَلَى الْمُحْصَرِ. وَقُلْنَا: التَّحْلُلُ وَقَعَ بِأَفْعَالِ الْعُمْرَةِ فَكَانَتْ فِي حَقِّ فَائِثِ الْحَجِّ بِمَنْزِلَةِ الدَّمِ فِي حَقِّ الْمُحْصَرِ فَلَا يُجْمَعُ بَيْنَهُمَا، وَلَا يُقَاسُ أَحَدُهُمَا عَلَى الْآخَرِ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا قَادِرٌ وَعَاجِزٌ عَلَى مَا يَعْجِزُ عَنْهُ الْآخَرُ وَعَمَّا يَقْدِرُ عَلَيْهِ

(وَالْعُمْرَةُ لَا تَقُوتُ وَهِيَ جَائِزَةٌ فِي جَمِيعِ السَّنَةِ إِلَّا خَمْسَةَ أَيَّامٍ يُكْرَهُ فِيهَا فَعْلُهَا، وَهِيَ يَوْمُ عَرَفَةَ، وَيَوْمُ النَّحْرِ، وَأَيَّامُ التَّشْرِيقِ) لَمَّا رُوِيَ عَنْ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهَا أَنَّهَا كَانَتْ تُكْرَهُ الْعُمْرَةُ فِي هَذِهِ الْأَيَّامِ الْخَمْسَةِ؛ وَلِأَنَّ هَذِهِ الْأَيَّامَ أَيَّامُ الْحَجِّ فَكَانَتْ مُتَعَيِّنَةً لَهُ.

وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ: أَنَّهَا لَا تُكْرَهُ فِي يَوْمِ عَرَفَةَ قَبْلَ الزَّوَالِ؛ لِأَنَّ دُخُولَ وَقْتِ رُكْنِ الْحَجِّ بَعْدَ الزَّوَالِ لَا قَبْلَهُ، وَالْأَظْهَرُ مِنَ الْمَذْهَبِ مَا ذَكَرْنَاهُ، وَلَكِنْ مَعَ هَذَا لَوْ أَدَّاهَا فِي هَذِهِ الْأَيَّامِ صَحَّ وَيَتَّقَى مُحَرَّمًا بِهَا فِيهَا؛ لِأَنَّ الْكَرَاهَةَ لِعَیْرِهَا وَهُوَ تَعْظِيمُ أَمْرِ الْحَجِّ وَتَخْلِيصُ وَقْتِهِ لَهُ فَيَصِحُّ الشَّرُوعُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَالْعُمْرَةُ لَا تَمُوتُ) أَيُّ لَأَنَّهَا غَيْرُ مُوقَّتَةٍ (وَهِيَ جَائِزَةٌ فِي جَمِيعِ السَّنَةِ) يَدُلُّ عَلَى جَوَازِهَا فِي أَشْهُرِ الْحَجِّ. وَقَدْ اخْتَلَفَ السَّلَفُ فِي ذَلِكَ، وَكَانَ عُمَرُ يَنْهَى عَنْهَا وَيَقُولُ: الْحَجُّ فِي الْأَشْهُرِ وَالْعُمْرَةُ فِي غَيْرِهَا أَكْمَلُ لِحَجَّكُمْ وَعُمَرَتِكُمْ. وَالصَّحِيحُ جَوَازُهَا بِلا كَرَاهَةٍ بِذِلِّ مَا رَوَى الْبُخَارِيُّ فِي صَحِيحِهِ بِإِسْنَادِهِ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ «أَلَّهُ اعْتَمَرَ فِي ذِي الْقَعْدَةِ أَرْبَعَ عُمَرَ إِلَّا الَّتِي اعْتَمَرَ مَعَ حَجَّتِهِ».

وَأَمَّا كَرَاهَتُهَا فِي الْأَيَّامِ الْخَمْسَةِ فَهِيَ مَذْهَبُنَا. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَا تُكْرَهُ، وَمَا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (وَالْأَظْهَرُ مِنَ الْمَذْهَبِ مَا ذَكَرْنَاهُ) يَعْنِي كَرَاهَةَ الْعُمْرَةِ يَوْمَ عَرَفَةَ قَبْلَ الزَّوَالِ وَبَعْدَهُ.

(وَالْعُمْرَةُ سُنَّةٌ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: فَرِيضَةٌ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «الْعُمْرَةُ فَرِيضَةٌ كَفَرِيضَةِ الْحَجِّ» وَلَنَا قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ " الْحَجُّ فَرِيضَةٌ وَالْعُمْرَةُ تَطَوُّعٌ "؛ وَلَئِنْهَا غَيْرُ مُوقَّتَةٍ بِوَقْتٍ وَتَتَأَدَّى بِنِيَّةٍ غَيْرِهَا كَمَا فِي فَائِتِ الْحَجِّ، وَهَذِهِ أَمَارَةُ النُّفْلِيَّةِ. وَتَأْوِيلُ مَا رَوَاهُ أَنَّهَا مُقَدَّرَةٌ بِأَعْمَالٍ كَالْحَجِّ إِذْ لَا تَثْبُتُ الْفَرِيضَةُ مَعَ التَّعَارُضِ فِي الْأَثَارِ. قَالَ (وَهِيَ الطَّوْفُ وَالسَّعْيُ) وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ فِي بَابِ التَّمَتُّعِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَالْعُمْرَةُ سُنَّةٌ) أَيُّ سُنَّةٌ مُؤَكَّدَةٌ. وَقَوْلُهُ (وَلَأَنَّهَا غَيْرُ مُوقَّتَةٍ بِوَقْتٍ وَتَتَأَدَّى بِنِيَّةٍ غَيْرِهَا كَمَا فِي فَائِتِ الْحَجِّ وَهَذِهِ أَمَارَةُ النَّفْلِيَّةِ) اسْتَشْكَلَ بِالْإِيمَانِ وَصَلَاةِ الْجَنَازَةِ فَإِنَّهُمَا فَرَضَانِ وَلَيْسَا بِمُوقَّتَيْنِ، وَبِالصَّوْمِ فَإِنَّهُ يَتَأَدَّى بِنِيَّةٍ غَيْرِهِ وَهُوَ فَرَضٌ. وَأُجِيبَ بَأَنَّ قَدْ قُلْنَا إِنَّ كُلَّ مَا هُوَ غَيْرُ مُوقَّتٍ وَنَعْنِي بِذَلِكَ مَا هُوَ غَيْرُ مُوقَّتٍ بِوَقْتٍ مُعَيَّنٍ مِنْ أَوْقَاتِ الْعُمْرِ إِذَا وَقَعَ فِيهِ انْتْفَى الْفَرِيضَةُ، وَالْإِيمَانُ فَرَضٌ دَائِمٌ فَلَا يَرُدُّ نَقْضًا وَصَلَاةُ

الْجَنَازَةَ مُؤَقَّتَةً بِوَقْتِ حُضُورِهَا، وَإِنَّ الْكَلَامَ فِيمَا يَكُونُ غَيْرَ مُؤَقَّتٍ وَصَوْمَ رَمَضَانَ لَيْسَ كَذَلِكَ.

وَأَقُولُ: مَشَأُ هَذَا الِاسْتِشْكَالِ الذُّهُولُ عَنْ كَلَامِ الْمُصَنِّفِ، فَإِنَّهُ جَعَلَ مَجْمُوعَ قَوْلِهِ: (وَلَا لَهَا غَيْرُ مُؤَقَّتَةٍ بِوَقْتٍ وَتَتَأَدَّى بَيْنَهُ غَيْرُهَا) أَمَارَةً وَاحِدَةً، وَأَشَارَ إِلَى ذَلِكَ بِقَوْلِهِ: (وَهَذِهِ أَمَارَةُ التَّنْفِيلِ) وَحِينَئِذٍ لَا يَرُدُّ عَلَيْهِ ذَلِكَ، أَمَّا الْإِيمَانُ فَلَأَنَّهُ لَا غَيْرُ ثَمَّةَ حَتَّى يَتَأَدَّى بَيْنَهُ إِذْ هُوَ لَا يَتَنَوَّعُ إِلَى فَرَضٍ وَنَفْلِ وَكَذَلِكَ صَلَاةُ الْجَنَازَةِ، وَأَمَّا صَوْمُ رَمَضَانَ فَلَأَنَّهُ مُؤَقَّتٌ بِوَقْتٍ مُعَيَّنٍ.

وَقَوْلُهُ وَتَأْوِيلُ مَا رَوَاهُ) يَعْني قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «الْعُمْرَةُ فَرِيضَةٌ» (أَنَّهَا مُقَدَّرَةٌ بِأَعْمَالٍ كَالْحَجِّ أَوْ لَا تُثَبِّتُ الْفَرِيضَةُ مَعَ التَّعَارُضِ فِي الْآثَارِ) فَإِنَّ مَا رُوِيَ يَدُلُّ عَلَى الْفَرِيضَةِ وَمَا رَوَيْنَاهُ عَلَى كَوْنِهَا سُنَّةً، وَإِذَا تَعَارَضَتِ الْآثَارُ لَا تُثَبِّتُ الْفَرِيضَةُ لِأَنَّهَا لَا تُثَبِّتُ إِلَّا بِدَلِيلٍ مُقْطُوعٍ بِهِ.

فَإِنْ قِيلَ: هُوَ ثَابِتٌ بِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَاتِمُوا الْحَجَّ وَالْعُمْرَةَ لِلَّهِ﴾ [البقرة: ١٩٦] عَطَفَ الْعُمْرَةَ عَلَى الْحَجِّ، وَالْحَجُّ فَرِيضَةٌ، وَأَمَرَ بِالْإِثْمَامِ وَالْأَمْرُ لِلْجُوبِ. أُجِيبَ بِأَنَّ الْقُرْآنَ فِي النِّظْمِ لَا يُوجِبُ الْقُرْآنَ فِي الْحُكْمِ، وَالْأَمْرُ إِثْمًا هُوَ بِالْإِثْمَامِ، وَالْإِثْمَامُ إِثْمًا يَكُونُ بَعْدَ الشَّرْعِ، وَنَحْنُ نَقُولُ بِهِ وَإِنْ كَانَتْ فِي الْإِبْتِدَاءِ سُنَّةً. وَقَوْلُهُ (وَهِيَ الطَّوَافُ وَالسَّعْيُ) ظَاهِرٌ.

باب الحج عن الغير

الأصل في هذا الباب أَنَّ الْإِنْسَانَ لَهُ أَنْ يَجْعَلَ ثَوَابَ عَمَلِهِ لغيرِهِ صَلَاةً أَوْ صَوْمًا أَوْ صَدَقَةً أَوْ غَيْرَهَا عِنْدَ أَهْلِ السُّنَّةِ وَالْجَمَاعَةِ، لَمَّا رُوِيَ «عَنِ النَّبِيِّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَنَّهُ ضَحَّى بِكَبْشَيْنِ أَمْلَحَيْنِ أَحَدَهُمَا عَنْ نَفْسِهِ وَالْآخَرَ عَنْ أُمِّتِهِ مِمَّنْ أَقَرَّ بِوَحْدَانِيَّةِ اللَّهِ تَعَالَى وَشَهِدَ لَهُ بِالْبَلَاغِ»^(١) جَعَلَ تَضَحِيَّةَ إِحْدَى الشَّائِنَيْنِ لِأُمِّتِهِ.

وَالْعِبَادَاتُ أَنْوَاعٌ: مَالِيَّةٌ مَحْضَةٌ كَالزَّكَاةِ، وَبَدَنِيَّةٌ مَحْضَةٌ كَالصَّلَاةِ، وَمُرَكَّبَةٌ مِنْهُمَا كَالْحَجِّ، وَالنِّيَابَةُ تَجْرِي فِي النَّوعِ الْأَوَّلِ فِي حَالَتِي الْإِخْتِيَارِ وَالضَّرُورَةِ لِحُصُولِ الْمَقْصُودِ بِفِعْلِ النَّائِبِ، وَلَا تَجْرِي فِي النَّوعِ الثَّانِي بِحَالٍ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ هُوَ إِتْعَابُ النَّفْسِ لَا

(١) أخرجه أبو داود (٢٧٩٥)، وابن ماجه (٣١٢١)، وأحمد (٢٢/٤).

يَحْصُلُ بِهِ، وَتَجْرِي فِي النَّوعِ الثَّالِثِ عِنْدَ الْعَجْزِ لِلْمَعْنَى الثَّانِي وَهُوَ الْمَشَقَّةُ بِتَنْقِصِ الْمَالِ، وَلَا تَجْرِي عِنْدَ الْقُدْرَةِ لِعَدَمِ إِتْعَابِ النَّفْسِ، وَالشَّرْطُ الْعَجْزُ الدَّائِمُ إِلَى وَقْتِ الْمَوْتِ لِأَنَّ الْحَجَّ فَرَضُ الْعُمُرِ.

وَفِي الْحَجِّ النَّفْلُ تَجَوُّزُ الْإِنَابَةِ حَالَةَ الْقُدْرَةِ لِأَنَّ بَابَ النَّفْلِ أَوْسَعُ، ثُمَّ ظَاهِرُ الْمَذْهَبِ أَنَّ الْحَجَّ يَقَعُ عَنِ الْمَحْجُوجِ عَنْهُ وَبِذَلِكَ تَشْهَدُ الْأَخْبَارُ الْوَارِدَةُ فِي الْبَابِ كَحَدِيثِ الْخَنَازِئِيِّ فَإِنَّهُ ﷺ قَالَ فِيهِ «حُجِّي عَنْ أَبِيكَ وَاعْتَمِرِي». وَعَنْ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ: أَنَّ الْحَجَّ يَقَعُ عَنِ الْحَاجِّ، وَلِلْأَمْرِ ثَوَابُ التَّفَقُّعِ لِأَنَّهُ عِبَادَةٌ بَدَنِيَّةٌ، وَعِنْدَ الْعَجْزِ أَقِيمَ الْإِنْفَاقُ مَقَامَهُ كَالْفِدْيَةِ فِي بَابِ الصَّوْمِ.

الشرح:

بَابُ الْحَجِّ عَنِ الْغَيْرِ

لَمَّا كَانَ الْأَصْلُ فِي التَّصَرُّفَاتِ أَنْ تَقَعَ عَمَّنْ تَصُدِّرُ مِنْهُ كَانَ الْحَجُّ عَنِ الْغَيْرِ خَلِيقًا بِأَنْ يُؤَخَّرَ فِي بَابِ عَلَى حِدَةٍ وَاعْلَمْ أَنَّ مَنْ صَلَّى أَوْ صَامَ أَوْ تَصَدَّقَ فَجَعَلَ ثَوَابَ ذَلِكَ لْغَيْرِهِ جَازَ عِنْدَ أَهْلِ السُّنَّةِ وَالْجَمَاعَةِ. وَقَالَ بَعْضُ أَهْلِ الْعِلْمِ: لَا يَجُوزُ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَأَنْ لَيْسَ لِلْإِنْسَانِ إِلَّا مَا سَعَى﴾ [النجم: ٣٩] وَهَذَا لَيْسَ مِنْ سَعْيِهِ، وَلِأَنَّ الثَّوَابَ هُوَ الْجَنَّةُ وَلَيْسَ لِأَحَدٍ تَمْلِكُهَا لْغَيْرِهِ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمَالِكٍ لَهَا.

وَقُلْنَا: لَمَّا جَعَلَ سَعْيُهُ لِلْغَيْرِ صَارَ سَعْيُهُ كَسَعْيِ الْغَيْرِ، وَلَهُ وَلَايَةٌ أَنْ يَصِيرَ سَاعِيًا لْغَيْرِهِ وَأَنْ يَجْعَلَ اسْتِحْقَاقَهُ لِلْجَنَّةِ لْغَيْرِهِ. وَإِذَا ظَهَرَ هَذَا فَقَوْلُهُ (الْأَصْلُ فِي هَذَا أَنَّ الْإِنْسَانَ لَهُ أَنْ يَجْعَلَ ثَوَابَ عَمَلِهِ) إِشَارَةٌ إِلَى أَنَّ ثَوَابَ الْحَجِّ لِلْأَمْرِ يَجْعَلُ الْمَأْمُورِ كَذَلِكَ، وَأَمَّا نَفْسُ الْحَجِّ هَلْ يَقَعُ عَنِ الْأَمْرِ أَوْ عَنِ الْمَأْمُورِ فَيَذْكُرُ بُعِيدَ هَذَا مَا هُوَ ظَاهِرُ الرُّوَايَةِ وَغَيْرُهُ.

وَقَوْلُهُ: (بِكَبْشَيْنِ أَمْلَحَيْنِ) يُقَالُ كَبَشٌ أَمْلَحُ فِيهِ مُلْحَةٌ: وَهِيَ يَبَاضٌ يَشُوبُهُ شَعْرَاتٌ سُودٌ وَهِيَ مِنْ لَوْنِ الْمِلْحِ، وَكَلَامُهُ وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (فِي حَالَتِي الْاِخْتِيَارِ وَالضَّرُورَةِ) أَيُّ حَالَةِ الصَّحَّةِ وَالْمَرَضِ (لِحُصُولِ الْمَقْصُودِ) وَهِيَ إِيْصَالُ النَّفْعِ إِلَى الْفُقَرَاءِ. وَقَوْلُهُ (لَا يَحْصُلُ بِهِ) أَيُّ يَفْعَلُ النَّائِبِ.

وَقَوْلُهُ (وَهِيَ الْمَشَقَّةُ بِتَنْقِصِ الْمَالِ) يَعْنِي أَنَّ الْمَرْءَ كَمَا تَلَحُّقُهُ الْمَشَقَّةُ عِنْدَ فِعْلِهِ

بِنَفْسِهِ تَلَحُّقُهُ أَيْضًا عِنْدَ فِعْلٍ غَيْرِهِ إِذَا كَانَ بِمَالِهِ (وَالشَّرْطُ الْعَجْزُ الدَّائِمُ إِلَى وَقْتِ الْمَوْتِ؛ لِأَنَّ الْحَجَّ فَرَضُ الْعُمَرِ) وَمَا هُوَ كَذَلِكَ لَا يَتَّعِينَ بِوَقْتٍ مُعَيَّنٍ، وَكِلْتَا الْمُقَدِّمَتَيْنِ ظَاهِرَةٌ، فَالْحَجُّ لَا يَتَّعِينَ بِوَقْتٍ مُعَيَّنٍ، فَإِنْ لَمْ يَكُنِ الْعَجْزُ دَائِمِيًّا وَقَدْ أَحَجَّ عَنْ نَفْسِهِ ثُمَّ زَالَ عَنْهُ الْعَجْزُ كَانَ قَادِرًا عَلَى أَصْلِهِ فِي وَقْتِهِ وَذَلِكَ يُبْطِلُ النَّبَاةَ.

فَإِنْ قِيلَ: الْقُدْرَةُ عَلَى الْأَصْلِ تُبْطِلُ الْخَلْفَ قَبْلَ حُصُولِ الْمَقْصُودِ بِالْخَلْفِ وَقَدْ حَصَلَ الْمَقْصُودُ بِالْخَلْفِ وَهُوَ حُصُولُ الْمَشَقَّةِ بِتَنْقِصِ الْمَالِ. فَالْجَوَابُ أَنَّا لَمْ نَسْأَلْ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ مَسْلَكَ الْأَصْلِ وَالْخَلْفِ. وَإِنَّمَا قُلْنَا بِأَنَّ الْحَجَّ مُرَكَّبٌ مِنْ أَمْرَيْنِ: أَحَدُهُمَا يَحْتَمِلُ النَّبَاةَ وَالْآخَرُ لَا يَحْتَمِلُهَا، فَعَمَلْنَا بِأَحَدِهِمَا عِنْدَ الْقُدْرَةِ فَلَمْ نُجَوِّزِ النَّبَاةَ وَبِالْآخَرِ عِنْدَ الْعَجْزِ فَجَوَّزْنَاها، لَكِنْ شَرَطْنَا لَكَوْنِهِ وَظِيفَةَ الْعُمَرِ أَنْ يَكُونَ لِلْعَجْزِ دَائِمِيًّا لَمَّا مَرَّ.

وَأَعْتَرَضَ بِأَنَّ كَوْنَهُ وَظِيفَةَ الْعُمَرِ لَا يَصْلُحُ دَلِيلًا عَلَى اشْتِرَاطِ الْعَجْزِ الدَّائِمِ لِتَخْلُفِهِ عَنْهُ فَإِنَّهُ شَرَطُ جَوَازِ الْفِدْيَةِ لِلشَّيْخِ الْفَانِي عَنِ الصَّوْمِ وَالصَّوْمُ لَيْسَ وَظِيفَةُ الْعُمَرِ. وَالْجَوَابُ أَنَّ الدَّلِيلَ يَسْتَلْزِمُ الْمَذْلُولَ وَلَا يَنْعَكِسُ، فَكُلُّ مَا كَانَ وَظِيفَةُ الْعُمَرِ يُشْتَرِطُ فِيهِ الْعَجْزُ الدَّائِمُ، وَلَا يَلْزِمُ أَنْ كُلُّ مَا يُشْتَرِطُ فِيهِ الْعَجْزُ الدَّائِمُ تَكُونُ وَظِيفَةُ الْعُمَرِ. وَقَوْلُهُ وَفِي الْحَجِّ الثَّقُلُ تَجُوزُ الْإِنَابَةُ ظَاهِرٌ (ثُمَّ ظَاهِرُ الْمَذْهَبِ أَنَّ الْحَجَّ يَقَعُ عَنْ الْمَحْجُوجِ عَنْهُ) يَعْنِي الْأَمْرَ (وَبِذَلِكَ تَشْهَدُ الْأَخْبَارُ الْوَارِدَةُ فِي هَذَا الْبَابِ) «فَإِنَّهُ ﷺ قَالَ لِلخَثْعَمِيَّةِ حِينَ قَالَتْ إِنَّ أَبِي شَيْخٌ كَبِيرٌ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يَسْتَمْسِكَ عَلَى الرَّاحِلَةِ أَفِيَجْزِينِي أَنْ أَحَجَّ عَنْهُ؟ قَالَ: نَعَمْ حُجِّي عَنْ أَبِيكَ وَاعْتَمِرِي».

(وَعَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّ الْحَجَّ يَقَعُ عَنِ الْحَاجِّ) يَعْنِي الْمَأْمُورَ (وَلِلْأَمْرِ ثَوَابُ النَّفَقَةِ) وَصَارَ إِتْفَاقُ الْمَأْمُورِ كَاتِفَاقِ الْأَمْرِ بِنَفْسِهِ، وَلَكِنْ يَسْقُطُ أَصْلُ الْحَجِّ عَنِ الْأَمْرِ لِأَنَّهُ عِبَادَةٌ بَدِئِيَّةٌ حَصَلَ الْعَجْزُ عَنْ فِعْلِهِ، وَكُلُّ مَا كَانَ كَذَلِكَ قَامَ الْإِتْفَاقُ فِيهِ مَقَامَ الْفِعْلِ كَمَا فِي الشَّيْخِ الْفَانِي، فَإِنَّهُ لَمَّا عَجَزَ عَنِ الصَّوْمِ قَامَتِ الْفِدْيَةُ مَقَامَ الصَّوْمِ.

فَإِنْ قِيلَ: الْفِدْيَةُ ثَبَّتَتْ بِالنَّصِّ عَلَى خِلَافِ الْقِيَاسِ فَلَا يُقَاسُ عَلَيْهَا غَيْرُهَا. فَالْجَوَابُ أَنَّهُ مُلْحَقٌ بِهَا بِطَرِيقِ الدَّلَالَةِ، فَإِنَّ الْإِتْفَاقَ إِذَا قَامَ مَقَامَ الصَّوْمِ وَهُوَ عِبَادَةٌ بَدِئِيَّةٌ مَخْضَةٌ فَلَأَنْ يَقُومَ مَقَامَ مَا هُوَ مُرَكَّبٌ مِنَ الْبَدَنِ وَالْمَالِي أَوْلَى. قَالَ شَيْخُ الْإِسْلَامِ: وَإِلَى

هَذَا الْقَوْلُ مَالُ عَامَّةِ الْمُتَأَخِّرِينَ.

قَالَ (وَمَنْ أَمَرَهُ رَجُلَانِ بِأَنْ يَحُجَّ عَنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا حَجَّةً فَأَهْلُ بِحَجَّتِهِ عَنْهُمَا فَهِيَ عَنِ الْحَاجِّ وَيُضْمَنُ النَّفَقَةَ) لِأَنَّ الْحَجَّ يَقَعُ عَنِ الْأَمْرِ حَتَّى لَا يَخْرُجَ الْحَاجُّ عَنِ حَجَّتِهِ الْإِسْلَامِ، وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَمَرَهُ أَنْ يَخْلَصَ الْحَجَّ لَهُ مِنْ غَيْرِ اشْتِرَاكِ، وَلَا يُمْكِنُ إِيقَاعُهُ عَنْ أَحَدِهِمَا لِعَدَمِ الْأُولَوِيَّةِ فَيَقَعُ عَنِ الْمَأْمُورِ، وَلَا يُمْكِنُهُ أَنْ يَجْعَلَهُ عَنْ أَحَدِهِمَا بَعْدَ ذَلِكَ بِخِلَافِهِ مَا إِذَا حَجَّ عَنْ أَبِيهِ فَإِنَّ لَهُ أَنْ يَجْعَلَهُ عَنْ أَبِيهِمَا شَاءَ لِأَنَّهُ مُتَبَرِّعٌ بِجَعْلِ ثَوَابِ عَمَلِهِ لِأَحَدِهِمَا أَوْ لهُمَا فَيَبْقَى عَلَى خِيَارِهِ بَعْدَ وَقُوعِهِ سَبَبًا لثَوَابِهِ، وَهَذَا يَفْعَلُ بِحُكْمِ الْأَمْرِ، وَقَدْ خَالَفَ أَمْرُهُمَا فَيَقَعُ عَنْهُ. وَيُضْمَنُ النَّفَقَةَ إِنْ أَنْفَقَ مِنْ مَالِهِمَا لِأَنَّهُ صَرَفَ نَفَقَةَ الْأَمْرِ إِلَى حَجِّ نَفْسِهِ، وَإِنْ أَبْهَمَ الْإِحْرَامَ بِأَنْ نَوَى عَنْ أَحَدِهِمَا غَيْرَ عَيْنٍ، فَإِنْ مَضَى عَلَى ذَلِكَ صَارَ مُخَالَفًا لِعَدَمِ الْأُولَوِيَّةِ.

وَأِنْ عَيَّنَ أَحَدَهُمَا قَبْلَ الْمَضِيِّ فَكَذَلِكَ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَهُوَ الْقِيَاسُ لِأَنَّهُ مَأْمُورٌ بِالتَّعْيِينِ، وَالْإِبْهَامُ يُخَالِفُهُ فَيَقَعُ عَنْ نَفْسِهِ، بِخِلَافِهِ مَا إِذَا لَمْ يُعَيَّنْ حَجَّةً أَوْ عُمْرَةً حَيْثُ كَانَ لَهُ أَنْ يُعَيَّنَ مَا شَاءَ لِأَنَّ الْمُتَلَزَّمَ هُنَاكَ مَجْهُولٌ وَهَهُنَا الْمَجْهُولُ مَنْ لَهُ الْحَقُّ. وَجَهُ الْاسْتِحْسَانِ أَنَّ الْإِحْرَامَ شَرِيعٌ وَسِيلَةٌ إِلَى الْأَفْعَالِ لَا مَقْصُودًا بِنَفْسِهِ. وَالْمُبْهَمُ يَصْلُحُ وَسِيلَةً بِوَاسِطَةِ التَّعْيِينِ فَاصْتَفَى بِهِ شَرْطًا، بِخِلَافِهِ مَا إِذَا أَدَّى الْأَفْعَالِ عَلَى الْإِبْهَامِ لِأَنَّ الْمُؤَدَّى لَا يَحْتَمِلُ التَّعْيِينَ فَصَارَ مُخَالَفًا.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ أَمَرَهُ رَجُلَانِ) صُورَةُ الْمَسْأَلَةِ ظَاهِرَةٌ، وَذَهَبَ الشَّارِحُونَ إِلَى أَنَّ الدَّلِيلَ غَيْرُ مُطَابِقٍ لِلْمَذْلُولِ؛ لِأَنَّ الْمَذْلُولَ قَوْلُهُ (فَهِيَ) أَيُّ الْحَجَّةِ (عَنِ الْحَاجِّ وَيُضْمَنُ النَّفَقَةَ) وَدَلِيلُهُ؛ لِأَنَّ الْحَجَّ يَقَعُ عَنِ الْأَمْرِ وَلَا مُطَابَقَةً بَيْنَهُمَا كَمَا تَرَى. ثُمَّ قَالَ صَاحِبُ النَّهَائَةِ: وَلَكِنْ هَذَا التَّعْلِيلُ تَعْلِيلُ حُكْمٍ غَيْرِ مَذْكُورٍ، وَتَقْدِيرُ الْكَلَامِ: وَيُضْمَنُ النَّفَقَةَ لِأَنَّهُ خَالَفَهُمَا، وَإِنَّمَا لَا يُضْمَنُ النَّفَقَةَ إِذَا وَافَقَ أَمْرَ الْأَمْرِ.

(لِأَنَّ الْحَجَّ) حِينَئِذٍ يَقَعُ عَنِ الْأَمْرِ حَتَّى لَا يَخْرُجَ الْحَاجُّ عَنْ حَجَّةِ الْإِسْلَامِ وَهَهُنَا قَدْ خَالَفَ فَلَا يَقَعُ الْحَجُّ عَنِ الْأَمْرِ بَلْ يَقَعُ عَنِ الْمَأْمُورِ، فَكَانَ هَذَا التَّعْلِيلُ تَعْلِيلًا لَمَّا إِذَا وَقَعَ الْحَجُّ عَنِ الْأَمْرِ وَهُوَ فِي صُورَةِ عَدَمِ مُخَالَفَةِ الْمَأْمُورِ لِلْأَمْرِ، وَتَابَعَهُ عَلَى ذَلِكَ

بَعْضُ الشَّارِحِينَ، وَلَا إِخَالُ ذَلِكَ مَقْصُودَ الْمُصَنِّفِ لِأَنَّهُ قَالَ بَعْدَ هَذَا (وَيَضْمَنُ التَّفَقُّةَ إِنْ أَتَفَقَ مِنْ مَالِهِمَا لِأَنَّهُ صَرَفَ تَفَقُّةَ الْأَمْرِ إِلَى حَجِّ نَفْسِهِ) فَلَوْ كَانَ ذَلِكَ مُرَادَهُ كَانَ هَذَا مُسْتَدْرَكًا.

وَقَالَ بَعْضُهُمْ: زَلَّ فِيهِ أَقْدَامُ الشَّارِحِينَ حَيْثُ لَمْ يَفْهَمُوا كَلَامَ الْمُصَنِّفِ وَقَالُوا: لَا مُطَابَقَةَ بَيْنَ الدَّلِيلِ وَالْمَدْلُولِ، وَلَا يُوَافِقُ التَّغْلِيلُ الْمُدْعَى، وَتَقَلَّ تَقْرِيرُ الْكَلَامِ كَمَا قُلْنَا ثُمَّ قَالَ: فَأَقُولُ لَيْسَ الْأَمْرُ كَمَا ظَنُّوا وَلَوْ سَكَنُوا فِي هَذَا الْمَوْضِعِ لَكَانَ أَوَّلَى، بَلِ الْمُطَابَقَةُ حَاصِلَةٌ بَيْنَ الدَّلِيلِ وَالْمَدْلُولِ بِأَنْ يُقَالَ هِيَ عَنِ الْحَاجِّ: أَيُّ الْحِجَّةِ تَقَعُ عَنِ الْحَاجِّ وَهُوَ الْمَأْمُورُ.

وَيَضْمَنُ التَّفَقُّةَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا إِنْ أَتَفَقَ مِنْ مَالِهِمَا؛ لِأَنَّ الْحَجَّ الْمُؤَدَّى فِي هَذِهِ يَقَعُ عَنِ الْأَمْرِ مِنْ وَجْهِ بَدَلِيلٍ أَنَّ الْحَاجَّ لَا يَخْرُجُ عَنْ حِجَّةِ الْإِسْلَامِ، وَلَكِنْ كُلُّ وَاحِدٍ مِنَ الْأَمْرَيْنِ أَمْرٌ بِأَنْ يُخْلَصَ لَهُ الْحَجُّ وَلَمْ يَأْمُرْ بِالِاشْتِرَاكِ، فَلَمَّا نَوَى عَنْهُمَا جَمِيعًا خَالَفَ الْأَمْرَ فَوَقَعَ الْحَجُّ عَنِ الْحَاجِّ وَضَمِنَ التَّفَقُّةَ لَوْجُودِ الْمُخَالَفَةِ هَذَا كَلَامُهُ وَلَا أَرِيدُ عَلَى الْحِكَايَةِ فَلْيَتَأَمَّلْ فِيهِ.

وَأَقُولُ بِتَوْفِيقِ اللَّهِ تَعَالَى: فِي تَقْرِيرِ كَلَامِهِ الْحَجُّ يَقَعُ عَنِ الْأَمْرِ عَلَى ظَاهِرِ الرُّوَايَةِ حَتَّى لَا يَخْرُجَ الْحَاجُّ عَنْ حِجَّةِ الْإِسْلَامِ، وَلَا يُمَكِّنُ هَهُنَا إِيقَاعُهُ عَنِ الْأَمْرِ؛ لِأَنَّ الْأَمْرَ شَخْصَانِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَمْرُهُ أَنْ يُخْلَصَ الْحَجُّ لَهُ مِنْ غَيْرِ اشْتِرَاكِ وَلَيْسَ أَحَدُهُمَا أَوَّلَى مِنَ الْآخَرِ فَلَا يَقَعُ عَنْهُمَا وَلَا عَنْ أَحَدِهِمَا فَيَقَعُ عَنِ الْمَأْمُورِ، لَكِنْ فِي كَلَامِهِ إِغْلَاقٌ كَمَا لَا يَخْفَى، وَهَذَا تَغْلِيلٌ لِقَوْلِهِ: (فَهِيَ عَنِ الْحَاجِّ)، وَأَمَّا تَغْلِيلُ قَوْلِهِ: (وَيَضْمَنُ التَّفَقُّةَ) فَمَذْكُورٌ بَعْدَ هَذَا.

فَإِنْ قِيلَ: إِذَا وَقَعَ عَنِ الْحَاجِّ فَلْيَجْعَلْ عَنْ أُيْهِمَا شَاءَ كَمَا إِذَا أَهْلٌ عَنْ أَبِيهِ فَإِنْ لَهُ أَنْ يَجْعَلَهُ عَنْ أُيْهِمَا شَاءَ، أَجَابَ بِقَوْلِهِ (وَلَا يُمَكِّنُهُ أَنْ يَجْعَلَهُ عَنْ أَحَدِهِمَا بَعْدَ ذَلِكَ) أَيُّ بَعْدَمَا وَقَعَ لِنَفْسِهِ وَيَبَيِّنُهُ فِي الْكِتَابِ وَهُوَ وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (وَإِنْ أَنْبَهُمُ الْإِحْرَامُ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (لَأَنَّ الْمُلتَزِمَ هُنَاكَ مَجْهُولٌ) مَعْنَاهُ أَنَّ جَهَالَ الْمُلتَزِمِ غَيْرُ مَانِعَةٍ عَنْ وُجُوبِ التَّعْيِينِ، وَأَمَّا جَهَالَةُ مَنْ لَهُ الْحَقُّ فَهِيَ مَانِعَةٌ؛ أَلَا تَرَى أَنَّ الْإِقْرَارَ بِمَجْهُولٍ لِمَعْلُومٍ جَائِزٌ دُونَ عَكْسِهِ.

(وَجْهَ الاستِحْسَانِ أَنَّ الإِحْرَامَ شُرْعٌ وَسِيلَةٌ إِلَى الْأَفْعَالِ لَا مَقْصُودًا) بِدَلِيلِ صِحَّةِ تَقْدِيمِهِ عَلَى وَقْتِ الْأَدَاءِ وَهُوَ أَشْهُرُ الْحَجِّ (فَاكْتَفَى بِهِ) أَيِّ بِالْإِحْرَامِ الْمُبْهَمِ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ شَرْطٌ لِأَنَّ الشُّرُوطَ يُرَاعَى وَجُودُهَا كَيْفَمَا كَانَ، أَلَا تَرَى أَنَّ الْإِنْسَانَ إِذَا تَوَضَّأَ لِلتَّبَرُّدِ جَازَ لَهُ أَنْ يُصَلِّيَ بِهِ.

وَحَاصِلُهُ أَنَّ الْمَقْصُودَ الْأَصْلِيَّ هُوَ أَدَاءُ الْأَفْعَالِ وَالتَّعْيِينُ فِي ابْتِدَائِهِ مُمَكِّنٌ لِأَنَّهُ يَقَعُ عَلَى مَا عَيَّنَ لَا عَلَى الْإِبْهَامِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا أَدَّى ثُمَّ عَيَّنَ فَإِنَّهُ يَقَعُ عَلَى الْإِبْهَامِ ابْتِدَاءً، ثُمَّ التَّعْيِينُ يَرُدُّ عَلَى مَا مَضَى وَاضْمَحَلَّ فَلَا يُفِيدُ شَيْئًا.

قَالَ (فَإِنْ أَمْرَهُ غَيْرُهُ أَنْ يَقْرُنَ عَنْهُ فَالذَّمُّ عَلَى مَنْ أَحْرَمَ) لِأَنَّهُ وَجَبَ شُكْرًا لِمَا وَفَّقَهُ اللَّهُ تَعَالَى مِنَ الْجَمْعِ بَيْنَ التُّسْكِينِ وَالْمَأْمُورِ هُوَ الْمُخْتَصُّ بِهِذِهِ النِّعْمَةِ لِأَنَّ حَقِيقَةَ الْفِعْلِ مِنْهُ، وَهَذِهِ الْمَسْأَلَةُ تَشْهَدُ بِصِحَّةِ الْمَرْوِيِّ عَنْ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ الْحَجَّ يَقَعُ عَنِ الْمَأْمُورِ.

الشرح:

قَالَ (فَإِنْ أَمْرَهُ غَيْرُهُ أَنْ يَقْرُنَ عَنْهُ فَالذَّمُّ عَلَى مَنْ أَحْرَمَ) رَجُلٌ أَمَرَ رَجُلًا أَنْ يَقْرُنَ عَنْهُ بِضَمِّ الرَّاءِ فَفَعَلَ فَالذَّمُّ عَلَى الْمَأْمُورِ (لَأَنَّهُ وَجَبَ شُكْرًا لِمَا وَفَّقَهُ اللَّهُ تَعَالَى مِنَ الْجَمْعِ بَيْنَ التُّسْكِينِ، وَالْمَأْمُورِ هُوَ الْمُخْتَصُّ بِهِذِهِ النِّعْمَةِ؛ لِأَنَّ حَقِيقَةَ الْفِعْلِ) صَدَرَتْ (مِنْهُ). وَهَذِهِ الْمَسْأَلَةُ تَشْهَدُ بِصِحَّةِ الْمَرْوِيِّ عَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّ الْحَجَّ يَقَعُ عَنِ الْمَأْمُورِ.

وَفِيهِ نَظَرٌ لِحَوَازِ أَنْ يَكُونَ الْمَأْخُذُ فِي كَوْنِ الذَّمِّ وَاجِبًا عَلَى الْمَأْمُورِ كَوْنُهُ نُسْكًَا كَسَائِرِ الْمَنَاسِكِ، وَسَائِرِ الْمَنَاسِكِ عَلَى الْمَأْمُورِ فَكَذَا هَذَا، لَا كَوْنُهُ شُكْرًا لِمَا وَفَّقَهُ اللَّهُ تَعَالَى مِنَ الْجَمْعِ بَيْنَ التُّسْكِينِ لِأَنَّهُ مُشْتَرَكُ الْإِلْزَامِ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ لَوْ كَانَ كَذَلِكَ لَوَجَبَ عَلَى الْآمِرِ لِأَنَّهُ هُوَ الْمُتَنَفِّعُ بِمُتَعَةِ الْقِرَانِ بِسُقُوطِ حُجَّةِ الْإِسْلَامِ عَنْ ذِمَّتِهِ مَعَ فَضِيلَةِ الْقِرَانِ (وَكَذَلِكَ إِنْ أَمْرَهُ وَاحِدٌ بِأَنْ يَحُجَّ عَنْهُ وَالْآخَرُ بِأَنْ يَعْتَمِرَ عَنْهُ وَأَذْنَا لَهُ بِالْقِرَانِ)

فَالذَّمُّ عَلَيْهِ لِمَا قُلْنَا.

الشرح:

(وَكَذَلِكَ إِنْ أَمْرَهُ وَاحِدٌ بِأَنْ يَحُجَّ عَنْهُ وَالْآخَرُ بِأَنْ يَعْتَمِرَ عَنْهُ وَأَذْنَا لَهُ بِالْقِرَانِ فَالذَّمُّ عَلَيْهِ لِمَا قُلْنَا) يَعْنِي قَوْلُهُ لِأَنَّهُ وَجَبَ شُكْرًا لِلْحُجِّ؛ وَإِنَّمَا قِيدَ بِقَوْلِهِ: (وَأَذْنَا لَهُ بِالْقِرَانِ) لِأَنَّهُ إِذَا لَمْ يَأْذَنَّا لَهُ بِذَلِكَ لَا يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَجْمَعَ بَيْنَهُمَا لِأَجْلِهِمَا، فَلَوْ قَرَنَ كَانَ مُخَالَفًا.

وَاعْتَرَضَ بِأَنَّهُ جَعَلَ جَزَاءَ الشَّرْطِ قَوْلُهُ فَالِدَمُ عَلَيْهِ وَوُجُوبُهُ عَلَيْهِ لَيْسَ بِمُقَيَّدٍ بِإِذْنِهِمَا، فَإِنَّهُ لَوْ قَرَنَ بَعِيرٍ إِذْنَهُمَا فَالِدَمُ وَاجِبٌ عَلَيْهِ أَيْضًا، وَبِأَنَّهُ إِنْ خَالَفَ عِنْدَ عَدَمِ الْإِذْنِ خَالَفَ إِلَى مَا هُوَ خَيْرٌ وَهُوَ الْقِرَانُ لِأَنَّهُ أَفْضَلُ عِنْدَنَا، وَالْمُخَالَفَةُ إِلَى خَيْرٍ غَيْرُ ضَائِرَةٍ.

وَأُجِيبَ بِأَنَّهُ إِذَا أُذِنَا لَهُ بِذَلِكَ كَانَ مِمَّا يُوْهِمُ أَنَّهُ ضَرَرَ مَرْضِيٌّ فَيَكُونُ عَلَيْهِمَا، بِخِلَافِ مَا إِذَا لَمْ يَأْذُنَا فَأَزَالَ الْوَهْمَ بِقَوْلِهِ وَأُذِنَا لَهُ بِالْقِرَانِ وَبِأَنَّ خَيْرِيَّةَ الْقِرَانِ إِنَّمَا هُوَ بِالنِّسْبَةِ إِلَى الْجَامِعِ بَيْنَ النَّسَكَيْنِ لَا إِلَى الْأَمْرِ، وَلِهَذَا إِذَا كَانَ مَأْمُورًا بِالْحَجِّ وَقَرَنَ عَدَهُ أَبُو حَنِيفَةَ مُخَالَفًا وَلَمْ يَعْتَبِرْ ذَلِكَ.

(وَدَمُ الْإِحْصَارِ عَلَى الْأَمْرِ) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ (وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: عَلَى الْحَاجِّ) لِأَنَّهُ وَجِبَ لِلتَّحْلُلِ دَفْعًا لَضَرَرِ امْتِدَادِ الْإِحْرَامِ، وَهَذَا رَاجِعٌ إِلَيْهِ فَيَكُونُ الدَّمُ عَلَيْهِ. وَلَهُمَا أَنَّ الْأَمْرَ هُوَ الَّذِي أَدْخَلَهُ فِي هَذِهِ الْعَهْدَةِ فَعَلَيْهِ خِلَاصَتُهُ (فَإِنْ كَانَ يَحُجُّ عَنْ مَيِّتٍ فَأَحْصَرَ فَالِدَمُ فِي مَالِ الْمَيِّتِ) عِنْدَهُمَا خِلَافًا لِأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ ثُمَّ قِيلَ: هُوَ مِنْ ثُلُثِ مَالِ الْمَيِّتِ لِأَنَّهُ صِلَةٌ كَالزَّكَاةِ وَغَيْرِهَا.

وَقِيلَ مِنْ جَمِيعِ الْمَالِ لِأَنَّهُ وَجِبَ حَقًّا لِلْمَأْمُورِ فَصَارَ دَيْنًا (وَدَمُ الْجَمَاعِ عَلَى الْحَاجِّ) لِأَنَّهُ دَمٌ جِنَائِيٌّ وَهُوَ الْجَانِي عَنْ اخْتِيَارٍ (وَيُضْمَنُ النِّفْقَةَ) مَعْنَاهُ: إِذَا جَامَعَ قَبْلَ الْوُقُوفِ حَتَّى فَسَدَ حَجُّهُ لِأَنَّ الصَّحِيحَ هُوَ الْمَأْمُورُ بِهِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا فَاتَهُ الْحَجُّ حَيْثُ لَا يُضْمَنُ النِّفْقَةُ لِأَنَّهُ مَا فَاتَهُ بِاخْتِيَارِهِ.

أَمَّا إِذَا جَامَعَ بَعْدَ الْوُقُوفِ لَا يَفْسُدُ حَجُّهُ وَلَا يُضْمَنُ النِّفْقَةَ لِحُصُولِ مَقْصُودِ الْأَمْرِ. وَعَلَيْهِ الدَّمُ فِي مَالِهِ لَمَّا بَيَّنَّا، وَكَذَلِكَ سَائِرُ دِمَائِ الْكَفَّارَاتِ عَلَى الْحَاجِّ لَمَّا قُلْنَا.

الشرح:

(وَدَمُ الْإِحْصَارِ عَلَى الْأَمْرِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: عَلَى الْحَاجِّ) وَوَجْهُهُمَا عَلَى مَا ذَكَرَ فِي الْكِتَابِ وَاضِحٌ. وَاعْتَرَضَ عَلَى قَوْلِهِ إِنَّ الْأَمْرَ هُوَ الَّذِي أَدْخَلَهُ فِي هَذِهِ الْعَهْدَةِ بِأَنَّ الْأَمْرَ إِذَا أَمَرَ بِالْقِرَانِ فَهُوَ الَّذِي أَدْخَلَ الْمَأْمُورَ فِي عَهْدَةِ الدَّمِ وَلَا يَجِبُ عَلَيْهِ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ دَمَ الْقِرَانِ نُسْكٌ، وَقَدْ دَفَعَ الْأَمْرُ النَّفْقَةَ بِمُقَابَلَةِ جَمِيعِ مَا كَانَ مِنَ الْمَنَاسِكِ وَهُوَ مِنْ جُمْلَتِهَا، بِخِلَافِ دَمِ الْإِحْصَارِ فَإِنَّهُ لَيْسَ بِنُسْكٍ وَلَمْ يَكُنْ

مَعْلُومًا عِنْدَ الْأَمْرِ أَيْضًا.

وَقَوْلُهُ (لَأَنَّهُ صَلَّةٌ) الصَّلَةُ عِبَارَةٌ عَنْ أَدَاءِ مَا لَا يَكُونُ فِي مُقَابَلَتِهِ عَوَضٌ مَالِيٌّ. وَقَوْلُهُ (وَعِزُّهَا) يَعْنِي الثُّدُورَ وَالْكَفَّارَاتِ. وَقَوْلُهُ (لَأَنَّهُ وَجِبَ حَقًّا لِلْمَأْمُورِ) يَعْنِي بِإِذْخَالِهِ الْأَمْرِ فِي هَذِهِ الْعَهْدَةِ دَيْنًا عَلَى الْمَيِّتِ وَالَّذِينَ مَحَلُّهُ جَمِيعُ الْمَالِ. وَقَوْلُهُ (؛ لِأَنَّ الصَّحِيحَ هُوَ الْمَأْمُورُ بِهِ) أَيُّ الْحُجِّ الصَّحِيحِ هُوَ الْمَأْمُورُ بِهِ دُونَ الْفَاسِدِ، فَإِذَا أَفْسَدَهُ لَمْ يَقَعْ مَأْمُورًا بِهِ فَكَانَ وَقَعًا عَنِ الْمَأْمُورِ فَيَضْمَنُ مَا أَتَّفَقَ عَلَى حُجِّهِ مِنْ مَالٍ غَيْرِهِ.

ثُمَّ إِذَا قَضَى الْحُجَّ فِي السَّنَةِ الثَّانِيَةِ عَلَى وَجْهِ الصَّحَّةِ لَا يَسْقُطُ بِهِ حُجُّ الْمَيِّتِ لِأَنَّهُ لَمَّا خَالَفَ فِي السَّنَةِ الْمَاضِيَةِ بِالْإِفْسَادِ صَارَ الْإِحْرَامُ وَقَعًا عَنِ الْمَأْمُورِ وَالْحُجُّ الَّذِي يَأْتِي بِهِ فِي السَّنَةِ الْقَابِلَةِ قَضَاءُ ذَلِكَ الْحُجِّ فَكَانَ وَقَعًا عَنِ الْمَأْمُورِ أَيْضًا. وَقَوْلُهُ (لَمَّا بَيَّنَّا) إِشَارَةً إِلَى قَوْلِهِ لَأَنَّهُ دَمٌ جَنَائِيٌّ وَهُوَ الْجَنَائِي عَنْ اخْتِيَارٍ.

وَمِمَّا ذَكَرْنَا عُلِمَ أَنَّ الدَّمَاءَ ثَلَاثَةٌ أَنْوَاعٌ: دَمٌ تُسَكُّ كَدَمِ الْقِرَانِ وَالْتَّمِثِ، وَدَمٌ جَنَائِيٌّ كَجَزَاءِ الصَّيْدِ وَتَحْوِهِ، وَدَمٌ مَثْوِيٌّ كَدَمِ الْإِحْصَارِ. قَالَ فِي «الْمَبْسُوطِ»: «كُلُّ دَمٍ يَلْزَمُ الْمُجَهِّزُ: يَعْنِي الْحَاجَّ عَنِ الْغَيْرِ فَهُوَ عَلَيْهِ فِي مَالِهِ. لِأَنَّهُ إِنْ كَانَ تُسَكًّا فَأَقَامَةُ الْمَنَاسِكِ عَلَيْهِ، وَإِنْ كَانَ كَفَّارَةً فَالْجَنَائِيَّةُ وَجِدَتْ مِنْهُ، وَإِنْ كَانَ دَمًا بِتَرْكِ وَاجِبٍ فَهُوَ الَّذِي تَرَكَ مَا كَانَ وَاجِبًا فَلِهَذَا كَانَتْ هَذِهِ الدَّمَاءُ عَلَيْهِ إِلَّا دَمُ الْإِحْصَارِ فَإِنَّهُ فِي مَالِ الْأَمْرِ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ، وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ. وَقَوْلُهُ (لَمَّا قُلْنَا) إِشَارَةً إِلَى قَوْلِهِ وَهُوَ الْجَنَائِي عَنْ اخْتِيَارٍ.

(وَمَنْ أَوْصَى بِأَنْ يُحُجَّ عَنْهُ فَأَحْجُوا عَنْهُ رَجُلًا فَلَمَّا بَلَغَ الْكُوفَةَ مَاتَ أَوْ سُرِقَتْ نَفَقَتُهُ وَقَدْ أَنْفَقَ النِّصْفَ يُحُجُّ عَنِ الْمَيِّتِ مِنْ مَنْزِلِهِ بِثُلُثِ مَا بَقِيَ) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَقَالَ: يُحُجُّ عَنْهُ مِنْ حَيْثُ مَاتَ الْأَوَّلُ) فَالْكَلَامُ هَهُنَا فِي اعْتِبَارِ الثُّلُثِ وَفِي مَكَانِ الْحُجِّ.

أَمَّا الْأَوَّلُ فَلَمَذْكُورُ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ. أَمَّا عِنْدَ مُحَمَّدٍ يُحُجُّ عَنْهُ بِمَا بَقِيَ مِنَ الْمَالِ الْمَدْفُوعِ إِلَيْهِ إِنْ بَقِيَ شَيْءٌ وَإِلَّا بَطَلَتِ الْوَصِيَّةُ اعْتِبَارًا بِتَعْيِينِ الْمُوصِي إِذْ تَعْيِينُ الْوَصِيِّ كَتَعْيِينِهِ وَعِنْدَ أَبِي يُونُسَ رَحِمَهُ اللَّهُ يُحُجُّ عَنْهُ بِمَا بَقِيَ مِنَ الثُّلُثِ الْأَوَّلِ لِأَنَّهُ هُوَ الْمَحَلُّ لِنَفَازِ الْوَصِيَّةِ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ قِسْمَةَ الْوَصِيِّ وَعَزْلَهُ الْمَالُ لَا يَصِحُّ إِلَّا بِالتَّسْلِيمِ إِلَى

الْوَجْهِ الَّذِي سَمَّاهُ الْمُوصِي لِأَنَّهُ لَا خَصَمَ لَهُ لِيَقْبِضَ وَلَمْ يُوجَدْ التَّسْلِيمُ إِلَى ذَلِكَ الْوَجْهِ فَصَارَ كَمَا إِذَا هَلَكَ قَبْلَ الْإِفْرَازِ وَالْعَزْلِ فَيَحْجُ بِثُلْثٍ مَا بَقِيَ.

وَأَمَّا الثَّانِي فَوَجْهُ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَهُوَ الْقِيَاسُ أَنَّ الْقَدَرَ الْمَوْجُودَ مِنَ السَّفَرِ قَدْ بَطَلَ فِي حَقِّ أَحْكَامِ الدُّنْيَا، قَالَ ﷺ «إِذَا مَاتَ ابْنُ آدَمَ انْقَطَعَ عَمَلُهُ إِلَّا مِنْ ثَلَاثٍ» ^(١) الْحَدِيثُ، وَتَنْفِيزُ الْوَصِيَّةِ مِنْ أَحْكَامِ الدُّنْيَا فَبَقِيَتِ الْوَصِيَّةُ مِنْ وَطَنِهِ كَأَن لَمْ يُوجَدْ الْخُرُوجُ.

وَجْهُ قَوْلِهِمَا وَهُوَ الْاسْتِحْسَانُ أَنَّ سَفَرَهُ لَمْ يَبْطُلْ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَمَنْ تَخَرَّجْ مِنْ بَيْتِهِ مُهَاجِرًا إِلَى اللَّهِ وَرَسُولِهِ﴾ [النساء: ١٠٠] الْآيَةُ، وَقَالَ ﷺ «مَنْ مَاتَ فِي طَرِيقِ الْحَجِّ كُتِبَ لَهُ حَجَّةٌ مَبْرُورَةٌ فِي كُلِّ سَنَةٍ» ^(٢) وَإِذَا لَمْ يَبْطُلْ سَفَرُهُ أُعْثِرَتِ الْوَصِيَّةُ مِنْ ذَلِكَ الْمَكَانِ، وَأَصْلُ الْاِخْتِلَافِ فِي الَّذِي يَحْجُ بِنَفْسِهِ، وَيَنْبِئُنِي عَلَى ذَلِكَ الْمَأْمُورُ بِالْحَجِّ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ أَوْصَى بِأَنْ يَحْجَّ عَنْهُ) صُورَةُ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ رَجُلٌ لَهُ أَرْبَعَةُ آلَافٍ دِرْهَمٍ أَوْصَى بِأَنْ يَحْجَّ عَنْهُ فَمَاتَ وَكَانَ مِقْدَارُ الْحَجِّ أَلْفَ دِرْهَمٍ فَدَفَعَهَا الْوَصِيُّ إِلَى مَنْ يَحْجُ عَنْهُ فَسُرِقَ فِي الطَّرِيقِ.

قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ: يُؤْخَذُ ثُلُثُ مَا بَقِيَ مِنَ التَّرَكَةِ وَهُوَ أَلْفُ دِرْهَمٍ، فَإِنْ سُرِقَ ثَانِيًا يُؤْخَذُ ثُلُثُ مَا بَقِيَ مَرَّةً أُخْرَى وَهَكَذَا. وَقَالَ أَبُو يُونُسَ: يُؤْخَذُ مَا بَقِيَ مِنْ ثُلُثِ جَمِيعِ الْمَالِ وَهُوَ ثَلَاثُمِائَةٍ وَثَلَاثَةٌ وَثَلَاثُونَ وَثُلُثُ دِرْهَمٍ. فَإِنْ سُرِقَ ثَانِيًا لَا يُؤْخَذُ مَرَّةً أُخْرَى.

وَقَالَ مُحَمَّدٌ: إِذَا سُرِقَتِ الْأَلْفُ الَّتِي دَفَعَهَا أَوَّلًا بَطَلَتِ الْوَصِيَّةُ. وَإِنْ بَقِيَ مِنْهَا شَيْءٌ يَحْجُ بِهِ لَا غَيْرُ؛ لِأَنَّ تَعْيِينَ الْوَصِيِّ كَتَعْيِينِ الْمَوْصِي لِكَوْنِهِ نَائِبًا عَنْهُ، وَلَوْ أَفْرَزَهَا الْمَوْصِي ثُمَّ هَلَكَتْ بَطَلَتِ الْوَصِيَّةُ. فَكَذَلِكَ هَذَا. وَلِأَبِي يُونُسَ أَنَّ الْوَصِيَّةَ مَحَلُّ تَفَادِيهَا الثَّلَاثُ.

(وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ قِسْمَةَ الْوَصِيِّ وَعَزْلُهُ لَا يَصِحُّ إِلَّا بِالتَّسْلِيمِ إِلَى الْوَجْهِ الَّذِي

(١) أخرجه مسلم في الوصية حديث ١٤، وأبو داود (٢٨٨٠)، والترمذي (١٤٠٣).

(٢) قال الزيلعي في نصب الراية (٢٠٠/٣).

سَمَاءُ الْمُوصِي لَأَنَّهُ لَا خَصَمَ لَهُ لِيَقْبِضَ وَلَمْ يُوجَدْ التَّسْلِيمُ إِلَى ذَلِكَ الْوَجْهِ فَصَارَ كَمَا إِذَا هَلَكَ قَبْلَ الْإِفْرَازِ وَالْعَزْلِ وَفِي ذَلِكَ يُحْجُّ مِنْ ثُلْثِ مَا بَقِيَ فَكَذَا فِي هَذَا. هَذَا مَا يَتَعَلَّقُ بِمَا يُحْجُّ بِهِ.

وَأَمَّا مَا يَتَعَلَّقُ بِمَا يُحْجُّ عَنْهُ مِنَ الْمَكَانِ فَعَلَى الْاِخْتِلَافِ الْمَذْكُورِ فِي الْكِتَابِ وَهُوَ أَيْضًا وَاضِحٌ. وَاعْتَرِضَ بِأَنَّ الْحَدِيثَ الَّذِي اسْتَدَلَّ بِهِ لِأَبِي حَنِيفَةَ ظَاهِرُهُ مَتْرُوكٌ لَأَنَّهُ يَقْتَضِي أَنْ يَكُونَ غَيْرَ هَذِهِ الثَّلَاثَةِ مِنَ الْأَعْمَالِ مُنْقَطَعًا، وَلَيْسَ كَذَلِكَ لِأَنَّهَا يُثَابُ عَلَيْهَا. وَمَا هُوَ كَذَلِكَ لَا يَكُونُ مُنْقَطَعًا. وَأُجِيبَ بِأَنَّ الْأَعْمَالَ كُلَّهَا عَلَى ثَلَاثَةِ أَنْوَاعٍ: أَعْمَالٌ عَمَلُهَا فَمَضَتْ، وَأَعْمَالٌ لَمْ يَشْرَعْ فِيهَا فَهِيَ بَعْدُ مَعْدُومَةٌ، وَأَعْمَالٌ شَرَعَ فِيهَا وَلَمْ يُتَمَّهَا.

وَالطَّرْقَانِ لَا يُوصَفَانِ بِالْاِنْقِطَاعِ. أَمَّا الْأَوَّلُ؛ فَلَأَنَّ الْمَاضِيَ لَا يَحْتَمِلُ الْاِنْقِطَاعَ لَكِنْ يَحْتَمِلُ الْبُطْلَانَ بِمَا يُحِيطُ ثَوَابُهُ نَعُودُ بِاللَّهِ مِنْ ذَلِكَ، وَكَذَلِكَ الثَّانِي لَأَنَّهُ غَيْرُ مَوْجُودٍ. وَهَذَا؛ لِأَنَّ الْاِنْقِطَاعَ عِبَارَةٌ عَنْ تَفَرُّقِ أَجْزَائِهِ. وَالْمَاضِيَ بِجَمِيعِ أَجْزَائِهِ لَا يَتَصَوَّرُ فِيهِ ذَلِكَ وَكَذَلِكَ الَّذِي لَمْ يُوجَدْ بِجَمِيعِ أَجْزَائِهِ فَتَعَيَّنَ الَّذِي شَرَعَ فِيهِ وَلَمْ يُتَمَّهُ. وَأَمَّا جَوَابُ أَبِي حَنِيفَةَ عَمَّا اسْتَدَلَّ بِهِ مِنَ الْكِتَابِ وَالسُّنَّةِ فَهُوَ أَنَّهُ لَا تَعَارُضَ بَيْنَ مُوجِبِ الْكِتَابِ وَمُوجِبِ الْخَبَرِ؛ لِأَنَّ الْكِتَابَ مَسْقُوقَ الْحُكْمِ الْآخِرَةِ وَالْخَبَرَ لِحُكْمِ الدُّنْيَا، فَيَجُوزُ اِنْقِطَاعُ الْعَمَلِ مِنْ حَيْثُ حُكْمُ الدُّنْيَا وَيَبْقَى لَهُ ثَوَابُهُ مِنْ حَيْثُ حُكْمُ الْآخِرَةِ، كَمَا إِذَا تَوَيَّ الصَّوْمُ فِي رَمَضَانَ وَصَامَهُ إِلَى نِصْفِ النَّهَارِ وَمَاتَ وَجَبَ عَلَيْهِ الْإِبْصَاءُ بِفِدْيَةِ صَوْمِ هَذَا الْيَوْمِ كَامِلًا مِنْ حَيْثُ حُكْمُ الدُّنْيَا وَإِنْ كَانَ هُوَ مُثَابًا فِي الْآخِرَةِ بِقَدْرِ مَا صَامَ مِنْ ذَلِكَ الْيَوْمِ.

وَكَذَلِكَ إِذَا أَدْرَكَهُ الْمَوْتُ فِي خِلَالِ الصَّلَاةِ، وَكَذَا كُلُّ عَمَلٍ صَالِحٍ شَرَعَ فِيهِ وَلَمْ يُتَمَّهِ، وَكَذَا الْجَوَابُ عَنْ الْحَدِيثِ الَّذِي رَوَاهُ. وَقَالَ فِي النَّهَائِيَّةِ: ثُمَّ تَأْخِيرُ تَعْلِيلُهُمَا عَنْ تَعْلِيلِ أَبِي حَنِيفَةَ يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ لَكُونِ قَوْلِهِمَا مُخْتَارَ الْمُصَنِّفِ لَمَّا أَنَّ قَوْلَهُمَا اسْتِحْسَانٌ وَقَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ قِيَاسٌ، وَالْمَأْخُودُ فِي عَامَّةِ الصُّوَرِ حُكْمُ الْاِسْتِحْسَانِ.

قَالَ (وَمَنْ أَهْلٌ بِحَجَّتِهِ عَنْ أَبِيهِ يَجْزِيهِ أَنْ يَجْعَلَهُ عَنْ أَحَدِهِمَا) لِأَنَّ مَنْ حَجَّ عَنْ غَيْرِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ فَإِنَّمَا يَجْعَلُ ثَوَابَ حَجِّهِ لَهُ، وَذَلِكَ بَعْدَ آدَاءِ الْحَجِّ فَلَقَتْ نِيَّتُهُ قَبْلَ آدَائِهِ، وَصَحَّ جَعْلُهُ

ثَوَابُهُ لِأَحَدِهِمَا بَعْدَ الْأَدَاءِ، بِخِلَافِ الْمَأْمُورِ عَلَى مَا فَرَّقْنَا مِنْ قَبْلُ، وَاللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (عَلَى مَا فَرَّقْنَا مِنْ قَبْلُ) يُرِيدُ بِهِ قَوْلُهُ لِأَنَّهُ مُتَبَرِّعٌ يَجْعَلُ ثَوَابَ عَمَلِهِ لِأَحَدِهِمَا إِنْ خُذَ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

باب الهدى

(الْهَدْيُ أَدْنَاهُ شَاةٌ) لَمَّا رُوِيَ «أَنَّهُ ﷺ سَأَلَ عَنْ الْهَدْيِ فَقَالَ: أَدْنَاهُ شَاةٌ» قَالَ (وَهُوَ مِنْ ثَلَاثَةِ أَنْوَاعٍ: الْإِبِلِ وَالْبَقَرِ وَالْغَنَمِ) لِأَنَّهُ ﷺ لَمَّا جَعَلَ الشَّاةَ أَدْنَى فَلَا بُدَّ أَنْ يَكُونَ لَهُ أَعْلَى وَهُوَ الْبَقَرُ وَالْجَزُورُ، وَلِأَنَّ الْهَدْيَ مَا يُهْدَى إِلَى الْحَرَمِ لِيُقْتَرَبَ بِهِ فِيهِ، وَالْأَصْنَافُ الثَّلَاثَةُ سَوَاءٌ فِي هَذَا الْمَعْنَى

الشرح:

(بَابُ الْهَدْيِ): لَمَّا كَثُرَ دَوْرُ لَفْظِ الْهَدْيِ فِيمَا تَقَدَّمَ مِنَ الْمَسَائِلِ نُسَكَّا وَجَزَأَ وَمَثُوتَةً احْتِجَاجًا إِلَى بَيَانِ الْهَدْيِ وَمَا يَتَعَلَّقُ بِهِ مِنَ الْمَسَائِلِ، وَلَمَّا لَمْ يَخْلُ وَجُوبُهُ عَنْ أَحَدٍ هَذِهِ الْأَشْيَاءِ أُخِّرَ ذِكْرُهُ عَنْ ذِكْرِ هَذِهِ الْأَشْيَاءِ وَكَلَامُهُ وَاضِحٌ.

(وَلَا يَجُوزُ فِي الْهَدَايَا إِلَّا مَا جَازَ فِي الضَّحَايَا) لِأَنَّهُ قُرْبَةٌ تَعَلَّقَتْ بِإِرَاقَةِ الدِّمِّ كَالْأَضْحِيَّةِ فَيَتَخَصَّصَانِ بِمَحَلٍّ وَاحِدٍ، (وَالشَّاةُ جَائِزَةٌ فِي كُلِّ شَيْءٍ إِلَّا فِي مَوْضِعَيْنِ: مَنْ طَافَ طَوَافَ الزِّيَارَةِ جُنُبًا. وَمَنْ جَامَعَ بَعْدَ الْوُقُوفِ بِعَرَفَةَ فَإِنَّهُ لَا يَجُوزُ فِيهِمَا إِلَّا الْبَدَنَتُ) وَقَدْ بَيَّنَّا الْمَعْنَى فِيمَا سَبَقَ

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَقَدْ بَيَّنَّا الْمَعْنَى فِيمَا سَبَقَ) يُرِيدُ بِهِ قَوْلُهُ بَعْدَ ذِكْرِ رِوَايَةِ ابْنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا وَلِأَنَّ الْجَنَائَةَ أَعْلَى مِنَ الْحَدَثِ. وَقَوْلُهُ: (وَلِأَنَّهُ أَعْلَى أَنْوَاعِ الْإِرْتِفَاقَاتِ) فَتَعَلَّقَ مُوجِبُهُ.

(وَيَجُوزُ الْأَكْلُ مِنْ هَدْيِ التَّطَوُّعِ وَالْمُتَعَتِّ وَالْقِرَانِ) لِأَنَّهُ دَمٌ تُسَكِّ فَيَجُوزُ الْأَكْلُ مِنْهَا بِمَنْزِلَةِ الْأَضْحِيَّةِ، وَقَدْ صَحَّ «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَكَلَ مِنْ لَحْمِ هَدْيِهِ وَحَسَا مِنَ الْمَرْقَةِ» وَيُسْتَحَبُّ لَهُ أَنْ يَأْكُلَ مِنْهَا لَمَّا رَوَيْنَا، وَكَذَلِكَ يُسْتَحَبُّ أَنْ يَتَصَدَّقَ عَلَى الْوَجْهِ الَّذِي عُرِفَ فِي الضَّحَايَا (وَلَا يَجُوزُ الْأَكْلُ مِنْ بَقِيَّةِ الْهَدَايَا) لِأَنَّهَُا دِمَاءٌ كَفَّارَاتٍ، وَقَدْ صَحَّ «أَنَّ

النَّبِيِّ ﷺ لَمَّا أَحْصَرَ بِالْحَدِيثِيَّةِ وَبَعَثَ الْهَدَايَا عَلَى يَدَيِ نَاجِيَةِ الْأَسْلَمِيِّ قَالَ لَهُ: لَا تَأْكُلْ أَنْتَ وَرُفَقَتُكَ مِنْهَا شَيْئًا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَيَجُوزُ الْأَكْلُ مِنْ هَذِي التَّطَوُّعِ) يَعْنِي لِلْمُهْدِي وَالْأَغْنِيَاءِ إِذَا ذُبِحَ فِي مَحَلِّهِ عَلَى مَا نَذَرُوهُ، وَأَمَّا الْفُقَرَاءُ فَيَجُوزُ لَهُمُ الْأَكْلُ مِنْ جَمِيعِ الْهَدَايَا. وَقَوْلُهُ (وَحَسَا مِنْ الْمَرْقَةِ) أَيِ شَرِبَ.

وَقَوْلُهُ (وَيُسْتَحَبُّ لَهُ أَنْ يَأْكُلَ مِنْهَا) لِأَنَّهُ لَمَّا لَمْ يَكُنِ الْجَوَازُ مُسْتَلْزِمًا لِلِاسْتِحْبَابِ ذَكَرَهُ ثَانِيًا بَيَانًا لِلِاسْتِحْبَابِ، وَلَوْ ذَكَرَ الْاسْتِحْبَابَ أَوَّلًا اسْتَعْنَى عَنْ بَيَانِ الْجَوَازِ لِاسْتِلْزَامِ الْاسْتِحْبَابِ إِيَّاهُ. وَقَوْلُهُ لَمَّا رَوَيْنَا إِشَارَةً إِلَى قَوْلِهِ «أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَكَلَ مِنْ لَحْمِ هَذِيهِ».

وَلِئَمَّا أَتَتْ الضَّمِيرَ فِي مِنْهَا لِلرُّجُوعِ إِلَى هَذِي الْمُتَعَةِ وَالْقِرَانِ وَالتَّطَوُّعِ. وَقَوْلُهُ (وَكَذَلِكَ يُسْتَحَبُّ أَنْ يَتَّصِدَّقَ) ظَاهِرٌ، وَقَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «لَا تَأْكُلْ أَنْتَ وَرُفَقَتُكَ مِنْهَا شَيْئًا» إِنَّمَا نَهَاهُمْ عَنْ الْأَكْلِ لِأَنَّهُمْ كَانُوا أَغْنِيَاءَ.

(وَلَا يَجُوزُ ذَبْحُ هَذِي التَّطَوُّعِ وَالْمُتَعَةِ وَالْقِرَانِ إِلَّا فِي يَوْمِ النُّحْرِ) قَالَ الْعَبْدُ الضَّعِيفُ (وَفِي الْأَصْلِ يَجُوزُ ذَبْحُ دَمِ التَّطَوُّعِ قَبْلَ يَوْمِ النُّحْرِ، وَذَبْحُهُ يَوْمَ النُّحْرِ أَفْضَلُ وَهَذَا هُوَ الصَّحِيحُ) لِأَنَّ الْقُرْبَةَ فِي التَّطَوُّعَاتِ بِاعْتِبَارِ أَنَّهَا هَدَايَا وَذَلِكَ يَتَحَقَّقُ بِتَبْلِيغِهَا إِلَى الْحَرَمِ، فَإِذَا وَجِدَ ذَلِكَ جَازَ ذَبْحُهَا فِي غَيْرِ يَوْمِ النُّحْرِ، وَفِي أَيَّامِ النُّحْرِ أَفْضَلُ لِأَنَّ مَعْنَى الْقُرْبَةِ فِي إِرَاقَةِ الدَّمِ فِيهَا أَظْهَرُ.

أَمَّا دَمُ الْمُتَعَةِ وَالْقِرَانِ فَلَقَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿فَكُلُوا مِنْهَا وَأَطْعِمُوا الْبَائِسَ الْفَقِيرَ﴾ ثُمَّ لِيَقْضُوا تَفَثَهُمْ ﴿[الحج: ٢٨، ٢٩] وَقَضَاءُ التَّفَثِ يَخْتَصُّ بِيَوْمِ النُّحْرِ، وَلِأَنَّهُ دَمٌ نُسِكَ فَيَخْتَصُّ بِيَوْمِ النُّحْرِ كَالْأَضْحِيَّةِ (وَيَجُوزُ ذَبْحُ بَقِيَّةِ الْهَدَايَا فِي أَيِّ وَقْتٍ شَاءَ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَا يَجُوزُ إِلَّا فِي يَوْمِ النُّحْرِ اعْتِبَارًا بِدَمِ الْمُتَعَةِ وَالْقِرَانِ، فَإِنْ كُلُّ وَاحِدٍ دَمٌ جَبَرِ عِنْدَهُ. وَلَنَا أَنَّ هَذِهِ دِمَاءَ كَفَّارَاتٍ فَلَا تَخْتَصُّ بِيَوْمِ النُّحْرِ لِأَنَّهَا لَمَّا وَجَبَتْ لَجَبَرِ النُّقْصَانِ كَانَ التَّعَجِيلُ بِهَا أَوْلَى لَارْتِفَاعِ النُّقْصَانِ بِهِ مِنْ غَيْرِ تَأْخِيرٍ، بِخِلَافِ دَمِ الْمُتَعَةِ وَالْقِرَانِ لِأَنَّهُ دَمٌ نُسِكَ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلَا يَجُوزُ ذَبْحُ هَذِي التَّطَوُّعِ) ظَاهِرٌ وَوَجْهُ الاستِدْلَالِ بِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿فَكُلُوا مِنْهَا وَأَطْعِمُوا الْبَائِسَ الْفَقِيرَ﴾ ٢٨ [الحج: ٢٨، ٢٩] أَنْ اللَّهَ تَعَالَى عَطَفَ قَضَاءَ التَّفَثِ عَلَى الْأَكْلِ مِنْ بَهِيمَةِ الْأَنْعَامِ الَّتِي نَحَرُوهَا (وَقَضَاءُ التَّفَثِ مُخْتَصٌّ بِيَوْمِ النَّحْرِ) فَيَكُونُ النَّحْرُ كَذَلِكَ.

وَأَعْتَرَضَ بِأَنْ تُمَّ لِلتَّرَاخِي فَرُبَّمَا يَكُونُ الذَّبْحُ قَبْلَ يَوْمِ النَّحْرِ وَقَضَاءُ التَّفَثِ فِيهِ. وَأُجِيبَ بِأَنْ مُوجِبٌ ثُمَّ فِي التَّرَاخِي يَتَحَقَّقُ بِالتَّأْخِيرِ سَاعَةً، فَلَوْ جَازَ الذَّبْحُ قَبْلَ يَوْمِ النَّحْرِ جَازَ قَضَاءُ التَّفَثِ بَعْدَهُ بِسَاعَةٍ وَلَيْسَ كَذَلِكَ.

وَقَوْلُهُ (وَلَأَنَّهُ دَمٌ نُسَكٌ) أَيُّ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا دَمٌ نُسَكٌ وَلِهَذَا حَلَّ لَهُ التَّنَاوُلُ مِنْهُ فَيَخْتَصُّ بِالْحَرَمِ كَالْأَضْحِيَّةِ. وَقَوْلُهُ (وَيَجُوزُ ذَبْحُ بَقِيَّةِ الْهَدَايَا) ظَاهِرٌ. وَالْفِجَاجُ جَمْعُ الْفَجِّ: وَهُوَ الطَّرِيقُ الْوَاسِعُ بَيْنَ الْجَبَلَيْنِ.

قَالَ (وَلَا يَجُوزُ ذَبْحُ الْهَدَايَا إِلَّا فِي الْحَرَمِ) لِقَوْلِهِ تَعَالَى فِي جَزَاءِ الصَّيْدِ: ﴿هَذَا بَلِغُ الْكَعْبَةِ﴾ [المائدة: ٩٥] فَصَارَ أَصْلًا فِي كُلِّ دَمٍ هُوَ كَفَّارَةٌ، وَلَأَنَّ الْهَدْيَ اسْمٌ لِمَا يُهْدَى إِلَى مَكَانٍ وَمَكَائِهِ الْحَرَمُ. قَالَ ﷺ: «مَنْ كَلَّهَا مَنْحَرٌ، وَفِجَاجٌ مَكَّةَ كُلُّهَا مَنْحَرٌ»^(١).

(وَيَجُوزُ أَنْ يَتَصَدَّقَ بِهَا عَلَى مَسَاكِينِ الْحَرَمِ وَغَيْرِهِمْ) خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ لِأَنَّ الصَّدَقَةَ قُرْبَةً مَعْقُولَةً، وَالصَّدَقَةَ عَلَى كُلِّ فَقِيرٍ قُرْبَةً.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَيَجُوزُ أَنْ يَتَصَدَّقَ بِهَا عَلَى مَسَاكِينِ الْحَرَمِ وَغَيْرِهِمْ) يَعْنِي بَعْدَمَا ذَبَحَهَا فِي الْحَرَمِ.

قَالَ (وَلَا يَجِبُ التَّعْرِيفُ بِالْهَدَايَا) لِأَنَّ الْهَدْيَ يُنْبِئُ عَنِ النُّقْلِ إِلَى مَكَانٍ لِيَتَقَرَّبَ بِإِرَاقَةِ دَمِهِ فِيهِ لَا عَنِ التَّعْرِيفِ فَلَا يَجِبُ، فَإِنْ عُرِفَ بِهَدْيِ الْمُتَعَتِّ فَحَسَنَ لِأَنَّهُ يَتَوَقَّعُ بِيَوْمِ النَّحْرِ فَعَسَى أَنْ لَا يَجِدَ مَنْ يُمَسِكُهُ فَيَحْتَاجُ إِلَى أَنْ يَعْرِفَ بِهِ، وَلَأَنَّهُ دَمٌ نُسَكٌ فَيَكُونُ مَبْنَاهُ عَلَى التَّشْهِيرِ بِخِلَافِ دِمَاءِ الْكَفَّارَاتِ لِأَنَّهُ يَجُوزُ ذَبْحُهَا قَبْلَ يَوْمِ النَّحْرِ عَلَى مَا ذَكَرْنَا وَسَبَبُهَا الْجِنَايَةُ فَيَلِيقُ بِهَا السُّتْرُ.

(١) أخرجه أبو داود (١٩٣٧)، وابن ماجه (٣٠٤٨)، وأحمد (٣٣٦/٣).

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلَا يَجِبُ التَّعْرِيفُ بِالْهَدَايَا) أَيُ الْإِثْيَانِ بِهَا إِلَى عَرَفَاتٍ. وَقَوْلُهُ (عَلَى مَا ذَكَرْنَا) إشارَةً إِلَى قَوْلِهِ لَأَنَّهَا لَمْ وَجِبَتْ لِحَبْرِ التَّقْصَانِ كَانَ التَّعْجِيلُ بِهَا أَوْلَى لَارْتِفَاعِ التَّقْصَانِ بِهِ

قَالَ (وَالْأَفْضَلُ فِي الْبُذْنِ النَّحْرُ وَفِي الْبَقَرِ وَالْغَنَمِ الذَّبْحُ) لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿ فَصَلِّ لِرَبِّكَ وَانْحَرْ ﴾ [الكوثر: ١٢] قِيلَ فِي تَأْوِيلِهِ الْجَزُورُ، وَقَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿ أَنْ تَذْخُوا بِقَرَّةٍ ﴾ [البقرة: ١٦٧] وَقَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿ وَفَدَيْنَهُ بِذَبْحٍ عَظِيمٍ ﴾ [الصافات: ١٠٧] وَالذَّبْحُ مَا أُعِدُّ لِلذَّبْحِ، وَقَدْ صَحَّ «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَحَرَ الْإِبِلَ وَذَبَحَ الْبَقَرَ وَالْغَنَمَ»^(١)، ثُمَّ إِنْ شَاءَ نَحَرَ الْإِبِلَ فِي الْهَدَايَا قِيَامًا وَأَضْجَعَهَا، وَأَيُّ ذَلِكَ فَعَلَ فَهُوَ حَسَنٌ.

وَالْأَفْضَلُ أَنْ يَنْحَرَهَا قِيَامًا لِمَا رُوِيَ «أَنَّهُ ﷺ نَحَرَ الْهَدَايَا قِيَامًا» وَأَصْحَابُهُ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُمْ كَانُوا يَنْحَرُونَهَا قِيَامًا مَعْقُولَةً يَدِ الْيُسْرَى، وَلَا يَذْبَحُ الْبَقَرَ وَالْغَنَمَ قِيَامًا لِأَنَّ فِي حَالَتِهِ الْاضْطِجَاعِ الْمَذْبَحُ أَبْيَنُ فَيَكُونُ الذَّبْحُ أَيْسَرَ وَالذَّبْحُ هُوَ السُّنَّةُ فِيهِمَا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَالْأَفْضَلُ فِي الْبُذْنِ النَّحْرُ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (قِيلَ فِي تَأْوِيلِهِ الْجَزُورُ) يَعْنِي انْحَرَ الْجَزُورَ وَكَلَامُهُ فِي الْبَاقِي وَاضِحٌ.

قَالَ (وَالْأَوْلَى أَنْ يَتَوَلَّى ذَبْحَهَا بِنَفْسِهِ إِذَا كَانَ يُحْسِنُ ذَلِكَ) لِمَا رُوِيَ «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ سَاقَ مِائَةَ بَدَنَةٍ فِي حَجَّةِ الْوُدَّاعِ فَنَحَرَ نَيْفًا وَسَتِينَ بِنَفْسِهِ، وَوَلَّى الْبَاقِيَ عَلِيًّا رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ»، وَلِأَنَّهُ قُرْبَةٌ وَالتَّوَلَّى فِي الْقُرْبَاتِ أَوْلَى لِمَا فِيهِ مِنْ زِيَادَةِ الْخُشُوعِ، إِلَّا أَنَّ الْإِنْسَانَ قَدْ لَا يَهْتَدِي لِذَلِكَ وَلَا يُحْسِنُهُ فَجَوَزْنَا تَوَلِيَّتَهُ غَيْرَهُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (فَنَحَرَ نَيْفًا وَسَتِينَ) النِّيفُ بِالتَّشْدِيدِ كُلُّ مَا كَانَ بَيْنَ عَقْدَيْنِ وَقَدْ يُخَفَّفُ، وَعَنْ الْمُبَرِّدِ أَنَّهُ مِنْ وَاحِدَةٍ إِلَى ثَلَاثٍ، وَالتَّضْحُ الرُّشُّ وَالْبَلُّ. وَمِنْهُ يُنْضَحُ صَرْعَهَا بِكَسْرِ الضَّادِ.

قَالَ (وَيَتَصَدَّقُ بِجَلَالِهَا وَخَطَامِهَا وَلَا يُعْطَى أَجْرَةَ الْجَزَارِ مِنْهَا) «لِقَوْلِهِ ﷺ لَعَلِّي

(١) أخرجه البخاري (٥٥٤٨، ٥٥٥٩)، ومسلم في الحج (حديث ١١٩، ١٢٠).

ﷺ: «تَصَدَّقْ بِجَلَالِهَا وَيَخْطُمِهَا وَلَا تُعْطِ أَجَرَ الْجَزَارِ مِنْهَا»^(١).

(وَمَنْ سَاقَ بَدَنَةً فَاضْطُرَّ إِلَى رُكُوبِهَا رَكِبَهَا، وَإِنْ اسْتَغْنَى عَنْ ذَلِكَ لَمْ يَرْكَبَهَا) لَأَنَّهُ جَعَلَهَا خَالِصَةً لِلَّهِ تَعَالَى، فَمَا يَنْبَغِي أَنْ يَصْرِفَ شَيْئًا مِنْ عَيْنِهَا أَوْ مَنْافِعِهَا إِلَى نَفْسِهِ إِلَى أَنْ يَبْلُغَ مَحِلَّهُ، إِلَّا أَنْ يَحْتَاجَ إِلَى رُكُوبِهَا لِمَا رَوَى «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ رَأَى رَجُلًا يَسُوقُ بَدَنَةً فَقَالَ: ارْكَبَهَا وَبِكَ» وَتَأْوِيلُهُ أَنَّهُ كَانَ عَاجِزًا مُحْتَاجًا وَكَو رَكِبَهَا فَانْتَقَصَ بِرُكُوبِهِ فَعَلَيْهِ ضَمَانُ مَا نَقَصَ مِنْ ذَلِكَ.

(وَأِنْ كَانَ لَهَا لَبَنٌ لَمْ يَحْلُبْهَا) لِأَنَّ اللَّبَنَ مُتَوَلِّدٌ مِنْهَا فَلَا يَصْرِفُهُ إِلَى حَاجَةٍ نَفْسِهِ (وَيَنْضِجُ ضَرْعَهَا بِالْمَاءِ الْبَارِدِ حَتَّى يَنْقَطِعَ اللَّبَنُ) وَلَكِنْ هَذَا إِذَا كَانَ قَرِيبًا مِنْ وَقْتِ الذَّبْحِ فَإِنْ كَانَ بَعِيدًا مِنْهُ يَحْلُبُهَا وَيَتَصَدَّقُ بِلَبَنِهَا كَيْ لَا يَضُرَّ ذَلِكَ بِهَا، وَإِنْ صَرَفَهُ إِلَى حَاجَةٍ نَفْسِهِ تَصَدَّقَ بِمِثْلِهِ أَوْ بِقِيمَتِهِ لَأَنَّهُ مَضْمُونٌ عَلَيْهِ.

(وَمَنْ سَاقَ هَدِيًّا فَعَطَبَ، فَإِنْ كَانَ تَطَوُّعًا فَلَيْسَ عَلَيْهِ غَيْرُهُ) لِأَنَّ الْقُرْبَةَ تَعَلَّقَتْ بِهَذَا الْمَحَلِّ وَقَدْ فَاتَ (وَأِنْ كَانَ عَنْ وَاجِبٍ فَعَلَيْهِ أَنْ يُقِيمَ غَيْرَهُ مَقَامَهُ) لِأَنَّ الْوَاجِبَ بَاقٍ فِي ذِمَّتِهِ (وَأِنْ أَصَابَهُ عَيْبٌ كَبِيرٌ يُقِيمُ غَيْرَهُ مَقَامَهُ) لِأَنَّ الْمَعِيبَ بِمِثْلِهِ لَا يَتَأَدَّى بِهِ الْوَاجِبُ فَلَا بُدَّ مِنْ غَيْرِهِ (وَصَنَعَ بِالْمَعِيبِ مَا شَاءَ) لَأَنَّهُ التَّحِقُّ بِسَائِرِ أَمْلَاكِهِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ سَاقَ هَدِيًّا فَعَطَبَ) ظَاهِرٌ. وَاعْتَرَضَ بِأَنَّهُ لَمْ لَا يَكُونُ كَالْأَضْحِيَّةِ الْفَقِيرِ فَإِنَّ عَلَيْهِ تَطَوُّعًا وَمَعَ ذَلِكَ وَجَبَ عَلَيْهِ إِعَادَتُهُ إِذَا ضَلَّتْ الشَّاةُ الْمُشْتَرَاةَ لَهَا، حَتَّى لَوْ اشْتَرَى غَيْرَهَا ثُمَّ وَجَدَ الضَّالَّةَ وَجَبَ عَلَيْهِ ذَبْحُهَا؟ وَأَجِيبَ بِأَنَّ ذَلِكَ فِيمَا إِذَا أُوجِبَ الْفَقِيرُ بِلِسَانِهِ عَلَى نَفْسِهِ فِي كُلِّ وَاحِدَةٍ مِنَ الشَّائِئِينَ بَعْدَمَا اشْتَرَاهَا لِلْأَضْحِيَّةِ، حَتَّى لَوْ لَمْ يَفْعَلْ كَذَلِكَ لَا يَجِبُ عَلَيْهِ شَيْءٌ بِمَجَرَّدِ الشَّرَاءِ لِلْأَضْحِيَّةِ قَالَ فِي فَتَاوَى قَاضِي خَانَ: لَوْ اشْتَرَى الْفَقِيرُ شَاةً لِلْأَضْحِيَّةِ فَمَاتَتْ أَوْ بَاعَهَا لَا تَلْزَمُهُ أُخْرَى وَكَذَا لَوْ ضَلَّتْ.

وَالْعَيْبُ الْكَبِيرُ هُوَ أَنْ يَذْهَبَ أَكْثَرُ مِنْ ثُلْثِ الْأُذُنِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَعِنْدَهُمَا هُوَ أَنْ يَذْهَبَ أَكْثَرُ مِنْ نِصْفِهَا، وَالْعَطَبُ بِفَتْحَيْنِ: الْهَلَاكُ، وَمَعْنَى عَطَبْتُ الْبَدَنَةَ: أَيُّ قَرَبْتُ إِلَى الْعَطَبِ وَبِهَذَا خَرَجَ الْجَوَابُ عَمَّا قِيلَ هَذَا وَقَعَ مُكَرَّرًا بِمَا قَالَ أَوَّلًا وَمَنْ سَاقَ هَدِيًّا

(١) أخرجه البخاري (١٧٠٧)، ومسلم في الحج (حديث ٣٤٩).

فَعَطِبَ؛ لَأَنَّ ذَاكَ فِي حَقِيقَةِ الْعَطَبِ وَهَذَا فِي الْإِشْرَافِ عَلَيْهِ. وَالْجَزْرُ بِفَتْحَيْنِ: اللَّحْمُ الَّذِي يَأْكُلُهُ السَّبَّاعُ.

(وَإِذَا عَطِبَتِ الْبَدَنَةُ فِي الطَّرِيقِ، فَإِنْ كَانَ تَطَوُّعًا نَحَرَهَا وَصَبَغَ نَعْلَهَا بِدَمِهَا وَضَرَبَ بِهَا صَفْحَتَهُ سَنَامِيًا وَلَا يَأْكُلُ هُوَ وَلَا غَيْرُهُ مِنَ الْأَغْنِيَاءِ) مِنْهَا بِذَلِكَ أَمْرُ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ نَاجِيَةً الْأُسْلَمِيِّ ﷺ وَالْمُرَادُ بِالنَّعْلِ قِلَادَتُهَا، وَفَائِدَةُ ذَلِكَ أَنَّ يَعْلَمَ النَّاسُ أَنَّهُ هَدْيٌ فَيَأْكُلُ مِنْهُ الْفُقَرَاءُ دُونَ الْأَغْنِيَاءِ.

وَهَذَا لِأَنَّ الْإِدْنَ بِتَنَاوُلِهِ مُعَلَّقٌ بِشَرْطِ بُلُوغِهِ مَحَلَّهُ، فَيَنْبَغِي أَنْ لَا يَحِلَّ قَبْلَ ذَلِكَ أَصْلًا، إِلَّا أَنْ التَّصَدَّقَ عَلَى الْفُقَرَاءِ أَفْضَلُ مِنْ أَنْ يَتْرُكَهُ جَزْرًا لِلْسَّبَّاعِ، وَفِيهِ نَوْعُ تَقَرُّبٍ وَالتَّقَرُّبُ هُوَ الْمَقْصُودُ (فَإِنْ كَانَتْ وَاجِبَةً أَقَامَ غَيْرَهَا مَقَامَهَا وَصَنَعَ بِهَا مَا شَاءَ) لِأَنَّهُ لَمْ يَبْقَ صَالِحًا لِمَا عَيْنُهُ وَهُوَ مِلْكُهُ كَسَائِرِ أَمْلَاكِهِ

(وَيُقَلَّدُ هَدْيَ التَّطَوُّعِ وَالْمُتَعَةِ وَالْقِرَانِ) لِأَنَّهُ دَمٌ تُسَكُّ، وَفِي التَّقْلِيدِ إِظْهَارُهُ وَتَشْهِيرُهُ فَيَلِيقُ بِهِ (وَلَا يُقَلَّدُ دَمُ الْإِحْصَارِ وَلَا دَمُ الْجِنَايَاتِ) لِأَنَّ سَبَبَهَا الْجِنَايَةُ وَالسُّتْرُ أَلِيقُ بِهَا، وَدَمُ الْإِحْصَارِ جَابِرٌ فَيَلْحَقُ بِجِنْسِهَا. ثُمَّ ذَكَرَ الْهَدْيَ وَمُرَادُهُ الْبَدَنَةُ لِأَنَّهُ لَا يُقَلَّدُ الشَّاةَ عَادَةً. وَلَا يُسَنُّ تَقْلِيدُهَا عِنْدَنَا لِعَدَمِ فَائِدَةِ التَّقْلِيدِ عَلَى مَا تَقَدَّمَ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (عَلَى مَا تَقَدَّمَ) إِمَارَةٌ إِلَى مَا ذَكَرَ قُبَيْلَ بَابِ الْقِرَانِ بِقَوْلِهِ: (وَتَقْلِيدُ الشَّاةِ غَيْرُ مُعْتَادٍ وَلَيْسَ بِسُنَّةٍ).

مسائل منثورة

(أَهْلُ عَرَفَةَ إِذَا وَقَفُوا فِي يَوْمٍ وَشَهِدَ قَوْمٌ أَنَّهُمْ وَقَفُوا يَوْمَ النُّحْرِ أَجْزَأُهُمْ) وَالْقِيَاسُ أَنَّ لَا يَجْزِيهِمْ اعْتِبَارًا بِمَا إِذَا وَقَفُوا يَوْمَ التَّرْوِيَةِ، وَهَذَا لِأَنَّهُ عِبَادَةٌ تَخْتَصُّ بِزَمَانٍ وَمَكَانٍ فَلَا يَقَعُ عِبَادَةٌ دُونَهُمَا.

وَجَهَ الْأَسْتِحْسَانِ أَنَّ هَذِهِ شَهَادَةٌ قَامَتْ عَلَى النَّفْيِ وَعَلَى أَمْرٍ لَا يَدْخُلُ تَحْتَ الْحُكْمِ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ مِنْهَا نَفْيُ حُجَّتِهِمْ، وَالْحُجُّ لَا يَدْخُلُ تَحْتَ الْحُكْمِ فَلَا تُقْبَلُ، وَلَئِنْ فِيهِ بَلَوَى عَامًّا لَتَعَدَّرَ الْاحْتِرَازُ عَنْهُ وَالتَّدَارُكُ غَيْرُ مُمَكِّنٍ، وَفِي الْأَمْرِ بِالْإِعَادَةِ حَرَجٌ بَيْنَ فَوْجَبِ أَنْ يَكْتَفِيَ بِهِ عِنْدَ الْأَشْتِيَاحِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا وَقَفُوا يَوْمَ التَّرْوِيَةِ لِأَنَّ التَّدَارُكَ مُمَكِّنٌ فِي الْجُمْلَةِ

بأن يزول الاشتباه يوم عرفة، ولأن جواز المؤخر له نظير ولا كذلك جواز المقدم.

قَالُوا: يَنْبَغِي لِلْحَاكِمِ أَنْ لَا يَسْمَعَ هَذِهِ الشَّهَادَةَ وَيَقُولَ قَدْ تَمَّ حُجُّ النَّاسِ فَأَنْصَرِفُوا لِأَنَّهُ لَيْسَ فِيهَا إِلَّا إِيقَاعُ الْفِتْنَةِ. وَكَذَا إِذَا شَهِدُوا عَشِيَّةَ عَرَفَةَ بِرُؤْيَا الْهَلَالِ، وَلَا يُمْكِنُهُ الْوُقُوفُ فِي بَقِيَّةِ اللَّيْلِ مَعَ النَّاسِ أَوْ أَكْثَرِهِمْ لَمْ يَعْمَلْ بِتِلْكَ الشَّهَادَةِ.

الشرح:

(مَسَائِلُ مَشْهُورَةٌ): مِنْ عَادَةِ الْمُصَنِّفِينَ أَنْ يَذْكُرُوا فِي آخِرِ الْكِتَابِ مَا شَدَّ وَتَدَّرَ مِنَ الْمَسَائِلِ فِي الْأَبْوَابِ السَّالِفَةِ فِي فَصْلِ عَلَى حِدَةٍ تَكْثِيرًا لِلْفَائِدَةِ، وَيُتْرَجِّمُوا عَنْهُ بِمَسَائِلٍ مَشْهُورَةٍ أَوْ مَسَائِلٍ مُتَفَرِّقَةٍ أَوْ مَسَائِلٍ شَتَّى أَوْ مَسَائِلٍ لَمْ تَدْخُلْ فِي الْأَبْوَابِ. وَصُورَةُ الْمَسْأَلَةِ أَنْ يَشْهَدَ قَوْمٌ أَلَهُمْ رَأَوْا هَلَالَ ذِي الْحِجَّةِ فِي لَيْلَةٍ كَانَ الْيَوْمُ الَّذِي وَقَفُوا فِيهِ الْيَوْمَ الْعَاشِرَ، وَكَلَامُهُ وَاضِحٌ لَا يَقْبَلُ الشَّرْحَ.

وَقَوْلُهُ: (وَكَذَا إِذَا شَهِدُوا عَشِيَّةَ عَرَفَةَ) صَوْرَتُهُ أَنَّ الشُّهُودَ شَهِدُوا فِي الطَّرِيقِ قَبْلَ أَنْ يَلْحَقُوا عَرَفَاتَ عَشِيَّةَ عَرَفَةَ وَقَالُوا: رَأَيْنَا هَلَالَ ذِي الْحِجَّةِ وَهَذَا الْيَوْمَ هُوَ التَّاسِعُ، فَإِنْ كَانَ الْإِمَامُ لَا يَلْحَقُ الْوُقُوفَ فِي بَقِيَّةِ اللَّيْلِ مَعَ أَكْثَرِ النَّاسِ لَا تُسْمَعُ هَذِهِ الشَّهَادَةُ وَيَقْفُونَ مِنَ الْعَدِّ بَعْدَ الزَّوَالِ لِأَنَّهُمْ لَمَّا شَهِدُوا وَقَدْ تَعَذَّرَ الْوُقُوفُ صَارَ كَأَنَّهُمْ شَهِدُوا بَعْدَ الْوَقْتِ فَلَا تُسْمَعُ وَإِنْ كَانَ يَلْحَقُ الْوُقُوفَ مَعَ أَكْثَرِ النَّاسِ، وَلَكِنْ لَا يَلْحَقُ الضَّعْفَةُ فَإِنْ وَقَفَ جَازَ وَإِلَّا فَاتَ الْحُجُّ لِأَنَّهُ تَرَكَ الْوُقُوفَ مَعَ الْعِلْمِ بِهِ وَالْقُدْرَةِ عَلَيْهِ لِأَنَّ الْمُعْتَبَرَ قُدْرَةُ الْأَكْثَرِ دُونَ الْأَقْلَى.

قَالَ (وَمَنْ رَمَى فِي الْيَوْمِ الثَّانِي الْجَمْرَةَ الْوُسْطَى وَالثَّلَاثَةَ وَلَمْ يَرَمْ الْأُولَى، فَإِنْ رَمَى الْأُولَى ثُمَّ الْبَاقِيَتَيْنِ فَحَسَنٌ) لِأَنَّهُ رَاعَى التَّرْتِيبَ الْمَسْنُونُ (وَلَوْ رَمَى الْأُولَى وَحْدَهَا أَجْزَأُهُ) لِأَنَّهُ تَدَارَكَ الْمَتْرُوكَ فِي وَقْتِهِ، وَإِنَّمَا تَرَكَ التَّرْتِيبَ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَا يَجْزِيهِ مَا لَمْ يُعِدِ الْكُلَّ لِأَنَّهُ شَرَعَ مُرْتَبًا فَصَارَ كَمَا إِذَا سَعَى قَبْلَ الطَّوَافِ أَوْ بَدَأَ بِالْمَرْوَةِ قَبْلَ الصَّفَا.

وَلَنَا أَنَّ كُلَّ جَمْرَةٍ قُرْبَةٍ مَقْصُودَةٌ بِنَفْسِهَا فَلَا يَتَعَلَّقُ الْجَوَازُ بِتَقْدِيمِ الْبَعْضِ عَلَى الْبَعْضِ، بِخِلَافِ السَّعْيِ لِأَنَّهُ تَابِعٌ لِلطَّوَافِ لِأَنَّهُ دُونَهُ، وَالْمَرْوَةُ عُرِفَتْ مُنْتَهَى السَّعْيِ بِالنَّصِّ فَلَا تَتَعَلَّقُ بِهَا الْبِدَاءَةُ.

الشرح:

(وَمَنْ رَمَى فِي الْيَوْمِ الثَّانِي الْجَمْرَةَ الْوُسْطَى وَالثَّلَاثَةَ وَلَمْ يَرَمْ الْأُولَى) يَغْنِي الَّتِي تَلِي مَسْجِدَ الْخَيْفِ ثُمَّ جَاءَ يُعِيدُ الرَّمْيَ فِي يَوْمِهِ، فَإِنْ اقْتَصَرَ عَلَى رَمْيِ الَّتِي تَرَكَهَا أَجْزَأُهُ لِأَنَّهُ أَتَى بِأَصْلِ الرَّمْيِ فِي وَقْتِهِ، وَإِنَّمَا تَرَكَ الْمُسْتَوْنَ مِنَ التَّرْتِيبِ وَذَلِكَ لَا يُوجِبُ عَلَيْهِ شَيْئًا، وَإِنْ أَعَادَ الْجِمَارَ الثَّلَاثَ فَحَسَنٌ لِمَا فِيهِ مِنْ مُرَاعَاةِ سُنَّةِ التَّرْتِيبِ، وَهَذَا نَظِيرُ مَا سَبَقَ أَنَّ الطَّائِفَ إِذَا دَخَلَ الْحَطِيمَ فِي طَوَافِهِ لَا يَتَّبِعِي لَهُ ذَلِكَ، فَإِنْ أَعَادَ عَلَى الْحَطِيمِ وَحْدَهُ أَجْزَأُهُ، وَإِنْ أَعَادَ الطَّوَافَ كُلَّهُ كَانَ حَسَنًا.

(وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا يُجْزِئُهُ مَا لَمْ يُعِدْ الْكُلَّ لِأَنَّهُ شَرَعَ مُرَّتَبًا) تَرْتِيبًا صَارَ بِهِ الثَّانِي كَالْجُزْءِ مِنَ الْأَوَّلِ بِدَلِيلِ أَنَّهُ إِذَا تَرَكَ الْكُلَّ يَجِبُ دَمٌ وَاحِدٌ فَلَا يَجُوزُ التَّفْرِيقُ فِيمَا بَيْنَهُمَا فَصَارَ تَرْكُ التَّرْتِيبِ فِيهَا كَتَقْدِيمِ السَّعْيِ عَلَى الطَّوَافِ أَوْ الْإِبْدَاءِ بِالْمَرَّةِ قَبْلَ الصَّفَا، بِخِلَافِ الصَّلَوَاتِ فَإِنَّ كُلَّ وَاحِدَةٍ مِنْهَا قُرْبَةٌ مَقْصُودَةٌ بِذَاتِهَا فَلَا يَكُونُ التَّرْتِيبُ بَيْنَهَا وَاجِبًا.

(وَلَنَا أَنَّ كُلَّ جَمْرَةٍ قُرْبَةٌ مَقْصُودَةٌ بِنَفْسِهَا) لَتَعْلُقُ كُلُّ مِنْهَا بِقُفْعَةٍ عَلَى حِدَةٍ وَالْبُقْعَةُ فِي بَابِ الْحَجِّ أَصْلٌ فَكَانَ مَا شَرَعَ فِيهِ أَصْلًا فَلَا يَتَعْلَقُ جَوَازُ الْبَعْضِ بِالْبَعْضِ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ أَعَادَ مُرَّتَبًا كَانَ مُؤَدِّيًا لَا قَاضِيًا. بِخِلَافِ الصَّلَوَاتِ فَإِنَّ النَّصَّ فِيهَا نَاطِقٌ بِأَنَّ مَنْ صَلَّى بِلا تَرْتِيبٍ صَلَّى قَبْلَ وَقْتِهَا فَلَا يَجُوزُ.

وَقَوْلُهُ (لِأَنَّهُ دُونُهُ) أَيُّ؛ لِأَنَّ السَّعْيَ دُونَ الطَّوَافِ يَغْنِي أَحَطَّ مَنَزِلَةً مِنَ الطَّوَافِ؛ لِأَنَّ الطَّوَافَ فَرَضَ كَطَوَافِ الزِّيَارَةِ أَوْ مِنْ جِنْسِ الْفَرَضِ كَطَوَافِ الْقُدُومِ، وَأَمَّا السَّعْيُ فَوَاجِبٌ عَلَى كُلِّ حَالٍ فَكَانَ دُونَ الطَّوَافِ فَصَلَحَ أَنْ يَكُونَ تَابِعًا لِلطَّوَافِ.

وَقَوْلُهُ (وَالْمَرَّةُ عُرِفَتْ مُنْتَهَى السَّعْيِ بِالنَّصِّ) وَهُوَ قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «ابْدَءُوا بِمَا بَدَأَ اللَّهُ بِهِ» أَرَادَ بِهِ قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿إِنَّ الْأَصْفَا وَالْمَرَّةَ مِنْ شَعَائِرِ اللَّهِ﴾ [البقرة: ١٥٨] (فَلَا تَتَعْلَقُ بِهَا الْبِدَءَةُ).

قَالَ (وَمَنْ جَعَلَ عَلَى نَفْسِهِ أَنْ يَحُجَّ مَاشِيًا فَإِنَّهُ لَا يَرْكَبُ حَتَّى يَطُوفَ طَوَافَ الزِّيَارَةِ) وَفِي الْأَصْلِ خَيْرُهُ بَيْنَ الرُّكُوبِ وَالْمَشْيِ، وَهَذَا إِشَارَةٌ إِلَى الْوُجُوبِ، وَهُوَ الْأَصْلُ لِأَنَّهُ التَّزَمَ الْقُرْبَةَ بِصِفَةِ الْكَمَالِ فَتَلَزَمَهُ بِتِلْكَ الصِّفَةِ، كَمَا إِذَا نَذَرَ بِالصَّوْمِ مُتَتَابِعًا وَأَفْعَالُ الْحَجِّ تَنْتَهِي بِطَوَافِ الزِّيَارَةِ فَيَمْشِي إِلَى أَنْ يَطُوفَهُ.

ثُمَّ قِيلَ: يَبْتَدِئُ الْمَشْيَ مِنْ حِينَ يُحْرِمُ، وَقِيلَ مِنْ بَيْتِهِ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُ هُوَ الْمَرَادُ، وَلَوْ رَكِبًا أَرَأَى دَمًا لِأَنَّهُ أَدْخَلَ تَقْصًا فِيهِ، قَالُوا إِنَّمَا يَرْكَبُ إِذَا بَعُدَتْ الْمَسَافَةُ وَشَقَّ عَلَيْهِ الْمَشْيُ، وَإِذَا قَرُبَتْ وَالرَّجُلُ مِمَّنْ يَعْتَادُ الْمَشْيَ وَلَا يَشَقُّ عَلَيْهِ يَنْبَغِي أَنْ لَا يَرْكَبَ

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ جَعَلَ عَلَى نَفْسِهِ أَنْ يَحُجَّ مَاشِيًا) أَيُّ وَمَنْ نَذَرَ أَنْ يَحُجَّ مَاشِيًا وَجَبَ عَلَيْهِ أَنْ لَا يَرْكَبَ حَتَّى يَطُوفَ طَوَافَ الزِّيَارَةِ وَهُوَ رِوَايَةُ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ وَهُوَ الصَّحِيحُ (وَحِثْرٌ فِي الْأَصْلِ) يَعْنِي «الْمَبْسُوطُ» (بَيْنَ الرُّكُوبِ وَالْمَشْيِ) بَعْدَ النَّذْرِ؛ لِأَنَّ الْحَجَّ مَاشِيًا يُكْرَهُ وَرَاكِبًا أَفْضَلُ لِكَثْرَةِ وَرَدِّ فِيهِ النَّصِّ عَلَى مَا نَذَرَهُ فَكَانَ مُخِيرًا.

وَقَوْلُهُ (وَهَذَا) إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ لَا يَرْكَبُ، يَعْنِي رِوَايَةَ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ تَقْتَضِي تَرْكُ الرُّكُوبِ عَلَى سَبِيلِ الْوُجُوبِ لِأَنَّهُ أَخْبَرَ عَنْهُ بِصِغَةِ النَّفْيِ وَهُوَ يَدُلُّ عَلَى عَدَمِ الْمَشْرُوعِيَّةِ فَكَانَ الرُّكُوبُ غَيْرَ مَشْرُوعٍ وَهُوَ الْأَصْلُ) أَيُّ الْمُوَافِقُ لِلْقَوَاعِدِ لِأَنَّ مَنْ أَوْجَبَ عَلَى نَفْسِهِ شَيْئًا عَلَى وَجْهِ الْكَمَالِ لَا يَتَأَدَّى تَأْقِصًا.

وَالْمَشْيُ فِي الْحَجِّ صِفَةُ كَمَالٍ قَالَ ﷺ: «مَنْ حَجَّ مَاشِيًا فَلَهُ بِكُلِّ خُطْوَةٍ حَسَنَةٌ مِنْ حَسَنَاتِ الْحَرَمِ»، قِيلَ وَمَا حَسَنَاتُ الْحَرَمِ؟ قَالَ: «كُلُّ حَسَنَةٍ بِسَبْعِمِائَةٍ» وَرَوَى عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ أَنَّهُ قَالَ بَعْدَمَا كُفَّ بَصَرُهُ: مَا تَأَسَّفْتُ عَلَى شَيْءٍ كَتَأَسَّفِي عَلَى أَنِّي لَمْ أَحُجَّ مَاشِيًا، فَإِنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَدَّمَ الْمَشَاةَ فَقَالَ تَعَالَى: ﴿يَأْتُوكَ رِجَالًا وَعَلَى كُلِّ ضَامِرٍ﴾ [الحج: ٢٧] فَصَارَ كَمَا إِذَا نَذَرَ بِالصَّوْمِ مُتَتَابِعًا لَا يَتَأَدَّى مُتَفَرِّقًا.

واعتَرَضَ بوجهين: أحدهما: أَنَّ النَّذَرَ لَا يَصِحُّ إِلَّا بِمَا لَهُ نَظِيرٌ فِي الْمَشْرُوعَاتِ الْمَفْرُوضَةِ أَوْ الْوَاجِبَةِ، وَلَيْسَ لِلْمَشْيِ نَظِيرٌ. والثاني: أَنَّ أَبَا حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ كَرِهَ الْمَشْيَ فِي طَرِيقِ الْحَجِّ، فَمَا وَجْهُ مَا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ فَإِنَّهُ يُنَاقِضُ ذَلِكَ؟.

وَأُجِيبَ عَنِ الْأَوَّلِ: بِأَنَّ لَهُ أَصْلًا وَهُوَ أَنَّ الْمَكِّيَّ الْفَقِيرَ إِذَا لَمْ يَمْلِكِ الزَّادَ وَالرَّاحِلَةَ وَأَمَكَّنَهُ الْمَشْيُ إِلَى عَرَقاتٍ وَجَبَ عَلَيْهِ الْحَجُّ مَاشِيًا. وَعَنِ الثَّانِي: بِأَنَّ أَبَا حَنِيفَةَ مَا كَرِهَ الْمَشْيَ مُطْلَقًا وَإِنَّمَا كَرِهَ الْجَمْعَ بَيْنَ الصَّوْمِ وَالْمَشْيِ لِأَنَّهُ إِذَا فَعَلَ ذَلِكَ سَاءَ خُلُقُهُ فَجَادَلَ وَالْجِدَالَ مِنْهِي عَنْهُ فِي الْحَجِّ.

وَقَوْلُهُ (وَأَفْعَالُ الْحَجِّ تَنْتَهِي بِطَوَافِ الزِّيَارَةِ) يُرِيدُ بِالْأَفْعَالِ الْأَرْكَانَ لَا مُطْلَقَ

الأفعال، فَإِنَّ رَمِيَ الْجِمَارِ وَغَيْرِهِ مِنْ أَفْعَالِ الْحَجِّ. وَقَوْلُهُ (ثُمَّ قِيلَ) يَعْنِي أَنَّ مُحَمَّدًا لَمْ يَذْكُرْ فِي شَيْءٍ مِنَ الْكُتُبِ مِنْ أَيِّ مَوْضِعٍ يَبْدَأُ. وَاخْتَلَفَ الْمَشَايخُ فِيهِ، فَقِيلَ: يَبْتَدِئُ مِنْ حِينَ يُحْرِمُ وَعَلَيْهِ الْإِمَامُ فَخَرُ الْإِسْلَامِ وَالْإِمَامُ الْعَتَابِيُّ وَغَيْرُهُمَا (وَقِيلَ مِنْ بَيْتِهِ) وَعَلَيْهِ شَمْسُ الْأُئِمَّةِ السَّرْحَسِيِّ وَمَالَ إِلَيْهِ الْمُصَنِّفُ.

وَقَالَ (لَأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُ هُوَ الْمُرَادُ) يَعْنِي أَنَّهُ هُوَ الْمُتَعَارَفُ وَالْعُرْفُ مُعْتَبَرٌ فِي النَّذْرِ، فَإِذَا ثَبَتَ أَنَّهُ وَاجِبٌ (فَلَوْ رَكِبَ أَرَأَى دَمًا لَأَنَّهُ أَذْخَلَ نَقْصًا فِيهِ) يَدُلُّ عَلَى ذَلِكَ مَا رَوَى عَنْ «عُقْبَةَ بْنِ غَامِرٍ الْجُهَنِيِّ» أَنَّهُ جَاءَ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَقَالَ: إِنَّ أُخْتِي نَذَرَتْ أَنْ تُحْجَّ مَاشِيَةً حَافِيَةً، فَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «إِنَّ اللَّهَ تَعَالَى لَغَنِيٌّ عَنْ تَعْدِيبِ أُخْتِكَ مُرَهَا فَلْتَرْكَبْ وَلْتَذْبَحْ لِرُكُوبِهَا شَاةً» وَفِي بَعْضِ الرُّوَايَاتِ «وَلْتَرْقِ دَمًا».

وَقَوْلُهُ (قَالُوا) يَعْنِي الْمَشَايخُ كَأَنَّهُ يَبَيِّنُ التَّوْفِيقَ بَيْنَ رِوَايَةِ الْأَصْلِ وَرِوَايَةِ الْجَامِعِ. رَوَى الْإِمَامُ فَخَرُ الْإِسْلَامِ عَنْ الْفَقِيهِ أَبِي جَعْفَرٍ أَنَّهُ قَالَ: (إِنَّمَا يَرْكَبُ إِذَا بَعْدَتْ الْمَسَافَةُ وَشَقَّ الْمَشْيُ، وَأَمَّا إِذَا قُرُبَتْ وَالرَّجُلُ مِمَّنْ يَتَعَادُ الْمَشْيَ وَلَا يَشْقُ عَلَيْهِ يَنْبَغِي أَنْ لَا يَرْكَبَ). (وَمَنْ بَاعَ جَارِيَةً مُحْرِمَةً قَدْ أَذِنَ لَهَا مَوْلَاهَا فِي ذَلِكَ فَلِلْمُشْتَرِي أَنْ يُحْلِلَهَا وَيُجَامِعَهَا) وَقَالَ زُفَرٌ: لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ لِأَنَّ هَذَا عَقْدٌ سَبَقَ مِلْكُهُ فَلَا يَتِمَّكُنُ مِنْ فَسْخِهِ كَمَا إِذَا اشْتَرَى جَارِيَةً مِنْكُوحَةً.

وَلَنَا أَنَّ الْمُشْتَرِي قَائِمٌ مَقَامَ الْبَائِعِ وَقَدْ كَانَ لِلْبَائِعِ أَنْ يُحْلِلَهَا، فَكَذَا الْمُشْتَرِي إِذَا أَنَّهُ يُكْرَهُ ذَلِكَ لِلْبَائِعِ لَمَّا فِيهِ مِنْ خُلُوفِ الْوَعْدِ، وَهَذَا الْمَعْنَى لَمْ يُوجَدْ فِي حَقِّ الْمُشْتَرِي، بِخِلَافِ النِّكَاحِ لِأَنَّهُ مَا كَانَ لِلْبَائِعِ أَنْ يَفْسخَهُ إِذَا بَاشَرَتْ بِإِذْنِهِ فَكَذَا لَا يَكُونُ ذَلِكَ لِلْمُشْتَرِي، وَإِذَا كَانَ لَهُ أَنْ يُحْلِلَهَا لَا يَتِمَّكُنُ مِنْ رَدِّهَا بِالْعَيْبِ عِنْدَنَا، وَعِنْدَ زُفَرٍ يَتِمَّكُنُ لِأَنَّهُ مَمْنُوعٌ عَنْ غَشْيَانِهَا.

(و) ذُكِرَ (فِي بَعْضِ النُّسخِ أَوْ يُجَامِعُهَا) وَالْأَوَّلُ يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ يُحْلِلُهَا بِغَيْرِ الْجَمَاعِ بِقَصِّ شَعْرٍ أَوْ بِقَلَمٍ ظَفَرٍ ثُمَّ يُجَامِعُ، وَالثَّانِي يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ يُحْلِلُهَا بِالْمُجَامَعَةِ لِأَنَّهُ لَا يَخْلُو عَنْ تَقْدِيمِ مَسِّ يَقَعُ بِهِ التَّحْلِيلُ، وَالْأَوَّلَى أَنْ يُحْلِلَهَا بِغَيْرِ الْمُجَامَعَةِ تَعْظِيمًا لِأَمْرِ الْحَجِّ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ بَاعَ جَارِيَةً مُحْرِمَةً) ظَاهِرٌ. قَوْلُهُ (وَقَدْ كَانَ لِلْبَائِعِ) يَعْنِي عَلَى ظَاهِرِ

الرَّوَايَةُ وَرَوَى ابْنُ سَمَاعَةَ عَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّ الْمَوْلَى إِذَا أَدَنَ لِلْعَبْدِ فِي الْحَجِّ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُحَلِّلَهُ لِأَنَّهُ أَسْقَطَ حَقَّهُ بِالْإِدْنِ فَصَارَ الْعَبْدُ كَالْحُرِّ إِلَّا أَنَّ الْمُشْتَرِي لَهُ أَنْ يُحَلِّلَهُ؛ لِأَنَّ الْإِحْرَامَ لَمْ يَقَعْ بِإِذْنِهِ.

وَقَوْلُهُ (بِخِلَافِ النِّكَاحِ لِأَنَّهُ مَا كَانَ لِلْبَائِعِ فَسَخُّهُ) جَوَابٌ عَنْ قِيَاسِ زُفَرٍ. وَإِنَّمَا لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَفْسَخَ إِذَا كَانَ بِإِذْنِهِ لِمَا أَنَّ النِّكَاحَ حَقُّ الزَّوْجِ فَقَدْ تَعَلَّقَ حَقُّهُ بِهِ بِإِذْنِ الْمَالِكِ فَلَا يَتِمَّكُنُ الْمَالِكُ مِنْ فَسَخِهِ وَإِنْ بَقِيَ مِلْكُهُ لَتَعَلَّقَ حَقُّ الْعَبْدِ بِهِ كَالرَّاهِنِ لَيْسَ لَهُ وَلَايَةُ الْاسْتِمْتَاعِ بِالْمَرْهُونِ لَتَعَلَّقَ حَقُّ الْمُرْتَهِنِ بِإِذْنِهِ، وَالْمُشْتَرِي قَامَ مَقَامُهُ بَعْدَ الشِّرَاءِ، فَكَذَلِكَ لَا يَكُونُ لَهُ حَقُّ الْفَسْخِ أَيْضًا، وَأَمَّا هَهُنَا فَقَدْ اجْتَمَعَ فِي الْجَارِيَةِ حَقَّانِ: حَقُّ اللَّهِ تَعَالَى فِي الْإِحْرَامِ. وَحَقُّ الْمُشْتَرِي فِي الْاسْتِمْتَاعِ، فَيَقْدَمُ حَقُّ الْعَبْدِ لِحَاجَتِهِ عَلَى حَقِّ اللَّهِ تَعَالَى لِفَنَائِهِ.

وَقَوْلُهُ (وَذَكَرَ فِي بَعْضِ النُّسخِ) أَيِ نُسخِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ (أَوْ يُجَامَعُهَا) يَعْنِي قَالَ: فَلِلْمُشْتَرِي أَنْ يُحَلِّلَهَا أَوْ يُجَامَعُهَا، وَبَاقِي كَلَامِهِ ظَاهِرٌ. وَهَذَا آخِرُ الْعِبَادَاتِ، وَاللَّهُ تَعَالَى هُوَ الْمُعِينُ عَلَى الْإِتِمَامِ.

كتاب النكاح

(النَّكَاحُ يَنْعَقِدُ بِالْإِجَابِ وَالْقَبُولِ بِلَفْظَيْنِ يُعَبِّرُ بِهِمَا عَنِ الْمَاضِي) لِأَنَّ الصَّيْغَةَ وَإِنْ

كَانَتْ لِلإِخْبَارِ وَضْعًا فَقَدْ جُعِلَتْ لِلإِنْشَاءِ شَرْعًا دَفْعًا لِلْحَاجَةِ

الشرح:

لَمَّا فَرَعَ مِنَ الْعِبَادَاتِ شَرَعَ فِي الْمَعَامَلَاتِ وَابْتَدَأَ مِنْ بَيْنِهَا بِالنَّكَاحِ؛ لِأَنَّ فِيهِ مَصَالِحَ الدِّينِ وَالْدُّنْيَا، وَقَدْ اشْتَهَرَتْ فِي وَعِيدٍ مَنْ رَغِبَ عَنْهُ وَتَحْرِيزٍ مَنْ رَغِبَ فِيهِ الْآثَارُ، وَمَا اتَّفَقَ فِي حُكْمٍ مِنْ أَحْكَامِ الشَّرْعِ مِثْلُ مَا اتَّفَقَ فِي النَّكَاحِ مِنْ اجْتِمَاعِ دَوَاعِي الشَّرْعِ وَالْعَقْلِ وَالطَّبْعِ.

فَأَمَّا دَوَاعِي الشَّرْعِ مِنَ الْكِتَابِ وَالسُّنَّةِ وَالْإِجْمَاعِ فَظَاهِرَةٌ. وَأَمَّا دَوَاعِي الْعَقْلِ فَإِنَّ كُلَّ عَاقِلٍ يُحِبُّ أَنْ يَبْقَى اسْمُهُ وَلَا يَنْمَحِيَ رَسْمُهُ، وَمَا ذَلِكَ غَالِبًا إِلَّا بِقَاءِ النُّسْلِ. وَأَمَّا الطَّبْعُ فَإِنَّ الطَّبْعَ الْبَهِيمِيَّ مِنَ الذَّكَرِ وَالْأُنْثَى يَدْعُو إِلَى تَحْقِيقِ مَا أُعِدَّ مِنَ الْمُبَاضَعَاتِ الشَّهْوَانِيَّةِ وَالْمُبَاضَاجَاتِ النَّفْسَانِيَّةِ، وَلَا مَزْجَرَةَ فِيهَا إِذَا كَانَتْ بِأَمْرِ الشَّرْعِ وَإِنْ كَانَتْ بِدَوَاعِي الطَّبْعِ بَلْ يُؤْجَرُ عَلَيْهِ، بِخِلَافِ سَائِرِ الْمَشْرُوعَاتِ.

وَالنَّكَاحُ فِي اللَّغَةِ عِبَارَةٌ عَنِ الْوَطْءِ، ثُمَّ قِيلَ لِلتَّزْوُجِ نِكَاحٌ مَجَازًا لِأَنَّهُ سَبَبٌ لَهُ، وَقِيلَ هُوَ مُشْتَرِكٌ بَيْنَهُمَا.

وَفِي الْإِصْطِلَاحِ عَقْدٌ وَضِعَ لِتَمْلِكِ مَنَافِعَ الْبُضْعِ. وَسَبَبُهُ تَعَلُّقُ الْبَقَاءِ الْمَقْدُورِ بِتَعَاطِيهِ. وَشَرْطُهُ الْخَاصُّ حُضُورُ شَاهِدَيْنِ لَا يَنْعَقِدُ إِلَّا بِهِ، بِخِلَافِ بَقِيَّةِ الْأَحْكَامِ فَإِنَّ الشَّهَادَةَ فِيهَا لِلظُّهُورِ عِنْدَ الْحَاكِمِ لَا الْإِنْعِقَادِ. وَشَرْطُهُ الْعَامُّ الْأَهْلِيَّةُ بِالْعَقْلِ وَالْبُلُوغِ وَالْحِلِّ، وَهِيَ امْرَأَةٌ لَمْ يَمْنَعْ مِنْ نِكَاحِهَا مَانِعٌ شَرْعِيٌّ. وَرُكْنُهُ الْإِجَابُ وَالْقَبُولُ كَمَا فِي سَائِرِ الْعُقُودِ؛ وَالْإِجَابُ هُوَ الْمُتَلَفِّظُ بِهِ أَوَّلًا مِنْ أَيِّ جَانِبٍ كَانَ وَالْقَبُولُ جَوَابُهُ.

وَحُكْمُهُ ثُبُوتُ الْحِلِّ عَلَيْهَا وَوُجُوبُ الْمَهْرِ عَلَيْهَا وَحُرْمَةُ الْمَصَاهِرَةِ وَالْجَمْعُ بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ، وَهُوَ فِي حَالَةِ التَّوَقَّانِ وَاجِبٌ؛ لِأَنَّ التَّحَرُّرَ عَنِ الزَّنَا وَاجِبٌ وَهُوَ لَا يَتِمُّ إِلَّا بِالنَّكَاحِ، وَمَا لَا يَتِمُّ الْوَاجِبُ إِلَّا بِهِ فَهُوَ وَاجِبٌ، وَفِي حَالَةِ الْإِعْتِدَالِ مُسْتَحَبٌّ، وَفِي حَالَةِ خَوْفِ الْجَوْرِ مَكْرُوءَةٌ.

قَالَ (النَّكَاحُ يَنْعَقِدُ بِالْإِجَابِ وَالْقَبُولِ) قَدْ ذَكَرْتُ مَعْنَى الْإِنْعِقَادِ فِي كِتَابِ الْبُيُوعِ

عَلَى مَا سَيَأْتِي وَقَوْلُهُ (يُعْبَرُ بِهِمَا) أَي بِلَفْظٍ وَبَيِّنٍ؛ لِأَنَّ التَّعْبِيرَ الْبَيَانَ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿إِنْ كُنْتُمْ لِلرُّءْيَا تَعْبُرُونَ﴾ [يوسف: ١٤٣] أَي تُبَيِّنُونَ، وَإِنَّمَا اخْتِيرَ لَفْظُ الْمَاضِي لِلإِنشَاءِ وَهُوَ الْكَلَامُ الَّذِي لَيْسَ لِنِسْبَتِهِ خَارِجٌ ثَطَابِقُهُ أَوْ لَا ثَطَابِقُهُ لِيَدُلَّ عَلَى التَّحْقِيقِ وَالتَّيَسُّوتِ فَكَانَ أَدْلُ عَلَى قَضَاءِ الْحَاجَةِ.

(وَيَنْعَقِدُ بِلَفْظَيْنِ يُعْبَرُ بِأَحَدِهِمَا عَنِ الْمَاضِي وَبِالْآخَرِ عَنِ الْمُسْتَقْبَلِ، مِثْلَ أَنْ يَقُولَ: زَوْجَنِي، فَيَقُولَ: زَوْجَتُكَ) لِأَنَّ هَذَا تَوْكِيلٌ بِالنِّكَاحِ وَالْوَّاحِدُ يَتَوَلَّى طَرَفَيْ النِّكَاحِ عَلَى مَا تُبَيِّنُهُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (عَلَى مَا تُبَيِّنُهُ) يَعْنِي فِي أَوَّلِ فَصْلِ الْوَكَالَةِ فِي النِّكَاحِ. (وَيَنْعَقِدُ بِلَفْظِ النِّكَاحِ وَالتَّزْوِيجِ وَالْهَبَةِ وَالتَّمْلِكِ وَالصَّدَقَةِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَا يَنْعَقِدُ إِلَّا بِلَفْظِ النِّكَاحِ وَالتَّزْوِيجِ لِأَنَّ التَّمْلِكَ لَيْسَ حَقِيقَةً فِيهِ وَلَا مَجَازًا عَنْهُ لِأَنَّ التَّزْوِيجَ لِلتَّلْفِيقِ وَالنِّكَاحُ لِلضَّمِّ، وَلَا ضَمٌّ وَلَا اِزْدِوَاجٌ بَيْنَ الْمَالِكِ وَالْمَمْلُوكَةِ أَصْلًا. وَلَنَا أَنَّ التَّمْلِكَ سَبَبٌ لِمَلِكِ الْمُتَعَةِ فِي مَحَلِّهَا بِوَاسِطَةِ مَلِكِ الرِّقَبَةِ وَهُوَ الثَّابِتُ بِالنِّكَاحِ وَالسَّبَبِيُّ طَرِيقُ الْمَجَازِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَيَنْعَقِدُ بِلَفْظِ النِّكَاحِ) يَبَيِّنُ أَلْفَاظَ يَنْعَقِدُ بِهَا النِّكَاحُ (وَقَالَ الشَّافِعِيُّ لَا يَنْعَقِدُ إِلَّا بِلَفْظِ النِّكَاحِ وَالتَّزْوِيجِ) لِأَنَّهُ إِنْ اِنْعَقَدَ بغيرِهِ مِثْلُ التَّمْلِكِ مَثَلًا، فَإِمَّا أَنْ يَنْعَقَدَ بِهِ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ حَقِيقَةٌ أَوْ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ مَجَازٌ لَا سَبِيلَ إِلَى الْأَوَّلِ لِأَنَّهُ لَوْ كَانَ حَقِيقَةً كَانَ التَّمْلِكُ وَالتَّزْوِيجُ مُتَرَادِفَيْنِ، وَلَيْسَ كَذَلِكَ إِذْ التَّمْلِكُ يُوجَدُ بِغَيْرِ نِكَاحٍ وَلَا إِلَى الثَّانِي لِعَدَمِ الْمُنَاسَبَةِ بَيْنَهُمَا.

(لِأَنَّ التَّزْوِيجَ لِلتَّلْفِيقِ) يُقَالُ: لَفَّقْتُ بَيْنَ ثَوْبَيْنِ وَلَفَّقْتُ أَحَدَهُمَا بِالْآخَرِ، إِذَا لَاءَمْتَ بَيْنَهُمَا بِالْحَيَاطَةِ (وَالنِّكَاحُ لِلضَّمِّ، وَلَا ضَمٌّ وَلَا اِزْدِوَاجٌ بَيْنَ الْمَالِكِ وَالْمَمْلُوكَةِ أَصْلًا) فَلَا مُنَاسَبَةَ بَيْنَهُمَا. وَقُلْنَا الْمُنَاسَبَةُ بَيْنَهُمَا مَوْجُودَةٌ؛ لِأَنَّ (التَّمْلِكَ سَبَبٌ لِمَلِكِ الْمُتَعَةِ فِي مَحَلِّهَا) يَعْنِي أَنَّ تَمْلِكَ الرِّقَبَةِ سَبَبٌ لِمَلِكِ الْمُتَعَةِ إِذَا صَادَقَتْ مَحَلَّ الْمُتَعَةِ لِإِفْضَائِهِ إِلَيْهِ.

(و) مَلِكُ الْمُتَعَةِ (هُوَ الثَّابِتُ بِالنِّكَاحِ وَالسَّبَبِيُّ طَرِيقُ الْمَجَازِ) وَقَيَّدَ بِقَوْلِهِ فِي

مَحَلُّهَا اخْتِرَازًا عَنْ تَمْلِكِ الْغِلْمَانِ وَالْبَهَائِمِ وَالْأَخْتِ الرِّضَاعِيَّةِ وَالْأُمَةِ الْمَجُوسِيَّةِ فَإِنَّهَا لَيْسَتْ بِمَحَلٍّ لِمَلِكِ الْمُتَعَةِ.

وَأَعْتَرَضَ بِأَنَّ مَلِكَ الرَّقَبَةِ إِذَا وَرَدَ عَلَى مَلِكِ النِّكَاحِ أَفْسَدَهُ فَكَيْفَ يَثْبُتُ النِّكَاحُ بِهِ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ إِفْسَادَهُ لِلنِّكَاحِ لَيْسَ مِنْ حَيْثُ تَحْرِيمُ الْوَطْءِ لَا مَحَالَّةَ، بَلْ مِنْ حَيْثُ إِبْطَالُ ضَرْبِ مَالِكِيَّةٍ لَهَا فِي مُوَاجِبِ النِّكَاحِ مِنْ طَلَبِ الْقَسَمِ وَتَقْدِيرِ التَّفَقُّعِ وَالسُّكْنَى وَالْمَنْعِ عَنِ الْعَزْلِ، وَحِينَئِذٍ لَا مَنَافَاةَ بَيْنَ مَا يُثْبِتُهُ وَيَنْفِيهِ فَجَازَتْ الِاسْتِعَارَةُ.

وَيَنْعَقِدُ بِلَفْظِ الْبَيْعِ هُوَ الصَّحِيحُ لَوْجُودِ طَرِيقِ الْمَجَازِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَيَنْعَقِدُ بِلَفْظِ الْبَيْعِ) يَعْنِي بِأَنَّ تَقُولَ الْمَرْأَةِ بِعْتُكَ نَفْسِي أَوْ قَالَ أَبُوهَا بِعْتُكَ بِنْتِي بِكَذَا وَكَذَا بِلَفْظِ الشِّرَاءِ بِأَنَّ قَالَ الرَّجُلُ لِمَرْأَةٍ اشْتَرَيْتُكَ بِكَذَا فَأَجَابَتْ بِنَعَمْ، أَشَارَ إِلَيْهِ مُحَمَّدٌ فِي كِتَابِ الْحُدُودِ. وَقَوْلُهُ (هُوَ الصَّحِيحُ) اخْتِرَازٌ عَنْ قَوْلِ أَبِي بَكْرٍ الْأَعْمَشِ إِنَّهُ لَا يَنْعَقِدُ بِلَفْظِ الْبَيْعِ لِأَنَّهُ خَاصٌّ لِمَتْلِكِ مَالٍ وَالْمَمْلُوكُ بِالنِّكَاحِ لَيْسَ بِمَالٍ، وَوَجْهُ الصَّحِيحِ وَجُودُ طَرِيقِ الْمَجَازِ.

(وَلَا يَنْعَقِدُ بِلَفْظِ الْإِجَارَةِ) فِي الصَّحِيحِ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِسَبَبٍ لِمَلِكِ الْمُتَعَةِ (و) لَا بِلَفْظِ (الْإِبَاحَةِ وَالْإِحْلَالِ وَالْإِعَارَةِ) لَمَّا قُلْنَا (و) لَا بِلَفْظِ (الْوَصِيَّةِ) لِأَنَّهُا تُوجِبُ الْمَلِكَ مُضَافًا إِلَى مَا بَعْدَ الْمَوْتِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلَا يَنْعَقِدُ بِلَفْظِ الْإِجَارَةِ فِي الصَّحِيحِ) اخْتِرَازٌ عَنْ قَوْلِ الْكَرْخِيِّ إِنَّهُ يَنْعَقِدُ بِهَا؛ لِأَنَّ الْمُسْتَوْفَى بِالنِّكَاحِ مَنَفَعَةٌ فِي الْحَقِيقَةِ وَإِنْ جُعِلَ فِي حُكْمِ الْعَيْنِ، وَقَدْ سَمَّى اللَّهُ تَعَالَى الْعَوْضَ أَجْرًا فِي قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿فَقَاتُوهُمْ أَجُورَهُمْ﴾ [النساء: ٢٤] وَذَلِكَ دَلِيلٌ عَلَى أَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الْإِجَارَةِ. وَوَجْهُ الصَّحِيحِ أَنَّ الْإِجَارَةَ لَا تَنْعَقِدُ شَرْعًا إِلَّا مُؤَقَّتَةً، وَالنِّكَاحُ لَا يَنْعَقِدُ إِلَّا مُؤَبَّدًا فَكَانَ بَيْنَ مُوجِبِيهِمَا تَنَافٍ فَلَا تَجُوزُ الِاسْتِعَارَةُ.

فَقَالَ الْمُصَنِّفُ (لِأَنَّهُ لَيْسَ بِسَبَبٍ لِمَلِكِ الْمُتَعَةِ) لَعَدَمِ إِفْضَائِهَا إِلَيْهِ (وَلَا بِلَفْظِ الْإِبَاحَةِ وَالْإِحْلَالِ وَالْإِعَارَةِ) لَمَّا قُلْنَا يَعْنِي قَوْلُهُ لَيْسَ بِسَبَبٍ لِمَلِكِ الْمُتَعَةِ، وَذَلِكَ؛ لِأَنَّ لَفْظَ الْإِبَاحَةِ وَالْإِحْلَالِ لَا يُوجِبُ مِلْكًا أَصْلًا، فَإِنْ مَنْ أَحَلَّ لغيرِهِ طَعَامًا أَوْ أَبَاحَهُ لَهُ لَا يَمْلِكُهُ فَإِنَّمَا

يُتْلَفُهُ عَلَى مَلِكِ الْمَسِيحِ (وَلَا يَلْفِظُ الْوَصِيَّةَ لِأَنَّهَا تُوجِبُ الْمَلِكَ مُضَافًا إِلَى مَا بَعْدَ الْمَوْتِ) وَلَوْ صَرَّحَ بِلْفِظِ النِّكَاحِ إِلَى مَا بَعْدَ الْمَوْتِ لَمْ يَصِحَّ؛ لِأَنَّ مَا بَعْدَ الْمَوْتِ زَمَانُ انْتِهَاءِ مَلِكِ النِّكَاحِ وَبُطْلَانِهِ لَا زَمَانُ ثُبُوتِهِ.

قَالَ (وَلَا يَنْعَقِدُ نِكَاحُ الْمُسْلِمِينَ إِلَّا بِحُضُورِ شَاهِدَيْنِ حُرَّيْنِ عَاقِلَيْنِ بَالِغَيْنِ مُسْلِمَيْنِ رَجُلَيْنِ أَوْ رَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ عُدُولًا كَانُوا أَوْ غَيْرَ عُدُولٍ أَوْ مُحَدِّودَيْنِ فِي الْقَذْفِ) اعْلَمْ أَنَّ الشَّهَادَةَ شَرْطٌ فِي بَابِ النِّكَاحِ لِقَوْلِهِ ﷺ: «لَا نِكَاحَ إِلَّا بِشُهُودٍ» وَهُوَ حُجَّةٌ عَلَى مَا لَكَ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي اشْتِرَاطِ الْإِعْلَانِ دُونَ الشَّهَادَةِ.

الشرح:

قَالَ (وَلَا يَنْعَقِدُ نِكَاحُ الْمُسْلِمِينَ إِلَّا بِحُضُورِ شَاهِدَيْنِ حُرَّيْنِ عَاقِلَيْنِ بَالِغَيْنِ مُسْلِمَيْنِ أَوْ رَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ عُدُولًا كَانُوا أَوْ غَيْرَ عُدُولٍ) أَمَّا اشْتِرَاطُ الشَّهَادَةِ فَلِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «لَا نِكَاحَ إِلَّا بِشُهُودٍ» وَاعْتَرَضَ بِأَنَّهُ خَبَرٌ وَاحِدٌ فَلَا يَجُوزُ تَخْصِيصُ قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾ [النساء: ٣] وَغَيْرُهُ مِنَ الْآيَاتِ بِهِ. وَأَجَابَ الْإِمَامُ فَخْرُ الْإِسْلَامِ بِأَنَّ هَذَا حَدِيثٌ مَشْهُورٌ تَلَقَّتهُ الْأُمَّةُ بِالْقَبُولِ فَتَجُوزُ الزِّيَادَةُ بِهِ عَلَى كِتَابِ اللَّهِ.

(وَهُوَ حُجَّةٌ عَلَى مَا لَكَ فِي اشْتِرَاطِ الْإِعْلَانِ دُونَ الشَّهَادَةِ) حَتَّى لَوْ أَغْلَنُوا بِحُضُورِ الصَّبِيِّانِ وَالْمَجَانِينِ صَحَّ، وَلَوْ أَمَرَ الشَّاهِدَيْنِ أَنْ لَا يُظْهَرَا الْعَقْدَ لَمْ يَصِحَّ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «أَعْلَنُوا النِّكَاحَ وَلَوْ بِالذَّفِّ» وَالْجَوَابُ أَنَّ الْإِعْلَانَ يَحْصُلُ بِحُضُورِ الشَّاهِدَيْنِ حَقِيقَةً.

وَلَا بُدَّ مِنْ اعْتِبَارِ الْحُرِّيَّةِ فِيهَا لِأَنَّ الْعَبْدَ لَا شَهَادَةَ لَهُ لِعَدَمِ الْوِلَايَةِ، وَلَا بُدَّ مِنْ اعْتِبَارِ الْعَقْلِ وَالْبُلُوغِ، لِأَنَّهُ لَا وِلَايَةَ بِدُونِهِمَا، وَلَا بُدَّ مِنْ اعْتِبَارِ الْإِسْلَامِ فِي أَنْكِحَتِ الْمُسْلِمِينَ لِأَنَّهُ لَا شَهَادَةَ لِلْكَافِرِ عَلَى الْمُسْلِمِ، وَلَا يُشْتَرَطُ وَصْفُ الذَّكُورَةِ حَتَّى يَنْعَقِدَ بِحُضُورِ رَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ " وَفِيهِ خِلَافُ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى، وَسَتَعْرِفُ فِي الشَّهَادَاتِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

الشرح:

وَأَمَّا اشْتِرَاطُ الْحُرِّيَّةِ فَلِأَنَّ الْعَبْدَ لَا شَهَادَةَ لَهُ (لِعَدَمِ الْوِلَايَةِ) وَالشَّهَادَةُ مِنْ بَابِ

الْوَلَايَةِ. وَاعْتَرَضَ بِأَنَّ الْوَلَايَةَ عِبَارَةٌ عَنْ تَفَاضُلِ الْقَوْلِ عَلَى الْغَيْرِ شَاءَ أَوْ أَبَى. وَذَلِكَ إِنَّمَا يُحْتَاجُ إِلَيْهِ عِنْدَ الْأَدَاءِ، وَكَلَامُنَا فِي حَالَةِ الْإِعْقَادِ، فَكَمَا يَنْعَقِدُ بِشَهَادَةِ الْمُحْدُوْدِينَ فِي الْقَذْفِ فَلْيَنْعَقِدْ بِشَهَادَةِ الْعَبْدَيْنِ إِذِ الْوَلَايَةُ لَا مَدْخَلَ لَهَا فِي هَذِهِ الْحَالِ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ الْأَدَاءَ يَحْتَاجُ إِلَى وَلَايَةٍ مُتَعَدِّيَةٍ وَلَيْسَتْ بِمُرَادَةٍ هَهُنَا. وَإِنَّمَا الْمُرَادُ بِهَا الْوَلَايَةُ الْقَاصِرَةُ تَعْظِيمًا لِحَظَرِ أَمْرِ النِّكَاحِ كَاشْتِرَاطِ أَصْلِ الشَّهَادَةِ.

وَكَذَلِكَ اعْتَبَارُ الْعَقْلِ وَالْبُلُوغِ (لَأَنَّهُ لَا وَلَايَةَ بِدُونِهِمَا وَلَا بُدَّ مِنْ اعْتِبَارِ الْإِسْلَامِ) قَالَ الْمُصَنِّفُ (لَأَنَّهُ لَا شَهَادَةَ لِلْكَافِرِ عَلَى الْمُسْلِمِ) يَعْنِي أَنَّهُ مِنْ بَابِ الْوَلَايَةِ، وَلَا وَلَايَةَ لَهُ عَلَى الْمُسْلِمِ، وَفِيهِ النَّظَرُ الَّذِي مَرَّ أَنَّهُ لَيْسَ الْمُرَادُ بِهِ الْأَدَاءُ حَتَّى تَكُونَ الْوَلَايَةُ شَرْطًا. وَالْجَوَابُ أَنَّا قَدْ ذَكَرْنَا أَنَّ الشَّهَادَةَ وَصْفَةُ الشَّاهِدَيْنِ إِنَّمَا كَانَتْ تَعْظِيمًا وَلَا تَعْظِيمَ لَشَيْءٍ سَبَبَ حُضُورِهِ لِلْكَافِرِ (وَلَا يُشْتَرَطُ وَصْفُ الذُّكُورَةِ حَتَّى يَنْعَقِدَ بِحُضُورِ رَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ) وَوَعَدَ الْمُصَنِّفُ بَيَانِ ذَلِكَ فِي الشَّهَادَاتِ وَنَحْنُ نَابِعْنَاهُ فِي ذَلِكَ.

وَلَا تُشْتَرَطُ الْعَدَالَةُ حَتَّى يَنْعَقِدَ بِحَضْرَةِ الْفَاسِقَيْنِ عِنْدَنَا خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ. لَهُ أَنَّ الشَّهَادَةَ مِنْ بَابِ الْكَرَامَةِ وَالْفَاسِقُ مِنْ أَهْلِ الْإِهَانَةِ. وَلَنَا أَنَّهُ مِنْ أَهْلِ الْوَلَايَةِ فَيَكُونُ مِنْ أَهْلِ الشَّهَادَةِ، وَهَذَا لِأَنَّهُ لَمَّا لَمْ يُحْرَمِ الْوَلَايَةَ عَلَى نَفْسِهِ لِإِسْلَامِهِ لَا يُحْرَمُ عَلَى غَيْرِهِ لِأَنَّهُ مِنْ جِنْسِهِ، وَلَأَنَّهُ صَلَحَ مُقْلَدًا فَيَصْلَحُ مُقْلَدًا وَكَذَا شَاهِدًا. وَالْمَحْدُودُ فِي الْقَذْفِ مِنْ أَهْلِ الْوَلَايَةِ فَيَكُونُ مِنْ أَهْلِ الشَّهَادَةِ تَحْمُلًا، وَإِنَّمَا الْفَائِتُ ثَمَرَةُ الْأَدَاءِ بِالنُّهْيِ لَجَرِيمَتِهِ فَلَا يُبَالِي بِفَوَاتِهِ كَمَا هِيَ شَهَادَةُ الْعُمَيَّانِ وَابْنِي الْعَاقِدَيْنِ.

الشرح:

وَيَنْعَقِدُ بِشَهَادَةِ فَاسِقَيْنِ عِنْدَنَا خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ. هُوَ يَقُولُ (الشَّهَادَةُ مِنَ الْكَرَامَةِ) لِأَنَّ فِي اعْتِبَارِ قَوْلِهِ فِي نَفْسِهِ وَتَفَاضُلِهِ عَلَى الْغَيْرِ إِكْرَامًا لَهُ لَا مَحَالَةَ (وَالْفَاسِقُ مِنْ أَهْلِ الْإِهَانَةِ) لَجَرِيمَتِهِ، وَدَلِيلُهُ يَمُّ بِأَنَّهُ يَقُولُ: وَالْفَاسِقُ لَيْسَ مِنْ أَهْلِ الْكَرَامَةِ، وَلَكِنْ عَدَلَ عَنْهُ إِلَى مَا ذَكَرَ لِأَنَّهُ يَسْتَلْزِمُ ذَلِكَ، وَفِيهِ تَصْرِيحٌ بِأَنَّهُ يَسْتَحِقُّ مَا هُوَ أَعْظَمُ مِنْ تَرْكِ الْإِكْرَامِ وَهُوَ الْإِهَانَةُ.

(وَلَنَا أَنَّ الْفَاسِقَ مِنْ أَهْلِ الْوَلَايَةِ) عَلَى نَفْسِهِ لِأَنَّهُ لَمْ يَزُوجْ نَفْسَهُ وَعَبْدَهُ وَأَمَتَهُ

وَيَقِرُّ بِمَا يَتَعَلَّقُ بِنَفْسِهِ مِنَ الْقَتْلِ وَغَيْرِهِ، وَكُلُّ مَنْ هُوَ مِنْ أَهْلِ الْوِلَايَةِ فَهُوَ مِنْ أَهْلِ الشَّهَادَةِ لِأَنَّ الشَّهَادَةَ مِنْ بَابِ الْوِلَايَةِ.

فَإِنْ قِيلَ: الْوِلَايَةُ عَلَى نَفْسِهِ وَلَايَةٌ قَاصِرَةٌ، وَلَا تُسَلِّمُ أَنَّ كُلَّ مَنْ كَانَ مِنْ أَهْلِ الْوِلَايَةِ عَلَى نَفْسِهِ كَانَ مِنْ أَهْلِ الشَّهَادَةِ لِأَنَّهَا مُتَعَدِّيَةٌ إِلَى غَيْرِهِ. أَجَابَ بِقَوْلِهِ (وَهَذَا) إِشَارَةً إِلَى أَنَّهُ مِنْ أَهْلِ الشَّهَادَةِ لِكَوْنِهِ مِنْ أَهْلِ الْوِلَايَةِ: يَعْنِي (لَأَنَّهُ لَمَّا لَمْ يُحْرَمِ الْوِلَايَةُ عَلَى نَفْسِهِ لِإِسْلَامِهِ لَمْ يُحْرَمِ عَلَى غَيْرِهِ لِأَنَّهُ مِنْ جَنْسِهِ) كَمَا أَنَّ أَهْلَ الذِّمَّةِ لَهُمْ وَلَايَةٌ عَلَى أَنْفُسِهِمْ فَلَهُمْ الْوِلَايَةُ عَلَى غَيْرِهِمْ مِنْ أَهْلِ الذِّمَّةِ لِأَنَّهُ مِنْ جَنْسِهِ وَهَذَا بِنَاءٌ عَلَى أَنَّ الْفِسْقَ لَا يُخْرِجُ الْمَرْءَ مِنْ أَهْلِيَّةِ الشَّهَادَةِ عَلَى الْأَدَاءِ، وَفِيهِ الْإِلْزَامُ، فَلَأَنَّ لَا يُخْرِجُ عَنْهَا عَلَى الْإِنْعِقَادِ وَلَا الْإِلْزَامِ فِيهِ أَوَّلَى.

(وَلَأَنَّهُ صَلَحَ مُقْلَدًا) كَالْحِجَّاجِ وَغَيْرِهِ، فَإِنَّ الْأَثَمَةَ بَعْدَ الْخِلْفَاءِ الرَّاشِدِينَ قَلَمَا يَخْلُو وَاحِدٌ مِنْهُمْ عَنْ فِسْقٍ (فَيَصْلُحُ مُقْلَدًا) أَيْ قَاضِيًا (فَكَذَا شَاهِدًا) لِأَنَّ الشَّهَادَةَ وَالْقَضَاءَ مِنْ بَابٍ وَاحِدٍ. وَفِي عِبَارَتِهِ تَسَامُحٌ لِأَنَّهُ يُفْهَمُ مِنْهُ أَنَّ تَكُونَ أَهْلِيَّةُ الشَّهَادَةِ مُرْتَبَةً عَلَى أَهْلِيَّةِ الْقَضَاءِ، وَقَدْ ذُكِرَ فِي كِتَابِ أَدَبِ الْقَاضِي أَنَّ أَهْلِيَّةَ الْقَضَاءِ مُسْتَفَادَةٌ مِنْ أَهْلِيَّةِ الشَّهَادَةِ، وَلَوْ قَالَ بِالْوَاوِ كَانَ أَحْسَنَ.

لَا يُقَالُ: يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ مُرْتَبًا عَلَى مُقْلَدًا بِكَسْرِ اللَّامِ لِأَنَّ أَهْلِيَّةَ السُّلْطَانَةِ لَيْسَتْ مُسْتَفَادَةٌ مِنْ أَهْلِيَّةِ الشَّهَادَةِ لِأَنَّ عَكْسَهُ كَذَلِكَ. وَالْجَوَابُ أَنَّ مَعْنَى كَلَامِهِ إِذَا كَانَ الْفِسْقُ لَا يَمْنَعُ عَنْ وَلَايَةٍ هِيَ أَعْمُ ضَرَرًا فَلَأَنَّ لَا يَمْنَعُ عَنْ وَلَايَةِ عَامِّ الضَّرَرِ أَوْ خَاصِّهِ أَوَّلَى، وَالتَّرْتِيبُ عَلَى هَذَا الْوَجْهِ غَيْرُ خَافِي الصَّحَّةِ. وَلَوْ قَالَ الْفَاسِقُ مِنْ أَهْلِ الْوِلَايَةِ الْقَاصِرَةِ بَلَا خِلَافٍ فَيَصْلُحُ شَاهِدًا عَلَى الْإِنْعِقَادِ لِأَنَّهُ لَا إِلْزَامَ فِيهِ وَكَانَتْ الْوِلَايَةُ قَاصِرَةً لَكَانَ أَسْهَلَ تَأْتِيًا.

وَيَنْعَقِدُ بِحُضُورِ الْمَحْدُودِ فِي الْقَذْفِ لِأَنَّهُ (مِنْ أَهْلِ الْوِلَايَةِ) عَلَى مَا مَرَّ (فَيَكُونُ مِنْ أَهْلِ الشَّهَادَةِ تَحْمُلًا) لَا أَدَاءً. فَإِنْ قُلْتُ: التَّكْنَةُ الْمَذْكُورَةُ فِي الْفَاسِقِ أَوَّلًا تَقْتَضِي أَنَّ يَكُونُ لِلْمَحْدُودِ فِي الْقَذْفِ شَهَادَةٌ مُتَعَدِّيَةٌ وَلَمْ تَكُنْ فَكَانَتْ مَنقُوضَةً. قُلْتُ: كَانَ كَذَلِكَ لَوْلَا النَّصُّ الْقَاطِعُ.

وَقَوْلُهُ: (وَأَيْتَمَّا الْفَائِتُ ثَمَرَةُ الْأَدَاءِ بِالنَّهْيِ لِحَرَمَتِهِ فَلَا يُبَالِي بِفَوَاتِهِ كَمَا فِي شَهَادَةِ

الْعُمَيَّانِ) مَعْذَرَةٌ عَنْ عَدَمِ قَبُولِ شَهَادَةِ الْمَحْدُودِ فِي قَذْفِ بَعْدَمَا كَانَ مِنْ أَهْلِ الْوَلَايَةِ كَالْفَاسِقِ، وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ جَوَابًا عَنْ السُّؤَالِ الَّذِي ذَكَرْتَهُ أَنْفَاءً، وَالطَّرِيقُ الَّذِي ذَكَرْتَهُ فِي الْفَاسِقِ أَسْهَلُ مَا أَخَذَا.

قَالَ (وَأِنْ تَزَوَّجَ مُسْلِمٌ ذِمِّيَّةً بِشَهَادَةِ ذِمِّيَّيْنِ جَازَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ وَزَفَرٌ: لَا يَجُوزُ) لِأَنَّ السَّمَاعَ فِي النِّكَاحِ شَهَادَةٌ وَلَا شَهَادَةٌ لِلْكَافِرِ عَلَى الْمُسْلِمِ فَكَأَنَّهُمَا لَمْ يَسْمَعَا كَلَامَ الْمُسْلِمِ.

وَلَهُمَا أَنَّ الشَّهَادَةَ شُرِطَتْ فِي النِّكَاحِ عَلَى اعْتِبَارِ إِبْتِاثِ الْمَلِكِ لَوُرُودِهِ عَلَى مَحَلِّ ذِي خَطَرٍ لَا عَلَى اعْتِبَارِ وُجُوبِ الْمَهْرِ إِذْ لَا شَهَادَةَ تُشْتَرَطُ فِي لُزُومِ الْمَالِ وَهُمَا شَاهِدَانِ عَلَيْهَا، بِخِلَافِ مَا إِذَا لَمْ يَسْمَعَا كَلَامَ الزَّوْجِ لِأَنَّ الْعَقْدَ يَنْعَقِدُ بِكَلَامِ مِثْلِهِمَا وَالشَّهَادَةُ شُرِطَتْ عَلَى الْعَقْدِ.

الشرح:

قَالَ (وَأِنْ تَزَوَّجَ مُسْلِمٌ ذِمِّيَّةً بِشَهَادَةِ ذِمِّيَّيْنِ جَازَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ وَزَفَرٌ لَا يَجُوزُ لِأَنَّ السَّمَاعَ) أَيُّ سَمَاعِ الْعَاقِدَيْنِ مِنَ الْإِجْبَابِ وَالْقَبُولِ (فِي النِّكَاحِ شَهَادَةٌ) وَهَذَا ظَاهِرٌ لِأَنَّا لَا نُرِيدُ مِنَ الشَّهَادَةِ عَلَى النِّكَاحِ إِلَّا ذَلِكَ (وَلَا شَهَادَةَ لِلْكَافِرِ عَلَى الْمُسْلِمِ) وَهَذَا بِالِاتِّفَاقِ.

(فَكَأَنَّهُمَا لَمْ يَسْمَعَا كَلَامَ الزَّوْجِ، وَلَهُمَا أَنَّ الشَّهَادَةَ، شُرِطَتْ فِي النِّكَاحِ عَلَى اعْتِبَارِ إِبْتِاثِ الْمَلِكِ) وَتَرْكِيبُ الْحُجَّةِ، هَكَذَا الشَّهَادَةُ فِي النِّكَاحِ، شُرِطَتْ عَلَى اعْتِبَارِ إِبْتِاثِ الْمَلِكِ عَلَيْهَا، وَكُلُّ مَا شُرِطَتْ عَلَى اعْتِبَارِ إِبْتِاثِ الْمَلِكِ عَلَيْهَا شَهَادَةٌ عَلَيْهَا فَالشَّهَادَةُ فِي النِّكَاحِ شَهَادَةٌ عَلَيْهَا.

وَيَبَيَّنَ الْمُصَنِّفُ الْمُقَدِّمَةُ الْأُولَى بِقَوْلِهِ (لَوُرُودِهِ عَلَى مَحَلِّ ذِي خَطَرٍ). وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ الشَّهَادَةَ فِي النِّكَاحِ حَالُ الْإِنْعِقَادِ، إِمَّا أَنْ تَكُونَ لِإِبْتِاثِ مَلِكِ الْمُتَعَةِ عَلَيْهَا إِبَانَةً لِحَاطَرِ الْمَحَلِّ، أَوْ لِإِبْتِاثِ مَلِكِ الْمَهْرِ عَلَيْهِ. وَالثَّانِي مُتَّفَقٌ لِأَنَّ الْمَهْرَ مَالٌ وَلَا يَجِبُ الْإِشْهَادُ عَلَى لُزُومِ الْمَالِ أَصْلًا.

وَأَمَّا الْمُقَدِّمَةُ الثَّانِيَةُ فَلَا نَحْنُ قَدْ عَلِمْنَا بِالِاسْتِقْرَاءِ أَنَّهُ لَا شَيْءَ يُشْتَرَطُ فِي إِبْتِاثِ مَلِكِ الْمُتَعَةِ عَلَيْهَا إِلَّا الشَّهَادَةُ، فَإِنَّ الْوَلِيَّ لَيْسَ بِشَرِطٍ عِنْدَنَا، وَإِذَا كَانَتْ الشَّهَادَةُ حَالُ انْعِقَادِ

النِّكَاحُ شَهَادَةٌ عَلَيْهَا كَانَ الذَّمَّانِ شَاهِدَيْنِ عَلَيْهَا، وَشَهَادَةُ أَهْلِ الذِّمَّةِ عَلَى الذِّمَّةِ جَائِزَةٌ.

وَقَوْلُهُ (بِخِلَافِ مَا إِذَا لَمْ يَسْمَعَا) جَوَابٌ عَنْ قِيَاسِ مُحَمَّدٍ وَزُفَرٍ. وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ الشَّهَادَةَ فِي النِّكَاحِ شَرْطٌ عَلَى الْعَقْدِ وَالْعَقْدُ يَنْعَقِدُ بِكَلَامَيْهِمَا، فَإِذَا لَمْ يَسْمَعَا كَلَامَ الْمُسْلِمِ لَمْ يَشْهَدَا عَلَى الْعَقْدِ.

قَالَ (وَمَنْ أَمَرَ رَجُلًا بِأَنْ يُزَوِّجَ ابْنَتَهُ الصَّغِيرَةَ فَرُوجَهَا وَالْأَبُ حَاضِرٌ بِشَهَادَةِ رَجُلٍ وَاحِدٍ سِوَاهُمَا جَازَ النِّكَاحُ) لِأَنَّ الْأَبَ يُجْعَلُ مُبَاشِرًا لِلْعَقْدِ لِاتِّحَادِ الْمَجْلِسِ وَيَكُونُ الْوَكِيلُ سَفِيرًا وَمُعَبَّرًا فَيَبْقَى الْمَزُوجُ شَاهِدًا (وَإِنْ كَانَ الْأَبُ غَائِبًا لَمْ يَجْزُ) لِأَنَّ الْمَجْلِسَ مُخْتَلَفًا فَلَا يُمَكِّنُ أَنْ تَجْعَلَ الْأَبُ مُبَاشِرًا، وَعَلَى هَذَا إِذَا زَوَّجَ الْأَبُ ابْنَتَهُ الْبَالِغَةَ بِمَحْضَرِ شَاهِدٍ وَاحِدٍ إِنْ كَانَتْ حَاضِرَةً جَازَ، وَإِنْ كَانَتْ غَائِبَةً لَمْ يَجْزُ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

الشرح:

(وَمَنْ أَمَرَ رَجُلًا أَنْ يُزَوِّجَ ابْنَتَهُ الصَّغِيرَةَ فَرُوجَهَا) بِحَضْرَةِ رَجُلٍ وَاحِدٍ فَلَا يَخْلُو إِمَّا أَنْ يَكُونَ الْأَبُ حَاضِرًا أَوْ غَائِبًا، فَإِنْ كَانَ حَاضِرًا (جَازَ النِّكَاحُ) لِأَنَّ الْأَبَ يُجْعَلُ مُبَاشِرًا لِلْعَقْدِ وَيَكُونُ الْوَكِيلُ شَاهِدًا لِأَنَّ الْمَجْلِسَ مُتَّحِدًا، فَجَازَ أَنْ يَكُونَ الْعَقْدُ الْوَاقِعُ مِنَ الْمَأْمُورِ حَقِيقَةً كَالْوَاقِعِ مِنَ الْآمِرِ حُكْمًا لَكُونَ الْوَكِيلَ فِي بَابِ النِّكَاحِ (سَفِيرًا وَمُعَبَّرًا، وَإِنْ كَانَ غَائِبًا لَمْ يَجْزُ) لِأَنَّ الْمَجْلِسَ مُخْتَلَفًا، فَلَا يُمَكِّنُ أَنْ يُجْعَلَ الْأَبُ مُبَاشِرًا) مَعَ عَدَمِ حُضُورِهِ فِي مَجْلِسِ الْمُبَاشَرَةِ.

قَالَ فِي «النَّهَائَةِ»: هَذَا تَكْلُفٌ غَيْرُ مُحْتَاجٍ إِلَيْهِ فِي الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى لِأَنَّ الْأَبَ يَصْلُحُ أَنْ يَكُونَ شَاهِدًا فِي بَابِ النِّكَاحِ فَلَا حَاجَةَ إِلَى نَقْلِ الْمُبَاشَرَةِ مِنَ الْمَأْمُورِ إِلَى الْآمِرِ حُكْمًا، وَإِنَّمَا يُحْتَاجُ إِلَيْهِ فِي الْمَسْأَلَةِ الْآخِرَةِ، وَهِيَ مَا (إِذَا زَوَّجَ ابْنَتَهُ الْبَالِغَةَ بِمَحْضَرِ شَاهِدٍ وَاحِدٍ، فَإِنْ كَانَتْ حَاضِرَةً جَازَ) بِنَقْلِ مُبَاشَرَةِ الْأَبِ إِلَيْهَا لَعَدَمِ صَلَاحِيَّتِهَا لِلشَّهَادَةِ عَلَى نَفْسِهَا (وَإِنْ كَانَتْ غَائِبَةً لَمْ يَجْزُ) لِأَنَّ الشَّيْءَ إِنَّمَا يَقْدَرُ أَنْ لَوْ تُصَوِّرَ تَحْقِيقًا.

وَأَقُولُ: أَرَى أَنَّهُ لَا فَرْقَ بَيْنَ الصُّورَتَيْنِ فِي الْإِحْتِيَاجِ إِلَى ذَلِكَ التَّكْلُفِ، وَذَلِكَ لِأَنَّ الْأَبَ إِذَا كَانَ حَاضِرًا لَا يَصْلُحُ أَنْ يَكُونَ شَاهِدًا فِي نِكَاحِ أَمْرَةٍ بِهِ، لِأَنَّ الْوَكِيلَ

سَفِيرٌ وَمُعَبَّرٌ فَكَأَنَّ الْأَبَ هُوَ الْمَرْجُوعُ، وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ الْمَرْجُوعُ شَاهِدًا.
وَإِذَا انْتَقَلَ إِلَيْهِ الْمُبَاشَرَةُ أَيْضًا صَارَ هُوَ الْمَرْجُوعُ مِنْ كُلِّ وَجْهِ فَجَازَ أَنْ يَكُونَ
الْوَكِيلُ شَاهِدًا، وَطُوبَى بِالْفَرْقِ بَيْنَ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ وَبَيْنَ مَا إِذَا وَكَّلَ رَجُلًا أَنْ يُزَوِّجَ
عَبْدَهُ فَرَوَّجَهُ بِشَهَادَةِ رَجُلٍ وَاحِدٍ وَالْعَبْدُ حَاضِرٌ فَإِنَّهُ لَا يَجُوزُ مَعَ إِمْكَانِ جَعْلِ الْعَبْدِ
مُبَاشِرًا لِلْعَقْدِ وَالْوَكِيلَ مَعَ الرَّجُلِ شَاهِدَيْنِ، كَمَا لَوْ بَاشَرَ الْمَوْلَى عَقْدَ تَزْوِيجِ الْعَبْدِ عِنْدَ
حَضْرَةِ الْعَبْدِ مَعَ رَجُلٍ آخَرَ فَإِنَّهُ يَجُوزُ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ الْعَبْدَ لَمْ يَكُنْ مُوَكَّلًا حَتَّى تَنْتَقِلَ
مُبَاشَرَةُ الْوَكِيلِ إِلَيْهِ وَيَقْبَى شَاهِدًا فَيَقْبَى الْوَكِيلُ عَلَى حَالِهِ مُزَوِّجًا، بِخِلَافِ مَا إِذَا بَاشَرَهُ
الْمَوْلَى بِحَضْرَةِ الْعَبْدِ، فَإِنَّ الْعَبْدَ هُنَاكَ يُجْعَلُ مُبَاشِرًا لِلنِّكَاحِ بِنَفْسِهِ وَالْمَوْلَى شَاهِدًا فَيَكُونُ
النِّكَاحُ بِحَضْرَةِ شَاهِدَيْنِ.

لَا يُقَالُ: الْمَوْلَى لَيْسَ بِوَكِيلٍ عَنِ الْعَبْدِ فَكَيْفَ تَنْتَقِلُ مُبَاشَرَتُهُ إِلَيْهِ لِأَنَّ الْعَقْدَ لَمَّا
كَانَ لَهُ كَانَ بِمَنْزِلَةِ الْمُوَكَّلِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ الْعَبْدُ غَائِبًا لَعَدَمِ إِمْكَانِهِ مُبَاشِرًا لَمَّا قُلْنَا
إِنَّ الشَّيْءَ إِنَّمَا يَقْدَرُ أَنْ لَوْ نُصَوِّرَ تَحْقِيقًا.

فصل في بيان المحرمات

قَالَ (لَا يَحِلُّ لِلرَّجُلِ أَنْ يَتَزَوَّجَ بِأَمِّهِ وَلَا بِجَدَّتِهِ مِنْ قَبْلِ الرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ) لِقَوْلِهِ
تَعَالَى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ﴾ [النساء: ٢٣] وَالْجَدَّاتُ أُمّهَاتُ، إِذِ الْأُمُّ هِيَ
الْأَصْلُ لُغَةً أَوْ ثَبَّتَتْ حُرْمَتُهُنَّ بِالْإِجْمَاعِ، قَالَ (وَلَا بَيْنَتِهِ) لَمَّا تَلَوْنَا (وَلَا بَيْنَتٍ وَلَدِهِ وَإِنْ
سَفَلَتْ) لِلْإِجْمَاعِ.

الشرح:

(فصل في بيان المحرمات): لَمَّا كَانَتْ مِنْ بَنَاتِ آدَمَ مَنْ أَخْرَجَهَا اللَّهُ عَنْ مَحَلِّتِهِ
النِّكَاحِ بِالنِّسْبَةِ إِلَى بَعْضِ بَنِي آدَمَ احْتِجَاجٌ إِلَى ذِكْرِهَا فِي فَصْلِ عَلَى حِدَةٍ. وَأَسْبَابُ
حُرْمَتِهِنَّ تَنْتَوِعُ إِلَى تِسْعَةِ أَنْوَاعٍ: الْقَرَابَةُ، وَالْمُصَاهَرَةُ، وَالرِّضَاعُ، وَالْجَمْعُ، وَتَقْدِيمُ الْحُرَّةِ
عَلَى الْأَمَةِ، وَقِيَامُ حَقِّ الْغَيْرِ مِنْ نِكَاحِ أَوْ عِدَّةٍ، وَالشَّرْكُ، وَمِلْكُ الْيَمِينِ، وَالطَّلَاقُ
الْثَلَاثُ، وَكُلُّ ذَلِكَ مَذْكُورٌ فِي الْكِتَابِ (لَا يَحِلُّ لِلرَّجُلِ أَنْ يَتَزَوَّجَ بِأَمِّهِ وَلَا بِجَدَّتِهِ مِنْ
قَبْلِ الرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ﴾ [النساء: ٢٣])
وَدَلَالَتُهُ عَلَى حُرْمَةِ الْأُمِّ ظَاهِرَةٌ.

وَأَمَّا عَلَى حُرْمَةِ الْجَدَّةِ فَبَاعْتِبَارِ أَنَّ الْأُمَّ فِي اللَّعَةِ هِيَ الْأَصْلُ كَمَا يُقَالُ لِمَكَّةَ أُمُّ الْقُرَى، فَتَكُونُ دَلَالَتُهَا عَلَيْهِمَا بِاعْتِبَارِ مَعْنَى يَعْْمَهُمَا لَعَةً لَا بِاعْتِبَارِ الْجَمْعِ بَيْنَ الْحَقِيقَةِ وَالْمَجَازِ (أَوْ تَبَيَّنَتْ حُرْمَتُهُنَّ بِالْإِجْمَاعِ) وَهَذَانِ الْمَسْلُكَانِ يُسَلِّكُ بِهِمَا فِي كُلِّ مَا فِيهِ مَعْنَى الْفَرْعِيَّةِ أَيْضًا كَالْبَنَاتِ وَبَنَاتِهَا وَبَنَاتُ الْإِبْنِ بَنَاتٌ كَذَلِكَ، وَالْأَخْتُ وَبَنَاتُهَا وَبَنَاتُ الْأَخِ وَالْعَمَّاتُ وَالْخَالَاتُ مُتَفَرِّقَةٌ كُنَّ أَوْ غَيْرُهَا تَنَاطَلَهَا النَّصُّ بِجِهَةِ عُمُومِ الْأِسْمِ، هَذَا مَا يَتَعَلَّقُ بِالْقَرَابَةِ.

(وَلَا بِأَخِيهِ وَلَا بِبَنَاتِ أَخِيهِ وَلَا بِبَنَاتِ أَخِيهِ وَلَا بِعَمَّتِهِ وَلَا بِخَالَتِهِ) لِأَنَّ حُرْمَتَهُنَّ مَنْصُوصَةٌ عَلَيْهَا فِي هَذِهِ الْآيَةِ، وَتَدْخُلُ فِيهَا الْعَمَّاتُ الْمُتَفَرِّقَاتُ وَالْخَالَاتُ الْمُتَفَرِّقَاتُ وَبَنَاتُ الْإِخْوَةِ الْمُتَفَرِّقِينَ لِأَنَّ جِهَةَ الْأِسْمِ عَامَّةٌ.

قَالَ: (وَلَا بِأُمِّ امْرَأَتِهِ الَّتِي دَخَلَ بِهَا أَوْ لَمْ يَدْخُلْ) لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَأُمِّهْتُ نِسَائِكُمْ﴾ [النساء: ٢٣] مِنْ غَيْرِ قَيْدِ الدُّخُولِ.

الشرح:

وَتَحْرُمُ أُمُّ امْرَأَتِهِ إِنْ كَانَتْ مَدْخُولًا بِهَا أَوْ لَمْ تَكُنْ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَأُمِّهْتُ نِسَائِكُمْ﴾ [النساء: ٢٣] مِنْ غَيْرِ قَيْدِ الدُّخُولِ.

(وَلَا بِبَنَاتِ امْرَأَتِهِ الَّتِي دَخَلَ بِهَا) لِثُبُوتِ قَيْدِ الدُّخُولِ بِالنَّصِّ (سَوَاءً كَانَتْ فِي حِجْرِهِ أَوْ فِي حِجْرِ غَيْرِهِ) لِأَنَّ ذِكْرَ الْحِجْرِ خَرَجَ مَخْرَجَ الْعَادَةِ لَا مَخْرَجَ الشَّرْطِ وَلِهَذَا اِكْتَفَى فِي مَوْضِعِ الْإِحْلَالِ بِنَفْيِ الدُّخُولِ.

الشرح:

وَتَحْرُمُ بَنَاتُ امْرَأَتِهِ الَّتِي دَخَلَ بِهَا لِثُبُوتِ قَيْدِ الدُّخُولِ بِالنَّصِّ وَهُوَ قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿مِنْ نِسَائِكُمُ الَّتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ﴾ [النساء: ٢٣] وَلَيْسَ كَوْنُهَا فِي الْحِجْرِ شَرْطًا. (قَالَ الْمُصَنِّفُ لِأَنَّ ذِكْرَ الْحِجْرِ يَعْنِي فِي قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَرَبَّيْبِكُمُ الَّتِي فِي حُجُورِكُمْ﴾ [النساء: ٢٣] (خَرَجَ مَخْرَجَ الْعَادَةِ) فَإِنَّ الْعَادَةَ أَنْ تَكُونَ الْبَنَاتُ فِي حِجْرِ زَوْجِ أُمِّهَا غَالِبًا: أَيُّ فِي تَرْبِيَّتِهَا لَا عَلَى وَجْهِ الشَّرْطِ.

وَاسْتَوْضَحَ ذَلِكَ بِقَوْلِهِ (وَلِهَذَا اِكْتَفَى فِي مَوْضِعِ الْإِحْلَالِ بِنَفْيِ الدُّخُولِ) وَلَمْ يَشْتَرِطْ نَفْيَ الدُّخُولِ مَعَ نَفْيِ الْحِجْرِ حَيْثُ لَمْ يَقُلْ: فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ وَلَسْنَا فِي

حُجُورُكُمْ، فَإِنَّ الْإِبَاحَةَ تَتَعَلَّقُ بِضِدِّ مَا تَتَعَلَّقُ بِهِ الْحُرْمَةُ. وَاعْتَرَضَ بِأَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ تَكُونَ الْحُرْمَةُ مُتَعَلِّقَةً بِعِلَّةٍ ذَاتِ وَصْفَيْنِ، وَهُمَا الدُّخُولُ، وَالْحَجَرُ. ثُمَّ تَنْتَفِي الْحُرْمَةُ بِانْتِفَاءِ أَحَدِهِمَا لِأَنَّ الشَّيْءَ يَنْتَفِي بِانْتِفَاءِ الْجُزْءِ، فَلَمْ يَكُنْ ثُبُوتُ الْإِبَاحَةِ عِنْدَ انْتِفَاءِ الدُّخُولِ دَلِيلًا عَلَى أَنَّ الْحُرْمَةَ غَيْرُ مُتَعَلِّقَةٍ بِالْحَجَرِ.

وَأُجِيبَ بِأَنَّ الْعَادَّةَ فِي مِثْلِهِ تَنْفِي الْوَصْفَيْنِ جَمِيعًا أَوْ تَنْفِي الْعِلَّةِ مُطْلَقًا، لَا تَنْفِي أَحَدَهُمَا وَالسُّكُوتُ عَنِ الْآخَرِ. لَا يُقَالُ: لَا يَجْرِي حُكْمُ الرَّبَا وَهُوَ حُرْمَةُ الْفَضْلِ وَالنَّسَبِ بَيْنَ هَذَيْنِ الْبَدَلَيْنِ لِأَنَّهُ لَمْ يَوْجَدْ فِيهِ الْجِنْسِيَّةُ أَوْ لَمْ يَوْجَدْ الْقَدْرُ، بَلْ يُقَالُ: لَمْ يَوْجَدْ الْقَدْرُ مَعَ الْجِنْسِ، أَوْ يُقَالُ: لَمْ يَوْجَدْ عِلَّةُ الرَّبَا وَلَيْسَ بِقَوِيٍّ.

(قَالَ وَلَا بِامْرَأَةِ أَبِيهِ وَأَجْدَادِهِ) لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِّنَ النِّسَاءِ﴾ [النساء: ٢٢].

الشرح:

وَتَحْرُمُ امْرَأَةُ أَبِيهِ وَأَجْدَادِهِ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِّنَ النِّسَاءِ﴾ [النساء: ٢٢] فَإِنَّ دَلَالَتَهُ عَلَى الْأَبِ ظَاهِرَةٌ وَعَلَى الْجَدِّ بِأَحَدِ الطَّرِيقَيْنِ: إِمَّا أَنْ يَكُونَ الْمُرَادُ بِالْأَبِ الْأَصْلُ فَيَتَنَاوَلُ الْآبَاءُ الْأَجْدَادَ كَمَا تَتَنَاوَلُ الْأُمُّ الْجَدَّاتِ، وَإِمَّا بِالْإِجْمَاعِ. وَأَمَّا الْمُرَادُ بِالنِّكَاحِ إِنْ كَانَ هُوَ الْوَطْءُ فَيَكُونُ الْعَقْدُ ثَابِتًا بِالْإِجْمَاعِ، وَإِنْ كَانَ الْمُرَادُ بِهِ الْعَقْدُ فَالْوَطْءُ ثَابِتٌ بِطَرِيقِ الْأَوَّلِ.

(وَلَا بِامْرَأَةِ ابْنِهِ وَبَنِي أَوْلَادِهِ) لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ﴾ [النساء: ٢٣] وَذَكَرَ الْأَصْلَابَ لِإِسْقَاطِ اعْتِبَارِ النَّبْتِ لَا لِإِحْلَالِ حَلِيلَةِ الْإِبْنِ مِنَ الرِّضَاعَةِ

الشرح:

وَتَحْرُمُ امْرَأَةُ الْإِبْنِ نَسَبًا وَرِضَاعًا وَبَنِي أَوْلَادِهِ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ﴾ [النساء: ٢٣] فَحَلِيلَةُ الْإِبْنِ وَهِيَ زَوْجَتُهُ حَرَامٌ عَلَى الْأَبِ سَوَاءً دَخَلَ بِهَا الْإِبْنُ أَوْ لَمْ يَدْخُلْ لِإِطْلَاقِ النَّصِّ عَلَى الدُّخُولِ، وَأَمَّا حَلِيلَةُ ابْنِ الْإِبْنِ فَبَاعْتِبَارِ أَنَّ الْمُرَادَ بِالْإِبْنِ هُوَ الْفَرْعُ فَكَأَنَّهُ قَالَ: وَحَلَائِلُ فُرُوعِكُمْ، وَذَلِكَ يَتَنَاوَلُ حَلِيلَةَ ابْنِ الْإِبْنِ وَابْنَ الْبِنْتِ بَعُمُومِهِ أَوْ بِالْإِجْمَاعِ.

فَإِنْ قِيلَ: قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿مِنْ أَصْلَابِكُمْ﴾ يَأْتِي ذَلِكَ أَجَابَ بَأَنَّ (ذَكَرَ الْأَصْلَابَ لِإِسْقَاطِ اعْتِبَارِ التَّبَنِّي لَا لِإِحْلَالِ حَلِيلَةِ الْإِنِّ مِنَ الرِّضَاعَةِ) وَالِدَلِيلُ عَلَى ذَلِكَ أَنَّ التَّبَنِّيَ انْتَسَخَ بِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿أَدْعُوهُمْ لِأَبَائِهِمْ﴾ [الْأَحْزَابُ: ٥].

وَقَصَّتْهُ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ تَبَنَّى زَيْدَ بْنَ حَارِثَةَ ثُمَّ تَزَوَّجَ زَيْنَبَ بَعْدَمَا طَلَّقَهَا زَيْدٌ، فَطَعَنَ الْمُشْرِكُونَ وَقَالُوا: إِنَّهُ تَزَوَّجَ حَلِيلَةَ ابْنِهِ، فَسَخَّ اللَّهُ التَّبَنِّيَ بِقَوْلِهِ: ﴿أَدْعُوهُمْ لِأَبَائِهِمْ﴾ وَدَفَعَ طَعْنَ الْمُشْرِكِينَ بِهَذَا التَّفْهِيمِ فَقَبِيتَ حَلِيلَةُ الْإِنِّ مِنَ الرِّضَاعِ دَاخِلَةً تَحْتَ قَوْلِهِ ﷺ: «يَحْرُمُ مِنَ الرِّضَاعِ مَا يَحْرُمُ مِنَ النَّسَبِ»^(١) وَهَذَا مَا يَتَعَلَّقُ مِنَ التَّحْرِيمِ بِالصَّاهِرَةِ.

(وَلَا بِأَمِّهِ مِنَ الرِّضَاعَةِ وَلَا بِأَخْتِهِ مِنَ الرِّضَاعَةِ) لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُم مِّنَ الرِّضَاعَةِ﴾ [النِّسَاءُ: ٢٣] وَلِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «يَحْرُمُ مِنَ الرِّضَاعِ مَا يَحْرُمُ مِنَ النَّسَبِ»^(٢).

الشرح:

وَيَحْرُمُ أُمُّ الرَّجُلِ مِنَ الرِّضَاعَةِ وَأُخْتُهُ مِنْهَا لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُم مِّنَ الرِّضَاعَةِ﴾ وَلِقَوْلِهِ ﷺ «يَحْرُمُ مِنَ الرِّضَاعِ مَا يَحْرُمُ مِنَ النَّسَبِ» هَذَا مَا يَتَعَلَّقُ بِالرِّضَاعِ.

(وَلَا يَجْمَعُ بَيْنَ أُخْتَيْنِ نِكَاحًا وَلَا بِمِلْكٍ يَمِينٍ وَطْنًا) لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ﴾ وَلِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «مَنْ كَانَ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ فَلَا يَجْمَعُنَّ مَاءَهُ فِي رَحِمِ أُخْتَيْنِ»^(٣).

الشرح:

وَيَحْرُمُ أَنْ يَجْمَعَ الرَّجُلُ بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ نِكَاحًا أَوْ بِمِلْكٍ يَمِينٍ وَطْنًا لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ﴾ عَلَى الْإِطْلَاقِ، وَسَرَى حُكْمُهُمَا إِلَى كُلِّ امْرَأَتَيْنِ لَوْ فَرِضَتْ إِحْدَاهُمَا ذَكَرًا حَرُمَتْ الْأُخْرَى عَلَيْهِ بَعْلَةً قَطِيعَةً الرَّحِمِ سَوَاءً كَانَ فِي النَّسَبِ

(١) أخرجه البخاري (٢٦٤٥، ٥١٠٠)، ومسلم في الرضاع (حديث ١٢).

(٢) انظر سابقه.

(٣) أخرجه البخاري في النكاح باب ٢٠، ٢٥، ٢٦، ٣٣، ومسلم في الرضاع (حديث ١٥، ١٦).

أَوْ الرِّضَاعِ.

(فَإِنْ تَزَوَّجَ أُخْتُ أُمِّهِ لَهَا قَدْ وَطَّئَهَا صَحَّ النِّكَاحُ) لَصُدُورِهِ مِنْ أَهْلِهِ مُضَافًا إِلَى مَحَلِّهِ
(و) إِذَا جَازَ (لَا يَطَأُ الْأُمَّةَ وَإِنْ كَانَ لَمْ يَطَأِ الْمُنْكَوْحَةَ) لِأَنَّ الْمُنْكَوْحَةَ مَوْطُوءَةٌ حُكْمًا، وَلَا
يَطَأُ الْمُنْكَوْحَةَ لِلْجَمْعِ إِلَّا إِذَا حَرَّمَ الْمَوْطُوءَةُ عَلَى نَفْسِهِ لِسَبَبٍ مِنَ الْأَسْبَابِ فَحِينَئِذٍ يَطَأُ
الْمُنْكَوْحَةَ لِعَدَمِ الْجَمْعِ، وَيَطَأُ الْمُنْكَوْحَةَ إِنْ لَمْ يَكُنْ وَطِئَ الْمَمْلُوكَةَ لِعَدَمِ الْجَمْعِ وَطَأًا إِذَا
الْمَرْقُوقَةُ لَيْسَتْ مَوْطُوءَةً حُكْمًا.

الشرح:

وَمَنْ لَهُ أُمَّةٌ فَتَزَوَّجَ أُخْتَهَا جَازَ، سَوَاءً كَانَ وَطِئَ الْأُمَّةَ أَوْ لَمْ يَطَأَهَا لِأَنَّهُ صَدَرَ
مِنْ أَهْلِهِ وَهُوَ وَاضِحٌ (مُضَافًا إِلَى مَحَلِّهِ) لِأَنَّ الْأُخْتِ الْمَمْلُوكَةَ وَطِئَهَا مِنْ بَابِ
الِاسْتِخْدَامِ، وَهُوَ لَا يَمْنَعُ نِكَاحَ الْأُخْتِ، ثُمَّ إِنْ كَانَ وَطِئَ الْأُمَّةَ لَا يَطِئُهَا بَعْدَ ذَلِكَ
وَإِنْ لَمْ يَطَأِ الْمُنْكَوْحَةَ بَعْدَ لِأَنَّ الْمُنْكَوْحَةَ مَوْطُوءَةٌ حُكْمًا فَوَطِئَ الْأُمَّةَ يَكُونُ جَمْعًا بَيْنَ
الْأُخْتَيْنِ بِوَطِئِ أَحَدِهِمَا حَقِيقَةً وَالْأُخْرَى حُكْمًا.

واعتُرضَ عَلَيْهِ بِأَنَّ النِّكَاحَ لَوْ كَانَ قَائِمًا مَقَامَ الْوَطِئِ حَتَّى تَصِيرَ الْمُنْكَوْحَةُ
مَوْطُوءَةً حُكْمًا وَجَبَ أَنْ لَا يَجُوزَ هَذَا النِّكَاحُ كَيْ لَا يَصِيرَ جَامِعًا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ وَطَأًا
كَمَا قَالَ بِهِ مَالِكٌ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ نَفْسَ النِّكَاحِ لَيْسَ بِوَطِئٍ حَتَّى يَصِيرَ بِهِ جَامِعًا بَيْنَهُمَا،
وَأَمَّا يَصِيرُ وَطَأًا بَعْدَ ثُبُوتِ حُكْمِهِ وَهُوَ حِلُّ الْوَطِئِ فَلَا يَكُونُ وَطِئُ الْأُمَّةِ مَانِعًا عَنْ
النِّكَاحِ.

(وَلَا يَطَأُ الْمُنْكَوْحَةَ) أَيْضًا (لِلْجَمْعِ) بَيْنَهُمَا (إِلَّا إِذَا حَرَّمَ الْمَوْطُوءَةُ عَلَى نَفْسِهِ
بِسَبَبٍ مِنَ الْأَسْبَابِ) كَالْبَيْعِ وَالتَّزْوِيجِ، لِأَنَّ ذَلِكَ الْوَطِئَ قَائِمٌ حُكْمًا، حَتَّى لَوْ أَرَادَ أَنْ
يَبِيعَ يُسْتَحَبُّ لَهُ الْاِسْتِبْرَاءُ فَيَصِيرَ جَامِعًا بَيْنَهُمَا وَطَأًا حَقِيقَةً، وَبِالتَّحْرِيمِ عَلَى نَفْسِهِ يَطْلُ
حُكْمُ ذَلِكَ الْوَطِئِ لَزُوالِ مَعْنَى اشْتِغَالِ رَحِمِهَا بِمَاءِهِ حَقِيقَةً وَحُكْمًا، أَلَا تَرَى أَنَّهُ يَحِلُّ
لَزَوْجِهَا أَنْ يَغْشَاهَا فَيَحِلَّ لَهُ أَنْ يَطَأَ الْمُنْكَوْحَةَ حِينَئِذٍ لِعَدَمِ الْجَمْعِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ وَطِئَ
الْمَمْلُوكَةَ جَازَ لَهُ أَنْ يَطَأَ الْمُنْكَوْحَةَ لِعَدَمِ الْجَمْعِ وَطَأًا إِذَا الْمَرْقُوقَةُ لَيْسَتْ مَوْطُوءَةً حُكْمًا.

(فَإِنْ تَزَوَّجَ أُخْتَيْنِ فِي عَقْدَتَيْنِ وَلَا يَدْرِي أَيُّهُمَا أُولَى فُرِّقَ بَيْنَهُ وَبَيْنَهُمَا) لِأَنَّ نِكَاحَ
إِحْدَاهُمَا بَاطِلٌ بَيَقِينٍ، وَلَا وَجَهَ إِلَى التَّعْيِينِ لِعَدَمِ الْأُولَوِيَّةِ وَلَا إِلَى التَّفْيِيزِ مَعَ التَّجْهِيلِ

لَعَدَمِ الْفَائِدَةِ أَوْ لِلضَّرَرِ فَتَعَيَّنَ التَّفْرِيقُ (وَلَهُمَا نِصْفُ الْمَهْرِ) لِأَنَّهُ وَجِبَ لِلأُولَى مِنْهُمَا،
وَأَنعَدَمَتِ الْأُولَوِيَّةُ لِلجَهْلِ بِالْأُولَوِيَّةِ فَيُصْرَفُ إِلَيْهِمَا، وَقِيلَ لَا بُدَّ مِنْ دَعْوَى كُلِّ وَاحِدَةٍ
مِنْهُمَا أَنَّهَا الْأُولَى أَوْ الاصطلاح لِجِهَاتِهِ الْمُسْتَحَقَّةِ.

الشرح:

قَوْلُهُ (فَإِنْ تَزَوَّجَ أُخْتَيْنِ فِي عَقْدَتَيْنِ وَلَا يَدْرِي أَيُّهُمَا أُولَى فُرِّقَ بَيْنَهُ وَبَيْنَهُمَا)
قَيْدٌ بِعُقْدَتَيْنِ، لِأَنَّهُ لَوْ تَزَوَّجَهُمَا بِعَقْدٍ وَاحِدٍ كَانَ النِّكَاحُ بَاطِلًا لِلْجَمْعِ بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ فَلَا
يَسْتَحِقُّانِ شَيْئًا مِنَ الْمَهْرِ، وَقَيْدٌ بِقَوْلِهِ وَلَا يَدْرِي أَيُّهُمَا أُولَى لِأَنَّهُ لَوْ عَلِمَ بِذَلِكَ بَطُلَ
نِكَاحُ الثَّانِيَةِ.

وَقَوْلُهُ (لَأَنَّ نِكَاحَ إِحْدَاهُمَا بَاطِلٌ بَيِّنٌ) يَعْنِي مَنْ كَانَتْ أُخْرَى فِي الْوَاقِعِ (وَلَا
وَجْهَ إِلَى التَّعْيِينِ لَعَدَمِ الْأُولَوِيَّةِ وَلَا إِلَى التَّنْفِيدِ) يَعْنِي إِلَى تَصْحِيحِهِ فِي إِحْدَاهُمَا بِغَيْرِ
عَيْنِهَا (لِعَدَمِ الْفَائِدَةِ) وَهِيَ حِلُّ الْقُرْبَانِ لِلزَّوْجِ لِأَنَّهُ لَا يَثْبُتُ مَعَ الْجِهَالَةِ (أَوْ لِلضَّرَرِ)
يَعْنِي فِي حَقِّهِمَا لِأَنَّ كُلًّا مِنْهُمَا تَبْقَى مُعَلِّقَةٌ لَا ذَاتَ بَعْلِ وَلَا مُطْلَقَةٌ (فَتَعَيَّنَ التَّفْرِيقُ)
وَطُولِبَ بِالْفَرْقِ بَيْنَ هَذِهِ وَبَيْنَ مَا إِذَا كَانَ لِرَجُلٍ أَرْبَعُ نِسَوَةٍ فَطُلِقَ وَاحِدَةٌ مِنْهُنَّ بِعَيْنِهَا
ثُمَّ نَسِيَهَا فَإِنَّهُ يُؤْمَرُ بِالْبَيَانِ وَلَا يُفْرَقُ.

وَأُجِيبَ بِأَنَّ الْفَارِقَ تَمَكُّنُ الزَّوْجِ ثَمَّةً مِنْ دَعْوَى ثَلَاثٍ مِنْهُنَّ بِأَعْيَانِهَا، لِأَنَّ
نِكَاحَ كُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُنَّ كَانَ ثَابِتًا بَيِّنًا، وَلَيْسَ فِيمَا نَحْنُ فِيهِ شَيْءٌ مِنْ نِكَاحِهِمَا
كَذَلِكَ فَلَا يَتِمَكَّنُ مِنْ دَعْوَى النِّكَاحِ فِي إِحْدَاهُمَا تَمَسُّكًا بِالْبَيِّنِ فَيُفْرَقَ بَيْنَهُمَا.

وَقَوْلُهُ (وَلَهُمَا نِصْفُ الْمَهْرِ) يَعْنِي بَيْنَهُمَا نِصْفَانِ (لِأَنَّهُ وَجِبَ الْأُولَى مِنْهُمَا) أَمَّا أَنَّهُ
وَجِبَ فَلِأَنَّ الْفُرْقَةَ وَقَعَتْ بِسَبَبِ مُضَافٍ إِلَى الزَّوْجِ وَهُوَ التَّجْهِيلُ وَذَلِكَ يُوجِبُ الْمَهْرَ
أَلْبَتَّةَ، وَأَمَّا أَنَّهُ لِلأُولَى فَلِأَنَّ نِكَاحَهَا صَحِيحٌ دُونَ الْأُخْرَى، وَتَقْرِيرُ كَلَامِهِ الْمَهْرُ لِلأُولَى
مِنْهُمَا لَمَّا قُلْنَا وَلَيْسَتْ إِحْدَاهُمَا لَكُونِهَا أُولَى أُولَى (لِلجَهْلِ بِالْأُولَوِيَّةِ) وَفِي بَعْضِ النُّسخِ
بِالْأُولَوِيَّةِ (فَيُصْرَفُ إِلَيْهِمَا).

وَقَوْلُهُ (وَقِيلَ لَا بُدَّ مِنْ دَعْوَى كُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا) قَالَ الْفَقِيهُ أَبُو جَعْفَرٍ: لَا بُدَّ أَنْ
تُدْعَى كُلُّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا أَنَّهَا هِيَ الْأُولَى، وَأَمَّا إِذَا قَالَتْ لَا تَدْرِي أَيُّ النِّكَاحَيْنِ كَانَ
أَوَّلًا لَا يُفْضَى لَهَا بِشَيْءٍ حَتَّى يَصْطَلَحَا، لِأَنَّ الْحَقَّ لِلْمَجْهُولَةِ فَلَا بُدَّ مِنَ الدَّعْوَى أَوْ

الاصطلاح ليقضي لهما: وصورة هذا الاصطلاح أن يقولوا عند القاضي: لنا عليه المهر وهذا الحق لا يعدونا فنصطلح على أخذ نصف المهر فيقضي القاضي.

(ولا يجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها أو ابنة أخيها أو ابنة أختها) لقوله عليه الصلاة والسلام «لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها ولا على ابنة أخيها ولا على ابنة أختها»^(١) وهذا مشهور، يجوز الزيادة على الكتاب بمثله.

الشرح:

قال (ولا يجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها أو ابنة أخيها أو ابنة أختها) لقوله عليه الصلاة والسلام «لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها ولا على ابنة أخيها ولا على ابنة أختها» (رواه ابن عباس وجابر، كذا في النهاية. وذكر الترمذي في جامعه أنه رواه علي وأبو هريرة وابن عمر وأبو سعيد وعبد الله بن عمرو وأبو أمامة وجابر وعائشة وأبو موسى الأشعري وسمره بن جندب (وهو مشهور) تلقته الأمة بالقبول والعمل.

فإن قيل: فما فائدة التكرار لحكم واحد بصفتين مختلفتين في موضعين، فإن المراد من قوله: «لا تنكح المرأة على عمتها» هو أن لا يجمع بينهما في النكاح، ثم الجمع بين المرأة وعمتها هو عين جمع المرأة بينها وبين بنت أخيها، وكذلك الجمع بين المرأة وخالتها هو عين الجمع بينها وبين ابنة أختها.

أجيب بأن شمس الأئمة السرخسي قال: ذكر هذا الثفي من الجانبين، إما للمبالغة في بيان التحريم، أو لإزالة الإشكال لأنه ربما يظن ظان أن نكاح ابنة الأخ على العمّة لا يجوز، ونكاح العمّة على ابنة الأخ يجوز لتفضيل العمّة، كما لا يجوز نكاح الأمة على الحرّة ويجوز نكاح الحرّة على الأمة، فبين النبي ﷺ ثبوت هذه الحرمة من الجانبين لإزالة الإشكال.

ولقائل أن يقول: في عبارة المصنف تسامح لأنه قال: وهذا مشهور (يجوز الزيادة على الكتاب بمثله) وهذه العبارة إنما تستعمل في تقييد المطلق على ما لا يخفى على المحصلين، وما نحن فيه ليس كذلك لأن قوله تعالى: ﴿وَأَحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ

(١) أخرجه أبو داود (٢٠٦٥)، والترمذي (١١٢٦)، وابن ماجه في النكاح باب ٣١.

ذَلِكَ ﴿ [النساء: ٢٤] عَامٌّ، وَهَذَا الْحَدِيثُ يُخَصِّصُهُ.

سَلَّمْنَا جَوَازَ الاصْطِلَاحِ عَلَى تَخْصِيصِ الْعَامِّ بِالزِّيَادَةِ، لَكِنْ شَرْطَ التَّخْصِيصِ الْمَقَارَنَةُ عِنْدَنَا أَوَّلًا وَلَيْسَتْ بِمَعْلُومَةٍ. وَيُمْكِنُ أَنْ يُجَابَ عَنْهُ بِأَنَّ الزِّيَادَةَ عَلَى الْكِتَابِ نَسْخٌ أَخْصَصُ فَيَجُوزُ ذِكْرُهُ وَإِرَادَةُ مُطْلَقِ النَّسْخِ لِأَنَّ ذِكْرَ الْأَخْصَصِ وَإِرَادَةُ الْأَعْمِ مَجَازٌ شَائِعٌ فَيَكُونُ مَعْنَاهُ يَجُوزُ نَسْخُ الْكِتَابِ بِهِ، وَلَا نِزَاعَ فِي ذَلِكَ لَا سِيَّمَا أَنَّهُ تَطَرَّقَ إِلَيْهَا الْإِحْتِمَالُ بِالنَّسْخِ مَرَّةً فَإِنَّ قَوْلَهُ تَعَالَى ﴿ وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكِينَ ﴾ [البقرة: ٢٢١] نَسْخٌ عُمُومٌ قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿ وَأُحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ ﴾ بِتَقْدِيرِهِ مُتَأَخِّرًا لِّئَلَّا يَتَكَرَّرَ النَّسْخُ، فَجَازَ أَنْ يُنْسَخَ بِخَبَرِ مَشْهُودٍ مَا تَنَاوَلَهُ مِمَّا ذَكَرْتَاهُ، وَلَا بَأْسَ بِمُطَالَعَةِ مَا فِي النِّهَايَةِ فِي هَذَا الْمَوْضِعِ مِنْ كَلَامِ الْمَهْرَةِ الْحَذَاقِ الْمُتَقِينَ إِنْ كَانَتْ الْقَوَاعِدُ الْأُصُولِيَّةُ عَلَى ذِكْرِ مِنْكَ.

(وَلَا يُجْمَعُ بَيْنَ امْرَأَتَيْنِ لَوْ كَانَتْ إِحْدَاهُمَا رَجُلًا لَمْ يَجْزَ لَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَ بِالْأُخْرَى) لِأَنَّ الْجَمْعَ بَيْنَهُمَا يُفْضِي إِلَى الْقَطِيعَةِ وَالْقَرَابَةِ الْمَحْرَمَةِ لِلنِّكَاحِ مُحْرَمَةً لِلْقَطْعِ، وَلَوْ كَانَتْ الْمَحْرَمِيَّةُ بَيْنَهُمَا بِسَبَبِ الرِّضَاعِ يَحْرُمُ لَمَّا رَوَيْنَا مِنْ قَبْلُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلَا يُجْمَعُ بَيْنَ امْرَأَتَيْنِ لَوْ كَانَتْ إِحْدَاهُمَا رَجُلًا لَمْ يَجْزَ لَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَ بِالْأُخْرَى) ظَاهِرٌ، وَهُوَ حُكْمٌ ثَابِتٌ بِدَلَالَةِ الْحَدِيثِ الَّذِي كَانَ بَحْثُنَا فِيهِ لِأَنَّ الْجَمْعَ بَيْنَ الْمَرْأَةِ وَعَمَّتِهَا مُحْرَّمٌ لِإِفْضَائِهِ إِلَى قَطِيعَةِ الرَّحِمِ الْمَحْرَمِ الْقَطْعِ وَهُوَ مَوْجُودٌ فِيمَا نَحْنُ فِيهِ، وَلَا عَلَيْكَ أَنْ تَجْعَلَهُ ثَابِتًا بِدَلَالَةِ قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿ وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ ﴾ [النساء: ٢٣] كَمَا قَدَّمْتَهُ وَهُوَ أَوَّلِي.

وَقَوْلُهُ (وَلَوْ كَانَتْ الْمَحْرَمِيَّةُ بَيْنَهُمَا بِسَبَبِ الرِّضَاعِ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (لَمَّا رَوَيْنَا) إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «يَحْرُمُ مِنَ الرِّضَاعِ» الْحَدِيثُ.

(وَلَا بَأْسَ بِأَنْ يُجْمَعَ بَيْنَ امْرَأَةٍ وَبِنْتِ زَوْجٍ كَانَ لَهَا مِنْ قَبْلُ) لِأَنَّهُ لَا قَرَابَةَ بَيْنَهُمَا وَلَا رِضَاعَ. وَقَالَ زُهْرِي: لَا يَجُوزُ لِأَنَّ ابْنَةَ الزَّوْجِ لَوْ قَدَّرْتَهَا ذَكَرًا لَا يَجُوزُ لَهُ التَّزَوُّجُ بِامْرَأَةِ أَبِيهِ. فَلَمَّا: امْرَأَةُ الْأَبِ لَوْ صَوَّرْتَهَا ذَكَرًا جَازَ لَهُ التَّزَوُّجُ بِهِذِهِ وَالشَّرْطُ أَنْ يُصَوَّرَ ذَلِكَ مِنْ كُلِّ جَانِبٍ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَلَا بَأْسَ بِأَنْ يَجْمَعَ بَيْنَ امْرَأَةٍ ظَاهِرًا، وَتُسَبَّ فِي الْمَبْسُوطِ قَوْلُ زُفَرٍ هَذَا إِلَى ابْنِ أَبِي لَيْلَى. وَقَوْلُهُ: (وَالشَّرْطُ أَنْ يُصَوَّرَ ذَلِكَ مِنْ كُلِّ جَانِبٍ) يَعْنِي كَمَا كَانَ فِي الْأَخْتَيْنِ كَذَلِكَ لِأَنَّ ذَلِكَ هُوَ الْمَنْصُوصُ عَلَيْهِ وَمَا نَحْنُ فِيهِ فَرَعٌ عَلَيْهِ فَيَجِبُ أَنْ يَكُونَ الْفَرَعُ عَلَى وَفَاقِ الْأَصْلِ. وَقَدْ صَحَّ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ جَعْفَرٍ جَمَعَ بَيْنَ امْرَأَةٍ عَلَيَّ وَبَنْتِهِ، وَهَذَا مَا يَتَعَلَّقُ بِالتَّحْرِيمِ بِسَبَبِ الْجَمْعِ.

قَالَ (وَمَنْ زَنَى بِامْرَأَةٍ حَرُمَتْ عَلَيْهِ أُمُّهَا وَبَنَتُهَا) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: الزَّنا لَا يُوجِبُ حُرْمَةَ الْمَصَاهِرَةِ لِأَنَّهَا نِعْمَةٌ فَلَا تُنَالُ بِالْمَحْظُورِ. وَلَنَا أَنَّ الْوَطْءَ سَبَبُ الْجُزْئِيَّةِ بِوَاسِطَةِ الْوَلَدِ حَتَّى يُضَافَ إِلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا كَمَلًا فَتَصِيرُ أَصُولُهَا وَفُرُوعُهَا كَأَصُولِهِ وَفُرُوعِهِ وَكَذَلِكَ عَلَى الْعَكْسِ، وَالْاِسْتِمْتَاعُ بِالْجُزْءِ حَرَامٌ إِلَّا فِي مَوْضِعِ الضَّرُورَةِ وَهِيَ الْمَوْطُوءَةُ، وَالْوَطْءُ مُحَرَّمٌ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ سَبَبُ الْوَلَدِ لَا مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ زَنَا.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ زَنَى بِامْرَأَةٍ حَرُمَتْ عَلَيْهِ أُمُّهَا وَبَنَتُهَا) لَمَّا فَرَعَ مِنْ بَيَانِ الْحُرْمَةِ بِسَبَبِ الْجَمْعِ أَرَادَ أَنْ يُبَيِّنَ أَنَّ الزَّنا يُوجِبُ حُرْمَةَ الْمَصَاهِرَةِ أَوَّلًا وَذَكَرَ الْخِلَافَ (وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: الزَّنا لَا يُوجِبُ حُرْمَةَ الْمَصَاهِرَةِ لِأَنَّهَا نِعْمَةٌ) فَإِنَّهَا تُلْحَقُ الْأَجْنِيَّاتِ بِالْمَحَارِمِ، وَكُلُّ مَا هُوَ نِعْمَةٌ لَا يُنَالُ بِالْمَحْظُورِ لِانْتِفَاءِ الْمُنَاسَبَةِ الْوَاجِبَةِ بَيْنَ الْحُكْمِ وَسَبَبِهِ.

(وَلَنَا أَنَّ الْوَطْءَ سَبَبُ الْجُزْئِيَّةِ) وَتَقْرِيرُهُ: الْوَلَدُ جُزْءٌ مِنْهُ مِنْ مَائِهِ وَالْاِسْتِمْتَاعُ بِالْجُزْءِ حَرَامٌ: أَمَّا أَنَّ الْوَلَدَ جُزْءٌ مِنْهُ فَلَأَنَّ سَبَبَ الْجُزْئِيَّةِ مَوْجُودٌ وَهُوَ الْوَطْءُ فَإِنَّهُ سَبَبٌ لِلْجُزْئِيَّةِ بَيْنَ الْوَالِدَيْنِ وَالْوَلَدِ لَا مَحَالَةَ، وَكَذَا بَيْنَ الْوَالِدَيْنِ بِسَبَبِ الْوَلَدِ (حَتَّى يُضَافَ إِلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا كَمَلًا) يُقَالُ ابْنُ فُلَانٍ وَابْنُ فُلَانَةٍ (فَتَصِيرُ أَصُولُهَا وَفُرُوعُهَا كَأَصُولِهِ وَفُرُوعِهِ) وَتَصِيرُ أَصُولُهُ وَفُرُوعُهُ كَأَصُولِهَا وَفُرُوعِهَا.

فَإِنْ قِيلَ: لَوْ كَانَ كَذَلِكَ لَكَانَتْ الْحُرْمَةُ ثَابِتَةً فِي نَفْسِ الْمَرْأَةِ الْمَوْطُوءَةِ لِأَنَّهَا حَبِئَتْ جُزْءَ الْوَاطِئِ. أَجَابَ بِقَوْلِهِ (وَالْاِسْتِمْتَاعُ بِالْجُزْءِ حَرَامٌ إِلَّا فِي مَوْضِعِ الضَّرُورَةِ وَهِيَ الْمَوْطُوءَةُ) لِأَنَّهَا لَوْ قِيلَ بِحُرْمَتِهَا لَمْ تَحِلَّ امْرَأَةٌ بَعْدَهَا وَلَدَتْ لَزَوْجِهَا وَعَادَ النِّكَاحُ عَلَى مَوْضُوعِهِ بِالْتَّقْضِ لِأَنَّهُ مَا شَرَعَ إِلَّا لِلتَّوَالِدِ، فَلَوْ حَرُمَتْ بِالْوِلَادَةِ لَكَانَ مَا وَضَعَ

للولادة يَتَنَفَّى بِهَا فِيهَا وَذَلِكَ خَلْفٌ بَاطِلٌ، وَأَمَّا أَنْ الِاسْتِمْتَاعَ بِالْجُزْءِ حَرَامٌ فَلَأَنْ أَوَّلَ الْإِنْسَانِ آدَمَ عَلَيْهِ السَّلَامُ وَقَدْ حُرِّمَتْ عَلَيْهِ بَنَاتُهُ فَهُوَ الْأَصْلُ فِي حُرْمَةِ الْجُزْءِ، وَاسْتَشْنَى مَوْضِعَ الضَّرُورَةِ وَهِيَ امْرَأَتُهُ.

وَقَوْلُهُ (وَالْوَطْءُ مُحَرَّمٌ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ سَبَبُ الْوَلَدِ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ حُرْمَةُ الْمَصَاهِرَةِ نِعْمَةٌ فَلَا تُنَالُ بِمَحْظُورٍ. وَيَبَيِّنُهُ أَنَّ الْوَطْءَ لَيْسَ بِسَبَبٍ لِلْحُرْمَةِ مِنْ حَيْثُ ذَاتُهُ حَتَّى تُعْتَبَرَ الْمُنَاسَبَةُ بَيْنَهُ وَيَبَيِّنُ الْحُكْمَ بِالْمَشْرُوعِيَّةِ، وَلَا مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ زِنَا وَإِنَّمَا هُوَ سَبَبٌ لَهَا مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ سَبَبٌ لِلْوَلَدِ أُقِيمَ مَقَامُهُ كَالسَّفَرِ مَعَ الْمَشَقَّةِ، وَلَا عُذْوَانٍ وَلَا مَعْصِيَةٍ لِلْمُسَبَّبِ الَّذِي هُوَ الْوَلَدُ لِعَدَمِ اتِّصَافِهِ بِذَلِكَ. لَا يُقَالُ: وَلَدَ عَصِيَانٍ أَوْ عُذْوَانٍ وَالشَّيْءُ إِذَا قَامَ مَقَامَ غَيْرِهِ يُعْتَبَرُ فِيهِ صِفَةُ أَصْلِهِ لَا صِفَةُ نَفْسِهِ كَالثَّرَابِ فِي التَّيْمُمِ.

(وَمَنْ مَسَّهُ امْرَأَةٌ بِشَهْوَةٍ حُرِّمَتْ عَلَيْهِ أُمُّهَا وَابْنَتُهَا) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَا تَحْرُمُ، وَعَلَى هَذَا الْخِلَافِ مَسَّهُ امْرَأَةٌ بِشَهْوَةٍ وَنَظَرُهُ إِلَى فَرْجِهَا وَنَظَرُهَا إِلَى ذَكَرِهِ عَنْ شَهْوَةٍ. لَهُ أَنَّ الْمَسَّ وَالنَّظَرَ لَيْسَا فِي مَعْنَى الدُّخُولِ، وَلِهَذَا لَا يَتَعَلَّقُ بِهِمَا فَسَادُ الصُّومِ وَالْإِحْرَامِ وَوُجُوبُ الْإِغْتِسَالِ فَلَا يَلْحَقَانِ بِهِ.

وَلَنَا أَنَّ الْمَسَّ وَالنَّظَرَ سَبَبٌ دَاعٍ إِلَى الْوَطْءِ فَيَقَامُ مَقَامَهُ فِي مَوْضِعِ الْإِحْتِيَاظِ، ثُمَّ الْمَسُّ بِشَهْوَةٍ أَنْ تَنْتَشِرَ الْأَلَةُ أَوْ تَزْدَادَ انْتِشَارًا هُوَ الصَّحِيحُ، وَالْمُعْتَبَرُ النَّظَرُ إِلَى الْفَرْجِ الدَّاخِلِ وَلَا يَتَحَقَّقُ ذَلِكَ إِلَّا عِنْدَ اتِّكَانِهَا، وَلَوْ مَسَّ فَأَنْزَلَ فَقَدْ قِيلَ إِنَّهُ يُوجِبُ الْحُرْمَةَ، وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ لَا يُوجِبُهَا لِأَنَّهُ بِالْإِنْزَالِ تَبَيَّنَ أَنَّهُ غَيْرُ مُفْضٍ إِلَى الْوَطْءِ، وَعَلَى هَذَا إِتْيَانُ الْمَرَأَةِ فِي الدُّبْرِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ مَسَّهُ امْرَأَةٌ بِشَهْوَةٍ) يَبَيِّنُ أَنَّ الْأَسْبَابَ الدَّاعِيَةَ إِلَى الْوَطْءِ فِي إِثْبَاتِ الْحُرْمَةِ كَالْوَطْءِ فِي إِثْبَاتِهَا. قَالَ الْفَقِيهُ أَبُو اللَّيْثِ: تَأْوِيلُ الْمَسْأَلَةِ إِذَا صَدَّقَ الرَّجُلُ الْمَرَأَةَ أَنَّهَا مَسَّتْهُ عَنْ شَهْوَةٍ وَلَوْ كَذَّبَهَا وَلَمْ يَقَعْ فِي أَكْبَرِ رَأْيِهِ أَنَّهَا فَعَلَتْ ذَلِكَ عَنْ شَهْوَةٍ يَنْبَغِي أَنْ لَا تَحْرُمَ عَلَيْهِ أُمُّهَا وَبَنَاتُهَا.

فَإِنْ قِيلَ: ذَكَرُ مَسْأَلَةِ الدَّوَاعِي تَكَرَّرَ لِأَنَّ نَفْسَ الْوَطْءِ الْحَرَامِ إِذَا لَمْ يُوجِبِ الْحُرْمَةَ عِنْدَ الشَّافِعِيِّ فَلَأَنْ لَا يُوجِبُهَا دَوَاعِيهِ أَوَّلَى. أَجِيبَ بِأَنَّهُ إِنَّمَا كَانَتْ تَكَرَّرًا أَنْ لَوْ

كَانَتْ مُصَوَّرَةً فِي الْحَرَامِ فَقَطُّ، وَلَيْسَ كَذَلِكَ بَلْ هِيَ فِي الْحَلَالِ مِثْلُ أَنْ مَسَّتْ أُمَّةٌ مَوْلَاهَا كَذَلِكَ، غَيْرَ أَنَّا لَمْ نُمَيِّزْ بَيْنَ الْحَلَالِ وَالْحَرَامِ فِي شُمُولِ وَجُوبِ الْحُرْمَةِ وَالشَّافِعِيُّ فِي شُمُولِ الْعَدَمِ.

(له) فِي الْحَلَالِ مَا ذَكَرَ فِي الْكِتَابِ (أَنَّ الْمَسَّ وَالنَّظَرَ لَيْسَا فِي مَعْنَى الدُّخُولِ وَهَذَا لَا يَتَعَلَّقُ بِهِمَا فَسَادُ الصَّوْمِ وَالْإِحْرَامِ وَوَجُوبُ الْاِغْتِسَالِ) وَكُلُّ مَا لَيْسَ فِي مَعْنَى الدُّخُولِ لَا يُلْحَقُ بِالدُّخُولِ، لِأَنَّ الْمُلْحَقَ لَا بُدَّ وَأَنْ يَكُونَ فِي مَعْنَى الْمُلْحَقِ.

(وَلَنَا أَنَّ الْمَسَّ وَالنَّظَرَ سَبَبٌ دَاعٍ إِلَى الْوُطْءِ) وَالسَّبَبُ الدَّاعِي إِلَى الشَّيْءِ يُقَامُ مَقَامُهُ فِي مَوْضِعِ الْاِحْتِيَاطِ، وَهَذَا لِأَنَّا وَجَدْنَا لِصَاحِبِ الشَّرْعِ مَزِيدَ اعْتِنَاءٍ فِي حُرْمَةِ الْأَبْضَاعِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ أَقَامَ شُبْهَةَ الْبَعْضِيَّةِ بِسَبَبِ الرِّضَاعِ مَقَامَ حَقِيقَتِهَا فِي إِبْثَاتِ الْحُرْمَةِ دُونَ سَائِرِ الْأَحْكَامِ مِنَ التَّوَارِثِ وَمَنْعِ وَضْعِ الزَّكَاةِ وَمَنْعِ قَبُولِ الشَّهَادَةِ فَأَقَمْنَا السَّبَبَ الدَّاعِيَّ مَقَامَ الْمَدْعُوِّ اِحْتِيَاطًا، وَفَسَادُ الصَّوْمِ وَالْإِحْرَامِ وَوَجُوبُ الْاِغْتِسَالِ لَيْسَ مِنْ بَابِ حُرْمَةِ الْأَبْضَاعِ حَتَّى يَقُومَ السَّبَبُ فِيهِ مَقَامَ الْوُطْءِ.

وَيُبْقِضُ بِأَنَّ مَا ذَكَرْتُمْ إِنْ كَانَ صَحِيحًا قَامَ النَّظَرُ إِلَى جَمَالِ الْمَرْأَةِ مَقَامَ الْوُطْءِ فِي ثُبُوتِ الْحُرْمَةِ لِكَوْنِهِ سَبَبًا دَاعِيًا إِلَيْهِ.

وَالْجَوَابُ أَنَّ النَّظَرَ إِلَى الْفَرْجِ الْمُحَرَّمِ هُوَ مَا يَكُونُ نَظَرًا إِلَى دَاخِلِ الْفَرْجِ بِأَنَّ كَانَتْ مُتَكِنَةً وَهُوَ لَا يَحِلُّ إِلَّا فِي الْمَلِكِ، وَالظَّاهِرُ مِنْ ذَلِكَ أَنَّهَا لَا تَكُونُ عَلَى هَذِهِ الْحَالَةِ إِلَّا فِي خَلْوَةٍ عَنِ الْأَجَانِبِ، فَانْظُرْ بَعْدَ هَذَا فِي أَنَّ النَّظَرَ إِلَى الْجَمَالِ فِي الْحَلَالِ فِي الْمَلِكِ وَغَيْرِهِ خَلَاءً وَمَلَأً هَلْ يَكُونُ دَاعِيًا إِلَى الْوُطْءِ دَعْوَةً النَّظَرِ إِلَيْهِ أَوْ لَا؟ لَا أَرَاكَ قَائِلًا بِذَلِكَ إِلَّا مُكَذِّبًا.

وَعَرَفَ الْمَسَّ بِشَهْوَةٍ بِأَنَّ تَنْشِيرَ الْآلَةِ يَعْني إِذَا لَمْ تَكُنْ مُتَشِيرَةً قَبْلَ النَّظَرِ وَالْمَسَّ (أَوْ تَزَادُ الْاِنْشَارًا) إِذَا كَانَتْ مُتَشِيرَةً قَبْلَ ذَلِكَ. وَقَوْلُهُ (هُوَ الصَّحِيحُ) احْتِرَازٌ عَنْ قَوْلِ كَثِيرٍ مِنَ الْمَشَائِخِ قَالَ فِي الذَّخِيرَةِ: وَكَثِيرٌ مِنَ الْمَشَائِخِ لَمْ يَشْتَرُطُوا الْاِنْشَارَ، وَجَعَلُوا حَدَّ الشَّهْوَةِ أَنْ يَمِيلَ قَلْبُهُ إِلَيْهَا وَيَشْتَهِيَ جِمَاعَهَا، وَاخْتَارَ الْمُصَنِّفُ قَوْلَ شَمْسِ الْأُيْمَةِ السَّرْحَسِيِّ وَشَيْخِ الْإِسْلَامِ.

قَالَ فِي «النُّهَايَةِ»: هَذَا إِذَا كَانَ شَابًّا قَادِرًا عَلَى الْجِمَاعِ، فَإِنْ كَانَ شَيْخًا أَوْ

عَيْنًا فَحَدُّ الشَّهْوَةِ أَنْ يَتَحَرَّكَ قَلْبُهُ بِالِاشْتِهَاءِ إِنْ لَمْ يَكُنْ مُتَحَرِّكًا قَبْلَ ذَلِكَ أَوْ يَزْدَادُ
الِاشْتِهَاءُ إِنْ كَانَ مُتَحَرِّكًا وَهَذَا إِفْرَاطٌ.

وَكَانَ الْفَقِيهَ مُحَمَّدُ بْنُ مُقَاتِلِ الرَّازِيِّ لَا يَعْتَبِرُ تَحَرُّكَ الْقَلْبِ وَإِنَّمَا يَعْتَبِرُ تَحَرُّكَ
الْأَلَةِ، وَكَانَ لَا يُفْتِي بِثُبُوتِ الْحُرْمَةِ فِي الشَّيْخِ الْكَبِيرِ وَالْعَيْنِ الَّذِي مَاتَتْ شَهْوَتُهُ حَتَّى لَمْ
يَتَحَرَّكَ غُضُوهُ بِالْمَلَامَسَةِ وَهُوَ أَقْرَبُ إِلَى الْفَقْهِ.

وَقَوْلُهُ وَالْمُعْتَبَرُ النَّظَرُ ظَاهِرٌ (وَلَوْ مَسَّ فَأَنْزَلَ فَقَدْ قِيلَ يُوجِبُ الْحُرْمَةَ) وَبِهِ كَانَ
يُفْتِي شَيْخُ الْإِسْلَامِ الْأَوْزَجَنْدِيُّ.

وَوَجْهُهُ أَنَّ مُجَرَّدَ الْمَسِّ بِشَهْوَةٍ يُثْبِتُ الْحُرْمَةَ، فَهَذِهِ الزِّيَادَةُ إِنْ كَانَتْ لَا تُوجِبُ
زِيَادَةَ الْحُرْمَةِ لَا تُوجِبُ خِلَافَهَا.

وَالَّذِي اخْتَارَهُ الْمُصَنِّفُ فِي الْكِتَابِ هُوَ اخْتِيَارُ شَمْسِ الْأَيْمَةِ السَّرْحَسِيِّ وَالْإِمَامِ
فَخْرِ الْإِسْلَامِ. وَقَدْ نَصَّ مُحَمَّدٌ فِي بَابِ إِثْبَانِ الْمَرْأَةِ فِي غَيْرِ مَا تَأْهَأُ مِنَ الزِّيَادَاتِ أَنَّ
الْجَمَاعَ فِي الدُّبْرِ لَا يُثْبِتُ حُرْمَةَ الْمُصَاهَرَةِ، وَكَذَا النَّظَرُ إِلَى مَوْضِعِ الْجَمَاعِ مِنَ الدُّبْرِ
بِشَهْوَةٍ (وَهَذَا أَصَحُّ لَمَّا تَبَيَّنَ أَنَّهُ) أَيُّ الْمَسِّ (بِالْإِنْزَالِ غَيْرُ مُفْضٍ إِلَى الْوُطْءِ) وَالْمَسُّ
الْمُفْضِي إِلَيْهِ هُوَ الْمَحْرَمُ.

وَمَعْنَى قَوْلِهِمُ الْمَسُّ بِشَهْوَةٍ لَا يُوجِبُ الْحُرْمَةَ بِالْإِنْزَالِ: هُوَ أَنَّ الْحُرْمَةَ عِنْدَ ابْتِدَاءِ
الْمَسِّ بِشَهْوَةٍ كَانَ حُكْمُهَا مَوْقُوفًا إِلَى أَنْ تَبَيَّنَ بِالْإِنْزَالِ، فَإِنْ أَنْزَلَ لَمْ تُثْبِتْ وَإِلَّا تَبَيَّنَتْ، لَا
أَنْ يَكُونَ مَعْنَاهُ أَنَّ حُرْمَةَ الْمُصَاهَرَةِ تُثْبِتُ بِالْمَسِّ، ثُمَّ بِالْإِنْزَالِ سَقَطَ مَا يَثْبِتُ مِنَ الْحُرْمَةِ
لَأَنَّ مُوجِبَ الْمُصَاهَرَةِ إِذَا تَبَيَّنَ لَا يَسْقُطُ أَبَدًا.

(وَإِذَا طَلَّقَ امْرَأَةً طَلَاقًا بَاطِنًا أَوْ رَجَعِيًّا لَمْ يَجُزْ لَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَ بِأَخْتِهَا حَتَّى تَنْقَضِيَ
عِدَّتُهَا) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ إِنْ كَانَتْ الْعِدَّةُ عَنْ طَلَاقٍ بَاطِنٍ أَوْ ثَلَاثَ يَجُوزُ لَانْقِطَاعِ
النِّكَاحِ بِالْكَلِّيَّةِ إِمَّا لَا لِلْقَاطِعِ، وَلِهَذَا لَوْ وَطِئَهَا مَعَ الْعِلْمِ بِالْحُرْمَةِ يَجِبُ الْحَدُّ.

وَلَنَا أَنَّ نِكَاحَ الْأُولَى قَائِمٌ لِبَقَاءِ بَعْضِ أَحْكَامِهِ كَالْتَفَقَةِ وَالْمَنْعِ وَالْفِرَاشِ وَالْقَاطِعِ
تَأَخَّرَ عَمَلُهُ وَلِهَذَا بَقِيَ الْقَيْدُ، وَالْحَدُّ لَا يَجِبُ عَلَى إِشَارَةِ كِتَابِ الطَّلَاقِ، وَعَلَى عِبَارَةِ
كِتَابِ الْحُدُودِ يَجِبُ لِأَنَّ الْمَلِكَ قَدْ زَالَ فِي حَقِّ الْمَلِكِ فَيَتَحَقَّقُ الزَّنَا وَلَمْ يَرْتَفَعْ فِي حَقِّ مَا
ذَكَرْنَا فَيَصِيرُ جَامِعًا.

الشرح:

قَالَ (وَإِذَا طَلَّقَ امْرَأَتَهُ طَلَاقًا بَائِنًا أَوْ رَجَعِيًّا لَمْ يَحْزُلْ لَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَ بِأَخْتِهَا حَتَّى تَنْقَضِيَ عِدَّتُهَا وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: إِنْ كَانَتْ الْعِدَّةُ عَنْ طَلَاقٍ بَائِنٍ) كَالطَّلَاقِ عَلَى مَالٍ (أَوْ ثَلَاثَ جَوَازٍ لَا يَقْطَعُ النِّكَاحَ بِالْكُلِّيَّةِ) لِأَنَّ الْقَاطِعَ وَهُوَ الطَّلَاقُ مَوْجُودٌ عَلَى الْكَمَالِ إِذْ لَيْسَ فِيهِ شَائِبَةُ الرُّجُوعِ فَلَا بُدَّ مِنْ إِعْمَالِهِ، وَإِعْمَالُ الْقَاطِعِ الْكَامِلِ يَقْتَضِي الْقَطْعَ بِالْكُلِّيَّةِ لَيُثْبِتَ الْحُكْمَ بِقَدْرِ دَلِيلِهِ.

(وَلِهَذَا لَوْ وَطَّيْهَا مَعَ الْعِلْمِ بِالْحُرْمَةِ وَجَبَ الْحُدُّ. وَلَنَا) أَنَّا لَا نُسَلِّمُ انْقِطَاعَ النِّكَاحِ بِالْكُلِّيَّةِ، فَإِنَّ (النِّكَاحَ الْأَوَّلَ قَائِمًا لِبَقَاءِ بَعْضِ أَحْكَامِهِ كَالْتَّفَقَةِ وَالْمَنْعِ) عَنْ الْخُرُوجِ (وَالْفِرَاشِ) وَهُوَ صَيْرُورَةُ الْمَرْأَةِ بِحَالٍ لَوْ جَاءَتْ بِوَلَدٍ ثَبَتَ نَسَبُهُ مِنْهُ فَإِنْ هَذِهِ كَذَلِكَ مَا دَامَتْ فِي الْعِدَّةِ لَا نِزَاعَ فِي بَقَاءِ هَذِهِ الْأَحْكَامِ سِوَى التَّفَقَةِ وَلَا فِي كَوْنِهَا مُرْتَبَةً عَلَى النِّكَاحِ، فَلَوْ لَمْ يَكُنْ النِّكَاحُ قَائِمًا حَالِ الْعِدَّةِ تَخَلَّفَ الْحُكْمُ عَنْ عِلَّتِهِ وَهُوَ بَاطِلٌ، وَإِذَا كَانَ النِّكَاحُ قَائِمًا كَانَ عَمَلُ الْقَاطِعِ مُتَأَخِّرًا كَمَا فِي الطَّلَاقِ الرَّجْعِيِّ وَلِهَذَا بَقِيَ الْقَيْدُ، فَلَوْ جَوَّزَ نِكَاحَ الْأَخْتِ فِي الْعِدَّةِ لَزِمَ الْجَمْعُ بَيْنَ الْأَخْتَيْنِ وَهُوَ حَرَامٌ.

وَقَوْلُهُ (وَالْحُدُّ لَا يَجِبُ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ وَلِهَذَا لَوْ وَطَّيْهَا مَعَ الْعِلْمِ بِالْحُرْمَةِ وَجَبَ الْحُدُّ. وَوَجْهُهُ أَنَّا لَا نُسَلِّمُ وَجُوبَهُ عَلَى إِشَارَةِ كِتَابِ الطَّلَاقِ.

قَالَ: مُعْتَدَّةٌ عَنْ طَلَاقٍ ثَلَاثَ جَوَازٍ بِوَلَدٍ لِأَكْثَرِ مِنْ سَتَيْنِ مِنْ يَوْمِ طَلْقِهَا زَوْجُهَا لَمْ يَكُنْ الْوَلَدُ لِلزَّوْجِ إِذَا أُنْكَرَهُ، فَفِي قَوْلِهِ لَا يَثْبُتُ نَسَبُهُ مِنْهُ إِذَا أُنْكَرَهُ دَلِيلٌ عَلَى أَنَّهُ لَوْ ادَّعَى ثَبَتَ نَسَبُهُ مِنْهُ فَفِيهِ إِشَارَةٌ إِلَى أَنَّ الْوَطْءَ فِي الْعِدَّةِ مِنْ طَلَاقٍ ثَلَاثٍ لَا يَكُونُ زِنًا، إِذْ لَوْ كَانَ زِنًا لَمَا ثَبَتَ بِهِ التَّسَبُّبُ وَإِنْ ادَّعَى.

وَلِئِنْ سَلَّمْنَا ذَلِكَ بِنَاءً عَلَى مَا يَدُلُّ عَلَيْهِ عِبَارَةُ كِتَابِ الْحُدُودِ وَهِيَ مَا قَالَ: إِنْ مَنْ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ ثَلَاثًا ثُمَّ وَطَّيْهَا فِي الْعِدَّةِ يَجِبُ عَلَيْهِ الْحُدُّ إِذَا لَمْ يَدَّعِ الشُّبْهَةَ فَذَلِكَ بِاعْتِبَارِ أَنَّ الْمَلِكَ فِي حَقِّ الْحِلِّ قَدْ زَالَ فَيَتَحَقَّقُ الزَّيْنُ لَوْفُوعِ الْوَطْءِ فِي غَيْرِ الْمَلِكِ، وَلَمْ يَزُلْ فِي حَقِّ مَا ذَكَّرْنَا مِنَ التَّفَقَةِ وَالْمَنْعِ وَالْفِرَاشِ لِأَنَّا قَدْ اتَّفَقْنَا عَلَى بَقَاءِ الْمَنْعِ مِنَ الْخُرُوجِ وَالْفِرَاشِ، وَلَمْ يَكُنْ ذَلِكَ إِلَّا بِاعْتِبَارِ الْحُكْمِ بِقِيَامِ النِّكَاحِ فَقُلْنَا بِقِيَامِهِ فِي حَقِّ التَّزْوُجِ بِالْأَخْتِ اخْتِطَاطًا فِي التَّفَادِي عَنْ الْجَمْعِ بَيْنَ الْأَخْتَيْنِ.

(وَلَا يَتَزَوَّجُ الْمَوْلَى أُمَّتَهُ وَلَا الْمَرْأَةُ عَبْدَهَا) لِأَنَّ النِّكَاحَ مَا شَرَعَ إِلَّا مُثْمِرًا ثَمَرَاتٍ مُشْتَرَكَةً بَيْنَ الْمُتَنَاقِحِينَ، وَالْمَمْلُوكِيَّةُ تُنَافِي الْمَالِكِيَّةَ فَيَمْتَنَعُ وَقُوعُ الثَّمَرَةِ عَلَى الشَّرَكَةِ.

الشرح:

قَالَ (وَلَا يَتَزَوَّجُ الْمَوْلَى أُمَّتَهُ وَلَا الْمَرْأَةُ عَبْدَهَا) خِلَافًا لِنَفَاةِ الْقِيَاسِ، اسْتَدَلُّوا بِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿فَإِنْ كُحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾ [النساء: ٣] وَقَوْلُهُ تَعَالَى ﴿فَمِنْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ مِنْ فَتَيَاتِكُمُ الْمُؤْمِنَاتِ﴾ [النساء: ٢٥] (وَلَنَا أَنَّ النِّكَاحَ مَا شَرَعَ إِلَّا مُثْمِرًا ثَمَرَاتٍ مُشْتَرَكَةً بَيْنَ الْمُتَنَاقِحِينَ) يَعْنِي أَنَّهُ كَمَا يَجِبُ لِلزَّوْجِ عَلَى الزَّوْجَةِ حَقٌّ يَقْتَضِي مَالِكِيَّةَ الزَّوْجِ عَلَيْهَا كَطَلَبِ تَمْكِينِهِ مِنْ وَطْئِهَا وَدَوَائِعِهِ شَرْعًا وَالْمَنَعِ عَنِ الْخُرُوجِ وَالْبُرُوزِ وَالتَّحْصِينِ.

فَكَذَلِكَ يَجِبُ لَهَا عَلَيْهِ حَقٌّ يَقْتَضِي مَالِكِيَّتَهَا عَلَيْهِ كَطَلَبِ التَّفَقُّةِ وَالْكِسْوَةِ جَبْرًا وَالسُّكْنَى وَالْقَسَمِ وَالْمَنَعِ عَنِ الْعَزْلِ وَالْقِيَامِ بِمَصَالِحِهَا الرَّاجِعَةِ إِلَى الزَّوْجِيَّةِ، فَكَانَ النِّكَاحُ مَشْرُوعًا لِإِيجَابِ هَذِهِ الثَّمَرَاتِ الْمُشْتَرَكَةِ بَيْنَهُمَا، فَكَانَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَالِكًا وَمَمْلُوكًا، وَبَيْنَهُمَا مُنَافَاةٌ لِأَنَّ الْمَالِكِيَّةَ تَقْتَضِي الْقَاهِرِيَّةَ وَالْمَمْلُوكِيَّةَ تَقْتَضِي الْمَقْهُورِيَّةَ وَلَا خِفَاءَ فِي التَّنَافِي بَيْنَهُمَا.

وَأَعْتَرِضَ بَأَنَّهُمَا مِنْ جِهَتَيْنِ مُخْتَلِفَتَيْنِ، وَلَا تَنَافِي حَيْثُذِ. وَأُجِيبَ بِمَنْعِ اخْتِلَافِ الْجِهَةِ بِأَنَّ كَوْنَ الْمَرْأَةِ مَالِكَةً لَجَمِيعِ أَجْزَائِهَا إِنَّمَا هُوَ بِالنِّسْبَةِ إِلَى الْعَبْدِ، وَكَوْنُهَا مَمْلُوكَةً أَيْضًا إِنَّمَا هُوَ بِالنِّسْبَةِ إِلَى الْعَبْدِ فَلَمْ تُخْتَلَفِ الْجِهَةُ.

وَلَقَائِلُ أَنْ يَقُولَ: الْمَرْأَةُ بِجَمِيعِ أَجْزَائِهَا مَالِكَةٌ لِلْعَبْدِ بِجَمِيعِ أَجْزَائِهِ وَلَيْسَتْ بِمَالِكَةٍ لِمَنَافِعِ بُضْعِهِ، فَجَازَ أَنْ يَمْلِكَ الْعَبْدُ بِالنِّكَاحِ عَلَى سَيِّدَتِهِ مَنَافِعَ بُضْعِهَا لِأَنَّ النِّكَاحَ عَقْدٌ عَلَى مِلْكِ مَنَافِعِ الْبُضْعِ وَهُوَ لَمْ يَكُنْ مِنْ حَيْثُ مَنَافِعُ بُضْعِهِ مَمْلُوكًا، وَلَا الْمَوْلَاةُ مِنْ حَيْثُ مَنَافِعُ بُضْعِهَا مَالِكَةً بَلْ مِنْ حَيْثُ أَجْزَائِهَا فَاخْتَلَفَتْ الْجِهَةُ وَانْتَفَى التَّنَافِي.

وَالْجَوَابُ أَنَّا لَا نُسَلِّمُ أَنَّهَا لَا تَمْلِكُ مَنَافِعَ بُضْعِهِ فَإِنَّهَا تَقْدَرُ عَلَى إِثْلَافِهِ بِالْإِخْصَاءِ وَالْجَبِّ مِنْ غَيْرِ ضَمَانٍ يَلْحَقُهَا، فَكَانَ الْعَبْدُ مَمْلُوكًا مِنْ حَيْثُ فَرَضَتْهُ مَالِكًا فَاتَّخَذَتْ الْجِهَةُ وَتَحَقَّقَ التَّنَافِي. وَأَمَّا الْجَوَابُ عَمَّا اسْتَدَلَّ بِهِ نَفَاةُ الْقِيَاسِ مِنَ الْآيَةِ فَبِأَنَّهَا يُعَارِضُهَا

قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيْمَىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ﴾ [النور: ٣٢]
خَاطَبَ اللَّهُ تَعَالَى الْمَوَالِيَ بِإِنْكَاحِ الْإِمَاءِ لَا بِنِكَاحِهِنَّ.

فَإِنْ قِيلَ: الْآيَةُ سَاكِنَةٌ عَنْ بَيَانِ نِكَاحِهِنَّ وَالسَّاكِنَةُ لَيْسَ بِحُجَّةٍ. فَالْجَوَابُ أَنَّ
الْمَوْضِعَ مَوْضِعُ بَيَانِ مَا يَحْتَجُّنَ إِلَيْهِ مِنْ أَمْرِ النِّكَاحِ، وَالسُّكُوتُ عَنْ الْبَيَانِ فِي مَوْضِعِ
الْحَاجَةِ إِلَى الْبَيَانِ بَيَانٌ.

(وَيَجُوزُ تَرْوِيجُ الْكِتَابِيَّاتِ) لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَالْحَصَنَتُ مِنَ الْمُؤْمِنَتِ وَالْحَصَنَتُ
مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ﴾ [المائدة: ٥] أَيِ الْعَفَائِفِ، وَلَا فَرْقَ بَيْنَ الْكِتَابِيَّةِ الْحُرَّةِ وَالْأَمَةِ
عَلَى مَا بُيِّنَ مِنْ بَعْدِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

الشرح:

(وَيَجُوزُ تَرْوِيجُ الْكِتَابِيَّاتِ لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَالْحَصَنَتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ﴾)
قَالَ الْمُصَنِّفُ (أَيِ الْعَفَائِفِ) فَسَّرَهُ بِذَلِكَ اخْتِرَازًا عَنْ قَوْلِ ابْنِ عُمَرَ فَإِنَّهُ فَسَّرَهَا بِالْمُسْلِمَاتِ،
وَلَيْسَتْ الْعِفَّةُ شَرْطًا لَجَوَازِ النِّكَاحِ وَإِنَّمَا ذَكَرَهَا بِنَاءً عَلَى الْعَادَةِ بِدَلَالَةِ الْغَرَضِ.
وَوَجْهُ الاسْتِدْلَالِ أَنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَالَ ﴿الْيَوْمَ أُحِلَّ لَكُمْ الطَّيِّبَاتُ وَطَعَامُ الَّذِينَ
أُوتُوا الْكِتَابَ حِلٌّ لَكُمْ وَطَعَامُكُمْ حِلٌّ لَهُمْ وَالْحَصَنَتُ مِنَ الْمُؤْمِنَتِ وَالْحَصَنَتُ
مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ﴾ [المائدة: ٥]؛ أَيِ وَأُحِلَّ لَكُمْ الْمُحْصَنَاتُ، وَالْمُحْصَنَاتُ
مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ فَلَا خَفَاءَ فِي دَلَالَتِهِ عَلَى الْحِلِّ (وَلَا فَرْقَ بَيْنَ الْكِتَابِيَّةِ الْحُرَّةِ وَالْأَمَةِ
عَلَى مَا بُيِّنَ مِنْ بَعْدِ) يَعْنِي بَعْدَ اسْطِرِّحٍ حَيْثُ قَالَ: وَيَجُوزُ تَرْوِيجُ الْأَمَةِ.

(وَلَا يَجُوزُ تَرْوِيجُ الْمَجُوسِيَّاتِ لِقَوْلِهِ ﷺ «سُنُّوا بِهِمْ سُنَّةَ أَهْلِ الْكِتَابِ غَيْرَ نَاكِحِي
نِسَائِهِمْ وَلَا أَكْلِي ذَبَائِحِهِمْ») قَالَ (وَلَا الْوَثْنِيَّاتِ) لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَةَ
حَتَّىٰ يُؤْمِنَ﴾ [البقرة: ٢٢١].

الشرح:

(وَلَا يَجُوزُ تَرْوِيجُ الْمَجُوسِيَّاتِ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «سُنُّوا بِهِمْ سُنَّةَ
أَهْلِ الْكِتَابِ») أَيِ أَسْلَكُوا بِهِمْ طَرِيقَتَهُمْ: يَعْنِي عَامِلُوهُمْ مُعَامَلَةً هَؤُلَاءِ فِي إعْطَاءِ
الْأَمَانِ بِأَخْذِ الْجِزْيَةِ مِنْهُمْ، رَوَاهُ عَبْدُ الرَّحْمَنِ بْنُ عَوْفٍ ﷺ (وَلَا) يَجُوزُ تَرْوِيجُ
(الْوَثْنِيَّاتِ لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَةَ حَتَّىٰ يُؤْمِنَ﴾) وَهُوَ بِعُمُومِهِ يَتَنَاوَلُ

الْوَيْثِيَّةَ وَهِيَ مَنْ تَعَبَّدَ الصَّنَمَ وَغَيْرَهَا.

وَاعْتَرَضَ بِأَنَّ أَهْلَ الْكِتَابِ مُشْرِكُونَ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿وَقَالَتِ الْيَهُودُ عِزِّيُّ بْنُ اللَّهِ وَقَالَتِ النَّصْرَى الْمَسِيحُ ابْنُ اللَّهِ﴾ [التوبة: ٣٠] إِلَى قَوْلِهِ ﴿سُبْحَنَهُ عَمَّا يُشْرِكُونَ﴾ [التوبة: ٣١] وَقَدْ ذَكَرَ فِي «التَّيْسِيرِ» وَ«الْكَشَافِ» أَنَّ اسْمَ أَهْلِ الشِّرْكِ يَقَعُ عَلَى أَهْلِ الْكِتَابِ فَيَكُونُونَ دَاخِلِينَ تَحْتَ الْمُشْرِكِينَ وَذَلِكَ يَقْتَضِي عَدَمَ جَوَازِ نِكَاحِ الْكِتَابِيَّاتِ، وَقَدْ بَيَّنَّ الْمُصَنِّفُ جَوَازَهُ مُسْتَدِلًا بِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَالْحَصْنَتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ﴾.

وَالْجَوَابُ أَنَّ اللَّهَ تَعَالَى عَطَفَ الْمُشْرِكِينَ عَلَى أَهْلِ الْكِتَابِ فِي قَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَلَتَسْمَعُنَّ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ وَمِنَ الَّذِينَ أَشْرَكُوا أَذًى كَثِيرًا﴾ [آل عمران: ١٨٦] وَفِي قَوْلِهِ ﴿لَمْ يَكُنِ الَّذِينَ كَفَرُوا مِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ وَالْمُشْرِكِينَ﴾ [البينة: ١] وَالْمَعْطُوفُ غَيْرُ الْمَعْطُوفِ عَلَيْهِ لَا مَحَالَةَ. وَقَوْلُهُ عَمَّا يُشْرِكُونَ اسْتِعَارَةٌ تَصْرِيحِيَّةٌ تَبَعِيَّةٌ، وَذَلِكَ لِأَنَّهُ شَبَّهَ اتِّخَاذَهُمُ الْأَحْبَارَ وَالرُّهْبَانَ أَرْبَابًا بِإِشْرَاكِ الْمُشْرِكِينَ، وَسَرَى ذَلِكَ إِلَى الْفَعْلَيْنِ ثُمَّ تَرَكَ الْمُسَبَّهَ وَذَكَرَ الْمُسَبَّهَ بِهِ كَمَا عُرِفَ فِي عِلْمِ الْبَيَانِ.

فَإِنْ قِيلَ: اتَّخَذَهُمْ ذَلِكَ أَرْبَابًا عَيْنُ الشِّرْكِ لَا مُشَبَّهَ بِهِ. قُلْتُ: فِيهِ الاسْتِعَارَةُ التَّصْرِيحِيَّةُ، فَإِنَّهُمْ لَمْ يَجْعَلُوهُمْ أَرْبَابًا حَقِيقَةً وَإِنَّمَا كَانُوا يُعَظِّمُونَهَا تَعْظِيمَ الْأَرْبَابِ. فَإِنْ قُلْتُ: فَمَا تَقُولُ فِي تَأْوِيلِ ابْنِ عُمَرَ لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَالْحَصْنَتُ مِنَ الْمُؤْمِنَتِ﴾ بِالْآتِي أَسْلَمْنَ مِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ؟ قُلْتُ: لَسْنَا نَأْخُذُ بِهِ لِعَرَائِهِ إِذْ ذَاكَ عَنْ الْفَائِدَةِ، فَإِنْ غَيْرَ الْكِتَابِيَّةِ أَيْضًا إِذَا أَسْلَمَتْ حَلَّ نِكَاحُهَا، وَقَدْ جَاءَ عَنْ حُذَيْفَةَ أَنَّهُ تَزَوَّجَ يَهُودِيَّةً، وَكَذَا عَنْ كَعْبِ بْنِ مَالِكٍ.

(وَيَجُوزُ تَزْوِيجُ الصَّابِنَاتِ إِنْ كَانُوا يُؤْمِنُونَ بِدِينِ نَبِيِّ وَيَقْرُونَ بَكْتَابٍ) لِأَنَّهُمْ مِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ (وَإِنْ كَانُوا يَعْبُدُونَ الْكَوَاكِبَ وَلَا كِتَابَ لَهُمْ لَمْ تَجَزْ مُنَاكَحَتُهُمْ) لِأَنَّهُمْ مُشْرِكُونَ، وَالْخِلَافُ الْمَنْقُولُ فِيهِ مَحْمُولٌ عَلَى اشْتِبَاهِ مَذْهَبِهِمْ، فَكُلُّ أَجَابٍ عَلَى مَا وَقَعَ عِنْدَهُ، وَعَلَى هَذَا حِلُّ ذَبِيحَتِهِمْ.

الشرح:

قَالَ (وَيَجُوزُ تَزْوِيجُ الصَّابِنَاتِ إِنْ كَانُوا يُؤْمِنُونَ بِدِينِ نَبِيِّ) الصَّابِنَاتُ، مَنْ

صَبَأًا: إِذَا خَرَجَ مِنَ الدِّينِ، وَهُمْ قَوْمٌ عَدَلُوا عَنْ دِينِ الْيَهُودِيَّةِ وَالنَّصْرَانِيَّةِ وَعَبَدُوا الْكُؤَاكِبَ. وَذُكِرَ فِي الصَّحَاحِ أَنَّهُمْ جِنْسٌ مِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ، وَالتَّفْصِيلُ الْمَذْكُورُ فِي حُكْمِهِمْ مَبْنِيٌّ عَلَى هَذَيْنِ التَّفْسِيرَيْنِ.

وَقَوْلُهُ: (وَالْخِلَافُ الْمَنْقُولُ فِيهِ) يَعْنِي بَيْنَ أَبِي حَنِيفَةَ وَصَاحِبِيهِ أَنْ أُنكِحَتْهُمْ صَاحِبَةٌ عِنْدَهُ خِلَافًا لَهَا (مَحْمُولٌ عَلَى اشْتِبَاهِ مَذْهَبِهِمْ، فَكُلُّ أَجَابَ بِمَا وَقَعَ عِنْدَهُ) وَقَعَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُمْ مِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ يَفْرَعُونَ الزُّبُورَ وَلَا يَعْبُدُونَ الْكُؤَاكِبَ لَكِنَّهُمْ يُعْظَمُونَهَا كَتَعْظِيمِنَا الْقِبْلَةَ فِي الْأَسْتِقْبَالِ إِلَيْهَا. وَوَقَعَ عِنْدَهُمَا أَنَّهُمْ يَعْبُدُونَ الْكُؤَاكِبَ وَلَا كِتَابَ لَهُمْ فَصَارُوا كَعِبَدَةِ الْأَوْثَانِ، فَإِذَا لَا خِلَافَ بَيْنَهُمْ فِي الْحَقِيقَةِ، لَأَنَّهُمْ إِنْ كَانُوا كَمَا قَالَ بِهِ أَبُو حَنِيفَةَ جَازَتْ مُنَاكَحَتُهُمْ عِنْدَهُمَا أَيْضًا، وَإِنْ كَانُوا كَمَا قَالَا فَلَا تَجُوزُ مُنَاكَحَتُهُمْ عِنْدَهُ أَيْضًا. وَحُكْمُ ذِيحَتِهِمْ عَلَى هَذَا.

قَالَ (وَيَجُوزُ لِلْمُحْرِمِ وَالْمُحْرِمَةِ أَنْ يَتَزَوَّجَا فِي حَالَةِ الْإِحْرَامِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَا يَجُوزُ، وَتَزْوِيجُ الْوَلِيِّ الْمُحْرِمِ وَلَيْتَهُ عَلَى هَذَا الْخِلَافِ. لَهُ قَوْلُهُ ﷺ « لَا يَنْكِحُ الْمُحْرِمُ وَلَا يَنْكِحُ » ^(١) وَلَنَا مَا رَوَى «أَنَّهُ ﷺ تَزَوَّجَ بِمَيْمُونَةٍ وَهُوَ مُحْرِمٌ» ^(٢) وَمَا رَوَاهُ مَحْمُولٌ عَلَى الْوَطْءِ.

الشرح:

قَالَ (وَيَجُوزُ تَزْوِيجُ الْمُحْرِمِ وَالْمُحْرِمَةِ فِي حَالَةِ الْإِحْرَامِ، وَقَالَ الشَّافِعِيُّ لَا يَجُوزُ، وَتَزْوِيجُ الْوَلِيِّ الْمُحْرِمِ وَلَيْتَهُ عَلَى هَذَا الْخِلَافِ) لَهُ مَا رَوَى عَنْ عُثْمَانَ بْنِ عَفَانَ قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ « لَا يَنْكِحُ الْمُحْرِمُ وَلَا يَنْكِحُ وَلَا يَخْطُبُ » (وَلَنَا مَا رَوَى ابْنُ عَبَّاسٍ «أَنَّهُ ﷺ تَزَوَّجَ بِمَيْمُونَةٍ وَهُوَ مُحْرِمٌ») قَالَ أَبُو عِيسَى التِّرْمِذِيُّ: حَدِيثُ ابْنِ عَبَّاسٍ حَسَنٌ صَحِيحٌ. فَإِنْ قُلْتُ: النِّكَاحُ مِمَّا يَثْبُتُ بِهِ حُرْمَةُ الْمَصَاهِرَةِ فَيَجِبُ أَنْ لَا يَجُوزَ عَلَى الْمُحْرِمِ قِيَاسًا عَلَى الْوَطْءِ إِذَا كَانَ الْحَدِيثَانِ مُتَعَارِضَيْنِ. قُلْتُ: مَا رَوَاهُ مَحْمُولٌ عَلَى

(١) أخرجه مسلم في النكاح (حديث ٤١)، وأبو داود (١٨٤١)، والترمذي في الحج باب ٢٣

(حديث ٨٤٠).

(٢) أخرجه في الصيد باب ١٢، والنكاح باب ٣٠، والمغازي باب ٤٣، ومسلم في النكاح حديث

٤٦، ٤٧، ٤٨.

الوطء: أي لا يَطَأ ولا تُمَكِّنُهُ المرأةُ أَنْ يَطَأَهَا كَمَا هُوَ فِعْلُ الْبَعْضِ، وَكَانَ الْقِيَاسُ بَعْدَ ذَلِكَ فِي مُقَابَلَةِ النَّصِّ وَهُوَ فَاسِدٌ

(وَيَجُوزُ تَزْوِيجُ الْأُمَةِ مُسْلِمَةً كَانَتْ أَوْ كِتَابِيَّةً) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَا يَجُوزُ لِلْحُرِّ أَنْ يَتَزَوَّجَ بِأُمَةٍ كِتَابِيَّةٍ لِأَنَّ جَوَازَ نِكَاحِ الْإِمَاءِ ضَرُورِيٌّ عِنْدَهُ لَمَّا فِيهِ مِنْ تَعْرِيسِ الْجُزْءِ عَلَى الرَّقِّ، وَقَدْ انْدَفَعَتِ الضَّرُورَةُ بِالْمُسْلِمَةِ وَلِهَذَا جَعَلَ طَوْلَ الْحُرَّةِ مَانِعًا مِنْهُ. وَعِنْدَنَا الْجَوَازُ مُطْلَقٌ لِإِطْلَاقِ الْمُقْتَضَى، وَفِيهِ امْتِنَاعٌ عَنْ تَحْصِيلِ الْجُزْءِ الْحُرِّ لَا إِرْقَاقُهُ وَلَهُ أَنْ لَا يُحْصَلَ الْأَصْلُ فَيَكُونُ لَهُ أَنْ لَا يُحْصَلَ الْوَصْفُ.

الشرح:

(وَيَجُوزُ تَزْوِيجُ الْأُمَةِ مُسْلِمَةً كَانَتْ أَوْ كِتَابِيَّةً. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا يَجُوزُ لِلْحُرِّ أَنْ يَتَزَوَّجَ بِأُمَةٍ كِتَابِيَّةٍ لِأَنَّ جَوَازَ نِكَاحِ الْإِمَاءِ ضَرُورِيٌّ عِنْدَهُ لَمَّا فِيهِ مِنْ تَعْرِيسِ الْجُزْءِ عَلَى الرَّقِّ) إِذْ الْوَلَدُ يَتَّبِعُ الْأُمَّ فِي الرَّقِّ وَمَا يَثْبُتُ لِضَّرُورَةٍ يَتَّقَدَّرُ بِقَدَرِهَا، وَالضَّرُورَةُ تُنْدَفِعُ بِالْمُسْلِمَةِ فَلَا حَاجَةَ إِلَى الْكِتَابِيَّةِ (وَلِهَذَا) أَيُّ وَلِكُونِهِ ضَرُورِيًّا عِنْدَهُ (جَعَلَ طَوْلَ الْحُرَّةِ مَانِعًا مِنْهُ) أَيُّ تَزْوِيجِ الْأُمَةِ لِانْدِفَاعِ الضَّرُورَةِ بِالْقَدَرَةِ عَلَى تَزْوِيجِ الْحُرَّةِ.

(وَعِنْدَنَا جَوَازُ نِكَاحِ الْأُمَةِ مُطْلَقٌ) مُسْلِمَةً كَانَتْ أَوْ كِتَابِيَّةً (لِإِطْلَاقِ الْمُقْتَضَى) وَهُوَ قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾ وَقَوْلُهُ ﴿وَأُحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ﴾ وَأَنْتِفَاءُ الْمَانِعِ الَّذِي هُوَ أَبْدَاهُ وَهُوَ تَعْرِيسُ الْجُزْءِ عَلَى الرَّقِّ (لَأَنَّ فِيهِ) أَيُّ فِي الْإِقْدَامِ عَلَى نِكَاحِ الْأُمَةِ (امْتِنَاعًا عَنْ تَحْصِيلِ الْجُزْءِ الْحُرِّ لَا إِرْقَاقُهُ) لِأَنَّهُ لَمْ يُوجَدْ بَعْدُ، وَبَعْدَ وَجُودِ الْمَاءِ فَهُوَ مَوَاتٌ لَا يُوصَفُ بِالرَّقِّ وَالْحُرِّيَّةِ إِلَّا بِطَرِيقِ التَّبَعِيَّةِ، وَالْامْتِنَاعُ عَنْهُ لَيْسَ بِمَانِعٍ شَرْعًا لِأَنَّ لَهُ أَنْ لَا يُحْصَلَ الْأَصْلُ بِالْعَزْلِ بِرِضَا الْمَرْأَةِ وَيَتَزَوَّجَ الْعَجُوزُ وَالْعَقِيمُ فَلَأَنَّ يَكُونُ لَهُ أَنْ لَا يُحْصَلَ وَصْفُ الْحُرِّيَّةِ بِتَزْوِيجِ الْأُمَةِ أَوَّلَى.

(وَلَا يَتَزَوَّجُ أُمَةٌ عَلَى حُرَّةٍ) لِقَوْلِهِ ﷺ: «لَا تُنْكَحُ الْأُمَةُ عَلَى الْحُرَّةِ»^(١) وَهُوَ بِإِطْلَاقِهِ

حُجَّةٌ عَلَى الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي تَجْوِيزِهِ ذَلِكَ لِلْعَبْدِ، وَعَلَى مَالِكٍ فِي تَجْوِيزِهِ ذَلِكَ بِرِضَا الْحُرَّةِ، وَلَأَنَّ لِلرَّقِّ أَثَرًا فِي تَنْصِيفِ النُّعْمَةِ عَلَى مَا نُقَرَّرُهُ فِي كِتَابِ الطَّلَاقِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ فَيَثْبُتُ بِهِ حِلُّ الْمَحْلِيَّةِ فِي حَالَةِ الْإِنْفِرَادِ دُونَ حَالَةِ الْإِنْضِمَامِ (وَيَجُوزُ تَزْوِيجُ

(١) أخرجه الدارقطني (٣٩/٤) رقم (١١٢) عن عائشة رضي الله عنها.

الْحُرَّةُ عَلَيْهَا) لِقَوْلِهِ ﷺ «وَتُنْكَحُ الْحُرَّةُ عَلَى الْأَمَةِ» ^(١) وَلِأَنَّهَا مِنَ الْمُحَلَّلَاتِ فِي جَمِيعِ الْحَالَاتِ إِذَا لَا مُنْصَفٌ فِي حَقِّهَا.

الشرح:

(وَلَا يَتَزَوَّجُ أَمَةٌ عَلَى حُرَّةٍ) سَوَاءً كَانَ حُرًّا أَوْ عَبْدًا، وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يَجُوزُ ذَلِكَ لِلْعَبْدِ. وَقَالَ مَالِكٌ: يَجُوزُ بِرِضَا الْحُرَّةِ. وَجَهٌ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ أَنَّ تَزَوُّجَ الْأَمَةِ مَمْنُوعٌ لِمَعْنَى فِي الْمُتَزَوِّجِ إِذَا كَانَ حُرًّا وَهُوَ تَغْرِيبُ جُزْئِهِ عَلَى الرَّقِّ مَعَ الْغَيْبَةِ عَنْهُ وَهُوَ لَا يُوجَدُ فِي حَقِّ الْعَبْدِ لِأَنَّهُ رَقِيقٌ بِجَمِيعِ أَجْزَائِهِ. وَوَجَهٌ قَوْلُ مَالِكٍ أَنَّ الْمَنْعَ لِحَقِّ الْحُرَّةِ فَإِذَا رَضِيَتْ فَقَدْ أَسْقَطَتْ حَقَّهَا.

وَلَمَّا ذَكَرَهُ مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ فِي مَبْسُوطِهِ: بَلَّغْنَا عَنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ أَنَّهُ قَالَ «لَا تُنْكَحُ الْأَمَةُ عَلَى الْحُرَّةِ» وَهُوَ بِإِطْلَاقِهِ حُجَّةٌ عَلَيْهِمَا لِأَنَّ الرَّأْيَ فِي مُقَابَلَةِ النَّصِّ غَيْرُ مُعْتَبَرٍ. فَإِنْ قُلْتُ: جَوَازُكُمْ نِكَاحَ الْأَمَةِ مُسَلِّمَةٌ كَانَتْ أَوْ كِتَابِيَّةً بِإِطْلَاقِ الْمُقْتَضَى عَلَى مَا تَلَوْتُمْ فَهَلَا جَوَازُكُمْ نِكَاحَهَا عَلَى الْحُرَّةِ بِذَلِكَ؟ قُلْتُ: جَوَازُنَا هُنَاكَ لَوْجُودِ الْمُقْتَضَى وَائْتِفَاءِ الْمَانِعِ وَهَهُنَا وَإِنْ كَانَ الْمُقْتَضَى مَوْجُودًا لَكِنَّ الْمَانِعَ غَيْرَ مُتَّفٍ، وَهُوَ الَّذِي أَشَارَ إِلَيْهِ الْمُصَنِّفُ بِقَوْلِهِ (وَلَأَنَّ لِلرَّقِّ أَثْرًا فِي تَنْصِيفِ النِّعْمَةِ عَلَى مَا تَقَرَّرَ فِي الطَّلَاقِ فَيَنْبُتُ بِهِ حِلُّ الْمَحَلِّيَّةِ فِي حَالَةِ الْإِنْفِرَادِ دُونَ حَالَةِ الْإِنْضِمَامِ) وَلَا عَلَيْنَا أَنْ نُقَرِّرَهُ هَهُنَا.

وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ الْحِلَّ الَّذِي يَنْبَنِي عَلَيْهِ عَقْدُ النِّكَاحِ نِعْمَةٌ جَدِيدَةٌ فِي جَانِبِ الرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ جَمِيعًا، وَكَمَا يَتَنَصَّفُ ذَلِكَ الْحِلُّ بِرَقِّ الرَّجُلِ حَتَّى يَتَزَوَّجَ الْعَبْدُ نِثْنَيْنِ وَالْحُرُّ أَرْبَعًا فَكَذَلِكَ يَتَنَصَّفُ بِرَقِّ الْمَرْأَةِ لِأَنَّ الرَّقَّ هُوَ الْمُتَنَصَّفُ وَهُوَ يَشْمَلُهُمَا، وَلَا يُمَكِّنُ إِظْهَارُ هَذَا التَّنْصِيفِ فِي جَانِبَيْهَا بِنَقْصَانِ الْعَدَدِ لِأَنَّ الْمَرْأَةَ الْوَاحِدَةَ لَا تَحِلُّ إِلَّا لِوَاحِدٍ، فَظَهَرَ التَّنْصِيفُ بِاعْتِبَارِ الْحَالَةِ.

فَبَعْدَ ذَلِكَ نَقُولُ: الْأَحْوَالُ ثَلَاثٌ: حَالُ مَا قَبْلَ نِكَاحِ الْحُرَّةِ، وَحَالُ مَا بَعْدَهُ، وَحَالُ الْمُقَارَنَةِ، وَلَكِنَّ الْحَالَ الْوَاحِدَةَ لَا تَحْتَمِلُ التَّجَزُّؤَ فَتُغْلَبُ الْحُرْمَةُ عَلَى الْحِلِّ فَتُحْجَلُ مُحَلَّلَةً سَابِقَةً عَلَى الْحُرَّةِ وَمُحَرَّمَةً مُقْتَرَنَةً بِالْحُرَّةِ أَوْ مُتَأَخَّرَةً عَنْهَا، وَهَذَا الْمَعْنَى وَهُوَ بُطْلَانُ التَّنْصِيفِ بِالرَّقِّ الثَّابِتِ بِالذَّلِيلِ الْقَطْعِيِّ مَانِعٌ عَنِ الْعَمَلِ بِإِطْلَاقِ الْمُقْتَضَى فَتَأْمَلُ فَإِنَّهُ غَرِيبٌ.

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٤٨٩/٧). وانظر نصب الراية (٢٢٣/٣).

وَيَجُوزُ تَزْوِجُ الْحُرَّةِ عَلَيْهَا لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «وَتُنْكَحُ الْحُرَّةُ عَلَى الْأَمَةِ»
وَلَأَنَّهَا مِنَ الْمُحَلَّلَاتِ فِي جَمِيعِ الْحَالَاتِ لِعَدَمِ الْمُتَنَصِّفِ فِي حَقِّهَا فَجَازَ الْعَمَلُ بِإِطْلَاقِ
الْمُقْتَضِي عِنْدَ انْتِفَاءِ الْمَنْعِ

(فَإِنْ تَزَوَّجَ أَمَةٌ عَلَى حُرَّةٍ فِي عِدَّةٍ مِنْ طَلَاقٍ بَائِنٍ أَوْ ثَلَاثٍ لَمْ يَجْزَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ
رَحِمَهُ اللَّهُ، وَيَجُوزُ عِنْدَهُمَا) لِأَنَّ هَذَا لَيْسَ بِتَزْوِجٍ عَلَيْهَا وَهُوَ الْمَحْرَمُ، وَلِهَذَا لَوْ حَلَفَ لَا
يَتَزَوَّجُ عَلَيْهَا لَمْ يَحْنُثْ بِهِذَا. وَأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ نِكَاحَ الْحُرَّةِ بَاقٍ مِنْ وَجْهِ لِبَقَاءِ بَعْضِ
الْأَحْكَامِ فَيَبْقَى الْمَنْعُ احْتِيَاطًا، بِخِلَافِ الْيَمِينِ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ أَنْ لَا يُدْخَلَ غَيْرَهَا فِي قَسَمِهَا.

الشرح:

(فَإِنْ تَزَوَّجَ أَمَةٌ عَلَى حُرَّةٍ فِي عِدَّةٍ مِنْ طَلَاقٍ بَائِنٍ أَوْ ثَلَاثٍ لَمْ يَجْزَ عِنْدَ أَبِي
حَنِيفَةَ وَيَجُوزُ عِنْدَهُمَا) وَوَجْهُ الْجَانِبَيْنِ عَلَى مَا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ ظَاهِرٌ، وَلَا بُدَّ لِهَذَا مِنْ
فَرْقٍ بَيْنَ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ وَبَيْنَ مَا إِذَا تَزَوَّجَ امْرَأَةٌ فِي عِدَّةٍ أُخْتِهَا مِنْ طَلَاقٍ بَائِنٍ فَإِنَّهُمَا لَمْ
يُجُوزَا كَأَبِي حَنِيفَةَ وَقَالُوا فِي الْفَرْقِ لِهَذَا: إِنَّ الْمَحْرَمَ هُنَاكَ الْجَمْعُ فَإِذَا تَزَوَّجَهَا فِي عِدَّةٍ
أُخْتِهَا صَارَ جَامِعًا بَيْنَهُمَا فِي حُقُوقِ النِّكَاحِ فَلَا يَجُوزُ، وَأَمَّا هَذَا الْمَنْعُ فَلَيْسَ لِأَجْلِ
الْجَمْعِ، فَإِنَّهُ لَوْ تَزَوَّجَ الْأَمَةُ ثُمَّ الْحُرَّةُ صَحَّ نِكَاحُهُمَا، وَلَكِنَّهُ بِاعْتِبَارِ إِدْخَالِ نَاقِصَةِ الْحَالِ
عَلَى كَامِلَةِ الْحَالِ وَهَذَا لَا يُوجَدُ بَعْدَ الْبَيِّنَةِ.

وَلِقَائِلٍ أَنْ يَقُولَ: نِكَاحُ الْأُولَى قَائِمٌ مَا دَامَتْ فِي الْعِدَّةِ أَوْ لَا؟ فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ
وَرَدَ عَلَيْهِمَا هَذِهِ الْمَسْأَلَةُ، وَإِنْ كَانَ الثَّانِي فَتِلْكَ الْمَسْأَلَةُ. وَقَدْ نُقِلَ فِي النَّهَايَةِ عَنْ
«الْمَبْسُوطِ» وَ«الْأَسْرَارِ» فَرْقٌ آخَرُ أَوْضَعُ مِنْ هَذَا فَلَا حَاجَةَ إِلَى ذِكْرِهِ.

(وَلِلْحُرِّ أَنْ يَتَزَوَّجَ أَرْبَعًا مِنَ الْحَرَائِرِ وَالْإِمَاءِ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَ أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ)
لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾ [النساء: ٣] وَالتَّنْصِيفُ عَلَى الْعَدَدِ
يَمْنَعُ الزِّيَادَةَ عَلَيْهِ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَا يَتَزَوَّجُ إِلَّا أَمَةٌ وَاحِدَةً لِأَنَّهُ ضَرْوَرِيٌّ
عِنْدَهُ: وَالْحُجَّةُ عَلَيْهِ مَا تَلَوْنَا إِذَا الْأَمَةُ الْمُنْكَوْحَةُ يَنْتَظِمُهَا اسْمُ النِّسَاءِ كَمَا فِي الظَّهَارِ.

الشرح:

قَالَ (وَلِلْحُرِّ أَنْ يَتَزَوَّجَ أَرْبَعًا مِنَ الْحَرَائِرِ وَالْإِمَاءِ) أَوْ مِنْهُمَا إِذَا قَدَّمَ الْأَمَةَ عَلَى
الْحُرَّةِ (وَلَا يَجُوزُ أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ

مَثْنَى وَثُلُثَ وَرُبْعَ) نَصَّ عَلَى الْعَدَدِ (وَالْتَنَصِيصُ عَلَى الْعَدَدِ يَمْنَعُ الزِّيَادَةَ عَلَيْهِ) وَفِيهِ بَحْثٌ لِأَنَّ هَذَا مَعْدُولٌ وَهُوَ وَصْفٌ وَلِهَذَا مَنَعَ عَنِ الصَّرْفِ لِلْعَدْلِ وَالْوَصْفِ فَكَانَ مِنْ بَابِ تَخْصِيصِ الشَّيْءِ بِالذِّكْرِ، وَذَلِكَ لَا يَدُلُّ عَلَى نَفْيِ الْحُكْمِ عَمَّا عَدَاهُ فَتَثْبُتُ الزِّيَادَةُ بِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَأَحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ﴾.

سَلَّمْنَا أَنَّهُ عَدَدٌ وَلَكِنْ لَا نُسَلِّمُ أَنَّ التَّنْصِيصَ عَلَيْهِ يَمْنَعُ الزِّيَادَةَ عَلَيْهِ لِأَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ قَالَ: «إِنَّمَا يُغَسَّلُ الثُّوبُ مِنْ خَمْسٍ: مِنْ بَوْلٍ، وَغَائِطٍ، وَقَيْءٍ، وَمَنِيٍّ، وَدَمٍ» وَبِالْإِتِّفَاقِ يُغَسَّلُ مِنَ الْخَمْرِ أَيْضًا مَعَ أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ نَصَّ عَلَى الْعَدَدِ مَعَ كَلِمَةِ الْحَصْرِ.

وَالْجَوَابُ عَنِ الْأَوَّلِ أَنَّهُ بِحَسَبِ الْأَصْلِ مِنَ الْأَعْدَادِ وَإِنْ أُسْتَعْمِلَ وَصْفًا، وَعَنِ الثَّانِي بِأَنَّ مَعْنَاهُ إِنَّمَا يُغَسَّلُ الثُّوبُ مِنْ خَمْسٍ مِمَّا يَخْرُجُ مِنْ بَدَنِ الْإِنْسَانِيِّ، لِأَنَّ هَذَا الْحَدِيثَ خَرَجَ جَوَابًا لِسُؤَالٍ مَنْ سَأَلَ عَنِ النَّجَاسَةِ وَهُوَ مُنْحَصِرٌ عَلَى هَذَا الْعَدَدِ.

فَإِنْ قِيلَ: سَلَّمْنَاهُ لَكِنْ مُقْتَضَاهُ التَّسْعُ أَوْ ثَمَانِيَّةٌ عَشَرَ لَمَّا أَنَّ الْوَائِدَ لِلْجَمْعِ. أُجِيبَ بِأَنَّ هَذَا الْوَهْمُ هُوَ الَّذِي أَوْقَعَ الرَّافِضَةَ لَعْنَهُمُ اللَّهُ فِي التَّسْوِيَةِ بَيْنَهُمْ وَبَيْنَ أَفْضَلِ الْمَوْجُودَاتِ مَعَ اخْتِصَاصِهِ بِذَلِكَ بِفَضِيلَةِ الثُّبُوتِ أَوْ إِزْدِيَادِهِمْ عَلَيْهِ، فَإِنْ مِنْهُمْ مَنْ ذَهَبَ إِلَى جَوَازِ التَّسْعِ، وَعَنْهُمْ مَنْ ذَهَبَ إِلَى جَوَازِ ثَمَانِيَّةٍ عَشَرَ نَظَرًا إِلَى مَعْنَى الْعَدُولِ وَحَرْفِ الْجَمْعِ، وَلَكِنْ لَيْسَ الْأَمْرُ عَلَى مَا تَوَهَّمُوا لِأَنَّ الْمَرَادَ بِمِثْلِ هَذَا الْكَلَامِ أَحَدُ هَذِهِ الْأَعْدَادِ.

قَالَ الْفَرَاءُ: لَا وَجْهَ لِحَمْلِ هَذَا عَلَى الْجَمْعِ لِأَنَّ الْعِبَارَةَ عَنِ التَّسْعِ بِهَذَا اللَّفْظِ مِنَ الْعِيِّ فِي الْكَلَامِ وَالْكَلَامُ الْمَجِيدُ مُنَزَّهٌ عَنْ ذَلِكَ، وَقَدْ صَحَّ «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ فَرَّقَ بَيْنَ غِيَلَانَ الثَّقَفِيِّ وَبَيْنَ مَا زَادَ عَلَى الْأَرْبَعِ مِنَ النَّسْوَةِ حِينَ أَسْلَمَ وَتَحْتَهُ عَشْرُ نِسْوَةٍ» وَلَمْ يُقَلَّ عَنْ أَحَدٍ فِي حَيَاةِ النَّبِيِّ ﷺ وَلَا بَعْدَهُ إِلَى يَوْمِنَا هَذَا أَنَّهُ جَمَعَ بَيْنَ أَكْثَرِ مِنْ أَرْبَعِ نِسْوَةٍ نِكَاحًا.

(وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا يَتَزَوَّجُ إِلَّا أَمَةٌ وَاحِدَةً لِأَنَّهُ) أَيْ نِكَاحَ الْأَمَةِ (ضَرُورِيٌّ) فِي حَقِّ الْحُرِّ (عِنْدَهُ) كَمَا تَقَدَّمَ وَالضَّرُورَةُ تَنْدَفِعُ بِالْوَاحِدَةِ (وَالْحُجَّةُ عَلَيْهِ مَا تَلَوْنَا) يَعْنِي قَوْلَهُ تَعَالَى ﴿فَإِنْ كُنْتُمْ لَا تَرْضَوْنَ النِّكَاحَ فَلَا تَكُنْ فِي سَبِيلِ الْفِتْنَةِ سَبِيلٌ أَعْلَى﴾ فَإِنَّ اسْمَ النِّسَاءِ يَنْتَظِمُ الْأَمَةَ الْمُنْكَوْحَةَ، كَمَا فِي الظَّهَارِ فَإِنَّ آيَتَهُ مَذْكُورَةٌ بِلَفْظِ النِّسَاءِ وَيَتَنَاوَلُ الْأَمَةَ الْمُنْكَوْحَةَ.

(وَلَا يَجُوزُ لِلْعَبْدِ أَنْ يَتَزَوَّجَ أَكْثَرَ مِنْ اثْنَتَيْنِ) وَقَالَ مَالِكٌ: يَجُوزُ لِأَنَّهُ فِي حَقِّ النِّكَاحِ بِمَنْزِلَةِ الْحُرِّ عِنْدَهُ حَتَّى مَلَكَهُ بِغَيْرِ إِذْنِ الْمَوْلَى. وَلَنَا أَنَّ الرِّقَّ مُنْصَفٌ فَيَتَزَوَّجُ الْعَبْدُ اثْنَتَيْنِ وَالْحُرُّ أَرْبَعًا إِظْهَارًا لَشَرَفِ الْحُرِّيَّةِ.

الشرح:

(وَلَا يَجُوزُ لِلْعَبْدِ أَنْ يَتَزَوَّجَ أَكْثَرَ مِنْ اثْنَتَيْنِ). وَقَالَ مَالِكٌ: يَجُوزُ لِأَنَّهُ فِي حَقِّ النِّكَاحِ بِمَنْزِلَةِ الْحُرِّ عِنْدَهُ لِأَنَّهُ يَمْلِكُ أَصْلَ النِّكَاحِ بِالْإِجْمَاعِ وَلَوْ لَمْ يَكُنْ بِمَنْزِلَةِ الْحُرِّ فِي حَقِّ النِّكَاحِ لَمَا مَلَكَهُ، كَمَا أَنَّهُ لَا يَمْلِكُ الْمَالِ وَلِهَذَا قَالَ جَازَ لَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَ بِغَيْرِ إِذْنِ مَوْلَاهُ كَمَا أَنَّ لَهُ أَنْ يُطْلَقَ بِغَيْرِ إِذْنِهِ.

(وَلَنَا أَنَّ الرِّقَّ مُنْصَفٌ) عَلَى مَا سَيَجِيءُ فِي الطَّلَاقِ كَمَا وَعَدَهُ الْمُصَنِّفُ (فَيَتَزَوَّجُ الْعَبْدُ اثْنَتَيْنِ وَالْحُرُّ أَرْبَعًا إِظْهَارًا لَشَرَفِ الْحُرِّيَّةِ) وَتَمْلِكُهُ أَصْلَ النِّكَاحِ لَا يَمْنَعُ التَّنْصِيفَ بِالرِّقِّ كَالْأَمَةِ الْمُنْكَوْحَةِ فَإِنَّهَا تَمْلِكُ طَلَبَ الْقِسْمِ وَيَتَنَصَّفُ قِسْمُهَا.

قَالَ (فَإِنْ طَلَّقَ الْحُرُّ أَحَدَى الْأَرْبَعِ طَلَاقًا بَائِنًا لَمْ يَجْزَ لَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَ رَابِعَةً حَتَّى تَنْقَضِيَ عِدَّتُهَا) وَفِيهِ خِلَافٌ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ وَهُوَ نَظِيرُ نِكَاحِ الْأَخْتِ فِي عِدَّةِ الْأَخْتِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (فَإِنْ طَلَّقَ الْحُرُّ ظَاهِرٌ).

قَالَ (فَإِنْ تَزَوَّجَ حُبْلَى مِنْ زِنَا جَازَ النِّكَاحُ وَلَا يَطْوُهَا حَتَّى تَضَعَ حَمْلَهَا) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ: النِّكَاحُ فَاسِدٌ (وَإِنْ كَانَ الْحَمْلُ ثَابِتَ النَّسَبِ فَالنِّكَاحُ بَاطِلٌ بِالْإِجْمَاعِ) لِأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ الْاِمْتِنَاعَ فِي الْأَصْلِ لِحُرْمَةِ الْحَمْلِ، وَهَذَا الْحَمْلُ مُحْتَرَمٌ لِأَنَّهُ لَا جِنَايَةَ مِنْهُ، وَلِهَذَا لَمْ يَجْزِ إِسْقَاطُهُ وَلَهُمَا أَنَّهَا مِنَ الْمُحَلَّلَاتِ بِالنِّصِّ وَحُرْمَةُ الْوَطْءِ كَي لَا يَسْقِي مَاءَهُ زَرْعَ غَيْرِهِ، وَالْاِمْتِنَاعُ فِي ثَابِتِ النَّسَبِ لِحَقِّ صَاحِبِ الْمَاءِ وَلَا حُرْمَةَ لِلزَّانِي.

الشرح:

الْحَمْلُ ثَابِتُ النَّسَبِ أَوْ لَا، فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ فَالنِّكَاحُ بَاطِلٌ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا، وَإِنْ كَانَ الثَّانِي قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٌ: جَازَ النِّكَاحُ، وَلَا يَطْوُهَا حَتَّى تَضَعَ حَمْلَهَا وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: النِّكَاحُ فَاسِدٌ لِأَنَّ الْاِمْتِنَاعَ فِي الْأَصْلِ) أَيِ فِي الْحَمْلِ الثَّابِتِ بِالنِّسَبِ إِنَّمَا

كَانَ (لِحُرْمَةِ الْحَمْلِ، وَهَذَا الْحَمْلُ مُحْتَرَمٌ لِأَنَّهُ لَا جَنَايَةَ مِنْهُ، وَلِهَذَا لَمْ يَجْزِ إِسْقَاطُهُ).
وَالْحَاصِلُ أَنَّهُ قَاسَ حَمْلَ الزَّوْجِ عَلَى الْحَمْلِ الثَّابِتِ النَّسَبِ بِعِلَّةِ حُرْمَةِ الْحَمْلِ (وَلَهُمَا
أَنَّهَا مِنَ الْمُحَلَّلَاتِ بِالنَّصِّ) وَهُوَ قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿وَأُحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ﴾ [النساء: ٢٤]
وَكُلُّ مَنْ كَانَتْ كَذَلِكَ جَارَ نِكَاحُهَا. فَإِنْ قُلْتُ: مَا بَالُ الْحَمْلِ الثَّابِتِ النَّسَبِ لَمْ يَدْخُلْ
تَحْتَ هَذَا النَّصِّ؟ قُلْتُ: لِمَكَانِ قَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَلَا تَعَزَّمُوا عَقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّى يَبْلُغَ
الْكِتَابُ أَجَلَهُ﴾ [البقرة: ٢٣٥] فَإِنْ قِيلَ: لَوْ كَانَتْ مِنَ الْمُحَلَّلَاتِ لَحُلَّ وَطُؤُهَا بَعْدَ
وُرُودِ الْعَقْدِ عَلَيْهَا. أَجَابَ بِقَوْلِهِ (وَحُرْمَةُ الْوَطْءِ لَا يَسْقِي مَاءَهُ زَرْعَ غَيْرِهِ) وَحُرْمَةُ
الْوَطْءِ لِعَارِضِ يَحْتَمِلُ الزَّوَالَ لَا يَسْتَلْزِمُ فَسَادَ النِّكَاحِ كَمَا فِي حَالَةِ الْخِيضِ وَالنَّفَاسِ.
وَقَوْلُهُ (وَالِامْتِنَاعُ فِي ثَابِتِ النَّسَبِ) جَوَابٌ عَنْ قِيَاسِ أَبِي يُوسُفَ. وَتَقْرِيرُهُ: لَا نُسَلِّمُ أَنَّ
فَسَادَ النِّكَاحِ لِحُرْمَةِ الْحَمْلِ بَلْ إِنَّمَا هُوَ (لِحَقِّ صَاحِبِ الْمَاءِ وَلَا حُرْمَةِ الْمَاءِ الزَّانِي)
(فَإِنْ تَزَوَّجَ حَامِلًا مِنَ السَّبْيِ فَالنِّكَاحُ فَاسِدٌ) لِأَنَّهُ ثَابِتُ النَّسَبِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (فَإِنْ تَزَوَّجَ حَامِلًا مِنَ السَّبْيِ) صَوَّرْتُهُ أَنْ تُسَبَّى الْحَرِيَّةُ حَامِلًا فَيُرِيدُ
السَّابِي أَنْ يَتَزَوَّجَهَا لَا يَجُوزُ مَا لَمْ تَضَعِ الْحَمْلَ، لِأَنَّ النَّسَبَ مِنْ زَوْجِهَا ثَابِتٌ فَكَانَ
الْمَاءُ مُحْتَرَمًا وَاجِبَ الصِّيَانَةِ وَكَذَلِكَ حُكْمُ الْمَهَاجِرَةِ.

(وَإِنْ زَوَّجَ أُمٌّ وَلَدِيَّ وَهِيَ حَامِلَةٌ مِنْهُ فَالنِّكَاحُ بَاطِلٌ) لِأَنَّهَا فِرَاشٌ لِمَوْلَاهَا حَتَّى يَثْبُتَ
نَسَبُ وَلَدِهَا مِنْهُ مِنْ غَيْرِ دَعْوَةٍ فَلَوْ صَحَّ النِّكَاحُ لَحَصَلَ الْجَمْعُ بَيْنَ الْفِرَاشَيْنِ، إِلَّا أَنَّهُ غَيْرُ
مُتَّكِدٍ حَتَّى يَنْتَفِيَّ الْوَلَدُ بِالنَّفْيِ مِنْ غَيْرِ لِعَانٍ فَلَا يُعْتَبَرُ مَا لَمْ يَتَّصِلْ بِهِ الْحَمْلُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِنْ زَوَّجَ أُمٌّ وَلَدِيَّ وَهِيَ حَامِلَةٌ مِنْهُ فَالنِّكَاحُ بَاطِلٌ) لِأَنَّهَا فِرَاشٌ لِمَوْلَاهَا
لَوْجُودِ حَدِّهِ وَهُوَ صَيْرُورَةُ الْمَرْأَةِ مُتَعَيِّنَةً لثُبُوتِ نَسَبِ الْوَلَدِ مِنْهُ، وَكُلُّ مَنْ كَانَتْ فِرَاشًا
لشَخْصٍ لَا يَجُوزُ نِكَاحُهَا لِأَنَّهَا يَحْصُلُ الْجَمْعُ بَيْنَ الْفِرَاشَيْنِ فَإِنَّهُ سَبَبُ الْحُرْمَةِ فِي
الْمُحْصَنَاتِ مِنَ النِّسَاءِ. فَإِنْ قِيلَ: لَوْ كَانَتْ فِرَاشًا لَبَطَلَ نِكَاحُهَا حَائِلًا أَيْضًا. أَجَابَ
بِقَوْلِهِ (إِلَّا أَنَّهُ غَيْرُ مُتَّكِدٍ حَتَّى يَنْتَفِيَّ الْوَلَدُ بِالنَّفْيِ مِنْ غَيْرِ لِعَانٍ) وَكَانَ فِرَاشًا ضَعِيفًا
(فَلَا يُعْتَبَرُ مَا لَمْ يَتَّصِلْ بِهِ الْحَمْلُ) لِأَنَّ الْحَمْلَ مَانِعٌ فِي الْجُمْلَةِ، وَكَذَلِكَ الْفِرَاشُ، فَعِنْدَ

اجتماعهما يحصل التأكد.

فإن قيل: إذا كان غير متأكد ويتنفي الولد بالنفي من غير لعان وجب أن يكون الإقدام على النكاح نفياً للنسب فإنه يقبل النفي دلالة، كما إذا قال لجارية له ولدت ثلاثة أولاد في بطون مختلفة هذا الأكبر مني، فإنه يتنفي نسب الباقيين، وإذا انتفى نسبه كان حملاً غير ثابت النسب، وفي مثله يجوز النكاح كما تقدم.

أجيب بأن هذه دلالة، والدلالة إنما تعمل إذا لم يخالفها صريح، والصريح هاهنا موجود لأن المسألة فيما إذا كان الحمل منه فإنه قال رجل زوج أم ولده وهي حامل منه وإنما يكون الحمل منه إذا أقر به، وإنما ذكر لفظ الفاسد في المسألتين المتقدمتين ولفظ الباطل هاهنا وإن كان المراد بالفاسد هناك الباطل أيضاً على ما ذكره فخر الإسلام وقال: لأن ثبوت الملك في باب النكاح مع المنافي إنما هو لضرورة تحقق المقاصد من حل الاستمتاع للتوالد والتناسل، فلا حاجة إلى عقد لا يتضمن المقاصد ولا يثبت به الملك لأن الحرمة في المتقدمتين أهون.

أما في الحمل من الزنا فلأن الحرمة فيها مختلف فيها وهو ظاهر، وأما في المسبية فكذلك على ما روى الحسن عن أبي حنيفة أنها إذا تزوجت جاز النكاح ولكن لا يقربها زوجها حتى تضع حملها.

قال (ومن وطئ جاريته ثم زوجها جاز النكاح) لأنها ليست بفراس لمولاه فإنها لو جاءت بولد لا يثبت نسبه من غير دعوة إلا أن عليه أن يستبرئها صيانة لماله، وإذا جاز النكاح (فللزوج أن يطأها قبل الاستبراء) عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله. وقال محمد رحمه الله: لا أحب له أن يطأها حتى يستبرئها لأنه احتمل الشغل بماء المولى فوجب التنزه كما هي الشراء. ولهما أن الحكم بجواز النكاح أماراة الفراغ فلا يؤمر بالاستبراء لا استحباباً ولا وجوباً. بخلاف الشراء لأنه يجوز مع الشغل.

الشرح:

(ومن وطئ جاريته ثم زوجها جاز النكاح لأنها ليست بفراس لمولاه) لعدم حد الفرار الذي ذكرناه (فإنها لو جاءت بولد لا يثبت نسبه من غير دعوة إلا أن عليه) أي على المولى أن (يستبرئها) قال الشارحون: معنى عليه الاستحباب دون

الْوُجُوبِ، وَذَلِكَ لِأَنَّ اللَّفْظَ غَيْرُ مَذْكُورٍ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ، وَإِنَّمَا ذَكَرَهُ الْمُصَنِّفُ فَيَقَالُ: إِنَّهُ أَرَادَ بِهِ الاسْتِحْبَابَ صَيَانَهُ لِمَا لَهُ، وَقَدْ صَرَّحَ فِي فِتَاوَى الْوَلَوَالِجِيِّ بِالاسْتِحْبَابِ.

(وَإِذَا جَازَ النِّكَاحُ جَازَ لِلزَّوْجِ أَنْ يَطَّاهَا قَبْلَ الاسْتِبْرَاءِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: لَا أَحِبُّ لَهُ أَنْ يَطَّاهَا حَتَّى يَسْتَبْرِئَهَا لِأَنَّهُ احْتَمَلَ الشُّغْلَ بِمَاءِ الْوَلِيِّ) وَلَوْ تَحَقَّقَ الْاشْتِغَالُ بِمَاءِ الْغَيْرِ كَانَ الْوَطْءُ حَرَامًا، فَإِذَا احْتَمَلَ ذَلِكَ تَبَتِ التَّنْزُّهُ (كَمَا فِي الشَّرَاءِ) فَإِنَّ الْمَوْجِبَ فِيهِ احْتِمَالُ الشُّغْلِ، لَكِنَّ جَوَازَ الْإِقْدَامِ عَلَى النِّكَاحِ أَوْرَثَ ضَعْفًا فِي السَّبَبِ فَيَكُونُ مُسْتَحَبًّا. وَلَهُمَا أَنَا قَدْ اتَّفَقْنَا عَلَى جَوَازِ النِّكَاحِ مِنْ غَيْرِ حَبْلِ زَانِ.

وَالْحُكْمُ بِجَوَازِ النِّكَاحِ فِي مِثْلِهِ أَمَارَةٌ فَرَاغِ الرَّحِمِ لِأَنَّ النِّكَاحَ لَمْ يُشْرَعْ إِلَّا عَلَى رَحِمٍ فَارِغٍ عَنْ شَاغِلٍ مُحْتَرَمٍ، وَإِنْ كَانَ الرَّحِمُ فَارِغًا لَا يُؤْمَرُ بِالاسْتِبْرَاءِ لَا اسْتِحْبَابًا وَلَا وَجُوبًا إِذْ الْحُكْمُ لَا يَثْبُتُ بِلا سَبَبٍ، وَإِنَّمَا قُدِّمَ الاسْتِحْبَابُ وَكَانَ حَقُّهُ التَّأْخِيرَ لِأَنَّ نَفْيَهُ يَسْتَلِزِمُ نَفْيَ الْوُجُوبِ فَكَانَ تَقْدِيمُهُ يُوجِبُ الاسْتِغْنَاءَ عَنْ نَفْيِ الْوُجُوبِ، إِمَّا لِأَنَّ الْخِصْمَ يَقُولُ بِهِ فَكَانَ نَفْيُهُ أَهَمًّا، وَإِمَّا لِيَتَّصِلَ بِقَوْلِهِ بِخِلَافِ الشَّرَاءِ فَإِنَّ الاسْتِبْرَاءَ فِيهِ وَاجِبٌ.

وَمَنْ تَذَكَّرَ مَا سَلَفَ مِنَ الْمَسَائِلِ يَفْطِنُ لِمَا ذَكَرْنَا مِنَ الْقِيُودِ الَّتِي لَمْ يُصَرِّحْ بِذِكْرِهَا الْمُصَنِّفُ اسْتِغْنَاءً عَنْهَا بِمَا تَضَمَّنَ كَلَامُهُ فِيمَا سَلَفَ، وَقَوْلُهُ (بِخِلَافِ الشَّرَاءِ) جَوَابٌ عَنْ قِيَاسِ مُحَمَّدٍ صُورَةَ التَّزَاوُعِ عَلَى الشَّرَاءِ بِالْفَارِقِ وَهُوَ أَنَّ الشَّرَاءَ مَعَ الشُّغْلِ جَائِزٌ دُونَ النِّكَاحِ، فَالْحُكْمُ بِجَوَازِ النِّكَاحِ أَمَارَةٌ الْفَرَاغِ وَإِلَّا لَكَانَ حُكْمًا بِمَا لَا يَحُوزُ وَلَا كَذَلِكَ فِي الشَّرَاءِ فَيَجِبُ الاسْتِبْرَاءُ.

(وَكَذَا إِذَا رَأَى امْرَأَةً تَزْنِي فَتَزَوَّجَهَا حَلٌّ لَهُ أَنْ يَطَّاهَا قَبْلَ أَنْ يَسْتَبْرِئَهَا عِنْدَهُمَا، وَقَالَ مُحَمَّدٌ: لَا أَحِبُّ لَهُ أَنْ يَطَّاهَا مَا لَمْ يَسْتَبْرِئَهَا) وَالْمَعْنَى مَا ذَكَرْنَا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَكَذَا إِذَا رَأَى امْرَأَةً تَزْنِي) ظَاهِرٌ. وَقِيلَ يَنْبَغِي أَنْ لَا تَحِلَّ لِأَنَّ احْتِمَالُ الشُّغْلِ قَائِمٌ، وَدَلِيلُ الْحُرْمَةِ عِنْدَ مُعَارَضَةِ دَلِيلِ الْحِلِّ رَاجِحٌ. وَأُجِيبَ بِأَنَّهُ تَعَارَضَ الْإِحْتِمَالُ لِأَنَّ احْتِمَالَ وُجُودِ الْحِلِّ وَعَدَمِهِ، فَعِنْدَ ذَلِكَ رَجَحْنَا جَانِبَ الْعَدَمِ لِأَصَالَتِهِ وَلْتَقَوِيَ الْأَصَالَةُ هُنَا بِعَدَمِ حُرْمَةِ صَاحِبِ الْمَاءِ.

قَالَ (وَنِكَاحُ الْمُتَعَةِ بَاطِلٌ) وَهُوَ أَنْ يَقُولَ لَامْرَأَةٍ ائْتَمَّعُ بِكَ كَذَا مُدَّةً بِكَذَا مِنَ الْمَالِ وَقَالَ مَالِكٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: هُوَ جَائِزٌ لِأَنَّهُ كَانَ مُبَاحًا فَيَبْقَى إِلَى أَنْ يَظْهَرَ نَاسِخُهُ قُلْنَا: قُبْتُ النُّسْخَ بِإِجْمَاعِ الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُمْ وَابْنُ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا صَحَّ رُجُوعُهُ إِلَى قَوْلِهِمْ فَتَقَرَّرَ الْإِجْمَاعُ.

الشرح:

قَالَ (وَنِكَاحُ الْمُتَعَةِ بَاطِلٌ) صُورَةُ الْمُتَعَةِ مَا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ (أَنْ يَقُولَ الرَّجُلُ لَامْرَأَةٍ ائْتَمَّعُ بِكَ كَذَا مُدَّةً بِكَذَا مِنَ الْمَالِ) أَوْ يَقُولُ خُذِي مِنِّي هَذِهِ الْعَشْرَةَ لِأَسْتَمِيعَ بِكَ أَيَّامًا، أَوْ مَتَّعِي نَفْسَكَ أَيَّامًا أَوْ عَشْرَةَ أَيَّامٍ أَوْ لَمْ يَقُلْ أَيَّامًا، وَهَذَا عِنْدَنَا بَاطِلٌ (وَقَالَ مَالِكٌ هُوَ جَائِزٌ) وَهُوَ الظَّاهِرُ مِنْ قَوْلِ ابْنِ عَبَّاسٍ (لِأَنَّهُ كَانَ مُبَاحًا) بِالِاتِّفَاقِ (فَيَبْقَى إِلَى أَنْ يَظْهَرَ نَاسِخُهُ. قُلْنَا: قَدْ ظَهَرَ نَاسِخُهُ بِإِجْمَاعِ الصَّحَابَةِ).

وَيَبَيِّنُ ذَلِكَ أَنَّهُ وَرَدَتْ الْأَحَادِيثُ الدَّالَّةُ عَلَى نَسْخِهَا: مِنْهَا مَا رَوَى مُحَمَّدُ بْنُ الْحَنَفِيَّةِ عَنْ عَلِيِّ بْنِ أَبِي طَالِبٍ «أَنَّ مُنَادِي رَسُولِ اللَّهِ ﷺ نَادَى يَوْمَ خَيْبَرٍ: «أَلَا إِنَّ اللَّهَ وَرَسُولَهُ يَنْهَيَانِكُمْ عَنِ الْمُتَعَةِ». وَمِنْهَا حَدِيثُ الرَّبِيعِ بْنِ سَبْرَةَ قَالَ: «أَحَلَّ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ الْمُتَعَةَ عَامَ الْفَتْحِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ، فَجِئْتُ مَعَ ابْنِ عَمِّ لِي إِلَى بَابِ امْرَأَةٍ وَمَعَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنَّا بُرْدَةٌ، وَكَانَتْ بُرْدَةُ ابْنِ عَمِّي أَحْسَنَ مِنْ بُرْدَتِي، فَخَرَجَتْ امْرَأَةٌ كَأَنَّهَا دُمِيَّةٌ عَيْطَاءٌ فَجَعَلْتُ تَنْظُرُ إِلَى شَبَابِي وَإِلَى بُرْدَتِهِ، فَقَالَتْ: هَلَا بُرْدَةُ كِبَرْدَةُ هَذَا أَوْ شَبَابًا كَشَبَابِ هَذَا؟ ثُمَّ أَتَرْتُ شَبَابِي عَلَى بُرْدَتِهِ، فَبِتَّ عِنْدَهَا، فَلَمَّا أَصْبَحْتُ إِذَا مُنَادِي رَسُولِ اللَّهِ ﷺ يُنَادِي: «أَلَا إِنَّ اللَّهَ وَرَسُولَهُ يَنْهَيَانِكُمْ عَنِ الْمُتَعَةِ، فَانْتَهَى النَّاسُ عَنْهَا» ثُمَّ أَجْمَعَ الصَّحَابَةُ عَلَى أَنَّ الْمُتَعَةَ قَدْ انْتَسَخَتْ فِي حَيَاةِ النَّبِيِّ ﷺ فَكَانَتْ الْأَحَادِيثُ نَاسِخَةً وَالْإِجْمَاعُ مُظْهِرًا لِأَنَّ نُسْخَ الْكِتَابِ وَالسُّنَّةِ بِالْإِجْمَاعِ لَيْسَ بِصَحِيحٍ عَلَى مَذْهَبِ الصَّحِيحِ.

فَإِنْ قِيلَ: أَيْنَ الْإِجْمَاعُ وَقَدْ كَانَ ابْنُ عَبَّاسٍ مُخَالَفًا؟ أَجَابَ بِقَوْلِهِ (وَابْنُ عَبَّاسٍ صَحَّ رُجُوعُهُ إِلَى قَوْلِهِمْ) رَوَى جَابِرُ بْنُ زَيْدٍ أَنَّ ابْنَ عَبَّاسٍ مَا خَرَجَ مِنَ الدُّنْيَا حَتَّى رَجَعَ عَنْ قَوْلِهِ فِي الصَّرْفِ وَالْمُتَعَةِ (فَتَقَرَّرَ الْإِجْمَاعُ) وَقِيلَ فِي نِسْبَةِ جَوَازِ الْمُتَعَةِ إِلَى مَالِكٍ نَظَرٌ لِأَنَّهُ رَوَى الْحَدِيثَ فِي الْمُوطَأِ عَنْ ابْنِ شِهَابٍ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ وَالْحَسَنِ بْنِ مُحَمَّدٍ بْنِ عَلِيٍّ

عَنْ أَبِيهِمَا عَنْ عَلِيِّ بْنِ أَبِي طَالِبٍ «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ نَهَى عَنْ مُتْعَةِ النِّسَاءِ يَوْمَ خَيْبَرَ، وَعَنْ أَكْلِ لُحُومِ الْحُمْرِ الْإِنْسِيَّةِ»^(١).

وَقَالَ فِي الْمُدَوَّنَةِ: وَلَا يَجُوزُ النِّكَاحُ إِلَى أَجَلٍ قَرِيبٍ أَوْ بَعِيدٍ وَإِنْ سَمِيَ صَدَاقًا وَهَذِهِ الْمُتْعَةُ. وَأَقُولُ: يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ شَمْسُ الْأُتَمَّةِ الَّذِي أَخَذَ مِنْهُ الْمُصَنَّفُ قَدْ أَطْلَعَ عَلَى قَوْلٍ لَهُ عَلَى خِلَافِ مَا فِي الْمُدَوَّنَةِ، وَلَيْسَ كُلُّ مَنْ يَرَوِي حَدِيثًا يَكُونُ وَاجِبَ الْعَمَلِ لِحَوَازِ أَنْ يَكُونَ عِنْدَهُ مَا يُعَارِضُهُ أَوْ يُرَجِّحُ عَلَيْهِ.

(وَالنِّكَاحُ الْمُؤَقَّتُ بَاطِلٌ) مِثْلُ أَنْ يَتَزَوَّجَ امْرَأَةٌ بِشَهَادَةِ شَاهِدَيْنِ إِلَى عَشْرَةِ أَيَّامٍ. وَقَالَ زُفَرٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: هُوَ صَحِيحٌ لِإِزْمٍ لِأَنَّ النِّكَاحَ لَا يَبْطُلُ بِالشَّرْطِ الْفَاسِدَةِ. وَلَنَا أَنَّهُ أَتَى بِمَعْنَى الْمُتْعَةِ وَالْعِبْرَةِ فِي الْعُقُودِ لِلْمَعَانِي، وَلَا فَرْقَ بَيْنَ مَا إِذَا طَالَتْ مُدَّةُ التَّاقِيَةِ أَوْ قَصُرَتْ لِأَنَّ التَّاقِيَةَ هُوَ الْمُعَيَّنُ لِحِجَةِ الْمُتْعَةِ وَقَدْ وَجِدَ

الشرح:

(وَالنِّكَاحُ الْمُؤَقَّتُ بَاطِلٌ مِثْلُ أَنْ يَتَزَوَّجَ امْرَأَةٌ بِشَهَادَةِ شَاهِدَيْنِ إِلَى عَشْرَةِ أَيَّامٍ). وَالَّذِي يُفْهَمُ مِنْ عِبَارَةِ الْمُصَنَّفِ فِي الْفَرْقِ بَيْنَهُمَا شَيْئَانِ: أَحَدُهُمَا: وَجُودُ لَفْظٍ يُشَارِكُ الْمُتْعَةَ فِي الْإِشْتِقَاقِ كَمَا ذَكَرْنَا آنِفًا فِي نِكَاحِ الْمُتْعَةِ.

وَالثَّانِي: شُهُودُ الشَّاهِدَيْنِ فِي النِّكَاحِ الْمُؤَقَّتِ مَعَ ذِكْرِ لَفْظِ التَّزْوِيجِ أَوْ النِّكَاحِ وَأَنْ تَكُونَ الْمُدَّةُ مُعَيَّنَةً (وَقَالَ زُفَرٌ هُوَ صَحِيحٌ لِإِزْمٍ) لِأَنَّ التَّوَقُّفَ شَرْطٌ فَاسِدٌ لِكَوْنِهِ مُخَالَفًا لِمُقْتَضَى عَقْدِ النِّكَاحِ، وَالنِّكَاحُ لَا يَبْطُلُ بِالشَّرْطِ الْفَاسِدَةِ.

(وَلَنَا أَنَّهُ أَتَى بِمَعْنَى الْمُتْعَةِ) بِلَفْظِ النِّكَاحِ لِأَنَّ مَعْنَى الْمُتْعَةِ هُوَ الْإِسْتِمْتَاعُ بِالْمَرْأَةِ لَا لِقَصْدِ مَقَاصِدِ النِّكَاحِ وَهُوَ مَوْجُودٌ فِيمَا نَحْنُ فِيهِ لِأَنَّهَا لَا تَحْصُلُ فِي مُدَّةٍ قَلِيلَةٍ (وَالْعِبْرَةُ فِي الْعُقُودِ لِلْمَعَانِي) دُونَ الْأَلْفَازِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّ الْكِفَالَ بِشَرْطِ بَرَاءَةِ الْأَصِيلِ حَوَالَةَ وَالْحَوَالَةَ بِشَرْطِ مُطَالَبَةِ الْأَصِيلِ كِفَالَةً.

وَقَوْلُهُ (وَلَا فَرْقَ بَيْنَ مَا إِذَا طَالَتْ مُدَّةُ التَّاقِيَةِ أَوْ قَصُرَتْ) اخْتِرَازٌ عَنْ قَوْلِ الْحَسَنِ بْنِ زِيَادٍ إِنَّهُمَا إِنْ ذَكَرَا مِنَ الْوَقْتِ مَا يُعْلَمُ أَنَّهُمَا لَا يَعِيشَانِ إِلَيْهِ كِمِائَةِ سَنَةٍ أَوْ

(١) أخرجه البخاري (٥٥٢٣)، ومسلم (١٩).

أَكْثَرَ كَانَ النِّكَاحُ صَحِيحًا لِأَنَّهُ فِي مَعْنَى التَّأْيِيدِ. وَهُوَ رَوَايَةٌ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ. وَجْهُ الظَّاهِرِ أَنَّ التَّأْيِيدَ مُعَيَّنٌ لَجِهَةِ الْمُتْعَةِ، فَإِنَّ قَوْلَهُ تَزَوَّجْتُكَ لِلنِّكَاحِ وَمُقْتَضَاهُ التَّأْيِيدُ لِأَنَّهُ لَمْ يُوضَعْ شَرْعًا إِلَّا لِذَلِكَ وَلَكِنَّهُ يَحْتَمِلُ الْمُتْعَةَ؛ إِذَا قَالَ إِلَى عَشْرَةِ أَيَّامٍ عَيْنَ التَّوْقِيتِ جِهَةً كَوْنِهِ مُتْعَةً مَعْنَى، وَفِي هَذَا الْمَعْنَى الْمُدَّةُ الْقَلِيلَةُ وَالكَثِيرَةُ سَوَاءٌ وَاسْتَشْكَلَ هَذِهِ الْمَسْأَلَةَ بِمَا إِذَا شَرَطَ وَقَتَ الْعَقْدِ أَنْ يُطْلَقَهَا بَعْدَ شَهْرٍ فَإِنَّ النِّكَاحَ صَحِيحٌ وَالشَّرْطُ بَاطِلٌ، وَلَا فَرْقَ بَيْنَهُمَا وَبَيَّنَّ مَا نَحْنُ فِيهِ.

وَأُجِيبَ بِأَنَّ الْفَرْقَ بَيْنَهُمَا ظَاهِرٌ لِأَنَّ الطَّلَاقَ قَاطِعٌ لِلنِّكَاحِ فَاشْتِرَاطُهُ بَعْدَ شَهْرٍ لَيَنْقَطِعَ بِهِ دَلِيلٌ عَلَى وُجُودِ الْعَقْدِ مُؤَبَّدًا، وَلِهَذَا لَوْ مَضَى الشَّهْرُ لَمْ يَنْطَلِ النِّكَاحُ فَكَانَ النِّكَاحُ صَحِيحًا وَالشَّرْطُ بَاطِلًا. وَأَمَّا صُورَةُ النِّزَاعِ فَالشَّرْطُ إِنَّمَا هُوَ فِي النِّكَاحِ لَا فِي قَاطِعِهِ، وَلِهَذَا لَوْ صَحَّ التَّوْقِيتُ لَمْ يَكُنْ بَيْنَهُمَا بَعْدَ مَضِيِّ الْمُدَّةِ عَقْدٌ كَمَا فِي الْإِجَارَةِ.

(وَمَنْ تَزَوَّجَ امْرَأَتَيْنِ فِي عُقْدَةٍ وَاحِدَةٍ وَإِحْدَاهُمَا لَا يَحِلُّ لَهُ نِكَاحُهَا صَحَّ نِكَاحُ الَّتِي يَحِلُّ نِكَاحُهَا وَيَبْطُلُ نِكَاحُ الْأُخْرَى) لِأَنَّ الْمُبْطُلَ فِي إِحْدَاهُمَا، بِخِلَافِ مَا إِذَا جَمَعَ بَيْنَ حُرٍّ وَعَبْدٍ فِي الْبَيْعِ لِأَنَّهُ يَبْطُلُ بِالشَّرْطِ الْفَاسِدَةِ، وَقَبُولُ الْعَقْدِ فِي الْحُرِّ شَرْطٌ فِيهِ، ثُمَّ جَمِيعُ الْمُسَمَّى لِلَّتِي يَحِلُّ نِكَاحُهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ، وَعِنْدَهُمَا يُقَسَّمُ عَلَى مَهْرٍ مِثْلِيهِمَا وَهِيَ مَسْأَلَةُ الْأَصْلِ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ تَزَوَّجَ امْرَأَتَيْنِ فِي عُقْدَةٍ وَاحِدَةٍ) هَذِهِ الْمَسْأَلَةُ مِنَ الْأَصْلِ أَيُّ مِنْ الْمَسْئُوطِ وَصُورُهَا ظَاهِرَةٌ، وَمَسْأَلَةُ الْبَيْعِ تَأْتِي فِي الْبُيُوعِ. وَقَوْلُهُ (وَعِنْدَهُمَا يُقَسَّمُ عَلَى مَهْرٍ مِثْلِيهِمَا) يَعْنِي إِذَا كَانَ الْمُسَمَّى أَلْفًا مَثَلًا يُنْظَرُ إِلَى مَهْرٍ مِثْلِهِمَا وَيُقَسَّمُ الْمُسَمَّى عَلَيْهِمَا. فَمَا أَصَابَ حِصَّةَ الَّتِي لَا تَحِلُّ يَسْقُطُ عَنِ الزَّوْجِ، وَمَا أَصَابَ حِصَّةَ الْأُخْرَى يَثْبُتُ عَلَيْهِ. لَهَا أَنَّهُ قَابِلُ الْمُسَمَّى بِالْبُضْعَيْنِ وَكُلُّ مَا كَانَ مُقَابِلًا بِشَيْئَيْنِ فَإِنَّمَا يَلْزَمُ إِذَا سَلَّمَ لِمَنْ قَابِلٍ وَلَمْ يُسَلِّمْ هَهُنَا إِلَّا أَحَدَهُمَا فَلَا يَلْزَمُهُ إِلَّا حِصَّتُهُ كَمَا لَوْ خَاطَبَ امْرَأَتَيْنِ بِالنِّكَاحِ عَلَى أَلْفٍ فَأَجَابَتْ إِحْدَاهُمَا دُونَ الْأُخْرَى.

وَلَأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ ضَمَّ مَا لَا يَحِلُّ إِلَى مَا يَحِلُّ فِي النِّكَاحِ كَضَمِّ الْجِدَارِ إِلَى الْمَرْأَةِ فِيهِ فِي أَنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لَيْسَ بِمَحَلٍّ لِلنِّكَاحِ، وَلَوْ فَعَلَ ذَلِكَ وَسَمَّى كَانَ الْمُسَمَّى

كُلُّهُ لِلْمَرْأَةِ، فَكَذَلِكَ هَهُنَا لَمَنْ تَحِلُّ، بِخِلَافِ مَا إِذَا خَاطَبَهُمَا بِالنِّكَاحِ لَأَنَّهُمَا قَدْ اسْتَوَيَا فِي الْإِجْبَابِ، حَتَّى لَوْ أَجَابَتَا صَحَّ نِكَاحُهُمَا جَمِيعًا فَيُثْبِتُ انْقِسَامَ الْبَدَلِ بِالمُسَاوَةِ فِي الْإِجْبَابِ. فَإِنْ قِيلَ: إِذَا لَمْ تُكُنْ مَحَلًّا لِلنِّكَاحِ أَصْلًا وَلَمْ تَدْخُلْ تَحْتَ الْعَقْدِ وَجَبَ أَنْ يُحَدِّثَ إِنْ دَخَلَ بِهَا وَلَا يُحَدِّثَ عِنْدَهُ. أُجِيبَ بِأَنْ عَدَمَ الْحَدِّ بِاعْتِبَارِ ظَاهِرِ صُورَةِ الْعَقْدِ.

(وَمَنْ ادَّعَتْ عَلَيْهِ امْرَأَةٌ أَنَّهُ تَزَوَّجَهَا وَأَقَامَتْ بَيْنَهُ فَجَعَلَهَا الْقَاضِي امْرَأَتَهُ وَلَمْ يَكُنْ تَزَوَّجَهَا وَسَمِعَهَا الْمَقَامَ مَعَهُ وَأَنْ تَدَّعِيَهُ يُجَامِعُهَا) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَهُوَ قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ أَوَّلًا، وَفِي قَوْلِهِ الْآخِرِ وَهُوَ قَوْلُ مُحَمَّدٍ لَا يَسَعُهُ أَنْ يَطَّأَهَا وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ لِأَنَّ الْقَاضِيَّ أَخْطَأَ الْحُجَّةَ إِذِ الشُّهُودُ كَذَبَتْ فَصَارَ كَمَا إِذَا ظَهَرَ أَنَّهُمْ عَبِيدٌ أَوْ كُفَّارٌ وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الشُّهُودَ صَدَقَتْ عِنْدَهُ وَهُوَ الْحُجَّةُ لَتَعَذُّرِ الْوُقُوفِ عَلَى حَقِيقَةِ الصَّدَقِ، بِخِلَافِ الْكُفْرِ وَالرَّقِّ لِأَنَّ الْوُقُوفَ عَلَيْهِمَا مُتَيَسِّرٌ، وَإِذَا ابْتَنَى الْقَضَاءُ عَلَى الْحُجَّةِ وَأَمَكَّنَ تَنْفِيزَهُ بَاطِنًا بِتَقْدِيمِ النِّكَاحِ نَفَذَ قِطْعًا لِلْمُنَازَعَةِ، بِخِلَافِ الْأَمْلَاكِ الْمُرْسَلَةِ لِأَنَّ فِي الْأَسْبَابِ تَزَاحُمًا فَلَا إِمْكَانَ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ ادَّعَتْ عَلَيْهِ امْرَأَةٌ أَنَّهُ تَزَوَّجَهَا) هَذِهِ الْمَسْأَلَةُ مِنَ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ، وَهِيَ مُلْقَبَةٌ بَيْنَ الْفُقَهَاءِ بِأَنَّ قَضَاءَ الْقَاضِي بِشَهَادَةِ الزُّورِ فِي الْعُقُودِ وَالْفُسُوحِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ يَنْفَعُ ظَاهِرًا وَبَاطِنًا. وَمَعْنَى نُفُودِهِ ظَاهِرًا نُفُودُهُ فِيمَا يَبْتَنَى بِثُبُوتِ التَّمَكُّنِ وَالتَّنْفِقِ وَالْقَسَمِ وَغَيْرِ ذَلِكَ، وَمَعْنَى نُفُودِهِ بَاطِنًا ثُبُوتُ الْحِلِّ عِنْدَ اللَّهِ تَعَالَى. وَأَمَّا فِي الْأَمْلَاكِ الْمُرْسَلَةِ وَالْمِيرَاثِ فَإِنَّهُ يَنْفَعُ ظَاهِرًا لَا بَاطِنًا بِالْإِجْمَاعِ. وَأَمَّا فِي الْهَبَةِ وَالصَّدَقَةِ.

فَعَنْ أَبِي يُوسُفَ فِيهِ رَوَايَتَانِ: فِي رَوَايَةِ الْحَقِّهَا بِالْأَشْرِيَةِ وَالْأَنْكِحَةِ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ يُحْتَاجُ فِيهِ إِلَى الْإِجْبَابِ وَالْقَبُولِ وَفِي أُخْرَى الْحَقِّهَا بِالْأَمْلَاكِ الْمُرْسَلَةِ، وَمَا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ مِنْ تَحْرِيرِ الْمَذَاهِبِ وَاضِحٌ.

قَالُوا (الْقَاضِي أَخْطَأَ الْحُجَّةَ إِذِ الشُّهُودُ كَذَبَتْ) وَالْخَطَأُ فِي الْحُجَّةِ يَمْنَعُ مِنَ النُّفُودِ بَاطِنًا كَمَا إِذَا ظَهَرَ أَنَّهُمْ عَبِيدٌ أَوْ كُفَّارٌ (وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الشُّهُودَ صَدَقَتْ عِنْدَ الْقَاضِي) لِأَنَّ الْفَرَضَ أَنَّهُ لَمْ يَطَّلِعْ عَلَى شَيْءٍ مِمَّا يَجْرَحُهُمْ وَمِثْلُ هَذِهِ الشُّهُودِ هُوَ الْحُجَّةُ الْمُعْتَبَرَةُ فِي الشَّرْعِ (لَتَعَذُّرِ الْوُقُوفِ عَلَى الصَّدَقِ حَقِيقَةً) لِأَنَّ ذَلِكَ أَمْرٌ بَاطِنٌ لَا يَعْلَمُهُ إِلَّا اللَّهُ،

فَلَوْ اشْتَرَطَ ذَلِكَ لِلْقَضَاءِ لَمَا أُمِكنَ الْقَضَاءُ أَصْلًا، وَإِذَا وُجِدَتْ الْحُجَّةُ الشَّرْعِيَّةُ نَفَذَ الْحُكْمُ ظَاهِرًا وَبَاطِنًا (بِخِلَافِ الْكُفْرِ وَالرِّقِّ لِأَنَّ الْوُقُوفَ عَلَيْهِمَا مُتَيَسِّرٌ) بِالْأَمَارَاتِ.
فَإِنْ قِيلَ: الْقَضَاءُ إِظْهَارُ مَا كَانَ ثَابِتًا لَا إِثْبَاتُ مَا لَمْ يَكُنْ وَالنِّكَاحُ لَمْ يَكُنْ ثَابِتًا فَكَيْفَ يَنْفُذُ الْقَضَاءُ بَاطِنًا؟ أَشَارَ إِلَى الْجَوَابِ بِقَوْلِهِ (بِتَقْدِيمِ النِّكَاحِ) يَعْنِي تَقْدِيمَ النِّكَاحِ عَلَى الْقَضَاءِ بِطَرِيقِ الْاِقْتِضَاءِ كَأَنَّهُ قَالَ أَتُكْحِنُكَ إِيَّاهُ وَحَكَمْتُ بَيْنَكُمَا بِذَلِكَ (قَطْعًا لِلْمُنَازَعَةِ) فَيَحِلُّ لَهُ أَنْ يَطَّأَهَا لِفَلَا تُنَازِعُهُ طَلَبَ الْوَطْءِ ثَانِيًا. وَسَأَلَنِي بَعْضُ أَذْكِيَاءِ الْمَغَارِبَةِ حِينَ قَدِمَ مِصْرَ حَاجًّا سَنَةَ سَبْعٍ وَأَرْبَعِينَ وَسَبْعِمِائَةٍ عَنْ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ طَاعِنًا فِي الْمَذْهَبِ. فَأَجَبْتُهُ بِقَوْلِهِمْ هَذَا قَطْعًا لِلْمُنَازَعَةِ.

فَقَالَ: قَطَعَ الْمُنَازَعَةَ لَمْ يَنْحَصِرْ فِي الْوَطْءِ فَيُطْلَقُهَا فَإِنَّهُ مُخْلَصٌ عَنِ الْمُنَازَعَةِ مَعَ الْبَرَاءَةِ عَنْ عَهْدَةِ وَطْءٍ لَمْ يَسْبِقْهُ مُحْلَلٌ، فَقُلْتُ: تَعْنِي بِالطَّلَاقِ طَلَاقًا مَشْرُوعًا أَوْ غَيْرَ مَشْرُوعٍ، لَا سَبِيلَ إِلَى الثَّانِي لِعَدَمِ الْاِعْتِدَادِ بِمَا لَيْسَ بِمَشْرُوعٍ فَتَعَيَّنَ الْأَوَّلُ وَهُوَ يَقْتَضِي النِّكَاحَ لَا مَحَالَةَ، وَإِمَامُنَا فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ عَلِيٌّ. فَإِنَّهُ رَوَى أَنَّ رَجُلًا ادَّعَى عَلَى امْرَأَةٍ نِكَاحًا بَيْنَ يَدَيَّ عَلِيٍّ وَأَقَامَ شَاهِدَيْنِ فَقَضَى بِالنِّكَاحِ بَيْنَهُمَا فَقَالَتِ الْمَرْأَةُ: إِنْ لَمْ يَكُنْ بُدُّ يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ فَرَوِّجْنِي مِنْهُ، فَقَالَ عَلِيٌّ: شَاهِدَاكَ زَوْجَاكَ. وَلَوْ لَمْ يَنْعَقِدِ الْعَقْدُ بَيْنَهُمَا بِقَضَائِهِ لَمَا امْتَنَعَ مِنَ الْعَقْدِ عِنْدَ طَلِبِهَا وَرَغْبَةِ الزَّوْجِ فِيهَا، وَقَدْ كَانَ فِي ذَلِكَ تَحْصِينُهَا مِنَ الزَّنَا وَكَانَ ذَلِكَ مِنْهُ قَضَاءٌ بِشَهَادَةِ الزُّورِ.

فَإِنْ قِيلَ: هَذَا إِنَّمَا يَتِمُّ إِذَا جُعِلَ قَضَاؤُهُ بِمَنْزِلَةِ إِثْنَاءِ الْعَقْدِ وَذَلِكَ يَقْتَضِي أَنْ يُشْتَرَطَ حُضُورُ الشُّهُودِ عِنْدَ قَوْلِهِ قَضَيْتُ عَمَلًا بِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «لَا نِكَاحَ إِلَّا بِشُهُودٍ». أَجِيبَ بِأَنَّ بَعْضَ مَشَايِخِنَا ذَهَبُوا إِلَى ذَلِكَ وَإِلَيْهِ مَالُ شَمْسِ الْأُئِمَّةِ السَّرْحَسِيِّ وَآخَرُونَ مِنْهُمْ قَالُوا: إِثْنَاءُ النِّكَاحِ لَا يُثْبِتُ مَقْصُودًا وَإِنَّمَا يُثْبِتُ مُقْتَضَى صِحَّةِ قَضَائِهِ فِي الْبَاطِنِ وَالْمُقْتَضَى لَا تُرَاعَى شَرَائِطُهُ الَّتِي يُثْبِتُ بِهَا لَوْ كَانَ مَقْصُودًا كَمَا فِي قَوْلِهِ أَعْتَقَ عَبْدَكَ عَنِّي بِأَلْفِ دِرْهَمٍ وَهُوَ الْجَوَابُ عَنْ سُقُوطِ الْإِجَابِ وَالْقَبُولِ.

وقوله: (بِخِلَافِ الْأَمْلَاكِ الْمُرْسَلَةِ) أَيُّ الْمُطْلَقَةِ عَنْ إِثْبَاتِ سَبَبِ الْمَلِكِ بِأَنَّ ادَّعَى مَلِكًا مُطْلَقًا فِي الْجَارِيَةِ أَوْ الطَّعَامِ مِنْ غَيْرِ تَعْيِينَ بِشِرَاءٍ أَوْ إِرْثٍ حَيْثُ لَا يَنْفُذُ الْقَضَاءُ إِلَّا ظَاهِرًا بِالِاتِّفَاقِ حَتَّى لَا يَحِلَّ لِلْمَقْضِيِّ لَهُ وَطُوعُهَا (لَأَنَّ فِي الْأَسْبَابِ تَزَاحُمًا) فَلَا

يُمْكِنُ تَنْفِيزُهُ.

يَبَاهُ أَنْ فِي الْأَسْبَابِ كَثْرَةٌ وَلَا يُمْكِنُ الْقَاضِي تَعْيِينَ شَيْءٍ مِنْهَا بِذَوْنِ الْحُجَّةِ فَلَمْ يَكُنْ مُخَاطَبًا بِالْقَضَاءِ بِالْمَلِكِ وَإِنَّمَا هُوَ مُخَاطَبٌ بِقَصْرِ يَدِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ عَنِ الْمُدَّعِي وَذَلِكَ نَافِذٌ مِنْهُ ظَاهِرًا، فَأَمَّا أَنْ يَنْفُذَ بَاطِنًا بِمَنْزِلَةِ إِنْشَاءِ جَدِيدٍ فَلَيْسَ بِقَادِرٍ عَلَيْهِ بِلَا سَبَبٍ شَرْعِيٍّ، بِخِلَافِ النِّكَاحِ فَإِنَّ طَرِيقَهُ مُتَعَيَّنٌ فِي الْوَجْهِ الَّذِي قُلْنَا فِيمُكِنُهُ إِبْتَاهُ وَتَنْفِيزُهُ.

باب الأولياء والأكفاء

(وَيَنْعَقِدُ نِكَاحُ الْحُرَّةِ الْعَاقِلَةِ الْبَالِغَةِ بِرِضَاهَا) وَإِنْ لَمْ يَعْقِدْ عَلَيْهَا وَلِيُّ بَكَرًا كَانَتْ أَوْ ثَيِّبًا (عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ) رَحِمَهُمَا اللَّهُ (فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ) رَحِمَهُ اللَّهُ (أَنَّهُ لَا يَنْعَقِدُ إِلَّا بِوَلِيِّ. وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ يَنْعَقِدُ وَهُوَ) وَقَالَ مَالِكٌ وَالشَّافِعِيُّ رَحِمَهُمَا اللَّهُ لَا يَنْعَقِدُ النِّكَاحُ بِعِبَارَةِ النِّسَاءِ أَصْلًا لِأَنَّ النِّكَاحَ يُرَادُ لِمَقَاصِدِهِ وَالتَّفْوِيزُ إِلَيْهِنَّ مُحِلٌّ بِهَا، إِلَّا أَنْ مُحَمَّدًا رَحِمَهُ اللَّهُ يَقُولُ: يَرْتَفَعُ الْخُلَلُ بِإِجَازَةِ الْوَلِيِّ.

وَوَجْهُ الْجَوَازِ أَنَّهَا تَصَرَّفَتْ فِي خَالِصٍ حَقِّهَا وَهِيَ مِنْ أَهْلِ لِكُونِهَا عَاقِلَةً مُمَيَّزَةً وَلِهَذَا كَانَ لَهَا التَّصَرُّفُ فِي الْمَالِ وَلَهَا اخْتِيَارُ الْأَزْوَاجِ، وَإِنَّمَا يُطَالَبُ الْوَلِيُّ بِالتَّزْوِيجِ كَيْ لَا تُنْسَبَ إِلَى الْوَقَاحَةِ، ثُمَّ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ لَا فَرْقَ بَيْنَ الْكُفَاءِ وَغَيْرِ الْكُفَاءِ وَلَكِنْ لِلْوَلِيِّ الْإِعْتِرَاضُ فِي غَيْرِ الْكُفَاءِ. وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ فِي غَيْرِ الْكُفَاءِ لِأَنَّ كَمَ مِنْ وَاقِعٍ لَا يَرْفَعُ. وَيُرْوَى رُجُوعُ مُحَمَّدٍ إِلَى قَوْلِهِمَا.

الشرح:

(بَابُ الْأَوْلِيَاءِ وَالْأَكْفَاءِ): أَخَّرَ بَيَانَ الْأَوْلِيَاءِ وَالْأَكْفَاءِ عَنْ بَيَانِ الْمُحَرَّمَاتِ وَإِنْ كَانَا شَرْطِيَّ النِّكَاحِ لِأَنَّ حِلَّ مَحَلِّ النِّكَاحِ شَرْطُ جَوَازِهِ بِالِاتِّفَاقِ، بِخِلَافِ الْأَوْلِيَاءِ وَالْأَكْفَاءِ وَالتَّمَقُّقِ عَلَيْهِ أَوَّلَى بِالتَّقْدِيمِ، وَتَحْرِيرُ الْمَذَاهِبِ عَلَى مَا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ وَاضِحٌ وَأَمَّا وَجْهُ مَنْ لَمْ يُجْزِزْهُ بِذَوْنِ الْوَلِيِّ كَأَبِي يُوسُفَ فِي غَيْرِ ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ وَمَالِكٌ وَالشَّافِعِيُّ فَمَا قَالَ (لِأَنَّ النِّكَاحَ يُرَادُ لِمَقَاصِدِهِ وَالتَّفْوِيزُ إِلَيْهِنَّ مُحِلٌّ بِهَا) لِأَنَّهُنَّ سَرِيعَاتُ الْإِعْتِرَاضِ سَيِّئَاتُ الْإِخْتِيَارِ لَا سَيِّمًا عِنْدَ التَّوَقَّانِ.

وَهُوَ مَرْدُودٌ بِمَا إِذَا أُذِنَ لَهَا الْوَلِيُّ كَمَا اخْتَارَهُ مُحَمَّدٌ فَإِنَّ الْخُلَلَ يَنْجَبِرُ بِهِ فَكَانَ

الوَاجِبُ الْجَوَازَ حَيْثُ وَهْمٌ لَا يَقُولُونَ بِهِ. وَأَيْضًا الْمُدَّعِي أَنَّ النِّكَاحَ لَا يَنْعَقِدُ بِعِبَارَةِ النِّسَاءِ، فَالدَّلِيلُ الْمُطَابِقُ يَبَيِّنُ الْخَلَلَ فِي الْعِبَارَةِ وَالْإِعْتِدَارُ بِأَنَّ هَذَا التَّغْلِيلَ تَغْلِيلٌ أَنْ لَا يُفَوِّضَ إِلَيْهِنَّ أَمْرَ النِّكَاحِ مُطْلَقًا مِنْ غَيْرِ نَظَرٍ إِلَى أَنَّ يَأْذَنُ الْوَلِيُّ أَوْ لَا غَيْرُ دَافِعٍ لِاتِّفَاءِ الْمُطَابَقَةِ.

وَأَمَّا وَجْهُ مَنْ جَوَّزَهُ فَهُوَ (أَنَّهَا تَصَرَّفَتْ فِي خَالصِ حَقِّهَا وَهِيَ مِنْ أَهْلِ لَكُونِهَا عَاقِلَةٌ مُمَيَّزَةٌ، وَلِهَذَا كَانَ لَهَا التَّصَرُّفُ فِي الْمَالِ وَلَهَا اخْتِيَارُ الْأَزْوَاجِ) بِالِاتِّفَاقِ، وَكُلُّ تَصَرُّفٍ هَذَا شَأْنُهُ فَهُوَ جَائِزٌ بِلَا خِلَافٍ. فَإِنْ قُلْتُ: لَا تُسَلِّمُ أَنَّهَا تَصَرَّفَتْ فِي خَالصِ حَقِّهَا بَلْ فِي حَقٍّ تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّ الْأَوْلِيَاءِ وَلِهَذَا لَا يَجُوزُ إِذَا لَمْ يَكُنْ بِكَفٍّ. فِي رِوَايَةٍ. قُلْتُ: لَا فَرْقَ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ فَلَا يُرَدُّ عَلَيْهِ، وَأَمَّا عَلَى رِوَايَةِ الْحَسَنِ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ فَالْجَوَابُ أَنَّ الْمُرَادَ بِخَالصِ حَقِّهَا مَا كَانَ مِنَ الْمَوْضُوعَاتِ الْأَصْلِيَّةِ الَّتِي تَتَرْتَّبُ عَلَى النِّكَاحِ مِنْ تَمْلِكِ مَنَافِعٍ بُضْعُهَا وَاسْتِجَابِ الْمَهْرِ وَالتَّقَةِ وَالْكَسْوَةِ وَالسُّكْنَى وَنَحْوِهَا، وَكُلُّ ذَلِكَ خَالصٌ حَقِّهَا فَلَا يُعْتَبَرُ بِالْعَارِضِ مِنْ لُحُوقِ الْعَارِ لِلْأَوْلِيَاءِ.

فَإِنْ قِيلَ: هَذَا اسْتِدْلَالٌ بِالرَّأْيِ فِي مُقَابَلَةِ الْكِتَابِ وَالسُّنَّةِ وَمِثْلُهُ فَاسِدٌ. أَمَّا الْكِتَابُ فَقَوْلُهُ تَعَالَى ﴿فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٣٢] نَهَى الْوَلِيَّ عَنْ الْعَضْلِ وَهُوَ الْمَنْعُ، وَإِنَّمَا يَتَحَقَّقُ مِنْهُ الْمَنْعُ إِذَا كَانَ الْمَمْنُوعُ فِي يَدِهِ. وَأَمَّا السُّنَّةُ فَمَا رُوِيَ فِي السُّنَنِ عَنْ ابْنِ جُرَيْجٍ عَنْ سُلَيْمَانَ بْنِ مُوسَى عَنْ الزُّهْرِيِّ عَنْ عُرْوَةَ عَنْ عَائِشَةَ قَالَتْ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ «أَيُّمَا امْرَأَةٍ نَكَحْتَ بِغَيْرِ إِذْنٍ وَلِيِّهَا فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ بَاطِلٌ»^(١) فَالْجَوَابُ أَنَّ الْآيَةَ مُشْتَرَكَةٌ فِي الْإِلْزَامِ لِأَنَّهُ نَهَاهُمْ عَنْ مَنَعِهِنَّ عَنِ النِّكَاحِ فَذَلَّ عَلَى أَنَّهُنَّ يَمْلِكُنَّهُ، وَأَنَّ قَوْلَهُ تَعَالَى ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ﴾ [البقرة: ٢٣٤] وَقَوْلُهُ ﴿حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾ [البقرة: ٢٣٠] وَقَوْلُهُ ﴿أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٣٢] يُعَارِضُهَا.

وَأَمَّا الْحَدِيثُ فَسَاقِطُ الْإِعْتِبَارِ لِأَنَّ ابْنَ جُرَيْجٍ سَأَلَ الزُّهْرِيَّ عَنْهُ فَلَمْ يَعْرِفْهُ، وَفِي رِوَايَةٍ فَأَنكَرَهُ، وَلِأَنَّ عَائِشَةَ عَمِلَتْ بِخِلَافِهِ زَوَّجَتْ بِنْتَ أَخِيهَا عَبْدَ الرَّحْمَنِ مِنَ الْمُنْذِرِ بْنِ الزُّبَيْرِ، وَذَلِكَ يَدُلُّ عَلَى نَسْخِهِ، وَلِأَنَّهُ مُعَارِضٌ بِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «الْأَيُّمُ

(١) أخرجه أبو داود (٢٠٨٣)، والترمذي (١١٠)، وابن ماجه (١٨٧٩).

أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا»^(١) وَالْأَيْمُ اسْمٌ لَامْرَأَةٍ لَا زَوْجَ لَهَا بَكْرًا كَانَتْ أَوْ نَيْبًا، هَذَا هُوَ الصَّحِيحُ عِنْدَ أَهْلِ اللُّغَةِ، وَإِذَا كَانَ الْكِتَابُ وَالسُّنَّةُ مُتَعَارِضَيْنِ تَرَكَ الْمُصَنِّفُ الاسْتِدْلَالَ بِهِمَا لِلجَانِبَيْنِ وَصَارَ إِلَى الْمَقُولِ، وَهُوَ مَرْوِيٌّ عَنْ عُمَرَ وَعَلِيٍّ وَعَبْدِ اللَّهِ بْنِ مَسْعُودٍ.

وَقَوْلُهُ (وَإِنَّمَا يُطَالَبُ الْوَلِيُّ بِالتَّرْوِيجِ) جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ إِذَا تَصَرَّفَتْ فِي خَالَصِ حَقِّهَا فَلَمْ أَمْرِ الْوَلِيُّ بِالتَّرْوِيجِ إِذَا طَالَبْتَهُ، وَأَيُّ حَاجَةٍ لَهَا إِلَى طَلَبِ التَّصَرُّفِ مِنَ الْوَلِيِّ فِي خَالَصِ حَقِّهَا. وَوَجْهُهُ أَنَّهَا بِمُبَاشَرَةِ هَذَا التَّصَرُّفِ تُنْسَبُ إِلَى الْوَقَاحَةِ فَجُعِلَ التَّصَرُّفُ مِنَ الْوَلِيِّ فِي خَالَصِ حَقِّهَا وَاجِبًا عَلَيْهِ صِيَانَةً لَهَا عَنْ النَّسَبَةِ إِلَيْهَا.

وَقَوْلُهُ (وَلَكِنْ لِلْوَلِيِّ الْاِعْتِرَاضُ فِي غَيْرِ الْكُفِّ) يَعْنِي إِذَا لَمْ تَلِدْ مِنَ الزَّوْجِ. وَأَمَّا إِذَا وَلَدَتْ فَلَيْسَ لِلْأَوْلِيَاءِ حَقُّ الْفَسْخِ كَيْ لَا يَضِيعَ الْوَلَدُ عَمَّنْ يُرِيَّهِ. قَالَ فِي «النِّهَايَةِ»: وَلَكِنْ فِي «مَبْسُوطِ» شَيْخِ الْإِسْلَامِ: وَإِذَا زَوَّجَتْ الْمَرْأَةُ نَفْسَهَا مِنْ غَيْرِ كُفٍّ فَعَلِمَ الْوَلِيُّ بِذَلِكَ فَسَكَتَ حَتَّى وَلَدَتْ أَوْلَادًا ثُمَّ بَدَأَ لَهُ أَنْ يُخَاصِمَ فِي ذَلِكَ فَلَهُ أَنْ يُفَرِّقَ بَيْنَهُمَا، لِأَنَّ السُّكُوتَ إِنَّمَا جُعِلَ رِضًا فِي حَقِّ النِّكَاحِ فِي حَقِّ الْبِكْرِ نَصًّا بِخِلَافِ الْقِيَاسِ، قَالَ: كَذَا كَانَ مَكْتُوبًا بِخَطِّ شَيْخِي.

وَقَوْلُهُ: (وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ فِي غَيْرِ الْكُفِّ) يَعْنِي لِدَفْعِ ضَرَرِ الْعَارِ عَنِ الْأَوْلِيَاءِ. قَالَ شَمْسُ الْأَيْمَةِ: وَهَذَا أَقْرَبُ إِلَى الْاِحْتِيَاظِ، فَلَيْسَ كُلُّ وَلِيٍّ يُحْسِنُ الْمُرَافَعَةَ إِلَى الْقَاضِي، وَلَا كُلُّ قَاضٍ يَعْدِلُ، وَهُوَ مَعْنَى قَوْلِهِ (لَأَنَّ كَمَ مِنْ وَاقِعٍ لَا يَرْفَعُ وَيُرْوَى رُجُوعُ مُحَمَّدٍ إِلَى قَوْلِهِمَا) يَعْنِي يَنْعَقِدُ نِكَاحُهَا عِنْدَهُ أَيْضًا بِلا وَلِيٍّ وَلَا يُوقَفُ عَلَى الْإِجَازَةِ.

(وَلَا يَجُوزُ لِلْوَلِيِّ إِجْبَارُ الْبِكْرِ الْبَالِغَةِ عَلَى النِّكَاحِ) خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ. لَهُ الْاِعْتِبَارُ بِالصَّغِيرَةِ وَهَذَا لِأَنَّهَا جَاهِلَةٌ بِأَمْرِ النِّكَاحِ لِعَدَمِ التَّجَرُّبَةِ وَلِهَذَا يَقْبِضُ الْأَبُ صَدَاقَهَا بِغَيْرِ أَمْرِهَا. وَلَنَا أَنَّهَا حُرَّةٌ مُخَاطَبَةٌ فَلَا يَكُونُ لِلغَيْرِ عَلَيْهَا وَلَايَةً، وَالْوَلَايَةُ عَلَى الصَّغِيرَةِ لِقُصُورِ عَقْلِهَا وَقَدْ كَمَلَ بِالْبُلُوغِ بِدَلِيلِ تَوَجُّهِ الْخُطَابِ فَصَارَ كَالْعَقْلَامِ وَكَالتَّصَرُّفِ فِي الْمَالِ، وَإِنَّمَا يَمْلِكُ الْأَبُ قَبْضَ الصَّدَاقِ بِرِضَاهَا دَلَالَةً وَلِهَذَا لَا يَمْلِكُ مَعَ تَهْيِئَتِهَا.

(١) أخرجه مسلم (٦٦)، وفي (٦٧) بلفظ: «الثيب أحق بنفسها من وليها».

الشرح:

قَالَ (وَلَا يَجُوزُ لِلْوَلِيِّ إِجْبَارُ الْبِكْرِ الْبَالِغَةِ عَلَى النَّكَاحِ) إِجْبَارُ الْبِكْرِ الْبَالِغَةِ عَلَى النَّكَاحِ لَا يَجُوزُ عِنْدَنَا (خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ) وَهُوَ مَذْهَبُ ابْنِ أَبِي لَيْلَى. لَهُ أَنَّ الصَّغِيرَةَ إِذَا كَانَتْ بَكْرًا تُزَوَّجُ كُرْهًا فَكَذَا الْبَالِغَةُ، وَالْجَامِعُ بَيْنَهُمَا الْجَاهِلَةُ بِأَمْرِ النَّكَاحِ لَعَدَمِ التَّجَرُّبَةِ (وَلِهَذَا) أَيْ وَلِكُونِهَا جَاهِلَةً بِأَمْرِ النَّكَاحِ (يَقْبِضُ الْأَبُ صَدَاقَهَا بِغَيْرِ أَمْرِهَا، وَلَنَا أَنَّهَا حُرَّةٌ مُخَاطَبَةٌ) لَأَنَّ الْكَلَامَ فِي الْحُرَّةِ الْبَالِغَةِ وَكُلُّ مَنْ كَانَتْ كَذَلِكَ (لَا يَكُونُ لِلغَيْرِ عَلَيْهَا وَلَايَةٌ).

وَقَوْلُهُ: (وَالْوَلَايَةُ عَلَى الصَّغِيرَةِ) جَوَابٌ عَنْ قِيَاسِهِ عَلَى الصَّغِيرَةِ بِالْمُفَارَقَةِ، وَذَلِكَ لِأَنَّ الْوَلَايَةَ عَلَى الصَّغِيرَةِ إِنَّمَا كَانَتْ (لِقُصُورِ عَقْلِهَا) وَفِيمَا نَحْنُ فِيهِ لَيْسَ بِمَوْجُودٍ لِأَنَّهُ قَدْ كَمُلَ بِالْبُلُوغِ بِدَلِيلِ تَوَجُّهِ الْخُطَابِ فَصَارَ الْإِجْبَارُ عَلَيْهَا كَالْإِجْبَارِ عَلَى الْعُلَامِ، فَإِنْ كَانَ صَغِيرًا جَازَ لِقُصُورِ الْعَقْلِ، وَإِنْ كَانَ بَالِغًا لَا يَجُوزُ وَصَارَ كَالْتَصَرُّفِ فِي الْمَالِ: أَيْ فِي مَالِ الْبِكْرِ الْبَالِغَةِ فَإِنَّهُ لَا يَجُوزُ لِلْأَبِ التَّصَرُّفُ فِيهِ. وَقَوْلُهُ. (وَإِنَّمَا يَمْلِكُ الْأَبُ قَبْضَ الصَّدَاقِ بِرِضَاهَا دَلَالَةً) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ وَلِهَذَا يَقْبِضُ الْأَبُ صَدَاقَهَا.

وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ الْبِكْرَ تَسْتَحِي عَنْ قَبْضِ صَدَاقِهَا وَأَنَّ الْأَبَ هُوَ الَّذِي يَقْبِضُ ذَلِكَ لِيُجَهِّزَهَا بِذَلِكَ مَعَ مَالِ نَفْسِهِ لِيُبْعَثَ بِهَا إِلَى زَوْجِهَا فَكَانَ ذَلِكَ إِذْنًا دَلَالَةً (وَلِهَذَا لَا يَمْلِكُ مَعَ نَهْيِهَا) لِأَنَّ الدَّلَالَه تَبْطُلُ بِصَرِيحٍ يُخَالِفُهَا.

قَالَ (وَإِذَا اسْتَأْذَنَهَا فَسَكَتَتْ أَوْ ضَحِكَتْ فَهُوَ إِذْنٌ) لِقَوْلِهِ ﷺ «الْبِكْرُ تُسْتَأْمَرُ فِي نَفْسِهَا، فَإِنْ سَكَتَتْ فَقَدْ رَضِيَتْ»^(١) وَلَئِنْ جَنِبَتِ الرِّضَا فِيهِ رَاجِحَةٌ، لِأَنَّهَا تَسْتَحِي عَنْ إِظْهَارِ الرُّغْبَةِ لَا عَنْ الرُّدِّ، وَالضَّحِكُ أَدْلُ عَلَى الرِّضَا مِنَ السُّكُوتِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا بَكَتْ لِأَنَّهُ دَلِيلُ السُّخْطِ وَالْكَرَاهَةِ. وَقِيلَ إِذَا ضَحِكَتْ كَالْمُسْتَهْزِئَةِ بِمَا سَمِعَتْ لَا يَكُونُ رِضًا، وَإِذَا بَكَتْ بِلا صَوْتٍ لَمْ يَكُنْ رَدًّا.

(١) قَالَ ابْنُ حَجَرٍ فِي الدَّرَايَةِ (٢/٦٢): لَمْ أَرَهُ بِهَذَا اللَّفْظِ، وَقَالَ الزَّيْلَعِيُّ فِي نَسْبِ الرَّايَةِ

(٢٤٣/٣): غَرِيبٌ بِهَذَا اللَّفْظِ، وَفِي الْبُخَارِيِّ (٥١٣٦)، وَمُسْلِمٌ (٦٤) حَدِيثُ أَبِي هُرَيْرَةَ رَفَعَهُ

«لَا تَنْكَحُ الْأُمُّ حَتَّى تَسْتَأْمَرَ وَلَا تَنْكَحُ الْبِكْرُ حَتَّى تَسْتَأْذَنَ».

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِذَا اسْتَأْذَنَهَا الْوَلِيُّ فَسَكَتَتْ أَوْ ضَحِكَتْ) ظَاهِرٌ.

قَالَ (وَإِنْ فَعَلَ هَذَا غَيْرُ وَلِيٍّ) يَعْنِي اسْتَأْمَرَ غَيْرُ الْوَلِيِّ (أَوْ وَلِيٍّ غَيْرُهُ أَوْلَى مِنْهُ) (لَمْ يَكُنْ رِضًا حَتَّى تَتَكَلَّمَ بِهِ) لِأَنَّ هَذَا السُّكُوتَ لِقِلَّةِ الْإِلْتِفَاتِ إِلَى كَلَامِهِ فَلَمْ يَقَعْ دَلَالَةٌ عَلَى الرِّضَا، وَلَوْ وَقَعَ فَهُوَ مُحْتَمَلٌ، وَالْاِكْتِفَاءُ بِمِثْلِهِ لِلْحَاجَةِ وَلَا حَاجَةَ فِي حَقِّ غَيْرِ الْأَوْلِيَاءِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ الْمُسْتَأْمَرُ رَسُولَ الْوَلِيِّ لِأَنَّهُ قَائِمٌ مَقَامَهُ، وَيُعْتَبَرُ فِي الْاسْتِمَارِ تَسْمِيَةُ الزَّوْجِ عَلَى وَجْهِ تَقَعُ بِهِ الْمَعْرِفَةُ لَتَظْهَرَ رَغْبَتُهَا فِيهِ مِنْ رَغْبَتِهَا عَنْهُ

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِنْ فَعَلَ هَذَا) يَعْنِي الْاسْتِمَارَ وَالْاسْتِئْذَانَ (غَيْرُ وَلِيٍّ) وَهُوَ الْأَجَانِبُ أَوْ قَرِيبٌ لَيْسَ بِوَلِيٍّ بِأَنْ كَانَ كَافِرًا أَوْ عَبْدًا أَوْ مُكَائِبًا (أَوْ وَلِيٍّ غَيْرِهِ أَوْلَى مِنْهُ) كَاسْتِئْذَانَ الْأَخِ مَعَ وُجُودِ الْأَبِ (لَا يَكُونُ رِضًا حَتَّى تَتَكَلَّمَ بِهِ لِأَنَّ هَذَا السُّكُوتَ لِقِلَّةِ الْإِلْتِفَاتِ إِلَى كَلَامِهِ فَلَمْ يَقَعْ دَلَالَةٌ عَلَى الرِّضَا).

وَقَوْلُهُ (وَلَوْ وَقَعَ) أَيُّ السُّكُوتِ دَلِيلًا (فَهُوَ) دَلِيلٌ (مُحْتَمَلٌ) يَحْتَمِلُ الْإِذْنَ وَالرَّدَّ (وَالْاِكْتِفَاءُ بِمِثْلِهِ) فِي الدَّلَالَةِ (لِلْحَاجَةِ وَلَا حَاجَةَ فِي حَقِّ غَيْرِ الْأَوْلِيَاءِ) لِأَنَّهُ فَضُولِيٌّ، أَوْ فِي حَقِّ وَلِيٍّ غَيْرِهِ أَحَقُّ لِعَدَمِ الْإِلْتِفَاتِ إِلَى كَلَامِهِ (بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ الْمُسْتَأْمَرُ رَسُولَ الْوَلِيِّ لِأَنَّهُ قَائِمٌ مَقَامَهُ) وَقَوْلُهُ (وَيُعْتَبَرُ فِي الْاسْتِمَارِ تَسْمِيَةُ الزَّوْجِ) يَعْنِي إِذَا اسْتَأْمَرَ فَلَا بُدَّ أَنْ يُسَمَّى الزَّوْجُ عَلَى وَجْهِ تَعْرِفِهِ، أَمَّا إِذَا أَبْهَمَ وَقَالَ إِنِّي أَرْوِّجُكَ رَجُلًا فَسَكَتَتْ لَا يَكُونُ السُّكُوتُ رِضًا.

(وَلَا تُشْتَرَطُ تَسْمِيَةُ الْمَهْرِ هُوَ الصَّحِيحُ) لِأَنَّ النِّكَاحَ صَحِيحٌ بِدُونِهِ، وَلَوْ زَوَّجَهَا قَبْلَغَهَا الْخَبَرَ فَسَكَتَتْ فَهُوَ عَلَى مَا ذَكَرْنَا لِأَنَّ وَجْهَ الدَّلَالَةِ فِي السُّكُوتِ لَا يَخْتَلِفُ، ثُمَّ الْمُخْبِرُ إِنْ كَانَ فَضُولِيًّا يُشْتَرَطُ فِيهِ الْعَدَدُ أَوِ الْعِدَالَةُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ خِلَافًا لَهُمَا، وَلَوْ كَانَ رَسُولًا لَا يُشْتَرَطُ إِجْمَاعًا وَلَهُ نِظَائِرُ

الشرح:

(وَلَا يُشْتَرَطُ تَسْمِيَةُ الْمَهْرِ هُوَ الصَّحِيحُ) وَقَوْلُهُ هُوَ الصَّحِيحُ اخْتِرَازٌ عَنْ قَوْلِ مَنْ قَالَ مِنَ الْمُتَأَخِّرِينَ لَا بُدَّ مِنْ تَسْمِيَةِ الْمَهْرِ فِي الْاسْتِمَارِ لِأَنَّ رَغْبَتَهَا تَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ

الصَّدَاقِ فِي الْقِلَّةِ وَالْكَثْرَةِ. وَجَهُ الصَّحِيحِ مَا ذَكَرَهُ أَنَّ لِلنِّكَاحِ صِحَّةً بِدُونِهِ فَلَا يَحْتَاجُ إِلَى ذِكْرِهِ (وَلَوْ زَوَّجَهَا فَلَبَعَهَا الْخَبَرُ فَسَكَتَتْ فَهُوَ عَلَى مَا ذَكَرْنَا) مِنْ كَوْنِهِ رِضًا.

وَكَانَ مُحَمَّدُ بْنُ مُقَاتِلٍ يَقُولُ: إِذَا اسْتَأْمَرَهَا قَبْلَ الْعَقْدِ فَسَكَتَتْ فَهُوَ رِضًا مِنْهَا بِالنِّصِّ، فَأَمَّا إِذَا بَلَغَهَا الْعَقْدُ فَسَكَتَتْ فَلَا يَتِمُّ الْعَقْدُ لِأَنَّ الْحَاجَةَ هَهُنَا إِلَى الْإِجَازَةِ، وَالسُّكُوتُ لَا يَكُونُ إِجَازَةً لَأَنَّ هَذَا لَيْسَ فِي مَعْنَى الْمَنْصُوصِ عَلَيْهِ فَإِنَّ السُّكُوتَ عِنْدَ الْاسْتِمَارِ لَا يَكُونُ مُلْزِمًا لَتَمَكُّنِهَا أَنْ تَرْجِعَ قَبْلَ الْعَقْدِ وَحِينَ بَلَغَهَا الْخَبَرُ يَكُونُ مُلْزِمًا فَلَا يُمَكِّنُهَا الرُّجُوعُ فَلَا يَلْزِمُ النِّكَاحَ بِمَجَرَّدِ السُّكُوتِ.

لَكِنَّا نَقُولُ هَذَا فِي مَعْنَى الْمَنْصُوصِ لِأَنَّ لَهَا عِنْدَ الْاسْتِمَارِ جَوَائِبَ: لَا، وَنَعَمْ. فَيَكُونُ سَكُوتُهَا دَلِيلًا عَلَى الْجَوَابِ الَّذِي يَحُولُ الْحَيَاءُ بَيْنَهَا وَبَيْنَهُ وَهُوَ نَعَمْ لَمَّا فِيهِ مِنْ إظهارِ الرِّغْبَةِ فِي الرِّجَالِ وَهُوَ مَوْجُودٌ فِيمَا إِذَا بَلَغَهَا الْعَقْدُ، وَهُوَ مَعْنَى قَوْلِهِ لِأَنَّ وَجَهَ الدَّلَالَةِ فِي السُّكُوتِ لَا يَخْتَلِفُ.

وَقَوْلُهُ (ثُمَّ الْمُخْبِرُ إِنْ كَانَ فَضُولًا) اعْلَمْ أَنَّ مَحَلَّ الْخَبَرِ إِذَا كَانَ فِي حُقُوقِ الْعِبَادِ فَهُوَ عَلَى ثَلَاثَةِ أَقْسَامٍ: مَا فِيهِ الْإِزَامُ مَحْضٌ كَالْيُوعِ وَالْأَشْرَبَةِ وَالْأُمْلَاكِ الْمُرْسَلَةِ وَنَحْوِهَا، وَمَا لَيْسَ فِيهِ الْإِزَامُ أَصْلًا كَالْوَكَالَاتِ وَالْمُضَارَبَاتِ وَالرِّسَالَةِ فِي الْهَدَايَا وَالْإِذْنِ فِي التَّجَارَاتِ وَمَا أَشْبَهَ ذَلِكَ، وَمَا فِيهِ الْإِزَامُ مِنْ وَجْهِ دُونَ وَجْهِ كَالَّتِي نَحْنُ فِيهَا وَأَخَوَاتِهَا كَعَزْلِ الْوَكِيلِ وَحَجْرِ الْمَادُونِ وَإِخْبَارِ الْمَوْلَى بِجِنَايَةِ عَيْدِهِ وَنَحْوِهَا.

فَالْأَوَّلُ يُشْتَرَطُ فِيهِ الْعَقْلُ وَالْعَدَالَةُ وَالضَّبْطُ وَالْإِسْلَامُ وَالْحُرِّيَّةُ مَعَ الْعَدَدِ وَلَفْظُ الشَّهَادَةِ. وَالثَّانِي يُشْتَرَطُ فِيهِ التَّمْيِيزُ دُونَ الْعَدَالَةِ. وَالثَّالِثُ إِنْ كَانَ الْمُبْلَغُ رَسُولًا أَوْ وَكِيلًا لَمْ يُشْتَرَطْ فِيهِ الْعَدَالَةُ لِأَنَّهُ قَائِمٌ مَقَامَ غَيْرِهِ، فَلَوْ أَخْبَرَ الْغَيْرُ بِنَفْسِهِ لَمْ يُشْتَرَطْ فِيهِ الْعَدَالَةُ فَكَذَا هَهُنَا بِالِاتِّفَاقِ.

وَإِنْ كَانَ فَضُولًا يُشْتَرَطُ فِيهِ أَحَدُ شَطْرَيْ الشَّهَادَةِ: إمَّا الْعَدَدُ أَوْ الْعَدَالَةُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَعِنْدَهُمَا هُوَ تَطْيِيرُ الْقِسْمِ الثَّانِي فِي اشْتِرَاطِ أَنْ يَكُونَ الْمُخْبِرُ مُمَيِّزًا سَوَاءً كَانَ عَدْلًا أَوْ لَمْ يَكُنْ، وَمَوْضِعُ ذَلِكَ أَصُولُ الْفَقْهِ.

(وَلَوْ اسْتَأْذَنَ الثَّيِّبَ فَلَا بُدَّ مِنْ رِضَاهَا بِالْقَوْلِ) لِقَوْلِهِ ﷺ: «الثَّيِّبُ تَشَاوَرُ»^(١) وَلِأَنَّ

(١) قال ابن حجر في الدراية (٢/٦٢): لم أره بهذا اللفظ، وقال الزيلعي في نصب الراية (٣/٢٤٤): غريب هذا اللفظ.

النُّطْقُ لَا يُعَدُّ عَيْبًا مِنْهَا وَقَلَّ الْحَيَاءُ بِالْمَارَسَةِ فَلَا مَانِعَ مِنَ النُّطْقِ فِي حَقِّهَا.

الشرح:

(وَلَوْ اسْتَأْذَنَ الثَّيْبُ فَلَا بُدَّ مِنْ رِضَاهَا بِالْقَوْلِ لِقَوْلِهِ ﷺ: «الثَّيْبُ تُشَاوِرُ») وَجْهُ
الاستدلال أَنَّ الْمَشَاوِرَةَ مِنْ بَابِ الْمَفَاعَلَةِ وَهِيَ تَقْتَضِي الْفِعْلَ مِنَ الْجَانِبَيْنِ، وَقَدْ وَجِدَ
النُّطْقُ مِنَ الْوَلِيِّ بِالسُّؤَالِ فَلَا بُدَّ مِنَ النُّطْقِ مِنْهَا فِي الْجَوَابِ.

وَقِيلَ الْمَشَاوِرَةُ عِبَارَةٌ عَنْ طَلَبِ الرَّأْيِ بِالْإِشَارَةِ إِلَى الصَّوَابِ وَذَلِكَ لَا يَكُونُ إِلَّا
بِالنُّطْقِ (وَلَأَنَّ النُّطْقَ) فِي التَّكَاحِ مِنَ الثَّيْبِ (لَا يُعَدُّ عَيْبًا) وَإِذَا لَمْ يُعَدَّ عَيْبًا لَمْ يَكُنْ
بِمَعْنَى النُّطْقِ فِي الْبَكْرِ لِأَنَّهُ يُعَدُّ مِنْهَا عَيْبًا، وَإِذَا لَمْ يَكُنْ فِي مَعْنَاهُ لَا يُلْحَقُ بِهِ، وَلَأَنَّ
السُّكُوتَ صَارَ رِضًا لِلتَّوَفْرِ الْحَيَاءِ، فَإِنَّ عَائِشَةَ لَمَّا أَخْبَرَتْ أَنَّ الْبَكْرَ تَسْتَحِي قَالَ عَلَيْهِ
الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «سُكُوتُهَا رِضَاهَا» وَالْحَيَاءُ فِي الثَّيْبِ غَيْرُ مُتَوَفِّرٍ لِقِلَّتِهِ بِالْمَارَسَةِ (فَلَا
مَانِعَ مِنَ النُّطْقِ فِي حَقِّهَا).

(وَإِذَا زَالَتْ بَكَارُتُهَا بِوُثْبَةٍ أَوْ حَيْضَةٍ أَوْ جِرَاحَةٍ أَوْ تَعْنِيسٍ فَهِيَ فِي حُكْمِ الْأَبْكَارِ)
لَأَنَّهَا بَكَرٌ حَقِيقَةً لِأَنَّ مُصِيبَهَا أَوَّلُ مُصِيبٍ لَهَا وَمِنْهُ الْبَاكُورَةُ وَالْبُكَورَةُ وَلِأَنَّهَا تَسْتَحِي
لِعَدَمِ الْمَارَسَةِ (وَلَوْ زَالَتْ) بَكَارُتُهَا (بِزِنَا فَهِيَ) كَذَلِكَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ (وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ
وَمُحَمَّدٌ وَالشَّافِعِيُّ: لَا يَكْتَفَى بِسُكُوتِهَا لِأَنَّهَا ثَيْبٌ حَقِيقَةً لِأَنَّ مُصِيبَهَا عَالِدٌ لِبَيْهَا وَمِنْهُ
الْمُتَوْبَةُ وَالْمُتَابَةُ وَالْتَّوْبُوبُ).

وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ النَّاسَ عَرَفُوهَا بِكَرًا فَيُعَيِّبُونَهَا بِالنُّطْقِ فَتَمْتَنِعُ عَنْهُ فَيُكْتَفَى
بِسُكُوتِهَا كَي لَا تَتَعَطَّلَ عَلَيْهَا مَصَالِحُهَا، بِخِلَافِ مَا إِذَا وَطِئَتْ بِشُبْهَةٍ أَوْ بِنِكَاحٍ فَاسِدٍ لِأَنَّ
الشَّرْعَ أَظْهَرَهُ حَيْثُ عُلِقَ بِهِ أَحْكَامًا، أَمَّا الزِّنَا فَقَدْ نُدِبَ إِلَى سِتْرِهِ، حَتَّى لَوْ أَشْهَرَ حَالُهَا لَا
يُكْتَفَى بِسُكُوتِهَا.

الشرح:

(وَإِذَا زَالَتْ الْبَكَارَةُ بِوُثْبَةٍ) وَهُوَ الْوُثْبُ مِنْ فَوْقِ (أَوْ حَيْضَةٍ أَوْ جِرَاحَةٍ أَوْ
تَعْنِيسٍ) عَنَسَتْ الْجَارِيَةُ وَعَنَسَتْ عُنُوسًا: إِذَا جَاوَزَتْ وَقْتَ التَّزْوِيجِ فَلَمْ تَتَزَوَّجْ (فَهِيَ
فِي حُكْمِ الْأَبْكَارِ) فِي كَوْنِ إِذْنِهَا سُكُوتُهَا (لِأَنَّهَا بَكَرٌ) إِذْ الْبَكْرُ هِيَ الَّتِي يَكُونُ
مُصِيبُهَا أَوَّلُ مُصِيبٍ، وَهَذِهِ كَذَلِكَ مُشْتَقٌّ مِنَ الْبَاكُورَةِ وَهِيَ أَوَّلُ الثَّمَارِ وَمِنْ الْبُكَورَةِ

وَهِيَ أَوَّلُ النَّهَارِ. وَرُدُّ بِأَنَّهُ لَوْ كَانَ كَذَلِكَ لَمَا تَمَكَّنَ مِنَ الرَّدِّ مَنْ اشْتَرَى جَارِيَةً عَلَى أَتْهَا بِكَرٍّ فَوَجَدَهَا زَائِلَةَ الْبَكَارَةِ بِالْوَبَةِ لِأَنَّهَا بِكَرٍّ حَقِيقَةً عَلَى مَا قُلْتُمْ لَكِنْ لَهُ أَنْ يَرُدَّهَا. وَأُجِيبَ بِأَنَّ الرَّدَّ بِاعْتِبَارِ فَوَاتِ وَصْفِ مَرْغُوبٍ فِيهِ وَهُوَ الْعُذْرَةُ لَا لَكُونِهَا غَيْرَ بِكَرٍّ، وَلَآنَ التُّطْقَ سَقَطَ لِلْحَيَاءِ وَهُوَ مَوْجُودٌ هَهُنَا (لِأَنَّهَا تَسْتَحِي لِعَدَمِ الْمُمَارَسَةِ، وَلَوْ زَالَتْ بِكَارِئِهَا يَزِنَا فَهِيَ كَذَلِكَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ وَالشَّافِعِيُّ: لَا يُكْتَفَى بِسُكُوتِهَا لِأَنَّهَا تَبُّ حَقِيقَةً) إِذَا التَّبُّ مَنْ يَكُونُ مُصِيبُهَا عَائِدًا إِلَيْهَا مُشْتَقٌّ مِنَ الْمُتَوْبَةِ وَهِيَ التَّوَابُ، وَإِنَّمَا سُمِّيَ بِهَا لِأَنَّهَا مَرْجُوعٌ إِلَيْهَا فِي الْعَاقِبَةِ، وَمِنْ الْمَثَابَةِ وَهُوَ الْمَوْضِعُ الَّذِي يُثَابُ: أَيْ يُرْجَعُ إِلَيْهِ مَرَّةً بَعْدَ أُخْرَى، وَمِنْ التَّوْبِ: وَهُوَ الدُّعَاءُ مَرَّةً بَعْدَ أُخْرَى، وَإِذَا كَانَتْ تَبًّا فَلَا يُكْتَفَى بِسُكُوتِهَا (وَلِأَنَّ حَنِيفَةَ أَنَّ النَّاسَ عَرَفُوهَا بِكَرٍّ) وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ الشَّرْعَ جَعَلَ السُّكُوتَ رِضًا بِعِلَّةِ الْحَيَاءِ عَلَى مَا رَوَيْنَا مِنْ حَدِيثِ عَائِشَةَ. وَإِذَا وَجِدَتْ الْعِلَّةَ يَتَرْتَّبُ الْحُكْمُ عَلَيْهَا، وَهَاهُنَا قَدْ وَجِدَتْ لِمَا بَيَّنَّهَ بِقَوْلِهِ إِنَّ النَّاسَ عَرَفُوهَا بِكَرٍّ فَيُعِيرُوهَا) وَفِي بَعْضِ النُّسخِ فَيُعِيرُوهَا (بِالتُّطْقِ) فَتَسْتَحِي (فَتَمْتَنِعُ) مِنْ التُّطْقِ وَكَانَتْ الْعِلَّةُ مَوْجُودَةً (فَيُكْتَفَى بِسُكُوتِهَا كَيْ لَا تَتَعَطَّلَ عَلَيْهَا مَصَالِحُهَا) وَإِذَا ظَهَرَ هَذَا سَقَطَ مَا قِيلَ هَذَا تَعْلِيلٌ فِي مُقَابَلَةِ النَّصِّ وَهُوَ قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ "التَّبُّ تُشَاوَرُ" وَهُوَ بَاطِلٌ لِأَنَّ هَذَا عَمَلٌ بِعِلَّةٍ مَنصُوصٍ عَلَيْهَا لَا تَعْلِيلٌ فِي مُقَابَلَتِهِ. فَإِنْ قِيلَ: لَا يُسَلَّمُ أَنَّ هَذَا عَمَلٌ بِعِلَّةٍ مَنصُوصٍ عَلَيْهَا لِأَنَّ الْمَنصُوصَ عَلَيْهَا حَيَاءٌ يَكُونُ مِنْ كَرَمِ الطَّبِيعَةِ وَذَلِكَ أَمْرٌ مُحْمُودٌ، وَهَذَا الْحَيَاءُ حَيَاءٌ مَعْصِيَةٍ فَلَيْسَ مِنْ أَفْرَادِهِ حَتَّى يَدْخُلَ تَحْتَ النَّصِّ. أُجِيبَ بِأَنَّ هَذَا الْحَيَاءَ أَشَدُّ لِأَنَّ فِيهِ الاسْتِنَاطَاقَ بِاعْتِبَارِ أَنَّهَا تَبُّ ظُهُورُ فَاحِشَتِهَا فَكَانَ كَالضَّرْبِ مِنَ التَّأْفِيفِ فَيُلْحَقُ بِهِ. قَوْلُهُ (بِخِلَافِ مَا إِذَا وَطِئَتْ بِشُبْهَةٍ) مُتَّصِلٌ بِقَوْلِهِ فَيُكْتَفَى بِسُكُوتِهَا: يَعْنِي أَنَّ مَنْ وَطِئَتْ بِشُبْهَةٍ (أَوْ بِنِكَاحٍ فَاسِدٍ) لَا يَكُونُ إِذْنُهَا سُكُوتُهَا لِعَدَمِ الْحَيَاءِ ثَمَّةً (لِأَنَّ الشَّرْعَ أَظْهَرَهُ حَيْثُ عُلِقَ بِهِ أَحْكَامًا) مِنْ لُزُومِ الْعِدَّةِ وَالْمَهْرِ وَإِثْبَاتِ النَّسَبِ (أَمَّا الزَّوْنَا فَقَدْ نُدِبَ إِلَى سِتْرِهِ حَتَّى لَوْ اشْتَهَرَ حَالُهَا) بِإِقَامَةِ الْحَدِّ عَلَيْهَا أَوْ لَصِيرُورَتِهِ عَادَةً (لَا يُكْتَفَى بِسُكُوتِهَا) فَإِنْ قِيلَ: يَجِبُ أَنْ يُكْتَفَى بِسُكُوتِهَا فِي هَاتَيْنِ الصُّورَتَيْنِ أَيْضًا لِأَنَّهَا دَاخِلَةٌ تَحْتَ اسْمِ الْبِكْرِ فِي لِسَانِ الشَّرْعِ وَهُوَ قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ { الْبِكْرُ بِالْبِكْرِ جَلْدُ مِائَةٍ } أُجِيبَ بِأَنَّ هَذَا قَوْلُ بَعْضِ

الْمَشَايخَ وَهُوَ ضَعِيفٌ بَعِيدٌ فَإِنَّ فِي الْمَوْطُوعَةِ بِالشُّبْهَةِ وَالنِّكَاحِ الْفَاسِدِ هَذَا مَوْجُودٌ أَيْضًا، وَلَا يَكُنْفَى بِسُكُوتِهَا بِالْإِجْمَاعِ فَعَرَفْنَا أَنَّ الْمُعْتَبَرَ بَقَاءُ صِفَةِ الْحَيَاءِ.

(وَإِذَا قَالَ الزَّوْجُ بَلَغَكَ النِّكَاحُ فَسَكَتَتْ وَقَالَتْ رَدَدْتُ فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا) وَقَالَ زُفَرٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: الْقَوْلُ قَوْلُهُ لِأَنَّ السُّكُوتَ أَصْلَ وَالرَّدَّ عَارِضٌ، فَصَارَ كَالْمَشْرُوطِ لَهُ الْخِيَارُ إِذَا ادَّعَى الرَّدَّ بَعْدَ مَضِيِّ الْمُدَّةِ، وَنَحْنُ نَقُولُ إِنَّهُ يَدَّعِي لُزُومَ الْعَقْدِ وَتَمْلُكَ الْبُضْعِ وَالْمَرْأَةُ تَدْفَعُهُ فَكَانَتْ مُنْكَرَةً، كَالْمُودِعِ إِذَا ادَّعَى رَدَّ الْوَدِيعَةِ، بِخِلَافِ مَسْأَلَةِ الْخِيَارِ لِأَنَّ اللَّزُومَ قَدْ ظَهَرَ بِمَضِيِّ الْمُدَّةِ، وَإِنْ أَقَامَ الزَّوْجُ الْبَيِّنَةَ عَلَى سُكُوتِهَا ثَبَتَ النِّكَاحُ لِأَنَّهُ نَوَّرَ دَعْوَاهُ بِالْحُجَّةِ، وَإِنْ لَمْ تَكُنْ لَهُ بَيِّنَةٌ فَلَا يَمِينُ عَلَيْهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَهِيَ مَسْأَلَةُ الْإِسْتِحْلَافِ فِي الْأَشْيَاءِ السَّتْرِ، وَسَتَاتِيكَ فِي الدَّعْوَى إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (لِأَنَّ السُّكُوتَ أَصْلٌ وَالرَّدَّ عَارِضٌ) بِنَاءً عَلَى أَنَّ السُّكُوتَ عَدَمُ الْكَلَامِ، وَلَا شَكَّ فِي تَقْدِيمِهِ عَلَى عُرُوضِ الْكَلَامِ (فَصَارَ كَالْمَشْرُوطِ لَهُ الْخِيَارُ إِذَا ادَّعَى الرَّدَّ بَعْدَ مَضِيِّ الْمُدَّةِ) فَإِنَّهُ لَا يُعْتَبَرُ قَوْلُهُ بَلِ الْقَوْلُ قَوْلُ مَنْ يَدَّعِي لُزُومَ الْعَقْدِ بِالسُّكُوتِ بِالْإِجْمَاعِ، لِأَنَّ السُّكُوتَ أَصْلٌ وَالرَّدَّ عَارِضٌ فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلُ مَنْ يَدَّعِي السُّكُوتَ. وَقَوْلُهُ (وَنَحْنُ نَقُولُ) ظَاهِرٌ. وَحَاصِلُهُ أَنَّهُ يُعْتَبَرُ الْإِنْكَارُ الْمَعْنَوِيُّ وَزُفَرٌ يُعْتَبَرُ الْإِنْكَارَ الصُّورِيِّ. وَقَوْلُهُ (بِخِلَافِ) جَوَابٌ عَنْ قِيَاسِ زُفَرٍ. وَوَجْهُهُ أَنْ يُجْعَلَ الْقَوْلُ لِمَنْ يَشْهَدُ لَهُ الظَّاهِرُ وَاللُّزُومُ قَدْ ظَهَرَ بِمَضِيِّ الْمُدَّةِ فَلِهَذَا كَانَ الْقَوْلُ لِلْسَّائِكَةِ (وَإِنْ أَقَامَ الزَّوْجُ الْبَيِّنَةَ عَلَى السُّكُوتِ ثَبَتَ النِّكَاحُ).

فَإِنْ قِيلَ: هَذِهِ شَهَادَةٌ قَامَتْ عَلَى التَّنْفِي لَمَا ذَكَرْتُمْ أَنَّ السُّكُوتَ عَدَمُ الْكَلَامِ وَالشَّهَادَةُ عَلَى التَّنْفِي غَيْرُ مَقْبُولَةٍ. أُجِيبَ بِأَنَّهَا مَقْبُولَةٌ إِذَا كَانَ عِلْمُ الشَّاهِدِ مُحِيطًا بِهِ كَمَا إِذَا ادَّعَتْ الْمَرْأَةُ عَلَى زَوْجِهَا أَنَّهُ قَالَ الْمَسِيحُ ابْنُ اللَّهِ وَلَمْ يَقُلْ قَوْلَ التَّصَارِي وَقَالَ الرَّجُلُ بَلِ قُلْتَهُ فَأَقَامَتْ بَيِّنَةً أَنَّهُ لَمْ يَقُلْهُ يَقْبَلُ وَيُفَرِّقُ بَيْنَهُمَا، لِأَنَّ هَذَا مِمَّا يُحِيطُ بِهِ عِلْمُ الشَّاهِدِ لَمَّا أَنَّهُ لَوْ قَالَ لَسَمِعَهُ الشُّهُودُ وَإِنْ أَقَامَا الْبَيِّنَةَ.

قَالَ الْإِمَامُ التُّمَرْتَاشِيُّ: يَنْتَهَا أَوَّلَى لِأَنَّهَا تُثْبِتُ الرَّدَّ وَهُوَ يُثْبِتُ عَدَمًا وَهُوَ السُّكُوتُ، حَتَّى لَوْ أَقَامَهَا عَلَى أَنَّهَا أَجَازَتْ أَوْ رَضِيَتْ حِينَ عَلِمَتْ حَتَّى اسْتَوْنَا فِي

الْإِثْبَاتِ تَرَجَّحَتْ بَيِّنَتُهُ لِإِثْبَاتِهِ الزُّوْمِ (وَإِنْ لَمْ تُكُنْ لَهُ بَيِّنَةٌ فَلَا يَمِينَ عَلَيْهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَهِيَ مَسْأَلَةُ الاسْتِحْلَافِ فِي الْأَشْيَاءِ السَّتَةِ، وَسَتَاتِكَ فِي الدَّعْوَى إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى).

(وَيَجُوزُ نِكَاحُ الصَّغِيرِ وَالصَّغِيرَةِ إِذَا رُؤِجَهُمَا الْوَلِيُّ بِكَرٍّ كَانَتْ الصَّغِيرَةُ أَوْ ثِيًّا وَالْوَلِيُّ هُوَ الْعَصَبَةُ) وَمَالِكٌ رَحِمَهُ اللَّهُ يُخَالِفُنَا فِي غَيْرِ الْأَبِ، وَالشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي غَيْرِ الْأَبِ وَالْجَدِّ، وَفِي الثِّيِّبِ الصَّغِيرَةِ أَيْضًا. وَجَهُ قَوْلُ مَالِكٍ أَنَّ الْوِلَايَةَ عَلَى الْحُرَّةِ بِاعْتِبَارِ الْحَاجَةِ وَلَا حَاجَةَ هُنَا لِانْعِدَامِ الشَّهْوَةِ، إِلَّا أَنَّ وَلَايَةَ الْأَبِ ثَبَّتَتْ نَصًّا بِخِلَافِ الْقِيَاسِ وَالْجَدُّ لَيْسَ فِي مَعْنَاهُ فَلَا يُلْحَقُ بِهِ. قُلْنَا: لَا بَلْ هُوَ مُوَافِقٌ لِلْقِيَاسِ لِأَنَّ النِّكَاحَ يَتَضَمَّنُ الْمَصَالِحَ وَلَا تَتَوَهَّرُ إِلَّا بَيْنَ الْمُتَكَافِئِينَ عَادَةً وَلَا يَتَّفِقُ الْكُفَاءُ فِي كُلِّ زَمَانٍ، فَأَقْبَتْنَا الْوِلَايَةَ فِي حَالَةِ الصَّغَرِ إِحْرَازًا لِلْكُفَاءِ.

وَجَهُ قَوْلِ الشَّافِعِيِّ أَنَّ النُّظَرَ لَا يَتِمُّ بِالنَّفْوِضِ إِلَى غَيْرِ الْأَبِ وَالْجَدِّ لِقُصُورِ شَفَقَتِهِ وَبَعْدِ قَرَابَتِهِ وَلِهَذَا لَا يَمْلِكُ التَّصَرُّفُ فِي الْمَالِ مَعَ أَنَّهُ أَدْنَى رُتْبَةٍ، فَلَا يَمْلِكُ التَّصَرُّفُ فِي النَّفْسِ وَإِنَّهُ أَعْلَى وَأَوْلَى. وَلَنَا أَنَّ الْقَرَابَةَ دَاعِيَةٌ إِلَى النُّظَرِ كَمَا فِي الْأَبِ وَالْجَدِّ، وَمَا فِيهِ مِنَ الْقُصُورِ أَظْهَرْنَاهُ فِي سَلْبِ وَلَايَةِ الْإِلْزَامِ، بِخِلَافِ التَّصَرُّفِ فِي الْمَالِ فَإِنَّهُ يَتَكَرَّرُ فَلَا يُمَكِّنُ تَدَارُكُ الْخَلَلِ فَلَا تُفِيدُ الْوِلَايَةُ إِلَّا مُلْزِمَةً وَمَعَ الْقُصُورِ لَا تَثْبُتُ وَلَايَةُ الْإِلْزَامِ.

وَجَهُ قَوْلِهِ فِي الْمَسْأَلَةِ الثَّانِيَةِ أَنَّ الثِّيَابَةَ سَبَبٌ لِحُدُوثِ الرَّأْيِ لَوْجُودِ الْمُمَارَسَةِ فَأَدْرَنَا الْحُكْمَ عَلَيْهَا تَبْسِيرًا. وَلَنَا مَا ذَكَرْنَا مِنْ تَحَقُّقِ الْحَاجَةِ وَوُجُودِ الشَّفَقَةِ، وَلَا مُمَارَسَةَ تَحْدِثِ الرَّأْيِ بِدُونِ الشَّهْوَةِ فَيُدَارُ الْحُكْمُ عَلَى الصَّغَرِ، ثُمَّ الَّذِي يُؤَيِّدُ كَلَامَنَا هَيْمًا تَقَدَّمَ قَوْلُهُ ﷺ «النِّكَاحُ إِلَى الْعَصَبَاتِ مِنْ غَيْرِ فَصْلٍ»^(١) وَالتَّرْتِيبُ فِي الْعَصَبَاتِ فِي وَلَايَةِ النِّكَاحِ كَالْتَّرْتِيبِ فِي الْإِرْثِ وَالْأَبْعَدُ مَحْجُوبٌ بِالْأَقْرَبِ.

الشرح:

قَالَ (وَيَجُوزُ نِكَاحُ الصَّغِيرِ وَالصَّغِيرَةِ) يَجُوزُ نِكَاحُ الصَّغِيرِ وَالصَّغِيرَةِ (إِذَا رُؤِجَهُمَا الْوَلِيُّ بِكَرٍّ كَانَتْ الصَّغِيرَةُ أَوْ ثِيًّا وَالْوَلِيُّ هُوَ الْعَصَبَةُ) عَلَى تَرْتِيبِ الْعَصَبَاتِ فِي

(١) قَالَ ابْنُ حَجَرٍ فِي الدَّرَايَةِ (٢/٦٢): لَمْ أَجِدْهُ.

الإِرْث، وَقَالَ مَالِكٌ: وَلِيَّهُمَا الْأَبُ لَيْسَ إِلَّا، حَتَّى لَوْ زَوَّجَهُمَا الْجَدُّ عِنْدَ عَدَمِ الْأَبِ لَا يَجُوزُ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: وَلِيَّهُمَا الْأَبُ وَالْجَدُّ لَا غَيْرُ إِذَا كَانَتْ الصَّغِيرَةُ بَكْرًا، وَإِنْ كَانَتْ نِسَاءً فَلَا وَلَايَةَ عَلَيْهَا، حَتَّى لَوْ زَوَّجَهَا الْأَخُ أَوْ الْعَمُّ، أَوْ زَوْجَ النَّبِيِّ الصَّغِيرَةَ الْأَبُ أَوْ الْجَدُّ كَرَهَا لَا يَنْفُذُ النِّكَاحُ.

(وَجْهٌ قَوْلُ مَالِكٍ أَنَّ الْوَلَايَةَ عَلَى الْحُرَّةِ) مَعَ قِيَامِ الْمُتَنَافِي (بِاعْتِبَارِ الْحَاجَةِ وَلَا حَاجَةَ) فِي الصَّغِيرِ وَالصَّغِيرَةِ فَلَا وَلَايَةَ عَلَيْهِمَا (غَيْرُ أَنَّ وَلَايَةَ الْأَبِ ثَبَتَتْ نَصًّا عَلَى خِلَافِ الْقِيَاسِ) فَإِنَّ أَبَا بَكْرٍ زَوْجَ عَائِشَةَ مِنَ النَّبِيِّ ﷺ وَهِيَ بِنْتُ سِتِّ سِنِينَ، وَصَحَّحَ النَّبِيُّ ﷺ ذَلِكَ فَلَا يُقَاسُ غَيْرُهُ عَلَيْهِ وَهُوَ الْجَدُّ وَلَا يُلْحَقُ بِهِ دَلَالَةٌ لِأَنَّهُ لَيْسَ فِي مَعْنَاهُ لِأَنَّ الْوَلَدَ جُزْءُ الْأَبِ فَكَانَتْ الْوَلَايَةُ لِلْأَبِ عَلَيْهِ كَالْوَلَايَةِ عَلَى نَفْسِهِ، وَالْجُزْئِيَّةُ قَدْ ضَعُفَتْ بِالْجَدِّ وَشَفَقَتُهُ قَدْ تَقَصَّتْ فَلَا يَكُونُ فِي مَعْنَاهُ.

(قُلْنَا لَا) نُسَلِّمُ أَنَّ الْوَلَايَةَ عَلَى الْحُرِّ عَلَى خِلَافِ الْقِيَاسِ (بَلْ هُوَ مُوَافِقٌ لَهُ لِأَنَّ النِّكَاحَ يَتَضَمَّنُ الْمَصَالِحَ) مِنَ التَّنَاسُلِ وَالسَّكَنِ وَالْإِزْدَوَاجِ وَقَضَاءِ الشَّهْوَةِ (وَلَا تَتَوَقَّرُ إِلَّا بَيْنَ مُتَكَافَيْنِ عَادَةً وَلَا يَتَّفِقُ الْكُفَاءُ فِي كُلِّ وَقْتٍ فَأَثْبَتْنَا الْوَلَايَةَ فِي حَالِ الصَّغَرِ إِحْرَازًا لِلْكَفَاءِ) لِكُلِّ مَنْ يَتَأَتَّى مِنْهُ الْإِحْرَازُ أَبًا كَانَ أَوْ غَيْرَهُ.

وَوَجْهٌ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ أَنَّ الْوَلَايَةَ لِلنَّظَرِ وَالنَّظَرُ لَا يَتِمُّ بِالتَّفْوِيضِ إِلَى غَيْرِ الْأَبِ وَالْجَدِّ لِقُصُورِ شَفَقَتِهِ وَبُعْدِ قَرَابَتِهِ (وَلِهَذَا) أَيْ وَلِقُصُورِ شَفَقَتِهِ (لَا يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ فِي الْمَالِ مَعَ أَنَّهُ أَدْنَى رُبَّةٍ) لِكُونِهِ وَقَايَةً لِلنَّفْسِ (فَلَأَنْ لَا يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ فِي النَّفْسِ وَإِنَّهُ أَعْلَى أَوَّلَى. وَلَنَا أَنَّ) الْوَلَايَةَ لِلنَّظَرِ وَهُوَ مَوْجُودٌ فِي كُلِّ قَرِيبٍ، لِأَنَّ (الْقَرَابَةَ دَاعِيَةً إِلَيْهِ كَمَا فِي الْأَبِ وَالْجَدِّ) فَإِنَّ النَّظَرَ فِيهِمَا لَمْ يَثْبُتْ إِلَّا مِنَ الْقَرَابَةِ، غَايَةُ مَا فِي الْبَابِ أَنَّهُ مُتَفَاوِتٌ كَمَا لَا وَقُصُورًا بِقُرْبِ الْقَرَابَةِ وَبُعْدِهَا، لَكِنْ مَا فِي الْبَعِيدَةِ مِنَ الْقُصُورِ مُمَكِّنُ التَّدَارُكِ فَأَظْهَرْنَاهُ فِي سَلْبِ وَلَايَةِ الْإِزْرَامِ فَجَعَلْنَا لَهَا حِيَارَ الْبُلُوغِ.

فَإِذَا بَلَغَا وَوَجَدَا الْأَمْرَ عَلَى مَا يَتَّبِعِي مَضِيًّا عَلَى النِّكَاحِ، وَإِنْ وَجَدَا قَدْ أَوْفَعَا خِلَالَ بَقُصُورِ الشَّفَقَةِ وَالنَّظَرِ فَسَخَا النِّكَاحُ، بِخِلَافِ التَّصَرُّفِ فِي الْمَالِ لِأَنَّ الْخِلَالَ الْوَاقِعَ بِسَبَبِ الْقُصُورِ غَيْرُ مُمَكِّنِ التَّدَارُكِ لِأَنَّهُ يَتَكَرَّرُ بِتَدَاوُلِ الْأَيْدِي بِأَنْ يَبِيعَ الْوَلِيُّ ثُمَّ يَبِيعَ الْمُشْتَرِي مِنْ آخَرٍ ثُمَّ وَثَمَ، وَقَدْ يَغِيبُ بَعْضُهُمْ، وَلَا يُمَكِّنُ تَوَقُّفُ ذَلِكَ كُلِّهِ إِلَى وَقْتٍ

الْبُلُوغِ (فَلَا تُقِيدُ الْوِلَايَةَ إِلَّا مُلْزِمَةً) وَلَا إِزَامَ مَعَ الْقُصُورِ، بِخِلَافِ الْمُتَنَاقِضَيْنِ فَإِنَّهُمَا ثَابِتَانِ مِنْ غَيْرِ تَكَرُّارٍ غَالِبًا، فَكَانَ التَّدَارُكُ بِالتَّوَقُّفِ مُمَكِّنًا.

وَقَوْلُهُ (وَجْهٌ قَوْلُهُ) أَيُّ الشَّافِعِيِّ (فِي الْمَسْأَلَةِ الثَّانِيَةِ أَنَّ الثَّيَابَةَ سَبَبٌ لِحُدُوثِ الرَّأْيِ) وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ الرَّأْيَ أَمْرٌ بَاطِنٌ وَالثَّيَابَةُ سَبَبٌ لِحُدُوثِهِ (لَوْجُودِ الْمُمَارَسَةِ) فَتَقَامُ مَقَامُهُ وَيُدَارُ الْحُكْمُ عَلَيْهِ تَيْسِيرًا (وَلَنَا مَا ذَكَرْنَا مِنْ تَحَقُّقِ الْحَاجَةِ) يَعْنِي أَنَّ الْمُقْتَضَى لِلْوِلَايَةِ النَّظَرِيَّةِ هُوَ الْحَاجَةُ وَقَدْ تَحَقَّقَتْ لِلصَّغِيرِ وَالْمَانِعِ وَهُوَ قُصُورُ الشَّفَقَةِ قَدْ انْتَفَى لِأَنَّ الشَّفَقَةَ فِي الْأَبِ وَالْجَدِّ مُتَوَافِرَةٌ، وَإِذَا وَجَدَ الْمُقْتَضَى وَانْتَفَى الْمَانِعُ يَجِبُ تَحَقُّقُ الْحُكْمِ، وَلَا تُسَلَّمُ حُصُولُ الرَّأْيِ لِلصَّغِيرَةِ بِسَبَبِ الْمُمَارَسَةِ لِأَنَّ الرَّأْيَ وَالْعِلْمَ بِلَذَّةِ الْجِمَاعِ إِنَّمَا يَحْدُثُ عَنْ مُبَاشَرَةٍ بِشَهْوَةٍ وَلَا شَهْوَةٍ لَهَا.

وَإِذَا لَمْ تُكُنْ الثَّيَابَةُ سَبَبًا لِحُدُوثِ الرَّأْيِ لَا تَصْلُحُ مَذَارًا. وَأَمَّا الصَّغَرُ فَإِنَّهُ سَبَبٌ لِلْحَاجَةِ لِلْعَجْزِ عَنِ التَّصَرُّفِ بِنَفْسِهِ فَجَازَ أَنْ يَكُونَ مَذَارًا، فَكُلَّمَا ثَبَتَ الصَّغَرُ ثَبَتَتْ الْوِلَايَةُ (ثُمَّ الَّذِي يُؤَيِّدُ كَلَامَنَا فِيمَا تَقَدَّمَ) يَعْنِي مِنْ إِطْلَاقِ الْوَلِيِّ فِي قَوْلِهِ: (وَيَحْزُرُ نِكَاحُ الصَّغِيرِ وَالصَّغِيرَةِ إِذَا زَوَّجَهُمَا الْوَلِيُّ) (قَوْلُهُ ﷺ: «النِّكَاحُ إِلَى الْعَصَبَاتِ مِنْ غَيْرِ فَصْلٍ» وَقَوْلُهُ (وَالترتيب في العصبات) ظاهرٌ.

قَالَ (فَإِنْ زَوَّجَهُمَا الْأَبُ وَالْجَدُّ) يَعْنِي الصَّغِيرَ وَالصَّغِيرَةَ (فَلَا خِيَارَ لَهُمَا بَعْدَ بُلُوغِهِمَا) لِأَنَّهُمَا كَامِلَا الرَّأْيِ وَأَهْرَا الشَّفَقَةَ فَيَلْزَمُ الْعَقْدُ بِمُبَاشَرَتِهَا كَمَا إِذَا بَاشَرَاهُ بِرِضَاهُمَا بَعْدَ الْبُلُوغِ (وَإِنْ زَوَّجَهُمَا غَيْرُ الْأَبِ وَالْجَدِّ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الْخِيَارُ إِذَا بَلَغَ، إِنْ شَاءَ أَقَامَ عَلَى النِّكَاحِ، وَإِنْ شَاءَ فَسَخَ) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَا خِيَارَ لَهُمَا اعْتِبَارًا بِالْأَبِ وَالْجَدِّ.

وَلَهُمَا أَنْ قَرَابَةِ الْأَخِ نَاقِصَةٌ وَالتَّقْصَانُ يُشْعِرُ بِقُصُورِ الشَّفَقَةِ فَيَتَطَرَّقُ الْخَلَلُ إِلَى الْمَقَاصِدِ عَسَى وَالتَّدَارُكُ مُمَكِّنٌ بِخِيَارِ الْإِدْرَاكِ، وَإِطْلَاقُ الْجَوَابِ فِي غَيْرِ الْأَبِ وَالْجَدِّ يَتَنَاوَلُ الْأُمَّ، وَالْقَاضِي هُوَ الصَّحِيحُ مِنَ الرُّوَايَةِ لِقُصُورِ الرَّأْيِ فِي أَحَدِهِمَا وَتَقْصَانِ الشَّفَقَةِ فِي الْآخَرِ فَيَتَخَيَّرُ. قَالَ (وَيُشْتَرَطُ فِيهِ الْقَضَاءُ) بِخِلَافِ خِيَارِ الْعِتْقِ لِأَنَّ الْفَسْخَ هَهُنَا لِدَفْعِ ضَرَرٍ خَفِيٍّ وَهُوَ تَمَكُّنُ الْخَلَلِ وَلِهَذَا يَشْمَلُ الذِّكْرَ وَالْأُنْثَى فَجُعِلَ الْإِزَامُ فِي حَقِّ الْآخَرِ فَيُفْتَقَرُ إِلَى الْقَضَاءِ.

وَحِيَارُ الْعِتْقِ لِدَفْعِ ضَرَرٍ جَلِيٍّ وَهُوَ زِيَادَةُ الْمَلِكِ عَلَيْهَا (وَلِهَذَا يَخْتَصُّ بِالْأُنْثَى فَاعْتَبِرْ دَفْعًا وَالدَّفْعُ لَا يَفْتَقِرُ إِلَى الْقَضَاءِ) ثُمَّ عِنْدَهُمَا إِذَا بَلَغَتِ الصَّغِيرَةُ وَقَدْ عَلِمَتْ بِالنِّكَاحِ فَسَكَتَتْ فَهُوَ رِضًا، (وَإِنْ لَمْ تَعْلَمْ بِالنِّكَاحِ فَلَهَا الْخِيَارُ حَتَّى تَعْلَمْ فَتَسْكُتَ) شَرْطُ الْعِلْمِ بِأَصْلِ النِّكَاحِ لِأَنَّهَا لَا تَتِمَّكُنُ مِنَ التَّصَرُّفِ إِلَّا بِهِ، وَالْوَلِيُّ يَنْفَرِدُ بِهِ فَعُدْرَتُ بِالْجَهْلِ، وَلَمْ يُشْتَرَطِ الْعِلْمُ بِالْخِيَارِ لِأَنَّهَا تَتَفَرَّغُ لِمَعْرِفَةِ أَحْكَامِ الشَّرْعِ وَالِدَارُ دَارُ الْعِلْمِ فَلَمْ تُعْذَرِ بِالْجَهْلِ، بِخِلَافِ الْمُعْتَقَةِ لِأَنَّ الْأُمَّةَ لَا تَتَفَرَّغُ لِمَعْرِفَتِهَا فَتُعْذَرُ بِالْجَهْلِ بِثُبُوتِ الْخِيَارِ

الشرح:

وَقَوْلُهُ (اعْتِبَارًا بِالْأَبِ وَالْجَدِّ) بِجَامِعِ ذَاعِيَةِ الْقَرَابَةِ (وَلَهُمَا أَنْ قَرَابَةَ الْأَخِ نَاقِصَةٌ) خُصَّصَ الْأَخُ لِيُعْلَمَ بِهِ حُكْمُ سَائِرِ الْأَوْلِيَاءِ بِالطَّرِيقِ الْأَوَّلِيِّ لِأَنَّهُ أَقْرَبُ الْأَوْلِيَاءِ بَعْدَ الْجَدِّ. وَقَوْلُهُ (فَيَتَطَرَّقُ الْخُلَلُ إِلَى الْمَقَاصِدِ عَسَى) يَعْنِي أَنَّ وَرَاءَ الْكَفَاءَاتِ وَالْمَهْرِ مَقَاصِدُ أُخْرَى فِي النِّكَاحِ مِنْ سُوءِ الْخُلُقِ وَحُسْنِهِ وَلَطَافَةِ الْعِشْرَةِ وَغِلَظِهَا وَكَرَمِ الصُّحْبَةِ وَلَوْمِهَا وَتَوْسِيعِ التَّفَقُّةِ وَتَقْتِيرِهَا، وَهَذِهِ الْمَقَاصِدُ أَهَمُّ مِنَ الْكَفَاءَةِ، وَلَا يُوقَفُ عَلَيْهَا إِلَّا بِجَدٍّ بَلِغٍ وَنَظَرٍ صَائِبٍ، فَلِنُقْصَانِ قَرَابَتِهِ وَقُصُورِ شَفَقَتِهِ رُبَّمَا لَا يُحْسِنُ النَّظَرَ فَيَتَوَهَّمُ الْخُلَلُ فِيهَا فَيَتَذَارَكُ بِخِيَارِ الْإِذْرَاكِ.

وَقَوْلُهُ: (وَإِطْلَاقُ الْجَوَابِ فِي غَيْرِ الْأَبِ وَالْجَدِّ يَتَنَاوَلُ الْأُمَّ وَالْقَاضِي) يَعْنِي فِي إِبْتِاثِ الْخِيَارِ عِنْدَ الْبُلُوغِ، وَأَرَادَ بِالْإِطْلَاقِ قَوْلُهُ فَإِنْ زَوَّجَهُمَا غَيْرُ الْأَبِ وَالْجَدِّ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الْخِيَارُ. وَقَوْلُهُ (هُوَ الصَّحِيحُ) احْتِرَازٌ عَمَّا رَوَى خَالِدُ بْنُ صَيْحٍ الْمُرُوزِيُّ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ لَا يَثْبُتُ الْخِيَارُ لِلْيَتِيمَةِ إِذَا زَوَّجَهَا الْقَاضِي لِأَنَّ لَهُ الْوِلَايَةَ فِي الْمَالِ وَالنَّفْسِ وَكَانَ فِي قُوَّةِ وِلَايَةِ الْأَبِ وَالْجَدِّ.

وَوَجْهُ الصَّحِيحِ مَا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ (بِقَوْلِهِ لِقُصُورِ الرَّأْيِ فِي أَحَدِهِمَا) يَعْنِي الْأُمَّ (وَتُقْصَانُ الشَّفَقَةِ فِي الْآخَرِ) يَعْنِي الْقَاضِي، أَلَا تَرَى أَنَّ وِلَايَةَ الْقَاضِي مُتَأَخِّرَةٌ عَنْ وِلَايَةِ الْأَخِ وَالْعَمِّ، فَإِذَا ثَبَتَ لَهُمَا الْخِيَارُ فِي تَزْوِيجِهِمَا فَفِي تَزْوِيجِ الْقَاضِي أَوَّلِي. وَقَوْلُهُ (وَيُشْتَرَطُ فِيهِ) أَيُّ فِي فُسْخِ النِّكَاحِ بِخِيَارِ الْبُلُوغِ (الْقَضَاءُ لِأَنَّ الْفُسْخَ هَهُنَا لِدَفْعِ ضَرَرٍ خَفِيِّ وَهُوَ تَمَكُّنُ الْخُلَلِ) بِسَبَبِ قُصُورِ شَفَقَةِ الْمُرُوجِ.

(وَلِهَذَا) أَيُّ لِمَتَمَكُّنِ الْخُلَلِ (يَشْمَلُ) الْفُسْخُ (الذِّكْرُ وَالْأُنْثَى) لِأَنَّ قُصُورَ الشَّفَقَةِ

كَمَا هُوَ فِي حَقِّ الْجَارِيَةِ مُمَكِّنٌ كَذَلِكَ فِي حَقِّ الْغُلَامِ، وَإِذَا كَانَ الضَّرَرُ خَفِيًّا لَا يُطْلَعُ عَلَيْهِ، لِأَنَّهُ فَرَضَ الْمَسْأَلَةَ فِيمَا إِذَا كَانَ الزَّوْجُ كَفُفًا وَالْمَهْرُ تَامًا فَرُبَّمَا يُنْكِرُهُ الزَّوْجُ فَيَحْتَاجُ إِلَى الْقَضَاءِ لِلإِذَا. وَأَمَّا خِيَارُ الْعَتَقِ فَلَدَفَعَ ضَرَرَ جَلِيٍّ وَهُوَ زِيَادَةُ الْمَلِكِ عَلَيْهَا، فَإِنَّ الزَّوْجَ قَبْلَ عَتَقِهَا كَانَ يَمْلِكُ عَلَيْهَا تَطْلِيقَتَيْنِ وَيَمْلِكُ مُرَاجَعَتَهَا فِي قُرَأَيْنِ ثُمَّ إِنْ دَادَ ذَلِكَ بِالْعَتَقِ وَهُوَ أَمْرٌ جَلِيٌّ لَيْسَ لِلإِنْكَارِ فِيهِ مَحَالٌ حَتَّى يَحْتَاجَ إِلَى الإِذَا، لَكِنْ لَهَا أَنْ تَدْفَعَ ذَلِكَ عَنْ نَفْسِهَا وَذَلِكَ مَعَ بَقَاءِ أَصْلِ النِّكَاحِ غَيْرُ مُمَكِّنٍ لِأَنَّهُ بَعْدَ الْعَتَقِ يَسْتَلْزِمُهَا، وَوُجُودُ الْمَلْزُومِ بِذَوْنِ وَجُودِ الْإِذَا مُحَالٌ، فَكَانَ لَهَا أَنْ تَدْفَعَ أَصْلَ الْمَلِكِ فِي ضِمْنِ مَا لَهَا مِنْ دَفْعِ الزِّيَادَةِ.

وَأَعْتَرِضَ بِأَنَّهُ دَفَعَهَا مَا عَلَيْهَا مِنَ الزِّيَادَةِ يُطْلَعُ مَا كَانَ ثَابِتًا مِنْ حَقِّ الزَّوْجِ الْمُسْتَتَبِعِ الزِّيَادَةِ وَفِي ذَلِكَ جَعَلَ التَّابِعَ مَتْبُوعًا وَهُوَ عَكْسُ الْمَعْقُولِ وَنَقْصُ الْأَصُولِ. وَأُجِيبَ بِأَنَّهُ هَذَا لَيْسَ بِجَعْلِ التَّابِعِ مَتْبُوعًا، وَإِنَّمَا هُوَ مِنْ بَابِ الإِذَا لِلضَّرَرِ الْمَرْضِيِّ، فَإِنَّ الزَّوْجَ حِينَ تَزَوَّجَ الْأُمَّةَ عَالِمًا لَهَا بِخِيَارِ الْعَتَقِ التَّزَمَ الضَّرَرُ الَّذِي يَحْصُلُ بِهِ وَالضَّرَرُ الْمَرْضِيُّ غَيْرُ ضَائِرٍ، بِخِلَافِ الْأُمَّةِ فَإِنَّهَا لَمْ تَرْضَ بِمَا يَزِيدُ عَلَيْهَا مِنَ الْمَلِكِ عِنْدَ الْعَتَقِ لَعَدَمِ اخْتِيَارِهَا فِي النِّكَاحِ فَلَمْ يَكُنْ ضَرَرُهَا بِمَرْضٍ فَكَانَ ضَائِرًا، وَإِذَا اجْتَمَعَ الضَّرَرُ الضَّائِرُ وَغَيْرُ الضَّائِرِ يُدْفَعُ الضَّائِرُ دُونَ غَيْرِهِ.

وَقَوْلُهُ (ثُمَّ عِنْدَهُمَا) أَيُّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ، خَصَّهُمَا بِالذِّكْرِ لِأَنَّ مَذْهَبَ أَبِي يُوسُفَ لَا يَرِدُ هَاهُنَا لِأَنَّهُ لَا يَرَى خِيَارَ الْبُلُوغِ، وَإِنْ كَانَ الْمَرْجُوحُ غَيْرَ الْأَبِ وَالْجَدِّ. وَحَاصِلُ مَا ذَكَرَهُ هَهُنَا أُمُورٌ يَقَعُ بِهَا الْفَرْقُ بَيْنَ خِيَارِ الْبُلُوغِ وَالْعَتَقِ وَذَلِكَ خَمْسَةٌ:

الْأَوَّلُ: أَنَّ خِيَارَ الْبُلُوغِ فِي الْفَرْقَةِ يَحْتَاجُ إِلَى الْقَضَاءِ دُونَ خِيَارِ الْعَتَقِ. وَالثَّانِي: أَنَّ خِيَارَ الْبُلُوغِ يَثْبُتُ لِلْغُلَامِ وَالْجَارِيَةِ وَخِيَارُ الْعَتَقِ يَثْبُتُ لِلْجَارِيَةِ فَقَطْ وَقَدْ ذَكَرْنَا هُمَا. وَالثَّلَاثُ: أَنَّ الصَّغِيرَةَ إِذَا بَلَغَتْ وَقَدْ عَلِمَتْ بِالنِّكَاحِ فَسَكَتَتْ بَطَلَ خِيَارِهَا سَوَاءً كَانَتْ عَالِمَةً بِأَنَّ لَهَا الْخِيَارَ أَوْ لَمْ تَكُنْ، أَمَّا إِذَا كَانَتْ عَالِمَةً فَظَاهِرًا، وَأَمَّا إِذَا لَمْ تَكُنْ فَلَا يَحْتَاجُ لَهَا تَعْدِيرُ الْجَهْلِ بِالْخِيَارِ (لِأَنَّهَا تَتَفَرَّغُ لِمَعْرِفَةِ أَحْكَامِ الشَّرْعِ وَالْذَاوَرُ دَارُ الْعِلْمِ) بِخِلَافِ مَا إِذَا لَمْ تَكُنْ عَالِمَةً بِالنِّكَاحِ فَسَكَتَتْ فَإِنَّهَا عَلَى خِيَارِهَا لِأَنَّهَا لَا تَسْمَكُنُ مِنَ التَّصَرُّفِ إِلَّا بِهِ، وَالْوَلِيُّ يَنْفَرِدُ بِالنِّكَاحِ فَكَانَتْ مَعْدُورَةً فِي الْجَهْلِ.

وَأَمَّا الْمُعْتَقَةُ فَإِنَّهَا مَعْدُورَةٌ فِي الْجَهْلِ سَوَاءَ كَانَتْ جَاهِلَةً بِالْعِتْقِ أَوْ بِثُبُوتِ الْخِيَارِ لَهَا، أَمَّا الْأَوَّلُ فَلَأَنَّ الْمَوْلَى يَنْفَرِدُ بِهِ. وَأَمَّا الثَّانِي فَلَأَنَّ الْأَمَةَ لاشتغالها بِالْخِدْمَةِ لَا تَنْفَرُغُ لِمَعْرِفَةِ أَحْكَامِ الشَّرْعِ فَكَانَتْ مَعْدُورَةٌ.

(ثُمَّ خِيَارُ الْبِكْرِ يَبْطُلُ بِالسُّكُوتِ، وَلَا يَبْطُلُ خِيَارُ الْغُلَامِ مَا لَمْ يَقُلْ رَضِيَتْ أَوْ يَجِيءُ مِنْهُ مَا يُعْلَمُ أَنَّهُ رِضًا، وَكَذَلِكَ الْجَارِيَةُ إِذَا دَخَلَ بِهَا الزَّوْجُ قَبْلَ الْبُلُوغِ) اعْتِبَارًا لِهَذِهِ الْحَالَةِ بِحَالَةِ ابْتِدَاءِ النِّكَاحِ، وَخِيَارُ الْبُلُوغِ فِي حَقِّ الْبِكْرِ لَا يَمْتَدُّ إِلَى آخِرِ الْمَجْلِسِ وَلَا يَبْطُلُ بِالْقِيَامِ فِي حَقِّ الثَّيِّبِ وَالْغُلَامِ لِأَنَّهُ مَا ثَبَتَ بِإِثْبَاتِ الزَّوْجِ بَلْ لَتَوْهُمْ الْخَلْلَ فَإِنَّمَا يَبْطُلُ بِالرِّضَا غَيْرَ أَنَّ سُكُوتَ الْبِكْرِ رِضًا، بِخِلَافِ خِيَارِ الْعِتْقِ لِأَنَّهُ ثَبَتَ بِإِثْبَاتِ الْمَوْلَى وَهُوَ الْإِعْتَاقُ فَيُعْتَبَرُ فِيهِ الْمَجْلِسُ كَمَا فِي خِيَارِ الْمُخَيَّرَةِ.

ثُمَّ الْفُرْقَةُ بِخِيَارِ الْبُلُوغِ لَيْسَتْ بِطَلَاقٍ لِأَنَّهُ يَصِيحُ مِنَ الْأُنْثَى وَلَا طَلَاقٍ إِلَيْهَا، وَكَذَا بِخِيَارِ الْعِتْقِ لِمَا بَيَّنَّا، بِخِلَافِ الْمُخَيَّرَةِ لِأَنَّ الزَّوْجَ هُوَ الَّذِي مَلَكَهَا وَهُوَ مَالِكٌ لِلطَّلَاقِ (فَإِنْ مَاتَ أَحَدُهُمَا قَبْلَ الْبُلُوغِ وَرِثَهُ الْآخَرُ) وَكَذَا إِذَا مَاتَ بَعْدَ الْبُلُوغِ قَبْلَ التَّفْرِيقِ لِأَنَّ أَصْلَ الْعَقْدِ صَحِيحٌ وَالْمَلِكُ ثَابِتٌ بِهِ وَقَدْ انْتَهَى بِالمَوْتِ، بِخِلَافِ مُبَاشَرَةِ الْفُضُولِيِّ إِذَا مَاتَ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ قَبْلَ الْإِجَازَةِ لِأَنَّ النِّكَاحَ ثَمَّةٌ مَوْقُوفٌ فَيَبْطُلُ بِالمَوْتِ وَهَهُنَا نَافِذٌ فَيَتَقَرَّرُ بِهِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (ثُمَّ خِيَارُ الْبِكْرِ) تَفْرِيعٌ عَلَى خِيَارِ الْبُلُوغِ الشَّامِلِ لِلذَّكَرِ وَالْأُنْثَى، وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ مَنْ لَهُ خِيَارُ الْبُلُوغِ إِذَا كَانَ غُلَامًا قَبْلَ أَنْ يَبْلُغَ لَا يَبْطُلُ خِيَارُهُ (مَا لَمْ يَقُلْ رَضِيَتْ أَوْ يَجِيءُ مِنْهُ) بِالْحَزْمِ (مَا يُعْلَمُ أَنَّهُ رِضًا) وَإِنْ كَانَتْ جَارِيَةً وَقَدْ دَخَلَ بِهَا الزَّوْجُ قَبْلَ الْبُلُوغِ فَكَذَلِكَ وَإِنْ كَانَتْ بَكْرًا يَبْطُلُ خِيَارُهَا بِالسُّكُوتِ (اعْتِبَارًا لِهَذِهِ الْحَالَةِ بِحَالَةِ ابْتِدَاءِ النِّكَاحِ) فَإِنَّ الصَّغِيرَةَ الْبَكْرَ إِذَا أَدْرَكَتْ وَاسْتَوْمِرَتْ لِلنِّكَاحِ فَسَكَتَتْ عِنْدَ ابْتِدَاءِ الْعَقْدِ كَانَ سُكُوتُهَا رِضًا فَكَذَلِكَ إِذَا كَانَ لَهَا الْخِيَارُ فَأَدْرَكَتْ وَسَكَتَتْ كَانَ سُكُوتُهَا رِضًا فَيَبْطُلُ اخْتِيَارُهَا وَالْغُلَامُ وَالْجَارِيَةُ الثَّيِّبُ إِذَا أُسْتُومِرَا عِنْدَ ابْتِدَاءِ عَقْدِ النِّكَاحِ لَمْ يَكُنْ سُكُوتُهُمَا رِضًا بَلْ لَا بُدَّ مِنَ الرِّضَا صَرِيحًا أَوْ دَلَالَةً، فَكَذَلِكَ عِنْدَ خِيَارِ الْبُلُوغِ لَمْ يَكُنْ السُّكُوتُ مِنْهُمَا رِضًا بَلْ لَا بُدَّ مِنْ ذَلِكَ.

وَقَوْلُهُ (وَخِيَارُ الْبُلُوغِ) تَفْرِيعٌ آخَرُ عَلَى خِيَارِ الْبُلُوغِ، وَيَتَضَمَّنُ الْوَجْهَ الرَّابِعُ

وَالْخَامِسُ مِنَ الْفَرْقِ بَيْنَ خِيَارِ الْبُلُوغِ وَخِيَارِ الْعِتْقِ. وَتَقْرِيرُهُ خِيَارُ الْبُلُوغِ (فِي حَقِّ الْبِكْرِ لَا يَمْتَدُّ إِلَى آخِرِ الْمَجْلِسِ) يَعْنِي مَجْلِسُ بُلُوغِهَا بِأَنْ رَأَتْ الدَّمَ وَقَدْ كَانَ بَلْعُهَا خَبَرُ النِّكَاحِ فَسَكَتَتْ أَوْ مَجْلِسُ بُلُوغِ الْخَبَرِ بِالنِّكَاحِ فَسَكَتَتْ، بَلْ يَبْطُلُ بِمُجَرَّدِ السُّكُوتِ فِي الْوَجْهَيْنِ جَمِيعًا، وَأَمَّا خِيَارُ الثَّيِّبِ وَالْعُلَامِ فَلَا يَبْطُلُ بِالْقِيَامِ عَنِ الْمَجْلِسِ بَلْ يَمْتَدُّ إِلَى مَا وَرَاءَ الْمَجْلِسِ.

وَقَوْلُهُ (لَأَنَّهُ مَا ثَبَتَ) دَلِيلُ عَدَمِ الْبُطْلَانِ فِي حَقِّ الثَّيِّبِ خَاصَّةً. وَتَقْرِيرُهُ خِيَارُ بُلُوغِهَا لَمْ يَثْبُتْ بِإِثْبَاتِ الزَّوْجِ وَهُوَ ظَاهِرٌ، وَمَا لَا يَثْبُتُ بِإِثْبَاتِ الزَّوْجِ لَا يَقْتَصِرُ عَلَى الْمَجْلِسِ فَإِنَّ التَّفْوِيضَ هُوَ الْمُقْتَصِرُ عَلَى الْمَجْلِسِ كَمَا سَيَجِيءُ.

وَقَوْلُهُ (بَلْ لَتَوْهُمْ الْخَلَلُ) دَلِيلٌ يَشْمَلُ الْبِكْرَ وَالْعُلَامَ. وَتَقْرِيرُهُ: خِيَارُ الْبُلُوغِ ثَبَتَ بَعْدَ الرِّضَا لَتَوْهُمْ الْخَلَلُ، وَمَا يَثْبُتُ بَعْدَ الرِّضَا يَبْطُلُ بِالرِّضَا لَوْجُودِ مُتَافِيهِ، فَإِنَّ الشَّيْءَ لَا يَثْبُتُ مَعَ مُتَافِيهِ، غَيْرَ أَنَّ سُكُوتَ الْبِكْرِ رِضًا دُونَ سُكُوتِ الْعُلَامِ فَيَبْطُلُ خِيَارُهَا بِمُجَرَّدِ السُّكُوتِ وَيَمْتَدُّ خِيَارُهَا إِلَى مَا وَرَاءَ الْمَجْلِسِ فَانْظُرْ إِلَى هَذَا الْإِذْرَاجِ فِي ضِمْنِ الْإِيجَازِ الَّذِي هُوَ قَرِيبٌ إِلَى حَدِّ الْإِعْجَازِ، جَزَاهُ اللَّهُ عَنِ الْمُحَصِّلِينَ خَيْرًا.

وَقَوْلُهُ: (بِخِلَافِ خِيَارِ الْعِتْقِ) لِلْفَرْقِ بَيْنَهُ وَبَيْنَ خِيَارِ الْبُلُوغِ وَهُوَ الْوَجْهُ الرَّابِعُ وَتَقْرِيرُهُ: خِيَارُ الْعِتْقِ ثَبَتَ بِإِثْبَاتِ غَيْرِهِ وَهُوَ الْمَوْلَى لِأَنَّهُ لَوْ لَمْ يُعْتَقْ لَمَا ثَبَتَ لَهَا الْخِيَارُ، وَكُلُّ خِيَارٍ ثَبَتَ بِإِثْبَاتِ غَيْرِهِ اقْتَصَرَ عَلَى الْمَجْلِسِ (كَمَا فِي خِيَارِ الْمُخَيَّرَةِ) فَيَكُونُ الْقِيَامُ دَلِيلُ الْإِعْرَاضِ. وَبَيَّانُ تَضَمُّنِ هَذَا الْوَجْهِ لِلْوَجْهِ الْخَامِسِ أَنَّهُ أَشَارَ لِذَلِكَ بِقَوْلِهِ غَيْرَ أَنَّ سُكُوتَ الْبِكْرِ رِضًا. يَعْنِي وَالرِّضَا يُسْقِطُ خِيَارَ الْبُلُوغِ، وَخِيَارُ الْإِعْتِقَاقِ إِنَّمَا يُعْتَبَرُ فِيهِ الْمَجْلِسُ وَيَبْطُلُ بِالْإِعْرَاضِ وَالسُّكُوتِ لَيْسَ بِالْإِعْرَاضِ وَهُوَ خَفِيُّ جَدًّا.

وَقَوْلُهُ (تَمَّ الْفُرْقَةُ بِخِيَارِ الْبُلُوغِ لَيْسَتْ بِطَّلَاقٍ) يَعْنِي سَوَاءٌ كَانَ قَبْلَ الدُّخُولِ أَوْ بَعْدَهُ (لَأَنَّهُ يَصِحُّ مِنَ الْأُنْثَى وَلَا طَّلَاقُ إِلَيْهَا) وَالْفَائِدَةُ تَظْهَرُ فِي شَيْئَيْنِ: أَحَدُهُمَا: أَنَّهَا لَوْ وَقَعَتْ قَبْلَ الدُّخُولِ لَمْ يَجِبْ نِصْفُ الْمُسَمَّى وَلَوْ كَانَ طَلَاقًا لَوَجِبَ، وَالثَّانِي: أَنَّهَا لَوْ تَنَاقَحَا بَعْدَ الْفُرْقَةِ مَلَكَ الزَّوْجُ ثَلَاثَ تَطْلِيقَاتٍ (وَكَذَا بِخِيَارِ الْعِتْقِ لَمَا بَيَّنَّا) أَنَّهُ يَصِحُّ مِنَ الْأُنْثَى. وَقَوْلُهُ (بِخِلَافِ خِيَارِ الْمُخَيَّرَةِ) ظَاهِرٌ إِلَى آخِرِ الْمَسْأَلَةِ.

قَالَ (وَلَا وَلايَةَ لَعَبْدٍ وَلَا صَغِيرٍ وَلَا مَجْنُونٍ) لِأَنَّهُ لَا وَلايَةَ لَهُمْ عَلَى أَنْفُسِهِمْ فَأُولَى

أَنْ لَا تَثْبُتَ عَلَى غَيْرِهِمْ وَلَأَنْ هَذِهِ وَلَايَةٌ نَظَرِيَّةٌ وَلَا نَظَرٌ فِي التَّفْوِيضِ إِلَى هَؤُلَاءِ (وَلَا وَلَايَةٌ لِّلْكَافِرِ عَلَى مُسْلِمٍ) لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾ [النساء: ١٤١] وَلِهَذَا لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ عَلَيْهِ وَلَا يَتَوَارَثَانِ، أَمَّا الْكَافِرُ فَتَثْبُتُ لَهُ وَلَايَةُ الْإِنْكَاحِ عَلَى وَلَدِهِ الْكَافِرِ لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَالَّذِينَ كَفَرُوا بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ﴾ [الأنفال: ٧٣]، وَلِهَذَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ عَلَيْهِ وَيُجْزَى بَيْنَهُمَا التَّوَارُثُ

الشرح:

قَالَ (وَلَا وَلَايَةٌ لِّلْعَبْدِ وَلَا صَغِيرٍ وَلَا مَجْنُونٍ) الْوَلَايَةُ الْمُتَعَدِّيَّةُ فَرُعُ الْوَلَايَةِ الْقَاصِرَةِ، فَمَنْ لَا وَلَايَةَ لَهُ عَلَى نَفْسِهِ فَأُولَى أَنْ لَا يَكُونَ لَهُ وَلَايَةٌ عَلَى غَيْرِهِ، وَلَأَنْ هَذِهِ الْوَلَايَةُ نَظَرِيَّةٌ وَلَا نَظَرٌ فِي التَّفْوِيضِ إِلَى هَؤُلَاءِ، أَمَّا إِلَى الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ فَلِلْعَجْزِ عَنْ تَحْصِيلِ الْكُفْرِ، وَأَمَّا إِلَى الْعَبْدِ فَكَذَلِكَ لِاشْتِعَالِهِ بِخِدْمَةِ الْمَوْلَى (وَلَا وَلَايَةَ لِّلْكَافِرِ عَلَى مُسْلِمٍ) يَعْنِي الْوَلَايَةَ الشَّرْعِيَّةَ وَلَا مُعْتَبَرٌ بِالْحِسِّيَّةِ مِنْهَا.

(وَلِغَيْرِ الْعَصَبَاتِ مِنَ الْأَقَارِبِ وَلَايَةُ التَّزْوِيجِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ) مَعْنَاهُ عِنْدَ عَدَمِ الْعَصَبَاتِ، وَهَذَا اسْتِحْسَانٌ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ: لَا تَثْبُتُ وَهُوَ الْقِيَاسُ، وَهُوَ رَوَايَةٌ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَوْلُ أَبِي يُوسُفَ فِي ذَلِكَ مُضْطَرِبٌ وَالْأَشْهُرُ أَنَّهُ مَعَ مُحَمَّدٍ لَّهُمَا مَا رَوَيْنَا، وَلَأَنْ الْوَلَايَةَ إِنَّمَا ثَبَّتَ صَوْنًا لِلْقَرَابَةِ عَنْ نِسْبَةٍ غَيْرِ الْكُفْرِ إِلَيْهَا وَإِلَى الْعَصَبَاتِ الصَّيَافَةِ.

وَلَأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الْوَلَايَةَ نَظَرِيَّةٌ وَالنَّظَرُ يَتَحَقَّقُ بِالتَّفْوِيضِ إِلَى مَنْ هُوَ الْمُخْتَصُّ بِالْقَرَابَةِ الْبَاعِثَةِ عَلَى الشَّفَقَةِ (وَمَنْ لَا وَلِيَ لَهَا) يَعْنِي الْعَصْبَةَ مِنْ جِهَةِ الْقَرَابَةِ (إِذَا زَوَّجَهَا مَوْلَاهَا الَّذِي أَعْتَقَهَا جَانَ) لِأَنَّهُ آخِرُ الْعَصَبَاتِ، (وَإِذَا عَدِمَ الْأَوْلِيَاءُ فَالْوَلَايَةُ إِلَى الْإِمَامِ وَالْحَاكِمِ) لِقَوْلِهِ ﷺ «السُّلْطَانُ وَلِيٌّ مِّنْ لَا وَلِيَ لَهُ»^(١).

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلِغَيْرِ الْعَصَبَاتِ مِنَ الْأَقَارِبِ) يَعْنِي كَالْأَحْوَالِ وَالْخَالَاتِ وَالْعَمَّاتِ (وَلَايَةُ التَّزْوِيجِ عِنْدَ عَدَمِ الْعَصَبَاتِ) أَيُّ عَصْبَةٍ كَانَتْ سَوَاءً كَانَتْ عَصْبَةُ يَحِلُّ النِّكَاحُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْمَرْأَةِ كَابْنِ الْعَمِّ أَوْ لَمْ يَحِلَّ كَالْعَمِّ وَمَوْلَى الْعَتَاةِ وَعَصْبَتُهُ مِنَ الْعَصَبَاتِ، ثُمَّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ بَعْدَ الْعَصَبَاتِ الْأُمُّ ثُمَّ ذَوُو الْأَرْحَامِ الْأَقْرَبُ فَلِأَقْرَبِ الْبِنْتِ ثُمَّ بِنْتُ

الابنُ ثُمَّ بِنْتُ الْبِنْتِ ثُمَّ بِنْتُ ابْنِ الْابْنِ ثُمَّ بِنْتُ بِنْتِ الْبِنْتِ ثُمَّ الْأَخْتُ لِأَبٍ وَأُمٍّ ثُمَّ الْأَخْتُ لِأَبٍ ثُمَّ الْأَخُ وَالْأَخْتُ لِأُمٍّ ثُمَّ أَوْلَادُهُمْ ثُمَّ الْعَمَّاتُ وَالْأَخْوَالُ وَالْخَالَاتُ وَأَوْلَادُهُمْ عَلَى هَذَا التَّرْتِيبِ، ثُمَّ مَوْلَى الْمَوْلَاةِ ثُمَّ السُّلْطَانُ ثُمَّ الْقَاضِي وَمَنْ نَصَبَهُ الْقَاضِي إِذَا شَرَطَ تَزْوِيجَ الصَّغَارِ وَالصَّغَائِرِ فِي عَهْدِهِ وَمَنْشُورِهِ، أَمَّا إِذَا لَمْ يَشْتَرِطْ فَلَا وِلَايَةَ لَهُ.

وَقَالَ مُحَمَّدٌ: لَا وِلَايَةَ لِعَبْرِ الْعَصَبَاتِ، وَقَوْلُ أَبِي يُوسُفَ مُضْطَرِبٌ ذَكَرَهُ مَعَ أَبِي حَنِيفَةَ فِي كِتَابِ النِّكَاحِ وَمَعَ مُحَمَّدٍ فِي كِتَابِ الْوَلَاءِ. وَقَوْلُهُ (لَهُمَا مَا رَوَيْنَا) يُرِيدُ بِهِ قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «الْإِنِّكَاحُ إِلَى الْعَصَبَاتِ»^(١) عُرِفَ الْإِنِّكَاحُ بِاللَّامِ فِي غَيْرِ مَعْنُودٍ فَكَانَ مَعْنَاهُ هَذَا الْجِنْسُ مُفَوَّضٌ إِلَى هَذَا الْجِنْسِ فَلَا يَكُونُ لغيرِهِ فِيهِ مَدْخَلٌ، وَلِأَنَّ الْوِلَايَةَ لَصِيَانَةِ الْقَرَابَةِ عَنْ غَيْرِ الْكُفَاءِ وَالصِّيَانَةِ إِلَى الْعَصَبَاتِ.

(وَأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ هَذِهِ الْوِلَايَةَ نَظَرِيَّةٌ، وَالتَّنْظَرُ يَتَحَقَّقُ بِالتَّفْوِيزِ إِلَى مَنْ هُوَ الْمُخْتَصُّ بِالْقَرَابَةِ الْبَاعِثَةِ عَلَى الشَّفَقَةِ) فَإِنْ قُلْتُ: هَذَا تَعْلِيلٌ فِي مُقَابَلَةِ النَّصِّ وَهُوَ لَا يَجُوزُ أُجِيبَ بِوَجْهَيْنِ: أَحَدُهُمَا أَنَّ مَعْنَى قَوْلِهِ الْإِنِّكَاحُ إِلَى الْعَصَبَاتِ إِذَا وَجَدَتْ الْعَصَبَاتُ وَالثَّانِي أَنَّ الْوِلَايَةَ تَثْبُتُ لغيرِهِمْ بِطَرِيقِ الدَّلَالَةِ بِاعْتِبَارِ الشَّفَقَةِ وَكَمَالِ الرَّأْيِ.

وَالْقَوْلُ بِتَوْرِيثِ ذَوِي الْأَرْحَامِ مَعَ الْقَوْلِ بِعَدَمِ وِلَايَةِ الْإِنِّكَاحِ غَيْرُ مُسْتَحْسَنٍ لِإِطْلَاقِ قَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَى بِبَعْضٍ﴾ [الأنفال: ٧٥] وَلَكُونِ التَّوْرِيثِ مَبْنًى عَلَى الْوِلَايَةِ. قَوْلُهُ (وَإِذَا عُدِمَ الْأَوْلِيَاءُ) يَعْنِي عَلَى الْوَجْهِ الْمَذْكُورِ (فَالْوِلَايَةُ إِلَى الْإِمَامِ وَالْحَاكِمِ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «السُّلْطَانُ وَلِيٌّ مَنْ لَا وَلِيَّ لَهُ») أَمَّا الْحَاكِمُ وَهُوَ الْقَاضِي فَإِنَّمَا يَمْلِكُ الْإِنِّكَاحَ إِذَا كَانَ ذَلِكَ فِي عَهْدِهِ وَمَنْشُورِهِ، كَذَا فِي فِتَاوَى قَاضِي خَانَ.

(وَإِذَا غَابَ الْوَلِيُّ الْأَقْرَبُ غَيْبَةً مُنْقَطِعَةً جَازَ مَنْ هُوَ أَبْعَدُ مِنْهُ أَنْ يُزَوِّجَ) وَقَالَ زُفَرٌ: لَا يَجُوزُ لِأَنَّ وِلَايَةَ الْأَقْرَبِ قَائِمَةٌ لِأَنَّهَا تَثْبُتُ حَقًّا لَهُ صِيَانَةً لِلْقَرَابَةِ فَلَا تَبْطُلُ بِغَيْبَتِهِ، وَلِهَذَا لَوْ زَوَّجَهَا حَيْثُ هُوَ جَازٌ، وَلَا وِلَايَةَ لِلْأَبْعَدِ مَعَ وِلَايَتِهِ. وَلَنَا أَنَّ هَذِهِ وِلَايَةٌ نَظَرِيَّةٌ وَلَيْسَ مِنَ النَّظَرِ التَّفْوِيزُ إِلَى مَنْ لَا يَنْتَفَعُ بِرَأْيِهِ فَقَوَّضْنَاهُ إِلَى الْأَبْعَدِ وَهُوَ مُقَدَّمٌ عَلَى

السُّلْطَانِ كَمَا إِذَا مَاتَ الْأَقْرَبُ، وَلَوْ زَوَّجَهَا حَيْثُ هُوَ فِيهِ مَنَعٌ وَبَعْدَ التَّسْلِيمِ نَقُولُ لِلْأَبْعَدِ
بَعْدَ الْقَرَابَةِ وَقُرْبِ التَّدْبِيرِ وَالْأَقْرَبِ عَكْسُهُ فَتَزَلَا مَنْزِلَةً وَلَيْسَ مُتَسَاوِيَيْنِ فَأَيُّهُمَا عَقْدٌ
نَفَذَ وَلَا يُرَدُّ.

(وَالْغَيْبَةُ الْمُنْقَطِعَةُ أَنْ يَكُونَ فِي بَلَدٍ لَا تَصِلُ إِلَيْهَا الْقَوَافِلُ فِي السَّنَةِ إِلَّا مَرَّةً
وَاحِدَةً) وَهُوَ اخْتِيَارُ الْقُدُورِيِّ. وَقِيلَ أَدْنَى مُدَّةِ السَّفَرِ لِأَنَّهُ لَا نِهَآيَةَ لَأَقْصَاهُ وَهُوَ اخْتِيَارُ
بَعْضِ الْمُتَأَخَّرِينَ. وَقِيلَ: إِذَا كَانَ بِحَالٍ يَفُوتُ الْكُفَاءَ الْخَاطِبُ بِاسْتِطْلَاعِ رَأْيِهِ، وَهَذَا
أَقْرَبُ إِلَى الْفِقْهِ لِأَنَّهُ لَا نَظَرَ فِي إِبْقَاءِ وَلَايَتِهِ حِينَئِذٍ

الشرح:

قَوْلُهُ (وَإِذَا غَابَ الْوَلِيُّ الْأَقْرَبُ) يَعْنِي كَالْأَبِ (غَيْبَةً مُنْقَطِعَةً جَارَ مَنْ هُوَ أَبْعَدُ
مِنْهُ) كَالْحَدِّ أَنْ يُزَوَّجَ. (وَقَالَ زُفَرٌ: لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يُزَوَّجُ السُّلْطَانُ. الزُّفَرُ
أَنَّ وَلَايَةَ الْأَقْرَبِ قَائِمَةٌ لِأَنَّهَا تَبَتُّ حَقًّا لَهُ صِيَانَةً لِلْقَرَابَةِ عَنْ نِسْبَةِ غَيْرِ الْكُفَاءِ إِلَيْهَا،
وَالْحَقُّ الْقَائِمُ بِشَخْصٍ لَا يَبْطُلُ بِغَيْبَتِهِ (وَلِهَذَا لَوْ زَوَّجَهَا حَيْثُ هُوَ جَارَ) بِالِاتِّفَاقِ، وَإِذَا
كَانَتْ وَلَايَةُ الْأَقْرَبِ فِي غَيْبَتِهِ قَائِمَةً لَا يَكُونُ لِلْأَبْعَدِ وَلَايَةً.

(وَلَنَا أَنَّ هَذِهِ وَلَايَةً نَظَرِيَّةٌ وَلَيْسَ مِنَ النَّظَرِ التَّفْوِيضُ إِلَى مَنْ لَا يُتَفَعَّلُ بِرَأْيِهِ) وَكَلَّمَا
الْمُقَدَّمَتَيْنِ ظَاهِرَةٌ (فَفَوَضْنَاهُ) أَيُّ النَّظَرِ (إِلَى الْأَبْعَدِ) وَقَوْلُهُ (وَهُوَ مُقَدَّمٌ عَلَى السُّلْطَانِ)
إِشَارَةٌ إِلَى جَوَابِ الشَّافِعِيِّ (كَمَا إِذَا مَاتَ الْأَقْرَبُ) فَإِنَّ الْوَلَايَةَ لَمْ تَنْتَقِلْ إِلَى السُّلْطَانِ
بِمَوْتِ الْأَقْرَبِ فَكَذَا بِغَيْبَتِهِ.

وقَوْلُهُ: (وَلَوْ زَوَّجَهَا حَيْثُ هُوَ فِيهِ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِ زُفَرٍ وَلِهَذَا لَوْ زَوَّجَهَا حَيْثُ
هُوَ جَارَ بِالْمَنَعِ: يَعْنِي لَا تُسَلِّمُ جَوَازَهُ (وَبَعْدَ التَّسْلِيمِ نَقُولُ لِلْأَبْعَدِ بَعْدَ الْقَرَابَةِ وَقُرْبِ
التَّدْبِيرِ وَالْأَقْرَبِ عَكْسُهُ فَتَزَلَا مَنْزِلَةً وَلَيْسَ مُتَسَاوِيَيْنِ فَأَيُّهُمَا عَقْدٌ نَفَذَ وَلَا يُرَدُّ) يَعْنِي إِذَا
حَضَرَ الْأَقْرَبُ وَقَدْ زَوَّجَ الْأَبْعَدُ لَا يُرَدُّ النِّكَاحُ، ثُمَّ فَسَّرَ الْغَيْبَةَ الْمُنْقَطِعَةَ وَهُوَ ظَاهِرٌ.

وقَوْلُهُ (وَهُوَ اخْتِيَارُ بَعْضِ الْمُتَأَخَّرِينَ) مِنْهُمْ الْقَاضِي الْإِمَامُ عَلِيُّ السُّعْدِيِّ وَالْقَاضِي
الْإِمَامُ أَبُو عَلِيٍّ التَّسْفِيُّ وَهُوَ قَوْلُ مُحَمَّدِ بْنِ مُقَاتِلِ الرَّازِيِّ وَسُفْيَانَ الثَّوْرِيِّ وَأَبِي عَصَمَةَ
سَعْدِ بْنِ مُعَاذِ الْمُرُوزِيِّ. وَقَوْلُهُ (لِأَنَّهُ لَا نَظَرَ فِي إِبْقَاءِ وَلَايَتِهِ حِينَئِذٍ) يَعْنِي لَعَدَمِ الْإِنتِفَاعِ
بِهِ، وَعَنْ هَذَا قَالَ الْإِمَامُ قَاضِي خَانَ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ. حَتَّى لَوْ كَانَ مُحْتَفِيًا فِي الْبَلَدَةِ

لَا يُوقَفُ عَلَيْهِ تَكُونُ غَيْبَتُهُ مُنْقَطَعَةً.

(وَإِذَا اجْتَمَعَ فِي الْمَجْنُونَةِ أَبُوهَا وَابْنُهَا فَالْوَلِيُّ فِي نِكَاحِهَا ابْنُهَا فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ أَبُوهَا) لِأَنَّهُ أَوْفَرَ شَفَقَةً مِنَ الْإِبْنِ. وَلَهُمَا أَنَّ الْإِبْنَ هُوَ الْمُقَدَّمُ فِي الْعُصُوبَةِ، وَهَذِهِ الْوِلَايَةُ مَبْنِيَّةٌ عَلَيْهَا وَلَا مُعْتَبَرٌ بِزِيَادَةِ الشَّفَقَةِ كَأَبِي الْأُمِّ مَعَ بَعْضِ الْعَصَبَاتِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (لِأَنَّهُ أَوْفَرَ شَفَقَةً مِنَ الْإِبْنِ) بِدَلِيلِ أَنَّ وَلَايَةَ الْأَبِ تَعُمُّ النَّفْسَ وَالْمَالِ، وَالْإِبْنُ لَيْسَ لَهُ الْوِلَايَةُ فِي الْمَالِ (وَلَهُمَا أَنَّ الْإِبْنَ هُوَ الْمُقَدَّمُ فِي الْعُصُوبَةِ) أَلَا تَرَى أَنَّ الْأَبَ مَعَهُ يَسْتَحِقُّ السُّدُسَ بِالْفَرْضِيَّةِ فَقَطْ. وَقَوْلُهُ (وَلَا مُعْتَبَرٌ بِزِيَادَةِ الشَّفَقَةِ) جَوَابُ مُحَمَّدٍ.

فصل في الكفاءة

(الْكَفَاءَةُ فِي النِّكَاحِ مُعْتَبَرَةٌ) قَالَ ﷺ «أَلَا لَا يُزَوِّجُ النِّسَاءَ إِلَّا الْأَوْلِيَاءُ، وَلَا يُزَوِّجَنَّ إِلَّا مِنَ الْأَكْفَاءِ»^(١) وَلِأَنَّ انْتِظَامَ الْمَصَالِحِ بَيْنَ الْمُتَكَافِئِينَ عَادَةٌ، لِأَنَّ الشَّرِيفَةَ تَأْبَى أَنْ تَكُونَ مُسْتَفْرِشَةً لِلْخَسِيسِ فَلَا بُدَّ مِنْ اعْتِبَارِهَا، بِخِلَافِ جَانِبِهَا؛ لِأَنَّ الزَّوْجَ مُسْتَفْرِشٌ فَلَا تَغِيظُهُ دَنَاءَةُ الْفِرَاشِ

الشرح:

(فَصْلٌ فِي الْكَفَاءَةِ): لَمَّا كَانَتْ الْكَفَاءَةُ مُعْتَبَرَةً عَلَى مَا تَقَدَّمَ، أَنَّ عَدَمَهَا يَمْنَعُ الْجَوَازَ أَوْ يُمَكِّنُ الْأَوْلِيَاءَ مِنَ الْفَسْخِ احْتِجَاجٌ إِلَى أَنْ يَذْكَرَهَا فِي فَصْلِ عَلَى حَدَّةٍ، وَالْكَفَاءَةُ بِالْفَتْحِ مَصْدَرٌ وَالْإِسْمُ مِنْهُ الْكَفَاءُ وَهُوَ النَّظِيرُ مِنْ كَافَأَهُ إِذَا سَاوَاهُ فَهِيَ مُعْتَبَرَةٌ فِي النِّكَاحِ قَالَ ﷺ «أَلَا لَا يُزَوِّجُ النِّسَاءَ إِلَّا الْأَوْلِيَاءُ، وَلَا يُزَوِّجَنَّ إِلَّا مِنَ الْأَكْفَاءِ» رَوَاهُ جَابِرٌ وَلِأَنَّ انْتِظَامَ الْمَصَالِحِ بَيْنَ الْمُتَكَافِئِينَ عَادَةٌ) وَالنِّكَاحُ شَرْعٌ لَا انْتِظَامَ لَهَا وَلَا تَنْتِظُمُ بَيْنَ غَيْرِ الْمُتَكَافِئِينَ (لِأَنَّ الشَّرِيفَةَ تَأْبَى أَنْ تَكُونَ مُسْتَفْرِشَةً لِلْخَسِيسِ فَلَا بُدَّ مِنْ اعْتِبَارِهَا) مِنْ جَانِبِهِ بِخِلَافِ جَانِبِهَا لِأَنَّهُ مُسْتَفْرِشٌ فَلَا يَغِيظُهُ دَنَاءَةُ الْفِرَاشِ.

(١) أخرجه البيهقي في الكبرى (٢١٥/٧) وقال: هذا حديث ضعيف بمرة، والدارقطني (٢٤٤/٣)

وقال: مبشر بن عبيد متروك الحديث، أحاديثه لا يتابع عليها، وانظر نصب الراية (٢٤٨/٣).

(وَإِذَا زَوَّجْتَ الْمَرْأَةَ نَفْسَهَا مِنْ غَيْرِ كُفٍّ فَلِلْأَوْلِيَاءِ أَنْ يُفَرِّقُوا بَيْنَهُمَا) دَفْعًا لَضَرَرِ
الْعَارِ عَنِ أَنْفُسِهِمْ.

الشرح:

وَإِذَا زَوَّجْتَ الْمَرْأَةَ نَفْسَهَا مِنْ غَيْرِ كُفٍّ فَلِلْأَوْلِيَاءِ أَنْ يُفَرِّقُوا بَيْنَهُمَا دَفْعًا لَضَرَرِ
الْعَارِ عَنِ أَنْفُسِهِمْ) يَعْنِي مَا لَمْ تَلِدْ مِنْهُ كَمَا تَقَدَّمَ. فَإِنْ قِيلَ: الْحَدِيثُ يَدُلُّ عَلَى عَدَمِ
الْجَوَازِ، فَفِي الْقَوْلِ بِالْجَوَازِ بِدُونِهَا وَحَقُّ الِاعْتِرَاضِ مُخَالَفَةٌ لَهُ. قُلْتُ: جَازَ أَنْ يَكُونَ
نَهْيًا وَهُوَ يَقْتَضِي الْمَشْرُوعِيَّةَ عِنْدَنَا.

(ثُمَّ الْكَفَاءَةُ تُعْتَبَرُ فِي النَّسَبِ): لِأَنَّهُ يَقَعُ بِهِ التَّفَاخُرُ (فَقَرِيشٌ بَعْضُهُمْ أَكْفَاءُ
لِبَعْضٍ، وَالْعَرَبُ بَعْضُهُمْ أَكْفَاءُ لِبَعْضٍ) وَالْأَصْلُ فِيهِ قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «قَرِيشٌ
بَعْضُهُمْ أَكْفَاءُ لِبَعْضٍ بَطْنٌ بِبَطْنٍ، وَالْعَرَبُ بَعْضُهُمْ أَكْفَاءُ لِبَعْضٍ قَبِيلَةٌ بِقَبِيلَةٍ، وَالْمَوَالِي
بَعْضُهُمْ أَكْفَاءُ لِبَعْضٍ رَجُلٌ بِرَجُلٍ»^(١) وَلَا يُعْتَبَرُ التَّفَاضُلُ فِيمَا بَيْنَ قَرِيشٍ لِمَا رَوَيْنَا. وَعَنْ
مُحَمَّدٍ كَذَلِكَ إِلَّا أَنْ يَكُونَ نَسَبًا مَشْهُورًا كَأَهْلِ بَيْتِ الْخِلَافَةِ، كَأَنَّهُ قَالَ تَعْظِيمًا
لِلْخِلَافَةِ وَتَسْكِينًا لِلْفِتْنَةِ. وَيَتَوَّاهِلَتَ لَيْسُوا بِأَكْفَاءَ لِعَامَّةِ الْعَرَبِ؛ لِأَنَّهُمْ مَعْرُوفُونَ
بِالْخَسَاسَةِ.

الشرح:

(ثُمَّ الْكَفَاءَةُ) عِنْدَنَا (تُعْتَبَرُ فِي) خَمْسَةِ أَشْيَاءَ (النَّسَبِ) وَالْحُرِّيَّةِ، وَالدِّينِ، وَالْمَالِ،
وَالصَّنَائِعِ أَمَّا النَّسَبُ فَلَأَنَّهُ يَقَعُ بِهِ التَّفَاخُرُ، وَكَانَ سُفْيَانُ الثَّوْرِيُّ يَقُولُ: لَا تُعْتَبَرُ الْكَفَاءَةُ
فِيهِ لِأَنَّ النَّاسَ سَوَاسِيَةً بِالْحَدِيثِ، قَالَ ﷺ «النَّاسُ سَوَاسِيَةٌ كَأَسْنَانِ الْمَشْطِ، لَا فَضْلَ
لِعَرَبِيٍّ عَلَى عَجَمِيٍّ، إِنَّمَا الْفَضْلُ بِالتَّقْوَى» وَقَدْ تَأَيَّدَ ذَلِكَ بِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿إِنَّ أَكْرَمَكُمْ
عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ﴾ [الحجرات: ١٣] وَلَنَا قَوْلُهُ ﷺ «قَرِيشٌ بَعْضُهُمْ أَكْفَاءُ لِبَعْضٍ بَطْنٌ
بِبَطْنٍ وَالْعَرَبُ بَعْضُهُمْ أَكْفَاءُ لِبَعْضٍ قَبِيلَةٌ بِقَبِيلَةٍ، وَالْمَوَالِي بَعْضُهُمْ أَكْفَاءُ لِبَعْضٍ رَجُلٌ
بِرَجُلٍ» وَالْمُرَادُ بِالْمَوَالِي الْعَتَقَاءُ لِمَا كَانَتْ غَيْرَ عَرَبٍ فِي الْأَكْثَرِ غُلِبَتْ عَلَى الْعَجَمِ حَتَّى

(١) أخرجه البيهقي في الكبرى (٢١٧/٧) عن ابن عمر دون قوله: «قريش بعضهم أكفاء لبعض، بطن بطن»، وقال الزيلعي في نصب الراية (٢٤٩/٣): قال صاحب التنقيح: هذا منقطع، إذ لم يسم شعاع بن الوليد بعض أصحابه.

قَالُوا الْمَوَالِي بَعْضُهَا أَكْفَاءُ لِبَعْضٍ وَالْعَرَبُ بَعْضُهَا أَكْفَاءُ لِبَعْضٍ.

(وَلَا يُعْتَبَرُ التَّفَاضُلُ فِيمَا بَيْنَ قُرَيْشٍ لَمَّا رَوَيْنَا) يَعْنِي مِنْ قَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «قُرَيْشٌ بَعْضُهُمْ أَكْفَاءُ لِبَعْضٍ» قَابِلُ الْبَعْضِ بِالْبَعْضِ مِنْ غَيْرِ اعْتِبَارِ الْفَضِيلَةِ بَيْنَ قِبَائِلِهِمْ؛ أَلَا يَرَى «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ زَوْجَ ابْنَتِهِ رُقَيْةَ مِنْ عُثْمَانَ وَكَانَ مِنْ بَنِي عَبْدِ شَمْسٍ»، وَإِنَّمَا قَالَ فِي الْمَوَالِي رَجُلٌ بِرَجُلٍ إِشَارَةً إِلَى أَنَّ النَّسَبَ لَا يُعْتَبَرُ فِيهِمْ قِيلَ لَأَنَّهُمْ ضَيَّعُوا أُنْسَابَهُمْ فَلَا يَكُونُ التَّفَاخُرُ فِيهِمْ بِالنَّسَبِ بَلْ بِالدِّينِ كَمَا أَشَارَ إِلَيْهِ سَلْمَانُ حِينَ افْتَخَرَتِ الصَّحَابَةُ بِالْأُنْسَابِ وَانْتَهَى الْأَمْرُ إِلَيْهِ: أَبِي الْإِسْلَامُ لَا أَبَ لِي سِوَاهُ.

قَوْلُهُ (وَعَنْ مُحَمَّدٍ كَذَلِكَ إِلَّا أَنْ يَكُونَ) يَعْنِي قَالَ مُحَمَّدٌ: لَا يُعْتَبَرُ التَّفَاضُلُ فِيمَا بَيْنَ قُرَيْشٍ (إِلَّا أَنْ يَكُونَ) النَّسَبُ (نَسَبًا مَشْهُورًا) فِي الْحُرْمَةِ (كَأَهْلِ بَيْتِ الْخِلَافَةِ) فَحِينَئِذٍ يُعْتَبَرُ التَّفَاضُلُ، حَتَّى لَوْ تَزَوَّجَتْ قُرَشِيَّةٌ مِنْ أَوْلَادِ الْخُلَفَاءِ قُرَشِيًّا لَيْسَ مِنْ أَوْلَادِهِمْ كَانَ لِلْأَوَّلِيَاءِ حَقُّ الْاِعْتِرَاضِ.

قَالَ الْمُصَنِّفُ (كَأَنَّهُ) يَعْنِي مُحَمَّدًا (قَالَ ذَلِكَ تَعْظِيمًا لِلْخِلَافَةِ وَتَسْكِينًا لِلْفِتْنَةِ) لَا بُدَّامِ أَصْلِ الْكِفَاءَةِ.

وَقَوْلُهُ (وَبَنُو بَاهِلَةَ) بَنُو بَاهِلَةَ قَبِيلَةٌ مِنْ قَيْسِ عَيْلَانَ وَهِيَ فِي الْأَصْلِ اسْمُ امْرَأَةٍ مِنْ هَمْدَانَ كَانَتْ تَحْتَ مَعْنٍ بْنِ أَعْصَرَ بْنِ سَعْدِ بْنِ قَيْسِ عَيْلَانَ فَتَنَسَبَ وَلَدُهَا إِلَيْهَا، وَالْعَرَبُ هُمُ الَّذِينَ اسْتَوْطَنُوا الْمَدْنَ وَالْقُرَى، وَالْوَاحِدُ عَرَبِيٌّ، وَالْأَعْرَابِيُّ وَاحِدُ الْأَعْرَابِ وَهُمْ أَهْلُ الْبَدْوِ (وَبَنُو بَاهِلَةَ) لَيْسُوا بِأَكْفَاءَ لِعَامَّةِ الْعَرَبِ لَأَنَّهُمْ مَعْرُوفُونَ بِالْخِسَاسَةِ لَأَنَّهُمْ كَانُوا يَأْكُلُونَ بَقِيَّةَ الطَّعَامِ مَرَّةً ثَانِيَةً، وَلَأَنَّهُمْ كَانُوا يَطْبُخُونَ عِظَامَ الْمَيْتَةِ وَيَأْخُذُونَ الدُّسُومَاتِ مِنْهَا. قَالَ قَاتِلُهُمْ:

وَلَا يَنْفَعُ الْأَصْلُ مِنْ هَاشِمٍ إِذَا كَانَتْ النَّفْسُ مِنْ بَاهِلَةَ

(وَأَمَّا الْمَوَالِي فَمَنْ كَانَ لَهُ أَبَوَانِ فِي الْإِسْلَامِ فَصَاعِدًا فَهُوَ مِنَ الْأَكْفَاءِ) يَعْنِي لَمَنْ لَهُ أَبَاءٌ فِيهِ. وَمَنْ أَسْلَمَ بِنَفْسِهِ أَوْ لَهُ أَبٌ وَاحِدٌ فِي الْإِسْلَامِ لَا يَكُونُ كَفْنَا لَمَنْ لَهُ أَبَوَانِ فِي الْإِسْلَامِ؛ لِأَنَّ تَمَامَ النَّسَبِ بِالْأَبِ وَالْجَدِّ، وَأَبُو يُوسُفَ الْحَقَّ الْوَاحِدَ بِالْمُنْتَهَى كَمَا هُوَ مَذْهَبُهُ فِي التَّعْرِيفِ. وَمَنْ أَسْلَمَ بِنَفْسِهِ لَا يَكُونُ كَفْنَا لَمَنْ لَهُ أَبٌ وَاحِدٌ فِي الْإِسْلَامِ؛ لِأَنَّ التَّفَاخُرَ فِيمَا بَيْنَ الْمَوَالِي بِالْإِسْلَامِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَأَمَّا الْمَوَالِي) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (كَمَا هُوَ مَذْهَبُهُ فِي التَّعْرِيفِ) أَيِ فِي تَعْرِيفِ الشَّخْصِ فِي الشَّهَادَةِ، فَإِنَّ الشُّهُودَ إِذَا ذَكَرُوا اسْمَ الْعَائِبِ وَاسْمَ أَبِيهِ يَحْصُلُ بِهِ التَّعْرِيفُ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ. وَلَا حَاجَةَ إِلَى ذِكْرِ الْجَدِّ، وَعِنْدَهُمَا لَا بُدَّ مِنْ ذِكْرِ الْجَدِّ. وَقَوْلُهُ وَمَنْ أَسْلَمَ بِنَفْسِهِ لَا يَكُونُ كُفْتًا لِمَنْ لَهُ أَبٌ وَاحِدٌ فِي الْإِسْلَامِ) نُقِلَ فِي النِّهَايَةِ عَنِ الْإِمَامِ الْمُحَبِّبِيِّ أَنَّ هَذَا فِي الْمَوَالِي، وَأَمَّا فِي الْعَرَبِ فَمَنْ لَا أَبَ لَهُ فِي الْإِسْلَامِ مِنَ الْعَرَبِ وَهُوَ مُسْلِمٌ فَهُوَ كُفْتٌ لِمَنْ لَهُ آبَاءٌ فِي الْإِسْلَامِ لِأَنَّ الْعَرَبَ يَتَفَاخَرُونَ بِالنَّسَبِ فَيَعُدُّونَ النَّسَبَ كُفْتًا لِنَسَبِ آخَرٍ إِذَا كَانَا مُسْلِمَيْنِ، وَأَمَّا الْعَجَمُ فَقَدْ ضَيَّعُوا أُنْسَابَهُمْ وَمُفَاخَرَتَهُمْ بِالْإِسْلَامِ، فَمَنْ كَانَ لَهُ أَبٌ فِي الْإِسْلَامِ يَفْتَخِرُ عَلَى مَنْ لَا أَبَ لَهُ فِيهِ وَلَا يَعُدُّهُ كُفْتًا لَهُ.

وَالْكَفَاءَةُ فِي الْحُرِّيَّةِ نَظِيرُهَا فِي الْإِسْلَامِ فِي جَمِيعِ مَا ذَكَرْنَا؛ لِأَنَّ الرِّقَّ أَثَرُ الْكُفْرِ وَفِيهِ مَعْنَى الدَّلِّ فَيُعْتَبَرُ فِي حُكْمِ الْكَفَاءَةِ.

الشرح:

(وَالْكَفَاءَةُ فِي الْحُرِّيَّةِ نَظِيرُهَا) أَيِ نَظِيرُ الْكَفَاءَةِ (فِي الْإِسْلَامِ فِي جَمِيعِ مَا ذَكَرْنَا) مِنَ الْوِفَاقِ وَالْخِلَافِ فَإِنَّ الْعَبْدَ لَا يَكُونُ كُفْتًا لِمَنْ هِيَ حُرَّةُ الْأَصْلِ، وَكَذَلِكَ الْمُعْتَقُ لَا يَكُونُ كُفْتًا لَهَا وَالْمُعْتَقُ أَبُوهُ لَا يَكُونُ كُفْتًا لِمَنْ لَهَا أَبَوَانِ فِي الْحُرِّيَّةِ (لِأَنَّ الرِّقَّ أَثَرُ الْكُفْرِ وَفِيهِ مَعْنَى الدَّلِّ فَيُعْتَبَرُ فِي حُكْمِ الْكَفَاءَةِ) بِسَبَبِهِ وَرَوَى عَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّ الَّذِي أَسْلَمَ بِنَفْسِهِ أَوْ أُعْتِقَ إِذَا أَحْرَزَ مِنَ الْفَضَائِلِ مَا يُقَابِلُ نَسَبِ الْآخَرِ كَانَ كُفْتًا لَهُ.

قَالَ (وَتُعْتَبَرُ أَيْضًا فِي الدِّينِ) أَيِ الدِّيَانَةِ، وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ هُوَ الصَّحِيحُ؛ لِأَنَّهُ مِنْ أَعْلَى الْمَفَاحِرِ، وَالْمَرْأَةُ تُعْبَرُ بِفُسْقِ الزَّوْجِ فَوْقَ مَا تُعْبَرُ بِضَعْفِ نَسَبِهِ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: لَا تُعْتَبَرُ؛ لِأَنَّهُ مِنْ أُمُورِ الْآخِرَةِ فَلَا تُبْتَنَى عَلَيْهِ أَحْكَامُ الدُّنْيَا إِلَّا إِذَا كَانَ يَصْفَعُ وَيُسَخِّرُ مِنْهُ أَوْ يَخْرُجُ إِلَى الْأَسْوَاقِ سَكَرَانَ وَيَلْعَبُ بِهِ الصَّبِيَانُ؛ لِأَنَّهُ مُسْتَخَفٌّ بِهِ.

الشرح:

قَالَ (وَتُعْتَبَرُ أَيْضًا فِي الدِّينِ) أَيِ وَتُعْتَبَرُ أَيْضًا الْكَفَاءَةُ فِي الدِّينِ (أَيِ فِي الدِّيَانَةِ)

وَهِيَ التَّقْوَى وَالصَّلَاحُ وَالْحَسَبُ وَهُوَ مَكَارِمُ الْأَخْلَاقِ، وَإِنَّمَا فُسِّرَ الدِّينُ بِالدِّيَانَةِ لِأَنَّ مُطْلَقَ الدِّينِ هُوَ الْإِسْلَامُ، وَلَا كَلَامَ فِيهِ لِأَنَّ إِسْلَامَ الزَّوْجِ شَرْطُ جَوَازِ نِكَاحِ الْمُسْلِمَةِ، وَإِنَّمَا الْكَلَامُ فِي حَقِّ الْإِعْتِرَاضِ لِلأَوْلِيَاءِ بَعْدَ انْعِقَادِ الْعَقْدِ وَذَلِكَ لَا يَكُونُ إِلَّا فِي الدِّينِ بِمَعْنَى الدِّيَانَةِ (وَهَذَا) أَيُّ اعْتِبَارِ الْكِفَاءَةِ فِي الدِّيَانَةِ.

(قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ لِأَنَّهُ) أَيُّ الدِّينِ بِمَعْنَى الدِّيَانَةِ (مِنْ أَعْلَى الْمَفَاحِرِ وَالْمَرَأَةِ تُعَيَّرُ بِفَسْقِ الزَّوْجِ فَوْقَ مَا تُعَيَّرُ بِضِعَةِ النَّسَبِ) فَلَمَّا كَانَ النَّسَبُ مُعْتَبَرًا فِيهَا كَانَتِ الدِّيَانَةُ أَوْلَى بِالْإِعْتِبَارِ.

وَقَوْلُهُ: (وَأَبُو يُوسُفَ مَعَهُ هُوَ الصَّحِيحُ) أَيُّ قِرَانِ قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ مَعَ أَبِي حَنِيفَةَ حَتَّى تَكُونَ الْكِفَاءَةُ فِي الدِّينِ قَوْلُهُمَا جَمِيعًا هُوَ الصَّحِيحُ، وَاحْتَرَزَ بِذَلِكَ عَنْ رِوَايَةِ أُخْرَى عَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ لَمْ يَعْتَبَرِ الْكِفَاءَةَ فِي الدِّينِ حَيْثُ قَالَ إِذَا كَانَ الْفَاسِقُ ذَا مَرْوَةٍ يَكُونُ كُفْتًا، وَقَالَ فِي شَرْحِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ أَرَادَ بِهِ أَعْوَانَ السُّلْطَانِ إِذَا كَانُوا بِحَيْثُ يَكُونُ لَهُمْ مَهَابَةٌ عِنْدَ النَّاسِ.

(وَقَالَ مُحَمَّدٌ لَا تُعْتَبَرُ الْكِفَاءَةُ فِي الدِّيَانَةِ لِأَنَّهُ مِنْ أُمُورِ الْآخِرَةِ، فَلَا تُبْتَنَى عَلَيْهِ أَحْكَامُ الدُّنْيَا إِلَّا إِذَا كَانَ يُصْنَعُ) أَيُّ يُضْرَبُ عَلَى قَفَاهُ بَعَرَضِ الْكَفِّ (وَيُسَخَّرُ مِنْهُ أَوْ يَخْرُجُ إِلَى الْأَسْوَاقِ سَكْرَانٌ فَيَلْعَبُ بِهِ الصَّبِيَّانُ) فَإِنَّهُ لَا يَكُونُ حِينَئِذٍ كُفْتًا لِمَرْأَةٍ صَالِحَةٍ مِنْ أَهْلِ الْبُيُوتَاتِ قِيلَ وَعَلَيْهِ الْفَتْوَى (لِأَنَّهُ مُسْتَخَفٌّ بِهِ) أَيُّ بِذَلِكَ الصَّفْعِ

قَالَ (و) تُعْتَبَرُ (فِي الْمَالِ وَهُوَ أَنْ يَكُونَ مَالِكًا لِلْمَهْرِ وَالتَّفَقَّةِ) وَهَذَا هُوَ الْمُعْتَبَرُ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ، حَتَّى إِنْ مَنْ لَا يَمْلِكُهُمَا أَوْ لَا يَمْلِكُ أَحَدَهُمَا لَا يَكُونُ كُفْتًا؛ لِأَنَّ الْمَهْرَ بَدَلُ الْبُضْعِ فَلَا بُدَّ مِنْ إِيفَائِهِ وَبِالتَّفَقَّةِ قِيَامُ الْإِزْدِوَاجِ وَدَوَامُهُ. وَالْمُرَادُ بِالْمَهْرِ قَدْرُ مَا تَعَارَفُوا تَعَجِيلُهُ؛ لِأَنَّ مَا وَرَاءَهُ مُؤَجَّلٌ عَرَفًا. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ اعْتَبَرَ الْقُدْرَةَ عَلَى التَّفَقَّةِ دُونَ الْمَهْرِ؛ لِأَنَّهُ تَجَرِي الْمُسَاهَلَةِ فِي الْمَهْرِ وَيُعَدُّ الْمَرْءُ قَادِرًا عَلَيْهِ بِسَارٍ أَبِيهِ.

الشرح:

(وَتُعْتَبَرُ الْكِفَاءَةُ فِي الْمَالِ وَهُوَ أَنْ يَكُونَ مَالِكًا لِلْمَهْرِ وَالتَّفَقَّةِ وَهَذَا هُوَ الْمُعْتَبَرُ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ) عَنْ عُلَمَائِنَا (حَتَّى إِنْ مَنْ لَا يَمْلِكُهُمَا أَوْ لَا يَمْلِكُ أَحَدَهُمَا لَا يَكُونُ كُفْتًا) أَمَّا الْمَهْرُ فَلِأَنَّهُ بَدَلُ الْبُضْعِ فَلَا بُدَّ مِنْ إِيفَائِهِ، وَأَمَّا التَّفَقَّةُ فَلِأَنَّ قِيَامَ الْإِزْدِوَاجِ

وَدَوَامُهُ بِهَا (وَالْمُرَادُ بِالْمَهْرِ قَدْرُ مَا تَعَارَفُوا تَعَجِيلُهُ لِأَنَّ مَا وَرَاءَهُ مُؤَجَّلٌ غُرْفًا) لَيْسَ بِمُطَالَبٍ بِهِ فَلَا يُسْقِطُ الْكَفَاءَةَ. وَقَوْلُهُ: (وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ) هُوَ غَيْرُ ظَاهِرِ الرَّوَايَةِ. رَوَى الْحَسَنُ بْنُ أَبِي مَالِكٍ عَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ قَالَ: الْكَفَاءُ هُوَ الَّذِي يَقْدَرُ عَلَى الْمَهْرِ وَالتَّفَقَّةِ. قُلْتُ: فَإِنْ كَانَ يَمْلِكُ الْمَهْرَ دُونَ التَّفَقَّةِ، قَالَ: لَيْسَ بِكَفَاءٍ قُلْتُ: فَإِنْ كَانَ يَمْلِكُ التَّفَقَّةَ دُونَ الْمَهْرِ، قَالَ: يَكُونُ كُفْتًا. قَالَ الصَّدْرُ الشَّهِيدُ فِي تَعْلِيلِهِ: لِأَنَّ الْمَهْرَ يَجْرِي فِيهِ التَّسْهِيلُ وَالتَّأْجِيلُ وَيُعَدُّ قَادِرًا عَلَى الْمَهْرِ يَسَارِ أَبِيهِ وَأُمِّهِ وَجَدِّهِ وَجَدَّتِهِ، وَلَا يُعَدُّ قَادِرًا عَلَى التَّفَقَّةِ يَسَارِ الْأَبِ لِأَنَّ الْآبَاءَ فِي الْعَادَاتِ يَتَحَمَّلُونَ الْمُهْرَ عَنِ الْأَوْلَادِ دُونَ التَّفَقَّةِ الدَّائِرَةِ.

فَأَمَّا الْكَفَاءَةُ فِي الْغِنَى فَمُعْتَبَرَةٌ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ حَتَّى إِنْ الْفَائِضَةُ فِي الْيَسَارِ لَا يَكْفِيهَا الْقَادِرُ عَلَى الْمَهْرِ وَالتَّفَقَّةِ؛ لِأَنَّ النَّاسَ يَتَفَاخَرُونَ بِالْغِنَى وَيَتَعَيَّرُونَ بِالْفَقْرِ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: لَا يُعْتَبَرُ؛ لِأَنَّهُ لَا ثَبَاتَ لَهُ إِذَا مَالَ غَادٍ وَرَائِحٍ

الشرح:

وَقَوْلُهُ (فَأَمَّا الْكَفَاءَةُ فِي الْغِنَى فَمُعْتَبَرَةٌ) ظَاهِرٌ.

(و) تُعْتَبَرُ (فِي الصَّنَائِعِ) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ. وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ فِي ذَلِكَ رَوَايَتَانِ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ لَا تُعْتَبَرُ إِلَّا أَنْ تَفْحُشَ كَالْحَجَّامِ وَالْحَائِكِ وَالِدَّبَّاحِ. وَجَهُ الْاِعْتِبَارِ أَنَّ النَّاسَ يَتَفَاخَرُونَ بِشَرْفِ الْحِرَفِ وَيَتَعَيَّرُونَ بِدَنَاءَتِهَا. وَجَهُ الْقَوْلِ الْآخِرِ أَنَّ الْحِرْفَةَ لَيْسَتْ بِإِلَازِمَةٍ، وَيُمْكِنُ التَّحَوُّلُ عَنِ الْخَسِيسَةِ إِلَى النُّفِيسَةِ مِنْهَا

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ فِي ذَلِكَ رَوَايَتَانِ) فِي رِوَايَةٍ لَا تُعْتَبَرُ وَهُوَ الظَّاهِرُ حَتَّى يَكُونَ الْبَيْطَارُ كُفْتًا لِلْعَطَّارِ. وَفِي رِوَايَةٍ قَالَ: الْمَوَالِي بَعْضُهُمْ أَكْفَاءُ لِبَعْضٍ إِلَّا الْحَائِكُ وَالْحَجَّامُ (وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ لَا تُعْتَبَرُ إِلَّا أَنْ تَفْحُشَ كَالْحَجَّامِ وَالْحَائِكِ وَالِدَّبَّاحِ) وَوَجْهُ الرِّوَايَتَيْنِ مَا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ وَهُوَ وَاضِحٌ.

قَالَ (وَإِذَا تَزَوَّجَتِ الْمَرْأَةُ وَنَقَصَتْ عَنِ مَهْرِ مِثْلِهَا فَلِلْأَوْلِيَاءِ الْاِعْتِرَاضُ عَلَيْهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ حَتَّى يَتِمَّ لَهَا مَهْرٌ مِثْلُهَا أَوْ يُفَارِقَهَا) وَقَالَا: لَيْسَ لَهُمْ ذَلِكَ. وَهَذَا الْوَضْعُ إِنَّمَا يَصِحُّ عَلَى قَوْلِ مُحَمَّدٍ عَلَى اِعْتِبَارِ قَوْلِهِ الْمَرْجُوعُ إِلَيْهِ فِي النِّكَاحِ بِغَيْرِ الْوَلِيِّ، وَقَدْ صَحَّ ذَلِكَ

وَهَذِهِ شَهَادَةٌ صَادِقَةٌ عَلَيْهِ. لَهَا أَنْ مَا زَادَ عَلَى الْعَشْرَةِ حَقُّهَا وَمَنْ أَسْقَطَ حَقَّهُ لَا يُعْتَرَضُ عَلَيْهِ كَمَا بَعْدَ التَّسْمِيَةِ. وَلَأَبْيَ حَنِيفَةً أَنَّ الْأَوْلِيَاءَ يَفْتَحِرُونَ بِغَلَاءِ الْمَهْرِ وَيَتَعَيَّرُونَ بِنُقْصَانِهِ فَأَشْبَهَ الْكَفَاءَةَ، بِخِلَافِ الْإِبْرَاءِ بَعْدَ التَّسْمِيَةِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَتَعَيَّرُ بِهِ.

الشرح:

قَالَ (وَإِذَا تَزَوَّجَتْ الْمَرْأَةُ وَنَقَصَتْ عَنْ مَهْرٍ مِثْلَهَا) إِذَا تَزَوَّجَتْ الْمَرْأَةُ وَنَقَصَتْ عَنْ مَهْرٍ مِثْلَهَا (فَلِلْأَوْلِيَاءِ الْإِعْتِرَاضُ عَلَيْهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ حَتَّى يُتِمَّ لَهَا مَهْرَ مِثْلَهَا أَوْ يُفَارِقَهَا وَقَالَ لَيْسَ لَهُمْ ذَلِكَ) قَالَ الْمُصَنِّفُ (وَهَذَا الْوَضْعُ) أَيُّ وَضْعُ الْقُدُورِيِّ هَذِهِ الْمَسْأَلَةَ عَلَى هَذَا الْوَجْهِ (إِنَّمَا يَصِحُّ عَلَى قَوْلِ مُحَمَّدٍ عَلَى اعْتِبَارِ قَوْلِهِ الْمَرْجُوعُ إِلَيْهِ فِي النِّكَاحِ بِغَيْرِ الْوَلِيِّ وَقَدْ صَحَّ ذَلِكَ، وَهَذِهِ شَهَادَةٌ صَادِقَةٌ عَلَيْهِ) فَإِنَّهُ لَوْ لَمْ يَصِحَّ نِكَاحُهَا بِغَيْرِ الْوَلِيِّ لَمْ يَقْلُ لَيْسَ لَهُمُ الْإِعْتِرَاضُ.

وَأَقُولُ: هَذَا إِنَّمَا يَسْتَقِيمُ أَنْ لَوْ تَعَيَّنَ هَذَا الْوَضْعُ فِي النِّكَاحِ بِغَيْرِ وَلِيٍّ، وَلَيْسَ كَذَلِكَ فَإِنَّهُ لَوْ أَدِنَ لَهَا الْوَلِيُّ بِالنِّكَاحِ وَلَمْ يُسَمِّ مَهْرًا فَعَقَدَتْ عَلَى هَذَا الْوَجْهِ صَحَّ وَضْعُ الْمَسْأَلَةَ عَلَى قَوْلِ مُحَمَّدٍ الْأَوَّلِ، وَكَذَلِكَ لَوْ أَكْرَهَ السُّلْطَانُ امْرَأَةً وَوَلَّيَهَا عَلَى تَزْوِيجِهَا بِمَهْرٍ قَلِيلٍ فَفَعَلَ ثُمَّ زَالَ الْإِكْرَاهُ وَرَضِيَتْ الْمَرْأَةُ دُونَ الْوَلِيِّ فَلَيْسَ لَهُ ذَلِكَ فِي قَوْلِ مُحَمَّدٍ الْأَوَّلِ فَلَمْ يَكُنْ فِي هَذَا الْوَضْعِ دَلَالَةٌ عَلَى رُجُوعِ مُحَمَّدٍ إِلَى قَوْلِهِمَا، وَالْوَجْهُ مِنْ الْجَانِبَيْنِ عَلَى مَا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ وَاضِحٌ.

وَقَوْلُهُ (فَأَشْبَهَ الْكَفَاءَةَ) يَعْنِي فِي تَعْيِيرِ الْأَوْلِيَاءِ بِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا. وَاعْتَرَضَ بِأَنَّ الشَّرْعَ قَدْ نَدَبَنَا إِلَى رُخْصِ الصَّدَاقِ دُونَ تَرْكِ الْكَفَاءَةِ، وَكَذَلِكَ النَّبِيُّ ﷺ لَمْ يَضَعْ بَنَاتِهِ فِي غَيْرِ الْأَكْفَاءِ وَزَوَّجَهُنَّ بِأَذْنَى الصَّدَاقِ، فَإِنَّهُ مَا زَادَ عَلَى أَرْبَعِ أَوَاقٍ وَتَشْ؛ أَيُّ نَصْفِ أُوقِيَّةٍ، وَمُهُورُهُنَّ كَانَتْ فَوْقَ مُهُورِ سَائِرِ النِّسَاءِ لِأَنَّ الزِّيَادَةَ بِقَدْرِ الشَّرَفِ، وَلَمْ يَزَلِ الشَّرْفُ كَانَ بِقُرْبِشٍ فَلَا مُشَابَهَةَ بَيْنَهُمَا.

وَالْجَوَابُ بِأَنَّ وَجْهَ الشُّبْهِ مَا ذَكَرْنَاهُ مِنْ تَعْيِيرِ الْأَوْلِيَاءِ، وَهُوَ وَصْفٌ مُؤَثَّرٌ فِي الْبَابِ، وَأَمَّا أَنْ لَا يَكُونَ بَيْنَ الْمَشْبَهِ وَالْمُشَبَّهِ بِهِ فَرْقٌ بَوَاحٍ مِنَ الْوُجُوهِ فَلَمْ يَشْتَرِطْ أَحَدٌ مِنْ ذَوِي التَّحْصِيلِ. وَقَوْلُهُ (بِخِلَافِ الْإِبْرَاءِ بَعْدَ التَّسْمِيَةِ) جَوَابُ قَوْلِهِمَا كَمَا بَعْدَ التَّسْمِيَةِ، وَذَلِكَ لِأَنَّ الْأَوْلِيَاءَ لَا يَشْتَغِلُونَ بِإِسْتِيفَاءِ الْمُهُورِ عَادَةً وَرُبَّمَا يَعْدُوْنَهُ ضَرْبًا مِنْ

اللُّؤْمُ فِي الْعَادَاتِ.

(وَإِذَا زَوْجُ الْأَبِ بِنْتَهُ الصَّغِيرَةَ وَنَقَصَ مِنْ مَهْرِهَا أَوْ ابْنَهُ الصَّغِيرَ وَزَادَ فِي مَهْرِ امْرَأَتِهِ جَازَ ذَلِكَ عَلَيْهِمَا، وَلَا يَجُوزُ ذَلِكَ لغيرِ الأبِ وَالْجَدِّ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: لَا يَجُوزُ الْحَطُّ وَالزِّيَادَةُ إِلَّا بِمَا يَتَغَابَنُ النَّاسُ فِيهِ) وَمَعْنَى هَذَا الْكَلَامِ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ الْعَقْدُ عِنْدَهُمَا؛ لِأَنَّ الْوِلَايَةَ مُقَيَّدَةٌ بِشَرْطِ النَّظَرِ فَعِنْدَ قَوَاتِهِ يَبْطُلُ الْعَقْدُ، وَهَذَا لِأَنَّ الْحَطَّ عَنْ مَهْرِ الْمَثَلِ لَيْسَ مِنَ النَّظَرِ فِي شَيْءٍ كَمَا فِي الْبَيْعِ، وَلِهَذَا لَا يَمْلِكُ ذَلِكَ غَيْرُهُمَا. وَلَأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الْحُكْمَ يُدَارُ عَلَى دَلِيلِ النَّظَرِ وَهُوَ قُرْبُ الْقَرَابَةِ، وَفِي النِّكَاحِ مَقَاصِدُ تَرَبُّو عَلَى الْمَهْرِ. أَمَّا الْمَالِيَّةُ فَهِيَ الْمَقْصُودُ فِي التَّصَرُّفِ الْمَالِيِّ وَالِدَّلِيلُ عَدِمَانُهُ فِي حَقِّ غَيْرِهِمَا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِذَا زَوْجُ الْأَبِ ابْنَتَهُ الصَّغِيرَةَ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (وَمَعْنَى هَذَا الْكَلَامِ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ الْعَقْدُ) بَيَّانُهُ أَنَّ هَذَا الْكَلَامَ وَهُوَ قَوْلُهُ " وَقَالَا لَا يَجُوزُ عِنْدَهُمَا الْحَطُّ وَالزِّيَادَةُ إِلَّا بِمَا يَتَغَابَنُ النَّاسُ فِيهِ " بَظَاهِرِهِ يَدُلُّ عَلَى أَنَّ الْعَقْدَ صَحِيحٌ وَالزِّيَادَةُ وَالنَّقْصَانُ لَا يَجُوزُ لِأَنَّ الْمَانِعَ مِنْ قَبْلِ التَّسْمِيَةِ وَفَسَادِهَا لَا يَمْنَعُ صِحَّةَ النِّكَاحِ كَمَا لَوْ تَرَكَهَا أَصْلًا أَوْ زَوَّجَهَا عَلَى خَمَرٍ أَوْ خَنْزِيرٍ وَهُوَ قَوْلُ بَعْضِ مَشَايخِنَا.

وَقَالَ آخَرُونَ: مَعْنَاهُ أَنَّ نَفْسَ النِّكَاحِ لَا يَجُوزُ، وَهُوَ مُخْتَارُ شَمْسِ الْأَكْمَةِ السَّرْحَسِيِّ وَفَخِرِ الْإِسْلَامِ وَالْمُصَنِّفِ (لِأَنَّ الْوِلَايَةَ مُقَيَّدَةٌ بِشَرْطِ النَّظَرِ) وَلَا نَظَرَ فِيمَا إِذَا حَطَّ عَنْ مَهْرِهَا أَوْ زَادَ عَنْ مَهْرِهِ فَيَكُونُ الْعَقْدُ بَاطِلًا كَمَا إِذَا بَاعَ الْأَبُ بِأَقْلٍ مِنَ الْقِيَمَةِ بَعْنٍ فَاحِشٍ أَوْ اشْتَرَى بِأَكْثَرٍ مِنْهَا بِذَلِكَ (وَلِهَذَا لَا يَمْلِكُ ذَلِكَ غَيْرُهُمَا، وَلَأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الْحُكْمَ يُدَارُ عَلَى دَلِيلِ النَّظَرِ) تَقْرِيرُهُ: النَّظَرُ وَالضَّرَرُ فِي هَذَا الْعَقْدِ بَاطِنَانِ، لَكِنْ لِلنَّظَرِ دَلِيلٌ يَدُلُّ عَلَيْهِ (وَهُوَ قُرْبُ الْقَرَابَةِ) الدَّاعِيَةِ إِلَيْهِ وَهِيَ مَوْجُودَةٌ هَهُنَا فَيَتَرَبَّبُ الْحُكْمُ وَهُوَ جَوَازُ النِّكَاحِ عَلَيْهِ.

وَإِنَّمَا قُلْنَا بِأَنَّ النَّظَرَ وَالضَّرَرَ فِي هَذَا الْعَقْدِ بَاطِنَانِ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ مِنْهُ لَيْسَ حُصُولُ الْمَالِ أَلْبَتَّةَ بَلْ فِيهِ مَقَاصِدُ تَرَبُّو عَلَى الْمَهْرِ مِنَ الْكَمَالَاتِ الْمَطْلُوبَةِ فِي الْإِحْتَانِ وَالْعَرَائِسِ فَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ نَظَرُ الْأَبِ فِي الْحَطِّ وَالزِّيَادَةِ إِلَى ذَلِكَ وَيَجُوزُ أَنْ لَا يَكُونَ، فَكَانَ النَّظَرُ وَالضَّرَرُ بَاطِنَيْنِ فَأَدِيرَ الْحُكْمَ عَلَى الدَّلِيلِ، بِخِلَافِ الْبَيْعِ فَإِنَّ الْمَالِيَّةَ هِيَ الْمَقْصُودَةُ

فِي التَّصَرُّفَاتِ الْمَالِيَّةِ فَلَمْ يَكُنْ فِي مُقَابَلَتِهَا شَيْءٌ يُجْبِرُ بِهِ خَلْلُ الْعَيْنِ الْفَاحِشِ حَتَّى يَقَعَ التَّرَدُّدُ بَيْنَ النَّظَرِ وَالضَّرَرِ، وَأَمَّا فِي غَيْرِ الْأَبِ فَالدَّلِيلُ الدَّالُّ عَلَى النَّظَرِ مَعْدُومٌ.

(وَمَنْ زَوْجَ ابْنَتِهِ وَهِيَ صَغِيرَةٌ عَبْدًا أَوْ زَوْجَ ابْنِهِ وَهُوَ صَغِيرٌ أَمَةً فَهُوَ جَائِزٌ) قَالَ ﷺ (وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ أَيْضًا)؛ لِأَنَّ الْإِعْرَاضَ عَنِ الْكَفَاءَةِ لِمَصْلَحَةِ تَفَوُّقِهَا وَعِنْدَهُمَا هُوَ ضَرَرٌ ظَاهِرٌ لِعَدَمِ الْكَفَاءَةِ فَلَا يَجُوزُ.

الشرح:

قَوْلُهُ: (وَمَنْ زَوْجَ ابْنَتِهِ) نَظِيرُ تِلْكَ الْمَسْأَلَةِ فِي التَّرْوِيجِ بِضَرَرٍ ظَاهِرٍ، وَكَلَامُهُ ظَاهِرٌ.

فصل في الوكالة بالنكاح وغيرها

(وَيَجُوزُ لِابْنِ الْعَمِّ أَنْ يُزَوِّجَ بِنْتَ عَمِّهِ مِنْ نَفْسِهِ) وَقَالَ زُفَرٌ: لَا يَجُوزُ (وَأِنْ أَدْنَتْ الْمَرْأَةُ لِلرَّجُلِ أَنْ يُزَوِّجَهَا مِنْ نَفْسِهِ فَعَقَدَ بِحَضْرَةِ شَاهِدَيْنِ جَائِزَيْنِ) وَقَالَ زُفَرٌ وَالشَّافِعِيُّ: لَا يَجُوزُ. لِهَمَا أَنَّ الْوَاحِدَ لَا يُتَصَوَّرُ أَنْ يَكُونَ مُمْلَكًا وَمُتَمْلَكًا كَمَا فِي الْبَيْعِ، إِلَّا أَنَّ الشَّافِعِيَّ يَقُولُ فِي الْوَلِيِّ ضَرُورَةٌ؛ لِأَنَّهُ لَا يَتَوَلَّاهُ سِوَاهُ، وَلَا ضَرُورَةٌ فِي حَقِّ الْوَكِيلِ. وَلَنَا أَنَّ الْوَكِيلَ فِي النِّكَاحِ سَفِيرٌ وَمُعَبَّرٌ، وَالتَّمَانَعُ فِي الْحَقُوقِ دُونَ التَّعْبِيرِ وَلَا تَرْجِعُ الْحَقُوقُ إِلَيْهِ، بِخِلَافِ الْبَيْعِ؛ لِأَنَّهُ مُبَاشِرٌ حَتَّى رَجَعَتِ الْحَقُوقُ إِلَيْهِ، وَإِذَا تَوَلَّى طَرَفِيهِ فَقَوْلُهُ زَوَّجَتْ يَتَضَمَّنُ الشُّطْرَيْنِ فَلَا يَحْتَاجُ إِلَى الْقَبُولِ.

الشرح:

(فصل في الوكالة بالنكاح وغيرها): لَمَّا كَانَتْ الْوَكَالَةُ نَوْعًا مِنَ الْوِلَايَةِ مِنْ حَيْثُ إِنَّ تَصَرُّفَ الْوَكِيلِ يَنْفُذُ عَلَى الْمُوَكَّلِ كَتَصَرُّفِ الْوَلِيِّ عَلَى الْمَوْلَى عَلَيْهِ نَاسَبٌ أَنْ يَذْكُرَهَا فِي بَابِ الْأَوْلِيَاءِ فِي فَصْلِ عَلَى حِدَةٍ. وَقَوْلُهُ (وَعِظَرُهَا) أَيُّ غَيْرِ الْوَكَالَةِ كِنِكَاحِ الْفُضُولِيِّ. قَوْلُهُ (وَيَجُوزُ لِابْنِ الْعَمِّ) صُورَتُهُ وَتَحْرِيرُ الْمَذَاهِبِ فِيهِ ظَاهِرٌ، وَقَدْ جَمَعَ بَيْنَ دَلِيلِ زُفَرٍ وَالشَّافِعِيِّ لِاشْتِرَاكِهِمَا فِي مَعْنَى وَهُوَ أَنَّ الْوَاحِدَ لَا يَكُونُ مُمْلَكًا وَمُتَمْلَكًا لَشَيْءٍ وَاحِدٍ فِي زَمَانٍ وَاحِدٍ.

وَاسْتَنْتَى الشَّافِعِيُّ الْوَلِيَّ لِأَنَّ مَذْهَبَهُ فِيهِ كَمَذْهَبِ عُلَمَائِنَا الثَّلَاثَةِ، وَبَنَاهُ عَلَى الضَّرُورَةِ (وَلَنَا أَنَّ الْوَكِيلَ فِي النِّكَاحِ سَفِيرٌ وَمُعَبَّرٌ) وَكُلُّ مَنْ هُوَ كَذَلِكَ لَا يَمْتَنِعُ أَنْ يَكُونَ مُمْلَكًا وَمُتَمْلَكًا لِأَنَّهُ لَا تَمَانَعُ فِي التَّعْبِيرِ بِأَنْ يَقُولَ تَزَوَّجْتَ بِنْتَ عَمِّي فَلَانَّةٌ عَلَى

صَدَاقٍ كَذَا، وَإِنَّمَا التَّمَانِعُ فِي الْحُقُوقِ كَالْتَسْلِيمِ وَالتَّسْلِيمِ وَالْإِيْفَاءِ وَالْإِسْتِيفَاءِ وَهِيَ لَا تَرْجِعُ إِلَيْهِ لِأَنَّهُ سَفِيرٌ لَا مُبَاشِرٌ (بِخِلَافِ الْبَيْعِ لِأَنَّهُ مُبَاشِرٌ حَتَّى رَجَعَتْ الْحُقُوقُ إِلَيْهِ، وَإِذَا تَوَلَّى طَرَفِيهِ فَقَوْلُهُ زَوَّجْتُ يَتَضَمَّنُ الشَّطْرَيْنِ) أَيْ شَطْرِي الْإِيجَابِ وَالْقَبُولِ لِأَنَّ الْوَاحِدَ لَمَّا قَامَ مَقَامَ اثْنَيْنِ قَامَتْ عِبَارَتُهُ الْوَاحِدَةُ أَيْضًا مَقَامَ عِبَارَتَيْنِ (فَلَا يَحْتَاجُ إِلَى الْقَبُولِ).

قَالَ (وَتَزْوِيجُ الْعَبْدِ وَالْأَمَةِ بِغَيْرِ إِذْنِ مَوْلَاهُمَا مَوْقُوفٌ فَإِنْ أَجَازَهُ الْمَوْلَى جَازَ، وَإِنْ رَدَّهُ بَطُلَ، وَكَذَلِكَ لَوْ زَوَّجَ رَجُلٌ امْرَأَةً بِغَيْرِ رِضَاهَا أَوْ رَجُلًا بِغَيْرِ رِضَاهُ) وَهَذَا عِنْدَنَا فَإِنَّ كُلَّ عَقْدٍ صَدَرَ مِنَ الْفُضُولِيِّ وَلَهُ مُجِيزٌ انْعَقَدَ مَوْقُوفًا عَلَى الْإِجَازَةِ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: تَصَرُّفَاتُ الْفُضُولِيِّ كُلُّهَا بَاطِلَةٌ لِأَنَّ الْعَقْدَ وَضِعَ لِحُكْمِهِ، وَالْفُضُولِيُّ لَا يَقْدِرُ عَلَى اثْبَاتِ الْحُكْمِ فَيَلْغُو. وَلَنَا أَنَّ رُكْنَ التَّصَرُّفِ صَدَرَ مِنْ أَهْلِهِ مُضَافًا إِلَى مَحَلِّهِ، وَلَا ضَرَرَ فِي انْعِقَادِهِ فَيَنْعَقِدُ مَوْقُوفًا. حَتَّى إِذَا رَأَى الْمَصْلَحَةَ فِيهِ يُنْفِذُهُ، وَقَدْ يَتَرَاخَى حُكْمُ الْعَقْدِ عَنِ الْعَقْدِ.

(وَمَنْ قَالَ اشْهَدُوا أَنِّي قَدْ تَزَوَّجْتُ فُلَانَةَ فَبَلَغَهَا فَأَجَازَتْ فَهُوَ بَاطِلٌ، وَإِنْ قَالَ آخَرُ اشْهَدُوا أَنِّي قَدْ زَوَّجْتُهَا مِنْهُ فَبَلَغَهَا الْخَبَرُ فَأَجَازَتْ جَازَ، وَكَذَلِكَ إِنْ كَانَتْ الْمَرْأَةُ هِيَ الَّتِي قَالَتْ جَمِيعَ ذَلِكَ) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: إِذَا زَوَّجَتْ نَفْسَهَا غَائِبًا فَبَلَغَهُ فَأَجَازَهُ جَازَ. وَحَاصِلُ الْخِلَافِ أَنَّ الْوَاحِدَ لَا يَصْلُحُ فُضُولِيًّا مِنَ الْجَانِبَيْنِ أَوْ فُضُولِيًّا مِنْ جَانِبٍ وَأَصِيلًا مِنْ جَانِبٍ عِنْدَهُمَا خِلَافًا لَهُ. وَلَوْ جَرَى الْعَقْدُ بَيْنَ الْفُضُولِيِّينِ أَوْ بَيْنَ الْفُضُولِيِّ وَالْأَصِيلِ جَازَ بِالْإِجْمَاعِ.

هُوَ يَقُولُ لَوْ كَانَ مَأْمُورًا مِنَ الْجَانِبَيْنِ يَنْفِذُ، فَإِذَا كَانَ فُضُولِيًّا يَتَوَقَّفُ وَصَارَ كَالْخَلْعِ وَالطَّلَاقِ وَالْإِعْتَاقِ عَلَى مَالٍ. وَلَهُمَا أَنَّ الْمَوْجُودَ شَطْرُ الْعَقْدِ؛ لِأَنَّهُ شَطْرُ حَالَةِ الْحَضَرَةِ فَكَذَا عِنْدَ الْغَيْبَةِ، وَشَطْرُ الْعَقْدِ لَا يَتَوَقَّفُ عَلَى مَا وَرَاءَ الْمَجْلِسِ كَمَا فِي الْبَيْعِ، بِخِلَافِ الْمَأْمُورِ مِنَ الْجَانِبَيْنِ؛ لِأَنَّهُ يَنْتَقِلُ كَلَامُهُ إِلَى الْعَاقِدَيْنِ، وَمَا جَرَى بَيْنَ الْفُضُولِيِّينَ عَقْدٌ تَامٌ، وَكَذَا الْخَلْعُ وَأَخْتَاهُ؛ لِأَنَّهُ تَصَرُّفٌ يَمِينٍ مِنْ جَانِبِهِ حَتَّى يَلْزَمَ فَيَتِمَّ بِهِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَتَزْوِيجُ الْعَبْدِ وَالْأَمَةِ ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (وَلَهُ مُجِيزٌ) أَيْ قَابِلٌ يَقْبَلُ الْإِيجَابَ سَوَاءً كَانَ فُضُولِيًّا آخَرَ أَوْ وَكِيلًا أَوْ أَصِيلًا. وَقَوْلُهُ (لَأَنَّ الْعَقْدَ وَضِعَ لِحُكْمِهِ) بِنَاءً عَلَى أَنَّ الْمَقَاصِدَ الْأَصْلِيَّةَ هُوَ الْحُكْمُ وَالْأَسْبَابُ وَالْعِلَلُ وَسَائِلُ إِلَيْهِ (وَالْفُضُولِيُّ لَا يَقْدِرُ عَلَى

إثبات الحكم) وإلا لجاز للناس تملك أموال الناس للناس وفيه من الفساد ما لا يخفى، وإذا لم يكن قادراً كان كلامه لغواً.

(ولنا أن ركن التصرف) وهو قوله زوجت وتزوجت (صدر من أهله) وهو الحر العاقل البالغ (مضافاً إلى محله) وهو الأثنى من بنات آدم عليه السلام وليست من المحرمات (ولا ضرر في انعقاده) لكونه غير لازم موقوفاً على الإجازة (فينعقد موقوفاً، فإن رأى فيه مصلحة نفذه) وإلا أبطله.

وقوله (وقد يترأخى حكم العقد) جواب عن قوله لأن العقد وضع لحكمة وتقريره القول بالموجب: يعني سلمنا ذلك لكن الحكم هاهنا لم ينعدم بل تأخر إلى الإجازة، والحكم قد يترأخى عن العقد كما في البيع بشرط الخيار، فإن لزومه متأخر إلى سقوط الخيار. وقوله (ومن قال اشهدوا أنني قد تزوجت فلانة) ظاهر. والفرق بين المسألتين أن الأولى لا مجيز لها فلا تتوقف، والثانية لها مجيز فتتوقف لما تقدم أن شرط التوقف وجود المجيز.

وقوله (وهذا) أي مجموع ما ذكر (قول أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف: إذا زوجت نفسها قبله) يعني بغير مجيز (كأجازة جان) قوله (وحاصل ذلك) قال الإمام المحنبي: هاهنا ست مسائل، ثلاث منها تقف على الإجازة بلا خلاف: إحداها أن الفضولي إذا قال: زوجت فلانة من فلان وقيل عنه فضولي آخر، أو قال الرجل تزوجت فلانة وهي غائبة فأجابته فضولي وقال: زوجتها منك وقالت المرأة زوجت نفسي من فلان الغائب وقيل عن فلان: فضولي توقف العقد على الإجازة في هذه الفصول الثلاثة بالاتفاق، لأنه عقد جرى بين اثنين فيكون تاماً موقوفاً على الإجازة.

وفي ثلاث منها اختلاف: إحداها ما ذكر أولاً وهو قوله (ومن قال اشهدوا أنني قد تزوجت فلانة، والثانية أن تقول المرأة: زوجت نفسي من فلان وفلان غائب ولم يقبل عنه آخر. والثالثة أن يقول الفضولي زوجت فلانة من فلان وهما غائبان ولم يقبل أحد فعلى قولهما لا يتوقف العقد على إجازة الغائب، وهو قول أبي يوسف أولاً، وعلى قوله آخرًا يتوقف).

(هو يقول) في الفضولي من الجانبين (لو كان مأموراً من الجانبين نفذ، فإذا كان

فَضُولًا تَوَقَّفَ) لَأَنَّ كَلَامَ الْوَاحِدِ عَقْدٌ تَأْمٌ فِي النِّكَاحِ بِاعْتِبَارِ الْإِذْنِ ابْتِدَاءً فَكَذَا بِاعْتِبَارِ
الْإِجَارَةِ انْتِهَاءً، لَأَنَّ الْإِجَارَةَ الْلاحِقَةَ كَالْوَكَالَةِ السَّابِقَةَ كَمَا فِي الْخُلْعِ وَالطَّلَاقِ
وَالْإِعْتِاقِ عَلَى مَالٍ، فَإِنَّ الزَّوْجَ إِذَا قَالَ: خَالَعْتُ امْرَأَتِي عَلَى كَذَا وَهِيَ غَائِبَةٌ فَلَعَهَا
الْخَبْرُ فَقَبِلْتُ فِي مَجْلَسٍ عَلِمَهَا جَازَ بِالْإِتِّفَاقِ، وَكَذَلِكَ الطَّلَاقُ وَالْإِعْتِاقُ عَلَى مَالٍ،
اِحْتِيَاجُ الْكُلِّ إِلَى الْإِجْبَابِ وَالْقَبُولِ.

(وَلَهُمَا أَنْ الْمَوْجُودُ شَرْطُ الْعَقْدِ لِأَنَّهُ شَطْرُ حَالَةِ الْحَضَرَةِ) حَتَّى مَلَكَ الرَّجُوعُ قَبْلَ
قَبُولِ الْآخَرِ وَبَطَلَ بِالْقِيَامِ قَبْلَ قَبُولِ الْآخَرِ، وَلَوْ كَانَ عَقْدًا تَأْمًا لَمْ يَكُنْ كَذَلِكَ وَالْجَامِعُ
(فَكَذَا عِنْدَ الْغَيْبَةِ) لَأَنَّ الدَّلَالَ عَلَى ذَلِكَ الْمَعْنَى هُوَ الصِّغَةُ وَهِيَ لَمْ تَخْتَلَفْ (وَشَطْرُ الْعَقْدِ
لَا يَتَوَقَّفُ عَلَى مَا وَرَاءَ الْمَجْلَسِ كَمَا فِي الْبَيْعِ، بِخِلَافِ الْمَأْمُورِ مِنَ الْجَانِبَيْنِ لِأَنَّهُ يَنْقُلُ
كَلَامَهُ إِلَى الْعَاقِدَيْنِ) فَيَصِيرُ كَكَلَامَيْنِ (وَمَا جَرَى بَيْنَ الْفَضُولَيْنِ عَقْدٌ تَأْمٌ) لَوْجُودِ
الْإِجْبَابِ وَالْقَبُولِ فَيَتَوَقَّفُ.

(وَكَذَا الْخُلْعُ وَأُخْتَاهُ) أَيُّ الطَّلَاقِ عَلَى مَالٍ وَالْإِعْتِاقُ عَلَيْهِ (لَأَنَّهُ تَصَرَّفُ يَمِينٍ مِنْ
جَانِبِهِ) وَلِهَذَا كَانَ لَازِمًا لَا يَقْبَلُ الرَّجُوعُ، وَالْيَمِينُ يَتِمُّ بِالْخَالِفِ فَكَانَ عَقْدًا تَأْمًا، وَإِنَّمَا
قَالَ مِنْ جَانِبِهِ لِأَنَّ الْخُلْعَ مِنْ جَانِبِهَا مُعَاوَضَةٌ عَلَى مَا سَيَجِيءُ.

(وَمَنْ أَمَرَ رَجُلًا أَنْ يُزَوِّجَهُ امْرَأَةً فَزَوَّجَهُ اثْنَتَيْنِ فِي عَقْدَةٍ لَمْ تَلْزِمَهُ وَاحِدَةً مِنْهُمَا؛
لَأَنَّهُ لَا وَجْهَ إِلَى تَنْفِيذِهِمَا لِلْمُخَالَفَةِ وَلَا إِلَى التَّنْفِيذِ فِي إِحْدَاهُمَا غَيْرَ عَيْنٍ لِلجَهَالَةِ وَلَا
إِلَى التَّعْيِينِ لِعَدَمِ الْأَوَلَوِيَّةِ فَتَعَيَّنَ التَّضْرِيقُ.

الشرح:

قَوْلُهُ (وَمَنْ أَمَرَ رَجُلًا أَنْ يُزَوِّجَهُ امْرَأَةً فَزَوَّجَهُ اثْنَتَيْنِ) لَا يَخْلُو إِمَّا أَنْ يَكُونَ
التَّوَكِيلُ بِامْرَأَةٍ مُعَيَّنَةٍ أَوْ غَيْرِهَا، وَالثَّانِي مَسْأَلَةُ الْكِتَابِ وَهُوَ عَلَى مَا ذَكَرَهُ وَاضِحٌ وَكَانَ
أَبُو يُوسُفَ يَقُولُ أَوَّلًا: لَا يَصِحُّ نِكَاحُ إِحْدَاهُمَا بِغَيْرِ عَيْنِهَا وَالْبَيَانُ إِلَى الزَّوْجِ؛ لَأَنَّ
الْمَأْمُورَ مُمْتَثِلٌ أَمْرُهُ فِي إِحْدَاهُمَا؛ وَلَا يَبْعُدُ أَنْ تَكُونَ إِحْدَاهُمَا بِغَيْرِ عَيْنِهَا مَنْكُوحَةً؛ كَمَا
لَوْ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ ثَلَاثًا بِغَيْرِ عَيْنِهَا فَالْبَيَانُ إِلَى الزَّوْجِ.

قَالَ شَمْسُ الْأُيُمَةِ السَّرْحَسِيُّ: وَهَذَا ضَعِيفٌ لِأَنَّهُ لَيْسَ كَالطَّلَاقِ لَاحْتِمَالِهِ التَّغْلِيقُ
بِالشَّرْطِ دُونَ النِّكَاحِ، وَمَا لَا يَحْتَمِلُ التَّغْلِيقُ بِالشَّرْطِ لَا يَثْبُتُ فِي الْمَجْهُولِ لِأَنَّهُ تَغْلِيقٌ

بِالْبَيَانِ، بِخِلَافِ الطَّلَاقِ وَفِي الْأَوَّلِ، وَهُوَ أَنَّ أَمْرَهُ أَنْ يُزَوِّجَهُ فَلَانَةَ فَرَوَّجَهَا وَأُخْرَى مَعَهَا فِي عَقْدٍ وَاحِدٍ جَازَ نِكَاحُ فَلَانَةَ لِلأَمْرِ بِهِ وَتَوَقَّفَ نِكَاحُ الْأُخْرَى عَلَى الْإِجَازَةِ لِأَنَّهُ فَضُولِي فِيهَا.

(وَمَنْ أَمَرَهُ أَمِيرٌ بِأَنْ يُزَوِّجَهُ امْرَأَةً فَرَوَّجَهُ أَمَةً لِغَيْرِهِ جَازَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ) رُجُوعًا إِلَى إِبْطَالِ اللَّفْظِ وَعَدَمِ التَّهْمَةِ (وَقَالَا: لَا يَجُوزُ إِلَّا أَنْ يُزَوِّجَهُ كُفًّا؛ لِأَنَّ الْمُطْلَقَ يَتَصَرَّفُ إِلَى الْمُتَعَارَفِ وَهُوَ التَّزْوُجُ بِالْأَكْفَاءِ. قُلْنَا الْعُرْفُ مُشْتَرَكٌ أَوْ هُوَ عُرْفٌ عَمَلِيٌّ فَلَا يَصْلُحُ مُقَيِّدًا. وَذَكَرَ فِي الْوَكَالَةِ أَنَّ اعْتِبَارَ الْكِفَاءَةِ فِي هَذَا اسْتِحْسَانٌ عِنْدَهُمَا؛ لِأَنَّ كُلَّ أَحَدٍ لَا يَعْجِزُ عَنِ التَّزْوُجِ بِمُطْلَقِ الزَّوْجِ فَكَانَتْ الْاسْتِعَانَةُ فِي التَّزْوُجِ بِالْكَفِّ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ أَمَرَهُ أَمِيرٌ) قَيْدُهُ بِالْأَمِيرِ وَحُكْمُ غَيْرِهِ كَذَلِكَ. قَالَ الْإِمَامُ الْمَحْبُوبِيُّ: وَعَلَى هَذَا الْخِلَافِ إِذَا لَمْ يَكُنْ أَمِيرًا فَرَوَّجَهُ الْوَكِيلُ أَمَةً أَوْ حُرَّةً عَمِيَاءَ أَوْ مَقْطُوعَةً الْيَدَيْنِ أَوْ رُقْيَاءَ أَوْ مَقْلُوجَةً أَوْ مَجْنُونَةً، إِمَّا اتِّفَاقًا، وَإِمَّا لَمَّا قِيلَ قَيْدُهُ بِذَلِكَ لَتَظْهَرَ الْكِفَاءَةُ فَإِنَّهَا مِنْ جَانِبِ النِّسَاءِ لِلرِّجَالِ مُسْتَحْسَنَةٌ فِي الْوَكَالَةِ عِنْدَهُمَا، وَقَيْدَ بِقَوْلِهِ أَمَةً لِغَيْرِهِ لِأَنَّهُ لَوْ زَوَّجَهُ أَمَةً نَفْسِهِ لَا يَجُوزُ بِالِاتِّفَاقِ لِمَكَانِ التَّهْمَةِ، وَأَشَارَ إِلَيْهِ فِي الدَّلِيلِ بِقَوْلِهِ: وَعَدَمُ التَّهْمَةِ.

وَأَمَّا إِبْطَالُ اللَّفْظِ فَإِنَّ لَفْظَ امْرَأَةٍ مُطْلَقٌ يَقَعُ عَلَى الْحُرَّةِ وَالْأَمَةِ كَمَا إِذَا حَلَفَ لَا يَزَوِّجُ امْرَأَةً يَقَعُ عَلَى الْحُرَّةِ وَالْأَمَةِ جَمِيعًا. وَقَوْلُهُ (وَهُوَ التَّزْوُجُ بِالْأَكْفَاءِ) قَالَ الْكُشَانِيُّ: ذَلَّتِ الْمَسْأَلَةُ عَلَى أَنَّ الْكِفَاءَةَ تُعْتَبَرُ فِي النِّسَاءِ لِلرِّجَالِ أَيْضًا عِنْدَهُمَا، وَكَذَا ذَكَرَهُ فِي الْأَصْلِ (قُلْنَا الْعُرْفُ مُشْتَرَكٌ) يَعْنِي كَمَا هُوَ مُسْتَعْمَلٌ فِيمَا قُلْتُمْ مُسْتَعْمَلٌ فِيمَا قُلْنَا، فَإِنَّ الْأَشْرَافَ كَمَا يَتَزَوَّجُونَ الْحَرَائِرَ يَتَزَوَّجُونَ الْإِمَاءَ لِلتَّسْهِيلِ (أَوْ هُوَ عُرْفٌ عَمَلِيٌّ) أَيُّ عُرْفٌ مِنْ حَيْثُ الْعَمَلُ وَالْإِسْتِعْمَالُ لَا مِنْ حَيْثُ اللَّفْظُ.

وَبَيَّانُهُ أَنَّ الْعُرْفَ عَلَى تَوْعِينٍ: لَفْظِيٌّ نَحْوُ الدَّابَّةِ تُقَيَّدُ لَفْظًا بِالْفَرَسِ وَنَحْوُ الْمَالِ بَيْنَ الْعَرَبِ بِالْإِبِلِ. وَعَمَلِيٌّ أَيُّ عُرْفٌ مِنْ حَيْثُ الْعَمَلُ: أَيُّ مِنْ حَيْثُ إِنَّ عَمَلَ النَّاسِ كَذَا كَلْبُسُهُمُ الْجَدِيدَ يَوْمَ الْعِيدِ وَأَمْثَالِهِ (فَلَا يَصْلُحُ مُقَيِّدًا) لِإِبْطَالِ اللَّفْظِ لِأَنَّ إِبْطَالَ اللَّفْظِ تَصَرَّفٌ لَفْظِيٌّ وَالتَّقْيِيدُ يُقَابِلُهُ، وَمِنْ شَرْطِ التَّقَابُلِ اتِّحَادُ الْمَحَلِّ الَّذِي يَرِدَانِ عَلَيْهِ.

وَقَوْلُهُ (وَذَكَرَ) يَعْنِي مُحَمَّداً (فِي وَكَالَةِ الْأَصْلِ) إشارَةً إِلَى مَا ذَكَرْنَا مِنْ اسْتِحْسَانِ الْكَفَاءَةِ عِنْدَهُمَا فِي الْوَكَالَةِ لَمَّا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ وَهُوَ وَاضِحٌ.

بَابُ الْمَهْرِ

(وَيَصِحُّ النِّكَاحُ وَإِنْ لَمْ يُسَمَّ فِيهِ مَهْرًا)؛ لَأَنَّ النِّكَاحَ عَقْدُ انْضِمَامٍ وَازْدِوَاجٍ لُغَةً فَيَتِمُّ بِالزَّوْجَيْنِ، ثُمَّ الْمَهْرُ وَاجِبٌ شَرْعًا إِبَانَةً لَشَرَفِ الْمَحَلِّ فَلَا يَحْتَاجُ إِلَى ذِكْرِهِ لِصِحَّةِ النِّكَاحِ، وَكَذَا إِذَا تَزَوَّجَهَا بِشَرْطٍ أَنْ لَا مَهْرَ لَهَا لَمَّا بَيَّنَّا، وَفِيهِ خِلَافٌ مَالِكٍ

الشرح:

(باب المهر): لَمَّا ذَكَرَ رُكْنَ النِّكَاحِ وَشَرْطَهُ شَرَعَ فِي بَيَانِ الْمَهْرِ لِأَنَّهُ حُكْمُهُ، فَإِنَّ مَهْرَ الْمَثَلِ يَجِبُ بِالْعَقْدِ فَكَانَ حُكْمًا لَهُ، وَالْمَهْرُ هُوَ الْمَالُ يَجِبُ فِي عَقْدِ النِّكَاحِ عَلَى الزَّوْجِ فِي مُقَابَلَةِ مَنَافِعِ الْبُضْعِ، إِمَّا بِالتَّسْمِيَةِ أَوْ بِالْعَقْدِ. وَلَهُ أَسَامٍ: الْمَهْرُ، وَالصَّدَاقُ، وَالنَّحْلَةُ، وَالْأَجْرُ، وَالْفَرِيضَةُ، وَالْعَقْرُ. لَا خِلَافَ لِأَحَدٍ فِي صِحَّةِ النِّكَاحِ بِلا تَسْمِيَةِ الْمَهْرِ، قَالَ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ ﴿فَأَنْكِحُوا﴾ وَالنِّكَاحُ لُغَةً لَا يُنْبِئُ إِلَّا عَنِ الْإِنْضِمَامِ وَالْإِزْدِوَاجِ فَيَتِمُّ بِالتَّنَاقُحَيْنِ، فَلَوْ شَرَطْنَا التَّسْمِيَةَ فِيهِ زِدْنَا عَلَى النَّصِّ.

فَإِنْ قِيلَ: الْمَهْرُ وَاجِبٌ شَرْعًا فَكَيْفَ يَصِحُّ النِّكَاحُ مَعَ السُّكُوتِ عَنْهُ؟ أَجَابَ بِقَوْلِهِ (ثُمَّ الْمَهْرُ وَاجِبٌ شَرْعًا) يَعْنِي أَنَّ وَجُوبَهُ لَيْسَ لِصِحَّةِ النِّكَاحِ، وَإِنَّمَا هُوَ لِإِبَانَةِ شَرَفِ الْمَحَلِّ (فَلَا يَحْتَاجُ إِلَى ذِكْرِهِ لِصِحَّةِ النِّكَاحِ) فَإِنْ قِيلَ: هَذَا دَعْوَى فَلَا بُدَّ لَهَا مِنْ دَلِيلٍ. قُلْتُ: ذَلِكَ عَلَيْهِ قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً﴾ [البقرة: ٢٣٦] حَكَمَ بِصِحَّةِ الطَّلَاقِ مَعَ عَدَمِ التَّسْمِيَةِ، وَلَا يَكُونُ الطَّلَاقُ إِلَّا فِي النِّكَاحِ الصَّحِيحِ، فَعَلِمَ أَنَّ تَرْكَ ذِكْرِهِ لَا يَمْنَعُ صِحَّةَ النِّكَاحِ.

(وَكَذَا إِذَا تَزَوَّجَهَا بِشَرْطٍ أَنْ لَا مَهْرَ لَهَا لَمَّا بَيَّنَّا) أَنَّ النِّكَاحَ عَقْدُ انْضِمَامٍ فَيَتِمُّ بِالزَّوْجَيْنِ. وَقَوْلُهُ وَفِيهِ) أَيُّ فِيمَا إِذَا تَزَوَّجَهَا بِشَرْطٍ أَنْ لَا مَهْرَ لَهَا (خِلَافٌ مَالِكٍ) يَعْنِي أَنَّهُ لَا يُجَوِّزُهُ، قَالَ: لِأَنَّهُ عَقْدُ مُعَاوَضَةٍ مِلْكٍ مُتَعَةٍ بِمِلْكٍ مَهْرٍ فَيَفْسُدُ بِشَرْطِ نَفْيِ عَوَاضِهِ كَالْبَيْعِ بِشَرْطٍ أَنْ لَا ثَمَنَ وَيَحْتَاجُ إِلَى الْفَرْقِ بَيْنَ تَرْكِ التَّسْمِيَةِ وَشَرْطٍ أَنْ لَا يَكُونَ مَهْرًا.

وَالْقِيَاسُ عَلَى الْبَيْعِ يَقْتَضِي شُمُولَ الْعَدَمِ، وَفَرَّقَ بَيْنَهُمَا بِحَدِيثِ ابْنِ مَسْعُودٍ فِي الْمُتَعَةِ كَمَا سَيَجِيءُ. قُلْنَا: دَلَالَةُ حَدِيثِ ابْنِ مَسْعُودٍ عَلَى جَوَازِ أَنْ يَنْفِيَ الْمَهْرَ كَدَلَالَتِهِ

عَلَى جَوَازِ تَرْكِ ذِكْرِهِ لِأَنَّ إِمَّا يَكُونُ عَوْضًا يُشْتَرَطُ ذِكْرُهُ فِي الْعَقْدِ لَا يَخْتَلِفُ الْحَالُ بَيْنَ تَرْكِ ذِكْرِهِ وَتَفْيِهِ كَالْبَيْعِ.

(وَأَقْلُ الْمَهْرِ عَشْرَةُ دَرَاهِمٍ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: مَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ ثَمَنًا فِي الْبَيْعِ؛ لِأَنَّهُ حَقُّهَا فَيَكُونُ التَّقْدِيرُ إِلَيْهَا وَلَنَا قَوْلُهُ ﷺ «وَلَا مَهْرَ أَقْلٍ مِنْ عَشْرَةٍ» ^(١) وَلِأَنَّهُ حَقُّ الشَّرْعِ وَجُوبًا إِظْهَارًا لِشَرَفِ الْمَحَلِّ فَيَتَقَدَّرُ بِمَا لَهُ خَطَرٌ وَهُوَ الْعَشْرَةُ اسْتِدْلَالًا بِإِنصَابِ السَّرِقَةِ (وَلَوْ سَمِيَ أَقْلٌ مِنْ عَشْرَةٍ فَلَهَا الْعَشْرَةُ) عِنْدَنَا.

وَقَالَ زُهْرٌ: لَهَا مَهْرُ الْمِثْلِ؛ لِأَنَّ تَسْمِيَةَ مَا لَا يَصْلَحُ مَهْرًا كَانْعِدَامِهِ وَلَنَا أَنْ فَسَادَ هَذِهِ التَّسْمِيَةِ لِحَقِّ الشَّرْعِ وَقَدْ صَارَ مُقْتَضِيًا بِالْعَشْرَةِ، فَأَمَّا مَا يَرْجِعُ إِلَى حَقِّهَا فَقَدْ رَضِيَتْ بِالْعَشْرَةِ لِرِضَاهَا بِمَا دُونَهَا، وَلَا مُعْتَبَرٌ بَعْدَ التَّسْمِيَةِ؛ لِأَنَّهُمَا قَدْ تَرْضَى بِالتَّمْلِكِ مِنْ غَيْرِ عَوْضٍ تَكَرُّمًا، وَلَا تَرْضَى فِيهِ بِالْعَوْضِ الْبَسِيرِ. وَلَوْ طَلَّقَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ بِهَا تَجِبُ خَمْسَةٌ عِنْدَ عُلَمَائِنَا الثَّلَاثَةِ رَحِمَهُمُ اللَّهُ، وَعِنْدَهُ تَجِبُ الْمُتَعَةُ كَمَا إِذَا لَمْ يُسَمَّ شَيْئًا.

(وَمَنْ سَمِيَ مَهْرًا عَشْرَةً فَمَا زَادَ فَعَلَيْهِ الْمُسَمَّى إِنْ دَخَلَ بِهَا أَوْ مَاتَ عَنْهَا)؛ لِأَنَّهُ بِالدُّخُولِ يَتَحَقَّقُ تَسْلِيمُ الْمَبْدَلِ وَبِهِ يَتَأَكَّدُ الْبَدَلُ، وَبِالْمَوْتِ يَنْتَهِي النِّكَاحُ نِهَائِيَّةً، وَالشَّيْءُ بِانْتِهَائِهِ يَتَقَرَّرُ وَيَتَأَكَّدُ فَيَتَقَرَّرُ بِجَمِيعِ مَوَاجِبِهِ (وَإِنْ طَلَّقَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ بِهَا وَالْخُلُوةُ فَلَهَا نِصْفُ الْمُسَمَّى) لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ﴾ (البقرة: ٢٣٧) وَالْأَقْيَسُ مُتَعَارِضَةٌ، فَفِيهِ تَفْوِيتُ الزَّوْجِ الْمَلِكِ عَلَى نَفْسِهِ بِاخْتِيَارِهِ وَفِيهِ عَوْدُ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ إِلَيْهِ سَالِمًا فَكَانَ الْمَرْجِعُ فِيهِ النَّصُّ، وَشَرَطُ أَنْ يَكُونَ قَبْلَ الْخُلُوةِ؛ لِأَنَّهُمَا كَالدُّخُولِ عِنْدَنَا عَلَى مَا نُبَيِّنُهُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

الشرح:

(وَأَقْلُ الْمَهْرِ عَشْرَةُ دَرَاهِمٍ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: مَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ ثَمَنًا فِي الْبَيْعِ لِأَنَّهُ حَقُّهَا) شَرَعَهُ اللَّهُ تَعَالَى لَهَا صَيَانَةً لِبُضْعِهَا عَنْ الْإِبْذَالِ مَجَانًا (فَيَكُونُ التَّقْدِيرُ إِلَيْهَا). وَلَنَا قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «لَا مَهْرَ أَقْلٍ مِنْ عَشْرَةٍ» (إِنَّمَا ذِكْرُهُ بِالْوَاوِ لِكَوْنِهِ مَعْطُوفًا عَلَى مَا قَبْلَهُ فِي الْحَدِيثِ وَهُوَ مَا رَوَى جَابِرٌ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: «أَلَا لَا يُزَوِّجُ النِّسَاءَ إِلَّا الْأَوْلِيَاءُ، وَلَا يُزَوِّجَنَّ إِلَّا مِنَ الْأَكْفَاءِ وَلَا مَهْرَ أَقْلٍ مِنْ عَشْرَةِ دَرَاهِمٍ».

(١) سبق تخريجه، وهو حديث ضعيف.

وَفِي حَدِيثِ ابْنِ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ «لَا قَطْعَ فِي أَقْلٍ مِنْ عَشْرَةِ دَرَاهِمٍ، وَلَا مَهْرٍ أَقْلُ مِنْ عَشْرَةِ دَرَاهِمٍ» وَفِيهِ بَحْثٌ مِنْ أَوْجُهٍ: الْأَوَّلُ أَنَّهُ خَبَرٌ وَاحِدٌ فَلَا يَجُوزُ تَقْيِيدُ إِطْلَاقِ قَوْلِهِ تَعَالَى ﴿أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ﴾ [النساء: ٢٤] بِهِ لِأَنَّهُ نُسِخَ. الثَّانِي أَنَّهُ مُعَارَضٌ بِمَا رُوِيَ «أَنَّ عَبْدَ الرَّحْمَنِ بْنَ عَوْفٍ جَاءَ إِلَى النَّبِيِّ ﷺ وَبِهِ أُنْثَرُ صُفْرَةٍ فَأَخْبَرَهُ أَنَّهُ تَزَوَّجَ، فَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «كَمْ سَقَتِ إِلَيْهَا؟» فَقَالَ: زِنَةُ نَوَاةٍ مِنْ ذَهَبٍ، فَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «أَوَلَمْ وَلَوْ بِشَاةٍ» رَوَاهُ الْجَمَاعَةُ.

وَالنَّوَاةُ خَمْسَةُ دَرَاهِمٍ عِنْدَ الْأَكْثَرِ، وَقِيلَ ثَلَاثَةُ دَرَاهِمٍ وَثُلُثٌ، وَبِمَا رُوِيَ «أَنَّ امْرَأَةً قَامَتْ وَقَالَتْ: وَهَبْتَ نَفْسِي مِنْكَ يَا رَسُولَ اللَّهِ، فَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «لَا حَاجَةَ لَنَا الْيَوْمَ بِالنِّسَاءِ»، فَقَالَ رَجُلٌ: لِي حَاجَةٌ، زَوْجِيهَا يَا رَسُولَ اللَّهِ، فَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «هَلْ عِنْدَكَ شَيْءٌ تُصَدِّقُهَا؟» فَقَالَ: مَا عِنْدِي إِلَّا إِزَارِي، فَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «لَا فَالْتَمِسْ شَيْئًا وَلَوْ خَائِمًا مِنْ حَدِيدٍ»، فَالْتَمَسَ فَلَمْ يَجِدْ شَيْئًا، فَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «هَلْ مَعَكَ شَيْءٌ مِنَ الْقُرْآنِ؟» قَالَ: نَعَمْ سُورَةُ كَذَا وَكَذَا، قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «زَوِّجْتُكَهَا بِمَا مَعَكَ مِنَ الْقُرْآنِ»^(١).

الثَّالِثُ أَنَّ هَذَا الْحَدِيثَ مَثْرُوكُ الْعَمَلِ فِي حَقِّ الْأَوْلِيَاءِ فَيَكُونُ فِي حَقِّ الْمَهْرِ كَذَلِكَ لِأَنَّهُ إِنْ كَانَ صَحِيحًا وَجَبَ الْعَمَلُ بِهِ عَلَى الْإِطْلَاقِ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ صَحِيحًا وَجَبَ تَرْكُ الْعَمَلِ بِهِ كَذَلِكَ. وَأَمَّا الْعَمَلُ بِبَعْضِ دُونَ بَعْضٍ فَتَحَكُّمٌ مَحْضٌ وَالْجَوَابُ عَنْ الْأَوَّلِ أَنَّ التَّقْيِيدَ ثَبَتَ بِإِشَارَةِ قَوْلِهِ تَعَالَى ﴿قَدْ عَلِمْنَا مَا فَرَضْنَا عَلَيْهِمْ فِي أَزْوَاجِهِمْ﴾ [الأحزاب: ٥٠] لِأَنَّ الْفَرَضَ بِسَعْنَى التَّقْدِيرِ، وَكَانَ الْمُرَادُ بِأَمْوَالِكُمْ فِي قَوْلِهِ تَعَالَى ﴿أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ﴾ [النساء: ٢٤] كَلَامُنَا فِي الَّذِي يَثْبُتُ فِي الذِّمَّةِ. وَعَنْ الثَّالِثِ بِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ عَائِشَةَ عَمِلَتْ بِخِلَافِهِ، وَلَوْ لَمْ تُعْرِفْ نُسْخَهُ مَا فَعَلَتْ ذَلِكَ فَقَامَ دَلِيلُ النَّسْخِ فِي الْأَوْلِيَاءِ دُونَ غَيْرِهَا، وَلَا يَلْزَمُ مِنْ تَرْكِ الْعَمَلِ بِالَّذِي قَامَ عَلَيْهِ دَلِيلُ النَّسْخِ تَرْكُهُ بِمَا لَمْ يَقُمْ وَلَا التَّحَكُّمُ.

وَقَوْلُهُ: (وَلَأَنَّهُ حَقُّ الشَّرْعِ) أَيُّ الْمَهْرِ حَقُّ الشَّرْعِ مِنْ حَيْثُ وَجُوبُهُ عَمَلًا بِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿قَدْ عَلِمْنَا مَا فَرَضْنَا عَلَيْهِمْ فِي أَزْوَاجِهِمْ﴾ عَلَى مَا عُرِفَ فِي الْأُصُولِ، وَكَانَ

ذَلِكَ لِإِظْهَارِ شَرَفِ الْمَحَلِّ (فَيَقْدَرُ بِمَالِهِ خَطَرٌ وَهُوَ الْعَشْرَةُ اسْتِدْلَالًا بِبِنَصَابِ السَّرِقَةِ) لِأَنَّهُ يَتْلَفُ بِهِ عُضْوٌ مُحْتَرَمٌ فَلَا أَنْ يَتْلَفَ بِهِ مَنَافِعُ بُضْعٍ كَانَ أَوَّلَى (وَلَوْ سَمِيَ أَقْلٌ مِنْ عَشْرَةٍ فَلَهَا الْعَشْرَةُ عِنْدَنَا).

وَقَالَ زُفَرٌ: لَهَا مَهْرُ الْمَثَلِ لِأَنَّ تَسْمِيَةَ مَا لَا يَصْلُحُ مَهْرًا كَانْعِدَامِهِ) كَمَا فِي تَسْمِيَةِ الْخَمْرِ وَالْخَنْزِيرِ وَهُوَ الْقِيَاسُ. وَوَجْهُ الاستِحْسَانِ (أَنَّ فِسَادَ هَذِهِ التَّسْمِيَةِ لِحَقِّ الشَّرْعِ وَقَدْ صَارَ مَقْضِيًّا بِالْعَشْرَةِ) إِمَّا بِاعْتِبَارِ أَنَّ الْعَشْرَةَ فِي كَوْنِهَا صَدَاقًا لَا تَنْجِزًا، وَذِكْرُ بَعْضِ مَا لَا يَنْجِزُ كَذِكْرِ كُلِّهِ؛ كَمَا لَوْ أُضَافَ النِّكَاحُ إِلَى نِصْفِهَا صَحَّ فِي جَمِيعِهَا، وَأَمَّا حَقُّهَا وَهُوَ مَا زَادَ عَلَى الْعَشْرَةِ فَقَدْ رَضِيَتْ بِسُقُوطِهِ لِأَنَّ الرِّضَا بِمَا دُونَ الْعَشْرَةِ رِضًا بِالْعَشْرَةِ. وَإِمَّا بِاعْتِبَارِ أَنَّهَا بِرِضَاهَا بِمَا دُونَ الْعَشْرَةِ أَسْقَطَتْ حَقَّهَا وَحَقَّ الشَّرْعِ عَلَى مَا قَرَّرْتَاهُ، فَمَا كَانَ حَقَّهَا فَقَدْ سَقَطَ لَوْلَايَتِهَا عَلَى نَفْسِهَا، وَمَا كَانَ حَقَّ الشَّرْعِ فَلَمْ يَسْقُطْ لِعَدَمِ الْوِلَايَةِ عَلَيْهِ.

وَقَوْلُهُ: (وَلَا مُعْتَبَرٌ بِانْعِدَامِ التَّسْمِيَةِ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ كَانْعِدَامِهِ: يَعْنِي لَيْسَ هَذَا الْقِيَاسُ صَحِيحًا (لِأَنَّهَا قَدْ تَرْضَى بِالتَّمْلِيكِ مِنْ غَيْرِ عَوْضٍ تَكْرُمًا وَلَا تَرْضَى فِيهِ بِالْعَوْضِ الْيَسِيرِ) فَلَا يَكُونُ عَدَمُ التَّسْمِيَةِ دَلِيلًا عَلَى الرِّضَا بِالْعَشْرَةِ فَلِذَلِكَ لَمْ تَجِبْ الْعَشْرَةُ، وَإِنَّمَا يَجِبُ مَهْرُ الْمَثَلِ بِخِلَافِ الرِّضَا بِمَا دُونَ الْعَشْرَةِ فَإِنَّهُ رِضًا بِهَا لَا مَحَالَةَ (وَلَوْ طَلَّقَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ بِهَا وَجَبَ خَمْسَةٌ عِنْدَهُمْ) وَوَجَبَتْ الْمُتَعَةُ عِنْدَهُمْ كَمَا إِذَا لَمْ يُسَمَّ شَيْئًا.

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ سَمَى مَهْرًا عَشْرَةً) اعْلَمْ أَنَّ الْمَهْرَ بَعْدَ وَجُوبِهِ بِالتَّسْمِيَةِ أَوْ بِنَفْسِ الْعَقْدِ يَتَقَرَّرُ بِأَحَدِ الْأَمْرَيْنِ بِالدُّخُولِ وَمَا قَامَ مَقَامُهُ مِنَ الْخُلُوةِ الصَّحِيحَةِ وَبِالْمَوْتِ، أَمَّا الدُّخُولُ فَلِأَنَّهُ يَتَحَقَّقُ بِهِ تَسْلِيمُ الْمُبْدَلِ وَهُوَ الْبُضْعُ (وَبِهِ) أَيِ تَسْلِيمِ الْمُبْدَلِ (يَتَأَكَّدُ) تَسْلِيمُ الْبَدَلِ وَهُوَ الْمَهْرُ كَمَا فِي تَسْلِيمِ الْمَبِيعِ فِي بَابِ الْبَيْعِ يَتَأَكَّدُ بِهِ وَجُوبُ تَسْلِيمِ الثَّمَنِ، فَإِنْ وَجُوبُ الثَّمَنِ قَبْلَ ذَلِكَ لَمْ يَكُنْ مُتَأَكَّدًا لِكُونِهِ عَلَى عَرَضِيَّةٍ أَنْ يَهْلِكَ الْمَبِيعُ فِي يَدِ الْبَائِعِ وَيَنْفَسَخَ الْعَقْدُ وَتَسْلِيمُهُ يَتَأَكَّدُ وَجُوبُ الثَّمَنِ عَلَى الْمُشْتَرِي، وَكَذَلِكَ وَجُوبُ الْمَهْرِ كَانَ عَلَى عَرَضِيَّةٍ أَنْ يَسْقُطَ بِتَقْبِيلِ ابْنِ الزَّوْجِ أَوْ الْارْتِدَادِ وَالْعِيَاذُ بِاللَّهِ وَبِالدُّخُولِ تَأَكَّدَ. وَأَمَّا الْمَوْتُ فَلِأَنَّ النِّكَاحَ يَنْتَهِي بِهِ نِهَائَتُهُ حَيْثُ لَمْ يَبْقَ قَابِلًا لِلرَّفْعِ.

(وَالشَّيْءُ بِانْتِهَائِهِ يَتَقَرَّرُ وَيَتَأَكَّدُ فَيَجِبُ أَنْ يَتَقَرَّرَ بِجَمِيعِ مَوَاجِيهِ) الْمُمْكِنِ تَقْرِيرُهَا لَوْجُودِ الْمُقْتَضِي وَإِنْفَاءِ الْمَانِعِ كَالْإِرْثِ وَالْعِدَّةِ وَالْمَهْرِ وَالتَّسْبِ. وَقُلْنَا: "مَوَاجِيهِ الْمُمْكِنِ تَقْرِيرُهَا" اخْتِرَازًا عَنِ التَّفَقُّةِ وَحِلِّ التَّرْوُجِ بَعْدَ انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ فَإِنَّ التَّفَقُّةَ لَا تَجِبُ بَعْدَ الْمَوْتِ وَيَحِلُّ لَهَا التَّرْوُجُ بَعْدَ انْقِضَائِهَا وَلَمْ يَحِلَّ وَقْتُ النِّكَاحِ، وَأَمَّا الَّذِي يَقُومُ مَقَامَ الدُّخُولِ فَهُوَ الْخُلُوةُ الصَّحِيحَةُ. وَيَعْلَمُ حُكْمُهُ مِنْ قَوْلِهِ (فَإِنْ طَلَّقَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ وَالْخُلُوةِ فَلَهَا نِصْفُ الْمُسَمَّى لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٣٧]) وَهُوَ نَصٌّ صَرِيحٌ فِي الْبَابِ فَيَجِبُ الْعَمَلُ بِهِ.

وَقَوْلُهُ: (وَالْأَقْيَسَةُ مُتَعَارِضَةٌ) جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ: يَنْبَغِي أَنْ يَسْقُطَ كُلُّ الْبَدَلِ، لِأَنَّ بِالطَّلَاقِ قَبْلَ الدُّخُولِ يَعُودُ الْمَعْقُودُ عَلَيْهِ سَالِمًا إِلَيْهَا فَيَجِبُ أَنْ يَسْقُطَ كُلُّ الْبَدَلِ كَمَا إِذَا تَبَايَعَا ثُمَّ تَقَابَلَا. وَوَجْهُهُ أَنَّ الْأَقْيَسَةَ مُتَعَارِضَةٌ قِيَاسٌ يَقْتَضِي ذَلِكَ كَمَا ذَكَرْتُ، وَقِيَاسٌ آخَرُ يَقْتَضِي وَجُوبَ كُلِّ الْمَهْرِ لِأَنَّهُ قَوَتْ مَا مَلَكَهُ بِاخْتِيَارِهِ وَذَلِكَ يَقْتَضِي وَجُوبَ كُلِّ الْمَهْرِ كَالْمُشْتَرِي إِذَا أَتْلَفَ الْمِيعَ قَبْلَ الْقَبْضِ، وَإِذَا تَعَارَضَ الْقِيَاسَانِ وَجَبَ الْمَصِيرُ إِلَى النَّصِّ.

وَفِيهِ بَحْثٌ مِنْ أَوْجُهٍ: الْأَوَّلُ أَنَّ الْقِيَاسَ الْوَاحِدَ لَا وَجُودَ لَهُ عَلَى مُخَالَفَةِ النَّصِّ فَضْلًا عَنِ الْأَقْيَسَةِ وَالثَّانِي أَنَّ التَّعَارُضَ إِذَا ثَبَتَ بَيْنَ الْحُجَّتَيْنِ كَانَ الْمَصِيرُ إِلَى مَا بَعْدَهُمَا لَا إِلَى مَا قَبْلَهُمَا. وَالثَّالِثُ أَنَّ الْقِيَاسَيْنِ لَا يَتَعَارَضَانِ، وَلَوْ ثَبَتَ التَّعَارُضُ صُورَةً لَمْ يَتَرَكَ. بَلْ يَعْمَلُ الْمُجْتَهِدُ بَإَيِّهِمَا شَاءَ.

وَأُجِيبَ عَنِ الْأَوَّلِ بِأَنَّ ذِكْرَ مُعَارَضَةِ الْقِيَاسَيْنِ هَهُنَا لَيْسَ لِإثباتِ الْحُكْمِ بِهِمَا أَوْ بِأَحَدِهِمَا بَلْ لِيَبَيَّنَ أَنَّ الْعَمَلَ بِهِمَا غَيْرُ مُمَكِّنٍ لَتَعَارُضِهِمَا أَوْ لِمُخَالَفَةِ كُلِّ مِنْهُمَا النَّصِّ، فَصَارَ كَأَنَّهُ قَالَ: فَوَجَبَ الْعَمَلُ عَلَيْنَا بِظَاهِرِ النَّصِّ مِنْ غَيْرِ رُجُوعٍ إِلَى الْقِيَاسِ وَالْمَعْقُولِ، فَإِنَّا لَوْ خَلَيْنَا وَمَجَرَّدَ الْقِيَاسِ وَعَمَلْنَا بِهِ عَلَى وَجْهِ الْفَرَضِ وَالتَّقْدِيرِ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ وَقْتُ الْعَمَلِ بِالْقِيَاسِ مِنْ غَيْرِ نَظَرٍ إِلَى النَّصِّ لَزِمَ تَرْكُ أَحَدِ الْقِيَاسَيْنِ فَتَرَكْنَاهُمَا جَمِيعًا وَعَمَلْنَا بِالنَّصِّ، وَبِهَذَا خَرَجَ الْجَوَابُ عَنِ السُّؤَالَيْنِ الْأَخِيرَيْنِ، فَإِنَّهُ لَمَّا لَمْ تَكُنْ الْمَعَارِضَةُ عَلَى حَقِيقَتِهَا بَلْ هُوَ قَوْلٌ عَلَى سَبِيلِ الْفَرَضِ، وَالتَّقْدِيرُ لَا يَرُدُّ مَا يَرُدُّ فِي التَّعَارُضِ، هَذَا

أَحْسَنُ مَا وَجَدْتَهُ فِي الْأَعْتِدَارِ فِي هَذَا الْبَحْثِ وَهُوَ كَمَا تَرَى. وَقَوْلُهُ (وَشَرَطَ أَنْ يَكُونَ قَبْلَ الْخُلُوعِ) قَدْ ظَهَرَ مَعْنَاهُ مِمَّا تَقَدَّمَ.

قَالَ (وَإِنْ تَزَوَّجَهَا وَلَمْ يُسَمِّ لَهَا مَهْرًا أَوْ تَزَوَّجَهَا عَلَى أَنْ لَا مَهْرَ لَهَا فَلَهَا مَهْرُ مِثْلِهَا إِنْ دَخَلَ بِهَا أَوْ مَاتَ عَنْهَا) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا يَجِبُ شَيْءٌ فِي الْمَوْتِ، وَأَكْثَرُهُمْ عَلَى أَنَّهُ يَجِبُ فِي الدُّخُولِ. لَهُ أَنَّ الْمَهْرَ خَالِصٌ حَقًّا فَتَتِمَّكُنْ مِنْ نَفْيِهِ ابْتِدَاءً كَمَا تَتِمَّكُنْ مِنْ إِسْقَاطِهِ انْتِهَاءً وَلَنَا أَنَّ الْمَهْرَ وَجُوبًا حَقُّ الشَّرْعِ عَلَى مَا مَرَّ، وَإِنَّمَا يَصِيرُ حَقًّا فِي حَالَةِ الْبَقَاءِ فَتَمْلِكُ الْإِبْرَاءُ دُونَ النَّفْيِ.

الشرح:

قَالَ (وَإِنْ تَزَوَّجَهَا وَلَمْ يُسَمِّ لَهَا مَهْرًا) لِلْمُفَوَّضَةِ وَالَّتِي شَرِطَ فِي نِكَاحِهَا أَنْ لَا مَهْرَ لَهَا مَهْرُ الْمِثْلِ إِذَا دَخَلَ بِهَا أَوْ مَاتَ عَنْهَا، وَكَذَا إِذَا مَاتَتْ (وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا يَجِبُ شَيْءٌ فِي الْمَوْتِ، وَأَكْثَرُ أَصْحَابِهِ عَلَى أَنَّهُ يَجِبُ فِي الدُّخُولِ. لَهُ أَنَّ الْمَهْرَ خَالِصٌ حَقًّا فَتَتِمَّكُنْ مِنْ نَفْيِهِ ابْتِدَاءً كَمَا تَتِمَّكُنْ مِنْ إِسْقَاطِهِ انْتِهَاءً. وَلَنَا أَنَّ الْمَهْرَ وَجُوبًا حَقُّ الشَّرْعِ كَمَا مَرَّ، وَإِنَّمَا يَصِيرُ حَقًّا حَالَةَ الْبَقَاءِ فَتَمْلِكُ الْإِبْرَاءُ دُونَ النَّفْيِ) لِأَنَّ الْأَصْلَ أَنْ يُلَاقِيَ التَّصَرُّفُ مَا تَمْلِكُهُ دُونَ مَا لَا تَمْلِكُهُ.

(وَلَوْ طَلَّقَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ بِهَا فَلَهَا الْمُتَعَّةُ) لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْوُسْعِ قَدْرُهُ﴾ [البقرة: ٢٣٦] ثُمَّ هَذِهِ الْمُتَعَّةُ وَاجِبَةٌ رُجُوعًا إِلَى الْأَمْرِ، وَفِيهِ خِلَافٌ مَالِكٍ (وَالْمُتَعَّةُ ثَلَاثَةُ أَثْوَابٍ مِنْ كِسْوَةٍ مِثْلِهَا) وَهِيَ دِرْعٌ وَخِمَارٌ وَمِلْحَفَةٌ. وَهَذَا التَّقْدِيرُ مَرْوِيٌّ عَنْ عَائِشَةَ وَابْنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا. وَقَوْلُهُ مِنْ كِسْوَةٍ مِثْلِهَا إِمَارَةٌ إِلَى أَنَّهُ يُعْتَبَرُ حَالُهَا وَهُوَ قَوْلُ الْكَرْخِيِّ فِي الْمُتَعَّةِ الْوَاجِبَةِ لِقِيَامِهَا مَقَامَ مَهْرِ الْمِثْلِ. وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ يُعْتَبَرُ حَالُهُ عَمَلًا بِالنِّصِّ وَهُوَ قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿عَلَى الْوُسْعِ قَدْرُهُ وَعَلَى الْمَقْتَرِ قَدْرُهُ﴾ [البقرة: ٢٣٦] ثُمَّ هِيَ لَا تَزَادُ عَلَى نِصْفِ مَهْرِ مِثْلِهَا وَلَا تَنْقُصُ عَنْ خَمْسَةِ دَرَاهِمٍ، وَيُعْرَفُ ذَلِكَ فِي الْأَصْلِ.

الشرح:

(وَلَوْ طَلَّقَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ بِهَا فَلَهَا الْمُتَعَّةُ) لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْوُسْعِ قَدْرُهُ وَعَلَى الْمَقْتَرِ قَدْرُهُ﴾ وَوَجْهُ الاسْتِدْلَالِ أَنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَالَ ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ

إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ ۖ وَالْفَرِيضَةُ هِيَ الْمَهْرُ: أَيُّ لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِي الطَّلَاقِ فِي الْوَقْتِ الَّذِي لَمْ يَحْصُلِ الْمِسَاسُ، وَفَرَضَ الْفَرِيضَةَ وَأَمَرَ بِالْمُتْعَةِ مُطْلَقًا وَهُوَ عَلَى الْوُجُوبِ وَقَالَ ﴿حَقًّا﴾ وَذَلِكَ يَقْتَضِيهِ أَيْضًا وَذَكَرَ بِكَلِمَةٍ عَلَى (وَهَذِهِ الْمُتْعَةُ وَاجِبَةٌ) عِنْدَنَا (رُجُوعًا إِلَى الْأَمْرِ) وَغَيْرِهِ.

(وَفِيهِ خِلَافٌ مَالِكٍ) فَإِنَّهَا عِنْدَهُ مُسْتَحَبَّةٌ فِي جَمِيعِ الصُّوَرِ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى سَمَّاها إِحْسَانًا بِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿حَقًّا عَلَى الْحَسَنِينَ﴾ وَأُجِيبَ بِأَنَّ ذَلِكَ مَصْرُوفٌ إِلَى الَّتِي لَهَا مَهْرٌ أَوْ نِصْفُ مَهْرٍ لِفَلَا يُعَارِضَ الْأَمْرُ، وَفِيهِ نَظَرٌ لِأَنَّ "مَتَاعًا" مَصْدَرٌ مُؤَكَّدٌ لِقَوْلِهِ تَعَالَى مَتَّعُوا وَالْمُرَادُ بِهِ هَذِهِ الْمُتْعَةُ الْوَاجِبَةُ فَكَيْفَ يَنْصَرِفُ إِلَى الْمُسْتَحَبِّ وَالْأَوَّلَى أَنْ يُقَالَ: الْأَمْرُ وَكَلِمَةُ عَلَى فِي ﴿عَلَى الْوُسْعِ قَدْرُهُ وَعَلَى الْمَقْتَرِ قَدْرُهُ﴾ وَمَتَاعًا وَحَقًّا وَكَلِمَةُ عَلَى فِي قَوْلِهِ ﴿عَلَى الْحَسَنِينَ﴾ كُلُّهَا تَقْتَضِي الْوُجُوبَ وَتَأْكِيدُهُ، فَإِنَّمَا أَنْ تُبْطِلَ ذَلِكَ كُلُّهُ لِأَجْلِ لَفْظِ الْإِحْسَانِ أَوْ تُؤَوَّلَهُ لَا أَرَاكَ تَعْدِلُ عَنِ التَّأْوِيلِ فَتَقُولُ بِأَنَّ مَعْنَاهُ عَلَى الْمُحْسَنِينَ الَّذِينَ يُقِيمُونَ الْوَاجِبَ وَيَزِيدُونَ عَلَى ذَلِكَ إِحْسَانًا مِنْهُمْ وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

(وَالْمُتْعَةُ ثَلَاثَةُ أَثْوَابٍ مِنْ كِسْفَةِ مِثْلِهَا وَهِيَ دِرْعٌ وَمِلْحَفَةٌ وَخِمَارٌ) فَإِنْ كَانَتْ مِنْ السَّفَلَةِ فَمِنْ الْكَرْبَاسِ، وَإِنْ كَانَتْ وَسَطًا فَمِنْ الْقَرِّ، وَإِنْ كَانَتْ مُرْتَفِعَةً الْحَالِ فَمِنْ الْإِبْرَيْسِمِ (وَهَذَا التَّقْدِيرُ) أَيُّ تَقْدِيرِ الْعَدَدِ (مَرْوِيٌّ عَنْ عَائِشَةَ وَابْنِ عَبَّاسٍ) وَذَلِكَ لِأَنَّ الْمَرْأَةَ تُصَلِّي فِي ثَلَاثَةِ أَثْوَابٍ وَتَخْرُجُ فِيهَا عَادَةً فَتَكُونُ مُتْعَتُهَا كَذَلِكَ.

وَقَوْلُهُ (لِقِيَامِهَا مَقَامَ مَهْرٍ الْمِثْلِ) قَالَ فِي «التَّهْنِئَةِ»: كَانَ مِنْ حَقِّهِ أَنْ يَقُولَ لِقِيَامِهَا مَقَامَ نِصْفِ مَهْرٍ الْمِثْلِ لِأَنَّ الْمَهْرَ التَّامَّ لَمْ يَجِبْ فِي صُورَةٍ مِنَ الصُّوَرِ إِذَا طُلِّقَتْ قَبْلَ الدُّخُولِ وَلَكِنْ مُرَادُهُ الْخِلَافُ الْمُتْعَةُ بِنَفْسِ مَهْرٍ الْمِثْلِ فِي اعْتِبَارِ حَالِهَا مِنْ غَيْرِ نَظَرٍ إِلَى تَمَامِ مَهْرٍ الْمِثْلِ أَوْ نِصْفِهِ، وَفِي مَهْرٍ الْمِثْلِ الْمُعْتَبَرُ حَالُهَا فَكَذَا فِيمَا قَامَ مَقَامَهُ.

وَقَوْلُهُ: (وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ يُعْتَبَرُ حَالُهُ) هُوَ اخْتِيَارُ أَبِي بَكْرٍ الرَّازِيِّ (عَمَلًا بِالنِّصْفِ، وَهُوَ قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿عَلَى الْوُسْعِ قَدْرُهُ﴾) أَيُّ عَلَى الْعَنِيِّ بِقَدْرِ حَالِهِ ﴿وَعَلَى﴾ الْمَقْتَرِ أَيُّ عَلَى الْفَقِيرِ الْمُقِلِّ بِقَدْرِ حَالِهِ. ثُمَّ الْمُتْعَةُ إِمَّا أَنْ تَكُونَ زَائِدَةً عَلَى نِصْفِ مَهْرٍ الْمِثْلِ أَوْ لَا، فَإِنْ كَانَتْ زَائِدَةً فَلَهَا نِصْفُ مَهْرٍ الْمِثْلِ لِأَنَّ مَهْرَ الْمِثْلِ هُوَ الْعِوَضُ الْأَصْلِيُّ، وَلَكِنْ تَعَذَّرَ تَنْصِيفُهُ لِحَالَتِهِ فَيُصَارُ إِلَى خَلْفِهِ وَهُوَ الْمُتْعَةُ فَلَا تُرَادُّ عَلَى نِصْفِ مَهْرٍ الْمِثْلِ وَإِنْ لَمْ

تَكُنْ، فَإِمَّا أَنْ تَكُونَ مُسَاوِيَةً لَهُ أَوْ لَا، فَإِنْ كَانَتْ مُسَاوِيَةً فَلَهَا الْمُتْعَةُ اتِّبَاعًا لِلنَّصِّ؛ وَإِنْ لَمْ تَكُنْ، فَإِمَّا أَنْ تَكُونَ أَقَلَّ مِنْ خَمْسَةِ دَرَاهِمٍ أَوْ لَا، فَإِنْ كَانَتْ فَلَهَا الْخَمْسَةُ لِأَنَّ الْمَهْرَ هُوَ الْأَصْلُ، وَالْمُتْعَةُ خَلْفُهُ، وَلَا مَهْرَ أَقَلُّ مِنْ عَشْرَةِ دَرَاهِمٍ فَلَا مُتْعَةَ أَقَلُّ مِنْ خَمْسَةِ دَرَاهِمٍ، وَإِنْ لَمْ تَكُنْ فَلَهَا الْمُتْعَةُ بِالنَّصِّ.

فَإِنْ قِيلَ: نَصُّ الْمُتْعَةِ مُطْلَقٌ عَنْ هَذِهِ التَّفَاصِيلِ فَفِيهَا تَقْيِيدٌ لَهُ وَهُوَ نَسْخٌ. فَالْجَوَابُ أَنَّ قَوْلَهُ تَعَالَى ﴿قَدْ عَلِمْنَا مَا فَرَضْنَا عَلَيْهِمْ فِي أَزْوَاجِهِمْ﴾ [الأحزاب: ٥٠] دَلٌّ عَلَى أَنَّ الْمَهْرَ مُقَدَّرٌ شَرْعًا، وَالْإِجَابُ بِالتَّسْمِيَةِ فِي مَهْرٍ مَنْ يُعْتَبَرُ فِي مَهْرِهِ مَهْرُ الْمِثْلِ يَبَيِّنُ لِدَلِّكَ الْمُقَدَّرِ الْمُجْمَلِ، وَكَذَلِكَ قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «لَا مَهْرَ أَقَلُّ مِنْ عَشْرَةِ دَرَاهِمٍ» فَكَانَ مُعَارِضًا لِآيَةِ الْمُتْعَةِ، وَالتَّفْصِيلُ عَلَى الْوَجْهِ الْمَذْكُورِ تَوْفِيقٌ بَيْنَهُمَا، فَتَأْمَلْ إِنْ كَانَ الْقَوَاعِدُ الْأُصُولِيَّةُ عَلَى ذِكْرِ مِنْكَ.

(وَإِنْ تَزَوَّجَهَا وَلَمْ يُسَمِّ لَهَا مَهْرًا ثُمَّ تَرَاضِيََا عَلَى تَسْمِيَةِ مَهْرٍ فَهِيَ لَهَا إِنْ دَخَلَ بِهَا أَوْ مَاتَ عَنْهَا، وَإِنْ طَلَّقَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ بِهَا فَلَهَا الْمُتْعَةُ) وَعَلَى قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ الْأَوَّلِ نِصْفُ هَذَا الْمَفْرُوضِ وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ؛ لِأَنَّهُ مَفْرُوضٌ فَيَتَنَصَّفُ بِالنَّصِّ. وَلَنَا أَنَّ هَذَا الْفَرَضَ تَعْيِينَ لِلْوَجِبِ بِالْعَقْدِ وَهُوَ مَهْرُ الْمِثْلِ وَذَلِكَ لَا يَتَنَصَّفُ فَكَذَا مَا نَزَلَ مِنْزِلَتُهُ، وَالْمُرَادُ بِمَا تَلَا الْفَرَضَ فِي الْعَقْدِ إِذْ هُوَ الْفَرَضُ الْمُتَعَارَفُ..

الشرح:

(وَإِنْ تَزَوَّجَهَا وَلَمْ يُسَمِّ لَهَا مَهْرًا ثُمَّ تَرَاضِيََا عَلَى تَسْمِيَةِ مَهْرٍ فَهِيَ لَهَا إِنْ دَخَلَ بِهَا أَوْ مَاتَ عَنْهَا) بِالِاتِّفَاقِ (وَإِنْ طَلَّقَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ بِهَا فَلَهَا الْمُتْعَةُ، وَعَلَى قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ الْأَوَّلِ نِصْفُ هَذَا الْمَفْرُوضِ وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ لِأَنَّهُ مَفْرُوضٌ) وَالْمَفْرُوضُ يَتَنَصَّفُ بِالطَّلَاقِ قَبْلَ الدُّخُولِ لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾.

(وَلَنَا أَنَّ هَذَا الْفَرَضَ تَعْيِينَ لِلْوَجِبِ بِالْعَقْدِ وَهُوَ مَهْرُ الْمِثْلِ) إِذْ لَوْ لَمْ يَكُنْ كَذَلِكَ لَوَجِبَ عَلَيْهِ إِذَا دَخَلَ بِهَا مَهْرُ الْمِثْلِ وَالْمَفْرُوضُ جَمِيعًا، أَمَّا مَهْرُ الْمِثْلِ فَلِأَنَّهُ الْوَجِبُ بِهَذَا الْعَقْدِ ابْتِدَاءً لِعَدَمِ التَّسْمِيَةِ، وَأَمَّا الْمَفْرُوضُ فَيَحْكُمُ التَّسْمِيَةَ وَكَانَ كَمَا إِذَا سَمِيَ لَهَا مَهْرًا ثُمَّ زَادَ لَهَا شَيْئًا فَإِنَّهُمَا يَلْزَمَانِ عَلَى تَقْدِيرِي الدُّخُولِ وَالْمَوْتِ لَكِنَّهُ يَسْقُطُ مَهْرُ الْمِثْلِ وَيَلْزَمُهُ الْمَفْرُوضُ وَكَانَ تَعْيِينًا لَهُ، وَمَهْرُ الْمِثْلِ لَا يَتَنَصَّفُ (فَكَذَا مَا نَزَلَ مِنْزِلَتُهُ، وَالْمُرَادُ بِمَا

تَلَا) يَعْنِي قَوْلَهُ تَعَالَى ﴿فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٣٧] (الْفَرَضُ فِي الْعَقْدِ) لِأَنَّهُ هُوَ الْمُتَعَارَفُ.

قَالَ (وَإِنْ زَادَ لَهَا فِي الْمَهْرِ بَعْدَ الْعَقْدِ لَزِمَتْهُ الزِّيَادَةُ) خِلَافًا لِرُفْرٍ، وَسَنَذْكُرُهُ فِي زِيَادَةِ الثَّمَنِ وَالْمُثْمَنِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى (وَ) إِذَا صُحِّحَتِ الزِّيَادَةُ (تَسْقُطُ بِالطَّلَاقِ قَبْلَ الدُّخُولِ) وَعَلَى قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ أَوَّلًا تَنْتَصِفُ مَعَ الْأَصْلِ لِأَنَّ التَّنْصِيفَ عِنْدَهُمَا يَخْتَصُّ بِالْمَفْرُوضِ فِي الْعَقْدِ، وَعِنْدَهُ الْمَفْرُوضُ بَعْدَهُ كَالْمَفْرُوضِ فِيهِ عَلَى مَا مَرَّ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِنْ زَادَهَا فِي الْمَهْرِ بَعْدَ الْعَقْدِ لَزِمَتْهُ الزِّيَادَةُ) خِلَافًا لِرُفْرٍ فَإِنَّهُ يَقُولُ: الزِّيَادَةُ هِيَ مُبْتَدَأَةٌ لَا تُلْحَقُ بِأَصْلِ الْعَقْدِ إِنْ قُبِضَتْ مُلْكَتْ وَإِلَّا فَلَا، وَوَعَدَ الْمُصَنِّفُ أَنْ يَذْكُرَهُ فِي بَابِ زِيَادَةِ الثَّمَنِ وَالْمُثْمَنِ فَتَحْنُ تَتَّبِعُهُ فِي ذَلِكَ. وَقَوْلُهُ (لِأَنَّ التَّنْصِيفَ عِنْدَهُمَا يَخْتَصُّ بِالْمَفْرُوضِ فِي الْعَقْدِ) يَعْنِي بِنَاءً عَلَى مَا ذَكَرَهُ أَنَّهُ يَنْصَرِفُ إِلَى الْمُتَعَارَفِ (وَعِنْدَهُ الْمَفْرُوضُ بَعْدَهُ كَالْمَفْرُوضِ فِيهِ) عَمَلًا بِظَاهِرِ قَوْلِهِ تَعَالَى ﴿فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ مِنْ غَيْرِ فَصْلِ. وَقَوْلُهُ (عَلَى مَا مَرَّ) يَعْنِي فِي الْمَسْأَلَةِ الْمُتَقَدِّمَةِ.

(وَإِنْ حَطَّتْ عَنْهُ مِنْ مَهْرٍ صَحَّ الْحَطُّ)؛ لِأَنَّ الْمَهْرَ بَقَاءُ حَقِّهَا وَالْحَطُّ يُلَاقِيهِ

حَالَةُ الْبَقَاءِ.

(وَإِذَا خَلَا الرَّجُلُ بِامْرَأَتِهِ وَلَيْسَ هُنَاكَ مَانِعٌ مِنَ الْوُطْءِ ثُمَّ طَلَّقَهَا فَلَهَا كَمَالُ الْمَهْرِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَهَا نِصْفُ الْمَهْرِ؛ لِأَنَّ الْمُعْقُودَ عَلَيْهِ إِذَا بَصِيرٌ مُسْتَوْفَى بِالْوُطْءِ فَلَا يَتَأَكَّدُ الْمَهْرُ دُونَهُ وَلَنَا أَنَّهَا سَلِمَتْ الْمُبْدَلُ حَيْثُ رَفَعَتِ الْمَوَانِعَ وَذَلِكَ وَسَعُهَا فَيَتَأَكَّدُ حَقُّهَا فِي الْبَدَلِ اعْتِبَارًا بِالْبَيْعِ (وَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا مَرِيضًا أَوْ صَائِمًا فِي رَمَضَانَ أَوْ مُحْرِمًا بِحَجٍّ فَرَضَ أَوْ نَفَلَ أَوْ بِعُمْرَةٍ أَوْ كَانَتْ حَائِضًا فَلَيْسَتْ الْخُلُوةُ صَحِيحَةً) حَتَّى لَوْ طَلَّقَهَا كَانَ لَهَا نِصْفُ الْمَهْرِ؛ لِأَنَّ هَذِهِ الْأَشْيَاءَ مَوَانِعُ، أَمَّا الْمَرَضُ فَالْمُرَادُ مِنْهُ مَا يَمْنَعُ الْجِمَاعَ أَوْ يُلْحَقُهُ بِهِ ضَرَرٌ.

وَقِيلَ مَرَضُهُ لَا يَعْرِى عَنْ تَكْسُرٍ وَفُتُورٍ، وَهَذَا التَّفْصِيلُ فِي مَرَضِهَا وَصَوْمِ رَمَضَانَ لَمَّا يَلْزَمُهُ مِنَ الْقَضَاءِ وَالْكَفَّارَةِ، وَالْإِحْرَامِ لَمَّا يَلْزَمُهُ مِنَ الدَّمِ وَفَسَادِ النُّسْكِ وَالْقَضَاءِ، وَالْحَيْضِ مَانِعٌ طَبْعًا وَشَرْعًا (وَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا صَائِمًا تَطَوُّعًا فَلَهَا الْمَهْرُ كُلُّهُ)؛ لِأَنَّهُ

يُبَاحُ لَهُ الْإِفْطَارُ مِنْ غَيْرِ عَذْرِ فِي رِوَايَةِ الْمُتَّقَى، وَهَذَا الْقَوْلُ فِي الْمَهْرِ هُوَ الصَّحِيحُ. وَصَوْمُ الْقَضَاءِ وَالْمَنْدُورِ كَالْتَطَوُّعِ فِي رِوَايَةٍ؛ لِأَنَّهُ لَا كَفَّارَةَ فِيهِ، وَالصَّلَاةُ بِمَنْزِلَةِ الصَّوْمِ فَرَضُهَا كَفَرَضِهِ وَفَقْلُهَا كَفَقْلِهِ.

الشرح:

قَالَ (وَإِذَا خَلَا الزَّوْجُ بِامْرَأَتِهِ) هَذَا بَيَانٌ أَنَّ الْخُلُوةَ الصَّحِيحَةَ بِمَنْزِلَةِ الدُّخُولِ فِي حَقِّ لُزُومِ كَمَالِ الْمَهْرِ وَغَيْرِهِ عِنْدَنَا. خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ فَإِنَّهُ يَقُولُ: لَهَا نِصْفُ الْمَهْرِ (لَأَنَّ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ) وَهُوَ مَنَافِعُ الْبُضْعِ إِنَّمَا يَصِيرُ مُسْتَوْفَى بِالْوَطْءِ فَلَا يَتَأَكَّدُ الْمَهْرُ ذُوهُ لَأَنَّ التَّأَكُّدَ إِنَّمَا يَكُونُ بِتَسْلِيمِ الْمُبْدَلِ وَتَسْلِيمِهَا بِالْوَطْءِ وَلَمْ يُوجَدْ.

(وَلَنَا أَنَّهَا سَلِمَتْ) وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ الْوَاجِبَ لَا يَكُونُ إِلَّا مَقْدُورًا وَمَقْدُورٌ لِلْمَرْأَةِ تَسْلِيمُ الْمُبْدَلِ بَرَفْعِ الْمَوَانِعِ وَقَدْ وَجَدَ مِنْهَا ذَلِكَ فَيَتَأَكَّدُ حَقُّهَا فِي الْبَدَلِ كَمَا فِي الْبَيْعِ، فَإِنَّ التَّخْلِيَةَ فِيهِ بَرَفْعِ الْمَوَانِعِ تَسْلِيمٌ يَجِبُ بِهِ تَسْلِيمُ الثَّمَنِ عَلَى الْمُشْتَرِي، وَأَمَّا مَا ذَكَرَ أَنَّ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ إِنَّمَا يَصِيرُ مُسْتَوْفَى بِالْوَطْءِ فَصَحِيحٌ لَكِنْ ذَلِكَ تَسْلِيمٌ وَلَيْسَ فِي قُدْرَةِ الْمَرْأَةِ ذَلِكَ فَلَا تَكُونُ مُكَلَّفَةً بِذَلِكَ.

وَقَوْلُهُ: (وَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا مَرِيضًا) بَيَانٌ لَمَّا يَكُونُ مَانِعًا عَنِ الْخُلُوةِ حِسْبًا كَانَ أَوْ شَرْعِيًّا. وَقَوْلُهُ (وَقِيلَ: مَرَضُهُ) حَاصِلُهُ أَنَّ الْمَرَضَ فِي جَانِبِهَا يَتَنَوَّعُ بِإِلَّا خِلَافٍ، وَأَمَّا الْمَرَضُ مِنْ جَانِبِهِ فَقَدْ قِيلَ إِنَّهُ أَيْضًا يَتَنَوَّعُ، وَقِيلَ: إِنَّهُ غَيْرُ مُتَنَوِّعٍ وَإِنَّهُ يَمْنَعُ صِحَّةَ الْخُلُوةِ عَلَى كُلِّ حَالٍ، وَجَمِيعُ أَتَوَاعِهِ فِي ذَلِكَ عَلَى السَّوَاءِ. قَالَ الصَّدْرُ الشَّهِيدُ: هُوَ الصَّحِيحُ. وَوَجْهُهُ مَا قَالَ الْمُصَنِّفُ مَرَضُهُ (لَا يَغْرَى عَنْ تَكْسُرٍ وَقُتُور).

وَقَوْلُهُ (وَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا صَائِمًا تَطَوُّعًا فَلَهَا الْمَهْرُ كُلُّهُ لِأَنَّهُ يُبَاحُ لَهُ الْإِفْطَارُ) أُعْطِرَ عَلَيْهِ بِأَنَّهُ يَنْبَغِي أَنْ لَا يَلْزَمُهُ كُلُّ الْمَهْرِ لِأَنَّهُ يَلْزَمُهُ الْقَضَاءُ عَلَى تَقْدِيرِ الْإِفْسَادِ فَلَا تَكُونُ الْخُلُوةُ صَحِيحَةً كَمَا فِي قَضَاءِ رَمَضَانَ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ لُزُومَ الْقَضَاءِ فِي التَّطَوُّعِ عِنْدَنَا لِمُضَرَّةِ صِيَانَةِ الْمُؤَدَّى عَنِ الْبُطْلَانِ، وَالثَّابِتُ بِالضَّرُورَةِ يَتَقَدَّرُ بِقَدْرِهَا فَلَا يُعَدُّ، وَإِلَى إِفْسَادِ الْخُلُوةِ، بِخِلَافِ قَضَاءِ رَمَضَانَ فَإِنَّ لُزُومَ قَضَائِهِ لَيْسَ كَذَلِكَ بَلْ هُوَ فَرَضٌ مُطْلَقٌ فَكَانَ أَثَرُهُ عَامًّا.

وَقَوْلُهُ: (وَهَذَا الْقَوْلُ فِي الْمَهْرِ هُوَ الصَّحِيحُ) أَيُّ الْأَخْذِ بِرِوَايَةِ الْمُتَّقَى فِي حَقِّ

كَمَالِ الْمَهْرِ دَفْعًا لِلضَّرَرِ عَنْهَا هُوَ الصَّحِيحُ. وَأَمَّا فِي حَقِّ جَوَازِ الْإِفْطَارِ فَالصَّحِيحُ غَيْرُ رِوَايَةِ الْمُتَّقَى، وَهُوَ أَنَّهُ لَا يُبَاحُ الْإِفْطَارُ بِغَيْرِ عُذْرٍ. وَحَاصِلُهُ أَنَّ الْمَأْخُوذَ فِي حَقِّ كَمَالِ الْمَهْرِ رِوَايَةُ الْمُتَّقَى، وَفِي حَقِّ جَوَازِ الْإِفْطَارِ الرِّوَايَةُ الْأُخْرَى، وَاحْتَرَزَ بِقَوْلِهِ هُوَ الصَّحِيحُ عَنْ رِوَايَةِ شَاذَةٍ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ وَهِيَ أَنَّ صَوْمَ التَّطَوُّعِ يَمْنَعُ صِحَّةَ الْخُلُوةِ لِأَنَّهُ يَمْنَعُهُ عَنْ الْوَطْءِ شَرْعًا لَمَّا فِيهِ مِنْ إِبْطَالِ الْعَمَلِ الْمُؤْتَمِّ.

(وَإِذَا خَلَا الْمَجْبُوبُ بِامْرَأَتِهِ ثُمَّ طَلَّقَهَا فَلَهَا كَمَالُ الْمَهْرِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا عَلَيْهِ نِصْفُ الْمَهْرِ؛ لِأَنَّهُ أَعْجَزُ مِنَ الْمَرِيضِ، بِخِلَافِ الْعَيْنِ؛ لِأَنَّ الْحُكْمَ أُدِيرَ عَلَى سَلَامَةِ الْآلَةِ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الْمُسْتَحَقَّ عَلَيْهَا التَّسْلِيمُ فِي حَقِّ السَّحْقِ وَقَدْ آتَتْ بِهِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِذَا خَلَا الْمَجْبُوبُ) الْمَجْبُوبُ هُوَ الَّذِي أُسْتُصِلَ ذِكْرُهُ وَخُصِيَّاهُ مِنَ الْجَبِّ وَهُوَ الْقَطْعُ إِذَا خَلَا الْمَجْبُوبُ (بِامْرَأَتِهِ ثُمَّ طَلَّقَهَا فَلَهَا كَمَالُ الْمَهْرِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ) وَقَالَا: عَلَيْهِ نِصْفُ الْمَهْرِ لِأَنَّهُ أَعْجَزُ مِنَ الْمَرِيضِ (لَوْجُودِ آلَةِ الْجِمَاعِ فِي الْمَرِيضِ وَقَدْ يُجَامَعُ بِخِلَافِ الْمَجْبُوبِ، وَالْمَرَضُ مَانِعٌ عَنِ الْخُلُوةِ فَالْجَبُّ أَوْلَى (بِخِلَافِ الْعَيْنِ) فَإِنَّ الْوُقُوفَ عَلَى حَقِيقَةِ الْعَنَةِ مُتَعَذِّرٌ وَسَلَامَةُ الْآلَةِ وَجُودُ السَّبَبِ إِلَى الْوَطْءِ إِذَا الْأَصْلُ السَّلَامَةُ فِي الْوَصْفِ أَيْضًا فَيُذَارُ الْحُكْمُ عَلَيْهِ (وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الْمُسْتَحَقَّ عَلَيْهَا التَّسْلِيمُ فِي حَقِّ السَّحْقِ) لِأَنَّهُ وَسِعَ مِثْلَهَا فِي هَذِهِ الْحَالَةِ وَقَدْ آتَتْ بِمَا وَجَبَ عَلَيْهَا، وَأَمَّا عَدَمُ التَّسْلِيمِ فَذَلِكَ لَيْسَ مِنْ جِهَتِهَا كَمَا تَقَدَّمَ.

قَالَ (وَعَلَيْهَا الْعِدَّةُ فِي جَمِيعِ هَذِهِ الْمَسَائِلِ) احْتِيَاطًا اسْتِحْسَانًا لِتَوْهْمِ الشُّغْلِ، وَالْعِدَّةُ حَقُّ الشَّرْعِ وَالْوَلَدِ فَلَا يُصَدَّقُ فِي إِبْطَالِ حَقِّ الْغَيْرِ، بِخِلَافِ الْمَهْرِ؛ لِأَنَّهُ مَا لَ لَا يُحْتَاطُ فِي إِيْجَابِهِ. وَذَكَرَ الْقُدُورِيُّ فِي شَرْحِهِ أَنَّ الْمَانِعَ إِنْ كَانَ شَرْعِيًّا كَالصَّوْمِ وَالْحَيْضِ تَجِبُ الْعِدَّةُ لِثُبُوتِ التَّمَكُّنِ حَقِيقَةً، وَإِنْ كَانَ حَقِيقِيًّا كَالْمَرَضِ وَالصَّغَرِ لَا تَجِبُ لِانْعِدَامِ التَّمَكُّنِ حَقِيقَةً.

الشرح:

(وَعَلَيْهَا الْعِدَّةُ فِي جَمِيعِ هَذِهِ الْمَسَائِلِ) يَعْنِي فِيمَا إِذَا كَانَتْ الْخُلُوةُ صَحِيحَةً أَوْ فَاسِدَةً (احْتِيَاطًا اسْتِحْسَانًا لِتَوْهْمِ الشُّغْلِ وَالْعِدَّةُ حَقُّ الشَّرْعِ وَالْوَلَدِ) أَمَّا أَنَّهَا حَقُّ

الشَّرْعُ فَيَدُلُّ عَلَيْهِ أَنَّ الزَّوْجَيْنِ لَا يَمْلِكَانِ إِسْقَاطَهَا وَالتَّدَاخُلُ يَجْرِي فِيهَا، وَحَقُّ الْعَبْدِ لَا يَتَدَاخَلُ، وَأَمَّا أَنَّهَا حَقُّ الْوَلَدِ فَلَقَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «مَنْ كَانَ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ فَلَا يَسْقِينُ مَاءَهُ زَرْعَ غَيْرِهِ» وَالْمَقْصُودُ مِنْهُ رِعَايَةُ نَسَبِ الْوَلَدِ وَهُوَ حَقُّهُ (فَلَا يُصَدَّقُ) الْمَرْأَةُ (فِي إِبْطَالِ حَقِّ الْغَيْرِ) بِقَوْلِهَا لَمْ يَطَّأَنِي.

وَقِيلَ: مَعْنَاهُ فَلَا يُصَدَّقُ الزَّوْجُ فِي إِبْطَالِ حَقِّهَا بِقَوْلِهِ لَمْ أَطَّأَهَا (بِخِلَافِ الْمَهْرِ) فَإِنَّهُ لَا يَجِبُ بِالْخُلُوةِ الْفَاسِدَةِ (لَأَنَّهُ مَالٌ لَا يُحْتَاطُ فِي إِيْجَابِهِ) قَوْلُهُ (وَذَكَرَ الْقُدُورِيُّ فِي شَرْحِهِ) أَيَّ شَرْحٍ مُخْتَصَرٍ الْكَرَّحِيُّ وَكَلَامُهُ وَاضِحٌ.

قَالَ (وَتُسْتَحَبُّ الْمُتَعَةُ لِكُلِّ مُطْلَقَةٍ إِلَّا الْمُطْلَقَةَ وَاحِدَةً وَهِيَ الَّتِي طَلَّقَهَا الزَّوْجُ قَبْلَ الدُّخُولِ بِهَا وَقَدْ سَمِيَ لَهَا مَهْرًا) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: تَجِبُ لِكُلِّ مُطْلَقَةٍ (إِلَّا لِهَذِهِ؛ لِأَنَّهَا وَجِبَتْ صِلَةً مِنَ الزَّوْجِ؛ لِأَنَّهُ أَوْحَشَهَا بِالْفِرَاقِ، إِلَّا أَنْ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ نِصْفَ الْمَهْرِ طَرِيقَةُ الْمُتَعَةِ؛ لِأَنَّ الطَّلَاقَ فَسَخٌ فِي هَذِهِ الْحَالَةِ وَالْمُتَعَةُ لَا تَتَكَرَّرُ.

(وَلَنَا أَنَّ الْمُتَعَةَ خَلْفٌ عَنِ مَهْرِ الْمِثْلِ فِي الْمَفْضُولَةِ؛ لِأَنَّهُ سَقَطَ مَهْرُ الْمِثْلِ وَوَجِبَتْ الْمُتَعَةُ، وَالْعَقْدُ يُوجِبُ الْعِوَضَ فَكَانَ خَلْفًا وَالْخَلْفُ لَا يُجَامِعُ الْأَصْلَ وَلَا شَيْئًا مِنْهُ فَلَا تَجِبُ مَعَ وَجُوبِ شَيْءٍ مِنَ الْمَهْرِ، وَهُوَ غَيْرُ جَانٍ فِي الْإِيْحَاشِ فَلَا تَلَحُّقُهُ الْغَرَامَةُ بِهِ فَكَانَ مِنْ بَابِ الْفَضْلِ.

الشرح:

قَالَ (وَتُسْتَحَبُّ الْمُتَعَةُ لِكُلِّ مُطْلَقَةٍ إِلَّا الْمُطْلَقَةَ وَاحِدَةً وَهِيَ الَّتِي طَلَّقَهَا الزَّوْجُ قَبْلَ الدُّخُولِ بِهَا وَقَدْ سَمِيَ لَهَا مَهْرًا) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: تَجِبُ لِكُلِّ مُطْلَقَةٍ (إِلَّا لِهَذِهِ) التَّرْكِيبُ عَلَى هَذَا الْوَجْهِ هُوَ الَّذِي وَقَعَ فِي النُّسخِ الصَّحِيحَةِ الْمُوثُوقِ بِهَا، وَهُوَ كَمَا تَرَى يَقْتَضِي أَنَّ لَا تَكُونُ الْمُتَعَةُ وَاجِبَةً لِلْمَفْضُولَةِ الْغَيْرِ الْمَدْخُولِ بِهَا لِدُخُولِهَا فِي قَوْلِهِ لِكُلِّ مُطْلَقَةٍ وَهُوَ يُنَاقِضُ مَا تَقَدَّمَ مِنْ قَوْلِهِ ثُمَّ هَذِهِ الْمُتَعَةُ وَاجِبَةٌ، وَيَقْتَضِي أَنَّ لَا تَكُونُ الْمُتَعَةُ لِلْمُسْتَنَاءَةِ مُسْتَحَبَّةً لِأَنَّهُ اسْتَنَاءَهَا مِنَ الاسْتِحْبَابِ، وَقَدْ صَرَّحَ بِاسْتِحْبَابِهَا لَهَا فِي الْمَبْسُوطِ وَالْمَحِيطِ وَالْحَصْرِ.

وَزَادَ الْفُقَهَاءُ وَجَامِعُ الْإِسْبِجَابِيِّ، وَيَقْتَضِي أَنَّ لَا تَكُونُ الْمُتَعَةُ وَاجِبَةً لِلْمُسْتَنَاءَةِ عِنْدَ الشَّافِعِيِّ لِأَنَّهُ اسْتَنَاءَهَا مِنَ الْوُجُوبِ، وَذَكَرَ فِي الْحَصْرِ أَنَّهَا وَاجِبَةٌ عِنْدَهُ لِهَذِهِ

المُسْتَنَاءَةُ أَيْضًا. وَإِذَا عَرَفْتَ هَذَا فَاعْلَمْ أَنَّ مَعْنَى كَلَامِهِ: وَتُسْتَحَبُّ الْمُتْعَةُ لِكُلِّ مُطْلَقَةٍ غَيْرِ الَّتِي ذَكَرْنَاهَا مِنْ قَبْلُ إِلَّا لِمُطْلَقَةٍ وَاحِدَةٍ وَهِيَ الَّتِي طَلَّقَهَا الزَّوْجُ إِخ. وَهُوَ اخْتِيَارُ الْقُدُورِيِّ، فَإِنَّهُ ذَكَرَ فِي شَرْحِهِ أَنَّ الْمُتْعَةَ وَاجِبَةٌ وَمُسْتَحَبَّةٌ. فَالْوَاجِبَةُ لِلَّتِي طَلَّقَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ وَالتَّسْمِيَةِ. وَالْمُسْتَحَبَّةُ لِكُلِّ مُطْلَقَةٍ إِلَّا الَّتِي طَلَّقَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ وَقَدْ سَمِيَ لَهَا مَهْرًا وَقَدْ وَقَعَ اخْتِيَارُهُ مُوَافِقًا لِرَوَايَةِ التُّخْفَةِ وَمُخَالَفًا لِلْكُتُبِ الْمَذْكُورَةِ.

وَأَمَّا الشَّافِعِيُّ فَلَهُ فِي الْمُسْتَنَاءَةِ قَوْلَانِ: فِي قَوْلِهِ الْقَدِيمِ: تَجِبُ وَهُوَ الَّذِي ذَكَرَهُ صَاحِبُ الْحَصْرِ، وَفِي الْجَدِيدِ لَا تَجِبُ وَهُوَ الَّذِي ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ وَهُوَ أَصَحُّ الْقَوْلَيْنِ، فَعَلَى هَذَا كَانَتِ الْمُتْعَةُ عِنْدَنَا عَلَى ثَلَاثَةِ أَقْسَامٍ: وَاجِبَةٌ، وَمُسْتَحَبَّةٌ، وَغَيْرُ مُسْتَحَبَّةٍ. لِأَنَّ الْمُطْلَقَةَ إِمَّا أَنْ تَكُونَ مَلْمُوسَةً أَوْ لَا، فَإِنْ لَمْ تَكُنْ فَإِمَّا أَنْ يَكُونَ مَهْرُهَا مُسَمًّى أَوْ لَا، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فَهِيَ الَّتِي وَجِبَتْ لَهَا الْمُتْعَةُ، وَإِنْ كَانَ فَهِيَ الْمُسْتَنَاءَةُ الَّتِي لَا تُسْتَحَبُّ لَهَا الْمُتْعَةُ، وَإِنْ كَانَتْ مَلْمُوسَةً سِوَاءَ كَانَ مَهْرُهَا مُسَمًّى أَوْ لَمْ يَكُنْ تُسْتَحَبُّ لَهَا الْمُتْعَةُ.

وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ هِيَ تَنْقَسِمُ إِلَى وَاجِبَةٍ وَإِلَى غَيْرِهَا، وَاسْتَدَلَّ لَهُ فِي الْكِتَابِ بِقَوْلِهِ (لَأَنَّهَا وَجِبَتْ) وَهُوَ دَلِيلٌ عَلَى وَجُوبِهَا لِكُلِّ مُطْلَقَةٍ وَعَدَمُهُ لِلْمُسْتَنَاءَةِ. وَتَقْرِيرُهُ: الْمُتْعَةُ وَجِبَتْ صِلَةً مِنَ الزَّوْجِ لِإِيحَاشِهَا بِالْفِرَاقِ، وَكُلُّ مَا كَانَ كَذَلِكَ يَجِبُ لِكُلِّ مَنْ أَوْحِشَتْ بِهِ، فَالْمُتْعَةُ تَجِبُ لِكُلِّ مُطْلَقَةٍ لِأَنَّهَا أَوْحِشَتْ بِالْفِرَاقِ (إِلَّا أَنْ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ) يَعْنِي الْمُسْتَنَاءَةَ (نِصْفَ الْمَهْرِ يَجِبُ بِطَرِيقِ الْمُتْعَةِ لِأَنَّ الطَّلَاقَ فَنَسَخَ) مَعْنَى (فِي هَذِهِ الْحَالَةِ) لِعَوْدِ مَا لَهَا إِلَيْهَا سَالِمًا، وَذَلِكَ يَقْتَضِي سَقُوطَ الْمَهْرِ كُلِّهِ كَمَا فِي فَنَسَخِ الْبَيْعِ.

لَكِنِ الشَّرْعُ أَوْجَبَ نِصْفَ الْمَهْرِ بِطَرِيقِ الْمُتْعَةِ (وَالْمُتْعَةُ لَا تَتَكَرَّرُ) فَلَا تَجِبُ الْمُتْعَةُ لِهَذِهِ الْمُطْلَقَةِ وَتَجِبُ لِغَيْرِهَا، وَإِنَّمَا قَالَ: وَجِبَتْ صِلَةً اخْتِرَازًا عَنْ قَوْلِنَا إِنَّ الْمَهْرَ عَوْضٌ وَالْمُتْعَةُ خَلْفٌ عَنْهُ. وَالفَائِدَةُ تَظْهَرُ فِي مَسْأَلَتَيْنِ: إِحْدَاهُمَا: أَنَّ الْمُطْلَقَةَ بَعْدَ الدُّخُولِ بِهَا لَا تَسْتَحِقُّ الْمُتْعَةَ عِنْدَنَا لِأَنَّهَا قَدْ اسْتَحَقَّتْ عَوْضَ مَنَافِعِ الْبُضْعِ مَرَّةً فَلَا تَسْتَحِقُّ غَيْرَهُ، وَعِنْدَهُ تَسْتَحِقُّ لِأَنَّهَا وَجِبَتْ صِلَةً بِسَبَبِ الْإِيحَاشِ فَيَجِبُ الْمَهْرُ لَاسْتِيفَاءِ مَنَافِعِ الْبُضْعِ وَالْمُتْعَةُ لَوْحِشَةِ الْفِرَاقِ. وَالثَّانِيَةُ: أَنَّ الْمُتْعَةَ لَا تُرَادُّ عَلَى نِصْفِ الْمَهْرِ عِنْدَنَا لَمَّا يَزِيدُ الْخَلْفُ عَلَى الْأَصْلِ. وَعِنْدَهُ تُرَادُّ.

(وَلَنَا أَنَّ الْمُتْعَةَ خَلْفٌ عَنْ مَهْرِ الْمِثْلِ فِي الْمَفُوضَةِ) لَوْجُودِ حَدِّ الْخَلْفِ لِأَنَّ مَهْرَ الْمِثْلِ

سَقَطَ بِالطَّلَاقِ قَبْلَ الدُّخُولِ وَوَجِبَتِ الْمُتَعَةُ، وَالْحَالُ أَنَّ الْعَقْدَ يُوجِبُ الْعِوَضَ لَا يَنْفَكُ عَنْهُ لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ﴾ [النساء: ٢٤] عَلَى مَا عُرِفَ فِي الْأَصُولِ، فَكَانَ وَجُوبُ الْمُتَعَةِ مُضَافًا إِلَى الْعَقْدِ بَعْدَ مَهْرِ الْمِثْلِ، وَلَا يَعْنِي بِالْخَلْفِ إِلَّا مَا يَجِبُ بَعْدَ سَقُوطِ شَيْءٍ مُضَافًا إِلَى سَبَبِ ذَلِكَ الشَّيْءِ كَالْتِيَمِ مَعَ الْوُضُوءِ فَثَبِتَ أَنَّهَا خَلْفٌ (وَالْخَلْفُ لَا يُجَامِعُ الْأَصْلَ) فَالْمُتَعَةُ لَا تُجَامِعُ مَهْرَ الْمِثْلِ وَلَا شَيْئًا مُتَّصِلًا بِهِ كَكُلِّ الْمَفْرُوضِ عِنْدَ الطَّلَاقِ بَعْدَ الدُّخُولِ أَوْ بَعْضِ الْمَفْرُوضِ عِنْدَهُ قِيلَهُ.

وَأَعْلَمُ أَنَّهُ قِيلَ فِي تَوْجِيهِ كَلَامِهِ: إِنَّ الْمُرَادَ بِالْأَصْلِ كُلِّ الْمَفْرُوضِ، كَمَا إِذَا كَانَ بَعْدَ الدُّخُولِ وَالتَّسْمِيَةِ، وَبِقَوْلِهِ شَيْئًا مِنْهُ نَصَفُ الْمَفْرُوضِ كَمَا إِذَا كَانَ قَبْلَ الدُّخُولِ وَبَعْدَ التَّسْمِيَةِ، وَفِيهِ نَظَرٌ لِأَنَّهُ حِينَئِذٍ يَكُونُ مُنْقَطِعًا عَنِ الْكَلَامِ الْأَوَّلِ وَهُوَ قَوْلُهُ الْمُتَعَةُ خَلْفٌ عَنِ مَهْرِ الْمِثْلِ، فَإِنَّ قِيَاسَهُ هَكَذَا الْمُتَعَةُ خَلْفٌ عَنِ مَهْرِ الْمِثْلِ، وَالْخَلْفُ لَا يُجَامِعُ الْأَصْلَ فَالْمُتَعَةُ لَا تُجَامِعُ الْأَصْلَ، وَهُوَ مَهْرُ الْمِثْلِ، وَلَيْسَ فِي ذَلِكَ ذِكْرُ التَّسْمِيَةِ كَمَا تَرَى، وَلَيْسَ الْمُدْعَى إِلَّا عَدَمُ وَجُوبِ الْمُتَعَةِ مَعَ وَجُوبِ الْمُسَمَّى أَوْ بَعْضِهِ وَمَعَ وَجُوبِ مَهْرِ الْمِثْلِ.

فَالصَّوَابُ أَنْ يَقَالَ: الْأَصْلُ هُوَ مَهْرُ الْمِثْلِ وَالْمُتَعَةُ لَا تُجَامِعُهُ وَجُوبًا، وَالْمُرَادُ بِقَوْلِهِ وَلَا شَيْئًا مِنْهُ الْمُسَمَّى وَبَعْضُهُ وَمَنْ هِيَ مِنَ الْمُتَّصِلَةِ كَمَا فِي قَوْلِهِ تَعَالَى ﴿الْمُنْفِقُونَ وَالْمُنْفِقَتُ بَعْضُهُمْ مِنْ بَعْضٍ﴾ [التوبة: ٧٦] أَيْ بَعْضُهُمْ مُتَّصِلٌ بِبَعْضٍ، فَيَكُونُ مَعْنَاهُ وَالْخَلْفُ وَهُوَ الْمُتَعَةُ لَا يُجَامِعُ الْأَصْلَ وَجُوبًا وَهُوَ مَهْرُ الْمِثْلِ إِذَا طَلَّقَهَا بَعْدَ الدُّخُولِ مِنْ غَيْرِ تَسْمِيَةٍ وَلَا يُجَامِعُ شَيْئًا مُتَّصِلًا بِالْأَصْلِ وَهُوَ كُلُّ الْمُسَمَّى بَعْدَ الدُّخُولِ وَبَعْضُهُ قَبْلَهُ، وَيَكُونُ قَوْلُهُ وَلَا شَيْئًا مِنْهُ مُلَحَقًا بِالثَّابِتِ بِالْقِيَاسِ الْمُتَقَدِّمِ لَا أَنَّهُ مِنْ نَتِيجَتِهِ لِأَنَّهُ لَمْ يُذَكَّرْ فِي مُقَدِّمَاتِهِ، لَكِنَّهُ لَمَّا كَانَ مُتَّصِلًا بِهِ الْحَقُّ بِحُكْمِهِ، وَمَعْنَى الْإِتِّصَالِ بَيْنَ مَهْرِ الْمِثْلِ وَالْمُسَمَّى أَنَّ كُلًّا مِنْهُمَا يَقَعُ أَمْثَالًا لَمَّا هُوَ الْمَهْرُ عِنْدَ اللَّهِ وَيَبَيِّنُ لَهُ كَمَا عُرِفَ فِي الْأَصُولِ.

وَيُعْضَدُ هَذَا قَوْلُهُ فِي آخِرِ كَلَامِهِ (فَلَا تَجِبُ مَعَ وَجُوبِ شَيْءٍ مِنَ الْمَهْرِ) لَتَنَاوُلِ مَهْرِ الْمِثْلِ وَكُلِّ الْمُسَمَّى وَبَعْضِهِ، هَذَا الَّذِي سَنَحَ لِي فِي حَلِّ هَذَا الْمَوْضِعِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ. وَقَوْلُهُ (وَهُوَ غَيْرُ جَانٍ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ أَوْحَشَهَا بِالْفِرَاقِ. وَتَفْرِيرُهُ: سَلَّمْنَا أَنَّهُ أَوْحَشَهَا

بِالْفِرَاقِ لَكِنَّهُ لَمْ يَكُنْ فِي الْإِيحَاشِ جَانِبًا لِأَنَّهُ فَعَلَ مَا فَعَلَ بِإِذْنِ الشَّرْعِ (فَلَا تَلَحُّهُ
 الْعَرَامَةُ) بِوُجُوبِ الْمُتَعَةِ (فَكَانَ) الْمُتَعَةُ بِتَأْوِيلِ الْمَتَاعِ (مِنْ بَابِ الْفَضْلِ) أَيْ الْاسْتِحْبَابِ.
 (وَإِذَا زَوَّجَ الرَّجُلُ بِنْتَهُ عَلَى أَنْ يُزَوِّجَهُ الْآخَرُ بِنْتَهُ أَوْ أُخْتَهُ لِيَكُونَ أَحَدُ الْعَقْدَيْنِ
 عَوَضًا عَنِ الْآخَرِ فَالْعَقْدَانِ جَائِزَانِ، وَلِكُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا مَهْرٌ مِثْلُهَا) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: بَطُلَ
 الْعَقْدَانِ؛ لِأَنَّهُ جَعَلَ نِصْفَ الْبُضْعِ صَدَاقًا وَالنِّصْفَ مَنكُوحَةً، وَلَا اشْتِرَاكَ فِي هَذَا الْبَابِ
 فَبَطُلَ الْإِيجَابُ. وَلَنَا أَنَّهُ سَمِيَ مَا لَا يَصْلُحُ صَدَاقًا فَيَصِحُّ الْعَقْدُ وَيَجِبُ مَهْرُ الْمِثْلِ كَمَا إِذَا
 سَمِيَ الْخَمْرَ وَالْخَزِيرَ وَلَا شَرِكَةَ بِدُونِ الْاسْتِحْقَاقِ.

الشرح:

قَالَ (وَإِذَا زَوَّجَ الرَّجُلُ ابْنَتَهُ) وَإِذَا زَوَّجَ رَجُلَانِ كُلُّ مِنْهُمَا بِنْتَهُ أَوْ أُخْتَهُ لِلْآخَرِ
 بِشَرْطِ أَنْ يُزَوِّجَهُ الْآخَرُ بِنْتَهُ أَوْ أُخْتَهُ صَحَّ النِّكَاحُ عِنْدَنَا وَلِكُلِّ مِنْهُمَا مَهْرُ الْمِثْلِ، وَيُسَمَّى
 هَذَا النِّكَاحُ نِكَاحَ الشُّغَارِ مِنَ الشُّغُورِ وَهُوَ الرُّفْعُ وَالْإِخْلَاءُ، وَسُمِّيَ بِهِ لِأَنَّهُمَا بِهَذَا
 الشَّرْطِ كَانَهُمَا رَفَعَا الْمَهْرَ وَأَخْلَيَا الْبُضْعَ عَنْهُ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: النِّكَاحَانِ بَاطِلَانِ لِأَنَّهُ جَعَلَ نِصْفَ الْبُضْعِ صَدَاقًا وَالنِّصْفَ
 مَنكُوحَةً، لِأَنَّهُ لَمَّا جَعَلَ ابْنَتَهُ مَنكُوحَةً الْآخَرَ وَصَدَاقَ ابْنَتِهِ اقْتَضَى ذَلِكَ انْقِسَامَ مَنَافِعِ
 بُضْعِهَا عَلَيْهِمَا نِصْفَيْنِ، فَيَصِيرُ النِّصْفُ لِلزَّوْجِ بِحُكْمِ النِّكَاحِ وَالنِّصْفُ لِبِنْتِهِ بِحُكْمِ الْمَهْرِ
 فَيَلْزَمُ الْاشْتِرَاكُ، وَالْاشْتِرَاكُ فِي هَذَا الْبَابِ مُبْطِلٌ لِلْإِيجَابِ (وَلَنَا أَنَّهُ سَمِيَ مَا لَا يَصِحُّ
 صَدَاقًا) وَكُلُّ مَا كَانَ كَذَلِكَ صَحَّ الْعَقْدُ فِيهِ وَوَجِبَ مَهْرُ الْمِثْلِ (كَمَا إِذَا سَمِيَ الْخَمْرَ
 وَالْخَزِيرَ) وَقَوْلُهُ (وَلَا شَرِكَةَ بِدُونِ الْاسْتِحْقَاقِ) جَوَابُ الْخُصْمِ.

وَيَبَيَّنُهُ أَنَّ الْبُضْعَ لَمَّا لَمْ يَصْلُحْ صَدَاقًا لَمْ يَتَحَقَّقْ الْاشْتِرَاكُ لِأَنَّ مَنَافِعَ بُضْعِ الْمَرْأَةِ لَا
 تَصْلُحُ أَنْ تَكُونَ مَمْلُوكَةً لِمَرْأَةٍ أُخْرَى فَبَقِيَ هَذَا شَرْطًا فَاسِدًا، وَالنِّكَاحُ لَا يَبْطُلُ
 بِالشُّرُوطِ الْفَاسِدَةِ.

(وَإِنْ تَزَوَّجَ حُرٌّ امْرَأَةً عَلَى خِدْمَتِهِ إِيَّاهَا سَنَةً أَوْ عَلَى تَعْلِيمِ الْقُرْآنِ فَلَهَا مَهْرٌ مِثْلُهَا،
 وَقَالَ مُحَمَّدٌ: لَهَا قِيمَةُ خِدْمَتِهِ، وَإِنْ تَزَوَّجَ عَبْدٌ امْرَأَةً بِإِذْنِ مَوْلَاهُ عَلَى خِدْمَتِهِ سَنَةً جَازَ
 وَلَهَا خِدْمَتُهُ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَهَا تَعْلِيمُ الْقُرْآنِ وَالْخِدْمَةُ فِي الْوَجْهَيْنِ؛ لِأَنَّ مَا يَصِحُّ اخْتِ
 الْعَوَضِ عَنْهُ بِالشَّرْطِ يَصْلُحُ مَهْرًا عِنْدَهُ؛ لِأَنَّ بِذَلِكَ تَتَحَقَّقُ الْمَعَاوَضَةُ، وَصَارَ كَمَا إِذَا

تَرْوُجَهَا عَلَى خِدْمَةِ حُرٍّ آخَرَ أَوْ عَلَى رَعِي الزَّوْجِ غَنَمَهَا.

وَلَنَا أَنَّ الْمَشْرُوعَ هُوَ الْاِبْتِغَاءُ بِالْمَالِ وَالتَّعْلِيمُ لَيْسَ بِمَالٍ وَكَذَلِكَ الْمَنَافِعُ عَلَى أَصْلَانَا وَخِدْمَةُ الْعَبْدِ ابْتِغَاءً بِالْمَالِ لِتَضَمُّنِهِ تَسْلِيمَ رَقَبَتِهِ وَلَا كَذَلِكَ الْحُرُّ، وَلأنَّ خِدْمَةَ الزَّوْجِ الْحُرِّ لَا يَجُوزُ اسْتِحْقَاقُهَا بِعَقْدِ النِّكَاحِ لَمَا فِيهِ مِنْ قَلْبِ الْمَوْضُوعِ، بِخِلَافِ خِدْمَةِ حُرٍّ آخَرَ بِرِضَاهُ؛ لِأَنَّهُ لَا مُنَاقَضَةَ، وَبِخِلَافِ خِدْمَةِ الْعَبْدِ؛ لِأَنَّهُ يَخْدُمُ مَوْلَاهُ مَعْنَى حَيْثُ يَخْدُمُهَا بِإِذْنِهِ وَبِأَمْرِهِ، وَبِخِلَافِ رَعِي الْأَعْنَامِ؛ لِأَنَّهُ مِنْ بَابِ الْقِيَامِ بِأُمُورِ الزَّوْجِيَّةِ فَلَا مُنَاقَضَةَ عَلَى أَنَّهُ مَمْنُوعٌ فِي رِوَايَةٍ، ثُمَّ عَلَى قَوْلِ مُحَمَّدٍ تَحِبُّ قِيمَةُ الْخِدْمَةِ؛ لِأَنَّ الْمُسْمَى مَالًا إِلَّا أَنَّهُ عَجَزَ عَنِ التَّسْلِيمِ لِمَكَانِ الْمُنَاقَضَةِ فَصَارَ كَالزَّوْجِ عَلَى عَبْدٍ الْغَيْرِ.

وَعَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ يَجِبُ مَهْرُ الْمِثْلِ؛ لِأَنَّ الْخِدْمَةَ لَيْسَتْ بِمَالٍ إِذْ لَا تُسْتَحَقُّ فِيهِ بِحَالٍ فَصَارَ كَتَسْمِيَةِ الْخَمْرِ وَالْخَنْزِيرِ، وَهَذَا؛ لِأَنَّ تَقْوَمَهُ بِالْعَقْدِ لِلضَّرُورَةِ، فَإِذَا لَمْ يَجِبْ تَسْلِيمُهُ بِالْعَقْدِ لَمْ يَظْهَرْ تَقْوَمُهُ فَيَبْقَى الْحُكْمُ لِلْأَصْلِ وَهُوَ مَهْرُ الْمِثْلِ.

الشرح:

(وَإِنْ تَرْوُجَ حُرٌّ امْرَأَةً عَلَى خِدْمَتِهَا سَنَةً أَوْ عَلَى تَعْلِيمِ الْقُرْآنِ صَحَّ النِّكَاحُ وَلَهَا مَهْرُ الْمِثْلِ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: لَهَا قِيمَةُ خِدْمَتِهَا سَنَةً وَإِنْ تَرْوُجَ عَبْدًا امْرَأَةً بِإِذْنِ مَوْلَاهُ عَلَى خِدْمَتِهَا سَنَةً جَازَ وَلَهَا الْخِدْمَةُ، وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَهَا تَعْلِيمُ الْقُرْآنِ وَالْخِدْمَةُ فِي الْوَجْهَيْنِ) يَعْنِي سَوَاءٌ كَانَ عَبْدًا أَوْ حُرًّا (لأنَّ مَا يَصِحُّ أَخْذُ الْعَوْضِ عَنْهُ بِالشَّرْطِ يَصْلُحُ مَهْرًا) لِأَنَّ الْمَعَاوِضَةَ تَتَحَقَّقُ بِذَلِكَ، وَالتَّعْلِيمُ وَالْخِدْمَةُ كَذَلِكَ لِأَنَّهُ إِذَا اسْتَأْجَرَ شَخْصًا عَلَى تَعْلِيمِ الْقُرْآنِ أَوْ الْأَذَانِ أَوْ الْإِقَامَةِ جَازَ عِنْدَهُ.

(فَصَارَ كَمَا إِذَا تَرْوُجَهَا عَلَى خِدْمَةِ حُرٍّ آخَرَ أَوْ عَلَى رَعِي الزَّوْجِ غَنَمَهَا. وَلَنَا أَنَّ الْمَشْرُوعَ) فِي عَقْدِ النِّكَاحِ (هُوَ الْاِبْتِغَاءُ بِالْمَالِ) لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ﴾ [النساء: ٢٤] (وَالْتَّعْلِيمُ لَيْسَ بِمَالٍ) فَلَا يَكُونُ الْاِبْتِغَاءُ بِهِ مَشْرُوعًا (وَكَذَلِكَ الْمَنَافِعُ عَلَى أَصْلَانَا) لِأَنَّهُمَا لَا تَبْقَى زَمَانَيْنِ، وَالتَّمَوُّلُ يَعْتَمِدُ الْبَقَاءَ زَمَانَيْنِ فَلَا تَكُونُ الْخِدْمَةُ مَالًا فَلَا يَكُونُ الْاِبْتِغَاءُ بِهِ مَشْرُوعًا (وَخِدْمَةُ الْعَبْدِ ابْتِغَاءً بِالْمَالِ لِتَضَمُّنِهِ تَسْلِيمَ رَقَبَةِ الْعَبْدِ) كَمَا فِي الْإِجَارَةِ (وَلَا كَذَلِكَ الْحُرُّ).

وَعَلَى هَذِهِ التُّكْنَةُ يُمْنَعُ جَوَازُ النِّكَاحِ عَلَى خِدْمَةِ حُرٍّ آخَرَ وَرَعِي الْعَنْمِ، وَلَأَنَّ خِدْمَةَ الزَّوْجِ لَا تُسْتَحَقُّ بِعَقْدِ النِّكَاحِ (لَمَّا فِيهِ مِنْ قَلْبِ الْمَوْضُوعِ) لِأَنَّ عَقْدَ النِّكَاحِ يَقْتَضِي أَنْ تَكُونَ الْمَرْأَةُ خَادِمَةً وَالزَّوْجُ مَخْدُومًا لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «النِّكَاحُ رِقٌّ» وَفِي جَعْلِ خِدْمَةِ الزَّوْجِ مَهْرًا لَهَا كَوْنُ الرَّجُلِ خَادِمًا وَالْمَرْأَةَ مَخْدُومَةً وَذَلِكَ خِلَافُ مَوْضُوعِ النِّكَاحِ بِلَا خِلَافٍ (بِخِلَافِ خِدْمَةِ حُرٍّ آخَرَ بِرِضَاةٍ) فَإِنَّهُ يَصِحُّ أَنْ يَكُونَ مَهْرًا لِأَنَّهُ يُسَلِّمُ فِيهِ رَقَبَتَهُ كَالْمُسْتَأْجَرِ، وَلَا مُنَاقَضَةَ فِيهِ عَلَى أَنَّهُ مَمْنُوعٌ فِي إِحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ.

(وَبِخِلَافِ خِدْمَةِ الْعَبْدِ لِأَنَّهُ يَخْدُمُ الْمَوْلَى مَعْنَى حَيْثُ يَخْدُمُهَا بِإِذْنِهِ وَأَمْرِهِ) بِالنِّكَاحِ وَهَذَا مُسْتَعْتَبٌ عَنْهُ ظَاهِرًا لِأَنَّهُ عُلِمَ الْجَوَابُ عَنْهُ بِقَوْلِهِ وَخِدْمَةُ الْعَبْدِ ابْتِغَاءً بِالْمَالِ. وَيُمْكِنُ أَنْ يُقَالَ: ذَكَرَ الْمُصَنِّفُ عَلَى الْمُدَّعَى ذَلِيلَيْنِ: أَحَدُهُمَا: قَوْلُهُ الْمَشْرُوعُ هُوَ الْإِبْتِغَاءُ بِالْمَالِ، وَالثَّانِي: قَوْلُهُ وَلَأَنَّ خِدْمَةَ الزَّوْجِ الْحُرِّ، فَذَكَرَ الْعَبْدَ مَرَّةً بِاعْتِبَارِ الْأَوَّلِ وَأُخْرَى بِاعْتِبَارِ الثَّانِي.

(وَبِخِلَافِ رَعِي الْعَنْمِ لِأَنَّهُ مِنْ بَابِ الْقِيَامِ بِأُمُورِ الزَّوْجِيَّةِ فَلَا مُنَاقَضَةَ عَلَى أَنَّهُ مَمْنُوعٌ فِي رِوَايَةٍ) وَفِي عِبَارَةِ الْمُصَنِّفِ تَسَامُحٌ لِأَنَّهُ قَالَ فِي الدَّلِيلِ: وَلَنَا أَنَّ الْمَشْرُوعَ هُوَ الْإِبْتِغَاءُ بِالْمَالِ وَالتَّعْلِيمُ لَيْسَ بِمَالٍ، وَكَذَا الْمَنَافِعُ عَلَى أَصْلِنَا، فَإِنْ كَانَ مُحَمَّدٌ دَاخِلًا فِي قَوْلِهِ وَلَنَا فَقَوْلُهُ (ثُمَّ عَلَى قَوْلِ مُحَمَّدٍ تَجِبُ قِيمَةُ الْخِدْمَةِ لِأَنَّ الْمُسَمَّى مَالٌ) يُنَاقِضُ ذَلِكَ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ دَاخِلًا كَانَ الْمُنَاسِبُ وَلَهُمَا دَفْعًا لِلِالْتِبَاسِ. وَيُمْكِنُ أَنْ يُجَابَ عَنْهُ بِأَنَّهُ دَاخِلٌ بِالنِّسْبَةِ إِلَى تَعْلِيمِ الْقُرْآنِ فَقَالَ: وَلَنَا وَلَيْسَ بِدَاخِلٍ بِالنِّسْبَةِ إِلَى الْخِدْمَةِ فَقَالَ فِي الْآخِرِ ثُمَّ عَلَى قَوْلِ مُحَمَّدٍ تَجِبُ قِيمَةُ الْخِدْمَةِ لِأَنَّ الْمُسَمَّى وَهُوَ الْخِدْمَةُ مَالٌ عِنْدَ الْعَقْدِ.

(إِلَّا أَنَّهُ عَجَزَ عَنِ التَّسْلِيمِ لِمَكَانِ الْمُنَاقَضَةِ فَصَارَ كَالزَّوْجِ عَلَى عَبْدٍ غَيْرِ، وَعَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ يَجِبُ مَهْرُ الْمَثَلِ لِأَنَّ الْخِدْمَةَ) أَيَّ خِدْمَةِ الْحُرِّ (لَيْسَتْ بِمَالٍ إِذْ لَا تُسْتَحَقُّ فِيهِ) أَيَّ لَا تُسْتَحَقُّ الْخِدْمَةُ فِي النِّكَاحِ (بِحَالٍ) وَلَوْ كَانَتْ مَالًا لَاسْتَحَقَّتْ لِأَنَّهُ وَجَدَ الْمُقْتَضِي وَهُوَ الْعَقْدُ الصَّادِرُ مِنَ الْأَهْلِ الْمُضَافِ إِلَى الْمَحَلِّ، وَانْتَفَى الْمَانِعُ وَهُوَ كَوْنُ الْمَهْرِ غَيْرَ مَالٍ.

وَذَكَرَ بَعْضُ الشَّارِحِينَ أَنَّ سَمَاعَهُ فِي هَذَا الْمَكَانِ بِكَلِمَةِ " أَوْ " هَكَذَا أَوْ لَا تُسْتَحَقُّ فِيهِ بِحَالٍ، وَهُوَ حَسَنٌ لِمَعْنِيَيْنِ: أَحَدُهُمَا: أَنْ يَكُونَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْ قَوْلِهِ؛ (لَأَنَّ

الخدمة ليست بمال، وقوله: (أو لا تستحق بحال) فيه دليل على وجوب مهر المثل، ويكون الأول إشارة إلى قوله: (ولنا أن المشروع هو الانتفاع بالمال)، والثاني إشارة إلى قوله: (ولأن خدمة الزوج الحر لا يجوز استحقاقها بعقد النكاح).

والمعنى الثاني: أن قوله: (إذ لا تستحق فيه بحال) لا دلالة له على أن الخدمة ليست بمال إلا بما ينفيه من وجود المقتضي وانقضاء المانع، وهو لا يتم لأن الخصم أن يقول: لا نسلم أنها لو كانت مالا لاستحققت فيه، وقوله: (لأنه وجد المقتضي وانقضى المانع) وهو كون المهر غير مال يقول المانع غير منحصر في ذلك بل كونه مفضيا إلى المناقضة مانع آخر عن الاستحقاق لكن سماعي بكلمة إذ.

ولقائل أن يقول: قوله: (وعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف) مستغنى عنه لأنه علم ذلك من الدليل في مطلع البحث. ويمكن أن يجاب عنه بأنه أعاده تمهيدا لبيان التعليل بقوله (وهذا) أي وجوب مهر المثل (لأن تقوّمه بالعقد للضرورة) أي لأن تقوّم المسمى وهو الخدمة لضرورة حاجة الناس في العقود وهي إنما تندفع بالتسليم إلى المحتاج (فإذا لم يجب تسليمه في هذا العقد) لمكان التناقض (لم يظهر تقوّمه فيبقى الحكم للأصل وهو مهر المثل) ولو قال فإذا لم يجرز تسليمه كان أولى فتأمل.

(فإن تزوجها على ألف فقبضتها وهبتها له ثم طلقها قبل الدخول بها رجع عليها بخمس مائة)؛ لأنه لم يصل إليه بالهبة عين ما يستوجبها؛ لأن الدراهم والدنانير لا تتعينان في العقود والفسوخ، وكذا إذا كان المهر مكيلا أو موزونا أو شيئا آخر في الدمة لعدم تعيينها (فإن لم تقبض الألف حتى وهبتها له ثم طلقها قبل الدخول بها لم يرجع واحد منهما على صاحبه بشيء. وفي القياس يرجع عليها بنصف الصداق وهو قول زفر)؛ لأنه سلم المهر له بالإبراء فلا تبرأ عما يستحقه بالطلاق قبل الدخول.

وجه الاستحسان أنه وصل إليه عين ما يستحقه بالطلاق قبل الدخول وهو براءة ذمته عن نصف المهر، ولا يبالى باختلاف السبب عند حصول المقصود (ولو قبضت خمسمائة ثم وهبت الألف كلها المقبوض وغيره أو وهبت الباقي ثم طلقها قبل الدخول بها لم يرجع واحد منهما على صاحبه بشيء عند أبي حنيفة. وقال: رجع عليها بنصف ما قبضت) اعتبارا للبعض بالكل، ولأن هبة البعض حط فيلتحق بأصل العقد.

وَلَأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ مَقْصُودَ الزَّوْجِ قَدْ حَصَلَ وَهُوَ سَلَامَةُ نِصْفِ الصَّدَاقِ بِلا عِيُوضٍ
فَلَا يَسْتَوْجِبُ الرُّجُوعَ عِنْدَ الطَّلَاقِ. وَالْحَطُّ لَا يَلْتَحِقُ بِأَصْلِ الْعَقْدِ فِي النِّكَاحِ، أَلَا تَرَى أَنَّ
الزِّيَادَةَ فِيهِ لَا تَلْتَحِقُ حَتَّى لَا تَنْتَصِفَ، وَلَوْ كَانَتْ وَهَبْتَ أَقْلَ مِنَ النِّصْفِ وَقَبَضْتَ الْبَاقِي،
فَعِنْدَهُ يَرْجِعُ عَلَيْهَا إِلَى تَمَامِ النِّصْفِ. وَعِنْدَهُمَا يَنْصِفُ الْمَقْبُوضُ

الشرح:

قَالَ (فَإِنْ تَزَوَّجَهَا عَلَى أَلْفٍ) هَذِهِ الْمَسْأَلَةُ تُنْقَسِمُ بِالْقِسْمَةِ الْأُولَى عَلَى قِسْمَيْنِ:
إِمَّا أَنْ يَتَزَوَّجَهَا عَلَى مَا لَا يَتَّعِنُ بِالتَّعِينِ كَالْعُقُودِ أَوْ عَلَى مَا يَتَّعِنُ بِهِ كَالْعُرُوضِ
وَالْحِنْطَةِ وَالشَّعِيرِ، ثُمَّ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى وَجْهَيْنِ: إِمَّا أَنْ يَكُونَ الصَّدَاقُ مَقْبُوضًا لَهَا،
أَوْ لَمْ يَكُنْ، وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى وَجْهَيْنِ: إِمَّا أَنْ تَهَبَ الْمَرْأَةُ الْكُلَّ أَوْ الْبَعْضَ، فَإِنْ
تَزَوَّجَهَا عَلَى مَا لَا يَتَّعِنُ بِالتَّعِينِ وَهُوَ أَلْفُ دِرْهَمٍ فَقَبَضَتْهَا ثُمَّ وَهَبَتْهَا لِلزَّوْجِ ثُمَّ طَلَّقَهَا
قَبْلَ الدُّخُولِ بِهَا يَرْجِعُ عَلَيْهَا بِخَمْسِمِائَةِ دِرْهَمٍ لِأَنَّ الزَّوْجَ يَسْتَوْجِبُ عَلَيْهَا الرُّجُوعَ
بِنِصْفِ مَا قَبَضَتْ مَهْرًا بِالطَّلَاقِ قَبْلَ الدُّخُولِ فَإِنَّهُ يَنْصِفُ الصَّدَاقَ بِالنِّصِّ وَلَمْ يَصِلْ إِلَيْهِ
عَيْنٌ مَا يَسْتَوْجِبُهُ بِالْهَبَةِ لِأَنَّ الدَّرَاهِمَ وَالْدَّنَانِيرَ لَا تَتَّعِنُ بِالتَّعِينِ فِي الْعُقُودِ وَالْفُسُوحِ
فَكَانَتْ هَبَةً، هَذِهِ الْأَلْفُ كَهَبَةِ أَلْفٍ أُخْرَى، وَإِذَا لَمْ يَصِلْ إِلَيْهِ عَيْنٌ مَا اسْتَوْجِبَهُ كَانَ لَهُ
الرُّجُوعُ.

(وَكَذَا إِذَا كَانَ الْمَهْرُ مَكِيلًا أَوْ مَوْزُونًا أَوْ شَيْئًا آخَرَ فِي الذِّمَّةِ) غَيْرَ الدَّرَاهِمِ
فَقَبَضَتْهُ ثُمَّ وَهَبَتْهُ ثُمَّ طَلَّقَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ بِهَا يَرْجِعُ عَلَيْهَا بِنِصْفِ ذَلِكَ لَعَدَمِ التَّعِينِ وَهَذَا
لَمْ يَجِبْ عَلَيْهَا رَدُّ عَيْنٍ مَا قَبَضَتْ.

(فَإِنْ لَمْ يَقْبِضْ الْأَلْفَ حَتَّى وَهَبَتْهَا لَهُ ثُمَّ طَلَّقَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ لَمْ يَرْجِعْ أَحَدُهُمَا
عَلَى الْآخَرِ بِشَيْءٍ، وَفِي الْقِيَاسِ يَرْجِعُ عَلَيْهَا بِنِصْفِ الصَّدَاقِ وَهُوَ قَوْلُ زُفَرٍ لِأَنَّهُ سَلَّمَ لَهُ
الْمَهْرَ بِالْإِبْرَاءِ) وَمَا سَلَّمَ لَهُ بِالْإِبْرَاءِ غَيْرُ مَا يَسْتَحِقُّهُ بِالطَّلَاقِ وَهُوَ بَرَاءَةٌ ذِمَّتِهِ عَمَّا عَلَيْهِ
مِنْ نِصْفِ الْمَهْرِ بِالطَّلَاقِ قَبْلَ الدُّخُولِ فَالزَّوْجُ سَلَّمَ لَهُ غَيْرُ مَا يَسْتَحِقُّهُ (فَلَا تَبَرُّأُ) الْمَرْأَةُ
(عَمَّا يَسْتَحِقُّهُ) وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّ مَا يَسْتَحِقُّهُ الزَّوْجُ بِالطَّلَاقِ هُوَ بَرَاءَةٌ ذِمَّتِهِ عَنْ
نِصْفِ الْمَهْرِ وَقَدْ وَصَلَ إِلَيْهِ ذَلِكَ لَكِنْ بِسَبَبٍ آخَرَ وَهُوَ الْإِبْرَاءُ.

(وَلَا يُبَالِي بِاخْتِلَافِ السَّبَبِ عِنْدَ حُصُولِ الْمَقْصُودِ) لِأَنَّهُ غَيْرُ مَقْصُودٍ بِنَفْسِهِ كَمَنْ

يَقُولُ لآخرَ: لك علي ألف درهم ثمن هذه الجارية التي اشتريتها منك، وقال الآخر: الجارية جاريك ولي عليك ألف درهم لزمه المال لحصول المقصود وإن كذبه في السبب وهو بيع الجارية (ولو قبضت خمسمائة ثم وهبت الألف كلها المقبوض وغيره أو وهبت الباقي ثم طلقها قبل الدخول لم يرجع واحد منهما على صاحبه بشيء عند أبي حنيفة. وقالوا: يرجع عليها بنصف ما قبضت اعتباراً للبعض بالكل) فلو قبضت الكل ثم وهبت للزوج ثم طلقها قبل الدخول رجع عندنا عليها بنصف ما قبضت فكذا إذا قبضت البعض.

(ولأن هبة البعض) الذي لم يقبضه (حط) والخط يلتحق بأصل العقد فكأنه تزوجها ابتداءً على الخمسمائة المقبوضة. (ولأبي حنيفة أن مقصود الزوج) وهو سلامة نصف الصداق بلا عوض (قد حصل قبل الطلاق فلا يستوجب الرجوع بعد الطلاق) كمن له على آخر دين مؤجل فاستعجل قبل حلول الأجل، وفائدة قوله بلا عوض ستظهر فيما إذا باعت من زوجها.

وقوله: (والخط) جواب عن قولهما ولأن هبة البعض حط ووجه ذلك أن الخط إنما يلتحق بأصل العقد إذا كان العقد عقد معاينة يحتاج إلى دفع العين عن أحد الجانبين بالزيادة أو الخط والنكاح ليس كذلك واستوضح المصنف بقوله (ألا ترى أن الزيادة) يعني أن الخط والزيادة سيان في الالتحاق بأصل العقد، والزيادة في النكاح لم تلتحق بأصل العقد حتى لا تنصف الزيادة مع الأصل بالاتفاق فكذلك الخط.

(ولو كانت وهبت أقل من النصف وقبضت الباقي) مثل ما إذا تزوجها على ألف فوهبت المرأة مائتين وقبضت الباقي؛ فعند أبي حنيفة يرجع عليها بثلاثمائة درهم حتى يتم النصف، وعندهما يرجع عليها بأربعمائة درهم لأن عنده ما سلم للزوج معتبر وعندهما المقبوض معتبر فكأنه تزوجها على ما قبضت فيتتصف المقبوض وهو ثمانمائة.

(ولو كان تزوجها على عرض فقبضته أو لم تقبض فوهبت له ثم طلقها قبل الدخول بها لم يرجع عليها بشيء) وفي القياس وهو قول زفر يرجع عليها بنصف قيمته؛ لأن الواجب فيه رد نصف عين المهر على ما مر تقريره. وجه الاستحسان أن حقه

عِنْدَ الطَّلَاقِ سَلَامَةً نِصْفِ الْمَقْبُوضِ مِنْ جِهَتِهَا وَقَدْ وَصَلَ إِلَيْهِ وَلِهَذَا لَمْ يَكُنْ لَهَا دَفْعُ شَيْءٍ آخَرَ مَكَانَهُ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ الْمَهْرُ دَيْنًا، وَبِخِلَافِ مَا إِذَا بَاعَتْ مِنْ زَوْجِهَا؛ لِأَنَّهُ وَصَلَ إِلَيْهِ بِبَدَلٍ.

وَلَوْ تَزَوَّجَهَا عَلَى حَيَوَانٍ أَوْ عُرُوضٍ فِي الذِّمَّةِ فَكَذَلِكَ الْجَوَابُ؛ لِأَنَّ الْمَقْبُوضَ مُتَعَيَّنٌ فِي الرَّدِّ وَهَذَا؛ لِأَنَّ الْجِهَالَ تَحَمَّلَتْ فِي النِّكَاحِ فَإِذَا عَيَّنَ فِيهِ يَصِيرُ كَانَ التَّسْمِيَةَ وَقَعَتْ عَلَيْهِ.

الشرح:

(وَلَوْ كَانَ تَزَوَّجَهَا عَلَى عَرْضٍ فَقَبَضْتُهُ أَوْ لَمْ تَقْبِضْ فَوَهَبْتَ لَهُ ثُمَّ طَلَّقَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ بِهَا لَمْ يَرْجِعْ عَلَيْهَا شَيْءٌ وَفِي الْقِيَاسِ وَهُوَ قَوْلُ زُفَرٍ يَرْجِعُ عَلَيْهَا بِنِصْفِ قِيمَتِهِ لِأَنَّ الْوَاجِبَ فِيهِ رَدُّ نِصْفِ عَيْنِ الْمَهْرِ عَلَى مَا مَرَّ تَقْرِيرُهُ) يَعْنِي فِي قَوْلِهِ لِأَنَّهُ سَلَّمَ لَهُ الْمَهْرُ بِالْإِبْرَاءِ فَلَا تَبْرَأُ عَمَّا يَسْتَحِقُّهُ (وَجْهٌ الْإِسْتِحْسَانُ) مَا ذَكَرَهُ (أَنَّ حَقَّهُ عِنْدَ الطَّلَاقِ سَلَامَةً نِصْفِ الْمَقْبُوضِ مِنْ جِهَتِهَا وَقَدْ وَصَلَ إِلَيْهِ) لِأَنَّهُ يَتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِينِ.

وَقَوْلُهُ (وَلِهَذَا) أَيُّ وَلِأَنَّ حَقَّهُ عِنْدَ الطَّلَاقِ سَلَامَةً نِصْفِ الْمَقْبُوضِ مِنْ جِهَتِهَا (لَمْ يَكُنْ لَهَا أَنْ تَدْفَعَ شَيْئًا آخَرَ مَكَانَهُ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ الْمَهْرُ دَيْنًا) وَهِيَ الْمَسْأَلَةُ الْأُولَى حَيْثُ يَرْجِعُ عَلَيْهَا بِالنِّصْفِ لِأَنَّ حَقَّهُ لَمْ يَكُنْ فِي نِصْفِ الْمَقْبُوضِ لِعَدَمِ التَّعْيِينِ، وَلِهَذَا لَوْ دَفَعَتْ مَكَانَهُ شَيْئًا آخَرَ جَازَ (بِخِلَافِ مَا إِذَا بَاعَتْ) يَعْنِي الصَّدَاقَ الْعَرَضَ مِنْ زَوْجِهَا (لِأَنَّهُ وَصَلَ إِلَيْهِ بِبَدَلٍ) وَهُوَ يَسْتَحِقُّ عَلَيْهَا نِصْفَ الْمَهْرِ بِلَا بَدَلٍ فَلَا يَنْبُو عَمَّا يَسْتَحِقُّهُ بِالطَّلَاقِ قَبْلَ الدُّخُولِ فَلِذَلِكَ يَرْجِعُ عَلَيْهَا بِنِصْفِ الْمَهْرِ.

(وَلَوْ تَزَوَّجَهَا عَلَى حَيَوَانٍ يَعْنِي مِثْلَ الْفَرَسِ وَالْحِمَارِ وَنَحْوِهِمَا لَا مُطْلَقَهُ) (أَوْ عُرُوضٍ فِي الذِّمَّةِ) بَأَنَّ قَالَ عَلَى ثَوْبٍ هَرَوِيٍّ بَيْنَ جَنْسِهِ وَنَوْعِهِ فَإِنَّهُ حِينَئِذٍ يَجِبُ الْوَسْطُ مِمَّا سَمَّى وَيَثْبُتُ دَيْنًا فِي الذِّمَّةِ فَيُشَبِّهُ الثُّقُودَ (فَكَذَلِكَ الْجَوَابُ) يَعْنِي إِذَا وَهَبْتُهُ لَهُ ثُمَّ طَلَّقَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ بِهَا لَمْ يَرْجِعْ عَلَيْهَا شَيْءٌ قَبَضَتْ أَوْ لَمْ تَقْبِضْ (لِأَنَّ الْمَقْبُوضَ مُتَعَيَّنٌ فِي الرَّدِّ) يَعْنِي أَنَّهَا لَوْ قَبَضْتُهُ تَعَيَّنَ عَلَيْهَا رَدُّهُ بَعِيْنِهِ، وَكُلُّ مَا كَانَ الْمَقْبُوضُ مِنْهُ مُتَعَيَّنًا فِي الرَّدِّ كَانَ مِنْ جِنْسٍ مَا يَتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِينِ، فَإِنْ كَانَتْ الْهَبَةُ بَعْدَ الْقَبْضِ فَقَدْ وَصَلَ إِلَيْهِ عَيْنُ حَقِّهِ لِأَنَّ اخْتِلَافَ السَّبَبِ غَيْرُ مُعْتَبَرٍ، وَإِنْ كَانَتْ قَبْلَهُ فَقَدْ وَصَلَ إِلَيْهِ حَقُّهُ وَهُوَ بَرَاءَةٌ ذِمَّتِهِ عَنْ نِصْفِ الْمَهْرِ، وَلَا مُعْتَبَرٌ بِاخْتِلَافِ السَّبَبِ.

وَقَوْلُهُ (وَهَذَا لِأَنَّ الْجَهْلَةَ) إِشَارَةٌ إِلَى شَيْئَيْنِ إِلَى جَوَازِ النِّكَاحِ بِالْحَيَوَانِ وَالْعُرُوضِ بِلا تَعْيِينَ، وَإِلَى أَنَّ الْمَقْبُوضَ مُتَعَيَّنٌ فِي الرَّدِّ. وَتَقْرِيرُهُ الْجَهْلَةَ تُحْمَلَتْ فِي النِّكَاحِ وَكُلِّ مَا تُحْمَلُ فِي النِّكَاحِ لَا يُتَنَافَى النِّكَاحُ فَالْجَهْلَةَ لَا تُتَنَافَى النِّكَاحَ، فَإِذَا شَرِطَ ذَلِكَ فِي الْعَقْدِ صَحٌّ، وَلَا بُدَّ مِنْ تَعْيِينِ لِيَتَحَقَّقَ الْإِيْقَاءُ عِنْدَ الْحَاجَةِ إِلَيْهِ، فَإِذَا عَيَّنَ بِالْقَبْضِ صَارَ كَأَنَّ التَّسْمِيَةَ وَقَعَتْ عَلَيْهِ، وَلَوْ كَانَ كَذَلِكَ كَانَ مُتَعَيَّنًا فَكَذَلِكَ إِذَا عَيَّنَ بِالْقَبْضِ. وَفَائِدَةُ الْأَوَّلَى صِحَّةُ الْعَقْدِ وَإِنْ كَانَ الْمُسَمَّى مَجْهُولًا وَمُنْعٌ وَجُوبُ مَهْرٍ الْمِثْلِ. وَفَائِدَةُ الثَّانِيَةِ عَدَمُ رُجُوعِ الزَّوْجِ عَلَيْهَا بِشَيْءٍ إِنْ وَهَبَتْهُ لَهُ وَعَدَمُ وَلَايَةِ الْاسْتِبْدَالِ إِنْ لَمْ تَهَبْ وَطَلَّقَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ بِهَا بِخِلَافِ الدَّرَاهِمِ وَالذَّنَانِيرِ.

(وَإِذَا تَزَوَّجَهَا عَلَى أَلْفٍ عَلَى أَنْ لَا يُخْرِجَهَا مِنَ الْبَلَدَةِ أَوْ عَلَى أَنْ لَا يَتَزَوَّجَ عَلَيْهَا أُخْرَى، فَإِنْ وَفَى بِالشَّرْطِ فَلَهَا الْمُسَمَّى)؛ لِأَنَّهُ صَلَحَ مَهْرًا وَقَدْ تَمَّ رِضَاهَا بِهِ (وَإِنْ تَزَوَّجَ عَلَيْهَا أُخْرَى أَوْ أَخْرَجَهَا فَلَهَا مَهْرٌ مِثْلُهَا)؛ لِأَنَّهُ سَمَّى مَا لَهَا فِيهِ نَفْعٌ، فَعِنْدَ فَوَاتِهِ يَنْعَدِمُ رِضَاهَا بِالْأَلْفِ فَيُكْمَلُ مَهْرٌ مِثْلُهَا كَمَا فِي تَسْمِيَةِ الْكَرَامَةِ وَالْهَدَايَةِ مَعَ الْأَلْفِ.

(وَلَوْ تَزَوَّجَهَا عَلَى أَلْفٍ إِنْ أَقَامَ بِهَا وَعَلَى أَلْفَيْنِ إِنْ أَخْرَجَهَا، فَإِنْ أَقَامَ بِهَا فَلَهَا الْأَلْفُ، وَإِنْ أَخْرَجَهَا فَلَهَا مَهْرُ الْمِثْلِ لَا يَزَادُ عَلَى الْأَلْفَيْنِ وَلَا يُنْقَصُ عَنِ الْأَلْفِ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: الشَّرْطَانِ جَمِيعًا جَائِزَانِ) حَتَّى كَانَ لَهَا الْأَلْفُ إِنْ أَقَامَ بِهَا وَالْأَلْفَانِ إِنْ أَخْرَجَهَا.

وَقَالَ زُفَرٌ: الشَّرْطَانِ جَمِيعًا فَاسِدَانِ، وَيَكُونُ لَهَا مَهْرٌ مِثْلُهَا لَا يُنْقَصُ مِنْ أَلْفٍ وَلَا يَزَادُ عَلَى أَلْفَيْنِ وَأَصْلُ الْمَسْأَلَةِ فِي الْإِجَارَاتِ فِي قَوْلِهِ: إِنْ خَطَبَتْهُ الْيَوْمَ فَلَكَ دِرْهَمٌ، وَإِنْ خَطَبَتْهُ غَدًا فَلَكَ نِصْفُ دِرْهَمٍ، وَسَبَّبَتْهَا فِيهِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ.

الشرح:

قَالَ (وَإِذَا تَزَوَّجَهَا عَلَى أَلْفٍ عَلَى أَنْ لَا يُخْرِجَهَا مِنَ الْبَلَدَةِ) قَدْ تَقَدَّمَ أَنَّ النِّكَاحَ لَا يَبْطُلُ بِالشَّرْطِ الْفَاسِدَةِ فَإِذَا تَزَوَّجَ امْرَأَةً عَلَى أَلْفٍ عَلَى أَنْ لَا يُخْرِجَهَا مِنَ الْبَلَدَةِ (أَوْ) عَلَى أَنْ لَا يَتَزَوَّجَ عَلَيْهَا) أَوْ عَلَى أَنْ يُطَلَّقَ فَلَا تَعْنِي فَالْنِّكَاحُ صَحِيحٌ وَإِنْ كَانَ شَرْطُ عَدَمِ التَّزَوُّجِ وَعَدَمِ الْمَسَافَرَةِ وَطَلَاقِ الضَّرَّةِ فَاسِدًا لِأَنَّ فِيهِ الْمَنْعَ عَنِ الْأَمْرِ الْمَشْرُوعِ (فَإِنْ وَفَى بِالشَّرْطِ فَلَهَا الْمُسَمَّى) لِأَنَّهُ سَمَّى مَا صَلَحَ مَهْرًا (وَقَدْ تَمَّ رِضَاهَا بِهِ) وَإِنْ لَمْ يُوفَ بِهِ

فلها مهرٌ مثلها، وصورةُ المسألة فيما إذا كان مهرُ المثل أكثرَ من الألفِ (لأنه سُميَ ما لها فيه نفع) حتى رَضِيتَ بِتَقْيِصِ الْمُسَمَّى عَنْ مَهْرِ الْمِثْلِ.

(فَعِنْدَ فَوَاتِهِ يَتَعَدُّ رِضَاهَا بِالْأَلْفِ فَيُكْمِلُ مَهْرُ مِثْلِهَا كَمَا فِي تَسْمِيَةِ الْكَرَامَةِ) بِأَنْ شَرَطَ مَعَ الْأَلْفِ أَنْ يُكْرِمَهَا وَلَا يُكَلِّفَهَا الْأَعْمَالَ الشَّاقَّةَ وَمَا تَتَعَبُ بِهِ وَكَمَا لَوْ سُمِيَ الْهَدِيَّةَ مَعَ الْأَلْفِ بِأَنْ يُرْسِلَ إِلَيْهَا مَعَ الْأَلْفِ الثِّيَابَ الْفَاحِرَةَ (وَلَوْ تَزَوَّجَهَا عَلَى أَلْفٍ إِنْ أَقَامَ بِهَا وَعَلَى أَلْفَيْنِ إِنْ أَخْرَجَهَا) صُورَةُ الْمَسْأَلَةِ ظَاهِرَةٌ.

وَوَجْهُ قَوْلِ زُفَرٍ أَنَّهُ ذَكَرَ بِمُقَابَلَةِ شَيْءٍ وَاحِدٍ وَهُوَ الْبُضْعُ بَدَلَيْنِ مُخْتَلَفَيْنِ عَلَى سَبِيلِ الْبَدَلِ وَهُمَا الْأَلْفُ وَالْأَلْفَانِ فَتَفْسُدُ التَّسْمِيَةُ لِلْجَهَالَةِ وَيَجِبُ مَهْرُ الْمِثْلِ. وَلَهُمَا أَنْ ذَكَرَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنَ الشَّرْطَيْنِ مُفِيدٌ فَيَصِحَّانِ جَمِيعًا. وَلَأَبْيَ حَنِيفَةَ أَنَّ الشَّرْطَ الْأَوَّلَ قَدْ صَحَّ لِعَدَمِ الْجَهَالَةِ فِيهِ. فَيَتَعَلَّقُ الْعَقْدُ بِهِ، ثُمَّ لَمْ يَصِحَّ الشَّرْطُ الثَّانِي لِأَنَّ الْجَهَالَةَ نَشَأَتْ مِنْهُ وَلَمْ يَفْسُدِ النِّكَاحُ، وَطُولِبَ بِالْفَرْقِ بَيْنَ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ وَبَيْنَ مَا إِذَا تَزَوَّجَهَا عَلَى أَلْفَيْنِ إِنْ كَانَتْ جَمِيلَةً وَعَلَى أَلْفٍ إِنْ كَانَتْ قَبِيحَةً حَيْثُ يَصِحُّ فِيهَا الشَّرْطَانِ جَمِيعًا بِالِاتِّفَاقِ وَالْمَسْأَلَةُ فِي فِتَاوَى الْوَلَوَالِجِيِّ وَغَيْرِهِ.

وَأُجِيبَ بِأَنَّ فِي الْأَوَّلِ وَجَدْتَ الْمُخَاطَرَةَ فِي التَّسْمِيَةِ الثَّانِيَةِ لِأَنَّهَا لَا تَذَرِي أَنْ الزَّوْجَ يُخْرِجُهَا أَوْ لَا، وَفِي الْمَسْأَلَةِ الثَّانِيَةِ لَا مُخَاطَرَةَ لِأَنَّ الْمَرْأَةَ إِمَّا جَمِيلَةً فِي نَفْسِ الْأَمْرِ وَإِمَّا قَبِيحَةً غَيْرَ أَنَّ الزَّوْجَ لَا يَعْرِفُهَا وَجَهْلُهُ بِصِفَتِهَا لَا يُوجِبُ الْمُخَاطَرَةَ فَيَصِحُّ الشَّرْطَانِ جَمِيعًا، وَالْمُصَنِّفُ لَمْ يَذْكُرْ وَجُوهَ الْأَقْوَالِ وَأَحَالَهَا عَلَى بَابِ الْإِجَارَةِ عَلَى أَحَدِ الشَّرْطَيْنِ، وَلَمْ يَذْكُرْ هُنَاكَ هَذِهِ الْمَسْأَلَةَ وَإِنَّمَا ذَكَرَ مَسْأَلَةَ الْخِيَاطَةِ عَلَى مَا سَيَجِيءُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

(وَلَوْ تَزَوَّجَهَا عَلَى هَذَا الْعَبْدِ أَوْ عَلَى هَذَا الْعَبْدِ فَإِذَا أَحَدُهُمَا أَوْكَسُ وَالْآخَرُ أَرْفَعُ)؛ فَإِنْ كَانَ مَهْرُ مِثْلِهَا أَقَلَّ مِنْ أَوْكَسِيهِمَا فَلَهَا الْأَوْكَسُ، وَإِنْ كَانَ أَكْثَرَ مِنْ أَرْفَعِيهِمَا فَلَهَا الْأَرْفَعُ، وَإِنْ كَانَ بَيْنَهُمَا فَلَهَا مِثْلُهَا، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: لَهَا الْأَوْكَسُ فِي ذَلِكَ كُلِّهِ (فَإِنْ طَلَّقَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ بِهَا فَلَهَا نِصْفُ الْأَوْكَسِ فِي ذَلِكَ كُلِّهِ بِالْإِجْمَاعِ) لَهُمَا أَنْ الْمَصِيرَ إِلَى مَهْرِ الْمِثْلِ لَتَعَذُّرِ إِيْجَابِ الْمُسَمَّى، وَقَدْ آمَنَ إِيْجَابُ الْأَوْكَسِ إِذِ الْأَقْلُ مُتَيَقِّنٌ فَصَارَ كَالْخُلْعِ وَالْإِعْتَاقِ عَلَى مَا لَ.

وَلَأَبَى حَنِيفَةً أَنَّ الْمُوجِبَ الْأَصْلِيَّ مَهْرُ الْمِثْلِ إِذْ هُوَ الْأَعْدَلُ، وَالْعُدُولُ عَنْهُ عِنْدَ صِحَّةِ التَّسْمِيَةِ وَقَدْ فَسَدَتْ لِمَكَانِ الْجَهَالَةِ بِخِلَافِ الْخُلْعِ وَالْإِعْتَاقِ عَلَى مَالٍ؛ لِأَنَّهُ لَا مُوجِبَ لَهُ فِي الْبَدَلِ، إِلَّا أَنْ مَهْرُ الْمِثْلِ إِذَا كَانَ أَكْثَرَ مِنَ الْأَرْفَعِ فَالْمَرْأَةُ رَضِيَتْ بِالْحَطِّ، وَإِنْ كَانَ أَنْقَصَ مِنَ الْأَوْكَسِ فَالزَّوْجُ رَضِيَ بِالزِّيَادَةِ، وَالْوَاجِبُ بِالطَّلَاقِ قَبْلَ الدُّخُولِ فِي مِثْلِهِ الْمُتَعَةُ وَنِصْفُ الْأَوْكَسِ يَزِيدُ عَلَيْهَا فِي الْعَادَةِ فَوَجِبَ لاعتِرافِهِ بِالزِّيَادَةِ.

الشرح:

(وَلَوْ تَزَوَّجَهَا عَلَى هَذَا الْعَبْدِ أَوْ عَلَى هَذَا الْعَبْدِ) أَصْلُ هَذَا أَنْ الضَّمَانَ الْأَصْلِيَّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ مَهْرُ الْمِثْلِ، وَإِنَّمَا يُصَارُ إِلَى التَّسْمِيَةِ إِذَا صَحَّتْ مِنْ كُلِّ وَجْهِ وَلَمْ تَصِحَّ لِلْجَهَالَةِ. وَعِنْدَهُمَا الضَّمَانُ الْأَصْلِيُّ هُوَ الْمُسَمَّى، وَإِنَّمَا يُصَارُ إِلَى مَهْرِ الْمِثْلِ إِذَا فَسَدَتْ مِنْ كُلِّ وَجْهِ، وَهَاهُنَا لَيْسَ كَذَلِكَ لِإِمْكَانِ الْعَمَلِ بِالْأَوْكَسِ لِكَوْنِهِ مُتَيَقَّنًا كَمَا فِي الْخُلْعِ وَالْإِعْتَاقِ عَلَى مَالٍ عَلَى هَذَا الْوَجْهِ فَإِنَّ الْأَوْكَسَ فِي ذَلِكَ مُتَعَيَّنٌ، وَمَا فِي الْكِتَابِ وَاضِحٌ وَإِنَّمَا قَالَ فِي مَهْرِ الْمِثْلِ (إِذْ هُوَ الْأَعْدَلُ) لِأَنَّهُ لَا يَقْبَلُ الزِّيَادَةَ وَالتَّنْقِصَانَ لِأَنَّهُ قِيمَةٌ مَنَافِعِ الْبُضْعِ وَقِيمَةُ الشَّيْءِ لَا تَقْبَلُ الزِّيَادَةَ وَالتَّنْقِصَانَ، بِخِلَافِ التَّسْمِيَةِ لِأَنَّهَا تَقْبَلُهُمَا. وَقَوْلُهُ: (إِلَّا مَهْرَ الْمِثْلِ) جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ إِذَا كَانَ مَهْرُ الْمِثْلِ هُوَ الْأَعْدَلُ كَانَ الْمَصِيرُ إِلَيْهِ وَاجِبًا فِي الْأَحْوَالِ الثَّلَاثِ. وَوَجْهُهُ أَنَّهُ كَذَلِكَ إِلَّا أَنْ مَهْرَ الْمِثْلِ (إِذَا كَانَ أَكْثَرَ مِنَ الْأَرْبَعِ فَالْمَرْأَةُ رَضِيَتْ بِالْحَطِّ وَإِنْ كَانَ أَنْقَصَ مِنَ الْأَوْكَسِ فَالزَّوْجُ رَضِيَ بِالزِّيَادَةِ) فَعَمَلْنَا بِرِضَاهُمَا.

وَقَوْلُهُ (وَالْوَاجِبُ بِالطَّلَاقِ قَبْلَ الدُّخُولِ) جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ إِذَا كَانَ كَذَلِكَ كَانَ الْوَاجِبُ أَنْ يَجِبَ نِصْفُ الْأَرْفَعِ فِيمَا يَجِبُ فِيهِ الْأَرْفَعُ مَهْرًا لِأَنَّ الْوَاجِبَ فِي الطَّلَاقِ قَبْلَ الدُّخُولِ نِصْفُ الْمُسَمَّى. وَوَجْهُهُ أَنَّ الْوَاجِبَ فِي الطَّلَاقِ قَبْلَ الدُّخُولِ فِي مِثْلِهِ وَهُوَ مَا تَكُونُ التَّسْمِيَةُ فِيهِ فَاسِدَةً الْمُتَعَةُ (وَنِصْفُ الْأَوْكَسِ يَزِيدُ عَلَيْهَا عَادَةً فَوَجِبَ لاعتِرافِهِ بِالزِّيَادَةِ).

(وَإِذَا تَزَوَّجَهَا عَلَى حَيَوَانٍ غَيْرِ مَوْصُوفٍ صَحَّتِ التَّسْمِيَةُ وَلَهَا الْوَسْطُ مِنْهُ، وَالزَّوْجُ مُخَيَّرٌ إِنْ شَاءَ أَعْطَاهَا ذَلِكَ وَإِنْ شَاءَ أَعْطَاهَا قِيمَتَهُ) قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ: مَعْنَى هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ أَنَّ يُسَمَّى جِنْسَ الْحَيَوَانِ دُونَ الْوَصْفِ، بِأَنْ يَتَزَوَّجَهَا عَلَى فَرَسٍ أَوْ حِمَارٍ. أَمَّا إِذَا لَمْ يُسَمَّ

الْجِنْسَ بِأَنْ يَتَزَوَّجَهَا عَلَى دَابَّةٍ لَا تَجُوزُ التَّسْمِيَةُ وَيَجِبُ مَهْرُ الْمِثْلِ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يَجِبُ مَهْرُ الْمِثْلِ فِي الْوَجْهَيْنِ جَمِيعًا؛ لِأَنْ عِنْدَهُ مَا لَا يَصْلُحُ ثَمَنًا فِي الْبَيْعِ لَا يَصْلُحُ مُسَمًى فِي النِّكَاحِ إِذْ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُعَاوَضَةٌ.

وَلَمَّا أَنَّهُ مُعَاوَضَةٌ مَالٍ بِغَيْرِ مَالٍ فَجَعَلْنَاهُ التِّزَامَ الْمَالِ ابْتِدَاءً حَتَّى لَا يَفْسُدَ بِأَصْلِ الْجَهَالَةِ كَالِدِّيَّةِ وَالْأَقَارِيرِ، وَشَرَطْنَا أَنْ يَكُونَ الْمُسَمًى مَالًا وَسَطَهُ مَعْلُومٌ رِعَايَةً لِلْجَانِبَيْنِ، وَذَلِكَ عِنْدَ إِعْلَامِ الْجِنْسِ؛ لِأَنَّهُ يَشْتَمِلُ عَلَى الْجَيِّدِ وَالرَّدِيِّ وَالْوَسْطُ ذُو حَظٍّ مِنْهُمَا، بِخِلَافِ جَهَالَةِ الْجِنْسِ؛ لِأَنَّهُ لَا وَسْطَ لَهُ لِاخْتِلَافِ مَعَانِي الْأَجْنَاسِ، وَبِخِلَافِ الْبَيْعِ؛ لِأَنْ مَبْنَاهُ عَلَى الْمُضَايَقَةِ وَالْمَمَّاكَسَةِ، أَمَّا النِّكَاحُ فَمَبْنَاهُ عَلَى الْمَسَامَحَةِ، وَإِنَّمَا يَتَخَيَّرُ لِأَنَّ الْوَسْطَ لَا يُعْرَفُ إِلَّا بِالْقِيَمَةِ فَصَارَتْ أَصْلًا فِي حَقِّ الْإِيفَاءِ وَالْعَبْدُ أَصْلُ تَسْمِيَةٍ فَيَتَخَيَّرُ بَيْنَهُمَا.

الشرح:

قَالَ (وَإِذَا تَزَوَّجَهَا عَلَى حَيَوَانَ غَيْرِ مَوْصُوفٍ) صُورَةُ الْمَسْأَلَةِ أَنْ يَقُولَ تَزَوَّجْتُكَ عَلَى حِمَارٍ أَوْ فَرَسٍ. قَالَ الْمُصَنِّفُ (مَعْنَى هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ أَنْ يُسَمَّى جِنْسَ الْحَيَوَانَ ذُونُ الْوَصْفِ) يُرِيدُ أَنَّهُ لَمْ يَقُلْ: جَيِّدٌ أَوْ وَسْطٌ أَوْ رَدِيٌّ إِلَى غَيْرِ ذَلِكَ مِنْ أَوْصَافِهِ. وَرَدَّ بِأَنَّ الْفَرَسَ وَالْحِمَارَ نَوْعٌ لَا جِنْسَ. وَأُجِيبَ بِأَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ مُرَادُهُ مِنَ الْجِنْسِ اسْمُ الْجِنْسِ وَهُوَ مَا عُلِقَ عَلَى شَيْءٍ وَعَلَى كُلِّ مَا أَشْبَهَهُ، وَيَرِدُ عَلَيْهِ قَوْلُهُ أَمَّا إِذَا لَمْ يُسَمَّ الْجِنْسَ بِأَنْ تَزَوَّجَ عَلَى دَابَّةٍ لَا تَجُوزُ التَّسْمِيَةُ وَيَجِبُ مَهْرُ الْمِثْلِ فَإِنَّهُ اسْمُ جِنْسٍ بِالتَّعْرِيفِ الْمَذْكُورِ وَهُوَ مَا عُلِقَ عَلَى شَيْءٍ وَعَلَى كُلِّ مَا أَشْبَهَهُ وَلَمْ تَصِحَّ بِهِ التَّسْمِيَةُ.

وَالْحَقُّ أَنْ يُقَالَ: أَرَادَ بِالْجِنْسِ مَا هُوَ مُصْطَلَحُ الْفُقَهَاءِ وَهُوَ النَّوْعُ بِاصْطِلَاحِ غَيْرِهِمْ. قَوْلُهُ (وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يَجِبُ مَهْرُ الْمِثْلِ) وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (وَلَمَّا أَنَّهُ مُعَاوَضَةٌ مَالٍ بِغَيْرِ مَالٍ) مَعْنَاهُ أَنَّ فِي النِّكَاحِ مَعْنَى التِّزَامِ الْمَالِ ابْتِدَاءً وَمَعْنَى الْمُعَاوَضَةِ، أَمَّا مَعْنَى الْمُعَاوَضَةِ فَظَاهِرٌ، وَأَمَّا مَعْنَى التِّزَامِ الْمَالِ ابْتِدَاءً: يَعْنِي بِغَيْرِ عَوْضٍ فَلِأَنَّهُ مُعَاوَضَةٌ مَالٍ بِغَيْرِ مَالٍ وَكَانَ كَالدِّيَّةِ وَالْأَقَارِيرِ حَيْثُ يُلْزَمُ فِيهِمَا أَيْضًا مَالٌ مِنْ غَيْرِ أَنْ يَكُونَ فِي مُقَابَلَتِهِ عَوْضٌ مَالِيٌّ فَعَمَلْنَا بِمَعْنَى التِّزَامِ الْمَالِ ابْتِدَاءً.

وَقُلْنَا: لَا يَفْسُدُ بِأَصْلِ الْجَهَالَةِ فِي مِثْلِهِ لِأَنَّ الْجَهَالَةَ فِي مِثْلِهِ مُتَحَمِّلَةٌ كَمَا فِي الدِّيَّةِ

فَإِنَّ الشَّرْعَ جَعَلَ فِيهَا مِائَةً مِنَ الْإِبِلِ غَيْرَ مَوْصُوفَةٍ وَكَمَا فِي الْأَقَارِيرِ، فَإِنْ مَنْ أَفَرَّ
لِإِنْسَانٍ بِشَيْءٍ صَحَّ إِفْرَارُهُ وَعَمِلْنَا بِمَعْنَى الْمُعَاوَضَةِ (وَشَرَطْنَا أَنْ يَكُونَ الْمُسَمَّى مَالًا)
مَعْلُومَ الْوَسْطِ رِعَايَةَ لَجَانِبِ الزَّوْجِ وَالْمَرْأَةِ كَمَا أَوْجَبَ فِي الزَّكَاةِ ذَلِكَ رِعَايَةَ لَجَانِبِ
الْغَنِيِّ وَالْفَقِيرِ (وَذَلِكَ) إِنَّمَا يَتَصَوَّرُ (عِنْدَ إِعْلَامِ الْجِنْسِ لِأَنَّهُ يَشْتَمِلُ عَلَى الْجَيِّدِ وَالرَّدِيِّ،
وَالْوَسْطُ ذُو حِظٍّ مِنْهُمَا، بِخِلَافِ جَهَالَةِ الْجِنْسِ لِأَنَّهُ لَا وَسْطَ لَهُ حِينَئِذٍ لِاخْتِلَافِ مَعَانِي
الْأَجْنَاسِ) فَإِنَّهُ إِذَا قَالَ عَلَى ذَاتِهِ لَمْ يَجِدْ نَوْعًا يُتَوَسَّطُ فَيَلْزِمُهُ.

قَوْلُهُ (وَبِخِلَافِ الْبَيْعِ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ مَا لَا يَصْلُحُ ثَمَنًا لَا يَصْلُحُ مُسَمًّى فِي
النِّكَاحِ، وَوَجْهُهُ أَنَّ (مَبْنَاهُ عَلَى الْمُضَايَقَةِ وَالْمَاكِسَةِ) أَيِ الْمُنَازَعَةِ لِأَنَّهُ مُعَاوَضَةٌ مَالٍ لَيْسَ
فِيهِ مَعْنَى التَّرَامِ الْمَالِ ابْتِدَاءً فَيَفْسُدُ بِأَصْلِ الْجَهَالَةِ (أَمَّا النِّكَاحُ فَمَبْنَاهُ عَلَى الْمُسَامَحَةِ) فَلَا
يَفْسُدُ بِالْجَهَالَةِ مَا لَمْ تَفْحُشْ.

وَقَوْلُهُ: (وَأِنَّمَا يَتَخَيَّرُ) مُتَعَلِّقٌ بِقَوْلِهِ وَالزَّوْجُ مُخَيَّرٌ، وَمَعْنَاهُ أَنَّ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ
الْوَسْطِ وَالْقِيَمَةِ جِهَةً أَصَالَةً، أَمَّا الْقِيَمَةُ فَلَأَنَّ الْوَسْطَ لَا يُعْرَفُ إِلَّا بِالْقِيَمَةِ فَصَارَتْ أَصْلًا
فِي حَقِّ الْإِيْفَاءِ، وَأَمَّا الْوَسْطُ فَلَأَنَّ التَّسْمِيَةَ وَقَعَتْ عَلَيْهِ فَيَتَخَيَّرُ بَيْنَهُمَا وَتُجْبَرُ الْمَرْأَةُ عَلَى
الْقَبُولِ بَأَيِّهِمَا أَتَى.

(وَأَنْ تَزَوَّجَهَا عَلَى ثَوْبٍ غَيْرِ مَوْصُوفٍ فَلَهَا مَهْرُ الْمِثْلِ وَمَعْنَاهُ: ذَكَرَ الثَّوْبُ وَلَمْ يَزِدْ
عَلَيْهِ) وَوَجْهُهُ أَنَّ هَذِهِ جَهَالَةُ الْجِنْسِ إِذَا الثِّيَابُ أَجْنَاسٌ، وَلَوْ سَمِيَ جِنْسًا بِأَنْ قَالَ هَرَوِيٌّ
يَصِيحُ التَّسْمِيَةَ وَيُخَيَّرُ الزَّوْجُ لَمَّا بَيَّنَّا، وَكَذَا إِذَا بَالِغٌ فِي وَصْفِ الثَّوْبِ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ؛
لَأَنَّهَا لَيْسَتْ مِنْ ذَوَاتِ الْأَمْثَالِ، وَكَذَا إِذَا سَمِيَ مَكِيلًا أَوْ مَوْزُونًا وَسَمِيَ جِنْسَهُ دُونَ صِفَتِهِ،
وَأِنْ سَمِيَ جِنْسَهُ وَصِفَتَهُ لَا يُخَيَّرُ؛ لِأَنَّ الْمَوْصُوفَ مِنْهُمَا يَثْبُتُ فِي الذِّمَّةِ ثُبُوتًا صَحِيحًا

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَأِنْ تَزَوَّجَهَا عَلَى ثَوْبٍ غَيْرِ مَوْصُوفٍ) يَعْنِي لَمْ يَذْكُرْ نَوْعًا مِنْهُ. وَقَوْلُهُ
(إِذَا الثِّيَابُ أَجْنَاسٌ) يَعْنِي أَنَّهَا تَكُونُ قُطْنًا وَكُنَّا وَابْرِيسْمًا وَغَيْرَهَا. وَقَوْلُهُ (وَكَذَا إِذَا
بَالِغٌ فِي وَصْفِ الثَّوْبِ) مَعْنَى الْمُبَالِغَةِ فِيهِ هُوَ أَنْ يُوصِلَهُ إِلَى حَدٍّ يَجُوزُ فِيهِ عَقْدُ السَّلْمِ.
وَقَوْلُهُ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ) احْتِرَازٌ عَمَّا رَوَى عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الزَّوْجَ يُجْبَرُ عَلَى تَسْلِيمِ
الْوَسْطِ، وَهُوَ قَوْلُ زُفَرٍ لِأَنَّهُ بِالْمُبَالِغَةِ فِيهِ يَلْتَحِقُ بِذَوَاتِ الْأَمْثَالِ وَلِهَذَا يَجُوزُ فِيهِ السَّلْمُ.

وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ إِنْ ضَرَبَ الْأَجَلَ يُجْبَرُ عَلَى الدَّفْعِ وَإِلَّا فَلَا لَأَنَّهُ بِضَرْبِ الْأَجْلِ صَارَ نَظِيرَ السَّلَمِ. وَجَهَ الظَّاهِرِ مَا ذَكَرَهُ أَنَّهَا لَيْسَتْ مِنْ ذَوَاتِ الْأَمْثَالِ بِدَلِيلِ أَنَّ مُسْتَهْلَكَهَا لَا يَضْمَنُ الْمَثْلَ فَصَارَتْ كَالْعَبْدِ (وَكَذَا إِذَا سَمِيَ مَكِيلًا أَوْ مَوْزُونًا وَسَمِيَ جِنْسَهُ) مَثْلُ أَنْ يَقُولَ تَزَوَّجْتُكَ عَلَى كُرٍّ حِنْطَةٍ أَوْ مِنْ مِنْ زَعْفَرَانٍ وَلَمْ يَزِدْ عَلَى ذَلِكَ كَانَ الزَّوْجُ مُحْضَرًا بَيْنَ الْوَسْطِ وَقِيمَتِهِ (وَإِنْ سَمِيَ جِنْسَهُ وَصِفَتُهُ لَا يُخَيَّرُ) بَلْ يُجْبَرُ عَلَى الْوَسْطِ (لَأَنَّ الْمَوْصُوفَ مِنْهُمَا يَثْبُتُ فِي الذِّمَّةِ ثُبُوتًا صَحِيحًا) حَالًا أَوْ مُوَجَّلًا وَلِهَذَا جَازَ اسْتِقْرَاضُهُ وَالسَّلَامُ فِيهِ.

(وَإِنْ تَزَوَّجَ مُسْلِمٌ عَلَى خَمَرٍ أَوْ خَنْزِيرٍ فَالنِّكَاحُ جَائِزٌ وَلَهَا مَهْرٌ مِثْلُهَا؛ لَأَنَّ شَرْطَ قَبُولِ الْخَمْرِ شَرْطٌ فَاسِدٌ فَيَصِحُّ النِّكَاحُ وَيَلْغُو الشَّرْطُ، بِخِلَافِ الْبَيْعِ؛ لِأَنَّهُ يَبْطُلُ بِالشَّرْطِ الْفَاسِدِ لَكِنْ لَمْ تَصِحَّ التَّسْمِيَةُ لَمَّا أَنَّ الْمُسَمَّى لَيْسَ بِمَالٍ فِي حَقِّ الْمُسْلِمِ فَوَجِبَ مَهْرُ الْمَثْلِ.

الشرح:

قَوْلُهُ (وَإِنْ تَزَوَّجَ مُسْلِمٌ عَلَى خَمَرٍ أَوْ خَنْزِيرٍ فَالنِّكَاحُ جَائِزٌ وَلَهَا مَهْرٌ مِثْلُهَا لَأَنَّ شَرْطَ قَبُولِ الْخَمْرِ شَرْطٌ فَاسِدٌ) مَعْنَاهُ أَنَّ قَوْلَهُ تَزَوَّجْتُكَ عَلَى خَمَرٍ بِمَنْزِلَةِ قَوْلِهِ تَزَوَّجْتُكَ بِشَرْطِ قَبُولِ الْخَمْرِ، هَذَا شَرْطٌ فَاسِدٌ وَالنِّكَاحُ لَا يَبْطُلُ بِهِ لَأَنَّ الشَّرْطَ فِيهِ لَا يَرْتَبُ عَلَى تَرْكِ التَّسْمِيَةِ أَصْلًا وَذَلِكَ لَا يُفْسِدُهُ فَهَذَا أَوَّلُ (بِخِلَافِ الْبَيْعِ) لِأَنَّهُ يَبْطُلُ بِالشَّرْطِ الْفَاسِدِ لَأَنَّ الشَّرْطَ فِيهِ بِمَعْنَى الرِّبَا وَهُوَ يُفْسِدُهُ.

وَفِي قَوْلِهِ: (بِخِلَافِ الْبَيْعِ) إِشَارَةٌ إِلَى رَدِّ قِيَاسِ مَالِكِ النِّكَاحَ عَلَى الْبَيْعِ فَإِنَّهُ قَالَ تَسْمِيَةُ الْخَمْرِ وَالْخَنْزِيرِ تَمْنَعُ وَجُوبَ عَرْضِ آخَرَ، وَلَا يُمَكِّنُ إِجْبَابَ الْخَمْرِ وَالْخَنْزِيرِ بِالْعَقْدِ عَلَى الْمُسْلِمِ فَكَانَ كَمَا لَوْ بَاعَ عَيْنًا بِهِمَا، وَقُلْنَا: لَمَّا لَمْ تَصِحَّ التَّسْمِيَةُ فِي نَفْسِهَا لَكُنَّ الْمُسَمَّى لَيْسَ بِمَالٍ: أَيُّ لَيْسَ بِمَالٍ مُتَقَوِّمٍ فِي حَقِّ الْمُسْلِمِ لَمْ تَمْنَعْ وَجُوبَ الْغَيْرِ فَوَجِبَ مَهْرُ الْمَثْلِ.

(فَإِنْ تَزَوَّجَ امْرَأَةٌ عَلَى هَذَا الدَّنِّ مِنَ الْخَلِّ فَإِذَا هُوَ خَمَرٌ فَلَهَا مَهْرٌ مِثْلُهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَالَا: لَهَا مِثْلُ وَزْنِهِ خَلًا، وَإِنْ تَزَوَّجَهَا عَلَى هَذَا الْعَبْدِ فَإِذَا هُوَ حُرٌّ يَجِبُ مَهْرُ الْمَثْلِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: تَجِبُ الْقِيَمَةُ) لِأَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ أَطْمَعُهَا مَا لَا

وَعَجَزَ عَنْ تَسْلِيمِهِ فَتَحِبُّ قِيمَتُهُ أَوْ مِثْلُهُ إِنْ كَانَ مِنْ ذَوَاتِ الْأَمْثَالِ كَمَا إِذَا هَلَكَ الْعَبْدُ الْمُسَمَّى قَبْلَ التَّسْلِيمِ.

وَأَبُو حَنِيفَةَ يَقُولُ: اجْتَمَعَتِ الْإِشَارَةُ وَالتَّسْمِيَةُ فَتُعْتَبَرُ الْإِشَارَةُ لِكَوْنِهَا أَبْلَغُ فِي الْمَقْصُودِ وَهُوَ التَّعْرِيفُ فَكَأَنَّهُ تَزَوَّجَ عَلَى خَمْرٍ أَوْ حُرٍّ. وَمُحَمَّدٌ يَقُولُ: الْأَصْلُ أَنَّ الْمُسَمَّى إِذَا كَانَ مِنْ جِنْسِ الْمَشَارِ إِلَيْهِ يَتَعَلَّقُ الْعَقْدُ بِالْمَشَارِ إِلَيْهِ؛ لِأَنَّ الْمُسَمَّى مَوْجُودٌ فِي الْمَشَارِ إِلَيْهِ ذَاتًا، وَالْوَصْفُ يَتَّبَعُهُ وَإِنْ كَانَ مِنْ خِلَافِ جِنْسِهِ يَتَعَلَّقُ بِالْمُسَمَّى؛ لِأَنَّ الْمُسَمَّى مِثْلٌ لِلْمَشَارِ إِلَيْهِ وَلَيْسَ بِتَابِعٍ لَهُ.

وَالتَّسْمِيَةُ أَبْلَغُ فِي التَّعْرِيفِ مِنْ حَيْثُ إِنَّهَا تُعَرِّفُ الْمَاهِيَّةَ، وَالْإِشَارَةُ تُعَرِّفُ الذَّاتَ، أَلَا تَرَى أَنَّ مَنْ اشْتَرَى فَصًّا عَلَى أَنَّهُ يَأْفُوتُ فَإِذَا هُوَ زُجَاجٌ لَا يَنْعَقِدُ الْعَقْدُ لِاخْتِلَافِ الْجِنْسِ، وَلَوْ اشْتَرَى عَلَى أَنَّهُ يَأْفُوتُ أَحْمَرُ فَإِذَا هُوَ أَخْضَرُ يَنْعَقِدُ الْعَقْدُ لِاتِّحَادِ الْجِنْسِ. وَفِي مَسْأَلَتِنَا الْعَبْدُ مَعَ الْحُرِّ جِنْسٌ وَاحِدٌ لِقِلَّةِ التَّفَاوُتِ فِي الْمَنَافِعِ، وَالْخَمْرُ مَعَ الْخَلِّ جِنْسَانِ لِفُحْشِ التَّفَاوُتِ فِي الْمَقَاصِدِ.

الشرح:

قَالَ (فَإِنْ تَزَوَّجَ امْرَأَةً عَلَى هَذَا الدَّنِّ مِنَ الْخَلِّ) صُورَةُ الْمَسْأَلَةِ ظَاهِرَةٌ. وَحَاصِلُ اخْتِلَافِهِمْ أَنَّ مُحَمَّدًا مَعَ أَبِي يُوسُفَ فِي ذَوَاتِ الْأَمْثَالِ فِي أَنَّ الْحُكْمَ يَتَعَلَّقُ بِالتَّسْمِيَةِ دُونَ مَهْرِ الْمِثْلِ، وَمَعَ أَبِي حَنِيفَةَ فِي ذَوَاتِ الْقِيمِ فِي إِنْجَابِ مَهْرِ الْمِثْلِ دُونَ الْقِيَمَةِ. ثُمَّ الْأَصْلُ أَنَّ الْمُعْتَبَرَ هُوَ الْإِشَارَةُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ فِي الْفُصُولِ كُلِّهَا، وَالتَّسْمِيَةُ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ فِي الْفُصُولِ كُلِّهَا وَالْإِشَارَةُ فِي الْجِنْسِ الْوَاحِدِ، وَالتَّسْمِيَةُ فِي الْجِنْسَيْنِ عِنْدَ مُحَمَّدٍ، وَالْمُصَنِّفُ قَدَّمَ دَلِيلَ أَبِي يُوسُفَ وَهُوَ ظَاهِرٌ.

ثُمَّ ذَكَرَ دَلِيلَ أَبِي حَنِيفَةَ وَقَالَ فِيهِ (لِكَوْنِهَا) يَعْنِي الْإِشَارَةَ (أَبْلَغُ فِي الْمَقْصُودِ وَهُوَ التَّعْرِيفُ) لِأَنَّ الْإِشَارَةَ بِمَنْزِلَةِ وَضْعِ الْيَدِ عَلَى الشَّيْءِ، وَيَحْصُلُ بِهَا كَمَالُ التَّمْيِيزِ لِأَنَّ الْإِشَارَةَ إِلَى الشَّيْءِ وَارِدَةٌ غَيْرُ مُمْتَنِعَةٍ، وَأَمَّا التَّسْمِيَةُ فَمِنْ بَابِ اسْتِعْمَالِ اللَّفْظِ، وَيَجُوزُ إِطْلَاقُ اللَّفْظِ وَإِرَادَةُ غَيْرِ مَا وَضَعَ لَهُ وَأَخَّرَ دَلِيلَ مُحَمَّدٍ وَكَأَنَّهُ أَشَارَ إِلَى اخْتِيَارِ مَذْهَبِهِ، وَدَلِيلُهُ مَوْقُوفٌ عَلَى تَقْدِيمِ مُقَدِّمَتَيْنِ:

إِحْدَاهُمَا: أَنَّ الْمُرَادَ بِالْمَاهِيَّةِ هُوَ الْحَقِيقَةُ مِنْ حَيْثُ هِيَ وَبِالذَّاتِ مَوْجُودٌ فِي

الخارج يصح أن يكون مُشارًا إليه إشارة حسيّة.

والثانية: أن المراد بالجنس ما يكون الفاصل بين آحاده أمرًا واحدًا فيكون التفاوت سيرًا كالعبد والحرّ والميتة والمذكرة، والذكر والأنثى في غير الإنسان، وبالجنسين ما يكون الفاصل بينهما أكثر من ذلك فيفحشُ التفاوت كالخلّ والخمر فإن الفاصل بينهما الاسم والصفة كالموضوعة في الخلّ والحلّة في الخمر والمعنى كالإسكار وعدمه، والحرارية والعبد فإن الفاصل بينهما الاسم والصفة.

فإذا ظهر هذا فإذا اجتمعت التسمية والإشارة في العقد، فإن كان المسمى والمشار إليه من جنس واحد كان المعتبر هو المشار إليه لأن التسمية هناك لا تدلّ على ماهية أخرى وإلّا تدلّ على صفة والصفة تتبع الموصوف في الاستحقاق والموصوف موجود في المشار إليه لأنه هو المشار إليه لولا الصفة ولم تعتبر الصفة لتبعيتها وإن كانا من جنسين، فالمعتبر هو المسمى لأن التسمية حينئذ تدلّ على ماهية خلاف المشار إليه فيكون المسمى مثل المشار إليه في استحقاق أن يكون مرادًا ولا يكون تابعًا له لأن مقتضى لعدم شيء لا يتبعه فيتعارضان في الاستحقاق، والتسمية أبلغ في التعريف إذا كانا من جنسين من حيث إنها تعرف الماهية، والإشارة إنّما تعرف ذاتًا مُشارًا إليه من غير دلالة على حقيقته.

هذا الذي ستح لي في حلّ هذا المحلّ، وأريدك بيانًا وهو أن كلّ موضع دلت التسمية فيه على معنى يتحقّق المشار إليه عند ارتفاعه فهو جنس واحد، فإن صفة كونه عبدًا إذا ارتفعت عادّ حرًا لعدم الواسطة، وكذا في الميتة والذكّة والذكر والأنثى، وكلّ موضع دلت التسمية فيه على معنى لم يتحقّق المشار إليه عند ارتفاعه لوجود الواسطة فهما جنسان، فإن صفة كونه خلا إذا ارتفع لا يلزم أن يكون خمرًا لجواز أن يكون عصيرًا، وكذا إذا ارتفع كوئها جارية لا يلزم أن تكون عبدًا لجواز أن تكون حرة.

(فإن تزوجها على هذين العبدين فإذا أحدهما حرّ فليس لها إلا الباقي إذا ساوى عشرة دراهم عند أبي حنيفة) لأنه مسمى، وجوب المسمى وإن قلّ يمنع وجوب مهر المثل (وقال أبو يوسف: لها العبد وقيمة الحرّ عبدًا)؛ لأنه أطمعها سلامة العبدین وعجز عن تسليم أحدهما فتجب قيمته (وقال محمد) وهو رواية عن أبي حنيفة (لها العبد

الْبَاقِي وَتَمَامُ مَهْرٍ مِثْلَهَا إِنْ كَانَ مَهْرُ مِثْلَهَا أَكْثَرَ مِنْ قِيَمَةِ الْعَبْدِ؛ لِأَنَّهُمَا لَوْ كَانَا حُرَيْنِ يَجِبُ تَمَامُ مَهْرِ الْمِثْلِ عِنْدَهُ فَإِذَا كَانَ أَحَدُهُمَا عَبْدًا يَجِبُ الْعَبْدُ وَتَمَامُ مَهْرِ الْمِثْلِ.

الشرح:

وَعَلَى هَذَا إِذَا تَزَوَّجَهَا عَلَى هَذَيْنِ الْعَبْدَيْنِ فَإِذَا أَحَدُهُمَا حُرٌّ فَلَيْسَ لَهَا إِلَّا الْبَاقِي إِذَا سَاوَى عَشْرَةَ دَرَاهِمَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ لِأَنَّهُ يَعْتَبَرُ الْإِشَارَةَ وَالْإِشَارَةُ إِلَى الْحُرِّ تُخْرِجُهُ عَنِ الْعَقْدِ فَكَانَ تَسْمِيَةُ الْعَبْدِ الثَّانِي لَعَوًّا وَكَأَنَّهُ تَزَوَّجَهَا عَلَى عَبْدٍ فَلَيْسَ لَهَا إِلَّا ذَلِكَ، وَلَا يَجِبُ مَهْرُ الْمِثْلِ لَأَنَّهُمَا لَا يَجْتَمِعَانِ.

وَوَجْهُ أَبِي يُوسُفَ ظَاهِرٌ، وَكَذَا وَجْهُ مُحَمَّدٍ لِأَنَّهُ فِي الْجِنْسِ الْوَاحِدِ تُعْتَبَرُ الْإِشَارَةُ، وَلَوْ كَانَا حُرَيْنِ وَجِبَ تَمَامُ مَهْرِ الْمِثْلِ عِنْدَهُ، فَإِذَا كَانَ أَحَدُهُمَا عَبْدًا يَجِبُ الْعَبْدُ وَتَمَامُ مَهْرِ الْمِثْلِ، وَالْمُصَنَّفُ ذَكَرَ فِي دَلِيلِ أَبِي حَنِيفَةَ قَوْلَهُ لِأَنَّهُ مُسَمًّى بِنَاءً عَلَى مَا ذَكَرْنَا أَنَّ الْإِشَارَةَ أَبْطَلَتْ الْعَبْدَ الثَّانِي.

وَقَوْلُهُ (وَوُجُوبُ الْمُسَمًّى وَإِنْ قَلَّ يَمْنَعُ وَجُوبَ مَهْرِ الْمِثْلِ) أُعْثِرَ عَلَيْهِ بِمَا قَالَ قَبْلَ هَذَا، وَلَوْ تَزَوَّجَهَا عَلَى أَلْفٍ إِنْ أَقَامَ بِهَا إِلَى أَنْ قَالَ وَإِنْ أَخْرَجَهَا فَلَهَا مَهْرُ الْمِثْلِ، وَبِمَا قَالَ فِي الزِّيَادَاتِ أَنَّ الرَّجُلَ إِذَا تَزَوَّجَ امْرَأَةً عَلَى أَلْفٍ دَرَاهِمَ وَعَلَى أَنْ يُعْتَقَ أَبَاهَا ثُمَّ إِنْ لَمْ يَفِ بِالشَّرْطِ فَلَهَا الْأَلْفُ إِلَى تَمَامِ مَهْرِ مِثْلَهَا، وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّ ذَكَرَ الْمُسَمًّى لَا يَمْنَعُ وَجُوبَ مَهْرِ الْمِثْلِ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ ذَلِكَ الشَّرْطَ أُسْتُحِقَّ بِعَقْدِ النِّكَاحِ، فَفَوَائِهِ يُوجِبُ فَوَاتَ رِضَاهَا فَيَكْمِلُ لَهَا مَهْرَ الْمِثْلِ.

وَأَمَّا الْحُرُّ فَلَمْ يُسْتَحَقَّ أَصْلًا، وَبِأَنَّ الْوُقُوفَ عَلَى مَا شَرِطَ غَيْرُ مُمَكِّنٍ لِأَنَّهُ شَرِطٌ عَلَى خَطَرِ الْوُجُودِ، فَلَوْ لَمْ يَجِبْ لَهَا إِلَى تَمَامِ مَهْرِ مِثْلِ لَزِمَهَا ضَرَرٌ لَا يُمَكِّنُ الْاِحْتِرَازَ عَنْهُ، أَمَّا هَاهُنَا فَيُمَكِّنُ الْوُقُوفُ عَلَى مَا أَشَارَ إِلَيْهِ قَبْلَ النِّكَاحِ بِالتَّفَحُّصِ، فَلَوْ لَزِمَهَا ضَرَرٌ لَزِمَهَا بِضَرْبٍ مِنْ تَقْصِيرِهَا.

(وَإِذَا فُرِقَ الْقَاضِي بَيْنَ الزَّوْجَيْنِ فِي النِّكَاحِ الْفَاسِدِ قَبْلَ الدُّخُولِ فَلَا مَهْرَ لَهَا؛ لِأَنَّ الْمَهْرَ فِيهِ لَا يَجِبُ بِمَجْرَدِ الْعَقْدِ لِفُسَادِهِ، وَإِنَّمَا يَجِبُ بِاسْتِفَاءِ مَنَافِعِ الْبُضْعِ (وَكَذَا بَعْدَ الْخُلُوةِ)؛ لِأَنَّ الْخُلُوةَ فِيهِ لَا يَثْبُتُ بِهَا التَّمَكُّنُ فَلَا تُقَامُ مَقَامَ الْوُطْءِ (فَإِنْ دَخَلَ بِهَا فَلَهَا مَهْرُ مِثْلَهَا لَا يَزَادُ عَلَى الْمُسَمًّى) عِنْدَنَا خِلَافًا لَزَهْرٍ هُوَ يَعْتَبِرُهُ بِالْبَيْعِ الْفَاسِدِ.

وَلَنَا أَنَّ الْمُسْتَوْفَى لَيْسَ بِمَالٍ وَإِنَّمَا يَتَقَوَّمُ بِالتَّسْمِيَةِ فَإِذَا زَادَتْ عَلَى مَهْرِ الْمِثْلِ لَمْ تَحِبَّ الزِّيَادَةُ لِعَدَمِ صِحَّةِ التَّسْمِيَةِ، وَإِنْ نَقَصَتْ لَمْ تَحِبَّ الزِّيَادَةُ عَلَى الْمُسَمَّى لِانْعِدَامِ التَّسْمِيَةِ، بِخِلَافِ الْبَيْعِ؛ لِأَنَّهُ مَالٌ مُتَقَوِّمٌ فِي نَفْسِهِ فَيَتَقَدَّرُ بِدَلِّهِ بِقِيَمَتِهِ.

(وَعَلَيْهَا الْعِدَّةُ) الْحَاقَّةُ لِلشُّبْهَةِ بِالْحَقِيقَةِ فِي مَوْضِعِ الْإِحْتِيَاطِ وَتَحَرُّزًا عَنْ اشْتِبَاهِ النَّسَبِ. وَيُعْتَبَرُ ابْتِدَاؤُهَا مِنْ وَقْتِ التَّفْرِيقِ لَا مِنْ آخِرِ الْوَطْأَتِ، هُوَ الصَّحِيحُ؛ لِأَنَّهَا تَحِبُّ بِاعْتِبَارِ شُبْهَةِ النِّكَاحِ وَرَفْعُهَا بِالتَّفْرِيقِ (وَيُثْبِتُ نَسَبٌ وَلِذَا)؛ لِأَنَّ النَّسَبَ يُحْتَاطُ فِي إِثْبَاتِهِ إِحْيَاءً لِلْوَلَدِ فَيَتَرْتَّبُ عَلَى الثَّابِتِ مِنْ وَجْهِهِ. وَتُعْتَبَرُ مُدَّةُ النَّسَبِ مِنْ وَقْتِ الدُّخُولِ عِنْدَ مُحَمَّدٍ وَعَلَيْهِ الْفَتْوَى؛ لِأَنَّ النِّكَاحَ الْفَاسِدَ لَيْسَ بِدَاعٍ إِلَيْهِ، وَالْإِقَامَةُ بِاعْتِبَارِهِ.

الشرح:

قَالَ (وَإِذَا فُرِّقَ الْقَاضِي بَيْنَ الزَّوْجَيْنِ فِي النِّكَاحِ الْفَاسِدِ) النِّكَاحُ الْفَاسِدُ مِثْلُ النِّكَاحِ بِلا شُهُودٍ وَنِكَاحِ الْأُخْتِ فِي عِدَّةِ الْأُخْتِ فِي الطَّلَاقِ الْبَائِنِ وَنِكَاحِ الْخَامِسَةِ فِي عِدَّةِ الرَّابِعَةِ وَنَحْوِهَا وَكَلَامُهُ وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (هُوَ يَعْتَبَرُهُ الْبَيْعُ الْفَاسِدُ) يَعْنِي أَنَّ الْقِيَمَةَ فِي الْبَيْعِ الْفَاسِدِ تَحِبُّ بِالْعَدَّةِ مَا بَلَغَتْ وَإِنْ زَادَتْ عَلَى الثَّمَنِ فَكَذَلِكَ مَهْرُ الْمِثْلِ وَإِنْ زَادَ عَلَى الْمُسَمَّى لَكُونِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُوجِبًا أَصْلِيًّا، فَإِذَا اعْتَرَضَ الْفَسَادُ يُرْجَعُ إِلَى الْمَوْجِبِ الْأَصْلِيِّ.

(وَلَنَا أَنَّ الْمُسْتَوْفَى) أَيِّ مِنْ مَنَافِعِ الْبُضْعِ بِهَذَا الْعَقْدِ هُوَ (لَيْسَ بِمَالٍ) وَكُلُّ مَا لَيْسَ بِمَالٍ لَيْسَ بِمُتَقَوِّمٍ، فَالْمُسْتَوْفَى بِهِ لَيْسَ بِمُتَقَوِّمٍ (وَإِنَّمَا يَتَقَوَّمُ بِالتَّسْمِيَةِ) وَالتَّسْمِيَةُ غَيْرُ صَحِيحَةٍ فَبُطِلَتْ، وَلَا بُدَّ مِنْ تَقَوُّمِ الْمُسْتَوْفَى مِنْ مَنَافِعِ الْبُضْعِ شَرْعًا فَصَرْنَا إِلَى مَا هُوَ قِيَمَتُهَا فِي مِثْلِ هَذَا الْعَقْدِ بِدُونِ التَّسْمِيَةِ وَهُوَ عَقْدُ الْمُفَوَّضَةِ إِذَا كَانَ صَحِيحًا وَذَلِكَ مَهْرُ الْمِثْلِ فَيَبْطُلُ، مَا زَادَ عَلَيْهِ، وَهَذَا يَقْتَضِي أَنَّ لَا يَنْقُصُ مِنْ مَهْرِ الْمِثْلِ إِذَا زَادَ عَلَى الْمُسَمَّى لَكِنَّ الزِّيَادَةَ عَلَى الْمُسَمَّى لَا تَحِبُّ (لِانْعِدَامِ التَّسْمِيَةِ) أَيِّ تَسْمِيَةِ الزِّيَادَةِ عَلَى الْمُسَمَّى.

فَإِنْ قُلْتَ: هَلْ هَذَا إِلَّا تَنَاقُضٌ لِأَنَّكَ أَسْقَطْتَ اعْتِبَارَ التَّسْمِيَةِ إِذَا زَادَتْ عَلَى مَهْرِ الْمِثْلِ ثُمَّ اعْتَبَرْتَهَا إِذَا نَقَصَتْ مِنْهُ وَهِيَ إِنْ كَانَتْ فَاسِدَةً يَجِبُ شُمُولُ الْعَدَمِ وَإِنْ كَانَتْ صَحِيحَةً يَجِبُ شُمُولُ الْوُجُودِ؟ قُلْتَ: هِيَ صَحِيحَةٌ مِنْ وَجْهِ دُونَ وَجْهِ، صَحِيحَةٌ مِنْ

حَيْثُ إِنَّ الْمُسَمَّى مَالٌ مُتَقَوِّمٌ لِأَنَّهُ فَرَضَ الْمَسْأَلَةُ فِيهِ، فَاسِدَةٌ مِنْ حَيْثُ إِنَّهَا وَجِدَتْ فِي عَقْدٍ فَاسِدٍ فَاعْتَبَرْنَا فَسَادَهَا إِذَا زَادَتْ وَصَحَّتْهَا إِذَا انْتَقَصَتْ لِانْتِصَامِ رِضَاهَا إِلَيْهَا، وَهَذَا الْحَلُّ مِنْ خَوَاصِّ هَذَا الشَّرْحِ. وَإِنَّمَا قَيَّدَتْ الْمُسْتَوْفَى بِقَوْلِي بِهَذَا الْعَقْدِ لِأَنَّ الْكَلَامَ فِيهِ وَلَكِنَّا يَنْتَقِضُ بِالْمُفَوِّضَةِ فَإِنَّ الْمُسْتَوْفَى هُنَاكَ أَيْضًا لَيْسَ بِمَالٍ وَلَمْ يُتَقَوِّمَ بِالتَّسْمِيَةِ بَلْ بِالْعَقْدِ. وَقَوْلُهُ: (بِخِلَافِ الْبَيْعِ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِ زُفَرٍ وَهُوَ وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (وَعَلَيْهَا الْعِدَّةُ) يَعْنِي فِي النِّكَاحِ الْفَاسِدِ إِذَا دَخَلَ بِهَا لَمَّا ذَكَرَ أَنَّ الْحُلُوهَ فِيهِ لَا تَقُومُ مَقَامَ الدُّخُولِ فَلَا بُدَّ مِنْ حَقِيقَةِ الدُّخُولِ لَوْجُوبِ الْعِدَّةِ، وَيُعْتَبَرُ الْجَمَاعُ فِي الْقَبْلِ حَتَّى يَصِيرَ مُسْتَوْفَى لِّلْمَعْقُودِ عَلَيْهِ.

وَقَوْلُهُ (الْحَاقًا لِلشُّبْهَةِ بِالْحَقِيقَةِ) أَيُّ الثَّابِتِ مِنْ وَجْهِ الثَّابِتِ مِنْ كُلِّ وَجْهِ (فِي مَوْضِعِ الْاِخْتِيَاظِ) وَكَانَ قَوْلُهُ (وَتَحَرُّزًا عَنْ اسْتِبْهَانِ النَّسَبِ) تَفْسِيرًا لِلْاِخْتِيَاظِ بِطَرِيقِ الْعَطْفِ (وَيُعْتَبَرُ ابْتِدَآؤُهَا مِنْ وَقْتِ التَّفْرِيقِ لَا مِنْ آخِرِ الْوَطَآتِ) وَقَالَ زُفَرٌ: يُعْتَبَرُ مِنْ آخِرِ الْوَطَآتِ حَتَّى إِذَا وَطِئَ فِي النِّكَاحِ الْفَاسِدِ ثُمَّ رَأَتْ ثَلَاثَ حِيضٍ ثُمَّ فَرَّقَ الْقَاضِي تَعَدُّ عِنْدَنَا وَعِنْدَهُ تَكُونُ عِدَّتُهَا مُنْقَضِيَّةً. وَقَوْلُهُ (هُوَ الصَّحِيحُ) اخْتِرَازٌ عَنْ قَوْلِ زُفَرٍ. وَقَوْلُهُ (لَا كُنْهَا تَجِبُ بِاعْتِبَارِ شُبْهَةِ النِّكَاحِ) يَعْنِي مِنْ حَيْثُ وَجُودُ رُكْنِهِ مِنَ الْإِجَابِ وَالْقَبُولِ (و) شُبْهَةُ النِّكَاحِ (رَفَعَهَا بِالتَّفْرِيقِ) وَقَوْلُهُ التَّفْرِيقُ فِي مَوْضِعَيْنِ يُشِيرُ إِلَى أَنَّهُ لَا بُدَّ مِنْ مُفَرِّقٍ وَلَيْسَ رَفْعُ النِّكَاحِ مَوْقُوفًا عَلَى تَفْرِيقِ الْقَاضِي بَلْ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الزَّوْجَيْنِ فَسُخِّ هَذَا النِّكَاحُ بِغَيْرِ مَحْضَرٍ مِنْ صَاحِبِهِ عِنْدَ بَعْضِ الْمَشَائِخِ. وَعِنْدَ بَعْضِهِمْ إِنْ لَمْ يَدْخُلْ بِهَا فَكَذَلِكَ الْجَوَابُ.

وَإِنْ دَخَلَ بِهَا فَلَيْسَ لَوَاحِدٍ مِنْهُمَا حَقُّ الْفَسْخِ إِلَّا بِمَحْضَرٍ مِنْ صَاحِبِهِ كَمَا فِي الْبَيْعِ الْفَاسِدِ فَإِنَّ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْمُتَعَاقِدَيْنِ حَقُّ الْفَسْخِ دُونَ مَحْضَرٍ مِنْ صَاحِبِهِ قَبْلَ الْقَبْضِ وَلَيْسَ لَهُ ذَلِكَ بَعْدَ الْقَبْضِ، فِيمَا أَنْ يَكُونَ التَّفْرِيقُ بِمَعْنَى الرِّفْعِ وَالرَّافِعُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا، وَإِنَّمَا أَنْ يَكُونَ وَضَعُ الْمَسْأَلَةِ فِيمَا إِذَا رَفَعَا حُكْمَهُمَا إِلَى الْحَاكِمِ. وَقَوْلُهُ (وَيَبَيَّنْتُ نَسَبُ وَلَدِهَا) ظَاهِرٌ مِمَّا تَقَدَّمَ.

قَوْلُهُ (وَيُعْتَبَرُ مُدَّةُ النَّسَبِ مِنْ وَقْتِ الدُّخُولِ عِنْدَ مُحَمَّدٍ) وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَأَبُو يُوسُفَ مِنْ وَقْتِ النِّكَاحِ كَمَا فِي النِّكَاحِ الصَّحِيحِ لِأَنَّ حُكْمَ الْفَاسِدِ يُؤْخَذُ مِنْ

الصَّحِيحَ وَالْفَتَوَى عَلَى قَوْلِ مُحَمَّدٍ (لَأَنَّ النِّكَاحَ الْفَاسِدَ لَيْسَ بِدَاخِلٍ إِلَيْهِ وَالْإِقَامَةُ بِاعْتِبَارِهِ) أَيْ إِقَامَةُ النِّكَاحِ مَقَامَ الْوَطْءِ بِاعْتِبَارِ أَنَّ النِّكَاحَ دَاخِلٌ إِلَى الْوَطْءِ وَالنِّكَاحُ الْفَاسِدُ لَيْسَ بِدَاخِلٍ إِلَيْهِ فَلَا يُقَامُ مَقَامُهُ، وَفِي تَعْلِيلِهِ هَذَا إِشَارَةٌ إِلَى فَسَادِ قِيَاسِ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ.

قَالَ (وَمَهْرٌ مِثْلُهَا يُعْتَبَرُ بِأَخَوَاتِهَا وَعَمَّاتِهَا وَبَنَاتِ أَعْمَامِهَا) لِقَوْلِ ابْنِ مَسْعُودٍ: لَهَا مَهْرٌ مِثْلُ نِسَائِهَا لَا وَكَسَ فِيهِ وَلَا شَطَطَ " وَهُنَّ أَقَارِبُ الْأَبِ، وَلَأَنَّ الْإِنْسَانَ مِنْ جِنْسِ قَوْمِ أَبِيهِ، وَقِيَمَةُ الشَّيْءِ إِنَّمَا تُعْرَفُ بِالنَّظَرِ فِي قِيَمَةِ جِنْسِهِ (وَلَا يُعْتَبَرُ بِأُمِّهَا وَخَالَتِهَا إِذَا لَمْ تَكُونَا مِنْ قَبِيلَتِهَا) لَمَّا بَيَّنَّا، فَإِنْ كَانَتْ الْأُمُّ مِنْ قَوْمِ أَبِيهَا بِأَنَّ كَانَتْ بِنْتُ عَمِّهِ فَحِينَئِذٍ يُعْتَبَرُ بِمَهْرِهَا لَمَّا أَنَّهَا مِنْ قَوْمِ أَبِيهَا.

الشرح:

قَالَ (وَمَهْرٌ مِثْلُهَا يُعْتَبَرُ بِأَخَوَاتِهَا وَعَمَّاتِهَا) اعْلَمْ أَنَّ مَهْرَ الْمِثْلِ يُعْتَبَرُ بِعَشِيرَتِهَا الَّتِي مِنْ قَبْلِ أَبِيهَا كَالْأَخَوَاتِ وَالْعَمَّاتِ وَبَنَاتِ الْأَعْمَامِ، وَقَالَ ابْنُ أَبِي لَيْلَى: يُعْتَبَرُ بِأُمِّهَا وَقَوْمِ أُمِّهَا كَالْخَالَاتِ وَنَحْوِهَا لِأَنَّ الْمَهْرَ قِيَمَةُ بَضْعِ النِّسَاءِ فَيُعْتَبَرُ بِالْقَرَابَاتِ مِنْ جِهَةِ النِّسَاءِ. وَلَنَا قَوْلُ ابْنِ مَسْعُودٍ (لَهَا مَهْرٌ مِثْلُ نِسَائِهَا وَهُنَّ أَقَارِبُ الْأَبِ) لِأَنَّهُ أَضَافَ إِلَيْهَا وَإِنَّمَا يُضَافُ إِلَى أَقَارِبِ الْأَبِ لِأَنَّ النَّسَبَ إِلَيْهِ، وَلَأَنَّ قِيَمَةَ الشَّيْءِ إِنَّمَا تُعْرَفُ بِالرُّجُوعِ إِلَى قِيَمَةِ جِنْسِهِ وَالْإِنْسَانُ مِنْ جِنْسِ قَوْمِ أَبِيهِ لَا مِنْ جِنْسِ قَوْمِ أُمِّهِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّ الْأُمَّ قَدْ تَكُونُ أُمَّةً وَالْإِبْنَةُ تَكُونُ قُرَشِيَّةً تَبَعًا لِأَبِيهَا.

(وَلَا يُعْتَبَرُ بِأُمِّهَا وَخَالَتِهَا إِذَا لَمْ تَكُونَا مِنْ قَبِيلَتِهَا) بِأَنَّ يَكُونُ أَبُوهَا تَزَوَّجَ بِنْتَ عَمِّهِ فَإِنَّ أُمِّهَا وَخَالَتِهَا تَكُونُ مِنْ قَبِيلَتِهَا. وَقَوْلُهُ (لَمَّا بَيَّنَّا) إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ وَقِيَمَةُ الشَّيْءِ إِنَّمَا تُعْرَفُ بِالنَّظَرِ فِي قِيَمَةِ جِنْسِهِ.

(وَيُعْتَبَرُ فِي مَهْرِ الْمِثْلِ أَنَّ تَتَسَاوَى الْمَرَاتَانِ فِي السِّنِّ وَالْجَمَالِ وَالْمَالِ وَالْعَقْلِ وَالدِّينِ وَالْبَلَدِ وَالْعَصْرِ)؛ لِأَنَّ مَهْرَ الْمِثْلِ يَخْتَلَفُ بِاخْتِلَافِ هَذِهِ الْأَوْصَافِ، وَكَذَا يَخْتَلَفُ بِاخْتِلَافِ الدَّارِ وَالْعَصْرِ قَالُوا: وَيُعْتَبَرُ التَّسَاوِي أَيْضًا فِي الْبَكَارَةِ؛ لِأَنَّهُ يَخْتَلَفُ بِالْبَكَارَةِ وَالنُّثُوبَةِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَيُعْتَبَرُ فِي مَهْرِ الْمِثْلِ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (بِاخْتِلَافِ الدَّارِ) أَيْ الْبَلَدِ. وَحَاصِلُهُ

أَنَّ مَهْرَ الْمَثَلِ قِيَمَةُ الْبُضْعِ وَقِيَمَةُ الشَّيْءِ إِنَّمَا تُعْرَفُ بِالرُّجُوعِ إِلَى تَطْيِيرِهِ بِصِفَتِهِ، وَالْمَرَادُ بِالسَّنِّ السَّنُ وَقَتَ التَّرْجُوعِ.

(وَإِذَا ضَمِنَ الْوَلِيُّ الْمَهْرَ صَحَّ ضَمَانُهُ؛ لِأَنَّهُ مِنْ أَهْلِ الْإِلْتِزَامِ وَقَدْ أَضَافَهُ إِلَى مَا يَقْبَلُهُ فَيَصِحُّ (ثُمَّ الْمَرْأَةُ بِالْخِيَارِ فِي مُطَالَبَتِهَا زَوْجَهَا أَوْ وَلِيِّهَا) اعْتِبَارًا بِسَائِرِ الْكَفَالَاتِ، وَيَرْجِعُ الْوَلِيُّ إِذَا أَدَّى عَلَى الزَّوْجِ إِنْ كَانَ بِأَمْرِ كَمَا هُوَ الرَّسْمُ فِي الْكَفَالَةِ، وَكَذَلِكَ يَصِحُّ هَذَا الضَّمَانُ وَإِنْ كَانَتْ الْمَرْجُوعَةُ صَغِيرَةً، بِخِلَافِ مَا إِذَا بَاعَ الْأَبُ مَالَ الصَّغِيرَةِ وَضَمِنَ الثَّمَنَ؛ لِأَنَّ الْوَلِيَّ سَفِيرٌ وَمُعَبَّرٌ فِي النِّكَاحِ، وَفِي الْبَيْعِ عَاقِدٌ وَمُبَاشِرٌ حَتَّى تَرْجِعَ الْعَهْدَةُ عَلَيْهِ وَالْحَقُوقُ إِلَيْهِ، وَيَصِحُّ إِبْرَاؤُهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ، وَيَمْلِكُ قَبْضُهُ بَعْدَ بُلُوغِهِ، فَلَوْ صَحَّ الضَّمَانُ يَصِيرُ ضَامِنًا لِنَفْسِهِ وَوَلَايَةً قَبْضِ الْمَهْرِ لِلْأَبِ بِحُكْمِ الْأُبُوءِ لَا بِاعْتِبَارِ أَنَّهُ عَاقِدٌ أَلَّا تَرَى أَنَّهُ لَا يَمْلِكُ الْقَبْضَ بَعْدَ بُلُوغِهَا فَلَا يَصِيرُ ضَامِنًا لِنَفْسِهِ.

الشرح:

(وَإِذَا ضَمِنَ الْوَلِيُّ الْمَهْرَ صَحَّ ضَمَانُهُ) يَعْنِي إِذَا زَوَّجَ الْوَلِيُّ ابْنَتَهُ وَضَمِنَ لَهَا الْمَهْرَ عَنْ الزَّوْجِ صَحَّ (لَأَنَّهُ مِنْ أَهْلِ الْإِلْتِزَامِ، وَقَدْ أَضَافَ الضَّمَانُ إِلَى مَا يَقْبَلُ الضَّمَانُ) وَهُوَ الْمَهْرُ لِأَنَّ الْمَهْرَ دَيْنٌ وَالْكَفَالَةُ وَالضَّمَانُ يَصْحَانِ فِيهِ.

فَإِنْ قُلْتُ: يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ مُرَادُهُ أَنَّ الْوَلِيَّ زَوَّجَ ابْنَتَهُ الصَّغِيرَ وَضَمِنَ عَنْهُ الْمَهْرَ لِلْمَرْأَةِ. قُلْتُ يَنْبُو عَنْهُ قَوْلُهُ: (ثُمَّ الْمَرْأَةُ بِالْخِيَارِ) وَإِنْ كَانَا فِي الصَّحَّةِ سَوَاءً؛ وَذَكَرَ فِي بَابِ الْوَلِيَمَةِ مِنْ شَرْحِ الطَّحَاوِيِّ أَنَّ الْأَبَ إِذَا زَوَّجَ الصَّغِيرَ امْرَأَةً فَلِلْمَرْأَةِ أَنْ تُطَالِبَ بِالْمَهْرِ مِنْ أَبِي الزَّوْجِ فَيُؤَدِّيَ الْأَبُ مِنْ مَالِ ابْنِهِ الصَّغِيرِ وَإِنْ لَمْ يَضْمَنْ الْأَبُ بِاللَّفْظِ صَرِيحًا، بِخِلَافِ الْوَكِيلِ إِذَا زَوَّجَ فَإِنَّهُ لَيْسَ لِلْمَرْأَةِ أَنْ تُطَالِبَ الْوَكِيلَ بِالْمَهْرِ مَا لَمْ يَضْمَنْ.

وَقَوْلُهُ: (ثُمَّ الْمَرْأَةُ بِالْخِيَارِ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (وَيَصِحُّ إِبْرَاؤُهُ) أَيُّ إِبْرَاءِ الْأَبِ الْمُشْتَرِي وَكَذَلِكَ الْوَصِيُّ وَيَمْلِكُ قَبْضُهُ) أَيُّ يَمْلِكُ الْأَبُ قَبْضَ الثَّمَنِ بَعْدَ بُلُوغِ الصَّغِيرِ. وَقَوْلُهُ (وَوَلَايَةُ قَبْضِ الْمَهْرِ لِلْأَبِ بِحُكْمِ الْأُبُوءِ) جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ إِنَّ الْأَبَ يَمْلِكُ قَبْضَ الصَّدَاقِ أَيْضًا كَالْوَكِيلِ يَمْلِكُ قَبْضَ الثَّمَنِ، فَلَوْ صَحَّ الضَّمَانُ صَارَ ضَامِنًا لِنَفْسِهِ، وَكَذَلِكَ لَا يَجُوزُ هُنَاكَ فَكَذَلِكَ فِي الْأَبِ.

قَالَ (وَلِلْمَرْأَةِ أَنْ تَمْنَعَ نَفْسَهَا حَتَّى تَأْخُذَ الْمَهْرَ وَتَمْنَعَهُ أَنْ يُخْرِجَهَا) أَيُّ يُسَافِرُ بِهَا

لِيَتَعَيَّنَ حَقُّهَا فِي الْبَدَلِ كَمَا تَعَيَّنَ حَقُّ الزَّوْجِ فِي الْمُبْدَلِ فَصَارَ كَالْبَيْعِ، وَلَيْسَ لِلزَّوْجِ أَنْ يَمْنَعَهَا مِنَ السَّفَرِ وَالخُرُوجِ مِنْ مَنْزِلِهِ وَزِيَارَةِ أَهْلِهَا حَتَّى يُوفِّيَهَا الْمَهْرَ كُلَّهُ: أَيِ الْمَعْجَلُ مِنْهُ لِأَنَّ حَقَّ الْحَبْسِ لَا سِتِيفَاءَ الْمُسْتَحَقَّ، وَلَيْسَ لَهُ حَقُّ الْإِسْتِيفَاءِ قَبْلَ الْإِيفَاءِ، وَلَوْ كَانَ الْمَهْرُ كُلُّهُ مُؤَجَّلًا لَيْسَ لَهَا أَنْ تَمْنَعَ نَفْسَهَا لِإِسْقَاطِهَا حَقَّهَا بِالتَّأْجِيلِ كَمَا فِي الْبَيْعِ.

فِيهِ خِلَافُ أَبِي يُوسُفَ، وَإِنْ دَخَلَ بِهَا فَكَذَلِكَ الْجَوَابُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَقَالَا: لَيْسَ لَهَا أَنْ تَمْنَعَ نَفْسَهَا. وَالْخِلَافُ فِيهَا إِذَا كَانَ الدُّخُولُ بِرِضَاهَا حَتَّى لَوْ كَانَتْ مُكْرَهَةً أَوْ كَانَتْ صَبِيَّةً أَوْ مَجْنُونَةً لَا يَسْقُطُ حَقُّهَا فِي الْحَبْسِ بِالِاتِّفَاقِ، وَعَلَى هَذَا الْخِلَافِ الْخُلُوعُ بِهَا بِرِضَاهَا. وَيَبْتَنِي عَلَى هَذَا اسْتِحْقَاقُ النِّفَقَةِ.

لَهُمَا أَنْ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ كُلُّهُ قَدْ صَارَ مُسْلَمًا إِلَيْهِ بِالْوِطَاقَةِ الْوَاحِدَةِ وَبِالْخُلُوعِ، وَلِهَذَا يَتَأَكَّدُ بِهَا جَمِيعُ الْمَهْرِ فَلَمْ يَبْقَ لَهَا حَقُّ الْحَبْسِ، كَالْبَائِعِ إِذَا سَلَّمَ الْمَبِيعَ. وَلَهُ أَنَّهَا مَنَعَتْ مِنْهُ مَا قَابِلَ الْبَدَلِ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَطَاقَةٍ تُصَرَّفُ فِي الْبُضْعِ الْمُحْتَرَمِ فَلَا يُخْلَى عَنِ الْعَوَضِ إِبَانَةً لِحَظَرِهِ، وَالتَّأَكُّدُ بِالْوَاحِدَةِ لَجَهَالَتِ مَا وَرَاءَهَا فَلَا يَصْلُحُ مُزَاحِمًا لِلْمَعْلُومِ.

ثُمَّ إِذَا وَجِدَ آخَرَ وَصَارَ مَعْلُومًا تَحَقَّقَتِ الْمَزَاحِمَةُ وَصَارَ الْمَهْرُ مُقَابِلًا بِالْكُلِّ كَالْعَبْدِ إِذَا جَنَى جِنَايَةً يَدْفَعُ كُلُّهُ بِهَا، ثُمَّ إِذَا جَنَى جِنَايَةً أُخْرَى وَأُخْرَى يَدْفَعُ بِجَمِيعِهَا، وَإِذَا أَوْفَاهَا مَهْرَهَا نَقَلَهَا إِلَى حَيْثُ شَاءَ لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وَجْدِكُمْ﴾ [الطَّلَاق: ٦]، وَقِيلَ لَا يُخْرِجُهَا إِلَى بَلَدٍ غَيْرِ بَلَدِهَا؛ لِأَنَّ الْغَرِيبَ يُؤْدَى وَفِي قُرَى الْمِصْرِ الْقَرِيبَةِ لَا تَتَحَقَّقُ الْغَرِيبَةُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلِلْمَرْأَةِ أَنْ تَمْنَعَ نَفْسَهَا) أَيِ إِذَا تَزَوَّجَ امْرَأَةٌ عَلَى مَهْرٍ فَإِذَا أَنْ يَكُونَ الْمَهْرُ كُلُّهُ مُعْجَلًا أَوْ مُؤَجَّلًا، أَوْ بَعْضُهُ مُعْجَلًا وَبَعْضُهُ مُؤَجَّلًا؛ فَإِنْ كَانَ الْكُلُّ مُعْجَلًا فَإِذَا دَخَلَ بِهَا أَوْ لَمْ يَدْخُلْ، فَإِنْ لَمْ يَدْخُلْ بِهَا فَلِلْمَرْأَةِ أَنْ تَمْنَعَ نَفْسَهَا (حَتَّى تَأْخُذَ الْمَهْرَ وَلَهَا أَنْ تَمْنَعَهُ عَنْ إِخْرَاجِهَا) إِلَى السَّفَرِ (لِيَتَعَيَّنَ حَقُّهَا فِي الْبَدَلِ) وَهُوَ الْمَهْرُ (كَمَا تَعَيَّنَ حَقُّهُ فِي الْمُبْدَلِ) وَهُوَ الْبُضْعُ (فَصَارَ كَالْبَيْعِ) فِي أَنَّ الْبَائِعَ لَهُ أَنْ يَحْبِسَ الْمَبِيعَ حَتَّى يَأْخُذَ الثَّمَنَ تَسْوِيَةً بَيْنَ الْبَدَلَيْنِ فِي التَّعْيِينِ.

(وَلَيْسَ لِلزَّوْجِ أَنْ يَمْنَعَهَا مِنَ السَّفَرِ وَالخُرُوجِ مِنْ مَنْزِلِهِ وَزِيَارَةِ أَهْلِهَا حَتَّى يُوفِّيَهَا

المهر كله لأنَّ حقَّ الحبس لا ستيفاء المستحقَّ وليس له حقُّ الاستيفاء قبل الإيفاء) وإنَّ دخلَ بها فتذكره وإنَّ كان الكلُّ مؤجلاً، فإنَّما أن دخلَ بها أو لم يدخل، فإن لم يدخلَ بها فليس لها أن تمنع نفسها لأنَّها أسقطت حقَّها بالتأجيل.

وفيه خلافُ أبي يوسف قال: موجبُ النكاح عند الإطلاق تسليمُ المهرِ أولاً عينا كان أو ديناً، فحين قبل الزوجُ الأجل مع علمه بموجب العقد فقد رضي بتأخير حقه إلى أن يوفي المهرَ بعد حلول الأجل، وبه فارق البيع لأنَّ تسليم الثمن أولاً ليس من موجبات البيع لا محالة؛ ألا ترى أن البيع لو كان مفايضة لم يجب تسليم أحد البديلين أولاً فلم يكن المشتري راضياً بتأخير حقه في المبيع إلى أن يوفي الثمن.

وقوله: (لإسقاطها حقَّها بالتأجيل) فإطلاقه يشير إلى أنه ليس لها المنع لا قبل حلول الأجل ولا بعده، وهو ظاهر الرواية، أمَّا قبل الحلول فظاهر، وأمَّا بعده فلأنَّ هذا العقد ما أوجب حقَّ الحبس فلا يثبت بعده، وفي هذا الوجه إذا لم يكن لها حقُّ المنع قبل الدخول عند أبي حنيفة ومحمد فلأن لا يكون لها ذلك بعده أولاً.

قوله (وإنَّ دخلَ بها) يعني في الوجه الأول (فكذلك الجواب عند أبي حنيفة) يعني للمرأة أن تمنع نفسها حتى تأخذ المهر. وقالوا: ليس لها ذلك إذا كان الدخول برضاها، أمَّا إذا كانت مكرهة أو صبيّة أو مجنونة فلا يسقط حقَّها في الحبس بالاتفاق (وعلى هذا الخلاف الخلوة بها) إن كانت (برضاها) فعلى الاختلاف وإن كانت بغير رضاها لم يسقط حقَّها بالاتفاق (ويؤتني على هذا استحقاق النفقة) تستحقها مدة المنع عنده لأنه منع يحق ولا تستحقها عندهما لأنها ناشئة (لهما أن المفقود عليه كله قد صار مسلماً إليه بالوطأة الواحدة وبالخلوة ولهذا يتأكد بها جميع المهر) وتسليمه ينفي حقَّ الحبس كالبائع إذا سلم المبيع. وقوله: (وله أنها منعت منه) جاز أن يكون مناقضة، وتقريره: أنا لا نسلم أن المفقود عليه كله قد صار مسلماً إليه بالوطأة الواحدة فإنها منعت منه (ما قابل البدل لأنَّ كلَّ وطأة تصرف في البضع المحترم) وإذا كان كذلك لا يتحقق تسليم كله، وجاز أن يكون معارضةً وتقريره أنها منعت منه ما قابل البدل لأنَّ كلَّ وطأة تصرف في البضع المحترم، والتصرف فيه لا يخلو عن البدل إبانة لخطره والمنع عما يُقابل البدل صحيح.

وَقَوْلُهُ: (وَالْتَأْكِيدُ بِالْوَاحِدَةِ) أَيُ بِالْوَطْأَةِ الْوَاحِدَةِ جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِمَا وَلِهَذَا يَتَأَكَّدُ بِهَا جَمِيعُ الْمَهْرِ وَهُوَ وَاضِحٌ، وَإِنْ كَانَ بَعْضُهُ مُعْجَلًا وَبَعْضُهُ مُؤَجَّلًا كَانَ لَهَا أَنْ تَخْرُجَ قَبْلَ أَدَاءِ الْمُعْجَلِ، فَإِذَا أَدَّى لَمْ يَكُنْ لَهَا ذَلِكَ إِلَّا بِإِذْنِهِ. فَإِنْ قُلْتَ: فَإِنْ سَمَوْا الْمَهْرَ سَاكِتِينَ عَنْ التَّعْجِيلِ وَالتَّأْجِيلِ مَاذَا يَكُونُ حُكْمُهُ؟ قُلْتَ: يَجِبُ حَالًا، وَقَدْ أُشِيرَ إِلَى ذَلِكَ فِي دَلِيلِ أَبِي يُوسُفَ آفَنَّا فَيَكُونُ حُكْمُهُ حُكْمَ مَا شَرَطَ تَعْجِيلُهُ (وَإِذَا أَوْفَاهَا مَهْرَهَا نَقَلَهَا إِلَى حَيْثُ لَقَوْلُهُ تَعَالَى ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وَجْدِكُمْ﴾ وَقِيلَ لَا يُخْرِجُهَا إِلَى بَلَدٍ غَيْرِ بَلَدِهَا) وَهُوَ قَوْلُ الْفَقِيهِ أَبِي اللَّيْثِ (لَأَنَّ الْعَرِيبَ يُؤْذِي) قَالَ ظَهِيرُ الدِّينِ الْمَرْغِينَانِيُّ: الْأَخْذُ بِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى أُولَى مِنْ الْأَخْذِ بِقَوْلِ الْفَقِيهِ أَبِي اللَّيْثِ. وَرُدُّ بَأَنَّ الْفَقِيهَ هُوَ الَّذِي أَخَذَ بِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى لَأَنَّ قَوْلَهُ ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ﴾ دَلِيلٌ مَخْصُوصٌ بِدَلِيلٍ مُسْتَقِلٍّ مُقَارِنٍ وَهُوَ قَوْلُهُ ﴿وَلَا تَضَارَوْهُنَّ﴾.

(وَفِي قُرَى الْمِصْرِ الْقَرِيَّةِ لَا تَتَحَقَّقُ الْعُرْبَةُ) سُئِلَ أَبُو الْقَاسِمِ الصَّفَّارُ عَمَّنْ يُخْرِجُهَا مِنَ الْمَدِينَةِ إِلَى الْقَرِيَّةِ وَمِنَ الْقَرِيَّةِ إِلَى الْمَدِينَةِ فَقَالَ: ذَلِكَ ثَبُوتٌ وَلَيْسَ بِسَفَرٍ، وَإِخْرَاجُهَا مِنْ بَلَدٍ إِلَى بَلَدٍ سَفَرٌ لَيْسَ بِثَبُوتٍ.

قَالَ (وَمَنْ تَزَوَّجَ امْرَأَةً ثُمَّ اخْتَلَفَا فِي الْمَهْرِ) فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمَرْأَةِ إِلَى مَهْرٍ مِثْلِهَا، وَالْقَوْلُ قَوْلُ الزَّوْجِ فِيمَا زَادَ عَلَى مَهْرِ الْمِثْلِ، وَإِنْ طَلَّقَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ بِهَا فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ فِي نِصْفِ الْمَهْرِ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: الْقَوْلُ قَوْلُهُ قَبْلَ الطَّلَاقِ وَبَعْدَهُ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَ بِشَيْءٍ قَلِيلٍ، وَمَعْنَاهُ مَا لَا يُتَعَارَفُ مَهْرًا لَهَا هُوَ الصَّحِيحُ. لِأَبِي يُوسُفَ أَنَّ الْمَرْأَةَ تَدْعِي الزِّيَادَةَ وَالزَّوْجَ يُنْكِرُ وَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُنْكَرِ مَعَ يَمِينِهِ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَ بِشَيْءٍ يَكْذِبُهُ الظَّاهِرُ فِيهِ، وَهَذَا؛ لِأَنَّ تَقَوُّمَ مَنَافِعِ الْبُضْعِ ضَرُورِيٌّ، فَمَتَى امْكُنَ إِجَابُ شَيْءٍ مِنَ الْمُسَمَّى لَا يُصَارُ إِلَيْهِ.

وَلَهُمَا أَنْ الْقَوْلَ فِي الدَّعَاوَى قَوْلٌ مَنْ يَشْهَدُ لَهُ الظَّاهِرُ، وَالظَّاهِرُ شَاهِدٌ مَنْ يَشْهَدُ لَهُ مَهْرُ الْمِثْلِ؛ لِأَنَّهُ هُوَ الْمَوْجِبُ الْأَصْلِيُّ فِي بَابِ النِّكَاحِ، وَصَارَ كَالصَّبَاغِ مَعَ رَبِّ الثُّوبِ إِذَا اخْتَلَفَا فِي مِقْدَارِ الْأَجْرِ يَحْكُمُ فِيهِ الْقِيَمَةُ الصَّبْغُ. ثُمَّ ذَكَرَ هَهُنَا أَنَّ بَعْدَ الطَّلَاقِ قَبْلَ الدُّخُولِ الْقَوْلُ قَوْلُهُ فِي نِصْفِ الْمَهْرِ، وَهَذَا رِوَايَةُ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ وَالْأَصْلُ، وَذَكَرَ فِي الْجَامِعِ الْكَبِيرِ أَنَّهُ يَحْكُمُ مُنْعَةً مِثْلَهَا وَهُوَ قِيَاسُ قَوْلِهِمَا؛ لِأَنَّ الْمُنْعَةَ مُوجِبَةٌ بَعْدَ الطَّلَاقِ

كَمَهْرِ الْمِثْلِ قَبْلَهُ فَتَحَكُّمُ كَهْوٍ. وَوَجْهُ التَّوْفِيقِ أَنَّهُ وَضَعَ الْمَسْأَلَةَ فِي الْأَصْلِ فِي الْأَلْفِ وَالْأَلْفَيْنِ، وَالْمُتَعَمَّةُ لَا تَبْلُغُ هَذَا الْمَبْلَغَ فِي الْعَادَةِ فَلَا يُفِيدُ تَحْكِيمَهَا، وَوَضَعُهَا فِي الْجَامِعِ الْكَبِيرِ فِي الْعَشْرَةِ وَالْمِائَةِ وَمُتَعَمَّةٌ مِثْلُهَا عِشْرُونَ فَيُفِيدُ تَحْكِيمَهَا، وَالْمَذْكُورُ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ سَاكِتٌ عَنْ ذِكْرِ الْمِقْدَارِ فَيَحْمَلُ عَلَى مَا هُوَ الْمَذْكُورُ فِي الْأَصْلِ.

وَشَرَحُ قَوْلِهِمَا فِيمَا إِذَا اخْتَلَفَا فِي حَالِ قِيَامِ النِّكَاحِ أَنَّ الزَّوْجَ إِذَا ادَّعَى الْأَلْفَ وَالْمَرْأَةُ الْأَلْفَيْنِ، فَإِنْ كَانَ مِنْ مَهْرٍ مِثْلَهَا أَلْفًا أَوْ أَقَلَّ فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ، وَإِنْ كَانَ أَلْفَيْنِ أَوْ أَكْثَرَ فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا، وَأَيُّهُمَا أَقَامَ الْبَيِّنَةَ فِي الْوَجْهَيْنِ تَقْبَلُ. وَإِنْ أَقَامَا الْبَيِّنَةَ فِي الْوَجْهِ الْأَوَّلِ تَقْبَلُ بَيِّنَتُهَا؛ لِأَنَّهَا تُثَبِّتُ الزِّيَادَةَ. وَفِي الْوَجْهِ الثَّانِي بَيِّنَتُهُ؛ لِأَنَّهَا تُثَبِّتُ الْحُطَّ، وَإِنْ كَانَ مَهْرُ مِثْلَهَا أَلْفًا وَخَمْسَمِائَةٍ تَحَالَفَا، وَإِذَا حَلَفَا يَجِبُ أَلْفٌ وَخَمْسَمِائَةٌ. هَذَا تَخْرِيجُ الرَّازِيِّ. وَقَالَ الْكَرْخِيُّ: يَتَحَالَفَانِ فِي الْفُصُولِ الثَّلَاثَةِ ثُمَّ يَحْكُمُ مَهْرُ الْمِثْلِ بَعْدَ ذَلِكَ، وَلَوْ كَانَ الْاِخْتِلَافُ فِي أَصْلِ الْمُسَمَّى يَجِبُ مَهْرُ الْمِثْلِ بِالْإِجْمَاعِ؛ لِأَنَّهُ هُوَ الْأَصْلُ عِنْدَهُمَا، وَعِنْدَهُ تَعَذُّرُ الْقَضَاءِ بِالْمُسَمَّى فَيُصَارُ إِلَيْهِ، وَلَوْ كَانَ الْاِخْتِلَافُ بَعْدَ مَوْتِ أَحَدِهِمَا فَالْجَوَابُ فِيهِ كَالْجَوَابِ فِي حَيَاتِهِمَا؛ لِأَنَّ اعْتِبَارَ مَهْرِ الْمِثْلِ لَا يَسْقُطُ بِمَوْتِ أَحَدِهِمَا، وَلَوْ كَانَ الْاِخْتِلَافُ بَعْدَ مَوْتِهِمَا فِي الْمِقْدَارِ فَالْقَوْلُ قَوْلُ وَرَثَةِ الزَّوْجِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَلَا يُسْتَدْنَى الْقَلِيلُ، وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ الْجَوَابُ فِيهِ كَالْجَوَابِ فِي حَالَةِ الْحَيَاةِ، وَإِنْ كَانَ فِي أَصْلِ الْمُسَمَّى فَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ الْقَوْلُ قَوْلُ مَنْ أَنْكَرَهُ، فَالْحَاصِلُ أَنَّهُ لَا حُكْمَ لِمَهْرِ الْمِثْلِ عِنْدَهُ بَعْدَ مَوْتِهِمَا عَلَى مَا نُبَيِّنُهُ مِنْ بَعْدِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ تَزَوَّجَ امْرَأَةً ثُمَّ اخْتَلَفَا فِي الْمَهْرِ) هَذِهِ الْمَسْأَلَةُ عَلَى وَجْهِهِ، لِأَنَّ الْاِخْتِلَافَ إِمَّا أَنْ يَكُونَ فِي حَيَاتِهِمَا أَوْ تَخْتَلِفَ الْوَرَثَةُ بَعْدَ مَمَاتِهِمَا أَوْ يَكُونَ بَعْدَ مَوْتِ أَحَدِهِمَا، فَإِنْ كَانَ فِي حَيَاتِهِمَا فِيمَا أَنْ يَكُونَ قَبْلَ الطَّلَاقِ أَوْ بَعْدَهُ. وَكُلُّ ذَلِكَ عَلَى وَجْهَيْنِ: إِمَّا أَنْ يَكُونَ الْاِخْتِلَافُ فِي أَصْلِ التَّسْمِيَةِ أَوْ فِي مِقْدَارِ الْمُسَمَّى، أَمَّا إِذَا كَانَ الْاِخْتِلَافُ فِي حَالِ قِيَامِ النِّكَاحِ أَوْ بَعْدَ الْفُرْقَةِ بَعْدَ الدُّخُولِ أَوْ بَعْدَ مَوْتِ أَحَدِهِمَا فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمَرْأَةِ إِلَى تَمَامِ مَهْرِ مِثْلِهَا أَوْ وَرَثَتِهَا، وَالْقَوْلُ قَوْلُ الزَّوْجِ أَوْ وَرَثَتِهِ فِي الزِّيَادَةِ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ، وَكَلَامُهُ فِي تَحْرِيرِ الْمَذَاهِبِ ظَاهِرٌ.

وَقَوْلُهُ: (هُوَ الصَّحِيحُ) اخْتِرَازٌ عَنْ قَوْلِ بَعْضِ مَشَايخِنَا فِي تَفْسِيرِ قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ: إِنَّ الْمُرَادَ بِهِ مَا يَكُونُ دُونَ الْعَشْرَةِ فَإِنَّهُ مُسْتَنْكَرٌ شَرْعًا لِأَنَّهُ لَا مَهْرَ أَقْلُ مِنْ عَشْرَةِ دَرَاهِمٍ، وَالْأَصَحُّ أَنَّ مُرَادَهُ أَنْ يَدَّعِيَ شَيْئًا قَلِيلًا يُعْلَمُ أَنَّهُ لَا يُتَزَوَّجُ مِثْلُ تِلْكَ الْمَرْأَةِ عَلَى ذَلِكَ الْمَهْرِ عَادَةً فَإِنَّهُ ذَكَرَ هَذَا اللَّفْظَ فِي الْبَيْعِ أَيْضًا إِذَا اخْتَلَفَا فِي الثَّمَنِ بَعْدَ هَلَاكِ السَّلْعَةِ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُشْتَرِي إِلَّا أَنْ يَأْتِيَ بِشَيْءٍ مُسْتَنْكَرٍ وَلَيْسَ فِي الثَّمَنِ تَقْدِيرٌ شَرْعًا. وَقَوْلُهُ (لَا يُصَارُ إِلَيْهِ) أَيُّ إِلَى مَهْرِ الْمِثْلِ.

وَقَوْلُهُ (وَهُوَ قِيَاسُ قَوْلِهِمَا) أَيُّ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ وَإِنَّمَا خَصَّهْمَا بِالذِّكْرِ لِأَنَّ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ الْقَوْلُ قَوْلُ الزَّوْجِ فِي جَمِيعِ الصُّوَرِ. وَقَوْلُهُ لِأَنَّ الْمُتَعَةَ مُوجِبَةٌ بَعْدَ الطَّلَاقِ) أَيُّ مُوجِبُ الْعَقْدِ إِذَا كَانَ الطَّلَاقُ قَبْلَ الدُّخُولِ (كَمَهْرِ الْمِثْلِ قَبْلَهُ) أَيُّ قَبْلَ الطَّلَاقِ (فَتَحَكَّمُ) الْمُتَعَةُ بَعْدَ الطَّلَاقِ كَمَهْرِ الْمِثْلِ قَبْلَهُ. وَقَوْلُهُ (وَوَجْهُ التَّوْفِيقِ) أَيُّ يَبْنِي رِوَايَةَ الْجَامِعِ الْكَبِيرِ وَيَبْنِي رِوَايَتِي الْمَبْسُوطِ وَالْجَامِعِ الصَّغِيرِ وَهُوَ وَاضِحٌ.

وَقَوْلُهُ (فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ) يَعْنِي مَعَ الْيَمِينِ لِأَنَّ الْأَصْلَ فِي الدَّعَاوَى أَنْ يَكُونَ الْقَوْلُ قَوْلَ مَنْ يَشْهَدُ لَهُ الظَّاهِرُ مَعَ يَمِينِهِ، وَإِنْ نَكَلَ يُقْضَى عَلَيْهِ بِالْفَنِيِّ دِرْهَمٍ كَمَا لَوْ أَقَرَّ لِأَنَّ التَّكْوِيلَ إِقْرَارٌ (وَإِنْ كَانَ أَلْفَيْنِ أَوْ أَكْثَرَ فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا) أَيُّ مَعَ يَمِينِهَا لِأَنَّ الزَّوْجَ يَدَّعِي عَلَيْهَا الْحَطَّ وَهِيَ تُنْكِرُ، فَإِنْ نَكَلَتْ يُقْضَى بِالْفَنِيِّ دِرْهَمٍ لِأَنَّهَا أَقَرَّتْ بِالْحَطِّ، وَإِنْ حَلَفَتْ يُقْضَى لَهَا بِالْفَنِيِّ دِرْهَمٍ أَلْفَ بِطَرِيقِ التَّسْمِيَةِ لِاتِّفَاقِهِمَا عَلَى تَسْمِيَةِ الْأَلْفِ وَالْفَنِيِّ بِاعْتِبَارِ مَهْرِ الْمِثْلِ.

وَفَائِدَةُ هَذَا أَنَّهُ يُخَيَّرُ الزَّوْجُ فِي هَذَا الْأَلْفِ إِنْ شَاءَ أَعْطَى الدَّرَاهِمَ، وَإِنْ شَاءَ أَعْطَى الدَّنَانِيرَ (وَأَيُّهُمَا أَقَامَ الْبَيِّنَةُ فِي الْوَجْهَيْنِ) أَيُّ فِيمَا إِذَا شَهِدَ مَهْرُ الْمِثْلِ لِلزَّوْجِ وَفِيمَا إِذَا شَهِدَ مَهْرُ الْمِثْلِ لِلْمَرْأَةِ (تُقْبَلُ، وَإِنْ أَقَامَا الْبَيِّنَةَ فِي الْوَجْهِ الْأَوَّلِ) وَهُوَ مَا إِذَا كَانَ مَهْرُ الْمِثْلِ شَاهِدًا لِلزَّوْجِ (تُقْبَلُ يَسْتُثْنَاهَا لِأَنَّهَا تُثْبِتُ الزِّيَادَةَ وَفِي الْوَجْهِ الثَّانِي) وَهُوَ مَا إِذَا كَانَ مَهْرُ الْمِثْلِ شَاهِدًا لِلْمَرْأَةِ تُقْبَلُ (يَسْتُثْنَاهَا لِأَنَّهَا تُثْبِتُ الْحَطَّ) وَالْأَصْلُ فِي هَذَا أَنَّ الْبَيِّنَةَ تُثْبِتُ مَا لَيْسَ بِثَابِتٍ ظَاهِرًا.

(وَإِنْ كَانَ مَهْرُ مِثْلِهَا أَلْفًا وَخَمْسَمِائَةٍ تَحَالَفَا) لِأَنَّ الزَّوْجَ يَدَّعِي عَلَيْهَا الْحَطَّ عَنْ مَهْرِ الْمِثْلِ وَهِيَ تُنْكِرُ، وَالْمَرْأَةُ تَدَّعِي عَلَيْهِ الزِّيَادَةَ وَهُوَ يُنْكِرُ، وَيَبْتَغِي أَنْ يُقَرَّعَ الْقَاضِي

بَيْنَهُمَا فِي الْبِدَايَةِ لاسْتَوَائِهِمَا، فَإِنْ نَكَلَ الزَّوْجُ يُقْضَى بِالْألفِ وَخَمْسُمِائَةٍ كَمَا لَوْ أَقَرَّ
بِذَلِكَ صَرِيحًا، وَإِنْ نَكَلَتِ الْمَرْأَةُ وَجَبَ الْمُسَمَّى أَلْفٌ لَأَنَّهَا أَقَرَّتْ بِالْحَطِّ، وَإِنْ حَلَفَا
جَمِيعًا وَجَبَ أَلْفٌ وَخَمْسُمِائَةٍ أَلْفٌ بِطَرِيقِ التَّسْمِيَةِ لَا يُخَيَّرُ الزَّوْجُ فِيهَا لِاتِّفَاقِهِمَا عَلَى
تَسْمِيَةِ الْأَلْفِ وَخَمْسُمِائَةٍ بِاعْتِبَارِ مَهْرِ الْمِثْلِ يُخَيَّرُ فِيهَا الزَّوْجُ، وَأَيُّهُمَا أَقَامَ الْبَيِّنَةَ قُبِلَتْ
بَيِّنَتُهُ.

وَإِنْ أَقَامَا يُقْضَى بِالْألفِ وَخَمْسُمِائَةٍ؛ أَلْفٌ بِطَرِيقِ التَّسْمِيَةِ وَخَمْسُمِائَةٍ بِاعْتِبَارِ مَهْرِ
الْمِثْلِ لِأَنَّ الْبَيِّنَتَيْنِ بَطَلَتَا لِمَكَانِ التَّعَارُضِ، وَنَصَّ مُحَمَّدٌ فِي هَذَا الْفَصْلِ أَنَّ بَيِّنَةَ الْمَرْأَةِ أَوْلَى
لِإثْبَاتِهَا الزِّيَادَةَ. وَذَكَرَ الْإِمَامُ الْمُحَبُّوبِيُّ بَعْدَ ذِكْرِ وَجُوبِ مَهْرِ الْمِثْلِ فِيمَا إِذَا تَحَالَفا فَقَالَ
ثُمَّ إِذَا تَحَالَفا يُبْدَأُ يَمِينِ الزَّوْجِ لِأَنَّهُ أَتَيْنَهُمَا إِثْكَارًا وَإِنْ أَقَامَا الْبَيِّنَةَ فَالْبَيِّنَةُ بَيِّنَةُ الْمَرْأَةِ لِأَنَّهَا
نُتِبَتِ الزِّيَادَةَ وَالْبَيِّنَةُ مَشْرُوعَةٌ لِلِإِثْبَاتِ.

(هَذَا تَخْرِيجُ الرَّازِيِّ. وَقَالَ الْكَرْخِيُّ: يَتَحَالَفَانِ فِي الْفُصُولِ الثَّلَاثَةِ) عَلَى قَوْلِ
أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ، وَهُوَ أَنْ يَكُونَ مَهْرُ الْمِثْلِ شَاهِدًا لَهُ أَوْ شَاهِدًا لَهَا أَوْ كَانَ بَيْنَهُمَا، ثُمَّ
يُصَارُ إِلَى مَهْرِ الْمِثْلِ لَأَنَّهُمَا اتَّفَقَا عَلَى أَصْلِ التَّسْمِيَةِ، وَالتَّسْمِيَةُ الصَّحِيحَةُ تَمْنَعُ الْمَصِيرَ إِلَى
مَهْرِ الْمِثْلِ، وَإِذَا حَلَفَا تَعَذَّرَ التَّسْمِيَةُ فَيَحْكُمُ مَهْرُ الْمِثْلِ.

قِيلَ قَوْلُ أَبِي بَكْرٍ أَصَحُّ لِأَنَّهُ تَحْكِيمُ الْمَهْرِ لَيْسَ لِإِجْبَابِ مَهْرِ الْمِثْلِ، وَإِنَّمَا هُوَ
لِمَعْرِفَةِ مَنْ يَشْهَدُ لَهُ الظَّاهِرُ، ثُمَّ الْأَصْلُ فِي الدَّعَاوَى أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ مَنْ يَشْهَدُ لَهُ الظَّاهِرُ
مَعَ يَمِينِهِ (وَلَوْ كَانَ الْاِخْتِلَافُ فِي أَصْلِ الْمُسَمَّى) بِأَنْ ادَّعَى أَحَدُهُمَا التَّسْمِيَةَ وَأُكْرَرَ
الْآخَرُ كَانَ الْقَوْلُ قَوْلُ مَنْ يُنْكِرُ التَّسْمِيَةَ.

(وَيَجِبُ مَهْرُ الْمِثْلِ بِالْإِجْمَاعِ) الْمُرْكَبِ، أَمَّا عِنْدَهُمَا فَلَأَنَّهُ الْأَصْلُ فِي التَّحْكِيمِ،
وَأَمَّا عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ فَلَأَنَّهُ تَعَذَّرَ الْقَضَاءُ بِالْمُسَمَّى لِعَدَمِ ثُبُوتِ التَّسْمِيَةِ لِلِاِخْتِلَافِ فَيَجِبُ
مَهْرُ الْمِثْلِ كَمَا لَوْ تَزَوَّجَهَا وَلَمْ يُسَمَّ لَهَا مَهْرًا. (وَلَوْ كَانَ الْاِخْتِلَافُ بَعْدَ مَوْتِ أَحَدِهِمَا)
بَيْنَ الْحَيِّ وَوَرَثَةِ الْمَيِّتِ (فَالْجَوَابُ فِيهِ كَالْجَوَابِ فِي حَيَاتِهِمَا) فِي الْأَصْلِ، وَالْمِقْدَارُ فِي
الْأَصْلِ يَجِبُ مَهْرُ الْمِثْلِ بَعْدَ الدُّخُولِ وَالْمُنْعَةُ قَبْلَهُ، وَفِي الْمِقْدَارِ عِنْدَهُمَا يُحْكَمُ مَهْرُ الْمِثْلِ
لَأَنَّ مَهْرَ الْمِثْلِ لَا يَسْقُطُ بِمَوْتِ أَحَدِهِمَا إِلَّا تَرَى إِلَى مَسْأَلَةِ الْمُفَوَّضَةِ إِذَا مَاتَ أَحَدُهُمَا
وَعِنْدَهُ الْقَوْلُ قَوْلُ الزَّوْجِ أَوْ وَرَثَتِهِ لَمَّا تَقَدَّمَ.

(وَلَوْ كَانَ الْاِخْتِلَافُ بَعْدَ مَوْتِهِمَا فِي الْمَقْدَارِ فَالْقَوْلُ قَوْلُ وَرَثَةِ الزَّوْجِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَلَا يُسْتَنَى الْقَلِيلُ) خِلَافًا لِأَبِي يُوسُفَ فَإِنَّهُ يَسْتَنِيهِ كَمَا تَقَدَّمَ (وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ الْجَوَابُ فِيهِ كَالْجَوَابِ فِي حَالَةِ الْحَيَاةِ) بِحُكْمِ مَهْرِ الْمِثْلِ وَهُوَ قِيَاسُ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ لَكُنْهُ تَرَكَّهُ اسْتِحْسَانًا لَمَّا تَذَكَّرَهُ وَإِنْ كَانَ الْاِخْتِلَافُ بَعْدَ مَوْتِهِمَا فِي أَصْلِ التَّسْمِيَةِ، فَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ الْقَوْلُ قَوْلُ مَنْ أَنْكَرَهُ لَا يُحْكَمُ مَهْرُ الْمِثْلِ. وَقَوْلُهُ (لَمَّا بُيِّنَ مِنْ بَعْدُ) إِشَارَةٌ إِلَى دَلِيلِ أَبِي حَنِيفَةَ فِي الْمَسْأَلَةِ الَّتِي تَلِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةَ.

قَالَ (وَإِذَا مَاتَ الزَّوْجَانِ وَقَدْ سَمِيَ لَهَا مَهْرًا فَلَوَرَّثَتْهَا أَنْ يَأْخُذُوا ذَلِكَ مِنْ مِيرَاثِ الزَّوْجِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ سَمَى لَهُ مَهْرًا فَلَا شَيْءَ لَوَرَّثَتْهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَالَا: لَوَرَّثَتْهَا الْمَهْرُ فِي الْوَجْهَيْنِ) مَعْنَاهُ الْمُسَمَّى فِي الْوَجْهِ الْأَوَّلِ وَمَهْرُ الْمِثْلِ فِي الْوَجْهِ الثَّانِي، أَمَّا الْأَوَّلُ؛ فَلَأَنَّ الْمُسَمَّى دَيْنٌ فِي ذِمَّتِهِ وَقَدْ تَأَكَّدَ بِالْمَوْتِ فَيَقْضَى مِنْ تَرِكَتِهِ، إِلَّا إِذَا عُلِمَ أَنَّهَا مَاتَتْ أَوَّلًا فَيَسْقُطُ نَصِيبُهُ مِنْ ذَلِكَ. وَأَمَّا الثَّانِي فَوَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّ مَهْرَ الْمِثْلِ صَارَ دَيْنًا فِي ذِمَّتِهِ كَالْمُسَمَّى فَلَا يَسْقُطُ بِالْمَوْتِ كَمَا إِذَا مَاتَ أَحَدُهُمَا. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ مَوْتَهُمَا يَدُلُّ عَلَى انْقِرَاضِ أَقْرَانِهِمَا فَبِمَهْرٍ مَنْ يُقَدَّرُ الْقَاضِي مَهْرُ الْمِثْلِ.

الشرح:

قَالَ (وَإِذَا مَاتَ الزَّوْجَانِ وَقَدْ سَمِيَ لَهَا مَهْرًا فَلَوَرَّثَتْهَا أَنْ يَأْخُذُوا ذَلِكَ مِنْ مِيرَاثِ الزَّوْجِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ سَمَى لَهَا مَهْرًا فَلَا شَيْءَ لَوَرَّثَتْهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: لَوَرَّثَتْهَا الْمَهْرُ فِي الْوَجْهَيْنِ مَعْنَاهُ) أَيُّ مَعْنَى قَوْلِهِ لَوَرَّثَتْهَا الْمَهْرُ فِي الْوَجْهَيْنِ (الْمُسَمَّى فِي الْوَجْهِ الْأَوَّلِ) وَهُوَ مَا إِذَا سَمِيَ (وَمَهْرُ الْمِثْلِ فِي الْوَجْهِ الثَّانِي) وَهُوَ مَا إِذَا لَمْ يُسَمَّ (أَمَّا الْأَوَّلُ) وَهُوَ وَجُوبُ الْمُسَمَّى (فَلَأَنَّ الْمُسَمَّى دَيْنٌ فِي ذِمَّتِهِ) إِمَّا بِبُيُوتِهِ بِالْبَيِّنَةِ أَوْ بِالنَّصَادِقِ.

(وَقَدْ تَأَكَّدَ بِالْمَوْتِ فَيَقْضَى مِنْ تَرِكَتِهِ) إِذَا عُلِمَ أَنَّهَا مَاتَتْ أَوْ لَمْ يُعْلَمَ أَيُّهُمَا مَاتَ أَوَّلًا أَوْ عُلِمَ أَنَّ الزَّوْجَ مَاتَ أَوَّلًا، وَأَمَّا إِذَا عُلِمَ أَنَّهَا مَاتَتْ أَوَّلًا فَيَسْقُطُ نَصِيبُهُ مِنْ ذَلِكَ (وَأَمَّا الثَّانِي فَوَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّ مَهْرَ الْمِثْلِ صَارَ دَيْنًا فِي ذِمَّتِهِ كَالْمُسَمَّى فَلَا يَسْقُطُ بِالْمَوْتِ كَمَا إِذَا مَاتَ أَحَدُهُمَا) وَهُوَ قِيَاسُ قَوْلِهِ لَكِنْ اسْتَحْسَنَ فَقَالَ (إِنْ مَوْتُهُمَا يَدُلُّ عَلَى انْقِرَاضِ أَقْرَانِهِمَا فَبِمَهْرٍ مَنْ يُقَدَّرُ الْقَاضِي مَهْرُ الْمِثْلِ).

وَهَذَا يُشِيرُ إِلَى أَنَّ وَضَعَ الْمَسْأَلَةَ فِي صُورَةِ التَّقَادُمِ، وَقَدْ رُوِيَ عَنْهُ أَنَّهُ اسْتَدْلَّ فَقَالَ: أَرَأَيْتَ لَوْ ادَّعَى وَرَثَتُهُ عَلَيَّ عَلَى وَرَثَتِهِ عَمَرَ مَهْرٍ أَمْ كُلُّوهُمُ أَكُنْتُ أَقْضِي فِيهِ بِشَيْءٍ؟ وَهَذَا لِأَنَّ مَهْرَ الْمَثَلِ يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ الْأَوْقَاتِ، فَإِذَا تَقَادَمَ الْعَهْدُ وَالْفَرْضُ أَهْلُ ذَلِكَ الْعَصْرِ يَتَعَذَّرُ عَلَى الْقَاضِي الْوُقُوفُ عَلَى مِقْدَارِ مَهْرِ الْمَثَلِ، وَعَلَى هَذَا إِذَا لَمْ يَكُنْ الْعَهْدُ مُتَقَادِمًا بِأَنَّ لَمْ يَخْتَلَفْ مَهْرُ مَثَلِ هَذِهِ الْمَرْأَةِ يُقْضَى بِمَهْرٍ مِثْلَهَا.

وَلِلْمَشَايِخِ طَرِيقٌ آخَرٌ وَهُوَ أَنَّ مَهْرَ الْمَثَلِ مِنْ حَيْثُ هُوَ قِيمَةُ الْبُضْعِ يُشْبِهُ الْمُسَمَّى، وَمِنْ حَيْثُ إِنَّهُ يَجِبُ فِي مُقَابَلَةِ مَا لَيْسَ بِمَالٍ يُشْبِهُ الصَّلَةَ كَالْتَّفَقَةِ؛ فَبِاعْتِبَارِ الشَّبهِ الْأَوَّلِ لَمْ يَسْقُطْ فَلَا يَسْقُطُ بِمَوْتِ أَحَدِهِمَا، وَبِاعْتِبَارِ الشَّبهِ الثَّانِي يَسْقُطُ فَيَسْقُطُ بِمَوْتِهِمَا لِأَنَّ الْمُسْقُطَ تَأْكُدُ بِالْمَوْتِ.

(وَمَنْ بَعَثَ إِلَى امْرَأَتِهِ شَيْئًا فَقَالَتْ هُوَ هَدِيَّةٌ وَقَالَ الزَّوْجُ هُوَ مِنَ الْمَهْرِ فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ): لِأَنَّهُ هُوَ الْمَمْلُوكُ فَكَانَ أَعْرَفَ بِجِهَةِ التَّمْلِيكِ، كَيْفَ وَأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُ يَسْعَى فِي إِسْقَاطِ الْوَاجِبِ. قَالَ (إِلَّا فِي الطَّعَامِ الَّذِي يُوكَلُ فَإِنَّ الْقَوْلَ قَوْلُهَا) وَالْمُرَادُ مِنْهُ مَا يَكُونُ مُهَيَّأً لِلْأَكْلِ؛ لِأَنَّهُ يَتَعَارَفُ هَدِيَّةً، فَأَمَّا فِي الْحِنْطَةِ وَالشَّعِيرِ فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ لَمَّا بَيَّنَّا، وَقِيلَ مَا يَجِبُ عَلَيْهِ مِنَ الْخَمَارِ وَالدَّرْعِ وَغَيْرِهِمَا لَيْسَ لَهُ أَنْ يَحْتَسِبَهُ مِنَ الْمَهْرِ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ يَكْذِبُهُ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ بَعَثَ إِلَى امْرَأَتِهِ شَيْئًا) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ) أَيُّ مَعَ يَمِينِهِ فَإِنْ حَلَفَ وَالْمَتَاعُ قَائِمٌ لِلْمَرْأَةِ أَنْ تَرُدَّ وَتَرْجِعَ بِمَا بَقِيَ مِنَ الْمَهْرِ وَإِنْ كَانَ هَالِكًا لَمْ تَرْجِعْ. وَقَوْلُهُ (لَمَّا بَيَّنَّا) إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ وَأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُ يَسْعَى فِي إِسْقَاطِ الْوَاجِبِ. وَقَوْلُهُ (وَقِيلَ) مَا يَجِبُ عَلَيْهِ) إِنَّمَا قِيدَ بِالْوُجُوبِ لِأَنَّهُ إِذَا بَعَثَ الْخَفَّ وَالْمَلَاءَةَ كَانَ لَهُ أَنْ يَحْتَسِبَهُ مِنَ الْمَهْرِ لِأَنَّ ذَلِكَ لَا يُجِبُهُ عَلَيْهِ. وَقَوْلُهُ (وَغَيْرِهِمَا) قِيلَ كَمَتَاعِ الْبَيْتِ.

فصل

(وَإِذَا تَزَوَّجَ النُّصْرَانِيُّ نَصْرَانِيَّةً عَلَى مَيْتَةٍ أَوْ عَلَى غَيْرِ مَهْرٍ وَذَلِكَ فِي دِينِهِمْ جَائِزٌ فَدَخَلَ بِهَا أَوْ طَلَّقَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ بِهَا أَوْ مَاتَ عَنْهَا فَلَيْسَ لَهَا مَهْرٌ، وَكَذَلِكَ الْحَرَبِيُّانِ فِي دَارِ الْحَرْبِ) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَهُوَ قَوْلُهُمَا فِي الْحَرَبِيِّينَ. وَأَمَّا فِي الذِّمِّيَّةِ فَلَهَا مَهْرٌ

مِثْلَهَا إِنْ مَاتَ عَنْهَا أَوْ دَخَلَ بِهَا وَالْمُنْعَةُ إِنْ طَلَّقَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ بِهَا. وَقَالَ زُفَرٌ: لَهَا مَهْرُ الْمِثْلِ فِي الْحَرِيِّينِ أَيْضًا.

لَهُ أَنْ الشَّرْعُ مَا شَرَعَ ابْتِغَاءَ النِّكَاحِ إِلَّا بِالْمَالِ، وَهَذَا الشَّرْعُ وَقَعَ عَامًّا فَيَثْبُتُ الْحُكْمُ عَلَى الْعُمُومِ. وَلَهُمَا أَنْ أَهْلَ الْحَرْبِ غَيْرُ مُلتَزِمِينَ أَحْكَامَ الْإِسْلَامِ، وَوَلَايَةُ الْإِلْزَامِ مُنْقَطِعَةٌ لَتَبَايُنِ الدَّارِ، بِخِلَافِ أَهْلِ الدِّمَّةِ لِأَنَّهُمْ التَّزَمُوا أَحْكَامَنَا فِيْمَا يَرْجِعُ إِلَى الْمَعَامَلَاتِ كَالرِّبَا وَالزَّئِنَا، وَوَلَايَةُ الْإِلْزَامِ مُتَحَقِّقَةٌ لِاتِّحَادِ الدَّارِ. وَلَأَبَى حَنِيفَةَ أَنَّ أَهْلَ الدِّمَّةِ لَا يَلْتَزِمُونَ أَحْكَامَنَا فِي الدِّيَانَاتِ وَفِيمَا يَعْتَقِدُونَ خِلَافَهُ فِي الْمَعَامَلَاتِ، وَوَلَايَةُ الْإِلْزَامِ بِالسَّيْفِ وَبِالْمَحَاجَةِ وَكُلُّ ذَلِكَ مُنْقَطِعٌ عَنْهُمْ بِاعْتِبَارِ عَقْدِ الدِّمَّةِ، فَإِنَّا أَمَرْنَا بِأَنْ نَتْرُكَهُمْ وَمَا يَدِينُونَ فَصَارُوا كَأَهْلِ الْحَرْبِ، بِخِلَافِ الزَّئِنَا لِأَنَّهُ حَرَامٌ فِي الْأَدْيَانِ كُلِّهَا، وَالرِّبَا مُسْتَثْنَى عَنْ عُقُودِهِمْ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «إِلَّا مَنْ أَرَى فَلَيْسَ بَيْنَنَا وَبَيْنَهُ عَهْدٌ» ^(١) وَقَوْلُهُ فِي الْكِتَابِ أَوْ عَلَى غَيْرِ مَهْرٍ يَحْتَمِلُ نَفْيَ الْمَهْرِ وَيَحْتَمِلُ السُّكُوتَ. وَقَدْ قِيلَ: فِي الْمَيْتَةِ وَالسُّكُوتِ رَوَايَتَانِ، وَالْأَصَحُّ أَنَّ الْكُلَّ عَلَى الْخِلَافِ.

الشرح:

(فصل): لَمَّا ذَكَرَ أَحْكَامَ النِّكَاحِ فِي حَقِّ الْمُسْلِمِينَ وَهُمْ الْأَصُولُ فِي الشَّرَائِعِ ذَكَرَ مَنْ هُوَ تَبَعَ لَهُمْ فِي الْمَعَامَلَاتِ وَمِنْ الْمَعَامَلَاتِ أَحْكَامُ النِّكَاحِ فِي حَقِّ الْكُفَّارِ (وَإِذَا تَزَوَّجَ النَّصْرَانِيُّ نَصْرَانِيَّةً) قِيلَ الْمُرَادُ بِهِمَا الذَّمِّيُّ وَالذَّمِّيَّةُ وَلِهَذَا ذَكَرَ فِي الْمُبْسُوطِ بِلَفْظِ الذَّمِّيِّ. وَأَقُولُ: يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ أَطْلَقَهُ لِيَتَنَاوَلَ الْمُسْتَأْمَنُ أَيْضًا.

(وَذَلِكَ فِي دِينِهِمْ) أَيُّ النِّكَاحِ بِغَيْرِ مَهْرٍ فِي دِينِهِمْ (جَائِزٌ) وَالْوَاوُ لِلْحَالِ (فَلَيْسَ لَهَا مَهْرٌ) وَإِنْ أَسْلَمَا (وَكَذَلِكَ الْحَرِيُّانِ فِي دَارِ الْحَرْبِ وَهَذَا) أَيُّ عَدَمُ وَجُوبِ الْمَهْرِ فِي الذَّمِّيِّ وَالْحَرِيِّينِ (عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ) وَوَأَقْفَاهُ فِي الْحَرِيِّينِ. وَأَمَّا فِي الدِّمَّةِ، فَإِنْ دَخَلَ بِهَا أَوْ مَاتَ عَنْهَا فَلَهَا مَهْرُ الْمِثْلِ، وَإِنْ طَلَّقَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ بِهَا فَلَهَا الْمُنْعَةُ وَخَالَفَهُ زُفَرٌ فِي الْحَرِيِّينِ أَيْضًا، وَقَالَ (الشَّرْعُ مَا شَرَعَ ابْتِغَاءَ النِّكَاحِ إِلَّا بِالْمَالِ) لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ﴾.

(وَهَذَا الشَّرْعُ وَقَعَ عَامًّا) لِأَنَّ النِّكَاحَ مِنْ بَابِ الْمَعَامَلَاتِ وَالْكَفَّارُ مُخَاطَبُونَ

(١) قال الزيلعي في نصب الراية (٣/٢٦٦): غريب.

بِالْمُعَامَلَاتِ (فِيُثُّتُ الْحُكْمُ عَلَى الْعُمُومِ) وَحَاصِلُ كَلَامِهِ الْمَشْرُوعُ فِي بَابِ النِّكَاحِ الْإِثْتِغَاءُ بِالْمَالِ عَلَى الْعُمُومِ، وَكُلُّ مَا كَانَ كَذَلِكَ يُثْبِتُ حُكْمَهُ عَلَى الْعُمُومِ، وَقَالَا: أَهْلُ الْحَرْبِ لَمْ يَلْتَزِمُوا أَحْكَامَ الْإِسْلَامِ وَهُوَ ظَاهِرٌ، وَلَا يَكُونُ لِلْحُكْمِ عَلَيْهِمْ إِلَّا بِالْإِلْزَامِ وَلَا الْإِزَامُ إِلَّا بِالْوِلَايَةِ، وَقَدْ انْقَطَعَ الْوِلَايَةُ بَيْنَيْنِ الدَّارَيْنِ.

(بِخِلَافِ أَهْلِ الذِّمَّةِ لِأَنَّهُمْ التَّزَمُوا أَحْكَامَنَا فِيمَا يَرْجِعُ إِلَى الْمُعَامَلَاتِ) لِأَنَّ الْإِلْزَامَ بَعْدَ الذِّمَّةِ وَقَدْ وَجَدَ مِنْهُمْ فَكَانَ كَالرِّبَا وَالرِّبَا فَإِنَّهُمْ يَنْهَوْنَ عَنْ ذَلِكَ وَيُقَامُ عَلَيْهِمُ الْحَدُّ، وَلَكِنْ سَلَّمْنَا أَنَّهُمْ لَمْ يَلْتَزِمُوا لَكِنَّ الْوِلَايَةَ الْإِلْزَامِ مُتَحَقِّقَةٌ لِاتِّحَادِ الدَّارِ (وَلَأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ أَهْلَ الذِّمَّةِ لَا يَلْتَزِمُونَ أَحْكَامَنَا) فِي الدِّيَّانَاتِ كَالصَّوْمِ وَالصَّلَاةِ (وَفِيمَا يَعْتَقِدُونَ خِلَافَهُ فِي الْمُعَامَلَاتِ) أَيْضًا كَبَيْعِ الْخَمْرِ وَالْخَنْزِيرِ (وَوِلَايَةُ الْإِلْزَامِ بِالسَّيْفِ وَالْمُحَاجَّةِ) وَلَيْسَتْ بِمَوْجُودَةٍ لَا تَقْطَعُهَا عَنْهُمْ بَعْدَ الذِّمَّةِ (فَإِنَّا أَمَرْنَا بِأَنْ تَتْرُكَهُمْ وَمَا يَدِينُونَ فَصَارُوا كَأَهْلِ الْحَرْبِ) فِي عَدَمِ الْإِلْزَامِ وَانْقِطَاعِ الْوِلَايَةِ.

وَقَوْلُهُ: (بِخِلَافِ الزُّنَا) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِمَا كَالزُّنَا وَالرِّبَا. وَوَجْهُهُ أَنَّ الزُّنَا حَرَامٌ فِي جَمِيعِ الْأَدْيَانِ فَلَمْ يَكُنْ دِينُهُمْ حَتَّى يُتْرَكُوا عَلَيْهِ (وَالرِّبَا مُسْتَنْتَى عَنْ عُقُودِهِمْ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «أَلَا مَنْ أَرَمَى فَلَيْسَ بَيْنَنَا وَبَيْنَهُ عَهْدٌ») أَلَا حَرْفُ تَنْبِيهِ لَا حَرْفُ اسْتِثْنَاءٍ كَذَا السَّمَاعُ، وَالتَّنْسِخُ (وَقَوْلُهُ فِي الْكِتَابِ) أَيْ قَوْلُ مُحَمَّدٍ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ (وَقَدْ قِيلَ فِي الْمَيْتَةِ وَالسُّكُوتِ رَوَاتَانِ) يَعْنِي عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ فِي رِوَايَةٍ يَجِبُ مَهْرُ الْمَثَلِ كَمَا قَالَا، وَفِي رِوَايَةٍ لَا يَجِبُ شَيْءٌ.

وَعَلَى هَذِهِ الرِّوَايَةِ لَا يُحْتَاجُ إِلَى فَرْقٍ، وَأَمَّا عَلَى الرِّوَايَةِ الْأُخْرَى وَهُوَ رِوَايَةُ الْأَصْلِ فَيُحْتَاجُ إِلَى الْفَرْقِ بَيْنَ التَّنْفِي وَالسُّكُوتِ وَهُوَ أَنَّ النِّكَاحَ مُعَاوَضَةً بِالْمَالِ، فَالتَّنْصِصُ عَلَيْهِ بِمَنْزِلَةِ اشْتِرَاطِ الْعَرَضِ كَالْتَّنْصِصِ عَلَى الْبَيْعِ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ، فَمَا لَمْ يَوْجَدْ التَّنْصِصُ عَلَى نَفْيِ الْعَوَضِ يَكُونُ الْعَوَضُ مُسْتَحَقًّا لَهَا، وَأَمَّا الْمَيْتَةُ فَإِنَّهَا لَيْسَتْ بِمُتَقَوِّمَةٍ عِنْدَ أَحَدٍ فَكَانَ التَّزَوُّجُ عَلَيْهَا كَالْتَّنْفِي وَهُوَ مُخْتَارٌ فَخَرِ الْإِسْلَامُ مِنَ الرِّوَايَتَيْنِ. وَوَجْهُ الرِّوَايَةِ الْأُخْرَى أَنَّ أَحَدًا لَمَّا لَمْ يَتَدَيَّنْ بِتَقَوُّمِهَا لَمْ تَدْخُلْ تَحْتَ قَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «أَتْرَكُوهُمْ وَمَا يَدِينُونَ» فَيَجِبُ حُكْمُ الشَّرْعِ (وَالْأَصَحُّ أَنَّ الْكُلَّ عَلَى الْخِلَافِ) عِنْدَهُ لَا يَجِبُ شَيْءٌ، وَعِنْدَهُمَا يَجِبُ مَهْرُ الْمَثَلِ.

(فَإِنْ تَزَوَّجَ الذَّمِّيُّ ذِمِّيَّةً عَلَى خَمْرٍ أَوْ خَنْزِيرٍ ثُمَّ أَسْلَمَ أَوْ أَسْلَمَ أَحَدُهُمَا فَلَهَا الْخَمْرُ وَالْخَنْزِيرُ) وَمَعْنَاهُ إِذَا كَانَ بِأَعْيَانِهِمَا وَالْإِسْلَامُ قَبْلَ الْقَبْضِ، وَإِنْ كَانَ بِغَيْرِ أَعْيَانِهِمَا فَلَهَا فِي الْخَمْرِ الْقِيَمَةُ وَفِي الْخَنْزِيرِ مَهْرُ الْمِثْلِ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: لَهَا مَهْرُ الْمِثْلِ فِي الْوَجْهَيْنِ.

وَقَالَ مُحَمَّدٌ: لَهَا الْقِيَمَةُ فِي الْوَجْهَيْنِ. وَجَهٌ قَوْلُهُمَا أَنَّ الْقَبْضَ مُؤَكَّدٌ لِلْمَلِكِ فِي الْمَقْبُوضِ لَهُ فَيَكُونُ لَهُ شَبَهُ بِالْعَقْدِ فَيَمْتَنِعُ بِسَبَبِ الْإِسْلَامِ كَالْعَقْدِ وَصَارَ كَمَا إِذَا كَانَ بِغَيْرِ أَعْيَانِهِمَا. وَإِذَا التَّحَقَّتْ حَالَةُ الْقَبْضِ بِحَالَةِ الْعَقْدِ، فَأَبُو يُوسُفَ يَقُولُ: لَوْ كَانَ مُسْلِمِينَ وَقَدْ عَقِدَ يَجِبُ مَهْرُ الْمِثْلِ فَكَذَا هَهُنَا، وَمُحَمَّدٌ يَقُولُ صَحَّتِ التَّسْمِيَةُ لَكُونَ الْمُسَمَّى مَا لَا عِنْدَهُمْ، إِلَّا أَنَّهُ امْتَنَعَ التَّسْلِيمُ لِلْإِسْلَامِ فَتَجِبُ الْقِيَمَةُ، كَمَا إِذَا هَلَكَ الْعَبْدُ الْمُسَمَّى قَبْلَ الْقَبْضِ.

وَلَأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الْمَلِكَ فِي الصَّدَاقِ الْمُعَيَّنِ يَتِمُّ بِنَفْسِ الْعَقْدِ وَلِهَذَا تَمْلِكُ التَّصْرِيفَ فِيهِ، وَبِالْقَبْضِ يَنْتَقِلُ مِنَ ضَمَانِ الزَّوْجِ إِلَى ضَمَانِهَا وَذَلِكَ لَا يَمْتَنِعُ بِالْإِسْلَامِ كَأَسْتِرْدَادِ الْخَمْرِ الْمَقْصُوبَةِ، وَفِي غَيْرِ الْمُعَيَّنِ الْقَبْضُ يُوجِبُ مِلْكَ الْعَيْنِ فَيَمْتَنِعُ بِالْإِسْلَامِ، بِخِلَافِ الْمُشْتَرَى لِأَنَّ مِلْكَ التَّصْرِيفِ فِيهِ إِنَّمَا يُسْتَفَادُ بِالْقَبْضِ.

وَإِذَا تَعَدَّرَ الْقَبْضُ فِي غَيْرِ الْمُعَيَّنِ لَا تَجِبُ الْقِيَمَةُ فِي الْخَنْزِيرِ لِأَنَّهُ مِنْ ذَوَاتِ الْقِيَمِ فَيَكُونُ أَخْذُ قِيَمَتِهِ كَأَخْذِ عَيْنِهِ، وَلَا كَذَلِكَ الْخَمْرُ لِأَنَّهُ مِنْ ذَوَاتِ الْأَمْثَالِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ جَاءَ بِالْقِيَمَةِ، قَبْلَ الْإِسْلَامِ تُجْبَرُ عَلَى الْقَبُولِ فِي الْخَنْزِيرِ دُونَ الْخَمْرِ، وَلَوْ طَلَّقَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ بِهَا، فَمَنْ أَوْجَبَ مَهْرَ الْمِثْلِ أَوْجَبَ الْمُتَعَةَ، وَمَنْ أَوْجَبَ الْقِيَمَةَ أَوْجَبَ نِصْفَهَا، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (فَإِنْ تَزَوَّجَ الذَّمِّيُّ ذِمِّيَّةً ظَاهِرًا. وَقَوْلُهُ (وَهَذَا كُلُّهُ) أَيُّ كُلِّ مَا ذُكِرَ وَهُوَ مَا كَانَ مُعَيَّنِينَ أَوْ غَيْرَ مُعَيَّنِينَ (عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: لَهَا مَهْرُ الْمِثْلِ فِي الْوَجْهَيْنِ) أَيُّ فِي الْمُعَيَّنِ وَغَيْرِ الْمُعَيَّنِ (وَقَالَ مُحَمَّدٌ: لَهَا الْقِيَمَةُ فِي الْوَجْهَيْنِ. وَجَهٌ قَوْلُهُمَا) إِنَّمَا جَمَعَ بَيْنَ قَوْلِهِمَا وَإِنْ كَانَ مُخْتَلَفَيْنِ فَمَا يَبْتَهَمُا حَيْثُ قَالَ أَبُو يُوسُفَ فِيهِمَا بِمَهْرِ الْمِثْلِ.

وَقَالَ مُحَمَّدٌ: فِيهِمَا بِالْقِيَمَةِ وَمَهْرُ الْمِثْلِ غَيْرُ قِيَمَةِ الْخَمْرِ وَالْخَنْزِيرِ لِأَنَّهُمَا يَتَّفِقَانِ

فِي أَنْ لَا يُوجِبَا عَيْنَ الْخَمْرِ وَالْخَنزِيرِ (أَنَّ الْقَبْضَ مُؤَكَّدٌ لِلْمَلِكِ فِي الْمَقْبُوضِ) وَلِهَذَا يُنْصَفُ الصَّدَاقُ بِالطَّلَاقِ قَبْلَ الدُّخُولِ إِذَا لَمْ يَكُنْ مَقْبُوضًا، وَبَعْدَ الْقَبْضِ لَا يَعُودُ إِلَى مَلِكِ الزَّوْجِ شَيْءٌ إِلَّا بِالرِّضَا أَوْ الْقَضَاءِ، وَإِذَا مَرَّ يَوْمُ الْفِطْرِ وَالصَّدَاقُ عَبْدٌ غَيْرُ مَقْبُوضٍ ثُمَّ طَلَّقَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ بِهَا لَا تَجِبُ صَدَقَةُ الْفِطْرِ عَلَيْهَا، بِخِلَافِ مَا بَعْدَ الْقَبْضِ، وَلَا تَجِبُ الزَّكَاةُ عَلَيْهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ فِي الْمَهْرِ قَبْلَ الْقَبْضِ بِخِلَافِ مَا بَعْدَهُ.

وَالْمُؤَكَّدُ لِلْمَلِكِ شَيْئٌ بِالْعَقْدِ لِإِفَادَتِهِ مَا لَمْ يَكُنْ (فَيَمْتَنِعُ) الْقَبْضُ (بِسَبَبِ الْإِسْلَامِ) كَمَا لَوْ كَانَ ابْتِدَاءُ التَّمْلِكِ بِالْعَقْدِ بَعْدَ الْإِسْلَامِ إِلْحَاقًا لَشُبْهَةِ الْعَقْدِ بِحَقِيقَتِهِ فِي الْمَحْرَمَاتِ (وَصَارَ كَمَا إِذَا كَانَا بِغَيْرِ أَعْيَانِهِمَا) لِأَنَّ الْقَبْضَ فِيهِ كَالْقَبْضِ فِيمَا إِذَا كَانَا بِغَيْرِ أَعْيَانِهِمَا فِي إِفَادَةِ مَا لَمْ يَكُنْ، وَالْقَبْضُ فِيمَا إِذَا كَانَا بِغَيْرِ أَعْيَانِهِمَا يَمْتَنِعُ عَنْ تَسْلِيمِ نَفْسِهِمَا، فَكَذَلِكَ فِيمَا إِذَا كَانَا بِأَعْيَانِهِمَا كَالْعَقْدِ.

(وَإِذَا التَّحَقَّتْ حَالَةُ الْقَبْضِ بِحَالَةِ الْعَقْدِ فَأَبُو يُوسُفَ يَقُولُ: لَوْ كَانَا مُسْلِمَيْنِ وَقَتَ الْعَقْدِ وَجِبَ مَهْرُ الْمَثَلِ فَكَذَلِكَ هَهُنَا) وَوَجْهٌ مُحَمَّدٌ ظَاهِرٌ. وَوَجْهٌ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ (أَنَّ الْمَلِكَ فِي الصَّدَاقِ الْمُعَيَّنِ يَتِمُّ بِنَفْسِ الْعَقْدِ وَلِهَذَا تَمْلِكُ التَّصَرُّفُ فِيهِ) وَلَوْ هَلَكَ هَلَكَ عَلَى مِلْكِهَا وَكُلُّ مَا تَمُّ بِنَفْسِ الْعَقْدِ لَا يُحْتَاجُ فِيهِ إِلَى الْقَبْضِ لِلتَّمْلِكِ (وَبِالْقَبْضِ يَنْتَقِلُ الْمَلِكُ مِنْ ضَمَانِ الزَّوْجِ إِلَى ضَمَانِهَا وَذَلِكَ) أَيْ الْإِنْتِقَالُ (لَا يَمْتَنِعُ بِالْإِسْلَامِ كَاسْتِرْدَادِ الْخَمْرِ الْمُعْصُوبَةِ) وَأَمَّا فِي الصَّدَاقِ الْغَيْرِ الْمُعَيَّنِ فَالْعَقْدُ فِيهِ لَا يَتِمُّ بِهِ الْمَلِكُ لِأَنَّهُ يُفِيدُ وَجُوبَ الدَّيْنِ فِي ذِمَّتِهِ، وَالْقَبْضُ يُوجِبُ مِلْكَ الْعَيْنِ فَتَمْتَنِعُ بِالْإِسْلَامِ عَنْ تَمْلِكِ الْخَمْرِ وَالْخَنزِيرِ.

وَقَوْلُهُ (بِخِلَافِ الْمُشْتَرِي) مُتَّصِلٌ بِقَوْلِهِ إِنَّ الْمَلِكَ فِي الصَّدَاقِ الْمُعَيَّنِ إِلْحَ: يَعْنِي بِخِلَافِ مَا إِذَا بَاعَ الذَّمِّيُّ الْخَمْرَ أَوْ الْخَنزِيرَ أَوْ اشْتَرَى ثُمَّ أَسْلَمَ قَبْلَ الْقَبْضِ فَإِنَّهُ لَا يَجُوزُ لَهُ الْقَبْضُ بَلْ يَنْفَسَخُ الْعَقْدُ لِأَنَّ الْمَبِيعَ يُسْتَفَادُ مِلْكُ التَّصَرُّفِ فِيهِ بَعْدَ الْقَبْضِ لَا قَبْلَهُ وَالْإِسْلَامُ مَانِعٌ مِنْهُ. وَقَوْلُهُ (وَإِذَا تَعَذَّرَ الْقَبْضُ فِي غَيْرِ الْمُعَيَّنِ) ظَاهِرٌ.

وَقَوْلُهُ (وَلَوْ طَلَّقَهَا إِلْحَ) يَعْنِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ فِي الْمُعَيَّنِ لَهَا نِصْفُ الْعَيْنِ وَفِي غَيْرِ الْمُعَيَّنِ فِي الْخَمْرِ لَهَا نِصْفُ الْقِيَمَةِ وَفِي الْخَنزِيرِ لَهَا الْمُتَعَةُ لِأَنَّ مَهْرَ الْمَثَلِ لَا يَنْتَصَفُ بِالطَّلَاقِ قَبْلَ الدُّخُولِ بَلْ فِي كُلِّ مَوْضِعٍ كَانَ الْوَاجِبُ مَهْرَ الْمَثَلِ قَبْلَ الطَّلَاقِ فَالْوَاجِبُ الْمُتَعَةُ بَعْدَ

الطَّلَاقِ. وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ لَهَا الْمُتَعَةُ عَلَى كُلِّ حَالٍ، وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ لَهَا بَعْدَ الطَّلَاقِ نِصْفُ الْقِيَمَةِ عَلَى كُلِّ حَالٍ.

بَابُ نِكَاحِ الرِّقِيقِ

(لَا يَجُوزُ نِكَاحُ الْعَبْدِ وَالْأَمَةِ إِلَّا بِإِذْنِ مَوْلَاهُمَا) وَقَالَ مَالِكٌ: يَجُوزُ لِلْعَبْدِ لِأَنَّهُ يَمْلِكُ الطَّلَاقَ فَيَمْلِكُ النِّكَاحَ. وَلَنَا قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «أَيُّمَا عَبْدٍ تَزَوَّجَ بِغَيْرِ إِذْنِ مَوْلَاهُ فَهُوَ عَاهِرٌ»^(١) وَلَأنَّ فِي تَنْفِيذِ نِكَاحِهِمَا تَعْيِيْبُهُمَا إِذِ النِّكَاحُ عَيْبٌ فِيهِمَا فَلَا يَمْلِكَانِهِ بِدُونِ إِذْنِ مَوْلَاهُمَا

الشرح:

(بَابُ نِكَاحِ الرِّقِيقِ): لَمَّا فَرَعَ مِنْ بَيَانِ نِكَاحِ مَنْ لَهُ أَهْلِيَّةُ النِّكَاحِ مِنْ غَيْرِ تَوْقُفٍ مِنَ الْمُسْلِمِينَ وَغَيْرِهِمْ شَرَعَ فِي بَيَانِ نِكَاحِ مَنْ لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ وَهُوَ الرِّقِيقُ، وَالرِّقِيقُ الْمَمْلُوكُ يُطْلَقُ عَلَى الْوَاحِدِ وَالْجَمْعِ (لَا يَجُوزُ نِكَاحُ الْعَبْدِ وَالْأَمَةِ إِلَّا بِإِذْنِ مَوْلَاهُمَا) أَمَّا الْأَمَةُ فَظَاهِرٌ لِأَنَّ مَنَافِعَ بُضْعِهَا مِلْكُ الْمَوْلَى فَلَا يَصِحُّ الْعَقْدُ عَلَيْهَا بِدُونِ إِذْنِهِ، وَأَمَّا الْعَبْدُ فَفِيهِ خِلَافٌ مَالِكٍ فَإِنَّهُ يَجُوزُ نِكَاحُهُ بِدُونِ إِذْنِهِ لِأَنَّهُ يَمْلِكُ الطَّلَاقَ وَهُوَ ظَاهِرٌ، وَكُلُّ مَنْ يَمْلِكُ الطَّلَاقَ يَمْلِكُ النِّكَاحَ لِأَنَّ الطَّلَاقَ بِسَبَبِ النِّكَاحِ. وَمَنْ مَلَكَ شَيْئًا مَلَكَ سَبَبَهُ الْمُوَصِّلَ إِلَيْهِ.

(وَلَنَا قَوْلُهُ ﷺ «أَيُّمَا عَبْدٍ تَزَوَّجَ بِغَيْرِ إِذْنِ مَوْلَاهُ فَهُوَ عَاهِرٌ») رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ وَأَخْرَجَهُ التِّرْمِذِيُّ وَقَالَ: هَذَا حَدِيثٌ حَسَنٌ. (وَلَأنَّ فِي تَنْفِيذِ نِكَاحِهِمَا تَعْيِيْبُهُمَا إِذِ النِّكَاحُ عَيْبٌ فِيهِمَا) وَلِهَذَا إِذَا اشْتَرَى عَبْدًا أَوْ أَمَةً فَظَهَرَ مُزَوَّجًا جَازَ لَهُ أَنْ يَرُدَّهُ وَلَيْسَ لَهُمَا تَعْيِيْبٌ أَنْفُسِهِمَا رِعَايَةَ لِحَقِّ الْمَوْلَى فَلَا يَمْلِكَانِهِ بِدُونِ إِذْنِهِ) وَفِي هَذَا التَّعْلِيلِ جَوَابٌ لِمَالِكٍ، فَإِنَّ الطَّلَاقَ إِزَالَةُ الْعَيْبِ، وَلَا يَلْزَمُ مِنْ جَوَازِ إِزَالَةِ الْعَيْبِ جَوَازُ تَعْيِيْبِهِمَا أَنْفُسَهُمَا.

وَاسْتَشْكَلَ بِجَوَازِ إِقْرَارِهِ بِالْحُدُودِ وَالْقِصَاصِ، فَإِنَّ وَجُوبَ قَطْعِ الْيَدِ فِي السَّرِقَةِ

(١) أَخْرَجَهُ التِّرْمِذِيُّ (١١١٢) وَقَالَ: حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ، وَأَبُو دَاوُدَ (٢٠٧٨) كِلَاهُمَا بَلْفَظِهِ عَنْ جَابِرٍ.

وَأَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ (٢٠٧٩) وَقَالَ: هَذَا حَدِيثٌ ضَعِيفٌ وَهُوَ مُوقُوفٌ مِنْ قَوْلِ ابْنِ عَمْرٍ، وَابْنِ

مَاجَه (١٩٠٩) كِلَاهُمَا بَنَحَوْهُ عَنْ ابْنِ عَمْرٍ، وَانْظُرْ نَصَبَ الرَّايَةِ (٢٦٨/٣، ٢٦٩).

وَوُجُوبَ الْقِصَاصِ عَيْبٌ فِيهِمَا عَلَى قَوْلِهِمَا، وَأَمَّا عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ فَبِمَنْزِلَةِ
الِاسْتِحْقَاقِ وَهُوَ أَيْضًا أَقْوَى الْعُيُوبِ فَكَيْفَ جَازَ ذَلِكَ؟ وَأَجِيبَ بِأَنَّ الرَّقِيقَ فِي حُقُوقِ
اللَّهِ بَاقٍ عَلَى حُرِّيَّتِهِ وَالرَّقُّ لَا يُؤَثِّرُ فِيهَا، فَإِنْ لَزِمَ مِنْ ذَلِكَ تَعْيِيبٌ فَهُوَ ضِمْنِي لَا مُعْتَبَرٌ
بِهِ وَمَوْضِعُهُ الْأُصُولُ.

(وَكَذَا الْمَكَاتِبُ) لِأَنَّ الْكِتَابَةَ أَوْجَبَتْ فَكَأَنَّ الْحَجَرَ فِي حَقِّ الْكَسْبِ فَهَبَقِيَ فِي حَقِّ
النِّكَاحِ عَلَى حُكْمِ الرَّقِّ. وَهَذَا لَا يَمْلِكُ الْمَكَاتِبُ تَزْوِيجَ عَبْدِهِ وَيَمْلِكُ تَزْوِيجَ أَمَتِهِ لِأَنَّهُ مِنْ
بَابِ الْاِكْتِسَابِ، وَكَذَا الْمَكَاتِبَةُ لَا تَمْلِكُ تَزْوِيجَ نَفْسِهَا بِدُونِ الْمَوْلَى وَتَمْلِكُ تَزْوِيجَ
أَمَتِهَا لَمَّا بَيَّنَّا (و) كَذَا (الْمُدَبِّرُ وَأُمُّ الْوَلَدِ) لِأَنَّ الْمَلَكَ فِيهِمَا قَائِمٌ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَكَذَا الْمَكَاتِبُ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (لَمَّا بَيَّنَّا) يَعْنِي قَوْلُهُ لِأَنَّهُ مِنْ بَابِ الْاِكْتِسَابِ.
(وَإِذَا تَزَوَّجَ الْعَبْدُ بِإِذْنِ مَوْلَاهُ فَالْمَهْرُ دَيْنٌ فِي رَقَبَتِهِ يُبَاعُ فِيهِ) لِأَنَّ هَذَا دَيْنٌ وَجَبَ فِي
رَقَبَةِ الْعَبْدِ لَوْجُودِ سَبَبِهِ مِنْ أَهْلِهِ وَقَدْ ظَهَرَ فِي حَقِّ الْمَوْلَى لِمُصْطَوِرِ الْإِذْنِ مِنْ جِهَتِهِ فَيَتَعَلَّقُ
بِرَقَبَتِهِ دَفْعًا لِلْمُضَرَّةِ عَنْ أَصْحَابِ الدُّيُونِ كَمَا فِي دَيْنِ التَّجَارَةِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (فَالْمَهْرُ دَيْنٌ فِي رَقَبَتِهِ يُبَاعُ فِيهِ) لَمَّا عُرِفَ فِي الْأُصُولِ أَنَّ ذِمَّتَهُ قَدْ ضَعُفَتْ
بِالرَّقِّ فَيُضْمُّ إِلَيْهَا مَالِيَّةُ الرَّقَبَةِ.

وَاسْتَدَلَّ الْمُصَنِّفُ بِقَوْلِهِ (لَأَنَّ هَذَا دَيْنٌ وَجَبَ فِي رَقَبَتِهِ) وَهُوَ دَلِيلُ قَوْلِهِ يُبَاعُ فِيهِ
دُونَ مَا قَبْلَهُ لِثَلَا يَلْزَمُ الْمُصَادَرَةُ عَلَى الْمَطْلُوبِ. وَتَقْرِيرُهُ: هَذَا دَيْنٌ وَجَبَ فِي الرَّقَبَةِ،
وَكُلُّ دَيْنٍ وَجَبَ فِي الرَّقَبَةِ يُبَاعُ الرَّقَبَةُ فِيهِ.

إِمَّا أَنَّهُ وَجَبَ فَلْتَحَقُّقِ الْمُقْتَضَى وَهُوَ وُجُودُ السَّبَبِ مِنْ أَهْلِهِ وَائْتِفَاءُ الْمَانِعِ وَهُوَ
حَقُّ الْمَوْلَى لِمُصْطَوِرِ الْإِذْنِ مِنْ جِهَتِهِ، وَإِمَّا أَنَّهُ مُوجِبٌ فِي الرَّقَبَةِ فَلَدَفَعَ الْمُضَرَّةَ عَنْ
أَصْحَابِ الدُّيُونِ كَمَا فِي دَيْنِ التَّجَارَةِ فَتُبَاعُ الرَّقَبَةُ فِي الْمَهْرِ كَمَا تَبَاعُ فِيهِ. وَقَوْلُهُ (دَفْعًا
لِلْمُضَرَّةِ عَنْ أَصْحَابِ الدُّيُونِ) يَعْنِي النَّسَاءَ.

(وَالْمُدَبِّرُ وَالْمَكَاتِبُ يَسْعَيَانِ فِي الْمَهْرِ وَلَا يُبَاعَانِ فِيهِ) لِأَنَّهُمَا لَا يَحْتَمِلَانِ النُّقْلَ مِنْ

مِلْكٍ إِلَى مِلْكٍ مَعَ بَقَاءِ الْكِتَابَةِ وَالتَّدْبِيرِ فَيُؤَدَّى مِنْ كَسْبِهِمَا لَا مِنْ نَفْسِهِمَا.

(وَإِذَا تَزَوَّجَ الْعَبْدُ بِغَيْرِ إِذْنِ مَوْلَاهُ فَقَالَ الْمَوْلَى طَلَّقَهَا أَوْ فَارَقَهَا فَلَيْسَ هَذَا بِإِجَازَةٍ) لَأَنَّهُ يَحْتَمِلُ الرَّدَّ لِأَنَّ رَدَّ هَذَا الْعَقْدِ وَمُتَارَكَتَهُ يُسَمَّى طَلَاقًا وَمُفَارَقَتَهُ وَهُوَ أَلْيَقُ بِحَالِ الْعَبْدِ الْمُتَمَرِّدِ أَوْ هُوَ أَدْنَى فَكَانَ الْحَمْلُ عَلَيْهِ أَوْلَى (وَإِنْ قَالَ: طَلَّقَهَا تَطْلِيقَةً تَمْلِكُ الرَّجْعَةَ فَهُوَ إِجَازَةٌ) لِأَنَّ الطَّلَاقَ الرَّجْعِيَّ لَا يَكُونُ إِلَّا فِي نِكَاحٍ صَحِيحٍ فَتَتَعَيَّنُ الْإِجَازَةُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (فَلَيْسَ هَذَا بِإِجَازَةٍ، لَأَنَّهُ) أَيُّ قَوْلُهُ طَلَّقَهَا أَوْ فَارَقَهَا (يَحْتَمِلُ الرَّدَّ لِأَنَّ رَدَّ هَذَا الْعَقْدِ وَمُتَارَكَتَهُ يُسَمَّى طَلَاقًا وَمُفَارَقَتَهُ) أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ قَالَ فِي النِّكَاحِ الْفَاسِدِ: طَلَّقْتُكَ كَانَ مُتَارَكَةً، وَإِذَا احْتَمَلَ الْأَمْرَيْنِ رَجَحْنَا جِهَةَ الْمُتَارَكَةِ لَأَنَّهُ أَلْيَقُ بِحَالِ الْعَبْدِ الْمُتَمَرِّدِ. وَقَوْلُهُ (أَوْ هُوَ) أَيُّ الرَّدِّ (أَدْنَى) لَأَنَّهُ دَفْعٌ، وَالطَّلَاقُ رَفْعٌ، وَالذَّفْعُ أَسْهَلُ مِنَ الرَّفْعِ (فَكَانَ الْحَمْلُ عَلَيْهِ أَوْلَى).

فَإِنْ قِيلَ: قَوْلُهُ طَلَّقَهَا حَقِيقَةً فِي إِيقَاعِ الطَّلَاقِ الْمَعْرُوفِ وَمَجَازٌ فِي الْمُتَارَكَةِ وَالْعَمَلُ بِالْحَقِيقَةِ مُمَكِّنٌ فَكَيْفَ صَبَرَ إِلَى الْمَجَازِ.

أُجِيبَ بِأَنَّ الْحَقِيقَةَ قَدْ تُتْرَكُ بِدَلَالَةِ الْحَالِ وَهَذَا كَذَلِكَ، وَهِيَ الْاِئْتِبَاتُ عَلَى رَأْيِ الْمَوْلَى (وَإِنْ قَالَ طَلَّقَهَا تَطْلِيقَةً) رَجْعِيَّةً أَوْ تَطْلِيقَةً (تَمْلِكُ الرَّجْعَةَ فَهَذَا إِجَازَةٌ لِأَنَّ الطَّلَاقَ الرَّجْعِيَّ لَا يَكُونُ إِلَّا فِي نِكَاحٍ صَحِيحٍ فَتَتَعَيَّنُ الْإِجَازَةُ).

فَإِنْ قِيلَ: إِذَا قَالَ الْمَوْلَى لِعَبْدِهِ كَفَّرَ يَمِينَكَ بِالْمَالِ أَوْ تَزَوَّجَ أَرْبَعًا مِنَ النِّسَاءِ لَا يَثْبُتُ بِهِ الْعِتْقُ وَإِنْ كَانَ التَّكْفِيرُ بِالْمَالِ، وَتَزَوَّجَ الْأَرْبَعَ مِنَ النِّسَاءِ لَا يَكُونُ إِلَّا بَعْدَ الْحُرِّيَّةِ.

أُجِيبَ بِأَنَّ مَا كَانَ أَصْلًا فِي إِبْتِاتِ الْأَهْلِيَّةِ لِلتَّصَرُّفَاتِ الشَّرْعِيَّةِ لَا يَثْبُتُ اقْتِضَاءً كَالْإِيمَانِ فِي خِطَابِ الْكُفَّارِ بِالشَّرَائِعِ كَمَا عُرِفَ فِي الْأَصُولِ وَفِي إِبْتِاتِ الْإِعْتِقَادِ ذَلِكَ، بِخِلَافِ مَا نَحْنُ فِيهِ فَإِنَّ النِّكَاحَ لَيْسَ بِأَصْلٍ فِي إِبْتِاتِ الْأَهْلِيَّةِ لَهُ.

(وَمَنْ قَالَ لِعَبْدِهِ تَزَوَّجْ هَذِهِ الْأَمَةَ فَتَزَوَّجَهَا نِكَاحًا فَاسِدًا وَدَخَلَ بِهَا فَإِنَّهُ يَبَاعُ فِي الْمَهْرِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: يُؤْخَذُ مِنْهُ إِذَا عَتَقَ) وَأَصْلُهُ أَنَّ الْإِذْنَ بِالنِّكَاحِ يَنْتَظِمُ الْفَاسِدَ وَالْجَائِزَ عِنْدَهُ، فَيَكُونُ هَذَا الْمَهْرُ ظَاهِرًا فِي حَقِّ الْمَوْلَى وَعِنْدَهُمَا يَنْصَرِفُ إِلَى الْجَائِزِ لَا غَيْرُ فَلَا يَكُونُ ظَاهِرًا فِي حَقِّ الْمَوْلَى فَيُؤْخَذُ بِهِ بَعْدَ الْعِتَاقِ، لَهُمَا أَنَّ الْمَقْصُودَ مِنَ النِّكَاحِ فِي

المستقبل الإعفاف والتحصين وذلك بالجائز، ولهذا لو حلف لا يتزوج ينصرف إلى الجائز، بخلاف البيع لأن بعض المقاصد حاصل وهو ملك التصرفات. وله أن اللفظ مطلق فيجري على إطلاقه كما في البيع. وبعض المقاصد في النكاح الفاسد حاصل كالنسب، وجوب المهر والعدة على اعتبار وجود الوطاء، ومسألة اليمين ممنوعة على هذه الطريقة.

الشرح:

وقوله (ومن قال لعبدته تزوج هذه الأمة) صورة المسألة والأصل المذكور ظاهران، وتقيده بالإشارة والأمة اتفاقي. فإن الحكم في غير المعينة وفي غير الإماء كذلك، ويبنى على هذا الأصل المذكور حكمان:

أحدهما ما ذكره أنه يباح في المهر عنده ولا يباح عندهما.

والثاني أنه إذا تزوجها بوصف الصحة بعد ذلك لا يصح عند أبي حنيفة لانتهاء الإذن بالعقد الأول، ويصح عندهما.

وجهه من الجانبين على الوجه المذكور في الكتاب ظاهر، وإنما قيد بالمستقبل، لأنه لو حلف ما تزوج امرأة في الماضي وكان تزوج صحيحاً أو فاسداً حث في يمينه، كذا في المبسوط.

وقوله (كما في البيع) يعني أنه إذا أمره بالبيع مطلقاً يتناول الجائز والفاسد. وقوله (على هذه الطريقة) يريد طريقة إجراء اللفظ المطلق على إطلاقه، ولكن كان قول الكل فالعذر لأبي حنيفة أن مبنى الإيمان على العرف.

(ومن زوج عبداً ماذوناً له مديوناً امرأة جاز، والمرأة أسوة للغرماء في مهرها) ومعناه إذا كان النكاح بمهر المثل. وجهه أن سبب ولاية المولى ملكه الرقبة على ما نذكره، والنكاح لا يلاقي حق الغرماء بالإبطال مقصوداً، إلا أنه إذا صح النكاح وجب الدين بسبب لا مرد له فشابه دين الاستهلاك وصار كالمرضى المدين إذا تزوج امرأة فيمهر مثلها أسوة للغرماء.

الشرح:

(ومن زوج عبداً ماذوناً له مديوناً امرأة جاز، والمرأة أسوة للغرماء) إذا كان

النَّكَاحُ بِمَهْرٍ الْمَثَلُ لَمَّا ذُكِرَ بِقَوْلِهِ (وَوَجْهَهُ) وَتَقْرِيرُهُ لِأَنَّ الْمُقْتَضِيَ مَوْجُودٌ وَهُوَ وَلَايَةُ الْمَوْلَى لِتَحَقُّقِ سَبَبِهَا وَهُوَ مِلْكُ الرَّقَبَةِ وَالْمَانِعُ وَهُوَ مُلَاقَاةُ النَّكَاحِ حَقَّ الْغُرْمَاءِ مَقْصُودًا بِالْإِبْطَالِ مُتَّفٍ.

وَإِذَا تَحَقَّقَ الْمُقْتَضِي وَانْتَفَى الْمَانِعُ ثَبَتَ الْحُكْمُ الْأَبْتَنَ، وَإِنَّمَا قَالَ مَقْصُودًا لِأَنَّ الْمَانِعِيَّةَ إِنَّمَا تَتَحَقَّقُ بِذَلِكَ.

وَأَمَّا إِذَا كَانَ ضَمْنِيًّا فَلَا مُعْتَبَرٌ بِهِ وَهَهُنَا كَذَلِكَ لِأَنَّ مُحَلِّيَةَ النَّكَاحِ بِالْآدَمِيَّةِ، وَحَقَّ الْغُرْمَاءِ لَا يُلَاقِيهَا، لَكِنْ إِذَا صَحَّ النَّكَاحُ بِوَلَايَةِ الْمَوْلَى تَخَصُّصًا لِمَلِكِهِ وَجَبَ الدِّينُ بِسَبَبٍ لَا مَرَدٍّ لَهُ لِعَدَمِ انْفِكَائِ النَّكَاحِ عَنْ ثُبُوتِ الْمَالِ فَكَانَ كَذَيْنِ الْاسْتِهْلَاكِ (وَصَارَ كَالْمَرِيضِ الْمَذْيُونِ إِذَا تَزَوَّجَ امْرَأَةً فَبِمَهْرِ مِثْلِهَا أُسُوَّةٌ لِلْغُرْمَاءِ) وَإِذَا كَانَ أَكْثَرَ مِنْهُ فَلَا تُسَاوِيهِمْ بَلْ يُؤَخَّرُ إِلَى اسْتِيفَائِهِمْ حَقُّهُمْ كَذَيْنِ الصَّحَّةِ مَعَ ذَيْنِ الْمَرَضِ.

(وَمَنْ زَوَّجَ أُمَّتَهُ فَلَيْسَ عَلَيْهِ أَنْ يُبَوِّئَهَا بَيْتَ الزَّوْجِ لِكُنْهَافِ تَخْدُمِ الْمَوْلَى، وَيُقَالُ لِلزَّوْجِ مَتًى ظَفِرَتْ بِهَا وَطِئَتْهَا) لِأَنَّ حَقَّ الْمَوْلَى فِي الْاسْتِخْدَامِ بَاقٍ وَالتَّبَوُّثُ إِبْطَالٌ لَهُ (فَإِنْ بَوَّأَهَا مَعَهُ بَيْتًا فَلَهَا النَّفَقَةُ وَالسُّكْنَى وَإِلَّا فَلَا) لِأَنَّ النَّفَقَةَ تُقَابِلُ الْإِحْتِسَافَ، وَلَوْ بَوَّأَهَا بَيْتًا ثُمَّ بَدَأَ لَهُ أَنْ يَسْتَحْدِمَهَا لَهُ ذَلِكَ لِأَنَّ الْحَقَّ بَاقٍ لِبَقَاءِ الْمِلْكِ فَلَا يَسْقُطُ بِالتَّبَوُّثِ كَمَا لَا يَسْقُطُ بِالنَّكَاحِ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ زَوَّجَ أُمَّتَهُ) بَوَّأَتْ لِلرَّجُلِ مَنْزِلًا وَبَوَّأَتْهُ مَنْزِلًا: أَيُّ هَيْئَاتِهِ وَمَكْنَتُ لَهُ فِيهِ. وَمَنْ زَوَّجَ أُمَّتَهُ (فَلَيْسَ عَلَيْهِ أَنْ يُبَوِّئَهَا) أَيُّ يُهَيِّئَ لَهَا بَيْتًا لِلزَّوْجِ يَبِيتُ إِلَيْهَا (لِكُنْهَافِ تَخْدُمِ الْمَوْلَى وَيُقَالُ لِلزَّوْجِ مَتًى ظَفِرَتْ بِهَا وَطِئَتْهَا) وَإِنَّمَا يُقَالُ ذَلِكَ لِتَحَقُّقِ التَّسْلِيمِ وَكَلَامُهُ وَاضِحٌ. وَحَاصِلُهُ أَنَّ حَقَّ الْمَوْلَى ثَابِتٌ فِي الرَّقَبَةِ وَالْمَنَافِعِ سِوَى مَنَفْعَةِ الْبُضْعِ، وَحَقَّ الزَّوْجِ إِنَّمَا هُوَ فِيهَا، وَلَا يَلْزَمُ إِبْطَالُ الْكَثِيرِ لِلْقَلِيلِ مَعَ إِمْكَانِ تَخْصِيلِهِ مِنْ غَيْرِ إِبْطَالِ الْكَثِيرِ فَلَهُ أَنْ يُبَوِّئَهَا وَأَنْ لَا يُبَوِّئَهَا وَأَنْ يَسْتَحْدِمَهَا بَعْدَ التَّبَوُّثِ، لَكِنَّهُ يُسْقُطُ نَفَقَتُهَا لَمَّا أَشَارَ إِلَيْهِ بِقَوْلِهِ (لِأَنَّ النَّفَقَةَ تُقَابِلُ الْإِحْتِسَافَ).

فَإِنْ قِيلَ: انْتِفَاءُ الْإِحْتِسَافِ إِنَّمَا هُوَ لِبَقَاءِ حَقِّ الْمَوْلَى فِي الْاسْتِخْدَامِ وَمِثْلُ ذَلِكَ لَا يُسْقُطُ النَّفَقَةُ كَالْحُرَّةِ إِذَا حَبَسَتْ نَفْسَهَا عَنْهُ لِاسْتِيفَاءِ الصَّدَاقِ. أَجِيبَ بِأَنَّ الْحُرَّةَ إِذَا

حَبَسَتْ نَفْسَهَا لَذَلِكَ فَالتَّفْوِيتُ مِنْ قَبْلِ الزَّوْجِ بِامْتِنَاعِ إِيفَاءِ مَا التَّرَمَّهُ، وَهَاهُنَا لَيْسَ مِنْ جِهَةِ الزَّوْجِ بَلْ مِنْ جِهَةِ مَنْ لَهُ الْحَقُّ وَهُوَ الْمَوْلَى، فَكَانَتْ كَالْمَحْبُوسَةِ بِالذَّيْنِ لَا نَفَقَةَ لَهَا، فَإِنْ بَوَّأَهَا مَعَهُ بَيْتًا فَوَلَدَتْ مِنَ الزَّوْجِ لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ نَفَقَةُ الْوَلَدِ لِأَنَّهُ مَمْلُوكٌ لِمَوْلَاهَا وَنَفَقَةُ الْمَمْلُوكِ عَلَى الْمَالِكِ.

قَالَ (ذَكَرَ تَزْوِيجَ الْمَوْلَى عَبْدَهُ وَأَمَتَهُ وَلَمْ يَذْكُرْ رِضَاهُمَا) وَهَذَا يَرْجِعُ إِلَى مَذْهَبِنَا أَنَّ لِلْمَوْلَى إِجْبَارَهُمَا عَلَى النِّكَاحِ. وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ لَا إِجْبَارَ فِي الْعَبْدِ وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ لِأَنَّ النِّكَاحَ مِنْ خَصَائِصِ الْأَدِمِيَّةِ وَالْعَبْدُ دَاخِلٌ تَحْتَ مِلْكِ الْمَوْلَى مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ مَالٌ فَلَا يَمْلِكُ إِنْكَاحَهُ، بِخِلَافِ الْأَمَةِ لِأَنَّهُ مَالِكٌ مَنَافِعَ بُضْعِهَا فَيَمْلِكُ تَمْلِيكَهَا. وَلَنَا لِأَنَّ الْإِنْكَاحَ إِصْلَاحُ مِلْكِهِ لِأَنَّ فِيهِ تَحْصِينَهُ عَنِ الزَّنا الَّذِي هُوَ سَبَبُ الْهَلَاكِ أَوْ النُّقْصَانِ فَيَمْلِكُهُ اعْتِبَارًا بِالْأَمَةِ.

بِخِلَافِ الْمَكَاتِبِ وَالْمَكَاتِبَةِ لِأَنَّهُمَا التَّحَقُّ بِالْأَحْرَارِ تَصَرُّفًا فَيُشْتَرَطُ رِضَاهُمَا.

الشرح:

قَوْلُهُ (ذَكَرَ تَزْوِيجَ الْمَوْلَى) يَعْنِي ذَكَرَ مُحَمَّدٌ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ تَزْوِيجَ الْمَوْلَى (عَبْدَهُ وَأَمَتَهُ وَلَمْ يَذْكُرْ رِضَاهُمَا وَهَذَا رَاجِعٌ إِلَى مَذْهَبِنَا أَنَّ لِلْمَوْلَى إِجْبَارَهُمَا عَلَى النِّكَاحِ) وَمَعْنَى الْإِجْبَارِ أَنَّ الْمَوْلَى لَوْ بَاشَرَ النِّكَاحَ بِدُونِ رِضَاهُمَا نَفَذَ. وَقَوْلُهُ (لِأَنَّ فِيهِ تَحْصِينَهُ عَنِ الزَّنا الَّذِي هُوَ سَبَبُ الْهَلَاكِ أَوْ النُّقْصَانِ) يَعْنِي أَنَّهُ إِذَا حَدَّ رُبَّمَا يَقَعُ الْحَدُّ مُهْلِكًا أَوْ جَارِحًا؛ فَفِي الْأَوَّلِ هَلَاكُ مَالِهِ، وَفِي الثَّانِي نُقْصَانُهُ، فَإِنَّهُ إِذَا اشْتَرَى عَبْدًا قَدْ حَدَّ فِي الزَّنا فَلَهُ أَنْ يَرُدَّهُ فَيَمْلِكُ الْإِنْكَاحَ جَبْرًا اعْتِبَارًا بِالْأَمَةِ، وَالْجَامِعُ قِيَامُ سَبَبِ الْوِلَايَةِ وَهُوَ مِلْكُ الرَّقَبَةِ وَتَحْصِينُ مِلْكِهِ عَنِ الزَّنا الْمَوْجِبِ لِلْهَلَاكِ أَوْ النُّقْصَانِ، وَلَيْسَ الْمَنَاطُ فِي جَوَازِ إِنْكَاحِ الْأَمَةِ جَبْرًا تَمْلِكُ مَنَافِعَ بُضْعِهَا لِأَنَّهُ لَا يَطْرُدُ مَعَ الْإِجْبَارِ وَلَا يَنْعَكِسُ، فَإِنَّ الزَّوْجَ يَمْلِكُ مَنَافِعَ بُضْعِ الْمَرْأَةِ وَلَا يَقْدِرُ عَلَى تَزْوِيجِهَا، وَالْوَلِيُّ يَمْلِكُ تَزْوِيجَ الصَّغِيرَةِ وَلَا يَمْلِكُ مَنَافِعَ بُضْعِهَا فَكَانَ التَّعْلِيلُ بِهِ فَاسِدًا.

فَإِنْ قِيلَ: لَوْ كَانَ الْإِجْبَارُ بِاعْتِبَارِ تَحْسِينِ الْمَلِكِ لَجَازَ فِي الْمَكَاتِبِ وَالْمَكَاتِبَةِ وَلَمْ يَجْزِ، أَجَابَ بِقَوْلِهِ (بِخِلَافِ الْمَكَاتِبِ وَالْمَكَاتِبَةِ) فَإِنَّ الْمَلِكَ لَمَّا كَانَ فِيهِمَا نَاقِصًا بِوَاسِطَةِ تَمْلِيكِهَا الْيَدَ (التَّحَقُّ بِالْأَحْرَارِ تَصَرُّفًا فَيُشْتَرَطُ رِضَاهُمَا) وَهَهُنَا فَرَعَ طَلِيفٌ.

وَهُوَ أَنَّ الْمَوْلَى إِذَا زَوَّجَ مُكَاتَّبَتَهُ الصَّغِيرَةَ تَوَقَّفَ النِّكَاحُ عَلَى إِجَازَتِهَا لِأَنَّهَا مُلْحَقَةٌ بِالْبَالِغَةِ فِيمَا يَنْبَغِي عَلَى الْكِتَابَةِ ثُمَّ إِنَّهَا لَوْ لَمْ تُرَدَّ حَتَّى أُدَّتْ بِدَلِّ الْكِتَابَةِ فَعَتَقَتْ بَقِيَّةَ النِّكَاحِ مَوْفُوفًا عَلَى إِجَازَةِ الْمَوْلَى لَا عَلَى إِجَازَتِهَا لِأَنَّهَا بَعْدَ الْعِتْقِ لَمْ تَبْقَ مُكَاتَّبَةٌ وَهِيَ صَغِيرَةٌ وَالصَّغِيرَةُ لَيْسَتْ مِنْ أَهْلِ الْإِجَازَةِ، قَالَ فِي النَّهَايَةِ: وَهَذِهِ مِنَ الطُّفْلِ الْمَسَائِلِ وَأَعْجَبُهَا، حَيْثُ اعْتَبِرَ إِجَازَةُ الْمُكَاتَّبَةِ فِي حَالِ رِقِّهَا، وَلَمْ يَعْتَبَرْ فِي حَالَةِ الْعِتْقِ لَمَّا ذَكَرْنَا مِنَ الْفُرْقِ.

قَالَ (وَمَنْ زَوَّجَ أُمَّتَهُ ثُمَّ قَتَلَهَا قَبْلَ أَنْ يَدْخُلَ بِهَا زَوْجَهَا فَلَا مَهْرَ لَهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: عَلَيْهِ الْمَهْرُ لِمَوْلَاهَا) اعْتِبَارًا بِمَوْتِهَا حَتْفَ أَنْفِهَا، وَهَذَا لِأَنَّ الْمَقْتُولَ مَيِّتٌ بِأَجَلِهِ فَصَارَ كَمَا إِذَا قَتَلَهَا أَجْنَبِيٌّ؛ وَلَهُ أَنَّهُ مَنَعَ الْمُبْدَلَ قَبْلَ التَّسْلِيمِ فَيُجَازَى بِمَنَعِ الْبَدَلِ كَمَا إِذَا ارْتَدَّتِ الْحُرَّةُ، وَالْقَتْلُ فِي أَحْكَامِ الدُّنْيَا جُعِلَ إِتْلَافًا حَتَّى وَجِبَ الْقِصَاصُ وَالْدِّيَّةُ فَكَذَا فِي حَقِّ الْمَهْرِ.

الشرح:

(وَمَنْ زَوَّجَ أُمَّتَهُ) فَمَاتَتْ قَبْلَ الدُّخُولِ بِهَا، فَإِنْ مَاتَتْ حَتْفَ أَنْفِهَا فَعَلَى الزَّوْجِ الْمَهْرُ بِالِاتِّفَاقِ، وَإِنْ قَتَلَهَا أَجْنَبِيٌّ فَكَذَلِكَ، وَإِنْ قَتَلَهَا مَوْلَاهَا فَكَذَلِكَ عِنْدَهُمَا، وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ لَا مَهْرَ عَلَيْهِ لِلْمَوْلَى، قَالَا: الْمَقْتُولُ مَيِّتٌ بِأَجَلِهِ عِنْدَ أَهْلِ الْحَقِّ فَلَا فَرْقَ بَيْنَ الصُّوَرِ الثَّلَاثِ (وَلَهُ أَنَّ الْمَوْلَى مَنَعَ الْمُبْدَلَ قَبْلَ التَّسْلِيمِ فَيُجَازَى بِمَنَعِ الْبَدَلِ كَمَا إِذَا ارْتَدَّتِ الْحُرَّةُ) تُجَازَى بِمَنَعِ الْبَدَلِ عِنْدَ عَدَمِ تَسْلِيمِهَا الْمُبْدَلَ.

وَفِي قَوْلِهِ يُجَازَى إِشَارَةٌ إِلَى الْجَوَابِ عَمَّا يُقَالُ الصَّغِيرَةُ إِذَا ارْتَضَعَتْ مِنْ أُمِّ زَوْجِهَا أَوْ الْمَحْثُونَةِ إِذَا قَبِلَتْ ابْنَ زَوْجِهَا بِشَهْوَةٍ قَبْلَ الدُّخُولِ مُعْتَمِنًا الْمُبْدَلَ قَبْلَ التَّسْلِيمِ حَيْثُ بَاطِنًا مِنْهُ وَلَمْ يَسْقُطِ الْمَهْرُ وَذَلِكَ لِأَنَّهُمَا لَيْسَتَا مِنْ أَهْلِ الْمَجَازَةِ.

وَتَوْقُضُ بِالصَّغِيرَةِ الْعَاقِلَةُ إِذَا ارْتَدَّتْ قَبْلَ الدُّخُولِ تُجَازَى بِسُقُوطِ الْمَهْرِ فَلَمْ يُنَافِ الصَّغَرُ الْمَجَازَةَ.

وَأُجِيبَ بِأَنَّ تَرْكَ مُجَازَةِ الصَّغِيرَةِ إِنَّمَا يَكُونُ عَلَى أَفْعَالٍ غَيْرِ مَحْظُورَةٍ، وَالرَّدُّةُ مَحْظُورَةٌ إِذَا كَانَتْ عَاقِلَةً بِذِلِيلِ أَنَّهَا تُحْرَمُ الْمِيرَاثَ بِسَبَبِهَا وَتُسْتَتَابُ بِالْحَبْسِ. وَقَوْلُهُ (وَالْقَتْلُ فِي أَحْكَامِ الدُّنْيَا) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِمَا لِأَنَّ الْمَيِّتَ مَقْتُولٌ بِأَجَلِهِ.

(وَإِنْ قَتَلَتْ حُرَّةً نَفْسَهَا قَبْلَ أَنْ يَدْخُلَ بِهَا زَوْجُهَا فَلَهَا الْمَهْرُ) خِلَافًا لِرُفْرٍ، هُوَ يُعْتَبَرُهُ بِالرَّدَّةِ وَيَقْتُلُ الْمَوْلَى أُمَّتَهُ وَالْجَامِعُ مَا بَيَّنَّاهُ. وَلَنَا أَنَّ جِنَايَةَ الْمَرْءِ عَلَى نَفْسِهِ غَيْرُ مُعْتَبَرَةٍ فِي حَقِّ أَحْكَامِ الدُّنْيَا فَشَابَهُ مَوْتُهَا حَتْفَ أَنْفِهَا، بِخِلَافِ قَتْلِ الْمَوْلَى أُمَّتَهُ لِأَنَّهُ مُعْتَبَرٌ فِي حَقِّ أَحْكَامِ الدُّنْيَا حَتَّى تَجِبَ الْكَفَّارَةُ عَلَيْهِ.

الشرح:

(فَإِنْ قَتَلَتْ حُرَّةً نَفْسَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ بِهَا فَلَهَا الْمَهْرُ خِلَافًا لِرُفْرٍ. هُوَ يُعْتَبَرُهُ بِالرَّدَّةِ وَقَتْلُ الْوَلِيِّ أُمَّتَهُ لَمَّا بَيَّنَّا مِنَ الْجَامِعِ) أَنَّهُ مَنَعَ الْمُبْدَلَ قَبْلَ التَّسْلِيمِ وَقَوْلُهُ (وَلَنَا أَنَّ جِنَايَةَ الْمَرْءِ ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (حَتَّى تَجِبَ الْكَفَّارَةُ عَلَيْهِ) يَعْنِي إِذَا قَتَلَهَا خَطَأً، وَكَذَلِكَ يَجِبُ الضَّمَانُ عَلَى الْمَوْلَى إِنْ كَانَ عَلَيْهَا دَيْنٌ.

قَالَ (وَإِذَا تَزَوَّجَ أُمَّةً فَلَا إِذْنَ فِي الْعَزْلِ إِلَى الْمَوْلَى) عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ أَنَّ إِذْنَ فِي الْعَزْلِ إِلَيْهَا لِأَنَّ الْوَطْءَ حَقُّهَا حَتَّى تَنْتَبِثَ لَهَا وَلَايَةُ الْمُطَالَبَةِ، وَفِي الْعَزْلِ تَنْقِصُ حَقُّهَا فَيُشْتَرَطُ رِضَاهَا كَمَا فِي الْحُرَّةِ، بِخِلَافِ الْأَمَةِ الْمَمْلُوكَةِ لِأَنَّهُ لَا مُطَالَبَةَ لَهَا فَلَا يُعْتَبَرُ رِضَاهَا. وَجَهٌ ظَاهِرٌ الرَّوَايَةِ أَنَّ الْعَزْلَ يُخْلُ بِمَقْصُودِ الْوَلَدِ وَهُوَ حَقُّ الْمَوْلَى فَيُعْتَبَرُ رِضَاهُ وَبِهَذَا فَارَقَتْ الْحُرَّةُ.

الشرح:

قَالَ (وَإِذَا تَزَوَّجَ أُمَّةً فَلَا إِذْنَ فِي الْعَزْلِ إِلَى الْمَوْلَى) فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ دَلَالَةٌ عَلَى جَوَازِ الْعَزْلِ. وَسُئِلَ ابْنُ مَسْعُودٍ عَنْهُ فَقَالَ: لَا بَأْسَ بِهِ، وَلَوْ أَنَّ اللَّهَ تَعَالَى أَخَذَ مِيثَاقَ نَسَمَةٍ فَلَوْ أَلْقَيْتَهَا فِي صَخْرَةٍ تُخْلَقُ فِيهَا. وَرَوَى أَبُو سَعِيدٍ الْخُدْرِيُّ عَنْ النَّبِيِّ ﷺ مِثْلَهُ. وَهُوَ عَلَى ثَلَاثَةِ أَقْسَامٍ: عَزْلٌ عَنْ أُمَّتِهِ الْمَمْلُوكَةِ لَهُ وَلَا إِذْنَ فِيهِ إِلَى أَحَدٍ. وَعَزْلٌ عَنِ الْمَرْأَةِ الْحُرَّةِ وَالْإِذْنَ فِيهِ إِلَيْهَا وَهَذَانِ بِالْإِتِّفَاقِ. وَعَزْلٌ عَنِ الْأُمَةِ الْمُتَكَوِّحَةِ. وَفِي تَعْيِينِ الْإِذْنَ اخْتِلَافٌ كَمَا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ وَهُوَ وَاضِحٌ.

(وَإِنْ تَزَوَّجَتْ أُمَّةً بِإِذْنِ مَوْلَاهَا ثُمَّ أُعْتِقَتْ فَلَهَا الْخِيَارُ حُرًّا كَانَ زَوْجُهَا أَوْ عَبْدًا) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لِبَرِيرَةَ حِينَ عَتَقَتْ «مَلَكَتْ بِضَعْفِكَ فَاخْتَارِي»^(١) فَالتَّعْلِيلُ

(١) أَخْرَجَهُ الدَّارِقُطِيُّ (٢٩٠/٣). مَعْنَاهُ، وَانْظُرْ نَصْبَ الرَّايَةِ (٢٧٠/٣).

بِمِلْكِ الْبُضْعِ صَدَرَ مُطْلَقًا فَيَنْتَظِمُ الْفَصْلَيْنِ، وَالشَّافِعِيُّ يُخَالِفُنَا فِيمَا إِذَا كَانَ زَوْجُهَا حُرًّا وَهُوَ مَحْجُوجٌ بِهِ، وَلَأَنَّهُ يَزْدَادُ الْمَلِكُ عَلَيْهَا عِنْدَ الْعِتْقِ فَيَمْلِكُ الزَّوْجُ بَعْدَهُ ثَلَاثَ تَطْلِيقَاتٍ فَتَمْلِكُ رَفْعَ أَصْلِ الْعَقْدِ دَفْعًا لِلزِّيَادَةِ.

(وَكَذَلِكَ الْمَكَاتِبَةُ) يَعْنِي إِذَا تَزَوَّجَتْ بِإِذْنِ مَوْلَاهَا ثُمَّ عَتَقَتْ، وَقَالَ زُفَرٌ: لَا خِيَارَ لَهَا لِأَنَّ الْعَقْدَ نَفَذَ عَلَيْهَا بِرِضَاهَا وَكَانَ الْمَهْرُ لَهَا فَلَا مَعْنَى لِإِثْبَاتِ الْخِيَارِ بِخِلَافِ الْأَمَةِ لِأَنَّهُ لَا يُعْتَبَرُ رِضَاهَا. وَلَنَا أَنَّ الْعِلَّةَ أَزْدِيَادُ الْمَلِكِ وَقَدْ وَجَدْنَاهَا فِي الْمَكَاتِبَةِ لِأَنَّ عِدَّتَهَا قُرْءَانٌ وَطَلَاقُهَا ثِنْتَانِ.

الشرح:

(وَإِنْ تَزَوَّجَتْ بِإِذْنِ مَوْلَاهَا) أَوْ زَوَّجَهَا مَوْلَاهَا (ثُمَّ أُعْتِقَتْ فَلَهَا الْخِيَارُ)، إِنْ شَاءَتْ أَقَامَتْ مَعَهُ وَإِنْ شَاءَتْ فَارْقَتْهُ، سَوَاءٌ كَانَ زَوْجُهَا حُرًّا أَوْ عَبْدًا.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: إِنْ كَانَ عَبْدًا فَلَهَا الْخِيَارُ، وَإِنْ كَانَ حُرًّا فَلَا خِيَارَ لَهَا، وَاسْتَدَلَّ عَلَى ذَلِكَ بِمَا رُوِيَ «أَنَّ عَائِشَةَ لَمَّا أَرَادَتْ أَنْ تُعْتَقَ مَمْلُوكَيْنِ لَهَا مُتَنَاقِحَيْنِ سَأَلَتْ النَّبِيَّ ﷺ عَنْ ذَلِكَ فَأَمَرَهَا بِالْبِدَاءِ بِالْغُلَامِ» قَالَ: وَإِنَّمَا أَمَرَهَا بِذَلِكَ لِأَنَّ يَثْبُتَ لَهَا الْخِيَارُ وَلِأَنَّ الْخِيَارَ فِيمَا إِذَا كَانَ عَبْدًا لَعَدَمِ الْكِفَاةِ وَهِيَ مُوجُودَةٌ فِي الْحُرِّ.

وَلَنَا «أَنَّ عَائِشَةَ أُعْتِقَتْ بِرَبْرَةٍ فَقَالَ لَهَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: مَلَكَتْ بُضْعَكَ فَاخْتَارِي» فَالتَّعْلِيلُ بِمِلْكِ الْبُضْعِ صَدَرَ مُطْلَقًا فَيَنْتَظِمُ الْفَصْلَيْنِ (الْحُرُّ وَالْعَبْدُ، وَإِنَّمَا قَالَ: فَالتَّعْلِيلُ لِأَنَّهُ مِنْ بَابِ قَوْلِهِ سَهَا فَسَجَدَ فَالشَّافِعِيُّ مَحْجُوجٌ بِهِ).

فَإِنْ قِيلَ: رَوَى صَاحِبُ السُّنَنِ بِإِسْنَادِهِ إِلَى عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ الْقَاسِمِ عَنْ أَبِيهِ عَنْ عَائِشَةَ: «أَنَّ بَرِيرَةَ خَيْرَهَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ وَكَانَ زَوْجُهَا عَبْدًا»^(١) وَرُوِيَ أَيْضًا بِإِسْنَادِهِ إِلَى عِكْرِمَةَ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ «أَنَّ زَوْجَ بَرِيرَةَ كَانَ عَبْدًا أَسْوَدَ يُسَمَّى مُغِيثًا فَخَيْرَهَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ وَأَمَرَهَا أَنْ تُعْتَدَّ»، فَأَنَّى يَكُونُ الشَّافِعِيُّ بِهِ مَحْجُوجًا؟

قُلْتُ: رَوَى الْبُخَارِيُّ وَمُسْلِمٌ وَأَبُو دَاوُدَ وَالتِّرْمِذِيُّ وَابْنُ مَاجَةَ وَأَحْمَدُ: «أَنَّ بَرِيرَةَ أُعْتِقَتْ وَزَوْجُهَا حُرٌّ» وَإِذَا تَعَارَضَتِ الرَّوَايَتَانِ تَرَكْنَاهُمَا وَصَرَّيْنَا إِلَى مَا يَدُلُّ عَلَيْهِ لَفْظُ الْحَدِيثِ عَلَى مَا ذَكَرْنَا فَكَانَ مَحْجُوجًا بِهِ، وَقَدْ سَلَكْنَا مَسْلَكَ التَّرْجِيحِ فِي

(١) أخرجه مسلم (١١)، وانظر نصب الراية (٢٧٠/٣ - ٢٧٥).

التقرير بأن الميثب أولى من التافي فليطلب ثمة.

وقوله: (ولأنه يزاد الملك) دليل معقول وقد تقدم بيانه. ورد بأن عده الطلاق عنده معتبرة بالرجال فلا يزيد عليها الملك إذا كان الزوج حراً.

وأجيب بأن كونها معتبرة بالنساء ثابت بدليل قوي على ما سيجيء فيلزم عليها الزيادة إذا اعتقت وإن كان حراً، ولا تسلم أن أمره عليه الصلاة والسلام بالبداة بالعلم لذلك، وإنما كان لإظهار فضيلة الرجال على النساء، فإنها لو اعتنتها معاً لثبت الخيار أيضاً عنده، وليس ثبوت الخيار في العبد لعدم الكفاءة فإن الكفاءة شرط في الابتداء دون البقاء، ألا ترى أن الزوج إن أعسر حتى خرج عن كفاءتها لم يكن لها خيار، وإنما الخيار لزيادة الملك عليها، ولا فرق في ذلك بين الحر والعبد.

(وكذلك المكاتبه: يعني إذا تزوجت بإذن مولاهما ثم اعتقت) كان لها الخيار، سواء كان الزوج حراً أو عبداً لزيادة الملك عليها (وقال زفر: لا خيار لها)؛ لأن ثبوت الخيار في الأمة لثبوت العقد بغير رضاها وسلامة المهر لمولاهما وهذا غير موجود ههنا، فإن المهر لها، والنكاح ما نفذ إلا برضاها، ودليلنا فيه ظاهر مما تقدم.

(وإن تزوجت أمة بغير إذن مولاهما ثم اعتقت صح النكاح) لأنها من أهل العبارة وأمتناع النفوذ لحق المولى وقد زال (ولا خيار لها) لأن النفوذ بعد العتق فلا تتحقق زيادة الملك، كما إذا زوجت نفسها بعد العتق.

الشرح:

(وإن تزوجت أمة بغير إذن مولاهما ثم اعتقت صح النكاح ولا خيار لها)، أما صحة النكاح فلو جود مقتضى لصدور الركن الذي هو الإيجاب والقبول من أهله لكونها من أهل العبارة وانقضاء المانع؛ لأن امتناع النفوذ كان لحق المولى وقد زال. وأما عدم الخيار فلأن النفوذ بعد العتق فلا تتحقق زيادة الملك، كما لو زوجت نفسها بعد العتق، والحكم في العبد كذلك، وإنما خصص الأمة بالذكر لئني المسألة المتعلقة بالمهر عليها؛ لأنها لا تنأى في حق العبد، ويجوز أن يكون تخصيصه بالأمة لتفريع مسألة الخيار عليها؛ لأنها تختص بالإماء دون العبيد.

(فَإِنْ كَانَتْ تَزَوَّجَتْ بِغَيْرِ إِذْنِهِ عَلَى أَلْفٍ وَمَهْرٍ مِثْلَهَا مِائَةً فَدَخَلَ بِهَا زَوْجُهَا ثُمَّ أَعْتَقَهَا مَوْلَاهَا فَالْمَهْرُ لِلْمَوْلَى) لِأَنَّهُ اسْتَوْفَى مَنَافِعَ مَمْلُوكَةٍ لِلْمَوْلَى (وَأِنْ لَمْ يَدْخُلْ بِهَا حَتَّى أَعْتَقَهَا فَالْمَهْرُ لَهَا) لِأَنَّهُ اسْتَوْفَى مَنَافِعَ مَمْلُوكَةٍ لَهَا. وَالْمُرَادُ بِالْمَهْرِ الْأَلْفُ الْمُسَمَّى لِأَنَّ نَفَازَ الْعَقْدِ بِالْعِتْقِ اسْتَدَّ إِلَى وَقْتِ وُجُودِ الْعَقْدِ فَصَحَّتِ التَّسْمِيَةُ وَوَجِبَ الْمُسَمَّى، وَلِهَذَا لَمْ يَجِبْ مَهْرٌ آخَرٌ بِالْوَطءِ فِي نِكَاحِ مَوْقُوفٍ لِأَنَّ الْعَقْدَ قَدْ اتَّحَدَ بِاسْتِنَادِ النِّفَازِ فَلَا يُوجِبُ إِلَّا مَهْرًا وَاحِدًا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (فَإِنْ كَانَتْ تَزَوَّجَتْ بِغَيْرِ إِذْنِهِ) ظَاهِرٌ، وَإِنَّمَا قَالَ فِي صُورَةِ الْمَسْأَلَةِ بِأَنَّ الْمُسَمَّى أَلْفٌ وَمَهْرُ الْمِثْلِ مِائَةٌ لِيُعْلَمَ أَنَّ الْمُسَمَّى وَإِنْ زَادَ عَلَى مَهْرِ الْمِثْلِ فَهُوَ لِلْمَوْلَى إِذَا كَانَ الدُّخُولُ قَبْلَ الْعِتْقِ، وَكَانَ يَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ مَا يُوَازِي مَهْرَ الْمِثْلِ لِلْمَوْلَى وَمَا زَادَ لِلْمَرْأَةِ؛ لِأَنَّ مَهْرَ الْمِثْلِ قِيمَةُ الْبُضْعِ مِنْ كُلِّ وَجْهِ دُونَ الرَّائِدِ عَلَيْهِ، وَالْبُضْعُ مِلْكُ الْمَوْلَى فَكَانَ قِيمَتُهُ لَهُ لَا الرَّائِدُ عَلَى قِيمَةِ مِلْكِهِ، وَجَوَابُهُ مَا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ بِقَوْلِهِ: (وَالْمُرَادُ بِالْمَهْرِ الْأَلْفُ الْمُسَمَّى؛ لِأَنَّ نَفَازَ الْعَقْدِ بِالْعِتْقِ اسْتَدَّ إِلَى وَقْتِ وُجُودِ الْعَقْدِ فَصَحَّتِ التَّسْمِيَةُ وَوَجِبَ الْمُسَمَّى) لِلْمَوْلَى إِنْ أَعْتَقَهَا بَعْدَ الدُّخُولِ وَالْأَمَةُ إِنْ أَعْتَقَهَا قَبْلَهُ.

فَإِنْ قِيلَ: كَيْفَ يَسْتَدُّ الْجَوَازُ إِلَى وَقْتِ الْعَقْدِ وَالْمَانِعِ عَنِ الْإِسْتِنَادِ قَائِمٌ؛ لِأَنَّ الْمَانِعَ مِنَ الْجَوَازِ هُوَ الْمِلْكُ وَالْمِلْكُ قَدْ زَالَ بِالْعِتْقِ مُقْتَصِرًا؛ أَلَا تَرَى أَنَّ الْأَمَةَ إِذَا حُرِّمَتْ حُرْمَةً غَلِيظَةً عَلَى زَوْجٍ كَانَ لَهَا قَبْلَ ذَلِكَ وَتَزَوَّجَتْ بِغَيْرِ إِذْنِ الْمَوْلَى فَدَخَلَ بِهَا فَأَعْتَقَهَا الْمَوْلَى لَا تَحِلُّ عَلَى زَوْجِهَا الْأَوَّلِ بِاعْتِبَارِ أَنَّ الْعَقْدَ غَيْرُ مُعْتَبَرٍ فِي حَقِّ هَذَا الدُّخُولِ الَّذِي كَانَ قَبْلَ الْعِتْقِ؟ أَجِيبَ بِأَنَّ مَا ذَكَرْتَهُ قِيَاسٌ، فَإِنَّ الْقِيَاسَ هُوَ أَنْ يَلْزِمَهُ مَهْرَانِ: مَهْرٌ بِالدُّخُولِ قَبْلَ نَفَازِ النِّكَاحِ وَهُوَ مَهْرُ الْمِثْلِ، وَمَهْرٌ بِالنِّكَاحِ وَهُوَ الْمُسَمَّى لَمَّا ذَكَرْتَ مِنْ وُجُودِ الْمَانِعِ عَنِ الْإِسْتِنَادِ، إِلَّا أَنَّهُمْ اسْتَحْسَنُوا فَقَالُوا: يَلْزِمُهُ مَهْرٌ وَاحِدٌ وَهُوَ الْمُسَمَّى وَقْتِ الْعَقْدِ؛ لِأَنَّهُ لَوْ وَجِبَ مَهْرٌ بِالدُّخُولِ لَوْجِبَ بِحُكْمِ الْعَقْدِ، إِذْ لَوْلَاهُ لَوْجِبَ الْحَدُّ فَكَانَ الْمَهْرُ وَاجِبًا بِالدُّخُولِ مُضَافًا إِلَى الْعَقْدِ.

فَإِجَابُ مَهْرٍ آخَرَ بِالْعَقْدِ جَمْعٌ بَيْنَ الْمَهْرَيْنِ بَعْدَ وَاحِدٍ وَهُوَ مُمْتَنِعٌ، وَهَذَا كَمَا تَرَى لَا يُجْدِي؛ لِأَنَّ الْمَانِعَ مِنَ الْإِسْتِنَادِ عَلَى مَا ذَكَرَهُ مِنَ الْمَسَائِلِ لَمْ يَزَلْ، وَالْأَوَّلَى أَنْ

يُقال: ليس المانع من الجواز في الاستحسان الملك، وإنما هو الحاجة إلى الصيانة عن الإضرار بالمولى، فمتى اعتقها المولى فقد خلا هذا النكاح عن الإضرار بالمولى من وقت وجوده، ثبت الجواز من ذلك الوقت وظهر من هذا قوله: ولهذا لم يجب مهر آخر بالوطء في نكاح موقوف إلخ.

وأجيب عن عدم زوال الحرمة الغليظة بأن امتناع حلها على زوجها الأول إنما كان؛ لأن الاستناد يظهر في القائم لا في المتلاشي، والمستوفى بالوطء متلاش. فإن قيل: القول بالاستناد يقتض بالمسألة الثانية وهي قوله: وإن لم يدخل بها حتى اعتقها فالمهر لها، ولو استند الجواز إلى أصل العقد يجب أن يكون المهر للمولى، كما لو تزوجت بإذن المولى ولم يدخل بها الزوج حتى اعتقها.

أجيب بأن حكم الاستناد يظهر فيما لا يختلف مستحقه لا فيما يختلف، وههنا يختلف؛ لأن المستحق زمان الثبوت هو الأمة وزمان العقد هو المولى، فلما كان المستحق زمان الثبوت هو الأمة امتنع استناد هذا الاستحقاق إلى زمان العقد، لأنه لو استند هذا الاستحقاق إلى زمان العقد يبطل هذا الاستحقاق زمان الثبوت فيبطل الاستناد من حيث يثبت.

(ومن وطئ أمة ابنه فولدت منه فهي أم ولده وعليه قيمتها ولا مهر عليه) ومعنى المسألة أن يدعيه الأب. ووجهه أن له ولاية تملك مال ابنه للحاجة إلى البقاء فله تملك جاريته للحاجة إلى صيانته الماء، غير أن الحاجة إلى إبقاء نسله دونها إلى إبقاء نفسه، فلهذا يملك الجارية بالقيمة والطعام بغير قيمة، ثم هذا الملك يثبت قبيل الاستيلاء شرطاً له إذ المصحح حقيقة الملك أو حقه، وكل ذلك غير ثابت للأب فيها حتى يجوز له التزوج بها فلا بد من تقديمه فتبين أن الوطاء يلاقي ملكه فلا يلزمه العقر. وقال زفر والشافعي: يجب المهر لأنهما يثبتان الملك حكماً للاستيلاء كما في الجارية المشتركة وحكم الشيء يعقبه والمسألة معروفة.

الشرح:

قال: (ومن وطئ أمة ابنه) ومن وطئ جارية ابنه (فولدت منه ولداً فهي أم ولد له وعليه قيمتها دون المهر)، إنما قال: (ومعنى المسألة أن يدعيه الأب)؛ لأن محمداً لم

يَذْكُرُ الدَّعْوَةَ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ (وَوَجْهُهُ أَنَّ لِلْأَبِ وَلَايَةَ تَمْلِكُ مَالِ ابْنِهِ لِلْحَاجَةِ إِلَى الْبَقَاءِ) لَمَّا رَوَتْ عَائِشَةُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «وَلَدُ الرَّجُلِ مِنْ كَسْبِهِ فَكُلُّوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ» وَرَوَى عَمْرُو بْنُ شُعَيْبٍ عَنْ أَبِيهِ عَنْ جَدِّهِ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: «إِنَّ أَوْلَادَكُمْ مِنْ أَطْيَبِ كَسْبِكُمْ، فَكُلُّوا مِنْ كَسْبِ أَوْلَادِكُمْ» وَغَيْرُ ذَلِكَ.

كُلُّ مَنْ لَهُ وَلَايَةٌ تَمْلِكُ مَالِ ابْنِهِ لِلْحَاجَةِ إِلَى الْبَقَاءِ (فَلَهُ وَلَايَةٌ تَمْلِكُ جَارِيَتَهُ لِلْحَاجَةِ إِلَى صِيَانَةِ الْمَاءِ). فَإِنْ قِيلَ: لَوْ كَانَ صِيَانَةُ الْمَاءِ كِبَقَاءِ النَّفْسِ لَمَا وَجِبَتْ عَلَيْهِ الْقِيَمَةُ كَمَا فِي الطَّعَامِ. أَجَابَ بِقَوْلِهِ (غَيْرَ أَنَّ الْحَاجَةَ إِلَى إِنْقَاءِ نَسْلِهِ دُونَهَا إِلَى إِبْقَاءِ نَفْسِهِ) وَلِهَذَا لَا يُجْبَرُ الْوَلَدُ عَلَى إعْطَاءِ الْجَارِيَةِ وَالذَّهْ لِلِاسْتِيلَادِ لِكَوْنِهِ غَيْرَ ضَرُورِيٍّ، فَهَذَا يَتَمَلَّكُ الْجَارِيَةَ بِالْقِيَمَةِ، وَالطَّعَامَ بِغَيْرِ الْقِيَمَةِ.

فَإِنْ غَوِرَ بِأَنَّ الْاسْتِيلَادَ يَتَعَمَّدُ الْمَلِكُ كَمَا فِي الْمَمْلُوكَةِ أَوْ حَقَّ الْمَلِكُ كَمَا فِي الْمَكَاتِبَةِ وَلَيْسَ شَيْءٌ مِنْ ذَلِكَ بِمَوْجُودٍ. أَجَابَ بِقَوْلِهِ: (ثُمَّ هَذَا الْمَلِكُ يُثْبِتُ قَبْلَ الْاسْتِيلَادِ شَرْطًا لَهُ، إِذَا الْمُصَحِّحُ) يَعْنِي الْاسْتِيلَادَ إِمَّا (حَقِيقَةَ الْمَلِكِ أَوْ حَقَّهُ) عَلَى مَا ذَكَرْنَا (وَكُلُّ ذَلِكَ غَيْرُ نَائِبٍ لِلْأَبِ فِيهَا حَتَّى يَجُوزَ لَهُ التَّزْوُجُ بِهَا فَلَا بُدَّ مِنْ تَقْدِيمِهِ)؛ لِأَنَّهُ بَعْدَمَا عُلِقَ الْوَلَدُ احْتِاجَ الْأَبِ إِلَى صِيَانَتِهِ عَنِ الضِّيَاعِ وَذَلِكَ بِثُبُوتِ النَّسَبِ، وَلَا ثُبُوتَ لَهُ بِدُونِ ذَلِكَ فَقَدَّمَ اقْتِضَاءَ تَقْدِيمِ الشَّرْطِ عَلَى الْمَشْرُوطِ، وَإِذَا قُدِّمَ كَانَ الْوَطْءُ وَاقِعًا فِي مِلْكِهِ (فَلَا يَلْزَمُهُ الْعُقْرُ).

وَقَالَ زُفَرٌ وَالشَّافِعِيُّ: يَجِبُ الْمَهْرُ؛ لِأَنَّهُمَا يُثْبِتَانِ الْمَلِكَ حُكْمًا لِلِاسْتِيلَادِ فَإِنَّهُ يَسْقُطُ الْإِحْصَانُ بِهَذَا الْوَطْءِ، وَلَوْ كَانَ فِي الْمَلِكِ لَمَّا سَقَطَ وَحْدًا قَاضِيَهُ، وَقَاسَاهُ بِالْجَارِيَةِ الْمُشْتَرَكَةِ فَإِنَّهُ إِذَا اسْتَوْلَدَهَا وَجَبَ عَلَيْهِ الْعُقْرُ.

(وَالْمَسْأَلَةُ مَعْرُوفَةٌ) يَعْنِي فِي شُرُوحِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ وَغَيْرِهَا: أَنَّ الْمَلِكَ عِنْدَنَا يُثْبِتُ قَبْلَ الْاسْتِيلَادِ شَرْطًا لَهُ، وَعِنْدَهُ بَعْدَهُ حُكْمًا لَهُ. وَالَّذِي ذَهَبْنَا إِلَيْهِ هُوَ الصَّوَابُ لِأَنَّا قَدْ اتَّفَقْنَا عَلَى أَنَّ اسْتِيلَادَ الْأَبِ جَارِيَةً وَلَدَهُ صَحِيحٌ، وَمِنْ شَرْطِ صِحَّتِهِ وَقُوعُ الْوَطْءِ فِي الْمَلِكِ، حَتَّى لَوْ خَلَا عَنْهُ أَصْلًا لَمْ يَصِحَّ كَمَا فِي جَارِيَةِ الْأَجْنَبِيِّ فَلَا بُدَّ مِنْ تَقْدِيمِهِ صِيَانَةَ لِفِعْلِهِ عَنِ الْحُرْمَةِ وَصِيَانَةَ لِلْوَلَدِ عَنِ الرِّقِّ.

وَعَوِرَضَ بِأَنَّ الْجَارِيَةَ الْمُشْتَرَكَةَ بَيْنَ الْأَبِ وَالْإِبْنِ إِذَا وَلَدَتْ فَادْعَاءُ الْأَبِ يُثْبِتُ

النَّسَبَ، وَيَجِبُ الْعَقْرُ مَعَ قِيَامِ نَوْعِ مِلْكٍ، وَذَلِكَ يَدُلُّ عَلَى أَنَّ الْمَلِكَ لَمْ يَثْبُتْ سَابِقًا عَلَى الْوِطْءِ، وَبِأَنَّهُ إِذَا وَطِئَهَا غَيْرُ مُعَلَّقٍ وَجَبَ الْعَقْرُ، وَلَوْ ثَبَتَ الْمَلِكُ قَبْلَهُ لَمَا وَجَبَ، وَبِأَنَّهُ إِذَا قَذَفَهُ إِنْسَانٌ لَا يُحَدُّ، وَلَوْ ثَبَتَ الْمَلِكُ قَبْلَهُ لَحُدَّ. وَأُجِيبَ عَنِ الْأَوَّلِيِّ بِأَنَّا نُقَدِّمُ الْمَلِكَ اخْتِرَازًا عَنْ وَقُوعِ اسْتِيلَادِ فِي غَيْرِ الْمَلِكِ حُكْمًا، وَفِي تِلْكَ الْمَسْأَلَةِ نَوْعٌ مِنَ الْمَلِكِ الْقَائِمِ فَلَا يَحْتَاجُ إِلَى تَقْدِيمِهِ. وَعَنِ الثَّانِيَةِ بِأَنَّ إِثْبَاتَ الْمَلِكِ بِصِفَةِ التَّقَدُّمِ كَانَ لَصِيَانَةِ فَعْلِهِ عَنْ الْحَرَمَةِ وَصِيَانَةِ الْوَلَدِ عَنِ الرَّقِّ، وَهَذَا الْمَجْمُوعُ لَيْسَ بِمَوْجُودٍ هُنَا. وَعَنِ الثَّلَاثَةِ بِأَنَّ تَقَدُّمَ الْمَلِكِ اجْتِهَادِيٌّ فَكَانَ فِيهِ شُبْهَةٌ يَنْدَرِي بِهَا الْحَدُّ.

قَالَ (وَلَوْ كَانَ الْإِبْنُ زَوْجَهَا إِيَّاهُ قَوْلَتْ مِنْهُ لَمْ تَصِرْ أُمٌ وَلَدٍ لَهُ وَلَا قِيمَةً عَلَيْهِ وَعَلَيْهِ الْمَهْرُ وَوَلَدُهَا حُرٌّ) لِأَنَّهُ صَحَّ التَّزْوُجُ عِنْدَنَا خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ لِخُلُوقِهَا عَنْ مِلْكِ الْأَبِ، أَلَا يَرَى أَنَّ الْإِبْنَ مَلَكَهَا مِنْ كُلِّ وَجْهِ فَمِنْ الْمَحَالِ أَنْ يَمْلِكَهَا الْأَبُ مِنْ وَجْهِ، وَكَذَا يَمْلِكُ مِنَ التَّصَرُّفَاتِ مَا لَا يَبْقَى مَعَهُ مِلْكُ الْأَبِ لَوْ كَانَ، فَدَلَّ ذَلِكَ عَلَى انْتِفَاءِ مِلْكِهِ إِلَّا أَنَّهُ يَسْقُطُ الْحَدُّ لِلشُّبْهَةِ، فَإِذَا جَازَ النِّكَاحُ صَارَ مَأْوُهُ مَصُونًا بِهِ فَلَمْ يَثْبُتْ مِلْكُ الْيَمِينِ فَلَا تَصِيرُ أُمٌ وَلَدٍ لَهُ، وَلَا قِيمَةٌ عَلَيْهِ فِيهَا وَلَا فِي وَلَدِهَا لِأَنَّهُ لَمْ يَمْلِكْهُمَا، وَعَلَيْهِ الْمَهْرُ لِاتِّزَامِهِ بِالنِّكَاحِ وَوَلَدُهَا حُرٌّ لِأَنَّهُ مَلَكَهُ أَخُوهُ فَبَعَثَ عَلَيْهِ بِالْقَرَابَةِ.

الشرح:

(وَلَوْ كَانَ الْوَلَدُ زَوْجَ جَارِيَّتِهِ إِيَّاهُ) أَيُّ أَبَاهُ (قَوْلَتْ لَمْ تَصِرْ أُمٌ وَلَدٍ لَهُ وَلَا قِيمَةً عَلَيْهِ وَعَلَيْهِ الْمَهْرُ وَوَلَدُهَا حُرٌّ) لِأَنَّهُ صَحَّ التَّزْوِيجُ عِنْدَنَا، وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا يَصِحُّ لِأَنَّ لِلْأَبِ حَقَّ الْمَلِكِ فِي مَالِ وَلَدِهِ، حَتَّى لَوْ وَطِئَ جَارِيَّتَهُ عَالِمًا بِحُرْمَتِهَا عَلَيْهِ لَمْ يَلْزَمُهُ الْحَدُّ، وَكُلُّ مَنْ لَهُ حَقُّ الْمَلِكِ فِي جَارِيَةٍ لَا يَجُوزُ تَزْوُجُهَا إِيَّاهَا كَالْمَوْلَى إِذَا تَزَوَّجَ أُمَةً مِنْ كَسْبٍ مُكَاتِبَةٍ؛ لِأَنَّ حَقَّ الْمَلِكِ فِي مَالِ وَلَدِهِ أَظْهَرُ، أَلَا يَرَى أَنَّ اسْتِيلَادَهُ جَارِيَةٍ الْإِبْنِ صَحِيحٌ، وَاسْتِيلَادُ الْمَوْلَى أُمَةً مُكَاتِبَةٍ غَيْرُ صَحِيحٍ. وَلَنَا أَنَّ أُمَةً الْإِبْنِ خَالِيَةٌ عَنْ مِلْكِ الْأَبِ؛ لِأَنَّ الْإِبْنَ مَلَكَهَا مِنْ كُلِّ وَجْهِ بِدَلَالَةِ حِلِّ الْوِطْءِ وَنَفَازِ الْعِتْقِ وَصِحَّةِ الْبَيْعِ وَالرَّهْنِ وَالْهَبَةِ.

(فَمِنْ الْمَحَالِ أَنْ يَمْلِكَهَا الْأَبُ بِوَجْهِ) مِنَ الْوُجُوهِ، وَإِلَّا لَمَا كَانَ الْإِبْنُ مَلَكَهَا مِنْ كُلِّ وَجْهِ وَذَلِكَ خَلْفٌ بَاطِلٌ، (وَكَذَا يَمْلِكُ) الْإِبْنُ (مِنْ التَّصَرُّفَاتِ مَا لَا يَبْقَى مَعَهُ مِلْكُ

الْأَبَ لَوْ كَانَ فَدَلَّ انْتِفَاءً مِلْكِهِ) وَقَوْلُهُ: (إِلَّا أَنَّهُ يَسْقُطُ الْحَدُّ لِلشَّبْهَةِ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِ الْخَصْمِ لَوْ وَطِئَ جَارِيَتُهُ عَالِمًا بِحُرْمَتِهَا عَلَيْهِ لَمْ يُحَدِّ وَلَمْ يَذْكُرْهُ فِي الْكِتَابِ، وَإِذَا كَانَتْ خَالِيَةً عَنْ مِلْكِهِ صَحَّ النِّكَاحُ، وَإِذَا صَحَّ النِّكَاحُ صَارَ مَأْوُهُ مَصُونًا بِهِ (فَلَمْ يَثْبُتْ مِلْكُ الْيَمِينِ) لِعَدَمِ الْحَاجَةِ إِلَيْهِ، (فَلَا تَصِيرُ أُمُّ وَلَدٍ لَهُ).

وَقَالَ زُفَرٌ: تَصِيرُ أُمُّ وَلَدٍ لَهُ؛ لِأَنَّهُ لَوْ اسْتَوْلَدَهَا بِفُجُورٍ صَارَتْ أُمُّ وَلَدٍ لَهُ، فَإِذَا اسْتَوْلَدَهَا بِالنِّكَاحِ أَوْ شَبْهَةِ نِكَاحٍ أُولَى أَنْ تَصِيرَ أُمُّ وَلَدٍ لَهُ. وَلَنَا مَا ذَكَرْنَا أَنَّ مَاءَهُ صَارَ مَصُونًا بِالنِّكَاحِ فَلَا يَحْتَاجُ إِلَى مِلْكِ الْيَمِينِ؛ لِأَنَّ إِثْبَانَهُ لَمْ يَكُنْ إِلَّا لَصِيَانَةِ الْمَاءِ. وَقَوْلُهُ: (وَلَا قِيمَةٌ عَلَيْهِ فِيهَا) ظَاهِرٌ.

قَالَ (وَإِذَا كَانَتْ الْحُرَّةُ تَحْتَ عَبْدٍ فَقَالَتْ لِمَوْلَاهُ أَعْتَقَهُ عَنِّي بِأَلْفٍ فَفَعَلَ فَسَدَ النِّكَاحُ) وَقَالَ زُفَرٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَا يَفْسُدُ، وَأَصْلُهُ أَنْ يَقَعَ الْعِتْقُ عَنِ الْأَمْرِ عِنْدَنَا حَتَّى يَكُونَ الْوَلَاءُ لَهُ، وَلَوْ نَوَى بِهِ الْكَفَّارَةَ يَخْرُجُ عَنْ عَهْدَتِهَا، وَعِنْدَهُ يَقَعُ عَنِ الْمَأْمُورِ لِأَنَّهُ طَلَبَ أَنْ يُعْتَقَ الْمَأْمُورُ عَبْدَهُ عَنْهُ، وَهَذَا مُحَالٌ لِأَنَّهُ لَا عِتْقَ هَيْمًا لَا يَمْلِكُ ابْنُ آدَمَ فَلَمْ يَصِحَّ الطَّلَبُ فَيَقَعَ الْعِتْقُ عَنِ الْمَأْمُورِ.

وَلَنَا أَنَّهُ أَمَكُنَ تَصَحُّيْحُهُ بِتَقْدِيمِ الْمَلِكِ بِطَرِيقِ الْاِقْتِضَاءِ إِذَا الْمَلِكُ شَرَطَ لَصِحَّةِ الْعِتْقِ عَنْهُ فَيَصِيرُ قَوْلُهُ أَعْتَقَ طَلَبَ التَّمْلِكِ مِنْهُ بِأَلْفٍ ثُمَّ أَمَرَهُ بِإِعْتَاقِ عَبْدٍ الْأَمْرِ عَنْهُ، وَقَوْلُهُ أَعْتَقْتَ تَمْلِكُ مِنْهُ ثُمَّ الْإِعْتَاقُ عَنْهُ، وَإِذَا ثَبَتَ الْمَلِكُ لِلْأَمْرِ فَسَدَ النِّكَاحُ لِلتَّنَافِي بَيْنَ الْمَلِكَيْنِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَإِذَا كَانَتْ الْحُرَّةُ تَحْتَ عَبْدٍ) وَاضِحٌ إِلَّا أَلْفَاظًا تُبْنَى عَلَيْهَا. قَوْلُهُ: (لَصِحَّةِ الْعِتْقِ عَنْهُ) أَيُّ عَنِ الْأَمْرِ. وَقَوْلُهُ: (أَعْتَقَ طَلَبَ التَّمْلِكِ مِنْهُ) تَقْدِيرُهُ أَعْتَقَ عَبْدَكَ الَّذِي هُوَ لَكَ فِي الْحَالِ عِنْدَ بَيْعِكَ لِي إِثْبَاهُ بِطَرِيقِ الْوَكَالَةِ عَنِّي، فَيَكُونُ أَمْرًا بِإِعْتَاقِ عَبْدٍ الْأَمْرِ عَنْهُ. وَقَوْلُهُ: أَعْتَقْتَ يَكُونُ بِمَعْنَى قَوْلِهِ: بَعْتَهُ مِنْكَ وَأَعْتَقْتَهُ عَنْكَ.

فَإِنْ قِيلَ: لَوْ صَرَّحَ بِالْبَيْعِ لَمْ يَقَعَ الْعِتْقُ إِلَّا عَنِ الْمَأْمُورِ بِالْإِتِّفَاقِ فَلَا يَكُونُ الْمُقْتَضِي أَقْوَى مِنَ التَّصْرِيحِ بِهِ. أَجِيبَ بِأَنَّ الشَّيْءَ قَدْ يَثْبُتُ ضِمْنًا وَإِنْ لَمْ يَثْبُتْ صَرِيحًا، كَبَيْعِ الْأَجْنَةِ فِي أَرْحَامِ الْأُمَّهَاتِ يَثْبُتُ ضِمْنًا وَلَا يَثْبُتُ قَصْدًا، وَإِذَا ثَبَتَ الْمَلِكُ لِلْأَمْرِ فَسَدَ

النَّكَاحُ لِلتَّنَافِي بَيْنَ الْمَلَائِكَةِ عَلَى مَا مَرَّ فِي فَصْلِ الْمَحَرَّمَاتِ عِنْدَ قَوْلِهِ: وَلَا يَتَزَوَّجُ الْمَوْلَى أُمَّتُهُ وَلَا الْمَرْأَةُ عَبْدَهَا.

فَإِنْ قِيلَ: وَجَبَ أَنْ لَا يَبْطُلَ النَّكَاحُ هَاهُنَا وَإِنْ ثَبَتَ مِلْكُ الْيَمِينِ لَوَجْهَيْنِ: أَحَدُهُمَا أَنَّ الْمَلِكَ ثَابِتٌ هَاهُنَا بِطَرِيقِ الْاِقْتِضَاءِ وَالثَّابِتُ بِهِ ضَرُورِيٌّ يُثْبِتُ ضَرُورَةَ صِحَّةِ الْعِنَقِ فَلَا يَتَعَدَّى إِلَى فَسَادِ النَّكَاحِ. وَالثَّانِي أَنَّ الْمَلِكَ هَاهُنَا كَمَا ثَبَتَ يَزُولُ حُكْمًا لِلْإِعْتِقَاقِ. وَمِثْلُهُ لَا يَفْسُدُ النَّكَاحُ كَالْوَكِيلِ بِالشَّرَاءِ إِذَا اشْتَرَى مَنْكُوحَتَهُ لِمُؤْكَلِّهِ لَا يَفْسُدُ النَّكَاحُ؛ لِأَنَّ الْمَلِكَ كَمَا ثَبَتَ زَالَ.

أُجِيبَ عَنْ الْأَوَّلِ بِأَنَّ الشَّيْءَ إِذَا ثَبَتَ ثَبَتَ بِجَمِيعِ لَوَازِمِهِ وَفَسَادُ النَّكَاحِ لَازِمٌ مِنْ لَوَازِمِ الْمِلْكِ اللَّازِمِ لِلْعِنَقِ، وَلَازِمٌ اللَّازِمِ لَازِمٌ. وَعَنْ الثَّانِي بِأَنَّ الْمَلِكَ يُثْبِتُ لِلْمُؤْكَلِّ ابْتِدَاءً وَهُوَ مُخْتَارُ شَمْسِ الْأَيْمَةِ وَأَبْيَ طَاهِرِ الدَّبَاسِ. سَلَمْنَا أَنَّ الْمَلِكَ يُثْبِتُ لِلْوَكِيلِ، لَكِنْ إِنَّمَا لَا يَفْسُدُ بِهِ النَّكَاحُ لِتَعَلُّقِ حَقِّ الْغَيْرِ بِهِ عِنْدَ الثُّبُوتِ وَهُوَ الْمُؤْكَلُّ وَمَا نَحْنُ فِيهِ لَيْسَ كَذَلِكَ.

(وَلَوْ قَالَتْ أَعْتَقَهُ عَنِّي وَلَمْ تُسَمَّ مَالًا لَمْ يَفْسُدِ النَّكَاحُ وَالْوَلَاءُ لِلْمُعْتَقِ) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: هَذَا وَالْأَوَّلُ سَوَاءٌ لِأَنَّهُ يُقَدِّمُ التَّمْلِيكَ بِغَيْرِ عَوَضٍ تَصَحِيحًا لِتَصَرُّفِهِ، وَيَسْقُطُ اعْتِبَارُ الْقَبْضِ كَمَا إِذَا كَانَ عَلَيْهِ كَفَّارَةٌ ظَهَارٍ فَأَمْرٌ غَيْرُهُ أَنْ يُطْعَمَ عَنْهُ. وَلَهُمَا أَنَّ الْهَبَةَ مِنْ شَرْطِهَا الْقَبْضُ بِالنَّصِّ فَلَا يُمَكِّنُ إِسْقَاطُهُ وَلَا إِثْبَاتُهُ اِقْتِضَاءً لِأَنَّهُ فِعْلٌ حَسِّيٌّ، بِخِلَافِ الْبَيْعِ لِأَنَّهُ تَصَرُّفٌ شَرْعِيٌّ، وَفِي تِلْكَ الْمَسْأَلَةِ الْفَقِيرُ يُنُوبُ عَنِ الْأَمْرِ فِي الْقَبْضِ، أَمَّا الْعَبْدُ فَلَا يَقَعُ فِي يَدِهِ شَيْءٌ لِيُنُوبَ عَنْهُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (لَأَنَّهُ) يَعْنِي أَبُو يُوسُفَ (يُقَدِّمُ التَّمْلِيكَ بِغَيْرِ عَوَضٍ تَصَحِيحًا لِتَصَرُّفِهِ) أَيُّ لَتَصَرُّفِ الْأَمْرِ لَمَّا أَنَّ تَصَحِيحَ كَلَامِ الْعَاقِلِ وَاجِبٌ مَهْمَا أُمَكَّنَ وَقَدْ أُمَكَّنَ هَاهُنَا بِإِسْقَاطِ اعْتِبَارِ الْقَبْضِ لِأَنَّهُ شَرْطٌ، وَقَدْ أُمَكَّنَ ذَلِكَ بِإِسْقَاطِ الْقَبُولِ الَّذِي هُوَ الرُّكْنُ فَلَأَنَّ يُمَكِّنُ بِإِسْقَاطِ الشَّرْطِ أَوَّلًا، فَصَارَ (كَمَا إِذَا كَانَ عَلَيْهِ كَفَّارَةٌ ظَهَارٍ فَأَمْرٌ غَيْرُهُ أَنْ يُطْعَمَ عَنْهُ) فَفَعَلَ سَقَطَ عَنْهُ الْكَفَّارَةُ مِنْ غَيْرِ تَفْرِيقَةٍ بَيْنَ مَا إِذَا كَانَ الطَّلَبُ بِعَوَضٍ أَوْ بغيرِهِ.

(وَلَهُمَا أَنَّ الْهَبَةَ مِنْ شَرْطِهَا الْقَبْضُ بِالنَّصِّ) وَهُوَ قَوْلُهُ ﷺ «لَا تَصِحُّ الْهَبَةُ إِلَّا

مَقْبُوضَةً» (فَلَا يُمَكِّنُ إِسْقَاطُهُ وَلَا إِبْثَانُهُ اقْتِضَاءً)، وَقَوْلُهُ: إِسْقَاطُهُ وَلَا إِبْثَانُهُ إِشَارَةٌ إِلَى أَنَّ فِيهِ طَرِيقَيْنِ: أَحَدُهُمَا أَنْ يَسْقُطَ الْقَبْضُ كَمَا يَسْقُطُ الْقَبُولُ. وَالثَّانِي أَنْ يُجْعَلَ الْقَبْضُ مَوْجُودًا تَقْدِيرًا. وَقَوْلُهُ: (لَأَنَّهُ فِعْلٌ حِسِّيٌّ) يَعْنِي أَنَّهُ لَيْسَ مِنْ جِنْسِ الْقَوْلِ فَلَا يُمَكِّنُ أَنْ يَكُونَ ثَابِتًا فِي ضِمْنِ قَوْلِهِ: أَعْتَقْتُ هَذَا بِالنِّسْبَةِ إِلَى الْإِبْثَانِ، وَأَمَّا بِالنِّسْبَةِ إِلَى الْإِسْقَاطِ فَيُقَالُ لَأَنَّهُ فِعْلٌ حِسِّيٌّ، وَالْفِعْلُ الْحِسِّيُّ لَا يُمَكِّنُ اعْتِبَارَ سُقُوطِهِ، بِخِلَافِ الْبَيْعِ فَإِنَّهُ تَصَرُّفٌ شَرْعِيٌّ فَيَصِحُّ أَنْ يُثَبَّتَ فِي ضِمْنِهِ.

قَوْلُهُ: (وَفِي تِلْكَ الْمَسْأَلَةِ) أَيِ مَسْأَلَةِ الْأَمْرِ بِالْإِطْعَامِ (الْفَقِيرُ يَتُوبُ عَنْ الْأَمْرِ فِي الْقَبْضِ) كَالْفَقِيرِ فِي بَابِ الزَّكَاةِ يَتُوبُ قَبْضُهُ عَنْ اللَّهِ تَعَالَى ثُمَّ يَصِيرُ قَاطِبًا لِنَفْسِهِ، (أَمَّا الْعَبْدُ فَلَا يَقَعُ فِي يَدِهِ شَيْءٌ)؛ لِأَنَّ الْإِعْتِقَاقَ إِثْلَافَ لِلْمَلِكِ، وَتَمَامَ تَقْرِيرِ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ يُطْلَبُ فِي التَّقْرِيرِ.

باب نكاح أهل الشرك

وَإِذَا تَزَوَّجَ الْكَافِرُ بِمَا شُهِدَ أَوْ فِي عِدَّةٍ كَافِرٍ وَذَلِكَ فِي دِينِهِمْ جَائِزٌ ثُمَّ أَسْلَمَ أَقْرَأَ عَلَيْهِ) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَقَالَ زُهْرِي: النِّكَاحُ فَاسِدٌ فِي الْوَجْهَيْنِ إِلَّا أَنَّهُ لَا يُتَعَرَّضُ لَهُمْ قَبْلَ الْإِسْلَامِ وَالْمُرَافَعَةِ إِلَى الْحُكَامِ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ فِي الْوَجْهِ الْأَوَّلِ كَمَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ، وَفِي الْوَجْهِ الثَّانِي كَمَا قَالَ زُهْرِي. لَهُ أَنَّ الْخَطَابَاتِ عَامَّةً مَا مَرَّ مِنْ قَبْلُ فَتَلَزَمُهُمْ، وَإِنَّمَا لَا يُتَعَرَّضُ لَهُمْ لَدِينِهِمْ إِعْرَاضًا لَا تَقْرِيرًا، فَإِذَا تَرَافَعُوا أَوْ أَسْلَمُوا وَالْحُرْمَةُ قَائِمَةٌ وَجَبَ التَّفْرِيقُ.

وَلَهُمَا أَنْ حُرْمَةَ نِكَاحِ الْمُعْتَدَةِ مُجْمَعٌ عَلَيْهَا فَكَانُوا مُلْتَزَمِينَ لَهَا، وَحُرْمَةُ النِّكَاحِ بِغَيْرِ شُهُودٍ مُخْتَلَفٌ فِيهَا وَلَمْ يَلْتَزِمُوا أَحْكَامَنَا بِجَمِيعِ الْاِخْتِلَافَاتِ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الْحُرْمَةَ لَا يُمَكِّنُ إِبْثَانَهَا حَقًّا لِلشَّرْعِ؛ لِأَنَّهُمْ لَا يُخَاطَبُونَ بِحَقُوقِهِ، وَلَا وَجْهَ إِلَى إِجَابِ الْعِدَّةِ حَقًّا لِلزَّوْجِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَعْتَقِدُهُ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَتْ تَحْتَ مُسْلِمٍ؛ لِأَنَّهُ يَعْتَقِدُهُ، وَإِذَا صَحَّ النِّكَاحُ فَحَالَتِ الْمُرَافَعَةُ وَالْإِسْلَامُ حَالَتِ الْبَقَاءُ وَالشَّهَادَةُ لَيْسَتْ شَرْطًا فِيهَا وَكَذَا الْعِدَّةُ لَا تُنَافِيهَا كَالْمَنْكُوحَةِ إِذَا وَطِئَتْ بِشَبْهَتِهِ.

الشرح:

(بَابُ نِكَاحِ أَهْلِ الشَّرْكِ): لَمَّا ذَكَرَ بَابَ نِكَاحِ الرِّقِيقِ لِلْمُنَاسَبَةِ الَّتِي ذَكَرْنَا مِنْ

هُوَ أَذَوْنٌ مَنَزَلَةٌ وَأَخْسُ مِنْهُمْ رُبَّةٌ وَهُمْ أَهْلُ الشَّرِّكَ الَّذِينَ لَا كِتَابَ لَهُمْ فَإِذَا تَزَوَّجَ الْكَافِرُ بِغَيْرِ شُهُودٍ أَوْ فِي عِدَّةٍ كَافِرٍ وَذَلِكَ فِي دِينِهِمْ جَائِزٌ ثُمَّ أَسْلَمَا أَقْرَأَ عَلَيْهِ قِيْدَ بَعْدَةِ كَافِرٍ؛ لِأَنَّهُ لَوْ كَانَ فِي عِدَّةٍ مُسْلِمٍ كَانَ النِّكَاحُ فَاسِدًا بِالْإِجْمَاعِ كَذَا قِيلَ، وَفِيهِ نَظَرٌ؛ لِأَنَّ كَلَامَنَا فِي أَهْلِ الشَّرِّكَ، وَلَا يَجُوزُ لِلْمُسْلِمِ نِكَاحُ الْمُشْرِكَةِ حَتَّى تَكُونَ فِي عِدَّتِهِ، وَيَجُوزُ أَنْ يُصَوَّرَ بِأَنْ أَشْرَكَتْ بَعْدَ الطَّلَاقِ وَالْعِيَادُ بِاللَّهِ وَهِيَ فِي عِدَّةِ الْمُسْلِمِ.

(وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَالَ زُفَرٌ: النِّكَاحُ فَاسِدٌ فِي الْوَجْهَيْنِ، إِلَّا أَنَّهُ لَا يُتَعَرَّضُ لَهُمْ قَبْلَ الْإِسْلَامِ وَالْمُرَافَعَةِ إِلَى الْحُكَامِ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ فِي الْوَجْهِ الْأَوَّلِ) وَهُوَ التَّزْوُجُ بِغَيْرِ شُهُودٍ (كَمَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ. وَفِي الْوَجْهِ الثَّانِي) وَهُوَ التَّزْوُجُ فِي عِدَّةٍ كَافِرٍ آخَرَ (كَمَا قَالَ زُفَرٌ) قَالَ زُفَرٌ (الْخِطَابَاتُ) كَقَوْلِهِ ﷺ «لَا نِكَاحَ إِلَّا بِشُهُودٍ» وَنَحْوِهِ (عَامَّةٌ كَمَا مَرَّ مِنْ قَبْلُ فَتَلَزَمُ لَهُمْ. وَإِنَّمَا لَا يُتَعَرَّضُ لَهُمْ لِدِمَّتِهِمْ إِعْرَاضًا) كَمَا تَرَكْنَاهُمْ وَعِبَادَةَ الصَّنَمِ إِعْرَاضًا.

(لَا تَقْرِيْرًا، فَإِذَا تَرَفَعُوا أَوْ أَسْلَمُوا وَالْحُرْمَةُ قَائِمَةٌ وَجَبَ التَّفْرِيقُ) عَمَلًا بِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿فَأَحْكُمْ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ﴾ [المائدة: ٤٨] (وَلَهُمَا أَنْ حُرْمَةُ نِكَاحِ الْمُعْتَدَةِ مُجْمَعٌ عَلَيْهَا، فَكَانُوا مُتَلَزِمِينَ لَهَا وَحُرْمَةُ النِّكَاحِ بِغَيْرِ شُهُودٍ مُخْتَلَفٌ فِيهَا) فَإِنَّ مَالِكًا وَابْنَ أَبِي لَيْلَى يُجَوِّزَانِهِ (وَلَمْ يَلْتَزِمُوا أَحْكَامَنَا بِجَمِيعِ الْإِخْتِلَافَاتِ)، وَلَكِنَّا لَا تَتَعَرَّضُ لَهُمْ لِمَكَانِ عَقْدِ الذِّمَّةِ، فَإِذَا تَرَفَعَا أَوْ أَحَدُهُمَا أَوْ أَسْلَمَ وَالْعِدَّةُ غَيْرُ مُنْقَضِيَةٍ فُرِّقَ بَيْنَهُمَا كَمَا فِي نِكَاحِ الْمَحَارِمِ. وَأَمَّا إِذَا كَانَ الْإِسْلَامُ وَالْمُرَافَعَةُ بَعْدَ انْقِضَائِهَا فَلَا تُفَرَّقُ بَيْنَهُمَا بِالْإِجْمَاعِ.

وَلَأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ حُرْمَةَ النِّكَاحِ إِنَّمَا هِيَ لِلْعِدَّةِ لِكُونِهِ نِكَاحُ الْمَنْكُوحَةِ مِنْ وَجْهِهِ. وَثُبُوتُ الْعِدَّةِ إِنَّمَا أَنْ يَكُونَ لِلشَّرْعِ أَوْ لِلزَّوْجِ لَا سَبِيلَ إِلَى الْأَوَّلِ؛ (لَأَنَّهُمْ لَا يُخَاطَبُونَ بِحَقُوقِهِ) وَلِهَذَا لَا يُتَعَرَّضُ لَهُمْ فِي الْخَمْرِ وَالْخَنْزِيرِ، وَلَا إِلَى الثَّانِي؛ (لَأَنَّهُ لَا يَعْتَقِدُهُ)؛ لِأَنَّ هَذَا الْوَضْعَ عَلَى ذَلِكَ الْقَرَضِ وَكَأَنَّ النِّكَاحَ وَقَعَ ابْتِدَاءً صَحِيحًا لِلْوُجُودِ الْمُقْتَضِي وَهُوَ صُدُورُ الرُّكْنِ مِنْ أَهْلِهِ مُضَافًا إِلَى مَحَلِّهِ وَاتِّفَاقِ الْمَانِعِ (بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَتْ تَحْتَ مُسْلِمٍ) فَإِنَّ الْمَانِعَ مُتَحَقِّقٌ وَهُوَ اعْتِقَادُ الْحُرْمَةِ، وَإِذَا صَحَّ ابْتِدَاءً لَا يَرْتَفِعُ بِالْإِسْلَامِ وَالْمُرَافَعَةِ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ حَالَةُ الْبَقَاءِ.

(وَالشَّهَادَةُ لَيْسَتْ شَرْطًا فِيهَا) وَلِهَذَا لَوْ مَاتَ الشُّهُودُ لَمْ يَبْطُلِ النِّكَاحُ. (وَكَذًا الْعِدَّةُ لَا تُنَافِي حَالَةَ الْبَقَاءِ كَالْمُنْكَوْحَةِ إِذَا وَطِئَتْ بِشَبْهَةٍ) يَجِبُ عَلَيْهَا الْعِدَّةُ صِيَانَةً لِحَقِّ الْوَاطِئِ وَلَا يَبْطُلُ النِّكَاحُ الْقَائِمُ، وَهَذَا كَمَا تَرَى يُشِيرُ إِلَى أَنَّ الْعِدَّةَ لَا تَجِبُ عَنِ الْكَافِرِ وَهُوَ الْأَصَحُّ. وَقَالَ بَعْضُهُمْ: تَجِبُ لَكِنَّهَا ضَعِيفَةٌ لَا تَمْنَعُ النِّكَاحَ بِنَاءً عَلَى اعْتِقَادِهِمْ كَالِاسْتِثْنَاءِ فِيمَا بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ فَكَانَ النِّكَاحُ صَحِيحًا فِي الْإِبْتِدَاءِ وَحَالَةَ الْإِسْلَامِ وَالْمُرَافَعَةِ حَالَةَ بَقَاءِ وَهِيَ لَا تَسْتَلْزِمُ الشُّرُوطَ وَلَا تُنَافِي الْعِدَّةَ عَلَى مَا قُلْنَا.

(فَإِذَا تَزَوَّجَ الْمُجُوسِيُّ أُمَّهُ أَوْ ابْنَتَهُ ثُمَّ أَسْلَمَا فَفُرِقَ بَيْنَهُمَا)؛ لِأَنَّ نِكَاحَ الْمَحَارِمِ لَهُ حُكْمُ الْبُطْلَانِ فِيمَا بَيْنَهُمَا عِنْدَهُمَا كَمَا ذَكَرْنَا فِي الْعِدَّةِ وَوَجِبَ التَّعَرُّضُ بِالإِسْلَامِ فَيُفْرَقُ. وَعِنْدَهُ لَهُ حُكْمُ الصَّحَّةِ فِي الصَّحِيحِ إِلَّا أَنَّ الْمَحْرَمِيَّةَ تُنَافِي بَقَاءَ النِّكَاحِ فَيُفْرَقُ، بِخِلَافِ الْعِدَّةِ؛ لِأَنَّهَا لَا تُنَافِيهِ، ثُمَّ بِإِسْلَامِ أَحَدِهِمَا يُفْرَقُ بَيْنَهُمَا وَبِمُرَافَعَةِ أَحَدِهِمَا لَا يُفْرَقُ عِنْدَهُ خِلَافًا لَهُمَا، وَالْفَرْقُ أَنَّ اسْتِحْقَاقَ أَحَدِهِمَا لَا يَبْطُلُ بِمُرَافَعَةِ صَاحِبِهِ إِذْ لَا يَتَغَيَّرُ بِهِ اعْتِقَادُهُ، أَمَّا اعْتِقَادُ الْمُصِيرِ لَا يُعَارِضُ إِسْلَامَ الْمُسْلِمِ؛ لِأَنَّ إِسْلَامَ يَعْלו وَلَا يُعْلَى، وَلَوْ تَرَافَعَا يُفْرَقُ بِالْإِجْمَاعِ، لِأَنَّ مُرَافَعَتَهُمَا كَتَحْكِيمِهِمَا.

الشرح:

فَإِنْ تَزَوَّجَ الْمُجُوسِيُّ إِحْدَى مَحَارِمِهِ أَوْ خَامِسَةً ثُمَّ أَسْلَمَ أَحَدُهُمَا أَوْ تَرَافَعَا فَفُرِقَ بَيْنَهُمَا، وَمَا دَامَا عَلَى الْكُفْرِ وَلَمْ يَتَرَافَعَا لَا يُتَعَرَّضُ لَهُمَا وَهَذَا بِالِاتِّفَاقِ، لَكِنْ عِنْدَهُمَا بِاعْتِبَارِ أَنَّ لِنِكَاحِ الْمَحَارِمِ حُكْمَ الْبُطْلَانِ فِيمَا بَيْنَهُمَا لِكُونِهِ مُجْمَعًا عَلَيْهِ كَمَا فِي الْمُعْتَدَةِ، وَإِذَا أَسْلَمَ وَجِبَ التَّعَرُّضُ بِهِ وَالتَّفْرِيقُ، وَكَذَلِكَ بِالْمُرَافَعَةِ، وَأَمَّا عِنْدَهُ فَلَهُ حُكْمُ الصَّحَّةِ فِي الصَّحِيحِ بِنَاءً عَلَى مَا ذَكَرْنَا أَنَّ الْحُرْمَةَ إِمَّا أَنْ تَكُونَ لِلشَّرْعِ أَوْ لِلزَّوْجِ إلخ.

وَقَوْلُهُ: (فِي الصَّحِيحِ) احْتِرَازٌ عَنْ قَوْلِ مَشَايِخِ الْعِرَاقِ: إِنَّ لَهُ حُكْمَ الْفَسَادِ عِنْدَهُ؛ لِأَنَّهُ لَوْ كَانَ لَهُ حُكْمُ الصَّحَّةِ لَمَا فُرِقَ بَيْنَهُمَا فِي الْبَقَاءِ. وَقَوْلُهُ: (إِلَّا أَنَّ الْمَحْرَمِيَّةَ) جَوَابٌ عَنْ هَذَا التَّشْكِيكِ. وَوَجْهُهُ أَنَّ الْمَحْرَمِيَّةَ (تُنَافِي بَقَاءَ النِّكَاحِ) كَمَا لَوْ اعْتَرَضَتْ عَلَى نِكَاحِ الْمُسْلِمِينَ بِرِضَاعٍ أَوْ مُصَاهَرَةٍ (فَيُفْرَقُ) بَيْنَهُمَا (بِخِلَافِ الْعِدَّةِ؛ لِأَنَّهَا لَا تُنَافِيهِ) كَمَا مَرَّ (ثُمَّ بِإِسْلَامِ أَحَدِهِمَا يُفْرَقُ بَيْنَهُمَا) بِالِاتِّفَاقِ.

(و) كَذَلِكَ (بِمُرَافَعَةِ أَحَدِهِمَا) وَطَلَبَ حُكْمَ الْإِسْلَامِ عِنْدَهُمَا؛ لِأَنَّ إِسْلَامَ

أَحَدَهُمَا كإِسْلَامِهِمَا فِي جَوَازِ التَّفْرِيقِ فَكَذَلِكَ رَفَعُ أَحَدِهِمَا يَكُونُ كَرَفْعِهِمَا؛ لِأَنَّهُ
 بِرَفْعِهِ انْقَادَ لِحُكْمِ الْإِسْلَامِ كَمَا إِذَا أَسْلَمَ. وَأَمَّا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ فَلَا يُفَرَّقُ بِرَفْعِ أَحَدِهِمَا؛
 لِأَنَّ الْآخَرَ قَدْ اسْتَحَقَّ بِاعْتِقَادِهِ بَقَاءَ هَذَا النِّكَاحِ، وَاسْتِحْقَاقُهُ لَا يَنْطُلُ بِمُرَافَعَةِ الْآخَرِ،
 (إِذْ لَا يَتَغَيَّرُ بِهِ اعْتِقَادُهُ) بَلْ يُعَارِضُهُ بِخِلَافِ الْإِسْلَامِ، فَإِنَّ اعْتِقَادَ الْمَصْرِ لَا يُعَارِضُ
 إِسْلَامَ الْمُسْلِمِ؛ إِذْ الْإِسْلَامُ يَعْلُو وَلَا يُغْلَى، وَأَمَّا إِذَا تَرَفَعَا فَلَا بُدَّ مِنَ التَّفْرِيقِ بَيْنَهُمَا
 بِالْإِجْمَاعِ؛ (لِأَنَّ مُرَافَعَتَهُمَا كَتَحْكِيمِهِمَا) وَلَوْ حَكَمَا رَجُلًا وَطَلَبًا مِنْهُ حُكْمُ الْإِسْلَامِ لَهُ
 أَنْ يُفَرَّقَ بَيْنَهُمَا فَالْقَاضِي أَوَّلَى بِذَلِكَ لِعُمُومِ وَلَايَتِهِ.

(وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَتَزَوَّجَ الْمُرْتَدُّ مُسْلِمَةً وَلَا كَافِرَةً وَلَا مُرْتَدَّةً)؛ لِأَنَّهُ مُسْتَحِقٌّ لِلْقَتْلِ،
 وَالْإِمْهَالُ ضَرُورَةٌ التَّأْمَلِ، وَالنِّكَاحُ يَشْغَلُهُ عَنْهُ فَلَا يُشْرَعُ فِي حَقِّهِ (وَكَذَا الْمُرْتَدَّةُ لَا
 يَتَزَوَّجُهَا مُسْلِمٌ وَلَا كَافِرٌ)؛ لِأَنَّهُمَا مَحْبُوسَتَا لِلتَّأْمَلِ وَخِدْمَةِ الزَّوْجِ تَشْغَلُهَا عَنْهُ، وَلِأَنَّهُ لَا
 يَنْتَظِمُ بَيْنَهُمَا الْمَصَالِحُ، وَالنِّكَاحُ مَا شَرَعَ لِعَيْنِهِ بَلْ لِمَصَالِحِهِ.

(فَإِنْ كَانَ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ مُسْلِمًا فَالْوَلَدُ عَلَى دِينِهِ، وَكَذَلِكَ إِنْ أَسْلَمَ أَحَدُهُمَا وَلَهُ
 وَلَدٌ صَغِيرٌ صَارَ وَلَدُهُ مُسْلِمًا بِإِسْلَامِهِ) لِأَنَّهُ فِي جَعْلِهِ تَبَعًا لَهُ نَظَرًا لَهُ (وَلَوْ كَانَ أَحَدُهُمَا
 كِتَابِيًّا وَالْآخَرُ مَجُوسِيًّا فَالْوَلَدُ كِتَابِيٌّ)؛ لِأَنَّهُ فِيهِ نَوْعُ نَظَرٍ لَهُ إِذَا الْمَجُوسِيَّةُ شَرٌّ، وَالشَّافِعِيُّ
 يُخَالِفُنَا فِيهِ لِلتَّعَارُضِ وَنَحْنُ بَيْنَا التَّرْجِيحَ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَتَزَوَّجَ الْمُرْتَدُّ) وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ: (بَلْ لِمَصَالِحِهِ) يُرِيدُ بِهِ
 السُّكْنَى وَالْإِزْدِرَاجَ وَالتَّوَالِدَ وَالتَّنَاسُلَ. وَقَوْلُهُ: (فَإِنْ كَانَ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ مُسْلِمًا فَالْوَلَدُ
 عَلَى دِينِهِ) قِيلَ كَيْفَ يَصِحُّ هَذَا التَّعْمِيمُ وَلَا وُجُودَ لِنِكَاحِ الْمُسْلِمَةِ مَعَ كَافِرٍ أَيْ كَافِرٍ
 كَانَ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ هَذَا مَحْمُولٌ عَلَى حَالَةِ الْبَقَاءِ بِأَنَّهُ أَسْلَمَتِ الْمَرْأَةُ وَلَمْ يُعْرَضِ الْإِسْلَامُ
 عَلَى الزَّوْجِ بَعْدَ فُجَاءَتِ بَوْلَدِ.

وَقَوْلُهُ: (وَالشَّافِعِيُّ يُخَالِفُنَا فِيهِ) أَيُّ فِي جَعْلِ الْوَلَدِ تَبَعًا لِلْكِتَابِيِّ (لِلتَّعَارُضِ) جَعَلَهُ
 تَبَعًا لِلْكِتَابِيِّ يُوجِبُ حُلَّ الذَّيْبَةِ وَالنِّكَاحِ، وَجَعَلَهُ تَبَعًا لِلْمَجُوسِيِّ يُوجِبُ حُرْمَةَ ذَلِكَ
 فَوَقَعَ التَّعَارُضُ إِذْ الْكُفْرُ مِلَّةٌ وَاحِدَةٌ وَالتَّرْجِيحُ لِلْمُحَرَّمِ (وَنَحْنُ بَيْنَا التَّرْجِيحَ) وَهُوَ قَوْلُهُ:
 لِأَنَّ فِيهِ نَوْعَ نَظَرٍ. فَإِنْ قُلْتُ: عَلَى مَا ذَكَرْتُ كُلُّ وَاحِدٍ مِّنَا وَمِنَ الْخَصْمِ ذَهَبَ إِلَى نَوْعٍ

تَرْجِيحٍ فَمِنْ أَيْنَ تَقُومُ الْحُجَّةُ؟ قُلْنَا تَرْجِيحُنَا يَذْفَعُ التَّعَارُضَ وَتَرْجِيحُهُ يَرْفَعُهُ بَعْدَ وَقُوعِهِ،
وَالدَّفْعُ أَوْلَى مِنَ الرَّفْعِ؛ لِأَنَّ كَمَ مِنْ وَاقِعٍ لَا يُرْفَعُ.

(وَإِذَا أَسْلَمَتِ الْمَرْأَةُ وَزَوْجُهَا كَافِرٌ عَرِضَ عَلَيْهِ الْإِسْلَامُ فَإِنْ أَسْلَمَ فَهِيَ امْرَأَتُهُ، وَإِنْ
أَبَى فَرَّقَ الْقَاضِي بَيْنَهُمَا، وَكَانَ ذَلِكَ طَلَاقًا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ، وَإِنْ أَسْلَمَ الزَّوْجُ
وَتَحْتَهُ مَجُوسِيَّةٌ عَرِضَ عَلَيْهَا الْإِسْلَامُ، فَإِنْ أَسْلَمَتِ فَهِيَ امْرَأَتُهُ، وَإِنْ أَبَتْ فَرَّقَ الْقَاضِي
بَيْنَهُمَا وَلَمْ تَكُنِ الْفُرْقَةُ طَلَاقًا) وَقَالَ أَبُو يُونُسَ: لَا تَكُونُ الْفُرْقَةُ طَلَاقًا فِي الْوَجْهَيْنِ، أَمَّا
الْعَرِضُ فَمَذْهَبُنَا، وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا يُعْرِضُ الْإِسْلَامُ؛ لِأَنَّ فِيهِ تَعَرُّضًا لَهُمْ وَقَدْ ضَمِنَّا
بِعَقْدِ الذَّمِّ أَنْ لَا نَتَعَرَّضَ لَهُمْ، إِلَّا أَنْ مَلَكَ النِّكَاحَ قَبْلَ الدُّخُولِ غَيْرُ مُتَاكِدٍ فَيَنْقَطِعُ
بِنَفْسِ الْإِسْلَامِ، وَبَعْدَهُ مُتَاكِدٌ فَيَتَأَجَّلُ إِلَى انْقِضَاءِ ثَلَاثِ حَيْضٍ كَمَا فِي الطَّلَاقِ.

وَلَنَا أَنَّ الْمَقَاصِدَ قَدْ فَاتَتْ فَلَا بُدَّ مِنْ سَبَبٍ تَبْتَنِي عَلَيْهِ الْفُرْقَةُ، وَالْإِسْلَامُ طَاعَةٌ لَا
يَصْلُحُ سَبَبًا فَيُعْرِضُ الْإِسْلَامُ لِتَحْصُلِ الْمَقَاصِدِ بِالْإِسْلَامِ أَوْ تَثْبُتِ الْفُرْقَةُ بِالْإِبَاءِ. وَجَهٌ
قَوْلِ أَبِي يُونُسَ أَنَّ الْفُرْقَةَ بِسَبَبٍ يَشْتَرِكُ فِيهِ الزَّوْجَانِ فَلَا يَكُونُ طَلَاقًا كَالْفُرْقَةِ بِسَبَبِ
الْمَلِكِ.

وَلَهُمَا أَنْ بِالْإِبَاءِ امْتَنَعَ الزَّوْجُ عَنِ الْإِمْسَاكِ بِالْمَعْرُوفِ مَعَ قُدْرَتِهِ عَلَيْهِ بِالْإِسْلَامِ
فَيَنْتَوِبُ الْقَاضِي مَنَابَهُ فِي التَّسْرِيحِ كَمَا فِي الْحَبِّ وَالْعُنْتِ، أَمَّا الْمَرْأَةُ فَلَيْسَتْ بِأَهْلِ لِلطَّلَاقِ
فَلَا يَنْتَوِبُ الْقَاضِي مَنَابَهَا عِنْدَ إِبَائِهَا (ثُمَّ إِذَا فَرَّقَ بَيْنَهُمَا بِإِبَائِهَا فَلَهَا الْمَهْرُ إِنْ كَانَ دَخَلَ
بِهَا) لِتَأْكِيدِهِ بِالدُّخُولِ (وَإِنْ لَمْ يَكُنْ دَخَلَ بِهَا فَلَا مَهْرَ لَهَا)؛ لِأَنَّ الْفُرْقَةَ مِنْ قِبَلِهَا وَالْمَهْرُ
لَمْ يَتَأَكَّدْ فَأَشْبَهَ الرَّدَّةَ وَالْمُطَاوَعَةَ.

الشرح:

قَالَ: (وَإِذَا أَسْلَمَتِ الْمَرْأَةُ وَزَوْجُهَا كَافِرٌ) أَطْلَقَ الْكُفْرَ فِي قَوْلِهِ: وَزَوْجُهَا كَافِرٌ
لِعَدَمِ بَقَاءِ نِكَاحِ الْمُسْلِمَةِ مَعَ كَافِرٍ أَيْ كَافِرٍ كَانَ؛ وَقَيَّدَ الزَّوْجَةَ بِالْمَجُوسِيَّةِ؛ لِأَنَّهَا إِنْ
كَانَتْ كِتَابِيَّةً فَلَا عَرِضَ وَلَا تَفْرِيقَ وَكَلَامُهُ وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ: (كَمَا فِي الطَّلَاقِ) يُرِيدُ أَنَّ
نَفْسَ الطَّلَاقِ قَبْلَ الدُّخُولِ يَرْفَعُ النِّكَاحَ وَبَعْدَهُ لَا يَرْفَعُ إِلَّا بَعْدَ انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ. وَقَوْلُهُ:
(إِلَى انْقِضَاءِ ثَلَاثِ حَيْضٍ) لَيْسَ بِصَوَابٍ؛ لِأَنَّ الْعِدَّةَ عِنْدَهُ بِالْأَطْهَارِ، وَقِيلَ مَعْنَاهُ: وَكَانَ
الشَّافِعِيُّ يَقُولُ يَنْبَغِي أَنْ يَتَأَجَّلَ عِنْدَكُمْ إِلَى انْقِضَاءِ ثَلَاثِ حَيْضٍ، وَيَجُوزُ أَنْ يُقَالَ هَذِهِ

الْمُدَّةُ لَمْ تُعْتَبَرْ لِلْعِدَّةِ بَلْ لِلتَّفَرِيقِ وَمَا لَمْ يُعْتَبَرْ لَهَا يُعْتَبَرُ فِيهِ الْحَيْضُ كَمَا فِي الْاسْتِبْرَاءِ.
(وَلَنَا أَنَّ الْمَقَاصِدَ) بِالنِّكَاحِ (قَدْ فَاتَتْ) وَتَقْرِيرُهُ بِإِسْلَامِ الْمَرْأَةِ أَوْ زَوْجِ الْمَجُوسِيَّةِ
فَآتَتْ الْمَقَاصِدُ بِالنِّكَاحِ وَقَوَائِهَا. وَهُوَ حَادِثٌ لَا بُدَّ لَهُ مِنْ سَبَبٍ، فِيمَا أَنْ يَكُونَ هُوَ
الْإِسْلَامُ أَوْ كُفْرٌ مَنْ بَقِيَ عَلَيْهِ لَا سَبِيلَ إِلَى الْأَوَّلِ؛ لِأَنَّهُ طَاعَةٌ لَا يَصْلُحُ سَبَبًا لِفَوَاتِ النِّعَمِ
وَلَا إِلَى الثَّانِي؛ لِأَنَّ كُفْرَ مَنْ بَقِيَ عَلَى كُفْرِهِ قَدْ كَانَ مَوْجُودًا قَبْلَ هَذَا وَلَمْ يُمْنَعِ ابْتِدَاءُ
وَلَا فَوْتُهَا بَقَاءَ فَلَا بُدَّ مِنْ أَمْرٍ آخَرَ غَيْرَهُمَا، (فَيُعْرَضُ الْإِسْلَامُ لِتَحْصُلِ الْمَقَاصِدِ بِهِ) إِنْ
أَسْلَمَ أَوْ يَثْبُتُ مَا يَصْلُحُ لَذَلِكَ وَهُوَ الْإِبَاءُ.

فَإِنَّ الْإِبَاءَ عَنْهُ صَالِحٌ لِسَلْبِ النِّعَمِ. وَإِذَا أُضِيفَ الْفَوَاتُ إِلَيْهِ أُضِيفَ مَا يَسْتَلْزِمُهُ
الْفَوَاتُ وَهُوَ الْفُرْقَةُ فَكَانَتْ الْفُرْقَةُ مُضَافَةً إِلَى الْإِبَاءِ. وَفِي كَلَامِ الْمُصَنِّفِ نَوْعُ إِغْلَاقٍ؛
لِأَنَّهُ يَلْزَمُ عَلَيْهِ أَنْ يُقَالَ: فَوَاتُ الْمَقَاصِدِ يَصْلُحُ سَبَبًا يَتَّبِعِي عَلَيْهِ الْفُرْقَةُ فَلَا حَاجَةَ إِلَى
الْعَرْضِ، لَكِنْ إِذَا تَأَمَّلْتَ فِيمَا ذَكَرْتَهُ حَقَّ التَّأَمُّلِ أَزَالَ عَنْكَ الشُّبْهَةَ. وَلَمَّا فَرَّغَ مِنَ الْبَحْثِ
مَعَ الشَّافِعِيِّ شَرَعَ فِيهِ مَعَ أَبِي يُوسُفَ فِي أَنَّ الْفُرْقَةَ فِي الْوَجْهَيْنِ لَا تَكُونُ طَلَاقًا، وَوَجْهُهُ
قَوْلُهُ: مَا ذَكَرَهُ.

(أَنَّ الْفُرْقَةَ بِسَبَبٍ يَشْتَرِكُ فِيهِ الزَّوْجَانِ) عَلَى مَعْنَى أَنَّهُ يَتَحَقَّقُ مِنْهُمَا وَهُوَ الْإِبَاءُ،
وَكُلُّ فُرْقَةٍ بِسَبَبٍ يُشْتَرِكُ فِيهِ لَا تَكُونُ طَلَاقًا كَالْفُرْقَةِ الْوَاقِعَةِ بِسَبَبٍ مَلَكَ أَحَدَ الزَّوْجَيْنِ
الْآخَرَ وَالْوَاقِعَةُ بِالْحَرَمِيَّةِ. وَلَهُمَا أَنَّ الزَّوْجَ امْتَنَعَ بِالْإِبَاءِ عَنِ الْإِمْسَاكِ بِالْمَعْرُوفِ لَمَّا مَرَّ مِنْ
فَوَاتِ الْمَقَاصِدِ، وَمَنْ امْتَنَعَ عَنِ الْإِمْسَاكِ بِالْمَعْرُوفِ نَابَ الْقَاضِي مَنَابَهُ فِي التَّسْرِيحِ
بِإِحْسَانٍ كَمَا فِي الْحَبِّ وَالْعَنَّةِ. وَقَوْلُهُ: (مَعَ قُدْرَتِهِ عَلَيْهِ بِالْإِسْلَامِ) زِيَادَةٌ تَأْكِيدٌ، وَأَرَى
أَنَّ تَرْكَهُ كَانَ أَفْضَلَ؛ لِأَنَّهُ لَوْ كَانَ شَرْطًا بَطَلَ قِيَاسُهُ عَلَى الْحَبِّ وَالْعَنَّةِ.

وَقَوْلُهُ: (أَمَّا الْمَرْأَةُ فَلَيْسَتْ بِأَهْلٍ لِلطَّلَاقِ) وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ: (فَأَشْبَهَ الرَّدَّةَ وَالْمُطَاوَعَةَ)
بِفَتْحِ الْوَاوِ: يَعْنِي أَنَّهَا إِذَا ارْتَدَّتْ وَالْعِيَاذُ بِاللَّهِ أَوْ مَكَتَتْ ابْنَ زَوْجِهَا، فَإِنْ كَانَ ذَلِكَ
بَعْدَ الدُّخُولِ كَانَ لَهَا الْمَهْرُ لِتَأْكِيدِهِ بِالْدُّخُولِ، وَإِنْ كَانَ قَبْلَهُ فَلَا مَهْرَ لَهَا.

(وَإِذَا أَسْلَمَتِ الْمَرْأَةُ فِي دَارِ الْحَرْبِ وَزَوْجُهَا كَافِرٌ أَوْ أَسْلَمَ الْحَرَبِيُّ وَتَحْتَهُ مَجُوسِيَّةٌ)
لَمْ تَقَعْ الْفُرْقَةُ عَلَيْهَا حَتَّى تَحِيضَ ثَلَاثَ حِيضٍ ثُمَّ تَبَيَّنَ مِنْ زَوْجِهَا) وَهَذَا؛ لِأَنَّ الْإِسْلَامَ
لَيْسَ سَبَبًا لِلْفُرْقَةِ، وَالْعَرْضُ عَلَى الْإِسْلَامِ مُتَعَذِّرٌ لِقُصُورِ الْوِلَايَةِ، وَلَا بُدَّ مِنَ الْفُرْقَةِ دَفْعًا

لِلْفَسَادِ فَأَقَمْنَا شَرْطَهَا وَهُوَ مُضِيُّ الْحَيْضِ مَقَامَ السَّبَبِ كَمَا فِي حَفْرِ الْبُئْرِ، وَلَا فَرْقَ بَيْنَ الْمَدْخُولِ بِهَا وَغَيْرِ الْمَدْخُولِ بِهَا، وَالشَّافِعِيُّ يَفْصِلُ كَمَا مَرَّلَهُ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَإِذَا أَسْلَمَتِ الْمَرْأَةُ فِي دَارِ الْحَرْبِ، وَالْعَرَضُ عَلَى الْإِسْلَامِ مُتَعَذِّرٌ ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ: (وَالْعَرَضُ عَلَى الْإِسْلَامِ مُتَعَذِّرٌ) مِنْ بَابٍ: عَرَضْتُ النَّاقَةَ عَلَى الْحَوْضِ مِنْ الْقَلْبِ الَّذِي لَا يُشْجَعُ عَلَيْهِ إِلَّا أَفْرَادُ الْبُلْعَاءِ. وَقَوْلُهُ: (فَأَقَمْنَا شَرْطَهَا) أَيِ شَرْطِ الْفُرْقَةِ، (وَهُوَ مُضِيُّ الْحَيْضِ) الثَّلَاثُ إِنْ كَانَتْ مِمَّنْ تَحِيضُ أَوْ ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ إِنْ لَمْ تَحِيضْ (مَقَامَ سَبَبِ الْفُرْقَةِ)، قَالَ فِي النَّهَائَةِ: هُوَ تَفْرِيقُ الْقَاضِي عِنْدَ إِبَاءِ الزَّوْجِ الْإِسْلَامَ، وَكَأَنَّهُ أَرَادَ أَنَّهُ سَبَبٌ بِطَرِيقِ النَّيَابَةِ، وَإِلَّا فَقَدْ تَقَدَّمَ أَنَّ سَبَبَ الْفُرْقَةِ هُوَ الْإِبَاءُ.

وَقَوْلُهُ: (كَمَا فِي حَفْرِ الْبُئْرِ) يَعْنِي فِي قِيَامِ الشَّرْطِ مَقَامَ السَّبَبِ، وَذَلِكَ لِأَنَّ الْأَصْلَ إِضَافَةُ التَّلَفِ إِلَى فِعْلِ الْوَاقِعِ فِي الْبُئْرِ الَّتِي حُفِرَتْ عَلَى قَارِعَةِ الطَّرِيقِ؛ لِأَنَّهُ هُوَ الْعِلَّةُ، لَكِنَّهُ تَعَذَّرَ ذَلِكَ لِكُونِهِ طَبِيعِيًّا لَا تَعْدِي فِيهِ، ثُمَّ إِضَافَتُهُ إِلَى السَّبَبِ وَهُوَ الْمَشْيُ وَقَدْ تَعَذَّرَتْ كَذَلِكَ؛ لِأَنَّ الْمَشْيَ فِي الطَّرِيقِ مُبَاحٌ لَا مَحَالَةَ فَأُضِيفَ إِلَى الشَّرْطِ وَهُوَ حَفْرُ الْبُئْرِ؛ لِأَنَّهُ لَمْ تُعَارِضْهُ الْعِلَّةُ وَالسَّبَبُ، وَلَهُ شَبَهٌ بِالْعِلَّةِ مِنْ حَيْثُ تَعَلَّقَ الْحُكْمُ بِهِ وَجُودًا وَفِيهِ تَعَدُّ؛ لِأَنَّهُ فِي غَيْرِ مِلْكِ الْحَافِرِ وَمَوْضِعُهُ أَصُولُ الْفَقْهِ، ثُمَّ الْمَرْأَةُ إِذَا كَانَتْ مُسْلِمَةً فَهِيَ كَالْمُهَاجِرَةِ عَلَى مَا سَيَأْتِي حُكْمُ الْمُهَاجِرَةِ، وَإِذَا كَانَ الزَّوْجُ هُوَ الْمُسْلِمَ فَلَا عِدَّةَ عَلَيْهَا بِالْإِتِّفَاقِ.

(وَلَا فَرْقَ بَيْنَ الْمَدْخُولِ بِهَا وَغَيْرِ الْمَدْخُولِ بِهَا) عِنْدَنَا (وَالشَّافِعِيُّ يَفْصِلُ كَمَا مَرَّلَهُ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ) مِنْ قَوْلِهِ: فَإِنْ كَانَ قَبْلَ الدُّخُولِ وَقَعَتِ الْفُرْقَةُ فِي الْحَالِ وَإِنْ كَانَ بَعْدَهُ بَعْدَ انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ. وَلَنَا أَنَّ هَذِهِ الْحَيْضَ لِأَجْلِ الْفُرْقَةِ لَا لِلْعِدَّةِ فَتَسْتَوِي فِيهَا الْمَدْخُولُ بِهَا وَغَيْرُهَا، وَهَذَا لِأَنَّ الزَّوْجَ فِي صُورَةِ الطَّلَاقِ بَاشَرَ سَبَبَ الْفُرْقَةِ وَهُوَ الطَّلَاقُ فَجَازَ أَنْ يُعْتَبَرَ السَّبَبُ فِي الْحَالِ إِذَا كَانَ قَبْلَ الدُّخُولِ فَلَا يَحْتَاجُ إِلَى مُضِيِّ الْحَيْضِ، وَأَمَّا هَاهُنَا فَالْفَرَضُ أَنَّهُ لَمْ يُبَاشِرْهُ فَاحْتَاجَ إِلَى مُضِيِّهَا لِلْفُرْقَةِ فَيَسْتَوِيَانِ فِيهَا.

وَإِذَا وَقَعَتِ الْفُرْقَةُ وَالْمَرْأَةُ حَرِيْبَةً فَلَا عِدَّةَ عَلَيْهَا وَإِنْ كَانَتْ هِيَ الْمُسْلِمَةُ فَكَذَلِكَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ خِلَافًا لَهُمَا، وَسَيَأْتِيكَ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى (وَإِذَا أَسْلَمَ زَوْجُ الْكِتَابِيَّةِ فَهُمَا

عَلَى نِكَاحِهَا؛ لِأَنَّهُ يَصِحُّ النِّكَاحُ بَيْنَهُمَا ابْتِدَاءً فَلَا نَ بَيَقَى أُولَى..

الشرح:

(وَإِذَا وَقَعَتِ الْفُرْقَةُ وَالْمَرْأَةُ حَرْبِيَّةٌ فَلَا عِدَّةَ عَلَيْهَا) بِالْإِجْمَاعِ؛ لِأَنَّ حُكْمَ الشَّرْعِ لَا يَثْبُتُ فِي حَقِّهَا. وَقَوْلُهُ: (وَإِنْ كَانَتْ هِيَ الْمُسْلِمَةَ ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (فَلَا نَ بَيَقَى أُولَى)؛ لِأَنَّ الْبَقَاءَ أَسْهَلُ مِنَ الْإِبْتِدَاءِ فَكَمْ مِنْ شَيْءٍ يُتَحَمَّلُ فِي النِّكَاحِ حَالَةَ الْبَقَاءِ وَإِنْ لَمْ يُتَحَمَّلْ فِي الْإِبْتِدَاءِ، أَلَا تَرَى أَنَّ الْمُنْكَوْحَةَ إِذَا وَطِئَتْ بِشَبْهَةٍ تَعْتَدُ لَهُ وَتَبْقَى مِنْكَوْحَةً؟ وَلَا يَجُوزُ نِكَاحُ الْمُعْتَدَةِ مِنْ وَطْءٍ بِشَبْهَةٍ ابْتِدَاءً.

قَالَ (وَإِذَا خَرَجَ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ إِلَيْنَا مِنْ دَارِ الْحَرْبِ مُسْلِمًا وَقَعَتِ الْبَيْنُونَةُ بَيْنَهُمَا) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ لَا تَقَعُ (وَلَوْ سُبِيَ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ وَقَعَتِ الْبَيْنُونَةُ بَيْنَهُمَا، وَإِنْ سُبِيَ مَعًا لَمْ تَقَعُ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: وَقَعَتِ، فَالْحَاصِلُ أَنَّ السَّبَبَ هُوَ التَّبَايُنُ دُونَ السَّبْيِ عِنْدَنَا وَهُوَ يَقُولُ بَعَكْسِهِ. لَهُ أَنَّ لِلتَّبَايُنِ أَثَرَهُ فِي انْقِطَاعِ الْوِلَايَةِ، وَذَلِكَ لَا يُؤَثِّرُ فِي الْفُرْقَةِ كَالْحَرْبِيِّ الْمُسْتَأْمَنِ وَالْمُسْلِمِ الْمُسْتَأْمَنِ، أَمَّا السَّبْيُ فَيَقْتَضِي الصَّفَاءَ لِلْسَّابِي وَلَا يَتَحَقَّقُ إِلَّا بِانْقِطَاعِ النِّكَاحِ، وَلِهَذَا يَسْقُطُ الدِّينُ عَنِ ذِمَّةِ الْمُسَبِيِّ. وَلَنَا أَنَّ مَعَ التَّبَايُنِ حَقِيقَةً وَحُكْمًا لَا تَنْتَظِمُ الْمَصَالِحُ فَشَابَهُ الْحَرَمِيَّةُ

الشرح:

قَالَ: (وَإِذَا خَرَجَ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ إِلَيْنَا)، صُورَةُ الْمَسْأَلَةِ ظَاهِرَةٌ، وَالْحَاصِلُ كَذَلِكَ. وَتَقْرِيرُ دَلِيلِهِ أَنَّ التَّبَايُنَ أَثَرُهُ فِي انْقِطَاعِ الْوِلَايَةِ، وَانْقِطَاعُ الْوِلَايَةِ لَا يُؤَثِّرُ فِي الْفُرْقَةِ، كَالْحَرْبِيِّ إِذَا دَخَلَ دَارَنَا بِأَمَانٍ فَإِنَّ وِلَايَتَهُ قَدْ سَقَطَتْ إِذْ الْمُرَادُ بِانْقِطَاعِ وِلَايَةِ سُقُوطِ مَالِكِيَّتِهِ عَنْ نَفْسِهِ وَمَالِهِ وَكَالْمُسْلِمِ إِذَا دَخَلَ دَارَ الْحَرْبِ بِأَمَانٍ فَإِنَّ وِلَايَتَهُ انْقَطَعَتْ لَمْ يُؤَثِّرْ فِي الْفُرْقَةِ، وَهَذَا لِإِبْطَالِ دَلِيلِ الْخَصْمِ.

وَقَوْلُهُ: (أَمَّا السَّبْيُ فَيَقْتَضِي الصَّفَاءَ لِلْسَّابِي وَلَا يَتَحَقَّقُ) الصَّفَاءُ لَهُ (إِلَّا بِانْقِطَاعِ النِّكَاحِ، وَلِهَذَا) أَيُّ: وَلِأَنَّ السَّبْيَ يَقْتَضِي الصَّفَاءَ يَسْقُطُ الدِّينُ عَنِ ذِمَّةِ الْمُسَبِيِّ لِإِثْبَاتِ الْمَذْهَبِ، (وَلَنَا أَنَّ الْمَصَالِحَ لَا تَنْتَظِمُ مَعَ التَّبَايُنِ حَقِيقَةً وَحُكْمًا)، وَتَقْرِيرُهُ تَبَايُنَ الدَّارَيْنِ حَقِيقَةً وَحُكْمًا يُنَافِي انْتِظَامَ الْمَصَالِحِ. وَمَا يُنَافِي انْتِظَامَ الْمَصَالِحِ يَقْطَعُ النِّكَاحَ كَالْحَرَمِيَّةِ، فَتَبَايُنُ الدَّارَيْنِ يَقْطَعُ النِّكَاحَ، وَالْمُرَادُ بِالتَّبَايُنِ حَقِيقَةً تَبَاعُدَهُمَا شَخْصًا، وَبِالْحُكْمِ أَنَّ لَا

يَكُونُ فِي الدَّارِ الَّتِي دَخَلَهَا عَلَى سَبِيلِ الرُّجُوعِ بَلْ يَكُونُ عَلَى سَبِيلِ الْقَرَارِ وَالسُّكْنَى، وَهَذَا لِإثباتِ الْمَذْهَبِ.

(وَالسَّبْيُ يُوجِبُ مِلْكَ الرَّقَبَةِ) وَهُوَ لَا يُنَافِي النِّكَاحَ ابْتِدَاءً فَكَذَلِكَ بَقَاءُ وَصَارَ كَالشِّرَاءِ ثُمَّ هُوَ يَقْتَضِي الصَّفَاءَ فِي مَحَلِّ عَمَلِهِ وَهُوَ الْمَالُ لَا فِي مَحَلِّ النِّكَاحِ. وَفِي الْمُسْتَأْمَنِ لَمْ تَتَبَيَّنِ الدَّارُ حُكْمًا لِقَصْدِهِ الرُّجُوعَ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَالسَّبْيُ يُوجِبُ مِلْكَ الرَّقَبَةِ) لَرَدِّ دَلِيلِ الْخَصْمِ. وَتَقْرِيرُهُ: السَّبْيُ يُوجِبُ مِلْكَ الرَّقَبَةِ وَمِلْكَ الرَّقَبَةِ لَا يُنَافِي النِّكَاحَ ابْتِدَاءً، وَلِهَذَا لَوْ زَوَّجَ أَمَتُهُ فَكَذَا بَقَاءً؛ وَلِهَذَا لَوْ كَانَتْ الْمَسِيئَةُ مَنكُوحَةً مُسْلِمًا أَوْ ذِمِّيًّا لَا يَبْطُلُ النِّكَاحُ مَعَ تَقَرُّرِ السَّبْيِ. وَالْمُنَافِي إِذَا تَقَرَّرَ فَالْمَحْتَرَمُ وَغَيْرُهُ سَوَاءٌ كَمَا إِذَا تَقَرَّرَ بِالْمَحْرَمِيَّةِ وَالرِّضَاعِ. وَقَوْلُهُ (وَصَارَ) أَيُّ: صَارَ السَّبْيُ (كَالشِّرَاءِ) مِنْ حَيْثُ إِنَّ النِّكَاحَ لَا يَفْسُدُ بِالشِّرَاءِ فَكَذَلِكَ بِالسَّبْيِ لِعَدَمِ الْمُنَافَاةِ.

وَقَوْلُهُ: (ثُمَّ هُوَ) أَيُّ: السَّبْيُ (يَقْتَضِي الصَّفَاءَ) أَيُّ: سَلَمْنَا أَنَّ السَّبْيَ يَقْتَضِي الصَّفَاءَ، لَكِنْ فِي مَحَلِّ عَمَلِهِ وَهُوَ الْمَالُ حَتَّى يَثْبُتَ الْمِلْكُ فِي رَقَبَةِ الْمَسِيئِ لِلْسَّبْيِ عَلَى الْخُلُوصِ لَا فِي مَحَلِّ النِّكَاحِ وَهُوَ مَنَافِعُ الْبُضْعِ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لَيْسَ مَحَلِّ عَمَلِهِ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ مِنْ خَصَائِصِ الْإِنْسَانِيَّةِ لَا الْمَالِيَّةِ. وَقَدْ ائْتَرَجَ فِي هَذَا الْكَلَامِ الْجَوَابُ عَنْ قَوْلِهِ: وَلِهَذَا يَسْقُطُ الدَّيْنُ عَنْ ذِمَّةِ الْمَسِيئِ؛ لِأَنَّ الدَّيْنَ فِي الذِّمَّةِ وَهِيَ مِنْ مَحَلِّ عَمَلِهِ؛ لِأَنَّهَا هِيَ الرَّقَبَةُ.

وَقَوْلُهُ: وَفِي الْمُسْتَأْمَنِ جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ: كَالْحَرْبِيِّ الْمُسْتَأْمَنِ أَوْ الْمُسْلِمِ الْمُسْتَأْمَنِ، وَكَانَ قَدْ أُحْتَرِزَ بِقَوْلِهِ: وَحُكْمًا عَنْ ذَلِكَ، فَإِنَّ التَّبَايُنَ وَإِنْ وُجِدَ فِي الْمُسْتَأْمَنِ حَقِيقَةُ لِكُنْهُ لَمْ يُوْجَدْ حُكْمًا لِقَصْدِهِ الرُّجُوعَ.

(وَإِذَا خَرَجَتِ الْمَرْأَةُ إِلَيْنَا مُهَاجِرَةً جَازَ لَهَا أَنْ تَتَزَوَّجَ وَلَا عِدَّةَ عَلَيْهَا) عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَالَا: عَلَيْهَا الْعِدَّةُ؛ لِأَنَّ الْفُرْقَةَ وَقَعَتْ بَعْدَ الدُّخُولِ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ فَيَلْزَمُهَا حُكْمُ الْإِسْلَامِ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهَا أَثَرُ النِّكَاحِ الْمُتَقَدِّمِ وَجَبَتْ إِظْهَارًا لِحَطَرِهِ، وَلَا خَطَرَ لِلْمَلِكِ الْحَرْبِيِّ، وَلِهَذَا لَا تَجِبُ عَلَى الْمَسِيئَةِ وَإِنْ كَانَتْ حَامِلًا لَمْ تَتَزَوَّجَ حَتَّى تَضَعَ حَمْلَهَا) وَعَنْ

أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ يَصِحُّ النِّكَاحُ وَلَا يَقْرِبُهَا زَوْجُهَا حَتَّى تَضَعَ حَمْلَهَا كَمَا فِي الْحُبْلَى مِنَ الزَّنا. وَجَهُ الْأَوَّلُ أَنَّهُ ثَابِتُ النَّسَبِ فَإِذَا ظَهَرَ الْفِرَاشُ فِي حَقِّ النَّسَبِ يَظْهَرُ فِي حَقِّ الْمَنْعِ مِنَ النِّكَاحِ احْتِيَاظًا.

الشرح:

(وَإِذَا خَرَجَتْ الْمَرْأَةُ إِلَيْنَا مُهَاجِرَةً) أَي: تَرَكَتْ أَرْضَ الْحَرْبِ إِلَى أَرْضِ الْإِسْلَامِ وَخَرَجَتْ مُسْلِمَةً أَوْ ذِمِّيَّةً عَلَى قَصْدٍ أَنْ لَا تَرْجِعَ إِلَى مَا هَاجَرَتْ عَنْهُ أَبَدًا (جَازَ لَهَا أَنْ تَتَزَوَّجَ وَلَا عِدَّةَ عَلَيْهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَالَا: عَلَيْهَا الْعِدَّةُ؛ لِأَنَّ الْفُرْقَةَ وَقَعَتْ بَعْدَ أَنْ دَخَلَتْ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ)، وَكُلُّ فُرْقَةٍ كَانَتْ كَذَلِكَ يَلْزُمُهَا حُكْمُ الْإِسْلَامِ كَالْمُسْلِمَةِ وَالذَّمِّيَّةِ. وَلَأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الْعِدَّةَ لِإِظْهَارِ خَطَرِ مِلْكِ النِّكَاحِ، (وَلَا خَطَرَ لِمَلِكِ الْحَرْبِيِّ وَهَذَا لَا تَجِبُ عَلَى الْمُسَيِّبَةِ) بِالِاتِّفَاقِ.

فَإِنْ قِيلَ: لَوْ لَمْ يَكُنْ لِلْمَلِكِ خَطَرٌ لَمَا وَجِبَتْ إِذَا خَرَجَتْ حَامِلًا؟. أُجِيبَ بِأَنَّهَا لَا تَجِبُ عَلَيْهَا الْعِدَّةُ وَلَكِنَّهَا لَا تَتَزَوَّجُ؛ لِأَنَّ فِي بَطْنِهَا وَلَدًا ثَابِتَ النَّسَبِ. فَإِنْ قِيلَ: الْهَجْرَةُ أَوْرَثَتْ تَبَايُنَ الدَّارَيْنِ وَهُوَ لَا يَرْتَبِو عَلَى الْمَوْتِ وَلَوْ مَاتَ وَجِبَتْ الْعِدَّةُ فَلْتَجِبْ مَعَهَا أَيْضًا. أُجِيبَ بِأَنَّ الْمَوْتَ لَا يُوجِبُ سُقُوطَ الْحُرْمَاتِ حُكْمًا فَلَزِمَتْهَا الْعِدَّةُ بِحُكْمِ الْمَلِكِ، وَأَمَّا تَبَايُنُ الدَّارَيْنِ فَيَسْقُطُهَا حَقِيقَةُ وَحُكْمًا فَيَزُولُ مِلْكُهُ لَا إِلَى أَثَرٍ.

وَحَاصِلُهُ أَنَّ التَّبَايُنَ يَرْتَبِو عَلَى الْمَوْتِ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ يَمْنَعُ التَّوَارِثَ وَالْمَوْتَ يُوجِبُهُ؟ وَلَوْ خَرَجَتْ حَامِلًا لَمْ تَتَزَوَّجَ حَتَّى تَضَعَ حَمْلَهَا، رَوَاهُ مُحَمَّدٌ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ؛ لِأَنَّ حَمْلَهَا ثَابِتُ النَّسَبِ مِنَ الْغَيْرِ، فَإِذَا ظَهَرَ الْفِرَاشُ فِي حَقِّ النَّسَبِ يَظْهَرُ فِي حَقِّ الْمَنْعِ أَيْضًا احْتِيَاظًا كَأَمِّ الْوَلَدِ إِذَا حَبِلَتْ مِنْ مَوْلَاهَا لَا يُزَوِّجُهَا حَتَّى تَضَعَ، (و) رَوَى أَبُو يُوسُفَ وَالْحَسَنُ بْنُ زِيَادٍ (عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ يَصِحُّ النِّكَاحُ وَلَا يَقْرِبُهَا زَوْجُهَا حَتَّى تَضَعَ حَمْلَهَا)؛ لِأَنَّهُ لَا حُرْمَةَ لِلْحَرْبِيِّ فَجَزَّؤُهُ أَوَّلَى.

(كَمَا فِي الْحُبْلَى مِنَ الزَّنا)، فَإِنَّهُ لَا حُرْمَةَ لِمَاءِ الزَّانِي. قِيلَ وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ؛ لِأَنَّهُ حَمْلٌ ثَابِتُ النَّسَبِ، بِخِلَافِ الْحَمْلِ مِنَ الزَّنا. وَتَحْقِيقُهُ أَنَّ الْحَمْلَ مِنَ الْغَيْرِ يَمْنَعُ الْوَطْءَ مُطْلَقًا وَثَابِتُ النَّسَبِ مُحْتَرَمٌ فَيَمْنَعُ النِّكَاحَ أَيْضًا دُونَ غَيْرِهِ.

قَالَ (وَإِذَا ارْتَدَّ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ عَنِ الْإِسْلَامِ وَقَعَتْ الْفُرْقَةُ بِغَيْرِ طَلَاقٍ) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي

حَنِيفَةً وَأَبِي يُوسُفَ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: إِنْ كَانَتْ الرَّدَّةُ مِنَ الزَّوْجِ فَهِيَ فُرْقَةٌ بِطَلَاقٍ، هُوَ يَعْتَبَرُهُ بِالْإِبَاءِ وَالْجَامِعِ مَا بَيْنَهُمَا، وَأَبُو يُوسُفَ مَرَّةً عَلَى مَا أَصْلَنَّا لَهُ فِي الْإِبَاءِ، وَأَبُو حَنِيفَةَ فَرَّقَ بَيْنَهُمَا. وَوَجْهُ الْفَرْقِ أَنَّ الرَّدَّةَ مُنَافِيَةٌ لِلنِّكَاحِ لِكَوْنِهَا مُنَافِيَةٌ لِلْعِصْمَةِ وَالطَّلَاقِ رَافِعٌ فَتَعَذَّرَ أَنْ تُجْعَلَ طَلَاقًا، بِخِلَافِ الْإِبَاءِ؛ لِأَنَّهُ يَفُوتُ الْإِمْسَاكُ بِالْمَعْرُوفِ فَيَجِبُ التَّسْرِيحُ بِالْإِحْسَانِ عَلَى مَا مَرَّ، وَلِهَذَا تَتَوَقَّفُ الْفُرْقَةُ بِالْإِبَاءِ عَلَى الْقَضَاءِ وَلَا تَتَوَقَّفُ بِالرَّدَّةِ.

(ثُمَّ إِنْ كَانَ الزَّوْجُ هُوَ الْمُرْتَدُّ فَلَهَا كُلُّ الْمَهْرِ إِنْ دَخَلَ بِهَا وَنِصْفُ الْمَهْرِ إِنْ لَمْ يَدْخُلْ بِهَا، وَإِنْ كَانَتْ هِيَ الْمُرْتَدَّةُ فَلَهَا كُلُّ الْمَهْرِ إِنْ دَخَلَ بِهَا، وَإِنْ لَمْ يَدْخُلْ بِهَا فَلَا مَهْرَ لَهَا وَلَا نَفَقَةً؛ لِأَنَّ الْفُرْقَةَ مِنْ قَبْلِهَا..

الشرح:

قال: (وَإِذَا ارْتَدَّ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ عَنِ الْإِسْلَامِ) وَالْعِيَاذُ بِاللَّهِ (وَقَعَتِ الْفُرْقَةُ) بَيْنَهُمَا سَوَاءً كَانَ دَخَلَ بِهَا أَوْ لَمْ يَدْخُلْ. وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ إِنْ لَمْ يَدْخُلْ بِهَا فَكَذَلِكَ، وَإِنْ دَخَلَ بِهَا فَحَتَّى تَنْقَضِيَ ثَلَاثُ حَيْضٍ بِنَاءً عَلَى مَا ذَكَرْنَا لَهُ مِنْ تَأْكِدِ النِّكَاحِ وَعَدَمِ تَأْكِدِهِ، وَكَانَتْ الْفُرْقَةُ (بِغَيْرِ طَلَاقٍ) حَتَّى لَا يُتْقَصَّ عَدَدُ الطَّلَاقِ (عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ).

وَقَالَ مُحَمَّدٌ: إِنْ كَانَتْ الرَّدَّةُ مِنَ الزَّوْجِ فَهِيَ فُرْقَةٌ بِطَلَاقٍ (وَإِنْ كَانَتْ مِنَ الْمَرْأَةِ فَهِيَ بِغَيْرِ طَلَاقٍ) (هُوَ يَعْتَبَرُهَا بِالْإِبَاءِ وَالْجَامِعِ مَا بَيْنَهُمَا) يَعْنِي قَوْلَهُ: امْتَنَعَ عَنِ الْإِمْسَاكِ بِالْمَعْرُوفِ (وَأَبُو يُوسُفَ مَرَّةً عَلَى مَا أَصْلَنَّا لَهُ فِي الْإِبَاءِ) وَهُوَ أَنَّ الْفُرْقَةَ بِسَبَبِ يَشْتَرِكُ فِيهِ الزَّوْجَانِ وَالطَّلَاقُ مِمَّا يَخْتَصُّ بِالزَّوْجِ، (وَأَبُو حَنِيفَةَ فَرَّقَ) بَيْنَ الْإِبَاءِ وَالْإِرْتِدَادِ فَجَعَلَ الْفُرْقَةَ بِإِبَاءِ الزَّوْجِ طَلَاقًا دُونَ الرَّدَّةِ، (وَوَجْهُ الْفَرْقِ أَنَّ الرَّدَّةَ مُنَافِيَةٌ لِلنِّكَاحِ لِكَوْنِهَا مُنَافِيَةٌ لِلْعِصْمَةِ؛ لِأَنَّهَا تُبِيحُ النَّفْسَ وَالْمَالُ وَتُبْطِلُ الْمَلِكَ وَالنِّكَاحَ.

(وَالطَّلَاقُ) لَيْسَ بِمُنَافٍ لِلنِّكَاحِ؛ لِأَنَّهُ (رَافِعٌ) لَهُ بَعْدَ تَحَقُّقِهِ مُسَبِّبًا عَنْهُ، وَالْمُسَبَّبُ عَنْ الشَّيْءِ الرَّافِعُ لَهُ لَا يُنَافِيهِ فَلَا تُكُونُ الرَّدَّةُ طَلَاقًا (بِخِلَافِ الْإِبَاءِ؛ لِأَنَّهُ يَفُوتُ الْإِمْسَاكُ بِالْمَعْرُوفِ) وَلَيْسَ بِمُنَافٍ لِلنِّكَاحِ (فَيَجِبُ التَّسْرِيحُ بِالْإِحْسَانِ عَلَى مَا مَرَّ) وَاعْتَرِضَ بَوَجهَيْنِ: أَحَدُهُمَا أَنَّ الرَّدَّةَ لَا تُنَافِي مِلْكَ الْعَيْنِ بَلْ يَصِيرُ مَوْفُوفًا فَمَا بَالُ مِلْكِ النِّكَاحِ لَا يَكُونُ كَذَلِكَ. وَالثَّانِي أَنَّ الرَّدَّةَ لَوْ كَانَتْ مُنَافِيَةً لَمَا وَقَعَ طَلَاقُ الْمُرْتَدِّ عَلَى

أَمْرَاتِهِ بَعْدَ الرَّدَّةِ كَمَا فِي الْمَحْرَمَةِ لَكِنَّهُ يَقَعُ بِالْإِتِّفَاقِ.

وَالْجَوَابُ عَنْ الْأَوَّلِ أَنَّ مَا يَرْجِعُ إِلَى الْمَحَلِّ فَلَا بُدَّاءُ وَالْبَقَاءُ فِيهِ سَوَاءٌ، وَالرَّدَّةُ ثُنَا فِي النِّكَاحِ ابْتِدَاءً فَكَذَا بَقَاءً، وَتَوَقَّفُ تَحْصِيلُ مِلْكِ الْعَيْنِ بِالشِّرَاءِ ابْتِدَاءً فَكَذَا بَقَاءً. وَعَنْ الثَّانِي أَنَّ وَقُوعَ الطَّلَاقِ تَابِعٌ لِإِمْكَانِ ظُهُورِ أَثَرِهِ، وَحَيْثُ كَانَتْ الْمَحَلِّيَّةُ مُتَّصِرَةً الْعَوْدُ بِالتَّوْبَةِ أَمْكَنَ ظُهُورُ أَثَرِهِ وَكَانَ مُعْتَبَرًا، بِخِلَافِ الْمَحْرَمَةِ فَإِنَّ الْمَحَلِّيَّةَ غَيْرُ مُتَّصِرَةٍ أَبَدًا فَلَا يُمَكِّنُ ظُهُورُ أَثَرِهِ. وَعَنْ هَذَا قَالُوا: إِذَا ارْتَدَّ الرَّجُلُ وَلَحِقَ بِدَارِ الْحَرْبِ لَمْ يَقَعْ عَلَى الْمَرْأَةِ طَلَاقٌ؛ لِأَنَّ تَبَايُنَ الدَّارَيْنِ مُنَافٍ لِلنِّكَاحِ فَكَانَ مُنَافِيًا لِلطَّلَاقِ الَّذِي هُوَ مِنْ أَحْكَامِ النِّكَاحِ.

فَإِنَّ عَادَ إِلَى دَارِ الْإِسْلَامِ وَهِيَ فِي الْعِدَّةِ وَقَعَ عَلَيْهَا الطَّلَاقُ؛ لِأَنَّ الْمُتَابِعِيَّ وَهُوَ تَبَايُنُ الدَّارَيْنِ قَدْ ارْتَفَعَ، وَمَحَلِّيَّةُ الطَّلَاقِ بِالْعِدَّةِ وَهِيَ قَائِمَةٌ فَيَقَعُ. وَإِذَا ارْتَدَّتِ الْمَرْأَةُ وَلَحِقَتْ بِدَارِ الْحَرْبِ لَمْ يَقَعْ طَلَاقُ الزَّوْجِ عَلَيْهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ؛ لِأَنَّ الْعِدَّةَ قَدْ سَقَطَتْ عَنْهَا عِنْدَهُ لِفَوَاتِ الْمَحَلِّيَّةِ، لِأَنَّ مَنْ كَانَ فِي دَارِ الْحَرْبِ فَهُوَ كَالْمَيِّتِ فِي حَقِّهَا، وَبَقَاءُ الشَّيْءِ فِي غَيْرِ مَحَلِّهِ مُسْتَحِيلٌ وَالْعِدَّةُ مَتَى سَقَطَتْ لَا تَعُودُ إِلَّا بِعَوْدِ سَبَبِهَا، بِخِلَافِ الْفَصْلِ الْأَوَّلِ؛ لِأَنَّ الْعِدَّةَ هُنَاكَ بَاقِيَةٌ بِبَقَاءِ مَحَلِّهَا؛ لِأَنَّهَا فِي دَارِ الْإِسْلَامِ، إِلَّا أَنَّ تَبَايُنَ الدَّارَيْنِ كَانَ مَانِعًا مِنْ وَقُوعِ الطَّلَاقِ، فَإِذَا ارْتَفَعَ الْمَانِعُ وَالْعِدَّةُ بَاقِيَةٌ وَقَع. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: يَقَعُ الطَّلَاقُ؛ لِأَنَّ الْعِدَّةَ بَاقِيَةٌ عِنْدَهُ.

وَقَوْلُهُ: (وَلِهَذَا تَتَوَقَّفُ الْفُرْقَةُ) تَوْضِيحٌ لَكَوْنِ الرَّدَّةِ مُنَافِيَةً لِلطَّلَاقِ دُونَ الْإِبَاءِ. وَقَوْلُهُ: (ثُمَّ إِنْ كَانَ الزَّوْجُ ظَاهِرًا) وَقَوْلُهُ: (وَلَا نَفَقَةَ) مُتَعَلِّقٌ بِقَوْلِهِ: وَإِنْ كَانَتْ هِيَ الْمُرْتَدَّةُ فَلَهَا كُلُّ مَهْرٍهَا إِنْ دَخَلَ بِهَا لَا إِلَى مَا يَلِيهِ؛ لِأَنَّ الْمُسْلِمَةَ إِذَا كَانَتْ غَيْرَ مَدْخُولٍ بِهَا وَوَقَعَتِ الْفُرْقَةُ لَا تَجِبُ النَّفَقَةُ عَلَى زَوْجِهَا فَحِينَئِذٍ لَا يَرْتَابُ أَحَدٌ فِي عَدَمِ وَجُوبِ النَّفَقَةِ فِي الْمُرْتَدَّةِ إِذَا كَانَتْ غَيْرَ مَدْخُولٍ بِهَا. وَقَوْلُهُ: (لِأَنَّ الْفُرْقَةَ مِنْ قَبْلِهَا) يَعْنِي فَكَانَتْ كَالنَّاشِزَةِ وَلَا نَفَقَةَ لَهَا.

قَالَ (وَإِذَا ارْتَدَّا مَعًا ثُمَّ أَسْلَمَا مَعًا فَهُمَا عَلَى نِكَاحِهِمَا) اسْتِحْسَانًا. وَقَالَ زُهْرٌ: يَبْطُلُ؛ لِأَنَّ رَدَّةَ أَحَدِهِمَا مُنَافِيَةٌ، وَفِي رَدَّتَيْهِمَا رَدَّةٌ أَحَدِهِمَا. وَلَنَا مَا رَوِيَ أَنَّ بَنِي حَنِيفَةَ ارْتَدُّوا ثُمَّ أَسْلَمُوا، وَلَمْ يَأْمُرْهُمْ الصَّحَابَةُ رِضْوَانُ اللَّهِ عَلَيْهِمْ أَجْمَعِينَ بِتَجْدِيدِ الْأَنْكِحَةِ، وَالْإِرْتِدَادُ

مِنْهُمْ وَقَعَ مَعَ لَجْهَالَةِ التَّارِيخِ. وَلَوْ أَسْلَمَ أَحَدُهُمَا بَعْدَ الْارْتِدَادِ مَعَ فَسَدِ النِّكَاحِ بَيْنَهُمَا لِإِصْرَارِ الْآخَرِ عَلَى الرَّدَّةِ؛ لِأَنَّهُ مُتَأَنٍّ كَابْتِدَائِهَا..

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَإِنْ ارْتَدَّا مَعَ) وَاضِحٌ. وَوَجْهُهُ مَا رُوِيَ أَنَّ بَنِي حَنِيفَةَ وَهُمْ حَيٌّ مِنْ الْعَرَبِ ارْتَدُّوا بِمَنْعِ الزَّكَاةِ وَبَعَثَ إِلَيْهِمْ أَبُو بَكْرٍ الصَّدِّيقُ الْجِيُوشَ فَأَسْلَمُوا وَلَمْ يَأْمُرْهُمْ بِتَجْدِيدِ الْأَنْكَحَةِ، وَالصَّحَابَةُ مُتَوَافِرَةٌ فَحُلُّ ذَلِكَ مَحَلُّ الْإِجْمَاعِ يُتْرَكُ بِهِ الْقِيَاسُ. فَإِنْ قِيلَ: الْارْتِدَادُ لَمْ يَغْضَبْ مِنْهُمْ دَفْعَةً. أَجَابَ بِقَوْلِهِ: (وَالْارْتِدَادُ وَقَعَ مِنْهُمْ مَعَ حُكْمٍ لَجْهَالَةِ التَّارِيخِ)، فَإِنَّ التَّارِيخَ إِذَا جُهِلَ لَمْ يُحْكَمْ بِتَقْدُمِ شَيْءٍ عَلَى شَيْءٍ، وَإِنَّمَا يُجْعَلُ فِي الْحُكْمِ كَأَنَّهُ وَجَدَ جُمْلَةً وَاحِدَةً.

(وَلَوْ أَسْلَمَ أَحَدُهُمَا بَعْدَ الْارْتِدَادِ) أَيُّ: بَعْدَ ارْتِدَادِهِمَا (فَسَدَ النِّكَاحُ لِإِصْرَارِ الْآخَرِ عَلَى الرَّدَّةِ؛ لِأَنَّهُ مُتَأَنٍّ كَابْتِدَائِهَا) عَلَى مَا تَقَدَّمَ؛ ثُمَّ إِنَّ كَانَتِ الْمَرْأَةُ هِيَ الَّتِي أَسْلَمَتْ قَبْلَ الدُّخُولِ بِهَا فَلَهَا نِصْفُ الْمَهْرِ عِنْدَنَا، وَإِنْ كَانَ الزَّوْجُ فَلَا شَيْءَ لَهَا؛ لِأَنَّ الْفُرْقَةَ جَاءَتْ مِنْ جَانِبِهَا بِالْإِصْرَارِ عَلَى الرَّدَّةِ فَإِنَّ الْإِصْرَارَ بَعْدَ إِسْلَامِ الْآخَرِ كإِشْءِ الرَّدَّةِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

بَابُ الْقَسَمِ

وَإِذَا كَانَ لِلرَّجُلِ امْرَأَتَانِ حُرَّتَانِ فَعَلَيْهِ أَنْ يَعْدِلَ بَيْنَهُمَا فِي الْقَسَمِ بِكَرَيْنٍ كَانَتَا أَوْ ثَلَاثِينَ أَوْ إِحْدَاهُمَا بَكْرًا وَالْأُخْرَى ثَيِّبًا) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «مَنْ كَانَتْ لَهُ امْرَأَتَانِ وَمَالَ إِلَى إِحْدَاهُمَا فِي الْقَسَمِ جَاءَ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَشِقُّهُ مَائِلٌ»^(١) وَعَنْ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا «أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ كَانَ يَعْدِلُ فِي الْقَسَمِ بَيْنَ نِسَائِهِ. وَكَانَ يَقُولُ: اللَّهُمَّ هَذَا قَسَمِي فِيمَا أَمْلِكُ فَلَا تُؤَاخِذْنِي فِيمَا لَا أَمْلِكُ»^(٢) يَعْنِي زِيَادَةَ الْمَحَبَّةِ وَلَا فَصْلَ فِيمَا رَوَيْنَا. وَالْقَدِيمَةُ وَالْجَدِيدَةُ سَوَاءٌ لِإِطْلَاقِ مَا رَوَيْنَا، وَلَأَنَّ الْقَسَمَ مِنْ حُقُوقِ النِّكَاحِ وَلَا

(١) أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ (٢١٣٣)، وَالتِّرْمِذِيُّ (١١٤١)، وَالنَّسَائِيُّ فِي الْكِبَرِيِّ (٨٨٩٠)، وَابْنُ مَاجَةَ (١٩٦٩)، وَأَحْمَدُ (٢٩٥/٢، ٣٤٥، ٤٧١) عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ.

وَأَخْرَجَهُ أَبُو نَعِيمٍ فِي تَارِيخِ أَصْبَهَانَ عَنْ أَنَسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، انْظُرْ نَصْبَ الرَايَةِ (٢٨٢/٣).

(٢) أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ (٢١٣٤)، وَالتِّرْمِذِيُّ (١١٤٠)، وَالنَّسَائِيُّ فِي الْكِبَرِيِّ (٨٨٩١)، وَابْنُ مَاجَةَ (١٩٧١)، وَأَحْمَدُ (١٤٤/٦) عَنْ عَائِشَةَ، وَانْظُرْ نَصْبَ الرَايَةِ (٢٨٢/٣).

تَفَاوُتَ بَيْنَهُنَّ فِي ذَلِكَ، وَالْاِخْتِيَارُ فِي مِقْدَارِ الدَّوْرِ إِلَى الزَّوْجِ؛ لِأَنَّ الْمُسْتَحَقَّ هُوَ التَّسْوِيَةُ
دُونَ طَرِيقِهِ.

الشرح:

(بَابُ الْقِسْمِ): كَانَ لِلرَّجُلِ امْرَأَتَانِ حُرَّتَانِ لَمَّا ذَكَرَ جَوَازَ عَدَدٍ مِنَ النِّسَاءِ لَمْ
يَكُنْ بُدٌّ مِنْ بَيَانِ الْعَدْلِ الْوَارِدِ مِنَ الشَّارِعِ فِي حَقِّهِنَّ فِي بَابِ عَلَى حِدَةٍ، لَكِنَّ اعْتِرَاضَ
مَا هُوَ أَهَمُّ بِالذِّكْرِ مِنْ بَيَانِ جَوَازِ النِّكَاحِ وَعَدَمِهِ الرَّاجِعِينَ إِلَى أَمْرِ الْفُرُوجِ وَغَيْرِهِمَا
أَوْجَبَ تَأْخِيرَهُ. وَالْقِسْمُ بَفَتْحِ الْقَافِ مَصْدَرٌ، قَسَمَ الْقِسَامُ الْمَالَ بَيْنَ الشُّرَكَاءِ: فَرَّقَهُ
بَيْنَهُمْ وَعَيَّنَ أَنْصِبَاءَهُمْ، وَمِنْهُ الْقِسْمُ بَيْنَ النِّسَاءِ، وَقَدْ وَقَعَ فِي أَكْثَرِ النُّسخِ.

(وَإِذَا كَانَ لِلرَّجُلِ امْرَأَتَانِ) بِتَذْكِيرٍ كَانَ مَعَ إِسْنَادِهِ إِلَى الْمُؤَثِّ الْحَقِيقِيِّ لَوْفُوعِ
الْفَصْلِ كَمَا فِي قَوْلِكَ حَضَرَ الْقَاضِي الْيَوْمَ امْرَأَةً، وَكَلَامُهُ وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ: (وَلَا فَضْلَ
فِيمَا رَوَيْنَا) يَعْنِي بَيْنَ الْبِكْرِ وَالثَّيِّبِ، (وَالْقَدِيمَةِ وَالْجَدِيدَةِ سَوَاءٌ لِإِطْلَاقِ مَا رَوَيْنَا) مِنْ غَيْرِ
تَفْرِيقٍ بَيْنَ الْجَدِيدَةِ وَالْقَدِيمَةِ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: إِنْ كَانَتْ الْجَدِيدَةُ بَكْرًا يَفْضُلُهَا بِسَبْعِ لَيَالٍ
وَإِنْ كَانَتْ ثَيِّبًا فَبَثَلَتْ، ثُمَّ التَّسْوِيَةُ بَعْدَ ذَلِكَ لِحَدِيثِ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ
«تُفْضَلُ الْبِكْرُ بِسَبْعِ وَالثَّيِّبُ بِثَلَاثٍ».

وَالْحَاصِلُ أَنَّ الْاِخْتِلَافَ فِي مَوْضِعَيْنِ: فِي الْفَرْقِ بَيْنَ الْبِكْرِ وَالثَّيِّبِ، وَفِي تَفْضِيلِ
الْجَدِيدَةِ عَلَى الْقَدِيمَةِ، فَتَنَى الْمُصَنِّفُ الْأَوَّلُ بِقَوْلِهِ: وَلَا فَضْلَ فِيمَا رَوَيْنَا، وَالثَّانِي بِقَوْلِهِ:
لِإِطْلَاقِ مَا رَوَيْنَا، وَمَا رَوَاهُ مَحْمُولٌ عَلَى التَّفْضِيلِ بِالْبُدْءِ دُونَ الزِّيَادَةِ كَمَا ذَكَرَ فِي
حَدِيثِ أُمِّ سَلَمَةَ أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ قَالَ «إِنْ شِئْتَ سَبْعَتْ لَكَ وَسَبْعَتْ لِهُنَّ»^(١)
وَنَحْنُ نَقُولُ لِلزَّوْجِ أَنْ يَتَدَيَّ بِالْجَدِيدَةِ، وَلَكِنْ بِشَرْطِ أَنْ يُسَوِّيَ بَيْنَهُمَا.

(وَلِأَنَّ الْقِسْمَ مِنْ حُقُوقِ النِّكَاحِ) كَالْتَّفَقَةِ، وَلَا تَفَاوُتَ فِي ذَلِكَ بَيْنَ الْبِكْرِ
وَالثَّيِّبِ وَالْجَدِيدَةِ وَالْقَدِيمَةِ، كَمَا لَا تَفَاوُتَ بَيْنَ الْمُسْلِمَةِ وَالْكَنَانِيَّةِ وَالْبَالِغَةِ وَالْمَرَاهِقَةِ
وَالْمَجْنُونَةِ وَالْعَاقِلَةِ وَالْمَرِيضَةِ وَالصَّحِيحَةِ لِلْمُسَاوَاةِ بَيْنَهُنَّ فِي سَبَبِ هَذَا الْحَقِّ وَهُوَ الْحُلُّ
الثَّابِتُ بِالنِّكَاحِ، وَكَذَلِكَ فِي طَرَفِ الرَّجُلِ الْمَجْنُوبِ وَالْخَصِيِّ وَالْعَيْنِ وَالْغُلَامِ الَّذِي لَمْ
يَحْتَلَمْ إِذَا دَخَلَ بِامْرَأَتِهِ يَجِبُ عَلَيْهِمُ الْقِسْمُ. وَقَوْلُهُ: (وَالْاِخْتِيَارُ فِي مِقْدَارِ الدَّوْرِ

للزَّوجِ ظَاهِرٌ.

وَالْتَسْوِيَةُ الْمُسْتَحَقَّةُ فِي الْبَيْتُوتَةِ لَا فِي الْمَجَامَعَةِ؛ لِأَنَّهَا تُبْتَنَى عَلَى النِّشَاطِ.
وَإِنْ كَانَتْ إِحْدَاهُمَا حُرَّةً وَالْأُخْرَى أَمَةً فَلِلْحُرَّةِ الثَّلَاثَانِ مِنَ الْقِسْمِ وَلِلْأَمَةِ الثَّلَاثُ
بِذَلِكَ وَرَدَ الْأَثَرُ، وَلَأنَّ حِلَّ الْأَمَةِ أَنْقَصُ مِنْ حِلِّ الْحُرَّةِ فَلَا بُدَّ مِنْ إظهارِ النُّقْصَانِ فِي
الْحُقُوقِ. وَالْمُكَاتَبَةُ وَالْمُدَبَّرَةُ وَأُمُّ الْوَلَدِ بِمَنْزِلَةِ الْأَمَةِ؛ لِأَنَّ الرِّقَّ فِيهِنَّ قَائِمٌ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (بِذَلِكَ وَرَدَ الْأَثَرُ) يَعْنِي مَا رَوَى عَنْ عَلِيٍّ أَنَّهُ قَالَ: «لِلْحُرَّةِ ثُلَاثَانِ مِنَ
الْقِسْمِ وَلِلْأَمَةِ الثَّلَاثُ»، وَلَمْ يُرَوْ عَنْ أَحَدٍ خِلَافَهُ فَحَلَّ مَحَلَّ الإِجْمَاعِ. وَقَوْلُهُ: (وَلَأنَّ
حِلَّ الْأَمَةِ أَنْقَصُ مِنْ حِلِّ الْحُرَّةِ) يَدُلُّ عَلَيْهِ أَنَّهُ لَا يَحِلُّ نِكَاحُهَا مَعَ الْحُرَّةِ وَلَا بَعْدَهَا
وَإِنَّمَا يَحِلُّ قَبْلَهَا وَمَوْضِعُهُ أَصُولُ الْفَقْهِ، (فَلَا بُدَّ مِنْ إظهارِ النُّقْصَانِ فِي الْحُقُوقِ)؛ لِأَنَّ
الْحُكْمَ يَبْتَدِئُ بِدَلِيلِهِ، (وَالْمُكَاتَبَةُ وَالْمُدَبَّرَةُ وَأُمُّ الْوَلَدِ بِمَنْزِلَةِ الْأَمَةِ؛ لِأَنَّ الرِّقَّ فِيهِنَّ
قَائِمٌ) فَيَكُونُ لِهِنَّ الثَّلَاثُ مِنَ الْقِسْمِ كَالْأَمَةِ.

قَالَ (وَلَا حَقَّ لِهِنَّ فِي الْقِسْمِ حَالَتِ السَّفَرِ فَيُسَافِرُ الزَّوْجُ بِمَنْ شَاءَ مِنْهُنَّ، وَالْأُولَى
أَنْ يَقَرَعَ بَيْنَهُنَّ فَيُسَافِرُ بِمَنْ خَرَجَتْ فِرْعَتُهَا) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: الْقُرْعَةُ مُسْتَحَقَّةٌ، لِمَا رَوَى
«أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ كَانَ إِذَا أَرَادَ سَفَرًا أَقْرَعَ بَيْنَ نِسَائِهِ»^(١) إِلَّا أَنَا نَقُولُ: إِنَّ
الْقُرْعَةَ لِتَطْيِيبِ قُلُوبِهِنَّ فَيَكُونُ مِنْ بَابِ الْإِسْتِحْبَابِ، وَهَذَا؛ لِأَنَّهُ لَا حَقَّ لِلْمَرْأَةِ عِنْدَ
مُسَافَرَةِ الزَّوْجِ؛ أَلَا يَرَى أَنَّ لَهُ أَنْ لَا يَسْتَصْحِبَ وَاحِدَةً مِنْهُنَّ فَكَذَا لَهُ أَنْ يُسَافِرَ بِوَاحِدَةٍ
مِنْهُنَّ وَلَا يُحْتَسَبُ عَلَيْهِ بِتِلْكَ الْمُدَّةِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَلَا حَقَّ لِهِنَّ فِي الْقِسْمِ حَالَتِ السَّفَرِ) هَذَا الْكَلَامُ يَشْتَمِلُ عَلَى ثَلَاثِ
مَسَائِلَ: إِحْدَاهَا أَنَّ الْقُرْعَةَ مُسْتَحَبَّةٌ عِنْدَنَا وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ مُسْتَحَقَّةٌ، وَالثَّانِيَةُ أَنَّهُ إِذَا سَافَرَ
بِوَاحِدَةٍ مِنْ غَيْرِ قُرْعَةٍ ثُمَّ رَجَعَ هَلْ لِلْبَاقِيَّاتِ أَنْ يَحْتَسِبْنَ تِلْكَ الْمُدَّةَ أَوْ لَا؟ عِنْدَنَا لَيْسَ

(١) أخرجه البخاري في الهبة باب ١٥، والجهاد باب ٦٤، والشهادات باب ١٥، ٣٠، والمغازي
باب ٣٤، وتفسير سورة ٢٤ باب ٦، والنكاح باب ٩٧، ومسلم (٣٨، ٥٦، ٨٨)، وانظر
نصب الراية (٢٨٣/٣).

لَمْ يَنْ دَلَّكَ خِلَافًا لَهُ، وَهَذِهِ بِنَاءٌ عَلَى الْأُولَى؛ لِأَنَّ الْإِقْرَاعَ إِذَا كَانَ مُسْتَحَقًّا وَلَمْ يَفْعَلْهُ كَانَتْ مُدَّةُ سَفَرِهِ نَوْبَةً الَّتِي كَانَتْ مَعَهُ، فَيَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ عِنْدَ الْأُخْرَى مِثْلُ ذَلِكَ لِيَتَحَقَّقَ الْعَدْلُ.

وَلَكِنَّا نَقُولُ: وَجُوبُ التَّسْوِيَةِ فِي وَقْتِ اسْتِحْقَاقِ الْقَسَمِ عَلَيْهِ وَفِي حَالَةِ السَّفَرِ لَيْسَ بِمُسْتَحَقٍّ فَلَا تَجِبُ التَّسْوِيَةُ فَلَا تَكُونُ تِلْكَ الْمُدَّةُ مُحْسُوبَةً مِنْ نَوْبَتِهَا. وَالثَّلَاثَةُ أَنَّ بَعْضَهُنَّ إِنْ رَضِيَتْ بِتَرْكِ قَسَمِهَا لِصَاحِبَتِهَا جَازَ، وَإِنْ رَجَعَتْ فِي ذَلِكَ فَكَذَلِكَ وَكَلَامُهُ وَاضِحٌ.

(وَإِنْ رَضِيَتْ إِحْدَى الزَّوْجَاتِ بِتَرْكِ قَسَمِهَا لِصَاحِبَتِهَا جَازَ)؛ «لَأَنَّ سَوْدَةَ بِنْتَ زَمْعَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا سَأَلَتْ رَسُولَ اللَّهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَنْ يُرَاجِعَهَا وَتَجْعَلَ يَوْمَ نَوْبَتِهَا لِعَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا»^(١) (وَلَهَا أَنْ تَرْجِعَ فِي ذَلِكَ)؛ لِأَنَّهَا أَسْقَطَتْ حَقًّا لَمْ يَجِبْ بَعْدَ فَلَا يَسْقُطُ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (لَأَنَّهَا أَسْقَطَتْ حَقًّا لَمْ يَجِبْ بَعْدَ فَلَا يَسْقُطُ) تَوْضِيحُهُ أَنَّ الْإِسْقَاطَ إِنَّمَا يَكُونُ فِي الْقَائِمِ؛ لِأَنَّ مَا لَيْسَ كَذَلِكَ كَانَ الرُّجُوعُ عَنْهُ امْتِنَاعًا لَا إِسْقَاطًا فَكَانَ بِمَنْزِلَةِ الْعَارِيَّةِ، وَلِلْمُعِيرِ أَنْ يَرْجِعَ مَتَى شَاءَ لَمَّا قُلْنَا فَكَذَا هَذَا، وَاللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ.

(١) أخرجه البخاري (٢٥٩٣)، ومسلم (٤٧) كلاهما عن عائشة، بمعناه.

كتاب الرضاع

قَالَ (قَلِيلُ الرُّضَاعِ وَكَثِيرُهُ سَوَاءٌ إِذَا حَصَلَ فِي مُدَّةِ الرُّضَاعِ تَعَلَّقَ بِهِ التَّحْرِيمُ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَا يَثْبُتُ التَّحْرِيمُ إِلَّا بِخَمْسِ رَضَعَاتٍ، لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «لَا تُحَرِّمُ الْمَصَّةُ وَلَا الْمِصَّتَانِ وَلَا الْإِمْلَاجَةُ وَلَا الْإِمْلَاجَتَانِ»^(١). وَلَنَا قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿وَأُمَهَّتُكُمْ أَلَنِي أَرْضَعْنَكُمْ﴾ الْآيَةُ وَقَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «يَحْرُمُ مِنَ الرُّضَاعِ مَا يَحْرُمُ مِنَ النَّسَبِ»^(٢) مِنْ غَيْرِ فَصْلٍ، وَلَأَنَ الْحُرْمَةَ وَإِنْ كَانَتْ لَشِبْهَةِ الْبَعْضِيَّةِ الثَّابِتَةِ بِنُشُوءِ الْعَظْمِ وَإِنْبَاتِ اللَّحْمِ لَكِنَّهُ أَمْرٌ مُبْطِنٌ فَتَعَلَّقَ الْحُكْمُ بِفِعْلِ الْإِرْضَاعِ، وَمَا رَوَاهُ مَرْدُودٌ بِالْكِتَابِ أَوْ مَنْسُوخٌ بِهِ، وَيَتَبَغَّى أَنْ يَكُونَ فِي مُدَّةِ الرُّضَاعِ لَمَّا تُبَيَّنْ.

الشرح:

(كِتَابُ الرُّضَاعِ): لَمْ يَذْكُرْ عَامَّةَ مَسَائِلِ الرُّضَاعِ فِي فَصْلِ الْمَحْرَمَاتِ وَأَتَى بِكِتَابٍ لَهُ عَلَى حِدَةٍ لَمَّا أَنَّ لَهُ أَحْكَامًا جَمَّةً مَخْصُوصَةً بِهِ لَا يُشَارِكُهُ فِيهَا غَيْرُهُ. وَسَبَبُ الْحُرْمَةِ بِالرُّضَاعِ الْجُزْئِيَّةُ بِنُشُورِ الْعَظْمِ وَإِنْبَاتِ اللَّحْمِ كَالْجُزْئِيَّةِ بِالْإِعْلَاقِ فِي حُرْمَةِ الْمَصَاهِرَةِ، وَكَمَا أَنَّ الْإِعْلَاقَ أَمْرٌ خَفِيٌّ وَلَهُ سَبَبٌ ظَاهِرٌ أَقِيمَ مَقَامَهُ وَهُوَ الْوِطْءُ، كَذَلِكَ نُشُورُ الْعَظْمِ وَإِنْبَاتُ اللَّحْمِ أَمْرٌ خَفِيٌّ وَلَهُ سَبَبٌ ظَاهِرٌ وَهُوَ الْإِرْضَاعُ فَأَقِيمَ مَقَامَهُ. وَالرُّضَاعُ يَفْتَحُ الرَّاءَ وَهُوَ الْأَصْلُ وَبِكُسْرِهَا وَهُوَ لَعَةٌ فِيهِ مَصُّ اللَّبَنِ مِنَ الثَّدْيِ. وَفِي الشَّرِيعَةِ عِبَارَةٌ عَنْ مَصِّ شَخْصٍ مَخْصُوصٍ، وَهُوَ أَنْ يَكُونَ صَبِيًّا رَضِيعًا مِنْ ثَدْيٍ مَخْصُوصٍ وَهُوَ ثَدْيُ الْأَدَمِيَّةِ فِي وَقْتٍ مَخْصُوصٍ عَلَى مَا تَذَكَّرُ بَعْدُ (وَقَلِيلُ الرُّضَاعِ وَكَثِيرُهُ إِذَا حَصَلَ فِي مُدَّةِ الرُّضَاعِ تَعَلَّقَ بِهِ التَّحْرِيمُ) عِنْدَنَا. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا يَثْبُتُ الرُّضَاعُ إِلَّا بِخَمْسِ رَضَعَاتٍ يَكْتَفِي الصَّبِيُّ بِكُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهَا. لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «لَا تُحَرِّمُ الْمَصَّةُ وَلَا الْمِصَّتَانِ وَلَا الْإِمْلَاجَةُ وَلَا الْإِمْلَاجَتَانِ» وَالْمَصَّةُ فِعْلُ الرُّضِيعِ وَالْإِمْلَاجَةُ فِعْلُ الْمُرْضِعِ وَهُوَ الْإِرْضَاعُ.

(١) أخرجه مسلم مفرقا في حديثين فروى صدره من حديث عائشة (١٧) ومن حديث أم الفضل (٢٠)، وروى باقيه من حديث أم الفضل (١٨). ورواه حديثنا واحدا ابن حبان (٤٢٢٦) عن

الزبير بن العوام.

(٢) سبق تخريجه أول كتاب النكاح.

وَوَجْهَ الاستِدْلَالِ بِهِ أَنَّهُ يَدُلُّ عَلَى أَنَّ الْقَلِيلَ مِنْهُ غَيْرُ مُحَرَّمٍ، وَإِنَّمَا أَنْ يَكُونَ مُنْحَصَرًا فِي خَمْسٍ مُشْبِعَاتٍ فَلَيْسَ لَهُ دَلَالَةٌ عَلَى ذَلِكَ لَكِنْ لَمَّا انْتَفَى بِهِ مَذْهَبُ خَصْمِهِ ثَبَتَ مَذْهَبُهُ لَعَدَمِ الْقَائِلِ بِالْفَصْلِ، وَفِيهِ نَظَرٌ؛ لِأَنَّ مِنْ أَصْحَابِ الظَّوَاهِرِ مَنْ يَقُولُ بِثَلَاثِ رَضَعَاتٍ مُشْبِعَاتٍ، وَلَوْ تَمَسَّكَ بِحَدِيثِ عَائِشَةَ «كَانَ فِيمَا أُنْزِلَ عَشْرُ رَضَعَاتٍ مَعْلُومَاتٍ يُحَرِّمْنَ فَتُسَخَّنَ بِخَمْسٍ رَضَعَاتٍ مَعْلُومَاتٍ يُحَرِّمْنَ، وَكَانَ ذَلِكَ مِمَّا يُتْلَى بَعْدَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ» كَانَ أَدْلُ عَلَى الْمَطْلُوبِ.

لَكِنْ قَوْلَهَا مِمَّا يُتْلَى بَعْدَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ يُضَعِّفُهُ؛ لِأَنَّهُ لَا نَسْخَ بَعْدَهُ، وَلَنَا قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿وَأُمَهِّتُكُمْ أَلَّتِي أَرْضَعْنَكُمْ﴾ [النساء: ٢٣] وَقَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «يُحَرِّمُ مِنَ الرِّضَاعِ مَا يُحَرِّمُ مِنَ النَّسَبِ» مِنْ غَيْرِ فَصْلٍ: يَعْنِي فِي الْكِتَابِ وَالسُّنَّةِ، وَالزِّيَادَةُ عَلَى الْكِتَابِ بِخَبَرِ الْوَاحِدِ لَا تَجُوزُ عَلَى مَا مَرَّ (قَوْلُهُ: وَلِأَنَّ الْحُرْمَةَ وَإِنْ كَانَتْ لَشُبْهَةِ الْبَعْضِيَّةِ) دَلِيلٌ مَعْقُولٌ يَتَضَمَّنُ جَوَابَ: سُؤَالَ مُقَدِّرٍ تَقْدِيرُهُ: تَحْرِيمُ الرِّضَاعِ بِاعْتِبَارِ إِثْثَارِ الْعَظْمِ وَإِثْبَاتِ اللَّحْمِ وَلَيْسَ ذَلِكَ فِي الْقَلِيلِ. وَتَقْرِيرُ الْجَوَابِ الْحُرْمَةُ، وَإِنْ كَانَتْ لَشُبْهَةِ الْبَعْضِيَّةِ الثَّابِتَةِ بِشُورِ الْعَظْمِ وَإِثْبَاتِ اللَّحْمِ، لَكِنَّهُ أَمْرٌ مُبْطِنٌ فَتَعَلَّقَ الْحُكْمُ بِفِعْلِ الْإِرْضَاعِ.

وَقَوْلُهُ: (وَمَا رَوَاهُ) جَوَابٌ عَنْ اسْتِدْلَالِ الْخَصْمِ بِأَنَّ مَا رَوَيْتُمْ إِنَّمَا مَرْدُودٌ بِالْكِتَابِ؛ لِأَنَّ الْعَمَلَ بِهِ أَقْوَى عَلَى تَقْدِيرِ أَنْ يَكُونَ الْكِتَابُ قَبْلَهُ أَوْ مُسَوِّخٌ إِنْ كَانَ بَعْدَهُ. وَالْإِنْشَاءُ بِالرَّاءِ: الْإِحْيَاءُ، وَفِي التَّنْزِيلِ ﴿ثُمَّ إِذَا شَاءَ أَنْشَرَهُ﴾ [عبس: ٢٢] وَمِنْهُ «لَا رِضَاعَ إِلَّا مَا أُنْشِرَ الْعَظْمُ وَأُثْبِتَ اللَّحْمُ» أَيُّ قَوَاهُ وَشَدَّةُ كَأَنَّهُ أَحْيَاهُ، وَيُرْوَى بِالزَّيِّ كَذَا فِي الْمَغْرِبِ. قَوْلُهُ: (وَيَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ فِي مُدَّةِ الرِّضَاعِ) ظَاهِرٌ.

(ثُمَّ مُدَّةُ الرِّضَاعِ ثَلَاثُونَ شَهْرًا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ، وَقَالَا سَنَّتَانِ) وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ. وَقَالَ زُفَرٌ: ثَلَاثَةُ أَحْوَالٍ؛ لِأَنَّ الْحَوْلَ حَسَنٌ لِلتَّحْوِيلِ مِنْ حَالٍ إِلَى حَالٍ، وَلَا بُدَّ مِنَ الزِّيَادَةِ عَلَى الْحَوْلَيْنِ لَمَّا ثَبُتَ فَيَقْدَرُ بِهِ. وَلَهُمَا قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿وَحَمَلُهُ وَفَصْلُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا﴾ [الأحقاف: ١٥] وَمُدَّةُ الْحَمْلِ أَدْنَاهَا سِتَّةُ أَشْهُرٍ فَبَقِيَ لِلْفَصَالِ حَوْلَانِ. وَقَالَ النَّبِيُّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «لَا رِضَاعَ بَعْدَ حَوْلَيْنِ» ^(١) وَلَهُ هَذِهِ الْآيَةُ. وَوَجْهُهُ أَنَّهُ تَعَالَى

(١) أخرجه الدارقطني (٧٤/٤)، والبيهقي في الكبرى (٧٦١/٧) عن ابن عباس بلفظ: «لا رضاع

إلا ما كان في الحولين»، وانظر نصب الراية (٢٨٦/٣).

ذَكَرَ شَيْئَيْنِ وَضَرَبَ لَهُمَا مُدَّةً فَكَانَتْ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِكَمَالِهَا كَالْأَجَلِ الْمَضْرُوبِ لِلدَّيْنَيْنِ، إِلَّا أَنَّهُ قَامَ الْمُنْقِصُ فِي أَحَدِهِمَا فَبَقِيَ فِي الثَّانِي عَلَى ظَاهِرِهِ، وَلَئِنَّهُ لَا بُدَّ مِنْ تَغْيِيرِ الْغِذَاءِ لِيَنْقَطِعَ الْإِنْبَاتُ بِاللَّبَنِ وَذَلِكَ بِزِيَادَةِ مُدَّةِ يَتَعَوَّدُ الصَّبِيُّ فِيهَا غَيْرُهُ فَقُدِّرَتْ بِأَدْنَى مُدَّةِ الْحَمْلِ؛ لِأَنَّهَا مُغْيِرَةٌ، فَإِنَّ غِذَاءَ الْجَنِينِ يُغَايِرُ غِذَاءَ الرُّضِيعِ كَمَا يُغَايِرُ غِذَاءَ الْفُطِيمِ، وَالْحَدِيثُ مَحْمُولٌ عَلَى مُدَّةِ الْاسْتِحْقَاقِ، وَعَلَيْهِ يُحْمَلُ النَّصُّ الْمُقَيَّدُ بِحَوْلَيْنِ فِي الْكِتَابِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (لَأَنَّ الْحَوْلَ حَسَنٌ لِلتَّحَوُّلِ مِنْ حَالٍ إِلَى حَالٍ) بِاعْتِبَارِ حَوْلَانِ الْحَوْلِ الْمَوْجِبِ لِتَغْيِيرِ الطَّبَاعِ، وَلَا بُدَّ مِنَ الزِّيَادَةِ عَلَى الْحَوْلَيْنِ لِمَا تَبَيَّنَ: يَعْني فِي وَجْهِ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ: فَتَقْدَرُ، أَيُّ: الزِّيَادَةُ بِهِ: أَيُّ بِالْحَوْلِ. وَلَهُمَا قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿وَحَمَلُهُ وَفَصْلُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا﴾ [الأحقاف: ١٥] وَوَجْهُ الاستِدْلَالِ مَا ذَكَرَهُ أَنَّهُ جَعَلَ مُدَّةَ الْحَمْلِ وَالْفِصَالِ ثَلَاثِينَ شَهْرًا، وَمُدَّةَ الْحَمْلِ أَدْنَاهَا سِتَّةَ أَشْهُرٍ فَبَقِيَ لِلْفِصَالِ حَوْلَانِ.

وَقَوْلُهُ: (عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «لَا رِضَاعَ بَعْدَ حَوْلَيْنِ» وَلَأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ هَذِهِ الْآيَةُ) يَعْني: قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿وَحَمَلُهُ وَفَصْلُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا﴾ (وَوَجْهُهُ مَا ذَكَرَهُ أَنَّ اللَّهَ تَعَالَى ذَكَرَ شَيْئَيْنِ يَعْني الْحَمْلَ وَالْفِصَالِ، (وَضَرَبَ لَهُمَا مُدَّةً) وَهُوَ قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿ثَلَاثُونَ شَهْرًا﴾ وَكُلُّ مَا كَانَ كَذَلِكَ كَانَتْ الْمُدَّةُ لِكُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا بِكَمَالِهَا كَمَا فِي الْأَجَلِ الْمَضْرُوبِ لِلدَّيْنَيْنِ مِثْلُ أَنْ يَقُولَ: لِفُلَانٍ عَلَى أَلْفٍ دِرْهَمٍ وَخَمْسَةَ أَفْغَزَةٍ حِنْطَةٍ إِلَى شَهْرَيْنِ، يَكُونُ الشَّهْرَانِ أَجَلًا لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الدَّيْنَيْنِ بِكَمَالِهِ إِلَّا أَنَّهُ قَامَ الْمُنْقِصُ فِي أَحَدِهِمَا: يَعْني الْحَمْلَ وَهُوَ حَدِيثُ عَائِشَةَ: «الْوَلَدُ لَا يَبْقَى فِي بَطْنِ أُمِّهِ أَكْثَرَ مِنْ سَنَتَيْنِ وَلَوْ بِفَلَكَ مِعْزَلٍ». فَإِنْ قُلْتَ: هَذَا الْمُنْقِصُ عَلَى تَقْدِيرِ كَوْنِهِ حَدِيثًا يَلْزَمُ بِهِ تَغْيِيرُ الْكِتَابِ وَهُوَ لَا يَجُوزُ. أَجِيبَ بِأَنَّ الْكِتَابَ مُؤَوَّلٌ.

فَإِنَّ عَامَّةَ أَهْلِ التَّفْسِيرِ جَعَلُوا الْأَجَلَ الْمَضْرُوبَ لِلدَّيْنَيْنِ مُتَوَزَّعًا عَلَيْهِمَا، فَلَمْ يَكُنْ دَلَالَةُ الْكِتَابِ عَلَى مَا اسْتَدَلَّ بِهِ الْمُصَنِّفُ قَطْعِيَّةً، وَيُؤَيِّدُهُ مَا رُوِيَ أَنَّ رَجُلًا تَزَوَّجَ امْرَأَةً فَوَلَدَتْ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ، فَجِيءَ بِهَا إِلَى عُثْمَانَ فَشَاوَرَ فِي رَجْمِهَا.

فَقَالَ ابْنُ عَبَّاسٍ: إِنَّ خَاصِمَتَكُمْ بِكِتَابِ اللَّهِ خَصِمَتُكُمْ، قَالُوا كَيْفَ؟ قَالَ: إِنَّ اللَّهَ تَعَالَى يَقُولُ ﴿وَحَمَلُهُ وَفَصْلُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا﴾ [الأحقاف: ١٥]، وَقَالَ ﴿وَالْوَالِدَاتُ

يُرْضَعْنَ أَوْلَدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ﴿ [البقرة: ٢٣٣] فَحَمْلُهُ سِتَّةَ أَشْهُرٍ وَفَصَالُهُ حَوْلَانِ، فَتَرَكَهَا. وَإِذَا لَمْ تَكُنْ دَلَالَتُهَا عَلَى ذَلِكَ كَذَلِكَ لَمْ يَلْزَمْ التَّغْيِيرُ، وَإِنَّمَا يَلْزَمُ إِثْبَاتُ مَسْأَلَةِ فَرْعِيَّةٍ بآيَةِ مُؤَوَّلَةٍ وَلَا بُعْدَ فِيهِ، وَلَآئِهْ لَا بُدَّ مِنْ تَغْيِيرِ الْغَذَاءِ لِيَنْقَطِعَ الْإِثْبَاتُ بِاللَّبَنِ وَيَحْصُلَ تَغْيِيرُ إِبْقَاءِ حَيَاتِهِ، وَذَلِكَ أَيْ: التَّغْيِيرُ بِزِيَادَةِ مُدَّةِ يَتَعَوَّدُ الصَّبِيُّ فِيهَا غَيْرَهُ؛ لِأَنَّ الْقَطْعَ عَنِ اللَّبَنِ دَفْعَةٌ مِنْ غَيْرِ أَنْ يَتَعَوَّدَ غَيْرَهُ مُهْلِكٌ، وَهَذَا هُوَ الَّذِي وَعَدَهُ الْمُصَنَّفُ لَزُفَرٍ لَكُنْهُ قَدْرُهُ بِسِتَّةِ كَمَا فِي الْعَيْنِ، وَقَدَّرْنَاهُ بِأَدْنَى مُدَّةِ الْحَمْلِ؛ لِأَنَّهَا مُغَيَّرَةٌ، فَإِنَّ غِذَاءَ الْجَنِينِ يُغَايِرُ غِذَاءَ الرُّضِيعِ، فَإِنَّ غِذَاءَ الْجَنِينِ كَانَ غِذَاءَ أُمِّهِ ثُمَّ صَارَ لَبَنًا خَالِصًا كَمَا أَنَّ غِذَاءَ الرُّضِيعِ يُغَايِرُ غِذَاءَ الْفَطِيمِ؛ لِأَنَّ غِذَاءَ الرُّضِيعِ اللَّبَنُ، وَغِذَاءُ الْفَطِيمِ اللَّبَنُ مَرَّةً وَالطَّعَامُ أُخْرَى؛ لِأَنَّهُ يُفْطَمُ تَدْرِيجًا، فَكَانَ الْحَاصِلُ أَنَّهُ لَا بُدَّ مِنْ تَغْيِيرِ الْغَذَاءِ، وَتَغْيِيرِ الْغَذَاءِ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ فَلَا بُدَّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ.

وَقَوْلُهُ: وَالْحَدِيثُ مَحْمُولٌ يَعْنِي قَوْلُهُ: عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «لَا رَضَاعَ بَعْدَ حَوْلَيْنِ» مَحْمُولٌ عَلَى مُدَّةِ الاسْتِحْقَاقِ، وَأَنَّهُمُ الْمُصَنَّفُ الاسْتِحْقَاقُ؛ لِأَنَّ بَعْضَهُمْ قَالَ: الْمُرَادُ مِنْ: لَا رَضَاعَ بَعْدَ حَوْلَيْنِ: لَا يَسْتَحِقُّ الْوَلَدُ الرُّضَاعَ بَعْدَ الْحَوْلَيْنِ.

وَقَالَ بَعْضُهُمْ: نَفْيُ اسْتِحْقَاقِ الْأُجْرَةِ، وَكَثِيرٌ مِنْهُمْ قَالُوا: إِنَّ مُدَّةَ الرُّضَاعِ فِي حَقِّ اسْتِحْقَاقِ الْأُجْرِ عَلَى الْأَبِ مُقَدَّرَةٌ بِحَوْلَيْنِ عِنْدَ الْكُلِّ حَتَّى لَا تَسْتَحِقَّ الْمُطْلَقَةُ أُجْرَةَ الرُّضَاعِ بَعْدَ الْحَوْلَيْنِ بِالْإِجْمَاعِ، وَهَذَا لِأَنَّ قَوْلَهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: "لَا رَضَاعَ" لِنَفْيِ الْجَنَسِ، وَعَيْنُهُ قَدْ تَوَجَّدَ بَعْدَ حَوْلَيْنِ، فَكَانَ عَدَمُ الْوُجُوبِ وَعَدَمُ الْجَوَازِ مُحْتَمَلَيْنِ فَلَمْ يَكُنْ حُجَّةً، وَعَلَيْهِ أَيْ: وَعَلَى الاسْتِحْقَاقِ يُحْمَلُ النَّصُّ الْمُقَيَّدُ بِحَوْلَيْنِ فِي الْكِتَابِ: يَعْنِي قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿ وَالْوَالِدَاتُ يُرْضَعْنَ أَوْلَدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ﴾ بِدَلِيلِ قَوْلِهِ تَعَالَى بَعْدَهُ ﴿ فَإِنْ أَرَادَا فِصَالًا عَنْ تَرَاضٍ ﴾ فَإِنَّهُ ذَكَرَ بِحَرْفِ الْفَاءِ مُعْلَقًا لَهُ بِالْتَّرَاضِيِّ، وَلَوْ كَانَ الرُّضَاعُ بَعْدَهُ حَرَامًا لَمْ يَعْلَقَ بِهِ؛ لِأَنَّهُ لَا أَثَرَ لِلرُّضَاعِ فِي إِزَالَةِ الْمُحَرَّمِ شَرْعًا.

قَالَ (وَإِذَا مَضَتْ مُدَّةُ الرُّضَاعِ لَمْ يَتَعَلَّقْ بِالرُّضَاعِ تَحْرِيمٌ) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «لَا رَضَاعَ بَعْدَ الْفِصَالِ» ^(١) وَلِأَنَّ الْحُرْمَةَ بِاعْتِبَارِ النُّشُوءِ وَذَلِكَ فِي الْمُدَّةِ إِذَ الْكَبِيرِ

(١) أَخْرَجَهُ الْبَيْهَقِيُّ فِي الْكِبَرِيِّ (٥٢٤/٧، ٧٥٩) عَنْ عَلِيٍّ. وَأَخْرَجَهُ الطَّيَالِسِيُّ (ص ٢٤٣) عَنْ جَابِرٍ، وَانْظُرْ نَصْبَ الرَّايَةِ (٢٨٨/٣).

لَا يَتَرَبَّى بِهِ، وَلَا يُعْتَبَرُ الْفِطَامُ قَبْلَ الْمُدَّةِ إِلَّا فِي رِوَايَةٍ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ إِذَا اسْتَعْنَى عَنْهُ. وَوَجْهُهُ انْقِطَاعُ النُّشْوءِ بِتَغْيِيرِ الْغِذَاءِ وَهَلْ يُبَاحُ الْإِرْضَاعُ بَعْدَ الْمُدَّةِ؟ فَقِيلَ لَا يُبَاحُ؛ لِأَنَّهُ إِبَاحَتُهُ ضَرُورِيَّةٌ لِكَوْنِهِ جُزْءَ الْأَدْمِيِّ.

الشرح:

(قَوْلُهُ: وَإِذَا مَضَتْ مُدَّةُ الرِّضَاعِ لَمْ يَتَعَلَّقْ بِالرِّضَاعِ تَحْرِيمٌ) سَوَاءً فُطِمَ أَوْ لَمْ يُفُطِمَ، وَإِذَا فُطِمَ قَبْلَهَا لَمْ يُعْتَبَرِ الْفِطَامُ إِلَّا فِي رِوَايَةٍ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ، حَتَّى لَوْ فُطِمَ صَبِيٌّ قَبْلَ الْحَوْلَيْنِ أَوْ قَبْلَ ثَلَاثِينَ شَهْرًا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ثُمَّ أَرْضَعَتْهُ امْرَأَةٌ بَلْ أَنْ تُمَضِّيَ عَلَيْهِ مُدَّةُ الرِّضَاعِ تَعَلَّقَ بِهِ التَّحْرِيمُ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ دُونَ رِوَايَةِ الْحَسَنِ إِذَا اسْتَعْنَى عَنْهُ، وَمَا فِي الْكِتَابِ ظَاهِرٌ، وَمَنْ النَّاسُ مِنْ سَوَّى بَيْنَ الصَّغِيرِ وَالْكَبِيرِ فِي حُرْمَةِ الرِّضَاعِ تَشْبِيْهًُا بِظَوَاهِرِ التَّصْصُصِ وَهُوَ فَاسِدٌ؛ لِأَنَّ الْمَذْكُورَ فِي ظَوَاهِرِ التَّصْصُصِ الرِّضَاعُ وَهُوَ يَقْتَضِي رَضِيْعًا لَا مَحَالَةَ وَالْكَبِيرُ لَا يُسَمَّى رَضِيْعًا.

رَوَى أَنَّ أَبَا مُوسَى الْأَشْعَرِيَّ سَأَلَ عَنْ رَضَاعِ الْكَبِيرِ فَأَوْجَبَ الْحُرْمَةَ، ثُمَّ أَتَوْا عَبْدَ اللَّهِ بْنَ مَسْعُودٍ فَسَأَلُوهُ عَنْ ذَلِكَ فَقَالَ: أَتَرَوْنَ هَذَا الْأَشْمَطَ رَضِيْعًا فِيكُمْ؟ فَلَمَّا بَلَغَ أَبَا مُوسَى قَالَ: لَا تَسْأَلُونِي عَنْ شَيْءٍ مَا دَامَ هَذَا الْحَبْرُ بَيْنَ أَظْهُرِكُمْ. وَقَدْ اتَّفَقَتْ الصَّحَابَةُ عَلَى هَذَا.

قَالَ (وَيَحْرُمُ مِنَ الرِّضَاعِ مَا يَحْرُمُ مِنَ النَّسَبِ) لِلْحَدِيثِ الَّذِي رَوَيْنَا (إِلَّا أُمُّ أُخْتِهِ مِنَ الرِّضَاعِ فَإِنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يَتَزَوَّجَهَا وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَتَزَوَّجَ أُمُّ أُخْتِهِ مِنَ النَّسَبِ)؛ لِأَنَّهَا تَكُونُ أُمُّهُ أَوْ مَوْطُوءَةُ أَبِيهِ، بِخِلَافِ الرِّضَاعِ، وَيَجُوزُ أَنْ يَتَزَوَّجَ أُخْتُ ابْنِهِ مِنَ الرِّضَاعِ، وَلَا يَجُوزُ ذَلِكَ مِنَ النَّسَبِ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَطِئْ أُمُّهَا حُرِّمَتْ عَلَيْهِ، وَلَمْ يُوْجَدْ هَذَا الْمَعْنَى فِي الرِّضَاعِ.

الشرح:

قَالَ: (وَيَحْرُمُ مِنَ الرِّضَاعِ مَا يَحْرُمُ مِنَ النَّسَبِ) لِمَا رَوَيْنَا مِنْ قَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: " يَحْرُمُ مِنَ الرِّضَاعِ مَا يَحْرُمُ مِنَ النَّسَبِ " إِلَّا صُورَتَيْنِ ذَكَرَهُمَا الْمُصَنِّفُ وَهُوَ وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ: (إِلَّا أُمُّ أُخْتِهِ مِنَ الرِّضَاعِ) جَازَ أَنْ يَتَعَلَّقَ بِالأُخْتِ مِثْلُ أَنْ يَكُونَ لِلرَّجُلِ أُخْتُ مِنَ الرِّضَاعَةِ وَلَهَا أُمُّ مِنَ النَّسَبِ، فَإِنَّهُ يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَ أُمُّ أُخْتِهِ الَّتِي كَانَتْ أُمُّهَا مِنَ النَّسَبِ، وَجَازَ أَنْ يَتَعَلَّقَ بِالأُمِّ مِثْلُ أَنْ يَكُونَ لَهُ أُخْتُ مِنَ النَّسَبِ وَلَهَا أُمُّ مِنَ

الرَّضَاعَةَ فَإِنَّهُ يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَ أُمُّ أُخْتِهِ الَّتِي كَانَتْ أُمُّهَا مِنَ الرِّضَاعَةِ، وَجَازَ أَنْ يَتَعَلَّقَ بِهِمَا جَمِيعًا، مِثْلُ أَنْ يَجْتَمَعَ الصَّبِيُّ وَالصَّبِيَّةُ الْأَجْنَبِيَّانِ عَلَى تَدْيِ امْرَأَةٍ وَاحِدَةٍ أَجْنَبِيَّةٍ وَلِلصَّبِيَّةِ أُمُّ أُخْرَى مِنَ الرِّضَاعَةِ فَإِنَّهُ يَجُوزُ لَذَلِكَ الصَّبِيِّ أَنْ يَتَزَوَّجَ أُمُّ أُخْتِهِ الَّتِي كَانَتْ الْأُمُّ مِنَ الرِّضَاعَةِ الَّتِي انْفَرَدَتْ بِهَا رَضِيعًا.

(وامرأة أبيه أو امرأة ابنه من الرضاع لا يجوز أن يتزوجها كما لا يجوز ذلك من النسب) لما روينا، وذكر الأصحاب في النص إسقاط اعتبار التبنّي على ما بيناه.

الشرح:

وقوله: لما روينا إشارة إلى قوله: عليه الصلاة والسلام «يَحْرُمُ مِنَ الرِّضَاعِ مَا يَحْرُمُ مِنَ النَّسَبِ» وقوله: (لإسقاط اعتبار التبنّي) فإن حليلة الابن المتبنّي كانت حراماً في الجاهليّة. فإن قيل: لم لا يجوز أن يكون لإسقاط حليلة ابن الرضاع أو لإسقاطهما جميعاً.

وما وجه ترجيح جانب حليلة الابن المتبنّي في الإسقاط؟ أجيب بأن حرمة حليلة ابن الرضاع ثابتة بالحديث المشهور وهو قوله عليه الصلاة والسلام «يَحْرُمُ مِنَ الرِّضَاعِ مَا يَحْرُمُ مِنَ النَّسَبِ» فحملناه على حليلة الابن المتبنّي لئلا يلزم التدافع بين موجب الكتاب والسنة المشهورة.

(ولبن الفحل يتعلّق به التحريم، وهو أن ترضع المرأة صبيّةً فتحرّم هذه الصبيّة على زوجها وعلى آباله وأبنائه ويصير الزوج الذي نزل لها منه اللبن أباً للمرضعة) وفي أحد قولي الشافعي: لبن الفحل لا يحرم لأن الحرمة لشبهة البعضية واللبن بعضها لا بعضه. ولنا ما روينا، والحرمة بالنسب من الجانبين فكذا بالرضاع.

وقال عليه الصلاة والسلام لعائشة رضي الله عنها: «ليك عليك أفلح فإنه عمك من الرضاعة»^(١) ولأنه سبب لنزول اللبن منها فيضاف إليه في موضع الحرمة احتياطاً (ويجوز أن يتزوج الرجل بأخت أخيه من الرضاع)؛ لأنه يجوز أن يتزوج بأخت أخيه من النسب وذلك مثل الأخ من الأب إذا كانت له أخت من أمه جاز لأخيه من أبيه أن يتزوجها.

(١) أخرجه البخاري في النكاح باب ١١٧، ومسلم (٧)، وانظر نصب الراية (٣/٢٨٩).

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَلَبِنُ الْفَحْلِ) مِنْ بَابِ إِضَافَةِ الشَّيْءِ إِلَى سَبَبِهِ؛ لِأَن سَبَبَ اللَّبَنِ إِنَّمَا هُوَ الْفَحْلُ وَكَلَامُهُ وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ: (عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لِعَائِشَةَ «لِيلَجَ عَلَيْكَ أَفْلَحُ فَإِنَّهُ عَمُّكَ مِنَ الرِّضَاعَةِ»)) دَلِيلٌ وَاضِحٌ عَلَى ذَلِكَ، فَإِنَّ عَائِشَةَ ارْتَضَعَتْ مِنْ أُمِّهِ أَبِي الْقُعَيْسِ وَكَانَ اسْمُ أَخِي أَبِي قُعَيْسٍ أَفْلَحُ، فَلَمَّا كَانَتْ تِلْكَ الْمَرْأَةُ أُمًّا لَهَا كَانَ زَوْجُهَا أَبَا لَهَا وَأَخُو الزَّوْجِ عَمًّا لَهَا لَا مَحَالَةَ، وَرَوِيَ أَنَّهَا «قَالَتْ: يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنَّ أَفْلَحَ أَخَا أَبِي الْقُعَيْسِ دَخَلَ عَلَيَّ وَأَنَا فِي ثِيَابِ فَضْلِ، فَقَالَ: لِيلَجَ عَلَيْكَ فَإِنَّهُ عَمُّكَ مِنَ الرِّضَاعَةِ، فَقَالَتْ: إِنَّمَا أَرْضَعْتَنِي الْمَرْأَةَ لَا الرَّجُلَ، فَقَالَ: عَمُّكَ مِنَ الرِّضَاعَةِ» وَذَلِكَ لَا يَكُونُ إِلَّا بِاعْتِبَارِ لَبَنِ الْفَحْلِ؛ وَلِأَنَّهُ سَبَبٌ لِنُزُولِ اللَّبَنِ مِنْهَا فَيُضَافُ إِلَيْهِ فِي مَوْضِعِ الْحُرْمَةِ اخْتِيَاطًا.

فَإِنْ قِيلَ: مَا قَامَ مَقَامَ الشَّيْءِ فِي إثْبَاتِ الْحُكْمِ إِمَّا أَنْ يَكُونَ مِثْلَ ذَلِكَ أَوْ دُونَهُ لَا مَحَالَةَ، وَهَاهُنَا لَوْ ارْتَضَعَ الصَّبِيُّ مِنْ تُنْدُوَةِ الرَّجُلِ نَفْسَهُ إِذَا نَزَلَ مِنْهُ اللَّبَنُ لَا يَثْبُتُ حُرْمَةُ الرِّضَاعِ، فَكَيْفَ يَثْبُتُ بِارْتِضَاعِ اللَّبَنِ بِسَبَبِهِ وَلَا يَثْبُتُ مِنَ اللَّبَنِ الْحَاصِلِ مِنْ نَفْسِهِ أَجِيبَ بِأَنَّ افْتِرَاقَ الْحُكْمِ لافْتِرَاقِ الْوَصْفِ، وَذَلِكَ لِأَنَّ الْمَعْنَى الَّذِي لِأَجْلِهِ يَثْبُتُ الْحُرْمَةُ بِسَبَبِ الرِّضَاعِ لَا يُوجَدُ فِي إِرْضَاعِ الرَّجُلِ، فَإِنَّ مَا يَنْزِلُ مِنْ تُنْدُوَةِ الرَّجُلِ لَا يَتَغَدَّى بِهِ الصَّبِيُّ وَلَا يَحْصُلُ بِهِ إِثْبَاتُ اللَّحْمِ، وَهُوَ نَظِيرُ وَطْءِ الْمَيْتَةِ فِي أَنَّهُ لَا يُوجِبُ حُرْمَةَ الْمُصَاهَرَةِ وَإِنْ كَانَ السَّبَبُ مُوْجُودًا، وَإِنَّمَا اخْتَارُوا هَذِهِ الْعِبَارَةَ وَهِيَ مُلَبَّسَةٌ فَإِنَّهَا تُوْهِمُ أَنَّ الْمُرَادَ بِهِ مَا يَنْزِلُ مِنْ تُنْدُوَتِهِ لِيُعْلَمَ أَنَّ الْمُرَادَ مَا يَنْزِلُ مِنَ الْمَرْأَةِ بِسَبَبِ الْوِلَادَةِ أَوْ الْحَمْلِ مِنْ زَوْجِهَا، حَتَّى لَوْ نَزَلَ لَهَا اللَّبَنُ بِدُونِهَا كَمَا يَنْزِلُ لِلْبِكْرِ كَانَ ذَلِكَ لَبَنَ الْمَرْأَةِ خَاصَّةً لَا لَبَنَ الْفَحْلِ وَإِنْ كَانَتْ تِلْكَ الْمَرْأَةُ تَحْتَ زَوْجِهَا.

وَلَيْسَ حِلُّ الْوَطْءِ فِي الْإِحْبَالِ شَرْطَ الْحُرْمَةِ حَتَّى لَوْ زَنَى بِامْرَأَةٍ فَوَلَدَتْ مِنْهُ فَأَرْضَعَتْ بِهَذَا اللَّبَنِ صَبِيَّةً كَانَ لَبَنُ الْفَحْلِ لَا يَحِلُّ لِلزَّانِي هَذَا أَنْ يَتَزَوَّجَ بِهَذِهِ الصَّبِيَّةِ وَلَا لِأَيِّهِ وَلَا لِابْنِهِ وَلَا لِأَبْنَاءِ أَوْلَادِهِ لَوْجُودِ الْبَعْضِيَّةِ بَيْنَ هَؤُلَاءِ وَبَيْنَ الزَّانِي. وَقَوْلُهُ: (وَيَجُوزُ أَنْ يَتَزَوَّجَ الرَّجُلُ) وَاضِحٌ.

(وَكُلُّ صَبِيٍّ اجْتَمَعَ عَلَى ثَدْيٍ وَاحِدَةٍ لَمْ يَجْزْ لِأَحَدِهِمَا أَنْ يَتَزَوَّجَ بِالْأُخْرَى هَذَا هُوَ الْأَصْلُ؛ لِأَنَّ أُمَّهُمَا وَاحِدَةٌ فَهُمَا أَخٌ وَأَخْتٌ (وَلَا يَتَزَوَّجُ الْمُرْضَعَةُ أَحَدٌ مِنْ وَلَدِ الْبَتِي

أَرْضَعَتْ؛ لِأَنَّهُ أَخُوهَا وَلَا وَلَدٌ وَلَدَهَا؛ لِأَنَّهُ وَلَدُ أَخِيهَا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَكُلُّ صَيِّتَيْنِ اجْتَمَعَا) غَلَبَ الصَّيِّ عَلَى الصَّيَّةِ كَمَا فِي الْقَمَرَيْنِ لِلشَّمْسِ وَالْقَمَرِ عَلَى تَذِيٍّ وَاحِدَةٍ: أَيُّ: تَذِيٍّ امْرَأَةٍ وَاحِدَةٍ، لِأَنَّهُمَا لَوْ اجْتَمَعَا عَلَى ضَرْعٍ بِهَيْمَةٍ وَاحِدَةٍ لَا يَثْبُتُ التَّحْرِيمُ كَمَا سَيَجِيءُ، وَهَذَا؛ لِأَنَّ ثُبُوتَ هَذِهِ الْحُرْمَةِ بِطَرِيقِ الْكِرَامَةِ وَذَلِكَ يَخْتَصُّ بِلَبَنِ الْأَدَمِيَّةِ دُونَ الْأَنْعَامِ.

وَقَوْلُهُ: (وَلَا يَتَزَوَّجُ الْمُرْضِعَةُ أَحَدًا مِنْ وَلَدِ التِّي أَرْضَعَتْ) قَالَ فِي النَّهَائَةِ: الْمُرْضِعَةُ بِصِيغَةِ اسْمِ الْمَفْعُولِ وَبِالرَّفْعِ عَلَى الْفَاعِلِيَّةِ وَنَصَبَ أَحَدًا عَلَى الْمَفْعُولِيَّةِ مِنْ وَلَدِ التِّي عَلَى طَرِيقِ الْإِضَافَةِ وَهَذَا هُوَ الْأَصْلُ مِنَ التَّنْكِيسِ، وَفِي نُسخَةٍ أُخْرَى: وَلَا يَتَزَوَّجُ الْمُرْضِعَةُ أَحَدٌ مِنَ وَلَدِ التِّي أَرْضَعَتْ بِعَكْسِ الْأَوَّلِ فِي الْفَاعِلِيَّةِ وَالْمَفْعُولِيَّةِ، وَهَذَا أَيْضًا صَحِيحٌ وَكَانَ كِلَاهُمَا بِخَطِّ شَيْخِي، وَتُسَخَّنَانِ أُخْرَيَانِ لَيْسَتَا بِصَحِيحَتَيْنِ وَهُمَا بَعْدَ صِيغَةِ اسْمِ الْفَاعِلِ فِي الْمُرْضِعَةِ كَوْنُهَا فَاعِلَةٌ أَوْ مَفْعُولَةٌ عَلَى مَا ذَكَرْنَا، وَلَكِنْ هَذَا التَّقْدِيرُ لَا بُدَّ وَأَنْ يَكُونَ مِنَ الْوَلَدِ الَّذِي أَرْضَعَتْهُ مُعَرَّفًا بِاللَّامِ، وَكَلَامُهُ ظَاهِرٌ.

(وَلَا يَتَزَوَّجُ الصَّيِّ الْمُرْضِعُ أُخْتُ زَوْجِ الْمُرْضِعَةِ؛ لِأَنَّهُا عَمَّتُهُ مِنَ الرِّضَاعَةِ وَإِذَا اخْتَلَطَ اللَّبَنُ بِالْمَاءِ وَاللَّبَنُ هُوَ الْغَالِبُ تَعَلَّقَ بِهِ التَّحْرِيمُ) وَإِنْ غَلَبَ الْمَاءُ لَمْ يَتَعَلَّقَ بِهِ التَّحْرِيمُ، خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ هُوَ يَقُولُ: إِنَّهُ مَوْجُودٌ فِيهِ حَقِيقَةٌ، وَنَحْنُ نَقُولُ الْمَغْلُوبُ غَيْرُ مَوْجُودٍ حُكْمًا حَتَّى لَا يَظْهَرَ فِي مُقَابَلَةِ الْغَالِبِ كَمَا فِي الْيَمِينِ (وَإِنْ اخْتَلَطَ بِالطَّعَامِ لَمْ يَتَعَلَّقَ بِهِ التَّحْرِيمُ) وَإِنْ كَانَ اللَّبَنُ غَالِبًا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ.

وَقَالَا: إِذَا كَانَ اللَّبَنُ غَالِبًا يَتَعَلَّقُ بِهِ التَّحْرِيمُ قَالَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: قَوْلُهُمَا فِيمَا إِذَا لَمْ تَمَسَّهُ النَّارُ، حَتَّى لَوْ طَبَخَ بِمَا لَا يَتَعَلَّقُ بِهِ التَّحْرِيمُ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا. لَهُمَا أَنْ الْعِبَرَةَ لِلْغَالِبِ كَمَا فِي الْمَاءِ إِذَا لَمْ يُغَيِّرْهُ شَيْءٌ عَنْ حَالِهِ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ الطَّعَامَ أَصْلٌ وَاللَّبَنُ تَابِعٌ لَهُ فِي حَقِّ الْمَقْصُودِ فَصَارَ كَالْمَغْلُوبِ، وَلَا مُعْتَبَرٌ بِتَقَاطُرِ اللَّبَنِ مِنَ الطَّعَامِ عِنْدَهُ هُوَ الصَّحِيحُ؛ لِأَنَّ التَّغْذِيَّ بِالطَّعَامِ إِذَا هُوَ الْأَصْلُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَإِذَا اخْتَلَطَ اللَّبَنُ بِالْمَاءِ وَاللَّبَنُ هُوَ الْغَالِبُ) فَسَّرَ مُحَمَّدٌ الْعَلْبَةَ قَالَ: إِنْ

لَمْ يُعَيَّرِ الدَّوَاءُ اللَّبَنَ ثُبْتُ الْحُرْمَةُ وَإِنْ غَيْرَ لَا ثُبْتُ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: إِنْ غَيْرَ طَعَمَ اللَّبَنَ وَلَوْ نُهُ لَا يَكُونُ رَضَاعًا، وَإِنْ غَيْرَ أَحَدَهُمَا يَكُونُ رَضَاعًا.

وَقَوْلُهُ: (خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ) فَإِنَّ عِنْدَهُ إِذَا اخْتَلَطَ مَقْدَارُ مَا يَحْصُلُ بِهِ خَمْسُ رَضَعَاتٍ مِنَ اللَّبَنِ فِي جُبِّ الْمَاءِ فَشَرِبَهُ الصَّبِيُّ ثُبْتُ بِهِ الْحُرْمَةُ، هُوَ يَقُولُ: إِنَّهُ مَوْجُودٌ حَقِيقَةً فَيَكُونُ مُعْتَبَرًا؛ لِأَنَّ الْمَحْسُوسَ لَا يُنْكَرُ.

وَنَحْنُ نَقُولُ: مَغْلُوبٌ، وَالْمَغْلُوبُ فِي مُقَابَلَةِ الْعَالِبِ غَيْرُ مَوْجُودٍ حُكْمًا كَمَا فِي الْيَمِينِ. حَلَفَ لَا يَشْرَبُ لَبَنًا فَشَرِبَ لَبَنًا مَخْلُوطًا بِالْمَاءِ، وَالْمَاءُ غَالِبٌ عَلَى اللَّبَنِ لَا يَحْتَسِبُ.

فَإِنْ قِيلَ: فَعَلَى هَذَا إِنْ أُعْتَبِرَتْ جِهَةُ الْحُكْمِ لَمْ يَثْبُتْ بِهِ حُرْمَةُ الرِّضَاعِ وَإِنْ أُعْتَبِرَتْ جِهَةُ الْحَقِيقَةِ ثُبْتُ؛ لِأَنَّ اللَّبَنَ مَوْجُودٌ حَقِيقَةً.

وَإِنْ قِيلَ: فَعِنْدَ التَّعَارُضِ تُرْجِعُ الْحُرْمَةُ اخْتِطَاطًا. أُجِيبَ بِأَنَّ التَّعَارُضَ لَمْ يَثْبُتْ؛ لِأَنَّ التَّعَارُضَ عِبَارَةٌ عَنْ تَقَابُلِ الْحُجَّتَيْنِ عَلَى السَّوَاءِ، وَهَاهُنَا لَمْ يَثْبُتِ الْمَسَاوَاةُ بَيْنَهُمَا؛ لِأَنَّ لِلْعَالِبِ فَضْلًا ذَاتِيًّا، وَلِلْمَغْلُوبِ فَضْلًا حَالِيًّا وَهُوَ جِهَةُ الْحُرْمَةِ، وَكَانَ التَّرْجِيحُ لِمَعْنَى رَاجِعٍ إِلَى الذَّاتِ لَا لِمَعْنَى رَاجِعٍ إِلَى الْحَالِ، وَهَذَا كَمَا يُرَى مُتَنَاقِضٌ؛ لِأَنَّهُ نَفَى التَّعَارُضَ وَأَثْبَتَ التَّرْجِيحَ لِلْفَضْلِ الذَّاتِيِّ، وَلَا تُرْجِعُ إِلَّا بَعْدَ التَّعَارُضِ.

وَالصَّوَابُ أَنْ يُقَالَ: لَا تَعَارُضُ؛ لِأَنَّ الْحَقِيقَةَ لَا تُعَارِضُ الْحُكْمَ؛ لِأَنَّ الْحُرْمَةَ بِالرِّضَاعِ أَمْرٌ حُكْمِيٌّ، فَمَا لَمْ يَكُنْ فِي الْحُكْمِ مَوْجُودًا لَا مَدْخَلُ لَهُ فِيهِ.

سَلَمْنَاهُ وَلَكِنْ تَعَارَضَ ضَرْبًا تُرْجِعُ أَحَدَهُمَا رَاجِعًا إِلَى الذَّاتِ وَالْآخَرُ إِلَى الْحَالِ، وَالْأَوَّلُ أَوَّلُ وَمَوْضِعُهُ الْأَصُولُ. وَيُؤَيِّدُ مَا ذَكَرْنَا مَا إِذَا وَقَعَ قَطْرَةٌ مِنَ الدَّمِ أَوْ الْحَمْرِ فِي جُبِّ مِنَ الْمَاءِ نَجَسَهُ وَإِنْ غَلَبَ الْمَاءُ حَقِيقَةً؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَكُنْ غَالِبًا حُكْمًا؛ لِأَنَّ غَلَبَةَ الْمَاءِ فِي الْحُكْمِ هُوَ أَنْ يَكُونَ عَشْرًا فِي عَشْرٍ وَمَا دُونَهُ فِي حُكْمِ الْقَلِيلِ، فَلَمْ تَكُنْ الْحَقِيقَةُ مُعَارِضَةً لِلْحُكْمِ بَلْ كَانَتْ مَوْجُودَةً مَعَهُ.

وَقَوْلُهُ: (وَإِذَا اخْتَلَطَ اللَّبَنُ بِالطَّعَامِ) وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ: (لَا يَتَعَلَّقُ بِهِ التَّحْرِيمُ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا) يَعْنِي سَوَاءً كَانَ غَالِبًا أَوْ مَغْلُوبًا، أَمَّا إِذَا كَانَ مَغْلُوبًا فَظَاهِرٌ، وَأَمَّا إِذَا كَانَ غَالِبًا فَلَا أَنَّهُ إِذَا طَبَخَ بِالطَّعَامِ يَصِيرُ اللَّبَنُ تَبَعًا لِلطَّعَامِ وَإِنْ كَانَ غَالِبًا حَتَّى لَا يُسَمَّى لَبَنًا

مطلقاً.

وَقَوْلُهُ: (فَصَارَ كَالْمَغْلُوبِ) فِيهِ نَظَرٌ؛ لِأَنَّ الْمَغْلُوبَ غَيْرُ مَوْجُودٍ حُكْمًا، أَمَّا مَا لَمْ يَكُنْ مَغْلُوبًا أَوْ يَكُونُ كَالْمَغْلُوبِ فَلَا تُسَلِّمُ أَنَّهُ لَيْسَ بِمَوْجُودٍ. وَالْجَوَابُ أَنَّ هَذِهِ مُنَاقَشَةٌ لَفِظِيَّةٌ تُدْفَعُ بِجَعْلِ الْكَافِ زَائِدَةً.

وَقَوْلُهُ: (هُوَ الصَّحِيحُ) اخْتِرَازٌ عَنْ قَوْلِ بَعْضِهِمْ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ إِنَّ ذَلِكَ عِنْدَهُ إِذَا لَمْ يَتَقَاطَرِ اللَّبَنُ مِنَ الطَّعَامِ عِنْدَ حَمْلِ اللَّقْمَةِ، فَأَمَّا إِذَا كَانَ يَتَقَاطَرُ مِنْهُ فَتَثَبَّتْ بِهِ الْحُرْمَةُ عِنْدَهُ؛ لِأَنَّ الْقَطْرَةَ مِنَ اللَّبَنِ إِذَا دَخَلَتْ حَلَقَ الصَّبِيِّ كَانَتْ كَافِيَةً لِإِثْبَاتِ الْحُرْمَةِ. وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ لَا يَثْبُتُ عَلَى كُلِّ حَالٍ عِنْدَهُ؛ لِأَنَّ التَّغْذِيَّ بِالطَّعَامِ هُوَ الْأَصْلُ دُونَ اللَّبَنِ، وَالْمُعْتَبَرُ لَمَّا يَقَعُ بِهِ التَّغْذِيُّ الْمَوْجِبُ لِإِثْبَاتِ اللَّحْمِ.

(وَأِنْ اخْتَلَطَ بِالدَّوَاءِ وَاللَّبَنِ غَالِبٌ تَعَلَّقَ بِهِ التَّحْرِيمُ)؛ لِأَنَّ اللَّبَنَ يَبْقَى مَقْصُودًا فِيهِ، إِذَا الدَّوَاءُ لَتَقْوِيَّتِهِ عَلَى الْوُصُولِ، وَإِذَا اخْتَلَطَ اللَّبَنُ بِلَبَنِ الشَّاةِ وَهُوَ الْغَالِبُ تَعَلَّقَ بِهِ التَّحْرِيمُ (وَأِنْ غَلَبَ لَبَنُ الشَّاةِ لَمْ يَتَعَلَّقَ بِهِ التَّحْرِيمُ) اعْتِبَارًا لِلْغَالِبِ كَمَا فِي الْمَاءِ.

الشرح:

وَأِنْ خُلِطَ بِالدَّوَاءِ وَاللَّبَنِ غَالِبٌ فِيهِ تَعَلَّقَ التَّحْرِيمُ بِهِ؛ لِأَنَّ اللَّبَنَ يَبْقَى مَقْصُودًا فِيهِ حَيْثُ جُعِلَ غَالِبًا وَالدَّوَاءُ يُخْلَطُ بِهِ لِقْوِيَّتِهِ عَلَى الْوُصُولِ إِلَى مَا لَا يَصِلُ إِلَيْهِ بِإِنْفِرَادِهِ. فَإِنْ قُلْتُ: إِذَا كَانَ الدَّوَاءُ لَتَقْوِيَّتِهِ عَلَى الْوُصُولِ وَجَبَ أَنْ يَسْتَوِيَ الْغَالِبُ وَالْمَغْلُوبُ؛ لِأَنَّ وُصُولَ قَطْرَةٍ مِنْهُ يَحْرُمُ.

قُلْتُ: النَّظَرُ هَاهُنَا إِلَى الْمَقْصُودِ، فَإِنْ كَانَ غَالِبًا كَانَ الْقَصْدُ إِلَى التَّغْذِيِّ بِهِ وَالدَّوَاءُ لَتَقْوِيَّتِهِ عَلَى الْوُصُولِ، وَإِذَا كَانَ مَغْلُوبًا كَانَ الْقَصْدُ إِلَى التَّدَاوِيِّ وَاللَّبَنُ لَتَسْوِيَةِ الدَّوَاءِ، يُلَوِّحُ إِلَى هَذَا قَوْلُهُ: وَإِذَا خُلِطَ دُونَ اخْتِلَاطٍ، وَقَوْلُهُ: لِأَنَّ اللَّبَنَ يَبْقَى مَقْصُودًا. قَالَ: (وَإِذَا اخْتَلَطَ اللَّبَنُ بِلَبَنِ شَاةٍ). صُورَةُ الْمَسْأَلَةِ ظَاهِرَةٌ، وَكَذَا تَعْلِيلُ أَبِي يُوسُفَ فِي الْمَسْأَلَةِ الثَّانِيَةِ لَمَّا ذَكَرْنَا أَنَّ الْمَغْلُوبَ كَالْمُسْتَهْلَكِ لِعَدَمِ بَقَاءِ مَنْفَعَتِهِ. كَمَا إِذَا صُبَّ كُوزٌ مِنَ الْمَاءِ الْعَذْبِ فِي الْبَحْرِ.

وَوَجْهُ قَوْلِ مُحَمَّدٍ وَزُفَرٍ أَنَّ الْعَلْبَةَ هَاهُنَا غَيْرُ مُتَصَوِّرَةٍ؛ لِأَنَّ الْجِنْسَ لَا يَعْلَبُ الْجِنْسَ، إِذِ الْعَلْبَةُ بِالِاسْتِهْلَاكِ وَالشَّيْءُ لَا يَصِيرُ مُسْتَهْلَكًا فِي جِنْسِهِ؛ لِأَنَّ الْاسْتِهْلَاكَ

بِفَوَاتٍ مُنْفَعَةٍ مُسْتَهْلَكٍ، وَذَلِكَ يَقْتَضِي اخْتِلَافَ الْمَقْصُودِ، وَالْمَقْصُودُ هُنَا مُتَّحِدٌ، وَإِذَا لَمْ يَتَّصِرَ الْعَلَبَةُ كَأَنَّا مُتَسَاوَيْنَيْنِ فِي الْمَقْصُودِ فَيَتَحَقَّقُ الرِّضَاعُ مِنَ الْقَلِيلِ صُورَةً وَمَعْنَى فَتَثْبُتُ الْحُرْمَةُ بِهِمَا جَمِيعًا.

وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ فِي هَذَا رَوَايَتَانِ: فِي رَوَايَةِ قَوْلِهِ: كَقَوْلِ أَبِي يُوسُفَ وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ فِي قَوْلٍ، وَفِي رَوَايَةِ كَقَوْلِ مُحَمَّدٍ وَزُفَرٍ، وَأَصْلُ الْمَسْأَلَةِ فِي الْإِيمَانِ فِيمَا إِذَا حَلَفَ لَا يَشْرَبُ مِنْ لَبَنٍ هَذِهِ الْبَقْرَةَ فَخُلِطَ لَبَنُهَا بِلَبَنٍ بَقْرَةٍ أُخْرَى وَهُوَ غَالِبٌ فَشَرِبَهُ فَهُوَ عَلَى هَذَا الْاِخْتِلَافِ، عَنْهُ أَبِي يُوسُفَ لَا يَحْنُثُ؛ لِأَنَّ الْمَغْلُوبَ كَالْمُسْتَهْلَكِ، وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ يَحْنُثُ؛ لِأَنَّ الشَّيْءَ يَتَكَثَّرُ بِجِنْسِهِ وَلَا يَصِيرُ مُسْتَهْلَكًا.

(وَإِذَا اخْتَلَطَ لَبَنُ امْرَأَتَيْنِ تَعَلَّقَ التَّحْرِيمُ بِأَغْلِبِهِمَا عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ؛ لِأَنَّ الْكُلَّ صَارَ شَيْئًا وَاحِدًا فَيُجْعَلُ الْأَقْلُ تَابِعًا لِلْأَكْثَرِ فِي بِنَاءِ الْحُكْمِ عَلَيْهِ (وَقَالَ مُحَمَّدٌ) وَزُفَرٌ (يَتَعَلَّقُ التَّحْرِيمُ بِهِمَا)؛ لِأَنَّ الْجِنْسَ لَا يَغْلِبُ الْجِنْسَ فَإِنَّ الشَّيْءَ لَا يَصِيرُ مُسْتَهْلَكًا فِي جِنْسِهِ لِاتِّحَادِ الْمَقْصُودِ. وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ فِي هَذَا رَوَايَتَانِ، وَأَصْلُ الْمَسْأَلَةِ فِي الْإِيمَانِ. (وَإِذَا نَزَلَ لِلْبَكْرِ لَبَنٌ فَأَرْضَعَتْ صَبِيًّا تَعَلَّقَ بِهِ التَّحْرِيمُ) لِإِطْلَاقِ النَّصِّ وَلِأَنَّهُ سَبَبُ النُّشُوءِ فَتَثْبُتُ بِهِ شُبُهَةُ الْبَعْضِيَّةِ.

الشرح:

وقوله: (وَإِذَا نَزَلَ لِلْبَكْرِ لَبَنٌ) ظَاهِرٌ.

(وَإِذَا حَلَبَ لَبَنَ الْمَرْأَةِ بَعْدَ مَوْتِهَا فَأَوْجَرَ الصَّبِيَّ تَعَلَّقَ بِهِ التَّحْرِيمُ) خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ، هُوَ يَقُولُ: الْأَصْلُ فِي ثُبُوتِ الْحُرْمَةِ إِنَّمَا هُوَ الْمَرْأَةُ ثُمَّ تَتَعَدَّى إِلَى غَيْرِهَا بِوَاسِطَتِهَا، وَبِالْمَوْتِ لَمْ تَبْقَ مَحَلًّا لَهَا، وَلِهَذَا لَا يُوجِبُ وَطْؤُهَا حُرْمَةَ الْمَصَاهِرَةِ. وَلَنَا أَنَّ السَّبَبَ هُوَ شُبُهَةُ الْجُرْئِيَّةِ وَذَلِكَ فِي اللَّبَنِ لِمَعْنَى الْإِنْشَارِ وَالْإِنْبَاتِ وَهُوَ قَائِمٌ بِاللَّبَنِ، وَهَذِهِ الْحُرْمَةُ تَظْهَرُ فِي حَقِّ الْمَيْتَةِ دَفْنًا وَتَيْمُمًا. أَمَّا الْحُرْمَةُ فِي الْوَطْءِ لِكَوْنِهِ مُلَاقِيًا لِمَحَلِّ الْحَرِّ وَقَدْ زَالَ بِالْمَوْتِ فَافْتَرَقَا.

الشرح:

قوله: (وَإِذَا حَلَبَ لَبَنَ الْمَرْأَةِ بَعْدَ مَوْتِهَا فَأَوْجَرَ الصَّبِيَّ تَعَلَّقَ بِهِ التَّحْرِيمُ) خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ (قَيْدَ بِالْمَوْتِ، لِأَنَّهُ لَوْ حَلَبَ قَبْلَ الْمَوْتِ وَأَوْجَرَ بَعْدَ الْمَوْتِ كَانَ قَوْلُهُ: كَقَوْلِنَا

على الأظهر. هُوَ يَقُولُ: الْأَصْلُ فِي بُتُوتِ الْحُرْمَةِ إِنَّمَا هُوَ الْمَرْأَةُ؛ لِأَنَّ الْحُرْمَةَ ثَبَتَتْ بَيْنَهُمَا ثُمَّ تَتَعَدَّى مِنْهَا إِلَى غَيْرِهَا بِوَاسِطَةِ وَبِالْمَوْتِ لَمْ تَبْقَ مَحَلًّا لَهَا لِعَدَمِ الْفَائِدَةِ، وَلِهَذَا لَا يُوجِبُ وَطْؤُهَا حُرْمَةَ الْمَصَاهِرَةِ؛ لِأَنَّهَا الْأَصْلُ فِي الْحُرْمَةِ وَلَمْ تَبْقَ مَحَلًّا لَهَا حَتَّى تَتَعَدَّى إِلَى غَيْرِهَا.

وَلَنَا أَنَّ السَّبَبَ هُوَ شُبْهَةُ الْجُرْئِيَّةِ وَذَلِكَ فِي اللَّبَنِ بِمَعْنَى الْإِنْشَارِ وَالْإِنْثَابِ، وَهُوَ قَائِمٌ بِاللَّبَنِ؛ لِأَنَّ الْمَوْتَ لَمْ يُخْرِجْهُ عَنْ كَوْنِهِ مُغَذِّيًا كَمَا أَنَّهُ لَمْ يَخْرُجْ لَحْمُهُ عَنْ ذَلِكَ، وَالْفَائِدَةُ لَمْ تَنْتَحِصِرْ فِي ظُهُورِ الْحُرْمَةِ فِيهَا بَلْ تَظْهَرُ فِي الْمَيْتَةِ دَفْنًا وَتَيْمُمًا بِأَنَّ كَانَ لِهَذِهِ الْمَرْضِعَةِ الَّتِي أُوجِرَ لَبَنُ هَذِهِ الْمَيْتَةِ فِي فَمِهَا زَوْجٌ فَإِنَّ لِهَذَا الزَّوْجِ أَنْ يَدْفِنَ وَيُتِمَّمَ الْمَيْتَةَ؛ لِأَنَّهُ صَارَ مُحَرَّمًا لَهَا حَيْثُ صَارَتْ أُمُّ امْرَأَتِهِ.

وَقَوْلُهُ: وَأَمَّا الْحُرْمَةُ جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ: وَلِهَذَا لَا يُوجِبُ وَطْؤُهَا حُرْمَةَ الْمَصَاهِرَةِ: يَعْنِي أَنَّ حُرْمَةَ الْمَصَاهِرَةِ بِالْوَطْءِ إِنَّمَا ثَبَتَتْ بِمِلَاقَاتِهِ بِمَحَلِّ الْحَرْثِ لِثَبُتِ بِهِ الْحُرْمَةُ وَمَحَلِّ الْحَرْثِ قَدْ زَالَ بِالْمَوْتِ فَافْتَرَقَا.

(وَإِذَا احْتَقَنَ الصَّبِيُّ بِاللَّبَنِ لَمْ يَتَعَلَّقْ بِهِ التَّحْرِيمُ) وَعَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ تَثَبُّتُ بِهِ الْحُرْمَةُ كَمَا يَفْسُدُ بِهِ الصَّوْمُ. وَوَجْهُ الْفَرْقِ عَلَى الظَّاهِرِ أَنَّ الْمُفْسِدَ فِي الصَّوْمِ إِصْلَاحُ الْبَدَنِ وَيُوجَدُ ذَلِكَ فِي الدَّوَاءِ. فَأَمَّا الْمُحَرَّمُ فِي الرِّضَاعِ فَمَعْنَى النُّشُوءِ وَلَا يُوجَدُ ذَلِكَ فِي الْإِحْتِقَانِ؛ لِأَنَّ الْمَغْذِيَّ وَصُولُهُ مِنَ الْأَعْلَى.

الشرح:

اِحْتَقَنَ الصَّبِيُّ بِاللَّبَنِ وَقَوْلُهُ: (وَإِذَا احْتَقَنَ بِاللَّبَنِ) قَالَ فِي النَّهَائَةِ: صَوَابُهُ حُقِنَ لَا احْتَقَنَ، يُقَالُ: حَقَنَ الْمَرِيضَ دَاوَاهُ بِالْحَقْنَةِ، وَاحْتَقَنَ الصَّبِيُّ غَيْرُ صَحِيحٍ لِعَدَمِ قُدْرَتِهِ عَلَى ذَلِكَ فِي مُدَّةِ الرِّضَاعِ، وَاحْتَقَنَ مَبْنِيًّا لِلْمَفْعُولِ غَيْرُ جَائِزٍ فَتَعَيَّنَ حَقْنٌ، وَلَكِنْ ذُكِرَ فِي تَأْجِ الْمَصَادِرِ الْإِحْتِقَانُ حَقْنُهُ كَرَدَنَ فَجَعَلَهُ مُتَعَدِّيًا فَعَلَى هَذَا يَجُوزُ اسْتِعْمَالُهُ مَبْنِيًّا لِلْمَفْعُولِ وَهُوَ الْأَكْثَرُ فِي اسْتِعْمَالِ الْفُقَهَاءِ، وَكَلَامُهُ ظَاهِرٌ.

(وَإِذَا نَزَلَ لِلرَّجُلِ لَبَنٌ فَأَرْضَعَ بِهِ صَبِيًّا لَمْ يَتَعَلَّقْ بِهِ التَّحْرِيمُ)؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِلَبَنِ عَلَى التَّحْقِيقِ فَلَا يَتَعَلَّقُ بِهِ النُّشُوءُ وَالنُّمُو، وَهَذَا؛ لِأَنَّ اللَّبْنَ إِنَّمَا يُتَصَوَّرُ مِمَّنْ يُتَصَوَّرُ مِنْهُ الْوِلَادَةُ..

الشرح:

(قوله: وَهَذَا لِأَنَّ اللَّبْنَ إِنَّمَا يُتَصَوَّرُ مِمَّنْ يُتَصَوَّرُ مِنْهُ الْوِلَادَةُ) بَيَّانُهُ أَنَّ اللَّهَ تَعَالَى خَلَقَ اللَّبْنَ فِي الْأَصْلِ لَغِذَاءِ الْوَلَدِ لِعَدَمِ احْتِمَالِهِ لِسَائِرِ الْأَطْعِمَةِ وَالْأَشْرَبَةِ فِي ابْتِدَاءِ حَالِهِ لِيُقَوْمَ مَقَامَ الطَّعَامِ وَالشَّرَابِ، فَلِهَذَا اخْتَصَّ اللَّبْنُ عَلَى التَّحْقِيقِ بِمَنْ يُتَصَوَّرُ مِنْهُ الْوِلَادَةُ كَذَا فِي النَّهَايَةِ. وَهَذَا لَا يُفِيدُ الْاِخْتِصَاصَ بِمَنْ يُتَصَوَّرُ مِنْهُ الْوِلَادَةُ إِذَا تَأَمَّلْتَ لَكِنَّ اِخْتِصَاصَهُ بِالْأُنثَى الْوَلُودِ مِنَ الْحَيَوَانِ وَهُوَ الَّذِي يَكُونُ أَذُونًا لَا صَمُوحًا فِي غَيْرِ الْآدَمِيِّ مِمَّا هُوَ ثَابِتٌ بِالِاسْتِقْرَاءِ لَمْ يَخْتَلَفْ، وَهُوَ دَلِيلٌ عَلَى أَنَّ مَا فِي الْآدَمِيِّ فِي الذَّكَرِ لَيْسَ بِلَبَنِ عَلَى التَّحْقِيقِ كَدَمِ السَّمَكِ.

(وَإِذَا شَرِبَ صَبِيَانٍ مِنْ لَبَنِ شَاةٍ لَمْ يَتَعَلَّقْ بِهِ التَّحْرِيمُ)؛ لِأَنَّهُ لَا جُزْئِيَّةَ بَيْنَ الْآدَمِيِّ وَالْبَهَائِمِ وَالْحُرْمَةِ بِاعْتِبَارِهَا.

الشرح:

(وَإِذَا شَرِبَ صَبِيَانٍ مِنْ لَبَنِ شَاةٍ لَمْ يَتَعَلَّقْ بِهِ التَّحْرِيمُ؛ لِأَنَّهُ لَا جُزْئِيَّةَ بَيْنَ الْآدَمِيِّ وَالْبَهَائِمِ وَالْحُرْمَةِ بِاعْتِبَارِهَا) وَذَكَرَ فِي الْمَبْسُوطِ فِي هَذَا حِكَايَةً وَهِيَ أَنَّ مُحَمَّدَ بْنَ إِسْمَاعِيلَ الْبُخَارِيَّ صَاحِبَ الْأَخْبَارِ كَانَ يَقُولُ: ثُبُتَ بِهِ حُرْمَةُ الرِّضَاعِ، فَإِنَّهُ دَخَلَ بُخَارَى فِي زَمَانِ الشَّيْخِ أَبِي حَفْصٍ الْكَبِيرِ وَجَعَلَ يُفْتِي فَقَالَ لَهُ الشَّيْخُ: لَا تَفْعَلْ فَإِنَّكَ لَسْتَ هُنَاكَ، فَأَبَى أَنْ يَقْبَلَ نُصْحَهُ حَتَّى اسْتَفْتَى عَنْ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ فَأَفْتَى بِثُبُوتِ الْحُرْمَةِ فَاجْتَمَعُوا وَأَخْرَجُوهُ مِنْ بُخَارَى.

وَإِذَا تَزَوَّجَ الرَّجُلُ صَغِيرَةً وَكَبِيرَةً فَأَرْضَعَتِ الْكَبِيرَةُ الصَّغِيرَةَ حُرْمَتًا عَلَى الزَّوْجِ؛ لِأَنَّهُ يَصِيرُ جَامِعًا بَيْنَ الْأُمِّ وَالْبِنْتِ رِضَاعًا وَذَلِكَ حَرَامٌ كَالْجَمْعِ بَيْنَهُمَا نِسَابًا (ثُمَّ إِنْ لَمْ يَدْخُلْ بِالْكَبِيرَةِ فَلَا مَهْرَ لَهَا)؛ لِأَنَّ الْفُرْقَةَ جَاءَتْ مِنْ قَبْلِهَا قَبْلَ الدُّخُولِ بِهَا (وَلِلصَّغِيرَةِ نِصْفُ الْمَهْرِ)؛ لِأَنَّ الْفُرْقَةَ وَقَعَتْ لَا مِنْ جِهَتِهَا، وَالْاِرْتِضَاعُ وَإِنْ كَانَ فِعْلًا مِنْهَا لَكِنْ فِعْلُهَا غَيْرُ مُعْتَبَرٍ فِي إِسْقَاطِ حَقِّهَا كَمَا إِذَا هَتَلْتَ مَوْرَثَهَا (وَيَرْجِعُ بِهِ الزَّوْجُ عَلَى الْكَبِيرَةِ إِنْ كَانَتْ تَعَمَّدَتْ بِهِ الْفَسَادَ، وَإِنْ لَمْ تَتَعَمَّدْ فَلَا شَيْءَ عَلَيْهَا، وَإِنْ عَلِمْتَ بِأَنَّ الصَّغِيرَةَ امْرَأَتَهُ) وَعَنْ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ يَرْجِعُ فِي الْوَجْهَيْنِ.

وَالصَّحِيحُ ظَاهِرُ الرِّوَايَةِ؛ لِأَنَّهَا وَإِنْ أَكَّدَتْ مَا كَانَ عَلَى شَرَفِ السَّقُوطِ وَهُوَ

نِصْفُ الْمَهْرِ وَذَلِكَ يَجْرِي مَجْرَى الْإِتْلَافِ لَكِنَّهَا مُسَبَّبَةٌ فِيهِ إِمَّا لِأَنَّ الْإِرْضَاعَ لَيْسَ بِإِفْسَادٍ لِلنِّكَاحِ وَضَعًا وَإِنَّمَا ثَبِتَ ذَلِكَ بِاتِّفَاقِ الْحَالِ، أَوْ لِأَنَّ إِفْسَادَ النِّكَاحِ لَيْسَ بِسَبَبٍ لِإِلْزَامِ الْمَهْرِ بَلْ هُوَ سَبَبٌ لِنُسْقُوطِهِ، إِلَّا أَنَّ نِصْفَ الْمَهْرِ يَجِبُ بِطَرِيقِ الْمُتَعَدِّي عَلَى مَا عُرِفَ، لَكِنْ مِنْ شَرْطِهِ إِبْطَالُ النِّكَاحِ، وَإِذَا كَانَتْ مُسَبَّبَةٌ يَشْتَرِطُ فِيهِ التَّعَدِّي كَحَفْرِ الْبُئْرِ ثُمَّ إِنَّمَا تَكُونُ مُتَعَدِّيَةً إِذَا عَلِمْتَ بِالنِّكَاحِ وَقَصَدْتَ بِالْإِرْضَاعِ الْفُسَادَ، أَمَّا إِذَا لَمْ تَعْلَمْ بِالنِّكَاحِ أَوْ عَلِمْتَ بِالنِّكَاحِ وَلَكِنَّهَا قَصَدْتَ دَفْعَ الْجُوعِ وَالْهَلَاقِ عَنِ الصَّغِيرَةِ دُونَ الْفُسَادِ لَا تَكُونُ مُتَعَدِّيَةً؛ لِأَنَّهَا مَا مُمَرَّةٌ بِذَلِكَ وَلَوْ عَلِمْتَ بِالنِّكَاحِ وَلَمْ تَعْلَمْ بِالْفُسَادِ لَا تَكُونُ مُتَعَدِّيَةً أَيْضًا، وَهَذَا مِنْ أَعْتِبَارِ الْجَهْلِ لِدَفْعِ قَصْدِ الْفُسَادِ لَا لِدَفْعِ الْحُكْمِ.

الشرح:

قَالَ: (وَإِذَا تَزَوَّجَ الرَّجُلُ صَغِيرَةً وَكَبِيرَةً فَأَرَضَعَتِ الْكَبِيرَةُ الصَّغِيرَةَ حَرُمًا عَلَى الزَّوْجِ لِأَنَّهُ يَصِيرُ جَامِعًا بَيْنَ الْأُمِّ وَالْبِنْتِ رَضَاعًا وَذَلِكَ حَرَامٌ كَالْجَمْعِ بَيْنَهُمَا نَسَبًا) فَأَمَّا الْكَبِيرَةُ فَإِنَّ حَرُمَتَهَا مُؤَبَّدَةٌ، وَكَذَلِكَ الصَّغِيرَةُ إِنْ كَانَ دَخَلَ بِالْكَبِيرَةِ، وَإِنْ لَمْ يَدْخُلْ بِهَا جَازَ التَّزْوُجُ بِالصَّغِيرَةِ؛ لِأَنَّهَا رَيْبِيَّةٌ لَمْ يَدْخُلْ بِأُمِّهَا (ثُمَّ إِنَّهُ إِنْ لَمْ يَدْخُلْ بِالْكَبِيرَةِ فَلَا مَهْرَ لَهَا) إِنْ تَعَمَّدَتْ الْفُسَادَ أَوْ لَمْ تَتَعَمَّدْ؛ (لَأَنَّ الْفُرْقَةَ جَاءَتْ مِنْ قَبْلِهَا) قَبْلَ الدُّخُولِ بِهَا وَلِلصَّغِيرَةِ قَبْلَ الدُّخُولِ بِهَا (وَلِلصَّغِيرَةِ نِصْفُ الْمَهْرِ؛ لِأَنَّ الْفُرْقَةَ لَمْ تَجِئْ مِنْ قَبْلِهَا) فَإِنْ قِيلَ: الْعِلَّةُ لِلْفُرْقَةِ الْارْتِضَاعُ وَهِيَ فِعْلُهَا فَلَمْ يَكُنْ تُضْفَى الْفُرْقَةُ إِلَيْهَا؟ أَجَابَ بِقَوْلِهِ: (وَالْارْتِضَاعُ وَإِنْ كَانَ فِعْلًا مِنْهَا لَكِنْ فِعْلُهَا غَيْرُ مُعْتَبَرٍ شَرْعًا فِي إِسْقَاطِ حَقِّهَا) أَلَا تَرَى أَنَّهَا لَوْ قَتَلَتْ مُورَثَتَهَا لَمْ تُحْرَمْ مِنَ الْمِيرَاثِ؟

وَاعْتَرَضَ عَلَيْهِ بِصَغِيرَةٍ مُسْلِمَةٍ تَحْتَ مُسْلِمٍ ارْتَدَّ أَبَوَاهَا وَلَحِقَا بِهَا بِدَارِ الْحَرْبِ بَانَتْ مِنْ زَوْجِهَا وَلَا يُقْضَى لَهَا بِشَيْءٍ مِنَ الْمَهْرِ وَلَمْ يُوجَدْ الْفِعْلُ مِنْهَا. وَالْجَوَابُ: إِنَّا قَدْ قُلْنَا كُلَّمَا وَقَعَتِ الْفُرْقَةُ بِفِعْلِ مَنْ جَهَّتْهَا أَسْقَطَتْ حَقَّهَا وَلَمْ يَلْزَمْ أَنَّ كُلَّمَا لَمْ تَقَعْ الْفُرْقَةُ بِفِعْلِ مَنْ جَهَّتْهَا لَمْ يَسْقُطْ حَقُّهَا؛ لِأَنَّهُ إِذَا لَحِقَهَا أَمْرٌ أَخْرَجَهَا عَنْ مَحَلِّهِ النِّكَاحِ كَالرَّدِّ الْخَاصِلَةِ بِتَبَعِيَّةِ الْأَبَوَيْنِ أَسْقَطَ حَقَّهَا (وَيُرْجَعُ بِهِ) أَيُّ: بِمَا أَدَّى مِنْ نِصْفِ مَهْرِ الصَّغِيرَةِ (عَلَى الْكَبِيرَةِ إِنْ كَانَتْ تَعَمَّدَتْ الْفُسَادَ) بِأَنَّ قَصْدَ الْإِرْضَاعِ إِفْسَادَ النِّكَاحِ، (وَإِنْ لَمْ تَتَعَمَّدْ) بِأَنَّ قَصْدَ دَفْعِ الْهَلَاقِ عَنْهَا جُوعًا (فَلَا شَيْءَ عَلَيْهَا وَإِنْ عَلِمْتَ أَنَّ الصَّغِيرَةَ

امْرَأَةً زَوْجَهَا.

وَعَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ يَرْجِعُ عَلَيْهَا فِي الْوَجْهَيْنِ (جَمِيعًا يَعْنِي فِي تَعَمُّدِ الْفَسَادِ وَعَدَمِهِ؛ لِأَنَّ مِنْ أَصْلِهِ أَنَّ الْمُسَبَّبَ كَالْمُبَاشِرِ وَلِهَذَا جُعِلَ فَتْحُ بَابِ الْقَفْصِ وَالْإِصْطِطِلَ وَحَلُّ قَيْدِ الْآبِقِ مُوجِبًا لِلضَّمَانِ عَلَى مَا عُرِفَ فِي الْأُصُولِ، وَفِي الْمُبَاشَرَةِ الْمُتَعَدِّيِّ وَغَيْرِ الْمُتَعَدِّيِّ سَوَاءٌ فَكَذَلِكَ فِي التَّسَبُّبِ، (وَالصَّحِيحُ ظَاهِرُ الرَّوَايَةِ؛ لِأَنَّهَا وَإِنْ أَكَّدَتْ مَا كَانَ عَلَى شَرَفِ السَّقُوطِ وَهُوَ نِصْفُ الْمَهْرِ) بِتَقْيِيلِ ابْنِ الزَّوْجِ إِذَا بَلَغَتْ حَدًّا تُشْتَهَى، (وَذَلِكَ يَجْرِي مَجْرَى الْإِثْلَافِ) فِي إِيْجَابِ الضَّمَانِ، (لَكِنَّهَا مُسَبِّبَةٌ فِي ذَلِكَ) بِالتَّأْكِيدِ لَا مُبَاشَرَةٌ، (إِنَّمَا لِأَنَّ الْإِرْضَاعَ لَيْسَ بِإِفْسَادِ النِّكَاحِ وَضَعًا)؛ لِأَنَّ وَضْعَهُ لَتَرْبِيَةِ الصَّغِيرِ لَا لِإِفْسَادِ النِّكَاحِ، وَإِنَّمَا يَثْبُتُ الْإِفْسَادُ بِاتِّفَاقِ الْحَالِ لِتَأْدِيتِهِ إِلَى الْجَمْعِ بَيْنَ الْأُمِّ وَالْبِنْتِ فِي مِلْكِ رَجُلٍ نِكَاحًا، أَوْ لِأَنَّ إِفْسَادَ النِّكَاحِ لَيْسَ بِسَبَبٍ لِلْإِزَامِ الْمَهْرِ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مَضْمُونٍ بِالْإِتِّفَاقِ لَكُونِهِ غَيْرَ مُتَقَوِّمٍ فِي نَفْسِهِ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمِلْكٍ عَيْنٍ وَلَا مَنْفَعَةٍ عَلَى التَّحْقِيقِ، وَلِهَذَا لَا يَقْدَرُ عَلَى يَنْعِهِ وَهَبَتِهِ وَإِيجَارِهِ، وَإِنَّمَا هُوَ مِلْكٌ ضَرْوَرِيٌّ يَظْهَرُ فِي حَقِّ الِاسْتِيفَاءِ، بَلْ هُوَ سَبَبٌ لِسَقُوطِهِ؛ لِأَنَّ مَا يَقُوتُ بِهِ الْمُبْدَلُ يَقُوتُ بِهِ الْبَدَلُ أَيْضًا.

وَقَرِيرُ كَلَامِهِ: الْكَبِيرَةُ بِإِرْضَاعِهَا مُسَبِّبَةٌ فِي تَأْكِيدِ مَا كَانَ عَلَى شَرَفِ السَّقُوطِ لَا مُبَاشَرَةٌ؛ لِأَنَّ الْإِرْضَاعَ لَيْسَ بِإِفْسَادِ النِّكَاحِ وَضَعًا كَمَا تَقَرَّرَ. سَلَمْنَا أَنَّ الْإِرْضَاعَ إِفْسَادُ النِّكَاحِ لَكِنَّ إِفْسَادَهُ لَيْسَ بِسَبَبٍ لِلْإِزَامِ الْمَهْرِ لَمَّا تَقَرَّرَ أَيْضًا. فَإِنْ قِيلَ: إِذَا لَمْ يَكُنْ سَبَبًا لِلْإِزَامِ كَيْفَ وَجَبَ عَلَى الزَّوْجِ نِصْفُ الْمَهْرِ. أَجَابَ بِقَوْلِهِ إِلَّا أَنَّ نِصْفَ الْمَهْرِ يَجِبُ بِطَرِيقِ الْمُنْعَةِ عَلَى مَا عُرِفَ فِي بَابِ الْمَهْرِ، وَالْمُنْعَةُ تَجِبُ بِالنِّصِّ ابْتِدَاءً بِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَمَتَّعُوهُنَّ﴾؛ لِأَنَّ الْمَقْشُودَ عَلَيْهِ عَادَ إِلَيْهَا سَلَامًا، لَكِنْ مِنْ شَرْطٍ وَجُوبِهِ: أَيْ: وَجُوبِ نِصْفِ الْمَهْرِ بِطَرِيقِ الْمُنْعَةِ إِبْطَالُ النِّكَاحِ فَكَانَتْ صَاحِبَةً شَرْطٍ فَهِيَ مُسَبِّبَةٌ، وَإِذَا كَانَتْ مُسَبِّبَةً يُشْتَرَطُ فِيهِ التَّعَدِّيُّ كَمَا فِي حَفْرِ الْبُئْرِ، وَإِنَّمَا تَكُونُ مُتَعَدِّيَةً إِذَا عَلِمَتْ بِالنِّكَاحِ وَعَلِمَتْ أَنَّ الْإِرْضَاعَ مُفْسِدٌ وَقَصَدَتْ بِهِ الْفَسَادَ، وَأَمَّا إِذَا لَمْ تَعْلَمْ بِالنِّكَاحِ أَوْ عَلِمَتْ بِهِ وَلَمْ تَعْلَمْ أَنَّ الْإِرْضَاعَ مُفْسِدٌ أَوْ عَلِمَتْ بِهِ لَكِنْ قَصَدَتْ دَفْعَ الْهَلَاكِ عَنِ الصَّغِيرَةِ جُوعًا لَا تَكُونُ مُتَعَدِّيَةً لَكُونِهَا مَأْمُورَةً بِذَلِكَ أَيْ: بِالْإِرْضَاعِ لِدَفْعِ الْهَلَاكِ.

فَإِنْ قِيلَ: الْجَهْلُ بِحُكْمِ الشَّرْعِ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ لَيْسَ بِعَذْرٍ فَكَيْفَ جُعِلَ جَهْلُ

المرأة بفساد النكاح عذراً في حق عدم وجوب الضمان عليهما؟ أجاب بقوله: وهذا من اعتبار الجهل لدفع قصد الفساد لا لدفع الحكم. وتقريره أن الحكم الشرعي وهو وجوب الضمان يعتمد التعدي والتعدي بما يحصل بقصد الفساد والقصد إلى الفساد إنما يتحقق عند العلم بالفساد، فإذا انتفى العلم بالفساد انتفى قصد الفساد، وكان اعتبار الجهل لدفع قصد الفساد لا لدفع الحكم. فإن قلت: دفع قصد الفساد يستلزم دفع الحكم فكان اعتبار الجهل لدفع الحكم. قلت: لزم ذلك ضمناً فلا معتبر به.

ولا تقبل في الرضاع شهادة النساء منفردات وإنما تثبت بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين) وقال مالك رحمه الله: تثبت بشهادة امرأة واحدة إذا كانت موصوفة بالعدالة؛ لأن الحرمة حق من حقوق الشرع فتثبت بخبر الواحد كمن اشترى لحماً فأخبره واحد أنه ذبيحة المجوسي. ولنا أن ثبوت الحرمة لا يقبل الفصل عن زوال الملك في باب النكاح وإبطال الملك لا يثبت إلا بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين، بخلاف اللحم؛ لأن حرمة التناول تنفك عن زوال الملك فاعتبر امرأ دينياً، والله أعلم بالصواب.

الشرح:

وقوله: (ولا تقبل في الرضاع شهادة النساء منفردات) أي: عن الرجال أجنبيات كن أو أمهات أحد الزوجين واحدة كانت أو أكثر. وقال الشافعي: تقبل شهادة أربع منهن. وقال مالك: تقبل شهادة واحدة إذا اتصفت بالعدالة. وجه قول الشافعي: إن الرضاع يكون بالتدني ولا يطلع على ذلك رجل حرمة النظر إليه، وعنده أن شهادة أربع منهن شرط فيما لا يطلع عليه الرجال لتقوم كل امرأتين مقام رجل. وقلنا: هو مما يطلع عليه الرجال من ذوي المحارم يحل لهم النظر إلى ثديها.

وجه قول مالك أن الحرمة حق من حقوق الشرع فيثبت بخبر الواحد؛ كمن اشترى لحماً فأخبره واحد أنه ذبيحة المجوسي فإنه ينبغي للمسلم أن لا يأكل منه ولا يطعم غيره؛ لأن المخبر أخبره بحرمة العين وبطلان الملك فتثبت الحرمة مع بقاء الملك، ثم لما ثبتت الحرمة مع بقاء الملك لا يمكنه الرد على بائعه ولا أن يحبس الثمن عن البائع. ولنا ما ذكره في الكتاب وهو واضح لا يحتاج إلى بيان، والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب.

كِتَابُ الطَّلَاقِ

الشرح:

لَمَّا كَانَ الطَّلَاقُ مُتَأَخِّرًا عَنِ النِّكَاحِ طَبْعًا أَخَّرَهُ عَنْهُ وَضَعًا لِيُوَافِقَ الْوَضْعُ الطَّبْعُ. وَالطَّلَاقُ فِي اللَّغَةِ عِبَارَةٌ عَنْ رَفْعِ الْقَيْدِ. وَفِي عُرْفِ الْفُقَهَاءِ عِبَارَةٌ عَنْ حُكْمٍ شَرْعِيٍّ يَرْفَعُ الْقَيْدَ النِّكَاحِيَّ بِالْفَاطِ مَخْصُوصَةً. وَسَبَبُهُ الْحَاجَةُ الْمُحَوِّجَةُ إِلَيْهِ. وَشَرْطُهُ كَوْنُ الْمُطَلَّقِ عَاقِلًا بَالِغًا وَالْمَرْأَةُ فِي النِّكَاحِ أَوْ عِدَّتِهِ الَّتِي تَصُلُحُ بِهَا مَحَلًّا لِلطَّلَاقِ، وَحُكْمُهُ زَوَالُ الْمَلِكِ عَنِ الْمَحَلِّ. وَأَقْسَامُهُ مَا يَذْكُرُهُ.

بَابُ طَلَاقِ السُّنَّةِ

قَالَ (الطَّلَاقُ عَلَى ثَلَاثَةِ أَوْجُهٍ: حَسَنٌ، وَأَحْسَنُ، وَبِدْعِيٌّ. فَالْأَحْسَنُ أَنْ يُطْلَقَ الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ تَطْلِيقَةً وَاحِدَةً فِي طَهْرٍ لَمْ يُجَامِعْهَا فِيهِ وَيَتْرُكَهَا حَتَّى تَنْقَضِيَ عِدَّتُهَا)؛ لِأَنَّ الصَّحَابَةَ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُمْ كَانُوا يَسْتَحِبُّونَ أَنْ لَا يَزِيدُوا فِي الطَّلَاقِ عَلَى وَاحِدَةٍ حَتَّى تَنْقَضِيَ الْعِدَّةُ فَإِنْ هَذَا أَفْضَلُ عِنْدَهُمْ مِنْ أَنْ يُطْلَقَهَا الرَّجُلُ ثَلَاثًا عِنْدَ كُلِّ طَهْرٍ وَاحِدَةٍ؛ وَلِأَنَّهُ أَبْعَدُ مِنَ التَّدَامَةِ وَأَقْلُّ ضَرَرًا بِالْمَرْأَةِ وَلَا خِلَافَ لِأَحَدٍ فِي الْكَرَاهَةِ (وَالْحَسَنُ هُوَ طَلَاقُ السُّنَّةِ، وَهُوَ أَنْ يُطْلَقَ الْمَدْخُولُ بِهَا ثَلَاثًا فِي ثَلَاثَةِ أَطْهَارٍ) وَقَالَ مَا لَكَ رَحِمَهُ اللَّهُ؛ إِنَّهُ بِدْعَةٌ وَلَا يَبَاحُ إِلَّا وَاحِدَةً؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ فِي الطَّلَاقِ هُوَ الْحَضَرُ وَالْإِبَاحَةُ لِحَاجَةِ الْخَلَاصِ وَقَدْ انْدَفَقَتْ بِالْوَاحِدَةِ. وَلَنَا قَوْلُهُ ﷺ فِي حَدِيثِ ابْنِ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا «إِنَّ مِنَ السُّنَّةِ أَنْ تَسْتَقْبِلَ الطَّهْرَ اسْتِقْبَالًا فَتُطْلَقَ لِكُلِّ فُرْءٍ تَطْلِيقَةً»^(١) وَلِأَنَّ الْحُكْمَ يُدَارُ عَلَى دَلِيلِ الْحَاجَةِ وَهُوَ الْإِقْدَامُ عَلَى الطَّلَاقِ فِي زَمَانٍ تَجَدُّدِ الرِّغْبَةِ وَهُوَ الطَّهْرُ الْخَالِي عَنِ الْجِمَاعِ، فَالْحَاجَةُ كَالْمُتَكَرِّرَةِ نَظَرًا إِلَى دَلِيلِهَا، ثُمَّ قِيلَ: الْأَوَّلَى أَنْ يُؤَخَّرَ الْإِيقَاعُ إِلَى آخِرِ الطَّهْرِ احْتِرَازًا عَنِ تَطْوِيلِ الْعِدَّةِ، وَالْأَظْهَرُ أَنْ يُطْلَقَ كَمَا طَهَرْتَ؛ لِأَنَّهُ لَوْ أَخَّرْنَا رُبَّمَا يُجَامِعُهَا، وَمِنْ قَصْدِهِ التَّطْلِيقُ فَيُبْتَلَى بِالْإِيقَاعِ عَقِيبَ الْوَقَاعِ.

الشرح:

(بَابُ طَلَاقِ السُّنَّةِ): ذَهَبَ بَعْضُ النَّاسِ إِلَى أَنَّ إِيْقَاعَ الطَّلَاقِ لَيْسَ بِمُبَاحٍ إِلَّا عِنْدَ الضَّرُورَةِ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «لَعَنَ اللَّهُ كُلَّ ذَوَّاقٍ مِطْلَاقٍ» وَالْعَامَّةُ عَلَى

(١) أخرجه الدارقطني (٣١/٤) بطوله، وانظر نصب الراية (٢٩٢/٣).

إِبَاحَتِهِ بِالنِّصُوصِ الْمُطْلَقَةِ كَقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمْ النِّسَاءَ﴾ [البقرة: ٢٣٦]، وَقَوْلُهُ تَعَالَى ﴿يَتَأَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ﴾ [الطلاق: ١] وَأَمثَالَهُمَا. وَأَقْسَامُهُ ثَلَاثَةٌ: حَسَنٌ، وَأَحْسَنُ، وَبِدْعِيٌّ عَلَى مَا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ، وَهُوَ ظَاهِرٌ. (قَوْلُهُ: وَلَائِذَا أُبْعِدَ مِنَ النَّدَامَةِ) حَيْثُ أَبْقَى لِنَفْسِهِ مَكْنَةً التَّذَارُكَ بِأَنْ يُرَاجِعَهَا فِي الْعِدَّةِ وَبَعْدَهَا بِتَجْدِيدِ مَنْ غَيْرِ اسْتِحْلَالٍ، وَأَقْلُ ضَرَرًا بِالْمَرْأَةِ حَيْثُ لَمْ تَبْطُلَ مَحَلَّتُهَا نَظَرًا إِلَيْهَا؛ لِأَنَّ اتِّسَاعَ الْمَحَلَّةِ نِعْمَةٌ فِي حَقِّهَا فَلَا يَتَكَامَلُ ضَرَرُ الْإِيحَاشِ. وَقَوْلُهُ: (وَلَا خِلَافَ لِأَحَدٍ فِي الْكَرَاهَةِ) أَيُّ: فِي عَدَمِ الْكَرَاهَةِ يَعْنِي لَمْ يَقُلْ أَحَدٌ بِكَرَاهَةِ هَذَا الطَّلَاقِ. وَقَوْلُهُ: (لِأَنَّ الْأَصْلَ فِي الطَّلَاقِ هُوَ الْحَظَرُ)؛ لِأَنَّهُ قَطَعَ النِّكَاحَ الَّذِي هُوَ سُنَّةٌ فَيَكُونُ مُحْظُورًا. وَقَوْلُهُ: (وَالْإِبَاحَةُ لِحَاجَةِ الْخِلَاصِ) الضَّرُورَةُ التَّخْلِيصُ عَنْهَا بَيِّنَاتِ الْأَخْلَاقِ وَتَنَافُرِ الطَّبَاعِ، وَهَذَا الْمَعْنَى يَحْصُلُ بِالْوَاحِدَةِ فَلَا يَحْتَاجُ إِلَى الثَّانِيَةِ. وَلَنَا قَوْلُهُ: عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ فِي حَدِيثِ ابْنِ عُمَرَ وَهُوَ مَا رَوَى الْبُخَارِيُّ وَغَيْرُهُ مُسْتَدًّا إِلَى نَافِعٍ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّهُ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ وَهِيَ حَائِضٌ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَسَأَلَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ عَنْ ذَلِكَ فَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: مُرْهُ فَلْيُرَاجِعْهَا ثُمَّ لِيُمْسِكْهَا حَتَّى تَطْهَرَ ثُمَّ تَحِيضَ ثُمَّ تَطْهَرَ، ثُمَّ إِنْ شَاءَ أُمْسَكَ بَعْدُ وَإِنْ شَاءَ طَلَّقَ قَبْلَ أَنْ يَمَسَّ فِتْلِكَ الْعِدَّةِ الَّتِي أَمَرَ اللَّهُ تَعَالَى أَنْ يُطْلَقَ لَهَا النِّسَاءُ وَأَشَارَ بِهِ إِلَى قَوْلِهِ تَعَالَى ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ﴾.

قَالَ: إِنْ شَاءَ أُمْسَكَ بَعْدُ وَإِنْ شَاءَ طَلَّقَ»، خَيْرٌ بَيْنَ الْإِمْسَاكِ وَالطَّلَاقِ، وَلَوْ كَانَ الطَّلَاقُ الثَّانِي بَدْعًا لَمَا فَعَلَ ذَلِكَ، كَذَا فِي بَعْضِ الشُّرُوحِ. وَلَيْسَ هَذَا شَرْحَ مَا فِي الْكِتَابِ، وَإِنَّمَا شَرْحُهُ مَا رُوِيَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ لِابْنِ عُمَرَ حِينَ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ وَهِيَ حَائِضٌ: «مَا هَكَذَا أَمَرَكَ اللَّهُ تَعَالَى، إِنَّمَا السُّنَّةُ أَنْ تَسْتَقْبِلَ الطَّهْرَ اسْتِقْبَالًا وَيُطْلَقَ لَهَا لِكُلِّ قُرْءٍ تَطْلِيْقَةً»، (وَقَوْلُهُ: وَلِأَنَّ الْحُكْمَ يُدَارُ عَلَى دَلِيلِ الْحَاجَةِ) يَبَيِّنُ أَنَّ الْأَصْلَ فِي الطَّلَاقِ الْحَظَرُ كَمَا قَالَ مَالِكٌ. وَالْإِبَاحَةُ لِلْحَاجَةِ بِسَبَبِ الْعَجْزِ عَنِ الْإِمْسَاكِ بِالْمَعْرُوفِ عِنْدَ عَدَمِ مُوَافَقَةِ الْأَخْلَاقِ، وَالْحَاجَةُ بِسَبَبِ الْعَجْزِ أَمْرٌ مُبْطِنٌ فَأَقِيمَ دَلِيلُ الْحَاجَةِ وَهُوَ الْإِقْدَامُ عَلَى الطَّلَاقِ فِي زَمَانٍ تَجَدَّدَ الرِّغْبَةُ فِيهَا وَهُوَ الطَّهْرُ الْخَالِي عَنِ الْجَمَاعِ مَقَامَهُ، وَكُلَّمَا تَكَرَّرَ دَلِيلُ الْحَاجَةِ جُعِلَتْ كَأَنَّ الْحَاجَةَ إِلَى الطَّلَاقِ تَكَرَّرَتْ فَأُيِّحَ تَكَرُّرُ الطَّلَاقِ

المُفَرَّقِ عَلَى الْأَطْهَارِ، (وَقَوْلُهُ: ثُمَّ قِيلَ) اخْتَلَفَ الْمَشَايخُ فِي هَذَا الطَّلَاقِ؛ فَقَالَ بَعْضُهُمْ يُؤَخَّرُ الْإِبْقَاعُ إِلَى آخِرِ الطَّهْرِ اخْتِرَازًا عَنْ تَطْوِيلِ الْعِدَّةِ، وَهُوَ رَوَايَةُ أَبِي يُوسُفَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ، وَاخْتَارَهُ بَعْضُ الْمَشَايخِ، وَقَالَ بَعْضُهُمْ: يُطْلَقُهَا كَمَا طَهَّرْتَ، لِأَنَّهُ لَوْ أَخَّرَ رُبَّمَا يُجَامِعُهَا، وَمَنْ قَصَدَهُ التَّطْلِيقُ فَيَبْتَلَى بِالْإِبْقَاعِ عَقِبَ الْوَقَاعِ.

قَالَ الْمُصَنِّفُ: وَالْأَطْهَرُ أَنْ يُطْلَقَ كَمَا طَهَّرْتَ، جُعِلَ هَذَا أَظْهَرُ؛ لِأَنَّ مُحَمَّدًا قَالَ فِي الْأَصْلِ: وَإِذَا أَرَادَ أَنْ يُطْلَقَهَا ثَلَاثًا طَلَّقَهَا وَاحِدَةً إِذَا طَهَّرْتَ مِنَ الْحَيْضِ.

(وَطَّلَاقُ الْبِدْعَةِ أَنْ يُطْلَقَهَا ثَلَاثًا بِكَلِمَةٍ وَاحِدَةٍ أَوْ ثَلَاثًا فِي طَهْرٍ وَاحِدٍ، فَإِذَا فَعَلَ ذَلِكَ وَقَعَ الطَّلَاقُ وَكَانَ عَاصِيًا) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: كُلُّ الطَّلَاقِ مُبَاحٌ لِأَنَّهُ تَصَرُّفٌ مَشْرُوعٌ حَتَّى يُسْتَفَادَ بِهِ الْحُكْمُ وَالْمَشْرُوعِيَّةُ لَا تُجَامِعُ الْحَظَرَ، بِخِلَافِ الطَّلَاقِ فِي حَالَةِ الْحَيْضِ؛ لِأَنَّ الْمَحْرَمَ تَطْوِيلَ الْعِدَّةِ عَلَيْهَا لَا الطَّلَاقِ. وَلَنَّا أَنَّ الْأَصْلَ فِي الطَّلَاقِ هُوَ الْحَظَرُ لَمَّا فِيهِ مِنْ قَطْعِ النِّكَاحِ الَّذِي تَعَلَّقَتْ بِهِ الْمَصَالِحُ الدِّينِيَّةُ وَالْدُّنْيَوِيَّةُ وَالْإِبَاحَةُ لِلْحَاجَةِ إِلَى الْخَلَاصِ، وَلَا حَاجَةَ إِلَى الْجَمْعِ بَيْنَ الثَّلَاثِ وَهِيَ فِي الْمَفْرَقِ عَلَى الْأَطْهَارِ ثَانِيَّةٌ نَظَرًا إِلَى دَلِيلِهَا، وَالْحَاجَةُ فِي نَفْسِهَا بَاقِيَّةٌ فَأَمَكْنَ تَصْوِيرُ الدَّلِيلِ عَلَيْهَا، وَالْمَشْرُوعِيَّةُ فِي ذَاتِهِ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ إِزَالَةُ الرِّقِّ لَا تَنَافِي الْحَظَرَ لِمَعْنَى فِي غَيْرِهِ وَهُوَ مَا ذَكَرْنَاهُ، وَكَذَا إِبْقَاعُ الثَّانَتَيْنِ فِي طَهْرٍ وَاحِدٍ بِدْعَةٌ لَمَّا قُلْنَا. وَاخْتَلَفَتِ الرِّوَايَةُ فِي الْوَاحِدَةِ الْبَاقِيَّةِ. قَالَ فِي الْأَصْلِ: إِنَّهُ أَخْطَأَ السُّنَنُ؛ لِأَنَّهُ لَا حَاجَةَ إِلَى اثْبَاتِ صِفَةِ زَائِدَةٍ فِي الْخَلَاصِ وَهِيَ الْبَيِّنُونَةُ، وَفِي الزِّيَادَاتِ أَنَّهُ لَا يَكْرَهُ لِلْحَاجَةِ إِلَى الْخَلَاصِ نَاجِزًا.

الشرح:

(وَطَّلَاقُ الْبِدْعَةِ أَنْ يُطْلَقَهَا ثَلَاثًا بِكَلِمَةٍ وَاحِدَةٍ أَوْ ثَلَاثًا فِي طَهْرٍ وَاحِدٍ وَهُوَ حَرَامٌ عِنْدَنَا، لَكِنَّهُ إِذَا فَعَلَ وَقَعَ الطَّلَاقُ وَبَانَ مِنْهُ وَحُرِّمَتْ حُرْمَةً غَلِيظَةً وَكَانَ عَاصِيًا. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: كُلُّ طَّلَاقٍ مُبَاحٌ) يَعْنِي فِي حَدِّ ذَاتِهِ، وَإِنَّمَا قُلْتُ ذَلِكَ لِثَلَاثِ يَرِدُ عَلَى تَعْمِيمِهِ الطَّلَاقُ حَالَةَ الْحَيْضِ وَفِي طَهْرٍ قَدْ جَامَعَهَا فِيهِ، فَإِنَّ الطَّلَاقَ فِي هَذَيْنِ الْوَقْتَيْنِ حَرَامٌ عِنْدَهُ أَيْضًا. قَالَ فِي تَعْلِيلِهِ: لِأَنَّهُ تَصَرُّفٌ مَشْرُوعٌ حَتَّى يُسْتَفَادَ بِهِ الْحُكْمُ وَهُوَ وَقُوعُ الطَّلَاقِ، وَكُلُّ مَا هُوَ مَشْرُوعٌ لَا يَكُونُ مَحْظُورًا؛ لِأَنَّ الْمَشْرُوعِيَّةَ لَا تُجَامِعُ الْحَظَرَ. فَإِنْ قِيلَ: فَكَيْفَ يَصِحُّ الْعُمُومُ وَالطَّلَاقُ فِي حَالَةِ الْحَيْضِ حَرَامٌ؟ أَجَابَ بِقَوْلِهِ: (بِخِلَافِ

الطَّلَاقِ فِي حَالَةِ الْحَيْضِ؛ لِأَنَّ الْمُحَرَّمَ تَطْوِيلُ الْعِدَّةِ عَلَيْهَا لَا الطَّلَاقِ) وَكَذَلِكَ يَقُولُ الْمُحَرَّمُ فِيمَا إِذَا طَلَّقَهَا فِي طَهْرٍ جَامِعٍ فِيهِ التَّبَاسُّ أَمْرُ الْعِدَّةِ عَلَيْهَا فَإِنَّهُ إِذَا طَلَّقَهَا فِيهِ يَلْتَبِسُ أَمْرُ الْعِدَّةِ عَلَيْهَا لَا يَذَرِي أَهْيَ حَامِلٌ فَتَعْتَدُ بِوَضْعِ الْحَمْلِ أَوْ حَائِلٌ فَتَعْتَدُ بِالْأَقْرَاءِ. ثُمَّ قَالَ: لَا أَعْرِفُ فِي الْجَمْعِ بَدْعَةً وَلَا فِي التَّفْرِيقِ سُنَّةَ بَلِ الْكُلُّ مُبَاحٌ (وَلَنَا أَنَّ الطَّلَاقَ الْأَصْلُ فِيهِ الْحَظَرُ لَمَّا فِيهِ مِنْ قَطْعِ النِّكَاحِ الَّذِي تَعَلَّقَتْ بِهِ الْمَصَالِحُ الدِّينِيَّةُ) مِنْ تَحْصِينِ الْفَرْجِ عَنِ الزَّوْنِ الْمُحَرَّمَ فِي جَمِيعِ الْأَدْيَانِ (وَالدُّنْيَوِيَّةِ) لَمَّا فِيهِ مِنَ الْمَسْكَنِ وَالْإِزْدِوَاجِ وَاتِّحْسَابِ الْوَلَدِ، وَكُلُّ مَا هُوَ كَذَلِكَ يَنْبَغِي أَنْ لَا يَجُوزَ وَقُوعُهُ فِي الشَّرْعِ إِلَّا أَنَّهُ أُبِيحَ لِلْحَاجَةِ إِلَى الْخَلَاصِ كَمَا تَقَدَّمَ، وَلَا حَاجَةَ إِلَى الْجَمْعِ بَيْنَ الثَّلَاثِ.

فَإِنْ قِيلَ: فَكَمَا لَا حَاجَةَ إِلَى الْجَمْعِ بَيْنَ الثَّلَاثِ فَكَذَا لَا حَاجَةَ إِلَى الْمُفَرَّقِ عَلَى الْأَطْهَارِ. أَجَابَ بِقَوْلِهِ (وَهِيَ) أَيُّ الْحَاجَةِ (فِي الْمُفَرَّقِ عَلَى الْأَطْهَارِ نَابِتَةٌ نَظَرًا إِلَى دَلِيلِهَا) وَهُوَ الْإِفْدَامُ عَلَى الطَّلَاقِ فِي زَمَانٍ تَجَدُّدِ الرَّغْبَةِ وَهُوَ الطَّهَرُ كَمَا تَقَدَّمَ، وَالْحُكْمُ يُدَارُ عَلَى دَلِيلِ الْحَاجَةِ لَكُونِهَا أَمْرًا مُبْطِنًا.

فَإِنْ قِيلَ: دَلِيلُ الْحَاجَةِ إِنَّمَا يُقَامُ مَقَامَ الْحَاجَةِ فِيمَا يُتَصَوَّرُ وَجُودُهَا وَهَاهُنَا لَا يُتَصَوَّرُ؛ لِأَنَّ الْحَاجَةَ إِلَى الْخَلَاصِ عَنْ عَهْدَةِ النِّكَاحِ فِي الطَّهْرِ الثَّانِي وَالثَّلَاثِ مَعَ ارْتِفَاعِ النِّكَاحِ بِالْأَوَّلِ غَيْرُ مُتَصَوَّرٍ. أَجَابَ بِقَوْلِهِ: (وَالْحَاجَةُ فِي نَفْسِهَا بَاقِيَةٌ) يَعْنِي لَاحْتِمَالُ أَنْ تَكُونَ سَيِّئَةُ الْأَخْلَاقِ بِذِيَّةِ اللِّسَانِ فَيُسَدُّ عَلَى الزَّوْجِ بَابُ إِمْكَانِ التَّدَارُكِ مَعَ صَفَائِهِ عَنْ عُرُوضِ النَّدَمِ.

قَالَ فَخَرُ الْإِسْلَامِ: وَعَلَى هَذَا يَجُوزُ أَنْ يُبَاحَ الثَّلَاثُ جُمْلَةً لَكِنَّهَا عِلَّةٌ تُعَارِضُ النَّصَّ فَلَمْ تُؤْثَرْ، وَأُظْهِرُ أَنَّهُ أَرَادَ بِالنَّصِّ قَوْلَهُ تَعَالَى ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ﴾ فَإِنَّهُ يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ مُفَرَّقٌ، وَيَجُوزُ أَنْ يُرَادَ قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لِابْنِ عُمرَ: «إِنَّ مِنَ السُّنَّةِ أَنْ تَسْتَقْبِلَ الطَّهْرَ اسْتِقْبَالًا» الْحَدِيثَ (قَوْلُهُ: وَالْمَشْرُوعِيَّةُ فِي ذَاتِهِ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ: وَالْمَشْرُوعِيَّةُ لَا تُجَامِعُ الْحَظَرَ.

وَوَجْهُهُ أَنَّ الْمَشْرُوعَ لِدَاتِهِ لَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ مَحْظُورًا لِذَاتِهِ أَمَّا إِذَا كَانَتْ الْمَشْرُوعِيَّةُ لِذَاتِهِ وَالْحَظَرُ لَعْنَى فِي غَيْرِهِ كَمَا ذَكَرْنَا مِنْ فَوَاتِ مَصَالِحِ الدِّينِ وَالدُّنْيَا فَلَا تَنَافِي إِذْ ذَاكَ كَالْبَيْعِ وَقَتِ النَّدَاءِ وَالصَّلَاةِ فِي الْأَرْضِ الْمَعْصُوبَةِ وَقَدْ قَرَّرْنَاهُ فِي التَّفْصِيلِ،

وَكَذَا إِيقَاعُ الشَّيْئَيْنِ فِي الطُّهْرِ الْوَاحِدِ بِدُعَا لَمَّا قُلْنَا: إِنَّهُ لَا حَاجَةَ إِلَى الْجَمْعِ بَيْنَ الثَّلَاثِ. وَقَوْلُهُ: (وَاخْتَلَفَتِ الرَّوَايَةُ) ظَاهِرٌ.

(وَالسُّنَّةُ فِي الطَّلَاقِ مِنْ وَجْهَيْنِ: سُنَّةٌ فِي الْوَقْتِ، وَسُنَّةٌ فِي الْعَدَدِ. فَالسُّنَّةُ فِي الْعَدَدِ يَسْتَوِي فِيهَا الْمَدْخُولُ بِهَا وَغَيْرُ الْمَدْخُولِ بِهَا) وَقَدْ ذَكَّرْنَاهَا (وَالسُّنَّةُ فِي الْوَقْتِ تَثْبُتُ فِي الْمَدْخُولِ بِهَا خَاصَّةً، وَهُوَ أَنْ يُطَلَّقَهَا فِي طَهْرٍ لَمْ يُجَامِعْهَا فِيهِ) لِأَنَّ الْمُرَاعَى دَلِيلُ الْحَاجَةِ وَهُوَ الْإِقْدَامُ عَلَى الطَّلَاقِ فِي زَمَانٍ تَجَدُّدِ الرَّغْبَةِ وَهُوَ الطُّهْرُ الْخَالِي عَنِ الْجِمَاعِ، أَمَّا زَمَانُ الْحَيْضِ فَزَمَانُ الثَّفَرَةِ، وَبِالْجِمَاعِ مَرَّةً فِي الطُّهْرِ تَقْتَرُ الرَّغْبَةُ (وْغَيْرُ الْمَدْخُولِ بِهَا يُطَلَّقُهَا فِي حَالَةِ الطُّهْرِ وَالْحَيْضِ) خِلَافًا لَزُفَرِ رَحِمِهِ اللَّهُ هُوَ يَقِيسُهَا عَلَى الْمَدْخُولِ بِهَا. وَلَنَا أَنَّ الرَّغْبَةَ فِي غَيْرِ الْمَدْخُولِ بِهَا صَادِقَةٌ لَا تَقِلُّ بِالْحَيْضِ مَا لَمْ يَحْصُلْ مَقْصُودُهُ مِنْهَا، وَفِي الْمَدْخُولِ بِهَا تَتَجَدَّدُ بِالطُّهْرِ.

الشرح:

قَالَ: (وَالسُّنَّةُ فِي الطَّلَاقِ مِنْ وَجْهَيْنِ: أَحَدُهُمَا فِي الْوَقْتِ، وَالْآخَرُ فِي الْعَدَدِ، فَالسُّنَّةُ فِي الْعَدَدِ يَسْتَوِي فِيهَا الْمَدْخُولُ بِهَا وَغَيْرُهَا وَقَدْ ذَكَّرْنَاهَا) وَهِيَ أَنْ لَا يَزِيدَ عَلَى الْوَاحِدَةِ وَسَمِيَ الْوَاحِدَ عَدَدًا مَجَازًا لِكَوْنِهِ أَصْلُ الْعَدَدِ وَهُوَ مَا يَكُونُ نَصْفَ حَاشِيَّتَيْهِ، (وَالسُّنَّةُ فِي الْوَقْتِ فِي الْمَدْخُولِ بِهَا خَاصَّةً وَهُوَ أَنْ يُطَلَّقَهَا فِي طَهْرٍ لَمْ يُجَامِعْهَا فِيهِ) لَمَّا ذَكَّرْنَا أَنَّ شَرْعِيَّتَهُ بِاعْتِبَارِ الْحَاجَةِ، وَالْمُرَاعَى دَلِيلُهَا، (وَهُوَ الْإِقْدَامُ عَلَى الطَّلَاقِ فِي زَمَانٍ تَجَدُّدِ الرَّغْبَةِ وَهُوَ الطُّهْرُ الْخَالِي عَنِ الْجِمَاعِ، أَمَّا زَمَانُ الْحَيْضِ فَزَمَانُ الثَّفَرَةِ، وَبِالْجِمَاعِ مَرَّةً فِي الطُّهْرِ تَقْتَرُ الرَّغْبَةُ) فَلَمْ يَكُنْ فِيهَا دَلِيلُ الْحَاجَةِ لِقَامَ مَقَامَهُ، وَغَيْرُ الْمَدْخُولِ بِهَا حَيْثُ لَمْ يَتَلَّ مِنْهَا شَيْئًا فَالرَّغْبَةُ فِيهَا بَاقِيَةٌ، سَوَاءٌ كَانَ فِي حَالَةِ الْحَيْضِ وَفِي حَالَةِ الطُّهْرِ فَلَمْ يَخْرُجْ طَلَاقُهَا عَنِ السُّنَنِ فِي أَيِّ وَقْتٍ كَانَ (خِلَافًا لَزُفَرِ فَإِنَّهُ يَقِيسُهَا عَلَى الْمَدْخُولِ بِهَا) وَقَوْلُهُ: وَلَنَا وَاضِحٌ. وَعُورِضَ بِأَنَّ مَا ذَكَّرْتُمْ تَعْلِيلٌ فِي مُقَابَلَةِ النَّصِّ، فَإِنَّ قَوْلَهُ: عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لِابْنِ عُمَرَ «إِنَّمَا السُّنَّةُ أَنْ تَسْتَقْبِلَ الطُّهْرَ» بِإِطْلَاقِهِ يَدُلُّ عَلَى أَنَّ الطَّلَاقَ فِي حَالَةِ الْحَيْضِ لَيْسَ بِسُنَّةٍ مِنْ غَيْرِ تَفْرِقَةٍ بَيْنَ الْمَدْخُولِ بِهَا وَغَيْرِ الْمَدْخُولِ بِهَا وَلَا عِبْرَةَ لِحُصُوصِ السَّبَبِ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ الْخُصُوصَ لَمْ يَثْبُتْ لِحُصُوصِ السَّبَبِ، بَلْ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لِعُمَرَ: «مُرُوهُ فَلْيُرَاجِعْهَا»

قَالَ (وَإِذَا كَانَتْ الْمَرْأَةُ لَا تَحِيضُ مِنْ صِغَرٍ أَوْ كِبَرٍ فَأَرَادَ أَنْ يُطَلِّقَهَا ثَلَاثَ لِسَنَةٍ طَلَّقَهَا وَاحِدَةً، فَإِذَا مَضَى شَهْرٌ طَلَّقَهَا أُخْرَى، فَإِذَا مَضَى شَهْرٌ طَلَّقَهَا أُخْرَى؛ لِأَنَّ الشَّهْرَ فِي حَقِّهَا قَائِمٌ مَقَامَ الْحَيْضِ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿وَالَّتِي يَبْسُنُ مِنَ الْمَحِيضِ﴾ إِلَى أَنْ قَالَ ﴿وَالَّتِي لَمْ تَحِضْنَ﴾ [الطلاق: ٤] وَالْإِقَامَةُ فِي حَقِّ الْحَيْضِ خَاصَّةٌ حَتَّى يَقْدَرَ الْاسْتِبْرَاءُ فِي حَقِّهَا بِالشَّهْرِ وَهُوَ بِالْحَيْضِ لَا بِالطَّهْرِ، ثُمَّ إِنْ كَانَ الطَّلَاقُ فِي أَوَّلِ الشَّهْرِ تُعْتَبَرُ الشُّهُورُ بِالْأَهْلِةِ، وَإِنْ كَانَ فِي وَسْطِهِ فَبِالْأَيَّامِ فِي حَقِّ التَّفْرِيقِ، وَفِي حَقِّ الْعِدَّةِ كَذَلِكَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَعِنْدَهُمَا يُكْمَلُ الْأَوَّلُ بِالْأَخِيرِ وَالْمَتَوَسُّطَانِ بِالْأَهْلِةِ وَهِيَ مَسْأَلَةُ الْإِجَارَاتِ. قَالَ (وَيَجُوزُ أَنْ يُطَلَّقَهَا وَلَا يَفْصِلُ بَيْنَ وَطْئِهَا وَطَّلَاقِهَا بِزَمَانٍ) وَقَالَ زُفَرٌ: يَفْصِلُ بَيْنَهُمَا بِشَهْرٍ لِقِيَامِهِ مَقَامَ الْحَيْضِ؛ وَلِأَنَّ بِالْجِمَاعِ تَفْتُرُ الرِّغْبَةَ، وَإِنَّمَا تَتَجَدَّدُ بِزَمَانٍ وَهُوَ الشَّهْرُ؛ وَلِنَا أَنَّهُ لَا يَتَوَهَّمُ الْحَبْلُ فِيهَا، وَالْكَرَاهِيَةُ فِي ذَوَاتِ الْحَيْضِ بِاعْتِبَارِهِ؛ لِأَنَّ عِنْدَ ذَلِكَ يُشْتَبَهُ وَجْهُ الْعِدَّةِ، وَالرِّغْبَةُ وَإِنْ كَانَتْ تَفْتُرُ مِنَ الْوَجْهِ الَّذِي ذَكَرَ لَكِنْ تَكْثُرُ مِنْ وَجْهِ آخَرَ؛ لِأَنَّهُ يَرِغَبُ فِي وَطْءٍ غَيْرِ مُعْلَقٍ فِرَارًا عَنْ مُؤْنِ الْوَلَدِ فَكَانَ الزَّمَانُ زَمَانَ رَغْبَةٍ وَصَارَ كَزَمَانِ الْحَبْلِ.

الشرح:

(وَإِنْ كَانَتْ الْمَرْأَةُ لَا تَحِيضُ مِنْ صِغَرٍ أَوْ كِبَرٍ فَأَرَادَ أَنْ يُطَلِّقَهَا ثَلَاثًا لِلْسَّنَةِ طَلَّقَهَا وَاحِدَةً فَإِذَا مَضَى شَهْرٌ طَلَّقَهَا أُخْرَى فَإِذَا مَضَى شَهْرٌ طَلَّقَهَا أُخْرَى؛ لِأَنَّ الشَّهْرَ فِي حَقِّهَا قَائِمٌ مَقَامَ الْحَيْضِ لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَالَّتِي يَبْسُنُ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ أَرْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَالَّتِي لَمْ تَحِضْنَ﴾ [الطلاق: ٤]) يَعْنِي إِنْ أَشْكَلَ عَلَيْكُمْ حُكْمُ اعْتِدَادِ هَاتَيْنِ الطَّائِفَتَيْنِ فَحُكْمُهُنَّ هَذَا.

وَقَوْلُهُ: ﴿وَالَّتِي لَمْ تَحِضْنَ﴾ مُبْتَدَأُ خَبَرِهِ مَحذُوفٌ أَيُّ: وَاللَّامِي لَمْ يَحِضْنَ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ. وَقَوْلُهُ: (وَالْإِقَامَةُ فِي حَقِّ الْحَيْضِ خَاصَّةٌ) قِيلَ هُوَ إِشَارَةٌ إِلَى مَا اخْتَارَهُ بَعْضُ أَصْحَابِنَا أَنَّ الشَّهْرَ قَائِمٌ مَقَامَ الْحَيْضِ خَاصَّةً دُونَ الْحَيْضِ وَالطَّهْرِ جَمِيعًا كَمَا اخْتَارَهُ آخَرُونَ. وَقَالَ شَمْسُ الْأُيْمَةِ: ظَنَّ بَعْضُ أَصْحَابِنَا أَنَّ الشَّهْرَ فِي حَقِّ التِّي لَا تَحِيضُ بِمَنْزِلَةِ الْحَيْضِ وَالطَّهْرِ فِي حَقِّ التِّي تَحِيضُ وَلَيْسَ كَذَلِكَ، بَلِ الشَّهْرُ فِي حَقِّهَا بِمَنْزِلَةِ الْحَيْضِ فِي حَقِّ التِّي تَحِيضُ حَتَّى يَتَقَدَّرَ بِهِ الْاسْتِبْرَاءُ وَيُفْصَلَ بِهِ بَيْنَ طَلَاقِي

السُّنَّة، وَهَذَا لِأَنَّ الْمُعْتَبَرَ فِي حَقِّ ذَوَاتِ الْأَقْرَاءِ الْحَيْضُ، وَلَكِنْ لَا يُتَصَوَّرُ تَجَدُّدُ الْحَيْضِ إِلَّا بِتَخَلُّلِ الطُّهْرِ، وَفِي الشُّهُورِ يَنْعَدُّ هَذَا الْمَعْنَى فَكَانَ الشُّهُرُ قَائِمًا مَقَامَ مَا هُوَ الْمُعْتَبَرُ. وَفِيهِ بَحْثٌ مِنْ وَجْهَيْنِ: أَحَدُهُمَا مَا ذَكَرَهُ صَاحِبُ النَّهَائَةِ أَنَّ الشُّهُرَ لَمَّا أُقِيمَ مَقَامَ الْحَيْضِ، فَإِذَا أَوْفَعَ الطَّلَاقُ فِي أَيِّ شَهْرٍ كَانَ مِنَ الْأَشْهُرِ الثَّلَاثَةِ كَانَ مُوقِعًا لِلطَّلَاقِ فِي الْحَيْضِ فَكَانَ حَرَامًا كَمَا فِي حَالَةِ الْحَيْضِ.

وَالثَّانِي مَا ذَكَرَهُ بَعْضُ الشَّارِحِينَ أَنَّ الشُّهُرَ لَوْ قَامَ مَقَامَ الْحَيْضِ خَاصَّةً لَمَّا أُحْتِجَ إِلَى إِقَامَةِ ثَلَاثَةِ أَشْهُرٍ مَقَامَ ثَلَاثِ حَيْضٍ بَلْ يُكْتَفَى بِإِقَامَةِ شَهْرٍ وَاحِدٍ مَقَامَ ثَلَاثِ حَيْضٍ؛ لِأَنَّ الْحَيْضَ أَكْثَرُهُ عَشْرَةُ أَيَّامٍ، وَمُدَّةُ ثَلَاثِ حَيْضٍ تَحْصُلُ فِي شَهْرٍ وَاحِدٍ لَكِنْ اللَّازِمُ مُتَنَفٍّ فَيَنْتَفِي الْمَزْوُومُ. وَأُجِيبَ عَنِ الْأَوَّلِ بِأَنَّ هَذِهِ الْمُدَّةَ طَهْرٌ حَقِيقَةٌ، وَلَكِنْ أُقِيمَتْ مَقَامَ الْحَيْضِ، وَمَا قَامَ مَقَامَ الشَّيْءِ لَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ فِي مَعْنَاهُ مِنْ كُلِّ وَجْهٍ وَإِلَّا كَانَ عَيْنُهُ لَا قَائِمًا مَقَامَهُ، فَكَانَ قَائِمًا مَقَامَهُ فِي انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ وَالِاسْتِبْرَاءِ خَاصَّةً، أَلَا تَرَى أَنَّ الطَّلَاقَ بَعْدَ الْجَمَاعِ فِي ذَوَاتِ الْأَقْرَاءِ حَرَامٌ وَفِي الْآيَةِ وَالصَّغِيرَةِ لَيْسَ بِحَرَامٍ؟ وَلَوْ كَانَ الْأَشْهُرُ بَدَلًا عَنِ الْأَقْرَاءِ فِي جَمِيعِ الْأَحْكَامِ لَكَانَ مُحَرَّمًا كَمَا فِي ذَوَاتِ الْأَقْرَاءِ، كَذَا ذَكَرَهُ شَيْخُ الْإِسْلَامِ. وَالْجَوَابُ عَنِ الثَّانِي أَنَّ الشَّرْعَ أَقَامَ الْأَشْهُرَ مَقَامَ حَيْضٍ تَنْقِضِي بِهَا الْعِدَّةَ، وَهِيَ إِنَّمَا تَكُونُ فِي ثَلَاثَةِ أَشْهُرٍ غَالِبًا، فَأُقِيمَتْ الْأَشْهُرُ مَقَامَ الْحَيْضِ الَّتِي كَانَتْ تُوجَدُ فِيهَا وَلَمْ تَقُمْ الْأَشْهُرُ مَقَامَ مُدَّةِ الْحَيْضِ حَتَّى يُكْتَفَى بِشَهْرٍ وَاحِدٍ وَلَمْ تَظْهَرْ لِي فَائِدَةُ هَذَا الْاِخْتِلَافِ.

وَمَا ذَكَرَهُ صَاحِبُ النَّهَائَةِ أَنَّ ثَمَرَتَهُ تَظْهَرُ فِي حَقِّ إِلْزَامِ الْحُجَّةِ، فَإِنَّهُمْ لَمَّا أَجْمَعُوا عَلَى أَنَّ فِي الْإِسْتِبْرَاءِ يُكْتَفَى بِالْحَيْضِ لَا غَيْرٍ مِنْ غَيْرٍ تَوَقَّفَ إِلَى الطُّهْرِ، وَالشُّهُرُ قَائِمٌ مَقَامَهُ فِي حَقِّ الَّتِي لَا تَحِيضُ عَلِمْنَا أَنَّ الشُّهُرَ قَائِمٌ مَقَامَ الْحَيْضِ لَا غَيْرٍ؛ لِأَنَّ الْخَلْفَ إِنَّمَا يَعْمَلُ فِيمَا يَعْمَلُ فِيهِ الْأَصْلُ، وَاسْتِبْرَاطُ الْحَيْضِ مَعَ الطُّهْرِ فِي ثَلَاثِ حَيْضٍ إِنَّمَا كَانَ لِتَحَقُّقِ عَدَدِ الثَّلَاثِ لَا لَذَاتِ الطُّهْرِ عَلَى مَا ذَكَرَ فِي الْمَبْسُوطِ، وَلَوْ كَانَ لَذَاتِهِ لَا يُشْتَرَطُ فِيمَا لَا يُشْتَرَطُ فِيهِ الْعَدَدُ مِنَ الْحَيْضِ فَكَانُوا مَحْجُوجِينَ بِمَا قُلْنَا إِلَى هَذَا لَفْظُهُ لَيْسَ بِشَيْءٍ كَمَا تَرَى؛ لِأَنَّ إِلْزَامَ الْحُجَّةِ عَلَى أَحَدِ الْمُخْتَلِفِينَ لَا يَكُونُ فَائِدَةً الْاِخْتِلَافِ، إِذْ الْبَدِيهَةُ تَشْهَدُ بِأَنَّ غَرَضَ الْإِنْسَانِ مِنَ الْاِخْتِلَافِ فِي مَسْأَلَةٍ لَا يَكُونُ إِلْزَامُ الْحُجَّةِ عَلَى

الخصم. قال: (ثُمَّ إِنْ كَانَ الطَّلَاقُ فِي أَوَّلِ الشَّهْرِ) إِذَا كَانَ إِيقَاعُ الطَّلَاقِ فِي أَوَّلِ الشَّهْرِ تُعْتَبَرُ الشُّهُورُ الْقَائِمَةُ مَقَامَ الْحَيْضِ بِالْأَهْلَةِ كَامِلَةً كَانَتْ أَوْ نَاقِصَةً، وَإِنْ كَانَ فِي وَسْطِهِ فَبِالْأَيَّامِ فِي حَقِّ التَّفْرِيقِ بَيْنَ طَلَاقِي السَّنَةِ، وَذَلِكَ ثَلَاثُونَ يَوْمًا بِالِاتِّفَاقِ، وَفِي حَقِّ الْعِدَّةِ كَذَلِكَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ لَا يُحْكَمُ بِانْقِضَاءِ الْعِدَّةِ إِلَّا بِتَمَامِ تِسْعِينَ يَوْمًا مِنْ وَقْتِ الطَّلَاقِ، وَعِنْدَهُمَا يَكْمُلُ الْأَوَّلُ بِالْأَخِيرِ وَالْمُتَوَسِّطَانِ بِالْأَهْلَةِ (وَهِيَ مَسْأَلَةُ الْإِجَارَاتِ) عَلَى مَا سَيَأْتِي إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى. قَالَ: (وَيَجُوزُ أَنْ يُطْلَقَهَا) أَيُّ: الْإِسَاءَةِ أَوْ الصَّغِيرَةِ (وَلَا يُفْصَلُ بَيْنَ وَطْئِهَا وَطَلَاقِهَا بِزَمَانٍ).

قَالَ شَمْسُ الْأُيُمَةِ الْحَلَوَانِيُّ: وَكَانَ شَيْخُنَا يَقُولُ: هَذَا إِذَا كَانَتْ صَغِيرَةً لَا يُرْجَى مِنْهَا الْحَيْضُ وَالْحَبْلُ، وَأَمَّا إِذَا كَانَتْ صَغِيرَةً يُرْجَى مِنْهَا الْحَيْضُ وَالْحَبْلُ فَلَا يُفْضَلُ أَنْ يُفْصَلَ بَيْنَ وَطْئِهَا وَطَلَاقِهَا بِشَهْرٍ، وَلَا مُنَافَاةٌ بَيْنَهُ وَبَيْنَ قَوْلِ الْمُصَنِّفِ؛ لِأَنَّ الْأَفْضَلِيَّةَ لَا تُنَافِي الْجَوَازَ (وَقَالَ زُفَرٌ: يُفْصَلُ بَيْنَهُمَا بِشَهْرٍ لِقِيَامِهِ مَقَامَ الْحَيْضِ) فَمِنْ لَا تَحْيِضُ، وَفِيهَا يُفْصَلُ بَيْنَ طَلَاقِهَا وَوَطْئِهَا بِحَيْضَةٍ فَكَذَا هَاهُنَا بِشَهْرٍ، وَلِأَنَّ الرَّغْبَةَ تُعْتَبَرُ بِالْجَمَاعِ فَكَانَتْ بِمَنْزِلَةِ ذَوَاتِ الْأَقْرَاءِ إِذَا جُمِعَتْ فِي الطُّهْرِ، وَإِنَّمَا تَتَجَدَّدُ الرَّغْبَةُ بِزَمَانٍ فَلَا بُدَّ مِنْهُ وَهُوَ الشَّهْرُ، (وَلَنَا أَنَّهُ لَا يُتَوَهَّمُ الْحَبْلُ فِيهَا) أَيُّ: فِي الَّتِي نَحْنُ فِيهَا مِنَ الْإِسَاءَةِ أَوْ الصَّغِيرَةِ، (وَالْكَرَاهِيَةُ) أَيُّ كَرَاهِيَةِ الطَّلَاقِ بَعْدَ الْجَمَاعِ (فِي ذَوَاتِ الْحَيْضِ كَانَتْ بِاعْتِبَارِ الْحَبْلِ؛ لِأَنَّ عِنْدَ ذَلِكَ يُشْتَبَّهُ وَجْهُ الْعِدَّةِ) فَلَا يَذَرِي أَنْ انْقِضَاءُهَا يَكُونُ بِوَضْعِ الْحَمْلِ أَوْ بِانْقِضَاءِ الْمُدَّةِ، (قَوْلُهُ: وَالرَّغْبَةُ وَإِنْ كَانَتْ تُفْتَرُ مِنَ الْوَجْهِ الَّذِي ذَكَرَ) جَوَابُ قَوْلِ زُفَرٍ أَنَّ الرَّغْبَةَ بِالْجَمَاعِ تُفْتَرُ وَهُوَ ظَاهِرٌ.

وَاعْتَرَضَ بِأَنَّ جِهَةَ الرَّغْبَةِ وَالْفُتُورِ لَمَّا تَعَارَضَتَا تَسَاقَطَتَا بِالْمُعَارَضَةِ فَرَجَعْنَا إِلَى الْأَصْلِ وَهُوَ أَنَّ الْأَصْلَ فِي الطَّلَاقِ الْحَظَرُ لَمَّا مَرَّ فَيَحْرُمُ عَدَمُ الْفَصْلِ بَيْنَ وَطْئِهَا وَطَلَاقِهَا، وَهُوَ فَاسِدٌ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ لَا مَدْخَلَ لَهُ فِي إِيْجَابِ الْفَصْلِ بَيْنَ الْوَطْءِ وَالطَّلَاقِ لِدَاتِهِ، وَإِنَّمَا تَأْثِيرُهُ أَنْ لَا يَقَعَ الطَّلَاقُ أَصْلًا أَوْ لَا يَتَكَرَّرُ كَمَا تَقَدَّمَ.

وَإِنَّمَا الْمَدْخَلُ فِي ذَلِكَ لِدَلِيلِ الْحَاجَةِ وَهُوَ الْإِقْدَامُ عَلَى الطَّلَاقِ فِي زَمَانٍ تَجَدَّدَ الرَّغْبَةُ، وَقَدْ سَقَطَتْ جِهَةُ الرَّغْبَةِ بِالْمُعَارَضَةِ فَيَنْتَفِي الْحُكْمُ الشَّرْعِيُّ الدَّائِرُ عَلَى الدَّلِيلِ وَهُوَ الْفَصْلُ.

(وَطَلَّاقِ الْحَامِلِ يَجُوزُ عَقِيبَ الْجَمَاعِ)؛ لَأَنَّهُ لَا يُؤَدِّي إِلَى اسْتِبَاهِ وَجْهِ الْعِدَّةِ، وَزَمَانِ الْحَبْلِ زَمَانِ الرُّغْبَةِ فِي الْوَطْءِ لَكُونِهِ غَيْرَ مُعَلَّقٍ أَوْ يَرُغَبُ فِيهَا لِمَكَانِ وَلَدِهِ مِنْهَا فَلَا تَقِلُّ الرُّغْبَةُ بِالْجَمَاعِ (وَيُطَلَّقُهَا لِلْسُنَّةِ ثَلَاثًا يَفْصِلُ بَيْنَ كُلِّ تَطْلِيقَتَيْنِ بِشَهْرٍ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ) وَزُفِرُ (لَا يُطَلَّقُهَا لِلْسُنَّةِ إِلَّا وَاحِدَةً) لِأَنَّ الْأَصْلَ فِي الطَّلَاقِ الْحَظَرُ، وَقَدْ وَرَدَ الشَّرْعُ بِالتَّفْرِيقِ عَلَى فُضُولِ الْعِدَّةِ، وَالشَّهْرِ فِي حَقِّ الْحَامِلِ لَيْسَ مِنْ فُضُولِهَا فَصَارَ كَالْمُتَدِّ طَهْرُهَا. وَلَهُمَا أَنَّ الْإِبَاحَةَ بَعَلَّتِ الْحَاجَةَ وَالشَّهْرَ دَلِيلُهَا كَمَا فِي حَقِّ الْآيِسَةِ وَالصَّغِيرَةِ، وَهَذَا؛ لَأَنَّهُ زَمَانُ تَجَدُّدِ الرُّغْبَةِ عَلَى مَا عَلَيْهِ الْجِبِلَةُ السَّلِيمَةُ فَصَلَحَ عِلْمًا وَدَلِيلًا، بِخِلَافِ الْمُتَدِّ طَهْرُهَا؛ لِأَنَّ الْعِلْمَ فِي حَقِّهَا إِنَّمَا هُوَ الطَّهْرُ وَهُوَ مَرْجُوفٌ فِيهَا فِي كُلِّ زَمَانٍ وَلَا يُرْجَى مَعَ الْحَبْلِ.

الشرح:

(قَوْلُهُ: وَطَلَّاقِ الْحَامِلِ يَجُوزُ عَقِيبَ الْجَمَاعِ) وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ: (وَقَدْ وَرَدَ الشَّرْعُ بِالتَّفْرِيقِ عَلَى فُضُولِ الْعِدَّةِ) يَعْنِي: قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ﴾ [الطلاق: ١] قَالَ ابْنُ عَبَّاسٍ: أَيُّ: لِأَطْهَارِ عِدَّتِهِنَّ، فَفِي ذَوَاتِ الْأَقْرَاءِ فُرْقٌ عَلَى الْأَطْهَارِ، وَفِي حَقِّ الْآيِسَةِ وَالصَّغِيرَةِ عَلَى الْأَشْهَرِ لِأَنَّهَا فِي حَقِّهَا كَالْأَقْرَاءِ فِي حَقِّ ذَوَاتِ الْحَيْضِ، وَالشَّهْرُ فِي حَقِّ الْحَامِلِ لَيْسَ مِنْ فُضُولِ الْعِدَّةِ؛ لِأَنَّ مُدَّةَ الْحَمْلِ وَإِنْ طَالَتْ فَهُوَ طَهْرٌ وَاحِدٌ حَقِيقَةٌ وَحُكْمًا؛ أَلَا تَرَى أَنَّ انْقِضَاءَ الْعِدَّةِ لَا يَتَعَلَّقُ بِهَا فَصَارَ كَالْمُتَدِّ طَهْرُهَا فَإِنَّ طَهْرَهَا وَإِنْ امْتَدَّ شَهْرًا فَهُوَ فَضْلٌ وَاحِدٌ لَا تُفَرَّقُ التَّطْلِيقَاتُ فِيهِ.

وَلَهُمَا أَنَّ إِبَاحَةَ الطَّلَاقِ لِلْحَاجَةِ لَمَّا تَقَدَّمَ أَنَّ الْأَصْلَ فِيهِ الْحَظَرُ، وَإِنَّمَا أُبِيحَ عِنْدَ الْحَاجَةِ إِلَى الْخَلَاصِ عِنْدَ الْعَجْزِ عَنِ التَّقْصِي عَنْ حُقُوقِ الزَّوْجِيَّةِ، وَالشَّهْرُ دَلِيلُ الْحَاجَةِ كَمَا فِي حَقِّ الْآيِسَةِ وَالصَّغِيرَةِ، وَهَذَا أَيُّ: كَوْنُ الشَّهْرِ دَلِيلًا فِي حَقِّ الْحَامِلِ كَمَا فِي حَقِّ الْآيِسَةِ وَالصَّغِيرَةِ؛ لَأَنَّهُ زَمَانُ تَجَدُّدِ الرُّغْبَةِ عَلَى مَا عَلَيْهِ الْجِبِلَةُ السَّلِيمَةُ فَصَلَحَ أَنْ يَكُونَ عِلْمًا وَدَلِيلًا عَلَى وُجُودِ الْحَاجَةِ، (وَالْحُكْمُ يُدَارُ عَلَى دَلِيلِهَا) فَإِذَا وَجِدَ وَجِدَ مَا أُبِيحَ لِأَجْلِ الطَّلَاقِ فَيَكُونُ مُبَاحًا.

وَقَوْلُهُ: (بِخِلَافِ الْمُتَدِّ طَهْرُهَا) جَوَابٌ عَنْ قِيَاسِ قَوْلِ مُحَمَّدٍ بِالْفَرْقِ بَأَنَّ هُنَاكَ لَا يَصْلَحُ الشَّهْرُ أَنْ يَكُونَ عِلْمًا؛ لِأَنَّ الْعِلْمَ عَلَى الْحَاجَةِ فِي حَقِّهَا الطَّهْرُ: أَيُّ: تُجَدِّدُهُ

وَهُوَ مَوْجُودٌ فِيهَا فِي كُلِّ زَمَانٍ؛ لِأَنَّهُ يُمَكِّنُ أَنْ تَحِيضَ فَتَطْهَرَ، وَلَا يُرْجَى تَجَدُّدُ الطَّهْرِ مَعَ الْحَمْلِ؛ لِأَنَّ الْحَامِلَ لَا تَحِيضُ.

(وَإِذَا طَلَّقَ الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ فِي حَالَةِ الْحَيْضِ وَقَعَ الطَّلَاقُ)؛ لِأَنَّ النَّهْيَ عَنْهُ لَمَعْنَى فِي غَيْرِهِ وَهُوَ مَا ذَكَرْنَاهُ فَلَا يَنْعَدُّ مَشْرُوعِيَّتُهُ (وَيُسْتَحَبُّ لَهُ أَنْ يُرَاجِعَهَا) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لِعُمَرَ «مُرْ ابْنَكَ فَلْيُرَاجِعَهَا»^(١) وَقَدْ طَلَّقَهَا فِي حَالَةِ الْحَيْضِ. وَهَذَا يُفِيدُ الْوُقُوعَ وَالْحَثَّ عَلَى الرَّجْعَةِ ثُمَّ الْإِسْتِحْبَابُ قَوْلُ بَعْضِ الْمَشَائِخِ. وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ وَاجِبٌ عَمَلًا بِحَقِيقَةِ الْأَمْرِ وَرَفْعًا لِلْمَعْصِيَةِ بِالْقَدْرِ الْمُمْكِنِ بِرَفْعِ أَثَرِهِ وَهُوَ الْعِدَّةُ وَدَفْعًا لَضَرَرِ تَطْوِيلِ الْعِدَّةِ. قَالَ (فَإِذَا طَهَّرَتْ وَحَاضَتْ ثُمَّ طَهَّرَتْ)، فَإِنْ شَاءَ طَلَّقَهَا وَإِنْ شَاءَ أَمْسَكَهَا. قَالَ: وَهَكَذَا ذَكَرَ فِي الْأَصْلِ. وَذَكَرَ الطَّحَاوِيُّ أَنَّهُ طَلَّقَهَا فِي الطَّهْرِ الَّذِي يَلِي الْحَيْضَةَ الْأُولَى. قَالَ أَبُو الْحَسَنِ الْكَرْخِيُّ (مَا ذَكَرَهُ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ، وَمَا ذَكَرَ فِي الْأَصْلِ قَوْلُهُمَا) وَوَجْهَ الْمَذْكُورِ فِي الْأَصْلِ أَنَّ السُّنَّةَ أَنْ يَفْصَلَ بَيْنَ كُلِّ طَلَاقَيْنِ بِحَيْضَةٍ وَالْفَاصِلُ هَاهُنَا بَعْضُ الْحَيْضَةِ فَتَكْمُلُ بِالثَّانِيَةِ وَلَا تَتَجَزَّأُ فَتَتَكَمَّلُ. وَجْهُ الْقَوْلِ الْآخَرِ أَنَّ أَثَرَ الطَّلَاقِ قَدْ انْعَدَمَ بِالْمُرَاجَعَةِ فَصَارَ كَأَنَّهُ لَمْ يُطَلَّقْ فِي الْحَيْضِ فَيُسْنُ تَطْلِيقُهَا فِي الطَّهْرِ الَّذِي يَلِيهِ.

الشرح:

قَالَ: (وَإِذَا طَلَّقَ الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ فِي حَالَةِ الْحَيْضِ وَقَعَ الطَّلَاقُ وَيُسْتَحَبُّ لَهُ أَنْ يُرَاجِعَهَا)، أَمَّا الْوُقُوعُ فَلِأَنَّ النَّهْيَ عَنْهُ لَمَعْنَى فِي غَيْرِهِ وَهُوَ مَا ذَكَرْنَا: يَعْنِي مِنْ قَوْلِهِ: لِأَنَّ الْمُحَرَّمَ تَطْوِيلُ الْعِدَّةِ فَإِنَّ الْحَيْضَةَ الَّتِي يَقَعُ فِيهَا الطَّلَاقُ لَا تَكُونُ مُحْسُوبَةً مِنْهَا فَتَطُولُ الْعِدَّةُ عَلَيْهَا. نَقَلَ صَاحِبُ النَّهْيَةِ عَنْ شَيْخِهِ أَنَّ الْمُرَادَ بِالنَّهْيِ هَاهُنَا هُوَ النَّهْيُ الْمُسْتَفَادُ مِنْ ضِدِّ الْأَمْرِ الْمَذْكُورِ فِي قَوْلِهِ تَعَالَى ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ﴾ أَيُّ: لِأَطْهَارِ عَدَّتِهِنَّ أَوْ الْأَمْرُ الْمَذْكُورُ فِي قَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لِعُمَرَ «مُرْ ابْنَكَ فَلْيُرَاجِعَهَا» لَمَّا أَنَّهُ كَانَ مَأْمُورًا بِرَفْعِ الطَّلَاقِ الْوَاقِعِ فِي حَالِ الْحَيْضِ لِأَجْلِ الْحَيْضِ كَانَ مِنْهًا عَنْ إِيقَاعِهِ فِي حَالَةِ الْحَيْضِ.

وَقَالَ بَعْضُ الشَّارِحِينَ: الْمُرَادُ بِالنَّهْيِ قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضَرَارًا لِتَعْتَدُوا﴾

(١) أخرجه البخاري (٥٢٥١)، ومسلم في الطلاق (١)، وانظر نصب الراية (٢٩٤/٣).

[البقرة: ٢٣١] وَاللَّهْيُ إِذَا كَانَ لِمَعْنَى فِي غَيْرِهِ لَا يَمْنَعُ الْمَشْرُوعِيَّةَ كَمَا عُرِفَ فِي الْأُصُولِ. وَأَمَّا الِاسْتِحْبَابُ فَلَقَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لِعُمَرَ: «مُرْ ابْنَكَ فَلْيُرَاجِعْهَا» وَقَدْ كَانَ طَلَّقَهَا فِي حَالَةِ الْحَيْضِ، (وَهَذَا) الْحَدِيثُ (يُفِيدُ الْوُقُوعَ) بِاقْتِضَائِهِ (وَالْحَثَّ عَلَى الرَّجْعَةِ) بِعِبَارَتِهِ.

قَالَ الْمُصَنِّفُ: (ثُمَّ الِاسْتِحْبَابُ قَوْلُ بَعْضِ الْمَشَايِخِ) وَوَجْهُهُ أَنَّ أَذْنَى الْأَمْرِ الِاسْتِحْبَابُ فَيُصَرَّفُ إِلَيْهِ بِقَرِينَةٍ أَنَّ الرَّجْعَةَ حَقٌّ لَهُ وَلَا وَجُوبَ عَلَى الْإِنْسَانِ فِيمَا هُوَ حَقُّهُ، (وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ وَاجِبٌ عَمَلًا بِحَقِيقَةِ الْأَمْرِ) قِيلَ: الْأَمْرُ لِعُمَرَ وَحَقِيقَةُ الْوُجُوبِ عَلَى عُمَرَ أَنَّ يَأْمُرَ ابْنَهُ بِذَلِكَ، وَلَا دَلَالَةَ فِي ذَلِكَ عَلَى الْوُجُوبِ عَلَى ابْنِهِ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ فِعْلَ النَّائِبِ كَفِعْلِ الْمُتَوَبِّ فَصَارَ كَأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَمَرَهُ بِذَلِكَ فَتَبَتِ الْوُجُوبُ، وَيَجُوزُ أَنْ يُقَالَ فَلْيُرَاجِعْهَا أَمْرٌ لِابْنِ عُمَرَ فَتَجِبُ عَلَيْهِ الْمَرَّاجَعَةُ.

وَقَوْلُهُ: (وَرَفْعًا لِلْمَعْصِيَةِ) مَعْطُوفٌ عَلَى قَوْلِهِ: عَمَلًا؛ وَذَلِكَ لِأَنَّ رَفْعَ الْمَعْصِيَةِ وَاجِبٌ، وَرَفْعُهَا بَعْدَ وَقُوعِهَا إِنَّمَا هُوَ بَرَفْعُ أَثَرِهِ أَيُّ: أَثَرِ الطَّلَاقِ الَّذِي هُوَ مَعْصِيَةٌ وَهُوَ الْعِدَّةُ وَدَفْعًا لَضَرَرِ تَطْوِيلِ الْعِدَّةِ بِرَفْعِهَا بِالْمَرَّاجَعَةِ. وَقَوْلُهُ: (قَالَ) يَعْنِي الْقُدُورِيُّ: (فَإِذَا طَهَّرَتْ) يَعْنِي بَعْدَ الْمَرَّاجَعَةِ (وَحَاضَتْ ثُمَّ طَهَّرَتْ، فَإِنْ شَاءَ طَلَّقَهَا، وَإِنْ شَاءَ أَمْسَكَهَا) قَالَ الْمُصَنِّفُ: (وَهَكَذَا ذُكِرَ فِي الْأَصْلِ، وَذَكَرَ الطَّحَاوِيُّ أَنَّهُ يُطَلِّقُهَا فِي الطُّهْرِ الَّذِي يَلِي الْحَيْضَةَ).

وَوَفَّقَ الْكَرْخِيُّ بَيْنَ الرَّوَاتِبَيْنِ فَقَالَ: مَا ذَكَرَهُ الطَّحَاوِيُّ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ، وَمَا ذَكَرَهُ فِي الْأَصْلِ قَوْلُهُمَا وَالْمُصَنِّفُ ذَكَرَ وَجْهَ كُلِّ مِنْهُمَا وَلَمْ يَرْجِعْ إِلَى الْحَدِيثِ الْمَرْوِيِّ فِي الْبَابِ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدَةٍ مِنَ الرَّوَاتِبَيْنِ مَرْوِيَّةٌ فِي الْحَدِيثِ.

رَوَى الْبُخَارِيُّ مُسْنَدًا إِلَى نَافِعٍ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ لِعُمَرَ: «مُرْهُ فَلْيُرَاجِعْهَا ثُمَّ لِيُمْسِكْهَا حَتَّى تَطْهَرُ ثُمَّ تَحِيضُ ثُمَّ تَطْهَرُ، ثُمَّ إِنْ شَاءَ أَمْسَكَ بَعْدَ، وَإِنْ شَاءَ طَلَّقَ قَبْلَ أَنْ يَمْسَ»، وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى رِوَايَةِ الْأَصْلِ.

وَرَوَى التِّرْمِذِيُّ فِي جَامِعِهِ مُسْنَدًا إِلَى سَالِمٍ عَنْ ابْنِ عُمَرَ أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ قَالَ لِعُمَرَ: «مُرْهُ فَلْيُرَاجِعْهَا ثُمَّ لِيُطَلِّقْهَا إِذَا طَهَّرَتْ» وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى رِوَايَةِ الطَّحَاوِيِّ، وَإِذَا تَعَارَضَتِ الرَّوَاتِبَانِ ذَهَبَ الْمُصَنِّفُ إِلَى بَيَانِ وَجْهِمَا بِالْمَعَانِي الْفِقْهِيَّةِ وَهُوَ ظَاهِرٌ.

(وَمَنْ قَالَ لَامْرَأَتِهِ وَهِيَ مِنْ ذَوَاتِ الْحَيْضِ وَقَدْ دَخَلَ بِهَا: أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا لِلْسَّنَةِ وَلَا نِيَّةَ لَهُ فَهِيَ طَالِقٌ عِنْدَ كُلِّ طَهْرٍ تَطْلِيقَةً)؛ لَأَنَّ اللَّامَ فِيهِ لِلْوَقْتِ وَوَقْتُ السَّنَةِ طَهْرٌ لَا جِمَاعَ فِيهِ (وَأِنْ نَوَى أَنْ تَقَعَ الثَّلَاثُ السَّاعَةَ أَوْ عِنْدَ رَأْسِ كُلِّ شَهْرٍ وَاحِدَةً فَهُوَ عَلَى مَا نَوَى) سَوَاءٌ كَانَتْ فِي حَالَةِ الْحَيْضِ أَوْ فِي حَالَةِ الطَّهْرِ.

وَقَالَ زُفَرٌ: لَا تَصِحُّ نِيَّةُ الْجَمْعِ لِأَنَّهُ بَدْعٌ وَهِيَ ضِدُّ السَّنَةِ. وَلَنَا أَنَّهُ مُحْتَمِلٌ لَفْظُهُ؛ لِأَنَّهُ سُنِّيٌّ وَقُوعًا مِنْ حَيْثُ إِنَّ وَقُوعَهُ بِالسَّنَةِ لَا إِيقَاعًا فَلَمْ يَتَنَوَلْهُ مُطْلَقٌ كَلَامِهِ وَيَنْتَظِمُهُ عِنْدَ نِيَّتِهِ (وَأِنْ كَانَتْ آيَسَةً أَوْ مِنْ ذَوَاتِ الْأَشْهُرِ وَقَعَتِ السَّاعَةُ وَاحِدَةً وَبَعْدَ شَهْرٍ أُخْرَى وَبَعْدَ شَهْرٍ أُخْرَى)؛ لَأَنَّ الشَّهْرَ فِي حَقِّهَا دَلِيلُ الْحَاجَةِ كَالطَّهْرِ فِي حَقِّ ذَوَاتِ الْأَقْرَاءِ عَلَى مَا بَيَّنَّا (وَأِنْ نَوَى أَنْ يَقَعَ الثَّلَاثُ السَّاعَةَ وَقَعْنَ عِنْدَنَا خِلَافًا لَزُفَرٍ لَمَّا قُلْنَا) بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ أَنْتِ طَالِقٌ لِلْسَّنَةِ وَلَمْ يَنْصُصْ عَلَى الثَّلَاثِ حَيْثُ لَا تَصِحُّ نِيَّةُ الْجَمْعِ فِيهِ؛ لِأَنَّ نِيَّةَ الثَّلَاثِ إِنَّمَا صَحَّتْ فِيهِ مِنْ حَيْثُ إِنَّ اللَّامَ فِيهِ لِلْوَقْتِ فَيُعْمِدُ تَعْمِيمُ الْوَقْتِ وَمِنْ ضَرُورَتِهِ تَعْمِيمُ الْوَاقِعِ فِيهِ، فَإِذَا نَوَى الْجَمْعَ بَطَلَ تَعْمِيمُ الْوَقْتِ فَلَا تَصِحُّ نِيَّةُ الثَّلَاثِ.

الشرح:

(قوله: وَمَنْ قَالَ لَامْرَأَتِهِ اعْلَمْ أَنَّ مَنْ قَالَ لِمَدْخُولِ بِهَا: أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا لِلْسَّنَةِ، فَإِمَّا أَنْ تَكُونَ مِنْ ذَوَاتِ الْأَقْرَاءِ أَوْ الْأَشْهُرِ، وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى وَجْهَيْنِ: إِمَّا أَنْ يَذْكُرَ ذَلِكَ وَلَا نِيَّةَ لَهُ، أَوْ نَوَى شَيْئًا، فَإِنْ كَانَتْ مِنْ ذَوَاتِ الْأَقْرَاءِ وَلَا نِيَّةَ لَهُ فَهِيَ طَالِقٌ عِنْدَ كُلِّ طَهْرٍ تَطْلِيقَةً، وَإِنْ نَوَى الثَّلَاثَ السَّاعَةَ أَوْ عِنْدَ رَأْسِ كُلِّ شَهْرٍ وَاحِدَةً فَهُوَ عَلَى مَا نَوَى، سَوَاءٌ كَانَتْ تِلْكَ السَّاعَةُ حَالَةَ الْحَيْضِ أَوْ حَالَةَ الطَّهْرِ، وَكَذَا رَأْسُ كُلِّ شَهْرٍ. وَقَالَ زُفَرٌ: لَا تَصِحُّ نِيَّةُ الْجَمْعِ؛ لِأَنَّهُ بَدْعٌ وَهِيَ ضِدُّ السَّنَةِ وَضِدُّ الشَّيْءِ لَا يُرَادُّ بِهِ.

وَلَنَا أَنَّ اللَّامَ فِيهِ أَيُّ: فِي قَوْلِهِ لِلْسَّنَةِ لِلْوَقْتِ، وَالسَّنَةُ تَكُونُ تَارَةً كَامِلَةً إِيقَاعًا وَوُقُوعًا وَتَارَةً وَقُوعًا فَقَطْ، فَكَانَ كُلُّ مِنْهُمَا مُحْتَمَلًا، فَإِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ نِيَّةٌ كَانَ مُطْلَقًا، وَالْمُطْلَقُ يَنْصَرِفُ إِلَى الْكَامِلِ وَهُوَ السَّنَةُ إِيقَاعًا وَوُقُوعًا فَيَقَعُ عِنْدَ كُلِّ طَهْرٍ لَا جِمَاعَ فِيهِ تَطْلِيقَةً، وَإِذَا نَوَى صَرَفَ لَفْظُهُ إِلَى السَّنَةِ وَوُقُوعًا لِأَنَّ وَقُوعَ الثَّلَاثِ دَفْعَةٌ أَوْ فِي حَالَةِ الْحَيْضِ مَذْهَبُ أَهْلِ السَّنَةِ، فَهُوَ سُنِّيٌّ مِنْ هَذَا الْوَجْهِ، وَمِنْ حَيْثُ إِنَّهُ عَرَفَ صِحَّةَ وَقُوعِهِ بِالسَّنَةِ وَهُوَ مَا رَوَى عَنْ النَّبِيِّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَنَّهُ قَالَ: «مَنْ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ أَلْفًا

بَأْتٍ مِنْهُ بِثَلَاثٍ وَالْبَاقِي رَدٌّ عَلَيْهِ».

فَإِنْ قِيلَ: الْوُقُوعُ لَا يَتَحَقَّقُ إِلَّا بِالْإِيقَاعِ؛ لِأَنَّهُ انْفِعَالُهُ فَإِذَا صَحَّ الْوُقُوعُ صَحَّ الْإِيقَاعُ فَكَانَ سُنِّيًّا وَقُوعًا وَإِيقَاعًا وَلَيْسَ كَذَلِكَ.

أُجِيبَ بِأَنَّ الْوُقُوعَ لَا يُوصَفُ بِالْحُرْمَةِ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ فِعْلُ الْمُكَلَّفِ، وَلَئِنَّهُ حُكْمٌ شَرْعِيٌّ وَهُوَ لَا يُوصَفُ بِالْبِدْعَةِ وَالْإِيقَاعُ يُوصَفُ بِهَا لِكَوْنِهِ فِعْلُ الْمُكَلَّفِ، وَكَانَ الْوُقُوعُ أَشْبَهَ بِالسَّنَةِ الْمَرْضِيَّةِ فَلِهَذَا قَالَ: سُنِّيٌّ وَقُوعًا، (وَإِنْ كَانَتْ آيَسَةٌ أَوْ مِنْ ذَوَاتِ الْأَشْهُرِ) وَلَمْ تَكُنْ لَهُ نِيَّةٌ (وَقَعَتِ السَّاعَةُ وَاحِدَةً وَبَعْدَ شَهْرٍ أُخْرَى؛ لِأَنَّ الشَّهْرَ فِي حَقِّهَا دَلِيلُ الْحَاجَةِ) عَلَى مَا بَيَّنَّا قَبْلَ هَذَا أَنَّ الشَّهْرَ فِي حَقِّهَا قَائِمٌ مَقَامَ الْحَيْضِ.

(وَإِنْ نَوَى أَنْ يَقَعَ الثَّلَاثَ السَّاعَةَ وَقَعَنَ عِنْدَنَا خِلَافًا لَزُفَرٍ لَمَّا قُلْنَا) إِنَّهُ سُنِّيٌّ وَقُوعًا، وَإِذَا قَالَ: أَتَيْتُ طَالِقٌ لِلْسَّنَةِ وَلَمْ يَنْصُصْ عَلَى الثَّلَاثِ، إِنْ كَانَتْ طَاهِرَةً لَمْ يُجَامِعْهَا وَقَعَ فِي الْحَالِ، وَإِنْ كَانَتْ حَائِضًا أَوْ فِي طَهْرِ جَامِعَهَا فِيهِ لَمْ يَقَعَ السَّاعَةَ، فَإِذَا حَاضَتْ وَطَهَّرَتْ وَقَعَتْ تَطْلِيقَةً؛ لِأَنَّ قَوْلَهُ: أَتَيْتُ طَالِقٌ لِلْسَّنَةِ إِيقَاعٌ تَطْلِيقَةٌ مُخْتَصَّةٌ بِالسَّنَةِ الْمَعْرُوفَةِ بِاللَّامِ وَهِيَ تِلْكَ.

وَإِنْ نَوَى ثَلَاثًا جُمْلَةً قَالَ الْمُصَنِّفُ لَا تَصِحُّ، قِيلَ هَكَذَا ذَكَرَ فَخْرُ الْإِسْلَامِ وَالصَّدْرُ الشَّهِيدُ وَصَاحِبُ الْمُخْتَلَفَاتِ وَعَلَاءُ الدِّينِ السَّمَرْقَنْدِيُّ؛ لِأَنَّ نِيَّةَ الثَّلَاثِ إِنْ صَحَّتْ فَإِنَّمَا تَصِحُّ مِنْ حَيْثُ إِنَّ اللَّامَ فِيهِ لِلْوَقْتِ، وَوَقْتُ طَلَاقِ السَّنَةِ مُتَعَدِّدٌ فَيُعْمِمُ الْوَقْتُ، مِنْ ضَرُورَةِ تَعْمِيمِ الْوَقْتِ تَعْمِيمُ الْوَاقِعِ فِيهِ؛ لِأَنَّهُ جَعَلَ الْوَقْتُ ظَرْفًا لِلوَاقِعِ وَقَدْ تَكَرَّرَ الظَّرْفُ فَيَتَكَرَّرُ الْمَظْرُوفُ، فَإِذَا نَوَى الْجَمْعَ بَطُلَ تَعْمِيمُ الْوَقْتِ فَيَبْطُلُ تَعْمِيمُ الْوَاقِعِ فِيهِ؛ لِأَنَّ بَطْلَانَ الْمُقْتَضِي يُوجِبُ بَطْلَانَ الْمُقْتَضَى فَلَا تَصِحُّ نِيَّةُ الثَّلَاثِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا ذَكَرَ ثَلَاثًا؛ لِأَنَّ الثَّلَاثَ مَذْكُورٌ صَرِيحًا فَتَصِحُّ نِيَّتُهُ.

وَذَكَرَ صَاحِبُ الْأَسْرَارِ وَشَمْسُ الْأَئِمَّةِ السَّرْحَسِيُّ وَشَيْخُ الْإِسْلَامِ أَنَّ نِيَّةَ الثَّلَاثِ صَحِيحَةٌ جُمْلَةً كَمَا لَوْ ذَكَرَ ثَلَاثًا؛ لِأَنَّ التَّطْلِيقَةَ الْمُخْتَصَّةَ بِالسَّنَةِ الْمَعْرُوفَةِ بِاللَّامِ نَوْعَانِ: حَسَنٌ، وَأَخْسَنُ. فَالْأَخْسَنُ أَنْ يُطْلَقَهَا فِي طَهْرِ لَا جَمَاعَ فِيهِ. وَالْحَسَنُ أَنْ يُطْلَقَ الثَّلَاثُ فِي ثَلَاثَةِ أَطْهَارٍ، فَإِذَا نَوَى الثَّلَاثَ فَقَدْ نَوَى أَحَدَ نَوْعِي التَّطْلِيقَةِ الْمُخْتَصَّةِ بِالسَّنَةِ فَتَصِحُّ نِيَّتُهُ، كَمَا لَوْ قَالَ أَتَيْتُ طَالِقٌ ثَلَاثًا لِلْسَّنَةِ أَوْ طَلَاقًا لِلْسَّنَةِ. كَذَا فِي بَعْضِ الشُّرُوحِ. وَفِيهِ

نَظَرٌ؛ لِأَنَّ الْمُدْعَى وَفُوعُهَا جُمْلَةٌ، وَدَلِيلُهُ يَدُلُّ عَلَى التَّفْرِيقِ عَلَى الْأَطْهَارِ كَمَا تَرَى.
وَنَقَلَ قَاضِي خَانَ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ عَنِ الْأَصْلِ أَنَّهُ يَقَعُ جُمْلَةٌ كَمَا لَوْ ذَكَرَ
ثَلَاثًا، وَفِيهِ نَظَرٌ؛ لِأَنَّهُ يَسْتَلْزِمُ التَّسَاوِيَّ بَيْنَ الْعِبَارَةِ وَالْاِقْتِضَاءِ فِي الْعُمُومِ وَهُوَ خِلَافُ
الْمَذْهَبِ، فَإِنَّ الْمُقْتَضِي لَا عُمُومَ لَهُ عِنْدَنَا، وَلَعَلَّهُ سَبَبُ اخْتِيَارِ الْمُصَنِّفِ عَدَمَ الْوُقُوعِ
جُمْلَةً، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

فَصْلٌ

(وَيَقَعُ طَلَاقُ كُلِّ زَوْجٍ إِذَا كَانَ عَاقِلًا بَالِغًا، وَلَا يَقَعُ طَلَاقُ الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ
وَالنَّائِمِ) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «كُلُّ طَلَاقٍ جَائِزٌ إِلَّا طَلَاقَ الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ»^(١)
وَلِأَنَّ الْأَهْلِيَّةَ بِالْعَقْلِ الْمُمَيِّزِ وَهَمَّا عَدِيمَا الْعَقْلِ وَالنَّائِمِ عَدِيمَا الْاِخْتِيَارِ.

الشرح:

(فَصْلٌ): لَمَّا ذَكَرَ طَلَاقَ السُّنَّةِ؛ لِأَنَّهُ الْأَصْلُ وَذَكَرَ مَا يُقَابَلُهُ مِنْ طَلَاقِ الْبِدْعَةِ
شَرَعَ فِي بَيَانِ مَنْ يَقَعُ طَلَاقُهُ وَمَنْ لَا يَقَعُ، (وَيَقَعُ طَلَاقُ كُلِّ زَوْجٍ عَاقِلٍ بَالِغٍ دُونَ
الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ وَالنَّائِمِ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «كُلُّ طَلَاقٍ جَائِزٌ إِلَّا طَلَاقَ
الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ»).

وَالْمُرَادُ بِالْجَوَازِ التَّفَاضُلُ دُونَ الْحُلِّ الَّذِي يُقَابَلُ الْحُرْمَةَ؛ لِأَنَّ فِعْلَ الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ لَا
يُوصَفُ بِالْحُرْمَةِ فِي الْمُعَامَلَاتِ، وَالتَّفُؤُذُ بِالْوُقُوعِ، فَمَعْنَاهُ: كُلُّ طَلَاقٍ نَافِذٌ إِلَّا طَلَاقُ
الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ، وَلِأَنَّ أَهْلِيَّةَ التَّصَرُّفِ بِالْعَقْلِ الْمُمَيِّزِ وَلَا عَقْلَ لِلصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ، أَمَّا
الْمَجْنُونُ فَظَاهِرٌ، وَأَمَّا الصَّبِيُّ فَلِأَنَّ الْمُرَادَ بِهِ مَا هُوَ الْمُعْتَدِلُ مِنْهُ، وَالصَّبِيُّ وَإِنْ أَتَصَّفَ بِالْعَقْلِ
حَتَّى صَحَّ إِسْلَامُ الصَّبِيِّ الْعَاقِلِ لَكِنَّهُ لَيْسَ بِمُعْتَدِلٍ قَبْلَ الْبُلُوغِ فَلَا يُعْتَبَرُ فِيمَا لَهُ فِيهِ
مَضَرَّةٌ، (وَالنَّائِمُ عَدِيمُ الْاِخْتِيَارِ) فِي التَّكَلُّمِ، وَشَرَطُ التَّصَرُّفِ الْاِخْتِيَارُ فِيهِ.

(وَطَلَاقُ الْمَكْرَهَةِ وَاقِعٌ) خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ، هُوَ يَقُولُ إِنَّ الْإِكْرَاهَ لَا يُجَامِعُ الْاِخْتِيَارَ
وَبِهِ يُعْتَبَرُ التَّصَرُّفُ الشَّرْعِيُّ، بِخِلَافِ الْهَازِلِ؛ لِأَنَّهُ مُخْتَارٌ فِي التَّكَلُّمِ بِالطَّلَاقِ. وَلَنَا أَنَّهُ
قَصْدُ إِيقَاعِ الطَّلَاقِ فِي مَنْكُوحَتِهِ فِي حَالِ أَهْلِيَّتِهِ فَلَا يَعْرِى عَنْ قَضِيَّتِهِ دَفْعًا لِحَاجَتِهِ

(١) قال الزيلعي في نصب الراية (٢٩٦/٣): حديث غريب.

اعتباراً بالطائع، وهذا؛ لأنه عَرَفَ الشَّرَّينِ واختَارَ أهْوَنَهُمَا، وهذا آيَةُ القَصْدِ والاختيارِ،
إلا أَنَّهُ غَيْرُ رَاضٍ بِحُكْمِهِ وَذَلِكَ غَيْرُ مُخِلٍّ بِهِ كَالهَازِلِ.

الشرح:

(وَطَلَّاقُ الْمَكْرِهِ وَاقِعٌ خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ، هُوَ يَقُولُ: إِنَّ الْإِكْرَاهَ لَا يُجَامِعُ الْاِخْتِيَارَ
لِإِفْسَادِهِ إِيَّاهُ، وَاعْتِبَارُ التَّصَرُّفِ الشَّرْعِيِّ إِنَّمَا هُوَ بِالْاِخْتِيَارِ (بِخِلَافِ الْهَازِلِ فَإِنَّهُ مُخْتَارٌ)
فَكَانَ شَرْطُ التَّصَرُّفِ فِيهِ مَوْجُودًا، وَقِيدَ بِقَوْلِهِ فِي التَّكْلُمِ بِالطَّلَاقِ إِشَارَةً إِلَى أَنَّ الْمُعْتَبَرَ
ذَلِكَ، أَلَا تَرَى أَنَّ مَنْ أَرَادَ أَنْ يَقُولَ لَامْرَأَتِهِ: اسْقِنِي فَقَالَ: أَأَنْتِ طَالِقٌ وَقَعَ وَإِنْ لَمْ
يَكُنْ مُخْتَارًا لِحُكْمِهِ لَكُونِهِ مُخْتَارًا فِي التَّكْلُمِ؟ (وَلَنَا أَنَّهُ قَصَدَ إِيقَاعَ الطَّلَاقِ فِي مَنْكُوحَتِهِ
فِي حَالِ أَهْلِيَّتِهِ فَلَا يَغْرَى عَنْ قِضِيَّتِهِ) أَيُّ: حُكْمِهِ لِئَلَّا يَلْزَمَ تَخَلُّفُ الْحُكْمِ عَنْ عِلَّتِهِ.

وَقَوْلُهُ: قَصَدَ إِيقَاعَ الطَّلَاقِ اخْتِرَازًا عَنِ الْإِقْرَارِ بِهِ مُكْرَهًا فَإِنَّهُ لَعُوٌّ لَكُونِهِ خَبْرًا
يَحْتَمِلُ الصَّدْقَ وَالْكَذِبَ، وَقِيَامُ السَّيْفِ عَلَى رَأْسِهِ دَلِيلٌ عَلَى أَنَّهُ كَاذِبٌ فِيهِ، وَالْمُخْبِرُ
عَنْهُ إِذْ كَانَ كَاذِبًا فَبِالْإِخْبَارِ عَنْهُ لَا يَصِيرُ صِدْقًا.

وَقَوْلُهُ: فِي حَالِ أَهْلِيَّتِهِ اخْتِرَازًا عَنِ الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ. وَتَقْرِيرُ حُجَّتِهِ أَنَّ الْمَكْرَهَ
قَصَدَ إِيقَاعَ الطَّلَاقِ فِي مَنْكُوحَتِهِ فِي حَالِ أَهْلِيَّتِهِ؛ لِأَنَّهُ عَرَفَ الشَّرَّينِ الْهَالِكَ وَالطَّلَاقَ
وَاخْتَارَ أَهْوَنَهُمَا، وَاخْتِيَارُ أَهْوَنِ الشَّرَّينِ آيَةُ الْقَصْدِ وَالْاِخْتِيَارِ وَهُوَ ظَاهِرٌ، وَكُلُّ مَنْ
قَصَدَ إِيقَاعَهُ كَذَلِكَ لَا يَغْرَى فِعْلُهُ عَنْ حُكْمِهِ كَمَا فِي الطَّائِعِ؛ إِذْ الْعِلَّةُ فِيهِ دَفْعُ الْحَاجَةِ
وَهُوَ مَوْجُودٌ فِي الْمَكْرَهَ لِحَاجَتِهِ أَنْ يَتَخَلَّصَ عَمَّا تُوعَدُّ بِهِ مِنَ الْقَتْلِ أَوْ الْجُرْحِ.

وَقَوْلُهُ: إِلَّا أَنَّهُ غَيْرُ رَاضٍ بِحُكْمِهِ جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ لَوْ كَانَ الْمَكْرَهَ مُخْتَارًا لَمَا كَانَ
لَهُ اخْتِيَارٌ فَسُخِ الْعُقُودِ الَّتِي بَاشَرَهَا مُكْرَهًا مِنَ الْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ وَالْإِجَارَةِ وَغَيْرِهَا وَلَيْسَ
كَذَلِكَ.

وَوَجْهُهُ أَنَّهُ غَيْرُ رَاضٍ بِحُكْمِهِ فَكَانَ لَهُ فَسْخُ الْعُقُودِ وَأَمَّا هَاهُنَا فَعَدَمُ الرِّضَا
بِالْحُكْمِ غَيْرُ مُخِلٍّ بِهِ كَالهَازِلِ وَهُوَ الَّذِي يَقْصِدُ السَّبَبَ دُونَ الْحُكْمِ.

فَإِنْ قِيلَ: يَنُّ الْمَكْرَهَ وَالْهَازِلَ فَرْقٌ وَهُوَ يُبْطِلُ الْقِيَاسَ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّ الْمَكْرَهَ لَهُ اخْتِيَارٌ
فَاسِدٌ وَلِلْهَازِلِ اخْتِيَارٌ كَامِلٌ، وَالْفَاسِدُ فِي حُكْمِ الْعَدَمِ فَلَا يَلْزَمُ مِنَ الْوُقُوعِ فِي الْهَازِلِ
الْوُقُوعُ فِي الْمَكْرَهَ.

أَجِيبَ بِأَنَّ الْهَازِلَ اخْتِيَارًا كَامِلًا فِي السَّبَبِ، أَمَّا فِي حَقِّ الْحُكْمِ وَهُوَ الْمَقْصُودُ مِنَ السَّبَبِ فَلَا اخْتِيَارَ لَهُ أَصْلًا فَكَانَ اخْتِيَارُ الْهَازِلِ أَيْضًا غَيْرَ كَامِلٍ بِالنَّظَرِ إِلَى الْحُكْمِ فَكَانَا مُتَسَاوَيْنَيْنِ فَكَانَ اعْتِبَارُ أَحَدِهِمَا بِالْآخَرِ جَائِزًا.

(وَطَلَقُ السُّكْرَانِ وَقَعَ) وَاخْتِيَارُ الْكَرْخِيِّ وَالطَّحَاوِيِّ أَنَّهُ لَا يَقَعُ، وَهُوَ أَحَدُ قَوْلِي الشَّافِعِيِّ؛ لِأَنَّ صِحَّةَ الْقَصْدِ بِالْعَقْلِ وَهُوَ زَائِلُ الْعَقْلِ فَصَارَ كَزَوَالِهِ بِالْبَنَجِ وَالِدَّوَاءِ. وَلَنَا أَنَّهُ زَالَ (بِسَبَبِ هُوَ مَعْصِيَةٌ فَجُعِلَ بَاقِيًا حُكْمًا زَجْرًا لَهُ، حَتَّى لَوْ شَرِبَ فَصُدِعَ وَزَالَ عَقْلُهُ بِالصُّدَاعِ نَقُولُ إِنَّهُ لَا يَقَعُ طَلَاقُهُ).

الشرح:

(وَطَلَقُ السُّكْرَانِ وَقَعَ) وَاخْتِيَارُ الْكَرْخِيِّ وَالطَّحَاوِيِّ عَدَمَهُ) وَالْوَجْهُ مِنَ الْجَانِبَيْنِ عَلَى مَا ذُكِرَ فِي الْكِتَابِ وَاضِحٌ، خَلَا أَنْ فِي كَلَامِهِ تَسَامُحًا؛ لِأَنَّهُ جَعَلَ الْعَقْلَ زَائِلًا بِالسُّكْرِ، وَلَيْسَ كَذَلِكَ عِنْدَنَا؛ لِأَنَّهُ مُخَاطَبٌ وَلَا خِطَابَ بِلَا عَقْلٍ بَلْ هُوَ مَغْلُوبٌ، وَلَمَّا كَانَ الْمَغْلُوبُ كَالْمَعْدُومِ وَأُطْلِقَ الزَّوَالُ مُجَارَاةً لِلخَصْمِ لَمْ يَضُرَّهُ ذَلِكَ. وَاعْتَرَضَ بَوَجْهَيْنِ: أَحَدُهُمَا أَنَّ شُرْبَ الْمُسْكِرِ كَسَفَرِ الْمَعْصِيَةِ فَمَا بَالُ السَّفَرِ صَارَ سَبَبًا لِلتَّخْفِيفِ دُونَ شُرْبِ الْمُسْكِرِ. وَالثَّانِي أَنَّهُ لَمَّا جُعِلَ الْعَقْلُ بَاقِيًا فِي الطَّلَاقِ حُكْمًا زَجْرًا لَهُ كَانَتْ الرَّدَّةُ وَالْإِقْرَارُ بِالْحُدُودِ الْخَالِصَةِ أَوَّلَى؛ لِأَنَّ الرَّجَرَ وَالْعُقُوبَةَ هُنَاكَ أَثَمٌ. وَأَجِيبَ عَنِ الْأَوَّلِ بِأَنَّ الشُّرْبَ نَفْسُهُ مَعْصِيَةٌ لَيْسَ فِيهِ إِمْكَانُ انْفِصَالٍ وَلَا جِهَةٌ إِبَاحَةٌ تَصْلُحُ لِإِضَافَةِ التَّخْفِيفِ إِلَيْهَا فَجُعِلَ بَاقِيًا زَجْرًا، بِخِلَافِ سَفَرِ الْمَعْصِيَةِ فَإِنَّ نَفْسَ السَّفَرِ لَيْسَ بِمَعْصِيَةٍ وَأَمْكَنَ انْفِصَالُهَا عَنْهُ ابْتِدَاءً وَانْتِهَاءً، فَكَانَتْ جِهَةٌ إِبَاحَتِ تَصْلُحُ لِإِضَافَةِ التَّخْفِيفِ وَالتَّرْخُصِ إِلَيْهَا.

وَعَنِ الثَّانِي بِأَنَّ الرُّكْنَ فِي الرَّدَّةِ الِاعْتِقَادُ، وَالسُّكْرَانُ غَيْرُ مُعْتَقِدٍ لَمَّا يَقُولُ فَلَا يُحْكَمُ بِرِدَّتِهِ لِانْعِدَامِ رُكْنِهَا لَا لِلتَّخْفِيفِ عَلَيْهِ بَعْدَ تَقَرُّرِ السَّبَبِ. وَأَمَّا الْإِقْرَارُ بِالْحُدُودِ فَإِنَّ السُّكْرَانَ لَا يَكَادُ يُثْبِتُ عَلَى شَيْءٍ فَيَجْعَلُ رَاجِعًا عَمَّا أَقْرَبَ بِهِ فَيُؤَثِّرُ فِيمَا يَحْتَمِلُ الرُّجُوعَ. وَفِي قَوْلِهِ: بِسَبَبِ هُوَ مَعْصِيَةٌ إِشَارَةٌ إِلَى شَيْئَيْنِ: أَحَدُهُمَا الْفَرْقُ بَيْنَ الشُّرْبِ وَسَفَرِ الْمَعْصِيَةِ كَمَا ذَكَرْنَا. وَالثَّانِي أَنَّ هَذَا الْحُكْمَ مُرْتَبٌّ عَلَى سُكْرِ يَكُونُ مَحْظُورًا.

وَأَمَّا غَيْرُهُ فَهُوَ أَنْ يَكُونَ مِنْ مُبَاحِ كَالْبَنَجِ وَلَبَنِ الرَّمَاكِ وَالْخَمْرِ إِذَا أُكْرِهَ عَلَى شُرْبِهَا بِالْقَتْلِ فَهُوَ كَالْإِغْمَاءِ فِي حَقِّ مَنْعٍ وَقُوعِ الطَّلَاقِ وَالْعَتَاقِ وَأُكِّدَ ذَلِكَ بِقَوْلِهِ: (حَتَّى لَوْ شَرِبَ فَصَدَعَ وَزَالَ عَقْلُهُ بِالصُّدَاعِ نَقُولُ: إِنَّهُ لَا يَقَعُ طَلَاقُهُ) لِأَنَّهُ لَمْ يَكُنْ زَوَالُهُ بِمَعْصِيَةٍ.

وَأَعْتَرَضَ بِأَنَّ الصُّدَاعَ أَثَرُ الشُّرْبِ فَكَانَ عِلَّةَ الْعِلَّةِ، وَالْحُكْمُ يُضَافُ إِلَيْهَا كَمَا يُضَافُ إِلَى الْعِلَّةِ، فَمَا بَالُهُ لَمْ يَكُنْ كَذَلِكَ؟ وَأَجِيبَ بِأَنَّ الْإِضَافَةَ إِلَى الْعِلَّةِ إِنَّمَا تَكُونُ إِذَا لَمْ تَكُنِ الْعِلَّةُ صَالِحَةً لِلْإِضَافَةِ، وَهَاهُنَا صَالِحَةٌ لَذَلِكَ؛ لِأَنَّ زَوَالَ الْعَقْلِ مِمَّا يُؤْتَرُ فِي عَدَمِ الْوُقُوعِ كَمَا إِذَا جُنَّ.

(وَطَّلَاقُ الْأَخْرَسِ وَقَعَ بِالْإِشَارَةِ)؛ لِأَنَّهَا صَارَتْ مَعْهُودَةً فَأَقْبِمَتْ مَقَامَ الْعِبَارَةِ دَفْعًا لِلْحَاجَةِ، وَسَتَاتِيكَ وَجُوهُهُ فِي آخِرِ الْكِتَابِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَطَّلَاقُ الْأَخْرَسِ وَقَعَ ظَاهِرٌ).

(طَّلَاقُ الْأُمَةِ ثِنْتَانِ حُرًّا كَانَ زَوْجُهَا أَوْ عَبْدًا، وَطَّلَاقُ الْحُرَّةِ ثَلَاثَ حُرًّا كَانَ زَوْجُهَا أَوْ عَبْدًا) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: عَدَدُ الطَّلَاقِ مُعْتَبَرٌ بِحَالِ الرَّجَالِ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «الطَّلَاقُ بِالرَّجَالِ وَالْعِدَّةُ بِالنِّسَاءِ»^(١) وَلِأَنَّ صِفَةَ الْمَالِكِيَّةِ كَرَامَةً وَالْأَدَمِيَّةِ مُسْتَدْعِيَّةٌ لَهَا، وَمَعْنَى الْأَدَمِيَّةِ فِي الْحُرِّ أَكْمَلُ فَكَانَتْ مَالِكِيَّتُهُ أَبْلَغُ وَأَكْثَرُ. وَلَنَا قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «طَّلَاقُ الْأُمَةِ ثِنْتَانِ وَعِدَّتُهَا حَيْضَتَانِ»^(٢) وَلِأَنَّ حِلَّ الْمَحْلِيَّةِ نِعْمَةٌ

(١) قَالَ الزَّيْلَعِيُّ فِي نَصَبِ الرَّايَةِ (٢٩٨/٣): حَدِيثٌ غَرِيبٌ مَرْفُوعًا، وَرَوَاهُ ابْنُ أَبِي شَيْبَةَ مَوْقُوفًا عَلَى ابْنِ عَبَّاسٍ، وَالطَّبْرَانِيُّ فِي مَعْجَمِهِ مَوْقُوفًا عَلَى ابْنِ مَسْعُودٍ، وَرَوَاهُ الْبَيْهَقِيُّ بِمُخْتَلَفِ أَسَانِيدِهِ (٦٠٧-٦٠٥/٧).

(٢) أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ (٢١٨٩) وَقَالَ: هَذَا حَدِيثٌ مَجْهُولٌ، وَالتِّرْمِذِيُّ (١١٨٢) وَقَالَ: حَدِيثٌ غَرِيبٌ لَا نَعْرِفُهُ مَرْفُوعًا إِلَّا مِنْ حَدِيثِ مَظَاهِرِ بْنِ أَسْلَمَ، وَمَظَاهِرِ بْنِ أَسْلَمَ لَا يَعْرِفُ لَهُ فِي الْعِلْمِ غَيْرَ هَذَا الْحَدِيثِ، وَابْنُ مَاجَةَ (٢٠٨٠) عَنْ عَائِشَةَ.

وَأَخْرَجَهُ ابْنُ مَاجَةَ (٢٠٧٩) بِنَحْوِهِ مِنْ حَدِيثِ ابْنِ عَمْرٍو. وَأَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ (٢١٨٧)، وَالنَّسَائِيُّ (٣٤٢٧)، وَابْنُ مَاجَةَ (٢٠٨٢)، وَالْحَاكِمُ (٢٠٥/٢) مِنْ حَدِيثِ ابْنِ عَبَّاسٍ، وَانْظُرْ نَصَبَ الرَّايَةِ (٣٠١/٣).

فِي حَقِّهَا، وَلِلرَّقِّ أَثَرٌ فِي تَنْصِيفِ النِّعَمِ إِلَّا أَنَّ الْعُقْدَةَ لَا تَتَجَرَّأُ فَتَكَامِلُ عُقْدَتَانِ، وَتَأْوِيلُ مَا رَوِيَ أَنَّ الْإِيقَاعَ بِالرِّجَالِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَطَلَاقُ الْأُمَةِ ثِنْتَانِ) أَثْنُ الطَّلَاقِ بِاعْتِبَارِ التَّطْلِيقَةِ وَكَلَامُهُ ظَاهِرٌ، وَوَجْهُ الاستِدْلَالِ لَهُ بِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «الطَّلَاقُ بِالرِّجَالِ وَالْعِدَّةُ بِالنِّسَاءِ» أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ قَابِلُ الطَّلَاقِ بِالْعِدَّةِ عَلَى وَجْهِ يَخْتَصُّ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِجِنْسٍ عَلَى حِدَةٍ، ثُمَّ اعْتِبَارُ الْعِدَّةِ بِالنِّسَاءِ مِنْ حَيْثُ الْقَدَرُ فَيَجِبُ أَنْ يَكُونَ اعْتِبَارُ الطَّلَاقِ بِالرِّجَالِ مِنْ حَيْثُ الْقَدَرُ تَحْقِيقًا لِلْمُقَابَلَةِ؛ وَلَأَنَّ صِفَةَ الْمَالِكِيَّةِ كَرَامَةٌ، وَكُلُّ مَا هُوَ كَرَامَةٌ فَلَا دَمِيَّةٌ مُسْتَدْعِيَةٌ لَهَا لِكَوْنِهِ مُكْرَمًا بِتَكْرِيمِ اللَّهِ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ﴾ [الإسراء: ٧٠]، وَمَعْنَى الْآدَمِيَّةِ فِي الْحُرِّ أَكْمَلُ لَصَلَابَتِهِ لِمَا لَا يَصْلُحُ لَهُ الْعَبْدُ مِنَ الْوِلَايَةِ وَالشَّهَادَةِ وَلِخُلُوصِهِ عَنْ مَعْنَى الْمَالِيَّةِ الَّتِي تَجْعَلُ الْمَمْلُوكَ فِي قَرْنِ الْبَهَائِمِ مَلْزُورًا، (فَكَانَتْ مَالِكِيَّتُهُ أَبْلَغَ) فَإِنْ قُلْتُ: الدَّلِيلُ أَحْصَى مِنَ الْمُدْعَى؛ لِأَنَّ الْمُدْعَى أَنَّ الطَّلَاقَ بِالزَّوْجِ حُرًّا كَانَ أَوْ عَبْدًا، وَالدَّلِيلُ يَدُلُّ عَلَى أَنَّ الزَّوْجَ إِذَا كَانَ حُرًّا كَانَ مَالِكًا.

قُلْتُ: إِذَا ثَبَتَ ذَلِكَ لِلْحُرِّ ثَبَتَ لِلْعَبْدِ لِعَدَمِ الْقَائِلِ بِالْفَصْلِ، وَمَذْهَبُهُ قَوْلُ عُمَرَ وَزَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ (وَلَنَا قَوْلُهُ: عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «طَلَاقُ الْأُمَةِ ثِنْتَانِ وَعِدَّتُهَا حَيْضَتَانِ») وَوَجْهُ الاستِدْلَالِ أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ ذَكَرَ الْأُمَةَ فَالْإِلَامُ التَّعْرِيفُ وَلَمْ يَكُنْ ثُمَّ مَعَهُودٌ فَكَانَ لِلْجِنْسِ، وَهُوَ يَفْتَضِي أَنْ يَكُونَ طَلَاقُ هَذَا الْجِنْسِ ثِنْتَيْنِ، فَلَوْ كَانَ اعْتِبَارُ الطَّلَاقِ بِالرِّجَالِ لَكَانَ لِبَعْضِ الْإِمَاءِ ثِنْتَانِ فَلَمْ يَتَّبِعْ الْإِلَامَ لِلْجِنْسِ.

فَإِنْ قِيلَ: يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ الْمُرَادُ بِهَا الْأُمَةُ تَحْتَ عَبْدٍ عَمَلًا بِالْحَدِيثَيْنِ.

أُجِيبَ بِأَنَّهُ يُفْضِي إِلَى أَنْ يَكُونَ الْهَاءُ فِي "وَعِدَّتُهَا" عَائِدَةً إِلَيْهَا فَيَكُونُ تَخْصِيصًا لَهَا بِكَوْنِ عِدَّتِهَا حَيْضَتَيْنِ، إِذْ لَا مَرْجِعَ لِلضَّمِيرِ سِوَاهَا، وَلَيْسَ كَذَلِكَ فَإِنَّ عِدَّةَ الْأُمَةِ حَيْضَتَانِ سِوَاهُ كَانَتْ تَحْتَ حُرٍّ أَوْ عَبْدٍ بِالاتِّفَاقِ. وَفِيهِ نَظَرٌ لِحَوَازِ أَنْ يَكُونَ مِنْ بَابِ الاستِخْدَامِ يَكُونُ الْمُرَادُ بِالْأُمَةِ الْأُمَةُ تَحْتَ عَبْدٍ، وَالضَّمِيرُ عَائِدٌ إِلَى مُطْلَقِ الْأُمَةِ. وَالْجَوَابُ أَنَّ ذَلِكَ خَطَابَةٌ لَا تُجَدِّي فِي مَقَامِ الاستِدْلَالِ؛ (وَلَأَنَّ حِلَّ الْمَحَلَّةِ) أَيُّ: حَلَّ أَنْ تَكُونَ الْمَرْأَةُ مَحَلَّ النِّكَاحِ نِعْمَةً فِي حَقِّ الْمَرْأَةِ؛ لِأَنَّهَا تَتَوَصَّلُ بِذَلِكَ إِلَى دُرُورِ التَّفَقَّةِ

وَالْكِسُوفَةَ وَالسُّكْنَى وَالْإِزْدَوَاجَ وَتَحْصِينَ الْفَرْجِ وَغَيْرَهَا، وَمَا هُوَ نِعْمَةٌ فِي حَقِّهَا يَنْتَصِفُ بِالرَّقِّ، فَإِنَّ لِلرَّقِّ أَثَرًا فِي تَنْصِيفِ النَّعَمِ فِي الرِّجَالِ فَإِنَّ الْعَبْدَ لَا يَمْلِكُ مِنَ التَّزْوُجِ مَا فَوْقَ الْاِثْنَيْنِ فَكَذَا فِي حَقِّ النِّسَاءِ فَإِنَّهَا لَا تَتَزَوَّجُ مَعَ الْحُرَّةِ وَلَا بَعْدَهَا، وَكَانَ ذَلِكَ يَقْتَضِي أَنْ لَا يَمْلِكَ الزَّوْجُ عَلَيْهَا إِلَّا عُقْدَةً وَنِصْفًا: أَيُّ: طَلَقَةً وَنِصْفَ طَلَقَةٍ تَنْقِصًا لِحُلِّ الْمَحَلَّةِ، (إِلَّا أَنْ الْعُقْدَةَ لَا تَنْجِزُ فَتَكَامَلَتِ عُقْدَتَانِ)، وَمَذْهَبُنَا قَوْلُ عَلِيٍّ وَابْنِ مَسْعُودٍ. وَقَوْلُهُ: (وَتَأْوِيلُ مَا رُوِيَ) يَعْنِي قَوْلُهُ: «الطَّلَاقُ بِالرِّجَالِ» أَنَّ الْإِيقَاعَ بِالرِّجَالِ.

فَإِنْ قِيلَ: هَذَا مَعْلُومٌ فَلَا يَحْتَاجُ إِلَى ذِكْرِهِ خَاصَّةً. أَجِيبَ بَلْ كَانَ إِلَى ذِكْرِهِ حَاجَةٌ؛ لِأَنَّ الْمَرْأَةَ فِي الْجَاهِلِيَّةِ إِذَا كَرِهَتْ الزَّوْجَ غَيَّرَتْ الْبَيْتَ وَكَانَ ذَلِكَ طَلَاقًا مِنْهَا فَرُفِعَ ذَلِكَ بِقَوْلِهِ: «الطَّلَاقُ بِالرِّجَالِ».

(وَإِذَا تَزَوَّجَ الْعَبْدُ امْرَأَةً) بِإِذْنِ مَوْلَاهُ وَطَلَّقَهَا (وَقَعَ طَلَاقُهَا وَلَا يَقَعُ طَلَاقُ مَوْلَاهُ عَلَى امْرَأَتِهِ)؛ لِأَنَّ مِلْكَ النِّكَاحِ حَقُّ الْعَبْدِ فَيَكُونُ الْإِسْقَاطُ إِلَيْهِ دُونَ الْمَوْلَى.

الشرح:

(وَإِذَا تَزَوَّجَ الْعَبْدُ امْرَأَةً وَطَلَّقَهَا وَقَعَ الطَّلَاقُ وَلَا يَقَعُ طَلَاقُ مَوْلَاهُ عَلَى امْرَأَتِهِ؛ لِأَنَّ مِلْكَ النِّكَاحِ حَقُّ الْعَبْدِ) لِكُونِهِ مِنْ خَوَاصِّ الْأَدَمِيَّةِ، وَالْعَبْدُ مُبْقَى فِيهَا عَلَى أَصْلِ الْحُرِّيَّةِ، فَكَانَ يَجِبُ أَنْ يَمْلِكَ النِّكَاحَ دُونَ إِذْنِ مَوْلَاهُ، لَكِنْ لَوْ قُلْنَا بِهِ تَضَرَّرَ الْمَوْلَى فِيهِ فَتَرَكْنَاهُ لِأَجْلِهِ.

باب إيقاع الطلاق

(الطلاق على ضربين: صريح، وكناية. فالصريحُ قَوْلُهُ: أَنْتِ طَالِقٌ وَمُطَلَّقَةٌ وَطَلَّقْتُكَ فَهَذَا يَقَعُ بِهِ الطَّلَاقُ الرَّجْعِيُّ) لِأَنَّ هَذِهِ الْأَلْفَافَ تُسْتَعْمَلُ فِي الطَّلَاقِ وَلَا تُسْتَعْمَلُ فِي غَيْرِهِ فَكَانَ صَرِيحًا وَأَنَّهُ يَعْقِبُ الرَّجْعَةَ بِالنِّصِّ (وَلَا يَفْتَقِرُ إِلَى النَّيَّةِ) لِأَنَّهُ صَرِيحٌ فِيهِ لَغَلَبَةُ الْإِسْتِعْمَالِ، وَكَذَا إِذَا نَوَى الْإِبَانَةَ لِأَنَّهُ قَصْدٌ تَنْجِيزٌ مَا عُلِّقَ الشَّرْعُ بِانْقِضَاءِ الْعِدَّةِ فَيَرُدُّ عَلَيْهِ. وَلَوْ نَوَى الطَّلَاقَ عَنْ وَثَاقٍ لَمْ يُدَيِّنْ فِي الْقَضَاءِ لِأَنَّهُ خِلَافُ الظَّاهِرِ وَيُدَيِّنُ فِيهِمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللَّهِ تَعَالَى لِأَنَّهُ نَوَى مَا يَحْتَمِلُهُ. وَلَوْ نَوَى بِهِ الطَّلَاقَ عَنْ الْعَمَلِ لَمْ يُدَيِّنْ فِي الْقَضَاءِ وَلَا فِيهِمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللَّهِ تَعَالَى لِأَنَّ الطَّلَاقَ لَرَفْعِ الْقَيْدِ وَهِيَ

غَيْرُ مُقَيَّدَةٍ بِالْعَمَلِ. وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ يَدِينُ فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللَّهِ تَعَالَى لِأَنَّهُ يَسْتَعْمَلُ
لِلتَّخْلِصِ. وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ مُطْلَقَةٌ بِتَسْكِينِ الطَّاءِ لَا يَكُونُ طَلَاقًا إِلَّا بِالنِّيَّةِ لِأَنَّهَا غَيْرُ
مُسْتَعْمَلَةٍ فِيهِ عُرْفًا فَلَمْ يَكُنْ صَرِيحًا.

الشرح:

(بَابُ إِيقَاعِ الطَّلَاقِ): لَمَّا فَرَعَ مِنْ بَيَانِ أَصْلِ الطَّلَاقِ وَوَصَفِهِ شَرَعَ فِي بَيَانِ
تَنْوِيهِهِ فَقَالَ (الطَّلَاقُ) أَيُّ التَّطْلِيقِ (عَلَى ضَرْبَيْنِ: صَرِيحٍ، وَكِنَايَةٍ، فَالْصَّرِيحُ قَوْلُهُ أَنْتِ
طَالِقٌ وَمُطْلَقَةٌ وَطَلَّقْتُكَ يَقَعُ بِهَا طَلَاقٌ رَجْعِيٌّ) لَكُونِ هَذِهِ الْأَلْفَاظِ صَرِيحَةً، وَالصَّرِيحُ
يَعْقُبُ الرَّجْعَةَ بِالنَّصِّ وَهُوَ قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ﴾ [البقرة: ٢٢٨] وَهُوَ
يُشِيرُ بِتَسْمِيَّتِهِ بَعْلًا إِلَى أَنَّ الطَّلَاقَ الرَّجْعِيَّ لَا يُنْطَلُ الزَّوْجِيَّةُ. وَرَدُّ بَأَنَّهُ قَالَ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ
وَالرَّدُّ إِنَّمَا يُسْتَعْمَلُ فِيمَا زَالَ عَنْهُ مِلْكُهُ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ الْبَعْلَ فِي اللُّغَةِ اسْمٌ لِلزَّوْجِ حَقِيقَةٌ
وَهِيَ لَا تُتْرَكُ إِلَّا بِدَلِيلٍ، وَأَمَّا لَفْظُ الرَّدِّ فَقَدْ يُسْتَعْمَلُ فِيمَا لَمْ يَزُلْ مِلْكُهُ كَالْبَائِعِ جَارِيَةً
بِالْخِيَارِ لَهُ وَلِلْمُشْتَرِي فَإِنَّهُ لَمْ يَثْبُتِ الْمِلْكُ فِيهَا لِلْمُشْتَرِي. ثُمَّ إِذَا فَسَخَهُ يُقَالُ رَدَّ الْجَارِيَةَ
وإنْ لَمْ يَزُلْ عَنْهَا مِلْكُ الْبَائِعِ (وَلَا يَفْتَقِرُ إِلَى النِّيَّةِ لِأَنَّهُ صَرِيحٌ فِيهِ) وَالصَّرِيحُ مَا ظَهَرَ
الْمُرَادُّ بِهِ ظُهُورًا بَيْنًا بِكَثْرَةِ الاسْتِعْمَالِ وَهَذَا كَذَلِكَ، وَالصَّرِيحُ يَقُومُ لَفْظُهُ مَقَامَ مَعْنَاهُ فَلَا
يَفْتَقِرُ إِلَى النِّيَّةِ.

وَقَوْلُهُ: (وَكَذَا إِذَا نَوَى الْإِبَانَةَ) مَعْطُوفٌ عَلَى قَوْلِهِ وَإِنَّهُ يَعْقُبُ الرَّجْعَةَ: يَعْنِي إِنْ
لَمْ يَنْوِ شَيْئًا، وَكَذَا إِذَا نَوَى الْإِبَانَةَ لِأَنَّهُ خَالَفَ الشَّرْعَ حَيْثُ قَصَدَ تَنْجِيزَ مَا عُلِّقَ الشَّرْعُ
بِانْقِضَاءِ الْعِدَّةِ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿فَإِمْسَاكِ الْمَعْرُوفِ أَوْ تَسْرِيحِ بِإِحْسَانٍ﴾ [البقرة: ٢٢٩]
وَالْإِمْسَاكُ بِالْمَعْرُوفِ هُوَ الرَّجْعَةُ، وَالتَّسْرِيحُ بِالْإِحْسَانِ هُوَ تَرْكُهَا حَتَّى تَنْقُضِيَ الْعِدَّةَ.
وَتَحْقِيقُهُ أَنَّ اللَّهَ تَعَالَى سَمَّى الرَّجْعَةَ إِمْسَاكًا وَالْإِمْسَاكُ إِثْقَاءُ الشَّيْءِ عَلَى مَا كَانَ، فَمَا
دَامَتِ الْعِدَّةُ بَاقِيَةً كَانَتْ وَلَايَةُ الرَّجْعَةِ بَاقِيَةً، وَإِذَا انْقَضَتْ مِنْ غَيْرِ رَجْعَةٍ بَاءَتْ فَصَارَتْ
الْبَيِّنَةُ مُعْلَقَةٌ بِالْانْقِضَاءِ كَذَا قَالُوا. وَلِقَائِلِ أَنْ يَقُولَ: إِنْ سَلَّمْنَا دَلَالَتَهُ عَلَى تَعْلِيلِ الْبَيِّنَةِ
بِالْانْقِضَاءِ جَازَ أَنْ يَكُونَ الْمُرَادُّ بِهِ مَا لَمْ يَنْوِ الْبَيِّنَةَ فَلَمْ يَبْقَ حُجَّةٌ فِيمَا نُوتِيتَ فِيهِ، وَلَوْ
قَالَ لِأَنَّ الطَّلَاقَ ثَابِتٌ اقْتِضَاءً وَالْمُقْتَضَى ضَرُورِيٌّ وَالضَّرُورَةُ تَنْدَفِعُ بِالرَّجْعِيِّ فَلَا حَاجَةَ
إِلَى الْبَائِنِ كَانَ أَسْلَمَ، وَمَوْضِعُهُ أَصُولُ الْفِقْهِ.

وَقَوْلُهُ: (فِرْدُ عَلَيْهِ) يَعْنِي قَصْدُهُ وَتَقْرِيرُ الْحُجَّةِ لِأَنَّهُ قَصَدَ تَقْلِيمَ مَا أَخَّرَ الشَّرْعُ إِلَى وَقْتٍ وَكُلُّ مَنْ فَعَلَ ذَلِكَ يُرَدُّ عَلَيْهِ قَصْدُهُ كَمَا فِي قَتْلِ الْمَوْرَثِ وَأَصْلُهُ بَقَرَةٌ بَنِي إِسْرَائِيلَ (وَلَوْ نَوَى الطَّلَاقَ عَنْ وَثَاقٍ) بَفَتْحِ الْوَاوِ وَهُوَ الْقَيْدُ وَالْكَسْرُ فِيهِ لُغَةٌ (لَمْ يُدَيِّنْ فِي الْقَضَاءِ) أَيُّ لَمْ يُصَدَّقْ، وَحَقِيقَتُهُ دَيَّنَتْ الرَّجُلَ تَدْيِينًا وَكَلَّتُهُ إِلَى دِينِهِ فَاسْتَعْمَلَ فِي التَّصْدِيقِ مَجَازًا لِأَنَّهُ خِلَافُ الظَّاهِرِ لِأَنَّهُ صَرَفَ الْكَلَامَ عَمَّا هُوَ صَرِيحٌ فِيهِ إِلَى مَا لَيْسَ بِمُتَعَارَفٍ فِيمَا عَلَيْهِ تَخْفِيفٌ. وَكَذَلِكَ لَا يَسَعُ الْمَرْأَةُ أَنْ تُصَدِّقَهُ فِي ذَلِكَ (وَيُدَيِّنُ فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللَّهِ تَعَالَى لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُهُ) إِذِ الطَّلَاقُ مِنَ الْإِطْلَاقِ يُسْتَعْمَلُ فِي الْإِبِلِ أَوْ الْوَتَاقِ فَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ الطَّلَاقُ عِبَارَةً عَنْهُ مَجَازًا. (وَلَوْ نَوَى بِهِ) أَيُّ بِقَوْلِهِ طَالِقٌ (الطَّلَاقَ عَنْ الْعَمَلِ) لَمْ يُصَدَّقْ فِي الْقَضَاءِ وَلَا فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللَّهِ تَعَالَى لِأَنَّ الطَّلَاقَ لَرَفْعِ الْقَيْدِ وَهُوَ) قِيلَ أَيُّ الْمَرْأَةُ بِتَأْوِيلِ الشَّخْصِ أَوْ الذَّاتِ وَلَيْسَ بِشَيْءٍ بَلْ يَعُودُ إِلَى الْقَيْدِ الَّذِي يَرْفَعُهُ الطَّلَاقُ وَهُوَ النِّكَاحُ.

وَتَقْرِيرُهُ الطَّلَاقَ لَرَفْعِ الْقَيْدِ النِّكَاحِيِّ، وَالْقَيْدُ النِّكَاحِيُّ غَيْرُ مُقَيَّدٍ بِالْعَمَلِ فَإِنَّ الطَّلَاقَ لَيْسَ بِرَفْعِ الْقَيْدِ بِالْعَمَلِ وَهَذَا ظَاهِرُ الرِّوَايَةِ. وَرَوَى الْحَسَنُ (عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ يُدَيِّنُ فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللَّهِ تَعَالَى لِأَنَّ الطَّلَاقَ يُسْتَعْمَلُ فِي التَّخْلِيسِ) فَكَانَ مَعْنَاهُ أَنْتِ مُخْلَصَةٌ مِنَ الْعَمَلِ، وَهَذَا إِذَا لَمْ يُصَرِّحْ بِذِكْرِهِ، أَمَّا إِذَا قَالَ أَنْتِ طَالِقٌ مِنْ عَمَلٍ كَذَا مَوْصُولًا صَدَّقَ دِيَانَةً رَوَايَةً وَاحِدَةً (وَلَوْ قَالَ أَنْتِ مُطْلَقَةٌ بِتَسْكِينِ الطَّاءِ لَا يَكُونُ طَلَاقًا إِلَّا بِالْبَيِّنَةِ لِأَنَّهَا غَيْرُ مُسْتَعْمَلَةٍ فِيهِ عَرُفًا فَلَا يَكُونُ صَرِيحًا) وَإِذَا لَمْ يَكُنْ صَرِيحًا كَانَ كِنَايَةً لِعَدَمِ الْوَاسِطَةِ وَالْكِنَايَةُ تَحْتَاجُ إِلَى النَّيَّةِ.

قَالَ (وَلَا يَقَعُ بِهِ إِلَّا وَاحِدَةٌ وَإِنْ نَوَى أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يَقَعُ مَا نَوَى لِأَنَّهُ مُحْتَمِلٌ لَفْظُهُ، فَإِنْ ذَكَرَ الطَّالِقَ ذَكَرَ لِلطَّلَاقِ لُغَةً كَذَكَرِ الْعَالَمِ ذَكَرَ لِلْعَالَمِ وَلِهَذَا يَصِحُّ قِرَانُ الْعَدَدِ بِهِ فَيَكُونُ نَصْبًا عَلَى التَّمْيِيزِ. وَلَنَا أَنَّهُ نَعَتْ فَرْدًا حَتَّى قِيلَ لِلْمُتَنَتَّى طَالِقَانِ وَلِلثَلَاثِ طَوَالِقُ فَلَا يَحْتَمِلُ الْعَدَدُ لِأَنَّهُ ضِدُّهُ، وَذَكَرَ الطَّالِقَ ذَكَرَ لَطَّلَاقٍ هُوَ صِفَةٌ لِلْمَرْأَةِ لَا لَطَّلَاقٍ هُوَ تَطْلِيقٌ، وَالْعَدَدُ الَّذِي يُقْرَنُ بِهِ نَعَتْ لِمَصْدَرٍ مَحذُوفٍ مَعْنَاهُ طَلَاقًا ثَلَاثًا كَقَوْلِكَ أَعْطَيْتُهُ جَزِيلًا: أَيُّ عَطَاءً جَزِيلًا (وَإِذَا قَالَ: أَنْتِ الطَّلَاقُ أَوْ أَنْتِ طَالِقُ الطَّلَاقِ أَوْ أَنْتِ طَالِقٌ طَلَاقًا، فَإِنْ لَمْ تَكُنْ لَهُ نِيَّةٌ أَوْ نَوَى وَاحِدَةً أَوْ ثَنَتَيْنِ فَهِيَ

وَاحِدَةً رَجَعِيَّةً، وَإِنْ نَوَى ثَلَاثًا فَثَلَاثٌ) وَوُقُوعُ الطَّلَاقِ بِاللَّفْظَةِ الثَّانِيَةِ وَالثَّلَاثَةِ ظَاهِرٌ،
لَأَنَّهُ لَوْ ذَكَرَ النِّعْتَ وَحْدَهُ يَقَعُ بِهِ الطَّلَاقُ، فَإِذَا ذَكَرَهُ وَذَكَرَ الْمَصْدَرَ مَعَهُ وَأَنَّهُ يَزِيدُهُ
وَكَادَةَ أُولَى.

وَأَمَّا وَقُوعُهُ بِاللَّفْظَةِ الْأُولَى فَلَأَنَّ الْمَصْدَرَ قَدْ يُذَكَّرُ وَيُرَادُ بِهِ الْأِسْمُ، يُقَالُ: رَجُلٌ
عَدَلٌ: أَيَّ عَادِلٍ فَصَارَ بِمَنْزِلَةِ قَوْلِهِ أَنْتَ طَالِقٌ، وَعَلَى هَذَا لَوْ قَالَ: أَنْتَ طَالِقٌ يَقَعُ بِهِ
الطَّلَاقُ أَيْضًا وَلَا يَحْتَاجُ فِيهِ إِلَى النِّيَّةِ وَيَكُونُ رَجَعِيًّا لَمَّا بَيَّنَّا أَنَّهُ صَرِيحُ الطَّلَاقِ لَغَلْبَةِ
الِاسْتِعْمَالِ فِيهِ، وَتَصِحُّ نِيَّةُ الثَّلَاثِ لِأَنَّ الْمَصْدَرَ يَحْتَمِلُ الْعُمُومَ وَالْكَثْرَةَ لِأَنَّهُ اسْمُ جِنْسٍ
فَيُعْتَبَرُ بِسَائِرِ أَاسْمَاءِ الْأَجْنَاسِ فَيَتَنَاقَلُ الْأَدْنَى مَعَ احْتِمَالِ الْكُلِّ، وَلَا تَصِحُّ نِيَّةُ الثَّانِيَيْنِ
فِيهَا خِلَافًا لَزُفَرٍّ. هُوَ يَقُولُ: إِنَّ الثَّانِيَيْنِ بَعْضُ الثَّلَاثِ فَلَمَّا صَحَّتْ نِيَّةُ الثَّلَاثِ صَحَّتْ نِيَّةُ
بَعْضِهَا ضَرُورَةً. وَنَحْنُ نَقُولُ: نِيَّةُ الثَّلَاثِ إِنَّمَا صَحَّتْ لَكُونِهَا جِنْسًا، حَتَّى لَوْ كَانَتْ الْمَرْأَةُ
أَمَةً تَصِحُّ نِيَّةُ الثَّانِيَيْنِ بِاعْتِبَارِ مَعْنَى الْجِنْسِيَّةِ، أَمَّا الثَّانِيَانِ فِي حَقِّ الْحُرَّةِ فَعَدَدٌ، وَاللَّفْظُ لَا
يَحْتَمِلُ الْعَدَدَ وَهَذَا لِأَنَّ مَعْنَى التَّوْحِيدِ يُرَاعَى فِي الْفَاطِ الْوُحْدَانِ وَذَلِكَ بِالْفَرْدِيَّةِ أَوْ
الْجِنْسِيَّةِ وَالْمَثْنَى بِمَعْرِزِلٍ مِنْهُمَا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلَا يَقَعُ بِهِ) مِنْ كَلَامِ الْقُدُورِيِّ مُتَّصِلٌ بِقَوْلِهِ وَهَذَا يَقَعُ بِهِ الطَّلَاقُ: أَيُّ لَا
يَقَعُ بِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْأَلْفَافِ الثَّلَاثَةِ الْمَذْكُورَةِ (إِلَّا وَاحِدَةً وَإِنْ نَوَى أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ. وَقَالَ
الشَّافِعِيُّ: يَقَعُ مَا نَوَى لِأَنَّهُ مُحْتَمَلٌ لَفْظُهُ فَإِنَّ ذَكَرَ الطَّالِقَ ذَكَرَ لِلطَّلَاقِ) لَكُونُهُ نَعْتًا وَهُوَ
لَا يَتَحَقَّقُ بِذَوْنِ الْمُشْتَقِّ مِنْهُ (وَلِهَذَا) أَيُّ لَكُونُهُ مُحْتَمَلٌ لَفْظُهُ (يَصِحُّ قِرَآنُ الْعَدَدِ بِهِ
وَيَكُونُ نَصْبًا عَلَى التَّفْسِيرِ) وَكُلُّ مَا هُوَ مُحْتَمَلٌ اللَّفْظِ تَصِحُّ نِيَّتُهُ (وَلَمَّا أَنَّهُ نَعْتُ فَرْدٍ
حَتَّى قِيلَ لِلْمَثْنَى طَالِقَانِ وَلِلثَّلَاثِ طَوَالِقُ) وَكُلُّ مَا هُوَ نَعْتُ فَرْدٍ (لَا يَحْتَمِلُ الْعَدَدَ لِأَنَّهُ
ضِدُّهُ) وَالضُّدُّ لَا يَحْتَمِلُ الضُّدَّ.

وَقَوْلُهُ: (وَذَكَرُ الطَّوَالِقِ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ فَإِنَّ ذَكَرَ الطَّالِقَ ذَكَرَ لِلطَّلَاقِ لَعَةً.
وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ الطَّالِقَ نَعْتُ مِنَ الثَّلَاثِيَّ وَهُوَ يَدُلُّ عَلَى طَّلَاقٍ يَكُونُ صِفَةً لِلْمَرْأَةِ لَا عَلَى
طَّلَاقٍ يَكُونُ بِمَعْنَى التَّطْلِيقِ كَالسَّلَامِ بِمَعْنَى التَّسْلِيمِ، وَمَحَلُّ النِّيَّةِ هُوَ الثَّانِي لِأَنَّهُ فِعْلُ
الرَّجُلِ دُونَ الْأَوَّلِ لِأَنَّهُ وَصَفٌ ضَرُورِيٌّ تَنْصِفُ بِهِ الْمَرْأَةُ وَلَيْسَ بِفِعْلِ الزَّوْجِ لَكِنَّهُ يَفْتَضِي

الثَّانِي تَصْحِيحًا لَهُ وَكَانَ ثَابِتًا ضَرُورَةً صِحَّةَ الْكَلَامِ مُقْتَضَى وَلَا عُمُومَ لَهُ.
 وَقَوْلُهُ: (وَالْعَدَدُ الَّذِي يُقْرَنُ بِهِ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ وَلِهَذَا يَصِحُّ قِرَانُ الْعَدَدِ بِهِ وَهُوَ
 وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (وَإِذَا قَالَ أَنْتَ الطَّلَاقُ) وَاضِحٌ وَقَوْلُهُ (فَصَارَ بِمَنْزِلَةِ قَوْلِهِ أَنْتَ طَالِقٌ)
 أُعْتَرِضَ عَلَيْهِ بِأَنْ قَوْلَهُ أَنْتَ الطَّلَاقُ لَوْ كَانَ بِمَنْزِلَةِ أَنْتَ طَالِقٌ لَمَا صَحَّ فِيهِ نِيَّةُ الثَّلَاثِ
 كَمَا لَمْ تَصَحَّ فِي أَنْتَ طَالِقٌ. وَأُجِيبَ بِأَنْ نِيَّةَ الثَّلَاثِ إِنَّمَا لَا تَصَحُّ فِي طَالِقٍ لِأَنَّهُ نَعْتُ
 فَرْدٍ كَمَا تَقَدَّمَ، وَأَمَّا الطَّلَاقُ فَهُوَ مُصَدَّرٌ فِي أَصْلِهِ وَإِنْ وُصِفَ بِهِ فَلَمَحَ فِيهِ جَانِبُ
 الْمَصْدَرِيَّةِ وَصَحَّ فِيهِ نِيَّةُ الثَّلَاثِ، وَبَقِيَّةُ كَلَامِهِ وَاضِحٌ.

(وَلَوْ قَالَ: أَنْتَ طَالِقُ الطَّلَاقِ فَقَالَ: أَرَدْتَ بِقَوْلِي طَالِقٌ وَاحِدَةً وَبِقَوْلِي الطَّلَاقِ
 أُخْرَى يُصَدَّقُ) لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا صَالِحٌ لِلإِقَاعِ فَكَأَنَّهُ قَالَ: أَنْتَ طَالِقٌ وَطَالِقٌ فَتَقَعُ
 رَجْعِيَّتَانِ إِذَا كَانَتْ مَدْخُولًا بِهَا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلَوْ قَالَ أَنْتَ طَالِقُ الطَّلَاقِ فَقَالَ أَرَدْتَ بِقَوْلِي طَالِقٌ وَاحِدَةً وَبِقَوْلِي
 الطَّلَاقِ أُخْرَى) فَإِنْ لَمْ تُكُنْ مَوْطُوءَةً لَعَا الثَّانِي، وَإِنْ كَانَتْ مَوْطُوءَةً (يُصَدَّقُ) وَيَقَعُ
 طَلَقَتَانِ رَجْعِيَّتَانِ (لَأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا صَالِحٌ لِلإِقَاعِ) بِتَقْدِيرِ الْمُبْتَدَأِ فِي الثَّانِي كَمَا لَوْ
 قَالَ أَنْتَ طَالِقٌ وَطَالِقٌ.

(وَإِذَا أَضَافَ الطَّلَاقُ إِلَى جُمْلَتِهَا أَوْ إِلَى مَا يُعْبَرُ بِهِ عَنِ الْجُمْلَةِ وَقَعَ الطَّلَاقُ) لِأَنَّهُ
 أَضِيفَ إِلَى مَحَلِّهِ، وَذَلِكَ (مِثْلُ أَنْ يَقُولَ أَنْتَ طَالِقٌ) لِأَنَّ الثَّاءَ ضَمِيرُ الْمَرَأَةِ (أَوْ يَقُولُ
 (رَقَبَتُكَ طَالِقٌ أَوْ عُنُقُكَ) طَالِقٌ أَوْ رَأْسُكَ طَالِقٌ) أَوْ رُوحُكَ أَوْ بَدَنُكَ أَوْ جَسَدُكَ أَوْ فَرْجُكَ
 أَوْ وَجْهُكَ) لِأَنَّهُ يُعْبَرُ بِهَا عَنْ جَمِيعِ الْبَدَنِ. أَمَّا الْجَسَدُ وَالْبَدَنُ فَظَاهِرٌ وَكَذَا غَيْرُهُمَا، قَالَ
 اللَّهُ تَعَالَى ﴿ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ ﴾ [النساء: ٩٢] وَقَالَ ﴿ فَطَلَّتْ أَعْنَاقُهُمْ لَهَا خَاضِعِينَ ﴾
 [الشعراء: ٤] وَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «لَعَنَ اللَّهُ الْفُرُوجَ عَلَى السَّرُوجِ» ^(١) وَيُقَالُ فُلَانٌ
 رَأْسُ الْقَوْمِ وَيَا وَجْهَ الْعَرَبِ وَهَلْكَ رُوحُهُ بِمَعْنَى نَفْسُهُ وَمِنْ هَذَا الْقَبِيلِ الدَّمُ فِي رِوَايَةٍ
 يُقَالُ دَمُهُ هَدَرَ وَمِنْهُ النَّفْسُ وَهُوَ ظَاهِرٌ (وَكَذَلِكَ إِنْ) (طَلَّقَ جُزْءًا شَائِعًا مِنْهَا مِثْلُ أَنْ
 يَقُولَ نِصْفُكَ أَوْ ثُلُثُكَ) طَالِقٌ لِأَنَّ الشَّائِعَ مَحَلٌّ لِسَائِرِ التَّصَرُّفَاتِ كَالْبَيْعِ وَغَيْرِهِ فَكَذَا

(١) قال الزيلعي في نصب الراية (٣/٣٠٢): غريب جدا.

يَكُونُ مَحِلًّا لِلطَّلَاقِ، إِلَّا أَنَّهُ لَا يَتَجَزَّأُ فِي حَقِّ الطَّلَاقِ فَيَثْبُتَ فِي الْكُلِّ ضَرُورَةً (وَلَوْ قَالَ: يَدُكَ طَالِقٌ أَوْ رِجْلُكَ طَالِقٌ لَمْ يَقَعْ الطَّلَاقُ) وَقَالَ زُفَرٌ وَالشَّافِعِيُّ: يَقَعُ، وَكَذَا الْخِلَافُ فِي كُلِّ جُزْءٍ مُعَيَّنٍ لَا يُعْبَرُ بِهِ عَنْ جَمِيعِ الْبَدَنِ. لُهُمَا أَنَّهُ جُزْءٌ مُسْتَمْتَعٌ بِعَقْدِ النِّكَاحِ وَمَا هَذَا حَالُهُ يَكُونُ مَحِلًّا لِحُكْمِ النِّكَاحِ فَيَكُونُ مَحِلًّا لِلطَّلَاقِ فَيَثْبُتَ الْحُكْمُ فِيهِ قَضِيَّةً لِلإِضَافَةِ ثُمَّ يَسْرِي إِلَى الْكُلِّ كَمَا فِي الْجُزْءِ الشَّائِعِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا أُضِيفَ إِلَيْهِ النِّكَاحُ لِأَنَّ التَّعْدِيَّ مُمْتَنِعٌ إِذِ الْحُرْمَةُ فِي سَائِرِ الْأَجْزَاءِ تُغْلِبُ الْحِلَّ فِي هَذَا الْجُزْءِ وَفِي الطَّلَاقِ الْأَمْرُ عَلَى الْقَلْبِ. وَلَنَا أَنَّهُ أَضَافَ الطَّلَاقَ إِلَى غَيْرِ مَحِلِّهِ فَيَلْغُو كَمَا إِذَا أَضَافَهُ إِلَى رِيقِهَا أَوْ ظُفْرِهَا، وَهَذَا لِأَنَّ مَحِلَّ الطَّلَاقِ مَا يَكُونُ فِيهِ الْقَيْدُ لِأَنَّهُ يَنْبِئُ عَنْ رَفْعِ الْقَيْدِ وَلَا قَيْدَ فِي الْيَدِ وَلِهَذَا لَا تَصِحُّ إِضَافَةُ النِّكَاحِ إِلَيْهِ، بِخِلَافِ الْجُزْءِ الشَّائِعِ لِأَنَّهُ مَحِلٌّ لِلنِّكَاحِ عِنْدَنَا حَتَّى تَصِحَّ إِضَافَتُهُ إِلَيْهِ فَكَذَا يَكُونُ مَحِلًّا لِلطَّلَاقِ. وَاخْتَلَفُوا فِي الظُّهْرِ وَالْبَطْنِ، وَالْأَظْهَرُ أَنَّهُ لَا يَصِحُّ لِأَنَّهُ لَا يُعْبَرُ بِهِمَا عَنْ جَمِيعِ الْبَدَنِ.

الشرح:

(وَلَوْ أَضَافَ الطَّلَاقَ إِلَى جُمْلَتِهَا) مِثْلُ قَوْلِهِ أَتَيْتُ طَالِقًا لِأَنَّ التَّاءَ ضَمِيرُ الْمَرْأَةِ وَذَكَرَ هَذَا وَإِنْ كَانَ قَدْ عَلِمَ مِمَّا قَبْلَهُ تَمْهِيدًا لِلذِّكْرِ مَا بَعْدَهُ (أَوْ إِلَى مَا يُعْبَرُ بِهِ عَنْ الْجُمْلَةِ مِثْلُ قَوْلِكَ رَقَبَتُكَ طَالِقٌ) قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾ [النساء: ٩٢] وَلَمْ يُرِدْ الرِّقَبَةَ بَعِيْنَهَا، وَكَذَلِكَ الْعُنُقُ قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿فَطَلَّتْ أَعْنَاقُهُمْ لَهَا خَاضِعِينَ﴾ [الشعراء: ٤] وَلَمْ يُرِدْ الْأَعْنَاقَ بَعِيْنَهَا حَيْثُ لَمْ يَقُلْ خَاضِعَةً وَكَلَامُهُ وَاضِحٌ. وَلَوْ قَالَ يَدُكَ طَالِقٌ أَوْ رِجْلُكَ لَمْ يَقَعْ الطَّلَاقُ، وَقَالَ زُفَرٌ وَالشَّافِعِيُّ: يَقَعُ، وَكَذَا الْخِلَافُ فِي كُلِّ جُزْءٍ مُعَيَّنٍ لَا يُعْبَرُ بِهِ عَنْ جَمِيعِ الْبَدَنِ كَالْإِصْبَعِ وَالشَّعْرِ وَالسِّنِّ وَالظُّفْرِ. لُهُمَا أَنَّهُ جُزْءٌ مُسْتَمْتَعٌ بِعَقْدِ النِّكَاحِ، وَكُلُّ جُزْءٍ مُسْتَمْتَعٍ بِعَقْدِ النِّكَاحِ يَكُونُ مَحِلًّا لِحُكْمِ النِّكَاحِ، وَمَا كَانَ مَحِلًّا لِحُكْمِ النِّكَاحِ كَانَ مَحِلًّا لِلطَّلَاقِ لِأَنَّهُ رَافِعُهُ فَيَكُونُ حَالًا مَحَلًّا فَإِذَا أُضِيفَ إِلَيْهِ الطَّلَاقُ ثَبَتَ الْحُكْمُ فِيهِ تَوْفِيقًا لِحَقِّ الإِضَافَةِ ثُمَّ يَسْرِي إِلَى الْكُلِّ كَمَا فِي الْجُزْءِ الشَّائِعِ.

فَإِنْ قِيلَ: لَوْ كَانَ الْجُزْءُ الْمُعَيَّنُ مَحِلًّا لِحُكْمِ النِّكَاحِ لَانْعَقَدَ النِّكَاحُ إِذَا أُضِيفَ إِلَيْهِ ثُمَّ يَسْرِي إِلَى الْكُلِّ. أَجَابَ بِقَوْلِهِ بِخِلَافِ مَا إِذَا أُضِيفَ إِلَيْهِ النِّكَاحُ؛ لِأَنَّ السَّرَايَةَ مُمْتَنِعَةٌ إِذِ الْحُرْمَةُ فِي سَائِرِ الْأَجْزَاءِ تُغْلِبُ الْحِلَّ فِي هَذَا الْجُزْءِ فَيَمْتَنِعُ عَنْ السَّرْيَانِ (وَفِي الطَّلَاقِ الْأَمْرُ عَلَى الْقَلْبِ) يَعْنِي الْحُرْمَةُ فِي هَذَا الْجُزْءِ تُغْلِبُ الْحِلَّ فِي سَائِرِ الْأَجْزَاءِ

وَقَوْلُهُ (وَلَنَا أَنَّهُ أَضَافَ الطَّلَاقَ إِلَى غَيْرِ مَحَلِّهِ ظَاهِرٌ، وَتَوْضِيحُهُ أَنَّ الْيَدَ وَالرَّجْلَ وَنَحْوَهُمَا أَطْرَافٌ وَهِيَ أَتْبَاعٌ لَا مَحَالَةَ، فَإِذَا وَرَدَ عَلَيْهِمَا دَخَلَ الْأَتْبَاعُ كَمَا فِي شِرَاءِ تِلْكَ الرَّقَبَةِ فَيَكُونُ ذِكْرُ الْأَصْلِ ذِكْرًا لِلتَّبَعِ).

وَأَمَّا ذِكْرُ التَّبَعِ فَلَا يَكُونُ ذِكْرًا لِلْأَصْلِ. فَإِنْ قِيلَ: سَلَّمْنَا ذَلِكَ لَكِنْ عَبَّرَ النَّبِيُّ ﷺ بِالْيَدِ عَنْ جَمِيعِ الْبَدَنِ فِي قَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذْتَ حَتَّى تَرُدَّهُ» أُجِيبَ بِأَنَّ الْمُرَادَ بِهِ صَاحِبُ الْيَدِ عَلَى حَذْفِ الْمُضَافِ، وَعِنْدَنَا أَنَّ الزَّوْجَ إِذَا قَالَ أَرَدْتَ إِضْمَارَ صَاحِبِهَا طَلَّقْتَ، وَإِنَّمَا الْكَلَامُ مِنْ حَيْثُ الْحَقِيقَةُ. قَالَ شَمْسُ الْأُئِمَّةِ الْحَلَوَانِيُّ: إِذَا قَالَ لَهَا: رَأْسُكَ طَالِقٌ وَعَنَى اقْتِصَارَ الطَّلَاقِ عَلَى الرَّأْسِ لَا يَبْعُدُ أَنْ تَقُولَ بِأَنَّهَا لَا تَطْلُقُ، وَلَوْ قَالَ يَدُكَ طَالِقٌ وَأَرَادَ بِهِ الْعِبَارَةَ عَنْ جَمِيعِ الْبَدَنِ لَا يَبْعُدُ أَنْ تَقُولَ بِأَنَّهَا تَطْلُقُ، وَإِذَا قَالَ ظَهْرُكَ طَالِقٌ أَوْ بَطْنُكَ طَالِقٌ اخْتَلَفَ الْمَشَايخُ فِيهِ، فَقَالَ بَعْضُهُمْ يَقَعُ الطَّلَاقُ لِأَنَّ الظَّهْرَ وَالْبَطْنَ فِي مَعْنَى الْأَصْلِ إِذْ لَا يُتَصَوَّرُ النِّكَاحُ بِدُونِهِمَا، بِخِلَافِ الْيَدِ وَالرَّجْلِ. قَالَ الْمُصَنِّفُ: (وَالْأَظْهَرُ أَنَّهُ لَا يَصِحُّ) أَيُّ الْإِيقَاعِ بِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لِأَنَّهُ لَا يُعْبَرُ بِهِمَا عَنْ جَمِيعِ الْبَدَنِ، وَلِهَذَا لَوْ قَالَ ظَهْرُكَ أَوْ بَطْنُكَ عَلَيَّ كَظْهَرِ أُمِّي لَا يَكُونُ مُظَاهَرًا.

(وَإِنْ طَلَّقَهَا نِصْفَ تَطْلِيقَةٍ أَوْ ثُلُثَهَا كَانَتْ) طَالِقًا (تَطْلِيقَةً وَاحِدَةً) لِأَنَّ الطَّلَاقَ لَا يَتَجَزَّأُ، وَذِكْرُ بَعْضٍ مَا لَا يَتَجَزَّأُ كَذِكْرِ الْكُلِّ، وَكَذَا الْجَوَابُ فِي كُلِّ جُزْءٍ سَمَاءً لَمَّا بَيَّنَّا (وَلَوْ قَالَ لَهَا: أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثَةَ أَنْصَافٍ تَطْلِيقَتَيْنِ فَهِيَ طَالِقٌ ثَلَاثًا) لِأَنَّ نِصْفَ التَّطْلِيقَتَيْنِ تَطْلِيقَةٌ، فَإِذَا جُمِعَ بَيْنَ ثَلَاثَةِ أَنْصَافٍ تَكُونُ ثَلَاثُ تَطْلِيقَاتٍ ضَرُورَةً. وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثَةَ أَنْصَافٍ تَطْلِيقَةٌ، قِيلَ: يَقَعُ تَطْلِيقَتَانِ لِأَنَّهَا طَلَقَةٌ وَنِصْفٌ فَيَتَكَامَلُ، وَقِيلَ: يَقَعُ ثَلَاثُ تَطْلِيقَاتٍ لِأَنَّ كُلَّ نِصْفٍ يَتَكَامَلُ فِي نَفْسِهِ فَتَصِيرُ ثَلَاثًا.

الشرح:

(وَإِنْ طَلَّقَهَا نِصْفَ تَطْلِيقَةٍ أَوْ ثُلُثَهَا طَلَقَتْ تَطْلِيقَةً وَاحِدَةً) لِأَنَّهُ ذَكَرَ بَعْضَ مَا لَا يَتَجَزَّأُ وَهُوَ الطَّلَاقُ، إِذْ نِصْفُ التَّطْلِيقِ أَوْ ثُلُثُهُ غَيْرُ مَشْرُوعٍ، وَذِكْرُ بَعْضٍ مَا لَا يَتَجَزَّأُ كَذِكْرِ الْكُلِّ كَالْعَفْوِ عَنْ بَعْضِ الْقِصَاصِ صِيَانَةٌ لِلْكَلَامِ عَنِ الْإِلْعَاءِ وَتَعْلِيلًا لِلْمُحَرِّمِ عَلَى الْمَيْسِحِ وَإِعْمَالًا لِلدَّلِيلِ بِقَدْرِ الْإِمْكَانِ؛ لِأَنَّهُ إِذَا أَقَامَ الدَّلِيلُ عَلَى الْبَعْضِ وَهُوَ مِمَّا لَا يَتَجَزَّأُ

أَوْجَبَ إِكْمَالَهُ وَإِلَّا لَزِمَ إِبْطَالُ الدَّلِيلِ (وَكَذَا الْجَوَابُ فِي كُلِّ جُزْءٍ سَمَّاهُ) وَالتَّصْنُفُ كَالرُّبْعِ وَالثُّمْنِ وَالسُّدُسِ وَغَيْرِهَا (لَمَّا بَيَّنَّا) أَنَّهُ لَا يَتَجَزَّأُ (وَلَوْ قَالَ لَهَا أَنتِ طَالِقٌ ثَلَاثَةً أَنْصَافَ تَطْلِيقَتَيْنِ فَهِيَ طَالِقٌ ثَلَاثًا لِأَنَّ نِصْفَ تَطْلِيقَتَيْنِ تَطْلِيقَةٌ) فَثَلَاثَةُ أَنْصَافٍ تَطْلِيقَتَيْنِ يَكُونُ ثَلَاثَ تَطْلِيقَاتٍ ضَرُورَةً، وَهَذِهِ الْمَسْأَلَةُ مِنْ خَوَاصِّ مَسَائِلِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ.

قَالَ فَخَرُ الْإِسْلَامِ: إِنَّمَا أوردَ: يَعْنِي مُحَمَّدًا هَذِهِ الْمَسْأَلَةَ لِإِشْكَالِ وَهُوَ أَنَّ كُلَّ عَدَدٍ نَصْفَتُهُ لَا يَكُونُ إِلَّا نِصْفَيْنِ، فَالْقَوْلُ بِالثَّلَاثَةِ فِي ذَلِكَ يَجِبُ أَنْ يُلْغَوْ. وَالْجَوَابُ أَنَّهُ أَرَادَ بِهَذِهِ التَّسْمِيَةِ الطَّلَاقَ يَعْنِي أَرَادَ ثَلَاثَ طَلَقَاتٍ وَاسْتَعْمَلَ فِي ذَلِكَ ثَلَاثَةَ أَنْصَافِ تَطْلِيقَتَيْنِ بِاعْتِبَارٍ مَا ذَكَرْنَا أَنَّ نِصْفَ تَطْلِيقَتَيْنِ إِذَا كَانَ تَطْلِيقَةً فَثَلَاثَةُ أَنْصَافِهِنَّ تَكُونُ ثَلَاثَ تَطْلِيقَاتٍ. وَمِنْ النَّاسِ مَنْ قَالَ لَا يَقَعُ شَيْءٌ لِأَنَّهُ مُهْمَلٌ لَا مَعْنَى لَهُ. وَمِنْهُمْ مَنْ يَقُولُ يَقَعُ وَاحِدَةٌ لِأَنَّ ذِكْرَ الْعَدَدِ كَانَ لُغَوًا فَبَقِيَ قَوْلُهُ أَنتِ طَالِقٌ.

وَلِقَائِلُ أَنْ يَقُولَ: هَذَا الْكَلَامُ إِمَّا أَنْ يَكُونَ حَقِيقَةً فِيمَا أَرَادَ أَوْ مَجَازًا، وَلَا سَبِيلَ إِلَى الْأَوَّلِ لِأَنَّ اللَّفْظَ لَمْ يُسْتَعْمَلَ فِيمَا وُضِعَ لَهُ وَلَا إِلَى الثَّانِي لِعَدَمِ تَصَوُّرِ الْحَقِيقَةِ وَعَدَمِ الْإِتِّصَالِ. وَالْجَوَابُ أَنَّهُ مَجَازٌ، وَتَصَوُّرُ الْحَقِيقَةِ لَيْسَ بِشَرْطٍ لَجَوَازِهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَالْإِتِّصَالُ مَوْجُودٌ لِأَنَّهُ مِنْ بَابِ ذِكْرِ الْجُزْءِ وَإِرَادَةِ الْكُلِّ. وَطُولِبَ بِالْفَرْقِ بَيْنَ مَا إِذَا قَالَ لَهَا أَنتِ طَالِقٌ ثَلَاثَةَ أَرْبَاعٍ تَطْلِيقَتَيْنِ لَمْ تَطْلُقْ إِلَّا ثَنَتَيْنِ وَلَمْ تَقُلْ وَقَدْ أَوْقَعَ ثَلَاثَ مَرَّاتٍ رُبْعَ تَطْلِيقَتَيْنِ وَرُبْعَ التَّطْلِيقَتَيْنِ نِصْفُ تَطْلِيقَةٍ. وَمَنْ أَوْقَعَ عَلَى أَمْرَاتِهِ ثَلَاثَ مَرَّاتٍ نِصْفَ تَطْلِيقَةٍ طَلَّقَتْ ثَلَاثًا.

وَأُجِيبَ بِأَنَّ جَوَابَ هَذَا اللَّفْظِ غَيْرُ مَحْفُوظٍ. وَبَعْدَ التَّسْلِيمِ فَالْفَرْقُ وَاضِحٌ بَيْنَ، فَإِنَّ الْأَجْزَاءَ الَّتِي أَوْقَعَهَا هُنَاكَ وَهِيَ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعٍ مَوْجُودَةٌ فِي التَّطْلِيقَتَيْنِ لِأَنَّ رُبْعَ تَطْلِيقَتَيْنِ نِصْفُ تَطْلِيقَةٍ فَثَلَاثَةُ أَرْبَاعٍ تَطْلِيقَتَيْنِ تَطْلِيقَةٌ وَنِصْفُ فَيَقَعُ تَطْلِيقَتَانِ فَلَا وَجْهَ إِلَى صَرْفِ الْكَلَامِ عَنْ ظَاهِرِهِ، وَهَاهُنَا الْأَجْزَاءُ الَّتِي أَوْقَعَهَا غَيْرُ مَوْجُودَةٍ فِي التَّطْلِيقَتَيْنِ إِذْ لَيْسَ لِلتَّطْلِيقَتَيْنِ ثَلَاثَةُ أَنْصَافٍ فَلَا حَاجَةَ لِتَصْحِيحِ كَلَامِهِ سِوَى تَصْحِيحِ كَلَامِ الْعَاقِلِ عَلَى مَا ذَكَرْنَا (وَلَوْ قَالَ أَنتِ طَالِقٌ ثَلَاثَةَ أَنْصَافٍ تَطْلِيقَةٍ قِيلَ يَقَعُ طَلَقَتَانِ) وَهُوَ الْمَنْقُولُ عَنْ مُحَمَّدٍ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ وَإِلَيْهِ ذَهَبَ النَّاطِقِيُّ فِي الْأَجْنَاسِ وَالْعَتَابِيُّ فِي شَرْحِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ.

وَقَالَ الْعَتَابِيُّ: هُوَ الصَّحِيحُ لِأَنَّ ثَلَاثَةَ أَنْصَافِ تَطْلِيقَةٍ تَكُونُ تَطْلِيقَةً وَنِصْفَ تَطْلِيقَةٍ فَصَارَ كَقَوْلِهِ أَنتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً وَنِصْفَ تَطْلِيقَةٍ. وَقَالَ بَعْضُ الْمَشَائِخِ: يَقَعُ ثَلَاثَةٌ لِأَنَّ كُلَّ نِصْفٍ يَكُونُ طَلَقَةً وَاحِدَةً لِأَنَّ الطَّلَاقَ لَا يَقْبَلُ التَّجْزِئَةَ فَيَصِيرُ ثَلَاثَةُ أَنْصَافٍ تَطْلِيقَةً ثَلَاثَ طَلَقَاتٍ لَا مَحَالَةَ.

(وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ مِنْ وَاحِدَةٍ إِلَى ثِنْتَيْنِ أَوْ مَا بَيْنَ وَاحِدَةٍ إِلَى ثِنْتَيْنِ فَهِيَ وَاحِدَةٌ. وَلَوْ قَالَ: مِنْ وَاحِدَةٍ إِلَى ثَلَاثٍ أَوْ مَا بَيْنَ وَاحِدَةٍ إِلَى ثَلَاثٍ فَهِيَ ثِنْتَانِ. وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَالَ فِي الْأُولَى هِيَ ثِنْتَانِ وَفِي الثَّانِيَةِ ثَلَاثٌ) وَقَالَ زُهْرٌ: الْأُولَى لَا يَقَعُ شَيْءٌ، وَفِي الثَّانِيَةِ تَقَعُ وَاحِدَةٌ، وَهُوَ الْقِيَاسُ لِأَنَّ الْغَايَةَ لَا تَدْخُلُ تَحْتَ الْمَضْرُوبِ لَهُ الْغَايَةُ، كَمَا لَوْ قَالَ: بَعْتَ مِنْكَ مِنْ هَذَا الْحَائِطِ إِلَى هَذَا الْحَائِطِ. وَجَهٌ قَوْلُهُمَا وَهُوَ الْاسْتِحْسَانُ أَنَّ مِثْلَ هَذَا الْكَلَامِ مَتَى ذُكِرَ فِي الْعُرْفِ يُرَادُ بِهِ الْكُلُّ، كَمَا تَقُولُ لَغَيْرِكَ: خُذْ مِنْ مَالِي مِنْ دِرْهَمٍ إِلَى مِائَةٍ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ الْمُرَادَ بِهِ الْأَكْثَرُ مِنَ الْأَقَلِّ وَالْأَهْلُ مِنَ الْأَكْثَرِ فَإِنَّهُمْ يَقُولُونَ سَنِي مِنْ سِتِّينَ إِلَى سَبْعِينَ وَمَا بَيْنَ سِتِّينَ إِلَى سَبْعِينَ وَيُرِيدُونَ بِهِ مَا ذَكَرْنَاهُ، وَإِرَادَةُ الْكُلِّ فِيمَا طَرِيقُهُ طَرِيقُ الْإِبَاحَةِ كَمَا ذُكِرَ، إِذَا الْأَصْلُ فِي الطَّلَاقِ هُوَ الْحَظَرُ، ثُمَّ الْغَايَةُ الْأُولَى لَا بُدَّ أَنْ تَكُونَ مَوْجُودَةً لِيَتَرْتَّبَ عَلَيْهَا الثَّانِيَةُ، وَوُجُودُهَا بِوُقُوعِهَا، بِخِلَافِ الْبَيْعِ لِأَنَّ الْغَايَةَ فِيهِ مَوْجُودَةٌ قَبْلَ الْبَيْعِ. وَلَوْ نَوَى وَاحِدَةً يَدِينُ دِيَانَةً لَا قَضَاءَ لِأَنَّهُ مُحْتَمَلٌ كَلَامِهِ لِكُنْهُ خِلَافُ الظَّاهِرِ.

الشرح:

قَالَ (وَلَوْ قَالَ أَنتِ طَالِقٌ مِنْ وَاحِدَةٍ إِلَى ثِنْتَيْنِ) إِذَا طَلَّقَهَا مُشْتَمِلًا كَلَامَهُ عَلَى الْغَايَتَيْنِ، فَإِذَا أَنْ تَدْخُلَ الْغَايَتَانِ وَهُوَ قَوْلُهُمَا أَوْ لَا تَدْخُلَا وَهُوَ قَوْلُ زُهْرٍ أَوْ يَدْخُلُ الْإِبْتِدَاءُ دُونَ الْإِنْتِهَاءِ وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ، وَالْقِسْمُ الرَّابِعُ وَهُوَ أَنْ يَدْخُلَ الْإِنْتِهَاءُ دُونَ الْإِبْتِدَاءِ لَمْ يَقُلْ بِهِ أَحَدٌ. وَجَهٌ قَوْلُ زُهْرٍ أَنَّ غَايَةَ الشَّيْءِ لَا تَدْخُلُ فِيهِ وَإِلَّا لَمْ يَكُنْ غَايَةً كَمَا فِي الْمَحْسُوسَاتِ كَقَوْلِهِ بَعْتَ مِنْكَ مِنْ هَذَا الْحَائِطِ إِلَى هَذَا الْحَائِطِ، وَهُوَ قِيَاسٌ مَحْضٌ. وَرَوَى أَنْ أَبَا حَنِيفَةَ حَاجَّهُ حَيْثُ قَالَ لَهُ كَمْ سَنًا؟ فَقَالَ مَا بَيْنَ سِتِّينَ إِلَى سَبْعِينَ، فَقَالَ لَهُ إِذَنْ أَأَنْتَ ابْنُ تِسْعِ سِنِينَ فَتَحْيَرُ. وَرَوَى فخر الإسلام أَنَّ الْأَصْمَعِيَّ هُوَ الَّذِي حَاجَّهُ عَلَى بَابِ الرَّشِيدِ قَالَ لَهُ: مَا تَقُولُ فِيمَنْ قَالَ لَامُرَّاتِهِ أَأَنْتِ طَالِقٌ مَا بَيْنَ

وَاحِدَةً إِلَى ثَلَاثٍ؟ قَالَ تَطْلُقُ وَاحِدَةً لِأَنَّ كَلِمَةَ مَا يَبْنَى لَا تَتَنَاوَلُ الْحَدَّيْنِ، فَقَالَ لَهُ مَا تَقُولُ فِي رَجُلٍ قِيلَ لَهُ كَمْ سِنَّكَ؟ فَقَالَ مَا يَبْنَى سِتِّينَ إِلَى سَبْعِينَ يَكُونُ ابْنٌ تَسَعِ سِنِينَ، فَتَحْيَرُ زُفْرٌ وَاسْتَحْسَنَ فِي مِثْلِ هَذَا وَيَلْزَمُ عَلَى قَوْلِهِ أَنَّ مَنْ قَالَ مِنْ وَاحِدَةٍ إِلَى وَاحِدَةٍ لَا يَقَعُ شَيْءٌ، وَقِيلَ يَقَعُ وَاحِدَةً لِأَنَّهُ لَمَّا جَعَلَ الشَّيْءَ الْوَاحِدَ حَدًّا وَمَحْدُودًا لَعَا آخِرُ كَلَامِهِ لِعَدَمِ تَصَوُّرِ ذَلِكَ وَبَقِيَ أَنْتَ طَالِقٌ.

وَوَجْهٌ قَوْلُهُمَا وَهُوَ الاسْتِحْسَانُ أَنَّ مِثْلَ هَذَا الْكَلَامِ فِي الْعُرْفِ يُرَادُ بِهِ الْكُلُّ، كَمَا يُقَالُ لِعَبْرَةٍ خُذْ مِنْ مَالِي مِنْ دِرْهَمٍ إِلَى مِائَةٍ. وَلَأَيِّ حَنِيفَةٍ أَنَّ الْمُرَادَ بِمِثْلِ هَذَا الْكَلَامِ الْأَكْثَرُ مِنَ الْأَقْلُ وَالْأَقْلُ مِنَ الْأَكْثَرِ وَهُوَ مَا يَبْنَى بَيْنَهُمَا، فَإِنَّهُمْ يَقُولُونَ سِنِي مِنْ سِتِّينَ إِلَى سَبْعِينَ أَوْ مَا يَبْنَى سِتِّينَ إِلَى سَبْعِينَ وَيُرِيدُونَ مَا ذَكَرْنَاهُ: يَعْنِي الْأَكْثَرُ مِنَ الْأَقْلُ أَوْ الْأَقْلُ مِنَ الْأَكْثَرِ، قِيلَ فِيهِ نَظَرٌ لِأَنَّهُ لَا يَتِمَّشَى فِي قَوْلِهِ مِنْ وَاحِدَةٍ إِلَى ثِنْتَيْنِ. وَأُجِيبَ بِأَنَّهُ يَتِمَّشَى فِيهِ أَيْضًا لِأَنَّ الْأَكْثَرَ فِيهِ الثَّلَاثُ وَالْأَقْلُ الْوَاحِدُ، وَالْأَكْثَرُ مِنَ الْأَقْلُ وَالْأَقْلُ مِنَ الْأَكْثَرِ الثَّنَتَانِ، وَلَيْسَ بِشَيْءٍ لِأَنَّ قَوْلَهُ لِأَنَّ الْأَكْثَرَ فِيهِ: يَعْنِي فِي الطَّلَاقِ، وَلَيْسَ الْكَلَامُ فِي الْأَكْثَرِ فِي الطَّلَاقِ وَإِنَّمَا الْكَلَامُ فِي الْأَقْلُ وَالْأَكْثَرِ فِي كَلَامِ الْمُتَكَلِّمِ وَالثَّلَاثُ غَيْرُ مَذْكُورٍ فِيهِ.

وَأَقُولُ: قَوْلُهُ إِنَّ الْمُرَادَ بِهِ الْأَكْثَرُ مِنَ الْأَقْلُ: مَعْنَاهُ إِذَا كَانَ بَيْنَهُمَا عَدَدٌ كَمَا فِي قَوْلِهِ مِنْ وَاحِدَةٍ إِلَى ثَلَاثٍ. وَقَوْلُهُ سِنِي مِنْ سِتِّينَ إِلَى سَبْعِينَ. وَقَوْلُهُ وَالْأَقْلُ مِنَ الْأَكْثَرِ مَعْنَاهُ: إِذَا لَمْ يَكُنْ بَيْنَهُمَا ذَلِكَ كَمَا فِي قَوْلِهِ مِنْ وَاحِدَةٍ إِلَى ثِنْتَيْنِ، وَعَلَى هَذَا يَسْقُطُ الْإِعْتِرَاضُ.

وَقَوْلُهُ (وَأِرَادَةُ الْكُلِّ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِمَا يُرَادُ بِهِ الْكُلُّ كَمَا يُقَالُ لِعَبْرَةٍ خُذْ مِنْ مَالِي مِنْ دِرْهَمٍ إِلَى مِائَةٍ وَهُوَ ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (تَمَّ الْغَايَةُ الْأُولَى) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِ زُفْرٍ. وَوَجْهُهُ أَنَّ الْقِيَاسَ أَنْ لَا تَدْخُلَ الْغَايَتَانِ كَمَا ذَكَرْتُ، إِلَّا أَنَّ الْغَايَةَ الْأُولَى لَا بُدَّ أَنْ تَكُونَ مَوْجُودَةً لِأَنَّهُ أَوْفَعَ الثَّانِيَةِ، وَلَا يَصِحُّ إِلَّا بَعْدَ وُجُودِ مَا يَتَرْتَّبُ عَلَيْهِ الثَّانِيَةُ وَوُجُودُهَا بِوُقُوعِهَا. وَقَوْلُهُ (بِخِلَافِ الْبَيْعِ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ كَمَا لَوْ قَالَ بَعْتُكَ مِنْ هَذَا الْحَائِطِ.

وَوَجْهٌ ذَلِكَ أَنَّهُ قِيَاسٌ فَاسِدٌ لِأَنَّ الْغَايَةَ فِي الْمَقِيسِ عَلَيْهِ مَوْجُودَةٌ قَبْلَ جَعْلِهَا غَايَةً فَلَا ضَرُورَةَ فِي إِدْخَالِهَا، وَأَمَّا فِي صُورَةِ النِّزَاعِ فَإِنَّهَا لَيْسَتْ بِمَوْجُودَةٍ وَلَا بُدَّ مِنْ

وُجُودَهَا لِيَتَرَبَّ عَلَيْهَا الثَّانِيَةُ وَوُجُودَهَا بِوُقُوعِهَا وَالْحَاصِلُ أَنَّا لَمْ نَقُلْ بِأَنَّ الْغَايَةَ دَاخِلَةٌ، وَإِنَّمَا قُلْنَا إِنَّهُ لَا بُدَّ مِنْ وُجُودِهَا لِمُضَرَّةِ الثَّانِيَةِ.

وَنُوقِضَ بِمَا لَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ تَطْلِيقَةً ثَانِيَةً لَمْ يَقَعْ إِلَّا وَاحِدَةٌ وَلَمْ يُضْطَرْ فِيهِ إِلَى الْأُولَى لَوُقُوعِ الثَّانِيَةِ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ قَوْلَهُ: ثَانِيَةً صَارَ لَعَوًا، بِخِلَافِ قَوْلِهِ مِنْ وَاحِدَةٍ إِلَى ثَلَاثٍ فَإِنَّهُ كَلَامٌ مُعْتَبَرٌ فِي إِيقَاعِ الطَّلَاقِ بِالِاتِّفَاقِ، وَلَا يَتَحَقَّقُ ذَلِكَ إِلَّا بَعْدَ وَقُوعِ الْأُولَى. وَلَوْ نَوَى فِي قَوْلِهِ: مِنْ وَاحِدَةٍ إِلَى ثَلَاثٍ أَوْ مَا يَبْنِي وَاحِدَةً إِلَى ثَلَاثٍ وَأَشْبَاهَهُمَا وَاحِدَةً صَدَّقَ دِيَانَةً لِأَنَّهُ مُحْتَمَلٌ كَلَامُهُ لَا قَضَاءَ لِأَنَّهُ خِلَافُ الظَّاهِرِ، لَمَّا ذَكَرْنَا أَنَّ مِثْلَ هَذَا الْكَلَامِ يُرَادُ بِهِ الْأَكْثَرُ مِنَ الْأَقْلَى وَالْأَقْلَى مِنَ الْأَكْثَرِ.

(وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةٌ فِي ثِنْتَيْنِ وَنَوَى الضَّرْبَ وَالْحِسَابَ أَوْ لَمْ تَكُنْ لَهُ نِيَّةً فِيهِ وَاحِدَةً) وَقَالَ زُفَرٌ: تَقَعُ ثِنْتَانِ لِعُرْفِ الْحِسَابِ، وَهُوَ قَوْلُ الْحَسَنِ بْنِ زِيَادٍ. وَلَنَا أَنَّ عَمَلَ الضَّرْبِ أَثَرُهُ فِي تَكْثِيرِ الْأَجْزَاءِ لَا فِي زِيَادَةِ الْمَضْرُوبِ، وَتَكْثِيرُ أَجْزَاءِ الطَّلَاقِ لَا يُوجِبُ تَعَدُّدَهَا (فَإِنْ نَوَى وَاحِدَةً وَثِنْتَيْنِ فِيهِ ثَلَاثٌ) لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُهُ فَإِنْ حَرَفَ الْوَاوَ لِلْجَمْعِ وَالظَّرْفَ يَجْمَعُ الْمَظْرُوفَ، وَلَوْ كَانَتْ غَيْرَ مَدْخُولٍ بِهَا تَقَعُ وَاحِدَةٌ كَمَا فِي قَوْلِهِ وَاحِدَةً وَثِنْتَيْنِ، وَإِنْ نَوَى وَاحِدَةً مَعَ ثِنْتَيْنِ تَقَعُ الثَّلَاثُ لِأَنَّ كَلِمَةَ "فِي" تَأْتِي بِمَعْنَى "مَعَ" كَمَا فِي قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿فَادْخُلِي فِي عِبَادِي﴾ أَي مَعَ عِبَادِي، وَلَوْ نَوَى الظَّرْفَ تَقَعُ وَاحِدَةً، لِأَنَّ الطَّلَاقَ لَا يَصْلُحُ ظَرْفًا فَيَلْعَوُ ذِكْرُ الثَّانِي (وَلَوْ قَالَ اثْنَتَيْنِ فِي اثْنَتَيْنِ وَنَوَى الضَّرْبَ وَالْحِسَابَ فِيهِ ثِنْتَانِ) وَعِنْدَ زُفَرٍ ثَلَاثٌ لِأَنَّ قَضِيَّتَهُ أَنْ تَكُونَ أَرْبَعًا، لَكِنْ لَا مَزِيدَ لِلطَّلَاقِ عَلَى الثَّلَاثِ. وَعِنْدَنَا الْإِعْتِبَارُ الْمَذْكُورُ الْأَوَّلُ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ.

الشرح:

(وَلَوْ قَالَ أَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةٌ فِي ثِنْتَيْنِ وَنَوَى الضَّرْبَ وَالْحِسَابَ أَوْ لَمْ تَكُنْ لَهُ نِيَّةً فِيهِ وَاحِدَةً).

وَقَالَ زُفَرٌ: يَقَعُ ثِنْتَانِ لِعُرْفِ الْحِسَابِ فِيْمَا بَيْنَهُمَا أَنْ وَاحِدَةً فِي ثِنْتَيْنِ ثِنْتَانِ (وَلَنَا أَنَّ عَمَلَ الضَّرْبِ فِي تَكْثِيرِ الْأَجْزَاءِ لَا فِي زِيَادَةِ الْمَضْرُوبِ) لِأَنَّ الْعَرَضَ بِهِ إِزَالَةُ كَسْرِ يَقَعُ عِنْدَ الْقِسْمَةِ، فَمَعْنَى وَاحِدَةٍ فِي ثِنْتَيْنِ وَاحِدَةٌ ذَاتُ جُزْأَيْنِ، (وَتَكْثِيرُ أَجْزَاءِ الطَّلَاقِ لَا يُوجِبُ تَعَدُّدَهَا) كَمَا لَوْ قَالَ أَنْتِ طَالِقٌ طَلَقَةً وَنِصْفَهَا وَثُلُثَهَا وَرُبُعَهَا وَسُدُسَهَا وَتُمْنَهَا

لَمْ يَقَعْ إِلَّا وَاحِدَةً (فَإِنْ نَوَى وَاحِدَةً وَتَنَتْنِ فِيهَا ثَلَاثٌ لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُهُ لَأَنَّ الْوَائِدَ لِلْجَمْعِ وَالظَّرْفُ يَجْمَعُ الْمَظْرُوفَ) وَقَوْلُهُ (وَلَوْ كَانَتْ غَيْرَ مَدْخُولٍ بِهَا) وَاضِحٌ وَإِنْ نَوَى وَاحِدَةً مَعَ ثَنَتْنِ وَقَعَ الثَّلَاثُ) سَوَاءٌ كَانَتْ مَدْخُولًا بِهَا أَوْ لَمْ تَكُنْ (لَأَنَّ كَلِمَةً فِي تَأْتِي بِمَعْنَى مَعَ كَمَا فِي قَوْلِهِ تَعَالَى ﴿فَادْخُلِي فِي عِبَادِي﴾ [الفجر: ٢٩]) عِنْدَ بَعْضِ أَهْلِ التَّأْوِيلِ، وَهَذَا لِأَنَّ أَحَدَ الْعَدَدَيْنِ لَا يَصْلُحُ أَنْ يَكُونَ ظَرْفًا لِلآخَرِ وَبَيْنَ الظَّرْفِ وَالْمَظْرُوفِ مَعْنَى الْمَعْيَةِ فَاسْتَعِيرَ لَهُ (وَلَوْ نَوَى الظَّرْفُ تَقَعُ وَاحِدَةً) لِأَنَّ الطَّلَاقَ مَعْنَى فِقْهِيٍّ لَا يَصْلُحُ أَنْ يَكُونَ ظَرْفًا لِلْغَيْرِ فَيَلْعُو ذِكْرُ الثَّانِي (وَلَوْ قَالَ اثْنَتَيْنِ فِي اثْنَتَيْنِ وَنَوَى الضَّرْبَ وَالْحِسَابَ) وَالضَّرْبُ تَضْعِيفُ أَحَدِ الْعَدَدَيْنِ بِقَدْرِ مَا فِي الْعَدَدِ الْآخَرِ كَالْأَرْبَعَةِ فِي الْخَمْسَةِ يَحْصُلُ عِشْرُونَ لِأَنَّ الْعِشْرِينَ تَضْعِيفُ الْأَرْبَعَةِ خَمْسَ مَرَّاتٍ أَوْ تَضْعِيفُ الْخَمْسَةِ أَرْبَعَ مَرَّاتٍ (فَهِيَ ثَنَانٍ) وَعِنْدَ زُفَرٍ ثَلَاثٌ لِأَنَّ قَضِيَّتَهُ أَنْ تَكُونَ أَرْبَعًا بِعَرَفِ الْحِسَابِ (لَكِنْ لَا مَزِيدَ لِلطَّلَاقِ عَلَى الثَّلَاثِ. وَعِنْدَنَا الْإِعْتِبَارُ لِلْمَذْكُورِ الْأَوَّلِ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ) يَعْنِي فِي قَوْلِهِ إِنْ عَمَلَ الضَّرْبُ فِي تَكْثِيرِ الْأَجْزَاءِ لَا فِي زِيَادَةِ الْمَضْرُوبِ.

(وَلَوْ قَالَ: أَنْتَ طَالِقٌ مِنْ هُنَا إِلَى الشَّامِ فَهِيَ وَاحِدَةٌ بِمِلْكِ الرَّجْعَةِ) وَقَالَ زُفَرٌ: هِيَ بَائِنَةٌ لِأَنَّهُ وَصَفَ الطَّلَاقَ بِالطُّولِ لَا بَلٍ وَصَفَهُ بِالْقَصْرِ لِأَنَّهُ مَتَى وَقَعَ وَقَعَ فِي الْأَمَاكِينِ كُلِّهَا.

الشرح:

(وَلَوْ قَالَ أَنْتَ طَالِقٌ مِنْ هُنَا إِلَى الشَّامِ فَهِيَ وَاحِدَةٌ بِمِلْكِ الرَّجْعَةِ. وَقَالَ زُفَرٌ: هِيَ بَائِنَةٌ لِأَنَّهُ وَصَفَ الطَّلَاقَ بِالطُّولِ) وَالطُّولُ يُسْتَعْمَلُ فِي الْقُوَّةِ وَقُوَّةِ الشَّيْءِ إِمَّا تَظْهَرُ بِامْتِنَاعِهِ عَنْ قَبُولِ الْإِنْطَالِ، وَذَلِكَ فِي الْبَائِنِ دُونَ الرَّجْعِيِّ. فَإِنْ قِيلَ: إِذَا صَرَّحَ بِذِكْرِ الطُّولِ فَقَالَ أَنْتَ طَالِقٌ تَطْلِيقَةً طَوِيلَةً وَقَعَ رَجْعِيًّا عِنْدَهُ فَكَيْفَ صَحَّ تَعْلِيلُهُ بِالطُّولِ؟ أَجِيبَ بِأَنَّهُ إِذَا قَالَ إِلَى الشَّامِ كَتَى عَنِ الطُّولِ وَالْكِنَايَةُ أَقْوَى مِنَ التَّصْرِيحِ لِكُونِهَا دَعْوَى الشَّيْءِ بَيِّنَةً وَمَوْضِعُهُ عِلْمُ الْبَيَانِ. وَأَقُولُ: هَذِهِ خَطَابَةٌ لَا تَكَادُ تَنْهَضُ فِي مَقَامِ الْإِسْتِدْلَالِ، وَقِيلَ يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ عِنْدَهُ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ رَوَايَتَانِ، وَهَذَا أَقْرَبُ (وَقُلْنَا لَا بَلٍ وَصَفَهُ بِالْقَصْرِ لِأَنَّهُ إِذَا وَقَعَ وَقَعَ فِي الْأَمَاكِينِ كُلِّهَا) فَتَخْصِيصُهُ بِذِكْرِ الشَّامِ تَقْصِيرٌ بِالنِّسْبَةِ إِلَى مَا وَرَاءَهُ.

(وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ بِمَكَّةَ أَوْ فِي مَكَّةَ فَهِيَ طَالِقٌ فِي الْحَالِ فِي كُلِّ الْبِلَادِ، وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ فِي الدَّارِ) لَأَنَّ الطَّلَاقَ لَا يَتَخَصَّصُ بِمَكَانٍ دُونَ مَكَانٍ، وَإِنْ عَنَى بِهِ إِذَا أَتَيْتِ مَكَّةَ يُصَدِّقُ دِيَانَتَهُ لَا قَضَاءَ لِأَنَّهُ نَوَى الْإِضْمَارَ وَهُوَ خِلَافُ الظَّاهِرِ، وَكَذَا إِذَا قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ وَأَنْتِ مَرِيضَةٌ، وَإِنْ نَوَى إِنْ مَرِضْتَ لَمْ يُدَيِّنْ فِي الْقَضَاءِ (وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ إِذَا دَخَلْتَ مَكَّةَ لَمْ تَطْلُقْ حَتَّى تَدْخُلَ مَكَّةَ) لِأَنَّهُ عَلَّقَهُ بِالدُّخُولِ. وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ فِي دُخُولِ الدَّارِ يَتَعَلَّقُ بِالْفِعْلِ لِمُقَارَبَةِ بَيْنِ الشَّرْطِ وَالظَّرْفِ فَحُمِلَ عَلَيْهِ عِنْدَ تَعَذُّرِ الظَّرْفِيَّةِ.

الشرح:

(وَلَوْ قَالَ أَنْتِ طَالِقٌ بِمَكَّةَ أَوْ فِي مَكَّةَ فَهِيَ طَالِقٌ فِي الْحَالِ فِي كُلِّ الْبِلَادِ، وَكَذَا لَوْ قَالَ أَنْتِ طَالِقٌ فِي الدَّارِ) لَأَنَّ الطَّلَاقَ لَا يَتَخَصَّصُ بِمَكَانٍ دُونَ آخَرَ وَقَوْلُهُ (وَإِنْ عَنَى) ظَاهِرٌ وَقَوْلُهُ (عِنْدَ تَعَذُّرِ الظَّرْفِيَّةِ) إِنَّمَا تَعَذَّرَ الظَّرْفِيَّةُ لِأَنَّ الْفِعْلَ لَا يَصْلُحُ ظَرْفًا لِلطَّلَاقِ عَلَى أَنْ يَكُونَ شَاغِلًا لَهُ فَيَحْمِلُ عَلَى الشَّرْطِ لِمُقَارَبَةِ: أَيِ الْمُنَاسَبَةِ بَيْنَ الشَّرْطِ وَالظَّرْفِ لِأَنَّ الظَّرْفَ يَسْبِقُ الْمَطْرُوفَ كَمَا أَنَّ الشَّرْطَ يَسْبِقُ الْمَشْرُوطَ. قَالَ شَمْسُ الْأُيْمَةِ: وَقِيلَ لِأَنَّ الظَّرْفَ يُجَامِعُ الْمَطْرُوفَ كَمَا أَنَّ الشَّرْطَ يُجَامِعُ الْمَشْرُوطَ.

فصل

(فِي إِضَافَةِ الطَّلَاقِ إِلَى الزَّمَانِ) (وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ غَدًا وَقَعَ عَلَيْهَا الطَّلَاقُ بِطُلُوعِ الْفَجْرِ) لِأَنَّهُ وَصَفَهَا بِالطَّلَاقِ فِي جَمِيعِ الْغَدِ وَذَلِكَ بِوُقُوعِهِ فِي أَوَّلِ جُزْءٍ مِنْهُ. وَلَوْ نَوَى بِهِ آخِرَ النَّهَارِ صُدِّقَ دِيَانَتُهُ لَا قَضَاءَ لِأَنَّهُ نَوَى التَّخْصِصَ فِي الْعُمُومِ، وَهُوَ يَحْتَمِلُهُ لَكِنُهُ مُخَالَفٌ لِلظَّاهِرِ (وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ الْيَوْمَ غَدًا أَوْ غَدًا الْيَوْمَ يُؤْخَذُ بِأَوَّلِ الْوَقْتَيْنِ الَّذِي تَفُوتُهُ بِهِ) فَيَقَعُ فِي الْأَوَّلِ فِي الْيَوْمِ وَفِي الثَّانِي فِي الْغَدِ، لِأَنَّهُ لَمَّا قَالَ: الْيَوْمَ كَانَ تَنْجِيزًا وَالتَّنْجِيزُ لَا يَحْتَمِلُ الْإِضَافَةَ، وَإِذَا قَالَ: غَدًا كَانَ إِضَافَةً وَالْمُضَافُ لَا يَتَنَجَّزُ لَمَّا فِيهِ مِنْ إِبْطَالِ الْإِضَافَةِ فَلَمَّا اللَّفْظُ الثَّانِي فِي الْفَصْلَيْنِ.

الشرح:

(فَصَلُّ فِي إِضَافَةِ الطَّلَاقِ إِلَى الزَّمَانِ): ذَكَرَ هَهُنَا فَصُولًا مُتَرَادِفَةً بِحَسَبِ إِضَافَةِ الطَّلَاقِ وَتَنَوُّعِهِ، وَشَبَّهَهُ إِضَافَةَ الطَّلَاقِ تَأْخِيرَ حُكْمِهِ عَنْ وَقْتِ التَّكْلِمِ إِلَى زَمَانٍ يُذَكَّرُ

بَعْدَهُ بِغَيْرِ كَلِمَةٍ شَرَطَ (وَلَوْ قَالَ أَنْتَ طَالِقٌ غَدًا) عَلَى مَا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ نَوَى التَّخْصِصَ فِي الْعُمُومِ (وَهُوَ) أَيُّ الْعُمُومِ (يَحْتَمِلُ التَّخْصِصَ) فَكَانَ مِنْ مُحْتَمَلَاتِ كَلَامِهِ وَنِيَّةُ الْمُحْتَمَلِ صَحِيحَةٌ فَيُصَدَّقُ دِيَانَةً (لَكِنَّهُ مُخَالَفٌ لِلظَّاهِرِ) لِأَنَّ الْغَدَ اسْمٌ لَجَمِيعِ أَجْزَاءِ النَّهَارِ فَلَا يُصَدَّقُ قَضَاءً وَلِقَائِلِ أَنْ يَقُولَ الْعَامُّ مَا يَتَنَاوَلُ أَفْرَادًا مُتَّفَقَةً الْحُدُودِ وَلَفْظُ الْغَدِ لَيْسَ كَذَلِكَ، وَمَا يُتَوَهَّمُ فِيهِ مِنَ الْأَوَّلِ وَالْوَسْطِ وَالْآخِرِ فَهُوَ مِنْ أَجْزَائِهِ لَا مِنْ أَفْرَادِهِ، وَحِينَئِذٍ لَا يَكُونُ نِيَّةُ آخِرِ النَّهَارِ تَخْصِصًا فَلَا عُمُومَ وَلَا تَخْصِصَ.

وَالْجَوَابُ أَنَّ الْمُرَادَ بِهِ الْحَقِيقَةُ وَالْمَجَازُ فَإِنَّ إِطْلَاقَ لَفْظِ الْكُلِّ وَإِرَادَةَ الْجُزْءِ مَجَازٌ لَا مَحَالَةَ (وَلَوْ قَالَ أَنْتَ طَالِقٌ الْيَوْمَ غَدًا) ظَاهِرٌ. وَاعْتَرِضَ بِأَنَّهُ لَمْ لَا يَجْعَلُ غَدًا ظَرْفًا لِطَلَاقٍ آخَرَ؟ وَاجِبٌ بِأَنَّهُ يَحْتَاجُ إِلَى تَقْدِيرِ أَنْتَ طَالِقٌ، وَالْأَصْلُ خِلَافُهُ فَلَا يُصَارُ إِلَيْهِ فِي غَيْرِ مَوْضِعِ الضَّرُورَةِ، وَفِيهِ نَظَرٌ لِأَنَّ صَوْنَ كَلَامِ الْعَاقِلِ عَنِ الْإِلْغَاءِ نَوْعُ ضَرُورَةٍ. وَالْأَوَّلَى أَنْ يُقَالَ وَصَفُهَا بِالطَّلَاقِ الْيَوْمَ وَغَدًا وَبِالطَّلَاقِ الْوَاحِدَةِ يُحْصَلُ هَذَا الْمَقْصُودُ فَلَا حَاجَةَ إِلَى غَيْرِهَا، وَعَلَى هَذَا كَانَ كَلَامُهُ مَصُونًا عَنِ الْإِلْغَاءِ. فَإِنْ قِيلَ: هَذَا لَا يَتِمُّ فِي الصُّورَةِ الثَّانِيَةِ وَهِيَ قَوْلُهُ أَنْتَ طَالِقٌ غَدًا الْيَوْمَ لِأَنَّهُ وَصَفَهَا بِالطَّلَاقِ غَدًا وَالْمَوْصُوفُ بِهِ غَدًا لَا يَكُونُ مَوْصُوفًا بِهِ الْيَوْمَ.

أُجِيبَ بِأَنَّ إِيقَاعَ الثَّانِيَةِ فِيهَا يُفْضِي إِلَى الْمَكْرُوهِ وَهِيَ إِيقَاعُ الطَّلَقَتَيْنِ دَفْعَةً وَاحِدَةً فَلَا يَسْعَى لِإِبْثَاتِهَا فَيَكُونُ الثَّانِي لَعْوًا.

(وَلَوْ قَالَ: أَنْتَ طَالِقٌ فِي غَدٍ وَقَالَ نَوَيْتُ آخِرَ النَّهَارِ دِينَ فِي الْقَضَاءِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: لَا يَدِينُ فِي الْقَضَاءِ خَاصَّةً) لِأَنَّهُ وَصَفَهَا بِالطَّلَاقِ "فِي" جَمِيعِ الْغَدِ فَصَارَ بِمَنْزِلَةِ قَوْلِهِ غَدًا عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ وَلِهَذَا يَقَعُ فِي أَوَّلِ جُزْءٍ مِنْهُ عِنْدَ عَدَمِ النِّيَّةِ، وَهَذَا لِأَنَّ حَذْفَ فِي وَإِبْثَاتَهُ سَوَاءٌ لِأَنَّهُ ظَرْفٌ فِي الْحَالِينِ. وَلَأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ نَوَى حَقِيقَةَ كَلَامِهِ لِأَنَّ كَلِمَتَهُ فِي الظَّرْفِ وَالظَّرْفِيَّةِ لَا تَقْتَضِي الْاسْتِيعَابَ وَتَعَيَّنَ الْجُزْءُ الْأَوَّلُ ضَرُورَةً عَدَمَ الْمَزَاحِمِ، فَإِذَا عَيَّنَ آخِرَ النَّهَارِ كَانَ التَّعْيِينُ الْقَصْدِيُّ أَوَّلَى بِالْإِعْتِبَارِ مِنَ الضَّرُورِيِّ، بِخِلَافِ قَوْلِهِ غَدًا لِأَنَّهُ يَقْتَضِي الْاسْتِيعَابَ حَيْثُ وَصَفَهَا بِهَذِهِ الصِّفَةِ مُضَافًا إِلَى جَمِيعِ الْغَدِ. نَظِيرُهُ إِذَا قَالَ: وَاللَّهِ لَأَصُومَنَّ عُمْرِي، وَنَظِيرُ الْأَوَّلِ: وَاللَّهِ لَأَصُومَنَّ فِي عُمْرِي،

وَعَلَى هَذَيْنِ الدَّهْرَ وَفِي الدَّهْرِ.

الشرح:

(وَلَوْ قَالَ أَنْتَ طَالِقٌ فِي غَدٍ) عَلَى مَا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (عَلَى مَا يَبَيِّنُ) إشارَةً إِلَى قَوْلِهِ لِأَنَّهُ نَوَى التَّخْصِصَ فِي الْعُمُومِ وَهُوَ يَحْتَمِلُهُ مُخَالَفًا لِلظَّاهِرِ وَقَدْ عَلِمْتُ مَا فِيهِ. وَقَوْلُهُ (وَلَا يَبِي حَقِيقَةً أَنَّهُ نَوَى حَقِيقَةً كَلَامِهِ) قِيلَ فِيهِ إشارَةٌ إِلَى الْجَوَابِ عَنْ قَوْلِهِمَا مُخَالَفًا لِلظَّاهِرِ. وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ خِلَافَ الظَّاهِرِ إِنَّمَا لَا يُدَيِّنُ فِي الْقَضَاءِ إِذَا لَمْ تَكُنْ نِيَّتُهُ مُصَادِفَةً لِحَقِيقَةِ كَلَامِهِ، وَهَذَا صَادَقَتْهَا فَيُدَيِّنُ قَضَاءً وَدِيَانَةً؛ أَلَا تَرَى أَنَّ مَنْ حَلَفَ لَا يَتَزَوَّجُ النِّسَاءَ وَنَوَى جَمِيعَ النِّسَاءِ صَدَّقَ قَضَاءً وَدِيَانَةً وَإِنْ كَانَ مُخَالَفًا لِلظَّاهِرِ لِمُصَادِفَةِ نِيَّتِهِ حَقِيقَةَ كَلَامِهِ. وَفِيهِ نَظَرٌ لِأَنَّ الْحَقِيقَةَ لَا تَحْتَاجُ إِلَى التَّبَيُّنِ وَإِنَّمَا يَحْتَاجُ إِلَيْهَا مَا هُوَ مِنْ مُحْتَمَلَاتِ كَلَامِهِ كَالْمَجَازِ.

وَيُمْكِنُ أَنْ يُجَابَ عَنْهُ بَعْدَ مَعْرِفَةِ أَنَّ فِي غَدٍ لَا يَقْتَضِي الاسْتِيعَابَ وَهُوَ حَقِيقَتُهُ، وَغَدٌ يَقْتَضِيهِ وَهُوَ حَقِيقَتُهُ بِدَلِيلِ قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿إِنَّا لَنَنْصُرُ رُسُلَنَا وَالَّذِينَ آمَنُوا فِي الْحَيَاةِ الدُّنْيَا وَيَوْمَ يَقُومُ الْأَشْهُدُ﴾ [غافر: ٥١] فَإِنَّهُ لَا اسْتِيعَابَ فِيمَا فِيهِ الْحَرْفُ، وَهُوَ ثَابِتٌ فِيمَا لَا حَرْفَ فِيهِ، وَيَبَيِّنُ أَنَّ اللَّهَ تَعَالَى ذَكَرَ نُصْرَةَ الرُّسُلِ وَالْمُرْسَلِ وَالْمُرْسَلِ إِلَيْهِمْ فِي الدُّنْيَا مَقْرُونَةً بِحَرْفٍ "فِي" وَذَكَرَ نُصْرَتَهُمْ فِي الْآخِرَةِ غَيْرَ مَقْرُونَةٍ بِهَا فِي هَذِهِ الْآيَةِ لِأَنَّ نُصْرَةَ اللَّهِ إِلَيْهِمْ فِي الْآخِرَةِ دَائِمَةٌ، وَأَمَّا نُصْرَتُهُمْ فِي الدُّنْيَا فَكَانَتْ تَقَعُ فِي بَعْضِ الْأَوْقَاتِ لِأَنَّهَا دَارُ الْإِتِلَاءِ، وَكُلُّ مَا هُوَ حَقِيقَةٌ فِي أَحَدِهِمَا فَهُوَ مَجَازٌ فِي الْآخَرِ. وَإِذَا عُرِفَ هَذَا فَيَكُونُ نِيَّةُ حَقِيقَةِ الْكَلَامِ مِنْ بَابِ بَيَانِ التَّقْرِيرِ وَهُوَ تَوْكِيدُ الْكَلَامِ بِمَا يَقْطَعُ احْتِمَالَ الْمَجَازِ فَكَانَ مِنَ الْجَائِزِ قَبْلَ بَيَانِ نِيَّتِهِ أَنْ يَكُونَ مُرَادُهُ بِقَوْلِهِ فِي غَدٍ مَجَازُهُ وَهُوَ الاسْتِيعَابُ فَإِذَا بَيَّنَّهَا قَطَعَ احْتِمَالَ الْمَجَازِ وَمَوْضِعُهُ أُصُولُ الْفِقْهِ وَبَاقِي كَلَامِهِ وَاضِحٌ بَعْدَ مَعْرِفَةِ مَا ذَكَرْتَاهُ.

(وَلَوْ قَالَ: أَنْتَ طَالِقٌ أَمْسٍ وَقَدْ تَزَوَّجَهَا الْيَوْمَ لَمْ يَقَعْ شَيْءٌ) لِأَنَّهُ أَسْنَدَهُ إِلَى حَالَتِهِ مَعَهُودَةٍ مُنَافِيَةٍ لِلْمَاكِيبَةِ الطَّلَاقِ فَيَلْغَوُ، كَمَا إِذَا قَالَ: أَنْتَ طَالِقٌ قَبْلَ أَنْ أُخْلِقَ، وَلَئِنَّهُ يُمْكِنُ تَصْحِيحُهُ إِخْبَارًا عَنْ عَدَمِ النِّكَاحِ أَوْ عَنْ كَوْنِهَا مُطْلَقَةً بِتَطْلِيقِ غَيْرِهِ مِنَ الْأَزْوَاجِ (وَلَوْ تَزَوَّجَهَا أَوَّلَ مِنْ أَمْسٍ وَقَعَ السَّاعَةِ) لِأَنَّهُ مَا أَسْنَدَهُ إِلَى حَالَتِهِ مُنَافِيَةٍ وَلَا يُمْكِنُ تَصْحِيحُهُ

إِخْبَارًا أَيْضًا فَكَانَ إِنْشَاءً، وَالْإِنْشَاءُ فِي الْمَاضِي إِنْشَاءٌ فِي الْحَالِ فَيَقَعُ السَّاعَةَ (وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ قَبْلَ أَنْ أَتَزَوَّجَكَ لَمْ يَقَعْ شَيْءٌ) لِأَنَّهُ أَسْنَدَهُ إِلَى حَالَةٍ مُنَافِيَةٍ فَصَارَ كَمَا إِذَا قَالَ: طَلَّقْتُكَ وَأَنَا صَبِيٌّ أَوْ نَائِمٌ، أَوْ يُصَحِّحُ إِخْبَارًا عَلَى مَا ذَكَرْنَا.

الشرح:

(وَلَوْ قَالَ أَنْتِ طَالِقٌ أُمْسِ وَقَدْ تَزَوَّجَهَا الْيَوْمَ لَمْ يَقَعْ شَيْءٌ لِأَنَّهُ أَسْنَدَهُ إِلَى حَالَةٍ مَعْهُودَةٍ) أَيُّ مَعْلُومَةٍ (مُنَافِيَةٍ لِمَالِكِيَّةِ الطَّلَاقِ) لِأَنَّهَا لَمْ تُكُنْ فِي مِلْكِهِ فِي ذَلِكَ الْوَقْتِ الَّذِي أَضَافَ إِلَيْهِ الطَّلَاقَ (فَيَلْعُو كَمَا إِذَا قَالَ أَنْتِ طَالِقٌ قَبْلَ أَنْ أُخْلِقَ) أَوْ تُخْلَقِي (وَلِأَنَّهُ أَمَكَّنَ تَصْحِيحَهُ إِخْبَارًا عَنْ عَدَمِ النِّكَاحِ) فَكَأَنَّهُ قَالَ مَا كُنْتُ أُمْسِ فِي قَيْدِ نِكَاحِي، وَإِذَا أَمَكَّنَ ذَلِكَ صَبَرَ إِلَيْهِ لَكُونِهِ مَوْضُوعًا لَهُ دُونَ الْإِنْشَاءِ، وَفِيهِ نَظَرٌ لِأَنَّ الطَّالِقَ مَنْ اتَّصَفَتْ بِوُقُوعِ طَلَاقِهَا بِتَطْلِيْقِ الزَّوْجِ وَهُوَ غَيْرُ مُتَّصِرٍ لِأَنَّ الْمُطْلَقَ إِنْ كَانَ هَذَا الزَّوْجَ فَلَيْسَ بِمُسْتَقِيمٍ لِأَنَّهَا لَمْ تُكُنْ فِي قَيْدِ نِكَاحِهِ، وَإِنْ كَانَ غَيْرُهُ فَهُوَ الْمَذْكُورُ بِقَوْلِهِ (أَوْ عَنْ كَوْنِهَا مُطْلَقَةً بِتَطْلِيْقِ غَيْرِهِ مِنَ الْأَزْوَاجِ) فَيَكُونُ تَكَرُّارًا.

وَأَيْضًا قَوْلُهُ أَنْتِ طَالِقٌ مَوْضُوعٌ لِلْإِخْبَارِ لَعَقَةٍ، وَلَا يُسَلَّمُ أَنَّ إِمْكَانَ الْمَصِيرِ إِلَى الْمَفْهُومِ اللَّغَوِيِّ يَمْنَعُ الْمَصِيرَ إِلَى الْمَفْهُومِ الشَّرْعِيِّ فَإِنَّ ذَلِكَ يُفْضِي إِلَى إِبْطَالِ كَثِيرٍ مِنَ الْمَفْهُومَاتِ الشَّرْعِيَّةِ. وَالْجَوَابُ عَنْهُمَا أَنَّ قَوْلَهُ أَنْتِ طَالِقٌ أُمْسِ لَمَنْ تَزَوَّجَهَا الْيَوْمَ إِمَّا لِعَوَا لِعَدَمِ شَرْطِهِ وَهُوَ الْمَلِكُ وَقْتَ الطَّلَاقِ، أَوْ هُوَ مَحْمُولٌ عَلَى الْإِخْبَارِ عَنْ عَدَمِ النِّكَاحِ مَجَازًا فَإِنَّ رَفْعَ النِّكَاحِ يَسْتَلْزِمُ عَدَمَهُ، وَإِمْكَانُ الْمَصِيرِ إِلَى الْمَفْهُومِ اللَّغَوِيِّ إِمَّا لَا يَمْنَعُ الْمَصِيرَ إِلَى الْمَفْهُومِ الشَّرْعِيِّ إِذَا لَمْ يُفْضَ إِلَى اللَّغْوِ، فَأَمَّا إِذَا أَفْضَى إِلَيْهِ مَنَعَهُ صَوْنًا لِكَلَامِ الْعَاقِلِ عَنِ الْإِلْغَاءِ.

وَقَوْلُهُ: (أَوْ عَنْ كَوْنِهَا مُطْلَقَةً بِتَطْلِيْقِ غَيْرِهِ مِنَ الْأَزْوَاجِ) يَعْنِي أَنَّ هَذِهِ الْمَرْأَةَ إِمَّا أَنْ تَكُونَ مُطْلَقَةً زَوْجٍ آخَرَ أَوْ لَا، فَإِنْ كَانَ الثَّانِي جُعِلَ قَوْلُهُ أَنْتِ طَالِقٌ أُمْسِ إِخْبَارًا عَنْ عَدَمِ النِّكَاحِ مَجَازًا، وَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ جُعِلَ إِخْبَارًا عَنْ كَوْنِهَا مُطْلَقَةً ذَلِكَ الزَّوْجِ (وَلَوْ تَزَوَّجَهَا أَوَّلُ مَنْ أُمْسِ وَقَعَ السَّاعَةَ لِأَنَّ مَا أَسْنَدَهُ إِلَى حَالَةٍ مُنَافِيَةٍ) وَهُوَ وَاضِحٌ (وَلَا يُمَكِّنُ تَصْحِيحَهُ إِخْبَارًا أَيْضًا) وَهَذَا عَلَى الْوَجْهِ الْأَوَّلِ وَاضِحٌ أَيْضًا. وَأَمَّا عَلَى الْوَجْهِ الثَّانِي فَإِنَّمَا يَسْتَقِيمُ إِذَا كَانَتْ غَيْرَ مُطْلَقَةٍ لَغَيْرِهِ مِنَ الْأَزْوَاجِ، وَأَمَّا إِذَا كَانَتْ

مُطْلَقَةً فَلَا يَسْتَقِيمُ إِلَّا إِذَا جُعِلَ نِكَاحُ هَذَا الزَّوْجِ رَافِعًا لِنِكَاحِ النِّسْبَةِ وَفِيهِ مَا فِيهِ وَقَوْلُهُ (وَلَوْ قَالَ أَنْتِ طَالِقٌ قَبْلَ أَنْ أَتَزَوَّجَكَ) وَمَا بَعْدَهُ وَاضِحٌ

(وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ مَا لَمْ أُطْلَقْ أَوْ مَتَى لَمْ أُطْلَقْ أَوْ مَتَى مَا لَمْ أُطْلَقْ وَسَكَتَ طَلَّقْتَ) لِأَنَّهُ أَضَافَ الطَّلَاقَ إِلَى زَمَانٍ خَالَ عَنِ التَّطْلِيقِ وَقَدْ وُجِدَ حَيْثُ سَكَتَ، وَهَذَا لِأَنَّ كَلِمَةَ مَتَى وَمَتَى مَا صَرِيحٌ فِي الْوَقْتِ لِأَنَّهُمَا مِنْ ظُرُوفِ الزَّمَانِ، وَكَذَا كَلِمَةُ "مَا" قَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿مَا دُمْتُ حَيًّا﴾ [مريم: ٣١] أَيْ وَقْتُ الْحَيَاةِ.

(وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ إِنْ لَمْ أُطْلَقْ لَمْ تَطْلُقِ حَتَّى يَمُوتَ) لِأَنَّ الْعَدَمَ لَا يَتَحَقَّقُ إِلَّا بِالْيَأْسِ عَنِ الْحَيَاةِ وَهُوَ الشَّرْطُ كَمَا فِي قَوْلِهِ إِنْ لَمْ آتِ الْبَصَرَةَ، وَمَوْتُهَا بِمَنْزِلَةِ مَوْتِهِ هُوَ الصَّحِيحُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (كَمَا فِي قَوْلِهِ إِنْ لَمْ آتِ الْبَصَرَةَ) يَعْنِي كَمَا إِذَا قَالَ لَهَا أَنْتِ طَالِقٌ إِنْ لَمْ آتِ الْبَصَرَةَ لَا يَقَعُ الطَّلَاقُ حَتَّى يَقَعَ الْيَأْسُ عَنِ الْإِثْيَانِ، فَإِذَا انْتَهَى إِلَى الْمَوْتِ فَقَدْ وَقَعَ الْيَأْسُ فَوُجِدَ الشَّرْطُ وَالْمَحَلُّ قَابِلٌ وَالْمَلِكُ بَاقٍ فَوَقَعَ فَكَذَلِكَ هُنَا (وَمَوْتُهَا بِمَنْزِلَةِ مَوْتِهِ) يَعْنِي يَقَعُ الطَّلَاقُ بِمَوْتِهَا قُبِيلَ مَوْتِهِ أَيْضًا.

وَقَوْلُهُ (هُوَ الصَّحِيحُ) اخْتِرَازٌ عَنْ رِوَايَةِ النَّوَادِرِ فَإِنَّهُ قَالَ فِيهَا لَا يَقَعُ الطَّلَاقُ بِمَوْتِهَا لِأَنَّ الزَّوْجَ قَادِرٌ عَلَى أَنْ يُطْلَقَهَا مَا لَمْ تَمُتْ، وَإِنَّمَا عَجَزَ بِمَوْتِهَا، فَلَوْ وَقَعَ الطَّلَاقُ لَوَقَعَ بَعْدَ الْمَوْتِ وَهُوَ نَظِيرُ قَوْلِهِ إِنْ لَمْ آتِ الْبَصَرَةَ.

وَجْهٌ ظَاهِرٌ الرَّوَايَةِ أَنَّ الْإِيقَاعَ مِنْ حُكْمِهِ الْوُقُوعُ وَقَدْ تَحَقَّقَ الْعَجْزُ عَنْ إِيْقَاعِهِ قُبِيلَ مَوْتِهَا لِأَنَّهُ لَا يَقَعُ الْوُقُوعُ، كَمَا لَوْ قَالَ أَنْتِ طَالِقٌ مَعَ مَوْتِكَ فَيَقَعُ الطَّلَاقُ قُبِيلَ مَوْتِهَا بِلَا فَضْلِ، وَلَا مِيرَاثَ لِلزَّوْجِ لِأَنَّ الْفُرْقَةَ وَفَعَتْ بَيْنَهُمَا قُبِيلَ مَوْتِهَا بِإِيقَاعِ الطَّلَاقِ عَلَيْهَا. وَالْفَرْقُ بَيْنَ رِوَايَةِ مَسْأَلَةِ الْكِتَابِ وَبَيْنَ قَوْلِهِ أَنْتِ طَالِقٌ إِنْ لَمْ آتِ الْبَصَرَةَ حَيْثُ لَا يَقَعُ الطَّلَاقُ بِمَوْتِهَا فِيهِ، وَفِي مَسْأَلَةِ الْكِتَابِ يَقَعُ فِي ظَاهِرِ الرَّوَايَةِ أَنَّ فِي مَسْأَلَةِ الْكِتَابِ تَحَقَّقَ شَرْطُ الْوُقُوعِ وَهُوَ عَدَمُ التَّطْلِيقِ فِي زَمَانٍ يُمَكِّنُ التَّطْلِيقَ وَهُوَ آخِرُ جُزْءٍ مِنْ أَجْزَاءِ حَيَاتِهِ فَتَطْلُقُ لَوْجُودِ الشَّرْطِ، بِخِلَافِ قَوْلِهِ إِنْ لَمْ آتِ الْبَصَرَةَ لِأَنَّهُ لَا يَتَحَقَّقُ الشَّرْطُ بِمَوْتِهَا لِأَنَّهُ قَادِرٌ عَلَى إِثْيَانِهِ الْبَصَرَةَ فَلَمْ يَتَحَقَّقِ الشَّرْطُ فَلَا يَقَعُ الطَّلَاقُ.

(وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ إِذَا لَمْ أَطْلُقْكَ، أَوْ إِذَا مَا لَمْ أَطْلُقْكَ لَمْ تَطْلُقِي حَتَّى يَمُوتَ
عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: تَطْلُقِينَ حِينَ سَكَتَ) لِأَنَّ كَلِمَتَهُ إِذَا لِلْوَقْتِ قَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿إِذَا
الْشَّمْسُ كُوِّرَتْ﴾ [التكوير: ١] وَقَالَ قَائِلُهُمْ:

وَإِذَا تَكُونُ كَرِيهَةً أَدْعَى لَهَا وَإِذَا يُحَاسُ الْحَيْسُ يُدْعَى جُنْدُبٌ

فَصَارَ بِمَنْزِلَةِ مَتَى وَمَتَى مَا، وَهَذَا لَوْ قَالَ لِامْرَأَتِهِ: أَنْتِ طَالِقٌ إِذَا شِئْتَ لَا يَخْرُجُ
الْأَمْرُ مِنْ يَدِهَا بِالْقِيَامِ عَنِ الْمَجْلِسِ كَمَا فِي قَوْلِهِ مَتَى شِئْتَ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ كَلِمَتَهُ إِذَا
تُسْتَعْمَلُ فِي الشَّرْطِ أَيْضًا، قَالَ قَائِلُهُمْ:

وَاسْتَغْنِ مَا أَغْنَاكَ رَبُّكَ بِالْغِنَى وَإِذَا تُصِيبُكَ خِصَاصَةٌ فَتَجْمَلُ

فَإِنْ أُرِيدَ بِهِ الشَّرْطُ لَمْ تَطْلُقِي فِي الْحَالِ. وَإِنْ أُرِيدَ بِهِ الْوَقْتُ تَطْلُقِينَ فَلَا تَطْلُقِينَ
بِالشُّكِّ وَالْإِحْتِمَالِ، بِخِلَافِ مَسْأَلَةِ الْمَشَيْتَةِ لِأَنَّهُ عَلَى اعْتِبَارِ أَنَّهُ لِلْوَقْتِ لَا يَخْرُجُ الْأَمْرُ مِنْ
يَدِهَا، وَعَلَى اعْتِبَارِ أَنَّهُ لِلشَّرْطِ يَخْرُجُ وَالْأَمْرُ صَارَ فِي يَدِهَا فَلَا يَخْرُجُ بِالشُّكِّ وَالْإِحْتِمَالِ،
وَهَذَا الْخِلَافُ فِيمَا إِذَا لَمْ تَكُنْ لَهُ نِيَّةً أَلْبَتَةً، أَمَّا إِذَا نَوَى الْوَقْتُ يَقَعُ فِي الْحَالِ وَلَوْ نَوَى
الشَّرْطُ يَقَعُ فِي آخِرِ الْعُمُرِ لِأَنَّ اللَّفْظَ يَحْتَمِلُهُمَا.

الشرح:

قَالَ: (وَلَوْ قَالَ أَنْتِ طَالِقٌ إِذَا لَمْ أَطْلُقْكَ أَوْ إِذَا مَا لَمْ أَطْلُقْكَ لَمْ تَطْلُقِي حَتَّى
يَمُوتَ) أَقُولُ: إِذَا قَالَ لَهَا أَنْتِ طَالِقٌ إِذَا لَمْ أَطْلُقْكَ أَوْ إِذَا مَا لَمْ أَطْلُقْكَ. فِيمَا إِنْ نَوَى
شَيْئًا أَوْ لَمْ يَنْوِ، فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ، فَإِنْ نَوَى الْوَقْتَ وَقَعَ فِي الْحَالِ، وَإِنْ نَوَى الشَّرْطَ وَقَعَ
فِي آخِرِ الْعُمُرِ لِأَنَّ اللَّفْظَ يَحْتَمِلُهُمَا وَنِيَّةُ الْمُحْتَمَلِ صَحِيحَةٌ، وَإِنْ كَانَ الثَّانِي فَقَدْ
اِخْتَلَفَ فِيهِ الْعُلَمَاءُ.

قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: لَمْ تَطْلُقِي حَتَّى يَمُوتَ، وَقَالَا: طَلَّقْتُ حِينَ سَكَتَ الزَّوْجُ لِأَنَّ
كَلِمَتَهُ إِذَا مَوْضُوعَةٌ لِلْوَقْتِ وَتُسْتَعْمَلُ لِلشَّرْطِ مِنْ غَيْرِ سُقُوطِ الْوَقْتِ كَمَتَى وَهُوَ مَذْهَبُ
الْبَصْرِيِّينَ، وَاسْتَدَلَّ لَهَا بِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿إِذَا الشَّمْسُ كُوِّرَتْ﴾ لِإِفَادَةِ الْوَقْتِ الْخَالِصِ فِي
أَمْرٍ مُتَرَقِّبٍ: أَيُّ مُتَنَظَّرٍ لَا مُحَالَةَ، وَقَوْلُهُ:

وَإِذَا تَكُونُ كَرِيهَةً أَدْعَى لَهَا وَإِذَا يُحَاسُ الْحَيْسُ يُدْعَى جُنْدُبٌ

لِإِفَادَتِهِ فِي أَمْرٍ كَائِنٍ فِي الْحَالِ، وَأَشَارَ بِقَوْلِهِ فَصَارَ بِمَنْزِلَةِ قَوْلِهِ مَتَى وَمَتَى مَا

إِلَى عَدَمِ سُقُوطِ مَعْنَى الْوَقْتِ عِنْدَ اسْتِعْمَالِهِ شَرْطًا. وَاسْتَوْضَحَ كَوْنُهُ بِمَعْنَى مَتَى بِقَوْلِهِ (وَهَذَا لَوْ قَالَ لِأَمْرَاتِهِ أَنْتِ طَالِقٌ إِذَا شِئْتَ لَا يَخْرُجُ الْأَمْرُ مِنْ يَدِهَا بِالْقِيَامِ) كَمَا فِي قَوْلِهِ مَتَى شِئْتَ، وَلَوْ كَانَ بِمَعْنَى إِنْ يَخْرُجُ الْأَمْرُ مِنْ يَدِهَا بِالْقِيَامِ عَنِ الْمَجْلِسِ كَمَا فِي إِنْ. وَلَأَبْيَ حَنِيفَةً أَنَّ كَلِمَةَ إِذَا مُشْتَرَكَةٌ بَيْنَ الظَّرْفِ وَالشَّرْطِ تُسْتَعْمَلُ فِيهِمَا وَهُوَ مَذْهَبُ الْكُوفِيِّينَ، وَاسْتَدَلَّ عَلَى ذَلِكَ بِقَوْلِ الشَّاعِرِ فِي نَصِيحَةِ ابْنِهِ:

وَاسْتَغْنِ مَا أَغْنَاكَ رَبُّكَ بِالْغِنَى وَإِذَا تُصِيبَكَ خِصَاصَةٌ فَتَجَمَّلْ
وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ إِصَابَةَ الْخِصَاصَةِ مِنَ الْأُمُورِ الْمُتَرَدِّدَةِ وَهِيَ لَيْسَتْ مَوْضِعَ إِذَا
فَكَانَتْ بِمَعْنَى إِنْ، وَاسْتَدَلَّ عَلَى جَانِبِ الظَّرْفِيَّةِ اكْتِفَاءً بِدَلِيلِهَا.

وَإِذَا كَانَتْ مُشْتَرَكَةً لَمْ يَخْرُجْ اسْتِعْمَالُهَا فِيهِمَا دَفْعَةً (فَإِنْ أُريدَ بِهِ الشَّرْطُ لَمْ تَطْلُقْ فِي الْحَالِ، وَإِنْ أُريدَ بِهِ الْوَقْتُ طَلَّقَتْ فَلَا تَطْلُقُ بِالشَّكِّ وَالْإِحْتِمَالِ، بِخِلَافِ مَسْأَلَةِ الْمَشْيِئَةِ لِأَنَّهُ عَلَى اعْتِبَارِ أَنَّهُ لِلْوَقْتِ لَا يَخْرُجُ الْأَمْرُ مِنْ يَدِهَا، وَعَلَى اعْتِبَارِ أَنَّهُ لِلشَّرْطِ يَخْرُجُ وَالْأَمْرُ صَارَ فِي يَدِهَا فَلَا يَخْرُجُ بِالشَّكِّ) وَفِيهِ نَظَرٌ لِأَنَّ الْأَمْرَ صَارَ بِيَدِهَا بِقَوْلِهِ إِذَا شِئْتَ فَلَا يُمَكِّنُ أَنْ يَكُونَ مُخْرَجًا لِلأَمْرِ عَنْ يَدِهَا، وَإِلَّا لَزِمَ أَنْ يَكُونَ الشَّيْءُ الْوَاحِدُ عَلَةً لِلضَّدِّيْنِ. وَالْجَوَابُ مَا قَرَّرْنَاهُ فِي التَّقْرِيرِ فَلْيُطْلَبْ ثَمَّةً.

(وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ مَا لَمْ أُطْلَقْ أَنْتِ طَالِقٌ فَهِيَ طَالِقٌ بِهِذِهِ التَّطْلِيقَةِ) مَعْنَاهُ قَالَ ذَلِكَ مَوْصُولًا بِهِ، وَالْقِيَاسُ أَنْ يَقَعَ الْمُضَافُ فَيَقَعَانِ إِنْ كَانَتْ مَدْخُولًا بِهِمَا، وَهُوَ قَوْلُ زُفَرٍ رَحِمَهُ اللَّهُ لِأَنَّهُ وَجِدَ زَمَانَ لَمْ يُطْلَقْهَا فِيهِ وَإِنْ قُلَّ وَهُوَ زَمَانٌ قَوْلُهُ أَنْتِ طَالِقٌ قَبْلَ أَنْ يَفْرُغَ مِنْهَا. وَجَهٌ الْإِسْتِحْسَانُ أَنَّ زَمَانَ الْبِرِّ مُسْتَثْنَى عَنِ الْيَمِينِ بِدَلَالَةِ الْحَالِ لِأَنَّ الْبِرَّ هُوَ الْمَقْصُودُ، وَلَا يُمْكِنُهُ تَحْقِيقُ الْبِرِّ إِلَّا أَنْ يَجْعَلَ هَذَا الْقَدْرَ مُسْتَثْنَى، أَصْلُهُ مَنْ حَلَفَ لَا يَسْكُنُ هَذِهِ الدَّارَ فَاشْتَغَلَ بِالنُّقْلَةِ مِنْ سَاعَتِهِ وَأَخَوَاتِهِ عَلَى مَا يَأْتِيكَ فِي الْإِيمَانِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

الشرح:

(وَلَوْ قَالَ لَهَا أَنْتِ طَالِقٌ مَا لَمْ أُطْلَقْ أَنْتِ طَالِقٌ) وَاضِحٌ وَأَوَّلُهُ بِقَوْلِهِ (مَوْصُولًا) لِأَنَّهُ إِذَا قَالَ ذَلِكَ مَفْصُولًا وَقَعَتَا قِيَاسًا وَاسْتِحْسَانًا لِأَنَّهُ وَاجِدَ الزَّمَانَ الْحَالِيَّ عَنِ التَّطْلِيقِ. وَقَوْلُهُ (وَأَخَوَاتُهُ) يُرِيدُ بِهِ نَحْوُ قَوْلِهِ لَا يَلْبَسُ هَذَا الثَّوبَ وَهُوَ لِابْنِهِ وَلَا يَرْكَبُ هَذِهِ

الدَّابَّةَ وَهُوَ رَاكِبُهَا فَتَرَعُهُ فِي الْحَالِ وَتَزَلُّ عَنْهَا لَا يَحْنُتُ وَإِنْ كَانَ اللَّبْسُ الْقَلِيلُ
وَالرُّكُوبُ الْقَلِيلُ يُوجَدَانِ وَقْتَ الاشتغالِ بِالنَّزْعِ وَالتَّزْوُلِ.

(وَمَنْ قَالَ لَامْرَأَةٍ: يَوْمَ أَتَزَوَّجُكَ فَأَنْتِ طَالِقٌ فَتَزَوَّجَهَا لَيْلًا طَلَّقَتْ) لِأَنَّ الْيَوْمَ
يُذَكَّرُ وَيُرَادُ بِهِ بَيَاضُ النَّهَارِ فَيَحْمَلُ عَلَيْهِ وَإِذَا قُرِنَ بِفِعْلِ يَمْتَدُّ كَالصَّوْمِ وَالْأَمْرِ بِالْيَدِ
لَأَنَّهُ يُرَادُ بِهِ الْمَعْيَارُ، وَهَذَا أَلْبَقُ بِهِ، وَيُذَكَّرُ وَيُرَادُ بِهِ مُطْلَقُ الْوَقْتِ قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿وَمَنْ
يُولِهِمْ يَوْمَئِذٍ دُبُرَهُ﴾ [الأنفال: ١٦] وَالْمُرَادُ بِهِ مُطْلَقُ الْوَقْتِ فَيَحْمَلُ عَلَيْهِ إِذَا قُرِنَ بِفِعْلِ لَا
يَمْتَدُّ وَالطَّلَاقُ مِنْ هَذَا الْقَبِيلِ فَيَنْتَظِمُ اللَّيْلُ وَالنَّهَارُ. وَلَوْ قَالَ: عَنَيْتُ بِهِ بَيَاضَ النَّهَارِ
خَاصَّةً دِينَ فِي الْقَضَاءِ لَأَنَّهُ نَوَى حَقِيقَةَ كَلَامِهِ وَاللَّيْلُ لَا يَتَنَاولُ إِلَّا السَّوَادَ وَالنَّهَارُ
يَتَنَاولُ الْبَيَاضَ خَاصَّةً وَهَذَا هُوَ اللَّغْثُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَمَنْ قَالَ لَامْرَأَتِهِ يَوْمَ أَتَزَوَّجُكَ فَأَنْتِ طَالِقٌ) هَاهُنَا ثَلَاثَةُ أَلْفَافٍ: النَّهَارُ
وَاللَّيْلُ وَالْيَوْمُ، أَمَّا النَّهَارُ فَلِلْبَيَاضِ خَاصَّةً، وَأَمَّا اللَّيْلُ فَلِلْسَّوَادِ خَاصَّةً وَذَلِكَ حَقِيقَتُهُمَا
اللُّغَوِيَّةُ، وَأَمَّا الْيَوْمُ فَإِنَّهُ يُسْتَعْمَلُ فِي بَيَاضِ النَّهَارِ وَمُطْلَقِ الْوَقْتِ بِالشَّرَاطِ عِنْدَ بَعْضِ
وَالصَّحِيحُ وَهُوَ مَذْهَبُ الْأَكْثَرِ أَنَّ إِطْلَاقَهُ عَلَى مُطْلَقِ الْوَقْتِ مَجَازٌ لِأَنَّ حَمْلَ الْكَلَامِ
عَلَى الْمَجَازِ أَوْلَى مِنَ الْإِشْتِرَاكِ لِعَدَمِ اخْتِلَالِ الْفَهْمِ بِوُجُودِ الْقَرِينَةِ، وَعَلَى التَّقْدِيرَيْنِ لَا
يَخْلُو مِنَ الظَّرْفِيَّةِ فَيَرْجَحُ أَحَدُ مَعْنَيْهِ عَلَى الْآخَرِ بِمَا قُرِنَ بِهِ. فَإِنْ كَانَ مُمْتَدًّا وَهُوَ مَا
يَصِحُّ فِيهِ ضَرْبُ الْمُدَّةِ كَاللَّبْسِ وَالرُّكُوبِ وَالْمَسَاكِنَةِ وَغَيْرِهَا لَصِحَّةُ أَنْ يُقَالَ لِبِسْتُ يَوْمًا
أَوْ رَكِبْتُ يَوْمًا أَوْ سَكَنْتُ يَوْمًا يُحْمَلُ عَلَى بَيَاضِ النَّهَارِ لَأَنَّهُ يُرَادُ بِهِ الْمَعْيَارُ، وَهَذَا أَلْبَقُ
بِهِ وَإِنْ كَانَ مِمَّا لَا يَمْتَدُّ كَالْخُرُوجِ وَالْدُخُولِ وَالْقُدُومِ لِعَدَمِ صِحَّةِ تَقْدِيرِهَا بِزَمَانٍ، إِذْ لَا
يُقَالُ خَرَجْتُ أَوْ قَدِمْتُ أَوْ دَخَلْتُ يَوْمًا يُحْمَلُ عَلَى مُطْلَقِ الْوَقْتِ اعْتِبَارًا لِلتَّنَاسُبِ بَيْنَ
الظَّرْفِ وَالْمَظْرُوفِ قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿وَمَنْ يُولِهِمْ يَوْمَئِذٍ دُبُرَهُ إِلَّا مُتَحَرِّفًا لِقِتَالٍ﴾
[الأنفال: ١٦] وَالْمُرَادُ بِهِ مُطْلَقُ الْوَقْتِ لِأَنَّ الْفَارَّ مِنَ الرَّحْفِ يَلْحَقُهُ الْوَعِيدُ لَيْلًا كَانَ أَوْ
نَهَارًا. وَقَوْلُهُ.

(وَالطَّلَاقُ مِنْ هَذَا الْقَبِيلِ) يَعْنِي أَنَّهُ مِنْ قَبِيلِ مَا لَيْسَ يَمْتَدُّ فَيَنْتَظِمُ اللَّيْلُ وَالنَّهَارُ
يُشِيرُ إِلَى أَنَّهُ أُعْتَبِرَ الْمَظْرُوفُ دُونَ الْمُضَافِ إِلَيْهِ لَأَنَّهُ لَتَمَيِّزِ الْمُضَافِ بَيْنَ سَائِرِ الْأَيَّامِ. وَهَذَا

لَمْ يَعْمَلْ فِيهِ بِاتِّفَاقِ أَهْلِ اللُّغَةِ، وَكَذَلِكَ إِذَا قِيلَ: عَبْدِي حُرٌّ وَأَمْرَاتِي طَالِقٌ يَوْمَ يَقْدُمُ فَلَانٌ وَأَمْرُكَ بِيَدِكَ أَوْ اخْتَارِي يَوْمَ يَقْدُمُ فَلَانٌ يَعْتَقُ عَبْدُهُ وَتَطْلُقُ أَمْرَأَتُهُ بِقُدُومِهِ لَيْلًا كَانَ أَوْ نَهَارًا لِعُمُومِ الْمَجَازِ، وَلَمْ يَكُنْ الْأَمْرُ وَالِاخْتِيَارُ بِيَدِهَا بِقُدُومِهِ لَيْلًا مَعَ اتِّحَادِ الْمُضَافِ إِلَيْهِ فِيهِمَا لامتداد المظروف في الثاني دون الأول، وفي اعتبار عامة المشايخ إنما هو فيما لا يختلف فيه الجواب بالنظر إلى حصول المقصود، وهو ما إذا كان المظروف والمضاف إليه كلاهما مما لا يمتد كقوله: يَوْمَ يَقْدُمُ فَلَانٌ فَأَنْتِ طَالِقٌ، ولهذا لم يعتبر كلُّهُمَا فيما إذا اختلف الجواب فيه كمسألة الاختيار والأمر باليد إلا المظروف.

فَإِنْ قِيلَ: اعتبر المصنف المضاف إليه في مسألة يَوْمَ أَكَلَمَ فَلَانًا فَأَمْرَأَتُهُ طَالِقٌ مَعَ اختلاف الجواب لأنَّ الكلامَ ممَّا يمتدُّ. أُجِيبَ بِأَنَّ ذَلِكَ إِنَّمَا هُوَ بِاعْتِبَارِ أَنَّ الْكَلَامَ عِنْدَهُ غَيْرُ مُتَمِّدٍ كَمَا قَالَ بَعْضُ الْمَشَايِخِ، وَحِينَئِذٍ لَا يَخْتَلِفُ الْجَوَابُ فَيَجُوزُ اعْتِبَارُهُ لاسْتِقَامَةِ الْجَوَابِ وَهُوَ الْمَقْصُودُ (ولو قال عنيته به يياض النهار خاصة دین في القضاء لأنه نوى حقيقة كلامه) وَقَدْ تَقَدَّمَ وَجْهُ صِحَّةِ نِيَّةِ الْحَقِيقَةِ مَعَ اسْتِعْنَائِهَا عَنْهَا.

فصل

(وَمَنْ قَالَ لِامْرَأَتِهِ: أَنَا مِنْكَ طَالِقٌ فَلَيْسَ بِشَيْءٍ وَإِنْ نَوَى طَلَاقًا، وَلَوْ قَالَ: أَنَا مِنْكَ بَائِنٌ أَوْ أَنَا عَلَيْكَ حَرَامٌ يَنْوِي الطَّلَاقَ فَهِيَ طَالِقٌ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يَقَعُ الطَّلَاقُ فِي الْوَجْهِ الْأَوَّلِ أَيْضًا إِذَا نَوَى) لِأَنَّ مِلْكَ النِّكَاحِ مُشْتَرَكٌ بَيْنَ الزَّوْجَيْنِ حَتَّى مَلَكَتْ هِيَ الْمُطَالَبَةَ بِالْوَطْءِ كَمَا يَمْلِكُ هُوَ الْمُطَالَبَةَ بِالتَّمْكِينِ، وَكَذَا الْحِلُّ مُشْتَرَكٌ بَيْنَهُمَا وَالطَّلَاقُ وَضِعَ لِإِزَالَتِهِمَا فَيَصِحُّ مُضَافًا إِلَيْهِ كَمَا صَحَّ مُضَافًا كَمَا فِي الْإِبَانَةِ وَالتَّحْرِيمِ.

وَلَنَا أَنَّ الطَّلَاقَ لِإِزَالَةِ الْقَيْدِ وَهُوَ فِيهَا دُونَ الزَّوْجِ، أَلَا تَرَى أَنَّهَا هِيَ الْمَمْنُوعَةُ عَنِ التَّزْوُجِ وَالْخُرُوجِ وَلَوْ كَانَ لِإِزَالَةِ الْمِلْكِ فَهُوَ عَلَيْهَا لِأَنَّهَا مَمْلُوكَةٌ وَالزَّوْجُ مَالِكٌ وَلِهَذَا سُمِّيَتْ مَنكُوحَةً بِخِلَافِ الْإِبَانَةِ لِأَنَّهَا لِإِزَالَةِ الْوَصْلَةِ وَهِيَ مُشْتَرَكَةٌ بَيْنَهُمَا بِخِلَافِ التَّحْرِيمِ لِأَنَّهُ لِإِزَالَةِ الْحِلِّ وَهُوَ مُشْتَرَكٌ بَيْنَهُمَا فَصَحَّتْ إِضَافَتُهُمَا إِلَيْهِمَا وَلَا تَصِحُّ إِضَافَةُ الطَّلَاقِ إِلَّا إِلَيْهَا.

الشرح:

(فصل): لَمَّا كَانَتْ إِضَافَةُ الطَّلَاقِ إِلَى النِّسَاءِ مُخَالَفَةً لِإِضَافَتِهِ إِلَى الرِّجَالِ ذَكَرَهَا

فِي فَضْلِ عَلَى حِدَةٍ وَذَكَرَ فِيهِ مَسَائِلُ أُخَرُ مُتَنَوِّعَةٌ وَكَانَ حَقُّهَا أَنْ تُذَكَّرَ فِي مَسَائِلِ شَتَّى (وَمَنْ قَالَ لَامْرَأَتِهِ أَنَا مِنْكَ طَالِقٌ فَلَيْسَ بِشَيْءٍ وَإِنْ نَوَى طَلَاقًا، وَلَوْ قَالَ أَنَا مِنْكَ بَائِنٌ أَوْ عَلَيْكَ حَرَامٌ وَنَوَى الطَّلَاقَ طَلَّقَتْ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يَقَعُ الطَّلَاقُ فِي الْوَجْهِ الْأَوَّلِ أَيْضًا إِذَا نَوَى) لِأَنَّ الطَّلَاقَ وَضِعَ لِإِزَالَةِ مِلْكِ النِّكَاحِ وَالْحِلِّ الْمُشْتَرَكَيْنِ بَيْنَ الزَّوْجَيْنِ، فَإِنَّ الْحِلَّ مُشْتَرَكٌ بَيْنَهُمَا وَهُوَ ظَاهِرٌ، وَكَذَلِكَ النِّكَاحُ لَمَّا ذَكَرَ فِي الْكِتَابِ أَنَّهَا تَمْلِكُ الْمُطَالَبَةَ بِالْوَطْءِ كَمَا أَنَّهُ يَمْلِكُ الْمُطَالَبَةَ بِالتَّمْكِينِ وَلَائَهُمَا يُسَمَّيانِ مُتَنَاقِضَيْنِ وَيَذَكَّرُ كُلُّ مِنْهُمَا فِي عَقْدِ النِّكَاحِ (وَالتَّلَاقُ وَضِعَ لِرَفْعِ ذَلِكَ لَا مَحَالَةَ) وَكُلُّ مَا وَضِعَ لِذَلِكَ صَحَّ مُضَافًا إِلَيْهِ كَمَا فِي الْإِبَانَةِ وَالتَّحْرِيمِ. وَقُلْنَا: لَا تُسَلِّمُ أَنَّ الطَّلَاقَ وَضِعَ لِإِزَالَةِ مِلْكِ النِّكَاحِ وَالْحِلِّ الْمُشْتَرَكَيْنِ بَلْ وَضِعَ لِإِزَالَةِ الْقَيْدِ وَهُوَ فِيهَا دُونَ الزَّوْجِ، أَلَا تَرَى أَنَّهَا الْمُنَوَّعَةُ عَنِ التَّزْوُجِ وَالْبُرُوزِ.

سَلَّمْنَا أَنَّهُ وَضِعَ لِذَلِكَ لَكِنْ مِلْكُ النِّكَاحِ لَهُ عَلَيْهَا لِأَنَّهَا مَمْلُوكَةٌ وَالزَّوْجُ مَالِكٌ، وَهَذَا لِأَنَّهَا تَمْلِكُ بِالنِّكَاحِ الْمَهْرَ وَالتَّفَقَّةَ فِي مُقَابَلَةِ النِّكَاحِ، وَلَا يُمَكِّنُ أَنْ يَجْتَمَعَ الْبَدَلَانِ فِي مِلْكِ شَخْصٍ وَاحِدٍ (قَوْلُهُ وَهَذَا) أَيُّ لَأَنَّهَا مَمْلُوكَةٌ (سُمِّيَتْ مَنْكُوحَةً) أَيُّ وَارِدًا عَلَيْهَا مِلْكُ النِّكَاحِ (بِخِلَافِ الْإِبَانَةِ لِأَنَّهَا لِإِزَالَةِ الْوَصْلَةِ وَهِيَ مُشْتَرَكَةٌ، وَبِخِلَافِ التَّحْرِيمِ لِأَنَّهُ لِإِزَالَةِ الْحِلِّ وَهُوَ مُشْتَرَكٌ فَصَحَّ إِضَافَتُهُمَا إِلَى الزَّوْجَيْنِ، وَلَا يَصِحُّ إِضَافَةُ الطَّلَاقِ إِلَّا إِلَيْهَا) قِيلَ لَوْ كَانَ الزَّوْجَانِ فِي الْإِبَانَةِ وَالْحِلِّ مُشْتَرَكَيْنِ لَأْتَحَدَا فِي حَقِّ إِضَافَةِ الْإِبَانَةِ وَالْحَرَمَةِ إِلَيْهِمَا وَاللَّازِمُ بَاطِلٌ فَكَذَا الْمَلْزُومُ، فَإِنَّهُ إِذَا قَالَ أَنْتِ بَائِنٌ أَوْ حَرَامٌ وَنَوَى الطَّلَاقَ وَقَعَ، وَلَوْ قَالَ أَنَا بَائِنٌ أَوْ حَرَامٌ وَنَوَى الطَّلَاقَ لَمْ يَقَعْ مَا لَمْ يَقُلْ مِنْكَ أَوْ عَلَيْكَ.

وَأُجِيبَ بِأَنَّ هَذَا الْاِخْتِلَافَ لَمْ يَنْشَأْ مِنْ عَدَمِ الْاِشْتِرَاكِ بَلْ مِنْ حَيْثُ تُعَدُّ الْمَلِكُ وَالْحِلُّ مِنْ جِهَتِهِ دُونَهَا فَإِنَّهُ لَيْسَ عَلَيْهَا مِلْكٌ غَيْرُهُ وَلَا تَحِلُّ عَلَى غَيْرِهِ مَا دَامَتْ فِي عِصْمَتِهِ فَكَانَتْ الْجِهَةُ مُتَعَيِّنَةً فَاكْتَفَى بِقَوْلِهِ أَنْتِ بَائِنٌ أَوْ حَرَامٌ وَأَمَّا الزَّوْجُ فَلَهُ مِلْكٌ عَلَى غَيْرِهَا وَيَحِلُّ عَلَى غَيْرِهَا، وَإِنْ كَانَتْ فِي عِصْمَتِهِ فَلَا بُدَّ مِنْ ذِكْرِ مَنْكَ أَوْ عَلَيْكَ تَعْيِينًا لِلجِهَةِ.

(وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةٌ أَوْ لَا فَلَيْسَ بِشَيْءٍ). قَالَ ﷺ: هَكَذَا ذَكَرَ فِي الْجَامِعِ

الصَّغِيرِ مِنْ غَيْرِ خِلَافِهِ، وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ آخِرًا. وَعَلَى قَوْلِ مُحَمَّدٍ وَهُوَ قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ أَوْ لَا تَطْلُقِ وَاحِدَةً رَجْعِيَّةً، ذَكَرَ قَوْلُ مُحَمَّدٍ فِي كِتَابِ الطَّلَاقِ فِيمَا إِذَا

قَالَ لَامْرَأَتِهِ: أَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةٌ أَوْ لَا شَيْءَ، وَلَا فَرْقَ بَيْنَ الْمَسْأَلَتَيْنِ.

وَلَوْ كَانَ الْمَذْكُورُ هَاهُنَا قَوْلَ الْكُلِّ فَعَنْ مُحَمَّدٍ رَوَايَتَانِ، لَهُ أَنَّهُ أَدْخَلَ الشُّكَّ فِي الْوَاحِدَةِ لِدُخُولِ كَلِمَةِ " أَوْ " بَيْنَهَا وَبَيْنَ النَّفْيِ فَيَسْقُطُ اعْتِبَارُ الْوَاحِدَةِ وَيَبْقَى قَوْلُهُ أَنْتِ طَالِقٌ، بِخِلَافِ قَوْلِهِ أَنْتِ طَالِقٌ أَوْ لَا لِأَنَّهُ أَدْخَلَ الشُّكَّ فِي أَصْلِ الْإِيقَاعِ فَلَا يَقَعُ. وَلَهُمَا أَنْ الْوَصْفَ مَتَى قُرِنَ بِالْعَدَدِ كَانَ الْوُقُوعُ بِذِكْرِ الْعَدَدِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ قَالَ لَغَيْرِ الْمَذْكُورِ بِهَا: أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا تَطْلُقُ ثَلَاثًا، وَلَوْ كَانَ الْوُقُوعُ بِالْوَصْفِ لِلغَا ذِكْرُ الثَّلَاثِ، وَهَذَا لِأَنَّ الْوَاقِعَ فِي الْحَقِيقَةِ إِنَّمَا هُوَ الْمَنْعُوتُ الْمَحْذُوفُ مَعْنَاهُ أَنْتِ طَالِقٌ تَطْلِيقَةً وَاحِدَةً عَلَى مَا مَرَّ، وَإِذَا كَانَ الْوَاقِعُ مَا كَانَ الْعَدَدُ نَعْتًا لَهُ كَانَ الشُّكُّ دَاخِلًا فِي أَصْلِ الْإِيقَاعِ فَلَا يَقَعُ شَيْءٌ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَلَوْ قَالَ أَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةٌ أَوْ لَا فَلَيْسَ بِشَيْءٍ) ظَاهِرٌ وَقَوْلُهُ: (وَلَا فَرْقَ بَيْنَ الْمَسْأَلَتَيْنِ) يَعْنِي بَيْنَ قَوْلِهِ أَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةٌ أَوْ لَا وَبَيْنَ قَوْلِهِ أَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةٌ أَوْ لَا شَيْءَ فِي حَقِّ التَّشْكِيكِ فِي الْإِيقَاعِ أَوْ فِي حَقِّ الْوَضْعِ. وَقَوْلُهُ: (وَلَوْ كَانَ الْمَذْكُورُ هَاهُنَا) أَيِ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ (قَوْلَ الْكُلِّ فَعَنْ مُحَمَّدٍ رَوَايَتَانِ) لِأَنَّهُ لَمْ يَذْكُرِ الْخِلَافَ فِي وَضْعِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ فِي أَنَّهُ لَا يَقَعُ شَيْءٌ فَكَانَ عِنْدَ مُحَمَّدٍ أَيْضًا لَا يَقَعُ شَيْءٌ.

ثُمَّ ذَكَرَ قَوْلَ مُحَمَّدٍ فِي طَلَاقِ الْمُسَوِّطِ بِأَنَّ عِنْدَهُ تَطْلُقُ وَاحِدَةً رَجْعِيَّةً إِذَا قَالَ أَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةٌ أَوْ لَا شَيْءَ وَلَا تَفَاوُتَ بَيْنَ الْوَصْفَيْنِ وَذَلِكَ يَسْتَلْزِمُ وَرُودَ الرَّوَايَتَيْنِ عَنْهُ. وَقَوْلُهُ (لَهُ) أَيِ لِمُحَمَّدٍ (أَنَّهُ أَدْخَلَ الشُّكَّ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (وَلَهُمَا) أَيِ وَالْأَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ (أَنَّ الْوَصْفَ) يَعْنِي: أَنْتِ طَالِقٌ (مَتَى قُرِنَ بِالْعَدَدِ) مِثْلُ أَنْ يَقُولَ أَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةٌ أَوْ اثْنَتَيْنِ أَوْ ثَلَاثًا (كَانَ الْوُقُوعُ بِذِكْرِ الْعَدَدِ) وَأَطْلَقَ الْعَدَدَ عَلَى الْوَاحِدِ مَجَازًا مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ أَصْلُ الْعَدَدِ، وَمَعْنَى كَلَامِهِ أَنَّ الْوَصْفَ مَتَى قُرِنَ بِالْعَدَدِ كَانَ الْكُلُّ كَلَامًا وَاحِدًا فِي الْإِيقَاعِ، فَحِثِّذِ كَانَ الشُّكُّ الدَّاخِلُ فِي الْوَاحِدَةِ دَاخِلًا فِي الْإِيقَاعِ فَكَانَ نَظِيرَ قَوْلِهِ أَنْتِ طَالِقٌ أَوْ لَا، وَهُنَاكَ لَا يَقَعُ شَيْءٌ بِالِاتِّفَاقِ فَكَذَلِكَ هَاهُنَا وَاسْتَوْضَحَ ذَلِكَ بِقَوْلِهِ (أَلَا تَرَى) وَهُوَ وَاضِحٌ.

وَقَوْلُهُ: (عَلَى مَا مَرَّ) أَرَادَ بِهِ قَوْلُهُ كَانَ الْوُقُوعُ بِذِكْرِ الْعَدَدِ.

(وَلَوْ قَالَ: أَنْتَ طَالِقٌ مَعَ مَوْتِي أَوْ مَعَ مَوْتِكَ فَلَيْسَ بِشَيْءٍ) لِأَنَّهُ أَضَافَ الطَّلَاقَ إِلَى

حَالَتِهِ مُنَافِيَةً لَهُ لِأَنَّ مَوْتَهُ يُنَافِي الْأَهْلِيَّةَ وَمَوْتَهَا يُنَافِي الْمَحَلِّيَّةَ وَلَا بُدَّ مِنْهُمَا.

(وَإِذَا مَلَكَ الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ أَوْ شِقْصًا مِنْهَا أَوْ مَلَكَتِ الْمَرْأَةُ زَوْجَهَا أَوْ شِقْصًا مِنْهُ وَقَعَتِ

الْفُرْقَةُ) لِلْمُنَافَاةِ بَيْنَ الْمَلِكَيْنِ. أَمَّا مِلْكُهَا إِيَّاهُ فَلِلْاجْتِمَاعِ بَيْنَ الْمَالِكِيَّةِ وَالْمَمْلُوكِيَّةِ، وَأَمَّا

مِلْكُهُ إِيَّاهَا فَلِأَنَّ مِلْكَ النِّكَاحِ ضَرُورِيٌّ وَلَا ضَرُورَةَ مَعَ قِيَامِ مِلْكِ الْيَمِينِ فَيَنْتَفِي النِّكَاحُ

(وَلَوْ اشْتَرَاهَا ثُمَّ طَلَّقَهَا لَمْ يَقَعْ شَيْءٌ) لِأَنَّ الطَّلَاقَ يَسْتَدْعِي قِيَامَ النِّكَاحِ، وَلَا بَقَاءَ لَهُ مَعَ

الْمُنَافِي لَا مِنْ وَجْهِ وَلَا مِنْ كُلِّ وَجْهِ، وَكَذَا إِذَا مَلَكَتْهُ أَوْ شِقْصًا مِنْهُ لَا يَقَعُ الطَّلَاقُ لَمَّا

فُلْنَا مِنَ الْمُنَافَاةِ. وَعَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ يَقَعُ لِأَنَّ الْعِدَّةَ وَاجِبَةٌ. بِخِلَافِ الْفَصْلِ الْأَوَّلِ لِأَنَّهُ لَا عِدَّةَ

هُنَاكَ حَتَّى حُلِّ وَطْئُهَا لَهُ.

الشرح:

(وَقَوْلُهُ فَلِلْاجْتِمَاعِ بَيْنَ الْمَالِكِيَّةِ وَالْمَمْلُوكِيَّةِ) قَدْ تَقَدَّمَ تَقْرِيرُهُ مُسْتَوْفَى، وَقَوْلُهُ

(فَلِأَنَّ مِلْكَ النِّكَاحِ ضَرُورِيٌّ) بَيَّانُهُ أَنَّ مِلْكَ النِّكَاحِ إِبْثَاتُ الْمَلِكِ عَلَى الْحُرَّةِ وَهُوَ عَلَى

خِلَافِ الْقِيَاسِ وَمَا هُوَ كَذَلِكَ فَهُوَ ضَرُورِيٌّ، فَإِذَا طَرَأَ عَلَيْهِ الْحِلُّ الْقَوِيُّ وَهُوَ مِلْكُ

الْيَمِينِ يَنْفِي الْحِلَّ الضَّرُورِيَّ لَضَعْفِهِ.

فَإِنْ قِيلَ: هَذَا مُسَلَّمٌ فِيمَا إِذَا مَلَكَ الزَّوْجُ جَمِيعَ مَنْكُوحَتِهِ بِمِلْكِ الْيَمِينِ. فَأَمَّا

إِذَا مَلَكَ شَقْصًا مِنْهَا فَيَنْبَغِي أَنْ لَا يَنْتَفِي الْحِلُّ الثَّابِتُ بَيْنَهُمَا بِالنِّكَاحِ لِأَنَّهُ لَمْ يَطْرَأْ عَلَيْهِ

لَا حِلُّ قَوِيٌّ وَلَا ضَعِيفٌ. أُجِيبَ بِأَنَّ مِلْكَ الْيَمِينِ دَلِيلُ الْحِلِّ فَقَامَ مَقَامَهُ تَيْسِيرًا (وَلَوْ

اشْتَرَاهَا ثُمَّ طَلَّقَهَا لَمْ يَقَعْ شَيْءٌ) لِأَنَّ الطَّلَاقَ يَسْتَدْعِي قِيَامَ النِّكَاحِ وَلَا بَقَاءَ لَهُ مَعَ الْمُنَافِي

لَا مِنْ وَجْهِ يَعْنِي مِنْ حَيْثُ الْعِدَّةُ لِأَنَّهَا أَثَرٌ مِنْ آثَارِهِ فَلَا يَجِبُ مَعَ وُجُودِ الْمُنَافِي وَإِلَّا

لَكَانَ مِلْكُ النِّكَاحِ بَاقِيًا مِنْ وَجْهِ (وَلَا مِنْ كُلِّ وَجْهِ) يَعْنِي مِنْ حَيْثُ مِلْكُ النِّكَاحِ،

وَعَلَى هَذَا كَانَ قَوْلُهُ: لَا مِنْ وَجْهِ وَلَا مِنْ كُلِّ وَجْهِ مُتَعَلِّقًا بِقَوْلِهِ: وَلَا بَقَاءَ.

وَقِيلَ لَا مِنْ وَجْهِ: يَعْنِي إِذَا مَلَكَ الشَّقْصَ وَلَا مِنْ كُلِّ وَجْهِ: يَعْنِي إِذَا مَلَكَ

الْجَمِيعَ، وَعَلَى هَذَا يَتَعَلَّقُ بِقَوْلِهِ: مَعَ الْمُنَافِي. وَقَوْلُهُ: (لَا عِدَّةَ هُنَاكَ) يَعْنِي فِي حَقِّ

مَوْلَاهَا الَّذِي كَانَ زَوْجَهَا: أَيْ لَا يَظْهَرُ أَثَرُ عِدَّتِهَا بِدَلِيلِ حِلِّ وَطْئِهَا. وَأَمَّا الْعِدَّةُ فِي

نَفْسَهَا فَوَاجِبَةً، حَتَّى إِنَّهُ لَوْ أَعْتَقَهَا لَيْسَ لَهَا أَنْ تَتَزَوَّجَ بِآخَرَ قَبْلَ انْقِضَاءِ عِدَّتِهَا.
 (وَلَوْ قَالَ لَهَا وَهِيَ أُمَةٌ لَغَيْرِهِ: أَنْتِ طَالِقٌ ثِنْتَيْنِ مَعَ عِتْقِ مَوْلَاكِ إِيَّاكَ فَأَعْتَقَهَا
 مَوْلَاهَا مَلِكُ الزَّوْجِ الرَّجْعَةِ) لِأَنَّهُ عَلَّقَ التَّطْلِيقَ بِالْإِعْتَاقِ أَوْ الْعِتْقِ لِأَنَّ اللَّفْظَ يَنْتَظِمُهُمَا
 وَالشَّرْطُ مَا يَكُونُ مَعْدُومًا عَلَى خَطَرِ الْوُجُودِ وَلِلْحُكْمِ تَعَلُّقٌ بِهِ وَالْمَذْكُورُ بِهِذِهِ الصِّفَةِ
 وَالْمَعْلُوقُ بِهِ التَّطْلِيقُ لِأَنَّ فِي التَّعْلِيلَاتِ يَصِيرُ التَّصَرُّفُ تَطْلِيقًا عِنْدَ الشَّرْطِ عِنْدَنَا، وَإِذَا
 كَانَ التَّطْلِيقُ مُعَلَّقًا بِالْإِعْتَاقِ أَوْ الْعِتْقِ يُوجَدُ بَعْدَهُ ثُمَّ الطَّلَاقُ يُوجَدُ بَعْدَ التَّطْلِيقِ
 فَيَكُونُ الطَّلَاقُ مُتَأَخِّرًا عَنِ الْعِتْقِ فَيُصَادِفُهَا وَهِيَ حُرَّةٌ فَلَا تَحْرُمُ حُرْمَةً غَلِيظَةً
 بِالثَّنَتَيْنِ. بَقِيَ شَيْءٌ وَهُوَ أَنَّ كَلِمَةَ مَعَ لِلْقِرَانِ. قُلْنَا: قَدْ تَذَكَّرُ لِلتَّأَخُّرِ كَمَا فِي قَوْلِهِ
 تَعَالَى: ﴿ فَإِنَّ مَعَ الْعُسْرِ يُسْرًا ﴾ إِنَّ مَعَ الْعُسْرِ يُسْرًا ﴿ (الشرح: ٥، ٦) فَتَحْمَلُ عَلَيْهِ
 بِدَلِيلِ مَا ذَكَّرْنَا مِنْ مَعْنَى الشَّرْطِ.

الشرح:

قَالَ (وَإِذَا قَالَ لَهَا وَهِيَ أُمَةٌ لَغَيْرِهِ أَنْتِ طَالِقٌ ثِنْتَيْنِ مَعَ عِتْقِ مَوْلَاكِ إِيَّاكَ فَأَعْتَقَهَا
 مَلِكُ الزَّوْجِ الرَّجْعَةِ لِأَنَّهُ عَلَّقَ التَّطْلِيقَ بِالْإِعْتَاقِ أَوْ الْعِتْقِ) وَهَذَا الْكَلَامُ يَحْتَاجُ إِلَى بَيَانٍ
 أَنَّهُ تَعْلِيقٌ مَعَ عَدَمِ شَيْءٍ مِنْ أَدَاتِهِ وَأَنَّهُ تَعْلِيقُ التَّطْلِيقِ الْمَذْكُورِ دُونَ الطَّلَاقِ وَأَنَّهُ تَعْلِيقُ
 التَّطْلِيقِ بِالْإِعْتَاقِ أَوْ الْعِتْقِ.

أَمَّا أَنَّهُ تَعْلِيقٌ فَلَمَّا بَيَّنَّهُ الْمُصَنِّفُ بِقَوْلِهِ وَالشَّرْطُ مَا يَكُونُ مَعْدُومًا عَلَى خَطَرِ
 الْوُجُودِ وَلِلْحُكْمِ تَعَلُّقٌ بِهِ وَالْمَذْكُورُ: يَعْنِي بِقَوْلِهِ مَعَ عِتْقِ مَوْلَاكِ إِيَّاكَ بِهِذِهِ الصِّفَةِ لِأَنَّ
 الْإِعْتَاقَ مِنَ الْمَوْلَى أَمْرٌ مُتَرَدِّدٌ بَيْنَ الْوُجُودِ وَالْعَدَمِ وَالْحُكْمُ وَهُوَ الطَّلَاقُ تَعَلَّقَ بِهِ فَكَانَ
 الْعِتْقُ شَرْطًا وَوُقُوعُ الطَّلَاقِ مَشْرُوطًا.

وَأَمَّا أَنَّهُ تَعْلِيقُ التَّطْلِيقِ فَلَأَنَّ تَصَرُّفَ الْمَرْءِ إِنَّمَا يَنْفُذُ فِيمَا يَمْلِكُهُ وَهُوَ التَّطْلِيقُ دُونَ
 الطَّلَاقِ لِكَوْنِهِ أَمْرًا شَرْعِيًّا لَيْسَ دَاخِلًا تَحْتَ قُدْرَتِهِ، وَأَشَارَ إِلَى ذَلِكَ بِقَوْلِهِ وَالْمَعْلُوقُ بِهِ
 التَّطْلِيقُ لِأَنَّ فِي التَّعْلِيلَاتِ يَصِيرُ التَّصَرُّفُ تَطْلِيقًا عِنْدَ الشَّرْطِ عِنْدَنَا بِنَاءً عَلَى أَنَّ الشَّرْطَ
 عِنْدَنَا يَمْنَعُ عَلَيْهِ الْعِلَّةَ إِلَى زَمَانٍ وَجُودِهِ كَمَا عُرِفَ فِي الْأَصُولِ.

وَأَمَّا أَنَّهُ تَعْلِيقُ التَّطْلِيقِ بِالْإِعْتَاقِ أَوْ الْعِتْقِ فَلَمَّا قَالَ لِأَنَّ اللَّفْظَ يَنْتَظِمُهُمَا: أَيْ
 يَتَنَاولُهُمَا عَلَى سَبِيلِ الْبَدَلِ. أَمَّا الْإِعْتَاقُ فَعَلَى طَرِيقِ الِاسْتِعَارَةِ لَمَّا أَنَّ الْعِتْقَ لَمَّا لَمْ يَتَصَوَّرْ

فِي غَيْرِ الْقَرِيبِ إِلَّا بِالْإِعْتِقَاقِ كَانَ مِنْ بَابِ ذِكْرِ الْحُكْمِ وَإِرَادَةِ عَلَيْهِ.
وَأَمَّا الْعِتْقُ فَعَلَى طَرِيقِ الْحَقِيقَةِ وَهُوَ الْمَلْفُوظُ فَتَبَيَّنَ أَنَّهُ عُلِّقَ التَّطْلِيقُ بِالْإِعْتِقَاقِ أَوْ
الْعِتْقِ، وَإِذَا كَانَ التَّطْلِيقُ مُعْلَقًا بِالْإِعْتِقَاقِ أَوْ الْعِتْقِ يُوجَدُ بَعْدَهُ لَأَنَّ الْجَزَاءَ يَغْقُبُ الشَّرْطَ،
ثُمَّ الطَّلَاقُ يُوجَدُ بَعْدَ التَّطْلِيقِ بَعْدِيَّةً ذَاتِيَّةً لِكَوْنِهِ حُكْمُهُ فَيَكُونُ الطَّلَاقُ مُتَأَخِّرًا عَنِ الْعِتْقِ
فَيَصَادِفُهَا وَهِيَ حُرَّةٌ فَلَمْ تَحْرَمْ بِالثَّانِيَيْنِ حُرْمَةً غَلِيظَةً.

بَقِيَ عَلَيْهِ شَيْءٌ وَهُوَ أَنَّ كَلِمَةَ مَعَ لِلْمُقَارَنَةِ فَيَكُونُ مُنَافِيًا لِمَعْنَى الشَّرْطِيَّةِ. وَأَجَابَ
عَنْهُ بِقَوْلِهِ فَلَمَّا قَدْ تُذَكَّرُ لِلتَّأَخُّرِ كَمَا فِي قَوْلِهِ تَعَالَى ﴿فَإِنَّ مَعَ الْعُسْرِ يُسْرًا ۖ إِنَّ مَعَ
الْعُسْرِ يُسْرًا﴾ فَتَحْمَلُ عَلَيْهِ بِذَلِكَ مَا ذَكَرْنَا مِنْ مَعْنَى الشَّرْطِ ضَرُورَةً تَصَحِّحُ الْكَلَامَ.
وَفِيهِ بَحْثٌ مِنْ وَجْهَيْنِ: أَحَدُهُمَا أَنَّ قَوْلَهُ مَعَ عِتْقِ مَوْلَاكَ إِيَّاكَ لَا يَصِحُّ إِلَّا
بِمَعْنَى الْإِعْتِقَاقِ فَمَا وَجْهُ الشُّكِّ الثَّانِي مِنَ التَّرْدِيدِ؟.

وَالثَّانِي أَنَّهُ عَلَى ذَلِكَ التَّقْرِيرِ يَجِبُ أَنْ يَقَعَ طَلَاقٌ مِنْ قِيلَ لَهَا وَهِيَ أَجْنَبِيَّةٌ أَنْتِ
طَالِقٌ مَعَ نِكَاحِكَ لِأَنَّهُ يَكُونُ بِمَعْنَى إِنْ نَكَحْتِكَ لَكِنْ لَا يَقَعُ. وَالْجَوَابُ عَنِ الْأَوَّلِ أَنَّ
وَجْهَهُ النَّظَرُ إِلَى لَفْظَةِ الْعِتْقِ لِيَتَبَيَّنَ أَثَرُهُ فِيمَا إِذَا قَالَ لَهَا أَنْتِ طَالِقٌ مَعَ عِتْقِكَ فِي عَدَمِ
اخْتِلَافِ الْحُكْمِ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الصُّورَةِ الْمَذْكُورَةِ فِي الْكِتَابِ.

وَعَنِ الثَّانِي بِأَنَّ الْعُدُولَ عَنْ مَعْنَى الْقِرَانِ الَّذِي هُوَ حَقِيقَةٌ " مَعَ " إِنَّمَا كَانَ
ضَرُورَةً صَيَانَةً كَلَامٍ مَنْ يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ فِي ذَلِكَ تَنْجِيزًا أَوْ تَعْلِيقًا مُطْلَقًا. وَفِيمَا ذَكَرْتُمْ
لَيْسَ كَذَلِكَ فَإِنَّهُ لَا يَمْلِكُ التَّنْجِيزَ وَلَا التَّعْلِيقَ إِلَّا بِالنِّكَاحِ بِصَرِيحِ الشَّرْطِ وَلَا يَلْزَمُ مَنْ
صَيَانَةِ كَلَامِ الْقَادِرِ مُطْلَقًا صَيَانَةَ كَلَامٍ مَنْ لَيْسَ كَذَلِكَ.

(وَلَوْ قَالَ: إِذَا جَاءَ غَدٌ فَأَنْتِ طَالِقٌ ثِنْتَيْنِ وَقَالَ الْمَوْلَى: إِذَا جَاءَ غَدٌ فَأَنْتِ حُرَّةٌ فَجَاءَ
الْغَدُ لَمْ تَحِلْ لَهُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ وَعِدَّتُهَا ثَلَاثُ حِيضٍ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي
يُوسُفَ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: زَوْجُهَا يَمْلِكُ الرَّجْعَةَ) عَلَيْهَا، لِأَنَّ الزَّوْجَ قَرْنَ الْإِيقَاعِ بِإِعْتِقَاقِ الْمَوْلَى
حَيْثُ عُلِّقَ بِالشَّرْطِ الَّذِي عُلِّقَ بِهِ الْمَوْلَى الْعِتْقَ، وَإِنَّمَا يَنْعَقِدُ الْمَعْلُوقُ سَبَبًا عِنْدَ الشَّرْطِ
وَالْعِتْقِ يُقَارَنُ الْإِعْتِقَاقُ لِأَنَّهُ عَلَيْهِ أَصْلُهُ الْإِسْتِطَاعَةُ مَعَ الْفِعْلِ فَيَكُونُ التَّطْلِيقُ مُقَارِنًا
لِلْعِتْقِ ضَرُورَةً فَتَطْلُقُ بَعْدَ الْعِتْقِ فَصَارَ كَالْمَسَالَةِ الْأُولَى وَلِهَذَا تُعَدُّ عِدَّتُهَا بِثَلَاثِ حِيضٍ.
وَلَهُمَا أَنَّهُ عُلِّقَ الطَّلَاقُ بِمَا عُلِّقَ بِهِ الْمَوْلَى الْعِتْقَ ثُمَّ الْعِتْقُ يُصَادِفُهَا وَهِيَ أَمَةٌ فَكَذَا

الطَّلَاقُ وَالطَّلَقَتَانِ تُحَرِّمَانِ الْأُمَّةَ حُرْمَةً غَلِيظَةً، بِخِلَافِ الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى لِأَنَّهُ عُلِّقَ التَّطْلِيقُ بِإِعْتِاقِ الْمَوْلَى فَبَقِيَ الطَّلَاقُ بَعْدَ الْعِتْقِ عَلَى مَا قَرَّرْنَاهُ، وَبِخِلَافِ الْعِدَّةِ لِأَنَّهُ يُؤْخَذُ فِيهَا بِالِاحْتِيَاطِ، وَكَذَا الْحُرْمَةُ الْغَلِيظَةُ يُؤْخَذُ فِيهَا بِالِاحْتِيَاطِ، وَلَا وَجْهَ إِلَى مَا قَالَ لِأَنَّ الْعِتْقَ لَوْ كَانَ يُقَارَنُ الْإِعْتِاقَ لِأَنَّهُ عِلَّتُهُ فَالطَّلَاقُ يُقَارَنُ التَّطْلِيقَ لِأَنَّهُ عِلَّتُهُ فَيَقْتَرِنَانِ.

الشرح:

(وَإِذَا قَالَ إِذَا جَاءَ غَدٌ فَأَنْتِ طَالِقٌ ثِنْتَيْنِ وَقَالَ الْمَوْلَى إِذَا جَاءَ غَدٌ فَأَنْتِ حُرَّةٌ فَجَاءَ الْغَدُ) حُرِّمَتْ حُرْمَةً غَلِيظَةً (لَمْ تَحِلْ لَهُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ وَعِدَّتُهَا ثَلَاثُ حَيْضٍ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: زَوْجُهَا يَمْلِكُ الرَّجْعَةَ) كَمَا فِي الْمَسْأَلَةِ الْمُتَقَدِّمَةِ. وَأَعْلَمُ أَنَّ دَلِيلَ مُحَمَّدٍ عَلَى مَا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ لَيْسَ بِصَحِيحٍ وَلَا يَقْبَلُ الْإِصْلَاحَ بِالْعَيْنَاةِ، وَأَنَا أَذْكُرُهُ بِتَوْضِيحٍ تَبَعًا لِلْمُصَنِّفِ.

قَالَ (لَأَنَّ الزَّوْجَ قَرَنَ الْإِقْعَاقِ بِإِعْتِاقِ الْمَوْلَى) مَعْنَى يَعْْنِي عَلَى وَجْهِ التَّعْلِيلِ (حَيْثُ عُلِّقَهُ بِالشَّرْطِ الَّذِي عُلِّقَ بِهِ الْمَوْلَى) فَكَانَا مُقْتَرِنَيْنِ فِي ذَلِكَ الشَّرْطِ وَهُوَ مَجِيءُ الْغَدِ، وَالْمُعْلَقُ بِالشَّرْطِ إِنَّمَا يَنْعَقِدُ سَبَبًا عِنْدَ الشَّرْطِ فَكَانَا مُقْتَرِنَيْنِ فِي السَّبَبِ لِحُكْمِهِمَا أَيْضًا (وَالْعِتْقُ يُقَارَنُ الْإِعْتِاقَ لِأَنَّهُ عِلَّتُهُ) وَالْحُكْمُ لَا يَتَأَخَّرُ زَمَانًا عَنِ الْعِلَّةِ عِنْدَ الْمُحَقِّقِينَ سَوَاءً كَانَتِ الْعِلَّةُ شَرْعِيَّةً أَوْ عَقْلِيَّةً (أَصْلُهُ الْإِسْطِطَاعَةُ مَعَ الْفِعْلِ) كَمَا عُرِفَ (فَيَكُونُ التَّطْلِيقُ مُقَارِنًا لِلْعِتْقِ) لِأَنَّ التَّطْلِيقَ مُقَارِنٌ لِلْإِعْتِاقِ عَلَى مَا ذَكَرْنَا وَالْإِعْتِاقَ مُقَارِنٌ لِلْعِتْقِ وَالطَّلَاقُ يُقَارَنُ الْعِتْقَ لَمَّا ذَكَرْنَا أَنَّهُ عِلَّتُهُ لَا يَتَأَخَّرُ عَنْهَا فَالتَّطْلِيقُ يُقَارَنُ الْعِتْقَ، وَهَذَا كُلُّهُ صَحِيحٌ. وَقَوْلُهُ فَتَطْلُقُ بَعْدَ الْعِتْقِ فَاسِدٌ لِأَنَّ الطَّلَاقَ حُكْمُ التَّطْلِيقِ لَا يَتَأَخَّرُ عَنْهُ وَالتَّطْلِيقُ يُقَارَنُ الْإِعْتِاقَ وَالْإِعْتِاقَ يُقَارَنُ الْعِتْقَ فَالطَّلَاقُ يُقَارَنُ الْعِتْقَ، فَإِنَّ الْمُقَارِنَ لِلْمُقَارِنِ لِلشَّيْءِ مُقَارِنٌ لَذَلِكَ الشَّيْءِ فَكَيْفَ يَقَعُ بَعْدَهُ.

فَإِذَا كَانَ الْعِلْتَانِ وَالْمُعْلُولَانِ مَعًا، فَكَمَا أَنَّ الْإِعْتِاقَ صَادَفَهَا وَهِيَ أَمَةٌ فَكَذَلِكَ التَّطْلِيقُ وَالطَّلَقَتَانِ تُحَرِّمَانِ الْأُمَّةَ حُرْمَةً غَلِيظَةً، وَظَهَرَ مِنْ هَذَا جَمِيعُ مَا ذَكَرَهُ، وَقَدْ ذَكَرَ مُحَمَّدٌ أَيْضًا أَنَّ قَوْلَهُ أَنْتِ حُرَّةٌ أَوْجَزُ مِنْ قَوْلِهِ: أَنْتِ طَالِقٌ ثِنْتَيْنِ وَهُمَا: أَيُّ الْإِعْتِاقِ وَالتَّطْلِيقِ يُوجَدَانِ بِهِذَيْنِ اللَّفْظَيْنِ فِي زَمَانٍ وَاحِدٍ فَيَتَقَدَّمُ أَوْجَزُهُمَا فِي الْوُجُودِ وَهُوَ

قَوْلُهُ: أَنْتِ حُرَّةٌ فَيَصَادِفُهَا التَّطْلِيقَتَانِ وَهِيَ حُرَّةٌ فَيَمْلِكُ الرَّجْعَةُ عَلَيْهَا وَهَذَا قَرِيبٌ إِلَّا أَنْ قَوْلُهُ فِي زَمَانٍ وَاحِدٍ يُنَاقِضُ قَوْلَهُ: فَيَتَقَدَّمُ أَوْجَزُهُمَا.

فصل في تشبيه الطلاق ووصفه

(وَمَنْ قَالَ لَامْرَأَتِهِ: أَنْتِ طَالِقٌ هَكَذَا يُشِيرُ بِالْإِبْهَامِ وَالسَّبَّابَةِ وَالْوُسْطَى فَهِيَ ثَلَاثٌ) لَأَنَّ الْإِشَارَةَ بِالْأَصَابِعِ تُفِيدُ الْعِلْمَ بِالْعَدَدِ فِي مَجْرَى الْعَادَةِ إِذَا اقْتَرَنْتَ بِالْعَدَدِ الْمُبْهَمِ، قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «الشَّهْرُ هَكَذَا وَهَكَذَا وَهَكَذَا» ^(١) الْحَدِيثُ، وَإِنْ أَشَارَ بِوَاحِدَةٍ فَهِيَ وَاحِدَةٌ، وَإِنْ أَشَارَ بِثَنَتَيْنِ فَهِيَ ثِنْتَانِ لَمَّا قُلْنَا، وَالْإِشَارَةُ تَقَعُ بِالْمَنْشُورَةِ مِنْهَا، وَقِيلَ: إِذَا أَشَارَ بِظَهْرِهَا فَبِالْمُضْمُومَةِ مِنْهَا، وَإِذَا كَانَ تَقَعُ الْإِشَارَةُ بِالْمَنْشُورَةِ مِنْهَا فَلَوْ نَوَى الْإِشَارَةَ بِالْمُضْمُومَتَيْنِ يُصَدِّقُ دِيَانَتَهُ لَا قَضَاءَ، وَكَذَا إِذَا نَوَى الْإِشَارَةَ بِالْكَفِّ حَتَّى يَقَعَ فِي الْأُولَى ثِنْتَانِ دِيَانَتَهُ، وَفِي الثَّانِيَةِ وَاحِدَةً لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُهُ لَكُنْهُ خِلَافُ الظَّاهِرِ، وَلَوْ لَمْ يَقُلْ هَكَذَا تَقَعُ وَاحِدَةً لِأَنَّهُ لَمْ يَقْتَرِنْ بِالْعَدَدِ الْمُبْهَمِ فَبَقِيَ الْإِعْتِبَارُ بِقَوْلِهِ: أَنْتِ طَالِقٌ.

الشرح:

(فَصَلَّ فِي تَشْبِيهِ الطَّلَاقِ وَوَصَفِهِ): ذَكَرَ وَصَفَ الطَّلَاقِ بَعْدَ ذِكْرِ أَصْلِهِ وَتَوْثِيغِهِ فِي فَصْلِ عَلَى حِدَةٍ لَكُونِهِ تَابِعًا (وَمَنْ قَالَ لَامْرَأَتِهِ أَنْتِ طَالِقٌ هَكَذَا يُشِيرُ بِالْإِبْهَامِ وَالسَّبَّابَةِ وَالْوُسْطَى فَهِيَ ثَلَاثٌ، لَأَنَّ الْإِشَارَةَ بِالْأَصْبَعِ تُفِيدُ الْعِلْمَ بِالْعَدَدِ فِي مَجْرَى الْعَادَةِ إِذَا قُرِنَتْ بِالْعَدَدِ الْمُبْهَمِ) لَمَّا رَوَى عَنْ ابْنِ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا (قَالَ النَّبِيُّ ﷺ «الشَّهْرُ هَكَذَا وَهَكَذَا وَهَكَذَا وَخَنَسَ الْإِبْهَامَ فِي الثَّالِثَةِ»: يَعْنِي أَنَّ الشَّهْرَ يَكُونُ تِسْعَةً وَعِشْرِينَ يَوْمًا، وَمَعْنَى خَنَسَ قَبْضَ (فَإِنْ أَشَارَ بِوَاحِدَةٍ فَهِيَ وَاحِدَةٌ، وَإِنْ أَشَارَ بِثَنَتَيْنِ فَهِيَ ثِنْتَانِ) وَقَدْ طَعَنَ بَعْضُ الْجُهَّالِ عَلَى مُحَمَّدٍ فِي قَوْلِهِ بِالسَّبَّابَةِ بِأَنَّهُ اسْمٌ جَاهِلِيٌّ وَالْإِسْمُ الشَّرْعِيُّ الْمُسَبَّحَةُ.

وَأَجِيبَ بِأَنَّهُ جَاءَ فِي الْحَدِيثِ السَّبَّابَةُ، رَوَى عَمْرُو بْنُ شُعَيْبٍ عَنْ أَبِيهِ عَنْ جَدِّهِ أَنَّ رَجُلًا أَتَى النَّبِيَّ ﷺ فَقَالَ: «كَيْفَ الطُّهُورُ؟» فَدَعَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بِمَاءٍ فَتَوَضَّأَ، فَأَدْخَلَ

(١) أخرجه البخاري في الصوم باب ١١، ١٣، ومسلم في الصيام (١٥، ١٦) من حديث ابن عمر.

وأخرجه مسلم في الصيام (٢٦) من حديث سعد بن أبي وقاص.

وأخرجه البخاري في الصوم باب ١٢، ومسلم في الصيام (٣١، ٣٢) من حديث عائشة.

أَصْبَغِيهِ السَّبَاتَيْنِ أُذُنِيهِ فَمَسَحَ بِإِبْهَامِيهِ ظَاهِرَ أُذُنِيهِ وَبِالسَّبَاتَيْنِ بَاطِنَ أُذُنِيهِ» رَوَاهُ الطَّحَاوِيُّ فِي شَرْحِ الْأَنَارِ.

وَقَوْلُهُ (لَمَّا قُلْنَا) إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ لِأَنَّ الْإِشَارَةَ بِالْأَصَابِعِ تُفِيدُ الْعِلْمَ بِالْعَدَدِ فِي مَجْرَى الْعَادَةِ إِذَا اقْتَرَنْتُ بِالْعَدَدِ. وَقَوْلُهُ (وَالْإِشَارَةُ تَقَعُ بِالْمَنْشُورَةِ مِنْهَا) ظَاهِرٌ.

(وَإِذَا وَصَفَ الطَّلَاقَ بِضَرْبٍ مِنَ الشَّدَّةِ أَوْ الزِّيَادَةِ كَانَ بَائِنًا مِثْلُ أَنْ يَقُولَ: أَنْتِ طَالِقٌ بَائِنٌ أَوْ أَلْبَيْتَ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يَقَعُ رَجْعِيًّا إِذَا كَانَ بَعْدَ الدُّخُولِ بِهَا لِأَنَّ الطَّلَاقَ شَرْعٌ مُعَقَّبًا لِلرَّجْعَةِ فَكَانَ وَصْفُهُ بِالْبَيِّنُونَةِ خِلَافَ الْمَشْرُوعِ فَيُلْغَوُ كَمَا إِذَا قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ عَلَى أَنْ لَا رَجْعَةَ لِي عَلَيْكَ. وَلَمَّا أَنَّهُ وَصَفَهُ بِمَا يَحْتَمِلُهُ لَفْظُهُ؛ أَلَا تَرَى أَنَّ الْبَيِّنُونَةَ قَبْلَ الدُّخُولِ بِهَا وَبَعْدَ الْعِدَّةِ تَحْصُلُ بِهِ فَيَكُونُ هَذَا الْوَصْفُ لَتَعْيِينِ أَحَدِ الْمُحْتَمَلَيْنِ، وَمَسْأَلَةُ الرَّجْعَةِ مَمْنُوعَةٌ فَتَقَعُ وَاحِدَةً بَائِنَةً إِذَا لَمْ تَكُنْ لَهُ نِيَّةٌ أَوْ نَوَى الثَّنَتَيْنِ.

أَمَّا إِذَا نَوَى الثَّلَاثَ فَثَلَاثٌ لَمَّا مَرَّ مِنْ قَبْلُ، وَلَوْ عَنَى بِقَوْلِهِ: أَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً وَبِقَوْلِهِ بَائِنٌ أَوْ أَلْبَيْتَ أُخْرَى تَقَعُ تَطْلِيقَتَانِ بَائِنَتَانِ لِأَنَّ هَذَا الْوَصْفَ يَصْلُحُ لابتداء الإيقاع (وَكَذَا إِذَا قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ أَفْحَشَ الطَّلَاقِ) لِأَنَّهُ إِنَّمَا يُوصَفُ بِهَذَا الْوَصْفِ بِاعْتِبَارِ أَثَرِهِ وَهُوَ الْبَيِّنُونَةُ فِي الْحَالِ فَصَارَ كَقَوْلِهِ بَائِنٌ، وَكَذَا إِذَا قَالَ أَخْبَثَ الطَّلَاقِ (أَوْ أَسْوَأَهُ) لَمَّا ذَكَرْنَا، وَكَذَا إِذَا قَالَ طَلَاقَ الشَّيْطَانِ أَوْ طَلَاقَ الْبِدْعَةِ لِأَنَّ الرَّجْعِيَّ هُوَ السُّنِّيُّ فَيَكُونُ قَوْلُهُ: الْبِدْعَةُ وَطَلَاقُ الشَّيْطَانِ بَائِنًا.

وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ فِي قَوْلِهِ: أَنْتِ طَالِقٌ لِلْبِدْعَةِ أَنَّهُ لَا يَكُونُ بَائِنًا إِلَّا بِالنِّيَّةِ لِأَنَّ الْبِدْعَةَ قَدْ تَكُونُ مِنْ حَيْثُ الْإِيقَاعُ فِي حَالَةِ حَيْضٍ فَلَا بُدَّ مِنَ النِّيَّةِ. وَعَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ إِذَا قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ لِلْبِدْعَةِ أَوْ طَلَاقَ الشَّيْطَانِ يَكُونُ رَجْعِيًّا لِأَنَّ هَذَا الْوَصْفَ قَدْ يَتَحَقَّقُ بِالطَّلَاقِ فِي حَالَةِ الْحَيْضِ فَلَا تَثْبُتُ الْبَيِّنُونَةُ بِالشُّكِّ (وَكَذَا إِذَا قَالَ: كَالْجَبَلِ) لِأَنَّ التَّشْبِيهَ بِهِ يُوجِبُ زِيَادَةَ لَا مَحَالَةَ وَذَلِكَ بِإِثْبَاتِ زِيَادَةِ الْوَصْفِ، وَكَذَا إِذَا قَالَ: مِثْلُ الْجَبَلِ لَمَّا قُلْنَا، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: يَكُونُ رَجْعِيًّا لِأَنَّ الْجَبَلَ شَيْءٌ وَاحِدٌ فَكَانَ تَشْبِيهًا بِهِ فِي تَوْحِيدِهِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلَمَّا أَنَّهُ وَصَفَهُ) أَيُّ وَصَفَ الطَّلَاقَ (بِمَا يَحْتَمِلُهُ، أَلَا تَرَى أَنَّ الْبَيِّنُونَةَ قَبْلَ الدُّخُولِ وَبَعْدَ الْعِدَّةِ تَحْصُلُ بِهِ) وَلَوْ لَمْ يَكُنْ مِنْ مُحْتَمَلَاتِهِ لَمْ يَحْصُلْ بِهِ (فَيَكُونُ هَذَا

الوصف لتعيين أحد المحتملين). واعترض عليه بأنه لو كان مُحْتَمِلًا لَهَا لَجَازَ نَيْتُهَا فَيَقَعُ بقوله أنت طالق واحدة بائنة إذا نوى وليس كذلك.

وأجيب بأن النية إنما تعمل إذا لم تكن مُعْيَرَةً للمشروع، ونية البائن من قوله أنت طالق تُعَيِّرُ المشروع لأن الطلاق شرع مُعَيَّرٌ للرجعة. ورد بأنه تسليمٌ لدليل الخصم ومُخَوِّجٌ إلى الفرق بين عدم جواز كون النية مُعْيَرَةً وجواز كون الوصف مُعْيَرًا للمشروع. وأجيب بأن الفرق بينهما أن الوصف المفلوظ أقوى في اعتبار الشرع من النية، بدليل أنه لو قال أنت طالق ولم يتقدم له تطبيق الشرع ذلك طلاقاً وغيره به مشرُوعاً وهو عدم اعتبار الكذب، ولو نوى طلاقاً ولم يتلفظ بلفظ لم يُعْتَبَر طلاقاً لئلا يتغير المشروع وهو شرعية الوقوع بالفاظ الطلاق.

وقوله (ومسألة الرجعة ممنوعة) أي لا تُسَلَّمُ أنه لا يقع بائناً بل تقع واحدة بائنة، ولئن سلم فالفرق أن في قوله أن لا رجعة تصريحاً بنفي المشروع، وفي مسألتنا وصفه بالبيئونة ولم ينف الرجعة صريحاً فيلزم منها نفي الرجعة ضمناً، وكم من شيء يثبت ضمناً وإن لم يثبت قصداً، كذا أفاده شيخ شيوخ العلامة.

وقوله: (تقع واحدة بائنة) يعني فيما إذا قال: أنت طالق بائن (إذا لم يكن له نية أو نوى الثنتين، أما إذا نوى الثلاث فثلاث لما مر من قبل) أي في باب إيقاع الطلاق بقوله ونحن نقول نية الثلاث إنما صححت لكونها جنساً. وقوله: (تطليقتان بائنتان) يعني عندنا.

وقياس قول الشافعي تطليقتان رجعتان. وقوله: (لأن هذا الوصف) يعني قوله بائن أو البتة يصلح لابتداء الإيقاع بأن كان يقول أنت بائن أو أنت البتة ونوى به الطلاق، وكذا إذا نوى بيته تطبيقاً أخرى ويكون خبراً بعد خبر فكان كقوله: أنت طالق أنت بائن وكان ينبغي أن يكون أحدهما رجعيًا عملاً بقوله أنت طالق إلا أننا جعلناه بائناً لعدم الإمكان لأن الثاني يكون بائناً لا محالة عندنا فيكون الأول كذلك ضرورة إذ لا يتصور بقاء الأول رجعيًا إذا صار الثاني بائناً، وهذا يشير إلى أن الأول يقع رجعيًا ابتداءً فيقلب بائناً بوقوع الثاني بائناً لعدم تصور بقاءه رجعيًا. وهذا صحيح ظاهر، ومن الناس من ذهب إلى أن الأول يقع رجعيًا. فإن أراد ما ذكرناه فلا كلام

فيه، وَإِنْ أَرَادَ بَقَاءَهُ رَجْعِيًّا فَلَيْسَ بِصَحِيحٍ. وَقَوْلُهُ: (وَكَذَا إِذَا قَالَ أَنْتِ طَالِقٌ أَفْحَشَ الطَّلَاقِ) مَعْطُوفٌ عَلَى قَوْلِهِ أَنْتِ طَالِقٌ بَائِنٌ فِي الْأَحْكَامِ الْأَرْبَعَةِ وَهِيَ قَوْلُهُ فَتَقَعُ وَاحِدَةً بَائِنَةً إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ نِيَّةٌ أَوْ نَوَى الثَّنَتَيْنِ. وَلَوْ نَوَى الثَّلَاثَ فَتَلَاثٌ، وَلَوْ نَوَى بِقَوْلِهِ أَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً وَيَقُولُهُ أَفْحَشَ الطَّلَاقِ وَاحِدَةً أُخْرَى يَقَعُ تَطْلِيقَتَانِ: وَكَذَا الْجَوَابُ فِي قَوْلِهِ أَخْبَثَ الطَّلَاقِ أَوْ أَشْرَهُ أَوْ أَشَدَّهُ أَوْ أَكْبَرَهُ أَوْ أَسْوَأَهُ؛ لِأَنَّ الطَّلَاقَ إِنَّمَا يُوصَفُ بِهَذَا الْوَصْفِ بِاعْتِبَارِ أَثَرِهِ وَهُوَ الْبَيِّنَةُ فِي الْحَالِ لَا بِاعْتِبَارِ ذَاتِهِ لِكَوْنِهِ غَيْرَ مُحْسُوسٍ. وَمَا هُوَ غَيْرُ مُحْسُوسٍ فَإِنَّمَا يُعْرَفُ بِأَثَرِهِ فَصَارَ كَأَنَّهُ قَالَ أَنْتِ بَائِنٌ.

فَإِنْ قِيلَ: أَفْحَشُ وَأَشَدُّ وَنَحْوُهُمَا أَفْعَلُ التَّفْضِيلُ فَيَقْتَضِي فَاخِشًا وَأَفْحَشًا، وَالْفَاخِشُ هُوَ الْبَائِنُ. وَالْأَفْحَشُ مِنْهُ هُوَ الثَّلَاثُ فَيَنْبَغِي أَنْ تَقَعَ الثَّلَاثُ بِهِ وَنَوَى أَوْ لَمْ يَنْوِ. أُجِيبَ بِأَنْ أَفْعَلَ قَدْ يَكُونُ لِإثباتِ أَصْلِ الْوَصْفِ مِنْ غَيْرِ زِيَادَةٍ كَقَوْلِهِ: النَّاقِصُ وَالْأَشْجُ أَعْدَلَا بَنِي مَرْوَانَ وَهُوَ مَشْهُورٌ سُمِّيَ لِلِإِضَافَةِ بِالْمَعْنَى الثَّانِي، وَكَلَامُهُ وَاضِحٌ لَا يَحْتَاجُ إِلَى شَرْحٍ، وَذَكَرَ الْأَصْلَ الَّذِي يُبْتَنَى عَلَيْهِ أَقْوَالُهُمْ وَهُوَ أَيْضًا وَاضِحٌ.

(وَلَوْ قَالَ لَهَا: أَنْتِ طَالِقٌ أَشَدَّ الطَّلَاقِ أَوْ كَالْفِ أَوْ مِلءَ الْبَيْتِ فَهِيَ وَاحِدَةٌ بَائِنَةٌ إِلَّا أَنْ يَنْوِيَ ثَلَاثًا) أَمَّا الْأَوَّلُ فَلِأَنَّهُ وَصَفَهُ بِالشَّدَّةِ وَهُوَ الْبَائِنُ لِأَنَّهُ لَا يَحْتَمِلُ الْإِنْتِقَاصَ وَالْإِرْتِفَاضَ، أَمَّا الرَّجْعِيُّ فَيَحْتَمِلُهُ، وَإِنَّمَا تَصِحُّ نِيَّةُ الثَّلَاثِ لِذِكْرِ الْمَصْدَرِ، وَأَمَّا الثَّانِي فَلِأَنَّهُ قَدْ يُرَادُ بِهَذَا التَّشْبِيهِ فِي الْقُوَّةِ تَارَةً وَفِي الْعَدَدِ أُخْرَى، يُقَالُ هُوَ كَالْفِ رَجُلٍ وَيُرَادُ بِهِ الْقُوَّةُ فَتَصِحُّ نِيَّةُ الْأَمْرَيْنِ، وَعِنْدَ فَقْدَانِهَا يَثْبُتُ أَقْلُهُمَا.

وَعَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ يَقَعُ الثَّلَاثُ عِنْدَ عَدَمِ النِّيَّةِ لِأَنَّهُ عَدَدٌ فَيُرَادُ بِهِ التَّشْبِيهِ فِي الْعَدَدِ ظَاهِرًا فَصَارَ كَمَا إِذَا قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ كَعَدَدِ أَلْفٍ، وَأَمَّا الثَّالِثُ فَلِأَنَّ الشَّيْءَ قَدْ يَمْلَأُ الْبَيْتَ لِعِظَمِهِ فِي نَفْسِهِ وَقَدْ يَمْلَأُهُ لِكَثْرَتِهِ، فَأَيُّ ذَلِكَ نَوَى صَحَّتْ نِيَّتُهُ، وَعِنْدَ انْعِدَامِ النِّيَّةِ يَثْبُتُ الْأَقْلُ. ثُمَّ الْأَصْلُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ مَتَى شَبَّهَ الطَّلَاقَ بِشَيْءٍ يَقَعُ بَائِنًا: أَيْ شَيْءٍ كَانَ الْمِثْلُ بِهِ ذَكَرَ الْعِظَمَ أَوْ لَمْ يَذْكُرْ لَمَّا مَرَّ أَنَّ التَّشْبِيهِ يَقْتَضِي زِيَادَةً وَصَفٍ.

وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ إِنْ ذَكَرَ الْعِظَمَ يَكُونُ بَائِنًا وَإِلَّا فَلَا أَيْ شَيْءٍ كَانَ الْمِثْلُ بِهِ لِأَنَّ التَّشْبِيهِ قَدْ يَكُونُ فِي التَّوْحِيدِ عَلَى التَّجْرِيدِ. أَمَّا ذِكْرُ الْعِظَمِ فَلِلزِّيَادَةِ لَا مَحَالَةٍ. وَعِنْدَ زُفَرٍ إِنْ كَانَ الْمِثْلُ بِهِ مِمَّا يُوصَفُ بِالْعِظَمِ عِنْدَ النَّاسِ يَقَعُ بَائِنًا وَإِلَّا فَهُوَ رَجْعِيٌّ. وَقِيلَ

مُحَمَّدٌ مَعَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقِيلَ مَعَ أَبِي يُوسُفَ. وَبَيَّأَنُهُ فِي قَوْلِهِ مِثْلُ رَأْسِ الْإِبْرَةِ مِثْلُ عِظَمِ رَأْسِ الْإِبْرَةِ وَمِثْلُ الْجَبَلِ مِثْلُ عِظَمِ الْجَبَلِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَبَيَّأَنُهُ فِي قَوْلِهِ مِثْلُ رَأْسِ الْإِبْرَةِ) يَقَعُ بِهِ وَاحِدَةٌ بَائِنَةٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ خَاصَّةً عَلَى تَقْدِيرِ أَنْ يَكُونَ مُحَمَّدٌ مَعَ أَبِي يُوسُفَ، وَقِيلَ مِثْلُ عِظَمِ رَأْسِ الْإِبْرَةِ يَقَعُ بِهِ وَاحِدَةٌ بَائِنَةٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدَ. (وَقَوْلُهُ مِثْلُ الْجَبَلِ) يَقَعُ وَاحِدَةٌ بَائِنَةٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَزُفَرٍ وَمُحَمَّدٍ إِنْ كَانَ مَعَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَوْلُهُ (مِثْلُ عِظَمِ الْجَبَلِ) يَقَعُ بِهِ وَاحِدَةٌ بَائِنَةٌ بِالِاتِّفَاقِ، أَمَّا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ فَلَوْجُودِ التَّشْبِيهِ، وَأَمَّا عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ فَلَذِكْرُ الْعِظَمِ، وَأَمَّا عِنْدَ زُفَرٍ فَلِكُونَ الْجَبَلِ مِمَّا يُوصَفُ بِالْعِظَمِ عِنْدَ النَّاسِ، وَاللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ.

(وَلَوْ قَالَ: أَلْتِ طَالِقٌ تَطْلِيقَةً شَدِيدَةً أَوْ عَرِيضَةً أَوْ طَوِيلَةً فِيهِ وَاحِدَةٌ بَائِنَةٌ) لِأَنَّ مَا لَا يُمَكِّنُ تَدَارُكُهُ يَشْتَدُّ عَلَيْهِ وَهُوَ الْبَائِنُ، وَمَا يَصْعُبُ تَدَارُكُهُ يُقَالُ: لِهَذَا الْأَمْرِ طُولٌ وَعَرَضٌ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يَقَعُ بِهَا رَجْعِيَّةٌ لِأَنَّ هَذَا الْوَصْفَ لَا يَلِيقُ بِهِ فَيُلْغَوُ، وَلَوْ نَوَى الثَّلَاثَ فِي هَذِهِ الْفُصُولِ صَحَّتْ نِيَّتُهُ لَتَنَوَّعَ الْبَيِّنَاتُ عَلَى مَا مَرَّ وَالْوَاقِعُ بِهَا بَائِنٌ.

فصل في الطلاق قبل الدخول

(وَإِذَا طَلَّقَ رَجُلٌ امْرَأَتَهُ ثَلَاثًا قَبْلَ الدُّخُولِ بِهَا وَقَعْنَ عَلَيْهَا) لِأَنَّ الْوَاقِعَ مَصْدَرٌ مَحْدُوفٌ لِأَنَّ مَعْنَاهُ طَلَاقًا ثَلَاثًا عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ، فَلَمْ يَكُنْ قَوْلُهُ أَنْتِ طَالِقٌ إِيْقَاعًا عَلَى حِدَةٍ فَيَقَعَنَّ جُمْلَةً: (فَإِنْ فَرَّقَ الطَّلَاقَ بَأْتٍ بِالْأُولَى وَلَمْ تَقَعِ الثَّانِيَّةُ وَالثَّلَاثَةُ) وَذَلِكَ مِثْلُ أَنْ يَقُولَ: أَنْتِ طَالِقٌ طَالِقٌ طَالِقٌ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدَةٍ إِيْقَاعٌ عَلَى حِدَةٍ إِذَا لَمْ يَذْكُرْ فِي آخِرِ كَلَامِهِ مَا يَغَيِّرُ صَدْرَهُ حَتَّى يَتَوَقَّفَ عَلَيْهِ فَتَقَعُ الْأُولَى فِي الْحَالِ فَتُصَادِفُهَا الثَّانِيَّةُ وَهِيَ مُبَائِنَةٌ (وَكَذَا إِذَا قَالَ لَهَا: أَنْتِ طَالِقٌ وَوَاحِدَةٌ وَوَاحِدَةٌ وَقَعَتْ وَاحِدَةٌ) لَمَا ذَكَرْنَا أَنَّهَا بَأْتٍ بِالْأُولَى.

(وَلَوْ قَالَ لَهَا: أَنْتِ طَالِقٌ وَوَاحِدَةٌ فَمَاتَتْ قَبْلَ قَوْلِهِ وَاحِدَةٌ كَانَ بَاطِلًا) لِأَنَّهُ قَرَنَ الْوَصْفَ بِالْعَدَدِ فَكَانَ الْوَاقِعُ هُوَ الْعَدَدُ، فَإِذَا مَاتَتْ قَبْلَ ذِكْرِ الْعَدَدِ فَاتَ الْمَحَلُّ قَبْلَ الْإِيْقَاعِ فَبَطُلَ (وَكَذَا لَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ ثِنْتَيْنِ أَوْ ثَلَاثًا) لَمَا بَيَّنَّا وَهَذِهِ ثُجَانِسُ مَا قَبْلَهَا مِنْ حَيْثُ الْمَعْنَى (وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ وَوَاحِدَةٌ قَبْلَ وَاحِدَةٍ أَوْ بَعْدَهَا وَوَاحِدَةٌ وَقَعَتْ وَاحِدَةٌ) وَالْأَصْلُ أَنَّهُ

مَتَى ذَكَرَ شَيْئَيْنِ وَأَدْخَلَ بَيْنَهُمَا حَرْفَ الظَّرْفِ إِنْ قَرَنَهَا بِهَاءِ الْكِنَايَةِ كَانَ صِفَةً
لِلْمَذْكُورِ آخِرًا كَقَوْلِهِ: جَاءَنِي زَيْدٌ قَبْلَهُ عَمَرُو، وَإِنْ لَمْ يَقْرَنْهَا بِهَاءِ الْكِنَايَةِ كَانَ صِفَةً
لِلْمَذْكُورِ أَوَّلًا كَقَوْلِهِ: جَاءَنِي زَيْدٌ قَبْلَ عَمَرُو، وَإِيقَاعُ الطَّلَاقِ فِي الْمَاضِي إِيقَاعٌ فِي
الْحَالِ لِأَنَّ الْإِسْنَادَ لَيْسَ فِي وَسْعِهِ فَالْقَبْلِيَّةُ فِي قَوْلِهِ: أَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةٌ قَبْلَ وَاحِدَةٍ صِفَةً
لِلأُولَى فَتَيْنِ بِالْأُولَى فَلَا تَقَعُ الثَّانِيَةُ، وَالْبَعْدِيَّةُ فِي قَوْلِهِ بَعْدَهَا وَاحِدَةٌ صِفَةً لِلْآخِرَةِ
فَحَصَلَتِ الْإِبَانَةُ بِالْأُولَى.

(وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةٌ قَبْلَهَا وَاحِدَةٌ تَقَعُ ثِنْتَانِ) لِأَنَّ الْقَبْلِيَّةَ صِفَةً لِلثَّانِيَةِ
لِاتِّصَالِهَا بِحَرْفِ الْكِنَايَةِ فَاقْتَضَى إِيقَاعُهَا فِي الْمَاضِي وَإِيقَاعُ الْأُولَى فِي الْحَالِ، غَيْرَ أَنَّ
الْإِيقَاعَ فِي الْمَاضِي إِيقَاعٌ فِي الْحَالِ أَيْضًا فَيَقْتَرِنَانِ فَيَقَعَانِ، وَكَذَا إِذَا قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ
وَاحِدَةٌ بَعْدَ وَاحِدَةٍ لِأَنَّ الْبَعْدِيَّةَ صِفَةً لِلأُولَى فَاقْتَضَى إِيقَاعُ الْوَاحِدَةِ فِي الْحَالِ وَإِيقَاعُ
الْآخَرَى قَبْلَ هَذِهِ فَتَقْتَرِنَانِ (وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةٌ مَعَ وَاحِدَةٍ أَوْ مَعَهَا وَاحِدَةٌ تَقَعُ
ثِنْتَانِ) لِأَنَّ كَلِمَةَ مَعَ لِلْقِرَانِ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ فِي قَوْلِهِ: مَعَهَا وَاحِدَةٌ أَنَّهُ تَقَعُ وَاحِدَةٌ لِأَنَّ
الْكِنَايَةَ تَقْتَضِي سَبْقَ الْمُكْنَى عَنْهُ لَا مَحَالَةَ، وَفِي الْمَدْخُولِ بِهَا تَقَعُ ثِنْتَانِ فِي الْوُجُوهِ كُلِّهَا
لِقِيَامِ الْمَحَلِّيَّةِ بَعْدَ وَقُوعِ الْأُولَى.

الشرح:

(فَصَلِّ فِي الطَّلَاقِ قَبْلَ الدُّخُولِ): لَمَّا كَانَ الطَّلَاقُ قَبْلَ الدُّخُولِ مِنَ الطَّلَاقِ
بَعْدَهُ بِمَنْزِلَةِ الْعَارِضِ مِنَ الْأَصْلِ وَلَهُ أَحْكَامٌ جَمَّةٌ ذَكَرَهُ فِي فَصْلِ عَلَى حِدَةٍ بَعْدَ ذِكْرِ مَا
هُوَ الْأَصْلُ (إِذَا قَالَ لَغَيْرِ الْمُمُوسَةِ أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا وَقَعْنَ) وَقَالَ الْحَسَنُ الْبَصْرِيُّ: يَقَعُ
وَاحِدَةٌ بِقَوْلِهِ أَنْتِ طَالِقٌ وَتَبَيَّنَ بِهَا لَا إِلَى عِدَّةٍ. وَقَوْلُهُ ثَلَاثًا يُصَادِفُهَا وَهِيَ أَجْنَبِيَّةٌ فَلَا يَقَعُ
بِهِ شَيْءٌ، كَمَا لَوْ قَالَ أَنْتِ طَالِقٌ طَالِقٌ طَالِقٌ. وَلَنَا مَا ذَكَرَ فِي الْكِتَابِ وَهُوَ لِأَنَّ الْوَاقِعَ
مَصْدَرٌ مَحْذُوفٌ لِأَنَّ مَعْنَاهُ طَلَاقًا ثَلَاثًا عَلَى مَا بَيَّنَّا: يَعْنِي قَبْلَ هَذَا أَنَّ الْوَصْفَ مَتَى قُرِنَ
بِالْعِدَّةِ كَانَ الْوُقُوعُ بِذِكْرِ الْعِدَّةِ إلخ، وَإِنَّمَا يُقَدَّرُ الْمَصْدَرُ مَحْذُوفًا لِأَنَّ الْوَصْفَ نَعَتْ
الْمَرْأَةَ وَهِيَ غَيْرُ مُتَعَدِّدَةٍ فَلَا بُدَّ مِنْ تَقْدِيرِ شَيْءٍ يَحْتَمِلُ التَّعَدُّدَ، وَالْمَصْدَرُ أَوَّلُ بِذَلِكَ
لِدَلَالَةِ الْوَصْفِ عَلَيْهِ، فَإِذَا كَانَ الْوَاقِعُ مَصْدَرًا مَحْذُوفًا لَمْ يَكُنْ قَوْلُهُ أَنْتِ طَالِقٌ إِيقَاعًا
عَلَى حِدَةٍ وَإِلَّا لَزَادَ عِدَدُ الطَّلَاقِ وَهُوَ غَيْرُ مَشْرُوعٍ فَيَقَعْنَ جُمْلَةً وَصَارَ الْكُلُّ كَلَامًا

وَاحِدًا، وَلَا كَذَلِكَ أَنْتِ طَالِقٌ طَالِقٌ طَالِقٌ لَكُونَهَا جُمْلًا فَيَكُونُ كُلُّ وَاحِدٍ إِيقَاعًا عَلَى حَدَّةٍ وَتَبْيِينٌ بِالْأُولَى، وَلَا تَقَعُ الثَّانِيَةُ إِذَا لَمْ يَذْكُرْ فِي آخِرِ كَلَامِهِ مَا يُغَيِّرُ صَدْرَهُ حَتَّى يَتَوَقَّفَ عَلَيْهِ لِأَنَّ الثَّانِيَةَ صَادَقَتْهَا وَهِيَ مُبَآئَةٌ.

كَمَا لَوْ قَالَ أَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً وَوَاحِدَةً (وَلَوْ قَالَ أَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً فَمَآئَتٌ قَبْلُ قَوْلِهِ وَاحِدَةً بَطُلَ لِأَنَّهُ قَرَنَ الْوَصْفَ بِالْعَدَدِ فَكَانَ الْوَاقِعُ هُوَ الْعَدَدُ، فَإِذَا مَآئَتٌ قَبْلُ ذِكْرِ الْعَدَدِ فَاتَ الْمَحَلُّ قَبْلَ الْإِيقَاعِ فَبَطُلَ، وَكَذَا لَوْ قَالَ أَنْتِ طَالِقٌ ثِنْتَيْنِ أَوْ ثَلَاثًا لَمَّا بَيَّنَّا أَنَّهُ قَرَنَ الْوَصْفَ بِالْعَدَدِ فَكَانَ الْوَاقِعُ هُوَ الْعَدَدُ (وَهَذِهِ) أَيُّ هَذِهِ الْمَسَائِلِ الثَّلَاثُ وَهِيَ قَوْلُهُ أَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً فَمَآئَتٌ قَبْلُ قَوْلِهِ وَاحِدَةً، وَكَذَا لَوْ مَآئَتٌ قَبْلُ قَوْلِهِ ثِنْتَيْنِ أَوْ مَآئَتٌ قَبْلُ قَوْلِهِ ثَلَاثًا (تُؤَافِقُ مَا قَبْلَهَا) وَهُوَ قَوْلُهُ وَإِذَا طَلَّقَ الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ ثَلَاثًا قَبْلَ الدُّخُولِ بِهَا وَقَعْنَ (مِنْ حَيْثُ الدَّلِيلُ) وَهُوَ أَنَّ الْوَاقِعَ فِيهِمَا جَمِيعًا ذِكْرُ الْعَدَدِ لَا ذِكْرُ الْوَصْفِ وَحَدُّهُ، إِلَّا أَنَّ الْحُكْمَ اخْتَلَفَ لَمَّا أَنَّ ذِكْرَ الْعَدَدِ الَّذِي هُوَ الْوَاقِعُ فِي هَذِهِ الْمَسَائِلِ الثَّلَاثِ صَادَفَ الْمَرْأَةَ وَهِيَ مَيِّتَةٌ فَلَمْ يَقَعِ الطَّلَاقُ أَصْلًا.

وَهُنَاكَ لَمَّا لَمْ يَقَعِ الطَّلَاقُ بِذِكْرِ الْوَصْفِ نَفْسِهِ بَلْ بِالْعَدَدِ وَصَادَفَهَا الْعَدَدُ وَهِيَ مَنْكُوحَتُهُ حَيَّةٌ وَقَعَ الثَّلَاثُ لَكُونِ الْوَاقِعِ هُوَ الْعَدَدُ فَكَانَ الْإِعْتِبَارُ فِي الصُّورَتَيْنِ لِلْعَدَدِ لَا لِلْوَصْفِ (قَوْلُهُ وَلَوْ قَالَ أَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً قَبْلُ وَاحِدَةٍ) اعْلَمْ أَنَّ كَلِمَةَ قَبْلُ لِلتَّقْدِيمِ وَكَلِمَةُ بَعْدُ لِلتَّأْخِيرِ فَإِذَا قَالَ أَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً قَبْلُ وَاحِدَةٍ أَوْ بَعْدَهَا وَاحِدَةً وَقَعَتْ وَاحِدَةً.

وَإِذَا قَالَ أَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً قَبْلَهَا وَاحِدَةً أَوْ بَعْدَ وَاحِدَةٍ وَقَعَتْ ثِنْتَانِ، وَذَلِكَ مَبْنِيٌّ عَلَى أَصْلَيْنِ ذَكَرَهُمَا الْمُصَنِّفُ فِي الْكِتَابِ: أَحَدُهُمَا أَنَّ الظَّرْفَ إِذَا قِيدَ بِالْكِنَايَةِ كَانَ صِفَةً لَمَّا بَعْدَهُ، وَإِذَا لَمْ يُقَيَّدْ كَانَ صِفَةً لَمَّا قَبْلَهُ. وَالثَّانِي أَنَّ الْإِيقَاعَ فِي الْمَاضِي إِيقَاعٌ فِي الْحَالِ لِأَنَّ الْإِسْتِنَادَ لَيْسَ فِي سَعَتِهِ، فَإِذَا قِيلَ لَغَيْرِ الْمَدْخُولِ بِهَا أَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً قَبْلُ وَاحِدَةٍ كَانَ الظَّرْفُ صِفَةً لَمَّا قَبْلَهُ فَيَقَعُ وَاحِدَةً قَبْلَ الْأُخْرَى فَيَفُوتُ الْمَحَلُّ وَتَلْعُو الثَّانِيَةُ، وَإِذَا قَالَ قَبْلَهَا وَاحِدَةً يَكُونُ صِفَةً لِلثَّانِيَةِ فَاقْتَضَى إِيقَاعَهَا فِي الْمَاضِي وَإِيقَاعَ الْأُولَى فِي الْحَالِ، وَالْإِيقَاعُ فِي الْمَاضِي إِيقَاعٌ فِي الْحَالِ فَيَقْتَرِنَانِ فِي الْوُقُوعِ، وَالْبَعْدِيَّةُ فِي قَوْلِهِ بَعْدَ وَاحِدَةٍ صِفَةً لَمَّا قَبْلَهُ فَيَقْتَضِي إِيقَاعَ الْأُولَى فِي الْحَالِ وَإِيقَاعَ الثَّانِيَةِ قَبْلَهَا

فَيَقْتَرِنَانِ كَمَا مَرَّ.

وَفِي قَوْلِهِ بَعْدَهَا وَاحِدَةً صِفَةً لِلثَّانِيَةِ قَتَبِينَ بِالْأُولَى وَتَلْعُو الثَّانِيَةَ لَفَوَاتِ الْمَحَلَّةِ (وَلَوْ قَالَ أَنْتَ طَالِقٌ وَاحِدَةً مَعَ وَاحِدَةٍ أَوْ مَعَهَا وَاحِدَةً وَقَعْتَ ثِنْتَانِ) لِأَنَّ كَلِمَةَ مَعَ لِلْقِرَانِ فَتَتَوَقَّفُ الْأُولَى عَلَى الثَّانِيَةِ تَحْقِيقًا لِمُرَادِهِ فَوْقَهَا مَعًا. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ فِي قَوْلِهِ مَعَهَا أَنَّهَا تَقَعُ وَاحِدَةً لِأَنَّ الْكِنَايَةَ تَسْتَدْعِي سَبْقَ الْمَكْنَى عَنْهُ وَجُودًا، وَذَلِكَ فِي الطَّلَاقِ بِالْوُقُوعِ. وَقَوْلُهُ (وَفِي الْمَدْخُولِ بِهَا يَقَعُ ثِنْتَانِ فِي الْوُجُوهِ كُلِّهَا) أَيُّ فِيمَا ذَكَرَ مِنْ قَبْلُ وَبَعْدُ بِالْكِنَايَةِ وَغَيْرِهَا لِقِيَامِ الْمَحَلَّةِ بَعْدَ وَقُوعِ الْأُولَى.

(وَلَوْ قَالَ لَهَا: إِنْ دَخَلْتَ الدَّارَ فَأَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً وَوَاحِدَةً فَدَخَلْتَ وَقَعْتَ عَلَيْهَا وَاحِدَةً عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: تَقَعُ ثِنْتَانِ، وَلَوْ قَالَ لَهَا: أَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً وَوَاحِدَةً إِنْ دَخَلْتَ الدَّارَ فَدَخَلْتَ طَلَّقْتَ ثِنْتَيْنِ) بِالِاتِّفَاقِ. لَهُمَا أَنْ حَرَفَ الْوَائِ لِلْجَمْعِ الْمُطْلَقِ فَتَعَلَّقْنَ جُمْلَةً كَمَا إِذَا نَصَّ عَلَى الثَّلَاثِ أَوْ آخَرَ الشَّرْطِ. وَلَهُ أَنْ الْجَمْعُ الْمُطْلَقُ يَحْتَمِلُ الْقِرَانِ وَالتَّرْتِيبَ، فَعَلَى اعْتِبَارِ الْأَوَّلِ تَقَعُ ثِنْتَانِ، وَعَلَى اعْتِبَارِ الثَّانِي لَا تَقَعُ إِلَّا وَاحِدَةً كَمَا إِذَا نَجَزَ بِهِذِهِ اللَّفْظَةَ فَلَا يَقَعُ الزَّائِدُ عَلَى الْوَاحِدَةِ بِالشُّكِّ، بِخِلَافِ مَا إِذَا آخَرَ الشَّرْطَ لِأَنَّهُ مُغَيَّرَ صَدْرَ الْكَلَامِ فَيَتَوَقَّفُ الْأَوَّلُ عَلَيْهِ فَيَقَعْنَ جُمْلَةً وَلَا مُغَيَّرَ فِيمَا إِذَا قَدَّمَ الشَّرْطَ فَلَمْ يَتَوَقَّفْ. وَلَوْ عَطَفَ بِحَرَفِ الْفَاءِ فَهُوَ عَلَى هَذَا الْخِلَافِ فِيمَا ذَكَرَ الْكَرْخِيُّ، وَذَكَرَ الْفَقِيهَ أَبُو الْوَلِيدِ أَنَّهُ يَقَعُ وَاحِدَةً بِالِاتِّفَاقِ لِأَنَّ الْفَاءَ لِلتَّعْقِيبِ وَهُوَ الْأَصَحُّ.

الشرح:

قَالَ: (وَلَوْ قَالَ لَهَا إِنْ دَخَلْتَ الدَّارَ فَأَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً وَوَاحِدَةً فَدَخَلْتَ وَقَعْتَ عَلَيْهَا وَاحِدَةً) أَقُولُ: إِذَا عُلِقَ بِالشَّرْطِ عَدَدًا مِنَ الطَّلَاقِ وَعَطِفَ بَعْضُهُ عَلَى بَعْضٍ بِالْوَاوِ، فِيمَا أَنْ قَدَّمَ الشَّرْطَ أَوْ آخَرَهُ، فَإِنْ كَانَ الثَّانِي كَمَا إِذَا قَالَ أَنْتَ طَالِقٌ وَاحِدَةً وَوَاحِدَةً إِنْ دَخَلْتَ الدَّارَ فَدَخَلْتَ وَقَعْتَ الْجَمِيعُ بِالِاتِّفَاقِ، وَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ كَمَا إِذَا قَالَ إِنْ دَخَلْتَ الدَّارَ فَأَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً وَوَاحِدَةً فَكَذَلِكَ عَنْهُمَا. وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ يَقَعُ وَاحِدَةً (لَهُمَا أَنْ الْوَائِ لِلْجَمْعِ الْمُطْلَقِ) وَقَدْ دَخَلَتْ بَيْنَ الْأَجْزِيَةِ فَيَجْمَعُ بَيْنَهُمَا فَيَتَعَلَّقْنَ جَمِيعًا وَيَنْزِلْنَ جُمْلَةً، كَمَا لَوْ قَالَ إِنْ دَخَلْتَ الدَّارَ فَأَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا لِأَنَّ الْجَمْعَ بِوَائِ الْجَمْعِ كَالْجَمْعِ بِلَفْظِ الْجَمْعِ، وَكَمَا لَوْ آخَرَ الشَّرْطَ فَإِنَّ تَأْخِيرَهُ لَا يُغَيِّرُ مُوجِبَ الْكَلَامِ.

وَلَهُ أَنْ الْجَمْعُ الْمُطْلَقَ يَحْتَمِلُ الْقِرَانَ وَالتَّرْتِيبَ لِأَنْ تَحْقُقَهُ فِي الْخَارِجِ لَا يُمَكِّنُ إِلَّا بِأَحَدِ
الْوَجْهَيْنِ. وَعَلَى اعْتِبَارِ الْأَوَّلِ تَقَعُ الْجُمْلَةُ، وَعَلَى اعْتِبَارِ الثَّانِي لَا تَقَعُ إِلَّا وَاحِدَةً، كَمَا
إِذَا نَجَزَ بِهِذِهِ اللَّفْظَةَ بِأَنْ قَالَ لَهَا أَنْتَ طَالِقٌ وَاحِدَةً وَوَاحِدَةً فَإِنَّهُ لَا يَقَعُ إِلَّا وَاحِدَةً
بِالِاتِّفَاقِ فَكَانَ فِي الرَّائِدِ عَلَى الْوَاحِدَةِ شَكٌّ فَلَا يَقَعُ، بِخِلَافِ مَا إِذَا أَخَّرَ الشَّرْطَ لِأَنَّهُ
مُغَيَّرٌ صَدَرَ الْكَلَامُ عَنِ التَّنْجِيزِ إِلَى التَّعْلِيلِ، وَكُلُّ مَا كَانَ كَذَلِكَ تَوَقَّفَ فِيهِ صَدَرُ الْكَلَامِ
عَلَيْهِ فَيَقَعَنَّ جُمْلَةً وَلَا مُغَيَّرٌ فِيهَا إِذَا قَدَّمَ الشَّرْطَ فَلَمْ يَتَوَقَّفْ فَوْقَ عَلَى التَّرْتِيبِ وَبَاءَتْ
بِالْأَوَّلَى فَلَا تَقَعُ الثَّانِيَةُ وَلَمْ يَجِبْ عَنِ التَّنْصِيسِ بِلَفْظِ الْجَمْعِ لظُهُورِهِ لِأَنَّهُ لَا يَحْتَمِلُ
التَّرْتِيبَ. وَقَوْلُهُ (وَلَوْ عَطَفَ بِحَرْفِ الْفَاءِ فَهُوَ عَلَى هَذَا الْخِلَافِ فِيهَا ذَكَرَ الْكَرْخِيُّ)
فَإِنَّهُ جَعَلَ الْعَطْفَ بِالْوَاوِ وَالْفَاءِ سَوَاءً، وَقَالَ إِنَّ حَرْفَ الْعَطْفِ يَجْعَلُهُمَا كَلَامًا وَاحِدًا
فَتَعَلَّقَا كَمَا فِي صُورَةِ الْوَاوِ، وَسَوَاءً قَدَّمَ الشَّرْطَ أَوْ أَخَّرَهُ عِنْدَهُمَا خِلَافًا لَهُ (وَذَكَرَ
الْفَقِيهَ أَبُو الْلَيْثِ أَنَّهُ يَقَعُ وَاحِدَةً بِالِاتِّفَاقِ لِأَنَّ الْفَاءَ لِلتَّعْقِيبِ وَهُوَ الْأَصَحُّ).

(وَأَمَّا الضَّرْبُ الثَّانِي وَهُوَ الْكِتَابَاتُ لَا يَقَعُ بِهَا الطَّلَاقُ إِلَّا بِالنِّيَّةِ أَوْ بِدَلَالَةِ الْحَالِ)
لَأَنَّهَا غَيْرُ مَوْضُوعَةٍ لِلطَّلَاقِ بَلْ تَحْتَمِلُهُ وَغَيْرُهُ فَلَا بُدَّ مِنَ التَّعْيِينِ أَوْ دَلَالَتِهِ. قَالَ (وَهِيَ
عَلَى ضَرْبَيْنِ: مِنْهَا ثَلَاثَةٌ أَلْفَافٍ يَقَعُ بِهَا الطَّلَاقُ الرَّجْعِيُّ وَلَا يَقَعُ بِهَا إِلَّا وَاحِدَةً، وَهِيَ
قَوْلُهُ: اَعْتَدْتُ وَاسْتَبْرَيْتُ رَحِمَكَ وَأَنْتِ وَاحِدَةٌ) أَمَّا الْأَوَّلَى فَلَأَنَّهَا تَحْتَمِلُ الْاِعْتِدَادَ عَنِ النِّكَاحِ
وَتَحْتَمِلُ اِعْتِدَادَ نِعَمِ اللَّهِ تَعَالَى، فَإِنْ نَوَى الْأَوَّلَ تَعَيَّنَ بِنِيَّتِهِ فَيَقْتَضِي طَلَاقًا سَابِقًا
وَالطَّلَاقُ يُعْقِبُ الرَّجْعَةَ، وَأَمَّا الثَّانِيَةُ: فَلَأَنَّهَا تُسْتَعْمَلُ بِمَعْنَى الْاِعْتِدَادِ لِأَنَّهُ تَصْرِيحٌ بِمَا
هُوَ الْمَقْصُودُ مِنْهُ فَكَانَ بِمَنْزِلَتِهِ وَتَحْتَمِلُ اِلسْتِبْرَاءَ لِيُطْلَقَهَا، وَأَمَّا الثَّالِثَةُ: فَلَأَنَّهَا تَحْتَمِلُ
أَنْ تَكُونَ نَعْتًا لِمَصْدَرٍ مَحْذُوفٍ مَعْنَاهُ تَطْلِيقَةٌ وَاحِدَةٌ، فَإِذَا نَوَاهُ جُعِلَ كَأَنَّهُ قَالَهُ، وَالطَّلَاقُ
يُعْقِبُ الرَّجْعَةَ، وَيَحْتَمِلُ غَيْرَهُ وَهُوَ أَنْ تَكُونَ وَاحِدَةً عِنْدَهُ أَوْ عِنْدَ قَوْمِهِ، وَلَمَّا احْتَمَلَتْ هَذِهِ
الْأَلْفَافُ الطَّلَاقَ وَغَيْرَهُ تَحْتَاجُ فِيهِ إِلَى النِّيَّةِ وَلَا تَقَعُ إِلَّا وَاحِدَةً لِأَنَّ قَوْلَهُ: أَنْتِ طَالِقٌ فِيهَا
مُقْتَضَى أَوْ مُضْمَرٌ، وَلَوْ كَانَ مُظْهِرًا لَا تَقَعُ بِهَا إِلَّا وَاحِدَةً، فَإِذَا كَانَ مُضْمَرًا أَوَّلَى، وَفِي
قَوْلِهِ وَاحِدَةً وَإِنْ صَارَ الْمَصْدَرُ مَذْكُورًا لَكِنْ التَّنْصِيسُ عَلَى الْوَاحِدَةِ يُنَافِي نِيَّةَ الثَّلَاثِ،
وَلَا مُعْتَبَرٌ بِإِعْرَابِ الْوَاحِدَةِ عِنْدَ عَامَّةِ الْمَشَايِخِ هُوَ الصَّحِيحُ لِأَنَّ الْعَوَامَّ لَا يُمَيِّزُونَ بَيْنَ
وُجُوهِ الإِعْرَابِ.

قَالَ (وَبَقِيَّةُ الْكِنَايَاتِ إِذَا نَوَى بِهَا الطَّلَاقَ كَانَتْ وَاحِدَةً بَائِنَةً، وَإِنْ نَوَى ثَلَاثًا كَانَتْ ثَلَاثًا، وَإِنْ نَوَى ثِنْتَيْنِ كَانَتْ وَاحِدَةً، وَهَذَا مِثْلُ قَوْلِهِ: أَنْتِ بَائِنٌ وَبَتَّةٌ وَبَتْلَةٌ وَحَرَامٌ وَحَبْلُكَ عَلَى غَارِبِكَ وَالْحَقِّي بِأَهْلِكَ وَخَلِيَّةٌ وَبَرِيَّةٌ وَوَهْبُكَ لِأَهْلِكَ وَسَرْحَتُكَ وَفَارَقْتُكَ وَأَمْرُكَ بِيَدِكَ وَاخْتَارِي وَأَنْتِ حُرَّةٌ وَتَقْنَعِي وَتَحْمَرِّي وَأَسْتَتِرِي وَأَعْرُبِي وَأَخْرُجِي وَأَذْهَبِي وَقُومِي وَابْتَغِي الْأَزْوَاجَ) لِأَنَّهَا تَحْتَمِلُ الطَّلَاقَ وَغَيْرَهُ فَلَا بُدَّ مِنَ النِّيَّةِ. قَالَ (إِلَّا أَنْ يَكُونَ فِي حَالِ مُذَاكَرَةِ الطَّلَاقِ) فَيَقَعُ بِهَا الطَّلَاقُ فِي الْقَضَاءِ، وَلَا يَقَعُ فِيْمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللَّهِ تَعَالَى إِلَّا أَنْ يَنْوِيهِ. قَالَ ﷺ (سَوَى بَيْنَ هَذِهِ الْأَلْفَافِ وَقَالَ: وَلَا يُصَدَّقُ فِي الْقَضَاءِ إِذَا كَانَ فِي حَالِ مُذَاكَرَةِ الطَّلَاقِ).

قَالُوا: (وَهَذَا فِيْمَا لَا يَصْلُحُ رَدًّا) وَالْجُمْلَةُ فِي ذَلِكَ أَنَّ الْأَحْوَالَ ثَلَاثَةٌ: حَالَةٌ مُطْلَقَةً وَهِيَ حَالَةُ الرِّضَا، وَحَالَةٌ مُذَاكَرَةِ الطَّلَاقِ، وَحَالَةُ الْغَضَبِ. وَالْكِنَايَاتُ ثَلَاثَةٌ أَقْسَامٌ: مَا يَصْلُحُ جَوَابًا وَرَدًّا، وَمَا يَصْلُحُ جَوَابًا لَا رَدًّا، وَمَا يَصْلُحُ جَوَابًا وَسَبًّا وَشْتِيمَةً. فَفِي حَالَةِ الرِّضَا لَا يَكُونُ شَيْءٌ مِنْهَا طَلَاقًا إِلَّا بِالنِّيَّةِ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ فِي انْكَارِ النِّيَّةِ لَمَّا قُلْنَا، وَفِي حَالَةِ مُذَاكَرَةِ الطَّلَاقِ لَا يُصَدَّقُ فِيْمَا يَصْلُحُ جَوَابًا، وَلَا يَصْلُحُ رَدًّا فِي الْقَضَاءِ مِثْلُ قَوْلِهِ خَلِيَّةٌ بَرِيَّةٌ بَائِنٌ بَتَّةٌ حَرَامٌ اِعْتَدِي أَمْرُكَ بِيَدِكَ اخْتَارِي؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ مُرَادَهُ الطَّلَاقَ عِنْدَ سُؤَالِ الطَّلَاقِ، وَيُصَدَّقُ فِيْمَا يَصْلُحُ جَوَابًا وَرَدًّا مِثْلُ قَوْلِهِ: اذْهَبِي أَخْرُجِي قُومِي تَقْنَعِي تَحْمَرِّي وَمَا يَجْرِي هَذَا الْمَجْرَى لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ الرَّدَّ وَهُوَ الْأَدْنَى فَحُمِلَ عَلَيْهِ. وَفِي حَالَةِ الْغَضَبِ يُصَدَّقُ فِي جَمِيعِ ذَلِكَ لِاحْتِمَالِ الرَّدِّ وَالسَّبِّ، إِلَّا فِيْمَا يَصْلُحُ لِلطَّلَاقِ وَلَا يَصْلُحُ لِلرَّدِّ وَالسَّتْمِ كَقَوْلِهِ: اِعْتَدِي وَاخْتَارِي وَأَمْرُكَ بِيَدِكَ فَإِنَّهُ لَا يُصَدَّقُ فِيهَا لِأَنَّ الْغَضَبَ يَدُلُّ عَلَى إِرَادَةِ الطَّلَاقِ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ فِي قَوْلِهِ: لَا مِلْكَ لِي عَلَيْكَ وَلَا سَبِيلَ لِي عَلَيْكَ وَخَلَيْتُ سَبِيلَكَ وَفَارَقْتُكَ، أَنَّهُ يُصَدَّقُ فِي حَالَةِ الْغَضَبِ لَمَّا فِيهَا مِنْ احْتِمَالِ مَعْنَى السَّبِّ.

الشرح:

قَالَ: (وَأَمَّا الضَّرْبُ الثَّانِي: وَهُوَ الْكِنَايَاتُ) لَمَّا فَرَعَ مِنَ الضَّرْبِ الْأَوَّلِ وَهُوَ الصَّرِيحُ شَرَعَ فِي بَيَانِ الضَّرْبِ الثَّانِي وَهُوَ الْكِنَايَاتُ. الْكِنَايَةُ: مَا اسْتَتَرَ الْمُرَادَ بِهِ. وَحُكْمُهَا أَنَّهُ لَا يَجِبُ الْعَمَلُ بِهَا إِلَّا بِالنِّيَّةِ أَوْ مَا يَقُومُ مَقَامَهَا مِنْ دَلَالَةِ الْحَالِ لِأَنَّهَا غَيْرُ مَوْضُوعَةٍ لَمَّا أُسْتُعْمِلَتْ فِيهِ بَلْ تَحْتَمِلُهُ وَغَيْرُهُ فَلَا بُدَّ مِنَ التَّعْيِينِ أَوْ دَلَالَتِهِ (ثُمَّ الْكِنَايَةُ

عَلَى ضَرِيْنٍ) مَا يَكُوْنُ الْوَاقِعُ بِهِ وَاحِدَةً رَجْعِيَّةً، وَمَا يَكُوْنُ وَاحِدَةً بَائِنَةً، فَلَاوَلُ ثَلَاثَةً أَلْفَاظٍ هِيَ: اَعْتَدِّي وَاسْتَبْرِي رَحِمَكَ وَأَنْتِ وَاحِدَةٌ، وَلَا بُدَّ لِكُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهَا مِنْ اَحْتِمَالٍ مَعَيَّنٍ حَتَّى يَحْتَاجَ إِلَى التَّعْيِينِ بِالنِّبَةِ أَوْ بِمَا يَقُوْمُ مَقَامَهَا مِنْ دَلَالَةِ الْحَالِ، وَقَدْ ذَكَرَ الْمُصَنِّفُ فِي كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهَا ذَلِكَ وَكَلَامُهُ فِيهِ وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (لَأَنَّ قَوْلَهُ أَنْتِ طَالِقٌ فِيهَا) أَيُّ فِي هَذِهِ الْأَلْفَاظِ الثَّلَاثَةِ (مُقْتَضَى) أَيُّ ثَابِتٌ بِالِاقْتِضَاءِ فِي قَوْلِهِ اَعْتَدِّي وَاسْتَبْرِي كَمَا أَشَارَ إِلَيْهِ فِي قَوْلِهِ فَيَقْتَضِي طَلَاقًا سَابِقًا، لِأَنَّ الْأَمْرَ بِالِاعْتِدَادِ بِغَيْرِ طَلَاقٍ غَيْرُ صَحِيحٍ فَلَا بُدَّ مِنْ تَقْدِيرِ الطَّلَاقِ سَابِقًا.

وَقَوْلُهُ: (أَوْ مُضْمَرٌ) يَعْنِي فِي قَوْلِهِ أَنْتِ وَاحِدَةٌ. وَقَوْلُهُ (وَلَا مُعْتَبَرٌ بِإِعْرَابِ الْوَاحِدَةِ عِنْدَ عَامَّةِ الْمَشَايخِ) يَعْنِي سَوَاءٌ قَالَ أَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً بِالنَّصْبِ أَوْ بِالرَّفْعِ أَوْ بِالسُّكُونِ، فَقَوْلُهُ (هُوَ الصَّحِيحُ) احْتِرَازٌ عَنْ قَوْلِ بَعْضِ الْمَشَايخِ يَقَعُ الطَّلَاقُ إِذَا نَصَبَ الْوَاحِدَةَ وَإِنْ لَمْ يَتَوَ لَكَوْنِهِ صِفَةً لِلطَّلَاقِ، أَمَّا إِذَا رَفَعَهَا فَلَا يَقَعُ وَإِنْ نَوَى لَهَا حِينَئِذٍ تَكُوْنُ صِفَةً شَخْصِيَّةً، وَقِيلَ هُوَ قَوْلُ مُحَمَّدٍ. وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ يَقَعُ فِي الْأَحْوَالِ كُلِّهَا لِأَنَّ نِيَّةَ الطَّلَاقِ تُعْرَبُ عَنِ الْعَرَضِ وَإِنْ أَخْطَأَ فِي الْإِعْرَابِ، وَإِنْ أَسْكَنَ فَهُوَ مُحْتَاجٌ إِلَى النِّبَةِ لِاحْتِمَالِ الْمَعْنَيْنِ، وَالصَّحِيحُ أَنَّ الْكُلَّ سَوَاءٌ (لَأَنَّ الْعَوَامَّ لَا يُمَيِّزُونَ بَيْنَ وَجْهِهِ الْإِعْرَابِ).

وَالثَّانِي هُوَ: بَقِيَّةُ الْكِنَايَاتِ وَهِيَ الْمَذْكُورَةُ فِي الْكِتَابِ (إِذَا نَوَى بِهَا الطَّلَاقَ كَانَتْ وَاحِدَةً بَائِنَةً وَإِنْ نَوَى ثَلَاثًا كَانَ ثَلَاثًا وَإِنْ نَوَى ثَنِيْنًا كَانَتْ وَاحِدَةً) أَمَّا وَجُوبُ النِّبَةِ فَلَمَّا ذَكَرْنَا مِنْ اَحْتِمَالِهِ الطَّلَاقَ وَغَيْرُهُ إِلَّا أَنْ يَكُوْنُ فِي حَالِ مُذَاكَرَةِ الطَّلَاقِ فَإِنَّ الْقَاضِيَ يَحْكُمُ بِالْوُقُوعِ وَإِنْ ادَّعَى الزَّوْجُ عَدَمَ النِّبَةِ. وَأَمَّا جَوَازُ نِيَّةِ الثَّلَاثِ فَلَأَنَّ الْوَاقِعَ بِهَا إِذَا كَانَ بَائِنًا فَالْيَتِيْنَةُ تَتَّصِلُ بِالْمَرْأَةِ لِلْحَالِ، وَلَا تَصَالُهَا وَجْهَانِ: انْقِطَاعٌ يَرْجِعُ إِلَى الْمَلِكِ، وَانْقِطَاعٌ يَرْجِعُ إِلَى الْحِلِّ فَيَتَعَدَّدُ الْمُقْتَضَى بِتَعَدُّدِ الْمُقْتَضَى عَلَى الْاَحْتِمَالِ فَصَحَّ تَعْيِينُهُ وَالْمُسْتَشْنَى بِمَعْرُوفٍ عَنْ ذَلِكَ.

قَالَ الْمُصَنِّفُ (سَوَى) يَعْنِي الْقُدُورِيَّ (بَيْنَ أَلْفَاظِ الْكِنَايَاتِ) فِي وَقُوعِ الطَّلَاقِ بِلَا نِيَّةٍ حَالِ مُذَاكَرَةِ الطَّلَاقِ، وَلَيْسَ عَلَى إِطْلَاقِهِ بَلْ إِنَّمَا ذَلِكَ فِيمَا لَا يَصْلُحُ رَدًّا) فَلَا بُدَّ مِنْ بَيَانٍ، وَبَيَّنَ بِقَوْلِهِ (وَالْجُمْلَةُ فِي ذَلِكَ أَنَّ الْأَحْوَالَ ثَلَاثَةٌ: حَالَةٌ مُطْلَقَةٌ وَهِيَ حَالَةٌ

الرِّضَا، وَحَالَةُ مُذَاكَرَةِ الطَّلَاقِ) بِأَنْ تَسْأَلُهُ عَنْ ذَلِكَ (وَحَالَةُ غَضَبِ الزَّوْجِ، وَالْكِنَايَاتُ عَلَى ثَلَاثَةِ أَقْسَامٍ: مَا يَصْلُحُ جَوَابًا وَرَدًّا) وَهُوَ سَبْعَةٌ: أَخْرَجِي اذْهَبِي أَغْرِبِي قَوْمِي تَقْنَعِي اسْتَرِي تَحْمَرِي، أَمَّا صِلَاحِيَّةُ هَذِهِ الْأَلْفَاظِ لِلرَّدِّ فَإِنَّ يُرِيدُ الزَّوْجُ بِقَوْلِهِ أَخْرَجِي أَثْرُكِي سُؤَالَ الطَّلَاقِ وَكَذَلِكَ اذْهَبِي وَأَغْرِبِي وَقَوْمِي. وَأَمَّا تَقْنَعِي فَمِنْ الْقِنَاعَةِ، وَقِيلَ مِنَ الْقِنَاعِ وَهُوَ الْخِمَارُ؛ وَمَعْنَى الرَّدِّ فِيهِ هُوَ أَنْ يَتَوَيَّ وَأَقْنَعِي بِمَا رَزَقَكَ اللَّهُ مِنِّي مِنْ أَمْرِ الْمَعِيشَةِ وَأَثْرُكِي سُؤَالَ الطَّلَاقِ وَاسْتَعْلِي بِالتَّقْنَعِ الَّذِي هُوَ أَهَمُّ لَكَ مِنْ سُؤَالَ الطَّلَاقِ، وَكَذَا قَوْلُهُ اسْتَرِي وَتَحْمَرِي لِأَنَّهُمَا مِنَ السَّتْرِ وَالْخِمَارِ (وَمَا يَصْلُحُ جَوَابًا لَا رَدًّا) ثَمَانِيَةُ أَلْفَاظٍ: خَلِيَّةٌ. بَرِيَّةٌ. بَائِنٌ. بَتَّةٌ حَرَامٌ. اعْتَدِي. أَمْرُكَ يَدِكَ. اخْتَارِي. وَالْخَمْسَةُ الْأُولَى تَصْلُحُ لِلْسَّبِّ وَالشَّتِيمَةِ أَيْضًا. إِذَا عُرِفَ هَذَا فِي حَالَةِ الرِّضَا لَا يَكُونُ شَيْءٌ مِنْهَا طَلَاقًا إِلَّا بِالنِّيَّةِ لَمَّا قُلْنَا إِنَّ هَذِهِ الْأَلْفَاظَ تَحْتَمِلُ الطَّلَاقَ وَغَيْرَهُ فَلَا بُدَّ مِنَ النِّيَّةِ بِتَعْيِينِ أَحَدِ الْمُحْتَمَلِينَ، وَالْقَوْلُ قَوْلُهُ فِي إِنْكَارِ النِّيَّةِ مَعَ يَمِينِهِ وَفِي حَالَةِ مُذَاكَرَةِ الطَّلَاقِ لَمْ يَصْدُقْ قَضَاءٌ فِي قَوْلِهِ لَمْ أَتَوِ الطَّلَاقَ فِيمَا يَصْلُحُ جَوَابًا وَلَا يَصْلُحُ رَدًّا وَهُوَ الْأَلْفَاظُ الثَّمَانِيَةُ الْمَذْكُورَةُ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ مُرَادَهُ الطَّلَاقَ عِنْدَ سُؤَالَ الطَّلَاقِ، وَالْحَاكِمُ إِنَّمَا يَسْتَتِيعُ الظَّاهِرَ وَيَصْدُقُ فِيمَا يَصْلُحُ جَوَابًا وَرَدًّا وَهُوَ الْأَلْفَاظُ السَّبْعَةُ الْمُتَقَدِّمَةُ.

وَقَوْلُهُ (وَمَا يَجْرِي هَذَا الْمَجْرَى) يُرِيدُ بِهِ مِثْلَ أَغْرِبِي وَاسْتَرِي لِأَنَّهُ احْتَمَلَ الرَّدَّ وَهُوَ الْأَدْنَى فَحُمِلَ عَلَيْهِ، وَفِي حَالَةِ الْغَضَبِ يَصْدُقُ فِي جَمِيعِ ذَلِكَ: بَعْضُ أَقْسَامِ الْكِنَايَاتِ لِاحْتِمَالِ الرَّدِّ أَوْ السَّبِّ إِلَّا فِيمَا يَصْلُحُ لِلطَّلَاقِ وَلَا يَصْلُحُ لِلرَّدِّ وَالشَّتْمِ، وَهُوَ ثَلَاثَةُ أَلْفَاظٍ: اعْتَدِي، وَاخْتَارِي وَأَمْرُكَ يَدِكَ، فَإِنَّهُ لَا يَصْدُقُ فِيهَا لِأَنَّ الْغَضَبَ يَدُلُّ عَلَى إِرَادَةِ الطَّلَاقِ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ إِذَا قَالَ فِي حَالَةِ الْغَضَبِ لَا مَلِكَ لِي عَلَيْكَ وَلَا سَبِيلَ لِي عَلَيْكَ وَخَلَيْتُ سَبِيلَكَ وَفَارَقْتُكَ وَقَالَ لَمْ أَتَوِ الطَّلَاقَ صَدَقَ لَمَّا فِيهَا مِنْ اخْتِمَالِ مَعْنَى السَّبِّ، وَهَذِهِ أَرْبَعَةُ أَلْفَاظٍ.

وَقِيلَ خَمْسَةُ أَلْفَاظٍ خَامِسُهَا الْحَقِي بِأَهْلِكَ الْحَقَّهَا أَبُو يُوسُفَ بِالْخَمْسَةِ الْمَذْكُورَةِ الْمُحْتَمِلَةِ لِلْسَّبِّ مِنْ حَيْثُ اخْتِمَالُهَا السَّبِّ، فَإِنَّ قَوْلَهُ لَا مَلِكَ لِي عَلَيْكَ يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ مَعْنَاهُ لَأَنَّكَ أَقَلُّ مِنْ أَنْ تُنْسَبَ إِلَى مِلْكِي أَوْ تُسَبَّ إِلَيْكَ بِالْمِلْكِ وَلَا سَبِيلَ لِي عَلَيْكَ لِسُوءِ خُلُقِكَ وَاجْتِمَاعِ أَنْوَاعِ الشَّرِّ فِيكَ وَخَلَيْتُ سَبِيلَكَ لِقَدَارَتِكَ وَفَارَقْتُكَ فِي

الْمُضْجَع لَذَفْرِكَ وَعَدَمَ تَظَاْفَتِكَ، وَالْحَقِّي بِأَهْلِكَ لِأَنَّكَ أَوْحَشُ مِنْ أَنْ تَكُونِي خَلِيلَتِي.
 ثُمَّ وَقُوعُ الْبَائِنِ بِمَا سِوَى الثَّلَاثَةِ الْأَوَّلِ مَذْهَبُنَا. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يَقَعُ بِهَا رَجْعِيًّا لِأَنَّ
 الْوَاقِعَ بِهَا طَلَاَقٌ، لِأَنَّهَا كِنَايَاتٌ عَنِ الطَّلَاَقِ وَلِهَذَا تُشْتَرَطُ النِّيَّةُ وَيُنْتَقَصُ بِهِ الْعَدَدُ،
 وَالطَّلَاَقُ مُعَقَّبٌ لِلرَّجْعَةِ كَالصَّرِيحِ. وَلَنَا أَنْ تَصْرُفَ الْإِبَانَةَ صَدَرَ مِنْ أَهْلِهِ مُضَافًا إِلَى
 مَحَلِّهِ عَنِ وِلَايَةِ شَرْعِيَّةٍ، وَلَا خَفَاءَ فِي الْأَهْلِيَّةِ وَالْمَحَلِّيَّةِ، وَالِدَّلَالَةُ عَلَى الْوِلَايَةِ أَنَّ
 الْحَاجَةَ مَاسَّةً إِلَى إِثْبَاتِهَا كَي لَا يَنْسَدَّ عَلَيْهِ بَابُ التَّدَارُكِ وَلَا يَقَعُ فِي عَهْدَتِهَا بِالْمَرَاَجَعَةِ
 مِنْ غَيْرِ قَصْدٍ، وَلَيْسَتْ كِنَايَاتٌ عَلَى التَّحْقِيقِ لِأَنَّهَا عَوَامِلُ فِي حَقَائِقِهَا، وَالشَّرْطُ تَعْيِينُ
 أَحَدِ نَوْعِي الْبَيِّنَاتِ دُونَ الطَّلَاَقِ، وَانْتِقَاصُ الْعَدَدِ لثُبُوتِ الطَّلَاَقِ بِنَاءً عَلَى زَوَالِ الْوَصْلَةِ،
 وَإِنَّمَا تَصِحُّ نِيَّةُ الثَّلَاثِ فِيهَا لِتَنْتَوِعَ الْبَيِّنَاتُ إِلَى غَلِيظَةٍ وَخَفِيفَةٍ، وَعِنْدَ انْعِدَامِ النِّيَّةِ يَثْبُتُ
 الْأَدْنَى، وَلَا تَصِحُّ نِيَّةُ الْاِثْنَيْنِ عِنْدَنَا خِلَافًا لِرُفْرَ لَأَنَّهُ عَدَدٌ وَقَدْ بَيَّنَّاهُ مِنْ قَبْلُ.

الشرح:

قَالَ (ثُمَّ وَقُوعُ الْبَائِنِ بِمَا سِوَى الثَّلَاثَةِ الْأَوَّلِ مَذْهَبُنَا) وَهُوَ مَذْهَبُ عَامَّةِ
 الصَّحَابَةِ (وَقَالَ الشَّافِعِيُّ يَقَعُ بِهَا رَجْعِيٌّ) وَهُوَ مَذْهَبُ عُمَرَ وَابْنِ مَسْعُودٍ (لِأَنَّ الْوَاقِعَ
 بِهَا طَلَاَقٌ) وَاحِدٌ (لِأَنَّهَا كِنَايَاتٌ عَنِ الطَّلَاَقِ وَلِهَذَا تُشْتَرَطُ النِّيَّةُ) وَالْكِنَايَاتُ عَنِ الطَّلَاَقِ
 طَلَاَقٌ وَلِهَذَا يُنْتَقَصُ بِهِ الْعَدَدُ (وَالطَّلَاَقُ يَعْقَبُ الرَّجْعَةَ كَالصَّرِيحِ) فَإِنَّهُ إِنَّمَا يَكُونُ مُعَقَّبًا
 لِلرَّجْعَةِ لَكُونِهِ طَلَاَقًا (وَلَنَا أَنْ تَصْرُفَ الْإِبَانَةَ صَدَرَ عَنْ أَهْلِهِ مُضَافًا إِلَى مَحَلِّهِ عَنِ وِلَايَةِ
 شَرْعِيَّةٍ) وَكُلُّ مَا صَدَرَ مِنْ أَهْلِهِ كَذَلِكَ كَانَ صَحِيحًا لَا مَحَالَةَ. أَمَّا الْأَهْلِيَّةُ فَلَا خَفَاءَ
 فِيهِ لِأَنَّ الْكَلَامَ فِي الْأَهْلِ، وَأَمَّا الْمَحَلِّيَّةُ فَثَابِتَةٌ وَلِهَذَا كَانَتْ الْمَرْأَةُ مَحَلًّا لِلْبَيِّنَاتِ الْغَلِيظَةِ
 بِالْإِتِّفَاقِ، وَأَمَّا الْوِلَايَةُ الشَّرْعِيَّةُ فَلِأَنَّ الدَّلِيلَ الدَّالُّ عَلَى وِلَايَةِ الطَّلَاَقِ شَرْعًا وَهُوَ مِسَاسُ
 الْحَاجَةِ إِلَى إِثْبَاتِهَا دَالٌّ عَلَى وِلَايَةِ الْإِبَانَةِ بَوَاجْهِينِ ذَكَرَهُمَا الْمُصَنِّفُ:
 أَحَدُهُمَا قَوْلُهُ: (كَي لَا يَنْسَدَّ بَابُ التَّدَارُكِ).

وَالثَّانِي قَوْلُهُ: (وَلَا يَقَعُ فِي عَهْدَتِهَا بِالْمَرَاَجَعَةِ مِنْ غَيْرِ قَصْدٍ).

وَقَوْلُهُ: (بَابُ التَّدَارُكِ) أَيُّ تَدَارُكِ دَفْعِ الْمَرْأَةِ عَنْ نَفْسِهِ لِأَنَّهُ لَوْ لَمْ يَقَعِ الْبَيِّنَةُ عِنْدَ
 نِيَّتِهِ عَسَى تَوَقَّعُ الْمَرْأَةُ عَلَيْهِ نَفْسَهَا وَقَبْلَتَهُ بِشَهْوَةٍ فَثَبَّتَتْ الرَّجْعَةَ وَالزَّوْجُ يُرِيدُ فِرَاقَهَا، كَذَا
 فِي النِّهَايَةِ، وَفِي هَذَا كَمَا تَرَى جَعَلَ الْوَجْهَيْنِ وَجْهًا وَاحِدًا لِأَنَّهُ بَعِيْنُهُ تَفْسِيرُ الْوَجْهِ

الثاني، فَإِنْ جَعَلْتَ الثَّانِي تَفْسِيرًا لِلأَوَّلِ بِالْعَطْفِ فَسَدَ التُّكْنَةُ جُمْلَةً لِأَنَّ وَقُوعَ المُرَاجَعَةِ مِنْ غَيْرِ قَصْدٍ لَا يَسْتَقِيمُ عَلَى مَذْهَبِهِ، وَإِذَا فَسَدَ التَّفْسِيرُ فَسَدَ الْمُسَرُّ. وَالأَوَّلَى أَنْ يُفَسَّرَ قَوْلُهُ كَيْ لَا يَنْسَدَ بَابُ التَّدَارُكِ بِأَنَّ الرَّجُلَ قَدْ يَكُونُ نَافِرًا عَنِ الْمَرْأَةِ جِدًّا بِسَبَبٍ مِنَ الْأَسْبَابِ فَيُرِيدُ فِرَاقَهَا عَلَى وَجْهِ لَا يَحِلُّ لَهُ الرُّجُوعُ ثُمَّ يَذُو لَهُ، فَلَوْ لَمْ يُوجَدْ الْوَاحِدُ الْبَائِنُ لَطَلَّقَهَا ثَلَاثًا وَلَا يَرْضَى بِالِاسْتِحْلَالِ فَيَنْسَدُ عَلَيْهِ بَابُ التَّدَارُكِ، وَأَمَّا إِذَا وَجِدَ ذَلِكَ فَيَتَدَارَكُ بِتَجْدِيدِ النِّكَاحِ.

وَأَمَّا الْوَجْهُ الثَّانِي: فَتَفْسِيرُهُ مَا ذَكَرَهُ صَاحِبُ النَّهَائَةِ. وَلَقَائِلِ أَنْ يَقُولَ هَذَا الدَّلِيلُ يَدُلُّ عَلَى أَنَّ تَصَرُّفَ الْإِبَانَةِ قَدْ صَدَرَ مِنْ أَهْلِهِ إِنْ كَانَ يَكُونُ صَحِيحًا، وَالْمُدَّعِي أَنَّ هَذَا التَّصَرُّفَ تَصَرُّفُ إِبَانَةٍ فَلَا بُدَّ مِنْ إِبْتَاهِهِ لِيَصِحَّ أَنْ يُقَالَ تَصَرُّفُ الْإِبَانَةِ صَدَرَ مِنْ أَهْلِهِ. وَالْجَوَابُ: أَنَّ هَذَا الدَّلِيلَ يَدُلُّ عَلَى أَنَّ الْإِبَانَةَ الَّتِي يُمَكِّنُ بِهَا التَّدَارُكَ وَلَا يَقَعُ فِي عَهْدَتِهَا بِالْمُرَاجَعَةِ مِنْ غَيْرِ قَصْدٍ مُحْتَاجٍ إِلَيْهَا لَا بُدَّ مِنْهَا، وَهُوَ لَا يُمَكِّنُ أَنْ تَكُونَ الْبَيِّنَةُ الْغَلِيظَةُ لِإِسْدَادِ بَابِ التَّدَارُكِ بِهَا فَتَعَيَّنَ أَنْ تَكُونَ الْبَيِّنَةُ الْخَفِيفَةُ بِطَلْقَةِ وَاحِدَةٍ. وَقَوْلُهُ: (وَلَيْسَتْ كِنَايَاتٍ عَلَى التَّحْقِيقِ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ لِأَنَّهَا كِنَايَاتٌ عَنْ الطَّلَاقِ. وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ الْكِنَايَةَ عَنْ الطَّلَاقِ الصَّرِيحِ إِنَّمَا تَكُونُ كَالصَّرِيحِ فِي الْعَمَلِ أَنْ لَوْ كَانَتْ حَقِيقَةً، وَلَيْسَتْ كَذَلِكَ لِأَنَّهَا عَوَامِلُ فِي حَقَائِقِهَا (وَقَوْلُهُ وَالشَّرْطُ تَعْيِينُ أَحَدٍ نَوْعِي الْبَيِّنَةِ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ وَلِهَذَا يُشْتَرَطُ النِّيَّةُ. وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ اشْتِرَاطَ النِّيَّةِ لَوْ كَانَ لِأَجْلِ الطَّلَاقِ كَانَ دَلِيلًا عَلَى مَا ذَكَرْتُمْ، وَلَيْسَ كَذَلِكَ بَلْ هُوَ لِتَعْيِينِ أَحَدٍ نَوْعِي الْبَيِّنَةِ الْغَلِيظَةِ وَالْخَفِيفَةِ لَا لِلطَّلَاقِ، يَعْنِي: النِّيَّةُ شَرْطٌ لِلطَّلَاقِ الْبَائِنِ لَا لِلطَّلَاقِ الْمَجْرَدِ. وَقَوْلُهُ (وَالنِّقَاصُ الْعَدَدِ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ وَيُنْتَقَصُ بِهِ الْعَدَدُ. وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ الطَّلَاقَ الْبَائِنَ يُزِيلُ الْوَصْلَةَ وَكُلُّ مَا هُوَ كَذَلِكَ يُنْتَقَصُ بِهِ الْعَدَدُ، وَتَحْقِيقُهُ أَنَّهُ لَا مُنَافَاةَ بَيْنَ نَقْصِ الْعَدَدِ وَالطَّلَاقِ الْبَائِنِ فَكَانَ النِّقْصُ مِنْ حَيْثُ كَوْنُهُ طَلَاقًا بَائِنًا. وَقَوْلُهُ (وَإِنَّمَا تَصِحُّ نِيَّةُ الثَّلَاثِ) جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ لَوْ كَانَتْ عَوَامِلُ فِي حَقَائِقِهَا لَمَا صَحَّ نِيَّةُ الثَّلَاثِ فِي قَوْلِهِ أَنتِ بَائِنٌ مِثْلًا كَمَا لَا تَصِحُّ فِي قَوْلِهِ أَنتِ طَالِقٌ لِأَنَّهُ عَامِلٌ بِنَفْسِهِ، وَتَقْرِيرُهُ صِحَّةُ نِيَّةِ الثَّلَاثِ لَمْ تَكُنْ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ عَامِلٌ فِي حَقِيقَتِهِ بَلْ مِنْ حَيْثُ تَنَوُّعُ الْبَيِّنَةِ إِلَى غَلِيظَةٍ وَخَفِيفَةٍ، وَعِنْدَ انْعِدَامِ النِّيَّةِ يَثْبُتُ الْأَدْنَى وَهُوَ الْوَاحِدُ الْبَائِنُ (وَلَا تَصِحُّ نِيَّةُ الثَّانِيَيْنِ عِنْدَنَا

وَالثَّانِيَةِ حَيْضًا وَبِالثَّلَاثَةِ طَلَاقًا وَقَعَتْ ثِنْتَانِ. نَوَى بِالأُولَى وَالثَّلَاثَةِ حَيْضًا وَبِالثَّانِيَةِ طَلَاقًا وَقَعَتْ ثِنْتَانِ. نَوَى بِالثَّانِيَةِ وَالثَّلَاثَةِ حَيْضًا وَبِالأُولَى طَلَاقًا وَقَعَتْ وَاحِدَةً. وَبِنَاءُ هَذِهِ الْوُجُوهِ عَلَى الْاِقْتِضَاءِ وَعَلَى حَالِ مُذَاكَرَةِ الطَّلَاقِ وَعَلَى أَنَّ النِّتْيَةَ تُبْطَلُ مُذَاكَرَةُ الطَّلَاقِ فَاعْتَبِرَ ذَلِكَ، وَاللَّهُ الْمُوفُّ (وَفِي كُلِّ مَوْضِعٍ يَصْدُقُ الزَّوْجُ عَلَى نَفْسِ النِّتْيَةِ إِنْمَا يَصْدُقُ مَعَ الْيَمِينِ لِأَنَّهُ أَمِينٌ فِي الْإِخْبَارِ عَمَّا فِي ضَمِيرِهِ، وَالْقَوْلُ قَوْلُ الْأَمِينِ مَعَ الْيَمِينِ) وَاللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

بَابُ تَفْوِيضِ الطَّلَاقِ

فَصْلٌ فِي الْاِخْتِيَارِ

(وَإِذَا قَالَ لَامْرَأَتِهِ: اخْتَارِي بَيْنِي وَبَيْنَ ذَلِكَ الطَّلَاقِ أَوْ قَالَ لَهَا: طَلَّقِي نَفْسَكَ فَلَهَا أَنْ تُطَلِّقَ نَفْسَهَا مَا دَامَتْ فِي مَجْلِسِهَا ذَلِكَ، فَإِنْ قَامَتْ مِنْهُ أَوْ أَخَذَتْ فِي عَمَلٍ آخَرَ خَرَجَ الْأَمْرُ مِنْ يَدِهَا) لِأَنَّ الْمُخَيَّرَةَ لَهَا الْمَجْلِسُ بِإِجْمَاعِ الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ أَجْمَعِينَ، وَلِأَنَّهُ تَمْلِكُ الْفِعْلَ مِنْهَا، وَالتَّمْلِكُ كَاتِبُ تَقْتَضِي جَوَابًا فِي الْمَجْلِسِ كَمَا فِي الْبَيْعِ، لِأَنَّ سَاعَاتِ الْمَجْلِسِ أُعْثِرَتْ سَاعَةً وَاحِدَةً، إِلَّا أَنَّ الْمَجْلِسَ تَارَةً يَتَبَدَّلُ بِالذَّهَابِ عَنْهُ وَتَارَةً بِالِاشْتِغَالِ بِعَمَلٍ آخَرَ، إِذْ مَجْلِسُ الْأَكْلِ غَيْرُ مَجْلِسِ الْمُنَاطَرَةِ وَمَجْلِسُ الْقِتَالِ غَيْرُهُمَا. وَيَبْطُلُ خِيَارُهَا بِمُجَرَّدِ الْقِيَامِ لِأَنَّهُ دَلِيلُ الْإِعْرَاضِ، بِخِلَافِ الصَّرْفِ وَالسَّلَمِ لِأَنَّ الْمُفْسِدَ هُنَاكَ الْاِقْتِرَاقُ مِنْ غَيْرِ قَبْضٍ، ثُمَّ لَا بُدَّ مِنَ النِّتْيَةِ فِي قَوْلِهِ: اخْتَارِي لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ تَخْيِيرَهَا فِي نَفْسِهَا وَيَحْتَمِلُ تَخْيِيرَهَا فِي تَصَرُّفِ آخَرَ غَيْرِهِ (فَإِنْ اخْتَارَتْ نَفْسَهَا فِي قَوْلِهِ اخْتَارِي كَانَتْ وَاحِدَةً بَائِنَةً). وَالْقِيَاسُ أَنَّ لَا يَقَعُ بِهِذَا شَيْءٌ، وَإِنْ نَوَى الزَّوْجُ الطَّلَاقَ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ الْإِيقَاعَ بِهِذَا اللَّفْظِ فَلَا يَمْلِكُ التَّفْوِيضَ إِلَى غَيْرِهِ إِلَّا أَنَا اسْتَحْسَنَاهُ لِإِجْمَاعِ الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ، وَلِأَنَّهُ بِسَبِيلٍ مِنْ أَنْ يَسْتَدِيمَ نِكَاحَهَا أَوْ يُفَارِقَهَا فَيَمْلِكُ إِقَامَتَهَا مَقَامَ نَفْسِهِ فِي حَقِّ هَذَا الْحُكْمِ، ثُمَّ الْوَاقِعُ بِهَا بَائِنٌ لِأَنَّ اخْتِيَارَهَا نَفْسَهَا بِثُبُوتِ اخْتِصَاصِهَا بِهَا وَذَلِكَ فِي الْبَائِنِ (وَلَا يَكُونُ ثَلَاثًا وَإِنْ نَوَى الزَّوْجُ ذَلِكَ) لِأَنَّ الْاِخْتِيَارَ لَا يَتَنَوَّعُ، بِخِلَافِ الْإِبَانَةِ لِأَنَّ الْبَيِّنُونَ قَدْ تَنَوَّعُوا.

الشرح:

(بَابُ تَفْوِيضِ الطَّلَاقِ): لَمَّا فَرَعَ مِنْ تَصَرُّفِ نَفْسِ الرَّجُلِ فِي الطَّلَاقِ شَرَعَ فِي

يَبَانَ التَّصَرُّفُ الْحَاصِلُ فِيهِ مِنْ غَيْرِهِ فِي بَابٍ عَلَى حِدَةٍ، وَأَخَرَهُ لِأَنَّ الْأَصْلَ تَصَرُّفُ الْمَرْءِ لِنَفْسِهِ.

(فَصْلٌ فِي الْاِخْتِيَارِ): هَذَا الْبَابُ ثَلَاثُ فُصُولٍ بِالِاسْتِقْرَاءِ وَذَكَرَهَا مُتَوَالِيَةً وَكَلَامُهُ وَاضِحٌ. وَحَاصِلُهُ أَنَّ فِيهِ قِيَاسًا وَاسْتِحْسَانًا. الْقِيَاسُ يَقْتَضِي أَنْ لَا يَقَعَ بِهَذَا شَيْءٌ وَإِنْ نَوَى الزَّوْجُ الطَّلَاقَ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ الْإِيقَاعَ بِهَذَا اللَّفْظِ حَتَّى لَوْ قَالَ اخْتَرْتُكَ مِنْ نَفْسِي أَوْ اخْتَرْتُ نَفْسِي مِنْكَ لَا يَقَعَ شَيْءٌ، وَمَنْ لَا يَمْلِكُ شَيْئًا لَا يَمْلِكُ تَمْلِيكَهُ لْغَيْرِهِ، لَكِنْ اسْتَحْسَنُوا تَرْكَ الْقِيَاسِ لِإِجْمَاعِ الصَّحَابَةِ. رُوِيَ عَنْ عُمَرَ وَعُثْمَانَ وَعَلِيٍّ وَابْنِ مَسْعُودٍ وَابْنِ عُمَرَ وَجَابِرٍ وَزَيْدٍ وَعَائِشَةَ أَنَّهُمْ قَالُوا: إِذَا خَيَّرَ الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ كَانَ لَهَا الْخِيَارُ مَا دَامَتْ فِي مَجْلِسِهَا ذَلِكَ، فَإِذَا قَامَتْ فَلَا خِيَارَ لَهَا. وَلَمْ يُقَلَّ عَنْ غَيْرِهِمْ خِلَافَ ذَلِكَ فَحَلَّ مَحَلَّ الْإِجْمَاعِ.

وَقَوْلُهُ (وَلَاغُهُ تَمْلِيكٌ) دَلِيلٌ مَعْقُولٌ عَلَى أَنَّ الْأَصْلَ أَنْ يَقْتَصِرَ الْجَوَابُ عَلَى الْمَجْلِسِ كَمَا فِي الْبَيْعِ، وَهُوَ مُخَالَفٌ لِمَا ذَكَرَ صَاحِبُ النَّهَايَةِ أَنَّ الْقِيَاسَ أَنْ لَا يَنْطَلِ خِيَارُهَا بِالْقِيَامِ عَنْ الْمَجْلِسِ لِأَنَّ التَّخْيِيرَ مِنَ الزَّوْجِ مُطْلَقٌ وَالْمُطْلَقُ فِيمَا يَحْتَمِلُ التَّأْيِيدَ يَتَأَبَّدُ، لَكِنْ تَرَكْنَا هَذَا الْقِيَاسَ بِأَثَارِ الصَّحَابَةِ، وَالْمُصَنِّفُ جَعَلَهُ كَالْبَيْعِ فِي كَوْنِهِ تَمْلِيكًا، ثُمَّ لَا يَخْلُو إِمَّا أَنْ يَكُونَ الْبَيْعُ مِمَّا يَتَأَبَّدُ، وَمِمَّا لَا يَتَأَبَّدُ، فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ بَطَلَ الْقِيَاسُ: أَعْنِي قِيَاسَ الْمُصَنِّفِ التَّخْيِيرَ عَلَى الْبَيْعِ لِأَنَّهُ مِمَّا يَقْتَصِرُ عَلَى الْمَجْلِسِ، وَإِنْ كَانَ الثَّانِي كَانَ الْاِخْتِيَارُ كَذَلِكَ فَلَمْ يَكُنْ الْقِيَاسُ مَا ذَكَرَهُ صَاحِبُ النَّهَايَةِ. ثُمَّ فَرَّقَ بَيْنَ التَّمْلِيكِ وَالتَّوَكُّيلِ بِأَنَّ التَّمْلِيكَ يَقْتَضِي أَنْ يَكُونَ الْمَمْلُوكُ لَهُ عَامِلًا لِنَفْسِهِ، وَالتَّوَكُّيلُ يَقْتَضِي أَنْ يَكُونَ الْوَكِيلُ عَامِلًا لْغَيْرِهِ، وَالْمَرْأَةُ بَعْدَ التَّخْيِيرِ إِثْمًا تَعْمَلُ لِنَفْسِهَا فَكَانَ التَّخْيِيرُ تَمْلِيكًا لَا تَوَكُّيلًا. وَأُورِدَ عَلَى ذَلِكَ شَبْهًا: أَحَدُهَا أَنَّ رَبَّ الدِّينِ إِذَا وَكَّلَ الْمَدْيُونِ بِإِبْرَاءِ ذِمَّتِهِ عَنْ الدِّينِ فَهُوَ وَكِيلٌ وَإِنْ كَانَ عَامِلًا لِنَفْسِهِ فِي إِبْرَاءِ ذِمَّتِهِ عَنْ الدِّينِ، وَالدَّلِيلُ عَلَى أَنَّهُ وَكِيلٌ عَدَمُ الْاِقْتِصَارِ عَلَى الْمَجْلِسِ، وَيَمْلِكُ صَاحِبُ الدِّينِ الرَّجُوعَ قَبْلَ الْإِبْرَاءِ.

وَالثَّانِيَةُ: أَنَّ التَّخْيِيرَ لَوْ كَانَ تَمْلِيكًا تَوَارَدَ مِلْكُهُ وَمِلْكُهَا عَلَى الطَّلَاقِ دَفْعَةً وَهُوَ لَا يَصِحُّ.

وَالثَّالِثَةُ: أَنَّهُ لَوْ قَالَ طَلَّقِي نَفْسَكَ ثُمَّ حَلَفَ أَنْ لَا يُطَلِّقَ وَطَلَّقَتْ هِيَ نَفْسَهَا

حَنْثَ الزَّوْجِ فِي يَمِينِهِ، وَلَوْ مَلَكَتْ طَلَاقَهَا لَمَا حَنْثَ.

وَأَحَابَ عَنِ الْأَوَّلِ بِمَا حَاصِلُهُ أَنَّ تَصَرُّفَ الْمَذْيُونِ لِنَفْسِهِ وَقَعَ فِي ضَمَنِ صِحَّةِ وَكَالَتِهِ وَالضَّمْنِيُّ غَيْرُ مُعْتَبَرٍ وَهُوَ لَيْسَ بِدَافِعٍ لِحَوَازِ أَنْ يُقَالَ مِثْلُهُ فِي التَّخْيِيرِ بِأَنَّهَا تَعْمَلُ لِنَفْسِهَا فِي ضَمَنِ صِحَّةِ وَكَالَتِهَا، وَكَذَا بَقِيَّةُ كَلَامِهِ فِي الْأَجُوبَةِ لَا يَخْلُو عَنْ ضَعْفٍ يَطُولُ الْكَلَامُ بِذِكْرِهِ. وَأَقُولُ: التَّمْلِيكُ هُوَ الْإِقْرَارُ الشَّرْعِيُّ عَلَى مَحَلِّ التَّصَرُّفِ وَالتَّوَكُّيلُ هُوَ الْإِقْرَارُ عَلَى التَّصَرُّفِ وَحِينَئِذٍ تُنْدَفِعُ الشُّبْهَةُ الْأُولَى. وَالْجَوَابُ عَنِ الثَّانِيَةِ أَنَّ التَّخْيِيرَ تَمْلِيكًا لَكِنْ لَا يَثْبُتُ بِهِ الْمَلِكُ لَهَا إِلَّا بِالْقَبُولِ، فَقَبْلَهُ لَا مَلِكَ لَهَا وَبَعْدَهُ زَالَ مَلِكُهُ فَلَمْ يَتَوَارَدْ لِلْمَلِكَانِ عَلَيْهِ لَا قَبْلَ الْقَبُولِ وَلَا بَعْدَهُ. وَعَنِ الثَّالِثَةِ بِأَنَّ الْمَسْأَلَةَ مَمْنُوعَةٌ وَالْمَنْعُ مَذْكُورٌ فِي الزِّيَادَاتِ.

ثُمَّ إِنَّ الْمَرْأَةَ إِمَّا أَنْ تَخْتَارَ زَوْجَهَا أَوْ نَفْسَهَا، فَإِنْ اخْتَارَتْ زَوْجَهَا لَمْ يَقَعْ شَيْءٌ. وَقَالَ عَلِيُّ عليه السلام: تَقَعُ تَطْلِيقَةُ رَجْعِيَّةٍ، كَأَنَّهُ جَعَلَ عَيْنَ هَذَا اللَّفْظِ طُلَاقًا. وَإِنَّمَا نَأْخُذُ بِقَوْلِ عُمَرَ وَابْنِ مَسْعُودٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أَنَّهُ لَا يَقَعُ فِي ذَلِكَ شَيْءٌ، قَالَتْ عَائِشَةُ: «خَيْرَنَا رَسُولُ اللَّهِ صلى الله عليه وسلم فَاخْتَرْنَاهُ، وَلَمْ يَكُنْ ذَلِكَ طُلَاقًا»، وَإِنْ اخْتَارَتْ نَفْسَهَا فَهِيَ وَاحِدَةٌ بَائِنَةٌ عِنْدَنَا وَهُوَ قَوْلُ عَلِيٍّ لِأَنَّ اخْتِيَارَهَا نَفْسَهَا بَثُوتِ اخْتِصَاصِهَا بِهَا، وَذَلِكَ فِي الْبَائِنِ، وَلَا يَقَعُ ثَلَاثٌ وَإِنْ تَوَى الزَّوْجُ لِأَنَّ الْاِخْتِيَارَ لَا يَتَنَوَّعُ، بِخِلَافِ الْإِبَائَةِ فَإِنَّهَا تَتَنَوَّعُ كَمَا تَقَدَّمَ.

قَالَ: (وَلَا بُدَّ مِنْ ذِكْرِ النَّفْسِ فِي كَلَامِهِ أَوْ فِي كَلَامِهَا، حَتَّى لَوْ قَالَ لَهَا: اخْتَارِي فَقَالَتْ قَدْ: اخْتَرْتُ فَهُوَ بَاطِلٌ) لِأَنَّهُ عُرِفَ بِالْإِجْمَاعِ وَهُوَ فِي الْمَفْسُورَةِ مِنْ أَحَدِ الْجَانِبَيْنِ، وَلِأَنَّ الْمُبْهَمَ لَا يَصْلُحُ تَفْسِيرًا لِلْمُبْهَمِ الْآخَرَ وَلَا تَعْيِينَ مَعَ الْإِبْهَامِ (وَلَوْ قَالَ لَهَا: اخْتَارِي نَفْسَكَ فَقَالَتْ: اخْتَرْتُ تَقَعُ وَاحِدَةٌ بَائِنَةٌ) لِأَنَّ كَلَامَهُ مَفْسُورٌ، وَكَلَامُهَا خَرَجَ جَوَابًا لَهُ فَتَيَضَّمَّنْ إِعَادَتَهُ (وَكَذَا لَوْ قَالَ اخْتَارِي اخْتِيَارَةً فَقَالَتْ: اخْتَرْتُ) لِأَنَّ الْهَاءَ فِي الْاِخْتِيَارَةِ تُنْبِئُ عَنِ الْاِتِّحَادِ وَالْاِنْفِرَادِ، وَاخْتِيَارُهَا نَفْسَهَا هُوَ الَّذِي يَتَّحِدُ مَرَّةً وَيَتَعَدَّدُ أُخْرَى فَصَارَ مَفْسُورًا مِنْ جَانِبِهِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: وَلَا بُدَّ مِنْ ذِكْرِ النَّفْسِ فِي كَلَامِهِ أَوْ كَلَامِهَا) قَالَ فِي النَّهَائَةِ: هَذَا لَيْسَ

بِمُنْحَصِرٍ بِذِكْرِ النَّفْسِ فِي حَقِّ إِرَادَةِ الطَّلَاقِ الْبَائِنِ مِنَ التَّخْيِيرِ، فَإِنَّ الْبَيِّنَةَ كَمَا تَقَعُ عِنْدَ ذِكْرِ النَّفْسِ فِي أَحَدِ الْكَلَامَيْنِ فَكَذَلِكَ تَقَعُ بِذِكْرِ مَا يَقُومُ مَقَامَ النَّفْسِ فِي أَحَدِ الْكَلَامَيْنِ كَالْتَّطْلِقَةِ وَالْاِخْتِيَارَةِ. وَهُوَ وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (حَتَّى لَوْ قَالَ لَهَا اخْتَارِي فَقَالَتْ اخْتَرْتُ فَهُوَ بَاطِلٌ) قِيلَ هَذَا إِذَا لَمْ يُصَدِّقْهَا الزَّوْجُ بِأَنَّهَا اخْتَارَتْ نَفْسَهَا، أَمَا إِذَا صَدَّقَهَا طَلَّقَتْ وَإِنْ كَانَ الْكَلَامَانِ مُبْهَمَيْنِ.

وَقَوْلُهُ (وَلَا تَعَيَّنَ مَعَ الْإِبْهَامِ) يَعْنِي أَنَّ اخْتَارِي مِنَ الْكِنَايَاتِ يَحْتَمِلُ مَعْنَيْنِ فَلَا بُدَّ مِنَ التَّعْيِينِ وَلَا تَعَيَّنَ مَعَ الْإِبْهَامِ، وَقَوْلُهُ (وَلَوْ قَالَ اخْتَارِي نَفْسَكَ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (فَيَتَضَمَّنُ إِعَادَتَهُ) أَيُّ إِعَادَةِ كَلَامِهِ فَكَأَنَّهَا قَالَتْ اخْتَرْتُ مَا أَمَرْتَنِي بِاخْتِيَارِهِ وَهُوَ النَّفْسُ. وَقَوْلُهُ وَكَذَا لَوْ قَالَ اخْتَارِي اخْتِيَارَةً) بَيَانُ مَا يَقُومُ مَقَامَ النَّفْسِ فِي التَّفْسِيرِ (لَأَنَّ الْهَاءَ) أَيُّ التَّاءِ (فِي الْاِخْتِيَارَةِ تُنْبِئُ عَنِ الْاِثْنَادِ) لَكُونَهَا لِلْمَرَّةِ، وَالْاِثْنَادُ إِنَّمَا يَكُونُ فِي اخْتِيَارِهَا نَفْسَهَا لِأَنَّهُ يَتَّحِدُ مَرَّةً بِأَنَّ قَالَ لَهَا اخْتَارِي نَفْسَكَ بِتَطْلِيقَةِ (وَيَتَعَدَّدُ أُخْرَى) بِأَنَّ قَالَ لَهَا اخْتَارِي نَفْسَكَ بِمَا شِئْتَ أَوْ بِثَلَاثٍ (فَصَارَ مُفَسَّرًا مِنْ جَانِبِهِ) بِخِلَافِ اخْتِيَارِهَا الزَّوْجَ فَإِنَّهُ لَا يَتَعَدَّدُ لَكُونِهِ عِبَارَةً عَنِ إِبْقَاءِ النِّكَاحِ وَهُوَ غَيْرُ مُتَعَدِّدٍ..

وقوله: (وَلَوْ قَالَ: اخْتَارِي فَقَالَتْ: قَدْ اخْتَرْتُ نَفْسِي) يَقَعُ الطَّلَاقُ إِذَا نَوَى الزَّوْجُ) لِأَنَّ كَلَامَهَا مُفَسَّرٌ، وَمَا نَوَاهُ الزَّوْجُ مِنْ مُحْتَمَلَاتِ كَلَامِهِ (وَلَوْ قَالَ: اخْتَارِي فَقَالَتْ: أَنَا اخْتَارَ نَفْسِي فَهِيَ طَالِقٌ) وَالْقِيَاسُ أَنْ لَا تَطْلُقَ لِأَنَّ هَذَا مُجَرَّدُ وَعْدٍ أَوْ يَحْتَمِلُهُ، فَصَارَ كَمَا إِذَا قَالَ لَهَا: طَلَّقِي نَفْسَكَ فَقَالَتْ: أَنَا أَطْلُقُ نَفْسِي. وَجَهُ الْاِسْتِحْسَانِ حَدِيثُ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا «فَإِنَّهَا قَالَتْ لَا بَلْ اخْتَارَ اللَّهُ وَرَسُولُهُ»^(١) اِعْتَبَرَهُ النَّبِيُّ ﷺ جَوَابًا مِنْهَا، وَلِأَنَّ هَذِهِ الصَّيْغَةَ حَقِيقَةً فِي الْحَالِ وَتَجُوزُ فِي الْاِسْتِقْبَالِ كَمَا فِي كَلِمَةِ الشَّهَادَةِ، وَأَدَاءِ الشَّاهِدِ الشَّهَادَةَ، بِخِلَافِ قَوْلِهَا: أَطْلُقُ نَفْسِي لِأَنَّهُ تَعَذَّرَ حَمْلُهُ عَلَى الْحَالِ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِحِكَايَةٍ عَنْ حَالَةٍ قَائِمَةٍ، وَلَا كَذَلِكَ قَوْلِهَا: أَنَا اخْتَارَ نَفْسِي لِأَنَّهُ حِكَايَةٌ عَنْ حَالَةٍ قَائِمَةٍ وَهُوَ اخْتِيَارُهَا نَفْسَهَا، وَلَوْ قَالَ لَهَا: اخْتَارِي اخْتَارِي اخْتَارِي فَقَالَتْ: قَدْ اخْتَرْتُ الْأُولَى أَوْ الْوُسْطَى أَوْ الْأَخِيرَةَ طَلَّقَتْ ثَلَاثًا فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى عَلَيْهِ، وَلَا يُحْتَاجُ

(١) أخرجه البخاري في المظالم باب ٢٥، ومسلم في الرضاع (٩٦) والطلاق (٣١) عن عائشة رضي الله عنها.

إِلَى نِيَّةِ الزَّوْجِ (وَقَالَا: تَطْلُقُ وَاحِدَةً) وَإِنَّمَا لَا يُحْتَاجُ إِلَى نِيَّةِ الزَّوْجِ لِدَلَالَةِ التَّكْرَارِ عَلَيْهِ إِذِ
الِاخْتِيَارُ فِي حَقِّ الطَّلَاقِ هُوَ الَّذِي يَتَكَرَّرُ لَهُمَا إِنْ ذَكَرَ الْأُولَى، وَمَا يَجْرِي مَجْرَاهُ إِنْ
كَانَ لَا يُفِيدُ مِنْ حَيْثُ التَّرْتِيبُ يُفِيدُ مِنْ حَيْثُ الْإِفْرَادُ فَيُعْتَبَرُ فِيمَا يُفِيدُ. وَلَهُ أَنْ هَذَا
وَصَفَّ لِفَوِّ لَأَنَّ الْمُجْتَمَعَ فِي الْمَلِكِ لَا تَرْتِيبَ فِيهِ كَالْمُجْتَمَعَ فِي الْمَكَانِ، وَالْكَلَامُ لِلتَّرْتِيبِ
وَالْإِفْرَادُ مِنْ ضَرُورَاتِهِ، فَإِذَا لَعَا فِي حَقِّ الْأَصْلِ لَعَا فِي حَقِّ الْبِنَاءِ (وَلَوْ قَالَتْ اخْتَرْتُ
اخْتِيَارَةً فَهِيَ ثَلَاثٌ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا) لِأَنَّهَا لِلْمَرَّةِ فَصَارَ كَمَا إِذَا صَرَحَتْ بِهَا وَلَأَنَّ
الِاخْتِيَارَةَ لِلتَّأْكِيدِ وَبِدُونِ التَّأْكِيدِ تَقَعُ الثَّلَاثُ فَمَعَ التَّأْكِيدِ أُولَى (وَلَوْ قَالَتْ قَدْ طَلَّقْتُ
نَفْسِي أَوْ اخْتَرْتُ نَفْسِي بِتَطْلِيقَةٍ فَهِيَ وَاحِدَةٌ يَمْلِكُ الرَّجْعَةَ) لِأَنَّ هَذَا اللَّفْظَ يُوجِبُ
الِانْطِلَاقَ بَعْدَ انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ فَكَأَنَّهَا اخْتَارَتْ نَفْسَهَا بَعْدَ الْعِدَّةِ (وَإِنْ قَالَ لَهَا أَمْرُكَ بِيَدِكَ
فِي تَطْلِيقَةٍ أَوْ اخْتَارِي تَطْلِيقَةً فَاخْتَارَتْ نَفْسَهَا فَهِيَ وَاحِدَةٌ يَمْلِكُ الرَّجْعَةَ) لِأَنَّهُ جَعَلَ
لَهَا الْاخْتِيَارَ لَكِنْ بِتَطْلِيقَةٍ وَهِيَ مُعَقَّبَةٌ لِلرَّجْعَةِ بِالنَّصِّ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلَوْ قَالَ لَهَا اخْتَارِي فَقَالَتْ اخْتَرْتُ نَفْسِي) ظَاهِرٌ، وَلَمْ يَذْكُرْ وَقُوعَ كَلَامِ
الْمَرْأَةِ مُفَسَّرًا بِذِكْرِهَا الْاخْتِيَارَةَ، كَمَا لَوْ قَالَ الزَّوْجُ اخْتَارِي فَقَالَتْ الْمَرْأَةُ اخْتَرْتُ
اخْتِيَارَةً، وَالْحُكْمُ فِيهِمَا سَوَاءٌ لِأَنَّ ذِكْرَ الْاخْتِيَارَةِ لَمَّا صَلَحَ لِلتَّفْسِيرِ صَارَ ذِكْرُهَا بِمَنْزِلَةِ
ذِكْرِ النَّفْسِ وَكِلَاهُمَا بِالنِّسْبَةِ إِلَيْهِ سَوَاءٌ.

فَكَذَا بِالنِّسْبَةِ إِلَى ذِكْرِ الْاخْتِيَارَةِ (وَلَوْ قَالَ اخْتَارِي فَقَالَتْ أَنَا اخْتَارْتُ نَفْسِي فَهِيَ
طَالِقٌ، وَالْقِيَاسُ أَنْ لَا تَطْلُقَ لِأَنَّ هَذَا مُجَرَّدٌ وَعَدٌ) يَعْنِي إِنْ أَرَادَتْ الْاسْتِقْبَالَ (أَوْ
يَحْتَمِلُهُ) إِنْ لَمْ تُرْدهُ، (فَصَارَ كَمَا إِذَا قَالَ لَهَا طَلِّقِي نَفْسَكَ فَقَالَتْ أَنَا أَطْلُقُ نَفْسِي) فَإِنَّهُ
لَا يَقَعُ الطَّلَاقُ بِهَذَا وَجْهَ الاسْتِحْسَانِ حَدِيثُ عَائِشَةَ (وَهُوَ مَا رَوَى «أَنَّهُ لَمَّا نَزَلَ قَوْلُهُ
تَعَالَى ﴿يَتَأْتِيهَا النَّبِيُّ قُلٌّ لِأَزْوَاجِكُ إِنْ كُنْتُنَّ تُرِدْنَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا وَزَيَّنَتْنَهَا
فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ وَأُسَرِّحْكُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾ بِدَأْ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بِعَائِشَةَ فَقَالَ:
إِنِّي مُخْبِرُكَ بِأَمْرِ فَلَا تُجِيبِينِي حَتَّى تَسْتَأْمِرِي أَبَوَيْكَ، ثُمَّ أَخْبَرَهَا بِالْآيَةِ، فَقَالَتْ: أَفِي
هَذَا أَسْتَأْمِرُ أَبَوَيَّ؟ لَا، بَلْ اخْتَارَ اللَّهُ وَرَسُولُهُ وَالذَّارُ الْآخِرَةُ».

وَاعْتَبَرَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ جَوَابًا مِنْهَا وَإِنْ كَانَ عَلَى صِغَةِ الْمُضَارِعِ الْمُحْتَمِلِ الْوَعْدَ

(وَلَأَنَّ هَذِهِ الصَّيْغَةَ حَقِيقَةٌ فِي الْحَالِ وَتَجَوُّزٌ فِي الاسْتِقْبَالِ) وَالْحَقِيقَةُ يُمَكِّنُ أَنْ تَكُونَ مُرَادَةً (كَمَا فِي كَلِمَةِ الشَّهَادَةِ) فَإِنَّ الرَّجُلَ إِذَا قَالَ أَشْهَدُ أَنْ لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ وَأَشْهَدُ أَنَّ مُحَمَّدًا عَبْدُهُ وَرَسُولُهُ يُعْتَبَرُ ذَلِكَ مِنْهُ إِيْمَانًا لَا وَعْدًا بِالْإِيْمَانِ، وَكَذَا الشَّاهِدُ إِذَا قَالَ: أَشْهَدُ بِكَذَا فَلَا يَصِيرُ إِلَى الْمَجَازِ (بِخِلَافِ قَوْلِهَا أَنَا أَطْلُقُ نَفْسِي لِأَنَّ الْحَمْلَ عَلَى الْحَقِيقَةِ مُتَعَذِّرٌ) إِذْ لَيْسَ ثَمَّةَ حَالَةٍ قَائِمَةٍ بِالْمُتَكَلِّمِ يَقَعُ قَوْلُهُ أَطْلُقُ نَفْسِي حِكَايَةً عَنْهُ مِنْ حَيْثُ إِنَّ الْإِيْقَاعَ بِاللِّسَانِ دُونَ الْقَلْبِ وَلَمْ يَصِحَّ فِعْلُ اللِّسَانِ حِكَايَةً عَنْ فِعْلِ قَائِمٍ بِاللِّسَانِ عَلَى سَبِيلِ الْحَالِ لِأَنَّهُ مَعْدُومٌ بَعْدَ وَالْحِكَايَةُ تَقْتَضِي وَجُودَ الْمُحَكِّيِّ عَنْهُ (وَلَا كَذَلِكَ اخْتَارُ نَفْسِي لِأَنَّهُ حِكَايَةً عَنْ حَالَةٍ قَائِمَةٍ وَهُوَ اخْتِيَارُهَا نَفْسَهَا) لِأَنَّ الْاِخْتِيَارَ مِنْ عَمَلِ الْقَلْبِ فَيَكُونُ الذِّكْرُ بِاللِّسَانِ حِكَايَةً عَنْ أَمْرٍ قَائِمٍ لَا مَحَالَةَ .

واعتراض الشارحون على قوله حقيقة في الحال بأن النحويين اتفقوا على أن صيغة المضارع مشتركة بين الحال والاستقبال وهم أعرف بالموضوعات. وأجاب صاحب النهاية وتابعه غيره بأن أحد معنيي المشترك يرجح بدلالة تدل على ذلك المعنى وقد وجدنا هاهنا دلالة إرادة الحال به، إذ العادة العرفية والشرعية تدلان على أن مثل هذه الصيغة للحال يقول الرجل فلان يختار كذا وأنا أملك كذا في العادة وفي الشريعة كما ذكرنا من كلمة الشهادة وأداء الشهادة، وهذا كما ترى ليس بدافع للسؤال وليس له اتصال بهذا المحل.

وأقول: بحث الحقيقة والمجاز ليس بوظيفة النحوي فلا معتبر بكلامهم فيه، وإنما هو وظيفة الأصول أو وظيفة البيان، وأهل البيان لم يتعرضوا لذكره فيما وصل إلينا من كتبهم، وأهل الأصول نقلوا فيه الخلاف، فمنهم من قال مثل ما قال به المصنف، ومنهم من قال بالعكس، ومنهم من قال بالاشتراك، والأول مختار الفقهاء والمصنف منهم لا محالة، والقول بالاشتراك مرجوح لأن اللفظ إذا دار بين الاشتراك والمجاز فالحمل على المجاز أولى لأن الاشتراك محل بالفهم على ما عرفت .

قال (ولو قال لها اختاري اختاري اختاري فقالت قد اخترت الأولى أو الوسطى أو الأخيرة طلقت ثلاثاً عند أبي حنيفة، ولا يحتاج إلى نية الزوج ولا إلى ذكر النفس، وعندهما تطلق واحدة، وإنما لا يحتاج إلى النية) وإن كانت من الكنايات (لدلالة

التَّكْرَارِ عَلَيْهِ إِذِ الْاِخْتِيَارُ فِي حَقِّ الطَّلَاقِ هُوَ الَّذِي يَتَكَرَّرُ فَكَانَ مُتَعَيِّنًا فَلَا يَحْتَاجُ إِلَى ذِكْرِ النَّفْسِ لِزَوَالِ الْإِبْهَامِ، قَالَ: الْأَوَّلَى وَالْوُسْطَى وَالْأَخِيرَةَ كُلُّ مِنْهَا اسْمٌ لِمُفْرَدٍ مُرْتَّبٍ، وَلَيْسَ الْمَحَلُّ مَحَلَّ تَرْتِيبٍ فَيَلْعَوُ التَّرْتِيبُ وَيَبْقَى الْإِفْرَادُ، وَكَأَنَّهَا قَالَتْ اخْتَرْتُ التَّطْلِيقَةَ الْأَوَّلَى لِأَنَّ مَعْنَى قَوْلِهَا اخْتَرْتُ الْأَوَّلَى اخْتَرْتُ مَا صَارَ إِلَيَّ بِالْكَلِمَةِ الْأَوَّلَى، وَالَّذِي صَارَ إِلَيْهَا بِالْكَلِمَةِ الْأَوَّلَى تَطْلِيقَةً فَكَأَنَّهَا صرَّحَتْ بِذَلِكَ وَفِي ذَلِكَ يَقَعُ وَاحِدَةٌ فَكَذَا هَاهُنَا .

وَلَأَيُّ حَنِيفَةٍ أَنَّ هَذَا وَصَفُ لَعْوٍ لِأَنَّ الْمُجْتَمَعَ فِي الْمَلِكِ لَا تَرْتِيبَ فِيهِ كَالْمُجْتَمَعِ فِي الْمَكَانِ فَإِنَّ الْقَوْمَ إِذَا اجْتَمَعُوا فِي مَكَانٍ لَا يُقَالُ هَذَا أَوَّلُ وَهَذَا آخِرُ وَإِنَّمَا التَّرْتِيبُ فِي فِعْلِ الْأَعْيَانِ يُقَالُ هَذَا جَاءَ أَوَّلًا وَهَذَا جَاءَ آخِرًا وَكُلُّ مَا لَا تَرْتِيبَ فِيهِ يَلْعَوُ فِيهِ الْكَلَامُ الَّذِي هُوَ لِلتَّرْتِيبِ وَهُوَ الْأَوَّلَى وَأَخْتَاهَا، وَإِذَا لَعَا اللَّفْظُ مِنْ حَيْثُ التَّرْتِيبُ يَلْعَوُ مِنْ حَيْثُ الْإِفْرَادُ أَيْضًا لِأَنَّ التَّرْتِيبَ فِيهِ أَصْلٌ بِذِلَالَةِ الْاِشْتِقَاقِ وَالْإِفْرَادُ مِنْ ضَرُورَاتِهِ، وَإِذَا لَعَا فِي حَقِّ الْأَصْلِ لَعَا فِي حَقِّ الْبِنَاءِ، وَإِذَا لَعَا فِي حَقِّهِمَا بَقِيَ قَوْلُهَا اخْتَرْتُ وَهُوَ يَصْلُحُ جَوَابًا لِلْكُلِّ فَيَقَعُ الثَّلَاثُ، وَفِيهِ نَظَرٌ مِنْ وَجْهَيْنِ:

أَحَدُهُمَا أَنَّهُ أُطْلِقَ الْكَلَامُ عَلَى الْأَوَّلَى أَوْ الْوُسْطَى أَوْ الْأَخِيرَةِ وَكُلُّ مِنْهَا مُفْرَدٌ فَلَا يَكُونُ كَلَامًا .

وَالثَّانِي أَنَّ الْأَوَّلَى اسْمٌ لِمُفْرَدٍ سَابِقٍ فَكَانَ الْإِفْرَادُ أَصْلًا وَالتَّرْتِيبُ بِنَاءً لِكَوْنِهِ يُفْهَمُ مِنْ وَصْفِهِ.

وَالْجَوَابُ عَنْ الْأَوَّلِ أَنَّ أَهْلَ اللُّغَةِ رُبَّمَا يُطْلِقُونَ الْكَلَامَ عَلَى الْمُرَكَّبِ مِنَ الْحُرُوفِ الْمَسْمُوعَةِ الْمُتَمَيِّزَةِ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُفِيدًا، وَهَذَا عَلَى ذَلِكَ الْاِصْطِلَاحِ، وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ مَحَازًا مِنْ بَابِ ذِكْرِ الْكُلِّ وَإِرَادَةِ الْحُزْرِ، وَعَنْ الثَّانِي بِأَنَّ كُلًّا مِنْ ذَلِكَ صِفَةٌ وَالصِّفَةُ مَا دَلَّتْ عَلَى ذَاتٍ بِاعْتِبَارِ مَعْنَى هُوَ الْمَقْصُودُ فَيَكُونُ الْأَوَّلَى دَالًا عَلَى الْفِرْدِ السَّابِقِ وَمَعْنَى السَّبِقِ هُوَ الْمَقْصُودُ فَصَحَّ أَنَّ التَّرْتِيبَ أَصْلٌ وَالْإِفْرَادُ مِنْ ضَرُورَاتِهِ لِأَنَّ الصِّفَةَ لَا تَقُومُ إِلَّا بِالذَّاتِ الَّتِي لِرِمَتِهَا الْفِرْدِيَّةُ فِي الْوُجُودِ وَهَذَا كَمَا تَرَى مَعْنَى دَقِيقٍ جَزَاهُ اللَّهُ عَنْ الْمُحْصِلِينَ خَيْرًا (وَلَوْ قَالَتْ اخْتَرْتُ اخْتِيَارَةً فَهِيَ ثَلَاثٌ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا) وَهُوَ وَاضِحٌ وَلَوْ قَالَتْ قَدْ طَلَّقْتُ نَفْسِي أَوْ اخْتَرْتُ نَفْسِي بِتَطْلِيقَةٍ يَعْنِي فِي جَوَابِ مَنْ قَالَ اخْتَارِي (فَهِيَ وَاحِدَةٌ يَمْلِكُ الرَّجْعَةَ لِأَنَّ هَذَا اللَّفْظُ) يَعْنِي قَوْلُهَا قَدْ طَلَّقْتُ نَفْسِي أَوْ

اخْتَرْتُ بِتَطْلِيقَةٍ (يُوجِبُ الْإِطْلَاقَ) أَيِ الْبَيْتُونَةِ بَعْدَ انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ لَكَوْنِهِ مِنْ أَلْفَاظِ الصَّرِيحِ وَمَا يُوجِبُ الْبَيْتُونَةَ بَعْدَ انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ كَانَ عِنْدَ الْوُقُوعِ رَجْعِيًّا فَهَذَا اللَّفْظُ يُوجِبُ الرَّجْعِيَّ . فَإِنْ قِيلَ: إِذَنْ لَا يَكُونُ الْجَوَابُ مُطَابِقًا لِلتَّفْوِيزِ لِأَنَّ الْمُفَوِّضَ إِلَيْهَا الْإِخْتِيَارَ وَهُوَ يُفِيدُ الْبَيْتُونَةَ . أَشَارَ إِلَى الْجَوَابِ بِقَوْلِهِ (فَكَأَنَّهَا اخْتَارَتْ نَفْسَهَا بَعْدَ الْعِدَّةِ) فَكَانَ مُطَابِقًا مِنْ حَيْثُ إِنَّ الْإِخْتِيَارَ قَدْ وَجَدَ مِنْهَا.

قَالَ الشَّارِحُونَ: وَقَوْلُهُ يَمْلِكُ الرَّجْعَةَ غَلْطٌ وَقَعَ مِنَ الْكَاتِبِ لِأَنَّ الْمُرَادَ إِنَّمَا تَنَصَّرَفُ حُكْمًا لِلتَّفْوِيزِ وَالتَّفْوِيزُ بِتَطْلِيقَةٍ بَائِنَةٍ لَكَوْنِهِ مِنَ الْكِنَايَاتِ فَتَمْلِكُ الْإِبَائَةَ لَا غَيْرُ، وَالْأَصَحُّ مِنَ الرَّوَايَةِ فَهِيَ وَاحِدَةٌ وَلَا يَمْلِكُ الرَّجْعَةَ لِأَنَّ رَوَايَاتِ الْمُسَوِّطِ وَالْجَامِعِ الْكَبِيرِ وَالزِّيَادَاتِ وَعَامَّةُ نَسَخِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ هَكَذَا، سِوَى الْجَامِعِ الصَّغِيرِ لَصَدْرِ الْإِسْلَامِ فَإِنَّهُ ذَكَرَ فِيهِ مِثْلَ مَا ذُكِرَ فِي الْكِتَابِ، وَالدَّلِيلُ أَيْضًا يُسَاعِدُ مَا ذُكِرَ فِي عَامَّةِ النَّسَخِ، فَإِنَّهُ ذَكَرَ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ لِقَاضِي خَانَ، أَمَّا وَقُوعُ الْوَاحِدَةِ فَلَمَّا قُلْنَا وَهُوَ أَنَّ التَّطْلِيقَةَ لَا تَتَنَاوَلُ أَكْثَرَ مِنَ الْوَاحِدَةِ، وَإِنَّمَا تَكُونُ بَائِنًا لِأَنَّ الْعَامِلَ تَخْيِيرَ الزَّوْجِ وَالْوَاقِعَ بِالتَّخْيِيرِ بَائِنٌ لِأَنَّهُ تَمْلِكُ النَّفْسِ مِنْهَا وَالرَّجْعِيُّ لَا يُثْبِتُ مِلْكَ النَّفْسِ (وَإِنْ قَالَ لَهَا أَمْرُكَ بِيَدِكَ فِي تَطْلِيقَةٍ أَوْ اخْتَارِي بِتَطْلِيقَةٍ فَاخْتَارَتْ نَفْسَهَا فَهِيَ وَاحِدَةٌ يَمْلِكُ الرَّجْعَةَ لِأَنَّهُ جَعَلَ لَهَا الْإِخْتِيَارَ لَكِنْ بِتَطْلِيقَةٍ وَهِيَ تَعْقِبُ الرَّجْعَةَ) قِيلَ فَعَلَى هَذَا كَانَ قَوْلُهُ هَذَا فِي التَّقْدِيرِ بِمَنْزِلَةِ قَوْلِهِ طَلَّقِي نَفْسَكَ، وَقَوْلُهَا اخْتَرْتُ لَا يَصْلُحُ جَوَابًا لِقَوْلِهِ طَلَّقِي نَفْسَكَ بَلْ يَلْعُو. وَالْجَوَابُ أَنَّ قَوْلَهَا اخْتَرْتُ إِنَّمَا لَا يَصْلُحُ جَوَابًا لِقَوْلِهِ طَلَّقِي لَكَوْنِهِ أَوْضَعُ مِنْ الطَّلَاقِ فَإِنَّ الزَّوْجَ يَمْلِكُ الْإِيقَاعَ بِلَفْظِ الطَّلَاقِ دُونَ لَفْظِ الْإِخْتِيَارِ؛ وَلِهَذَا صَحَّ بِالْعَكْسِ لَكَوْنِ الطَّلَاقِ أَقْوَى، وَهَهُنَا لَمْ يَكُنْ أَوْضَعُ لِأَنَّ صِحَّةَ هَذَا الْجَوَابِ بِالنَّظَرِ إِلَى ظَاهِرِ كَلَامِهِ وَهُوَ الْأَمْرُ بِالْيَدِ وَالْإِخْتِيَارِ دُونَ مَا يَقُولُ إِلَيْهِ مِنَ الْمَعْنَى وَهُمَا ضَعِيفَانِ كَالْإِخْتِيَارِ، فَجَازَ أَنْ يَقَعَ قَوْلُهَا اخْتَرْتُ جَوَابًا لَهُ .

فصل في الأمر باليد

(وَإِنْ قَالَ لَهَا: أَمْرُكَ بِيَدِكَ يَنْوِي ثَلَاثًا فَقَالَتْ: قَدْ اخْتَرْتُ نَفْسِي بِوَاحِدَةٍ فَهِيَ ثَلَاثٌ) لِأَنَّ الْإِخْتِيَارَ يَصْلُحُ جَوَابًا لِلأَمْرِ بِالْيَدِ لَكَوْنِهِ تَمْلِكًا كَالْتَّخْيِيرِ، وَالْوَاحِدَةُ صِفَةٌ لِلْإِخْتِيَارِ، فَصَارَ كَأَنَّهَا قَالَتْ: اخْتَرْتُ نَفْسِي بِمَرَّةٍ وَاحِدَةٍ وَبِذَلِكَ يَقَعُ الثَّلَاثُ (وَلَوْ قَالَتْ:

قَدْ طَلَّقَتْ نَفْسِي بِوَاحِدَةٍ أَوْ اخْتَرَتْ نَفْسِي بِتَطْلِيقَةٍ فَهِيَ وَاحِدَةٌ بَائِنَةٌ لِأَنَّ الْوَاحِدَةَ نَعَتْ
لِمَصْدَرٍ مَحذُوفٍ وَهُوَ فِي الْأَوَّلَى الْإِخْتِيَارُ، وَفِي الثَّانِيَةِ التَّطْلِيقُ إِلَّا أَنَّهَا تَكُونُ بَائِنَةً لِأَنَّ
التَّفْوِيزَ فِي الْبَائِنِ ضَرُورَةٌ مِلْكُهَا أَمْرُهَا، وَكَلَامُهَا خَرَجَ جَوَابًا لَهُ فَتَصِيرُ الصِّفَةُ
الْمَذْكُورَةُ فِي التَّفْوِيزِ مَذْكُورَةً فِي الْإِيقَاعِ وَإِنَّمَا تَصِحُّ نِيَّةُ الثَّلَاثِ فِي قَوْلِهِ: أَمْرُكَ
بِيَدِكَ لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ الْعُمُومَ وَالْخُصُوصَ وَنِيَّةُ الثَّلَاثِ نِيَّةُ التَّعْمِيمِ، بِخِلَافِ قَوْلِهِ: اخْتَارِي
لِأَنَّهُ لَا يَحْتَمِلُ الْعُمُومَ وَقَدْ حَقَّقْنَاهُ مِنْ قَبْلُ.

الشرح:

(فَصَلِّ فِي الْأَمْرِ بِالْيَدِ): أَخَّرَ فَصَلَ الْأَمْرِ بِالْيَدِ عَنْ فَصْلِ الْإِخْتِيَارِ لِأَنَّ ذَلِكَ مُؤَيَّدٌ
بِاجْتِمَاعِ الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ، إِذَا جَعَلَ الرَّجُلُ أَمْرَ امْرَأَتِهِ بِيَدِهَا فَالْحُكْمُ فِيهِ
كَالْحُكْمِ فِي التَّخْيِيرِ فِي الْمَسَائِلِ. قَالَ فِي النَّهْيَةِ: إِلَّا أَنَّ هَذَا صَحِيحٌ قِيَاسًا وَاسْتِحْسَانًا
لِأَنَّ الزَّوْجَ مَالِكٌ لِأَمْرِهَا فَإِنَّمَا يُمْلِكُهَا بِهَذَا اللَّفْظِ مَا هُوَ مَمْلُوكٌ لَهُ فَيَصِحُّ مِنْهُ وَيَلْزَمُ
حَتَّى لَا يَمْلِكَ الرَّجُوعَ عَنْهُ اعْتِبَارًا بِإِيقَاعِ الطَّلَاقِ. وَفِيهِ نَظَرٌ لِأَنَّهُ ذَكَرَ فِي الْإِخْتِيَارِ أَنَّهُ
لَا يَمْلِكُ الْإِيقَاعَ بِهَذَا اللَّفْظِ. حَتَّى لَوْ قَالَ اخْتَرْتُكَ مِنْ نَفْسِي أَوْ اخْتَرْتُ نَفْسِي مِنْكَ
لَا يَقَعُ شَيْءٌ وَفِي الْأَمْرِ بِالْيَدِ كَذَلِكَ، فَيَنْبَغِي أَنْ لَا يَصِحَّ قِيَاسًا كَمَا فِي الْإِخْتِيَارِ إِلَّا إِذَا
تَبَيَّنَ أَنَّهُ إِذَا قَالَ أَمْرِي مِنْكَ بِيَدِكَ أَوْ أَمْرُكَ مِنِّي بِيَدِي وَقَعَ الطَّلَاقُ فَيَنْدَفِعُ (وَإِذَا قَالَ
لِامْرَأَتِهِ أَمْرُكَ بِيَدِكَ يَنْوِي بِذَلِكَ الثَّلَاثَ فَقَالَتْ قَدْ اخْتَرْتُ نَفْسِي بِوَاحِدَةٍ فَهِيَ
ثَلَاثٌ) وَبَيَانُهُ يَحْتَاجُ إِلَى إِثْبَاتِ صِحَّةِ جَوَابِ الْأَمْرِ بِالْيَدِ بِالْإِخْتِيَارِ وَإِلَى كَيْفِيَّةِ الدَّلَالَةِ
عَلَى الثَّلَاثَةِ، أَمَّا الْأَوَّلُ فَقَدْ بَيَّنَّهُ بِقَوْلِهِ لِأَنَّ الْإِخْتِيَارَ يَصْلُحُ جَوَابًا لِلأَمْرِ بِالْيَدِ لِكَوْنِهِ
تَمْلِيكًا كَالْتَّخْيِيرِ فَكَانَا مُتَسَاوِيَيْنِ فِي الْقُوَّةِ وَالضَّعْفِ فَجَازَ أَنْ يَقَعَ جَوَابًا لَهُ.

وَأَمَّا كَيْفِيَّةُ الدَّلَالَةِ عَلَى الثَّلَاثَةِ فَلَأَنَّ الْوَاحِدَةَ صِفَةُ الْإِخْتِيَارَةِ (فَصَارَتْ كَأَنَّهَا
قَالَتْ اخْتَرْتُ نَفْسِي بِمَرَّةٍ وَاحِدَةٍ) أَيْ بِإِخْتِيَارَةِ وَاحِدَةٍ بِدَلِيلِ مَا بَعْدَهُ وَهُوَ قَوْلُهُ وَهِيَ
فِي الْأَوَّلَى الْإِخْتِيَارَةُ، وَإِنَّمَا عَبَّرَ عَنْهَا بِمَرَّةٍ لِأَنَّ الصِّغَةَ الدَّالَّةَ عَلَى الْمَرَّةِ مِنَ الْإِخْتِيَارِ هِيَ
الْإِخْتِيَارَةُ فَعَبَّرَ عَنْهَا بِمَفْهُومِهَا، وَبِذَلِكَ: أَيْ بِقَوْلِهَا اخْتَرْتُ نَفْسِي بِمَرَّةٍ وَاحِدَةٍ يَقَعُ
الْثَّلَاثُ لِأَنَّ مَعْنَاهُ اخْتَرْتُ جَمِيعَ مَا قَوَّضْتُ إِلَيَّ إِخْتِيَارَةَ وَاحِدَةً، وَحِينَ نَوَى الزَّوْجُ
الْثَّلَاثَ فَقَدْ قَوَّضَ إِلَيْهَا ذَلِكَ (وَلَوْ قَالَتْ) يَعْنِي فِي جَوَابِ قَوْلِهِ لَهَا أَمْرُكَ بِيَدِكَ (قَدْ

طَلَّقَتْ نَفْسِي وَاحِدَةً أَوْ اخْتَرْتُ نَفْسِي بِتَطْلِيقَةٍ فَهِيَ وَاحِدَةٌ بَائِنَةٌ لِأَنَّ الْوَاحِدَ نَعَتْ
لِمَصْدَرٍ مَحْذُوفٍ فَوَجَبَ إِبْتِائُهُ عَلَى حَسَبِ مَا يَدُلُّ عَلَيْهِ الْمَذْكُورُ السَّابِقُ، وَهُوَ فِي
الْأَوَّلِ الْاِخْتِيَارَ لِلدَّلَالَةِ اخْتَرْتُ عَلَيْهَا، وَفِي الثَّانِيَةِ التَّطْلِيقَ لِلدَّلَالَةِ طَلَّقْتُ عَلَيْهَا، وَلَا
يُتَوَهَّمُ التَّكْرَارُ فِي قَوْلِهِ وَهِيَ فِي الْأَوَّلِ الْاِخْتِيَارَ مَعَ تَقْدَمِ قَوْلِهِ وَالْوَاحِدَةُ صِفَةٌ
لِلْاِخْتِيَارِ لِأَنَّهُ إِعَادَةٌ لَيَّانٍ قَرِينَةِ الْمَحْذُوفِ، وَكَأَنَّهُ قَالَ وَهُوَ فِي الْأَوَّلِ الْاِخْتِيَارَ لِلدَّلَالَةِ
اخْتَرْتُ عَلَيْهَا فَتَكُونُ فِي الثَّانِيَةِ التَّطْلِيقَ لِلدَّلَالَةِ طَلَّقْتُ عَلَيْهَا إِلَّا أَنَّهُا تَكُونُ بَائِنَةً لِأَنَّ
أَمْرَكَ يَدِيكَ مِنْ أَلْفَاظِ الْكِنَايَةِ، وَالْوَاقِعُ بِهَا بَائِنٌ فِيمَا سِوَى الثَّلَاثَةِ الْمَذْكُورَةِ فَكَانَ
التَّفْوِيزُ فِي الْبَائِنِ ضَرُورَةً أَنَّهُ مَلَكَهَا أَمْرَهَا، فَقَوْلُهُ فِي الْبَائِنِ خَبَرٌ إِنْ وَتَقْرِيرُهُ التَّفْوِيزُ
حَصَلَ فِي الْبَائِنِ لَضَرُورَةٍ أَنَّهُ مَلَكَهَا أَمْرَهَا، وَأَنَّ تَمْلِيكَهَ إِيَّاهَا أَمْرَهَا يَفْتَضِي الْيُسُوءَةَ
لَكُونَ الْأَمْرُ بِالْيَدِ مِنْ أَلْفَاظِ الْكِنَايَةِ وَكَلَامُهَا خَرَجَ جَوَابًا لَهُ فَتَصِيرُ الصِّفَةُ الْمَذْكُورَةُ
يَعْنِي الْيُسُوءَةَ فِي التَّفْوِيزِ مَذْكُورَةً فِي إِيقَاعِ الْمَرْأَةِ كَلَامُهَا مُطَابِقًا لِكَلَامِهِ.

فَإِنْ قِيلَ: مَا الْفَرْقُ بَيْنَ قَوْلِهَا اخْتَرْتُ نَفْسِي بِتَطْلِيقَةٍ فِي جَوَابِ اخْتَارِي وَبَيْنَ
قَوْلِهِ ذَلِكَ فِي جَوَابِ أَمْرَكَ يَدِيكَ عِنْدَ الْمُصَنِّفِ حَتَّى كَانَ الْوَاقِعُ فِي الْأَوَّلِ رَجْعِيًّا كَمَا
تَقَدَّمَ وَفِي الثَّانِي بَائِنًا كَمَا ذَكَرَهُ، وَهَلْ هَذَا إِلَّا دَلِيلٌ عَلَى أَنَّ مَا تَقَدَّمَ كَانَ سَهْوًا مِنْ
الْكَاتِبِ كَمَا ذَكَرَهُ الشَّارِحُونَ. فَالْجَوَابُ أَنَّ الْاِخْتِيَارَ الْقِيَاسَ فِيهِ أَنْ لَا يَقَعَ بِهِ الطَّلَاقُ
وَإِنْ نَوَى الزَّوْجُ، إِلَّا أَنَّا اسْتَحْسَنَاهُ لِإِجْمَاعِ الصَّحَابَةِ، وَالْإِجْمَاعُ إِنَّمَا هُوَ فِي مُجَرَّدِ
الطَّلَاقِ لَا فِي الْبَائِنِ فَلَيْسَ فِيهِ مَا يَمْنَعُ صَرِيحَ الطَّلَاقِ الْوَارِدِ فِي كَلَامِهَا عَنْ مُوجِبِهِ
بِخِلَافِ الْأَمْرِ بِالْيَدِ لِأَنَّهُ مِنْ أَلْفَاظِ الطَّلَاقِ قِيَاسًا وَاسْتَحْسَانًا عَلَى مَا ثَقُلْنَا عَنْ صَاحِبِ
الْثَّانِيَةِ فِي أَوَّلِ هَذَا الْفَصْلِ (وَأِنَّمَا تَصِحُّ نِيَّةُ الثَّلَاثِ فِي قَوْلِهِ أَمْرَكَ يَدِيكَ دُونَ اخْتَارِي
لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ الْعُمُومَ وَالْخُصُوصَ) قَالَ شَيْخُ الْإِسْلَامِ: الْأَمْرُ اسْمٌ عَامٌّ يَتَنَاوَلُ كُلَّ شَيْءٍ،
قَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿وَالْأَمْرُ يَوْمَئِذٍ لِلَّهِ﴾ [الانفطار: ٢٩] أَرَادَ بِهِ الْأَشْيَاءَ كُلَّهَا، وَإِذَا كَانَ
الْأَمْرُ اسْمًا عَامًّا صَلَحَ اسْمًا لِكُلِّ فِعْلٍ، فَإِذَا نَوَى الطَّلَاقَ صَارَ كِنَايَةً عَنْ قَوْلِهِ طَلَّاقُكَ
يَدِيكَ وَالطَّلَاقُ مَصْدَرٌ يَحْتَمِلُ الْعُمُومَ وَالْخُصُوصَ فَيَكُونُ نِيَّةُ الثَّلَاثِ نِيَّةُ التَّعْمِيمِ
(بِخِلَافِ قَوْلِهِ اخْتَارِي لِأَنَّهُ لَا يَحْتَمِلُ الْعُمُومَ وَقَدْ حَقَّقْنَاهُ مِنْ قَبْلُ) يَعْنِي فِي فَصْلِ
الْاِخْتِيَارِ بِقَوْلِهِ لِأَنَّ الْاِخْتِيَارَ لَا يَتَنَوَّعُ.

(وَلَوْ قَالَ لَهَا: أَمْرُكَ بِيدِكَ الْيَوْمَ وَبَعْدَ غَدٍ لَمْ يَدْخُلْ فِيهِ اللَّيْلُ وَإِنْ رَدَّتْ الْأَمْرَ فِي يَوْمِهَا بَطُلَ ذَلِكَ الْيَوْمَ وَكَانَ الْأَمْرُ بِيَدِهَا بَعْدَ غَدٍ) لَأَنَّهُ صَرَّحَ بِذِكْرِ وَقَتَيْنِ بَيْنَهُمَا وَقْتُ مَنْ جَنَسَهُمَا لَمْ يَتَنَاولْهُ الْأَمْرُ إِذْ ذَكَرَ الْيَوْمَ بِعِبَارَةِ الْفَرْدِ لَا يَتَنَاولُ اللَّيْلُ فَكَانَا أَمْرَيْنِ فَبَرَدَ أَحَدُهُمَا لَا يَرْتَدُّ الْآخَرُ. وَقَالَ زُفَرٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: هُمَا أَمْرٌ وَاحِدٌ بِمَنْزِلَةِ قَوْلِهِ: أَنْتَ طَالِقُ الْيَوْمَ وَبَعْدَ غَدٍ. قُلْنَا: الطَّلَاقُ لَا يَحْتَمِلُ التَّاقِيَتَ، وَالْأَمْرُ بِالْيَدِ يَحْتَمِلُهُ، فَيُوقَّتُ الْأَمْرُ بِالْأَوَّلِ وَجَعَلَ الثَّانِي أَمْرًا مُبْتَدَأً (وَلَوْ قَالَ أَمْرُكَ بِيدِكَ الْيَوْمَ وَغَدًا يَدْخُلُ اللَّيْلُ فِي ذَلِكَ، فَإِنْ رَدَّتْ الْأَمْرَ فِي يَوْمِهَا لَا يَبْقَى الْأَمْرُ فِي يَدِهَا فِي غَدٍ) لِأَنَّ هَذَا أَمْرٌ وَاحِدٌ لَأَنَّهُ لَمْ يَتَخَلَّلْ بَيْنَ الْوَقَّتَيْنِ الْمَذْكُورَيْنِ وَقْتُ مَنْ جَنَسَهُمَا لَمْ يَتَنَاولْهُ الْكَلَامُ وَقَدْ يَهْجُمُ اللَّيْلُ وَمَجْلِسُ الْمَشُورَةِ لَا يَنْقَطِعُ فَصَارَ كَمَا إِذَا قَالَ: أَمْرُكَ بِيدِكَ فِي يَوْمَيْنِ. وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهَا إِذَا رَدَّتْ الْأَمْرَ فِي الْيَوْمِ لَهَا أَنْ تَخْتَارَ نَفْسَهَا غَدًا لِأَنَّهَا لَا تَمْلِكُ رَدَّ الْأَمْرِ كَمَا لَا تَمْلِكُ رَدَّ الْإِبْقَاعِ. وَجَهُ الظَّاهِرِ أَنَّهَا إِذَا اخْتَارَتْ نَفْسَهَا الْيَوْمَ لَا يَبْقَى لَهَا الْخِيَارُ فِي الْغَدِ، فَكَذَا إِذَا اخْتَارَتْ زَوْجَهَا بِرَدِّ الْأَمْرِ لِأَنَّ الْمُخَيَّرَ بَيْنَ الشَّيْئَيْنِ لَا يَمْلِكُ إِلَّا اخْتِيَارَ أَحَدِهِمَا. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ: أَنَّهُ إِذَا قَالَ: أَمْرُكَ بِيدِكَ الْيَوْمَ وَأَمْرُكَ بِيدِكَ غَدًا أَنَّهُمَا أَمْرَانِ لَمَّا أَنَّهُ ذَكَرَ لِكُلِّ وَقْتٍ خَبَرًا بِخِلَافِ مَا تَقَدَّمَ.

الشرح:

وقوله: (وَلَوْ قَالَ لَهَا أَمْرُكَ بِيدِكَ الْيَوْمَ وَبَعْدَ غَدٍ لَمْ يَدْخُلْ فِيهِ اللَّيْلُ حَتَّى لَوْ اخْتَارَتْ نَفْسَهَا فِي اللَّيْلِ لَا يَقَعُ الطَّلَاقُ) (وَإِنْ رَدَّتْ الْأَمْرَ فِي يَوْمِهَا بَطُلَ ذَلِكَ الْيَوْمَ وَكَانَ الْأَمْرُ فِي يَدِهَا بَعْدَ غَدٍ لَأَنَّهُ صَرَّحَ بِذِكْرِ وَقَتَيْنِ يَعْنِي الْيَوْمَ وَبَعْدَ غَدٍ) (بَيْنَهُمَا وَقْتُ مَنْ جَنَسَهُمَا) يَعْنِي الْغَدَ (لَمْ يَتَنَاولْهُ الْأَمْرُ) فَإِنَّهَا لَوْ اخْتَارَتْ نَفْسَهَا فِي الْغَدِ لَا تَطْلُقُ فَكَانَا أَمْرَيْنِ (فَبَرَدَ أَحَدُهُمَا لَا يَرْتَدُّ الْآخَرُ) وَهَذَا دَلِيلُ كَوْنِ الْأَمْرِ بِيدِهَا بَعْدَ غَدٍ بَعْدَ رَدِّهِ فِي الْيَوْمِ.

وقوله إِذْ ذَكَرَ الْيَوْمَ بِعِبَارَةِ الْفَرْدِ لَا يَتَنَاولُ الْيَوْمَ دَلِيلُ قَوْلِهِ لَمْ يَدْخُلْ فِيهِ اللَّيْلُ وَهُوَ كَمَا تَرَى الْإِذْلَاجُ مُلِيسٌ وَإِنْ كَانَ ظَاهِرًا.

وقَالَ زُفَرٌ: هُمَا أَمْرٌ وَاحِدٌ بِمَنْزِلَةِ قَوْلِهِ أَنْتَ طَالِقُ الْيَوْمَ وَبَعْدَ غَدٍ فِي كَوْنِ أَحَدِهِمَا مَعْطُوفًا عَلَى الْآخَرِ مِنْ غَيْرِ تَكَرُّارٍ لَفْظِ الْأَمْرِ. وَقُلْنَا: الْفَرْقُ بَيْنَهُمَا ظَاهِرٌ، وَهُوَ

أَنَّ الطَّلَاقَ لَا يَحْتَمِلُ التَّأْقِيتَ فَكَانَتْ الطَّالِقُ الْيَوْمَ طَالِقًا غَدًا وَبَعْدَ غَدٍ وَغَيْرِهِ، وَأَمَّا الْأَمْرُ بِالْيَدِ فَإِنَّهُ يَحْتَمِلُهُ، وَذَكَرُ وَفَتَيْنِ غَيْرِ مُتَّصِلِ أَحَدُهُمَا بِالْآخِرِ لِتَخْلُلِ وَقْتُ بَيْنَهُمَا غَيْرِ مَذْكُورٍ فَيُوقَّتُ بِالْأَوَّلِ، وَجَعَلَ الثَّانِي أَمْرًا مُبْتَدَأً كَأَنَّهُ قَالَ وَأَمْرُكَ بِيَدِكَ بَعْدَ غَدٍ (وَلَوْ قَالَ أَمْرُكَ بِيَدِكَ الْيَوْمَ وَغَدًا يَدْخُلُ اللَّيْلُ فِي ذَلِكَ) وَكَلَامُهُ ظَاهِرٌ.

وَقَوْلُهُ لِأَنَّهَا لَا تَمْلِكُ رَدَّ الْأَمْرِ كَمَا لَا تَمْلِكُ رَدَّ الْإِيقَاعِ مَعْنَاهُ لَيْسَ لِلْمَرْأَةِ أَنْ تَرُدَّ الْأَمْرَ بِالْيَدِ الَّذِي صَدَرَ مِنْ زَوْجِهَا بِأَنْ تَقُولَ لَا أَقْبَلُ كَمَا أَنَّهُ لَيْسَ لَهَا أَنْ تَرُدَّ الْإِيقَاعَ الَّذِي أَوْفَعَهُ زَوْجُهَا عَلَيْهَا بِقَوْلِهِ أَنْتَ طَالِقٌ، وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ كَانَ الْأَمْرُ بَاقِيًا فِي الْعَدِّ كَمَا كَانَ وَكَانَ لَهَا أَنْ تَخْتَارَ نَفْسَهَا غَدًا. وَقَوْلُهُ وَجْهُ الظَّاهِرِ ظَاهِرٌ وَكَذَا قَوْلُهُ (وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ إِذَا قَالَ أَمْرُكَ بِيَدِكَ الْيَوْمَ) قَالَ شَمْسُ الْأُيُمِّيَّةِ: هَذِهِ هِيَ الرُّوَايَةُ الصَّحِيحَةُ، وَجَعَلَ قَاضِي خَانَ هَذِهِ الرُّوَايَةَ أَصْلَ الرُّوَايَةِ وَلَمْ يَذْكُرْ خِلَافَ أَحَدٍ.

(وَإِنْ قَالَ: أَمْرُكَ بِيَدِكَ يَوْمَ يَقْدَمُ فَلَانٌ فَقَدِمَ فَلَانٌ فَلَمْ تَعْلَمْ بِقُدُومِهِ حَتَّى جَنَّ اللَّيْلُ فَلَا خِيَارَ لَهَا) لِأَنَّ الْأَمْرَ بِالْيَدِ مِمَّا يَمْتَدُّ فَيَحْمِلُ الْيَوْمَ الْمَقْرُونُ بِهِ عَلَى بَيَاضِ النَّهَارِ وَقَدْ حَقَّقْنَاهُ مِنْ قَبْلِ فَيَتَوَقَّتُ بِهِ ثُمَّ يَنْقُضِي بِانْقِضَاءِ وَقْتِهِ

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِنْ قَالَ أَمْرُكَ بِيَدِكَ يَوْمَ يَقْدَمُ فَلَانٌ فَقَدِمَ فَلَانٌ فَلَمْ تَعْلَمْ بِقُدُومِهِ حَتَّى جَنَّ اللَّيْلُ فَلَا خِيَارَ لَهَا) ظَاهِرٌ مِمَّا قَدَّمْنَاهُ فِي آخِرِ فَصْلِ إِضَافَةِ الطَّلَاقِ وَإِلَيْهِ أَشَارَ بِقَوْلِهِ وَقَدْ حَقَّقْنَاهُ مِنْ قَبْلُ. وَقَوْلُهُ (فَيَتَوَقَّتُ بِهِ) أَيُّ بِالنَّهَارِ ثُمَّ يَنْقُضِي بِانْقِضَائِهِ.

(وَإِذَا جَعَلَ أَمْرَهَا بِيَدِهَا أَوْ خَيْرَهَا فَمَكَثَتْ يَوْمًا لَمْ تَقْمُ فَالْأَمْرُ فِي يَدِهَا مَا لَمْ تَأْخُذْ فِي عَمَلٍ آخَرَ) لِأَنَّ هَذَا تَمْلِيكَ التَّطْلِيقِ مِنْهَا (لِأَنَّ الْمَالِكَ مَنْ يَتَصَرَّفُ بِرَأْيِ نَفْسِهِ وَهِيَ بِهَذِهِ الصِّفَةِ وَالتَّامِلِيكَ يَقْتَصِرُ عَلَى الْمَجْلِسِ وَقَدْ بَيَّنَّاهُ) ثُمَّ إِنْ كَانَتْ تَسْمَعُ يُعْتَبَرُ مَجْلِسُهَا ذَلِكَ، وَإِنْ كَانَتْ لَا تَسْمَعُ فَمَجْلِسُ عِلْمِهَا وَيُلَوِّغُ الْخَبَرَ إِلَيْهَا لِأَنَّ هَذَا تَمْلِيكَ فِيهِ مَعْنَى التَّعْلِيقِ فَيَتَوَقَّفُ عَلَى مَا وَرَاءَ الْمَجْلِسِ، وَلَا يُعْتَبَرُ مَجْلِسُهُ لِأَنَّ التَّعْلِيقَ لَزِمَ فِي حَقِّهِ، بِخِلَافِ الْبَيْعِ لِأَنَّهُ تَمْلِيكَ مُحَضَّرٌ لَا يَشُوبُهُ التَّعْلِيقُ، وَإِذَا أُعْتَبِرَ مَجْلِسُهَا فَالْمَجْلِسُ تَارَةً يَتَبَدَّلُ بِالنَّحْوِ وَمَرَّةً بِالْأَخْذِ فِي عَمَلٍ آخَرَ عَلَى مَا بَيَّنَّا فِي الْخِيَارِ وَيَخْرُجُ الْأَمْرُ مِنْ يَدِهَا بِمُجَرَّدِ الْقِيَامِ لِأَنَّهُ دَلِيلُ الْإِعْرَاضِ، إِذِ الْقِيَامُ يُفَرِّقُ الرَّأْيَ، بِخِلَافِ مَا إِذَا مَكَثَتْ

يَوْمًا لَمْ تَقُمْ وَلَمْ تَأْخُذْ فِي عَمَلٍ آخَرَ لِأَنَّ الْمَجْلِسَ قَدْ يَطُولُ وَقَدْ يَقْصُرُ فَيَقْبَى إِلَى أَنْ يُوجَدَ مَا يَقْطَعُهُ أَوْ مَا يَدُلُّ عَلَى الْإِعْرَاضِ. وَقَوْلُهُ مَكَثْتُ يَوْمًا لَيْسَ لِلتَّقْدِيرِ بِهِ. وَقَوْلُهُ مَا لَمْ تَأْخُذْ فِي عَمَلٍ آخَرَ يُرَادُ بِهِ عَمَلٌ يَعْرِفُ أَنَّهُ قَطَعَ لَمَّا كَانَ فِيهِ لَا مُطْلَقَ الْعَمَلِ (وَلَوْ كَانَتْ قَائِمَةً فَجَلَسْتَ فَهِيَ عَلَى خِيَارِهَا) لِأَنَّهُ دَلِيلُ الْإِقْبَالِ فَإِنَّ الْقُعُودَ أَجْمَعَ لِلرَّايِ (وَكَذَا إِذَا كَانَتْ قَاعِدَةً فَاتَّكَاتٍ أَوْ مُتَكِنَةً فَقَعَدْتَ) لِأَنَّ هَذَا انْتِقَالَ مِنْ جَلَسْتَ إِلَى جَلَسْتَ فَلَا يَكُونُ إِعْرَاضًا، كَمَا إِذَا كَانَتْ مُحْتَبَةً فَتَرَبَّعْتَ. قَالَ ﷺ : هَذَا رِوَايَةُ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ، وَذَكَرَ فِي غَيْرِهِ أَنَّهَا إِذَا كَانَتْ قَاعِدَةً فَاتَّكَاتٍ لَا خِيَارَ لَهَا لِأَنَّ الْاِتِّكَاءَ إِظْهَارُ التَّهَاقُوتِ بِالْأَمْرِ فَكَانَ إِعْرَاضًا، وَالْأَوَّلُ هُوَ الْأَصَحُّ. وَلَوْ كَانَتْ قَاعِدَةً فَاضْطَجَعْتَ فَفِيهِ رِوَايَتَانِ عَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَلَوْ قَالَتْ أَدْعُ أَبِي أَسْتَشِيرُهُ أَوْ شُهِودًا أَشْهَدُهُمْ فَهِيَ عَلَى خِيَارِهَا) لِأَنَّ الْاِسْتِشَارَةَ اتَّحَرِّيَ الصَّوَابِ، وَالْإِشْهَادَ لِلتَّحَرُّزِ عَنِ الْإِنْكَارِ فَلَا يَكُونُ دَلِيلَ الْإِعْرَاضِ (وَأِنْ كَانَتْ تَسِيرُ عَلَى دَابَّةٍ أَوْ فِي مَحْمَلٍ فَوَقَفْتَ فَهِيَ عَلَى خِيَارِهَا، وَإِنْ سَارَتْ بَطَلْ خِيَارِهَا) لِأَنَّ سِيرَ الدَّابَّةِ وَوُقُوفَهَا مُضَافٌ إِلَيْهَا (وَالسَّفِينَةُ بِمَنْزِلَةِ الْبَيْتِ) لِأَنَّ سِيرَهَا غَيْرُ مُضَافٍ إِلَى رَاكِبِهَا، أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَا يَقْدِرُ عَلَى إِيقَافِهَا وَرَاكِبُ الدَّابَّةِ يَقْدِرُ.

الشرح:

(وَإِذَا جَعَلَ أَمْرَهَا بِيَدِهَا أَوْ خَيْرَهَا فَمَكَثَتْ يَوْمًا لَمْ تَقُمْ فَالْأَمْرُ فِي يَدِهَا مَا لَمْ تَأْخُذْ فِي عَمَلٍ آخَرَ لِأَنَّ هَذَا تَمْلِيكَ التَّطْلِيْقِ مِنْهَا لِأَنَّ الْمَالِكَ مَنْ يَتَصَرَّفُ بِرَأْيِ نَفْسِهِ) وَهَذِهِ تَتَصَرَّفُ بِرَأْيِ نَفْسِهَا فَهِيَ مَالِكَةٌ وَالتَّمْلِيكَ يَقْتَصِرُ عَلَى الْمَجْلِسِ (وَقَدْ بَيَّنَّا) يَعْنِي فِي فَصْلِ الْاِخْتِيَارِ مِنْ قَوْلِهِ: التَّمْلِيكَاتُ تَقْتَضِي جَوَابًا فِي الْمَجْلِسِ كَمَا فِي الْبَيْعِ. قِيلَ فِيهِ نَظَرٌ لِأَنَّهُ قَالَ قَبْلَ هَذَا إِذَا قَالَ أَمْرُكَ بِيَدِكَ الْيَوْمَ وَغَدًا يَدْخُلُ اللَّيْلُ فِي ذَلِكَ، وَذَلِكَ يَقْتَضِي أَنَّ الْأَمْرَ بِيَدِهَا لَا يَنْطَلِقُ فِي يَوْمَيْنِ وَإِنْ قَامَتْ عَنِ الْمَجْلِسِ، لِأَنَّهُ لَوْ بَطَلَ بِالْقِيَامِ عَنِ الْمَجْلِسِ لَمْ يَكُنْ لَتَقْيِيدِهِ يَوْمَيْنِ فَائِدَةٌ؛ لِأَنَّ الْمَرْأَةَ إِذَا لَمْ تَقُمْ مِنْ مَجْلِسِهَا يَوْمًا أَوْ أَكْثَرَ لَا يَخْرُجُ الْأَمْرُ مِنْ يَدِهَا، وَهَذَا يَقْتَضِي أَنْ يَقْتَصِرَ عَلَى الْمَجْلِسِ وَبَيْنَهُمَا تَنَافُ ثُمَّ إِنْ كَانَتْ تَسْمَعُ يُعْتَبَرُ مَجْلِسُهَا ذَلِكَ) أَيُّ الَّذِي سَمِعَتْ فِيهِ (وَإِنْ كَانَتْ لَا تَسْمَعُ) لَعَنِيَّةٌ أَوْ لَصَمَمَ (فَمَجْلِسُ عِلْمِهَا) وَبُلُوغُ الْخَبَرِ إِلَيْهَا لِأَنَّ هَذَا تَمْلِيكَ فِيهِ مَعْنَى التَّحْلِيْقِ، وَمَا هُوَ كَذَلِكَ يَتَوَقَّفُ عَلَى مَا وَرَاءَ الْمَجْلِسِ، كَمَا لَوْ قَالَ إِنْ دَخَلْتَ الدَّارَ فَأَنْتِ

طالِقٌ، وَهَذَا لِأَنَّ مَعْنَى أَمْرِكَ يَدِيكَ إِنْ أَرَدْتَ طَلَاقَكَ فَأَنْتَ طَالِقٌ، وَفِيهِ نَظَرٌ لِأَنَّ التَّمْلِيكَ لَا يَحْتَمِلُ التَّوْقِيتَ وَالتَّغْلِيْقَ كَذَلِكَ، وَالْأَمْرُ بِالْيَدِ يَشْتَمِلُ عَلَى مَعْنِيَّتَيْهِمَا عَلَى مَا ذَكَرْتُمْ فَكَيْفَ يَكُونُ مُحْتَمِلًا لَهُ؟ وَأُجِيبَ بِأَنَّ التَّمْلِيكَ الَّذِي هُوَ مُعْتَبَرٌ فِيهِ مِنْ بَابِ تَمْلِيكِ الْمَنَافِعِ كَالِإِجَارَةِ وَالْعَارِيَةِ وَذَلِكَ يَحْتَمِلُ التَّوْقِيتَ؛ وَإِذَا صَحَّ التَّوْقِيتُ بِهَذَا الْاِعْتِبَارِ صَارَ الْأَمْرُ يَدِيهَا فِي الْمُدَّةِ الَّتِي وَقَّتَهَا، فَلَوْ بَطَلَ الْأَمْرُ بِقِيَامِهَا عَنِ الْمَجْلِسِ لَمْ يَكُنْ لِلتَّأْقِيتِ فَائِدَةٌ، وَبِهَذَا خَرَجَ الْجَوَابُ عَنِ النَّظَرِ الْمُتَقَدِّمِ أَيْضًا.

وَأَمَّا مِنْ حَيْثُ التَّغْلِيْقُ فَلَا يَحْتَمِلُ التَّوْقِيتَ، فَإِذَا كَانَ الْأَمْرُ بِالْيَدِ مُطْلَقًا عَنِ التَّوْقِيتِ اعْتَبَرْنَا جَانِبَ التَّمْلِيكِ، فَقُلْنَا بِالِاقْتِصَارِ عَلَى الْمَجْلِسِ لِعَدَمِ مَا يَدُلُّ عَلَى وَقْتٍ مُعَيَّنٍ، وَاعْتَبَرْنَا مَعْنَى التَّغْلِيْقِ فَقُلْنَا بِبَقَاءِ الْإِجَابِ إِلَى مَا وَرَاءَ الْمَجْلِسِ إِذَا كَانَتْ غَائِبَةً عَمَلًا بِالذَّلِيلَيْنِ بِقَدْرِ الْإِمْكَانِ، وَلَا يُعْتَبَرُ مَجْلِسُهُ، حَتَّى لَوْ قَامَ وَهِيَ جَالِسَةٌ، فَالْخِيَارُ بَاقٍ لِأَنَّ التَّغْلِيْقَ حِينَئِذٍ لَا زِمَ فِي حَقِّهِ حَتَّى لَا يَقْدَرَ عَلَى الرُّجُوعِ لِكَوْنِهِ تَصَرُّفَ يَمِينٍ مِنْ جَانِبِهِ، بِخِلَافِ الْبَيْعِ حَتَّى يُعْتَبَرَ مَجْلِسُهُمَا جَمِيعًا، فَإِنْ أَتِيَهُمَا قَامَ عَنِ الْمَجْلِسِ قَبْلَ قَبُولِ الْآخَرِ بَطَلَ الْبَيْعُ لِأَنَّهُ تَمْلِيكَ مُحْضٌ لَا يَشُوبُهُ التَّغْلِيْقُ، وَلِهَذَا لَوْ رَجَعَ أَحَدُهُمَا عَنِ كَلَامِهِ قَبْلَ قَبُولِ الْآخَرِ جَازَ إِذَا أُعْتَبِرَ مَجْلِسُهُمَا، فَالْمَجْلِسُ ثَارَةً يَتَبَدَّلُ بِالتَّحْوُلِ: يَعْنِي إِلَى مَجْلِسٍ آخَرَ، وَمَرَّةً بِالْأَخْذِ فِي عَمَلٍ آخَرَ مَا يَبْنَاهُ فِي الْخِيَارِ، يَعْنِي فِي قَوْلِهِ إِذْ مَجْلِسُ الْأَكْلِ غَيْرُ مَجْلِسِ الْمُنَاطَرَةِ إِلَى آخِرِهِ. وَقَوْلُهُ (وَيَخْرُجُ الْأَمْرُ مِنْ يَدِيهَا) ظَاهِرٌ.

وَقَوْلُهُ (وَلَيْسَ لِلتَّقْدِيرِ بِهِ) أَيُّ بِالْيَوْمِ لِأَنَّهُ لَوْ زَادَ عَلَى ذَلِكَ وَلَمْ يُوجَدْ مِنْهَا مَا يَدُلُّ عَلَى الْإِعْرَاضِ فَهُوَ بَاقٍ، وَالْمُرَادُ بِقَوْلِهِ وَقَوْلُهُ قَوْلُ مُحَمَّدٍ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ. وَقَوْلُهُ (وَلَوْ كَانَتْ قَائِمَةً فَجَلَسَتْ) ظَاهِرٌ وَقَوْلُهُ (وَالأَوَّلُ) أَيُّ رِوَايَةُ الْجَامِعِ (أَصَحُّ) لِأَنَّ مَنْ حَزَبَهُ أَمْرٌ قَدْ يَسْتَنْدُ لِلتَّفَكُّرِ لَمَّا أَنَّ الْاِسْتِنَادَ سَبَبٌ لِلرَّاحَةِ كَالْقُعُودِ. وَقَوْلُهُ (فَفِيهِ رِوَايَتَانِ عَنْ أَبِي يُوسُفَ) فِي رِوَايَةِ الْحَسَنِ عَنْهُ لَا تَبْطُلُ، وَفِي رِوَايَةِ الْحَسَنِ بْنِ أَبِي مَالِكٍ عَنْهُ تَبْطُلُ وَهُوَ قَوْلُ زُفَرٍ. وَوَجْهُ الرِّوَايَتَيْنِ مُنْدرَجٌ فِيمَا ذَكَرْنَاهُ. قِيلَ خَصَّ أَبَا يُوسُفَ بِالذِّكْرِ وَإِنْ احْتَمَلَ أَنْ يَكُونَ قَوْلُ صَاحِبِيهِ كَذَلِكَ لِأَنَّهُمَا تَقْلًا عَنْهُ. وَقَوْلُهُ (وَلَوْ قَالَتْ أَدْعُ أَبِي أَسْتَشِيرُهُ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (وَالسَّقِينَةُ بِمَنْزِلَةِ الْبَيْتِ) يَعْنِي أَنَّهَا إِذَا سَارَتْ لَا يَبْطُلُ خِيَارُهَا وَهُوَ ظَاهِرٌ.

فصل في المشيئة

(وَمَنْ قَالَ لَامْرَأَتِهِ طَلَّقِي نَفْسَكَ وَلَا نِيَّةَ لَهُ أَوْ نَوَى وَاحِدَةً فَقَالَتْ: طَلَّقْتُ نَفْسِي فَهِيَ وَاحِدَةٌ رَجْعِيَّةٌ، وَإِنْ طَلَّقَتْ نَفْسَهَا ثَلَاثًا وَقَدْ أَرَادَ الزَّوْجُ ذَلِكَ وَقَعْنَ عَلَيْهَا) وَهَذَا لِأَنَّ قَوْلَهُ طَلَّقِي مَعْنَاهُ أَفْعَلِي فِعْلُ التَّطْلِيقِ، وَهُوَ اسْمُ جِنْسٍ فَيَقَعُ عَلَى الْأَدْنَى مَعَ احْتِمَالِ الْكُلِّ كَسَائِرِ أَسْمَاءِ الْأَجْنَاسِ، فَلِهَذَا تَعْمَلُ فِيهِ نِيَّةُ الثَّلَاثِ، وَيَنْصَرِفُ إِلَى وَاحِدَةٍ عِنْدَ عَدَمِهَا وَتَكُونُ الْوَاحِدَةُ رَجْعِيَّةً لِأَنَّ الْمَفْهُومَ إِلَيْهَا صَرِيحُ الطَّلَاقِ، وَلَوْ نَوَى الثَّانَتَيْنِ لَا تَصِحُّ لِأَنَّهُ نِيَّةُ الْعَدَدِ إِلَّا إِذَا كَانَتْ الْمُنْكَوحَةُ أَمَةً لِأَنَّهُ جِنْسٌ فِي حَقِّهَا.

الشرح:

(فَصْلٌ فِي الْمَشِيئَةِ): قَدْ تَقَدَّمَ وَجْهٌ تَقْدِيمِ الْاِخْتِيَارِ وَبَعْدَهُ السُّؤَالُ عَنْ تَقَدُّمِ الْأَمْرِ بِالْيَدِ وَالْمَشِيئَةِ دَوْرِيٍّ فَيَسْقُطُ (وَمَنْ قَالَ لَامْرَأَتِهِ طَلَّقِي نَفْسَكَ وَلَا نِيَّةَ لَهُ أَوْ نَوَى وَاحِدَةً فَقَالَتْ: طَلَّقْتُ نَفْسِي فَهِيَ وَاحِدَةٌ رَجْعِيَّةٌ، وَإِنْ طَلَّقَتْ نَفْسَهَا ثَلَاثًا وَقَدْ أَرَادَ الزَّوْجُ ذَلِكَ وَقَعْنَ) سَوَاءً طَلَّقَتْ جُمْلَةً أَوْ مُتَفَرِّقَةً. وَقَوْلُهُ (لِأَنَّ قَوْلَهُ طَلَّقِي) ظَاهِرٌ لَكِنْ تُرْجِمُ الْفَصْلُ بِفَصْلِ الْمَشِيئَةِ فَكَانَ الْاِبْتِدَاءُ فِيهِ بِمَسْأَلَةٍ فِيهَا ذِكْرُ الْمَشِيئَةِ أَوَّلَى.

(وَإِنْ قَالَ لَهَا: طَلَّقِي نَفْسَكَ قَالَتْ: أَبْنَتْ نَفْسِي طَلَّقْتُ) وَلَوْ قَالَتْ: قَدْ اخْتَرْتُ نَفْسِي لَمْ تَطْلُقْ لِأَنَّ الْإِبَانَةَ مِنَ الْفَاطِطِ الطَّلَاقِ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ قَالَ لَامْرَأَتِهِ: أَبْنَتُكَ يَنْوِي بِهِ الطَّلَاقَ أَوْ قَالَتْ: أَبْنَتْ نَفْسِي فَقَالَ الزَّوْجُ: قَدْ أَجَزْتَ ذَلِكَ بَأَنْتَ فَكَانَتْ مُوَافِقَةً لِلتَّفْوِيضِ فِي الْأَصْلِ إِلَّا أَنَّهَا زَادَتْ فِيهِ وَصْفًا وَهُوَ تَعْجِيلُ الْإِبَانَةِ فَيَلْفُؤُ الْوَصْفُ الزَّائِدُ وَيَثْبُتُ الْأَصْلُ، كَمَا إِذَا قَالَتْ: طَلَّقْتُ نَفْسِي تَطْلِيقَةً بَائِنَةً، وَيَنْبَغِي أَنْ تَقَعَ تَطْلِيقَةً رَجْعِيَّةً. بِخِلَافِ الْاِخْتِيَارِ لِأَنَّهُ لَيْسَ مِنَ الْفَاطِطِ الطَّلَاقِ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ قَالَ لَامْرَأَتِهِ اخْتَرْتُكَ أَوْ اخْتَارِي يَنْوِي الطَّلَاقَ لَمْ يَقَعْ، وَلَوْ قَالَتْ اِبْتِدَاءً: اخْتَرْتُ نَفْسِي فَقَالَ الزَّوْجُ: قَدْ أَجَزْتَ لَا يَقَعُ شَيْءٌ إِلَّا أَنَّهُ عُرِفَ طَلَاقًا بِالْإِجْمَاعِ إِذَا حَصَلَ جَوَابًا لِلتَّخْيِيرِ، وَقَوْلُهُ طَلَّقِي نَفْسَكَ لَيْسَ بِتَنْجِيزٍ فَيَلْفُؤُ.

وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ لَا يَقَعُ شَيْءٌ بِقَوْلِهَا أَبْنَتْ نَفْسِي لِأَنَّهَا آتَتْ بِغَيْرِ مَا فَوُضَّ إِلَيْهَا إِذَا الْإِبَانَةُ تَغَايَرُ الطَّلَاقَ.

الشرح:

(وَإِنْ قَالَ لَهَا طَلَّقِي نَفْسَكَ فَقَالَتْ أَبْنَتْ نَفْسِي طَلَّقْتُ، وَلَوْ قَالَتْ قَدْ اخْتَرْتُ نَفْسِي لَمْ تَطْلُقْ) وَالْفَرْقُ بَيْنَهُمَا مَا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ أَنَّ الْإِبَانَةَ مِنَ الْفَاطِ الطَّلَاقِ لِأَنَّهَا وَضِعَتْ لِقَطْعِ وَصْلَةِ النِّكَاحِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ قَالَ أَبْنْتُكَ يَنْوِي الطَّلَاقَ أَوْ قَالَتْ أَبْنْتُ نَفْسِي فَقَالَ الزَّوْجُ قَدْ اخْتَرْتُ ذَلِكَ بَأْتَتْ وَالْفَاطِ الطَّلَاقُ مُوَافِقُ مَا فَوَّضَ إِلَيْهَا لَكُونِهِ تَطْلِيقًا فَكَانَتْ الْإِبَانَةُ مُوَافِقَةً لِلتَّفْوِيزِ فِي الْأَصْلِ، وَإِذَا كَانَ الْجَوَابُ مُوَافِقًا لِلسُّؤَالِ مِنْ حَيْثُ الْأَصْلُ كَانَ صَحِيحًا مِنْ حَيْثُ الْأَصْلُ إِلَّا أَنَّهَا زَادَتْ فِيهِ: أَيُّ فِي الْجَوَابِ وَصْفًا وَهُوَ تَعْجِيلُ الْإِبَانَةِ لِأَنَّ الرَّجْعَةَ إِنَّمَا تُفِيدُ الْإِبَانَةَ بَعْدَ انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ، فَإِذَا أَنْ يَبْطُلَ الْأَصْلُ لِأَجْلِ مَا زِيدَ فِيهِ مِنَ الْوَصْفِ، أَوْ يَلْعَوُ الْوَصْفُ لِرِعَايَةِ الْأَصْلِ، وَالْعَاءُ الْوَصْفِ لِلتَّصْحِيحِ الْأَصْلُ أَوْلَى فَيَصَارُ إِلَيْهِ كَمَا لَوْ قَالَتْ فِي جَوَابِ طَلَّقِي نَفْسَكَ تَطْلِيقَةً طَلَّقْتُ نَفْسِي تَطْلِيقَةً بَائِتَةً.

وَقَوْلُهُ (وَيَنْبَغِي أَنْ تَقَعَ تَطْلِيقَةُ رَجْعِيَّةٍ) إِنَّمَا قَالَ هَكَذَا تَفْسِيرًا لِكَلَامِ مُحَمَّدٍ فَإِنَّهُ قَالَ طَلَّقْتُ وَلَمْ يَتَعَرَّضْ لَشَيْءٍ آخَرَ، وَأَرَى أَنَّهُ مُسْتَعْنَى عَنْهُ لِأَنَّهُ كَوْنُهَا رَجْعِيَّةٌ يُعْلَمُ مِنْ قَوْلِهِ فَيَلْعَوُ الْوَصْفُ الزَّائِدُ وَيُثَبِّتُ الْأَصْلُ.

وَقَوْلُهُ بِخِلَافِ الْاِخْتِيَارِ مُتَعَلِّقٌ بِقَوْلِهِ لِأَنَّ الْإِبَانَةَ مِنَ الْفَاطِ الطَّلَاقِ وَهُوَ وَاضِحٌ (وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ لَا يَقَعُ شَيْءٌ بِقَوْلِهَا أَبْنْتُ نَفْسِي لِأَنَّهَا أَتَتْ بِغَيْرِ مَا فَوَّضَ إِلَيْهَا) حَيْثُ كَانَ الْمَفْوُضُ الطَّلَاقَ وَمَا أَتَتْ بِهِ الْإِبَانَةُ وَهِيَ مُتَعَايِرَانِ لَا مَحَالَةَ، وَفِي هَذِهِ الرَّوَايَةِ إِبْطَالُ الْأَصْلِ لِلْوَصْفِ وَهُوَ ضَعِيفٌ.

وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهَا تَطْلُقُ طَلَاقًا بَائِتًا لِأَنَّ الزَّوْجَ مَلَكَهَا إِيقَاعَ الطَّلَاقِ مُطْلَقًا وَهُوَ يَمْلِكُ إِيقَاعَ الْبَائِنِ وَالرَّجْعِيِّ فَكَذَا هِيَ، وَفِي هَذَا تَرْكُ اعْتِبَارِ الْمُطَابَقَةِ بَيْنَ التَّفْوِيزِ وَالْجَوَابِ، وَالْفِقْهُ هُوَ الْأَوَّلُ: أَعْنِي ظَاهِرَ الرَّوَايَةِ.

(وَلَوْ قَالَ لَهَا: طَلَّقِي نَفْسَكَ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ عَنْهُ) لِأَنَّ فِيهِ مَعْنَى الْيَمِينِ لِأَنَّهُ تَعْلِيقُ الطَّلَاقِ بِتَطْلِيقِهَا وَالْيَمِينُ تَصَرُّفٌ لَا زِمَ، وَلَوْ قَامَتْ عَنْ مَجْلِسِهَا بَطُلَ لِأَنَّهُ تَمْلِكُ، بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ لَهَا: طَلَّقِي ضَرَّتْكَ لِأَنَّهُ تَوْكِيلٌ وَإِنَابَةٌ فَلَا يَقْتَصِرُ عَلَى الْمَجْلِسِ وَيَقْبَلُ الرَّجُوعَ.

الشرح:

(وَإِنْ قَالَ لَهَا طَلَّقِي نَفْسَكَ) ظَاهِرٌ. وَحُكْمُهُ الزُّوْمُ نَظَرًا إِلَى الْيَمِينِ وَالْاِقْتِصَارِ عَلَى الْمَجْلِسِ نَظَرًا إِلَى التَّمْلِيكِ: وَفِيهِ مُطَابَقَتَانِ:

إِحْدَاهُمَا مَا وَجَّهَ اخْتِصَاصَ طَلَّقِي نَفْسَكَ بِالْيَمِينِ دُونَ طَلَّقِي ضَرَّتَكَ وَكَمَا كَانَ مَعْنَى طَلَّقِي نَفْسَكَ إِنْ طَلَّقْتَ نَفْسَكَ فَأَنْتِ طَالِقٌ جَازٌ أَنْ يَكُونَ مَعْنَى طَلَّقِي ضَرَّتَكَ إِنْ أَرَدْتَ طَلَّاقَهَا فِيهِ طَالِقٌ.

وَالثَّانِيَةُ مَا وَجَّهَ اخْتِصَاصَ الْأَوَّلِ بِالتَّمْلِيكِ وَالثَّانِي بِالْتَّوَكِيلِ؟ وَالْجَوَابُ عَنْ الْأَوَّلِ أَنَّ الْيَمِينَ بِالتَّغْلِيْقِ إِنَّمَا يَكُونُ فِيمَا وَجُودُهُ مُتَرَدِّدٌ، وَوُجُودُ طَلَّاقِ الضَّرَةِ إِذَا فَوَّضَ إِلَيْهَا أَمْرٌ كَائِنْ لَا مَحَالَةَ طَبْعًا وَعَادَةً فَلَا يَصْلُحُ شَرْطًا.

وَأُجِيبَ عَنْ الثَّانِيَةِ بِمَا تَقَدَّمَ، أَنَّ الْمَالِكَ هُوَ الَّذِي يَعْمَلُ لِنَفْسِهِ وَالْوَكِيلُ هُوَ الَّذِي يَعْمَلُ لغيرِهِ، وَالْمَرْأَةُ فِي طَلَّاقِ نَفْسِهَا عَامِلَةٌ لِنَفْسِهَا بِتَخْلِيصِهَا عَنْ رِقِّ النِّكَاحِ وَفِي طَلَّاقِ ضَرَّتِهَا عَامِلَةٌ لِلزَّوْجِ. وَفِيهِ نَظَرٌ؛ لِأَنَّهَا فِي طَلَّاقِ ضَرَّتِهَا أَعْمَلُ لِنَفْسِهَا مِنْهَا فِي طَلَّاقِ نَفْسِهَا؛ وَلِأَنَّ الصُّورَتَيْنِ إِنَّمَا أَنْ يَكُونَا مِنْ بَابِ الْمَشِيئَةِ أَوْ لَا. وَالْمَالُ شُمُولُ التَّمْلِيكِ أَوْ شُمُولُ التَّوَكِيلِ أَوْ التَّحْكِيمِ الْبَاطِلِ.

(وَإِنْ قَالَ لَهَا: طَلَّقِي نَفْسَكَ مَتَى شِئْتَ فَلَهَا أَنْ تُطَلِّقَ نَفْسَهَا فِي الْمَجْلِسِ وَبَعْدَهُ) لِأَنَّ كَلِمَةَ مَتَى عَامَّةٌ فِي الْأَوْقَاتِ كُلِّهَا فَصَارَ كَمَا إِذَا قَالَ فِي أَيِّ وَقْتٍ شِئْتَ.

الشرح:

(وَإِنْ قَالَ لَهَا طَلَّقِي نَفْسَكَ مَتَى شِئْتَ) وَاضِحٌ. وَلِقَائِلُ أَنْ يَقُولَ التَّمْلِيكِ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ مَوْجُودٌ أَوَّلًا، فَإِنْ كَانَ الثَّانِي لَا يَقْدِرُ عَلَى الطَّلَاقِ وَلَيْسَ كَذَلِكَ، وَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ يَقْتَصِرُ عَلَى الْمَجْلِسِ لِكَوْنِهِ لِازِمَ التَّمْلِيكِ. وَالْجَوَابُ أَنَّ الْاِقْتِصَارَ عَلَى الْمَجْلِسِ مِنْ أَحْكَامِ التَّمْلِيكِ، وَالْحُكْمُ قَدْ يَتَأَخَّرُ لِمَانِعٍ كَمَا فِي شَرْطِ الْخِيَارِ وَهُوَ طَرِيقَةُ تَخْصِيصِ الْعِلَّةِ وَمَوْضِعُهُ الْأَصُولُ.

(وَإِذَا قَالَ لِرَجُلٍ: طَلَّقْ امْرَأَتِي فَلَهُ أَنْ يُطَلِّقَهَا فِي الْمَجْلِسِ وَبَعْدَهُ) وَلَهُ أَنْ يَرْجِعَ عَنْهُ لِأَنَّهُ تَوَكَّلَ وَأَنَّهُ اسْتَعَانَتْ، فَلَا يَلْزَمُ وَلَا يَقْتَصِرُ عَلَى الْمَجْلِسِ، بِخِلَافِ قَوْلِهِ لَامْرَأَتِهِ: طَلَّقِي نَفْسَكَ لِأَنَّهَا عَامِلَةٌ لِنَفْسِهَا فَكَانَ تَمْلِيكًا لَا تَوَكِيلًا (وَلَوْ قَالَ لِرَجُلٍ: طَلَّقَهَا إِنْ

شِتْ فَلَهُ أَنْ يُطْلَقَهَا فِي الْمَجْلِسِ خَاصَّةً) وَلَيْسَ لِلزَّوْجِ أَنْ يَرْجِعَ. وَقَالَ زُفَرٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: هَذَا وَالْأَوَّلُ سَوَاءٌ لِأَنَّ التَّصْرِيحَ بِالمَشِيئَةِ كَعَدَمِهِ لِأَنَّهُ يَتَصَرَّفُ عَنْ مَشِيئَتِهِ فَصَارَ كَالْوَكِيلِ بِالبَيْعِ إِذَا قِيلَ لَهُ: بَعِ إِنْ شِئْتَ. وَلَنَا أَنَّهُ تَمْلِيكَ لِأَنَّهُ عَلَقَهُ بِالمَشِيئَةِ وَالْمَالِكُ هُوَ الَّذِي يَتَصَرَّفُ عَنْ مَشِيئَتِهِ، وَالطَّلَاقُ يَحْتَمِلُ التَّعْلِيْقَ بِخِلَافِ البَيْعِ لِأَنَّهُ لَا يَحْتَمِلُهُ.

الشرح:

قَوْلُهُ (وَإِذَا قَالَ لِرَجُلٍ طَلَّقْ امْرَأَتِي) وَاضِحٌ، وَمَنَاطُهُ مَا ذَكَرْتَاهُ فِي التَّمْلِيكِ وَالتَّوَكُّلِ مِنْ أَنَّ الْمَالِكَ عَامِلٌ لِنَفْسِهِ وَالْوَكِيلُ لغيرِهِ وَقَدْ عَلِمْتَ مَا عَلَيْهِ (وَلَوْ قَالَ لِرَجُلٍ طَلَّقَهَا إِنْ شِئْتَ فَلَهُ أَنْ يُطْلَقَهَا فِي الْمَجْلِسِ خَاصَّةً وَلَيْسَ لِلزَّوْجِ أَنْ يَرْجِعَ. وَقَالَ زُفَرٌ: هَذَا وَالْأَوَّلُ سَوَاءٌ لِأَنَّ التَّصْرِيحَ بِالمَشِيئَةِ كَعَدَمِ التَّصْرِيحِ لِأَنَّهُ يَتَصَرَّفُ عَنْ مَشِيئَتِهِ) لِأَنَّ الْفِعْلَ الْاِخْتِيَارِيَّ لَا يَتَحَقَّقُ بِدُونِهَا وَفِعْلُهُ اِخْتِيَارِيٌّ؛ وَإِذَا تَسَاوَا كَانِ الثَّانِي تَوَكُّلًا كَالْأَوَّلِ وَصَارَ كَمَا لَوْ قَالَ لِلْوَكِيلِ بِالبَيْعِ بَعِ إِنْ شِئْتَ، فَإِنْ ذَكَرَ المَشِيئَةَ لَا يُخْرِجُ التَّوَكُّلَ إِلَى التَّمْلِيكِ (وَلَنَا أَنَّهُ تَمْلِيكَ لِأَنَّهُ عَلَقَهُ بِالمَشِيئَةِ وَالْمَالِكُ هُوَ الَّذِي يَتَصَرَّفُ عَنْ مَشِيئَتِهِ).

لَا يُقَالُ: قَدْ بَيَّنَّ آفَافًا أَنَّ الْوَكِيلَ أَيْضًا يَتَصَرَّفُ بِمَشِيئَتِهِ. لَأَنَّا نَقُولُ: المَشِيئَةُ نَوْعَانِ: مَشِيئَةٌ تَفْتَقِرُ إِلَيْهَا الْحَرَكَةُ الْإِرَادِيَّةُ وَهِيَ ثَابِتَةٌ فِي كُلِّ مُتَحَرِّكِ بِهَا، وَمَشِيئَةٌ أُخْرَى يَتَرْتَّبُ عَلَيْهَا اسْتِحْسَانُ الْفِعْلِ وَتَرْكُهُ، وَالْأُولَى ثَابِتَةٌ فِي التَّوَكُّلِ مَعَ جِهَةِ حَظَرٍ يَرْفَعُهَا قَوْلُهُ طَلَّقَهَا إِيقَاعًا لِفِعْلِ الْمُوَكَّلِ، وَالثَّانِيَةُ إِنَّمَا تُكُونُ فِي الْمَالِكِ وَقَدْ فَوَّضَهَا إِلَيْهِ بِقَوْلِهِ إِنْ شِئْتَ فَكَانَ تَمْلِيكًا، هَذَا مَا أَمَكَّنِي تَلْخِيصُهُ مِنْ كَلَامِ الْمَشَايخِ. وَلِقَائِلِ أَنْ يَقُولَ: كَوْنُهُ عَامِلًا لِنَفْسِهِ لَازِمٌ مِنْ لَوَازِمِ التَّمْلِيكِ وَقَدْ انْتَفَى فِي هَذِهِ الصُّورَةِ.

وَأَقُولُ: إِذَا بَنَى الْكَلَامَ عَلَى مَا قَدْ ثَبَتَ أَنَّ التَّمْلِيكَ إِفْرَارٌ شَرْعِيٌّ عَلَى مَحَلِّ التَّصَرُّفِ وَالتَّوَكُّلِ إِفْرَارٌ شَرْعِيٌّ عَلَى نَفْسِ التَّصَرُّفِ لَا عَلَى أَنَّ الْمَالِكَ يَعْمَلُ لِنَفْسِهِ وَالْوَكِيلُ سَقَطَ هَذَا الْاِعْتِرَاضُ، وَالنَّظَرُ الْأَوَّلُ فِي طَلَاقِ الصَّرَّةِ عَلَى مَا مَرَّ. ثُمَّ أَقُولُ: وَالْوَكِيلُ فِي الطَّلَاقِ كَالرَّسُولِ، وَحَيْثُ لَا يُتَصَوَّرُ أَنْ يَكُونَ الشَّخْصُ رَسُولًا إِلَى نَفْسِهِ كَانَ قَوْلُهُ طَلَّقِي نَفْسَكَ تَمْلِيكًا، وَأَمَّا قَوْلُهُ طَلَّقِي ضَرَّتَكَ وَقَوْلُهُ لِأَجَنِّي

طَلَّقَ امْرَأَتِي فَيَحْتَمِلَانِ الرِّسَالَةَ، فَإِنْ لَمْ يَذْكُرْ كَلِمَةَ إِنْ شِئْتَ كَانَ تَوْكِيلًا، وَإِنْ ذَكَرَهَا كَانَ تَمْلِيكًا صَوْنًا لِلزِّيَادَةِ عَنِ الْإِلْعَاءِ، إِذِ التَّوْكِيلُ يَحْصُلُ بِدُونِهِ وَبِهِ يَنْدَفِعُ النَّظَرُ الثَّانِي فِي طَلَاقِ الضَّرَّةِ فَتَأْمَلُهُ فَلَعَلَّهُ مَخْلُصٌ.

وَقَوْلُهُ (وَالطَّلَاقُ يَحْتَمِلُ التَّعْلِيْقَ) جَوَابٌ عَنْ قِيَاسِ زُفَرٍ صُورَةَ التَّرَازُعِ عَلَى الْبَيْعِ. فَإِنْ قِيلَ: هَذَا تَوْكِيلٌ لِلْبَيْعِ لَا الْبَيْعُ نَفْسُهُ وَالتَّوْكِيلُ بِهِ قَابِلٌ لِلتَّعْلِيْقِ. أَجِيبَ بِأَنَّهُ أُعْتَبِرَ التَّوْكِيلُ بِالْبَيْعِ بِأَصْلِ الْبَيْعِ.

(وَلَوْ قَالَ لَهَا: طَلَّقِي نَفْسَكَ ثَلَاثًا فَطَلَّقْتَ وَاحِدَةً فَهِيَ وَاحِدَةٌ) لِأَنَّهَا مَلَكَتْ إِبْقَاعَ الثَّلَاثِ فَتَمْلِكُ إِبْقَاعَ الْوَاحِدَةِ ضَرُورَةً (وَلَوْ قَالَ لَهَا: طَلَّقِي نَفْسَكَ وَاحِدَةً فَطَلَّقْتَ نَفْسَهَا ثَلَاثًا لَمْ يَقَعْ شَيْءٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: تَقَعُ وَاحِدَةٌ) لِأَنَّهَا آتَتْ بِمَا مَلَكَتْهُ وَزِيَادَةُ فَصَارَ كَمَا إِذَا طَلَّقَهَا الزَّوْجُ أَلْفًا. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهَا آتَتْ بِغَيْرِ مَا فَوَّضَ إِلَيْهَا فَكَانَتْ مُبْتَدئةً، وَهَذَا لِأَنَّ الزَّوْجَ مَلَكَهَا الْوَاحِدَةَ وَالثَّلَاثُ غَيْرُ الْوَاحِدَةِ لِأَنَّ الثَّلَاثَ اسْمٌ لِعَدَدٍ مُرَكَّبٍ مُجْتَمِعٍ وَالْوَاحِدَةُ فَرْدٌ لَا تَرْكِيْبٌ فِيهِ فَكَانَتْ بَيْنَهُمَا مُغَايِرَةٌ عَلَى سَبِيلِ الْمُضَادَّةِ، بِخِلَافِ الزَّوْجِ لِأَنَّهُ يَتَصَرَّفُ بِحُكْمِ الْمَلِكِ، وَكَذَا هِيَ فِي الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى لِأَنَّهَا مَلَكَتْ الثَّلَاثَ، أَمَّا هَاهُنَا لَمْ تَمْلِكِ الثَّلَاثَ وَمَا آتَتْ بِمَا فَوَّضَ إِلَيْهَا فَلَغَتْ.

الشرح:

قَالَ: (وَإِنْ قَالَ لَهَا طَلَّقِي نَفْسَكَ ثَلَاثًا) هَذَا لِيَبَيِّنَ مُخَالَفَةَ الْمَرْأَةِ زَوْجَهَا فِي إِبْقَاعِ مَا فَوَّضَ إِلَيْهَا، وَالْمَسْأَلَةُ الْأُولَى ظَاهِرَةٌ، وَأَمَّا الثَّانِيَةُ فَوُجَّهَ قَوْلُهَا فِيهَا وَاضِحٌ، كَمَا لَوْ قَالَ لَهَا طَلَّقِي نَفْسَكَ وَطَلَّقَهَا وَضَرَّتْهَا وَكَمَا تَقَدَّمَ فِيمَا إِذَا قَالَ لَهَا طَلَّقِي نَفْسَكَ فَقَالَتْ أَبْنَتْ نَفْسِي فَإِنَّهُ يَقَعُ عَلَيْهَا طَلَقٌ رَجْعِيٌّ، وَلَمْ يَعْتَبَرْ مَا زَادَتْ مِنْ صِفَةِ الْبَيْثُونَةِ مُعْدَمًا لِلْمُطَابَقَةِ فِي أَصْلِ الطَّلَاقِ فَيَكُونُ كَقَوْلِهَا طَلَّقْتَ نَفْسِي مِنْكَ مُمْتَلَةً وَيَلْغُو قَوْلُهَا ثَلَاثًا (وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهَا آتَتْ بِغَيْرِ مَا فَوَّضَ إِلَيْهَا) وَمَنْ فَعَلَتْ كَذَلِكَ كَانَتْ مُبْتَدئةً كَمَا لَوْ قَالَ لَهَا طَلَّقِي نَفْسَكَ فَطَلَّقْتَ ضَرَّتْهَا فَيَتَوَقَّفُ عَلَى إِجَارَتِهِ، وَكَلَامُهُ فِيهِ ظَاهِرٌ.

فَإِنْ قِيلَ: قَدْ ثَبَتَ مِنْ مَذْهَبِ أَهْلِ الْحَقِّ أَنَّ الْوَاحِدَ مِنَ الْعَشْرِ لَيْسَ عَيْنَهَا وَلَا غَيْرَهَا فَكَذَلِكَ الْوَاحِدُ مِنَ الثَّلَاثَةِ يَكُونُ لَا عَيْنَهَا وَلَا غَيْرَهَا، فَمَا وَجَّهَ إِثْبَاتِ الْمُغَايِرَةِ بَيْنَهُمَا؟

أُجِيبَ بِأَنَّ ذَلِكَ فِي الْعَشْرَةِ الْمَوْجُودَةِ أَوْ الْمُتَصَوِّرَةِ، وَأَمَّا الثَّلَاثُ هَهُنَا فَمَعْدُومٌ، وَالوَاحِدُ الْمَوْجُودُ غَيْرُ الثَّلَاثِ الْمَعْدُومَةِ.

فَإِنْ قِيلَ: سَلَّمْنَا الْمُغَايِرَةَ لَكِنْ إِذَا قَالَ لَهَا أَمْرُكَ بِيَدِكَ وَتَوَى الْوَاحِدَةَ وَطَلَّقْتَ نَفْسَهَا ثَلَاثًا وَقَعَتِ الْوَاحِدَةُ وَقَدْ أَتَتْ بِغَيْرِ مَا فَوَّضَ إِلَيْهَا إِذْ الثَّلَاثُ غَيْرُ الْوَاحِدَةِ عَلَى مَا ذُكِرَ.

أُجِيبَ بِأَنَّ التَّفْوِيضَ هُنَاكَ لَمْ يَتَعَرَّضْ لَشَيْءٍ، فَقَدْ يَكُونُ خَاصًّا وَقَدْ يَكُونُ عَامًّا، فَإِذَا تَوَى الْوَاحِدَةَ فَقَدْ قَصَدَ تَفْوِيضًا خَاصًّا وَهُوَ غَيْرُ مُخَالَفٍ لِلظَّاهِرِ، فَلَمَّا أَوْقَعَتْ ثَلَاثًا فَقَدْ وَافَقَتْهُ فِيمَا هُوَ أَصْلُ التَّفْوِيضِ وَهُوَ لَا يَكُونُ أَقَلُّ مِنَ الْوَاحِدَةِ فَتَقَعُ الْوَاحِدَةُ.

(وَإِنْ أَمَرَهَا بِطَلَاقِ يَمْلِكُ الرَّجْعَةَ فَطَلَّقَتْ بَائِنَةً، أَوْ أَمَرَهَا بِالْبَائِنِ فَطَلَّقَتْ رَجْعِيَّةً) (وَقَعَ مَا أَمَرَ بِهِ الزَّوْجُ) فَمَعْنَى الْأَوَّلِ أَنْ يَقُولَ لَهَا الزَّوْجُ: طَلَّقِي نَفْسَكَ وَاحِدَةً أَمْلِكُ الرَّجْعَةَ فَتَقُولُ: طَلَّقْتَ نَفْسِي وَاحِدَةً بَائِنَةً فَتَقَعُ رَجْعِيَّةً لِأَنَّهَا أَتَتْ بِالْأَصْلِ وَزِيَادَةِ وَصْفٍ كَمَا ذَكَرْنَا فَيَلْغَوِ الْوَصْفُ وَيَبْقَى الْأَصْلُ، وَمَعْنَى الثَّانِي أَنْ يَقُولَ لَهَا طَلَّقِي نَفْسَكَ وَاحِدَةً بَائِنَةً فَتَقُولُ طَلَّقْتَ نَفْسِي وَاحِدَةً رَجْعِيَّةً فَتَقَعُ بَائِنَةً لِأَنَّ قَوْلَهَا وَاحِدَةً رَجْعِيَّةً لَغَوَ مِنْهَا لِأَنَّ الزَّوْجَ لَمَّا عَيَّنَ صِفَةَ الْمَفْوضِ إِلَيْهَا فَحَاجَتُهَا بَعْدَ ذَلِكَ إِلَى إِبْقَاعِ الْأَصْلِ دُونَ تَعْيِينِ الْوَصْفِ فَصَارَ كَأَنَّهَا اِهْتَصَرَتْ عَلَى الْأَصْلِ فَيَقَعُ بِالصِّفَةِ الَّتِي عَيَّنَهَا الزَّوْجُ بَائِنًا أَوْ رَجْعِيًّا (وَإِنْ قَالَ لَهَا: طَلَّقِي نَفْسَكَ ثَلَاثًا إِنْ شِئْتَ فَطَلَّقْتَ نَفْسَهَا وَاحِدَةً لَمْ يَقَعْ شَيْءٌ) لِأَنَّ مَعْنَاهُ إِنْ شِئْتَ الثَّلَاثَ وَهِيَ بِإِبْقَاعِ الْوَاحِدَةِ مَا شَاءَتِ الثَّلَاثُ فَلَمْ يُوْجَدْ الشَّرْطُ (وَلَوْ قَالَ لَهَا: طَلَّقِي نَفْسَكَ وَاحِدَةً إِنْ شِئْتَ فَطَلَّقْتَ ثَلَاثًا فَكَذَلِكَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ) لِأَنَّ مَشِئَةَ الثَّلَاثِ لَيْسَتْ بِمَشِئَةِ لِلوَاحِدَةِ كإِبْقَاعِهَا (وَقَالَا: تَقَعُ وَاحِدَةً) لِأَنَّ مَشِئَةَ الثَّلَاثِ مَشِئَةُ لِلوَاحِدَةِ، كَمَا أَنَّ إِبْقَاعَهَا إِبْقَاعُ لِلوَاحِدَةِ فَوُجِدَ الشَّرْطُ.

الشرح:

(وَقَوْلُهُ وَإِنْ أَمَرَهَا بِطَلَاقِ يَمْلِكُ الرَّجْعَةَ) ظَاهِرٌ، وَكَذَا قَوْلُهُ إِنْ قَالَ لَهَا طَلَّقِي نَفْسَكَ ثَلَاثًا إِنْ شِئْتَ لِأَنَّ مَعْنَى قَوْلِهِ إِنْ شِئْتَ إِنْ شِئْتَ الثَّلَاثَ إِذْ الشَّرْطُ لَا بُدَّ لَهُ مِنْ جَزَاءٍ، فَإِذَا أَنْ يَكُونَ مُتَقَدِّمًا عَلَيْهِ أَوْ يُقَدَّرُ مِثْلُهُ مُتَأَخِّرًا، وَعَلَى كِلَا التَّقْدِيرَيْنِ يَتَعَلَّقُ بِمَشِئَةِ الثَّلَاثِ وَلَمْ تُوجَدْ بِمَشِئَةِ الْوَاحِدَةِ، وَكَذَا عَكْسُهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ لِأَنَّ الشَّرْطَ

مَشِيئَةُ الْوَاحِدَةِ وَمَشِيئَةُ الثَّلَاثِ لَيْسَتْ مَشِيئَةً لِلوَاحِدَةِ، كَمَا أَنَّ إِيقَاعَ الثَّلَاثِ لَيْسَ بِإِيقَاعٍ لِلوَاحِدَةِ فِيمَا إِذَا قَالَتْ طَلَّقْتُ نَفْسِي ثَلَاثًا، وَوَجْهَ قَوْلِهِمَا ظَاهِرٌ.

(وَلَوْ قَالَ لَهَا: أَنْتِ طَالِقٌ إِنْ شِئْتَ فَقَالَتْ: شِئْتُ إِنْ شِئْتَ فَقَالَ الزَّوْجُ: شِئْتُ يَنْوِي الطَّلَاقَ بَطْلَ الْأَمْرِ) لِأَنَّهُ عُلِّقَ طَلَاقُهَا بِالمَشِيئَةِ الْمُرْسَلَةِ وَهِيَ أَنْتِ بِالمُعْلَقَةِ فَلَمْ يُوجَدْ الشَّرْطُ وَهُوَ اسْتِغَالٌ بِمَا لَا يَعْنِيهَا فَخَرَجَ الْأَمْرُ مِنْ يَدِهَا، وَلَا يَقَعُ الطَّلَاقُ بِقَوْلِهِ شِئْتُ وَإِنْ نَوَى الطَّلَاقَ لِأَنَّهُ لَيْسَ فِي كَلَامِ الْمَرَأَةِ ذِكْرُ الطَّلَاقِ لِيَصِيرَ الزَّوْجُ شَائِبًا طَلَاقُهَا، وَالثَّبْتُ لَا تَعْمَلُ فِي غَيْرِ الْمَذْكُورِ حَتَّى لَوْ قَالَ: شِئْتُ طَلَاقَكَ يَقَعُ إِذَا نَوَى لِأَنَّهُ إِيقَاعٌ مُبْتَدَأٌ إِذِ الْمَشِيئَةُ تُنْبِئُ عَنِ الْوُجُودِ، بِخِلَافِ قَوْلِهِ أَرَدْتُ طَلَاقَكَ لِأَنَّهُ لَا يُنْبِئُ عَنِ الْوُجُودِ. (وَكَذَا إِذَا قَالَتْ شِئْتُ إِنْ شَاءَ أَبِي أَوْ شِئْتُ إِنْ كَانَ كَذَا لِأَمْرٍ لَمْ يَجِئْ بَعْدُ) لَمَّا ذَكَّرْنَا أَنَّ الْمَاتِي بِهِ مَشِيئَةٌ مُعْلَقَةٌ فَلَا يَقَعُ الطَّلَاقُ وَبَطْلُ الْأَمْرِ (وَإِنْ قَالَتْ: قَدْ شِئْتُ إِنْ كَانَ كَذَا لِأَمْرٍ قَدْ مَضَى طَلَّقْتُ) لِأَنَّ التَّعْلِيْقَ بِشَرْطِ كَائِنٍ تَنْجِيزٌ.

الشرح:

(وَلَوْ قَالَ لَهَا أَنْتِ طَالِقٌ إِنْ شِئْتَ فَقَالَتْ: شِئْتُ إِنْ شِئْتَ فَقَالَ الزَّوْجُ: شِئْتُ يَنْوِي الطَّلَاقَ بَطْلَ الْأَمْرِ) وَكَلَامُهُ ظَاهِرٌ، وَفِيهِ بَحْثٌ مِنْ وَجْهَيْنِ: أَحَدُهُمَا أَنَّهُ كَانَ يَنْبَغِي أَنْ يَقَعُ بِقَوْلِهِ شِئْتُ لِأَنَّهُ يَمْلِكُ إِيقَاعَ الطَّلَاقِ بِهَذَا اللَّفْظِ.

وَالثَّانِي أَنَّهُ إِذَا قَالَ شِئْتُ طَلَاقَكَ: أَيُّ بِلَفْظٍ صَرِيحٍ الطَّلَاقِ يَنْبَغِي أَنْ لَا يَحْتَاجَ إِلَى الثَّبَتِ.

وَأُجِيبَ عَنِ الْأَوَّلِ بِأَنَّ كَلَامَهُ بِنَاءٌ عَلَى كَلَامِهَا وَلَيْسَ فِي كَلَامِهَا ذِكْرُ الطَّلَاقِ وَإِنَّمَا فِيهِ ذِكْرُ الْمَشِيئَةِ فَيَكُونُ شَائِبًا بِمَشِيئَتِهَا لَا بِطَلَاقِهَا، لَا يُقَالُ كَلَامُهَا مَبْنِيٌّ عَلَى كَلَامِهِ الْأَوَّلِ وَفِيهِ ذِكْرُ الطَّلَاقِ لِأَنَّ كَلَامَهَا لَعًا بِالِاسْتِغَالِ بِمَا لَا يَعْنِيهَا فَيَلْعَوُ مَا يُبْتَنَى عَلَيْهِ.

وَعَنِ الثَّانِي بِأَنَّ قَوْلَهُ شِئْتُ طَلَاقَكَ قَدْ يَقْصِدُ وَجُودَهُ مِلْكَاً وَقَدْ يَقْصِدُ وَجُودَهُ وَقُوعاً فَلَا بُدَّ مِنَ الثَّبَتِ لَتَعْيِينِ جِهَةِ الْوُجُودِ وَقُوعاً (وَقَوْلُهُ إِذِ الْمَشِيئَةُ تُنْبِئُ عَنِ الْوُجُودِ) قِيلَ لِأَنَّ الْمَشِيئَةَ فِي الْأَصْلِ مَأْخُوذَةٌ مِنَ الشَّيْءِ وَهُوَ اسْمٌ لِلْمَوْجُودِ، فَكَانَ قَوْلُهُ شِئْتُ

بِمَنْزِلَةٍ أُوجِدَتْ وَإِجْبَادُ الطَّلَاقِ بِإِقْبَاعِهِ، بِخِلَافِ الْإِرَادَةِ فَإِنَّهَا فِي اللُّغَةِ عِبَارَةٌ عَنْ الطَّلَبِ، قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «الْحُمَى رَائِدُ الْمَوْتِ» أَيُّ طَالِبُهُ، فَإِنْ قِيلَ: ذَهَبَ عُلَمَاؤُنَا فِي أُصُولِ الدِّينِ إِلَى أَنَّ الْإِرَادَةَ وَالْمَشِيئَةَ وَاحِدَةٌ فَمَا هَذِهِ التَّفَرُّقَةُ؟ فَالْجَوَابُ أَنَّ اللَّهَ يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ بَيْنَهُمَا تَفَرُّقٌ بِالنِّسْبَةِ إِلَى الْعِبَادِ وَتَسْوِيَةً بِالنِّسْبَةِ إِلَى اللَّهِ تَعَالَى؛ لِأَنَّ مَا شَاءَ اللَّهُ كَائِنْ لَا مُحَالَةَ وَكَذَا مَا يُرِيدُهُ بِخِلَافِ الْعِبَادِ.

وَقَوْلُهُ وَكَذَا إِذَا قَالَتْ شَيْتُ إِنْ شَاءَ أَبِي ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (لَأَنَّ التَّعْلِيْقَ بِأَمْرِ كَائِنْ تَنْجِيزٌ) قِيلَ لَوْ كَانَ كَذَلِكَ لَكَفَرَ مَنْ قَالَ هُوَ يَهُودِيٌّ إِنْ فَعَلَ كَذَا وَهُوَ يَعْلَمُ أَنَّهُ فَعَلَهُ وَلَيْسَ كَذَلِكَ.

وَأُجِيبَ بِأَنَّ بُطْلَانَ الثَّانِي مَمْنُوعٌ، وَبَعْدَ التَّسْلِيمِ نَقُولُ: هَذِهِ الْأَلْفَاظُ صَارَتْ كِنَايَةً عَنِ الْيَمِينِ بِاللَّهِ تَعَالَى إِذَا حَصَلَ التَّعْلِيْقُ بِهَا بِفِعْلِ مُسْتَقْبَلٍ، فَكَذَا إِذَا حَصَلَ بِفِعْلِ فِي الْمَاضِي تَحَامِيًا عَنْ تَكْفِيرِ الْمُسْلِمِ.

(وَلَوْ قَالَ لَهَا: أَنْتِ طَالِقٌ إِذَا شِئْتَ أَوْ إِذَا مَا شِئْتَ أَوْ مَتَى شِئْتَ أَوْ مَتَى مَا شِئْتَ فَرَدَّتِ الْأَمْرَ لَمْ يَكُنْ رَدًّا وَلَا يَقْتَصِرُ عَلَى الْمَجْلِسِ) أَمَّا كَلِمَةُ مَتَى وَمَتَى مَا فَلَا تُنْهَمَا لِلْوَقْتِ وَهِيَ عَامَّةٌ فِي الْأَوْقَاتِ كُلِّهَا، كَأَنَّهُ قَالَ فِي أَيِّ وَقْتٍ شِئْتَ فَلَا يَقْتَصِرُ عَلَى الْمَجْلِسِ بِالْإِجْمَاعِ، وَلَوْ رَدَّتِ الْأَمْرَ لَمْ يَكُنْ رَدًّا لِأَنَّهُ مَلَكَهَا الطَّلَاقُ فِي الْوَقْتِ الَّذِي شَاءَتْ فَلَمْ يَكُنْ تَمْلِكًا قَبْلَ الْمَشِيئَةِ حَتَّى يَرْتَدَّ بِالرَّدِّ، وَلَا تُطَلِّقُ نَفْسَهَا إِلَّا وَاحِدَةً لِأَنَّهُمَا تَعُمُّ الْأَزْمَانَ دُونَ الْأَفْعَالِ فَتَمْلِكُ التَّطْلِيقَ فِي كُلِّ زَمَانٍ وَلَا تَمْلِكُ تَطْلِيقًا بَعْدَ تَطْلِيقٍ، وَأَمَّا كَلِمَةُ إِذَا وَإِذَا مَا فَهُمَا وَمَتَى سَوَاءٌ عِنْدَهُمَا. وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى عَلَيْهِ وَإِنْ كَانَ يُسْتَعْمَلُ لِلشَّرْطِ كَمَا يُسْتَعْمَلُ لِلْوَقْتِ لَكِنْ الْأَمْرُ صَارَ بِبَيْدِهَا فَلَا يَخْرُجُ بِالشَّكِّ وَقَدْ مَرَّ مِنْ قَبْلُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلَوْ قَالَ لَهَا أَأَنْتِ طَالِقٌ إِذَا شِئْتَ إلخ) وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (فَلَا يَخْرُجُ بِالشَّكِّ) يَعْنِي لَوْ نَظَرْنَا إِلَى كَوْنِهِ لِلشَّرْطِ يَخْرُجُ الْأَمْرُ مِنْ يَدِهَا بِالْقِيَامِ كَمَا فِي قَوْلِهِ إِنْ شِئْتَ، وَلَوْ نَظَرْنَا إِلَى كَوْنِهِ لِلْوَقْتِ لَا يَخْرُجُ فَلَا يَخْرُجُ بِالشَّكِّ. وَقَوْلُهُ (وَقَدْ مَرَّ مِنْ قَبْلُ) يَعْنِي فِي فَصْلِ إِضَافَةِ الطَّلَاقِ إِلَى الزَّمَانِ.

(وَلَوْ قَالَ لَهَا: أَنْتِ طَالِقٌ كُلَّمَا شِئْتَ فَلَهَا أَنْ تُطَلِّقَ نَفْسَهَا وَاحِدَةً بَعْدَ وَاحِدَةٍ حَتَّى

تُطْلَقُ نَفْسَهَا ثَلَاثًا) لَأَنَّ كَلِمَةَ كُلَّمَا تُوجِبُ تَكَرَّرَ الْأَفْعَالُ إِلَّا أَنَّ التَّعْلِيْقَ يَنْصَرِفُ إِلَى الْمَلِكِ الْقَائِمِ (حَتَّى لَوْ عَادَتْ إِلَيْهِ بَعْدَ زَوْجٍ آخَرَ فَطَلَّقَتْ نَفْسَهَا لَمْ يَقَعْ شَيْءٌ) لِأَنَّهُ مِلْكٌ مُسْتَحْدَثٌ (وَلَيْسَ لَهَا أَنْ تُطْلَقَ نَفْسَهَا ثَلَاثًا بِكَلِمَةٍ وَاحِدَةٍ) لِأَنَّهُ تَوْجِبُ عُمُومِ الْإِنْفِرَادِ لَا عُمُومِ الْاجْتِمَاعِ فَلَا تَمْلِكُ الْإِيقَاعَ جُمْلَةً وَجَمْعًا (وَلَوْ قَالَ لَهَا: أَنْتِ طَالِقٌ حَيْثُ شِئْتَ أَوْ آيَنَ شِئْتَ لَمْ تُطْلَقِ حَتَّى تَشَاءَ، وَإِنْ قَامَتْ مِنْ مَجْلِسِهَا فَلَا مَشِيئَةَ لَهَا) لَأَنَّ كَلِمَةَ حَيْثُ وَآيَنَ مِنْ أَسْمَاءِ الْمَكَانِ وَالطَّلَاقُ لَا تَعْلُقُ لَهُ بِالْمَكَانِ فَيَلْغُو وَيَبْقَى ذِكْرُ مُطْلَقِ الْمَشِيئَةِ فَيَقْتَصِرُ عَلَى الْمَجْلِسِ، بِخِلَافِ الزَّمَانِ لَأَنَّ لَهُ تَعْلُقًا بِهِ حَتَّى يَقَعَ فِي زَمَانٍ دُونَ زَمَانٍ فَوْجَبَ اعْتِبَارُهُ عُمُومًا وَخُصُوصًا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلَوْ قَالَ لَهَا أَنْتِ طَالِقٌ كُلَّمَا شِئْتَ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (فَلَا تَمْلِكُ الْإِيقَاعَ جُمْلَةً وَجَمْعًا) قِيلَ مَعْنَاهُمَا وَاحِدٌ.

وَقِيلَ الْجُمْلَةُ هُوَ أَنْ تَقُولَ طَلَّقْتُ نَفْسِي ثَلَاثًا، وَالْجَمْعُ أَنْ تَقُولَ طَلَّقْتُ وَاحِدَةً وَوَاحِدَةً وَوَاحِدَةً هَذَا هُوَ الظَّاهِرُ (وَلَوْ قَالَ أَنْتِ طَالِقٌ حَيْثُ شِئْتَ) ظَاهِرٌ.

فَإِنْ قِيلَ: إِذَا لَعَا ذِكْرُ الْمَكَانِ. بَقِيَ قَوْلُهُ أَنْتِ طَالِقٌ شِئْتَ فَيَنْبَغِي أَنْ يَقَعَ الطَّلَاقُ فِي الْحَالِ كَمَا لَوْ قَالَ أَنْتِ طَالِقٌ دَخَلْتَ الدَّارَ فَإِنَّهُ يَقَعُ السَّاعَةَ. أُجِيبَ بِأَنَّ حَيْثُ وَآيَنَ تُفِيدَانِ ضَرْبًا مِنَ التَّأَخِيرِ، وَحَرْفُ الشَّرْطِ أَيْضًا يُفِيدُ ضَرْبًا مِنَ التَّأَخِيرِ فَيَشْتَرِكَانِ فِي تَحْقِيقِ مَعْنَى التَّأَخِيرِ فَيُجْعَلَانِ مَجَازًا عَنْ حَرْفِ الشَّرْطِ.

فَإِنْ قِيلَ: إِذَا جُعِلَا مَجَازًا عَنْ حَرْفِ الشَّرْطِ لَمَّا دُخِلَ بِالْقِيَامِ عَنْ الْمَجْلِسِ وَإِنَّمَا يَنْطَلُ بِالْقِيَامِ عَنْ الْمَجْلِسِ إِذَا جُعِلَا مَجَازًا عَنْ حَرْفِ إِنْ، وَأَمَّا إِذَا جُعِلَا مَجَازًا عَنْ كَلِمَةِ إِذَا أَوْ مَتَى فَلَا يَنْطَلُ بِالْقِيَامِ عَنْهُ فَلَمْ يُمْ يُجْعَلْ مَجَازًا عَنْ كَلِمَةِ إِذَا أَوْ مَتَى؟

أُجِيبَ بِأَنَّ جَعْلَهُمَا مَجَازًا عَنْ إِنْ أَوَّلَى لَمَّا أَنَّهَا لَمْحُضِ الشَّرْطِ فَكَانَتْ أَصْلًا فِي الْبَابِ، وَالْاعْتِبَارُ بِالْأَصْلِ أَوَّلَى مِنْ غَيْرِهِ، بِخِلَافِ الزَّمَانِ لَأَنَّ لِلطَّلَاقِ تَعْلُقًا بِهِ لَوْقُوعِهِ فِي زَمَانٍ دُونَ زَمَانٍ، وَأَمَّا إِذَا كَانَ وَاقِعًا فِي مَكَانٍ كَانَ وَاقِعًا فِي جَمِيعِ الْأُمُكِنَةِ فَوْجَبَ اعْتِبَارُهُ: أَيْ اعْتِبَارُ الزَّمَانِ خُصُوصًا، كَمَا لَوْ قَالَ أَنْتِ طَالِقٌ غَدًا أَوْ عُمُومًا كَمَا لَوْ قَالَ أَنْتِ طَالِقٌ فِي أَيِّ وَقْتٍ شِئْتَ.

(وَإِنْ قَالَ لَهَا أَنْتِ طَالِقٌ كَيْفَ شِئْتَ طَلَّقْتَ تَطْلِيقَةَ يَمْلِكُ الرَّجْعَةَ) وَمَعْنَاهُ قَبْلَ الْمَشِيئَةِ، فَإِنْ قَالَتْ: قَدْ شِئْتُ وَاحِدَةً بَائِنَةً أَوْ ثَلَاثًا وَقَالَ الزَّوْجُ ذَلِكَ نَوَيْتُ فَهُوَ كَمَا قَالَ، لَأَنْ عِنْدَ ذَلِكَ تَثْبُتُ الْمُطَابَقَةُ بَيْنَ مَشِيئَتِهَا وَإِرَادَتِهِ، أَمَّا إِذَا أَرَادَتْ ثَلَاثًا وَالزَّوْجُ وَاحِدَةً بَائِنَةً أَوْ عَلَى الْقَلْبِ تَقَعُ وَاحِدَةً رَجْعِيَّةً لِأَنَّهُ لَعَا تَصَرُّفَهَا لِعَدَمِ الْمَوَافَقَةِ فَبَقِيَ إِبْقَاعُ الزَّوْجِ وَإِنْ لَمْ تَحْضُرْهُ النِّيَّةُ تُعْتَبَرُ مَشِيئَتُهَا فِيمَا قَالُوا جَرِيًّا عَلَى مُوجِبِ التَّخْيِيرِ (قَالَ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُ). وَقَالَ فِي الْأَصْلِ هَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَعِنْدَهُمَا لَا يَقَعُ مَا لَمْ يُتَوَقَّعِ الْمَرْأَةُ فَتَشَاءُ رَجْعِيَّةً أَوْ بَائِنَةً أَوْ ثَلَاثًا) وَعَلَى هَذَا الْخِلَافِ الْعِتَاقُ لَهُمَا أَنَّهُ فَوْضُ التَّطْلِيقِ إِلَيْهَا عَلَى أَيِّ صِفَةٍ شَاءَتْ فَلَا بُدَّ مِنْ تَعْلِيلِ أَصْلِ الطَّلَاقِ بِمَشِيئَتِهَا لِتَكُونَ لَهَا الْمَشِيئَةُ فِي جَمِيعِ الْأَحْوَالِ: أَعْنِي قَبْلَ الدُّخُولِ وَبَعْدَهُ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ كَلِمَةَ كَيْفَ لِلْإِسْتِصَافِ، يُقَالُ كَيْفَ أَصْبَحْتَ وَالتَّفْوِيزُ فِي وَصْفِهِ يَسْتَدْعِي وَجُودَ أَصْلِهِ وَوُجُودَ الطَّلَاقِ بِوُقُوعِهِ.

الشرح:

قَالَ (وَإِنْ قَالَ أَنْتِ طَالِقٌ كَيْفَ شِئْتَ) اخْتَلَفَ عُلَمَاؤُنَا فِيمَا إِذَا قَالَ أَنْتِ طَالِقٌ كَيْفَ شِئْتَ هَلْ يَتَعَلَّقُ أَصْلُ الطَّلَاقِ بِمَشِيئَتِهَا أَوْ لَا، فَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ لَا يَتَعَلَّقُ بَلْ تَقَعُ طَلَقٌ وَاحِدٌ وَلَا مَشِيئَةٌ لَهَا إِنْ لَمْ يَدْخُلْ بِهَا، وَإِنْ دَخَلَ بِهَا وَقَعَتْ تَطْلِيقَةُ رَجْعِيَّةٍ وَالْمَشِيئَةُ إِلَيْهَا فِي الْمَجْلِسِ بَعْدَ ذَلِكَ.

ثُمَّ لَا يَخْلُو مِنْ أَنْ يَنْوِيَ الزَّوْجُ شَيْئًا أَوْ لَمْ يَنْوِ، فَإِنْ كَانَ الثَّانِي أَعْتَبِرَتْ مَشِيئَتُهَا فِي الْكَمِّ وَالْكِيفِ فِيمَا قَالُوا جَرِيًّا عَلَى مُوجِبِ التَّخْيِيرِ. وَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ، فَإِنْ اتَّفَقَتْ نِيَّتُهُ وَمَشِيئَتُهَا فَذَلِكَ، وَإِنْ اخْتَلَفَا بِأَنْ شَاءَتْ بَائِنَةً وَالزَّوْجُ ثَلَاثًا أَوْ بِالْعَكْسِ وَقَعَتْ وَاحِدَةً رَجْعِيَّةً، وَقَالَا: لَا يَقَعُ شَيْءٌ لَا قَبْلَ الدُّخُولِ وَلَا بَعْدَهُ حَتَّى تَشَاءَ، فَإِنْ شَاءَتْ أَوْقَعَتْ مَا شَاءَتْ مِنَ الرَّجْعِيِّ وَالْبَائِنِ وَالثَّلَاثِ لِأَنَّهُ فَوْضُ التَّطْلِيقِ إِلَيْهَا عَلَى أَيِّ صِفَةٍ شَاءَتْ؛ لِأَنَّ كَلِمَةَ كَيْفَ لِلتَّسْوَالِ عَنِ الْحَالِ مُطْلَقًا فَلَا بُدَّ مِنْ تَعْلِيلِ الْأَصْلِ بِمَشِيئَتِهَا لِتَثْبُتَ لَهَا الْمَشِيئَةُ فِي جَمِيعِ الْأَحْوَالِ، كَمَا لَوْ قَالَ أَنْتِ طَالِقٌ إِنْ شِئْتَ أَوْ حَيْثُ شِئْتَ أَوْ أَيْنَ شِئْتَ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ كَلِمَةَ كَيْفَ لَطَلَبِ الْوَصْفِ لَا لَطَلَبِ الْأَصْلِ، يُقَالُ كَيْفَ أَصْبَحْتَ: أَيُّ عَلَى أَيِّ وَصْفٍ مِنَ الصَّحَّةِ وَالسَّقَمِ وَغَيْرِ ذَلِكَ، فَكَانَ التَّفْوِيزُ

فِي وَصْفِ الطَّلَاقِ، وَالتَّفْوِيزُ فِي وَصْفِهِ يَسْتَدْعِي وَجُودَ أَصْلِهِ، وَإِلَّا لَكَانَ كَيْفَ لَطْلِبِهِ
وَلَيْسَ كَذَلِكَ، وَوَجُودُ الطَّلَاقِ بِوُقُوعِهِ وَهُوَ ظَاهِرٌ. وَهَهُنَا سُؤَالٌ مَشْهُورٌ وَهُوَ أَنَّ
الْمَعْقُولَ أَنْ لَا يَحْتَاجَ إِلَى نِيَّةِ الزَّوْجِ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا فَوَّضَ الْأَمْرَ إِلَيْهَا وَجَبَ أَنْ تُسْتَقِلَّ بِإِبْتَاتِ
مَا فَوَّضَ إِلَيْهَا عَتَبَارًا بِعَامَّةِ التَّفْوِيزَاتِ.

وَجَوَابُهُ أَنَّهُ فَوَّضَ إِلَيْهَا حَالَ الطَّلَاقِ وَهِيَ مُشْتَرَكَةٌ بَيْنَ الْكَمِّ وَالْكَيفِ: يَعْني
الْعَدَدَ وَالْبَيِّنُونَ فَيَحْتَاجُ إِلَى النِّيَّةِ لِتَعْيِينِ أَحَدِهِمَا. وَقَدْ رُوِيَ عَنِ الطَّحَاوِيِّ أَنَّ لِلْمَرْأَةِ أَنْ
تَجْعَلَ الطَّلَاقَ بَائِنًا أَوْ ثَلَاثًا فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ. قَالَ صَاحِبُ النَّهَائَةِ نَاقِلًا عَنِ الْفَوَائِدِ
الظَّهْرِيَّةِ: وَقَدْ رَاجَعْتُ الْفُحُولَ فِي جَوَابِ هَذَا الْإِشْكَالِ فَمَا قَرَعَ سَمْعِي جَوَابُهُ فَيَجِبُ
التَّغْوِيلُ عَلَى مَا ذَكَرَهُ الطَّحَاوِيُّ.

وَلَقَائِلُ أَنْ يَقُولَ: لَا مُنَاسَبَةَ لِهَذَا التَّفْوِيزِ لِعَامَّةِ التَّفْوِيزَاتِ إِلَّا فِي كَوْنِهِ تَفْوِيزًا
وَذَلِكَ لَيْسَ بِجَامِعٍ لَوْجُودِ الْفَارِقِ، وَهُوَ أَنَّ الْمَفُوضَ هَهُنَا مُتَنَوِّعٌ دُونَهَا فَيَكُونُ فِي
وُجُوبِ التَّغْوِيلِ نَظَرٌ.

تَوْضِيحُهُ أَنَّ الْمُتَأَخَّرَ إِلَى الْمَشِيئَةِ مَا عُلِقَ بِهَا وَالتَّعْلِيقُ بِالْمَشِيئَةِ إِنَّمَا حَصَلَ بِكَلِمَةٍ
كَيْفَ لِأَنَّ قَوْلَهُ أَنْتَ طَالِقٌ لَيْسَ فِيهِ شَيْءٌ مِنْهُ وَهِيَ لَا تَعْلُقُ لَهَا بِالْأَصْلِ أَصْلًا فَيَكُونُ
مُنْجَزًا أَصْلَ الطَّلَاقِ وَمَفُوضًا لَوْصْفِهِ الْمُتَنَوِّعِ.

وَتَفْوِيزُ وَصْفِ الشَّيْءِ مِنْهُمَا قَبْلَ وَجُودِ الْأَصْلِ مُمْتَنِعٌ إِلَّا أَنْ فِي غَيْرِ الْمَدْخُولِ
بِهَا لَا أَثَرَ لِمَشِيئَةِ الْوَصْفِ بَعْدَ وَقُوعِ الْأَصْلِ لِعَدَمِ الْمَحَلِّ فَيَلْغُو تَفْوِيزُ الصِّفَةِ إِلَى
مَشِيئَتِهَا، وَفِي الْمَوْطُوعَةِ الْمَحَلُّ بَاقٍ بَعْدَ وَجُودِ الْأَصْلِ فَلَهَا الْمَشِيئَةُ بَعْدَ وَقُوعِهِ.

وَقَوْلُهُ (وَعَلَى هَذَا الْخِلَافِ الْعِتَاقُ) يَعْني إِذَا قَالَ لِعَبْدِهِ أَنْتَ حُرٌّ كَيْفَ شِئْتَ
عَتَقَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَلَا حَالَ لِلْعَتَقِ يُفَوَّضُ إِلَيْهِ. وَعِنْدَهُمَا لَا يَعْتَقُ حَتَّى يَشَاءَ وَإِنَّمَا قَالَ
فِي الْكِتَابِ (قَالَ فِي الْأَصْلِ هَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ) لِأَنَّ مَا أوردَهُ فِي الْأَصْلِ مِنْ مَسَائِلِ
الْجَامِعِ الصَّغِيرِ وَلَيْسَ فِيهِ ذِكْرُ قَوْلِهِمَا، وَإِنَّمَا ذَكَرَ الرَّوَايَةَ فِيهِ عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ لَا غَيْرُ
فَذَكَرَهُ لِيَتَبَيَّنَ أَنَّ مَا ذَكَرَهُ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ إِنَّمَا هُوَ قَوْلُهُ لَا قَوْلُهُمَا بِدَلِيلِ مَا ذَكَرَ فِي
الْأَصْلِ.

(وَإِنْ قَالَ لَهَا: أَنْتِ طَالِقٌ كَمْ شِئْتَ أَوْ مَا شِئْتَ طَلَّقْتَ نَفْسَهَا مَا شَاءَتْ) لِأَنَّهُمَا

يُسْتَعْمَلَانِ لِلْعَدَدِ فَقَدْ فَوُضَ إِلَيْهَا أَيُّ عَدَدٍ شَاءَتْ (فَإِنْ قَامَتْ مِنَ الْمَجْلِسِ بَطل، وَإِنْ رَدَّتْ الْأَمْرَ كَانَ رَدًّا) لِأَنَّ هَذَا أَمْرٌ وَاحِدٌ وَهُوَ خَطَابٌ فِي الْحَالِ فَيَقْتَضِي الْجَوَابَ فِي الْحَالِ.

الشرح:

(وَإِنْ قَالَ لَهَا أَتَيْتَ طَالِقٌ كَمْ شِئْتَ أَوْ مَا شِئْتَ طَلَّقْتَ نَفْسَهَا مَا شَاءَتْ) ذَكَرَ فِي أَصْلِ رِوَايَةِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ: إِنْ شَاءَتْ طَلَّقْتَ نَفْسَهَا وَاحِدَةً أَوْ ثَنَيْنِ أَوْ ثَلَاثًا مَا لَمْ تُقَمْ مِنْ مَجْلِسِهَا، فَإِنْ قِيلَ: كَيْفَ يُبَاحُ لَهَا أَنْ تُطَلِّقَ نَفْسَهَا ثَلَاثًا وَالزَّوْجُ لَا يَسَعُهُ أَنْ يُطَلِّقَهَا ثَلَاثًا؟ أَجِيبَ بِأَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ الْمُرَادُ بِقَوْلِهِ إِنْ شَاءَتْ طَلَّقْتَ نَفْسَهَا ثَلَاثًا مَشِيئَةَ الْقُدْرَةِ لَا مَشِيئَةَ الْإِبَاحَةِ: يَعْنِي أَنَّهَا تُقَدِّرُ عَلَى ذَلِكَ كَقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿فَمَنْ شَاءَ فَلْيُؤْمِنْ وَمَنْ شَاءَ فَلْيُكْفُرْ﴾ [مريم: ٢٩] عَلَى أَنَّهُ رُوِيَ عَنِ الْحَسَنِ بْنِ زِيَادٍ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ ذَلِكَ مُبَاحٌ لَهَا فِي التَّخْيِيرِ. وَوَجْهُ الاختصاصِ اضْطِرَّارُهَا، فَإِنَّ التَّفْرِيقَ يُخْرِجُ الْأَمْرَ مِنْ يَدِهَا.

وَقَوْلُهُ (لَا لَهَا يَعْني كَمْ وَمَا يُسْتَعْمَلَانِ لِلْعَدَدِ فَقَدْ فَوُضَ إِلَيْهَا أَيُّ عَدَدٍ شَاءَتْ) فَإِنْ قِيلَ: هَذَا فِي "كَمْ" مُسَلَّمٌ، وَأَمَّا فِي "مَا" فَهِيَ مُسْتَعْمَلَةٌ لِلْوَقْتِ كَمَا تُسْتَعْمَلُ لِلْعَدَدِ قَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿مَا دُمْتُ حَيًّا﴾ [الكهف: ٣١] فَقَدْ وَقَعَ الشُّكُّ فِي تَفْوِيضِ الْعَدَدِ إِلَيْهَا فَلَا يَثْبُتُ الْعَدَدُ بِالشُّكِّ.

أَجِيبَ بِأَنَّ جَانِبَ الْعَدَدِ مُرَجَّحٌ بِأَصْلٍ آخَرَ وَهُوَ أَنَّ هَذَا تَفْوِيضٌ بِمَعْنَى التَّمْلِيكِ لِأَنَّهُ تَفْوِيضٌ إِلَى الْمَرْأَةِ أَمْرَ نَفْسِهَا وَالتَّمْلِيكَاتُ تَقْتَصِرُ عَلَى الْمَجْلِسِ، وَذَلِكَ إِمَّا يَكُونُ أَنْ لَوْ كَانَتْ مَعْمُولَةٌ بِمَعْنَى الْعَدَدِ لَا بِمَعْنَى الْوَقْتِ، وَفِيهِ نَظَرٌ لِأَنَّ فِيهِ مَعْنَى التَّغْلِيْقِ فَيَتَوَقَّفُ عَلَى مَا وَرَاءَ الْمَجْلِسِ فَتَعَارَضَ جِهَتَا التَّرْجِيحِ.

وَالْجَوَابُ أَنَّهُ تَمْلِيكٌ فِيهِ مَعْنَى التَّغْلِيْقِ، وَالْأَوَّلُ كَالْأَصْلِ فَالتَّرْجِيحُ بِهِ أَوَّلِي (فَإِنْ قَامَتْ عَنِ الْمَجْلِسِ بَطل الْأَمْرُ) لَمَّا ذَكَرْنَا أَنَّهُ تَمْلِيكٌ وَالتَّمْلِيكُ يَقْتَصِرُ عَلَى الْمَجْلِسِ (وَإِنْ رَدَّتْ الْأَمْرَ كَانَ رَدًّا لِأَنَّ هَذَا أَمْرٌ وَاحِدٌ) إِذْ لَيْسَ فِيهِ مَا يَدُلُّ عَلَى التَّكْرَارِ، قِيلَ هُوَ اخْتِرَازٌ عَنْ كُلِّمَا، وَكُلُّ مَا هُوَ أَمْرٌ وَاحِدٌ يَقْتَضِي جَوَابًا وَاحِدًا لِيَكُونَ الْجَوَابُ مُطَابِقًا لِلسُّؤَالِ وَذَلِكَ الْجَوَابُ الْوَاحِدُ يَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ فِي الْحَالِ، إِذْ لَيْسَ فِي كَلَامِهِ مَا يَدُلُّ عَلَى الْوَقْتِ مُرَادًا.

قِيلَ وَهُوَ احْتِرَازٌ عَنْ إِذَا وَمَتَى وَالْخِطَابُ فِي الْحَالِ يَقْتَضِي الْجَوَابَ فِي الْحَالِ لَمَّا قُلْنَا، فَإِذَا رَدَّتْ الْأَمْرَ فَقَدْ حَصَلَ الْجَوَابُ فِي الْحَالِ وَلَا جَوَابَ بَعْدَهُ لَعَدَمِ التَّكْرَارِ.

(وَإِنْ قَالَ لَهَا: طَلَّقِي نَفْسَكَ مِنْ ثَلَاثٍ مَا شِئْتَ فَلَهَا أَنْ تُطَلِّقَ نَفْسَهَا وَاحِدَةً أَوْ ثِنْتَيْنِ وَلَا تُطَلِّقَ ثَلَاثًا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَقَالَا: تُطَلِّقُ ثَلَاثًا إِنْ شَاءَتْ) لِأَنَّ كَلِمَةَ مَا مُحْكَمَةً فِي التَّعْمِيمِ وَكَلِمَةَ مَنْ قَدْ تُسْتَعْمَلُ لِلتَّمْيِيزِ فَحُمِلَ عَلَى تَمْيِيزِ الْجِنْسِ، كَمَا إِذَا قَالَ: كُلٌّ مِنْ طَعَامِي مَا شِئْتَ أَوْ طَلَّقَ مِنْ نِسَائِي مَنْ شَاءَتْ. وَلَا يُبَيِّنُ حَنِيفَةَ أَنَّ كَلِمَةَ مَنْ حَقِيقَةُ التَّبْعِيضِ وَمَا لِلتَّعْمِيمِ فَعَمِلَ بِهِمَا، وَفِيمَا اسْتَشْهَدَ بِهِ تَرْكُ التَّبْعِيضِ بِدَلَالَةِ إِظْهَارِ السَّمَاخَةِ أَوْ لِعُمُومِ الصِّفَةِ وَهِيَ الْمَشِيشَةُ، حَتَّى لَوْ قَالَ: مَنْ شِئْتَ كَانَ عَلَى هَذَا الْخِلَافِ، وَاللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

الشرح:

وَإِنْ قَالَ لَهَا طَلَّقِي نَفْسَكَ مِنْ ثَلَاثٍ مَا شِئْتَ، فَلَهَا أَنْ تُطَلِّقَ نَفْسَهَا وَاحِدَةً وَثِنْتَيْنِ دُونَ الثَّلَاثِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: لَهَا أَنْ تُطَلِّقَ ثَلَاثًا (لِأَنَّ كَلِمَةَ مَا مُحْكَمَةً فِي التَّعْمِيمِ وَكَلِمَةَ مَنْ قَدْ تُكُونُ لِلتَّمْيِيزِ) يَعْنِي لِلْيَبَانِ كَمَا فِي قَوْلِهِ تَعَالَى ﴿فَاجْتَنِبُوا الرِّجْسَ مِنَ الْأَوْثَانِ﴾ [الحج: ٢٢] وَقَدْ تُكُونُ لِلتَّبْعِيضِ وَقَدْ تُكُونُ لغيرِهِمَا كَمَا عُرِفَ ذَلِكَ فَاجْتَمَعَ فِي كَلَامِهِ الْمُحْكَمُ وَالْمُحْتَمَلُ فَيُحْمَلُ الْمُحْتَمَلُ عَلَى الْمُحْكَمِ وَيُجْعَلُ بَيِّنًا (كَمَا إِذَا قَالَ كُلٌّ مِنْ طَعَامِي مَا شِئْتَ أَوْ طَلَّقَ مِنْ نِسَائِي مَنْ شَاءَتْ. وَلَا يُبَيِّنُ حَنِيفَةَ أَنَّ كَلِمَةَ مَنْ حَقِيقَةُ التَّبْعِيضِ وَمَا لِلتَّعْمِيمِ وَالْعَمَلُ بِهِمَا مُمَكِّنٌ) مِنْ حَيْثُ أَنَّ يُجْعَلُ الْمُرَادُ بَعْضًا عَامًّا، وَالثَّنَائِ كَذَلِكَ لِأَنَّهُ بِالنِّسْبَةِ إِلَى الْوَاحِدَةِ عَامٌّ وَبِالنِّسْبَةِ إِلَى الثَّلَاثِ بَعْضٌ.

فَإِنْ قِيلَ: فَعَلَى هَذَا لَا يَتَنَاوَلُ الْوَاحِدَ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِعَامٍّ. أُجِيبَ بِأَنَّهُ يَتَنَاوَلُهُ دَلَالَةً، وَإِذَا كَانَ الْعَمَلُ بِهِمَا مُمَكِّنًا لَا يُهْمَلُ أَحَدُهُمَا (وَفِيمَا اسْتَشْهَدَ بِهِ تَرْكُ التَّبْعِيضِ) بِدَلِيلِ خَارِجِيٍّ (وَهُوَ إِظْهَارُ السَّمَاخَةِ أَوْ لِعُمُومِ الصِّفَةِ وَهِيَ الْمَشِيشَةُ) فَإِنَّ التَّكْرَرَ إِذَا اتَّصَفَتْ بِصِفَةٍ عَامَّةٍ نَعُمُ لَمَّا عُرِفَ وَهَاهُنَا كَذَلِكَ (حَتَّى لَوْ قَالَ مَنْ شِئْتَ كَانَ عَلَى الْخِلَافِ) قِيلَ ثُمَّ إِنَّهَا إِنْ طَلَّقَتْ نَفْسَهَا ثَلَاثًا لَا يَقَعُ شَيْءٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ؛ لِأَنَّ مَذْهَبَهُ أَنَّ الْمُفَوِّضَ إِلَيْهَا الْوَاحِدَةَ إِذَا طَلَّقَتْ نَفْسَهَا ثَلَاثًا لَا يَقَعُ، فَكَذَا الَّتِي فَوِّضَ إِلَيْهَا ثِنْتَانِ إِذَا طَلَّقَتْ

نَفْسَهَا ثَلَاثًا لَا يَقَعُ وَقَدْ مَرَّ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

باب الأيمان في الطلاق

(وَإِذَا أَضَافَ الطَّلَاقَ إِلَى النِّكَاحِ وَقَعَ عَقِيبَ النِّكَاحِ مِثْلُ أَنْ يَقُولَ لَامْرَأَةٍ إِنْ تَزَوَّجْتُكَ فَأَنْتِ طَالِقٌ أَوْ كُلُّ امْرَأَةٍ أَتَزَوَّجُهَا فَهِيَ طَالِقٌ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: لَا يَقَعُ لِقَوْلِهِ ﷺ «لَا طَلَاقَ قَبْلَ النِّكَاحِ»^(١) وَلَنَا أَنَّ هَذَا تَصَرُّفٌ يَمِينٍ لَوْجُودِ الشَّرْطِ وَالْجَزَاءِ فَلَا يُشْتَرِطُ لَصِحَّتِهِ قِيَامُ الْمَلِكِ فِي الْحَالِ لِأَنَّ الْوُقُوعَ عِنْدَ الشَّرْطِ وَالْمَلِكُ مُتَيَقِّنٌ بِهِ عِنْدَهُ وَقَبْلَ ذَلِكَ أَثَرُهُ الْمَنْعُ وَهُوَ قَائِمٌ بِالْمُتَصَرِّفِ، وَالْحَدِيثُ مَحْمُولٌ عَلَى نَفْيِ التَّنْجِيزِ وَالْحَمَلُ مَا ثَوَّرَ عَنِ السَّلَفِ كَالشَّعْبِيِّ وَالزُّهْرِيِّ وَغَيْرِهِمَا (وَإِذَا أَضَافَهُ إِلَى شَرْطٍ وَقَعَ عَقِيبَ الشَّرْطِ مِثْلُ أَنْ يَقُولَ لَامْرَأَتِهِ: إِنْ دَخَلْتَ الدَّارَ فَأَنْتِ طَالِقٌ) وَهَذَا بِالِاتِّفَاقِ لِأَنَّ الْمَلِكَ قَائِمٌ فِي الْحَالِ، وَالظَّاهِرُ بَقَاؤُهُ إِلَى وَقْتِ وُجُودِ الشَّرْطِ

الشرح:

(بَابُ الْإِيْمَانِ فِي الطَّلَاقِ): لَمَّا فَرَّغَ مِنْ بَيَانِ تَنْجِيزِ الطَّلَاقِ صَرِيحًا وَكِنَايَةً أَعَقَبَهُ بِذِكْرِ بَيَانِ تَعْلِيلِهِ لَكَوْنِهِ مُرَكَّبًا مِنْ ذِكْرِ الطَّلَاقِ وَالشَّرْطِ، وَالْمُرَكَّبُ مُؤَخَّرٌ عَنِ الْمُفْرَدِ. وَالْيَمِينُ فِي الطَّلَاقِ عِبَارَةٌ عَنْ تَعْلِيلِهِ بِأَمْرٍ بِمَا يَدُلُّ عَلَى مَعْنَى الشَّرْطِ فَهُوَ فِي الْحَقِيقَةِ شَرْطٌ وَجَزَاءٌ، سُمِّيَ يَمِينًا مَجَازًا لَمَّا فِيهِ مِنْ مَعْنَى السَّبِيَّةِ. إِضَافَةٌ مَا يَحْتَمِلُ التَّعْلِيلُ فِي الشَّرْطِ كَالطَّلَاقِ وَالْعَتَاقِ وَالظَّهَارِ إِلَى الْمَلِكِ جَائِزَةٌ سَوَاءً كَانَتْ عَلَى الْخُصُوصِ، كَمَا إِذَا قَالَ لَامْرَأَةً إِنْ تَزَوَّجْتُكَ فَأَنْتِ طَالِقٌ، أَوْ عَلَى الْعُمُومِ كَقَوْلِهِ كُلُّ امْرَأَةٍ أَتَزَوَّجُهَا فَهِيَ طَالِقٌ، وَهُوَ قَوْلُ عُمَرَ رُوِيَ ذَلِكَ عَنْهُ فِي الظَّهَارِ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا يَصِحُّ وَهُوَ قَوْلُ ابْنِ عَبَّاسٍ، وَاسْتَدَلَّ عَلَى ذَلِكَ بِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «لَا طَلَاقَ قَبْلَ النِّكَاحِ» رُوِيَ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَمْرٍو بْنِ الْعَاصِ «أَنَّهُ خَطَبَ امْرَأَةً فَأَبَى أَوْلِيَائُهَا أَنْ يُزَوَّجَهَا مِنْهُ، فَقَالَ: إِنْ نَكَحْتُهَا فَهِيَ طَالِقٌ ثَلَاثًا، فَسُئِلَ عَنْ ذَلِكَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فَقَالَ: لَا طَلَاقَ قَبْلَ النِّكَاحِ» وَلَنَا أَنَّ هَذَا تَصَرُّفٌ يَمِينٍ لَوْجُودِ الشَّرْطِ وَالْجَزَاءِ، وَكُلُّ مَا هُوَ كَذَلِكَ لَا يُشْتَرِطُ لَصِحَّتِهِ قِيَامُ الْمَلِكِ فِي الْحَالِ لِأَنَّ

(١) أخرجه ابن ماجه (٢٠٤٨) عن المسور بن مخرمة.

الْوُقُوعَ عِنْدَ الشَّرْطِ إِذِ الْعِلَّةُ لَيْسَتْ بِعِلَّةٍ فِي الْحَالِ عِنْدَنَا كَمَا عُرِفَ فِي الْأُصُولِ (وَالْمَلِكُ مُتَيَقِّنٌ بِهِ عِنْدَهُ) أَيْ عِنْدَ وُجُودِ الشَّرْطِ، وَإِذَا كَانَ مُتَيَقِّنًا بِهِ عِنْدَهُ وَقَعَ الطَّلَاقُ لَوْجُودِ الْمُقْتَضِي وَهُوَ الْعِلَّةُ لِأَنَّ الْمُعْلَقَ بِالشَّرْطِ كَالْمَلْفُوظِ لَدَى الشَّرْطِ، وَاتِّفَاءُ الْمَانِعِ لَوْجُودِ الشَّرْطِ وَهُوَ مَقْفُوضٌ بِقَوْلِهِ إِنْ دَخَلْتَ الدَّارَ فَأَنْتِ طَالِقٌ فَإِنَّهُ تَصَرَّفُ يَمِينٍ لَوْجُودِ الشَّرْطِ وَالْجَزَاءِ، وَقِيَامُ الْمَلِكِ فِي الْحَالِ شَرْطٌ لَصِحَّتِهِ وَالْجَوَابُ أَنَّ الْمَلِكَ مُتَيَقِّنٌ بِهِ عِنْدَ الشَّرْطِ فِي الْمُتَنَازَعِ فِيهِ فَلَا يُحْتَاجُ إِلَى اشْتِرَاطِهِ فِي الْحَالِ، بِخِلَافِ صُورَةِ التَّقْضِ فَإِنَّهُ لَوْ لَمْ يَشْتَرِطْ فِيهَا ذَلِكَ عَرِيَتْ عَنِ الْمَلِكِ ظَاهِرًا لِأَنَّ الظَّاهِرَ عَدَمُ مَا يَحْدُثُ فَضْلًا عَنْ التَّيَقُّنِ بِهِ، وَهَذَا جَوَابٌ بِالْفَرْقِ وَالْمُصَنَّفُ قَائِلٌ بِهِ.

وَقَوْلُهُ (وَقَبْلَ ذَلِكَ) أَيْ وَقَبْلَ وُجُودِ الشَّرْطِ أَثَرُهُ الْمَنْعُ وَهُوَ قَائِمٌ بِالتَّمَتُّصِ لَأَنَّهُ يَمِينٌ وَمَحَلُّهُ ذِمَّةُ الْحَالِفِ فَلَا يَكُونُ شَرْطًا فِي ذَلِكَ الْوَقْتِ، وَمَحَالُّ الْكَلَامِ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ وَاسِعٌ وَقَدْ ذَكَرْتَاهُ فِي الْأَنْوَارِ وَالتَّقْرِيرِ.

وَقَوْلُهُ (وَالْحَدِيثُ) يَعْنِي مَا رَوَاهُ الشَّافِعِيُّ مَحْمُولٌ عَلَى نَفْيِ التَّنْجِيزِ، فَإِنَّ الْمُنْجَزَ هُوَ الطَّلَاقُ حَقِيقَةً لَا الْمُعْلَقُ وَتَحْقِيقُهُ أَنَّهُمْ سَأَلُوهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ عَنْ كَوْنِ ذَلِكَ طَلَاقًا فَقَالَ «لَا طَلَاقَ قَبْلَ النِّكَاحِ» وَلَيْسَ الْكَلَامُ فِيهِ، وَإِنَّمَا الْكَلَامُ فِي أَنْ تَغْلِقَ الطَّلَاقَ بِالنِّكَاحِ جَائِزٌ أَوْ لَيْسَ بِجَائِزٍ، وَلَيْسَ فِي الْحَدِيثِ مَا يَدُلُّ عَلَى نَفْيِهِ أَوْ إِثْبَاتِهِ (وَالْحَمْلُ عَلَى التَّنْجِيزِ مَأْثُورٌ عَنِ السَّلَفِ كَالشَّعْبِيِّ وَالزُّهْرِيِّ وَغَيْرِهِمَا) كَمَكْحُولِ وَسَالِمِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ (وَإِذَا أَضَافَهُ إِلَى شَرْطٍ وَقَعَ عَقِيبَ الشَّرْطِ مِثْلُ أَنْ يَقُولَ لَامْرَأَتِهِ إِنْ دَخَلْتَ الدَّارَ فَأَنْتِ طَالِقٌ، وَهَذَا بِالِاتِّفَاقِ لِأَنَّ الْمَلِكَ قَائِمٌ فِي الْحَالِ، وَالظَّاهِرُ بَقَاؤُهُ إِلَى وَقْتِ الشَّرْطِ) لِأَنَّ الْأَصْلَ بَقَاءُ الشَّيْءِ عَلَى مَا كَانَ وَهُوَ اسْتِصْحَابُ الْحَالِ. لَا يُقَالُ: الْمُحْتَاجُ إِلَيْهِ بُيُوتُ الْمَلِكِ عِنْدَ الشَّرْطِ، وَالِاسْتِصْحَابُ حُجَّةٌ دَافِعَةٌ لَا مُثَبِّتَةٌ؛ لِأَنَّ الْإِسْتِصْحَابَ لَا يَصْلُحُ حُجَّةً لِإِثْبَاتِ مَا لَمْ يَكُنْ وَلَيْسَ الْكَلَامُ فِيهِ.

فَيَصِحُّ يَمِينًا أَوْ إِيقَاعًا (وَلَا تَصِحُّ إِضَافَةُ الطَّلَاقِ إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْحَالِفُ مَالِكًا أَوْ يُضَيِّفُهُ إِلَى مَلِكٍ) لِأَنَّ الْجَزَاءَ لَا بُدَّ أَنْ يَكُونَ ظَاهِرًا لِيَكُونَ مُخِيفًا فَيَتَحَقَّقُ مَعْنَى الْيَمِينِ وَهُوَ الْقُوَّةُ وَالظُّهُورُ بِأَحَدِ هَذَيْنِ، وَالْإِضَافَةُ إِلَى سَبَبِ الْمَلِكِ بِمَنْزِلَةِ الْإِضَافَةِ إِلَيْهِ لِأَنَّهُ ظَاهِرٌ عِنْدَ سَبَبِهِ (فَإِنْ قَالَ لِأَجْنَبِيَّةٍ: إِنْ دَخَلْتَ الدَّارَ فَأَنْتِ طَالِقٌ ثُمَّ تَزَوَّجَهَا فَدَخَلَتْ الدَّارَ لَمْ تَطْلُقْ) لِأَنَّ الْحَالِفَ لَيْسَ بِمَالِكٍ وَلَا أَضَافَهُ إِلَى الْمَلِكِ أَوْ سَبَبِهِ وَلَا بُدَّ مِنْ وَاحِدٍ مِنْهُمَا.

الشرح:

قوله: (فَيَصِحُّ يَمِينًا) يَعْنِي عِنْدَنَا عَلَى مَا مَرَّ (أَوْ إِيقَاعًا) يَعْنِي عِنْدَ الشَّافِعِيِّ، فَإِنَّ عِنْدَهُ كَوْنَهُ طَلَاقًا مُعَلَّقًا لَا التَّطْلِيقَ فَكَانَ إِيقَاعًا فِي الْحَالِ وَلَكِنْ لَمْ يَثْبُتْ فِيهِ حُكْمُهُ (وَلَا تَصِحُّ إِضَافَةُ الطَّلَاقِ إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْحَالُ مَالِكًا) لِلْمَحْلُوفِ عَلَيْهِ (أَوْ يُضَيَّفُهُ إِلَى مَلِكٍ لِأَنَّ الْجَزَاءَ لَا بُدَّ أَنْ يَكُونَ ظَاهِرًا) أَيُّ غَالِبِ الْوُجُودِ (وَالظُّهُورُ بِأَحَدِ هَذَيْنِ) الْأَمْرَيْنِ، أَمَّا أَنَّ الْجَزَاءَ لَا بُدَّ أَنْ يَكُونَ ظَاهِرًا (فَلْيَكُونَ مُخِيفًا بِوُقُوعِهِ فَيَتَحَقَّقَ مَعْنَى الْيَمِينِ وَهُوَ الْقُوَّةُ) فَإِنَّ الْحَامِلَ عَلَى الْحَمْلِ أَوْ الْمَنَعَ اللَّذَيْنِ عُقِدَ الْيَمِينُ لِأَجْلِهِمَا هُوَ قُوَّةُ خَوْفِ نُزُولِ الْجَزَاءِ، وَالْخَوْفُ إِنَّمَا يَكُونُ إِذَا كَانَ الْجَزَاءُ غَالِبَ الْوُجُودِ عِنْدَ الشَّرْطِ، وَأَمَّا أَنْ ظُهُورَهُ بِأَحَدِ هَذَيْنِ الْأَمْرَيْنِ فَلَأَنَّهُ إِذَا انْعَدَمَ مَا انْعَدَمَ الْخَوْفُ فَاِنْعَدَمَ مَعْنَى الْيَمِينِ: أَعْنِي الْحَمْلَ أَوْ الْمَنَعَ (وَالْإِضَافَةُ إِلَى سَبَبِ الْمَلِكِ) كَقَوْلِهِ إِنْ اشْتَرَيْتُكَ فَأَلْتِ حُرًّا (بِمَنْزِلَةِ الْإِضَافَةِ إِلَى الْمَلِكِ) كَقَوْلِهِ إِنْ مَلَكَتُكَ فَأَلْتِ حُرًّا (لَأَنَّهُ) أَيُّ الْجَزَاءِ (ظَاهِرٌ عِنْدَ سَبَبِهِ) يَعْنِي سَبَبَ الْمَلِكِ (قَوْلُهُ) فَإِنْ قَالَ لِأُجْنَبِيَّةٍ تَفْرِيعٌ عَلَى مَا مُهَدَّدٌ مِنَ الْأَصْلِ وَهُوَ ظَاهِرٌ.

واعتراض بأنه لا يجوز أن يُقَدَّرَ تَزَوُّجُكَ حَتَّى يَقُولَ مَعْنَاهُ إِنْ تَزَوَّجْتُكَ وَدَخَلْتَ الدَّارَ فَأَلْتِ طَالِقَ صِيَانَةٍ عَنِ الْإِلْعَاءِ. وَأَجِيبَ بِأَنْ فِعْلَ الْيَمِينِ مِمَّا يُدْزِمُ بِهِ فَلَا يَجُوزُ تَصْحِيحُ قَوْلِهِ عَلَى وَجْهِهُ يُوَدِّي إِلَى مَذْمَتِهِ، كَذَا قَالَ عَامَّةُ الشَّارِحِينَ، وَفِيهِ نَظَرٌ لِأَنَّ التَّعْلِيلَ لَيْسَ بِيَمِينٍ حَقِيقَةً.

وَلَكِنْ كَانَ فَقَدْ يَقَعُ فِيمَا يَكُونُ مَحْمُودًا شَرْعًا، كَمَا إِذَا قَالَ إِنْ اشْتَرَيْتُكَ وَدَخَلْتَ الدَّارَ فَأَلْتِ حُرًّا فَإِنَّ لَصَاحِبَ الشَّرْعِ عِنَايَةً بِوُقُوعِ الْحَرِّيَّةِ.

وَالصَّوَابُ أَنْ يُقَالَ: الْمُقَدَّرُ إِمَّا أَنْ يَكُونَ مَحْذُوفًا أَوْ مُقْتَضًى، وَلَيْسَ بِمَحْذُوفٍ لِأَنَّ الْمَذْكُورَ لَيْسَ بِمُتَوَقَّفٍ عَلَيْهِ لُغَةً وَلَا مُقْتَضًى لِأَنَّ مِنْ شَرْطِهِ أَنْ يَكُونَ الْمُقَدَّرُ أَحَطَّ رُبَّةً مِنَ الْمَذْكُورِ وَأَنْ لَا يَتَغَيَّرَ الْمَذْكُورُ عِنْدَ التَّصْرِيحِ بِالْمُقَدَّرِ، وَالشَّرْطَانِ مُتَّفِقَانِ، أَمَّا الْأَوَّلُ فَظَاهِرٌ لِأَنَّ التَّزَوُّجَ أَعْلَى رُبَّةً مِنْ دُخُولِ الدَّارِ، وَأَمَّا الثَّانِي فَلَأَنَّ الشَّرْطَ قَبْلَ التَّصْرِيحِ دُخُولُ الدَّارِ وَخَذُهُ وَبَعْدَهُ التَّزَوُّجُ وَالْدُخُولُ، فَمَا كَانَ شَرْطًا صَارَ بَعْضُهُ وَمَوْضِعُهُ أَصُولُ الْفِقْهِ.

(وَالْفَاطُ الشَّرْطُ إِن وَإِذَا مَا وَكُلُّ وَكُلَّمَا وَمَتَى وَمَتَى مَا) لَأَنَّ الشَّرْطَ مُشْتَقٌّ مِنْ الْعَلَامَةِ، وَهَذِهِ الْأَفَاطُ مِمَّا تَلِيهَا أَفْعَالٌ فَتَكُونُ عَلَامَاتٍ عَلَى الْحِنْثِ، ثُمَّ كَلِمَةً إِنْ حَرَفَ لِلشَّرْطِ لِأَنَّهُ لَيْسَ فِيهَا مَعْنَى الْوَقْتِ وَمَا وَرَاءَهَا مُلْحَقٌ بِهَا، وَكَلِمَةً كُلٌّ لَيْسَتْ شَرْطًا حَقِيقَةً لَأَنَّ مَا يَلِيهَا اسْمٌ وَالشَّرْطُ مَا يَتَعَلَّقُ بِهِ الْجَزَاءُ وَالْأَجْزِيَّةُ تَتَعَلَّقُ بِالْأَفْعَالِ إِلَّا أَنَّهُ الْحَقُّ بِالشَّرْطِ لَتَعَلُّقِ الْفِعْلِ بِالاسْمِ الَّذِي يَلِيهَا مِثْلُ قَوْلِكَ كُلُّ عَبْدٍ اشْتَرَيْتُهُ فَهُوَ حُرٌّ. قَالَ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُ: (فَفِي هَذِهِ الْأَفَاطُ إِذَا وَجِدَ الشَّرْطُ انْحَلَّتْ وَانْتَهَتْ الْيَمِينُ) لِأَنَّهَا غَيْرُ مُقْتَضِيَةٍ لِلْعُمُومِ وَالتَّكْرَارِ لَفَةً، فَيُوجِدُ الْفِعْلَ مَرَّةً يَتِمُّ الشَّرْطُ وَلَا بَقَاءَ لِلْيَمِينِ بِدُونِهِ.

الشرح:

قَالَ: (وَالْفَاطُ الشَّرْطُ) عِبْرَ الْأَفَاطِ الشَّرْطِ وَلَمْ يَقُلْ حُرُوفَ الشَّرْطِ كَمَا قَالَ بَعْضُهُمْ لِأَنَّ عَامَّتَهَا أَسْمَاءٌ، وَلَمْ يُورَدْ أَحَدُ حَرْفِي الشَّرْطِ وَضَعًا وَهُوَ لَوْ. قَالَ فِي النَّهَائَةِ: لَأَنَّ كَلِمَةً لَوْ تَعْمَلُ عَمَلَ الشَّرْطِ مَعْنَى لَا لَفْظًا، وَهَذِهِ الْأَفَاطُ تَعْمَلُ عَمَلَهُ لَفْظًا وَمَعْنَى، فَإِنَّهَا فِي مَوَاضِعِ الْجَزْمِ تَجَزِمُ وَفِي غَيْرِ مَوَاضِعِ الْجَزْمِ لَزِمَ دُخُولُ الْفَاءِ فِي جَزَائِهَا، بِخِلَافِ كَلِمَةِ لَوْ، وَهَذَا لَا مَدْخَلَ لَهُ فِي عِلْمِ الْفِقْهِ. وَالصَّوَابُ أَنْ يُقَالَ: قَدْ تَقَدَّمَ أَنَّ التَّعْلِيْقَ يَمِينٌ تُعْقَدُ لِلْحَمْلِ أَوْ الْمَنْعِ، وَذَلِكَ إِنَّمَا يَكُونُ فِي الْمُسْتَقْبَلِ، وَلَوْ مَوْضُوعَةٌ لَا مَنَاعَ الشَّيْءِ لَا مَنَاعَ غَيْرِهِ فِي الْمَاضِي فَأَنَّى لَهُ مَدْخَلٌ فِي ذَلِكَ.

وَقَوْلُهُ لَأَنَّ الشَّرْطَ مُشْتَقٌّ مِنَ الْعَلَامَةِ قَالَ فِي الصَّحَاحِ: الشَّرْطُ بِالتَّحْرِيكِ الْعَلَامَةُ، وَأَشْرَاطُ السَّاعَةِ عَلَامَاتُهَا، فَعَلَى هَذَا يَكُونُ مَعْنَى مَا ذَكَرَ فِي الْكِتَابِ أَنَّ الشَّرْطَ مُشْتَقٌّ مِنَ الشَّرْطِ الَّذِي هُوَ بِمَعْنَى الْعَلَامَةِ، لَأَنَّ الْمُرَادَ بِالِاشْتِقَاقِ هُوَ الْإِشْتِقَاقُ الْكَبِيرُ، وَهُوَ أَنْ تَجِدَ بَيْنَ اللَّفْظَيْنِ تَنَاسُبًا فِي اللَّفْظِ وَالْمَعْنَى، وَلَيْسَ بَيْنَ الشَّرْطِ وَالْعَلَامَةِ تَنَاسُبٌ لَفْظِيٌّ فَيُقَدَّرُ ذَلِكَ لَيْسَ تَسْتَقِيمَ.

وَقَوْلُهُ (وَهَذِهِ الْأَفَاطُ مِمَّا تَلِيهَا الْأَفْعَالُ) يَعْنِي غَيْرَ كَلِمَةٍ كُلِّ فَإِنَّهُ يُذَكِّرُ فِيمَا يَلِيهَا اسْمٌ، وَفِي كَلَامِهِ نَظَرٌ لِأَنَّهُ اسْتِدْلَالٌ عَلَى الْمَوْضُوعَاتِ اللَّغَوِيَّةِ، وَلَيْسَ ذَلِكَ طَرِيقَ مَعْرِفَتِهَا وَإِنَّمَا طَرِيقُ ذَلِكَ السَّمَاعُ، وَهَذِهِ الْأَفَاطُ سُمِعَتْ مُسْتَعْمَلَةً فِي مَوْضِعِ الشَّرْطِ فَلَا حَاجَةَ إِلَى الْاسْتِدْلَالِ، وَلَكِنْ صَحَّ الْاسْتِدْلَالُ فَدَلِيلُهُ هَهُنَا لَا يُفِيدُ مَطْلُوبَهُ لِأَنَّ مَطْلُوبَهُ

أَنَّ هَذِهِ أَلْفَاظُ الشَّرْطِ وَدَلِيلُهُ؛ لِأَنَّ الشَّرْطَ مُشْتَقٌّ مِنَ الْعَلَامَةِ وَهُوَ مُسَلَّمٌ عَلَى الْوَجْهِ الَّذِي قَرَّرْنَاهُ، وَهَذِهِ الْأَلْفَاظُ مِمَّا يَلِيهَا الْأَفْعَالُ، وَهَذَا أَيْضًا مُسَلَّمٌ لَكِنَّ قَوْلَهُ فَتَكُونُ عَلَامَاتٍ عَلَى الْحِثِّ لَيْسَ بِإِلْزَامٍ لِلْمُقَدِّمَتَيْنِ الْمَذْكُورَتَيْنِ، وَهُوَ ظَاهِرٌ وَكَلَامُهُ وَاضِحٌ.

(إِلَّا فِي كُلِّمَا فَإِنَّهَا تَقْتَضِي تَعْمِيمَ الْأَفْعَالِ) قَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿كُلَّمَا نَضَجَتْ

جُلُودُهُمْ﴾ [النساء: ٥٦].

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (إِلَّا فِي كُلِّمَا فَإِنَّهَا تَقْتَضِي تَعْمِيمَ الْأَفْعَالِ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿كُلَّمَا نَضَجَتْ

جُلُودُهُمْ﴾

وَمِنْ ضَرُورَةِ التَّعْمِيمِ التَّكْرَارُ. قَالَ (فَإِنْ تَزَوَّجَهَا بَعْدَ زَوْجٍ آخَرَ وَتَكَرَّرَ الشَّرْطُ لَمْ يَقَعْ شَيْءٌ) لِأَنَّ بِاسْتِيفَاءِ الطَّلَاقِ الثَّلَاثِ الْمَمْلُوكَاتِ فِي هَذَا النِّكَاحِ لَمْ يَبْقَ الْجَزَاءُ وَبَقَاءُ الْيَمِينِ بِهِ وَبِالشَّرْطِ. وَفِيهِ خِلَافٌ زُفَرَ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى وَسَقَرَّوهُ مِنْ بَعْدُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى (وَلَوْ دَخَلَتْ عَلَى نَفْسِ التَّزْوُجِ بِأَنْ قَالَ: كُلَّمَا تَزَوَّجْتَ امْرَأَةً فَهِيَ طَالِقٌ يَحْنُثُ بِكُلِّ مَرَّةٍ وَإِنْ كَانَ بَعْدَ زَوْجٍ آخَرَ) لِأَنَّ ائْتِقَادَهَا بِاعْتِبَارِ مَا يَمْلِكُ عَلَيْهَا مِنَ الطَّلَاقِ بِالتَّزْوُجِ وَذَلِكَ غَيْرُ مَحْصُورٍ.

الشرح:

(وَمِنْ ضَرُورَةِ التَّعْمِيمِ التَّكْرَارُ) فِيهِ نَظَرٌ مِنْ وَجْهَيْنِ:

أَحَدُهُمَا أَنَّهُ عَدَّ كَلِمَةً كُلٌّ مِنْ أَلْفَاظِ الشَّرْطِ وَعِنْدَ وُجُودِ الشَّرْطِ لَمْ يَنْتَهِ الْيَمِينُ، فَإِنَّ مَنْ قَالَ كُلُّ امْرَأَةٍ أَتَزَوَّجُهَا فَهِيَ طَالِقٌ فَتَزَوَّجَ امْرَأَةً طَلَّقَتْ، وَلَوْ تَزَوَّجَ أُخْرَى طَلَّقَتْ كَذَلِكَ، فَكَانَ الْوَاجِبُ أَنْ يَقُولَ فِي الْاسْتِثْنَاءِ إِلَّا فِي كُلِّ وَكُلِّمَا.

وَالثَّانِي: أَنَّهُ قَالَ وَمِنْ ضَرُورَةِ التَّعْمِيمِ التَّكْرَارُ، وَالتَّعْمِيمُ فِي كَلِمَةٍ كُلٌّ مَوْجُودٌ كَمَا ذَكَرْنَا آنفًا وَلَا تَكَرَّرَ فِيهِ، حَتَّى لَوْ تَزَوَّجَ الَّتِي طَلَّقَتْ ثَانِيًا لَمْ يَقَعْ الْجَزَاءُ. وَالْجَوَابُ عَنْ الْأَوَّلِ أَنَّ شَرْطِيَّةَ هَذِهِ الْأَلْفَاظِ إِنَّمَا هِيَ بِاعْتِبَارِ مَا يَلِيهَا مِنَ الْأَفْعَالِ لِأَنَّ الْخَطَرَ إِنَّمَا يَحْصُلُ بِاعْتِبَارِهِ وَبِهَذَا الْاعْتِبَارِ قَدْ انْتَهَتْ الْيَمِينُ، وَلِهَذَا لَوْ تَزَوَّجَهَا ثَانِيًا لَمْ تَطْلُقْ، وَعَدَمُ الْإِنْتِهَاءِ بِاعْتِبَارِ عُمُومِ الْأَسْمَاءِ لَمْ يَنْشَأْ مِنْ مَنَشَأِ الشَّرْطِ فَلَا يَكُونُ مُنَاقِضًا. وَعَنْ الثَّانِي أَنَّ الْمُرَادَ بِقَوْلِهِ وَمِنْ ضَرُورَةِ التَّعْمِيمِ تَعْمِيمُ الْأَفْعَالِ؛ لِأَنَّ الْكَلَامَ فِيهِ، وَالتَّعْمِيمُ فِي

الأفعال إئتماً يكون بتجدد الأفعال وهو المراد بالتكرار، فإذا قال كلما دخلت الدار فأنت طالق طلقت حتى ينتهي إلى الثلاث، فإن تزوجها بعد زوج آخر وتكرر الشرط لم يقع شيء لأن الجزاء طلقت هذا الملك ولم يقع شيء منها، وبقاء اليمين ببقاء الشرط والجزاء فإذا انتفى الجزاء ينتفي الكل، وفيه خلاف زفر وسيجيء (ولو دخلت على نفس التزوج بأن قال كلما تزوجت امرأة فهي طالق يحث بكل مرة وإن كان بعد زوج آخر لما ذكرنا أن انعقادها باعتبار ما يملك عليها من الطلاق بالتزوج) وهو غير محصور.

قال: (وزوال الملك بعد اليمين لا يبطلها) لأنه لم يوجد الشرط فبقي والجزاء باقي لبقاء محله فبقي اليمين (ثم إن وجد الشرط في ملكه انحلت اليمين ووقع الطلاق) لأنه وجد الشرط والمحل قابل للجزاء فينزل الجزاء ولا تبقى اليمين لما قلنا (وإن وجد في غير الملك انحلت اليمين) لوجود الشرط (ولم يقع شيء) لانعدام المحلية.

الشرح:

قال: (وزوال الملك بعد اليمين لا يبطلها) إذا قال لها ألت طالق إن دخلت الدار ثم أبانها لم يبطل اليمين لما مر أن بقاء اليمين بالشرط والجزاء. والفرض أن الشرط لم يوجد فهو باقي، والجزاء أيضاً باقي لبقاء محل اليمين وهو المرأة فتبقى اليمين كما كانت في محله وهي ذمة الحالف. فإن قيل: سلمنا أن محل الجزاء باقي ولكن من شرط وقوعه الملك وليس بموجود. فالجواب أن الكلام ليس في الوقوع وإنما هو في بقاءه يميناً واليمين لا يحتاج إلى الملك ابتداءً بدليل جواز إن تزوجت فأنت طالق، ففي البقاء أولى إذ البقاء أسهل من الابتداء.

ثم بعد ذلك لا يخلو إما أن يوجد الشرط في الملك كما إذا تزوجها ثانياً ثم وجد الشرط أو في غيره كما إذا وجد قبل التزوج، فإن كان الأول وقع الطلاق وانحلت اليمين. أما وقوع الطلاق فلا أن الشرط وجد في الملك فنزل الجزاء المتعلق به، وأما انحلال اليمين فلا أن اللفظ لا يدل على التكرار في وجود الشرط مرة انتهت اليمين، وإن كان الثاني انحلت اليمين لوجود الشرط ولم يقع شيء لانعدام المحلية.

(وإن اختلفا في وجود الشرط فالقول قول الزوج إلا أن تقيم المرأة البيينة) لأنه

مُتَمَسِّكٌ بِالْأَصْلِ وَهُوَ عَدَمُ الشَّرْطِ، وَلَأَنَّهُ يُنْكَرُ وَقُوعُ الطَّلَاقِ وَزَوَالُ الْمَلِكِ وَالْمَرَأَةُ تَدْعِيهِ (فَإِنْ كَانَ الشَّرْطُ لَا يَعْلَمُ إِلَّا مِنْ جِهَتِهَا فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا فِي حَقِّ نَفْسِهَا مِثْلُ أَنْ يَقُولَ: إِنْ حَضَتْ فَأَنْتِ طَالِقٌ وَفُلَانَةٌ فَقَالَتْ: قَدْ حَضَتْ طَلَّقْتُ هِيَ وَلَمْ تَطْلُقْ فُلَانَةٌ) وَقَعَ الطَّلَاقُ اسْتِحْسَانًا، وَالْقِيَاسُ أَنْ لَا يَقَعَ لِأَنَّهُ شَرْطٌ فَلَا تُصَدِّقُ كَمَا فِي الدُّخُولِ وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّهَا أَمِينَةٌ فِي حَقِّ نَفْسِهَا إِذْ لَا يَعْلَمُ ذَلِكَ إِلَّا مِنْ جِهَتِهَا فَيُقْبَلُ قَوْلُهَا كَمَا قُبِلَ فِي حَقِّ الْعِدَّةِ وَالْعَشْيَانِ لِكِنَّهَا شَاهِدَةٌ فِي حَقِّ ضَرَّتِهَا بَلْ هِيَ مُتَهَمَةٌ فَلَا يُقْبَلُ قَوْلُهَا فِي حَقِّهَا.

الشرح:

(وَإِنْ اخْتَلَفَا فِي وُجُودِ الشَّرْطِ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الزَّوْجِ) عَلَى مَا ذَكَرَ فِي الْكِتَابِ وَهُوَ وَاضِحٌ قَوْلُهُ وَلَمْ تَطْلُقْ فُلَانَةٌ لَيْسَ عَلَى ظَاهِرِهِ بَلْ فِيمَا إِذَا كَذَّبَهَا الزَّوْجُ فِي قَوْلِهَا حَضَتْ، وَأَمَّا إِذَا صَدَّقَهَا فَإِنَّهُ يَقَعُ. وَقَوْلُهُ (كَمَا قُبِلَ فِي حَقِّ الْعِدَّةِ وَالْعَشْيَانِ) أَمَّا قَبُولُهَا فِي الْعِدَّةِ فَبِأَنْ تَقُولَ قَدْ انْقَضَتْ أَوْ لَمْ تُنْقَضْ. وَأَمَّا فِي الْعَشْيَانِ فَيَحْتَمِلُ مَعْنَيْنِ: أَحَدُهُمَا أَنْ تَقُولَ الْمُطَلَّقَةُ الثَّلَاثُ انْقَضَتْ عِدَّتِي وَتَزَوَّجْتَ بِزَوْجٍ آخَرَ وَدَخَلَ بِي الزَّوْجُ الثَّانِي. وَالثَّانِي أَنْ يُقْبَلَ قَوْلُهَا فِي حَقِّ حِلِّ الْجَمَاعِ وَحُرْمَتِهِ بِقَوْلِهَا أَنَا طَاهِرٌ أَوْ حَائِضٌ. وَقَوْلُهُ (لَكِنَّهَا شَاهِدَةٌ فِي حَقِّ ضَرَّتِهَا بَلْ هِيَ مُتَهَمَةٌ فَلَا يُقْبَلُ قَوْلُهَا فِي حَقِّهَا) وَفِيهِ بَحْثٌ وَهُوَ أَنَّهَا لَا تَخْلُو مِنَ الْخَيْضِ وَعَدَمِهِ، وَالْمَالُ شُمُولُ طَلَاقِهَا أَوْ شُمُولُ عَدَمِهِ؛ لِأَنَّهَا إِنْ كَانَتْ حَاضَتْ فَقَدْ وَجَدَ الشَّرْطُ فَيَقَعُ طَلَاقُهَا جَمِيعًا، وَإِنْ لَمْ تَحْضُ لَمْ يَوْجَدْ الشَّرْطُ فَلَا يَقَعُ طَلَاقُ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا. فَأَمَّا أَنْ يَوْجَدْ الْخَيْضُ فِي حَقِّهَا دُونَ ضَرَّتِهَا فَذَلِكَ يَسْتَلِزُّمُ كَوْنَ الشَّيْءِ مَوْجُودًا وَمَعْدُومًا فِي حَالَةٍ وَاحِدَةٍ وَهُوَ مُحَالٌ. وَأَجِيبَ بِأَنَّ الشَّرْعَ أَثْبَتَ بِقَوْلِهَا حَضَتْ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ وَصَفَيْنِ مُتَعَايِرَيْنِ: الْأَمَانَةَ وَالشَّهَادَةَ، وَرَتَّبَ عَلَى ذَلِكَ حُكْمَيْنِ مُخْتَلَفَيْنِ بِحَسَبِ اخْتِلَافِ اقْتِضَائِهِمَا، وَلَيْسَ ذَلِكَ بِيَذْعٍ فِي الشَّرْعِ فَإِنَّهُ رَتَّبَ عَلَى النِّكَاحِ وَهُوَ أَمْرٌ وَاحِدُ الْحِلِّ لِلزَّوْجِ وَالْحُرْمَةِ لغيرِهِ، وَفِيهِ نَظَرٌ لِأَنَّ الْحِلَّ وَالْحُرْمَةَ لَا يَقْتَضِي أَحَدُهُمَا الْوُجُودَ وَالْآخَرُ الْعَدَمَ، بِخِلَافِ مَا نَحْنُ فِيهِ.

وَالْجَوَابُ أَنَّ اقْتِضَاءَ الْوُجُودِ وَالْعَدَمِ إِنَّمَا هُوَ بِالنِّسْبَةِ إِلَى الْخَيْضِ نَفْسِهِ، وَلَيْسَ

الْكَلَامُ فِيهِ لِأَنَّهُ أَمْرٌ خَفِيٌّ لَا يُطْلَعُ عَلَيْهِ، وَإِنَّمَا الْكَلَامُ فِي الْأَمْرِ الدَّالِّ عَلَيْهِ وَهُوَ قَوْلُهَا حِضْتُ، وَلَيْسَ ثَمَّةَ اخْتِلَافٍ فِي مُقْتَضَى وَجُودِهِ وَعَدَمِهِ.

وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ: إِنْ كُنْتُ تُحِبِّينَ أَنْ يُعَذِّبَكَ اللَّهُ فِي نَارِ جَهَنَّمَ فَأَنْتِ طَالِقٌ وَعَبْدِي حُرٌّ فَقَالَتْ أَحِبُّهُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَكَذَا لَوْ قَالَ إِنْ كُنْتُ تُحِبِّينَ أَنْ يُعَذِّبَكَ اللَّهُ بِنَارِ جَهَنَّمَ) ظَاهِرٌ.

أَوْ قَالَ: (إِنْ كُنْتُ تُحِبِّينِي فَأَنْتِ طَالِقٌ وَهَذِهِ مَعَكَ فَقَالَتْ: أَحْبُّكَ طَلَّقْتَ هِيَ وَلَمْ يُعْتَقِ الْعَبْدُ وَلَا تَطْلُقْ صَاحِبَتُهَا) لَمَّا قُلْنَا، وَلَا يَتَيَقَّنُ بِكَذِبِهَا لِأَنَّهَا لَشِدَّةٌ بُغْضُهَا إِيَّاهُ قَدْ تُحِبُّ التَّخْلِيصَ مِنْهُ بِالْعَذَابِ، وَفِي حَقِّهَا إِنْ تَعَلَّقَ الْحُكْمُ بِإِخْبَارِهَا وَإِنْ كَانَتْ كَاذِبَةً، فَفِي حَقِّ غَيْرِهَا بَقِيَ الْحُكْمُ عَلَى الْأَصْلِ وَهِيَ الْمَحْبَبَةُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (لَمَّا بَيَّنَّا) إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ أَمِينَةٌ فِي حَقِّ نَفْسِهَا شَاهِدَةٌ فِي حَقِّ ضَرَّتِهَا. وَقَوْلُهُ وَلَا يَتَيَقَّنُ بِكَذِبِهَا) جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ إِخْبَارُهَا عَنْ مُحَبَّتِهَا تَعَذِّبُ اللَّهُ إِيَّاهَا بِنَارِ جَهَنَّمَ مَقْطُوعٌ بِكَذِبِهِ فَوَجَبَ أَنْ لَا يُقْبَلَ قَوْلُهَا أَصْلًا.

وَوَجْهُهُ أَنَّهُ لَا يَتَيَقَّنُ بِكَذِبِهَا لِأَنَّهَا لَشِدَّةٌ بُغْضُهَا إِيَّاهُ قَدْ تُحِبُّ التَّخْلِيصَ مِنْهُ بِالْعَذَابِ فَلَمْ يَكُنْ كَذِبُهَا مَقْطُوعًا بِهِ. وَقَوْلُهُ (وَفِي حَقِّهَا إِنْ تَعَلَّقَ الْحُكْمُ بِإِخْبَارِهَا) ظَاهِرٌ.

(وَإِذَا قَالَ لَهَا: إِذَا حِضْتَ فَأَنْتِ طَالِقٌ فَرَأَتْ الدَّمَ لَمْ يَقَعِ الطَّلَاقُ حَتَّى يَسْتَمِرَّ بِهَا ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ) لِأَنَّ مَا يَنْقَطِعُ دُونَهَا لَا يَكُونُ حَيْضًا (فَإِذَا تَمَّتْ ثَلَاثَةُ أَيَّامٍ حَكَمْنَا بِالطَّلَاقِ مِنْ حِينَ حَاضَتْ) لِأَنَّهُ بِالْإِمْتِدَادِ عُرِفَ أَنَّهُ مِنَ الرَّحِمِ فَكَانَ حَيْضًا مِنَ الْإِبْتِدَاءِ (وَلَوْ قَالَ لَهَا: إِذَا حِضْتَ حَيْضَةً فَأَنْتِ طَالِقٌ لَمْ تَطْلُقْ حَتَّى تَطْهَرَ مِنْ حَيْضَتِهَا) لِأَنَّ الْحَيْضَةَ بِالْهَاءِ هِيَ الْكَامِلَةُ مِنْهَا، وَلِهَذَا حُمِلَ عَلَيْهِ فِي حَدِيثِ الْاسْتِبْرَاءِ وَكَمَالِهَا بِانْتِهَائِهَا وَذَلِكَ بِالتَّطَهُّرِ (وَإِذَا قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ إِذَا صُمْتُ يَوْمًا طَلَّقْتَ حِينَ تَغِيْبُ الشَّمْسُ فِي الْيَوْمِ الَّذِي تَصُومُ) لِأَنَّ الْيَوْمَ إِذَا قُرِنَ بِفِعْلٍ مُمْتَدٍّ يُرَادُ بِهِ بَيَاضُ النَّهَارِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ إِذَا صُمْتُ لِأَنَّهُ لَمْ يُقَدَّرْهُ بِمَعْيَارٍ وَقَدْ وَجَدَ الصَّوْمُ بِرُكْنِهِ وَشَرْطِهِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (إِذَا قَالَ إِذَا حَضَتْ حَيْضَةٌ فَأَنْتِ طَالِقٌ) وَالْفَرْقُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ مَا قَبْلَهُ ظَاهِرٌ، وَمِنَ الْفَرْقِ أَنَّهُ لَوْ قَالَ إِذَا حَضَتْ فَأَنْتِ طَالِقٌ وَهَذَا الْعَبْدُ حُرٌّ كَانَ حُرًّا مِنْ حِينَ رَأَتْ الدَّمَ حَتَّى كَانَ الْأَكْسَابُ لَهُ وَكَانَ الطَّلَاقُ بِدَعْيَا. وَقَوْلُهُ وَإِذَا قَالَ إِذَا حَضَتْ حَيْضَةٌ كَانَ الطَّلَاقُ سُنِّيًّا لِأَنَّهُ لَا يَقَعُ إِلَّا بَعْدَ مَا طَهَّرَتْ. وَقَوْلُهُ (فِي حَدِيثِ الْاِسْتِبْرَاءِ) يُرِيدُ بِهِ مَا قَالَهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ فِي سَبَايَا أُوطَاسٍ «وَلَا الْحَبَالَى حَتَّى يَسْتَبْرَأْنَ بِحَيْضَةٍ» أَرَادَ بِهِ كَمَالَ الْحَيْضِ وَهُوَ إِنَّمَا يَكُونُ بِانْتِهَائِهِ بِانْقِطَاعِ الدَّمِ إِذَا كَانَ أَيَّامُهَا عَشْرَةَ أَيَّامٍ، وَبِالْاِنْقِطَاعِ وَالْعُسْلُ أَوْ مَا يَقُومُ مَقَامَهُ إِذَا كَانَتْ أَيَّامُهَا دُونَ الْعَشْرَةِ. وَقَوْلُهُ (وَإِذَا قَالَ أَنْتِ طَالِقٌ إِذَا صُمْتُ يَوْمًا) ظَاهِرٌ مِمَّا تَقَدَّمَ. وَإِذَا قَالَ إِذَا صُمْتُ صَوْمًا فَحُكْمُهُ كَذَلِكَ (بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ إِذَا صُمْتُ) فَإِنَّهَا إِذَا صَامَتْ سَاعَةً مَقْرُونَةً بِالنِّتَةِ وَقَعَ الطَّلَاقُ لَمَّا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ.

(وَمَنْ قَالَ لَامْرَأَتِهِ: إِذَا وَلَدْتَ غُلَامًا فَأَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً وَإِذَا وَلَدْتَ جَارِيَةً فَأَنْتِ طَالِقٌ ثِنْتَيْنِ فَوَلَدَتْ غُلَامًا وَجَارِيَةً وَلَا يَدْرِي أَيُّهُمَا أَوَّلُ لَزِمَهُ فِي الْقَضَاءِ تَطْلِيقَةً، وَفِي الثَّنَرَةِ تَطْلِيقَتَانِ وَانْقَضَتِ الْعِدَّةُ بِوَضْعِ الْحَمْلِ) لِأَنَّهَا لَوْ وَلَدَتْ الْغُلَامَ أَوَّلًا وَقَعَتْ وَاحِدَةً وَتَنْقُضِي عِدَّتُهَا بِوَضْعِ الْجَارِيَةِ ثُمَّ لَا تَقَعُ أُخْرَى بِهِ لِأَنَّهُ حَالُ انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ، وَلَوْ وَلَدَتْ الْجَارِيَةَ أَوَّلًا وَقَعَتْ تَطْلِيقَتَانِ وَانْقَضَتِ عِدَّتُهَا بِوَضْعِ الْغُلَامِ ثُمَّ لَا يَقَعُ شَيْءٌ آخَرُ بِهِ لَمَّا ذَكَرْنَا أَنَّهُ حَالُ انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ، فَإِذَا فِي حَالٍ تَقَعُ وَاحِدَةً وَفِي حَالٍ تَقَعُ ثِنْتَانِ فَلَا تَقَعُ الثَّانِيَةُ بِالشُّكِّ وَالْاِحْتِمَالِ، وَالْأَوَّلَى أَنْ يُؤْخَذَ بِالثَّنَتَيْنِ تَنْزُهَا وَاحْتِيَاظًا، وَالْعِدَّةُ مُنْقَضِيَةٌ بَيِّنِينَ لَمَّا بَيَّنَّا.

الشرح:

قَالَ: (وَمَنْ قَالَ لَامْرَأَتِهِ إِذَا وَلَدْتَ غُلَامًا فَأَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً) هَذِهِ الْمَسْأَلَةُ لَا تَخْلُو عَنْ أَوْجُهٍ: إِنْ عَلِمَ أَنَّ الْغُلَامَ وَلَدَتْهُ أَوَّلًا طَلَّقَتْ وَاحِدَةً وَانْقَضَتْ عِدَّتُهَا بِالْجَارِيَةِ، وَلَا يَقَعُ شَيْءٌ بَعْدَهُ، وَإِنْ عَلِمَ أَنَّ الْجَارِيَةَ وَلَدَتْ أَوَّلًا طَلَّقَتْ ثِنْتَيْنِ، وَإِنْ اخْتَلَفَا فَالْقَوْلُ لِلزَّوْجِ لِإِنْكَارِهِ الزِّيَادَةِ، وَإِنْ لَمْ يَدْرِ أَيُّهُمَا أَوَّلُ لَزِمَهُ فِي الْقَضَاءِ وَاحِدَةً لِأَنَّهَا ثَابِتَةٌ بَيِّنِينَ وَفِي الثَّانِيَةِ شَكٌّ، وَفِي الثَّنَرَةِ وَهُوَ التَّنَزُّهُ عَنِ السُّوءِ تَطْلِيقَتَانِ، حَتَّى لَوْ كَانَ قَدْ طَلَّقَهَا

قَبْلَ هَذَا وَاحِدَةً لَا يَطُوهَا حَتَّى تَنْكَحَ زَوْجًا غَيْرَهُ لاحتِمَالِ أَنَّهَا مُطَلَقَةٌ ثَلَاثًا، وَتَرَكُ وَطْءَ امْرَأَةٍ يَحِلُّ لَهُ وَطُوهَا خَيْرٌ مِنْ أَنْ يَطْأَ امْرَأَةً مُحَرَّمَةً عَلَيْهِ وَقَوْلُهُ (وَالْعِدَّةُ مُنْقَضِيَةٌ بَيِّنِينَ لَمَّا بَيَّنَّا) يُرِيدُ قَوْلَهُ لِأَنَّهَا لَوْ وَلَدَتْ الْعُلَامَ أَوَّلًا إلخ. وَحَاصِلُهُ أَنَّ النِّقْضَاءَ عِدَّةُ الْحَامِلِ بِوَضْعِ الْحَمْلِ.

(وَأِنْ قَالَ لَهَا: إِنْ كَلِمَتِ أَبَا عَمْرٍو وَأَبَا يُوسُفَ فَأَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا ثُمَّ طَلَقَهَا وَاحِدَةً فَبَانَتْ وَانْقَضَتِ عِدَّتُهَا فَكَلِمَتِ أَبَا عَمْرٍو ثُمَّ تَزَوَّجَهَا فَكَلِمَتِ أَبَا يُوسُفَ فَهِيَ طَالِقٌ ثَلَاثًا مَعَ الْوَاحِدَةِ الْأُولَى) وَقَالَ زَهْرُ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَا يَقَعُ، وَهَذِهِ عَلَى وَجْهِهِ: (أَمَّا إِنْ وَجِدَ الشَّرْطَانِ فِي الْمَلِكِ فَيَقَعُ الطَّلَاقُ وَهَذَا ظَاهِرٌ، أَوْ وَجِدَا فِي غَيْرِ الْمَلِكِ فَلَا يَقَعُ، أَوْ وَجِدَ الْأَوَّلُ فِي الْمَلِكِ وَالثَّانِي فِي غَيْرِ الْمَلِكِ فَلَا يَقَعُ أَيْضًا لِأَنَّ الْجَزَاءَ لَا يَنْزِلُ فِي غَيْرِ الْمَلِكِ فَلَا يَقَعُ) أَوْ وَجِدَ الْأَوَّلُ فِي غَيْرِ الْمَلِكِ وَالثَّانِي فِي الْمَلِكِ وَهِيَ مَسْأَلَةُ الْكِتَابِ الْخِلَافِيَّةُ. لَهُ اعْتِبَارُ الْأَوَّلِ بِالثَّانِي إِذْ هُمَا فِي حُكْمِ الطَّلَاقِ كَشْيءٍ وَاحِدٍ. وَلَنَا أَنَّ صِحَّةَ الْكَلَامِ بِأَهْلِيَّةِ الْمُتَكَلِّمِ، إِلَّا أَنَّ الْمَلِكَ يُشْتَرِطُ حَالَةُ التَّعْلِيْقِ لِيَصِيرَ الْجَزَاءُ غَالِبَ الْوُجُودِ لِاسْتِصْحَابِ الْحَالِ فَتَصِحُّ الْيَمِينُ وَعِنْدَ تَمَامِ الشَّرْطِ لِيَنْزِلَ الْجَزَاءُ لِأَنَّهُ لَا يَنْزِلُ إِلَّا فِي الْمَلِكِ، وَفِيمَا بَيْنَ ذَلِكَ الْحَالِ حَالُ بَقَاءِ الْيَمِينِ فَيُسْتَعْنَى عَنْ قِيَامِ الْمَلِكِ إِذْ بَقَاؤُهُ بِمَحَلِّهِ وَهُوَ الذِّمَّةُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (إِنْ كَلِمَتِ أَبَا عَمْرٍو) عَلَى مَا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ وَاضِحٌ سِوَى أَلْفَاظِ تَذَكُّرُهَا. وَقَوْلُهُ (فِي حَقِّ الطَّلَاقِ كَشْيءٍ وَاحِدٍ) يَعْنِي مِنْ حَيْثُ إِنَّ الطَّلَاقَ لَا يَقَعُ إِلَّا بِهِمَا، فَصَارَ الشَّرْطَانِ بِمَنْزِلَةِ شَرْطٍ وَاحِدٍ، وَلَوْ كَانَ شَرْطًا وَاحِدًا لَمَا وَقَعَ بِدُونِ الْمَلِكِ فَكَذَلِكَ هَذَا (وَلَنَا أَنَّ صِحَّةَ الْكَلَامِ) أَيُّ صِحَّةَ هَذَا الْكَلَامِ الَّذِي هُوَ الْيَمِينُ (بِأَهْلِيَّةِ الْمُتَكَلِّمِ) وَهِيَ قَائِمَةٌ بِهِ فَتَكُونُ صِحَّتُهُ قَائِمَةً بِهِ بِأَنْ يَكُونَ مَحَلُّهُ ذِمَّتَهُ وَلَا يَحْتَاجُ إِلَى مَلِكٍ، لَكِنْ شَرْطُنَا الْمَلِكَ حَالَةَ التَّعْلِيْقِ لِيَصِيرَ الْجَزَاءُ غَالِبَ الْوُجُودِ بِاسْتِصْحَابِ الْحَالِ، فَإِنَّ الْمَلِكَ إِذَا كَانَ مَوْجُودًا وَقَتَ التَّعْلِيْقِ فَالظَّاهِرُ بَقَاؤُهُ إِلَى وَقْتِ وَجُودِ الشَّرْطِ، وَأَمَّا إِذَا لَمْ يَكُنْ مَوْجُودًا فَلَيْسَ كَذَلِكَ فَلَا يَكُونُ مُخِيفًا حَامِلًا أَوْ مَانِعًا، وَحَالَةُ تَمَامِ الشَّرْطِ لِنُزُولِ الْجَزَاءِ لِكُونِهِ لَا يَنْزِلُ إِلَّا فِي الْمَلِكِ، وَفِيمَا بَيْنَ ذَلِكَ مُسْتَعْنَى عَنْهُ، فَلَا يُشْتَرِطُ وَجُودَ الْمَلِكِ لِأَنَّ الْيَمِينَ يَقُومُ بِمَحَلِّهِ وَهُوَ الذِّمَّةُ، كَمَا إِذَا عُلِقَ طَلَقُهَا بِالشَّرْطِ فَأَبَانَهَا

وَأَنْقَضَتْ عِدَّتُهَا ثُمَّ تَزَوَّجَهَا فَأَتَتْ بِالشَّرْطِ فَإِنَّهَا تَطْلُقُ بِالِاتِّفَاقِ، وَلَمْ تَبْطُلِ الْيَمِينَ بِزَوَالِ الْمَلِكِ فَكَانَ كَالنِّصَابِ إِذَا انْتَقَصَ فِي خِلَالِ الْحَوْلِ فَإِنَّهُ لَا يَضُرُّ.

(وَأِنْ قَالَ لَهَا: إِنْ دَخَلْتَ الدَّارَ فَأَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا فَطَلَقَهَا ثِنْتَيْنِ وَتَزَوَّجَتْ زَوْجًا آخَرَ وَدَخَلَ بِهَا ثُمَّ عَادَتْ إِلَى الْأَوَّلِ فَدَخَلْتَ الدَّارَ طَلَقْتَ ثَلَاثًا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ تَعَالَى. وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى عَلَيْهِ: هِيَ طَالِقٌ مَا بَقِيَ مِنَ الطَّلَاقِ) وَهُوَ قَوْلُ زُفَرٍ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى عَلَيْهِ. وَأَصْلُهُ أَنَّ الزَّوْجَ الثَّانِي يَهْدِمُ مَا دُونَ الثَّلَاثِ عِنْدَهُمَا فَتَعُودُ إِلَيْهِ بِالثَّلَاثِ. وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ وَزُفَرٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ تَعَالَى لَا يَهْدِمُ مَا دُونَ الثَّلَاثِ فَتَعُودُ إِلَيْهِ مَا بَقِيَ، وَسَبْيَيْنِ مِنْ بَعْدِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى (وَأِنْ قَالَ لَهَا: إِنْ دَخَلْتَ الدَّارَ فَأَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا ثُمَّ قَالَ لَهَا: أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا فَتَزَوَّجَتْ غَيْرَهُ وَدَخَلَ بِهَا ثُمَّ رَجَعَتْ إِلَى الْأَوَّلِ فَدَخَلْتَ الدَّارَ لَمْ يَقَعْ شَيْءٌ) وَقَالَ زُفَرٌ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى عَلَيْهِ: يَقَعُ الثَّلَاثُ لِأَنَّ الْجَزَاءَ ثَلَاثَ مُطْلَقٍ لِإِطْلَاقِ اللَّفْظِ، وَقَدْ بَقِيَ حَتَّى وَقُوعِهَا فَتَبْقَى الْيَمِينَ. وَلَنَا أَنَّ الْجَزَاءَ طَلَقَاتُ هَذَا الْمَلِكِ لِأَنَّهَا هِيَ الْمَانِعَةُ لِأَنَّ الظَّاهِرَ عَدَمُ مَا يَحْدُثُ وَالْيَمِينَ تُعْقَدُ لِلْمَنْعِ أَوْ الْحَمْلِ، وَإِذَا كَانَ الْجَزَاءُ مَا ذَكَرْنَاهُ وَقَدْ فَاتَ بِتَنْجِيزِ الثَّلَاثِ الْمُبْطِلُ لِلْمَحَلِّيَّةِ فَلَا تَبْقَى الْيَمِينَ، بِخِلَافِ مَا إِذَا أَبَانَهَا لِأَنَّ الْجَزَاءَ بَاقٍ لِبَقَاءِ مَحَلِّهِ

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَأِنْ قَالَ لَهَا إِنْ دَخَلْتَ الدَّارَ فَأَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا) مَسْأَلَةُ الْهَذْمِ وَهِيَ مَعْرُوفَةٌ. وَتَمَرُّهُ الْخِلَافِ لَا تَظْهَرُ فِيمَا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ؛ فَإِنَّهَا إِذَا تَزَوَّجَتْ بِزَوْجٍ آخَرَ وَعَادَتْ إِلَى الزَّوْجِ الْأَوَّلِ ثُمَّ دَخَلَتْ الدَّارَ يَقَعُ عَلَيْهَا الثَّلَاثُ بِالِاتِّفَاقِ. أَمَّا عِنْدَ مُحَمَّدٍ فَلَعَدَمِ الْهَذْمِ. وَأَمَّا عِنْدَهُمَا وَإِنْ وَجِدَ الْهَذْمُ فَبِالدُّخُولِ فِي الدَّارِ يَقَعُ الثَّلَاثُ لِأَنَّ الثَّلَاثَ مُعْلَقَةٌ بِدُخُولِ الدَّارِ، وَإِنَّمَا تَظْهَرُ فِيمَا إِذَا عُلِقَ الطَّلَاقُ الْوَاحِدَةُ بِدُخُولِ الدَّارِ ثُمَّ طَلَقَهَا طَلَقَتَيْنِ وَتَزَوَّجَتْ بِزَوْجٍ آخَرَ ثُمَّ عَادَتْ إِلَى الْأَوَّلِ فَدَخَلَتْ الدَّارَ ثَبَّتُ الْحُرْمَةُ الْعَلِيظَةُ عِنْدَ مُحَمَّدٍ لَعَدَمِ الْهَذْمِ، وَعِنْدَهُمَا لَا لِتَحَقُّقِهِ (وَأِنْ قَالَ لَهَا إِنْ دَخَلْتَ الدَّارَ فَأَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا ثُمَّ قَالَ لَهَا أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا فَتَزَوَّجَتْ غَيْرَهُ وَدَخَلَ بِهَا ثُمَّ رَجَعَتْ إِلَى الْأَوَّلِ فَدَخَلْتَ الدَّارَ لَمْ يَقَعْ شَيْءٌ).

وَقَالَ زُفَرٌ: يَقَعُ الثَّلَاثُ لِأَنَّ الْجَزَاءَ مُطْلَقٌ لِإِطْلَاقِ اللَّفْظِ إِذْ لَمْ يُقَيَّدْ تَطْلِيلَاتٍ فِي

مِلْكٍ دُونَ مِلْكٍ فَلَا يَتَقَيَّدُ (قَوْلُهُ وَقَدْ بَقِيَ احْتِمَالُ وَقُوعِهَا) أَيِ بِنِكَاحِهَا ثَانِيًا بَعْدَ تَزْوُجِهَا بِزَوْجٍ آخَرَ (فَتَبْقَى الْيَمِينُ) فَإِذَا وُجِدَ الْمَحَلُّ يَقَعُ الْجَزَاءُ (وَلَنَا أَنَّ الْجَزَاءَ طَلَقَاتُ هَذَا الْمَلِكِ) بِدَلَالَةِ الْحَالِ، وَإِنَّمَا قُلْنَا إِنَّ الْجَزَاءَ طَلَقَاتُ هَذَا الْمَلِكِ لِأَنَّهَا هِيَ الْمَانِعَةُ؛ إِذِ الظَّاهِرُ عَدَمُ مَا يَحْدُثُ، وَكُلُّ مَا كَانَ مَانِعًا عَنِ وُجُودِ الشَّرْطِ أَوْ حَامِلًا عَلَيْهِ فَهُوَ الْجَزَاءُ لِأَنَّ الْيَمِينَ لِلْمَنْعِ أَوْ الْحَمْلِ وَهَهُنَا عُقِدَتْ لِلْمَنْعِ فَيَكُونُ الْجَزَاءُ طَلَقَاتُ هَذَا الْمَلِكِ، وَإِذَا كَانَ الْجَزَاءُ ذَلِكَ وَقَدْ فَاتَ بِالتَّنْجِيزِ الْمُبْطِلَ لِلْمَحَلِّيَّةِ فَاتَ الْيَمِينَ لَمَّا تَقَدَّمَ أَنَّ بَقَاءَ الْيَمِينَ بِالشَّرْطِ وَالْجَزَاءِ وَقَدْ فَاتَ الْجَزَاءُ وَالْكُلُّ يَنْتَفِي بِانْتِفَاءِ جُزْئِهِ.

وَأَعْتَرِضَ بِأَنَّ ائْتِقَادَ الْيَمِينَ لَوْ ائْتَحَصَرَ فِي الْمَنْعِ وَالْحَمْلِ لَمْ يَصِحَّ أَنْ يُقَالَ إِنَّ حَضْنَ فَأْتَتْ طَالِقٌ لِأَنَّهُ لَا يُتَصَوَّرُ فِيهِ لَا مَنَعٌ وَلَا حَمْلٌ لَكُونَ الْحَيْضُ عَارِضًا سَمَويًّا. وَأُجِيبَ بِأَنَّ االْعَتِبَارَ لِلْعَالِبِ الشَّائِعِ دُونَ النَّادِرِ، وَفِيهِ نَظَرٌ لِأَنَّ السُّؤَالَ لَمْ يَنْحَصِرْ فِي صُورَةِ الْحَيْضِ حَتَّى يَكُونَ نَادِرًا، وَإِنَّمَا هُوَ آتٍ فِي الْوُجُودَاتِ كَالْمَحَبَّةِ وَالْكَرَاهَةِ وَالْجُوعِ وَغَيْرِهَا.

وَالصَّوَابُ أَنْ يُقَالَ: الشَّرْطُ فِي مِثْلِ ذَلِكَ هُوَ إِخْبَارُهَا عَنْ ذَلِكَ وَالْحَمْلُ وَالْمَنْعُ فِيهِ مُتَصَوَّرٌ. وَقَوْلُهُ بِخِلَافِ مَا إِذَا أَبَانَهَا) يَتَعَلَّقُ بِقَوْلِهِ وَقَدْ فَاتَ بِتَنْجِيزِ الثَّلَاثِ أَيِ فَاتَ الْجَزَاءُ بِتَنْجِيزِ الثَّلَاثِ الْمُبْطِلَ لِلْمَحَلِّيَّةِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا أَبَانَهَا بِطَلْقَةٍ أَوْ طَلَقَتَيْنِ حَيْثُ لَا يَفُوتُ الْجَزَاءُ لِبَقَاءِ الْمَحَلِّ، وَلِهَذَا إِذَا عَادَتْ إِلَيْهِ بَعْدَ زَوْجٍ آخَرَ عَادَتْ بِثَلَاثِ طَلَقَاتٍ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ وَهِيَ مَسْأَلَةُ الْهَدْمِ، وَطُولِبَ بِالْفَرْقِ بَيْنَ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ وَبَيْنَ مَا إِذَا قَالَ لِعَبْدِهِ إِنْ دَخَلْتَ الدَّارَ فَأَنْتَ حُرٌّ ثُمَّ بَاعَهُ ثُمَّ اشْتَرَاهُ فَدَخَلَ الدَّارَ عَتَقَ مَعَ أَنَّهُ بِالْبَيْعِ لَمْ يَنْقُ مَحَلًّا لِلْيَمِينِ، وَبَيْنَهَا وَبَيْنَ مَسْأَلَةِ الظَّهَارِ فَإِنَّ هَذِهِ الْمَرْأَةَ لَوْ كَانَ قَالُهَا زَوْجُهَا إِنْ دَخَلْتَ الدَّارَ فَأَنْتَ عَلَيَّ كَظَهْرِ أُمِّي فَطَلَقَهَا ثَلَاثًا ثُمَّ عَادَتْ إِلَيْهِ بَعْدَ زَوْجٍ آخَرَ كَانَ مُظَاهَرًا مِنْهَا إِنْ دَخَلْتَ الدَّارَ.

وَأُجِيبَ عَنْ الْأَوَّلِ بِأَنَّ الْعَبْدَ بِصِفَةِ الرِّقِّ كَانَ مَحَلًّا لِلْعَتَقِ وَبِالْبَيْعِ لَمْ تُفْتِ تِلْكَ الصِّفَةُ، حَتَّى لَوْ فَأْتَتْ بِالْعَتَقِ لَمْ تَبْقِ الْيَمِينُ، وَعَنْ الثَّانِي بِأَنَّ مَحَلِّيَّةَ الظَّهَارِ لَا تُنْعَدُّ بِالتَّطْلِيقَاتِ الثَّلَاثِ لِأَنَّ الْحُرْمَةَ بِالظَّهَارِ غَيْرُ الْحُرْمَةِ بِالطَّلَاقِ، فَإِنَّ تِلْكَ الْحُرْمَةَ حُرْمَةٌ مُتَنَاهِيَةٌ بِوُجُودِ التَّكْفِيرِ وَهَذِهِ بِوُجُودِ الزَّوْجِ الثَّانِي إِلَّا أَنَّهَا إِنْ دَخَلْتَ الدَّارَ بَعْدَ

التَّطْلِيقَاتِ الثَّلَاثِ إِنَّمَا لَا يَصِيرُ مُظَاهِرًا لِأَنَّ الظَّهَارَ تَشْبِيهُ الْمُحَلَّلَةِ بِالْمَحْرَمَةِ وَلَا حِلَّ يَتَّهَمَا فِي ذَلِكَ الْوَقْتِ وَإِنَّمَا يُوجَدُ بَعْدَ التَّرْجُوحِ بِهَا، فَإِذَا دَخَلَتْ الدَّارَ حِينَئِذٍ ثَبَتَ الظَّهَارُ.

(وَلَوْ قَالَ لَامْرَأَتِهِ: إِذَا جَامَعْتُكَ فَأَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا فَجَامَعَهَا فَلَمَّا اتَّقَى الْخِتَانَانِ طَلَّقَتْ ثَلَاثًا، وَإِنْ لَبِثَ سَاعَةً لَمْ يَجِبْ عَلَيْهِ الْمَهْرُ، وَإِنْ أَخْرَجَهُ ثُمَّ أَدْخَلَهُ وَجَبَ عَلَيْهِ الْمَهْرُ) وَكَذَا إِذَا قَالَ لَامْرَأَتِهِ: إِذَا جَامَعْتُكَ فَأَنْتِ حُرَّةٌ (وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى عَلَيْهِ أَنَّهُ أَوْجَبَ الْمَهْرَ فِي الْفَصْلِ الْأَوَّلِ أَيْضًا لَوْجُودِ الْجَمَاعِ بِالدَّوَامِ عَلَيْهِ إِلَّا أَنَّهُ لَا يَجِبُ عَلَيْهِ الْحَدُّ لِلاتِّحَادِ) وَجَهُ الظَّاهِرِ أَنَّ الْجَمَاعَ إِدْخَالَ الْفَرْجِ فِي الْفَرْجِ وَلَا دَوَامٌ لِلإِدْخَالِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا أَخْرَجَ ثُمَّ أَوْلَجَ لِأَنَّهُ وَجِدَ الإِدْخَالَ بَعْدَ الطَّلَاقِ إِلَّا أَنَّ الْحَدَّ لَا يَجِبُ بِشُبْهَةِ الْإِتِّحَادِ بِالنَّظَرِ إِلَى الْمَجْلِسِ وَالْمَقْصُودِ وَإِذَا لَمْ يَجِبْ الْحَدُّ وَجَبَ الْعُقْرُ إِذَا الْوُطْءُ لَا يَخْلُو عَنْ أَحَدِهِمَا، وَلَوْ كَانَ الطَّلَاقُ رَجْعِيًّا يَصِيرُ مُرَاجِعًا بِاللَّبَاطِ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ خِلَافًا لِمُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ لَوْجُودِ الْمِسَاسِ، وَلَوْ نَزَعَ ثُمَّ أَوْلَجَ صَارَ مُرَاجِعًا بِالْإِجْمَاعِ لَوْجُودِ الْجَمَاعِ، وَاللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

الشرح:

(قَوْلُهُ وَلَوْ قَالَ لَامْرَأَتِهِ إِذَا جَامَعْتُكَ فَأَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (فِي الْفَصْلِ الْأَوَّلِ) يَعْنِي إِذَا لَمْ يُخْرِجْهُ. وَقَوْلُهُ (وُجُودُ الْجَمَاعِ بِالدَّوَامِ عَلَيْهِ) مَعْنَاهُ أَنَّهُ جَعَلَ الدَّوَامَ عَلَى اللَّبَاطِ بَعْدَ الدُّخُولِ بِمَنْزِلَةِ الدُّخُولِ الْإِبْتِدَائِيِّ. وَقَوْلُهُ (وَلَا دَوَامٌ لِلإِدْخَالِ) مَعْنَاهُ أَنَّ لِلدَّوَامِ حُكْمَ الْإِبْتِدَاءِ فِيمَا لَهُ دَوَامٌ، وَالْجَمَاعُ هُوَ الإِدْخَالُ وَلَا دَوَامٌ لَهُ. وَقَوْلُهُ (وَجَبَ الْعُقْرُ) قَالَ فِي دِيَوَانِ الْأَدَبِ: الْعُقْرُ مَهْرُ الْمَرْأَةِ إِذَا وَطِئَتْ بِشُبْهَةِ الْمُرَادِ بِهِ مَهْرُ الْمَثَلِ، وَبِهِ فَسَّرَ الْإِمَامُ الْعَتَّابِيُّ الْعُقْرَ فِي شَرْحِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ. وَقَوْلُهُ لَوْجُودِ الْمِسَاسِ) إِشَارَةٌ إِلَى أَنَّ هَذَا لَهُ حُكْمُ دَوَامِ الْجَمَاعِ فَيَكُونُ الْبَقَاءُ كإِبْتِدَاءِ الْوُجُودِ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ، وَأَمَّا دَوَامُ الْمِسَاسِ فَهُوَ مَوْجُودٌ بِالْإِجْمَاعِ، وَعَنْ هَذَا قِيلَ يَنْبَغِي أَنْ يَصِيرَ مُرَاجِعًا فِي هَذِهِ الصُّورَةِ عِنْدَ الْكُلِّ لَوْجُودِ الْمِسَاسِ بِشَهْوَةٍ.

فصل في الاستثناء

الشرح:

(فصل في الاستثناء): الاستثناء هُوَ التَّكْلُمُ بِالْبَاقِي بَعْدَ الثَّنْيَا، وَالْحَقُّهُ بِفَصْلٍ

التعليق لَتَاخِيهِمَا فِي كَوْنِهِمَا يَيَانَ التَّغْيِيَّ. وَلَمَّا كَانَ التَّعْلِيْقُ لِكَوْنِهِ يَمْنَعُ كُلَّ الْكَلَامِ أَقْوَى مِنْ الِاسْتِثْنَاءِ لِأَنَّهُ يَمْنَعُ بَعْضُهُ قَدَمَهُ عَلَى الِاسْتِثْنَاءِ.

(وَإِذَا قَالَ الرَّجُلُ لَامْرَأَتِهِ: أَنْتِ طَالِقٌ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى مُتَّصِلًا لَمْ يَقَعِ الطَّلَاقُ) لِقَوْلِهِ ﷺ « مَنْ حَلَفَ بِطُلَاقٍ أَوْ عَتَاقٍ وَقَالَ: إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى مُتَّصِلًا بِهِ فَلَا حَنْثَ عَلَيْهِ »^(١) وَلَأَنَّهُ أَتَى بِصُورَةِ الشَّرْطِ فَيَكُونُ تَعْلِيْقًا مِنْ هَذَا الْوَجْهِ وَإِنَّهُ إِعْدَامٌ قَبْلَ الشَّرْطِ وَالشَّرْطُ لَا يُعْلَمُ هَهُنَا فَيَكُونُ إِعْدَامًا مِنَ الْأَصْلِ وَلِهَذَا يُشْتَرَطُ أَنْ يَكُونَ مُتَّصِلًا بِهِ بِمَنْزِلَةِ سَائِرِ الشُّرُوطِ (وَلَوْ سَكَتَ ثَبَتَ حُكْمُ الْكَلَامِ الْأَوَّلِ) فَيَكُونُ الِاسْتِثْنَاءُ أَوْ ذِكْرُ الشَّرْطِ بَعْدَهُ رَجُوعًا عَنِ الْأَوَّلِ. قَالَ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُ:

الشرح:

وَلَمَّا كَانَتْ مَسْأَلَةٌ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى تَعْلِيْقًا صُورَةً ذَكَرَهَا بِقُرْبٍ مِنَ التَّعْلِيْقِ فِي أَوَّلِ فَصْلِ الِاسْتِثْنَاءِ لِقُوَّةِ الْمُنَاسَبَةِ مِنْ حَيْثُ إِنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَمْنَعُ أَوَّلَ الْكَلَامِ، أَوْ بَاعْتِبَارَ أَنَّ اللَّهَ تَعَالَى سَمَّى ذَلِكَ اسْتِثْنَاءً قَالَ ﴿ وَلَا يَسْتَتْنُونَ ﴾ [القلم: ١٨] وَاخْتَلَفُوا فِي أَنَّ قَوْلَهُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ بَعْدَ ذِكْرِ الْجُمْلِ لِلإِبْطَالِ أَوْ لِلتَّعْلِيْقِ؛ فَذَهَبَ أَبُو يُوسُفَ إِلَى الْأَوَّلِ وَمُحَمَّدٌ إِلَى الثَّانِي، وَإِلَى هَذَا أَشَارَ الْمُصَنِّفُ فِي بَابِ الِاسْتِثْنَاءِ مِنْ إِفْرَارِ هَذَا الْكِتَابِ فَقَالَ: لِأَنَّ الِاسْتِثْنَاءَ بِمَشِيئَةِ اللَّهِ تَعَالَى إِمَّا إِبْطَالًا أَوْ تَعْلِيْقًا، وَسَدَّكَرُ ثَمَرَةً هَذَا الْاِخْتِلَافِ هُنَاكَ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى (وَإِذَا قَالَ لَامْرَأَتِهِ أَنْتِ طَالِقٌ إِنْ شَاءَ اللَّهُ مُتَّصِلًا لَمْ يَقَعِ الطَّلَاقُ) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ « مَنْ حَلَفَ بِطُلَاقٍ أَوْ عَتَاقٍ وَقَالَ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى مُتَّصِلًا بِهِ لَا حَنْثَ عَلَيْهِ ».

وَلَأَنَّهُ أَتَى بِصُورَةِ الشَّرْطِ (أَيَّ بِحَرْفِ الشَّرْطِ صَرِيحًا دُونَ حَقِيقَتِهِ؛ لِأَنَّ حَقِيقَةَ الشَّرْطِ عِبَارَةٌ عَمَّا يَكُونُ عَلَى خَطَرٍ وَتَرَدُّدٍ وَمَشِيئَةِ اللَّهِ لَيْسَتْ كَذَلِكَ لِثُبُوتِهَا قَطْعًا أَوْ انْتِفَائِهَا كَذَلِكَ، وَمَا هُوَ كَذَلِكَ فَهُوَ تَعْلِيْقٌ (فَيَكُونُ تَعْلِيْقًا مِنْ هَذَا الْوَجْهِ) يَعْنِي مِنْ حَيْثُ الصُّورَةُ (وَالْتَّعْلِيْقُ إِعْدَامٌ) أَيَّ إِعْدَامُ الْعِلَّةِ قَبْلَ وَجُودِ الشَّرْطِ وَالشَّرْطُ هَهُنَا غَيْرُ مَعْلُومٍ لَنَا أَصْلًا (فَيَكُونُ إِعْدَامًا مِنَ الْأَصْلِ) فَكَانَ إِبْطَالًا لِلْكَلَامِ (وَلِهَذَا يُشْتَرَطُ أَنْ

(١) أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ (٣٢٦٢)، وَالتِّرْمِذِيُّ (١٥٣١)، وَالنَّسَائِيُّ (٧٥٥١)، وَابْنُ مَاجَةَ (٢١٠٥)

عَنْ ابْنِ عَمْرٍ، وَانْظُرْ نَصْبَ الرِّايَةِ (٣/٣٢٩).

يَكُونُ مُتَّصِلًا بِهِ بِمَنْزِلَةِ سَائِرِ الشَّرُوطِ) لِكَوْنِهِ بَيَّانَ تَغْيِيرِ وَشَرْطُهُ الْإِتِّصَالُ (فَلَوْ سَكَتَ ثَبَتَ حُكْمُ الْكَلَامِ الْأَوَّلِ) فَيَكُونُ الْإِسْتِثْنَاءُ أَوْ ذِكْرُ الشَّرْطِ بَعْدَهُ رُجُوعًا عَنِ الْأَوَّلِ. وَقَوْلُهُ (فَيَكُونُ الْإِسْتِثْنَاءُ) يَعْنِي عَلَى قَوْلِ مُحَمَّدٍ (أَوْ ذِكْرُ الشَّرْطِ) يَعْنِي عَلَى قَوْلِ أَبِي يُونُسَ.

(وَكَذَا إِذَا مَاتَتْ قَبْلَ قَوْلِهِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى) لِأَنَّهُ بِالْإِسْتِثْنَاءِ خَرَجَ الْكَلَامُ مِنْ أَنْ يَكُونَ إيجابًا وَالْمَوْتُ يُنَافِي الْمَوْجِبَ دُونَ الْمُبْطِلِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا مَاتَ الزَّوْجُ لِأَنَّهُ لَمْ يَتَّصِلْ بِهِ الْإِسْتِثْنَاءُ

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَكَذَا إِذَا مَاتَتْ) مَعْطُوفٌ عَلَى قَوْلِهِ لَمْ يَقَعْ الطَّلَاقُ يَعْنِي إِذَا مَاتَتْ بَعْدَ قَوْلِهِ أَنْتِ طَالِقٌ قَبْلَ قَوْلِهِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ لَا يَقَعْ الطَّلَاقُ لِأَنَّ الْكَلَامَ خَرَجَ بِالْإِسْتِثْنَاءِ مِنْ أَنْ يَكُونَ إيجابًا؛ وَإِذَا بَطَلَ الْإِيجَابُ بَطَلَ الْحُكْمُ.

فَإِنْ قِيلَ: الْإِيجَابُ وَجَدَ فِي حَيَاتِهَا وَالْإِسْتِثْنَاءُ بَعْدَهَا فَيَكُونُ بَاطِلًا لِعَدَمِ الْمَحَلِّ؛ وَإِذَا بَطَلَ الْإِسْتِثْنَاءُ صَحَّ الْإِيجَابُ فَيَقَعْ الطَّلَاقُ. أَجَابَ بِقَوْلِهِ (وَالْمَوْتُ يُنَافِي الْمَوْجِبَ دُونَ الْمُبْطِلِ) يَعْنِي أَنَّ الْإِيجَابَ لَوْ اتَّصَلَ بِالْمَوْتِ بَانَ تَمُوتَ قَبْلَ تَمَامِ قَوْلِهِ أَنْتِ طَالِقٌ بَطَلَ. وَأَمَّا الْمُبْطِلُ وَهُوَ الْإِسْتِثْنَاءُ أَوْ الشَّرْطُ فَلَا يَبْطُلُ لِأَنَّ مُبْطِلَ الشَّيْءِ مَا يُنَافِيهِ وَلَا مُنَافَاةً بَيْنَ مُبْطِلٍ وَمُبْطِلٍ، بِخِلَافِ الْمَوْجِبِ فَإِنَّ الْمُبْطِلَ يُنَافِيهِ فَيَرْفَعُهُ (بِخِلَافِ مَا إِذَا مَاتَ الزَّوْجُ) بَعْدَ قَوْلِهِ أَنْتِ طَالِقٌ قَبْلَ قَوْلِهِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ وَهُوَ يُرِيدُ الْإِسْتِثْنَاءَ حَيْثُ يَقَعْ الطَّلَاقُ لِأَنَّهُ لَمْ يَتَّصِلْ بِهِ الْإِسْتِثْنَاءُ، وَإِنَّمَا نَعْلَمُ إِرَادَتَهُ الْإِسْتِثْنَاءَ بِقَوْلِهِ قَبْلَ ذَلِكَ إِنِّي أَطْلُقُ أَمْرَاتِي وَأَسْتَشْي.

(وَإِنْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا إِلَّا وَاحِدَةً طَلَّقْتَ ثِنْتَيْنِ، وَإِنْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا إِلَّا ثِنْتَيْنِ طَلَّقْتَ وَاحِدَةً) وَالْأَصْلُ أَنَّ الْإِسْتِثْنَاءَ تَكَلَّمَ بِالْحَاصِلِ بَعْدَ الثَّنْيَا هُوَ الصَّحِيحُ، وَمَعْنَاهُ أَنَّهُ تَكَلَّمَ بِالْمُسْتَشْنَى مِنْهُ، إِذْ لَا فَرْقَ بَيْنَ قَوْلِ الْقَائِلِ لِفُلَانٍ عَلَيَّ دِرْهَمٌ وَبَيْنَ قَوْلِهِ عَشْرَةٌ إِلَّا تِسْعَةً فَيَصِحُّ اسْتِثْنَاءُ الْبَعْضِ مِنَ الْجُمْلَةِ لِأَنَّهُ يَبْقَى التَّكَلُّمُ بِالْبَعْضِ بَعْدَهُ، وَلَا يَصِحُّ اسْتِثْنَاءُ الْكُلِّ مِنَ الْكُلِّ لِأَنَّهُ لَا يَبْقَى بَعْدَهُ شَيْءٌ لِيَصِيرَ مُتَكَلِّمًا بِهِ وَصَارَهَا لِلْفُظِّ إِلَيْهِ، وَإِنَّمَا يَصِحُّ الْإِسْتِثْنَاءُ إِذَا كَانَ مَوْصُولًا بِهِ كَمَا ذَكَرْنَا مِنْ قَبْلُ، وَإِذَا ثَبَتَ هَذَا فَفِي

الفصل الأول المستثنى منه ثنتان فيقَعان وفي الثاني واحدة، فتَقَعُ واحدة ولو قال: إلا ثلاثاً يَقَعُ الثلاث لأنه استِثْناء الكل من الكل فلم يَصِحَّ الاستِثْناء، والله تعالى أعلم بالصواب.

الشرح:

(وإن قال ألت طالق ثلاثاً إلا واحدة طَلَقَتْ ثِنْتَيْنِ، وإن قال إلا ثِنْتَيْنِ طَلَقَتْ واحدة) وفي ذكر المثلثين إشارة إلى أن استِثْناء القليل والكثير سواء، خلافاً للفرأ فإِنَّه لا يُجَوِّزُ الأكثرَ ويدَّعي أَنَّهُ لم يَتَكَلَّمْ بِهِ الْعَرَبُ (والأصل أن الاستِثْناء تَكَلُّمٌ بِالْحَاصِلِ بَعْدَ الثِنْيَا) أَي بِمَا بَقِيَ مِنَ الْمُسْتَثْنَى مِنْهُ بَعْدَ الْإِسْتِثْنَاءِ (هُوَ الصَّحِيحُ) احْتِرَازٌ عَنْ قَوْل مَنْ يَقُولُ إِنَّهُ إِخْرَاجٌ بِطَرِيقِ الْمُعَارَضَةِ، وَمَوْضِعُهُ أُصُولُ الْفَقْهِ، وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ لَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يُقَالَ لِفُلَانٍ عَلَيَّ دِرْهَمٌ وَأَنْ يُقَالَ عَشْرَةٌ إِلَّا تِسْعَةً، فَيَصِحُّ اسْتِثْنَاءُ الْبَعْضِ قَلِيلاً كَانَ أَوْ كَثِيراً أَوْ أَكْثَرَ مِنَ الْجُمْلَةِ لِبَقَاءِ التَّكَلُّمِ بِالْبَعْضِ بَعْدَهُ (وَلَا يَصِحُّ اسْتِثْنَاءُ الْكُلِّ مِنَ الْكُلِّ) مِثْلُ أَنْ يَقُولَ عَشْرَةٌ إِلَّا عَشْرَةٌ لِأَنَّهُ لَمْ يَبْقَ بَعْدَ الْإِسْتِثْنَاءِ شَيْءٌ (يَصِيرُ مُتَكَلِّماً بِهِ وَصَارَ فَا لِلْفِظِ إِلَيْهِ) فَبَقِيَ كَلَامُهُ الْأَوَّلُ كَمَا كَانَ وَيَقَعُ الثَّلَاثُ، وَقَدْ ظَنَّ بَعْضُ أَصْحَابِنَا أَنَّ الْإِسْتِثْنَاءَ رُجُوعٌ وَالرُّجُوعُ عَنِ الطَّلَاقِ بَاطِلٌ فَلِذَلِكَ لَمْ يَصِحَّ، وَلَيْسَ كَذَلِكَ لَمَّا أَنَّهُ أَبْطَلَ اسْتِثْنَاءَ الْكُلِّ فِي الْوَصِيَّةِ مَعَ أَنَّ الْوَصِيَّةَ تَحْتَمِلُ الرُّجُوعَ، وَذَكَرَ الْمُصَنِّفُ فِي زِيَادَاتِهِ أَنَّ اسْتِثْنَاءَ الْكُلِّ مِنَ الْكُلِّ إِثْمًا لَا يَصِحُّ إِذَا كَانَ بَعَيْنِ ذَلِكَ الْلفْظِ، وَأَمَّا إِذَا اسْتِثْنَى بغير ذلك اللفظ فَيَصِحُّ وَإِنْ كَانَ اسْتِثْنَاءُ الْكُلِّ مِنَ الْكُلِّ مِنْ حَيْثُ الْمَعْنَى، فَإِنَّهُ لَوْ قَالَ كُلُّ نِسَائِي طَوَالِقُ إِلَّا كُلَّ نِسَائِي لَا يَصِحُّ الْإِسْتِثْنَاءُ بَلْ يَطْلُقْنَ كُلُّهُنَّ.

ولو قال كُلُّ نِسَائِي طَوَالِقُ إِلَّا زَيْنَبَ وَعَمْرَةَ وَبَكْرَةَ وَسَلَمَى لَا تَطْلُقُ وَاحِدَةً مِنْهُنَّ وَإِنْ كَانَ هُوَ اسْتِثْنَاءُ الْكُلِّ مِنَ الْكُلِّ، وَهَذَا لِأَنَّ الْإِسْتِثْنَاءَ تَصَرُّفٌ لَفْظِي فَيَصِحُّ فِيمَا صَحَّ فِيهِ الْلفْظُ، فَلَمَّا اسْتِثْنَى الْجُزْءَ مِنَ الْكُلِّ صَحَّ لَفْظًا فَكَذَا فِيمَا بَقِيَ، إِذْ لَوْ كَانَ الْإِسْتِثْنَاءُ يَتَّبِعُ الْحُكْمَ الشَّرْعِيَّ لَمَا صَحَّ فِي قَوْلِهِ أَلْتِ طَالِقُ عَشْرَةٌ إِلَّا تِسْعَةً لَمَّا أَنَّهُ لَا مَزِيدَ عَلَى الثَّلَاثِ شَرْعًا وَهُوَ صَحِيحٌ بِلَا خِلَافٍ.

وقوله (وَأَمَّا يَصِحُّ إِذَا كَانَ مَوْضُوعًا بِهِ) ظَاهِرٌ، وَاللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ

بِالصَّوَابِ.

باب طلاق المريض

وَإِذَا طَلَّقَ الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ فِي مَرَضٍ مَوْتِهِ طَلَاقًا بَائِنًا فَمَاتَ وَهِيَ فِي الْعِدَّةِ وَرِثَتُهُ، وَإِنْ مَاتَ بَعْدَ انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ فَلَا مِيرَاثَ لَهَا) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَا تَرِثُ فِي الْوَجْهَيْنِ لَأَنَّ الزَّوْجِيَّةَ قَدْ بَطَلَتْ بِهَذَا الْعَارِضِ وَهِيَ السَّبَبُ وَلِهَذَا لَا يَرِثُهَا إِذَا مَاتَتْ. وَلَنَا أَنَّ الزَّوْجِيَّةَ سَبَبُ إِرْثِهَا فِي مَرَضٍ مَوْتِهِ وَالزَّوْجُ قَصَدَ إِبْطَالَهُ فَيَرُدُّ عَلَيْهِ قَصْدُهُ بِتَأْخِيرِ عَمَلِهِ إِلَى زَمَانٍ انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ دَفْعًا لِلضَّرَرِ عَنْهَا، وَقَدْ أَمَكْنَ لَأَنَّ النِّكَاحَ فِي الْعِدَّةِ يَبْقَى فِي حَقِّ بَعْضِ الْأَثَارِ فَجَازَ أَنْ يَبْقَى فِي حَقِّ إِرْثِهَا عَنْهُ، بِخِلَافِ مَا بَعْدَ الانْقِضَاءِ لِأَنَّهُ لَا إِمْكَانَ وَالزَّوْجِيَّةُ فِي هَذِهِ الْحَالَةِ لَيْسَتْ بِسَبَبٍ لِإِرْثِهِ عَنْهَا فَتَبْطُلُ فِي حَقِّهِ خُصُوصًا إِذَا رَضِيَ بِهِ.

الشرح:

(بَابُ طَلَاقِ الْمَرِيضِ): لَمَّا فَرَّغَ مِنْ بَيَانِ طَلَاقِ الصَّحِيحِ سَيِّئًا وَبِدْعِيًّا صَرِيحًا وَكِنَايَةً تَنْجِيزًا وَتَعْلِيقًا كُلًّا وَجُزْأً شَرَعَ فِي بَيَانِ طَلَاقِ الْمَرِيضِ مُتَعَرِّضًا لِبَعْضِ مَا ذَكَرَ إِذِ الْمَرَضُ مِنَ الْعَوَارِضِ السَّمَائِيَّةِ فَأَخَّرَ بَيَانَهُ عَنْ بَيَانِ حُكْمِ مَنْ بِهِ الْأَصْلُ وَهُوَ الصَّحَّةُ (وَإِذَا طَلَّقَ الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ فِي مَرَضٍ مَوْتِهِ) وَهَذَا يُسَمَّى طَلَاقَ الْفَارِّ. وَالْأَصْلُ فِيهِ أَنَّ مَنْ أَبَانَ امْرَأَتَهُ فِي مَرَضٍ مَوْتِهِ بِغَيْرِ رِضَاهَا وَهِيَ مِمَّنْ تَرِثُهُ ثُمَّ مَاتَ عَنْهَا وَهِيَ فِي الْعِدَّةِ وَرِثَتُهُ خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ. فَيَدَّ بِالْإِبَائَةِ لِأَنَّ الطَّلَاقَ إِذَا كَانَ رَجْعِيًّا كَانَ تَوْرِثُهَا مِنْهُ بِاعْتِبَارِ أَنَّ حُكْمَ النِّكَاحِ بَاقٍ مِنْ كُلِّ وَجْهِ لَا بِاعْتِبَارِ الْفِرَارِ.

وَقَيَّدَ بِمَرَضٍ مَوْتِهِ لِأَنَّهُ إِذَا طَلَّقَهَا بَائِنًا فِي مَرَضٍ فَصَحَّ مِنْهُ ثُمَّ مَاتَ لَا تَرِثُ، وَبِغَيْرِ الرِّضَا لِأَنَّهُ إِذَا كَانَ بِرِضَاهَا لَا تَرِثُهُ وَمِمَّنْ تَرِثُهُ، لِأَنَّهَا إِنْ كَانَتْ كِتَابِيَّةً أَوْ أُمَةً لَا تَرِثُ وَبِالْمَوْتِ فِي الْعِدَّةِ لِأَنَّهَا إِنْ مَاتَتْ بَعْدَ انْقِضَائِهَا لَمْ تَرِثْ خِلَافًا لِلْمَالِكِ، وَحُكْمُ الْفِرَارِ كَمَا ثَبَتَ مِنْ جَانِبِهِ يَثْبُتُ مِنْ جَانِبِهَا كَمَا إِذَا ارْتَدَّتْ وَالْعِيَادُ بِاللَّهِ وَهِيَ مَرِيضَةٌ فَإِنَّهُ يَرِثُهَا (وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا تَرِثُ فِي الْوَجْهَيْنِ) يَعْنِي قَبْلَ انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ وَبَعْدَهَا لِأَنَّ سَبَبَ إِرْثِهَا مِنْهُ الزَّوْجِيَّةُ وَالزَّوْجِيَّةُ قَدْ بَطَلَتْ بِهَذَا الْعَارِضِ وَهُوَ الطَّلَاقُ (وَلِهَذَا لَا يَرِثُهَا إِذَا مَاتَتْ. وَلَنَا أَنَّ الزَّوْجِيَّةَ سَبَبُ إِرْثِهَا مِنْهُ فِي مَرَضٍ مَوْتِهِ) وَهُوَ ظَاهِرٌ (وَالزَّوْجُ قَصَدَ إِبْطَالَهُ هَذَا السَّبَبُ) بِالطَّلَاقِ وَهُوَ أَيْضًا ظَاهِرٌ (فَيَرُدُّ عَلَيْهِ قَصْدُهُ بِتَأْخِيرِ عَمَلِهِ) أَيَّ عَمَلِ الطَّلَاقِ (إِلَى زَمَانٍ انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ دَفْعًا لِلضَّرَرِ عَنْهَا) فَإِنْ قِيلَ: إِنْ كَانَ سَبَبُ تَأْخِيرِ الْعَمَلِ

دَفَعَ الضَّرَّ عَنْهَا وَجَبَ أَنْ يَسْتَوِيَ فِي ذَلِكَ الْمُطَوَّءُ وَغَيْرُهَا وَمَا قَبْلَ انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ وَمَا بَعْدَهُ. أَجَابَ بِقَوْلِهِ (وَقَدْ أُمِّكُنْ) يَعْني إِنَّمَا يَصِحُّ تَوْرِيثُهَا مِنْهُ إِذَا أُمِّكُنْ تَأْخِيرُ عَمَلِ الطَّلَاقِ لِيَكُونَ السَّبَبُ وَهُوَ النِّكَاحُ قَائِمًا، وَقَدْ أُمِّكُنْ ذَلِكَ إِلَى زَمَانِ انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ لِأَنَّ النِّكَاحَ فِي الْعِدَّةِ بَاقٍ فِي حَقِّ بَعْضِ الْأَثَارِ مِنْ حُرْمَةِ التَّزْوُجِ وَحُرْمَةِ الْخُرُوجِ وَالْبُرُوزِ وَحُرْمَةِ نِكَاحِ الْأُخْتِ وَحُرْمَةِ نِكَاحِ أَرْبَعَةٍ سِوَاهَا، فَجَازَ أَنْ يَبْقَى فِي حَقِّ إِرْثِهَا مِنْهُ دَفْعًا لِلضَّرَرِّ عَنْهَا، بِخِلَافِ غَيْرِ الْمُطَوَّءِ وَمَا بَعْدَ انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ لِأَنَّ التَّأْخِيرَ فِيهِ غَيْرُ مُمَكِّنٍ لِعَدَمِ بَقَاءِ النِّكَاحِ أَصْلًا.

وَقَوْلُهُ (وَالزَّوْجِيَّةُ فِي هَذِهِ الْحَالَةِ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ وَلِهَذَا لَا يَرِثُهَا إِذَا مَاتَتْ، وَمَعْنَاهُ أَنَّ الزَّوْجَ إِذَا كَانَ مَرِيضًا لَا يَتَعَلَّقُ لَهُ حَقٌّ فِي مَالِ الْمَرْأَةِ لِكُونِهَا صَحِيحَةً فَلَا يَرِثُهَا إِذَا مَاتَتْ، إِنَّمَا لِأَنَّهُ لَمْ يَتَعَلَّقْ حَقُّهُ بِمَالِهَا، وَإِنَّمَا لِأَنَّهُ رَضِيَ بِحُرْمَانِهَا عَنْ الْإِرْثِ حَيْثُ أَقْدَمَ عَلَى الطَّلَاقِ، وَإِنَّمَا لِأَنَّهُ لَمْ يَكُنْ النِّكَاحُ قَائِمًا بِوَجْهِهِ مِنَ الْوُجُوهِ (وَقَوْلُهُ) فَتَبْطُلُ فِي حَقِّهِ قَالَ فِي النِّهَايَةِ بِالنَّصْبِ لِأَنَّهُ جَوَابُ التَّفْصِيلِ. وَقَالَ بَعْضُ الشَّارِحِينَ بِالرَّفْعِ لَا غَيْرُ، وَلِكُلِّ مِنْهُمَا وَجْهٌ خِلَافَ قَوْلِهِ لَا غَيْرُ فَإِنَّهُ لَا وَجْهَ لَهُ.

(وَإِنْ طَلَّقَهَا ثَلَاثًا بِأَمْرِهَا أَوْ قَالَ لَهَا اخْتَارِي فَأَخْتَارَتْ نَفْسَهَا أَوْ اخْتَلَعَتْ مِنْهُ ثُمَّ مَاتَ وَهِيَ فِي الْعِدَّةِ لَمْ تَرِثْهُ) لِأَنَّهُا رَضِيَتْ بِإِبْطَالِ حَقِّهَا وَالتَّأْخِيرِ لِحَقِّهَا. وَإِنْ قَالَتْ طَلَّقْنِي لِلرَّجْعَةِ فَطَلَّقَهَا ثَلَاثًا وَرِثَتْهُ لِأَنَّ الطَّلَاقَ الرَّجْعِيَّ لَا يُزِيلُ النِّكَاحَ فَلَمْ تَكُنْ بِسُؤَالِهَا رَاضِيَةً بِإِبْطَالِ حَقِّهَا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَإِنْ طَلَّقَهَا بِأَمْرِ) هَا ظَاهِرٌ. قِيلَ سُؤَالُهَا لِلطَّلَاقِ لَا يَرْتَبُو عَلَى قَوْلِهَا أَسْقَطَتْ مِيرَاثِي مِنْ فُلَانٍ وَثَمَّةٌ لَا يَسْقُطُ. أُجِيبَ بِأَنَّ الْمِيرَاثَ لَا يَحْتَمِلُ السَّقُوطَ مَقْصُودًا، وَلَكِنْ سَبَبُهُ وَهُوَ الزَّوْجِيَّةُ يَحْتَمِلُ الرَّقْضَ، فَإِذَا لَمْ تَرْضَ بِرَفْضِهَا جَعَلْنَاهَا قَائِمَةً فِي حَقِّهَا حُكْمًا، وَإِذَا رَضِيَتْ حَكَمْنَا بِإِرْثِهَا فَسَقُطَ الْإِرْثُ ضِمْنَا لَهُ، وَكَمْ مِنْ حُكْمٍ يَثْبُتُ ضِمْنَا وَلَا يَثْبُتُ قَصْدًا، وَكَذَلِكَ إِذَا اخْتَارَتْ نَفْسَهَا لِأَنَّهُ دَلِيلُ الرِّضَا بِالْفُرْقَةِ، وَبِالْخُلْعِ قَدْ التَّزَمَتْ الْمَالُ لِتَحْصُلَ لَهَا الْفُرْقَةُ وَهُوَ أَدْلُ عَلَى الرِّضَا بِهَا. (وَإِنْ قَالَ لَهَا فِي مَرَضٍ مَوْتِهِ كُنْتُ طَلَّقْتُكَ ثَلَاثًا فِي صِحَّتِي وَانْقَضَتْ عِدَّتُكَ

فَصَدَّقْتُهُ، ثُمَّ أَقَرَّ لَهَا بِدَيْنٍ أَوْ أَوْصَى لَهَا بِوَصِيَّةٍ فَلَهَا الْأَقْلُ مِنْ ذَلِكَ وَمِنْ الْمِيرَاثِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُمَا اللَّهُ: يَجُوزُ إِقْرَارُهُ وَوَصِيَّتُهُ. وَإِنْ طَلَقَهَا ثَلَاثًا فِي مَرَضِهِ بِأَمْرِهَا ثُمَّ أَقَرَّ لَهَا بِدَيْنٍ أَوْ أَوْصَى لَهَا بِوَصِيَّةٍ فَلَهَا الْأَقْلُ مِنْ ذَلِكَ وَمِنْ الْمِيرَاثِ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا إِلَّا عَلَى قَوْلِ زُفَرٍ رَحِمَهُ اللَّهُ فَإِنَّ لَهَا جَمِيعَ مَا أَوْصَى وَمَا أَقَرَّ بِهِ، لِأَنَّ الْمِيرَاثَ لَمْ يَبْطُلْ بِسُؤَالِهَا زَالَ الْمَانِعُ مِنْ صِحَّةِ الْإِقْرَارِ وَالْوَصِيَّةِ.

وَجَهَ قَوْلُهُمَا فِي الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى أَنَّهُمَا لَمَّا تَصَادَقَا عَلَى الطَّلَاقِ وَانْقِضَاءِ الْعِدَّةِ صَارَتْ أَجْنَبِيَّةً عَنْهُ حَتَّى جَازَ لَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَ أُخْتَهَا فَانْعَدَمَتِ التُّهْمَةُ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ تَقْبَلُ شَهَادَتُهُ لَهَا وَيَجُوزُ وَضْعُ الزُّكَاةِ فِيهَا، بِخِلَافِ الْمَسْأَلَةِ الثَّانِيَةِ لِأَنَّ الْعِدَّةَ بَاقِيَّةٌ وَهِيَ سَبَبُ التُّهْمَةِ، وَالْحُكْمُ يُدَارُ عَلَى دَلِيلِ التُّهْمَةِ وَلِهَذَا يُدَارُ عَلَى النِّكَاحِ وَالْقَرَابَةِ، وَلَا عِدَّةٌ فِي الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي الْمَسْأَلَتَيْنِ أَنَّ التُّهْمَةَ قَائِمَةٌ لِأَنَّ الْمَرْأَةَ قَدْ تَخْتَارُ الطَّلَاقَ لِيَنْفَتِحَ بَابُ الْإِقْرَارِ وَالْوَصِيَّةِ عَلَيْهَا فَيَزِيدُ حَقُّهَا، وَالزَّوْجَانِ قَدْ يَتَوَاضَعَانِ عَلَى الْإِقْرَارِ بِالْفُرْقَةِ وَانْقِضَاءِ الْعِدَّةِ لِيَبْرَهَا الزَّوْجُ بِمَالِهِ زِيَادَةً عَلَى مِيرَاثِهَا وَهَذِهِ التُّهْمَةُ فِي الزِّيَادَةِ فَزَادَتْهَا، وَلَا تُهُمَةٌ فِي قَدْرِ الْمِيرَاثِ فَصَحَّحْنَاهُ، وَلَا مُوَاضَعَةً عَادَةً فِي حَقِّ الزُّكَاةِ وَالتَّزَوُّجِ وَالشَّهَادَةِ، فَلَا تُهُمَةٌ فِي حَقِّ هَذِهِ الْأَحْكَامِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَإِنْ قَالَ لَهَا فِي مَرَضِهِ) فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ وَالَّتِي بَعْدَهَا يَجِبُ الْأَقْلُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَيَجِبُ مَا أَقَرَّ وَأَوْصَى بِالْعَا مَا بَلَغَ فِيهِمَا عِنْدَ زُفَرٍ، وَقَوْلُهُمَا فِي الْأُولَى كَقَوْلِ زُفَرٍ، وَفِي الثَّانِيَةِ كَقَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ. قَالَ زُفَرٌ (وَالْمِيرَاثَ لَمَّا بَطُلَ بِسُؤَالِهَا أَوْ تَصَدِيقِهَا زَالَ الْمَانِعُ مِنْ صِحَّةِ الْإِقْرَارِ وَالْوَصِيَّةِ) وَإِذَا زَالَ الْمَانِعُ يَعْمَلُ الْمُقْتَضَى عَمَلُهُ. وَ (وَجَهَ قَوْلُهُمَا فِي الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى أَنَّهُمَا لَمَّا تَصَادَقَا عَلَى الطَّلَاقِ وَانْقِضَاءِ الْعِدَّةِ صَارَتْ أَجْنَبِيَّةً فَانْعَدَمَتِ التُّهْمَةُ) وَاسْتَوْضَحَ ذَلِكَ بِقَوْلِهِ أَلَا تَرَى. وَقَوْلُهُ وَهِيَ سَبَبُ التُّهْمَةِ أَيِ الْعِدَّةِ سَبَبُ تُهُمَةِ إِثَارِ الزَّوْجِ الزَّوْجَةَ عَلَى سَائِرِ الْوَرَثَةِ بِزِيَادَةِ نَصِيحِهَا كَمَا فِي حَقِيقَةِ الزَّوْجِيَّةِ (وَالْحُكْمُ) وَهُوَ عَدَمُ صِحَّةِ الْإِقْرَارِ وَالْوَصِيَّةِ (يُدَارُ عَلَى دَلِيلِ التُّهْمَةِ وَلِهَذَا يُدَارُ) الْحُكْمُ الْمَذْكُورُ (عَلَى النِّكَاحِ وَالْقَرَابَةِ) حَيْثُ لَا يَجُوزُ وَصِيَّتُهُ وَلَا إِقْرَارُهُ لَمَنْكُوحَتِهِ وَذَوِي قَرَابَتِهِ.

وَتَحْقِيقُ هَذَا أَنَّ الْإِنْسَانَ قَدْ يَخْتَارُ الطَّلَاقَ لِيَنْفَتَحَ عَلَيْهِ بَابُ الْوَصِيَّةِ وَالْإِفْرَارِ، وَكَذَا قَدْ يَتَوَاضَعُ مَعَ بَعْضِ قَرَابَتِهِ بِذَيْنِ إِنْثَارًا لَهُ عَلَى غَيْرِهِ، وَلَكِنَّهُ أَمْرٌ مُبْطِنٌ وَلَهُ سَبَبٌ ظَاهِرٌ وَهُوَ النِّكَاحُ وَالْقَرَابَةُ فَأَقَامَهُ الشَّرْعُ مَقَامَهُ وَلَمْ يُجَوِّزِ الْإِفْرَارَ وَالْوَصِيَّةَ لِمَنْكُوحَتِهِ وَقَرِيْبِهِ، فَكَذَا فِي الْمُعْتَدَةِ لِأَنَّ الْعِدَّةَ مِنْ أَسْبَابِ التُّهْمَةِ (وَلَا عِدَّةَ فِي الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى) لَتَصَادُقْهَا عَلَى انْقِضَائِهَا. وَفِي عِبَارَتِهِ تَسَامُحٌ لِأَنَّ ذِكْرَ أَنَّ الْعِدَّةَ سَبَبُ التُّهْمَةِ ثُمَّ جَعَلَهُ دَلِيلَ التُّهْمَةِ، وَإِقَامَةَ الشَّيْءِ مَقَامَ غَيْرِهِ إِقَامَةُ السَّبَبِ الدَّاعِي مَقَامَ الْمَدْعُوِّ، وَإِقَامَةُ الدَّلِيلِ مَقَامَ الْمَذْلُولِ فَهُمَا قَسِيمَانِ (وَالْأَبْيَ حَنِيفَةً فِي الْمَسْأَلَتَيْنِ أَنَّ التُّهْمَةَ قَائِمَةٌ لِأَنَّ الْمَرْأَةَ قَدْ تَخْتَارُ الطَّلَاقَ لِيَنْفَتَحَ بَابُ الْإِفْرَارِ وَالْوَصِيَّةِ عَلَيْهَا فَيَزِيدُ حَقُّهَا، وَالزَّوْجَانِ قَدْ يَتَوَاضَعَانِ عَلَى الْإِفْرَارِ بِالْفُرْقَةِ وَانْقِضَاءِ الْعِدَّةِ لِيَبْرَهَا الزَّوْجُ بِمَالِهِ زِيَادَةً عَلَى مِيرَاثِهَا، وَهَذِهِ التُّهْمَةُ فِي الزِّيَادَةِ فَرَدَدَتْهَا، وَلَا تُهْمَةٌ فِي قَدْرِ الْمِيرَاثِ فَصَحَّحْنَاهُ) وَقَوْلُهُ (وَلَا مُوَاضَعَةٌ عَادَةً) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِمَا أَلَا تَرَى أَنَّهُ يَقْبَلُ شَهَادَتَهُ لَهَا وَهُوَ وَاضِحٌ.

قَالَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: (وَمَنْ كَانَ مَحْصُورًا أَوْ فِي صَفِّ الْقِتَالِ فَطَلَّقَ امْرَأَتَهُ ثَلَاثًا لَمْ تَرْتَهُ، وَإِنْ كَانَ قَدْ بَارَزَ رَجُلًا أَوْ قُدِّمَ لِيُقْتَلَ فِي قِصَاصٍ أَوْ رَجِمَ وَرَبَّتْ إِنْ مَاتَ فِي ذَلِكَ الْوَجْهِ أَوْ قُتِلَ) وَأَصْلُهُ مَا بَيَّنَّا أَنَّ امْرَأَةَ الْفَارِثِ تَرِثُ اسْتِحْسَانًا، وَإِنَّمَا يَثْبُتُ حُكْمُ الْفِرَارِ بِتَعَلُّقِ حَقِّهَا بِمَالِهِ، وَإِنَّمَا يَتَعَلَّقُ بِمَرَضٍ يُخَافُ مِنْهُ الْهَلَاكُ غَالِبًا كَمَا إِذَا كَانَ صَاحِبُ الْفِرَاشِ وَهُوَ أَنْ يَكُونَ بِحَالٍ لَا يَقُومُ بِحَوَائِجِهِ كَمَا يَعْتَادُهُ الْأَصِحَّاءُ، وَقَدْ يَثْبُتُ حُكْمُ الْفِرَارِ بِمَا هُوَ فِي مَعْنَى الْمَرَضِ فِي تَوَجُّهِ الْهَلَاكِ الْغَالِبِ، وَمَا يَكُونُ الْغَالِبُ مِنْهُ السَّلَامَةُ لَا يَثْبُتُ بِهِ حُكْمُ الْفِرَارِ، فَالْمَحْصُورُ وَالَّذِي فِي صَفِّ الْقِتَالِ الْغَالِبُ مِنْهُ السَّلَامَةُ لِأَنَّ الْحِصْنَ لِدَفْعِ بَاسِ الْعَدُوِّ وَكَذَا الْمُنْعَةُ فَلَا يَثْبُتُ بِهِ حُكْمُ الْفِرَارِ، وَالَّذِي بَارَزَ أَوْ قُدِّمَ لِيُقْتَلَ الْغَالِبُ مِنْهُ الْهَلَاكُ فَيَتَحَقَّقُ بِهِ الْفِرَارُ وَلِهَذَا أَخَوَاتُ تَخْرُجُ عَلَى هَذَا الْحَرْفِ، وَقَوْلُهُ إِذَا مَاتَ فِي ذَلِكَ الْوَجْهِ أَوْ قُتِلَ دَلِيلٌ عَلَى أَنَّهُ لَا فَرْقَ بَيْنَ مَا إِذَا مَاتَ بِذَلِكَ السَّبَبِ أَوْ بِسَبَبٍ آخَرَ كَصَاحِبِ الْفِرَاشِ بِسَبَبِ الْمَرَضِ إِذَا قُتِلَ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَمَنْ كَانَ مَحْصُورًا أَوْ فِي صَفِّ الْقِتَالِ) هَذَا لِيَبَيِّنَ أَنَّ حُكْمَ الْفِرَارِ غَيْرُ مُنْحَصِرٍ فِي الْمَرَضِ بَلْ كُلُّ شَيْءٍ يُقَرِّبُهُ إِلَى الْهَلَاكِ غَالِبًا فَهُوَ فِي مَعْنَى مَرَضِ الْمَوْتِ؛ لِأَنَّ

مَرَضَ الْمَوْتِ هُوَ الَّذِي يُخَافُ مِنْهُ الْهَلَاكُ غَالِبًا فَكَانَا فِي الْمَعْنَى سَوَاءً، وَفَسَّرَ الْمَرَضَ الَّذِي يُخَافُ مِنْهُ الْهَلَاكُ غَالِبًا أَنْ يَكُونَ صَاحِبَ فِرَاشٍ، وَفَسَّرَهُ بِمَنْ يَكُونُ بِحَالٍ لَا يَقُومُ بِخَوَاتِمِهِ كَالْأَصْحَاءِ وَكَلَامُهُ وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (وَلِهَذَا أَخَوَاتٌ تَخْرُجُ عَلَى هَذَا) مِنْهَا رَاكِبُ السَّفِينَةِ بِمَنْزِلَةِ الصَّحِيحِ، فَإِنْ تَلَاطَمَتِ الْأَمْوَاجُ وَخِيفَ الْعَرَفُ صَارَ كَالْمَرِيضِ فِي هَذِهِ الْحَالَةِ.

وَمِنْهَا الْمَرْأَةُ الْحَامِلُ فَإِنَّهَا كَالصَّحِيحَةِ فَإِذَا أَخَذَهَا الطَّلُقُ فَهِيَ كَالْمَرِيضَةِ. وَمِنْهَا الْمُقْعَدُ وَالْمَفْلُوجُ مَا دَامَ يَزْدَادُ مَا بِهِ فَهُوَ كَالْمَرِيضِ، فَإِنْ صَارَ بِحَيْثُ لَا يَزْدَادُ كَانَ بِمَنْزِلَةِ الصَّحِيحِ فِي الطَّلَاقِ وَغَيْرِهِ لِأَنَّهُ مَا دَامَ يَزْدَادُ فِي عِلَّتِهِ فَالْغَالِبُ أَنْ آخِرَهُ الْمَوْتُ، وَإِذَا صَارَ بِحَالٍ لَا يَزْدَادُ فَلَا يَخَافُ مِنْهُ لَمْ يَكُنْ كَذَلِكَ. وَقَوْلُهُ وَقَوْلُهُ إِذَا مَاتَ فِي ذَلِكَ (الْوَجْهَ).

يَبَيِّنُهُ: إِذَا طَلَّقَهَا فِي مَرَضٍ مَوْتِهِ ثُمَّ قُتِلَ أَوْ مَاتَ مِنْ غَيْرِ ذَلِكَ الْمَرَضِ إِلَّا أَنَّهُ لَمْ يَصِحَّ فَلَهَا الْمِيرَاثُ، وَكَانَ عِيسَى بْنُ أَبَانَ يَرَى أَنْ لَا مِيرَاثَ لَهَا لِأَنَّ مَرَضَ الْمَوْتِ مَا يَكُونُ سَبَبًا لِلْمَوْتِ، وَلَمَّا مَاتَ بِسَبَبٍ آخَرَ عَلِمْنَا أَنَّ مَرَضَهُ لَمْ يَكُنْ مَرَضَ الْمَوْتِ وَأَنَّ حَقَّهَا لَمْ يَكُنْ مُتَعَلِّقًا بِمَالِهِ يَوْمئِذٍ فَهُوَ كَمَا لَوْ طَلَّقَهَا فِي صِحَّتِهِ، وَلَكِنَّا نَقُولُ: قَدْ أَتَّصَلَ الْمَوْتُ بِمَرَضِهِ حِينَ لَمْ يَصِحَّ حَتَّى مَاتَ، وَقَدْ يَكُونُ لِلْمَوْتِ سَبَبَانِ فَلَا يَتَّبِعُ بِهِذَا أَنَّ مَرَضَهُ لَمْ يَكُنْ مَرَضَ الْمَوْتِ وَأَنَّ حَقَّهَا لَمْ يَكُنْ ثَابِتًا فِي مَالِهِ، وَقَدْ بَيَّنَّا أَنَّ إِرْتِنَاهَا عَنْهُ بِحُكْمِ الْفِرَارِ وَهُوَ مُتَحَقِّقٌ هَهُنَا.

(وَإِذَا قَالَ الرَّجُلُ لَامْرَأَتِهِ وَهُوَ صَحِيحٌ إِذَا جَاءَ رَأْسُ الشَّهْرِ أَوْ إِذَا دَخَلَتِ الدَّارَ أَوْ إِذَا صَلَّى فَلَانَ الظُّهْرَ أَوْ إِذَا دَخَلَ فَلَانَ الدَّارَ فَأَلَّتْ طَالِقٌ فَكَانَتْ هَذِهِ الْأَشْيَاءُ وَالزَّوْجُ مَرِيضٌ لَمْ تَرْتِ، وَإِنْ كَانَ الْقَوْلُ فِي الْمَرَضِ وَرَثَتْ إِلَّا فِي قَوْلِهِ إِذَا دَخَلَتِ الدَّارَ) وَهَذَا عَلَى وَجْهِهِ: إِمَّا أَنْ يُعْلَقَ الطَّلَاقُ بِمَجِيءِ الْوَقْتِ أَوْ بِفِعْلِ الْأَجَنَبِيِّ أَوْ بِفِعْلِ نَفْسِهِ أَوْ بِفِعْلِ الْمَرْأَةِ، وَكُلُّ وَجْهِ عَلَى وَجْهَيْنِ: أَمَّا إِنْ كَانَ التَّعْلِيقُ فِي الصَّحَّةِ وَالشَّرْطِ فِي الْمَرَضِ أَوْ كِلَاهُمَا فِي الْمَرَضِ.

أَمَّا الْوَجْهَانِ الْأَوَّلَانِ وَهُوَ مَا إِذَا كَانَ التَّعْلِيقُ بِمَجِيءِ الْوَقْتِ بِأَنْ قَالَ إِذَا جَاءَ رَأْسُ الشَّهْرِ فَأَلَّتْ طَالِقٌ أَوْ بِفِعْلِ الْأَجَنَبِيِّ بِأَنْ قَالَ إِذَا دَخَلَ فَلَانَ الدَّارَ أَوْ صَلَّى فَلَانَ

الظُّهْرُ، فَإِنْ كَانَ التَّغْلِيْقُ وَالشَّرْطُ فِي الْمَرَضِ فَلَهَا الْمِيرَاثُ لِأَنَّ الْقَصْدَ إِلَى الْفِرَارِ قَدْ تَحَقَّقَ مِنْهُ بِمُبَاشَرَةِ التَّغْلِيْقِ فِي حَالِ تَعْلُقِ حَقِّهَا بِمَالِهِ، وَإِنْ كَانَ التَّغْلِيْقُ فِي الصَّحَّةِ وَالشَّرْطُ فِي الْمَرَضِ لَمْ تَرِثْ. وَقَالَ زُهْرٌ رَحِمَهُ اللَّهُ تَرِثُ لِأَنَّ الْمُعْلَقَ بِالشَّرْطِ يَنْزِلُ عِنْدَ وُجُودِ الشَّرْطِ كَالْمَنْجَرِ فَكَانَ إِبْقَاعًا فِي الْمَرَضِ.

وَلَنَا أَنَّ التَّغْلِيْقَ السَّابِقَ يَصِيرُ تَطْلِيْقًا عِنْدَ الشَّرْطِ حُكْمًا لَا قَصْدًا وَلَا ظُلْمَ إِلَّا عَنْ قَصْدٍ فَلَا يُرَدُّ تَصْرُفُهُ. وَأَمَّا الْوَجْهُ الثَّلَاثُ وَهُوَ مَا إِذَا عُلِقَ بِفِعْلٍ نَفْسِهِ فَسَوَاءٌ كَانَ التَّغْلِيْقُ فِي الصَّحَّةِ وَالشَّرْطُ فِي الْمَرَضِ أَوْ كَانَا فِي الْمَرَضِ وَالْفِعْلُ مِمَّا لَهُ مِنْهُ بُدٌّ أَوْ لَا بُدٌّ لَهُ مِنْهُ يَصِيرُ فَرَارًا لَوْجُودِ قَصْدِ الْإِبْطَالِ، إِمَّا بِالتَّغْلِيْقِ أَوْ بِمُبَاشَرَةِ الشَّرْطِ فِي الْمَرَضِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مِنْ فِعْلِ الشَّرْطِ بُدٌّ فَلَهُ مِنَ التَّغْلِيْقِ أَلْفُ بُدٍّ فَيَرُدُّ تَصْرُفُهُ دَفْعًا لِلضَّرَرِ عَنْهَا. وَأَمَّا الْوَجْهُ الرَّابِعُ وَهُوَ مَا إِذَا عُلِقَ بِفِعْلٍ، فَإِنْ كَانَ التَّغْلِيْقُ وَالشَّرْطُ فِي الْمَرَضِ وَالْفِعْلُ مِمَّا لَهَا مِنْهُ بُدٌّ كَكَلَامِ زَيْدٍ وَنَحْوِهِ لَمْ تَرِثْ لِأَنَّهَا رَاضِيَةٌ بِذَلِكَ، وَإِنْ كَانَ الْفِعْلُ مِمَّا لَا بُدَّ لَهَا مِنْهُ كَأَكْلِ الطَّعَامِ وَصَلَاةِ الظُّهْرِ وَكَلَامِ الْأَبَوَيْنِ تَرِثُ لِأَنَّهَا مُضْطَرَّةٌ فِي الْمُبَاشَرَةِ لِمَا لَهَا فِي الْاِمْتِنَاعِ مِنْ خَوْفِ الْهَلَاكِ فِي الدُّنْيَا أَوْ فِي الْعُقْبَى وَلَا رِضًا مَعَ الْاضْطِرَارِ.

وَأَمَّا إِذَا كَانَ التَّغْلِيْقُ فِي الصَّحَّةِ وَالشَّرْطُ فِي الْمَرَضِ، فَإِنْ كَانَ الْفِعْلُ مِمَّا لَهَا مِنْهُ بُدٌّ فَلَا إِشْكَالَ أَنَّهُ لَا مِيرَاثَ لَهَا، وَإِنْ كَانَ مِمَّا لَا بُدَّ لَهَا مِنْهُ فَكَذَلِكَ الْجَوَابُ عِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ وَهُوَ قَوْلُ زُهْرٍ لِأَنَّهُ لَمْ يُوْجَدْ مِنَ الزَّوْجِ صَنْعٌ بَعْدَمَا تَعْلَقَ حَقُّهَا بِمَالِهِ. وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ تَرِثُ لِأَنَّ الزَّوْجَ أَلْبَاهَا إِلَى الْمُبَاشَرَةِ فَيَنْتَقِلُ الْفِعْلُ إِلَيْهِ كَأَنَّهَا آتَتْهُ لَهَا كَمَا فِي الْإِكْرَاهِ.

الشرح:

(وَإِذَا قَالَ الرَّجُلُ لَامْرَأَتِهِ وَهُوَ صَحِيحٌ) كَلَامُهُ فِيهِ وَاضِحٌ سِوَى أَلْفَاظٍ تَذَكَّرُهَا (قَوْلُهُ أَنْتِ طَالِقٌ) يَعْنِي طَلَاقًا بَائِنًا لِأَنَّ حُكْمَ الْفِرَارِ إِمَّا يُعْطَى إِذَا كَانَ الطَّلَاقُ بَائِنًا عَلَى مَا ذَكَرْنَا. وَقَوْلُهُ (وَكَانَتْ هَذِهِ الْأَشْيَاءُ) بِمَعْنَى وَجَدَتْ تَامَةً لَا تَحْتَاجُ إِلَى خَبَرٍ. وَقَوْلُهُ (يَصِيرُ تَطْلِيْقًا عِنْدَ الشَّرْطِ حُكْمًا لَا قَصْدًا) يَظْهَرُ بِمَسْأَلَتَيْنِ:

إِحْدَاهُمَا أَنَّهُ لَوْ عُلِقَ طَلَاقُ امْرَأَتِهِ بِالشَّرْطِ ثُمَّ وَجَدَ وَهُوَ مَجْنُونٌ فَإِنَّهُ يَقَعُ مَعَ أَنَّ طَلَاقَ الْمَجْنُونِ غَيْرُ وَاقِعٍ؛ فَدَلَّ عَلَى أَنَّهُ لَيْسَ بِتَطْلِيْقٍ قَصْدًا.

وَالثَّانِيَةُ أَنَّ الرَّجُلَ إِذَا عُلِقَ طَلَاقَ امْرَأَتِهِ بِشَرْطٍ ثُمَّ حَلَفَ أَنْ لَا يُطَلِّقَ امْرَأَتَهُ ثُمَّ وَجَدَ الشَّرْطَ لَا يَحْنُثُ، فَلَوْ كَانَ تَطْلِيقًا قَصَدَ الْحَنْثَ. وَقَوْلُهُ وَالْفِعْلُ مِمَّا لَهُ مِنْهُ بُدٌّ أَوْ لَا بُدٌّ لَهُ مِنْهُ يَصِيرُ فَرًّا) قِيلَ عَلَيْهِ يَنْبَغِي أَنْ لَا يَصِيرَ فَرًّا فِي التَّعْلِيقِ بِالْفِعْلِ الَّذِي لَا بُدَّ لَهُ مِنْهُ إِذَا كَانَ التَّعْلِيقُ فِي الصَّحَّةِ لِأَنَّ الْفِعْلَ إِذَا كَانَ مِمَّا لَا بُدَّ لَهُ مِنْهُ يَصِيرُ مُضْطَرًّا فِي مُبَاشَرَةِ ذَلِكَ الْفِعْلِ فَلَا يَصِيرُ الْفِعْلُ ظُلْمًا فَلَا تَرْتُ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ الْاضْطِرَّارَ فِي جَانِبِ الْفِعْلِ لَا يَرُدُّ وَجُوبُ الضَّمَانِ عَلَيْهِ كَمَنْ اضْطُرَّ إِلَى أَكْلِ مَالِ الْغَيْرِ أَوْ إِلَى قَتْلِ الْجَمَلِ الصَّائِلِ فَإِنَّهُ يَضْمَنُ وَإِنْ لَمْ يُوصَفْ فِعْلُهُ بِالظُّلْمِ لَمَّا أَنَّ عِصْمَةَ الْمَحَلِّ تَكْفِي لِإِجَابِ الضَّمَانِ.

وَقَوْلُهُ: (لَأَنَّهَا رَاضِيَةٌ بِذَلِكَ) يَعْنِي صَارَ كَأَنَّهُ طَلَقَهَا بِسُؤَالِهَا لَمَّا أَنَّ الرِّضَا بِالشَّرْطِ رِضًا بِالْمَشْرُوطِ. فَإِنْ قِيلَ: لَا تُسَلِّمُ ذَلِكَ فَإِنَّ أَحَدَ شَرِيكَيْ الْعِدِّ إِذَا قَالَ لِصَاحِبِهِ إِنَّ ضَرْبَتَهُ فَهُوَ حُرٌّ فَضَرْبَتُهُ عَتَقٌ، وَلِلضَّارِبِ وَلَايَةٌ تَضْمِينِ الْحَالِفِ مَعَ أَنَّ الضَّارِبَ ضَرْبَتُهُ بِاخْتِيَارِهِ فَلَمْ يُجْعَلْ ذَلِكَ مِنْهُ رِضًا. أُجِيبَ بِأَنَّ حُكْمَ الْفِرَارِ يَثْبُتُ عَلَى خِلَافِ الْقِيَاسِ اسْتِحْسَانًا بِإِجْمَاعِ الصَّحَابَةِ بِشَبْهَةِ الْعُدْوَانِ، فَإِنَّهُ رُوِيَ عَنْ عُمَرَ وَعُثْمَانَ وَعَلِيٍّ وَتَابِعِهِمْ فِيهِ غَيْرُهُمْ فَيَبْطُلُ حُكْمُهُ أَيْضًا لِشَبْهَةِ الرِّضَا، وَلَا كَذَلِكَ حُكْمُ الضَّمَانِ، وَقَدْ وَجَدَ هَهُنَا شَبْهَةَ رِضَا الْمَرْأَةِ فَيَكْفِي ذَلِكَ لِنَفْيِ حُكْمِ الْفِرَارِ. وَقَوْلُهُ (أَوْ فِي الْعُقْبَى) رَاجِعٌ إِلَى صَلَاةِ الظُّهْرِ.

قِيلَ إِنَّمَا خَصَّهَا بِالذِّكْرِ وَإِنْ كَانَ جَمِيعُ الْمَكْتُوباتِ فِيهِ سَوَاءً لِأَنَّهَا أَوَّلُ صَلَاةٍ فُرِضَتْ عَلَى النَّبِيِّ ﷺ وَكَانَ الْفَهْمُ فِي النَّظَرِ إِلَى الْأَوَّلِ أَسْبَقَ. وَقَوْلُهُ (فَكَذَلِكَ الْجَوَابُ عِنْدَ مُحَمَّدٍ) أَيُّ لَا تَرْتُ الْمَرْأَةَ لِأَنَّهُ حِينَ عُلِقَ الزَّوْجُ الطَّلَاقُ لَمْ يَكُنْ فِي مَالِهِ لَهَا حَقٌّ فَلَا يَتَّهِمُ بِالْقَصْدِ إِلَى الْفِرَارِ وَلَمْ يُوْجَدْ بَعْدَ ذَلِكَ مِنْهُ صُنْعٌ، غَايَةُ مَا فِي الْبَابِ أَنْ يَنْعَدِمَ رِضَاهَا إِذْ فَعَلَهَا بِاعْتِبَارِ أَنَّهَا لَا تَجِدُ مِنْهُ بُدًّا؛ فَيَكُونُ هَذَا كَالْتَّعْلِيقِ بِفِعْلِ أَجَنَّبِيٍّ أَوْ بِمَجِيءِ الشَّهْرِ، وَقَدْ بَيَّنَّا أَنَّ هُنَاكَ لَا تَرْتُ إِذَا كَانَ التَّعْلِيقُ فِي الصَّحَّةِ، فَكَذَلِكَ هَهُنَا لَمَّا أَنَّ الزَّوْجَ لَمْ يُبَاشِرْ الْعِلَّةَ وَلَا الشَّرْطَ فِي مَرَضِهِ فَلَا يَكُونُ فَرًّا. فَإِنْ قِيلَ: فِي هَذَا مُنَاقَضَةٌ مِنْ جَانِبِ زُفْرِ لِأَنَّهُ قَالَ فِيمَا تَقَدَّمَ إِنَّ الْمُعْلَقَ بِالشَّرْطِ كَالْمُنَجَّرِ فَكَانَ إِيقَاعًا فِي الْمَرَضِ.

فَالْجَوَابُ أَنَّ مَعْنَى قَوْلِهِ لَمْ يُوْجَدْ مِنَ الزَّوْجِ صُنْعٌ بَعْدَ تَعْلُقِ حَقِّهَا بِمَا لَهُ صُنْعٌ

مُعْتَبَرٌ لِأَنَّ الشَّرْطَ لَمَّا كَانَ فِعْلُهَا جُعِلَ صُنْعُ الزَّوْجِ كَلَا صُنْعٍ بِخِلَافِ مَا تَقَدَّمَ فَإِنَّ الشَّرْطَ لَمْ يَكُنْ فِعْلُهَا فَلَمْ يَخْرُجْ فِعْلُهُ عَنِ حِيزِ الِاعْتِبَارِ. وَقَوْلُهُ (لَأَنَّ الزَّوْجَ أَلْحَاهَا إِلَى الْمُبَاشَرَةِ) أَيُّ إِلَى جَعَلَ فِعْلُهَا الَّذِي لَا بُدَّ لَهَا مِنْهُ عِلَّةً لِإِسْقَاطِ حَقِّهَا.

قَالَ: (وَإِذَا طَلَّقَهَا ثَلَاثًا وَهُوَ مَرِيضٌ ثُمَّ صَحَّ ثُمَّ مَاتَ لَمْ تَرِثْ) وَقَالَ زُفَرٌ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى عَلَيْهِ: تَرِثُ لِأَنَّهُ قَصَدَ الْفِرَارَ حِينَ أَوْقَعَ فِي الْمَرَضِ وَقَدْ مَاتَ وَهِيَ فِي الْعِدَّةِ، وَلَكِنَّا نَقُولُ: الْمَرَضُ إِذَا تَعَقَّبَهُ بُرءٌ فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ الصَّحَّةِ لِأَنَّهُ يَنْعَدِمُ بِهِ مَرَضُ الْمَوْتِ فَتَبَيَّنَ أَنَّهُ لَا حَقَّ لَهَا يَتَعَلَّقُ بِمَالِهِ فَلَا يَصِيرُ الزَّوْجُ فَارًّا. وَلَوْ طَلَّقَهَا فَارْتَدَّتْ وَالْعِيَادُ بِاللَّهِ ثُمَّ أَسْلَمَتْ ثُمَّ مَاتَ الزَّوْجُ مِنْ مَرَضِهِ وَهِيَ فِي الْعِدَّةِ لَمْ تَرِثْ، وَإِنْ لَمْ تَرْتَدَّ بَلْ طَاوَعَتْ ابْنَ زَوْجِهَا فِي الْجَمَاعِ وَرِثَتْ. وَوَجْهُ الْفَرْقِ أَنَّهَا بِالرَّدَّةِ أَبْطَلَتْ أَهْلِيَّةَ الْإِرْثِ إِذَا مَرَّتْ لَا يَرِثُ أَحَدًا وَلَا بَقَاءَ لَهُ بِدُونِ الْأَهْلِيَّةِ، وَيَا لِمُطَاوَعَةِ مَا أَبْطَلَتْ الْأَهْلِيَّةَ لِأَنَّ الْمَحْرَمِيَّةَ لَا تُنَافِي الْإِرْثَ وَهُوَ الْبَاقِي، بِخِلَافِ مَا إِذَا طَاوَعَتْ فِي حَالِ قِيَامِ النِّكَاحِ لِأَنَّهَا تُثْبِتُ الْفَرْقَةَ فَتَكُونُ رَاضِيَةً بِبُطْلَانِ السَّبَبِ، وَبَعْدَ الطَّلَاقِ الثَّلَاثِ لَا تُثْبِتُ الْحُرْمَةَ بِالْمُطَاوَعَةِ لِتَقَدُّمِهَا عَلَيْهَا فَافْتَرَقَا

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (لَأَنَّ الْمَحْرَمِيَّةَ لَا تُنَافِي الْإِرْثَ) يَعْنِي بَلْ تُنَافِي النِّكَاحَ كَمَا فِي الْأُمِّ وَالْأُخْتِ. وَقَوْلُهُ (وَهُوَ) يَعْنِي الْإِرْثَ هُوَ (الْبَاقِي) وَقَوْلُهُ (فَتَكُونُ رَاضِيَةً بِبُطْلَانِ السَّبَبِ) أَيُّ سَبَبِ الْإِرْثِ وَهُوَ النِّكَاحُ.

(وَمَنْ قَذَفَ امْرَأَتَهُ وَهُوَ صَحِيحٌ وَلَا عَنَ فِي الْمَرَضِ وَرِثَتْ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ لَا تَرِثْ، وَإِنْ كَانَ الْقَذْفُ فِي الْمَرَضِ وَرِثَتْهُ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا) وَهَذَا مُلْحَقٌ بِالتَّعْلِيْقِ بِفِعْلِ لَا بُدَّ لَهَا مِنْهُ إِذْ هِيَ مُلْجَأَةٌ إِلَى الْخُصُومَةِ لِدَفْعِ عَارِ الزِّنَا عَنْ نَفْسِهَا وَقَدْ بَيَّنَّا الْوَجْهَ فِيهِ (وَإِنْ آلَى وَهُوَ صَحِيحٌ ثُمَّ بَانَتْ بِالْإِيلَاءِ وَهُوَ مَرِيضٌ لَمْ تَرِثْ، وَإِنْ كَانَ الْإِيلَاءُ أَيْضًا فِي الْمَرَضِ وَرِثَتْ) لِأَنَّ الْإِيلَاءَ فِي مَعْنَى تَعْلِيْقِ الطَّلَاقِ بِمُضِيِّ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ خَالِيَةٍ عَنِ الْوُقَاعِ فَيَكُونُ مُلْحَقًا بِالتَّعْلِيْقِ بِمَجِيءِ الْوَقْتِ وَقَدْ ذَكَّرْنَا وَجْهَهُ قَالِ (وَالطَّلَاقُ الَّذِي يَمْلِكُ فِيهِ الرَّجْعَةُ تَرِثُ بِهِ فِي جَمِيعِ الْوُجُوهِ) لَمَّا بَيَّنَّا أَنَّهُ لَا يُزِيلُ النِّكَاحَ حَتَّى يُحِلَّ الْوُطْءَ فَكَانَ السَّبَبُ قَائِمًا. قَالَ (وَكُلُّ مَا ذَكَّرْنَا أَنَّهَا تَرِثُ إِنَّمَا تَرِثُ إِذَا مَاتَ وَهِيَ فِي الْعِدَّةِ) وَقَدْ بَيَّنَّاهُ، وَاللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

الشرح:

(قَوْلُهُ وَقَالَ مُحَمَّدٌ: لَا تَرِثُ) قِيلَ لِأَنَّ الطَّلَاقَ إِنَّمَا يَقَعُ بِلَعَانِهَا لِأَنَّهُ آخِرُ اللَّعَانَيْنِ، وَكَانَ آخِرَ الْمُدَارَيْنِ. فَإِنْ قِيلَ: الْفُرْقَةُ إِنَّمَا تَقَعُ بِقَضَاءِ الْقَاضِي عِنْدَنَا فَكَانَ الْقَضَاءُ آخِرَ الْمُدَارَيْنِ. أُجِيبَ بِأَنَّ اللَّعَانَ شَهَادَةٌ عِنْدَنَا عَلَى مَا يَأْتِي، وَالْحُكْمُ إِنَّمَا يَثْبُتُ بِالشَّهَادَةِ لَا بِالْقَضَاءِ. وَوَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّ الْفُرْقَةَ وَإِنْ كَانَتْ تَقَعُ بِلَعَانِهَا إِلَّا أَنَّهَا مُضْطَرَّةٌ فِي ذَلِكَ لَا سِتْدَفَاعَ الْعَارِ عَنْ نَفْسِهَا وَكَانَ مُلْحَقًا بِفِعْلٍ لَا بُدَّ لَهَا مِنْهُ (وَقَدْ بَيَّنَّا الْوَجْهَ فِيهِ) أَيِ فِي الْفِعْلِ الَّذِي لَا بُدَّ لَهَا مِنْهُ وَهُوَ قَوْلُهُ لِأَنَّهَا مُضْطَرَّةٌ فِي الْمُبَاشَرَةِ.

وَقَوْلُهُ: (وَإِنْ آلَى وَهُوَ صَحِيحٌ) ظَاهِرٌ قَوْلُهُ وَقَدْ ذَكَرْنَا وَجْهَهُ يُرِيدُ قَوْلَهُ وَلَنَا أَنَّ التَّعْلِيقَ السَّابِقَ يَصِيرُ تَطْلِيقًا إلخ. فَإِنْ قِيلَ: لَا تُسَلِّمُ أَنَّ الْإِبْلَاءَ نَظِيرُ تَعْلِيلِ الطَّلَاقِ بِمَجِيءِ الْوَقْتِ إِنْ كَانَ التَّعْلِيلُ فِي الصَّحَّةِ لِمَا أَنَّهُ مُتِمِّكٌ مِنْ إِبْطَالِ الْإِبْلَاءِ بِالْفِيءِ، فَإِذَا لَمْ يَنْطَلِفِ فِي حَالَةِ الْمَرَضِ صَارَ كَأَنَّهُ أَثْنَاءُ الْإِبْلَاءِ فِي الْمَرَضِ وَهَنًا تَرِثُ فَكَذَلِكَ هَهُنَا، وَكَانَ نَظِيرُ مَنْ وَكَّلَ بِالطَّلَاقِ فِي صِحَّتِهِ فَطَلَّقَهَا الْوَكِيلُ فِي الْمَرَضِ كَانَ فَرًّا لِمَتَّكْنِهِ مِنَ الْعَزْلِ؛ فَإِذَا لَمْ يَعْزَلْ جُعِلَ كَأَنَّهُ أَثْنَاءُ فَكَذَلِكَ هَهُنَا. أُجِيبَ بِأَنَّ الْفَرْقَ بَيْنَهُمَا ثَابِتٌ وَهُوَ أَنَّهُ لَا يُمَكِّنُهُ إِبْطَالُ الْإِبْلَاءِ إِلَّا بِضَرَرٍ يَلْزُمُهُ فَلَمْ يَكُنْ مُتِمِّكًا مُطْلَقًا، بِخِلَافِ مَسْأَلَةِ الْوَكَالَةِ. وَقَوْلُهُ (فِي جَمِيعِ الْوُجُوهِ) يَعْنِي سَوَاءً كَانَ الطَّلَاقُ بِسُؤَالِهَا أَوْ بِغَيْرِ سُؤَالِهَا، وَسَوَاءً كَانَ التَّعْلِيلُ بِفِعْلِهَا أَوْ بِفِعْلِهِ، وَسَوَاءً كَانَ الْفِعْلُ مِمَّا لَهَا مِنْهُ بُدٌّ أَوْ لَمْ يَكُنْ، وَالْبَاقِي وَاضِحٌ وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

باب الرجعة

(وَإِذَا طَلَّقَ الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ تَطْلِيقَةً رَجْعِيَّةً أَوْ تَطْلِيقَتَيْنِ فَلَهُ أَنْ يَرَاغِبَهَا فِي عِدَّتِهَا رَضِيَتْ بِذَلِكَ أَوْ لَمْ تَرْضَ) لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ﴾ (البقرة: ٢٣١) مِنْ غَيْرِ فَصْلِ وَلَا بُدَّ مِنْ قِيَامِ الْعِدَّةِ لِأَنَّ الرُّجْعَةَ اسْتِدَامَةُ الْمَلِكِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ سَمِيَ إِمْسَاكًا وَهُوَ الْإِبْقَاءُ وَإِنَّمَا يَتَحَقَّقُ الْاسْتِدَامَةُ فِي الْعِدَّةِ لِأَنَّهُ لَا مَلِكَ بَعْدَ انْقِضَائِهَا

الشرح:

(بَابُ الرُّجْعَةِ): لِمَا كَانَتْ الرُّجْعَةُ مُتَأَخِّرَةً عَنِ الطَّلَاقِ طَبْعًا أُخَرَّهَا وَضَعًا لِيُنَاسِبَ الْوَضْعُ الطَّبْعَ وَالرُّجْعَةُ بِالْفَتْحِ وَالْكَسْرِ وَالْفَتْحُ أَفْصَحُ، وَهِيَ عِبَارَةٌ عَنْ اسْتِدَامَةِ

مِلْكِ النِّكَاحِ. وَلَهَا شَرَايِطُ: إِحْدَاهَا تَقْدِيمُ صَرِيحِ لَفْظِ الطَّلَاقِ أَوْ بَعْضِ أَلْفَاظِ الْكِنَايَةِ كَمَا تَقَدَّمَ. وَالثَّانِيَةُ أَنْ لَا يَكُونَ بِمُقَابَلَتِهِ مَالٌ. وَالثَّلَاثَةُ أَنْ لَا يُسْتَوْفَى الثَّلَاثَةُ مِنَ الطَّلَاقِ. وَالرَّابِعَةُ أَنْ تَكُونَ الْمَرْأَةُ مَدْخُولًا بِهَا. وَالْخَامِسَةُ أَنْ تَكُونَ الْعِدَّةُ قَائِمَةً وَلَا خِلَافَ فِي مَشْرُوعِيَّتِهَا لِأَحَدٍ لثُبُوتِهَا بِالْكِتَابِ وَالسُّنَّةِ وَالْإِجْمَاعِ.

(وَالرَّجْعَةُ أَنْ يَقُولَ رَاجِعْتُكَ أَوْ رَاجَعْتُ امْرَأَتِي) وَهَذَا صَرِيحٌ فِي الرَّجْعَةِ وَلَا خِلَافَ فِيهِ بَيْنَ الْأُئِمَّةِ. قَالَ (أَوْ يَطَّأَهَا أَوْ يُقْبِلَهَا أَوْ يَلْمِسُهَا بِشَهْوَةٍ أَوْ يَنْظُرُ إِلَى فَرْجِهَا بِشَهْوَةٍ) وَهَذَا عِنْدَنَا وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى عَلَيْهِ: لَا تَصِحُّ الرَّجْعَةُ إِلَّا بِالْقَوْلِ مَعَ الْقُدْرَةِ عَلَيْهِ لِأَنَّ الرَّجْعَةَ بِمَنْزِلَةِ ابْتِدَاءِ النِّكَاحِ حَتَّى يَحْرُمَ وَطْؤُهَا، وَعِنْدَنَا هُوَ اسْتِدَامَةُ النِّكَاحِ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ وَسَنُفَرِّدُهُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى، وَالْفِعْلُ قَدْ يَقَعُ دَلَالَةً عَلَى الْاسْتِدَامَةِ كَمَا فِي إِسْقَاطِ الْخِيَارِ وَالْدَّلَالَةُ فِعْلٌ يَخْتَصُّ بِالنِّكَاحِ وَهَذِهِ الْأَفْعَالُ تَخْتَصُّ بِهِ خُصُوصًا فِي الْحُرَّةِ، بِخِلَافِ النَّظَرِ وَالْمَسِّ بِغَيْرِ شَهْوَةٍ لِأَنَّهُ قَدْ يَحِلُّ بَدُونِ النِّكَاحِ كَمَا فِي الْقَابِلَةِ وَالطَّبِيبِ وَغَيْرِهِمَا، وَالنَّظَرُ إِلَى غَيْرِ الْفَرْجِ قَدْ يَقَعُ بَيْنَ الْمَسَاكِينِ وَالزَّوْجِ يُسَاكِنُهَا فِي الْعِدَّةِ، فَلَوْ كَانَ رَجْعَةً لَطَلَّقَهَا فَتَطُولُ الْعِدَّةُ عَلَيْهَا.

الشرح:

(و) أَلْفَاظُ (الرَّجْعَةِ أَنْ يَقُولَ رَاجِعْتُكَ) إِنْ كَانَ فِي حَضْرَتِهَا (أَوْ رَاجَعْتُ امْرَأَتِي) فِي الْعَبَةِ بِشَرَطِ الْإِعْلَامِ أَوْ فِي الْحَضْرَةِ أَيْضًا، أَوْ يَقُولَ رَدَّذَلِكَ أَوْ أَمْسَكْتُكَ، أَوْ يَقُولَ أَنْتَ عِنْدِي كَمَا كُنْتُ، أَوْ أَنْتَ امْرَأَتِي إِنْ نَوَى الرَّجْعَةَ، وَلَا خِلَافَ لِأَحَدٍ فِي جَوَازِ الرَّجْعَةِ بِالْقَوْلِ. وَأَمَّا بِالْفِعْلِ مِثْلُ أَنْ (يَطَّأَهَا أَوْ يُقْبِلَهَا أَوْ يَلْمِسُهَا بِشَهْوَةٍ أَوْ يَنْظُرُ إِلَى فَرْجِهَا بِشَهْوَةٍ) فَهِيَ صَحِيحَةٌ (عِنْدَنَا). وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا تَصِحُّ الرَّجْعَةُ إِلَّا بِالْقَوْلِ مَعَ الْقُدْرَةِ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّ الرَّجْعَةَ بِمَنْزِلَةِ ابْتِدَاءِ النِّكَاحِ لثُبُوتِ الْحِلِّ بِهَا، وَابْتِدَاءُ النِّكَاحِ لَا يَصِحُّ بِالْوَطْءِ وَذَوَاعِيهِ؛ فَكَانَ الْوَطْءُ حَرَامًا كَمَا فِي ابْتِدَاءِ النِّكَاحِ. وَقُلْنَا: هِيَ عِبَارَةٌ عَنْ اسْتِدَامَةِ النِّكَاحِ كَمَا بَيَّنَّا، وَهُوَ إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ: أَلَا تَرَى أَنَّهُ سُمِّيَ إِمْسَاكًا وَهُوَ الْإِبْقَاءُ. وَقَوْلُهُ (وَسَنُفَرِّدُهُ) إِشَارَةٌ إِلَى مَا ذُكِرَ فِي آخِرِ هَذَا الْبَابِ وَهُوَ قَوْلُهُ قُلْنَا إِنَّهَا قَائِمَةٌ حَتَّى يَمْلِكَ مُرَاجَعَتَهَا إلخ. وَقَوْلُهُ وَالْفِعْلُ قَدْ يَقَعُ دَلَالَةً عَلَى الْاسْتِدَامَةِ جُزْءُ الدَّلِيلِ.

وَقَوْلُهُ: (كَمَا فِي إِسْقَاطِ الْخِيَارِ) دَلِيلُهُ. وَتَفْرِيرُهُ: الرَّجْعَةُ اسْتِدَامَةُ الْمَلِكِ، وَالْفِعْلُ

قَدْ يَقَعُ دَلِيلًا عَلَى الاستِدَامَةِ كَمَا فِي إسْقَاطِ الْخِيَارِ، فَإِنْ مَنْ بَاعَ جَارِيَةً عَلَى أَنَّهُ بِالْخِيَارِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ ثُمَّ وَطَّئَهَا سَقَطَ الْخِيَارُ، كَمَا إِذَا أَسْقَطَ بِالْقَوْلِ، بَلْ هُنَا أَوَّلَى لِأَنَّهُ فِي الْبَيْعِ يَحْتَاجُ إِلَى رَفْعِ السَّبَبِ الْمَزِيلِ وَهُوَ الْبَيْعُ، أَمَّا هَهُنَا فَلَا يَحْتَاجُ إِلَى رَفْعِ الطَّلَاقِ بَلْ يَحْتَاجُ إِلَى دَفْعِ مَا لَوْلَاهُ لَزَالَ وَالِدَفْعُ أَسْهَلُ مِنَ الرَّفْعِ. وَلَمَّا كَانَ الثَّابِتُ بِالْذَّلِيلِ أَنَّ بَعْضَ الْفِعْلِ قَدْ يَقَعُ دَلَالَةً عَلَى الاستِدَامَةِ احْتَاجَ إِلَى أَنْ يُعَيَّنَهُ فَقَالَ (وَالدَّلَالَةُ) أَيُّ الدَّلِيلِ (فِعْلٌ) يَخْتَصُّ بِالنِّكَاحِ، وَهَذِهِ الْأَفَاعِيلُ تَخْتَصُّ بِالنِّكَاحِ فَتَقَعُ دَلَالَةً. وَقَوْلُهُ (خُصُوصًا فِي الْحُرَّةِ) لِيَبَانَ أَنَّ حِلَّ الاستِمْتَاعِ بِهَا لَيْسَ إِلَّا بِالنِّكَاحِ، وَأَمَّا فِي الْأَمَةِ فَيَحِلُّ بِهِ وَبِمِلْكِ الْيَمِينِ أَيْضًا (بِخِلَافِ النَّظَرِ وَالْمَسِّ بِغَيْرِ شَهْوَةٍ لِأَنَّهُ قَدْ يَحِلُّ بِدُونِ النِّكَاحِ كَمَا فِي الْقَابِلَةِ وَالطَّبِيبِ) وَالْخَاتِنَةِ، وَالشَّاهِدِ فِي الزَّنا إِذَا احْتَاجَ إِلَى تَحْمُلِ الشَّهَادَةِ، (وَالنَّظَرُ إِلَى غَيْرِ الْفَرْجِ قَدْ يَقَعُ بَيْنَ الْمَسَاكِينِ وَالزَّوْجِ يُسَاكِنُهَا فِي الْعِدَّةِ، فَلَوْ كَانَ النَّظَرُ إِلَيْهَا رَجْعَةً لَطَلَقَهَا فَتَطُولُ الْعِدَّةُ عَلَيْهَا) وَفِيهِ ضَرَرٌ بِهَا فَلَا يَجُوزُ لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿فَبَلِّغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا﴾ [البقرة: ٢٣١].

قَالَ (وَيُسْتَحَبُّ أَنْ يُشْهَدَ عَلَى الرَّجْعَةِ شَاهِدَيْنِ، فَإِنْ لَمْ يُشْهَدِ صَحَّتِ الرَّجْعَةُ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي أَحَدِ قَوْلَيْهِ لَا تَصِحُّ، وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ رَحِمَهُ اللَّهُ لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَأَشْهَدُوا ذَوَى عَدْلٍ مِّنْكُمْ﴾ [الطلاق: ٢] وَالْأَمْرُ لِلْإِجَابِ. وَلَنَا إِطْلَاقُ النُّصُوصِ عَنْ قَيْدِ الْإِشْهَادِ، وَلِأَنَّهُ اسْتِدَامَةٌ لِلنِّكَاحِ، وَالشَّهَادَةُ لَيْسَتْ شَرْطًا فِيهِ فِي حَالَتِ الْبَقَاءِ كَمَا فِي الْفِيءِ فِي الْإِبْلَاءِ، إِلَّا أَنَّهُا تُسْتَحَبُّ لَزِيَادَةِ الْإِحْتِيَاظِ كَيْ لَا يَجْرِيَ التَّنَاكُرُ فِيهَا، وَمَا تَلَاهَ مَحْمُودٌ عَلَيْهِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ قَرَنَهَا بِالْمُفَارَقَةِ وَهُوَ فِيهَا مُسْتَحَبٌّ وَيُسْتَحَبُّ أَنْ يَعْلَمَهَا كَيْ لَا تَقَعَ فِي الْمَعْصِيَةِ (وَإِذَا انْقَضَتِ الْعِدَّةُ فَقَالَ كُنْتُ رَاجِعَتَهَا فِي الْعِدَّةِ فَصَدَّقْتُهُ فِيهَا رَجْعَةً، وَإِنْ كَذَّبَتْهُ فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا) لِأَنَّهُ أَخْبَرَ عَمَّا لَا يَمْلِكُ إِشْهَادُهُ فِي الْحَالِ فَكَانَ مِنْهُمَا إِلَّا أَنْ بِالنَّصْدِيقِ تَرْتَفَعُ التُّهْمَةُ، وَلَا يَمِينُ عَلَيْهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَهِيَ مَسْأَلَةٌ الْإِسْتِحْلَافِ فِي الْأَشْيَاءِ السَّتِيَّةِ وَقَدْ مَرَّ فِي كِتَابِ النِّكَاحِ.

الشرح:

قَالَ (وَيُسْتَحَبُّ أَنْ يُشْهَدَ عَلَى الرَّجْعَةِ) إِذَا أَرَادَ الرَّجْعَةُ يُسْتَحَبُّ أَنْ يَقُولَ

لَا تُثْبِتُ أَشْهَادًا عَلَيَّ بِأَنِّي رَاجَعْتُ امْرَأَتِي (وَأِنْ لَمْ يُشْهَدْ صَحَّتِ الرَّجْعَةُ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ فِي أَحَدِ قَوْلَيْهِ: لَا تَصِحُّ، وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ) وَهُوَ غَرِيبٌ لِأَنَّهُ لَا يُوجِبُ الْإِشْهَادَ عَلَى ابْتِدَاءِ النِّكَاحِ وَيَجْعَلُهُ شَرْطًا عَلَى الرَّجْعَةِ (هُمَا قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿فَإِذَا بَلَغْنَ أَجْلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوَى عَدْلٍ مِّنْكُمْ﴾ [الطلاق: ٢] وَالْأَمْرُ لِلْإِجْبَابِ).

وَلَنَا إِطْلَاقُ النُّصُوصِ فِي الرَّجْعَةِ عَنْ قَيْدِ الْإِشْهَادِ وَهُوَ قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾ وَقَوْلُهُ تَعَالَى ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكِ بِمَعْرُوفٍ﴾ [البقرة: ٢٢٨] وَقَوْلُهُ تَعَالَى ﴿وَيُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ﴾ [البقرة: ٢٢٧]، وَقَوْلُهُ تَعَالَى ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا﴾ [البقرة: ٢٣٠] وَقَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «مَنْ ابْتَنَى فَلْيُتَرَاجَعْهَا» وَقَوْلُهُ (وَلَا تُنْفِقُ فِي الرَّجْعَةِ بِمَعْنَى الرُّجُوعِ أَوْ عَلَى تَأْوِيلِ الْمَذْكُورِ (اسْتِدَامَةً لِلنِّكَاحِ) كَمَا تَقْدَمُ، وَالْاسْتِدَامَةُ إِنَّمَا هِيَ حَالَةُ الْبَقَاءِ (وَالشَّهَادَةُ لَيْسَتْ بِشَرْطٍ فِي النِّكَاحِ حَالِ الْبَقَاءِ) بِالْإِثْقَاقِ فَكَانَتْ (كَالْفِيءِ فِي الْإِبْلَاءِ) فِي أَنَّ الشَّهَادَةَ عَلَيْهِ لَيْسَتْ بِشَرْطٍ لِكُونِهِ حَالَةُ الْبَقَاءِ (إِلَّا أَنَّهَا) أَيْ الشَّهَادَةُ (مُسْتَحَبَّةٌ لِّزِيَادَةِ الْاِحْتِيَاطِ كَيْ لَا يَجْرِيَ التَّنَاكُرُ فِيهَا) أَيْ فِي الرَّجْعَةِ (وَمَا تَلَاَهُ) يَعْنِي مِنْ قَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَى عَدْلٍ مِّنْكُمْ﴾ [الطلاق: ٢] (مَحْمُولٌ عَلَيْهِ) أَيْ عَلَى الْاسْتِحْبَابِ دَفْعًا لِلتَّنَاكُرِ؛ فَكَانَ الْأَمْرُ لِلْإِرْشَادِ إِلَى مَا هُوَ الْأَوْفَقُ بِهِ كَمَا فِي قَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٨٢] بِدَلِيلِ أَنَّهُ قَرَنَهَا بِالْفَارِقَةِ حَيْثُ قَالَ ﴿أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا﴾ [الطلاق: ٢] (وَهُوَ) أَيْ الْإِشْهَادُ (فِيهَا) أَيْ فِي الْمَفَارِقَةِ (مُسْتَحَبٌّ) فَكَذَا فِي الرَّجْعَةِ. وَاعْتَرِضَ بِأَنَّ الْقِرَانَ فِي النَّظْمِ لَا يُوجِبُ الْقِرَانَ فِي الْحُكْمِ كَمَا فِي قَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ وَآتُوا الزَّكَاةَ﴾. وَأُجِيبَ بِأَنَّ ذَلِكَ فِيمَا إِذَا حُكِمَ عَلَى إِحْدَى الْجُمْلَتَيْنِ الْمُتَقَارِنَتَيْنِ بِحُكْمِ الْجُمْلَةِ الْأُخْرَى، وَمَا نَحْنُ فِيهِ لَيْسَ كَذَلِكَ بَلْ فِيهِ كُلُّ جُمْلَةٍ مِنَ الْجُمْلَتَيْنِ مُسْتَقِلَّةٌ بِحُكْمِهَا، وَإِنَّمَا تَعْقِبُهَا جُمْلَةٌ أُخْرَى تَعَلَّقَتْ بِهِمَا وَإِحْدَاهُمَا تَقْتَضِي تَعَلُّقَهَا بِهِمَا مِنْ حَيْثُ الْاسْتِحْبَابُ، فَكَذَلِكَ الْأُخْرَى لَقَلَّا يَلْزَمُ اسْتِعْمَالُ اللَّفْظِ الْوَاحِدِ فِي مَعْنَيْنِ مُخْتَلَفَيْنِ (وَيُسْتَحَبُّ أَنْ يُعْلَمَهَا) بِالرَّجْعَةِ؛ لِأَنَّهُ لَوْ لَمْ يُعْلَمَهَا لَرُبَّمَا تَقَعَ الْمَرْأَةُ فِي الْمَعْصِيَةِ فَإِنَّهَا قَدْ تَزَوَّجَتْ بِنَاءً عَلَى زَعْمِهَا أَنَّ زَوْجَهَا لَمْ يُرَاجِعْهَا وَقَدْ انْقَضَتْ عِدَّتُهَا

وَبَطَّأَهَا الزَّوْجُ الثَّانِي فَكَانَتْ عَاصِيَةً وَزَوْجُهَا الَّذِي أَوْقَعَهَا فِيهِ مُسِيئًا بِتَرْكِ الإِعْلَامِ، وَلَكِنْ مَعَ ذَلِكَ لَوْ لَمْ يُعْلَمْهَا صَحَّتِ الرَّجْعَةُ لِأَنَّهَا اسْتِدَامَةُ لِلْقَائِمِ وَلَيْسَتْ بِإِثْنَاءٍ؛ فَكَانَ الزَّوْجُ بِالرَّجْعَةِ مُتَصَرِّفًا فِي خَالصِ حَقِّهِ، وَتَصَرَّفَ الْإِنْسَانُ فِي خَالصِ حَقِّهِ لَا يَتَوَقَّفُ عَلَى عِلْمِ الْغَيْرِ.

فَإِنْ قِيلَ: كَيْفَ تَكُونُ عَاصِيَةً بِغَيْرِ عِلْمٍ؟ أُجِيبَ بِأَنَّهَا إِذَا تَزَوَّجَتْ بِغَيْرِ سُؤَالٍ وَقَعَتْ فِي الْمَعْصِيَةِ لِأَنَّ التَّقْصِيرَ جَاءَ مِنْ جِهَتِهَا (وَإِذَا انْقَضَتْ الْعِدَّةُ فَقَالَ قَدْ كُنْتُ رَاجِعْتُهَا فِي الْعِدَّةِ؛ فَإِنْ صَدَّقَتْهُ فَهِيَ رَجْعَةٌ، وَإِنْ كَذَّبَتْهُ فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا لِأَنَّهُ أَخْبَرَ عَمَّا لَا يَمْلِكُ إِثْنَاءً فِي الْحَالِ) وَكُلُّ مَنْ فَعَلَ كَذَلِكَ فَهُوَ مُتَّهَمٌ، وَذَلِكَ يَقْتَضِي أَنْ لَا تَصِحَّ الرَّجْعَةُ وَإِنْ صَدَّقَتْهُ أَيْضًا (إِلَّا أَنْ بِالتَّصْدِيقِ تَرْتَفِعُ التُّهْمَةُ، وَلَا يَمِينُ عَلَيْهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَهِيَ مَسْأَلَةُ الاسْتِحْلَافِ فِي الْأَشْيَاءِ السَّتَةِ، وَقَدْ مَرَّ فِي كِتَابِ النِّكَاحِ).

(وَإِذَا قَالَ الزَّوْجُ قَدْ رَاجَعْتُكَ فَقَالَتْ مُجِيبَةً لَهُ قَدْ انْقَضَتْ عِدَّتِي لَمْ تَصِحَّ الرَّجْعَةُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ) وَقَالَا: تَصِحُّ الرَّجْعَةُ لِأَنَّهَا صَادَقَتْ الْعِدَّةَ إِذْ هِيَ بَاقِيَةٌ ظَاهِرًا إِلَى أَنْ تُخْبَرَ وَقَدْ سَبَقَتْهُ الرَّجْعَةُ، وَلِهَذَا لَوْ قَالَ لَهَا طَلَقْتُكَ فَقَالَتْ مُجِيبَةً لَهُ قَدْ انْقَضَتْ عِدَّتِي يَقَعُ الطَّلَاقُ وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهَا صَادَقَتْ حَالَ الْانْقِضَاءِ لِأَنَّهَا أَمِينَةٌ فِي الْإِخْبَارِ عَنِ الْانْقِضَاءِ فَإِذَا أَخْبَرَتْ دَلَّ ذَلِكَ عَلَى سَبْقِ الْانْقِضَاءِ وَأَقْرَبُ أَحْوَالِهِ حَالُ قَوْلِ الزَّوْجِ وَمَسْأَلَةُ الطَّلَاقِ عَلَى الْخِلَافِ، وَلَوْ كَانَتْ عَلَى الْإِتِّفَاقِ فَالطَّلَاقُ يَقَعُ بِإِقْرَارِهِ بَعْدَ الْانْقِضَاءِ وَالْمَرَّجَعَةُ لَا تَتَبَثُّ بِهِ.

الشرح:

(وَإِذَا قَالَ الزَّوْجُ قَدْ رَاجَعْتُكَ فَقَالَتْ مُجِيبَةً لَهُ قَدْ انْقَضَتْ عِدَّتِي) فَأَمَّا إِنْ قَالَتْ ذَلِكَ مُتَّصِلًا بِكَلَامِ الزَّوْجِ أَوْ بَعْدَ مُكْثٍ فَإِنْ كَانَ الثَّانِي تَصِحُّ الرَّجْعَةَ بِالْإِتِّفَاقِ وَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ لَمْ تَصِحَّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ خِلَافًا لِمَا. قَالَا: الرَّجْعَةُ صَادَقَتْ الْعِدَّةَ لِبَقَائِهَا ظَاهِرًا إِلَى أَنْ تُخْبَرَ، وَقَدْ سَبَقَتْ الرَّجْعَةُ فَكَانَتْ وَاقِعَةً فِي الْعِدَّةِ وَهِيَ صَحِيحَةٌ لَا مَحَالَةَ (وَلِهَذَا لَوْ قَالَ لَهَا طَلَقْتُكَ فَقَالَتْ مُجِيبَةً لَهُ قَدْ انْقَضَتْ عِدَّتِي وَقَعَ الطَّلَاقُ وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهَا صَادَقَتْ حَالَ الْانْقِضَاءِ لِأَنَّهَا أَمِينَةٌ فِي الْإِخْبَارِ عَنِ الْانْقِضَاءِ) إِذْ لَا يُعْلَمُ ذَلِكَ إِلَّا بِإِخْبَارِهَا وَقَدْ أَخْبَرَتْ بِذَلِكَ، وَالْإِخْبَارُ يَقْتَضِي سَبْقَ الْمُخْبِرِ عَنْهُ وَلَا دَلِيلَ عَلَى مِقْدَارِ

مُعَيَّنٍ (وَأَقْرَبُ أَحْوَالِهِ حَالُ قَوْلِ الزَّوْجِ) فَإِذَا صَادَقَتْ حَالَةَ الْإِنْقِضَاءِ لَا تَكُونُ مُعْتَبَرَةً. وَلَا تُسَلَّمُ أَنَّ مَسْأَلَةَ الطَّلَاقِ عَلَى الْوَفَاقِ بَلْ عَلَى الْخِلَافِ، وَلِئِنْ كَانَتْ عَلَى الْإِتِّفَاقِ فَالطَّلَاقُ يَقَعُ بِإِقْرَارِهِ بَعْدَ الْإِنْقِضَاءِ وَالْمَرَاجَعَةِ لَا تُثَبِّتُ بِهِ.

(وَإِذَا قَالَ زَوْجُ الْأُمَةِ بَعْدَ انْقِضَاءِ عِدَّتِهَا: قَدْ كُنْتُ رَاجِعْتُهَا وَصَدَّقَهُ الْمَوْلَى وَكَذَّبْتُهُ الْأُمَةُ فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَقَالَا: الْقَوْلُ قَوْلُ الْمَوْلَى) لِأَنَّ بُضْعَهَا مَمْلُوكٌ لَهُ، فَقَدْ أَقْرَبَ بِمَا هُوَ خَالِصٌ حَقُّهُ لِلزَّوْجِ فَشَابَهُ الْإِقْرَارُ عَلَيْهَا بِالنِّكَاحِ، وَهُوَ يَقُولُ حُكْمُ الرَّجْعَةِ يُبْتَنَى عَلَى الْعِدَّةِ وَالْقَوْلُ فِي الْعِدَّةِ قَوْلُهَا، فَكَذَا فِيمَا يُبْتَنَى عَلَيْهَا، وَلَوْ كَانَ عَلَى الْقَلْبِ فَعِنْدَهُمَا الْقَوْلُ قَوْلُ الْمَوْلَى، وَكَذَا عِنْدَهُ فِي الصَّحِيحِ لِأَنَّهَا مُنْقَضِيَةُ الْعِدَّةِ فِي الْحَالِ، وَقَدْ ظَهَرَ مِلْكُ الْمُتَعَةِ لِلْمَوْلَى فَلَا يَقْبَلُ قَوْلُهَا فِي إِبْطَالِهِ، بِخِلَافِ الْوَجْهِ الْأَوَّلِ لِأَنَّ الْمَوْلَى بِالتَّصْدِيقِ فِي الرَّجْعَةِ مُقَرَّبٌ بِقِيَامِ الْعِدَّةِ عِنْدَهَا وَلَا يَظْهَرُ مِلْكُهُ مَعَ الْعِدَّةِ (وَإِنْ قَالَتْ قَدْ انْقَضَتْ عِدَّتِي وَقَالَ الزَّوْجُ وَالْمَوْلَى لَمْ تَنْقُضِ عِدَّتَكَ فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا) لِأَنَّهَا أَمِينَةٌ فِي ذَلِكَ إِذْ هِيَ الْعَالِمَةُ بِهِ.

الشرح:

(وَإِذَا قَالَ زَوْجُ الْأُمَةِ بَعْدَ انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ قَدْ كُنْتُ رَاجِعْتُهَا وَهِيَ فِي الْعِدَّةِ؛ فَإِمَّا أَنْ يُصَدِّقَهُ الْمَوْلَى وَالْأُمَةُ أَوْ يُكَذِّبَاهُ، أَوْ يُصَدِّقَهُ الْمَوْلَى وَتُكَذِّبُهُ الْأُمَةُ أَوْ بِالْعَكْسِ، فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ صَحَّتْ الرَّجْعَةُ بِالْإِتِّفَاقِ، وَإِنْ كَانَ الثَّانِي لَمْ تَصِحَّ بِالْإِتِّفَاقِ إِلَّا إِذَا بَرَّهَنْ، وَإِنْ كَانَ الثَّلَاثُ وَلَيْسَ لَهُ بَيِّنَةٌ (فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: الْقَوْلُ قَوْلُ الْمَوْلَى لِأَنَّ الْبُضْعَ مَمْلُوكٌ) لَهُ بَعْدَ انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ، وَمَعْنَاهُ مَنَافِعُ الْبُضْعِ، فَكَانَ الْإِقْرَارُ بِهَا لِلزَّوْجِ إِقْرَارًا بِمَا هُوَ خَالِصٌ حَقُّهُ فَلَا مَرَدَّ لَهُ، وَكَانَ كَالْإِقْرَارِ عَلَيْهَا بِالنِّكَاحِ، بَأَنَّهُ يَقْرَأُ بِأَنَّهُ زَوْجُ أُمِّهِ مِنْ فُلَانٍ (وَهُوَ) أَيُّ أَبُو حَنِيفَةَ (يَقُولُ حُكْمُ الرَّجْعَةِ يُبْتَنَى عَلَى بَقَاءِ الْعِدَّةِ) وَانْقِضَائِهَا، وَكُلُّ مَا يُبْتَنَى عَلَى ذَلِكَ يُبْتَنَى عَلَى قَوْلٍ مَنْ يَقُولُ الْقَوْلَ قَوْلُهُ فِي ذَلِكَ لِكُونِهِ أَمِينًا (وَالْقَوْلُ فِي الْعِدَّةِ قَوْلُهَا) فَحُكْمُ الرَّجْعَةِ يُبْتَنَى عَلَى قَوْلِهَا، وَلَمْ يَذْكُرِ الْحَوَابِ عَنْ الْإِقْرَارِ بِالتَّزْوِيجِ لظُهُورِهِ، وَذَلِكَ لِأَنَّهُ لَمَّا صَدَّقَهُ فِي الرَّجْعَةِ لَمْ يَبْقَ لَهُ حَقٌّ فِي مَنَافِعِ بُضْعِهَا، فَائِي يَكُونُ لَهُ إِقْرَارٌ بِمَا هُوَ خَالِصٌ حَقُّهُ، بِخِلَافِ الْإِقْرَارِ بِالتَّزْوِيجِ فَإِنَّهُ إِقْرَارٌ بِذَلِكَ وَكَانَ الْفَرْقُ بَيْنَهُمَا، وَإِنْ كَانَ الرَّابِعُ وَعَبَّرَ عَنْهُ الْمُصَنِّفُ بِقَوْلِهِ (وَلَوْ كَانَ عَلَى الْقَلْبِ

فَعِنْدَهُمَا الْقَوْلُ قَوْلُ الْمَوْلَى لِأَنَّ مَنَافِعَ الْبُضْعِ خَالِصُ حَقِّهِ وَالزَّوْجُ يَدْعِيهَا عَلَيْهِ وَهِيَ مُنْكَرَةٌ (وَكَذَا عِنْدَهُ فِي الصَّحِيحِ لِأَنَّهَا مُنْقَضِيَّةُ الْعِدَّةِ فِي الْحَالِ) بِالِاتِّفَاقِ، وَبِالْإِقْضَاءِ يَظْهَرُ مِلْكُ الْمُتَعَةِ لِلْمَوْلَى وَهِيَ تُبْطِلُهُ فَلَا يُقْبَلُ قَوْلُهَا فِيهِ، بِخِلَافِ الْوَجْهِ الْأَوَّلِ لِأَنَّ الْمَوْلَى بِالتَّصَدِيقِ فِي الرَّجْعَةِ مُقَرَّرٌ بِقِيَامِ الْعِدَّةِ عِنْدَهَا. أَيْ عِنْدَ الرَّجْعَةِ، وَلَا يَظْهَرُ مِلْكُهُ مَعَ الْعِدَّةِ فِي هَذَا الْكَلَامِ إِشَارَةً إِلَى الْجَوَابِ عَنْ مَسْأَلَةِ التَّرْوِيجِ كَمَا أَشْرْنَا إِلَيْهِ. قَوْلُهُ (وَإِنْ قَالَتْ قَدْ انْقَضَتْ عِدَّتِي) ظَاهِرٌ وَالضَّمِيرُ فِيهِ رَاجِعٌ إِلَى الْإِقْضَاءِ.

(وَإِذَا انْقَطَعَ الدَّمُ مِنَ الْحَيْضَةِ الثَّلَاثَةِ لِعَشْرَةِ أَيَّامٍ انْقَطَعَتِ الرَّجْعَةُ وَإِنْ لَمْ تَغْتَسِلْ، وَإِنْ انْقَطَعَ لِأَقَلِّ مِنْ عَشْرَةِ أَيَّامٍ لَمْ تَنْقَطِعِ الرَّجْعَةُ حَتَّى تَغْتَسِلَ أَوْ يَمْضِيَ عَلَيْهَا وَقْتُ صَلَاةٍ كَامِلَةٍ) لِأَنَّ الْحَيْضَ لَا مَزِيدَ لَهُ عَلَى الْعَشْرَةِ، فَبِمُجَرَّدِ الْإِنْقِطَاعِ خَرَجَتْ مِنَ الْحَيْضِ فَانْقَضَتِ الْعِدَّةُ وَانْقَطَعَتِ الرَّجْعَةُ، وَفِيمَا دُونَ الْعَشْرَةِ يُحْتَمَلُ عَوْدُ الدَّمِ فَلَا بُدَّ أَنْ يَعْتَضِدَ الْإِنْقِطَاعُ بِحَقِيقَةِ الْإِغْتِسَالِ أَوْ بِلُزُومِ حُكْمٍ مِنْ أَحْكَامِ الطَّاهِرَاتِ بِمُضِيِّ وَقْتِ الصَّلَاةِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَتْ كِتَابِيَّةً لِأَنَّهُ لَا يُتَوَقَّعُ فِي حَقِّهَا أَمَارَةٌ زَائِدَةٌ فَاكْتَفَى بِالْإِنْقِطَاعِ، وَتَنْقَطِعُ إِذَا تَيَمَّمَتْ وَصَلَتْ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ، وَهَذَا اسْتِحْسَانٌ وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: إِذَا تَيَمَّمْتَ انْقَطَعَتْ، وَهَذَا قِيَاسٌ لِأَنَّ التَّيَمُّمَ حَالُ عَدَمِ الْمَاءِ طَهَارَةٌ مُطْلَقَةٌ حَتَّى يَثْبُتَ بِهِ مِنَ الْأَحْكَامِ مَا يَثْبُتُ بِالْإِغْتِسَالِ فَكَانَ بِمَنْزِلَتِهِ.

وَلَهُمَا أَنَّهُ مُلَوَّثٌ غَيْرُ مُطَهَّرٍ، وَإِنَّمَا أُعْثِرَ طَهَارَةُ ضَرُورَةٍ أَنْ لَا تَتَضَاعَفَ الْوَاجِبَاتُ، وَهَذِهِ الضَّرُورَةُ تَتَحَقَّقُ حَالَ آدَاءِ الصَّلَاةِ لَا فِيمَا قَبْلَهَا مِنَ الْأَوْقَاتِ، وَالْأَحْكَامُ الثَّابِتَةُ أَيْضًا ضَرُورِيَّةً اِقْتِضَائِيَّةً، ثُمَّ قِيلَ تَنْقَطِعُ بِنَفْسِ الشَّرُوعِ عِنْدَهُمَا، وَهَيْلُ بَعْدِ الْفَرَغِ لِيَتَقَرَّرَ حُكْمُ جَوَازِ الصَّلَاةِ.

الشرح:

(وَإِذَا انْقَطَعَ الدَّمُ مِنَ الْحَيْضَةِ الثَّلَاثَةِ لِعَشْرَةِ أَيَّامٍ قَالَ (وَإِذَا انْقَطَعَ الدَّمُ مِنَ الْحَيْضَةِ الثَّلَاثَةِ) كَلَامُهُ وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ بِلُزُومِ حُكْمٍ مِنْ أَحْكَامِ الطَّاهِرَاتِ بِمُضِيِّ وَقْتِ الصَّلَاةِ) يَعْنِي أَنَّ الْوَقْتَ إِذَا مَضَى صَارَتِ الصَّلَاةُ دَيْنًا فِي ذِمَّتِهَا وَهُوَ مِنْ أَحْكَامِ الطَّاهِرَاتِ.

وَقَوْلُهُ (إِذَا تَيَمَّمْتَ وَصَلْتَ) أَطْلَقَ الصَّلَاةَ لَتَنَاوُلِ الْمَكْتُوبَةِ وَغَيْرَهَا وَقَوْلُهُ (حَتَّى يَثْبُتَ بِهِ مِنَ الْأَحْكَامِ) يُرِيدُ بِهِ دُخُولَ الْمَسْجِدِ وَمَسَّ الْمُصْحَفِ وَقِرَاءَةَ الْقُرْآنِ وَإِبَاحَةَ الصَّلَاةِ وَسَجْدَةَ التَّلَاوَةِ. وَقَوْلُهُ وَالْأَحْكَامُ الثَّابِتَةُ أَيْضًا ضَرُورِيَّةٌ اقْتِضَائِيَّةٌ يَعْنِي أَنَّ ثُبُوتَ هَذِهِ الْأَحْكَامِ مِنْ ضَرُورَةِ جَوَازِ الصَّلَاةِ بِالتَّيَمُّمِ، أَمَّا قِرَاءَةُ الْقُرْآنِ فَلَا نَهْيَ لَهَا رُكْنُ الصَّلَاةِ. وَأَمَّا الْمَسْجِدُ فَلَأَنَّهُ مَكَانُ الصَّلَاةِ.

وَأَمَّا سَجْدَةُ التَّلَاوَةِ فَهِيَ مِنْ تَوَابِعِ الْقِرَاءَةِ فَإِنَّهُ يَجُوزُ أَنْ تَقْرَأَ فِي صَلَاتِهَا آيَةَ السَّجْدَةِ. وَلِقَائِلِ أَنْ يَقُولَ: الْحَاصِلُ مِنْ دَلِيلِهِمَا أَنَّ التَّيَمُّمَ طَهَارَةٌ ضَرُورِيَّةٌ وَأَنَّ الضَّرُورَةَ إِنَّمَا تَتَحَقَّقُ حَالَ أَدَاءِ الصَّلَاةِ وَلَا يَكُونُ قَبْلَهُ طَهَارَةٌ يَتَعَلَّقُ بِهَا انْقِطَاعُ الرَّجْعَةِ.

وَقَدْ تَقَرَّرَ مِنَ الْأُصُولِ أَنَّ الثَّابِتَ بِالضَّرُورَةِ لَا يَتَعَدَّى مَوْضِعَهَا فَكَانَ الْوَاجِبُ أَنْ لَا تَنْقَطِعَ الرَّجْعَةُ وَإِنْ صَلَّتْ مَا لَمْ تَغْتَسِلِ أَوْ يَمْضِي عَلَيْهَا وَقْتُ صَلَاةٍ. وَالْجَوَابُ أَنَّ الضَّرُورِيَّ مَتَى مَا ثَبَتَ ثَبَتَ بِجَمِيعِ لَوَازِمِهِ وَمِنْ لَوَازِمِ ثُبُوتِ الطَّهَارَةِ عِنْدَ أَدَاءِ الصَّلَاةِ انْقِطَاعُ الْحَيْضِ، وَمِنْ لَوَازِمِ انْقِطَاعِهِ مُضِيُّ الْمُدَّةِ، وَمِنْ لَوَازِمِ مُضِيِّهَا انْقِطَاعُ الرَّجْعَةِ، وَلَا زِمَ لَزِمَ الْإِزْمَ لَزِمَ فَيُثْبِتُ عِنْدَ ثُبُوتِهِ.

وَأَمَّا الْجَوَابُ عَنْ جَعْلِهِمَا التَّيَمُّمَ طَهَارَةً ضَرُورِيَّةً هَهُنَا وَطَهَارَةً مُطْلَقَةً فِي بَابِ الْإِمَامَةِ وَجَعَلَ مُحَمَّدٌ بِالْعَكْسِ فَقَدْ سَبَقَ هُنَاكَ مُسْتَوْفَى.

(وَإِذَا اغْتَسَلْتَ وَنَسِيتَ شَيْئًا مِنْ بَدَنِهَا لَمْ يَصِبْهُ الْمَاءُ، فَإِنْ كَانَ عَضْوًا فَمَا فَوْقَهُ لَمْ تَنْقَطِعِ الرَّجْعَةُ، وَإِنْ كَانَ أَقْلَ مِنْ عَضْوٍ انْقَطَعَتْ) قَالَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: وَهَذَا اسْتِحْسَانٌ. وَالْقِيَاسُ فِي الْعَضْوِ الْكَامِلِ أَنْ لَا تَبْقَى الرَّجْعَةُ لِأَنَّهَا غَسَلْتَ الْأَكْثَرَ. وَالْقِيَاسُ فِيهِمَا دُونَ الْعَضْوِ أَنْ تَبْقَى لَأَنَّ حُكْمَ الْجَنَابَةِ وَالْحَيْضِ لَا يَتَجَرَّأُ. وَوَجْهُ الاسْتِحْسَانِ وَهُوَ الْفَرْقُ أَنَّ مَا دُونَ الْعَضْوِ يَتَسَارَعُ إِلَيْهِ الْجَفَافُ لِقِلَّتِهِ فَلَا يَتَيَقَّنُ بَعْدَ وَصُولِ الْمَاءِ إِلَيْهِ، فَقُلْنَا بِأَنَّهُ تَنْقَطِعُ الرَّجْعَةُ وَلَا يَحِلُّ لَهَا التَّرَوُّجُ أَخَذًا بِالْإِحْتِيَاظِ فِيهِمَا، بِخِلَافِ الْعَضْوِ الْكَامِلِ لِأَنَّهُ لَا يَتَسَارَعُ إِلَيْهِ الْجَفَافُ وَلَا يَفْعَلُ عَنْهُ عَادَةً فَافْتَرَقَا. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: أَنَّ تَرَكَ الْمَضْمَضَةَ وَالِاسْتِنْشَاقَ كَتَرَكَ عَضْوٍ كَامِلٍ. وَعَنْهُ وَهُوَ قَوْلُ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى عَلَيْهِ: هُوَ بِمَنْزِلَةِ مَا دُونَ الْعَضْوِ لِأَنَّ فِي فَرْضِيَّتِهِ اخْتِلَافًا بِخِلَافِ غَيْرِهِ مِنَ الْأَعْضَاءِ.

الشرح:

(وَإِذَا اغْتَسَلْتَ وَكَسَيْتَ شَيْئًا مِنْ بَدَنِهَا لَمْ يَصِبْهُ الْمَاءُ فَإِنْ كَانَ عُضْوًا فَمَا فَوْقَهُ لَمْ تَنْقَطِعِ الرَّجْعَةُ وَإِنْ كَانَ أَقْلٌ مِنْ عُضْوٍ كَأَصْبَعٍ وَنَحْوِهِ انْقَطَعَتْ).

قَالَ الْمُصَنِّفُ: وَهَذَا اسْتِحْسَانٌ اعْلَمْ أَنَّ مُحَمَّدًا لَمْ يَذْكُرْ فِي كِتَابِهِ مَوْضِعَ الْقِيَاسِ هَلْ هُوَ عُضْوٌ فَمَا فَوْقَهُ أَوْ هُوَ مَا دُونَهُ، وَرَوَى أَنَّهُ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ فِي الْعُضْوِ فَمَا فَوْقَهُ، فَإِنَّ الْقِيَاسَ أَنْ تَنْقَطِعَ الرَّجْعَةُ لِأَنَّهَا غَسَلْتَ أَكْثَرَ الْبَدَنِ، وَلِلْأَكْثَرِ حُكْمُ الْكُلِّ فَكَانَتْهَا أَصَابَ الْمَاءُ جَمِيعَ الْبَدَنِ، وَفِي الْاسْتِحْسَانِ لَا تَنْقَطِعُ لِأَنَّ الْعِدَّةَ بَاقِيَةٌ لِعَدَمِ الطُّهَارَةِ، وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ فِيمَا دُونَهُ، فَالْقِيَاسُ أَنْ تَبْقَى الرَّجْعَةُ لِبَقَاءِ الْحَدَثِ، وَالْاسْتِحْسَانُ أَنْ تَنْقَطِعَ لِأَنَّ مَا دُونَ الْعُضْوِ يَتَسَارَعُ إِلَيْهِ الْجَفَافُ لِقَلَّتِهِ فَلَا يُتَيَقَّنُ بِعَدَمِ وَصُولِ الْمَاءِ إِلَيْهِ.

وَالْمُصَنِّفُ أَشَارَ إِلَى ذَلِكَ بِقَوْلِهِ: وَالْقِيَاسُ فِي الْعُضْوِ الْكَامِلِ أَنْ لَا تَبْقَى الرَّجْعَةُ لِأَنَّهَا غَسَلْتَ الْأَكْثَرَ، وَهُوَ إِشَارَةٌ إِلَى قِيَاسِ أَبِي يُوسُفَ وَبِقَوْلِهِ وَالْقِيَاسُ فِيمَا دُونَ الْعُضْوِ أَنْ لَا تَبْقَى لِأَنَّ حُكْمَ الْجَنَابَةِ وَالْحَيْضِ لَا يَتَجَرَّأُ وَهُوَ إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِ مُحَمَّدٍ. وَذَكَرَ وَجْهَ الْاسْتِحْسَانِ وَبَيَّنَ الْفَرْقَ بَيْنَ الْعُضْوِ الْكَامِلِ وَمَا دُونَهُ بِقَوْلِهِ إِنَّ مَا دُونَ الْعُضْوِ يَتَسَارَعُ إِلَيْهِ الْجَفَافُ لِقَلَّتِهِ فَلَا يُتَيَقَّنُ بِعَدَمِ وَصُولِ الْمَاءِ إِلَيْهِ فَقُلْنَا بِانْقِطَاعِهَا، حَتَّى لَوْ تَبَيَّنَتْ بِعَدَمِ وَصُولِ الْمَاءِ إِلَيْهِ بِأَنْ مَنَعَتْ قَصْدًا لَمْ تَنْقَطِعِ الرَّجْعَةُ، وَهَذَا إِشَارَةٌ إِلَى اسْتِحْسَانِ مُحَمَّدٍ.

وَقَالَ (بِخِلَافِ الْعُضْوِ الْكَامِلِ لِأَنَّهُ لَا يَتَسَارَعُ إِلَيْهِ الْجَفَافُ) فَلَمَّا لَمْ يَكُنْ مَبْلُورًا عَلِمَ أَنَّهُ لَمْ يَصِبْهُ الْمَاءُ لِعَدَمِ الْغَفْلَةِ عَنْهُ عَادَةً فَلَا تَنْقَطِعُ الرَّجْعَةُ، وَهَذَا إِشَارَةٌ إِلَى اسْتِحْسَانِ أَبِي يُوسُفَ، فَانْظُرْ حَذَقَ الْمُصَنِّفِ فِي هَذَا الْإِذْرَاجِ اللَّطِيفِ الَّذِي فَلَمَّا وَقَعَ مِثْلُهُ لغيرِهِ، جَزَاهُ اللَّهُ عَنِ الْمُحْصِلِينَ خَيْرًا (وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنْ تَرَكَ الْمَضْمُضَةَ وَالْاسْتِنْشَاقَ كَثَرَ عُضْوٍ كَامِلٍ) وَالْوَاوُ بِمَعْنَى أَوْ لِأَنَّ الْحُكْمَ فِي كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ذَلِكَ وَهُوَ رِوَايَةُ هِشَامٍ عَنْهُ، وَذَلِكَ لِأَنَّ حُكْمَ الْحَيْضِ بَاقٍ لِكُونِهِمَا فَرْضَيْنِ فِي الْجَنَابَةِ (و) فِي رِوَايَةِ أُخْرَى (عَنْهُ) وَهُوَ رِوَايَةُ الْكَرْخِيِّ عَنْ مُحَمَّدٍ (هُوَ) أَيُّ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا (بِمَنْزِلَةِ مَا دُونَ الْعُضْوِ لِأَنَّ فِي فَرْضِيَّتِهِ اخْتِلَافًا) فَإِنَّ الْمَضْمُضَةَ وَالْاسْتِنْشَاقَ سُنَّتَانِ عِنْدَ مَالِكٍ وَالشَّافِعِيِّ وَكَانَ الْإِحْطِاطُ فِي انْقِطَاعِ الرَّجْعَةِ (بِخِلَافِ غَيْرِهِ مِنَ الْأَعْضَاءِ) فَإِنَّهُ

لا خلاف لأحد في فرضيته.

(وَمَنْ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ وَهِيَ حَامِلٌ أَوْ وَلَدَتْ مِنْهُ وَقَالَ لَمْ أَجَامِعْهَا فَلَهُ الرَّجْعَةُ) لِأَنَّ الْحَبْلَ مَتَى ظَهَرَ فِي مُدَّةٍ يُتَصَوَّرُ أَنْ يَكُونَ مِنْهُ جُعِلَ مِنْهُ لِقَوْلِهِ ﷺ «الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ»^(١) وَذَلِكَ دَلِيلُ الْوَطْءِ مِنْهُ وَكَذَا إِذَا ثَبَتَ نَسَبُ الْوَلَدِ مِنْهُ جُعِلَ وَاطِئًا، وَإِذَا ثَبَتَ الْوَطْءُ تَأَكَّدَ الْمَلِكُ وَالطَّلَاقُ فِي مِلْكٍ مُتَأَكَّدٍ يَعْقُبُ الرَّجْعَةَ وَيَبْطُلُ زَعْمُهُ بِتَكْذِيبِ الشَّرْعِ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ يَثْبُتُ بِهَذَا الْوَطْءِ الْإِحْصَانُ فَلَا تَثْبُتُ بِهِ الرَّجْعَةُ أُولَى. وَقَاوِيلُ مَسَالَةِ الْوِلَادَةِ أَنْ تَلْدَ قَبْلَ الطَّلَاقِ، لِأَنَّهَا لَوْ وَلَدَتْ بَعْدَهُ تَنْقَضِي الْعِدَّةُ بِالْوِلَادَةِ فَلَا تُتَصَوَّرُ الرَّجْعَةُ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ وَهِيَ حَامِلٌ أَوْ وَلَدَتْ مِنْهُ ثُمَّ طَلَّقَهَا وَقَالَ لَمْ أَجَامِعْهَا ثُمَّ أَرَادَ الرَّجْعَةَ) فَلَهُ ذَلِكَ، وَلَا مُعْتَبَرُ بِقَوْلِهِ لَمْ أَجَامِعْهَا لِأَنَّهُ ظَهَرَ الْحَبْلُ فِي مُدَّةٍ يُتَصَوَّرُ أَنْ يَكُونَ مِنْهُ لَكَوْنِ الْمَسْأَلَةِ مَوْضُوعَةً فِي ذَلِكَ، وَمَتَى ظَهَرَ فِي مُدَّةٍ يُتَصَوَّرُ أَنْ يَكُونَ مِنْهُ جُعِلَ مِنْهُ (لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ») الْحَدِيثُ (وَذَلِكَ) أَيْ جَعْلُ الْحَمْلِ مِنْهُ (دَلِيلُ الْوَطْءِ مِنْهُ، وَكَذَا إِذَا ثَبَتَ نَسَبُ الْوَلَدِ مِنْهُ جُعِلَ وَاطِئًا) لِأَنَّهُ لَا يُتَصَوَّرُ بِدُونِهِ (وَإِذَا ثَبَتَ الْوَطْءُ تَأَكَّدَ الْمَلِكُ، وَالطَّلَاقُ فِي مِلْكٍ مُتَأَكَّدٍ يَعْقُبُ الرَّجْعَةَ وَيَبْطُلُ زَعْمُهُ) أَنَّهُ لَمْ يُجَامِعْهَا (بِتَكْذِيبِ الشَّارِعِ) وَفِيهِ بَحْثٌ مِنْ وَجْهَيْنِ: أَحَدُهُمَا أَنَّ النَّسَبَ يَثْبُتُ دَلَالَةً، وَقَوْلُهُ لَمْ أَجَامِعْهَا صَرِيحٌ، وَالصَّرِيحُ يَفُوقُ الدَّلَالََةَ.

وَالثَّانِي أَنَّهُ أَقَرَّ بِقَوْلِهِ لَمْ أَجَامِعْهَا لِسُقُوطِ حَقِّ مُسْتَحَقِّ لَهُ، وَتَكْذِيبُ الشَّارِعِ لَا يَرُدُّهُ، كَمَا لَوْ أَقَرَّ بِعَيْنٍ لِإِنْسَانٍ ثُمَّ اشْتَرَاهَا ثُمَّ اسْتَحَقَّتْ مِنْ يَدِهِ ثُمَّ وَصَلَتْ إِلَيْهِ أَمْرٌ بِالتَّسْلِيمِ إِلَى الْمُقَرَّرِ لَهُ وَإِنْ صَارَ مُكَذِّبًا شَرْعًا. وَأُجِيبَ عَنِ الْأَوَّلِ بِأَنَّ الدَّلَالََةَ مِنَ الشَّارِعِ وَالصَّرِيحَ مِنَ الْعَبْدِ وَدَلَالََةُ الشَّارِعِ أَقْوَى لَاحْتِمَالِ الْكَذِبِ مِنَ الْعَبْدِ دُونَ الشَّارِعِ. وَعَنْ

(١) أخرجه البخاري (٦٧٥٠)، ومسلم في الرضاع (٣٧) عن أبي هريرة.

وأخرجه البخاري (٢٧٤٥)، ومسلم في الرضاع (٣٦) عن عائشة.

وأخرجه أبو داود (٢٢٧٤) عن ابن عمر.

وأخرجه أبو داود (٢٢٧٥) عن عثمان.

وأخرجه الترمذي في الوصايا باب ٥، وابن ماجه (٢٠٠٧) عن أبي أمامة.

الثَّانِي بَأَنَّهُ لَمْ يَتَعَلَّقْ هَهُنَا بِإِقْرَارِهِ حَقَّ الْغَيْرِ وَالْمَوْجِبُ لِلرَّجْعَةِ وَهُوَ الطَّلَاقُ بَعْدَ الدُّخُولِ ثَابِتٌ فَيَتَرْتَّبُ عَلَيْهِ الْحُكْمُ لثُبُوتِ الْمُقْتَضَى وَانْتِفَاءِ الْمَانِعِ، بِخِلَافِ الْمُسْتَشْهَدِ بِهِ فَإِنَّ الْمَانِعَ ثُمَّ مَوْجُودٌ وَهُوَ تَعَلُّقُ حَقِّ الْعُرْمَاءِ بِهِ.

وَقَوْلُهُ (أَلَا تَرَى) تَوْضِيحٌ لِقَوْلِهِ وَالطَّلَاقُ فِي مِلْكٍ مُتَّكِدٍ يَعْقُبُ الرَّجْعَةُ وَيَبَيِّنُ الْأَوَّلِيَّةَ أَنَّ الْإِحْصَانَ لَهُ مَدْخَلٌ فِي وُجُودِ الْعُقُوبَةِ وَمَعَ هَذَا يَثْبُتُ بِهَذَا الْوَطْءِ (فَلَأَنَّ يَثْبُتَ بِهِ الرَّجْعَةُ) الَّتِي لَيْسَتْ فِيهَا جِهَةٌ الْعُقُوبَةِ (أَوَّلَى) وَقَوْلُهُ (وَتَأْوِيلُ مَسْأَلَةِ الْوِلَادَةِ) ظَاهِرٌ.

قَالَ: (فَإِنْ خَلَا بِهَا وَأَغْلَقَ أَبَا أَوْ أَرَحَى سِتْرًا وَقَالَ لَمْ أَجَامِعْهَا ثُمَّ طَلَقَهَا لَمْ يَمْلِكِ الرَّجْعَةَ) لِأَنَّ تَأَكُّدَ الْمَلِكِ بِالْوَطْءِ وَقَدْ أَقَرَّ بَعْدَمِهِ فَيَصْدُقُ فِي حَقِّ نَفْسِهِ وَالرَّجْعَةُ حَقُّهُ وَلَمْ يَصِرْ مُكَذِّبًا شَرْعًا، بِخِلَافِ الْمَهْرِ لِأَنَّ تَأَكُّدَ الْمَهْرِ الْمُسَمَّى يُبْتَنَى عَلَى تَسْلِيمِ الْمُبْدَلِ لَا عَلَى الْقَبْضِ، بِخِلَافِ الْفَصْلِ الْأَوَّلِ.

الشرح:

(فَإِنْ خَلَا بِهَا وَأَغْلَقَ أَبَا أَوْ أَرَحَى سِتْرًا) عَلَى رِوَايَةِ كِتَابِ الطَّلَاقِ بِكَلِمَةِ أَوْ، وَعَلَى رِوَايَةِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ وَأَرَحَى سِتْرًا بِالْوَاوِ وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ (ثُمَّ قَالَ لَمْ أَجَامِعْهَا ثُمَّ طَلَقَهَا لَمْ يَمْلِكِ الرَّجْعَةَ) لِأَنَّ تَأَكُّدَ الْمَلِكِ بِالْوَطْءِ وَقَدْ أَقَرَّ بَعْدَمِهِ فَيَصْدُقُ فِي حَقِّ نَفْسِهِ وَالرَّجْعَةُ حَقُّهُ) فَإِنْ قِيلَ: قَدْ صَارَ مُكَذِّبًا شَرْعًا لَوْجُوبِ كَمَالِ الْمَهْرِ وَلَا يَجِبُ الْمَهْرُ كَامِلًا إِلَّا إِذَا كَانَ الطَّلَاقُ بَعْدَ الدُّخُولِ.

أَجَابَ بِقَوْلِهِ (وَلَمْ يَصِرْ مُكَذِّبًا شَرْعًا لِأَنَّ تَأَكُّدَ الْمَهْرِ الْمُسَمَّى يُبْتَنَى عَلَى تَسْلِيمِ الْمُبْدَلِ لَا عَلَى الْقَبْضِ) وَمَعْنَاهُ إِنَّمَا يَصِيرُ مُكَذِّبًا شَرْعًا أَنْ لَوْ كَانَ كَمَالُ الْمَهْرِ مُسْتَلَزِمًا لِلْقَبْضِ وَهُوَ الْوَطْءُ وَلَيْسَ كَذَلِكَ، وَإِنَّمَا هُوَ مُسْتَلَزِمٌ لِتَسْلِيمِ الْمُبْدَلِ وَقَدْ حَصَلَ بِالْخُلُوةِ الصَّحِيحَةِ، إِذِ التَّسْلِيمُ عِبَارَةٌ عَنْ رَفْعِ الْمَوَانِعِ بَيْنَ الْمُسْلِمِ وَالْمُسْلِمِ إِلَيْهِ وَيَقْدَرُ الْمُسْلِمُ إِلَيْهِ عَلَى أَنْ يَقْبِضَهُ وَقَدْ وَجَدَ ذَلِكَ وَالتَّسْلِيمُ غَيْرُ مُسْتَلَزِمٍ لِلْقَبْضِ فَلَا يَلْزَمُ التَّكْذِيبُ (بِخِلَافِ الْفَصْلِ الْأَوَّلِ) لِأَنَّ الْحَمْلَ وَبُتُوتَ النَّسَبِ يَسْتَلْزِمُ الْقَبْضَ فَيَلْزَمُ التَّكْذِيبُ.

(فَإِنْ رَاجَعَهَا) مَعْنَاهُ بَعْدَمَا خَلَا بِهَا وَقَالَ لَمْ أَجَامِعْهَا (ثُمَّ جَاءَتْ بِوَلَدٍ لِأَقْلٍ مِنْ سَنَتَيْنِ بَيَّوْمَ صَحَّتْ تِلْكَ الرَّجْعَةُ) لِأَنَّهُ يَثْبُتُ النَّسَبُ مِنْهُ إِذَا هِيَ لَمْ تُقَرَّرْ بِانْقِضَاءِ الْعِدَّةِ

وَالْوَلَدُ يَبْقَى فِي الْبَطْنِ هَذِهِ الْمُدَّةَ فَأَنْزَلَ وَاطْنًا قَبْلَ الطَّلَاقِ دُونَ مَا بَعْدَهُ لِأَنَّهُ عَلَى اعْتِبَارِ
الثَّانِي يَزُولُ الْمَلِكُ بِنَفْسِ الطَّلَاقِ لِعَدَمِ الْوَطْءِ قَبْلَهُ فَيَحْرُمُ الْوَطْءُ وَالْمُسْلِمُ لَا يَفْعَلُ
الْحَرَامَ

الشرح:

(فَإِنْ رَاجَعَهَا بَعْدَ مَا خَلَا بِهَا وَقَالَ لَمْ أَجَامِعْهَا) يَعْنِي وَإِنْ كَانَ لَا يَمْلِكُهَا (ثُمَّ
جَاءَتْ بِوَلَدٍ لِأَقْلٍ مِنْ سَتَيْنِ يَوْمٍ صَحَّتْ تِلْكَ الرَّجْعَةُ) أَيِ الرَّجْعَةِ السَّابِقَةِ (لِأَنَّ النَّسَبَ
ثَابِتٌ مِنْهُ لِعَدَمِ الْإِقْرَارِ مِنْهَا بِانْقِضَاءِ الْعِدَّةِ) وَلَا حَتَمًا الْمُدَّةُ (فَإِنَّ الْوَلَدَ يَبْقَى فِي الْبَطْنِ
هَذِهِ الْمُدَّةَ وَلَا يَكُونُ ذَلِكَ إِلَّا بِالْدُّخُولِ فَأَنْزَلَ وَاطْنًا قَبْلَ الطَّلَاقِ دُونَ مَا بَعْدَهُ) لِأَنَّهُ فِيمَا
بَعْدَهُ يَكُونُ الْوَطْءُ حَرَامًا لَزَوَالِ الْمَلِكِ بِنَفْسِ الطَّلَاقِ: يَعْنِي إِلَّا إِلَى عِدَّةٍ لِأَنَّ الْفَرَضَ عَدَمُ
الْوَطْءِ قَبْلَهُ لِأَنَّهُ أَتَكَرَّهُ بَعْدَ الْخُلُوعِ وَالْمُسْلِمُ لَا يَفْعَلُ الْحَرَامَ، وَإِنْ كَانَتْ مَوْطُوءَةً قَبْلَ
الطَّلَاقِ كَانَ الطَّلَاقُ بَعْدَ الدُّخُولِ وَذَلِكَ يَعْقِبُ الرَّجْعَةَ فَكَانَتْ الرَّجْعَةُ صَحِيحَةً.

(فَإِنْ قَالَ لَهَا إِذَا وَلَدْتُ فَأَنْتِ طَالِقٌ فَوَلَدَتْ ثُمَّ أَتَتْ بِوَلَدٍ آخَرَ فَهِيَ رَجَعَتْ) مَعْنَاهُ
مِنْ بَطْنٍ آخَرَ وَهُوَ أَنْ يَكُونَ بَعْدَ سِتَّةِ أَشْهُرٍ وَإِنْ كَانَ أَكْثَرَ مِنْ سَتَيْنِ إِذَا لَمْ تُقِرَّ
بِانْقِضَاءِ الْعِدَّةِ لِأَنَّهُ وَقَعَ الطَّلَاقُ عَلَيْهِ بِالْوَلَدِ الْأَوَّلِ وَوَجِبَتْ الْعِدَّةُ فَيَكُونُ الْوَلَدُ الثَّانِي مِنْ
عُلُوقِ حَدِيثٍ مِنْهُ فِي الْعِدَّةِ لِأَنَّهُمَا لَمْ تُقِرَّ بِانْقِضَاءِ الْعِدَّةِ فَيَصِيرُ مُرَاجِعًا.

الشرح:

قَالَ (فَإِنْ قَالَ لَهَا إِذَا وَلَدْتُ فَأَنْتِ طَالِقٌ) وَمَنْ عُلِقَ طَلَاقُ امْرَأَتِهِ بِوَلَادَتِهَا
فَوَلَدَتْ وَلَدًا ثُمَّ وَلَدَتْ وَلَدًا، فِيمَا أَنْ يَكُونَ بَيْنَ الْوَلَدَيْنِ سِتَّةُ أَشْهُرٍ أَوْ لَا، فَإِنْ كَانَ
الثَّانِي فَالْوِلَادَةُ الثَّانِيَّةُ لَا تَكُونُ دَلِيلَ الرَّجْعَةِ فَيَكُونُ الطَّلَاقُ قَدْ وَقَعَ بِالْوَلَدِ الْأَوَّلِ
وَانْقَضَتْ الْعِدَّةُ بِالْوَلَدِ الثَّانِي، وَمَا ثُمَّ دَلِيلٌ عَلَى أَنَّهُ وَطَّئَهَا بَعْدَ الْوَلَدِ الْأَوَّلِ فَلَا يَثْبُتُ بِهِ
الرَّجْعَةُ وَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ وَهُوَ الْمَذْكُورُ فِي الْكِتَابِ فَهِيَ رَجَعَتْ لِأَنَّ الْوِلَادَةَ الثَّانِيَّةَ رَجْعَةٌ،
وَوَجْهُهُ مَا ذُكِرَ فِي الْكِتَابِ وَهُوَ وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ وَإِنْ كَانَ أَكْثَرَ مِنْ سَتَيْنِ إِنْ لَوَّصَلُ:
أَيُّ لَمَّا كَانَ بَيْنَ الْوَلَدَيْنِ سِتَّةُ أَشْهُرٍ لَا تَفَاوَتْ بَعْدَ ذَلِكَ بَيْنَ أَنْ تَكُونَ الْوِلَادَةُ الثَّانِيَّةُ فِي
أَقْلٍ مِنْ سَتَيْنِ وَبَيْنَ أَنْ تَكُونَ أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ فِي ثُبُوتِ الرَّجْعَةِ لِأَنَّ الْوَلَدَ الثَّانِي مُضَافٌ
إِلَى عُلُوقِ حَدِيثٍ لَا مَحَالَةَ وَهُوَ بِالْوَطْءِ بَعْدَ الطَّلَاقِ وَكَانَ رَجْعَةً.

(وَأَنَّ قَالَ كُلَّمَا وَلَدَتْ وَلَدًا فَأَنَّ طَالِقٌ قَوْلِدَتِ ثَلَاثَةَ أَوْلَادٍ فِي بُطُونٍ مُخْتَلَفَةٍ
فَالْوَلَدُ الْأَوَّلُ طَلَاقٌ وَالْوَلَدُ الثَّانِي رَجْعَةٌ وَكَذَا الثَّلَاثُ) لِأَنَّهَا إِذَا جَاءَتْ بِالْأَوَّلِ وَقَعَ
الطَّلَاقُ وَصَارَتْ مُعْتَدَّةً، وَبِالثَّانِي صَارَ مُرَاجِعًا لَمَّا بَيَّنَّا أَنَّهُ يَجْعَلُ الْعُلُوقَ بِوُطْءِ حَادِثٍ فِي
الْعِدَّةِ وَيَقَعُ الطَّلَاقُ الثَّانِي بِوِلَادَةِ الْوَلَدِ الثَّانِي لِأَنَّ الْيَمِينَ مَعْقُودَةٌ بِكَلِمَةِ كُلَّمَا وَوَجِبَتْ
الْعِدَّةُ، وَبِالْوَلَدِ الثَّلَاثِ صَارَ مُرَاجِعًا لَمَّا ذَكَرْنَا، وَقَعَ الطَّلَاقُ الثَّلَاثُ بِوِلَادَةِ الثَّلَاثِ وَوَجِبَتْ
الْعِدَّةُ بِالْأَقْرَاءِ لِأَنَّهَا حَائِلٌ مِّنْ ذَوَاتِ الْحَيْضِ حِينَ وَقَعَ الطَّلَاقُ.

الشرح:

(وَأَنَّ قَالَ كُلَّمَا وَلَدَتْ وَلَدًا فَأَنَّ طَالِقٌ) عَلَى مَا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ وَاضِحٌ.
وَقَوْلُهُ (لَمَّا ذَكَرْنَا) إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ لِأَنَّهُ وَقَعَ الطَّلَاقُ عَلَيْهَا بِالْوَلَدِ الْأَوَّلِ إِخْ.
(وَالْمُطَلَّقةُ الرَّجْعِيَّةُ تَتَشَوَّفُ وَتَتَزَيَّنُ) لِأَنَّهَا حَالٌ لِلزَّوْجِ إِذَا النِّكَاحُ قَائِمٌ بَيْنَهُمَا،
ثُمَّ الرَّجْعَةُ مُسْتَحَبَّةٌ وَالتَّزَيُّنُ حَامِلٌ لَهُ عَلَيْهَا فَيَكُونُ مَشْرُوعًا (وَيُسْتَحَبُّ لَزُوجِهَا أَنْ لَا
يَدْخُلَ عَلَيْهَا حَتَّى يُؤْذِنَهَا أَوْ يُسْمِعَهَا خَفَقَ لَعْلِيهِ) مَعْنَاهُ إِذَا لَمْ يَكُنْ مِنْ قَصْدِهِ الْمُرَاجَعَةُ
لِأَنَّهَا رُبَّمَا تَكُونُ مُتَجَرِّدَةً فَيَقَعُ بَصَرُهُ عَلَى مَوْضِعٍ يَصِيرُ بِهِ مُرَاجِعًا ثُمَّ يُطْلَقُهَا فَتَطُولُ
الْعِدَّةُ عَلَيْهَا (وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُسَافِرَ بِهَا حَتَّى يُشْهَدَ عَلَى رَجْعَتِهَا) وَقَالَ زُفَرٌ رَحِمَهُ اللَّهُ
تَعَالَى عَلَيْهِ: لَهُ ذَلِكَ لِقِيَامِ النِّكَاحِ، وَلِهَذَا لَهُ أَنْ يَعُشَاهَا عِنْدَنَا.

وَلَنَا قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ﴾ [الطَّلَاق: ١]، وَلِأَنَّ تَرَاجِي عَمَلِ
الْمُبْطِلِ لِحَاجَتِهِ إِلَى الْمُرَاجَعَةِ، فَإِذَا لَمْ يُرَاجِعْهَا حَتَّى انْقَضَتِ الْعِدَّةُ ظَهَرَ أَنَّهُ لَا حَاجَةَ لَهُ
فَتَبَيَّنَ أَنَّ الْمُبْطِلَ عَمَلُ عَمَلِهِ مِنْ وَهْتِ وَجُودِهِ وَلِهَذَا تُحْتَسَبُ الْأَقْرَاءُ مِنَ الْعِدَّةِ فَلَمْ يَمْلِكِ
الزَّوْجُ الْإِخْرَاجَ إِلَّا أَنْ يُشْهَدَ عَلَى رَجْعَتِهَا فَتَبْطُلَ الْعِدَّةُ وَيَتَقَرَّرَ مِلْكُ الزَّوْجِ. وَقَوْلُهُ حَتَّى
يُشْهَدَ عَلَى رَجْعَتِهَا مَعْنَاهُ الْاسْتِحْبَابُ عَلَى مَا قَدْ مَنَاهُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَالْمُطَلَّقةُ الرَّجْعِيَّةُ تَتَشَوَّفُ وَتَتَزَيَّنُ) التَّشَوُّفُ خَاصٌّ فِي الْوَجْهِ وَالتَّزَيُّنُ
عَامٌّ تَفْعُلُ مِنْ شَفَتِ الشَّيْءَ جَلُوتَهُ وَدِينَارٌ مَشُوفٌ: أَيُّ مَجْلُوفٌ وَهُوَ أَنْ تَجْلُوَ الْمَرْأَةُ
وَجْهَهَا وَتَصْفُلَ حَدِيثَهَا. وَقَوْلُهُ إِذَا النِّكَاحُ قَائِمٌ بَيْنَهُمَا يَدُلُّ عَلَيْهِ أَنَّ التَّوَارُثَ قَائِمٌ بَيْنَهُمَا
وَكَذَلِكَ جَمِيعُ أَحْكَامِ النِّكَاحِ قَائِمٌ وَلِهَذَا لَوْ قَالَ كُلُّ امْرَأَةٍ لِي طَالِقٌ تَدْخُلُ هَذِهِ الْمُطَلَّقةُ

فِيهِ وَيَقَعُ عَلَيْهَا الطَّلَاقُ. فَإِنْ قِيلَ: لَوْ كَانَ النِّكَاحُ قَائِمًا بَيْنَهُمَا لَجَازَ أَنْ يُسَافَرَ بِهَا كَالَّتِي فِي نِكَاحِهِ وَلَيْسَ كَذَلِكَ عَلَى مَا تَذَكَّرُهُ. أُجِيبَ بِأَنَّهُ امْتَنَعَ بِالنِّصِّ وَهُوَ قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿لَا تَخْرُجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ﴾ فَإِنَّهُ نَزَلَ فِي الطَّلَاقِ الرَّجْعِيِّ بِذَلِيلِ قَوْلِهِ تَعَالَى ﴿لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثَ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا﴾ أَيْ لَعَلَّهُ يَدْعُو لَهُ فَيَرَاغِعُهَا وَالْمُسَافَرَةُ بِهَا إِخْرَاجٌ مِنَ الْبَيْتِ فَيَكُونُ مِنْهَا عَنْهَا. فَإِنْ قِيلَ: لِمَا لَا يَكُونُ نَفْسُ الْمُسَافَرَةِ دَلِيلًا عَلَى الرَّجْعَةِ.

أُجِيبَ بِأَنَّ الْإِخْرَاجَ مِنْهَا عَنْهُ وَالرَّجْعَةَ مُنْدُوبٌ إِلَيْهَا وَهُمَا مُتَنَافِيَانِ. وَقَوْلُهُ (وَلَا أَنْ تَرَاحِي عَمَلَ الْمُبْطِلِ) دَلِيلٌ مَعْقُولٌ عَلَى عَدَمِ جَوَازِ الْمُسَافَرَةِ بِهَا قَبْلَ الرَّجْعَةِ، وَتَقْرِيرُهُ تَرَاحِي عَمَلَ الْمُبْطِلِ وَهُوَ الطَّلَاقُ لِحَاجَةِ الزَّوْجِ إِلَى الْمُرَاجَعَةِ وَلَا حَاجَةَ لَهُ إِلَيْهَا فَلَا تَرَاحِي. أَمَّا أَنَّ التَّرَاحِي كَذَلِكَ فَقَدْ عُلِمَ مِمَّا تَقَدَّمَ، وَأَمَّا عَدَمُ حَاجَتِهِ إِلَيْهَا فَلَأَنَّهُ إِذَا لَمْ يُرَاجِعْهَا حَتَّى انْقَضَتْ الْمُدَّةُ ظَهَرَ أَنَّهُ لَا حَاجَةَ لَهُ إِلَيْهَا، وَفِيهِ نَظَرٌ لِأَنَّ كَلَامَهُ يَدُلُّ عَلَى أَنَّ الْمُسَافَرَةَ لَا تَجُوزُ إِذَا انْقَضَتْ الْمُدَّةُ وَلَمْ يُرَاجِعْهَا، وَأَمَّا إِذَا سَافَرَ بِهَا وَهِيَ فِي الْعِدَّةِ فَلَيْسَ فِيهِ دَلَالَةٌ عَلَى عَدَمِ جَوَازِ ذَلِكَ وَالْكَلَامِ فِيهِ. وَأُجِيبَ بِأَنَّهُ إِنَّمَا يَرِدُ أَنْ لَوْ كَانَ الْمُرَادُ بِالْمُدَّةِ الْعِدَّةُ.

وَأَمَّا إِذَا أُريدَ بِهَا مُدَّةُ الْإِقَامَةِ فَلَا يَرِدُ، وَفِيهِ نَظَرٌ لِأَنَّ عَمَلَ الْمُبْطِلِ أُخْرِجَ إِلَى انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ بِالْإِجْمَاعِ دُونَ مُدَّةِ الْإِقَامَةِ، وَلَعَلَّ الصَّوَابَ أَنَّ عَدَمَ جَوَازِ الْمُسَافَرَةِ أَيْضًا يَنْبُتُ بِالتَّيْسِيَنِ كَعَمَلِ الْمُبْطِلِ؛ وَإِذَا ظَهَرَ عَدَمُ الْحَاجَةِ تَبَيَّنَ أَنَّ الْمُبْطِلَ عَمَلُ عَمَلِهِ مِنْ وَقْتِ وُجُودِهِ؛ وَهَذَا يَحْتَسِبُ الْأَقْرَاءَ مِنَ الْعِدَّةِ، وَلَوْ كَانَ عَمَلُ الْمُبْطِلِ مُقْتَصِرًا عَلَى انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ لَمَا احْتَسِبَ الْأَقْرَاءَ الْمَاضِيَةَ مِنَ الْعِدَّةِ كَمَا لَمْ تُحْتَسَبْ فِي قَوْلِهِ إِذَا حَضَتْ فَأَنْتِ طَالِقٌ فَإِنَّ تِلْكَ الْحَيْضَةَ غَيْرُ مُحْتَسَبَةٍ مِنَ الْعِدَّةِ لِأَنَّهُ شَرْطُ وَقُوعِ الطَّلَاقِ، وَإِذَا لَمْ يَقْتَصِرْ عَمَلُ الْمُبْطِلِ عَلَى وَقْتِ انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ بَلْ كَانَ مِنْ وَقْتِ وَقُوعِ الطَّلَاقِ كَانَتْ الْمُطْلَقَةُ الرَّجْعِيَّةُ بِمَنْزِلَةِ الْمَبْتُوتَةِ تَقْدِيرًا حِينَ لَمْ يَرِدْ الرَّجْعَةُ فَكَأَنَّمَا أَنَّهُ لَا يَمْلِكُ إِخْرَاجَ الْمَبْتُوتَةِ إِلَى السَّفَرِ فَكَذَلِكَ لَا يَمْلِكُ إِخْرَاجَ الْمُطْلَقَةِ الرَّجْعِيَّةِ إِلَّا أَنْ يَشْهَدَ عَلَى رَجْعَتِهَا فَتَبْطُلَ الْعِدَّةُ وَيَتَقَرَّرُ مِلْكُ النِّكَاحِ. وَقَوْلُهُ عَلَى مَا قَدَّمْنَا) يَعْنِي فِي أَوَائِلِ الْبَابِ حَيْثُ قَالَ: وَيُسْتَحَبُّ أَنْ يُشْهَدَ عَلَى الرَّجْعَةِ شَاهِدَيْنِ، وَإِنْ لَمْ يُشْهَدْ صَحَّتْ الرَّجْعَةُ

(وَالطَّلَاقُ الرَّجْعِيُّ لَا يُحَرِّمُ الْوَطْءَ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: يُحَرِّمُهُ لِأَنَّ

الرَّوْجِيَّةَ زَائِلَةً لَوْجُودِ الْقَاطِعِ وَهُوَ الطَّلَاقُ. وَلَنَا أَنَّهَا قَائِمَةٌ حَتَّى يَمْلِكَ مُرَاجَعَتَهَا مِنْ غَيْرِ رِضَاهَا لِأَنَّ حَقَّ الرَّجْعَةِ ثَبَتَ نَظَرًا لِلزَّوْجِ لِيُمْكِنَهُ التَّدَارُكُ عِنْدَ اعْتِرَاضِ النَّدَمِ، وَهَذَا الْمَعْنَى يُوجِبُ اسْتِبْدَادَهُ بِهِ، وَذَلِكَ يُؤْذِنُ بِكَوْنِهِ اسْتِدَامَةً لَا إِنْشَاءَ إِذِ الدَّلِيلُ يُنَافِيهِ وَالْقَاطِعُ أَخَّرَ عَمَلَهُ إِلَى مَدَّةٍ إجماعاً أَوْ نَظَرًا لَهُ عَلَى مَا تَقَدَّمَ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

الشرح:

(وَالطَّلَاقُ الرَّجْعِيُّ لَا يُحَرِّمُ الْوَطْءَ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: يُحَرِّمُهُ لِأَنَّ حِلَّ الْوَطْءِ بِالزَّوْجِيَّةِ وَالزَّوْجِيَّةُ زَائِلَةٌ لَوْجُودِ الْقَاطِعِ وَهُوَ الطَّلَاقُ. وَلَنَا أَنَّ الزَّوْجِيَّةَ قَائِمَةٌ وَلِهَذَا يَمْلِكُ مُرَاجَعَتَهَا مِنْ غَيْرِ رِضَاهَا) بِالِاتِّفَاقِ، وَلَوْ كَانَتْ زَائِلَةً لَكَانَتْ أَجْنَبِيَّةً فَلَمْ تَصِحَّ الرَّجْعَةُ بِدُونِ رِضَاهَا، وَهَذَا الْمِقْدَارُ كَانَ كَافِيًا فِي الْاسْتِدْلَالِ لَكِنَّهُ اسْتَظْهَرَ بِقَوْلِهِ لِأَنَّ حَقَّ الرَّجْعَةِ يَثْبُتُ نَظَرًا لِلزَّوْجِ لِيُمْكِنَهُ التَّدَارُكُ عِنْدَ اعْتِرَاضِ النَّدَمِ.

وَهَذَا الْمَعْنَى: أَيُّ ثُبُوتِهِ نَظَرًا لَهُ يُوجِبُ اسْتِبْدَادَهُ بِهِ: أَيُّ بِالرَّجْعَةِ بِتَأْوِيلِ الرُّجُوعِ إِذْ لَوْ لَمْ يَكُنْ مُسْتَبَدًّا بِهِ لَمَا تَمَّ النَّظَرُ لِأَنَّهُ قَدْ لَا تَرْضَى الْمَرْأَةُ بِالرَّجْعَةِ فَحَقُّ الرَّجْعَةِ يُوجِبُ اسْتِبْدَادَ الزَّوْجِ بِالرَّجْعَةِ (وَاسْتِبْدَادُهُ بِذَلِكَ يُؤْذِنُ بِكَوْنِهِ اسْتِدَامَةً لَا إِنْشَاءً) إِذْ الدَّلِيلُ الدَّالُّ عَلَى الْاسْتِبْدَادِ وَهُوَ مَا ذَكَرْنَا مِنَ الْقِيَاسِ يُنَافِي أَنْ تَكُونَ الرَّجْعَةُ إِنْشَاءً لِأَنَّ الزَّوْجَ لَا يَسْتَبِدُّ بِهِ وَالْاسْتِدَامَةُ لَا تَتَحَقَّقُ إِلَّا فِي الْقَائِمِ وَكَانَتْ الزَّوْجِيَّةُ قَائِمَةً. وَقَوْلُهُ (وَالْقَاطِعُ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ لَوْجُودِ الْقَاطِعِ، وَمَعْنَاهُ أَنَّ وُجُودَ الْقَاطِعِ لَا يُنَافِي قِيَامَ الزَّوْجِيَّةِ لِأَنَّهُ أَخَّرَ عَمَلَهُ إِلَى مَدَّةٍ إجماعاً أَوْ نَظَرًا لَهُ عَلَى مَا تَقَدَّمَ: يَعْنِي قَوْلُهُ يَثْبُتُ لِلزَّوْجِ نَظَرًا لَهُ فَكَانَ كَالْبَيْعِ الَّذِي فِيهِ الْخِيَارُ تَأَخَّرَ عَمَلُ الْبَيْعِ فِي الزَّمَانِ إِلَى مَدَّةٍ نَظَرًا لِمَنْ لَهُ الْخِيَارُ.

فصل فيما تحل به المطلقة

(وَإِذَا كَانَ الطَّلَاقُ بَائِنًا دُونَ الثَّلَاثِ فَلَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَهَا فِي الْعِدَّةِ وَيَعْدَ انْقِضَائِهَا) لِأَنَّ حِلَّ الْمَحَلِّيَّةِ بَاقٍ لِأَنَّ زَوَالَهُ مُعْلَقٌ بِالطَّلَاقِ الثَّلَاثِيِّ فَيَنْعَدِمُ قَبْلَهُ، وَمَنْعُ الْغَيْرِ فِي الْعِدَّةِ لِاسْتِبْطَاءِ النَّسَبِ وَلَا اسْتِبْطَاءَ فِي إِطْلَاقِهِ

الشرح:

(فَصَلِّ فِيمَا تَحِلُّ بِهِ الْمُطْلَقَةُ): لَمَّا فَرَّغَ مِنْ بَيَانِ مَا يُتَدَارَكُ بِهِ الطَّلَاقُ الرَّجْعِيُّ

ذَكَرَ مَا يُتَذَرَكُ بِهِ غَيْرُهُ مِنَ الطَّلَاقَاتِ فِي فَصْلِ عَلَى حِدَةٍ (وَإِذَا كَانَ الطَّلَاقُ بَائِنًا دُونَ الثَّلَاثِ فَلَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَهَا فِي الْعِدَّةِ وَبَعْدَ انْقِضَائِهَا لِأَنَّ حِلَّ الْمَحَلِّیَّةِ) وَهُوَ كَوْنُهَا أَدْمِيَّةً لَيْسَتْ مِنَ الْمَحْرَمَاتِ (بَاقٍ لِأَنَّ زَوَّالَهُ مُعْلَقٌ بِالطَّلَاقِ الثَّلَاثَةِ) لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ﴾ عَلَى مَا تَذَكَّرَهُ وَالْمُعْلَقُ بِالشَّرْطِ مَعْدُومٌ قَبْلَهُ. وَرَدَّ بِأَنَّ الشَّرْطَ يُوجِبُ الْوُجُودَ عِنْدَ الْوُجُودِ دُونَ الْعَدَمِ عِنْدَ الْعَدَمِ عِنْدَنَا. وَالْجَوَابُ أَنَّهُ مَعْدُومٌ بَعْدَهُ الْأَصْلِي إِذِ الْعِلَّةُ لَمْ تُصِرْ عِلَّةً بَعْدُ، وَإِذَا كَانَ حِلُّ الْمَحَلِّ بَاقِيًا جَازَ نِكَاحُهَا فِي الْعِدَّةِ وَبَعْدَ انْقِضَائِهَا. فَإِنْ قِيلَ: هَذَا تَعْلِيلٌ فِي مُقَابَلَةِ النَّصِّ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿وَلَا تَعْزَمُوا عُقْدَةَ الْنِكَاحِ حَتَّى يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ﴾ [البقرة: ٢٣٥] نَهَى عَنِ الْعَزْمِ عَلَى نِكَاحِ الْمُعْتَدَةِ مُطْلَقًا، وَالتَّعْلِيلُ فِي مُقَابَلَتِهِ بَاطِلٌ.

أَجَابَ بِقَوْلِهِ وَمَنْعُ الْغَيْرِ فِي الْعِدَّةِ لاشتِبَاهِ النَّسَبِ، وَمَعْنَاهُ أَنَّ الْمُرَادَ بِالْآيَةِ مَنْعُ الْغَيْرِ عَنِ الْعَزْمِ عَلَى نِكَاحِ الْمُعْتَدَةِ لِأَنَّ الْمَانِعَ اشْتِبَاهُ النَّسَبِ وَلَا اشْتِبَاهُ فِي إِطْلَاقِهِ: أَيْ فِي تَجْوِيزِ نِكَاحِ مُعْتَدَتِهِ، إِذِ الْاِشْتِبَاهُ إِنَّمَا يَكُونُ عِنْدَ اخْتِلَافِ الْمِيَاهِ وَذَلِكَ إِنَّمَا يَكُونُ فِي مُعْتَدَةِ الْغَيْرِ. وَاعْتَرَضَ عَلَيْهِ بِالصَّغِيرَةِ وَالْأَيَسَةِ وَعِدَّةِ الْوَفَاةِ قَبْلَ الدُّخُولِ وَمُعْتَدَةِ الصَّبِيِّ وَالْحَيْضَةِ الثَّانِيَةِ وَالثَّلَاثَةِ فَإِنَّهُ لَا اشْتِبَاهَ فِي هَذِهِ الْمَوَاضِعِ، وَلَا يَجُوزُ التَّزَوُّجُ فِي الْعِدَّةِ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ ذَلِكَ يَبَيِّنُ الْحِكْمَةَ وَحِكْمَةَ الْحُكْمِ تُرَاعَى فِي الْجِنْسِ لَا فِي كُلِّ فَرْدٍ، لَا يَبَيِّنُ الْعِلَّةَ لَوْجُودِ التَّخْلُفِ فِيمَا ذَكَرَ مِنَ الصُّوَرِ.

وَأَقُولُ كَمَا ذَكَرْتُ: اشْتِبَاهُ النَّسَبِ مَانِعٌ عَنِ جَوَازِ النِّكَاحِ فِي عِدَّةِ الْغَيْرِ وَهَذَا صَادِقٌ. وَأَمَّا أَنَّهُ مُلْزَمٌ جَوَازُهُ إِذَا عُدِمَ هَذَا الْمَانِعُ فَلَيْسَ بِإِلْزَامٍ لِحَوَازِ أَنْ يَكُونَ ثَمَّةَ مَانِعٍ آخَرَ وَهُوَ جِهَةُ التَّعَبُّدِ.

(وَإِنْ كَانَ الطَّلَاقُ ثَلَاثًا فِي الْحُرَّةِ أَوْ ثِنْتَيْنِ فِي الْأَمَةِ لَمْ تَحِلَّ لَهُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ نِكَاحًا صَحِيحًا وَيَدْخُلَ بِهَا ثُمَّ يُطَلِّقَهَا أَوْ يَمُوتَ عَنْهَا) وَالْأَصْلُ فِيهِ قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾ [البقرة: ٢٣٠] فَالْمُرَادُ الطَّلَاقُ الثَّلَاثَةُ، وَالثَّنَتَانِ فِي حَقِّ الْأَمَةِ كَالثَّلَاثِ فِي حَقِّ الْحُرَّةِ، لِأَنَّ الرِّقَّ مُنْصَفٌ لِحِلِّ الْمَحَلِّیَّةِ عَلَى مَا عُرِفَ ثُمَّ الْغَايَةُ نِكَاحُ الزَّوْجِ مُطْلَقًا، وَالزَّوْجِيَّةُ الْمُطْلَقَةُ إِنَّمَا تَثْبُتُ بِنِكَاحٍ صَحِيحٍ، وَشَرْطُ الدُّخُولِ ثَبَتُ بِإِشَارَةِ النَّصِّ وَهُوَ أَنْ يُحْمَلَ النِّكَاحُ عَلَى الْوَطْءِ حَمَلًا

لِلكَلَامِ عَلَى الْإِفَادَةِ دُونَ الْإِعَادَةِ إِذِ الْعَقْدُ أُسْتَفِيدَ بِإِطْلَاقِ اسْمِ الزَّوْجِ أَوْ يُزَادَ عَلَى النَّصِّ بِالْحَدِيثِ الْمَشْهُورِ، وَهُوَ قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ « لَا تَحِلُّ لِلأَوَّلِ حَتَّى تَذُوقَ عُسَيْلَتَهُ الْآخِرِ » ^(١) رَوَى بِرَوَايَاتٍ، وَلَا خِلَافَ لِأَحَدٍ فِيهِ سِوَى سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ. وَقَوْلُهُ غَيْرُ مُعْتَبَرٍ حَتَّى لَوْ قَضَى بِهِ الْقَاضِي لَا يَنْفَعُ، وَالشَّرْطُ الْإِيْلَاجُ دُونَ الْإِنْزَالِ لِأَنَّهُ كَمَالٌ وَمُبَالَغَةٌ فِيهِ وَالْكَمَالُ قَيْدٌ زَائِدٌ.

الشرح:

(وَإِنْ كَانَ الطَّلَاقُ ثَلَاثًا فِي الْحُرَّةِ أَوْ ثِنْتَيْنِ فِي الْأَمَةِ لَمْ تَحِلْ لِلزَّوْجِ الْأَوَّلُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ نِكَاحًا صَحِيحًا وَيَدْخُلَ بِهَا ثُمَّ يُطَلِّقَهَا أَوْ يَمُوتَ عَنْهَا لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ ﴾) وَالْمُرَادُ بِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿ فَإِنْ طَلَّقَهَا ﴾ الطَّلَاقُ الثَّلَاثَةُ عِنْدَ أَكْثَرِ أَهْلِ التَّأْوِيلِ (وَالثَّنَانِ فِي الْأَمَةِ كَالثَّلَاثِ فِي حَقِّ الْحُرَّةِ لِأَنَّ الرِّقَّ مُنْصَفٌ لِحُلِّ الْمَحَلِّيَّةِ) لِكَوْنِهِ نِعْمَةً وَالْعُقْدَةُ الْوَاحِدَةُ لَا تَنْجِزُ فَكُمُلْتُ عَلَى مَا عُرِفَ، وَإِنَّمَا يَجِبُ أَنْ يَكُونَ النِّكَاحُ صَحِيحًا لِأَنَّ الْغَايَةَ نِكَاحُ زَوْجٍ آخَرَ مُطْلَقًا حَيْثُ لَمْ يُقَيَّدَ بِصِحَّةٍ وَلَا فَسَادٍ، وَالْمُطْلَقُ يَنْصَرِفُ إِلَى الْكَامِلِ عَلَى مَا عُرِفَ فِي الْأَصُولِ.

(وَالزَّوْجِيَّةُ الْمُطْلَقَةُ) أَيُّ الْكَامِلَةِ (إِنَّمَا تُثْبِتُ بِنِكَاحٍ صَحِيحٍ) وَإِنَّمَا يُشْتَرَطُ الدُّخُولُ بِهَا إِذَا بِإِشَارَةِ الْكِتَابِ عَلَى مَا ذَكَرَهُ الْمُصَنِّفُ وَهُوَ طَرِيقَةُ بَعْضِ الْمَشَايِخِ وَهُوَ أَنْ يُحْمَلَ النِّكَاحُ فِي قَوْلِهِ تَعَالَى ﴿ حَتَّى تَنْكِحَ ﴾ عَلَى الْوُطْءِ حَمَلًا لِلْكَلَامِ عَلَى الْإِفَادَةِ دُونَ الْإِعَادَةِ، فَإِنَّ الْعَقْدَ أُسْتَفِيدَ بِإِطْلَاقِ اسْمِ الزَّوْجِ فِي قَوْلِهِ ﴿ زَوْجًا غَيْرَهُ ﴾، فَلَوْ حَمَلْنَا النِّكَاحَ عَلَى الْعَقْدِ كَانَ ذَلِكَ تَأْكِيدًا وَالتَّأْسِيسُ أَوَّلَى مِنَ التَّأْكِيدِ، وَأَمَّا بِالْحَدِيثِ الْمَشْهُورِ وَهُوَ حَدِيثُ رِفَاعَةَ بْنِ وَهَبٍ الْقُرْظِيُّ « طَلَّقَ امْرَأَتَهُ فِي عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَهِيَ تَمِيمَةٌ، وَقِيلَ عَائِشَةُ بِنْتُ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ عَتِيكَ فَتَزَوَّجَتْ عَبْدَ الرَّحْمَنِ بْنَ الزُّبَيْرِ الْقُرْظِيَّ ثُمَّ طَلَّقَهَا فَأَتَتْ النَّبِيَّ ﷺ وَقَالَتْ: يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنَّ رِفَاعَةَ طَلَّقَنِي فَبِتُّ طَلَاقِي، وَإِنِّي نَكَحْتُ بَعْدَهُ عَبْدَ الرَّحْمَنِ بْنَ الزُّبَيْرِ الْقُرْظِيَّ، وَإِنَّمَا مَعَهُ مِثْلُ الْهُدْبَةِ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: لَعَلَّكَ تُرِيدِينَ أَنْ تُرْجِعِي إِلَى رِفَاعَةَ، لَا حَتَّى تَذُوقِي عُسَيْلَتَهُ وَيَذُوقَ

(١) أخرجه البخاري (٥٢٦١)، ومسلم في النكاح (١١٥) عن عائشة.

عُسَيْلَتَكَ» وَقَدْ رُوِيَ بِرَوَايَاتٍ مُخْتَلَفَةٍ فِي بَعْضِهَا بِلَفْظِ الْعَيْبَةِ كَمَا ذَكَرَ فِي الْكِتَابِ، وَفِي بَعْضِهَا بِلَفْظِ الْخَطَابِ كَمَا رُوِيَ وَهُوَ الْمَذْكُورُ فِي كُتُبِ الْأُصُولِ، وَهُوَ حَدِيثٌ مَشْهُورٌ يَجُوزُ الزِّيَادَةُ بِهِ عَلَى الْكِتَابِ وَنُسْخِ إِطْلَاقِهِ، وَقَدْ ذَكَرْنَا ذَلِكَ فِي التَّفْصِيلِ عَلَى الْوَجْهِ الْأَوَّلِ فَلْيُطْلَبْ ثَمَّةً.

(وَلَا خِلَافَ لِأَحَدٍ فِيهِ) أَيِ فِي اشْتِرَاطِ الدُّخُولِ سِوَى سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ، وَقِيلَ هُوَ قَوْلُ بَشْرِ الْمَرْيَسِيِّ. وَقَوْلُهُ غَيْرُ مُعْتَبَرٍ لِأَنَّهُ مُخَالَفٌ لِلْحَدِيثِ الْمَشْهُورِ وَهَذَا (إِذَا قَضَى الْقَاضِي بِهِ) أَيِ بِقَوْلِ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ (لَا يَنْفَعُ، وَالشَّرْطُ الْإِيْلَاجُ دُونَ الْإِنْزَالِ؛ لِأَنَّ الْإِنْزَالَ كَمَالٌ وَمُبَالَغَةٌ فِيهِ) أَيِ فِي الدُّخُولِ، وَالْكَمَالُ قَيْدٌ لَا يَثْبُتُ إِلَّا بِدَلِيلٍ وَلَا دَلِيلٌ عَلَيْهِ، بَلِ الدَّلِيلُ يَدُلُّ عَلَى عَدَمِهِ لِأَنَّهُ ذَكَرَ الْعُسَيْلَةَ وَهِيَ تَصْغِيرُ الْعُسَيْلَةِ وَهِيَ كِنَايَةٌ عَنْ إِصَابَةِ حَلَاوَةِ الْجَمَاعِ وَهِيَ تَحْصُلُ بِالْإِيْلَاجِ، وَكَانَ التَّصْغِيرُ ذَالًا عَلَى عَدَمِ الشَّيْءِ بِالْإِنْزَالِ.

(وَالصَّبِيُّ الْمَرَاهِقُ فِي التَّحْلِيلِ كَالْبَالِغِ) لَوْجُودِ الدُّخُولِ فِي نِكَاحٍ صَحِيحٍ وَهُوَ الشَّرْطُ بِالنِّصِّ، وَمَالِكٌ رَحِمَهُ اللَّهُ يُخَالِفُنَا فِيهِ، وَالْحُجَّةُ عَلَيْهِ مَا بَيَّنَّاهُ. وَفَسَّرَهُ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ وَقَالَ: غُلَامٌ لَمْ يَبْلُغْ وَمِثْلُهُ يُجَامِعُ جَامِعَ امْرَأَتِهِ وَجَبَ عَلَيْهَا الْفُسْلُ وَأَحْلَاهَا عَلَى الزَّوْجِ الْأَوَّلِ، وَمَعْنَى هَذَا الْكَلَامِ أَنْ تَتَحَرَّكَ آتِيَّةُ وَيَسْتَهِي، وَإِنَّمَا وَجَبَ الْفُسْلُ عَلَيْهَا لِاتِّقَاءِ الْخِتَانَيْنِ وَهُوَ سَبَبٌ لِنُزُولِ مَائِهَا وَالْحَاجَةِ إِلَى الْإِيجَابِ فِي حَقِّهَا، أَمَا لَا تُغْسَلُ عَلَى الصَّبِيِّ وَإِنْ كَانَ يُؤْمَرُ بِهِ تَخْلُقًا قَالَ (وَوُطِئَ الْمَوْلَى أُمَّتَهُ لَا يُحِلُّهَا) لِأَنَّ الْغَايَةَ نِكَاحُ الزَّوْجِ.

الشرح:

(وَمَا لِكُ يُخَالِفُنَا فِيهِ) أَيِ فِي اشْتِرَاطِ الْإِيْلَاجِ دُونَ الْإِنْزَالِ، وَيَشْتَرِطُ الْإِنْزَالَ وَهُوَ إِنَّمَا يَتَحَقَّقُ مِنَ الْبَالِغِ فَلَا يَكُونُ الصَّبِيُّ الْمَرَاهِقُ كَالْبَالِغِ فِي إِفَادَةِ التَّحْلِيلِ (وَالْحُجَّةُ عَلَيْهِ مَا بَيَّنَّاهُ) أَنَّ الْإِنْزَالَ كَمَالٌ وَمُبَالَغَةٌ فِيهِ وَهُوَ قَيْدٌ لَا دَلِيلَ عَلَيْهِ وَقَوْلُهُ (فَسَّرَهُ) أَيِ الْمَرَاهِقُ (فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ وَقَالَ: غُلَامٌ لَمْ يَبْلُغْ إلخ) وَهُوَ ظَاهِرٌ.

قَالَ (وَوُطِئَ الْمَوْلَى أُمَّتَهُ لَا يُحِلُّهَا) إِذَا طَلَّقَ امْرَأَةً ثَنَيْنِ وَهِيَ أُمَةُ الْغَيْرِ فَوَطِئَهَا الْمَوْلَى بَعْدَ انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ لَمْ تَحِلْ لِلزَّوْجِ الْأَوَّلِ لِأَنَّ غَايَةَ الْحَرَمَةِ نِكَاحُ الزَّوْجِ وَالْمَوْلَى لَا

يُسَمَّى زَوْجًا. قَالَ فِي شَرْحِ الْأَقْطَعِ: رُوِيَ أَنَّ عُثْمَانَ سُئِلَ عَنْ ذَلِكَ وَعِنْدَهُ عَلِيٌّ وَزَيْدُ ابْنِ ثَابِتٍ فَرَحَّصَ فِي ذَلِكَ عُثْمَانُ وَزَيْدٌ وَقَالَا: هُوَ زَوْجٌ، فَقَامَ عَلِيٌّ مُغَضَّبًا كَارِهًا لَمَا قَالَا وَقَالَ: لَيْسَ بِزَوْجٍ.

(وَإِذَا تَزَوَّجَهَا بِشَرْطِ التَّحْلِيلِ فَالنِّكَاحُ مَكْرُوهٌ) لِقَوْلِهِ ﷺ «لَعَنَ اللَّهُ الْمُحْلِلَ وَالْمُحَلَّلَ لَهُ»^(١) وَهَذَا هُوَ مَحْمَلُهُ (فَإِنْ طَلَّقَهَا بَعْدَمَا وَطَّئَهَا حَلَّتْ لِلأَوَّلِ) لَوْجُودِ الدُّخُولِ فِي نِكَاحٍ صَحِيحٍ إِذِ النِّكَاحُ لَا يَبْطُلُ بِالشَّرْطِ وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يُفْسِدُ النِّكَاحَ لِأَنَّهُ فِي مَعْنَى الْمُؤَقَّتِ فِيهِ وَلَا يُحِلُّهَا عَلَى الْأَوَّلِ لِفَسَادِهِ. وَعَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ يَصِحُّ النِّكَاحُ لَمَّا بَيْنَا، وَلَا يُحِلُّهَا عَلَى الْأَوَّلِ لِأَنَّهُ اسْتَعْجَلَ مَا أَخْرَهُ الشَّرْعُ فَيَجَازِي بِمَنْعِ مَقْصُودِهِ كَمَا فِي قَتْلِ الْمَوْرَثِ.

الشرح:

(وَلَوْ تَزَوَّجَهَا بِشَرْطِ التَّحْلِيلِ) بَأَنَّ قَالَ تَزَوَّجْتُكَ عَلَى أَنْ أُحْلِكَ أَوْ قَالَتْ الْمَرْأَةُ ذَلِكَ (فَالنِّكَاحُ مَكْرُوهٌ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «لَعَنَ اللَّهُ الْمُحْلِلَ وَالْمُحَلَّلَ لَهُ») فَإِنَّ مَحْمَلَهُ اشْتِرَاطُ التَّحْلِيلِ فِي الْعَقْدِ كَمَا ذَكَرْنَا، إِذْ لَوْ أَضْمَرَ ذَلِكَ فِي قَلْبِهِ لَمْ يَسْتَحِقَّ اللَّعْنَ. وَقِيلَ مَعْنَى قَوْلِهِ هُوَ مَحْمَلُهُ الْكَرَاهَةُ مَحْمَلُ الْحَدِيثِ لِإِفْسَادِهِ (فَإِنْ طَلَّقَهَا) يَعْنِي الَّذِي شَرَطَ التَّحْلِيلَ (بَعْدَمَا وَطَّئَهَا حَلَّتْ لِلأَوَّلِ) لَوْجُودِ الدُّخُولِ فِي نِكَاحٍ صَحِيحٍ، إِذْ النِّكَاحُ لَا يَبْطُلُ بِالشَّرْطِ.

وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يُفْسِدُ النِّكَاحَ لِأَنَّهُ فِي مَعْنَى الْمُؤَقَّتِ) كَأَنَّهُ قَالَ تَزَوَّجْتُكَ إِلَى وَقْتٍ كَذَا (وَلَا يُحِلُّهَا عَلَى الزَّوْجِ الْأَوَّلِ لِفَسَادِهِ) فَإِنَّ مِنْ شُرُوطِ التَّحْلِيلِ صِحَّةَ النِّكَاحِ كَمَا تَقَدَّمَ (وَعَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ يَصِحُّ النِّكَاحُ لَمَّا بَيْنَا) أَنَّ النِّكَاحَ لَا يَبْطُلُ بِالشَّرْطِ الْفَاسِدَةِ (وَلَا يُحِلُّهَا عَلَى الْأَوَّلِ لِأَنَّهُ اسْتَعْجَلَ مَا أَخْرَهُ الشَّرْعُ) لِأَنَّ النِّكَاحَ عَقْدُ الْعُمُرِ فَيَقْتَضِي الْحِلَّ عَلَى الْأَوَّلِ بَعْدَ مَوْتِ الثَّانِي، فَبَشَرَطَ التَّحْلِيلَ يَصِيرُ مُسْتَعْجَلًا لِلْحِلِّ (فَيَجَازِي بِمَنْعِ مَقْصُودِهِ كَمَا فِي قَتْلِ الْمَوْرَثِ) وَذَكَرَ فِي رَوْضَةِ الزَّيْتُونِ أَنَّ أَبَا حَنِيفَةَ قَالَ:

(١) أخرجه الترمذي (١١٢٠)، والنسائي (٣١٩٨)، وأحمد (٤٤٨/١) عن ابن مسعود. وأخرجه أبو داود (٢٠٧٦)، والترمذي (١١١٩)، وابن ماجه (١٩٣٥) عن علي. وأخرجه الترمذي (١١١٩) ضمن حديث علي عن جابر. وأخرجه ابن ماجه (١٩٣٦) عن عتبة بن عامر. وأخرجه ابن ماجه (١٩٣٤) عن ابن عباس. وأخرجه أحمد (٣٢٢/٢)، والبيهقي في الكبرى (٣٣٩/٧) عن أبي هريرة، وانظر نصب الراية (٣/٣٤٢).

النِّكَاحُ جَائِزٌ وَالشَّرْطُ جَائِزٌ حَتَّى إِذَا لَمْ يُطْلَقْهَا الثَّانِي بَعْدَ وَطْئِهِ إِيَّاهَا يُجْبِرُهُ الْقَاضِي عَلَى ذَلِكَ، وَتَحِلُّ لِلزَّوْجِ الْأَوَّلِ إِذَا طَلَّقَهَا الثَّانِي بِرَأْيِهِ أَوْ بِأَمْرِ الْقَاضِي إِيَّاهُ. قَالَ الْإِمَامُ ظَهِيرُ الدِّينِ: هَذَا الْبَيَانُ لَمْ يُوجَدْ فِي غَيْرِهِ مِنَ الْكُتُبِ.

(وَإِذَا طَلَّقَ الْحُرَّةَ تَطْلِيقَةً أَوْ تَطْلِيقَتَيْنِ وَانْقَضَتْ عِدَّتُهَا وَتَزَوَّجَتْ بِزَوْجٍ آخَرَ ثُمَّ عَادَتْ إِلَى الزَّوْجِ الْأَوَّلِ عَادَتْ بِثَلَاثِ تَطْلِيقَاتٍ وَيَهْدِمُ الزَّوْجُ الثَّانِي مَا دُونَ الثَّلَاثِ كَمَا يَهْدِمُ الثَّلَاثُ. وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَا يَهْدِمُ مَا دُونَ الثَّلَاثِ لِأَنَّهُ غَايَةُ لِلْحُرْمَةِ بِالنَّصِّ فَيَكُونُ مِنْهِيًّا، وَلَا إِنِهَاةً لِلْحُرْمَةِ قَبْلَ الثَّبُوتِ. وَلَهُمَا قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «لَعَنَ اللَّهُ الْمُحْلِلَ وَالْمُحْلَلُ لَهُ» سَمَاءُ مُحْلَلًا وَهُوَ الْمُثْبِتُ لِلْحِلِّ.

الشرح:

(وَإِذَا طَلَّقَ امْرَأَتَهُ الْحُرَّةَ تَطْلِيقَةً أَوْ تَطْلِيقَتَيْنِ وَانْقَضَتْ عِدَّتُهَا وَتَزَوَّجَتْ بِزَوْجٍ آخَرَ ثُمَّ عَادَتْ إِلَى الزَّوْجِ الْأَوَّلِ عَادَتْ بِثَلَاثِ تَطْلِيقَاتٍ، وَيَهْدِمُ الزَّوْجُ الثَّانِي) التَّطْلِيقَةَ وَالتَّطْلِيقَتَيْنِ كَمَا يَهْدِمُ الثَّلَاثُ يَعْنِي أَنَّهُ يَجْعَلُ ذَلِكَ الْبَاقِي مِنَ الْمَلِكِ الْأَوَّلِ كَأَنَّهُ لَمْ يَكُنْ، وَلَا تَحْرُمُ الْحُرْمَةُ الْعَلِيظَةُ إِلَّا إِذَا طَلَّقَهَا ثَلَاثًا جَمْعًا أَوْ فَرَادَى (عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ) وَهُوَ مَذْهَبُ ابْنِ مَسْعُودٍ وَابْنِ عَبَّاسٍ وَابْنِ عُمَرَ (وَقَالَ مُحَمَّدٌ) وَزُفَرُ وَالشَّافِعِيُّ (لَا يَهْدِمُ) وَيَبْقَى الزَّوْجُ مَالِكًا بِمَا بَقِيَ مِنَ الْأَوَّلِ، وَتَحْرُمُ الْحُرْمَةُ الْعَلِيظَةُ إِذَا انْتَهَى ذَلِكَ، وَهُوَ قَوْلُ عُمَرَ وَعَلِيٍّ وَأَبِي بَنِي كَعْبٍ وَعِمْرَانَ بْنِ حُصَيْنٍ وَأَبِي هُرَيْرَةَ فَأَخَذَ الشُّبَّانُ مِنَ الْفُقَهَاءِ بِقَوْلِ الْمَشَايخِ مِنَ الصَّحَابَةِ، وَالْمَشَايخُ مِنَ الْفُقَهَاءِ بِقَوْلِ الشُّبَّانِ مِنَ الصَّحَابَةِ.

اسْتَدَلَّ مُحَمَّدٌ بِأَنَّ الزَّوْجَ الثَّانِي غَايَةُ لِلْحُرْمَةِ بِالنَّصِّ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾ عَلَى مَا تَقَدَّمَ، وَكُلُّ مَا كَانَ غَايَةً لِلْحُرْمَةِ فَهُوَ مِنْهُ لَهَا؛ لِأَنَّ الْمَعْيَا يَنْتَهِي بِالْغَايَةِ فَيَكُونُ الزَّوْجُ الثَّانِي مِنْهِيًّا لِلْحُرْمَةِ، وَلَا انْتِهَاءً لِلْحُرْمَةِ قَبْلَ ثُبُوتِهَا، وَلَيْسَتْ بِثَابِتَةٍ قَبْلَ وَقُوعِ الثَّلَاثِ (وَلَهُمَا قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «لَعَنَ اللَّهُ الْمُحْلِلَ وَالْمُحْلَلُ لَهُ» وَوَجْهُ الاسْتِدْلَالِ أَنَّ أَهْلَ الْحَدِيثِ أَوْرَدُوهُ فِي بَابِ مَا جَاءَ فِي الزَّوْجِ الثَّانِي، وَكَانَ الْمُرَادُ بِالْمُحْلَلِ الزَّوْجَ الثَّانِي (سَمَاءُ مُحْلَلًا وَهُوَ الْمُثْبِتُ

للحل) ثُمَّ الْحِلُّ الَّذِي يُثَبِّتُ بِهِ إِمَّا أَنْ يَكُونَ الْحِلُّ السَّابِقَ، أَوْ حَلًّا جَدِيدًا لَا سَبِيلَ إِلَى الْأَوَّلِ لِاسْتِزْلَامِهِ تَحْصِيلَ الْحَاصِلِ فَتَعَيَّنَ الثَّانِي، وَبِالضَّرُورَةِ يَكُونُ غَيْرَ الْأَوَّلِ، وَالْأَوَّلُ حِلٌّ نَاقِصٌ وَكَانَ الْجَدِيدُ كَامِلًا، وَهُوَ مَا يَكُونُ بِالطَّلَاقَاتِ الثَّلَاثِ.

فَإِنْ قِيلَ: سَلَمْنَا أَنَّ الْمُحَلَّلَ هُوَ الْمُثَبَّتُ لِلْحِلِّ وَأَنْ يَكُونَ ذَلِكَ حَلًّا جَدِيدًا لَكِنَّهُ يَمْتَضِي أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ فِي الْمُطْلَقَةِ ثَلَاثًا لِأَمْرَيْنِ: أَحَدُهُمَا مَا ذَكَرَهُ الْمُصَنِّفُ أَنَّ مَحْمَلَهُ هُوَ شَرْطُ التَّحْلِيلِ وَذَلِكَ لَا يَكُونُ إِلَّا فِي الْمُطْلَقَةِ ثَلَاثًا. وَالثَّانِي أَنَّ الْحِلَّ قَبْلَ ذَلِكَ ثَابِتٌ فَيُصَرَّفُ إِلَى مَا لَيْسَ بِثَابِتٍ عَمَلًا بِالْحَقِيقَةِ.

فَالْجَوَابُ أَنَّا قَدْ ذَكَّرْنَا لِقَوْلِهِ وَهُوَ مَحْمَلُهُ مَعَيَّنٌ: أَحَدُهُمَا مَا ذَكَرْتُ وَلَيْسَ بِمَرْضِيٍّ. وَالثَّانِي أَنَّ مَحْمَلَهُ الْكَرَاهَةُ لَا الْفَسَادُ، وَحِينَئِذٍ يَنْدَفِعُ الْأَمْرُ الْأَوَّلُ، فَإِنَّ الْحِلَّ وَإِنْ كَانَ قَبْلَ ذَلِكَ ثَابِتٌ لَكِنْ إِبْطَالُ الْمُحَلَّلِ يَمْتَضِي أَنْ يَكُونَ الزَّوْجُ الثَّانِي عَلَى الْإِبْطَالِ مُحَلَّلًا، فَصَرَفُهُ إِلَى بَعْضِ الصُّوَرِ تَقْيِيدٌ بِلَا دَلِيلٍ، وَالثَّابِتُ بِهِ غَيْرُ الثَّابِتِ قَبْلَهُ عَلَى مَا ذَكَّرْنَاهُ فَكَانَتْ الْمُطْلَقَةُ ثَلَاثًا وَغَيْرَهَا سَوَاءً وَبِهِ يَنْدَفِعُ الْأَمْرُ الثَّانِي.

(وَإِذَا طَلَّقَهَا ثَلَاثًا فَقَالَتْ قَدْ انْقَضَتْ عِدَّتِي وَتَزَوَّجْتُ وَدَخَلَ بِي الزَّوْجُ وَطَلَّقَنِي وَانْقَضَتْ عِدَّتِي وَالْمُدَّةُ تَحْتَمِلُ ذَلِكَ جَازًا لِلزَّوْجِ أَنْ يُصَدِّقَهَا إِذَا كَانَ فِي غَالِبِ ظَنِّهِ أَنَّهَا صَادِقَةٌ). لِأَنَّهُ مُعَامِلَةٌ أَوْ أَمْرٌ دِينِي لِنَتَعَلَّقِ الْحِلَّ بِهِ، وَقَوْلُ الْوَاحِدِ فِيهِمَا مَقْبُولٌ وَهُوَ غَيْرُ مُسْتَنْكَرٍ إِذَا كَانَتْ الْمُدَّةُ تَحْتَمِلُهُ. وَاخْتَلَفُوا فِي أَدْنَى هَذِهِ الْمُدَّةِ وَسَنَبِّئُهَا فِي بَابِ الْعِدَّةِ.

الشرح:

(وَإِذَا طَلَّقَهَا ثَلَاثًا فَقَالَتْ قَدْ انْقَضَتْ عِدَّتِي) عَلَى مَا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ وَاخْتَلَفُوا فِي أَدْنَى هَذِهِ الْمُدَّةِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: لَا تَصُدِّقُ فِي أَقَلِّ مِنْ سِتِّينَ يَوْمًا. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: تَصُدِّقُ فِي تِسْعَةِ وَثَلَاثِينَ يَوْمًا، وَتَخْرِيجُ قَوْلِهِمَا أَنَّهُ يُجْعَلُ كَأَنَّهُ طَلَّقَهَا فِي آخِرِ جُزْءٍ مِنْ أَجْزَاءِ الطَّهْرِ، وَحَيْضُهَا أَقَلُّ الْحَيْضِ ثَلَاثَةٌ، وَطَهْرُهَا أَقَلُّ الطَّهْرِ خَمْسَةٌ عَشَرَ يَوْمًا، فَالثَّلَاثَةُ إِذَا كَانَتْ ثَلَاثَ مَرَّاتٍ كَانَتْ تِسْعَةً وَالطَّهْرَانِ ثَلَاثُونَ يَوْمًا، فَلِذَلِكَ صَدَقَتْ فِي تِسْعَةِ وَثَلَاثِينَ يَوْمًا لِأَنَّهَا أَمِينَةٌ أَخْبَرَتْ بِمَا هُوَ مُحْتَمَلٌ فَوَجَبَ قَبُولُ قَوْلِهَا.

وَأَمَّا تَخْرِيجُ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ فَيُجْعَلُ كَأَنَّهُ طَلَّقَهَا فِي أَوَّلِ الطَّهْرِ تَحَرُّرًا عَنْ إِيقَاعِ

الطلاق في الطهر بعد الجماع، وطهرها خمسة عشر يوماً لأنه لا غاية لأكثر الطهر فقدّرناه بأقله، وحيضها خمسة لأن من النادر أن يكون حيضها أقل الحيض، أو يمتد إلى أكثر الحيض فيعتبر الوسط من ذلك، وهو خمسة فثلاثة أطهار كل طهر خمسة عشر فيكون خمسة وأربعين، وثلاث حيض كل حيض خمسة يكون خمسة عشر يوماً فذلك ستون يوماً، وهذا على ما ذكره محمد. وأما على رواية الحسن عنه فيجعل كآله طلقها في آخر الطهر لأن التحرز عن تطويل العدة واجب، وإيقاع الطلاق في آخر الطهر أقرب إلى التحرز عن تطويل العدة ثم حيضها عشرة، لأننا لما قدرنا طهرها بأقل المدة نظراً لها يُقدّر حيضها بأكثر المدة نظراً للزوج، وثلاث حيض كل حيضة عشرة ثلاثون، وطهران كل طهر خمسة عشر فذلك ستون يوماً.

وقوله وسنبيها في باب العدة قال في النهاية: وقعت هذه الحوالة حوالة غير رابحة لأنه لم يذكرها في باب العدة ولا في غيره. ورد من حيث اللفظ والمعنى، أما اللفظ فلأن مثل هذا يسمى وعداً لا حوالة، فكان ينبغي أن يقول وعد غير منجز، وأما المعنى فلأنه لم يقل في باب العدة من هذا الكتاب فيجوز أن يكون وعده منجزاً في باب العدة من كتاب آخر. وأقول: الأول ظاهر، والثاني خلاف الظاهر، والله أعلم.

باب الإيلاء

(وَإِذَا قَالَ الرَّجُلُ لَامْرَأَتِهِ وَاللَّهِ لَا أَقْرَبُكَ أَوْ قَالَ وَاللَّهِ لَا أَقْرَبُكَ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ فَهُوَ مُؤَلٍّ نَقُولُهُ تَعَالَى ﴿لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرِيصُ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ﴾ [البقرة: ٢٢٦] فَإِنْ وَطَّئَهَا فِي الْأَرْبَعَةِ الْأَشْهُرِ حَنْتَ فِي يَمِينِهِ وَلَزِمَتْهُ الْكَفَّارَةُ لِأَنَّ الْكَفَّارَةَ مُوجِبُ الْحَنْتِ (وَسَقَطَ الْإِيْلَاءُ) لِأَنَّ الْيَمِينَ تَرْتَفِعُ بِالْحَنْتِ.

الشرح:

(وَإِذَا قَالَ الرَّجُلُ لَامْرَأَتِهِ وَاللَّهِ لَا أَقْرَبُكَ، أَوْ قَالَ وَاللَّهِ لَا أَقْرَبُكَ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ فَهُوَ مُؤَلٍّ لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرِيصُ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ﴾ الآية، فَإِنْ وَطَّئَهَا فِي الْأَرْبَعَةِ الْأَشْهُرِ حَنْتَ فِي يَمِينِهِ وَلَزِمَتْهُ الْكَفَّارَةُ، لِأَنَّ الْكَفَّارَةَ مُوجِبُ الْحَنْتِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا تَلْزَمُهُ الْكَفَّارَةُ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَالَ ﴿فَإِنْ فَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ [البقرة: ٢٢٦] وَعَدُ الْمَغْفُورِ، وَالْمَغْفُورُ لَا يَجِبُ عَلَيْهِ عُقُوبَةٌ. قُلْنَا: وَعَدُ الْمَغْفُورِ فِي

الْآخِرَةِ، وَذَلِكَ لَا يُنَافِي وَجُوبَ الْكَفَّارَةِ فِي الدُّنْيَا (وَسَقَطَ الْإِيلَاءُ) عَلَى مَعْنَى أَنَّهُ لَوْ مَضَتْ أَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ لَا يَقَعُ الطَّلَاقُ لِأَنَّ الْيَمِينَ تَرْتَفَعُ بِالْحِنْثِ).

(وَأِنْ لَمْ يَقْرَبَهَا حَتَّى مَضَتْ أَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ بَانَتْ مِنْهُ بِتَطْلِيقَةٍ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: بَيِّنُ بَتْفَرِيقِ الْقَاضِي لِأَنَّهُ مَانِعٌ حَقُّهَا فِي الْجَمَاعِ فَيَنْتَوِبُ الْقَاضِي مَنَابَهُ فِي التَّسْرِيحِ كَمَا فِي الْجُبِّ وَالْعَنَةِ. وَلَنَا أَنَّهُ ظَلَمَهَا بِمَنْعِ حَقِّهَا فَجَازَاهُ الشَّرْعُ بِزَوَالِ نِعْمَةِ النِّكَاحِ عِنْدَ مُضِيِّ هَذِهِ الْمُدَّةِ وَهُوَ الْمَأْثُورُ عَنْ عُثْمَانَ وَعَلِيٍّ وَالْعَبَادِلَةِ الثَّلَاثَةِ وَزَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ رِضْوَانُ اللَّهِ عَلَيْهِمْ أَجْمَعِينَ، وَكَفَى بِهِمْ قُدُورَةٌ، وَلِأَنَّهُ كَانَ طَلَاقًا فِي الْجَاهِلِيَّةِ فَحَكَمَ الشَّرْعُ بِتَأْجِيلِهِ إِلَى انْقِضَاءِ الْمُدَّةِ (فَإِنْ كَانَ حَلَفَ عَلَى أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَقَدْ سَقَطَتِ الْيَمِينَ) لِأَنَّهَا كَانَتْ مُؤَقَّتَةً بِهِ (وَأِنْ كَانَ حَلَفَ عَلَى الْأَبَدِ فَالْيَمِينَ بَاقِيَةٌ) لِأَنَّهَا مُطْلَقَةٌ وَلَمْ يُوجَدْ الْحِنْثُ لَتَرْتَفَعُ بِهِ إِلَّا أَنَّهُ لَا يَتَكَرَّرُ الطَّلَاقُ قَبْلَ التَّرْوُجِ لِأَنَّهُ لَمْ يُوجَدْ مَنَعُ الْحَقِّ بَعْدَ الْبَيْتُونَةِ (فَإِنْ عَادَ فَتَزَوَّجَهَا عَادَ الْإِيلَاءُ، فَإِنْ وَطَّئَهَا وَإِلَّا وَقَعَتْ بِمُضِيِّ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ تَطْلِيقَةٌ أُخْرَى) لِأَنَّ الْيَمِينَ بَاقِيَةٌ لِطُلَاقِهَا، وَبِالتَّرْوُجِ ثَبَتَ حَقُّهَا فَيَتَحَقَّقُ الظُّلْمُ وَيَعْتَبَرُ ابْتِدَاءُ هَذَا الْإِيلَاءِ مِنْ وَقْتِ التَّرْوُجِ.

(فَإِنْ تَزَوَّجَهَا ثَلَاثًا عَادَ الْإِيلَاءُ وَوَقَعَتْ بِمُضِيِّ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ أُخْرَى إِنْ لَمْ يَقْرَبَهَا) لَمَّا بَيَّنَّاهُ (فَإِنْ تَزَوَّجَهَا بَعْدَ زَوْجٍ آخَرَ لَمْ يَقَعْ بِذَلِكَ الْإِيلَاءُ طَلَاقٌ) لِتَقْيِيدِهِ بِطُلَاقِ هَذَا الْمَلِكِ وَهِيَ فَرْعُ مَسْأَلَةِ التَّنْجِيزِ الْخِلَافِيَّةِ وَقَدْ مَرَّ مِنْ قَبْلُ (وَالْيَمِينَ بَاقِيَةٌ) لِإِطْلَاقِهَا وَعَدَمِ الْحِنْثِ (فَإِنْ وَطَّئَهَا كَفَرَ عَنْ يَمِينِهِ) لَوْجُودِ الْحِنْثِ

الشرح:

(وَأِنْ لَمْ يَقْرَبَهَا حَتَّى مَضَتْ أَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ بَانَتْ مِنْهُ بِتَطْلِيقَةٍ) لِأَنَّ مَعْنَى الْإِيلَاءِ عِنْدَنَا: إِنْ مَضَتْ أَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ وَلَمْ أَجَامِعْكَ فَأَلْتَ طَاقٌ تَطْلِيقَةٌ بَائِنَةٌ. وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ لَا تَقَعُ الْفُرْقَةُ بِمُضِيِّ الْمُدَّةِ، وَلَكِنَّهُ تَوْقُفٌ بَعْدَ الْمُدَّةِ عَلَى أَنْ يَبْقِيَ إِلَيْهَا أَوْ يُفَارِقَهَا، فَإِنْ أَبَى أَنْ يَفْعَلَ (بَيِّنُ بَتْفَرِيقِ الْقَاضِي) بَيْنَهُمَا، وَكَانَ التَّفْرِيقُ تَطْلِيقَةً بَائِنَةً لِأَنَّهُ مَانِعٌ حَقُّهَا فِي الْجَمَاعِ فَيَنْتَوِبُ الْقَاضِي مَنَابَهُ فِي التَّسْرِيحِ كَمَا فِي الْجُبِّ وَالْعَنَةِ. وَلَنَا أَنَّهُ ظَلَمَهَا بِمَنْعِ حَقِّهَا وَهُوَ الْوَطْءُ فِي الْمُدَّةِ (فَجَازَاهُ الشَّرْعُ بِزَوَالِ نِعْمَةِ النِّكَاحِ عِنْدَ مُضِيِّ هَذِهِ الْمُدَّةِ) تَخْلِيصًا لَهَا عَنْ ضَرَرِ التَّعْلِيقِ، وَلَا يَحْصُلُ التَّخْلِيصُ بِالرَّجْعِيِّ فَوْقَ بَائِنَاتِنَا (وَهُوَ الْمَأْثُورُ

عَنْ عُثْمَانَ وَعَلِيٍّ وَالْعَبَادِلَةِ الثَّلَاثَةِ وَزَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ) وَهُمْ عِنْدَ الْفُقَهَاءِ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ مَسْعُودٍ وَعَبْدُ اللَّهِ بْنُ عَبَّاسٍ وَعَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ، وَعِنْدَ الْمُحَدِّثِينَ هُمْ أَرْبَعَةٌ: ابْنُ عُمَرَ وَابْنُ عَبَّاسٍ وَابْنُ الزُّبَيْرِ وَابْنُ عُمَرَ، وَلَمْ يَذْكُرُوا فِيهِمْ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ مَسْعُودٍ.

وَاعْتَرَضَ بِأَنَّ الزَّوْجَ إِنَّمَا يَكُونُ ظَالِمًا بِمَنْعِ حَقِّهَا إِذَا لَمْ يَكُنْ وَطْئَهَا مَرَّةً، وَأَمَّا إِذَا وَطْئَهَا فَقَدْ سَقَطَ حَقُّهَا. وَأُجِيبَ بِأَنَّ حَقَّهَا سَقَطَ بِالْجَمَاعِ مَرَّةً وَاحِدَةً فِي الْقَضَاءِ، وَأَمَّا فِي الدِّيَانَةِ فَلَمْ يَسْقُطْ، وَكَانَ الْجَزَاءُ بِزَوَالِ النِّعْمَةِ بِوُقُوعِ الطَّلَاقِ بِمَنْعِهِ حَقَّهَا دِيَانَةً، وَفِيهِ نَظَرٌ لِأَنَّهُ يَسْتَلْزِمُ أَنْ لَا يَحْكُمَ الْقَاضِي بِوُقُوعِهِ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِظَالِمٍ عِنْدَهُ بَعْدَ الدُّخُولِ مَرَّةً، وَلَيْسَ كَذَلِكَ (وَلَأَنَّ الْإِبْلَاءَ كَانَ طَلَاقًا فِي الْجَاهِلِيَّةِ) عَلَى الْفَوْرِ بِحَيْثُ لَا يَقْرُبُهَا الشَّخْصُ بَعْدَ الْإِبْلَاءِ أَبَدًا (فَحَكَمَ الشَّرْعُ بِتَأْجِيلِهِ إِلَى انْقِضَاءِ الْمُدَّةِ) فَلَمْ يَتَصَرَّفْ فِيهِ إِلَّا بِالتَّأْجِيلِ فَلَا يَتَوَقَّفُ عَلَى تَطْلِيقَةٍ أَوْ تَفْرِيقِ الْقَاضِي. وَقَوْلُهُ فَإِنْ كَانَ حَلَفَ) يَعْنِي إِذَا مَضَتْ أَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ وَلَمْ يَقْرُبْهَا فَلَا يَخْلُو. إِمَّا إِنْ كَانَ حَلَفَ عَلَى أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ أَوْ عَلَى الْأَبَدِ؛ فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ فَقَدْ سَقَطَ الْيَمِينُ لِأَنَّهَا كَانَتْ مُوقَّتَةً بِهِ، وَإِنْ كَانَ الثَّانِي فَالْيَمِينُ بَاقِيَةٌ لِأَنَّهَا يَمِينٌ مُطْلَقَةٌ وَلَمْ يُوجَدْ الْحِنْثُ لَتَرْتِفَعَ بِهِ، إِلَّا أَنَّهُ لَا يَتَكَرَّرُ الطَّلَاقُ قَبْلَ التَّرْوُجِ، وَهُوَ اسْتِثْنَاءٌ مِنْ قَوْلِهِ فَالْيَمِينُ بَاقِيَةٌ لِأَنَّهُ لَمْ يُوجَدْ مَنَعُ الْحَقِّ بَعْدَ الْبَيْتُوتَةِ إِذْ لَا حَقَّ لَهَا فِي الْجَمَاعِ بَعْدَهَا، وَهَذَا اخْتِيَارُ عَامَّةِ الْمَشَائِخِ.

وَكَانَ الْفَقِيهُ أَبُو سَهْلٍ الشَّرْعِيُّ يَقُولُ: يَتَكَرَّرُ الطَّلَاقُ بِتَكَرُّرِ الْمُدَّةِ: يَعْنِي إِذَا مَضَتْ مُدَّةُ الْإِبْلَاءِ قَبْلَ انْقِضَاءِ عِدَّتِهَا لِأَنَّ الْإِبْلَاءَ فِي حَقِّ الطَّلَاقِ بِمَنْزِلَةِ شَرْطٍ مُتَكَرِّرٍ فَكَأَنَّهُ قَالَ: كُلَّمَا مَضَتْ أَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ وَلَمْ أَقْرُبْكِ فِيهَا فَأَنْتِ طَالِقٌ بَائِنٌ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ لَمْ يَقْرُبْهَا حَتَّى بَائِنَتْ ثُمَّ تَزَوَّجَهَا وَلَمْ يَقْرُبْهَا أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ بَائِنَتْ فَذَلَّ أَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ شَرْطٍ مُتَكَرِّرٍ، وَالْأَصَحُّ قَوْلُ الْعَامَّةِ لَمَّا ذُكِرَ فِي الْكِتَابِ (فَإِنْ عَادَ فَتَزَوَّجَهَا) بَعْدَ الْبَيْتُوتَةِ بِمُضِيِّ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ بَعْدَ انْقِضَاءِ عِدَّتِهَا (عَادَ الْإِبْلَاءُ، فَإِنْ وَطْئَهَا) فِي الْمُدَّةِ (وَالَا وَقَعَتْ تَطْلِيقَةٌ أُخْرَى بِمُضِيِّ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ أُخْرَى لِأَنَّ الْيَمِينَ بَاقِيَةٌ لِإِطْلَاقِهَا، وَبِالتَّزَوُّجِ حَدَثَ حَقُّهَا فَيَتَحَقَّقُ الظُّلْمُ) فَيَزَالُ بِالطَّلَاقِ الْبَائِنِ.

وَقَوْلُهُ (وَيُعْتَبَرُ ابْتِدَاءُ هَذَا الْإِبْلَاءِ مِنْ وَقْتِ التَّزَوُّجِ) قِيلَ هُوَ اخْتِرَازٌ عَمَّا إِذَا تَزَوَّجَهَا قَبْلَ انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ، فَإِنَّ ذَلِكَ الْإِبْلَاءَ يُعْتَبَرُ مِنْ وَقْتِ الطَّلَاقِ لَا مِنْ وَقْتِ

التَّزْوُجُ، كَذَا ذَكَرَهُ التُّمْرَتَاشِيُّ (فَإِنْ تَزَوَّجَهَا ثَانِيًا) وَفِي بَعْضِ النُّسخِ ثَالِثًا وَلِكُلِّ وَجْهٍ،
أَمَّا الْأَوَّلُ فَبِالنَّظَرِ إِلَى التَّزْوُجِ بَعْدَ الْإِيلَاءِ، وَأَمَّا الثَّانِي فَبِالنَّظَرِ إِلَى التَّزْوُجِ قَبْلَ الْإِيلَاءِ،
وَالْأَوَّلُ أَظْهَرُ (عَادَ الْإِيلَاءُ وَوَقَعَتْ بِمُضِيِّ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ أُخْرَى تَطْلِيقُهُ أُخْرَى إِنْ لَمْ
يَقْرُبْهَا لَمَّا بَيَّنَّا) أَنَّ الْيَمِينَ بَاقِيَةٌ لِإِطْلَاقِهَا، وَبِالتَّزْوُجِ ثَبَتَ حَقُّهَا فَيَتَحَقَّقُ الظُّلْمُ، فَإِنْ
تَزَوَّجَهَا بَعْدَ زَوْجٍ آخَرَ لَمْ يَقَعْ بِذَلِكَ الْإِيلَاءِ طَلَاقٌ (فَإِنْ وَطَّعَهَا كَفَرَ عَنْ يَمِينِهِ) أَمَّا عَدَمُ
وُقُوعِ الطَّلَاقِ فَلْتَقْيُهُ بِطَلَاقٍ هَذَا الْمَلِكُ لَمَّا ذَكَرْنَا أَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ التَّغْلِيْقِ بَعْدَ الْقُرْبَانِ،
وَتَغْلِيْقِ الطَّلَاقِ يَنْحَصِرُ فِي طَلَاقِ ذَلِكَ الْمَلِكِ الَّذِي حَصَلَ فِيهِ التَّغْلِيْقُ (وَهِيَ فَرْعُ مَسْأَلَةِ
التَّنْجِيزِ الْخِلَافِيَّةِ) فَإِنَّهُ يَنْطَلُ التَّغْلِيْقُ عِنْدَنَا خِلَافًا لِرُفْرٍ (وَقَدْ مَرَّ مِنْ قَبْلُ) أَيِ فِي بَابِ
الْأَيْمَانِ فِي الطَّلَاقِ.

قَالَ فِي الْمَبْسُوطِ: وَإِذَا آلَى الرَّجُلُ مِنْ أَمْرَاتِهِ لَا يَقْرُبُهَا ثُمَّ طَلَقَهَا ثَلَاثًا بَطَلَ
الْإِيلَاءُ عِنْدَنَا خِلَافًا لِرُفْرٍ لَأَنَّ الْإِيلَاءَ طَلَاقٌ مُؤَجَّلٌ فَإِنَّمَا يَنْعَقِدُ عَلَى التَّطْلِيقَاتِ الْمَمْلُوكَةِ
وَلَمْ يَبْقَ شَيْءٌ مِنْهَا بَعْدَ وَقُوعِ الطَّلَاقِ الثَّلَاثِ عَلَيْهَا، وَكَذَا لَوْ بَاءَتْ بِالْإِيلَاءِ ثَلَاثَ
مَرَّاتٍ ثُمَّ تَزَوَّجَهَا بَعْدَ زَوْجٍ آخَرَ لَمْ يَكُنْ مُؤَلِيًا إِلَّا عِنْدَ زُفْرٍ، وَأَمَّا الْكَفَّارَةُ عِنْدَ الْوُطْءِ
فَلَبِقَاءُ الْيَمِينَ لِإِطْلَاقِهَا وَوُجُودِ الْحِنْثِ.

(فَإِنْ حَلَفَ عَلَى أَقَلِّ مِنْ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ لَمْ يَكُنْ مُؤَلِيًا) لِقَوْلِ ابْنِ عَبَّاسٍ: لَا إِيلَاءَ فِيمَا
دُونَ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ، وَلَأَنَّ الْإِيمَانَ عَنِ قُرْبَانِهَا فِي أَكْثَرِ الْمُدَّةِ بِمَا مَنَعَ وَبِمِثْلِهِ لَا يَثْبُتُ حُكْمُ
الطَّلَاقِ فِيهِ (وَلَوْ قَالَ وَاللَّهِ لَا أَقْرَبُكَ شَهْرَيْنِ وَشَهْرَيْنِ بَعْدَ هَذَيْنِ الشَّهْرَيْنِ فَهُوَ مُؤَلٍ)
لَأَنَّهُ جَمَعَ بَيْنَهُمَا بِحَرْفِ الْجَمْعِ فَصَارَ كَجَمْعِهِ بِلَفْظِ الْجَمْعِ (وَلَوْ مَكَثَ يَوْمًا ثُمَّ قَالَ
وَاللَّهِ لَا أَقْرَبُكَ شَهْرَيْنِ بَعْدَ الشَّهْرَيْنِ الْأَوَّلَيْنِ لَمْ يَكُنْ مُؤَلِيًا) لِأَنَّ الثَّانِيَّ إِيجَابٌ مُبْتَدَأٌ وَقَدْ
صَارَ مَمْنُوعًا بَعْدَ الْيَمِينِ الْأُولَى شَهْرَيْنِ وَبَعْدَ الثَّانِيَّةِ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ إِلَّا يَوْمًا مَكَثَ فِيهِ فَلَمْ
تَتَكَمَّلْ مُدَّةُ الْمَنَعِ.

الشرح:

قَالَ: (فَإِنْ حَلَفَ عَلَى أَقَلِّ مِنْ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ لَمْ يَكُنْ مُؤَلِيًا) مِثْلُ أَنْ يَقُولَ وَاللَّهِ لَا
أَقْرَبُكَ شَهْرًا وَهُوَ وَضَعَ الْمَبْسُوطُ، أَوْ قَالَ لَا أَقْرَبُكَ شَهْرَيْنِ أَوْ ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ لَمْ يَكُنْ
مُؤَلِيًا. وَقَالَ ابْنُ أَبِي لَيْلَى: هُوَ مُؤَلٍ إِنْ تَرَكَ وَطَّاعَهَا أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ بَاءَتْ بِتَطْلِيقَةٍ، وَهَكَذَا

كَانَ يَقُولُ أَبُو حَنِيفَةَ أَوَّلًا، فَلَمَّا بَلَغَهُ فَتَوَى ابْنِ عَبَّاسٍ: لَا إِلَاءَ فِيمَا دُونَ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ رَجَعَ عَنْ قَوْلِهِ. فَإِنْ قِيلَ: فَتَوَى ابْنِ عَبَّاسٍ مُخَالَفٌ لظَاهِرِ النَّصِّ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَالَ: ﴿لِلَّذِينَ يُؤُولُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ﴾ أَطْلَقَ الْإِلَاءَ وَقَيَّدَ التَّرَبُّصَ بِمُدَّةٍ، وَذَلِكَ يَفْتَضِي أَنْ مَنْ آلَى مِنْ أَمْرَاتِهِ وَلَوْ مُدَّةً يَسِيرَةً كَيَوْمٍ أَوْ سَاعَةٍ يَلْزِمُهُ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ، فَالتَّقْيِيدُ بِمُدَّةٍ يَكُونُ زِيَادَةً عَلَى النَّصِّ وَهُوَ لَا يَجُوزُ بِفَتْوَى ابْنِ عَبَّاسٍ فَكَيْفَ رَجَعَ أَبُو حَنِيفَةَ عَنْ قَوْلِهِ؟ فَالْجَوَابُ أَنَّ فَتَوَى ابْنِ عَبَّاسٍ وَقَعَ فِي الْمَقْدَرَاتِ، وَالرَّأْيُ لَا مَدْخَلَ لَهُ فِي الْمَقْدَرَاتِ الشَّرْعِيَّةِ فَكَانَ مَسْمُوعًا، وَلَمْ يَرِدْ عَنْ أَحَدٍ خِلَافُهُ فَيُجْعَلُ تَفْسِيرًا لِلنَّصِّ لَا تَقْيِيدًا، وَتَقْرِيرُهُ وَاللَّهُ أَعْلَمُ: لِلَّذِينَ يُؤُولُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ، تُرِكَ الْأَوَّلُ بِدَلَالَةِ الثَّانِي فَكَانَ مِنْ بَابِ الْاِكْتِفَاءِ. وَقَوْلُهُ (وَلَأَنَّ الْاِمْتِنَاعَ عَنْ قُرْبَانِهَا) دَلِيلٌ مَعْقُولٌ عَلَى وَضْعِ الْمَبْسُوطِ كَمَا ذَكَرْنَا فِي مَطْلَعِ هَذَا الْبَحْثِ.

وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ الْاِمْتِنَاعَ عَنْ قُرْبَانِهَا: أَيُّ عَنْ قُرْبَانٍ مَنْ آلَى مِنْهَا زَوْجَهَا شَهْرًا فِي أَكْثَرِ الْمُدَّةِ وَهُوَ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ حَاصِلٌ بِلَا مَانِعٍ لِأَنَّهُ لَيْسَ فِيهِ يَمِينٌ، وَبِمِثْلِهِ: أَيُّ بِمِثْلِ هَذَا الْحَلْفِ الْمُنْعَقِدِ عَلَى شَهْرٍ لَا يَنْبُتُ الطَّلَاقُ بِمَضِيِّ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ لِحُلُولِ الرَّائِدِ عَنْ الْيَمِينِ فَكَانَ كَمَنْ لَمْ يَقْرُبْهَا أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ أَوْ أَكْثَرَ بِلَا يَمِينٍ، فَإِنَّهُ بِمَضِيِّ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ لَا يَقَعُ شَيْءٌ، وَالضَّمِيرُ فِي فِيهِ قِيلَ هُوَ رَاجِعٌ إِلَى الْاِمْتِنَاعِ وَقِيلَ إِلَى الْحَلْفِ الْمَفْهُومِ مِنْ قَوْلِهِ وَبِمِثْلِهِ، وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ رَاجِعًا إِلَى أَكْثَرِ الْمُدَّةِ.

وَلَوْ قَالَ الْمُصَنِّفُ: وَلَأَنَّ الْاِمْتِنَاعَ عَنْ قُرْبَانِهَا فِي بَعْضِ الْمُدَّةِ بَدَلٌ فِي أَكْثَرِ الْمُدَّةِ كَانَ أَشْمَلًا لَتَنَاوُلِهِ وَضْعَ الْمَبْسُوطِ وَغَيْرِهِ (وَلَوْ قَالَ هَا وَاللَّهِ لَا أَقْرُبُكَ شَهْرَيْنِ وَشَهْرَيْنِ بَعْدَ هَذَيْنِ الشَّهْرَيْنِ فَهُوَ مُوَلٌّ لِأَنَّهُ جَمَعَ بَيْنَهُمَا بِحَرْفِ الْجَمْعِ) وَهُوَ الْوَائِ (فَصَارَ كَجَمْعِهِ بِلَفْظِ الْجَمْعِ) كَأَنَّهُ قَالَ وَاللَّهِ لَا أَقْرُبُكَ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ فَتَكُونُ يَمِينًا وَاحِدَةً حَيْثُ لَمْ يُفَرِّدِ الْمُدَّةَ الثَّانِيَةَ بِنَفْيِ عَلَى حِدَةٍ، فَلَوْ قَرَّبَهَا فِي الْمُدَّةِ لَزِمَهُ كُفَّارَةٌ وَاحِدَةٌ.

(وَلَوْ مَكَثَ يَوْمًا أَوْ سَاعَةً ثُمَّ قَالَ: وَاللَّهِ لَا أَقْرُبُكَ شَهْرَيْنِ بَعْدَ الشَّهْرَيْنِ الْأَوَّلَيْنِ لَمْ يَكُنْ مُوَلًيًا لِأَنَّ الثَّانِيَّ إِجَابٌ مُبْتَدَأٌ وَالْأَصْلُ فِي ذَلِكَ أَنَّهُ إِذَا لَمْ يُعِدْ اسْمَ اللَّهِ تَعَالَى فِي الْمَعْطُوفِ وَلَا حَرْفَ التَّنْفِي وَلَمْ يَمَكُثْ بَيْنَهُمَا سَاعَةً دَخَلَ حُكْمُ الْمَعْطُوفِ فِي حُكْمِ الْمَعْطُوفِ عَلَيْهِ كَمَا فِي الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى، وَأَمَّا إِذَا فَاتَ أَحَدُ الْأُمُورِ الْمَذْكُورَةِ فَقَدْ

كَانَ إِجَابًا مُبْتَدَأً، وَعَلَى هَذَا فِي الْمَسْأَلَةِ الثَّانِيَةِ لَا يَكُونُ مُؤَلِيًا لَفَوَاتِ الْأُمُورِ الثَّلَاثَةِ لَوْجُودِ الْمُكْتَبِ يَوْمًا وَإِعَادَةِ اسْمِ اللَّهِ وَحَرْفِ التَّنْفِي فَقَدْ صَارَ مَمْنُوعًا بَعْدَ الْيَمِينِ الْأُولَى شَهْرَيْنِ وَبَعْدَ الثَّانِيَةِ مُضَافًا إِلَى الْأَوَّلِ بِقَوْلِهِ بَعْدَ الشَّهْرَيْنِ الْأَوَّلَيْنِ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ إِلَّا يَوْمًا مَكَثَ فِيهِ فَلَمْ يَتَكَمَّلْ مُدَّةُ الْمَنْعِ فَلَا يَكُونُ مُؤَلِيًا، وَيَكُونُ كَلَامُهُ يَمِينَيْنِ مُسْتَقْلَتَيْنِ يَلْزَمُهُ بِالْقُرْبَانِ كَفَارَتَانِ. وَلَوْ قَالَ وَاللَّهِ لَا أَقْرُبُكَ شَهْرَيْنِ وَلَا شَهْرَيْنِ لَا يَصِيرُ مُؤَلِيًا لِأَنَّهُ بِإِعَادَةِ حَرْفِ التَّنْفِي صَارَ إِجَابًا آخَرَ وَصَارَا أَجَلَيْنِ وَتَدَاخُلًا، كَمَا لَوْ قَالَ وَاللَّهِ لَا أَكَلِمَ فَلَانًا يَوْمًا وَلَا يَوْمَيْنِ أَنَّ الْيَمِينَ تَنْقُضِي يَوْمَيْنِ لِأَنَّهُ أَعَادَ كَلِمَةَ التَّنْفِي فَصَارَ الثَّانِي مُنْفَرِدًا عَنْ الْأَوَّلِ فَتَدَاخَلَ وَقْتُهُمَا بَعْدَ الْإِنْفِرَادِ لِأَنَّ الْوَقْتَ الْوَاحِدَ يَصْلُحُ وَقْتًُا لِأَيْمَانٍ كَثِيرَةٍ، فَإِنَّ مَنْ قَالَ وَاللَّهِ لَا أَكَلِمَ فَلَانًا شَهْرًا وَلَا أَذْخُلُ هَذِهِ الدَّارَ شَهْرًا وَلَا أَكُلُ هَذَا الطَّعَامَ شَهْرًا فَمَضَى شَهْرٌ وَاحِدٌ نَتَهَيِ الْأَيْمَانُ كُلُّهَا، فَكَذَلِكَ هَهُنَا إِذَا مَضَى شَهْرَانِ فَقَدْ مَضَتْ مُدَّةُ كُلِّ وَاحِدَةٍ مِنَ الْيَمِينَيْنِ فَيُمْكِنُهُ قُرْبَانُ أَمْرَاتِهِ فِي مُدَّةِ الْإِبْلَاءِ بِغَيْرِ شَيْءٍ يَلْزَمُهُ فَلَا يَصِيرُ مُؤَلِيًا، بِخِلَافِ الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى فَإِنَّهُ لَمَّا لَمْ يُفْرَدْ مُدَّةُ الثَّانِيَةِ بِنَفْيٍ عَلَى حِدَةٍ كَانَ الْكُلُّ مُدَّةً وَاحِدَةً فَكَانَ مُؤَلِيًا.

(وَلَوْ قَالَ وَاللَّهِ لَا أَقْرُبُكَ سَنَةً إِلَّا يَوْمًا لَمْ يَكُنْ مُؤَلِيًا) خِلَافًا لَزُفَرٍ، هُوَ يَصْرِفُ الْإِسْتِثْنَاءَ إِلَى آخِرِهَا اعْتِبَارًا بِالإِجَارَةِ فَتَمَّتْ مُدَّةُ الْمَنْعِ. وَلَنَا أَنَّ الْمُؤَلِيَّ مَنْ لَا يُمْكِنُهُ الْقُرْبَانُ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ إِلَّا بِشَيْءٍ يَلْزَمُهُ وَهَهُنَا يُمْكِنُهُ لِأَنَّ الْمُسْتَنْثَى يَوْمٌ مُنْكَرٌ، بِخِلَافِ الْإِجَارَةِ لِأَنَّ الصَّرْفَ إِلَى الْآخِرِ لَتَصَحِيحِهَا فَإِنَّهَا لَا تَصِحُّ مَعَ التَّنْكِيرِ وَلَا كَذَلِكَ الْيَمِينُ (وَلَوْ قَرَّبَهَا فِي يَوْمٍ وَالْبَاقِي أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ أَوْ أَكْثَرَ صَارَ مُؤَلِيًا) لَسَقُوطُ الْإِسْتِثْنَاءِ.

الشرح:

(وَلَوْ قَالَ وَاللَّهِ لَا أَقْرُبُكَ سَنَةً إِلَّا يَوْمًا لَمْ يَكُنْ مُؤَلِيًا، خِلَافًا لَزُفَرٍ هُوَ يَقُولُ يُصْرِفُ الْإِسْتِثْنَاءَ إِلَى آخِرِهَا كَمَا لَوْ قَالَ أَجَرْتُ دَارِي هَذِهِ سَنَةً إِلَّا يَوْمًا فَتَمَّتْ مُدَّةُ الْمَنْعِ. وَلَنَا أَنَّ الْمُؤَلِيَّ مَنْ لَا يُمْكِنُهُ الْقُرْبَانُ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ إِلَّا بِشَيْءٍ يَلْزَمُهُ) وَهَذَا لَيْسَ بِصَادِقٍ عَلَى مَا نَحْنُ فِيهِ لِأَنَّهُ يُمْكِنُهُ الْقُرْبَانُ (إِذَا الْمُسْتَنْثَى يَوْمٌ مُنْكَرٌ) فَمَا مِنْ يَوْمٍ يَمُرُّ عَلَيْهِ بَعْدَ يَمِينِهِ إِلَّا وَيُمْكِنُهُ أَنْ يَجْعَلَهُ الْيَوْمَ الْمُسْتَنْثَى فَيَقْرِبَهَا فِيهِ مِنْ غَيْرِ شَيْءٍ يَلْزَمُهُ، وَلَا يَجُوزُ صَرْفُهُ إِلَى آخِرِ السَّنَةِ لِأَنَّهُ مُعَيَّنٌ فَكَانَ تَغْيِيرًا لِكَلَامِهِ مِنَ التَّنْكِيرِ إِلَى الْمُعَيَّنِ بِغَيْرِ

حَاجَةٌ لِأَنَّ الْجَهَالََةَ لَا تَمْنَعُ الْعَقَادَ الْيَمِينَ، بِخِلَافِ الْإِجَارَةِ فَإِنَّ الْحَاجَةَ مَاسَّةٌ إِلَى الصَّرْفِ إِلَى آخِرِ السَّنَةِ لِتَصْحِيحِهِ: أَيْ لِتَصْحِيحِ عَقْدِ الْإِجَارَةِ فَإِنَّهُ لَا يَصَحُّ مَعَ التَّنْكِيرِ لِلْجَهَالََةِ (وَلَوْ قَرَّبَهَا فِي يَوْمٍ وَالباقِي أَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ أَوْ أَكْثَرُ صَارَ مُوَلِيًا لِسُقُوطِ الْإِسْتِنَاءِ).

(وَلَوْ قَالَ وَهُوَ بِالْبَصْرَةِ وَاللَّهِ لَا أَدْخُلُ الْكُوفَةَ وَأَمْرَأَتُهُ بِهَا لَمْ يَكُنْ مُوَلِيًا) لِأَنَّهُ يُمَكِّنُهُ الْقُرْبَانُ مِنْ غَيْرِ شَيْءٍ يَلْزِمُهُ بِالْإِخْرَاجِ مِنَ الْكُوفَةِ (قَالَ: وَلَوْ حَلَفَ بِحَجٍّ أَوْ بِصَوْمٍ أَوْ بِصَدَقَةٍ أَوْ عِتْقٍ أَوْ طَلَاقٍ فَهُوَ مُوَلٍ) لِتَحَقُّقِ الْمَنْعِ بِالْيَمِينِ وَهُوَ ذِكْرُ الشَّرْطِ وَالْجَزَاءِ، وَهَذِهِ الْأَجْزِيَّةُ مَانِعَةٌ لِمَا فِيهَا مِنَ الْمَشَقَّةِ وَصُورَةُ الْحَلْفِ بِالْعِتْقِ أَنْ يُعْلَقَ بِقُرْبَانِهَا عِتْقَ عَبْدِهِ، وَفِيهِ خِلَافٌ أَبِي يُوسُفَ فَإِنَّهُ يَقُولُ: يُمَكِّنُهُ الْبَيْعُ ثُمَّ الْقُرْبَانُ فَلَا يَلْزِمُهُ شَيْءٌ وَهُمَا يَقُولَانِ الْبَيْعُ مُوَهُومٌ فَلَا يَمْنَعُ الْمَانِعِيَّةَ فِيهِ، وَالْحَلْفُ بِالطَّلَاقِ أَنْ يُعْلَقَ بِقُرْبَانِهَا طَلَاقُهَا أَوْ طَلَاقُ صَاحِبَتِهَا وَكُلُّ ذَلِكَ مَانِعٌ.

الشرح:

(وَلَوْ قَالَ وَهُوَ بِالْبَصْرَةِ وَاللَّهِ لَا أَدْخُلُ الْكُوفَةَ وَأَمْرَأَتُهُ بِهَا لَمْ يَكُنْ مُوَلِيًا لِأَنَّهُ يُمَكِّنُهُ الْقُرْبَانُ مِنْ غَيْرِ شَيْءٍ يَلْزِمُهُ بِالْإِخْرَاجِ مِنَ الْكُوفَةِ) وَلَا يُشْكَلُ بِمَنْ لَهُ أَرْبَعُ نِسْوَةٍ وَقَالَ وَاللَّهِ لَا يَقْرُبُهُنَّ فَإِنَّهُ يَصِيرُ مُوَلِيًا مِنْهُنَّ إِنْ لَمْ يَقْرُبَهُنَّ جَمِيعًا أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ بِنِّ عِنْدَنَا خِلَافًا لِرُفْرٍ، مَعَ أَنَّ لَهُ أَنْ يَطَّأَ كُلَّ وَاحِدَةٍ مِنْهُنَّ إِلَى أَنْ يَأْتِيَ عَلَى الثَّلَاثِ مِنْ غَيْرِ شَيْءٍ يَلْزِمُهُ لِمَا أَنَّ الْحَنْتَ لَا يَتَعَلَّقُ بِأَجْزَاءِ الْمَحْلُوفِ قَبْلَ أَنْ يَأْتِيَ بِالْكُلِّ، كَمَا لَوْ حَلَفَ لَا يَدْخُلُ هَذِهِ الدُّورَ الْأَرْبَعَ لَهُ أَنْ يَدْخُلَ كُلَّ وَاحِدَةٍ مِنْهَا مِنْ غَيْرِ حَنْتٍ مَا لَمْ يَدْخُلِ الْكُلَّ، ثُمَّ لِمَا كَانَ فِي مَسْأَلَةِ الْحَلْفِ عَلَى أَرْبَعِ نِسْوَةٍ بِنْفِي الْقُرْبَانِ مُوَلِيًا فِي الْحَالِ فِي حَقِّ كُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُنَّ عِلْمٌ أَنَّ إِمْكَانَ الْقُرْبَانِ مِنْ غَيْرِ شَيْءٍ يَلْزِمُهُ لَا يَمْنَعُ صِحَّةَ الْإِبْلَاءِ لِأَنَّهُ إِذَا صَارَ مُوَلِيًا مَعَ إِمْكَانِ الْقُرْبَانِ عَلَى الْوَجْهِ الْمَذْكُورِ لِأَنَّ الْحَالْفَ ظَالِمٌ فِي حَقِّ كُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُنَّ بِمَنْعِ حَقِّهَا فِي الْجَمَاعِ، كَمَا لَوْ عَقَدَ يَمِينَهُ عَلَى كُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُنَّ عَلَى الْإِنْفِرَادِ، إِلَّا أَنَّهُ لَا يَلْزِمُهُ الْكَفَّارَةُ بِقُرْبَانٍ بَعْضُهُنَّ لِأَنَّ الْكَفَّارَةَ مُوجِبُ الْحَنْتِ فَلَا يَحْتُ مَا لَمْ يَتِمَّ شَرْطُهُ، وَلَكِنْ عِنْدَ تَمَامِ الشَّرْطِ لَا يَكُونُ وَجُوبُ الْكَفَّارَةِ بِقُرْبَانٍ الْأَخِيرَةِ فَقَطْ بَلْ بِقُرْبَانِهِنَّ جَمِيعًا. وَأَمَّا وَقُوعُ الطَّلَاقِ فِي الْإِبْلَاءِ فَبَاعْتِبَارِ الْبِرِّ، وَذَلِكَ إِمَّا بِتَحَقُّقِ فِي كُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُنَّ فَلِهَذَا بِنِّ بِمُضِيِّ الْمُدَّةِ كَذَا فِي النَّهَائَةِ.

قَالَ (وَلَوْ حَلَفَ بِحَجٍّ أَوْ بِصَوْمٍ) لَمَا فَرَغَ مِنْ بَيَانِ الْيَمِينِ بِاللَّهِ فِي الْإِيلَاءِ شَرَعَ فِي بَيَانِ الْيَمِينِ بِغَيْرِ اللَّهِ بِذِكْرِ الشَّرْطِ وَالْجَزَاءِ بِأَنْ يُعْلَقَ قُرْبَانُهَا بِحَجٍّ أَوْ صَوْمٍ أَوْ صَدَقَةٍ أَوْ طَلَاقٍ أَوْ عَتَقٍ فَإِنَّهُ يَصِيرُ مُوَلِيًا لِتَحَقُّقِ الْمَنْعِ بِالْيَمِينِ بِذِكْرِ الشَّرْطِ وَالْجَزَاءِ وَكَلَامُهُ وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ الْبَيْعُ مَوْهُومٌ يَعْنِي لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ مَا يَحْدُثُ (فَلَا يَمْنَعُ الْمَانِعِيَّةَ فِيهِ) أَيُّ فِي الْإِيلَاءِ، وَلَكِنْ إِنْ بَاعَ الْعَبْدُ سَقَطَ الْإِيلَاءُ عَنْهُ لِأَنَّهُ صَارَ بِحَالٍ يَمْلِكُ قُرْبَانَهَا مِنْ غَيْرِ أَنْ يَلْزِمَهُ شَيْءٌ، فَإِنْ اشْتَرَاهُ لَزِمَهُ الْإِيلَاءُ مِنْ وَقْتِ الشِّرَاءِ لِأَنَّهُ صَارَ بِحَالٍ لَا يَمْلِكُ قُرْبَانَهَا إِلَّا بِعَتَقٍ يَلْزِمُهُ، وَلَوْ كَانَ جَامِعَهَا بَعْدَ مَا بَاعَهُ ثُمَّ اشْتَرَاهُ لَمْ يَكُنْ مُوَلِيًا لِأَنَّ الْيَمِينَ قَدْ سَقَطَتْ لَوْجُودِ شَرْطِ الْحِنْثِ بَعْدَ بَيْعِ الْعَبْدِ، وَإِنْ مَاتَ الْعَبْدُ قَبْلَ أَنْ يَبِيعَهُ سَقَطَ الْإِيلَاءُ لِأَنَّهُ يَتِمَكَّنُ مِنْ قُرْبَانِهَا بَعْدَ مَوْتِهِ مِنْ غَيْرِ أَنْ يَلْزِمَهُ شَيْءٌ.

(وَإِنْ آتَى مِنَ الْمُطَلَّاقَةِ الرَّجْعِيَّةِ كَانَ مُوَلِيًا، وَإِنْ آتَى مِنَ الْبَائِنَةِ لَمْ يَكُنْ مُوَلِيًا) لِأَنَّ الزَّوْجِيَّةَ قَائِمَةً فِي الْأُولَى دُونَ الثَّانِيَةِ، وَمَحَلُّ الْإِيلَاءِ مَنْ تَكُونُ مِنْ نِسَائِنَا بِالنِّصِّ، فَلَوْ انْقَضَتِ الْعِدَّةُ قَبْلَ انْقِضَاءِ مُدَّةِ الْإِيلَاءِ سَقَطَ الْإِيلَاءُ لِفَوَاتِ الْمَحَلِّيَّةِ

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِنْ آتَى مِنَ الْمُطَلَّاقَةِ الرَّجْعِيَّةِ) ظَاهِرٌ. وَاعْتَرِضَ بِأَنَّ الْإِيلَاءَ جَزَاءُ الظُّلْمِ بِمَنْعِ حَقِّهَا فِي الْجِمَاعِ وَالْمُطَلَّاقَةُ الرَّجْعِيَّةُ لَيْسَ لَهَا حَقٌّ فِي الْجِمَاعِ لَا قَضَاءً وَلَا دِيَانَةً، وَلِهَذَا لَمْ يَكُنْ لَهَا وَلَايَةُ الْمُطَالَبَةِ بِذَلِكَ حَتَّى كَانَ الْمُسْتَحَبُّ لِلزَّوْجِ أَنْ يُرَاجِعَهَا بِدُونِ الْجِمَاعِ فَلَا يَكُونُ الزَّوْجُ ظَالِمًا فَيَتَّبَعِي أَنْ لَا يَتَرَتَّبَ عَلَيْهِ جَزَاءُ الظُّلْمِ الَّذِي هُوَ الْإِيلَاءُ.

وَأَجَابَ الْعَلَامَةُ شَمْسُ الْأُئِمَّةِ الْكَرْدَرِيُّ بِأَنَّ الْحُكْمَ فِي الْمَنْصُوصِ مُضَافٌ إِلَى النَّصِّ لَا إِلَى الْمَعْنَى، وَالْمُطَلَّاقَةُ الرَّجْعِيَّةُ مِنْ نِسَائِنَا بِالنِّصِّ وَهُوَ قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿وَيُعُولُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ﴾ [البقرة: ٢٢٨] وَالْبَعْلُ هُوَ الزَّوْجُ وَكَانَتْ الْمَرْأَةُ مِنْ نِسَائِهِ، وَكَانَ الْحُكْمُ الْمُرْتَبُّ عَلَى نِسَاءِ الْأَزْوَاجِ بِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿لِلَّذِينَ يُؤُولُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ﴾ مُرْتَبًا عَلَى الْمُطَلَّاقَةِ الرَّجْعِيَّةِ.

(وَلَوْ قَالَ لِأَجْنَبِيَّةٍ وَاللَّهِ لَا أَقْرَبَكَ أَوْ أَنْتِ عَلَيَّ كَظَهَرَ أُمِّي ثُمَّ تَزَوَّجَهَا لَمْ يَكُنْ مُوَلِيًا وَلَا مُظَاهِرًا) لِأَنَّ الْكَلَامَ فِي مَخْرَجِهِ وَقَعَ بِاطِّلَالٍ لَانْعِدَامِ الْمَحَلِّيَّةِ فَلَا يَنْقَلِبُ صَحِيحًا بَعْدَ ذَلِكَ (وَإِنْ قَرَّبَهَا كَفَرًا) لِتَحَقُّقِ الْحِنْثِ إِذَا يَمِينُ مُنْعَقِدَةً فِي حَقِّهِ.

الشرح:

(وَلَوْ قَالَ لِأَجْنِيَّةٍ وَاللَّهِ لَا أَقْرُبُكَ أَوْ أَتَيْتِ عَلَيَّ كَظَهَرِ أُمِّي ثُمَّ تَزَوَّجَهَا لَمْ يَكُنْ مُؤَلِّيًا وَلَا مُظَاهِرًا لِأَنَّ الْكَلَامَ فِي مَخْرَجِهِ وَقَعَ بَاطِلًا لِإِعْدَامِ الْمَحَلِّيةِ) إِذَا الْمَحَلُّ نِسَاؤُنَا بِالنِّصِّ فَكَانَ كَيْفَ الْمَيْتَةِ فَيَكُونُ بَاطِلًا (فَلَا يَنْقَلِبُ بَعْدَ ذَلِكَ صَحِيحًا، فَإِنْ قَرَّبَهَا كَفَرَ لِتَحَقُّقِ الْحَنْثِ إِذِ الْيَمِينُ مُنْعَقِدَةٌ فِي حَقِّهِ) أَيِ فِي حَقِّ الْحَنْثِ لِأَنَّ الْيَمِينَ يَعْتمِدُ تَصَوُّرَ الْفِعْلِ الْمَحْلُوفِ عَلَيْهِ حَسًّا وَلَا يَعْتمِدُ حِلُّهُ وَحُرْمَتُهُ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ قَالَ وَاللَّهِ لَا أَشْرَبَنَّ الْحُمْرَ فِي هَذَا الْيَوْمِ فَمَضَى الْيَوْمُ وَلَمْ يَشْرَبْ حَنْثٌ وَإِنْ كَانَ الْفِعْلُ حَرَامًا مَحْضًا.

(وَمُدَّةُ إِبْلَاءِ الْأُمَّةِ شَهْرَانِ) لِأَنَّ هَذِهِ مُدَّةٌ ضُرِبَتْ أَجَلًا لِلْبَيِّنَوْنَةِ فَتَنْصَفُ بِالرَّقِّ

كَمُدَّةِ الْعِدَّةِ.

الشرح:

(وَمُدَّةُ إِبْلَاءِ الْأُمَّةِ شَهْرَانِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: مُدَّةُ إِبْلَائِهَا كَمُدَّةِ إِبْلَاءِ الْحُرَّةِ لِأَنَّهَا مُدَّةٌ ضُرِبَتْ لِإِظْهَارِ الظُّلْمِ بِمَنْعِ الْحَقِّ فِي الْجَمَاعِ، وَالْحُرَّةُ وَالْأُمَّةُ فِي ذَلِكَ سَوَاءٌ (وَلَنَا أَنَّ هَذِهِ مُدَّةٌ ضُرِبَتْ أَجَلًا لِلْبَيِّنَوْنَةِ فَتَنْصَفُ بِالرَّقِّ كَمُدَّةِ الْعِدَّةِ).

(وَإِنْ كَانَ الْمُؤَلِّي مَرِيضًا لَا يَقْدِرُ عَلَى الْجَمَاعِ أَوْ كَانَتْ مَرِيضَةً أَوْ رَتْقَاءَ أَوْ صَغِيرَةً لَا تُجَامَعُ أَوْ كَانَتْ بَيْنَهُمَا مَسَافَةٌ لَا يَقْدِرُ أَنْ يَصِلَ إِلَيْهَا فِي مُدَّةِ الْإِبْلَاءِ فَفِيئُهُ أَنْ يَقُولَ بِلِسَانِهِ فِئْتُ إِلَيْهَا فِي مُدَّةِ الْإِبْلَاءِ، فَإِنْ قَالَ ذَلِكَ سَقَطَ الْإِبْلَاءُ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا فِيءَ إِلَّا بِالْجَمَاعِ وَإِلَيْهِ ذَهَبَ الطَّحَاوِيُّ، لِأَنَّهُ لَوْ كَانَ فِئًا لَكَانَ حِنْثًا. وَلَنَا أَنَّهُ إِذَا هَا بِذِكْرِ الْمَنْعِ فَيَكُونُ إِرْضَاؤُهَا بِالْوَعْدِ بِاللِّسَانِ، وَإِذَا ارْتَفَعَ الظُّلْمُ لَا يُجَازَى بِالطَّلَاقِ (وَلَوْ قَدَرَ عَلَى الْجَمَاعِ فِي الْمُدَّةِ بَطُلَ ذَلِكَ الْفِئُ وَصَارَ فِيئُهُ بِالْجَمَاعِ) لِأَنَّهُ قَدَرَ عَلَى الْأَصْلِ قَبْلَ حُصُولِ الْمَقْصُودِ بِالْحَلْفِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِنْ كَانَ الْمُؤَلِّي مَرِيضًا) هَذِهِ الْمَسْأَلَةُ عَلَى ثَلَاثَةِ أَوْجُهٍ: أَحَدُهَا أَنَّهُ إِلَى وَهُوَ صَحِيحٌ وَبَقِيَ بَعْدَ إِبْلَائِهِ صَحِيحًا مِقْدَارًا يَسْتَطِيعُ فِيهِ أَنْ يُجَامِعَهَا ثُمَّ مَرِضَ بَعْدَ ذَلِكَ، وَفِيئُهُ بِالْجَمَاعِ عِنْدَنَا خِلَافًا لَزُفَرٍ لِأَنَّ الْمُعْتَبَرَ آخِرُ الْمُدَّةِ وَهُوَ عَاجِزٌ عِنْدَهُ فَكَانَ كَوَاجِدِ الْمَاءِ فِي أَوَّلِ الْوَقْتِ فَلَمْ يَتَوَضَّأْ بِهِ حَتَّى عَدِمَ الْمَاءَ جَازَ لَهُ التَّيَمُّمُ. وَقُلْنَا: لَمَّا

تَمَكَّنَ مِنْ جَمَاعِهَا فَقَدْ تَحَقَّقَ مِنْهُ الظُّلْمُ بِمَنْعِ حَقِّهَا فِي الْجَمَاعِ فَلَا يَكُونُ رُجُوعُهُ إِلَّا بِإِبْقَاءِ حَقِّهَا فِي الْجَمَاعِ. وَالثَّانِي أَنَّهُ آلَى وَهُوَ مَرِيضٌ وَتَمَّ أَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ وَهُوَ مَرِيضٌ وَفَيْؤُهُ أَنْ يَقُولَ بِلِسَانِهِ فِتْنَتُ إِلَيْهَا؛ فَإِنْ قَالَ ذَلِكَ سَقَطَ الْإِيلَاءُ عِنْدَنَا (وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا فِيءَ إِلَّا بِالْجَمَاعِ، وَإِلَيْهِ ذَهَبَ الطُّحَاوِيُّ؛ لِأَنَّهُ لَوْ كَانَ فَيْئًا لَكَانَ حِثًّا) لِأَنَّ الْفَيْءَ يَسْتَلْزِمُ حُكْمَيْنِ: وَجُوبَ الْكَفَّارَةِ وَانْتِفَاءَ الْفُرْقَةِ. ثُمَّ الْفَيْءُ بِاللِّسَانِ لَا يُعْتَبَرُ فِي أَحَدِ الْحُكْمَيْنِ وَهُوَ الْكَفَّارَةُ فَكَذَلِكَ فِي الْآخَرِ (وَلَنَا أَنَّهُ آدَاهَا بِذِكْرِ الْمَنْعِ) لِأَنَّ الزَّوْجَ إِذَا كَانَ عَاجِزًا عَنِ الْجَمَاعِ حَالِ الْإِيلَاءِ لَمْ يَكُنْ قَصْدُهُ الْإِضْرَارَ بِمَنْعِ حَقِّهَا فِي الْجَمَاعِ إِذْ لَا حَقَّ لَهَا فِيهِ حِينَئِذٍ وَإِنَّمَا قَصْدُهُ الْإِيحَاشُ بِاللِّسَانِ، وَمِثْلُ ذَلِكَ ظُلْمٌ يَرْتَفِعُ بِاللِّسَانِ، وَإِذَا أَرْضَاهَا بِاللِّسَانِ ارْتَفَعَ الظُّلْمُ لِأَنَّ التَّوْبَةَ بِحَسَبِ الْجَنَائَةِ فَلَا يُجَازَى بِالطَّلَاقِ وَلَا يَلْزَمُ مِنْ كَوْنِهِ فَيْئًا عَلَى هَذَا الْوَجْهِ أَنْ تَجِبَ الْكَفَّارَةُ لِأَنَّهَا جَزَاءُ الْحِنْتِ، وَالْحِنْتُ لَا يَتَحَقَّقُ بِالْفَيْءِ بِاللِّسَانِ.

فَإِنْ قِيلَ: إِذَا كَانَ الْمُوَلِيُّ مَرِيضًا وَقَتَّ الْإِيلَاءَ وَجَبَ أَنْ لَا يَتَحَقَّقَ الْإِيلَاءُ لِعَدَمِ الظُّلْمِ بِمَنْعِ حَقِّهَا إِذْ لَيْسَ لَهَا حَقٌّ فِي الْجَمَاعِ إِذْ ذَاكَ، فَالْجَوَابُ مَا تَقْلَنَاهُ عَنْ الْعَلَامَةِ شَمْسِ الْأُيُمِّ الْكَرْدَرِيِّ، وَقَدْ ذَكَرَهُ شَمْسُ الْأُيُمِّ السَّرَخْسِيُّ فِي أَوَّلِ كِتَابِ الْبُيُوعِ. وَالثَّلَاثُ أَنَّهُ آلَى وَهُوَ مَرِيضٌ وَقَدَّرَ عَلَى الْجَمَاعِ فِي الْمُدَّةِ وَفَيْؤُهُ بِالْجَمَاعِ سَوَاءً كَانَ فَاءَ إِلَيْهَا فِي مَرَضِهِ بِالْقَوْلِ أَوْ لَمْ يَفِيءْ، أَمَّا إِذَا لَمْ يَفِيءْ فَظَاهِرٌ وَكَذَلِكَ إِذَا فَاءَ لِأَنَّهُ قَدَّرَ عَلَى الْأَصْلِ قَبْلَ حُصُولِ الْمَقْصُودِ بِالْحَلْفِ.

وَلِقَائِلُ أَنْ يَقُولَ: الْمُوَلِيُّ إِذَا كَانَ مَرِيضًا حَالِ الْإِيلَاءِ لَا يُسَلَّمُ أَنْ الْأَصْلُ فِي فَيْئِهِ الْجَمَاعُ لَمَّا ذَكَرْنَا أَنفَاءً أَنَّهُ آدَاهَا بِذِكْرِ الْمَنْعِ فَيَكُونُ إِرْضَاؤُهَا بِالْوَعْدِ بِاللِّسَانِ. وَالْجَوَابُ أَنَّ الْمَرَضَ قَدْ يَطُولُ وَقَدْ يَقْصُرُ، فَعَلَى تَقْدِيرٍ أَنْ يَقْصُرَ عَنْ مُدَّةِ الْإِيلَاءِ وَيَقْدِرَ عَلَى الْجَمَاعِ صَارَ ظَالِمًا بِمَنْعِ حَقِّهَا فِي الْجَمَاعِ، وَتَبَيَّنَ أَنَّ قَصْدَهُ فِي الْإِبْتِدَاءِ لَمْ يَكُنْ إِلَّا مَنَعُ الْحَقِّ بِالْجَمَاعِ. وَالْأَصْلُ فِي الْفَيْءِ حِينَئِذٍ الْجَمَاعُ، وَلَكِنْ فِي إِطْلَاقِ الْحَلْفِ بَعْضُ تَسَامُحٍ عَلَى قَوْدِ كَلَامِهِ فَتَأَمَّلْ.

(وَإِذَا قَالَ لَامْرَأَتِهِ أَنْتِ عَلَيَّ حَرَامٌ سُئِلَ عَنْ نِيَّتِهِ)، فَإِنْ قَالَ أَرَدْتُ الْكَذِبَ فَهُوَ كَمَا قَالَ لِأَنَّهُ نَوَى حَقِيقَةَ كَلَامِهِ، وَقِيلَ لَا يُصَدَّقُ فِي الْقَضَاءِ لِأَنَّهُ يَمِينٌ ظَاهِرًا (وَإِنْ

قَالَ أَرَدْتُ الطَّلَاقَ فَهِيَ تَطْلِيقَةٌ بَائِنَةٌ إِلَّا أَنْ يَنْوِيَ الثَّلَاثَ) وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ فِي الْكِنَايَاتِ (وَإِنْ قَالَ أَرَدْتُ الظَّهَارَ فَهُوَ ظِهَارٌ) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: لَيْسَ بِظَهَارٍ لِإِعْدَامِ التَّشْبِيهِ بِالْحُرْمَةِ وَهُوَ الرُّكْنُ فِيهِ.

وَلَهُمَا أَنَّهُ أَطْلَقَ الْحُرْمَةَ وَفِي الظَّهَارِ نَوْعٌ حُرْمَةٍ وَالْمُطْلَقُ يَحْتَمِلُ الْمُقَيَّدَ (وَإِنْ قَالَ أَرَدْتُ التَّحْرِيمَ أَوْ لَمْ أَرِدْ بِهِ شَيْئًا فَهُوَ يَمِينٌ يَصِيرُ بِهِ مُوَلِيًا) لِأَنَّ الْأَصْلَ فِي تَحْرِيمِ الْحَلَالِ إِنَّمَا هُوَ يَمِينٌ عِنْدَنَا وَسَنَذْكُرُهُ فِي الْإِيمَانِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ. وَمِنَ الْمَشَايخِ مَنْ يَصْرِفُ لَفْظَةَ التَّحْرِيمِ إِلَى الطَّلَاقِ مِنْ غَيْرِ نِيَّةٍ بِحُكْمِ الْعُرْفِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

الشرح:

(وَإِذَا قَالَ لَامْرَأَتِهِ أَنْتَ حَرَامٌ عَلَيَّ حَرَامٌ سُئِلَ عَنْ نِيَّتِهِ) لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ وُجُوهًا لَا يَمْتَّازُ بَعْضُهَا عَنْ بَعْضٍ إِلَّا بِالْإِرَادَةِ (فَإِنْ قَالَ أَرَدْتُ الْكَذِبَ فَهُوَ كَمَا قَالَ) لَا يَقَعُ طَلَاقٌ وَلَا يَكُونُ بِالنِّيَّةِ إِبْلَاءٌ وَلَا ظَهَارًا (لِأَنَّهُ نَوَى حَقِيقَةَ كَلَامِهِ) لِأَنَّ الْمَرْأَةَ كَانَتْ حَلَالًا لَهُ، فَقَوْلُهُ أَنْتَ حَرَامٌ خَبَرٌ لَيْسَ بِمُطَابِقٍ لِلْوَاقِعِ فَيَكُونُ كَذِبًا، وَفِيهِ نَظَرٌ لِأَنَّ الْكَذِبَ إِذَا كَانَ حَقِيقَةً كَلَامِهِ وَجَبَ أَنْ يَنْصَرِفَ إِلَيْهِ، وَلَا يَنْصَرِفُ إِلَى غَيْرِهِ إِلَّا بِقَرِينَةٍ أَوْ نِيَّةٍ لِأَنَّ الْحَقِيقَةَ لَا تَحْتَاجُ إِلَى شَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ (وَقِيلَ لَا يُصَدِّقُ فِي الْقَضَاءِ).

ذَكَرَ الطَّحَاوِيُّ وَالْكَرْحِيُّ فِي مُخْتَصَرَيْهِمَا أَنَّ الْقَاضِيَ لَا يُصَدِّقُهُ فِي إِبْطَالِ الْإِبْلَاءِ (لِأَنَّهُ يَمِينٌ ظَاهِرًا) لَكُونِهِ تَحْرِيمَ الْحَلَالِ كَمَا تَذْكُرُهُ (وَإِنْ قَالَ أَرَدْتُ الطَّلَاقَ) فَإِنْ لَمْ يَنْوِ شَيْئًا مِنَ الْعَدَدِ أَوْ نَوَى وَاحِدَةً أَوْ ثَنَيْنِ (فَهِيَ وَاحِدَةٌ بَائِنَةٌ، وَإِنْ نَوَى الثَّلَاثَ فَثَلَاثٌ) لِأَنَّهُ مِنَ الْكِنَايَاتِ وَقَدْ تَقَدَّمَ الْبَحْثُ فِيهَا (وَإِنْ قَالَ أَرَدْتُ الظَّهَارَ فَهُوَ ظِهَارٌ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ: لَيْسَ بِظَهَارٍ) نَقَلَهُ شَمْسُ الْأُئِمَّةِ السَّرْحَسِيُّ عَنْ النَّوَادِرِ. لِمُحَمَّدٍ أَنَّ الظَّهَارَ تَشْبِيهُ الْمَحَلَّةِ بِالْحُرْمَةِ وَهُوَ الرُّكْنُ فِيهِ وَلَا تَشْبِيهُ هَهُنَا فَلَا يَكُونُ ظَهَارًا (وَلَهُمَا أَنَّهُ أَطْلَقَ الْحُرْمَةَ) وَهِيَ تَحْتَمِلُ أَنْوَاعًا، وَالظَّهَارُ نَوْعٌ مِنْهَا فَيَكُونُ مِنْ مُحْمَلَاتِ مُطْلَقِ الْحُرْمَةِ، وَمَنْ نَوَى مُحْتَمَلُ كَلَامِهِ صُدِّقَ (وَإِنْ قَالَ أَرَدْتُ التَّحْرِيمَ أَوْ لَمْ أَرِدْ شَيْئًا فَهُوَ يَمِينٌ يَصِيرُ بِهِ مُوَلِيًا) فَإِنْ قَرَّبَهَا كَفَرًا، وَإِنْ لَمْ يَقْرَبْهَا حَتَّى مَضَتْ أَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ بَائِنَتْ مِنْهُ بِالْإِبْلَاءِ. أَمَّا إِذَا أَرَادَ التَّحْرِيمَ (فَلِأَنَّ الْأَصْلَ فِي تَحْرِيمِ الْحَلَالِ إِنَّمَا هُوَ الْيَمِينُ عِنْدَنَا) لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿يَأْتِيهَا النَّبِيُّ لِمَ تَحْرِمُ مَا أَحَلَ اللَّهُ لَكَ﴾ [التحریم: ١] إِلَى

قَوْلُهُ ﴿قَدْ فَرَضَ اللَّهُ لَكُمْ تَحِلَّةَ أَيْمَانِكُمْ﴾ [التحریم: ٢] وَأَمَّا إِذَا لَمْ يُرِدْ شَيْئًا فَلَأَنَّ الْحُرْمَةَ الثَّابِتَةَ بِالْيَمِينِ أَذْنَى الْحُرْمَاتِ لِأَنَّ فِي الْإِيلَاءِ الْوَطْءَ حَلَالٌ قَبْلَ الْكِفَارَةِ وَفِي الظَّهَارِ لَيْسَ كَذَلِكَ؛ وَلَأَنَّ الْحُرْمَةَ فِي الْإِيلَاءِ لَا تُثْبِتُ فِي الْحَالِ مَا لَمْ تُنْقَضْ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ، وَفِي الظَّهَارِ تُثْبِتُ فِي الْحَالِ. وَإِذَا أُريدَ بِهِ الطَّلَاقُ وَقَعَ بَائِنًا وَيُحَرِّمُ الْوَطْءَ وَالْإِيلَاءُ لَا يُحَرِّمُ الْوَطْءَ، فَلَمَّا كَانَتْ حُرْمَةُ الْيَمِينِ أَذْنَى الْحُرْمَاتِ تَعَيَّنَتْ لَتَقِينَهَا، وَسَيَجِيءُ الْكَلَامُ فِيهِ فِي الْأَيْمَانِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى (وَمِنْ مَشَائِخِنَا مَنْ يَصْرِفُ لَفْظَ التَّحْرِيمِ إِلَى الطَّلَاقِ بِدُونِ النِّيَّةِ) قَالَ أَبُو بَكْرٍ الْإِسْكَافُ وَأَبُو جَعْفَرٍ الْهَنْدَوَانِيُّ وَأَبُو بَكْرٍ بْنُ سَعِيدٍ: قَالَ الْفَقِيهُ أَبُو اللَّيْثِ: وَبِهِ نَأْخُذُ لِأَنَّ الْعَادَةَ جَرَتْ فِيمَا بَيْنَ النَّاسِ فِي زَمَانِنَا هَذَا أَنَّهُمْ يُرِيدُونَ بِهَذَا اللَّفْظِ الطَّلَاقَ، وَاللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ.

بَابُ الْخُلْعِ

(وَإِذَا تَشَاقَّ الزَّوْجَانِ وَخَافَا أَنْ لَا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا بَأْسَ بِأَنْ تَفْتَدِيَ نَفْسَهَا مِنْهُ بِمَالٍ يَخْلَعُهَا بِهِ) لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾ [البقرة: ٢٢٩] (فَإِذَا فَعَلَا ذَلِكَ وَقَعَ بِالْخُلْعِ تَطْلِيقَةً بَائِنَةً وَلَزِمَهَا الْمَالُ) لِقَوْلِهِ ﷺ «الْخُلْعُ تَطْلِيقَةٌ بَائِنَةٌ»^(١) وَلَأَنَّهُ يَحْتَمِلُ الطَّلَاقَ حَتَّى صَارَ مِنَ الْكِنَايَاتِ، وَالْوَاقِعُ بِالْكِنَايَةِ بَائِنٌ إِلَّا أَنْ ذَكَرَ الْمَالُ أَغْنَى عَنِ النِّيَّةِ هُنَا، وَلَأَنَّهُ لَا تُسَلِّمُ الْمَالَ إِلَّا لَتُسَلِّمَ لَهَا نَفْسَهَا وَذَلِكَ بِالْبَيِّنُونَةِ.

الشرح:

(بَابُ الْخُلْعِ): أَخَرَّ الْخُلْعَ عَنِ الْإِيلَاءِ لِمُعَيَّنِينَ: أَحَدُهُمَا أَنَّ الْإِيلَاءَ لَتَجَرِّدِهِ عَنِ الْمَالِ كَانَ أَقْرَبَ إِلَى الطَّلَاقِ، بِخِلَافِ الْخُلْعِ فَإِنَّ فِيهِ مَعْنَى الْمَعَاوَضَةِ مِنْ جَانِبِ الْمَرْأَةِ. وَالثَّانِي أَنَّ مَبْنَى الْإِيلَاءِ تُشَوُّرٌ مِنْ قَبْلِ الزَّوْجِ، وَالْخُلْعُ تُشَوُّرٌ مِنْ قَبْلِ الْمَرْأَةِ غَالِبًا فَقَدَّمَ مَا بِالرَّجُلِ عَلَى مَا بِالْمَرْأَةِ، وَالْخُلْعُ بِالضَّمِّ اسْمٌ مِنْ قَوْلِهِمْ خَالَعَتِ الْمَرْأَةُ زَوْجَهَا وَاخْتَلَعَتْ مِنْهُ بِمَالِهَا. وَهُوَ فِي الشَّرِيعَةِ عِبَارَةٌ عَنْ أَخْذِ مَالٍ مِنَ الْمَرْأَةِ بِإِزَاءِ مَلِكِ النِّكَاحِ بِلَفْظِ الْخُلْعِ. وَشَرْطُهُ شَرْطُ الطَّلَاقِ. وَحُكْمُهُ وَقُوعُ الطَّلَاقِ الْبَائِنِ. وَصِفَتُهُ أَنَّهُ مِنْ جَانِبِ الْمَرْأَةِ مُعَاوَضَةٌ عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَيَمِينٌ مِنَ الْجَانِبَيْنِ عِنْدَهُمَا عَلَى مَا سَيَأْتِي بَيَانُ ثَمَرَةِ الْخِلَافِ (إِذَا تَشَاقَّ الزَّوْجَانِ) أَيُّ تَخَاصُّمًا وَصَارَ كُلُّ مَنَّهُمَا فِي شِقٍّ: أَيُّ جَانِبٍ (وَخَافَا أَنْ لَا يُقِيمَا حُدُودَ

(١) أخرجه البيهقي في الكبرى (٥١٨/٧)، وانظر نصب الراية (٣/٣٤٧).

الله) أَي مَا يَلْزِمُهُمَا مِنْ حُقُوقِ الزَّوْجِيَّةِ (فَلَا بَأْسَ بِأَنْ تَقْتَدِيَ الْمَرْأَةُ نَفْسَهَا مِنْهُ بِمَالٍ) تَبْدُلُهُ لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيهَا أَقْتَدْتُمْ بِهِ﴾ أَي فَلَا جُنَاحَ عَلَى الرَّجُلِ فِيمَا أَخَذَ وَلَا عَلَى الْمَرْأَةِ فِيمَا أُعْطِيَ، سَمَّى اللَّهُ تَعَالَى مَا أُعْطِيَتْهُ فِدَاءً مِنْ فِدَاهُ مِنَ الْأُسْرِ: إِذَا اسْتَنْقَذَهُ لِمَا أَنَّ النِّسَاءَ عَوَانٌ عِنْدَ الْأَزْوَاجِ بِالْحَدِيثِ وَكَانَ الْمَالُ الَّذِي يُعْطَى فِي تَخْلِيصِهِنَّ فِدَاءً (فَإِذَا فَعَلَا ذَلِكَ وَقَعَ طَلَاقٌ بَائِنٌ وَلَزِمَهَا الْمَالُ لِقَوْلِهِ ﷺ «الْخُلْعُ تَطْلِيقَةٌ بَائِنَةٌ») رُويَ ذَلِكَ عَنْ عُمَرَ وَعَلِيٍّ وَابْنِ مَسْعُودٍ مُوَفَّقًا عَلَيْهِمْ وَمَرْفُوعًا إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ (وَلَأَنَّهُ يَحْتَمِلُ الطَّلَاقَ حَتَّى صَارَ مِنَ الْكِنَايَاتِ) فَإِذَا قَالَ خَالَعْتُكَ وَلَمْ يَذْكُرِ الْعِوَضَ وَتَوَيَّ بِهِ الطَّلَاقَ وَقَعَ (وَالْوَاقِعُ بِالْكِنَايَةِ بَائِنٌ).

فَإِذَا قِيلَ لَوْ صَارَ مِنَ الْكِنَايَاتِ لَكَانَتِ النِّبَّةُ شَرْطًا وَلَيْسَتْ بِشَرْطٍ. أَجَابَ بِقَوْلِهِ (إِلَّا أَنْ ذَكَرَ الْمَالُ أَغْنَى عَنِ النِّبَّةِ هَهُنَا) وَقَدْ قِيلَ فِي بَيَانِهِ إِنَّ الْخُلْعَ يَحْتَمِلُ الْإِنْخِلَاعَ عَنْ اللَّبَاسِ أَوْ عَنْ الْخَيْرَاتِ أَوْ عَنْ النِّكَاحِ، فَلَمَّا ذَكَرَ الْعِوَضَ تَعَيَّنَ الْإِنْخِلَاعُ عَنِ النِّكَاحِ فَلَا يَحْتَاجُ إِلَى النِّبَّةِ (وَلَأَنَّهُ لَا تُسَلِّمُ الْمَالُ إِلَّا لَتُسَلِّمَ لَهَا نَفْسُهَا وَذَلِكَ بِالْيَتُونَةِ).

(وَأِنْ كَانَ النُّشُوزُ مِنْ قَبْلِهِ يُكْرَهُ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ مِنْهَا عِوَضًا) لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ﴾ [النساء: ٢٠] إِلَى أَنْ قَالَ ﴿فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا﴾ وَلَا أَنَّهُ أَوْحَشَهَا بِالِاسْتِبْدَالِ فَلَا يَزِيدُ فِي وَحْشَتِهَا بِأَخْذِ الْمَالِ (وَأِنْ كَانَ النُّشُوزُ مِنْهَا كَرِهْنَا لَهُ أَنْ يَأْخُذَ مِنْهَا أَكْثَرَ مِمَّا أَعْطَاهَا) وَفِي رِوَايَةِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ طَابَ الْفَضْلُ أَيْضًا لِإِطْلَاقِ مَا تَلَوْنَا بَدْعًا. وَوَجْهُ الْأُخْرَى قَوْلُهُ ﷺ فِي امْرَأَةٍ ثَابِتِ بْنِ قَيْسِ بْنِ شِمَاسٍ «أَمَّا الزِّيَادَةُ فَلَا» ^(١) وَقَدْ كَانَ النُّشُوزُ مِنْهَا (وَلَوْ أَخَذَ الزِّيَادَةَ جَازٍ فِي الْقَضَاءِ) وَكَذَلِكَ إِذَا أَخَذَ وَالنُّشُوزُ مِنْهُ لِأَنَّ مُقْتَضَى مَا تَلَوْنَا شَيْئَانِ الْجَوَازُ حُكْمًا وَإِلِبَاحَةٌ، وَقَدْ تَرَكَ الْعَمَلُ فِي حَقِّ الْإِلِبَاحَةِ لِعَارِضِ قَبْقِيٍّ مَعْمُولًا فِي الْبَاقِي.

الشرح:

قَوْلُهُ (وَأِنْ كَانَ النُّشُوزُ مِنْ قَبْلِهِ) يُقَالُ نَشَزَتِ الْمَرْأَةُ عَلَى زَوْجِهَا فَهِيَ نَاشِزَةٌ: إِذَا اسْتَعْصَمَتْ عَلَيْهِ أَوْ أَبْغَضَتْهُ. وَعَنْ الرَّجَّاجِ: النُّشُوزُ يَكُونُ مِنَ الزَّوْجَيْنِ وَهِيَ كَرَاهَةُ كُلِّ

(١) أخرجه الدارقطني (٣/٣٢١) عن عطاء مرسلا، وقال: أسنده الوليد عن ابن جريج عن عطاء عن ابن عباس، والمرسل أصح، وفي (٣/٢٥٥) عن أبي الزبير، وانظر نصب الراية (٣/٣٤٩).

وَاحِدٍ مِنْهُمَا صَاحِبَهُ (يُكْرَهُ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ عِوَضًا لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بِهْتِنَا وَإِنَّمَا مِثِينَا﴾ [النساء: ٢٠]).

إِنْ قِيلَ: التَّهْيُ وَرَدَّ عَنْ فِعْلِ حِسِّيٍّ وَهُوَ الْأَخْذُ وَمِثْلُهُ يَفْتَضِي عَدَمَ الْمَشْرُوعِيَّةِ، ثُمَّ هُوَ مُؤَكَّدٌ بِتَوَاكِيدِ هِيَ قَوْلُهُ ﴿أَتَأْخُذُونَهُ بِهْتِنَا وَإِنَّمَا مِثِينَا﴾. ﴿وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ وَأَخَذْتُ مِنْكُمْ مِثْقَالَ غَلِيظًا﴾ [النساء: ٢١] فَكَيْفَ الْجَوَازُ مَعَ الْكَرَاهَةِ؟ أُجِيبَ بِأَنَّ التَّهْيَ وَإِنْ وَرَدَّ عَنْ فِعْلِ حِسِّيٍّ وَلَكِنَّهُ لَمَعْنَى فِي غَيْرِهِ وَهُوَ زِيَادَةُ الْإِيحَاشِ فَلَا يَعْدُمُ الْمَشْرُوعِيَّةُ فِي نَفْسِهِ كَمَا فِي قَوْلِهِ ﷺ «لَا تَتَّخِذُوا الدُّوَابَّ كِرَاسِيٍّ» وَإِلَى هَذَا أَشَارَ بِدَلِيلِهِ الثَّانِي وَهُوَ قَوْلُهُ وَلَائِذْهُ أَوْحَشَهَا بِالِاسْتِدْالِ فَلَا يَزِيدُ فِي وَحْشَتِهَا بِأَخْذِ الْمَالِ (وَإِنْ كَانَ التُّشْوَرُ مِنْهَا كَرِهْنَا لَهُ أَنْ يَأْخُذَ مِنْهَا أَكْثَرَ مِمَّا أُعْطَاهَا. وَفِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ: طَابَ الْفَضْلُ أَيْضًا لِإِطْلَاقِ مَا تَلَوْنَا بَدْءًا): أَيْ أَوَّلًا، يَعْنِي قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾ [البقرة: ٢٢٩] فَإِنَّهُ لَا يَفْصِلُ بَيْنَ الْفَضْلِ وَغَيْرِهِ (وَوَجْهُ الرِّوَايَةِ الْأُخْرَى) أَيْ رِوَايَةُ الْقُدُورِيِّ وَهِيَ رِوَايَةُ كِتَابِ الطَّلَاقِ فِي الْأَصْلِ (قَوْلُهُ ﷺ فِي امْرَأَةٍ ثَابِتِ بْنِ قَيْسِ بْنِ شَمَّاسٍ "أَمَّا الزِّيَادَةُ فَلَا") وَقَصَّتْهَا مَا رَوِيَ «أَنَّ جَمِيلَةَ بِنْتَ سُلُولٍ كَانَتْ تَحْتَ ثَابِتِ بْنِ قَيْسٍ، فَجَاءَتْ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَقَالَتْ: لَا أُعْتَبُ عَلَى ثَابِتٍ فِي دِينٍ وَلَا فِي خُلُقٍ، وَلَكِنِّي أَخْشَى الْكُفْرَ فِي الْإِسْلَامِ لَشِدَّةِ بُغْضِي إِيَّاهُ، فَقَالَ: أَتُرَدِّينَ إِلَيْهِ حَدِيثَهُ؟ فَقَالَتْ: نَعَمْ وَزِيَادَةً، فَقَالَ ﷺ: أَمَّا الزِّيَادَةُ فَلَا» (وَكَانَ التُّشْوَرُ مِنْهَا) بِمَا رَوَيْنَا مِنَ الْحَدِيثِ، فَكَانَ قَوْلُهُ "أَمَّا الزِّيَادَةُ فَلَا" يَنْفِي إِبَاحَةَ أَخْذِ الْفَضْلِ عَلَى مَا تَذَكَّرُهُ، وَإِذَا انْتَفَى الْإِبَاحَةُ كَانَ مَكْرُوهًا (وَلَوْ أَخَذَ الزِّيَادَةُ جَزَاً فِي الْقَضَاءِ، وَكَذَلِكَ إِذَا أَخَذَ وَالتُّشْوَرُ مِنْهُ لِأَنَّ مُقْتَضَى مَا تَلَوْنَا) مِنْ قَوْلِهِ تَعَالَى ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾.

(شَيْئَانِ: الْجَوَازُ حُكْمًا) أَيْ جَوَازُ أَخْذِ الزِّيَادَةِ فِي الْقَضَاءِ (وَالْإِبَاحَةُ) أَيْ إِبَاحَةُ أَخْذِ الزِّيَادَةِ هَكَذَا فَسَّرَ الشَّارِحُونَ كَلَامَ الْمُصَنِّفِ رَحِمَهُ اللَّهُ وَفَرَّقُوا بَيْنَ الْعِبَارَتَيْنِ بِأَنَّ كُلَّ مُبَاحٍ جَائِزٌ دُونَ الْعَكْسِ، لِأَنَّ الْجَوَازَ ضِدُّ الْحُرْمَةِ وَالْإِبَاحَةَ ضِدُّ الْكَرَاهَةِ. فَإِذَا انْتَفَى الْجَوَازُ ثَبَتَ ضِدُّهُ وَهُوَ الْحُرْمَةُ فَتَنْتَفِي الْإِبَاحَةُ أَيْضًا، وَإِذَا انْتَفَتِ الْإِبَاحَةُ ثَبَتَ ضِدُّهَا وَهُوَ الْكَرَاهَةُ، وَلَا يَنْتَفِي بِهِ الْجَوَازُ لَجَوَازِ اجْتِمَاعِ الْجَوَازِ مَعَ الْكَرَاهَةِ (وَقَدْ تُرِكَ) يَعْنِي مَا

تَلَوْنَا (فِي حَقِّ الْإِبَاحَةِ لِمُعَارِضٍ) وَهُوَ قَوْلُهُ ﷺ "أَمَّا الزِّيَادَةُ فَلَا" لَكُونِهِ نَهْيًا لِمَعْنَى فِي غَيْرِهِ وَهُوَ زِيَادَةُ الْإِيحَاشِ كَمَا تَقَدَّمَ وَهُوَ لَا يَعْدُمُ الْمَشْرُوعِيَّةَ (فَبَقِيَ مَعْمُولًا فِي الْبَاقِي) وَهُوَ الْجَوَازُ. وَفِيهِ بَحْثٌ مِنْ وَجْهَيْنِ: أَحَدُهُمَا أَنَّ النَّهْيَ إِنَّمَا وَرَدَ فِي الْحَدِيثِ عَنِ الرَّدِّ، وَكَلَامُنَا فِي كَرَاهِيَةِ الْأَخْذِ فَلَيْسَ الْحَدِيثُ مُتَّصِلًا بِمَحَلِّ التَّزَاْعِ. وَالثَّانِي أَنَّ الْحَدِيثَ خَبَرٌ وَاحِدٌ وَهُوَ لَا يُعَارِضُ الْكِتَابَ.

وَالْجَوَابُ عَنْ الْأَوَّلِ أَنَّ الرَّدَّ إِذَا كَانَ غَيْرَ مُبَاحٍ وَهِيَ نَاشِئَةٌ فَكَانَ الْأَخْذُ مِنْهَا وَهُوَ غَيْرُ نَاشِئٍ أَوَّلَى أَنْ لَا يَكُونَ مُبَاحًا فَكَانَ مُتَّصِلًا بِمَحَلِّ التَّزَاْعِ مِنْ هَذَا الْوَجْهِ. وَعَنْ الثَّانِي بَأَنَّ الْمُعَارِضَ لِلْكِتَابِ إِذَا أَخَذَ أَبَانَ وَهُوَ نَاشِئٌ قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَاتٍ زَوْجٍ﴾ إِلَى قَوْلِهِ ﴿فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا﴾ وَالْكِتَابُ يَجُوزُ أَنْ يُعَارِضَ الْكِتَابَ، وَإِذَا غُورِضَ الْكِتَابُ بِالْكِتَابِ جَازَ بَعْدَهُ أَنْ يُعَارِضَ بِالْخَبَرِ فَكَانَ الْحَدِيثُ مُعَارِضًا لِلْكِتَابِ بَعْدَ مُعَارَضَةِ الْكِتَابِ بِالْكِتَابِ فَكَانَتْ جَائِزَةً.

(وَإِنْ طَلَّقَهَا عَلَى مَالٍ فَقَبِلَتْ وَقَعَ الطَّلَاقُ وَلَزِمَهَا الْمَالُ) لِأَنَّ الزَّوْجَ يَسْتَبْدُ بِالطَّلَاقِ تَنْجِيزًا وَتَعْلِيْقًا وَقَدْ عَلَّقَهُ بِقَبُولِهَا، وَالْمَرْأَةُ تَمْلِكُ التَّزَامَ الْمَالِ لَوْلَايَتِهَا عَلَى نَفْسِهَا، وَمِلْكُ النِّكَاحِ مِمَّا يَجُوزُ الْاِعْتِيَاْضُ عَنْهُ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَالًا كَالْقِصَاصِ (وَكَانَ الطَّلَاقُ بَائِنًا) لَمَا بَيَّنَّا وَلَآئِنَّ مُعَاوَضَةَ الْمَالِ بِالنَّفْسِ وَقَدْ مَلَكَ الزَّوْجُ أَحَدَ الْبَدَلَيْنِ فَتَمْلِكُ هِيَ الْآخَرَ وَهِيَ النَّفْسُ تَحْقِيقًا لِلْمُسَاوَاةِ.

الشرح:

(وَإِنْ طَلَّقَهَا عَلَى مَالٍ) مِثْلُ أَنْ قَالَ أَلْتُ طَالِقٌ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ أَوْ عَلَى أَلْفِ دِرْهَمٍ (فَقَبِلَتْ وَقَعَ الطَّلَاقُ وَلَزِمَ الْمَالُ) لِأَنَّ هَذَا تَصَرُّفٌ مُعَاوَضَةٌ يَعْتمِدُ أَهْلِيَّةُ الْمُتَعَاوِضَيْنِ وَصَلَاحِيَّةُ الْمَحَلِّ وَالْكُلُّ حَاصِلٌ، أَمَّا أَهْلِيَّةُ الزَّوْجِ فَلِأَنَّهُ يَسْتَبْدُ بِالطَّلَاقِ تَنْجِيزًا وَتَعْلِيْقًا لَا مَحَالَةَ، وَقَدْ عَلَّقَهُ بِقَبُولِهَا بِذِلَالَةِ مَقَامِ الْمُعَاوَضَةِ فَإِنَّ الْحُكْمَ فِيهِ مُتَعَلِّقٌ بِالْقَبُولِ، وَأَمَّا أَهْلِيَّةُ الْمَرْأَةِ فَلِأَنَّهَا تَمْلِكُ التَّزَامَ الْمَالِ لَوْلَايَتِهَا عَلَى نَفْسِهَا، وَأَمَّا صِلَاحِيَّةُ الْمَحَلِّ فَلِأَنَّ مِلْكَ النِّكَاحِ مِمَّا يَجُوزُ الْاِعْتِيَاْضُ عَنْهُ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَالًا كَالْقِصَاصِ فَإِنَّهُ لَيْسَ بِمَالٍ، وَجَازَ أَخْذُ الْعَوْضِ عَنْهُ وَالْجَامِعُ وَجُودُ التَّزَامِ مِنْ أَهْلِهِ، كَذَا فِي بَعْضِ الشُّرُوحِ (وَإِذَا وَقَعَ الطَّلَاقُ كَانَ بَائِنًا لَمَا بَيَّنَّا) أَنَّهَا لَا تُسَلَّمُ الْمَالُ إِلَّا لَتَسَلَّمَ لَهَا نَفْسُهَا (وَلِأَنَّهُ مُعَاوَضَةُ الْمَالِ

بِالنَّفْسِ وَقَدْ مَلَكَ الزَّوْجُ أَحَدَ الْبَدَلَيْنِ فَمَلَكَ الزَّوْجَةُ الْبَدَلَ الْآخَرَ وَهُوَ النَّفْسُ تَحْقِيقًا لِلْمُسَاوَاةِ.

قَالَ (وَإِنْ بَطَلَ الْعِوَضُ فِي الْخُلْعِ مِثْلَ أَنْ يُخَالَعَ الْمُسْلِمُ عَلَى خَمْرِ أَوْ خِنْزِيرٍ أَوْ مَيْتَةٍ فَلَا شَيْءَ لِلزَّوْجِ وَالْفُرْقَةُ بَائِنَةٌ، وَإِنْ بَطَلَ الْعِوَضُ فِي الطَّلَاقِ كَانَ رَجْعِيًّا) فَوُقُوعُ الطَّلَاقِ فِي الْوَجْهَيْنِ لِلتَّعْلِيلِ بِالْقَبُولِ وَافْتِرَاقَهُمَا فِي الْحُكْمِ لِأَنَّهُ لَمَّا بَطَلَ الْعِوَضُ كَانَ الْعَامِلُ فِي الْأَوَّلِ لَفْظُ الْخُلْعِ وَهُوَ كِنَايَةٌ، وَفِي الثَّانِي الصَّرِيحُ وَهُوَ يَعْقِبُ الرَّجْعَةَ وَإِنَّمَا لَمْ يَجِبَ لِلزَّوْجِ شَيْءٌ عَلَيْهَا لِأَنَّهَا مَا سَمَتْ مَا لَا مُتَقَوِّمًا حَتَّى تَصِيرَ غَارَةً لَهُ، وَلِأَنَّهُ لَا وَجْهَ إِلَى إيجابِ الْمُسَمَّى لِلْإِسْلَامِ وَلَا إِلَى إيجابِ غَيْرِهِ لِعَدَمِ الْإِلْتِزَامِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا خَالَعَ عَلَى خَلٍّ بَعِيْنِهِ فَظَهَرَ أَنَّهُ خَمَرَ لِأَنَّهَا سَمَتْ مَا لَا فَصَارَ مَغْرُورًا، وَبِخِلَافِ مَا إِذَا كَاتَبَ أَوْ أَعْتَقَ عَلَى خَمْرٍ حَيْثُ تَجِبُ قِيَمَةُ الْعَبْدِ لِأَنَّ مِلْكَ الْمُوَلَى فِيهِ مُتَقَوِّمٌ وَمَا رَضِيَ بِزَوَالِهِ مَجَانًا، أَمَّا مِلْكَ الْبِضْعِ فِي حَالَةِ الْخُرُوجِ غَيْرِ مُتَقَوِّمٍ عَلَى مَا نَذَكُرُ، وَبِخِلَافِ النِّكَاحِ لِأَنَّ الْبِضْعَ فِي حَالَةِ الدُّخُولِ مُتَقَوِّمٌ، وَالْفَقْهُ أَنَّهُ شَرِيفٌ فَلَمْ يَشْرَعْ تَمْلُكُهُ إِلَّا بِعِوَضٍ إِظْهَارًا لَشَرَفِهِ، فَأَمَّا الْإِسْقَاطُ فَتَنْفُسُهُ شَرَفٌ فَلَا حَاجَةَ إِلَى إيجابِ الْمَالِ.

الشرح:

(قَالَ: وَإِنْ بَطَلَ الْعِوَضُ فِي الْخُلْعِ) إِذَا خَالَعَ الْمُسْلِمُ امْرَأَتَهُ عَلَى خَمْرٍ أَوْ خِنْزِيرٍ أَوْ مَيْتَةٍ فَلَا شَيْءَ لِلزَّوْجِ لِبُطْلَانِ الْعِوَضِ الْمُسَمَّى وَالْفُرْقَةُ بَائِنَةٌ، وَإِنْ طَلَقَهَا عَلَى ذَلِكَ وَهِيَ مَدْخُولٌ بِهَا وَلَمْ يَكُنْ الطَّلَاقُ الْوَاقِعَ الطَّلَاقَ الثَّلَاثَةَ فَلَا شَيْءَ لَهُ وَالطَّلَاقُ رَجْعِيٌّ، أَمَّا الْإِشْتِرَاكُ فِي وَقُوعِ الطَّلَاقِ فَإِنَّهُ عُلِقَ بِقَبُولِهَا وَقَدْ قَبِلَتْ، وَأَمَّا الْإِفْتِرَاقُ بَيْنَهُمَا بِالْبَيِّنَاتِ وَالرَّجْعَةَ فَلِأَنَّهُ لَمَّا بَطَلَ الْعِوَضُ كَانَ الْعَامِلُ فِي الْأَوَّلِ لَفْظُ الْخُلْعِ وَهُوَ كِنَايَةٌ كَمَا تَقَدَّمَ، وَالْوَقَاعُ بِهَا بَائِنٌ إِذَا لَمْ يَكُنْ مِنَ الْأَلْفَاظِ الثَّلَاثَةِ، وَهَذِهِ اللَّفْظَةُ لَيْسَتْ مِنْهَا، وَفِي الثَّانِي الصَّرِيحُ وَهُوَ يَعْقِبُ الرَّجْعَةَ وَأَمَّا عَدَمُ وَجُوبِ شَيْءٍ عَلَيْهَا لِلزَّوْجِ فَلِأَنَّهَا مَا سَمَتْ مَا لَا مُتَقَوِّمًا لِتَصِيرِ غَارَةً لَهُ، وَلِأَنَّهُ لَا وَجْهَ لِلِإِلْتِزَامِ الْمُسَمَّى لِامْتِنَاعِ الْمُسْلِمِ عَنْ تَسْلِيمِهِ وَتَسْلَمِهِ وَلَا لِلِإِلْزَامِ غَيْرِهِ لِعَدَمِ الْإِلْتِزَامِ بِهِ (بِخِلَافِ مَا إِذَا خَالَعَ عَلَى خَلٍّ بَعِيْنِهِ فَظَهَرَ خَمْرًا) فَإِنَّهُ يَلْزِمُهُ عَلَيْهَا رَدُّ الْمَهْرِ الَّذِي أَخَذَتْهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَعِنْدَهُمَا كَيْلٌ مِثْلُ ذَلِكَ مِنْ خَلٍّ وَسَطٍ، وَهَذَا وَالصَّدَاقُ سَوَاءٌ لِأَنَّهَا سَمَتْ مَا لَا وَغَرَّتُهُ بِذَلِكَ فَكَانَتْ

ضَامَةً لِأَنَّ التَّغْرِيرَ فِي ضِمْنِ الْعَقْدِ يُوجِبُ الضَّمَانَ. فَإِنْ قِيلَ: مَا الْفَرْقُ بَيْنَ هَذَا وَبَيْنَ مَا إِذَا كَاتَبَ أَوْ أَعْتَقَ عَبْدَهُ عَلَى خَمْرِ حَيْثُ تُكُونُ الْكِتَابَةُ فَاسِدَةً وَإِنْ أَدَاهَا عَتَقَ وَعَلَى الْعَبْدِ قِيمَتُهُ.

أَجَابَ بِقَوْلِهِ (وَبِخِلَافِ مَا إِذَا كَاتَبَ أَوْ أَعْتَقَ عَلَى خَمْرِ حَيْثُ تَجِبُ قِيمَةُ الْعَبْدِ لِأَنَّ مِلْكَ الْمَوْلَى فِيهِ) أَيُّ فِي الْعَبْدِ (مُتَقَوِّمٌ) حَتَّى لَوْ غُصِبَ وَجِبَتْ الْقِيمَةُ عَلَى الْعَاصِبِ (وَمَا رَضِيَ بَزْوَالِهِ مَجَانًّا) فَلَمَّا لَمْ يَقْدِرْ عَلَى تَسْلِيمِ الْبَدَلِ لَعَدِمَ تَقَوُّمُهُ لَزِمَ قِيمَةُ الْمُبْدَلِ وَهُوَ الرِّقْبَةُ الْمُتَقَوِّمَةُ (أَمَّا مِلْكُ الْبُضْعِ فِي حَالَةِ الْخُرُوجِ فَغَيْرُ مُتَقَوِّمٍ عَلَى مَا يُذَكَّرُ) بُعِدَ هَذَا بِقَوْلِهِ " وَالْفَقْهُ " فَلَا يُلْزَمُهَا شَيْءٌ، وَهَذَا الْجَوَابُ بِالنِّسْبَةِ إِلَى الْعَبْدِ ظَاهِرٌ كَمَا تَرَى، وَكَذَا بِالنِّسْبَةِ إِلَى الْمَكَاتِبِ لِأَنَّ مِلْكَ الْمَوْلَى لَمَّا كَانَ فِيهِ مُتَقَوِّمًا لَمْ يَرْضَ بَزْوَالِهِ بِلا بَدَلٍ، وَلَمَّا لَمْ يَصَحَّ الْبَدَلُ فَسَدَتْ الْكِتَابَةُ، وَأَمَّا مِلْكُ الْبُضْعِ فَلَمَّا لَمْ يَكُنْ مُتَقَوِّمًا لَمْ يُلْزَمْ مِنْ بَطْلَانِ الْبَدَلِ فَسَادُ الْخُلْعِ، وَإِنَّمَا عَتَقَ الْمَكَاتِبُ إِذَا أَدَّى الْخَمْرَ الْمُسَمَّاةَ لِأَنَّ فِي الْكِتَابَةِ تَغْلِيْقَ الْعِنَقِ بِإِدَاءِ الْمُسَمَّى وَقَدْ وَجَدَ الشَّرْطُ فَيَقَعُ الْمَشْرُوطُ. قِيلَ وَفِي قَوْلِهِ عَلَى خَمْرِ تَلْوِيحٌ إِلَى أَنَّهُ لَوْ كَاتَبَ عَلَى مَيْتَةٍ أَوْ دَمٍ فَالْكِتَابَةُ بَاطِلَةٌ، حَتَّى لَوْ أَدَّى لَمْ يَغْتَنِقَ وَلَا تَجِبُ الْقِيمَةُ. وَقَوْلُهُ (وَبِخِلَافِ النَّكَاحِ) لِلْفَرْقِ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْخُلْعِ حَيْثُ صَحَّ وَوَجِبَ مَهْرُ الْمِثْلِ وَالْخُلْعُ صَحَّ وَلَمْ يَجِبْ شَيْءٌ (لِأَنَّ الْبُضْعَ فِي حَالَةِ الدُّخُولِ مُتَقَوِّمٌ) وَلِهَذَا إِذَا تَزَوَّجَ الْمَرِيضُ امْرَأَةً بِمَهْرٍ مِثْلَهَا كَانَ مِنْ جَمِيعِ الْمَالِ (وَالْفَقْهُ) مَا ذَكَرَهُ وَهُوَ وَاضِحٌ.

قَالَ (وَمَا جَازَ أَنْ يَكُونَ مَهْرًا جَازَ أَنْ يَكُونَ بَدَلًا فِي الْخُلْعِ) لِأَنَّ مَا يَصْلُحُ عِوَضًا لِلْمُتَقَوِّمِ أَوَّلَى أَنْ يَصْلُحَ عِوَضًا لغيرِ الْمُتَقَوِّمِ.

الشرح:

قَالَ (وَمَا جَازَ أَنْ يَكُونَ مَهْرًا فِي النَّكَاحِ جَازَ أَنْ يَكُونَ بَدَلًا فِي الْخُلْعِ) كُلُّ مَا جَازَ أَنْ يَكُونَ مَهْرًا فِي النَّكَاحِ جَازَ أَنْ يَكُونَ بَدَلًا فِي الْخُلْعِ وَلَا يَنْعَكْسُ (لِأَنَّ مَا يَصْلُحُ أَنْ يَكُونَ عِوَضًا لِلْمُتَقَوِّمِ أَوَّلَى أَنْ يَصْلُحَ عِوَضًا لغيرِهِ) وَلَا يَنْعَكْسُ، فَإِذَا اخْتَلَعَتْ مِنْهُ عَلَى مَا فِي بُطُونِ غَنَمِهَا جَازَ، وَلَهُ مَا فِي بُطُونِ غَنَمِهَا وَقَتَ الْخُلْعِ دُونَ مَا حَدَثَ بَعْدَهُ. وَلَوْ تَزَوَّجَ امْرَأَةً عَلَى مَا فِي بُطُونِ غَنَمِهِ وَجِبَ مَهْرُ الْمِثْلِ لِأَنَّ التَّسْمِيَةَ غَيْرَ صَحِيحَةٍ لَكُونِ مَا فِي الْبَطْنِ لَيْسَ بِمَالٍ فِي الْحَالِ وَإِنْ كَانَ بِعَرَضِيَّةٍ أَنْ يَصِيرَ مَالًا

بِالْإِنْصَالِ لِكِنَّهَا بِالنَّظَرِ إِلَى ذَلِكَ تَكُونُ فِي مَعْنَى الْإِضَافَةِ أَوْ التَّعْلِيقِ، وَأَحَدُ الْعَوَظَيْنِ وَهُوَ مَنَافِعُ الْبُضْعِ فِي بَابِ النِّكَاحِ لَا يَحْتَمِلُ التَّعْلِيقَ وَالْإِضَافَةَ فَكَذَلِكَ الْعَوَظُ الْآخَرُ. وَأَمَّا الْخُلْعُ فَأَحَدُ الْعَوَظَيْنِ فِيهِ وَهُوَ الطَّلَاقُ يَحْتَمِلُ الْإِضَافَةَ وَالتَّعْلِيقَ بِالشَّرْطِ فَكَذَلِكَ الْعَوَظُ الْآخَرُ فَأَمَّا مَنَافِعُ تَصْحِيحِ تَسْمِيَةِ مَا فِي الْبَطْنِ بِاعْتِبَارِ الْمَالِ، وَإِذَا صَحَّتِ التَّسْمِيَةُ فَلَهُ الْمُسَمَّى إِنْ وَجِدَ، وَإِنْ لَمْ تَكُنْ فِي بَطْنِهَا شَيْءٌ فَلَا شَيْءَ لَهُ لِأَنَّهَا مَا غَرَّتْهُ لِأَنَّ مَا فِي الْبَطْنِ قَدْ يَكُونُ مَالًا مُتَقَوِّمًا وَقَدْ يَكُونُ رِيحًا.

(فَإِنْ قَالَتْ لَهُ خَالَعِنِي عَلَى مَا فِي يَدَيَّ فَخَالَعَهَا فَلَمْ يَكُنْ فِي يَدَيْهَا شَيْءٌ فَلَا شَيْءَ لَهُ عَلَيْهَا) لِأَنَّهَا لَمْ تَغْرُهُ بِتَسْمِيَةِ الْمَالِ (وَإِنْ قَالَتْ خَالَعِنِي عَلَى مَا فِي يَدَيَّ مِنْ مَالٍ فَخَالَعَهَا فَلَمْ يَكُنْ فِي يَدَيْهَا شَيْءٌ رَدَّتْ عَلَيْهِ مَهْرَهَا) لِأَنَّهَا لَمَّا سَمَتْ مَالًا لَمْ يَكُنِ الزَّوْجُ رَاضِيًا بِالزَّوَالِ إِلَّا بِعَوَضٍ، وَلَا وَجَهَ إِلَى إِيْجَابِ الْمُسَمَّى وَقِيَمَتِهِ لِلْجَهَالَةِ وَلَا إِلَى قِيَمَةِ الْبُضْعِ: أَعْنِي مَهْرَ الْمِثْلِ لِأَنَّهُ غَيْرُ مُتَقَوِّمٍ حَالَةَ الْخُرُوجِ فَتَعَيَّنَ إِيْجَابُ مَا قَامَ بِهِ عَلَى الزَّوْجِ دَفْعًا لِلضَّرَرِ عَنْهُ (وَلَوْ قَالَتْ خَالَعِنِي عَلَى مَا فِي يَدَيَّ مِنْ دَرَاهِمٍ أَوْ مِنَ الدَّرَاهِمِ فَفَعَلَ فَلَمْ يَكُنْ فِي يَدَيْهَا شَيْءٌ فَعَلَيْهَا ثَلَاثَةُ دَرَاهِمٍ) لِأَنَّهَا سَمَتْ الْجَمْعَ وَأَقْلَهُ ثَلَاثَةً، وَكَلِمَةُ مِنْ هَهُنَا لِلصَّلَةِ دُونَ التَّبْعِيضِ لِأَنَّ الْكَلَامَ يَخْتَلُ بِدُونِهِ.

الشرح:

(فَإِنْ قَالَتْ لَهُ خَالَعِنِي عَلَى مَا فِي يَدَيَّ فَخَالَعَهَا فَلَمْ يَكُنْ فِي يَدَيْهَا شَيْءٌ فَلَا شَيْءَ لَهُ عَلَيْهَا لِأَنَّهَا لَمْ تَغْرُهُ بِتَسْمِيَةِ الْمَالِ لِأَنَّ كَلِمَةَ " مَا " عَامَّةٌ تَتَنَاوَلُ الْمَالَ وَغَيْرَهُ (وَإِنْ قَالَتْ خَالَعِنِي عَلَى مَا فِي يَدَيَّ مِنْ مَالٍ فَلَمْ يَكُنْ فِي يَدَيْهَا شَيْءٌ رَدَّتْ عَلَيْهِ مَهْرَهَا لِأَنَّهَا لَمَّا سَمَتْ مَالًا لَمْ يَكُنِ الزَّوْجُ رَاضِيًا بِالزَّوَالِ مَجَانًا، وَلَا وَجَهَ إِلَى إِيْجَابِ الْمُسَمَّى وَقِيَمَتِهِ لِلْجَهَالَةِ) أَيْ جَهَالَةِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا، وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ مَعْنَاهُ لَجَهَالَةِ الْمُسَمَّى، وَإِنْ كَانَ الْمُسَمَّى مَجْهُولًا كَانَتْ الْقِيَمَةُ أَكْثَرَ جَهَالَةً (وَلَا إِلَى قِيَمَةِ الْبُضْعِ: أَعْنِي مَهْرَ الْمِثْلِ لِأَنَّهُ غَيْرُ مُتَقَوِّمٍ حَالَةَ الْخُرُوجِ) كَمَا تَقَدَّمَ (فَتَعَيَّنَ إِيْجَابُ مَا قَامَ الْبُضْعُ بِهِ عَلَى الزَّوْجِ دَفْعًا لِلضَّرَرِ عَنْهُ) وَقَوْلُهُ (وَلَوْ قَالَتْ خَالَعِنِي عَلَى مَا فِي يَدَيَّ مِنْ دَرَاهِمٍ) وَاضِحٌ.

وَقَوْلُهُ وَكَلِمَةُ " مِنْ " هَهُنَا لِلصَّلَةِ إِشَارَةٌ إِلَى مَا يُقَالُ إِذَا كَانَ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ

دِرْهَمَانٍ أَوْ دِرْهَمٍ يَجِبُ أَنْ لَا يَجِبَ عَلَيْهَا شَيْءٌ غَيْرُ ذَلِكَ لِأَنَّ كَلِمَةَ " مِنْ " لِلتَّبْعِيضِ، وَكَأَنَّهُ أَرَادَ بِكَوْنِهِ صِلَةً أَنْ يَكُونَ لِلْبَيَانِ عَلَى اصْطِلَاحِ التَّحْوِيلَيْنِ كَمَا فِي قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿فَاجْتَنِبُوا الرِّجْسَ مِنَ الْأَوْثَانِ﴾ [الحج: ٣٠] وَمِنْهُمْ مَنْ ضَبَطَ فَقَالَ: كُلُّ مَوْضِعٍ يَصِحُّ الْكَلَامُ فِيهِ بِدُونِهِ فَهُوَ لِلتَّبْعِيضِ كَمَا فِي قَوْلِهِ أَخَذْتُ مِنَ الدَّرَاهِمِ، وَكُلُّ مَوْضِعٍ لَا يَصِحُّ فِيهِ بِدُونِهِ فَهُوَ صِلَةٌ زِيدَتْ لِتَصْحِيحِ الْكَلَامِ، فَإِنَّهَا لَوْ قَالَتْ خَالَغَنِي عَلَى مَا فِي يَدَيَّ دَرَاهِمَ اخْتَلَّ الْكَلَامُ، وَإِذَا لَمْ يَكُنْ لِلتَّبْعِيضِ كَانَ الْجَمْعُ فِيمَا نَحْنُ فِيهِ بَاقِيًا عَلَى حَالِهِ فَيَلْزَمُهَا ثَلَاثَةُ دَرَاهِمٍ.

واعتُرضَ بِأَنَّ مَا ذَكَرْتُ مِنَ الْاِخْتِلَالِ لَيْسَ بِصَحِيحٍ لِأَنَّ قَوْلَهَا دَرَاهِمَ يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ بَدَلًا مِنْ قَوْلِهَا مَا فِي يَدَيَّ وَيَكُونُ تَقْدِيرُهُ خَالَغَنِي عَلَى دَرَاهِمٍ وَقَوْلِهَا الدَّرَاهِمُ يَكُونُ بَدَلًا أَيْضًا وَيَكُونُ تَقْدِيرُهُ خَالَغَنِي عَلَى الدَّرَاهِمِ وَاللَّامُ إِذَا دَخَلَ الْجَمْعُ وَلَمْ يَكُنْ نَمَّ مَعْهُودٌ يُرَادُّ بِهِ الْوَاحِدُ، فَلَوْ كَانَ فِي يَدِهَا وَاحِدٌ وَجَبَ أَنْ يُكْتَفَى بِهِ وَلَا يَلْزَمُهَا الزِّيَادَةُ. وَالْجَوَابُ عَنْ الْأَوَّلِ أَنَّ هَذَا الْمَنْعَ لَا يَضُرُّنَا لِأَنَّهُ إِذَا كَانَ تَقْدِيرُ كَلَامِهَا خَالَغَنِي عَلَى دَرَاهِمٍ يَلْزَمُهَا ثَلَاثَةٌ وَهُوَ الْمَطْلُوبُ. وَعَنْ الثَّانِي لَا نُسَلِّمُ أَنَّهُ لَا مَعْهُودٌ نَمَّ بَلْ مَا فِي يَدِهَا مَعْهُودٌ بِالْإِشَارَةِ إِلَيْهَا.

(فَإِنْ اخْتَلَعَتْ عَلَى عَبْدٍ لَهَا آبَقٍ عَلَى أَنَّهَا بَرِيئَةٌ مِنْ ضَمَانِهِ لَمْ تَبْرَأْ وَعَلَيْهَا تَسْلِيمٌ عَيْنِهِ إِنْ قَدَرَتْ وَتَسْلِيمٌ قِيمَتِهِ إِنْ عَجَزَتْ) لِأَنَّهُ عَقْدُ الْمُعَاوَضَةِ فَيَقْتَضِي سَلَامَةَ الْعَوَضِ، وَاشْتِرَاطُ الْبَرَاءَةِ عَنْهُ شَرْطٌ فَاسِدٌ فَيَبْطُلُ إِلَّا أَنْ الْخُلْعَ لَا يَبْطُلُ بِالشَّرْطِ الْفَاسِدِ، وَعَلَى هَذَا النِّكَاحُ.

الشرح:

(فَإِنْ اخْتَلَعَتْ عَلَى عَبْدٍ لَهَا آبَقٍ عَلَى أَنَّهَا بَرِيئَةٌ مِنْ ضَمَانِهِ) يَعْنِي أَنْ لَا تُطَالَبُ بِتَحْصِيلِهِ وَتَسْلِيمِهِ، بَلْ إِنْ حَصَلَ تُسَلِّمُهُ إِلَيْهِ وَإِلَّا فَلَا شَيْءَ عَلَيْهَا (وَلَمْ تَبْرَأْ) وَعَلَيْهَا تَسْلِيمٌ عَيْنِهِ إِنْ قَدَرَتْ وَتَسْلِيمٌ قِيمَتِهِ إِنْ عَجَزَتْ) لِأَنَّهُ عَقْدُ مُعَاوَضَةٍ يَقْتَضِي سَلَامَةَ الْعَوَضِ فَيَكُونُ اشْتِرَاطُ الْبَرَاءَةِ شَرْطًا فَاسِدًا لِأَنَّهُ لَا تَقْتَضِيهِ الْعُقْدَةُ فَيَبْطُلُ دُونَ الْخُلْعِ لِأَنَّهُ لَا يَبْطُلُ بِالشَّرْطِ الْفَاسِدِ. فَإِنْ قِيلَ: سَلَمْنَا أَنَّ الْخُلْعَ لَا يَبْطُلُ بِهَا لَكِنْ يَنْبَغِي أَنْ تَفْسُدَ التَّسْمِيَةُ لِاشْتِرَاطِ عَدَمِ وَجُوبِ تَسْلِيمِ الْمُسَمَّى، وَإِذَا فَسَدَتْ رَجَعَ الزَّوْجُ عَلَيْهَا بِمَا سَاقَ

إِلَيْهَا مِنَ الْمَهْرِ كَمَا إِذَا اخْتَلَعَتْ مِنْهُ عَلَى دَابَّةٍ. أُجِيبَ بِأَنَّ الْعَقْدَ إِذَا كَانَ صَحِيحًا كَانَ مَا يُنَاقِضُهُ مِنَ الشَّرْطِ سَاقِطًا، وَالسَّاقِطُ لَا يُؤَثِّرُ فِي فَسَادِ شَيْءٍ، وَإِنَّمَا فَسَدَتْ التَّسْمِيَةُ فِيمَا إِذَا اخْتَلَعَتْ عَلَى دَابَّةٍ لِلْجَهَالَةِ الْمُسْتَقْبَحَةِ لَكُونِهَا تَنْتَظِمُ أَنْوَاعًا مُخْتَلِفَةً مِنَ الْحَيَوَانَ.

فَإِنْ قِيلَ: الْخُلْعُ كَمَا يُوجِبُ تَسْلِمُ الْمُسَمَّى يُوجِبُ تَسْلِيمَهُ بِوَصْفِ كَوْنِهِ سَلِيمًا وَاشْتِرَاطُ الْبَرَاءَةِ عَنْ وَصْفِ السَّلَامَةِ صَحِيحٌ فَلْيَصِحَّ اشْتِرَاطُهَا عَنْ تَسْلِيمِ الْمُسَمَّى أَيْضًا. أُجِيبَ بِأَنَّ اسْتِحْقَاقَ التَّسْلِيمِ فَوْقَ اسْتِحْقَاقِ السَّلِيمِ، فَإِنَّ بَيْعَ مَا لَا يَقْدَرُ عَلَى تَسْلِيمِهِ لَا يَجُوزُ، وَالْبَيْعُ بِشَرْطِ الْبَرَاءَةِ عَنِ الْعُيُوبِ صَحِيحٌ فَلَا يَلْزَمُ مِنْ جَوَازِ الْأَدْنَى جَوَازُ الْأَعْلَى، وَلَأنَّ الرُّغْبَةَ فِي تَمْلُكِ الشَّيْءِ لِلانْتِفَاعِ بِهِ وَذَلِكَ بِالتَّسْلِيمِ وَبِاشْتِرَاطِ الْبَرَاءَةِ عَنْهُ يَفُوتُ الْمَقْصُودُ، وَلَا كَذَلِكَ اشْتِرَاطُ الْبَرَاءَةِ عَنِ الْعُيُوبِ. وَقَوْلُهُ (وَعَلَى هَذَا التَّكَاحُ) يَعْنِي إِذَا تَزَوَّجَ امْرَأَةً عَلَى عَبْدِ أَبْقَى عَلَى أَنَّهُ بَرِيءٌ مِنْ ضَمَانِهِ لَمْ يَبْرَأْ وَعَلَيْهِ تَسْلِيمُ عَيْنِهِ إلخ

(وَإِذَا قَالَتْ طَلَّقَنِي ثَلَاثًا بِأَلْفٍ فَطَلَّقَهَا وَاحِدَةً فَعَلَيْهَا ثُلُثُ الْأَلْفِ) لِأَنَّهَا لَمَّا طَلَبَتْ الثَّلَاثَ بِأَلْفٍ فَقَدْ طَلَبَتْ كُلَّ وَاحِدَةٍ بِثُلُثِ الْأَلْفِ، وَهَذَا لِأَنَّ حَرْفَ الْبَاءِ يَصْحَبُ الْإِعْوَاضَ وَالْعِوَضُ يُنْقَسِمُ عَلَى الْمُعَوِّضِ وَالطَّلَاقُ بَائِنٌ لَوْجُوبِ الْمَالِ (وَإِنْ قَالَتْ طَلَّقَنِي ثَلَاثًا عَلَى أَلْفٍ فَطَلَّقَهَا وَاحِدَةً فَلَا شَيْءَ عَلَيْهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَيَمْلِكُ الرَّجْعَةَ. وَقَالَا هِيَ وَاحِدَةٌ بَائِنَةٌ بِثُلُثِ الْأَلْفِ) لِأَنَّ كَلِمَةَ عَلَى بِمَنْزِلَةِ الْبَاءِ فِي الْمَعَاوِضَاتِ، حَتَّى إِنْ قَوْلُهُمْ أَحْمِلْ هَذَا الطَّعَامَ بِدِرْهِمٍ أَوْ عَلَى دِرْهِمٍ سَوَاءً.

وَلَهُ أَنْ كَلِمَةَ عَلَى لِلشَّرْطِ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿يُبَايِعُنكَ عَلَى أَنْ لَا يُشْرَكَ﴾ بِاللَّهِ شَيْئًا ﴿الْمُمْتَحَنَةُ: ١٢﴾ وَمَنْ قَالَ لَامْرَأَتِهِ أَنْتِ طَالِقٌ عَلَى أَنْ تَدْخُلِي الدَّارَ كَانَ شَرْطًا، وَهَذَا لِأَنَّهُ لِلزُّومِ حَقِيقَةً، وَاسْتَعِيرَ لِلشَّرْطِ لِأَنَّهُ يَلْزِمُ الْجَزَاءَ، وَإِذَا كَانَ لِلشَّرْطِ فَالشَّرْطُ لَا يَتَوَزَّعُ عَلَى أَجْزَاءِ الشَّرْطِ، بِخِلَافِ الْبَاءِ لِأَنَّهُ لِلْعِوَضِ عَلَى مَا مَرَّ، وَإِذَا لَمْ يَحِبِ الْمَالُ كَانَ مُبْتَدَأً فَوْقَ الطَّلَاقِ وَيَمْلِكُ الرَّجْعَةَ (وَلَوْ قَالَ الزَّوْجُ طَلَّقَنِي نَفْسَكَ ثَلَاثًا بِأَلْفٍ أَوْ عَلَى أَلْفٍ فَطَلَّقَتْ نَفْسَهَا وَاحِدَةً لَمْ يَقَعْ شَيْءٌ) لِأَنَّ الزَّوْجَ مَا رَضِيَ بِالْبَيْئُونَةِ إِلَّا لَتَسْلَمَ لَهُ الْأَلْفُ كُلُّهَا، بِخِلَافِ قَوْلِهَا طَلَّقَنِي ثَلَاثًا بِأَلْفٍ لِأَنَّهَا لَمَّا رَضِيَتْ بِالْبَيْئُونَةِ بِأَلْفٍ كَانَتْ بِبَعْضِهَا أَرْضَى (وَلَوْ قَالَ أَنْتِ طَالِقٌ عَلَى أَلْفٍ فَقَبِلَتْ طَلَّقَتْ وَعَلَيْهَا الْأَلْفُ وَهُوَ كَقَوْلِهِ أَنْتِ طَالِقٌ بِأَلْفٍ) وَلَا بُدَّ مِنَ الْقَبُولِ فِي الْوَجْهَيْنِ لِأَنَّ مَعْنَى قَوْلِهِ بِأَلْفٍ بِعِوَضٍ

أَلْفٍ يَجِبُ لِي عَلَيْكَ، وَمَعْنَى قَوْلِهِ عَلَى أَلْفٍ عَلَى شَرْطِ أَلْفٍ يَكُونُ لِي عَلَيْكَ، وَالْعَوَضُ لَا يَجِبُ بِدُونِ قَبُولِهِ، وَالْمَعْلُقُ بِالشَّرْطِ لَا يَنْزِلُ قَبْلَ وُجُودِهِ. وَالطَّلَاقُ بَائِنٌ لَمَّا قُلْنَا.

الشرح:

(وَإِذَا قَالَتْ طَلَّقْنِي ثَلَاثًا بِأَلْفٍ فَطَلَّقَهَا وَاحِدَةً فَعَلَيْهَا ثَلَاثُ الْأَلْفِ) وَكَلَامُهُ وَاضِحٌ (وَإِنْ قَالَتْ طَلَّقْنِي ثَلَاثًا عَلَى أَلْفٍ دَرَاهِمٍ فَطَلَّقَهَا وَاحِدَةً وَقَعَ طَلَاقٌ رَجْعِيٌّ، وَلَا شَيْءٌ عَلَيْهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَقَالَا: وَقَعَتْ تَطْلِيقَةً بَائِنَةً بِثَلَاثِ الْأَلْفِ) لِأَنَّ الطَّلَاقَ عَلَى مَالٍ مِنْ جَانِبِ الْمَرْأَةِ مُعَاوَضَةٌ (وَكَلِمَةٌ عَلَى بِمَنْزِلَةِ الْبَاءِ فِي الْمُعَاوَضَاتِ، حَتَّى إِنْ قَوْلُهُمْ أَحْمِلْ هَذَا الطَّعَامَ بِدَرَاهِمٍ وَعَلَى دَرَاهِمٍ سَوَاءٍ) وَإِذَا كَانَ مُعَاوَضَةً انْقَسَمَ أَجْزَاءُ الْعَوَضِ عَلَى أَجْزَاءِ الْمُعَوَّضِ (وَلَأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ كَلِمَةَ عَلَى لِلشَّرْطِ) أَيُّ تُسْتَعْمَلُ لِلشَّرْطِ مَجَازًا (قَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿يُبَايِعُنكَ عَلَى أَنْ لَا يُشْرِكَ بِكَ بِاللَّهِ شَيْئًا﴾) أَيُّ بِشَرْطِ عَدَمِ الْإِشْرَافِ بِاللَّهِ (وَمَنْ قَالَ أَلْتِ طَالِقٌ عَلَى أَنْ تَدْخُلِي الدَّارَ كَانَ شَرْطًا) وَيَجُوزُ الْمَجَازُ مَا ذَكَرَهُ الْمُصَنِّفُ أَنَّهُ أُسْتَعِيرَ لِلشَّرْطِ لِأَنَّهُ يُلَازِمُ الْحِزَاءَ فَكَانَتْ الْمُنَاسَبَةُ بَيْنَهُمَا مِنْ حَيْثُ الزُّرُومُ (وَإِذَا كَانَ لِلشَّرْطِ فَاكْتِشَافٌ لَا يَتَوَزَّعُ عَلَى أَجْزَاءِ الشَّرْطِ).

وَفِيهِ بَحْثٌ مِنْ وَجْهَيْنِ: أَحَدُهُمَا: أَنَّ جَعْلَهُ بِمَعْنَى الشَّرْطِ غَيْرُ مُسْتَقِيمٍ لِأَنَّهُ دَخَلَ عَلَى تَمْلِكِ الْمَالِ وَذَلِكَ لَا يَقْبَلُ التَّغْلِيقَ. وَالثَّانِي: أَنَّ مَا ذَهَبْتُمْ إِلَيْهِ مَجَازٌ وَمَا ذَهَبْنَا إِلَيْهِ مَجَازٌ آخَرٌ، وَلَيْسَ أَحَدُ الْمَجَازَيْنِ بِأَوَّلَى مِنَ الْآخَرِ، فَإِنَّ الزُّرُومَ كَمَا هُوَ مَوْجُودٌ بَيْنَ الشَّرْطِ وَالْأَجْزَاءِ فَكَذَلِكَ بَيْنَ الْعَوَضِ وَالْمُعَوَّضِ.

وَالْجَوَابُ عَنِ الْأَوَّلِ أَنَّ الْمَالِ فِيمَا نَحْنُ فِيهِ تَابِعٌ لِلطَّلَاقِ فَجَازَ أَنْ يَقْبَلَهُ تَبَعًا لِمَتَّبَعِهِ وَإِنْ لَمْ يَقْبَلَهُ مُسْتَقِلًّا، وَعَنِ الثَّانِي أَنَّ الزُّرُومَ بَيْنَ الْعَوَضَيْنِ بِالتَّضَايُفِ وَبَيْنَ الشَّرْطِ وَالْأَجْزَاءِ بِالذَّاتِ وَكَانَ جَعْلُهُ لِلشَّرْطِ مَجَازًا أَقْرَبَ إِلَى حَقِيقَتِهِ، وَالْمَجَازُ الْأَقْرَبُ إِلَى الْحَقِيقَةِ أَوَّلَى عَلَى مَا عُرِفَ فِي الْأَصُولِ (قَوْلُهُ عَلَى مَا مَرَّ) أَرَادَ بِهِ قَوْلُهُ لِأَنَّ حَرْفَ الْبَاءِ يَصْحَبُ الْأَعْوَاضَ (وَإِذَا لَمْ يَجِبْ الْمَالُ كَانَ طَلَاقًا مُبْتَدَأً) غَيْرُ مَبْنِيٍّ عَلَى سُؤَالِهَا (فَوَقَعَ وَلَهُ الرَّجْعَةُ) وَقَوْلُهُ (وَلَوْ قَالَ الزَّوْجُ طَلَّقَنِي نَفْسَكَ ثَلَاثًا) ظَاهِرٌ (وَلَوْ قَالَ لَهَا أَلْتِ طَالِقٌ عَلَى أَلْفٍ) أَوْ بِأَلْفٍ يَتَوَقَّفُ عَلَى قَبُولِهَا فِي الْمَجْلِسِ، وَهَذَا يَمِينٌ مِنْ جِهَتِهِ فَيَصِحُّ تَغْلِيقُهُ وَإِضَافَتُهُ وَلَا يَصِحُّ رُجُوعُهُ وَلَا يَبْطُلُ بِقِيَامِهِ عَنِ الْمَجْلِسِ، وَيَتَوَقَّفُ عَلَى الْبُلُوغِ إِنْ

كَانَتْ غَائِبَةً لِأَنَّهُ تَعْلِيْقُ الطَّلَاقِ بِقَبُولِهَا الْمَالِ وَهُوَ مِنْ جِهَتِهَا مُبَادَلَةٌ فَلَا يَصِحُّ تَعْلِيْقُهَا وَإِضَافَتُهَا، وَيَصِحُّ رُجُوعُهَا قَبْلَ قَبُولِ الزَّوْجِ وَيَبْطُلُ بَقِيَامِهَا عَنِ الْمَجْلِسِ. وَقَوْلُهُ لِأَنَّ مَعْنَى قَوْلِهِ بِالْألفِ بَعْوَضُ يَجِبُ لِي عَلَيْكَ نَظَرًا إِلَى الْبَاءِ، وَمَعْنَى قَوْلِهِ عَلَى ألفٍ عَلَى شَرْطِ ألفٍ يَكُونُ لِي عَلَيْكَ إِنَّمَا هُوَ عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ، وَأَمَّا عِنْدَهُمَا فَلَا فَرْقَ بَيْنَ الْعِبَارَتَيْنِ (وَالْعَوَضُ لَا يَجِبُ بِدُونِ قَبُولِهِ) ظَاهِرٌ (وَقَوْلُهُ وَالْمَعْلُقُ بِالشَّرْطِ لَا يَنْزِلُ قَبْلَ وُجُودِهِ) يَحْتَاجُ إِلَى أَنْ يُضْمَّ إِلَيْهِ وَبِوُجُودِهِ يَكُونُ الْألفُ عَلَيْهَا وَكَوْنُهَا عَلَيْهَا إِنَّمَا يَكُونُ بِالْقَبُولِ، فَإِذَا قِيلَتْ فِي الْمَجْلِسِ وَقَعَ الطَّلَاقُ وَوَجَبَ عَلَيْهَا الْألفُ وَيَكُونُ الطَّلَاقُ بَائِنًا لَمَّا قُلْنَا: يَعْنِي فِي أَوَّلِ هَذَا الْبَابِ مِنَ الْحَدِيثِ وَهُوَ قَوْلُهُ ﷺ «الْخُلْعُ تَطْلِيقَةٌ بَائِنَةٌ» وَمِنْ الْمَعْقُولِ وَهُوَ قَوْلُهُ وَلَائِهَا لَا تُسَلِّمُ الْمَالُ إِلَّا لَتُسَلِّمَ لَهَا نَفْسُهَا.

(وَلَوْ قَالَ لَامْرَأَتِهِ أَنْتِ طَالِقٌ وَعَلَيْكَ ألفٌ فَقَبِلْتَ، وَقَالَ لِعَبْدِهِ أَنْتَ حُرٌّ وَعَلَيْكَ ألفٌ فَقَبِلَ عَتَقَ الْعَبْدُ وَطَلَّقَتِ الْمَرْأَةُ، وَلَا شَيْءَ عَلَيْهِمَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ) وَكَذَا إِذَا لَمْ يَقْبَلَا (وَقَالَا عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الْألفُ إِذَا قِيلَ) وَإِذَا لَمْ يَقْبَلْ لَا يَقَعُ الطَّلَاقُ وَالْعَتَاقُ. لَهُمَا أَنَّ هَذَا الْكَلَامَ يُسْتَعْمَلُ لِلْمُعَاوَضَةِ، فَإِنْ قَوْلُهُمْ أَحْمِلْ هَذَا الْمَتَاعَ وَلَكَ دِرْهَمٌ بِمَنْزِلَةِ قَوْلِهِمْ بِدِرْهَمٍ. وَلَهُ أَنَّهُ جُمْلَةٌ تَامَةٌ فَلَا تَرْتَبِطُ بِمَا قَبْلَهُ إِلَّا بِدَلَالَةٍ، إِذَا الْأَصْلُ فِيهَا الْاسْتِقْلَالُ وَلَا دَلَالَةً، لِأَنَّ الطَّلَاقَ وَالْعَتَاقَ يَنْفَكَاَنِ عَنِ الْمَالِ، بِخِلَافِ الْبَيْعِ وَالْإِجَارَةِ لِأَنَّهُمَا لَا يَوْجَدَانِ دُونَهُ.

الشرح:

(وَلَوْ قَالَ لَامْرَأَتِهِ أَنْتِ طَالِقٌ وَعَلَيْكَ ألفٌ فَقَبِلْتَ وَقَعَ الطَّلَاقُ وَلَا شَيْءَ عَلَيْهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَكَذَا لَوْ قَالَ لِعَبْدِهِ أَنْتَ حُرٌّ وَعَلَيْكَ ألفٌ فَقَبِلَ، وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ إِنْ لَمْ يَقْبَلَا. وَقَالَا: عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الْألفُ إِذَا قَبِلَا، وَإِذَا لَمْ يَقْبَلَا لَا يَقَعُ الطَّلَاقُ وَالْعَتَاقُ) وَيُعْلَمُ مِنْ هَذَا أَنَّ الْخِلَافَ فِي مَوْضِعَيْنِ أَحَدُهُمَا أَنَّ الْمَرْأَةَ أَوْ الْعَبْدَ إِذَا قَبِلَ الْمَالِ وَقَعَ الطَّلَاقُ وَالْعَتَاقُ مَحْجَأًا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَلَا مُعْتَبَرٌ بِقَبُولِهِمَا، وَعِنْدَهُمَا يَجِبُ عَلَى الْمَرْأَةِ وَالْعَبْدِ الْمَالُ. وَالثَّانِي أَنَّهُمَا إِذَا لَمْ يَقْبَلَا الْمَالُ يَقَعُ الطَّلَاقُ وَالْعَتَاقُ عِنْدَهُ كَمَا إِذَا قَبِلَا، وَعِنْدَهُمَا إِذَا لَمْ يَقْبَلَا لَمْ يَقَعَا (لَهُمَا أَنَّ هَذَا الْكَلَامَ يُسْتَعْمَلُ لِلْمُعَاوَضَةِ، فَإِنْ قَوْلُهُمْ أَحْمِلْ هَذَا الْمَتَاعَ وَلَكَ عَلَيَّ دِرْهَمٌ بِمَنْزِلَةِ قَوْلِهِمْ بِدِرْهَمٍ) وَالْخُلْعُ مُعَاوَضَةٌ فَيُحْمَلُ الْوَاوُ

عَلَى مَعْنَى الْبَاءِ بَدَلَالَةٍ حَالِ الْمَعَاوِضَةِ كَأَنَّهُ قَالَ أَتَيْتَ طَالِقٌ بِأَلْفٍ دِرْهَمٍ فَقَبِلْتُ. وَلَهُمَا هَهُنَا طَرِيقٌ آخَرٌ وَهُوَ أَنْ يُجْعَلَ الْوَاوُ لِلْحَالِ كَأَنَّهُ قَالَ أَتَيْتَ طَالِقٌ فِي حَالٍ مَا يَجِبُ لِي عَلَيْكَ أَلْفٌ وَلَا يَكُونُ ذَلِكَ إِلَّا بَعْدَ قَبُولِهَا، فَإِذَا قَبِلْتُ وَجَبَ الْأَلْفُ.

وَلَأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ قَوْلَهُ وَعَلَيْكَ أَلْفٌ جُمْلَةٌ تَامَّةٌ مِنْ مُبْتَدَأٍ وَخَبَرٍ وَكُلُّ مَا هُوَ كَذَلِكَ لَا يَرْتَبِطُ بِمَا قَبْلَهُ إِلَّا بِذَلِيلٍ، إِذَا الْأَصْلُ فِي الْجُمْلَةِ التَّامَّةِ الْاسْتِقْلَالُ وَلَا ذَلِيلَ هَهُنَا (لَأَنَّ الطَّلَاقَ وَالْعَتَاقَ يَنْفَكَا عَنْ الْمَالِ) بَلْ عَادَةُ الْكِرَامِ فِيهِمَا الْامْتِنَاعُ عَنْ قَبُولِ عَوَضٍ (بِخِلَافِ الْبَيْعِ وَالْإِجَارَةِ لِأَنَّهُمَا لَا يُوجَدَانِ دُونَهُ) أَيْ دُونَ الْمَالِ لَكُونِهِمَا مَعَاوِضَةً مَحْضَةً فَيَصْلُحُ أَنْ يَكُونَ حَالُ الْمَعَاوِضَةِ دَلِيلًا.

(وَلَوْ قَالَ أَنْتَ طَالِقٌ عَلَى أَلْفٍ عَلَى أَنِّي بِالْخِيَارِ أَوْ عَلَى أَنَّكَ بِالْخِيَارِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ فَقَبِلْتُ فَالْخِيَارُ بَاطِلٌ إِذَا كَانَ لِلزَّوْجِ، وَهُوَ جَائِزٌ إِذَا كَانَ لِلْمَرْأَةِ، فَإِنْ رَدَّتْ الْخِيَارَ فِي الثَّلَاثِ بَطُلَ، وَإِنْ لَمْ تَرُدَّ طَلَّقَتْ وَلَزِمَهَا الْأَلْفُ) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ (وَقَالَا: الْخِيَارُ بَاطِلٌ فِي الْوَجْهَيْنِ، وَالطَّلَاقُ وَقَعَ وَعَلَيْهَا أَلْفٌ دِرْهَمٍ) لِأَنَّ الْخِيَارَ لِلْفَسْخِ بَعْدَ الْإِنْعِقَادِ لَا لِلْمَنْعِ مِنَ الْإِنْعِقَادِ، وَالتَّصَرُّفَانِ لَا يَحْتَمِلَانِ الْفَسْخَ مِنَ الْجَانِبَيْنِ لِأَنَّهُ فِي جَانِبِهِ يَمِينٌ وَمِنْ جَانِبِهَا شَرْطُهَا. وَلَأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الْخُلْعَ فِي جَانِبِهَا بِمَنْزِلَةِ الْبَيْعِ حَتَّى يَصِحَّ رُجُوعُهَا، وَلَا يَتَوَقَّفُ عَلَى مَا وَرَاءَ الْمَجْلِسِ فَيَصِحُّ اشْتِرَاطُ الْخِيَارِ فِيهِ، أَمَا فِي جَانِبِهِ يَمِينٌ حَتَّى لَا يَصِحَّ رُجُوعُهُ وَيَتَوَقَّفُ عَلَى مَا وَرَاءَ الْمَجْلِسِ، وَلَا خِيَارَ فِي الْإِيمَانِ، وَجَانِبُ الْعَبْدِ فِي الْعَتَاقِ مِثْلُ جَانِبِهَا فِي الطَّلَاقِ.

الشرح:

(وَلَوْ قَالَ أَنْتَ طَالِقٌ عَلَى أَلْفٍ عَلَى أَنِّي بِالْخِيَارِ أَوْ عَلَى أَنَّكَ بِالْخِيَارِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ فَقَبِلْتُ) طَلَّقْتُ فَالْخِيَارُ بَاطِلٌ (إِذَا كَانَ لِلزَّوْجِ، وَجَائِزٌ إِذَا كَانَ لِلْمَرْأَةِ، فَإِنْ رَدَّتْ الْخِيَارَ فِي الثَّلَاثِ بَطُلَ الطَّلَاقُ، وَإِنْ أَجَازَتْ) الطَّلَاقُ أَوْ لَمْ تَرُدَّ الْخِيَارَ حَتَّى مَضَتْ أَيَّامُهُ وَقَعَ الطَّلَاقُ (وَلَزِمَهَا الْأَلْفُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: الْخِيَارُ بَاطِلٌ فِي الْوَجْهَيْنِ وَالطَّلَاقُ وَقَعَ وَعَلَيْهَا الْأَلْفُ لِأَنَّ الْخِيَارَ لِلْفَسْخِ بَعْدَ الْإِنْعِقَادِ لَا لِلْمَنْعِ مِنَ الْإِنْعِقَادِ، وَلَا فُسْخَ بَعْدَ الْإِنْعِقَادِ هَهُنَا لِأَنَّ التَّصَرُّفَيْنِ) يَعْنِي إِجْبَابَ الزَّوْجِ وَقَبُولَ الْمَرْأَةِ لَا يَحْتَمِلَانِ الْفَسْخَ مِنَ الْجَانِبَيْنِ، أَمَا مِنْ جَانِبِهِ فَلَأَنَّهُ يَمِينٌ لِأَنَّهُ ذَكَرَ شَرْطَ وَجْزَاءٍ مَعْنَى وَالْيَمِينُ لَا يَقْبَلُ الْفَسْخَ.

وَأَمَّا مِنْ جَانِبِهَا فَلَأَنَّ قَبُولَ الْمَرْأَةِ شَرْطُ تَمَامِ الْيَمِينِ فَإِنَّ يَمِينَ الزَّوْجِ تَتِمُّ بِقَبُولِ الْمَرْأَةِ فَأَخَذَ قَبُولُهَا حُكْمَ الْيَمِينِ فِي عَدَمِ احْتِمَالِ الْفَسْخِ (وَلَأَبْيَ حَنِيفَةً أَنَّ الْخُلْعَ فِي جَانِبِهَا بِمَنْزِلَةِ الْبَيْعِ) أَلَا تَرَى أَنَّهَا لَوْ رَجَعَتْ صَحَّ، وَلَوْ قَامَتْ مِنَ الْمَجْلِسِ بَطْلَ كَمَا فِي الْبَيْعِ، وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ صَحَّ اشْتِرَاطُ الْخِيَارِ فِيهِ، وَأَمَّا فِي جَانِبِهِ فَيَمِينٌ لِأَنَّهُ لَا يَصِحُّ الرُّجُوعُ عَنْهُ وَيَتَوَقَّفُ عَلَى مَا وَرَاءِ الْمَجْلِسِ، وَلَا خِيَارَ فِي الْإِيمَانِ.

فَإِنْ قِيلَ: قَدْ ثَبَتَ أَنَّهُ مِنْ جَانِبِهَا شَرْطُ الْيَمِينِ وَشَرْطُ الْيَمِينِ لَا يَقْبَلُ الْفَسْخَ. أَجِيبَ بِأَنَّ كَوْنَهُ شَرْطُ يَمِينٍ لَا يَمْنَعُ أَنْ يَكُونَ تَمْلِيكًا فِي نَفْسِهِ كَمَا قَالَ لِأَخْرَ إِنْ بَعَثْتَ هَذَا الْعَبْدَ بِكَذَا فَعَبْدِي هَذَا الْآخَرُ حُرٌّ أَنَّهُ مُعْلَقٌ بِالْمُعَاوَضَةِ وَلَمْ يَمْنَعْ كَوْنُهُ مُعَاوَضَةً أَنْ يَكُونَ شَرْطًا لِلْيَمِينِ، وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ ثَبَتَ فِيهِ الْخِيَارُ، ثُمَّ لَمَّا بَطَلَ الْقَبُولُ بِالرَّدِّ بِحُكْمِ الْخِيَارِ بَطَلَ كَوْنُهُ شَرْطًا لِأَنَّ كَوْنَهُ شَرْطًا قَائِمٌ بِهَذَا الْوَصْفِ وَهُوَ أَنَّهُ تَمْلِيكُ مَالٍ (وَجَانِبُ الْعَبْدِ فِي الْعَتَاقِ مِثْلُ جَانِبِهَا فِي الطَّلَاقِ) يَعْنِي يَصِحُّ الْخِيَارُ مِنَ الْعَبْدِ إِذَا خِيَرَهُ الْمَوْلَى فِي الْإِعْتِقَاقِ عَلَى مَالٍ كَمَا يَصِحُّ الْخِيَارُ فِي الْخُلْعِ مِنْ جَانِبِ الْمَرْأَةِ.

(وَمِنْ قَالَ لَامْرَأَتِهِ طَلَّقْتُكَ أَمْسِ عَلَى أَلْفِ دِرْهَمٍ فَلَمْ تَقْبَلِي فَقَالَتْ قَبِلْتُ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الزَّوْجِ، وَمَنْ قَالَ لِغَيْرِهِ بَعْتُ مِنْكَ هَذَا الْعَبْدَ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ أَمْسِ فَلَمْ تَقْبَلْ فَقَالَ: قَبِلْتُ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُشْتَرِي) وَوَجْهُ الْفَرْقِ أَنَّ الطَّلَاقَ بِالْمَالِ يَمِينٌ مِنْ جَانِبِهِ فَالْإِقْرَارُ بِهِ يَكُونُ إِقْرَارًا بِالشَّرْطِ لَصِحَّتِهِ بِدُونِهِ، أَمَّا الْبَيْعُ فَلَا يَتِمُّ إِلَّا بِالْقَبُولِ وَالْإِقْرَارُ بِهِ إِقْرَارٌ بِمَا لَا يَتِمُّ إِلَّا بِهِ فَإِنْكَارُهُ الْقَبُولَ رُجُوعٌ مِنْهُ.

الشرح:

(وَمَنْ قَالَ لَامْرَأَتِهِ طَلَّقْتُكَ أَمْسِ عَلَى أَلْفِ دِرْهَمٍ فَلَمْ تَقْبَلِي فَقَالَتْ قَبِلْتُ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الزَّوْجِ، وَمَنْ قَالَ لِغَيْرِهِ بَعْتُ مِنْكَ هَذَا الْعَبْدَ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ أَمْسِ فَلَمْ تَقْبَلْ فَقَالَ: قَبِلْتُ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُشْتَرِي. وَوَجْهُ الْفَرْقِ أَنَّ الطَّلَاقَ بِالْمَالِ يَمِينٌ مِنْ جَانِبِهِ) فَإِنَّهُ تَعْلِيْقُ الطَّلَاقِ بِقَبُولِهَا الْمَالِ وَلِهَذَا لَمْ يَصِحَّ الرُّجُوعُ عَنْهُ (وَالْإِقْرَارُ بِهِ) أَيُّ بِالْيَمِينِ عَلَى تَأْوِيلِ الْحَلْفِ أَوْ الْمَذْكُورِ (لَا يَكُونُ إِقْرَارًا بِوُجُودِ الشَّرْطِ لَصِحَّتِهِ) أَيُّ لَصِحَّةِ الْيَمِينِ (بِدُونِهِ) أَيُّ بِدُونِ الشَّرْطِ (أَمَّا الْبَيْعُ فَلَا يَتِمُّ إِلَّا بِالْقَبُولِ) وَلِهَذَا يَمْلِكُ الرُّجُوعُ قَبْلَ الْقَبُولِ (فَالْإِقْرَارُ بِهِ) أَيُّ بِالْبَيْعِ (إِقْرَارٌ بِمَا لَا يَتِمُّ إِلَّا بِهِ، فَإِنْكَارُهُ الْقَبُولَ رُجُوعٌ مِنْهُ) عَنْ

الإقرار وهو غير مسموع.

قال (والمبارأة كالحلع كلاهما يسقطان كل حق لكل واحد من الزوجين على الآخر مما يتعلق بالنكاح عند أبي حنيفة) وقال محمد: لا يسقط فيهما إلا ما سمياه، وأبو يوسف معه في الحلع ومع أبي حنيفة في المبارأة. لمحمد أن هذه معاوضة وفي المعاوضات يُعتبر المشروط لا غيره.

ولأبي يوسف أن المبارأة مفاعلة من البراءة فتقتضيها من الجانبين وأنه مطلق قيده بحقوق النكاح لدلالة الغرض أما الحلع فمقتضاه الانحلال وقد حصل في نقض النكاح ولا ضرورة إلى انقطاع الأحكام، ولأبي حنيفة أن الحلع ينبئ عن الفصل ومنه خلع النعل وخلع العمل وهو مطلق كالمبارأة فيعمل بإطلاقهما في النكاح وأحكامه وحقوقه.

الشرح:

قال (والمبارأة كالحلع) المبارأة بفتح الهمزة مفاعلة من براء شريكه: إذا أبرأ كل واحد منهما صاحبه وترك الهمزة خطأ، وكذا في المغرب. والأصل في هذا الفصل أن المبارأة والحلع (كلاهما يسقط كل حق لكل واحد من الزوجين على الآخر مما يتعلق بالنكاح) كالمهر والثقة الماضية دون المستقبل لأن للمختلعة والمبارأة الثقة والسكنى ما دامت في العدة به صرح الحاكم الشهيد في الكافي وهذا (عند أبي حنيفة) وقال محمد لا يسقط فيهما إلا ما سمياه، وأبو يوسف معه في الحلع ومع أبي حنيفة في المبارأة) فلو كان مهرها ألفاً فاختلعت منه قبل الدخول على مائة درهم من مهرها فليس لها أن ترجع على الزوج بشيء في قول أبي حنيفة، وفي قولهما ترجع عليه بأربع مائة ولو كانت قبضت الألف ثم اختلعت بمائة درهم لم يكن للزوج غير المائة في قوله وعندهما يرجع عليها إلى تمام النصف، وإذا خالعهما على مال مسمى معلوم معروف سوى الصداق، فإن كانت المرأة مدخولاً بها والمهر مقبوض فإنها تسلم إلى الزوج ولا يتبع أحدهما الآخر بعد الطلاق بشيء، وإن كان المهر غير مقبوض فالمرأة تسلم إلى الزوج بدل الحلع ولا ترجع على الزوج بشيء من المهر عند أبي حنيفة خلافاً لهما.

وَأَمَّا إِذَا كَانَتْ الْمَرْأَةُ غَيْرَ مَدْخُولٍ بِهَا وَالْمَهْرُ مَقْبُوضٌ فَإِنَّ الزَّوْجَ يَأْخُذُ مِنْهَا بِدَلِّ الْخُلْعِ وَلَا يَرْجِعُ عَلَيْهَا بِنِصْفِ الْمَهْرِ بِسَبَبِ الطَّلَاقِ قَبْلَ الدُّخُولِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَإِنْ لَمْ يَكُنِ الْمَهْرُ مَقْبُوضًا يَأْخُذُ الزَّوْجُ مِنْهَا بِدَلِّ الْخُلْعِ وَهِيَ لَا تَرْجِعُ عَلَى زَوْجِهَا بِنِصْفِ الْمَهْرِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ خِلَافًا لَهَا.

وَأَمَّا إِذَا بَارَأَهَا بِمَالٍ مَعْلُومٍ سِوَى الْمَهْرِ فَالْجَوَابُ فِيهِ عِنْدَ مُحَمَّدٍ كَالْجَوَابِ فِي الْخُلْعِ عِنْدَهُ، وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ الْجَوَابُ فِيهِ كَالْجَوَابِ فِي الْخُلْعِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ (لِمُحَمَّدٍ أَنَّ هَذِهِ) أَيُّ كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْخُلْعِ وَالْمُبَارَاةِ مُعَاوَضَةٌ وَفِي الْمُعَاوَضَاتِ يُعْتَبَرُ الْمَشْرُوطُ لَا غَيْرُ، وَلِهَذَا لَوْ كَانَ لِأَحَدِهِمَا دَيْنٌ وَاجِبٌ بِسَبَبٍ آخَرَ أَوْ عَيْنٌ فِي يَدِهِ لَا يَسْقُطُ بِهِمَا شَيْءٌ مِنْ ذَلِكَ وَتَفَقُّعُ عِدَّتِهَا لَا تَسْقُطُ وَإِنْ كَانَتْ مِنْ حُقُوقِ النِّكَاحِ وَالْأَبْيُ يُوسُفُ أَنَّ الْمُبَارَاةَ مُفَاعَلَةٌ مِنَ الْبَرَاءَةِ) وَالْمُفَاعَلَةُ تَقْتَضِي الْفِعْلَ مِنَ الْجَانِبَيْنِ، وَذَلِكَ يَقْتَضِي بَرَاءَةَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَنِ الْآخَرِ (وَأَنَّهُ) أَيُّ لَفْظُ الْبَرَاءَةِ عَلَى مَا قِيلَ أَوْ عَلَى تَأْوِيلِ الْمَذْكُورِ (مُطْلَقٌ)، وَقِدْنَاهُ بِحُقُوقِ النِّكَاحِ لِدَلَالَةِ الْغَرَضِ وَهُوَ وَقُوعُ الْبَرَاءَةِ عَمَّا وَقَعَتِ الْبَرَاءَةُ لِأَجْلِهِ وَهُوَ التَّنْشُورُ الْحَاصِلُ بِسَبَبِ وَصْلَةِ النِّكَاحِ، وَانْقِطَاعُ الْمُنَازَعَةِ إِنَّمَا يَكُونُ بِإِسْقَاطِ مَا وَجَبَ بِاعْتِبَارِ تِلْكَ الْوَصْلَةِ، كَذَا فِي بَعْضِ الشُّرُوحِ.

وَقِيلَ الْغَرَضُ هُوَ قَطْعُ الْمُنَازَعَةِ النَّاشِئَةِ بِالنِّكَاحِ فَتَقْدِيرُ الْبَرَاءَةِ بِالْحُقُوقِ الْوَاجِبَةِ بِالنِّكَاحِ، أَمَّا الْخُلْعُ فَمُقْتَضَاهُ الْإِنْخِلَاعُ وَقَدْ حَصَلَ فِي نَفْسِ النِّكَاحِ فَلَا ضَرُورَةَ إِلَى انْقِطَاعِ الْأَحْكَامِ (وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الْخُلْعَ يُنْبِئُ عَنِ الْفَصْلِ، وَمِنْهُ خَلْعُ النَّعْلِ وَخَلْعُ الْعَمَلِ) وَهُوَ انْفِصَالُ الْعَامِلِ عَنْهُ، وَالْفَصْلُ لَا يَكُونُ إِلَّا عَنْ وَصْلٍ وَلَا وَصْلٍ إِلَّا بِالنِّكَاحِ وَحُقُوقُهُ لَزِمَتْ لَهُ وَقَدْ صَدَرَ مُطْلَقًا مِنْ غَيْرِ قَيْدِ النِّكَاحِ (كَالْمُبَارَاةِ فَيَعْمَلُ بِالْإِطْلَاقِ كَمَا فِي الْمُبَارَاةِ فِي النِّكَاحِ وَأَحْكَامِهِ وَحُقُوقِهِ) قَوْلًا بِكَمَالِ الْفَصْلِ، وَتَفَقُّعُ الْعِدَّةِ لَمْ تَكُنْ وَاجِبَةً عِنْدَ الْخُلْعِ فَتَسْقُطُ بِهِ، وَإِنَّمَا تَجِبُ بَعْدَهُ شَيْئًا فَشَيْئًا.

قَالَ (وَمَنْ خَلَعَ ابْنَتَهُ وَهِيَ صَغِيرَةٌ بِمَا لَهَا لَمْ يَجْزِ عَلَيْهَا) لِأَنَّهُ لَا نَظَرَ لَهَا فِيهِ إِذَا الْبِضْعُ فِي حَالَةِ الْخُرُوجِ غَيْرُ مُتَقَوِّمٍ، وَالْبَدَلُ مُتَقَوِّمٌ بِخِلَافِ النِّكَاحِ لِأَنَّ الْبِضْعَ مُتَقَوِّمٌ عِنْدَ الدُّخُولِ وَهَذَا يُعْتَبَرُ خَلْعُ الْمَرِيضَةِ مِنَ الثَّلَاثِ وَنِكَاحُ الْمَرِيضِ بِمَهْرٍ الْمِثْلِ مِنْ جَمِيعِ الْمَالِ، وَإِذَا لَمْ يَجْزِ لَا يَسْقُطُ الْمَهْرُ وَلَا يَسْتَحِقُّ مَا لَهَا، ثُمَّ يَقَعُ الطَّلَاقُ فِي رِوَايَةٍ وَفِي

رَوَايَةٌ لَا يَقَعُ وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ لِأَنَّهُ تَعْلِيقٌ بِشَرْطِ قَبُولِهِ فَيُعْتَبَرُ بِالتَّعْلِيقِ بِسَائِرِ الشُّرُوطِ (وَإِنْ خَالَعَهَا عَلَى أَلْفٍ عَلَى أَنَّهُ ضَامِنٌ فَالْخُلْعُ وَقَعَ وَالْأَلْفُ عَلَى الْأَبِ) لِأَنَّ اشْتِرَاطَ بَدَلِ الْخُلْعِ عَلَى الْأَجْنَبِيِّ صَحِيحٌ فَعَلَى الْأَبِ أَوَّلَى.

وَلَا يَسْقُطُ مَهْرُهَا لِأَنَّهُ لَمْ يَدْخُلْ تَحْتَ وَلَايَةِ الْأَبِ (وَإِنْ شَرَطَ الْأَلْفَ عَلَيْهَا تَوَقَّفَ عَلَى قَبُولِهَا إِنْ كَانَتْ مِنْ أَهْلِ الْقَبُولِ، فَإِنْ قَبِلَتْ وَقَعَ الطَّلَاقُ) لَوْجُودِ الشَّرْطِ (وَلَا يَجِبُ الْمَالُ) لِأَنَّهَا لَيْسَتْ مِنْ أَهْلِ الْغَرَامَةِ فَإِنْ قَبِلَهُ الْأَبُ عَنْهَا فَفِيهِ رَوَايَتَانِ (وَكَذَا إِنْ خَالَعَهَا عَلَى مَهْرٍ وَلَمْ يَضْمَنْ الْأَبُ الْمَهْرَ تَوَقَّفَ عَلَى قَبُولِهَا، فَإِنْ قَبِلَتْ طَلَّقَتْ وَلَا يَسْقُطُ الْمَهْرُ) وَإِنْ قَبِلَ الْأَبُ عَنْهَا فَعَلَى الرَّوَايَتَيْنِ (وَإِنْ ضَمِنَ الْأَبُ الْمَهْرَ وَهُوَ أَلْفٌ دِرْهَمٍ طَلَّقَتْ) لَوْجُودِ قَبُولِهِ وَهُوَ الشَّرْطُ وَيَلْزَمُهُ خَمْسُمِائَةِ اسْتِحْسَانًا.

وَفِي الْقِيَاسِ يَلْزَمُهُ الْأَلْفُ، وَأَصْلُهُ فِي الْكَبِيرَةِ إِذَا اخْتَلَعَتْ قَبْلَ الدُّخُولِ عَلَى أَلْفٍ وَمَهْرُهَا أَلْفٌ فَفِي الْقِيَاسِ عَلَيْهَا خَمْسُمِائَةِ زَائِدَةً، وَفِي الْاسْتِحْسَانِ لَا شَيْءَ عَلَيْهَا لِأَنَّهُ يُرَادُ بِهِ عَادَةٌ حَاصِلُ مَا يَلْزَمُ لَهَا.

الشرح:

(وَمَنْ خَلَعَ ابْنَتَهُ وَهِيَ صَغِيرَةٌ بِمَا هِيَ لَمْ يَجْزُ عَلَيْهَا) لِأَنَّ وَلَايَةَ الْأَبِ نَظَرِيَّةٌ وَلَا نَظَرَ لَهَا فِيهِ: أَيُّ فِي هَذَا الْخُلْعِ (لِأَنَّ الْبُضْعَ فِي حَالَةِ الْخُرُوجِ غَيْرُ مُتَقَوِّمٍ وَلِهَذَا يُعْتَبَرُ خُلْعُ الْمَرِيضَةِ مِنَ الثَّلَاثِ) وَالْبَدَلُ مُتَقَوِّمٌ وَمُقَابَلَةٌ مَا لَيْسَ بِمُتَقَوِّمٍ بِمَا لَهُ قِيَمَةٌ لَيْسَتْ مِنَ التَّنْظِيرِ فِي شَيْءٍ (بِخِلَافِ النِّكَاحِ) فَإِنَّ الرَّجُلَ إِذَا زَوَّجَ ابْنَتَهُ الصَّغِيرَ امْرَأَةً بِمَهْرٍ الْمِثْلُ صَحَّ لِأَنَّ الْبُضْعَ مُتَقَوِّمٌ حَالَةَ الدُّخُولِ؛ وَلِهَذَا يُعْتَبَرُ نِكَاحُ الْمَرِيضِ بِمَهْرٍ الْمِثْلُ مِنْ جَمِيعِ الْمَالِ فَكَانَ مُقَابَلَةً الْمُتَقَوِّمِ بِالْمُتَقَوِّمِ وَهُوَ مِنْ وُجُوهِ التَّنْظِيرِ، وَإِذَا لَمْ يَجْزِ الْخُلْعُ لَمْ يَسْقُطِ الْمَهْرُ وَلَا يَسْتَحِقُّ الزَّوْجُ مِنْ مَالِهَا بَدَلُ الْخُلْعِ، وَهَلْ يَقَعُ الطَّلَاقُ أَوْ لَا يَقَعُ؟ فِيهِ رَوَايَتَانِ: فِي رَوَايَةٍ يَقَعُ، وَفِي أُخْرَى لَا يَقَعُ. وَمَنْشَأُ الرَّوَايَتَيْنِ قَوْلُ مُحَمَّدٍ فِي الْكِتَابِ لَمْ يَجْزِ، فَإِنَّهُ يُحْتَمَلُ أَنْ يَنْصَرِفَ إِلَى الطَّلَاقِ وَأَنْ يَنْصَرِفَ إِلَى لُزُومِ الْمَالِ، وَالصَّحِيحُ أَنَّ الطَّلَاقَ وَقَعَ، وَعَدَمُ الْجَوَازِ مُنْصَرِفَ إِلَى الْمَالِ، نَصٌّ عَلَيْهِ فِي الْمُتَقَيِّ فَقَالَ: لِأَنَّ لِسَانَ الْأَبِ كَلْسَانَهَا. وَلَوْ خَالَعَ امْرَأَتَهُ الصَّغِيرَةَ عَلَى مَهْرٍ فَقَبِلَتْ أَوْ قَالَتْ الصَّغِيرَةُ لَزَوْجَهَا اخْلَعْنِي عَلَى مَهْرِي فَفَعَلَ وَقَعَ الطَّلَاقُ بِغَيْرِ بَدَلٍ. وَاخْتَارَهُ الْمُصَنِّفُ فَقَالَ (وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ لِأَنَّهُ تَعْلِيقٌ

بِشَرْطِ قَبُولِهِ) أَيُّ قَبُولِ الْأَبِ، فَيُعْتَبَرُ بِالتَّغْلِقِ بِسَائِرِ الشُّرُوطِ مِثْلُ أَنْ يَقُولَ إِنْ دَخَلْتَ الدَّارَ وَغَيْرَهُ، وَفِي ذَلِكَ يَفْعُ إِذَا وَجِدَ الشَّرْطَ، فَكَذَلِكَ إِذَا وَجِدَ الْقَبُولَ. وَوَجْهُ الرِّوَايَةِ الْأُخْرَى أَنَّ الْخُلْعَ فِي مَعْنَى الْيَمِينِ وَالْإِيمَانُ لَا تُجْرَى فِيهَا النَّيَابَةُ، وَلَوْ انْعَقَدَ مِنَ الْأَبِ انْعَقَدَ بِطَرِيقِ النَّيَابَةِ إِلَّا أَنَّ هَذَا لَا يَقْوَى فَإِنَّ الْأَبَ يُوجَدُ مِنْهُ شَرْطُ الْيَمِينِ لَا نَفْسُ الْيَمِينِ، وَشَرْطُ الْيَمِينِ يَصِحُّ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ (وَإِنْ خَالَعَهَا عَلَى أَلْفٍ عَلَى آلِهِ) أَيُّ الْأَبِ (ضَامِنٌ فَالْخُلْعُ وَقَعَ وَالْأَلْفُ عَلَيْهِ) أَيُّ عَلَى الْأَبِ، وَمَعْنَى الضَّمَانِ هَهُنَا التَّزَامُ الْمَالِ عَلَى نَفْسِهِ لَا الْكِفَالَةَ عَنِ الصَّغِيرَةِ لِأَنَّ الزَّوْجَ لَا يَسْتَحِقُّ عَلَيْهَا مَالًا حَتَّى يَتَكَفَّلَ عَنْهَا أَحَدٌ.

وَوَجْهٌ ذَلِكَ مَا ذَكَرَهُ (أَنَّ اشْتِرَاطَ بَدَلِ الْخُلْعِ عَلَى الْأَجْنَبِيِّ صَحِيحٌ) لِكَوْنِهِ فِي مَعْنَى الْمُخْتَلَعَةِ فِي عَدَمِ دُخُولِ شَيْءٍ يُقَابَلُ الْبَدَلُ فِي مِلْكِهِ (فَعَلَى الْأَبِ أُولَى) وَذَكَرَ فِي وَجْهِ الْأَوَّلِيَّةِ أَنَّ لِلْأَبِ وَلَايَةَ التَّصَرُّفِ فِي مَالِ وَلَدِهِ الصَّغِيرِ بَيْنَا وَشِرَاءٍ وَإِجَارَةٍ وَإِذَاعًا وَإِنْبَاعًا، وَلَا يَجُوزُ هَذَا التَّصَرُّفُ مِنَ الْأَجْنَبِيِّ. ثُمَّ اشْتِرَاطُ بَدَلِ الْخُلْعِ عَلَى نَفْسِهِ تَصَرُّفٌ مِنَ التَّصَرُّفَاتِ، فَلَمَّا جَازَ ذَلِكَ مِنَ الْأَجْنَبِيِّ مَعَ أَنَّهُ لَيْسَ لَهُ وَلَايَةُ عَامَّةُ التَّصَرُّفَاتِ فِي مَالِ الصَّغِيرِ فَلِأَنَّ يَجُوزَ مِنَ الْأَبِ وَلَهُ ذَلِكَ أُولَى وَفِيهِ تَأْمُلٌ، فَإِنَّ التَّصَرُّفَ فِي مَالِ الصَّغِيرِ إِنَّمَا يُؤْتَرُ فِي الْأَوَّلِيَّةِ أَنْ لَوْ تَعَلَّقَ بَدَلُ الْخُلْعِ بِمَالِ الصَّغِيرَةِ وَلَيْسَ كَذَلِكَ، وَكَانَ تِلْكَ الْوَلَايَةُ وَعَدَمُهَا سَوَاءً.

وَلَعَلَّ الْأُولَى أَنْ يُقَالَ: الْخُلْعُ تَصَرُّفٌ ذَاتَرٌّ بَيْنَ النَّفْعِ وَالضَّرَرِ أَوْ نَفْعٌ مَخْضُ كَقَبُولِ الْهَبَةِ عَلَى مَا قِيلَ فَإِذَا كَانَ التَّزَامُ بَدَلَهُ مِنَ الْأَجْنَبِيِّ صَحِيحًا مَعَ قُصُورِ الشَّفَقَةِ فَلِأَنَّ يَصِحُّ مِنَ الْأَبِ مَعَ وَفُورِهَا أُولَى.

فَإِنْ قُلْتُ: عَلَى مَا ذَكَرْتُ مِنْ كَوْنِ الْأَجْنَبِيِّ فِي مَعْنَى الْمَرْأَةِ فِي عَدَمِ دُخُولِ شَيْءٍ يُقَابَلُ الْبَدَلُ فِي مِلْكِهِ يَجِبُ أَنْ يَصِحَّ إِعْتَاقُ الرَّجُلِ عَبْدَهُ عَلَى مَالٍ عَلَى الْأَجْنَبِيِّ كَمَا يَصِحُّ عَلَى مَالِهِ عَلَيْهِ لِأَنَّهُ لَا يَدْخُلُ فِي مِلْكِ الْأَجْنَبِيِّ شَيْءٌ كَالْعَبْدِ وَلَيْسَ كَذَلِكَ. قُلْتُ: تَحْصُلُ لِلْعَبْدِ حُرِّيَّةُ نَفْسِهِ الَّتِي هِيَ حَيَاةٌ مَعْنَوِيَّةٌ وَسَبَبُ لِحْصُولِ الْأَمْلاكِ، وَلَيْسَ الْأَجْنَبِيُّ كَذَلِكَ.

لَا يُقَالَ: فِي الْخُلْعِ أَيْضًا تَحْصُلُ لِلْمَرْأَةِ الْحُرِّيَّةُ عَنْ رِقِّ النِّكَاحِ وَلَيْسَ الْأَجْنَبِيُّ كَذَلِكَ. لِأَنَّا نَقُولُ: الْعِتْقُ يُثَبِّتُ الْحُرِّيَّةَ وَالْقُوَّةَ الشَّرْعِيَّةَ وَالْخُلْعُ يَرْفَعُ الْمَانِعَ لِتَعْمَلِ الْقُوَّةُ

الشَّرْعِيَّةُ عَمَلُهَا فَلَمْ يَكُنْ فِيهِ إِثْبَاتُ شَيْءٍ بِخِلَافِ الْعِتْقِ (قَوْلُهُ وَلَا يَسْقُطُ مَهْرُهَا) يَعْنِي وَإِنْ كَانَ الْخُلْعُ يُسْقِطُهُ (لَأَنَّهُ لَمْ يَدْخُلْ تَحْتَ وَلَايَةِ الْأَبِ) لِأَنَّهُ لَيْسَ مِنَ النَّظَرِ وَوِلَايَتُهُ نَظَرِيَّةٌ.

وَقَوْلُهُ (وَإِنْ شَرَطَ الْأَلْفَ) يَعْنِي أَنَّ الزَّوْجَ إِنْ شَرَطَ الْأَلْفَ عَلَى الصَّغِيرَةِ (تَوَقَّفَ عَلَى قَبُولِهَا إِنْ كَانَتْ مِنْ أَهْلِ الْقَبُولِ) بِأَنْ تَعْقِلَ الْعَقْدَ وَتُعَبِّرَ عَنْ نَفْسِهَا (فَإِنْ قَبِلَتْ وَقَعَ الطَّلَاقُ لَوْجُودِ الشَّرْطِ، وَلَا يَجِبُ الْمَالُ لَأَنَّهَا لَيْسَتْ مِنْ أَهْلِ الْغَرَامَةِ وَإِنْ قَبِلَهُ الْأَبُ عَنْهَا فَفِيهِ) أَيُّ فِي هَذَا الْقَبُولِ (رَوَايَتَانِ رَوَايَةٌ يَصِحُّ لَأَنَّ هَذَا نَفْعٌ مَحْضٌ لِلصَّغِيرَةِ)؛ لِأَنَّ الصَّغِيرَةَ تَتَخَلَّصُ مِنْ عَهْدَتِهِ بِغَيْرِ مَالٍ فَصَحَّ مِنَ الْأَبِ كَقَبُولِ الْهَبَةِ، كَذَا فِي مَبْسُوطِ فَخْرِ الْإِسْلَامِ، وَفِيهِ نَظَرٌ.

وَفِي رَوَايَةٍ لَا يَصِحُّ لَأَنَّ هَذَا الْقَبُولَ بِمَعْنَى شَرْطِ الْيَمِينِ، وَذَلِكَ مِمَّا لَا يَحْتَمِلُ التَّيَابَةَ (وَكَذَا إِنْ خَالَعَهَا عَلَى مَهْرٍ وَلَمْ يَضْمَنْ الْأَبُ الْمَهْرَ تَوَقَّفَ عَلَى قَبُولِهَا، فَإِنْ قَبِلَتْ طَلَّقَتْ وَلَا يَسْقُطُ الْمَهْرُ لَوْجُودِ الشَّرْطِ وَهُوَ الْقَبُولُ وَلَيْسَتْ مِنْ أَهْلِ الْغَرَامَةِ (وَإِنْ قَبِلَ الْأَبُ عَنْهَا فَعَلَى الرَّوَايَتَيْنِ) فِي رَوَايَةٍ يَصِحُّ وَفِي أُخْرَى لَا يَصِحُّ، وَوَجْهُ الرَّوَايَتَيْنِ مَا ذَكَرْنَاهُ آنِفًا (وَإِنْ ضَمِنَ الْأَبُ الْمَهْرَ) أَيُّ التَّرَمَّ بِمَعْنَى إِذَا خَالَعَ الْأَبُ مَعَ الزَّوْجِ وَالتَّرَمَّ الْمَهْرَ عَلَى ذِمَّتِهِ (وَهُوَ أَلْفُ دِرْهَمٍ مَثَلًا طَلَّقَتْ لَوْجُودِ قَبُولِهِ وَهُوَ الشَّرْطُ، وَيَلْزَمُهُ خَمْسُمِائَةِ اسْتِحْسَانًا) لِأَنَّ فَرَضَ الْمَسْأَلَةِ فِيمَا إِذَا كَانَتْ غَيْرَ مَلْمُوسَةٍ وَكَانَ الْمَهْرُ أَلْفًا فَأُضَافَ الْخُلْعُ إِلَى مَهْرِهَا وَمَهْرُهَا مَا يَجِبُ لَهَا بِالنِّكَاحِ، وَالْوَاجِبُ لَهَا بِالنِّكَاحِ فِي الطَّلَاقِ قَبْلَ الدُّخُولِ نِصْفُ الْمَهْرِ وَهُوَ خَمْسُمِائَةٍ فَكَأَنَّهُ خَالَعَهَا عَلَى خَمْسُمِائَةٍ صَرِيحًا (وَفِي الْقِيَاسِ يَلْزَمُهُ الْأَلْفُ) بِحُكْمِ الضَّمَانِ.

وَأَعْلَمُ أَنَّ ضَمَانَ الْأَبِ بِالْمَهْرِ وَهُوَ أَلْفُ دِرْهَمٍ إِذَا صَحَّ لَا يَخْلُو مِنْ أَحَدِ الْأَمْرَيْنِ: إِمَّا أَنْ تَكُونَ مَدْخُولًا بِهَا أَوْ لَا؛ فَإِنْ كَانَتْ فَلَهَا عَلَى الزَّوْجِ جَمِيعُ الْمَهْرِ وَلِلزَّوْجِ عَلَى الْأَبِ بِحُكْمِ الضَّمَانِ أَلْفُ دِرْهَمٍ، وَإِنْ لَمْ تَكُنْ فَلَهَا عَلَى الزَّوْجِ نِصْفُ الْمَهْرِ لِأَنَّ النِّصْفَ الْآخَرَ سَقَطَ بِالطَّلَاقِ قَبْلَ الدُّخُولِ وَلِلزَّوْجِ عَلَى الْأَبِ أَلْفُ دِرْهَمٍ بِحُكْمِ الضَّمَانِ فِي الْقِيَاسِ.

وَأَمَّا فِي الاسْتِحْسَانِ فَلِلزَّوْجِ عَلَى الْأَبِ خَمْسُمِائَةٍ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ سَلَامَةَ الْأَلْفِ

وَقَدْ حَصَلَتْ، إِذِ النَّصْفُ سَقَطَ بِالطَّلَاقِ قَبْلَ الدُّخُولِ، وَالنَّصْفُ الْآخَرُ الَّذِي تَرْجِعُ بِهِ الْمَرْأَةُ عَلَيْهِ فَهُوَ يَرْجِعُ بِهِ عَلَى الضَّامِنِ وَهُوَ الْأَبُ، هَذَا إِذَا لَمْ تَقْبِضْ الْمَهْرَ، وَأَمَّا إِذَا قَبِضَتْ الْمَهْرَ كُلَّهُ فَيَرْجِعُ الزَّوْجُ بِالنَّصْفِ عَلَيْهَا وَبِالنَّصْفِ الْآخَرَ عَلَى الضَّامِنِ فَيَسْلَمُ لَهُ جَمِيعُ الْأَلْفِ وَلَا مُعْتَبَرٌ بِاخْتِلَافِ السَّبَبِ عِنْدَ اتِّحَادِ الْمَقْصُودِ (وَأَصْلُ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ فِي الْكَبِيرَةِ إِذَا اخْتَلَعَتْ قَبْلَ الدُّخُولِ عَلَى أَلْفٍ وَمَهْرُهَا أَلْفٌ) وَلَمْ تَقْبِضْ شَيْئًا (فَالْقِيَاسُ أَنْ يَجِبَ عَلَيْهَا خَمْسُمِائَةٍ) لِلزَّوْجِ لِأَنَّ خَمْسُمِائَةً مِنَ الْمَهْرِ سَقَطَتْ بِالطَّلَاقِ قَبْلَ الدُّخُولِ وَقَدْ التَزَمَتِ الْمَرْأَةُ الْأَلْفَ وَنِصْفُ الْأَلْفِ سَقَطَ عَنْ ذِمَّتِهَا بِطَرِيقِ الْمُقَاصَّةِ لِأَنَّهَا عَلَى الزَّوْجِ خَمْسُمِائَةٍ بَاقِيَةً بَعْدَ سُقُوطِ نِصْفِ الْمَهْرِ.

فَوَجِبَ عَلَيْهَا خَمْسُمِائَةٌ زَائِدَةٌ عَلَى الْأَلْفِ تَثْمِينًا لِلأَلْفِ الَّتِي التَزَمَتْهَا (وَفِي الاسْتِحْسَانِ لَا شَيْءَ عَلَيْهَا) لِأَنَّ مَقْصُودَ الزَّوْجِ سُقُوطُ كُلِّ الْمَهْرِ عَنْ ذِمَّتِهِ وَقَدْ حَصَلَ فَلَا يَلْزُمُهَا شَيْءٌ زَائِدٌ عَلَى ذَلِكَ، وَأَمَّا إِذَا قَبِضَتْ جَمِيعَ الْمَهْرِ فَعَلَى الْقِيَاسِ تَرُدُّ الْمَرْأَةُ الْأَلْفَ وَخَمْسُمِائَةَ الْأَلْفِ بِدَلِّ الْخُلْعِ وَخَمْسُمِائَةَ نِصْفِ الْمَهْرِ لِلطَّلَاقِ قَبْلَ الدُّخُولِ. وَفِي الاسْتِحْسَانِ: تَرُدُّ الْأَلْفَ لَا غَيْرُ خَمْسُمِائَةَ بِدَلِّ الْخُلْعِ وَخَمْسُمِائَةَ بِالطَّلَاقِ قَبْلَ الدُّخُولِ. وَقَوْلُهُ (زَائِدَةٌ) بِالْجَرِّ لِأَنَّ الصِّفَةَ تَتَّبِعُ الْمُضَافَ إِلَيْهِ فِي الْإِعْرَابِ كَمَا فِي قَوْلِهِ تَعَالَى ﴿سَبْعَ بَقَرَاتٍ سِمَانٍ﴾ [يوسف: ٤٣] كَذَا فِي النَّهَائَةِ، وَقَالَ: هَكَذَا أَفَادَ شَيْخِي مِرَارًا، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

باب الظهار

(وَإِذَا قَالَ الرَّجُلُ لَامْرَأَتِهِ أَنْتِ عَلَيَّ كَظَهَرِ أُمِّي فَقَدْ حُرِّمَتْ عَلَيْهِ لَا يَحِلُّ لَهُ وَطُؤُهَا وَلَا مَسُّهَا وَلَا تَقْبِيلُهَا حَتَّى يُكْفَرَ عَنْ ظَهَارِهِ) لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ﴾ [المجادلة: ٣] إِلَى أَنْ قَالَ ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَا﴾. وَالظَّهَارُ كَانَ طَلَاقًا فِي الْجَاهِلِيَّةِ، فَقَرَّرَ الشَّرْعُ أَصْلَهُ وَنَقَلَ حُكْمَهُ إِلَى تَحْرِيمِ مُوقَّتِ الْكَفَّارَةِ غَيْرِ مُزِيلٍ لِلنِّكَاحِ، وَهَذَا لِأَنَّهُ جَنَائِيَّةٌ لِكَوْنِهِ مُنْكَرًا مِنَ الْقَوْلِ وَزُورًا فَيُنَاسِبُ الْمَجَازَةَ عَلَيْهَا بِالْحُرْمَةِ، وَارْتِفَاعُهَا بِالْكَفَّارَةِ. ثُمَّ الْوَطْءُ إِذَا حُرِّمَ حُرْمَ بِدَوَاعِيهِ كَيْ لَا يَقَعَ فِيهِ كَمَا فِي الْإِحْرَامِ، بِخِلَافِ الْحَائِضِ وَالصَّائِمِ لِأَنَّهُ يَكْثُرُ وَجُودُهُمَا، فَلَوْ حُرِّمَ الدَّوَاعِي يُفْضِي إِلَى الْحَرَجِ وَلَا كَذَلِكَ الظَّهَارُ وَالْإِحْرَامُ.

الشرح:

(باب الظهار): (وَإِذَا قَالَ الرَّجُلُ لَامْرَأَتِهِ أَنْتَ عَلَيَّ كَظْهَرِ أُمِّي فَقَدْ حُرِّمَتْ عَلَيْهِ لَا يَحِلُّ لَهُ وَطُؤُهَا وَلَا مَسُّهَا وَلَا تَقْبِيلُهَا حَتَّى يُكَفِّرَ عَنْ ظِهَارِهِ لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَا﴾ وَالظَّهَارُ كَانَ طَلَاً فِي الْجَاهِلِيَّةِ، فَقَرَّرَ الشَّرْعُ أَصْلَهُ وَنَقَلَ حُكْمَهُ إِلَى تَحْرِيمِ مُوقَّتِ الْكُفَّارَةِ غَيْرِ مُزِيلٍ لِلنِّكَاحِ) وَيَبَيِّنُ ذَلِكَ أَنَّ أَحَدَهُمْ فِي الْجَاهِلِيَّةِ كَانَ إِذَا أَرَادَ أَنْ يُطْلَقَ امْرَأَتُهُ جَعَلَهَا فِي التَّحْرِيمِ عَلَى نَفْسِهِ كَالْمَوَاضِعِ الَّتِي لَا يَطْلُعُ عَلَيْهَا مِنْ أُمِّهِ كَالْفَخْدِ وَالظَّهْرِ وَالْبَطْنِ وَالْفَرْجِ، ثُمَّ نَظَرُوا فَلَمْ يَجِدُوا مَوْضِعاً أَحْسَنَ فِي الذَّكَرِ وَلَا أَسْتَرَ مِنَ الظَّهْرِ مَعَ إِصَابَةِ الْمَعْنَى الَّتِي أَرَادُوهُ فَاسْتَعْمَلُوهُ دُونَ غَيْرِهِ.

ثُمَّ إِنَّ خَوْلَةَ بِنْتَ ثَعْلَبَةَ قَالَتْ: كُنْتُ تَحْتَ أَوْسِ بْنِ الصَّامِتِ وَقَدْ سَاءَ خُلُقُهُ لَكَبِيرِ سَنَةٍ، فَرَأَجَعْتُهُ فِي بَعْضِ مَا أَمَرَنِي بِهِ فَقَالَ: أَنْتَ عَلَيَّ كَظْهَرِ أُمِّي، ثُمَّ خَرَجَ فَجَلَسَ فِي نَادِي قَوْمِهِ ثُمَّ رَجَعَ إِلَيَّ فَرَأَوْنِي عَنْ نَفْسِي، فَقُلْتُ وَالَّذِي نَفْسُ خَوْلَةَ بِيَدِهِ لَا تَصِلُ إِلَيَّ وَقَدْ قُلْتُ مَا قُلْتَ حَتَّى يَقْضِيَ اللَّهُ وَرَسُولُهُ فِي ذَلِكَ، فَوَقَعَ عَلَيَّ فَدَفَعْتُهُ بِمَا تَدْفَعُ بِهِ الْمَرْأَةُ الشَّيْخَ الْكَبِيرَ، وَخَرَجْتُ إِلَى بَعْضِ جِيرَانِي فَأَخَذَتْ ثِيَاباً فَلَبِسَتْهَا وَأَتَيْتِ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ فَأَخْبَرْتُهُ بِذَلِكَ، فَجَعَلَ يَقُولُ لِي: زَوْجُكَ وَابْنُ عَمِّكَ وَقَدْ كَبِرَ فَأَحْسِنِي إِلَيْهِ، فَجَعَلْتُ أَشْكُو إِلَى اللَّهِ مَا أَرَى مِنْ سُوءِ خُلُقِهِ فَتَعَشَّى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ مَا كَانَ يَتَعَشَّاهُ عِنْدَ نُزُولِ الْوَحْيِ فَلَمَّا سُرِّي عَنْهُ قَالَ: أَنْزَلَ اللَّهُ فِيكَ وَفِي زَوْجِكَ بَيَّاناً، وَتَلَا قَوْلَهُ تَعَالَى ﴿قَدْ سَمِعَ اللَّهُ قَوْلَ الَّتِي تُجَادِلُكَ فِي زَوْجِهَا وَتَشْتَكِي إِلَى اللَّهِ﴾ إِلَى آخِرِ آيَاتِ الظَّهَارِ، ثُمَّ قَالَ: مُرِيهِ فَلْيُعْتَقِ رَقَبَةً، فَقُلْتُ: لَا يَجِدُ ذَلِكَ يَا رَسُولَ اللَّهِ، ثُمَّ قَالَ: مُرِيهِ أَنْ يَصُومَ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ، فَقُلْتُ: هُوَ شَيْخٌ كَبِيرٌ لَا يُطِيقُ الصَّوْمَ، فَقَالَ: مُرِيهِ فَلْيُطْعَمْ سِتِّينَ مَسْكِيناً فَقُلْتُ: مَا عِنْدَهُ شَيْءٌ يَا رَسُولَ اللَّهِ، فَقَالَ: إِنْ سَأَعْتَهُ بِعَرَقٍ، فَقُلْتُ: وَأَنَا أُعِينُهُ بِعَرَقٍ أَيْضاً، فَقَالَ: افْعَلِي وَاسْتَوْصِي بِهِ خَيْرًا».

وَقَالَ عَلَمَاؤُنَا: الْمُرَادُ مِنَ الْعَوْدِ هُوَ الْعَزْمُ عَلَى الْجَمَاعِ الَّذِي هُوَ إِمْسَاكُ بِالْمَعْرُوفِ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: الْمُرَادُ هُوَ السُّكُوتُ عَنْ طَلَاقِهَا عَقِيبَ الظَّهَارِ (قَوْلُهُ وَهَذَا) إِشَارَةٌ إِلَى نَقْلِ حُكْمِ الظَّهَارِ مِنَ الطَّلَاقِ إِلَى التَّحْرِيمِ الْمُوقَّتِ بِالْكَفَّارَةِ، وَيَبَيِّنُ أَنَّ الظَّهَارَ

جِنَايَةً لِّكَوْنِهِ مُنْكَرًا مِّنَ الْقَوْلِ وَزُورًا قَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿وَالَّذِينَ يَقُولُونَ مُنْكَرًا مِّنَ الْقَوْلِ وَزُورًا﴾ [المجادلة: ٢] وَالْمُنْكَرُ مَا يُنْكَرُهُ الْحَقِيقَةُ وَالشَّرْعُ، وَالزُّورُ هُوَ الْكَذِبُ وَالْبَاطِلُ، وَالْجِنَايَةُ تُنَاسِبُ الْمَجَازَةَ عَلَيْهَا بِالْحُرْمَةِ وَارْتِفَاعَهَا بِالْكَفَّارَةِ (ثُمَّ الْوُطْءُ إِذَا حُرِّمَ حُرْمَ بَدَوَاعِيهِ كَيْ لَا يَقَعَ فِيهِ كَمَا فِي الْإِحْرَامِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا تُحْرَمُ الدَّوَاعِي لِأَنَّ التَّحْرِيمَ عَرِفَ بِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿مَنْ قَبِلَ أَنْ يَتَمَاسَّا﴾ وَالتَّمَاسُّ فِي الْقُرْآنِ كِنَايَةٌ عَنِ الْجَمَاعِ.

وَأَجَابَ صَاحِبُ الْأَسْرَارِ بِأَنَّ التَّمَاسَّ حَقِيقَةٌ فِي الْمَسِّ بِالْيَدِ وَالْكَلامُ لِلْحَقِيقَةِ حَتَّى يَقُومَ دَلِيلُ الْمَجَازِ (بِخِلَافِ الْحَائِضِ وَالصَّائِمِ) حَيْثُ لَا تُحْرَمُ الدَّوَاعِي فِيهِمَا (لِأَنَّهُ يَكْثُرُ وَجُودُهُمَا، فَلَوْ حُرِّمَ الدَّوَاعِي أَفْضَى إِلَى الْحَرَجِ، وَلَا كَذَلِكَ الظُّهَارُ وَالْإِحْرَامُ) وَسَيَأْتِي فِي كِتَابِ الْكَرَاهِيَةِ. فَإِنْ قِيلَ: لَمَّا كَثُرَ وَجُودُهُمَا كَانَ أَدْعَى إِلَى شَرْعِ الرَّاجِرِ مِنَ الظُّهَارِ، فَلَمْ اِنْعَكَسَ الْأَمْرُ؟ أَجِيبَ بِأَنَّ أَوْقَاتَ الْحَيْضِ وَالصَّوْمِ وَإِنْ كَانَ كَثِيرًا لَكِنْ أَوْقَاتُ الظُّهْرِ وَالْإِفْطَارِ أَكْثَرُ، فَلَمَّا كَثُرَ أَوْقَاتُ الظُّهْرِ كَانَ الْجَمَاعُ مَوْجُودًا فِيهَا ظَاهِرًا فَيُوجِبُ ذَلِكَ فُتُورَ رَغْبَةٍ فِي الْجَمَاعِ فَلَا يَلِيقُ فِيهِ إِجْبَابُ الرَّاجِرِ لِأَنَّ إِجْبَابَ الرَّاجِرِ لَمَنْعَ وَجُودِ الْجَمَاعِ، وَبِفُتُورِ الرَّغْبَةِ كَانَ مُمْتَنِعًا فَلَا يَحْتَاجُ إِلَى إِجْبَابِ الرَّاجِرِ.

(فَإِنْ وَطَّئَهَا قَبْلَ أَنْ يُكْفَرَ اسْتَغْفَرَ اللَّهُ تَعَالَى وَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ غَيْرَ الْكَفَّارَةِ الْأُولَى وَلَا يَعُودُ حَتَّى يُكْفَرَ) «لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لِلَّذِي وَقَعَ فِي ظَهْرِهِ قَبْلَ الْكَفَّارَةِ: اسْتَغْفِرِ اللَّهَ وَلَا تَعُدْ حَتَّى تُكْفَرَ»^(١) وَلَوْ كَانَ شَيْءٌ آخَرُ وَاجِبًا لَنَبَّهَ عَلَيْهِ. قَالَ: وَهَذَا اللفظُ لَا يَكُونُ إِلَّا ظَاهِرًا لِأَنَّهُ صَرِيحٌ فِيهِ (وَلَوْ نَوَى بِهِ الطَّلَاقَ لَا يَصِحُّ) لِأَنَّهُ مَنْسُوخٌ فَلَا يَتِمَكَّنُ مِنَ الْإِيتْيَانِ بِهِ

الشرح:

(فَإِنْ وَطَّئَهَا قَبْلَ أَنْ يُكْفَرَ اسْتَغْفَرَ اللَّهُ وَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ غَيْرَ الْكَفَّارَةِ الْأُولَى) أَيِ الْكَفَّارَةِ الْوَاجِبَةِ بِالظُّهَارِ عَلَى التَّرْتِيبِ الْمَنْصُوصِ، وَلَا يُعَاوِذُ الْوُطْءَ حَتَّى يُكْفَرَ؛ لَمَّا رُوِيَ «أَنَّ سَلَمَةَ بْنَ صَخْرٍ الْبَيَاضِيَّ قَالَ لِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ: ظَاهَرْتُ مِنْ امْرَأَتِي ثُمَّ أَبْصَرْتُ خَلْعَهَا فِي لَيْلَةٍ فَمَرَأَ فَوَاقَعْتُهَا، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: اسْتَغْفِرْ رَبَّكَ وَلَا تَعُدْ حَتَّى

(١) أخرجه أبو داود (٢٢٢٢)، والترمذي (١١٩٩)، والنسائي (٣٢٣٤)، وابن ماجه (٢٠٦٥)

عن ابن عباس، وانظر نصب الراية (٣/٣٥٤).

تُكَفِّرُ». وَوَجْهَ الاستِدلالِ مَا ذَكَرَهُ بِقَوْلِهِ (وَلَوْ كَانَ شَيْءٌ آخَرَ وَاجِبًا لَنَبَّهَ عَلَيْهِ. قَالَ: وَهَذَا اللَّفْظُ) هَذَا إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ أَنْتِ عَلَيَّ كَظْهَرِ أُمِّي: يَعْني هَذَا اللَّفْظُ لَا يَثْبُتُ بِهِ إِلَّا الظَّهَارُ، فَلَوْ نَوَى الطَّلَاقَ أَوْ الْإِيلَاءَ أَوْ قَالَ لَمْ أَتُو بِهِ شَيْئًا يَكُونُ ظَهَارًا (لَأَنَّهُ) أَيُّ كَوْنُهُ طَلَاقًا (مَفْسُوخٌ فَلَا يَتِمَّكُنُ مِنَ الْإِثْنَانِ بِهِ) لِأَنَّ فِي ذَلِكَ تَغْيِيرَ مَوْضُوعِ الشَّرْعِ وَلَيْسَ لِلْعَبْدِ ذَلِكَ.

(وَإِذَا قَالَ أَنْتِ عَلَيَّ كَبَطْنِ أُمِّي أَوْ كَفَخَذَيْهَا أَوْ كَفَرَجِهَا فَهُوَ مُظَاهِرٌ) لِأَنَّ الظَّهَارَ لَيْسَ إِلَّا تَشْبِيهُهُ الْمُحَلَّلَةِ بِالْمَحْرَمَةِ، وَهَذَا الْمَعْنَى يَتَحَقَّقُ فِي عُضْوٍ لَا يَجُوزُ النَّظَرُ إِلَيْهِ (وَكَذَا إِذَا شَبَّهَهَا بِمَنْ لَا يَحِلُّ لَهُ النَّظَرُ إِلَيْهَا عَلَى التَّأْيِيدِ مِنْ مَحَارِمِهِ مِثْلَ أُخْتِهِ أَوْ عَمَّتِهِ أَوْ أُمِّهِ مِنَ الرِّضَاعَةِ) لِأَنَّهُنَّ فِي التَّحْرِيمِ الْمُؤَبَّدِ كَالْأُمِّ (وَكَذَلِكَ إِذَا قَالَ رَأْسُكَ عَلَيَّ كَظْهَرِ أُمِّي أَوْ فَرْجُكَ أَوْ وَجْهَكَ أَوْ رَقَبَتَكَ أَوْ نِصْفَكَ أَوْ ثُلُثَكَ أَوْ بَدَنَكَ) لِأَنَّهُ يُعْبَرُ بِهَا عَنْ جَمِيعِ الْبَدَنِ، وَيَثْبُتُ الْحُكْمُ فِي الشَّائِعِ ثُمَّ يَتَعَدَّى كَمَا بَيَّنَّاهُ فِي الطَّلَاقِ.

الشرح:

(وَلَوْ قَالَ أَنْتِ عَلَيَّ كَبَطْنِ أُمِّي أَوْ كَفَخَذَيْهَا أَوْ كَفَرَجِهَا فَهُوَ مُظَاهِرٌ لِأَنَّ الظَّهَارَ لَيْسَ إِلَّا تَشْبِيهُهُ الْمُحَلَّلَةِ بِالْمَحْرَمَةِ) اللَّامُ فِي الْمُحَلَّلَةِ وَالْمَحْرَمَةِ لِلْعَهْدِ: أَيُّ الْمُحَلَّلَةِ نِكَاحًا لَا بِمِلْكِ الْيَمِينِ بِالْمَحْرَمَةِ تَأْيِيدًا لَا تَوْفِيقًا (وَهَذَا الْمَعْنَى) أَيُّ التَّشْبِيهِ (يَتَحَقَّقُ فِي عُضْوٍ لَا يَجُوزُ النَّظَرُ إِلَيْهِ) كَالْأَعْضَاءِ الْمَذْكُورَةِ، بِخِلَافِ الْيَدِ وَالرَّجْلِ وَالشَّعْرِ وَالظُّفْرِ لِأَنَّهُ يَحِلُّ النَّظَرُ وَالْمَسُّ فَلَا يَكُونُ مُظَاهِرًا بِالتَّشْبِيهِ بِهَا.

وَقَوْلُهُ وَكَذَا إِذَا شَبَّهَهَا بِمَنْ لَا يَحِلُّ لَهُ النَّظَرُ إِلَيْهَا ظَاهِرٌ وَإِنْ قَالَ رَأْسُكَ عَلَيَّ كَظْهَرِ أُمِّي أَوْ فَرْجُكَ أَوْ رَقَبَتَكَ كَانَ مُظَاهِرًا لِأَنَّ هَذِهِ الْأَعْضَاءَ يُعْبَرُ بِهَا عَنْ جَمِيعِ الْبَدَنِ فَيَكُونُ تَشْبِيْهُهَا مِنَ الْمَرْأَةِ كَتَشْبِيْهِهَا ذَاتَ الْمَرْأَةِ (وَلَوْ قَالَ نِصْفُكَ أَوْ ثُلُثُكَ أَوْ رُبْعُكَ كَظْهَرِ أُمِّي كَانَ مُظَاهِرًا لِأَنَّ الْحُكْمَ يَثْبُتُ فِي ذَلِكَ الْجُزْءِ أَوْ لَا ثُمَّ يَسْرِي إِلَى سَائِرِ الْبَدَنِ كَمَا بَيَّنَّاهُ فِي الطَّلَاقِ)

(وَلَوْ قَالَ أَنْتِ عَلَيَّ مِثْلُ أُمِّي أَوْ كَأُمِّي يَرْجِعُ إِلَى نِيَّتِهِ) لِيُنْكَشِفَ حُكْمُهُ (فَإِنْ قَالَ أَرَدْتُ الْكَرَامَةَ فَهُوَ كَمَا قَالَ) لِأَنَّ التَّكْرِيمَ بِالتَّشْبِيهِ فَاشٍ فِي الْكَلَامِ (وَإِنْ قَالَ أَرَدْتُ الظَّهَارَ فَهُوَ ظَهَارٌ) لِأَنَّهُ تَشْبِيْهُهُ بِجَمِيعِهَا، وَفِيهِ تَشْبِيْهُهُ بِالْعُضْوِ لَكِنَّهُ لَيْسَ بِصَرِيحٍ فَيَنْتَقِرُ

إِلَى النَّبَةِ (وَإِنْ قَالَ أَرَدْتَ الطَّلَاقَ فَهُوَ طَلَاقٌ بَاطِنٌ) لِأَنَّهُ تَشْبِيهُ بِالْأُمِّ فِي الْحُرْمَةِ فَكَأَنَّهُ قَالَ أَنْتِ عَلَيَّ حَرَامٌ وَتَوَى الطَّلَاقَ، وَإِنْ لَمْ تَكُنْ لَهُ نَبَةً فَلَيْسَ بِشَيْءٍ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ لَاحْتِمَالِ الْحَمْلِ عَلَى الْكَرَامَةِ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ يَكُونُ ظَهَارًا لِأَنَّ التَّشْبِيهَ بَعْضُهُ مِنْهَا لَمَّا كَانَ ظَهَارًا فَالتَّشْبِيهُ بِجَمِيعِهَا أَوَّلَى.

وَإِنْ عَنَى بِهِ التَّحْرِيمَ لَا غَيْرُ؛ فَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ هُوَ إِيلَاءٌ لِيَكُونَ الثَّابِتُ بِهِ أَدْنَى الْحُرْمَتَيْنِ. وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ ظَهَارٌ لِأَنَّ كَافَ التَّشْبِيهِ تَخْتَصُّ بِهِ.

الشرح:

وَلَوْ قَالَ أَنْتِ عَلَيَّ مِثْلُ أُمِّي أَوْ كَأُمِّي احْتَمَلَ وَجُوهًا فَيَرْجِعُ إِلَى نَبَتِهِ لِيَنْكَشِفَ ذَلِكَ؛ وَكَلَامُهُ ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (وَإِنْ لَمْ تَكُنْ لَهُ نَبَةً فَلَيْسَ بِشَيْءٍ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ) ذَكَرَ فِي الْمَبْسُوطِ قَوْلَ أَبِي حَنِيفَةَ وَحَدُّهُ، وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ فِيهِ رَوَاتَانِ: إِحْدَاهُمَا كَقَوْلِ مُحَمَّدٍ لِأَنَّهُ قَالَ فِي الْأَمَالِي: إِذَا قَالَ هَذَا فِي حَالَةِ الْعُضْبِ وَقَالَ تَوَيْتُ بِهِ الْبِرَّ لَمْ يُصَدَّقْ فِي الْقَضَاءِ وَهُوَ ظَهَارٌ.

وَعَنْهُ أَنَّهُ قَالَ إِيلَاءٌ لِأَنَّ الْأُمَّ مُحَرَّمَةٌ عَلَيْهِ بِالنَّصِّ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ﴾ [النساء: ٢٣] وَكَانَ قَوْلُهُ أَنْتِ عَلَيَّ كَأُمِّي بِمَنْزِلَةِ قَوْلِهِ أَنْتِ عَلَيَّ حَرَامٌ، وَقَدْ بَيَّنَّا فِي هَذَا اللَّفْظِ أَنَّهُ إِذَا لَمْ يَتَوَ شَيْئًا يَثْبُتُ أَقْلُ الْوُجُوهِ وَهُوَ الْإِيلَاءُ. وَجْهٌ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ عَلَى مَا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ أَنَّ كَلَامَهُ يَحْتَمِلُ التَّشْبِيهَ مِنْ حَيْثُ الْكَرَامَةُ فَيَحْمَلُ عَلَيْهِ إِلَى أَنْ يَتَبَيَّنَ خِلَافُهُ بِالنَّبَةِ وَالْفَرْضُ عَدَمُهَا. وَوَجْهٌ قَوْلُ مُحَمَّدٍ أَنَّ (التَّشْبِيهَ بَعْضُهُ مِنْهَا لَمَّا كَانَ ظَهَارًا فَالتَّشْبِيهُ بِجَمِيعِهَا أَوَّلَى).

وَإِنْ عَنَى بِهِ التَّحْرِيمَ لَا غَيْرُ؛ فَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ هُوَ إِيلَاءٌ لِيَكُونَ الثَّابِتُ بِهِ أَدْنَى الْحُرْمَتَيْنِ فَإِنَّ الْحُرْمَةَ الثَّابِتَةَ بِالْإِيلَاءِ أَدْنَى مِنَ الْحُرْمَةِ الثَّابِتَةِ بِالظَّهَارِ، إِذْ حُرْمَةُ الْإِيلَاءِ لَغَيْرِهَا وَهُوَ هَتَكُ حُرْمَةِ اسْمِ اللَّهِ تَعَالَى، وَحُرْمَةُ الظَّهَارِ لِعَيْنِهَا وَهُوَ أَنَّهُ مُنْكَرٌ مِنَ الْقَوْلِ وَزُورٌ، وَلِأَنَّ الْحُرْمَةَ الثَّابِتَةَ بِالظَّهَارِ لَا تَرْتَفِعُ إِلَّا بِالْكَفَّارَةِ، وَالثَّابِتَةَ بِالْإِيلَاءِ تَرْتَفِعُ بِذَوْنِهَا وَهُوَ الْحَنْثُ وَغَيْرُ ذَلِكَ مِنَ الْوُجُوهِ الدَّالَّةِ عَلَى ذَلِكَ عَلَى مَا هُوَ الْمَذْكُورُ فِي النَّهَايَةِ وَغَيْرِهَا (وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ ظَهَارٌ لِأَنَّ كَافَ التَّشْبِيهِ يَخْتَصُّ بِهِ).

(وَلَوْ قَالَ أَنْتِ عَلَيَّ حَرَامٌ كَأُمِّي وَتَوَى ظَهَارًا أَوْ طَلَاقًا فَهُوَ عَلَى مَا نَوَى) لِأَنَّهُ

يَحْتَمِلُ الْوَجْهَيْنِ. الظَّهَارُ لِمَكَانِ التَّشْبِيهِ وَالطَّلَاقُ لِمَكَانِ التَّحْرِيمِ وَالتَّشْبِيهُ تَأْكِيدٌ لَهُ وَإِنْ لَمْ تَكُنْ لَهُ نِيَّةٌ، فَعَلَى قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ إِبْلَاءٌ، وَعَلَى قَوْلِ مُحَمَّدٍ ظَهَارٌ، وَالْوَجْهَانِ بَيْنَاهُمَا.

الشرح:

(وَلَوْ قَالَ أَنْتَ عَلَيَّ حَرَامٌ كَأَمِّي وَتَوَى ظَهَارًا أَوْ طَلَاقًا فَهُوَ عَلَى مَا نَوَى لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ الْوَجْهَيْنِ) فَحَسْبُ، لِأَنَّهُ لَمَّا صَرَّحَ بِالْحُرْمَةِ لَمْ يَبْقَ كَلَامُهُ مُحْتَمِلًا لِلْكَرَامَةِ كَمَا فِي الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى وَوَجْهَهَا ظَاهِرٌ (وَإِنْ لَمْ تَكُنْ لَهُ نِيَّةٌ فَعَلَى قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ إِبْلَاءٌ، وَعَلَى قَوْلِ مُحَمَّدٍ ظَهَارٌ، وَالْوَجْهَانِ بَيْنَاهُمَا) يَعْنِي قَوْلُهُ لِيَكُونَ الثَّابِتُ أَذْنَى الْحُرْمَتَيْنِ، وَقَوْلُهُ لِأَنَّ كَافَ التَّشْبِيهِ يَخْتَصُّ بِهِ.

(وَإِنْ قَالَ أَنْتَ عَلَيَّ حَرَامٌ كَظَهَرِ أُمِّي وَتَوَى بِهِ طَلَاقًا أَوْ إِبْلَاءً لَمْ يَكُنْ إِلَّا ظَهَارًا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: هُوَ عَلَى مَا نَوَى) لِأَنَّ التَّحْرِيمَ يَحْتَمِلُ كُلَّ ذَلِكَ عَلَى مَا بَيَّنَّا، غَيْرَ أَنَّ عِنْدَ مُحَمَّدٍ إِذَا نَوَى الطَّلَاقَ لَا يَكُونُ ظَهَارًا، وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ يَكُونَانِ جَمِيعًا وَقَدْ عُرِفَ مَوْضِعُهُ. وَلَأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ صَرِيحٌ فِي الظَّهَارِ فَلَا يَحْتَمِلُ غَيْرَهُ، ثُمَّ هُوَ مُحْكَمٌ فَيُرَدُّ التَّحْرِيمُ إِلَيْهِ.

الشرح:

(وَإِنْ قَالَ أَنْتَ عَلَيَّ حَرَامٌ كَظَهَرِ أُمِّي وَتَوَى طَلَاقًا أَوْ إِبْلَاءً لَا يَكُونُ إِلَّا ظَهَارًا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ) وَكَذَا إِذَا لَمْ يَتَوَ شَيْئًا كَذَا فِي الْمَبْسُوطِ (وَقَالَا: هُوَ عَلَى مَا نَوَى) إِنْ نَوَى ظَهَارًا فَظَهَارٌ، وَإِنْ نَوَى طَلَاقًا فَطَلَاقٌ، وَإِنْ نَوَى إِبْلَاءً فَإِبْلَاءٌ، كَذَا ذَكَرَهُ الصَّدْرُ الشَّهِيدُ وَالْإِمَامُ الْعَتَابِيُّ فِي شَرْحِهِمَا لِلْجَامِعِ الصَّغِيرِ (لَأَنَّ التَّحْرِيمَ مُحْتَمِلٌ) وَنِيَّةُ الْمُحْتَمَلِ صَحِيحَةٌ (غَيْرَ أَنَّ عِنْدَ مُحَمَّدٍ إِذَا نَوَى الطَّلَاقَ لَا يَكُونُ ظَهَارًا، وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ يَكُونَانِ جَمِيعًا) يَعْنِي يَقَعُ الطَّلَاقُ بَيْنَهُ وَيَكُونُ مُظَاهَرًا بِالتَّصْرِيحِ بِالظَّهَارِ، وَلَا يَصْدُقُ فِي صَرَفِ الْكَلَامِ عَنْ ظَاهِرِهِ قَضَاءُ فَصَارَ بِمَنْزِلَةِ قَوْلِهِ زَيْتَبُ طَالِقٌ وَلَهُ امْرَأَةٌ مَعْرُوفَةٌ بِهَذَا الْأِسْمِ وَقَالَ لِي امْرَأَةٌ أُخْرَى وَإِيَّاهَا عَنَيْتُ يَقَعُ الطَّلَاقُ عَلَى تِلْكَ بَيْنَتِهِ وَعَلَى هَذِهِ الْمَعْرُوفَةِ بِالظَّاهِرِ.

وَضَعَفَهُ شَمْسُ الْأُئِمَّةِ السَّرْحَسِيُّ بِأَنَّ الطَّلَاقَ إِنْ وَقَعَ بِقَوْلِهِ أَنْتَ عَلَيَّ حَرَامٌ كَانَ مُتَكَلِّمًا بِلَفْظِ الظَّهَارِ بَعْدَ مَا بَانَ، وَالظَّهَارُ بَعْدَ الْبَيِّنَاتِ لَا يَصِحُّ، وَإِنْ قَالَ الظَّهَارُ مَعَ

الطَّلَاقُ يَثْبُتُ بِقَوْلِهِ أَنْتِ حَرَامٌ. قُلْنَا اللَّفْظُ الْوَاحِدُ لَا يَحْتَمِلُ مَعْنَيْنِ مُخْتَلَفَيْنِ. وَأَجَابَ الْإِمَامُ ظَهْرُ الدِّينِ عَنْ هَذَا فَقَالَ: يَصِحُّ ظَهَارُ الْمُبَانَةِ عَلَى قَوْلِهِ، وَكَانَ هَذَا رِوَايَةً مِنْهُ عَلَى صِحَّةِ ظَهَارِ الْمُبَانَةِ وَأَنَّ هَذَا الْكَلَامَ صَرِيحٌ فِي الظَّهَارِ وَلِهَذَا لَوْ لَمْ تَكُنْ لَهُ نِيَّةٌ يَكُونُ ظَهَارًا فَلَا يَصَدَّقُ فِي إِبْطَالِ حُكْمِ الظَّهَارِ وَيُصَدَّقُ فِي إِرَادَةِ الطَّلَاقِ لَاعْتِرَافِهِ بِهِ. وَقَوْلُهُ وَقَدْ عُرِفَ فِي مَوْضِعِهِ يَعْنِي مَبْسُوطَ شَمْسِ الْأُئِمَّةِ (وَلَأَبِي حَنِيفَةَ: أَنَّ قَوْلَهُ أَنْتِ عَلَيَّ كَظَهْرِ أُمِّي صَرِيحٌ فِي الظَّهَارِ) وَلِهَذَا لَا يَحْتَاجُ فِي الدَّلَالَةِ عَلَيْهِ إِلَى النِّيَّةِ (فَلَا يَحْتَمِلُ غَيْرُهُ مِنَ الطَّلَاقِ) وَالْإِيلَاءِ (ثُمَّ هُوَ مُحْكَمٌ) لِعَدَمِ احْتِمَالِ الْغَيْرِ، وَقَوْلُهُ أَنْتِ عَلَيَّ حَرَامٌ يَحْتَمِلُ تَحْرِيمَ الطَّلَاقِ وَغَيْرَهُ كَمَا مَرَّ (فَيَرُدُّ التَّحْرِيمَ إِلَيْهِ) أَيِ إِلَى الظَّهَارِ كَمَا هُوَ الْأَصْلُ فِي رَدِّ الْمُحْتَمَلِ عَلَى الْمُحْكَمِ.

قَالَ (وَلَا يَكُونُ الظَّهَارُ إِلَّا مِنَ الزَّوْجَةِ، حَتَّى لَوْ ظَاهَرَ مِنْ أَمَتِهِ لَمْ يَكُنْ مُظَاهِرًا) لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿مِنْ نِسَائِهِمْ﴾ [المجادلة: ١٢] وَلَأَنَّ الْحِلَّ فِي الْأَمَةِ تَابِعٌ فَلَا تُلْحَقُ بِالْمُنْكَوْحَةِ، وَلَأَنَّ الظَّهَارَ مَنْفُوقٌ عَنِ الطَّلَاقِ وَلَا طَلَاقَ فِي الْمَمْلُوكَةِ.

الشرح:

قَالَ (وَلَا يَكُونُ الظَّهَارُ إِلَّا مِنَ الزَّوْجَةِ، حَتَّى لَوْ ظَاهَرَ مِنْ أَمَتِهِ لَمْ يَكُنْ مُظَاهِرًا) لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ﴾ وَلَأَنَّ الْحِلَّ فِي الْمَمْلُوكَةِ تَابِعٌ بِدَلِيلِ أَنَّهُ لَوْ اشْتَرَى أَمَةً فَوَجَدَهَا مُحَرَّمَةً عَلَيْهِ بِرِضَاعٍ أَوْ مُصَاهَرَةٍ لَمْ يَثْبُتْ لِلْمُشْتَرِي وَلَايَةُ الرَّدِّ بِسَبَبِ الْحُرْمَةِ فَلَا تَكُونُ الْأَمَةُ فِي مَعْنَى الْمُنْكَوْحَةِ حَتَّى تُلْحَقَ بِهَا (وَلَأَنَّ الظَّهَارَ مَنْفُوقٌ عَنِ الطَّلَاقِ وَلَا طَلَاقَ فِي الْمَمْلُوكَةِ) وَعُورِضَ بِأَنَّ الْأَمَةَ مَحَلُّ الظَّهَارِ بَقَاءً فَيَجِبُ أَنْ تَكُونَ مَحَلًّا ابْتِدَاءً؛ كَمَا لَوْ ظَاهَرَ مِنْ أَمْرَأَتِهِ وَهِيَ أَمَةٌ ثُمَّ اشْتَرَاهَا فَإِنَّهُ يَبْقَى حُكْمُ الظَّهَارِ، وَمَا يَرْجِعُ إِلَى الْمَحَلِّ فَلَا ابْتِدَاءً وَالْبَقَاءُ فِيهِ سَوَاءٌ كَالْمَحْرَمَةِ فِي النِّكَاحِ.

وَالْجَوَابُ أَنَّ بَقَاءَ الظَّهَارِ فِيمَا ذَكَرْتُ لَيْسَ بِاعْتِبَارِ أَنَّهَا مَحَلُّ لِّلظَّهَارِ بَقَاءً، وَإِنَّمَا هُوَ بِاعْتِبَارِ أَنَّ حُرْمَةَ الظَّهَارِ إِذَا صَادَقَتْ الْمَحَلَّ لَا تَزُولُ إِلَّا بِالْكَفَّارَةِ، وَهَهُنَا قَدْ صَادَقَتْ مَحَلًّا فَتَبْقَى إِلَى أَنْ تُوجَدَ الْكَفَّارَةُ فَهِيَ بِمَنْزِلَةِ الْحُرْمَةِ الثَّابِتَةِ بِالطَّلَاقِ، فَإِنَّهَا إِذَا طُلِّقَتْ تَنْتَبِهُنِ لَمْ تَحِلَّ بَعْدَ ذَلِكَ بِسَبَبِ مَا لَمْ تَزُوجْ بِزَوْجٍ آخَرَ.

(فَإِنْ تَزَوَّجَ امْرَأَةً بِغَيْرِ امْرَأَتِهَا ثُمَّ ظَاهَرَ مِنْهَا ثُمَّ أَجَازَتْ النِّكَاحَ فَالظَّهَارُ بَاطِلٌ) لِأَنَّهُ

صَادِقٌ فِي التَّشْبِيهِ وَقَتَ التَّصَرُّفِ فَلَمْ يَكُنْ مُنْكَرًا مِنَ الْقَوْلِ، وَالظُّهَارُ لَيْسَ بِحَقٍّ مِنْ حُقُوقِهِ حَتَّى يَتَوَقَّفَ، بِخِلَافِ إِعْتَاقِ الْمُشْتَرِي مِنَ الْغَاصِبِ لِأَنَّهُ مِنْ حُقُوقِ الْمَلِكِ.

الشرح:

(فَإِنْ تَزَوَّجَ امْرَأَةً بِغَيْرِ أَمْرِهَا ثُمَّ ظَاهَرَ مِنْهَا ثُمَّ أَجَارَتْ النِّكَاحَ فَالظُّهَارُ بَاطِلٌ لِأَنَّهُ صَادِقٌ فِي التَّشْبِيهِ وَقَتَ التَّصَرُّفِ) لَكُونَهَا مُحَرَّمَةً قَبْلَ إِجَارَتِهَا فَلَمْ يُوجَدْ رُكْنُ الظُّهَارِ وَهُوَ تَشْبِيهُ الْمُحَلَّلَةِ بِالْمُحَرَّمَةِ فَلَمْ يَكُنْ مُنْكَرًا مِنَ الْقَوْلِ وَالظُّهَارُ مُنْكَرٌ مِنَ الْقَوْلِ. وَقَوْلُهُ وَالظُّهَارُ لَيْسَ بِحَقٍّ مِنْ حُقُوقِهِ أَيُّ حُقُوقِ النِّكَاحِ جَوَابُ سُؤَالٍ. تَقْرِيرُهُ الظُّهَارُ مَبْنِيٌّ عَلَى الْمَلِكِ وَالْمَلِكُ مَوْقُوفٌ فَيَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ الظُّهَارُ مَوْقُوفًا عَلَى الْإِجَازَةِ يُوقَفُ إِعْتَاقُ الْمُشْتَرَى مِنَ الْغَاصِبِ عَلَى إِجَازَةِ الْمَعْصُوبِ مِنْهُ الْبَيْعِ الصَّادِرُ مِنَ الْغَاصِبِ.

وَتَقْرِيرُ الْجَوَابِ أَنَّ الظُّهَارَ لَيْسَ مِنْ حُقُوقِ النِّكَاحِ وَلَوْازِمِهِ فَلَا يَلْزَمُ مِنْ تَوَقُّفِ النِّكَاحِ عَلَى الْإِجَازَةِ تَوَقُّفُ الظُّهَارِ عَلَيْهَا، وَالدَّلِيلُ عَلَى أَنَّهُ لَيْسَ مِنْ حُقُوقِهِ أَنَّ النِّكَاحَ أَمْرٌ مَشْرُوعٌ، وَالظُّهَارُ لَيْسَ بِمَشْرُوعٍ لِأَنَّهُ مُنْكَرٌ مِنَ الْقَوْلِ، وَمَا لَا يَكُونُ مَشْرُوعًا لَا يَكُونُ مِنْ حُقُوقِ الْمَشْرُوعِ (بِخِلَافِ إِعْتَاقِ الْمُشْتَرَى مِنَ الْغَاصِبِ، لِأَنَّهُ) أَيُّ الْإِعْتَاقِ (مِنْ حُقُوقِ الْمَلِكِ) لَكُونِهِ مِنْهَا لِلْمَلِكِ وَمُتَمِّمًا لَهُ.

(وَمَنْ قَالَ لِنِسَائِهِ أَتُنْتُ عَلَى كَظْهِرِ أُمِّي كَانَ مُظَاهَرًا مِنْهُنَّ جَمِيعًا) لِأَنَّهُ أَضَافَ الظُّهَارَ إِلَيْهِنَّ فَصَارَ كَمَا إِذَا أَضَافَ الطَّلَاقَ (وَعَلَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدَةٍ كَفَّارَةٌ) لِأَنَّ الْحُرْمَةَ تَثَبَّتْ فِي حَقِّ كُلِّ وَاحِدَةٍ وَالْكَفَّارَةُ لِإِنْهَاءِ الْحُرْمَةِ فَتَتَعَدَّدُ بِتَعَدُّدِهَا، بِخِلَافِ الْإِيلَاءِ مِنْهُنَّ لِأَنَّ الْكَفَّارَةَ فِيهِ لِحَيَاةِ حُرْمَةِ الْأَسْمِ وَلَمْ يَتَعَدَّدْ ذِكْرُ الْأَسْمِ.

الشرح:

(وَمَنْ قَالَ لِنِسَائِهِ أَتُنْتُ عَلَى كَظْهِرِ أُمِّي كَانَ مُظَاهَرًا مِنْهُنَّ جَمِيعًا) وَكَلَامُهُ فِيهِ وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (بِخِلَافِ الْإِيلَاءِ مِنْهُنَّ) يَعْنِي أَنْ يَقُولَ لَهَا وَاللَّهِ لَا أَقْرُبُكَ، فَإِنَّهُ إِذَا لَمْ يَقْرُبْهُنَّ حَتَّى مَضَتْ أَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ طَلَّقْنَ جَمِيعًا، وَإِنْ قَرَّبَ الْكُلَّ قَبْلَ مَضِيِّ الْمُدَّةِ يَجِبُ عَلَيْهِ كَفَّارَةٌ وَاحِدَةٌ لِأَنَّ الْكَفَّارَةَ فِيهِ لِحَيَاةِ حُرْمَةِ الْأَسْمِ وَلَمْ يَتَعَدَّدْ ذِكْرُ الْأَسْمِ.

فصل في الكفارة

قَالَ (وَكَفَّارَةُ الظَّهَارِ عِتْقُ رَقَبَةٍ) فَإِنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ، (فَإِنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا) لِلنَّصِّ الْوَارِدِ فِيهِ فَإِنَّهُ يُفِيدُ الْكَفَّارَةَ عَلَى هَذَا التَّرْتِيبِ. قَالَ (وَكُلُّ ذَلِكَ قَبْلَ الْمَسِيرِ) وَهَذَا فِي الْإِعْتِقَاقِ، وَالصَّوْمُ ظَاهِرٌ لِلتَّنْصِيسِ عَلَيْهِ، وَكَذَا فِي الْإِطْعَامِ لَأَنَّ الْكَفَّارَةَ فِيهِ مَنْهِيَّةٌ لِلْحُرْمَةِ فَلَا بُدَّ مِنْ تَقْدِيمِهَا عَلَى الْوُطْءِ لِيَكُونَ الْوُطْءُ حَلَالًا قَالَ (وَتَجْزِي فِي الْعِتْقِ الرَّقَبَةُ الْكَافِرَةُ وَالْمُسْلِمَةُ وَالذَّكَرُ وَالْأُنْثَى وَالصَّغِيرُ وَالْكَبِيرُ) لَأَنَّ اسْمَ الرَّقَبَةِ يَنْطَلِقُ عَلَى هَؤُلَاءِ إِذْ هِيَ عِبَارَةٌ عَنِ الذَّاتِ الْمَرْفُوقِ الْمَمْلُوكِ مِنْ كُلِّ وَجْهِ، وَالشَّافِعِيُّ يُخَالِفُنَا فِي الْكَافِرَةِ وَيَقُولُ: الْكَفَّارَةُ حَقُّ اللَّهِ تَعَالَى فَلَا يَجُوزُ صَرْفُهُ إِلَى عَدُوِّ اللَّهِ كَالزُّكَاةِ، وَنَحْنُ نَقُولُ: الْمَنْصُوصُ عَلَيْهِ إِعْتِقَاقُ الرَّقَبَةِ وَقَدْ تَحَقَّقَ، وَقَصْدُهُ مِنَ الْإِعْتِقَاقِ التَّمَكُّنُ مِنَ الطَّاعَةِ ثُمَّ مَقَارَفَتُهُ الْمَعْصِيَةَ يُحَالُ بِهِ إِلَى سُوءِ اخْتِيَارِهِ.

الشرح:

(فَصَلُّ فِي الْكَفَّارَةِ): لَمَّا ذَكَرَ حُكْمَ الظَّهَارِ وَهُوَ حُرْمَةُ الْوُطْءِ وَدَوَاعِيهِ إِلَى نَهَائِهِ ذَكَرَ فِي هَذَا الْفَصْلِ مَا يَنْهَى تِلْكَ الْحُرْمَةَ وَهُوَ الْكَفَّارَةُ. وَسَبَّبَهَا الظَّهَارَ وَالْعَوْدَ جَمِيعًا، فَإِنَّ اللَّهَ تَعَالَى عَطَفَ الْعَوْدَ عَلَى الظَّهَارِ فِي بَيَانِ سَبَبِ الْكَفَّارَةِ، ثُمَّ رَتَّبَ الْحُكْمَ عَلَيْهَا بِالْفَاءِ، وَإِنَّمَا كَانَ ذَلِكَ وَاللَّهُ أَعْلَمُ لَأَنَّ الظَّهَارَ مُنْكَرٌ مِنَ الْقَوْلِ وَزُورٌ وَلَيْسَ فِيهِ جِهَةٌ إِبَاحَةٌ فَلَا يَصْلُحُ أَنْ يَكُونَ سَبَبًا لِلْكَفَّارَةِ، لَأَنَّ سَبَبَهَا لَا بُدَّ وَأَنْ يَكُونَ أَمْرًا دَائِرًا بَيْنَ الْحَظَرِ وَالْإِبَاحَةِ عَلَى مَا عُرِفَ فِي الْأَصُولِ، وَضَمَّ إِلَى ذَلِكَ الْعَوْدَ عَمَّا قَالَ لِكَوْنِهِ بَعْضُ الْمُنْكَرِ وَهُوَ حَسَنٌ، وَمَعَ ذَلِكَ فَلَيْسَ بِسَبَبٍ مُسْتَقَرٍّ لَهَا حَتَّى لَوْ عَادَ بِالْعَزْمِ عَلَى الْوُطْءِ ثُمَّ أَبَانَهَا أَوْ مَاتَتْ لَمْ تَلْزِمُهُ الْكَفَّارَةُ، وَلَوْ عَادَ ثُمَّ بَدَأَ لَهُ أَنْ لَا يَطَّأَهَا سَقَطَتْ.

فَإِنْ قِيلَ: لَوْ كَانَ لِلْعَوْدِ مَدْخَلٌ فِي السَّبَبِ لَمَّا جَازَ أَذَاءُ الْكَفَّارَةِ بَعْدَ الظَّهَارِ قَبْلَ الْعَوْدِ حَقِيقَةً لَأَنَّ تَقَدُّمَ الْحُكْمِ عَلَى السَّبَبِ لَا يَجُوزُ وَهُوَ جَائِزٌ؟ فَالْجَوَابُ أَنَّ الْمُرَادَ بِالْعَوْدِ حَقِيقَةً إِنْ كَانَ الْفِعْلُ فَهُوَ لَيْسَ بِسَبَبٍ وَإِنْ كَانَ هُوَ الْعَزْمُ فَلَا يُسَلَّمُ جَوَازُ تَقْدِيمِ الْكَفَّارَةِ عَلَيْهِ. نَعَمْ يَجِبُ تَقْدِيمُ الْكَفَّارَةِ عَلَى الْفِعْلِ لِأَنَّهَا شَرِيعَةٌ إِنِّهَاءٌ لِلْحُرْمَةِ النَّاتِيَةِ بِالظَّهَارِ، وَلَا يُمَكِّنُ إِبْقَاغُ الْفِعْلِ حَلَالًا إِلَّا بَعْدَ إِنِّهَاءِ الْحُرْمَةِ بِالْكَفَّارَةِ فَوَجَبَ التَّعْجِيلُ عَلَى الْفِعْلِ لِيَكُونَ الْفِعْلُ وَقِيعًا بِصِفَةِ الْحِلِّ بَعْدَ انْتِهَاءِ الْحُرْمَةِ، وَعَلَى ذَلِكَ يَدُلُّ النَّصُّ

الموجب للكفارة، وما في الكتاب ظاهر. والمراد بقوله (عَتَقَ رَقَبَةً) إعتاق رَقَبَةٍ، فإن العتق قد لا ينبو عن الكفارة، ألا ترى أنه لو ورث أباه ونوى الكفارة لا يخرج عن عهدتها. وقوله (من كل وجه) متعلق بالمرقوق دون المملوك لأن الكمال في الرق شرط دون الملك ولهذا لو أعتق المكاتب الذي لم يؤد شيئاً صح عن الكفارة، ولو أعتق المدبر عنها لم يصح.

واعترض على المصنف من وجهين:

أحدهما أنه لم يسمع عن أئمة اللغة رقه حتى يشتق منه المرقوق، وإنما يقال رق فلان: إذا صار رقيقاً: أي عبداً. وأجيب عنه بأن الأزهري حكى عن ابن السكيت أنه جاء عبد مرقوق وكلاهما ثقة.

والثاني أن تذكير الذات لا يجوز، فالصواب ذات مرقوفة مملوكة. وأجيب بأن الذات تستعمل استعمال النفس والشيء فتذكيره باعتبار المعنى الثاني. وقوله والشافعي يخالفنا أي لا يجوز إعتاق الرقبة الكافرة في الكفارة (لأن الكفارة حق الله تعالى وحق الله لا يجوز صرفه إلى عدو الله كالزكاة ونحن نقول المنصوص عليه إعتاق الرقبة وقد تحقق) وقوله (وقصده من الإعتاق التمكن من الطاعة) جواب عن قوله الكفارة حق الله تعالى.

وتقريره أن قصد المكفر بالإعتاق هو أن يتمكن المعتق من الطاعة بخلوصه عن خدمة المولى (ثم مفارقتة المعصية) أي بقاؤه على ما كان عليه من الكفر (يحال به إلى سوء اعتقاده و (اختياره) ولقائل أن يقول: مفارقتة المعصية يحال به إلى سوء اختياره، لكن لم لا يكون تصور ذلك منه مانعاً عن الصرف إليه كما في الزكاة؟ والجواب أن القياس جواز صرف الزكاة إليه أيضاً لأن فيه مؤاساة عباد الله، لكن قوله ﷺ «خذها من أغنيائهم وردّها على فقرائهم» أخرجه عن المصنف.

(ولا تجزئ العمياء ولا المقطوعة اليدين أو الرجلين) لأن الفائت جنس المنفعة

وهو البصر أو البطش أو المشي وهو المانع، أما إذا اختلت المنفعة فهو غير مانع، حتى يجوز العوراء ومقطوعة إحدى اليدين وإحدى الرجلين من خلاف لأنه ما فات جنس المنفعة بل اختلت، بخلاف ما إذا كانتا مقطوعتين من جانب واحد حيث لا يجوز لقوات

جِنْسٍ مَنْفَعَةٍ الْمَشْيِ إِذْ هُوَ عَلَيْهِ مُتَعَذِّرٌ، وَيَجُوزُ الْأَصَمُّ.

وَالْقِيَاسُ أَنْ لَا يَجُوزُ وَهُوَ رَوَايَةُ الثَّوَادِرِ، لِأَنَّ الْفَائِتَ جِنْسُ الْمَنْفَعَةِ، إِلَّا أَنَا اسْتَحْسَنَّا الْجَوَازَ لِأَنَّ أَصْلَ الْمَنْفَعَةِ بَاقٍ، فَإِنَّهُ إِذَا صَبَحَ عَلَيْهِ سَمِعَ حَتَّى لَوْ كَانَ بِحَالٍ لَا يَسْمَعُ أَصْلًا بِأَنْ وَلَدَ أَصَمٌّ وَهُوَ الْأَخْرَسُ لَا يَجْزِيهِ (وَلَا يَجُوزُ مَقْطُوعُ إِبْهَامِي الْيَدَيْنِ) لِأَنَّ قُوَّةَ الْبَطْشِ بِهِمَا فَهَفَوَاتِهِمَا يَفُوتُ جِنْسُ الْمَنْفَعَةِ (وَلَا يَجُوزُ الْمَجْنُونُ الَّذِي لَا يَعْقِلُ) لِأَنَّ الِاتِّفَاعَ بِالْجَوَارِحِ لَا يَكُونُ إِلَّا بِالْعَقْلِ فَكَانَ فَائِتَ الْمَنَافِعِ (وَالَّذِي يُجَنُّ وَيُفِيقُ يَجْزِيهِ) لِأَنَّ الْاِخْتِلَالَ غَيْرُ مَانِعٍ، وَلَا يَجْزِي عِتْقُ الْمُدَبِّرِ وَأُمُّ الْوَلَدِ لِاسْتِحْقَاقِهِمَا الْحُرِّيَّةَ بِجِهَةٍ فَكَانَ الرِّقُّ فِيهِمَا نَاقِصًا، وَكَذَا الْمُكَاتَبُ الَّذِي أَدَّى بَعْضَ الْمَالِ لِأَنَّ إِعْتَاقَهُ يَكُونُ بِبَدَلٍ. وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ يَجْزِيهِ لِقِيَامِ الرِّقِّ مِنْ كُلِّ وَجْهِ، وَلِهَذَا تَقْبَلُ الْكِتَابَةُ الْانْفِسَاحَ، بِخِلَافِ أُمُومِيَّةِ الْوَلَدِ وَالتَّدْبِيرِ لِأَنَّهُمَا لَا يَحْتَمِلَانِ الْانْفِسَاحَ، فَإِنْ أَعْتَقَ مُكَاتَبًا لَمْ يُوَدِّ شَيْئًا جَازَ خِلَافًا تَلْشَافِييًّا. لَهُ أَنَّهُ اسْتَحَقَّ الْحُرِّيَّةَ بِجِهَةِ الْكِتَابَةِ فَاشْبَهَ الْمُدَبِّرَ. وَلَنَا أَنَّ الرِّقَّ قَائِمٌ مِنْ كُلِّ وَجْهِ عَلَى مَا بَيَّنَّا، وَلَقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ " الْمُكَاتَبُ عَبْدٌ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ دِرْهَمٌ " ^(١) وَالْكِتَابَةُ لَا تُنَافِيهِ فَإِنَّهُ فَكَّ الْحَجَرَ بِمَنْزِلَةِ الْإِذْنِ فِي التَّجَارَةِ إِلَّا أَنَّهُ بَعُوضٌ فَيَلْزَمُ مِنْ جَانِبِهِ، وَلَوْ كَانَ مَانِعًا يَنْفَسِخُ مُقْتَضَى الْإِعْتَاقِ إِذْ هُوَ يَحْتَمِلُهُ، إِلَّا أَنَّهُ تَسَلَّمَ لَهُ الْأَكْسَابُ وَالْأَوْلَادُ لِأَنَّ الْعِتْقَ فِي حَقِّ الْمَحَلِّ بِجِهَةِ الْكِتَابَةِ، أَوْ لِأَنَّ الْفَسْخَ ضَرُورِيٌّ لَا يَظْهَرُ فِي حَقِّ الْوَلَدِ وَالْكَسْبِ

الشرح:

قَالَ (وَلَا تُجْزَى الْعَمِيَاءُ) أَيُّ لَا يَجُوزُ إِعْتَاقُ الرَّقَبَةِ الْعَمِيَاءِ ذَكَرًا كَانَ أَوْ أُنْثَى، وَكَلَامُهُ ظَاهِرٌ، وَالضَّابِطُ فِي تَخْرِيجِ مَا يَجُوزُ بِهِ الْإِعْتَاقُ عَنِ الْكُفَّارَةِ وَمَا لَا يَجُوزُ هُوَ أَنَّهُ مَتَى أَعْتَقَ رَقَبَةً كَامِلَةً الرِّقُّ فِي مِلْكِهِ مَقْرُونًا بِنَيْتِ الْكُفَّارَةِ، وَجِنْسُ مَا يُبْتَعَى بِهِ مِنَ الْمَنَافِعِ فِيهَا قَائِمٌ بِلا بَدَلٍ جَازَ عَنْهَا، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ كَذَلِكَ لَمْ يَجْزُ. فَقَوْلُهُ رَقَبَةً احْتِرَازًا عَمَّا إِذَا أَعْتَقَ نِصْفَ رَقَبَةٍ فَجَامَعَهَا ثُمَّ أَعْتَقَ النِّصْفَ الْآخَرَ لَمْ يَجْزُ، وَإِنْ أَعْتَقَ النِّصْفَ الْآخَرَ قَبْلَ الْجَمَاعِ جَازَ. وَقَوْلُهُ كَامِلَةً الرِّقُّ احْتِرَازًا عَنِ الْمُدَبِّرِ كَمَا تَقَدَّمَ. وَقَوْلُهُ مَقْرُونًا

(١) أخرجه أبو داود (٣٩٦٢)، وانظر نصب الراية (٣/٣٥٦).

بَيِّنَةُ الْكُفَّارَةِ اخْتِرَازُ عَمَّا إِذَا أُعْتِقَ عَبْدُهُ وَلَمْ يَتَوَّعَنْ الْكُفَّارَةَ فَإِنَّهُ لَا يَقَعُ عَنْهَا، وَإِنْ تَوَّعَتْ عَنْهَا بَعْدَ الْإِعْتِقَاقِ لَا يَجُوزُ أَيْضًا. وَقَوْلُهُ وَجِنْسُ مَا يُبْتَعَى بِهِ مِنَ الْمَنَافِعِ فِيهَا قَائِمٌ اخْتِرَازٌ عَنْ مَقْطُوعِ الْيَدَيْنِ أَوْ الرَّجْلَيْنِ وَمَا يُمَاتِلُ ذَلِكَ. وَقَوْلُهُ بَلَا بَدَلٍ اخْتِرَازٌ عَمَّا إِذَا أُعْتِقَ عَبْدُهُ عَلَى بَدَلٍ، فَإِنَّهُ لَا يَقَعُ عَنْ الْكُفَّارَةِ. وَإِنَّمَا كَانَ فَوْتُ جِنْسِ الْمَنْفَعَةِ مَانِعًا لِأَنَّ الشَّخْصَ يَصِيرُ فِي ذَلِكَ الْجِنْسِ كَالْهَالِكِ لِأَنَّ قِيَامَ الشَّخْصِ بِمَنَافِعِهِ. وَقَوْلُهُ وَيَجُوزُ الْأَصَمُّ وَاضِحٌ.

وَقَوْلُهُ (لَأَنَّ قُوَّةَ الْبَطْشِ بِهِمَا) يُفِيدُ أَنَّ مَا يَزُولُ بِهِ تِلْكَ الْقُوَّةُ كَانَ مَانِعًا فَقَطَعَ أَكْثَرَ أَصَابِعِ كُلِّ يَدٍ كَقَطْعِ جَمِيعِهَا وَقَوْلُهُ (وَالَّذِي يُحْنُ وَيُفِيقُ يَجْزِيهِ) يَعْنِي إِذَا أُعْتِقَهُ فِي حَالِ إِفَاقَتِهِ (وَلَا يُجْزِي عِنَقُ الْمُدَبِّرِ وَأُمُّ الْوَلَدِ) لِأَنَّ الْمَنْصُوصَ عَلَيْهِ تَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُطْلَقَةً، وَالْمُطْلَقُ يَنْصَرِفُ إِلَى الْكَامِلِ، وَرَقَبَةُ الْمُدَبِّرِ وَأُمُّ الْوَلَدِ لَيْسَتْ بِكَامِلَةٍ (لَا سَتَحَقَّقُهَا جِهَةُ الْحُرِّيَّةِ فَكَانَ الرُّقُّ نَاقِصًا) فَإِنَّهُ إِذَا ثَبَتَ فِيهِ مِنْ شَيْءٍ مِنَ الْقُوَّةِ الْحُكْمِيَّةِ زَالَ فِي مُقَابَلَتِهِ شَيْءٌ مِنَ الضَّعْفِ الْحُكْمِيِّ. وَقَوْلُهُ (فَأَشْبَهَ الْمُدَبِّرَ) اسْتِدْلَالٌ بِمَا لَا يَقُولُ بِهِ، فَإِنَّ بَيْعَ الْمُدَبِّرِ وَإِعْتِقَاقَهُ عَنْ الْكُفَّارَةِ عِنْدَ الشَّافِعِيِّ جَائِزٌ فَكَانَ هَذَا احْتِجَاجًا عَلَيْنَا بِمَذْهَبِنَا. وَقَوْلُهُ عَلَى مَا بَيَّنَّا) إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ وَلِهَذَا تَقَبَّلُ الْكِتَابَةُ الْإِنْفِسَاحَ. وَقَوْلُهُ ﷺ «الْمُكَاتَبُ عَبْدٌ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ دِرْهَمٌ» رَوَاهُ عَمْرُو بْنُ شُعَيْبٍ عَنْ أَبِيهِ عَنْ جَدِّهِ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ.

وَقَوْلُهُ (وَالْكِتَابَةُ لَا تُنَافِيهِ) دَلِيلٌ آخَرُ. وَتَقْرِيرُهُ الْمُكَاتَبُ رَقِيقٌ قَبْلَ الْكِتَابَةِ لَا مَحَالَةَ، وَلَمْ يَزَلْ رَقَبَةً بِهَا لِأَنَّ الشَّيْءَ لَا يَزُولُ إِلَّا بِمَنَافِعِهِ، وَالْكِتَابَةُ لَا تُنَافِي الرُّقَّ (فَإِنَّهُ) أَيُّ عَقْدِ الْكِتَابَةِ أَوْ ذِكْرُهُ بِاعْتِبَارِ الْخَبَرِ (فَكُ الْحَجَرِ) إِذْ لَمْ يَمْلِكْ بِهِ الْمُكَاتَبُ إِلَّا الْمَنَافِعَ، وَالْأُكْسَابُ كَالْإِعَارَةِ وَالْإِجَارَةِ وَفَكُ الْحَجَرِ لَا يُنَافِي مِلْكَ الرَقَبَةِ كَالْإِذْنِ فِي التَّجَارَةِ. فَإِنْ قِيلَ: لَوْ كَانَتْ الْكِتَابَةُ فَكُ الْحَجَرِ بِمَنْزِلَةِ الْإِذْنِ فِي التَّجَارَةِ لَاسْتَبَدَّ الْمَوْلَى بِالْفَسْخِ كَمَا فِي عَزْلِ الْمَأْدُونِ.

أَجَابَ بِقَوْلِهِ إِلَّا أَنَّهُ: أَيُّ عَقْدِ الْكِتَابَةِ فَكُ الْحَجَرِ بَعْوَضٌ فَكَانَ لَازِمًا مِنْ جَانِبِهِ: أَيُّ مِنْ جَانِبِ الْمَوْلَى. وَقَوْلُهُ وَلَوْ كَانَ مَانِعًا) جَوَابٌ بِطَرِيقِ التَّنْزِيلِ: يَعْنِي لَوْ سَلَمْنَا أَنَّ عَقْدَ الْكِتَابَةِ مَانِعٌ عَنِ الْإِعْتِقَاقِ عَنِ الْكُفَّارَةِ، لَكُنْهُ إِذَا أُعْتِقَهُ عَنْ الْكُفَّارَةِ (يَنْفَسَخُ) قَبْلَ

الإعتاق (مُقْتَضَى الإعتاق إِذْ هُوَ) أَي عَقْدُ الْكِتَابَةِ (يَحْتَمِلُ الْفَسْخَ) فَإِنْ قِيلَ: لَوْ صَحَّ
 إِعْتَاقُهُ تَكْفِيرًا وَانْفُسَخَ عَقْدُ الْكِتَابَةِ مُقْتَضَى الإعتاق لَسَلَّمَ الْأَوْلَادُ وَالْأَكْسَابُ لِلْمَوْلَى،
 كَمَا إِذَا أَعْتَقَ عَبْدُهُ الْمَأْدُونُ بِجَهَةِ التَّكْفِيرِ وَلَهُ أَكْسَابٌ أَجَابَ بِقَوْلِهِ (إِلَّا أَنَّهُ يُسَلَّمُ لَهُ)
 أَيِ لِلْمُكَاتَبِ (الْأَكْسَابُ وَالْأَوْلَادُ لِأَنَّ الْعِتْقَ فِي حَقِّ الْمَحَلِّ) يَعْنِي الْمُكَاتَبَ (بِجَهَةِ
 الْكِتَابَةِ) وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ لَا يَخْرُجُ الْأَكْسَابُ وَالْأَوْلَادُ عَنْ مِلْكِهِ كَمَا لَوْ عَتَقَ بِأَدَاءِ
 بَدَلِ الْكِتَابَةِ، وَهَذَا لِأَنَّ الْفَسْخَ لَا يَصِحُّ إِلَّا بِرِضَا الْمُكَاتَبِ وَلَمْ يُوجَدْ مِنْهُ صَرِيحًا فَيُقَدَّرُ
 دَلَالَةً، وَالِدَلَالَةُ إِنَّمَا تَتَحَقَّقُ إِذَا سَلِمَتْ لَهُ الْأَكْسَابُ وَالْأَوْلَادُ، فَجَعَلَ الْعِتْقَ بِجَهَةِ
 الْكِتَابَةِ لِأَنَّهُ لَا يَخْتَلِفُ لَا فِي ذَاتِهِ وَلَا بِاخْتِلَافِ الْجِهَاتِ، وَجَعَلَ الإعتاقَ لِلتَّكْفِيرِ لِأَنَّ
 الْمَوْلَى قَصْدُهُ، وَهُوَ يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ الْجِهَاتِ نَظَرًا لِلجَانِبَيْنِ (أَوْ لِأَنَّ الْفَسْخَ ثَبَتَ
 ضَرُورَةَ صِحَّةِ الإعتاق) فَلَا يَظْهَرُ فِي حَقِّ الْأَوْلَادِ وَالْأَكْسَابِ

(وَإِنْ اشْتَرَى أَبَاهُ أَوْ ابْنَهُ يَنْوِي بِالشَّرَاءِ الْكَفَّارَةَ جَازَ عَنْهَا) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا يَجُوزُ

وَعَلَى هَذَا الْخِلَافِ كَفَّارَةُ الْيَمِينِ وَالْمَسْأَلَةُ تَأْتِيكَ فِي كِتَابِ الْإِيمَانِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِنْ اشْتَرَى أَبَاهُ أَوْ ابْنَهُ) وَاضِحٌ.

وَإِنْ أَعْتَقَ نِصْفَ عَبْدٍ مُشْتَرَكٍ وَهُوَ مُوسِرٌ وَضَمِنَ قِيَمَةَ بَاقِيهِ لَمْ يَجُزْ عِنْدَ أَبِي
 حَنِيفَةَ وَيَجُوزُ عِنْدَهُمَا لِأَنَّهُ يَمْلِكُ نَصِيبَ صَاحِبِهِ بِالضَّمَانِ فَصَارَ مُعْتِقًا كُلَّ الْعَبْدِ عَنْ
 الْكَفَّارَةِ وَهُوَ مِلْكُهُ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ الْمُعْتَقُ مُعْسِرًا لِأَنَّهُ وَجِبَ عَلَيْهِ السَّعَايَةُ فِي نَصِيبِ
 الشَّرِيكِ فَيَكُونُ إِعْتَاقًا بَعْوَضٍ. وَلَأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ نَصِيبَ صَاحِبِهِ يَنْتَقِصُ عَلَى مِلْكِهِ ثُمَّ
 يَتَحَوَّلُ إِلَيْهِ بِالضَّمَانِ وَمِثْلُهُ يَمْنَعُ الْكَفَّارَةَ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ الْمُعْتَقُ مُعْسِرًا) يَعْنِي أَنَّهُ لَا يَجُوزُ عَنْ الْكَفَّارَةِ
 بِالْإِتْمَاقِ. فَإِنْ قِيلَ: يَجِبُ أَنْ يَقَعَ عَنْ الْكَفَّارَةِ عِنْدَهُمَا وَإِنْ كَانَ الْمُعْتَقُ مُعْسِرًا لِأَنَّهُ يَصِيرُ
 حُرًّا مَدْيُونًا بِنَاءً عَلَى أَنَّ الإعتاقَ عِنْدَهُمَا لَا يَتَجَزَّأ. أُجِيبَ بِأَنَّهُ إِنَّمَا لَمْ يَجُزْ لِأَنَّ وَجُوبَ
 هَذَا الدَّيْنِ بِسَبَبِ الإعتاقِ فَلَا يَكُونُ الْعِتْقُ مَجَانًّا فَلَا يَقَعُ عَنْ الْكَفَّارَةِ (وَلَأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ
 نَصِيبَ صَاحِبِهِ يَنْتَقِصُ عَلَى مِلْكِهِ) لِتَعَدُّرِ اسْتِدَامَةِ الْمِلْكِ فِيهِ (ثُمَّ يَتَحَوَّلُ إِلَيْهِ بِالضَّمَانِ)

مَا بَقِيَ مِنْهُ فَكَانَ فِي الْمَعْنَى إِعْتَاقُ عَبْدٍ إِلَّا شَيْئًا، وَمِثْلُهُ يَمْنَعُ الْكَفَّارَةَ. فَإِنْ قِيلَ: الْمَضْمُونَاتُ تُمْلِكُ بِأَدَاءِ الضَّمَانِ بِصِفَةِ الْإِسْتِنَادِ إِلَى زَمَانٍ وَجُودِ السَّبَبِ فَصَارَ نَصِيبُ السَّائِكِ مِلْكُ الْمُعْتَقِ زَمَانُ الْإِعْتَاقِ وَكَانَ التَّقْصَانُ فِي مِلْكِهِ لَا فِي مِلْكِ شَرِيكِهِ وَمِثْلُهُ لَا يَمْنَعُ الْكَفَّارَةَ عَلَى مَا تَذَكَّرُهُ فِيمَا يَلِيهِ. أُجِيبَ بِأَنَّ الْمِلْكَ فِي الْمَضْمُونِ يَثْبُتُ بِصِفَةِ الْإِسْتِنَادِ فِي حَقِّ الضَّامِنِ وَالْمَضْمُونِ لَهُ لَا فِي حَقِّ غَيْرِهِمَا عَلَى مَا عُرِفَ فِي كِتَابِ الْعَصَبِ مِنَ الزِّيَادَاتِ وَالْكَفَّارَةِ غَيْرُهُمَا فَلَا يَثْبُتُ الْمِلْكُ فِي حَقِّهَا مُسْتَنَدًا وَيَلْزَمُ التَّقْصَانُ الْمَانِعُ.

(فَإِنْ أَعْتَقَ نِصْفَ عَبْدِهِ عَنْ كَفَّارَتِهِ ثُمَّ أَعْتَقَ بَاقِيَهُ عَنْهَا جَازًا لِأَنَّهُ أَعْتَقَهُ بِكَلَامَيْنِ وَالتَّقْصَانُ مُتِمِّكُنٌّ عَلَى مِلْكِهِ بِسَبَبِ الْإِعْتَاقِ بِجِهَةِ الْكَفَّارَةِ وَمِثْلُهُ غَيْرُ مَانِعٍ، كَمَنْ أَضْجَعَ شَاةً لِلأَضْحِيَّةِ فَأَصَابَ السُّكَّيْنُ عَيْنَهَا، بِخِلَافِ مَا تَقَدَّمَ لِأَنَّ التَّقْصَانُ تَمَكَّنَ عَلَى مِلْكِ الشَّرِيكِ وَهَذَا عَلَى أَصْلِ أَبِي حَنِيفَةَ. أَمَّا عِنْدَهُمَا فَالْإِعْتَاقُ لَا يَتَجَزَأُ، فَإِعْتَاقُ النِّصْفِ إِعْتَاقُ الْكُلِّ فَلَا يَكُونُ إِعْتَاقًا بِكَلَامَيْنِ.

الشرح:

(فَإِنْ أَعْتَقَ نِصْفَ عَبْدِهِ عَنْ كَفَّارَتِهِ ثُمَّ أَعْتَقَ بَاقِيَهُ جَازًا لِأَنَّهُ أَعْتَقَ بِكَلَامَيْنِ) فَلَا مَحْظُورَ فِيهِ. فَإِنْ قِيلَ: قَدْ تَمَكَّنَ فِيهِ التَّقْصَانُ لَمَّا مَرَّ وَالتَّقْصَانُ مَانِعٌ. أَجَابَ بِقَوْلِهِ وَالتَّقْصَانُ مُتِمِّكُنٌّ عَلَى مِلْكِهِ بِسَبَبِ الْإِعْتَاقِ بِجِهَةِ الْكَفَّارَةِ، فَإِنَّهُ أَعْتَقَ النِّصْفَ وَبَعْضَ النِّصْفِ الْآخَرَ ثُمَّ أَعْتَقَ مَا بَقِيَ وَمِثْلُهُ غَيْرُ مَانِعٍ، كَمَنْ أَضْجَعَ شَاةً لِلأَضْحِيَّةِ فَأَصَابَ السُّكَّيْنُ عَيْنَهَا فَإِنَّ التَّقْصَانُ لَمَّا حَصَلَ بِفِعْلِ التَّضْحِيَّةِ لَمْ يَمْنَعِ، فَكَذَلِكَ التَّقْصَانُ الْحَاصِلُ بِفِعْلِ الْكَفَّارَةِ، بِخِلَافِ مَا تَقَدَّمَ لِأَنَّ التَّقْصَانُ تَمَكَّنَ عَلَى مِلْكِ الشَّرِيكِ حَيْثُ لَا يُمَكِّنُ أَنْ يُجْعَلَ التَّقْصَانُ الْحَاصِلُ فِي النِّصْفِ الْبَاقِي مَصْرُوفًا إِلَى الْكَفَّارَةِ لِإِعْدَامِ الْمِلْكِ لَهُ فِي ذَلِكَ النِّصْفِ فَبَطَلَ قَدْرُ التَّقْصَانِ وَلَمْ يَفْعَ عَنْ الْكَفَّارَةِ، فَإِذَا ضَمِنَ قِيَمَةَ النِّصْفِ الْبَاقِي وَأَعْتَقَهُ فَقَدْ صَرَفَ إِلَى الْكَفَّارَةِ وَهُوَ نَاقِصٌ وَصَارَ فِي الْحَاصِلِ كَأَنَّهُ أَعْتَقَ عَبْدًا إِلَّا قَدْرَ التَّقْصَانِ.

وَقَوْلُهُ (وَهَذَا) أَيُّ جَعَلَهُ إِعْتَاقًا بِكَلَامَيْنِ (عَلَى أَصْلِ أَبِي حَنِيفَةَ) فِي تَجْزِيِ الْإِعْتَاقِ (أَمَّا عِنْدَهُمَا فَالْإِعْتَاقُ لَا يَتَجَزَأُ، فَإِعْتَاقُ النِّصْفِ إِعْتَاقٌ لِلْكُلِّ فَلَا يَكُونُ إِعْتَاقًا بِكَلَامَيْنِ) وَعَلَى هَذَا مَبْنَى الْمَسْأَلَةِ الَّتِي تَلِيهَا وَهِيَ ظَاهِرَةٌ، إِلَّا أَنَّهُ أُعْثِرَ عَلَى قَوْلِهِ

وإِعْتَاقُ النَّصْفِ حَصَلَ بَعْدَهُ بِأَنَّ أَيَّ إِعْتَاقٍ وُجِدَ بَعْدَ هَذَا وَإِنْ كَانَ كَامِلًا فَهُوَ إِعْتَاقٌ بَعْدَ الْمَسِيسِ فَيَنْبَغِي أَنْ لَا يَجُوزَ عَنِ الْكُفَّارَةِ. وَأُجِيبَ بِأَنَّهُ إِنَّمَا يَجُوزُ لِأَنَّهُ إِعْتَاقُ رَقَبَةٍ كَامِلَةٌ قَبْلَ الْمَسِيسِ الثَّانِي فَصَارَ إِعْتَاقُ نِصْفِ الْعَبْدِ كَأَنَّهُ لَمْ يَكُنْ، وَكَأَنَّهُ قَدْ جَامَعَ قَبْلَ الْكُفَّارَةِ فَيَجِبُ أَنْ لَا يُعَاوَدَ حَتَّى يُكْفَرَ وَقَدْ تَقَدَّمَ ذَلِكَ.

(وَأِنْ أَعْتَقَ نِصْفَ عَبْدِهِ عَنْ كُفَّارَتِهِ ثُمَّ جَامَعَ الَّتِي ظَاهَرَ مِنْهَا ثُمَّ أَعْتَقَ بَاقِيَهُ لَمْ يَجْزُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ) لِأَنَّ الْإِعْتَاقَ يَتَجَزَّأُ عِنْدَهُ، وَشَرَطُ الْإِعْتَاقِ أَنْ يَكُونَ قَبْلَ الْمَسِيسِ بِالنَّصِّ، وَإِعْتَاقُ النِّصْفِ حَصَلَ بَعْدَهُ، وَعِنْدَهُمَا إِعْتَاقُ النِّصْفِ إِعْتَاقُ الْكُلِّ فَحَصَلَ الْكُلُّ قَبْلَ الْمَسِيسِ.

(وَإِذَا لَمْ يَجِدِ الْمُظَاهِرُ مَا يَعْتَقُ فَكُفَّارَتُهُ صَوْمُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ لَيْسَ فِيهِمَا شَهْرُ رَمَضَانَ وَلَا يَوْمُ الْفِطْرِ وَلَا يَوْمُ النُّحْرِ وَلَا أَيَّامُ التَّشْرِيقِ) أَمَّا التَّتَابُعُ فَلِأَنَّهُ مَنْصُوصٌ عَلَيْهِ وَشَهْرُ رَمَضَانَ لَا يَقَعُ عَنِ الظَّاهَرِ لَمَّا فِيهِ مِنْ إِبْطَالِ مَا أَوْجَبَهُ اللَّهُ وَالصُّومُ فِي هَذِهِ الْأَيَّامِ مَنْهِيٌّ عَنْهُ فَلَا يَتُوبُ عَنِ الْوَاجِبِ الْكَامِلِ.

الشرح:

قَالَ (وَإِذَا لَمْ يَجِدِ الْمُظَاهِرُ مَا يُعْتَقُ) إِذَا لَمْ يَجِدِ الْمُظَاهِرُ رَقَبَةً وَلَا ثَمَنًا يَصُومُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ، فَإِنْ صَامَ بِالْأَهْلَةِ جَازَ، وَإِنْ كَانَ كُلُّ شَهْرٍ تِسْعَةً وَعِشْرِينَ يَوْمًا، وَإِنْ صَامَ لغيرِ الْأَهْلَةِ فَأَفْطَرَ لِتَمَامِ تِسْعَةٍ وَخَمْسِينَ يَوْمًا فَعَلَيْهِ أَنْ يَسْتَقْبِلَ، وَكَذَا إِنْ أَدْخَلَ فِي صِيَامِهِ شَهْرَ رَمَضَانَ أَوْ يَوْمَ الْفِطْرِ أَوْ يَوْمَ النُّحْرِ أَوْ أَيَّامَ التَّشْرِيقِ لَمَّا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ وَهُوَ وَاضِحٌ.

(فَإِنْ جَامَعَ الَّتِي ظَاهَرَ مِنْهَا فِي خِلَالِ الشَّهْرَيْنِ لَيْلًا عَامِدًا أَوْ نَهَارًا نَاسِيًا اسْتَأْنَفَ الصُّومَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ) وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: لَا يَسْتَأْنَفُ لِأَنَّهُ لَا يَمْنَعُ التَّتَابُعُ، إِذْ لَا يَفْسُدُ بِهِ الصُّومُ وَهُوَ الشَّرْطُ، وَإِنْ كَانَ تَقْدِيمُهُ عَلَى الْمَسِيسِ شَرْطًا فَفِيمَا ذَهَبْنَا إِلَيْهِ تَقْدِيمُ الْبَعْضِ وَفِيمَا قُلْتُمْ تَأْخِيرُ الْكُلِّ عَنْهُ. وَكِلَاهُمَا أَنَّ الشَّرْطَ فِي الصُّومِ أَنْ يَكُونَ قَبْلَ الْمَسِيسِ وَأَنْ يَكُونَ خَالِيًا عَنْهُ ضَرُورَةٌ بِالنَّصِّ، وَهَذَا الشَّرْطُ يَنْعَدِمُ بِهِ فَيَسْتَأْنَفُ (وَإِنْ أَفْطَرَ مِنْهَا يَوْمًا بَعْدَ أَوْ بغيرِ عُدْرٍ اسْتَأْنَفَ) لِقَوَاتِ التَّتَابُعِ وَهُوَ قَادِرٌ عَلَيْهِ عَادَةً

الشرح:

(فَإِنْ جَامَعَ الَّتِي ظَاهَرَ مِنْهَا فِي خِلَالِ الشَّهْرَيْنِ لَيْلًا عَامِدًا أَوْ نَهَارًا نَاسِيًا اسْتَأْنَفَ

الصَّوْمَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ، وَقَالَ أَبُو يُسُفَ: لَا يَسْتَأْنَفُ وَإِنَّمَا قَيْدُهُ بِالنَّيِّ ظَاهِرٌ مِنْهَا لِأَنَّهُ إِذَا جَامَعَ غَيْرَهَا فَإِنْ كَانَ وَطْئًا يُفْسِدُ الصَّوْمَ كَالْجِمَاعِ بِالنَّهَارِ عَامِدًا قَطَعَ التَّابِعُ فَيَلْزِمُهُ الاسْتِثْنَاءُ بِالِاتِّفَاقِ، وَإِنْ لَمْ يُفْسِدْهُ بِأَنْ وَطَّيَهَا بِالنَّهَارِ نَاسِيًا أَوْ بِاللَّيْلِ كَيْفَمَا كَانَ لَمْ يَقْطَعْ التَّابِعُ فَلَا يَلْزِمُهُ الاسْتِثْنَاءُ بِالِاتِّفَاقِ، وَإِنَّمَا قَيْدُ فِي جِمَاعِ الَّتِي ظَاهَرَ مِنْهَا بِالنَّهَارِ نَاسِيًا لِأَنَّهُ إِذَا جَامَعَهَا فِيهِ عَامِدًا يَسْتَأْنَفُ بِالِاتِّفَاقِ، وَأَمَّا ذِكْرُ الْعَمْدِ فِيهِ فِي اللَّيْلِ فَقَدْ وَقَعَ اتِّفَاقًا لِأَنَّ الْعَمْدَ وَالتَّسْيَانَ فِي الْوُطْءِ بِاللَّيْلِ سَوَاءٌ، فَعُرِفَ أَنَّ الْاِخْتِلَافَ فِي وَطْءٍ لَا يُفْسِدُ الصَّوْمَ. لِأَبِي يُسُفَ أَنَّ هَذَا وَطْءٌ لَا يُفْسِدُ بِهِ الصَّوْمَ فَلَا يَقْطَعُ التَّابِعُ لِأَنَّهُ لَمْ يَزَلْ صَائِمًا، وَهُوَ الشَّرْطُ: أَيُّ السَّبَبِ الْمُعْتَمَدُ عَلَيْهِ فِي كَوْنِ الصَّوْمِ كَفَّارَةً وَقَدْ وَجِدَ.

فَإِنْ قِيلَ: تَقْدِيمُ الصَّوْمِ عَلَى الْمَسِيْسِ شَرْطٌ وَلَمْ يُوجَدْ أَجَابَ بِقَوْلِهِ وَإِنْ كَانَ تَقْدِيمُهُ عَلَى الْمَسِيْسِ شَرْطًا فِيمَا ذَهَبْنَا إِلَيْهِ تَقْدِيمُ الْبَعْضِ وَفِيمَا قُلْتُمْ يَعْنِي الْاسْتِثْنَاءُ تَأْخِيرُ الْكُلِّ عَنْهُ وَتَأْخِيرُ الْبَعْضِ أَهْوَنُ مِنْ تَأْخِيرِ الْكُلِّ (وَلَهُمَا أَنَّ الشَّرْطَ فِي الصَّوْمِ أَنْ يَكُونَ قَبْلَ الْمَسِيْسِ وَأَنْ يَكُونَ خَالِيًا عَنِ الْمَسِيْسِ ضَرُورَةٌ بِالنَّصِّ) وَهَذَا يَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ: أَحَدُهُمَا أَنْ يَكُونَ مَعْنَاهُ أَنَّ النَّصَّ يَفْتَضِي شَرْطَيْنِ: كَوْنُ الصَّوْمِ قَبْلَ الْمَسِيْسِ، وَكَوْنُ الصَّوْمِ خَالِيًا عَنِ الْمَسِيْسِ وَالشَّرْطُ الثَّانِي مِنْ ضَرُورَةِ الْأَوَّلِ لِأَنَّ تَقْدِيمَهُ عَلَى الْمَسِيْسِ يَسْتَلْزِمُ خُلُوَ الصَّوْمِ عَنْهُ (وَهَذَا الشَّرْطُ) أَيُّ الشَّرْطِ الثَّانِي وَهُوَ الْخُلُوعُ عَنْهُ (يَنْعَدِمُ بِهِ) أَيُّ بِالْمَسِيْسِ فَيَنْعَدِمُ الْمَشْرُوطُ، وَيَجِبُ الْاسْتِثْنَاءُ، لِأَنَّهُ إِنْ عَجَزَ عَنِ الْإِثْبَانِ قَبْلَ الْمَسِيْسِ فَهُوَ قَادِرٌ عَلَى الْإِثْبَانِ بِهِ خَالِيًا عَنِ الْمَسِيْسِ، وَإِلَى هَذَا يُشِيرُ كَلَامُ عَامَّةِ الشَّارِحِينَ. وَالثَّانِي أَنْ يُقَالَ قَوْلُهُ " وَأَنْ يَكُونَ خَالِيًا عَنْهُ ضَرُورَةٌ " تَفْسِيرُ الْأَوَّلِ بِطَرِيقِ الْعَطْفِ لِأَنَّ إِيقَاعَهُ قَبْلَ الْمَسِيْسِ إِخْلَاؤُهُ عَنْهُ بِالضَّرُورَةِ وَبِتَخَلُّلِ الْجِمَاعِ عُدَمَ الشَّرْطِ وَصَارَ الصَّوْمُ كَأَنْ لَمْ يَكُنْ وَقَدْ جَامَعَ الَّتِي ظَاهَرَ مِنْهَا قَبْلَ الْكُفَّارَةِ. وَالْحُكْمُ فِي ذَلِكَ الْاسْتِغْفَارُ وَتَرْكُ الْعَوْدِ إِلَى الْكُفَّارَةِ فَيَلْزِمُهُ الْاسْتِثْنَاءُ، وَهَذَا أَوْلَى لاشْتِمَالِهِ عَلَى الْجَوَابِ عَنْ قَوْلِهِ وَإِنْ كَانَ تَقْدِيمُهُ عَلَى الْمَسِيْسِ شَرْطًا إلخ.

وَالْجَوَابُ عَنْ قَوْلِهِ أَنَّهُ لَا يُفْسِدُ بِهِ الصَّوْمَ فَلَا يَقْطَعُ التَّابِعُ أَنَّ عَدَمَ الْفَسَادِ فِي النَّسْيَانِ ثَبَتَ بِالنَّصِّ عَلَى خِلَافِ الْقِيَاسِ فَلَا يَتَعَدَّى إِلَى قَطْعِ التَّابِعِ وَفِي الْعَمْدِ لِعَدَمِ

الْقَاتِلِ بِالْفَصْلِ (وَإِنْ أَفْطَرَ يَوْمًا مِنْهَا بَعْدَ كَسَفَرٍ أَوْ مَرَضٍ أَوْ بَغَيْرِ عُدْرٍ اسْتَأْنَفَ لِفَوَاتِ التَّائِبِ وَهُوَ قَادِرٌ عَلَيْهِ عَادَةً) وَهَذَا اخْتِرَازٌ عَمَّا إِذَا أَفْطَرَتِ الْمَرْأَةُ فِي كَفَّارَةِ الْقَتْلِ أَوْ الْإِفْطَارِ بَعْدَ الْحَيْضِ فَإِنَّهَا لَا تَسْتَأْنَفُ لَأَنَّهَا مَعْدُورَةٌ عَادَةً، إِذْ لَا تَجِدُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ لَا حَيْضَ فِيهِمَا. وَلَوْ صَامَ الْمَظَاهِرُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ ثُمَّ قَدَرَ عَلَى الْإِعْتِاقِ فِي آخِرِ يَوْمٍ مِنَ الشَّهْرَيْنِ، فَإِنْ كَانَ قَبْلَ غُرُوبِ الشَّمْسِ وَجَبَ عَلَيْهِ الْعِتْقُ وَصَارَ صَوْمُهُ تَطَوُّعًا لَا اقْتِدَارَهُ عَلَى الْأَصْلِ قَبْلَ حُصُولِ الْمَقْصُودِ بِالْبَدَلِ، وَإِنْ كَانَ بَعْدَ الْغُرُوبِ كَانَ الصَّوْمُ عَنْ كَفَّارَتِهِ.

(وَإِنْ ظَاهَرَ الْعَبْدُ لَمْ يَجْزِ فِي الْكَفَّارَةِ إِلَّا الصَّوْمُ) لِأَنَّهُ لَا مِلْكَ لَهُ فَلَمْ يَكُنْ مِنْ أَهْلِ التَّكْفِيرِ بِأَمَالٍ (وَإِنْ أَعْتَقَ الْمَوْلَى أَوْ أَطْعَمَ عَنْهُ لَمْ يَجْزِهِ) لِأَنَّهُ لَيْسَ مِنْ أَهْلِ الْمِلْكِ فَلَا يَصِيرُ مَالَكًا بِتَمْلِيكِهِ.

الشرح:

قَوْلُهُ (وَإِنْ ظَاهَرَ الْعَبْدُ ظَاهِرٌ).

(وَإِذَا لَمْ يَسْتَطِعِ الْمَظَاهِرُ الصِّيَامَ أَطْعَمَ سِتِّينَ مِسْكِينًا) لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿فَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا﴾ [المجادلة: ٤] (وَيُطْعَمُ كُلُّ مِسْكِينٍ نِصْفَ صَاعٍ مِنْ بُرٍّ أَوْ صَاعًا مِنْ تَمْرٍ أَوْ شَعِيرٍ أَوْ قِيمَةٍ ذَلِكَ) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ فِي حَدِيثِ أَوْسِ بْنِ الصَّامِتِ وَسَهْلِ بْنِ صَخْرٍ: «لِكُلِّ مِسْكِينٍ نِصْفُ صَاعٍ مِنْ بُرٍّ»^(١) وَلَأَنَّ الْمُعْتَبَرَ دَفْعُ حَاجَةِ الْيَوْمِ لِكُلِّ مِسْكِينٍ فَيُعْتَبَرُ بِصَدَقَةِ الْفِطْرِ، وَقَوْلُهُ أَوْ قِيمَةً ذَلِكَ مَذْهَبُنَا وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ فِي الزُّكَاةِ

الشرح:

وَقَوْلُهُ (أَوْ قِيمَةً ذَلِكَ) أَيُّ مِنْ غَيْرِ الْأَعْدَادِ الْمَنْصُوصَةِ مُطْلَقًا، وَأَمَّا فِي الْأَعْدَادِ الْمَنْصُوصَةِ فَلَا يَجُوزُ أَدَاؤُهَا قِيمَةً إِذَا كَانَتْ أَقَلَّ قَدْرًا مِمَّا قَدَرَهُ الشَّرْعُ. وَإِنْ كَانَتْ أَكْثَرَ مِنَ الْآخَرِ أَوْ مِثْلَهُ قِيمَةً، حَتَّى لَوْ أَدَّى نِصْفَ صَاعٍ مِنْ تَمْرٍ جَيِّدٍ تَبْلُغُ قِيمَتُهُ نِصْفَ صَاعٍ مِنْ حِنْطَةٍ لَا يَجُوزُ، وَكَذَا لَوْ أَدَّى أَقَلَّ مِنْ نِصْفِ صَاعٍ حِنْطَةً تَبْلُغُ قِيمَتَهُ

(١) قال الزيلعي في نصب الراية (٣/٣٥٨): هكذا وقع في الهداية وصوابه سلمة بن صخر،

صَاعًا مِنْ تَمْرٍ أَوْ شَعِيرٍ لَا يَجُوزُ، إِذَا الْأَصْلُ فِيهِ أَنَّ كُلَّ جِنْسٍ هُوَ مَنْصُوصٌ عَلَيْهِ مِنْ الطَّعَامِ لَا يَكُونُ بَدَلًا عَنْ جِنْسٍ آخَرَ هُوَ مَنْصُوصٌ عَلَيْهِ وَإِنْ كَانَ فِي الْقِيَمَةِ أَكْثَرُ لِأَنَّهُ لَا اعْتِبَارَ لِمَعْنَى النَّصِّ فِي الْمَنْصُوصِ عَلَيْهِ، وَإِنَّمَا الْاِئْتِبَارُ لَهُ فِي غَيْرِهِ وَقَوْلُهُ (فِي حَدِيثِ أَوْسِ بْنِ الصَّامِتِ) هُوَ أَخُو عُبَادَةَ بْنِ الصَّامِتِ، وَأَوْسٌ هُوَ زَوْجُ خَوْلَةَ بِنْتِ ثَعْلَبَةَ، وَهِيَ الْمُجَادِلَةُ الَّتِي نَزَلَتْ فِيهَا آيَةُ الظَّهَارِ وَقَدْ تَقَدَّمَ. وَأَمَّا سَهْلُ بْنُ صَخْرٍ فَقَدْ قِيلَ فِيهِ نَظَرٌ لِأَنَّ الْمَذْكُورَ فِي كُتُبِ الْحَدِيثِ سَلَمَةُ بْنُ صَخْرٍ وَكَذَا فِي الْمَبْسُوطِ، وَذَكَرَ فِي الْمَغْرِبِ سَلَمَةُ بْنُ صَخْرٍ الْبَيَاضِيُّ، وَمَا ذَكَرَهُ الْمُصَنِّفُ مُوَافِقٌ لِمَا أوردَهُ الْإِمَامُ الْمُسْتَعْفِرِيُّ فِي مَعْرِفَةِ الصَّحَابَةِ قَالَ: سَهْلُ بْنُ صَخْرٍ اللَّيْثِيُّ. وَقَوْلُهُ فَيُعْتَبَرُ بِصَدَقَةِ الْفِطْرِ يَعْنِي فِي الْمَقْدَارِ، وَلَكِنْ بَيْنَهُمَا فَرْقٌ مِنْ وَجْهِ آخَرَ، وَهُوَ أَنَّ التَّفْرِيقَ هَاهُنَا بَأَنْ يُعْطِيَ فَقِيرًا مِمَّا مِنْ حِنْطَةٍ وَمِمَّا آخَرَ فَقِيرًا آخَرَ لَا يَجُوزُ، لِأَنَّ الْوَاجِبَ إِطْعَامَ سِتِّينَ مَسْكِينًا فَكَانَ الْعَدَدُ مُعْتَبَرًا كَالْمَقْدَارِ، وَمَتَى فَرَّقَ لَمْ يُوْجَدْ الْإِطْعَامُ الْمُعْتَادُ لِلْمَسَاكِينِ، وَأَمَّا فِي صَدَقَةِ الْفِطْرِ فَالْمُعْتَبَرُ فِيهَا الْقَدْرُ دُونَ الْعَدَدِ لِكَوْنِهِ مَسْكُوتًا عَنْهُ فَيَكُونُ التَّفْرِيقُ جَائِزًا. وَقَوْلُهُ (أَوْ قِيَمَةً ذَلِكَ) ظَاهِرٌ.

(فَإِنْ أَعْطَى مِمَّا مِنْ بُرٍّ وَمَنْوِينَ مِنْ تَمْرٍ أَوْ شَعِيرٍ جَائِزًا) لِحُصُولِ الْمَقْصُودِ إِذَا الْجِنْسُ مُتَّحِدٌ (وَإِنْ أَمَرَ غَيْرَهُ أَنْ يُطْعِمَ عَنْهُ مِنْ ظَهَارِهِ فَفَعَلَ أَجْزَأَهُ) لِأَنَّهُ اسْتِقْرَاضٌ مَعْنَى وَالْفَقِيرُ قَابِضٌ لَهُ أَوْ لَا ثُمَّ لِنَفْسِهِ فَتَحَقَّقَ تَمْلُكُهُ ثُمَّ تَمْلِكُهُ

الشرح:

وقوله (لِحُصُولِ الْمَقْصُودِ إِذَا الْجِنْسُ مُتَّحِدٌ) يَعْنِي مِنْ حَيْثُ الْإِطْعَامُ وَسَدُّ الْجُوعَةِ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ مِنَ الْبُرِّ وَالشَّعِيرِ الْإِطْعَامُ فَيَجُوزُ تَكْمِيلُ أَحَدِهِمَا بِالْآخَرِ، وَأَمَّا إِذَا اخْتَلَفَ الْجِنْسُ كَمَا إِذَا أُطْعِمَ خَمْسَةَ مَسَاكِينِ فِي كَفَّارَةِ الْيَمِينِ بِطَرِيقِ الْإِبَاحَةِ وَكَسَا خَمْسَةَ مَسَاكِينِ وَالْكَسْوَةُ أَرْخَصُ مِنَ الطَّعَامِ لَمْ يُجْزَءَ لِمَا أَنَّ الْمَقْصُودَ بِالْكَسْوَةِ غَيْرُ الْمَقْصُودِ بِالْإِطْعَامِ، أَلَا تَرَى أَنَّ الْإِبَاحَةَ فِي أَحَدِهِمَا تَجُوزُ دُونَ الْآخَرِ.

وَاسْتَشْكَلَ بِمَا إِذَا أَعْتَقَ نِصْفَ رَقَبَتَيْنِ بَأَنْ كَانَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ شَرِيكِهِ عَبْدَانِ فَأَعْتَقَ نَصِيبَهُ مِنْهُمَا عَنْ الْكَفَّارَةِ لَا يَجُوزُ عَنْهَا وَإِنْ اتَّحَدَ الْجِنْسُ مِنْ حَيْثُ الْإِعْتِقَاقُ. وَأُجِيبَ بِأَنَّهُ إِنَّمَا لَا يَجُوزُ لِأَنَّ نِصْفَ الرَّقَبَتَيْنِ لَيْسَ بِرَقَبَةٍ كَامِلَةٍ، وَالشَّرَكَةُ فِي كُلِّ رَقَبَةٍ تَمْنَعُ

التَّكْفِيرَ بِهَا. وَقَوْلُهُ (وَإِنْ أَمَرَ غَيْرُهُ أَنْ يُطْعَمَ عَنْهُ مِنْ ظَهَارِهِ) ظَاهِرٌ.

(فَإِنْ غَدَاهُمْ وَعَشَاهُمْ جَازَ قَلِيلًا كَانَ مَا أَكَلُوا أَوْ كَثِيرًا) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا يُجْزِلُهُ إِلَّا التَّمْلِيكُ اعْتِبَارًا بِالزَّكَاةِ وَصَدَقَةِ الْفِطْرِ، وَهَذَا لِأَنَّ التَّمْلِيكَ أَدْفَعَ لِلحَاجَةِ فَلَا يَنْوُبُ مَنَابَهُ الْإِبَاحَةُ. وَلَنَا أَنَّ الْمَنْصُوصَ عَلَيْهِ هُوَ الْإِطْعَامُ وَهُوَ حَقِيقَةٌ فِي التَّمْكِينِ مِنَ الطَّعْمِ وَفِي الْإِبَاحَةِ ذَلِكَ كَمَا فِي التَّمْلِيكَ، أَمَّا الْوَاجِبُ فِي الزَّكَاةِ الْإِيْتَاءُ وَفِي صَدَقَةِ الْفِطْرِ الْأَدَاءُ وَهُمَا لِلتَّمْلِيكَ حَقِيقَةٌ (وَلَوْ كَانَ فِيمَنْ عَشَاهُمْ صَبِيٌّ فَطِيمٌ لَا يُجْزِلُهُ) لِأَنَّهُ لَا يَسْتَوْفِي كَامِلًا، وَلَا بُدَّ مِنَ الْإِدَامِ فِي خُبْزِ الشَّعِيرِ لِيُمْكِنَهُ الْاسْتِيفَاءُ إِلَى الشَّبَعِ، وَفِي خُبْزِ الْحِنْطَةِ لَا يَشْتَرِطُ الْإِدَامُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (فَإِنْ غَدَاهُمْ وَعَشَاهُمْ) بِكَلِمَةِ الْوَائِ لَا بِأَوْ لِأَنَّ التَّغْذِيَةَ وَحْدَهَا أَوْ التَّغْشِيَةَ وَحْدَهَا لَا تُجْزَى. قَالَ فِي الْمَبْسُوطِ: الْمُعْتَبَرُ فِي التَّمْكِينِ أَكْلَتَانِ مُشْبِعَتَانِ، إِمَّا الْغَدَاءُ وَالْعِشَاءُ، وَإِمَّا غَدَاءَانِ أَوْ عِشَاءَانِ لِكُلِّ مِسْكِينٍ، فَإِنَّ الْمُعْتَبَرَ حَاجَةُ الْيَوْمِ وَذَلِكَ بِالْغَدَاءِ وَالْعِشَاءِ. وَفِي الْمَجْرَدِ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ: إِذَا غَدَى سِتِّينَ وَعَشَى سِتِّينَ آخَرِينَ لَا يَجُوزُ. وَقَوْلُهُ (قَلِيلًا أَكَلُوا أَوْ كَثِيرًا) يَعْنِي أَنَّ الْمُعْتَبَرَ هُوَ الشَّبَعُ لَا الْمَقْدَارُ.

وَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمْ شَبَعَانِ اخْتَلَفَ الْمَشَايخُ فِيهِ، فَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ بِجَوَازِهِ لِأَنَّهُ وَجَدَ إِطْعَامَ الْعَدَدِ الْمُعَيَّنِ وَقَدْ شَبِعُوا، وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ لَا يَجُوزُ لِأَنَّ الْمَأْخُوذَ عَلَيْهِ إِشْبَاعُ السِّتِّينَ وَهُوَ مَا أَشْبَعَهُمْ. وَقَوْلُهُ وَقَالَ الشَّافِعِيُّ مُتَّصِلٌ بِقَوْلِهِ فَإِنْ غَدَاهُمْ وَعَشَاهُمْ وَهُوَ لَا يَجُوزُ فِي الْكَفَّارَةِ إِلَّا التَّمْلِيكُ قِيَاسًا عَلَى الزَّكَاةِ وَصَدَقَةِ الْفِطْرِ (وَهَذَا) أَيُّ عَدَمِ جَوَازِ الْإِبَاحَةِ (لِأَنَّ التَّمْلِيكَ أَدْفَعَ لِلحَاجَةِ فَلَا يَنْوُبُ مَنَابَهُ الْإِبَاحَةُ. وَلَنَا أَنَّ الْمَنْصُوصَ عَلَيْهِ هُوَ الْإِطْعَامُ، وَهُوَ حَقِيقَةٌ فِي التَّمْكِينِ مِنَ الطَّعْمِ) لِأَنَّهُ جَعَلَ الْغَيْرَ طَاعِمًا (وَفِي إِبَاحَةِ ذَلِكَ) أَيُّ التَّمْكِينِ (كَمَا فِي التَّمْلِيكَ) فَيَتَأَدَّى الْوَاجِبُ بِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا، أَمَّا بِالتَّمْكِينِ فَلَمْ رَاعَاةَ عَيْنِ النَّصِّ، وَأَمَّا بِالتَّمْلِيكَ فَلَا شَتْمَالَهُ عَلَى الْمَنْصُوصِ عَلَيْهِ لِأَنَّهُ إِذَا مَلَكَ مِنْهُ فِيمَا أَنْ يُطْعِمَهُ أَوْ يَصْرِفَهُ إِلَى حَاجَةِ أُخْرَى فَلِذَلِكَ يُقَامُ التَّمْلِيكُ مَقَامَ الْمَنْصُوصِ عَلَيْهِ، أَمَّا الْوَاجِبُ فِي الزَّكَاةِ فَهُوَ الْإِيْتَاءُ لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَأَتَوْا الزَّكَاةَ﴾ وَفِي صَدَقَةِ الْفِطْرِ الْأَدَاءُ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «أَدُّوا عَمَّنْ تَمُوتُونَ» وَهُمَا لِلتَّمْلِيكَ حَقِيقَةٌ. وَقَوْلُهُ (وَلَوْ)

كَانَ فِيمَنْ عَشَاهُمْ صَبِيٌّ ظَاهِرٌ.

(وَأِنْ أَطْعَمَ مِسْكِينًا وَاحِدًا سِتِّينَ يَوْمًا أَجْرَاهُ، وَإِنْ أَعْطَاهُ فِي يَوْمٍ وَاحِدٍ لَمْ يَجْزِهِ إِلَّا عَنْ يَوْمِهِ) لِأَنَّ الْمَقْصُودَ سَدُّ خَلَّةِ الْمُحْتَاجِ وَالْحَاجَةُ تَتَجَدَّدُ فِي كُلِّ يَوْمٍ، فَالِدَفْعُ إِلَيْهِ فِي الْيَوْمِ الثَّانِي كَالِدَفْعِ إِلَى غَيْرِهِ، وَهَذَا فِي الْإِبَاحَةِ مِنْ غَيْرِ خِلَافٍ. وَأَمَّا التَّمْلِيكُ مِنْ مِسْكِينٍ وَاحِدٍ فِي يَوْمٍ وَاحِدٍ بِدَفْعَاتٍ، فَقَدْ قِيلَ لَا يُجْزِيهِ، وَقَدْ قِيلَ يُجْزِيهِ لِأَنَّ الْحَاجَةَ إِلَى التَّمْلِيكِ تَتَجَدَّدُ فِي يَوْمٍ وَاحِدٍ، بِخِلَافِ مَا إِذَا دَفَعَ بِدَفْعَةٍ وَاحِدَةٍ، لِأَنَّ التَّفْرِيقَ وَاجِبٌ بِالنَّصِّ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَهَذَا) إِمَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ لَمْ يُجْزِهِ إِلَّا عَنْ يَوْمِهِ: يَعْنِي إِذَا دَفَعَ لِمِسْكِينٍ وَاحِدٍ فِي يَوْمٍ وَاحِدٍ سِتِّينَ مَرَّةً بِطَرِيقِ الْإِبَاحَةِ فَلَا خِلَافَ لِأَحَدٍ فِي عَدَمِ جَوَازِهِ، وَأَمَّا إِذَا كَانَ بِطَرِيقِ التَّمْلِيكِ فَقَدْ اخْتَلَفَ الْمَشَايخُ فِيهِ فَقَالَ بَعْضُهُمْ: لَا يَجُوزُ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ سَدُّ الْخَلَّةِ. وَلِهَذَا لَا يَجُوزُ الصَّرْفُ إِلَى الْغَنِيِّ، وَبَعْدَمَا اسْتَوْفَى وَظِيفَةَ الْيَوْمِ لَا حَاجَةَ لَهُ إِلَى سَدِّ الْخَلَّةِ بِصَرْفٍ وَظِيفَةٍ أُخْرَى إِلَيْهِ، بِخِلَافِ كَفَّارَةٍ أُخْرَى لِأَنَّ الْمُسْتَوْفَى فِي حُكْمِ تِلْكَ الْكَفَّارَةِ كَالْمَعْدُومِ، وَلَا يُمَكِّنُ أَنْ يَجْعَلَ مِثْلَهُ فِي هَذِهِ الْكَفَّارَةِ وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ فِي التَّقْرِيرِ بِأَنَّهُ مِنْ هَذَا (وَقَدْ قِيلَ يَجْزِيهِ لِأَنَّ الْحَاجَةَ إِلَى التَّمْلِيكِ كَثِيرَةٌ تَتَجَدَّدُ فِي يَوْمٍ وَاحِدٍ) فَإِذَا فُرِّقَ بِدَفْعَاتٍ فِي يَوْمٍ وَاحِدٍ جَازَ كَمَا فِي الْأَيَّامِ، بِخِلَافِ حَاجَةِ الْإِبَاحَةِ بِالْإِطْعَامِ فَإِنَّهُ إِذَا اسْتَوْفَى حَاجَتَهُ فِي يَوْمٍ نَتَهَيَّ حَاجَتُهُ إِلَى الطَّعَامِ وَلَا تَتَجَدَّدُ إِلَّا بِتَجَدُّدِ الْأَيَّامِ، وَ (بِخِلَافِ مَا إِذَا دَفَعَ دَفْعَةً وَاحِدَةً لِأَنَّ التَّفْرِيقَ وَاجِبٌ بِالنَّصِّ) وَهُوَ قَوْلُهُ ﴿فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا﴾ [المجادلة: ٤] وَلَمْ يُوجَدْ لَا حَقِيقَةٌ وَلَا تَقْدِيرًا فَلَا يَجُوزُ كَالْحَاجِّ إِذَا رَمَى الْحَصِيَّاتِ السَّبْعَ دَفْعَةً وَاحِدَةً.

(وَأِنْ قَرُبَ الَّذِي ظَاهَرَ مِنْهَا فِي خِلَالِ الْإِطْعَامِ لَمْ يَسْتَأْنِفْ) لِأَنَّهُ تَعَالَى مَا شَرَطَ فِي الْإِطْعَامِ أَنْ يَكُونَ قَبْلَ الْمَسِيْسِ، إِلَّا أَنَّهُ يُمْنَعُ مِنَ الْمَسِيْسِ قَبْلَهُ لِأَنَّهُ رَبُّمَا يَقْدِرُ عَلَى الْإِعْتِاقِ أَوْ الصَّوْمِ فَيَقْعَانِ بَعْدَ الْمَسِيْسِ، وَالْمَنْعُ لِمَعْنَى فِي غَيْرِهِ لَا يَعْدَمُ الْمَشْرُوعِيَّةَ فِي نَفْسِهِ.

الشرح:

قَوْلُهُ (وَالْمَنْعُ لِمَعْنَى فِي غَيْرِهِ) يَعْنِي تَوْهُمَ الْقُدْرَةَ عَلَى الْإِعْتِاقِ لَا يَعْدَمُ الْمَشْرُوعِيَّةَ

فِي نَفْسِهِ كَالْبَيْعِ وَقْتَ النَّدَاءِ وَالصَّلَاةِ فِي الْأَوْقَاتِ الْمَكْرُوهَةِ.

(وَإِذَا أَطْعَمَ عَنْ ظَهَارَيْنِ سِتِّينَ مِسْكِينًا كُلَّ مِسْكِينٍ صَاعًا مِنْ بُرٍّ لَمْ يُجْزِهِ إِلَّا عَنْ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ يُجْزِيهِ عَنْهُمَا، وَإِنْ أَطْعَمَ ذَلِكَ عَنْ إِفْطَارٍ وَظَهَارٍ أَجْزَاهُ عَنْهُمَا) لَهُ أَنْ بِالْمُؤَدَّى وَفَاءً بِهِمَا وَالْمَصْرُوفُ إِلَيْهِ مَحَلٌّ لَهُمَا فَيَقَعُ عَنْهُمَا كَمَا لَوْ اخْتَلَفَ السَّبَبُ أَوْ فَرَّقَ فِي الدَّفْعِ.

وَلَهُمَا أَنْ النِّتَةَ فِي الْجِنْسِ الْوَاحِدِ لَعُوٌّ وَفِي الْجِنْسَيْنِ مُعْتَبَرَةٌ، وَإِذَا لَعَتْ النِّتَةُ وَالْمُؤَدَّى يَصْلُحُ كَفَّارَةً وَاحِدَةً لِأَنَّ نِصْفَ الصَّاعِ أَدْنَى الْمَقَادِيرِ فَيَمْنَعُ النُّقْصَانُ دُونَ الزِّيَادَةِ فَيَقَعُ عَنْهُمَا كَمَا إِذَا نَوَى أَصْلَ الْكَفَّارَةِ بِخِلَافِ مَا إِذَا فَرَّقَ فِي الدَّفْعِ لِأَنَّهُ فِي الدَّفْعَةِ الثَّانِيَةِ فِي حُكْمِ مِسْكِينٍ آخَرَ

الشرح:

قَالَ (وَإِذَا أَطْعَمَ عَنْ ظَهَارَيْنِ) وَإِذَا أَطْعَمَ الْمَظَاهِرُ عَنْ ظَهَارَيْنِ (سِتِّينَ مِسْكِينًا كُلَّ مِسْكِينٍ صَاعًا مِنْ بُرٍّ لَمْ يُجْزِهِ إِلَّا عَنْ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: يُجْزِيهِ عَنْهُمَا، وَإِنْ أَطْعَمَ ذَلِكَ عَنْ إِفْطَارٍ وَظَهَارٍ أَجْزَاهُ عَنْهُمَا) اتِّفَاقًا (لَهُ أَنْ بِالْمُؤَدَّى وَفَاءً بِهِمَا) إِذِ الْوَاجِبُ عَنْ كُلِّ ظَهَارٍ لِكُلِّ مِسْكِينٍ نِصْفُ صَاعٍ مِنْ بُرٍّ فَفِي الصَّاعِ وَفَاءً بِهِمَا لَا مَحَالَةَ (وَالْمَصْرُوفُ إِلَيْهِ مَحَلٌّ لَهُمَا) لِأَنَّ الْفَقِيرَ لَا يَخْرُجُ بِأَخْذِ أَحَدٍ الْحَقِّينِ عَنْ كَوْنِهِ مَصْرُفًا لِبَقَاءِ الْخَلَةِ وَالنِّتَةُ مُعَيَّنَةٌ (فَيَقَعُ عَنْهُمَا كَمَا لَوْ اخْتَلَفَ السَّبَبُ) يَعْنِي أَطْعَمَ ذَلِكَ عَنْ إِفْطَارٍ وَظَهَارٍ (أَوْ فَرَّقَ فِي الدَّفْعِ. وَلَهُمَا أَنْ النِّتَةَ فِي الْجِنْسِ الْوَاحِدِ لَعُوٌّ) لِأَنَّ النِّتَةَ لِلتَّمْيِيزِ بَيْنَ الْأَجْنَاسِ الْمُخْتَلِفَةِ وَالْفَرْضُ عَدَمُهَا فَلَعَتْ النِّتَةُ (وَإِذَا لَعَتْ وَالْمُؤَدَّى يَصْلُحُ كَفَّارَةً وَاحِدَةً لِأَنَّ نِصْفَ الصَّاعِ أَدْنَى الْمَقَادِيرِ، وَالْمَقَادِيرُ تَمْنَعُ النُّقْصَانُ دُونَ الزِّيَادَةِ فَيَقَعُ عَنْهَا، كَمَا إِذَا نَوَى أَصْلَ الْكَفَّارَةِ) فَإِنَّهُ يَقَعُ عَنْ إِحْدَاهُمَا بِالِاتِّفَاقِ (بِخِلَافِ مَا إِذَا فَرَّقَ فِي الدَّفْعِ لِأَنَّهُ فِي الدَّفْعَةِ الثَّانِيَةِ فِي حُكْمِ مِسْكِينٍ آخَرَ) وَفِيهِ بَحْثٌ مِنْ وَجْهَيْنِ:

أَحَدُهُمَا أَنَّ كُلَّ ظَهَارٍ وَجَبَ لِسَبَبٍ عَلَى حِدَةٍ وَكَأَنَّا بِمَنْزِلَةِ جِنْسَيْنِ مُخْتَلَفَيْنِ فَيَنْبَغِي أَنْ يَقَعَ عَنْهُمَا.

وَالثَّانِي أَنَّهُ لَوْ أَعْتَقَ عَبْدًا عَنْ أَحَدِ الظَّهَارَيْنِ بَعَيْنِهِ صَحَّ نِيَّةُ التَّعْيِينِ وَلَمْ تَلْغُ وَإِنْ

كَانَ الْجِنْسُ وَاحِدًا وَلِهَذَا حُلَّ وَطْءُ الَّتِي عَيْنَهَا. وَأُجِيبَ عَنِ الْأَوَّلِ بِأَنَّ النِّيَّةَ مُعْتَبَرَةٌ فِي الْجِنْسَيْنِ لَا فِيمَا كَانَ بِمَنْزِلَةِ الْجِنْسَيْنِ وَهُوَ جِنْسٌ وَاحِدٌ، وَعَنِ الثَّانِي بِأَنَّ إِعْتَاقَ الرَّقَبَةِ يَصْلُحُ كَفَّارَةً عَنِ أَحَدِ الظَّهَارَيْنِ قَدْرًا وَمَحَلًّا فَصَحَّتْ نِيَّتُهُ.

فَأَمَّا إِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا كُلِّ مِسْكِينٍ صَاعًا. فَإِنَّ صَلَاحَ عَنِ الظَّهَارَيْنِ قَدْرًا لَمْ يَصْلُحْ لُهُمَا مَحَلًّا لِأَنَّ مَحَلَّهُمَا مِائَةٌ وَعِشْرُونَ مِسْكِينًا عِنْدَ عَدَمِ التَّفْرِيقِ، فَإِذَا زَادَ فِي الْوُظَيْفَةِ وَقَصَّ عَنِ الْمَحَلِّ وَجَبَ أَنْ يُعْتَبَرَ قَدْرُ الْمَحَلِّ اخْتِطَاطًا، كَمَا لَوْ أُعْطِيَ ثَلَاثِينَ مِسْكِينًا كُلِّ وَاحِدٍ صَاعًا.

(وَمَنْ وَجَبَتْ عَلَيْهِ كَفَّارَتَا ظَهَارٍ فَأَعْتَقَ رَقَبَتَيْنِ لَا يَنْوِي عَنْ إِحْدَاهُمَا بَعِيْنَهَا جَاَزَ عَنْهُمَا، وَكَذَا إِذَا صَامَ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ أَوْ أَطْعَمَ مِائَةً وَعِشْرِينَ مِسْكِينًا جَاَزَ) لِأَنَّ الْجِنْسَ مُتَّحِدٌ فَلَا حَاجَةَ إِلَى نِيَّةٍ مُعَيَّنَةٍ (وَأِنْ أَعْتَقَ عَنْهُمَا رَقَبَةً وَاحِدَةً أَوْ صَامَ شَهْرَيْنِ كَانَ لَهُ أَنْ يَجْعَلَ ذَلِكَ عَنْ أَيِّهِمَا شَاءَ، وَإِنْ أَعْتَقَ عَنِ ظَهَارٍ وَقَتَلَ لَمْ يَجُزْ عَنْ وَاحِدٍ مِنْهُمَا).

وَقَالَ زُفَرٌ: لَا يُجْزِيهِ عَنْ أَحَدِهِمَا فِي الْفَصْلَيْنِ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَهُ أَنْ يَجْعَلَ ذَلِكَ عَنْ أَحَدِهِمَا فِي الْفَصْلَيْنِ لِأَنَّ الْكَفَّارَاتِ كُلَّهَا بِاعْتِبَارِ اتِّحَادِ الْمَقْصُودِ جِنْسٌ وَاحِدٌ. وَجْهٌ قَوْلُ زُفَرٍ أَنَّهُ أَعْتَقَ عَنْ كُلِّ ظَهَارٍ نِصْفَ الْعَبْدِ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَجْعَلَ عَنْ أَحَدِهِمَا بَعْدَمَا أَعْتَقَ عَنْهُمَا لَخُرُوجِ الْأَمْرِ مِنْ يَدِهِ. وَلَنَا أَنَّ نِيَّةَ التَّعْيِينِ فِي الْجِنْسِ الْمُتَّحِدِ غَيْرُ مُفِيدٍ فَتَلَعَوْا، وَفِي الْجِنْسِ الْمُخْتَلَفِ مُفِيدَةٌ، وَاخْتِلَافُ الْجِنْسِ فِي الْحُكْمِ وَهُوَ الْكَفَّارَةُ هَاهُنَا بِاخْتِلَافِ السَّبَبِ. نَظِيرُ الْأَوَّلِ إِذَا صَامَ يَوْمًا فِي قَضَاءِ رَمَضَانَ عَنْ يَوْمَيْنِ يُجْزِيهِ عَنْ قَضَاءِ يَوْمٍ وَاحِدٍ. وَنَظِيرُ الثَّانِي إِذَا كَانَ عَلَيْهِ صَوْمُ الْقَضَاءِ وَالنَّذْرِ فَإِنَّهُ لَا بُدَّ فِيهِ مِنَ التَّمْيِيزِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ وَجَبَتْ عَلَيْهِ كَفَّارَتَا ظَهَارٍ ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (كَانَ لَهُ أَنْ يَجْعَلَ ذَلِكَ عَنْ أَيِّهِمَا شَاءَ) جَوَابُ الاسْتِحْسَانِ وَالْقِيَاسِ أَنْ لَا يَجُوزَ وَهُوَ قَوْلُ زُفَرٍ لَخُرُوجِ الْأَمْرِ مِنْ يَدِهِ (وَإِنْ أَعْتَقَ عَنِ ظَهَارٍ وَقَتَلَ لَمْ يَجُزْ عَنْ وَاحِدٍ مِنْهُمَا).

وَقَالَ زُفَرٌ: لَا يُجْزِيهِ عَنْ أَحَدِهِمَا فِي الْفَصْلَيْنِ (يَعْنِي فِي مُتَّحِدِ الْجِنْسِ وَمُخْتَلَفِهِ) (وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَهُ أَنْ يَجْعَلَ عَنْ أَيِّهِمَا شَاءَ فِي الْفَصْلَيْنِ لِأَنَّ الْكَفَّارَاتِ بِاعْتِبَارِ اتِّحَادِ

الْمَقْصُودِ) وَهُوَ السَّتْرُ (جِنْسٌ وَاحِدٌ) وَالتَّيَّةُ فِي الْجِنْسِ الْوَاحِدِ غَيْرُ مُفِيدٍ فَبَقِيَ نِيَّةُ أَصْلِ الْكَفَّارَةِ، وَلَوْ نَوَى أَصْلَ الْكَفَّارَةِ كَانَ لَهُ أَنْ يَجْعَلَ ذَلِكَ عَنْ أُيْهِمَا شَاءَ فَكَذَا هَذَا (وَوَجْهٌ قَوْلُ زُفَرٍ أَنَّهُ أَعْتَقَ مِنْ كُلِّ ظَهَارٍ نِصْفَ الْعَبْدِ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَجْعَلَ عَنْ أَحَدِهِمَا الْخُرُوجَ الْأَمْرَ مِنْ يَدِهِ. وَلَنَا أَنَّ نِيَّةَ التَّعْيِينِ فِي الْجِنْسِ الْمُتَّحِدِ لَعَوٌّ) قِيلَ مَعْنَاهُ نَوَى التَّوْزِيعَ فِي الْجِنْسِ الْوَاحِدِ وَكَانَ لَعَوًّا، وَإِذَا لَعَتْ صَارَ كَأَنَّهُ أَعْتَقَ رَقَبَةً عَنْ الظَّهَارَيْنِ وَلَمْ يَنْوَ عَنْهُمَا، وَذَلِكَ جَائِزٌ وَلَهُ أَنْ يَصْرِفَهَا إِلَى أُيْهِمَا شَاءَ فَكَذَلِكَ هَاهُنَا، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَتْ الْكَفَّارَتَانِ مِنْ جِنْسَيْنِ مُخْتَلَفَيْنِ لِأَنَّهُ نَوَى التَّوْزِيعَ فِي الْجِنْسِ الْمُخْتَلَفِ وَكَانَتْ مُعْتَبَرَةً فَلَا يَكُونُ عَنْ وَاحِدٍ مِنْهُمَا.

فَإِنْ قِيلَ: لَا تُسَلَّمُ اخْتِلَافَ الْجِنْسِ. فَإِنَّ الْحُكْمَ وَهُوَ الْكَفَّارَةُ بِالْإِعْتِقَاقِ فِي الْقَتْلِ وَالظَّهَارِ وَاحِدٌ.

أَجَابَ بِقَوْلِهِ (وَاخْتِلَافُ الْجِنْسِ فِي الْحُكْمِ وَهُوَ الْكَفَّارَةُ هَاهُنَا بِاخْتِلَافِ السَّبَبِ) فَإِنَّ الْقَتْلَ يُخَالَفُ الظَّهَارَ لَا مَحَالَةَ، وَاخْتِلَافُ السَّبَبِ يَدُلُّ عَلَى اخْتِلَافِ الْحُكْمِ لِأَنَّ الْحُكْمَ مَلْزُومُ السَّبَبِ، وَاخْتِلَافُ اللُّوَاظِمِ يَدُلُّ عَلَى اخْتِلَافِ الْمَلْزُومَاتِ.

وَلَمَّا اخْتَلَفَ الْجِنْسُ صَحَّتْ التَّيَّةُ فَكَانَ إِعْتِقَاقُ رَقَبَةٍ وَاحِدَةٍ عَنْ كَفَّارَتَيْنِ مُخْتَلَفَتَيْنِ فَيَكُونُ لِكُلِّ مِنْهُمَا نِصْفُ الرَّقَبَةِ فَلَا يَجُوزُ، ثُمَّ نَظَرَ الْمُصَنِّفُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْجِنْسَيْنِ الْمُتَّحِدِ وَالْمُخْتَلَفِ بِمَا ذَكَرَهُ فِي الْفَوَائِدِ الظَّهَرِيَّةِ فَقَالَ (نَظِيرُ الْأَوَّلِ) يَعْنِي الْجِنْسَ الْمُتَّحِدَ (إِذَا صَامَ يَوْمًا قَضَاءً رَمَضَانَ عَنْ يَوْمَيْنِ يَجْزِيهِ عَنْ قَضَاءِ يَوْمٍ وَاحِدٍ) بِنَاءً عَلَى مَا ذَكَرْنَا مِنْ إلْغَاءِ نِيَّةِ التَّوْزِيعِ وَبَقَاءِ أَصْلِ التَّيَّةِ إِذَا الْجِنْسُ مُتَّحِدٌ (وَنَظِيرُ الثَّانِي) يَعْنِي الْجِنْسَ الْمُخْتَلَفَ (إِذَا كَانَ عَلَيْهِ صَوْمُ الْقَضَاءِ وَالتَّذَرُّ فِائِلُهُ لَا بُدَّ فِيهِ مِنَ التَّمْيِيزِ) فَإِنْ نَوَى مِنْ اللَّيْلِ أَنْ يَصُومَ غَدًا عَنْهُمَا كَانَتْ التَّيَّةُ مُعْتَبَرَةً وَلَا يَصِيرُ صَائِمًا إِذَا الْجِنْسُ مُخْتَلَفٌ. وَاعْتَرِضَ عَلَى هَذَا بِمَا إِذَا نَوَى عَنْ قَضَاءِ ظَهْرَيْنِ عَلَيْهِ فَإِنَّ الْجِنْسَ مُتَّحِدٌ وَتَعْيِينُ التَّيَّةِ لَا بُدَّ مِنْهُ وَإِلَّا لَا يَقَعُ عَنْ وَاحِدٍ مِنْهُمَا. وَأُجِيبَ بِأَنَّا لَا تُسَلَّمُ اتِّحَادُ الْجِنْسِ لِأَنَّهُ يَخْتَلَفُ بِاخْتِلَافِ الْخَطَابِ وَالسَّبَبِ، فَإِنَّ لِكُلِّ مِنْهُمَا سَبَبًا وَخَطَابًا عَلَى حِدَةٍ، بِخِلَافِ الصَّوْمِ فَإِنَّ الْجَمِيعَ ثَابِتٌ بِخَطَابٍ فَلْيَصُمُّهُ مِنْ أَوَّلِ الشَّهْرِ إلخ.

بَابُ اللَّعَانِ

قَالَ (إِذَا قَذَفَ الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ بِالزِّنَا وَهُمَا مِنْ أَهْلِ الشَّهَادَةِ وَالْمَرْأَةُ مِمَّنْ يُحَدُّ قَاضِيهَا أَوْ نَفَى نَسَبَ وَلَدِهَا وَطَالَبَتُهُ بِمُوجِبِ الْقَذْفِ فَعَلَيْهِ اللَّعَانُ) وَالْأَصْلُ أَنَّ اللَّعَانَ عِنْدَنَا شَهَادَاتٌ مُؤَكَّدَاتٌ بِالْأَيْمَانِ مَقْرُونَةٌ بِاللَّعْنِ قَائِمَةٌ مَقَامَ حَدِّ الْقَذْفِ فِي حَقِّهِ وَمَقَامَ حَدِّ الزِّنَا فِي حَقِّهَا لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شَهَادَةٌ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ﴾ [النور: ١٦] وَالْأَسْتِنَاءُ إِنَّمَا يَكُونُ مِنَ الْجِنْسِ، وَقَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿فَشَهَدَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَدَاتٍ بِاللَّهِ﴾ [النور: ١٦] نَصٌّ عَلَى الشَّهَادَةِ وَالْيَمِينِ فَقُلْنَا الرُّكْنُ هُوَ الشَّهَادَةُ الْمُؤَكَّدَةُ بِالْيَمِينِ، ثُمَّ قَرَنَ الرُّكْنَ فِي جَانِبِهِ بِاللَّعْنِ لَوْ كَانَ كَاذِبًا وَهُوَ قَائِمٌ مَقَامَ حَدِّ الْقَذْفِ وَفِي جَانِبِهَا بِالغَضَبِ وَهُوَ قَائِمٌ مَقَامَ حَدِّ الزِّنَا، إِذَا ثَبَتَ هَذَا نَقُولُ لَا بُدَّ أَنْ يَكُونَا مِنْ أَهْلِ الشَّهَادَةِ لِأَنَّ الرُّكْنَ فِيهِ الشَّهَادَةُ وَلَا بُدَّ أَنْ تَكُونَ هِيَ مِمَّنْ يُحَدُّ قَاضِيهَا لِأَنَّهُ قَائِمٌ فِي حَقِّهِ مَقَامَ حَدِّ الْقَذْفِ فَلَا بُدَّ مِنْ إِحْصَانِهَا، وَيَجِبُ بِنَفْيِ الْوَلَدِ لِأَنَّهُ لَمَّا نَفَى وَلَدَهَا صَارَ قَاضِيًا لَهَا ظَاهِرًا وَلَا يُعْتَبَرُ احْتِمَالُ أَنْ يَكُونَ الْوَلَدُ مِنْ غَيْرِهِ بِالْوَطْءِ مِنْ شُبْهَةٍ، كَمَا إِذَا نَفَى أَجَنَبِيَّ نَسَبَهُ عَنْ أَبِيهِ الْمَعْرُوفِ، وَهَذَا لِأَنَّ الْأَصْلَ فِي النَّسَبِ الْفِرَاشُ الصَّحِيحُ وَالْفَاسِدُ مُلْحَقٌ بِهِ. فَتَنْفِيهِ عَنْ الْفِرَاشِ الصَّحِيحِ قَذْفٌ حَتَّى يَظْهَرَ الْمُلْحَقُ بِهِ

الشرح:

(بَابُ اللَّعَانِ): قَدْ تَقَدَّمَ وَجْهُ الْمُنَاسَبَةِ فِي أَوَّلِ الظَّهَارِ. وَاللَّعَانُ فِي اللَّغَةِ: الطَّرْدُ وَالْإِبْعَادُ، يُقَالُ لَاعَنَهُ مُلَاعَنَةً وَلَعَانًا، ثُمَّ لُقِبَ الْبَابُ بِاللَّعَانِ دُونَ الْغَضَبِ وَإِنْ كَانَ فِيهِ الْغَضَبُ أَيْضًا لِأَنَّ اللَّعْنَ مِنْ جَانِبِ الرَّجُلِ وَهُوَ مُقَدَّمٌ، وَفِي الشَّرِيعَةِ شَهَادَاتٌ تَجْرِي بَيْنَ الزَّوْجَيْنِ مَقْرُونَةٌ بِاللَّعْنِ وَالْغَضَبِ، وَسَبَبُهُ قَذْفُ الرَّجُلِ امْرَأَتَهُ قَذْفًا يُوجِبُ الْحَدَّ فِي الْأَجَنَبِيَّةِ، وَشَرْطُهُ النِّكَاحُ حَتَّى لَوْ طَلَّقَهَا بَعْدَ الْقَذْفِ لَا يَجْرِي اللَّعَانُ بَيْنَهُمَا.

وَرُكْنُهُ الشَّهَادَاتُ الْمَخْصُوصَةُ الَّتِي تَجْرِي بِكَلِمَاتٍ مَعْرُوفَةٍ بَيْنَ الزَّوْجَيْنِ. وَحُكْمُهُ حُرْمَةُ الْوَطْءِ وَالْإِسْتِمْتَاعِ كَمَا فَرَعًا مِنَ اللَّعَانِ. قَالَ (وَإِذَا قَذَفَ الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ بِالزِّنَا وَهُمَا مِنْ أَهْلِ الشَّهَادَةِ) أَيُّ مِنْ أَهْلِ أَذَاتِهَا وَلِهَذَا لَا يُجْرَى بَيْنَ الْمَمْلُوكَيْنِ (وَالْمَرْأَةُ مِمَّنْ يُحَدُّ قَاضِيهَا) حَتَّى لَوْ لَمْ تَكُنْ مِنْ ذَلِكَ بَأَنْ تَزَوَّجَتْ بِنِكَاحٍ فَاسِدٍ وَدَخَلَ بِهَا أَوْ كَانَ لَهَا وَلَدٌ مَجْهُولُ النَّسَبِ لَا يَجْرِي بَيْنَهُمَا (أَوْ نَفَى نَسَبَ وَلَدِهَا وَطَالَبَتُهُ بِمُوجِبِ

الْقَذْفُ فَعَلَيْهِ اللَّعَانُ).

فَإِنْ قِيلَ: اللَّعَانُ يَجْرِي بَيْنَ الْأَعْمَى وَالْفَاسِقَيْنِ وَلَيْسَا مِنْ أَهْلِ الشَّهَادَةِ وَتَخْصِيصُ الْمَرْأَةِ بِكُونِهَا مِمَّنْ يُحَدُّ قَازِفُهَا غَيْرُ مُفِيدٍ لِكُونِهِ شَرْطًا فِي جَانِبِ الرَّجُلِ أَيْضًا حَتَّى لَوْ كَانَ مِمَّنْ لَا يُحَدُّ قَازِفُهُ لَا يَجْرِي وَإِنْ كَانَتْ مِمَّنْ يُحَدُّ قَازِفُهَا أُجِيبَ عَنْ الْأَوَّلِ بِأَنَّهُمَا مِنْ أَهْلِ الشَّهَادَةِ لَوْ حَكَمَ الْحَاكِمُ بِشَهَادَتِهِمَا جَارَ، كَذَا فِي شَرْحِ الطَّحَاوِيِّ وَالْجَامِعِ الصَّغِيرِ لِقَاضِي خَانَ. وَعَنْ الثَّانِي بِأَنَّهُ إِنَّمَا يُشْتَرَطُ كَوْنُهَا مِمَّنْ يُحَدُّ قَازِفُهَا لِئَلَّا يَخْلُوَ الْقَذْفُ عَنْ إِجْبَابِ حُكْمٍ، فَإِنَّهَا إِذَا لَمْ تَكُنْ كَذَلِكَ لَمْ يَلْزَمْ الرَّجُلُ حَدٌّ وَلَا لَعَانٌ لِأَنَّ اللَّعَانَ قَائِمٌ فِي حَقِّهِ مَقَامَ حَدِّ الْقَذْفِ وَهُوَ يَقْتَضِي إِحْصَاءَهَا، بِخِلَافِ مَا إِذَا لَمْ يَكُنْ الرَّجُلُ مِمَّنْ يُحَدُّ قَازِفُهُ وَقَذَفَ فَإِنَّهُ يُحَدُّ حَدَّ الْقَذْفِ، فَلَمْ يَخْلُ الْقَذْفُ عَنْ إِجْبَابِ حُكْمٍ.

وَقَوْلُهُ (وَالْأَصْلُ) اعْلَمْ أَنَّ مُوجِبَ قَذْفِ الرَّجُلِ زَوْجَتُهُ كَانَ حَدَّ الْقَذْفِ فِي الْإِبْتِدَاءِ كَمَا فِي الْأَجَنِيَّةِ لِعُمُومِ قَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ﴾ [النور: ٤] الْآيَةِ، وَلَمَّا رُوِيَ عَنْ «ابْنِ مَسْعُودٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَالَ: كُنَّا جُلُوسًا فِي الْمَسْجِدِ لَيْلَةَ الْجُمُعَةِ إِذْ دَخَلَ أَنْصَارِي فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ أَرَأَيْتُمُ الرَّجُلَ يَجِدُ مَعَ امْرَأَتِهِ رَجُلًا، فَإِنْ قَتَلَ قَتَلْتُمُوهُ وَإِنْ تَكَلَّمَ جَلَدْتُمُوهُ وَإِنْ سَكَتَ سَكَتَ عَلَى غَيْظٍ، ثُمَّ قَالَ: اللَّهُمَّ افْتَحْ، فَتَرَلْتُ آيَةَ اللَّعَانِ وَلَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ ﷻ قَالَ لَهْلَالُ بْنُ أُمَيَّةَ حِينَ قَذَفَ امْرَأَتَهُ بِشَرِيكِ بْنِ سَحْمَاءَ: أَنْتَ بَارَبَعَةَ مِنَ الشُّهَدَاءِ يَشْهَدُونَ عَلَى صَدَقِ مَقَالَتِكَ وَإِلَّا تُجْلَدُ عَلَى ظَهْرِكَ فَقَالَ الصَّحَابَةُ: الْآنَ يُجْلَدُ هَلَالُ بْنُ أُمَيَّةَ فَتَبْطُلُ شَهَادَتُهُ فِي الْمُسْلِمِينَ»، فَتَبَّتْ أَنَّ مُوجِبَ الْقَذْفِ فِي الزَّوْجَةِ كَانَ الْحَدُّ ثُمَّ انْتَسَخَ ذَلِكَ بِاللَّعَانِ، فَتَنَظَّرْنَا فِي آيَةِ اللَّعَانِ فَوَجَدْنَاهَا دَالَّةً عَلَى أَنَّ الْأَصْلَ فِي اللَّعَانِ أَنْ يَكُونَ شَهَادَاتُ مُوَكَّدَاتٍ بِالْإِيمَانِ مَقْرُوءَةً بِاللَّعْنِ قَائِمَةً مَقَامَ حَدِّ الْقَذْفِ فِي حَقِّ الرَّجُلِ وَمَقَامَ حَدِّ الزَّانَا فِي حَقِّهَا لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَالَ: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ﴾ وَوَجْهُ الاسْتِدْلَالِ أَنَّ اللَّهَ تَعَالَى اسْتَشْنَى الْأَزْوَاجَ مِنَ الشُّهَدَاءِ.

وَالْأَصْلُ فِي الْاسْتِثْنَاءِ أَنْ يَكُونَ مِنَ الْجِنْسِ، وَلَا شُهَدَاءَ إِلَّا بِالشَّهَادَةِ وَلَا شَهَادَةَ فِيمَا نَحْنُ فِيهِ إِلَّا كَلِمَاتُ اللَّعَانِ فَدَلَّ أَنَّهَا شَهَادَاتُ أُكِّدَتْ بِالْإِيمَانِ نَفْيًا لِلتُّهْمَةِ، وَقَالَ

اللَّهُ تَعَالَى ﴿ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَدَاتٍ بِاللَّهِ ﴾ نَصٌّ عَلَى الشَّهَادَةِ وَالْيَمِينِ، فَقُلْنَا: الرُّكْنُ هُوَ الشَّهَادَةُ الْمُؤَكَّدَةُ بِالْيَمِينِ، ثُمَّ قَرَنَ الرُّكْنَ فِي جَانِبِهِ بِاللْعَنِ لَوْ كَانَ كَاذِبًا تَأْكِيدًا وَهُوَ قَائِمٌ فِي حَقِّهِ مَقَامَ حَدِّ الْقَذْفِ وَفِي جَانِبِهَا بِالْعُصْبِ لِأَنَّهُنَّ يَسْتَعْمِلْنَ اللَّعْنَ فِي كَلَامِهِنَّ كَثِيرًا عَلَى مَا وَرَدَ فِي الْحَدِيثِ «إِنَّهُنَّ يُكْثِرْنَ اللَّعْنَ وَيَكْفُرْنَ الْعَشِيرَ» وَسَقَطَتْ حُرْمَةُ اللَّعَنِ عَنْ أَعْيُنِهِنَّ فَعَسَاهُنَّ يَجْتَرِئْنَ عَلَى الْإِقْدَامِ لِكثَرَةِ جَرِيِّ اللَّعَنِ عَلَى أَلْسِنَتِهِنَّ وَسُقُوطِ وَقَعِهِ عَنْ قُلُوبِهِنَّ فَقَرَنَ الرُّكْنَ فِي جَانِبِهَا بِالْعُصْبِ رَدْعًا لَهَا عَنْ الْإِقْدَامِ.

فَإِنْ قِيلَ: مَا مَعْنَى إِقَامَةِ الشَّهَادَةِ مَقَامَ الْحَدِّ فِي الطَّرْفَيْنِ وَمَا الْمُنَاسَبَةُ بَيْنَ الْحَدِّ وَالشَّهَادَةِ؟ أَجِيبَ بِأَنَّ الْحَدَّ زَاجِرٌ، وَالْإِسْتِشْهَادَ بِاللَّهِ كَاذِبًا مَقْرُونًا بِاللْعَنِ عَلَى نَفْسِهِ سَبَبُ الْهَلَاكِ، وَفِي ذَلِكَ زَجَرٌ عَنِ الْإِقْدَامِ عَلَى سَبِّهِ.

فَإِنْ قِيلَ: لَوْ كَانَ اللَّعَانُ قَائِمًا فِي حَقِّهِ مَقَامَ حَدِّ الْقَذْفِ يَجْرِي كَجَرَّيَانِهِ فِي الْإِتِّحَادِ وَالتَّعَدُّدِ، وَلَيْسَ كَذَلِكَ فَإِنَّ مَنْ قَذَفَ أَرْبَعَ نِسْوَةٍ لَهُ فِي كَلِمَةٍ وَاحِدَةٍ أَوْ فِي كَلَامٍ مُتَفَرِّقٍ فَعَلَيْهِ أَنْ يُلَاعَنَ كُلُّ وَاحِدَةٍ مِنْهُنَّ عَلَى حِدَةٍ، وَإِنْ قَذَفَ أَجْنَبِيَّاتٍ فَإِنَّهُ يُقَامُ عَلَيْهِ حَدُّ الْقَذْفِ لَهُنَّ مَرَّةً وَاحِدَةً. أَجِيبَ بِأَنَّ اللَّعَانَ قَائِمٌ فِي حَقِّهِ مَقَامَ حَدِّ الْقَذْفِ بِقَذْفِ أَمْرَاتِهِ لَا مُطْلَقًا لِأَنَّهُ صَارَ بَدَلًا عَمَّا كَانَ يَلْزُمُهُ فِي الْإِبْتِدَاءِ بِقَذْفِهَا فَلَا يَرُدُّ عَلَيْهِ الْأَجْنَبِيَّاتُ، عَلَى أَنَّ ذَلِكَ الْاِخْتِلَافَ لاختلاف المقصود، فَإِنَّ الْمَقْصُودَ هُنَاكَ دَفْعُ عَارِ الزَّنا عَنْهُنَّ وَذَلِكَ يَحْصُلُ بِإِقَامَةِ حَدِّ وَاحِدٍ، وَهَاهُنَا لَا يَحْصُلُ الْمَقْصُودُ بِلِعَانِ وَاحِدٍ لَتَعَذُّرِ الْجَمْعِ بَيْنَهُنَّ بِكَلِمَاتِ اللَّعَانِ، فَقَدْ يَكُونُ صَادِقًا فِي حَقِّ بَعْضٍ دُونَ بَعْضٍ، وَالْمَقْصُودُ التَّفْرِيقُ بَيْنَهُ وَبَيْنَهُنَّ، وَلَا يَحْصُلُ ذَلِكَ بِلِعَانِ بَعْضِهِنَّ فَيُلَاعَنُ كُلُّا مِنْهُنَّ عَلَى حِدَةٍ، حَتَّى لَوْ كَانَ مَحْدُودًا فِي قَذْفِ كَانَ عَلَيْهِ لَهُنَّ حَدٌّ وَاحِدٌ لِأَنَّ مُوجِبَ قَذْفِهِنَّ الْحَدَّ حِينَئِذٍ، وَالْمَقْصُودُ يَحْصُلُ بِحَدِّ وَاحِدٍ كَمَا فِي الْأَجْنَبِيَّاتِ، وَإِنَّمَا قِيدَ بِقَوْلِهِ عِنْدَنَا لِأَنَّ عِنْدَ الشَّافِعِيِّ اللَّعَانَ أَيْمَانٌ مُؤَكَّدَاتٌ بِالشَّهَادَةِ، فَمَنْ كَانَ أَهْلًا لِلْيَمِينِ كَانَ أَهْلًا لِلْعَانِ.

قَالَ (إِذَا ثَبَتَ هَذَا نَقُولُ) يَعْنِي إِذَا ثَبَتَ أَنَّ الْأَصْلَ أَنَّ اللَّعَانَ عِنْدَنَا شَهَادَاتٌ مُؤَكَّدَاتٌ بِالْأَيْمَانِ نَقُولُ (لَا بُدَّ أَنْ يَكُونَ الْمُتَلَاعِنَانِ مِنْ أَهْلِ الشَّهَادَةِ لِأَنَّ الرُّكْنَ فِيهِ

الشَّهَادَةُ، وَلَا بُدَّ أَنْ تَكُونَ الْمَرْأَةُ مِمَّنْ يُحَدُّ قَادِفُهَا لِأَنَّهُ قَائِمٌ فِي حَقِّهِ مَقَامَ حَدِّ الْقَذْفِ فَلَا بُدَّ مِنَ الْإِحْصَانِ، وَيَجِبُ بِنْفِي الْوَلَدِ لِأَنَّهُ لَمَّا نَفَى وَلَدَهَا صَارَ قَادِفًا لَهَا) كَمَا إِذَا نَفَى أَجْنَبِيَّ نَسَبَ وَلَدٍ عَنْ أَبِيهِ الْمَعْرُوفِ فَإِنَّهُ يَكُونُ قَذْفًا لِلْمَرْأَةِ فَكَذَلِكَ هَذَا (وَلَا يُعْتَبَرُ احْتِمَالُ كَوْنِ الْوَلَدِ مِنْ غَيْرِهِ بِالْوِطْءِ بِشُبْهَةٍ لِأَنَّ الْأَصْلَ فِي النَّسَبِ الْفِرَاشُ الصَّحِيحُ وَالْفَاسِدُ مُلْحَقٌ بِهِ، فَتَنْفِيهِ عَنْ الْفِرَاشِ الصَّحِيحِ قَذْفٌ حَتَّى يَظْهَرَ الْمُلْحَقُ بِهِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا يَصِيرُ بِنْفِي الْوَلَدِ قَادِفًا لَهَا مَا لَمْ يَقُلْ وَإِنَّهُ مِنَ الزَّنا لِحَوَازِ أَنْ يَكُونَ مِنَ الْوِطْءِ بِشُبْهَةٍ كَمَا لَوْ قَالَ لِأَجْنَبِيَّةٍ لَيْسَ هَذَا الْوَلَدُ الَّذِي وَلَدْتَهُ مِنْ زَوْجِكَ فَإِنَّهُ لَا يَصِيرُ قَادِفًا مَا لَمْ يَقُلْ وَلَدَ مِنَ الزَّنا بِالْإِتِّفَاقِ.

قَالَ شَيْخُ الْإِسْلَامِ: وَالْقِيَاسُ مَا قَالَهُ، إِلَّا أَنَّا تَرَكْنَاهُ لَضَرُورَةٍ فِي اللَّعَانِ، لِأَنَّ الزَّوْجَ قَدْ يَعْلَمُ أَنَّ الْوَلَدَ لَيْسَ مِنْهُ بِأَنْ لَمْ يَطَّأَهَا أَوْ عَزَلَ عَنْهَا عَزْلًا بَيْنًا وَلَكِنْ لَا يَعْلَمُ أَنَّهُ بَزْنًا أَوْ بَوِطْءً عَنْ شُبْهَةٍ فَالْكُفْيُ بِنْفِي الْوَلَدِ حَتَّى يَنْتَفِي عَنْهُ نَسَبُ الْوَلَدِ، وَهَذِهِ الضَّرُورَةُ مَعْدُومَةٌ فِي حَقِّ الْأَجْنَبِيِّ.

وَيُشْتَرَطُ طَلِبُهَا لِأَنَّهُ حَقُّهَا فَلَا بُدَّ مِنْ طَلِبِهَا كَسَائِرِ الْحُقُوقِ (فَإِنْ امْتَنَعَ مِنْهُ حَبْسَهُ الْحَاكِمُ حَتَّى يُلَاعِنَ أَوْ يُكَذِّبَ نَفْسَهُ) لِأَنَّهُ حَقٌّ مُسْتَحَقٌّ عَلَيْهِ وَهُوَ قَادِرٌ عَلَى إِيْفَائِهِ فَيُحْبَسُ بِهِ حَتَّى يَأْتِيَ بِمَا هُوَ عَلَيْهِ أَوْ يُكَذِّبَ نَفْسَهُ لِيَرْتَفَعَ السَّبَبُ (وَلَوْ لَاعِنَ وَجَبَ عَلَيْهَا اللَّعَانُ) لَمَّا تَلَوْنَا مِنَ النَّصِّ إِلَّا أَنَّهُ يَبْتَدَأُ بِالزَّوْجِ لِأَنَّهُ هُوَ الْمُدَّعِي (فَإِنْ امْتَنَعَتْ حَبْسَهَا الْحَاكِمُ حَتَّى ثَلَاعِينَ أَوْ تُصَدِّقَهُ) لِأَنَّهُ حَقٌّ مُسْتَحَقٌّ عَلَيْهَا وَهِيَ قَادِرَةٌ عَلَى إِيْفَائِهِ فَتُحْبَسُ فِيهِ.

الشرح:

(وَيُشْتَرَطُ طَلِبُهَا بِمُوجِبِ الْقَذْفِ لِأَنَّهُ حَقُّهَا) لِأَنَّهُ بِاللَّعَانِ يَنْدَفِعُ عَارُ الزَّنا عَنْهَا (فَلَا بُدَّ مِنْ طَلِبِهَا كَسَائِرِ الْحُقُوقِ، فَإِنْ امْتَنَعَ الزَّوْجُ عَنْ اللَّعَانِ حَبْسَهُ الْحَاكِمُ حَتَّى يُلَاعِنَ أَوْ يُكَذِّبَ نَفْسَهُ لِأَنَّهُ حَقٌّ مُسْتَحَقٌّ عَلَيْهِ وَهُوَ قَادِرٌ عَلَى إِيْفَائِهِ فَيُحْبَسُ بِهِ حَتَّى يَأْتِيَ بِمَا هُوَ عَلَيْهِ أَوْ يُكَذِّبَ نَفْسَهُ لِيَرْتَفَعَ السَّبَبُ) وَفِي نُسَخَةِ: لِيَرْتَفَعَ الشَّيْنُ، وَمَعْنَى النُّسَخَةِ الْأُولَى لِيَرْتَفَعَ السَّبَبُ: أَيُّ سَبَبِ اللَّعَانِ: أَيُّ عِلَّتِهِ وَهُوَ التَّكَادُّبُ لِأَنَّ اللَّعَانَ إِنَّمَا يَجِبُ إِذَا أَكْذَبَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الْآخَرَ فِيمَا يَدَّعِيهِ بَعْدَ قَذْفِ الزَّوْجِ أَمْرَأَتُهُ بِالزَّنا؛

وَأَمَّا إِذَا أَكْذَبَ نَفْسَهُ فَلَمْ يَتَّقِ التَّكَاذِبُ بَلْ وَافَقَ الْمَرْأَةَ فِي أَهْلِهَا لَمْ تَزِنْ وَلَا يَجْزِي اللَّعَانُ بَعْدَ ذَلِكَ. وَأَمَّا النُّسْخَةُ الْآخَرَى فَقِيلَ إِنَّهَا مُعْتَبَرَةٌ عَلَى زَعْمِ أَنْ سَبَبَ اللَّعَانِ لَا يَرْتَفِعُ بِالْإِكْذَابِ بَلْ يَتَقَرَّرُ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ يَجِبُ عَلَيْهِ الْحَدُّ بِالْإِكْذَابِ وَهُوَ الْأَصْلُ فِي الْقَذْفِ لَكِنْ يَرْتَفِعُ الشَّيْنُ بِالتَّكَاذِبِ.

وَمِنَ النَّاسِ مَنْ قَالَ: أَرَادَ بِالسَّبَبِ الشَّرْطَ لِأَنَّ التَّكَاذِبَ شَرْطُ اللَّعَانِ: قِيلَ قَوْلُهُ وَهُوَ قَادِرٌ عَلَى إِيْفَائِهِ اخْتِرَازٌ عَنِ الْمَذْبُوحِ الْمُفْلَسِ، فَإِنَّ الدَّيْنَ حَقٌّ مُسْتَحَقٌّ عَلَيْهِ لَكِنَّهُ غَيْرُ قَادِرٍ عَلَى إِيْفَائِهِ فَلَا يُحْبَسُ (وَلَوْ لَا عَنَ وَجَبَ عَلَيْهَا اللَّعَانُ لَمَّا تَلَوْنَا مِنَ النَّصِّ) وَهُوَ قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ﴾ [النور: ٦] وَقَوْلُهُ (إِلَّا أَنَّهُ يُبْتَدَأُ بِالزَّوْجِ لِأَنَّهُ هُوَ الْمُدَّعِي) بِنَاءٌ عَلَى أَنَّ اللَّعَانَ شَهَادَاتٌ وَالْمُطَالِبُ بِهَا هُوَ الْمُدَّعِي وَالْإِسْتِنَاءُ بِمَعْنَى لَكِنْ كَأَنَّهُ اسْتَشْعَرَ أَنَّ يُقَالُ الْمَتْلُو مِنَ النَّصِّ لَا يَدُلُّ عَلَى الْمَبْدُوءِ بِهِ فَقَالَ إِلَّا أَنَّهُ يُبْتَدَأُ بِهِ. وَقَوْلُهُ (فَإِنْ ائْتَمَنَتْ) ظَاهِرٌ.

(وَإِذَا كَانَ الزَّوْجُ عَبْدًا أَوْ كَافِرًا أَوْ مَحْدُودًا فِي قَذْفِ امْرَأَتِهِ فَقَذْفُ امْرَأَتِهِ فَعَلَيْهِ الْحَدُّ) لِأَنَّهُ تَعَذَّرَ اللَّعَانُ لِمَعْنَى مِنْ جِهَتِهِ فَيُصَارُ إِلَى الْمُوجِبِ الْأَصْلِيِّ وَهُوَ الثَّابِتُ بِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ﴾ [النور: ٤] وَاللَّعَانُ خَلْفَ عَنْهُ

الشرح:

وَقَذْفُهَا الزَّوْجُ قَبْلَ أَنْ يَغْرِضَ عَلَيْهِ الْإِسْلَامَ (أَوْ مَحْدُودًا فِي قَذْفِ امْرَأَتِهِ فَعَلَيْهِ الْحَدُّ لِأَنَّهُ تَعَذَّرَ اللَّعَانُ لِمَعْنَى مِنْ جِهَتِهِ) لِأَنَّهُ لَيْسَ مِنْ أَهْلِ الشَّهَادَةِ (فَيُصَارُ إِلَى الْمُوجِبِ الْأَصْلِيِّ) وَهُوَ حَدُّ الْقَذْفِ (الثَّابِتُ بِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ﴾) فَإِنَّهُ كَانَ هُوَ الْمَشْرُوعُ أَوَّلًا ثُمَّ صَارَ اللَّعَانُ خَلْفًا عَنْهُ فِي قَذْفِ الزَّوْجِ عِنْدَ وُجُودِ الشَّرَاطِطِ، فَإِذَا عُدِمَتْ صِيرَ إِلَى الْأَصْلِ.

(وَإِنْ كَانَ مِنْ أَهْلِ الشَّهَادَةِ وَهِيَ أَمَةٌ أَوْ كَافِرَةٌ أَوْ مَحْدُودَةٌ فِي قَذْفِ أَوْ كَانَتْ مِنْ مَنْ لَا يُحَدُّ قَاضِيهَا) بِأَنَّ كَانَتْ صَبِيَّةً أَوْ مَجْنُونَةً أَوْ زَانِيَةً (فَلَا حَدَّ عَلَيْهِ وَلَا لِعَانَ) لِانْعِدَامِ أَهْلِيَّةِ الشَّهَادَةِ وَعَدَمِ الْإِحْصَانِ فِي جَانِبِهَا وَامْتِنَاعِ اللَّعَانِ لِمَعْنَى مِنْ جِهَتِهَا فَيَسْقُطُ الْحَدُّ كَمَا إِذَا صَدَّقَتْهُ، وَالْأَصْلُ فِي ذَلِكَ قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «أَرْبَعَةٌ لَا لِعَانَ بَيْنَهُمْ وَبَيْنَ أَزْوَاجِهِمُ: الْيَهُودِيَّةُ وَالنَّصْرَانِيَّةُ تَحْتَ الْمُسْلِمِ، وَالْمَمْلُوكَةُ تَحْتَ الْحُرِّ،

وَالْحُرَّةُ تَحْتَ الْمَمْلُوكِ»^(١) وَلَوْ كَانَا مَحْدُودَيْنِ فِي قَذْفِ فَعَلَيْهِ الْحَدُّ لَأَنَّ امْتِنَاعَ اللَّعَانِ بِمَعْنَى مِنْ جِهَتِهِ إِذْ هُوَ لَيْسَ مِنْ أَهْلِهِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِنْ كَانَ) هُوَ (مِنْ أَهْلِ الشَّهَادَةِ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (وَالْأَصْلُ فِي ذَلِكَ قَوْلُهُ ﷺ «أَرْبَعَةٌ لَا لِعَانَ بَيْنَهُمْ وَبَيْنَ أَزْوَاجِهِمْ: الْيَهُودِيُّ، وَالنَّصْرَانِيُّ تَحْتَ الْمُسْلِمِ، وَالْمَمْلُوكَةُ تَحْتَ الْحُرِّ، وَالْحُرَّةُ تَحْتَ الْمَمْلُوكِ»)^(٢) قِيلَ: وَهَذَا الْحَدِيثُ لَمْ يُوجَدْ لَهُ أَصْلٌ فِي كُتُبِ الْحَدِيثِ، وَلَكِنْ أَبُو بَكْرٍ الرَّازِيُّ ذَكَرَهُ فِي شَرْحِهِ لِمُخْتَصَرِ الطَّحَاوِيِّ بِإِسْنَادِهِ عَنْ عَبْدِ الْبَاقِيِّ إِلَى عَمْرِو بْنِ شُعَيْبٍ عَنْ جَدِّهِ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ قِيلَ: كَفَى بِأَبِي بَكْرٍ الرَّازِيِّ لِعَدَالَتِهِ وَضَبْطِهِ وَفَقْهِهِ مُقْتَدَى (وَلَوْ كَانَا مَحْدُودَيْنِ فِي قَذْفِ فَعَلَيْهِ الْحَدُّ) لَأَنَّ امْتِنَاعَ اللَّعَانِ لِمَعْنَى مِنْ جِهَتِهِ وَهُوَ كَوْنُهُ لَيْسَ مِنْ أَهْلِ الشَّهَادَةِ. فَإِنْ قِيلَ: هَلَا أُعْتَبِرَ جَانِبُهَا أَيْضًا وَهِيَ مَحْدُودَةٌ فِي الْقَذْفِ دَرَاءً لِلْحَدِّ؟

أُجِيبَ بِأَنَّ الْمَانِعَ عَنِ الشَّيْءِ إِنْمَا يُعْتَبَرُ مَانِعًا إِذَا وُجِدَ الْمُقْتَضَى لِأَنَّهُ عِبَارَةٌ عَمَّا يَنْتَفِي بِهِ الْحُكْمُ مَعَ قِيَامِ مُقْتَضِيهِ، وَإِذَا لَمْ يَكُنِ الزَّوْجُ أَهْلًا لِلشَّهَادَةِ لَمْ يَنْعَقِدْ قَذْفُهُ مُقْتَضِيًا لِلْحُكْمِ وَهُوَ اللَّعَانُ، فَلَا يُعْتَبَرُ الْمَانِعُ وَالْقَذْفُ فِي نَفْسِهِ مُوجِبُ الْحَدِّ فَيَحْدُ، بِخِلَافِ مَا إِذَا وُجِدَ الْأَهْلِيَّةُ مِنْ جَانِبِهِ فَإِنَّهُ يَنْعَقِدُ قَذْفُهُ مُقْتَضِيًا لَهُ، فَإِذَا ظَهَرَ عَدَمُ أَهْلِيَّتِهَا بِكَوْنِهَا مَحْدُودَةٌ فِي قَذْفِهِ بَطَلَ الْمُقْتَضَى فَلَا يَجِبُ الْحَدُّ لِأَنَّهُ لَمْ يَنْعَقِدْ لَهُ بَلْ انْعَقَدَ اللَّعَانُ وَلَا لِعَانُ لِبُطْلَانِهِ بِالْمَانِعِ.

وَتَوْقُضُ بِمَا لَوْ قَذَفَ عَبْدٌ امْرَأَتَهُ وَهِيَ مَمْلُوكَةٌ أَوْ مُكَاتَبَةٌ فَإِنَّهُ لَا حَدَّ عَلَيْهِ وَلَا لِعَانَ، وَعَلَى قَوْلٍ مَا ذَكَرْتُمْ يَجِبُ عَلَيْهِ الْحَدُّ لِأَنَّهُ لَيْسَ مِنْ أَهْلِ الشَّهَادَةِ فَلَمْ يَنْعَقِدْ قَذْفُهُ مُقْتَضِيًا لِلْحُكْمِ وَهُوَ اللَّعَانُ فَيَجِبُ أَنْ يُحَدَّ لِأَنَّ الْقَذْفَ يُوجِبُهُ.

وَأُجِيبَ بِأَنَّ فِي الْعَبْدِ شُبْهَةَ الْأَهْلِيَّةِ لِأَنَّ لَهُ شَهَادَةً بَعْدَ الْعِتْقِ فَاعْتَبِرَتْ دَرَاءً لِلْحَدِّ وَلَيْسَ كَذَلِكَ الْمَحْدُودُ فِي قَذْفِ.

(وَصِفَةُ اللَّعَانِ أَنْ يَبْتَدِيَ الْقَاضِي بِالزَّوْجِ فَيَشْهَدُ أَرْبَعَ مَرَّاتٍ يَقُولُ فِي كُلِّ مَرَّةٍ أَشْهَدُ بِاللَّهِ إِنِّي لِنِ الصَّادِقِينَ فِيمَا رَمَيْتَهَا بِهِ مِنَ الزِّنَا، وَيَقُولُ فِي الْخَامِسَةِ لَعْنَةُ اللَّهِ عَلَيْهِ

(١) أخرجه ابن ماجه (٢٠٧١)، والدارقطني (١٦٢/٣) عن ابن عمر، وانظر نصب الراية (٣/٣٦٠).

إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ فِيمَا رَمَاهَا بِهِ مِنَ الزُّنَا. يُشِيرُ إِلَيْهَا فِي جَمِيعِ ذَلِكَ ثُمَّ تَشْهَدُ الْمَرْأَةُ أَرْبَعَ مَرَّاتٍ تَقُولُ فِي كُلِّ مَرَّةٍ أَشْهَدُ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ فِيمَا رَمَانِي بِهِ مِنَ الزُّنَا. وَتَقُولُ فِي الْخَامِسَةِ غَضِبَ اللَّهُ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ فِيمَا رَمَانِي بِهِ مِنَ الزُّنَا وَالْأَصْلُ فِي مَا تَلَوْنَاهُ مِنَ النَّصِّ. وَرَوَى الْحَسَنُ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ يَأْتِي بِلَفْظَةِ الْمُوَاجَهَةِ يَقُولُ فِيمَا رَمَيْتُكَ بِهِ مِنَ الزُّنَا لِأَنَّهُ أَقْطَعَ لِلْإِحْتِمَالِ. وَجَهٌ مَا ذُكِرَ فِي الْكِتَابِ أَنَّ لَفْظَةَ الْمُغَايِبَةِ إِذَا انْضَمَّتْ إِلَيْهَا الْإِشَارَةُ انْقَطَعَ الْإِحْتِمَالُ.

الشرح:

قَوْلُهُ (وَصِفَةُ اللَّعَانِ أَنْ يَتَدَيَّ الْقَاضِي) صِفَةُ اللَّعَانِ عَلَى مَا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ وَهُوَ وَاضِحٌ.

قَالَ (وَإِذَا التَّعَنَّا لَا تَقْعُ الْفُرْقَةُ حَتَّى يُفَرِّقَ الْحَاكِمُ بَيْنَهُمَا) وَقَالَ زُفَرٌ: تَقَعُ بِتَلَاعُنِهِمَا لِأَنَّهُ تَثَبَّتُ الْحُرْمَةُ الْمُؤَيَّدَةُ بِالْحَدِيثِ. وَلَنَا أَنْ ثُبُوتُ الْحُرْمَةِ يَفُوتُ الْإِمْسَاكَ بِالْمَعْرُوفِ فَيَلْزِمُهُ التَّسْرِيحُ بِالْإِحْسَانِ، فَإِذَا امْتَنَعَ نَابَ الْقَاضِي مَنَابَهُ دَفْعًا لِلظُّلْمِ، دَلَّ عَلَيْهِ قَوْلُ ذَلِكَ الْمَلَاعِنِ عِنْدَ النَّبِيِّ ﷺ: «كَذَبْتَ عَلَيَّ يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنْ أَمْسَكْتَهَا، هِيَ طَالِقٌ ثَلَاثًا»^(١) قَالَهُ بَعْدَ اللَّعَانِ (وَتَكُونُ الْفُرْقَةُ تَطْلِيقَةً بَائِنَةً عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ لِأَنَّ فِعْلَ الْقَاضِي انْتَسَبَ إِلَيْهِ كَمَا فِي الْعَيْنِ (وَهُوَ خَاطِبٌ إِذَا أَكْذَبَ نَفْسَهُ) عِنْدَهُمَا. وَقَالَ أَبُو يُونُسَ: هُوَ تَحْرِيمٌ مُؤَبَّدٌ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «الْمُتَلَاعِنَانِ لَا يَجْتَمِعَانِ أَبَدًا»^(٢) نَصٌّ عَلَى التَّأْيِيدِ. وَلَهُمَا أَنْ الْإِكْذَابَ رُجُوعٌ وَالشَّهَادَةُ بَعْدَ الرُّجُوعِ لَا حُكْمَ لَهَا، لَا يَجْتَمِعَانِ مَا دَامَا مُتَلَاعِنَيْنِ، وَلَمْ يَبْقَ التَّلَاعُنُ وَلَا حُكْمُهُ بَعْدَ الْإِكْذَابِ فَيَجْتَمِعَانِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (فَإِذَا التَّعَنَّا لَا تَقْعُ الْفُرْقَةُ حَتَّى يُفَرِّقَ الْحَاكِمُ بَيْنَهُمَا) يُفِيدُ أَنَّهُ لَوْ مَاتَ أَحَدُهُمَا بَعْدَ الْفَرَاغِ مِنَ التَّلَاعُنِ قَبْلَ تَفْرِيقِ الْحَاكِمِ تَوَارَّأَ (وَقَالَ زُفَرٌ: تَقَعُ الْفُرْقَةُ

(١) أخرجه البخاري في الطلاق باب ٢٩، ٤٤، ومسلم في اللعان (١، ٢)، وانظر نصب الراية (٣/٣٦٣).

(٢) أخرجه أبو داود (٢٢٥٠)، وانظر نصب الراية (٣/٣٦٤).

بِتَلَاغِيهِمَا لِأَنَّهُ يُثَبِّتُ الْحُرْمَةَ الْمُؤَبَّدَةَ بِالْحَدِيثِ (يَعْنِي قَوْلُهُ ﷺ «الْمُتْلَاعِنَانِ لَا يَجْتَمِعَانِ أَبَدًا» نَفَى الْجَمْعَ بَعْدَ التَّلَاغِ، وَهُوَ تَنْصِصٌ عَلَى وَقُوعِ الْفُرْقَةِ بَيْنَهُمَا بِالتَّلَاغِ (وَلَنَا قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿فَإِمْسَاكُ الْمَعْرُوفِ أَوْ تَسْرِيعُ بِإِحْسَانٍ﴾) وَوَجْهُ الاستِدْلَالِ (أَنَّ ثُبُوتَ الْحُرْمَةِ يُفَوِّتُ الْإِمْسَاكُ بِالْمَعْرُوفِ فَيُلْزِمُهُ التَّسْرِيعُ بِإِحْسَانٍ، فَإِذَا امْتَنَعَ تَابَ الْقَاضِي مَنَابَهُ دَفْعًا لِلظُّلْمِ) وَقَوْلُهُ (دَلَّ عَلَيْهِ) أَيُّ عَلَى أَنَّ لَا تَقَعُ الْفُرْقَةُ حَتَّى يُفَرَّقَ الْقَاضِي، وَلَوْ قَالَ دَلَّ عَلَيْهِ أَيْضًا كَانَ أَوْلَى فَتَأْمَلْ.

وَقَوْلُهُ «قَوْلُ ذَلِكَ الْمَلَأَنِ يُرِيدُ بِهِ عُوَيْمِرُ الْعَجْلَانِي فَإِنَّهُ قَالَ عِنْدَ النَّبِيِّ ﷺ بَعْدَ اللَّعَانِ: كَذَبْتَ عَلَيْهَا إِنْ أَمْسَكْتَهَا هِيَ طَالِقٌ ثَلَاثًا، وَلَمْ يُنْكَرْ عَلَيْهِ النَّبِيُّ ﷺ»، وَلَوْ وَقَعَتِ الْفُرْقَةُ بَيْنَهُمَا لِأَنْكَرَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ. فَإِنْ قِيلَ: قَدْ أُنْكَرَ عَلَيْهِ بِقَوْلِهِ «اذْهَبْ فَلَا سَبِيلَ لَكَ عَلَيْهَا» أَجِيبْ بِأَنَّ ذَلِكَ مُنْصَرِفٌ إِلَى طَلَبِهِ رَدِّ الْمَهْرِ، فَإِنَّهُ رَوَى أَنَّهُ قَالَ: «إِنْ كُنْتُ صَادِقًا فَهُوَ لَهَا بِمَا اسْتَحْلَلْتُ مِنْ فَرْجِهَا، وَإِنْ كُنْتُ كَاذِبًا فَلَا سَبِيلَ لَكَ عَلَيْهَا».

وَالْجَوَابُ عَنْ اسْتِدْلَالِ زُفَرٍ بِالْحَدِيثِ يَجِيءُ (ثُمَّ إِذَا فَرَّقَ الْحَاكِمُ تَكُونُ الْفُرْقَةُ تَطْلِيقًا بَائِنَةً عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ لِأَنَّ فِعْلَ الْقَاضِي انْتَسَبَ إِلَيْهِ لِنِيَابَتِهِ عَنْهُ كَمَا فِي الْعَيْنِ) وَقَوْلُهُ (وَهُوَ خَاطِبٌ إِذَا أَكْذَبَ نَفْسَهُ عِنْدَهُمَا) مَسْأَلَةٌ مُبْتَدَأَةٌ (وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ هُوَ) أَيُّ الثَّابِتُ بِاللَّعَانِ (تَحْرِيمٌ مُؤَبَّدٌ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «الْمُتْلَاعِنَانِ لَا يَجْتَمِعَانِ أَبَدًا» نَصٌّ عَلَى التَّأْيِيدِ وَهُوَ يُنَافِي عَوْدَهُ خَاطِبًا. (وَلَهُمَا أَنْ الْإِكْذَابَ) أَيُّ الْإِقْرَارَ بِالْكَذِبِ (رُجُوعٌ عَنِ الشَّهَادَةِ) وَالرُّجُوعُ عَنْهَا يُطِلُّ حُكْمَهَا، وَلَا مُنَافَاةَ بَيْنَ نَصِّ التَّأْيِيدِ وَالْعَوْدِ خَاطِبًا لِأَنَّ مَعْنَاهُ لَا يَجْتَمِعَانِ مَا دَامَا مُتْلَاعِنَيْنِ، لِأَنَّهُمَا يَكُونَانِ مُتْلَاعِنَيْنِ، إِمَّا حَقِيقَةً بِمُبَاشَرَتِهِمَا اللَّعَانَ، أَوْ مَجَازًا بِاعْتِبَارِ بَقَاءِ حُكْمِهِ، وَلَمْ يَنْقُ شَيْءٌ بَعْدَ الْإِكْذَابِ، أَمَّا حَقِيقَةً فَظَاهِرٌ، وَأَمَّا حُكْمًا فَلَا أَنَّهُ لَمَّا أَكْذَبَ نَفْسَهُ وَجَبَ عَلَيْهِ الْحَدُّ فَبَطَلَتْ أَهْلِيَّةُ اللَّعَانِ، وَإِذَا بَطَلَتْ الْأَهْلِيَّةُ ارْتَفَعَ حُكْمُهُ فَيَجْتَمِعَانِ.

(وَلَوْ كَانَ الْقَذْفُ بَوْلًا نَفَى الْقَاضِي نَسْبَهُ وَآلَحَقَهُ بِأَمِهِ) وَصُورَةُ اللَّعَانِ أَنْ يَأْمُرَ الْحَاكِمُ الرَّجُلَ فَيَقُولُ: أَشْهَدُ بِاللَّهِ إِنِّي لِمِنَ الصَّادِقِينَ فِيمَا رَمَيْتُكَ بِهِ مِنْ نَفْيِ الْوَلَدِ، وَكَذَا فِي جَانِبِ الْمَرَأَةِ (وَلَوْ قَذَفَهَا بِالزَّنَا وَنَفَى الْوَلَدَ ذَكَرَ فِي اللَّعَانِ الْأَمْرَيْنِ ثُمَّ يَنْفِي

القَاضِي نَسَبَ الْوَلَدَ وَيَلْحَقُهُ بِأُمِّهِ) لَمَّا رُوِيَ «أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ نَفَى وَلَدَ امْرَأَةٍ هَالِلَ بْنِ أُمَيَّةَ عَنْ هَالِلٍ وَالْحَقُّ بِهَا» وَلَأنَّ الْمَقْصُودَ مِنْ هَذَا اللَّعَانِ نَفْيُ الْوَلَدِ فَيُؤَهَّرُ عَلَيْهِ مَقْصُودُهُ، فَيَتَضَمَّنُهُ الْقَضَاءُ بِالتَّفْرِيقِ.

وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّ الْقَاضِي يُفَرِّقُ وَيَقُولُ: قَدْ أَلْزَمْتَهُ أُمُّهُ وَأَخْرَجْتَهُ مِنْ نَسَبِ الْأَبِ لِأَنَّهُ يَنْفَكُ عَنْهُ فَلَا بُدَّ مِنْ ذِكْرِهِ (فَإِنْ عَادَ الزَّوْجُ وَأَكْذَبَ نَفْسَهُ حَدَّهُ الْقَاضِي) لِإِقْرَارِهِ بِوُجُوبِ الْحَدِّ عَلَيْهِ (وَحَلَّ لَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَهَا) وَهَذَا عِنْدَهُمَا لِأَنَّهُ لَمَّا حَدَّ لَمْ يَبْقَ أَهْلًا لِلْعَانِ فَارْتَفَعَ حُكْمُهُ الْمَنْوُطُ بِهِ وَهُوَ التَّحْرِيمُ (وَكَذَلِكَ إِنْ قَذَفَ غَيْرَهَا فَحَدَّ بِهِ) لَمَّا بَيَّنَّا (وَكَذَا إِذَا زَنَتْ فَحَدَّتْ) لانتفاء أهلية اللعان من جانبها.

الشرح:

(وَلَوْ كَانَ الْقَذْفُ بِوَلَدٍ نَفَى الْقَاضِي النَّسَبَ مِنَ الْأَبِ وَالْحَقُّ بِأُمِّهِ) وَصُورَةُ اللَّعَانِ فِي ذَلِكَ أَنْ يَأْمُرَ الْحَاكِمُ الرَّجُلَ فَيَقُولَ أَشْهَدُ بِاللَّهِ إِنْهُ وَهُوَ ظَاهِرٌ (وَقَوْلُهُ وَلَأنَّ الْمَقْصُودَ مِنْ هَذَا اللَّعَانِ نَفْيُ الْوَلَدِ) حَيْثُ كَانَ الْقَذْفُ بِهِ (فَيُؤَهَّرُ عَلَيْهِ) أَيُّ عَلَى الزَّوْجِ مَقْصُودُهُ، فَالْقَضَاءُ بِالتَّفْرِيقِ يَكُونُ مُتَضَمِّنًا لِنَفْيِهِ فَلَا يَحْتَاجُ أَنْ يَنْفِيَ الْقَاضِي نَسَبَهُ وَيَلْحَقُهُ بِأُمِّهِ (وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّ الْقَاضِي يُفَرِّقُ بَيْنَهُمَا وَيَقُولُ قَدْ أَلْزَمْتَهُ أُمُّهُ وَأَخْرَجْتَهُ مِنْ نَسَبِ الْأَبِ) حَتَّى لَوْ لَمْ يَقُلْ ذَلِكَ لَمْ يَنْتَفِ النَّسَبُ عَنْهُ (لِأَنَّهُ) أَيُّ نَفْيُ الْوَلَدِ (يَنْفَكُ عَنْهُ) أَيُّ عَنِ التَّفْرِيقِ، إِذْ لَيْسَ مِنْ ضَرُورَةِ التَّفْرِيقِ بِاللَّعَانِ نَفْيُ الْوَلَدِ كَمَا لَوْ مَاتَ الْوَلَدُ فَإِنَّهُ يُفَرِّقُ بَيْنَهُمَا بِاللَّعَانِ وَلَا يَنْتَفِي النَّسَبُ عَنْهُ فَلَا بُدَّ أَنْ يُصَرِّحَ الْقَاضِي بِنَفْيِ النَّسَبِ عَنْهُ.

رَوَاهُ بَشَرٌ عَنْ أَبِي يُوسُفَ (فَإِنْ عَادَ الزَّوْجُ وَأَكْذَبَ نَفْسَهُ) بَعْدَ اللَّعَانِ (حَدَّهُ الْقَاضِي لِإِقْرَارِهِ بِمَا يُوجِبُ الْحَدَّ عَلَيْهِ) قَالَ فِي النِّهَايَةِ: هَذَا إِذَا لَمْ يُطْلَقْهَا تَطْلِيقَةً بَائِنَةً بَعْدَ الْقَذْفِ، فَإِنَّهُ إِذَا أَكْذَبَ نَفْسَهُ بَعْدَ الْقَذْفِ وَالْبَيِّنَةُ لَا يَجِبُ عَلَيْهِ الْحَدُّ وَاللَّعَانُ، أَمَّا اللَّعَانُ فَلَأنَّ الْمَقْصُودَ بِاللَّعَانِ التَّفْرِيقَ بَيْنَهُمَا وَلَا يَتَأْتِي ذَلِكَ بَعْدَ الْبَيِّنَةِ فَلَا مَعْنَى لِلْعَانِ لِفَوَاتِ الْمَقْصُودِ، وَلَا حَدٌّ عَلَيْهِ لِأَنَّ قَذْفَهُ كَانَ مُوجِبًا لِلْعَانِ، وَالْقَذْفُ الْوَاحِدُ لَا يُوجِبُ حَدَّيْنِ، بِخِلَافِ مَا لَوْ أَكْذَبَ نَفْسَهُ بَعْدَمَا لَاعَنَهَا لِأَنَّ وَجُوبَ اللَّعَانِ هُنَاكَ بِأَصْلِ الْقَذْفِ وَالْحَدِّ بِكَلِمَاتِ اللَّعَانِ فَقَدْ نَسَبَهَا فِيهَا إِلَى الزَّانَا وَاتَّزَعَ مَعْنَى الشَّهَادَةِ مِنْهَا بِإِكْذَابِهِ نَفْسَهُ، فَيَكُونُ هَذَا تَطْيِيرَ شُهُودِ الزَّانَا إِذَا رَجَعُوا. وَأَمَّا فِيمَا قُلْنَا فَلَمْ يُوْجَدْ

كَلِمَاتُ اللَّعَانِ فَهَذَا لَا يُحَدُّ وَإِنْ أَكْذَبَ نَفْسَهُ، فَلَوْ قَالَ أَنْتَ طَالِقٌ ثَلَاثًا يَا زَانِيَةُ كَانَ عَلَيْهِ الْحَدُّ لِأَنَّهَا بَأَتْ بِالِتَّطْلِيقَاتِ الثَّلَاثِ، وَإِنَّمَا قَذَفَهَا بِالرَّثَا بَعْدَ الْبَيِّنَةِ فَعَلَيْهِ الْحَدُّ، وَلَوْ قَالَ يَا زَانِيَةُ أَنْتَ طَالِقٌ ثَلَاثًا لَمْ يَلْزِمُهُ حَدٌّ وَلَا لَعَانٌ لِأَنَّهُ قَذَفَهَا وَهِيَ مِنْكُوحَتُهُ ثُمَّ أَبَانَهَا بِالِتَّطْلِيقَاتِ.

وَقَدْ بَيَّنَّا أَنَّهُ بَعْدَ قَذْفِهَا إِذَا أَبَانَهَا لَمْ يَلْزِمُهُ حَدٌّ وَلَا لَعَانٌ، كَذَا فِي الْمَبْسُوطِ (وَقَوْلُهُ وَحَلَّ لَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَهَا) تَكَرَّرَ لِقَوْلِهِ وَهُوَ خَاطِبٌ إِذَا أَكْذَبَ نَفْسَهُ عِنْدَهُمَا، وَيَجُوزُ أَنْ يُقَالَ ذَكَرَ هُنَاكَ تَفْرِيعًا وَتَقْلَ هَاهُنَا لَفْظَ الْقُدُورِيِّ. وَقَوْلُهُ وَكَذَلِكَ إِنْ قَذَفَ غَيْرَهَا فَحَدُّ (بِهِ) يَعْنِي جَازَ لَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَهَا.

وَقَوْلُهُ (لَمَّا بَيَّنَّا) يُرِيدُ بِهِ قَوْلُهُ لِأَنَّهُ لَمَّا حَدُّ لَمْ يَبْقَ أَهْلًا لِلْعَانِ (وَكَذَا إِذَا زَنَتْ فَحُدَّتْ) لَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَهَا (لَا تَنْفَاءُ أَهْلِيَّةُ اللَّعَانِ مِنْ جَانِبِهَا) فَإِنْ قِيلَ: لَمَّا جَرَى اللَّعَانُ يَبْنِيهِمَا عِلْمٌ أَنَّهُمَا زَوْجَانِ عَلَى صِفَةِ الْإِحْصَانِ، وَالْمَرْأَةُ وَالرَّجُلُ إِذَا زَنِيَا بَعْدَ إِحْصَانِهِمَا رُجِمَا فَحِينَئِذٍ كَانَ قَوْلُهُ فَحُدَّتْ مَعْنَاهُ رُجِمَتْ، فَبَعْدَ ذَلِكَ أَتَى تَبَقَّى مَحَلًّا لِلتَّزْوُجِ؟ أَجِيبَ بِأَنْ مَعْنَى قَوْلِهِ حُدَّتْ جُلِدَتْ، وَتَصْوِيرُ الْمَسْأَلَةِ أَنْ يَتْلَاعَنَا بَعْدَ التَّزْوُجِ قَبْلَ الدُّخُولِ ثُمَّ إِذَا زَنَتْ بَعْدَ اللَّعَانِ فَكَانَ حَدُّهَا الْجَلْدَ دُونَ الرَّجْمِ لِأَنَّهَا لَيْسَتْ بِمُحْصَنَةٍ لِأَنَّ مِنْ شُرُوطِ إِحْصَانِ الرَّجْمِ الدُّخُولَ بَعْدَ النِّكَاحِ الصَّحِيحِ وَلَمْ يُوجَدْ.

(وَإِذَا قَذَفَ امْرَأَتَهُ وَهِيَ صَغِيرَةٌ أَوْ مَجْنُونَةٌ فَلَا لَعَانَ بَيْنَهُمَا) لِأَنَّهُ لَا يُحَدُّ قَاضِيهَا لَوْ كَانَ أَجْنَبِيًّا، فَكَذَا لَا يُلَاعِنُ الزَّوْجُ لِقِيَامِهِ مَقَامَهُ (وَكَذَا إِذَا كَانَ الزَّوْجُ صَغِيرًا أَوْ مَجْنُونًا) لِعَدَمِ أَهْلِيَّةِ الشَّهَادَةِ (وَقَذْفُ الْأَخْرَسِ لَا يَتَعَلَّقُ بِهِ اللَّعَانُ) لِأَنَّهُ يَتَعَلَّقُ بِالصَّرِيحِ كَحَدِّ الْقَذْفِ، وَفِيهِ خِلَافُ الشَّافِعِيِّ، وَهَذَا لِأَنَّهُ لَا يَعْرِى عَنِ الشُّبْهَةِ وَالْحُدُودُ تَنْدَرِي بِهَا.

الشرح:

قَالَ (وَإِذَا قَذَفَ امْرَأَتَهُ وَهِيَ صَغِيرَةٌ أَوْ مَجْنُونَةٌ فَلَا لَعَانَ بَيْنَهُمَا لِأَنَّهُ لَا يُحَدُّ قَاضِيهَا لَوْ كَانَ الْقَاضِي أَجْنَبِيًّا) لِعَدَمِ إِحْصَانِهِمَا، لِأَنَّ مِنْ شَرْطِهِ الْبُلُوغُ وَالْعَقْلُ (فَكَذَا لَا يُلَاعِنُ الزَّوْجُ لِقِيَامِ اللَّعَانِ مَقَامَ حَدِّ الْقَذْفِ، وَكَذَا إِذَا كَانَ الزَّوْجُ صَغِيرًا أَوْ مَجْنُونًا لِعَدَمِ الْأَهْلِيَّةِ) لِكُونِهِ غَيْرَ مُخَاطَبٍ (وَقَذْفُ الْأَخْرَسِ لَا يَتَعَلَّقُ بِهِ اللَّعَانُ) لِأَنَّهُ قَائِمٌ مَقَامَ حَدِّ الْقَذْفِ وَحَدُّ الْقَذْفِ لَا يَثْبُتُ إِلَّا بِالصَّرِيحِ فَكَذَلِكَ اللَّعَانُ (وَفِيهِ خِلَافُ الشَّافِعِيِّ)

هُوَ يَقُولُ إِشَارَةُ الْأَخْرَسِ كَعِبَارَةِ النَّاطِقِ (وَلَنَا أَنَّ الْإِشَارَةَ لَا تَعْرِى عَنِ الشُّبْهَةِ) لَكُونَهَا مُحْتَمَلَةً (وَالْحُدُودُ تُنْذِرُ بِالشُّبْهَاتِ) وَاللَّعَانُ فِي مَعْنَى الْحَدِّ.

(وَإِذَا قَالَ الزَّوْجُ لَيْسَ حَمْلُكَ مِنِّي فَلَا لِعَانٍ بَيْنَهُمَا) وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَزُفَرٍ لِأَنَّهُ لَا يَتَيَقَّنُ بِقِيَامِ الْحَمْلِ فَلَمْ يَصِرْ قَاضِيًا. وَقَالَ أَبُو يُونُسَ وَمُحَمَّدُ: اللَّعَانُ يَجِبُ بِنَفْيِ الْحَمْلِ إِذَا جَاءَتْ بِهِ لِأَقَلِّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ وَهُوَ مَعْنَى مَا ذُكِرَ فِي الْأَصْلِ، لَأَنَّا تَيَقَّنَّا بِقِيَامِ الْحَمْلِ عِنْدَهُ فَيَتَحَقَّقُ الْقَذْفُ. فَلَنَّا: إِذَا لَمْ يَكُنْ قَدْ هَذَا فِي الْحَالِ يَصِيرُ كَالْمُعْلَقِ بِالشَّرْطِ فَيَصِيرُ كَأَنَّهُ قَالَ: إِنْ كَانَ بِكَ حَمْلٌ فَلَيْسَ مِنِّي.

وَالْقَذْفُ لَا يَصِحُّ تَعْلِيْقُهُ بِالشَّرْطِ (وَإِنْ قَالَ لَهَا زَنَيْتَ وَهَذَا الْحَمْلُ مِنَ الزَّانَا تَلَاعَنًا) لَوْجُودِ الْقَذْفِ حَيْثُ ذَكَرَ الزَّانَا صَرِيحًا (وَلَمْ يَنْفِ الْقَاضِي الْحَمْلَ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يَنْفِيهِ لِأَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ نَفَى الْوَلَدَ عَنْ هِلَالٍ وَقَدْ قَذَفَهَا حَامِلًا. وَلَنَا أَنَّ الْأَحْكَامَ لَا تَتَرْتَّبُ عَلَيْهِ إِلَّا بَعْدَ الْوِلَادَةِ لِتَمَكُّنِ الْاِحْتِمَالِ قَبْلَهُ، وَالْحَدِيثُ مُحْمُولٌ عَلَى أَنَّهُ عَرَفَ قِيَامَ الْحَبْلِ بِطَرِيقِ الْوَحْيِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِذَا قَالَ الزَّوْجُ لَيْسَ حَمْلُكَ مِنِّي) ظَاهِرٌ، وَالضَّمِيرُ فِي قَوْلِهِ بِقِيَامِ الْحَمْلِ عِنْدَهُ لِلْقَذْفِ. وَقَوْلُهُ (وَالْقَذْفُ لَا يَصِحُّ تَعْلِيْقُهُ بِالشَّرْطِ) إِنَّمَا كَانَ كَذَلِكَ لِأَنَّ الْقَذْفَ مِمَّا لَا يُحْلَفُ بِهِ لِإِفْضَائِهِ إِلَى إِبْقَائِهِ إِلَى زَمَانٍ وَجُودِ الشَّرْطِ فِي ذِمَّةِ الْخَالِفِ، وَفِي ذَلِكَ أَحْتِيَالٌ لِإِثْبَاتِ مَا يُنْذِرُ بِالشُّبْهَاتِ (وَإِنْ قَالَ لَهَا زَنَيْتَ وَهَذَا الْحَمْلُ مِنَ الزَّانَا) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (وَقَدْ قَذَفَهَا حَامِلًا) رُويَ «أَنَّهُ ﷺ قَالَ: إِنْ جَاءَتْ بِهِ أُصْنِيبُ أُرَيْصَحَ حَمَشَ السَّاقِينَ فَهُوَ هِلَالٌ» وَفِي رِوَايَةٍ «أُحْمِرَ قَصِيرًا، وَإِنْ جَاءَتْ بِهِ أَسْوَدَ جَعْدًا جُمَالِيًا فَهُوَ لَشَرِيكٍ، فَجَاءَتْ بِهِ عَلَى النَّعْتِ الْمَكْرُوهِ، فَقَالَ ﷺ: لَوْلَا الْإِيمَانُ الَّتِي سَبَقَتْ لَكَانَ لِي وَلَهَا شَأْنٌ» (وَلَنَا أَنَّ نَفْيَ الْوَلَدِ حُكْمٌ مِنْ أَحْكَامِهِ، وَالْأَحْكَامُ لَا تَتَرْتَّبُ عَلَيْهِ إِلَّا بَعْدَ الْوِلَادَةِ لِتَمَكُّنِ الْاِحْتِمَالِ قَبْلَهُ) أَيُّ قَبْلَ انْفِصَالِ الْوَلَدِ أَوْ قَبْلَ حُصُولِ الْوِلَادَةِ. فَإِنْ قِيلَ: بَلْ تَتَرْتَّبُ عَلَيْهِ قَبْلَهَا كَالرَّدِّ بِالْعَيْبِ وَالْمِيرَاثِ وَالْوَصِيَّةِ بِهِ وَلَهُ.

أُجِيبَ بِأَنَّ اللَّعَانَ فِي حَقِّ الزَّوْجِ بِمَنْزِلَةِ الْحَدِّ فَلَا يُقَامُ مَعَ الشُّبْهَةِ، بِخِلَافِ الرَّدِّ بِالْعَيْبِ لِأَنَّهُ يُثْبِتُ مَعَ الشُّبْهَاتِ، وَالْإِرْثُ وَالْوَصِيَّةُ يَتَوَقَّفَانِ عَلَى انْفِصَالِ الْوَلَدِ وَلَا يَتَقَرَّرُ

فِي الْحَالِ. وَحَاصِلُ الْجَوَابِ أَنَّ قَوْلَهُ الْأَحْكَامُ لَا تَتَرَبَّبُ يُرَادُ بِهِ بَعْضُهَا، وَتَنْفِي الْوَلَدِ مِنْهَا لَعَلَّا يَلْزَمَ إِقَامَةُ الْحَدِّ مَعَ قِيَامِ الشُّبْهَةِ (وَالْحَدِيثُ) أَيْ حَدِيثُ هَلَالٍ (مَحْمُولٌ عَلَى أَنَّهُ عَرَفَ قِيَامَ الْحَبْلِ بِطَرِيقِ الْوَحْيِ) بِدَلِيلٍ مَا رَوَيْنَا أَنَّهُ ﷺ قَالَ: إِنْ جَاءَتْ بِهِ كَذَا كَانَ كَذَا، وَمِثْلُ ذَلِكَ لَا يُعْرَفُ إِلَّا بِطَرِيقِ الْوَحْيِ.

(وَإِذَا نَفَى الرَّجُلُ وَلَدَ امْرَأَتِهِ عَقِيبَ الْوِلَادَةِ أَوْ فِي الْحَالَةِ الَّتِي تَقْبَلُ التَّهْنِئَةَ وَتُبْتَاعُ أَلَمُ الْوِلَادَةِ صَحَّ نَفْيُهُ وَلَا عَنَ بِهِ وَإِنْ نَفَاهُ بَعْدَ ذَلِكَ لَا عَنَ، وَيَثْبُتُ النَّسَبُ هَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَالَ أَبُو يُونُسَ وَمُحَمَّدٌ: يَصِحُّ نَفْيُهُ فِي مُدَّةِ النَّفَاسِ) لِأَنَّ النَّفْيَ يَصِحُّ فِي مُدَّةٍ قَصِيرَةٍ وَلَا يَصِحُّ فِي مُدَّةٍ طَوِيلَةٍ فَفَصَلْنَا بَيْنَهُمَا بِمُدَّةِ النَّفَاسِ لِأَنَّهُ أَثَرُ الْوِلَادَةِ. وَلَهُ أَنَّهُ لَا مَعْنَى لِلتَّقْدِيرِ لِأَنَّ الزَّمَانَ لِلتَّأَمُّلِ وَأَحْوَالَ النَّاسِ فِيهِ مُخْتَلِفَةٌ فَاعْتَبَرْنَا مَا يَدُلُّ عَلَيْهِ وَهُوَ قَبُولُهُ التَّهْنِئَةَ أَوْ سُكُوتُهُ عِنْدَ التَّهْنِئَةِ أَوْ ابْتِيَاعُهُ مَتَاعَ الْوِلَادَةِ أَوْ مُضِيِّ ذَلِكَ الْوَقْتِ فَهُوَ مُمْتَنِعٌ عَنِ النَّفْيِ. وَلَوْ كَانَ غَائِبًا وَلَمْ يَعْلَمْ بِالْوِلَادَةِ ثُمَّ قَدِمَ تُعْتَبَرُ الْمُدَّةُ الَّتِي ذَكَرْنَاهَا عَلَى الْأَصْلِينَ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِذَا نَفَى الرَّجُلُ وَلَدَ امْرَأَتِهِ عَقِيبَ الْوِلَادَةِ أَوْ فِي الْحَالَةِ الَّتِي تُقْبَلُ التَّهْنِئَةُ) قَالَ فِي النَّهَائَةِ عَلَى بِنَاءِ الْمَفْعُولِ لَا الْفَاعِلِ، لِأَنَّهُ لَوْ قَبِلَ الْأَبُ التَّهْنِئَةَ ثُمَّ نَفَى لَا يَصِحُّ نَفْيُهُ وَهُوَ ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (يَصِحُّ نَفْيُهُ فِي مُدَّةِ النَّفَاسِ) يَعْنِي إِذَا كَانَ حَاضِرًا (وَلَأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ لَا مَعْنَى لِلتَّقْدِيرِ بِمُدَّةٍ لِأَنَّ الزَّمَانَ لِلتَّأَمُّلِ) لَعَلَّا يَقَعَ فِي نَفْيِ الْوَلَدِ مُجَازَفًا (وَأَحْوَالَ النَّاسِ فِي ذَلِكَ مُخْتَلِفَةٌ فَاعْتَبَرْنَا مَا يَدُلُّ عَلَيْهِ) أَيْ عَلَى عَدَمِ النَّفْيِ وَهُوَ قَبُولُهُ التَّهْنِئَةَ أَوْ سُكُوتُهُ عِنْدَ التَّهْنِئَةِ، فَإِنَّ ذَلِكَ إِفْرَارٌ مِنْهُ أَنَّ الْوَلَدَ لَهُ وَكَذَلِكَ ابْتِيَاعُهُ مَا يَحْتَاجُ إِلَيْهِ لِإِصْلَاحِ الْوَلَدِ عَادَةً، أَوْ مُضِيِّ ذَلِكَ الْوَقْتِ وَهُوَ مُمْتَنِعٌ عَنِ النَّفْيِ، وَإِذَا وَجَدَ مِنْهُ دَلِيلُ الْقَبُولِ لَا يَصِحُّ النَّفْيُ بَعْدَهُ، وَلَيْسَ فِيمَا ذَكَرَ فِي الْكِتَابِ ذِكْرُ مُدَّةٍ مُعَيَّنَةٍ كَمَا تَرَى. وَرَوَى الْحَسَنُ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ قَدَّرَهُ بِسَبْعَةِ أَيَّامٍ لِأَنَّ فِي هَذِهِ تَسْتَعِدُّ لِلْعَقِيقَةِ، وَإِنَّمَا تَكُونُ الْعَقِيقَةُ بَعْدَ سَبْعَةِ أَيَّامٍ، وَلَكِنْ هَذَا ضَعِيفٌ لِأَنَّ نَصَبَ الْمِقْدَارِ بِالرَّأْيِ لَا يَجُوزُ.

وَذَكَرَ فِي الشَّامِلِ أَنَّهُ رُوِيَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ يُقَدَّرُ بِثَلَاثَةِ يَوْمٍ وَذَلِكَ فِي الضَّعْفِ

مِثْلُ الْأَوَّلِ (وَلَوْ كَانَ الزَّوْجُ غَائِبًا وَلَمْ يَعْلَمْ بِالْوِلَادَةِ ثُمَّ قَدِمَ تُعْتَبَرُ الْمُدَّةُ ذِكْرُهَا عَلَى الْأَصْلَيْنِ) فَيُجْعَلُ كَأَنَّهَا وَلَدَتْهُ الْآنَ فَلَهُ النَّفْيُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ فِي مِقْدَارِ مَا يُقْبَلُ فِيهِ التَّهْنِئَةُ، وَعِنْدَهُمَا فِي مِقْدَارِ مُدَّةِ النَّفَاسِ بَعْدَ الْقُدُومِ لِأَنَّ النَّسَبَ لَا يَلْزَمُ إِلَّا بَعْدَ الْعِلْمِ بِهِ فَصَارَتْ حَالُ الْقُدُومِ كَحَالِ الْوِلَادَةِ.

قَالَ (وَإِذَا وَلَدَتْ وَلَدَيْنِ فِي بَطْنٍ وَاحِدٍ فَنَفَى الْأَوَّلَ وَاعْتَرَفَ بِالثَّانِي يَثْبُتُ نَسَبُهُمَا) لِأَنَّهُمَا تَوَآمَنَ خَلْقًا مِنْ مَاءٍ وَاحِدٍ (وَحُدَّ الزَّوْجُ) لِأَنَّهُ أَكْذَبَ نَفْسَهُ بِدَعْوَى الثَّانِي، وَإِنْ اعْتَرَفَ بِالْأَوَّلِ وَنَفَى الثَّانِي يَثْبُتُ نَسَبُهُمَا لَمَّا ذَكَرْنَا وَلَا عَنِّ لِأَنَّهُ قَادِرٌ بِنَفْيِ الثَّانِي وَلَمْ يَرْجِعْ عَنْهُ، وَالْإِقْرَارُ بِالْعِفَّةِ سَابِقٌ عَلَى الْقَذْفِ فَصَارَ كَمَا إِذَا قَالَ إِنَّهَا عَفِيفَةٌ ثُمَّ قَالَ هِيَ زَانِيَةٌ، وَفِي ذَلِكَ التَّلَاعُنُ كَذَا هَذَا.

الشرح:

(قَوْلُهُ وَإِذَا وَلَدَتْ وَلَدَيْنِ فِي بَطْنٍ وَاحِدٍ) ظَاهِرٌ (وَالْإِقْرَارُ بِالْعِفَّةِ سَابِقٌ عَلَى الْقَذْفِ) جَوَابُ سُؤَالِ تَقْدِيرِهِ يَنْبَغِي أَنْ يَجِبَ عَلَيْهِ الْحَدُّ لِأَنَّهُ أَكْذَبَ نَفْسَهُ بَعْدَ الْقَذْفِ لِأَنَّ الْإِقْرَارَ الْأَوَّلَ يَثْبُتُ النَّسَبَ بَاقٍ بَعْدَ نَفْيِ الْوَلَدِ فَيُعْتَبَرُ قِيَامُ الْإِقْرَارِ بَعْدَ الْقَذْفِ بِابْتِدَاءِ الْإِقْرَارِ، وَلَوْ وُجِدَ الْإِقْرَارُ بَعْدَ النَّفْيِ ثَبَتَ الْإِكْذَابُ وَوَجِبَ الْحَدُّ، فَكَذَا هَاهُنَا. وَتَقْرِيرُ الْجَوَابِ أَنَّ الْإِقْرَارَ بِالْعِفَّةِ سَابِقٌ عَلَى الْقَذْفِ حَقِيقَةً وَالْإِقْرَارُ بِالْحَقِيقَةِ (فَصَارَ كَمَا إِذَا قَالَ إِنَّهَا عَفِيفَةٌ ثُمَّ قَالَ هِيَ زَانِيَةٌ، وَفِي ذَلِكَ التَّلَاعُنُ) وَلَا يَكُونُ ذَلِكَ إِكْذَابًا (فَكَذَلِكَ هَذَا).

باب العنين وغيره

(وَإِذَا كَانَ الزَّوْجُ عَنِينَا أَجَلُهُ الْحَاكِمُ سَنَةً، فَإِنْ وَصَلَ إِلَيْهَا وَلَا فَرَقَ بَيْنَهُمَا إِذَا طَلَبَتِ الْمَرْأَةُ ذَلِكَ) هَكَذَا رَوَى عَنْ عُمَرَ وَعَلِيٍّ وَابْنِ مَسْعُودٍ، وَلِأَنَّ الْحَقَّ ثَابِتٌ لَهَا فِي الْوُطْءِ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ الْإِمْتِنَاعُ لِعِلَّةٍ مُعْتَرِضَةٍ، وَيَحْتَمِلُ لِأَهْتِ أَصْلِيَّةٍ فَلَا بُدَّ مِنْ مُدَّةٍ مَعْرِفَةٍ ذَلِكَ، وَقَدَرْنَا بِالسَّنَةِ لِاشْتِمَالِهَا عَلَى الْفُصُولِ الْأَرْبَعَةِ.

الشرح:

(بَابُ الْعَنِينِ وَغَيْرِهِ): لَمَّا فَرَّغَ مِنْ وُجُوهِ أَحْكَامِ الْأَصْحَاءِ الْمُتَعَلِّقَةِ بِالنِّكَاحِ وَالطَّلَاقِ ذَكَرَ فِي هَذَا الْبَابِ أَحْكَامَ مَنْ بِهِ نَوْعُ مَرَضٍ لَهَا تَعَلُّقٌ بِالنِّكَاحِ وَالطَّلَاقِ، لِأَنَّ

حُكْمَ مَنْ بِهِ الْعَوَارِضُ بَعْدَ ذِكْرِ حُكْمِ الْأَصْحَاءِ، وَالْعَيْنُ هُوَ الَّذِي لَا يَقْدِرُ عَلَى إِيْتَانِ النِّسَاءِ مِنْ عَنِّ إِذَا حُبِسَ فِي الْعَتَةِ وَهِيَ حَظِيرَةُ الْإِبِلِ، أَوْ مِنْ عَنِّ إِذَا عَرَضَ إِلَيْهِ يَعْنُ يَمِينًا وَشِمَالًا، وَلَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ تَقُومَ آتُهُ أَوْ لَمْ تَقُمْ، وَيَبْنَى أَنْ يَصِلَ إِلَى الثَّيْبِ دُونَ الْبِكْرِ أَوْ إِلَى بَعْضِ النِّسَاءِ دُونَ بَعْضٍ، وَيَبْنَى أَنْ يَكُونَ لِمَرْضٍ بِهِ أَوْ لَضَعْفٍ فِي خَلْقَتِهِ أَوْ لَكِبَرِ سِنِّهِ أَوْ لِسِحْرِ أَوْ لغيرِ ذَلِكَ، فَإِنَّهُ عَيْنٌ فِي حَقِّ مَنْ لَا يَصِلُ إِلَيْهَا لِفَوَاتِ الْمَقْصُودِ فِي حَقِّهَا.

قَالَ (وَإِذَا كَانَ الزَّوْجُ عَيْنًا) أَيُّ وَإِذَا كَانَ الزَّوْجُ عَيْنًا (أَجَلُهُ الْحَاكِمُ سَنَةً) ابْتِدَاؤُهَا مِنْ وَقْتِ الْخُصُومَةِ (فَإِنْ وَصَلَ إِلَيْهَا وَإِلَّا فَرَّقَ الْحَاكِمُ بَيْنَهُمَا إِذَا طَلَبَتْ الْمَرْأَةُ ذَلِكَ) وَهُوَ قَوْلُ عُمَرَ وَعَلِيٍّ وَابْنِ مَسْعُودٍ وَعَلَيْهِ فَتَوَى فَقَهَاءُ الْأُمُصَارِ كَأَبِي حَنِيفَةَ وَأَصْحَابِهِ وَالشَّافِعِيَّ وَأَصْحَابِهِ وَمَالِكَ وَأَصْحَابِهِ وَأَحْمَدَ وَأَصْحَابِهِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ (وَلَأَنَّ حَقَّهَا ثَابِتٌ فِي الْوَطْءِ، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ الْامْتِنَاعُ لِعِلَّةٍ مُعْتَرِضَةٍ، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ لَافَةِ أَصْلِيَّةٍ فَلَا بُدَّ مِنْ مُدَّةٍ مَعْرِفَةٍ لَذَلِكَ. وَقَدَّرْنَا هَا بِالسَّنَةِ لِاشْتِمَالِهَا عَلَى الْفُصُولِ الْأَرْبَعَةِ) لِأَنَّ الْعَجْزَ قَدْ يَكُونُ لِفَرْطِ رُطُوبَةٍ فَيَتَدَاوَى بِمَا يُضَادُّهُ مِنَ الْيُبُوسَةِ أَوْ بِالْعَكْسِ مِنْ ذَلِكَ، وَكَذَلِكَ بَقِيَّةُ الطَّبَائِعِ.

فَإِذَا مَضَتْ الْمُدَّةُ وَلَمْ يَصِلْ إِلَيْهَا تَبَيَّنَ أَنَّ الْعَجْزَ بِآفَةِ أَصْلِيَّةٍ فَفَاتَ الْإِمْسَاكُ بِالْمَعْرُوفِ وَوَجَبَ عَلَيْهِ التَّسْرِيحُ بِالْإِحْسَانِ، فَإِذَا امْتَنَعَ نَابَ الْقَاضِي مَنَابَهُ فَفَرَّقَ بَيْنَهُمَا وَلَا بُدَّ مِنْ طَلَبِهَا لِأَنَّ التَّضْرِيقَ حَقُّهَا (وَتِلْكَ الْفَرْقَةُ تَطْلِيقَةٌ بَائِنَةٌ) لِأَنَّ فِعْلَ الْقَاضِي أَضْيَفَ إِلَى الزَّوْجِ فَكَأَنَّهُ طَلَقَهَا بِنَفْسِهِ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: هُوَ فَسَخٌ لَكِنِ النِّكَاحُ لَا يَقْبَلُ الْفَسْخَ عِنْدَنَا، وَإِنَّمَا تَقَعُ بَائِنَةٌ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ وَهُوَ دَفْعُ الظُّلْمِ عَنْهَا لَا يَحْصُلُ إِلَّا بِهَا لِأَنَّهَا لَوْ لَمْ تَكُنْ بَائِنَةً تَعُودُ مُعْلَقَةً بِالْمُرَاجَعَةِ.

الشرح:

(فَإِذَا مَضَتْ وَلَمْ يَصِلْ إِلَيْهَا تَبَيَّنَ أَنَّ الْعَجْزَ بِآفَةِ أَصْلِيَّةٍ فَفَاتَ الْإِمْسَاكُ بِالْمَعْرُوفِ وَوَجَبَ عَلَيْهِ التَّسْرِيحُ بِالْإِحْسَانِ، فَإِذَا امْتَنَعَ نَابَ الْقَاضِي مَنَابَهُ فَفَرَّقَ بَيْنَهُمَا) وَقِيلَ يَنْبَغِي أَنْ يُقَدَّرَ السَّنَةُ شَمْسِيَّةٌ أَخْذًا بِالْإِحْتِيَاظِ، لِأَنَّهُ رَبَّمَا يَكُونُ مُوَافَقَةُ الْعِلَاجِ فِي الْأَيَّامِ الَّتِي يَقَعُ التَّفَاوُتُ فِيهَا بَيْنَ السَّنَةِ الْقَمَرِيَّةِ وَالشَّمْسِيَّةِ وَلَيْسَ بِظَاهِرِ الرِّوَايَةِ عَلَى مَا نَذَكَّرُهُ

(وَلَا بُدَّ مِنْ طَلِبِهَا التَّفْرِيقَ) لِأَنَّهُ حَقُّهَا وَتِلْكَ الْفُرْقَةُ تَطْلِيقٌ بَائِنَةٌ لِأَنَّ فِعْلَ الْقَاضِي أَضِيفَ إِلَى الزَّوْجِ وَكَأَنَّهُ طَلَّقَهَا بِنَفْسِهِ. (وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: هُوَ فُسْخٌ لِأَنَّهُ فُرْقَةٌ مِنْ جِهَتِهَا لَكِنْ التَّكَاحُ لَا يَقْبَلُ الْفُسْخَ عِنْدَنَا) يَعْنِي بَعْدَ التَّمَامِ، وَأَمَّا قَبْلَ تَمَامِ الْعَقْدِ فَيَقْبَلُ كَمَا فِي خِيَارِ الْبُلُوغِ وَخِيَارِ الْعِتْقِ وَقَدْ تَقَدَّمَ (وَأَمَّا تَقَعُ التَّطْلِيقَةُ بَائِنَةً لِأَنَّ الْمَقْصُودَ وَهُوَ دَفْعُ الظُّلْمِ عَنْهَا لَا يَحْصُلُ إِلَّا بِهَا لِأَنَّهَا لَوْ لَمْ تَكُنْ بَائِنَةً تَعُودُ مُعْلَقَةً بِالْمُرَاجَعَةِ) وَهِيَ الَّتِي لَا تَكُونُ ذَاتَ زَوْجٍ وَلَا مُطْلَقَةً، أَمَّا الْأُولَى فَلَفَوَاتِ الْمَقْصُودِ وَهُوَ الْوُطْءُ، وَأَمَّا الثَّانِي فَلِأَنَّهَا تَحْتَ زَوْجٍ فَلَا يَحْصُلُ لَهَا دَفْعُ الظُّلْمِ.

(وَلَهَا كَمَالُ مَهْرِهَا إِنْ كَانَ خَلَا بِهَا) فَإِنْ خَلَوَ الْعَيْنِ صَحِيحَةً (وَيَجِبُ الْعِدَّةُ) لَمَّا بَيَّنَّا مِنْ قَبْلُ هَذَا إِذَا أَقَرَّ الزَّوْجُ أَنَّهُ لَمْ يَصِلْ إِلَيْهَا (وَلَوْ اخْتَلَفَ الزَّوْجُ وَالْمَرْأَةُ فِي الْوُصُولِ إِلَيْهَا فَإِنْ كَانَتْ ثَبِيًّا فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ ثُمَّ يَمِينُهُ) لِأَنَّهُ يُنْكِرُ اسْتِحْقَاقَ حَقِّ الْفُرْقَةِ وَالْأَصْلُ هُوَ السَّلَامَةُ فِي الْجِبِلَةِ (ثُمَّ إِنْ حَلَفَ بَطُلَ حَقِّهَا، وَإِنْ نَكَلَ يُؤْجَلُ سَنَةً، وَإِنْ كَانَتْ بِكَرًا نَظَرَ إِلَيْهَا النِّسَاءُ، فَإِنْ قُلْنَ هِيَ بِكَرٍ أَجَلَ سَنَةٍ) لظُهُورِ كَذِبِهِ (وَإِنْ قُلْنَ هِيَ ثَبِيٌّ يَحْلِفُ الزَّوْجُ، فَإِنْ حَلَفَ لَا حَقَّ لَهَا، وَإِنْ نَكَلَ يُؤْجَلُ سَنَةً، وَإِنْ كَانَ مَجْبُوبًا فَفُرْقٌ بَيْنَهُمَا فِي الْحَالِ إِنْ طَلَبَتْ) لِأَنَّهُ لَا فَائِدَةَ فِي التَّأْجِيلِ (وَالْخَصِيُّ يُؤْجَلُ كَمَا يُؤْجَلُ الْعَيْنِ) لِأَنَّ وَطْأَهُ مَرْجُوٌّ (وَإِذَا أَجَلَ الْعَيْنِ سَنَةً وَقَالَ قَدْ جَامَعْتُهَا وَأَنْكَرَتْ نَظَرَ إِلَيْهَا النِّسَاءُ. فَإِنْ قُلْنَ: هِيَ بِكَرٍ خَيْرَتْ) لِأَنَّ شَهَادَتَهُنَّ تَأْيِيدَتْ بِمُؤَيِّدٍ وَهِيَ الْبِكَارَةُ (وَإِنْ قُلْنَ: هِيَ ثَبِيٌّ حَلَفَ الزَّوْجُ، فَإِنْ نَكَلَ خَيْرَتْ) لِتَأْيِيدِهَا بِالنُّكُولِ، وَإِنْ حَلَفَ لَا تَخِيرُ، وَإِنْ كَانَتْ ثَبِيًّا فِي الْأَصْلِ فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ (فَإِنْ اخْتَارَتْ زَوْجَهَا لَمْ يَكُنْ لَهَا بَعْدَ ذَلِكَ خِيَانٌ) لِأَنَّهَا رَضِيَتْ بِبُطْلَانِ حَقِّهَا.

الشرح:

(وَلَهَا كَمَالُ الْمَهْرِ إِنْ كَانَ خَلَا بِهَا لِأَنَّ خُلُوءَ الْعَيْنِ صَحِيحَةً) لِأَنَّ الْمَرْأَةَ قَدْ سَلِمَتْ الْمُبْدَلُ مَعَ وُجُودِ الْآلَةِ فَيَجِبُ عَلَيْهِ الْبَدَلُ، ذَلَّ عَلَى ذَلِكَ قَضَاءُ عُمَرَ وَعَلِيٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا حَيْثُ قَالَا: مَا ذُبُّهُنَّ إِذَا جَاءَ الْعَجْزُ مِنْ قِبَلِكُمْ (وَيَجِبُ الْعِدَّةُ) لِتَوْهْمِ الشَّعْلِ احْتِيَاطًا اسْتَحْسَانًا (لَمَّا بَيَّنَّا) يَعْنِي فِي بَابِ الْمَهْرِ هَذَا إِذَا أَقَرَّ الزَّوْجُ بَعْدَمِ الْوُصُولِ إِلَيْهَا، وَإِنْ ادَّعَاهُ وَأَنْكَرَتْهُ (فَإِنْ كَانَتْ ثَبِيًّا فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ لِأَنَّهُ يُنْكِرُ اسْتِحْقَاقَ حَقِّ

الْفُرْقَةَ حَقِيقَةً وَإِنْ كَانَ مُدْعِيًا لِلْوُصُولِ صُورَةً (وَالْأَصْلُ فِي الْحَبْلَةِ السَّلَامَةِ) وَكَانَ الظَّاهِرُ شَاهِدًا لَهُ وَالْقَوْلُ قَوْلُ مَنْ يَشْهَدُ لَهُ الظَّاهِرُ فَكَانَ كَالْمُدْعِ إِذَا ادَّعَى رَدَّ الْوَدِيعَةِ الْقَوْلُ قَوْلُهُ لِأَنَّهُ مُنْكَرٌ مَعْنَى وَإِنْ كَانَ مُدْعِيًا صُورَةً (ثُمَّ إِنْ حَلَفَ بِاللَّهِ لَقَدْ أَصْبَتْهَا بَطْلَ حَقِّهَا، وَإِنْ نَكَلَ يُؤْجَلُ سَنَةً، وَإِنْ كَانَتْ بَكْرًا نَظَرَ النِّسَاءُ إِلَيْهَا، فَإِنْ قُلْنَ هِيَ بَكْرٌ أُجِّلَ سَنَةً، وَإِنْ قُلْنَ هِيَ ثَيِّبٌ يَخْلَفُ الزَّوْجُ) لِإِمْكَانِ أَنْ بَكَارَتْهَا زَالَتْ بَوَجهُ آخِرٍ فَيُشْتَرَطُ الْيَمِينُ مَعَ شَهَادَتِهِنَّ لِيَكُونَ حُجَّةً (فَإِنْ حَلَفَ لَا حَقَّ لَهَا، وَإِنْ نَكَلَ يُؤْجَلُ سَنَةً) ثُمَّ كَيْفَ يَعْرِفُ أَنَّهَا بَكْرٌ أَوْ ثَيِّبٌ؟ قَالُوا: يَدْفَعُ فِي فَرْجِهَا أَصْعَرَ بَيْضَةٍ مِنْ بَيْضِ الدَّجَاجِ، فَإِنْ دَخَلَ بِلَا غُنْفٍ فَثَيِّبٌ وَإِلَّا فَبَكْرٌ. وَقِيلَ إِنْ أُمِكنَهَا أَنْ تُبُولَ عَلَى الْحِدَارِ فَبَكْرٌ وَإِلَّا فَثَيِّبٌ، وَقِيلَ تُكْسَرُ الْبَيْضَةُ فَتُصَبُّ فِي فَرْجِهَا فَإِنْ دَخَلَتْ فَثَيِّبٌ وَإِلَّا فَبَكْرٌ.

قَوْلُهُ (وَإِنْ كَانَ مَحْبُوبًا فُرِّقَ بَيْنَهُمَا فِي الْحَالِ) ظَاهِرٌ. قَوْلُهُ (وَإِنْ قُلْنَ هِيَ ثَيِّبٌ حَلَفَ الزَّوْجُ) حَاصِلُهُ أَنَّ الْإِرَاءَةَ لِلنِّسَاءِ مَرَّتَانِ: مَرَّةً قَبْلَ الْأَجْلِ لِلتَّأْجِيلِ وَمَرَّةً بَعْدَ الْأَجْلِ لِلتَّخْيِيرِ (فَإِنْ نَكَلَ خَيْرَتْ لِتَأْيِيدِهَا بِالنُّكُولِ) أَيُّ لِتَأْيِيدِ دَعْوَى الْمَرْأَةِ أَنَّهُ لَمْ يُجَامِعْهَا بِنُكُولِ الزَّوْجِ عَنِ الْيَمِينِ (فَإِنْ حَلَفَ لَا تُخَيْرُ) لِبُطْلَانِ حَقِّهَا (وَإِنْ كَانَتْ ثَيِّبًا فِي الْأَصْلِ فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ وَقَدْ ذَكَرْتَاهُ) يَعْنِي قَوْلُهُ فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ لِأَنَّهُ يُنْكَرُ اسْتِحْقَاقُ حَقِّ الْفُرْقَةِ (فَإِنْ اخْتَارَتْ زَوْجَهَا لَمْ يَكُنْ لَهَا بَعْدَ ذَلِكَ خِيَارٌ لِأَنَّهَا رَضِيَتْ بِبُطْلَانِ حَقِّهَا) وَكَذَلِكَ إِذَا قَامَتْ مِنْ مَجْلِسِهَا أَوْ أَقَامَهَا أَعْوَانُ الْقَاضِي أَوْ قَامَ الْقَاضِي قَبْلَ أَنْ تَخْتَارَ شَيْئًا بَطَلَ خِيَارُهَا لِأَنَّ هَذَا بِمَنْزِلَةِ تَخْيِيرِ الزَّوْجِ أَمْرَاتُهُ وَذَلِكَ مُوقَّتٌ بِالْمَجْلِسِ فَهَذَا مِثْلُهُ وَالتَّفْرِيقُ كَانَ لِحَقِّهَا، فَإِذَا رَضِيَتْ بِالْإِسْقَاطِ صَرِيحًا أَوْ دَلَالَةً بِتَأْخِيرِ الْاِخْتِيَارِ إِلَى أَنْ قَامَتْ أَوْ أُقِيمَتْ سَقَطَ حَقُّهَا فَلَا تُطَالَبُ بَعْدَ ذَلِكَ بِشَيْءٍ، فَإِنْ اخْتَارَتْ الْفُرْقَةَ أَمَرَ الْقَاضِي الزَّوْجَ أَنْ يُطَلِّقَهَا، فَإِنْ أَبَى فَرَّقَ الْقَاضِي بَيْنَهُمَا كَمَا مَرَّ.

وَفِي التَّأْجِيلِ تُعْتَبَرُ السَّنَةُ الْقَمَرِيَّةُ هُوَ الصَّحِيحُ وَيَحْتَسَبُ بِأَيَّامِ الْحَيْضِ وَبِشَهْرِ رَمَضَانَ لَوْجُودِ ذَلِكَ فِي السَّنَةِ وَلَا يَحْتَسَبُ بِمَرَضِهِ وَمَرَضِهَا لِأَنَّ السَّنَةَ قَدْ تَخَلَّوْا عَنْهُ.

الشرح:

قَالَ (وَفِي التَّأْجِيلِ تُعْتَبَرُ السَّنَةُ الْقَمَرِيَّةُ هُوَ الصَّحِيحُ) وَهُوَ ظَاهِرُ الرِّوَايَةِ وَهِيَ ثَلَاثُمِائَةٍ وَأَرْبَعَةٌ وَخَمْسُونَ يَوْمًا. وَرَوَى الْحَسَنُ أَنَّهُ تُعْتَبَرُ السَّنَةُ الشَّمْسِيَّةُ وَهِيَ ثَلَاثُمِائَةٍ

وَحَمْسَةٌ وَسِتُّونَ يَوْمًا وَجُزْءٌ مِنْ مِائَةٍ وَعِشْرِينَ جُزْءًا مِنَ الْيَوْمِ وَتُحْتَسَبُ بِأَيَّامِ الْحَيْضِ وَشَهْرِ رَمَضَانَ يَعْنِي لَا يُعَوَّضُ عَنْ أَيَّامِ الْحَيْضِ وَشَهْرِ رَمَضَانَ الْوَاقِعَةِ فِي مُدَّةِ أَيَّامِ التَّأْجِيلِ أَيَّامٌ أُخَرُ بَلْ هِيَ مُحْسُوبَةٌ مِنْ مُدَّةِ التَّأْجِيلِ وَذَلِكَ لِأَنَّ الصَّحَابَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ قَدَرُوا مُدَّةَ التَّأْجِيلِ بِسَنَةٍ وَلَمْ يَسْتَنْوُوا مِنْهَا أَيَّامَ الْحَيْضِ وَشَهْرِ رَمَضَانَ مَعَ عِلْمِهِمْ أَنَّ السَّنَةَ لَا تَخْلُو عَنْهَا (وَلَا يُحْتَسَبُ بِمَرَضِهِ وَمَرَضِهَا لِأَنَّ السَّنَةَ قَدْ تَخْلُو عَنْهُ) أَيُّ عَنْ الْمَرَضِ فَلَمْ يَكُنْ فِي مَعْنَى أَيَّامِ الْحَيْضِ وَشَهْرِ رَمَضَانَ وَيُعَوَّضُ لَذَلِكَ مِنْ أَيَّامٍ أُخَرَ وَعَلَيْهِ فَتَوَى الْمَشَائِخِ.

وَرَوَى عَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ إِذَا مَرَضَ أَحَدُهُمَا مَرَضًا لَا يَسْتَطِيعُ الْجَمَاعُ مَعَهُ، فَإِنْ كَانَ أَتْلَ مِنْ نِصْفِ شَهْرِ أُحْتَسَبَ عَلَيْهِ وَإِنْ كَانَ أَكْثَرَ مِنْهُ لَمْ يُحْتَسَبَ عَلَيْهِ وَجَعَلَ لَهُ بَدَلَ مَكَانِهَا، وَكَذَلِكَ الْعَيْتَةُ لِأَنَّ شَهْرَ رَمَضَانَ مُحْسُوبٌ عَلَيْهِ وَهُوَ قَادِرٌ عَلَيْهِ فِي اللَّيْلِ مَمْنُوعٌ فِي النَّهَارِ وَالنَّهَارُ بِدُونِ اللَّيْلِ يَكُونُ نِصْفَ الشَّهْرِ، فَتَبَتَ أَنَّ نِصْفَ الشَّهْرِ مُحْسُوبٌ عَلَيْهِ. وَعَنْهُ أَنَّهُمَا إِذَا كَانَا صَحِيحَيْنِ فِي شَيْءٍ مِنَ السَّنَةِ وَلَوْ فِي يَوْمٍ يُحْتَسَبُ عَلَيْهِ بِزَمَانِ الْمَرَضِ. وَعَنْ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ مَرَضَ أَحَدِهِمَا فِيمَا دُونَ الشَّهْرِ يُحْتَسَبُ عَلَيْهِ بِذَلِكَ، وَإِنْ كَانَ الْمَرَضُ شَهْرًا لَا يُحْتَسَبُ وَيُزَادُ فِي مُدَّتِهِ بِقَدْرِ مُدَّةِ الْمَرَضِ.

(وَإِذَا كَانَ بِالزَّوْجَةِ عَيْبٌ فَلَا خِيَارَ لِلزَّوْجِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: تُرَدُّ بِالْعُيُوبِ الْخَمْسَةِ وَهِيَ: الْجَذَامُ وَالْبَرَصُ وَالْجُنُونُ وَالرَّتْقُ وَالْقَرْنُ لِأَنَّهَا تَمْنَعُ الْإِسْتِيفَاءَ حِسًا أَوْ طَبْعًا وَالطَّبْعُ مُؤَيَّدٌ بِالشَّرْعِ. قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «فِرٌّ مِنَ الْمَجْدُومِ فِرَارُكَ مِنَ الْأَسَدِ» وَلَنَا أَنَّ قُوَّةَ الْإِسْتِيفَاءِ أَصْلًا بِالمَوْتِ لَا يُوجِبُ الْفَسْخَ فَاحْتِلَالُهُ بِهِذِهِ الْعُيُوبِ أَوْلَى، وَهَذَا لِأَنَّ الْإِسْتِيفَاءَ مِنَ الثَّمَرَاتِ وَالْمُسْتَحَقُّ هُوَ الثَّمَكْنُ وَهُوَ حَاصِلٌ.

الشرح:

(وَإِذَا كَانَ بِالزَّوْجَةِ عَيْبٌ) أَيُّ عَيْبٍ كَانَ (فَلَا خِيَارَ لِلزَّوْجِ فِي فَسْخِ النِّكَاحِ). وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: تُرَدُّ بِالْعُيُوبِ الْخَمْسَةِ وَهِيَ الْجَذَامُ وَالْبَرَصُ وَالْجُنُونُ وَالرَّتْقُ بِفَتْحِ التَّاءِ مَصْدَرٌ قَوْلِكَ امْرَأَةٌ رَتْقَاءُ لَا يُسْتَطَاعُ جَمَاعُهَا لِارْتِنَاقِ ذَلِكَ الْمَوْضِعِ: أَيُّ لَا تُسَدِّدُهُ لَيْسَ لَهَا خَرَقٌ إِلَّا الْمَبَالُ (وَالْقَرْنُ) بِسُكُونِ الرَّاءِ. قَالَ فِي الْمَغْرِبِ: وَهُوَ إِمَّا غَدَّةٌ غَلِيظَةٌ أَوْ

لَحْمَةً مُرْتَفَعَةً أَوْ عَظْمٌ تَمْنَعُ مِنْ سُلُوكِ الذَّكَرِ فِي الْفَرْجِ وَامْرَأَةٌ قَرَنَاءُ بِهَا ذَلِكَ.

قَالَ: لَأَنَّهَا يَعْنِي الْعُيُوبَ الْخَمْسَةَ تَمْنَعُ الْاسْتِيفَاءَ حَسًّا أَوْ طَبْعًا، أَمَّا حَسًّا فَفِي الرَّتْقِ وَالْقَرْنِ، وَأَمَّا طَبْعًا فَفِي الْجَذَامِ وَالْبَرَصِ وَالْجُنُونِ لِأَنَّ الطَّبَاعَ السَّالِمَةَ تَنْفِرُ عَنْ جَمَاعِ هَؤُلَاءِ وَرُبَّمَا يَسْرِي إِلَى الْأَوْلَادِ وَالطَّبْعُ مُؤَيَّدٌ بِالشَّرْعِ) قَالَ ﷺ «فَرٌّ مِنَ الْمَجْذُومِ فِرَارُكَ مِنَ الْأَسَدِ» وَلَنَا أَنَّ فَوْتَ الْاسْتِيفَاءِ بِالْكُلِّيَّةِ بِالمَوْتِ لَا يُوجِبُ الْفَسْخَ حَتَّى لَا يَسْقُطَ شَيْءٌ مِنْ مَهْرِهَا، فَاخْتِلَالُهُ بِهَذِهِ الْعُيُوبِ أَوَّلَى. قِيلَ فِيهِ ضَعْفٌ لِأَنَّ النِّكَاحَ مَوْقُوتٌ بِحَيَاتِهِمَا (وَهَذَا) أَيُّ كَوْنِ هَذِهِ الْعُيُوبِ لَا تُوجِبُ الْفَسْخَ (لِأَنَّ الْاسْتِيفَاءَ مِنَ الثَّمَرَاتِ وَفَوْتَ الثَّمَرَةِ لَا يُؤْتَرُ فِي الْعَقْدِ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ لَمْ يَسْتَوْفِ لِبَحْرِ أَوْ ذَفَرٍ أَوْ قُرُوحٍ فَاحِشَةٍ لَمْ يَكُنْ لَهُ حَقُّ الْفَسْخِ وَإِنَّمَا الْمُسْتَحَقُّ هُوَ التَّمَكُّنُ وَهُوَ حَاصِلٌ، أَمَّا فِي الْجَذَامِ وَالْبَرَصِ وَالْجُنُونِ فَظَاهِرٌ، وَأَمَّا فِي الْبَاقِيَيْنِ فَبِالشَّقِّ أَوْ الْفَتَقِ، وَقَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «فَرٌّ مِنَ الْمَجْذُومِ» الْحَدِيثَ مَحْمُولٌ عَلَى الْفِرَارِ بِالطَّلَاقِ، وَكَذَا مَا رَوَى «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ نَزَّوَجَ امْرَأَةً فَوَجَدَ عَلَى كَشْحِهَا بَيَاضًا فَرَدَّهَا» مَحْمُولٌ عَلَى الطَّلَاقِ، لِأَنَّهُ رَوَى «أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ قَالَ لَهَا: الْحَقِّي بِأَهْلِكَ» وَهَذَا مِنْ كِتَابَاتِ الطَّلَاقِ، وَكَذَا مَا رَوَى عَنْ عُمَرَ أَنَّهُ أَثْبَتَ لَهَا الْخِيَارَ بِهَذِهِ الْعُيُوبِ، وَمَذْهَبُنَا مَرْوِيٌّ عَنْ عَلِيٍّ وَابْنِ مَسْعُودٍ.

(وَإِذَا كَانَ بِالزَّوْجِ جُنُونٌ أَوْ بَرَصٌ أَوْ جَذَامٌ فَلَا خِيَارَ لَهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَهَا الْخِيَارُ دَفْعًا لِلضَّرَرِّ عَنْهَا كَمَا فِي الْجَبِّ وَالْعُنْتَةِ، بِخِلَافِ جَانِبِهِ لِأَنَّهُ مُتَمَكِّنٌ مِنْ دَفْعِ الضَّرَرِّ بِالطَّلَاقِ. وَلَهُمَا أَنْ الْأَصْلُ عَدَمُ الْخِيَارِ لَمَّا فِيهِ مِنْ إِبْطَالِ حَقِّ الزَّوْجِ، وَإِنَّمَا يَثْبُتُ فِي الْجَبِّ وَالْعُنْتَةِ لِأَنَّهُمَا يُخْلَانِ بِالْمَقْصُودِ الْمَشْرُوعِ لَهُ النِّكَاحُ، وَهَذِهِ الْعُيُوبُ غَيْرُ مُخِلَّةٍ بِهِ فَافْتَرَقَا، وَاللَّهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

الشرح:

(وَإِذَا كَانَ بِالزَّوْجِ جُنُونٌ أَوْ بَرَصٌ أَوْ جَذَامٌ فَلَا خِيَارَ لَهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ لَهَا الْخِيَارُ) لِأَنَّهُ تَعَدَّرَ عَلَيْهَا الْوُصُولُ إِلَى حَقِّهَا لِمَعْنَى فِيهِ فَكَانَ بِمَنْزِلَةِ الْجَبِّ وَالْعُنْتَةِ فَتُخَيَّرُ دَفْعًا لِلضَّرَرِّ عَنْهَا حَيْثُ لَا طَرِيقَ لَهَا سِوَاهُ، بِخِلَافِ جَانِبِهِ لِأَنَّهُ مُتَمَكِّنٌ مِنْ دَفْعِ الضَّرَرِّ بِالطَّلَاقِ (وَلَهُمَا أَنْ الْأَصْلُ عَدَمُ الْخِيَارِ لَمَّا فِيهِ مِنْ إِبْطَالِ حَقِّ الزَّوْجِ، وَإِنَّمَا يَثْبُتُ فِي الْجَبِّ وَالْعُنْتَةِ لِأَنَّهُمَا يُخْلَانِ بِالْمَقْصُودِ الْمَشْرُوعِ لَهُ النِّكَاحُ) وَهُوَ

الوطء لأنَّ شَرْعِيَّةَ النَّكَاحِ لِأَجْلِ الْوَطْءِ (وَهَذِهِ الْعُيُوبُ غَيْرُ مُخَلَّةٍ بِهِ فَافْتَرَقَا) فَإِنْ قِيلَ: قَدْ جَعَلَ الْمُصَنَّفُ الْوَطْءَ فِيمَا إِذَا كَانَ بِالْمَرْأَةِ مِنَ الْعُيُوبِ الْخَمْسَةِ مِنَ الثَّمَرَاتِ وَلَمْ يُنَبِّتْ لَهُ خِيَارَ الْفَسْخِ، وَفِي مَسْأَلَةِ الْجَبِّ وَالْعَنَةِ جَعَلَهُ الْمَقْصُودَ الْمَشْرُوعَ لَهُ النَّكَاحُ، وَيَلْزَمُ عَنْ ذَلِكَ أَنْ يَكُونَ الْمَقْصُودَ الْمَشْرُوعَ لَهُ النَّكَاحُ وَأَنْ لَا يَكُونَ بِاعْتِبَارِ الْمَوْضِعَيْنِ وَذَلِكَ تَحَكُّمٌ. قُلْتُ: هَذَا السُّؤَالُ نَشَأَ مِنْ تَفْسِيرِ الْمَشْرُوعِ لَهُ النَّكَاحُ بِالْوَطْءِ، وَلَيْسَ ذَلِكَ بِمُرَادٍ، وَإِنَّمَا الْمُرَادُ بِهِ التَّمَكُّنُ كَمَا تَقَدَّمَ وَهُمَا يُخْلَانِ بِهِ، بِخِلَافِ الْعُيُوبِ الثَّلَاثَةِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

باب العدة

(وَإِذَا طَلَّقَ الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ طَلَاقًا بَائِنًا أَوْ رَجْعِيًّا أَوْ وَقَعَتِ الْفُرْقَةُ بَيْنَهُمَا بِغَيْرِ طَلَاقٍ وَهِيَ حُرَّةٌ مِمَّنْ تَحِيضُ فَعِدَّتُهَا ثَلَاثَةُ أَقْرَاءٍ) لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾ [البقرة: ٢٢٨] وَالْفُرْقَةُ إِذَا كَانَتْ بِغَيْرِ طَلَاقٍ فَهِيَ فِي مَعْنَى الطَّلَاقِ لِأَنَّ الْعِدَّةَ وَجِبَتْ لِلتَّعَرُّفِ عَنْ بَرَاءَةِ الرَّحِمِ فِي الْفُرْقَةِ الطَّارِئَةِ عَلَى النَّكَاحِ، وَهَذَا يَتَحَقَّقُ فِيهَا.

الشرح:

(بَابُ الْعِدَّةِ): الْعِدَّةُ لَمَّا كَانَتْ أَثَرُ الْفُرْقَةِ بِالطَّلَاقِ وَغَيْرِهِ أَعْقَبَهَا لَذِكْرِ وَجُوهِ التَّفْرِيقِ فِي بَابٍ عَلَى حِدَةٍ، لِأَنَّ الْأَثَرَ يَعْقِبُ الْمُؤَثِّرَ. وَالْعِدَّةُ فِي اللَّغَةِ: أَيَّامُ أَقْرَاءِ الْمَرْأَةِ، وَفِي الشَّرِيعَةِ: تَرَبُّصٌ يَلْزَمُ الْمَرْأَةَ عِنْدَ زَوَالِ مَلِكِ الْمُتَعَةِ مُتَّكِدًا بِالدُّخُولِ أَوْ الْخُلُوةِ أَوْ الْمَوْتِ، وَهُوَ: أَيْ هَذَا الزَّوَالُ سَبَبُهَا. وَشَرْطُهَا وَقُوعُ الْفُرْقَةِ. وَرُكْنُهَا حُرْمَاتٌ ثَابِتَةٌ إِلَى أَجَلٍ يَنْقَضِي وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ هُوَ كَفُّ الْمَرْأَةِ نَفْسَهَا عَنْ أَفْعَالٍ مَحْظُورَةٍ عَلَيْهَا وَقَدْ عُرِفَ فِي مَوْضِعِهِ. قَالَ (وَإِذَا طَلَّقَ الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ طَلَاقًا بَائِنًا أَوْ رَجْعِيًّا) وَلَمْ يَقُلْ وَقَدْ دَخَلَ بِهَا. لِأَنَّ قَوْلَهُ رَجْعِيًّا يُغْنِي عَنْهُ إِذِ الرَّجْعَةُ لَا تَكُونُ إِلَّا فِي الْمَدْخُولِ بِهَا (أَوْ وَقَعَتِ الْفُرْقَةُ بَيْنَهُمَا بِغَيْرِ طَلَاقٍ) كَخِيَارِ الْعَتَقِ وَخِيَارِ الْبُلُوغِ وَعَدَمِ الْكَفَاءَةِ وَمَلِكِ أَحَدِ الزَّوْجَيْنِ الْآخَرَ وَالْفُرْقَةُ فِي النَّكَاحِ الْفَاسِدِ (وَهِيَ حُرَّةٌ مِمَّنْ تَحِيضُ، فَعِدَّتُهَا ثَلَاثَةُ أَقْرَاءٍ) لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾ وَهُوَ فِي عِدَّةِ الطَّلَاقِ ظَاهِرُ الْمُرَادِ يَدُلُّ عَلَيْهَا بِعِبَارَتِهِ، وَأَمَّا الْفُرْقَةُ بِغَيْرِ طَلَاقٍ فَهِيَ فِي مَعْنَاهُ (لِأَنَّ الْعِدَّةَ وَجِبَتْ لِلتَّعَرُّفِ عَنْ بَرَاءَةِ الرَّحِمِ فِي الْفُرْقَةِ الطَّارِئَةِ عَلَى النَّكَاحِ وَهَذَا) أَيْ التَّعَرُّفُ عَنْ بَرَاءَةِ

الرَّحِمِ (يَتَحَقَّقُ فِيهَا) أَي فِي الْفَرْقَةِ بِغَيْرِ طَلَاقٍ.

وَالْأَقْرَاءُ الْحَيْضُ عِنْدَنَا. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: الْأَطْهَارُ وَاللَّفْظُ حَقِيقَةً فِيهِمَا إِذْ هُوَ مِنْ الْأَضْدَادِ، كَذَا قَالَهُ ابْنُ السَّكَيْتِ وَلَا يَنْتَظِمُهُمَا جُمْلَةٌ لِلإِشْتِرَاكِ وَالْحَمْلُ عَلَى الْحَيْضِ أَوَّلَى، إِمَّا عَمَلًا بِلَفْظِ الْجَمْعِ، لِأَنَّهُ لَوْ حُمِلَ عَلَى الْأَطْهَارِ وَالطَّلَاقِ يُوَقَّعُ فِي طَهْرٍ لَمْ يُبْقِ جَمْعًا، أَوْ لِأَنَّهُ مُعَرَّفٌ لِبَرَاءَةِ الرَّحِمِ وَهُوَ الْمَقْصُودُ، أَوْ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «وَعِدَّةُ الْأُمَّةِ حَيْضَتَانِ»^(١) فَيَلْتَحِقُ بَيَانًا بِهِ.

الشرح:

(وَالْأَقْرَاءُ الْحَيْضُ عِنْدَنَا، وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: الْأَطْهَارُ وَاللَّفْظُ حَقِيقَةً فِيهِمَا) فَكَانَ مِنَ الْأَلْفَافِ الْمُشْتَرَكَةِ بَيْنَ الْأَضْدَادِ (كَذَا قَالَهُ ابْنُ السَّكَيْتِ، وَلَا يُمَكِّنُ أَنْ يَتَنَاوَهُمَا جُمْلَةٌ لِلإِشْتِرَاكِ) فَإِنَّ اللَّفْظَ الْوَاحِدَ عِنْدَنَا لَا يَدُلُّ عَلَى مَعْنَيْنِ مُخْتَلَفَيْنِ حَقِيقَتَيْنِ أَوْ حَقِيقَةً وَمَجَازًا عَلَى مَا عُرِفَ فِي الْأَصُولِ، وَلَا بُعْدَ فِي أَنْ يَكُونَ تَعَرُّضُ الْمُصَنِّفِ لِكَوْنِهِ مِنَ الْأَضْدَادِ إِشَارَةً إِلَى تَفْهِيمِ قَوْلٍ مَنْ يَقُولُ إِنَّهُ مَجَازٌ فِي أَحَدِهِمَا لِأَنَّهُ لَا بُدَّ لِلْمَجَازِ مِنْ مُنَاسَبَةٍ وَكَوْنِهِ مِنَ الْأَضْدَادِ يَنْفِيهَا، وَهَذَا أَيْضًا مِمَّا عُرِفَ فِي الْأَصُولِ فَلَا بُدَّ مِنَ الْحَمْلِ عَلَى أَحَدِهِمَا.

وَالْحَمْلُ عَلَى الْحَيْضِ أَوَّلَى لِمَعَانٍ: أَحَدُهُمَا الْعَمَلُ بِلَفْظِ الْجَمْعِ: يَعْنِي الْقُرْءَ فَإِنَّهُ جَمْعُ قُرْءٍ بِالْفَتْحِ وَالضَّمِّ، وَوَجْهُهُ أَنْ أَقَلَّ الْجَمْعِ ثَلَاثَةٌ، وَذَلِكَ إِنَّمَا يَتَحَقَّقُ عِنْدَ الْحَمْلِ عَلَى الْحَيْضِ لَا عَلَى الطَّهْرِ لِمَا أَنَّ الطَّلَاقَ يُوَقَّعُ فِي طَهْرٍ وَهُوَ السُّنَّةُ، ثُمَّ هُوَ مُحْسُوبٌ عَنْ الْأَقْرَاءِ عِنْدَ مَنْ يَقُولُ بِالْأَطْهَارِ فَيَكُونُ حِينَئِذٍ مُدَّةٌ عِدَّتُهَا قُرْأَيْنِ وَبَعْضُ الثَّلَاثِ، وَلَفْظُ الثَّلَاثَةِ فِي قَوْلِهِ تَعَالَى ﴿ثَلَاثَةَ قُرْءٍ﴾ خَاصٌّ لِكَوْنِهِ وَضِعَ لِمَعْنَى مَعْلُومٍ عَلَى الْإِنْفِرَادِ، وَهُوَ لَا يَحْتَمِلُ التَّقْصَانَ، وَهَذَا أَيْضًا مِمَّا عُرِفَ فِي الْأَصُولِ وَقَدْ قَرَّرْتَاهُ فِي الْأَنْوَارِ وَالتَّقْرِيرِ، بِخِلَافِ مَا لَوْ أُريدَ بِالْقُرْءِ الْحَيْضُ فَإِنَّهُ يُكْمِلُ ثَلَاثًا.

وَالثَّانِي أَنَّ الْحَيْضَ مُعَرَّفٌ لِبَرَاءَةِ الرَّحِمِ لِأَنَّ بَرَاءَتَهَا إِنَّمَا تَظْهَرُ بِالْحَيْضِ لَا بِالطَّهْرِ، لِمَا أَنَّ الْحَمْلَ طَهْرٌ مُمْتَدٌّ فَيَجْتَمِعَانِ فَلَا يَحْصُلُ التَّعَرُّفُ بِأَنَّهَا حَامِلٌ أَوْ حَائِلٌ وَهُوَ أَيُّ التَّعَرُّفِ هُوَ الْمَقْصُودُ. وَالثَّلَاثُ قَوْلُهُ ﷺ «وَعِدَّةُ الْأُمَّةِ حَيْضَتَانِ» وَالرَّقُّ إِنَّمَا يُؤَثَّرُ فِي

التَّنْصِيفِ لَا فِي الثَّقَلِ مِنَ الطُّهْرِ إِلَى الْحَيْضِ فَيُلْحَقُ بَيَّانًا بِهِ: أَيُّ فَيُلْحَقُ هَذَا الْخَبَرُ بِالْمُشْتَرَكِ مِنَ الْكِتَابِ بَيَّانًا.

(وَإِنْ كَانَتْ لَا تَحِيضُ مِنْ صَغِيرٍ أَوْ كَبِيرٍ فَعِدَّتُهَا ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ) لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَالَّتِي يَيْسَنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ﴾ [الطلاق: ٤] (وَكَذَا الَّتِي بَلَغَتْ بِالسِّنِّ وَلَمْ تَحِضْ) بِأَخْرِ الْآيَةِ.

الشرح:

(وَإِنْ كَانَتْ لَا تَحِيضُ مِنْ صَغِيرٍ أَوْ كَبِيرٍ فَعِدَّتُهَا ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ) لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَالَّتِي يَيْسَنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبَتْمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَالَّتِي لَمْ تَحِضْ﴾ (وَكَذَا الَّتِي بَلَغَتْ بِالسِّنِّ) أَيُّ خَمْسَ عَشْرَةَ سَنَةً بِأَخْرِ الْآيَةِ وَهُوَ قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿وَالَّتِي لَمْ تَحِضْ﴾ عَطَفَ اللَّائِي لَمْ يَحِضْ عَلَى اللَّائِي يَيْسَنَ وَجَعَلَ لَهَا خَبَرًا وَاحِدًا، وَفِي هَذَا دَلَالَةٌ ظَاهِرَةٌ عَلَى أَنَّ الْأَصْلَ فِي الْعِدَّةِ الْحَيْضُ وَالشُّهُورُ بَدَلٌ عَنْهَا، حَيْثُ جَعَلَ الْأَشْهُرَ عِدَّةً بِشَرْطِ عَدَمِ الْحَيْضِ كَمَا فِي قَوْلِهِ تَعَالَى ﴿فَلَمْ تَحِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا﴾ [النساء: ٤٣].

(وَإِنْ كَانَتْ حَامِلًا فَعِدَّتُهَا أَنْ تَضَعَ حَمْلَهَا) لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَأُولَتْ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٤] (وَإِنْ كَانَتْ أَمَةً فَعِدَّتُهَا حَيْضَتَانِ) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «طَلَاقُ الْأَمَةِ تَطْلِيقَتَانِ وَعِدَّتُهَا حَيْضَتَانِ» وَلَأَنَّ الرِّقَّ مُنْصَفٌ وَالْحَيْضَةُ لَا تَتَجَزَّى فَكُمِلَتْ فَصَارَتِ حَيْضَتَيْنِ، وَإِلَيْهِ أَشَارَ عُمَرُ بِقَوْلِهِ: لَوْ اسْتَطَعْتُ لَجَعَلْتُهَا حَيْضَةً وَنِصْفًا (وَإِنْ كَانَتْ لَا تَحِيضُ فَعِدَّتُهَا شَهْرٌ وَنِصْفٌ) لِأَنَّهُ مُتَجَزِّئٌ فَأَمَكَنَ تَنْصِيفَهُ عَمَلًا بِالرِّقِّ.

الشرح:

(وَإِنْ كَانَتْ حَامِلًا فَعِدَّتُهَا أَنْ تَضَعَ حَمْلَهَا) لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَأُولَتْ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٤] وَقَوْلُهُ (فَإِنْ كَانَتْ أَمَةً) ظَاهِرٌ. (وَعِدَّةُ الْحُرَّةِ فِي الْوَفَاةِ أَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ وَعَشْرٌ) لِقَوْلِهِ تَعَالَى وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا (وَعِدَّةُ الْأَمَةِ شَهْرَانِ وَخَمْسَةُ أَيَّامٍ) لِأَنَّ الرِّقَّ مُنْصَفٌ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَعِدَّةُ الْحُرَّةِ فِي الْوَفَاةِ أَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ وَعَشْرَةُ أَيَّامٍ) لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَالَّذِينَ

يُتَوَقَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا ﴿البقرة: ٢٣٤﴾
 نَسَخَ قَوْلَهُ تَعَالَى ﴿وَصِيَّةً لِّأَزْوَاجِهِمْ مَّتَعًا إِلَى الْحَوْلِ غَيْرَ إِخْرَاجٍ﴾ ﴿البقرة: ٢٤٠﴾
 وَاسْتَدَلَّ عَلَيْهِ بِمَا رُوِيَ «أَنَّ الْمُتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجُهَا جَاءَتْ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ تَسْتَأْذِنُهُ فِي
 الْاِكْتِحَالِ، فَقَالَ ﷺ: كَأَنَّ إِحْدَاكُنَّ فِي الْجَاهِلِيَّةِ إِذَا تُوفِّيَ عَنْهَا زَوْجُهَا قَعَدَتْ فِي
 شَرِّ أَخْلَاسِهَا فِي بَيْتِهَا حَوْلًا ثُمَّ خَرَجَتْ فَرَمَتْ كَلْبَةً بِعَرَّةٍ أَفْلَا أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا»
 فَسَقَطَ اسْتِدْلَالُ مَنْ يَقُولُ لَهَا عِدَّتَانِ طَوِيلٌ وَهِيَ الْحَوْلُ وَالْقَصْرِيُّ وَهِيَ أَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ
 وَعَشْرًا، وَإِنَّ الْأُولَى هِيَ الْعِدَّةُ الْكَامِلَةُ وَإِنَّ الثَّانِيَةَ رُخْصَةً (وَعِدَّةُ الْأَمَةِ شَهْرَانِ وَخَمْسَةٌ
 أَيَّامٍ) لَمَّا عُرِفَ غَيْرَ مَرَّةٍ أَنَّ الرِّقَّ مُنْصَفٌّ.

(وَإِنْ كَانَتْ حَامِلًا فَعِدَّتُهَا أَنْ تَضَعَ حَمْلَهَا) لِإِطْلَاقِ قَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَأُولَتْ
 الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ وَقَالَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ مَسْعُودٍ: مَنْ شَاءَ بَاهَلْتُهُ أَنْ سُورَةُ
 النَّسَاءِ الْقُصْرَى نَزَلَتْ بَعْدَ الْآيَةِ الَّتِي فِي سُورَةِ الْبَقَرَةِ. وَقَالَ عُمَرُ: لَوْ وَضَعَتْ وَزَوْجُهَا
 عَلَى سَرِيرِهِ لَانْقَضَتْ عِدَّتُهَا وَحَلَّ لَهَا أَنْ تَتَزَوَّجَ.

الشرح:

(وَإِنْ كَانَتْ حَامِلًا فَعِدَّتُهَا أَنْ تَضَعَ حَمْلَهَا لِإِطْلَاقِ قَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَأُولَتْ
 الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾) وَهُوَ مَذْهَبُ عُمَرَ وَابْنِ مَسْعُودٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا
 وَكَانَ عَلِيٌّ يَقُولُ: تَعْتَدُ بِأَبْعَدِ الْأَجَلَيْنِ، إِمَّا بِوَضْعِ الْحَمْلِ وَإِمَّا بِأَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ وَعَشْرٍ أَيُّهُمَا
 كَانَ أَبْعَدَ، لِأَنَّ قَوْلَهُ تَعَالَى ﴿وَأُولَتْ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ﴾ الْآيَةُ، يَقْتَضِي الْاِعْتِدَادَ بِوَضْعِ
 الْحَمْلِ، وَقَوْلُهُ ﴿يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ﴾ يُوجِبُ الْاِعْتِدَادَ بِأَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ وَعَشْرٍ فَيَجْمَعُ
 بَيْنَهُمَا احْتِيَاظًا (وَقُلْنَا: قَالَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ مَسْعُودٍ: مَنْ شَاءَ بَاهَلْتُهُ أَنْ سُورَةُ النَّسَاءِ
 الْقُصْرَى يَعْنِي سُورَةَ ﴿يَأَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ﴾ إِلَى آخِرِهَا نَزَلَتْ بَعْدَ الَّتِي فِي
 سُورَةِ الْبَقَرَةِ) يُرِيدُ أَنَّ قَوْلَهُ تَعَالَى ﴿وَأُولَتْ الْأَحْمَالِ﴾ مُتَأَخَّرٌ عَنْ قَوْلِهِ ﴿يَتَرَبَّصْنَ
 بِأَنْفُسِهِنَّ﴾ فَيَكُونُ نَاسِخًا فِي ذَوَاتِ الْأَحْمَالِ (وَقَالَ عُمَرُ: لَوْ وَضَعَتْ وَزَوْجُهَا عَلَى
 سَرِيرِهِ لَانْقَضَتْ عِدَّتُهَا وَحَلَّ لَهَا أَنْ تَتَزَوَّجَ).

(وَإِذَا وَرِثَتِ الْمُطَلَّقةُ فِي الْمَرَضِ فَعِدَّتُهَا أَبْعَدُ الْأَجَلَيْنِ) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ
 وَمُحَمَّدٍ: وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: ثَلَاثَ حَيْضٍ، وَمَعْنَاهُ إِذَا كَانَ الطَّلَاقُ بَائِنًا أَوْ ثَلَاثًا، أَمَا إِذَا

كَانَ رَجْعِيًّا فَعَلَيْهَا عِدَّةُ الْوَفَاةِ بِالْإِجْمَاعِ. لِأَبِي يُوسُفَ أَنَّ النِّكَاحَ قَدْ انْقَطَعَ قَبْلَ الْمَوْتِ بِالطَّلَاقِ وَلَزِمَتْهَا ثَلَاثُ حَيْضٍ، وَإِنَّمَا تَجِبُ عِدَّةُ الْوَفَاةِ إِذَا زَالَ النِّكَاحُ فِي الْوَفَاةِ إِلَّا أَنَّهُ بَقِيَ فِي حَقِّ الْإِرْثِ لَا فِي حَقِّ تَغْيِيرِ الْعِدَّةِ، بِخِلَافِ الرَّجْعِيِّ لِأَنَّ النِّكَاحَ بَاقٍ مِنْ كُلِّ وَجْهِ. وَلَهُمَا أَنَّهُ لَمَّا بَقِيَ فِي حَقِّ الْإِرْثِ يُجْعَلُ بَاقِيًا فِي حَقِّ الْعِدَّةِ احْتِيَاظًا فَيُجْمَعُ بَيْنَهُمَا.

الشرح:

وَإِذَا وَرِثَتْ الْمُطَلَّقةُ فِي الْمَرَضِ فَعِدَّتُهَا أَبَعْدُ الْأَجَلَيْنِ عِدَّةُ الْمُطَلَّقةِ بِطَّلَاقِ الْفَارِّ إِذَا كَانَ بَاقِيًا أَوْ ثَلَاثًا أَبَعْدُ الْأَجَلَيْنِ أَنْ تَعْتَدُ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا فِيهَا ثَلَاثُ حَيْضٍ، حَتَّى لَوْ اعْتَدَتْ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا وَلَمْ تَحِضْ كَانَتْ فِي الْعِدَّةِ مَا لَمْ تَحِضْ ثَلَاثُ حَيْضٍ وَلَوْ حَاضَتْ ثَلَاثَ حَيْضٍ قَبْلَ تَمَامِ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ وَعَشْرٍ لَا تَنْقُضِي عِدَّتَهَا حَتَّى تَمَّ الْمُدَّةُ (عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: ثَلَاثُ حَيْضٍ، وَأَمَّا إِذَا كَانَ رَجْعِيًّا فَعَلَيْهَا عِدَّةُ الْوَفَاةِ بِالْإِجْمَاعِ. لِأَبِي يُوسُفَ أَنَّ النِّكَاحَ قَدْ انْقَطَعَ قَبْلَ الْمَوْتِ بِالطَّلَاقِ) لِأَنَّ الْكَلَامَ فِي الطَّلَاقِ الْبَائِنِ وَهُوَ قَاطِعٌ لِلنِّكَاحِ بِلا خِلَافٍ، وَمَنْ انْقَطَعَ نِكَاحُهَا بِالطَّلَاقِ لَزِمَهَا ثَلَاثُ حَيْضٍ لِأَنَّ عِدَّةَ الْوَفَاةِ مُخْتَصَّةٌ بِمَنْ زَالَ نِكَاحُهَا بِالْوَفَاةِ وَهَذِهِ لَيْسَتْ كَذَلِكَ. فَإِنْ قِيلَ: لَوْ كَانَ كَذَلِكَ لَمَّا بَقِيَ فِي حَقِّ الْإِرْثِ.

أَجَابَ بِقَوْلِهِ إِلَّا أَنَّهُ بَقِيَ فِي حَقِّ الْإِرْثِ: يَعْني بِالذَّلَالِ عَلَى تَوْرِيثِهَا (لَا فِي حَقِّ تَغْيِيرِ الْعِدَّةِ، بِخِلَافِ الطَّلَاقِ الرَّجْعِيِّ لِأَنَّ النِّكَاحَ بَاقٍ مِنْ كُلِّ وَجْهِ) لَمَّا تَقَدَّمَ (وَلَهُمَا أَنَّهُ لَمَّا بَقِيَ فِي حَقِّ الْإِرْثِ يُجْعَلُ بَاقِيًا فِي حَقِّ الْعِدَّةِ) وَيَبَيِّنُ الْمُلَازِمَةَ بِقَوْلِهِ (احْتِيَاظًا) يَبَيِّنُهُ أَنَّهُ إِنَّمَا أُعْطِيَتْهَا الْمِيرَاثُ بِاعْتِبَارِ أَنَّ النِّكَاحَ بِمَنْزِلَةِ الْقَائِمِ بَيْنَهُمَا حُكْمًا إِلَى وَقْتِ الْمَوْتِ. أَوْ بِاعْتِبَارِ إِقَامَةِ الْعِدَّةِ مَقَامَ أَصْلِ النِّكَاحِ حُكْمًا، إِذْ لَا بُدَّ لِلْمِيرَاثِ مِنْ قِيَامِ السَّبَبِ عِنْدَ الْمَوْتِ، وَالْمِيرَاثُ لَا يَثْبُتُ بِالشُّكِّ وَالْعِدَّةُ تَجِبُ بِهِ، فَإِذَا جُعِلَ النِّكَاحُ فِي حُكْمِ الْمِيرَاثِ كَالْمُنْتَهِي بِالْمَوْتِ حُكْمًا فَفِي حُكْمِ الْعِدَّةِ أُولَى، وَسَبَبٌ وَجُوبِ الْعِدَّةِ عَلَيْهَا بِالْحَيْضِ مُتَقَرَّرٌ حَقِيقَةً فَأَلْزَمْنَاهَا الْجَمْعَ بَيْنَهُمَا احْتِيَاظًا.

وَلَوْ قُتِلَ عَلَى رِدَّتِهِ حَتَّى وَرِثَتْهُ امْرَأَةٌ فَعِدَّتُهَا عَلَى هَذَا الْاِخْتِلَافِ وَقِيلَ عِدَّتُهَا بِالْحَيْضِ بِالْإِجْمَاعِ لِأَنَّ النِّكَاحَ حِينَئِذٍ مَا أَعْتَبِرَ بَاقِيًا إِلَى وَقْتِ الْمَوْتِ فِي حَقِّ الْإِرْثِ لِأَنَّ الْمُسْلِمَةَ لَا تَرِثُ مِنَ الْكَافِرِ (فَإِذَا عَتَقَتْ الْأَمَةُ فِي عِدَّتِهَا مِنْ طَّلَاقِ رَجْعِيٍّ انْتَقَلَتْ عِدَّتُهَا

إِلَى عِدَّةِ الْحَرَائِرِ لِقِيَامِ النِّكَاحِ مِنْ كُلِّ وَجْهِ (وَأِنْ أَعْتَقَتْ وَهِيَ مَبْنُوتَةٌ أَوْ مُتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجُهَا لَمْ تَنْتَقِلْ عِدَّتُهَا إِلَى عِدَّةِ الْحَرَائِرِ) لَزَوَالِ النِّكَاحِ بِالْبَيِّنُوتَةِ أَوِ الْمَوْتِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلَوْ قُتِلَ عَلَى رِدَّتِهِ) جَوَابٌ عَمَّا اسْتَدَلَّ بِهِ أَبُو يُوسُفَ فَقَالَ: أَلَا تَرَى أَنَّ الْمُرْتَدَّ إِذَا مَاتَ أَوْ قُتِلَ عَلَى رِدَّتِهِ تَرْتُّهُ زَوْجَتُهُ الْمُسْلِمَةُ وَلَيْسَ عَلَيْهَا عِدَّةُ الْوَفَاةِ بِالْإِجْمَاعِ لِأَنَّ زَوَالَ النِّكَاحِ كَانَ بِرِدَّتِهِ لَا بِمَوْتِهِ فَكَذَلِكَ زَوَالُ النِّكَاحِ هَاهُنَا بِالطَّلَاقِ الْبَائِنِ لَا بِالْمَوْتِ. وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ ذَلِكَ أَيْضًا عَلَى هَذَا الْاِخْتِلَافِ عِنْدَهُمَا تَعْتَدُ بِأَبْعَدِ الْأَجَلَيْنِ فَلَا يَنْهَضُ دَلِيلًا.

وَقِيلَ عِدَّتُهَا بِالْحَيْضِ بِالْإِجْمَاعِ وَعُذِرَ هُمَا عَنْ ذَلِكَ مَا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ أَنَّ النِّكَاحَ مَا أُعْتَبِرَ بَاقِيًا إِلَى وَقْتِ الْمَوْتِ فِي حَقِّ الْإِرْثِ لِأَنَّهَا عِنْدَهُ مُسْلِمَةٌ، وَالْمُسْلِمَةُ لَا تَرِثُ الْكَافِرَ وَلَكِنْ يَسْتَنْدُ اسْتِحْقَاقُ الْمِيرَاثِ إِلَى وَقْتِ الرِّدَّةِ، وَبِذَلِكَ السَّبَبِ لِرِمَتْهَا الْعِدَّةُ بِالْحَيْضِ فَلَا يَلْزَمُهَا عِدَّةُ الْوَفَاةِ، وَهَاهُنَا اسْتِحْقَاقُ الْمِيرَاثِ عِنْدَ الْمَوْتِ لَا عِنْدَ الطَّلَاقِ، فَعَرَفْنَا أَنَّ النِّكَاحَ كَالْقَائِمِ بَيْنَهُمَا إِلَى وَقْتِ الْمَوْتِ حُكْمًا.

وَقَوْلُهُ (فَإِذَا عَتَقَتْ الْأُمَّةُ فِي عِدَّتِهَا) ظَاهِرٌ. وَاعْتَرِضَ بِأَنَّ الْعِدَّةَ حُكْمُ زَوَالِ الزَّوْجِيَّةِ، وَحُكْمُ الزَّوَالِ يَثْبُتُ عِنْدَ الزَّوَالِ فَيَنْبَغِي أَنْ لَا تَتَحَوَّلَ الْعِدَّةُ فِي الرَّجْعِيِّ أَيْضًا لِأَنَّهَا عِنْدَ الزَّوَالِ أُمَةٌ وَهَذَا تَعْتَدُ مِنْ وَقْتِ الطَّلَاقِ. وَأُجِيبَ بِأَنَّهَا إِثْمًا تَحَوَّلَتْ لِأَنَّ سَبَبَهَا وَهُوَ الزَّوَالُ مُتَرَدِّدٌ فَكَانَتْ مُتَرَدِّدَةً لَتَرَدُّدِ سَبَبِهَا فَتَغَيَّرَتْ، وَهَذَا تَحَوَّلَتْ بِالْمَوْتِ مِنَ الْأَقْرَاءِ إِلَى الشُّهُورِ، بِخِلَافِ الْبَائِنِ فَإِنْ سَبَبَهُ لَيْسَ بِمُتَرَدِّدٍ فَلَمْ تَتَحَوَّلَ الْعِدَّةُ بِالْعِتْقِ.

(وَأِنْ كَانَتْ آيِسَةً فَاعْتَدَتْ بِالشُّهُورِ ثُمَّ رَأَتْ الدَّمَ انْتَقَضَ مَا مَضَى مِنْ عِدَّتِهَا وَعَلَيْهَا أَنْ تَسْتَأْنِفَ الْعِدَّةَ بِالْحَيْضِ) وَمَعْنَاهُ إِذَا رَأَتْ الدَّمَ عَلَى الْعَادَةِ لِأَنَّ عَوْدَهَا يُبْطِلُ الْإِيَّاسَ هُوَ الصَّحِيحُ، فَظَهَرَ أَنَّهُ لَمْ يَكُنْ خَلْفًا وَهَذَا لِأَنَّ شَرْطَ الْخَلْفِيَّةِ تَحَقُّقُ الْيَاسِ وَذَلِكَ بِاسْتِدَامَةِ الْعَجْزِ إِلَى الْمَمَاتِ كَالْفِدْيَةِ فِي حَقِّ الشَّيْخِ الْفَافِي.

الشرح:

قَوْلُهُ (وَإِنْ كَانَتْ آيِسَةً) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (وَإِذَا رَأَتْ عَلَى الْعَادَةِ) يَعْنِي إِنْ رَأَتْ دَمًا سَائِلًا، وَكَانَ مُحَمَّدُ بْنُ إِبْرَاهِيمَ الْمِيدَانِيُّ يَقُولُ: إِذَا رَأَتْ دَمًا سَائِلًا كَمَا كَانَتْ

تَرَاهُ فِي زَمَانٍ حَيْضِهَا فَهُوَ حَيْضٌ، وَإِنْ رَأَتْ بِلَّةً يَسِيرَةً لَمْ تَكُنْ حَيْضًا بَلْ ذَلِكَ مِنْ تَنَنِ الرَّحِمِ فَكَانَ فَاسِدًا لَا يَتَعَلَّقُ بِهِ حُكْمُ الْحَيْضِ. وَقَوْلُهُ (لَأَنَّ عَوْدَهَا يُنْطَلُ الْإِيَّاسَ هُوَ الصَّحِيحُ) قَيْدٌ بِالصَّحِيحِ احْتِرَازًا عَنْ قَوْلِ مُحَمَّدِ بْنِ مُقَاتِلٍ الرَّازِيِّ فَإِنَّهُ كَانَ يَقُولُ هَذَا إِذَا لَمْ يُحْكَمْ بِإِيَّاسِهَا، فَأَمَّا إِذَا انْقَطَعَ الدَّمُ عَنْهَا زَمَانًا حَتَّى حُكِمَ بِإِيَّاسِهَا وَكَانَتْ ابْنَةً تَسْعِينَ سَنَةً أَوْ نَحْوَهَا فَرَأَتْ الدَّمَ بَعْدَ ذَلِكَ لَمْ يَكُنْ حَيْضًا.

(وَلَوْ حَاضَتْ حَيْضَتَيْنِ ثُمَّ أَيْسَتْ تَعْتَدُ بِالشُّهُورِ) تَحَرُّزًا عَنِ الْجَمْعِ بَيْنَ الْبَدَلِ وَالْمُبْدَلِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (تَحَرُّزًا عَنِ الْجَمْعِ بَيْنَ الْبَدَلِ وَالْمُبْدَلِ) مَقْضُودٌ بِمَنْ صَلَّى بِوُضُوءٍ ثُمَّ سَبَقَهُ الْحَدَثُ وَلَمْ يَجِدْ مَاءً فَإِنَّهُ يَنْبِي التَّيْمُمَ، وَكَذَلِكَ إِذَا عَجَزَ عَنِ الرُّكُوعِ وَالسُّجُودِ يَوْمِيٍّ، وَفِي ذَلِكَ جَمْعٌ بَيْنَ الْبَدَلِ وَالْمُبْدَلِ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ الْبَدْلَةَ إِمَّا أَنْ تُعْتَبَرَ فِي الصَّلَاةِ أَوْ فِي الطَّهَارَةِ، وَكِلَاهُمَا غَيْرُ صَحِيحٍ. أَمَّا الْأَوَّلُ فَلَأَنَّ الصَّلَاةَ بِالتَّيْمُمِ لَيْسَتْ بِبَدَلٍ عَنِ الصَّلَاةِ بِالْوُضُوءِ، وَكَذَلِكَ الصَّلَاةُ بِالْإِيمَاءِ لَيْسَتْ بِبَدَلٍ عَنِ الصَّلَاةِ بِالرُّكُوعِ وَالسُّجُودِ لَأَنَّ بَعْضَ الشَّيْءِ لَا يَكُونُ بَدَلًا عَنْ كُلِّهِ. وَأَمَّا الثَّانِي فَلَأَنَّ الطَّهَارَةَ وَإِنْ كَانَتْ فِيهَا الْبَدْلَةُ لَكِنْ لَا جَمْعٌ بَيْنَهُمَا لَأَنَّ إِحْدَى الطَّهَارَتَيْنِ لَا تَكْمُلُ بِالْأُخْرَى. وَأَمَّا الْعِدَّةُ بِالشُّهُورِ فَبَدَلٌ عَنِ الْحَيْضِ وَإِكْمَالُ الْبَدَلِ بِالْأَصْلِ جَمْعٌ بَيْنَهُمَا.

(وَالْمَنْكُوحَةُ نِكَاحًا فَاسِدًا وَالْمَوْطُوءَةُ بِشِبْهِهِ عِدَّتُهُمَا الْحَيْضُ فِي الْفُرْقَةِ وَالْمَوْتِ) لِأَنَّهَا لِلتَّعْرِفِ عَنِ بَرَاءَةِ الرَّحِمِ لَا لِقَضَاءِ حَقِّ النِّكَاحِ، وَالْحَيْضُ هُوَ الْمَعْرُوفُ.

الشرح:

قَالَ (وَالْمَنْكُوحَةُ نِكَاحًا فَاسِدًا) كَالْمَنْكُوحَةِ بِغَيْرِ شُهُودٍ بِإِنْفَاقِ عُلَمَائِنَا، وَالْمَحْرَمُ إِذَا نَكَحَهَا الْمَحْرَمُ عَالِمًا بِحُرْمَتِهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ (وَالْمَوْطُوءَةُ بِشِبْهِهِ) وَهِيَ الَّتِي زُفَّتْ إِلَى غَيْرِ زَوْجِهَا فَوَطِئَهَا (عِدَّتُهُمَا الْحَيْضُ فِي الْفُرْقَةِ وَالْمَوْتِ جَمِيعًا لِأَنَّهَا) أَيُّ لَأَنَّ عِدَّتَهَا (لِلتَّعْرِفِ عَنِ بَرَاءَةِ الرَّحِمِ لَا لِقَضَاءِ حَقِّ النِّكَاحِ) إِذْ لَا حَقَّ لِلنِّكَاحِ الْفَاسِدِ وَالْوَطْءِ بِشِبْهِهِ (وَالْحَيْضُ هُوَ الْمَعْرُوفُ) وَلَا تَفَرُّقَةٌ فِي ذَلِكَ بَيْنَ الْفُرْقَةِ وَالْمَوْتِ. فَإِنْ قِيلَ: فَعَلَى هَذَا وَجَبَ أَنْ يُكْتَفَى بِحَيْضَةٍ وَاحِدَةٍ أَوْ شَهْرٍ كَمَا فِي الْأَسْتِثْنَاءِ

وَلَيْسَ كَذَلِكَ؟

أَجِيبْ بِأَنَّهَا إِنَّمَا كَانَتْ ثَلَاثَ حَيْضٍ إِحْقَاقًا لِلشُّبْهَةِ بِالْحَقِيقَةِ، فَإِنَّ أَحْكَامَ الْعَقْدِ الْفَاسِدِ أَبَدًا يُؤْخَذُ مِنْ حُكْمِ الصَّحِيحِ كَمَا فِي الْبَيْعِ الْفَاسِدِ وَالْإِجَارَةِ الْفَاسِدَةِ فَإِنَّهُمَا يُفِيدَانِ إِفَادَةَ الصَّحِيحِ، غَيْرَ أَنَّ ثُبُوتَ الْمَلِكِ يَتَوَقَّفُ عَلَى الْقَبْضِ لَوْهَاءٍ فِيهِ وَلِذَلِكَ يَثْبُتُ أَجْرُ الْمِثْلِ دُونَ الْمُسَمَّى كَذَلِكَ، وَهَاهُنَا أَيْضًا لَمْ تَثْبُتْ عِدَّةُ الْوَفَاةِ لَوْهَاءٍ فِيهِ، فَإِنَّ عِدَّةَ الْوَفَاةِ لَزِيَادَةِ إِظْهَارِ التَّأْسُفِ لَفَوَاتِ نِعْمَةِ النِّكَاحِ، وَالتَّعَمُّدُ فِي النِّكَاحِ الصَّحِيحِ دُونَ الْفَاسِدِ فَلِذَلِكَ اخْتَصَّتْ بِالصَّحِيحِ، وَلَكِنْ لَمَّا كَانَ فِيهِ جِهَةٌ لِلنِّكَاحِ الْحَقِّ بِالصَّحِيحِ فِي اعْتِبَارِ مَدَّةِ الْعِدَّةِ اخْتِيَاطًا.

(وَإِذَا مَاتَ مَوْلَى أُمِّ الْوَلَدِ عَنْهَا أَوْ أَعْتَقَهَا فَعِدَّتُهَا ثَلَاثُ حَيْضٍ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: حَيْضَةً وَاحِدَةً) لِأَنَّهَا تَجِبُ بِزَوَالِ مِلِكِ الْيَمِينِ فَشَابَهَتْ الْإِسْتِبْرَاءَ. وَلَنَا أَنَّهَا تَجِبُ بِزَوَالِ الْفِرَاشِ فَأَشْبَهَ عِدَّةَ النِّكَاحِ ثُمَّ إِمَامُنَا فِيهِ عُمَرُ فَإِنَّهُ قَالَ: عِدَّةُ أُمِّ الْوَلَدِ ثَلَاثُ حَيْضٍ (وَلَوْ كَانَتْ مِمَّنْ لَا تَحِيضُ فَعِدَّتُهَا ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ) كَمَا فِي النِّكَاحِ.

الشرح:

(وَإِذَا مَاتَ مَوْلَى أُمِّ الْوَلَدِ عَنْهَا أَوْ أَعْتَقَهَا فَعِدَّتُهَا ثَلَاثُ حَيْضٍ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: حَيْضَةً وَاحِدَةً) وَهُوَ مَرْوِيٌّ عَنْ ابْنِ عُمَرَ قَالَ عَدَمُهَا أَثَرُ مِلِكِ الْيَمِينِ (لِأَنَّهَا تَجِبُ بِزَوَالِهِ وَكَانَ كَالِإِسْتِبْرَاءِ). وَلِهَذَا لَا تَخْتَلِفُ بِالْحَيَاةِ وَالْوَفَاةِ (وَلَنَا أَنَّهَا أَثَرُ زَوَالِ الْفِرَاشِ) لِأَنَّهَا تَجِبُ بِهِ فَكَانَتْ كَعِدَّةِ النِّكَاحِ وَفِيمَا لَا يُكْتَفَى بِحَيْضَةٍ وَاحِدَةٍ. وَالْقِيَاسُ عَلَى الْإِسْتِبْرَاءِ ضَعِيفٌ لِأَنَّ سَبَبَهُ اسْتِخْدَاثُ الْمَلِكِ وَسَبَبُهَا زَوَالُ الْفِرَاشِ وَلَا مُنَاسَبَةَ بَيْنَهُمَا، وَإِمَامُنَا فِيهِ عُمَرُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فَإِنَّهُ قَالَ: عِدَّةُ أُمِّ الْوَلَدِ ثَلَاثُ حَيْضٍ، وَهُوَ الْمَرْوِيُّ عَنْ عَلِيٍّ وَابْنِ مَسْعُودٍ (وَإِنْ كَانَتْ مِمَّنْ لَا تَحِيضُ فَعِدَّتُهَا ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ كَمَا فِي النِّكَاحِ).

(وَإِذَا مَاتَ الصَّغِيرُ عَنْ امْرَأَتِهِ وَبِهَا حَبْلٌ فَعِدَّتُهَا أَنْ تَضَعَ حَمْلَهَا) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: عِدَّتُهَا أَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ وَعَشْرٍ، وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ لِأَنَّ الْحَمْلَ لَيْسَ بِثَابِتِ النِّسَبِ مِنْهُ فَصَارَ كَالْحَادِثِ بَعْدَ الْمَوْتِ. وَلَهُمَا إِطْلَاقُ قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ وَلِأَنَّهَا مُقَدَّرَةٌ بِمَدَّةٍ وَضَعِ الْحَمْلَ فِي أُولَاتِ الْأَحْمَالِ قَصُرَتِ الْمُدَّةُ أَوْ طَالَتْ لَا لِلتَّعَرُّفِ عَنْ فَرَغِ الرَّحِمِ لَشَرْعِهَا بِالْأَشْهُرِ مَعَ

وُجُودِ الْأَقْرَاءِ، لَكِنْ لِقَضَاءِ حَقِّ النِّكَاحِ، وَهَذَا الْمَعْنَى يَتَحَقَّقُ فِي الصَّبِيِّ وَإِنْ لَمْ يَكُنِ الْحَمْلُ مِنْهُ، بِخِلَافِ الْحَمْلِ الْحَادِثِ لِأَنَّهُ وَجِبَتْ الْعِدَّةُ بِالشُّهُورِ فَلَا تَتَغَيَّرُ بِحُدُوثِ الْحَمْلِ، وَفِيمَا نَحْنُ فِيهِ كَمَا وَجِبَتْ وَجِبَتْ مُقَدَّرَةٌ بِمُدَّةِ الْحَمْلِ فَافْتَرَقَا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِذَا مَاتَ الصَّغِيرُ عَنْ امْرَأَتِهِ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (كَالْحَادِثِ بَعْدَ الْمَوْتِ) يَعْنِي بِأَنْ تَضَعَ بَعْدَ الْمَوْتِ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ فَصَاعِدًا مِنْ يَوْمِ الْمَوْتِ عِنْدَ عَامَّةِ الْمَشَايخِ. وَقَالَ بَعْضُهُمْ: أَنْ يَأْتِيَ لِأَكْثَرِ مِنْ سِتِّينَ. قَالَ فِي النَّهَائَةِ: وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ، وَتَفْسِيرُ قِيَامِ الْحَبْلِ عِنْدَ الْمَوْتِ أَنْ تَلِدَ لِأَقَلِّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ وَقْتِ الْمَوْتِ كَذَا فِي الْفَوَائِدِ الظَّهِيرَةِ.

(وَلَهُمَا قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾) مِنْ غَيْرِ فَصْلٍ يَبَيِّنُ أَنْ يَكُونَ الْحَمْلُ مِنَ الزَّوْجِ أَوْ مِنْ غَيْرِهِ فِي عِدَّةِ الطَّلَاقِ أَوْ الْوَفَاةِ. وَقَوْلُهُ (وَلَا يَكُونُ مُقَدَّرَةً) دَلِيلٌ مَعْقُولٌ لَهُمَا. وَتَقْرِيرُهُ: عِدَّةُ الْوَفَاةِ مُقَدَّرَةٌ بِمُدَّةِ وَضْعِ الْحَمْلِ فِي أُولَاتِ الْأَحْمَالِ فَصُرَتْ الْمُدَّةُ أَوْ طَالَتْ لِقَضَاءِ حَقِّ النِّكَاحِ لَا لِلتَّعَرُّفِ عَنْ فَرَاغِ الرَّحِمِ وَهَذِهِ مُقَدَّمَةٌ. وَهَذَا الْمَعْنَى يَعْنِي قَضَاءَ حَقِّ النِّكَاحِ يَتَحَقَّقُ فِي الصَّبِيِّ وَإِنْ لَمْ يَكُنِ الْحَمْلُ مِنْهُ وَهَذِهِ أُخْرَى وَهِيَ وَاضِحَةٌ، وَيَبَيِّنُ الْأَوَّلُ بِقَوْلِهِ (لشَرْعِهَا) أَيُّ لَشَرْعِ عِدَّةِ الْوَفَاةِ بِالشُّهُرِ مَعَ وُجُودِ الْأَقْرَاءِ: يَعْنِي لَوْ كَانَتْ لِلتَّعَرُّفِ عَنْ فَرَاغِ الرَّحِمِ لَمْ تُشْرَعْ بِالشُّهُرِ لِأَنَّ الْحَيْضَ هُوَ الْمَعْرُفُ عَلَى مَا مَرَّ، وَفِيهِ بَحْثٌ لِأَنَّ الضَّمِيرَ فِي قَوْلِهِ لَشَرْعِهَا إِمَّا أَنْ يَعُودَ إِلَى عِدَّةِ الْوَفَاةِ فِي أُولَاتِ الْأَحْمَالِ أَوْ إِلَيْهَا مُطْلَقًا، وَلَا سَبِيلَ إِلَى الْأَوَّلِ لِأَنَّ الْحَامِلَ لَا تَحِيضُ عِنْدَنَا وَلَا إِلَى الثَّانِي لِأَنَّ الْمُدَّعَى عِدَّةُ الْوَفَاةِ فِي الْحَامِلِ، وَلَا يَلْزَمُ مِنْ أَنْ لَا يَكُونَ لِلتَّعَرُّفِ عَنْ فَرَاغِ الرَّحِمِ فِي غَيْرِ الْحَامِلِ أَنْ لَا يَكُونَ لَهُ فِيهَا لِأَنَّ نَفْسَ وَضْعِ الْحَمْلِ يَدُلُّ عَلَى فَرَاغِ الرَّحِمِ. وَالْجَوَابُ أَنَّ الضَّمِيرَ يَعُودُ إِلَى عِدَّةِ الْوَفَاةِ مُطْلَقًا: يَعْنِي أَنَّ عِدَّةَ الْوَفَاةِ شُرِعَتْ لِقَضَاءِ حَقِّ النِّكَاحِ لَا لِلتَّعَرُّفِ لَا فِي أُولَاتِ الْأَحْمَالِ وَلَا فِي غَيْرِهَا لِأَنَّهَا شُرِعَتْ بِالشُّهُرِ مَعَ وُجُودِ الْأَقْرَاءِ الْمَعْرُوفَةِ، وَالذَّلِيلُ إِذَا كَانَ أَعَمَّ مِنَ الْمَدْلُولِ كَانَ أَثَمَ فَائِدَةً، وَكَوْنُ نَفْسِ وَضْعِ الْحَمْلِ يَدُلُّ عَلَى فَرَاغِ الرَّحِمِ غَيْرُ مُعْتَبَرٍ وَعَدَمُ الْإِعْتِبَارِ لَيْسَ إِعْتِبَارَ الْعَدَمِ كَمَا عُرِفَ.

وَقَوْلُهُ (بِخِلَافِ الْحَمْلِ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ فَصَارَ كَالْحَادِثِ بَعْدَ الْمَوْتِ: يَعْنِي إِمَّا

كَانَتْ عِدَّتُهَا بِالشُّهُورِ لِأَنَّ حُكْمَنَا بِفَرَاغِ رَحِمِهَا عِنْدَ الْمَوْتِ وَالتَّزَمْنَا الْعِدَّةَ بِالشُّهُورِ حَقًّا لِلنِّكَاحِ بِآيَةِ التَّرْبُصِ (فَلَا تَتَغَيَّرُ بِحُدُوثِ الْحَمْلِ).

وَفِيمَا نَحْنُ فِيهِ كَمَا وَجَبَتْ الْعِدَّةُ وَجَبَتْ مُقَدَّرَةً بِمُدَّةِ الْحَمْلِ لِأَنَّهَا عِدَّةُ أُولَاتِ الْأَحْمَالِ بِالنَّصِّ (فَأَفْتَرَقَا) أَيِ الْحَمْلُ الْقَائِمُ عِنْدَ الْمَوْتِ وَالْحَادِثُ بَعْدَهُ. فَإِنْ قِيلَ: إِذَا مَاتَ الرَّجُلُ وَلَمْ تَكُنِ الْمَرْأَةُ حَامِلًا فَقَدْ أَلْزَمْنَاهَا الْعِدَّةَ بِالشُّهُورِ، ثُمَّ إِذَا ظَهَرَ الْحَمْلُ تَكُونُ عِدَّتُهَا بِوَضْعِ الْحَمْلِ فَقَدْ تَغَيَّرَتْ الْعِدَّةُ بِحُدُوثِ الْحَمْلِ أَجَابَ بِقَوْلِهِ

وَلَا يَلْزَمُ امْرَأَةَ الْكَبِيرِ إِذَا حَدَّثَ لَهَا الْحَبْلُ بَعْدَ الْمَوْتِ لِأَنَّ النَّسْبَ يَثْبُتُ مِنْهُ فَكَانَ كَالْقَائِمِ عِنْدَ الْمَوْتِ حُكْمًا (وَلَا يَثْبُتُ نَسَبُ الْوَلَدِ فِي الْوَجْهَيْنِ) لِأَنَّ الصَّبِيَّ لَا مَاءَ لَهُ فَلَا يَتَصَوَّرُ مِنْهُ الْعُلُوقُ، وَالنِّكَاحُ يَقُومُ مَقَامَهُ فِي مَوْضِعِ النَّصُّورِ.

الشرح:

(وَلَا يَلْزَمُ امْرَأَةَ الْكَبِيرِ إِذَا حَدَّثَ بِهَا الْحَبْلُ بَعْدَ الْمَوْتِ لِأَنَّ النَّسْبَ يَثْبُتُ مِنْهُ فَكَانَ) أَيِ الْحَمْلُ (كَالْقَائِمِ عِنْدَ الْمَوْتِ حُكْمًا) تَبَعًا لِحُكْمِ شَرْعِيٍّ آخَرَ وَهُوَ ثُبُوتُ النَّسْبِ لِأَنَّ النَّسْبَ بِلَا حَمْلٍ لَا يَثْبُتُ وَحَيْثُ ثَبَتَ هَاهُنَا لَا بُدَّ لَهُ مِنْ حَمْلٍ فَجَعَلْنَاهُ كَالْقَائِمِ حُكْمًا، وَفِي امْرَأَةِ الصَّغِيرِ لَمَّا لَمْ يَثْبُتِ النَّسْبُ لَمْ يَحْتَجْ إِلَى جَعْلِ الْحَمْلِ قَائِمًا عِنْدَ الْمَوْتِ فَكَانَ الْحَمْلُ مُضَافًا إِلَى أَقْرَبِ الْأَوْقَاتِ وَكَانَ ابْتِدَاءُ عِدَّتِهَا بِالشُّهُورِ لَا مَحَالَةَ (وَلَا يَثْبُتُ النَّسْبُ فِي الْوَجْهَيْنِ) يَعْنِي فِي وَجْهَيْ مَسْأَلَةِ الصَّغِيرِ وَهُمَا وَجْهُ الْقَائِمِ عِنْدَ الْمَوْتِ، وَوَجْهُ الْحَادِثِ بَعْدَهُ (لِأَنَّ الصَّبِيَّ لَا مَاءَ لَهُ فَلَا يَتَصَوَّرُ مِنْهُ الْعُلُوقُ) فَإِنْ قِيلَ: النَّكَاحُ مُوجِبٌ لِقِيَامِ مَقَامِ الْمَاءِ «قَوْلُهُ ﷺ الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ» أَجَابَ بِقَوْلِهِ (وَالنِّكَاحُ يُقَامُ مَقَامَهُ) أَيِ مَقَامِ الْمَاءِ (فِي مَوْضِعِ النَّصُّورِ).

(وَإِذَا طَلَّقَ الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ فِي حَالَةِ الْحَيْضِ لَمْ تَعُدَّ بِالْحَيْضَةِ الَّتِي وَقَعَ فِيهَا الطَّلَاقُ) لِأَنَّ الْعِدَّةَ مُقَدَّرَةٌ، بِثَلَاثِ حَيْضٍ كَوَامِلٍ فَلَا يَنْقُصُ عَنْهَا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِذَا طَلَّقَ الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ) ظَاهِرٌ.

(وَإِذَا وَطِئَتْ الْمُعْتَدَّةُ بِشَبْهَةِ فَعَلِهَا عِدَّةٌ أُخْرَى وَتَدَاخَلَتِ الْعِدَّتَانِ، وَيَكُونُ مَا تَرَاهُ الْمَرْأَةُ مِنَ الْحَيْضِ مُحْتَسَبًا مِنْهُمَا جَمِيعًا، وَإِذَا انْقَضَتِ الْعِدَّةُ الْأُولَى وَلَمْ تَكْمِلِ الثَّانِيَةَ

فَعَلَيْهَا تَمَامُ الْعِدَّةِ الثَّانِيَةِ وَهَذَا عِنْدَنَا. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا تَتَدَاخِلَانِ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ هُوَ الْعِبَادَةُ فَإِنَّهَا عِبَادَةٌ كَفَّ عَنِ التَّرُوجِ وَالْخُرُوجِ فَلَا تَتَدَاخِلَانِ كَالصَّوْمَيْنِ فِي يَوْمٍ وَاحِدٍ وَلَنَا أَنَّ الْمَقْصُودَ التَّعَرُّفُ عَنِ فَرَاغِ الرَّحِمِ وَقَدْ حَصَلَ بِالْوَاحِدَةِ فِتْنَتَا دَاخِلَانِ، وَمَعْنَى الْعِبَادَةِ تَابِعٌ، أَلَا تَرَى أَنَّهَا تَنْقُضِي بِدُونِ عِلْمِهَا وَمَعَ تَرْكِهَا الْكَفَّ.

الشرح:

قَالَ (وَإِذَا وَطِئَتْ الْمُعْتَدَّةُ بِشُبْهَةٍ) إِذَا وَجِئَتْ عَلَى الْمَرْأَةِ عِدَّتَانِ: فِيمَا أَنْ تَكُونَا مِنْ رَجُلَيْنِ، أَوْ مِنْ رَجُلٍ وَاحِدٍ، فَإِنْ كَانَ الثَّانِي كَمَا إِذَا طَلَقَهَا ثَلَاثًا فَتَزَوَّجَهَا فِي الْعِدَّةِ وَوَطِئَهَا أَوْ وَطِئَ الْمُطَلَّقةَ ثَلَاثًا وَقَالَ ظَنَنْتُ أَنَّهَا لَا تَحِلُّ لِي أَوْ طَلَقَهَا بِالْفَاطِ الْكِنَايَةِ فَوَطِئَهَا فِي الْعِدَّةِ فَلَا شَكَّ أَنَّ الْعِدَّتَيْنِ يَتَدَاخِلَانِ، وَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ وَكَانَا مِنْ جِنْسَيْنِ كَالْمُتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجُهَا إِذَا وَطِئَتْ بِشُبْهَةٍ كَمَا سَيَجِيءُ.

أَوْ مِنْ جِنْسٍ وَاحِدٍ كَالْمُطَلَّقةِ إِذَا تَزَوَّجَتْ فِي عِدَّتِهَا فَوَطِئَهَا الثَّانِي وَفُرَّقَ بَيْنَهُمَا تَتَدَاخِلَانِ عِنْدَنَا وَيَكُونُ مَا تَرَاهُ الْمَرْأَةُ مِنَ الْحَيْضِ مُحْتَسِبًا مِنْهُمَا جَمِيعًا، وَإِذَا انْقَضَتْ الْعِدَّةُ الْأُولَى وَلَمْ تُكْمَلِ الثَّانِيَةُ فَعَلَيْهَا إِثْمَامُ الْعِدَّةِ الثَّانِيَةِ. وَصُورَةُ ذَلِكَ أَنَّ الْوَطْءَ الثَّانِي إِذَا كَانَ بَعْدَمَا رَأَتْ الْمَرْأَةُ حَيْضَةً يَجِبُ عَلَيْهَا بَعْدَ الْوَطْءِ الثَّانِي ثَلَاثُ حَيْضٍ أَيْضًا، وَالْحَيْضَتَانِ ثُوبٌ عَنْ أَرْبَعِ حَيْضٍ حَيْضَتَانِ لِلأُولَى وَحَيْضَتَانِ لِلثَّانِيَةِ وَالثَّلَاثَةُ عَنْ الْوَطْءِ الثَّانِي خَاصَّةً، وَإِنْ لَمْ تَكُنْ رَأَتْ شَيْئًا فَلَيْسَ عَلَيْهَا إِلَّا ثَلَاثُ حَيْضٍ وَهِيَ ثُوبٌ عَنْ سِتِّ حَيْضٍ (وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا يَتَدَاخِلَانِ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ مِنَ الْعِدَّةِ الْعِبَادَةُ: أَيُّ عِبَادَةِ الْكَفِّ عَنِ التَّرُوجِ وَالْخُرُوجِ وَلَا تَدْخُلُ فِي الْعِبَادَاتِ كَالصَّوْمَيْنِ فِي يَوْمٍ وَاحِدٍ) فَإِنَّ الْعِدَّةَ كَفَّ عَنِ التَّرُوجِ وَالْخُرُوجِ كَمَا أَنَّ الصَّوْمَ كَفَّ عَنِ اقْتِضَاءِ الشَّهْوَتَيْنِ، فَكَمَا لَا تَدْخُلُ فِي الصَّوْمِ فَكَذَا فِي الْعِدَّةِ (وَلَنَا أَنَّ الْمَقْصُودَ مِنَ الْعِدَّةِ التَّعَرُّفُ عَنِ فَرَاغِ الرَّحِمِ وَقَدْ حَصَلَ التَّعَرُّفُ بِالْعِدَّةِ الْوَاحِدَةِ فَيَتَدَاخِلَانِ) وَقَوْلُهُ (وَمَعْنَى الْعِبَادَةِ تَابِعٌ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ هُوَ الْعِبَادَةُ، وَالِدَّلِيلُ عَلَى أَنَّ مَعْنَى الْعِبَادَةِ فِي الْعِدَّةِ تَابِعٌ أَنْ رُكْنَهَا حُرْمَةُ الْازْدِوَاجِ وَالْخُرُوجِ.

قَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿وَلَا تَعَزَّمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّى يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ﴾ [البقرة:

٢٣٥] وَقَالَ ﴿وَلَا تَخْرُجْنَ﴾ [الآية، وَمُوجِبُ النَّهْيِ التَّحْرِيمُ. وَإِذَا كَانَ رُكْنُهَا الْحُرْمَةُ

فَالْحُرْمَاتُ تَجْتَمِعُ كَصَيْدِ الْحَرَمِ لِلْمُحَرَّمِ حَرَامٌ لِلْإِحْرَامِ وَالْحَرَمِ، وَكَالْحَمْرِ فِيمَنْ حَلَفَ لَا يَشْرِبُهَا وَهُوَ صَائِمٌ فَإِنَّهَا حَرَامٌ لَهُ لَصَوْمِهِ وَلَكُونَهُ حَمْرًا وَلِيَمِينِهِ، بِخِلَافِ الصَّوْمِ فَإِنَّ رُكْنَهُ الْكَفُّ لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿ثُمَّ أَتَمُّوا الصِّيَامَ إِلَى اللَّيْلِ﴾ [البقرة: ١٨٧] وَلَنْ يَجْتَمِعَ الْإِمْسَاكَانِ فِي يَوْمٍ وَاحِدٍ، وَاسْتَوْضَحَ الْمُصَنِّفُ تَبَعِيَّةَ الْعِبَادَةِ بِقَوْلِهِ (أَلَا تَرَى أَنَّهَا تُنْقَضِي بِدُونِ عِلْمِهَا وَمَعَ تَرْكِهَا الْكَفُّ) يَعْنِي عَنِ الْخُرُوجِ وَالْعِبَادَةِ لَا يَتَحَقَّقُ أَذَاؤُهَا بِدُونِ رُكْنِهَا. وَاعْتَرِضَ بِأَنَّهَا لَوْ كَانَتْ لِلتَّعَرُّفِ عَنْ فَرَاغِ الرَّحِمِ لَمْ يَجِبْ عَلَى الصَّيِّئَةِ وَالْآيِسَةِ لِعَدَمِ الشُّغْلِ بِهِمَا وَلَا عَلَى الْمُتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجُهَا لِأَنَّ زَوْجَهَا لَا يَحْتَاجُ إِلَى ذَلِكَ وَاللَّوَاظِمُ بَاطِلٌ فَكَذَلِكَ الْمَلْزُومَاتُ سَلَمْنَا أَنَّ الْمَقْصُودَ ذَلِكَ، لَكِنْ لَا نُسَلِّمُ جَوَازَ التَّدَاخُلِ وَإِلَّا لَجَزَّ التَّدَاخُلُ فِي أَقْرَاءِ عِدَّةٍ وَاحِدَةٍ لِحُصُولِ الْمَقْصُودِ وَتَقْيِ ضَرَرٍ تَطْوِيلِ الْعِدَّةِ عَنْهَا. وَأُجِيبَ عَنِ الْأَوَّلِ بِأَنَّ الصَّيِّئَةَ الَّتِي تَحْتَمِلُ الْوَطْءَ وَالْآيِسَةَ تَحْتَمِلَانِ الْعُلُوقَ، فَدَارَ الْحُكْمُ عَلَى دَلِيلِ الشُّغْلِ وَهُوَ الْوَطْءُ، لِأَنَّ الْعِدَّةَ يُكْتَفَى فِي إِيحَابِهَا بِتَوَهُُّمِ الشُّغْلِ وَإِنْ كَانَ عَلَى خِلَافِ الْعَادَةِ، وَالتَّوَفَّى عَنْهَا زَوْجُهَا الْحَاجَةُ فِيهَا إِلَى التَّعَرُّفِ قَائِمَةٌ صَيَانَةً لِمَاءِي الزَّوْجَيْنِ عَنِ الْإِخْتِلَاطِ لِأَنَّ مَاءَ الْأَوَّلِ مُحْتَرَّمٌ فِي نَفْسِهِ كَمَاءِ الثَّانِي.

وَعَنِ الثَّانِي بَأَنَّا لَا نُسَلِّمُ الْمُلَازِمَةَ لِأَنَّ التَّعَرُّفَ بِحَيْضَةٍ وَاحِدَةٍ لَيْسَ كَالْتَّعَرُّفِ بِثَلَاثِ حِيضٍ فِي حُصُولِ الْمَقْصُودِ، لِأَنَّ الْمَقْصُودَ مِنَ الْأَوَّلَى تَعَرُّفُ الْفَرَاغِ، وَمِنِ الثَّانِيَةِ إظهارُ خَطَرِ النِّكَاحِ فَرَقًا بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْاسْتِزَّاءِ، وَمِنِ الثَّالِثَةِ إظهارُ شَرَفِ الْحُرِّيَّةِ، وَهَذَا الْمَقْصُودُ لَا يَحْصُلُ بِالْحَيْضَةِ الْوَاحِدَةِ، وَفِيهِ نَظَرٌ لِأَنَّ الْمُصَنِّفَ لَمْ يُعَلِّلْ إِلَّا بِالتَّعَرُّفِ عَنِ فَرَاغِ الرَّحِمِ وَكَانَ السُّؤَالُ وَارِدًا عَلَيْهِ.

(وَالْمُعْتَدَّةُ عَنِ وِفَاةٍ إِذَا وَطِئَتْ بِشُبْهَةٍ تَعْتَدُ بِالشُّهُورِ وَتَحْتَسِبُ بِمَا تَرَاهُ مِنَ الْحِيضِ

فِيهَا) تَحْقِيقًا لِلتَّدَاخُلِ بِقَدْرِ الْإِمْكَانِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَالْمُعْتَدَّةُ عَنِ وِفَاةٍ إِذَا وَطِئَتْ بِشُبْهَةٍ تَعْتَدُ بِالشُّهُورِ) ظَاهِرٌ. قَالَ فِي الْمَبْسُوطِ: لَوْ تَزَوَّجَتْ فِي عِدَّةِ الْوِفَاةِ فَدَخَلَ بِهَا الثَّانِي فَفَرَّقَ بَيْنَهُمَا فَعَلَيْهَا بَقِيَّةُ عِدَّتِهَا مِنَ الْأَوَّلِ تَمَامَ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ وَعَشْرٍ وَعَلَيْهَا ثَلَاثُ حِيضٍ لِأَخْرِ وَيُحْتَسَبُ بِمَا حَاضَتْ بَعْدَ التَّفْرِيقِ مِنْ عِدَّةِ الْوِفَاةِ أَيْضًا.

(وَأَبْتَدَاءُ الْعِدَّةِ فِي الطَّلَاقِ عَقِيبَ الطَّلَاقِ وَفِي الْوَفَاةِ عَقِيبَ الْوَفَاةِ، فَإِنْ لَمْ تَعْلَمْ بِالطَّلَاقِ أَوْ الْوَفَاةِ حَتَّى مَضَتْ مُدَّةُ الْعِدَّةِ فَقَدْ انْقَضَتْ عِدَّتُهَا) لِأَنَّ سَبَبَ وَجُوبِ الْعِدَّةِ الطَّلَاقُ أَوْ الْوَفَاةَ فَيُعْتَبَرُ ابْتِدَاؤُهَا مِنْ وَقْتِ وَجُودِ السَّبَبِ، وَمَشَايخُنَا يُفْتُونَ فِي الطَّلَاقِ أَنَّ ابْتِدَاءَهَا مِنْ وَقْتِ الْإِقْرَارِ نَفْيًا لِتَهْمَةِ الْمَوَاضَعَةِ.

الشرح:

قَالَ (وَأَبْتَدَاءُ الْعِدَّةِ فِي الطَّلَاقِ عَقِيبَ الطَّلَاقِ) ابْتِدَاءُ الْعِدَّةِ فِي الطَّلَاقِ عَقِيبَ الطَّلَاقِ (وَفِي الْوَفَاةِ عَقِيبَ الْوَفَاةِ) لِأَنَّ سَبَبَ وَجُوبِ الْعِدَّةِ الطَّلَاقُ أَوْ الْوَفَاةَ (فَيُعْتَبَرُ ابْتِدَاؤُهَا مِنْ وَقْتِ وَجُودِ السَّبَبِ) فَإِنْ لَمْ تَعْلَمْ بِالطَّلَاقِ أَوْ الْوَفَاةِ حَتَّى مَضَتْ مُدَّةُ الْعِدَّةِ فَقَدْ انْقَضَتْ عِدَّتُهَا. قَالَ مُحَمَّدٌ: إِذَا فَارَقَ الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ زَمَانًا ثُمَّ قَالَ لَهَا كُنْتُ طَلَقْتُكَ مِنْذُ كَذَا وَالْمَرْأَةُ لَا تَعْلَمُ بِذَلِكَ لَهَا أَنْ تُصَدِّقَهُ وَتُعْتَبِرَ عِدَّتُهَا مِنْ ذَلِكَ الْوَقْتِ (وَمَشَايخُنَا) يُرِيدُ عُلَمَاءَ بُخَارَى وَسَمَرْقَنْدَ (يُفْتُونَ فِي الطَّلَاقِ أَنَّ ابْتِدَاءَهَا مِنْ وَقْتِ الْإِقْرَارِ نَفْيًا لِتَهْمَةِ الْمَوَاضَعَةِ) بِجَوَازِ أَنْ يَتَوَاضَعَ عَلَى الطَّلَاقِ وَانْقِضَاءِ الْعِدَّةِ لِيَصِحَّ إِقْرَارُ الْمَرِيضِ لَهَا بِالذَّيْنِ وَوَصِيَّتُهُ لَهَا بِشَيْءٍ، أَوْ يَتَوَاضَعَ عَلَى انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ لِأَنْ يَتَزَوَّجَ أُخْتَهَا أَوْ أَرْبَعًا سِوَاهَا.

وَقَالَ فِي الذَّخِيرَةِ: اخْتِيَارُ مَشَايخِ بَلْخِي أَنَّهُ تَجِبُ الْعِدَّةُ مِنْ وَقْتِ الْإِقْرَارِ عُقُوبَةً عَلَيْهِ جَزَاءً عَلَى كِتْمَانِ الطَّلَاقِ: يَعْنِي حَتَّى لَا يَتَزَوَّجَ بِأُخْتِهَا وَبِأَرْبَعٍ سِوَاهَا زَجْرًا لَهُ عَلَى الْكِتْمَانِ، لَكِنْ لَا تَجِبُ لَهَا نَفَقَةُ الْعِدَّةِ وَالسُّكْنَى لِأَنَّ ذَلِكَ حَقُّهَا وَقَدْ أَفْرَتْ بِسُقُوطِهِ. (وَالْعِدَّةُ فِي النِّكَاحِ الْفَاسِدِ عَقِيبَ التَّفْرِيقِ أَوْ عَزْمِ الْوَاطِئِ عَلَى تَرْكِ وَطْئِهَا) وَقَالَ زُفَرٌ: مِنْ آخِرِ الْوَطْأَتِ لِأَنَّ الْوَطْءَ هُوَ السَّبَبُ الْمَوْجِبُ. وَلَنَا أَنَّ كُلَّ وَطْءٍ وَجَدَ فِي الْعَقْدِ الْفَاسِدِ يَجْعَلُ مَجْرَى الْوَطْءِ الْوَاحِدَةِ لَاسْتِنَادِ الْكُلِّ إِلَى حُكْمِ عَقْدٍ وَاحِدٍ، وَلِهَذَا يَكْتَفَى فِي الْكُلِّ بِمَهْرٍ وَاحِدٍ، فَقِيلَ: الْمُتَارَكَةُ أَوْ الْعَزْمُ لَا تُثَبِّتُ الْعِدَّةَ مَعَ جَوَازِ وَجُودِ غَيْرِهِ وَلِأَنَّ التَّمَكُّنَ عَلَى وَجْهِ الشُّبْهَةِ أَقِيمَ مَقَامَ حَقِيقَةِ الْوَطْءِ لَخَفَافِهِ وَمِيسَاسِ الْحَاجَةِ إِلَى مَعْرِفَتِهِ الْحُكْمِ فِي حَقِّ غَيْرِهِ.

الشرح:

(وَالْعِدَّةُ فِي النِّكَاحِ الْفَاسِدِ عَقِيبَ التَّفْرِيقِ) بِأَنَّ يَحْكُمُ الْحَاكِمُ بِالتَّفْرِيقِ بَيْنَهُمَا

(أَوْ عَزَمَ الْوَاطِئُ عَلَى تَرْكِ وَطْئِهَا) وَالْعَزَمُ أَمْرٌ بَاطِنٌ لَا يُطْلَعُ عَلَيْهِ وَلَهُ دَلِيلٌ ظَاهِرٌ وَهُوَ
 الْإِخْبَارُ بِذَلِكَ بِأَنْ يَقُولَ تَرَكْتُ وَطْأَهَا أَوْ مَا يُفِيدُ مَعْنَاهُ فَيَقَامُ مَقَامَهُ وَيُدَارُ الْحُكْمُ عَلَيْهِ
 (وَقَالَ زُفَرٌ: مِنْ آخِرِ الْوَطَآتِ لِأَنَّ الْوَطْءَ هُوَ السَّبَبُ الْمَوْجِبُ) لِلْعِدَّةِ إِذْ لَوْ لَمْ يَطْأْ لَمْ
 تَجِبْ عَلَيْهَا الْعِدَّةُ (وَلَنَا أَنَّ كُلَّ وَطْءٍ وَجَدَ فِي الْعَقْدِ) وَتَقْرِيرُهُ الْقَوْلُ بِالْمَوْجِبِ، وَهُوَ أَنَّ
 يُقَالُ: سَلَمْنَا أَنَّ الْوَطْءَ هُوَ السَّبَبُ الْمَوْجِبُ لَكِنْ جَمِيعُ الْوَطَآتِ الَّتِي تُوجَدُ بِالْعَقْدِ
 الْفَاسِدِ (بِمَنْزِلَةِ وَطْأَةٍ وَاحِدَةٍ لَا سِنَادِ الْكُلِّ إِلَى عَقْدٍ وَاحِدٍ وَلِهَذَا يُكْتَفَى فِي الْكُلِّ بِمَهْرٍ
 وَاحِدٍ) وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ لَمْ يَثْبُتْ آخِرُ وَطْأَةٍ تَتَرْتَّبُ عَلَيْهَا الْعِدَّةُ إِلَّا بِالتَّفْرِيقِ أَوْ الْعَزْمِ،
 لِأَنَّهُ قَبْلَ ذَلِكَ جَازَ أَنْ يُوجَدَ غَيْرُهُ فَلَا يَكُونُ مَا فَرَضْنَاهُ آخِرَ الْوَطَآتِ آخِرَهَا.

وَتَجْرِيدُ هَذِهِ التُّكْنَةِ: الْعِدَّةُ لَا تُثْبِتُ إِلَّا بِآخِرِ وَطْأَةٍ وَآخِرُ وَطْأَةٍ لَا تُوجَدُ إِلَّا
 بِالتَّفْرِيقِ أَوْ الْعَزْمِ، فَالْعِدَّةُ لَا تُثْبِتُ إِلَّا بِالتَّفْرِيقِ أَوْ الْعَزْمِ، أَمَّا أَنَّهَا لَا تُثْبِتُ إِلَّا بِآخِرِ وَطْأَةٍ
 فَبِالْإِتِّفَاقِ بَيْنَنَا وَبَيْنَ الْخَصْمِ، وَأَمَّا أَنَّ آخِرَ وَطْأَةٍ لَا تُوجَدُ إِلَّا بِالتَّفْرِيقِ أَوْ الْعَزْمِ فَلَمَّا قَالَ
 مَعَ جَوَازِ وُجُودِ غَيْرِهِ.

وَقَوْلُهُ (وَلَأَنَّ التَّمَكُّنَ عَلَى وَجْهِ الشُّبْهَةِ) دَلِيلٌ آخَرُ. وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ حَقِيقَةَ الْوَطْءِ أَمْرٌ
 خَفِيٌّ لَهُ سَبَبٌ ظَاهِرٌ وَهُوَ التَّمَكُّنُ مِنَ الْوَطْءِ عَلَى وَجْهِ الشُّبْهَةِ، وَكُلُّ أَمْرٍ خَفِيٍّ لَهُ
 سَبَبٌ ظَاهِرٌ يُقَامُ السَّبَبُ مَقَامَهُ وَيُدَارُ عَلَيْهِ الْحُكْمُ، فَالتَّمَكُّنُ مِنَ الْوَطْءِ عَلَى وَجْهِ
 الشُّبْهَةِ يَقُومُ مَقَامَ حَقِيقَةِ الْوَطْءِ، وَإِذَا قَامَ مَقَامُهَا فَهَمَّا كَانَ التَّمَكُّنُ بَاقِيًا كَانَ الْوَطْءُ
 بَاقِيًا فَلَا يَتَعَيَّنُ آخِرُ الْوَطَآتِ إِذْ التَّمَكُّنُ بَاقٍ بَعْدَ كُلِّ وَطْأَةٍ فُرِضَتْ فَلَا بُدَّ مِنَ الْمُتَارَكَةِ
 أَوْ الْعَزْمِ لِيَرْتَفَعَ التَّمَكُّنُ فَيَتَعَيَّنَ آخِرُ الْوَطَآتِ.

فَإِنْ قُلْتُ: لَا نُسَلِّمُ أَنَّ حَقِيقَةَ الْوَطْءِ أَمْرٌ خَفِيٌّ لِأَنَّ الْحَاجَةَ إِلَى مَعْرِفَةِ الْعِدَّةِ إِنَّمَا
 هِيَ لِلزَّوْجَيْنِ وَحَقِيقَةُ الْوَطْءِ لَيْسَتْ بِخَفِيَّةِ النَّسَبِ إِلَيْهِمَا. قُلْتُ: قَدْ أَشَارَ إِلَى الْجَوَابِ
 بِقَوْلِهِ (وَمِيسَاسُ الْحَاجَةِ إِلَى مَعْرِفَةِ الْحُكْمِ فِي حَقِّ غَيْرِهِ) أَيِ غَيْرِ الْوَاطِئِ وَهُوَ الَّذِي يُرِيدُ
 أَنْ يَتَزَوَّجَهَا، وَقِيلَ وَكَذَا أُخْتُ الْمُوطُوءَةِ وَأَرْبَعُ سِوَاهَا، وَلَا خَفَاءَ فِي مَفْهُومِ كَلَامِ
 الْمُصَنِّفِ فِي التُّكْنَتَيْنِ، وَلَمْ أَجِدْ فِي الشُّرُوحِ مَا يُطَابِقُ مَقْصُودَهُ فَذَكَرْتُ مَا خَاطَرَنِي أَبُو
 عَذْرِهِ وَجَهْدُ الْمَقْلِ دُمُوعُهُ.

(وَإِذَا قَالَتِ الْمُعْتَدَةُ انْقَضَتْ عِدَّتِي وَكَذَبَهَا الزَّوْجُ كَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهَا مَعَ الْيَمِينِ)

لأنَّهَا أَمِينَةٌ فِي ذَلِكَ وَقَدْ أَتَتْهُمُ بِالْكَذِبِ فَتَحْلَفُ كَالْمُودِعِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِذَا قَالَتِ الْمُعْتَدَةُ انْقَضَتْ عِدَّتِي) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (فَتَحْلَفُ كَالْمُودِعِ) يَعْنِي إِذَا قَالَ هَلَكْتَ الْوَدِيعَةُ أَوْ قَالَ رَدَدْتَهَا وَأَنْكَرَ الْمُودِعُ ذَلِكَ فَإِنَّ الْقَوْلَ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ لِأَنَّهُ أَمِينٌ، وَمَا عَلَى الْأَمِينِ إِلَّا الْيَمِينَ.

(وَإِذَا طَلَّقَ الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ طَلَاقًا بَائِنًا ثُمَّ تَزَوَّجَهَا فِي عِدَّتِهَا وَطَلَّقَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ بِهَا فَعَلَيْهِ مَهْرٌ كَامِلٌ وَعَلَيْهَا عِدَّةٌ مُسْتَقْبَلَةٌ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: عَلَيْهِ نِصْفُ الْمَهْرِ وَعَلَيْهِ إِتِمَامُ الْعِدَّةِ الْأُولَى) لِأَنَّ هَذَا طَلَاقٌ قَبْلَ الْمَسِيَسِ فَلَا يُوجِبُ كَمَالَ الْمَهْرِ وَلَا اسْتِثْنَاءَ الْعِدَّةِ، وَإِكْمَالُ الْعِدَّةِ الْأُولَى إِنَّمَا يَجِبُ بِالطَّلَاقِ الْأَوَّلِ، إِلَّا أَنَّهُ لَمْ يَظْهَرْ حَالُ التَّزْوُجِ الثَّانِي، فَإِذَا ارْتَفَعَ بِالطَّلَاقِ الثَّانِي ظَهَرَ حُكْمُهُ، كَمَا لَوْ اشْتَرَى أُمٌّ وَلَدَهُ ثُمَّ اعْتَقَهَا. وَلَهُمَا أَنَّهَا مَقْبُوضَةٌ فِي يَدِهِ حَقِيقَةً بِالْوِطَاقَةِ الْأُولَى وَبَقِيَ أَثَرُهُ وَهُوَ الْعِدَّةُ، فَإِذَا جَدَّدَ النِّكَاحَ وَهِيَ مَقْبُوضَةٌ نَابَ ذَلِكَ الْقَبْضُ عَنِ الْقَبْضِ الْمُسْتَحَقِّ فِي هَذَا النِّكَاحِ كَالْغَاصِبِ يَشْتَرِي الْمَغْضُوبَ الَّذِي فِي يَدِهِ يَصِيرُ قَاضِيًا بِمُجَرَّدِ الْعَقْدِ، فَوُضِّحَ بِهَذَا أَنَّهُ طَلَاقٌ بَعْدَ الدُّخُولِ. وَقَالَ زُفَرٌ: لَا عِدَّةَ عَلَيْهَا أَصْلًا؛ لِأَنَّ الْأُولَى قَدْ سَقَطَتْ بِالتَّزْوُجِ فَلَا تَعُودُ، وَالثَّانِيَةُ لَمْ تَجِبْ وَجَوَابُهُ مَا قُلْنَا.

الشرح:

قَالَ (وَإِذَا طَلَّقَ الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ طَلَاقًا بَائِنًا) قَالَ فِي النَّهَائَةِ: هَذِهِ مِنَ الْمَسَائِلِ الْمَعْرُوفَةِ الَّتِي ذَكَرَهَا فِي التَّمَمَةِ وَالذَّخِيرَةِ وَغَيْرِهِمَا وَهِيَ كُلُّهَا مَبْنِيَّةٌ عَلَى أَصْلِ وَاحِدٍ وَهُوَ أَنَّ الدُّخُولَ فِي النِّكَاحِ الْأَوَّلِ هَلْ يَكُونُ دُخُولًا فِي النِّكَاحِ الثَّانِي أَوْ لَا؟ فَعِنْدَ مُحَمَّدٍ لَا يَكُونُ وَعِنْدَهُمَا يَكُونُ. وَصُورَةُ الْمَسْأَلَةِ الْمَذْكُورَةِ فِي الْكِتَابِ ظَاهِرَةٌ. وَوَجْهُ قَوْلِ مُحَمَّدٍ أَنَّ هَذَا طَلَاقٌ قَبْلَ الْمَسِيَسِ وَالْخُلُوةِ الصَّحِيحَةِ، وَكُلُّ طَلَاقٍ يَكُونُ كَذَلِكَ لَا يُوجِبُ كَمَالَ الْمَهْرِ وَلَا اسْتِثْنَاءَ الْعِدَّةِ.

فَإِنْ قِيلَ: فَعَلَامَ يَجِبُ عَلَيْهَا إِكْمَالُ الْعِدَّةِ الْأُولَى؟ أَجَابَ بِقَوْلِهِ: وَإِكْمَالُ الْعِدَّةِ الْأُولَى إِنَّمَا وَجِبَ بِالطَّلَاقِ الْأَوَّلِ إِلَّا أَنَّهُ لَمْ يَظْهَرْ حَالَةُ التَّزْوُجِ الثَّانِي لِعَدَمِ اخْتِلَاطِ الْمِيَاهِ. فَإِذَا طَلَّقَهَا ثَانِيًا بِلَا دُخُولٍ صَارَ النِّكَاحُ الثَّانِي كَالْمَعْدُومِ فَيَجِبُ عَلَيْهَا إِكْمَالُ

العِدَّةُ الأولى (كَمَا لَوْ اشْتَرَى أُمٌ وَلَدَهُ) أَيُّ مَنْكُوحَتِهِ الَّتِي وَلَدَتْ مِنْهُ (ثُمَّ أَعْتَقَهَا) فَإِنَّهُ يَجِبُ عَلَيْهَا ثَلَاثُ حَيَضٍ: حَيْضَتَانِ مِنَ النِّكَاحِ تَجْتَنِبُ فِيهِمَا مَا تَجْتَنِبُ مِنَ الْخُرُوجِ وَالْتِزْنِ، وَحَيْضَةٌ مِنَ الْعَنْقِ لَا تَجْتَنِبُ فِيهَا لِأَنَّهُ لَمَّا اشْتَرَاهَا فَسَدَ النِّكَاحُ وَوَجِبَتِ الْعِدَّةُ. أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَا يَجُوزُ أَنْ يَتَزَوَّجَهَا وَإِنَّمَا لَمْ يَظْهَرْ حُكْمُ الْعِدَّةِ فِي حَقِّهِ لَمَانِعٍ وَهُوَ مِلْكُ الْيَمِينِ، فَإِذَا زَالَ الْمَانِعُ ظَهَرَ حُكْمُ الْعِدَّةِ فِي حَقِّهِ أَيْضًا فَوَجِبَتْ حَقًّا لِلْفَسَادِ، وَهُمَا يُعْتَبَرَانِ مِنَ الْإِعْتِقِ أَيْضًا وَيَلْزُمُهَا الْإِحْدَادُ، وَأَمَّا الثَّالِثَةُ فَإِنَّهَا تَجِبُ مِنَ الْعَنْقِ خَاصَّةً فَلَا يَلْزُمُهَا الْإِحْدَادُ (وَلَهُمَا أَنَّهَا مَقْبُوضَةٌ فِي يَدِهِ حَقِيقَةً بِالْوَطْأَةِ الْأُولَى وَبَقِيَ أَثَرُهُ) أَيُّ وَالْحَالُ أَنَّهُ بَقِيَ أَثَرُهُ: أَيُّ أَثَرِ الْوَطْءِ الْأَوَّلِ (وَهُوَ الْعِدَّةُ فَإِذَا جَدَّدَ النِّكَاحَ وَهِيَ مَقْبُوضَةٌ) بِالْدُّخُولِ فِي النِّكَاحِ الْأَوَّلِ (نَابَ ذَلِكَ الْقَبْضُ) الَّذِي كَانَ بِالْدُّخُولِ (مَنَابِ الْقَبْضِ) أَيُّ الدُّخُولِ (الْمُسْتَحَقُّ فِي هَذَا النِّكَاحِ) فَإِذَا طَلَقَهَا صَارَ كَأَنَّهُ طَلَقَهَا بَعْدَ الدُّخُولِ فِي النِّكَاحِ الثَّانِي فَيَجِبُ عَلَيْهِ مَهْرٌ كَامِلٌ وَعَلَيْهَا عِدَّةٌ مُسْتَقْبَلَةٌ. فَإِنْ قِيلَ: لَوْ كَانَ الطَّلَاقُ بَعْدَ النِّكَاحِ الثَّانِي كَالطَّلَاقِ بَعْدَ الدُّخُولِ لَكَانَ صَرِيحُهُ مُعَقِّبًا لِلرَّجْعَةِ كَالطَّلَاقِ الصَّرِيحِ بَعْدَ الدُّخُولِ. وَلَيْسَ كَذَلِكَ فَإِنَّ الطَّلَاقَ بَائِنٌ.

أَجِيبَ بِأَنَّهُ لَيْسَ بِطَّلَاقٍ بَعْدَ الدُّخُولِ، وَإِنَّمَا هُوَ كَالطَّلَاقِ بَعْدَ الدُّخُولِ وَالْمُشَابَهُ لِلشَّيْءِ لَا يَلْزَمُ أَنْ يُسَاوِيَهُ مِنْ جَمِيعِ الْوُجُوهِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّ الْخُلُوعَ كَالدُّخُولِ فِي حَقِّ تَكْمِيلِ الْمَهْرِ وَوُجُوبِ كَمَالِ الْعِدَّةِ لَا فِيمَا سِوَاهُمَا، حَتَّى لَوْ طَلَقَهَا بَعْدَ خُلُوعٍ كَانَ الْوَاقِعُ بَائِنًا وَشَبَّهَهُ بِالْعَاصِبِ يَشْتَرِي الْمَعْصُوبَ وَهُوَ وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (فَوَضَحَ بِهِذَا أَنَّهُ طَلَاقٌ بَعْدَ الدُّخُولِ) تَشْبِيهُ لَا تَحْقِيقَ بِدَلِيلِ قَوْلِهِ قَبْلَهُ نَابَ ذَلِكَ الْقَبْضُ عَنْ الْقَبْضِ الْمُسْتَحَقِّ، وَقَوْلُ زُفَرٍ عَلَى مَا ذَكَرَهُ وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (وَجَوَابُهُ مَا قُلْنَا) إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ وَإِكْمَالُ الْعِدَّةِ الْأُولَى وَإِلَى قَوْلِهِ وَلَهُمَا أَنَّهَا مَقْبُوضَةٌ فِي يَدِهِ إلخ.

قَالَ (وَإِذَا طَلَّقَ الذَّمِّيُّ الذَّمِّيَّةَ فَلَا عِدَّةَ عَلَيْهَا وَكَذَا إِذَا خَرَجَتِ الْحَرَبِيَّةُ إِلَيْنَا مُسْلِمَةً، فَإِنْ تَزَوَّجَتْ جَازَ إِلَّا أَنْ تَكُونَ حَامِلًا، وَهَذَا كُلُّهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: عَلَيْهَا وَعَلَى الذَّمِّيَّةِ الْعِدَّةُ) أَمَّا الذَّمِّيَّةُ فَالْإِخْتِلَافُ فِيهَا نَظِيرُ الْإِخْتِلَافِ فِي نِكَاحِهِمْ مُحَارِمَتُهُمْ، وَقَدْ بَيَّنَّاهُ فِي كِتَابِ النِّكَاحِ، وَقَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ فِيمَا إِذَا كَانَ مُعْتَقْدُهُمْ أَنَّهُ لَا عِدَّةَ عَلَيْهَا، وَأَمَّا الْمُهَاجِرَةُ فَوَجْهٌ قَوْلُهُمَا أَنَّ الْفُرْقَةَ لَوْ وَقَعَتْ بِسَبَبٍ آخَرَ وَجِبَتِ الْعِدَّةُ فَكَذَا بِسَبَبٍ

التَّبَائِنِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا هَاجَرَ الرَّجُلُ وَتَرَكَهَا لِعَدَمِ التَّبْلِيغِ.
 وَلَهُ قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ أَنْ تَنْكِحُوهُنَّ﴾ [الْمُتَحَنِّنَةُ: ١٠] وَلَأَنَّ الْعِدَّةَ
 حَيْثُ وَجِبَتْ كَانَ فِيهَا حَقُّ بَنِي آدَمَ وَالْحَرْبِيُّ مُلْحَقٌ بِالْجَمَادِ حَتَّى كَانَ مُحَلًّا لِلتَّمْلُكِ
 إِلَّا أَنْ تَكُونَ حَامِلًا لِأَنَّ فِي بَطْنِهَا وَلَدًا ثَابِتَ النَّسَبِ. وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ يَجُوزُ نِكَاحُهَا
 وَلَا يَطْوُهَا كَالْحَبْلِ مِنَ الزَّنا وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ.

الشرح:

(وَإِذَا طَلَّقَ الذَّمِّيُّ الذَّمِّيَّةَ فَلَا عِدَّةَ عَلَيْهَا وَكَذَا إِذَا خَرَجَتْ الْحَرِيَّةُ إِلَيْنَا) مُرَاغِمَةٌ
 عَلَى نِيَّةٍ أَنْ لَا تَعُودَ إِلَى دَارِ الْحَرْبِ أَبَدًا، يُقَالُ رَاغِمٌ فَلَانٌ قَوْمُهُ إِذَا تَابَذَهُمْ وَخَرَجَ
 عَنْهُمْ، وَالْإِسْلَامُ لَيْسَ بِشَرْطٍ. قَالَ الْإِمَامُ التُّمَرِثَانِيُّ: إِذَا خَرَجَ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ إِلَيْنَا
 مُسْلِمًا أَوْ ذَمِّيًّا أَوْ مُسْتَأْمَنًا ثُمَّ أَسْلَمَ أَوْ صَارَ ذَمِّيًّا وَالْآخَرُ عَلَى حَرْبِهِ فَقَدْ زَالَتْ
 الزَّوْجِيَّةُ، ثُمَّ إِنْ كَانَتْ الْمَرْأَةُ هِيَ الْخَارِجَةُ فَلَا عِدَّةَ عَلَيْهَا، وَإِنَّمَا قِيدَ الْمُصَنَّفُ قَوْلُهُ
 مُسْلِمَةً يَبَيِّنُهَا لِأَحْسَنِ حَالَاتِهَا (فَإِنْ تَزَوَّجَتْ جَارَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ).

وَقَالَا: عَلَيْهَا وَعَلَى الذَّمِّيَّةِ الْعِدَّةُ أَمَّا الذَّمِّيَّةُ فَلَا اخْتِلَافَ فِيهَا تَطْيِيرُ الْاِخْتِلَافِ فِي
 نِكَاحِهِمْ مَحَارِمَهُمْ) يَعْنِي كَمَا أَنَّ نِكَاحَ الْمَحَارِمِ فِيمَا بَيْنَهُمْ صَحِيحٌ عِنْدَهُ إِذَا كَانَ
 مُعْتَقْدُهُمْ ذَلِكَ حَتَّى لَا يُتَعَرَّضَ لَهُمْ. كَذَلِكَ الذَّمِّيَّةُ الْمُطْلَقَةُ لَا عِدَّةَ عَلَيْهَا مِنَ الْكَافِرِ إِذَا
 كَانَ مُعْتَقْدُهُمْ ذَلِكَ (وَقَدْ بَيَّنَّاهُ فِي كِتَابِ النِّكَاحِ) يَعْنِي فِي بَابِ نِكَاحِ أَهْلِ الشَّرْكَ
 (وَأَمَّا الْمُهَاجِرَةُ فَوَجْهُ قَوْلِهَا أَنَّ الْفُرْقَةَ لَوْ وَقَعَتْ بَيْنَهُمَا بِسَبَبٍ آخَرَ كَالطَّلَاقِ وَوَجِبَتْ
 الْعِدَّةُ فَكَذَا بِسَبَبِ التَّبَائِنِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا هَاجَرَ الرَّجُلُ وَتَرَكَهَا) فِي دَارِ الْحَرْبِ (لِعَدَمِ
 تَبْلِيغِ أَحْكَامِ الشَّرْعِ إِلَيْهَا).

وَلَهُ قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ أَنْ تَنْكِحُوهُنَّ﴾ (نَفَى الْجُنَاحَ فِي نِكَاحِ
 الْمُهَاجِرَاتِ مُطْلَقًا فَتَقْيِيدُهُ بِمَا بَعْدَ انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ زِيَادَةٌ عَلَى النَّصِّ. وَقَوْلُهُ (وَلَأَنَّ الْعِدَّةَ
 حَيْثُ وَجِبَتْ) دَلِيلٌ مُعْقُولٌ. وَتَقْرِيرُهُ: الْعِدَّةُ حَيْثُ وَجِبَتْ كَانَ فِيهَا حَقُّ الْعَبْدِ لِأَنَّهَا
 تَجِبُ صِيَانَةُ لِمَاءِ مُحْتَرَمٍ وَلِهَذَا لَا تَجِبُ قَبْلَ الدُّخُولِ وَلَا حَقٌّ لِلْحَرْبِيِّ لِأَنَّهُ مُلْحَقٌ
 بِالْجَمَادِ حَتَّى كَانَ مُحَلًّا لِلتَّمْلُكِ.

وَقَوْلُهُ (إِلَّا أَنْ تَكُونَ حَامِلًا) يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ اسْتِثْنَاءٌ مِنْ قَوْلِهِ، وَالْحَرْبِيُّ مُلْحَقٌ

بِالْحَمَادِ مَعْنَى لَأَنْ مَعْنَاهُ وَالْحَرْبِيُّ لَا حَقَّ لَهُ (إِلَّا أَنْ تَكُونَ أُمْرَأَتُهُ حَامِلًا لِأَنْ فِي بَطْنِهَا وَلَدًا ثَابِتَ النَّسَبِ) وَالْحَمْلُ الثَّابِتُ النَّسَبُ يَكُونُ أَمْتَعٌ مِنْ أَحْتِمَالِهِ، أَلَا تَرَى أَنْ أُمَّ الْوَلَدِ إِذَا كَانَتْ حَامِلًا لَا يُزَوِّجُهَا مَوْلَاهَا، وَإِذَا كَانَتْ حَائِلًا جَازَ لَهُ ذَلِكَ، وَهَذَا لِأَنَّ الْوَلَدَ إِذَا كَانَ ثَابِتَ النَّسَبِ كَانَ الْفَرَّاشُ قَائِمًا، فَنِكَاحُهَا يَسْتَلْزِمُ الْجَمْعَ بَيْنَ الْفَرَّاشَيْنِ، وَلَا كَذَلِكَ إِذَا لَمْ يَكُنْ. وَلَقَائِلُ أَنْ يَقُولَ: قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ أَنْ تَنكِحُواهُنَّ﴾ مُطْلَقٌ لَا يَفْصِلُ بَيْنَ الْحَامِلِ وَالْحَائِلِ، فَتَقْيِيدُهُ بِالْحَائِلِ زِيَادَةٌ عَلَى النَّصِّ فَلَا يَجُوزُ كَمَا قُلْتُمْ بِالنِّسْبَةِ إِلَى الْعِدَّةِ. وَالْجَوَابُ أَنَّ قَوْلَهُ ﷺ «مَنْ كَانَ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ فَلَا يَسْقِينُ مَاءَهُ زَرْعَ غَيْرِهِ» مَشْهُورٌ تَلَقَّيْتُمُ الْأُمَّةَ بِالْقَبُولِ فَيَجُوزُ بِهِ الزِّيَادَةُ، بِخِلَافِ الْعِدَّةِ فَإِنَّهُ لَيْسَ فِيهَا مِثْلُهُ. وَرَوَى الْحَسَنُ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهَا إِنْ تَزَوَّجَتْ صَحَّ نِكَاحُهَا وَلَا يَطُؤُهَا كَالْحَبْلَى مِنَ الزَّوْنِ، وَالْأَوَّلُ وَهُوَ أَنْ لَا يَجُوزُ نِكَاحُ الْمُهَاجِرَةِ الْحَامِلِ أَصَحُّ لثُبُوتِ نَسَبِ الْوَلَدِ، بِخِلَافِ الْحَبْلَى مِنَ الزَّوْنِ لِأَنَّهُ لَا نَسَبَ لَهُ.

فصل

قَالَ (وَعَلَى الْمَبْتُوتَةِ وَالْمُتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجُهَا إِذَا كَانَتْ بِالْعَمَةِ مُسْلِمَةً الْحِدَادُ) أَمَّا الْمُتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجُهَا فَلَقَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «لَا يَحِلُّ لَامْرَأَةٍ تُوَمِّنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ أَنْ تُحِدَّ عَلَى مَيِّتٍ فَوْقَ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ إِلَّا عَلَى زَوْجِهَا أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا»^(١) وَأَمَّا الْمَبْتُوتَةُ فَمَذْهَبُنَا. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا حِدَادَ عَلَيْهَا لِأَنَّهُ وَجِبَ إِظْهَارُ النَّاسِفِ عَلَى فَوْتِ زَوْجٍ وَفِي بُعْدِهَا إِلَى مَمَاتِهِ وَقَدْ أَوْحَشَهَا بِالْإِبَانَةِ فَلَا تَأْسَفُ بِفَوْتِهِ. وَلَنَا مَا رَوَى «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى الْمُعْتَدَّةَ أَنْ تُخْتَضِبَ بِالْحِنَاءِ»^(٢).

وَقَالَ «الْحِنَاءُ طَيِّبٌ» وَلِأَنَّهُ يَجِبُ إِظْهَارُ النَّاسِفِ عَلَى فَوْتِ نِعْمَةِ النِّكَاحِ الَّذِي هُوَ سَبَبٌ لَصَوْنِهَا وَكَفَايَةُ مُؤْنِهَا، وَالْإِبَانَةُ أَقْطَعُ لَهَا مِنَ الْمَوْتِ حَتَّى كَانَ لَهَا أَنْ تُغْسَلَهُ مَيِّتًا قَبْلَ الْإِبَانَةِ لَا بَعْدَهَا (وَالْحِدَادُ) وَيُقَالُ الْإِحْدَادُ وَهُمَا لُغَتَانِ (أَنْ تَتْرَكَ الطَّيِّبَ وَالزَّيْنَةَ وَالْكُحْلَ وَالذَّهْنَ الْمُطَيَّبَ وَغَيْرَ الْمُطَيَّبِ إِلَّا مِنْ عُدْرٍ، وَفِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ إِلَّا مِنْ وَجَعٍ)

(١) أخرجه البخاري في الحيض باب ١٢، ومسلم في الطلاق (٦٦، ٦٧) عن أم عطية، وانظر

نصب الرأية (٣/٣٧٨).

(٢) أخرجه أبو داود (٢٣٠٥)، وانظر نصب الرأية (٣/٣٨٠).

وَالْمُعْتَدُ فِيهِ وَجْهَانِ أَحَدُهُمَا مَا ذَكَرْنَاهُ مِنْ إظهارِ التَّاسُفِ. وَالثَّانِي: أَنَّ هَذِهِ الْأَشْيَاءَ دَوَاعِي الرُّغْبَةِ فِيهَا وَهِيَ مَمْنُوعَةٌ عَنِ النِّكَاحِ فَتَجْتَنِبُهَا كَي لَا تَصِيرَ ذَرِيعَةً إِلَى الْوُقُوعِ فِي الْمَحْرَمِ، وَقَدْ صَحَّ أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لَمْ يَأْذَنْ لِلْمُعْتَدَةِ فِي الْاِكْتِحَالِ. وَالذَّهْنُ لَا يَعْرِى عَنْ نَوْعٍ طَيِّبٍ وَفِيهِ زِينَةُ الشَّعْرِ، وَلِهَذَا يُمْنَعُ الْمَحْرَمُ عَنْهُ قَالَ: إِلَّا مِنْ عُدْرٍ لِأَنَّ فِيهِ ضَرُورَةً، وَالْمَرَادُ الدَّوَاءُ لَا الزَّيْنَةُ.

وَلَوْ اعْتَادَتِ الذَّهْنَ فَخَافَتْ وَجَعًا، فَإِنْ كَانَ ذَلِكَ أَمْرًا ظَاهِرًا يُبَاحُ لَهَا لِأَنَّ الْغَالِبَ كَالْوَاقِعِ، وَكَذَا لُبْسُ الْحَرِيرِ إِذَا احتَاجَتْ إِلَيْهِ لِعُدْرٍ لَا بَاسَ بِهِ.

الشرح:

(فصل): لَمَّا ذَكَرَ نَفْسَ وَجُوبِ الْعِدَّةِ وَكَيْفِيَّةَ الْوُجُوبِ وَعَلَى مَنْ تَجِبُ وَعَلَى مَنْ لَا تَجِبُ ذَكَرَ فِي هَذَا الْفَصْلِ مَا يَجِبُ عَلَى الْمُعْتَدَاتِ أَنْ يَفْعَلْنَهُ وَمَا لَا يَجِبُ، يُقَالُ بَتَّ طَلَاقَ الْمَرْأَةِ وَأَبْتَهُ وَالْمَبْتُوتَةُ الْمَرْأَةُ وَأَصْلُهَا الْمَبْتُوتُ طَلَّاقُهَا، وَالْمَرَادُ بِالْمَبْتُوتَةِ مَنْ انْقَطَعَ عَنْهَا حَقُّ الرِّجْعَةِ وَهِيَ تَقَعُ عَلَى ثَلَاثٍ، وَهِيَ الْمُخْتَلَعَةُ وَالْمُطَلَّعَةُ ثَلَاثًا وَالْمُطَلَّعَةُ بِتَطْلِيقَةٍ بَائِنَةٍ (وَعَلَى الْمَبْتُوتَةِ وَالْمُتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجُهَا إِذَا كَانَتْ بَالِغَةً مُسْلِمَةً الْحَدَّادُ) وَهُوَ تَرَكُ زَيْنَتِهَا وَخِصَابِهَا بَعْدَ وَفَاةِ زَوْجِهَا. وَأَصْلُ الْحَدِّ الْمَنْعُ، يُقَالُ أَحَدَّتُ الْمَرْأَةَ إِحْدَادًا فَهِيَ مُحَدَّةٌ مَنَعَتْ نَفْسَهَا، وَحَدَّتْ تُحَدُّ حَدَادًا (أَمَّا الْمُتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجُهَا فَلَقَوْلِهِ ﷺ «لَا يَحِلُّ لِمَرْأَةٍ تُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ أَنْ تَحُدَّ عَلَى مَيِّتٍ فَوْقَ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ إِلَّا عَلَى زَوْجِهَا أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا») وَفِي وَجْهِهِ الْاسْتِدْلَالُ بِهِ إِشْكَالًا لِأَنَّ مُقْتَضَاهُ إِحْلَالَ الْإِحْدَادِ لِلْمُتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجِهَا لَكُونَ الْاسْتِثْنَاءُ مِنَ التَّحْرِيمِ وَالْاسْتِثْنَاءُ مِنَ التَّحْرِيمِ إِحْلَالٌ، وَلَيْسَ الْكَلَامُ فِيهِ وَإِنَّمَا هُوَ فِي الْإِيجَابِ.

وَقَالَ فِي النَّهَايَةِ: يُمَكِّنُ أَنْ يُقَالَ قَوْلُهُ ﷺ «لَا يَحِلُّ» نَفْيٌ لِإِحْلَالِ الْإِحْدَادِ وَنَفْيٌ لِإِحْلَالِ الْإِحْدَادِ نَفْيٌ الْإِحْدَادِ نَفْسِهِ فَحِينَئِذٍ كَانَ فِي الْمُسْتَشْنَى إِثْبَاتُ الْإِحْدَادِ لَا مَحَالَةَ. وَكَانَ تَقْرِيرُ الْحَدِيثِ: لَا تَحُدُّ الْمَرْأَةُ عَلَى مَيِّتٍ فَوْقَ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ إِلَّا الْمُتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجُهَا فَإِنَّهَا تَحُدُّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا فَكَانَ هَذَا حِينَئِذٍ إِخْبَارًا بِإِحْدَادِ الْمُتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجُهَا فَكَانَ وَاجِبًا لِأَنَّ إِخْبَارَ الشَّارِعِ أَكَّدُ مِنَ الْأَمْرِ وَهَذَا أَنْسَبُ مَا وَجَدْتُ فِي الشُّرُوحِ. فَإِنْ قِيلَ: الْإِحْدَادُ هُوَ التَّاسُفُ عَلَى فَوْتِ النَّعَمِ وَذَلِكَ مَذْمُومٌ قَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿لِكَيْلَا

تَأْسَوْا عَلَى مَا فَاتَكُمْ وَلَا تَفْرَحُوا بِمَا آتَاكُمْ ﴿[الحديد: ٢٣] فَكَيْفَ صَارَ وَاجِبًا بِالْخَيْرِ مُعَارِضًا لِلْكِتَابِ؟ أَجِيبَ بِأَنَّ الْمُرَادَ بِمَا فِي الْكِتَابِ فَرَحٌ خَاصٌّ وَأُسَى خَاصٌّ وَهُوَ الْفَرَحُ وَالْأُسَى مَعَ الصِّيَاحِ هَكَذَا رَوَى عَنْ ابْنِ مَسْعُودٍ (وَأُمًّا) وَجُوبُ الْإِحْدَادِ عَلَى (الْمَبْتُوتَةِ فَمَذْهَبُنَا. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا حَدَادَ عَلَيْهَا لِأَنَّهُ وَجِبَ إِظْهَارًا لِلتَّأْسُفِ عَلَى فَوْتِ زَوْجٍ وَفَى بِعَهْدِهَا إِلَى مَمَاتِهِ. وَهَذَا قَدْ أَوْحَشَهَا بِالْإِبَانَةِ فَلَا تَأْسَفُ عَلَى فَوْتِهِ.

وَلَنَا مَا رَوَى «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى الْمُعْتَدَّةَ أَنْ تَخْتَضِبَ بِالْحِنَاءِ وَقَالَ: الْحِنَاءُ طِبُّ» رَوَاهُ أُمُّ سَلَمَةَ، وَلَمْ يَفْصِلْ بَيْنَ مُعْتَدَّةِ الْوَفَاةِ وَغَيْرِهَا وَفِي مَعْنَاهُ مَا رَوَى الطَّحَاوِيُّ فِي شَرْحِ الْأَثَارِ بِإِسْنَادِهِ إِلَى حَمَّادٍ عَنْ إِبْرَاهِيمَ النَّخَعِيِّ قَالَ: الْمُطْلَقَةُ وَالْمُخْتَلَعَةُ وَالْمُتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجُهَا وَالْمُلَاعَنَةُ لَا يَخْتَضِبْنَ وَلَا يَتَطَيَّبْنَ وَلَا يَلْبَسْنَ ثَوْبًا مَصْبُوغًا وَلَا يَخْرُجْنَ مِنْ بُيُوتِهِنَّ. وَإِبْرَاهِيمُ أَدْرَكَ عَصْرَ الصَّحَابَةِ وَزَاوَجَهُمْ فِي الْفَتَوَى فَيَجُوزُ تَقْلِيدُهُ.

وَقَوْلُهُ (وَلَأَنَّهُ وَجِبَ) دَلِيلٌ مَعْقُولٌ، وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ نِيَانًا لِلْحَاقِ الْمَبْتُوتَةِ بِالْمُتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجُهَا بِطَرِيقِ الدَّلَالَةِ، وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ النَّصَّ وَرَدَ فِي وَجُوبِ الْإِحْدَادِ عَلَى الْمُتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجُهَا بِلَا خِلَافٍ، وَمَنَاطُ حُكْمِهِ إِظْهَارُ التَّأْسُفِ عَلَى فَوْتِ نِعْمَةِ النِّكَاحِ الَّذِي هُوَ سَبَبٌ لَصَوْنِهَا وَكِفَايَةِ مُؤْنِهَا، وَالْإِبَانَةُ أَقْطَعُ لَهَا مِنَ الْمَوْتِ حَتَّى كَانَ لَهَا أَنْ تُعْسَلَهُ مَيِّتًا قَبْلَ الْإِبَانَةِ لَا بَعْدَهَا فَكَانَ لِلْحَاقِ الْمَبْتُوتَةِ بِالْمُتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجُهَا كِلِ الْخَاقِ ضَرْبِ الْوَالِدَيْنِ بِالتَّأْفِيفِ.

فَإِنْ قِيلَ: إِنْ تَمَّ هَذَا فِي الْمُطْلَقَةِ لَمْ يَتِمَّ فِي الْمُخْتَلَعَةِ لِأَنَّهَا قَدْ افْتَدَتْ نَفْسَهَا بِرِضَاهَا لَطَلَبِ الْخِلَاصِ مِنْهُ، فَكَيْفَ تَتَأْسَفُ؟ فَالْجَوَابُ أَنَّ الْأَحْكَامَ إِنَّمَا تُعْتَبَرُ بِالْمَوْضُوعَاتِ الْأَصْلِيَّةِ وَفَوَاتِ نِعْمَةِ النِّكَاحِ مِمَّا يُوجِبُ التَّأْسُفَ بِوَضْعِهِ فَلَا مُعْتَبَرَ بِصُورَةٍ تَقْضِي صَدْرَتِ مِنْ نَاقِصَاتِ الْعَقْلِ وَالْدِّينِ.

لَا يُقَالُ: لَوْ كَانَ الْحِدَادُ لَمَا ذَكَرْتُمْ لَوْجَبَ عَلَى الْأَزْوَاجِ أَيْضًا لِأَنَّ نِعْمَةَ النِّكَاحِ مُشْتَرَكَةٌ بَيْنَهُمَا. لِأَنَّا نَقُولُ: النَّصُّ لَمْ يَرَدْ إِلَّا فِي الرِّجَالِ، وَالْأَزْوَاجُ لَيْسُوا فِي مَعْنَاهُنَّ لَكُونِهِنَّ أَذْنَى مِنْهُنَّ فِي نِعْمَةِ النِّكَاحِ لِمَا فِيهِ مِنْ صِيَّاتِهِنَّ لِأَنَّهُنَّ لَحْمٌ عَلَى وَضْمٍ، وَذُرُورُ التَّفَقَّةِ عَلَيْهِنَّ لَكُونِهِنَّ ضَعَائِفَ عَنِ التَّكْسُّبِ عَوَاجِزَ عَنِ التَّقَلُّبِ وَلَا كَذَلِكَ الْأَزْوَاجُ. وَقَوْلُهُ (وَالْحِدَادُ وَيُقَالُ الْإِحْدَادُ) تَعْرِيفٌ لِلْحِدَادِ، وَكَانَ مَوْضِعُهُ أَوَّلَ الْكَلَامِ،

وَأَتَى بِالْجَامِعِ الصَّغِيرِ لِأَنَّ لَفْظَهُ يُخَالِفُ لَفْظَ الْقُدُورِيِّ، وَفِي الْوَجَعِ إِشَارَةٌ إِلَى أَنَّ الْعُذْرَ هُوَ التَّدَاوِي لَا الزَّيْنَةَ. وَقَوْلُهُ (وَالْمَعْنَى فِيهِ) أَيُّ فِي إِجْبَابِ تَرْكِ الطَّيِّبِ وَالزَّيْنَةِ وَجْهَانِ: أَحَدُهُمَا مَا ذَكَرْنَاهُ مِنْ إِظْهَارِ التَّأْسُفِ. وَالثَّانِي أَنَّ هَذِهِ الْأَشْيَاءَ دَوَاعِي الرَّغْبَةِ فِيهَا لِأَنَّ الْمَرْأَةَ إِنْ كَانَتْ مُتَزَيِّنَةً مُتَطَيِّبَةً تَزِيدُ رَغْبَةَ الرَّجُلِ فِيهَا (وَهِيَ مَمْنُوعَةٌ عَنِ النِّكَاحِ) مَا دَامَتْ فِي عِدَّةِ الْوَفَاةِ أَوْ الطَّلَاقِ (فَتَجْتَنِبُهَا كَيَّ لَا تَصِيرَ ذَرِيعَةً) أَيُّ وَسِيلَةً (إِلَى الْوُقُوعِ فِي الْمَحْرَمِ) وَهُوَ النِّكَاحُ (وَقَدْ صَحَّ أَنَّ «النَّبِيَّ ﷺ» لَمْ يَأْذَنْ لِلْمُعْتَدَةِ فِي الْاِكْتِحَالِ) رُوي عَنْ «أُمِّ سَلَمَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا أَنَّهَا قَالَتْ جَاءَتْ امْرَأَةٌ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَقَالَتْ: إِنَّ زَوْجَ ابْنَتِي تُوفِّي وَقَدْ اسْتَكْتَعَيْنَهَا أَفَنُكَحِّلُهَا؟ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: لَا، مَرَّتَيْنِ أَوْ ثَلَاثًا» وَقَوْلُهُ (وَالْمَرَادُ الدَّوَاءُ) يَعْنِي يَتَّبِعِي أَنْ يَكُونَ مُرَادَهَا بِالِاسْتِعْمَالِ الدَّوَاءُ لَا الزَّيْنَةَ.

(وَلَا تَخْتَضِبُ بِالْحِنَاءِ) لَمَّا رَوَيْنَا (وَلَا تَلْبَسُ ثَوْبًا مَصْبُوعًا بِعَصْفَرٍ وَلَا بَزْعَفَرَانٍ) لِأَنَّهُ يَفُوحُ مِنْهُ رَائِحَةُ الطَّيِّبِ قَالَ (وَلَا حِدَادَ عَلَى كَافِرَةٍ) لِأَنَّهَا غَيْرُ مُخَاطَبَةٍ بِحُقُوقِ الشَّرْعِ (وَلَا عَلَى صَغِيرَةٍ) لِأَنَّ الْخُطَابَ مَوْضُوعٌ عَنْهَا (وَعَلَى الْأُمَةِ الْإِحْدَادُ) لِأَنَّهَا مُخَاطَبَةٌ بِحُقُوقِ اللَّهِ تَعَالَى فِيمَا لَيْسَ فِيهِ إِبْطَالُ حَقِّ الْمَوْلَى، بِخِلَافِ الْمَنْعِ مِنَ الْخُرُوجِ لِأَنَّ فِيهِ إِبْطَالُ حَقِّهِ وَحَقُّ الْعَبْدِ مُقَدَّمٌ لِحَاجَتِهِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (لَمَّا رَوَيْنَا إِشَارَةً إِلَى قَوْلِهِ «ﷺ»: الْحِنَاءُ طَيِّبٌ» قَالَ وَلَا حِدَادَ عَلَى كَافِرَةٍ) هَذَا بَيَانٌ مَنْ لَا يَجِبُ عَلَيْهَا الْحِدَادُ وَهُنَّ خَمْسٌ الْكَافِرَةُ وَالصَّغِيرَةُ وَأُمُّ الْوَلَدِ وَالْمُعْتَدَةُ عَنِ نِكَاحٍ فَاسِدٍ وَالْمُطَلَّقةُ الرَّجْعِيَّةُ. وَلَمْ يَذْكُرْهَا فِي هَذَا الْمَوْضِعِ لِكُونِهَا مَعْلُومَةً مِمَّا تَقَدَّمَ، أَمَّا الْكَافِرَةُ وَهِيَ الْكِتَابِيَّةُ فَلَا تَتَّهَى بِغَيْرِ مُخَاطَبَةٍ بِحُقُوقِ الشَّرْعِ وَالْحِدَادِ مِنْ حُقُوقِهِ، أَشَارَ إِلَى ذَلِكَ «قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: لَا يَحِلُّ لِمَرْأَةٍ تُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ» وَأَمَّا الصَّغِيرَةُ فَلَأَنَّ الْخُطَابَ مَوْضُوعٌ عَنْهَا، وَذَكَرَ الْأُمَةَ فِي أَثْنَائِهَا اسْتِطْرَافًا وَهُوَ ظَاهِرٌ، وَأَمَّا أُمُّ الْوَلَدِ وَالْمُعْتَدَةُ عَنِ نِكَاحٍ فَاسِدٍ فَلَأَنَّ كُلَّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا مَا فَاتَهَا نِعْمَةُ النِّكَاحِ لَتُظْهَرَ التَّأْسُفُ، وَالْأَصْلُ هُوَ الْإِبَاحَةُ فِي الزَّيْنَةِ لَا سِيَّمَا فِي النِّسَاءِ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿قُلْ مَنْ حَرَّمَ زِينَةَ اللَّهِ الَّتِي أَخْرَجَ لِعِبَادِهِ﴾ [الأعراف: ٣٢].

فَإِنْ قِيلَ: قَدْ ذَكَرَ الْمُصَنِّفُ أَنَّ وَجُوبَ الْحِدَادِ لِإِظْهَارِ التَّأْسُفِ وَكَوْنِ هَذِهِ

الأشياء دَوَاعِي الرِّغْبَةِ فِيهَا، فَإِنْ فَاتَ الْأَوَّلُ فِي أُمِّ الْوَلَدِ وَالْمُعْتَدَّةِ عَنْ نِكَاحٍ فَاسِدٍ فَالثَّانِي مَوْجُودٌ فِيهِمَا لِأَنَّهُمَا مَمْنُوعَانِ عَنِ النَّكَاحِ حَالَ قِيَامِ عِدَّتَيْهِمَا، وَكَانَ يَنْبَغِي أَنْ يَجِبَ الْحَدَادُ عَلَيْهِمَا لِلْوَجْهِ الثَّانِي.

أُجِيبَ بِأَنَّ الْوَجْهَ الثَّانِي حِكْمَةٌ وَلَيْسَ بَعْلَةٌ لَمَّا ذَكَرْنَا مِنْ دَوَرَانِ وَجُوبِ الْحَدَادِ عَلَى فَوَاتِ نِعْمَةِ النَّكَاحِ، وَالْحُكْمُ يَدُورُ عَلَى الْعِلَّةِ دُونَ الْحِكْمَةِ، وَأَرَى أَنَّ قَوْلَهُ وَالْإِبَاحَةَ الْأَصْلِيَّةُ إِشَارَةٌ إِلَى الْجَوَابِ عَنْ هَذَا السُّؤَالِ. وَوَجْهُهُ أَنَّهُ لَمَّا فَاتَ فِيهِمَا أَحَدُ الْوَجْهَيْنِ عَارَضَتْ الْإِبَاحَةُ الْأَصْلِيَّةُ الْوَجْهَ الْآخَرَ فَلَمْ تُثْبِتِ الْحُرْمَةُ.

قَالَ (وَلَيْسَ فِي عِدَّةِ أُمِّ الْوَلَدِ وَلَا فِي عِدَّةِ النَّكَاحِ الْفَاسِدِ إِحْدَاذٌ) لِأَنَّهَا مَا فَاتَتْهَا نِعْمَةُ النَّكَاحِ لِتُظْهَرَ التَّاسُفُ، وَالْإِبَاحَةُ أَصْلٌ.

(وَلَا يَنْبَغِي أَنْ تُخْطَبَ الْمُعْتَدَّةُ وَلَا بِأَسَ بِالْتَّعْرِيزِ فِي الْخُطْبَةِ) لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خُطْبَةِ النِّسَاءِ﴾ (البقرة: ٢٣٥) إِلَى أَنْ قَالَ ﴿وَلَكِنْ لَا تُوَاعِدُوهُنَّ سِرًّا إِلَّا أَنْ تَقُولُوا قَوْلًا مَعْرُوفًا﴾ (البقرة: ٢٣٥) وَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «السِّرُّ النَّكَاحُ» ^(١) وَقَالَ ابْنُ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا: التَّعْرِيزُ أَنْ يَقُولَ: إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أَتَزَوَّجَ. وَعَنْ سَعِيدِ بْنِ جُبَيْرٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فِي الْقَوْلِ الْمَعْرُوفِ: إِنِّي فِيكَ لِرَاغِبٍ وَإِنِّي أُرِيدُ أَنْ نَجْتَمَعَ.

الشرح:

(وَلَا يَنْبَغِي أَنْ تُخْطَبَ الْمُعْتَدَّةُ) لِقَوْلِهِ ﴿وَلَا تَعْرِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّى يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجْلَهُ﴾ (وَلَا بِأَسَ بِالْتَّعْرِيزِ فِي الْخُطْبَةِ لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خُطْبَةِ النِّسَاءِ﴾ إِلَى أَنْ قَالَ ﴿وَلَكِنْ لَا تُوَاعِدُوهُنَّ سِرًّا إِلَّا أَنْ تَقُولُوا قَوْلًا مَعْرُوفًا﴾ وَقَالَ ﷺ: «السِّرُّ النَّكَاحُ» وَعَلَى هَذَا التَّفْسِيرِ كَانَتْ الْآيَةُ دَلِيلًا عَلَى الْحُكْمَيْنِ جَمِيعًا، وَالتَّعْرِيزُ أَنْ تَذْكُرَ شَيْئًا تَدُلُّ بِهِ عَلَى شَيْءٍ آخَرَ، وَقَدْ فَسَّرَهُ ابْنُ عَبَّاسٍ فِي الْخُطْبَةِ عَلَى مَا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ.

وَمَعْنَى قَوْلِهِ ﴿أَكُنْتُمْ فِي أَنْفُسِكُمْ﴾ أَيِ سَرَرْتُمْ فِي قُلُوبِكُمْ فَلَمْ تَذْكُرُوهُ بِالسَّتِيكُمُ لَا مُعَرِّضِينَ وَلَا مُصَرِّحِينَ، وَالْمُسْتَدْرَكُ بِقَوْلِهِ ﴿وَلَكِنْ لَا تُوَاعِدُوهُنَّ سِرًّا﴾

(١) قال الزيلعي في نصب الراية (٣/٣٨١): غريب.

مَحْذُوفٌ تَقْدِيرُهُ عِلْمُ اللَّهِ أَنَّكُمْ سَتَذْكُرُونَهُنَّ فَادْكُرُوهُنَّ وَلَكِنْ لَا تُوَاعِدُوهُنَّ سِرًّا: أَيُّ وَطْأًا لِأَنَّهُ مِمَّا يَسِرُّ، إِلَّا أَنْ تَقُولُوا قَوْلًا مَعْرُوفًا وَهُوَ أَنْ تُعَرِّضُوا وَلَا تُصَرِّحُوا، وَالِاسْتِنَاءُ مُتَعَلِّقٌ بِلَا تُوَاعِدُوهُنَّ: أَيُّ لَا تُوَاعِدُوهُنَّ مُوَاعِدَةً قَطُّ إِلَّا مُوَاعِدَةً مَعْرُوفَةً، كَذَا فِي الْكَشَافِ، وَقَدْ فَسَّرَ الْقَوْلَ الْمَعْرُوفَ سَعِيدُ بْنُ جُبَيْرٍ بِمَا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ.

(وَلَا يَجُوزُ لِلْمُطَلَّقةِ الرَّجْعِيَّةِ وَالْمَبْتُوتَةِ الْخُرُوجُ مِنْ بَيْتِهَا لَيْلًا وَلَا نَهَارًا، وَالْمُتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجُهَا تَخْرُجُ نَهَارًا وَبَعْضَ اللَّيْلِ وَلَا تَبِيتُ فِي غَيْرِ مَنْزِلِهَا) أَمَّا الْمُطَلَّقةُ فَلَقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿لَا تَخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا تَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ﴾ قِيلَ الْفَاحِشَةُ نَفْسُ الْخُرُوجِ، وَقِيلَ الزَّنا، وَيَخْرُجْنَ لِإِقَامَةِ الْحَدِّ، وَأَمَّا الْمُتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجُهَا فَلَأَنَّهُ لَا نَفَقَةَ لَهَا فَتَحْتَاجُ إِلَى الْخُرُوجِ نَهَارًا لَطَلِبِ الْمَعَاشِ، وَقَدْ يَمْتَدُّ إِلَى أَنْ يَهْجُمَ اللَّيْلُ، وَلَا كَذَلِكَ الْمُطَلَّقةُ لِأَنَّ النِّفَقَةَ دَارَةٌ عَلَيْهَا مِنْ مَالِ زَوْجِهَا، حَتَّى لَوْ اخْتَلَعَتْ عَلَى نَفَقَتِهِ عِدَّتِهَا قِيلَ: إِنَّهَا تَخْرُجُ نَهَارًا، وَقِيلَ لَا تَخْرُجُ لِأَنَّهَا أَسْقَطَتْ حَقَّهَا فَلَا يَبْطُلُ بِهِ حَقُّ عَلَيْهَا.

الشرح:

(وَلَا يَجُوزُ لِلْمُطَلَّقةِ الرَّجْعِيَّةِ وَالْمَبْتُوتَةِ أَنْ تَخْرُجَ مِنَ الْمَنْزِلِ) الَّذِي كَانَتْ فِيهِ وَقْتُ الْمَفَارَقَةِ إِلَّا إِذَا اضْطُرَّتْ نَحْوُ إِنْ خَافَتْ سُقُوطَهُ أَوْ يُعَارُ فِيهِ عَلَى نَفْسِهَا أَوْ مَالِهَا أَوْ أَخْرَجَهَا أَهْلُ الْمَنْزِلِ بِأَنْ كَانَتْ تَسْكُنُ بِكَرَاءٍ وَكَانَ زَوْجُهَا غَائِبًا أَوْ لَا تَقْدِرُ عَلَى الْأَجْرَةِ (وَالْمُتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجُهَا تَخْرُجُ نَهَارًا وَبَعْضَ اللَّيْلِ وَلَا تَبِيتُ فِي غَيْرِ مَنْزِلِهَا، أَمَّا عَدَمُ خُرُوجِ الْمُطَلَّقةِ فَلَقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لَا تَخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا تَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ﴾) وَاخْتَلَفَ فِي تَفْسِيرِ الْفَاحِشَةِ فَقِيلَ هِيَ نَفْسُ الْخُرُوجِ، قَالَهُ إِبْرَاهِيمُ النَّخَعِيُّ وَبِهِ أَخَذَ أَبُو حَنِيفَةَ، فَيَكُونُ مَعْنَاهَا: إِلَّا أَنْ يَكُونَ خُرُوجُهَا فَاحِشَةً، كَمَا يُقَالُ لَا يَسُبُّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ إِلَّا كَافِرٌ وَلَا يَزْنِي أَحَدٌ إِلَّا أَنْ يَكُونَ فَاسِقًا (وَقِيلَ هِيَ الزَّنا وَيَخْرُجْنَ لِإِقَامَةِ الْحَدِّ عَلَيْهِنَّ) قَالَهُ ابْنُ مَسْعُودٍ، وَبِهِ أَخَذَ أَبُو يُوسُفَ، وَقَالَ ابْنُ عَبَّاسٍ: هِيَ تُشَوِّزُهَا وَأَنْ تَكُونَ بِذِيَةِ اللِّسَانِ تَبْذُو عَلَى أَحْمَاءِ زَوْجِهَا. وَقَوْلُهُ (وَأَمَّا الْمُتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجُهَا) وَاضِحٌ.

(وَعَلَى الْمُعْتَدَةِ أَنْ تَعْتَدَ فِي الْمَنْزِلِ الَّذِي يُضَافُ إِلَيْهَا بِالسُّكْنَى حَالٌ وَفُوعُ الْفُرْقَةِ وَالْمَوْتِ) لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿لَا تَخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ﴾ وَالْبَيْتُ الْمُضَافُ إِلَيْهَا هُوَ الْبَيْتُ الَّذِي

تَسْكُنُهُ، وَلِهَذَا لَوْ زَارَتْ أَهْلَهَا وَطَلَقَهَا زَوْجَهَا كَانَ عَلَيْهَا أَنْ تَعُودَ إِلَى مَنْزِلِهَا فَتَعْتَدُ فِيهِ وَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لِلَّتِي قُتِلَ زَوْجُهَا «أُسْكُنِي فِي بَيْتِكَ حَتَّى يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجْلَهُ»^(١) (وَأِنْ كَانَ نَصِيبُهَا مِنْ دَارِ الْمَيِّتِ لَا يَكْفِيهَا فَأَخْرَجَهَا الْوَرَثَةُ مِنْ نَصِيبِهِمْ) انْتَقَلَتْ، لِأَنَّ هَذَا انْتِقَالَ بِعُذْرٍ، وَالْعِبَادَاتُ تُؤْتَرُ فِيهَا الْأَعْدَارُ فَصَارَ كَمَا إِذَا خَافَتْ عَلَى مَتَاعِهَا أَوْ خَافَتْ سُقُوطَ الْمَنْزِلِ أَوْ كَانَتْ فِيمَا بِأَجْرٍ وَلَا تَجِدُ مَا تُؤَدِّيهِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ «وَقَالَ ﷺ لِلَّتِي قُتِلَ زَوْجُهَا هِيَ فُرَيْعَةُ بِنْتُ مَالِكِ بْنِ أَبِي سِنَانٍ أُخْتُ أَبِي سَعِيدٍ الْخُدْرِيِّ لَمَّا قُتِلَ زَوْجُهَا جَاءَتْ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ اسْتَأْذَنْتُ أَنْ تَعْتَدَ فِي بَنِي خُدْرَةَ لَا فِي بَيْتِ زَوْجِهَا، فَأَذِنَ لَهَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فَلَمَّا خَرَجَتْ دَعَاَهَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فَقَالَ لَهَا: أَعِيدِي الْمَسْأَلَةَ، فَأَعَادَتْ فَقَالَ لَهَا: لَا حَتَّى يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجْلَهُ» يَعْنِي لَا تَخْرُجِي حَتَّى تُنْقَضِيَ عِدَّتُكَ. وَفِي هَذَا الْحَدِيثِ دَلِيلٌ عَلَى حُكْمَيْنِ. عَلَى أَنَّهَا يَجِبُ عَلَيْهَا أَنْ تَعْتَدَ فِي مَنْزِلِ الزَّوْجِ، وَعَلَى أَنْ الْخُرُوجَ فِي بَعْضِ النَّهَارِ لِقَضَاءِ حَوَائِجِهَا جَائِزٌ، فَإِنَّهُ ﷺ لَمْ يُنْكِرْ عَلَيْهَا خُرُوجَهَا لِلْاسْتِفْتَاءِ.

(ثُمَّ إِنْ وَقَعَتِ الْفُرْقَةُ بِطَلَاقٍ بَائِنٍ أَوْ ثَلَاثٍ لَا بُدَّ مِنْ سِتْرَةٍ بَيْنَهُمَا ثُمَّ لَا بَأْسَ بِهِ) لِأَنَّهُ مُعْتَرَفٌ بِالْحُرْمَةِ إِلَّا أَنْ يَكُونَ فَاسِقًا يَخَافُ عَلَيْهَا مِنْهُ فَحِينَئِذٍ تَخْرُجُ لِأَنَّهُ عُذْرٌ، وَلَا تَخْرُجُ عَمَّا انْتَقَلَتْ إِلَيْهِ، وَالْأُولَى أَنْ يَخْرُجَ هُوَ وَيَتْرُكَهَا (وَأِنْ جَعَلَا بَيْنَهُمَا امْرَأَةً ثِقَةً تَقْدِرُ عَلَى الْحِيلُولَةِ فَحَسَنٌ، وَإِنْ ضَاقَ عَلَيْهِمَا الْمَنْزِلُ فَلَتَخْرُجْ، وَالْأُولَى خُرُوجُهُ).

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَالْأُولَى أَنْ يَخْرُجَ هُوَ وَيَتْرُكَهَا) لِأَنَّ مُكْنَهَا فِي مَنْزِلِ الزَّوْجِ وَاجِبٌ وَمُكْنُهُ فِيهِ مُبَاحٌ وَرِعَايَةُ الْوَاجِبِ أُولَى. وَقَوْلُهُ (وَأِنْ ضَاقَ عَلَيْهِمَا الْمَنْزِلُ فَلَتَخْرُجْ) يُشِيرُ إِلَى أَنَّ ضِيقَ الْمَنْزِلِ مِنْ جُمْلَةِ الْأَعْدَارِ، فَإِذَا خَرَجَتْ فَإِلَى الزَّوْجِ تَعَيَّنَ الْمَوْضِعُ الَّذِي تَنْتَقِلُ إِلَيْهِ. بِخِلَافِ الْمُتَوَقَّى عَنْهَا زَوْجُهَا إِذَا خَرَجَتْ لِعُذْرٍ، فَإِنَّ التَّعَيَّنَ إِلَيْهَا لَا سِتْدَادَهَا فِي أَمْرِ السُّكْنَى.

(١) أخرجه أبو داود (٢٣٠٠)، والترمذي (١٢٠٤)، والنسائي (٢٠٣١)، وابن ماجه (٢٠٣١).

(وَإِذَا خَرَجَتِ الْمَرْأَةُ مَعَ زَوْجِهَا إِلَى مَكَّةَ فَطَلَقَهَا ثَلَاثًا أَوْ مَاتَ عَنْهَا فِي غَيْرِ مِصْرٍ، فَإِنْ كَانَ بَيْنَهَا وَبَيْنَ مِصْرِهَا أَقَلُّ مِنْ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ رَجَعَتْ إِلَى مِصْرِهَا) لِأَنَّهُ لَيْسَ بِإِبْتِدَاءِ الْخُرُوجِ مَعْنَى بَلْ هُوَ بِنَاءٌ (وَإِنْ كَانَتْ مَسِيرَةَ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ إِنْ شَاءَتْ رَجَعَتْ وَإِنْ شَاءَتْ مَضَتْ سَوَاءً كَانَ مَعَهَا وَلِيٌّ أَوْ لَمْ يَكُنْ) مَعْنَاهُ إِذَا كَانَ إِلَى الْمَقْصِدِ ثَلَاثَةُ أَيَّامٍ أَيْضًا لِأَنَّ الْمَكْتَّ فِي ذَلِكَ الْمَكَانِ أَخَوْفُ عَلَيْهَا مِنَ الْخُرُوجِ، إِلَّا أَنَّ الرُّجُوعَ أَوْلَى لِيَكُونَ الْإِعْتِدَادُ فِي مَنْزِلِ الزَّوْجِ. قَالَ (إِلَّا أَنْ يَكُونَ طَلَقَهَا أَوْ مَاتَ عَنْهَا زَوْجُهَا فِي مِصْرٍ فَإِنَّهَا لَا تَخْرُجُ حَتَّى تَعْتَدَ ثُمَّ تَخْرُجَ إِنْ كَانَ لَهَا مُحَرَّمٌ) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ (وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: إِنْ كَانَ مَعَهَا مُحَرَّمٌ فَلَا بَأْسَ بِأَنْ تَخْرُجَ مِنَ الْمِصْرِ قَبْلَ أَنْ تَعْتَدَ) لَهُمَا أَنَّ نَفْسَ الْخُرُوجِ مُبَاحٌ دَفْعًا لِأَذَى الْغُرْبَةِ وَوَحْشَةِ الْوَحْدَةِ فَهَذَا عُدْرٌ، وَإِنَّمَا الْحُرْمَةُ لِلسَّفَرِ وَقَدْ ارْتَفَعَتْ بِالْمُحَرَّمِ. وَلَهُ أَنْ الْعِدَّةَ أَمْنٌ مِنَ الْخُرُوجِ مِنْ عَدَمِ الْمُحَرَّمِ، فَإِنَّ لِلْمَرْأَةِ أَنْ تَخْرُجَ إِلَى مَا دُونَ السَّفَرِ بِغَيْرِ مُحَرَّمٍ وَلَيْسَ لِلْمُعْتَدَةِ ذَلِكَ، فَلَمَّا حُرِّمَ عَلَيْهَا الْخُرُوجُ إِلَى السَّفَرِ بِغَيْرِ الْمُحَرَّمِ فَفِي الْعِدَّةِ أَوْلَى.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِذَا خَرَجَتِ الْمَرْأَةُ مَعَ زَوْجِهَا إِلَى مَكَّةَ فَطَلَقَهَا ثَلَاثًا أَوْ مَاتَ عَنْهَا) هَذِهِ الْمَسْأَلَةُ عَلَى وَجْهِهِ لِأَنَّهُ لَا يَخْلُو إِمَّا أَنْ يَكُونَ بَيْنَهَا وَبَيْنَ مِصْرِهَا أَقَلُّ مِنْ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ أَوْ ثَلَاثَةُ أَيَّامٍ فَصَاعِدًا، فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ رَجَعَتْ إِلَى مِصْرِهَا سَوَاءً كَانَ بَيْنَهَا وَبَيْنَ مَقْصِدِهَا ثَلَاثَةُ أَيَّامٍ أَوْ دُونِهَا. أَمَّا إِذَا كَانَ ثَلَاثَةُ أَيَّامٍ فَظَاهِرٌ لِأَنَّ الْمُضِيَّ إِلَى مَقْصِدِهَا يَكُونُ سَفَرًا وَالرُّجُوعُ لَا يَكُونُ، وَأَمَّا إِذَا كَانَ أَقَلُّ مِنْهَا فَلَائِذَا كَمَا رَجَعَتْ صَارَتْ مُقِيمَةً، وَإِذَا مَضَتْ كَانَتْ مُسَافِرَةً مَا لَمْ تَصِلْ إِلَى الْمَقْصِدِ، فَإِذَا قَدَّرْتَ عَلَى الْإِمْتِنَاعِ مِنْ اسْتِدَامَةِ السَّفَرِ فِي الْعِدَّةِ تَعَيَّنَ ذَلِكَ عَلَيْهَا؛ وَإِنْ كَانَ الثَّانِي فَلَا يَخْلُو إِمَّا أَنْ يَكُونَ بَيْنَهَا وَبَيْنَ الْمَقْصِدِ أَيْضًا ثَلَاثَةُ أَيَّامٍ أَوْ أَقَلُّ، فَإِنْ كَانَ ثَلَاثَةُ أَيَّامٍ فَهِيَ بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَتْ رَجَعَتْ إِلَى مِصْرِهَا وَإِنْ شَاءَتْ مَضَتْ سَوَاءً كَانَ مَعَهَا وَلِيٌّ أَوْ لَمْ يَكُنْ؛ لِأَنَّ الْمَكْتَّ فِي ذَلِكَ الْمَكَانِ أَخَوْفُ عَلَيْهَا مِنَ الْخُرُوجِ لِأَنَّ وَضْعَ الْمَسْأَلَةِ فِي الْخُرُوجِ إِلَى مَكَّةَ وَغَالِبُ طَرَفِهَا مَفَازَةٌ وَمَعْطَشٌ فَلَا بُدَّ مِنَ الْخُرُوجِ. قِيلَ وَيَتَّبِعِي أَنْ تَخْتَارَ أَقْرَبَ الْجَانِبَيْنِ وَهِيَ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ كَالَّتِي أَسْلَمْتَ فِي دَارِ الْحَرْبِ لَهَا أَنْ تُهَاجِرَ مِنْ غَيْرِ مُحَرَّمٍ لِأَنَّهَا خَائِفَةٌ

على نفسها ودِينَهَا فَهَذِهِ فِي الْمَفَازَةِ كَذَلِكَ.

قَالَ الْمُصَنِّفُ (إِلَّا أَنَّ الرُّجُوعَ أَوْلَى لِيَكُونَ الْاِعْتِدَادُ فِي مَنْزِلِ الزَّوْجِ) وَإِنْ كَانَ أَقَلَّ مَضَتْ إِلَى مَقْصِدِهَا لِأَنَّهَا إِذَا مَضَتْ لَا تَكُونُ مُنْشِئَةً سَفَرًا وَلَا سَائِرَةً فِي الْعِدَّةِ مُدَّةَ السَّفَرِ، وَإِنْ رَجَعَتْ كَانَتْ مُنْشِئَةً سَفَرًا فَلِهَذَا مَضَتْ إِلَى مَقْصِدِهَا وَلَمْ يَذْكُرِ الْمُصَنِّفُ فِي الْكِتَابِ هَذَا الشَّقَّ اعْتِمَادًا عَلَى أَنَّهُ يُفْهَمُ مِنَ الشَّقِّ الْأَوَّلِ؛ لِأَنَّهُ إِذَا كَانَ الْجَانِبَانِ مُتَسَاوَيْنَيْنِ كَانَتْ بِالْخِيَارِ. فَإِذَا كَانَ أَحَدُهُمَا أَقَلَّ تَعَيَّنَ.

وَقَوْلُهُ (إِلَّا أَنْ يَكُونَ طَلَقَهَا أَوْ مَاتَ عَنْهَا فِي مِصْرٍ) اسْتِثْنَاءٌ مِنْ قَوْلِهِ إِنْ شَاءَتْ رَجَعَتْ وَإِنْ شَاءَتْ مَضَتْ: يَعْنِي أَنَّ لَهَا الْخِيَارَ فِي ذَلِكَ إِلَّا إِذَا كَانَتْ الْمَفَارِقَةُ فِي مِصْرٍ فَلَيْسَ لَهَا أَنْ تَخْرُجَ حَتَّى تَعْتَدَ، ثُمَّ تَخْرُجَ إِنْ كَانَ لَهَا مَحْرَمٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: إِنْ كَانَ مَعَهَا مَحْرَمٌ فَلَا بَأْسَ بِأَنْ تَخْرُجَ مِنَ الْمِصْرِ قَبْلَ أَنْ تَعْتَدَ لِأَنَّ نَفْسَ الْخُرُوجِ مُبَاحٌ بِالِاتِّفَاقِ دَفْعًا لِأَذَى الْعُرْبَةِ وَوَحْشَةِ الْوَحْدَةِ، وَإِنَّمَا الْحُرْمَةُ لِلْسَّفَرِ وَقَدْ ارْتَفَعَتْ بِالْمَحْرَمِ، وَإِذَا ارْتَفَعَتْ الْحُرْمَةُ عَادَ مُبَاحًا.

وَقَوْلُهُ (وَهَذَا عُذْرٌ) إِشَارَةٌ إِلَى نُكْتَةٍ أُخْرَى هِيَ أَنَّ التَّرَبُّصَ عَلَى الْمُعْتَدَةِ فِي مَنْزِلِهَا وَإِنْ كَانَ وَاجِبًا لَكِنْ يَجُوزُ لَهَا الْاِثْتِقَالُ بِعُذْرِ كَانِهِدَامِ الْمَنْزِلِ وَغَيْرِهِ، وَأَذَى الْقُرْبَةِ وَوَحْشَةِ الْوَحْدَةِ عُذْرٌ فَيَجُوزُ لَهَا الْاِثْتِقَالُ نَظَرًا إِلَى وُجُودِ الْمُقْتَضِي وَانْتِفَاءِ الْمَانِعِ وَهُوَ ارْتِفَاعُ التَّحْرِيمِ الْحَاصِلِ لِلْسَّفَرِ بِوُجُودِ الْمَحْرَمِ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الْعِدَّةَ أَمْنٌ مِنَ الْخُرُوجِ مِنْ عَدَمِ الْمَحْرَمِ لَمَّا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ وَهُوَ وَاضِحٌ.

باب ثبوت النسب

(وَمَنْ قَالَ إِنْ تَزَوَّجْتَ فَلَانْتَهَ فِيهِ طَالِقٌ فَتَزَوَّجَهَا فَوَلَدَتْ وَلَدًا لِسِتَةِ أَشْهُرٍ مِنْ يَوْمِ تَزَوَّجَهَا فَهُوَ ابْنُهُ وَعَلَيْهِ الْمَهْرُ) أَمَّا النَّسَبُ فَلَأَنَّهَا فِرَاشُهُ، لِأَنَّهَا لَمَّا جَاءَتْ بِالْوَلَدِ لِسِتَةِ أَشْهُرٍ مِنْ وَقْتِ النِّكَاحِ فَقَدْ جَاءَتْ بِهِ لِأَقَلِّ مِنْهَا مِنْ وَقْتِ الطَّلَاقِ فَكَانَ الْعُلُوقُ قَبْلَهُ فِي حَالَةِ النِّكَاحِ وَالتَّصَوُّرُ ثَابِتٌ بِأَنْ تَزَوَّجَهَا وَهُوَ يَخَالِطُهَا فَوَافَقَ الْإِنْزَالَ النِّكَاحَ وَالنَّسَبُ يُحْتَاطُ فِي إِثْبَاتِهِ، وَأَمَّا الْمَهْرُ فَلَأَنَّهُ لَمَّا ثَبَتَ النَّسَبُ مِنْهُ جُعِلَ وَاطِنًا حُكْمًا فَتَاكَدَ الْمَهْرُ بِهِ (وَيَثْبُتُ نَسَبُ وَلَدِ الْمُطَلَّاقَةِ الرَّجْعِيَّةِ إِذَا جَاءَتْ بِهِ لِسِتَتَيْنِ أَوْ أَكْثَرَ مَا لَمْ تُقَرَّ بِانْقِضَاءِ عِدَّتِهَا) لَاحْتِمَالِ الْعُلُوقِ فِي حَالَةِ الْعِدَّةِ لِحَوَازِ أَنَّهَا تَكُونُ مُمْتَدَّةَ الطَّهْرِ (وَإِنْ جَاءَتْ بِهِ لِأَقَلِّ مِنْ

سَنَتَيْنِ بَانَتٍ مِنْ زَوْجِهَا بِانْقِضَاءِ الْعِدَّةِ) وَتَبَّتْ نَسَبُهُ لَوْجُودِ الْعُلُوقِ فِي النِّكَاحِ أَوْ فِي الْعِدَّةِ فَلَا يَصِيرُ مُرَاجِعًا لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ الْعُلُوقَ قَبْلَ الطَّلَاقِ وَيَحْتَمِلُ بَعْدَهُ فَلَا يَصِيرُ مُرَاجِعًا بِالشُّكِّ (وَإِنْ جَاءَتْ بِهِ لَأَكْثَرَ مِنْ سَنَتَيْنِ كَانَتْ رَجْعَةً) لِأَنَّ الْعُلُوقَ بَعْدَ الطَّلَاقِ وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ مِنْهُ لَا نَتِيقَاءَ الزَّانَا مِنْهَا فَيَصِيرُ بِالْوَطْءِ مُرَاجِعًا.

الشرح:

(بَابُ ثُبُوتِ النَّسَبِ): لَمَّا ذَكَرَ أَنْوَاعَ الْمُعْتَدَاتِ مِنْ ذَوَاتِ الْأَقْرَاءِ وَالْأَشْهُرِ وَالْأَحْمَالِ ذَكَرَ مَا يَلْزَمُ مِنْ اعْتِدَادِ أُولَاتِ الْأَحْمَالِ وَهُوَ ثُبُوتُ النَّسَبِ فِي هَذَا الْبَابِ (وَمَنْ قَالَ إِنْ تَزَوَّجْتَ فَلَانَّةٌ فَهِيَ طَالِقٌ فَتَزَوَّجْهَا فَوَلَدَتْ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ يَوْمِ تَزَوَّجِهَا) أَيُّ مِنْ وَقْتِ تَزَوَّجِهَا لِأَنَّ الْيَوْمَ قُرْنٌ بِفَعْلٍ غَيْرِ مُمْتَدٍّ فَيَكُونُ بِمَعْنَى الْوَقْتِ: يَعْنِي مِنْ غَيْرِ زِيَادَةٍ وَلَا نُقْصَانٍ (فَهُوَ ابْنُهُ وَعَلَيْهِ الْمَهْرُ، أَمَّا النَّسَبُ فَلَا نَكْهًا فِرَاشُهُ لِأَنَّهَا لَمَّا جَاءَتْ بِالْوَلَدِ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ وَقْتِ النِّكَاحِ فَقَدْ جَاءَتْ بِهِ لِأَقَلِّ مِنْهَا مِنْ وَقْتِ الطَّلَاقِ لِأَنَّ الطَّلَاقَ مَشْرُوطٌ بِالنِّكَاحِ وَالْمَشْرُوطُ يَعْقِبُ الشَّرْطَ بِزَمَانٍ وَإِنْ لُطِفَ فَيَكُونُ الْعُلُوقُ قَبْلَهُ) أَيُّ (قَبْلَ الطَّلَاقِ فِي حَالَةِ النِّكَاحِ).

فَإِنْ قِيلَ: هَذَا نِكَاحٌ لَا يَتَصَوَّرُ فِيهِ الْوَطْءُ وَالْإِعْلَاقُ لِأَنَّهُ كَمَا تَزَوَّجَ وَقَعَ الطَّلَاقُ، وَبَدُونِ ذَلِكَ لَا يَثْبُتُ النَّسَبُ؛ أَلَا تَرَى أَنَّ نَسَبَ وَلَدٍ جَاءَتْ بِهِ امْرَأَةُ الصَّبِيِّ لَا يَثْبُتُ؛ لِذَلِكَ أَجَابَ بِقَوْلِهِ وَالتَّصَوُّرُ ثَابِتٌ بِأَنْ يُجْعَلَ كَأَنَّهُ تَزَوَّجَهَا وَهُوَ عَلَى بَطْنِهَا يُخَالِطُهَا وَالنَّاسُ يَسْمَعُونَ كَلَامَهُمَا فَيَكُونُ الْإِنْزَالُ قَدْ وَافَقَ تَمَامَ النِّكَاحِ مُقَارِنًا لِلطَّلَاقِ، لِأَنَّ الطَّلَاقَ لَا يَقَعُ إِلَّا بَعْدَ تَمَامِ الشَّرْطِ وَزَوَالِ الْفِرَاشِ حُكْمُ الطَّلَاقِ فَيَكُونُ الْعُلُوقُ حَاصِلًا قَبْلَ زَوَالِ الْفِرَاشِ ضَرُورَةً فَيَثْبُتُ النَّسَبُ.

فَإِنْ قِيلَ: هَذَا فِي غَايَةِ النَّدَرَةِ. فَكَيْفَ يُبْنَى عَلَيْهِ الْحُكْمُ؟ أَجَابَ بِقَوْلِهِ (وَالنَّسَبُ يُحْتَاطُ فِي إِثْبَاتِهِ) يَعْنِي وَإِنْ كَانَ نَادِرًا لَكِنَّ النَّسَبَ يُحْتَاطُ فِي إِثْبَاتِهِ فَيَجِبُ بِنَاؤُهُ عَلَى هَذَا النَّادِرِ، هَذَا إِذَا جَاءَتْ بِهِ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ غَيْرِ زِيَادَةٍ وَلَا نُقْصَانٍ، وَأَمَّا إِذَا وَلَدَتْ لِأَقَلِّ مِنْهَا فَلَا يَثْبُتُ النَّسَبُ لِأَنَّ عُلوْفَهُ كَانَ ثَابِتًا عَلَى النِّكَاحِ قَبْلَ ثُبُوتِ الْفِرَاشِ فَلَا يَكُونُ مِنْهُ، وَكَذَلِكَ إِنْ وَلَدَتْ لِأَكْثَرَ مِنْهَا لِأَنَّهُ حِينَ طُلِّقَتْ حَكَمْنَا بِأَنَّهُ لَا عِدَّةَ لَهَا لِأَنَّهَا مُطْلَقَةٌ قَبْلَ الدُّخُولِ وَالْخُلُوعِ، وَلَمْ يُتَيَقَّنْ بَطْلَانُ هَذَا الْحُكْمِ لِأَحْمَالِ أَنَّهُ عُلِقَ مِنْ

زَوْجٍ آخَرَ بَعْدَ الطَّلَاقِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا جَاءَتْ بِهِ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ وَقْتِ التَّزْوُجِ فَقَدْ جَاءَتْ بِالْوَلَدِ لِأَقَلِّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ وَقْتِ الطَّلَاقِ فَتَقِفْنَا بِقِيَامِ الْوَلَدِ فِي الْبَطْنِ وَقْتِ الطَّلَاقِ، فَبَعْدَ ذَلِكَ إِمَّا أَنْ يَكُونَ مِنْهُ أَوْ مِنْ غَيْرِهِ، فَجَعَلْنَا الْعُلُوقَ مِنْهُ احْتِيَاظًا لِأَمْرِ النَّسَبِ، إِذْ لَوْ جَعَلْنَاهُ مِنْ عُلُوقِ قَبْلِ النِّكَاحِ مِنْ زَوْجٍ آخَرَ وَذَلِكَ الزَّوْجُ لَيْسَ بِمَعْلُومٍ كَانَ فِيهِ إِضَاعَةُ الْوَلَدِ وَإِبْطَالُ النِّكَاحِ الْجَائِزِ وَالطَّلَاقِ الْوَاقِعِ مِنْ حَيْثُ الظَّاهِرُ وَإِحَالَةُ الْوَلَدِ إِلَى أُبْعَدِ الْأَوْقَاتِ وَذَلِكَ لَا يَحْزُرُ فَجَعَلْنَاهُ مِنْهُ، وَأَمَّا الْمَهْرُ فَلَمَّا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ وَهُوَ وَاضِحٌ، وَفِي رِوَايَةٍ عَنْ أَبِي يُوسُفَ وَهُوَ الْقِيَاسُ يَلْزِمُهُ مَهْرٌ وَنِصْفُ مَهْرٍ، أَمَّا النَّصْفُ فَلِلطَّلَاقِ قَبْلَ الدُّخُولِ وَأَمَّا الْمَهْرُ فَبِالدُّخُولِ. وَقَوْلُهُ (وَيَتَبَيَّنُ نَسَبُ وَلَدِ الْمُطْلَقَةِ الرَّجْعِيَّةِ) ظَاهِرٌ.

وَقَوْلُهُ (وَيُحْتَمَلُ بَعْدَهُ فَلَا يَصِيرُ مُرَاجِعًا بِالشَّكِّ) قِيلَ عَلَيْهِ يَتَّبَعِي أَنْ يَصِيرَ مُرَاجِعًا لِأَنَّ الْوَطْءَ هَاهُنَا حَلَالٌ فَأَحِيلَ الْعُلُوقُ إِلَى أَقْرَبِ الْأَوْقَاتِ وَهِيَ حَالَةُ الْعِدَّةِ فَتَبَيَّنَتْ بِهِ الرَّجْعَةُ. وَأُجِيبَ بِأَنْ فِي ذَلِكَ حَمْلُ أَمْرِهِ عَلَى خِلَافِ السُّنَّةِ لِأَنَّهُ يَصِيرُ مُرَاجِعًا لَهَا بِدُونِ الْإِشْهَادِ بِالْفِعْلِ، وَأُحِيلَ الْعُلُوقُ إِلَى مَا قَبْلَ الطَّلَاقِ صِبَاةً لِحَالِهِ، وَفِيهِ نَظَرٌ لِأَنَّهُ لَا يَصِحُّ حَيْثُ قَوْلُهُ فَلَا يَصِيرُ مُرَاجِعًا بِالشَّكِّ، وَإِنَّمَا يَجِبُ أَنْ يَقُولَ لَا يَصِيرُ مُرَاجِعًا لِلدَّلَالَةِ الدَّلِيلِ عَلَى كَوْنِ الْوَطْءِ قَبْلَ الطَّلَاقِ.

وَقَوْلُهُ (لَأَنَّ الْعُلُوقَ بَعْدَ الطَّلَاقِ) إِذَا الْوَلَدُ لَا يَتَقَيَّ فِي بَطْنِ أُمِّهِ أَكْثَرَ مِنْ سَتَيْنِ، وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ مِنْهُ وَإِلَّا لَزِمَ الزَّنَا، وَهُوَ مُتَّفَقٌ حَمْلًا لِحَالِهَا عَلَى الصَّلَاحِ. قِيلَ لَا يَلْزِمُ أَنَّهُ لَوْ لَمْ يَكُنْ مِنْهُ كَانَ مِنَ الزَّنَا لِحَوَازِ أَهْلِهَا تَزَوَّجَتْ بَعْدَ انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ زَوْجًا آخَرَ. لَا يُقَالُ: الْفَرَضُ فِيمَا إِذَا لَمْ تَتَزَوَّجْ. لَأَنَّا نَقُولُ: الْفَرَضُ أَنَّهُ لَمْ يَطَّأَهَا فِي الْعِدَّةِ، إِذْ لَوْ وَطَّئَهَا لَثَبَّتِ الرَّجْعَةُ مِنْ غَيْرِ تَقْدِيرِ هَذَا التَّكْلُفِ.

وَأُجِيبَ بِأَنَّهُ نَعَمْ كَذَلِكَ إِلَّا أَنَّ الْحُكْمَ بِإِنْقَاءِ نِكَاحِ الْأَوَّلِ عِنْدَ الْإِحْتِمَالِ أَسْهَلُ مِنَ الْحُكْمِ بِإِنْشَاءِ نِكَاحٍ آخَرَ فَيَجِبُ الْقَوْلُ بِهِ. قَالَ فِي النَّهَائَةِ: وَإِلَى هَذَا أَشَارَ فَخْرُ الْإِسْلَامِ فِي مَبْسُوطِهِ. وَفِيهِ نَظَرٌ لِأَنَّهُ غَيْرُ دَافِعٍ بَلْ هُوَ التَّرَامُ السُّؤَالِ. وَالصَّوَابُ فِي الْجَوَابِ أَنَّ الْمُرَادَ بِقَوْلِهِ لِإِنْشَاءِ الزَّنَا مِنْهَا لَازِمُهُ وَهُوَ تَضْيِيعُ الْوَلَدِ، فَإِنَّ الزَّنَا مَلْزُومٌ تَضْيِيعِ الْوَلَدِ فَيَكُونُ ذِكْرُ الْمَلْزُومِ وَإِرَادَةُ اللَّازِمِ وَهُوَ مَجَازٌ وَحَيْثُ يَنْدَفِعُ السُّؤَالُ، لَأَنَّا إِذَا جَعَلْنَا

الولد مِنْ نِكَاحِ شَخْصٍ آخَرَ مَجْهُولٍ بَقِيَ الْوَلَدُ ضَائِعًا فَكَأَنَّهُ قَالَ لِإِنْفَاءِ التَّضْيِيعِ مِنْهَا بِالزَّنا أَوْ بِمَا هُوَ فِي مَعْنَاهُ.

(وَالْمَبْتُوتَةُ يَثْبُتُ نَسَبُ وَلَدِهَا إِذَا جَاءَتْ بِهِ لِأَقَلِّ مِنْ سَنَتَيْنِ) لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ الْوَلَدُ قَائِمًا وَهَتْ الطَّلَاقُ فَلَا يَتَيَقَّنُ بِزَوَالِ الْفِرَاشِ قَبْلَ الْعُلُوقِ فَيَثْبُتُ النِّسَبُ احتياطًا، (فَإِنْ جَاءَتْ بِهِ لِتَمَامِ سَنَتَيْنِ مِنْ وَقْتِ الْفُرْقَةِ لَمْ يَثْبُتْ) لِأَنَّ الْحَمْلَ حَدَثَ بَعْدَ الطَّلَاقِ فَلَا يَكُونُ مِنْهُ لِأَنَّ وَطَاحًا حَرَامًا. قَالَ (إِلَّا أَنْ يَدَّعِيَهُ) لِأَنَّهُ التَّزَمَهُ. وَلَهُ وَجْهٌ بَأَنَ وَطَاحًا بِشَبْهَةِ هِيَ الْعِدَّةُ (فَإِنْ كَانَتْ الْمَبْتُوتَةُ صَغِيرَةً يُجَامَعُ مِثْلُهَا فَجَاءَتْ بِوَلَدٍ لِتِسْعَةِ أَشْهُرٍ لَمْ يَلْزَمْهُ حَتَّى تَأْتِيَ بِهِ لِأَقَلِّ مِنْ تِسْعَةِ أَشْهُرٍ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: يَثْبُتُ النِّسَبُ مِنْهُ إِلَى سَنَتَيْنِ) لِأَنَّهُا مُعْتَدَّةٌ يَحْتَمِلُ أَنْ تَكُونَ حَامِلًا وَلَمْ تُقَرَّرْ بِانْقِضَاءِ الْعِدَّةِ فَاشْبَهَتْ الْكَبِيرَةَ. وَلَهُمَا أَنْ لَانْقِضَاءِ عِدَّتِهَا جِهَةٌ مُتَعَيَّنَةٌ وَهُوَ الْأَشْهُرُ فَبِمُضِيِّهَا يَحْكُمُ الشَّرْعُ بِالانْقِضَاءِ وَهُوَ فِي الدَّلَالَةِ فَوْقَ إِقْرَارِهَا لِأَنَّهُ لَا يَحْتَمِلُ الْخِلَافَ، وَالْإِقْرَارُ يَحْتَمِلُهُ وَإِنْ كَانَتْ مُطْلَقَةً طَلَاقًا رَجْعِيًّا فَكَذَلِكَ الْجَوَابُ عِنْدَهُمَا، وَعِنْدَهُ يَثْبُتُ إِلَى سَبْعَةِ وَعِشْرِينَ شَهْرًا لِأَنَّهُ يُجْعَلُ وَاطِنًا فِي آخِرِ الْعِدَّةِ وَهِيَ الثَّلَاثَةُ الْأَشْهُرُ ثُمَّ تَأْتِي لِأَكْثَرِ مُدَّةِ الْحَمْلِ وَهُوَ سَنَتَانِ، وَإِنْ كَانَتْ الصَّغِيرَةُ ادَّعَتْ الْحَبْلَ فِي الْعِدَّةِ فَالْجَوَابُ فِيهَا وَفِي الْكَبِيرَةِ سَوَاءً، لِأَنَّ بِإِقْرَارِهَا يُحْكَمُ بِبُلُوغِهَا.

الشرح:

قَالَ (وَالْمَبْتُوتَةُ يَثْبُتُ نَسَبُ وَلَدِهَا مِنْهُ) إِذَا وَلَدَتْ الْمَبْتُوتَةُ لِأَقَلِّ مِنْ سَنَتَيْنِ يَثْبُتُ نَسَبُ وَلَدِهَا مِنْهُ لِاحْتِمَالِ أَنْ يَكُونَ الْوَلَدُ قَائِمًا وَقَدْ طُلِقَ فَلَا يُتَيَقَّنُ بِزَوَالِ الْفِرَاشِ قَبْلَ الْعُلُوقِ فَيَثْبُتُ النِّسَبُ احتياطًا، وَإِنْ وَلَدَتْ لِتَمَامِ سَنَتَيْنِ مِنْ وَقْتِ الْفُرْقَةِ لَمْ يَثْبُتْ لِأَنَّ الْحَمْلَ حَدَثَ بَعْدَ الطَّلَاقِ وَإِلَّا لَزَادَ أَكْثَرُ مُدَّةِ الْحَمْلِ عَلَى سَنَتَيْنِ وَهُوَ بَاطِلٌ (فَلَا يَكُونُ مِنْهُ لِأَنَّ وَطَاحًا حَرَامًا) وَقَوْلُهُ (إِلَّا أَنْ يَدَّعِيَهُ) اسْتِثْنَاءٌ مِنْ قَوْلِهِ لَمْ يَثْبُتْ: يَعْنِي أَنَّهُ إِنْ ادَّعَاهُ يَثْبُتُ النِّسَبُ مِنْهُ وَإِنْ جَاءَتْ بِهِ لِأَكْثَرِ مِنْ سَنَتَيْنِ، ثُمَّ هَلْ يُحْتَاجُ فِيهِ إِلَى تَصَدِيقِ الْمَرْأَةِ فِيهِ رَوَاتَانِ. وَقَوْلُهُ (لِأَنَّهُ التَّزَمَهُ) أَيُّ التَّزَمَ النِّسَبَ عِنْدَ دَعْوَاهُ (وَلَهُ وَجْهٌ شَرْعِيٌّ بِأَنَ وَطَاحًا بِشَبْهَةِ فِي الْعِدَّةِ) وَالنِّسَبُ يُحْتَاطُ فِي إِثْبَاتِهِ فَيَثْبُتُ (فَإِنْ كَانَتْ الْمَبْتُوتَةُ صَغِيرَةً يُجَامَعُ مِثْلُهَا فَجَاءَتْ بِوَلَدٍ لِتِسْعَةِ أَشْهُرٍ لَمْ يَلْزَمْهُ حَتَّى تَأْتِيَ بِهِ لِأَقَلِّ مِنْ

تِسْعَةَ أَشْهُرٍ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُ: يَثْبُتُ مِنْهُ النَّسَبُ إِلَى سِتِّينَ لَأَنَّهَا مُعْتَدَةٌ يُحْتَمَلُ أَنْ تَكُونَ حَامِلًا وَلَمْ تُقَرَّ بِانْقِضَاءِ الْعِدَّةِ فَأَشْهَتْ الْكَبِيرَةَ وَبَيَّانُ الْإِحْتِمَالِ مَا قِيلَ إِنَّ الْكَلَامَ فِي الْمَرَاهِقَةِ الْمَدْخُولِ بِهَا وَهِيَ تَحْتَمِلُ الْحَبْلَ سَاعَةً فَسَاعَةً فَيُحْتَمَلُ أَنْ تَكُونَ حَامِلًا وَقْتَ الطَّلَاقِ فَيَكُونُ انْقِضَاءُ عِدَّتِهَا بِوَضْعِ الْحَمْلِ، وَيُحْتَمَلُ أَنَّهَا حَمَلَتْ بَعْدَ انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ بِثَلَاثَةِ أَشْهُرٍ، وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ كَانَتْ كَالْبَالِغَةِ إِذَا لَمْ تُقَرَّ بِانْقِضَاءِ الْعِدَّةِ يَثْبُتُ نَسَبُ وَلَدِهَا إِلَى سِتِّينَ، وَإِنَّمَا قَالَ وَلَمْ يُقَرَّ بِانْقِضَاءِ الْعِدَّةِ لَأَنَّهَا إِذَا أَقَرَّتْ بِانْقِضَاءِ الْعِدَّةِ بِثَلَاثَةِ أَشْهُرٍ ثُمَّ جَاءَتْ بِالْوَلَدِ لِأَقَلِّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ وَقْتِ الْإِقْرَارِ يَثْبُتُ النَّسَبُ لظُهُورِ بُطْلَانِ إِقْرَارِهَا فَصَارَتْ كَأَنَّهَا لَمْ تُقَرَّ بِانْقِضَائِهَا فَيَثْبُتُ النَّسَبُ (وَلَهُمَا أَنْ لَا يُنْقِضَ عِدَّتُهَا جِهَةً مُتَعَيَّنَةً وَهِيَ الْأَشْهُرُ) لِأَنَّا عَرَفْنَاهَا صَغِيرَةً بَيِّقِينَ، وَمَا عُرِفَ كَذَلِكَ لَا يُحْكَمُ بِزَوَالِهِ بِالْإِحْتِمَالِ فَيَمْضِيهَا يَحْكُمُ الشَّرْعُ بِالْانْقِضَاءِ أَقَرَّتْ بِهِ أَوْ لَمْ تُقَرَّ (وَهُوَ) أَيُّ حُكْمِ الشَّرْعِ فِي الدَّلَالَةِ فَوْقَ إِقْرَارِهَا لِأَنَّهُ لَا يُحْتَمَلُ الْخِلَافُ وَالْإِقْرَارُ يَحْتَمِلُهُ، فَلَوْ أَقَرَّتْ بِانْقِضَاءِ الْعِدَّةِ ثُمَّ وَلَدَتْ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ لَمْ يَثْبُتِ النَّسَبُ، فَكَذَا إِذَا حَكَمَ الشَّرْعُ بِالْمُضِيِّ. وَاعْتَرَضَ بِالْكَبِيرَةِ الْمُتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجُهَا فَإِنَّ لَا يُنْقِضَ عِدَّتُهَا جِهَةً مُتَعَيَّنَةً، وَهِيَ مُضِيُّ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ وَعَشْرٍ مَا لَمْ يَكُنِ الْحَبْلُ ظَاهِرًا، ثُمَّ هُنَاكَ يَثْبُتُ النَّسَبُ إِلَى سِتِّينَ عِنْدَ عِلْمَائِنَا الثَّلَاثَةِ، وَلَا يُحْكَمُ بِالْانْقِضَاءِ بِالْأَشْهُرِ هُنَاكَ لِإِحْتِمَالِ الْانْقِضَاءِ بِالْوَضْعِ فَمَا بَالُ مَا نَحْنُ فِيهِ لَمْ يَكُنْ كَذَلِكَ. وَالْجَوَابُ سَيَأْتِي عِنْدَ قَوْلِهِ إِلَّا أَنَا نَقُولُ: لَا يُنْقِضَ عِدَّتُهَا جِهَةً أُخْرَى (وَإِنْ كَانَتْ) الصَّغِيرَةُ (مُطْلَقَةً طَلَاقًا رَجْعِيًّا فَكَذَلِكَ الْجَوَابُ عِنْدَهُمَا) أَيُّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ: يَعْنِي إِنْ وَلَدَتْ لِأَقَلِّ مِنْ تِسْعَةِ أَشْهُرٍ ثَبَتَ النَّسَبُ وَإِلَّا فَلَا (وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ يَثْبُتُ النَّسَبُ إِلَى سَبْعَةٍ وَعِشْرِينَ شَهْرًا لِأَنَّهُ يُجْعَلُ وَاطِّاقًا فِي آخِرِ الْعِدَّةِ وَهِيَ: ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ ثُمَّ تَأْتِي بِهِ لِأَكْثَرِ مُدَّةِ الْحَمْلِ وَهُوَ سِتَّتَانِ، وَإِنْ كَانَتْ الصَّغِيرَةُ ادَّعَتْ الْحَبْلَ فِي الْعِدَّةِ فَالْجَوَابُ فِيهَا وَفِي الْكَبِيرَةِ سَوَاءٌ) لِأَنَّهَا أَعْرِفُ بِأَمْرِ عِدَّتِهَا فَيُحْكَمُ بِإِقْرَارِهَا بِبُلُوغِهَا فَيَثْبُتُ نَسَبُ وَلَدِهَا لِأَقَلِّ مِنْ سِتِّينَ فِي الطَّلَاقِ الْبَائِنِ وَلِأَقَلِّ مِنْ سَبْعَةٍ وَعِشْرِينَ شَهْرًا فِي الرَّجْعِيِّ.

(وَيَثْبُتُ نَسَبُ وَلَدِ الْمُتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجُهَا مَا بَيْنَ الْوَفَاةِ وَبَيْنَ السِتِّينَ) وَقَالَ زُفَرٌ:

إِذَا جَاءَتْ بِهِ بَعْدَ انْقِضَاءِ عِدَّةِ الْوَفَاةِ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ لَا يَثْبُتُ النَّسَبُ لِأَنَّ الشَّرْعَ حَكَمَ بِانْقِضَاءِ عِدَّتِهَا بِالشُّهُورِ لِتَعَيِّنِ الْجِهَةَ فَصَارَ كَمَا إِذَا أَقَرَّتْ بِالْانْقِضَاءِ كَمَا بَيْنَا فِي الصَّغِيرَةِ إِلَّا أَنَّا نَقُولُ لَانْقِضَاءِ عِدَّتِهَا جِهَةً أُخْرَى وَهُوَ وَضْعُ الْحَمْلِ، بِخِلَافِ الصَّغِيرَةِ لِأَنَّ الْأَصْلَ فِيهَا عَدَمُ الْحَمْلِ لَيْسَتْ بِمَحَلٍّ قَبْلَ الْبُلُوغِ وَفِيهِ شَكٌّ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَيَثْبُتُ نَسَبُ وَلَدِ الْمُتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجُهَا) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (إِلَّا أَنَّا نَقُولُ لَانْقِضَاءِ عِدَّتِهَا جِهَةً أُخْرَى) حَاصِلُهُ أَنَّ فِي كُلِّ مِنَ الْحَامِلِ وَالصَّغِيرَةِ أُمُضِيْنَا الْحُكْمَ عَلَى الْأَصْلِ، وَلَكِنْ الْأَصْلُ فِي الْمَوْضِعَيْنِ قَدْ اخْتَلَفَ فَلِذَلِكَ اخْتَلَفَ الْحُكْمُ الَّذِي بُنِيَ عَلَيْهِ أَيْضًا، وَذَلِكَ لِأَنَّ الْأَصْلَ فِي الْكَبِيرَةِ الْإِحْبَالُ فَلَمْ يُعْتَبَرْ فِي حَقِّهَا تَعَيُّنُ جِهَةِ الْعِدَّةِ بِالشُّهُورِ، وَالْأَصْلُ فِي الصَّغِيرَةِ عَدَمُ الْإِحْبَالِ فَلِذَلِكَ اعْتَبَرْنَا فِي حَقِّهَا تَعَيُّنُ جِهَةِ الْعِدَّةِ بِالشُّهُورِ. لَا يُقَالُ: الْأَصْلُ فِي الْكَبِيرَةِ أَيْضًا عَدَمُ الْإِحْبَالِ. لِأَنَّا نَقُولُ: ذَلِكَ فِي حَقِّ غَيْرِ الْمُنْكَوْحَةِ، فَأَمَّا النِّكَاحُ فَلَا يُعْقَدُ إِلَّا بِالْإِحْبَالِ. وَقَوْلُهُ (وَفِيهِ) أَيِ فِي الْبُلُوغِ (شَكٌّ) وَالصَّغُرُ كَانَ ثَابِتًا بَيِّنِينَ فَلَا يَزُولُ بِالشَّكِّ.

(وَإِذَا اعْتَرَفَتِ الْمُعْتَدَّةُ بِانْقِضَاءِ عِدَّتِهَا ثُمَّ جَاءَتْ بِالْوَلَدِ لِأَقَلِّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ يَثْبُتُ نَسَبُهُ) لِأَنَّهُ ظَهَرَ كَذِبُهَا بَيِّنِينَ فَبُطِلَ الْإِقْرَارُ (وَأِنْ جَاءَتْ بِهِ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ لَمْ يَثْبُتْ) لِأَنَّا لَمْ نَعْلَمْ بِبُطْلَانِ الْإِقْرَارِ لِحَتْمَالِ الْحُدُوثِ بَعْدَهُ، وَهَذَا اللَّفْظُ بِإِطْلَاقِهِ يَتَنَاولُ كُلَّ مُعْتَدَّةٍ.

الشرح:

(وَإِذَا اعْتَرَفَتِ الْمُعْتَدَّةُ بِانْقِضَاءِ عِدَّتِهَا ثُمَّ جَاءَتْ بِوَلَدٍ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (وَهَذَا اللَّفْظُ) إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ فَإِذَا اعْتَرَفَتِ الْمُعْتَدَّةُ (بِإِطْلَاقِهِ) حَيْثُ لَمْ يُقَيَّدْ بِمُعْتَدَّةٍ دُونَ أُخْرَى (يَتَنَاولُ كُلَّ مُعْتَدَّةٍ) يَعْنِي كَانَتْ مُعْتَدَّةً مِنْ طَلَاقٍ رَجْعِيٍّ أَوْ بَائِنٍ بِالشُّهُورِ أَوْ بِالْحَيْضِ. قِيلَ ذَكَرَ الْمَرْغِينَانِيُّ وَقَاضِي خَانَ أَنَّ الْآيَةَ لَوْ أَقَرَّتْ بِانْقِضَاءِ عِدَّتِهَا ثُمَّ جَاءَتْ بِوَلَدٍ لِأَقَلِّ مِنْ سِتَّتَيْنِ ثَبَتَ نَسَبُ وَلَدِهَا فَلَمْ يَتَنَاولْ كُلَّ مُعْتَدَّةٍ إِلَّا أَنَّ يُؤَوَّلُ كُلُّ مُعْتَدَّةٍ غَيْرِ الْآيَةِ، وَهَذَا مُخَالَفٌ لِمَا نُقِلَ عَنِ الْإِمَامِ فَخْرِ الْإِسْلَامِ وَغَيْرِهِ فِي شُرُوحِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ أَنَّ الْآيَةَ إِذَا أَقَرَّتْ بِانْقِضَاءِ الْعِدَّةِ مُفَسَّرَةٌ بِثَلَاثَةِ أَشْهُرٍ أَوْ مُطْلَقًا فِي مُدَّةٍ تَصْلُحُ لثَلَاثَةِ أَفْرَاءٍ ثُمَّ وَلَدَتْ لِأَقَلِّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ وَقْتِ الْإِقْرَارِ يَثْبُتُ لِلنَّسَبِ وَإِلَّا فَلَا..

(وَإِذَا وَلَدَتْ الْمُعْتَدَّةُ وَلَدًا لَمْ يَثْبُتْ نَسَبُهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ إِلَّا أَنْ يَشْهَدَ بِوِلَادَتِهَا رَجُلَانِ أَوْ رَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ إِلَّا أَنْ يَكُونَ هُنَاكَ حَبْلٌ ظَاهِرٌ أَوْ اعْتِرَافٌ مِنْ قَبْلِ الزَّوْجِ فَيُثْبِتُ النِّسْبُ مِنْ غَيْرِ شَهَادَةٍ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: يَثْبُتُ فِي الْجَمِيعِ بِشَهَادَةِ امْرَأَةٍ وَاحِدَةٍ) لِأَنَّ الْفِرَاشَ قَائِمٌ بِقِيَامِ الْعِدَّةِ وَهُوَ مُلْزِمٌ لِلنِّسْبِ وَالْحَاجَةُ إِلَى تَعْيِينِ الْوَلَدِ أَنَّهُ مِنْهَا فَيَتَعَيَّنُ بِشَهَادَتِهَا كَمَا فِي حَالِ قِيَامِ النِّكَاحِ.

وَلَأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الْعِدَّةَ تَنْقُضِي بِإِقْرَارِهَا بَوَاضِ الْحَمْلِ، وَالْمُنْقُضِي لَيْسَ بِحُجَّةٍ فَمَسَّتِ الْحَاجَةَ إِلَى إِثْبَاتِ النِّسْبِ ابْتِدَاءً فَيُشْتَرَطُ كَمَالُ الْحُجَّةِ، بِخِلَافِهِ مَا إِذَا كَانَ ظَهَرَ الْحَبْلُ أَوْ صَدَرَ الْاعْتِرَافُ مِنَ الزَّوْجِ لِأَنَّ النِّسْبَ ثَابِتٌ قَبْلَ الْوِلَادَةِ وَالتَّعْيِينُ يَثْبُتُ بِشَهَادَتِهَا (فَإِنْ كَانَتْ مُعْتَدَّةً عَنْ وَفَاءٍ فَصَدَّقَهَا الْوَرِثَةُ فِي الْوِلَادَةِ وَلَمْ يَشْهَدْ عَلَى الْوِلَادَةِ أَحَدٌ فَهُوَ ابْنُهُ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا) وَهَذَا فِي حَقِّ الْإِرْثِ ظَاهِرٌ لِأَنَّهُ خَالِصٌ حَقُّهُمْ فَيُقْبَلُ فِيهِ تَصْدِيقُهُمْ، أَمَّا فِي حَقِّ النِّسْبِ هَلْ يَثْبُتُ فِي حَقِّ غَيْرِهِمْ. قَالُوا: إِذَا كَانُوا مِنْ أَهْلِ الشَّهَادَةِ يَثْبُتُ لِقِيَامِ الْحُجَّةِ وَلِهَذَا قِيلَ: تُشْتَرَطُ لَفْظَةُ الشَّهَادَةِ، وَقِيلَ لَا تُشْتَرَطُ لِأَنَّ الثُّبُوتَ فِي حَقِّ غَيْرِهِمْ تَبَعَ لِلثُّبُوتِ فِي حَقِّهِمْ بِإِقْرَارِهِمْ، وَمَا ثَبَتَ تَبَعًا لَا يُرَاعَى فِيهِ الشَّرَاطُ.

الشرح:

قَالَ (وَإِذَا وَلَدَتْ الْمُعْتَدَّةُ وَلَدًا) إِذَا وَلَدَتْ الْمُعْتَدَّةُ عَنْ طَلَاقٍ بَائِنٍ أَوْ رَجْعِيٍّ وَلَدًا وَقَدْ أُنْكَرَهُ الزَّوْجُ لَمْ يَثْبُتْ نَسَبُهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ مَا لَمْ يَشْهَدْ بِوِلَادَتِهَا رَجُلَانِ أَوْ رَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ إِلَّا أَنْ يَكُونَ هُنَاكَ حَبْلٌ ظَاهِرٌ أَوْ اعْتِرَافٌ مِنَ قَبْلِ الزَّوْجِ فَيُثْبِتُ النِّسْبُ بِلا شَهَادَةٍ، وَقَالَا: يَثْبُتُ فِي جَمِيعِ ذَلِكَ بِشَهَادَةِ امْرَأَةٍ وَاحِدَةٍ لِأَنَّ الْفِرَاشَ وَهُوَ تَعْيِينُ الْمَرْأَةِ لِمَاءِ الزَّوْجِ بَحِيثٌ يَثْبُتُ مِنْهُ نَسَبُ كُلِّ وَلَدٍ تَلَدَهُ قَائِمٌ بِقِيَامِ الْعِدَّةِ وَهُوَ أَيُّ قِيَامِ الْفِرَاشِ (مُلْزِمٌ لِلنِّسْبِ) فَلَا حَاجَةَ إِلَى إِثْبَاتِهِ (و) إِنَّمَا (الْحَاجَةُ إِلَى تَعْيِينِ الْوَلَدِ) وَهُوَ يَحْصُلُ بِشَهَادَةِ امْرَأَةٍ وَاحِدَةٍ كَمَا فِي حَالِ قِيَامِ النِّكَاحِ أَوْ بظُهُورِ الْحَبْلِ أَوْ إِقْرَارِ الزَّوْجِ، وَلَأَبِي حَنِيفَةَ الْقَوْلُ بِالْمُوجِبِ: يَعْنِي سَلَمْنَا أَنَّ الْفِرَاشَ يَكُونُ قَائِمًا بِقِيَامِ الْعِدَّةِ وَلَكِنَّ الْعِدَّةَ هَاهُنَا لَيْسَتْ بِقَائِمَةٍ (لَأَنَّهَا تَنْقُضِي بِإِقْرَارِهَا بَوَاضِ الْحَمْلِ وَالْمُنْقُضِي لَا يَصْلُحُ حُجَّةً فَمَسَّتِ الْحَاجَةَ إِلَى إِثْبَاتِ النِّسْبِ ابْتِدَاءً بِالْقَضَاءِ فَيُشْتَرَطُ كَمَالُ الْحُجَّةِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ النِّكَاحُ قَائِمًا أَوْ الْحَبْلُ ظَاهِرًا أَوْ الْاعْتِرَافُ بِهِ مِنَ الزَّوْجِ صَادِرًا لِأَنَّ

النَّسَبُ إِذْ ذَاكَ ثَابِتٌ قَبْلَ الْوِلَادَةِ فَلَا يُحْتَاجُ إِلَى إِثْبَاتِهِ، وَإِنَّمَا الْحَاجَةُ إِلَى التَّعْيِينِ، وَذَلِكَ (يُثْبِتُ بِشَهَادَتِهَا) قِيلَ لَا يَحِلُّ نَظَرُ الرَّجُلِ إِلَى الْعَوْرَةِ فَمَا وَجْهُ اشْتِرَاطِ شَهَادَةِ الرَّجَالِ؟ وَأُجِيبَ بِأَنَّ النَّظَرَ لَا يَلْزَمُ، بَلْ إِذَا دَخَلَتْ بَيْنَا بَيْنَ الشُّهُودِ وَهُمْ يَعْلَمُونَ أَنَّ لَيْسَ فِيهِ غَيْرُهَا ثُمَّ خَرَجَتْ مَعَ الْوَلَدِ كَفَى لِحَوَازِ أَدَاءِ الشَّهَادَةِ.

وَإِذَا وَلَدَتْ الْمُعْتَدَةُ عَنْ وَفَاةٍ قَبْلَ تَمَامِ سَنَتَيْنِ وَلَدًا فَصَدَّقَهَا أَيُّ أَقْرَبٍ بِهِ جَمِيعُ الْوَرِثَةِ أَوْ جَمَاعَةٌ مِنْهُمْ يُقْطَعُ الْحُكْمُ بِشَهَادَتِهِمْ كَرَجُلَيْنِ أَوْ رَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ مِنْهُمْ (فَهُوَ ابْنُهُ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا) وَهَذَا فِي حَقِّ الْإِرْثِ ظَاهِرٌ لِأَنَّهُ خَالِصُ حَقِّهِمْ فَيُقْبَلُ فِيهِ تَصْدِيقُهُمْ (أَمَّا فِي حَقِّ النَّسَبِ) بِالنَّسَبِ إِلَى غَيْرِهِمْ (فَهَلْ يَثْبُتُ أَوْ لَا؟) قَالُوا: إِذَا كَانُوا مِنْ أَهْلِ الشَّهَادَةِ كَمَا ذَكَرْنَا وَهُمْ عُذُولٌ (يُثْبِتُ لِقِيَامِ الْحُجَّةِ) وَلِهَذَا قِيلَ يُشْتَرَطُ لَفْظَةُ الشَّهَادَةِ، وَقِيلَ لَا يُشْتَرَطُ لِأَنَّ الثُّبُوتَ فِي حَقِّ غَيْرِهِمْ تَبَعٌ لِلثُّبُوتِ فِي حَقِّهِمْ لِإِقْرَارِهِمْ، وَمَا يَثْبُتُ تَبَعًا لَا يُرَاعَى فِيهِ الشَّرَاطُ كَالْعَبْدِ مَعَ الْمَوْلَى وَالْجُنْدِيِّ مَعَ السُّلْطَانِ فِي حَقِّ الْإِقَامَةِ.

(وَإِذَا تَزَوَّجَ الرَّجُلُ امْرَأَةً فَجَاءَتْ بِوَلَدٍ لِأَقَلِّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مُنْذُ يَوْمِ تَزَوُّجِهَا لَمْ يَثْبُتْ نَسَبُهُ) لِأَنَّ الْعُلُوقَ سَابِقَ عَلَى النِّكَاحِ فَلَا يَكُونُ مِنْهُ (وَإِنْ جَاءَتْ بِهِ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ فَصَاعِدًا يَثْبُتْ نَسَبُهُ مِنْهُ اعْتَرَفَ بِهِ الزَّوْجُ أَوْ سَكَتَ) لِأَنَّ الْفِرَاشَ قَائِمٌ وَالْمُدَّةُ تَامَةً (فَإِنْ جَحَدَ الْوِلَادَةَ يَثْبُتُ بِشَهَادَةِ امْرَأَةٍ وَاحِدَةٍ تَشْهَدُ بِالْوِلَادَةِ حَتَّى لَوْ نَفَاهُ الزَّوْجُ يُلَاعِنُ) لِأَنَّ النَّسَبَ يَثْبُتُ بِالْفِرَاشِ الْقَائِمِ، وَاللِّعَانُ إِنَّمَا يَجِبُ بِالْقَذْفِ وَلَيْسَ مِنْ ضَرُورَتِهِ وَجُودُ الْوَلَدِ فَإِنَّهُ يَصِحُّ بِدُونِهِ (فَإِنْ وَلَدَتْ ثُمَّ اخْتَلَفَا فَقَالَ الزَّوْجُ: تَزَوَّجْتُكَ مُنْذُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا وَهُوَ ابْنُهَا) لِأَنَّ الظَّاهِرَ شَاهِدٌ لَهَا فَإِنَّهَا تَلِدُ ظَاهِرًا مِنْ نِكَاحٍ لَا مِنْ سِفَاحٍ وَلَمْ يَذْكَرِ الِاسْتِحْلَافُ وَهُوَ عَلَى الْاِخْتِلَافِ.

الشرح:

قَوْلُهُ وَإِذَا تَزَوَّجَ الرَّجُلُ امْرَأَةً (ظَاهِرٌ قَوْلُهُ وَاللِّعَانُ إِنَّمَا يَجِبُ بِالْقَذْفِ) جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ اللَّعَانُ هَاهُنَا إِنَّمَا يَجِبُ بِنَفْيِ الْوَلَدِ وَالْوَلَدُ يَثْبُتُ بِشَهَادَةِ الْقَابِلَةِ فَيَكُونُ اللَّعَانُ ثَابِتًا بِشَهَادَةِ الْقَابِلَةِ، وَهُوَ لَا يَجُوزُ لِأَنَّ اللَّعَانَ فِي مَعْنَى الْحَدِّ وَالْحَدُّ لَا يَثْبُتُ بِشَهَادَةِ النِّسَاءِ. وَوَجْهُهُ أَنَّ اللَّعَانَ يَجِبُ بِالْقَذْفِ وَالْقَذْفُ مَوْجُودٌ؛ لِأَنَّ قَوْلَهُ لَيْسَ مِنِّي قَذْفٌ لَهَا

بِالرُّنَا مَعْنَى، وَالْقَذْفُ لَا يَسْتَلْزِمُ وَجُودَ الْوَلَدِ فَإِنَّهُ يَصِحُّ بِدُونِهِ فَلَمْ يُعْتَبَرِ الْوَلَدُ الثَّابِتُ
بِشَهَادَةِ الْقَابِلَةِ وَإِنَّمَا أُضِيفَ اللَّعَانُ إِلَى الْقَذْفِ مُجَرَّدًا عَنْهُ (فَإِنْ وَلَدَتْ) الْمَرْأَةُ (ثُمَّ)
اخْتَلَفَا فَقَالَ الزَّوْجُ تَزَوَّجْتُكَ مُنْذُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ وَقَالَتْ مُنْذُ سِتَّةِ أَشْهُرٍ فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا
لَأَنَّ الظَّاهِرَ شَاهِدٌ لَهَا فَإِنَّهَا تَلِدُ ظَاهِرًا مِنْ نِكَاحٍ لَا مِنْ سِفَاحٍ).

وَاعْتَرَضَ بَوَجهَيْنِ: أَحَدُهُمَا أَنَّ الْمَرْأَةَ تُسْنَدُ الْعُلُوقَ إِلَى زَمَانٍ سَابِقٍ وَالزَّوْجُ يُنْكِرُهُ
فَيَكُونُ الْقَوْلُ قَوْلُهُ، وَالثَّانِي أَنَّ الظَّاهِرَ شَاهِدٌ لَهُ أَيْضًا لَأَنَّ النِّكَاحَ حَادِثٌ وَالْأَصْلُ فِي
الْحَوَادِثِ أَنْ تُضَافَ إِلَى أَقْرَبِ الْأَوْقَاتِ.

وَأُجِيبَ عَنِ الْأَوَّلِ بَأَنَّهُ مُعَارَضٌ بِأَنَّ الزَّوْجَ يَدَّعِي إِسْنَادَ الْعُلُوقِ إِلَى زَمَانٍ يَسْبِقُ
النِّكَاحَ وَهِيَ تُنْكِرُ فَيَكُونُ الْقَوْلُ قَوْلُهَا، وَعَنِ الثَّانِي بِأَنَّ النِّسْبَ مِمَّا يُحْتَاطُ فِي إِنْبَاتِهِ؛
فَإِذَا تَعَارَضَ الظَّاهِرَانِ فِيهِ تَرَجَّحَ الْمُثْبِتُ. عَلَى أَنَّ ظَاهِرَ حَالِهَا يَتَأَيَّدُ بِظَاهِرِ حَالِهِ مِنْ
حَيْثُ إِنَّهُ لَا يُبَاشِرُ النِّكَاحَ بِصِفَةِ الْفَسَادِ فَإِنْ نِكَاحَ الْحُبْلَى فَاسِدٌ وَهَلْ تَحْرُمُ عَلَى الزَّوْجِ
بِهَذَا الْكَلَامِ؟ يَتَّبِعِي أَنْ لَا تَحْرُمَ. فَإِنْ قِيلَ: يَجِبُ أَنْ تَحْرُمَ لَأَنَّ هَذَا إِقْرَارٌ مِنْهُ بِتَزَوُّجِهِ
وَهِيَ حُبْلَى فَصَارَ كَمَا إِذَا ادَّعَى أَنَّهُ تَزَوَّجَهَا بِغَيْرِ شُهُودٍ. أُجِيبَ بِالْفَرْقِ بَيْنَهُمَا مِنْ
وَجْهَيْنِ:

أَحَدُهُمَا أَنَّ النِّكَاحَ بِغَيْرِ شُهُودٍ فَاسِدٌ لَا مَحَالَةَ وَنِكَاحُ الْحُبْلَى لَيْسَ كَذَلِكَ لِحَوَازِ
أَنْ يَكُونَ الْحَمْلُ مِنَ الرُّنَا.

وَالثَّانِي أَنَّهُ وَإِنْ أَقَرَّ بِالْحُرْمَةِ إِلَّا أَنَّ الشَّرْعَ كَذَّبَهُ فِي ذَلِكَ حَيْثُ أُثْبِتَ النِّسْبُ مِنْهُ
وَالْإِقْرَارُ إِذَا قَابَلَهُ تَكْذِيبٌ مِنْ جِهَةِ الشَّرْعِ يَطْلُ. وَقَوْلُهُ (وَلَمْ يَذْكُرِ الْاِسْتِحْلَافَ وَهُوَ
عَلَى الْاِخْتِلَافِ) يَعْنِي الْاِخْتِلَافَ الْمَذْكُورَ فِي الْأَشْيَاءِ السِّتَةِ.

(وَإِنْ قَالَ لَامْرَأَتِهِ إِذَا وَلَدَتْ وَلَدًا فَأَنْتِ طَالِقٌ فَشَهِدَتْ امْرَأَةٌ عَلَى الْوِلَادَةِ لَمْ تَطْلُقْ
عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: تَطْلُقُ) لَأَنَّ شَهَادَتَهَا حُجَّةٌ فِي ذَلِكَ. قَالَ عَلَيْهِ
الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «شَهَادَةُ النِّسَاءِ جَائِزَةٌ فِيمَا لَا يَسْتَطِيعُ الرِّجَالُ النَّظَرَ إِلَيْهِ» ^(١) وَلِأَنَّهَا لَمَّا
قَبِلَتْ فِي الْوِلَادَةِ تَقْبَلُ فِيمَا يَبْتَنِي عَلَيْهَا وَهُوَ الطَّلَاقُ وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهَا ادَّعَتْ الْحِنْثَ فَلَا
يُثْبِتُ إِلَّا بِحُجَّةٍ تَامَةٍ، وَهَذَا لَأَنَّ شَهَادَتَهُنَّ ضَرْوِيَّةٌ فِي حَقِّ الْوِلَادَةِ فَلَا تَظْهَرُ فِي حَقِّ

(١) قَالَ الزَّيْلَعِيُّ فِي نَسَبِ الرَّايَةِ (٣/٣٨٥): غَرِيبٌ.

الطَّلَاقِ لِأَنَّهُ يَنْفَكُ عَنْهَا (وَإِنْ كَانَ الزَّوْجُ قَدْ أَقَرَّ بِالْحَبْلِ طَلَّقَتْ مِنْ غَيْرِ شَهَادَةٍ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَعِنْدَهُمَا تَشْتَرِطُ شَهَادَةُ الْقَابِلَةِ) لِأَنَّهُ لَا بُدَّ مِنْ حُجَّةٍ لِدَعْوَاهَا الْحِنْتُ، وَشَهَادَتُهَا حُجَّةٌ فِيهِ عَلَى مَا بَيَّنَّا. وَلَهُ أَنْ الْإِقْرَارَ بِالْحَبْلِ إِقْرَارٌ بِمَا يُفْضِي إِلَيْهِ وَهُوَ الْوِلَادَةُ، وَلِأَنَّهُ أَقَرَّ بِكَوْنِهَا مُؤْتَمَنَةً فَيُقْبَلُ قَوْلُهَا فِي رَدِّ الْأَمَانَةِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِذَا قَالَ لَامْرَأَتِهِ إِذَا وَلَدْتَ فَأَلْتَ طَالِقٌ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (فِيمَا يُبَيِّنُ عَلَيْهَا وَهُوَ الطَّلَاقُ) يَعْنِي أَنَّ الطَّلَاقَ حُكْمٌ مُتَعَلِّقٌ بِالْوِلَادَةِ، وَشَهَادَةُ الْقَابِلَةِ حُجَّةٌ فِي إِثْبَاتِ الْوِلَادَةِ فَكَذَلِكَ فِيمَا يَتَعَلَّقُ بِهَا ضِمْنًا وَكَمْ مِنْ شَيْءٍ يُثْبِتُ ضِمْنًا وَلَا يُثْبِتُ قَصْدًا (وَلَأَبِي حَنِيفَةَ أَنْ دَعْوَاهَا لَيْسَتْ الطَّلَاقُ حَتَّى يُثْبِتَ فِي ضِمْنِ الْوِلَادَةِ بِشَهَادَتِهَا)، وَإِنَّمَا دَعْوَاهَا حِنْتُ فِي يَمِينِهِ وَالْحِنْتُ لَيْسَ مِنْ ضَرُورَاتِ الْوِلَادَةِ فَلَا يُثْبِتُ إِلَّا بِحُجَّةٍ كَامِلَةٍ. سَلَّمْنَا أَنَّ دَعْوَاهَا الطَّلَاقُ لَكِنْ لَا يُمَكِّنُ إِثْبَاتُهَا بِشَهَادَتِهَا ضِمْنًا لِأَنَّ شَهَادَتَهُنَّ ضَرُورِيَّةٌ فِي حَقِّ الْوِلَادَةِ لَعَدَمِ حُصُولِ الرِّجَالِ عِنْدَهَا فَلَا تَظْهَرُ فِي حَقِّ الطَّلَاقِ لِأَنَّهُ يَنْفَكُ عَنْهَا. وَلِقَائِلُ أَنْ يَقُولَ: كَلَامُنَا فِي الطَّلَاقِ الْمُتَعَلِّقُ بِالْوِلَادَةِ وَالْمُتَعَلِّقُ بِالشَّيْءِ لَا يَزِمُ مِنْ لَوَازِمِهِ وَالْوِلَادَةُ تُثْبِتُ بِشَهَادَتِهَا وَالشَّيْءُ إِذَا ثَبَتَ ثَبَتَ بِجَمِيعِ لَوَازِمِهِ وَقَوْلُهُ (وَإِنْ كَانَ الزَّوْجُ قَدْ أَقَرَّ بِالْحَبْلِ) يَعْنِي إِذَا أَقَرَّ الزَّوْجُ بِالْحَبْلِ ثُمَّ عَلِقَ طَلَقَهَا بِالْوِلَادَةِ فَقَالَتْ الْمَرْأَةُ وَلَدْتُ وَكَذَّبَهَا الزَّوْجُ فَإِنَّ الطَّلَاقَ يَقَعُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ خِلَافًا لَهَا.

وَعَلَى هَذَا الْاِخْتِلَافِ إِذَا كَانَ الْحَبْلُ ظَاهِرًا ثُمَّ عَلِقَ الطَّلَاقُ. لَهَا أَنَّهَا إِذَا ادَّعَتْ الْحِنْتَ فَلَا بُدَّ لَهَا مِنْ حُجَّةٍ وَشَهَادَتِهَا فِيهِ حُجَّةٌ عَلَى مَا بَيَّنَّا فِي الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى (وَلَهُ أَنْ الْإِقْرَارَ بِالْحَبْلِ إِقْرَارٌ بِمَا يُفْضِي إِلَيْهِ الْحَبْلُ وَهُوَ الْوِلَادَةُ) وَلِأَنَّ إِقْرَارَهُ بِحَبْلِهَا إِقْرَارٌ بِكَوْنِهَا مُؤْتَمَنَةً وَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُؤْتَمَنِ فِي دَعْوَى رَدِّ الْأَمَانَةِ، وَهَذَا يُرْشِدُكَ إِلَى أَنَّ وُجُودَ الشَّرْطِ إِنَّمَا يَسْتَلْزِمُ وُجُودَ الْجَزَاءِ عِنْدَهُ إِذَا كَانَ وُجُودَ الشَّرْطِ بِدَلِيلٍ يُمَكِّنُ أَنْ يَكُونَ دَلِيلًا عَلَى الْجَزَاءِ عِنْدَ انْفِرَادِهِ عَنِ الشَّرْطِ، وَالْإِقْرَارُ كَذَلِكَ، بِخِلَافِ شَهَادَةِ الْقَابِلَةِ فِي الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى فَتَلَمَّحُ مِنْهُ جَوَابُ الْإِعْتِرَاضِ هُنَاكَ.

قَالَ (وَأَكْثَرُ مَدَّةِ الْحَمْلِ سَنَتَانِ) لِقَوْلِ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا الْوَلَدُ لَا يَبْقَى فِي الْبَطْنِ أَكْثَرَ مِنْ سَنَتَيْنِ وَلَوْ بِظِلِّ مِغْرَلٍ (وَأَقْلَهُ سِتُّ أَشْهُرٍ) لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَحَمْلُهُ﴾

وَفَصَّلَهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا ﴿[الاحتفاف: ١٥] ثُمَّ قَالَ ﴿وَفَصَّلَهُ فِي عَامَيْنِ﴾ [القمان: ١٤] فَبَقِيَ
لِلْحَمْلِ سِتَّةَ أَشْهُرٍ وَالشَّافِعِيُّ يُقَدِّرُ الْأَكْثَرَ بِأَرْبَعِ سِنِينَ، وَالْحَجَّهٌ عَلَيْهِ مَا رَوَيْنَاهُ،
وَالظَّاهِرُ أَنَّهَا قَالَتْهُ سَمَاعًا إِذِ الْعَقْلُ لَا يَهْتَدِي إِلَيْهِ.

الشرح:

قَالَ (وَأَكْثَرُ مُدَّةِ الْحَمْلِ سِتَّتَانِ لِقَوْلِ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا: الْوَلَدُ لَا يَبْقَى فِي
الْبَطْنِ أَكْثَرَ مِنْ سِتَّتَيْنِ وَلَوْ بَظِلِّ مِغْزَلٍ): أَيْ يَقْدَرُ ظِلُّ مِغْزَلٍ حَالَ الدَّوْرَانِ، وَالْغَرَضُ
تَقْلِيلُ الْمُدَّةِ، فَإِنَّ ظِلَّ الْمِغْزَلِ حَالَةَ الدَّوْرَانِ أَسْرَعُ زَوَالًا مِنْ سَائِرِ الظَّلَالِ. وَرِوَايَةُ
الْمَبْسُوطِ وَالْإِبْطَاحِ وَبَعْضِ نُسَخِ الْكِتَابِ. وَلَوْ بِفَلَكَ مِغْزَلٍ: أَيْ وَلَوْ بِدَوْرٍ فَلَكَةٍ مِغْزَلٍ
وَالْمَعْنَى هُوَ مَا فِي الرِّوَايَةِ الْأُخْرَى، وَالظَّاهِرُ أَنَّ عَائِشَةَ قَالَتْهُ سَمَاعًا لِأَنَّ الْعَقْلَ لَا يَهْتَدِي إِلَى
مَعْرِفَةِ الْمَقَادِيرِ، وَإِنَّمَا قَدَّمَ بَيَانَ أَكْثَرِ الْمُدَّةِ عَلَى أَقْلَاهَا اهْتِمَامًا بِذِكْرِهِ لَكُونِهِ مُخْتَلَفًا فِيهِ.

(وَأَقْلَهُ سِتَّةَ أَشْهُرٍ لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَحَمْلُهُ وَفَصْلُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا﴾ ثُمَّ قَالَ ﴿وَفَصَّلَهُ فِي
عَامَيْنِ﴾ فَبَقِيَ لِلْحَمْلِ سِتَّةَ أَشْهُرٍ) وَهَذَا تَأْوِيلُ أَخْرَجَهُ ابْنُ عَبَّاسٍ، ذَكَرَهُ فِي الْمَبْسُوطِ
فَقَالَ رُؤْيَى أَنَّ رَجُلًا تَزَوَّجَ امْرَأَةً فَوَلَدَتْ وَلَدًا لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ، فَهَمَّ عُثْمَانُ بِرَجْمِهَا فَقَالَ
ابْنُ عَبَّاسٍ: أَمَّا إِنَّهَا لَوْ خَاصَمَتْكُمْ بِكِتَابِ اللَّهِ لَخَصَمْتَكُمْ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿وَحَمْلُهُ
وَفَصْلُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا﴾ وَقَالَ تَعَالَى ﴿وَفَصَّلَهُ فِي عَامَيْنِ﴾ فَإِذَا ذَهَبَ لِلْفِصَالِ عَامَانِ لَمْ
يَبْقَ لِلْحَمْلِ إِلَّا سِتَّةَ أَشْهُرٍ، فَدَرَأَ عُثْمَانُ الْحَدَّ عَنْهَا وَأَثَبَتِ النَّسَبَ مِنَ الزَّوْجِ.

قَالَ صَاحِبُ النَّهَائِيَةِ: وَهَذَا التَّقْرِيرُ الَّذِي ذَكَرَ هُنَا فِي تَأْوِيلِ الْآيَةِ مُخَالَفٌ لِمَا
ذَكَرَهُ فِي الرِّضَاعِ مِنْ هَذَا الْكِتَابِ؛ لِأَنَّهُ جَعَلَ هُنَاكَ ثَلَاثِينَ شَهْرًا مُدَّةً لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ
الْحَمْلِ وَالْفِصَالِ، ثُمَّ أَظْهَرَ الْمُنْقِصَ فِي حَقِّ الْحَمْلِ وَهَاهُنَا جَعَلَهَا مُدَّتَهُمَا جَمِيعًا ثُمَّ
أَصَابَ مِنْهُمَا الْفِصَالُ عَامَانِ بِقَوْلِهِ تَعَالَى وَفَصَّلَهُ فِي عَامَيْنِ وَمِنْ ضَرُورَتِهِ أَنْ يَبْقَى
لِلْحَمْلِ سِتَّةَ أَشْهُرٍ. وَأُجِيبَ بِأَنَّهُ اسْتِدْلَالُهُ هُنَاكَ إِنَّمَا كَانَ بِالنَّظَرِ إِلَى الْآيَةِ الْأُولَى وَهَاهُنَا
بِالنَّظَرِ إِلَيْهَا وَإِلَى الْأُخْرَى، وَجَازَ أَنْ تَكُونَ الْآيَةُ نَظَرًا إِلَى ذَاتِهَا مُفِيدَةً لِحُكْمٍ، وَبِالنَّظَرِ
إِلَيْهَا وَإِلَى غَيْرِهَا مُفِيدَةً لِحُكْمٍ آخَرَ فَتَأْمَلْ.

(وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يُقَدَّرُ الْأَكْثَرُ بِأَرْبَعِ سِنِينَ) وَاحْتِجَّ عَلَى ذَلِكَ بِحِكَايَاتٍ مِثْلُ
مُحَمَّدِ بْنِ عَجَلَانَ مَوْلَى فَاطِمَةَ بِنْتِ الْوَلِيدِ بْنِ عُتْبَةَ بَقِيَ فِي بَطْنِ أُمِّهِ أَرْبَعِ سِنِينَ،

وَكَذَلِكَ هَرَمُ بَنٍ حَيَّانٍ فَسُمِّيَ هَرَمًا لِذَلِكَ، وَالضَّحَّاكُ بْنُ مُزَاحِمٍ هَكَذَا فَسُمِّيَ ضَحَّاكًا لِأَنَّهُ ضَحِكَ حِينَ وُلِدَ وَغَيْرُهُمْ (وَالْحُجَّةُ عَلَيْهِ مَا رَوَيْنَا عَنْ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا، وَالظَّاهِرُ أَنَّهَا قَالَتْهُ سَمَاعًا إِذَ الْعَقْلُ لَا يَهْتَدِي إِلَيْهِ) أَيُّ إِلَى مِقْدَارٍ مُدَّةٍ مَا فِي الرَّحِمِ.

(وَمَنْ تَزَوَّجَ أُمَّةً فَطَلَّقَهَا ثُمَّ اشْتَرَاهَا، فَإِنْ جَاءَتْ بِوَلَدٍ لِأَقَلِّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مُنْذُ يَوْمِ اشْتَرَاهَا لَزِمَهُ وَإِلَّا لَمْ يَلْزَمْهُ) لِأَنَّهُ فِي الْوَجْهِ الْأَوَّلِ وَلَدُ الْمُعْتَدَةِ فَإِنَّ الْعُلُوقَ سَابِقَ عَلَى الشَّرَاءِ، وَفِي الْوَجْهِ الثَّانِي وَلَدُ الْمَمْلُوكَةِ لِأَنَّهُ يُضَافُ الْحَادِثُ إِلَى أَقْرَبِ وَقْتِهِ فَلَا بُدَّ مِنْ دَعْوَةٍ، وَهَذَا إِذَا كَانَ الطَّلَاقُ وَاحِدًا بَائِنًا أَوْ خُلْعًا أَوْ رَجْعِيًّا، أَمَّا إِذَا كَانَ اثْنَتَيْنِ يَثْبُتُ النَّسَبُ إِلَى سَتَتَيْنِ مِنْ وَقْتِ الطَّلَاقِ لِأَنَّهَا حُرِّمَتْ عَلَيْهِ حُرْمَةً غَلِيظَةً فَلَا يُضَافُ الْعُلُوقُ إِلَّا إِلَى مَا قَبْلَهُ، لِأَنَّهَا لَا تَحِلُّ بِالشَّرَاءِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ تَزَوَّجَ أُمَّةً فَطَلَّقَهَا) يَعْنِي بَعْدَ الدُّخُولِ (ثُمَّ اشْتَرَاهَا فَإِنْ جَاءَتْ بِوَلَدٍ لِأَقَلِّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مُنْذُ يَوْمِ اشْتَرَاهَا لَزِمَهُ وَإِلَّا فَلَا لِأَنَّهُ فِي الْوَجْهِ الْأَوَّلِ) يَعْنِي إِذَا جَاءَتْ بِهِ لِأَقَلِّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ (وَلَدُ الْمُعْتَدَةِ فَإِنَّ الْعُلُوقَ سَابِقَ عَلَى الشَّرَاءِ) لِأَنَّهَا وَلَدَتْ لِأَقَلِّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ وَقْتِ الشَّرَاءِ، وَكَسَبَ وَلَدُ الْمُعْتَدَةِ يَثْبُتُ بِهَا دَعْوَةُ لِقْيَامِ الْفِرَاشِ حُكْمًا (وَفِي الْوَجْهِ الثَّانِي) يَعْنِي مَا إِذَا جَاءَتْ بِهِ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ أَوْ أَكْثَرَ مِنْ وَقْتِ الشَّرَاءِ (وَلَدُ الْمَمْلُوكَةِ لِأَنَّهُ يُضَافُ الْحَادِثُ إِلَى أَقْرَبِ الْأَوْقَاتِ) وَأَقْرَبُهَا وَقْتُ كَوْنِهَا مَمْلُوكَةً فَلَا يَثْبُتُ إِلَّا بِالْدَّعْوَةِ. قَالَ الْمُصَنِّفُ (هَذَا إِذَا كَانَ الطَّلَاقُ وَاحِدًا بَائِنًا أَوْ خُلْعًا أَوْ رَجْعِيًّا، أَمَّا إِذَا كَانَ اثْنَتَيْنِ يَثْبُتُ النَّسَبُ إِلَى سَتَتَيْنِ مِنْ وَقْتِ الطَّلَاقِ لِأَنَّهَا حُرِّمَتْ عَلَيْهِ حُرْمَةً غَلِيظَةً فَلَا يُضَافُ الْعُلُوقُ إِلَّا إِلَى مَا قَبْلَهُ لِأَنَّهَا لَا تَحِلُّ بِالشَّرَاءِ) لِأَنَّ الْأُمَّةَ تَحْرُمُ حُرْمَةً غَلِيظَةً بِتَطْلِيقَتَيْنِ فَلَا تَحِلُّ لَهُ بِمِلْكِ الْيَمِينِ، وَإِذَا لَمْ تَحِلَّ لَا يَقْضِي بِالْعُلُوقِ مِنْ أَقْرَبِ الْأَوْقَاتِ بَلْ مِنْ أَبْعَدِهَا حَمَلًا لِأُمُورِ الْمُسْلِمِينَ عَلَى الصَّلَاحِ، وَأَبْعَدُ الْأَزْمَانِ هُوَ مَا قَبْلَ الطَّلَاقِ فَيَلْزَمُهُ الْوَلَدُ إِذَا جَاءَتْ بِهِ لِأَقَلِّ مِنْ سَتَتَيْنِ مِنْ وَقْتِ الطَّلَاقِ، وَأَمَّا إِذَا كَانَ الطَّلَاقُ وَاحِدًا فَيَحِلُّ لَهُ وَطُوبَى بِمِلْكِ الْيَمِينِ فَيُضَافُ الْوَلَدُ إِلَى أَقْرَبِ الْأَوْقَاتِ، فَحِينَئِذٍ كَانَ وَلَدُ الْأُمَّةِ فَلَا يَثْبُتُ نَسَبُهُ بِغَيْرِ دَعْوَةٍ.

فَإِنْ قِيلَ: وَجَبَ أَنْ تُنْكَشِفَ الْحُرْمَةُ بِمِلْكِ الْيَمِينِ وَإِنْ كَانَتْ الْحُرْمَةُ غَلِيظَةً

تَمَسُّكَ بِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَالَّذِينَ هُمْ لِأُفْجَاهِهِمْ حَفِظُونَ﴾ (٢٩-٣٠) إِلَّا عَلَىٰ أَرْوَاحِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ [المعارج: ٢٩-٣٠] أُجِيبَ بِأَنَّهُ وَجَبَ أَنْ لَا تُنْكَشِفَ تَمَسُّكًا بِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّىٰ تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾ [البقرة: ٢٣٠] وَالطَّلَاقُ الثَّانِيَةُ فِي الْإِمَاءِ بِمَنْزِلَةِ الطَّلَاقِ الثَّلَاثَةِ فِي الْحَرَائِرِ وَالْمَحْرَمِ أَقْوَى.

(وَمَنْ قَالَ لِأَمَتِهِ إِنْ كَانَ فِي بَطْنِكَ وَلَدٌ فَهُوَ مِنِّي فَشَهِدَتْ عَلَى الْوِلَادَةِ امْرَأَةً فَهِيَ أُمُّ وَلَدِهِ) لِأَنَّ الْحَاجَةَ إِلَى تَعْيِينِ الْوَلَدِ، وَيَتَبَيَّنُ ذَلِكَ بِشَهَادَةِ الْقَابِلَةِ بِالْإِجْمَاعِ.

الشرح:

وَمَنْ قَالَ لِأَمَتِهِ إِنْ كَانَ فِي بَطْنِكَ وَلَدٌ فَهُوَ مِنِّي فَشَهِدَتْ امْرَأَةً عَلَى الْوِلَادَةِ فَهِيَ أُمُّ وَلَدِهِ) لِأَنَّ سَبَبَ ثُبُوتِ النَّسَبِ وَهِيَ الدَّعْوَةُ قَدْ وَجَدَ مِنَ الْمَوْلَى بِقَوْلِهِ فَهُوَ مِنِّي وَإِنَّمَا الْحَاجَةُ إِلَى تَعْيِينِ الْوَلَدِ وَهُوَ يَتَبَيَّنُ بِشَهَادَةِ الْقَابِلَةِ بِالْإِجْمَاعِ، هَذَا إِذَا وَلَدَتْ لِأَقْلٍ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ وَقْتِ الْإِقْرَارِ، فَإِنْ وَلَدَتْ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ فَصَاعِدًا لَا يَلْزَمُهُ لَاحْتِمَالُ أَنَّهَا حَبِلَتْ بَعْدَ مَقَالَةِ الْمَوْلَى فَلَمْ يَكُنِ الْمَوْلَى مُدْعِيًا هَذَا الْوَلَدَ بِخِلَافِ الْأَوَّلِ فَإِنَّا تَقَفْنَا ثَمَّةَ بَقِيَامِ الْوَلَدِ فِي الْبَطْنِ وَقَتَ الْقَوْلِ فَصَحَّتِ الدَّعْوَى.

(وَمَنْ قَالَ لِعَلَامٍ هُوَ ابْنِي ثُمَّ مَاتَ فَجَاءَتْ أُمُّ الْعَلَامِ وَقَالَتْ أَنَا امْرَأَتُهُ فَهِيَ امْرَأَتُهُ وَهُوَ ابْنُهُ يَرِثَانِيهِ) وَفِي النُّوَادِرِ جُعِلَ هَذَا جَوَابُ الْاسْتِحْسَانِ، وَالْقِيَاسُ أَنْ لَا يَكُونَ لَهَا الْمِيرَاثُ لِأَنَّ النَّسَبَ كَمَا يَتَبَيَّنُ بِالنِّكَاحِ الصَّحِيحِ يَتَبَيَّنُ بِالنِّكَاحِ الْفَاسِدِ وَبِالْوَطْءِ عَنْ شُبْهَةِ وَبِمِلْكِ الْيَمِينِ، فَلَمْ يَكُنْ قَوْلُهُ إِقْرَارًا بِالنِّكَاحِ. وَجَهُ الْاسْتِحْسَانِ أَنَّ الْمُسَاءَلَةَ فِيمَا إِذَا كَانَتْ مَعْرُوفَةً بِالْحُرِّيَّةِ وَيَكُونُهَا أُمُّ الْعَلَامِ وَالنِّكَاحُ الصَّحِيحُ هُوَ الْمُتَعَيَّنُ لِدَلَالَتِهِ وَضَعًا وَعَادَةً (وَلَوْ لَمْ يَعْلَمْ بِأَنَّهَا حُرَّةٌ فَقَالَتْ الْوَرَثَةُ أَنْتِ أُمُّ وَلَدِ فَلَا مِيرَاثَ لَهَا) لِأَنَّ ظُهُورَ الْحُرِّيَّةِ بِاعْتِبَارِ الدَّارِ حُجَّةٌ فِي دَفْعِ الرَّقِّ لَا فِي اسْتِحْقَاقِ الْمِيرَاثِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ قَالَ لِعَلَامٍ هُوَ ابْنِي) وَاضِحٌ. وَاعْتَرَضَ بِأَنَّهُ يَنْبَغِي أَنْ لَا يَكُونَ لَهَا الْمِيرَاثُ فِي الْاسْتِحْسَانِ أَيْضًا لِأَنَّ هَذَا النِّكَاحَ يَتَبَيَّنُ لَهُ اقْتِضَاءُ ثَبُوتِ بَقْدَرِ الضَّرُورَةِ وَهُوَ تَصْحِيحُ النَّسَبِ دُونَ اسْتِحْقَاقِ الْإِرْثِ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ النِّكَاحَ عَلَى مَا هُوَ الْأَصْلُ لَيْسَ بِمُتَنَوِّعٍ إِلَى نِكَاحٍ هُوَ سَبَبٌ لَاسْتِحْقَاقِ الْإِرْثِ وَنِكَاحٍ لَيْسَ بِسَبَبٍ لَهُ، فَلَمَّا ثَبَتَ

النَّكَاحُ بِطَرِيقِ الْاِقْتِضَاءِ ثَبَتَ مَا هُوَ مِنْ لَوَازِمِهِ الَّتِي لَا تَنْفَكُ عَنْهُ شَرْعًا، وَإِنَّمَا قَالَ عَلَى مَا هُوَ الْأَصْلُ لِثَلَا يَرِدَ نِكَاحُ الْكِتَابِيَّةِ وَالْأَمَةِ لِأَنَّهُ مِنَ الْعَوَارِضِ. وَرَدُّ بَأْنَا لَا يُسَلِّمُ ثُبُوتَ النَّكَاحِ بِالْاِقْتِضَاءِ لِأَنَّ الْمُقْتَضِيَّ إِنَّمَا يَثْبُتُ لِتَصْحِيحِ الْمُقْتَضَى لَا مَحَالَةَ، وَالْمُقْتَضَى هَاهُنَا وَهُوَ النَّسَبُ يَصِحُّ بِلا ثُبُوتِ الْمُقْتَضَى وَهُوَ النَّكَاحُ بِأَنْ يَكُونَ عَنْ وَطْءٍ بِشِبْهَةٍ أَوْ يَكُونَ الْوَلَدُ وَلَدٌ أُمُّ الْوَلَدِ فَلَمْ يَفْتَقِرْ ثُبُوتُ النَّسَبِ إِلَى النَّكَاحِ لَا مَحَالَةَ، وَهَذَا سُؤَالٌ فَاسِدٌ نَشَأَ مِنْ عَدَمِ فَهْمِ وَجْهِ الاسْتِحْسَانِ، فَإِنَّهُ قَالَ فِيهِ الْمَسْأَلَةُ فِيمَا إِذَا كَانَتْ مَعْرُوفَةً بِالْحَرِيَّةِ فَلَمْ يُمَكِّنْ أَنْ تَكُونَ أُمُّ وَلَدٍ، وَقَالَ: وَالنَّكَاحُ الصَّحِيحُ هُوَ الْمُتَعَيَّنُ لَذَلِكَ وَضْعًا وَعَادَةً، وَحَيْثُ لَا يَكُونُ عَنْ وَطْءٍ بِشِبْهَةٍ وَهُوَ ظَاهِرٌ.

باب الولد من أحق به

(وَإِذَا وَقَعَتِ الْفُرْقَةُ بَيْنَ الزَّوْجَيْنِ فَلِأُمِّ أَحَقُّ بِالْوَلَدِ) لَمَّا رُوِيَ «أَنَّ امْرَأَةً قَالَتْ: يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنَّ ابْنِي هَذَا كَانَ بَطْنِي لَهُ وَعَاءٌ وَحِجْرِي لَهُ حِوَاءٌ وَتُدْيِي لَهُ سِقَاءٌ وَزَعَمَ أَبُوهُ أَنَّهُ يَنْزِعُهُ مِنِّي، فَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: أَنْتِ أَحَقُّ بِهِ مَا لَمْ تَتَزَوَّجِي»^(١) وَلِأَنَّ الْأُمَّ أَشْفَقُ وَأَقْدَرُ عَلَى الْحِضَانَةِ فَكَانَ الدَّفْعُ إِلَيْهَا أَنْظَرًا، وَإِلَيْهِ أَشَارَ الصَّدِيقُ بِقَوْلِهِ: رَيْقُهَا خَيْرٌ لَهُ مِنْ شَهْدٍ وَعَسَلٍ عِنْدَكَ يَا عُمَرُ، قَالَهُ حِينَ وَقَعَتِ الْفُرْقَةُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ امْرَأَتِهِ وَالصَّحَابَةُ حَاضِرُونَ مُتَوَافِرُونَ (وَالنَّفَقَةُ عَلَى الْأَبِ) عَلَى مَا نَذَكَرُ (وَلَا تُجْبَرُ الْأُمُّ عَلَيْهِ) لِأَنَّهَا عَسَتْ تَعْجِزُ عَنِ الْحِضَانَةِ (فَإِنْ لَمْ تَكُنْ لَهُ أُمُّ فَأُمُّ الْأُمِّ أُولَى مِنْ أُمِّ الْأَبِ وَإِنْ بَعُدَتْ) لِأَنَّ هَذِهِ الْوِلَايَةَ تُسْتَفَادُ مِنْ قِبَلِ الْأُمِّهَاتِ (فَإِنْ لَمْ تَكُنْ أُمُّ الْأُمِّ فَأُمُّ الْأَبِ أُولَى مِنَ الْأَخَوَاتِ) لِأَنَّهَا مِنَ الْأُمِّهَاتِ، وَلِهَذَا تَحَرَّزَ مِيرَاثُهُنَّ السُّدُسُ وَلِأَنَّهَا أَوْفَرُ شَفَقَةً لِلْوِلَادِ (فَإِنْ لَمْ تَكُنْ لَهُ جَدَّةٌ فَلِأَخَوَاتِ أُولَى مِنَ الْعَمَّاتِ وَالْخَالَاتِ) لِأَنَّهُنَّ بَنَاتُ الْأَبَوَيْنِ وَلِهَذَا قُدِّمْنَ فِي الْمِيرَاثِ.

وَفِي رِوَايَةِ الْخَالَةِ أُولَى مِنَ الْأَخْتِ لِأَبٍ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «الْخَالَةُ وَالِدَةٌ»^(٢) وَقِيلَ فِي قَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَرَفَعَ أَبَوَيْهِ عَلَى الْعَرْشِ﴾ [يوسف: ١٠] أَنَّهَا كَانَتْ خَالَتَهُ (وَقُدِّمَتْ الْأَخْتُ لِأَبٍ وَأُمٍّ) لِأَنَّهَا أَشْفَقُ (ثُمَّ الْأَخْتُ مِنَ الْأُمِّ ثُمَّ الْأَخْتُ مِنَ الْأَبِ) لِأَنَّ

(١) أخرجه أبو داود (٢٢٧٦)، وانظر نصب الراية (٣/٣٨٨).

(٢) أخرجه أحمد (٩٨/١) عن علي، وانظر نصب الراية (٣/٣٩٠).

الْحَقُّ لَهُنَّ مِنْ قَبْلِ الْأُمِّ (ثُمَّ الْخَالَاتُ أَوْلَى مِنَ الْعَمَّاتِ) تَرْجِيحًا لِقَرَابَةِ الْأُمِّ (وَيَنْزِلْنَ كَمَا نَزَلْنَا الْأَخَوَاتُ) مَعْنَاهُ تَرْجِيحُ ذَاتِ قَرَابَتَيْنِ ثُمَّ قَرَابَةِ الْأُمِّ (ثُمَّ الْعَمَّاتُ يَنْزِلْنَ كَذَلِكَ، وَكُلُّ مَنْ تَزَوَّجَتْ مِنْ هَؤُلَاءِ يَسْقُطُ حَقُّهَا) لَمَّا رَوَيْنَا، وَلَأَنْ زَوْجَ الْأُمِّ إِذَا كَانَ أجنبيًّا يُعْطِيهِ نَزْرًا وَيَنْظُرُ إِلَيْهِ شَزْرًا فَلَا نَظَرَ. قَالَ (إِلَّا الْجَدَّةُ إِذَا كَانَ زَوْجُهَا الْجَدُّ) لِأَنَّهُ قَامَ مَقَامَ أَبِيهِ فَيَنْظُرُ لَهُ (وَكَذَلِكَ كُلُّ زَوْجٍ هُوَ ذُو رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنْهُ) لِقِيَامِ الشَّفَقَةِ نَظْرًا إِلَى الْقَرَابَةِ الْقَرِيبَةِ (وَمَنْ سَقَطَ حَقُّهَا بِالتَّزْوُجِ يَعُودُ إِذَا ارْتَفَعَتِ الزَّوْجِيَّةُ) لِأَنَّ الْمَانِعَ قَدْ زَالَ.

الشرح:

(بَابُ الْوَلَدِ مَنْ أَحَقُّ بِهِ): مُنَاسَبَةٌ هَذَا الْبَابِ لِبابِ ثُبُوتِ النَّسَبِ ظَاهِرَةٌ لَا تَحْتَاجُ إِلَى بَيَانٍ (وَإِذَا وَقَعَتِ الْفُرْقَةُ بَيْنَ الزَّوْجَيْنِ فَلَا أُمَّ أَحَقُّ بِالْوَلَدِ لَمَّا رَوَى عَمْرُو بْنُ شُعَيْبٍ عَنْ أَبِيهِ عَنْ جَدِّهِ «أَنَّ امْرَأَةً جَاءَتْ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَقَالَتْ: إِنَّ ابْنِي هَذَا كَانَ بَطْنِي لَهُ وَعَاءٌ، وَحِجْرِي لَهُ حِوَاءٌ، وَتُدْبِي لَهُ سِقَاءً، وَزَعَمَ أَبُوهُ أَنَّهُ يَنْزِعُهُ مِنِّي، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: أَنْتِ أَحَقُّ بِهِ مَا لَمْ تَتَزَوَّجِي» وَلَأَنَّ الْأُمَّ أَشْفَقُ) عَلَيْهِ لِرِيَادَةِ انْتِصَالِهِ بِهَا مِنْ حَيْثُ يَقْصُ مِنْهَا بِالْمَقْصَرِ (وَأَقْدَرُ عَلَى الْحِضَانَةِ) يَلْزُمُوهَا الْبَيْتَ فَكَانَ فِي التَّفْوِيضِ إِلَيْهَا زِيَادَةٌ مَرَحِمَةً لِمَنْ هُوَ مَطْلَبُهَا (وَالِإِلَهَ أَشَارَ أَبُو بَكْرٍ الصِّدِّيقُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ).

رَوَى أَنَّ عَمَرَ خَاصِمَ أُمَّ عَاصِمٍ بَيْنَ يَدَيْ أَبِي بَكْرٍ لِيَنْزِعَ الْعَاصِمَ مِنْهَا، فَقَالَ لَهُ أَبُو بَكْرٍ: رِيقُهَا خَيْرٌ لَهُ مِنْ شَهْدٍ وَعَسَلٍ عِنْدَكَ يَا عَمْرُ، قَالَه وَالصَّحَابَةُ حَاضِرُونَ مُتَوَافِرُونَ (وَلَمْ يُنْكَرْ أَحَدٌ) وَالنَّفَقَةُ عَلَى الْأَبِ عَلَى مَا سَبَّحِيَّةُ (قَوْلُهُ وَلَا تُجْبِرُ الْأُمَّ عَلَيْهِ) أَيُّ عَلَى أَخْذِ الْوَلَدِ إِذَا أَبَتْ أَوْ لَمْ تَطْلُبْ لَمَّا ذَكَرَهُ، إِلَّا أَنْ لَا يَكُونَ لِلْوَلَدِ ذُو رَحِمٍ مَحْرَمٍ سِوَى الْأُمِّ فَتُجْبَرُ عَلَى حِضَانَتِهِ لِثَلَاثِ ثَبُوتِ حَقِّ الْوَلَدِ إِذَا الْأَجْنَبِيَّةُ لَا شَفَقَةَ لَهَا عَلَيْهِ (فَإِنْ لَمْ تُكُنْ لَهُ أُمٌّ) بِأَنْ مَاتَتْ أَوْ تَزَوَّجَتْ بِأَجْنَبِيٍّ فَإِنَّهَا كَالْمَعْدُومَةِ حِينَئِذٍ (فَأُمُّ الْأُمِّ وَإِنْ بَعُدَتْ) لِأَنَّ هَذِهِ الْوِلَايَةَ تُسْتَفَادُ مِنْ قَبْلِ الْأُمّهَاتِ لَمَّا ذَكَرْنَا مِنْ وَفُورِ شَفَقَتَيْنِ، فَمَنْ كَانَتْ تُدْلِي إِلَيْهِ بِأُمٍّ فَهِيَ أَوْلَى مِمَّنْ تُدْلِي بِأَبٍ، وَيَسْتَوِي فِي ذَلِكَ الْمُسْلِمَةُ وَالْكَافِرَةُ لِأَنَّ حَقَّ الْحِضَانَةِ بِاعْتِبَارِ الشَّفَقَةِ وَذَلِكَ لَا يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ الدِّينِ عَلَى مَا قِيلَ: كُلُّ شَيْءٍ يُحِبُّ وَلَدَهُ حَتَّى الْخُبَارَى، فَإِنْ لَمْ تُكُنْ لَهُ أُمٌّ الْأُمُّ بِالتَّفْسِيرِ الْمَارِّ فَأُمُّ الْأَبِ أَوْلَى مِنَ الْأَخَوَاتِ لِأَنَّهَا مِنَ الْأُمّهَاتِ وَهَذِهِ الْوِلَايَةُ بِالْأُمُومَةِ (وَلِهَذَا) أَيُّ وَلَكُونِ الْجَدَّةِ مِنَ

الأمهات (تَحْرُزُ مِيرَاثَ الْأُمّهَاتِ السُّدُسَ وَلَائِهَا أَوْفَرُ شَفَقَةٍ لِلْوِلَادِ) أَيُّ لِأَجْلِ الْوِلَادِ (فَإِنْ لَمْ تُكُنْ لَهُ جَدَّةٌ فَالْأَخَوَاتُ أَوَّلَى مِنَ الْعَمَّاتِ وَالْخَالَاتِ لِأَنَّهُنَّ بَنَاتُ الْأَبَوَيْنِ وَلِهَذَا قُدِّمْنَ فِي الْمِيرَاثِ) وَهَذِهِ رَوَايَةُ كِتَابِ النِّكَاحِ اعْتِبَارًا بِقُرْبِ الْقَرَابَةِ وَالْأُخْتِ أَقْرَبُ لِأَنَّهَا وَلَدُ الْأَبِ وَالْخَالَةُ وَلَدُ الْجَدِّ.

وَقَالَ فِي كِتَابِ الطَّلَاقِ: وَالْخَالَةُ أَوَّلَى مِنَ الْأُخْتِ لِأَبٍ اعْتِبَارًا بِالْمُدْلَى بِهِ، فَإِنَّ الْخَالَةَ تُدْلَى بِالْأُمِّ وَقَدْ تَأَيَّدَ ذَلِكَ بِقَوْلِهِ ﷺ «الْخَالَةُ وَالِدَةٌ».

وَقَدْ قِيلَ فِي تَفْسِيرِ قَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَرَفَعَ أَبَوَيْهِ عَلَى الْعَرْشِ﴾ [يوسف: ١٠٠] أَنَّهَا كَانَتْ خَالَتُهُ. وَقَوْلُهُ (وَتُقَدِّمُ الْأُخْتُ لِأَبٍ وَأُمٍّ) ظَاهِرٌ، وَمَعْنَاهُ أَنَّ ذَاتِ قَرَابَتَيْنِ تُرَجَّحُ عَلَى ذَاتِ قَرَابَةٍ وَاحِدَةٍ لَمَّا فِيهَا مِنْ زِيَادَةِ الشَّفَقَةِ.

قَالَ فِي النَّهْيَةِ: وَيَحْزُرُ التَّرْجِيحُ بِمَا لَا يَكُونُ عِلَّةً لِلِاسْتِحْقَاقِ، أَلَا تَرَى أَنَّ الْأَخَ لِأَبٍ وَأُمٍّ مُقَدِّمٌ فِي الْعُصُوبَةِ عَلَى الْأَخِ لِأَبٍ بِسَبَبِ قَرَابَةِ الْأُمِّ وَقَرَابَةِ الْأُمِّ لَيْسَتْ بِسَبَبٍ لِاسْتِحْقَاقِ الْعُصُوبَةِ بِهَا، كَذَا فِي الْمَبْسُوطِ وَالْجَامِعِ الصَّغِيرِ لِقَاضِي خَانَ وَفِيهِ نَظَرٌ لِأَنَّ قَرَابَةَ الْأُمِّ لَيْسَتْ بِسَبَبٍ لِاسْتِحْقَاقِ الْعُصُوبَةِ بِهَا أَصْلًا، بِخِلَافِ قَرَابَةِ الْأَبِ فِي اسْتِحْقَاقِ الْحَضَانَةِ فَإِنَّ لَهَا ذَلِكَ عِنْدَ عَدَمِ قَرَابَةِ الْأُمِّ.

قَالَ (وَكُلُّ مَنْ تَزَوَّجَتْ مِنْ هَؤُلَاءِ سَقَطَ حَقُّهَا) كُلُّ مَنْ لَهَا حَقُّ الْحَضَانَةِ مِمَّنْ ذَكَرْنَا سَقَطَ حَقُّهَا فِيمَا إِذَا تَزَوَّجَتْ لَمَّا رَوَيْنَا مِنْ قَوْلِهِ ﷺ «أَنْتِ أَحَقُّ بِهِ مَا لَمْ تَتَزَوَّجِي» وَلَأنَّ حَقَّ الْحَضَانَةِ لِلنَّظَرِ لِلصَّغِيرِ وَقَدْ فَاتَ عِنْدَ التَّزْوُجِ لِأَنَّ زَوْجَ الْأُمِّ يُعْطِيهِ نَزْرًا: أَيُّ قَلِيلًا، وَيَنْظَرُ إِلَيْهِ شَزْرًا: أَيُّ نَظَرَ الْمُبْغِضِ فَلَا نَظَرَ لَهُ إِذْ ذَلِكَ (إِلَّا الْجَدَّةُ إِذَا كَانَ زَوْجُهَا الْجَدُّ لِأَنَّهُ قَائِمٌ مَقَامَ أَبِيهِ فَيَنْظَرُ لَهُ، وَكَذَا كُلُّ زَوْجٍ هُوَ ذُو رَحِمٍ مُحَرَّمٌ مِنَ الْوَلَدِ) كَالْعَمِّ إِذَا تَزَوَّجَ بِأُمِّ الْوَلَدِ (لِقِيَامِ الشَّفَقَةِ نَظَرًا إِلَى الْقَرَابَةِ الْقَرِيبَةِ. وَمَنْ سَقَطَ حَقُّهَا بِالتَّزْوُجِ يَعُودُ إِذَا ارْتَفَعَتِ الزَّوْجِيَّةُ لِأَنَّ الْمَانِعَ قَدْ زَالَ).

(فَإِنْ لَمْ تُكُنْ لِلصَّبِيِّ امْرَأَةً مِنْ أَهْلِهِ فَاخْتَصَمَ فِيهِ الرِّجَالُ فَأَوْلَاهُمْ أَقْرَبُهُمْ نَعَصِيًّا) لِأَنَّ الْوِلَايَةَ لِأَقْرَبِ وَقَدْ عُرِفَ التَّرْتِيبُ فِي مَوْضِعِهِ، غَيْرَ أَنَّ الصَّغِيرَةَ لَا تُدْفَعُ إِلَى عَصَبَةٍ غَيْرِ مُحَرَّمٍ كَمَوْلَى الْعَتَاقَةِ وَابْنِ الْعَمِّ تَحْرُزًا عَنِ الْفِتْنَةِ.

الشرح:

(فَإِنْ لَمْ تُكُنْ لِلصَّبِيِّ امْرَأَةً مِنْ أَهْلِهِ فَاخْتَصَمَ فِيهِ الرِّجَالُ فَأَوْلَاهُمْ بِهِ أَقْرَبُهُمْ

تَعْصِيًا لِأَنَّ الْوَلَايَةَ لِلْأَقْرَبِ وَقَدْ عُرِفَ التَّرْتِيبُ فِي مَوْضِعِهِ فِي بَابِ الْمِيرَاثِ وَوَلَايَةِ
الْإِنْكَاحِ، فَإِنْ اجْتَمَعَ إِخْوَةٌ لِأَبٍ وَأُمٍّ فَأَصَحُّهُمْ دِينًا وَوَرَعًا أَحَقُّ بِهِ لِأَنَّ ضَمَّهُ إِلَيْهِ أَنْفَعُ
لِأَنَّهُ يَتَخَلَّقُ بِأَخْلَاقِهِ، فَإِنْ تَسَاوَوْا فَأكْبَرُهُمْ سِنًا أَحَقُّ بِهِ لِأَنَّ حَقَّهُ أَسْبَقُ بُيُوتًا فَعِنْدَ
التَّعَارُضِ يَتَرَجَّحُ بِهِ كَذَا فِي الْمَبْسُوطِ، غَيْرَ أَنَّ الصَّغِيرَةَ لَا تُدْفَعُ إِلَى عَصَبَةٍ غَيْرِ مَحْرَمٍ
كَمَوْلَى الْعَتَاةِ وَابْنِ الْعَمِّ عِنْدَ وُجُودِ مَحْرَمٍ غَيْرِ عَصَبَةٍ كَالْحَالِ بَلْ تُدْفَعُ إِلَى الْحَالِ تَحَرُّزًا
عَنِ الْفِتْنَةِ، كَذَا رَوَى عَنْ مُحَمَّدٍ. وَذَكَرَ التُّمْرَثَاشِيُّ: فَإِنْ لَمْ يَكُنْ وَاحِدٌ مِنَ الْعَصَبَةِ
تُدْفَعُ إِلَى الْأَخِ لِأُمٍّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ثُمَّ إِلَى ذَوِي الْأَرْحَامِ الْأَقْرَبِ فَلِلْأَقْرَبِ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ:
لَا حَقَّ لَذِكْرِ مَنْ قَبْلَ النِّسَاءِ وَالتَّذْيِيرُ لِلْقَاضِي يَدْفَعُ إِلَى ثِقَةٍ تَحْصُنُهُ.

(وَالْأُمُّ وَالْجَدَّةُ أَحَقُّ بِالْغُلَامِ حَتَّى يَأْكُلَ وَحْدَهُ وَيَشْرَبَ وَحْدَهُ وَيَلْبَسَ وَحْدَهُ
وَيَسْتَنْجِيَ وَحْدَهُ. وَفِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ: حَتَّى يُسْتَفْنَى فَيَأْكُلُ وَحْدَهُ وَيَشْرَبَ وَحْدَهُ
وَيَلْبَسَ وَحْدَهُ) وَالْمَعْنَى وَاحِدٌ لِأَنَّ تَمَامَ الْاسْتِغْنَاءِ بِالْقُدْرَةِ عَلَى الْاسْتِنْجَاءِ. وَوَجْهُهُ أَنَّهُ إِذَا
اسْتَفْنَى يَحْتَاجُ إِلَى التَّأْدِبِ وَالتَّخَلُّقِ بِآدَابِ الرِّجَالِ وَأَخْلَاقِهِمْ، وَالْأَبُ أَهْدَرُ عَلَى التَّأْدِيبِ
وَالْتَّنْقِيفِ، وَالْخِصَافُ قَدَرُ الْاسْتِغْنَاءِ بِسَبْعِ سِنِينَ اعْتِبَارًا لِلْغَالِبِ (وَالْأُمُّ وَالْجَدَّةُ أَحَقُّ
بِالْجَارِيَةِ حَتَّى تَحِيضَ) لِأَنَّ بَعْدَ الْاسْتِغْنَاءِ تَحْتَاجُ إِلَى مَعْرِفَةِ آدَابِ النِّسَاءِ وَالْمَرَأَةِ عَلَى
ذَلِكَ أَهْدَرُ وَبَعْدَ الْبُلُوغِ تَحْتَاجُ إِلَى التَّحْصِينِ وَالْحِفْظِ وَالْأَبُ فِيهِ أَهْوَى وَأَهْدَى. وَعَنْ
مُحَمَّدٍ أَنَّهَا تُدْفَعُ إِلَى الْأَبِ إِذَا بَلَغَتْ حَدَّ الشَّهْوَةِ لِتَحَقُّقِ الْحَاجَةِ إِلَى الصِّيَانَةِ. (وَمَنْ سِوَى
الْأُمِّ وَالْجَدَّةِ أَحَقُّ بِالْجَارِيَةِ حَتَّى تَبْلُغَ حَدَّ نُشْطِهِ، وَفِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ: حَتَّى تَسْتَفْنَى)
لِأَنَّهَا لَا تَقْدِرُ عَلَى اسْتِخْدَامِهَا، وَلِهَذَا لَا تُؤَاجَرُهَا لِلْخِدْمَةِ فَلَا يَحْصُلُ الْمَقْصُودُ، بِخِلَافِ
الْأُمِّ وَالْجَدَّةِ لِقُدْرَتِهِمَا عَلَيْهِ شَرْعًا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَالْأُمُّ وَالْجَدَّةُ أَحَقُّ بِالْغُلَامِ) وَاضِحٌ. وَذَكَرَ رِوَايَةَ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ لِرِيزَادَةَ
لَفْظَ "يَسْتَفْنَى" وَحَذَفَ لَفْظَ "يَسْتَنْجِي"، وَذَكَرَ أَنَّ الْمَعْنَى وَاحِدٌ وَهُوَ ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ
(اعْتِبَارًا لِلْغَالِبِ) يَعْنِي أَنَّ الصَّبِيَّ فِي الْغَالِبِ إِذَا بَلَغَ سَبْعَ سِنِينَ يَسْتَفْنَى عَنْ الْحِضَانَةِ
وَالْتَّرِيبَةِ فَحِينَئِذٍ يَسْتَنْجِي وَحْدَهُ.

وَقَوْلُهُ (تَحْتَاجُ إِلَى مَعْرِفَةِ آدَابِ النِّسَاءِ) كَالْعَزْلِ وَالطَّبْخِ وَغَسْلِ الثِّيَابِ وَنَحْوِهَا

(وَالْمَرْأَةُ عَلَى ذَلِكَ أَقْدَرُ مِنَ الرَّجُلِ وَبَعْدَ الْبُلُوغِ تَحْتَاجُ إِلَى التَّخْصِينِ) بِالتَّزْوِيجِ، وَوِلَايَةِ التَّزْوِيجِ إِلَى الْأَبِ وَإِلَى الْخَفِظِ عَنْ وَقُوعِ الْفِتْنَةِ (وَالْأَبُ فِيهِ أَقْوَى وَأَهْدَى) لِأَنَّ لِلرَّجَالَ مِنَ الْغَيْرَةِ مَا لَيْسَ بِالنِّسَاءِ فَيَتِمَكَّنُ الْأَبُ مِنْ حِفْظِهَا عَلَى وَجْهِ لَا تَتِمَكَّنُ الْأُمُّ مِنْ ذَلِكَ. وَرَوَى هِشَامٌ عَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهَا إِذَا بَلَغَتْ حَدَّ الشَّهْوَةِ تُدْفَعُ إِلَى الْأَبِ لِتَحْقُقِ الْحَاجَةَ إِلَى الصِّيَانَةِ، وَحَدُّ الشَّهْوَةِ أَنْ تُبْلَغَ إِحْدَى عَشْرَةَ سَنَةً فِي قَوْلِهِمْ، كَذَا فِي النَّهَائَةِ. وَقَالَ الْفَقِيهُ أَبُو اللَّيْثِ: حَدُّ الشَّهْوَةِ أَنْ تُبْلَغَ تِسْعَ سِنِينَ، وَقِيلَ إِذَا بَلَغَتْ سِتَّ سِنِينَ أَوْ سَبْعًا أَوْ ثَمَانٍ إِنْ كَانَتْ عَبْلَةً وَقَوْلُهُ (وَمَنْ سِوَى الْأُمِّ وَالْجَدَّةِ) يَعْنِي إِذَا كَانَتْ الصَّغِيرَةُ عِنْدَ الْأَخَوَاتِ أَوْ الْخَالَاتِ أَوْ الْعَمَّاتِ فَإِنَّهَا تُتْرَكُ عِنْدَهُنَّ إِلَى أَنْ تُبْلَغَ حَدًّا تُشْتَهَى عَلَى رِوَايَةِ الْقُدُورِيِّ، وَحَتَّى تَسْتَعْنِيَ عَلَى رِوَايَةِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ فَتَأْكُلُ وَتَحْدَا وَتَلْبَسَ وَتَحْدَا، لِأَنَّهَا وَإِنْ كَانَتْ تَحْتَاجُ إِلَى تَعْلُمِ آدَابِ النِّسَاءِ لَكِنْ فِيهِ نَوْعُ اسْتِخْدَامٍ لِلصَّغِيرَةِ وَلَيْسَ لغيرِ الْأُمِّ وَالْجَدَّتَيْنِ وَوِلَايَةُ الاسْتِخْدَامِ (وَلِهَذَا لَا تُؤَاجَرُهَا لِلْخِدْمَةِ فَلَا يَحْصُلُ الْمَقْصُودُ وَهُوَ التَّعْلِيمُ، بِخِلَافِ الْأُمِّ وَالْجَدَّةِ) لِقُدْرَتِهِمَا عَلَى الاسْتِخْدَامِ شَرْعًا..

قَالَ (وَالْأُمُّ إِذَا أَعْتَقَهَا مَوْلَاهَا وَأُمُّ الْوَلَدِ إِذَا أَعْتَقَتْ كَالْحُرَّةِ فِي حَقِّ الْوَلَدِ) لِأَنَّهُمَا حُرَّتَانِ أَوْ أَنَّ ثُبُوتَ الْحَقِّ (وَلَيْسَ لَهُمَا قَبْلَ الْعِتْقِ حَقٌّ فِي الْوَلَدِ لِعَجْزِهِمَا) عَنِ الْحِضَانَةِ بِالِاسْتِغَالِ بِخِدْمَةِ الْمَوْلَى (وَالذَّمِّيَّةُ أَحَقُّ بِوَلَدِهَا الْمُسْلِمِ مَا لَمْ يَعْقِلِ الْأَدْيَانُ أَوْ يَخْشَى أَنْ يَأْلَفَ الْكُفْرَ) لِلنَّظَرِ قَبْلَ ذَلِكَ وَاحْتِمَالِ الضَّرَرِ بَعْدَهُ (وَلَا خِيَارَ لِلْعَلَامِ وَالْجَارِيَةِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَهُمَا الْخِيَارُ لِأَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ خَيَّرَ. وَلَنَا أَنَّهُ لِقُصُورِ عَقْلِهِ يَخْتَارُ مَنْ عِنْدَهُ الدَّعَاةُ لِتَخْلِيَّتِهِ بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللَّعِبِ فَلَا يَتَحَقَّقُ النَّظَرُ، وَقَدْ صَحَّ أَنَّ الصَّحَابَةَ لَمْ يُخَيَّرُوا، أَمَّا الْحَدِيثُ فَقُلْنَا قَدْ قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «اللَّهُمَّ اهْدِهِ» ^(١) فَوْقَ لَاحْتِيَارِهِ الْأَنْظَرِ بِدُعَائِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَوْ يُحْمَلُ عَلَى مَا إِذَا كَانَ بِالْعَا.

الشرح:

وَالْأُمُّ إِذَا أَعْتَقَهَا مَوْلَاهَا وَأُمُّ الْوَلَدِ إِذَا أَعْتَقَتْ كَالْحُرَّةِ فِي حَقِّ الْوَلَدِ لِأَنَّهُمَا حُرَّتَانِ أَوْ أَنَّ ثُبُوتَ الْحَقِّ، وَلَيْسَ لَهُمَا قَبْلَ الْعِتْقِ حَقٌّ فِي الْوَلَدِ لِعَجْزِهِمَا عَنِ الْحِضَانَةِ بِالِاسْتِغَالِ بِخِدْمَةِ الْمَوْلَى، (وَالذَّمِّيَّةُ أَحَقُّ بِوَلَدِهَا الْمُسْلِمِ) بِأَنْ كَانَ زَوْجُهَا مُسْلِمًا (مَا لَمْ

يَعْقِلُ الْأَدْيَانَ أَوْ يَخَافُ) بِالرَّفْعِ عَلَى الْاسْتِنَافِ وَبِالْجَزْمِ عَطْفًا عَلَى يَعْقِلُ (أَنْ يَأْلَفَ الْكُفْرَ) لِأَنَّ الدَّفْعَ إِلَيْهَا قَبْلَ ذَلِكَ أَنْظَرُ لِلصَّبِيِّ وَبَعْدَهُ يُحْتَمَلُ الضَّرَرُ بِاتِّقَاشِ أَحْوَالِ الْكُفْرِ فِي ذَهْنِهِ (وَلَا خِيَارَ لِلْغُلَامِ وَالْجَارِيَةِ) يَعْنِي بَيْنَ الْأَبَوَيْنِ (وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لُهُمَا ذَلِكَ) إِذَا بَلَغَ سَنَ التَّمْيِيزِ وَيُسَلِّمُ إِلَى مَنْ اخْتَارَهُ، فَإِنْ اخْتَارَ الْأَبَ لَا يُمْنَعُ مِنَ الزِّيَارَةِ، وَإِنْ اخْتَارَ الْأُمُّ فَعَلَى الْأَبِ مُرَاعَاتُهُ وَتَسْلِيمُهُ إِلَى الْمَكْتَبِ وَالْحِرْفَةِ («لَأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ خَيْرٌ غُلَامًا بَيْنَ الْأَبَوَيْنِ»).

رَوَى «رَافِعُ بْنُ سِنَانٍ أَنَّهُ أَسْلَمَ وَأَبَتْ أُمُّهُ أَنْ تُسَلَّمَ، فَأَتَتْ النَّبِيَّ ﷺ فَقَالَتْ ابْنَتِي وَهِيَ فَطِيمٌ، وَقَالَ رَافِعُ ابْنَتِي فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ: أَقْعُدِي نَاحِيَةً. وَقَالَ لَهَا: أَقْعُدِي نَاحِيَةً، فَأَقْعَدَ الصَّبِيَّةَ بَيْنَهُمَا ثُمَّ قَالَ: أَذْعُوَاهَا، فَمَالَتْ الصَّبِيَّةُ إِلَى أُمِّهَا، فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ: اللَّهُمَّ اهْدُوهَا، فَمَالَتْ إِلَى أَبِيهَا فَأَخَذَهَا» (وَلَنَا أَنَّهُ لِقُصُورِ عَقْلِهِ يَخْتَارُ مَنْ عِنْدَهُ الدَّعَةُ) أَيْ الْخَفَضُ وَالرَّاحَةُ وَكَلَامُهُ وَاضِحٌ، وَلَكِنْ قَوْلُهُ (أَوْ يُحْمَلُ عَلَى مَا إِذَا كَانَ بِالْعَا) فِيهِ نَظَرٌ، لِأَنَّ الْمَذْكُورَ فِي قِصَّةِ الصَّبِيَّةِ وَقَالَتْ ابْنَتِي وَهِيَ فَطِيمٌ فَكَيْفَ يَصِحُّ حَمْلُهُ عَلَى مَا إِذَا كَانَ بِالْعَا؟ وَالْجَوَابُ أَنَّ الْمُصَنِّفَ قَالَ خَيْرٌ وَلَمْ يَقُلْ غُلَامًا وَلَا غَيْرَهُ لِيَتَنَاوَلَ مَا رَوَيْنَا، وَمَا رَوَيْ «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ خَيْرٌ غُلَامًا بَيْنَ الْأَبَوَيْنِ مِنْ غَيْرِ ذِكْرِ مَا يَدُلُّ عَلَى الصَّغَرِ» فَأَوَّلُ الْمُصَنِّفِ رَحِمَهُ اللَّهُ الْأَوَّلُ بِقَوْلِهِ قُلْنَا قَدْ قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ إلخ، وَالثَّانِي بِقَوْلِهِ أَوْ يُحْمَلُ عَلَى مَا إِذَا كَانَ بِالْعَا.

فصل

(وَإِذَا أَرَادَتْ الْمَطْلَقَةُ أَنْ تَخْرُجَ بِوَلَدِهَا مِنَ الْمِصْرِ فَلَيْسَ لَهَا ذَلِكَ) لَمَّا فِيهِ مِنَ الْإِضْرَارِ بِالْأَبِ (إِلَّا أَنْ تَخْرُجَ بِهِ إِلَى وَطَنِهَا وَقَدْ كَانَ الزَّوْجُ تَزَوَّجَهَا فِيهِ) لِأَنَّهُ التَّزَمَ الْمَقَامَ فِيهِ عُرْفًا وَشَرْعًا، قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «مَنْ تَاهَلَ بِبِلَدَةٍ فَهُوَ مِنْهُمْ» ^(١) وَلِهَذَا يَصِيرُ الْحَرْبِيُّ بِهِ ذِمِّيًّا، وَإِنْ أَرَادَتْ الْخُرُوجَ إِلَى مِصْرٍ غَيْرِ وَطَنِهَا وَقَدْ كَانَ التَّزَوُّجُ فِيهِ أَشَارَ فِي الْكِتَابِ إِلَى أَنَّهُ لَيْسَ لَهَا ذَلِكَ، وَهَذَا رِوَايَةُ كِتَابِ الطَّلَاقِ، وَقَدْ ذَكَرَ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ أَنَّ لَهَا ذَلِكَ لِأَنَّ الْعَقْدَ مَتَى وَجِدَ فِي مَكَانٍ يُوجِبُ أَحْكَامَهُ فِيهِ كَمَا يُوجِبُ الْبَيْعُ التَّسْلِيمَ فِي مَكَانِهِ، وَمِنْ جُمْلَةِ ذَلِكَ حَقُّ إِمْسَاكِ الْأَوْلَادِ.

(١) ذكره الهيثمي في المجمع (١٥٦/٢)، وانظر نصب الراية (٣٩٥).

وَجْهَ الْأَوَّلِ أَنَّ التَّزْوَجَ فِي دَارِ الْغُرْبَةِ لَيْسَ التِّزَامًا لِلْمَكَثِ فِيهِ عُرْفًا، وَهَذَا أَصَحُّ. وَالْحَاصِلُ أَنَّهُ لَا بُدَّ مِنَ الْأَمْرَيْنِ جَمِيعًا: الْوَطَنُ وَوُجُودُ النِّكَاحِ، وَهَذَا كُلُّهُ إِذَا كَانَ بَيْنَ الْمِصْرَيْنِ تَفَاوُتٌ، أَمَّا إِذَا تَقَارَبَا بِحَيْثُ يُمَكِّنُ لِلْوَالِدِ أَنْ يُطَالَعَ وَلَدَهُ وَيَبْسُتَ فِي بَيْتِهِ فَلَا بَأْسَ بِهِ، وَكَذَا الْجَوَابُ فِي الْقَرِيَّتَيْنِ، وَلَوْ انْتَقَلَتْ مِنَ قَرِيَةِ الْمِصْرِ إِلَى الْمِصْرِ لَا بَأْسَ بِهِ لِأَنَّ فِيهِ نَظَرًا لِلصَّغِيرِ حَيْثُ يَتَخَلَّقُ بِأَخْلَاقِ أَهْلِ الْمِصْرِ وَلَيْسَ فِيهِ ضَرَرٌ بِالْأَبِ، وَفِي عَكْسِهِ ضَرَرٌ بِالصَّغِيرِ لِتَخَلُّقِهِ بِأَخْلَاقِ أَهْلِ السَّوَادِ فَلَيْسَ لَهَا ذَلِكَ.

الشرح:

(فصل): لَمَّا فَرَعَ مِنْ بَيَانِ مَنْ لَهُ الْحَضَانَةُ بَيَّنَّ مَا يَفْعَلُهُ مِنَ الْإِخْرَاجِ إِلَى الْقَرَى وَغَيْرِهِ فِي فَصْلِ عَلَى حِدَةٍ (وَإِذَا أَرَادَتْ الْمُطَلَّقَةُ بَعْدَ الْقَضَاءِ الْعِدَّةَ أَنْ تَخْرُجَ مِنَ الْمِصْرِ) فَذَلِكَ عَلَى أَرْبَعَةِ أَقْسَامٍ: إِمَّا أَنْ تَخْرُجَ إِلَى وَطَنِهَا وَقَدْ وَقَعَ الْعَقْدُ فِيهِ، وَإِمَّا أَنْ تَخْرُجَ إِلَى مَا لَيْسَ وَطَنِهَا وَلَمْ يَقَعْ فِيهِ الْعَقْدُ، وَإِمَّا أَنْ تَخْرُجَ إِلَى وَطَنِهَا وَلَمْ يَقَعْ الْعَقْدُ فِيهِ، وَإِمَّا أَنْ تَخْرُجَ إِلَى غَيْرِ وَطَنِهَا وَقَدْ وَقَعَ الْعَقْدُ فِيهِ. فَهِيَ الْأَقْسَامُ الْعَقْلِيَّةُ، فَإِنْ اتَّفَقَ أَمْرَانِ جَمِيعًا بَأَنْ تَخْرُجَ إِلَى وَطَنِهَا وَقَدْ وَقَعَ الْعَقْدُ فِيهِ جَازَ وَإِلَّا فَلَا كَمَا ذُكِرَ فِي الْكِتَابِ. وَقَوْلُهُ (لَأَنَّهُ التَّزَمَ الْمَقَامَ فِيهِ عُرْفًا وَشَرْعًا) دَلِيلُ الْمُسْتَسْنَى. وَقَوْلُهُ (وَلِهَذَا يَصِيرُ الْحَرْبِيُّ) أَيُّ الشَّخْصِ الْحَرْبِيُّ ذَكَرًا كَانَ أَوْ أُنْثَى (بِهِ) أَيُّ بِالتَّزْوَجِ فِي بِلَدَةٍ (ذِمِّيًّا) قَالَ فِي النَّهَائَةِ: وَهَذَا وَقَعَ غَلَطًا لِأَنَّ الْمُصَنِّفَ ذَكَرَ فِي السِّيَرِ وَذَكَرَ أَيْضًا فِي سِيَرِ سَائِرِ الْكُتُبِ: إِذَا تَزَوَّجَ الْمُسْتَأْمَنُ ذِمِّيًّا لَا يَصِيرُ ذِمِّيًّا لِأَنَّهُ يُمْكِنُهُ أَنْ يُطْلَقَهَا فَيَرْجِعَ.

وَأُجِيبَ بِأَنَّ الضَّمِيرَ فِي بِهِ رَاجِعٌ إِلَى التَّزَامِ الْمَقَامِ، وَفِيهِ نَظَرٌ لِأَنَّهُ يُقُولُ إِلَى أَنْ يُقَالَ إِنَّهُ بِالتَّزْوَجِ فِي بِلَدِ التَّزَمَ الْمَقَامَ، وَبِالتَّزَامِ الْمَقَامِ يَصِيرُ الْحَرْبِيُّ ذِمِّيًّا، وَيَلْزَمُ مِنْهُ أَنَّهُ بِالتَّزْوَجِ فِي بِلَدِ يَصِيرُ الْحَرْبِيُّ ذِمِّيًّا فَعَادَ الْمَحْظُورُ، وَإِنْ لَمْ يُجْعَلْ مُتَعَلِّقًا بِذَلِكَ يَنْقَطِعُ الْكَلَامُ عَمَّا قَبْلَهُ وَلَا يَبْقَى لَهُ اتِّصَالٌ فِي مَحَلِّ الْبَحْثِ فَلَا يَلِيقُ ذَلِكَ بِمَثَلِ الْمُصَنِّفِ وَغَيْرِ بَعْضِهِمْ لَفْظَ الْحَرْبِيِّ إِلَى الْحَرِيَّةِ، وَيَجُوزُ أَنْ يُقَالَ: لَا حَاجَةَ إِلَى تَغْيِيرِ اللَّفْظِ لِحَوَازِ أَنْ يَكُونَ الْحَرْبِيُّ صِفَةً لِشَخْصٍ كَمَا قَدَّرْنَا فِي أَوَّلِ الْبَحْثِ، وَحِينَئِذٍ يُرَادُ بِهِ الْحَرِيَّةُ، وَلَكِنْ ذَكَرَهُ بِتَأْوِيلِ الشَّخْصِ وَبِهَذَا يَخْرُجُ عَنْ كَوْنِهِ غَلَطًا إِلَى كَوْنِهِ مُلَبِّسًا، وَمِنْهُمْ مَنْ جَعَلَهُ

مِنْ بَابِ الْقِيَاسِ وَالِاسْتِحْسَانِ فَجَعَلَ مَا ذُكِرَ هَاهُنَا وَجْهَ الْقِيَاسِ لِأَنَّ التَّزْوُجَ فِي بَلَدٍ يَصْلُحُ دَلِيلًا عَلَى التِّزَامِ الْمَقَامِ فِيهِ شَرْعًا وَعَرَفًا لَا سِيَّمَا إِذَا كَانَتْ الْمَرْأَةُ مَمْنُوعَةً عَنِ الْخُرُوجِ عَنْ تِلْكَ الْبَلَدَةِ، وَمَا ذُكِرَ فِي السَّيْرِ وَجْهَ الْاسْتِحْسَانِ لِأَنَّ التَّزْوُجَ وَإِنْ صَلَحَ دَلِيلًا عَلَى التِّزَامِ الْمَقَامِ كَتَزْوُجِ الْحَرِيَّةِ لِلذَّمِّيِّ إِلَّا أَنْ قَبُولِ الْجَزْيَةِ الْمَوْجِبَ لِلذَّلِّ وَالصَّغَارِ مَانِعٌ.

وَرَدُّ بَأَنَّ هَذَا الْقِيَاسَ وَالِاسْتِحْسَانَ غَيْرُ مَنْقُولٍ عَنِ السَّلَفِ فَلَا يَصِحُّ بِنَاءُ الْجَوَابِ عَلَى ذَلِكَ. وَأَجَابَ شَيْخُ شَيْخِي الْعَلَامَةُ عَبْدُ الْعَزِيزِ بِأَنَّهُ لَمَّا وَجَدَ مَعْنَى الْقِيَاسِ وَالِاسْتِحْسَانِ لَا وَجْهَ إِلَى الْمَنَعِ مِنْ إِطْلَاقِ الْأَسْمِ عَلَيْهِمَا.

وَأَقُولُ: إِنْ ثَبَتَ فِي حَرْبِيٍّ يَتَزَوَّجُ فِي بَلَدِ الْمُسْلِمِينَ أَنْ يَصِيرَ بِهِ ذِمِّيًّا رَوَايَتَانِ صَحَّ اسْتِخْرَاجُ وَجْهِ الْقِيَاسِ وَالِاسْتِحْسَانِ وَإِلَّا فَلَا. وَقَوْلُهُ فِي الْكِتَابِ يُرِيدُ بِهِ الْقُدُورِيُّ وَوَجْهُهُ كُلُّ مِمَّا فِي الْقُدُورِيِّ وَالْجَامِعِ الصَّغِيرِ مَا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ وَهُوَ وَاضِحٌ، وَأَمَّا فِي عَكْسِ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ وَهِيَ أَنْ تَخْرُجَ إِلَى وَطَنِهَا وَلَمْ يَكُنِ الْعَقْدُ بِهَا فَلَيْسَ لَهَا أَنْ تَنْتَقِلَ بِالْأَوْلَادِ إِلَيْهَا بِاتِّفَاقِ الرُّوَايَاتِ.

وَأَمَّا الْقِسْمُ الْآخَرُ وَهُوَ مَا لَا يَكُونُ وَطَنُهَا وَلَا وَقَعَ الْعَقْدُ فِيهِ فَقَدْ اقْتَصَرَ عَنْ ذِكْرِهِ لظُهُورِهِ مِنَ الْأَقْسَامِ الْبَاقِيَةِ (قَوْلُهُ وَالْحَاصِلُ) ظَاهِرٌ مِمَّا ذَكَرْنَا. قَالَ صَاحِبُ النَّهَائَةِ بَعْدَ وُجُودِ هَذَيْنِ الْوَصْفَيْنِ: لَا بُدَّ مِنْ وَصْفٍ آخَرَ هُوَ شَرْطٌ فِيهِ أَيْضًا، وَهُوَ أَنْ لَا يَنْتَقِلَ إِلَى دَارِ الْحَرْبِ وَإِنْ كَانَتْ وَطَنُهَا وَقَعَ الْعَقْدُ فِيهَا، وَفِيهِ نَظَرٌ لِأَنَّ الْحَرِيَّةَ بِالتَّزْوُجِ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ تَصِيرُ ذِمِّيَّةً فَأَنَّى يَتَسَنَّى لَهَا الْإِثْقَالُ إِلَيْهَا. وَالْجَوَابُ أَنَّ مُرَادَهُ مُسْلِمٌ عَقْدَ عَلَى مُسْلِمَةٍ فِي وَطَنِهَا دَارِ الْحَرْبِ فَخَرَجَا إِلَيْنَا وَوَقَعَتِ الْفُرْقَةُ فِيمَا بَيْنَهُمَا فَأَرَادَتْ الْخُرُوجَ إِلَى دَارِ الْحَرْبِ بَوْلَدِهَا لَمْ تُمَكَّنْ مِنْ ذَلِكَ وَإِنْ وَجَدَ الْأَمْرَانِ جَمِيعًا وَالْبَاقِي ظَاهِرٌ.

باب النفقة

قَالَ (النَّفَقَةُ وَاجِبَةٌ لِلزَّوْجَةِ عَلَى زَوْجِهَا مُسْلِمَةً كَانَتْ أَوْ كَافِرَةً إِذَا سَلِمَتْ نَفْسَهَا إِلَى مَنْزِلِهِ فَعَلَيْهِ نَفَقَتُهَا وَكِسْوَتُهَا وَسُكْنَاهَا) وَالْأَصْلُ فِي ذَلِكَ قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّنْ سَعَتِهِ﴾ [الطلاق: ٧] وَقَوْلُهُ تَعَالَى ﴿وَعَلَى الْوَلَدِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٣٣] وَقَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ فِي حَدِيثِ حَجَّةِ الْوَدَاعِ

«وَلَهُنَّ عَلَيْكُمْ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ»^(١) وَلَأَنَّ النِّفْقَةَ جَزَاءُ الْاِحْتِبَاسِ فَكُلُّ مَنْ كَانَ مُحْبُوسًا بِحَقِّ مَقْصُودٍ لغيرِهِ كَانَتْ نَفَقَتُهُ عَلَيْهِ: أَصْلُهُ الْقَاضِي وَالْعَامِلُ فِي الصَّدَقَاتِ. وَهَذِهِ الدَّلَائِلُ لَا فَصْلَ فِيهَا فَتَسْتَوِي فِيهَا الْمُسْلِمَةُ وَالْكَافِرَةُ (وَيُعْتَبَرُ فِي ذَلِكَ حَالُهُمَا جَمِيعًا) قَالَ الْعَبْدُ الضَّعِيفُ: وَهَذَا اخْتِيَارُ الْخَصَافِ وَعَلَيْهِ الْفَتْوَى، وَتَفْسِيرُهُ أَنَّهُمَا إِذَا كَانَا مُوسِرَيْنِ تَجِبُ نَفَقَةُ الْيَسَارِ، وَإِنْ كَانَا مُعْسِرَيْنِ فَتَنْفَقَةُ الْإِعْسَارِ، وَإِنْ كَانَتْ مُعْسِرَةً وَالزَّوْجُ مُوسِرًا فَتَنْفَقَتَهَا دُونَ نَفَقَةِ الْمُوسِرَاتِ وَفَوْقَ نَفَقَةِ الْمُعْسِرَاتِ.

وَقَالَ الْكَرْخِيُّ: يُعْتَبَرُ حَالُ الزَّوْجِ وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ﴾ وَجَهُ الْأَوَّلُ قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لِهِنْدَ امْرَأَةِ أَبِي سَفْيَانَ «خُذِي مِن مَّالِ زَوْجِكَ مَا يَكْفِيكَ وَوَلَدِكَ بِالْمَعْرُوفِ»^(٢) اعْتَبَرَ حَالَهَا وَهُوَ الْفَقْرُ فَإِنَّ النِّفْقَةَ تَجِبُ بِطَرِيقِ الْكِفَايَةِ، وَالْفَقِيرَةُ لَا تَفْتَقِرُ إِلَى كِفَايَةِ الْمُوسِرَاتِ فَلَا مَعْنَى لِلزِّيَادَةِ، وَنَحْنُ نَقُولُ بِمُوجِبِ النَّصِّ أَنَّهُ يُخَاطَبُ بِقَدَرِ وَسْعِهِ وَالْبَاقِي دَيْنٌ فِي ذِمَّتِهِ، وَمَعْنَى قَوْلِهِ بِالْمَعْرُوفِ الْوَسْطُ وَهُوَ الْوَاجِبُ وَبِهِ يَتَبَيَّنُ أَنَّهُ لَا مَعْنَى لِلتَّقْدِيرِ كَمَا ذَهَبَ إِلَيْهِ الشَّافِعِيُّ أَنَّهُ عَلَى الْمُوسِرِ مُدَانٌ وَعَلَى الْمُعْسِرِ مُدٌّ وَعَلَى الْمُتَوَسِّطِ مُدٌّ وَنِصْفُ مُدٍّ، لِأَنَّ مَا وَجِبَ كِفَايَةً لَا يَتَقَدَّرُ شَرْعًا فِي نَفْسِهِ.

الشرح:

(بَابُ النِّفْقَةِ): لَمَّا فَرَّغَ مِنْ بَيَانِ حَقِّ الْحِصَانَةِ لِلْوَلَدِ وَمَنْ لَهَا الْحِصَانَةُ احْتَاجَ إِلَى بَيَانِ النِّفْقَةِ وَمَنْ تَجِبُ عَلَيْهِ ثُمَّ اسْتَطَرَدَ بِذِكْرِ مَا يَحْتَاجُ إِلَيْهِ مِنَ السُّكْنَى وَغَيْرِهِ. وَالنِّفْقَةُ اسْمٌ بِمَعْنَى الْإِنْفَاقِ، وَهُوَ عِبَارَةٌ عَنِ الْإِذْرَارِ عَلَى الشَّيْءِ بِمَا بِهِ يَقُومُ بَقَاؤُهُ. وَتَفَقُّهُ الشَّخْصِ عَلَى غَيْرِهِ تَجِبُ بِأَسْبَابٍ: مِنْهَا الزَّوْجِيَّةُ وَمِنْهَا النَّسَبُ وَمِنْهَا الْمِلْكُ. وَفُتِحَ الْبَابُ بِنَفَقَةِ الزَّوْجَاتِ لِأَنَّ الزَّوْجِيَّةَ أَصْلُ النَّسَبِ فَيَقْدَمُ عَلَيْهِ وَالنَّسَبُ أَقْوَى مِنَ الْمِلْكِ لِأَنَّ النِّفْقَةَ عَلَى الْوَلَدِ كَالْإِنْفَاقِ عَلَى نَفْسِهِ لِكَوْنِهِ جُزْءًا مِنْهُ وَكَذَا عَلَى الْوَالِدَيْنِ. قَالَ (النِّفْقَةُ وَاجِبَةٌ لِلزَّوْجَةِ عَلَى الزَّوْجِ مُسْلِمَةً كَانَتْ أَوْ كَافِرَةً إِذَا سَلِمَتْ نَفْسُهَا إِلَى مَنْزِلِهِ) قَالَ فِي النَّهَايَةِ: هَذَا الشَّرْطُ لَيْسَ بِإِلْزَامٍ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ فَإِنَّهُ ذَكَرَ فِي الْمَبْسُوطِ،

(١) سبق تخريجه.

(٢) أخرجه البخاري في النفقات باب ٩، ١٤، ومسلم في الأقضية (٧).

وَفِي ظَاهِرِ الرُّوَايَةِ بَعْدَ صِحَّةِ الْعَقْدِ النَّفَقَةُ وَاجِبَةٌ لَهَا وَإِنْ لَمْ تَنْتَقِلْ إِلَى بَيْتِ الزَّوْجِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّ الزَّوْجَ لَوْ لَمْ يُطَلَّبْ اتِّقَالُهَا إِلَى بَيْتِهِ كَانَ لَهَا أَنْ تُطَالِبَهُ بِالنَّفَقَةِ.

وَقَالَ فِي الْإِيضَاحِ: وَهَذَا لِأَنَّ النَّفَقَةَ حَقُّ الْمَرْأَةِ وَالْإِتِّقَالُ حَقُّ الزَّوْجِ، فَإِذَا لَمْ يُطَالِبْهَا بِالنَّفَقَةِ فَقَدْ تَرَكَ حَقَّهُ وَهَذَا لَا يُوجِبُ بُطْلَانَ حَقِّهَا (وَالْأَصْلُ فِي ذَلِكَ) أَيُّ فِي وَجُوبِ النَّفَقَةِ قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ﴾ أَمْرٌ بِالْإِنْفَاقِ وَالْأَمْرُ لِلْوُجُوبِ. وَقَوْلُهُ تَعَالَى ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٣٣] أَيُّ بِالْوَسْطِ.

وَقَالَ الرَّجَّاجُ فِي تَفْسِيرِهِ بِمَا يَعْرِفُونَ أَنَّهُ الْعَدْلُ عَلَى قَدْرِ الْإِمْكَانِ، وَكَلِمَةٌ عَلَى لِلْوُجُوبِ (وَقَوْلُهُ ﷺ فِي حُجَّةِ الْوَدَاعِ) «أَوْصِيكُمْ بِالنِّسَاءِ خَيْرًا فَإِنَّهُنَّ عِنْدَكُمْ عَوَانٌ، اتَّخَذْتُمُوهُنَّ بِأَمَانَةِ اللَّهِ وَاسْتَحْلَلْتُمْ فُرُوجَهُنَّ بِكَلِمَةِ اللَّهِ، وَإِنَّ لَكُمْ عَلَيْهِنَّ أَنْ لَا يُوطِئَنَّ فُرُشَكُمْ أَحَدًا، وَأَنْ لَا يَأْذَنَ فِي بُيُوتِكُمْ لِأَحَدٍ تَكْرَهُوهُ. فَإِذَا فَعَلْنَ ذَلِكَ فَاضْرِبُوهُنَّ ضَرْبًا غَيْرَ مُبْرَحٍ» (و) إِنَّ «لَهُنَّ عَلَيْكُمْ نَفَقَتُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ، وَلَئِنْ النَّفَقَةُ جَزَاءُ الْإِحْتِسَابِ فَكُلُّ مَنْ كَانَ مَحْبُوسًا بِحَقٍّ مَقْصُودٍ لِّغَيْرِهِ كَانَتْ نَفَقَتُهُ عَلَيْهِ أَصْلُهُ الْقَاضِي وَالْعَامِلُ فِي الصَّدَقَاتِ» وَتَوْقِضُ بِالرَّهْنِ فَإِنَّهُ مَحْبُوسٌ بِحَقٍّ مَقْصُودٍ لِلْمُرْتَهِنِ وَهُوَ الْاسْتِثْنَاءُ وَنَفَقَتُهُ لَيْسَتْ عَلَيْهِ بَلْ هِيَ عَلَى الرَّاهِنِ.

وَأُجِيبَ بِأَنَّ الرَّهْنَ مَحْبُوسٌ بِحَقِّ الرَّاهِنِ أَيْضًا وَهُوَ كَوْنُهُ مُوفِيًا عِنْدَ الْهَلَاكِ وَلِهَذَا لَمْ تَجِبِ النَّفَقَةُ عَلَى الْمُرْتَهِنِ (وَهَذِهِ الدَّلَائِلُ) يَعْنِي الَّتِي ذَكَرَهَا مِنَ الْكِتَابِ وَالسُّنَّةِ (لَا فَضْلَ فِيهَا فَيَسْتَوِي الْمُسْلِمَةُ وَالْكَافِرَةُ وَيُعْتَبَرُ فِي ذَلِكَ حَالُهُمَا) هَذَا لَفْظُ الْقُدُورِيِّ قَالَ الْمُصَنِّفُ (وَهَذَا) أَيُّ اعْتِبَارُ حَالِهِمَا فِي ذَلِكَ (اخْتِيارُ الْخَصَافِ وَعَلَيْهِ الْفَتْوَى، وَتَفْسِيرُهُ) أَيُّ تَفْسِيرُ قَوْلِ الْخَصَافِ وَهُوَ عَلَى أَرْبَعَةِ أَقْسَامٍ: قِسْمَةٌ عَقْلِيَّةٌ، إِمَّا أَنْ يَكُونَا مُوسِرَيْنِ أَوْ مُعْسِرَيْنِ، أَوْ الزَّوْجُ مُوسِرًا وَالزَّوْجَةُ مُعْسِرَةً، أَوْ بِالْعَكْسِ مِنْ ذَلِكَ. فَبِالْأَوَّلِ تَجِبُ نَفَقَةُ الْبِسَارِ، وَفِي الثَّانِي نَفَقَةُ الْإِعْسَارِ، وَفِي الثَّلَاثِ نَفَقَتُهَا ذَوْنُ نَفَقَةِ الْمُوسِرَاتِ وَفَوْقَ نَفَقَةِ الْمُعْسِرَاتِ إِذَا كَانَ الزَّوْجُ يَأْكُلُ الْحَلْوَى وَالْحَمْلَ الْمَشْوِيَّ وَالْبَاجَاتِ، وَالْمَرْأَةُ كَانَتْ تَأْكُلُ فِي بَيْتِهَا خُبْزَ الشَّعِيرِ لَا يُؤَمَّرُ الزَّوْجُ بِأَنْ يُطْعِمَهَا مَا يَأْكُلُ بِنَفْسِهِ وَلَا مَا كَانَتْ الْمَرْأَةُ تَأْكُلُ فِي بَيْتِهَا وَلَكِنْ يُطْعِمُهَا فِيمَا بَيْنَ ذَلِكَ، يُطْعِمُهَا خُبْزَ الْبُرِّ وَبَاجَةً أَوْ بَاجَتَيْنِ.

وَلَمْ يَذْكُرِ الْمُصَنِّفُ الْقِسْمَ الرَّابِعَ لِأَنَّهُ يُعْلَمُ مِنَ الْقِسْمِ الثَّالِثِ، فَإِنَّ الْخَصَّافَ ذَكَرَ فِي كِتَابِهِ: يَفْرَضُ لَهَا نَفَقَةٌ صَالِحَةٌ يَعْنِي وَسَطًا، فَيَقَالُ لَهُ: تُكَلَّفُ أَنْ تُطْعِمَهَا خُبْزَ الْبُرِّ وَبَاجَةً أَوْ بَاجَتَيْنِ كَيْ لَا يَلْحَقَهَا الضَّرَرُ، وَلَمْ يَزِدْ عَلَى مَا فُهِمَ مِنَ الْقِسْمِ الثَّالِثِ مِنْ تَوْسِيطِ الْحَالِ.

وَقَالَ: وَفِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ يَقُولُ لَمَّا زَوَّجَتْ نَفْسَهَا مِنْ مُعْسِرٍ فَقَدْ رَضِيَتْ بِنَفَقَةِ الْمُعْسِرَيْنِ فَلَا تَسْتَوْجِبُ عَلَى الزَّوْجِ إِلَّا بِحَسَبِ حَالِهِ (وَقَالَ الْكَرَّخِيُّ: يُعْتَبَرُ حَالُ الزَّوْجِ وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ) وَهُوَ ظَاهِرُ الرِّوَايَةِ عَنْ أَصْحَابِنَا، وَالذَّلِيلُ عَلَيْهِ قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ﴾، ﴿وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ﴾ اعْتَبَرَ حَالُ الرَّجُلِ فِي الْحَالَتَيْنِ جَمِيعًا وَأَمْرَهُ بِالْإِنْفَاقِ فَلَا مَصِيرَ إِلَى غَيْرِهِ.

وَجَهُّ الْأَوَّلِ يَعْنِي قَوْلَ الْخَصَّافِ فِي اعْتِبَارِ حَالِهَا وَقَوْلُهُ ﷺ لَهْنَدَ امْرَأَةً أَبِي سُفْيَانَ رَوَى الْبُخَارِيُّ بِإِسْنَادِهِ إِلَى عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا «أَنَّ هَذَا بِنْتُ عَتَبَةَ قَالَتْ: يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنَّ أَبَا سُفْيَانَ رَجُلٌ شَحِيحٌ لَا يُعْطِينِي مَا يَكْفِينِي وَوَلَدِي إِلَّا مَا أَخَذْتُ مِنْهُ وَهُوَ لَا يَعْلَمُ، فَقَالَ: خُذِي مَا يَكْفِيكَ وَوَلَدَكَ بِالْمَعْرُوفِ» فَاعْتَبَرَ حَالَهَا وَلِقَائِلِ أَنْ يَقُولَ: هَذَا الذَّلِيلُ غَيْرُ مُطَابِقٍ لِلْمُدَّعَى لِأَنَّ الْمُدَّعَى هُوَ الْاعْتِبَارُ بِحَالِهَا.

وَالْحَدِيثُ يُدُلُّ عَلَى اعْتِبَارِ حَالِهَا عَلَى مَا صَرَّحَ بِهِ الشَّيْخُ. وَيُمْكِنُ أَنْ يُجَابَ عَنْهُ بِأَنَّ الْمَحْتَاجَ إِلَيْهِ هُوَ بَيَانُ اعْتِبَارِ حَالِهَا، وَأَمَّا اعْتِبَارُ حَالِهِ فَالْآيَةُ تُدَلُّ عَلَيْهِ وَالْخَصْمُ يَقُولُ بِهِ، فَإِذَنْ الْآيَةُ تُدَلُّ عَلَى اعْتِبَارِ حَالِهِ وَالْحَدِيثُ عَلَى اعْتِبَارِ حَالِهَا، فَوَجَبَ الْجَمْعُ بَيْنَهُمَا بِأَنْ يَكُونَ حَالُهُ مُعْتَبَرًا مِنْ وَجْهِ وَحَالِهَا كَذَلِكَ. فَإِنْ قِيلَ: هَذَا عَلَى تَقْدِيرِ التَّعَارُضِ وَالْحَدِيثُ لَا يُعَارِضُ الْآيَةَ لَكُونِهِ مِنَ الْآحَادِ.

فَلْجَوَابُ أَنَّ الْحَدِيثَ تَفْسِيرٌ لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَعَلَى الْوَلَدِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ فَتَكُونُ الْمُعَارَضَةُ حِينَئِذٍ بَيْنَ الْآيَتَيْنِ فَيَجْمَعُ بَيْنَهُمَا. قَالَ الْمُصَنِّفُ اخْتِيارًا مِنْهُ لِقَوْلِ الْخَصَّافِ (وَهُوَ) أَيُّ اعْتِبَارِ حَالِهَا هُوَ (الْفَقْرُ، فَإِنَّ النَّفَقَةَ تَجِبُ بِطَرِيقِ الْكِفَايَةِ وَالْفَقِيرَةُ لَا تَنْفَقُ إِلَى كِفَايَةِ الْمُسِرَّاتِ فَلَا مَعْنَى لِلزِّيَادَةِ) يَعْنِي عَلَى كِفَايَتِهَا نَظَرًا إِلَى حَالِ الزَّوْجِ. وَأَجَابَ عَنْ قَوْلِهِ تَعَالَى ﴿لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ﴾ بِقَوْلِهِ (وَنَحْنُ نَقُولُ بِمُوجِبِ النَّصِّ أَنَّهُ يُخَاطَبُ أَنْ يُنْفِقَ بِقَدْرِ وَسْعِهِ) لِأَنَّ يَلْزَمَ التَّكْلِيفُ بِمَا لَيْسَ فِي

الوسع، لكن إن زادت كفايتها على ما في وسعه يكون للباقي ديناً في ذمته عملاً بالدليلين كما مر ولا يؤدبه مع العجز. وقوله (ومعنى قوله بالمعروف الوسط) إشارة إلى ما قدمناه أن تفسير قوله تعالى ﴿وَكَسَوْنَهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ الوسط ليكون جواباً عن قول الخصم إنه تعالى قال ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ﴾ اعتبر الرجل، وقال بالمعروف إشارة إلى أن لا يزداد على ما في وسعه إن كانت حالتها تقتضيه.

ووجه كونه جواباً أنه إذا كان مفسراً بالوسط فالوسط هو الذي يكون بين حال الرجل وحال المرأة وهو الواجب (قوله وبه) أي بقوله ﷺ هُند «خذي من مال زوجك ما يكفيك» (يتبين أنه لا معنى للتقدير كما ذهب إليه الشافعي أنه على الميسر مدان وعلى الميسر مدٌّ وعلى المتوسط مدٌّ ونصف، لأن ما وجب كفاية لا يتقدر في نفسه شرعاً) لأنه مما يختلف فيها أحوال الناس بحسب الشباب والهرم وبحسب الأوقات والأماكن، ففي التقدير قد يكون إضراراً.

(وإن امتنعت من تسليم نفسها حتى يعطيها مهرها فلها النفقة) لأنه منع بحق فكان قوت الاحتباس لمعنى من قبله فيجعل كلاً فائت.

الشرح:

قال (وإن امتنعت من تسليم نفسها) إن امتنعت المرأة عن تسليم نفسها قبل الدخول أو بعده على قول أبي حنيفة، فيما أن يكون الامتناع بحق مثل أن تطلب المهر المعجل أو لا، فإن كان الأول فلها النفقة لأن كل واحد من المهر والنفقة حق من حقوقها، فمطالبة أحدهما لا يسقط الآخر، وإن كان الثاني فهي ناشزة لأن الناشزة هي الخارجة من منزل الزوج المانعة منه نفسها وهذه كذلك، وإنما قيل للخارجة من منزل الزوج لأنها إذا كانت ساكنة معه فالظاهر أن الزوج يقدر على تحصيل المقصود منها طوعاً أو كرهاً فلا تبطل النفقة، فإن كان المنزل ملكاً لها وهو يسكن معها فيه فمنعته من الدخول عليها فهو بمنزلة الخروج من بيته.

(وإن نشزت فلا نفقة لها حتى تعود إلى منزلها) لأن قوت الاحتباس منها، وإن عادت جاء الاحتباس فتجب النفقة، بخلاف ما إذا امتنعت من التمكن في بيت الزوج لأن الاحتباس قائم والزوج يقدر على الوطء كرهاً.

الشرح:

وَإِذَا كَانَتْ نَاشِزَةً فَلَا تَفْقَهُ لَهَا حَتَّى تَعُودَ إِلَى مَنْزِلِهِ لِأَنَّ قُوَّةَ الْإِحْتِبَاسِ مِنْهَا، وَإِذَا عَادَتْ جَاءَ الْإِحْتِبَاسُ فَتَجِبُ التَّفَقُّةُ. فَإِنْ قِيلَ: الدَّلَائِلُ الدَّالَّةُ عَلَى وُجُوبِ التَّفَقُّةِ لَا تَفْصِلُ بَيْنَ النَّاشِزَةِ وَغَيْرِهَا فَمَا وَجْهُ حَرَمَانِهَا عَنْهَا؟ فَالْجَوَابُ أَنَّا لَا نُسَلِّمُ أَنَّهَا لَمْ تَفْصِلْ لِأَنَّهُ تَعَالَى قَالَ ﴿وَعَلَى الْوَلَدِ لَهُ رِزْقُهَا وَكَسَوَتُهُنَّ بِالْعُرُوفِ﴾ وَذَلِكَ قَدْ يُشِيرُ إِلَى تَسْلِيمِ النَّفْسِ لِأَنَّ الْوِلَادَةَ بَدُونِهِ لَا تُتَصَوَّرُ. وَقَوْلُهُ (بِخِلَافِ مَا إِذَا امْتَنَعَتْ) مُتَّصِلٌ بِقَوْلِهِ لِأَنَّ قُوَّةَ الْإِحْتِبَاسِ مِنْهَا.

(وَإِنْ كَانَتْ صَغِيرَةً لَا يُسْتَمْتَعُ بِهَا فَلَا تَفْقَهُ لَهَا) لِأَنَّ امْتِنَاعَ الْإِسْتِمْتَاعِ لِمَعْنَى فِيهَا، وَالْإِحْتِبَاسُ الْمَوْجِبُ مَا يَكُونُ وَسِيلَةً إِلَى مَقْصُودٍ مُسْتَحَقٍّ بِالنِّكَاحِ وَلَمْ يَوْجَدْ، بِخِلَافِ الْمَرِيضَةِ عَلَى مَا يُبَيِّنُ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَهَا التَّفَقُّةُ لِأَنَّهَا عَوِضٌ مِنَ الْمَلِكِ عِنْدَهُ كَمَا فِي الْمَمْلُوكَةِ بِمِلْكِ الْيَمِينِ. وَلَنَا أَنَّ الْمَهْرَ عَوِضٌ عَنِ الْمَلِكِ وَلَا يَجْتَمِعُ الْعَوِضَانِ عَنْ مُعَوِضٍ وَاحِدٍ فَلَهَا الْمَهْرُ دُونَ التَّفَقُّةِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِنْ كَانَتْ صَغِيرَةً لَا يُسْتَمْتَعُ بِهَا) أَيُّ لَا تُوطَأُ (فَلَا تَفْقَهُ لَهَا) سَوَاءً كَانَتْ فِي مَنْزِلِ الزَّوْجِ أَوْ لَمْ تَكُنْ حَتَّى تَصِيرَ إِلَى الْحَالَةِ الَّتِي تُطَبِّقُ الْجِمَاعَ (لِأَنَّ امْتِنَاعَ الْإِسْتِمْتَاعِ إِنَّمَا هُوَ لِمَعْنَى فِيهَا، وَالْإِحْتِبَاسُ الْمَوْجِبُ تَفَقُّةً هُوَ مَا يَكُونُ وَسِيلَةً إِلَى مَقْصُودٍ مُسْتَحَقٍّ بِالنِّكَاحِ) وَهُوَ الْجِمَاعُ أَوْ دَوَاعِيهِ (وَلَمْ يَوْجَدْ) لِأَنَّ الصَّغِيرَةَ الَّتِي لَا تَصْلُحُ لِلْجِمَاعِ لَا تَصْلُحُ لِدَوَاعِيهِ لِأَنَّهَا غَيْرُ مُشْتَهَاةٍ، وَاسْتَشْكَلُ بِالرِّتْقَاءِ وَالْقِرْنَاءِ وَتَحْوِهِمَا، فَإِنَّ الْمَقْصُودَ الْمُسْتَحَقَّ بِالنِّكَاحِ فَائِتٌ وَلَهُنَّ التَّفَقُّةُ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ الدَّوَاعِيَ غَيْرُ فَائِتَةٍ بِأَنَّ يُجَامِعُهُنَّ تَفْخِيذًا أَوْ غَيْرَهُ، بِخِلَافِ الصَّغِيرَةِ لَمَّا ذَكَرْنَا، حَتَّى قَالُوا: إِنْ كَانَتْ الصَّغِيرَةُ مُشْتَهَاةً وَيُمْكِنُ جِمَاعُهَا فِيمَا دُونَ الْفَرْجِ تَجِبُ التَّفَقُّةُ وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَهَا التَّفَقُّةُ لِأَنَّهَا عَوِضٌ عَنِ الْمَلِكِ عِنْدَهُ كَمَا فِي الْمَمْلُوكَةِ بِمِلْكِ الْيَمِينِ) وَهَذَا لِأَنَّ وُجُوبَهَا بِسَبَبِ الْحَاجَةِ، وَالصَّغِيرُ وَالْكَبِيرُ فِيهَا سَوَاءٌ كَالْمَمْلُوكَةِ (وَلَنَا أَنَّ الْمَهْرَ عَوِضٌ عَنِ الْمَلِكِ) لِأَنَّ الْعَوِضَ هُوَ مَا يَدْخُلُ تَحْتَ الْعَقْدِ بِالتَّسْمِيَةِ وَالِدَاخِلُ تَحْتَهُ هُوَ الْمَهْرُ دُونَ التَّفَقُّةِ، وَإِذَا كَانَ الْمَهْرُ عَوِضًا لَا تَكُونُ التَّفَقُّةُ عَوِضًا لثَلَا يَجْتَمِعُ عَوِضَانِ (عَنْ مُعَوِضٍ وَاحِدٍ فَلَهَا

المهرُ دُونَ النَّفَقَةِ).

(وَإِنْ كَانَ الزَّوْجُ صَغِيرًا لَا يَقْدِرُ عَلَى الْوَطْءِ وَهِيَ كَبِيرَةٌ فَلَهَا النَّفَقَةُ مِنْ مَالِهِ)
لأنَّ التَّسْلِيمَ قَدْ تَحَقَّقَ مِنْهَا، وَإِنَّمَا الْعَجْزُ مِنْ قَبْلِهِ فَصَارَ كَالْمَجْبُوبِ وَالْعَيْنِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِنْ كَانَ الزَّوْجُ صَغِيرًا) بَيَانُ ذِكْرِ الْعَجْزِ مِنْ جَانِبِهِ وَهُوَ ظَاهِرٌ، وَلَمْ يَذْكُرْ حُكْمَ الْعَجْزِ مِنَ الطَّرَفَيْنِ بَأَن كَانَا صَغِيرَيْنِ لَا يُطَبِّقَانِ الْجَمَاعَ، فَلَوْ أُعْتَبِرَ جَانِبُ الصَّغِيرِ وَجَبَتْ كَمَا فِي الْكَبِيرَةِ، وَلَوْ أُعْتَبِرَ جَانِبُ الصَّغِيرَةِ لَمْ تَجِبْ كَمَا لَوْ كَانَتْ صَغِيرَةً وَالزَّوْجُ كَبِيرًا. قَالَ فِي الذَّخِيرَةِ: لَا نَفَقَةَ لَهَا لِأَنَّ الْمَنْعَ لَمْ يَأْتِ جَاءً مِنْ جِهَتِهَا، وَأَكْثَرُ مَا يَكُونُ فِي الْبَابِ أَنْ يَجْعَلَ الْمَنْعَ مِنْ قَبْلِهِ كَالْمَعْدُومِ فَالْمَنْعُ مِنْ قَبْلِهَا قَائِمٌ، وَمَعَ قِيَامِ الْمَنْعِ مِنْ قَبْلِهَا لَا تَسْحَقُ النَّفَقَةُ، وَفِيهِ نَظَرٌ لِأَنَّ الدَّلِيلَ يَقْبَلُ الْقَلْبَ.

(وَإِذَا حُسِبَتِ الْمَرَأَةُ فِي دَيْنٍ فَلَا نَفَقَةَ لَهَا) لِأَنَّ فَوْتَ الْإِحْتِيَاسِ مِنْهَا بِالْمَاظِلَةِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مِنْهَا بِأَنَّ كَانَتْ عَاجِزَةً فَلَيْسَ مِنْهُ، وَكَذَا إِذَا غَضِبَهَا رَجُلٌ كَرِهًا فَذَهَبَ بِهَا. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّ لَهَا النَّفَقَةَ، وَالْفَتَاوَى عَلَى الْأَوَّلِ لِأَنَّ فَوْتَ الْإِحْتِيَاسِ لَيْسَ مِنْهُ لِيُجْعَلَ بَاقِيًا تَقْدِيرًا، وَكَذَا إِذَا حَجَّتْ مَعَ مُحَرَّمٍ لِأَنَّ فَوْتَ الْإِحْتِيَاسِ مِنْهَا. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّ لَهَا النَّفَقَةَ لِأَنَّ إِقَامَةَ الْفَرْضِ عُدْرٌ، وَلَكِنْ تَجِبُ عَلَيْهِ نَفَقَةُ الْحَضَرِ دُونَ السَّفَرِ لِأَنَّهَا هِيَ الْمُسْتَحِقَّةُ عَلَيْهِ، وَلَوْ سَافَرَ مَعَهَا الزَّوْجُ تَجِبُ النَّفَقَةُ بِالِاتِّفَاقِ لِأَنَّ الْإِحْتِيَاسَ قَائِمًا لِقِيَامِهِ عَلَيْهَا وَتَجِبُ نَفَقَةُ الْحَضَرِ دُونَ السَّفَرِ وَلَا يَجِبُ الْكِرَاءُ لَمَّا قُلْنَا (فَإِنْ مَرَضَتْ فِي مَنْزِلِ الزَّوْجِ فَلَهَا النَّفَقَةُ) وَالْقِيَاسُ أَنْ لَا نَفَقَةَ لَهَا إِذَا كَانَ مَرَضًا يَمْنَعُ مِنَ الْجَمَاعِ لِفَوْتِ الْإِحْتِيَاسِ لِلِاسْتِمْتَاعِ. وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّ الْإِحْتِيَاسَ قَائِمًا فَإِنَّهُ يَسْتَأْنِسُ بِهَا وَيَمْسُهَا وَتَحْفَظُ الْبَيْتَ، وَالْمَانِعُ بِعَارِضٍ فَأَشْبَهَ الْحَيْضَ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهَا إِذَا سَلِمَتْ نَفْسَهَا ثُمَّ مَرَضَتْ تَجِبُ النَّفَقَةُ لِتَحَقُّقِ التَّسْلِيمِ، وَلَوْ مَرَضَتْ ثُمَّ سَلِمَتْ لَا تَجِبُ لِأَنَّ التَّسْلِيمَ لَمْ يَصِحَّ قَالُوا هَذَا حَسَنٌ. وَفِي لَفْظِ الْكِتَابِ مَا يُشِيرُ إِلَيْهِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِذَا حُسِبَتِ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (وَالْفَتَاوَى عَلَى الْأَوَّلِ). يَعْنِي عَلَى ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ، وَهُوَ أَنَّ لَا نَفَقَةَ لِلْمَعْصُوبَةِ فِيمَا مَضَى. وَقَوْلُهُ (لَأَنَّ فَوْتَ الْإِحْتِيَاسِ لَيْسَ مِنْهُ

لِيُجْعَلَ بَاقِيًا تَقْدِيرًا) يَبَيِّنُهُ أَنَّ النَّفَقَةَ عَوَضٌ عَنِ الْاِحْتِبَاسِ فِي بَيْتِهِ، فَإِذَا كَانَ الْفَوَاتُ لَمَعْنَى مِنْ جِهَتِهِ جُعِلَ ذَلِكَ الْاِحْتِبَاسُ بَاقِيًا، أَمَّا إِذَا كَانَ الْفَوَاتُ لَا لَمَعْنَى مِنْ جِهَتِهِ فَلَا يُمَكِّنُ أَنْ يُجْعَلَ ذَلِكَ الْاِحْتِبَاسُ بَاقِيًا تَقْدِيرًا وَبِدُونِهِ لَا تَجِبُ النَّفَقَةُ. وَقَوْلُهُ (وَكَذَا إِذَا حَجَّتْ مَعَ مُحْرَمٍ) يَعْنِي بِدُونِ الزَّوْجِ لَا تَجِبُ النَّفَقَةُ (لَأَنَّ فَوْتَ الْاِحْتِبَاسِ مِنْهَا. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّ لَهَا النَّفَقَةَ لِأَنَّ إِقَامَةَ الْفَرَضِ عُذْرٌ) وَكَلَامُهُ وَاضِحٌ.

وَقَوْلُهُ (لَمَّا قُلْنَا) إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ لِأَنَّهَا هِيَ الْمُسْتَحَقَّةُ عَلَيْهِ. وَقَوْلُهُ (فَإِنْ مَرَضَتْ فِي مَنْزِلِ الزَّوْجِ) عَلَى مَا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ ظَاهِرٌ، وَهُوَ الْمَوْعُودُ بِقَوْلِهِ قَبْلَ هَذَا بِخِلَافِ الْمَرِيضَةِ عَلَى مَا بَيَّنَّ. وَقَوْلُهُ (وَفِي لَفْظِ الْكِتَابِ) يَعْنِي الْقُدُورِيَّ (مَا يُشِيرُ إِلَيْهِ) وَهُوَ قَوْلُهُ فَإِنْ مَرَضَتْ فِي مَنْزِلِ الزَّوْجِ فَإِنَّهُ يُشِيرُ إِلَى أَنَّهَا سَلِمَتْ نَفْسَهَا إِلَى مَنْزِلِ الزَّوْجِ فَمَرَضَتْ فِيهِ.

(قَالَ: وَيُفْرَضُ عَلَى الزَّوْجِ النَّفَقَةُ إِذَا كَانَ مُوسِرًا وَنَفَقَتَهُ خَادِمَهَا) الْمُرَادُ بِهَذَا بَيَانُ نَفَقَةِ الْخَادِمِ، وَلِهَذَا ذُكِرَ فِي بَعْضِ النُّسخِ: وَتُفْرَضُ عَلَى الزَّوْجِ إِذَا كَانَ مُوسِرًا نَفَقَتُ خَادِمِهَا. وَوَجْهُهُ أَنَّ كِفَايَتَهَا وَاجِبَةٌ عَلَيْهِ، وَهَذَا مِنْ تَمَامِهَا إِذْ لَا بُدَّ لَهَا مِنْهُ (وَلَا يُفْرَضُ لِأَكْثَرٍ مِنْ نَفَقَةِ خَادِمٍ وَاحِدٍ) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: تُفْرَضُ لِخَادِمَيْنِ لِأَنَّهَا تَحْتَاجُ إِلَى أَحَدِهِمَا لِمَصَالِحِ الدَّخْلِ وَإِلَى الْآخَرِ لِمَصَالِحِ الْخَارِجِ. وَلَهُمَا أَنْ الْوَاحِدَ يَقُومُ بِالْأَمْرَيْنِ فَلَا ضَرُورَةَ إِلَى اثْنَيْنِ، وَلَأَنَّهُ لَوْ تَوَلَّى كِفَايَتَهَا بِنَفْسِهِ كَانَ كَافِيًا، فَكَذَا إِذَا أَقَامَ الْوَاحِدُ مَقَامَ نَفْسِهِ، وَقَالُوا: إِنَّ الزَّوْجَ الْمُسِيرَ يَلْزِمُهُ مِنْ نَفَقَةِ الْخَادِمِ مَا يَلْزِمُ الْمُعْسِرَ مِنْ نَفَقَةِ امْرَأَتِهِ وَهُوَ أَدْنَى الْكِفَايَةِ. وَقَوْلُهُ فِي الْكِتَابِ إِذَا كَانَ مُوسِرًا إِشَارَةٌ إِلَى أَنَّهُ لَا تَجِبُ نَفَقَةُ الْخَادِمِ عِنْدَ إِعْسَارِهِ وَهُوَ رَوَايَةُ الْحَسَنِ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ، وَهُوَ الْأَصَحُّ خِلَافًا لِمَا قَالَهُ مُحَمَّدٌ لِأَنَّ الْوَاجِبَ عَلَى الْمُعْسِرِ أَدْنَى الْكِفَايَةِ وَهِيَ قَدْ تَكْتَفِي بِخِدْمَةِ نَفْسِهَا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ وَيُفْرَضُ عَلَى الزَّوْجِ النَّفَقَةُ) لَمَّا كَانَ قَوْلُهُ وَيُفْرَضُ عَلَى الزَّوْجِ النَّفَقَةُ إِذَا كَانَ مُوسِرًا مُكْرَّرًا اعْتَدَرَ بِقَوْلِهِ وَالْمُرَادُ بِهَذَا بَيَانُ نَفَقَةِ الْخَادِمِ وَذِكْرُ وَجْهِ وَجُوبِهَا وَهُوَ ظَاهِرٌ. وَاخْتَلَفُوا فِي الْخَادِمِ الَّذِي يَسْتَحِقُّ النَّفَقَةَ عَلَى الزَّوْجِ، فَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ: الْمَمْلُوكُ لَهَا حَتَّى لَوْ كَانَتْ حُرَّةً أَوْ لَمْ تَكُنْ مَمْلُوكَةً لَهَا لَا تَسْتَحِقُّ النَّفَقَةَ وَهُوَ ظَاهِرُ الرَّوَايَةِ لِأَنَّ

اِسْتَحَقَّاهَا نَفَقَةُ الْخَادِمِ إِنَّمَا هُوَ بِاعْتِبَارِ مِلْكِ الْخَادِمِ، فَإِذَا لَمْ يَكُنْ لَهَا خَادِمٌ لَا يَسْتَوْجِبُهُ كَالْقَاضِي إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ خَادِمٌ لَا يَسْتَحِقُّ كِفَايَةَ الْخَادِمِ فِي بَيْتِ الْمَالِ، وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ: كُلُّ مَنْ يَخْدُمُهَا حُرَّةٌ كَانَتْ أَوْ مَمْلُوكَةٌ لَهَا أَوْ لغيرِهَا تَسْتَحِقُّ.

وَقَوْلُهُ (وَلَا يُفْرَضُ لِأَكْثَرِ مِنْ خَادِمٍ وَاحِدٍ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (وَقَالُوا) يَعْنِي الْمَشَايخَ (إِنَّ الزَّوْجَ الْمُسَرَّ يَلْزِمُهُ نَفَقَةُ الْخَادِمِ) وَالْيَسَارُ هَاهُنَا مُقَدَّرٌ بِنَصَابِ حِرْمَانِ الصَّدَقَةِ لَا بِنَصَابِ وَجُوبِ الزَّكَاةِ. وَقَوْلُهُ (وَهُوَ أَذْنَى الْكِفَايَةِ) يَعْنِي تَنْقُصُ نَفَقَةُ الْخَادِمِ عَنْ نَفَقَتِهَا لَكِنْ فِي حَقِّ الْإِدَامِ دُونَ الْخُبْزِ، وَأَعْلَى الْإِدَامِ اللَّحْمُ وَأَوْسَطُهُ الزَّيْتُ وَأَذْنَاهُ الْمِلْحُ أَوْ اللَّبَنُ. وَقَوْلُهُ (خِلَافًا لِمَا قَالَهُ مُحَمَّدٌ) يَعْنِي مَا قَالَهُ مُحَمَّدٌ إِنَّ الزَّوْجَ إِذَا كَانَ مُعْسِرًا وَكَانَ لَهَا خَادِمٌ يَجِبُ عَلَيْهِ نَفَقَتُهُ؛ لِأَنَّهُ إِذَا كَانَ لَهَا خَادِمٌ فَهَذِهِ الْمَرْأَةُ لَمْ تَكُنْ بِخِدْمَةِ نَفْسِهَا فَيَجِبُ عَلَيْهِ النَّفَقَةُ كَمَا لَوْ كَانَ مُوسِرًا. وَقَوْلُهُ لِأَنَّ الْوَاجِبَ عَلَى الْمُعْسِرِ أَذْنَى الْكِفَايَةِ دَلِيلُ الْأَصَحِّ.

(وَمَنْ أَعْسَرَ بِنَفَقَةِ امْرَأَتِهِ لَمْ يُفَرِّقْ بَيْنَهُمَا وَيُقَالُ لَهَا اسْتَدِينِي عَلَيْهِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يُفَرِّقُ، لِأَنَّهُ عَجَزَ عَنِ الْإِمْسَاكِ بِالْمَعْرُوفِ فَيُنُوبُ الْقَاضِي مَنَابَهُ فِي التَّفْرِيقِ كَمَا فِي الْجَبِّ وَالْعَنَّةِ، بَلْ أَوْلَى لِأَنَّ الْحَاجَةَ إِلَى النَّفَقَةِ أَقْوَى. وَلَنَا أَنَّ حَقَّهُ يَبْطُلُ وَحَقُّهَا يَتَأَخَّرُ، وَالْأَوَّلُ أَقْوَى فِي الضَّرَرِ، وَهَذَا لِأَنَّ النَّفَقَةَ تَصِيرُ دَيْنًا بِفَرْضِ الْقَاضِي فَتَسْتَوْفِي الزَّمَانَ الثَّانِي، وَفَوْتُ الْمَالِ وَهُوَ تَابِعٌ فِي النِّكَاحِ لَا يَلْحَقُ بِمَا هُوَ الْمَقْصُودُ وَهُوَ التَّنَاسُلُ. وَفَائِدَةُ الْأَمْرِ بِالْإِسْتِدَانَةِ مَعَ الْفَرْضِ أَنْ يُمَكِّنَهَا إِحَالَةَ الْغَرِيمِ عَلَى الزَّوْجِ، فَأَمَّا إِذَا كَانَتْ الْإِسْتِدَانَةُ بِغَيْرِ أَمْرِ الْقَاضِي كَانَتْ الْمُطَالَبَةُ عَلَيْهَا دُونَ الزَّوْجِ.

الشرح:

(وَمَنْ أَعْسَرَ بِنَفَقَةِ امْرَأَةٍ لَمْ يُفَرِّقْ بَيْنَهُمَا وَيُقَالُ لَهَا اسْتَدِينِي عَلَيْهِ) أَيِ اشْتَرِي الطَّعَامَ نَسِيئَةً عَلَى أَنْ تَقْضِيَ الثَّمَنَ مِنْ مَالِ الزَّوْجِ (وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يُفَرِّقُ، لِأَنَّهُ عَجَزَ عَنِ الْإِمْسَاكِ بِالْمَعْرُوفِ) فَيَلْزِمُهُ التَّسْرِيحُ بِإِحْسَانٍ، فَإِنْ أَبَى نَابَ الْقَاضِي مَنَابَهُ كَمَا فِي الْجَبِّ وَالْعَنَّةِ، بَلْ أَوْلَى لِأَنَّ الْحَاجَةَ إِلَى النَّفَقَةِ أَقْوَى مِنَ الْجَمَاعِ لِأَنَّ انْقِطَاعَ الْأَوَّلِ مُدَّةٌ مُهْلِكَةٌ دُونَ الثَّانِي، وَهَذَا التَّفْرِيقُ عِنْدَهُ فَسْخٌ لَا طَلَاقٌ (وَلَنَا أَنَّ حَقَّهُ) بِالتَّفْرِيقِ (يَبْطُلُ) إِذْ لَا يَصِلُ إِلَيْهِ إِلَّا بِسَبَبٍ جَدِيدٍ، وَحَقُّهَا يَتَأَخَّرُ لِأَنَّ النَّفَقَةَ تَصِيرُ دَيْنًا بِفَرْضِ الْقَاضِي

فَيَسْتَوْفِي فِي الزَّمَانِ الثَّانِي (وَالأَوَّلُ أَقْوَى فِي الضَّرَرِ) فَيَتَحَمَّلُ أَذَى الضَّرَرَيْنِ لِدَفْعِ
الأعلى. وَقَوْلُهُ (وَقَوْتُ الْمَالِ وَهُوَ تَابِعٌ) جَوَابٌ عَنِ الْقِيَاسِ عَلَى الْجَبِّ وَالْعَنَةِ.

وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ هَذَا قِيَاسٌ مَعَ الْفَارِقِ وَهُوَ بَاطِلٌ، وَذَلِكَ لِأَنَّ الْعَجْزَ عَنِ النَّفَقَةِ إِنَّمَا
يَكُونُ عَنِ الْمَالِ وَهُوَ تَابِعٌ فِي بَابِ النِّكَاحِ، وَالْعَجْزُ عَنِ الْوُصُولِ إِلَى الْمَرْأَةِ بِسَبَبِ الْجَبِّ
وَالْعَنَةِ إِنَّمَا يَكُونُ عَنِ الْمَقْصُودِ بِالنِّكَاحِ وَهُوَ التَّوَالُدُ وَالتَّنَاسُلُ، وَلَا يَلْزَمُ مِنْ جَوَازِ الْفُرْقَةِ
بِالْعَجْزِ عَنِ الْمَقْصُودِ جَوَازُهَا بِهِ عَنِ التَّابِعِ. فَإِنْ قِيلَ: لَا فَائِدَةٌ فِي الْإِذْنِ لَهَا بِالِاسْتِدَانَةِ
بَعْدَ فَرَضِ الْقَاضِي النَّفَقَةِ لَهَا لِأَنَّهَا صَارَتْ دَيْنًا بِفَرْضِهِ. أَجَابَ بَأَنَّ (فَائِدَةَ الْأَمْرِ
بِالِاسْتِدَانَةِ مَعَ الْفَرَضِ أَنْ يُمَكِّنَهَا إِحَالَةَ الْعَرِمِ عَلَى الزَّوْجِ مِنْ غَيْرِ رِضَا الزَّوْجِ، فَأَمَّا إِذَا
كَانَتْ الْاسْتِدَانَةُ بِغَيْرِ أَمْرِ الْقَاضِي كَانَتْ الْمَطَالِبَةُ عَلَيْهَا دُونَ الزَّوْجِ) وَاعْلَمْ أَنَّ الْعَجْزَ
عَنِ النَّفَقَةِ إِنَّمَا يَظْهَرُ عِنْدَ حُضُورِ الزَّوْجِ، وَأَمَّا إِذَا كَانَ غَائِبًا غَيْبَةً مُتَقَطِّعَةً وَلَمْ يَخْلُفْ
نَفَقَتَهَا فَرَفَعَتْ الْأَمْرَ إِلَى الْحَاكِمِ الشَّافِعِيِّ فَفَرَّقَ بَيْنَهُمَا.

قَالَ مَشَايِخُ سَمَرْقَنْدَ: جَازَ تَفْرِيقُهُ لِأَنَّهُ قَضَى فِي فَصْلَيْنِ مُجْتَهِدٍ فِيهِمَا فِي التَّفْرِيقِ
بِالْعَجْزِ عَنِ النَّفَقَةِ وَفِي الْقَضَاءِ عَلَى الْغَائِبِ. وَقَالَ صَاحِبُ الذَّخِيرَةِ: الصَّحِيحُ أَنَّهُ لَا
يَصِحُّ قَضَاؤُهُ لِأَنَّ الْعَجْزَ لَا يُعْرَفُ حَالُ الْغَيْبَةِ لَجَوَازِ أَنْ يَكُونَ قَادِرًا فَيَكُونُ هَذَا تَرْكُ
الْإِتِّفَاقِ لَا الْعَجْزَ عَنْهُ، فَإِنْ رَفَعَ هَذَا الْقَضَاءَ إِلَى قَاضٍ فَأَمَضَاهُ فَالصَّحِيحُ أَنَّهُ لَا يَنْفُذُ لِأَنَّ
هَذَا الْقَضَاءَ لَيْسَ فِي فَصْلٍ مُجْتَهِدٍ فِيهِ إِذْ الْعَجْزُ لَمْ يَثْبُتْ.

(وَإِذَا قَضَى الْقَاضِي لَهَا بِنَفَقَةِ الْإِعْسَارِ ثُمَّ أَيْسَرَ فَخَاصَمَتْهُ تَمَّمَ لَهَا نَفَقَةُ الْمَوْسِرِ)
لِأَنَّ النَّفَقَةَ تَخْتَلِفُ بِحَسَبِ الْيَسَارِ وَالْإِعْسَارِ، وَمَا قَضَى بِهِ تَقْدِيرٌ لِنَفَقَتِهِ لَمْ تَحِبْ، فَإِذَا
تَبَدَّلَ حَالُهُ فَلَهَا الْمَطَالِبَةُ بِتَمَامِ حَقِّهَا.

الشرح:

وَإِذَا قَضَى الْقَاضِي لَهَا بِنَفَقَةِ الْإِعْسَارِ ثُمَّ أَيْسَرَ فَخَاصَمَتْهُ تَمَّمَ لَهَا نَفَقَةُ الْمَوْسِرِ
لِأَنَّ النَّفَقَةَ تَخْتَلِفُ بِحَسَبِ الْيَسَارِ وَالْإِعْسَارِ. وَقَوْلُهُ (وَمَا قَضَى بِهِ) جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ
يَنْبَغِي أَنْ لَا يُتِمَّ لَهَا نَفَقَةُ الْيَسَارِ لِأَنَّ فِيهِ نَقْضَ الْقَضَاءِ الْأَوَّلِ. وَتَقْرِيرُهُ مَا قَضَى بِهِ
تَقْدِيرًا لِنَفَقَتِهِ لَمْ تَحِبْ لِأَنَّ النَّفَقَةَ تَحِبُّ شَيْئًا فَشَيْئًا. وَتَقْدِيرُ مَا لَيْسَ بِوَاجِبٍ لَا يَكُونُ
لَازِمًا لَجَوَازِ تَبَدُّلِ السَّبَبِ الْمَوْجِبِ قَبْلَ وَجُوبِهِ، وَإِذَا لَمْ يَكُنْ لَازِمًا لَمْ تَسْتَحْكَمْ فِيهِ

حُكْمَ الْحَاكِمِ، فَإِذَا تَبَدَّلَ حَالُهُ جَازَ لَهَا الْمُطَالَبَةُ بِتَمَامِ حَقِّهَا فَكَانَ هَذَا بِمَنْزِلَةِ ابْتِدَاءِ فَرَضِ نَفَقَةِ الإِعْسَارِ عَلَى الْمُوسِرِ، لِأَنَّ مَا لَا يَكُونُ لَازِمًا فَلَدَوَامِهِ حُكْمُ الْإِبْتِدَاءِ عَلَى مَا عُرِفَ وَذَلِكَ لَا يَجُوزُ فَلَا بُدَّ مِنَ التَّغْيِيرِ، وَكَذَلِكَ حُكْمُ عَكْسِ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ.

(وَإِذَا مَضَتْ مُدَّةٌ لَمْ يُنْفِقِ الزَّوْجُ عَلَيْهَا وَطَالَبَتْهُ بِذَلِكَ فَلَا شَيْءَ لَهَا إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْقَاضِي فَرَضَ لَهَا النِّفَقَةَ لَوْ صَالَحَتِ الزَّوْجَ عَلَى مِقْدَارِ فِيهَا فَيَقْضِي لَهَا بِنَفَقَتِهِ مَا مَضَى) لِأَنَّ النِّفَقَةَ صِلَةٌ وَلَيْسَتْ بِعَوَضٍ عِنْدَنَا عَلَى مَا مَرَّ مِنْ قَبْلُ فَلَا يُسْتَحْكَمُ الْوُجُوبُ فِيهَا إِلَّا بِالْقَضَاءِ كَالْهَبَةِ لَا تُوجِبُ الْمَلِكُ إِلَّا بِمُؤَكَّدٍ وَهُوَ الْقَبْضُ وَالصَّلَحُ بِمَنْزِلَةِ الْقَضَاءِ لِأَنَّ وَلَايَتَهُ عَلَى نَفْسِهِ أَقْوَى مِنْ وَلَايَةِ الْقَاضِي، بِخِلَافِ الْمَهْرِ لِأَنَّهُ عَوَضٌ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِذَا مَضَتْ مُدَّةٌ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (عَلَى مَا مَرَّ مِنْ قَبْلُ) يُرِيدُ قَوْلُهُ لِأَنَّ الْمَهْرَ عَوَضٌ عَنِ الْمَلِكِ، وَلَا يَجْتَمِعُ الْعَوَضَانِ عَنْ مُعَوَّضٍ وَاحِدٍ. فَإِنْ قِيلَ: مَا تَقَدَّمَ يَدُلُّ عَلَى أَنَّهَا لَيْسَتْ بِعَوَضٍ عَنِ الْبُضْعِ لَكِنْ لَا يُنَافِي أَنْ تَكُونَ عَوَضًا عَنِ الْاسْتِمْتَاعِ وَالْقِيَامِ عَلَيْهَا. قُلْتُ: يُنَافِيهِ لِأَنَّهُ لَمَّا صَحَّ الْعَقْدُ كَانَ الْاسْتِمْتَاعُ بِهَا وَالْقِيَامُ عَلَيْهَا تَصَرُّفًا فِي مِلْكِهِ وَذَلِكَ لَا يُوجِبُ عَلَى الْمَالِكِ عَوَضًا فَإِنْ قِيلَ: لَوْ كَانَتْ صِلَةً لَمَا وَجَبَتْ عَلَى الْمُكَاتَبِ. أُجِيبَ بِأَنَّهَا صِلَةٌ مِنْ وَجْهِ، وَمَا هَذَا شَأْنُهُ يَجِبُ عَلَى الْمُكَاتَبِ كَالْخَرَاجِ، فَإِذَا ثَبَتَ أَنَّهَا صِلَةٌ لَا يُسْتَحْكَمُ الْوُجُوبُ فِيهَا إِلَّا بِالْقَضَاءِ كَالْهَبَةِ لَا تُوجِبُ الْمَلِكُ إِلَّا بِمُؤَكَّدٍ وَهُوَ الْقَبْضُ وَالصَّلَحُ فِيهَا بِمَنْزِلَةِ الْقَضَاءِ لِأَنَّ وَلَايَتَهُ عَلَى نَفْسِهِ أَقْوَى مِنْ وَلَايَةِ الْقَاضِي. وَقَوْلُهُ بِخِلَافِ الْمَهْرِ مُتَّصِلٌ بِقَوْلِهِ وَلَيْسَتْ بِعَوَضٍ.

(وَإِنْ مَاتَ الزَّوْجُ بَعْدَمَا قَضَى عَلَيْهِ بِالنِّفَقَةِ وَمَضَى شُهُورٌ سَقَطَتِ النِّفَقَةُ) وَكَذَا إِذَا مَاتَتِ الزَّوْجَةُ لِأَنَّ النِّفَقَةَ صِلَةٌ وَالصَّلَاتُ تَسْقُطُ بِالمَوْتِ كَالْهَبَةِ تَبْطُلُ بِالمَوْتِ قَبْلَ الْقَبْضِ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَصِيرُ دَيْنًا قَبْلَ الْقَضَاءِ وَلَا تَسْقُطُ بِالمَوْتِ لِأَنَّهُ عَوَضٌ عِنْدَهُ فَصَارَ كَسَائِرِ الدِّيُونِ، وَجَوَابُهُ قَدْ بَيَّنَّاهُ.

الشرح:

(وَإِنْ مَاتَ الزَّوْجُ بَعْدَمَا قَضِيَ عَلَيْهِ بِالنِّفَقَةِ) وَمَا كَانَ أَمْرَهَا بِالِاسْتِدَانَةِ عَلَيْهِ (وَمَضَتْ شُهُورٌ سَقَطَتِ النِّفَقَةُ) وَكَذَلِكَ إِذَا مَاتَتِ الزَّوْجَةُ لِأَنَّ النِّفَقَةَ صِلَةٌ وَالصَّلَاتُ

تَسْقُطُ بِالْمَوْتِ كَالِهِيَةِ تَبْطُلُ بِالْمَوْتِ قَبْلَ الْقَبْضِ) وَإِنَّمَا قِيدْنَا بِقَوْلِهِ وَمَا كَانَ أَمْرَهَا بِالْإِسْتِدَانَةِ لِأَنَّهُ إِذَا أَمَرَهَا بِذَلِكَ لَمْ تَسْقُطْ بِمَوْتِ أَحَدِهِمَا لِأَنَّ الْقَاضِيَ لَمَّا أَمَرَهَا بِذَلِكَ كَانَ اسْتِدَانَتُهَا اسْتِدَانَةُ الزَّوْجِ لِعُمُومِ وَلَايَتِهِ عَلَيْهِمَا، وَلَوْ اسْتَدَانَ بِنَفْسِهِ لَمْ تَبْطُلْ بِالْمَوْتِ، فَكَذَا إِذَا اسْتَدَانَتْ بِحُكْمِ الْقَاضِي. فَإِنْ قِيلَ: الْقِيَاسُ عَلَى الْهَبَةِ قَبْلَ الْقَبْضِ غَيْرُ صَحِيحٍ لِأَنَّهَا قَبْلَ الْقَبْضِ غَيْرُ مُؤَكَّدَةٍ وَالتَّفَقُّعُ بَعْدَ الْقَضَاءِ مُؤَكَّدَةٌ، وَلَا يَلْزَمُ مِنْ جَوَازِ سُقُوطِ مَا لَيْسَ بِمُؤَكَّدٍ جَوَازُ سُقُوطِ الْمُؤَكَّدِ. أُجِيبَ بِأَنَّ مَعْنَى الصَّلَةِ فِيهَا بَعْدَ الْقَضَاءِ بَاقٍ كَمَا كَانَ قَبْلَهُ لِأَنَّ الْمَعْنَى مِنَ الصَّلَةِ أَنْ يَجِبَ الْمَالُ بِمُقَابَلَةِ مَا لَيْسَ بِمَالٍ وَهَذِهِ كَذَلِكَ فَقُلْنَا بِسُقُوطِهَا بَعْدَ الْقَضَاءِ بِالْمَوْتِ. قَالَ فِي الْإِيضَاحِ: إِنَّهَا وَإِنْ صَارَتْ ذَيْنَا عَلَيْهِ لَكِنْ مَعْنَى الصَّلَةِ لَمْ يَبْطُلْ عَنْهُ وَالصَّلَاتُ تَبْطُلُ بِالْمَوْتِ قَبْلَ الْقَبْضِ.

قَوْلُهُ (وَقَالَ الشَّافِعِيُّ) ظَاهِرٌ وَقَوْلُهُ (وَجَوَابُهُ قَدْ بَيَّنَّاهُ) إِشَارَةٌ إِلَى مَا تَقَدَّمَ مِنْ قَوْلِهِ. وَلَنَا أَنَّ الْمَهْرَ عَوْضٌ عَنِ الْمَلِكِ وَلَا يَجْتَمِعُ الْعِوَضَانِ عَنْ مُعَوِّضٍ وَاحِدٍ فَلَا تَكُونُ التَّفَقُّعُ عَوْضًا عَنْ الْبُضْعِ.

(وَإِنْ أَسْلَفَهَا نَفَقَةَ السَّنَةِ) أَيِ عَجَلَهَا (ثُمَّ مَاتَ) (لَمْ يُسْتَرْجَعْ مِنْهَا شَيْءٌ وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ تَعَالَى، وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ يُحْتَسَبُ لَهَا نَفَقَتُهَا مَا مَضَى وَمَا بَقِيَ فَهُوَ لِلزَّوْجِ) وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى، وَعَلَى هَذَا الْخِلَافِ الْكِسُوفُ لِأَنَّهَا اسْتَعْجَلَتْ عِوَضًا عَمَّا تَسْتَحِقُّهُ عَلَيْهِ بِالْإِحْتِيَاسِ، وَقَدْ بَطُلَ الْإِسْتِحْقَاقُ بِالْمَوْتِ فَيَبْطُلُ الْعِوَضُ بِقَدْرِهِ كَرِزْقِ الْقَاضِي وَعَطَاءِ الْمُقَاتِلَةِ. وَلَهُمَا أَنَّهُ صِلَةٌ وَقَدْ انْصَلَّ بِهِ الْقَبْضُ وَلَا رُجُوعٌ فِي الصَّلَاتِ بَعْدَ الْمَوْتِ لِانْتِهَاءِ حُكْمِهَا كَمَا فِي الْهَبَةِ، وَلِهَذَا لَوْ هَلَكَتْ مِنْ غَيْرِ اسْتِهْلَاكِ لَا يُسْتَرَدُّ شَيْءٌ مِنْهَا بِالْإِجْمَاعِ. وَعَنْ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهَا إِذَا قَبِضَتْ نَفَقَةَ الشَّهْرِ أَوْ مَا دُونَهُ لَا يُسْتَرْجَعُ مِنْهَا شَيْءٌ لِأَنَّهُ يَسِيرٌ فَصَارَ فِي حُكْمِ الْحَالِ.

الشرح:

قَالَ (وَإِنْ أَسْلَفَهَا نَفَقَةَ السَّنَةِ) يَعْنِي إِذَا عَجَّلَ لَهَا نَفَقَةَ السَّنَةِ ثُمَّ مَاتَ أَوْ مَاتَتْ قَبْلَ مُضِيِّ الْمُدَّةِ لَمْ يَرْجِعْ عَلَيْهَا وَلَا عَلَى تَرَكِّهَا بِشَيْءٍ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: يُحْتَسَبُ لَهَا بِنَفَقَةِ مَا مَضَى وَمَا بَقِيَ لِلزَّوْجِ إِنْ كَانَ قَائِمًا وَوَقِيمَتُهُ إِنْ كَانَ مُسْتَهْلَكًا وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ. وَوَجْهُ كُلِّ مِنَ الْجَانِبَيْنِ مَا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ وَهُوَ

وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (لَأَنَّهُ يَسِيرُ فَصَارَ فِي حُكْمِ الْحَالِ) يَعْنِي إِذَا أَخَذَتْ النَّفَقَةَ الْوَاجِبَةَ فِي الْحَالِ لَا تُسْتَرَدُّ بِالْمَوْتِ، فَكَذَا لَا تُسْتَرَدُّ إِذَا عَجَّلَ لَهَا نَفَقَةَ الشَّهْرِ.

(وَإِذَا تَزَوَّجَ الْعَبْدُ حُرَّةً فَتَفَقَّطَتْهَا دَيْنٌ عَلَيْهِ يُبَاعُ فِيهَا) وَمَعْنَاهُ إِذَا تَزَوَّجَ بِإِذْنِ الْمَوْلَى لِأَنَّهُ دَيْنٌ وَجَبَ فِي ذِمَّتِهِ لَوْجُودِ سَبَبِهِ وَقَدْ ظَهَرَ وَجُوبُهُ فِي حَقِّ الْمَوْلَى فَيَتَعَلَّقُ بِرَقَبَتِهِ كَدَيْنِ التَّجَارَةِ فِي الْعَبْدِ التَّاجِرِ، وَلَهُ أَنْ يَفْدِيَ لَأَنَّ حَقَّهَا فِي النِّفَقَةِ لَا فِي عَيْنِ الرِّقَبَةِ، فَلَوْ مَاتَ الْعَبْدُ سَقَطَتْ، وَكَذَا إِذَا قُتِلَ فِي الصَّحِيحِ لِأَنَّهُ صِلَةٌ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِذَا تَزَوَّجَ الْعَبْدُ حُرَّةً) ظَاهِرٌ قَالَ شَمْسُ الْأُيُمَةِ السَّرْحَسِيُّ: فَإِنْ بَاعَ ثُمَّ اجْتَمَعَ عَلَيْهِ النَّفَقَةُ مَرَّةً أُخْرَى بَيْعَ ثَانِيًا وَلَيْسَ فِي شَيْءٍ مِنْ دُيُونِ الْعَبْدِ مَا يُبَاعُ فِيهِ مَرَّةً بَعْدَ أُخْرَى إِلَّا النَّفَقَةُ، وَهَذَا لِأَنَّ النَّفَقَةَ يَتَجَدَّدُ وَجُودُهَا بِمُضِيِّ الزَّمَانِ فَذَاكَ فِي حُكْمِ دَيْنٍ حَادِثٍ وَلَا كَذَلِكَ سَائِرُ الدُّيُونِ، فَلَوْ مَاتَ الْعَبْدُ سَقَطَتْ النَّفَقَةُ وَلَا يُؤَاخَذُ الْمَوْلَى بِشَيْءٍ لِفَوَاتِ مَحَلِّ الْاسْتِيفَاءِ، وَكَذَا إِذَا قُتِلَ. وَقَوْلُهُ (فِي الصَّحِيحِ) اخْتِرَازٌ عَنْ قَوْلِ الْكَرْخِيِّ إِنَّهَا تَكُونُ فِي قِيَمَتِهِ. قَالَ الشَّيْخُ أَبُو الْحَسَنِ الْقُدُورِيُّ: الصَّحِيحُ أَنْ تَسْقُطَ لَأَنَّهَا صِلَةٌ وَالصَّلَاتُ تَبْطُلُ بِالْمَوْتِ قَبْلَ الْقَبْضِ، وَالْقِيَمَةُ إِنَّمَا تَقُومُ مَقَامَ الرِّقَبَةِ فِي دَيْنٍ لَمْ يَسْقُطْ بِالْمَوْتِ لَا فِي دَيْنٍ يَسْقُطُ بِهِ وَلَمْ يَذْكُرْ الْمُدَبِّرَ وَالْمُكَاتِبَ إِذَا تَزَوَّجَا بِإِذْنِ الْمَوْلَى، وَالنَّفَقَةُ فِيهِمَا تَتَعَلَّقُ بِالْكَسْبِ.

(وَإِنْ تَزَوَّجَ الْحُرُّ أَمَةً فَبَوَّأَهَا مَوْلَاهَا مَعَهُ مَنْزِلًا فَعَلَيْهِ النَّفَقَةُ) لِأَنَّهُ تَحَقَّقَ الْاِحْتِيَاسُ (وَإِنْ لَمْ يُبَوِّئَهَا فَلَا نَفَقَةَ لَهَا) لِعَدَمِ الْاِحْتِيَاسِ، وَالتَّبَوُّتُ أَنْ يُخْلِيَ بَيْنَهَا وَبَيْنَهُ فِي مَنْزِلِهِ وَلَا يَسْتَخْدِمَهَا، وَلَوْ اسْتَخْدَمَهَا بَعْدَ التَّبَوُّتِ سَقَطَتْ النَّفَقَةُ لِأَنَّهُ هَاتَا الْاِحْتِيَاسُ، وَالتَّبَوُّتُ غَيْرُ لَازِمَةٍ عَلَى مَا مَرَّ فِي النِّكَاحِ، وَلَوْ خَدَمَتْهُ الْجَارِيَةُ أَحْيَانًا مِنْ غَيْرِ أَنْ يَسْتَخْدِمَهَا لَا تَسْقُطُ النَّفَقَةُ لِأَنَّهُ لَمْ يَسْتَخْدِمَهَا لِيَكُونَ اسْتِرْدَادًا، وَالْمُدَبَّرَةُ وَأُمُّ الْوَلَدِ فِي هَذَا كَالْأَمَةِ، وَاللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

الشرح:

(وَإِنْ تَزَوَّجَ الْحُرُّ أَمَةً فَبَوَّأَهَا) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (فَلَا نَفَقَةَ لَهَا لِعَدَمِ الْاِحْتِيَاسِ) قِيلَ عَلَيْهِ الْاِحْتِيَاسُ مِنَ الْمَوْلَى لِحَقِّ لَهُ شَرْعًا فَكَانَ كَاِحْتِيَاسِ الْحُرَّةِ لِأَجْلِ صَدَاقِهَا فَيَنْبَغِي أَنْ

لَا تَسْقُطُ. وَأَجِيبَ بِأَنَّ الْحُرَّةَ إِذَا حَبَسَتْ نَفْسَهَا لَصَدَاقِهَا فَالتَّقْوِيَةُ إِنَّمَا جَاءَ مِنْ قَبْلِ الزَّوْجِ حِينَ امْتَنَعَ مِنْ إِيْفَاءِ مَا لَزِمَهُ، وَأَمَّا هَاهُنَا فَالتَّقْوِيَةُ لَيْسَ مِنْ قَبْلِ الزَّوْجِ. وَقَوْلُهُ وَالتَّبَوُّةُ غَيْرُ لَازِمَةٍ جَوَابُ سُؤَالِ تَقْدِيرِهِ لَمَّا بَوَّأَهَا مَرَّةً يَجِبُ عَلَيْهِ أَنْ يَمْضِيَ عَلَى ذَلِكَ وَلَا يَنْقُضَهَا بِالاسْتِخْدَامِ. وَتَقْرِيرُ الْجَوَابِ لِلتَّبَوُّةِ غَيْرُ لَازِمَةٍ (عَلَى مَا مَرَّ فِي النِّكَاحِ) أَيْ فِي بَابِ نِكَاحِ الرِّقِيقِ حَيْثُ قَالَ: إِذَا بَوَّأَهَا ثُمَّ بَدَأَ لَهُ أَنْ يَسْتَخْدِمَهَا كَانَ لَهُ ذَلِكَ لِأَنَّ حَقَّ الْمَوْلَى لَمْ يَزَلْ بِالتَّبَوُّةِ كَمَا لَمْ يَزَلْ بِالنِّكَاحِ.

وَقَوْلُهُ (وَلَوْ خَدَمْتُهُ الْجَارِيَةُ أَحْيَانًا مِنْ غَيْرِ أَنْ يَسْتَخْدِمَهَا) ظَاهِرٌ (وَأُمُّ الْوَلَدِ فِي هَذَا) أَيْ فِي عَدَمِ وَجُوبِ النَّفَقَةِ (وَالْمُدَبَّرَةُ كَالْأَمَةِ) وَلَمْ يَذْكُرِ الْمُكَاتَبَةَ لِأَنَّهَا إِذَا تَزَوَّجَتْ بِإِذْنِ الْمَوْلَى، فَهِيَ كَالْحُرَّةِ فَلَا تَحْتَاجُ إِلَى التَّبَوُّةِ لِاسْتِحْقَاقِ النَّفَقَةِ لِأَنَّ مَنَافِعَهَا عَلَى حُكْمِ مِلْكِهَا لِصِرُورَتِهَا أَخَصَّ بِنَفْسِهَا وَبِمَنَافِعِهَا بِعَقْدِ الْكِتَابَةِ، وَلِهَذَا لَمْ يَبْقَ لِلْمَوْلَى وَلَايَةُ الْاسْتِخْدَامِ فَكَانَتْ كَالْحُرَّةِ.

فصل

(وَعَلَى الزَّوْجِ أَنْ يُسْكِنَهَا فِي دَارٍ مُفْرَدَةٍ لَيْسَ فِيهَا أَحَدٌ مِنْ أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ تَخْتَارَ ذَلِكَ) لِأَنَّ السُّكْنَى مِنْ كِفَايَتِهَا فَتَجِبُ لَهَا كَالنَّفَقَةِ، وَقَدْ أَوْجَبَهُ اللَّهُ تَعَالَى مَقْرُونًا بِالنَّفَقَةِ، وَإِذَا وَجِبَ حَقًّا لَهَا لَيْسَ لَهُ أَنْ يُشْرِكَ غَيْرَهَا فِيهِ لِأَنَّهَا تَتَضَرَّرُ بِهِ، فَإِنَّهَا لَا تَأْمَنُ عَلَى مَتَاعِهَا، وَيَمْنَعُهَا ذَلِكَ مِنَ الْمَعَاشَرَةِ مَعَ زَوْجِهَا وَمِنَ الْاسْتِمْتَاعِ، إِلَّا أَنْ تَخْتَارَ لِأَنَّهَا رَضِيَتْ بِانْتِقَاصِ حَقِّهَا (وَإِنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ مِنْ غَيْرِهَا فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُسْكِنَهُ مَعَهَا) لَمَّا بَيَّنَّا وَلَوْ أَسْكَنَهَا فِي بَيْتٍ مِنَ الدَّارِ مُفْرَدٍ وَلَهُ خَلْقٌ كَفَّاهَا لِأَنَّ الْمَقْصُودَ قَدْ حَصَلَ.

الشرح:

(فَصْلٌ): لَمَّا فَرَعَ مِنْ بَيَانِ النَّفَقَةِ شَرَعَ فِي بَيَانِ السُّكْنَى. قَالَ (وَعَلَى الزَّوْجِ أَنْ يُسْكِنَهَا فِي دَارٍ مُفْرَدَةٍ لَيْسَ فِيهَا أَحَدٌ مِنْ أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ تَخْتَارَ ذَلِكَ لِأَنَّ السُّكْنَى مِنْ كِفَايَتِهَا فَتَجِبُ لَهَا كَالنَّفَقَةِ، وَقَدْ أَوْجَبَهُ اللَّهُ تَعَالَى مَقْرُونًا بِالنَّفَقَةِ) حَيْثُ قَالَ ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وَجْدِكُمْ﴾ [الطلاق: ٦] وَفِي قِرَاءَةِ ابْنِ مَسْعُودٍ "أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ وَأَنْفَقُوا عَلَيْهِنَّ مِنْ وَجْدِكُمْ" (وَإِذَا وَجِبَ السُّكْنَى حَقًّا لَهَا فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُشْرِكَ غَيْرَهَا فِيهَا لِأَنَّهَا تَتَضَرَّرُ بِهِ فَإِنَّهَا لَا تَأْمَنُ عَلَى مَتَاعِهَا وَيَمْنَعُهَا ذَلِكَ مِنَ الْمَعَاشَرَةِ

وَمِنْ الْأَسْتِمَاعِ) وَكَلَامُهُ وَاضِحٌ..

(وَلَهُ أَنْ يَمْنَعَ وَالِدِيهَا وَوَلَدَهَا مِنْ غَيْرِهِ وَأَهْلِهَا مِنَ الدُّخُولِ عَلَيْهَا) لِأَنَّ الْمَنْزِلَ مِلْكُهُ فَلَهُ حَقُّ الْمَنْعِ مِنَ الدُّخُولِ مِلْكِهِ (وَلَا يَمْنَعُهُمْ مِنَ النَّظَرِ إِلَيْهَا وَكَلَامِهَا فِي أَيِّ وَقْتٍ اخْتَارُوا) لِأَنَّ فِيهِ مِنَ قَطِيعَةِ الرَّحِمِ، وَلَيْسَ لَهُ فِي ذَلِكَ ضَرَرٌ، وَقِيلَ: لَا يَمْنَعُهَا مِنَ الدُّخُولِ وَالْكَلَامِ وَإِنَّمَا يَمْنَعُهُمْ مِنَ الْقَرَارِ وَالِدَوَامِ لِأَنَّ الْفِتْنَةَ فِي اللَّبَاسِ وَتَطْوِيلِ الْكَلَامِ، وَقِيلَ: لَا يَمْنَعُهَا مِنَ الْخُرُوجِ إِلَى الْوَالِدَيْنِ وَلَا يَمْنَعُهُمَا مِنَ الدُّخُولِ عَلَيْهَا فِي كُلِّ جُمُعَةٍ، وَفِي غَيْرِهِمَا مِنَ الْمَحَارِمِ التَّقْدِيرُ بِسَنَةِ وَهُوَ الصَّحِيحُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَهُوَ الصَّحِيحُ) احْتِرَازٌ عَنْ قَوْلِ مُحَمَّدِ بْنِ مُقَاتِلٍ الرَّازِيِّ فَإِنَّهُ يَقُولُ: لَا يَمْنَعُ الْمَحَارِمَ مِنَ الزَّيَارَةِ فِي كُلِّ شَهْرٍ.

(وَإِذَا غَابَ الرَّجُلُ وَلَهُ مَالٌ فِي يَدِ رَجُلٍ يَعْتَرِفُ بِهِ وَبِالزَّوْجِيَّةِ فَرَضَ الْقَاضِي فِي ذَلِكَ وَلَمْ يَعْتَرِفْ بِهِ) لِأَنَّهُ لَمَّا أَقْرَأَ بِالزَّوْجِيَّةِ الْوَدِيعَةَ فَقَدْ أَقْرَأَ حَقَّ الْأَخْذِ لَهَا؛ لِأَنَّ لَهَا أَنْ تَأْخُذَ مِنْ مَالِ الزَّوْجِ حَقَّهَا مِنْ غَيْرِ رِضَاهَا، وَإِقْرَارُ صَاحِبِ الْيَدِ مَقْبُولٌ فِي حَقِّ نَفْسِهِ لَا سِيَّمَا هَاهُنَا فَإِنَّهُ لَوْ أَنْكَرَ أَحَدَ الْأَمْرَيْنِ لَا تُقْبَلُ بَيِّنَةُ الْمَرْأَةِ فِيهِ لِأَنَّ الْمُدَّعَى لَيْسَ بِخَصِمٍ فِي إِثْبَاتِ الزَّوْجِيَّةِ عَلَيْهِ وَلَا الْمَرْأَةُ خَصِمٌ فِي إِثْبَاتِ حُقُوقِ الْغَائِبِ، وَإِذَا ثَبَتَ فِي حَقِّهِ تَعَدَّى إِلَى الْغَائِبِ، وَكَذَا إِذَا كَانَ الْمَالُ فِي يَدِهِ مُضَارَبَةً، وَكَذَا الْجَوَابُ فِي الدِّينِ، وَهَذَا كُلُّهُ إِذَا كَانَ الْمَالُ مِنْ جِنْسِ حَقِّهَا دَرَاهِمَ أَوْ دَنَانِيرَ أَوْ طَعَامًا أَوْ كِسْوَةً مِنْ جِنْسِ حَقِّهَا، أَمَّا إِذَا كَانَ مِنْ خِلَافِ جِنْسِهِ لَا تُفْرَضُ النِّفَقَةُ فِيهِ لِأَنَّهُ يَحْتَاجُ إِلَى الْبَيْعِ، وَلَا يَبَاعُ مَالُ الْغَائِبِ بِالِاتِّفَاقِ، أَمَّا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ فَلَأَنَّهُ لَا يَبَاعُ عَلَى الْحَاضِرِ وَكَذَا عَلَى الْغَائِبِ، وَأَمَّا عِنْدَهُمَا فَلَأَنَّهُ إِنْ كَانَ يَقْضِي عَلَى الْحَاضِرِ لَأَنَّهُ يَعْرِفُ امْتِنَاعَهُ لَا يَقْضِي عَلَى الْغَائِبِ لَأَنَّهُ لَا يَعْرِفُ امْتِنَاعَهُ. قَالَ (وَيَأْخُذُ مِنْهَا كَفِيلًا بِهَا) نَظَرًا لِلْغَائِبِ لِأَنَّهَا رُبَّمَا اسْتَوْفَتِ النِّفَقَةَ أَوْ طَلَقَهَا الزَّوْجَ وَانْقَضَتْ عِدَّتُهَا فَفَرَّقَ بَيْنَ هَذَا وَبَيْنَ الْمِيرَاثِ إِذَا قُسِمَ بَيْنَ وَرَثَتِهِ حُضُورًا بِالْبَيِّنَةِ وَلَمْ يَقُولُوا: لَا نَعْلَمُ لَهُ وَارِثًا آخَرَ حَيْثُ لَا يُؤْخَذُ مِنْهُمْ الْكَفِيلُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ لِأَنَّ هُنَاكَ الْمَكْفُولُ لَهُ مَجْهُولٌ وَهَاهُنَا مَعْلُومٌ وَهُوَ الزَّوْجُ وَيَحْلِفُهَا بِاللَّهِ مَا أَعْطَاهَا النِّفَقَةَ نَظَرًا لِلْغَائِبِ.

قَالَ (وَلَا يَقْضِي بِنَفَقَةٍ فِي مَالِ غَائِبٍ إِلَّا لَهُؤُلَاءِ) وَوَجْهُ الْفَرْقِ هُوَ أَنَّ نَفَقَةَ هَؤُلَاءِ وَاجِبَةٌ قَبْلَ قَضَاءِ الْقَاضِي وَلِهَذَا كَانَ لَهُمْ أَنْ يَأْخُذُوا قَبْلَ الْقَضَاءِ فَكَانَ قَضَاءُ الْقَاضِي إِعَانَةً لَهُمْ، أَمَّا غَيْرُهُمْ مِنَ الْمَحَارِمِ فَتَنَفَقَتْهُمْ إِنَّمَا تَجِبُ بِالْقَضَاءِ لِأَنَّهُ مُجْتَهِدٌ فِيهِ، وَالْقَضَاءُ عَلَى الْغَائِبِ لَا يَجُوزُ، وَلَوْ لَمْ يَعْلَمْ الْقَاضِي بِذَلِكَ وَلَمْ يَكُنْ مُقَرِّاً بِهِ فَأَقَامَتِ الْبَيِّنَةُ عَلَى الزَّوْجِيَّةِ أَوْ لَمْ يُخْلَفْ مَا لَا فَأَقَامَتِ الْبَيِّنَةُ لِيَفْرَضَ الْقَاضِي نَفَقَتَهَا عَلَى الْغَائِبِ وَيَأْمُرَهَا بِالِاسْتِدَانَةِ لَا يَقْضِي الْقَاضِي بِذَلِكَ لِأَنَّهُ فِي ذَلِكَ قَضَاءٌ عَلَى الْغَائِبِ. وَقَالَ زُفَرٌ: يَقْضِي فِيهِ لِأَنَّهُ فِيهِ نَظَرٌ لَهَا وَلَا ضَرَرَ فِيهِ عَلَى الْغَائِبِ، فَإِنَّهُ لَوْ حَضَرَ وَصَدَّقَهَا فَقَدْ أَخَذَتْ حَقَّهَا، وَإِنْ جَدَّ يَحْلِفُ، فَإِنْ نَكَلَ فَقَدْ صَدَّقَ، وَإِنْ أَقَامَتِ بَيِّنَةً فَقَدْ ثَبَتَ حَقُّهَا، وَإِنْ عَجَزَتْ يَضْمَنُ الْكَفِيلُ أَوْ الْمَرْأَةُ، وَعَمَلُ الْقَضَاةِ الْيَوْمَ عَلَى هَذَا أَنَّهُ يَقْضِي بِالنَّفَقَةِ عَلَى الْغَائِبِ لِحَاجَةِ النَّاسِ وَهُوَ مُجْتَهِدٌ فِيهِ، وَفِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ أَقَاوِيلُ مَرْجُوعٌ عَنْهَا فَلَمْ يَذْكُرْهَا.

الشرح:

وَإِذَا غَابَ الرَّجُلُ وَلَهُ فِي يَدِ رَجُلٍ مَالٌ يَعْتَرِفُ بِهِ وَبِالزَّوْجِيَّةِ وَطَلَبَتِ الزَّوْجَةُ النَّفَقَةَ فَرَضَ الْقَاضِي فِي ذَلِكَ الْمَالِ نَفَقَةَ زَوْجَتِهِ وَوَلَدِهِ الصَّغَارِ وَالذَّيْنِ) وَإِنْ لَمْ يَعْتَرِفْ بِهِ الرَّجُلُ وَلَكِنْ عَلِمَ الْقَاضِي ذَلِكَ فَكَذَلِكَ، لِأَنَّهُ لَمَّا أَقَرَّ بِالزَّوْجِيَّةِ الْوَدِيعَةَ فَقَدْ أَقَرَّ بِأَنَّ لَهَا حَقَّ الْأَخْذِ لِأَنَّهَا أَنْ تَأْخُذَ مِنْ مَالِ الزَّوْجِ حَقَّهَا مِنْ غَيْرِ رِضَاهُ لَحَدِيثِ هِنْدِ امْرَأَةِ أَبِي سَفْيَانَ، وَإِقْرَارُ صَاحِبِ الْيَدِ مَقْبُولٌ فِي نَفْسِهِ لَا سِيَّمَا هَاهُنَا.

فَإِنْ إقْرَارُهُ هَاهُنَا أَشَدُّ قَبُولًا مِنْ إقْرَارِ صَاحِبِ الْيَدِ فِي غَيْرِ هَذَا الْمَوْضِعِ لِتَعَيُّنِ طَرِيقِ إِثْبَاتِ الْحَقِّ فِي إقْرَارِهِ لِعَدَمِ إِثْبَاتِهِ بِالْبَيِّنَةِ (فَإِنَّهُ لَوْ أُنْكَرَ أَحَدَ الْأُمْرَيْنِ مِنَ الزَّوْجِيَّةِ أَوْ الْوَدِيعَةِ لَا تُقْبَلُ بَيِّنَةُ الْمَرْأَةِ فِيهِ) أَيُّ فِي أَحَدِ الْأُمْرَيْنِ لِأَنَّ إِقَامَتَهَا إِنْ كَانَتْ لِإِثْبَاتِ الزَّوْجِيَّةِ فَالْمُودَعُ لَيْسَ بِمَخْصَمٍ فِيهِ، وَإِنْ كَانَتْ لِإِثْبَاتِ الْوَدِيعَةِ فَالْمَرْأَةُ لَيْسَتْ بِمَخْصَمٍ فِي إِثْبَاتِ حُقُوقِ الْغَائِبِ، وَإِذَا ثَبَتَ عَلَيْهِ الْحَقُّ بِإِقْرَارِهِ عَلَى نَفْسِهِ تَعَدَّى إِلَى الْغَائِبِ لَكُونَ مَا أَقَرَّ بِهِ مِلْكَهُ، وَطُولَبَ بِالْفَرْقِ بَيْنَ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ وَبَيْنَ مَا إِذَا أَحْضَرَ صَاحِبُ الدَّيْنِ غَرِيماً لِلْغَائِبِ أَوْ مُودَعاً لَهُ وَهُمَا مُعْتَرِفَانِ بِثُبُوتِ دَيْنِ الْمُدَّعِي عَلَى الْغَائِبِ، فَإِنَّ الْقَاضِي لَا يَأْمُرُ بِقَضَاءِ دَيْنِهِ مِنَ الْوَدِيعَةِ وَالذَّيْنِ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ أَمْرَ الْقَاضِي فِي حَقِّ الْغَائِبِ إِنَّمَا هُوَ لِلنَّظَرِ لَهُ وَفِي الْأَمْرِ بِالِاتِّفَاقِ عَلَى الْمَرْأَةِ ذَلِكَ إِثْبَاقٌ لِلْمَلِكَةِ وَلَيْسَ فِي قَضَاءِ الدَّيْنِ نَظَرٌ،

لأنَّ فِيهِ قَضَاءٌ عَلَيْهِ بِقَوْلِ الْغَيْرِ بِإِزَالَةِ مِلْكِهِ، ثُمَّ إِذَا جَازَ لِلْقَاضِي أَنْ يَأْمَرَ الْمُوَدَّعَ بِالْإِنْفَاقِ عَلَيْهَا بِالْبَيِّنَةِ الْمُحْتَمَلَةِ لِلْكَذِبِ فَلَأَنْ يَجُوزَ بَعْلُهُ الَّذِي لَا يَحْتَمِلُهُ أَوَّلِي، وَكَذَا إِذَا كَانَ الْمَالُ فِي يَدِهِ مُضَارَبَةً لِأَنَّهُ أَمَانَةٌ مِنْ وَجْهِهِ، وَكَذَا إِذَا كَانَ دَيْنًا.

وَقَوْلُهُ (وَهَذَا) أَيُّ مَا ذَكَرْنَا مِنْ جَوَازِ فَرَضِ الْقَاضِي النَّفَقَةِ إِذَا كَانَ الْمَالُ مِنْ جِنْسٍ حَقَّقَهَا فِي النَّفَقَةِ ذَرَاهِمَ أَوْ دَنَانِيرَ أَوْ طَعَامًا أَوْ كَانَ ثِيَابًا مِنْ جِنْسٍ حَقَّقَهَا فِي الْكِسْوَةِ، أَمَّا إِذَا كَانَ الْمَالُ مِنْ خِلَافِ جِنْسِهِ فَلَا يَفْرُضُ النَّفَقَةَ فِيهِ لِأَنَّهُ يَحْتَاجُ إِلَى الْبَيْعِ وَلَا يُبَاعُ مَالُ الْغَائِبِ هَاهُنَا بِالِاتِّفَاقِ، أَمَّا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ فَلَأَنَّهُ لَا يُبَاعُ عَلَى الْحَاضِرِ لِأَنَّ الْبَيْعَ عَلَيْهِ إِذَا يَكُونُ بِطَرِيقِ الْحَجَرِ، وَالْحَجَرُ عَلَى الْحُرِّ الْعَاقِلِ الْبَالِغِ عِنْدَهُ غَيْرُ صَحِيحٍ، فَكَذَا عَلَى الْغَائِبِ، بَلْ بِالطَّرِيقِ الْأَوَّلِيِّ.

وَأَمَّا عِنْدَهُمَا إِنْ كَانَ يَقْضِي عَلَى الْحَاضِرِ لِأَنَّهُ يَعْرِفُ امْتِنَاعَهُ الْمَشْرُوطَ فِي جَوَازِ الْبَيْعِ فَلَا يَقْضِي عَلَى الْغَائِبِ لِعَدَمِ ذَلِكَ. قَالَ (وَيَأْخُذُ مِنْهَا كَفِيلًا بِهَا نَظَرًا لِلْغَائِبِ) مَنْ عِنْدَهُ الْمَالُ إِذَا اعْتَرَفَ بِهِ وَبِالزَّوْجِيَّةِ يَنْظُرُ الْقَاضِي فَيَحْلِفُهَا أَنَّهَا مَا اسْتَوْفَتْ النَّفَقَةَ، فَإِذَا حَلَفَتْ دَفَعَ إِلَيْهَا النَّفَقَةَ وَأَخَذَ مِنْهَا كَفِيلًا لَجَوَازِ أَنْ يَحْضُرَ الزَّوْجُ فَيَقِيمَ الْبَيِّنَةَ عَلَى إِنْفَاءِ نَفَقَتِهَا، فَإِنْ اتَّفَقَ ذَلِكَ كَانَ الزَّوْجُ مُخَيَّرًا فِي اخْتِيارِ أَيِّهِمَا شَاءَ مِنَ الْمَرْأَةِ، وَالْكَفِيلِ وَكَلَامُهُ وَاضِحٌ، وَلَا يَقْضَى بِنَفَقَةٍ فِي مَالِ غَائِبٍ إِلَّا لِهَوْلَاءِ يَعْنِي زَوْجَةَ الْغَائِبِ وَوَلَدَهُ الصَّغَارَ وَوَالِدَيْهِ، أَمَّا غَيْرُهُمْ مِنَ الْمَحَارِمِ كَالْإِخْوَةِ وَالْأَخَوَاتِ وَالْأَعْمَامِ وَالْعَمَّاتِ فَلَا يَقْضَى بِنَفَقَتِهِمْ فِيهِ.

وَوَجْهُ الْفَرْقِ مَا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ. وَقَوْلُهُ (لَأَنَّهُ مُجْتَهِدٌ فِيهِ) قِيلَ لِأَنَّ الشَّافِعِيَّ لَا يُوجِبُ النَّفَقَةَ لَغَيْرِ الْوَالِدَيْنِ وَالْمَوْلُودَيْنِ، وَفِيهِ نَظَرٌ سَيَأْتِي. وَقَوْلُهُ (وَلَوْ) لَمْ يَعْلَمْ الْقَاضِي بِذَلِكَ) مُتَّصِلٌ بِقَوْلِهِ وَكَذَا إِذَا عَلِمَ الْقَاضِي بِذَلِكَ. وَقَوْلُهُ (و) لَوْ (لَمْ يَكُنْ) يَعْنِي الرَّجُلَ (مُقَرَّرًا بِهِ) مُتَّصِلٌ بِقَوْلِهِ يَعْتَرَفُ بِهِ وَبِالزَّوْجِيَّةِ.

وَقَوْلُهُ (فَأَقَامَتِ الْبَيِّنَةَ عَلَى الزَّوْجِيَّةِ) يَعْنِي فِي الصُّورَتَيْنِ إِذَا كَانَ ثَمَّةَ وَدِيعَةٍ وَلَكِنْ يُنْكَرُ الزَّوْجِيَّةُ أَوْ أَقَامَتَهَا لِيَفْرِضَ الْقَاضِي نَفَقَةً فِيمَا إِذَا لَمْ يَخْلُفْ مَالًا وَلَمْ يَعْلَمْ الْقَاضِي بِالزَّوْجِيَّةِ وَكَلَامُهُ ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ أَقَاوِيلُ مَرْجُوعٌ عَنْهَا فَلَمْ يَذْكُرْهَا) مِنْ تِلْكَ الْأَقَاوِيلِ مَا ذَكَرُوهُ مِنْ قَوْلِهِمْ إِذَا جَحَدَ الْمَدْيُونُ أَوْ الْمُوَدَّعُ الزَّوْجِيَّةَ

يَتَّهِمَا وَالْمَالُ فِي يَدِهِ، فَقَدْ كَانَ أَبُو حَنِيفَةَ يَقُولُ أَوَّلًا: تُقْبَلُ بَيِّنَتُهَا عَلَى الزَّوْجِيَّةِ، ثُمَّ رَجَعَ فَقَالَ: لَا تُقْبَلُ بَيِّنَتُهَا.

وَمِنْهَا مَا إِذَا لَمْ يَكُنْ لِلزَّوْجِ الْغَائِبِ مَالٌ حَاضِرٌ فَطَلَبَتْ الْمَرْأَةُ مِنَ الْقَاضِي أَنْ يَسْمَعَ بَيِّنَتَهَا عَلَى النَّكَاحِ لِيَفْرِضَ الثَّقَفَةَ عَلَى الْغَائِبِ وَيَأْمُرَهَا بِالاسْتِدَائَةِ لَمْ يَجِبْ إِلَى شَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ لِأَنَّ هَذَا قَضَاءٌ عَلَى الْغَائِبِ، وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ الْآخَرُ وَهُوَ قَوْلُهُمَا. وَأَمَّا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ الْأَوَّلُ وَهُوَ قَوْلُ زُفَرٍ يُجِيبُهَا إِلَى ذَلِكَ وَهُوَ الْمَذْكُورُ فِي الْكِتَابِ، وَإِنْ كَانَ لِلْغَائِبِ دَيْنٌ أَوْ وَدِيعَةٌ وَكُلٌّ مِنَ الْمَدْيُونِ وَالْمُودَعِ مُقَرَّبًا بِالدَّيْنِ الْوَدِيعَةِ وَالنَّكَاحِ فَالْقَاضِي يَأْمُرُ أَوَّلًا بِالْإِنْفَاقِ مِنَ الْوَدِيعَةِ لِأَنَّ الْقَاضِيَّ نُصِبَ نَاطِرًا وَنَظَرُ الْغَائِبِ فِي الْبُدَاءَةِ الْوَدِيعَةِ لِأَنَّهَا تَحْتَمِلُ الْهَلَكَ بِخِلَافِ الدَّيْنِ.

فصل

(وَإِذَا طَلَّقَ الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ فَلَهَا النِّفْقَةُ وَالسُّكْنَى فِي عِدَّتِهَا رَجْعِيًّا كَانَ أَوْ بَائِنًا) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا نِفْقَةَ لِلْمَبْتُوتَةِ إِلَّا إِذَا كَانَتْ حَامِلًا، أَمَّا الرَّجْعِيُّ فَلَأَنَّ النَّكَاحَ بَعْدَهُ قَائِمٌ لَا سِيَّمَا عِنْدَنَا فَإِنَّهُ يَحِلُّ لَهُ الْوَطْءُ، وَأَمَّا الْبَائِنُ فَوَجْهُ قَوْلِهِ مَا رَوَى «عَنْ فَاطِمَةَ بِنْتِ قَيْسٍ قَالَتْ: طَلَّقَنِي زَوْجِي ثَلَاثًا فَلَمْ يَضِرْ لِي رَسُولُ اللَّهِ ﷺ سَكْنَى وَلَا نِفْقَةً»^(١) وَلَأَنَّهُ لَا مِلْكَ لَهُ وَهِيَ مُرْتَبِتَةٌ عَلَى الْمِلْكِ وَلِهَذَا لَا تَحِبُّ لِلْمُتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجُهَا لِانْعِدَامِهِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَتْ حَامِلًا لِأَنَّ عَرَفَانَهُ بِالنِّصِّ وَهُوَ قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿وَإِنْ كُنْ أُولَتْ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ﴾ الْآيَةُ. وَلَنَا أَنَّ النِّفْقَةَ جَزَاءُ احْتِيَاسٍ عَلَى مَا ذَكَرْنَا، وَالْاحْتِيَاسُ قَائِمٌ فِي حَقِّ حُكْمٍ مَقْصُودٍ بِالنَّكَاحِ وَهُوَ الْوَلَدُ إِذِ الْعِدَّةُ وَاجِبَةٌ لِصَيَانَةِ الْوَلَدِ فَتَحِبُّ النِّفْقَةُ وَلِهَذَا كَانَ لَهَا السُّكْنَى بِالْإِجْمَاعِ وَصَارَ كَمَا إِذَا كَانَتْ حَامِلًا. وَحَدِيثُ فَاطِمَةَ بِنْتِ قَيْسٍ رَدَّهُ عُمَرُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فَإِنَّهُ قَالَ: لَا نَدْعُ كِتَابَ رَبَّنَا وَسَنَّتْهُ تَبَيَّنَّا بِقَوْلِ امْرَأَةٍ لَا نَدْرِي صَدَقَتْ أَمْ كَذَبَتْ حَفِظْتُ أَمْ نَسِيتُ، سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ يَقُولُ: «لِلْمُطَلَّاقَةِ الثَّلَاثِ النِّفْقَةُ وَالسُّكْنَى مَا دَامَتْ فِي الْعِدَّةِ»^(٢) وَرَدَّهُ أَيْضًا زَيْدُ بْنُ ثَابِتٍ وَأَسَامَةُ بْنُ زَيْدٍ وَجَابِرٌ وَعَائِشَةُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ.

(١) أخرجه مسلم في الطلاق (٤٦).

(٢) أخرجه مسلم في الطلاق (٤٢)، وانظر نصب الراية (٤٠٣/٣).

الشرح:

(فصل): لما فرغ من بيان النفقة والسكنى حال قيام النكاح بينهما شرع في بيانها بعد المفارقة (وإذا طلق الرجل امرأته فلها النفقة والسكنى في عدتها رجعيًا كان أو بائنًا. وقال الشافعي: لا نفقة للمبتوتة) وهي التي طلقها الزوج ثلاثًا أو طلقها بعوض وإن كانت واحدة (إلا إذا كانت حاملاً أمّا الرجعي فلأن النكاح بعده قائم لا سيما عندنا فإنه يحل له الوطء) كما تقدم (وأمّا البائن فوجه قوله ما روي عن فاطمة بنت قيس (إخ) رواه مسلم وأبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه. وقوله: (لأننا عرفناه) أي وجوب نفقة الحامل بالنص وهو قوله تعالى ﴿وإن كن أولدت حملًا فأنفقوا عليهن﴾ والدليل على أنه في المطلقات آخر الآية وهو قوله تعالى: ﴿حتى يضعن حملهن﴾ والنفقة في غير المطلقات غير معينة بوضع الحمل. وقوله: (وصار كما إذا كانت حاملاً) اعترض عليه بأن الحائل لو كانت كالحامل في وجوب النفقة لم يبق لتخصيص الحامل في النص فائدة. وأجيب بأن الفائدة رفع الاشتباه، ويأباه أن الحائل تستحق النفقة ثلاثة قروء، وكان يشبهه بأن الحامل أيضًا تستحق ذلك المقدار أو زيادة فرفع ذلك وقال: لها النفقة في جميع مدة الحمل حتى يضعن حملهن. وقوله: (ولا ندع كتاب ربنا) يريد به قوله تعالى ﴿أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم﴾ ووجه ذلك أن الوجد هو السعة والغنى وذلك يرجع إلى ما يملك به، أما الإسكان فإنه قد يملك إسكانها في غير ملكه حيث يسكن هو ولا يملك الإنفاق من غير ملكه، وكان تقديره والله أعلم ما تلاه ابن مسعود: وأنفقوا عليهن من وجدكم. وقوله (سنة نبينا) يريد به قوله: سمعت رسول الله ﷺ يقول «للمطلقة الثلاث النفقة والسكنى ما دامت في العدة» وقوله (ورده أيضًا زيد بن ثابت وأسماء بن زيد) هو زوج فاطمة الراوية، فإن أسماء كان إذا سمعها تحدث بهذا الحديث رماها بكل شيء في يده. وقالت عائشة: تلك المرأة فتنت العالم: أي بروايتها هذا الحديث.

(ولا نفقة للمتوفى عنها زوجها) لأن احتباسها ليس لحق الزوج بل لحق الشرع فإن التربص عبادة منها. ألا ترى أن معنى التعرف عن براءة الرحم ليس بمراعى فيه حتى لا يشترط فيها الحيض فلا تجب نفقتها عليه، ولأن النفقة تجب شيئًا فشيئًا ولا

مِلْكٍ لَهُ بَعْدَ الْمَوْتِ فَلَا يُمَكِّنُ إِيَّاجُهَا فِي مِلْكِ الْوَرَثَةِ (وَكُلُّ فُرْقَةٍ جَاءَتْ مِنْ قَبْلِ الْمَرْأَةِ بِمَعْصِيَةٍ مِثْلِ الرَّدَّةِ وَتَقْيِيلِ ابْنِ الزَّوْجِ فَلَا نَفَقَةَ لَهَا) لِأَنَّهَا صَارَتْ حَابِسَةً نَفْسَهَا بِغَيْرِ حَقٍّ فَصَارَتْ كَمَا إِذَا كَانَتْ نَاشِرَةً، بِخِلَافِ الْمَهْرِ بَعْدَ الدُّخُولِ لِأَنَّهُ وَجَدَ التَّسْلِيمَ فِي حَقِّ الْمَهْرِ بِالْوَطْءِ، وَبِخِلَافِ مَا إِذَا جَاءَتْ الْفُرْقَةُ مِنْ قَبْلِهَا بِغَيْرِ مَعْصِيَةٍ كَخِيَارِ الْعِتْقِ وَخِيَارِ الْبُلُوغِ وَالتَّفْرِيقِ لِعَدَمِ الْكِفَاءَةِ لِأَنَّهَا حَبَسَتْ نَفْسَهَا بِحَقٍّ وَذَلِكَ لَا يُسْقِطُ النَّفَقَةَ كَمَا إِذَا حَبَسَتْ نَفْسَهَا لِاسْتِيفَاءِ الْمَهْرِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلَا نَفَقَةَ لِلْمُتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجُهَا) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (وَكُلُّ فُرْقَةٍ جَاءَتْ مِنْ قَبْلِ الْمَرْأَةِ بِمَعْصِيَةٍ مِثْلِ الرَّدَّةِ وَتَقْيِيلِ ابْنِ الزَّوْجِ فَلَا نَفَقَةَ لَهَا) إِنَّمَا لَمْ يَتَعَرَّضْ لِلْسُّكْنَى لِأَنَّهَا وَاجِبَةٌ بِأَيِّ فُرْقَةٍ كَانَتْ لِأَنَّ الْقَرَارَ فِي الْبَيْتِ مُسْتَحَقٌّ عَلَيْهَا فَلَا يَسْقُطُ بِمَعْصِيَتِهَا، فَأَمَّا النَّفَقَةُ فَوَاجِبَةٌ لَهَا فَتَسْقُطُ بِمَعْصِيَةٍ مِنْ قَبْلِهَا، وَأَمَّا الرَّدَّةُ فَقَدْ ذَكَرَهَا شَيْخُ الْإِسْلَامِ فِي مَبْسُوطِهِ وَقَالَ: إِنَّمَا تَسْقُطُ نَفَقَةُ الْمُرْتَدَّةِ إِذَا أُخْرِجَتْ لِلْحَبْسِ مِنْ بَيْتِ الْعِدَّةِ، وَأَمَّا إِذَا اعْتَدَّتْ وَلَمْ تَخْرُجْ مِنْ بَيْتِ الزَّوْجِ لِلْحَبْسِ فَلَهَا النَّفَقَةُ

(وَإِنْ طَلَّقَهَا ثَلَاثًا ثُمَّ ارْتَدَّتْ وَالْعِيَاذُ بِاللَّهِ سَقَطَتْ نَفَقَتُهَا، وَإِنْ مَكَنتْ ابْنَ زَوْجِهَا مِنْ نَفْسِهَا (فَلَهَا النَّفَقَةُ) مَعْنَاهُ: مَكَنتْ بَعْدَ الطَّلَاقِ، لِأَنَّ الْفُرْقَةَ تَثْبُتُ بِالطَّلَاقِ الثَّلَاثِ وَلَا عَمَلٍ فِيهَا لِلرَّدَّةِ وَالتَّمْكِينِ، إِلَّا أَنْ الْمُرْتَدَّةَ تُحْبَسُ حَتَّى تَتُوبَ، وَلَا نَفَقَةَ لِلْمَحْبُوسَةِ، وَالْمُمْكِنَةُ لَا تُحْبَسُ فَلِهَذَا يَقَعُ الْفَرْقُ.

الشرح:

(وَإِنْ طَلَّقَهَا ثَلَاثًا ثُمَّ ارْتَدَّتْ وَالْعِيَاذُ بِاللَّهِ سَقَطَتْ نَفَقَتُهَا، وَإِنْ مَكَنتْ ابْنَ زَوْجِهَا مِنْ نَفْسِهَا فَلَهَا النَّفَقَةُ) وَالْفَرْقُ مَا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ وَهُوَ وَاضِحٌ. قَالَ فِي النَّهَائَةِ: وَهَذَا الَّذِي ذَكَرْنَا كُلَّهُ فِي الطَّلَاقِ الْبَائِنِ وَالطَّلَاقِ الثَّلَاثِ، وَأَمَّا الْمُعْتَدَّةُ بِالطَّلَاقِ الرَّجْعِيِّ إِذَا وَطَّئَهَا ابْنُ الزَّوْجِ أَوْ قَبَّلَهَا بِشَهْوَةٍ وَهِيَ مُطَاوَعَةٌ أَوْ ارْتَدَّتْ فَحَبِسَتْ أَوْ لَمْ تُحْبَسْ فَلَا نَفَقَةَ لَهَا لِأَنَّ الطَّلَاقَ الرَّجْعِيَّ لَا يَقَعُ بِهِ الْفُرْقَةُ وَكَانَ وَقُوعُ الْفُرْقَةِ لِسَبَبٍ وَجَدَ مِنْهَا وَهُوَ مَعْصِيَةٌ فَيُوجِبُ ذَلِكَ سُقُوطَ النَّفَقَةِ، بِخِلَافِ الطَّلَاقِ الْبَائِنِ.

فصل

(وَنَفَقَةُ الْأَوْلَادِ الصَّغَارِ عَلَى الْأَبِ لَا يُشَارِكُهُ فِيهَا أَحَدٌ كَمَا لَا يُشَارِكُهُ فِي نَفَقَةِ الزَّوْجَةِ) لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ﴾ وَالْمَوْلُودُ لَهُ هُوَ الْأَبُ (فَإِنْ كَانَ الصَّغِيرُ رَضِيعًا فَلَيْسَ عَلَى أُمِّهِ أَنْ تُرَضِعَهُ) لَمَّا بَيَّنَّا أَنَّ الْكِفَايَةَ عَلَى الْأَبِ وَأَجْرَةَ الرِّضَاعِ كَالنَّفَقَةِ وَلِأَنَّهَا عَسَاهَا لَا تَقْدِرُ عَلَيْهِ لِعُذْرٍ بِهَا فَلَا مَعْنَى لِلجَبْرِ عَلَيْهِ. وَقِيلَ فِي تَأْوِيلِ قَوْلِهِ تَعَالَى ﴿لَا تُضَارَّ وَالِدَةُ بِوَلَدِهَا﴾ بِالْإِزَامَةِ الْإِرْضَاعَ مَعَ كَرَاهَتِهَا، وَهَذَا الَّذِي ذَكَرْنَا بَيَانُ الْحُكْمِ، وَذَلِكَ إِذَا كَانَ يَوْجَدُ مَنْ تُرَضِعُهُ، أَمَا إِذَا كَانَ لَا تَوْجَدُ مَنْ تُرَضِعُهُ تُجْبَرُ الْأُمُّ عَلَى الْإِرْضَاعِ صِيَانَةً لِلصَّبِيِّ عَنِ الضَّيَاعِ.

قَالَ (وَيَسْتَأْجِرُ الْأَبُ مَنْ تُرَضِعُهُ عِنْدَهَا) أَمَا اسْتِجَارُ الْأَبِ فَلِأَنَّ الْأَجْرَ عَلَيْهِ، وَقَوْلُهُ عِنْدَهَا مَعْنَاهُ إِذَا أَرَادَتْ ذَلِكَ لِأَنَّ الْحَجَرَ لَهَا.

الشرح:

(فَصْلٌ):

(لَمَّا فَرَّغَ مِنْ بَيَانِ نَفَقَةِ الزَّوْجَاتِ شَرَعَ فِي بَيَانِ نَفَقَةِ الْأَوْلَادِ الصَّغَارِ عَلَى الْأَبِ خَاصَّةً لَا يُشَارِكُهُ فِيهَا غَيْرُهُ) فِي ظَاهِرِ الرَّوَايَةِ، وَقَدْ رُوِيَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ النَّفَقَةَ عَلَى الْأَبِ وَالْأُمِّ أَثْلَانًا بِحَسَبِ مِيرَاثِهِمَا لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ﴾ وَوَجْهُ الظَّاهِرِ قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ﴾ قِيلَ فِي وَجْهِ الاستِدْلَالِ أَنَّ رِزْقَ الْوَالِدَاتِ لَمَّا وَجَبَ عَلَى الْأَبِ بِسَبَبِ الْوَلَدِ وَجَبَ عَلَيْهِ رِزْقُ الْوَلَدِ بِطَرِيقِ الْأُولَى. وَيَبَيِّنُ ذَلِكَ أَنَّ وَجُوبَ نَفَقَتِهِنَّ عَلَيْهِ كَانَ بِسَبَبِ الْوَلَدِ لِأَنَّ الْحُكْمَ تَرْتَّبَ عَلَى مُشْتَقٍّ، وَتَرْتُّبُهُ عَلَى الْمُسْتَقِّ دَلِيلٌ عَلَى عِلْيَةِ الْمُسْتَقِّ مِنْهُ لِذَلِكَ كَمَا فِي السَّارِقِ وَالزَّانِي، وَفِيهِ نَظَرٌ لَمَّا تَقَدَّمَ أَنَّ عِلَّةَ نَفَقَتِهِنَّ عَلَى الزَّوْجِ هُوَ الْإِحْتِبَاسُ، وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ غَيْرُهُ عِلَّةً لِثَلَاثِ تَيَوَّارَدِ عِلَّتَانِ عَلَى مَعْلُولٍ وَاحِدٍ. وَالْجَوَابُ أَنَّ الْعِلَّةَ هُوَ الْوِلَادُ لِكَوْنِهِ هُوَ الْمُؤَثِّرُ فِي وَجُوبِ النَّفَقَةِ إِذْ هُوَ السَّبَبُ لِلْجُزْئِيَّةِ الْحَاصِلَةِ بَيْنَ الزَّوْجَيْنِ وَالْوَلَدِ، وَكَمَا تَجِبُ النَّفَقَةُ عَلَى نَفْسِهِ تَجِبُ عَلَى جُزْئِهِ، وَالْإِحْتِبَاسُ عِلَّةُ الْعِلَّةِ وَالْعَقْدُ الصَّحِيحُ سَبَبُ يُفْضِي إِلَيْهِ، فَيَجُوزُ إِضَافَةُ الْحُكْمِ إِلَيْهِ قَبْلَ تَحَقُّقِ الْوِلَادِ، فَإِذَا تَحَقَّقَ يُضَافُ الْحُكْمُ إِلَيْهِ، وَيَجُوزُ أَنْ يُقَالَ اسْتَدَلَّ بِالْآيَةِ عَلَى نَفْيِ مُشَارَكَةِ أَحَدٍ فِي نَفَقَةِ الزَّوْجَةِ بِتَقْدِيمِ الظَّرْفِ.

وَقَاسَ عَلَيْهِ نَفْيَ الْمُشَارَكَةِ فِي نَفَقَةِ الْوَلَدِ لِأَنَّ كُلًّا مِنْهُمَا لَا يَقْبَلُ الْاِشْتِرَاكَ، فَكَذَا
 النَّفَقَةُ الثَّابِتَةُ بِهِمَا؛ وَإِذَا انْتَفَى الْاِشْتِرَاكُ فَإِمَّا أَنْ يَثْبُتَ عَلَى الْأَبِ أَوْ عَلَى غَيْرِهِ لَا سَبِيلَ
 إِلَى الثَّانِي فَتَعَيَّنَ الْأَوَّلُ (وَإِنْ كَانَ الصَّغِيرُ رَضِيعًا فَلَيْسَ عَلَى الْأُمِّ أَنْ تُرْضِعَهُ لَمَّا يَبِينُ أَنَّ
 الْكِفَايَةَ عَلَى الْأَبِ وَأُجْرَةُ الرِّضَاعِ كَالنَّفَقَةِ) فَكَمَا أَنَّهُ يَجِبُ عَلَيْهِ نَفَقَتُهُ إِذَا فُطِمَ يَجِبُ
 عَلَيْهِ أَنْ يَسْتَأْجِرَ مَنْ تُرْضِعُهُ إِذَا وُجِدَتْ، وَلَائِذَا قَدْ لَا تَقْدِرُ عَلَى الْإِرْضَاعِ لِعُذْرٍ بِهَا فَلَا
 مَعْنَى لِلجَبْرِ عَلَيْهِ، وَقِيلَ قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿لَا تُضَارَّ وَالِدَةُ بِوَلَدِهَا﴾ مَعْنَاهُ بِالْإِرْضَاعِ
 مَعَ كَرَاهَتِهَا. فَإِنْ قِيلَ: فَمَا مَعْنَى قَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَالْوَالِدَتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَدَهُنَّ حَوْلَيْنِ
 كَامِلَيْنِ﴾ قُلْتُ: إِنْ كَانَ مَعْنَاهُ الْإِخْبَارُ عَنْ فِعْلِهِنَّ حِينَ فَعَلْنَ فَلَا يَحْتَاجُ إِلَى جَوَابٍ، وَإِنْ
 كَانَ مَعْنَاهُ الْأَمْرُ وَهُوَ الظَّاهِرُ كَانَ مَحْمُولًا عَلَى التَّنْذِيرِ أَوْ الْوُجُوبِ إِذَا لَمْ يُوجَدْ مَنْ
 يُرْضِعُهُ أَوْ لَمْ يَقْبَلِ الصَّغِيرُ عَلَى تَنْذِيرٍ غَيْرِهَا وَهُوَ الَّذِي أَشَارَ إِلَيْهِ الْمُصَنِّفُ بِقَوْلِهِ أَمَّا إِذَا
 كَانَ لَا يُوجَدْ مَنْ تُرْضِعُهُ تُجْبَرُ عَلَى الْإِرْضَاعِ صِيَانَةً لِلصَّبِيِّ عَنِ الضَّيَاعِ، أَوْ هُوَ
 مَحْمُولٌ عَلَى الْوُجُوبِ عَلَيْهَا تَذْنِيبًا، حَتَّى لَا يَجُوزَ اسْتِجَارُهَا عَلَى الْإِرْضَاعِ إِذَا كَانَتْ
 فِي عِصْمَتِهِ أَوْ عِدَّتِهِ عَلَى مَا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ وَاسْتَدَلَّ بِهِ. فَإِنْ قِيلَ: إِذَا كَانَ بِمَعْنَى
 الْأَمْرِ وَجَبَ أَنْ يَتَنَاوَلَ بِإِطْلَاقِهِ الْمُنْكَوْحَةَ وَالْمُبَاةَنَةَ. قُلْتُ: إِنْ قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ
 لَكُمْ فَفَاتَوْهُنَّ أَجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦] فِي الْمَطْلَقَاتِ، وَأَوْجَبَ إِيثَاءَ أَجُورِهِنَّ عِنْدَ
 الْإِرْضَاعِ، فَلَوْ كَانَ قَوْلُهُ يُرْضِعْنَ عَلَى إِطْلَاقِهِ لَوَجَبَ الْإِرْضَاعُ عَلَى الْمَطْلَقَاتِ، وَفِي
 ذَلِكَ إِبْطَالُ عَمَلِ إِحْدَى الْآيَتَيْنِ فَوَجَبَ حَمْلُهُ عَلَى الْمُنْكَوْحَةِ وَمَنْ فِي مَعْنَاهَا وَهِيَ
 الْمَطْلُوقَةُ الرَّجْعِيَّةُ رَوَايَةٌ وَاحِدَةٌ وَالْمَبْتُوتَةُ فِي رَوَايَةٍ إِذَا كَانَتْ فِي الْعِدَّةِ عَمَلًا بِالذَّلِيلَيْنِ بِقَدْرِ
 الْإِمْكَانِ وَكَلَامُهُ وَاضِحٌ.

(وَإِنْ اسْتَأْجَرَهَا وَهِيَ زَوْجَتُهُ أَوْ مُعْتَدَّتُهُ لَتُرْضِعَ وَلَدَهَا) لَمْ يَجُزْ لِأَنَّ الْإِرْضَاعَ
 مُسْتَحَقٌّ عَلَيْهَا دِيَانَةً. قَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿وَالْوَالِدَتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَدَهُنَّ﴾ إِلَّا أَنَّهَا عُدْرَتْ
 لاحتِمَالِ عَجْزِهَا، فَإِذَا أَفْذَمَتْ عَلَيْهِ بِالْأَجْرِ ظَهَرَتْ قُدْرَتُهَا فَكَانَ الْفِعْلُ وَاجِبًا عَلَيْهَا فَلَا
 يَجُوزُ أَخْذُ الْأَجْرِ عَلَيْهِ، وَهَذَا فِي الْمُعْتَدَّةِ عَنْ طَلَاقِ رَجْعِيٍّ رَوَايَةٌ وَاحِدَةٌ لِأَنَّ النِّكَاحَ
 قَائِمٌ، وَكَذَا فِي الْمَبْتُوتَةِ فِي رَوَايَةٍ، وَفِي رَوَايَةٍ أُخْرَى: جَازَ اسْتِجَارُهَا لِأَنَّ النِّكَاحَ قَدْ
 زَالَ. وَجْهُ الْأَوَّلِ أَنَّهُ بَاقٍ فِي حَقِّ بَعْضِ الْأَحْكَامِ.

(وَلَوْ اسْتَأْجَرَهَا وَهِيَ مَنكُوحَتُهُ أَوْ مُعْتَدَّتُهُ لِإِرْضَاعِ ابْنٍ لَهُ مِنْ غَيْرِهَا جَانَ) لَأَنَّهُ غَيْرُ مُسْتَحَقٍّ عَلَيْهَا (وَإِنْ انْقَضَتْ عِدَّتُهَا فَاسْتَأْجَرَهَا) يَعْنِي لِإِرْضَاعِ وَلَدِهَا (جَانَ) لِأَنَّ التَّكَاحَ قَدْ زَالَ بِالْكِلْيَةِ وَصَارَتْ كَالْأَجْنَبِيَّةِ (فَإِنْ قَالَ الْأَبُ لَا اسْتَأْجَرَهَا وَجَاءَ بِغَيْرِهَا فَرَضِيَتْ الْأُمُّ بِمِثْلِ أَجْرِ الْأَجْنَبِيَّةِ أَوْ رَضِيَتْ بِغَيْرِ أَجْرِ) كَانَتْ هِيَ أَحَقَّ لَأَنَّهَُا أَشْفَقُ فَكَانَ نَظَرًا لِلصَّبِيِّ فِي الدَّفْعِ إِلَيْهَا (وَإِنْ التَّمَسَّتْ زِيَادَةً لَمْ يُجِبَرِ الزَّوْجُ عَلَيْهَا) دَفْعًا لِلضَّرَرِ عَنْهُ وَإِلَيْهِ الْإِشَارَةُ بِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿لَا تَضَارَّ وَالِدَةُ بِوَلَدِهَا﴾ أَيُّ بِالزَّمَامِ لَهَا أَكْثَرَ مِنْ أَجْرَةِ الْأَجْنَبِيَّةِ.

(وَنَفَقَةُ الصَّغِيرِ وَاجِبَةٌ عَلَى أَبِيهِ وَإِنْ خَالَفَهُ فِي دِينِهِ، كَمَا تَجِبُ نَفَقَةُ الزَّوْجَةِ عَلَى الزَّوْجِ وَإِنْ خَالَفَتْهُ فِي دِينِهِ) أَمَّا الْوَلَدُ فَلِلْإِطْلَاقِ مَا تَلَوْنَا، وَلَأَنَّهُ جُزْؤُهُ فَيَكُونُ فِي مَعْنَى نَفْسِهِ، وَأَمَّا الزَّوْجَةُ فَلَأَنَّ السَّبَبَ هُوَ الْعَقْدُ الصَّحِيحُ فَإِنَّهُ بِإِزَاءِ الْإِحْتِبَاسِ الثَّابِتِ بِهِ، وَقَدْ صَحَّ الْعَقْدُ بَيْنَ الْمُسْلِمِ وَالْكَافِرَةِ وَتَرْتَّبَ عَلَيْهِ الْإِحْتِبَاسُ فَوَجِبَتْ النَّفَقَةُ. وَفِي جَمِيعِ مَا ذَكَرْنَا إِنَّمَا تَجِبُ النَّفَقَةُ عَلَى الْأَبِ إِذَا لَمْ يَكُنْ لِلصَّغِيرِ مَالٌ، أَمَّا إِذَا كَانَ فَلْأَصْلُ أَنْ نَفَقَةَ الْإِنْسَانِ فِي مَالِ نَفْسِهِ صَغِيرًا كَانَ أَوْ كَبِيرًا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَنَفَقَةُ الصَّغِيرِ وَاجِبَةٌ عَلَى أَبِيهِ وَإِنْ خَالَفَهُ فِي دِينِهِ) بَانَ أَسْلَمَ الْإِنْسَانُ بِنَفْسِهِ وَالْأَبُ كَافِرٌ أَوْ عَلَى الْعَكْسِ لَمَّا أَنَّ إِسْلَامَ الصَّبِيِّ الْعَاقِلِ وَارْتِدَادَهُ صَحِيحٌ (كَمَا تَجِبُ نَفَقَةُ الزَّوْجَةِ وَإِنْ خَالَفَتْهُ فِي دِينِهِ، أَمَّا الْوَلَدُ فَلِلْإِطْلَاقِ مَا تَلَوْنَا) يُرِيدُ بِهِ قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ﴾ الْآيَةُ (وَلَأَنَّهُ جُزْؤُهُ فَيَكُونُ فِي مَعْنَى نَفْسِهِ) وَكَفَرُهُ لَا يُؤَثِّرُ فِي نَفَقَةِ نَفْسِهِ فَكَذَا فِي نَفَقَةِ جُزْئِهِ (وَأَمَّا الزَّوْجَةُ فَلَأَنَّ السَّبَبَ هُوَ الْعَقْدُ الصَّحِيحُ، فَإِنَّهُ) يَعْنِي وَجُوبَ النَّفَقَةِ (بِإِزَاءِ الْإِحْتِبَاسِ الثَّابِتِ بِهِ) أَيُّ بِالْعَقْدِ الصَّحِيحِ، وَالْعَقْدُ الصَّحِيحُ بَيْنَ الْمُسْلِمِ وَالْكَافِرَةِ وَالْكِتَابِيَّةِ مَوْجُودٌ، وَالْإِحْتِبَاسُ مُتَرْتَّبٌ عَلَيْهِ فَيَكُونُ السَّبَبُ مَوْجُودًا فَتَجِبُ النَّفَقَةُ. فَإِنْ قِيلَ: سَلَمْنَا أَنَّ السَّبَبَ مَوْجُودٌ لَكِنْ لَمْ لَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ الْكُفْرُ مَانِعًا كَمَا فِي اسْتِحْقَاقِ الْإِرْثِ؟ فَالْجَوَابُ أَنَّ مَا كَانَ سَبَبُهُ الْعَقْدُ فَالْكُفْرُ لَا يُنَافِي وَجُوبَهُ كَالْمَهْرِ وَتَمَنِّ الْمَيْعِ وَغَيْرِهِمَا وَالْمِيرَاثُ لَيْسَ سَبَبُهُ الْعَقْدُ، وَإِنَّمَا مَبْنَاهُ عَلَى الْوِلَايَةِ، وَالْكُفْرُ يُنَافِيهَا. وَأَقُولُ: لَوْ اسْتَدَلَّ عَلَى نَفَقَةِ الزَّوْجَةِ أَيْضًا بِإِطْلَاقِ قَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَعَلَى

الْوَلَدِ لَهُ ﴿الْآيَةُ كَانَ أَسْهَلَ تَأْيِيًا لِأَنَّهُ يَدُلُّ عَلَى نَفَقَتِهِنَّ بِعِبَارَتِهِ وَعَلَى نَفَقَةِ الْوَلَدِ بِالْدَّلَالَةِ كَمَا تَقَدَّمَ وَلَمْ يَحْتَجْ إِلَى دَفْعِ مَا يُوهِمُ كَلَامُهُ مِنَ التَّرَدُّدِ فِي سَبَبِ النَّفَقَةِ؛ فَإِنَّهُ جَعَلَهُ هَاهُنَا الْعَقْدَ الصَّحِيحَ وَجَعَلَهُ فِي قَوْلِهِ ﴿وَعَلَى الْوَلَدِ لَهُ﴾ الْوَلَادَ وَقَبْلَهُ الْاِحْتِسَاسَ الْحَاصِلَ بِالْعَقْدِ وَدَفَعَهُ بِمَا قَدَّمَاهُ.

وقوله (في جميع ما ذكرنا) أي من نفقة الولد مع موافقة الدين ومخالفته إنمّا تجب على الأب إذا لم يكن للصغير مالٌ وتتكبر مالٌ يُشير إلى عمومِهِ بوقوعِهِ في سياقِ النفي سواء كان من جنسِ النفقة أو من غير جنسها أو دورًا أو عقارًا أو ثيابًا. قال في الذخيرة: إذا كان للصغير عقارٌ أو ثيابٌ واحتجّ إلى ذلك للنفقة كان للأب أن يبيع ذلك كله ويُنْفِقَ عَلَيْهِ لِأَنَّ الْأَصْلَ فِي نَفَقَةِ الْإِنْسَانِ أَنْ يَكُونَ فِي مَالٍ نَفْسِهِ صَغِيرًا كَانَ أَوْ كَبِيرًا. وَاَعْتَرَضَ بِأَنَّ نَفَقَةَ الْمَرْأَةِ عَلَى زَوْجِهَا وَإِنْ كَانَ لَهَا مَالٌ فَلَا أَصْلَ مُتَقَوِّضٍ. وَالْجَوَابُ أَنَّ الْأَصْلَ عِبَارَةٌ عَنْ حَالَةِ مُسْتَمْرَةٍ لَا تَتَغَيَّرُ إِلَّا بِأُمُورٍ ضَرْوِيَّةٍ، وَقَدْ تَحَقَّقَ فِي نَفَقَةِ الْمَرْأَةِ أَمْرٌ ضَرْوِيٌّ فَيَتَغَيَّرُ، وَذَلِكَ لِأَنَّ نَفَقَةَ الْمَرْأَةِ فِي مُقَابَلَةِ الْاِحْتِسَاسِ، فَمَا دَامَ الْاِحْتِسَاسُ قَائِمًا كَانَتْ النَّفَقَةُ وَاجِبَةً تَحْقِيقًا لِلْمُعَادَلَةِ وَنَفَقَةُ الْوَلَدِ لِلْحَاجَةِ وَلَا حَاجَةَ مَعَ الْغِنَى.

فصل

(وعلى الرجل أن يُنْفِقَ عَلَى آبَوِيهِ وَأَجْدَادِهِ وَجَدَاتِهِ إِذَا كَانُوا فَقَرَاءَ وَإِنْ خَالَفُوهُ فِي دِينِهِ) أَمَّا الْأَبَوَانِ فَلِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَصَاحِبَتُهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفًا﴾ نَزَلَتْ الْآيَةُ فِي الْأَبَوَيْنِ الْكَافِرَيْنِ، وَلَيْسَ مِنَ الْمَعْرُوفِ أَنْ يَعِيشَ فِي نِعَمِ اللَّهِ تَعَالَى وَيَتْرُكَهُمَا يَمُوتَانِ جُوعًا، وَأَمَّا الْأَجْدَادُ وَالْجَدَّاتُ فَلَأَنَّهُمْ مِنَ الْأَبَاءِ وَالْأُمَّهَاتِ وَلِهَذَا يَقُومُ الْجَدُّ مَقَامَ الْأَبِ عِنْدَ عَدَمِهِ وَلَأَنَّهُمْ سَبَبُوا لِإِحْيَائِهِ فَاسْتَوْجِبُوا عَلَيْهِ الْإِحْيَاءَ بِمَنْزِلَةِ الْأَبَوَيْنِ. وَشَرِطَ الْفَقْرَ لِأَنَّهُ لَوْ كَانَ ذَا مَالٍ، فَإِجَابَ نَفَقَتِهِ فِي مَالِهِ أَوَّلَى مِنْ إِجَابِهَا فِي مَالٍ غَيْرِهِ، وَلَا يُمْنَعُ ذَلِكَ بِاخْتِلَافِ الدِّينِ لَمَّا تَلَوْنَا (وَلَا تَجِبُ النَّفَقَةُ مَعَ اخْتِلَافِ الدِّينِ إِلَّا لِلزَّوْجَةِ وَالْأَبَوَيْنِ وَالْأَجْدَادِ وَالْجَدَّاتِ وَالْوَلَدِ وَوَلَدِ الْوَلَدِ) أَمَّا الزَّوْجَةُ فَلَمَّا ذَكَرْنَا أَنَّهَا وَاجِبَةٌ لَهَا بِالْعَقْدِ لِاِحْتِسَاسِهَا لِحَقِّ لَهُ مَقْصُودٍ، وَهَذَا لَا يَتَعَلَّقُ بِاتِّحَادِ الْمِلَّةِ، وَأَمَّا غَيْرُهَا فَلَأَنَّ الْجُزْئِيَّةَ ثَابِتَةٌ وَجُزْءُ الْمَرْءِ فِي مَعْنَى نَفْسِهِ، فَكَمَا لَا يُمْتَنَعُ نَفَقَةُ نَفْسِهِ لِكُفْرِهِ لَا يُمْتَنَعُ نَفَقَةُ جُزْئِهِ إِلَّا أَنَّهُمْ إِذَا كَانُوا حَرَبِيَّيْنِ لَا تَجِبُ نَفَقَتُهُمْ عَلَى الْمُسْلِمِ وَإِنْ كَانُوا مُسْتَأْمِنَيْنِ، لَأَنَّا نَهَيْنَا عَنْ

الْبِرِّ فِي حَقِّ مَنْ يُقَاتِلُنَا فِي الدِّينِ.

الشرح:

لَمَّا فَرَّغَ مِنْ بَيَانِ نَفَقَةِ الْوَلَدِ شَرَعَ فِي بَيَانِ نَفَقَةِ الْوَالِدِ (وَيَجِبُ عَلَى الرَّجُلِ أَنْ يُنْفِقَ عَلَى أَبِيهِ وَأَجْدَادِهِ وَجَدَّاتِهِ إِذَا كَانُوا فَقَرَاءَ وَإِنْ خَالَفُوهُ فِي دِينِهِ، أَمَّا الْأَبَوَانِ فَلَقَوْلُهُ تَعَالَى ﴿وَإِنْ جَاهِدَاكَ عَلَى أَنْ تُشْرِكَ بِي مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ فَلَا تُطِعْهُمَا وَصَاحِبَهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفًا﴾ [لقمان: ١٥]) قِيلَ نَزَلَتْ فِي سَعْدِ بْنِ أَبِي وَقَّاصٍ حِينَ أَسْلَمَ وَقَالَتْ لَهُ أُمُّهُ جَمِيلَةُ: يَا سَعْدُ بَلَّغْنِي أَنَّكَ صَبَوْتَ، فَوَاللَّهِ لَا يُظِلُّنِي سَقْفُ بَيْتٍ مِنْ الصَّحِّ وَالرَّيْحِ وَلَا أَكُلُ وَلَا أَشْرَبُ حَتَّى تُكْفِرَ بِمُحَمَّدٍ وَتَرْجِعَ إِلَى مَا كُنْتُ عَلَيْهِ وَكَانَ أَحَبَّ وَلَدِهَا إِلَيْهَا، فَأَبَى سَعْدٌ وَصَبَرَتْ هِيَ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ وَلَمْ تَأْكُلْ وَلَمْ تَشْرَبْ وَلَمْ تَسْتَظِلْ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ حَتَّى غُشِيَ عَلَيْهَا، فَأَتَى سَعْدُ النَّبِيَّ ﷺ وَشَكَاَ إِلَيْهِ ذَلِكَ، فَنَزَلَتْ هَذِهِ الْآيَةُ. (وَلَيْسَ مِنَ الْمَعْرُوفِ أَنْ يَعِيشَ الْوَلَدُ فِي نِعَمِ اللَّهِ وَيَتْرُكَ مَا كَانَ سَبَبًا لَهُ فِي تِلْكَ الْمَعِيشَةِ يَمُوتُ مِنَ الْجُوعِ) وَقَدْ قِيلَ فَسَّرَ النَّبِيُّ ﷺ حُسْنَ الْمَصَاحَبَةِ بِأَنْ يُطْعِمَهُمَا إِذَا جَاعَا وَيَكْسُوَهُمَا إِذَا عَرِيَا وَكَلَامُهُ وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (لَمَّا تَلَوْنَا) أَرَادَ بِهِ قَوْلَهُ تَعَالَى ﴿وَصَاحِبَهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفًا﴾ وَلَمْ يَذْكُرِ الْمُصَنِّفُ هَاهُنَا أَنَّ الْأَبَ إِذَا كَانَ قَادِرًا عَلَى الْكَسْبِ هَلْ يُجْبَرُ الْوَلَدُ عَلَى الْإِنْفَاقِ عَلَيْهِ أَوْ لَا.

قَالَ شَمْسُ الْأَيْمَةِ السَّرْحَسِيُّ: إِذَا كَانَ الْأَبُ كَسُوبًا وَالابْنُ أَيْضًا كَسُوبًا يُجْبَرُ الْابْنُ عَلَى الْكَسْبِ وَالنَّفَقَةِ عَلَى الْأَبِ.

وَقَالَ شَمْسُ الْأَيْمَةِ الْحُلَوَانِيُّ: لَا يُجْبَرُ عَلَى ذَلِكَ، فَاعْتَبَرَهُ بِذِي الرَّحِمِ الْمَحْرَمِ بِنَاءً عَلَى أَنَّ اسْتِحْقَاقَ النَّفَقَةِ لِلْفَقْرِ وَالْحَاجَةِ وَهِيَ تُنْدَفَعُ عِنْدَ الْقُدْرَةِ عَلَى الْكَسْبِ، وَشَمْسُ الْأَيْمَةِ السَّرْحَسِيُّ يَحْتَاجُ إِلَى الْفَرْقِ بَيْنَ نَفَقَةِ الْوَلَدِ وَالْوَالِدِ، فَإِنَّ الْوَلَدَ الْبَالِغَ إِذَا كَانَ قَادِرًا عَلَى الْكَسْبِ لَا تَجِبُ عَلَى الْأَبِ نَفَقَتُهُ، وَفَرَّقَ بَيْنَهُمَا بِفَضِيلَةِ الْوَالِدِ عَلَى الْوَلَدِ حَيْثُ أُعْتِبِرَتْ حَاجَتُهُ ضَرُورِيَّةٌ كَانَتْ كَالنَّفَقَةِ وَالْكِسْوَةِ، أَوْ غَيْرَهَا كَشَهْوَةِ الْفَرَجِ فَإِنَّ لِلْوَالِدِ اسْتِحْقَاقَ اسْتِيلَادِ جَارِيَةِ الْوَلَدِ وَلَيْسَ لِلْوَلَدِ اسْتِحْقَاقُ اسْتِيلَادِ جَارِيَةِ الْوَالِدِ، فَلَوْ شَرِطَ هَاهُنَا عَجْزُ الْوَالِدِ عَنِ الْكَسْبِ لَاسْتِحْقَاقُ نَفَقَتِهِ عَلَى وَلَدِهِ كَمَا شَرِطَ فِي حَقِّ الْابْنِ لَوْفَعَتِ الْمُسَاوَاةُ مَعَ قِيَامِ دَلِيلِ الْمَفَاضِلَةِ.

وَقَوْلُهُ (وَلَا تَجِبُ النَّفَقَةُ مَعَ اخْتِلَافِ الدِّينِ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (لَأَنَّا نُهَيِّنَا عَنْ الْبِرِّ فِي حَقِّ مَنْ يُقَاتِلُنَا) قَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿إِنَّمَا يَنْهَكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ قَتَلُواكُمْ فِي الدِّينِ﴾ [المتحنة: ٩] الْآيَةَ. وَاسْتَشْكَلَ بِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَصَاحِبُهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفًا﴾ [لقمان: ١٥] فَإِنَّهُ بِإِطْلَاقِهِ يُوجِبُ النَّفَقَةَ لِلْوَالِدَيْنِ وَإِنْ كَانَا حَرِيصَيْنِ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ الْعَمَلَ بِإِطْلَاقِهِ يُفْضِي إِلَى التَّعَارُضِ الْمُفْضِي إِلَى التَّرْكِ الْمُمْتَنِعِ فَحُمِلَ ذَلِكَ عَلَى أَهْلِ الذِّمَّةِ وَهَذَا عَلَى أَهْلِ الْحَرْبِ.

(وَلَا تَجِبُ عَلَى النُّصْرَانِيِّ نَفَقَةُ أَخُوهُ الْمُسْلِمِ) وَكَذَا لَا تَجِبُ عَلَى الْمُسْلِمِ نَفَقَةُ أَخُوهُ النُّصْرَانِيِّ لِأَنَّ النَّفَقَةَ مُتَعَلِّقَةٌ بِالْإِرْثِ بِالنَّصِّ بِخِلَافِ الْعِتْقِ عِنْدَ الْمَلِكِ لِأَنَّهُ مُتَعَلِّقٌ بِالْقَرَابَةِ وَالْمَحْرَمِيَّةِ بِالْحَدِيثِ، وَلِأَنَّ الْقَرَابَةَ مُوجِبَةً لِلصَّلَاةِ، وَمَعَ الْإِتِّفَاقِ فِي الدِّينِ أَكْثَرُ وَدَوَامُ مِلْكِ الْيَمِينِ أَعْلَى فِي الْقَطِيعَةِ مِنْ حِرْمَانِ النَّفَقَةِ، فَاعْتَبَرْنَا فِي الْأَعْلَى أَصْلَ الْعِلَةِ وَفِي الْأَدْنَى الْعِلَةَ الْمُؤَكَّدَةَ فَلِهَذَا افْتَرَقَا (وَلَا يَشَارِكُ الْوَلَدُ فِي نَفَقَةِ أَبَوَيْهِ أَحَدًا) لِأَنَّ لِهُمَا تَأْوِيلًا فِي مَالِ الْوَلَدِ بِالنَّصِّ، وَلَا تَأْوِيلَ لِهُمَا فِي مَالٍ غَيْرِهِ، وَلِأَنَّهُ أَقْرَبُ النَّاسِ إِلَيْهِمَا فَكَانَ أَوْلَى بِاسْتِحْقَاقِ نَفَقَتَيْهِمَا عَلَيْهِ، وَهِيَ عَلَى الذُّكُورِ وَالْإِنَاثِ بِالسُّوِيَّةِ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ وَهُوَ الصَّحِيحُ، لِأَنَّ الْمَعْنَى يَشْمَلُهُمَا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلَا تَجِبُ عَلَى النُّصْرَانِيِّ نَفَقَةُ أَخُوهُ الْمُسْلِمِ) مِنْ فُرُوعِ قَوْلِهِ وَلَا تَجِبُ النَّفَقَةُ مَعَ اخْتِلَافِ الدِّينِ مُتَضَمِّنًا لِلْفَرْقِ بَيْنَ عَدَمِ وَجُوبِ النَّفَقَةِ وَوُقُوعِ الْعِتْقِ عِنْدَ التَّمْلُكِ، وَكَلَامُهُ فِي الْفَرْقِ بَيْنَهُمَا بِأَنَّ النَّفَقَةَ مُتَعَلِّقَةٌ بِالْإِرْثِ: يَعْنِي فِي غَيْرِ قَرَابَةِ الْوِلَادِ بِالنَّصِّ وَهُوَ قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ﴾.

وَالْعِتْقُ مُتَعَلِّقٌ بِالْقَرَابَةِ وَالْمَحْرَمِيَّةِ بِالْحَدِيثِ: يَعْنِي قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «مَنْ مَلَكَ ذَا رَحِمٍ مَحْرُومٍ مِنْهُ عَتَقَ عَلَيْهِ» وَبِالْمَقُولِ وَاضِحٌ خِلَافَ قَوْلِهِ: دَوَامُ مِلْكِ الْيَمِينِ أَعْلَى فِي الْقَطِيعَةِ مِنْ حِرْمَانِ النَّفَقَةِ، فَإِنَّ حِرْمَانَ النَّفَقَةِ قَدْ يُفْضِي إِلَى الْهَلَاكِ وَدَوَامُ مِلْكِ الْيَمِينِ لَيْسَ كَذَلِكَ فَكَيْفَ يَكُونُ أَعْلَى؟ وَلِأَنَّ الْإِتِّفَاقَ صِلَةً إِحْيَاءَ حَقِيقَةٍ وَصِلَةُ الْعِتْقِ صِلَةُ إِحْيَاءِ حُكْمًا، وَلَا شَكَّ فِي أَنَّ الْإِحْيَاءَ الْحَقِيقِيَّ أَعْلَى.

وَالْجَوَابُ أَنَّ الْحَاجَةَ إِلَى النَّفَقَةِ مَقْدُورَةٌ الدَّفْعِ مِنْ غَيْرِهِ بِأَنَّهُ يُسْأَلُ النَّاسُ أَوْ يَبْرَهُ

أَحَدٌ مِنْ غَيْرِ سُؤَالٍ، فَإِنَّ الْهَلَكَ جُوعًا فِي الْعُمَرَانِ مَعَ تَوَفَّرِ أَصْحَابِ الرِّكَوَاتِ
وَالصَّدَقَاتِ وَالْمَعْرُوفِ نَادِرٌ، وَأَمَّا الْحَاجَةُ إِلَى الْإِعْتِقَاقِ فَإِنَّهَا لَا تُنْدَفَعُ إِلَّا مِنْ جَانِبِهِ، وَأَمَّا
كَوْنُ الْإِحْيَاءِ الْحَقِيقِيِّ أَعْلَى مِنَ الْحُكْمِيِّ فَبَعْدَ تَسْلِيمِهِ مَرْدُودٌ بَعْدَمِ تَعْيِينِ تَحَقُّقِهِ مِنْ
جَانِبِهِ لَمَّا قُلْنَا. قَالَ (وَلَا يُشَارِكُ الْوَلَدُ فِي نَفَقَةِ أَبَوَيْهِ أَحَدٌ) لَا يُشَارِكُ الْوَلَدُ فِي نَفَقَةِ أَبَوَيْهِ
أَحَدٌ مِنَ الْإِخْوَةِ وَالْأَخَوَاتِ وَالْأَعْمَامِ وَغَيْرِهِمْ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ (لَأَنَّ لَهُمَا تَأْوِيلًا فِي
مَالِ الْوَلَدِ بِالنِّصِّ) وَهُوَ قَوْلُهُ ﷺ «أَلْتِ وَمَالُكَ لِأَبِيكَ» فَكَانَا غَنِيَيْنِ بِمَالِهِ، وَالْغَنِيُّ لَا
تَجِبُ نَفَقَتُهُ عَلَى غَيْرِهِ.

فَإِنْ قِيلَ: التَّأْوِيلُ ثَبَتَ بِخَيْرِ الْوَاحِدِ فَلَا يُعَارِضُ إِطْلَاقَ قَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَعَلَى
الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ﴾ قُلْتُ: الْحَدِيثُ مَشْهُورٌ فَتَجُوزُ بِهِ الزِّيَادَةُ. سَلَمْنَا أَنَّهُ مِنَ الْآحَادِ
لَكِنْ تَرَكَ إِطْلَاقَ قَوْلِهِ ﴿وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ﴾ بِمَا ذَكَرْنَا مِنَ الدَّلَائِلِ الدَّالَّةِ عَلَى
تَقْيِيدِهَا بِغَيْرِ قَرَابَةِ الْوَلَدِ الْمُسْتَنَدَةِ إِلَى قَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَعَلَى الْوَلَدِ لَهُ رِزْقُهُنَّ﴾ الْآيَةُ كَمَا
تَقَدَّمَ.

فَإِنْ قُلْتُ: لَا مُنَافَاةَ بَيْنَ الْآيَتَيْنِ لِأَنَّ قَوْلَهُ تَعَالَى ﴿وَعَلَى الْوَلَدِ لَهُ رِزْقُهُنَّ﴾
يَقْتَضِي أَنْ يُشَارِكَ الْجَدُّ الْإِبْنُ، كَمَا أَنَّ قَوْلَهُ تَعَالَى ﴿وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ﴾ يَقْتَضِيهِ:
قُلْتُ: لَمَّا ثَبَتَ لِلْوَالِدِ التَّأْوِيلُ فِي مَالِ الْوَلَدِ بِالْإِجْمَاعِ صَارَ غَنِيًّا بِهِ وَالْغَنِيُّ لَا تَجِبُ نَفَقَتُهُ
عَلَى وَالِدِهِ فَلَا يُشَارِكُ الْجَدُّ الْإِبْنُ. وَقَوْلُهُ (وَلَأَنَّهُ أَقْرَبُ النَّاسِ إِلَيْهِمَا) أَيُّ الْوَلَدِ أَقْرَبُ
النَّاسِ إِلَى الْوَالِدَيْنِ، وَالْأَقْرَبُ إِلَيْهِمَا أَوْلَى لِاسْتِحْقَاقِ نَفَقَتَيْهِمَا عَلَيْهِ لِأَنَّهَا صِلَةٌ وَجَبَتْ
بِالْقَرَابَةِ، فَمَنْ كَانَ أَقْرَبَ فَهُوَ أَوْلَى بِالِاسْتِحْقَاقِ لَهُ وَعَلَيْهِ، وَهِيَ عَلَى الذُّكُورِ وَالْإِنَاثِ
بِالسُّوِيَّةِ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ.

وَرَوَى الْحَسَنُ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ النَّفَقَةَ بَيْنَ الذَّكَرِ وَالْأُنْثَى أَثْلَاثًا لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ
الْأُنْثَى عَلَى قِيَاسِ الْمِيرَاثِ وَعَلَى قِيَاسِ نَفَقَةِ ذَوِي الْأَرْحَامِ. وَوَجْهُ الظَّاهِرِ مَا ذَكَرَهُ فِي
الْكِتَابِ لِأَنَّ الْمَعْنَى يَشْمَلُهُمَا.

وَيَبَيَّنُهُ أَنَّ اسْتِحْقَاقَ الْأَبَوَيْنِ إِنَّمَا هُوَ بِاعْتِبَارِ التَّأْوِيلِ وَحَقِّ الْمَلِكِ لَهُمَا فِي مَالِ
الْوَلَدِ بِقَوْلِهِ ﷺ «أَلْتِ وَمَالُكَ لِأَبِيكَ» وَهَذَا الْمَعْنَى يَشْمَلُ الذُّكُورَ وَالْإِنَاثَ فَيَكُونَانِ
سَوَاءً؛ وَلِهَذَا يَثْبُتُ لَهُمَا هَذَا الْاسْتِحْقَاقُ مَعَ اخْتِلَافِ الْمِلَّةِ وَإِنْ أُنْعِمَ التَّوَارِثُ، فَقَوْلُهُ

(وَهُوَ الصَّحِيحُ) اخْتِزَازٌ عَنْ رِوَايَةِ الْحَسَنِ.

(وَالْتَفَقَتْ لِكُلِّ ذِي رَحِمٍ مُحَرَّمٍ إِذَا كَانَ صَغِيرًا فَقِيرًا أَوْ كَانَتْ امْرَأَةً بِالْعَمَةِ فَقِيرَةً أَوْ كَانَ ذَكَرًا بِالْعَمَةِ فَقِيرًا زَمِنًا أَوْ أَعْمَى) لِأَنَّ الصَّلَةَ فِي الْقَرَابَةِ الْقَرِيبَةِ وَاجِبَةٌ دُونَ الْبَعِيدَةِ، وَالْفَاصِلُ أَنْ يَكُونَ ذَا رَحِمٍ مُحَرَّمٍ، وَقَدْ قَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ﴾ وَفِي قِرَاءَةِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ مَسْعُودٍ "وَعَلَى الْوَارِثِ ذِي الرَّحِمِ الْمُحَرَّمِ مِثْلُ ذَلِكَ" ثُمَّ لَا بُدَّ مِنَ الْحَاجَةِ وَالصَّغَرِ وَالْأُتُوثةِ وَالزَّمَانَةِ وَالْعَمَى أَمَارَةُ الْحَاجَةِ لِتَحَقُّقِ الْعَجْزِ، فَإِنَّ الْقَادِرَ عَلَى الْكَسْبِ غَنِيٌّ بِكَسْبِهِ، بِخِلَافِ الْأَبْوَيْنِ لِأَنَّهُ يَلْحَقُهُمَا تَعَبُ الْكَسْبِ وَالْوَلَدُ مَأْمُورٌ بِدَفْعِ الضَّرَرِ عَنْهُمَا فَتَجِبُ نَفَقَتُهُمَا مَعَ قُدْرَتِهِمَا عَلَى الْكَسْبِ.

قَالَ (وَيَجِبُ ذَلِكَ عَلَى مِقْدَارِ الْمِيرَاثِ وَيُجْبَرُ عَلَيْهِ) لِأَنَّ التَّنْصِيبَ عَلَى الْوَارِثِ تَنْبِيْهٌ عَلَى اعْتِبَارِ الْمِقْدَارِ، وَلِأَنَّ الْفَرَمَ بِالْعَنْمِ وَالْجَبْرَ لِإِيفَاءِ حَقِّ مُسْتَحَقٍّ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَالْتَفَقَتْ لِكُلِّ ذِي رَحِمٍ مُحَرَّمٍ) مُبْتَدَأٌ وَخَبَرُهُ مَحْذُوفٌ: أَيُّ التَّفَقُّةِ لِكُلِّ ذِي رَحِمٍ مُحَرَّمٍ وَهُوَ مَنْ لَا يَحِلُّ نِكَاحُهُ عَلَى التَّأْيِيدِ وَاجِبَةٌ إِذَا كَانَ صَغِيرًا فَقِيرًا أَوْ كَانَتْ امْرَأَةً بِالْعَمَةِ فَقِيرَةً أَوْ كَانَ ذَكَرًا فَقِيرًا. زَمِنًا أَوْ أَعْمَى؛ لِأَنَّ الصَّلَةَ فِي الْقَرَابَةِ الْقَرِيبَةِ وَاجِبَةٌ دُونَ الْبَعِيدَةِ، وَالْفَاصِلُ بَيْنَهُمَا كَوْنُهُ ذَا رَحِمٍ مُحَرَّمٍ بِذَلِكَ قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ﴾ فَإِنَّ ذَلِكَ لِلْإِشَارَةِ إِلَى الْبَعِيدِ فَيَكُونُ إِشَارَةً إِلَى أَوَّلِ الْآيَةِ وَهُوَ قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿وَعَلَى الْوَلَدِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ﴾ فَيَذُلُّ عَلَى أَنَّ عَلَى الْوَارِثِ التَّفَقُّةَ، وَتَقْيِيدُهُ بِذِي الرَّحِمِ الْمُحَرَّمِ بِقِرَاءَةِ ابْنِ مَسْعُودٍ: وَعَلَى الْوَارِثِ ذِي الرَّحِمِ الْمُحَرَّمِ مِثْلُ ذَلِكَ، وَلَا شَكَّ أَنَّ قِرَاءَتَهُ كَانَتْ مَسْمُوعَةً مِنَ النَّبِيِّ ﷺ ثُمَّ لَا بُدَّ مِنَ الْحَاجَةِ لِاسْتِحْقَاقِهَا لِذَلِكَ، وَالصِّفَاتُ الْمَذْكُورَةُ وَهِيَ الصَّغَرُ وَالْأُتُوثةُ وَالزَّمَانَةُ وَالْعَمَى أَمَارَةُ الْحَاجَةِ لِتَحَقُّقِ الْعَجْزِ فَإِنَّ الْقَادِرَ عَلَى الْكَسْبِ غَنِيٌّ.

فَإِنْ قِيلَ: مَا بَالُ الْأَبْوَيْنِ لَمْ يُعَدَّ غَنِيَّيْنِ بِقُدْرَتِهِمَا عَلَى الْكَسْبِ؟ أَجَابَ بِقَوْلِهِ بِخِلَافِ الْأَبْوَيْنِ إِنْ هُوَ اخْتِيارُ شَمْسِ الْأَئِمَّةِ السَّرْحَسِيِّ، وَهُوَ ظَاهِرُ الرِّوَايَةِ وَقَدْ قَدَّمَاهُ. وَقَوْلُهُ (يَجِبُ ذَلِكَ) يَعْنِي التَّفَقُّةَ (عَلَى قَدْرِ الْمِيرَاثِ وَيُجْبَرُ عَلَيْهِ) أَيُّ عَلَى الْإِنْفَاقِ. أَمَّا التَّقْدِيرُ فَلِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى نَصَّ عَلَى الْوَارِثِ بِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ

ذَلِكَ ﴿ تَنْبِيْهَا عَلَى اعْتِبَارِ الْمِقْدَارِ لِأَنَّهُ رَتَّبَ الْحُكْمَ عَلَى الْمُسْتَقُّ فَيَكُونُ الْمُسْتَقُّ مِنْهُ هُوَ الْعِلَّةُ فَيُنْبِتُ الْحُكْمُ بِقَدْرِ عِلَّتِهِ، وَعَلَى هَذَا لَوْ أَوْصَى لَوْرَثَهُ فَلَانَ وَلَهُ بَنُونَ وَبَنَاتٌ كَانَتْ الْوَصِيَّةُ لَهُمْ عَلَى قَدْرِ الْمِيرَاثِ، وَعَلَى هَذَا إِذَا كَانَ الرَّجُلُ زَمَنًا مُعْسِرًا وَلَهُ ابْنٌ مُعْسِرٌ صَغِيرٌ أَوْ كَبِيرٌ زَمَنٌ وَلِلرَّجُلِ ثَلَاثَةُ إِخْوَةٍ مُتَفَرِّقُونَ مُوسِرُونَ فَتَفَقَّ الرَّجُلُ عَلَى أَخِيهِ لِأَبٍ وَأُمٍّ وَعَلَى أَخِيهِ لِأُمٍّ أَسَدَاسًا بِحَسَبِ مِيرَاثِهِمَا، فَأَمَّا تَفَقُّ الْوَلَدِ فَعَلَى الْأَخِ لِأَبٍ وَأُمٍّ خَاصَّةً لِأَنَّ مِيرَاثَ الْوَلَدِ لَهُ عِنْدَ عَدَمِ الْأَبِ خَاصَّةً فَإِنَّهُ عَمٌّ لِأَبٍ وَأُمٍّ، وَلَا يَرِثُ مَعَهُ الْعَمُّ لِأَبٍ وَلَا الْعَمُّ لِأُمٍّ.

وَالْحَاصِلُ أَنَّ مَنْ يَكُونُ مُحْتَاجًا يُجْعَلُ مَعْدُومًا وَتَكُونُ التَّفَقُّ بَعْدَهُ عَلَى مَنْ يَكُونُ وَارِثًا بِحَسَبِ الْمِيرَاثِ، فَإِنْ كَانَ الْوَلَدُ ابْنَةً كَانَ تَفَقُّ الْأَبِ وَالْابْنَةِ عَلَى الْأَخِ مِنَ الْأَبِ وَالْأُمِّ خَاصَّةً، أَمَّا تَفَقُّ الْابْنَةِ فَلَمَّا بَيْنَا، وَأَمَّا تَفَقُّ الْأَبِ فَلَأَنَّ الْوَارِثَ هَاهُنَا الْأَخُ لِأَبٍ وَأُمٍّ خَاصَّةً لِأَنَّ الْأَخَ لِأَبٍ وَأُمٍّ يَرِثُ مَعَ الْابْنَةِ وَالْأَخِ لِأُمٍّ لَا يَرِثُ مَعَهَا فَلَا حَاجَةَ أَنْ يُجْعَلَ الْبِنْتُ كَالْمَعْدُومَةِ، وَلَكِنْ تُعْتَبَرُ صِفَةُ الْوَرَاثَةِ مَعَ بَقَائِهَا، بِخِلَافِ الْابْنِ فَإِنَّهُ لَا يَرِثُ مَعَهُ أَحَدٌ مِنَ الْإِخْوَةِ فَلَا بُدَّ مِنْ أَنْ يُجْعَلَ كَالْمَعْدُومِ؛ إِذَا جُعِلَ كَذَلِكَ فَمِيرَاثُ الْأَبِ يَكُونُ بَيْنَ الْأَخِ لِأَبٍ وَأُمٍّ وَالْأَخِ لِأُمٍّ أَسَدَاسًا فَالتَّفَقُّ عَلَيْهِمَا بِحَسَبِ ذَلِكَ، وَهَذَا كُلُّهُ إِذَا كَانَ الْمِيرَاثُ فِيمَا بَيْنَهُمْ وَلَمْ يَتَجَاوَزْ إِلَى غَيْرِهِمْ، وَأَمَّا إِذَا تَجَاوَزَ عَنْهُمْ إِلَى غَيْرِهِمْ كَمَا إِذَا كَانَ لِلصَّغِيرِ الْفَقِيرِ خَالَ مُوسِرٍ وَابْنُ عَمٍّ مُوسِرٍ فَالتَّفَقُّ عَلَى ذِي الرَّحِمِ الْمَحْرَمِ الَّذِي لَمْ يَرِثْ لَا عَلَى غَيْرِ ذِي الرَّحِمِ الْمَحْرَمِ الَّذِي هُوَ وَارِثٌ فَيَكُونُ فِيمَا نَحْنُ فِيهِ عَلَى الْخَالَ دُونَ ابْنِ الْعَمِّ الَّذِي يُخْرِزُ الْمِيرَاثَ لِأَنَّ التَّفَقُّ عَلَى ذِي الرَّحِمِ الْمَحْرَمِ وَابْنِ الْعَمِّ لَيْسَ كَذَلِكَ وَالْخَالَ كَذَلِكَ فَيَجِبُ عَلَيْهِ عَلَى مَا سَنَذْكُرُهُ فِي الْكِتَابِ. فَإِنْ قِيلَ: هَذِهِ التَّفَقُّ مَبْنِيَّةٌ عَلَى الْمِيرَاثِ بِالنَّصِّ فَكَانَ الْوَاجِبُ أَنْ تَجِبَ التَّفَقُّ عَلَى ابْنِ الْعَمِّ لِكُونِهِ وَارِثًا وَلَا تَجِبُ عَلَى الْخَالَ لِكُونِهِ غَيْرَ وَارِثٍ. أُجِيبَ بِأَنَّ تَفَقُّ ذِي الرَّحِمِ الْمَحْرَمِ وَاجِبَةٌ تَحْقِيقًا لِلصَّلَةِ، وَتَحْقِيقُ صِلَةِ قَرَابَةِ ابْنِ الْعَمِّ لَيْسَ بِوَاجِبٍ بِدَلِيلِ جَوَازِ الْمُنَاكِحَةِ فِي حَقِّهِ، بِخِلَافِ الْخَالَ فَإِنَّ صِلَتَهُ وَاجِبَةٌ وَالتَّفَقُّ مِنْهَا فَتَجِبُ عَلَيْهِ.

قَالَ (وَتَجِبُ تَفَقُّ الْابْنَةِ الْبَالِغَةِ وَالْابْنِ الزَّمِنِ عَلَى آبَوَيْهِ أَثَلَاثًا عَلَى الْأَبِ الثَّلَاثَانِ وَعَلَى الْأُمِّ الثَّلَاثُ) لِأَنَّ الْمِيرَاثَ لَهُمَا عَلَى هَذَا الْمِقْدَارِ. قَالَ الْعَبْدُ الضَّعِيفُ: هَذَا الَّذِي ذَكَرَهُ

رَوَايَةُ الْخَصَافِ وَالْحَسَنِ، وَفِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ كُلُّ النَّفَقَةِ عَلَى الْأَبِ لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ﴾ وَصَارَ كَالْوَلَدِ الصَّغِيرِ. وَوَجْهُ الْفَرْقِ عَلَى الرِّوَايَةِ الْأُولَى أَنَّهُ اجْتَمَعَتْ لِلْأَبِ فِي الصَّغِيرِ وَلَايَةٌ وَمُتُونَةٌ حَتَّى وَجِبَتْ عَلَيْهِ صَدَقَةٌ فِطْرِهِ فَاخْتَصَّ بِنَفَقَتِهِ، وَلَا كَذَلِكَ الْكَبِيرُ لِانْعِدَامِ الْوَلَايَةِ فِيهِ فَتَشَارَكَهُ الْأُمُّ، وَفِي غَيْرِ الْوَالِدِ يُعْتَبَرُ قَدْرُ الْمِيرَاثِ حَتَّى تَكُونَ نَفَقَةُ الصَّغِيرِ عَلَى الْأُمِّ وَالْجَدِّ أَثْلَاثًا، وَنَفَقَةُ الْأَخِ الْمَعْسِرِ عَلَى الْأَخَوَاتِ الْمُتَفَرِّقَاتِ الْمَوْسِرَاتِ أَحْمَاسًا عَلَى قَدْرِ الْمِيرَاثِ، غَيْرَ أَنَّ الْمُعْتَبَرَ أَهْلِيَّةَ الْإِرْثِ فِي الْجُمْلَةِ لَا إِحْرَازَهُ، فَإِنَّ الْمَعْسِرَ إِذَا كَانَ لَهُ خَالٌ وَابْنٌ عَمٌّ تَكُونُ نَفَقَتُهُ عَلَى خَالِهِ وَمِيرَاثُهُ يُحْرَزُهُ ابْنُ عَمِّهِ (وَلَا تَجِبُ نَفَقَتُهُمْ مَعَ اخْتِلَافِ الدِّينِ لِبُطْلَانِ أَهْلِيَّةِ الْإِرْثِ وَلَا بُدٌّ مِنْ اعْتِبَارِهِ وَلَا تَجِبُ عَلَى الْفَقِيرِ) لِأَنَّهَا تَجِبُ صِلَةً وَهُوَ يَسْتَحِقُّهَا عَلَى غَيْرِهِ فَكَيْفَ تَسْتَحِقُّ عَلَيْهِ بِخِلَافِ نَفَقَةِ الزَّوْجَةِ وَوَلَدِهِ الصَّغِيرِ لِأَنَّهُ التَّزَمَهَا بِالْإِقْدَامِ عَلَى الْعَقْدِ، إِذَا الْمَصَالِحُ لَا تَنْتَظِمُ دُونَهَا، وَلَا يَعْمَلُ فِي مِثْلِهَا الْإِعْسَارُ. ثُمَّ الْيَسَارُ مُقَدَّرٌ بِالنِّصَابِ فِيمَا رُوِيَ عَنْ أَبِي يُوسُفَ. وَعَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ قَدَرَهُ بِمَا يَفْضُلُ عَلَى نَفَقَةِ نَفْسِهِ وَعِيَالِهِ شَهْرًا أَوْ بِمَا يَفْضُلُ عَلَى ذَلِكَ مِنْ كَسْبِهِ الدَّائِمِ كُلِّ يَوْمٍ لِأَنَّ الْمُعْتَبَرَ فِي حُقُوقِ الْعِبَادِ وَإِنَّمَا هُوَ الْقُدْرَةُ دُونَ النِّصَابِ فَإِنَّهُ لِلتَّيْسِيرِ وَالْفَتْوَى عَلَى الْأَوَّلِ، لَكِنَّ النِّصَابَ نِصَابُ حِرْمَانِ الصَّدَقَةِ.

الشرح:

قَالَ: (وَتَجِبُ نَفَقَةُ الْإِنْتَةِ الْبَالِغَةِ وَالْإِبْنِ الزَّامِنِ) كَلَامُهُ ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (وَوَجْهُ الْفَرْقِ) يَعْنِي بَيْنَ نَفَقَةِ الْوَلَدِ الصَّغِيرِ حَيْثُ وَجِبَتْ بِجُمْلَتِهَا عَلَى الْأَبِ خَاصَّةً وَبَيْنَ نَفَقَةِ الْوَلَدِ الْكَبِيرِ الزَّامِنِ حَيْثُ وَجِبَتْ ثَلَاثًا عَلَى الْأَبِ وَالثُّلُثُ عَلَى الْأُمِّ كَمَا فِي الْإِرْثِ أَنَّهُ اجْتَمَعَتْ لِلْأَبِ فِي الصَّغِيرِ وَلَايَةٌ وَمُتُونَةٌ حَتَّى وَجِبَتْ عَلَيْهِ صَدَقَةُ فِطْرِهِ وَكَانَ بِمَنْزِلَةِ نَفْسِهِ وَغَيْرُهُ لَا يَشَارِكُهُ فِي النَّفَقَةِ عَلَى نَفْسِهِ. فَكَذَا فِي النَّفَقَةِ عَلَى الصَّغِيرِ. وَأَمَّا الْكَبِيرُ فَلَيْسَ لِلْأَبِ عَلَيْهِ وَلَايَةٌ لِبُلُوغِهِ فَكَانَ كَسَائِرِ الْحَارِمِ نَفَقَتُهُ مُعْتَبَرَةً بِمِيرَاثِهِ وَمِيرَاثُهُ يَكُونُ بَيْنَهُمَا أَثْلَاثًا فَكَذَلِكَ نَفَقَتُهُ. وَقَوْلُهُ أَحْمَاسًا عَلَى قَدْرِ الْمِيرَاثِ يَعْنِي: ثَلَاثَةُ الْأَحْمَاسِ مِنَ الْمِيرَاثِ تَكُونُ لِلْأُخْتِ لِأَبٍ وَأُمٍّ وَالْخُمْسُ لِلْأُخْتِ لِأَبٍ وَالْخُمْسُ لِلْأُخْتِ لِأُمٍّ بِالْفَرْدِ وَالرَّدِّ، فَكَذَلِكَ النَّفَقَةُ عَلَى هَذَا التَّفْصِيلِ. وَقَوْلُهُ (غَيْرَ أَنَّ الْمُعْتَبَرَ) اسْتِثْنَاءٌ مِنْ قَوْلِهِ وَفِي غَيْرِ الْوَالِدِ يُعْتَبَرُ عَلَى قَدْرِ الْمِيرَاثِ، وَالْمُرَادُ بِأَهْلِيَّةِ الْإِرْثِ هُوَ

أَنْ لَا يَكُونَ مَحْرُومًا. وَفِي كَلَامِهِ لَفٌ وَكَشْرٌ حَيْثُ قَالَ: إِنَّ الْمُعْتَبِرَ أَهْلِيَّةَ الْإِرْثِ لَا إِحْرَازُهُ، ثُمَّ نَشَرَ بِقَوْلِهِ فَإِنَّ الْمُعْسِرَ إِذَا كَانَ لَهُ خَالٌ يَعْنِي وَهُوَ مُوسِرٌ وَابْنُ عَمٍّ كَذَلِكَ فَالْتَّفَقَ عَلَى الْخَالِ وَابْنِ الْعَمِّ يُحْرِزُ الْمِيرَاثَ لَمَّا قَدَّمْنَا أَنَّ الْخَالَ ذُو رَحِمٍ مَحْرَمٌ ذُو ابْنِ الْعَمِّ. وَهَذَا رَاجِعٌ إِلَى قَوْلِهِ لَا إِحْرَازُهُ.

وَقَوْلُهُ (وَلَا تَجِبُ نَفَقَتُهُمْ مَعَ اخْتِلَافِ الدِّينِ) رَاجِعٌ إِلَى قَوْلِهِ الْمُعْتَبِرُ أَهْلِيَّةُ الْإِرْثِ. وَقَوْلُهُ (وَلَا بُدَّ مِنْ اعْتِبَارِهِ) أَيُّ اعْتِبَارِ الْإِرْثِ بِأَنْ يَكُونَ أَهْلًا لَا مُحْرَزًا، وَلِهَذَا قُلْنَا لَا يَجِبُ عَلَى النَّصْرَانِيِّ نَفَقَةُ أَخِيهِ الْمُسْلِمِ وَلَا عَكْسُهُ. وَقَوْلُهُ (وَلَا تَجِبُ عَلَى الْفَقِيرِ ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (بِمَا يَفْضُلُ عَلَى نَفَقَةِ نَفْسِهِ وَعِيَالِهِ شَهْرًا) قِيلَ: هَذَا إِذَا كَانَتْ نَفَقَتُهُ مِنْ مُسْتَعْلَاتِهِ (أَوْ بِمَا يَفْضُلُ عَلَى ذَلِكَ مِنْ كَسْبِهِ الدَّائِمِ) إِذَا كَانَ مُعْتَمِلًا يُنْفِقُ مِنْ كَسْبِ يَدِهِ. وَقَوْلُهُ (وَالْفَتَاوَى عَلَى الْأَوَّلِ) يَعْنِي أَنَّ الْيَسَارَ مُقَدَّرٌ بِالنِّصَابِ، لَكِنَّ النَّصَابَ نِصَابُ حَرَمَانَ الصَّدَقَةِ وَهُوَ مَائَتًا دِرْهَمٍ إِذَا كَانَ فَاضِلًا عَنْ حَوَاجِهِ الْأَصْلِيَّةِ وَهُوَ الصَّحِيحُ؛ لِأَنَّ التَّفَقُّةَ أَشْبَهُ بِصَدَقَةِ الْفِطْرِ لَكُونِهَا مَثْوًى مِنْ وَجْهِ، صَدَقَةٌ مِنْ وَجْهِ، وَالتَّفَقُّةُ مَثْوًى مِنْ كُلِّ وَجْهِ، فَلَمَّا لَمْ يُشْتَرَطْ لَوْجُوبِ صَدَقَةِ الْفِطْرِ الْغِنَى الْمَوْجِبُ لِلزَّكَاةِ فَلَا بُدَّ أَنْ لَا يُشْتَرَطَ هَاهُنَا وَهِيَ مَثْوًى مِنْ كُلِّ وَجْهِ أَوَّلَى. وَتَقَلُّ فِي خُلَاصَةِ الْفَتَاوَى عَنْ الْأَجْنَاسِ قَالَ فِي نَوَادِرِ أَبِي يُوسُفَ: يُشْتَرَطُ نِصَابُ الزَّكَاةِ. ثُمَّ قَالَ فِي الْخُلَاصَةِ: هَكَذَا قَالَ الصَّدْرُ الشَّهِيدُ فِي الْفَتَاوَى الصَّغْرَى إِنْ انْتَقَصَ مِنْهُ دِرْهَمٌ لَا يَجِبُ.

(وَإِذَا كَانَ لِلابْنِ الْغَائِبِ مَالٌ قُضِيَ فِيهِ بِنَفَقَةِ أَبَوَيْهِ) وَقَدْ بَيَّنَّا الْوَجْهَ فِيهِ (وَإِذَا بَاعَ أَبُوهُ مَتَاعَهُ فِي نَفَقَتِهِ جَازَ) عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى عَلَيْهِ، وَهَذَا اسْتِحْسَانٌ (وَإِنْ بَاعَ الْعَقَارَ لَمْ يَجُزْ) وَفِي قَوْلِهِمَا لَا يَجُوزُ ذَلِكَ كُلُّهُ وَهُوَ الْقِيَاسُ، لِأَنَّهُ لَا وِلَايَةَ لَهُ لِانْقِطَاعِهَا بِالْبُلُوغِ، وَلِهَذَا لَا يَمْلِكُ فِي حَالِ حَضَرَتِهِ وَلَا يَمْلِكُ الْبَيْعُ فِي دِينِ لَهُ سِوَى النِّفَقَةِ، وَكَذَا لَا تَمْلِكُ الْأُمُّ فِي النِّفَقَةِ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ لِلْأَبِ وِلَايَةَ الْحِفْظِ فِي مَالِ الْغَائِبِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّ لِلْوَصِيِّ ذَلِكَ فَالْأَبُ أَوْلَى لَوْفُورِ شَفَقَتِهِ، وَيَبِيعُ الْمَنْقُولَ مِنْ بَابِ الْحِفْظِ وَلَا كَذَلِكَ الْعَقَارَ لِأَنَّهَا مُحَصَّنَةٌ بِنَفْسِهَا، وَيَخْلَافُ غَيْرُ الْأَبِ مِنَ الْأَقَارِبِ لِأَنَّهُ لَا وِلَايَةَ لَهُمْ أَصْلًا فِي التَّصَرُّفِ حَالَةَ الصَّغَرِ وَلَا فِي الْحِفْظِ بَعْدَ الْكِبَرِ.

إِذَا جَازَ بَيْعُ الْأَبِ فَالْتَّمَنُ مِنْ جِنْسِ حَقِّهِ وَهُوَ التَّفَقُّةُ فَلَهُ الْاسْتِيفَاءُ مِنْهُ، كَمَا لَوْ

بَاعَ الْعَقَارَ وَالْمَنْقُولَ عَلَى الصَّغِيرِ جَازَ لِكَمَالِ الْوِلَايَةِ، ثُمَّ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ مِنْهُ بِنَفَقَتِهِ لِأَنَّهُ مِنْ جِنْسِ حَقِّهِ (وَإِنْ كَانَ لِلْأَبْنِ الْغَائِبِ مَالٌ فِي يَدِ أَبِيهِ وَأَنْفَقَا مِنْهُ لَمْ يَضْمَنْمَا) لِأَنَّهُمَا اسْتَوْفَيَا حَقَّهُمَا لِأَنَّهُ نَفَقَتُهُمَا وَاجِبَةٌ قَبْلَ الْقَضَاءِ عَلَى مَا مَرَّ وَقَدْ أَخَذَا جِنْسَ الْحَقِّ (وَإِنْ كَانَ لَهُ مَالٌ فِي يَدِ أَجَنَبِيٍّ فَأَنْفَقَ عَلَيْهِمَا بِغَيْرِ إِذْنِ الْقَاضِي ضَمِنَ) لِأَنَّهُ تَصَرَّفَ فِي مَالِ الْغَيْرِ بِغَيْرِ وِلَايَةٍ لِأَنَّهُ نَائِبٌ فِي الْحِفْظِ لَا غَيْرُ، بِخِلَافِ مَا إِذَا أَمَرَهُ الْقَاضِي لِأَنَّهُ أَمَرُهُ مُلْزِمٌ لِعُمُومِ وِلَايَتِهِ. وَإِذَا ضَمِنَ لَا يَرْجِعُ عَلَى الْقَائِضِ لِأَنَّهُ مَلَكَهُ بِالضَّمَانِ فَظَهَرَ أَنَّهُ كَانَ مُتَبَرِّعًا بِهِ.

الشرح:

(وَإِنْ كَانَ لِلْأَبْنِ الْغَائِبِ مَالٌ قَضَى فِيهِ بِنَفَقَةِ أَبِيهِ) وَقَوْلُهُ (وَقَدْ بَيَّنَّا الْوَجْهَ فِيهِ) يُرِيدُ مَا تَقَدَّمَ مِنْ قَوْلِهِ: وَلَا يَقْضِي بِنَفَقَةٍ فِي مَالِ غَائِبٍ إِلَّا لِهَوْلَاءِ، إِلَى قَوْلِهِ: وَلِهَذَا كَانَ لَهُمْ أَنْ يَأْخُذُوا فَكَانَ قَضَاءُ الْقَاضِي إِعَانَةً لَهُمْ.

وَقَوْلُهُ (وَإِذَا بَاعَ أَبُوهُ مَتَاعَهُ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (وَكَذَا لَا تَمْلِكُ الْأُمُّ فِي النَّفَقَةِ) مُخَالَفٌ لِمَا ذَكَرَ فِي الْأَقْضِيَةِ وَمَا ذَكَرَهُ الْقُدُورِيُّ مِنْ جَوَازِ الْبَيْعِ لِلْأَبَوَيْنِ فَإِذَا أَنْ يَكُونَ فِي الْمَسْأَلَةِ رَوَايَتَانِ فِي رِوَايَةِ الْأَقْضِيَةِ وَالْقُدُورِيِّ تَمْلِكُ الْأُمُّ الْبَيْعَ كَالْأَبِ لِأَنَّ مَعْنَى الْوِلَاةِ يَجْمَعُهُمَا وَهُمَا فِي اسْتِحْقَاقِ النَّفَقَةِ عَلَى السَّوَاءِ، وَإِذَا أَنْ يَكُونَ مَا فِي الْأَقْضِيَةِ وَالْقُدُورِيِّ مُؤَوَّلًا بِأَنَّ الْأَبَ هُوَ الَّذِي يَبِيعُ لَكِنْ لِمَنْفَعَتِهِمَا، فَأَضَافَ الْبَيْعَ إِلَيْهِمَا مِنْ حَيْثُ إِنَّ مَنْفَعَةَ الْبَيْعِ تَعُودُ إِلَيْهِمَا وَهُوَ الظَّاهِرُ.

وَقَوْلُهُ (إِنَّ لِلْأَبِ وِلَايَةَ الْحِفْظِ فِي مَالِ الْغَائِبِ) أُعْطِرَضَ عَلَيْهِ بِأَنَّهُ كَذَلِكَ، لَكِنْ الْفَرَضُ أَنَّهُ يَبِيعُهُ لِنَفَقَتِهِ، وَإِنَّمَا يَصِحُّ بَيْعُهُ أَنْ لَوْ كَانَ قَصْدُهُ الْبَيْعَ لِلْحِفْظِ. وَأُجِيبَ بِأَنَّهُ لَمَّا جَازَ بَيْعُهُ لِلْحِفْظِ حَقِيقَةً فَبَقَصْدِهِ الْإِنْفَاقَ لَا تَتَغَيَّرُ تِلْكَ الْحَقِيقَةُ، إِذْ لَا تَأْثِيرَ لِلْعَرِيمَةِ فِي تَغْيِيرِ الْحَقِيقَةِ. لَا يُقَالُ: عَارِضَ جِهَةَ الْحِفْظِ جِهَةَ الْإِثْلَافِ بِالْإِتِّفَاقِ. لِأَنَّا نَقُولُ: الْإِثْلَافُ بَعْدَ وَجُوبِ النَّفَقَةِ وَفِي الْحَالِ لَمْ تَجِبْ فَلَا تَعَارِضُ.

وَقَوْلُهُ عَلَى مَا مَرَّ إِشَارَةً إِلَى مَا قَالَ وَلِهَذَا كَانَ لَهُمْ أَنْ يَأْخُذُوا فَكَانَ قَضَاءُ الْقَاضِي إِعَانَةً لَهُمْ. وَقَوْلُهُ (لِأَنَّهُ مَلَكَهُ بِالضَّمَانِ) يَعْنِي أَنَّ الْأَجَنَبِيَّ مَلَكَ الْمَدْفُوعَ بِالضَّمَانِ فَظَهَرَ أَنَّهُ كَانَ مُتَبَرِّعًا بِمَالِ نَفْسِهِ. وَقَوْلُهُ بِخِلَافِ نَفَقَةِ الزَّوْجَةِ إِذَا قَضَى بِهَا الْقَاضِي:

يَعْنِي أَنَّهَا لَا تَسْقُطُ بِمُضِيِّ الْمُدَّةِ لِأَنَّهَا تَجِبُ مُقَابَلَةَ الْاِحْتِبَاسِ لَا بِطَرِيقِ الْحَاجَةِ وَلِهَذَا تَجِبُ مَعَ يَسَارِهَا فَلَا تَسْقُطُ لِحُصُولِ الْاِسْتِغْنَاءِ فِيمَا مَضَى.

(وَإِذَا قَضَى الْقَاضِي لِلْوَلَدِ وَالْوَالِدَيْنِ وَذَوِي الْأَرْحَامِ بِالنَّفَقَةِ فَمَضَتْ مُدَّةُ سَقَطَتْ) لِأَنَّ نَفَقَةَ هَؤُلَاءِ تَجِبُ كِفَايَةً لِلْحَاجَةِ حَتَّى لَا تَجِبُ مَعَ الْيَسَارِ وَقَدْ حَصَلَتْ بِمُضِيِّ الْمُدَّةِ، بِخِلَافِ نَفَقَةِ الزَّوْجَةِ إِذَا قَضَى بِهَا الْقَاضِي لِأَنَّهَا تَجِبُ مَعَ يَسَارِهَا فَلَا تَسْقُطُ بِحُصُولِ الْاِسْتِغْنَاءِ فِيمَا مَضَى. قَالَ (إِلَّا أَنْ يَأْذَنَ الْقَاضِي بِالِاسْتِدَانَةِ عَلَيْهِ) لِأَنَّ الْقَاضِي لَهُ وَلَايَةٌ عَامَّةٌ فَصَارَ إِذْنُهُ كَأَمْرِ الْغَائِبِ فَيَصِيرُ دَيْنًا فِي ذِمَّتِهِ فَلَا تَسْقُطُ بِمُضِيِّ الْمُدَّةِ، وَاللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (إِلَّا أَنْ يَأْذَنَ الْقَاضِي بِالِاسْتِدَانَةِ عَلَيْهِ) اسْتِثْنَاءٌ مِنْ قَوْلِهِ فَمَضَتْ مُدَّةُ سَقَطَتْ، وَمَعْنَاهُ إِذَا أْذَنَ الْقَاضِي بِالِاسْتِدَانَةِ عَلَيْهِ لَا تَسْقُطُ نَفَقَتُهُمْ أَيْضًا كَنَفَقَةِ الزَّوْجَةِ وَإِنْ مَضَتْ مُدَّةُ الْقَاضِي لَهُ وَلَايَةٌ عَامَّةٌ فَصَارَ إِذْنُهُ بِالِاسْتِدَانَةِ كَأَمْرِ الْغَائِبِ بِهَا، وَلَوْ أَمَرَ الْغَائِبَ بِالِاسْتِدَانَةِ صَارَ دَيْنًا فِي ذِمَّتِهِ لَا يَسْقُطُ بِمُضِيِّ الْمُدَّةِ، فَكَذَا إِذَا أْذَنَ الْقَاضِي بِذَلِكَ. وَإِذَا تَذَكَّرْتَ أَنَّ نَفَقَةَ الزَّوْجَةِ جَزَاءُ الْاِحْتِبَاسِ وَنَفَقَةُ الْأَقْرَابِ لِلْكَفَايَةِ ظَهَرَ لَكَ وَجْهُ مَا قَالَ فِي الذَّخِيرَةِ إِنَّ الْقَاضِي إِذَا فَرَضَ لِلزَّوْجَةِ فِي الشَّهْرِ مِائَةَ فَمَضَتْ الْمُدَّةُ وَفِي يَدِهَا مِنْهُ شَيْءٌ لَمْ يَحْتَسِبْ لِلشَّهْرِ الثَّانِي. وَلَوْ كَانَ ذَلِكَ فِي نَفَقَةِ الْأَقْرَابِ حُسِبَ بِهِ، وَإِنْ الْقَاضِي إِذَا فَرَضَ لِلزَّوْجَةِ كَسُوءَ مُدَّةٍ مُعَيَّنَةٍ فَسَرَقَتْ لَيْسَ عَلَيْهِ أَنْ يَكْسُوَهَا حَتَّى تَفْرُغَ الْمُدَّةُ، وَلَوْ كَانَ ذَلِكَ فِي الْأَقْرَابِ وَجِبَ عَلَيْهِ أَنْ يَكْسُوَهُمْ.

فصل

(وَعَلَى الْمَوْلَى أَنْ يُنْفِقَ عَلَى عَبْدِهِ وَآمَتِهِ) لِقَوْلِهِ ﷺ فِي الْمَالِيكَ «إِنَّهُمْ إِخْوَانُكُمْ جَعَلَهُمُ اللَّهُ تَعَالَى تَحْتَ أَيْدِيكُمْ، أَطْعَمُوهُمْ مِمَّا تَأْكُلُونَ وَالْبَسُوهُمْ مِمَّا تَلْبَسُونَ، وَلَا تُعَذِّبُوا عِبَادَ اللَّهِ» ^(١) (فَإِنْ امْتَنَعَ وَكَانَ لَهُمَا كَسْبٌ اِكْتَسَبَا وَآنَفَقَا) لِأَنَّ فِيهِ نَظْرًا

(١) أخرجه البخاري في العتق باب ١٢، ومسلم في الأيمان والنذور (٣٨)، وانظر نصب الراية (٤٠٩/٣).

لِلْجَانِبِينَ حَتَّى يَبْقَى الْمَمْلُوكُ حَيًّا وَيَبْقَى فِيهِ مِلْكُ الْمَالِكِ (وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُمَا كَسْبٌ) بِأَنْ كَانَ عَبْدًا زَمَنًا أَوْ جَارِيَةً لَا يُؤَاجَرُ مِثْلَهَا (أُجْبِرَ الْمَوْلَى عَلَى بَيْعِهِمَا) لِأَنَّهُمَا مِنْ أَهْلِ الْاِسْتِحْقَاقِ وَفِي الْبَيْعِ إِيفَاءُ حَقِّهِمَا وَإِبْقَاءُ حَقِّ الْمَوْلَى بِالْخُلْفِ، بِخِلَافِ نَفَقَةِ الزَّوْجَةِ لِأَنَّهَا تَصِيرُ دَيْنًا فَكَانَ تَأْخِيرًا عَلَى مَا ذَكَرْنَا، وَنَفَقَةُ الْمَمْلُوكِ لَا تَصِيرُ دَيْنًا فَكَانَ إِبْطَالًا، وَبِخِلَافِ سَائِرِ الْحَيَوَانَاتِ لِأَنَّهَا لَيْسَتْ مِنْ أَهْلِ الْاِسْتِحْقَاقِ فَلَا يُجْبَرُ عَلَى نَفَقَتِهَا، إِلَّا أَنَّهُ يُؤْمَرُ بِهِ فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللَّهِ تَعَالَى لِأَنَّهُ ﷺ «نَهَى عَنِ تَعْدِيبِ الْحَيَوَانَ» وَفِيهِ ذَلِكَ، وَنَهَى عَنِ إِضَاعَةِ الْمَالِ وَفِيهِ إِضَاعَتُهُ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ يُجْبَرُ، وَالْأَصَحُّ مَا قُلْنَا، وَاللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

الشرح:

(فصل): جَمَعَ فِي هَذَا الْفَصْلِ بَيْنَ نَفَقَةِ الرَّقِيقِ وَغَيْرِهِ مِنَ الْحَيَوَانَاتِ وَأَخْرَهُ عَنْ الْجَمِيعِ وَهُوَ فِي مَحْزِهِ ظَاهِرٌ مَذْهَبِ أَصْحَابِنَا أَنَّ الْإِنْسَانَ لَا يُجْبَرُ عَلَى الْإِنْفَاقِ عَلَى مِلْكِهِ سِوَى الرَّقِيقِ، وَأَمَّا فِي الدَّوَابِّ فَيُفْتَى فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللَّهِ تَعَالَى بِالْإِنْفَاقِ عَلَيْهَا، وَفِي غَيْرِ الدَّوَابِّ كَالدُّورِ وَالْعَقَارِ فَإِنَّهُ لَا يُفْتَى بِهِ، أَيْضًا إِلَّا أَنَّهُ إِذَا كَانَ فِيهِ تَضْيِيعُ الْمَالِ كَانَ تَرْكُ الْإِنْفَاقِ مَكْرُوهًا، وَكَلَامُهُ وَاضِحٌ، وَفَرَّقَ بَيْنَ نَفَقَةِ الزَّوْجِ وَالْمَمْلُوكِ فِي أَنَّ الْمَوْلَى إِذَا امْتَنَعَ عَنِ الْإِنْفَاقِ وَهُوَ مِمَّنْ لَا كَسْبَ لَهُ أُجْبِرَ عَلَى بَيْعِ الْمَمْلُوكِ، وَالزَّوْجُ إِذَا عَجَزَ عَنِ الْإِنْفَاقِ عَلَى الزَّوْجَةِ لَا يُجْبَرُ عَلَى الطَّلَاقِ بِأَنَّ فِي الْإِجْبَارِ عَلَى الْبَيْعِ زَوَالُ مِلْكِ الْمَوْلَى إِلَى خَلْفٍ وَهُوَ الثَّمَنُ، وَفِي عَدَمِهِ فَوَاتُ حَقِّ الْمَمْلُوكِ فِي النَّفَقَةِ لَا إِلَى خَلْفٍ لِأَنَّ نَفَقَةَ الْمَمْلُوكِ لَا تَصِيرُ دَيْنًا عَلَى الْمَوْلَى بِحَالٍ مِنَ الْأَحْوَالِ، وَأَمَّا فِي النِّكَاحِ فَفِي الْإِجْبَارِ عَلَى التَّفْرِيقِ فَوَاتُ مِلْكِ الزَّوْجِ بِلا خَلْفٍ، وَفِي عَدَمِهِ فَوَاتُ حَقِّ الْمَرْأَةِ فِي الْحَالِ إِلَى خَلْفٍ لِصَيْرُورَةِ نَفَقَتِهَا بِقَضَاءِ الْقَاضِي دَيْنًا عَلَى الزَّوْجِ فَكَانَ تَأْخِيرًا.

وَقَوْلُهُ عَلَى مَا ذَكَرْنَا إِشَارَةً إِلَى قَوْلِهِ بِخِلَافِ نَفَقَةِ الزَّوْجَةِ إِذَا قَضَى بِهَا الْقَاضِي لِأَنَّهَا تَجِبُ مَعَ يَسَارِهَا فَلَا تَسْقُطُ فَكَانَ الضَّرَرُ الْلاحِقُ بِالزَّوْجِ أَشَدَّ وَكَانَ بِالْذَّلْعِ أَوْلَى (وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يُجْبَرُ) وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ، وَقَاسَاهُ عَلَى الرَّقِيقِ، وَالْأَصَحُّ مَا قُلْنَا:

يَعْنِي مِنْ عَدَمِ الْجَبْرِ لِأَنَّ إِجْبَارَ الْقَاضِي الْمَوْلَى عَلَى مَمْلُوكِهِ نَوْعُ قَضَاءٍ وَالْقَضَاءُ لَا بُدَّ لَهُ مِنْ مَقْضِيٍّ لَهُ وَهُوَ مِنْ أَهْلِ الْإِسْتِحْقَاقِ وَهَذَا يُوجَدُ فِي الرِّقِيقِ لِكَوْنِهِ مِنْ أَهْلِ أَنْ يَسْتَحِقَّ حَقًّا عَلَى الْمَوْلَى وَعَلَى غَيْرِهِ فِي الْجُمْلَةِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ بِالْكِتَابَةِ يَسْتَحِقُّ حُقُوقًا عَلَى الْمَوْلَى وَإِنْ كَانَ مَمْلُوكًا، فَأَمَّا غَيْرُ الرِّقِيقِ فَلَا يَسْتَحِقُّ عَلَى الْمَوْلَى حَقًّا فَلَا يَصِحُّ أَنْ يَكُونَ مَقْضِيًّا لَهُ فَأَنْعَدَمَ شَرْطُ الْقَضَاءِ فَيَنعَدِمُ الْقَضَاءُ. وَاللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ.

كتاب العتاق

الإِعْتَاقُ تَصَرُّفٌ مَدْنُوبٌ إِلَيْهِ، قَالَ ﷺ «أَيُّمَا مُسْلِمٍ أَعْتَقَ مُؤْمِنًا أَعْتَقَ اللَّهُ تَعَالَى بِكُلِّ عَضْوٍ مِنْهُ عَضْوًا مِنْهُ مِنَ النَّارِ»^(١) وَلِهَذَا اسْتَحَبُّوا أَنْ يُعْتِقَ الرَّجُلُ الْعَبْدَ وَالْمَرْأَةُ الْأَمَةَ لِيَتَحَقَّقَ مُقَابَلَةُ الْأَعْضَاءِ بِالْأَعْضَاءِ. قَالَ (الْعِتْقُ يَصِحُّ مِنَ الْحُرِّ الْبَالِغِ الْعَاقِلِ فِي مِلْكِهِ) شَرْطُ الْحُرِّيَّةِ لِأَنَّ الْعِتْقَ لَا يَصِحُّ إِلَّا فِي الْمَلِكِ وَلَا مَلِكٌ لِلْمَمْلُوكِ وَالْبُلُوغُ لِأَنَّ الصَّبِيَّ لَيْسَ مِنْ أَهْلِهِ لِكَوْنِهِ ضَرَرًا ظَاهِرًا، وَلِهَذَا لَا يَمْلِكُهُ الْوَلِيُّ عَلَيْهِ، وَالْعَقْلُ لِأَنَّ الْمَجْنُونَ لَيْسَ بِأَهْلٍ لِلتَّصَرُّفِ وَلِهَذَا لَوْ قَالَ الْبَالِغُ: أَعْتَقْتُ وَأَنَا صَبِيٌّ فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ، وَكَذَا إِذَا قَالَ الْمُعْتِقُ أَعْتَقْتُ وَأَنَا مَجْنُونٌ وَجَوْنُهُ كَانَ ظَاهِرًا لَوْجُودِ الْإِسْنَادِ إِلَى حَالَتِهِ مُنَافِيَةً، وَكَذَا لَوْ قَالَ الصَّبِيُّ كُلُّ مَمْلُوكٍ أَمْلِكُهُ فَهُوَ حُرٌّ إِذَا احْتَمَلَتْ لَا يَصِحُّ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِأَهْلٍ لِقَوْلٍ مُلْزِمٍ، وَلَا بُدَّ أَنْ يَكُونَ الْعَبْدُ فِي مِلْكِهِ حَتَّى لَوْ أَعْتَقَ عَبْدٌ غَيْرَهُ لَا يَنْفَعُ عِتْقُهُ لِقَوْلِهِ ﷺ «لَا عِتْقَ فِيمَا لَا يَمْلِكُهُ ابْنُ آدَمَ»^(٢).

الشرح:

(كِتَابُ الْعِتَاقِ): ذَكَرَ الْعِتَاقَ بَعْدَ الطَّلَاقِ لِمُنَاسَبَتِهِ لَهُ فِي أَنَّهُ إِسْقَاطُ بُنْيَ عَلَى السَّرَّايَةِ وَالزُّوْمِ كَالطَّلَاقِ حَتَّى صَحَّ التَّغْلِيْقُ وَصَارَ إِعْتَاقُ الْبَعْضِ كِإِعْتَاقِ الْكُلِّ إِمَّا إِفْسَادًا فِي الْمَلِكِ أَوْ تَحْقِيقًا لِلْعِتْقِ وَلَمْ يَقْبَلِ الْفَسْخُ بَعْدَ الثُّبُوتِ كَالطَّلَاقِ. وَمِنْ مَحَاسِنِهِ، أَنَّهُ إِحْيَاءٌ حُكْمِيٌّ يُخْرِجُ الْعَبْدَ عَنْ كَوْنِهِ مُلْحَقًا بِالْجَمَادَاتِ إِلَى كَوْنِهِ أَهْلًا لِلْكَرَامَاتِ الْبَشَرِيَّةِ مِنْ قَبُولِ الشَّهَادَةِ وَالْوِلَايَةِ. وَتَفْسِيرُهُ فِي اللَّغَةِ الْقُوَّةُ، يُقَالُ: عَتَقَ الْفَرَسُ إِذَا قَوِيَ وَطَارَ عَنْ وَكْرِهِ.

وَفِي الشَّرِيعَةِ: قُوَّةٌ حُكْمِيَّةٌ يَصِيرُ الْمَرْءُ بِهَا أَهْلًا لِلشَّهَادَةِ وَالْوِلَايَةِ وَالْقَضَاءِ. وَأَسْبَابُهُ كَثِيرَةٌ: مِنْهَا الْإِعْتَاقُ، وَمِنْهَا دَعْوَى النَّسَبِ، وَمِنْهَا الْاسْتِيلَادُ، وَمِنْهَا مِلْكُ الْقَرِيبِ، وَمِنْهَا زَوَالُ يَدِ الْكَافِرِ عَنْهُ كَمَا إِذَا اشْتَرَى الْحَرْبِيُّ فِي دَارِنَا عَبْدًا مُسْلِمًا فَدَخَلَ بِهِ فِي دَارِ الْحَرْبِ فَإِنَّهُ يَعْتَقُ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ، وَمِنْهَا الْإِقْرَارُ بِحُرِّيَّةِ

(١) أخرجه البخاري في العتق باب ١، ومسلم في العتق (٢٣، ٢٤)، وانظر نصب الراية (٤١٠/٣).

(٢) أخرجه أبو داود (٢١٩٠)، والترمذي (١١٨١)، وابن ماجه (٢٠٤٧)، وأحمد (١٩٠/٢)،

وانظر نصب الراية (٤١١/٣).

العَبْدُ إِذَا اشْتَرَاهُ بَعْدَ ذَلِكَ. وَشَرْطُهُ كَوْنُ الْمُعْتَقِ حُرًّا بِالْعَا مَالِكًا مِلْكَ الْيَمِينِ. وَرُكْنُهُ مَا ثَبَتَ بِهِ الْعِتْقُ؛ وَهُوَ تَوْعَانُ: صَرِيحٌ، وَكِنَايَةٌ. وَحُكْمُهُ زَوَالُ الرِّقِّ وَالْمَلِكِ عَنِ الْمَحَلِّ. وَأَنْوَاعُهُ: الْمُرْسَلُ وَالْمُعْلَقُ وَالْمُضَافُ إِلَى مَا بَعْدَ الْمَوْتِ، وَكُلُّ مِنْهَا إِمَّا يَبْدُلُ أَوْ بَعِيرُهُ، وَكَلَامُهُ ظَاهِرٌ سِوَى أَلْفَاظٍ تَذَكُّرُهَا. (قَوْلُهُ شَرَطَ الْحُرِّيَّةَ لِأَنَّ الْعِتْقَ) يَعْنِي الْإِعْتِقَ لِأَنَّهُ قَالَ وَالْبُلُوغُ لِأَنَّ الصَّبِيَّ لَيْسَ مِنْ أَهْلِهِ وَالصَّبِيُّ مِنْ أَهْلِ الْعِتْقِ. أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ وَرِثَ أَخَاهُ عَتَقَ عَلَيْهِ فَدَلَّ عَلَى أَنَّ مُرَادَهُ بِالْعِتْقِ الْإِعْتِقَ وَالصَّبِيُّ لَيْسَ مِنْ أَهْلِهِ لَكَوْنِهِ ضَرَرًا مَحْضًا، وَيَدُلُّ عَلَى ذَلِكَ أَيْضًا قَوْلُهُ لِأَنَّ الْمَحْنُونَ لَيْسَ بِأَهْلٍ لِلتَّصَرُّفِ فَإِنَّ الْإِعْتِقَ تَصَرُّفٌ لَا الْعِتْقُ.

وَقَوْلُهُ (وَلِهَذَا) أَيُّ وَلِكَوْنِ الْبُلُوغِ وَالْعَقْلِ شَرْطًا إِذَا قَالَ الْبَالِغُ أَعْتَقْتُ وَأَنَا صَبِيٌّ فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا أُسْنِدَ إِلَى حَالِهِ مُتَنَافِيَةً الْإِعْتِقَ كَانَ إِنْكَارًا مِنْهُ لِلْإِعْتِقَ وَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُنْكَرِ. وَقَوْلُهُ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِأَهْلٍ لِقَوْلٍ مُلْزِمٍ: يَعْنِي لِأَنَّ الصَّبَا يُوجِبُ الْحَجَرَ عَنِ الْأَقْوَالِ. فَإِنْ قِيلَ: لَا تُسَلِّمُ ذَلِكَ بَلْ هُوَ أَهْلٌ لَهُ، أَلَا تَرَى أَنَّ صَبِيًّا لَوْ أَقْرَبَ بِالرِّقِّ لَرِمَهُ حَتَّى لَوْ ادَّعَى بَعْدَ الْبُلُوغِ حُرِّيَّةَ الْأَصْلِ لَا تُسْمَعُ دَعْوَاهُ؟ أُجِيبَ بِأَنَّ الْمُلْزَمَ ثَمَّةَ هُوَ يَدُ صَاحِبِ الْيَدِ وَإِقْرَارُهُ مُؤَكَّدٌ.

(وَإِذَا قَالَ لِعَبْدِهِ أَوْ أَمَتِهِ أَنْتَ حُرٌّ أَوْ مُعْتَقٌ أَوْ عَتِيقٌ أَوْ مُحَرَّرٌ أَوْ قَدْ حَرَّرْتُكَ أَوْ قَدْ أَعْتَقْتُكَ فَقَدْ عَتَقَ نَوَى بِهِ الْعِتْقَ أَوْ لَمْ يَنْوِ) لِأَنَّ هَذِهِ الْأَلْفَاظَ صَرِيحَةً فِيهِ. لِأَنَّهَا مُسْتَعْمَلَةٌ فِيهِ شَرْعًا وَعَرَفًا فَأَغْنَى ذَلِكَ عَنِ النِّيَّةِ وَالْوَضْعِ، وَإِنْ كَانَ فِي الْإِخْبَارِ فَقَدْ جُعِلَ إِنْشَاءً فِي التَّصَرُّفَاتِ الشَّرْعِيَّةِ لِلْحَاجَةِ كَمَا فِي الطَّلَاقِ وَالْبَيْعِ وَغَيْرِهِمَا (وَلَوْ قَالَ عَنَيْتُ بِهِ الْإِخْبَارَ الْبَاطِلُ أَوْ أَنَّهُ حُرٌّ مِنَ الْعَمَلِ صَدَّقَ دِيَانَةً) لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُهُ (وَلَا يَدِينُ قَضَاءً) لِأَنَّهُ خِلَافُ الظَّاهِرِ (وَلَوْ قَالَ لَهُ يَا حُرِّيَا عَتِيقٌ يَعْتَقُ) لِأَنَّهُ نِدَاءٌ بِمَا هُوَ صَرِيحٌ فِي الْعِتْقِ وَهُوَ لَا سِتِحْضَارِ الْمُنَادَى بِالْوَصْفِ الْمَذْكُورِ هَذَا هُوَ حَقِيقَتُهُ فَيَقْتَضِي تَحَقُّقَ الْوَصْفِ فِيهِ وَأَنَّهُ يَثْبُتُ مِنْ جِهَتِهِ فَيَقْتَضِي بِثُبُوتِهِ تَصَدِيقًا لَهُ فِيمَا أَخْبَرَ، وَسَقَرُّهُ مِنْ بَعْدِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى إِلَّا إِذَا سَمَّاهُ حُرًّا ثُمَّ نَادَاهُ يَا حُرٌّ لِأَنَّ مُرَادَهُ الْإِعْلَامَ بِاسْمِ عِلْمِهِ وَهُوَ مَا لَقَّبَهُ بِهِ. وَلَوْ نَادَاهُ بِالْفَارِسِيَّةِ يَا آزَادَ وَقَدْ لَقَّبَهُ بِالْحُرِّ قَالُوا يُعْتَقُ، وَكَذَا عَكْسُهُ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِنِدَاءٍ بِاسْمِ عِلْمِهِ فَيُعْتَبَرُ إِخْبَارًا عَنِ الْوَصْفِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَإِذَا قَالَ لَعْبَدِهِ أَوْ أَمَّتْهُ أَنْتَ حُرٌّ) قَالَ فِي الْمَبْسُوطِ: الْأَلْفَاظُ الَّتِي يَخْصُلُ بِهَا الْعِتْقُ ثَوْنَانِ: صَرِيحٌ وَكِنَايَةٌ. فَالْصَّرِيحُ لَفْظُ الْعِتْقِ وَالْحُرِّيَّةِ وَالْوَلَاءِ سَوَاءٌ ذَكَرَ هَذِهِ الْأَلْفَاظَ بِصِيغَةِ الْخَبَرِ أَوْ الْوَصْفِ أَوْ النَّدَاءِ، أَمَّا صِيغَةُ الْخَبَرِ فَأَنْ يَقُولَ قَدْ أَعْتَقْتُكَ أَوْ حَرَّرْتُكَ، وَأَمَّا صِيغَةُ الْوَصْفِ فَأَنْ يَقُولَ أَنْتَ حُرٌّ أَوْ أَنْتَ عَتِيقٌ، وَأَمَّا الْمُنَادَى فَأَنْ يَقُولَ يَا حُرُّ يَا عَتِيقُ، وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ لَعْبَدِهِ هَذَا مَوْلَايَ إلخ وَقَوْلُهُ (وَسُنُقِرُّهُ مِنْ بَعْدُ) أَرَادَ بِهِ قَوْلُهُ فِي مَسْأَلَةِ يَا ابْنِي عَلَى مَا سَيَجِيءُ. وَقَوْلُهُ (إِلَّا إِذَا سَمَّاهُ حُرًّا) اسْتِثْنَاءٌ مِنْ قَوْلِهِ وَلَوْ قَالَ لَهُ يَا حُرُّ (قَوْلُهُ وَكَذَا عَكْسُهُ) يَعْنِي بِأَنْ نَادَاهُ بِقَوْلِهِ يَا حُرُّ وَكَانَ لِقَبِّهِ آزَادَ. وَقَوْلُهُ (يُعْتَبَرُ إِخْبَارًا عَنِ الْوَصْفِ) قِيلَ فِيهِ نَظَرٌ، لِأَنَّهُ إِذَا لَمْ يَكُنْ "حُرُّ" عَلَمًا لَهُ كَانَ قَوْلُهُ يَا حُرُّ إِشْنَاءً لِلْحُرِّيَّةِ لَا إِخْبَارًا عَنِ الْوَصْفِ. وَأُجِيبَ بِأَنَّهُ إِذَا لَمْ يَكُنْ عَلَمًا كَانَ الْمُنَادَى فِي الْحَقِيقَةِ ذَاتًا مَوْصُوفَةً بِصِفَةِ الْحُرِّيَّةِ، وَالْوَصْفُ فِي الْحَقِيقَةِ خَبَرٌ عَنِ الْمَوْصُوفِ، وَكَانَ النَّدَاءُ إِخْبَارًا بِأَنْ الْمُنَادَى مَوْصُوفٌ بِهَذِهِ الصِّفَةِ.

(وَكَذَا لَوْ قَالَ رَأْسُكَ حُرٌّ أَوْ وَجْهُكَ أَوْ رَقَبَتُكَ أَوْ بَدَنُكَ أَوْ قَالَ لِأَمَّتِهِ فَرَجُكَ حُرًّا) لِأَنَّ هَذِهِ الْأَلْفَاظَ يُعْبَرُ بِهَا عَنْ جَمِيعِ الْبَدَنِ وَقَدْ مَرَّ فِي الطَّلَاقِ، وَإِنْ أَضَافَهُ إِلَى جُزْءٍ شَائِعٍ يَقَعُ فِي ذَلِكَ الْجُزْءِ، وَسَيَأْتِيكَ الْاِخْتِلَافُ فِيهِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى. وَإِنْ أَضَافَهُ إِلَى جُزْءٍ مُعَيَّنٍ لَا يُعْبَرُ بِهِ عَنِ الْجُمْلَةِ كَالْيَدِ وَالرَّجْلِ لَا يَقَعُ عِنْدَنَا خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ، وَالْكَلَامُ فِيهِ كَالْكَلَامِ فِي الطَّلَاقِ وَقَدْ بَيَّنَّاهُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَسَيَأْتِيكَ الْاِخْتِلَافُ فِيهِ) يُرِيدُ الْاِخْتِلَافَ فِي تَجْزِيِ الْإِعْتِقَاقِ عَلَى مَا نَذَرْنَاهُ، وَقَوْلُهُ (وَقَدْ بَيَّنَّاهُ) يَعْنِي فِي الطَّلَاقِ.

(وَلَوْ قَالَ لَا مِلْكَ لِي عَلَيْكَ وَنَوَى بِهِ الْحُرِّيَّةَ عَتَقَ وَإِنْ لَمْ يَنْوِ لَمْ يُعْتَقِ) لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنَّهُ أَرَادَ لَا مِلْكَ لِي عَلَيْكَ لِأَنِّي بِعْتُكَ، وَيَحْتَمِلُ لِأَنِّي أَعْتَقْتُكَ فَلَا يَتَعَيَّنُ أَحَدُهُمَا مُرَادًا إِلَّا بِالنِّيَّةِ قَالَ (وَكَذَا كِنَايَاتُ الْعِتْقِ) وَذَلِكَ مِثْلُ قَوْلِهِ خَرَجْتَ مِنْ مِلْكِي وَلَا سَبِيلَ لِي عَلَيْكَ وَلَا رِقٌّ لِي عَلَيْكَ وَقَدْ خَلَيْتُ سَبِيلَكَ لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ نَفْيَ السَّبِيلِ وَالْخُرُوجَ عَنِ الْمِلْكِ وَتَخْلِيَةَ السَّبِيلِ بِالْبَيْعِ أَوْ الْكِتَابَةِ كَمَا يَحْتَمِلُ بِالْعِتْقِ فَلَا بُدَّ مِنَ النِّيَّةِ، وَكَذَا قَوْلُهُ

لَأَمْتِهِ قَدْ أَطْلَقْتُكَ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ قَوْلِهِ خَلَيْتُ سَبِيلَكَ وَهُوَ الْمَرْوِيُّ عَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ
 اللَّهُ بِخِلَافِ قَوْلِهِ طَلَقْتُكَ عَلَى مَا تُبَيِّنُ مِنْ بَعْدِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى (وَلَوْ قَالَ لَا سُلْطَانُ لِي
 عَلَيْكَ وَتَوَى الْعِتْقَ لَمْ يُعْتَقْ) لِأَنَّ السُّلْطَانَ عِبَارَةٌ عَنِ الْيَدِ، وَسُمِّيَ السُّلْطَانُ بِهِ لِقِيَامِ يَدِهِ
 وَقَدْ يَبْقَى الْمَلِكُ دُونَ الْيَدِ كَمَا فِي الْمَكَاتِبِ، بِخِلَافِ قَوْلِهِ: لَا سَبِيلَ لِي عَلَيْكَ لِأَنَّ نَفْيَهُ
 مُطْلَقًا بِإِنْتِفَاءِ الْمَلِكِ لِأَنَّ لِلْمَوْلَى عَلَى الْمَكَاتِبِ سَبِيلًا فَلِهَذَا يَحْتَمِلُ الْعِتْقُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَكَذَا قَوْلُهُ لِأَمْتِهِ قَدْ أَطْلَقْتُكَ) يَعْنِي إِنْ تَوَى الْعِتْقَ يَقَعُ لِكَوْنِهِ بِمَنْزِلَةِ
 خَلَيْتُ سَبِيلَكَ لِمُنَاسَبَةِ الْإِرْسَالِ تَخْلِيَةَ السَّبِيلِ، بِخِلَافِ قَوْلِهِ طَلَقْتُكَ فَإِنَّهَا لَا تُعْتَقُ لِأَنَّهُ
 صَارَ صَرِيحًا فِي الطَّلَاقِ عَنِ النِّكَاحِ فَلَا يَثْبُتُ بِهِ الْعِتْقُ عَلَى مَا يَأْتِي بَيَانُهُ وَقَوْلُهُ لِأَنَّ
 السُّلْطَانَ عِبَارَةٌ عَنِ الْيَدِ، يُقَالُ لِفُلَانٍ سُلْطَنَةٌ وَيُرَادُ بِهَا الْقُدْرَةُ الثَّابِتَةُ مِنْ حَيْثُ الْيَدُ
 وَالْإِسْتِيلَاءُ فَتَفِيئُهُ نَفْيٌ لِلْيَدِ وَكَأَنَّهُ قَالَ لَا يَدَ لِي عَلَيْكَ، وَلَوْ قَالَ ذَلِكَ وَتَوَى بِهِ الْعِتْقَ لَمْ
 يُعْتَقْ لِحَوَازِ أَنْ تَزُولَ الْيَدُ وَيَبْقَى الْمَلِكُ كَمَا فِي الْمَكَاتِبِ، بِخِلَافِ قَوْلِهِ لَا سَبِيلَ لِي
 عَلَيْكَ لِأَنَّ السَّبِيلَ الْمُضَافَ إِلَى الْعَبْدِ كِنَايَةٌ عَنِ الْمَلِكِ لِأَنَّهُ طَرِيقٌ إِلَى تَفَادٍ التَّصَرُّفِ فِيهِ.
 وَلَوْ نَفَى الْمَلِكُ بِأَنْ قَالَ لَا مَلِكَ لِي عَلَيْكَ وَتَوَى الْعِتْقَ عَتَقَ. فَإِنْ قِيلَ: زَوَالَ الْيَدِ إِمَّا أَنْ
 يَكُونَ مَلْزُومًا لَزَوَالِ الْمَلِكِ أَوْ لَازِمًا لَهُ، فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ فَلْيَكُنْ مَجَازًا لِأَنَّ الْمَجَازَ ذِكْرُ
 الْمَلْزُومِ وَإِرَادَةُ اللَّازِمِ، وَإِنْ كَانَ الثَّانِي فَلْيَكُنْ كِنَايَةً لِأَنَّ الْكِنَايَةَ ذِكْرُ اللَّازِمِ وَإِرَادَةُ
 الْمَلْزُومِ. فَالْجَوَابُ أَنَّهُ لَيْسَ بِمَلْزُومٍ لَزَوَالِ الْمَلِكِ لِإِنْفِكَاحِهِ عَنْهُ كَمَا فِي الْمَكَاتِبِ عَلَى مَا
 ذَكَرْنَا، وَلَا بِلَازِمٍ لَهُ لِإِنْفِكَاحِ زَوَالِ الْمَلِكِ عَنْهُ فَإِنَّ الْمَلِكَ يَزُولُ بِالتَّيْنِ قَبْلَ التَّسْلِيمِ وَالْيَدَ
 بَاقٍ إِلَى أَنْ يُسَلَّمَ. وَقَوْلُهُ (لَأَنَّ لِلْمَوْلَى عَلَى الْمَكَاتِبِ سَبِيلًا) يَعْنِي مِنْ حَيْثُ الْمُطَالَبَةُ بِبَدَلِ
 الْكِتَابَةِ، حَتَّى إِذَا اتَّفَقَ ذَلِكَ بِالْبَرَاءَةِ عَنْهُ يُعْتَقُ.

(وَلَوْ قَالَ هَذَا ابْنِي وَثَبَّتَ عَلَى ذَلِكَ عَتَقَ) وَمَعْنَى الْمَسْأَلَةِ إِذَا كَانَ يُؤَلِّدُ مِثْلَهُ مِثْلَهُ،
 فَإِنْ كَانَ لَا يُؤَلِّدُ مِثْلَهُ مِثْلَهُ ذَكَرَهُ بَعْدَ هَذَا؛ ثُمَّ إِنْ لَمْ يَكُنْ لِلْعَبْدِ نَسَبٌ مَعْرُوفٌ يَثْبُتُ
 نَسَبُهُ مِنْهُ لِأَنَّ وِلَايَةَ الدَّعْوَةِ بِالْمَلِكِ ثَابِتَةٌ وَالْعَبْدُ مُحْتَاجٌ إِلَى النَّسَبِ فَيَثْبُتُ نَسَبُهُ مِنْهُ، وَإِذَا
 ثَبَّتَ عَتَقَ لِأَنَّهُ يَسْتَدُّ النَّسَبَ إِلَى وَقْتِ الْعُلُوقِ، وَإِنْ كَانَ لَهُ نَسَبٌ مَعْرُوفٌ لَا يَثْبُتُ نَسَبُهُ
 مِنْهُ لِلتَّعَذُّرِ وَيُعْتَقُ إِمَّا لَا لِلْفِظِّ فِي مَجَازِهِ عِنْدَ تَعَذُّرِ إِعْمَالِهِ بِحَقِيقَتِهِ، وَوَجْهُ الْمَجَازِ

نَذَرُهُ مِنْ بَعْدُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

(وَلَوْ قَالَ هَذَا مَوْلَايَ أَوْ يَا مَوْلَايَ عَتَقَ).

أَمَّا الْأَوَّلُ فَلَأَنَّ اسْمَ الْمَوْلَى وَإِنْ كَانَ يَنْتَظِمُ النَّاصِرَ وَابْنَ الْعَمِّ وَالْمَوَالَةَ فِي الدِّينِ وَالْأَعْلَى وَالْأَسْفَلَ فِي الْعِتَاقَةِ إِلَّا أَنَّهُ تَعَيَّنَ الْأَسْفَلُ فَصَارَ كَاسْمِ خَاصٍّ لَهُ، وَهَذَا لِأَنَّ الْمَوْلَى لَا يَسْتَنْصِرُ بِمَمْلُوكِهِ عَادَةً وَلِلْعَبْدِ نَسَبٌ مَعْرُوفٌ فَانْتَفَى الْأَوَّلُ.

وَالثَّانِي وَالثَّلَاثُ نَوْعٌ مَجَازٍ، وَالْكَلَامُ لِلْحَقِيقَةِ وَالْإِضَافَةُ إِلَى الْعَبْدِ ثِنَا فِي كَوْنِهِ مُعْتَقًا فَتَعَيَّنَ الْمَوْلَى الْأَسْفَلُ فَالتَّحَقُّقُ بِالصَّرِيحِ، وَكَذَا إِذَا قَالَ لِأَمَتِهِ: هَذِهِ مَوْلَاتِي لَمَّا بَيَّنَّا، وَلَوْ قَالَ: عَنَيْتُ بِهِ الْمَوْلَى فِي الدِّينِ أَوْ الْكَذِبُ يُصَدِّقُ فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللَّهِ تَعَالَى وَلَا يُصَدِّقُ فِي الْقَضَاءِ لِمُخَالَفَتِهِ الظَّاهِرِ، وَأَمَّا الثَّانِي فَلَأَنَّهُ لَمَّا تَعَيَّنَ الْأَسْفَلُ مُرَادًا التَّحَقُّقَ بِالصَّرِيحِ وَبِالنَّدَاءِ بِاللَّفْظِ الصَّرِيحِ يُعْتَقُ بِأَن قَالَ: يَا حُرِّيَا عَتِيقُ فَكَذَا النَّدَاءُ بِهَذَا اللَّفْظِ. وَقَالَ زُفَرُ رَحِمَهُ اللَّهُ لَا يُعْتَقُ فِي الثَّانِي لِأَنَّهُ يَقْصِدُ بِهِ الْإِكْرَامَ بِمَنْزِلَةِ قَوْلِهِ يَا سَيِّدِي يَا مَالِكِي. فَلَمَّا: الْكَلَامُ لِحَقِيقَتِهِ وَقَدْ أَمَكَّنَ الْعَمَلُ بِهِ، بِخِلَافِ مَا ذَكَرَهُ لِأَنَّهُ لَيْسَ فِيهِ مَا يَخْتَصُّ بِالْعِتَقِ فَكَانَ إِكْرَامًا مَحْضًا.

الشرح:

قَالَ (وَلَوْ قَالَ هَذَا ابْنِي) وَمَنْ قَالَ لِعَبْدِهِ الَّذِي يُؤَلِّدُ مِثْلَهُ لِمِثْلِهِ وَلَيْسَ لَهُ نَسَبٌ مَعْرُوفٌ هَذَا ابْنِي (وَنَبَتَ عَلَى ذَلِكَ) ثَبَتَ النَّسَبُ فَيُعْتَقُ عَلَيْهِ. وَمَعْنَى قَوْلِهِ ثَبَتَ عَلَى ذَلِكَ وَلَمْ يَدَّعِ بِهِ الْكِرَامَةَ وَالشَّفَقَةَ، كَذَا فِي شَرْحِ الْقُدُورِيِّ لِأَبِي الْفَضْلِ، حَتَّى لَوْ ادَّعَى ذَلِكَ صُدِّقَ. وَقِيلَ الثَّبَاتُ شَرْطُ النَّسَبِ لَكَوْنِ الرَّجُوعِ عَنْهُ صَحِيحًا دُونَ الْعِتْقِ. وَقِيلَ هُوَ شَرْطُ اتِّفَاقِيٍّ. وَقَوْلُهُ (لَأَنَّ) وَلَايَةَ الدَّعْوَةِ بِالْمِلْكِ ثَابِتَةٌ وَالْعَبْدُ مُحْتَاجٌ إِلَى النَّسَبِ لِأَنَّهُ لَيْسَ لَهُ نَسَبٌ مَعْرُوفٌ فَيُثْبِتُ نَسَبَهُ (وَإِذَا ثَبَتَ عَتَقَ لَاسْتِنَادَ النَّسَبِ إِلَى وَقْتِ الْعُلُوقِ وَإِنْ كَانَ لَهُ نَسَبٌ مَعْرُوفٌ تَعَذَّرَ ثُبُوتُ النَّسَبِ لَكِنَّهُ يَغْنَقُ إِعْمَالًا لِلْفِظِ فِي مَجَازِهِ عِنْدَ تَعَذُّرِ الْحَقِيقَةِ) وَسَيَجِيءُ بَيَانُ تَجَوُّزِ الْمَجَازِ (وَلَوْ قَالَ هَذَا مَوْلَايَ) ظَاهِرٌ.

وَقِيلَ مَا ذَكَرَ الْمُصَنِّفُ مِنْ مَعْنَى الْمَوْلَى هُوَ الْمَشْهُورُ فَاقْتَصَرَ عَلَيْهِ وَهُوَ يُسْتَعْمَلُ فِي ثَلَاثَةِ وَعِشْرِينَ مَعْنَى، ذَكَرَهُ ابْنُ الْأَثِيرِ.

أَمَّا مَجِئُهُ بِمَعْنَى النَّاصِرِ فَكَأَنَّ فِي قَوْلِهِ تَعَالَى ﴿ذَلِكَ بِأَنَّ اللَّهَ مَوْلَى الَّذِينَ آمَنُوا﴾

وَأَنَّ الْكَافِرِينَ لَا مَوْلَى لَهُمْ ﴿ [محمد: ١١] وَأَمَّا بِمَعْنَى ابْنِ الْعَمِّ فَكَمَا فِي قَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَإِنِّي خِفْتُ الْمَوَالِيَ مِنْ وَرَأَى﴾ [مریم: ٥] وَقَوْلُهُ (وَالثَّالِثُ نَوْعٌ مَجَازٍ يَعْنِي الْمَوَالَاةَ فِي الدِّينِ لِأَنَّ الْمَوْلَى مُشْتَقٌّ مِنَ الْوَلِيِّ وَهُوَ الْقُرْبُ وَلَا قُرْبَ بَيْنَ الْمَشْرِقِيِّ وَالْمَغْرِبِيِّ مِنْ حَيْثُ الْحَقِيقَةُ وَلَا مِنْ حَيْثُ النَّسَبُ وَلَا مِنْ حَيْثُ الْمَكَانُ فَيُعْتَبَرُ الْقُرْبُ مِنْ حَيْثُ الدِّينُ وَلِهَذَا جَازَ نَفِيُّهُ، كَذَا فِي بَعْضِ الشُّرُوحِ وَمُصَحَّحُهُ الْفَرَضُ وَالتَّقْدِيرُ.

وَقَوْلُهُ (فَالْتَحَقَّ بِالصَّرِيحِ) يَعْنِي بِدَلَالَةِ الْحَالِ فِي الْمَحَلِّ وَهُوَ كَوْنُهُ عَبْدًا. وَقَوْلُهُ (وَأَمَّا الثَّانِي) يَعْنِي بِهِ قَوْلُهُ يَا مَوْلَايَ. وَقَوْلُهُ (بِخِلَافِ مَا ذُكِرَ) يَعْنِي قَوْلُهُ يَا سَيِّدِي يَا مَالِكِي لِأَنَّهُ لَيْسَ فِيهِ مَا يَخْتَصُّ بِالْعَتَقِ، مَعْنَاهُ أَنَّ مَعْنَى قَوْلِهِ يَا مَوْلَايَ يَا مَنْ عَلَيْهِ وَلَاءُ الْعِتَاقَةِ حَيْثُ تُعَيَّنُ الْأَسْفَلُ مُرَادًا فَيُثَبِّتُ بِهِذَا الْقَوْلُ مَا يَخْتَصُّ بِالْعَتَقِ وَهُوَ الْوَلَاءُ وَهُوَ يَقْتَضِي سَابِقَةَ الْعَتَقِ، بِخِلَافِ قَوْلِهِ يَا سَيِّدِي يَا مَالِكِي فَإِنَّ مَعْنَاهُ يَا مَنْ لَهُ السِّيَادَةُ وَالْمَلِكُ عَلَيَّ وَلَمْ يَثْبُتْ بِهِ شَيْءٌ يَخْتَصُّ بِالْعَتَقِ فَيَحْمَلُ عَلَى الْمَجَازِ وَهُوَ الْإِكْرَامُ وَالتَّلَطُّفُ.

(وَلَوْ قَالَ يَا ابْنِي أَوْ يَا أَخِي لَمْ يَعْتَقِ) لِأَنَّ النَّدَاءَ لِإِعْلَامِ الْمُنَادَى إِلَّا أَنَّهُ إِذَا كَانَ بِوَصْفٍ يُمَكِّنُ إِثْبَاتَهُ مِنْ جِهَتِهِ كَانَ لِتَحْقِيقِ ذَلِكَ الْوَصْفِ فِي الْمُنَادَى اسْتِحْضَارًا لَهُ بِالْوَصْفِ الْمَخْصُوصِ كَمَا فِي قَوْلِهِ يَا حُرُّ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ، وَإِذَا كَانَ النَّدَاءُ بِوَصْفٍ لَا يُمَكِّنُ إِثْبَاتَهُ مِنْ جِهَتِهِ كَانَ لِلْإِعْلَامِ الْمَجْرَدِ دُونَ تَحْقِيقِ الْوَصْفِ فِيهِ لَتَعَدُّرِهِ وَالْبُتُوَّةُ لَا يُمَكِّنُ إِثْبَاتَهَا حَالَةَ النَّدَاءِ مِنْ جِهَتِهِ لِأَنَّهُ لَوْ اُنْخَلَقَ مِنْ مَاءٍ غَيْرِهِ لَا يَكُونُ ابْنًا لَهُ بِهِذَا النَّدَاءِ فَكَانَ لِمَجْرَدِ الْإِعْلَامِ. وَيُرْوَى عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ شَاذًا أَنَّهُ يُعْتَقُ فِيهِمَا وَالْاعْتِمَادُ عَلَى الظَّاهِرِ. وَلَوْ قَالَ: يَا ابْنُ لَا يُعْتَقُ لِأَنَّ الْأَمْرَ كَمَا أَخْبَرَ فَإِنَّهُ ابْنُ أَبِيهِ، وَكَذَا إِذَا قَالَ: يَا بُنَيَّ أَوْ يَا بُنَيْتًا لِأَنَّهُ تَصْغِيرُ الْإِبْنِ وَالْبِنْتِ مِنْ غَيْرِ إِضَافَةٍ وَالْأَمْرُ كَمَا أَخْبَرَ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلَوْ قَالَ يَا ابْنِي أَوْ يَا أَخِي لَمْ يَعْتَقِ) فُرِّقَ بَيْنَهُمَا وَبَيَّنَّ قَوْلُهُ يَا حُرُّ فِي وَقُوعِ الْعَتَقِ بِهِ دُونَهُمَا لِأَنَّ النَّدَاءَ إِذَا كَانَ بِوَصْفٍ يُمَكِّنُ إِثْبَاتَهُ مِنْ جِهَتِهِ كَانَ النَّدَاءُ لِتَحْقِيقِ ذَلِكَ الْوَصْفِ فِي الْمُنَادَى اسْتِحْضَارًا لَهُ بِالْوَصْفِ الْمَخْصُوصِ كَمَا هُوَ فِي قَوْلِهِ يَا حُرُّ فَإِنَّهُ قَادِرٌ عَلَى إِثْبَاتِ صِفَةِ الْحُرِّيَّةِ فِيهِ مِنْ جِهَتِهِ فِي الْحَالِ (عَلَى مَا بَيَّنَّا) يَعْنِي فِي

قوله لأنه نداء بما هو صريح وهو لاستحضار المنادى إلخ، وإذا كان بوصف لا يمكن إثباته من جهته كان للإعلام المجرد دون تحقيق الوصف فيه لتعذره، والبنوة لا يمكن إثباتها حالة النداء من جهته لأنه لو أنخلق من ماء غيره لا يكون ابناً له بهذا النداء فكان لمجرد الإعلام، هذا ظاهر الرواية (وروى الحسن عن أبي حنيفة أن يعتق فيهما) أي في قوله يا ابني يا أخي. والحاصل أن العتق يقع بالنداء بثلاثة ألفاظ في ظاهر الرواية يا حرّ يا عتيق يا مولاي، وفي رواية الحسن بخمسة ألفاظ بالثلاثة المذكورة ويقول يا ابني يا أخي والاعتماد على الظاهر. وقوله (ولو قال يا ابن) ظاهر.

(وإن قال لغلام لا يولد مثله لئله هذا ابني عتق عند أبي حنيفة رحمه الله) وقالوا: لا يعتق وهو قول الشافعي رحمه الله لهم أنه كلام محال الحقيقة فيرد فيلغو كتّوله اعتقتك قبل أن أخلق أو قبل أن تخلق.

ولأبي حنيفة رحمه الله أنه كلام محال بحقيقته لكنه صحيح بمجازه لأنه إخبار عن حرّيته من حين ملكه، وهذا لأن البنوة في المملوك سبب لحرّيته، إما إجماعاً أو صلةً للقرباة، وإطلاق السبب وإرادة المسبب مستجاز في اللغة تجوزاً، ولأن الحرّية ملازمة للبنوة في المملوك والمشابهة في وصف ملازم من طرق المجاز على ما عرفت فيحمل عليه تحرّراً عن الإلغاء، بخلاف ما استشهد به لأنه لا وجه له في المجاز فتعين الإلغاء، وهذا بخلاف ما إذا قال لغيره قطعت يدك فأخرجتهما صحيحتين حيث لم يجعل مجازاً عن الإقرار بالمال والتزامه وإن كان القطع سبباً لوجوب المال لأن القطع خطأ سبب لوجوب مال مخصوص وهو الأرض، وأنه يخالف مطلق المال في الوصف حتى وجب على العاقلة في سنتين ولا يمكن إثباته بدون القطع، وما أمكن إثباته فالقطع ليس بسبب له، أما الحرّية فلا تختلف ذاتاً وحكماً فأمكن جعله مجازاً عنه. ولو قال: هذا أبي أو أمي ومثله لا يولد لئلهما فهو على الخلاف لما بينّا، ولو قال لصبي صغير: هذا جدّي قيل: هو على الخلاف. وقيل: لا يعتق بالإجماع لأن هذا الكلام لا موجب له في الملك إلا بواسطة وهو الأب وهي غير ثابتة في كلامه فتعذر أن يجعل مجازاً عن الموجب. بخلاف الأبوة والبنوة لأن لهما موجباً في الملك من غير واسطة، ولو قال: هذا أخي لا يعتق في ظاهر الرواية، وعن أبي حنيفة رحمه الله يعتق.

وَوَجْهَ الرُّوَايَتَيْنِ مَا بَيَّنَّاهُ. وَلَوْ قَالَ لَعَبْدِهِ هَذَا ابْنَتِي فَقَدْ قِيلَ عَلَى الْخِلَافِ، وَقِيلَ هُوَ بِالْإِجْمَاعِ لِأَنَّ الْمَشَارَ إِلَيْهِ لَيْسَ مِنْ جِنْسِ الْمَسْمُومِ فَتَعَلَّقَ الْحُكْمُ بِالْمَسْمُومِ وَهُوَ مَعْدُومٌ فَلَا يُعْتَبَرُ وَقَدْ حَقَّقْنَاهُ فِي النَّكَاحِ.

الشرح:

قَالَ (وَإِنْ قَالَ لِعُلَامٍ لَا يُولَدُ مِثْلُهُ لِمِثْلِهِ) إِذَا قَالَ لَعَبْدِهِ وَهُوَ أَكْبَرُ سِنًا مِنْهُ (هَذَا ابْنِي عَتَقَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا لَا يَعْتَقُ) وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ أَوَّلًا (وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ) وَأَصْلُ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ أَنَّ الْمَجَازَ خَلَفَ عَنِ الْحَقِيقَةِ فِي الْحُكْمِ عِنْدَهُمَا، وَفِي التَّكْلُمِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ عَلَى مَا عُرِفَ فِي الْأُصُولِ وَقَدْ قَرَّرْنَاهُ فِي التَّفْهِيمِ فَقَالَا: الْحُكْمُ هَاهُنَا مُحَالٌ فَلَا يُتَصَوَّرُ الْمَجَازُ، بِخِلَافِ الْأَصْغَرِ سِنًا فَإِنَّ الْحَقِيقَةَ فِيهِ مُتَصَوَّرَةٌ لِإِمْكَانِ أَنْ يَكُونَ الْعُلُوقُ مِنْهُ وَاشْتَهَرَ نَسَبُهُ مِنْ غَيْرِهِ فَصَارَ كَمَا لَوْ قَالَ أَعْتَقْتُكَ قَبْلَ أَنْ أُخْلُقَ أَوْ تُخْلُقَ. وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: تَصَوَّرُ حُكْمُ الْحَقِيقَةِ لَيْسَ بِشَرْطٍ، فَإِنَّهُ لَوْ قَالَ حُرَّةٌ اشْتَرَيْتُكَ بِكَذَا كَانَ نِكَاحًا صَحِيحًا، وَالْحُرَّةُ لَيْسَتْ بِمَحَلٍّ لِلْبَيْعِ بَلِ الشَّرْطُ صِحَّةُ التَّكْلُمِ. وَقَوْلُهُ هَذَا ابْنِي كَلَامٌ صَحِيحٌ فِي مَحَلِّهِ مِنْ مُبْتَدَأٍ وَخَبَرٍ وَهُوَ مَلْزُومٌ لِقَوْلِهِ هَذَا حُرٌّ مِنْ حِينَ مَلَكَتْ لِأَنَّ الْبُتُوَّةَ إِذَا ثَبَتَتْ فِي الْمَمْلُوكِ كَانَ حُرًّا مِنْ حِينَ الْعُلُوقِ وَذَكَرَ الْمَلْزُومَ وَإِرَادَةُ الْإِلَازِمِ هُوَ الْمَجَازُ فَصَارَ كَأَنَّهُ قَالَ هَذَا حُرٌّ مِنْ حِينَ مَلَكَتْهُ وَذَلِكَ يُوجِبُ الْعِتْقَ لَا مَحَالَةَ فَيَحْمَلُ عَلَى ذَلِكَ تَصْحِيحًا لِكَلَامِهِ، بِخِلَافِ مَا أُسْتَشْهِدَ بِهِ عَلَى بِنَاءِ الْمَفْعُولِ لِأَنَّهُ لَا وَجْهَ لِلْمَجَازِ إِذْ لَيْسَ قَوْلُهُ أَعْتَقْتُكَ قَبْلَ أَنْ أُخْلُقَ مَلْزُومًا لِقَوْلِهِ أَنْتَ حُرٌّ مِنْ حِينَ مَلَكَتْ لِأَنَّ الْأَوَّلَ يَقْتَضِي عَدَمَ وُرُودِ الْمَلِكِ عَلَيْهِ وَالثَّانِي يَقْتَضِي وُرُودَهُ الْبُتُوَّةَ، وَالشَّيْءُ لَا يَكُونُ مَلْزُومًا لِمَا يُنَافِيهِ وَإِلَّا لَزِمَ انْفِكَاكُ الْمَلْزُومِ عَنِ الْإِلَازِمِ وَهُوَ مُحَالٌ.

وَقَوْلُهُ (وَهَذَا يُخَالِفُ مَا إِذَا قَالَ لَغَيْرِهِ قَطَعْتَ يَدَكَ فَأَخْرَجَهُمَا صَحِيحَتَيْنِ) جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ لَوْ كَانَ صِحَّةُ ذِكْرِ الْمَلْزُومِ وَإِرَادَةُ الْإِلَازِمِ مُحَوَّرَةً لِلْمَجَازِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ الْحُكْمُ مُتَصَوَّرًا لَوَجَبَ عَلَيْهِ الْأَرُشُ فِي الصُّورَةِ الْمَذْكُورَةِ لِأَنَّ الْقَطْعَ خَطَأً سَبَبٌ لَوْجُوبِ الْمَالِ فَيَكُونُ قَوْلُهُ قَطَعْتَ يَدَكَ مَجَازًا عَنْ قَوْلِهِ لَكَ عَلَيَّ خَمْسَةُ آلَافٍ دِرْهَمٍ وَالْإِلَازِمُ بَاطِلٌ فَالْمَلْزُومُ مِثْلُهُ. وَتَفْهِيمُ جَوَابِهِ أَنَّ الْقَطْعَ خَطَأً لَيْسَ بِسَبَبٍ لِمَالٍ مُطْلَقٍ بَلِ لِمَا يُخَالِفُ الْمَالِ الْمَطْلُوقَ فِي الْوَصْفِ وَهُوَ الْأَرُشُ. حَتَّى وَجَبَ عَلَى الْعَاقِلَةِ فِي سِتِّينَ بِلَفْظٍ

التَّشْبِيهَ كَذَا فِي النَّهَائَةِ، وَذَلِكَ الْمَالُ الَّذِي هُوَ مُسَبَّبٌ عَنِ الْقَطْعِ لَا يُمَكِّنُ إِثْبَاتَهُ بِدُونِ الْقَطْعِ، فَمَا هُوَ مُسَبَّبٌ لَا يُمَكِّنُ إِثْبَاتَهُ، وَمَا يُمَكِّنُ إِثْبَاتَهُ لَيْسَ بِمُسَبَّبٍ.

وَحَاصِلُهُ أَنَّ هَذِهِ الصُّورَةَ مِمَّا تَعَذَّرَ فِيهِ الْحَقِيقَةُ وَالْمَجَازُ فَيُلْعَوُ، أَمَّا الْحَقِيقَةُ فَظَاهِرَةٌ، وَأَمَّا الْمَجَازُ فَلَأَنَّ قَطْعَ الْيَدِ خَطَأً مَلْزُومٌ لِلأَرْضِ الَّذِي هُوَ مَلْزُومٌ لِلْقَطْعِ وَاللَّازِمُ وَهُوَ الْقَطْعُ مُتَتَفٍ فَاَلْمَلْزُومُ وَهُوَ الْأَرْضُ كَذَلِكَ.

وَقَوْلُهُ (أَمَّا الْحُرِّيَّةُ لَا تَخْتَلِفُ) مَعْنَاهُ الْحُرِّيَّةُ الَّتِي جَعَلْنَا قَوْلَهُ هَذَا ابْنِي وَهِيَ الْحُرِّيَّةُ مِنْ حِينَ مَلَكَ مَجَازًا عَنْهَا لَا تَخْتَلِفُ ذَاتًا وَهُوَ زَوَالُ الرِّقِّ وَلَا حُكْمًا وَهُوَ صِلَاحِيَّتُهُ لِلْقَضَاءِ وَالشَّهَادَةِ وَالْوَلَايَاتِ كُلِّهَا (فَأَمَكَّنَ جَعَلَهُ) أَيُّ جَعَلَ قَوْلَهُ هَذَا ابْنِي (مَجَازًا عَنْهُ) أَيُّ عَنْ الْحُرِّيَّةِ عَلَى تَأْوِيلِ الْعَتَقِ أَوْ الْمَذْكُورِ (وَلَوْ قَالَ هَذَا أَبِي أَوْ أُمِّي وَمِثْلُهُ لَا يُوَلَّدُ لِمِثْلِهِمَا فَهُوَ عَلَى الْخِلَافِ) وَهُوَ الْأَظْهَرُ. وَقَوْلُهُ (لَمَّا بَيَّنَّا) يَعْنِي مِنَ الْوَجْهِ فِي الْجَانِبَيْنِ فِي قَوْلِهِ هَذَا ابْنِي (وَلَوْ قَالَ لَصَبِي صَغِيرٌ هَذَا جَدِّي قِيلَ هُوَ عَلَى الْخِلَافِ) وَالْوَجْهُ مَا تَقَدَّمَ (وَقِيلَ لَا يَعْتَقُ بِالْإِجْمَاعِ لِأَنَّ هَذَا الْكَلَامَ لَا مُوجِبَ لَهُ فِي الْمَلِكِ مِنْ بُنُوَّةٍ أَوْ حُرِّيَّةٍ) إِلَّا بِوَاسِطَةٍ وَهُوَ الْأَبُ وَهِيَ غَيْرُ ثَابِتَةٍ فِي كَلَامِهِ (فَتَعَذَّرَ أَنْ يُجْعَلَ مَجَازًا عَنْ الْمَوْجِبِ) وَهَذَا يُشِيرُ إِلَى أَنَّ الْوَاسِطَةَ لَوْ كَانَتْ مَذْكُورَةً مِثْلَ أَنْ يَقُولَ هَذَا جَدِّي أَبُو أَبِي عَتَقَ وَقَدْ ذَكَرَهُ بَعْضُ الشَّارِحِينَ (بِخِلَافِ الْأَبُوَّةِ وَالْبُنُوَّةِ) لِأَنَّ لَهَا مُوجِبًا فِي الْمَلِكِ بِلا وَاسِطَةٍ وَلَوْ قَالَ هَذَا أَخِي لَا يَعْتَقُ فِي ظَاهِرِ الرَّوَايَةِ. وَرَوَى الْحَسَنُ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ يَعْتَقُ، وَوَجْهُ الرُّوَايَتَيْنِ مَا بَيَّنَّا) أَمَّا وَجْهُ رَوَايَةِ الْعَتَقِ فَمَا ذَكَرَهُ بِقَوْلِهِ وَهَذَا لِأَنَّ الْبُنُوَّةَ فِي الْمَمْلُوكِ سَبَبُ الْحُرِّيَّةِ إِنْ لَمْ يَكُنْ هَاهُنَا الْأُخُوَّةُ فِي الْمَلِكِ تُوجِبُ الْعَتَقَ، وَأَمَّا وَجْهُ رَوَايَةِ عَدَمِ الْعَتَقِ فَلَقَوْلِهِ فِي مَسْأَلَةِ الْجَدِّ لِأَنَّ هَذَا الْكَلَامَ لَا مُوجِبَ لَهُ فِي الْمَلِكِ إِلَّا بِوَاسِطَةٍ، وَكَذَلِكَ هَاهُنَا الْأُخُوَّةُ لَا تُكُونُ إِلَّا بِوَاسِطَةِ الْأَبِ أَوْ الْأُمِّ لِأَنَّهَا عِبَارَةٌ عَنْ مَجَاوَرَةٍ فِي صُلْبٍ أَوْ رَحِمٍ وَهَذِهِ الْوَاسِطَةُ غَيْرُ مَذْكُورَةٍ. وَلَا مُوجِبَ لِهَذِهِ الْكَلِمَةِ بِدُونِ هَذِهِ الْوَاسِطَةِ.

قَالَ فِي الْمَبْسُوطِ: إِنَّ اخْتِلَافَ الرُّوَايَتَيْنِ فِي الْأَخِ إِنَّمَا كَانَ إِذَا ذَكَرَهُ مُطْلَقًا بِأَنْ قَالَ هَذَا أَخِي، فَأَمَّا إِذَا ذَكَرَهُ مُقَيَّدًا وَقَالَ هَذَا أَخِي لِأَبِي أَوْ لِأُمِّي فَيَعْتَقُ مِنْ غَيْرِ تَرَدُّدٍ لَمَّا أَنَّ مُطْلَقَ الْأُخُوَّةِ مُشْتَرَكٌ قَدْ يُرَادُ بِهَا الْأُخُوَّةُ فِي الدِّينِ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ

إِخْوَةٌ» [الحجرات: ١٠] وَقَدْ يُرَادُ بِهَا الْأَتْحَادُ فِي الْقَبِيلَةِ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿وَالِإِلَىٰ عَادٍ أَخَاهُمْ هُودًا﴾ [الأعراف: ٦٥] وَقَدْ يُرَادُ بِهَا الْأُخُوَّةُ فِي النَّسَبِ، وَالْمُشْتَرَكُ لَا يَكُونُ حُجَّةً.

فَإِنْ قِيلَ: الْبُنُوَّةُ أَيْضًا تَخْتَلِفُ بَيْنَ نَسَبٍ وَرِضَاعٍ فَكَيْفَ يَثْبُتُ الْعِتْقُ بِإِطْلَاقِ قَوْلِهِ هَذَا ابْنِي؟ أَجِيبَ بِأَنَّ الْبُنُوَّةَ مِنَ الرِّضَاعِ مَجَازٌ، وَالْمَجَازُ لَا يُعَارِضُ الْحَقِيقَةَ (وَلَوْ قَالَ لَعَبْدِهِ هَذَا ابْنَتِي فَقَدْ قِيلَ هُوَ عَلَى الْخِلَافِ. وَقِيلَ هُوَ) أَيُّ عَدَمِ الْعِتْقِ (بِالْإِجْمَاعِ لِأَنَّ الْمَشَارَإِلِيهِ لَيْسَ مِنْ جِنْسِ الْمُسَمَّى) لِأَنَّ الذُّكُورَ وَالْإِنَاثَ مِنْ بَنِي آدَمَ جِنْسَانِ مُخْتَلِفَانِ؛ وَإِذَا لَمْ يَكُنْ الْمَشَارُإِلِيهِ مِنْ جِنْسِ الْمُسَمَّى يَتَعَلَّقُ الْحُكْمُ بِالْمُسَمَّى لَمَّا تَقَدَّمَ فِي كِتَابِ النِّكَاحِ، وَالْمُسَمَّى هَاهُنَا مَعْدُومٌ فَلَا يَكُونُ مُعْتَبَرًا حَقِيقَةً وَلَا مَجَازًا عَنِ الْإِبْنِ لِعَدَمِ الْمُلَازِمَةِ بَيْنَهُمَا.

(وَإِنْ قَالَ لِأَمَتِهِ: أَنْتِ طَالِقٌ أَوْ بَائِنٌ أَوْ تَحْمِيرِي وَنَوَى بِهِ الْعِتْقَ لَمْ تُعْتَقِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تُعْتَقُ إِذَا نَوَى، وَكَذَا عَلَى هَذَا الْخِلَافِ سَائِرُ أَفْظَاظِ الصَّرِيحِ وَالْكِنَايَةِ عَلَى مَا قَالَ مَشَايِخُهُمْ رَحِمَهُمُ اللَّهُ لَهُ أَنَّهُ نَوَى مَا يَحْتَمِلُهُ لَفْظُهُ لِأَنَّ بَيْنَ الْمَلِكَيْنِ مُوَافَقَةً إِذْ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَلِكُ الْعَيْنِ، أَمَّا مَلِكُ الْيَمِينِ فَظَاهِرٌ، وَكَذَلِكَ مَلِكُ النِّكَاحِ فِي حُكْمِ مَلِكِ الْعَيْنِ حَتَّى كَانَ التَّأْيِيدُ مِنْ شَرْطِهِ وَالتَّأْقِيتُ مُبْطِلًا لَهُ وَعَمَلُ اللَّفْظَيْنِ فِي إِسْقَاطِ مَا هُوَ حَقُّهُ وَهُوَ الْمَلِكُ وَلِهَذَا يَصِحُّ التَّعْلِيقُ فِيهِ بِالشَّرْطِ.

أَمَّا الْأَحْكَامُ فَتَثْبُتُ سَبَبٌ سَابِقٌ وَهُوَ كَوْنُهُ مَكْلَفًا، وَلِهَذَا يَصْلُحُ لَفْظُهُ الْعِتْقُ وَالْتَّحْرِيرُ كِنَايَةً عَنِ الطَّلَاقِ فَكَذَا عَكْسُهُ. وَلَنَا أَنَّهُ نَوَى مَا لَا يَحْتَمِلُهُ لَفْظُهُ لِأَنَّ الْإِعْتِاقَ لَفْعٌ إِثْبَاتُ الْقُوَّةِ وَالطَّلَاقُ رَفْعُ الْقَيْدِ، وَهَذَا لِأَنَّ الْعَبْدَ الْحَقَّ بِالْجَمَادَاتِ وَبِالْإِعْتِاقِ يَحْيَا فَيَقْدِرُ، وَلَا كَذَلِكَ الْمُنْكَوْحَةُ فَإِنَّهَا قَادِرَةٌ إِلَّا أَنْ قَيْدُ النِّكَاحِ مَانِعٌ وَيَا لَطَّلَاقٍ يَرْتَفَعُ الْمَانِعُ فَتُظْهَرُ الْقُوَّةُ وَلَا خَفَاءُ أَنَّ الْأَوَّلَ أَقْوَى، وَلِأَنَّ مَلِكَ الْيَمِينِ فَوْقَ مَلِكِ النِّكَاحِ فَكَانَ إِسْقَاطُهُ أَقْوَى وَاللَّفْظُ يَصْلُحُ مَجَازًا عَمَّا هُوَ دُونَ حَقِيقَتِهِ لَا عَمَّا هُوَ فَوْقَهُ، فَلِهَذَا امْتَنَعَ فِي الْمُتَنَازَعِ فِيهِ وَانْسَإَغَ فِي عَكْسِهِ.

الشرح:

(قَوْلُهُ وَإِنْ قَالَ لِأَمَتِهِ أَنْتِ طَالِقٌ أَوْ بَائِنٌ) ظَاهِرٌ إِلَى قَوْلِهِ وَعَمَلُ اللَّفْظَيْنِ وَهُوَ جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ الْإِعْتِاقُ إِثْبَاتُ الْقُوَّةِ وَلِهَذَا تَثْبُتُ بِهِ الْأَحْكَامُ مِثْلُ الْأَهْلِيَّةِ وَالْوِلَايَةِ

وَالشَّهَادَةُ فَأَنَّى يُشْبِهُ الطَّلَاقَ الَّذِي هُوَ إِسْقَاطُ مُحْضٍ. وَتَقْرِيرُ الْجَوَابِ الْإِعْتِقَاقُ أَيْضًا
إِسْقَاطُ بَدِيلٍ صِحَّةِ التَّغْلِيْقِ فِيهِمَا، وَأَمَّا الْأَحْكَامُ فَلَيْسَتْ بِوَارِدَةٍ لِأَنَّهَا ثَابِتَةٌ بِسَبَبِ سَابِقٍ
وَهُوَ كَوْنُهُ أَدَمِيًّا مُكَلَّفًا غَيْرَ أَنَّ الْإِعْتِقَاقَ إِزَالَةَ الْمَانِعِ فَاسْتَوَى الْإِعْتِقَاقُ وَالطَّلَاقُ.

وَقَوْلُهُ (وَلِهَذَا) أَيُّ وَلِكَوْنِ الْعِتْقِ مُحْتَمَلٌ لَفْظُهُ (يَصْلُحُ لَفْظَةُ الْعِتْقِ وَالتَّحْرِيرِ كِتَابَةً
عَنِ الطَّلَاقِ فَكَذَا عَكْسُهُ) لِأَنَّ مَبْنَى الْمَجَازِ عَلَى الْمُنَاسَبَةِ وَالشَّيْءُ لَا يُنَاسِبُ شَيْئًا إِلَّا
الشَّيْءُ الْآخِرُ يُنَاسِبُهُ، وَإِنَّمَا قَالَ عَلَى مَا قَالَهُ مَشَايِخُهُمْ لِأَنَّ الْمَنْصُوصَ عَنِ الشَّافِعِيِّ لَفْظَةُ
الطَّلَاقِ فَحَسَبُ وَأَصْحَابُهُ قَاسُوا عَلَيْهَا سَائِرَ الْأَفَاقِ الصَّرِيحِ وَالْكِنَايَةِ وَلَنَا أَنَّهُ نَوَى مَا لَا
يَحْتَمِلُهُ كَلَامُهُ) لِأَنَّهُ لَا مُنَاسَبَةَ بَيْنَهُمَا تُجَوِّزُ الِاسْتِعَارَةَ لِأَنَّ الْإِعْتِقَاقَ لُغَةً إِبْتِاثُ الْقُوَّةِ
مَأْخُودٌ مِنْ قَوْلِهِمْ عَتَقَ الطَّيْرُ: إِذَا قَوَى وَطَارَ عَنْ وَكْرِهِ، وَفِي الشَّرْعِ أَيْضًا كَذَلِكَ لِأَنَّ
الْعَبْدَ أُلْحِقَ بِالْجَمَادَاتِ وَبِالْإِعْتِقَاقِ يَحْيَا فَيَقْدِرُ. وَالطَّلَاقُ فِي اللُّغَةِ رَفْعُ الْقَيْدِ مَأْخُودٌ مِنْ
قَوْلِهِمْ أَطْلَقْتُ الْبَعِيرَ عَنِ الْقَيْدِ إِذَا حَلَلْتَهُ وَهُوَ عِبَارَةٌ عَنْ رَفْعِ الْمَانِعِ عَنِ الْإِطْلَاقِ لَا
إِبْتِاثُ قُوَّةِ الْإِطْلَاقِ، وَكَذَلِكَ فِي الشَّرْعِ لِأَنَّ الْمَنْكُوحَةَ لَمْ تَزَلْ مَالِكِيَّةً فَإِنَّهَا قَادِرَةٌ إِلَّا
أَنَّ قَيْدَ النِّكَاحِ مَانِعٌ وَبِالطَّلَاقِ يَرْتَفِعُ الْمَانِعُ فَتُظْهَرُ الْقُوَّةُ وَلَيْسَ بَيْنَ إِبْتِاثِ الْقُوَّةِ الشَّرْعِيَّةِ
فِي مَحَلٍّ لَمْ يَكُنْ وَيَنْ رَفْعِ الْمَانِعِ لِتَعْمَلِ الْقُوَّةُ الثَّابِتَةُ فِي مَحَلِّهَا مُنَاسَبَةً.

وَلَا خَفَاءَ أَنَّ الْأَوَّلَ أَقْوَى وَالْأَدْنَى لَا يَصْلُحُ أَنْ يَكُونَ مُسْتَعَارًا لِلأَعْلَى عَلَى مَا
نَذَكَّرُ، وَلِأَنَّ مِلْكَ الْيَمِينِ فَوْقَ مِلْكِ النِّكَاحِ لِأَنَّ مِلْكَ الْيَمِينِ قَدْ يَسْتَلْزِمُ مِلْكَ الْمُتَعَةِ إِذَا
صَادَفَ الْجَوَارِيَّ الْحَالِيَةَ عَمَّا يَمْنَعُ عَنِ الْاسْتِمْتَاعِ بِهِنَّ، وَأَمَّا مِلْكَ النِّكَاحِ فَلَا يَسْتَلْزِمُ
مِلْكَ الْيَمِينِ أَصْلًا، وَكُلُّ مَا كَانَ هُوَ أَقْوَى فَإِسْقَاطُهُ أَقْوَى فَمِلْكَ الْيَمِينِ إِسْقَاطُهُ أَقْوَى
وَاللَّفْظُ يَصْلُحُ مَجَازًا عَمَّا دُونَ حَقِيقَتِهِ لَا عَمَّا هُوَ فَوْقَهُ، وَهَذَا لِأَنَّ مِثْلَ هَذَا الْمَجَازِ إِنَّمَا
يَكُونُ فِيمَا إِذَا وَجَدْتَ وَصْفًا مُشْتَرَكًا بَيْنَ مَلْزُومَيْنِ مُخْتَلَفَيْنِ فِي الْحَقِيقَةِ هُوَ فِي
أَحَدِهِمَا أَقْوَى مِنْهُ فِي الْآخَرِ.

وَأَنْتَ تَرَى إِنْ حَقَّ الْأَضْعَفُ بِالْأَقْوَى عَلَى وَجْهِ التَّسْوِيَةِ بَيْنَهُمَا فَتَدْعِي أَنْ مَلْزُومَ
الْأَضْعَفِ مِنْ جِنْسٍ مَلْزُومَ الْأَقْوَى وَتُطْلَقُ عَلَيْهِ اسْمُ الْأَقْوَى كَمَا إِذَا كَانَ عِنْدَكَ شُجَاعٌ
وَأَنْتَ تُرِيدُ أَنْ تُلْحِقَ جُرْأَتَهُ وَقُوَّتَهُ بِجُرْأَةِ الْأَسَدِ وَقُوَّتِهِ فَتَدْعِي الْأُسْدِيَّةَ لَهُ بِإِطْلَاقِ اسْمِ
الْأَسَدِ عَلَيْهِ. وَهَذَا كَمَا تَرَى إِنَّمَا يَكُونُ بِإِطْلَاقِ اسْمِ الْقَوِيِّ عَلَى الضَّعِيفِ دُونَ الْعَكْسِ.

وَإِذَا ظَهَرَ هَذَا بَعْدَ الْعِلْمِ بِأَنْ إِزَالَهَ مِلْكُ الْيَمِينِ أَقْوَى ظَهَرَ لَكَ جَوَازُ اسْتِعَارَةِ
أَلْفَازِ الْعَتَاقِ لِلطَّلَاقِ دُونَ عَكْسِهِ.

وَالْفَرْقُ بَيْنَ التُّكْتَيْنِ الْمَذْكُورَيْنِ فِي الْكِتَابِ أَنَّ فِي الْأُولَى مَنَعَ الْمُنَاسَبَةَ وَإِظْهَارَ
السُّنْدِ بِأَنَّ الْإِعْتِقَاقَ إِثْبَاتٌ وَالطَّلَاقُ رَفْعٌ فَأَتَى يَتَنَاسَبَانِ، وَفِي الثَّانِي تَسْلِيمٌ أَنَّ كُلًّا مِنْهُمَا
إِسْقَاطٌ لَكِنَّ الْإِعْتِقَاقَ أَقْوَى وَهُوَ يُنَافِي الِاسْتِعَارَةَ.

(وَإِذَا قَالَ لِعَبْدِهِ أَنْتَ مِثْلُ الْحُرِّ لَمْ يُعْتَقَ) لِأَنَّ الْمِثْلَ يُسْتَعْمَلُ لِلْمُشَارَكَةِ فِي بَعْضِ
الْمَعَانِي عُرْفًا فَوَقَعَ الشَّكُّ فِي الْحُرِّيَّةِ (وَلَوْ قَالَ: مَا أَنْتَ إِلَّا حُرٌّ عَتَقَ) لِأَنَّ الِاسْتِثْنَاءَ مِنَ
النَّفْيِ إِثْبَاتٌ عَلَى وَجْهِ التَّأَكِيدِ كَمَا فِي كَلِمَةِ الشَّهَادَةِ (وَلَوْ قَالَ رَأْسُكَ رَأْسُ حُرٍّ لَا
يُعْتَقُ) لِأَنَّهُ تَشْبِيهٌُ بِحَذَفِ حَرْفِهِ (وَلَوْ قَالَ رَأْسُكَ رَأْسُ حُرٍّ عَتَقَ) لِأَنَّهُ إِثْبَاتُ الْحُرِّيَّةِ فِيهِ
إِذَا الرُّأْسُ يُعْبَرُ بِهِ عَنْ جَمِيعِ الْبَدَنِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَإِذَا قَالَ لِعَبْدِهِ أَنْتَ مِثْلُ الْحُرِّ) إِطْلَاقُهُ يُشِيرُ إِلَى أَنَّهُ نَوَى الْعِتْقَ أَوْ لَمْ
يَنْوِ لَمْ يُعْتَقْ. وَذَكَرَ فِي الْمَبْسُوطِ لَمْ يُعْتَقْ إِلَّا بِالْيَتَةِ، وَفِي تَعْلِيلِهِ إِشَارَةٌ إِلَى ذَلِكَ لِأَنَّهُ قَالَ
لِأَنَّ الْمِثْلَ يُسْتَعْمَلُ لِلْمُشَارَكَةِ فِي بَعْضِ الْمَعَانِي عُرْفًا فَوَقَعَ الشَّكُّ فِي الْحُرِّيَّةِ، وَلَا شَكَّ
أَنَّهُ إِذَا نَوَى الْحُرِّيَّةَ زَالَ الشَّكُّ. وَقَوْلُهُ (عُرْفًا) يَجُوزُ أَنْ يُرَادَ بِهِ الْعُرْفُ الْعَامُّ، فَإِنَّ الْعَامَّةَ
يُسْتَعْمَلُونَهُ لِلْمُشَارَكَةِ فِي بَعْضِ الْأَوْصَافِ يَقُولُونَ زَيْدٌ مِثْلُ عَمْرٍو مَثَلًا إِلَّا إِذَا كَانَ
عَمْرٍو مَشْهُورًا بِصِفَةٍ كَعِلْمٍ أَوْ خَطٍّ أَوْ جُودٍ أَوْ غَيْرِهَا، وَيَجُوزُ أَنْ يُرَادَ بِهِ الْعُرْفُ
الْخَاصُّ فَإِنَّ بَعْضَ أَهْلِ الْعِلْمِ يَسْتَعْمَلُونَهُ فِي الْإِتِّحَادِ بِالْحَقِيقَةِ. وَقَوْلُهُ (وَلَوْ قَالَ مَا أَنْتَ
إِلَّا حُرٌّ إلخ) ظَاهِرٌ.

فصل

(وَمَنْ مَلَكَ ذَا رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنْهُ عَتَقَ عَلَيْهِ) وَهَذَا اللفظُ مَرْوِيٌّ عَنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ^(١)،
وَقَالَ ﷺ "مَنْ مَلَكَ ذَا رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنْهُ فَهُوَ حُرٌّ"^(٢) وَاللفظُ بِعُمُومِهِ يَنْتَظِمُ كُلَّ قَرَابَةٍ

(١) أخرجه النسائي في الكبرى (٤٨٩٧)، وانظر نصب الراية (٤١٥/٣).

(٢) أخرجه أبو داود (٣٩٤٩)، والترمذي في الأحكام باب ٢٨، والنسائي في الكبرى (٤٨٩٨)،

وابن ماجه (٢٥٢٤)، وانظر نصب الراية (٤١٦/٣).

مُؤَيَّدَةٌ بِالْمَحْرَمِيَّةِ وَلَدًا أَوْ غَيْرَهُ، وَالشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ يُخَالِفُنَا فِي غَيْرِهِ. لَهُ أَنْ ثُبُوتُ الْعِتْقِ مِنْ غَيْرِ مَرْضَاعِ الْمَالِكِ يَنْفِيهِ الْقِيَاسُ أَوْ لَا يَقْتَضِيهِ، وَالْأُخُوَّةُ وَمَا يُضَاهِيهَا نَازِلَةٌ عَنْ قَرَابَةِ الْوِلَادَةِ فَامْتَنَعَ الْإِلْحَاقُ أَوْ الِاسْتِدْلَالُ بِهِ، وَلِهَذَا امْتَنَعَ التَّكَاتُبُ عَلَى الْمَكَاتِبِ فِي غَيْرِ الْوِلَادِ وَلَمْ يَمْتَنِعْ فِيهِ. وَلَنَا مَا رَوَيْنَا، وَلَأَنَّهُ مَلِكٌ قَرِيبُهُ قَرَابَةٌ مُؤَثَّرَةٌ فِي الْمَحْرَمِيَّةِ فَيَعْتَقُ عَلَيْهِ، وَهَذَا هُوَ الْمُؤَثَّرُ فِي الْأَصْلِ، وَالْوِلَادُ مَلْغِيٌّ لِأَنَّهَا هِيَ الَّتِي يُفْتَرَضُ وَصْلُهَا وَيَحْرَمُ قَطْعُهَا حَتَّى وَجَبَتِ النُّفَقَةُ وَحَرُمَ النِّكَاحُ، وَلَا فَرْقَ بَيْنَ مَا إِذَا كَانَ الْمَالِكُ مُسْلِمًا أَوْ كَافِرًا فِي دَارِ الْإِسْلَامِ لِعُمُومِ الْعِلَّةِ.

وَالْمَكَاتِبُ إِذَا اشْتَرَى أَخَاهُ وَمَنْ يَجْرِي مَجْرَاهُ لَا يَتَكَاتَبُ عَلَيْهِ لِأَنَّهُ لَيْسَ لَهُ مِلْكٌ تَامٌّ يُقَدِّرُهُ عَلَى الْإِعْتِقَاقِ وَالْإِفْتِرَاضِ عِنْدَ الْقُدْرَةِ، بِخِلَافِ الْوِلَادِ لِأَنَّ الْعِتْقَ فِيهِ مِنْ مَقَاصِدِ الْكِتَابَةِ فَامْتَنَعَ الْبَيْعُ فَيَعْتَقُ تَحْقِيقًا لِمَقْصُودِ الْعَقْدِ. وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ يَتَكَاتَبُ عَلَى الْأَخِ أَيْضًا وَهُوَ قَوْلُهُمَا هَلْنَا أَنْ نَمْنَعُ، وَهَذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا مَلَكَ ابْنَتَهُ عَمَّهُ وَهِيَ أُخْتُهُ مِنَ الرِّضَاعِ لِأَنَّ الْمَحْرَمِيَّةَ مَا ثَبَّتَتْ بِالْقَرَابَةِ وَالصَّبِيِّ جُعِلَ أَهْلًا لِهَذَا الْعِتْقِ، وَكَذَا الْمَجْنُونُ حَتَّى عَتَقَ الْقَرِيبُ عَلَيْهِمَا عِنْدَ الْمَلِكِ؛ لِأَنَّهُ تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّ الْعَبْدِ فَشَابَهُ النُّفَقَةُ.

الشرح:

(فصل)

لَمَّا ذَكَرَ الْعِتْقَ الْحَاصِلَ بِالْإِعْتِقَاقِ الْاِخْتِيَارِيِّ الَّذِي هُوَ الْأَصْلُ ذَكَرَ فِي هَذَا الْفَصْلِ عَامَّةَ مَسَائِلِ الْعِتْقِ الَّذِي يَحْصُلُ بِغَيْرِ اخْتِيَارٍ كِارِثٍ قَرِيبِهِ. وَخُرُوجَ عَبْدٍ الْحَرْبِيِّ إِلَيْنَا مُسْلِمًا وَوَلَدَ الْأُمَّةِ مِنْ مَوْلَاهَا، وَالرَّحِمُ فِي الْأَصْلِ وَعَاءُ الْوَلَدِ فِي بَطْنِ أُمِّهِ، ثُمَّ سُمِّيَتْ الْقَرَابَةُ وَصْلَةً مِنْ جِهَةِ الْوِلَادِ رَحِمًا، وَمِنْهُ ذُو الرَّحِمِ، وَالْمَحْرَمُ هُوَ الَّذِي لَا يَجُوزُ النِّكَاحُ بَيْنَهُمَا لَوْ كَانَ أَحَدُهُمَا ذَكَرًا وَالْآخَرُ أُنْثَى «وَمَنْ مَلَكَ ذَا رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنْهُ عَتَقَ عَلَيْهِ»، وَهَذَا اللَّفْظُ مَرْوِيٌّ عَنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ رَوَاهُ عُمَرُ وَعَبْدُ اللَّهِ بْنُ مَسْعُودٍ وَعَائِشَةُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ وَقَالَ ﷺ «مَنْ مَلَكَ ذَا رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنْهُ فَهُوَ حُرٌّ» رَوَاهُ الْخَمْسَةُ إِلَّا النَّسَائِيَّ، وَاللَّفْظُ بِعُمُومِهِ يَتَنَاوَلُ كُلَّ قَرَابَةٍ مُؤَيَّدَةٍ بِالْمَحْرَمِيَّةِ وَلَدًا أَوْ غَيْرَهُ، فَإِنْ قِيلَ الضَّمِيرُ فِي مِثْلِهِ يَعُودُ إِلَى مَنْ كَمَا فِي قَوْلِهِ ﷺ «مَنْ دَخَلَ دَارَ أَبِي سُفْيَانَ فَهُوَ آمِنٌ» وَأَمَثَالُهُ فَلَا يَكُونُ حُجَّةً. أُجِيبَ بِأَنَّ وَقُوعَهُ جَزَاءَ لِقَوْلِهِ "مَنْ مَلَكَ" يَنْبُو عَنْ ذَلِكَ لِثَلَا

يَلَزَمَ تَحْصِيلُ الْحَاصِلِ فَإِنَّ تَمْلُكَهُ يَدُلُّ عَلَى حُرِّيَّتِهِ إِذِ الْمَمْلُوكُ لَا يَمْلِكُ شَيْئًا فَقَوْلُهُ فَهُوَ حُرٌّ لَوْ عَادَ إِلَيْهِ كَانَ تَكَرَّارًا غَيْرَ مُفِيدٍ.

فَإِنْ قِيلَ: صَحَّ عَنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ أَنَّهُ قَالَ «لَنْ يَخْرِيَ وَلَدٌ وَالِدَهُ إِلَّا أَنْ يَجِدَهُ مَمْلُوكًا فَيَشْتَرِيَهُ فَيُعْتِقَهُ» عَطَفَهُ بِالْفَاءِ الَّتِي لِلتَّعْقِيبِ فَلَا يَعْتَقُ مَا لَمْ يُعْتَقَهُ. أُجِيبَ بِأَنَّهُ دَلِيلٌ أَصْحَابِ الظَّوَاهِرِ وَلَيْسَ بِصَحِيحٍ لِلزُّوْمِ التَّعَارُضِ، وَمَحْمَلُهُ أَنَّ مِثْلَهُ يُسْتَعْمَلُ فِي حُصُولِ الثَّانِي بِالْأَوَّلِ لَا بِسَبَبٍ آخَرَ كَمَا يُقَالُ أُطْعِمَهُ فَأَشْبَعَهُ وَسَقَاهُ فَأَرَوَاهُ وَضَرَبَهُ فَأَوْجَعَهُ وَأَمْثَالُ لَهُ. قَوْلُهُ (وَالشَّافِعِيُّ يُخَالِفُنَا فِي غَيْرِهِ) أَيُّ فِي غَيْرِ الْوِلَادِ، وَاسْتَدَلَّ بِأَنَّ ثُبُوتَ الْعِتْقِ مِنْ غَيْرِ مَرَضَةٍ الْمَالِكِ يَنْفِيهِ الْقِيَاسُ أَوْ لَا يَقْتَضِيهِ، وَكُلُّ مَا يَنْفِيهِ الْقِيَاسُ لَا يَلْحَقُ بِهِ شَيْءٌ آخَرُ بِالْقِيَاسِ، وَكُلُّ مَا لَا يَقْتَضِيهِ لَا يَدْخُلُ غَيْرُهُ فِيهِ بِالْإِسْتِدْلَالِ: أَيُّ بِدَلَالَةِ النَّصِّ إِلَّا إِذَا كَانَ الْمُلْحَقُ فِي مَعْنَى الْمُلْحَقِ بِهِ مِنْ كُلِّ وَجْهِ، وَهَاهُنَا لَيْسَ كَذَلِكَ لِأَنَّ قَرَابَةَ الْأُخُوَّةِ وَمَا يُضَاهِيهَا نَازِلَةٌ عَنْ قَرَابَةِ الْوِلَادِ وَلِهَذَا امْتَنَعَ التَّكَاتُّبُ عَلَى الْمَكَاتِبِ فِي غَيْرِ الْوِلَادِ وَلَا يَمْتَنِعُ فِيهِ.

وَلَنَا مَا رَوَيْنَا وَهُوَ قَوْلُهُ ﷺ «مَنْ مَلَكَ ذَا رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنْهُ عَتَقَ عَلَيْهِ» وَلَأَنَّهُ مَلَكَ قَرِيبَهُ قَرَابَةً مُؤَثَّرَةً فِي الْمَحْرَمِيَّةِ. وَكُلُّ مَنْ فَعَلَ ذَلِكَ عَتَقَ عَلَيْهِ، أَمَا أَنَّهُ مَلَكَ ذَلِكَ فَبِالْإِجْمَاعِ، وَأَمَّا أَنْ كُلُّ مَنْ فَعَلَ ذَلِكَ عَتَقَ عَلَيْهِ فَبِالْقِيَاسِ عَلَى الْوِلَادِ لِأَنَّ هَذَا الْمَعْنَى وَهُوَ تَمْلُكُ الْقَرِيبِ الْمَحْرَمِ هُوَ الْعِلَّةُ الْمُؤَثَّرَةُ فِي الْوِلَادِ وَالْوِلَادُ مُلْعَى لَأَنَّهَا أَيُّ الْقَرَابَةِ الْمُؤَثَّرَةِ فِي الْمَحْرَمِيَّةِ هِيَ الَّتِي يُفْتَرَضُ وَصْلُهَا، وَيَحْرُمُ قَطْعُهَا حَتَّى وَجَبَتْ النِّفَقَةُ وَحَرُمَ النِّكَاحُ. أَمَّا حُرْمَةُ النِّكَاحِ فَبِالْإِجْمَاعِ. وَأَمَّا وَجُوبُ النِّفَقَةِ فَمَذْهَبُنَا، لَكِنْ لَمَّا أُثْبِتَ ذَلِكَ مِنْ قَبْلُ بِدَلِيلٍ قَاطِعٍ وَهُوَ قَوْلُهُ تَعَالَى «وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ» كَانَ ثَابِتًا أَلْبَتَّةَ فَاسْتَدَلَّ بِهِ. وَلَمَّا شَاحْنَا هُنَا نُكْتَتَهُ وَهُوَ قَوْلُهُ هَذِهِ قَرَابَةٌ صِيْنَتْ عَنْ أَذْنَى الذَّلِيلِ وَهُوَ ذُلُّ النِّكَاحِ فَلَأَنَّ نُصَانَ عَنْ أَعْلَاهُمَا أُولَى.

فَإِنْ ادَّعَى أَنَّ ذُلَّ النِّكَاحِ أَعْلَى فَتِلْكَ مُكَابَرَةٌ تَسْتَدْعِي تَفْضِيلَ الْإِمَاءِ عَلَى الْحَرَائِرِ وَهُوَ بَاطِلٌ قَطْعًا، وَإِجْمَاعًا عَلَى أَنَّ الرِّضَاعَ يَرْفَعُ ذُلَّ النِّكَاحِ دُونَ الرِّقِّ مِمَّا يَحْسِمُ مَادَّةَ هَذِهِ الْمُكَابَرَةِ فَإِنَّ رَافِعَ الْأَعْلَى يَرْفَعُ الْأَذْنَى لَا مَحَالَةَ، وَلَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ الْمَالِكُ مُسْلِمًا أَوْ كَافِرًا، وَكَذَلِكَ الْمَمْلُوكُ لِعُمُومِ الْعِلَةِ وَهِيَ الْقَرَابَةُ الْمَحْرَمَةُ لِلنِّكَاحِ. فَإِنْ قِيلَ:

هَذِهِ الْقَرَابَةُ إِنْ أُوجِبَتْ الْعَتَقُ أُوجِبَتْ بِاعْتِبَارِ الصَّلَةِ عَلَى مَا أَشَارَ إِلَيْهِ الْمُصَنِّفُ بِقَوْلِهِ هِيَ الَّتِي يُفْتَرَضُ وَصْلُهَا وَقَرَابَةُ الْأُخُوَّةِ لَا تُوجِبُ الصَّلَةَ عِنْدَ اخْتِلَافِ الدِّينِ وَلِهَذَا لَا تَجِبُ التَّفَقُّةُ فَلَا تُوجِبُ الْإِعْتِقَاقُ أَيْضًا.

أُجِيبَ بِأَنَّ عِلَّةَ التَّفَقُّةِ لَيْسَتْ الْقَرَابَةُ الْمُجَرَّدَةُ فِي الْأُخُوَّةِ بَلْ بِصِفَةِ الْوَرَاثَةِ لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ﴾ وَاخْتِلَافُ الدِّينِ يَمْنَعُ الْإِرْثَ فَكَذَا مَا يُبْنَى عَلَيْهِ، وَإِنَّمَا قَالَ أَوْ كَافِرًا فِي دَارِ الْإِسْلَامِ لِأَنَّ الْحَرْبِيَّ لَوْ مَلَكَ فِي دَارِ الْحَرْبِ ذَا رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنْهُ لَمْ يَعْتِقْ، فَإِنَّهُ لَوْ أَعْتَقَهُ لَمْ يَنْفُذْ عِتْقُهُ، فَكَذَا لَا يَعْتِقُ عَلَيْهِ بِالْمَلِكِ. فَإِنْ قِيلَ: عَدَمُ إِنْثَاذِ الْعَتَقِ بِالْإِعْتِقَاقِ لَا يَسْتَلْزِمُ عَدَمَ الْعَتَقِ بِالْمَلِكِ فَإِنَّ الصَّبِيَّ وَالْمَجْنُونِ إِذَا أَعْتَقَا لَمْ يَنْفُذَا، وَأَمَّا إِذَا مَلَكَ ذَا رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنْهُ عَتَقَ.

فَالْجَوَابُ أَنَّ الْأَصْلَ أَنَّ مَا يَقَعُ مِنَ الْعَتَقِ بِالْمَلِكِ يَقَعُ بِالْإِعْتِقَاقِ أَيْضًا لِأَنَّ الْوُقُوعَ بِالْمَلِكِ إِنَّمَا هُوَ بِالْإِزَامِ الشَّرْعِ لِعَدَمِ التَّصَرُّفِ مِنْهُ، وَمَا لَزِمَ بِالْإِزَامِ يَلْزِمُ بِالْإِزَامِ أَيْضًا بِالْإِسْتِقْرَاءِ، إِلَّا أَنَّا تَرَكْنَا هَذَا الْأَصْلَ فِي حَقِّ الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ بِالْمَانِعِ، وَهُوَ أَنَّ الْإِعْتِقَاقَ تَصَرَّفَ ضَارٌّ مِنْ كُلِّ وَجْهِ، وَهُمَا لَيْسَا مِنْ أَهْلِهِ لَمَّا عُرِفَ فِي مَوْضِعِهِ، وَكَذَا إِذَا أَعْتَقَ الْمُسْلِمُ عَبْدًا حَرْبِيًّا فِي دَارِ الْحَرْبِ لَمْ يَعْتِقْ عَلَيْهِ.

قَالَ فِي النَّهَايَةِ: وَبِهَذَا يُعْلَمُ أَنَّ قَوْلَهُ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ فِي الْكِتَابِ مُتَعَلِّقٌ بِمَجْمُوعِ مَا ذَكَرَ قَبْلَهُ مِنْ قَوْلِهِ وَلَا فَرْقَ بَيْنَ مَا إِذَا كَانَ الْمَالِكُ مُسْلِمًا أَوْ كَافِرًا لَا يَنْحَصِرُ تَعَلُّقُهُ بِقَوْلِهِ أَوْ كَافِرًا. وَقَوْلُهُ (وَالْمُكَاتَّبُ إِذَا اشْتَرَى أَخَاهُ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ وَلِهَذَا امْتَنَعَ التَّكَاتُّبُ عَلَى الْمُكَاتَّبِ فِي غَيْرِ الْوِلَادِ. وَتَقْرِيرُهُ: لَا يُسَلِّمُ اللَّهُ لَا يَتَّكَاتَبُ عَلَيْهِ، بَلْ قَدْ رُوِيَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ كَانَ يَتَّكَاتَبُ عَلَى الْأَخِ أَيْضًا. وَلَكِنْ سَلَّمْنَا فَإِنَّمَا لَا يَتَّكَاتَبُ عَلَيْهِ لِأَنَّ الْمُكَاتَّبَ لَيْسَ لَهُ مِلْكٌ تَأَمُّ يَقْدَرُهُ عَلَى الْإِعْتِقَاقِ لِأَنَّهُ عَبْدٌ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ دِرْهَمٌ، وَإِنَّمَا الْحَقُّ بِالْمَلَاكِ فِيمَا هُوَ الْمَقْصُودُ مِنَ الْكِتَابَةِ، وَمَنْ لَا قُدْرَةَ لَهُ عَلَى الْإِعْتِقَاقِ لَا يَعْتِقُ عَلَيْهِ لِأَنَّ فَرَضَ الْمَسْأَلَةِ عِنْدَ الْقُدْرَةِ.

فَإِنْ قِيلَ: لَوْ كَانَ كَذَلِكَ لَمَا عَتَقَ عَلَيْهِ قَرَابَةُ الْوِلَادِ. أَجَابَ بِقَوْلِهِ بِخِلَافِ الْوِلَادِ لِأَنَّ الْعَتَقَ فِيهِ مِنْ مَقَاصِدِ الْكِتَابَةِ لِأَنَّ عَتَقَ نَفْسَهُ كَمَا كَانَ مَقْصُودًا بِالْكِتَابَةِ لِكُونِهِ يَتَغَيَّرُ بِالرِّقِّ فَكَذَلِكَ رِقُّ الْوَالِدِ وَالْوَلَدِ، فَإِذَا كَانَ مِنْ مَقَاصِدِهَا امْتَنَعَ الْبَيْعُ فَيَعْتَقُ عَلَيْهِ تَحْقِيقًا

لَمَقْصُودِ الْعَقْدِ، وَأَمَّا حُرِّيَّةُ الْأَخِ فَلَيْسَتْ مِنْ مَقَاصِدِ عَقْدِ الْكِتَابَةِ لَعَدَمِ لُحُوقِ الْعَارِ بِرَقِّهِ لُحُوقُهُ بِرَقِّ ابْنِهِ أَوْ أَبِيهِ. وَقَوْلُهُ (وَهَذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا مَلَكَ بِنْتُ عَمِّهِ) جَوَابُ تَقْضِ إِجْمَالِي.

تَقْرِيرُهُ: لَوْ كَانَ تَمَلُّكُ ذِي الرَّحِمِ الْمَحْرَمِ عِلَّةَ لِعْتَقِهِ عَلَى مَنْ يَمْلِكُ لَعَتَقَتْ ابْنَةُ الْعَمِّ الَّتِي هِيَ أُنْخَتْ مِنَ الرِّضَاعَةِ عَلَى ابْنِ عَمِّهَا إِذَا اشْتَرَاهَا وَلَيْسَ كَذَلِكَ. وَتَقْرِيرُ الْجَوَابِ أَنَّ الْمُرَادَ بِالْمَحْرَمِيَّةِ مَحْرَمِيَّةٌ أَثَرَتْ فِيهَا الْقَرَابَةُ وَهَذِهِ لَيْسَتْ كَذَلِكَ لِأَنَّ الرِّضَاعَ هُوَ الْمُؤَثِّرُ، وَذَكَرُ هَذَا الْجَوَابِ إِنَّمَا هُوَ لَزِيَادَةِ الْإِبْضَاحِ لِأَنَّهُ كَانَ مَعْلُومًا مِنْ أَصْلٍ دَلِيلُهُ حَيْثُ قَالَ: وَلَآئِهْ مَلَكَ قَرِيبُهُ قَرَابَةُ مُؤَثَّرَةٌ فِي الْمَحْرَمِيَّةِ وَهَذِهِ لَمْ تُكُنْ كَذَلِكَ، وَالصَّبِيُّ جُعِلَ أَهْلًا لِهَذَا الْعِتْقِ وَكَذَلِكَ الْمَجْنُونُ، فَإِذَا دَخَلَ قَرِيبُهُمَا فِي مِلْكِهِمَا بَغَيْرِ صُنْعٍ مِنْهُمَا كَالْإِرْثِ وَالْهَبَةِ عَتَقَ عَلَيْهِمَا لِأَنَّ الْعِلَّةَ وَهِيَ تَمَلُّكُ ذِي الرَّحِمِ الْمَحْرَمِ قَدْ وَجِدَتْ وَقَدْ تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّ الْعَبْدِ فَيَعْتَقُ وَكَانَ كَالنَّفَقَةِ.

(وَمَنْ أَعْتَقَ عَبْدًا لَوَجْهِ اللَّهِ تَعَالَى أَوْ لِلشَّيْطَانِ أَوْ لِلصَّنَمِ عَتَقَ) لَوْجُودِ رُكْنِ الْإِعْتَاقِ مِنْ أَهْلِهِ فِي مَحَلِّهِ وَوَصَفُ الْقُرْبَةِ فِي اللَّفْظِ الْأَوَّلِ زِيَادَةٌ فَلَا يَخْتَلُ الْعِتْقُ بَعْدَمِهِ فِي اللَّفْظَيْنِ الْآخَرَيْنِ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ أَعْتَقَ عَبْدًا لَوَجْهِ اللَّهِ تَعَالَى) وَمَنْ قَالَ لِعَبْدِهِ أَنْتَ حُرٌّ لَوَجْهِ اللَّهِ تَعَالَى أَوْ لِلشَّيْطَانِ أَوْ لِلصَّنَمِ عَتَقَ لَوْجُودِ رُكْنِ الْإِعْتَاقِ مِنْ أَهْلِهِ مُضَافًا إِلَى مَحَلِّهِ مِنْ غَيْرِ مَانِعٍ شَرْعِيٍّ فَيَتَرْتَّبُ الْحُكْمُ عَلَيْهِ، وَوَصَفُ الْقُرْبَةِ وَهُوَ كَوْنُهُ لَوَجْهِ اللَّهِ تَعَالَى فِي الْوَجْهِ الْأَوَّلِ زِيَادَةٌ فَلَا يَخْتَلُ الْعِتْقُ بَعْدَمِهِ فِي اللَّفْظَيْنِ الْآخَرَيْنِ يَعْنِي الشَّيْطَانَ وَالصَّنَمَ.

(وَعِتْقُ الْمَكْرَهِ وَالْمُسْكِرَانِ وَقَعَ) لَصُدُورِ الرُّكْنِ مِنَ الْأَهْلِ فِي الْمَحَلِّ كَمَا فِي الطَّلَاقِ وَقَدْ بَيَّنَّاهُ مِنْ قَبْلُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَعِتْقُ الْمَكْرَهِ) وَاضِحٌ وَقَدْ تَقَدَّمَ فِي الطَّلَاقِ.

(وَأِنْ أَضَافَ الْعِتْقَ إِلَى مِلْكٍ أَوْ شَرَطَ صَحَّ كَمَا فِي الطَّلَاقِ) أَمَّا الْإِضَافَةُ إِلَى الْمِلْكِ فَفِيهِ خِلَافٌ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ وَقَدْ بَيَّنَّاهُ فِي كِتَابِ الطَّلَاقِ، وَأَمَّا التَّعْلِيْقُ بِالشَّرْطِ

فَلَأَنَّهُ إِسْقَاطٌ فَيُجْرَى فِيهِ التَّعْلِيقُ بِخِلَافِ التَّمْلِيكَاتِ عَلَى مَا عُرِفَ فِي مَوْضِعِهِ.

الشرح:

(وَإِنْ أَضَافَ الْعَتَقَ إِلَى مِلْكٍ) بَأَنْ يَقُولَ لِعَبْدٍ غَيْرِ إِنْ اشْتَرَيْتَكَ فَأَنْتَ حُرٌّ (صَحَّ كَمَا فِي الطَّلَاقِ) وَإِنْ عَلَقَ بِشَرْطٍ كَقَوْلِهِ إِنْ دَخَلْتَ الدَّارَ فَأَنْتَ حُرٌّ فَكَذَلِكَ. أَمَّا الْإِضَافَةُ فِيهِ خِلَافٌ لِلشَّافِعِيِّ وَقَدْ تَقَدَّمَ بَيَانُهُ، وَأَمَّا التَّعْلِيقُ بِالشَّرْطِ فَلَأَنَّ الْإِعْتِقَاقَ إِسْقَاطٌ وَالْإِسْقَاطُ (يَجْرِي فِيهِ التَّعْلِيقُ) بِالِاتِّفَاقِ بِخِلَافِ التَّمْلِيكَاتِ. وَالْخِلَافُ فِيهِ بَيْنَنَا وَبَيْنَ الشَّافِعِيِّ بِوَجْهِ آخَرَ وَهُوَ أَنَّ زَوَالَ الْمَلِكِ عِنْدَهُ يُبْطِلُ الْيَمِينَ وَعِنْدَنَا لَا يُبْطِلُهُ، فَإِذَا قَالَ لِعَبْدِهِ إِنْ دَخَلْتَ الدَّارَ فَأَنْتَ حُرٌّ فَبَاعَهُ ثُمَّ اشْتَرَاهُ فَدَخَلَ الدَّارَ عَتَقَ عِنْدَنَا خِلَافًا لَهُ. وَقَدْ عُرِفَ فِي الْأُصُولِ

(وَإِذَا خَرَجَ عَبْدُ الْحَرْبِيِّ إِلَيْنَا مُسْلِمًا عَتَقَ) «لِقَوْلِهِ ﷺ فِي عَبِيدِ الطَّائِفِ حِينَ خَرَجُوا إِلَيْهِ مُسْلِمِينَ: هُمْ عَتَقَاءُ اللَّهِ تَعَالَى» ^(١) وَلَأَنَّهُ أَحْرَزَ نَفْسَهُ وَهُوَ مُسْلِمٌ وَلَا اسْتِرْقَاقَ عَلَى الْمُسْلِمِ ابْتِدَاءً.

الشرح:

(وَإِذَا خَرَجَ عَبْدُ الْحَرْبِيِّ إِلَيْنَا مُسْلِمًا عَتَقَ) «لِقَوْلِهِ ﷺ فِي عَبِيدِ الطَّائِفِ حِينَ خَرَجُوا إِلَيْهِ مُسْلِمِينَ هُمْ عَتَقَاءُ اللَّهِ» رَوَى ابْنُ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا: «أَنَّ عَبْدَيْنِ مِنَ الطَّائِفِ خَرَجَا فَأَسْلَمَا فَأَعْتَقَهُمَا النَّبِيُّ ﷺ» (وَلَأَنَّهُ أَحْرَزَ نَفْسَهُ وَهُوَ مُسْلِمٌ وَلَا اسْتِرْقَاقَ عَلَى الْمُسْلِمِ ابْتِدَاءً) وَقِيدَ بِالِابْتِدَاءِ لِمُجَوَّزِهِ عَلَيْهِ بَقَاءُ لَأَنَّهُ فِي الْبَقَاءِ مِنَ الْأُمُورِ الْحُكْمِيَّةِ دُونَ الْجُرْيَةِ فَيَجُوزُ بَقَاؤُهُ كَبَقَاءِ الْأَمْلَاقِ بَعْدَ وُجُودِ أَسْبَابِهَا.

(وَإِنْ أَعْتَقَ حَامِلًا عَتَقَ حَمْلَهَا تَبَعًا لَهَا) إِذْ هُوَ مُتَّصِلٌ بِهَا (وَلَوْ أَعْتَقَ الْحَمْلَ خَاصَّةً عَتَقَ دُونَهَا) لَأَنَّهُ لَا وَجْهَ إِلَى إِعْتَاقِهَا مَقْصُودًا لِعَدَمِ الْإِضَافَةِ إِلَيْهَا وَلَا إِلَيْهِ تَبَعًا لِمَا فِيهِ مِنْ قَلْبِ الْمَوْضُوعِ، ثُمَّ إِعْتَاقُ الْحَمْلِ صَحِيحٌ وَلَا يَصِحُّ بَيْعُهُ وَهَبَتُهُ لِأَنَّ التَّسْلِيمَ نَفْسَهُ شَرْطٌ فِي الْهَبَةِ وَالْقُدْرَةُ عَلَيْهِ فِي الْبَيْعِ وَلَمْ يُوْجَدْ ذَلِكَ بِالْإِضَافَةِ إِلَى الْجَنِينِ وَشَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ لَيْسَ بِشَرْطٍ فِي الْإِعْتَاقِ فَاهْتَرَقَا.

(١) أخرجه أبو داود (٢٧٠٠)، وانظر نصب الراية (٤١٨/٣).

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِنْ أَعْتَقَ حَامِلًا) ظَاهِرٌ. وَاعْتَرَضَ عَلَيْهِ بِأَنَّهُ لَوْ لَمْ تُعْتَقِ أُمُّهُ لَجَازَ يَبْعُهَا وَهُوَ لَا يَجُوزُ بِخِلَافِ الْهَبَةِ. وَأُجِيبَ بِأَنَّهُ لَمَّا أَعْتَقَ مَا فِي بَطْنِهَا لَمْ يَتَّقِ الْجَنِينَ عَلَى مِلْكِهِ فَهَبَةُ الْأُمِّ بَعْدَ ذَلِكَ صَارَتْ بِمَنْزِلَةِ هَبَةِ الْأُمِّ، وَاسْتِثْنَاءُ الْحَمْلِ فِي الْهَبَةِ شَرْطٌ فَاسِدٌ، وَالْهَبَةُ لَا تَبْطُلُ بِالشَّرْطِ الْفَاسِدَةِ، بِخِلَافِ الْبَيْعِ فَإِنَّهُ يَفْسُدُ بِالشَّرْطِ عَلَى مَا سَيَجِيءُ.

(وَلَوْ أَعْتَقَ الْحَمْلَ عَلَى مَالٍ صَحَّ) وَلَا يَجِبُ الْمَالُ إِذَا لَا وَجَهَ إِلَى الْإِزَامِ الْمَالِ عَلَى الْجَنِينَ لِعَدَمِ الْوِلَايَةِ عَلَيْهِ، وَلَا إِلَى الْإِزَامَةِ الْأُمِّ لِأَنَّهُ فِي حَقِّ الْعِتْقِ نَفْسٌ عَلَى حِدَةٍ، وَاشْتِرَاطُ بَدَلِ الْعِتْقِ عَلَى غَيْرِ الْمُعْتَقِ لَا يَجُوزُ عَلَى مَا مَرَّ فِي الْخُلْعِ، وَإِنَّمَا يُعْرِفُ قِيَامُ الْحَبْلِ وَهَتْ الْعِتْقِ إِذَا جَاءَتْ بِهِ لِأَقَلِّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْهُ، لِأَنَّهُ أَدْنَى مُدَّةِ الْحَمْلِ..

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَاشْتِرَاطُ بَدَلِ الْعِتْقِ عَلَى غَيْرِ الْمُعْتَقِ لَا يَجُوزُ) قِيلَ عَلَيْهِ سَلَمْنَا ذَلِكَ، لَكِنْ يَنْبَغِي أَنْ يَتَوَقَّفَ الْعِتْقُ إِلَى أَنْ يَبْلُغَ الْحَمْلُ إِلَى حَدٍّ يَكُونُ مِنْ أَهْلِ الْقَبُولِ، وَهُوَ أَنْ يَكُونَ عَاقِلًا يَعْقِلُ الْعَقْدَ كَمَا مَرَّ فِي خُلْعِ الصَّغِيرَةِ حَيْثُ قَالَ فِيهِ: وَإِنْ شَرَطَ الْأَلْفَ عَلَيْهَا تَوَقَّفَ عَلَى قَبُولِهَا إِنْ كَانَتْ مِنْ أَهْلِ الْقَبُولِ بِأَنْ كَانَتْ عَاقِلَةً تَعْقِلُ الْعَقْدَ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ ذَلِكَ فِي صَرِيحِ الشَّرْطِ، وَأَمَّا هَاهُنَا فَالْمَسْأَلَةُ مَذْكُورَةٌ بِكَلِمَةٍ عَلَى وَكَانَ ذِكْرُ الْمَالِ هَاهُنَا وَصَفًا لِلِإِعْتِقَاقِ، وَلَا يَلْزَمُ مِنْ بُطْلَانِ الْوَصْفِ بُطْلَانُ الْأَصْلِ فَيَثْبُتُ الْعِتْقُ وَلَا يَجِبُ الْمَالُ كَمَا فِي طَلَاقِ الصَّغِيرَةِ، وَفِيهِ نَظَرٌ لِأَنَّهُ يَقْتَضِي أَنَّهُ إِنْ ذُكِرَ بِكَلِمَةٍ الشَّرْطُ تَوَقَّفَ، وَلَا بُدَّ فِيهِ مِنْ رِوَايَةٍ، وَاعْتِبَارُهُ بِخُلْعِ الصَّغِيرَةِ غَيْرِ صَحِيحٍ لِأَنَّهُ قَالَ فِيهِ: وَإِنْ شَرَطَ الْأَلْفَ عَلَيْهَا تَوَقَّفَ عَلَى قَبُولِهَا إِنْ كَانَتْ مِنْ أَهْلِ الْقَبُولِ، فَالتَّوَقُّفُ فِيهِ مَشْرُوطٌ بِكُونِهَا مِنْ أَهْلِ الْقَبُولِ وَالْحَمْلُ لَيْسَ مِنْهُ. وَالْأَوَّلَى أَنْ يُقَالَ: لَمَّا عَلِمَ الْمُعْتَقُ عَدَمَ كَوْنِ الْحَمْلِ أَهْلًا لِلْخُطَابِ وَقَبُولِ الشَّرْطِ وَأَقْدَمَ عَلَى الْعِتْقِ كَانَ قَاصِدًا لِلِإِعْتِقَاقِ بِمَا مَالٍ أَوْ يُحْمَلُ حَالُهُ عَلَى ذَلِكَ صَوْتًا لِكَلَامِهِ عَنِ الْإِلْغَاءِ. وَقَوْلُهُ (عَلَى مَا مَرَّ فِي الْخُلْعِ).

قَالَ فِي النَّهَايَةِ: هَذِهِ حَوَالَةٌ غَيْرُ رَائِجَةٍ، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ مُرَادُهُ مَسْأَلَةُ الْخُلْعِ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ، فَإِنَّ فِي شُرُوحِهِ فَرْقَ بَيْنَ الْخُلْعِ وَالِإِعْتِقَاقِ لِحَوَازِ وَجُوبِ بَدَلِ الْخُلْعِ عَلَى الْأَجْنَبِيِّ دُونَ الْإِعْتِقَاقِ لَمَّا ذَكَرْنَا فِي الْخُلْعِ أَنَّ الْأَجْنَبِيَّ فِي مَعْنَى الْمَرْأَةِ فِي عَدَمِ حُصُولِ

شَيْءٌ لَهَا بِمُقَابَلَةِ الْمَالِ، فَكَمَا جَازَ عَلَيْهَا جَازَ عَلَى الْأَجْنَبِيِّ، وَالْإِعْتِاقُ يُثَبِّتُ الْقُوَّةَ الْحُكْمِيَّةَ الَّتِي لَمْ تَكُنْ لِلْعَبْدِ قَبْلَهُ، وَكَانَ فِي مُقَابَلَةِ شَيْءٍ يَحْصُلُ لَهُ، وَالْأَجْنَبِيُّ لَيْسَ فِي مَعْنَاهُ فَيَكُونُ اشْتِرَاطُ الْمَالِ عَلَيْهِ كَاشْتِرَاطِ ثَمَنِ الْمَبِيعِ عَلَى غَيْرِ الْمُشْتَرِي. وَقَوْلُهُ (وَأَمَّا يُعْرِفُ قِيَامَ الْحَبْلِ) وَاضِحٌ لِأَنَّ التَّيَقُّنَ بِوُجُودِ الْحَمْلِ فِي الْبَطْنِ إِنَّمَا يَحْصُلُ بِذَلِكَ. وَقَوْلُهُ (مِنْهُ) أَيُّ مِنْ وَقْتِ الْعِتْقِ.

قَالَ: (وَوَلَدُ الْأُمَةِ مِنْ مَوْلَاهَا حُرٌّ لِأَنَّهُ مَخْلُوقٌ مِنْ مَائِهِ فَيَعْتَقُ عَلَيْهِ، هَذَا هُوَ الْأَصْلُ، وَلَا مُعَارِضَ لَهُ فِيهِ لِأَنَّ وَلَدَ الْأُمَةِ لَمَوْلَاهَا.

الشرح:

قَالَ (وَوَلَدُ الْأُمَةِ مِنْ مَوْلَاهَا حُرٌّ لِأَنَّهُ مَخْلُوقٌ مِنْ مَائِهِ فَيَعْتَقُ عَلَيْهِ هَذَا هُوَ الْأَصْلُ) يَعْنِي أَنَّ الْأَصْلَ أَنَّ يُخْلَقَ الْوَلَدُ مِنْ مَاءٍ صَاحِبِ الْمَاءِ (وَلَا مُعَارِضَ لَهُ فِيهِ). أَيُّ فِي الْوَلَدِ لِأَنَّ مَاءَ الْأُمَةِ لَا يُعَارِضُ مَاءَهُ لِأَنَّ مَاءَهَا مَمْلُوكٌ لَهُ فَيَكُونُ الْمَاءُ إِنْ لَهُ، بِخِلَافِ أُمَةِ الْغَيْرِ لِأَنَّ مَاءَهَا مَمْلُوكٌ لِسَيِّدِهَا فَتَحَقَّقَتِ الْمُعَارِضَةُ، وَوَلَدُهَا مِنْ زَوْجِهَا مَمْلُوكٌ لِسَيِّدِهَا لِتَعَارُضِ الْمَاءَيْنِ. وَيَرْجِعُ جَانِبُ الْأُمِّ بِأُمُورٍ: مِنْهَا الْحَضَانَةُ، وَفِيهِ نَظَرٌ لِأَنَّ حَقَّ الْحَضَانَةِ إِنَّمَا يَثْبُتُ بَعْدَ الْوِلَادَةِ فَلَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ مُرْجِحًا لَهَا هُوَ قَبْلَهَا. وَمِنْهَا اسْتِهْلَاكُ مَائِهِ بِمَائِهَا لِكَوْنِ مَائِهَا فِي مَوْضِعِهِ. وَمِنْهَا تَيَقُّنُ كَوْنِهِ مَخْلُوقًا مِنْ مَائِهَا بِخِلَافِ مَاءِ الزَّوْجِ وَكَانَ الْفِرَاشُ مِنْ جَانِبِهَا حَقِيقَةً وَحُكْمًا وَمِنْ جَانِبِهِ حُكْمًا فَقَطْ وَالْأَوَّلُ أَرْجَحُ لَا مُحَالَةَ. وَمِنْهَا أَنَّ الْوَلَدَ مَا دَامَ جَنِينًا فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ عُضْوٍ مِنْ أَعْضَائِهَا كَيْدَهَا وَرَجُلَهَا إِلَى أَنْ يَنْفَصِلَ حِسًّا وَشَرْعًا، أَمَّا حِسًّا فَإِنَّهُ يَتَنَفَّسُ بِنَفْسِهَا وَيَتَنَقَّلُ بِأَنْتَقَالِهَا حَتَّى يُقَرَّضَ بِالْمِقْرَاضِ عِنْدَ انْفِصَالِهِ مِنْهَا، وَأَمَّا شَرْعًا فَلِأَنَّهُ يَعْتَقُ بِعِتْقِهَا وَفِيهِ نَظَرٌ لِأَنَّ الْكَلَامَ فِي إِبْتَاهِ فَلَا يُسْتَدَلُّ بِهِ عَلَيْهِ.

(وَوَلَدُهَا مِنْ زَوْجِهَا مَمْلُوكٌ لِسَيِّدِهَا) لَتَرْجِعُ جَانِبَ الْأُمِّ بِاعْتِبَارِ الْحَضَانَةِ أَوْ

لِاسْتِهْلَاكِ مَائِهِ بِمَائِهَا وَالْمُنَافَاةُ مُتَحَقِّقَةٌ وَالزَّوْجُ قَدْ رَضِيَ بِهِ، بِخِلَافِ وَلَدِ الْمَغْرُورِ لِأَنَّ الْوَالِدَ مَا رَضِيَ بِهِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَالْمُنَافَاةُ مُتَحَقِّقَةٌ) جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ التَّرْجِيحُ يُحْتَاجُ إِلَيْهِ بَعْدَ التَّعَارُضِ

وَتَقْرِيرُهُ: التَّعَارُضُ مَوْجُودٌ لِأَنَّ الْمُنَافَاةَ مُتَحَقِّقَةً، فَإِنَّهُ لَوْ اُعْتَبِرَ جَانِبُ الْأُمِّ كَانَ مَمْلُوكًا لِسَيِّدِهَا، وَلَوْ اُعْتَبِرَ جَانِبُ الْأَبِ لَا يَكُونُ مَمْلُوكًا لِسَيِّدِهَا فَتَبَتِ الْمُنَافَاةُ بِخِلَافِ الْوَلَدِ مِنَ الْمَوْلَى فَإِنَّهُ لِلْمَوْلَى: أَيُّ جَانِبٍ أُعْتَبِرَ. وَقَوْلُهُ (وَالزَّوْجُ قَدْ رَضِيَ بِهِ) جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ إِذَا أُعْتَبِرَ جَانِبُ الْأُمِّ حَتَّى يَكُونَ الْوَلَدُ مَمْلُوكًا لِمَوْلَاهَا يَتَضَرَّرُ الْأَبُ وَالضَّرَرُ مَذْفُوعٌ شَرْعًا. وَتَقْرِيرُهُ: الزَّوْجُ قَدْ رَضِيَ بِرِقِّ الْوَلَدِ حَيْثُ أَقْدَمَ عَلَى تَزْوُجِ الْأُمِّ عَالِمًا بِأَنَّ الْوَلَدَ يُرِقُّ بِهِ، وَفِيهِ نَظَرٌ لِأَنَّ الْعِلْمَ بِكَوْنِ الْوَلَدِ رَقِيقًا بِتَزْوُجِ الْأُمِّ إِنَّمَا يَكُونُ بَعْدَ ثَبُوتِ هَذَا الْحُكْمِ فِي الشَّرْعِ وَكَلَامُنَا فِي شَرْعِيَّتِهِ. وَقَوْلُهُ (بِخِلَافِ وَلَدِ الْمَعْرُورِ) ظَاهِرٌ (وَوَلَدُ الْحُرَّةِ حُرٌّ عَلَى كُلِّ حَالٍ) لِأَنَّ جَانِبَهَا رَاجِحٌ فَيَتَّبِعُهَا فِي وَصْفِ الْحُرِّيَّةِ كَمَا يَتَّبِعُهَا فِي الْمَمْلُوكِيَّةِ وَالْمَرْقُوقِيَّةِ وَالتَّدْبِيرِ وَأُمُومِيَّةِ الْوَلَدِ وَالكِتَابَةِ، وَاللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ.

الشرح:

(وَوَلَدُ الْحُرَّةِ حُرٌّ عَلَى كُلِّ حَالٍ لِأَنَّ جَانِبَهَا رَاجِحٌ) عَلَى مَا ذَكَرْنَا (فَيَتَّبِعُهَا فِي وَصْفِ الْحُرِّيَّةِ) كَمَا يَتَّبِعُهَا فِي الْمَمْلُوكِيَّةِ وَالْمَرْقُوقِيَّةِ وَإِنَّمَا أُرِدَ هَذَيْنِ اللَّفْظَيْنِ لِتَغَايِرِهِمَا مِنْ حَيْثُ الْكَمَالُ وَالتَّقْصَانُ، فَإِنَّ فِي الْمُدَبِّرِ وَأُمِّ الْوَلَدِ الْمَلِكِ كَامِلٌ وَالرَّقُّ نَاقِصٌ وَفِي الْمَكَاتِبِ عَلَى عَكْسِهِ، فَعَلَى هَذَا يَكُونُ قَوْلُهُ (وَالْتَّدْبِيرُ وَأُمِّيَّةُ الْوَلَدِ وَالكِتَابَةُ) كَالْتَفْسِيرِ لَذَلِكَ وَاللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ.

باب العبد يعتق بعضه

(وَإِذَا أَعْتَقَ الْمَوْلَى بَعْضَ عَبْدِهِ) عَتَقَ ذَلِكَ الْقَدْرَ وَيَسْعَى فِي بَقِيَّةِ قِيَمَتِهِ لِمَوْلَاهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ، وَقَالَا: (يَعْتِقُ كُلَّهُ) وَأَصْلُهُ أَنَّ الْإِعْتَاقَ يَتَجَزَأُ عِنْدَهُ فَيَقْتَصِرُ عَلَى مَا أَعْتَقَ وَعِنْدَهُمَا لَا يَتَجَزَأُ وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ، فَإِضَافَتُهُ إِلَى الْبَعْضِ كِإِضَافَتِهِ إِلَى الْكُلِّ فَلِهَذَا يَعْتِقُ كُلَّهُ. لَهُمْ أَنَّ الْإِعْتَاقَ إِثْبَاتُ الْعِتْقِ وَهُوَ قُوَّةُ حُكْمِيَّةٍ، وَإِثْبَاتُهَا بِإِزَالَتِهِ ضِدُّهَا وَهُوَ الرَّقُّ الَّذِي هُوَ ضَعْفُ حُكْمِيٍّ وَهُمَا لَا يَتَجَزَأَنِ فَصَارَ كَالطَّلَاقِ وَالْعَفْوِ عَنِ الْقِصَاصِ وَالْإِسْتِيلَادِ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ الْإِعْتَاقَ إِثْبَاتُ الْعِتْقِ بِإِزَالَةِ الْمَلِكِ، أَوْ هُوَ إِزَالَةُ الْمَلِكِ لِأَنَّ الْمَلِكَ حَقُّهُ وَالرَّقُّ حَقُّ الشَّرْعِ أَوْ حَقُّ الْعَامَّةِ. وَحُكْمُ النَّصْرِفِ مَا يَدْخُلُ تَحْتَ وَلايَةِ الْمُتَصْرِفِ وَهُوَ إِزَالَةُ حَقِّهِ لَا حَقَّ غَيْرِهِ.

وَالْأَصْلُ أَنَّ التَّصَرُّفَ يَقْتَصِرُ عَلَى مَوْضِعِ الْإِضَافَةِ وَالتَّعْدِي إِلَى مَا وَرَاءَهُ ضَرُورَةٌ عَدَمُ
التَّجْزِئَةِ، وَالْمَلِكُ مُتَجَزِّئٌ كَمَا فِي الْبَيْعِ وَالْهَبَةِ فَيَقْبَى عَلَى الْأَصْلِ، وَتَجِبُ السَّعَايَةُ
لِاحْتِبَاسِ مَالِيَةِ الْبَعْضِ عِنْدَ الْعَبْدِ، وَالْمُسْتَسْعَى بِمَنْزِلَةِ الْمَكَاتِبِ عِنْدَهُ لِأَنَّ الْإِضَافَةَ إِلَى
الْبَعْضِ تُوجِبُ ثُبُوتَ الْمَالِكِيَّةِ فِي كُلِّهِ، وَبَقَاءُ الْمَلِكِ فِي بَعْضِهِ يَمْنَعُهُ، فَعَمِلْنَا بِالْأَدِلَّةِ
بِإِنزَالِهِ مُكَاتَبًا إِذْ هُوَ مَالِكٌ يَدٍ إِلَّا رَقَبَةً، وَالسَّعَايَةُ كَبَدَلِ الْكِتَابَةِ، فَلَهُ أَنْ يَسْتَسْعِيَهُ.

وَلَهُ خِيَارٌ أَنْ يَعْتِقَهُ لِأَنَّ الْمَكَاتِبَ قَابِلٌ لِلْإِعْتَاقِ، غَيْرَ أَنَّهُ إِذَا عَجَزَ لَا يَرُدُّ إِلَى الرِّقِّ
لأنَّه إِسْقَاطٌ لَا إِلَى أَحَدٍ فَلَا يَقْبَلُ الْفَسْخُ، بِخِلَافِ الْكِتَابَةِ الْمَقْصُودَةِ لِأَنَّهُ عَقْدٌ يُقَالُ
وَيُفْسَخُ، وَلَيْسَ فِي الطَّلَاقِ وَالْعَفْوِ عَنِ الْقِصَاصِ حَالَةٌ مُتَوَسِّطَةٌ، فَأَثْبَتْنَاهُ فِي الْكُلِّ
تَرْجِيحًا لِلْمَحْرَمِ، وَالْإِسْتِيلَادُ مُتَجَزِّئٌ عِنْدَهُ، حَتَّى لَوْ اسْتَوْلَدَ نَصِيبُهُ مِنْ مُدَبَّرَةٍ يَقْتَصِرُ
عَلَيْهِ. وَفِي الْقِنْتِ لَمَّا ضَمِنَ نَصِيبَ صَاحِبِهِ بِالْإِفْسَادِ مَلَكُهُ بِالضَّمَانِ فَكَمُلَ الْإِسْتِيلَادُ.

الشرح:

(بَابُ الْعَبْدِ يَعْتِقُ بَعْضُهُ): أَخَرُ إِعْتَاقَ الْبَعْضِ عَنِ إِعْتَاقِ الْكُلِّ لِكَوْنِهِ مُخْتَلَفًا فِيهِ
وَالْتَّفَقَ عَلَيْهِ أُولَى بِالتَّقْدِيمِ (وَإِذَا أَعْتَقَ الْمَوْلَى بَعْضَ عَبْدِهِ عَتَقَ ذَلِكَ الْقَدْرَ وَيَسْعَى فِي
بَقِيَّةِ قِيَمَتِهِ لِمَوْلَاهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَقَالَا: يَعْتِقُ كُلُّهُ. وَأَصْلُهُ أَنَّ الْإِعْتَاقَ يَتَجَزَّأُ عِنْدَهُ
فَيَقْتَصِرُ عَلَى مَا أَعْتَقَ وَعِنْدَهُمَا لَا يَتَجَزَّأُ وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ) يَعْنِي إِذَا كَانَ الْمُعْتَقُ وَاحِدًا
أَوْ مُوسِرًا إِنْ كَانَ الْعَبْدُ مُشْتَرَكًا، وَأَمَّا إِذَا كَانَ مُعْسِرًا فَمَلِكُ السَّائِكِ بَاقٍ كَمَا كَانَ
حَتَّى جَارَ لَهُ أَنْ يَبِيعَ وَيَهَبَ عَلَى مَا يَجِيءُ، وَكُلُّ مَا لَا يَتَجَزَّأُ (فَإِضَافَتُهُ إِلَى الْبَعْضِ
كَإِضَافَتِهِ إِلَى الْكُلِّ فَلِهَذَا يَعْتِقُ كُلُّهُ).

قَالَ صَاحِبُ الْمِيزَانِ: الْمَعْنَى مِنْ قَوْلِنَا الْإِعْتَاقُ يَتَجَزَّأُ لَيْسَ هُوَ أَنَّ ذَاتَ الْقَوْلِ
يَتَجَزَّأُ أَوْ حُكْمُهُ يَتَجَزَّأُ لِأَنَّهُ مُحَالٌ بَلْ مَعْنَى ذَلِكَ أَنَّ الْمَحَلَّ فِي قَبُولِ حُكْمِ الْإِعْتَاقِ
يَتَجَزَّأُ فَيَتَصَوَّرُ ثُبُوتُهُ فِي النَّصْفِ دُونَ النَّصْفِ. وَحَاصِلُ الْخِلَافِ رَاجِعٌ إِلَى أَنَّ إِعْتَاقَ
النَّصْفِ هَلْ يُوجِبُ زَوَالَ الرِّقِّ عَنِ الْمَحَلِّ كُلِّهِ أَمْ لَا؟ عِنْدَهُ لَا يُوجِبُ بَلْ يَبْقَى كُلُّ
الْمَحَلِّ رَقِيقًا وَلَكِنْ زَالَ الْمَلِكُ بِقَدْرِهِ. وَعِنْدَهُمَا يُوجِبُ زَوَالَ الرِّقِّ عَنِ الْكُلِّ (لَهُمْ أَنَّ
الْإِعْتَاقَ إِثْبَاتُ الْعِتْقِ الَّذِي هُوَ قُوَّةٌ حُكْمِيَّةٌ وَإِبْثَانُهَا بِإِزَالَةِ ضِدِّهَا الَّذِي هُوَ الرِّقُّ) لِأَنَّ
الْمَحَلَّ لَا يَخْلُو عَنْ أَحَدِهِمَا، فَإِزَالَةُ أَحَدِهِمَا تُوجِبُ إِثْبَاتَ الْآخَرِ وَهُمَا لَا يَتَجَزَّآنِ

بِالْإِتِّفَاقِ، فَكَذَلِكَ الْإِعْتِقَاقُ وَإِلَّا لَزِمَ تَخَلُّفُ الْمَعْلُولِ عَنِ الْعِلَّةِ أَوْ تَجْزِي الْعِتْقِ، لِأَنَّهُ إِذَا تَجَزَّأَ فَإِمَّا أَنْ يَثْبُتَ بِإِعْتِقَاقِ الْبَعْضِ عِتْقُ كُلِّ الرِّقَبَةِ أَوْ لَا يَثْبُتَ شَيْءٌ أَوْ يَثْبُتَ بَعْضُهُ، وَعَلَى كُلِّ مِنَ الْأَوَّلَيْنِ يَلْزَمُ تَخَلُّفُ الْمَعْلُولِ عَنِ الْعِلَّةِ وَعَلَى الْآخِرِ يَلْزَمُ تَجْزِي الْعِتْقِ (فَصَارَ) الْإِعْتِقَاقُ (كَالْطَّلَاقِ وَالْعَفْوِ عَنِ الْقِصَاصِ وَالِاسْتِيلَادِ) فِي عَدَمِ التَّجْزُؤِ.
فَإِنْ قُلْتَ: قَدْ تَقَدَّمَ أَنَّ الْإِعْتِقَاقَ عِنْدَ الشَّافِعِيِّ إِسْقَاطُ كَالطَّلَاقِ فَكَيْفَ جَعَلَهُ هَاهُنَا إِبْتِائًا لِلْعِتْقِ.

قُلْتَ: يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ فَعَلَ ذَلِكَ بِطَرِيقِ التَّغْلِيْبِ غَلَبَ جِهَتُهُمَا عَلَى جِهَتِهِ فَقَالَ لَهُمْ إِنَّ الْإِعْتِقَاقَ إِحْ (وَلَأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الْإِعْتِقَاقَ إِبْتِائُ الْعِتْقِ بِإِزَالَةِ الْمِلْكِ) وَهُوَ الْوَصْفُ الشَّرْعِيُّ الْمَطْلُوقُ لِلتَّصَرُّفِ (أَوْ هُوَ) أَيُّ الْإِعْتِقَاقِ (إِزَالَةُ الْمِلْكِ) لَا إِبْتِائُ الْعِتْقِ بِإِزَالَةِ ضِدِّهِ الَّذِي هُوَ الرِّقُّ وَلَا هُوَ إِزَالَةُ الرِّقِّ لِيَلْزَمَ عَدَمُ التَّجْزُؤِ (لَأَنَّ الْمِلْكَ حَقُّهُ) أَيُّ حَقُّ الْمُعْتَقِ (وَالرِّقُّ حَقُّ الشَّرْعِ) لِأَنَّ الْكَافِرَ لَمَّا اسْتَنكَفَ أَنْ يَكُونَ عَبْدًا لِلَّهِ جَازَاهُ اللَّهُ فَصَيَّرَهُ عَبْدًا عَبْدَهُ (أَوْ حَقُّ الْعَامَّةِ) لِأَنَّ الْعَانِمِينَ كَمَا يَقْتَسِمُونَ غَيْرَ الرِّقِيقِ يَقْتَسِمُونَهُ (وَحُكْمُ التَّصَرُّفِ مَا يَدْخُلُ تَحْتَ وَلايَةِ الْمُتَصَرِّفِ وَهُوَ إِزَالَةُ حَقِّهِ لَا حَقَّ غَيْرِهِ) وَهَذَا كَمَا تَرَى بِنَاءً لِكَلَامِهِ عَلَى أَحَدِ أَمْرَيْنِ كُلُّ مِنْهُمَا مُسْتَقِلٌّ بِإِفَادَةِ الْمَطْلُوبِ، وَتَقْرِيرُهُ الْإِعْتِقَاقَ إِبْتِائُ الْعِتْقِ بِإِزَالَةِ الْمِلْكِ وَالْمِلْكُ مُتَجَزَّ فَاِلْعْتِقَاقُ كَذَلِكَ، وَإِنَّمَا قُلْنَا بِأَنَّهُ إِبْتِائُ الْعِتْقِ بِإِزَالَةِ الْمِلْكِ لَا بِإِزَالَةِ الرِّقِّ لِأَنَّ الْإِعْتِقَاقَ تَصَرُّفٌ، وَكُلُّ مَا هُوَ تَصَرُّفٌ لَا يَتَعَدَّى وَلايَةِ الْمُتَصَرِّفِ فَالْإِعْتِقَاقُ لَا يَتَعَدَّى وَلايَةِ الْمُتَصَرِّفِ، وَلايَةِ الْمُتَصَرِّفِ، وَإِنَّمَا تَكُونُ عَلَى مَا هُوَ حَقُّهُ وَحَقُّهُ الْمِلْكُ فَوَلايَتُهُ إِنَّمَا تَكُونُ عَلَى الْمِلْكِ، وَأَمَّا أَنْ الْمِلْكُ مُتَجَزَّ فَذَلِكَ بِالإِجْمَاعِ لَكِنَّهُ تَعَلَّقَ بِهِ أَمْرٌ غَيْرٌ مُتَجَزَّ وَهُوَ الْعِتْقُ وَتَعَلَّقَهُ بِهِ لَا يَسْتَلْزِمُ تَجْزِئَتَهُ وَلَا تَجْزِئَةَ عِلَّتِهِ كَجَوَازِ الصَّلَاةِ فَإِنَّهُ أَمْرٌ غَيْرٌ مُتَجَزَّ تَعَلَّقَ بِمُتَجَزَّ وَهُوَ الْأَرْكَانُ، وَكَذَلِكَ الطَّهَارَةُ أَمْرٌ غَيْرٌ مُتَجَزَّ تَعَلَّقَ بِمُتَجَزَّ وَهُوَ غَسْلُ الْأَعْضَاءِ الْمَفْرُوضَةِ وَلَمْ يَسْتَلْزِمِ تَجْزِئَتَهَا وَلَا عِلَّتَهَا وَهِيَ إِرَادَةُ الصَّلَاةِ. هَذَا تَقْرِيرُ أَحَدِ الْأَمْرَيْنِ.

وَتَقْرِيرُ الْآخَرِ: الْإِعْتِقَاقُ إِزَالَةُ الْمِلْكِ وَالْمِلْكُ مُتَجَزَّ، فَالْإِعْتِقَاقُ إِزَالَةُ مُتَجَزَّ وَإِزَالَةُ الْمُتَجَزَّيِّ مُتَجَزَّ. وَبَيَّانُ ذَلِكَ مَا ذَكَرْنَاهُ وَهَذَا أَسْهَلُ مَاخِذًا، ثُمَّ إِذَا تَجَزَّى الْإِعْتِقَاقُ بِزَوَالِ بَعْضِ الْمِلْكِ احْتَبَسَ مَا لَيْتَهُ نِصْفُ الْعَبْدِ عِنْدَهُ فَتَجِبَ عَلَيْهِ السَّعَايَةُ (وَالْمُسْتَسْعَى بِمَنْزِلَةِ

المُكَاتَّبِ عِنْدَهُ) أَيِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ (لَأَنَّ الإِضَافَةَ) أَيِ إِضَافَةَ الإِعْتِقَاقِ (إِلَى الْبَعْضِ
تُوجِبُ ثُبُوتَ الْمَالِكِيَّةِ) لِلْعَبْدِ (فِي الْكُلِّ) بِاعْتِبَارِ الْعِتْقِ لِأَنَّهُ لَا يَتَجَزَّأُ (وَبَقَاءِ الْمَلِكِ فِي
بَعْضِهِ يَمْنَعُهُ) عَنْ ثُبُوتِ الْمَالِكِيَّةِ فِي الْكُلِّ بِاعْتِبَارِ الرَّقِّ فَإِنَّهُ لَا يَتَجَزَّأُ، فَقَدْ اجْتَمَعَ فِي
الْعَبْدِ مَا يُوجِبُ ثُبُوتَ الْمَالِكِيَّةِ فِي الْكُلِّ وَمَا يُوجِبُ بَقَاءَ الْمَلِكِ فِي الْكُلِّ، وَالْعَمَلُ
بِالدَّلِيلَيْنِ مُمَكِّنٌ بِإِزَالِهِ مُكَاتَّبًا فَعَمِلْنَا بِهِمَا وَجَعَلْنَاهُ مُكَاتَّبًا لِأَنَّ الْمُكَاتَّبَ مَالِكٌ يَدَا
وَمَمْلُوكٌ رَقَبَةٌ كَالْمُسْتَسْنَعِي، وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ مَعْنَاهُ إِذْ هُوَ أَيِ مُعْتَقِ الْبَعْضِ مَالِكٌ يَدَا
لَأَجْلِ السَّعَايَةِ مَمْلُوكٌ رَقَبَةٌ كَالْمُكَاتَّبِ، وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ مَعْنَاهُ: إِضَافَةُ الْعِتْقِ إِلَى الْبَعْضِ
تُوجِبُ ثُبُوتَ مَالِكِيَّتِهِ فِي الْكُلِّ كَمَا هُوَ قَوْلُهُمَا، وَبَقَاءُ الْمَلِكِ فِي بَعْضِهِ يَمْنَعُهُ كَمَا هُوَ
قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ، فَقُلْنَا إِنَّهُ حُرٌّ يَدَا مَمْلُوكٌ رَقَبَةٌ كَالْمُكَاتَّبِ عَمَلًا بِالدَّلِيلَيْنِ. وَإِذَا كَانَ
الْمُسْتَسْنَعِي كَالْمُكَاتَّبِ كَانَتْ السَّعَايَةُ كَبَدَلِ الْكِتَابَةِ (فَلَهُ أَنْ يَسْتَسْعِيَهُ وَلَهُ خِيَارٌ أَنْ يُعْتِقَهُ
لَأَنَّ الْمُكَاتَّبَ قَابِلٌ لِلإِعْتِقَاقِ).

فَإِنْ قِيلَ: لَوْ كَانَ بِمَنْزِلَةِ الْمُكَاتَّبِ لَعَادَ رَقِيقًا إِذَا عَجَزَ. أَجَابَ بِقَوْلِهِ (غَيْرَ أَنَّهُ إِذَا
عَجَزَ لَا يَرُدُّ رَقِيقًا لِأَنَّهُ إِسْقَاطٌ لَا إِلَى أَحَدٍ) وَالْإِسْقَاطُ لَا إِلَى أَحَدٍ لَيْسَ فِيهِ مَعْنَى
الْمُعَاوَضَةِ لَا أَنَّهَا إِنَّمَا تَتَحَقَّقُ بَيْنَ اثْنَيْنِ، وَإِذَا لَمْ يَتَحَقَّقْ فِيهِ مَعْنَى الْمُعَاوَضَةِ لَا يَقْبَلُ الْفَسْخُ
(بِخِلَافِ الْكِتَابَةِ الْمَقْصُودَةِ) فَإِنَّهَا إِسْقَاطٌ مِنَ الْمَوْلَى إِلَى الْمُكَاتَّبِ إِقْدَارًا عَلَى تَحْصِيلِ بَدَلِ
الْكِتَابَةِ فَكَانَ فِيهَا مَعْنَى الْمُعَاوَضَةِ فَيَقَالُ وَيُفْسَخُ، وَفِي بَعْضِ النُّسخِ لِأَنَّهُ إِسْقَاطٌ لَا إِلَى
أَجَلٍ: يَعْنِي بِخِلَافِ الْكِتَابَةِ الْمَقْصُودَةِ فَإِنَّ الْإِسْقَاطَ فِيهَا إِلَى أَجَلٍ وَهُوَ وَقْتُ أَداءِ الْبَدَلِ.
وَقَوْلُهُ (وَلَيْسَ فِي الطَّلَاقِ وَالْعَفْوِ عَنِ الْقِصَاصِ حَالَةٌ مُتَوَسِّطَةٌ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِمْ فَصَارَ
كَالطَّلَاقِ وَالْعَفْوِ عَنِ الْقِصَاصِ. وَوَجْهُهُ أَنَّا لَمْ نُثَبِّتِ الْعِتْقَ فِي الْكُلِّ لِإِمْكَانِ الْعَمَلِ
بِالدَّلِيلَيْنِ بِوُجُودِ حَالَةٍ مُتَوَسِّطَةٍ بَيْنَ الْحُرِّيَّةِ وَالرَّقِّ وَهِيَ الْكِتَابَةُ يُصَارُ إِلَيْهَا، وَلَيْسَ فِي
الطَّلَاقِ وَالْعَفْوِ ذَلِكَ (فَأُثْبِتْنَاهُ فِي الْكُلِّ تَرْجِيحًا لِلْمَحْرَمِ، وَأَمَّا الْاسْتِيلَادُ فَهُوَ مُتَجَزِّءٌ عِنْدَهُ
حَتَّى لَوْ اسْتَوْلَدَ نَصِيبُهُ مِنْ مُدَبَّرَةٍ يَقْتَصِرُ عَلَيْهِ) حَتَّى لَوْ مَاتَ الْمُسْتَوْلَدُ عِتْقَ مَنْ جَمِيعِ
مَالِهِ.

فَإِنْ قِيلَ: لَوْ كَانَ الْاسْتِيلَادُ مُتَجَزِّئًا لَاطْرَدَ فِي الْقِتَّةِ أَيْضًا. أَجَابَ بِأَنَّهُ إِنَّمَا لَمْ
يَتَجَزَّأْ فِي الْقِتَّةِ لِأَنَّ الْمُسْتَوْلَدَ لَمَّا ضَمِنَ نَصِيبَ صَاحِبِهِ بِالْإِفْسَادِ مَلَكَهُ بِالضَّمَانِ فَكَمَّلَ

الاستيلاء وصار كأنه استولد جارية نفسه لا أن الاستيلاء عنده غير متجزئ
(وَإِذَا كَانَ الْعَبْدُ بَيْنَ شَرِيكَيْنِ فَأَعْتَقَ أَحَدُهُمَا نَصِيبَهُ عَتَقَ)، فَإِنْ كَانَ مُوسِرًا
فَشَرِيكُهُ بِالْخِيَارِ، إِنْ شَاءَ أَعْتَقَ، وَإِنْ شَاءَ ضَمَّنَ شَرِيكُهُ قِيمَةَ نَصِيبِهِ، وَإِنْ شَاءَ اسْتَسْعَى
الْعَبْدَ.

الشرح:

قَالَ: (وَإِذَا كَانَ الْعَبْدُ بَيْنَ شَرِيكَيْنِ فَأَعْتَقَ أَحَدُهُمَا نَصِيبَهُ عَتَقَ) وَكَلَامُهُ
وَاضِحٌ. وَتَوْقِشْ مُنَاقَشَةً لَفْظِيَّةً، وَهِيَ أَنَّ أَبَا حَنِيفَةَ لَا يَثْبُتُ عِنْدَهُ شَيْءٌ مِنَ الْعِتْقِ فَمَا
وَجْهُ صِحَّةِ قَوْلِهِ عَتَقَ؟ وَأَجِيبَ بِأَنَّ الْمُرَادَ بِهِ ثَبَتَ اسْتِحْقَاقُ الْعِتْقِ أَوْ زَالَ مِلْكُ الشَّرِيكِ
مَعَ بَقَاءِ الرِّقِّ فِي كُلِّ الْعَبْدِ.

فَإِنْ ضَمَّنَ رَجَعَ الْمُعْتَقُ عَلَى الْعَبْدِ (وَالْوَلَاءُ لِلْمُعْتَقِ، وَإِنْ أَعْتَقَ أَوْ اسْتَسْعَى فَالْوَلَاءُ
بَيْنَهُمَا، وَإِنْ كَانَ الْمُعْتَقُ مُعْسِرًا فَالشَّرِيكُ بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ أَعْتَقَ وَإِنْ شَاءَ اسْتَسْعَى الْعَبْدُ)
وَالْوَلَاءُ بَيْنَهُمَا فِي الْوَجْهَيْنِ. وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (فَالْوَلَاءُ بَيْنَهُمَا) يُشِيرُ إِلَى أَنَّ الْاِخْتِلَافَ فِي صِفَةِ السَّبَبِ بِأَنْ يَكُونَ
إِعْتَاقُ أَحَدِهِمَا بِمَالٍ وَإِعْتَاقُ الْآخَرِ بِلَدُونِهِ لَا يُتَنَافَى ثُبُوتُ الْوَلَاءِ بَيْنَهُمَا جَمِيعًا.
(وَقَالَا: لَيْسَ لَهُ إِلَّا الضَّمَانُ مَعَ الْيَسَارِ وَالسَّعَايَةِ مَعَ الْإِعْسَارِ، وَلَا يَرْجِعُ الْمُعْتَقُ
عَلَى الْعَبْدِ وَالْوَلَاءُ لِلْمُعْتَقِ) وَهَذِهِ الْمَسْأَلَةُ ثُبُتَتْ عَلَى حَرْفَيْنِ: أَحَدُهُمَا: تَجْزِيءُ الْإِعْتَاقِ
وَعَدَمُهُ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ، وَالثَّانِي: أَنَّ يَسَارَ الْمُعْتَقِ لَا يَمْنَعُ سَعَايَةَ الْعَبْدِ عِنْدَهُ وَعِنْدَهُمَا يَمْنَعُ.
لَهُمَا فِي الثَّانِي قَوْلُهُ ﷺ هِيَ الرَّجُلُ يُعْتَقُ نَصِيبُهُ، إِنْ كَانَ غَنِيًّا ضَمَّنَ، وَإِنْ كَانَ فَقِيرًا
سَعَى فِي حِصَّةِ الْآخَرِ، فَسَمَ وَالْقِسْمَةُ تُنَافِي الشَّرِكَتَ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (لَهُمَا فِي الثَّانِي) يَعْنِي أَنَّ يَسَارَ الْمُعْتَقِ يَمْنَعُ السَّعَايَةَ «قَوْلُهُ ﷺ فِي
الرَّجُلِ يُعْتَقُ نَصِيبُهُ إِنْ كَانَ غَنِيًّا ضَمَّنَ، وَإِنْ كَانَ فَقِيرًا سَعَى فِي حِصَّةِ الْآخَرِ»^(١)
وَالْقِيَاسُ فِيهِ أَحَدُ الْأَمْرَيْنِ، إِمَّا وَجُوبُ الضَّمَانِ عَلَى الْمُعْتَقِ مُوسِرًا كَانَ أَوْ مُعْسِرًا لِأَنَّهُ

(١) أخرجه البخاري في الشركة باب ٥، ١٤، والعتق باب ٥، ومسلم في العتق (٣)، (٤).

بِإِعْتِقَاقِ نَصِيْبِهِ مُفْسِدٌ عَلَى الشَّرِيْكَ نَصِيْبُهُ بِأَنَّهُ يَتَعَذَّرُ عَلَيْهِ اسْتِدَامَةُ مِلْكِهِ وَالتَّصَرُّفُ فِي نَصِيْبِهِ وَضَمَانُ الْإِفْسَادِ لَا يَخْتَلَفُ بِالْيَسَارِ وَالْإِعْسَارِ، وَإِنَّمَا عَدَمُ وَجُوبِ الضَّمَانِ عَلَى الْمُعْتَقِ بِحَالٍ لِأَنَّهُ مُتَصَرِّفٌ فِي نَصِيْبِ نَفْسِهِ وَالتَّصَرُّفُ فِي مِلْكِهِ لَا يَكُونُ مُتَعَذِّيًا وَلَا يَلْزِمُهُ الضَّمَانُ، وَإِنْ تَعَدَّى ضَرَرُ تَصَرُّفِهِ إِلَى مِلْكِ الْغَيْرِ كَمَنْ سَقَى أَرْضَهُ فَتَرَتْ أَرْضُ جَارِهِ أَوْ أَحْرَقَ الْحَصَائِدَ فِي أَرْضِهِ فَاحْتَرَقَ شَيْءٌ مِنْ مِلْكِ جَارِهِ، وَلَكِنَّهُمَا تَرَكَا الْقِيَاسَ بِالْحَدِيثِ الْمَرْوِيِّ، رَوَاهُ نَافِعٌ عَنْ ابْنِ عُمرَ، وَمِثْلُهُ رَوَى عُرْوَةُ عَنْ عَائِشَةَ. وَوَجْهُ الاسْتِدْلَالِ أَنَّهُ (قَسَمَ وَالْقِسْمَةُ تَنَافِي الشَّرِكَةَ) وَوَجْهُ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ عَلَى مَا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ ظَاهِرٌ.

وَلَهُ أَنَّهُ احْتَبَسَتْ مَالِيَّةُ نَصِيْبِهِ عِنْدَ الْعَبْدِ فَلَهُ أَنْ يُضَمَّنَهُ كَمَا إِذَا هَبَّتِ الرِّيحُ فِي ثَوْبِ إِنْسَانٍ وَأَلْقَتْهُ فِي صَبْعٍ غَيْرِهِ حَتَّى انصَبَّ بِهِ فَعَلَى صَاحِبِ الثَّوْبِ قِيَمَةُ صَبْعٍ الْآخِرِ مُوسِرًا كَانَ أَوْ مُعْسِرًا لَمَّا قُلْنَا فَكَذَا هَاهُنَا، إِلَّا أَنَّ الْعَبْدَ فَقِيرٌ فَيَسْتَسْعِيهِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (لَمَّا قُلْنَا) يُرِيدُ بِهِ قَوْلُهُ وَلَهُ أَنَّهُ احْتَبَسَتْ مَالِيَّةُ نَصِيْبِهِ. وَقَوْلُهُ (إِلَّا أَنَّ الْعَبْدَ فَقِيرٌ فَيَسْتَسْعِيهِ) قِيلَ عَلَيْهِ إِذَا سَعَى، فَالْقِيَاسُ أَنْ يَرْجِعَ عَلَى الْمُعْتَقِ لِأَنَّهُ هُوَ الَّذِي وَرَطُّهُ وَصَارَ كَالْعَبْدِ الْمَرْهُونِ فَإِنَّهُ يَرْجِعُ عَلَى الرَّاهِنِ بِمَا سَعَى.

وَأُجِيبَ بِأَنَّ عُسْرَةَ الْمُعْتَقِ تَمْنَعُ وَجُوبَ الضَّمَانِ عَلَيْهِ لِلْسَّكَاتِ فَكَذَلِكَ تَمْنَعُهُ لِلْعَبْدِ، وَالْعَبْدُ إِنَّمَا سَعَى فِي بَدَلِ رَقَبَتِهِ وَمَالِيَّتِهِ وَقَدْ سَلِمَ لَهُ ذَلِكَ فَلَا يَرْجِعُ بِهِ عَلَى أَحَدٍ، بِخِلَافِ الْمَرْهُونِ فَإِنَّ سَعَايَتَهُ لَيْسَتْ فِي بَدَلِ رَقَبَتِهِ بَلْ فِي الدَّيْنِ الثَّابِتِ فِي ذِمَّةِ الرَّاهِنِ، وَمَنْ كَانَ مُجْبِرًا عَلَى قَضَاءِ دَيْنٍ فِي ذِمَّةِ الْغَيْرِ مِنْ غَيْرِ التَّزَامِ مِنْ جِهَتِهِ يَثْبُتُ لَهُ حَقُّ الرَّجُوعِ بِهِ عَلَيْهِ كَمَا فِي مُعِيرِ الرَّهْنِ.

فَإِنْ قِيلَ: مَا ذَكَرَ مِنْ وَجْهِ أَبِي حَنِيفَةَ فَإِنَّمَا هُوَ قِيَاسٌ فِي مُقَابَلَةِ النَّصِّ وَهُوَ بَاطِلٌ. أُجِيبَ بِأَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ قَسَمَ عَلَى وَجْهِ الشَّرْطِ لِأَنَّهُ ﷺ عُلِقَ الْاسْتِسْعَاءُ بِفَقْرِ الْمُعْتَقِ، وَهُوَ لَا يُنَافِي الْاسْتِسْعَاءَ عِنْدَ عَدَمِهِ لِأَنَّ الْمُعْلَقَ بِالشَّرْطِ يَقْتَضِي الْوُجُودَ عِنْدَ الْوُجُودِ وَلَا يَقْتَضِي الْعَدَمَ عِنْدَ الْعَدَمِ، فَجَازَ أَنْ تُثَبَّتَ السَّعَايَةُ عِنْدَ وَجُودِ الدَّلِيلِ وَإِنْ كَانَ مُوسِرًا، وَقَدْ وَجَدَ ذَلِكَ عَلَى مَا ذَكَرْنَا مِنْ وَجْهِ أَبِي حَنِيفَةَ.

ثُمَّ الْمُعْتَبَرُ يَسَارُ التَّيْسِيرِ، وَهُوَ أَنْ يَمْلِكَ مِنَ الْمَالِ قَدْرَ قِيَمَةِ نَصِيبِ الْآخَرِ لَا يَسَارُ الْغَنَى، لِأَنَّهُ بِهِ يَعْتَدِلُ النَّظَرُ مِنَ الْجَانِبَيْنِ بِتَحْقِيقِ مَا قَصَدَهُ الْمُعْتَقُ مِنَ الْقُرْبَةِ وَإِصْالِ بَدَلِ حَقِّ السَّائِكَةِ إِلَيْهِ، ثُمَّ التَّخْرِيجُ عَلَى قَوْلِهِمَا ظَاهِرٌ، فَقَدْ رُجِعَ الْمُعْتَقُ بِمَا ضَمِنَ عَلَى الْعَبْدِ لَعَدَمِ السَّعَايَةِ عَلَيْهِ فِي حَالَةِ الْيَسَارِ وَالْوَلَاءِ لِلْمُعْتَقِ لِأَنَّ الْعِتْقَ كُلَّهُ مِنْ جِهَتِهِ لَعَدَمِ التَّجْزِيءِ. وَأَمَّا التَّخْرِيجُ عَلَى قَوْلِهِ فَخِيَارُ الْإِعْتَاقِ لِقِيَامِ مِلْكِهِ فِي الْبَاقِي إِذَا الْإِعْتَاقُ يَتَجَزَّأُ عِنْدَهُ، وَالتَّضْمِينُ لِأَنَّ الْمُعْتَقَ جَانٍ عَلَيْهِ بِإِفْسَادِهِ نَصِيبَهُ حَيْثُ ائْتَمَعَ عَلَيْهِ الْبَيْعُ وَالْهَبَةُ وَنَحْوُ ذَلِكَ مِمَّا سِوَى الْإِعْتَاقِ وَتَوَابِعِهِ، وَالْإِسْتِسْعَاءُ لَمَّا بَيَّنَّا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (ثُمَّ الْمُعْتَبَرُ يَسَارُ التَّيْسِيرِ وَهُوَ أَنْ يَمْلِكَ مِنَ الْمَالِ قَدْرَ قِيَمَةِ نَصِيبِ الْآخَرِ لَا يَسَارَ الْغَنَى وَهُوَ مِلْكُ النَّصَابِ) هَذَا هُوَ ظَاهِرُ الرَّوَايَةِ. وَلَمْ يَسْتَنْ الْكَفَافَ وَهُوَ الْمَنْزِلُ وَالْخَادِمُ وَتِيَابُ الْبَدَنِ، وَالْحَسَنُ قَدْ رَوَى اسْتِثْنَاءَهُ. وَتُعْتَبَرُ قِيَمَةُ الْعَبْدِ فِي الضَّمَانِ وَالسَّعَايَةِ يَوْمَ الْعِتْقِ، وَكَذَا حَالُ الْمُعْتَقِ فِي يَسَارِهِ وَإِعْسَارِهِ، فَإِنْ قَالَ الْمُعْتَقُ أُعْتِقْتُ وَأَنَا مُعْسِرٌ وَقَالَ السَّائِكُ بِخِلَافِهِ نَظَرَ إِلَيْهِ يَوْمَ ظَهَرَ الْعِتْقُ كَمَا فِي الْإِجَارَةِ إِذَا اخْتَلَفَا فِي انْقِطَاعِ الْمَاءِ وَجَرَيَانِهِ. وَقَوْلُهُ لَا يَسَارُ الْغَنَى إِشَارَةٌ إِلَى نَفْيِ مَا ذَهَبَ إِلَيْهِ بَعْضُ أَصْحَابِنَا أَنَّ الشَّرْطَ يَسَارُ الْغَنَى، حَتَّى لَوْ مَلَكَ قَدْرَ نَصِيبِ الشَّرِيكَ وَهُوَ أَقْلٌ مِنَ النَّصَابِ كَانَ مُعْسِرًا اعْتِبَارًا لِلْيَسَارِ الْمُعْهُودِ.

وَقَوْلُهُ (لَأَنَّ بِهِ) أَيُّ يَسَارِ التَّيْسِيرِ (يَعْتَدِلُ النَّظَرُ مِنَ الْجَانِبَيْنِ) جَانِبِ الْمُعْتَقِ وَالسَّائِكَةِ (بِتَحْقِيقِ مَا قَصَدَهُ الْمُعْتَقُ مِنَ الْقُرْبَةِ وَإِصْالِ بَدَلِ حَقِّ السَّائِكَةِ إِلَيْهِ) وَهَذَا لِأَنَّ قَصْدَ الْمُعْتَقِ بِالْإِعْتَاقِ الْقُرْبَةُ، وَتَمَامُ ذَلِكَ بَعْتُهُ مَا بَقِيَ وَذَلِكَ إِنَّمَا يَحْصُلُ بِإِصْالِ حَقِّ السَّائِكَةِ إِلَيْهِ، وَإِذَا مَلَكَ مِقْدَارَ حَقِّهِ مِنَ الْمَالِ تَمَكَّنَ مِنْ إِيْثَامِ قَصْدِهِ وَإِصْالِ بَدَلِ حَقِّ السَّائِكَةِ إِلَيْهِ فَلَا مَعْنَى لِلْعُدُولِ إِلَى غَيْرِهِ.

وَقَوْلُهُ (ثُمَّ التَّخْرِيجُ عَلَى قَوْلِهِمَا ظَاهِرٌ) يَعْنِي إِذَا عَلِمَ أَنَّ هَذِهِ الْمَسْأَلَةَ مَبْنِيَّةٌ عَلَى حَرْفَيْنِ: أَيُّ أَصْلَيْنِ. بَقِيَ الْكَلَامُ فِي التَّخْرِيجِ وَهُوَ عَلَى قَوْلِهِمَا ظَاهِرٌ لِأَنَّ الْإِعْتَاقَ إِذَا لَمْ يَكُنْ مُتَجَزَّأً كَانَ الْمُعْتَقُ مُوقِعًا لِلْعِتْقِ فِي التَّصْيِينِ جَمِيعًا وَيَسَارُهُ مَانِعٌ عَنِ السَّعَايَةِ فَوَجَبَ عَلَيْهِ الضَّمَانُ وَاتَّفَقَتِ السَّعَايَةُ فَلَا يَرْجِعُ الْمُعْتَقُ بِمَا ضَمِنَ عَلَى الْعَبْدِ لَعَدَمِ

السَّعَايَةِ عَلَيْهِ فِي حَالِ الْيَسَارِ لِلأَصْلِ الثَّانِي، فَلَوْ رَجَعَ لَكَانَ عَلَيْهِ السَّعَايَةُ (وَالْوَلَاءُ لِلْمُعْتَقِ لِأَنَّ الْعِتْقَ كُلُّهُ مِنْ جِهَتِهِ) لِلأَصْلِ الْأَوَّلِ (وَأَمَّا التَّخْرِيجُ عَلَى قَوْلِهِ فَخِيَارُ الْإِعْتَاقِ) لِلشَّرِيكِ بِنَاءً عَلَى الْحَرْفِ الْأَوَّلِ لِأَنَّ الْإِعْتَاقَ إِذَا كَانَ مُتَجَرِّئًا كَانَ مَلَكُهُ فِي الْبَاقِي قَائِمًا فَجَازَ إِعْتَاقُهُ، وَأَمَّا التَّضْمِينُ فَلَأَنَّ الْمُعْتَقَ جَانَ عَلَيْهِ بِإِفْسَادِ نَصِيْبِهِ حَيْثُ امْتَنَعَ عَلَيْهِ الْبَيْعُ وَالْهَبَةُ وَغَيْرُ ذَلِكَ مِمَّا سِوَى الْإِعْتَاقِ وَتَوَابِعِهِ مِنَ التَّدْبِيرِ وَالْكِتَابَةِ. وَلِقَائِلِ أَنْ يَقُولَ: التَّضْمِينُ عَلَى مَذْهَبِهِ لَا يَعْتَمِدُ عَلَى أَحَدِ الْأَصْلَيْنِ.

أَمَّا عَلَى الْأَصْلِ الثَّانِي فَظَاهِرٌ، وَأَمَّا عَلَى الْأَصْلِ الْأَوَّلِ فَلَأَنَّ التَّجَزُّؤَ إِنْ لَمْ يَكُنْ مَانِعًا عَنِ الضَّمَانِ فَلَا يَكُونُ مُوجِبًا لَهُ. وَالْجَوَابُ أَنَّ الْحَرْفَيْنِ مَبْنَى الْمَسْأَلَةِ مِنْ حَيْثُ الْمَذْهَبَانِ لَا مِنْ حَيْثُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا، وَالضَّمَانُ فِي مَذْهَبَيْهِمَا مُعْتَمِدٌ عَلَى عَدَمِ التَّجَزُّؤِ لَا مَحَالَةٍ. عَلَى أَنَّا نَقُولُ: إِنْ التَّجَزُّؤُ إِنْ لَمْ يُوجِبِ الضَّمَانُ مِنْ حَيْثُ هُوَ تَجَزَّيَ يُوجِبُهُ مِنْ حَيْثُ أُخْرَى وَهُوَ إِفْسَادُ النَّصِيبِ فَكَانَ مُعْتَمِدًا عَلَيْهِ فِي الْجُمْلَةِ. وَقَوْلُهُ (وَالْإِسْتِسْعَاءُ) مَعْطُوفٌ عَلَى قَوْلِهِ وَالتَّضْمِينُ. وَقَوْلُهُ (لَمَّا بَيَّنَّا) إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ وَلَهُ أَنَّهُ أُحْتِسِبَتْ مَالِيَّةُ نَصِيْبِهِ عِنْدَ الْعَبْدِ وَهُوَ مَبْنَى عَلَى الْأَصْلِ الثَّانِي.

وَيَرْجِعُ الْمُعْتَقُ بِمَا ضَمِنَ عَلَى الْعَبْدِ لِأَنَّهُ قَامَ مَقَامَ السَّائِكِ بِأَدَاءِ الضَّمَانِ وَقَدْ كَانَ لَهُ ذَلِكَ بِالِاسْتِسْعَاءِ فَكَذَلِكَ لِلْمُعْتَقِ وَلَأَنَّهُ مَلَكُهُ بِأَدَاءِ الضَّمَانِ ضِمْنًا فَيَصِيرُ كَأَنَّ الْكُلَّ لَهُ وَقَدْ عَتَقَ بَعْضُهُ فَلَهُ أَنْ يُعْتَقَ الْبَاقِي أَوْ يَسْتَسْعِيَ إِنْ شَاءَ، وَالْوَلَاءُ لِلْمُعْتَقِ فِي هَذَا الْوَجْهِ لِأَنَّ الْعِتْقَ كُلُّهُ مِنْ جِهَتِهِ حَيْثُ مَلَكُهُ بِأَدَاءِ الضَّمَانِ.

وَفِي حَالِ إِعْسَارِ الْمُعْتَقِ إِنْ شَاءَ أَعْتَقَ لِبَقَاءِ مِلْكِهِ، وَإِنْ شَاءَ اسْتَسْعَى لَمَّا بَيَّنَّا، وَالْوَلَاءُ لَهُ فِي الْوَجْهَيْنِ لِأَنَّ الْعِتْقَ مِنْ جِهَتِهِ، وَلَا يَرْجِعُ الْمُسْتَسْعِي عَلَى الْمُعْتَقِ بِمَا آدَى بِإِجْمَاعٍ بَيْنَنَا لِأَنَّهُ يَسْعَى لِفُكَاكِ رَقَبَتِهِ أَوْ لَا يَقْضِي دَيْنًا عَلَى الْمُعْتَقِ إِذْ لَا شَيْءَ عَلَيْهِ لِعُسْرَتِهِ، بِخِلَافِ الْمَرْهُونِ إِذَا أَعْتَقَهُ الرَّاهِنُ الْمُعْسِرُ لِأَنَّهُ يَسْعَى فِي رَقَبَتِهِ قَدْ فَكَّتْ أَوْ يَقْضِي دَيْنًا عَلَى الرَّاهِنِ فَلِهَذَا يَرْجِعُ عَلَيْهِ.

وَقَوْلُ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي الْمَوْسِرِ كَقَوْلِهِمَا. وَقَالَ فِي الْمُعْسِرِ: يَبْقَى نَصِيبُ السَّائِكِ عَلَى مِلْكِهِ يُبَاعُ وَيُوهَبُ لِأَنَّهُ لَا وَجْهَ إِلَى تَضْمِينِ الشَّرِيكِ لِإِعْسَارِهِ وَلَا إِلَى السَّعَايَةِ لِأَنَّ الْعَبْدَ لَيْسَ بِجَانٍ وَلَا رَاضٍ بِهِ، وَلَا إِلَى إِعْتَاقِ الْكُلِّ لِلِإِضْرَارِ بِالسَّائِكِ

فَتَعَيَّنَ مَا عَيْنَاهُ. قُلْنَا: إِلَى الْاِسْتِسْعَاءِ سَبِيلٌ لِأَنَّهُ لَا يَفْتَقِرُ إِلَى الْجِنَايَةِ بَلْ تُبْتَنَى السَّعَايَةُ عَلَى احْتِبَاسِ الْمَالِيَّةِ فَلَا يُصَارُ إِلَى الْجَمْعِ بَيْنَ الْقُوَّةِ الْمُوجِبَةِ لِلْمَالِكِيَّةِ وَالضَّعْفِ السَّالِبِ لَهَا فِي شَخْصٍ وَاحِدٍ.

الشرح:

(وَيَرْجِعُ الْمُعْتَقُ بِمَا ضَمِنَ عَلَى الْعَبْدِ لِأَنَّهُ قَامَ مَقَامَ السَّائِكِ بِأَدَاءِ الضَّمَانِ وَقَدْ كَانَ لَهُ ذَلِكَ) أَيْ أَخَذَ الْقِيَمَةَ (بِالِاسْتِسْعَاءِ) بِنَاءً عَلَى الْأَصْلِ الثَّانِي، فَكَذَا مَنْ قَامَ مَقَامُهُ كَالْمُدَبِّرِ إِذَا قُتِلَ فِي يَدِ الْعَاصِبِ وَضَمِنَ الْقِيَمَةَ كَانَ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ بِمَا ضَمِنَ عَلَى الْقَاتِلِ (وَلِأَنَّهُ مَلَكُهُ بِأَدَاءِ الضَّمَانِ ضِمْنَا فَصَارَ كَأَنَّ الْكُلَّ لَهُ وَقَدْ أَعْتَقَ بَعْضُهُ فَلَهُ أَنْ يُعْتَقَ الْبَاقِي أَوْ يَسْتَسْعِيَ إِنْ شَاءَ) وَقَوْلُهُ ضِمْنَا جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ الْمَكَاتِبُ لَا يَقْبَلُ الثَّقُلُ وَالْمُسْتَسْعَى كَالْمَكَاتِبِ فَكَيْفَ قِيلَ ذَلِكَ. وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ ذَلِكَ ضِمْنِي وَالضَّمَنِيَّاتُ لَا تُعْتَبَرُ. وَقَوْلُهُ (وَالْوَلَاءُ لِلْمُعْتَقِ فِي هَذَا الْوَجْهِ) يَعْنِي إِذَا ضَمِنَ الْمُعْتَقُ وَهُوَ ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (لَمَّا بَيَّنَّا) إِشَارَةً إِلَى قَوْلِهِ احْتَبَسَتْ مَالِيَّةُ نَصِيْبِهِ. وَقَوْلُهُ (وَلَا يَرْجِعُ الْمُسْتَسْعَى عَلَى الْمُعْتَقِ) ظَاهِرٌ، وَقَدْ قَدَّمْنَاهُ جَوَابًا لِسُؤَالِ. قَوْلُهُ (وَقَوْلُ الشَّافِعِيِّ فِي الْمَوْسِرِ) بَيَانٌ لِمَوْضِعِ خِلَافِ الشَّافِعِيِّ، فَإِنَّهُ ذُكِرَ فِي أَوَّلِ الْبَابِ مُطْلَقًا فَاحْتَاجَ إِلَى أَنْ يُبَيَّنَّ هَاهُنَا. وَقَوْلُهُ وَلَا رَاضٍ بِهِ) أَيْ بِالْإِعْتَاقِ لِأَنَّ الرِّضَا إِنَّمَا يَتَحَقَّقُ بَعْدَ الْعِلْمِ وَالْمَوْلَى مُنْفَرِدٌ بِالْإِعْتَاقِ وَلَا يَكُونُ الْعَبْدُ عَالِمًا بِهِ فَلَا يَكُونُ رَاضِيًا. وَقَوْلُهُ (فَتَعَيَّنَ مَا عَيْنَاهُ) يَعْنِي عَتَقَ مَا عَتَقَ وَرَقَّ مَا رَقَّ (وَقُلْنَا إِلَى الْاِسْتِسْعَاءِ سَبِيلٌ لِأَنَّ الْاِسْتِسْعَاءَ لَا يَفْتَقِرُ فِي وُجُودِهِ إِلَى الْجِنَايَةِ) كَمَا فِي إِعْتَاقِ الْعَبْدِ الْمَرْهُونِ إِذَا كَانَ الرَّاهِنُ مُعْسِرًا (بَلْ يَنْبَنِي عَلَى احْتِبَاسِ الْمَالِيَّةِ) وَهُوَ مَوْجُودٌ كَمَا تَقَدَّمَ غَيْرَ مَرَّةٍ، وَإِذَا كَانَ إِلَى الْاِسْتِسْعَاءِ سَبِيلٌ لَا يُصَارُ إِلَى الْجَمْعِ بَيْنَ الْقُوَّةِ الْمُوجِبَةِ لِلْمَالِكِيَّةِ الْحَاصِلَةِ مِنْ إِعْتَاقِ الْبَعْضِ وَالضَّعْفِ السَّالِبِ لَهَا بِصِحَّةِ الْبَيْعِ وَأَمْنَالِهِ فِي شَخْصٍ وَاحِدٍ.

قَالَ (وَلَوْ شَهِدَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنَ الشَّرِيكَيْنِ عَلَى صَاحِبِهِ بِالْعِتْقِ سَعَى الْعَبْدُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فِي نَصِيْبِهِ مُوسِرِينَ كَأَنَّا أَوْ مُعْسِرِينَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ) وَكَذَا إِذَا كَانَ أَحَدُهُمَا مُوسِرًا وَالْآخَرُ مُعْسِرًا، لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَزْعُمُ أَنَّ صَاحِبَهُ أَعْتَقَ نَصِيْبَهُ فَصَارَ مَكَاتِبًا فِي زَعْمِهِ عِنْدَهُ وَحَرُمَ عَلَيْهِ الْاِسْتِرْقَاقُ فَيَصْدُقُ فِي حَقِّ نَفْسِهِ فَيَمْنَعُ مِنْ

اسْتَرْقَاهُ وَيَسْتَسْعِيهِ لَأَنَّا تَبَيَّنَّا بِحَقِّ الاسْتِسْعَاءِ كَاذِبًا كَانَ أَوْ صَادِقًا لِأَنَّهُ مُكَاتِبُهُ أَوْ مَمْلُوكُهُ فَلِهَذَا يَسْتَسْعِيَانِهِ، وَلَا يَخْتَلَفُ ذَلِكَ بِالْيَسَارِ وَالْإِعْسَارِ لِأَنَّ حَقَّهُ فِي الْحَالَيْنِ فِي أَحَدٍ شَيْئَيْنِ، لِأَنَّ يَسَارَ الْمُعْتَقِ لَا يَمْنَعُ السَّعَايَةَ عِنْدَهُ، وَقَدْ تَعَذَّرَ التَّضْمِينُ لِإِنْكَارِ الشَّرِيكِ فَتَعَيَّنَ الْآخَرُ وَهُوَ السَّعَايَةُ، وَالْوَلَاءُ لِهَمَا لِأَنَّ كُلًّا مِنْهُمَا يَقُولُ عَتَقَ نَصِيبُ صَاحِبِي عَلَيْهِ بِإِعْتَاقِهِ وَوَلَاؤُهُ لَهُ، وَعَتَقَ نَصِيبِي بِالسَّعَايَةِ وَوَلَاؤُهُ لِي.

الشرح:

قَالَ: (وَلَوْ شَهِدَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنَ الشَّرِيكَيْنِ عَلَى صَاحِبِهِ) كَلَامُهُ وَاضِحٌ إِلَّا مَا نُبِّهَ عَلَيْهِ. قَوْلُهُ (بِالْعَتَقِ) أَيُّ بِالْإِعْتَاقِ. وَقَوْلُهُ (فِي زَعْمِهِ) أَيُّ فِي زَعْمِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا. وَقَوْلُهُ (فِيَصَدَّقُ) يَعْنِي كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فِي حَقِّ نَفْسِهِ. وَقَوْلُهُ (لَأَنَّهُ مُكَاتِبُهُ) أَيُّ عَلَى تَقْدِيرِ الصَّدَقِ. وَقَوْلُهُ (أَوْ مَمْلُوكُهُ) يَعْنِي عَلَى تَقْدِيرِ الْكَذِبِ فَهُوَ لَفٌّ وَنَشْرٌ مُشَوِّشٌ، وَإِنَّمَا تَبَيَّنَّا بِحَقِّ الاسْتِسْعَاءِ عَلَى التَّقْدِيرَيْنِ لِأَنَّ الْمَوْلَى إِذَا كَانَ كَاذِبًا فِي قَوْلِهِ أَعْتَقَ شَرِيكِي نَصِيبَهُ يَكُونُ الْكَسْبُ لِلْمَوْلَى، وَالْمُرَادُ بِالِاسْتِسْعَاءِ هُوَ أَنْ يَكُونَ الْكَسْبُ لِلْمَوْلَى، وَإِذَا كَانَ صَادِقًا فِي قَوْلِهِ أَعْتَقَ الشَّرِيكَ يَكُونُ مُقْرَأً بِأَنَّ الْعَبْدَ صَارَ مُكَاتِبًا بِاعْتِبَارِ تَجَرِّي الإِعْتَاقِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ فَكَانَ الاسْتِسْعَاءُ حِينَئِذٍ بِمَنْزِلَةِ أَخَذِ بَدَلِ الْكِتَابَةِ وَذَلِكَ أَيْضًا جَائِزٌ. وَقَوْلُهُ (لَأَنَّ حَقَّهُ فِي الْحَالَيْنِ) أَيُّ لِأَنَّ حَقَّ الْمَوْلَى فِي حَالِ الْيَسَارِ وَالْإِعْسَارِ (فِي أَحَدٍ شَيْئَيْنِ) أَيُّ التَّضْمِينِ أَوْ الاسْتِسْعَاءِ. وَقَوْلُهُ (وَقَدْ تَعَذَّرَ التَّضْمِينُ لِإِنْكَارِ الشَّرِيكِ) أُعْطِرَ عَلَيْهِ بِأَنَّهُ لَمْ يَتَعَذَّرَ التَّضْمِينُ عَلَى تَقْدِيرِ التَّحْلِيفِ فَإِنَّهُ لَمَّا أَنْكَرَ يَخْلَفُ، فَإِذَا نَكَلَ وَجَبَ الضَّمَانُ. وَأُجِيبَ بِأَنَّهُ لَمَّا كَانَ مِنْ اعْتِقَادِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنَّهُ أَعْتَقَهُ صَاحِبُهُ يَخْلَفُ وَلَمْ يَجِبِ الضَّمَانُ عَلَى تَقْدِيرِ الْحَلْفِ فَتَعَيَّنَ السَّعَايَةُ فَلَا فَائِدَةَ فِي التَّحْلِيفِ بَلْ تَتَعَيَّنُ السَّعَايَةُ بِلا تَحْلِيفٍ لِأَنَّ مَالَهُ إِلَيْهِ.

(وَقَالَ أَبُو يُونُسَ وَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُمَا اللَّهُ: إِنْ كَانَا مُوسِرَيْنِ فَلَا سِعَايَةَ عَلَيْهِ) لِأَنَّ

كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَبْرَأُ عَنْ سِعَايَتِهِ بِدَعْوَى الْعَتَاقِ عَلَى صَاحِبِهِ لِأَنَّ يَسَارَ الْمُعْتَقِ يَمْنَعُ السَّعَايَةَ عِنْدَهُمَا، إِلَّا أَنَّ الدَّعْوَى لَمْ تَثْبُتْ لِإِنْكَارِ الْآخَرِ وَالْبَرَاءَةُ عَنِ السَّعَايَةِ قَدْ ثَبَّتَتْ لِإِقْرَارِهِ عَلَى نَفْسِهِ (وَإِنْ كَانَا مُعْسِرَيْنِ سَعَى لِهَمَا) لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَدْعِي السَّعَايَةَ عَلَيْهِ صَادِقًا كَانَ أَوْ كَاذِبًا عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ إِذِ الْمُعْتَقُ مُعْسِرٌ (وَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا مُوسِرًا

وَالْآخَرُ مُعْسِرًا سَعَى لِلْمُوسِرِ مِنْهُمَا) لِأَنَّهُ لَا يَدْعِي الضَّمَانَ عَلَى صَاحِبِهِ لِإِعْسَارِهِ، وَإِنَّمَا يَدْعِي عَلَيْهِ السَّعَايَةَ فَلَا يَتَبَرَّأُ عَنْهُ (وَلَا يَسْعَى لِلْمُعْسِرِ مِنْهُمَا) لِأَنَّهُ يَدْعِي الضَّمَانَ عَلَى صَاحِبِهِ لِيَسَارِهِ فَيَكُونُ مَبْرُئًا لِلْعَبْدِ عَنِ السَّعَايَةِ، وَالْوَلَاءُ مَوْقُوفٌ فِي جَمِيعِ ذَلِكَ عِنْدَهُمَا لِأَنَّهُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يُحِيلُهُ عَلَى صَاحِبِهِ وَهُوَ يَتَبَرَّأُ عَنْهُ فَيَبْقَى مَوْقُوفًا إِلَى أَنْ يَتَّفِقَا عَلَى إِعْتَاقِ أَحَدِهِمَا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ) يُرِيدُ بِهِ قَوْلُهُ لَأَنَّا تَيَقَّنَّا بِحَقِّ الِاسْتِسْعَاءِ كَاذِبًا كَانَ أَوْ صَادِقًا، كَذَا فِي النَّهَائَةِ. وَقِيلَ هُوَ إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ لِأَنَّهُ مُكَاتِبُهُ أَوْ مَمْلُوكُهُ.

(وَلَوْ قَالَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ إِنْ لَمْ يَدْخُلْ فَلَانَ هَذِهِ الدَّارُ غَدًا فَهُوَ حُرٌّ، وَقَالَ الْآخَرُ: إِنْ دَخَلَ فَهُوَ حُرٌّ فَمَضَى الْغَدُ وَلَا يُدْرَى أَدَخَلَ أَمْ لَا عَتَقَ النِّصْفُ وَسَعَى لَهُمَا فِي النِّصْفِ الْآخَرِ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: يَسْعَى فِي جَمِيعِ قِيَمَتِهِ) لِأَنَّ الْمُقْضَى عَلَيْهِ بِسُقُوطِ السَّعَايَةِ مَجْهُولٌ، وَلَا يُمْكِنُ الْقَضَاءُ عَلَى الْمَجْهُولِ فَصَارَ كَمَا إِذَا قَالَ لِغَيْرِهِ لَكَ عَلَى أَحَدِنَا أَلْفُ دِرْهَمٍ فَإِنَّهُ لَا يَقْضِي بِشَيْءٍ لِلْجَهَالَةِ، كَذَا هَذَا. وَلَهُمَا أَنَّا تَيَقَّنَّا بِسُقُوطِ نِصْفِ السَّعَايَةِ لِأَنَّ أَحَدَهُمَا حَانَتْ بَيَقِينٍ، وَمَعَ التَّيَقُّنِ بِسُقُوطِ النِّصْفِ كَيْفَ يَقْضَى بِوُجُوبِ الْكُلِّ، وَالْجَهَالَةُ تَرْتَفِعُ بِالشُّيُوعِ وَالتَّوْزِيعِ، كَمَا إِذَا عَتَقَ أَحَدُ عِبْدَيْهِ لَا بَعِيْنَهُ أَوْ بَعِيْنَهُ وَنَسِيَهُ وَمَاتَ قَبْلَ التَّذْكَرِ أَوْ الْبَيَانِ، وَيَتَأْتَى التَّفْزِيعُ فِيهِ عَلَى أَنَّ الْيَسَارَ يَمْنَعُ السَّعَايَةَ أَوْ لَا يَمْنَعُهَا عَلَى الْاِخْتِلَافِ الَّذِي سَبَقَ.

الشرح:

(وَلَوْ قَالَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ إِنْ لَمْ يَدْخُلْ فَلَانَ هَذِهِ الدَّارُ غَدًا فَهُوَ حُرٌّ وَقَالَ الْآخَرُ إِنْ دَخَلَ فَهُوَ حُرٌّ فَمَضَى الْغَدُ وَلَا يُدْرَى أَدَخَلَ أَمْ لَا عَتَقَ النِّصْفُ وَسَعَى لَهُمَا فِي النِّصْفِ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ) لَكِنْ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ لَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يَكُونَا مُوسِرَيْنِ أَوْ مُعْسِرَيْنِ أَوْ كَانَ أَحَدُهُمَا مُوسِرًا وَالْآخَرُ مُعْسِرًا لِأَنَّ يَسَارَ الْمُعْتَقِ عِنْدَهُ لَا يَمْنَعُ وَجُوبَ السَّعَايَةِ عَلَى الْعَبْدِ، فَحَالُهُمَا فِي اسْتِحْقَاقِ النِّصْفِ الْبَاقِي عَلَى السَّوَاءِ.

وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ: إِنْ كَانَا مُعْسِرَيْنِ فَكَذَلِكَ، وَإِنْ كَانَا مُوسِرَيْنِ لَمْ يَسْعَ الْوَاحِدُ

مِنْهُمَا فِي شَيْءٍ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَتَبَرَّأُ عَنِ السَّعَايَةِ وَيَدَّعِي الضَّمَانَ عَلَى شَرِيكِهِ لِأَنَّ يَسَارَ الْمُعْتَقِ يَمْنَعُ السَّعَايَةَ، وَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا مُوسِرًا وَالْآخَرُ مُعْسِرًا يَسْعَى فِي رُبْعِ قِيمَتِهِ الْمُسِرِّ مِنْهُمَا لِأَنَّ الْمُعْسِرَ يَدَّعِي الضَّمَانَ عَلَى شَرِيكِهِ وَيَتَبَرَّأُ عَنِ سَعَايَةِ الْعَبْدِ فَتَسْقُطُ حِصَّتُهُ عَنْهُ، وَالْمُسِرُّ يَدَّعِي السَّعَايَةَ عَلَى الْعَبْدِ فَيَسْعَى لَهُ فِي حِصَّتِهِ (وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: يَسْعَى فِي جَمِيعِ قِيمَتِهِ) بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ إِنْ كَانَا مُعْسِرَيْنِ وَإِنْ كَانَا مُوسِرَيْنِ لَمْ يَسْعَ لَوَاحِدٍ مِنْهُمَا فِي شَيْءٍ، وَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا مُوسِرًا وَالْآخَرُ مُعْسِرًا سَعَى فِي نِصْفِ قِيمَتِهِ لِلْمُسِرِّ مِنْهُمَا لِأَنَّ الْمُعْسِرَ يَتَبَرَّأُ عَنِ السَّعَايَةِ وَالْمُسِرُّ يَدَّعِيهَا، فَإِنْ يَسَارَ الْمُعْتَقِ عِنْدَهُ أَيْضًا يَمْنَعُ وَجُوبَ السَّعَايَةِ. وَجَهٌ قَوْلُ مُحَمَّدٍ فِيمَا إِذَا كَانَا مُعْسِرَيْنِ وَأَنَّ الْمُقْضَى عَلَيْهِ بِسُقُوطِ حَقِّهِ فِي السَّعَايَةِ وَهُوَ الْحَاثُ مِنْهُمَا مَجْهُولٌ. وَالْمَجْهُولُ لَا يَجُوزُ الْقَضَاءُ عَلَيْهِ (فَصَارَ كَمَا إِذَا قَالَ لَعَبْدِهِ لَكَ عَلَى أَحَدِنَا أَلْفُ دِرْهَمٍ فَإِنَّهُ لَا يُقْضَى عَلَيْهِ بِشَيْءٍ لِلْجَهَالَةِ كَذَا هَذَا).

وَلَهُمَا أَنَا نَتَقْنَا بِسُقُوطِ نِصْفِ السَّعَايَةِ لِأَنَّ أَحَدَهُمَا حَاثٌ بَيِّقِينَ، وَمَعَ التَّيَقُّنِ بِسُقُوطِ النِّصْفِ كَيْفَ يُقْضَى بِوُجُوبِ الْكُلِّ، وَالْجَهَالَةُ تَرْتَفِعُ بِالشُّيُوعِ وَالتَّوْزِيعِ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ الْمُقْضَى عَلَيْهِ مَجْهُولٌ. فَإِنْ قِيلَ: فِي التَّوْزِيعِ فَسَادٌ وَهُوَ إِسْقَاطُ السَّعَايَةِ عَنْ غَيْرِ الْمُعْتَقِ وَإِجَابُهُ لِلْمُعْتَقِ. أُجِيبَ بِأَنَّ ذَلِكَ مُتَحَمِّلٌ ضَرُورَةً دَفْعِ الضَّرَرِ عَنِ الْعَبْدِ، وَذَلِكَ لِأَنَّا لَوْ لَمْ نَقُلْ بِالتَّوْزِيعِ وَقُلْنَا بِوُجُوبِ كُلِّ السَّعَايَةِ كَمَا قَالَ مُحَمَّدٌ كَانَ فِيهِ إِبْطَالُ حَقِّ الْعَبْدِ مِنْ كُلِّ وَجْهِ، وَأَمَّا إِذَا قُلْنَا بِالتَّوْزِيعِ فَقَدْ كَانَ فِيهِ إِبْطَالُ حَقِّ غَيْرِ الْمُعْتَقِ مِنْ وَجْهِ فَكَانَ التَّوْزِيعُ أَوْلَى. وَقَوْلُهُ (وَيَتَأَتَّى التَّفْرِيعُ فِيهِ) قَدْ أَمْضَيْنَاهُ فِي أَثْنَاءِ الْكَلَامِ.

(وَلَوْ حَلَفَا عَلَى عَبْدَيْنِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لِأَحَدِهِمَا بِعَيْنِهِ لَمْ يَعْتَقِ وَاحِدٌ مِنْهُمَا) لِأَنَّ الْمُقْضَى عَلَيْهِ بِالْعِتْقِ مَجْهُولٌ، وَكَذَلِكَ الْمُقْضَى لَهُ فَتَفَاحَشَتِ الْجَهَالَةُ فَامْتَنَعَ الْقَضَاءُ، وَفِي الْعَبْدِ الْوَاحِدِ الْمُقْضَى لَهُ وَالْمُقْضَى بِهِ مَعْلُومٌ فَغَلَبَ الْمَعْلُومُ الْمَجْهُولُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَلَوْ حَلَفَا عَلَى عَبْدَيْنِ ظَاهِرٌ، وَكَذَلِكَ قَوْلُهُ وَإِذَا اشْتَرَى الرَّجُلَانِ إِلَّا مَا نَذَرُوهُ).

(وَإِذَا اشْتَرَى الرَّجُلَانِ ابْنَ أَحَدِهِمَا عَتَقَ نَصِيبُ الْأَبِ) لِأَنَّهُ مَلَكٌ شَقِصَ قَرِيبِهِ

وَشِرَاؤُهُ إِعْتَاقٌ عَلَى مَا مَرَّ (وَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ) عَلِمَ الْآخِرُ أَنَّهُ ابْنُ شَرِيكِهِ أَوْ لَمْ يَعْلَمْ (وَكَذَا إِذَا وَرِثَاهُ، وَالشَّرِيكَ بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ أَعْتَقَ نَصِيبَهُ وَإِنْ شَاءَ اسْتَسْعَى الْعَبْدَ) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ.

وَقَالَا: فِي الشِّرَاءِ يَضْمَنُ الْأَبُ نِصْفَ قِيَمَتِهِ إِنْ كَانَ مُوسِرًا، وَإِنْ كَانَ مُعْسِرًا سَعَى الْإِبْنُ فِي نِصْفِ قِيَمَتِهِ لِشَرِيكِ أَبِيهِ، وَعَلَى هَذَا الْخِلَافِ إِذَا مَلَكَ، بِهَبْتٍ أَوْ صَدَقَةٍ أَوْ وَصِيَّةٍ، وَعَلَى هَذَا إِذَا اشْتَرَاهُ رَجُلَانِ وَأَحَدُهُمَا قَدْ حَلَفَ بِعِتْقِهِ إِنْ اشْتَرَى نِصْفَهُ. لَهُمَا أَنَّهُ أَبْطَلَ نَصِيبَ صَاحِبِهِ بِالْإِعْتَاقِ لِأَنَّ شِرَاءَ الْقَرِيبِ إِعْتَاقٌ، وَصَارَ هَذَا كَمَا إِذَا كَانَ الْعَبْدُ بَيْنَ أَجْنَبِيِّينَ فَأَعْتَقَ أَحَدُهُمَا نَصِيبَهُ، وَلَهُ أَنَّهُ رَضِيَ بِإِفْسَادِ نَصِيبِهِ فَلَا يَضْمَنُهُ، كَمَا إِذَا أَذِنَ لَهُ بِإِعْتَاقِ نَصِيبِهِ صَرِيحًا، وَدَلَالَةً ذَلِكَ أَنَّهُ شَارَكَهُ فِيْمَا هُوَ عَلَيْهِ الْعِتْقِ وَهُوَ الشِّرَاءُ لِأَنَّ شِرَاءَ الْقَرِيبِ إِعْتَاقٌ حَتَّى يَخْرُجَ بِهِ عَنْ عَهْدَةِ الْكِفَارَةِ عِنْدَنَا، وَهَذَا ضَمَانٌ لِإِفْسَادِ فِي ظَاهِرِ قَوْلِهِمَا حَتَّى يَخْتَلَفَ بِالْيَسَارِ وَالْإِعْسَارِ فَيَسْقُطَ بِالرِّضَا، وَلَا يَخْتَلَفُ الْجَوَابُ بَيْنَ الْعِلْمِ وَعَدَمِهِ، وَهُوَ ظَاهِرُ الرَّوَايَةِ عَنْهُ لِأَنَّ الْحُكْمَ يُدَارُ عَلَى السَّبَبِ، كَمَا إِذَا قَالَ لِفَخِيرِهِ: كُلْ هَذَا الطَّعَامَ وَهُوَ مَمْلُوكٌ لِلْأَمْرِ وَلَا يَعْلَمُ الْأَمْرُ بِمِلْكِهِ.

الشرح:

قَوْلُهُ: (وَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ) أَيُّ عَلَى الْأَبِ. وَقَوْلُهُ (وَكَذَا لَوْ وَرِثَاهُ) يَعْنِي بِالِاتِّفَاقِ. وَصُورَتُهُ امْرَأَةٌ اشْتَرَتْ ابْنَ زَوْجِهَا فَمَاتَتْ عَنْ أَخٍ وَزَوْجٍ كَانَ النِّصْفُ لِلزَّوْجِ وَيَعْتَقُ عَلَيْهِ، أَوْ امْرَأَةٌ لَهَا زَوْجٌ وَأَبٌ وَلَهَا غُلَامٌ وَهُوَ أَبُو زَوْجِهَا فَمَاتَتْ الْمَرْأَةُ صَارَ غُلَامُهَا مِيرَاثًا بَيْنَ زَوْجِهَا وَأَبِيهَا. وَقَوْلُهُ (وَقَالَا فِي الشِّرَاءِ) إِشَارَةٌ إِلَى مَا ذَكَرْنَاهُ مِنَ الْإِتِّفَاقِ فِي صُورَةِ الْإِرْثِ.

وَقَوْلُهُ (قَدْ حَلَفَ بِعِتْقِهِ إِنْ اشْتَرَى نِصْفَهُ) إِنَّمَا قَيَّدَ بِالنِّصْفِ، لِأَنَّهُ إِذَا حَلَفَ بِعِتْقِهِ ثُمَّ اشْتَرَاهُ بِشَرِكَةِ الْآخِرِ لَا يَعْتَقُ عَلَيْهِ لِأَنَّ الشَّرْطَ شِرَاءُ كُلِّ الْعَبْدِ وَلَمْ يُوجَدْ. وَوَجْهُ قَوْلِهِمَا عَلَى مَا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ ظَاهِرٌ. وَوَجْهُ قَوْلِهِ مَا ذَكَرَهُ فِيهِ.

وَتَقْرِيرُهُ: الشَّرِيكَ الْآخِرَ رَضِيَ بِإِفْسَادِ نَصِيبِهِ وَمَنْ رَضِيَ بِذَلِكَ لَا يَضْمَنُ الْمُفْسَدَ (كَمَا إِذَا أَذِنَ لَهُ بِإِعْتَاقِ نَصِيبِهِ صَرِيحًا وَدَلَالَةً ذَلِكَ) أَيُّ الدَّلِيلُ عَلَى رِضَاهِ بِإِفْسَادِ نَصِيبِهِ (أَنَّهُ شَارَكَهُ فِيْمَا هُوَ عَلَيْهِ الْعِتْقِ، وَهُوَ الشِّرَاءُ لِأَنَّ شِرَاءَ الْقَرِيبِ إِعْتَاقٌ حَتَّى يَخْرُجَ بِهِ

عَنْ عَهْدَةِ الْكَفَّارَةِ عِنْدَنَا) وَالْمُشَارَكَةُ فِي عِلَّةِ الْعِتْقِ رِضًا بِالْعِتْقِ لَا مَحَالَةَ. وَالْمُرَادُ بِالْعِلَّةِ عِلَّةُ الْعِلَّةِ لِأَنَّ الشَّرَاءَ عِلَّةُ التَّمْلُكِ وَالتَّمْلُكُ فِي الْقَرِيبِ عِلَّةُ الْعِتْقِ، وَالْحُكْمُ يُضَافُ إِلَى عِلَّةِ الْعِلَّةِ إِذَا لَمْ تَصْلُحِ الْعِلَّةُ لِلْإِضَافَةِ إِلَيْهَا، وَهَاهُنَا كَذَلِكَ لِأَنَّ التَّمْلُكَ حُكْمٌ شَرْعِيٌّ يَثْبُتُ بَعْدَ مُبَاشَرَةِ عِلَّتِهِ بِغَيْرِ اخْتِيَارٍ، بِخِلَافِ الْإِرْثِ فَإِنَّهُ لَا إِعْتِقَاقَ هُنَاكَ وَلِهَذَا لَا يَخْرُجُ بِهِ عَنْ الْكَفَّارَةِ.

وَقَوْلُهُ (وَهَذَا ضَمَانٌ إِفْسَادٍ) يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ جَوَابًا عَمَّا يُقَالُ إِنَّمَا كَانَ الرِّضَا مُسْقَطًا لِلضَّمَانِ أَنْ لَوْ كَانَ ضَمَانٌ إِفْسَادٍ، وَأَمَّا إِذَا كَانَ ضَمَانٌ تَمْلُكٌ فَلَا يَسْقُطُ بِهِ كَمَا إِذَا اسْتَوْلَدَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ الْجَارِيَةَ بِإِذْنِهِ فَإِنَّهُ لَا يَسْقُطُ بِهِ الضَّمَانُ لِأَنَّهُ ضَمَانٌ تَمْلُكٌ إِذِ الْاسْتِيلَادُ مَوْضُوعٌ لَطَلْبِ الْوَلَدِ لَا لِلْعِتْقِ، فَلَا يُمَكِّنُ أَنْ يُجْعَلَ الْوَاجِبُ بِهِ ضَمَانٌ عِتْقٍ وَهُوَ غَيْرُ مَوْضُوعٍ لَهُ فَكَانَ ضَمَانٌ تَمْلُكٍ.

وَوَجْهُ الْجَوَابِ أَنَّهُ ضَمَانٌ إِفْسَادٍ فِي ظَاهِرِ قَوْلِهِمَا حَتَّى يَخْتَلِفَ بِالْيَسَارِ وَالْإِعْسَارِ فَيَسْقُطُ بِالرِّضَا، وَإِنَّمَا قَيَّدَ بِقَوْلِهِ فِي ظَاهِرِ قَوْلِهِمَا لِأَنَّهُ رُوِيَ عَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّ هَذَا ضَمَانٌ تَمْلُكٌ فَلَا يَخْتَلِفُ بِالْيَسَارِ وَالْإِعْسَارِ فَلَا يَسْقُطُ بِهِ الضَّمَانُ. وَقَوْلُهُ (وَلَا يَخْتَلِفُ الْجَوَابُ بَيْنَ الْعِلْمِ) أَيُّ بِالْقَرَابَةِ (وَعَدَمِهِ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ لِأَنَّ الْحُكْمَ يُدَارُ عَلَى السَّبَبِ) أَيُّ الْعِلَّةِ (كَمَا إِذَا قَالَ لَغَيْرِهِ كُلْ هَذَا الطَّعَامَ وَهُوَ مَمْلُوكٌ لِلْأَمْرِ وَلَا يَعْلَمُ الْأَمْرُ بِمِلْكِهِ) وَالسَّبَبُ قَدْ وُجِدَ بِمَا مَرَّ. وَرَوَى الْحَسَنُ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ فَصَلَ بَيْنَ مَا إِذَا كَانَ عَالِمًا بِالْقَرَابَةِ وَبَيْنَ مَا إِذَا لَمْ يَكُنْ عَالِمًا بِهَا فِي حُكْمِ الضَّمَانِ لِأَنَّ الرِّضَا لَا يَتَحَقَّقُ إِلَّا إِذَا كَانَ عَالِمًا بِهَا.

(وَأِنْ بَدَأَ الْأَجْنَبِيُّ فَاشْتَرَى نِصْفَهُ ثُمَّ اشْتَرَى الْأَبُ نِصْفَهُ الْآخَرَ وَهُوَ مُوسِرٌ فَالْأَجْنَبِيُّ بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ ضَمَنَ الْأَبُ) لِأَنَّهُ مَا رَضِيَ بِإِفْسَادِ نَصِيبِهِ (وَأِنْ شَاءَ اسْتَسْعَى الْابْنُ فِي نِصْفِ قِيمَتِهِ) لِاحْتِبَاسِ مَالِيَّتِهِ عِنْدَهُ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ لِأَنَّ يَسَارَ الْمُعْتِقِ لَا يَمْنَعُ السَّعَايَةَ عِنْدَهُ. وَقَالَا: لَا خِيَارَ لَهُ وَيَضْمَنُ الْأَبُ نِصْفَ قِيمَتِهِ لِأَنَّ يَسَارَ الْمُعْتِقِ يَمْنَعُ السَّعَايَةَ عِنْدَهُمَا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَأِنْ بَدَأَ الْأَجْنَبِيُّ) ظَاهِرٌ مِمَّا تَقَدَّمَ.

(وَمَنْ اشْتَرَى نِصْفَ ابْنِهِ وَهُوَ مُوسِرٌ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ، وَقَالَا: يَضْمَنُ إِذَا كَانَ مُوسِرًا) وَمَعْنَاهُ إِذَا اشْتَرَى نِصْفَهُ مِمَّنْ يَمْلِكُ كُلَّهُ فَلَا يَضْمَنُ لِبَائِعِهِ شَيْئًا عِنْدَهُ، وَالْوَجْهَ قَدْ ذَكَرْنَاهُ.

الشرح:

وَكَذَلِكَ قَوْلُهُ (وَمَنْ اشْتَرَى نِصْفَ ابْنِهِ وَهُوَ مُوسِرٌ) وَإِنَّمَا قِيدَ بِقَوْلِهِ مِمَّنْ يَمْلِكُ كُلَّهُ لِأَنَّهُ إِذَا اشْتَرَى نَصِيبَ أَحَدِ الشَّرِيكَيْنِ مِنْهُ ضَمِنَ لِلْسَّائِكِ بِالْإِجْمَاعِ. وَقَوْلُهُ (وَالْوَجْهَ قَدْ ذَكَرْنَاهُ) إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ لَهَا أَنَّهُ أَبْطَلَ وَلَهُ أَنَّهُ رَضِيَ. (وَإِذَا كَانَ الْعَبْدُ بَيْنَ ثَلَاثَةِ نَفَرٍ فَدَبَّرَهُ أَحَدُهُمْ وَهُوَ مُوسِرٌ ثُمَّ أَعْتَقَهُ الْآخَرُ وَهُوَ مُوسِرٌ) فَأَرَادُوا الضَّمَانَ فَلِلْسَّائِكِ أَنْ يَضْمَنَ الْمُدَبِّرُ ثُلُثَ قِيمَتِهِ قِنًا وَلَا يَضْمَنُ الْمُعْتَقُ.

الشرح:

قَالَ: (وَإِذَا كَانَ الْعَبْدُ بَيْنَ ثَلَاثَةِ نَفَرٍ فَدَبَّرَهُ أَحَدُهُمْ وَهُوَ مُوسِرٌ ثُمَّ أَعْتَقَهُ الْآخَرُ وَهُوَ مُوسِرٌ فَأَرَادُوا الضَّمَانَ) أَيُّ أَرَادَا، لِأَنَّ مُرِيدَ الضَّمَانِ إِنَّمَا هُوَ السَّائِكُ وَالْمُدَبِّرُ دُونَ الْمُعْتَقِ، فَكَانَ الْمُرَادُ بِالْجَمْعِ الثَّانِيَةِ، أَوْ أَطْلَقَ الْجَمْعَ بِطَرِيقِ التَّغْلِيْبِ (فَلِلْسَّائِكِ أَنْ يَضْمَنَ الْمُدَبِّرُ وَلَا يَضْمَنُ الْمُعْتَقُ).

(وَلِلْمُدَبِّرِ أَنْ يَضْمَنَ الْمُعْتَقُ ثُلُثَ قِيمَتِهِ مُدَبِّرًا وَلَا يَضْمَنُهُ الثُّلُثُ الَّذِي ضَمِنَ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ، وَقَالَا الْعَبْدُ كُلُّهُ لِلَّذِي دَبَّرَهُ أَوَّلَ مَرَّةٍ وَيَضْمَنُ ثُلُثِي قِيمَتِهِ لَشَرِيكَيْهِ مُوسِرًا كَانَ أَوْ مُعْسِرًا) وَأَصْلُ هَذَا أَنَّ التَّدْبِيرَ يَتَجَزَأُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ خِلَافًا لَهَا كَالْإِعْتَاقِ لِأَنَّهُ شُعْبَةٌ مِنْ شُعْبَةٍ فَيَكُونُ مُعْتَبَرًا بِهِ، وَلَمَّا كَانَ مُتَجَزِّئًا عِنْدَهُ اهْتَصَرَ عَلَى نَصِيبِهِ، وَقَدْ أَفْسَدَ بِالتَّدْبِيرِ نَصِيبَ الْآخَرَيْنِ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنْ يُدَبِّرَ نَصِيبَهُ أَوْ يُعْتِقَ أَوْ يَكَاتِبَ أَوْ يَضْمَنَ الْمُدَبِّرُ أَوْ يَسْتَسْعِيَ الْعَبْدُ أَوْ يَتْرَكَهُ عَلَى حَالِهِ لِأَنَّ نَصِيبَهُ بَاقٍ عَلَى مِلْكِهِ فَاسِدٌ بِإِفْسَادِ شَرِيكِهِ حَيْثُ سَدَّ عَلَيْهِ طُرُقَ الْإِنْتِفَاعِ بِهِ بَيْعًا وَهَبَةً عَلَى مَا مَرَّ، فَإِذَا اخْتَارَ أَحَدُهُمَا الْعِتْقَ تَعَيَّنَ حَقُّهُ فِيهِ وَسَقَطَ اخْتِيَارُهُ غَيْرُهُ فَتَوَجَّهَ لِلْسَّائِكِ سَبَبُ ضَمَانِ تَدْبِيرِ الْمُدَبِّرِ وَإِعْتَاقِ هَذَا الْمُعْتَقِ، غَيْرَ أَنَّ لَهُ أَنْ يَضْمَنَ الْمُدَبِّرَ لِيَكُونَ الضَّمَانُ ضَمَانًا مُعَاوَضَةً إِذْ هُوَ الْأَصْلُ حَتَّى جُعِلَ الْغَضَبُ ضَمَانًا مُعَاوَضَةً عَلَى أَصْلَانَا، وَأَمَكَنَ ذَلِكَ فِي التَّدْبِيرِ لِكُونِهِ قَابِلًا لِلنَّقْلِ مِنْ مِلْكٍ إِلَى مِلْكٍ وَهَذَا التَّدْبِيرُ، وَلَا يُمْكِنُ ذَلِكَ

فِي الْإِعْتِقَاقِ لِأَنَّهُ عِنْدَ ذَلِكَ مُكَاتَّبٌ أَوْ حُرٌّ عَلَى اخْتِلَافِ الْأَصْلِينَ، وَلَا بُدَّ مِنْ رِضَا الْمَكَاتِبِ بِفَسْخِهِ حَتَّى يَقْبَلَ الْإِنْتِقَالَ فَلِهَذَا يَضْمَنُ الْمُدَبِّرُ، ثُمَّ لِلْمُدَبِّرِ أَنْ يَضْمَنَ الْمُعْتَقَ ثُلُثَ قِيَمَتِهِ مُدَبِّرًا لِأَنَّهُ أَفْسَدَ عَلَيْهِ نَصِيبَهُ مُدَبِّرًا، وَالضَّمَانُ يَتَقَدَّرُ بِقِيَمَةِ الْمُتْلَفِ، وَقِيَمَةُ الْمُدَبِّرِ ثُلُثًا قِيَمَتِهِ هُنَا عَلَى مَا قَالُوا.

الشرح:

وَلِلْمُدَبِّرِ أَنْ يَضْمَنَ الْمُعْتَقَ ثُلُثَ قِيَمَتِهِ مُدَبِّرًا وَلَا يَضْمَنُهُ الثُّلُثُ الَّذِي ضَمَّنَ وَيَبَيِّنُ ذَلِكَ أَنَّ قِيَمَةَ الْعَبْدِ إِنْ كَانَتْ سَبْعَةً وَعِشْرِينَ دِينَارًا مَثَلًا فَإِنَّ السَّائِكَتَ يَضْمَنُ الْمُدَبِّرُ تِسْعَةً وَالْمُدَبِّرُ يَضْمَنُ الْمُعْتَقَ سِتَّةً، وَذَلِكَ لِأَنَّ قِيَمَةَ الْمُدَبِّرِ ثُلُثًا قِيَمَةَ الْقِنْ لَمَّا تَذَكَّرُ، فَبِالتَّدْبِيرِ تَلَفَتْ مِنْهُ تِسْعَةٌ فَكَانَ الْإِثْلَافُ بِالْإِعْتِقَاقِ وَأَقْعًا عَلَى قِيَمَةِ الْمُدَبِّرِ وَهِيَ ثُلُثًا قِيَمَةَ الْقِنْ وَهِيَ ثَمَانِيَةٌ عَشْرٌ وَثُلُثُ ثَمَانِيَةٍ عَشَرَ سِتَّةً، فَيَضْمَنُ الْمُدَبِّرُ الْمُعْتَقَ تِلْكَ السِتَّةَ فَقَطْ وَلَا يَضْمَنُهُ التَّسْعَةُ الَّتِي هِيَ نَصِيبُ السَّائِكَتِ مَعَ تِلْكَ السِتَّةِ الَّتِي يَضْمَنُهَا إِيَّاهَا (وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ، وَقَالَا: الْعَبْدُ لِلْمُدَبِّرِ وَيَضْمَنُ ثُلُثِي قِيَمَتِهِ لِشَرِيكِهِ مُوسِرًا كَانَ أَوْ مُعْسِرًا) قَوْلُهُ (وَأَصْلُ هَذَا) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (عَلَى مَا مَرَّ) إِيضًا إِلَى قَوْلِهِ لِأَنَّ الْمُعْتَقَ جَانٍ عَلَيْهِ بِإِفْسَادِ نَصِيبِهِ حَيْثُ امْتَنَعَ عَلَيْهِ الْبَيْعُ وَالْهَبَةُ إلخ.

وَقَوْلُهُ (غَيْرَ أَنْ لَهُ أَنْ يَضْمَنَ الْمُدَبِّرُ) يَبَيِّنُ حَصْرَ الضَّمَانِ عَلَى الْمُدَبِّرِ بَعْدَمَا كَانَ الْإِعْتِقَاقُ أَيْضًا سَبَبَ ضَمَانٍ، وَتَقْرِيرُ ذَلِكَ أَنَّ ضَمَانَ الْمُدَبِّرِ ضَمَانُ مُعَاوَضَةٍ وَضَمَانُ الْمُعْتَقِ ضَمَانُ جَنَائَةٍ وَإِثْلَافٍ، وَالْأَصْلُ فِي الضَّمَانِ هُوَ ضَمَانُ الْمُعَاوَضَةِ فَلَا يُعْدَلُ إِلَى غَيْرِهِ إِلَّا عِنْدَ الْعَجْزِ؛ أَمَّا أَنْ ضَمَانَ الْمُدَبِّرِ ضَمَانُ مُعَاوَضَةٍ فَلِأَنَّهُ يَضْمَنُ مَا أَتْلَفَهُ بِالتَّدْبِيرِ وَهُوَ كَانَ قَابِلًا لِلثَّقْلِ فَكَانَ ضَمَانُهُ مُقَابِلًا بِذَلِكَ فَانْعَقَدَ سَبَبُ الضَّمَانِ مُوجِبًا لِمَلِكِ الْمَضْمُونِ، بِخِلَافِ ضَمَانِ الْإِعْتِقَاقِ فَإِنَّهُ يَضْمَنُ مَا أَتْلَفَهُ، وَمَا أَتْلَفَهُ كَانَ بَعْدَ تَدْبِيرِ الْمُدَبِّرِ وَذَلِكَ غَيْرُ قَابِلٍ لِلثَّقْلِ فَكَانَ ضَمَانُهُ ضَمَانًا مِنْ غَيْرِ تَمْلُكِ الْمَضْمُونِ وَذَلِكَ خَالِصُ ضَمَانِ الْجَنَائَةِ، وَأَمَّا أَنْ الْأَصْلُ فِي الضَّمَانِ ضَمَانُ الْمُعَاوَضَةِ فَوَاضِحٌ (وَلِهَذَا جَعَلَ الْغَضَبُ ضَمَانَ مُعَاوَضَةٍ عَلَى أَصْلَانَا) وَمِمَّا يَدُلُّ عَلَى أَنَّ ضَمَانَ الْمُدَبِّرِ ضَمَانُ مُعَاوَضَةٍ أَنَّ مَنْ غَضِبَ مُدَبِّرًا فَكَتْسَبَ عِنْدَ الْغَاصِبِ كَسْبًا ثُمَّ أَبْقَى فَلَمْ يَرْجِعْ مِنْ إِبَاقِهِ حَتَّى مَاتَ كَانَ ذَلِكَ الْكَسْبُ لِلْغَاصِبِ.

قَالَ فِي النَّهْيَةِ، وَالْمَسْأَلَةُ فِي آخِرِ بَابِ النَّهْيِ مِنْ أَصُولِ الْفِقْهِ لَشَمْسِ الْأُيْمَةِ السَّرْحَسِيِّ وَإِنَّمَا يَكُونُ الْكَسْبُ لَهُ إِذَا كَانَ الْمُدَبِّرُ مَلِكًا لِلْعَاصِبِ عِنْدَ أَدَاءِ الضَّمَانِ، فَلَمَّا أُعْتَبِرَ ضَمَانُ الْمُدَبِّرِ وَهُوَ غَيْرُ قَابِلٍ لِلثَّقْلِ ضَمَانٌ مُعَاوَضَةٌ فَلَأَن يُعْتَبَرَ ضَمَانُ الْمُدَبِّرِ وَمَا أُثْلِفَهُ بِتَدْيِيرِهِ قَابِلٌ لِلثَّقْلِ ضَمَانٌ مُعَاوَضَةٌ كَانَ أَوَّلَى.

وَقَوْلُهُ (لَأَنَّهُ عِنْدَ ذَلِكَ مُكَاتَّبٌ أَوْ حُرٌّ عَلَى اخْتِلَافِ الْأَصْلَيْنِ) قَالَ الْإِمَامُ جَلَالُ الدِّينِ بْنُ الْمُصَنِّفِ: هَذَا غَيْرُ مُسْتَقِيمٍ وَكَذَا قَوْلُهُ لَا بُدَّ مِنْ رِضَا الْمُكَاتَّبِ بِفَسْخِهِ لِأَنَّهُ عِنْدَ الْإِعْتِقَاقِ لَيْسَ بِمُكَاتَّبٍ وَلَا حُرٌّ، وَإِنَّمَا يَصِيرُ كَذَلِكَ بَعْدَ الْإِعْتِقَاقِ، وَالْمُسْتَسْعَى عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَإِنْ كَانَ بِمَنْزِلَةِ الْمُكَاتَّبِ إِلَّا أَنَّهُ لَا يَفْسُخُ بِالْعَجْزِ وَلَا بِالتَّفَاسُخِ، وَإِنَّمَا الصَّحِيحُ أَنْ يُقَالَ لِأَنَّهُ عِنْدَ ذَلِكَ مُدَبِّرٌ.

وَأَقُولُ: لِلسَّائِكِ حَقُّ الاستِسْعَاءِ وَكُلُّ مَنْ فِيهِ حَقُّ الاستِسْعَاءِ بِمَنْزِلَةِ الْمُكَاتَّبِ، كَمَا أَنَّ مَنْ فِيهِ حَقُّ الْبَيَانِ كَذَلِكَ عَلَى مَا سَيَجِيءُ فِي هَذَا الْكِتَابِ فِي مَسْأَلَةِ الثَّابِتِ وَالْخَارِجِ وَالْدَاخِلِ أَنَّ لِلْمَوْلَى بَيَانَ حَقِّ الْإِيجَابِ الْأَوَّلِ فِي كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الثَّابِتِ وَالْخَارِجِ، فَمَا دَامَ لَهُ حَقُّ الْبَيَانِ كَانَ كُلُّ مِنْهُمَا حُرًّا مِنْ وَجْهِ عَبْدًا مِنْ وَجْهِ، فَكَانَ الثَّابِتُ كَالْمُكَاتَّبِ، فَكَذَا هَاهُنَا مَا دَامَ لَهُ حَقُّ السَّعَايَةِ فِي الْمُدَبِّرِ كَانَ بِمَنْزِلَةِ الْمُكَاتَّبِ، وَأَمَّا أَنَّ الْكِتَابَةَ تَقْبَلُ الْفَسْخَ فَقَدْ تَقَدَّمَ فِي فَصْلِ كِفَارَةِ الظُّهَارِ أَنَّهَا تَنْفَسَخُ بِمُقْتَضَى الْإِعْتِقَاقِ فَكَذَلِكَ تَنْفَسَخُ بِالتَّرَاضِي وَقَوْلُهُ (عَلَى مَا قَالُوا) إِشَارَةٌ إِلَى أَنَّ فِيهِ اخْتِلَافًا. قَالَ بَعْضُهُمْ: نِصْفُ قِيَمَةِ الْقِنْ لَأَنَّ قَبْلَ التَّدْيِيرِ كَانَ لَهُ فِيهِ نَوْعٌ مِنْ مَنَفَعَةِ الْبَيْعِ وَمَا شَاكَلَهُ وَمَنْفَعَةُ الْإِجَارَةِ وَمَا شَاكَلَهَا وَقَدْ زَالَ أَحَدُهُمَا وَهُوَ الْبَيْعُ وَبَقِيَ الْآخَرُ. وَقَالَ بَعْضُهُمْ: قِيَمَتُهُ قِيَمَةُ الْخِدْمَةِ يَنْظُرُ بِكُمْ يُسْتَعْدَمُ وَهُوَ مُدَّةُ عُمُرِهِ مِنْ حَيْثُ الْحَزْرُ وَالظَّنُّ. وَالْأَصَحُّ مَا قَالَهُ فِي الْكِتَابِ لَأَنَّ مَنَفَعَةَ الْوَطْءِ وَالسَّعَايَةِ بَاقِيَةٌ وَمَنْفَعَةُ الْبَيْعِ زَائِلَةٌ، وَقِيلَ الْفَتْوَى عَلَى الْأَوَّلِ.

وَلَا يُضْمَنُهُ قِيَمَتُهُ مَا مَلَكَهُ بِالضَّمَانِ مِنْ جِهَةِ السَّائِكِ لِأَنَّ مِلْكَهُ يَثْبُتُ مُسْتَعِدًّا وَهُوَ ثَابِتٌ مِنْ وَجْهِ دُونَ وَجْهِ، فَلَا يَظْهَرُ فِي حَقِّ التَّضْمِينِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَلَا يُضْمَنُهُ قِيَمَتُهُ مَا مَلَكَهُ بِالضَّمَانِ) يَعْنِي أَنَّ الْمُدَبِّرَ لَمَّا أَدَّى ضَمَانَهُ

نَصِيبُ السَّائِكِ وَهُوَ ثُلُثُ قِيَمَتِهِ فَنَّا مَلِكَ الْمُدَبِّرِ نَصِيبُ السَّائِكِ وَاجْتَمَعَ فِي مَلِكِ الْمُدَبِّرِ ثُلَاثَا الْعَبْدِ، وَلَهُ أَنْ يَضْمَنَ قِيَمَةَ مَا كَانَ لَهُ فِي الْأَصْلِ وَهُوَ الثُّلُثُ مُدَبِّرًا، فَإِنْ نَصِيبُهُ بَعْدَ تَذْيِيرِهِ كَانَ مُتَتَفَعًا بِهِ مِنَ الْوَجْهِ الَّذِي ذَكَّرْنَا وَفَسَدَ بِالِاعْتِقَاقِ فَيُضْمَنُ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُضْمَنَ الْمُعْتَقُ قِيَمَةَ الثُّلُثِ الَّذِي تَمَلَّكَ عَلَى السَّائِكِ بِأَدَاءِ الضَّمَانِ لَوْجْهَيْنِ: أَحَدُهُمَا أَنَّهُ مَلِكُ الْمَضْمُونِ مُسْتَنَدًا وَالْمُسْتَنَدُ ثَابِتٌ مِنْ وَجْهِ دُونَ وَجْهِ فَلَا يَظْهَرُ فِي حَقِّ التَّضْمِينِ.

وَالثَّانِي أَنَّهُ لَمَّا انْتَقَلَ نَصِيبُ السَّائِكِ إِلَى الْمُدَبِّرِ قَامَ الْمُدَبِّرُ مَقَامَ السَّائِكِ فِي ذَلِكَ الثُّلُثِ، وَالسَّائِكُ لَا يَمْلِكُ تَضْمِينَ الْمُعْتَقِ فَكَذَلِكَ مَنْ قَامَ مَقَامَهُ. وَبِالْوَجْهِ الثَّانِي يَنْدَفِعُ مَا قِيلَ عَلَى مَا فِي الْكِتَابِ أَنَّ أَحَدَ الشَّرِيكَيْنِ إِذَا أَعْتَقَ نَصِيبَهُ وَهُوَ مُوسِرٌ يَضْمَنُ لِلْسَّائِكِ قِيَمَةَ نَصِيبِهِ وَيَرْجِعُ الْمُعْتَقُ عَلَى الْعَبْدِ وَإِنْ ثَبَتَ لَهُ الْمِلْكُ مُسْتَنَدًا وَهُوَ ثَابِتٌ مِنْ وَجْهِ دُونَ وَجْهِ.

وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ الْمُدَبِّرَ قَامَ مَقَامَ السَّائِكِ بِأَدَاءِ الضَّمَانِ، وَلَيْسَ لِلْسَّائِكِ تَضْمِينُ الْمُعْتَقِ لَمَّا ذَكَّرْنَا مِنْ تَعْيِينِ تَضْمِينِ الْمُدَبِّرِ لِيَكُونَ الضَّمَانُ ضَمَانُ مُعَاوِضَةٍ لِكَوْنِهِ الْأَصْلُ، فَكَذَلِكَ مَنْ قَامَ مَقَامَهُ. وَأَمَّا الْمُعْتَقُ فَلَمَّا قَامَ مَقَامَ السَّائِكِ بِأَدَاءِ الضَّمَانِ وَكَانَ لِلْسَّائِكِ وَلَايَةُ الْاسْتِسْعَاءِ كَانَ لِلْمُعْتَقِ أَيْضًا تِلْكَ الْوَلَايَةُ.

وَالْوَلَاءُ بَيْنَ الْمُعْتَقِ وَالْمُدَبِّرِ أَثَلَاثًا ثُلَاثًا لِلْمُدَبِّرِ وَالثُّلُثُ لِلْمُعْتَقِ لِأَنَّ الْعَبْدَ عَتَقَ عَلَى مَلِكِهِمَا عَلَى هَذَا الْمِقْدَارِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَالْوَلَاءُ بَيْنَ الْمُعْتَقِ وَالْمُدَبِّرِ) أَيُّ بَيْنَ عَصَبَةِ الْمُدَبِّرِ (أَثَلَاثًا ثُلَاثًا لِلْمُدَبِّرِ وَالثُّلُثُ لِلْمُعْتَقِ لِأَنَّ الْعَبْدَ عَتَقَ عَلَى مَلِكِهِمَا عَلَى هَذَا الْمِقْدَارِ) فَإِنْ قِيلَ: لَوْ كَانَ أَدَاءُ الضَّمَانِ يُثَبِّتُ مَلِكَ نَصِيبِ الْآخَرِ كَانَ لِلْمُعْتَقِ ثُلَاثَا الْوَلَاءِ أَيْضًا لِأَنَّهُ أَدَّى إِلَى الْمُدَبِّرِ ثُلُثَ قِيَمَتِهِ مُدَبِّرًا. أُجِيبَ بِأَنَّ ضَمَانَ الْمُعْتَقِ إِلَى الْمُدَبِّرِ ضَمَانٌ إِثْلَافٌ لَا ضَمَانٌ مُعَاوِضَةٌ لَمَّا ذَكَّرْنَا أَنَّ الْمُدَبِّرَ غَيْرُ قَابِلٍ لِلثَّقْلِ مِنْ مَلِكٍ إِلَى مَلِكٍ فَلَمْ يَمْلِكِ الْمُعْتَقُ شَيْئًا بِمُقَابَلَةِ مَا ضَمِنَ، وَأَمَّا الْمُدَبِّرُ فَقَدْ مَلِكَ نَصِيبَ السَّائِكِ عِنْدَ أَدَاءِ الضَّمَانِ مُسْتَنَدًا إِلَى وَقْتِ التَّذْيِيرِ عَلَى مَا مَرَّ فَصَارَ كَأَنَّهُ دَبَّرَ ثَلَاثِينَ مِنَ الْإِبْتِدَاءِ مُسْتَنَدًا فَثَبَّتَ لَهُ ثُلَاثَا الْوَلَاءِ وَلِلْمُعْتَقِ الثُّلُثُ لَمَّا أَنَّ نَصِيبَ السَّائِكِ بَعْدَ مَا انْتَقَلَ إِلَى الْمُدَبِّرِ لَا يَنْتَقِلُ إِلَى الْمُعْتَقِ..

وَإِذَا لَمْ يَكُنِ التَّدْبِيرُ مُتَجَزِّئًا عِنْدَهُمَا صَارَ كُلُّهُ مُدَبَّرًا لِلْمُدَبِّرِ وَقَدْ أَفْسَدَ نَصِيبُ شَرِيكِهِ لِمَا بَيْنَا فَيُضْمَنُهُ، وَلَا يَخْتَلَفُ بِالْيَسَارِ وَالْإِعْسَارِ لِأَنَّهُ ضَمَانٌ تَمْلِكُ فَأَشْبَهُ الْاِسْتِيلَادَ، بِخِلَافِ الْإِعْتَاقِ لِأَنَّهُ ضَمَانٌ جِنَائِيٌّ، وَالْوَلَاءُ كُلُّهُ لِلْمُدَبِّرِ وَهَذَا ظَاهِرٌ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (لَأَنَّهُ ضَمَانٌ تَمْلِكُ) أَيُّ لَأَنَّ ضَمَانَ التَّدْبِيرِ ضَمَانٌ تَمْلِكُ لِأَنَّهُ يَمْلِكُ كَسْبُهُ وَخِدْمَتُهُ فَلَا يَخْتَلَفُ بِالْيَسَارِ وَالْإِعْسَارِ كَضَمَانِ الْاِسْتِيلَادِ (بِخِلَافِ الْإِعْتَاقِ لِأَنَّهُ ضَمَانٌ جِنَائِيٌّ) وَهُوَ يَخْتَلَفُ بِالْيَسَارِ وَالْإِعْسَارِ. وَاعْتَرِضَ بِأَنَّ قَوْلَكُمْ ضَمَانُ الْجِنَايَةِ يَخْتَلَفُ بِالْيَسَارِ وَالْإِعْسَارِ أَرَدْتُمْ بِهِ مُطْلَقَ ضَمَانِ الْجِنَايَةِ أَوْ الْجِنَايَةِ بِالْإِعْتَاقِ، وَالْأَوَّلُ مَرْدُودٌ بِأَنَّ مَنْ كَسَرَ جِرَّةَ إِنْسَانٍ مَثَلًا أَوْ أَثْلَفَ مَلِكًا مِنْ أُمْلَاكِهِ فَإِنَّهُ يَجِبُ عَلَيْهِ الضَّمَانُ مُوسِرًا كَانَ أَوْ مُعْسِرًا، وَالثَّانِي تَحَكُّمٌ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ الْمُرَادَ الثَّانِي، وَالتَّحَكُّمُ مَدْفُوعٌ لثَبُوتِهِ بِقَوْلِهِ ﷺ «فِي الرَّجُلِ يُغْتَقُ نَصِيئُهُ: إِنْ كَانَ غَنِيًّا ضَمِنَ، وَإِنْ كَانَ فَقِيرًا سَعَى الْعَبْدُ فِي حِصَّةِ الْآخِرِ» فَلَا يُقَاسُ عَلَيْهِ غَيْرُهُ لَكُونِهِ عَلَى خِلَافِ الْقِيَاسِ.

قَالَ (وَإِذَا كَانَتْ جَارِيَةً بَيْنَ رَجُلَيْنِ زَعَمَ أَحَدُهُمَا أَنَّهَا أُمٌّ وَلَدٍ لَصَاحِبِهِ وَانْكَرَ ذَلِكَ الْآخَرُ فَهِيَ مَوْهُوْفَةٌ يَوْمًا وَيَوْمًا تَخْدُمُ الْمُنْكَرَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ، وَقَالَا: إِنْ شَاءَ الْمُنْكَرُ اسْتَسْعَى الْجَارِيَةَ فِي نِصْفِ قِيمَتِهَا ثُمَّ تَكُونُ حُرَّةً لَا سَبِيلَ عَلَيْهَا) لِهَمَّا أَنَّهُ لَمَّا لَمْ يُصَدِّقْهُ صَاحِبُهُ انْقَلَبَ إِقْرَارُ الْمُقَرِّ عَلَيْهِ كَأَنَّهُ اسْتَوْلَدَهَا فَصَارَ كَمَا إِذَا أَقَرَّ الْمُشْتَرِي عَلَى الْبَائِعِ أَنَّهُ أَعْتَقَ الْمَبِيعَ قَبْلَ الْبَيْعِ يُجْعَلُ كَأَنَّهُ أَعْتَقَ كَذَا هَذَا فَتَمْتَنِعُ الْخِدْمَةُ وَنَصِيبُ الْمُنْكَرِ عَلَى مِلْكِهِ فِي الْحُكْمِ فَتَخْرُجُ إِلَى الْعَتَاقِ بِالسَّعَايَةِ كَأَمَّ وَلَدِ النُّصْرَانِيِّ إِذَا أَسْلَمَتْ.

وَلَأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ الْمُقَرَّ لَوْ صَدَّقَ كَانَتْ الْخِدْمَةُ كُلُّهَا لِلْمُنْكَرِ، وَلَوْ كَذَبَ كَانَ لَهُ نِصْفُ الْخِدْمَةِ فَيُثَبِّتُ مَا هُوَ الْمُتَيَقِّنُ بِهِ وَهُوَ النِّصْفُ، وَلَا خِدْمَةَ لِلشَّرِيكِ الشَّاهِدِ وَلَا اسْتِسْعَاءً لِأَنَّهُ يَتَبَرَّرُ عَنْ جَمِيعِ ذَلِكَ بِدَعَايِ الْاِسْتِيلَادِ وَالضَّمَانِ، وَالْإِقْرَارُ بِأُمُومِيَّةِ الْوَلَدِ يَتَضَمَّنُ الْإِقْرَارَ بِالنَّسَبِ وَهُوَ أَمْرٌ لَا زِمَ لَا يَرْتَدُّ بِالرَّدِّ، فَلَا يُمْكِنُ أَنْ يُجْعَلَ الْمُقَرُّ كَالْمُسْتَوْلَدِ.

الشرح:

قَالَ: (وَإِنْ كَانَتْ جَارِيَةً بَيْنَ رَجُلَيْنِ) إِذَا كَانَتْ الْجَارِيَةُ بَيْنَ رَجُلَيْنِ (زَعَمَ

أَحَدُهُمَا أَلْهَا أُمُّ وَلَدٍ لَصَاحِبِهِ وَأُنْكَرَ صَاحِبُهُ فَهِيَ مَوْقُوفَةٌ يَوْمًا) أَي تَرْفَعُ عَنْهَا الْخِدْمَةُ يَوْمًا (وَتَتَّخِذُ الْمُنْكَرُ يَوْمًا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ. وَقَالَا: إِنْ شَاءَ الْمُنْكَرُ اسْتَسْعَى الْجَارِيَةَ فِي نِصْفِ قِيمَتِهَا ثُمَّ تَكُونُ حُرَّةً) كُلُّهَا (لَا سَبِيلَ عَلَيْهَا) يَعْنِي لِلْمَقْرِّ بِالِاسْتِسْعَاءِ لَهَا أَنَّهُ لَمْ يُصَدِّقْهُ (وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ الْمَقْرَّ لَوْ أَقَرَّ عَلَى نَفْسِهِ بِالِاسْتِيلَادِ صَحَّ، فَإِذَا أَضَافَهُ إِلَى مَنْ يَمْلِكُهُ وَلَمْ يُصَدِّقْهُ ذَلِكَ انْقَلَبَ إِقْرَارُهُ عَلَيْهِ، وَإِذَا انْقَلَبَ إِقْرَارُهُ عَلَيْهِ صَارَ كَأَنَّهُ اسْتَوْلَدَهَا فَصَارَ كَمَا إِذَا أَقَرَّ الْمُشْتَرِي عَلَى الْبَائِعِ أَنَّهُ أَعْتَقَ الْمَبِيعَ قَبْلَ الْبَيْعِ فَإِنَّهُ يُجْعَلُ كَأَنَّهُ أَعْتَقَهُ، وَإِذَا انْقَلَبَ إِقْرَارُ الْمَقْرِّ عَلَى نَفْسِهِ امْتَنَعَ الْخِدْمَةُ لِلْمُنْكَرِ لِأَنَّ الْمَقْرَّ صَارَ بِإِقْرَارِهِ كَالْمُسْتَوْلَدِ لَهَا، وَلَا يُمَكِّنُ لِلْمُنْكَرِ تَضَمُّنُ الْمَقْرِّ، لِأَنَّهُ مَا أَقَرَّ عَلَى نَفْسِهِ بِالِاسْتِيلَادِ فَكَانَ نَصِيبُ الْمُنْكَرِ عَلَى مِلْكِهِ فِي الْحُكْمِ مُحْتَبَسًا عِنْدَ الْجَارِيَةِ (فَتَخْرُجُ إِلَى الْعَتَاقِ بِالسَّعَايَةِ كَأُمِّ وَلَدِ النَّصْرَانِيِّ إِذَا أَسْلَمَتْ) تَخْرُجُ إِلَى الْعَتَقِ بِالسَّعَايَةِ لِتَعَذُّرِ إِبْقَائِهَا فِي يَدِ الْمَوْلَى وَمِلْكِهِ بَعْدَ إِسْلَامِهَا وَإِصْرَارِهِ عَلَى الْكُفْرِ وَالْأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الْمَقْرَّ لَوْ صَدَّقَ) تَقْرِيرُهُ مَوْقُوفٌ عَلَى مُقَدِّمَةٍ هِيَ أَنَّ الْخَبَرَ يَنْقَسِمُ إِلَى صَادِقٍ وَكَاذِبٍ قِسْمَةً حَقِيقِيَّةً لَا يَجْتَمِعَانِ وَلَا يَرْتَفِعَانِ بِنَاءً عَلَى أَنَّ صَدَقَ الْخَبَرَ وَكَذَبَهُ رَاجِعَانِ إِلَى مُطَابَقَةِ الْوَاقِعِ وَعَدَمِهَا، فَالْمَقْرُّ إِمَّا أَنْ يَكُونَ صَادِقًا فِي إِقْرَارِهِ أَوْ كَاذِبًا، فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ (كَانَتْ الْخِدْمَةُ كُلُّهَا لِلْمُنْكَرِ) وَإِنْ كَانَ الثَّانِي (كَانَ لَهُ نِصْفُ الْخِدْمَةِ فَيُثَبَّتُ مَا هُوَ الْمُتَيَقَّنُ بِهِ وَهُوَ النِّصْفُ، وَلَا خِدْمَةَ لِلشَّرِيكِ الشَّاهِدِ وَلَا اسْتِسْعَاءَ لِأَنَّهُ يَتَبَرَّأُ عَنْ جَمِيعِ ذَلِكَ) أَمَّا عَنْ الْخِدْمَةِ فَبِدَعْوَى الْاسْتِيلَادِ، وَأَمَّا عَنْ الْاسْتِسْعَاءِ فَبِدَعْوَى الضَّمَانِ فَفِي كَلَامِهِ لَفٌّ وَنَشْرٌ عَلَى مَا تَرَى.

وَقَوْلُهُ (وَالِإِقْرَارُ بِأُمُومِيَّةِ الْوَلَدِ يَتَضَمَّنُ الْإِقْرَارَ بِالنِّسْبِ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِمَا كَأَنَّهُ اسْتَوْلَدَهَا: يَعْنِي أَنَّهُ لَمَّا أَقَرَّ بِأُمُومِيَّةِ الْوَلَدِ وَالِإِقْرَارُ بِهَا يَتَضَمَّنُ الْإِقْرَارَ بِالنِّسْبِ وَالِإِقْرَارُ بِالنِّسْبِ أَمْرٌ لَازِمٌ لَا يَرْتَدُّ بِالرَّدِّ حَتَّى أَنْ الرَّجُلَ إِذَا أَقَرَّ بِنِسْبِ صَغِيرٍ لِرَجُلٍ فَكَذَبَهُ الْمَقْرُّ لَهُ ثُمَّ أَقَرَّ الْمَقْرُّ بِنِسْبِ ذَلِكَ الصَّغِيرِ لِنَفْسِهِ لَمْ يَصِحَّ لِأَنَّ النَّسْبَ لَا يَرْتَدُّ بِالرَّدِّ (فَلَا يُمَكِّنُ أَنْ يُجْعَلَ الْمَقْرُّ كَالْمُسْتَوْلَدِ).

(وَإِنْ كَانَتْ أُمُّ وَلَدٍ بَيْنَهُمَا فَأَعْتَقَهَا أَحَدُهُمَا وَهُوَ مُوسِرٌ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ، وَقَالَا: يَضْمَنُ نِصْفَ قِيمَتِهَا) لِأَنَّ مَالِيَّةَ أُمِّ الْوَلَدِ غَيْرُ مُتَقَوِّمَةٍ عِنْدَهُ وَمُتَقَوِّمَةٌ عِنْدَهُمَا، وَعَلَى هَذَا الْأَصْلِ ثُبُتَتِ عِدَّةٌ مِنَ الْمَسَائِلِ أوردناها فِي كِفَايَةِ الْمُنْتَهَى.

وَجَهُ قَوْلُهُمَا أَنَّهَا مُنْتَفَعٌ بِهَا وَطَافًا وَإِجَارَةً وَاسْتِخْدَامًا، وَهَذَا هُوَ دَلَالَةُ التَّقْوَمِ، وَبِامْتِنَاعِ بَيْعِهَا لَا يَسْقُطُ تَقْوُمُهَا كَمَا فِي الْمُدَبِّرِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّ أُمَّ وَلَدِ النَّصْرَانِيِّ إِذَا أَسْلَمَتْ عَلَيْهَا السَّعَايَةُ، وَهَذَا آيَةُ التَّقْوَمِ.

الشرح:

(وَإِنْ كَانَتْ أُمُّ وَلَدٍ يَنْتَهِي) بِأَنَّ وَلَدَتْ جَارِيَةً بَيْنَ رَجُلَيْنِ وَلَدًا فَادَّعَاهُ (فَأَعْتَقَهَا أَحَدُهُمَا وَهُوَ مُوسِرٌ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: يَضْمَنُ نِصْفَ قِيمَتِهَا لِأَنَّ مَالِيَّةَ أُمِّ الْوَلَدِ غَيْرُ مُتَقَوِّمَةٍ عِنْدَهُ) خِلَافًا لُهُمَا، وَعَلَى هَذَا الْأَصْلِ عِدَّةُ مَسَائِلَ ذَكَرَهَا الْمُصَنِّفُ فِي كِفَايَةِ الْمُنتَهَى: مِنْهَا أَنَّهُ إِذَا مَاتَ أَحَدُهُمَا حَتَّى عَقَّتْ لَمْ تَسْعَ لِلْآخَرِ عِنْدَهُ وَعِنْدَهُمَا تَسْعَى. وَمِنْهَا أَنَّهَا إِذَا وَلَدَتْ فَادَّعَاهُ أَحَدُهُمَا يَثْبُتُ نَسَبُهُ مِنْهُ وَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ لِشَرِيكِهِ مِنَ الضَّمَانِ وَلَا سَعَايَةَ عَلَى الْوَلَدِ عِنْدَهُ.

وَعِنْدَهُمَا يَضْمَنُ نِصْفَ قِيمَتِهِ لِشَرِيكِهِ إِنْ كَانَ مُوسِرًا وَيَسْتَسْعِي الْوَلَدُ فِي نِصْفِ قِيمَتِهِ إِنْ كَانَ مُعْسِرًا.

وَمِنْهَا أَنَّهُ إِذَا غَضِبَ أُمُّ وَلَدٍ فَهَلَكَتْ عِنْدَهُ لَمْ يَضْمَنْ شَيْئًا عِنْدَهُ خِلَافًا لُهُمَا (وَجَهُ قَوْلِهِمَا) فِي تَقْوَمِ أُمِّ الْوَلَدِ (أَنَّهَا مُنْتَفَعٌ بِهَا وَطَافًا وَإِجَارَةً وَاسْتِخْدَامًا) بِالِاتِّفَاقِ، وَكُلُّ مَا هُوَ كَذَلِكَ فَهُوَ مُتَقَوِّمٌ لِأَنَّ حِلَّ الْوِطْءِ لَا يَكُونُ إِلَّا بِمِلْكِ الْيَمِينِ عِنْدَ عَدَمِ التَّكَاحِ (أَلَا تَرَى أَنَّ أُمَّ وَلَدِ النَّصْرَانِيِّ إِذَا أَسْلَمَتْ عَلَيْهَا السَّعَايَةُ) وَلَوْ لَا تَقْوُمُهَا لَمْ يَكُنْ كَذَلِكَ، فَإِنْ غَوْرَضَ بِأَنَّ يَبْعُهَا مُنْتَفَعٌ وَذَلِكَ دَلِيلٌ عَلَى عَدَمِ التَّقْوَمِ. أَجَابَ بِقَوْلِهِ وَبِامْتِنَاعِ يَبْعُهَا لَا يَسْقُطُ تَقْوُمُهَا كَمَا فِي الْمُدَبِّرِ.

غَيْرَ أَنَّ قِيمَتَهَا ثَلُثُ قِيمَتِهَا قِنْتَ عَلَى مَا قَالُوا لِقَوَاتِ مَنْفَعَةِ الْبَيْعِ وَالسَّعَايَةِ بَعْدَ الْمَوْتِ، بِخِلَافِ الْمُدَبِّرِ لِأَنَّ الْفَائِتَ مَنْفَعَةُ الْبَيْعِ، أَمَّا السَّعَايَةُ وَالِاسْتِخْدَامُ بَاقِيَانِ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ التَّقْوَمَ بِالْإِحْرَازِ وَهِيَ مُحَرَّرَةٌ لِلنَّسَبِ لَا لِلتَّقْوَمِ وَالْإِحْرَازُ لِلتَّقْوَمِ تَابِعٌ، وَلِهَذَا لَا تَسْعَى لِفَرِيمٍ وَلَا لَوَارِثٍ بِخِلَافِ الْمُدَبِّرِ، وَهَذَا لِأَنَّ السَّبَبَ فِيهَا مُتَحَقِّقٌ فِي الْحَالِ وَهُوَ الْجَرْيَةُ الثَّابِتَةُ بِوَاسِطَةِ الْوَلَدِ عَلَى مَا عُرِفَ فِي حُرْمَةِ الْمَصَاهِرَةِ، إِلَّا أَنَّهُ لَمْ يُظْهِرْ عَمَلُهُ فِي حَقِّ الْمِلْكِ ضَرُورَةَ الْإِنْتِفَاعِ فَعَمِلَ السَّبَبُ فِي إِسْقَاطِ التَّقْوَمِ، وَفِي الْمُدَبِّرِ يَنْعَقِدُ السَّبَبُ بَعْدَ الْمَوْتِ، وَامْتِنَاعُ الْبَيْعِ فِيهِ لِتَحْقِيقِ مَقْصُودِهِ فَافْتَرَقَا. وَفِي أُمِّ وَلَدٍ

النَّصْرَانِيَّ قَضَيْنَا بِتَكَاثِبِهَا عَلَيْهِ دَفْعًا لِلضَّرَرِ عَنِ الْجَانِبَيْنِ، وَبَدَلُ الْكِتَابَةِ لَا يَفْتَقِرُ وَجُوبُهُ إِلَى التَّقْوَمِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (غَيْرَ أَنْ قِيمَتَهَا) بَيَانٌ لِمَقْدَارِ الْقِيَمَةِ وَهُوَ وَاضِحٌ وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ التَّقْوَمَ بِالْإِحْرَازِ لِلتَّمَوُّلِ وَلَا إِحْرَازَ لِلتَّمَوُّلِ فِي أُمِّ الْوَلَدِ لِأَنَّهَا مُحَرَّزَةٌ لِلنَّسَبِ لَا لِلتَّمَوُّلِ. وَقَوْلُهُ (لَا لِلتَّقْوَمِ) مَعْنَاهُ لِلتَّمَوُّلِ وَكَذَلِكَ فِي قَوْلِهِ (وَالْإِحْرَازُ لِلتَّقْوَمِ تَابِعٌ) أَيُّ لَيْسَ بِمَقْصُودٍ لِأَنَّهُ إِذَا حَصَّنَهَا وَاسْتَوْلَدَهَا ظَهَرَ أَنَّ إِحْرَازَهَا لِلِاسْتِمْتَاعِ بِمِلْكِ الْمُتَعَةِ لَا لِقَصْدِ التَّمَوُّلِ. وَقَوْلُهُ (وَلِهَذَا لَا تَسْعَى لِعَرِيمٍ) جَازٍ أَنْ يَكُونَ بَيَانًا وَتَوْضِيحًا لِقَوْلِهِ وَالْإِحْرَازُ لِلتَّقْوَمِ تَابِعٌ، يَعْنِي أَنَّهُ لَوْ كَانَ مَقْصُودًا لَسَعَتْ لِعَرِيمٍ أَوْ وَارِثٍ لَتَعَلَّقَ حَقُّ الْعُرْمَاءِ بِهِ بَعْدَ مَوْتِهِ لَكِنْ الْإِجْرَامُ بَاطِلٌ فَكَذَلِكَ الْمَلْزُومُ، وَجَازٍ أَنْ يَكُونَ بَيَانًا لِقَوْلِهِ وَهِيَ مُحَرَّزَةٌ لِلنَّسَبِ لَا لِلتَّقْوَمِ. وَقَوْلُهُ (بِخِلَافِ الْمُدَبِّرِ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِمَا كَمَا فِي الْمُدَبِّرِ: يَعْنِي بِخِلَافِ الْمُدَبِّرِ فَإِنَّهُ لَيْسَ بِمُحَرَّرٍ لِلنَّسَبِ وَلِهَذَا تَتَعَلَّقُ بِهِ حَقُّ الْعُرْمَاءِ. وَقَوْلُهُ (وَهَذَا) إِشَارَةٌ إِلَى الْفَرْقِ بَيْنَ أُمِّ الْوَلَدِ وَبَيْنَ الْمُدَبِّرِ وَبَيَانُهُ (أَنَّ السَّبَبَ فِيهَا) أَيُّ فِي أُمِّ الْوَلَدِ (مُتَحَقِّقٌ فِي الْحَالِ) وَهُوَ الْجُزْئِيَّةُ الثَّابِتَةُ بِوَاسِطَةِ الْوَلَدِ عَلَى مَا عُرِفَ فِي حُرْمَةِ الْمَصَاهِرَةِ وَكَانَ ذَلِكَ يَقْتَضِي سَقُوطَ الْمَلِكِ وَالتَّقْوَمِ جَمِيعًا (إِلَّا أَنَّهُ لَمْ يُظْهِرْ عَمَلُهُ فِي حَقِّ زَوَالِ (الْمَلِكِ ضَرُورَةَ الْإِنْفَاعِ) كَمَا لَمْ يُظْهِرْ فِي زَوَالِ مَلِكِ النِّكَاحِ لَذَلِكَ، وَلَا ضَرُورَةَ فِي إِسْقَاطِ التَّقْوَمِ فَعَمِلَ فِيهِ السَّبَبُ، وَأَمَّا فِي الْمُدَبِّرِ فَإِنَّ السَّبَبَ يَتَعَقَّدُ بَعْدَ الْمَوْتِ، لِأَنَّ قَوْلَهُ إِنْ مِتُّ فَأَنْتَ حُرٌّ تَعْلِيْقٌ مُحْضٌ، وَالْمَعْلُقُ بِالشَّرْطِ لَا يَتَعَقَّدُ سَبَبًا عِنْدَنَا قَبْلَ وَجُودِهِ عَلَى مَا عُرِفَ.

وَقَوْلُهُ (وَأَمْتِنَاغُ الْبَيْعِ فِيهِ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِمَا وَبِامْتِنَاعِ بَيْعِهَا لَا يَسْقُطُ تَقْوَمُهَا. وَتَقْرِيرُهُ: كَانَ الْقِيَاسُ أَنْ لَا يَمْتَنِعَ بَيْعُ الْمُدَبِّرِ، إِلَّا أَنَّهُ إِنَّمَا امْتَنَعَ تَحْقِيقًا لِمَقْصُودِهِ، إِذْ لَوْ جَازَ الْبَيْعُ لَامْتَنَعَ مَقْصُودُ الْمُدَبِّرِ وَهُوَ الْعِتْقُ بَعْدَ مَوْتِهِ. وَقَوْلُهُ (وَفِي أُمِّ وَلَدِ النَّصْرَانِيِّ) جَوَابٌ عَمَّا قَاسَا عَلَيْهِ. وَقَوْلُهُ (قَضَيْنَا بِتَكَاثِبِهَا عَلَيْهِ) لَيْسَ الْمُرَادُ بِهِ حَقِيقَةُ التَّكَاثُبِ، وَلَكِنْ لَمَّا حَكَمْنَا بِأَنَّهَا تَخْرُجُ عَنْ مِلْكِهِ بِأَدَاءِ الْقِيَمَةِ كَانَتْ فِي مَعْنَى الْمَكَاثِبَةِ، وَإِنَّمَا فَعَلْنَا هَكَذَا (دَفْعًا لِلضَّرَرِ عَنِ الْجَانِبَيْنِ) أَمَّا فِي حَقِّ أُمِّ الْوَلَدِ فَلَمَّا تَبَقَّى تَحْتَ يَدِ نَصْرَانِيٍّ وَهِيَ مُسْلِمَةٌ، وَأَمَّا فِي حَقِّ النَّصْرَانِيِّ فَلَمَّا يَنْطَلِ مِلْكُهُ مَجَانًا فَلَمَّا كَانَتْ هِيَ فِي مَعْنَى

الْمَكَاثِبَةِ كَانَ مَا أَدَّاهُ فِي مَعْنَى بَدَلِ الْكِتَابَةِ، وَبَدَلُ الْكِتَابَةِ لَا يَفْتَقِرُ وَجُوبُهُ إِلَى تَقَوُّمِ مَا يُقَابِلُهُ لِأَنَّهُ فِي الْأَصْلِ مُقَابِلٌ بِفَكِّ الْحَجَرِ وَفَكُّ الْحَجَرِ غَيْرُ مُتَقَوِّمٍ، فَلِذَلِكَ قُلْنَا إِنَّ تَكَاثِبَهَا لَمْ يَفْتَضِ تَقَوُّمُ أُمِّ وَلَدِ النَّصْرَانِيِّ فَاطَرَدَ مَا قُلْنَا، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

باب عتق أحد العبدین

(وَمَنْ كَانَ لَهُ ثَلَاثَةُ أَعْبِدٍ دَخَلَ عَلَيْهِ اثْنَانِ فَقَالَ: أَحَدُكُمَا حُرٌّ ثُمَّ خَرَجَ وَاحِدٌ وَدَخَلَ آخَرُ فَقَالَ أَحَدُكُمَا حُرٌّ ثُمَّ مَاتَ وَلَمْ يُبَيِّنْ عِتْقَ مَنْ الَّذِي أُعِيدَ عَلَيْهِ الْقَوْلُ ثَلَاثَةَ أَرْبَاعِهِ وَنِصْفُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْآخَرَيْنِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ كَذَلِكَ إِلَّا فِي الْعَبْدِ الْآخَرِ فَإِنَّهُ يَعْتِقُ رُبْعَهُ) أَمَّا الْخَارِجُ فَلَأَنَّ الْإِيجَابَ الْأَوَّلَ دَائِرٌ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الثَّابِتِ، وَهُوَ الَّذِي أُعِيدَ عَلَيْهِ الْقَوْلُ فَأَوْجَبَ عِتْقَ رَقَبَتِهِ بَيْنَهُمَا لِاسْتِوَائِهِمَا فَيُصِيبُ كُلًّا مِنْهُمَا النِّصْفُ، غَيْرَ أَنَّ الثَّابِتَ اسْتَفَادَ بِالْإِيجَابِ الثَّانِي رُبْعًا آخَرَ لِأَنَّ الثَّانِي دَائِرٌ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الدَّاخِلِ، وَهُوَ الَّذِي سَمَّاهُ فِي الْكِتَابِ آخَرًا فَيَتَنَصَّفُ بَيْنَهُمَا، غَيْرَ أَنَّ الثَّابِتَ اسْتَحَقَّ نِصْفَ الْحُرِّيَّةِ بِالْإِيجَابِ الْأَوَّلِ فَشَاعَ النِّصْفُ الْمُسْتَحَقُّ بِالثَّانِي فِي نِصْفِيهِ، فَمَا أَصَابَ الْمُسْتَحَقَّ بِالْأَوَّلِ لَغَا، وَمَا أَصَابَ الْفَارِغَ بَقِيَ فَيَكُونُ لَهُ الرُّبْعُ فَتَمَّتْ لَهُ ثَلَاثَةُ الْأَرْبَاعِ وَلَأَنَّهُ لَوْ أُريدَ هُوَ بِالثَّانِي يَعْتِقُ نِصْفَهُ، وَلَوْ أُريدَ بِهِ الدَّاخِلُ لَا يَعْتِقُ هَذَا النِّصْفَ فَيَتَنَصَّفُ فَيَعْتِقُ مِنْهُ الرُّبْعَ بِالثَّانِي وَالنِّصْفَ بِالْأَوَّلِ، وَأَمَّا الدَّاخِلُ فَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ يَقُولُ: لَمَّا دَارَ الْإِيجَابُ الثَّانِي بَيْنَهُ وَبَيْنَ الثَّابِتِ وَقَدْ أَصَابَ الثَّابِتَ مِنْهُ الرُّبْعُ فَكَذَلِكَ يُصِيبُ الدَّاخِلَ وَهُمَا يَقُولَانِ إِنَّهُ دَائِرٌ بَيْنَهُمَا، وَقَضِيَّتُهُ التَّنْصِيفُ وَإِنَّمَا نَزَلَ إِلَى الرُّبْعِ فِي حَقِّ الثَّابِتِ لِاسْتِحْقَاقِهِ النِّصْفَ بِالْإِيجَابِ الْأَوَّلِ كَمَا ذَكَرْنَا، وَلَا اسْتِحْقَاقَ لِلدَّاخِلِ مِنْ قَبْلُ فَيَتَبَيَّنُ فِيهِ النِّصْفُ.

قَالَ (فَإِنْ كَانَ الْقَوْلُ مِنْهُ فِي الْمَرَضِ هُسِمَ الثُّلُثُ عَلَى هَذَا) وَشَرَحَ ذَلِكَ أَنْ يُجْمَعَ بَيْنَ سِهَامِ الْعِتْقِ وَهِيَ سَبْعَةٌ عَلَى قَوْلِهِمَا لِأَنَّا نَجْعَلُ كُلَّ رَقَبَةٍ عَلَى أَرْبَعَةٍ لِحَاجَتِنَا إِلَى ثَلَاثَةِ الْأَرْبَاعِ فَنَقُولُ: يَعْتِقُ مِنَ الثَّابِتِ ثَلَاثَةَ أَشْهُمٍ وَمِنَ الْآخَرَيْنِ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا سَهْمَانِ فَيَبْلُغُ سِهَامُ الْعِتْقِ سَبْعَةً، وَالْعِتْقُ فِي مَرَضِ الْمَوْتِ وَصِيَّةٌ وَمَحَلُّ نَفَادِهَا الثُّلُثُ، فَلَا بُدَّ أَنْ يُجْعَلَ سِهَامُ الْوَرَثَةِ ضِعْفَ ذَلِكَ فَيُجْعَلَ كُلُّ رَقَبَةٍ عَلَى سَبْعَةٍ وَجَمِيعُ الْمَالِ أَحَدٌ وَعِشْرُونَ فَيَعْتِقُ مِنَ الثَّابِتِ ثَلَاثَةً وَيَسْعَى فِي أَرْبَعَةٍ وَيَعْتِقُ مِنَ الْبَاقِيَيْنِ مِنْ كُلِّ مِنْهُمَا

سَهْمَانِ وَيَسْعَى فِي خَمْسَةٍ، فَإِذَا تَأَمَّلْتَ وَجَمَعْتَ اسْتَقَامَ الثُّلُثُ وَالثُّلُثَانِ. وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ يُجْعَلُ كُلُّ رَقَبَةٍ عَلَى سِتَّةٍ لِأَنَّهُ يَعْتَقُ مِنَ الدَّاحِلِ عِنْدَهُ سَهْمٌ فَتَنْقُصَتْ سِهَامُ الْعِتْقِ بِسَهْمٍ وَصَارَ جَمِيعُ الْمَالِ ثَمَانِيَةَ عَشَرَ، وَبَاقِي التَّخْرِيجِ مَا مَرَّ.

الشرح:

(بَابُ عِتْقِ أَحَدِ الْعَبْدَيْنِ): لَمَّا فَرَّغَ مِنْ بَيَانِ عِتْقِ بَعْضِ الْعَبْدَيْنِ عِتْقَ أَحَدِ الْعَبْدَيْنِ وَقَدَّمَ الْأَوَّلَ لِأَنَّ الْوَاحِدَ قَبْلَ الْاِثْنَيْنِ (وَمَنْ كَانَ لَهُ ثَلَاثَةُ أَعْبَدَ دَخَلَ عَلَيْهِ اِثْنَانِ فَقَالَ أَحَدُكُمَا حُرٌّ ثُمَّ خَرَجَ وَاحِدٌ وَدَخَلَ آخَرُ فَقَالَ أَحَدُكُمَا حُرٌّ) وَلَمْ يُسَمَّ كُلُّا مِنْهُمَا بِاسْمِ الْفِعْلِ الَّذِي اتَّصَفَ بِهِ مِنْ كَوْنِهِ خَارِجًا وَدَاخِلًا وَثَابِتًا يُؤْمَرُ الْمَوْلَى بِالْبَيَانِ مَا دَامَ حَيًّا لِأَنَّهُ هُوَ الْمُجْمَلُ فَيَرْجِعُ فِي الْبَيَانِ إِلَيْهِ وَيَعْتَقُ الَّذِي عَيْنُهُ، فَإِنْ بَيَّنَّ الْكَلَامَ الْأَوَّلَ فِي الْخَارِجِ عِتْقَ الْخَارِجِ، وَيُؤْمَرُ بِالْبَيَانِ فِي الْكَلَامِ الثَّانِي وَيَعْتَقُ مَنْ عَيْنُهُ، وَإِنْ بَيَّنَّ الْكَلَامَ الْأَوَّلَ فِي الثَّابِتِ عِتْقَ الثَّابِتِ وَبَطَلَ الْكَلَامُ الثَّانِي لِأَنَّهُ صَارَ خَبْرًا فَلَا يَسْتَحِقُّ بِهِ الْعِتْقَ، كَمَا لَوْ جَمَعَ بَيْنَ حُرٍّ وَعَبْدٍ وَقَالَ أَحَدُكُمَا حُرٌّ لَا يَعْتَقُ الْعَبْدُ.

وَإِنْ بَدَأَ بَيَانِ الْكَلَامِ الثَّانِي وَقَالَ عَتَيْتُ بِالْكَلامِ الثَّانِي الدَّاحِلِ عِتْقَ الدَّاحِلِ وَيُؤْمَرُ بِبَيَانِ الْكَلَامِ الْأَوَّلِ، وَإِنْ قَالَ عَتَيْتُ بِالْكَلامِ الثَّانِي الثَّابِتِ عِتْقَ الثَّابِتِ بِالْكَلامِ الثَّانِي وَتَعَيَّنَ الْخَارِجُ لِلْكَلامِ الْأَوَّلِ فَيَعْتَقُ الْخَارِجُ أَيْضًا (وَإِنْ مَاتَ وَلَمْ يُبَيِّنْ عِتْقَ مَنْ الَّذِي أُعِيدَ عَلَيْهِ الْقَوْلُ) يَعْنِي الثَّابِتَ أُعِيدَ عَلَيْهِ قَوْلُهُ أَحَدُكُمَا حُرٌّ (ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِهِ وَنِصْفُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْآخَرَيْنِ) يَعْنِي الْخَارِجَ وَالْدَّاحِلَ (عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ كَذَلِكَ) يَعْنِي يَعْتَقُ مِنَ الثَّابِتِ ثَلَاثَةَ أَرْبَاعِهِ وَمِنْ الْخَارِجِ نِصْفُهُ (إِلَّا فِي الْعَبْدِ الْآخَرِ) وَهُوَ الدَّاحِلُ (فَإِنَّهُ يَعْتَقُ رُبْعَهُ) بِاعْتِبَارِ الْأَحْوَالِ.

وَالْأَصْلُ فِي اعْتِبَارِ الْأَحْوَالِ فِي حَالَةِ الْاِشْتِبَاهِ مَا رَوَى «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ بَعَثَ أَنَسًا إِلَى بَنِي خَنْعَمَ لِلْقِتَالِ، فَاعْتَصَمَ نَاسٌ مِنْهُمْ بِالسُّجُودِ فَقَتَلَهُمْ بَعْضُ أَصْحَابِ النَّبِيِّ ﷺ، فَلَمَّا بَلَغَ ذَلِكَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ قَضَى بِنِصْفِ الْعَقْلِ» بِاعْتِبَارِ الْأَحْوَالِ، وَذَلِكَ لِأَنَّ السُّجُودَ مِنْهُمْ كَانَ مُحْتَمَلًا أَنْ يَكُونَ لِلَّهِ تَعَالَى فَكَانَ إِسْلَامًا. وَيَجِبُ بِقَتْلِهِمْ جَمِيعُ الدِّيَةِ، وَأَنْ يَكُونَ لِعَبْرِ اللَّهِ تَعَالَى مِنَ الْقَتْلِ عَلَى مَا كَانَ عَلَيْهِ عَادَتُهُمْ مِنَ السُّجُودِ لِتَعْظِيمِ عَظَمَائِهِمْ تَوْقِيًا مِنْ شَرِّهِمْ فَلَا تَجِبُ بِقَتْلِهِمْ الدِّيَةُ، فَلَمَّا وَجِبَتْ مِنْ وَجْهِهِ وَلَمْ تَجِبْ مِنْ

وَجْهٍ أَوْجَبَ النَّصْفَ وَأَسْقَطَ النَّصْفَ، وَعَلَى هَذَا مَسَائِلُ أَصْحَابِنَا.

فَإِنْ قِيلَ: مَا بَالُ أَبِي حَنِيفَةَ فِي الْخُنْثَى يُعْطِيهِ أَقْلَ النَّصِيبَيْنِ مِنْ غَيْرِ اعْتِبَارِ الْأَحْوَالِ؟ أَجِيبَ بِأَنَّهُ إِنَّمَا يَجِبُ الْمَصِيرُ إِلَى اعْتِبَارِ الْأَحْوَالِ فِي مَوْضِعٍ يَتَحَقَّقُ فِيهِ الْأَشْتِبَاهُ بِصِفَةِ الاستِمْرَارِ كَالَّذِي نَحْنُ فِيهِ، وَالْخُنْثَى لَيْسَ كَذَلِكَ لِأَنَّهُ إِذَا بَلَغَ مَبْلَغَ الرِّجَالِ أَوْ النِّسَاءِ لَا بُدَّ أَنْ يَتَفَلَّكَ لَهَا تَذْيٌ أَوْ تَنْثٌ لَهُ لَحْيَةٌ وَحِينَئِذٍ يَرْتَفِعُ الْأَشْتِبَاهُ، وَالْوَجْهُ مِنَ الْجَانِبَيْنِ عَلَى مَا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ وَهُوَ وَاضِحٌ. هَذَا إِذَا كَانَ فِي الصَّحَّةِ (فَإِنْ كَانَ الْقَوْلُ مِنْهُ فِي الْمَرَضِ) فَإِنْ كَانُوا يَخْرُجُونَ مِنَ الثُّلْثِ فَالْجَوَابُ كَذَلِكَ، وَإِنْ لَمْ يَخْرُجُوا كَانَ الثُّلْثُ وَهُوَ عِنْتُ رَقَبَةٍ يُقَسَّمُ بَيْنَهُمْ عَلَى قَدْرِ سِهَامٍ وَصَايَاهُمْ لِأَنَّ الْعِنْتَ حِينَئِذٍ وَصِيَّةٌ وَالْوَصِيَّةُ تَنْفَعُ مِنَ الثُّلْثِ فَيَضْرِبُ كُلُّ بَقْدَرٍ وَصِيَّتِهِ، فَيَجْعَلُ أَوَّلًا كُلَّ رَقَبَةٍ عَلَى أَرْبَعَةِ أَسْهُمٍ (لِحَاجَتِنَا إِلَى ثَلَاثَةِ الْأَرْبَاعِ) فَالْخَارِجُ يَضْرِبُ بِنِصْفِ الرَقَبَةِ وَهُوَ سَهْمَانِ، فَكَذَا الدَّاخلُ وَيَضْرِبُ الثَّابِتُ بِثَلَاثَةِ الْأَرْبَاعِ وَهِيَ ثَلَاثَةُ أَسْهُمٍ فَمَجْمُوعُ سِهَامِ الْوَصَايَا سَبْعَةٌ فَإِذَا كَانَ الثُّلْثُ سَبْعَةً كَانَ الْجَمِيعُ أَحَدًا وَعِشْرِينَ وَثُلَاثًا أَرْبَعَةً عَشَرَ لَا مَحَالَةَ فَيَعْتَقُ مِنَ الْخَارِجِ سَهْمَانِ وَيَسْعَى فِي خَمْسَةِ، وَكَذَلِكَ الدَّاخلُ، وَيَعْتَقُ مِنَ الثَّابِتِ ثَلَاثَةَ أَسْهُمٍ وَيَسْعَى فِي الْأَرْبَعَةِ. وَأَمَّا عَلَى قَوْلِ مُحَمَّدٍ فَيَضْرِبُ الْخَارِجُ بِسَهْمَيْنِ وَالثَّابِتُ بِثَلَاثَةِ أَسْهُمٍ وَالدَّاخلُ بِسَهْمٍ، فَكَانَتْ سِهَامُ الْوَصَايَا سِتَّةً، فَإِذَا كَانَ الثُّلْثُ سِتَّةً كَانَ جَمِيعُ الْمَالِ ثَمَانِيَةَ عَشَرَ فَالْخَارِجُ يَعْتَقُ مِنْهُ سَهْمَانِ وَيَسْعَى فِي أَرْبَعَةٍ وَالثَّابِتُ يَعْتَقُ مِنْهُ ثَلَاثَةً وَيَسْعَى فِي ثَلَاثَةِ، وَالدَّاخلُ يَعْتَقُ مِنْهُ سَهْمٌ وَيَسْعَى فِي خَمْسَةِ، فَكَانَ نَصِيبُ السَّعَايَةِ وَهُوَ نَصِيبُ الْوَرَّةِ اثْنِي عَشَرَ وَسِهَامُ الْوَصَايَا سِتَّةً.

فَإِنْ قِيلَ: يَنْبَغِي أَنْ يَعْتَقُوا وَلَا سَعَايَةَ عَلَيْهِمْ أَصْلًا أَجَازَتْ الْوَرَّةُ أَوْ لَمْ يُجِزُوا عَنْدَهُمَا لِأَنَّ الْإِعْتَاقَ لَا يَنْجِزُ.

أَجِيبَ بِأَنَّ الْإِعْتَاقَ عَنْدَهُمَا لَا يَنْجِزُ إِذَا صَادَفَ مَحَلًّا مَعْلُومًا، أَمَّا إِذَا كَانَ بِطَرِيقِ التَّوْزِيعِ وَالْإِقْسَامِ بِاعْتِبَارِ الْأَحْوَالِ فَلَا لِأَنَّ ثُبُوتَهُ حِينَئِذٍ بِطَرِيقِ الضَّرُورَةِ، وَمَا كَانَ كَذَلِكَ لَا يَتَعَدَّى مَوْضِعَهَا.

(وَلَوْ كَانَ هَذَا فِي الطَّلَاقِ وَهُنَّ غَيْرُ مَدْخُولَاتٍ وَمَاتَ الزَّوْجُ قَبْلَ الْبَيَانِ سَقَطَ مِنَ مَهْرِ الْخَارِجَةِ رُبْعُهُ وَمِنْ مَهْرِ الثَّابِتَةِ ثَلَاثَةُ أَمْثَالِهِ وَمِنْ مَهْرِ الدَّاخلَةِ ثُمْنُهُ) قِيلَ هَذَا

قَوْلُ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ خَاصَّةً، وَعِنْدَهُمَا يَسْقُطُ رُبْعُهُ، وَقِيلَ هُوَ قَوْلُهُمَا أَيْضًا، وَقَدْ ذَكَرْنَا الْفَرْقَ وَتَمَامَ تَفْرِيعَاتِهَا فِي الزِّيَادَاتِ.

الشرح:

(قَوْلُهُ وَلَوْ كَانَ هَذَا) أَيُّ وَلَوْ كَانَ هَذَا الْكَلَامُ (فِي الطَّلَاقِ وَهَنْ غَيْرِ مَذْخُولَاتٍ وَمَاتَ الزَّوْجُ قَبْلَ الْبَيَانِ سَقَطَ مِنْ مَهْرٍ الْخَارِجَةِ رُبْعُهُ. وَمِنْ مَهْرٍ الثَّابِتَةِ ثَلَاثَةُ أَثْمَانِهِ وَمِنْ مَهْرٍ الدَّاحِلَةِ ثُمْنُهُ) وَهِيَ مَسْأَلَةُ الزِّيَادَاتِ يَحْتَجُّ بِهَا مُحَمَّدٌ عَلَيْهِمَا حَيْثُ اخْتَلَفَ فِيهَا نَصِيبُ الدَّاحِلَةِ وَالْخَارِجَةِ وَصُورَةُ الْمَسْأَلَةِ وَاحِدَةٌ وَالثَّمْنُ فِي الصَّدَاقِ بِمَنْزِلَةِ الرَّبْعِ مِنَ الْعَتَقِ لِأَنَّ الْمُسْتَحَقَّ بِالطَّلَاقِ سَقُوطًا عَلَى النِّصْفِ مِنَ الْمُسْتَحَقِّ بِالْعَتَقِ ثُبُوتًا فِي الْإِجْبَابِ الثَّانِي (فَقِيلَ هَذَا قَوْلُ مُحَمَّدٍ) فَلَا يَكُونُ حُجَّةً عَلَيْهِمَا لِأَنَّ عِنْدَهُمَا يَسْقُطُ رُبْعُهُ (وَقِيلَ هُوَ قَوْلُهُمَا أَيْضًا) فَلَا بُدَّ مِنَ الْفَرْقِ بَيْنَ الْعَتَقِ وَالطَّلَاقِ، وَفَرْقٌ بِأَنَّ الثَّابِتَ فِي الْعَتَقِ بِمَنْزِلَةِ الْمَكَاتِبِ لِأَنَّهُ حِينَ تَكَلَّمَ كَانَ لَهُ حَقُّ الْبَيَانِ وَصَرَفُ الْعَتَقِ إِلَى أَيَّهِمَا شَاءَ مِنَ الثَّابِتِ وَالْخَارِجِ، فَمَا دَامَ لَهُ حَقُّ الْبَيَانِ كَانَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنَ الْعَبْدَيْنِ حُرًّا مِنْ وَجْهِ عَبْدًا مِنْ وَجْهِهِ، فَإِذَا كَانَ الثَّابِتُ كَالْمَكَاتِبِ كَانَ الْكَلَامُ الثَّانِي صَحِيحًا مِنْ كُلِّ وَجْهِ لِأَنَّهُ دَائِرٌ بَيْنَ الْمَكَاتِبِ وَالْعَبْدِ إِلَّا أَنَّهُ أَصَابَ الثَّابِتُ مِنْهُ الرَّبْعَ وَالْدَّاحِلُ النِّصْفَ لَمَّا قُلْنَا: فَأَمَّا الثَّابِتَةُ فِي الطَّلَاقِ فَمُتَرَدِّدَةٌ بَيْنَ أَنْ تَكُونَ مَنْكُوحَةً وَبَيْنَ أَنْ تَكُونَ أَجْنَبِيَّةً لِأَنَّ الْخَارِجَةَ إِذَا كَانَتْ مُرَادَةً بِالْإِجْبَابِ الْأَوَّلِ كَانَتْ الثَّابِتَةُ مَنْكُوحَةً فَيَصِحُّ الْإِجْبَابُ الثَّانِي، وَإِنْ كَانَتْ الثَّابِتَةُ هِيَ الْمُرَادَةُ بِالْإِجْبَابِ الْأَوَّلِ كَانَتْ أَجْنَبِيَّةً فَيُلْعَوُ الْإِجْبَابُ الثَّانِي، فَجَعَلَتْ أَجْنَبِيَّةً مِنْ وَجْهِ دُونَ وَجْهِهِ فَيَصِحُّ الْإِجْبَابُ الثَّانِي مِنْ وَجْهِ دُونَ وَجْهِهِ فَيَسْقُطُ نِصْفُ النِّصْفِ وَهُوَ الرَّبْعُ مُوزَعًا بَيْنَ مَهْرٍ الدَّاحِلَةِ وَالثَّابِتَةِ فَيَصِيبُ كُلُّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا الثَّمْنُ. وَأَمَّا التَّفْرِيعَاتُ فَمِنْهَا مَا ذَكَرْنَا فِي أَوَّلِ الْبَحْثِ إِذَا كَانَ الْمَوْلَى وَالْعَبِيدُ أَحْيَاءَ. وَمِنْهَا إِذَا كَانَ الْمَوْلَى حَيًّا وَمَاتَ أَحَدُ الْعَبِيدِ.

فَإِنْ مَاتَ الثَّابِتُ عَتَقَ الْخَارِجُ وَالْدَّاحِلُ، أَمَّا الْخَارِجُ فَلَأَنَّ الْكَلَامَ الْأَوَّلَ أَوْجَبَ عَتَقَ رَقَبَةٍ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الثَّابِتِ فَبَطَلَتْ بِمَوْتِهِ مُزَاحِمَتُهُ، وَكَذَلِكَ الْكَلَامُ الثَّانِي أَوْجَبَ عَتَقَ رَقَبَةٍ بَيْنَ الثَّابِتِ وَالْدَّاحِلِ، وَبَطَلَتْ مُزَاحِمَةُ الثَّابِتِ هَذَا عِنْدَهُمَا، وَأَمَّا عِنْدَ مُحَمَّدٍ فَإِنَّمَا يَعْتَقُ الْخَارِجُ لَمَّا قُلْنَا، وَأَمَّا الدَّاحِلُ فَلَأَنَّ الثَّابِتَ لَمَّا تَعَيَّنَ لِلرَّقِّ بِمَوْتِهِ ظَهَرَ أَنَّ الْكَلَامَ

الثَّانِي صَحِيحٌ بِكُلِّ حَالٍ فَصَارَ قَوْلُهُ كَقَوْلِهِمَا وَإِنْ مَاتَ الدَّاحِلُ قِيلَ لِلْمَوْلَى أَوْقَعَ الْعَنْقَ عَلَى أَيَّهِمَا شِئْتُ مِنَ الْخَارِجِ وَالثَّابِتِ، فَإِنْ أَوْقَعَهُ عَلَى الْخَارِجِ عَنَّ الثَّابِتُ أَيْضًا لِأَنَّهُ ظَهَرَ أَنَّهُ كَانَ عَبْدًا عِنْدَ الْإِجَابِ الثَّانِي وَبَطَلَ مُرَاحِمَةُ الدَّاحِلِ بِمَوْتِهِ، وَإِنْ أَوْقَعَهُ عَلَى الثَّابِتِ لَمْ يَعْتَقِ الْخَارِجُ بِلَا شُبْهَةٍ، وَكَذَا الدَّاحِلُ لِأَنَّ الْمَضْمُومَ إِلَيْهِ حُرٌّ.

قَالَ الْإِمَامُ فَخْرُ الْإِسْلَامِ فِي شَرْحِ الزِّيَادَاتِ: هَذَا عِنْدَ مُحَمَّدٍ، فَأَمَّا عِنْدَهُمَا فَيَجِبُ أَنْ يُعْتَقَ الْخَارِجُ وَالثَّابِتُ لِأَنَّ الْكَلَامَ الثَّانِي صَحِيحٌ تَعَيَّنَ لَهُ الثَّابِتُ بِمَوْتِ الدَّاحِلِ فَأَوْجَبَ تَعْيِينُهُ تَعَيَّنَ الْخَارِجُ بِالْكَلامِ الْأَوَّلِ، وَإِنْ مَاتَ الْخَارِجُ تَعَيَّنَ الثَّابِتُ بِالْكَلامِ الْأَوَّلِ وَبَطَلَ الْكَلَامُ الثَّانِي لِأَنَّ الْمَضْمُومَ إِلَيْهِ حُرٌّ، هَذِهِ تَفْرِيعَاتُ الْعِتَاقِ. وَأَمَّا تَفْرِيعَاتُ الطَّلَاقِ: فَمِنْهَا أَنَّ الزَّوْجَ إِذَا كَانَ حَيًّا وَالتَّسْوَةَ أَحْيَاءً وَأَوْقَعَ الطَّلَاقَ الْأَوَّلَ عَلَى الْخَارِجَةِ صَحَّ الْكَلَامُ الثَّانِي، وَلَهُ الْخِيَارُ فِي تَعْيِينِ الثَّابِتَةِ أَوْ الدَّاحِلَةِ بِالثَّانِي، وَإِنْ أَوْقَعَهُ عَلَى الثَّابِتَةِ لَعَا الْكَلَامُ الثَّانِي، وَإِنْ أَوْقَعَ الطَّلَاقَ الثَّانِي عَلَى الدَّاحِلَةِ كَانَ لَهُ الْخِيَارُ فِي تَعْيِينِ الْخَارِجَةِ أَوْ الثَّابِتَةِ بِالْكَلامِ الْأَوَّلِ. وَمِنْهَا أَنَّ الثَّابِتَةَ لَوْ مَاتَتْ وَالزَّوْجُ حَيٌّ طَلَّقَتْ الْخَارِجَةَ وَالدَّاحِلَةَ لَمَّا قُلْنَا مِنْ بَطْلَانِ الْمُرَاحِمَةِ بِمَوْتِهَا وَلِكُلِّ وَاحِدَةٍ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِ الْمَهْرِ، وَإِنْ مَاتَتْ الدَّاحِلَةُ كَانَ مُخِيرًا فِي الْأُخْرَيْنِ بِالْكَلامِ الْأَوَّلِ، فَإِنْ أَوْقَعَهُ عَلَى الْخَارِجَةِ طَلَّقَتْ الثَّابِتَةَ أَيْضًا لِانْعِدَامِ مُرَاحِمَةِ الدَّاحِلَةِ بِالْمَوْتِ، وَإِنْ أَوْقَعَهُ عَلَى الثَّابِتَةِ لَمْ تَطْلُقِ الْخَارِجَةُ، فَإِنْ مَاتَتْ الْخَارِجَةُ طَلَّقَتْ الثَّابِتَةَ وَلَمْ تَطْلُقِ الدَّاحِلَةُ لَمَّا مَرَّ فِي مَسْأَلَةِ الْعِتَاقِ. وَمِنْهَا أَنَّ مِيرَاثَ النِّسَاءِ وَهُوَ الرُّبْعُ أَوْ الثُّمْنُ يَنْقَسِمُ بَيْنَ الدَّاحِلَةِ وَالْأُولِيِّينَ نِصْفَيْنِ، نِصْفُهُ لِلدَّاحِلَةِ لِأَنَّهُ لَا يُزَاحِمُهَا إِلَّا إِحْدَى الْأُولِيِّينَ، وَالنِّصْفُ الْآخَرُ بَيْنَ الْأُولِيِّينَ لِأَنَّ إِحْدَاهُمَا لَيْسَتْ بِأَوَّلَى بِهِ.

(وَمَنْ قَالَ لِعَبْدِيهِ أَحَدُكُمَا حُرٌّ فَبَاعَ أَحَدَهُمَا أَوْ مَاتَ أَوْ قَالَ لَهُ أَنْتَ حُرٌّ بَعْدَ مَوْتِي عَنَّ الْآخَرَ) لِأَنَّهُ لَمْ يَبْقَ مَحَلًّا لِلْعِتَاقِ أَصْلًا بِالْمَوْتِ وَلِلْعِتَاقِ مِنْ جِهَتِهِ بِالْبَيْعِ وَلِلْعِتَاقِ مِنْ كُلِّ وَجْهِ بِالتَّدْبِيرِ فَتَعَيَّنَ لَهُ الْآخَرُ، وَلِأَنَّهُ بِالْبَيْعِ قَصَدَ الْوُصُولَ إِلَى الثَّمَنِ وَبِالتَّدْبِيرِ إِبْقَاءَ الْإِنْتِفَاعِ إِلَى مَوْتِهِ، وَالْمَقْصُودَانِ يُنَافِيَانِ الْعِتَاقَ الْمَلْتَزِمَ فَتَعَيَّنَ لَهُ الْآخَرُ دَلَالَةً وَكَذَا إِذَا اسْتَوْلَدَ إِحْدَاهُمَا لِلْمَعْنِيِّينَ، وَلَا فَرْقَ بَيْنَ الْبَيْعِ الصَّحِيحِ وَالْفَاسِدِ مَعَ الْقَبْضِ وَبِدُونِهِ وَالْمُطْلَقِ وَبِشَرْطِ الْخِيَارِ لِأَحَدِ الْمُتَعَاقِدِينَ لِإِطْلَاقِ جَوَابِ الْكِتَابِ وَالْمَعْنَى مَا قُلْنَا، وَالْعَرَضُ

عَلَى الْبَيْعِ مُلْحَقٌ بِهِ فِي الْمَحْفُوظِ عَنْ أَبِي يُوسُفَ، وَالْهَبَةِ وَالْتَسْلِيمِ وَالصَّدَقَةِ وَالْتَسْلِيمِ
بِمَنْزِلَةِ الْبَيْعِ لِأَنَّهُ تَمْلِكُ.

الشرح:

قَالَ: وَمَنْ قَالَ لِعَبْدِيهِ أَحَدُكُمَا حُرٌّ كَلَامُهُ عَلَى مَا ذَكَرَ فِي الْكِتَابِ وَاضِحٌ،
خَلَا أَنْ قَوْلُهُ لِأَنَّهُ لَمْ يَتَّقَ مَحَلًّا لِلْعِتْقِ أَصْلًا بِالْمَوْتِ. أُوْرَدَ عَلَيْهِ مَا لَوْ قَالَ لِأَمْتِيهِ إِخْدَى
هَاتَيْنِ ابْنَتِي أَوْ أُمُّ وَلَدِي وَمَاتَتْ إِخْدَاهُمَا لَمْ تَتَّعِنِ الْحُرِّيَّةُ وَالْإِسْتِيلَادُ فِي الْحَيَّةِ. وَأَجِيبَ
بَأَنَّ هَذَا الْكَلَامَ لَيْسَ بِإِقْبَاعٍ بِصِغَتِهِ بَلْ هُوَ إِخْبَارٌ، وَيَجُوزُ أَنْ يُخْبَرَ بِهَذَا عَنْ الْمَيِّتِ
وَالْحَيِّ فَيَرْجِعَ إِلَى بَيَانِ الْمَوْلَى وَأَمَّا الْإِنْشَاءُ فَلَا يَصِحُّ إِلَّا فِي الْحَيِّ، وَأَمَّا فِي مَسْأَلَتِنَا فَإِنَّمَا
يَتَّعِنُ أَحَدُهُمَا لِلْحُرِّيَّةِ إِذَا مَاتَ الْآخَرُ لِأَنَّ الْبَيَانَ قَائِمٌ بِوَصْفَيْنِ، بِوَصْفِ الْإِنْشَاءِ،
وَبِوَصْفِ الْإِظْهَارِ، وَهَذَا لِأَنَّ قَوْلَهُ أَحَدُكُمَا حُرٌّ لَا يُثْبِتُ الْعِتْقَ فِي وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَعِيْنِهِ،
وَلِهَذَا قِيلَ فِيهِ الْعِتْقُ غَيْرُ ثَابِتٍ، فَبِالنَّظَرِ إِلَى هَذَا يَكُونُ الْبَيَانُ إِنْشَاءً، وَمِنْ حَيْثُ إِنَّ الْعِتْقَ
لَا يَعْدُوهُمَا كَانَ الْبَيَانُ إِظْهَارًا، وَلِهَذَا يُعْتَبَرُ الْبَيَانُ مِنْ جَمِيعِ الْمَالِ إِنْ كَانَ فِي مَرَضِ
الْمَوْتِ لَوْجُودِ الْعِتْقِ الْمُبْهَمِ فِي الصَّحَّةِ، وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ فَإِنَّمَا يَصِحُّ الْبَيَانُ فِي مَحَلٍّ
يَحْتَمِلُ الْإِنْشَاءَ وَالْمَيِّتَ لَا يَحْتَمِلُ الْإِنْشَاءَ فَتَتَّعِنُ الْآخَرُ لِلْعِتْقِ ضَرُورَةً.

وَقَوْلُهُ (وَكَذَا إِذَا اسْتَوْلَدَ إِخْدَاهُمَا) يَعْنِي إِذَا وَطِئَ إِخْدَاهُمَا فَعَلَقَتْ مِنْهُ لِأَنَّهُمَا
صَارَتِ أُمُّ وَلَدٍ لَهُ، فَمِنْ ضَرُورَةِ صِحَّةِ أُمِّيَّةِ الْوَلَدِ وَاسْتِحْقَاقِ الْعِتْقِ بِهَا انْتِفَاءُ الْعِتْقِ
الْمُنَجَّزِ عَنْهَا، وَإِذَا انْتَفَى عَنْ إِخْدَاهُمَا تَتَّعِنُ فِي الْآخَرَى لَزَوَالِ الْمَزَاحِمَةِ. وَقَوْلُهُ
(لِلْمَعْنَيْنِ) يَعْنِي عَدَمَ مَحَلِّيَّةِ الْعِتْقِ بِالْإِسْتِيلَادِ مِنْ كُلِّ وَجْهِ وَإِبْقَاءَ الْإِنْتِفَاعِ إِلَى مَوْتِهِ
(وَلَا فَرْقَ بَيْنَ الْبَيْعِ الصَّحِيحِ وَالْفَاسِدِ مَعَ الْقَبْضِ وَبِدُونِهِ وَ) (الْبَيْعِ الْمَطْلُوقِ) عَنْ الْخِيَارِ
(و) الْبَيْعِ بِشَرْطِ الْخِيَارِ لِأَحَدِ الْمُتَعَاقِدَيْنِ (لِإِطْلَاقِ جَوَابِ الْكِتَابِ) يَعْنِي الْجَامِعَ الصَّغِيرَ
حَيْثُ قَالَ فِيهِ بَاعَ أَحَدُهُمَا وَلَمْ يُقَيِّدْهُ بِشَيْءٍ (وَالْمَعْنَى مَا قُلْنَا) وَهُوَ أَنَّهُ قَصَدَ الْوُصُولَ
إِلَى الثَّمَنِ وَالْوُصُولَ إِلَيْهِ يُنَافِي الْعِتْقَ فَتَتَّعِنُ الْآخَرُ لَهُ (وَالْعَرَضُ عَلَى الْبَيْعِ مُلْحَقٌ بِالْبَيْعِ
فِي الْمَحْفُوظِ عَنْ أَبِي يُوسُفَ).

رَوَى ابْنُ سَمَاعَةَ عَنْ أَبِي يُوسُفَ: إِذَا سَاوَمَ أَحَدُهُمَا كَانَ بَيَانًا: يَعْنِي لَتَتَّعِنُ
الْعِتْقَ فِي الْآخَرِ قِيلَ مِثْلُ هَذِهِ الْعِبَارَةِ يُسْتَعْمَلُ فِيمَا سُمِعَ وَحُفِظَ وَلَمْ تُثْبِتِ الرَّوَايَةُ عَنْهُ

مَكْتُوبَةً. وَقَوْلُهُ (وَالْهَبَةُ وَالْتَسْلِيمُ وَالصَّدَقَةُ وَالْتَسْلِيمُ بِمَنْزِلَةِ الْبَيْعِ) قِيلَ التَّسْلِيمُ لَيْسَ بِشَرْطٍ وَإِنَّمَا ذِكْرُهُ تَأْكِيدًا لِأَنَّ مُحَمَّدًا رَحِمَهُ اللَّهُ ذَكَرَ فِي الْإِمْلَاءِ: إِذَا وَهَبَ أَحَدُهُمَا وَأَقْبَضَهُ أَوْ تَصَدَّقَ وَأَقْبَضَ عَتَقَ الْآخَرُ، وَلِأَنَّ الْبَيْعَ الْفَاسِدَ يُعَيِّنُ الْآخَرَ لِلْعِتْقِ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ قَبْضٌ، فَكَذَلِكَ الْهَبَةُ وَالصَّدَقَةُ لِأَنَّ كُلًّا مِنْهُمَا لَا يُفِيدُ الْمَلِكَ بِدُونِ الْقَبْضِ، وَهَذَا لِأَنَّ التَّعْيِينَ إِنَّمَا يَحْصُلُ بِوُجُودِ تَصَرُّفٍ يَخْتَصُّ بِالْمَلِكِ وَقَدْ وَجِدَ.

وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ لَامْرَأَتِيهِ إِحْدَاكُمَا طَالِقٌ ثُمَّ مَاتَتْ إِحْدَاهُمَا لَمَّا قُلْنَا، وَكَذَلِكَ لَوْ وَطِئَ إِحْدَاهُمَا لَمَّا تُبَيَّنَّ (وَلَوْ قَالَ لِأُمَّتِيهِ إِحْدَاكُمَا حُرَّةٌ ثُمَّ جَامَعَ إِحْدَاهُمَا) لَمْ تَعْتِقْ الْآخَرَى عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ.

وَقَالَا تَعْتِقُ لِأَنَّ الْوَطْءَ لَا يَحِلُّ إِلَّا فِي الْمَلِكِ وَإِحْدَاهُمَا حُرَّةٌ فَكَانَ بِالْوَطْءِ مُسْتَبْقِيَا الْمَلِكِ فِي الْمَوْطُوءَةِ فَتَعَيَّنَتْ الْآخَرَى لَزَوَالِهِ بِالْعِتْقِ كَمَا فِي الطَّلَاقِ وَلَهُ أَنْ الْمَلِكُ قَائِمٌ فِي الْمَوْطُوءَةِ لِأَنَّ الْإِبْقَاعَ فِي الْمُنْكَرَةِ وَهِيَ مُعَيَّنَةٌ فَكَانَ وَطْؤُهَا حَلَالًا فَلَا يُجْعَلُ بَيَانًا وَلِهَذَا حَلَّ وَطْؤُهُمَا عَلَى مَذْهَبِهِ إِلَّا أَنَّهُ لَا يُفْتَى بِهِ، ثُمَّ يُقَالُ الْعِتْقُ غَيْرُ نَازِلٍ قَبْلَ الْبَيَانِ لِتَعَلُّقِهِ بِهِ أَوْ يُقَالُ نَازِلٌ فِي الْمُنْكَرَةِ فَيُظْهِرُ فِي حَقِّ حُكْمٍ تَقَبُّلَهُ وَالْوَطْءُ يُصَادِفُ الْمُعَيَّنَةَ، بِخِلَافِ الطَّلَاقِ؛ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ الْأَصْلِيَّ مِنَ النِّكَاحِ الْوَلَدُ، وَقَصْدُ الْوَلَدِ بِالْوَطْءِ يَدُلُّ عَلَى اسْتِبْقَاءِ الْمَلِكِ فِي الْمَوْطُوءَةِ صِبَاغَةً لِلْوَلَدِ، أَمَّا الْأُمَةُ فَالْمَقْصُودُ مِنْ وَطْئِهَا قَضَاءُ الشَّهْوَةِ دُونَ الْوَلَدِ فَلَا يَدُلُّ عَلَى الْاسْتِبْقَاءِ.

الشرح:

(وَكَذَلِكَ إِذَا قَالَ لَامْرَأَتِيهِ إِحْدَاكُمَا طَالِقٌ ثُمَّ مَاتَتْ إِحْدَاهُمَا لَمَّا بَيَّنَّا) أَنَّ الْمَيِّتَ لَمْ يَنْقَ مَحَلًّا لِلْعِتْقِ فَكَذَلِكَ لَمْ يَنْقَ مَحَلًّا لِلطَّلَاقِ فَتُعَيَّنُ الْآخَرَى لَهُ (وَكَذَا لَوْ وَطِئَ إِحْدَاهُمَا لَمَّا تُبَيَّنَّ) فِي الْمَسْأَلَةِ الَّتِي بَعْدَ هَذِهِ (وَلَوْ قَالَ لِأُمَّتِيهِ إِحْدَاكُمَا حُرَّةٌ ثُمَّ جَامَعَ إِحْدَاهُمَا لَمْ تَعْتِقْ الْآخَرَى عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ).

وَقَالَا: تَعْتِقُ لِأَنَّ الْوَطْءَ لَا يَحِلُّ إِلَّا فِي الْمَلِكِ وَإِحْدَاهُمَا حُرَّةٌ لَا مَلِكَ فِيهَا فَالْوَطْءُ لَا يَحِلُّ فِيهَا، فَإِذَا وَطِئَ إِحْدَاهُمَا جُعِلَ مُسْتَبْقِيَا لِلْمَلِكِ فِيهَا لِقَعِ الْوَطْءِ حَلَالًا حَمَلًا لِأَمْرِهِ عَلَى الصَّلَاحِ، فَإِذَا تَعَيَّنَتْ تِلْكَ لِلْمَلِكِ تَعَيَّنَتْ الْآخَرَى لَزَوَالِهِ بِالْعِتْقِ (وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ الْمَلِكَ قَائِمٌ فِي الْمَوْطُوءَةِ) أَيُّ فِي الَّتِي تُوطَأُ مِنْ كُلِّ مِنْهُمَا، وَإِذَا

كَانَ الْمَلِكُ قَائِمًا كَانَ وَطُؤُهَا حَلَالًا، أَمَّا أَنْ الْمَلِكُ قَائِمٌ فَلَأَنَّ إِيْقَاعَ الْعِنُقِ إِنَّمَا هُوَ فِي الْمُنْكَرَةِ (وَهِيَ) أَيُّ الْمَوْطُوءَةِ غَيْرُ مُنْكَرَةٍ بَلْ هِيَ (مَعْنِيَّةٌ) فَلَا يَكُونُ الْإِيْقَاعُ فِيهَا، وَإِذَا لَمْ يَكُنْ الْإِيْقَاعُ فِيهَا لَا يَكُونُ الْمَلِكُ عَنْهَا زَانِلًا، وَأَمَّا أَنْ الْمَلِكُ إِذَا كَانَ قَائِمًا كَانَ الْوَطْءُ حَلَالًا فَظَاهِرٌ لَا يَحْتَاجُ إِلَى بَيَانٍ، وَإِذَا كَانَ الْوَطْءُ حَلَالًا لَمْ يَكُنْ بَيَانًا لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا عَلَى هَذِهِ الصِّفَةِ (وَهَذَا حَلُّ وَطُؤُهَا عَلَى مَذْهَبِهِ) وَهَذَا فِي غَايَةِ الدَّقَّةِ وَيُلَوِّحُ مِنْهُ سَيِّمَا التَّحْقِيقُ (إِلَّا أَنَّهُ لَا يُفْتَى بِهِ) قِيلَ لِأَنَّ الْمُنْكَرَةَ الَّتِي يَثْبُتُ فِيهَا الْعِنُقُ لَا تَحُلُو عَنْهُمَا، وَمَبْنَى الْحِلِّ وَالْحُرْمَةِ عَلَى الْاِخْتِيَاظِ، وَهُوَ فَاسِدٌ لِأَنَّ فِيهِ تَلَوُّجًا إِلَى تَرْكِ أَبِي حَنِيفَةَ الْاِخْتِيَاظِ، وَأَرَى أَنَّهُ لَا يُفْتَى بِهِ لَوْلَا يُتَخَذَ مَعْمَرًا لِأَبِي حَنِيفَةَ بِتَرْكِ الْاِخْتِيَاظِ.

فَإِنْ قِيلَ: الْعِنُقُ إِمَّا أَنْ يَكُونَ نَازِلًا أَوْ لَا، فَإِنْ كَانَ غَيْرَ نَازِلٍ كَانَ إِهْمَالًا لِلْفِظِّ عَنْ مَذْلُومِهِ، وَإِنْ كَانَ نَازِلًا لَا يَجُوزُ وَطُؤُهَا. أَجَابَ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الشَّقَّيْنِ فَقَالَ عَلَى الشَّقِّ الثَّانِي (ثُمَّ يُقَالُ الْعِنُقُ غَيْرُ نَازِلٍ قِيلَ الْبَيَانُ لَتَعْلَقِهِ بِهِ) أَيُّ لَتَعْلُقِ الْعِنُقِ بِالْبَيَانِ فَكَانَ كَالْعِنُقِ الْمُعْلَقِ بِدُخُولِ الدَّارِ وَهُوَ غَيْرُ نَازِلٍ قَبْلَ الدُّخُولِ، فَكَذَا هَذَا، وَقَالَ عَلَى الشَّقِّ الْأَوَّلِ (أَوْ يُقَالُ نَازِلٌ) أَيُّ الْعِنُقُ نَازِلٌ (فِي الْمُنْكَرَةِ فَيَظْهَرُ فِي حَقِّ حُكْمِ تَقْبَلُهُ) كَالْبَيْعِ فَإِنَّ الْمُنْكَرَ يَقْبَلُهُ بَأَنْ يَشْتَرِيَ أَحَدَ الْعَبْدَيْنِ عَلَى أَنْ الْمُسْتَرِيَ بِالْخِيَارِ فِيهِمَا فَإِنَّهُ يَصِحُّ (وَالْوَطْءُ) لَا تَقْبَلُهُ الْمُنْكَرَةُ لِأَنَّهُ (يُصَادَفُ الْمَعْنِيَّةُ) إِذْ هُوَ أَمْرٌ حَسِّيٌّ لَا يَقَعُ إِلَّا فِي الْمَعْنِيِّ، وَوَطْءٌ غَيْرُ الْمَعْنِيِّ غَيْرُ مُمَكِّنٍ فَلَا يَكُونُ الْوَطْءُ بَيَانًا فِي الْأُخْرَى. فَإِنْ قِيلَ: فَكَيْفَ وَقَعَ بَيَانًا فِي الطَّلَاقِ؟ أَجَابَ بِقَوْلِهِ (بِخِلَافِ الطَّلَاقِ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ الْأَصْلِيَّ مِنَ النِّكَاحِ الْوَلَدُ، وَقَصْدُ الْوَلَدِ بِالْوَطْءِ يَدُلُّ عَلَى اسْتِبْقَاءِ الْمَلِكِ فِي الْمَوْطُوءَةِ صِبَاةً لِلْوَلَدِ أَمَّا الْأُمَّةُ فَالْمَقْصُودُ مِنْ وَطْئِهَا قَضَاءُ الشَّهْوَةِ دُونَ الْوَلَدِ فَلَا يَدُلُّ عَلَى الْاسْتِبْقَاءِ) وَهَذَا عَلَى طَرِيقَةِ تَخْصِصِ الْعِلَلِ، فَإِمَّا أَنْ يَكُونَ الْمُصَنَّفُ اخْتَارَ جَوَارَهُ، أَوْ يُحْمَلُ عَلَى الْمَخْلُصِ الْمَعْرُوفِ فِي أَصُولِ الْفِقْهِ وَقَدْ قَرَّرْنَاهُ فِي التَّقْرِيرِ أَوْ فِي تَقْرِيرٍ.

(وَمَنْ قَالَ لِأَمَتِهِ إِنْ كَانَ أَوَّلُ وَلَدٍ تَلَدِينَهُ غُلَامًا فَانْتِ حُرَّةٌ فَوَلَدَتْ غُلَامًا وَجَارِيَةً وَلَا يَدْرِي أَيُّهُمَا وَلَدَ أَوَّلًا عَتَقَ نِصْفَ الْأُمِّ وَنِصْفَ الْجَارِيَةِ وَالْغُلَامَ عَبْدًا) لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا تَعْتِقُ فِي حَالٍ وَهُوَ مَا إِذَا وَلَدَتْ الْغُلَامَ أَوَّلَ مَرَّةٍ الْأُمُّ بِشَرْطِ وَالْجَارِيَةُ لِكُونِهَا تَبَعًا لَهَا، إِذَا الْأُمُّ حُرَّةٌ حِينَ وَلَدَتْهَا، وَتَرَقَّى فِي حَالٍ وَهُوَ مَا إِذَا وَلَدَتْ الْجَارِيَةَ أَوَّلًا لِعَدَمِ الشَّرْطِ

فَيَعْتِقُ نِصْفُ كُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا وَتَسْعَى فِي النِّصْفِ.

أَمَّا الْعُلَامُ يَرِقُ فِي الْحَالِيْنَ فَلِهَذَا يَكُونُ عَبْدًا، وَإِنْ ادَّعَتْ الْأُمُّ أَنَّ الْعُلَامَ هُوَ الْمُؤَلَّدُ
أَوَّلًا وَأَنْكَرَ الْمُؤَلَّى وَالْجَارِيَّةُ صَغِيرَةٌ فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ الْيَمِينِ لِإِنْكَارِهِ شَرْطُ الْعِتْقِ، فَإِذَا
حَلَفَ يَعْتِقُ وَاحِدًا مِنْهُمْ، وَإِنْ نَكَلَ عَتَقَتْ الْأُمُّ وَالْجَارِيَّةُ؛ لِأَنَّ دَعْوَى الْأُمِّ حُرِّيَّةَ الصَّغِيرَةِ
مُعْتَبَرَةٌ لِكُونِهَا نَفْعًا مُحْضًا فَاعْتَبِرَ النُّكُولُ فِي حَقِّ حُرِّيَّتَيْهِمَا فَعَتَقَتَا، وَلَوْ كَانَتْ الْجَارِيَّةُ
كَبِيرَةً وَلَمْ تَدْعُ شَيْئًا وَالْمَسْأَلَةُ بِحَالِهَا عَتَقَتْ الْأُمُّ بِنُّكُولِ الْمُؤَلَّى خَاصَّةً دُونَ الْجَارِيَّةِ؛ لِأَنَّ
دَعْوَى الْأُمِّ غَيْرُ مُعْتَبَرَةٍ فِي حَقِّ الْجَارِيَّةِ الْكَبِيرَةِ، وَصِحَّةُ النُّكُولِ ثُبَّتْنِي عَلَى الدَّعْوَى فَلَمْ
يُظْهَرْ فِي حَقِّ الْجَارِيَّةِ وَلَوْ كَانَتْ الْجَارِيَّةُ الْكَبِيرَةُ هِيَ الْمُدَّعِيَةُ لِسَبْقِ وِلَادَةِ الْعُلَامِ وَالْأُمُّ
سَاكِتَةٌ يَثْبُتُ عِتْقُ الْجَارِيَّةِ بِنُّكُولِ الْمُؤَلَّى دُونَ الْأُمِّ لَمَّا قُلْنَا، وَالتَّحْلِيْفُ عَلَى الْعِلْمِ فِيمَا
ذَكَرْنَا لِأَنَّهُ اسْتِحْلَافٌ عَلَى فِعْلِ الْغَيْرِ، وَبِهَذَا الْقَدْرِ يُعْرَفُ مَا ذَكَرْنَا مِنَ الْوَجْهِ فِي
كِفَايَةِ الْمُنْتَهَى

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ قَالَ لِأَمَتِهِ إِنْ كَانَ أَوَّلُ وَلَدٍ تَلِدْنِيهِ غُلَامًا فَأَنْتِ حُرَّةٌ) كَلَامُهُ عَلَى مَا
ذَكَرَهُ وَاضِحٌ. وَقَالَ شَمْسُ الْأُئِمَّةِ السَّرْحَسِيُّ فِي الْمَبْسُوطِ وَذَكَرَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي
الْكَيْسَانِيَّاتِ هَذَا الْجَوَابُ الَّذِي ذُكِرَ لَيْسَ جَوَابَ هَذَا الْفَصْلِ، بَلْ فِي هَذَا الْفَصْلِ لَا
يُحْكَمُ بِعِتْقِ وَاحِدٍ مِنْهُمْ، وَلَكِنْ يَحْلِفُ الْمُؤَلَّى بِاللَّهِ مَا يَعْلَمُ أَنَّهَا وَلَدَتْ الْعُلَامَ أَوَّلًا، فَإِنْ
نَكَلَ عَنِ الْيَمِينِ فَنُكُولُهُ كِبَارُهُ، وَإِنْ حَلَفَ فَهُمْ أَرْقَاءُ. وَأَمَّا جَوَابُ الْكِتَابِ فِيهِ فَصَلِّ
آخَرَ، وَهُوَ مَا إِذَا قَالَ الْمُؤَلَّى لِأَمَتِهِ إِنْ كَانَ أَوَّلُ وَلَدٍ تَلِدْنِيهِ غُلَامًا فَأَنْتِ حُرَّةٌ، وَإِنْ كَانَ
جَارِيَّةً فَهِيَ حُرَّةٌ، فَوَلَدْتُهُمَا جَمِيعًا وَلَا يَدْرِي أَيُّهُمَا أَوَّلُ فَالْعُلَامُ رَقِيقٌ وَالْإِبْنَةُ حُرَّةٌ،
وَيَعْتِقُ نِصْفُ الْأُمِّ لِأَنَّهَا إِنْ وَلَدَتْ الْعُلَامَ أَوَّلًا فَهِيَ حُرَّةٌ وَالْعُلَامُ رَقِيقٌ، وَإِنْ وَلَدَتْ
الْجَارِيَّةَ أَوَّلًا فَالْجَارِيَّةُ حُرَّةٌ وَالْعُلَامُ وَالْأُمُّ رَقِيقَانِ، فَالْأُمُّ تَعْتِقُ فِي حَالٍ دُونَ حَالٍ، فَيَعْتِقُ
نِصْفُهَا وَالْعُلَامُ عَبْدٌ بَيِّقِينَ وَالْجَارِيَّةُ حُرَّةٌ بَيِّقِينَ إِمَّا بِعِتْقِ نَفْسِهَا وَإِمَّا بِعِتْقِ الْأُمِّ.

قَالَ صَاحِبُ النَّهَائِيَّةِ: وَمَا ذَكَرَهُ فِي الْكَيْسَانِيَّاتِ هُوَ الصَّحِيحُ لَمَّا أَنَّ الشَّرْطَ الَّذِي
لَمْ يَتَيَقَّنْ بِوُجُودِهِ وَهُوَ مَا إِذَا كَانَ فِي طَرَفٍ وَاحِدٍ كَانَ الْقَوْلُ فِيهِ قَوْلَ مَنْ يُنْكَرُ
وُجُودَهُ بِالْيَمِينِ، كَمَا إِذَا قَالَ لَعْبْدِهِ إِنْ دَخَلْتَ الدَّارَ غَدًا فَأَنْتَ حُرٌّ فَمَضَى الْغَدُ وَلَمْ

يَذَرُ أَنَّهُ دَخَلَ الدَّارَ أَمْ لَا لَا يَعْتَقُ لَأَنَّهُ وَقَعَ الشَّكُّ فِي شَرْطِ الْعِتْقِ، فَكَذَلِكَ هَاهُنَا وَقَعَ الشَّكُّ فِي شَرْطِ الْعِتْقِ وَهُوَ وَلَادَةُ الْغُلَامِ أَوَّلًا، وَأَمَّا إِذَا كَانَ الشَّرْطُ مَذْكُورًا فِي طَرَفِي الْوُجُودِ وَالْعَدَمِ كَانَ أَحَدُهُمَا مَوْجُودًا لَا مُحَالَةً فَحِينَئِذٍ يَحْتَاجُ إِلَى اعْتِبَارِ الْأَحْوَالِ كَمَا فِي مَسْأَلَةِ الْكَيْسَانِيَّاتِ.

وَقَوْلُهُ (وَبِهَذَا الْقَدَرِ يُعْرَفُ مَا ذَكَرْنَا مِنَ الْوُجُوهِ فِي كِفَايَةِ الْمُتَنَهِّي) قِيلَ هِيَ سِتَّةُ أَوْجُهٍ فَصَلُّوْهَا فِي شُرُوحِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ: أَحَدُهَا أَنْ يَتَصَادَقُوا أَنَّهُمْ لَا يَذَرُونَ أَيُّهُمَا وَلَدٌ أَوَّلًا وَهُوَ الْمَذْكُورُ فِي الْكِتَابِ أَوَّلًا، وَجَوَابُهُ عَلَى الْوَجْهِ الْمَذْكُورِ فِيهِ أَنْ يَعْتَقَ نِصْفُ الْأُمِّ وَالْجَارِيَةِ وَيُسْتَسْعِيَانِ فِي التَّصْفِ وَالْغُلَامَ رَقِيقٌ لَمَّا ذُكِرَ فِي الْكِتَابِ. وَالثَّانِي أَنْ تَدْعِيَ الْأُمُّ أَنَّ الْغُلَامَ هُوَ الْمَوْلُودُ أَوَّلًا وَيُنْكِرُ الْمَوْلَى ذَلِكَ وَالْجَارِيَةُ صَغِيرَةٌ وَهُوَ الْمَذْكُورُ فِي الْكِتَابِ ثَانِيًا؛ وَجَوَابُهُ وَوَجْهُهُ مَا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ. وَالثَّلَاثُ أَنْ تَدْعِيَ الْأُمُّ أَنَّ الْغُلَامَ أَوَّلُ وَالْجَارِيَةُ كَبِيرَةٌ وَلَمْ تَدْعُ شَيْئًا وَهُوَ الْمَذْكُورُ فِي الْكِتَابِ ثَالِثًا؛ وَجَوَابُهُ وَوَجْهُهُ مَا ذَكَرَهُ أَيْضًا فِيهِ. وَالرَّابِعُ أَنْ تَدْعِيَ الْجَارِيَةُ وَهِيَ كَبِيرَةٌ وَالْأُمُّ سَاكِتَةٌ أَنَّ الْغُلَامَ وَلَدٌ أَوَّلًا وَهُوَ الْمَذْكُورُ فِي الْكِتَابِ رَابِعًا بِجَوَابِهِ وَوَجْهِهِ. وَالْخَامِسُ أَنْ يَتَصَادَقُوا أَنَّ الْجَارِيَةَ هِيَ الَّتِي وَلَدَتْ أَوَّلًا وَالْجَوَابُ أَنَّهُ لَا يَعْتَقُ وَاحِدٌ مِنْهُمَا لَعَدَمِ شَرْطِ الْعِتْقِ. وَالسَّادِسُ أَنْ يَتَصَادَقُوا أَنَّ الْغُلَامَ وَلَدٌ أَوَّلًا، وَالْجَوَابُ أَنَّ الْأُمَّ تَعْتَقُ لَوْجُودِ شَرْطِ الْعِتْقِ وَكَذَلِكَ الْجَارِيَةُ تَبْعًا لِلْأُمِّ، وَالْغُلَامُ عَبْدٌ لَأَنَّهُ قَدْ انفصلَ عَنِ الْأُمِّ فِي حَالِ الرِّقِّ لَكُونِ وَلَادَتِهِ شَرْطَ عِتْقِهَا وَالشَّرْطُ يَسْبِقُ الْمَشْرُوطَ فَلَا يُمَكِّنُ جَعْلَهُ تَابِعًا لَهَا فِيهِ، وَلَعَلَّ الْمُصَنِّفَ لَمْ يَذْكُرْهُمَا فِي الْكِتَابِ لظُهُورِهِمَا.

قَالَ (وَإِذَا شَهِدَ رَجُلَانِ عَلَى رَجُلٍ أَنَّهُ أَعْتَقَ أَحَدَ عِبْدَيْهِ فَالْشَّهَادَةُ بَاطِلَةٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ فِي وَصِيَّةٍ) اسْتِحْسَانًا ذَكَرَهُ فِي كِتَابِ الْعِتَاقِ (وَأَنْ شَهِدَ أَنَّهُ طَلَّقَ إِحْدَى نِسَائِهِ جَارَتْ الشَّهَادَةُ وَيُجْبَرُ الزَّوْجُ عَلَى أَنْ يُطَلِّقَ إِحْدَاهُنَّ) وَهَذَا بِالْإِجْمَاعِ.

(وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُمَا اللَّهُ: الشَّهَادَةُ فِي الْعِتْقِ مِثْلُ ذَلِكَ) وَأَصْلُ هَذَا أَنَّ الشَّهَادَةَ عَلَى عِتْقِ الْعَبْدِ لَا تُقْبَلُ مِنْ غَيْرِ دَعْوَى الْعَبْدِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ، وَعِنْدَهُمَا تُقْبَلُ، وَالشَّهَادَةُ عَلَى عِتْقِ الْأَمَةِ وَطَلَاقِ الْمُنْكَوْحَةِ مَقْبُولَةٌ مِنْ غَيْرِ دَعْوَى

بِالِاتِّفَاقِ وَالْمَسْأَلَةِ مَعْرُوفَةً. وَإِذَا كَانَ دَعْوَى الْعَبْدِ شَرْطًا عِنْدَهُ لَمْ تَتَحَقَّقْ فِي مَسْأَلَةِ الْكِتَابِ؛ لِأَنَّ الدَّعْوَى مِنَ الْمَجْهُولِ لَا تَتَحَقَّقُ فَلَا تُقْبَلُ الشَّهَادَةُ. وَعِنْدَهُمَا لَيْسَ بِشَرْطٍ قَبُولُ الشَّهَادَةِ وَإِنْ انْعَدَمَ الدَّعْوَى. أَمَّا فِي الطَّلَاقِ فَعَدَمُ الدَّعْوَى لَا يُوجِبُ خِلَافًا فِي الشَّهَادَةِ لِأَنَّهَا لَيْسَتْ بِشَرْطٍ فِيهَا. وَلَوْ شَهِدَ أَنَّهُ أَعْتَقَ إِحْدَى أَمَتَيْهِ لَا تُقْبَلُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَإِنْ لَمْ تَكُنْ الدَّعْوَى شَرْطًا فِيهَا لِأَنَّهُ إِنَّمَا لَا تُشْتَرَطُ الدَّعْوَى لِمَا أَنَّهُ يَتَضَمَّنُ تَحْرِيمَ الْفَرْجِ فَشَابَهُ الطَّلَاقُ، وَالْعِتْقُ الْمُبْهِمُ لَا يُوجِبُ تَحْرِيمَ الْفَرْجِ عِنْدَهُ عَلَى مَا ذَكَرْنَاهُ فَصَارَ كَالشَّهَادَةِ عَلَى عِتْقِ أَحَدِ الْعَبْدَيْنِ. وَهَذَا كُلُّهُ إِذَا شَهِدَ فِي صِحَّتِهِ عَلَى أَنَّهُ أَعْتَقَ أَحَدَ عَبْدَيْهِ.

الشرح:

قَالَ: (وَإِذَا شَهِدَ رَجُلَانِ عَلَى رَجُلٍ أَنَّهُ أَعْتَقَ أَحَدَ عَبْدَيْهِ) الشَّهَادَةُ عَلَى طَلَاقِ إِحْدَى نِسَائِهِ جَائِزَةٌ بِالِاجْتِمَاعِ، وَيُجْبَرُ عَلَى الْبَيَانِ وَعَلَى إِعْتَاقِ أَحَدِ عَبْدَيْهِ، كَذَلِكَ عِنْدَهُمَا وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ هِيَ بَاطِلَةٌ إِلَّا أَنْ تَكُونَ فِي وَصِيَّةٍ اسْتَحْسَانًا عَلَى مَا ذَكَرَهُ (وَأَصْلُ هَذَا أَنَّ الشَّهَادَةَ عَلَى عِتْقِ الْعَبْدِ لَا تُقْبَلُ مِنْ غَيْرِ دَعْوَى عِنْدَهُ، وَعِنْدَهُمَا تُقْبَلُ، وَالشَّهَادَةُ عَلَى عِتْقِ الْأَمَةِ وَطَلَاقِ الْمَنْكُوحَةِ مَقْبُولَةٌ مِنْ غَيْرِ دَعْوَى بِالِاتِّفَاقِ) وَإِنَّمَا اخْتَلَفَ الْحُكْمُ عَلَى هَذَا الطَّرِيقِ بِنَاءً عَلَى أَنَّ الْعِتْقَ مِنْ حُقُوقِ الْعِبَادِ عِنْدَهُ وَمِنْ حُقُوقِ الشَّرْعِ عِنْدَهُمَا. وَجَهٌ قَوْلُهُمَا أَنَّهُ لَا يَحْتَاجُ فِيهِ إِلَى قَبُولِ الْعَبْدِ وَلَا يَرْتَدُّ بَرْدَهُ، وَيَجُوزُ أَنْ يَحْلِفَ بِهِ وَيَصِحُّ إِجَابُهُ فِي الْمَجْهُولِ وَكُلُّ ذَلِكَ دَلِيلٌ عَلَى أَنَّ الْعِتْقَ حَقُّ الشَّرْعِ.

وَوَجَهٌ قَوْلُهُ أَنَّ الْإِعْتَاقَ إِثْبَاتُ قُوَّةِ الْمَالِكِيَّةِ وَفِيهِ انْتِفَاءُ ذُلِّ الرِّقِّ وَالْمَمْلُوكِيَّةِ وَكُلُّ ذَلِكَ حَقُّ الْعَبْدِ لَا مَحَالَةَ، هَذَا هُوَ الْمَشْهُودُ بِهِ وَلَا يُعْتَبَرُ بغيرِهِ لكونِهِ مِنْ ثَمَرَاتِهِ، فَمَا كَانَ مِنْ حُقُوقِ الْعِبَادِ لَا تُقْبَلُ الشَّهَادَةُ فِيهِ بِدُونِ الدَّعْوَى، وَمَا كَانَ مِنْ حُقُوقِ الشَّرْعِ تُقْبَلُ بِدُونِهَا، وَعِتْقُ الْأَمَةِ مِنْ حُقُوقِهِ بِالِاتِّفَاقِ فَلِذَلِكَ تُقْبَلُ بِدُونِهَا وَذَلِكَ لِأَنَّ عِتْقَهَا يَتَضَمَّنُ تَحْرِيمَ فَرْجِهَا عَلَى مَوْلَاهَا، وَذَلِكَ حَقٌّ مِنْ حُقُوقِ الشَّرْعِ فَكَانَتْ الشَّهَادَةُ فِيهِ كَالشَّهَادَةِ بِهَلَالِ رَمَضَانَ.

فَإِنْ قِيلَ: لَوْ كَانَ كَذَلِكَ لَكُنْتُمْ بِشَّهَادَةِ الْوَاحِدِ لَكُمْ خَبَرُ الْوَاحِدِ حُجَّةً فِي الْأَمْرِ الدِّينِيِّ وَلَمَّا قُبِلَتِ الشَّهَادَةُ عَلَى عِتْقِ أَمَةٍ وَهِيَ أُخْتُ مَوْلَاهَا مِنَ الرِّضَاعَةِ إِذَا

جَحَدَتْهُ، إِذْ لَيْسَ فِيهَا تَحْرِيمُ الْفَرْجِ لِأَنَّ تَحْرِيمَهُ ثَابِتٌ بِحُكْمِ الرِّضَاعِ قَبْلَ شَهَادَتِهِمَا بِالْإِعْتِقَاقِ. أُجِيبَ عَنْ الْأَوَّلِ بِأَنَّ خَبَرَ الْوَاحِدِ حُجَّةٌ فِي الْأَمْرِ الدِّينِيِّ إِذَا لَمْ تَقْعُ الْحَاجَةُ إِلَى الْإِزَامِ الْمُنْكَرِ، وَهَاهُنَا وَقَعَتْ. وَعَنْ الثَّانِي بِأَنَّ فِيهِ مَعْنَى الزَّانَا لِأَنَّ فِعْلَ الْمَوْلَى بِهَا قَبْلَ الْعِتْقِ لَا يُوجِبُ الْحَدَّ وَبَعْدَهُ يُوجِبُهُ لَكُونَ بُضْعِهَا مَمْلُوكًا لِلْمَوْلَى وَإِنْ كَانَ هُوَ مَمْنُوعًا عَنْ وَطْئِهَا بِالْمَحْرَمِيَّةِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ جَازَ لَهُ أَنْ يُزَوِّجَهَا وَيَبْدُلَ بُضْعِهَا يَكُونُ لَهُ، وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ كَانَ فِيهِ تَحْرِيمُ الْفَرْجِ، وَإِذَا ثَبَتَ الْأَصْلُ تَبَيَّنَ وَجْهُ الْاِخْتِلَافِ عَلَى مَا ذَكَرَهُ بِقَوْلِهِ (وَإِذَا كَانَ دَعْوَى الْعَبْدِ شَرْطًا عِنْدَهُ) إِلَى آخِرِ الْمَسْأَلَةِ. وَقَوْلُهُ (لَأَنَّ الدَّعْوَى مِنَ الْمَجْهُولِ لَا تَتَحَقَّقُ) قِيلَ عَلَيْهِ إِذَا ادَّعَى ذَلِكَ وَجَبَ أَنْ تُقْبَلَ الْبَيِّنَةُ لِأَنَّ الدَّعْوَى حَصَلَتْ مِنْ مُعَيَّنٍ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ صَاحِبَ الْحَقِّ أَحَدُهُمَا لَا بَعِيْنَهُ، فَدَعَاؤُهُمَا دَعْوَى غَيْرِ صَاحِبِ الْحَقِّ، وَبِأَنَّ الدَّعْوَى حِينَئِذٍ لَا تَكُونُ مُطَابِقَةً لِلشَّهَادَةِ لِأَنَّ الشَّهَادَةَ عَلَى أَحَدِ الْعَبْدَيْنِ لَا عَلَى الْعَبْدَيْنِ.

قَوْلُهُ (وَلَوْ شَهِدَ أَلَّهُ أَعْتَقَ إِحْدَى أُمَّتَيْهِ) كَصُورَةِ نَقْضٍ عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ لِأَنَّ الدَّعْوَى لَيْسَتْ شَرْطًا فِي حَقِّ الْأَمَةِ وَلَمْ تُسْمَعْ الْبَيِّنَةُ هَاهُنَا.

وَوَجْهُ دَفْعِهِ مَا ذَكَرَهُ بِقَوْلِهِ (لَأَنَّهُ) إِنَّمَا لَا تُشْتَرَطُ الدَّعْوَى لِمَا أَنَّهُ يَتَضَمَّنُ تَحْرِيمَ الْفَرْجِ فَشَابَةَ الطَّلَاقِ، وَالْعِتْقُ الْمُبْتَهَمُ لَا يُوجِبُ تَحْرِيمَ الْفَرْجِ عِنْدَهُ عَلَى مَا ذَكَرْنَاهُ) يَعْنِي قَوْلُهُ لَهُ أَنَّ الْمَلِكَ قَائِمٌ فِي الْمُوْطُوءَةِ إِلَى قَوْلِهِ وَلِهَذَا حَلَّ وَطْؤُهُمَا، وَمَعْنَى قَوْلِهِ أَنَّهُ يَتَضَمَّنُ تَحْرِيمَ الْفَرْجِ أَنَّ الْعِتْقَ إِذَا حَصَلَ اسْتَلَزَمَ أَنْ يَكُونَ الْوْطْءُ بَعْدَهُ زِنًا. وَاعْتَرَضَ بِأَنَّ عِتْقَ الْعَبْدِ الْمُعَيَّنِ يَسْتَلْزِمُ تَحْرِيمَ اسْتِرْقَاقِهِ، وَذَلِكَ أَيْضًا حَقٌّ لِلَّهِ فَوَجَبَ أَنْ تُسْتَعْنَى الشَّهَادَةُ فِيهِ عَنِ الدَّعْوَى. وَالْجَوَابُ أَنَّ لَزِمَ عِتْقِهَا مِنْ أَعْظَمِ الْكِبَائِرِ وَلَا زَمَ عِتْقُهُ حُرْمَةً لَمْ يُنْصَ عَلَيْهِ الشَّرْعُ فَضْلًا عَنْ أَنْ تَكُونَ مِنَ الْكِبَائِرِ فَالْتَّسُؤِيَّةُ بَيْنَهُمَا خَطَأً.

أَمَّا إِذَا شَهِدَا أَنَّهُ أَعْتَقَ أَحَدَ عَبْدَيْهِ فِي مَرَضٍ مَوْتِهِ أَوْ شَهِدَا عَلَى تَدْبِيرِهِ فِي صِحَّتِهِ أَوْ فِي مَرَضِهِ وَأَدَّاءُ الشَّهَادَةِ فِي مَرَضٍ مَوْتِهِ أَوْ بَعْدَ الْوَفَاةِ تُقْبَلُ اسْتِحْسَانًا؛ لِأَنَّ التَّدْبِيرَ حَيْثُمَا وَقَعَ وَقَعَ وَصِيَّةً، وَكَذَا الْعِتْقُ فِي مَرَضِ الْمَوْتِ وَصِيَّةٌ، وَالْخَصْمُ فِي الْوَصِيَّةِ إِنَّمَا هُوَ الْمُوصِي وَهُوَ مَعْلُومٌ. وَعَنْهُ خَلَفَ وَهُوَ الْوَصِيُّ أَوْ الْوَارِثُ، وَلِأَنَّ الْعِتْقَ فِي مَرَضِ الْمَوْتِ يَشِيعُ بِالْمَوْتِ فِيهِمَا فَصَارَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا خَصْمًا مُتَعَيِّنًا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (أَمَّا إِذَا شَهِدَا أَنَّهُ أَعْتَقَ أَحَدَ عَبْدَيْهِ فِي مَرَضٍ مَوْتِهِ) يَبَيِّنُ قَوْلَهُ إِلَّا أَنْ تَكُونَ فِي وَصِيَّةٍ اسْتِحْسَانًا. وَقَوْلُهُ (لَأَنَّ التَّذْيِيرَ حَيْثُمَا وَقَعَ وَقَعَ وَصِيَّةً) يَعْنِي سَوَاءً وَقَعَ فِي حَالِ الصَّحَّةِ أَوْ فِي حَالِ الْمَرَضِ. وَلِلْاسْتِحْسَانِ وَجْهَانِ ذَكَرَهُمَا الْمُصَنِّفُ: أَحَدُهُمَا أَنَّ التَّذْيِيرَ مُطْلَقًا وَالْعِتْقُ فِي الْمَرَضِ وَصِيَّةٌ (وَالْخَصْمُ فِي الْوَصِيَّةِ إِنَّمَا هُوَ الْمُوصِي) لِأَنَّ تَنْفِيزَ الْوَصَايَا حَقُّ الْمَيِّتِ فَكَانَ الْمَيِّتُ مُدْعِيًا تَقْدِيرًا (وَعَنْهُ خَلْفٌ وَهُوَ الْوَصِيُّ أَوْ الْوَارِثُ) فَتَقَبُّلُ الشَّهَادَةِ وَالثَّانِي أَنَّ الْعِتْقَ يَشْبَعُ بِالْمَوْتِ فِيهِمَا لِأَنَّهُ أَوْجَبَ الْعِتْقَ فِي أَحَدِهِمَا فِي حَالِ عَجْزِهِ عَنِ الْبَيَانِ فَكَانَ إِجْبَابًا لِهَذَا وَلِهَذَا يَعْتَقُ نِصْفُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا (فَصَارَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا خَصْمًا مُتَعَيِّنًا) وَلَمْ يَذْكُرْ وَجْهَ الْقِيَاسِ، وَهُوَ أَنَّ الْمُقْضِي لَهُ مَجْهُولٌ وَالِدَّعْوَى مِنَ الْمَجْهُولِ لظُهُورِهِ مِمَّا تَقَدَّمَ.

وَلَوْ شَهِدَا بَعْدَ مَوْتِهِ أَنَّهُ قَالَ فِي صِحَّتِهِ أَحَدُكُمَا حُرٌّ فَقَدْ قِيلَ: لَا تُقْبَلُ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِوَصِيَّةٍ. وَقِيلَ تُقْبَلُ لِلشُّيُوعِ هُوَ الصَّحِيحُ وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

الشرح:

وَلَوْ شَهِدَا بَعْدَ مَوْتِهِ أَنَّهُ قَالَ فِي صِحَّتِهِ أَحَدُكُمَا حُرٌّ قَالَ الْإِمَامُ فَخَرُ الْإِسْلَامِ: لَا نَصَّ فِيهِ، وَاخْتَلَفَ فِيهِ مَشَايِخُنَا فَقَالَ بَعْضُهُمْ (لَا تُقْبَلُ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِوَصِيَّةٍ) حَتَّى يَكُونَ الْخَصْمُ هُوَ الْمُوصِي وَهُوَ مَعْلُومٌ، وَقَالَ بَعْضُهُمْ: تُقْبَلُ لِلشُّيُوعِ الْعِتْقُ فِيهِمَا، فَكَانَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا خَصْمًا مُتَعَيِّنًا فَكَانَتْ دَعْوَاهُمَا صَحِيحَةً وَهُوَ يَقْضِي قَبُولَ الشَّهَادَةِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

بَابُ الْحَلْفِ بِالْعِتْقِ

(وَمَنْ قَالَ إِذَا دَخَلْتَ الدَّارَ فَكُلُّ مَمْلُوكٍ لِي يَوْمَئِذٍ فَهُوَ حُرٌّ وَلَيْسَ لَهُ مَمْلُوكٌ فَاشْتَرَى مَمْلُوكًا ثُمَّ دَخَلَ عِتْقًا) لِأَنَّ قَوْلَهُ يَوْمَئِذٍ تَقْدِيرُهُ يَوْمَ إِذْ دَخَلْتَ، إِلَّا أَنَّهُ أَسْقَطَ الْفِعْلَ وَعَوَّضَهُ بِالتَّنْوِينِ فَكَانَ الْمُعْتَبَرُ قِيَامَ الْمَلِكِ وَقَتِ الدُّخُولِ وَكَذَا لَوْ كَانَ فِي مِلْكِهِ يَوْمَ حَلْفِ عَبْدٍ فَبَقِيَ عَلَى مِلْكِهِ حَتَّى دَخَلَ عِتْقًا لَمَّا قُلْنَا. قَالَ (وَلَوْ لَمْ يَكُنْ قَالَ فِي يَمِينِهِ يَوْمَئِذٍ لَمْ يَعْتَقْ) لِأَنَّ قَوْلَهُ كُلُّ مَمْلُوكٍ لِي لِلْحَالِ وَالْجَزَاءُ حُرِّيَّةُ الْمَمْلُوكِ فِي الْحَالِ، إِلَّا أَنَّهُ لَمَّا دَخَلَ الشَّرْطُ عَلَى الْجَزَاءِ تَأَخَّرَ إِلَى وُجُودِ فَيَعْتَقُ إِذَا بَقِيَ عَلَى مِلْكِهِ إِلَى وَقْتِ

الدُّخُولَ وَلَا يَتَنَاوَلُ مَنْ اشْتَرَاهُ بَعْدَ الْيَمِينِ.

الشرح:

(بَابُ الْحَلْفِ بِالْعَتَقِ): الْحَلْفُ بِالْعَتَقِ هُوَ أَنْ يَجْعَلَ الْعَتَقَ جُزْءَ الشَّرْطِ وَلَمَّا كَانَ الْمُعْتَقُ قَاصِرًا فِي السَّبَبَةِ أَخَّرَ التَّغْلِيْقَ عَنِ التَّنْجِيزِ. قَوْلُهُ (وَمَنْ قَالَ إِذَا دَخَلْتُ الدَّارَ ظَاهِرٌ. وَاعْتَرَضَ عَلَيْهِ بِأَنَّهُ يَجِبُ أَنْ لَا يَعْتَقَ عَلَيْهِ مَا يَشْتَرِيهِ بَعْدَ الْيَمِينِ وَإِنْ قَالَ يَوْمئِذٍ لَأَنَّهُ مَا أَضَافَ الْعَتَقَ إِلَى الْمَلِكِ وَلَا إِلَى سَبَبِهِ فَكَانَ كَمَا لَوْ قَالَ لِعَبْدٍ الْغَيْرِ إِنْ دَخَلْتُ الدَّارَ فَأَلْتِ حُرٌّ فَاشْتَرَاهُ ثُمَّ دَخَلَ الدَّارَ فَإِنَّهُ لَا يَعْتَقُ لَذَلِكَ. أُجِيبَ بِأَنَّهُ وَجَدَتْ الْإِضَافَةُ إِلَى الْمَلِكِ دَلَالَةً لِأَنَّ قَوْلَهُ كُلُّ مَمْلُوكٍ لِي يَوْمئِذٍ مَعْنَاهُ إِنْ مَلَكَتُ مَمْلُوكًا وَقَتَ دُخُولِي الدَّارَ فَهُوَ حُرٌّ، بِخِلَافِ تِلْكَ الْمَسْأَلَةِ لَأَنَّهُ لَمْ تُوجَدْ الْإِضَافَةُ فِيهَا لَا صَرِيحًا وَلَا دَلَالَةً. وَقَوْلُهُ (لَمَّا قُلْنَا) يُرِيدُ بِهِ قَوْلُهُ فَكَانَ الْمُعْتَبَرُ قِيَامَ الْمَلِكِ وَقَتَ الدُّخُولِ. وَقَوْلُهُ (لَأَنَّ) قَوْلَهُ كُلُّ مَمْلُوكٍ لِي لِلْحَالِ) قِيلَ لِأَنَّ اللَّامَ لِلَاخْتِصَاصِ، وَالَاخْتِصَاصُ إِنَّمَا يَكُونُ بِمَمْلُوكٍ لَهُ فِي الْحَالِ إِذْ لَوْ لَمْ يَكُنِ الْمَلِكُ لَهُ فِي الْحَالِ كَانَ هُوَ وَغَيْرُهُ سَوَاءً.

(وَمَنْ قَالَ كُلُّ مَمْلُوكٍ لِي ذَكَرٍ فَهُوَ حُرٌّ وَلَهُ جَارِيَةٌ حَامِلٌ فَوَلَدَتْ ذَكَرًا لَمْ يَعْتَقِ) وَهَذَا إِذَا وَلَدَتْ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ فَصَاعِدًا ظَاهِرٌ، لِأَنَّ اللَّفْظَ لِلْحَالِ، وَفِي قِيَامِ الْحَمْلِ وَقَتِ الْيَمِينِ احْتِمَالٌ لَوْجُودِ أَقَلِّ مُدَّةِ الْحَمْلِ بَعْدَهُ، وَكَذَا إِذَا وَلَدَتْ لِأَقَلِّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ؛ لِأَنَّ اللَّفْظَ يَتَنَاوَلُ الْمَمْلُوكَ الْمُطْلَقَ، وَالْجَنَيْنَ مَمْلُوكَ تَبَعًا لِلْأُمِّ لَا مَقْصُودًا، وَلَأَنَّهُ عَضْوٌ مِنْ وَجْهِ وَاسْمِ الْمَمْلُوكِ يَتَنَاوَلُ الْأَنْفُسَ دُونَ الْأَعْضَاءِ وَلِهَذَا لَا يَمْلِكُ بَيْعُهُ مُنْفَرِدًا. قَالَ الْعَبْدُ الضَّعِيفُ: وَفَائِدَةُ التَّقْيِيدِ بِوَصْفِ الذُّكُورَةِ أَنَّهُ لَوْ قَالَ: كُلُّ مَمْلُوكٍ لِي تَدْخُلُ الْحَامِلُ فَيَدْخُلُ الْحَمْلُ تَبَعًا لَهَا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَمَنْ قَالَ كُلُّ مَمْلُوكٍ لِي ذَكَرٍ فَهُوَ حُرٌّ) ظَاهِرٌ، وَمَعْنَاهُ أَنَّ الْمَمْلُوكَ مُطْلَقٌ وَالْمُطْلَقُ يَنْصَرِفُ إِلَى الْكَامِلِ وَالْجَنَيْنِ لَيْسَ بِكَامِلٍ عَلَى مَا ذُكِرَ فِي الْكِتَابِ. وَقَوْلُهُ (وَفَائِدَةُ التَّقْيِيدِ بِوَصْفِ الذُّكُورَةِ أَنَّهُ لَوْ قَالَ كُلُّ مَمْلُوكٍ لِي تَدْخُلُ الْحَامِلُ) فَيَدْخُلُ الْحَمْلُ تَبَعًا بِنَاءً عَلَى أَنَّ هَذَا الْقَوْلَ يَتَنَاوَلُ الذُّكُورَ وَالْإِنَاثَ حَتَّى الْمُدَبِّرِينَ وَأُمَهَاتِ الْأَوْلَادِ. حَتَّى لَوْ قَالَ نَوَيْتِ الرِّجَالَ دُونَ النِّسَاءِ لَمْ يَصُدَّقْ قَضَاءً.

(وإن قال كل مملوك أملكه حر بعد غد، أو قال: كل مملوك لي فهو حر بعد غد وله مملوك فاشتري آخر ثم جاء بعد غد عتق الذي في ملكه يوم حلف) لأن قوله أملكه للحال حقيقة يُقال: أنا أملك كذا وكذا ويراد به الحال، وكذا يستعمل له من غير قرينة والاستقبال بقرينة السنين أو سوف فيكون مطلقه للحال فكان الجزاء حرية المملوك في الحال مضافاً إلى ما بعد الغد فلا يتناول ما يشتريه بعد اليمين.

الشرح:

(وإن قال كل مملوك لي أملكه حر بعد غد أو قال كل مملوك لي فهو حر بعد غد وله مملوك فاشتري مملوكاً آخر ثم جاء بعد غد عتق الذي في ملكه يوم حلف) لا الذي اشتراه بعده. وقوله بعد غد ظرف لقوله حر لا لقوله أملكه فإن أملكه للحال، وقوله ثم جاء بعد غد بالرفع ليكون فاعل جاء لأنه المقصود، وقوله لأن قوله أملكه للحال حقيقة بالرفع ليكون خبراً ويجوز التصبُّ على التمييز قال صاحب النهاية وهذا التقرير يخالف رواية النحو وهي أنه مشترك بين الحال والمستقبل، وظاهر تقرير المصنف يدل على ما ذكره صاحب النهاية. وقال بعض الشارحين لا نسلم المخالفة لأن كونه للحال حقيقة لا يدل على أن كونه للاستقبال ليس بحقيقة لأن المشترك في كل واحد من المعنيين حقيقة ويدل عليهما على سبيل البدل ويرجح أحدهما بالدليل إذا وجد وقد وجد هنا دليل على إرادة الحال لأن الحال موجود فلا يعارضه المستقبل المعدوم.

وأقول: قول المصنف وكذا يستعمل له من غير قرينة يأبى قول هذا الشارح لأن المشترك لا يستعمل في أحد المعنيين بعينه إلا بقرينة وليس التحوُّون مجمعين على أن المضارع مشترك بينهما بل منهم من ذهب إلى أنه حقيقة في الاستقبال مجاز في الحال ومنهم من ذهب إلى عكس ذلك ولعله مختار المصنف لتبادر الفهم إليه وعلى هذا كان الجزاء حرية المملوك في الحال مضافاً إلى ما بعد الغد فلا يتناول ما يشتريه بعد اليمين.

(ولو قال كل مملوك أملكه، أو قال كل مملوك لي حر بعد موتي وله مملوك فاشتري مملوكاً آخر فالذي كان عند وقت اليمين مدبر والآخر ليس بمدبر، وإن مات عتقاً من الثلث) وقال أبو يوسف رحمه الله في النوادر: يعتق ما كان في ملكه يوم حلف

وَلَا يَعْتِقُ مَا اسْتَفَادَ بَعْدَ يَمِينِهِ، وَعَلَى هَذَا إِذَا قَالَ كُلُّ مَمْلُوكٍ لِي إِذَا مِتَّ فَهُوَ حُرٌّ لَهُ أَنْ
اللفظَ حَقِيقَةً لِلْحَالِ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ فَلَا يَعْتِقُ بِهِ مَا سَيَمْلِكُهُ وَلِهَذَا صَارَ هُوَ مُدَبِّرًا دُونَ
الْآخِرِ. وَلَهُمَا أَنْ هَذَا إِجْبَابُ عِتْقٍ وَإِصْءَاءٍ حَتَّى أُعْتَبِرَ مِنَ الثَّلَاثِ وَفِي الْوَصَايَا تُعْتَبَرُ الْحَالَةُ
الْمُنْتَظَرَةُ وَالْحَالَةُ الرَّاهِنَةُ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ يَدْخُلُ فِي الْوَصِيَّةِ بِالْمَالِ مَا يَسْتَفِيدُهُ بَعْدَ الْوَصِيَّةِ
وَفِي الْوَصِيَّةِ لِأَوْلَادٍ فَلَانٍ مَنْ يُولَدُ لَهُ بَعْدَهَا.

وَالْإِجْبَابُ إِنَّمَا يَصِحُّ مُضَافًا إِلَى الْمَلِكِ أَوْ إِلَى سَبَبِهِ، فَمِنْ حَيْثُ إِنَّهُ إِجْبَابُ الْعِتْقِ
يَتَنَاوَلُ الْعَبْدَ الْمَمْلُوكَ اعْتِبَارًا لِلْحَالَةِ الرَّاهِنَةِ فَيَصِيرُ مُدَبِّرًا حَتَّى لَا يَجُوزَ بَيْعُهُ، وَمِنْ
حَيْثُ إِنَّهُ إِصْءَاءٌ يَتَنَاوَلُ الَّذِي يَشْتَرِيهِ اعْتِبَارًا لِلْحَالَةِ الْمُتَرَبِّصَةِ وَهِيَ حَالَةُ الْمَوْتِ، وَقَبْلَ
الْمَوْتِ حَالَةُ التَّمْلِكِ اسْتِقْبَالَ مُحَضٍّ فَلَا يَدْخُلُ تَحْتَ الْلفظِ، وَعِنْدَ الْمَوْتِ يَصِيرُ كَأَنَّهُ قَالَ:
كُلُّ مَمْلُوكٍ لِي أَوْ كُلُّ مَمْلُوكٍ أَمْلِكُهُ فَهُوَ حُرٌّ، بِخِلَافِ قَوْلِهِ بَعْدَ غَدٍ عَلَى مَا تَقَدَّمَ لِأَنَّهُ
تَصَرَّفَ وَاحِدٌ وَهُوَ إِجْبَابُ الْعِتْقِ وَلَيْسَ فِيهِ إِصْءَاءٌ وَالْحَالَةُ مُحَضُّ اسْتِقْبَالٍ فَافْتَرَقَا. وَلَا
يُقَالُ: إِنَّكُمْ جَمَعْتُمْ بَيْنَ الْحَالِ وَالْإِسْتِقْبَالِ. لَأَنَّا نَقُولُ: نَعَمْ لَكِنْ بِسَبَبَيْنِ مُخْتَلِفَيْنِ إِجْبَابِ
عِتْقٍ وَوَصِيَّةٍ، وَإِنَّمَا لَا يَجُوزُ ذَلِكَ بِسَبَبٍ وَاحِدٍ.

الشرح:

(وَلَوْ قَالَ كُلُّ مَمْلُوكٍ أَمْلِكُهُ أَوْ قَالَ كُلُّ مَمْلُوكٍ لِي فَهُوَ حُرٌّ بَعْدَ مَوْتِي وَلَهُ
مَمْلُوكٌ فَاشْتَرَى آخَرَ فَالَّذِي كَانَ عِنْدَهُ مُدَبِّرٌ مُطْلَقٌ (وَالْآخِرُ لَيْسَ بِمُدَبِّرٍ) مُطْلَقٍ بَلْ
هُوَ مُدَبِّرٌ مُقَيَّدٌ جَزَأَ لَهُ أَنْ يَبِيعَهُ (وَأِنْ مَاتَ عَتَقَا مِنَ الثَّلَاثِ) مُشْتَرَكَيْنِ فِيهِ (وَقَالَ أَبُو
يُوسُفَ فِي النَّوَادِرِ: يَعْتِقُ مَا كَانَ فِي مِلْكِهِ يَوْمَ حَلْفٍ) بِطَرِيقِ التَّدْيِيرِ (وَلَا يَعْتِقُ مَا
اسْتَفَادَ بَعْدَ يَمِينِهِ) لِأَنَّ الْلفظَ حَقِيقَةً لِلْحَالِ عَلَى مَا بَيَّنَّا وَهُوَ مُرَادٌ فَلَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ
غَيْرُهُ مُرَادًا عَلَى أَصْلَانَا وَلَهُمَا أَنْ هَذَا إِجْبَابُ عِتْقٍ وَإِصْءَاءٍ) أَمَّا إِنَّهُ إِجْبَابُ عِتْقٍ فَيَقُولُهُ كُلُّ
مَمْلُوكٍ أَمْلِكُهُ أَوَّلَى فَهُوَ حُرٌّ، وَأَمَّا إِنَّهُ إِصْءَاءٌ فَيَقُولُهُ بَعْدَ مَوْتِي، وَلِهَذَا أُعْتَبِرَ مِنَ الثَّلَاثِ،
وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ (فَفِي الْوَصَايَا تُعْتَبَرُ الْحَالَةُ الْمُنْتَظَرَةُ أَيْ الْمُتَرَبِّصَةُ) وَالْحَالَةُ الرَّاهِنَةُ أَيْ
الْحَاضِرَةُ؛ سُمِّيَتْ بِالرَّاهِنَةِ لِأَنَّ الرَّهْنَ هُوَ الْحَبْسُ وَالْمُرْتَهَنُ مُحْبُوسٌ فِيهَا لَا فِيمَا قَبْلَهَا وَلَا
فِيمَا بَعْدَهَا، كَذَا فِي الشُّرُوحِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ يَدْخُلُ فِي الْوَصِيَّةِ بِالْمَالِ مَا يَسْتَفِيدُهُ بَعْدَ
الْوَصِيَّةِ وَفِي الْوَصِيَّةِ لِأَوْلَادٍ فَلَانٍ دَخَلَ فِيهَا الْمَوْجُودُ عِنْدَهَا، وَمَنْ يُولَدُ بَعْدَهَا إِذَا عَاشَ

إِلَى وَقْتِ مَوْتِ الْمُوصِي.

وَالْإِيجَابُ إِنَّمَا يَصِحُّ مُضَافًا إِلَى الْمَلِكِ أَوْ إِلَى سَبَبِهِ، فَهَذَا الْكَلَامُ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ إِيجَابُ الْعِنَقِ يَتَنَاوَلُ الْعَبْدَ الْمَمْلُوكَ اعْتِبَارًا لِلْحَالَةِ الرَّاهِنَةِ لِيَصِيرَ الْإِيجَابُ مُضَافًا إِلَى الْمَلِكِ فَيَصِيرُ مُدَبَّرًا لَا يَجُوزُ يِعْهُ، وَمِنْ حَيْثُ إِنَّهُ إِبْصَاءٌ يَتَنَاوَلُ الَّذِي يَشْتَرِيهِ اعْتِبَارًا لِلْحَالَةِ الْمُتَرَبِّصَةِ وَهِيَ حَالَةُ الْمَوْتِ وَيَصِيرُ مُدَبَّرًا بَعْدَهُ وَلَا يَصِيرُ مُدَبَّرًا قَبْلَهُ كَالَّذِي كَانَ فِي مِلْكِهِ لِأَنَّهُ لَمْ يَتَنَاوَلْهُ الْكَلَامُ حَالَةَ التَّمْلُكِ لَا مِنْ حَيْثُ الْإِيجَابُ لِعَدَمِ الْإِضَافَةِ إِلَى الْمَلِكِ وَإِلَى سَبَبِهِ، وَلَا مِنْ حَيْثُ الْإِبْصَاءُ لِأَنَّهُ يَكُونُ عِنْدَ الْمَوْتِ، فَكَانَ حَالُ التَّمْلُكِ اسْتِقْبَالًا مُحْضًا لَمْ يَتَنَاوَلْهُ اللَّفْظُ فَلَا يَصِيرُ مُدَبَّرًا حَالِ التَّمْلُكِ، وَإِنَّمَا هُوَ عِنْدَ الْمَوْتِ إِذَا كَانَ مَوْجُودًا فِي مِلْكِهِ يَصِيرُ كَأَنَّهُ قَالَ كُلُّ مَمْلُوكٍ لِي أَوْ أَمْلِكُهُ فَهُوَ حُرٌّ لِدُخُولِهِ حَيْثُ نَحْتَ الْحَالِ الْمُتَرَبِّصَةِ فَيَصِيرُ مُدَبَّرًا لَكُونِ الْعِنَقِ فِي الْمَرَضِ وَصِيَّةً، بِخِلَافِ قَوْلِهِ كُلُّ مَمْلُوكٍ لِي أَمْلِكُهُ أَوْ لِي حُرٌّ بَعْدَ غَدٍ عَلَى مَا تَقَدَّمَ لِأَنَّهُ تَصَرَّفَ وَاحِدٌ وَهُوَ إِيجَابُ الْعِنَقِ وَلَيْسَ فِيهِ إِبْصَاءٌ، وَالْحَالَةُ مُحْضٌ اسْتِقْبَالٌ لَا يَتَنَاوَلُهَا الْإِيجَابُ لِعَدَمِ الْإِضَافَةِ إِلَى الْمَلِكِ وَإِلَى سَبَبِهِ فَافْتَرَقَا، وَعَلَى هَذَا قَوْلُهُ (وَالْإِيجَابُ إِنَّمَا يَصِحُّ مُضَافًا إِلَى الْمَلِكِ) مَعْطُوفٌ عَلَى قَوْلِهِ وَفِي الْوَصَايَا مَعْنَى لَا أَنْ يَكُونَ جَوَابَ سُؤَالٍ مُقَدَّرٍ كَمَا ذَهَبَ إِلَيْهِ بَعْضُ الشَّارِحِينَ.

قَالَ وَهُوَ أَنْ يُقَالَ يَنْبَغِي أَنْ لَا يَتَنَاوَلِ الْإِيجَابُ الْمُشْتَرِي أَصْلًا فِي الْحَالِ وَلَا فِي الْمَالِ، لِأَنَّ التَّنَاوُلَ إِنَّمَا يَكُونُ مُضَافًا إِلَى الْمَلِكِ أَوْ إِلَى سَبَبِهِ، وَلَيْسَ أَحَدُهُمَا فِي حَقِّهِ بِمَوْجُودٍ. فَأَجَابَ بِأَنْ تَنَاوَلْهُ بِاعْتِبَارِ الْإِبْصَاءِ لَا الْإِيجَابِ الْحَالِي. وَقَوْلُهُ (وَلَا يُقَالُ إِنَّكُمْ جَمَعْتُمْ بَيْنَ الْحَالِ وَالْإِسْتِقْبَالِ) إِشَارَةٌ إِلَى جَوَابِ أَبِي يُوسُفَ، وَلَعَلَّهُ أَرَادَ بِقَوْلِهِ بِسَبَبَيْنِ مُخْتَلَفَيْنِ إِيجَابَ عِنَقٍ وَوَصِيَّةَ الْأَلْفَافِ الدَّالَّةِ عَلَى ذَلِكَ فِي طَرَفِي الْكَلَامِ؛ لِأَنَّ الْحَقِيقَةَ وَالْمَجَازَ مِنْ صِفَاتِ اللَّفْظِ، وَفِيهِ نَظَرٌ لِأَنَّهُ يَسْتَلْزِمُ التَّنَافِي بَيْنَ طَرَفَيْ كَلَامٍ وَاحِدٍ إِنْ كَانَ الْمُرَادُ إِيجَابَ عِنَقٍ فِي الْحَالِ أَوْ كَوْنَهُ إِبْصَاءً فَقَطْ إِنْ كَانَ الْمُرَادُ إِيجَابَ عِنَقٍ بَعْدَ الْمَوْتِ، وَلَوْ قَالَ هَذَا الْكَلَامُ تَذْبِيرٌ وَالتَّذْبِيرُ حَيْثُمَا وَقَعَ وَقَعَ وَصِيَّةً وَالْوَصِيَّةُ تُعْتَبَرُ فِيهَا الْحَالَةُ الرَّاهِنَةُ وَالْمُنْتَظَرَةُ فَيَدْخُلُ تَحْتَهُ مَا كَانَ فِي مِلْكِهِ وَمَا يُوجَدُ بَعْدَ الْمَوْتِ، وَأَمَّا مَا بَيْنَهُمَا فَلَيْسَ بِدَاخِلٍ تَحْتَهُ فَلَا يَصِيرُ الْمُسْتَحْدَثُ مُدَبَّرًا حَتَّى يَمُوتَ لَعَلَّهُ كَانَ أَسْهَلَ تَأْيِيًا وَأَسْلَمَ

مِنِ الْاِعْتِرَاضِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

باب العتق على جعل

(وَمَنْ أَعْتَقَ عَبْدَهُ عَلَى مَالٍ فَقَبِلَ الْعَبْدُ عَتَقَ) وَذَلِكَ مِثْلُ أَنْ يَقُولَ أَنْتَ حُرٌّ عَلَى أَلْفِ دِرْهَمٍ أَوْ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ وَإِنَّمَا يُعْتَقُ بِقَبُولِهِ؛ لِأَنَّهُ مُعَاوَضَةُ الْمَالِ بِغَيْرِ الْمَالِ إِذِ الْعَبْدُ لَا يَمْلِكُ نَفْسَهُ وَمِنْ قَضِيَّةِ الْمُعَاوَضَةِ ثُبُوتُ الْحُكْمِ بِقَبُولِ الْعَوَضِ لِلْحَالِ كَمَا فِي الْبَيْعِ، فَإِذَا قَبِلَ صَارَ حُرًّا، وَمَا شَرَطَ دِينَ عَلَيْهِ حَتَّى تَصِحَّ الْكِفَالَةُ بِهِ، بِخِلَافِ بَدَلِ الْكِتَابَةِ؛ لِأَنَّهُ ثَبَتَ مَعَ الْمُتَنَافِي وَهُوَ قِيَامُ الرِّقِّ عَلَى مَا عُرِفَ، وَإِطْلَاقُ لَفْظِ الْمَالِ يَنْتَظِمُ أَنْوَاعُهُ مِنَ التَّقْدِيرِ وَالْعَرَضِ وَالْحَيَوَانِ، وَإِنْ كَانَ بِغَيْرِ عَيْنِهِ؛ لِأَنَّهُ مُعَاوَضَةُ الْمَالِ بِغَيْرِ الْمَالِ فَشَابَهَ النِّكَاحَ وَالطَّلَاقَ وَالصُّلْحَ عَنِ دَمِ الْعَمَدِ، وَكَذَا الطَّعَامَ وَالْمَكِيلَ وَالْمَوْزُونَ إِذَا كَانَ مَعْلُومَ الْجِنْسِ، وَلَا تَضُرُّهُ جِهَالَةُ الْوَصْفِ؛ لِأَنَّهَُا يَسِيرَةٌ.

الشرح:

(بَابُ الْعِتْقِ عَلَى جُعْلٍ): الْجُعْلُ بِالضَّمِّ مَا جُعِلَ لِلْإِنْسَانِ مِنْ شَيْءٍ عَلَى شَيْءٍ يَفْعَلُهُ، وَكَذَلِكَ الْجِعَالَةُ بِالْكَسْرِ، وَإِنَّمَا أُخِّرَ هَذَا الْبَابَ لِكَوْنِ الْمَالِ غَيْرِ أَصْلٍ فِي بَابِ الْعِتْقِ (وَمَنْ أَعْتَقَ عَبْدَهُ عَلَى مَالٍ) أَيِّ مَالٍ كَانَ مِنْ عُرُوضٍ أَوْ حَيَوَانٍ أَوْ غَيْرِهِمَا (مِثْلُ أَنْ يَقُولَ أَنْتَ حُرٌّ عَلَى أَلْفِ دِرْهَمٍ أَوْ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ) أَوْ عَلَى أَنْ لِي عَلَيْكَ أَلْفًا أَوْ عَلَى أَلْفٍ تُؤَدِّيْهَا أَوْ عَلَى أَنْ تُعْطِيَنِي أَلْفًا أَوْ عَلَى أَنْ تَجِئَنِي بِأَلْفٍ (فَقَبِلَ الْعَبْدُ عَتَقَ) سَاعَةً قَبُولِهِ. لَا يُقَالُ كَلِمَةٌ عَلَى لِلشَّرْطِ فَيَكُونُ الْعِتْقُ مُعْلَقًا بِشَرْطِ أَدَاءِ الْأَلْفِ كَمَا لَوْ قَالَ إِنْ أَدَيْتَ إِلَيَّ أَلْفًا لَا مَالًا قِيلَ إِنَّهَا إِنَّمَا تَكُونُ لِلشَّرْطِ إِذَا دَخَلَتْ فِيْمَا يَكُونُ عَلَى خَطَرِ الْوُجُودِ وَذَلِكَ فِي الْأَفْعَالِ دُونَ الْأَعْيَانِ لِأَنَّ بَعْضَ الصُّوَرِ الْمَذْكُورَةِ دَخَلَتْ فِيهِ عَلَى الْأَفْعَالِ، بَلْ لَمَّا قِيلَ لِأَنَّ الْكَلَامَ فِيْمَا إِذَا كَانَ مُرَادُهُ التَّنْجِيزَ بِعَوَضٍ لَا التَّعْلِيقَ فَكَانَ الصَّارِفُ عَنِ الشَّرْطِيَّةِ دَلَالَةً الْحَالِ (وَإِنَّمَا يُعْتَقُ الْعَبْدُ بِقَبُولِهِ لِأَنَّهُ مُعَاوَضَةُ الْمَالِ بِغَيْرِ الْمَالِ إِذِ الْعَبْدُ لَا يَمْلِكُ نَفْسَهُ) فَقَوْلُهُ إِذِ الْعَبْدُ لَا يَمْلِكُ نَفْسَهُ دَلِيلٌ عَلَى كَوْنِهِ مُعَاوَضَةً بِغَيْرِ مَالٍ وَهُوَ يَحْتَمِلُ وَجُوهًا: أَحَدُهَا أَنَّ الْعَبْدَ لَا يَمْلِكُ نَفْسَهُ مِنْ حَيْثُ الْمَالِيَّةُ لِأَنَّهُ مَالٌ فَلَا يَمْلِكُ الْمَالُ، وَإِذَا لَمْ يَمْلِكْهُ كَانَ مَا بَدَلَهُ مِنَ الْعَوَضِ فِي مُقَابَلَةِ مَا لَيْسَ بِمَالٍ وَلَيْسَ بِشَيْءٍ لِأَنَّ الْمَوْلَى يَمْلِكُهُ؛ فَكَانَ مَا بَدَلَهُ فِي مُقَابَلَةِ الْمَالِ وَالثَّانِي الْعَبْدُ لَا يَمْلِكُ نَفْسَهُ لِأَنَّهُ

لَيْسَ بِمَالٍ بِالنِّسْبَةِ إِلَى نَفْسِهِ لِكَوْنِهِ مُبْقَى عَلَى أَصْلِ الْحُرِّيَةِ بِالنِّسْبَةِ إِلَيْهِ، وَلِهَذَا صَحَّ إِقْرَارُهُ بِالْحُدُودِ وَالْقَصَاصِ وَغَيْرِهِمَا.

وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ سَقَطَ مِلْكُ الْمَوْلَى فِي ذَاتِهِ بِالْإِعْتِقَاقِ أَوْ بِنَيْعِ نَفْسِهِ مِنْهُ فَكَانَ مَا بَذَلَهُ فِي مُقَابَلَةِ مَا لَيْسَ بِمَالٍ. ذُكِرَ هَذَانِ الْوَجْهَانِ فِي بَعْضِ الشُّرُوحِ، وَهَذَا أَيْضًا لَيْسَ بِشَيْءٍ لِأَنَّ الْعَبْدَ مَالٌ بِالنِّسْبَةِ إِلَى مَوْلَاهُ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَالًا بِالنِّسْبَةِ إِلَى نَفْسِهِ فَكَانَ مَا بَذَلَهُ فِي مُقَابَلَةِ مَالٍ عِنْدَ الْمَوْلَى. وَالثَّلَاثُ أَنَّ الْعَبْدَ لَا يَمْلِكُ نَفْسَهُ بِهَذَا الْعَقْدِ لِكَوْنِهِ إِسْقَاطًا فَلَمْ يَدْخُلْ بِهِ فِي يَدِهِ شَيْءٌ مِنَ الْمَالِ. غَايَةُ مَا يُقَالُ إِنَّهُ نَبَتْ لَهُ بِهِ قُوَّةٌ شَرْعِيَّةٌ وَهِيَ لَيْسَتْ بِمَالٍ لَا مُحَالَةَ، فَكَانَ مَا بَذَلَهُ فِي مُقَابَلَةِ مَا لَيْسَ بِمَالٍ بَلْ مَا هُوَ قُوَّةٌ شَرْعِيَّةٌ، وَهَذَا أَقْرَبُ مِنْهُمَا. وَإِذَا نَبَتْ أَنَّهُ مُعَاوَضَةٌ فَمِنْ قَضِيَّةِ الْمُعَاوَضَةِ ثُبُوتُ الْحُكْمِ بِقَبُولِ الْعَوَضِ لِلْحَالِ كَمَا فِي الْبَيْعِ، فَإِذَا قَبِلَ صَارَ حُرًّا، وَإِنْ رَدَّ أَوْ أَعْرَضَ عَنِ الْمَجْلِسِ بِالْقِيَامِ أَوْ بِالِاشْتِغَالِ بِمَا يُعْلَمُ بِهِ قَطْعُ الْمَجْلِسِ بَطْلًا، فَإِذَا قَبِلَ صَارَ مَا شَرَطَ دَيْنًا عَلَيْهِ حَتَّى تَصِحَّ الْكِفَالَةُ بِهِ لِأَنَّهُ يَسْعَى وَهُوَ حُرٌّ، بِخِلَافِ بَدَلِ الْكِتَابَةِ حَيْثُ لَا تَصِحُّ بِهِ الْكِفَالَةُ لِأَنَّهُ نَبَتْ مَعَ الْمُنَافِي وَهُوَ قِيَامُ الرِّقِّ، فَكَانَ ثُبُوتُهُ عَلَى خِلَافِ الْقِيَاسِ، إِذُ الْقِيَاسُ يَنْفِي أَنَّ يَسْتَوْجِبَ الْمَوْلَى الدِّينَ عَلَى عَبْدِهِ، فَلَمَّا نَبَتْ بِخِلَافِ الْقِيَاسِ ضَرُورَةُ حُصُولِ الْحُرِّيَةِ لِلْمُكَاتِبِ وَحُصُولُ الْمَالِ لِلْمَوْلَى اقْتَصَرَ عَلَى مَوْضِعِ الضَّرُورَةِ وَلَمْ يَبْغِ إِلَى الْكِفَالَةِ. وَقَوْلُهُ (وَإِطْلَاقُ لَفْظِ الْمَالِ يَنْتَظِمُ أَنْوَاعُهُ مِنَ التَّقْدِيرِ) يَعْنِي فِي قَوْلِهِ وَمَنْ أَعْتَقَ عَبْدَهُ عَلَى مَالٍ. وَقَوْلُهُ (فَشَابَهُ النِّكَاحِ) يَعْنِي إِذَا شَابَهُ ذَلِكَ جَازَ أَنْ يَثْبُتَ الْحَيَوَانُ دَيْنًا فِي الذِّمَّةِ هُنَا كَمَا جَازَ ذَلِكَ فِي تِلْكَ الْعُقُودِ (وَكَذَلِكَ الطَّعَامُ وَالْمَكِيلُ وَالْمَوْزُونُ إِذَا كَانَ مَعْلُومَ الْجِنْسِ) كَمَا إِذَا أَعْتَقَهُ عَلَى مِائَةِ قَفِيزٍ حِنْطَةٍ (وَلَا يَضُرُّهُ جَهَالَةُ الْوَصْفِ) بَأَنَّهُ لَمْ يَقُلْ إِنَّهَا جَيِّدَةٌ أَوْ رَدِيئَةٌ رَبِيعِيَّةٌ أَوْ خَرَفِيَّةٌ، فَإِنَّ جَهَالَةَ الْوَصْفِ لَا تَمْنَعُ صِحَّةَ التَّسْمِيَةِ لِكَوْنِهَا يَسِيرَةً.

قَالَ (وَلَوْ عَلِقَ عِتْقَهُ بِأَدَاءِ الْمَالِ صَحَّ وَصَارَ مَادُونًا) وَذَلِكَ مِثْلُ أَنْ يَقُولَ إِنْ أَدَيْتَ إِلَيَّ أَلْفَ دِرْهَمٍ فَأَنْتَ حُرٌّ وَمَعْنَى قَوْلِهِ صَحَّ أَنَّهُ يُعْتَقُ عِنْدَ الْأَدَاءِ مِنْ غَيْرِ أَنْ يَصِيرَ مُكَاتِبًا؛ لِأَنَّهُ صَرِيحٌ فِي تَعْلِيلِ الْعِتْقِ بِالْأَدَاءِ وَإِنْ كَانَ فِيهِ مَعْنَى الْمُعَاوَضَةِ فِي الْإِنْتِهَاءِ عَلَى مَا تَبَيَّنَ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى. وَإِنَّمَا صَارَ مَادُونًا؛ لِأَنَّهُ رَغِبَهُ فِي الْاِكْتِسَابِ بِطَلْبِهِ الْأَدَاءَ مِنْهُ، وَمُرَادُهُ التَّجَارَةُ دُونَ التَّكْدِي فَكَانَ إِذْنًا لَهُ دَلَالَةٌ.

الشرح:

(وَلَوْ غَلَقَ عِتْقُهُ بِأَدَاءِ الْمَالِ صَحَّ) لِأَنَّ هَذِهِ الصَّيْغَةَ: أَعْنِي قَوْلُهُ إِنْ أَدَّيْتُ إِلَيَّ أَلْفَ دِرْهَمٍ فَأَنْتَ حُرٌّ صَيْغَةُ التَّعْلِيقِ فَيَتَعَلَّقُ عِتْقُهُ بِأَدَاءِ الْمَالِ كَالْتَّعْلِيقِ بِسَائِرِ الشُّرُوطِ، وَلِهَذَا لَا يَحْتَاجُ فِيهِ إِلَى قَبُولِ الْعَبْدِ وَلَا يَرْتَدُّ بِرَدِّهِ، وَلِلْمَوْلَى أَنْ يَبِيعَهُ قَبْلَ الْأَدَاءِ كَمَا فِي التَّعْلِيقِ بِسَائِرِ الشُّرُوطِ. وَقَوْلُهُ (مَنْ غَيْرُ أَنْ يَصِيرَ مُكَاتَّبًا) يَعْنِي لَا تُثَبِّتُ أَحْكَامَ الْمُكَاتَّبِينَ، حَتَّى لَوْ مَاتَ وَتَرَكَ وَفَاءً فَاَلْمَالُ لِمَوْلَاهُ وَلَا يُؤَدِّي عَنْهُ، وَلَوْ مَاتَ الْمَوْلَى فَالْعَبْدُ رَقِيقٌ يُورَثُ عَنْهُ مَعَ مَا فِي يَدِهِ مِنْ أَكْسَابِهِ، وَلَوْ كَاتَبَ أُمَّةً فَوَلَدَتْ ثُمَّ أَدَّتْ لَمْ يُعْتَقْ وَلَدُهَا، وَلَوْ حَطَّ الْمَالُ أَوْ أَزْهَرَ الْمَوْلَى لَمْ يُعْتَقْ، وَلَوْ كَانَ مُكَاتَّبًا لَكَانَ الْحُكْمُ عَلَى عَكْسِ مَا ذُكِرَ فِي الْجَمِيعِ. وَقَوْلُهُ (وَمُرَادُهُ التَّجَارَةُ) يَعْنِي مِنَ التَّرْغِيبِ فِي الْاِكْتِسَابِ لِأَنَّهَا هِيَ الْمَشْرُوعَةُ عِنْدَ الْاِخْتِيَارِ (دُونَ التَّكْدِيدِ) لِأَنَّهُ يُدْنِي الْمَرْءَ وَيَخْشُهُ.

(وَإِنْ أَحْضَرَ الْمَالُ أَجْبَرَهُ الْحَاكِمُ عَلَى قَبْضِهِ وَعَتَقَ الْعَبْدَ) وَمَعْنَى الْإِجْبَارِ فِيهِ وَفِي

سَائِرِ الْحَقُوقِ أَنَّهُ يَنْزِلُ قَابِضًا بِالتَّخْلِيلَةِ.

وَقَالَ زُفَرٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَا يُجْبَرُ عَلَى الْقَبُولِ وَهُوَ الْقِيَاسُ؛ لِأَنَّهُ تَصَرَّفُ يَمِينٍ إِذْ هُوَ تَعْلِيقُ الْعِتْقِ بِالشَّرْطِ لَفْظًا، وَلِهَذَا لَا يَتَوَقَّفُ عَلَى قَبُولِ الْعَبْدِ وَلَا يَحْتَمِلُ الْفَسْخَ وَلَا جَبَرَ عَلَى مُبَاشَرَةِ شُرُوطِ الْأَيْمَانِ؛ لِأَنَّهُ لَا اسْتِحْقَاقَ قَبْلَ وُجُودِ الشَّرْطِ، بِخِلَافِ الْكِتَابَةِ؛ لِأَنَّهُ مُعَاوَضَةٌ وَابْتَدَاءٌ فِيهَا وَاجِبٌ. وَلَنَا أَنَّهُ تَعْلِيقٌ نَظَرًا إِلَى اللَّفْظِ وَمُعَاوَضَةٌ نَظَرًا إِلَى الْمَقْصُودِ؛ لِأَنَّهُ مَا غَلَقَ عِتْقَهُ بِالْأَدَاءِ إِلَّا لِيَحْتَهُ عَلَى دَفْعِ الْمَالِ فَيُنَالِ الْعَبْدُ شَرْفَ الْحُرِّيَّةِ وَالْمَوْلَى الْمَالَ بِمُقَابَلَتِهِ بِمَنْزِلَةِ الْكِتَابَةِ، وَلِهَذَا كَانَ عِوَضًا فِي الطَّلَاقِ فِي مِثْلِ هَذَا اللَّفْظِ حَتَّى كَانَ بَإِنْنًا فَجَعَلْنَاهُ تَعْلِيقًا فِي الْاِبْتِدَاءِ عَمَلًا بِاللَّفْظِ وَدَفْعًا لِلضَّرَرِ عَنِ الْمَوْلَى حَتَّى لَا يَمْتَنِعَ عَلَيْهِ بَيْعُهُ، وَلَا يَكُونُ الْعَبْدُ أَحَقَّ بِمَكَاسِبِهِ وَلَا يَسْرِي إِلَى الْوَلَدِ الْمَوْلُودِ قَبْلَ الْأَدَاءِ، وَجَعَلْنَاهُ مُعَاوَضَةً فِي الْاِنْتِهَاءِ عِنْدَ الْأَدَاءِ دَفْعًا لِلغُرُورِ عَنِ الْعَبْدِ حَتَّى يُجْبَرَ الْمَوْلَى عَلَى الْقَبُولِ، فَعَلَى هَذَا يَدُورُ الْفِقْهُ وَتَخْرُجُ الْمَسَائِلُ نَظِيرُهُ الْهَبَةُ بِشَرْطِ الْعِوَضِ. وَلَوْ أَدَّى الْبَعْضُ يُجْبَرُ عَلَى الْقَبُولِ إِلَّا أَنَّهُ لَا يَعْتَقُ مَا لَمْ يُؤَدِّ الْكُلَّ لِعَدَمِ الشَّرْطِ كَمَا إِذَا حَطَّ الْبَعْضُ وَأَدَّى الْبَاقِي. ثُمَّ لَوْ أَدَّى أَلْفًا اِكْتَسَبَهَا قَبْلَ التَّعْلِيقِ رَجَعَ الْمَوْلَى عَلَيْهِ وَعَتَقَ لَاسْتِحْقَاقَهَا، وَلَوْ كَانَ اِكْتَسَبَهَا بَعْدَهُ لَمْ يَرْجِعْ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ مَا دُونَ مِنْ جِهَتِهِ بِالْأَدَاءِ مِنْهُ،

ثُمَّ الْأَدَاءُ فِي قَوْلِهِ إِنْ أَدَيْتَ يَقْتَصِرُ عَلَى الْمَجْلِسِ؛ لِأَنَّهُ تَخْيِيرٌ، وَفِي قَوْلِهِ إِذَا أَدَيْتَ لَا يَقْتَصِرُ؛ لِأَنَّهُ إِذَا تُسْتَعْمَلُ لِلْوَقْتِ بِمَنْزِلَةِ مَتَى.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَفِي سَائِرِ الْحُقُوقِ) يُرِيدُ بِهِ الثَّمَنَ وَبَدَلَ الْخُلْعِ وَبَدَلَ الْكِتَابَةِ وَمَا أَشَبَّهَا. وَقَوْلُهُ (أَنَّهُ) يَعْنِي الْمَوْلَى (يَنْزِلُ قَابِضًا بِالتَّخْلِيَةِ) بِرَفْعِ الْمَانِعِ سَوَاءً قَبْضٌ أَوْ لَمْ يَقْبِضْ، وَلَيْسَ الْمُرَادُ بِالْإِجْبَارِ مَا هُوَ الْمَفْهُومُ مِنْهُ عِنْدَ النَّاسِ مِنَ الْإِكْرَاهِ بِالضَّرْبِ أَوْ الْحَبْسِ، وَقَوْلُهُ (إِذْ هُوَ تَعْلِيْقُ الْعَتَقِ بِالشَّرْطِ لَفْظًا) اخْتِرَازٌ عَنِ الْكِتَابَةِ فَإِنَّهَا لَيْسَتْ بِتَعْلِيْقٍ لَفْظِيٍّ، فَإِنَّهُ لَوْ قَالَ لَعَبْدِهِ كَاتِبْتُكَ عَلَى كَذَا مِنَ الْمَالِ صَحَّتْ الْكِتَابَةُ وَلَيْسَ فِيهِ تَعْلِيْقٌ لَفْظِيٍّ. لَعَدِمَ أَلْفَاظَ الشَّرْطِ فِيهِ. وَقَوْلُهُ (وَلِهَذَا لَا يَتَوَقَّفُ عَلَى قَبُولِ الْعَبْدِ) تَوْضِيحٌ لِكَوْنِهِ تَصَرُّفٌ يَمِينٍ. وَقَوْلُهُ (وَلَا جَبَرَ عَلَى مُبَاشَرَةِ شُرُوطِ الْأَيْمَانِ) مُتَّصِلٌ بِقَوْلِهِ لِأَنَّهُ تَصَرُّفٌ يَمِينٍ. وَقَوْلُهُ (لِأَنَّهُ لَا اسْتِحْقَاقَ) تَقْرِيرُهُ: لَا جَبَرَ إِلَّا بِاسْتِحْقَاقٍ وَلَا اسْتِحْقَاقَ (قَبْلَ وُجُودِ الشَّرْطِ) وَلِهَذَا يُمَكِّنُهُ الْبَيْعُ قَبْلَ الْأَدَاءِ. وَقَوْلُهُ (بِخِلَافِ الْكِتَابَةِ) مُتَّصِلٌ بِقَوْلِهِ إِذْ هُوَ تَعْلِيْقُ الْعَتَقِ بِالشَّرْطِ لَفْظًا. وَقَوْلُهُ (لِأَنَّهُ) أَيُّ لَأَنَّ عَقْدَ الْكِتَابَةِ (مُعَاوَضَةٌ وَابْتَدَاءٌ فِيهَا وَاجِبٌ) فَكَانَ الْجَبْرُ بَعْدَ الْاسْتِحْقَاقِ (وَلَنَا أَنَّهُ تَعْلِيْقٌ نَظَرًا إِلَى اللَّفْظِ) كَمَا ذَكَرْنَا (وَمُعَاوَضَةٌ نَظَرًا إِلَى الْمَقْصُودِ لِأَنَّهُ مَا عُلِقَ عِتْقُهُ بِالْأَدَاءِ إِلَّا لِيُحْتَنَ عَلَى دَفْعِ الْمَالِ فَيَنَالَ الْعَبْدُ شَرَفَ الْحُرِّيَةِ وَالْمَوْلَى الْمَالَ بِمُقَابَلَتِهِ بِمَنْزِلَةِ الْكِتَابَةِ وَلِهَذَا كَانَ عَوْضًا فِي الطَّلَاقِ فِي مِثْلِ هَذَا اللَّفْظِ) بَأَنَّهُ يَقُولُ إِنْ أَدَيْتَ إِلَيَّ أَلْفًا قَالَتْ طَالِقٌ (حَتَّى) لَوْ طَلَقَهَا بِهَذِهِ الصِّفَةِ (كَانَ بَائِنًا فَجَعَلْنَاهُ تَعْلِيْقًا فِي الْإِبْتِدَاءِ عَمَلًا بِاللَّفْظِ وَدَفْعًا لِلضَّرَرِ عَنِ الْمَوْلَى حَتَّى لَا يَمْتَنِعَ عَلَيْهِ بَيْعُهُ وَلَا يَكُونُ الْعَبْدُ أَحَقَّ بِمَكَاسِيهِ وَلَا يَسْرِي إِلَى الْوَلَدِ الْمَوْلُودِ قَبْلَ الْأَدَاءِ، وَجَعَلْنَاهُ مُعَاوَضَةً فِي الْإِنْتِهَاءِ عِنْدَ الْأَدَاءِ دَفْعًا لِلْعُرُورِ عَنِ الْعَبْدِ) فَإِنَّهُ مَا تَحْمَلُ الْمَشَقَّةَ فِي اكْتِسَابِ الْمَالِ إِلَّا لِيَنَالَ شَرَفَ الْحُرِّيَةِ فَيَجْبُرُ عَلَى الْقَبُولِ.

فَإِنْ قِيلَ: لَا يُمَكِّنُ جَعْلُهُ مُعَاوَضَةً أَصْلًا لِأَنَّ الْبَدَلَ وَالْمُبْدَلَ كِلَاهُمَا عِنْدَ الْأَدَاءِ مِلْكٌ لِلْمَوْلَى، لِأَنَّهُ قَبْلَ الْأَدَاءِ عَبْدٌ وَهُوَ وَمَا فِي يَدِهِ لِمَوْلَاهُ.

أُجِيبَ بِأَنَّهُ لَمَّا ثَبَتَ عِنْدَ الْأَدَاءِ مَعْنَى الْكِتَابَةِ مِنَ الْوَجْهِ الَّذِي بَيْنَنَا ثَبَتَ شَرْطُ صِحَّتِهِ اقْتِضَاءً وَهُوَ أَنْ يَصِيرَ الْعَبْدُ أَحَقَّ بِالْمُؤَدَّى فَيُثْبِتُ هَذَا سَابِقًا عَلَى الْأَدَاءِ مَتَى وَجَدَ

الأداء وصارَ كما إذا كَاتَبَ عَبْدُهُ عَلَى نَفْسِهِ وَمَالِهِ وَكَانَ اكْتَسَبَ مَا لَا قَبْلَ الْكِتَابَةِ فَإِنَّهُ يَصِيرُ أَحَقَّ بِذَلِكَ الْمَالِ، حَتَّى لَوْ أَدَّى ذَلِكَ عَتَقَ، كَذَا فِي النَّهَائَةِ وَغَيْرِهِ مَنُوبًا إِلَى مَبْسُوطِ شَيْخِ الْإِسْلَامِ، وَفِيهِ نَظَرٌ مِنْ وَجْهَيْنِ: أَحَدُهُمَا أَنَّ ثُبُوتَ مَعْنَى الْكِتَابَةِ هُوَ الْمَعَارِضُ فَلَا بُدَّ مِنْ إِبْتَائِهِ. وَالثَّانِي أَنَّ حُصُولَ شَرْطِ صِحَّةِ الشَّيْءِ عِبَارَةٌ لَا يَقْتَضِي صِحَّتَهُ فَضْلًا عَنْ حُصُولِهِ اقْتِضَاءً.

وَلَعَلَّ الصَّوَابَ فِي الْجَوَابِ أَنْ يُقَالَ: لَمَّا صَحَّتِ الْكِتَابَةُ وَالْمَعْنَى الَّذِي ذَكَرْتُمْ قَائِمٌ فِيهَا وَهِيَ مُعَاوَضَةٌ لَيْسَ فِيهَا مَعْنَى التَّعْلِيلِ، فَلَأَنْ يَصِحَّ الْعِنُقُ عَلَى مَالٍ وَفِيهِ مَعْنَى التَّعْلِيلِ أَوَّلُ فَيَكُونُ مُلْحَقًا بِالْكِتَابَةِ دَلَالَةً وَقَوْلُهُ (فَعَلَى هَذَا) أَيُّ عَلَى الْعَمَلِ بِالشَّبَهَيْنِ (يَدُورُ الْمَعْنَى الْفَقْهِيَّةُ وَتَخْرِيجُ الْمَسَائِلِ) الْمُتَعَارِضَةِ: يَعْنِي أَنَّ قَوْلَهُ إِنْ أَدَّيْتُ إِلَى أَلْفٍ دِرْهَمٍ فَأَلَّتْ حُرًّا أَلْحَقَ فِي بَعْضِ الْأَحْكَامِ بِمَحْضِ التَّعْلِيلِ وَهِيَ مَا ذَكَرْنَا مِنْ مَسَائِلِ الْقِيَاسِ مِنْ تَمَكُّنِهِ مِنَ الْبَيْعِ وَغَيْرِهِ، وَأَلْحَقَ فِي بَعْضِهَا بِالْكِتَابَةِ مِنْ جَبْرِ الْمَوْلَى عَلَى الْقَبُولِ، لِأَنَّهُ لَمَّا كَانَ هَذَا اللَّفْظُ تَعْلِيلًا نَظَرًا إِلَى اللَّفْظِ وَمُعَاوَضَةً نَظَرًا إِلَى الْمَقْصُودِ عَمِلْنَا بِالشَّبَهَيْنِ: شَبَهَ التَّعْلِيلِ فِي حَالَةِ الْإِبْتِدَاءِ وَشَبَهَ الْمُعَاوَضَةِ فِي حَالَةِ الْإِنْتِهَاءِ.

كَمَا فِي الْهَبَةِ بِشَرْطِ الْعَوَضِ فَإِنَّهَا هَبَةٌ ابْتِدَاءً حَتَّى لَمْ تُجْزَ فِي الْمَشَاعِ، وَاشْتَرَطَ الْقَبْضَ فِي الْمَجْلِسِ وَبِيعَ انْتِهَاءً حَتَّى لَمْ يَتِمَّكَّنِ الْوَاهِبُ مِنَ الرَّجُوعِ وَجَرَتْ الشُّفْعَةُ فِي الْعَقَارِ وَيَرُدُّ بِالْعَيْبِ، وَلَوْ أَدَّى الْبَعْضُ يُجْبَرُ عَلَى الْقَبُولِ لِأَنَّ الَّذِي أَتَى بِهِ بَعْضُ تِلْكَ الْجُمْلَةِ، فَإِذَا ثَبَتَ الْإِجْبَارُ عَلَى قَبُولِ الْكُلِّ ثَبَتَ فِي الْبَعْضِ كَمَا فِي الْكِتَابَةِ، وَهَذِهِ رَوَايَةُ الرِّيَادَاتِ، وَقِيلَ هُوَ اسْتِحْسَانٌ.

وَمَا ذَكَرَ فِي مَبْسُوطِ شَيْخِ الْإِسْلَامِ أَنَّهُ لَا يُجْبَرُ عَلَى قَبُولِ الْبَعْضِ لِأَنَّ مَعْنَى الْكِتَابَةِ عِنْدَنَا يَثْبُتُ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ عَتَقَ بِمَا آدَاهُ إِلَى الْمَوْلَى، وَإِنَّمَا يُعْتَقُ بِأَدَاءِ الْجَمِيعِ، فَمَا لَمْ يَوْجَدْ أَدَاءُ جَمِيعِ الْمَالِ لَا يَثْبُتُ مَعْنَى الْكِتَابَةِ هُوَ الْقِيَاسُ، لَا أَنَّهُ بِأَدَاءِ الْبَعْضِ لَا يُعْتَقُ مَا لَمْ يُؤَدَّ الْكُلَّ لِعَدَمِ الشَّرْطِ، كَمَا إِذَا حَطَّ الْبَعْضُ وَأَدَّى الْبَعْضَ الْبَاقِي، لِأَنَّ الشَّرْطَ وَجُودُ الْجَمِيعِ، فَإِذَا لَمْ يَوْجَدْ بَعْضُهُ كَانَ كَمَا إِذَا لَمْ يَوْجَدْ كُلُّهُ، وَإِذَا حَطَّ الْجَمِيعُ لَمْ يُعْتَقَ لِانْتِفَاءِ الشَّرْطِ فَكَذَلِكَ هَذَا، بِخِلَافِ الْكِتَابَةِ لِأَنَّ الْمَالَ هُنَاكَ وَاجِبٌ عَلَى الْمُكَاتِّبِ فَيَتَحَقَّقُ إِبْرَاؤُهُ عَنْهُ سَوَاءً أَبْرَأَهُ عَنِ الْكُلِّ أَوْ الْبَعْضِ، وَلَوْ أَدَّى أَلْفًا اكْتَسَبَهَا قَبْلَ الْعِنُقِ

رَجَعَ الْمَوْلَى عَلَيْهِ وَعَتَقَ، أَمَّا الرُّجُوعُ عَلَيْهِ بِأَلْفٍ أُخْرَى مِثْلَهَا فَلَأَنَّ الْأَلْفَ الَّتِي أَدَّاهَا كَانَتْ مُسْتَحَقَّةً مِنْ جَانِبِ الْمَوْلَى فَلَا يَحْصُلُ الْمَقْصُودُ بِأَدَائِهِ لِأَنَّ مَقْصُودَهُ أَنْ يَحْتَهُ عَلَى الْاِكْتِسَابِ لِيُؤَدِّيَ مِنْ كَسْبِهِ فَيَمْلِكُ الْمَوْلَى مَا لَمْ يَكُنْ فِي مِلْكِهِ قَبْلَ هَذَا وَهَذَا لَيْسَ كَذَلِكَ، وَأَمَّا أَنَّهُ عَتَقَ فَلَوْجُودِ شَرْطِ الْحَنْثِ لَمَّا أَنْ كَوَّنَ الْأَلْفَ مُسْتَحَقَّةً لَا يَمْنَعُ كَوْنُهُ شَرْطَ الْحَنْثِ كَمَا لَوْ غَصَبَ مَالِ إِنْسَانٍ وَأَدَّاهُ (ثُمَّ الْأَدَاءُ فِي قَوْلِهِ إِنْ أَدَّيْتُ يَقْتَصِرُ عَلَى الْمَجْلِسِ) وَهَذَا ظَاهِرُ الرُّوَايَةِ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ لَا يَقْتَصِرُ عَلَيْهِ كَمَا فِي التَّعْلِيلِ بِسَائِرِ الشُّرُوطِ. وَجَهُ الظَّاهِرِ مَا ذَكَرَهُ بِقَوْلِهِ لِأَنَّهُ يُخَيِّرُ الْعَبْدُ بَيْنَ الْأَدَاءِ وَالْامْتِنَاعِ عَنْهُ فَكَانَ كَالْتَّخْيِيرِ بِمَشِيئَةِ الْعَبْدِ إِذَا قَالَ أَنْتَ حُرٌّ إِنْ شِئْتَ.

فَإِنْ قِيلَ: قَدْ تَقَدَّمَ أَنَّهُ يَصِيرُ مَأْذُونًا لَهُ فِي التَّجَارَةِ فَكَيْفَ يَكُونُ الْأَدَاءُ مُقْتَصِرًا عَلَى الْمَجْلِسِ؟ أَجِيبَ بِأَنَّ الْإِذْنَ يَكُونُ فِي صُورَةٍ إِذَا أَدَّيْتُ أَوْ مَتَى أَدَّيْتُ، فَإِنَّ الْأَدَاءَ فِيهِمَا لَا يَقْتَصِرُ عَلَى الْمَجْلِسِ وَيَجُوزُ أَنْ يُقَالَ لَا تَنَافِي بَيْنَهُمَا لِحَوَازِ أَنْ يَكُونَ مَأْذُونًا بِالتَّجَارَةِ، وَيَقْتَصِرُ الْأَدَاءُ عَلَى الْمَجْلِسِ وَيَتَجَرُّ فِيهِ وَيُؤَدِّي الْمَالُ قَبْلَ الْاِفْتِرَاقِ بِالْأَبْدَانِ.

(وَمَنْ قَالَ لِعَبْدِهِ: أَنْتَ حُرٌّ بَعْدَ مَوْتِي عَلَى أَلْفٍ دِرْهَمٍ فَالْقَبُولُ بَعْدَ الْمَوْتِ) لِإِضَافَةِ الْإِيجَابِ إِلَى مَا بَعْدَ الْمَوْتِ فَصَارَ كَمَا إِذَا قَالَ أَنْتَ حُرٌّ غَدًا بِأَلْفٍ دِرْهَمٍ، بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ أَنْتَ مُدَبَّرٌ عَلَى أَلْفٍ دِرْهَمٍ حَيْثُ يَكُونُ الْقَبُولُ إِلَيْهِ فِي الْحَالِ؛ لِأَنَّ إِيجَابَ التَّدْبِيرِ فِي الْحَالِ إِلَّا أَنَّهُ لَا يَجِبُ الْمَالُ لِقِيَامِ الرِّقِّ. قَالُوا: لَا يُعْتَقُ عَلَيْهِ فِي مَسْأَلَةِ الْكِتَابِ، وَإِنْ قِيلَ بَعْدَ الْمَوْتِ مَا لَمْ يُعْتَقَهُ الْوَارِثُ؛ لِأَنَّ الْمَيِّتَ لَيْسَ بِأَهْلٍ لِلْإِعْتِقَاقِ، وَهَذَا صَحِيحٌ.

الشرح:

(وَمَنْ قَالَ لِعَبْدِهِ أَنْتَ حُرٌّ بَعْدَ مَوْتِي عَلَى أَلْفٍ دِرْهَمٍ فَالْقَبُولُ بَعْدَ الْمَوْتِ) لِأَنَّ هَذَا الْكَلَامَ إِضَافَةٌ إِلَى إِيجَابِ حَقِيقَةِ الْحُرِّيَّةِ إِلَى مَا بَعْدَ الْمَوْتِ، وَكُلُّ مَا هُوَ كَذَلِكَ يَقْتَضِي أَنْ يَكُونَ الْقَبُولُ بَعْدَ الْمَوْتِ لثَلَاثَ يَقَعِ الْقَبُولُ قَبْلَ الْإِيجَابِ (فَصَارَ كَمَا إِذَا قَالَ أَنْتَ حُرٌّ غَدًا بِأَلْفٍ دِرْهَمٍ) لِأَنَّهُ إِضَافَةٌ إِلَى إِيجَابِ حَقِيقَةِ الْحُرِّيَّةِ إِلَى زَمَانٍ وَالْقَبُولُ مُتَأَخِّرٌ إِلَيْهِ لثَلَاثَ يَقَعِ قَبْلَ الْإِيجَابِ (بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ أَنْتَ مُدَبَّرٌ عَلَى أَلْفٍ دِرْهَمٍ حَيْثُ يَكُونُ الْقَبُولُ إِلَيْهِ فِي الْحَالِ لِأَنَّ إِيجَابَ التَّدْبِيرِ فِي الْحَالِ) عَلَى مَا سَيَجِيءُ فَيَكُونُ الْقَبُولُ كَذَلِكَ (إِلَّا أَنَّهُ لَا يَجِبُ الْمَالُ) مَعَ قَبُولِهِ (لِقِيَامِ الرِّقِّ) إِذِ التَّدْبِيرُ يُوجِبُ حَقَّ الْحُرِّيَّةِ لَا حَقِيقَتَهَا فَيَكُونُ

الرَّقُ قَائِمًا وَالْمَوْلَى لَا يَسْتَوْجِبُ دَيْنًا عَلَى عَبْدِهِ، بِخِلَافِ مَا لَوْ أَعْتَقَهُ عَلَى مَالٍ لَأَنَّهُ يُثَبِّتُ بِهِ حَقِيقَةَ الْحُرِّيَّةِ وَالْمَالُ يَجِبُ عَلَى الْحُرِّ وَالْمَوْلَى قَدْ يَسْتَوْجِبُ مَا لَا عَلَى مُعْتَقِهِ.

فَإِنْ قِيلَ: لِمَا لَمْ يَجِبِ الْمَالُ فِي الْمُدَبِّرِ عَلَى أَلْفِ مَا الْفَائِدَةُ فِي تَعْلِيلِ التَّدْبِيرِ بِالْقَبُولِ؟ أَجِيبَ بِأَنَّهَا يَبَيِّنُ أَنَّهُ يَقْبَلُ التَّعْلِيلَ بِالْقَبُولِ كَالطَّلَاقِ وَالْعَتَاقِ وَإِنْ لَمْ يَجِبِ الْمَالُ. وَقَوْلُهُ (قَالُوا) يَعْنِي الْمَشَايخَ (لَا يُعْتَقُ فِي مَسْأَلَةِ الْكِتَابِ) أَيُّ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ وَهِيَ قَوْلُهُ أَتَتْ حُرٌّ بَعْدَ مَوْتِي عَلَى أَلْفِ دِرْهَمٍ (وَإِنْ قَبِلَ بَعْدَ الْمَوْتِ مَا لَمْ يُعْتَقِ الْوَارِثُ) أَوْ الْوَصِيُّ أَوْ الْقَاضِي (لَأَنَّ الْمَيِّتَ لَيْسَ بِأَهْلٍ لِلْإِعْتِقَاقِ) فِي ذَلِكَ الْوَقْتِ.

قَالَ الْمُصَنِّفُ: (وَهَذَا) أَيُّ قَوْلُهُمْ لَأَنَّهُ لَا يُعْتَقُ مَا لَمْ يُعْتَقِ الْوَارِثُ (صَحِيحٌ) بِنَاءً عَلَى أَنَّهُ إِجْبَابٌ مُضَافٌ إِلَى مَا بَعْدَ الْمَوْتِ وَأَهْلِيَّةُ الْمُوْجِبِ شَرْطٌ عِنْدَ الْإِجْبَابِ وَقَدْ عُدِمَتْ بِالْمَوْتِ، بِخِلَافِ التَّدْبِيرِ فَإِنَّهُ إِجْبَابٌ فِي الْحَالِ وَالْأَهْلِيَّةُ ثَابِتَةٌ وَالْمَوْتُ شَرْطٌ وَالْأَهْلِيَّةُ لَيْسَتْ بِشَرْطٍ عِنْدَهُ، كَمَا لَوْ قَالَ إِنْ دَخَلْتَ الدَّارَ فَأَتَيْتَ حُرٌّ فَوُجِدَ الشَّرْطُ وَهُوَ مَجْنُونٌ، وَقَدْ فَرَّقَ بَيْنَ مَسْأَلَةِ الْكِتَابِ وَالتَّدْبِيرِ بِوَجْهِ آخَرَ وَهُوَ أَنَّهُ لَمَّا لَمْ يُعْتَقِ إِلَّا بِالْقَبُولِ بَعْدَ الْمَوْتِ لَمْ يَكُنِ الْعِتْقُ مُعْلَقًا بِمُطْلَقِ الْمَوْتِ، وَفِي مِثْلِ هَذَا لَا يُعْتَقُ إِلَّا بِإِعْتِقَاقِ الْوَارِثِ لَا يُنْقَلُ الْعَبْدُ إِلَى مِلْكِ الْوَارِثِ قَبْلَ الْقَبُولِ كَمَا لَوْ قَالَ أَتَتْ حُرٌّ بَعْدَ مَوْتِي بِشَهْرٍ، بِخِلَافِ الْمُدَبِّرِ لَأَنَّ عِتْقَهُ تَعَلَّقَ بِنَفْسِ الْمَوْتِ فَلَا يُشْتَرِطُ إِعْتِقَاقُ الْوَارِثِ.

فَإِنْ قِيلَ: أَتَتْ مُدَبِّرٌ عَلَى أَلْفِ دِرْهَمٍ مَعْنَاهُ أَتَتْ حُرٌّ بَعْدَ مَوْتِي عَلَى أَلْفٍ فَيَكُونُ كَمَسْأَلَةِ الْكِتَابِ مَعْنَى فَيَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ الْإِجْبَابُ فِي مَسْأَلَةِ الْكِتَابِ فِي الْحَالِ حَتَّى يُشْتَرِطَ الْقَبُولُ أَيْضًا فِيهِ.

أَجِيبَ بِأَنَّ هَذَا يَمِينٌ مِنْ جَانِبِ الْمَوْلَى حَتَّى لَا يَتِمَّ كَنْ مِنَ الرُّجُوعِ، وَفِي الْأَيْمَانِ يُعْتَبَرُ اللَّفْظُ وَلَيْسَ فِي قَوْلِهِ أَتَتْ مُدَبِّرٌ عَلَى أَلْفٍ إِضَافَةُ الْحُرِّيَّةِ إِلَى مَا بَعْدَ الْمَوْتِ لَفْظًا فَلَا يُشْتَرِطُ الْقَبُولُ بَعْدَهُ، وَفِي مَسْأَلَةِ الْكِتَابِ أَضَافَ الْحُرِّيَّةَ إِلَى مَا بَعْدَ الْمَوْتِ لَفْظًا فَيُشْتَرِطُ الْقَبُولُ بَعْدَهُ.

قَالَ: (وَمَنْ أَعْتَقَ عَبْدَهُ عَلَى خِدْمَتِهِ أَرْبَعَ سِنِينَ فَقَبِلَ الْعَبْدُ فَعَتَقَ ثُمَّ مَاتَ مِنْ سَاعَتِهِ فَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ نَفْسِهِ فِي مَالِهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ: عَلَيْهِ قِيمَتُهُ خِدْمَتِهِ أَرْبَعَ سِنِينَ) أَمَّا الْعِتْقُ فَلَأَنَّهُ جَعَلَ الْخِدْمَةَ فِي مُدَّةٍ مَعْلُومَةٍ عَوَضًا فَيَتَعَلَّقُ الْعِتْقُ

بِالْقَبُولِ، وَقَدْ وُجِدَ وَلِزِمَهُ خِدْمَةُ أَرْبَعِ سِنِينَ؛ لِأَنَّهُ يَصْلُحُ عِوَضًا فَصَارَ كَمَا إِذَا أُعْتَقَهُ عَلَى أَلْفِ دِرْهَمٍ، ثُمَّ إِذَا مَاتَ الْعَبْدُ فَالْخِلَافِيَّةُ فِيهِ بِنَاءٌ عَلَى خِلَافِيَّةِ أُخْرَى، وَهِيَ أَنَّ مَنْ بَاعَ نَفْسَ الْعَبْدِ مِنْهُ بِجَارِيَةٍ بَعَيْنَهَا ثُمَّ اسْتَحَقَّتِ الْجَارِيَةُ أَوْ هَلَكَتْ يَرْجِعُ الْمَوْلَى عَلَى الْعَبْدِ بِقِيَمَةِ نَفْسِهِ عِنْدَهُمَا وَبِقِيَمَةِ الْجَارِيَةِ عِنْدَهُ وَهِيَ مَعْرُوفَةٌ. وَوَجْهُ الْبِنَاءِ أَنَّهُ كَمَا يَتَعَذَّرُ تَسْلِيمُ الْجَارِيَةِ بِالْهَلَاكِ وَالْإِسْتِحْقَاقُ يَتَعَذَّرُ الْوُصُولُ إِلَى الْخِدْمَةِ بِمَوْتِ الْعَبْدِ، وَكَذَا بِمَوْتِ الْمَوْلَى فَصَارَ نُظِيرَهَا.

الشرح:

قال: (وَمَنْ أُعْتَقَ عَبْدُهُ عَلَى خِدْمَتِهِ أَرْبَعِ سِنِينَ) أَيِ وَمَنْ قَالَ لِعَبْدِهِ أَلْتِ خُرٌّ عَلَى أَنْ تَخْدُمَنِي أَرْبَعِ سِنِينَ (فَقَبِلَ الْعَبْدُ عِتْقَ، فَلَوْ مَاتَ مِنْ سَاعَتِهِ فَعَلَيْهِ قِيَمَةُ نَفْسِهِ فِي مَالِهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ: الْأَوَّلُ عَلَيْهِ قِيَمَةُ خِدْمَتِهِ أَرْبَعِ سِنِينَ. أَمَّا الْعِتْقُ فَلَأَنَّ الْخِدْمَةَ فِي مُدَّةٍ مَعْلُومَةٍ جُعِلَتْ عِوَضًا عَنِ الْعِتْقِ) وَكُلُّ مَا جُعِلَ عِوَضًا عَنِ الْعِتْقِ فَالْعِتْقُ يَتَعَلَّقُ بِقَبُولِهِ لِأَنَّهُ الْحُكْمُ فِي الْأَعْوَاضِ كُلِّهَا، وَقَدْ وَجِدَ الْقَبُولُ فَتَزَلَّ الْعِتْقُ وَلِزِمَهُ خِدْمَةُ أَرْبَعِ سِنِينَ لِأَنَّهُ يَصْلُحُ عِوَضًا لِحُدُوثِ حُكْمِ الْمَالِيَّةِ بِالْعَتْدِ وَلِهَذَا صَلَحَتْ صَدَاقًا مَعَ أَنَّ اللَّهَ تَعَالَى شَرَعَ ابْتِغَاءَ الْأَبْضَاعِ بِالْأَمْوَالِ حَيْثُ قَالَ تَعَالَى ﴿وَأُحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ﴾ [النساء: ٢٤] (فَصَارَ كَمَا إِذَا أُعْتَقَهُ عَلَى أَلْفِ دِرْهَمٍ، ثُمَّ إِذَا مَاتَ الْعَبْدُ فَالْخِلَافِيَّةُ بِنَاءٌ عَلَى خِلَافِيَّةِ أُخْرَى، وَهِيَ أَنَّ مَنْ بَاعَ نَفْسَ الْعَبْدِ مِنْهُ بِجَارِيَةٍ بَعَيْنَهَا ثُمَّ اسْتَحَقَّتِ الْجَارِيَةُ أَوْ هَلَكَتْ يَرْجِعُ الْمَوْلَى عَلَى الْعَبْدِ بِقِيَمَةِ نَفْسِهِ عِنْدَهُمَا وَبِقِيَمَةِ الْجَارِيَةِ عِنْدَهُ وَهِيَ) أَيِ مَسْأَلَةُ يَنْعِ نَفْسِ الْعَبْدِ مِنْهُ بِالْجَارِيَةِ إِذَا اسْتَحَقَّتْ (مَعْرُوفَةٌ) فِي طَرِيقَةِ الْخِلَافِ، وَذَكَرَ فِي الْكِتَابِ وَجْهَ الْبِنَاءِ وَلَمْ يَذْكُرْ وَجْهَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْقَوْلَيْنِ وَلَا بَأْسَ بِذِكْرِ ذَلِكَ.

وَجْهٌ قَوْلُ مُحَمَّدٍ أَنَّ الْخِدْمَةَ بَدَلُ مَا لَيْسَ بِمَالٍ وَهُوَ الْعِتْقُ وَلَا قِيَمَةُ لِلْعِتْقِ، وَقَدْ حَصَلَ الْعَجْزُ عَنْ تَسْلِيمِ الْخِدْمَةِ بِمَوْتِهِ فَوَجَبَ تَسْلِيمُ قِيَمَتِهَا. وَوَجْهٌ قَوْلُهُمَا أَنَّ الْخِدْمَةَ بَدَلُ مَالٍ لِأَنَّهَا بَدَلُ نَفْسِ الْعَبْدِ لَكِنْ الْبَدَلُ لَمَّا تَعَذَّرَ تَسْلِيمُهُ وَجَبَ تَسْلِيمُ الْمُبْدَلِ وَهُوَ الْعَبْدُ، لَكِنْ لَا يُمَكِّنُ تَسْلِيمُهُ لِأَنَّ الْعِتْقَ لَا يَقْبَلُ الْفَسْخَ فَوَجَبَ تَسْلِيمُ قِيَمَتِهِ لِإِمْكَانِ ذَلِكَ هَذَا فِي الْمُبْنِيِّ.

وَلَقَائِلُ أَنْ يَقُولَ: هَذَا مُنَاقِضٌ لِمَا قَالَ الْمُصَنِّفُ فِي أَوَّلِ الْبَابِ مِنْ أَنَّهُ مُعَاوَضَةٌ مَالٍ بِغَيْرِ مَالٍ لِأَنَّ الْعَبْدَ لَا يَمْلِكُ نَفْسَهُ. وَالْجَوَابُ أَنَّ الْإِعْتِقَاقَ عَلَى مَالٍ مُعَاوَضَةٌ مَالٍ بِغَيْرِ مَالٍ مِنْ وَجْهِ لَمَّا ذَكَرْنَا، وَشَابَهُ بِذَلِكَ التَّكَاحُ وَالطَّلَاقُ وَغَيْرُهُمَا حَتَّى صَحَّ بِأَيِّ مَالٍ كَانَ كَمَا تَقَدَّمَ، وَمُعَاوَضَةٌ مَالٍ بِمَالٍ مِنْ وَجْهِ بِالنَّظَرِ إِلَى مَوْلَاهُ وَشَابَهُ بِذَلِكَ يَبْعُ عَبْدٌ بِجَارِيَةٍ، فَإِنَّهُ إِذَا مَاتَ الْعَبْدُ وَوَقَعَ الْعَقْدُ عَلَى الْجَارِيَةِ يَلْزُمُهُ قِيَمَةُ الْعَبْدِ عَلَى مَا تَذْكُرُهُ. وَأَمَّا الْمُنْبِيُّ عَلَيْهِ فَوَجْهُ مُحَمَّدٍ أَنَّ هَذَا بَدَلٌ مَا لَيْسَ بِمَالٍ وَهُوَ الْعَتَقُ، لِأَنَّ يَبْعُ الْعَبْدَ مِنْ نَفْسِهِ إِعْتِقَاقٌ وَقَدْ عَجَزَ عَنْ إِيفَاءِ الْبَدَلِ، وَلَيْسَ لِلْمُبْدَلِ وَهُوَ الْعَتَقُ قِيَمَةٌ فَيَجِبُ قِيَمَةُ الْبَدَلِ. وَوَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّ الْجَارِيَةَ بَدَلُ نَفْسِ الْعَبْدِ بِالْعَتَقِ فَيَجِبُ تَسْلِيمُ قِيَمَتِهِ، كَمَا إِذَا تَبَايَعَا عَبْدًا بِجَارِيَةٍ ثُمَّ مَاتَ الْعَبْدُ فَتَفَاسَخَا الْعَقْدُ عَلَى الْجَارِيَةِ يَلْزُمُهُ قِيَمَةُ الْعَبْدِ. وَقَوْلُهُ (وَكَذَا بِمَوْتِ الْمَوْلَى) يَعْنِي أَنَّ مَوْتَ الْمَوْلَى فِي هَذِهِ الصُّورَةِ كَمَوْتِ الْعَبْدِ فَصَارَ نَظِيرُ الْمَسْأَلَةِ فَيَكُونُ الْحُكْمُ فِيهِمَا سَوَاءً.

(وَمَنْ قَالَ لِآخَرَ: أَعْتَقَ أَمْتَكَ عَلَى أَلْفِ دِرْهَمٍ عَلَى أَنْ تُزَوِّجَنِيهَا فَفَعَلَ فَأَبَتْ أَنْ تَتَزَوَّجَهُ فَالْعَتَقُ جَائِزٌ وَلَا شَيْءَ عَلَى الْأَمْرِ؛ لِأَنَّ مَنْ قَالَ لِغَيْرِهِ أَعْتَقَ عَبْدَكَ عَلَى أَلْفِ دِرْهَمٍ عَلَيَّ فَفَعَلَ لَا يَلْزُمُهُ شَيْءٌ وَيَقَعُ الْعَتَقُ عَلَى الْمَأْمُورِ بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ لِغَيْرِهِ طَلَّقَ امْرَأَتَكَ عَلَى أَلْفِ دِرْهَمٍ عَلَيَّ فَفَعَلَ حَيْثُ يَجِبُ الْأَلْفُ عَلَى الْأَمْرِ؛ لِأَنَّ اسْتِثْرَاطَ الْبَدَلِ عَلَى الْأَجْنَبِيِّ فِي الطَّلَاقِ جَائِزٌ وَفِي الْعَتَاقِ لَا يَجُوزُ وَقَدْ قَرَّرْنَاهُ مِنْ قَبْلُ.

(وَلَوْ قَالَ: أَعْتَقَ أَمْتَكَ عَلَيَّ عَلَى أَلْفِ دِرْهَمٍ وَالْمَسْأَلَةُ بِحَالِهَا قُسِمَتْ الْأَلْفُ عَلَى قِيَمَتِهَا وَمَهْرُ مِثْلِهَا، فَمَا أَصَابَ الْقِيَمَةَ آدَاهُ الْأَمْرُ، وَمَا أَصَابَ الْمَهْرَ بَطَلَ عَنْهُ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا قَالَ عَلَيَّ تَضَمَّنَ الشِّرَاءَ اقْتِضَاءً عَلَى مَا عُرِفَ، وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ فَقَدْ قَابَلَ الْأَلْفَ بِالرَّقَبَةِ شِرَاءً وَبِالْبُضْعِ نِكَاحًا فَانْقَسَمَ عَلَيْهِمَا، وَوَجِبَتْ حِصَّةُ مَا سَلَّمَ لَهُ وَهُوَ الرَّقَبَةُ وَيَبْطُلُ عَنْهُ مَا لَمْ يُسَلِّمْ وَهُوَ الْبُضْعُ، فَلَوْ زَوَّجَتْ نَفْسَهَا مِنْهُ لَمْ يَذْكُرْهُ. وَجَوَابُهُ أَنَّ مَا أَصَابَ قِيَمَتَهَا سَقَطَ فِي الْوَجْهِ الْأَوَّلِ وَهِيَ لِلْمَوْلَى فِي الْوَجْهِ الثَّانِي، وَمَا أَصَابَ مَهْرَ مِثْلِهَا كَانَ مَهْرًا لَهَا فِي الْوَجْهِينِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ قَالَ لِآخَرَ: أَعْتَقَ أَمْتَكَ عَلَى أَلْفِ دِرْهَمٍ عَلَيَّ) لَمْ يَذْكُرْ فِي بَعْضِ

التَّسَخُّعُ عَلَيَّ اكْتِفَاءً بِدَلَالَةِ عَلَيٍّ عَلَى الْوُجُوبِ وَذَكَرَ فِي بَعْضِهَا لِلتَّكْيِيدِ وَالْمَسْأَلَةُ ظَاهِرَةٌ:
 وَقَوْلُهُ (وَقَدْ قَرَّرْتَاهُ مِنْ قَبْلُ) يَعْنِي فِي الْخُلْعِ فِي مَسْأَلَةِ خُلْعِ الْأَبِ ابْنَتَهُ الصَّغِيرَةَ عَلَى
 وَجْهِ الْإِشَارَةِ، وَالْفَرْقُ أَنَّ الْأَجْنَبِيَّ فِي بَابِ الطَّلَاقِ كَالْمَرْأَةِ فِي عَدَمِ ثُبُوتِ شَيْءٍ لَهَا
 بِالطَّلَاقِ، إِذِ الثَّابِتُ بِهِ سُقُوطُ مِلْكِ الزَّوْجِ عَنْهَا لَا غَيْرُ، فَكَمَا جَازَ التَّرَاثُ الْمَرْأَةَ بِالْمَالِ
 فَكَذَلِكَ الْأَجْنَبِيُّ، بِخِلَافِ الْعَتَاقِ فَإِنَّهُ يُثْبِتُ لِلْعَبْدِ بِالْإِعْتِقَاقِ قُوَّةَ حُكْمِيَّةٍ لَمْ تُكُنْ لَهُ قَبْلُ
 ذَلِكَ فَكَانَ الْمَالُ فِي مُقَابَلَةِ ذَلِكَ، وَلَيْسَ الْأَجْنَبِيُّ كَالْعَبْدِ حَيْثُ لَا يُثْبِتُ بِهِ لَهُ شَيْءٌ
 أَصْلًا فَكَانَ اشْتِرَاطُ الْبَدَلِ عَلَيْهِ كَاشْتِرَاطِ الثَّمَنِ عَلَى غَيْرِ الْمُشْتَرِي فَلَا يَجُوزُ. وَقَوْلُهُ
 (وَلَوْ قَالَ أَعْتَقْتُ أَمْتَكُ عَنِّي بِأَلْفٍ دِرْهَمٍ وَالْمَسْأَلَةُ بِحَالِهَا) أَيُّ قَالَ عَلَى أَنَّ تَزْوِجَهَا فَعَلَّ
 فَأَبَتْ أَنْ تَتَزَوَّجَهُ (فَقَسَمْتُ الْأَلْفَ عَلَى قِيمَتِهَا وَمَهْرٍ مِثْلِهَا، فَمَا أَصَابَ الْقِيَمَةَ أَذَاهُ الْآمِرُ،
 وَمَا أَصَابَ الْمَهْرَ بَطُلَ عَنْهُ) وَالْوَجْهُ مَا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ وَهُوَ وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (عَلَى مَا
 عُرِفَ) يَعْنِي فِي أَصُولِ الْفِقْهِ وَفِيهِ شَبَهَتَانِ إِحْدَاهُمَا أَنَّ هَذَا الْبَيْعَ فَاسِدٌ لِأَنَّهُ يُبْعَى بِمَا
 يَخْصُصُهَا مِنَ الْأَلْفِ لَوْ قَسَمَ عَلَيْهَا وَعَلَى مَنَافِعِ بُضْعِهَا وَهُوَ فَاسِدٌ، وَلِأَنَّهُ إِدْخَالُ صَفَقَةِ
 النِّكَاحِ فِي صَفَقَةِ الْبَيْعِ وَالْبَيْعُ الْفَاسِدُ لَا يُفِيدُ الْمِلْكَ بِدُونِ الْقَبْضِ وَلَا مِلْكَ هَاهُنَا فَيَجِبُ
 أَنْ لَا يَقَعَ الْعِنَقُ إِذْ لَا عِنَقَ فِيمَا لَا يَمْلِكُهُ ابْنُ آدَمَ، وَالثَّانِيَةُ أَنَّ الْبَيْعَ إِذَا كَانَ فَاسِدًا
 وَيَجِبُ فِيهِ الْعَوَضُ تَجِبُ قِيَمَةُ الْمُبْعِ كَامِلَةً، وَالْقَوْلُ بِمَا يَخْصُصُهُ مِنَ الثَّمَنِ إِنَّمَا هُوَ
 مُوجِبُ الْبَيْعِ الصَّحِيحِ، كَمَا إِذَا جَمَعَ بَيْنَ عَبْدٍ وَمُدَبِّرٍ وَبَيْنَ عَبْدِهِ وَعَبْدٍ غَيْرِهِ فَإِنَّ الْبَيْعَ
 صَحِيحٌ فِي الْعَبْدِ بِحَصْنِهِ مِنَ الثَّمَنِ كَمَا سَيَأْتِي.

وَأَجَابَ الْإِمَامُ شَمْسُ الْأُيُمَةِ السَّرْحَسِيُّ عَنْ الْأُولَى بِأَنَّ الْأُمَّةَ تَنْتَفِعُ بِهَذَا الْإِعْتِقَاقِ،
 فَمِنْ هَذَا الْوَجْهِ تَصِيرُ قَابِضَةٌ نَفْسَهَا أَذْنَى قَبْضٍ، وَأَذْنَى الْقَبْضِ يَكْفِي فِي الْبَيْعِ الْفَاسِدِ
 كَالْقَبْضِ مَعَ الشُّيُوعِ فِيمَا يَحْتَمِلُ الْقِسْمَةَ، وَالْإِمَامُ فَخْرُ الْإِسْلَامِ عَنْ الثَّانِيَةِ بِأَنَّ الْبَيْعَ
 مُنْذَرَجٌ فِي الْإِعْتِقَاقِ، فَأَخَذَ حُكْمَ الْإِعْتِقَاقِ فِي عَدَمِ الْفَسَادِ بِالشَّرْطِ فَلَمْ يَبْطُلِ الْبَيْعُ
 بِشَرْطِ النِّكَاحِ فَيَجِبُ الْقَوْلُ بِمَا يَخْصُصُهُ مِنَ الثَّمَنِ. وَقَوْلُهُ (فَلَوْ زَوَّجَتْ نَفْسَهَا مِنْهُ) يَعْنِي
 فِي الْمَسْأَلَتَيْنِ (لَمْ يَذْكُرْهُ مُحَمَّدٌ) فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ، وَجَوَابُهُ أَنَّ مَا أَصَابَ قِيمَتَهَا سَقَطَ
 فِي الْوَجْهِ الْأَوَّلِ وَهُوَ مَا إِذَا لَمْ يَقُلْ فِيهِ عَنِّي لَعَدَمِ صِحَّةِ الضَّمَانِ وَهِيَ لِلْمَوْلَى فِي الْوَجْهِ
 الَّذِي قَالَ فِيهِ عَنِّي، وَمَا أَصَابَ مَهْرَ مِثْلِهَا كَانَ مَهْرًا لِلْأُمَّةِ فِي الْوَجْهَيْنِ.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

بَابُ التَّدْبِيرِ

(إِذَا قَالَ الْمَوْلَى لِمَمْلُوكِهِ إِذْ مِتُّ فَأَنْتَ حُرٌّ أَوْ أَنْتَ حُرٌّ عَنْ دُبْرٍ مِنِّي أَوْ أَنْتَ مُدَبَّرٌ أَوْ
قَدْ دَبَّرْتُكَ فَقَدْ صَارَ مُدَبَّرًا)؛ لِأَنَّ هَذِهِ الْأَلْفَاظَ صَرِيحَ فِي التَّدْبِيرِ فَإِنَّهُ إِثْبَاتُ الْعِتْقِ
عَنْ دُبْرٍ.

الشرح:

(بَابُ التَّدْبِيرِ): ذِكْرُ الْإِعْتِقَاقِ الْوَاقِعِ بَعْدَ الْمَوْتِ عَقِيبَ الْإِعْتِقَاقِ الْوَاقِعِ فِي الْحَيَاةِ
ظَاهِرُ الْمُنَاسَبَةِ.

وَالْتَّدْبِيرُ فِي اللَّغَةِ: هُوَ النَّظَرُ إِلَى عَاقِبَةِ الْأَمْرِ. وَفِي الشَّرِيعَةِ هُوَ إِجْبَابُ الْعِتْقِ
الْحَاصِلِ بَعْدَ مَوْتِ الْإِنْسَانِ بِالْفَظِ تَدُلُّ عَلَيْهِ صَرِيحًا كَقَوْلِهِ دَبَّرْتُكَ أَوْ أَنْتَ مُدَبَّرٌ أَوْ
دَلَالَةً كَقَوْلِهِ إِذَا مِتُّ فَأَنْتَ حُرٌّ أَوْ أَنْتَ حُرٌّ مَعَ مَوْتِي أَوْ فِي مَوْتِي، وَكَقَوْلِهِ أَوْصَيْتُ
لَكَ بِنَفْسِكَ أَوْ بِرَقَبَتِكَ أَوْ بِثُلْثِ مَالِي. وَحُكْمُ التَّدْبِيرِ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ إِخْرَاجُهُ عَنْ مِلْكِهِ
إِلَّا إِلَى الْحُرِّيَةِ كَمَا فِي الْكِتَابَةِ، فَإِذَا مَاتَ وَهُوَ يَخْرُجُ مِنَ الثُّلْثِ عَتَقَ وَإِنْ لَمْ يَخْرُجْ عَتَقَ
ثُلُثُهُ وَسَعَى فِي ثُلُثَيْهِ.

(ثُمَّ لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ وَلَا هِبَتُهُ وَلَا إِخْرَاجُهُ عَنْ مِلْكِهِ إِلَّا إِلَى الْحُرِّيَةِ) كَمَا فِي الْكِتَابَةِ.
وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يَجُوزُ؛ لِأَنَّهُ تَعْلِيقُ الْعِتْقِ بِالشَّرْطِ فَلَا يَمْتَنِعُ بِهِ الْبَيْعُ وَالْهَبَةُ كَمَا فِي سَائِرِ
التَّعْلِيقَاتِ وَكَمَا فِي الْمَدَبْرِ الْمُقَيَّدِ وَلِأَنَّ التَّدْبِيرَ وَصِيَّةٌ وَهِيَ غَيْرُ مَانِعَةٍ مِنْ ذَلِكَ. وَلَنَا قَوْلُهُ
﴿الْمَدَبَّرُ لَا يَبَاعُ وَلَا يُوْهَبُ وَلَا يُوْرَثُ وَهُوَ حُرٌّ مِنَ الثُّلْثِ﴾^(١) وَلِأَنَّهُ سَبَبُ الْحُرِّيَةِ؛ لِأَنَّ
الْحُرِّيَةَ تَثْبُتُ بَعْدَ الْمَوْتِ وَلَا سَبَبَ غَيْرُهُ؛ ثُمَّ جَعَلَهُ سَبَبًا فِي الْحَالِ أَوَّلَى لَوْجُودِهِ فِي الْحَالِ
وَعَدَمِهِ بَعْدَ الْمَوْتِ؛ وَلِأَنَّ مَا بَعْدَ الْمَوْتِ حَالُ بُطْلَانِ أَهْلِيَّةِ التَّصَرُّفِ فَلَا يُمْكِنُ تَأْخِيرُ السَّبَبِيَّةِ
إِلَى زَمَانِ بُطْلَانِ الْأَهْلِيَّةِ، بِخِلَافِ سَائِرِ التَّعْلِيقَاتِ؛ لِأَنَّ الْمَنَاعَ مِنَ السَّبَبِيَّةِ قَائِمٌ قَبْلَ
الشَّرْطِ؛ لِأَنَّهُ يَمِينٌ وَالْيَمِينُ مَانِعٌ وَالْمَنَعُ هُوَ الْمَقْصُودُ، وَأَنَّهُ يُضَادُّ وَفُوعَ الطَّلَاقِ وَالْعِتَاقِ،
وَأَمَّا تَأْخِيرُ السَّبَبِيَّةِ إِلَى زَمَانِ الشَّرْطِ؛ لِقِيَامِ الْأَهْلِيَّةِ عِنْدَهُ فَافْتَرَقَا؛ وَلِأَنَّهُ وَصِيَّةٌ
خِلَافَتُهُ فِي الْحَالِ كَالْوَرَاثَةِ وَإِبْطَالُ السَّبَبِ لَا يَجُوزُ، وَفِي الْبَيْعِ وَمَا يُضَاهِيهِ ذَلِكَ.

(١) أخرجه الدارقطني (٤/١٣٨)، وانظر نصب الراية (٣/٤٣٣).

الشرح:

(وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يَجُوزُ بَيْعُهُ وَهَبُهُ لِأَنَّهُ تَعْلِيقُ الْعِتْقِ بِالشَّرْطِ فَلَا يَمْتَنِعُ بِهِ الْبَيْعُ وَالْهَبَةُ كَمَا فِي سَائِرِ التَّعْلِيقَاتِ) مِنْ دُخُولِ الدَّارِ وَمَجِيءِ رَأْسِ الشَّهْرِ وَغَيْرِهِمَا (وَكَمَا فِي الْمُدَبِّرِ الْمُقَيَّدِ) فَإِنَّ ذَلِكَ جَائِزٌ فِيهِ بِلَا خِلَافٍ (وَلَأَنَّ التَّذْيِيرَ وَصِيَّةٌ) حَتَّى يُعْتَبَرَ مِنْ ثُلْثِ الْمَالِ وَالْوَصِيَّةُ لَا تَمْنَعُ الْمُوصِي مِنَ التَّصَرُّفِ بِالْبَيْعِ وَغَيْرِهِ كَمَا أَوْصَى بِرَفَقَتِهِ لِإِنْسَانٍ (وَلَنَا قَوْلُهُ ﷺ «الْمُدَبِّرُ لَا يَبَاغُ وَلَا يُوهَبُ وَلَا يُورَثُ وَهُوَ خَرٌّ مِنَ الثُّلُثِ») رَوَاهُ نَافِعٌ عَنْ ابْنِ عُمَرَ (وَلَأَنَّهُ) أَيْ التَّذْيِيرُ (سَبَبُ الْحُرِّيَةِ لِأَنَّ الْحُرِّيَةَ تَثْبُتُ بَعْدَ الْمَوْتِ) فَلَا بُدَّ لَهُ مِنْ سَبَبٍ (وَلَا سَبَبَ غَيْرُهُ) ثُمَّ إِنَّمَا أَنْ يَكُونَ سَبَبًا فِي الْحَالِ أَوْ بَعْدَ الْمَوْتِ لَا جَائِزَ أَنْ يَكُونَ بَعْدَ الْمَوْتِ لِأَنَّهُ حَالُ بَطْلَانِ الْأَهْلِيَّةِ فَلَا يُمَكِّنُ تَأْخِيرُ السَّبَبِ إِلَيْهِ، وَلَأَنَّهُ فِي الْحَالِ مَوْجُودٌ وَبَعْدَ الْمَوْتِ مَعْدُومٌ لَكُونَ كَلَامِهِ عَرَضًا لَا يَبْقَى فَتَعَيَّنَ أَنْ يَكُونَ سَبَبًا فِي الْحَالِ: وَاعْتَرَضَ عَلَى الْمُصَنِّفِ أَنَّ هَذَا الْكَلَامَ مُنَاقِضٌ لِمَا ذَكَرَ فِي آخِرِ بَابِ الْعَبْدِ يُعْتَقُ بَعْضُهُ حَيْثُ قَالَ: وَفِي الْمُدَبِّرِ يَنْعَقِدُ السَّبَبُ بَعْدَ الْمَوْتِ.

وَأَقُولُ قَوْلَهُ (ثُمَّ جَعَلُهُ سَبَبًا فِي الْحَالِ أُولَى) يَذُلُّ عَلَى أَنْ جَعَلُهُ سَبَبًا فِي الْحَالِ وَإِنْ كَانَ الْمَذْهَبُ عِنْدَ أَصْحَابِنَا لَيْسَ بِمُتَعَيَّنٍ، فَيُحْمَلُ مَا ذَكَرَهُ هُنَاكَ عَلَى غَيْرِ الْأُولَى فَيَنْدَفِعُ التَّنَاقُضُ وَيَكُونُ قَدْ أُطْلِعَ عَلَى رِوَايَةِ مَنْ أَصْحَابِنَا أَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ سَبَبًا بَعْدَ الْمَوْتِ أَوْ اخْتَارَ جَوَازَهُ بِاجْتِهَادِهِ وَجَعَلَ مَا ذَهَبَ إِلَيْهِ الْأَصْحَابُ أُولَى.

فَإِنْ قِيلَ: فِي التَّذْيِيرِ تَعْلِيقٌ، وَلَيْسَ فِي التَّعْلِيقِ شَيْءٌ مِنَ السَّبَبِ ثَابِتًا فِي الْحَالِ، وَإِنَّمَا يَكُونُ عِنْدَ وُجُودِ الشَّرْطِ فَمَا بَالُ التَّذْيِيرِ خَالَفَ سَائِرَ التَّعْلِيقَاتِ وَهُوَ مُؤَدَّى قَوْلِ الشَّافِعِيِّ كَمَا فِي سَائِرِ التَّعْلِيقَاتِ؟ أَجَابَ بِقَوْلِهِ بِخِلَافِ سَائِرِ التَّعْلِيقَاتِ لِأَنَّ الْمَانِعَ مِنَ السَّبَبِ قَائِمٌ فِيهِ قَبْلَ الشَّرْطِ.

وَاعْلَمْ أَنَّ فِي كَلَامِ الْمُصَنِّفِ غُمُوضًا لَا يَنْكَشِفُ عَلَى وَجْهِ التَّحْصِيلِ إِلَّا بِزِيَادَةِ بَيَانٍ فَلَا بُدَّ مِنْهَا، فَتَقُولُ: الْمَانِعُ هُوَ مَا يَنْتَفِي بِالشَّيْءِ مَعَ قِيَامِ مُقْتَضِيهِ، وَكُلُّ مَا يَنَافِي الْإِجْرَامَ يَنَافِي الْمَرْوَمَ، وَإِذَا ظَهَرَ هَذَا قُلْنَا الْقِيَاسُ يَقْتَضِي أَنْ تَكُونَ سَائِرُ التَّعْلِيقَاتِ أَسْبَابًا فِي الْحَالِ لَكِنْ الْمَانِعُ عَنِ السَّبَبِ فِي الْحَالِ وَهُوَ صِفَةٌ كَوْنُ تَصَرُّفِ التَّعْلِيقِ يَمِينًا قَائِمٌ لِأَنَّ الْيَمِينَ مَانِعٌ عَنِ تَحْقِيقِ الشَّرْطِ الْإِجْرَامِ لِلْحُكْمِ، فَإِنَّ الْمَقْصُودَ مِنَ الْيَمِينِ هُوَ الْمَنْعُ مِنَ

تَحَقُّقِ الشَّرْطِ، وَمَا كَانَ مَانِعًا عَنْ تَحَقُّقِ اللَّازِمِ الَّذِي هُوَ الشَّرْطُ كَانَ مَانِعًا عَنْ تَحَقُّقِ الْمَلْزُومِ الَّذِي هُوَ الْحُكْمُ وَهُوَ وَقُوعُ الطَّلَاقِ، وَإِلَيْهِ أَشَارَ بِقَوْلِهِ وَإِنَّهُ يُضَادُّ وَقُوعَ الطَّلَاقِ وَالْعَتَاقِ، وَمَا كَانَ مَانِعًا لِلْحُكْمِ لَا يُمَكِّنُ أَنْ يَكُونَ سَبَبًا لَهُ فَصَفَةُ كَوْنِ تَصَرُّفِ التَّغْلِيْقِ يَمِينًا تَمْنَعُ عَنْ كَوْنِهِ سَبَبًا لِلْحُكْمِ وَهُوَ الطَّلَاقُ وَالْعَتَاقُ. فَإِنْ قُلْتُ: قَدْ يَكُونُ الْيَمِينُ يُعْقَدُ لِلْحَمْلِ كَمَا فِي قَوْلِ الرَّجُلِ إِنْ لَمْ تَدْخُلِ الدَّارَ فَأَنْتِ طَالِقٌ، وَقَدْ نَصَّ فِي الْكُتُبِ أَنَّ الْيَمِينَ تُعْقَدُ لِلْمَنْعِ أَوْ الْحَمْلِ فَكَيْفَ قَالَ: وَالْمَنْعُ هُوَ الْمَقْصُودُ وَإِنَّهُ يَفْتَضِي الْحَضَرَ عِنْدَ الْبُلْغَاءِ؟ قُلْتُ: لَا يُقْصَدُ بِالْيَمِينِ إِلَّا مَنْعُ الشَّرْطِ، وَالشَّرْطُ فِيمَا ذَكَرْتُمْ هُوَ التَّفْيُ وَالْمَقْصُودُ هُوَ الْمَنْعُ مِنْهُ وَيَلْزَمُهُ الْحَمْلُ. فَإِنْ قُلْتُ: التَّذْيِيرُ يَمِينٌ أَوْ لَيْسَ يَمِينًا، فَإِنْ كَانَ يَمِينًا وَجَبَ أَنْ لَا يَكُونَ سَبَبًا لِقِيَامِ الْمَانِعِ عَلَى مَا قَرَّرْتُمْ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ يَمِينًا لَمْ يَسْتَقِمْ قَوْلُهُ بِخِلَافِ سَائِرِ التَّغْلِيْقَاتِ إِذْ السَّائِرُ بِمَعْنَى الْبَاقِي. قُلْتُ: لَيْسَ يَمِينٌ لَتَعْلُقِ عَنُقَهُ بِأَمْرِ كَائِنٍ، وَاسْتِقَامَةُ إِطْلَاقِ سَائِرِ التَّغْلِيْقَاتِ بِطَرِيقِ الْمَشَاكِلَةِ إِنْ لَمْ يَكُنْ الْيَمِينُ أَخْصَصَ مِنَ التَّغْلِيْقِ. وَيَرِدُ عَلَيْهِ أَنْتِ طَالِقٌ إِذَا جَاءَ غَدًا فَإِنَّهُ تَغْلِيْقٌ بِأَمْرِ كَائِنٍ وَلَيْسَ بِسَبَبٍ فِي الْحَالِ. وَالْجَوَابُ أَنَّهُ إِضَافَةٌ لَا تَغْلِيْقٌ.

وَقَوْلُهُ (وَأُمَكِّنْ تَأْخِيرُ السَّبَبِ إِلَى زَمَانِ الشَّرْطِ) لِقِيَامِ الْأَهْلِيَّةِ فَرَّقَ آخَرُ بَيْنَ التَّذْيِيرِ وَسَائِرِ التَّغْلِيْقَاتِ. وَوَجْهُهُ أَنَّ التَّذْيِيرَ لَا يُمَكِّنُ فِيهِ تَأْخِيرُ السَّبَبِ إِلَى مَا بَعْدَ الْمَوْتِ لَمَا ذَكَرْنَا مِنْ انْتِفَاءِ أَهْلِيَّةِ الْإِبْجَابِ حِينَئِذٍ. وَأَمَّا سَائِرُ التَّغْلِيْقَاتِ فَتَأْخِيرُ السَّبَبِ فِيهِ إِلَى زَمَانِ الشَّرْطِ مُمَكِّنٌ لِقِيَامِ الْأَهْلِيَّةِ عِنْدَهُ فَافْتَرَقَا.

وَاعْتَرَضَ بِأَنْ قِيَامَ الْأَهْلِيَّةِ لَيْسَ بِشَرْطٍ عِنْدَ وُجُودِ الشَّرْطِ كَمَنْ عَلَقَ طَلَاقَهَا وَهُوَ صَحِيحٌ ثُمَّ جُنَّ عِنْدَ وُجُودِ الشَّرْطِ كَمَا تَقَدَّمَ. وَالْجَوَابُ أَنَّ قِيَامَ أَهْلِيَّتِهِ لَيْسَ بِشَرْطٍ عِنْدَ وُجُودِ الشَّرْطِ إِذَا لَمْ يَكُنْ التَّغْلِيْقُ ابْتِدَاءً بِحَالِ بُطْلَانِ الْأَهْلِيَّةِ كَمَا ذَكَرْتُمْ فِي صُورَةِ الْمَجْنُونِ.

وَأَمَّا إِذَا كَانَ فَلَا يُسَلَّمُ أَنَّ الْأَهْلِيَّةَ إِذَا ذَكَ غَيْرُ شَرْطٍ. وَقَوْلُهُ (وَلَاغَةُ وَصِيَّةٍ وَالْوَصِيَّةُ خِلَافَةٌ فِي الْحَالِ) فَرَّقَ آخَرُ بَيْنَهُمَا. وَتَقْرِيرُهُ: التَّذْيِيرُ الْمَطْلُوقُ وَصِيَّةٌ، وَالْوَصِيَّةُ سَبَبُ الْخِلَافَةِ فِي الْحَالِ لِأَنَّ الْمُوصِيَّ يَجْعَلُ الْمُوصَى لَهُ خَلْفًا فِي بَعْضِ مَالِهِ بَعْدَ مَوْتِهِ كَالْوَرَاثَةِ فَإِنَّهَا سَبَبُ خِلَافَةٍ فِي الْحَالِ.

وَاعْتَرَضَ بِأَنَّهُ لَوْ كَانَ وَصِيَّةً لَبَطَلَ إِذَا قَتَلَ الْمُدَبِّرُ سَيِّدَهُ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ لِلْقَاتِلِ لَا تَجُوزُ وَإِنْ كَانَ الْجَرْحُ قَبْلَهَا أَوْ بَعْدَهَا، وَلَجَزَّ الْبَيْعُ لِأَنَّ الْمُوصِيَّ يَجُوزُ لَهُ بَيْعُ الْمُوصَى بِهِ وَيَكُونُ رُجُوعًا عَنِ الْوَصِيَّةِ وَلَيْسَ الْأَمْرُ كَذَلِكَ. وَالْجَوَابُ عَنْهُمَا جَمِيعًا أَنَّ ذَلِكَ فِي وَصِيَّةٍ لَمْ تَكُنْ عَلَى وَجْهِ التَّغْلِيْقِ لِأَنَّهَا الْوَصِيَّةُ الْمُطْلَقَةُ وَالتَّذْيِيرُ لَيْسَ كَذَلِكَ. وَوَجْهُ اخْتِصَاصِ ذَلِكَ أَنَّ بَطْلَانَ الْوَصِيَّةِ بِالْقَتْلِ وَجَوَازَ الْبَيْعِ وَكَوْنُهُ رُجُوعًا إِنَّمَا يَصِحُّ فِي مُوصَى بِهِ يَقْبَلُ الْفَسْخَ وَالْبَطْلَانَ وَالتَّذْيِيرَ لِكَوْنِهِ إِعْتَاقًا لَا يَقْبَلُ ذَلِكَ.

وَقَوْلُهُ (وَأَبْطَالَ السَّبَبَ لَا يَجُوزُ) تَمَّةُ الدَّلِيلِ مُتَّصِلٌ بِقَوْلِهِ وَلَئِنَّهُ سَبَبُ الْحُرِّيَّةِ وَمَا يَنْتَهِي لِبَيِّنَاتِ هَذِهِ الْقَضِيَّةِ وَتَرْكِيبِ الْمُقَدِّمَتَيْنِ، هَكَذَا التَّذْيِيرُ سَبَبُ الْحُرِّيَّةِ، وَسَبَبُ الْحُرِّيَّةِ لَا يَجُوزُ إِبْطَالُهُ، وَفِي الْبَيْعِ وَمَا يُشَابِهُهُ مِنْ الْهَبَةِ وَالصَّدَقَةِ وَالْإِمْهَارِ ذَلِكَ أَيْ إِبْطَالُ سَبَبِ الْحُرِّيَّةِ فَلَا يَجُوزُ.

قَالَ: (وَلِلْمَوْلَى أَنْ يَسْتَعْدِمَهُ وَيُؤَاجِرَهُ وَإِنْ كَانَتْ أَمَةً وَطَئَهَا وَلَهُ أَنْ يُزَوِّجَهَا)؛ لِأَنَّ الْمَلِكَ فِيهِ ثَابِتٌ لَهُ بِهِ تَسْتَفَادُ وَلَايَةُ هَذِهِ التَّصَرُّفَاتِ.

الشرح:

قَالَ (وَلِلْمَوْلَى أَنْ يَسْتَعْدِمَهُ وَيُؤَاجِرَهُ) التَّذْيِيرُ لَا يُبْنَى الْحُرِّيَّةُ فِي الْحَالِ وَإِنَّمَا يُبْنَى اسْتِحْقَاقُ الْحُرِّيَّةِ فَكَانَ الْمَلِكُ فِيهِ ثَابِتًا، وَلِهَذَا لَوْ قَالَ كُلُّ مَمْلُوكٍ لِي فَهُوَ حُرٌّ دَخَلَ فِيهِ الْمُدَبِّرُ، وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ فَلِلْمَوْلَى أَنْ يَسْتَعْدِمَهُ وَيُؤَاجِرَهُ، وَإِنْ كَانَتْ أَمَةً وَطَئَهَا وَلَهُ أَنْ يُزَوِّجَهَا لِأَنَّ وَلَايَةَ هَذِهِ التَّصَرُّفَاتِ بِالْمَلِكِ وَهُوَ ثَابِتٌ.

(فَإِذَا مَاتَ الْمَوْلَى عَتَقَ الْمُدَبِّرُ مِنْ ثُلْثِ مَالِهِ) لَمَّا رَوَيْنَا؛ وَلِأَنَّ التَّذْيِيرَ وَصِيَّةً؛ لِأَنَّهُ تَبَرُّعٌ مُضَافٌ إِلَى وَقْتِ الْمَوْتِ وَالْحُكْمُ غَيْرُ ثَابِتٍ فِي الْحَالِ فَيَنْفَعُ مِنَ الثُّلْثِ، حَتَّى لَوْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ غَيْرُهُ يَسْعَى فِي ثُلْثِيهِ، وَإِنْ كَانَ عَلَى الْمَوْلَى دَيْنٌ يَسْعَى فِي كُلِّ قِيَمَتِهِ؛ لِتَقَدُّمِ الدَّيْنِ عَلَى الْوَصِيَّةِ وَلَا يُمْكِنُ نَقْضُ الْعِتْقِ فَيَجِبُ رَدُّ قِيَمَتِهِ.

الشرح:

(فَإِذَا مَاتَ الْمَوْلَى عَتَقَ الْمُدَبِّرُ مِنْ ثُلْثِ مَالِهِ لَمَّا رَوَيْنَا) يَعْنِي مِنْ حَدِيثِ ابْنِ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا وَهُوَ قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «وَهُوَ حُرٌّ مِنْ الثُّلْثِ» (وَلِأَنَّ التَّذْيِيرَ وَصِيَّةٌ لِكَوْنِهِ تَبَرُّعًا مُضَافًا إِلَى مَا بَعْدَ الْمَوْتِ) وَلَا نَعْنِي بِالْوَصِيَّةِ إِلَّا ذَلِكَ، وَالْحُكْمُ يَعْنِي

الْعَنْقُ غَيْرُ ثَابِتٍ فِي الْحَالِ لِأَنَّهُ يُفِيدُ اسْتِحْقَاقَ الْحُرِّيَةِ كَمَا ذَكَرْنَا آتِفًا، وَكُلُّ وَصِيَّةٍ تَنْفُذُ مِنْ الثَّلَاثِ حَتَّى لَوْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ غَيْرُهُ يَسْعَى فِي ثَلَاثِي رَقَبَتِهِ، وَإِنْ كَانَ عَلَى الْمَوْلَى دَيْنٌ يَسْعَى فِي كُلِّ قِيمَتِهِ لِأَنَّ الدَّيْنَ مُقَدَّمٌ عَلَى الْوَصِيَّةِ وَالْعَنْقُ لَا يُمَكِّنُ نَقْضَهُ فَيَجِبُ عَلَيْهِ رَدُّ قِيمَتِهِ.

(وَوَلَدُ الْمُدَبِّرَةِ مُدَبِّرٌ) وَعَلَى ذَلِكَ نُقِلَ إِجْمَاعُ الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَوَلَدُ الْمُدَبِّرَةِ مُدَبِّرٌ) هَذِهِ هِيَ النُّسْخَةُ الصَّحِيحَةُ، وَوَقَعَ فِي بَعْضِ النُّسَخِ وَوَلَدُ الْمُدَبِّرِ مُدَبِّرٌ، وَلَيْسَ بِصَحِيحٍ لِأَنَّ وَلَدَ الْمُدَبِّرِ إِمَّا أَنْ يَكُونَ مِنْ أُمِّهِ أَوْ غَيْرِهَا فَالْأَوَّلُ رَقِيقٌ لِمَوْلَاهَا، وَالثَّانِي يَتَّبِعُ الْأُمَّ فِي التَّدْبِيرِ وَالْكِتَابَةِ وَغَيْرِهِمَا ذَوْنُ الْأَبِ. وَأَمَّا وَلَدُ الْمُدَبِّرَةِ فَهُوَ مُدَبِّرٌ نَقَلَ عَلَى ذَلِكَ إِجْمَاعُ الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ، وَخُوصِمَ إِلَى عُثْمَانَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فِي أَوْلَادِ مُدَبِّرَةٍ فَقَضَى بِأَنَّ مَا وَلَدَتْهُ قَبْلَ التَّدْبِيرِ عَبْدٌ يُبَاعُ، وَمَا وَلَدَتْهُ بَعْدَ التَّدْبِيرِ فَهُوَ مِثْلُهَا لَا يُبَاعُ، وَكَانَ ذَلِكَ بِحَضْرَةِ الصَّحَابَةِ وَلَمْ يُنْقَلِ عَنْ أَحَدٍ خِلَافٌ

(وَإِنْ عَلِقَ التَّدْبِيرُ بِمَوْتِهِ عَلَى صِفَةٍ مِثْلِ أَنْ يَقُولَ إِنْ مِتُّ مِنْ مَرَضِي هَذَا أَوْ سَفَرِي هَذَا أَوْ مِنْ مَرَضٍ كَذَا فَلَيْسَ بِمُدَبِّرٍ وَيَجُوزُ بَيْعُهُ)؛ لِأَنَّ السَّبَبَ لَمْ يَنْعَقِدْ فِي الْحَالِ لِلتَّرَدُّدِ فِي تِلْكَ الصِّفَةِ، بِخِلَافِ الْمُدَبِّرِ الْمُطْلَقِ؛ لِأَنَّهُ تَعَلَّقَ عِنْقُهُ بِمُطْلَقِ الْمَوْتِ وَهُوَ كَائِنٌ لَا مُحَالَةَ (فَإِنْ مَاتَ الْمَوْلَى عَلَى الصِّفَةِ الَّتِي ذَكَرَهَا عَتَقَ كَمَا يُعْتَقُ الْمُدَبِّرُ) مَعْنَاهُ مِنَ الثَّلَاثِ؛ لِأَنَّهُ ثَبَتَ حُكْمُ التَّدْبِيرِ فِي آخِرِ جُزْءٍ مِنْ أَجْزَاءِ حَيَاتِهِ؛ لِتَحَقُّقِ تِلْكَ الصِّفَةِ فِيهِ فَلِهَذَا يُعْتَبَرُ مِنَ الثَّلَاثِ. وَمِنْ الْمُقَيَّدِ أَنْ يَقُولَ إِنْ مِتُّ إِلَى سَنَةٍ أَوْ عَشْرِ سِنِينَ لَمَّا ذَكَرْنَا، بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ إِلَى مِائَتِ سَنَةٍ وَمِثْلُهُ لَا يَعِيشُ إِلَيْهِ فِي الْغَالِبِ؛ لِأَنَّهُ كَالْكَائِنِ لَا مُحَالَةَ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (فَإِنْ عَلِقَ التَّدْبِيرُ بِمَوْتِهِ) بَيَّانٌ لِلْمُدَبِّرِ الْمُقَيَّدِ وَهُوَ أَنْ يُعْلَقَ التَّدْبِيرُ بِمَوْتِهِ عَلَى صِفَةٍ مِثْلِ أَنْ يَقُولَ إِنْ مِتُّ مِنْ مَرَضِي أَوْ سَفَرِي أَوْ مَرَضٍ كَذَا فَلَيْسَ بِمُدَبِّرٍ، وَيَجُوزُ بَيْعُهُ لِأَنَّ السَّبَبَ لَمْ يَنْعَقِدْ فِي الْحَالِ لِلتَّرَدُّدِ فِي تِلْكَ الصِّفَاتِ فَرُبَّمَا يَرْجِعُ مِنْ ذَلِكَ السَّفَرِ وَيَرُءُ مِنْ ذَلِكَ الْمَرَضِ، بِخِلَافِ الْمُدَبِّرِ الْمُطْلَقِ لِأَنَّهُ تَعَلَّقَ عِنْقُهُ بِمُطْلَقِ الْمَوْتِ

وَهُوَ كَائِنٌ لَا مَحَالَةَ. وَتَحْقِيقُهُ يُسْتَفَادُ مِمَّا قَدَّمَاهُ وَهُوَ أَنَّ الْمَلْقَ بِه إِذَا كَانَ عَلَى خَطَرِ
الْوُجُودِ كَانَ بِمَعْنَى الْيَمِينِ، وَقَدْ عَرَفْتَ أَنَّ صِفَةَ كَوْنِهِ يَمِينًا يَمْنَعُ عَنِ السَّبَبِيَّةِ، وَأَمَّا إِذَا
كَانَ أَمْرًا كَائِنًا لَا مَحَالَةَ لَمْ يَكُنْ فِي مَعْنَى الْيَمِينِ فَكَانَ سَبَبًا.

فَإِنْ قِيلَ: إِذَا لَمْ يَتَعَقَدْ السَّبَبُ فِي الْحَالِ فِي أَيِّ وَقْتٍ يَتَعَقَّدُ إِذَا انْعَقَدَ بَعْدَ الْمَوْتِ
فَلَيْسَ بِحَالٍ أَهْلِيَّةِ الْإِجْبَابِ، وَإِنْ انْعَقَدَ قَبْلَهُ كَيْفَ يَجُوزُ بَيْعُهُ؟ فَالْجَوَابُ أَنَّهُ مَوْقُوفٌ،
فَإِنْ مَاتَ الْمَوْلَى عَلَى الصِّفَةِ الَّتِي ذَكَرَهَا عَتَقَ كَمَا يُعْتَقُ الْمُدَبِّرُ مِنَ الثَّلَاثِ لِأَنَّهُ يَثْبُتُ حُكْمُ
التَّذْيِيرِ فِي آخِرِ جُزْءٍ مِنْ أَجْزَاءِ حَيَاتِهِ لِتَحَقُّقِ تِلْكَ الصِّفَةِ حِينَئِذٍ، وَإِنْ عَاشَ بَطَلَ التَّذْيِيرُ
وَمِنْ الْمُقَيَّدِ أَنْ يَقُولَ إِنْ مِتَّ إِلَى سَنَةٍ أَوْ عَشْرَةِ سِنِينَ لَمَّا ذَكَرْنَا) يَعْنِي قَوْلُهُ لِلتَّرَدُّدِ فِي
تِلْكَ الصِّفَاتِ (بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ إِلَى مِائَةِ سَنَةٍ، وَمِثْلُهُ لَا يَعِيشُ إِلَيْهِ فِي الْغَالِبِ لِأَنَّهُ
كَالْكَائِنِ لَا مَحَالَةَ) وَهَذَا الَّذِي ذَكَرَهُ رَوَايَةُ الْحَسَنِ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ فِي الْمُتَقَيِّ، وَذَكَرَ
الْفَقِيهَ أَبُو اللَّيْثِ فِي تَوَازُلِهِ: لَوْ أَنَّ رَجُلًا قَالَ لِعَبْدِهِ أَنْتَ حُرٌّ إِنْ مِتَّ إِلَى مِائَتَيْ سَنَةٍ؟

قَالَ أَبُو يُوسُفَ: هَذَا مُدَبِّرٌ مُقَيَّدٌ، وَلَهُ أَنْ يَبِيعَهُ. وَقَالَ الْحَسَنُ: هُوَ مُدَبِّرٌ لَا يَجُوزُ
بَيْعُهُ لِأَنَّهُ عَلِمَ أَنَّهُ لَا يَعِيشُ إِلَى تِلْكَ الْمُدَّةِ فَصَارَ كَأَنَّهُ قَالَ إِنْ مِتَّ فَأَنْتَ حُرٌّ، ثُمَّ لَوْ
مَاتَ قَبْلَ السَّنَةِ فِي الْأَوَّلِ أَوْ قَبْلَ عَشْرِ سِنِينَ فِي الثَّانِي عَتَقَ، وَلَوْ مَاتَ بَعْدَهُمَا لَمْ يُعْتَقَ
لِأَنَّهُ لَمْ يُوْجَدْ الشَّرْطُ فِي الْمُدَبِّرِ الْمُقَيَّدِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

باب الاستيلاء

(وَإِذَا وَلَدَتِ الْأُمُّ مِنْ مَوْلَاهَا فَقَدْ صَارَتْ أُمٌّ وَلَدٍ لَهُ لَا يَجُوزُ بَيْعُهَا وَلَا تَمْلِكُهَا)
لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «اعْتَقَهَا وَلَدَهَا»^(١) أَخْبَرَ عَنْ إِعْتَاقِهَا فَيَثْبُتُ بَعْضُ مُوَاجِبِهِ
وَهُوَ حُرْمَةُ الْبَيْعِ، وَلِأَنَّ الْجُرْيِيَّةَ قَدْ حَصَلَتْ بَيْنَ الْوَاطِئِ وَالْمَوْطُوءَةِ بِوَاسِطَةِ الْوَلَدِ فَإِنْ
الْمَاءَيْنِ قَدْ اخْتَلَطَا بِحَيْثُ لَا يُمْكِنُ الْمَيَزُ بَيْنَهُمَا عَلَى مَا عُرِفَ فِي حُرْمَةِ الْمَصَاهِرَةِ، إِلَّا أَنَّ
بَعْدَ الْانْفِصَالِ تَبَقَّى الْجُرْيِيَّةُ حُكْمًا لَا حَقِيقَةً فَضَعُفَ السَّبَبُ فَأَوْجَبَ حُكْمًا مُؤَجَّلًا إِلَى مَا
بَعْدَ الْمَوْتِ، وَبَقَاءُ الْجُرْيِيَّةِ حُكْمًا بِإِعْتِبَارِ النَّسَبِ وَهُوَ مِنْ جَانِبِ الرِّجَالِ.

فَكَذَا الْحُرِّيَّةُ تَثْبُتُ فِي حَقِّهِمْ لَا فِي حَقِّهِنَّ، حَتَّى إِذَا مَلَكَتِ الْحُرَّةُ زَوْجَهَا وَهَدَّ
وَلَدَتْ مِنْهُ لَمْ يُعْتَقِ الزَّوْجُ الَّذِي مَلَكَتُهُ بِمَوْتِهَا، وَيَثْبُوتُ عَتَقُ مُؤَجَّلٍ يَثْبُتُ حَقُّ الْحُرِّيَّةِ فِي

(١) أخرجه ابن ماجه (٢٥١٦)، وانظر نصب الراية (٤٣٥/٣).

الْحَالُ فَيُمنَعُ جَوَارُ الْبَيْعِ وَإِخْرَاجُهَا لَا إِلَى الْحُرِّيَّةِ فِي الْحَالِ وَيُوجِبُ عِتْقُهَا بَعْدَ مَوْتِهِ، وَكَذَا إِذَا كَانَ بَعْضُهَا مَمْلُوكًا لَهُ؛ لِأَنَّ الْاِسْتِيلَادَ لَا يَتَجَرَّأُ فَإِنَّهُ فَرَعُ النَّسَبِ فَيُعْتَبَرُ بِأَصْلِهِ.

الشرح:

(بَابُ الْاِسْتِيلَادِ): لَمَّا فَرَعَ مِنْ بَيَانِ التَّدْبِيرِ شَرَعَ فِي بَيَانِ الْاِسْتِيلَادِ عَقِبَهُ لِمُنَاسَبَةِ بَيْنَهُمَا مِنْ حَيْثُ إِنَّ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا حَقَّ الْحُرِّيَّةِ لَا حَقِيقَتَهَا. وَالْاِسْتِيلَادُ: طَلَبُ الْوَلَدِ، فَأَمَّ الْوَلَدُ مِنَ الْأَسْمَاءِ الْعَالِيَةِ كَالصَّغِيرَةِ فِي الصِّفَاتِ الْعَالِيَةِ (إِذَا وَلَدَتْ الْأُمُّ مِنْ مَوْلَاهَا فَقَدْ صَارَتْ أُمًّا وَلَدَ لَهُ لَا يَجُوزُ بَيْعُهَا) وَلَا هَبْتُهَا (وَلَا تَمْلِكُهَا لِقَوْلِهِ ﷺ «لَمَّا وَلَدَتْ مَارِيَةَ إِبْرَاهِيمَ مِنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَقِيلَ لَهُ أَلَا تُعْتِقُهَا أَعْتَقَهَا وَلَدَهَا» أَخْبَرَ عَنْ إِعْتَاقِهَا فَيُثْبِتُ بَعْضُ مُوجِبِهِ وَهُوَ حُرْمَةُ الْبَيْعِ) لِأَنَّ الْحَدِيثَ وَإِنْ دَلَّ عَلَى تَنْجِيزِ الْحُرِّيَّةِ لَكِنْ عَارِضُهُ مَا رُوِيَ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ «أَيُّمَا رَجُلٍ وَلَدَتْ أُمُّهُ مِنْهُ فَهِيَ مُعْتَقَةٌ عَنْ ذُبْرِ مِنْهُ» فَعَلَمْنَا بِهِمَا جَمِيعًا وَمَنَعْنَا الْبَيْعَ بِالْحَدِيثِ الْأَوَّلِ وَالتَّنْجِيزَ بِالْحَدِيثِ الثَّانِي. وَلَا يُقَالُ مُحَلِّيَةُ الْبَيْعِ مَعْلُومَةٌ فِيهَا يَتَقَيَّنُ فَلَا تَرْتَفِعُ إِلَّا بِتَقَيَّنٍ مِثْلِهِ وَخَبَرُ الْوَاحِدِ لَا يُوجِبُهُ. لِأَنَّا نَقُولُ: الْأَحَادِيثُ الدَّالَّةُ عَلَى عِتْقِهَا مِنَ الْمَشَاهِيرِ، وَقَدْ انْضَمَّ إِلَيْهَا الْإِجْمَاعُ الْلاحِقُ فَرَفَعْنَاهَا. وَلِأَنَّ الْجُزْئِيَّةَ قَدْ حَصَلَتْ بَيْنَ الْوَاطِئِ وَالْمَوْطُوءَةِ بِوَاسِطَةِ الْوَلَدِ فَإِنَّ الْمَاءَيْنِ قَدْ اخْتَلَطَا بِحَيْثُ لَا يُمَكِّنُ التَّمْيِيزُ بَيْنَهُمَا عَلَى مَا عُرِفَ فِي حُرْمَةِ الْمَصَاهِرَةِ وَهِيَ تَمْنَعُ بَيْعَهَا وَهَبَتَهَا لِأَنَّ بَيْعَ جُزْءِ الْحُرِّ وَهَبَتَهُ حَرَامٌ.

فَإِنْ قِيلَ: لَوْ كَانَتْ هَذِهِ الْجُزْئِيَّةُ مُعْتَبَرَةً لَتَنَجَّزَ الْعِتْقُ لِأَنَّ الْجُزْئِيَّةَ تُوجِبُهُ وَلَسْتُمْ بِقَائِلِينَ بِهِ. أَجَابَ بِقَوْلِهِ (إِلَّا أَنْ بَعْدَ الْاِنْفِصَالِ) يَعْنِي أَنَّ الْوَلَدَ إِذَا يَعْلَمُ بَعْدَ الْاِنْفِصَالِ، وَبَعْدَ الْاِنْفِصَالِ (تَبْقَى الْجُزْئِيَّةُ حُكْمًا لَا حَقِيقَةً فَضَعُفَ السَّبَبُ فَأَوْجَبَ حُكْمًا مُؤَجَّلًا إِلَى مَا بَعْدَ الْمَوْتِ) فَتَعَاوَدَ الْمَنْقُولُ بِالْمَعْقُولِ فِي إِثْبَاتِ الْحُكْمِ الْمُؤَجَّلِ إِلَى مَا بَعْدَ الْمَوْتِ وَهُوَ الْعِتْقُ فَيَحْرُمُ بَيْعُهَا فِي الْحَالِ لِثُبُوتِ حَقِّ الْحُرِّيَّةِ فِيهَا.

فَإِنْ قِيلَ: لَوْ كَانَتْ الْجُزْئِيَّةُ بَاقِيَةً حُكْمًا لَعَتَقَ مَنْ مَلَكَتْهُ امْرَأَتُهُ الَّتِي وَلَدَتْ مِنْهُ بَعْدَ مَوْتِهَا وَلَيْسَ كَذَلِكَ. أَجَابَ بِقَوْلِهِ (وَبَقَاءُ الْجُزْئِيَّةِ حُكْمًا) وَمَعْنَاهُ أَنَّ بَقَاءَ الْجُزْئِيَّةِ حُكْمًا عِبَارَةٌ عَنْ ثَبَاتِ النَّسَبِ، وَالْأَصْلُ فِي ثَبَاتِ النَّسَبِ هُوَ الْأَبُ لِأَنَّ الْوَلَدَ يُنْسَبُ

إِلَيْهِ وَالْأُمُّ أَيْضًا بِوَاسِطَةِ الْوَلَدِ يُقَالُ أُمُّ وَلَدِ فُلَانٍ (فَكَذَلِكَ الْحُرِّيَّةُ تُثَبِّتُ فِي حَقِّهِمْ لَا فِي حَقِّهِنَّ).

وَقَوْلُهُ (وَكَذَا إِذَا كَانَ بَعْضُهَا مَمْلُوكًا لَهُ) يَعْنِي لَوْ كَانَتْ الْجَارِيَّةُ مُشْتَرَكَةً بَيْنَ رَجُلَيْنِ فَاسْتَوْلَدَهَا أَحَدُهُمَا كَانَتْ أُمُّ وَلَدٍ لَهُ لِأَنَّ الْاِسْتِيلَادَ لَا يَتَجَرَّأُ لِأَنَّهُ فَرَعٌ مَا لَا يَتَجَرَّأُ وَهُوَ النَّسَبُ فَيَعْتَبَرُ بِأَصْلِهِ.

فَإِنْ قِيلَ: فَقَدْ ذَكَرَ فِي بَابِ الْعَبْدِ يُعْتَقُ بَعْضُهُ وَالْاِسْتِيلَادُ مُتَجَرِّئٌ عِنْدَهُ حَتَّى لَوْ اسْتَوْلَدَ نَصِيبُهُ مِنْ مُدَبَّرَةٍ يُقْتَصِرُ عَلَيْهِ إلخ فَمَا وَجْهُ التَّوْفِيقِ بَيْنَ كَلَامَيْهِ؟

أُجِيبَ بِأَنَّ مَعْنَى قَوْلِهِ لَا يَتَجَرَّأُ يَتَمَلَّكُ نَصِيبَ صَاحِبِهِ بِالضَّمَّانِ مَعَ مَلِكٍ نَصِيبِهِ فَيَكْمُلُ الْاِسْتِيلَادُ عَلَى مَا يَجِيءُ بَعْدَ هَذَا فِي هَذَا الْبَابِ لِأَنَّ نَصِيبَ صَاحِبِهِ قَابِلٌ لِلنَّقْلِ بِضَمَّانِ الْمُسْتَوْلَدِ لِأَنَّ الْاِسْتِيلَادَ وَقَعَ فِي الْقِنَّةِ وَهِيَ قَابِلَةٌ لِلانْتِقَالِ مِنْ مَلِكٍ إِلَى مَلِكٍ وَمَا ذَكَرَهُ هُنَاكَ مِنْ تَجَرُّؤِ الْاِسْتِيلَادِ فَإِنَّمَا فَرَضَ الْمَسْأَلَةَ فِي الْمُدَبَّرَةِ وَهِيَ غَيْرُ قَابِلَةٍ لِلنَّقْلِ فَكَانَ الْاِسْتِيلَادُ مُقْتَصِرًا عَلَى نَصِيبِهِ فَيَتَجَرَّأُ الْاِسْتِيلَادُ ضَرُورَةً فَكَانَ دَفْعُ التَّنَاقُضِ بِاعْتِبَارِ اخْتِلَافِ الْمَوْضُوعِ وَالْمَحَالِّ وَبِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ فِيهِ رَوَايَتَانِ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ، وَذَلِكَ لِأَنَّهُمَا جَعَلَا الْاِسْتِيلَادَ مَقِيسًا عَلَيْهِ فِي أَنَّهُ لَا يَتَجَرَّأُ فَكَانَ مُجْمَعًا عَلَيْهِ. ثُمَّ أَجَابَ عَنْهُ أَبُو حَنِيفَةَ بِأَنَّهُ مُتَجَرِّئٌ عِنْدَهُ فِي ذَلِكَ الْبَابِ، وَمِثْلُ هَذَا كَانَ لِاخْتِلَافِ الرَّوَايَتَيْنِ، كَذَا فِي النَّهَايَةِ.

قَالَ: (وَلَهُ وَطْؤُهَا وَاسْتِخْدَامُهَا وَإِجَارَتُهَا وَتَزْوِيجُهَا) لِأَنَّ الْمَلِكَ فِيهَا قَائِمٌ فَاشْبَهَتْ

الْمُدَبَّرَةَ.

الشرح:

قَالَ (وَلَهُ وَطْؤُهَا وَاسْتِخْدَامُهَا وَإِجَارَتُهَا وَتَزْوِيجُهَا) قَدْ ذَكَرْنَا أَنَّ الْاِسْتِيلَادَ يُوجِبُ حَقَّ الْحُرِّيَّةِ لَا حَقِيقَتَهَا، فَكَانَ الْمَلِكُ فِيهَا قَائِمًا كَالْمُدَبَّرَةِ فَجَازَ لَهُ أَنْ يَطَّأَهَا وَيَسْتِخْدِمَهَا وَيُؤَجِّرَهَا وَيُزَوِّجَهَا قَبْلَ أَنْ يَسْتَبْرِئَهَا. فَإِنْ قِيلَ: شَغْلُ الرَّحِمِ بِمَائِهِ مُحْتَمَلٌ وَاحْتِمَالُ ذَلِكَ يَمْنَعُ جَوَازَ النِّكَاحِ كَمَا فِي الْمُعْتَدَةِ. أُجِيبَ بِأَنَّ مَحَلِّيَّةَ جَوَازِ النِّكَاحِ كَانَتْ نَائِبَةً قَبْلَ الْوَطْءِ وَقَدْ وَقَعَ الشُّكُّ فِي زَوَالِهَا فَلَا تَرْتَفِعُ بِهِ، بِخِلَافِ النِّكَاحِ فَإِنَّ الْمُنْكَوْحَةَ خَرَجَتْ عَنْ مَحَلِّيَّةِ نِكَاحِ الْغَيْرِ فَلَا تَعُودُ إِلَيْهَا إِلَّا بَعْدَ الْفِرَاقِ حَقِيقَةً وَذَلِكَ

بَعْدَ الْعِدَّةِ.

(وَلَا يَثْبُتُ نَسَبٌ وَلَدِهَا إِلَّا أَنْ يَعْتَرِفَ بِهِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يَثْبُتُ نَسَبُهُ مِنْهُ وَإِنْ لَمْ يَدْعُ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا ثَبَّتَ النِّسْبُ بِالْعَقْدِ فَلَاَنْ يَثْبُتَ بِالْوِطْءِ وَأَنَّهُ أَكْثَرُ إِفْضَاءٍ أَوَّلَى. وَلَنَا أَنْ وَطِئَ الْأُمَّةُ يُقْصَدُ بِهِ قَضَاءُ الشَّهْوَةِ دُونَ الْوَلَدِ؛ لَوْجُودِ الْمَانِعِ عَنْهُ فَلَا بُدَّ مِنَ الدَّعْوَةِ بِمَنْزِلَةِ مَالِكِ الْيَمِينِ مِنْ غَيْرِ وَطِئٍ، بِخِلَافِ الْعَقْدِ؛ لِأَنَّ الْوَلَدَ يَتَعَيَّنُ مَقْصُودًا مِنْهُ فَلَا حَاجَةَ إِلَى الدَّعْوَةِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلَا يَثْبُتُ نَسَبٌ وَلَدِهَا) أَيُّ وَلَدِ الْأُمَّةِ رُجُوعٌ إِلَى مَا ابْتَدَأَ بِهِ أَوَّلُ الْبَابِ بِقَوْلِهِ: إِذَا وَلَدَتِ الْأُمَّةُ مِنْ مَوْلَاهَا لَمَّا أَنَّ وَلَدَ أُمِّ الْوَلَدِ يَثْبُتُ نَسَبُهُ مِنْ غَيْرِ دَعْوَةٍ عَلَى مَا يَجِيءُ فِي قَوْلِهِ فَإِنْ جَاءَتْ بَعْدَ ذَلِكَ بِوَلَدٍ يَثْبُتُ نَسَبُهُ بِغَيْرِ إِقْرَارٍ، وَحُكْمِ الْمُدْبِرَةِ كَحُكْمِ الْأُمَّةِ فِي أَنَّهُ لَا يَثْبُتُ النِّسْبُ مِنْهَا بِدُونِ دَعْوَةِ الْمَوْلَى. وَقَوْلُهُ (إِلَّا أَنْ يَعْتَرِفَ بِهِ) أَيُّ بِالْوَلَدِ وَالاعْتِرَافُ بِالْوِطْءِ غَيْرُ مُلْزِمٍ (وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يَثْبُتُ نَسَبُهُ مِنْهُ وَإِنْ لَمْ يَدْعُ لِأَنَّهُ لَمَّا ثَبَّتَ النِّسْبُ بِالْعَقْدِ) أَيُّ بِالنِّكَاحِ الَّذِي هُوَ مُفْضٍ إِلَى الْوِطْءِ (فَلَاَنْ يَثْبُتَ بِهِ وَهُوَ أَكْثَرُ إِفْضَاءٍ أَوَّلَى. وَلَنَا أَنْ وَطِئَ الْأُمَّةُ يُقْصَدُ بِهِ قَضَاءُ الشَّهْوَةِ دُونَ الْوَلَدِ لَوْجُودِ الْمَانِعِ عَنْهُ) أَيُّ عَنْ طَلَبِ الْوَلَدِ وَهُوَ سُقُوطُ التَّقْوَمِ عِنْدَهُ وَتُقْصَانُ الْقِيَمَةِ عِنْدَهُمَا أَوْ عَدَمُ نَجَابَةِ أَوْلَادِ الْإِمَاءِ عِنْدَهُمْ (فَلَا بُدَّ مِنَ الدَّعْوَةِ بِمَنْزِلَةِ الْيَمِينِ مِنْ غَيْرِ وَطِئٍ) فَإِنَّهُ لَا يَثْبُتُ النِّسْبُ فِيهِ بِغَيْرِ الدَّعْوَةِ (بِخِلَافِ الْعَقْدِ لِأَنَّ الْوَلَدَ يَتَعَيَّنُ مَقْصُودًا مِنْهُ فَلَا حَاجَةَ إِلَى الدَّعْوَةِ) لَا يُقَالُ: النِّسْبُ بِاعْتِبَارِ الْجُرْيَةِ أَوْ بِمَا وُضِعَ لَهَا وَالْقَصْدُ وَعَدَمُهُ لَا مَدْخَلَ لَهُ فِي ذَلِكَ. لِأَنَّا نَقُولُ: لَوْ كَانَ ذَلِكَ مَذَارَةً لَثَبَّتَ مِنَ الزَّانِي وَلَيْسَ كَذَلِكَ، وَإِنَّمَا النَّظَرُ إِلَى الْمَوْضُوعَاتِ الْأَصْلِيَّةِ وَالْعَقْدُ مَوْضُوعٌ لَذَلِكَ فَلَا يَحْتَاجُ إِلَى الدَّعْوَةِ وَوِطْءِ الْأُمَّةِ لَيْسَ بِمَوْضُوعٍ لَهَا فَيَحْتَاجُ إِلَيْهَا.

(فَإِنْ) جَاءَتْ بَعْدَ ذَلِكَ بِوَلَدٍ ثَبَّتَ نَسَبُهُ بِغَيْرِ إِقْرَارٍ) مَعْنَاهُ بَعْدَ اعْتِرَافٍ مِنْهُ بِالْوَلَدِ الْأَوَّلِ؛ لِأَنَّهُ بِدَعْوَى الْوَلَدِ الْأَوَّلِ تَعَيَّنَ الْوَلَدُ مَقْصُودًا مِنْهَا فَصَارَتْ فِرَاشًا كَالْمَعْقُودَةِ (إِلَّا أَنَّهُ إِذَا نَفَاهُ يَنْتَقِي بِقَوْلِهِ)؛ لِأَنَّ فِرَاشَهَا ضَعِيفٌ حَتَّى يَمْلِكَ نَقْلُهُ بِالتَّزْوِيجِ، بِخِلَافِ الْمَنْكُوحَةِ حَيْثُ لَا يَنْتَفِي الْوَلَدُ بِنَفْيِهِ إِلَّا بِاللَّعَانِ؛ لِتَأَكُّدِ الْفِرَاشِ حَتَّى لَا يَمْلِكَ إِبْطَالُهُ

بِالتَّزْوِيجِ، وَهَذَا الَّذِي ذَكَرْنَاهُ حُكْمٌ. فَأَمَّا الدِّيَانَةُ، فَإِنْ كَانَ وَطْنُهَا وَحَصْنُهَا وَلَمْ يَعَزَلْ عَنْهَا يَلْزِمُهُ أَنْ يَعْتَرِفَ بِهِ وَيَدَّعِي؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ الْوَلَدَ مِنْهُ، وَإِنْ عَزَلَ عَنْهَا أَوْ لَمْ يُحَصِّنْهَا جَازَ لَهُ أَنْ يَنْفِيهِ؛ لِأَنَّ هَذَا الظَّاهِرَ يُقَابِلُهُ ظَاهِرٌ آخَرُ، هَكَذَا رُوِيَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ، وَفِيهِ رَوَايَتَانِ أُخْرَيَانِ عَنْ أَبِي يُوسُفَ وَعَنْ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ ذَكَرْنَاهُمَا فِي كِفَايَةِ الْمُنْتَهَى.

الشرح:

فَإِنْ جَاءَتْ بَعْدَ ذَلِكَ بَوْلِدٌ يَثْبُتُ نَسَبُهُ مِنْ غَيْرِ إِقْرَارٍ إِذَا كَانَ قَدْ اعْتَرَفَ بِالْوَلَدِ الْأَوَّلِ لِأَنَّهُ يَدْعُو الْأَوَّلَ تَعَيَّنَ الْوَلَدُ مَقْصُودًا مِنْهَا فَصَارَتْ فِرَاشًا كَالْمَعْقُودَةِ إِلَّا أَنَّهُ إِذَا نَفَاهُ يَنْتَفِي بِقَوْلِهِ) مِنْ غَيْرِ لَعَانٍ إِمَّا لَمْ يَقْضِ الْقَاضِي بِهِ أَوْ لَمْ تَتَطَاوَلِ الْمُدَّةُ، فَأَمَّا بَعْدَ قَضَاءِ الْقَاضِي فَقَدْ أَلْزَمَهُ بِهِ عَلَى وَجْهِ لَا يَمْلِكُ إِبْطَالُهُ، وَكَذَلِكَ بَعْدَ التَّطَاوُلِ لِأَنَّهُ يُوجَدُ مِنْهُ دَلِيلُ الْإِقْرَارِ فِي هَذِهِ الْمُدَّةِ مِنْ قَبُولِ التَّهْنِئَةِ وَنَحْوِهِ، وَذَلِكَ كَالْتَّصْرِيحِ بِالْإِقْرَارِ، وَاخْتِلَافُهُمْ فِي مُدَّةِ التَّطَاوُلِ قَدْ سَبَقَ فِي اللَّعَانِ. وَقَوْلُهُ (لِأَنَّ فِرَاشَهَا ضَعِيفٌ) وَاضِحٌ. قَوْلُهُ (وَهَذَا الَّذِي ذَكَرْنَاهُ) أَيُّ عَدَمِ ثُبُوتِ نَسَبِ وَلَدِ الْأُمَةِ بِدُونِ الدَّعْوَةِ (حُكْمٌ) قَضَاءِ الْقَاضِي (فَأَمَّا الدِّيَانَةُ) يَعْنِي فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللَّهِ تَعَالَى، فَلَا اعْتِرَافَ بِهِ وَالدَّعْوَى إِنْ وَطِنَهَا وَحَصَّنَهَا وَلَمْ يَعَزَلْ عَنْهَا، وَالْمُرَادُ بِالتَّحْصِينِ هُوَ أَنْ يَحْفَظَهَا عَمَّا يُوجِبُ رِبَّةَ الزَّانَا. وَقَوْلُهُ (لِأَنَّ هَذَا الظَّاهِرَ) وَهُوَ أَنَّ الْوَلَدَ مِنْهُ عِنْدَ التَّحْصِينِ وَعَدَمِ الْعَزْلِ (يُقَابِلُهُ) أَيُّ يُعَارِضُهُ (ظَاهِرٌ آخَرُ) وَهُوَ الْعَزْلُ أَوْ تَرْكُ التَّحْصِينِ.

وَقَوْلُهُ (وَفِيهِ رَوَايَتَانِ أُخْرَيَانِ) فِي بَعْضِ النُّسخِ أُخْرَوَانِ وَلَيْسَ بِصَحِيحٍ. وَقَوْلُهُ (عَنْ أَبِي يُوسُفَ وَعَنْ مُحَمَّدٍ) قِيلَ فَائِدَةُ تَكَرُّرِ " عَنْ " دَفْعٌ وَهُمْ مَنْ يَتَوَهَّمُ أَنَّ الرُّوَايَتَيْنِ عَنْهُمَا بِاتِّفَاقِهِمَا فَإِنَّهُ لَيْسَ كَذَلِكَ، وَإِنَّمَا عَنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا رِوَايَةٌ تُخَالِفُ رِوَايَةَ الْآخَرِ، فَأَمَّا رِوَايَةُ أَبِي يُوسُفَ فَهِيَ أَنَّهُ إِذَا وَطِنَهَا وَلَمْ يَسْتَبْرِئْهَا بَعْدَ ذَلِكَ حَتَّى جَاءَتْ بِوَلَدٍ فَعَلَيْهِ أَنْ يَدَّعِيَهُ سَوَاءً عَزَلَ عَنْهَا أَوْ لَمْ يَعَزَلْ، حَصَّنَهَا أَوْ لَمْ يُحَصِّنْهَا تَحْسِينًا لِلظَّنِّ بِهَا وَحَمَلًا لِأَمْرِهَا عَلَى الصَّلَاحِ مَا لَمْ يَتَيَّنْ خِلَافُهُ، وَأَمَّا رِوَايَةُ مُحَمَّدٍ فَهِيَ أَنَّهُ لَا يَنْبَغِي لَهُ أَنْ يَدَّعِيَهُ إِذَا لَمْ يَعْلَمْ أَنَّهُ مِنْهُ، وَلَكِنْ يَنْبَغِي لَهُ أَنْ يُعْتَقَ الْوَلَدَ وَيَسْتَمْتَعَ بِهَا وَيُعَقِّقَهَا بَعْدَ مَوْتِهِ لِأَنَّ اسْتِلْحَاقَ نَسَبٍ لَيْسَ مِنْهُ لَا يَحِلُّ شَرْعًا فَيَحْتَاطُ مِنْ

الْجَانِبَيْنِ، وَذَلِكَ فِي أَنْ لَا يَدْعِي النَّسَبَ، وَلَكِنْ يُعْتَقُ الْوَلَدُ وَيُعْتَقُهَا بَعْدَ مَوْتِهِ لاحتِمَالِ أَنْ يَكُونَ مِنْهُ.

وَمَا ذَكَرَهُ أَبُو حَنِيفَةَ هُوَ الْأَصْلُ لِأَنَّهُ إِذَا وَطَّئَهَا وَلَمْ يَعْزَلْ وَحَصَّنَهَا فَالظَّاهِرُ أَنَّ الْوَلَدَ مِنْهُ فَيَلْزِمُهُ أَنْ يَدْعِي، وَإِنْ لَمْ يُحْصِنْ أَوْ عَزَلَ فَقَدْ وَقَعَ الاحْتِمَالُ فَلَا يَلْزِمُهُ الْاعْتِرَافُ بِالشُّكِّ.

(فَإِنْ زَوَّجَهَا فَجَاءَتْ بِوَلَدٍ فَهُوَ فِي حُكْمِ أُمِّهِ)؛ لِأَنَّ حَقَّ الْحُرِّيَّةِ يَسْرِي إِلَى الْوَلَدِ كَالْتَدْبِيرِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّ وَلَدَ الْحُرَّةِ حُرٌّ وَوَلَدَ الْقَتْنَةِ رَهْقٌ وَالنَّسَبُ يَثْبُتُ مِنَ الزَّوْجِ؛ لِأَنَّ الْفِرَاشَ لَهُ، وَإِنْ كَانَ النِّكَاحُ فَاسِدًا إِذِ الْفَاسِدُ مُلْحَقٌ بِالصَّحِيحِ فِي حَقِّ الْأَحْكَامِ، وَلَوْ ادَّعَاهُ الْمَوْلَى لَا يَثْبُتُ نَسَبُهُ مِنْهُ؛ لِأَنَّهُ ثَابِتُ النَّسَبِ مِنْ غَيْرِهِ، وَيُعْتَقُ الْوَلَدُ وَتَصِيرُ أُمُّهُ أُمَّ وَلَدٍ لَهُ لِإِقْرَارِهِ.

الشرح:

(فَإِنْ زَوَّجَهَا فَجَاءَتْ بِوَلَدٍ فَهُوَ فِي حُكْمِ أُمِّهِ) لِأَنَّ الْأَوْصَافَ الْقَارَّةَ فِي الْأُمَّهَاتِ تَسْرِي إِلَى الْأَوْلَادِ وَالنَّسَبُ يَثْبُتُ مِنَ الزَّوْجِ لِأَنَّ الْفِرَاشَ لَهُ بِالنِّكَاحِ وَإِنْ كَانَ النِّكَاحُ فَاسِدًا بَعْدَمَا اتَّصَلَ بِهِ الدُّخُولُ لِأَنَّ الْفَاسِدَ مُلْحَقٌ بِالصَّحِيحِ فِي حَقِّ الْأَحْكَامِ، وَمِنْ الْأَحْكَامِ ثُبُوتُ النَّسَبِ وَعَدَمُ جَوَازِ الْبَيْعِ وَالْوَصِيَّةِ، وَإِذَا كَانَ الْفَاسِدُ مِنْهُ مُلْحَقًا بِالصَّحِيحِ كَانَ أَقْوَى مِنْ فِرَاشِ أُمِّ الْوَلَدِ. وَقَوْلُهُ (لَوْ ادَّعَاهُ الْمَوْلَى) مَعْنَاهُ إِذَا زَوَّجَ الْمَوْلَى أُمَّتَهُ فَوَلَدَتْ فَادَّعَاهُ الْمَوْلَى لَا يَثْبُتُ النَّسَبُ مِنْهُ لِأَنَّهُ ثَابِتُ النَّسَبِ مِنْ غَيْرِهِ، وَيُعْتَقُ الْوَلَدُ وَتَصِيرُ أُمُّهُ أُمَّ وَلَدٍ لَهُ لِإِقْرَارِهِ، وَإِنَّمَا فَسَرْنَا كَلَامَهُ بِذَلِكَ لِيَسْتَقِيمَ قَوْلُهُ وَتَصِيرُ أُمُّهُ أُمَّ وَلَدٍ لَهُ لِأَنَّ أُمُومِيَّةَ أُمِّ الْوَلَدِ ثَابِتَةٌ قَبْلَ هَذِهِ الدَّعْوَةِ فَلَا يَسْتَقِيمُ حِينَئِذٍ قَوْلُهُ وَتَصِيرُ أُمُّهُ أُمَّ وَلَدٍ لَهُ، هَكَذَا نُقِلَ عَنْ فَوَائِدِ مَوْلَانَا حُمَيْدِ الدِّينِ الضَّرِيرِ.

فَإِنْ قِيلَ: يَتَّبَعِي أَنْ لَا تَصِيرَ أُمُّهُ أُمَّ وَلَدٍ لِمَوْلَاهُ لِأَنَّ أُمِّيَّةَ الْوَلَدِ مَبْنِيَّةٌ عَلَى ثُبُوتِ النَّسَبِ بِدَعْوَةِ الْوَلَدِ، فَإِذَا لَمْ يَثْبُتِ الْأَصْلُ مِنْهُ كَيْفَ يَثْبُتُ الْفَرْعُ؟ أَجِيبَ بِأَنَّ مُجَرَّدَ الْإِقْرَارِ بِالْاِسْتِيلَادِ كَافٍ لثُبُوتِهِ، وَإِنْ كَانَ ذَلِكَ الْإِقْرَارُ فِي ضِمْنِ شَيْءٍ لَمْ يَثْبُتْ ذَلِكَ الشَّيْءُ مُصَادَفَةً لِقَرَارِ الْمَوْلَى فِي مَحَلِّهِ وَهُوَ الْمِلْكُ، وَهَذَا لاحتِمَالِ أَنْ يَكُونَ الْوَلَدُ ثَابِتَ النَّسَبِ مِنَ الْمَوْلَى بِعُلُوقِ سَبَقِ النِّكَاحِ أَوْ بِشُبُهَةِ بَعْدِ النِّكَاحِ، إِلَّا أَنْ هَذَا لاحتِمَالٌ غَيْرُ

مُعْتَبَرٌ فِي حَقِّ النَّسَبِ لثُبُوتِ النَّسَبِ مِنَ الزَّوْجِ وَاسْتِعْنَائِهِ عَنِ النَّسَبِ فَبَقِيَ مُعْتَبَرًا فِي حَقِّ الْأُمِّ لاحتِاجِهَا إِلَى أَنْ تُصِيرَ أُمٌّ وَلَدٍ.

(وَإِذَا مَاتَ الْمَوْلَى عَقَّتْ مِنْ جَمِيعِ الْمَالِ) لحديث سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَمَرَ بِعِتْقِ أُمَّهَاتِ الْأَوْلَادِ وَأَنْ لَا يُبْعَنَ فِي دَيْنٍ وَلَا يُجْعَلَنَّ مِنَ الثَّلَاثِ»^(١). وَلِأَنَّ الْحَاجَةَ إِلَى الْوَلَدِ أَصْلِيَّةٌ فَتَقَدَّمُ عَلَى حَقِّ الْوَرَثَةِ وَالْدِّينِ كَالْتَكْفِينِ، بِخِلَافِ التَّدْبِيرِ؛ لِأَنَّهُ وَصِيَّةٌ بِمَا هُوَ مِنْ زَوَائِدِ الْحَوَائِجِ.

الشرح:

قَالَ (وَإِذَا مَاتَ الْمَوْلَى عَقَّتْ مِنْ جَمِيعِ الْمَالِ) سَوَاءً كَانَ زَوْجُهَا أَوْ لَا لَمَّا رَوَاهُ مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ مِنْ حَدِيثِ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَمَرَ بِعِتْقِ أُمَّهَاتِ الْأَوْلَادِ وَأَنْ لَا يُبْعَنَ فِي دَيْنٍ وَلَا يُجْعَلَنَّ مِنَ الثَّلَاثِ» وَمَعْنَى قَوْلِهِ أَمَرَ حَكَمَ لَا الْأَمْرُ الْمُصْطَلَحُ فَإِنَّهُمْ يُعْتَقْنَ بَعْدَ الْمَوْتِ كَمَا تَقَدَّمَ وَإِنَّمَا نَكَرَ الدِّينَ نَفِيًّا لِلسَّعَايَةِ لِلْغُرَمَاءِ وَالْوَرَثَةِ وَلَا يُجْعَلُ مِنَ الثَّلَاثِ تَأْكِيدٌ لِأَنَّهُ فُهِمَ ذَلِكَ مِنْ قَوْلِهِ وَأَنْ لَا يُبْعَنَ فِي دَيْنٍ، وَلِأَنَّ الْحَاجَةَ إِلَى الْوَلَدِ أَصْلِيَّةٌ لِأَنَّ الْإِنْسَانَ يَحْتَاجُ إِلَى إِنْقَاءِ نَسْلِهِ كَمَا أَنَّهُ يَحْتَاجُ إِلَى إِنْقَاءِ نَفْسِهِ، وَكُلُّ مَا كَانَ مِنَ الْحَوَائِجِ الْأَصْلِيَّةِ يُقَدَّمُ عَلَى حَقِّ الْوَرَثَةِ وَالْغُرَمَاءِ كَالْتَجْهِيزِ وَالتَّكْفِينِ (بِخِلَافِ التَّدْبِيرِ لِأَنَّهُ وَصِيَّةٌ بِمَا هُوَ مِنْ زَوَائِدِ الْحَوَائِجِ).

(وَلَا سَعَايَةً عَلَيْهَا فِي دَيْنِ الْمَوْلَى لِلْغُرَمَاءِ) لَمَّا رَوَيْنَا، وَلِأَنَّهُ لَا يَسْتَبِ بِمَالٍ مُتَقَوِّمٍ حَتَّى لَا تُضْمَنَ بِالْغَضَبِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ فَلَا يَتَعَلَّقُ بِهَا حَقُّ الْغُرَمَاءِ كَالْقِصَاصِ، بِخِلَافِ الْمُدَبِّرِ؛ لِأَنَّهُ مَا لَا مُتَقَوِّمَ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلَا سَعَايَةً عَلَيْهَا) أَيُّ عَلَى أُمِّ الْوَلَدِ (فِي دَيْنِ الْمَوْلَى لِلْغُرَمَاءِ لَمَّا بَيَّنَّا) أَنَّ الْحَاجَةَ إِلَى الْوَلَدِ أَصْلِيَّةٌ إِنْجُ، وَفِي بَعْضِ النُّسخِ لَمَّا رَوَيْنَا يَعْنِي مِنْ حَدِيثِ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ. وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ لَمَّا قَالَ "وَلَا يُبْعَنُ" ذَلَّ عَلَى انْتِفَاءِ الْمَالِيَّةِ، وَإِذَا عُدِمَتْ مَالِيَّتُهَا لَمْ يَبْقَ عَلَيْهَا سَعَايَةٌ. وَقَوْلُهُ (وَلَا لَهَا) يَعْنِي أُمُّ الْوَلَدِ (لَيْسَتْ بِمَالٍ مُتَقَوِّمٍ) حَتَّى لَوْ غَضِبَهَا رَجُلٌ وَمَاتَتْ عِنْدَهُ لَا يَضْمَنُهَا الْعَاصِبُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ لِأَنَّ مَالِيَّتَهَا غَيْرُ مُتَقَوِّمَةٍ عِنْدَهُ

(١) قَالَ الزَّيْلَعِيُّ فِي نَصَبِ الرَّايَةِ (٤٣٨/٣): غَرِيبٌ.

وَقَدْ تَقَدَّمَ (فَلَا يَتَعَلَّقُ بِهَا حَقُّ الْغُرْمَاءِ كَالْقِصَاصِ) فَإِنَّ مَنْ لَهُ الْقِصَاصُ إِذَا مَاتَ وَهُوَ مَدْيُونٌ لَيْسَ لِأَرْبَابِ الدُّيُونِ أَنْ يَأْخُذُوا مِنْ عَلَيْهِ الْقِصَاصَ بِدَيْنِهِمْ وَيَسْتَوْفُوا مِنْهُ دُيُونَهُمْ بِمُقَابَلَةِ مَا وَجَبَ عَلَيْهِ الْقِصَاصُ مِنْ مَدْيُونِهِمْ لِأَنَّ الْقِصَاصَ لَيْسَ بِمَالٍ مُتَقَوِّمٍ حَتَّى يَأْخُذُوا مِنْهُ بِمُقَابَلَتِهِ شَيْئًا مُتَقَوِّمًا، وَكَذَا إِذَا قُتِلَ الْمَدْيُونُ شَخْصًا لَا يَقْدِرُ الْغُرْمَاءُ عَلَى مَنَعِ وَلِيِّ الْقِصَاصِ مِنْ اسْتِيفَاءِ الْقِصَاصِ، وَكَذَا إِذَا قُتِلَ رَجُلٌ مَدْيُونًا وَالْمَدْيُونُ قَدْ عَفَا لَا يَقْدِرُ الْغُرْمَاءُ عَلَى مَنَعِ الْمَدْيُونِ عَنِ الْعَفْوِ.

(وَإِذَا أَسْلَمَتْ أُمُّ وَلَدِ النَّصْرَانِيِّ فَعَلَيْهَا أَنْ تَسْعَى فِي قِيمَتِهَا) وَهِيَ بِمَنْزِلَةِ الْمَكَاتِبِ لَا تُعْتَقُ حَتَّى تُؤَدِّي السَّعَايَةَ. وَقَالَ زُهْرٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: تُعْتَقُ فِي الْحَالِ وَالسَّعَايَةُ دَيْنٌ عَلَيْهَا، وَهَذَا الْخِلَافُ فِيمَا إِذَا عُرِضَ عَلَى الْمَوْلَى الْإِسْلَامُ فَأَبَى، فَإِنْ أَسْلَمَ تَبَقَّى عَلَى حَالِهَا. لَهُ أَنْ إِزَالَتِ الدُّلَّ عَنْهَا بَعْدَمَا أَسْلَمَتْ وَاجِبَةٌ وَذَلِكَ بِالْبَيْعِ أَوْ الْإِعْتَاقِ وَقَدْ تَعَذَّرَ الْبَيْعُ فَتَعَيَّنَ الْإِعْتَاقُ. وَلَنَا أَنَّ النُّظَرَ مِنَ الْجَانِبَيْنِ فِي جَعْلِهَا مَكَاتِبَةً؛ لِأَنَّهُ يَنْدَفِعُ الدُّلُّ عَنْهَا بِصِيرُورَتِهَا حُرَّةً يَدًا وَالضَّرَرُ عَنِ الدِّمِيِّ لَانْبِعَاثِهَا عَلَى الْكَسْبِ نَيْلًا لَشَرَفِ الْحُرِّيَّةِ فَيَصِلُ الدِّمِيُّ إِلَى بَدَلٍ مِلْكِهِ، أَمَّا لَوْ أُعْتِقَتْ وَهِيَ مُفْلِسَةٌ تَتَوَانَى فِي الْكَسْبِ وَمَالِيَّةٌ أُمُّ الْوَلَدِ يَعْتَقِدُهَا الدِّمِيُّ مُتَقَوِّمَةً فَيُتْرَكُ وَمَا يَعْتَقِدُهُ، وَلَئِنْهَا إِنْ لَمْ تَكُنْ مُتَقَوِّمَةً فَهِيَ مُحْتَرَمَةٌ، وَهَذَا يَكْفِي لَوْجُوبِ الضَّمَانِ كَمَا فِي الْقِصَاصِ الْمَشْتَرَكِ إِذَا عَفَا أَحَدُ الْأَوْلِيَاءِ يَجِبُ الْمَالُ لِلْبَاقِينَ.

الشرح:

(وَإِذَا أَسْلَمَتْ أُمُّ وَلَدِ النَّصْرَانِيِّ فَعَلَيْهَا أَنْ تَسْعَى فِي قِيمَتِهَا) وَهِيَ ثُلُثُ قِيمَتِهَا فَتَّةٌ عَلَى مَا تَقَدَّمَ وَكَلَامُهُ وَاضِحٌ. وَاسْتَشْكَلَ الْقَوْلَ بِالسَّعَايَةِ عَلَيْهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ مَعَ أَنَّ مَالِيَّةً أُمُّ الْوَلَدِ غَيْرُ مُتَقَوِّمَةٍ عِنْدَهُ، فَإِنَّ الْقَوْلَ بِالسَّعَايَةِ قَوْلٌ بِالتَّقَوُّمِ إِذِ السَّعَايَةُ بَدَلُ مَا ذَهَبَ مِنْ مَالِئِهَا. قَوْلُهُ (وَمَالِيَّةٌ أُمُّ الْوَلَدِ يَعْتَقِدُهَا الدِّمِيُّ مُتَقَوِّمَةً فَيُتْرَكُ وَمَا يَعْتَقِدُهُ) جَوَابٌ عَنْ هَذَا الْإِشْكَالِ. وَقَوْلُهُ (وَلَئِنْهَا) يَعْنِي مَالِيَّةٌ أُمُّ الْوَلَدِ (إِنْ لَمْ تَكُنْ مُتَقَوِّمَةً فَهِيَ مُحْتَرَمَةٌ وَهَذَا) أَيُّ كَوْنِهَا مُحْتَرَمَةٌ (يَكْفِي لَوْجُوبِ الضَّمَانِ) جَوَابٌ آخَرُ لَذَلِكَ الْإِشْكَالِ.

وَاعْتَرِضَ عَلَيْهِ بِأَنَّ الْأَحْتِرَامَ لَوْ كَانَ كَافِيًا لَوْجُوبِ الضَّمَانِ لَوْجَبَ عَلَى غَاصِبِ أُمِّ الْوَلَدِ.

وَأَجِيبَ بِأَنْ مَبْنَى الضَّمَانِ فِي الْعَصَبِ عَلَى الْمَمَائِلَةِ، وَلَا مُمَائِلَةَ بَيْنَ مَالِيَّتِهَا لِاتِّفَاءِ تَقْوَمِهَا وَبَيْنَ مَا يَضْمَنُ بِهِ مِنَ الْمَالِ الْمُتَقَوِّمِ، وَهَذَا عَلَى طَرِيقَةِ تَخْصِصِ الْعِلَلِ وَقَدْ تَقَدَّمَ الْكَلَامُ فِي مِثْلِهِ. وَقَوْلُهُ (كَمَا فِي الْقِصَاصِ الْمَشْتَرَكِ) يَعْني إِذَا كَانَ الْقِصَاصُ مُشْتَرَكًا بَيْنَ جَمَاعَةٍ وَعَفَا أَحَدُهُمْ يَجِبُ الْمَالُ لِلْبَاقِينَ، وَإِنْ لَمْ يَكُنِ الْقِصَاصُ مَالًا مُتَقَوِّمًا لَكِنَّهُ حَقٌّ مُحْتَرَمٌ فَجَازَ أَنْ يَكُونَ مُوجِبًا لِلضَّمَانِ لِاحْتِيَاسِ نَصِيبِ الْآخَرِينَ عِنْدَهُ بِعَفْوِ أَحَدِهِمْ.

(وَلَوْ مَاتَ مَوْلَاهَا عَتَقَتْ بِهَا سِعَايَةَ)؛ لِأَنَّهَا أُمُّ وَلَدٍ لَهُ، وَلَوْ عَجَزَتْ فِي حَيَاتِهِ لَا تُرَدُّ قِتَّةٌ؛ لِأَنَّهَا لَوْ رُدَّتْ قِتَّةٌ أُعِيدَتْ مَكَاتِبَةٌ لِقِيَامِ الْمَوْجِبِ.

الشرح:

(وَلَوْ مَاتَ مَوْلَاهَا) وَهُوَ النَّصْرَانِيُّ (عَتَقَتْ بِهَا سِعَايَةَ لِأَنَّهَا أُمُّ وَلَدٍ وَلَوْ عَجَزَتْ فِي حَيَاتِهِ لَا تُرَدُّ قِتَّةٌ، لِأَنَّهَا لَوْ رُدَّتْ قِتَّةٌ أُعِيدَتْ مَكَاتِبَةٌ لِقِيَامِ الْمَوْجِبِ) وَهُوَ إِسْلَامُهَا مَعَ كُفْرِ مَوْلَاهَا.

(وَمَنْ اسْتَوْلَدَ أَمَةً غَيْرَهُ بِنِكَاحٍ ثُمَّ مَلَكَهَا صَارَتْ أُمُّ وَلَدٍ لَهُ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَا تَصِيرُ أُمُّ وَلَدٍ لَهُ، وَلَوْ اسْتَوْلَدَهَا بِمِلْكٍ يَمِينٍ ثُمَّ اسْتَحَقَّتْ ثُمَّ مَلَكَهَا تَصِيرُ أُمُّ وَلَدٍ لَهُ عِنْدَنَا، وَلَهُ فِيهِ قَوْلَانِ وَهُوَ وَلَدُ الْمَغْرُورِ. لَهُ أَنَّهَا عَلَقَتْ بِرَقِيقٍ فَلَا تَكُونُ أُمُّ وَلَدٍ لَهُ كَمَا إِذَا عَلَقَتْ مِنَ الزَّانَا ثُمَّ مَلَكَهَا الزَّانِي، وَهَذَا؛ لِأَنَّ أُمُومِيَّةَ الْوَلَدِ بِاعْتِبَارِ عُلُوقِ الْوَلَدِ حُرًّا؛ لِأَنَّهُ جُزْءُ الْأُمِّ فِي تِلْكَ الْحَالَةِ وَالْجُزْءُ لَا يُخَالِفُ الْكُلَّ.

وَلَنَا أَنَّ السَّبَبَ هُوَ الْجُزْئِيَّةُ عَلَى مَا ذَكَرْنَا مِنْ قَبْلُ، وَالْجُزْئِيَّةُ إِنَّمَا تَثْبُتُ بَيْنَهُمَا بِنِسْبَةِ الْوَلَدِ الْوَاحِدِ إِلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا كَمَا وَقَدْ ثَبَّتَ النَّسَبُ فَتَثْبُتُ الْجُزْئِيَّةُ بِهِذِهِ الْوَاسِطَةِ، بِخِلَافِ الزَّانَا؛ لِأَنَّهُ لَا نَسَبَ فِيهِ لِلْوَلَدِ إِلَى الزَّانِي، وَإِنَّمَا يُعْتَقُ عَلَى الزَّانِي إِذَا مَلَكَ؛ لِأَنَّهُ جُزْءُ حَقِيقَةٍ بِغَيْرِ وَاسِطَةٍ. نَظِيرُهُ مَنْ اشْتَرَى أَخَاهُ مِنَ الزَّانَا لَا يُعْتَقُ؛ لِأَنَّهُ يُنْسَبُ إِلَيْهِ بِوَاسِطَةِ نِسْبَتِهِ إِلَى الْوَالِدِ وَهِيَ غَيْرُ ثَابِتَةٍ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَلَوْ اسْتَوْلَدَهَا) صُورَةُ الْمَسْأَلَةِ ظَاهِرَةٌ. وَتَقْرِيرُ وَجْهِ الشَّافِعِيِّ هَذِهِ عَلَقَتْ بِرَقِيقٍ وَهُوَ ظَاهِرٌ: وَمَنْ عَلَقَتْ بِرَقِيقٍ لَا تَصِيرُ أُمُّ وَلَدٍ لَمَنْ عَلَقَتْ مِنْهُ، لِأَنَّ أُمُومِيَّةَ الْوَلَدِ

باعتبار علوق الولد حراً لأنه جزء الأم في تلك الحالة: أي في حالة العلوق والجزء لا يخالف الكل. وفي صورة النزاع ليس كذلك لأن الأم رقيقة لمولاهما في تلك الحالة: أي في حالة العلوق، فلو انعلق الولد حراً كان الجزء مخالفاً للكل.

وقوله (كما إذا علق من الزنا ثم ملكها الزاني) أي لا تكون أم ولد لكون العلوق ليس من مولاهما، قيل في كلامه نسامح لأن قوله هذا يدل على أن علة الاستيلاء كون العلوق من مولاهما ولهذا لا يثبت إذا علق من الزنا. وقوله (وهذا لأن أُمومية الولد باعتبار علوق الولد حراً) يدل على أن هذا هو العلة وهو المشهور عنه وذلك مغاير للأول، وهذا فاسد لأن العلة هو علوق الولد حراً عندئذ ليس إلا، وفي صورة الزنا إنما لم يثبت أُمومية الولد لأن الولد انعلق رقيقاً لأن المزني في تلك الحالة ملك مولاهما (ولنا أن سبب الاستيلاء هو الجزئية الحاصلة بين الوالدين على ما ذكرنا من قبل) أول الباب حيث قال ولأن الجزئية قد حصلت بين الواطي والموطوءة، والجزئية إنما تثبت بينهما بنسبة الولد إلى كل منهما كملاً، وقد ثبت النسب بالنكاح فثبت الجزئية بهذه الواسطة، وإذا ثبتت الجزئية ثبتت أُمومية الولد. وقوله (بخلاف الزنا) جواب عن قوله كما إذا علق بالزنا لأنه لا نسب فيه: أي في الزنا (للولد إلى الزاني) فلا تثبت الجزئية المعتبرة في الباب وهو الجزئية الحكمية فلا تثبت أُمومية الولد. فإن قيل: لما لم يثبت النسب من الزاني فعلم يعتق عليه الولد من الزنا إذا ملكه؟ أجاب بقوله (وإنما يعتق على الزاني إذا ملكه لأنه جزؤه حقيقة بغير واسطة)، بخلاف أُمومية الولد فإنها تثبت بواسطة نسبة الولد والنسبة عن الزاني منقطعة فكان أُمومية الولد من الزنا (نظير من اشترى أخاه من الزنا لا يعتق عليه لأنه) أي الأخ (ينسب إليه بواسطة نسبه إلى الوالد وهي غير ثابتة) والمراد بالأخ الأخ لأب، وأما الأخ لأم فإنه يعتق عليه إذا ملكه وإن كان من الزنا لأن النسبة بينهما ثابتة.

(وإذا وطئ جارية ابنه فجاءت بولد فادعاه ثبت نسبه منه وصارت أم ولد له وعليه قيمتها وليس عليه عقرها ولا قيمة ولدها) وقد ذكرنا المسألة بدلائلها في كتاب النكاح من هذا الكتاب، وإنما لا يضمن قيمة الولد؛ لأنه انعلق حر الأصل لاستناد الملك إلى ما قبل الاستيلاء.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِذَا وَطِىَ جَارِيَةَ ابْنِهِ) ظَاهِرٌ.

(وَأَنَّ وَطِىَ أَبُو الْأَبِ مَعَ بَقَاءِ الْأَبِ لَمْ يَثْبُتِ النَّسَبُ)؛ لِأَنَّهُ لَا وِلَايَةَ لِلْجَدِّ حَالِ قِيَامِ الْأَبِ (وَلَوْ كَانَ الْأَبُ مَيِّتًا ثَبَتَ مِنَ الْجَدِّ كَمَا يَثْبُتُ مِنَ الْأَبِ)؛ لظُهُورِ وِلَايَتِهِ عِنْدَ فَقْدِ الْأَبِ، وَكَفَرُ الْأَبِ وَرَفُّهُ بِمَنْزِلَةِ مَوْتِهِ؛ لِأَنَّهُ قَاطِعٌ لِلْوِلَايَةِ

(وَإِذَا كَانَتْ الْجَارِيَةُ بَيْنَ شَرِيكَيْنِ فَجَاءَتْ بِوَلَدٍ فَادَّعَاهُ أَحَدُهُمَا ثَبَتَ نَسَبُهُ مِنْهُ)؛ لِأَنَّهُ لَمَّا ثَبَتَ النَّسَبُ فِي نِصْفِهِ لِمُصَادَفَتِهِ مِلْكَهُ ثَبَتَ فِي الْبَاقِي ضَرُورَةً أَنَّهُ لَا يَتَجَزَأُ؛ لَمَّا أَنَّ سَبَبَهُ لَا يَتَجَزَأُ وَهُوَ الْعُلُوقُ إِذَا الْوَلَدُ الْوَاحِدُ لَا يَتَعَلَّقُ مِنْ مَاءَيْنِ. (وَصَارَتْ أُمُّ وَلَدٍ لَهُ)؛ لِأَنَّ الْاِسْتِيلَادَ لَا يَتَجَزَأُ عِنْدَهُمَا (وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ يَصِيرُ نَصِيبُهُ أُمُّ وَلَدٍ لَهُ ثُمَّ يَتَمَلَّكُ نَصِيبَ صَاحِبِهِ إِذَا هُوَ قَابِلٌ لِلْمَلِكِ وَيُضْمَنُ نِصْفَ قِيَمَتِهَا)؛ لِأَنَّهُ تَمَلَّكَ نَصِيبَ صَاحِبِهِ لَمَّا اسْتَكْمَلَ الْاِسْتِيلَادَ وَيُضْمَنُ نِصْفَ عَقْرِهَا؛ لِأَنَّهُ وَطِىَ جَارِيَةً مُشْتَرَكَةً، إِذَا الْمَلِكُ يَثْبُتُ حُكْمًا لِلْاِسْتِيلَادِ فَيَتَعَقَّبُهُ الْمَلِكُ فِي نَصِيبِ صَاحِبِهِ بِخِلَافِ الْأَبِ إِذَا اسْتَوْلَدَ جَارِيَةً ابْنَهُ؛ لِأَنَّ الْمَلِكَ هُنَاكَ يَثْبُتُ شَرطًا لِلْاِسْتِيلَادِ فَيَتَقَدَّمُهُ فَصَارَ وَاطِنًا مِلْكُ نَفْسِهِ (وَلَا يَغْرُمُ قِيَمَتَ وَلَدِهَا)؛ لِأَنَّ النَّسَبَ يَثْبُتُ مُسْتَنِدًا إِلَى وَهْتِ الْعُلُوقِ فَلَمْ يَتَعَلَّقْ شَيْءٌ مِنْهُ عَلَى مِلْكِ الشَّرِيكِ

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِذَا كَانَتْ الْجَارِيَةُ بَيْنَ الشَّرِيكَيْنِ) هَذِهِ الْمَسْأَلَةُ قَدْ مَرَّ ذِكْرُهَا فِي أَوَّلِ الْبَابِ حَيْثُ قَالَ: وَكَذَا إِذَا كَانَ بَعْضُهَا مَمْلُوكًا، وَلَكِنْ كَانَ ذِكْرُهَا هُنَاكَ مِنْ حَيْثُ إِنَّ الْاِسْتِيلَادَ يُخْرِجُ الْأُمَّةَ إِلَى حَقِّ الْحُرِّيَةِ قَبْلَ الْمَوْتِ وَإِلَى حَقِيقَتِهَا بَعْدَهُ، وَذِكْرُهَا هُنَا بِاعْتِبَارِ ثُبُوتِ النَّسَبِ وَيَبَانُ مَا أُريدَ بَعْدَ تَجَزِّيِ الْاِسْتِيلَادِ الْمَذْكُورِ هُنَاكَ وَتَمَلُّكِ نَصِيبِ صَاحِبِهِ وَضَمَانِ نِصْفِ الْعَقْرِ وَغَيْرِ ذَلِكَ مِمَّا ذَكَرَهُ فَلَا يُعَدُّ تَكَرَّرًا وَكَلَامُهُ وَاضِحٌ خِلَا مَا تُنَبِّهُ عَلَيْهِ (قَوْلُهُ فَادَّعَاهُ أَحَدُهُمَا) لَا فَرْقَ فِي ذَلِكَ بَيْنَ الصِّحَّةِ وَالْمَرَضِ. وَقَوْلُهُ (لَأَنَّهُ لَمَّا ثَبَتَ النَّسَبُ مِنْهُ فِي نِصْفِهِ إلخ) يَرِدُ عَلَيْهِ الْقَلْبُ وَهُوَ أَنْ يُقَالَ: لَمَّا لَمْ يَثْبُتِ النَّسَبُ مِنْهُ فِي نَصِيبِ الشَّرِيكِ لِمُصَادَفَتِهِ مِلْكَ غَيْرِهِ لَا يَثْبُتُ فِي الْبَاقِي ضَرُورَةً أَنَّهُ لَا يَتَجَزَأُ إِلَى آخِرِ مَا ذَكَرَ فِي الْكِتَابِ. وَيُجَابُ عَنْهُ بِتَغْلِيلِ جَانِبِ الْمُثْبِتِ لِلنَّسَبِ

اِخْتِيَاطًا، أَلَا تَرَى أَنَّهُ يَسْقُطُ الْحَدُّ عَنْهُ بِهَذَا الطَّرِيقِ وَيَجِبُ الْعُقْرُ، فَكَذَلِكَ يَثْبُتُ النَّسَبُ مِنْهُ بِالِدَّعْوَةِ.

وَقَوْلُهُ (فَيَتَعَقَّبُهُ الْمَلِكُ فِي نَصِيبِ صَاحِبِهِ) قَالَ فِي النَّهَائَةِ: هَذَا عَلَى اخْتِيَارِ بَعْضِ الْمَشَايِخِ، وَأَمَّا الْأَصَحُّ مِنَ الْمَذْهَبِ فَالْحُكْمُ مَعَ عِلَّتِهِ يَفْتَرِقَانِ لَمَّا عُرِفَ فِي أَصُولِ الْفَقْهِ. وَأَقُولُ: يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ مُرَادُهُ بِالتَّعَقُّبِ التَّعَقُّبُ الذَّاتِيُّ دُونَ الزَّمَانِيِّ، وَحِينَئِذٍ يَكُونُ وَارِدًا عَلَى الْأَصَحِّ مِنَ الْمَذْهَبِ.

وَقَوْلُهُ (بِخِلَافِ الْأَبِ إِذَا اسْتَوْلَدَ جَارِيَةً ابْنَهُ لِأَنَّ الْمَلِكَ هُنَاكَ يَثْبُتُ شَرْطًا لِلِاسْتِيلَادِ فَيَتَقَدَّمُهُ) وَهَذِهِ التَّفَرُّقَةُ بَيْنَ الشَّرِيكِ وَالْوَالِدِ مِنْ حَيْثُ إِنَّ مَلِكَ الشَّرِيكِ فِي النَّصْفِ قَائِمٌ وَقْتَ الْعُلُوقِ، وَذَلِكَ يَكْفِي فِي الْاسْتِيلَادِ فَيَجْعَلُ تَمَلُّكَ نَصِيبِ صَاحِبِهِ حُكْمًا لِلِاسْتِيلَادِ فَيَكُونُ الْوَطْءُ وَقَعًا فِي غَيْرِ مِلْكِهِ وَذَلِكَ يُوجِبُ الْحَدَّ لَكِنَّهُ سَقَطَ بِشَبْهَةِ الشَّرِيكِ فَيَجِبُ الْعُقْرُ، وَأَمَّا الْأَبُ فَلَمْ يَكُنْ لَهُ مِلْكٌ فِي الْجَارِيَةِ وَقَدْ اسْتَوْلَدَهَا فَيَجْعَلُ مِلْكَهُ فِيهَا شَرْطًا لِلِاسْتِيلَادِ فِي مِلْكِهِ حَمَلًا لِأَمْرِهِ عَلَى الصَّلَاحِ فَيَكُونُ الْوَطْءُ فِي مِلْكِهِ وَالْوَطْءُ فِيهِ لَا يُوجِبُ الْعُقْرَ.

وَالْمُرَادُ بِالْعُقْرِ مَهْرُ الْمَثَلِ فَيَكُونُ الشَّرِيكِ ضَامِنًا لِنَصْفِ مَهْرٍ مِثْلَهَا، هَكَذَا فِي مَبْسُوطِ شَمْسِ الْأَيْمَةِ السَّرْحَسِيِّ. وَفِي مَبْسُوطِ شَيْخِ الْإِسْلَامِ وَالْمُحِيطِ: الْعُقْرُ قَدْرُ مَا تُسْتَأْجَرُ هَذِهِ الْمَرْأَةُ لَوْ كَانَ الْاسْتِجَارُ لِلزَّوْنِ حَلَالًا. وَقَوْلُهُ (فَلَمْ يَنْتَلِقْ مِنْهُ شَيْءٌ عَلَى مِلْكِ الشَّرِيكِ) لِأَنَّهُ كَمَا عَلِقَ حُرُّ الْأَصْلِ لِأَنَّهُ نِصْفُهُ ائْتَلَقَ عَلَى مِلْكِهِ وَأَنَّهُ يَمْتَنِعُ ثَبُوتُ الرِّقِّ فِيهِ لَمَّا ذَكَرْنَا مِنْ تَرْجِيحِ ثَبُوتِ النَّسَبِ.

(وَإِنْ ادَّعِيَاهُ مَعًا ثَبَتَ نَسَبُهُ مِنْهُمَا) مَعْنَاهُ إِذَا حَمَلَتْ عَلَى مِلْكِهِمَا. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: يُرْجَعُ إِلَى قَوْلِ الْقَافَةِ: لِأَنَّ إِثْبَاتَ النَّسَبِ مِنْ شَخْصَيْنِ مَعَ عِلْمِنَا أَنَّ الْوَلَدَ لَا يَتَخَلَّقُ مِنْ مَاءَيْنِ مُتَعَدِّرٍ فَعَمَلْنَا بِالشَّبْهِ، وَقَدْ سُرَّ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بِقَوْلِ الْقَائِفِ فِي أُسَامَةَ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُ.

وَلَنَا كِتَابُ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُ إِلَى شُرَيْحٍ فِي هَذِهِ الْحَادِثَةِ: لِبَسَا قَلْبِسَ عَلَيْهِمَا، وَلَوْ بَيْنَا لَبَيَّنَ لَهُمَا، هُوَ ابْنُهُمَا يَرِثُهُمَا وَيَرِثَانِهِ وَهُوَ لِلْبَاقِي مِنْهُمَا، وَكَانَ ذَلِكَ بِمَحْضَرٍ مِنَ الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ أَجْمَعِينَ، وَعَنْ عَلِيٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ مِثْلُ ذَلِكَ.

وَلَأَنَّهُمَا اسْتَوِيَا فِي سَبَبِ الْاسْتِحْقَاقِ فَيَسْتَوِيَانِ فِيهِ، وَالنَّسَبُ وَإِنْ كَانَ لَا يَتَجَزَّأُ وَلَكِنْ تَتَعَلَّقُ بِهِ أَحْكَامٌ مُتَجَزِّئَةٌ، فَمَا يَقْبَلُ التَّجْزِئَةَ يَثْبُتُ فِي حَقِّهِمَا عَلَى التَّجْزِئَةِ، وَمَا لَا يَقْبَلُهَا يَثْبُتُ فِي حَقِّ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا كَمَا كَانَ لَيْسَ مَعَهُ غَيْرُهُ إِلَّا إِذَا كَانَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ أَبًا لِلْآخَرِ، أَوْ كَانَ أَحَدُهُمَا مُسْلِمًا وَالْآخَرُ ذِمِّيًّا لَوْجُودِ الْمَرْجَحِ فِي حَقِّ الْمُسْلِمِ وَهُوَ الْإِسْلَامُ وَفِي حَقِّ الْأَبِ وَهُوَ مَا لَهُ مِنَ الْحَقِّ فِي نَصِيبِ الْإِبْنِ، وَسُرُورُ النَّبِيِّ ﷺ فِيمَا رُويَ؛ لِأَنَّ الْكُفَّارَ كَانُوا يَطْعَنُونَ فِي نَسَبِ أُسَامَةَ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُ، وَكَانَ قَوْلُ الْقَائِفِ مُقْطَعًا لَطَعْنِهِمْ فُسِّرَ بِهِ (وَكَانَتْ الْأُمَّةُ أُمٌّ وَلَدٍ لَهَا)، لَصِحَّةِ دَعْوَةِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فِي نَصِيبِهِ فِي الْوَلَدِ فَيَصِيرُ نَصِيبُهُ مِنْهَا أُمٌّ وَلَدٍ لَهُ تَبَعًا لَوَالِدَيْهَا (وَعَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نِصْفُ الْعَقْرِ قِصَاصًا بِمَا لَهُ عَلَى الْآخَرِ، وَيَرِثُ الْإِبْنُ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِيرَاثَ ابْنِ كَامِلٍ)؛ لِأَنَّهُ أَقْرَبُ لَهُ بِمِيرَاثِهِ كُلِّهِ وَهُوَ حُجَّةٌ فِي حَقِّهِ (وَيَرِثَانِ مِنْهُ مِيرَاثَ أَبِي وَاحِدٍ) لَأَسْتَوِيَاهُمَا فِي النَّسَبِ كَمَا إِذَا أَقَامَا الْبَيِّنَةَ.

الشرح:

(وَإِنْ أَدْعِيَاهُ مَعًا ثَبَتَ نَسَبُهُ مِنْهُمَا) قَالَ الْمُصَنِّفُ (مَعْنَاهُ إِذَا حَمَلَتْ عَلَى مِلْكَيْهِمَا) وَإِنَّمَا قَيَّدَ بِذَلِكَ، لِأَنَّهُ إِذَا كَانَ الْحَمْلُ عَلَى مِلْكٍ أَحَدِهِمَا نِكَاحًا ثُمَّ اشْتَرَاهَا هُوَ وَآخَرُ فَهِيَ أُمٌّ وَلَدٍ لَهُ لِأَنَّ نَصِيبَهُ مِنْهَا صَارَ أُمٌّ وَلَدٍ لَهُ وَالْإِسْتِيلَادُ لَا يَتَجَزَّأُ فَيَثْبُتُ فِي نَصِيبِ شَرِيكِهِ أَيْضًا (وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يَرْجِعُ إِلَى قَوْلِ الْقَافَةِ) وَهِيَ جَمْعُ الْقَائِفِ كَالْبَاعَةِ فِي جَمْعِ الْبَائِعِ، وَهُوَ الَّذِي يَتَّبِعُ آثَارَ الْآبَاءِ فِي الْأَبْنَاءِ، مِنْ قَافٍ أَثَرُهُ: إِذَا أَتْبَعَهُ، وَالْقِيَافَةُ فِي بَنِي مُدَلِّجٍ مِنْهُمْ الْمُجَزَّزُ (لَأَنَّ إِثْبَاتَ النَّسَبِ مِنْ شَخْصَيْنِ مَعَ عِلْمِنَا أَنَّ الْوَلَدَ لَا يَتَخَلَّقُ مِنْ مَاءَيْنِ) أَيِّ مِنْ مَاءٍ فَحَلَيْنِ (مُتَعَذِّرٌ، فَعَمَلْنَا بِالشَّبْهِ وَقَدْ سُرَّ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بِقَوْلِ الْقَائِفِ فِي أُسَامَةَ) رُويَ «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ دَخَلَ عَلَى عَائِشَةَ وَأَسَارِيرُ وَجْهِهِ تَبَرَّقَ مِنْ السُّرُورِ فَقَالَ: أَمَا عَلِمْتُ أَنَّ مُجَزَّزًا الْمُدَلِّجِي مَرَّ بِأُسَامَةَ وَزَيْدٍ وَهُمَا تَحْتَ قُطَيْفَةٍ قَدْ غَطَّيَا وَجُوهَهُمَا وَأَرْجُلُهُمَا بَادِيَةٌ فَقَالَ: إِنَّ هَذِهِ الْأَقْدَامَ بَعْضُهَا مِنْ بَعْضٍ» وَلَوْ كَانَ الْحُكْمُ بِالشَّبْهِ بَاطِلًا لَمَا جَازَ إِظْهَارُ السُّرُورِ وَلَوْجَبَ عَلَيْهِ الرَّدُّ وَالْإِنْكَارُ وَلَنَا كِتَابُ عُمَرَ إِلَى شَرِيحٍ فِي هَذِهِ الْحَادِثَةِ: لَبَسَا فَلَبَسَ عَلَيْهِمَا، وَلَوْ بَيْنَا لَبَسَا لُهُمَا، هُوَ ابْنُهُمَا يَرِثَانِهِ وَيَرِثُهُمَا، وَهُوَ لِلْبَاقِي مِنْهُمَا) أَيُّ الْوَلَدِ يَكُونُ لِلْأَبِ الْبَاقِي مِنَ الْأَبْوَيْنِ اللَّذَيْنِ كَانَا إِذَا

مَاتَ أَحَدُهُمَا حَتَّى يَكُونَ كُلُّ الْمِيرَاثِ لِلأَبِ الْحَيِّ دُونَ أَنْ يَكُونَ نِصْفُهُ لَوَرَثَةِ الأَبِ الْمَيِّتِ.

وَقَوْلُهُ (وَكَانَ بِمَحْضَرٍ مِنَ الصَّحَابَةِ) يَرُومُ بِهِ إِبْرَازَهُ فِي مُبَرَّرِ الْمُجْمَعِ عَلَيْهِ. وَقَوْلُهُ (فِي سَبَبِ الاستِحْقَاقِ) يَعْنِي الْمَلِكَ، وَقِيلَ: الدَّعْوَةُ. وَقَوْلُهُ (أَحْكَامٌ مُتَجَزِّئَةٌ) يُرِيدُ بِهَا مِثْلَ التَّفَقُّعِ وَوَلَايَةِ التَّصَرُّفِ فِي مَالِهِ وَالْحِضَانَةِ وَالْمِيرَاثِ، فَمَا يَقْبَلُ التَّجْزِئَةَ كَالْمِيرَاثِ يَثْبُتُ عَلَى التَّجْزِئَةِ فِي حَقِّهِمَا، وَمَا لَا يَقْبَلُهَا كَثُبُوتِ النَّسَبِ وَوَلَايَةِ الإِنْكَاحِ يَثْبُتُ فِي حَقِّ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا كَمَلًا كَأَنْ لَيْسَ مَعَهُ غَيْرُهُ. وَقَوْلُهُ (إِلَّا إِذَا كَانَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ) اسْتِثْنَاءٌ مِنْ قَوْلِهِ وَمَا لَا يَقْبَلُهَا يَثْبُتُ فِي حَقِّ كُلِّ مِنْهُمَا كَمَلًا. وَقَوْلُهُ (وَسُرُورُ النَّبِيِّ ﷺ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ وَقَدْ سُرَّ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ.

وَاخْتَلَفُوا فِيمَا إِذَا ادَّعَى الْوَلَدُ أَكْثَرَ مِنْ اثْنَيْنِ، فَجَوَزَهُ أَبُو حَنِيفَةَ وَنَفَاهُ أَبُو يُوسُفَ، وَجَوَزَهُ مُحَمَّدٌ إِلَى الثَّلَاثَةِ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ يَثْبُتُ عَلَى خِلَافِ الْقِيَاسِ بِقَضِيَّةِ عُمَرَ فَلَا يَتَعَدَّاهُ.

وَقَالَ مُحَمَّدٌ: الثَّلَاثَةُ قَرِيبَةٌ مِنْ اثْنَيْنِ. وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: سَبَبُ الْجَوَازِ الْمَلِكُ وَالْدَّعْوَةُ وَقَدْ وَجَدَا. وَقَوْلُهُ (فَيَصِيرُ نَصِيبُهُ مِنْهَا أُمَّ وَلَدٍ لَهُ تَبَعًا لَوَلَدِهَا) يَعْنِي تَخْدُمُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَوْمًا كَمَا كَانَتْ تَفْعَلُهُ قَبْلَ هَذَا لِأَنَّهُ لَا تَأْثِيرَ لِلْإِسْتِيلَادِ فِي إِبْطَالِ مَلِكِ الْخِدْمَةِ، وَإِذَا مَاتَ أَحَدُهُمَا عَتَقَتْ وَلَا ضَمَانَ لِلشَّرِيكِ فِي تَرْكَةِ الْمَيِّتِ بِالِاتِّفَاقِ لَوْجُودِ الرِّضَا مِنْهُمَا بِعِتْقِهَا عِنْدَ الْمَوْتِ، وَلَا سَعَايَةَ عَلَيْهَا فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ، وَتَسْعَى فِي نِصْفِ قِيمَتِهَا لِلشَّرِيكِ الْحَيِّ عِنْدَهُمَا، وَلَوْ أَعْتَقَهَا أَحَدُهُمَا فِي حَالِ حَيَاتِهِ عَتَقَتْ وَلَا ضَمَانَ عَلَى الْمُعْتَقِ لِشَّرِيكِهِ وَلَا سَعَايَةَ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ، وَعِنْدَهُمَا يَضْمَنُ الْمُعْتَقُ نِصْفَ قِيمَتِهَا أُمَّ وَلَدٍ لِشَّرِيكِهِ إِنْ كَانَ مُوسِرًا، وَتَسْعَى فِي نِصْفِ قِيمَتِهَا إِنْ كَانَ مُعْسِرًا (وَعَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نِصْفُ الْعُقْرِ قِصَاصًا بِمَا لَهُ عَلَى الْآخَرِ) بِفَتْحِ اللَامِ: أَيُّ بِالَّذِي لَهُ. وَقَوْلُهُ (كَمَا إِذَا أَقَامَا الْبَيِّنَةَ) يَعْنِي إِذَا أَقَامَا الْبَيِّنَةَ عَلَى شَيْءٍ يَكُونُ ذَلِكَ الشَّيْءُ مُشْتَرَكًا بَيْنَهُمَا عَلَى السَّوَاءِ فَكَذَلِكَ هُنَا. وَإِذَا أَقَامَا الْبَيِّنَةَ عَلَى ابْنٍ مَجْهُولِ النَّسَبِ كَانَ الْحُكْمُ هَكَذَا فَكَذَا هَاهُنَا.

(وَإِذَا وَطِئَ الْمَوْلَى جَارِيَةً مُكَاتَبَةٍ فَجَاءَتْ بِوَلَدٍ فَادَّعَاهُ فَإِنْ صَدَّقَهُ الْمُكَاتَبُ ثَبَتَ نَسَبُ

الْوَلَدِ مِنْهُ) وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى أَنَّهُ لَا يُعْتَبَرُ تَصَدِيقُهُ اعْتِبَارًا بِالأَبِ يَدْعِي وَلَدَ جَارِيَةِ ابْنِهِ. وَوَجْهُ الظَّاهِرِ وَهُوَ الْفَرْقُ أَنَّ الْمَوْلَى لَا يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ فِي أَكْسَابِ مَكَاتِبِهِ حَتَّى لَا يَتَمْلِكُهُ وَالْأَبُ يَمْلِكُ تَمْلِكُهُ فَلَا مُعْتَبَرُ بِتَصَدِيقِ الابْنِ. قَالَ: (وَعَلَيْهِ عَقْرُهَا)؛ لِأَنَّهُ لَا يَتَقَدَّمُهُ الْمَلِكُ؛ لِأَنَّ مَا لَهُ مِنَ الْحَقِّ كَافٍ لِصِحَّةِ الْاِسْتِيلَادِ لَمَّا تَذَكَّرَهُ. قَالَ: (وَقِيمَةً وَلَدِهَا)؛ لِأَنَّهُ فِي مَعْنَى الْمَغْرُورِ حَيْثُ إِنَّهُ اعْتَمَدَ دَلِيلًا وَهُوَ أَنَّهُ كَسَبَ كَسْبَهُ فَلَمْ يَرْضَ بِرَقِّهِ فَيَكُونُ حُرًّا بِالْقِيمَةِ ثَابِتِ النَّسَبِ مِنْهُ (وَلَا تَصِيرُ الْجَارِيَةُ أُمَّ وَلَدٍ لَهُ)؛ لِأَنَّهُ لَا مِلْكَ لَهُ فِيهَا حَقِيقَةً كَمَا فِي وَلَدِ الْمَغْرُورِ (وَأِنْ كَذَبَهُ الْمَكَاتِبُ فِي النَّسَبِ لَمْ يَثْبُتْ)؛ لَمَّا بَيَّنَّا أَنَّهُ لَا بُدَّ مِنَ تَصَدِيقِهِ (فَلَوْ مَلَكَهُ يَوْمًا ثَبَتَ نَسَبُهُ مِنْهُ)؛ لِقِيَامِ الْمُوجِبِ وَزَوَالِ حَقِّ الْمَكَاتِبِ إِذْ هُوَ الْمَانِعُ، وَاللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

الشرح:

وَمَنْ وَطِئَ جَارِيَةَ مَكَاتِبِهِ فَجَاءَتْ بِوَلَدٍ فَادَّعَاهُ فَإِمَّا أَنْ يُصَدِّقَهُ الْمَكَاتِبُ أَوْ لَا، فَإِنْ صَدَّقَهُ ثَبَتَ النَّسَبُ وَلَا تَصِيرُ الْجَارِيَةُ أُمَّ وَلَدٍ لِلْمَوْلَى، وَإِنْ كَذَبَهُ فَلَا يَثْبُتُ النَّسَبُ أَيْضًا (وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ لَا يُعْتَبَرُ تَصَدِيقُهُ بَلْ يَثْبُتُ) نَسَبُهُ مِنْهُ بِمَجَرَّدِ دَعْوَةِ الْمَوْلَى النَّسَبَ كَمَا فِي الْأَبِ. وَالْجَامِعُ بَيْنَهُمَا أَنَّ جَارِيَةَ الْمَكَاتِبِ كَسَبُ كَسْبِ الْمَوْلَى، وَجَارِيَةَ الابْنِ كَسَبُ كَسْبِ الْأَبِ (وَوَجْهُ الظَّاهِرِ وَهُوَ الْفَرْقُ) بَيْنَ اِسْتِيلَادِ جَارِيَةِ الابْنِ حَيْثُ يَثْبُتُ فِيهِ النَّسَبُ بِغَيْرِ تَصَدِيقٍ وَجَارِيَةِ الْمَكَاتِبِ حَيْثُ يُشْتَرَطُ فِيهَا التَّصَدِيقُ أَنَّ الْمَوْلَى لَا يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ فِي أَكْسَابِ مَكَاتِبِهِ بِحَجَرِهِ عَلَى نَفْسِهِ، وَلِهَذَا لَا يَمْلِكُ كَسَبُ الْمَكَاتِبِ عِنْدَ الْحَاجَةِ وَالِدَعْوَةَ تَصَرُّفٌ فَلَا يَمْلِكُهَا الْمَوْلَى إِلَّا بِتَصَدِيقِهِ، وَالْأَبُ يَمْلِكُ تَمْلِكُ مَالِ ابْنِهِ لِأَنَّهُ لَمْ يَحْجَرْ عَلَى نَفْسِهِ فَلَا مُعْتَبَرُ بِتَصَدِيقِهِ، وَإِنَّمَا لَا تَصِيرُ الْجَارِيَةُ أُمَّ وَلَدِهِ إِذَا صَدَّقَهُ الْمَكَاتِبُ لِأَنَّ حَقَّ الْمَلِكِ ثَابِتٌ لَهُ فِي كَسْبِهِ، وَذَلِكَ كَافٍ لِإِثْبَاتِ نَسَبِ الْوَلَدِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ بِعَجْزِهِ يَنْقَلِبُ حَقِيقَةً مَلِكٌ فَلَا حَاجَةَ بِهِ إِلَى التَّمْلُكِ، وَلَيْسَ لِلْأَبِ فِي مَالِ الْوَلَدِ مِلْكٌ وَلَا حَقٌّ مَلِكٌ، وَلَا يُمَكِّنُ إِثْبَاتُ النَّسَبِ مِنْهُ إِلَّا بِاعْتِبَارِ تَمْلُكِ الْجَارِيَةِ فَيَثْبُتُ الْمَلِكُ سَابِقًا وَوَقَعَ الْوِطْءُ فِي مِلْكِهِ وَوُلِدَتْ مِنْهُ فَكَانَتْ أُمَّ وَلَدٍ لَهُ. وَقَوْلُهُ (وَعَلَيْهِ عَقْرُهَا) أَيُّ عَلَى الْمَوْلَى عَقْرُ جَارِيَةِ الْمَكَاتِبِ لِأَنَّ الْمَلِكَ لَا يَتَقَدَّمُ الْوِطْءُ لِأَنَّ مَا لَهُ مِنْ حَقِّ الْمَلِكِ كَافٍ لِصِحَّةِ الْاِسْتِيلَادِ فَكَانَ الْوِطْءُ وَاقِعًا فِي غَيْرِ الْمَلِكِ وَهُوَ يَسْتَلْزِمُ الْحَدَّ أَوْ الْعَقْرَ وَقَدْ

سَقَطَ الْأَوَّلُ بِالشُّبْهَةِ فَتَعَيَّنَ الثَّانِي.

وَقَوْلُهُ (لَمَّا تَذَكَّرُهُ) أَيُّ تَذَكَّرُ الْحَقَّ الَّذِي لِلْمَوْلَى عَلَى الْمُكَاتَّبِ فِي كِتَابِ الْمُكَاتَّبِ، قِيلَ فِي كَلَامِ الْمُصَنِّفِ نَظَرٌ لِأَنَّهُ قَالَ مَا لَهُ مِنَ الْحَقِّ كَافٍ لَصِحَّةِ الْاِسْتِيلَادِ، وَالْمَفْهُومُ مِنْهُ ثُبُوتُ اِسْتِيلَادِ جَارِيَةِ الْمُكَاتَّبِ وَالْمَنْصُوصِ فِي الْكُتُبِ عَنْ أَصْحَابِنَا أَنَّ الْاِسْتِيلَادَ لَا يَثْبُتُ وَهُوَ نَفْسُهُ يُصْرِّحُ بِهَذَا بَعْدَ خَطِّينِ يَقُولُهُ وَلَا تَصِيرُ الْجَارِيَةُ أُمَّ وَلَدٍ لَهُ: أَيُّ لِلْمَوْلَى، فَإِذَا لَمْ تَصِرْ الْجَارِيَةُ أُمَّ وَلَدٍ لَهُ فَمِنْ أَيْنَ يَصِحُّ الْاِسْتِيلَادُ. وَالْجَوَابُ أَنَّ دَلَالََةَ لَفْظِ الْاِسْتِيلَادِ عَلَى طَلَبِ نَسَبِ الْوَلَدِ أَقْوَى مِنْ دَلَالَتِهِ عَلَى كَوْنِهَا أُمَّ وَلَدٍ فَكَانَ الْمُرَادُ بِقَوْلِهِ لَصِحَّةُ الْاِسْتِيلَادِ لَصِحَّةَ نَسَبِ الْوَلَدِ بِدَلَالَةِ مَا بَعْدَهُ فَإِنَّ الْمُصَنِّفَ أَجَلُ قَدْرًا مِنْ أَنْ يَقَعَ نَيْنُ كَلَامِيهِ فِي سَطْرَيْنِ تَنَاقُضَ.

وَقَوْلُهُ (وَقِيمَةً وَلِدَهَا) مَعْطُوفٌ عَلَى قَوْلِهِ عَقْرُهَا. وَقَوْلُهُ (وَهُوَ أَنَّهُ) قِيلَ أَيُّ الْوَلَدِ: يَعْنِي أَنَّ الْوَلَدَ حَصَلَ لَهُ (مِنْ كَسْبِ كَسْبِهِ) فَإِنَّ الْمُكَاتَّبَ كَسْبُهُ، وَجَارِيَةَ الْمُكَاتَّبِ كَسْبُ كَسْبِهِ، وَفِيهِ نَوْعٌ تَكْلُفٍ، وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ أَنَّهُ: أَيُّ الْجَارِيَةِ كَسْبُ كَسْبِهِ، وَذَكَرَ الضَّمِيرَ نَظَرًا إِلَى الْخَبَرِ وَهُوَ كَسْبُ الضَّمِيرِ فِي رِقِّهِ يَعُودُ إِلَى الْوَلَدِ. قِيلَ فِي قَوْلِهِ كَمَا فِي وَلَدِ الْمَغْرُورِ نَظَرٌ، وَحَقُّ الْكَلَامِ كَمَا فِي الْمَغْرُورِ بِدُونِ ذِكْرِ الْوَلَدِ عَلَى مَعْنَى أَنَّ الْجَارِيَةَ لَا تَصِيرُ أُمَّ وَلَدٍ لِلْمَوْلَى لَعَدَمِ الْمِلْكِ فِيهَا حَقِيقَةً كَمَا أَنَّ الْجَارِيَةَ لَا تَصِيرُ أُمَّ وَلَدِ الْمَغْرُورِ لَعَدَمِ الْمِلْكِ فِيهَا.

وَالْجَوَابُ أَنَّ قَوْلَهُ كَمَا فِي وَلَدِ الْمَغْرُورِ مُتَعَلِّقٌ بِقَوْلِهِ فَيَكُونُ حُرًّا بِالْقِيمَةِ ثَابِتِ النَّسَبِ مِنْهُ وَحَيْثُ لَا بُدَّ مِنْ ذِكْرِ الْوَلَدِ وَعَلَى تَقْدِيرِ أَنْ يَكُونَ مُتَعَلِّقًا بِقَوْلِهِ وَلَا تَصِيرُ الْجَارِيَةُ أُمَّ وَلَدٍ لِأَنَّهُ لَا مِلْكَ لَهُ فِيهَا حَقِيقَةً، فَتَقْدِيرُهُ كَمَا فِي أُمَّ وَلَدِ الْمَغْرُورِ.

وَقَوْلُهُ (وَإِنْ كَذَبَهُ) مَعْطُوفٌ عَلَى قَوْلِهِ فَإِنْ صَدَّقَهُ الْمُكَاتَّبُ. وَقَوْلُهُ (وَلَوْ مَلَكَهُ) يَعْنِي وَلَدَ الْجَارِيَةِ الَّذِي ادَّعَاهُ وَكَذَبَهُ الْمُكَاتَّبُ (يَوْمًا) مِنَ الدَّهْرِ (بَتَّ نَسَبُهُ مِنْهُ لِقِيَامِ الْمَوْجِبِ) وَهُوَ الْإِقْرَارُ بِالْاِسْتِيلَادِ (وَزَوَالِ الْمَانِعِ) وَهُوَ حَقُّ الْمُكَاتَّبِ. قَالَ فِي الْمَبْسُوطِ: وَإِذَا مَلَكَ الْمَوْلَى الْجَارِيَةَ: أَيُّ فِي صُورَةِ التَّصْدِيقِ يَوْمًا مِنَ الدَّهْرِ صَارَتْ أُمَّ وَلَدٍ لَهُ لِأَنَّهُ

مَلَكَهَا وَلَهُ مِنْهَا وَلَدٌ ثَابِتُ النَّسَبِ، وَإِنْ كَذَّبَهُ الْمُكَاتَّبُ ثُمَّ مَلَكَهُ يَوْمًا ثَبَتَ نَسَبُهُ مِنْهُ لِأَنَّ
 حَقَّ الْمَلِكِ لَهُ فِي الْمَحَلِّ كَانَ مُثَبَّتًا لِلنَّسَبِ مِنْهُ عِنْدَ صِحَّةِ الدَّعْوَةِ: إِلَّا أَنْ بِمُعَارَضَةِ
 الْمُكَاتَّبِ إِيَّاهُ بِالتَّكْذِيبِ امْتَنَعَ صِحَّةُ دَعْوَتِهِ، وَقَدْ زَالَتْ هَذِهِ الْمُعَارَضَةُ حِينَ مَلَكَهُ، وَاللَّهُ
 سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ، وَإِلَيْهِ الْمَأْبُ.

كِتَابُ الْإِيمَانِ

قَالَ: (الْإِيمَانُ عَلَى ثَلَاثَةِ أَضْرُبٍ) الْيَمِينُ الْغَمُوسُ وَيَمِينٌ مُنْعَقِدَةٌ، وَيَمِينٌ لُغَوِيٌّ. فَالْغَمُوسُ هُوَ الْحَلْفُ عَلَى أَمْرِ مَاضٍ يَتَعَمَّدُ الْكَذِبَ فِيهِ، فَهَذِهِ الْيَمِينُ يَأْتُمُ فِيهَا صَاحِبُهَا) لِقَوْلِهِ ﷺ «مَنْ حَلَفَ كَاذِبًا أَدْخَلَهُ اللَّهُ النَّارَ»^(١) (وَلَا كَفَّارَةَ فِيهَا إِلَّا التَّوْبَةُ وَالِاسْتِغْفَارُ)

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى عَلَيْهِ: فِيهَا الْكَفَّارَةُ لِأَنَّهَا شُرِعَتْ لِرَفْعِ ذَنْبٍ هَتَكَ حُرْمَةَ اسْمِ اللَّهِ تَعَالَى، وَقَدْ تَحَقَّقَ بِالِاسْتِشْهَادِ بِاللَّهِ كَاذِبًا فَأَشْبَهَ الْمَعْقُودَةَ. وَلَنَا أَنَّهَا كَبِيرَةٌ مَحْضَةٌ، وَالْكَفَّارَةُ عِبَادَةٌ تَتَأَدَّى بِالصَّوْمِ، وَيُشْتَرِطُ فِيهَا النِّيَّةُ فَلَا تُنَاطُ بِهَا، بِخِلَافِ الْمَعْقُودَةِ لِأَنَّهَا مُبَاحَةٌ، وَلَوْ كَانَ فِيهَا ذَنْبٌ فَهُوَ مُتَأَخَّرٌ مُتَعَلِّقٌ بِاخْتِيَارِ مُبْتَدَأٍ، وَمَا فِي الْغَمُوسِ مُلَازِمٌ فَيَمْتَنِعُ الْإِلْحَاقُ.

الشرح:

(كِتَابُ الْإِيمَانِ): الْمُنَاسَبَاتُ الَّتِي تَقْدَمُ ذِكْرُهَا بَيْنَ الْكُتُبِ إِلَى هَاهُنَا اقْتَضَتْ التَّرْتِيبَ عَلَى مَا تَقْدَمُ، وَذَكَرَ الْإِيمَانَ عَقِيبَ الْعِتَاقِ لِمُنَاسَبَتِهَا لَهُ فِي عَدَمِ تَأْثِيرِ الْهَزْلِ وَالْإِكْرَاهِ فِيهِمَا. وَالْيَمِينُ فِي اللُّغَةِ الْقُوَّةُ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿لَا خُذْنَا مِنْهُ بِالْيَمِينِ﴾ [الْحَاقَّةُ: ٤٥] وَفِي الشَّرِيعَةِ: عَقْدٌ قَوِيٌّ بِهِ عَزْمُ الْحَافِ عَلَى الْفِعْلِ أَوْ التَّرْكِ. وَشَرْطُهَا كَوْنُ الْحَافِ مُكَلَّفًا. وَسَبَبُهَا إِرَادَةُ تَحْقِيقِ مَا قَصَدَهُ.

وَرَكْنُهَا اللَّفْظُ الَّذِي يَنْعَقِدُ بِهِ الْيَمِينُ. وَحُكْمُهُ الْبَرُّ فِيمَا يَجِبُ فِيهِ الْبَرُّ وَالْكَفَّارَةُ عِنْدَ فَوَاتِهِ، وَإِنَّمَا قِيدَ بِقَوْلِهِ فِيمَا يَجِبُ الْبَرُّ فِيهِ لِأَنَّ مِنَ الْإِيمَانِ مَا يَجِبُ فِيهِ الْحَنْثُ عَلَى مَا سَيَأْتِي (وَالْإِيمَانُ عَلَى ثَلَاثَةِ أَضْرُبٍ) لِأَنَّ الْيَمِينَ بِاللَّهِ إِمَّا أَنْ يَكُونَ فِيهَا مُؤَاخَذَةٌ أَوْ لَا؛ فَإِنْ كَانَتْ فَإِمَّا أَنْ تَكُونَ دُيُوبِيَّةً فَهِيَ الْمُنْعَقِدَةُ، أَوْ أُخْرَوِيَّةً فَهِيَ الْغَمُوسُ؛ وَإِنْ لَمْ تَكُنْ فَهِيَ اللَّغْوُ (فَالْغَمُوسُ هِيَ الْحَلْفُ عَلَى أَمْرِ مَاضٍ يَتَعَمَّدُ الْكَذِبَ فِيهِ) وَذَكَرُ الْمُضِيِّ لَيْسَ بِشَرْطٍ بَلْ هُوَ بِنَاءٌ عَلَى الْعَالِبِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ إِذَا قَالَ وَاللَّهِ إِنَّهُ لَزَيْدٌ وَهُوَ يَعْلَمُ أَنَّهُ لَيْسَ بِزَيْدٍ كَانَ غَمُوسًا (فَهَذِهِ الْيَمِينُ يَأْتُمُ فِيهَا صَاحِبُهَا لِقَوْلِهِ ﷺ «مَنْ حَلَفَ كَاذِبًا أَدْخَلَهُ اللَّهُ النَّارَ» وَلَوْ لَا الْإِثْمُ لَمَا كَانَ كَذَلِكَ، وَاسْمُهُ يَدُلُّ عَلَى مَعْنَاهُ لِأَنَّهُ مَا سُمِّيَ

(١) قَالَ الزَّيْلَعِيُّ فِي نَصَبِ الرَّايَةِ (٣/٤٤٥): غَرِيبٌ هَذَا اللَّفْظُ.

غُمُوسًا إِلَّا لِأَنَّهَا تُعْمِسُ صَاحِبَهَا فِي الْإِنِّ ثُمَّ فِي النَّارِ.

وَقَالَ شَمْسُ الْأُئِمَّةِ السَّرْحَسِيُّ: الْيَمِينُ الْغُمُوسُ لَيْسَتْ يَمِينٍ عَلَى الْحَقِيقَةِ، لِأَنَّ الْيَمِينَ عَقْدٌ مَشْرُوعٌ وَهَذِهِ كَبِيرَةٌ مَحْضَةٌ، وَالْكَبِيرَةُ ضِدُّ الْمَشْرُوعِ، وَلَكِنْ سَمَّاهُ يَمِينًا مَجَازًا لِأَنَّ ارْتِكَابَ هَذِهِ الْكَبِيرَةِ بِاسْتِعْمَالِ صُورَةِ الْيَمِينِ كَمَا سَمَّى النَّبِيُّ ﷺ بَيْعَ الْحُرِّ بَيْعًا مَجَازًا لِأَنَّ ارْتِكَابَ تِلْكَ الْكَبِيرَةِ بِاسْتِعْمَالِ صُورَةِ الْبَيْعِ وَالتَّعْرِيفُ الَّذِي ذَكَرْتَاهُ لَمْ يَتَنَاوَلْهُ (وَلَا كَفَّارَةٌ فِيهَا، لَكِنْ فِيهَا التَّوْبَةُ وَالِاسْتِغْفَارُ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: فِيهَا الْكَفَّارَةُ لِأَنَّ الْكَفَّارَةَ شَرَعَتْ لِرَفْعِ ذَنْبٍ هُنَا حُرْمَةِ اسْمِ اللَّهِ تَعَالَى وَقَدْ تَحَقَّقَ) ذَلِكَ الذَّنْبُ (بِالِاسْتِشْهَادِ بِاللَّهِ كَاذِبًا) فَلَا بُدَّ مِنْ رَفْعِهِ وَذَلِكَ بِالْكَفَّارَةِ كَمَا فِي الْمَعْقُودَةِ (وَلَنَا أَهْلًا) أَيِ الْيَمِينِ الْغُمُوسَ (كَبِيرَةٌ مَحْضَةٌ) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ "خَمْسٌ مِنَ الْكَبَائِرِ لَا كَفَّارَةَ فِيهِنَّ وَذَكَرَ مِنْهَا الْغُمُوسُ، وَكُلُّ مَا هُوَ كَبِيرَةٌ مَحْضَةٌ لَا تُنَاطُ بِهَا الْعِبَادَةُ لَمَّا أَنَّ أَسْبَابَ الْعِبَادَاتِ لَا بُدَّ وَأَنْ تُكُونَ أُمُورًا مُبَاحَةً كَمَا عُرِفَ فِي الْأُصُولِ (وَالْكَفَّارَةُ عِبَادَةٌ حَتَّى تُتَأَدَّى بِالصَّوْمِ، وَيُشْتَرَطُ فِيهَا النِّيَّةُ فَلَا تُنَاطُ الْغُمُوسُ بِهَا، بِخِلَافِ الْمَعْقُودَةِ لِأَنَّهَا مُبَاحَةٌ) فَجَازَ أَنْ تُنَاطَ بِهَا الْعِبَادَةُ.

وَفِيهِ بَحْثٌ مِنْ أَوْجُهٍ: الْأَوَّلُ لَوْ كَانَ مَا ذَكَرْتُمْ صَحِيحًا لَمَا وَجَبَتْ الْكَفَّارَةُ عَلَى الْمَظَاهِيرِ لَكُونَ الظَّهَارِ مُنْكَرًا مِنَ الْقَوْلِ وَزُورًا وَهَذَا يَقْضِي إِجْمَالِي. الثَّانِي لَمَّا وَجَبَتْ بِالْأَدْنَى وَجَبَتْ بِالْأَعْلَى بِطَرِيقِ الْأَوَّلِ الثَّلَاثِ الْكَبِيرَةِ سَيِّئَةً وَالْعِبَادَةُ حَسَنَةً وَاتِّبَاعُهَا إِيَّاهَا مُبَاحٌ لَهَا لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «اتَّبِعِ السَّيِّئَةَ الْحَسَنَةَ تَمَحُّهَا» وَهَاتَانِ مُعَارَضَتَانِ. وَالْجَوَابُ عَنِ الْأَوَّلِ أَنَّ الْكَفَّارَةَ لَمْ تَجِبْ بِالظَّهَارِ بَلْ بِالْعَوْدِ الَّذِي هُوَ الْعَزْمُ عَلَى الْوَطْءِ وَهُوَ مُبَاحٌ. وَعَنِ الثَّانِي بَأَنَّهُ لَا يَلْزَمُ مِنْ رَفْعِ الْأَضْعَفِ بِشَيْءٍ رَفْعُ الْأَقْوَى بِهِ وَعَنِ الثَّلَاثِ بَأَنَّ الْحَسَنَةَ تَمَحُّو السَّيِّئَةَ الْمُقَابِلَةَ لَهَا، وَمُقَابِلَةُ هَذِهِ الْحَسَنَةِ لِهَذِهِ السَّيِّئَةِ مَمْنُوعَةٌ بَلْ الْمَظْنُونُ خِلَافُ الْمُقَابِلَةِ لِقَوْلِهِ ﷺ "خَمْسٌ مِنَ الْكَبَائِرِ لَا كَفَّارَةَ فِيهِنَّ" الْحَدِيثُ. وَقَوْلُهُ (وَلَوْ كَانَ فِيهَا ذَنْبٌ) جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ الْمُبَاحُ هُوَ مَا لَا يَكُونُ فِيهِ ذَنْبٌ وَالْمُنْعَقِدَةُ فِيهَا ذَنْبٌ فَلَا تُكُونُ مُبَاحَةً فَلَا تُنَاطُ بِهَا الْعِبَادَةُ كَمَا ذَكَرْتُمْ. وَتَقْرِيرُهُ: لَوْ كَانَ فِي الْمُنْعَقِدَةِ ذَنْبٌ لَهَتْكَ حُرْمَةُ اسْمِ اللَّهِ تَعَالَى فَهُوَ مُتَأَخِّرٌ عَنْ وَقْتِ الْإِنْعَادِ بِاخْتِيَارٍ مُبْتَدَأٍ لَمْ يَدْخُلْ فِي السَّيِّئَةِ وَيَرْفَعُهَا عِنْدَ الطَّرَيَانِ، بِخِلَافِ الْغُمُوسِ فَإِنَّ الذَّنْبَ فِيهَا لَا يَمُوتُ لَا يُفَارِقُهُ لَا

ابْتِدَاءً وَلَا اِنْتِهَاءً (فَيَمْتَنِعُ الْإِلْحَاقُ) أَيِ الْإِلْحَاقِ الْعُمُوسِ بِالْمُنْعِقِدَةِ. وَفِي هَذَا الْجَوَابِ تَلْوِيحٌ إِلَى الْجَوَابِ عَنْ قَوْلِهِ فَأَشْبَهَ الْمَعْقُودَةَ.

(وَالْمُنْعِقِدَةُ مَا يَحْلِفُ عَلَى أَمْرٍ فِي الْمُسْتَقْبَلِ أَنْ يَفْعَلَهُ أَوْ لَا يَفْعَلَهُ وَإِذَا حِنْثَ فِي ذَلِكَ لَزِمَتْهُ الْكَفَّارَةُ) لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ﴾ [البقرة: ٢٢٥] وَهُوَ مَا ذَكَرْنَا.

الشرح:

(وَالْمُنْعِقِدَةُ مَا يَحْلِفُ عَلَى أَمْرِهِ فِي الْمُسْتَقْبَلِ) وَكَلَامُهُ ظَاهِرٌ.
(وَالْيَمِينُ اللَّغْوَانُ يَحْلِفُ عَلَى أَمْرٍ مَاضٍ وَهُوَ يَظُنُّ أَنَّهُ كَمَا قَالَ وَالْأَمْرُ بِخِلَافِهِ فَهَذِهِ الْيَمِينُ نَرْجُو أَنْ لَا يُؤَاخِذَ اللَّهُ بِهِ صَاحِبَهَا) وَمِنَ اللَّغْوِ أَنْ يَقُولَ: وَاللَّهِ إِنَّهُ لَزِيدٌ وَهُوَ يَظُنُّهُ زَيْدًا وَإِنَّمَا هُوَ عَمْرُو، وَالْأَصْلُ فِيهِ قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ﴾ الْآيَةُ، إِلَّا أَنَّهُ عَلَقَهُ بِالرَّجَاءِ لِلَاخْتِلَافِ فِي تَفْسِيرِهِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (إِلَّا أَنَّهُ عَلَقَهُ بِالرَّجَاءِ) إِشَارَةٌ إِلَى مَا قَالَ فِي الْمَسْئُوطِ. فَإِنْ قِيلَ: فَمَا مَعْنَى تَعْلِيْقِ مُحَمَّدٍ تَفْهِي الْمُواخِذَةِ فِي هَذَا التَّنَوُّعِ بِالرَّجَاءِ بِقَوْلِهِ نَرْجُو أَنْ لَا يُؤَاخِذَ اللَّهُ بِهَا صَاحِبَهَا وَعَدَمُ الْمُواخِذَةِ فِي الْيَمِينِ اللَّغْوِ مَنصُوصٌ عَلَيْهِ وَمَا عُرِفَ بِالنَّصِّ فَهُوَ مَقْطُوعٌ بِهِ؟ قُلْنَا نَعَمْ، وَلَكِنْ صُورَةُ تِلْكَ الْيَمِينِ مُخْتَلِفٌ فِيهَا، وَإِنَّمَا عُلِقَ بِالرَّجَاءِ تَفْهِي الْمُواخِذَةِ فِي اللَّغْوِ بِالصُّورَةِ الَّتِي ذَكَرَهَا، وَذَلِكَ غَيْرُ مَعْلُومٍ بِالنَّصِّ، وَمَا ذَكَرَ فِي الْكِتَابِ مِنْ تَفْسِيرِ اللَّغْوِ مَرْوِيٌّ عَنْ زُرَّارَةَ بْنِ أَبِي أَوْفَى، وَعَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ فِي إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ. وَرَوِيٌّ عَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ قَالَ: هُوَ قَوْلُ الرَّجُلِ فِي كَلَامِهِ لَا وَاللَّهِ وَبَلَى وَاللَّهِ، وَهُوَ قَرِيبٌ مِنْ قَوْلِ الشَّافِعِيِّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، فَإِنَّ عِنْدَهُ اللَّغْوُ مَا يَجْرِي عَلَى اللِّسَانِ مِنْ غَيْرِ قَصْدٍ سِوَاءٍ كَانَ فِي الْمَاضِي أَوْ فِي الْمُسْتَقْبَلِ وَهُوَ إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا. وَرَوَتْ عَائِشَةُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا عَنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ أَنَّهُ قَالَ فِي تَفْسِيرِ اللَّغْوِ: لَا وَاللَّهِ وَبَلَى وَاللَّهِ. وَتَأْوِيلُهُ عِنْدَنَا فِيمَا يَكُونُ خَبْرًا عَنِ الْمَاضِي، فَإِنَّ اللَّغْوَ مَا يَكُونُ خَالِيًا عَنِ الْفَائِدَةِ وَالْخَبَرِ فِي الْمَاضِي خَالٍ عَنِ فَائِدَةِ الْيَمِينِ لِأَنَّ فَائِدَتَهَا الْمَنَعُ أَوْ الْحَمْلُ وَذَلِكَ لَا يَتَحَقَّقُ فِي الْمَاضِي فَكَانَ لَعْوًا، أَمَّا فِي الْخَبَرِ فِي الْمُسْتَقْبَلِ فَعَدَمُ الْقَصْدِ لَا يَعْدَمُ فَائِدَةَ

الْيَمِينِ، وَقَدْ وَرَدَ الشَّرْعُ بِأَنَّ الْهَزْلَ وَالْجِدَّ فِي الْيَمِينِ سَوَاءٌ. وَلَقَائِلُ أَنْ يَقُولَ فِي حَصْرِ الْأَيْمَانِ عَلَى الثَّلَاثَةِ عَلَى التَّفْسِيرِ الْمَذْكُورِ فِي الْكِتَابِ نَظَرٌ، لِأَنَّ قَوْلَ الرَّجُلِ وَاللَّهُ إِنِّي لَقَائِمٌ الْآنَ فِي حَالِ قِيَامِهِ مَثَلًا يَمِينٌ، وَلَيْسَ مِنَ الضُّرُوبِ الْمَذْكُورَةِ فِي الْكِتَابِ عَلَى التَّفْسِيرِ الْمَذْكُورِ. وَيُمْكِنُ أَنْ يَلْتَزِمَ بِأَنَّهُ لَيْسَ يَمِينٌ عَلَى هَذَا الاصْطِلَاحِ لَمَّا مَرَّ مِنْ تَعْرِيفِهَا، وَإِنَّمَا هَذَا قَسَمٌ وَهُوَ جُمْلَةٌ إِنْشَائِيَّةٌ أَكَّدَتْ بِهَا جُمْلَةٌ أُخْرَى.

قَالَ: (وَالْقَاصِدُ فِي الْيَمِينِ وَالْمُكْرَهِ وَالنَّاسِي سَوَاءٌ) حَتَّى تَحِبَّ الْكَفَّارَةُ لِقَوْلِهِ ﷺ: «ثَلَاثُ جِدْهِنَّ جِدٌّ وَهَزْلُهُنَّ جِدٌّ: النِّكَاحُ، وَالطَّلَاقُ، وَالْيَمِينُ» وَالشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ يُخَالِفُنَا فِي ذَلِكَ، وَسَنَبِّينُ فِي الْإِكْرَاهِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى

الشرح:

(وَالْقَاصِدُ فِي الْيَمِينِ وَالْمُكْرَهِ وَالنَّاسِي) وَهُوَ أَنْ يَذْهَلَ عَنِ التَّلَفُّظِ بِالْيَمِينِ ثُمَّ يَتَذَكَّرُ أَنَّهُ تَلَفُّظٌ بِالْيَمِينِ نَاسِيًا. وَفِي بَعْضِ النُّسخِ ذِكْرُ الْخَاطِئِ مَكَانَ النَّاسِي، وَهُوَ أَنْ يُرِيدَ أَنْ يُسَبِّحَ مَثَلًا فَيَجْزِي عَلَى لِسَانِهِ الْيَمِينِ (سَوَاءٌ حَتَّى تَحِبَّ الْكَفَّارَةُ لِقَوْلِهِ ﷺ: «ثَلَاثُ جِدْهِنَّ جِدٌّ وَهَزْلُهُنَّ جِدٌّ: النِّكَاحُ، وَالطَّلَاقُ، وَالْيَمِينُ» فَإِنْ قُلْتَ: الْيَمِينُ عَقْدٌ يَقْوَى بِهَا عَزْمُ الْحَالِفِ عَلَى الْفِعْلِ أَوْ التَّرْكِ فَهُوَ مِنَ الْأَفْعَالِ الْاِخْتِيَارِيَّةِ فَكَيْفَ يَكُونُ النَّاسِي فِيهِ كَالْقَاصِدِ؟ قُلْتَ: ذَلِكَ هُوَ الْقِيَاسُ وَقَدْ تُرِكَ بِالنَّصِّ. لَا يَقَالُ: النَّصُّ مُعَارَضٌ بِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «رُفِعَ عَنْ أُمَّتِي الْخَطَأُ وَالنَّسْيَانُ» الْحَدِيثُ لِأَنَّهُ مُجْمَلٌ وَنَصُّ الْيَمِينِ مُفَسَّرٌ. وَقَوْلُهُ (وَالشَّافِعِيُّ يُخَالِفُنَا فِي ذَلِكَ) يَعْنِي فِي وَجُوبِ الْكَفَّارَةِ عَلَى الْمُكْرَهِ وَالنَّاسِي (وَسَنَبِّينُ فِي الْإِكْرَاهِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى).

(وَمَنْ فَعَلَ الْمُخْلُوفَ عَلَيْهِ مُكْرَهًا أَوْ نَاسِيًا فَهُوَ سَوَاءٌ)؛ لِأَنَّ الْفِعْلَ الْحَقِيقِيَّ لَا يَنْعَدِمُ بِالْإِكْرَاهِ وَهُوَ الشَّرْطُ، وَكَذَا إِذَا فَعَلَهُ وَهُوَ مَغْمِيٌّ عَلَيْهِ أَوْ مَجْنُونٌ لِنَحْقِيقِ الشَّرْطِ حَقِيقَةً، وَلَوْ كَانَتْ الْحِكْمَةُ رَفَعَ الذَّنْبِ فَالْحُكْمُ يُدَارُ عَلَى دَلِيلِهِ وَهُوَ الْحِنْثُ لَا عَلَى حَقِيقَةِ الذَّنْبِ، وَاللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

الشرح:

(وَمَنْ فَعَلَ الْمُخْلُوفَ عَلَيْهِ نَاسِيًا أَوْ مُكْرَهًا فَهُوَ سَوَاءٌ) أَيُّ فَهُوَ وَمَنْ فَعَلَهُ مُخْتَارًا سَوَاءٌ. تَرَكَّهُ لِدَلَالَةِ فَحْوَى الْكَلَامِ عَلَيْهِ لِأَنَّ شَرْطَ الْحِنْثِ وَجُودَ الْفِعْلِ حَقِيقَةً وَقَدْ وَجِدَ

لأنه لا يَنْعَدُّ بِالْإِكْرَاهِ، (وَكَذًا إِذَا فَعَلَهُ وَهُوَ مُعْمَى عَلَيْهِ أَوْ مَجْنُونٌ لِتَحَقُّقِ الشَّرْطِ حَقِيقَةً) وَهُوَ وَجُودُ الْفِعْلِ الْحَسِيِّ. وَقَوْلُهُ (وَلَوْ كَانَتْ الْحِكْمَةُ رَفَعَ الذَّنْبُ) جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ الْحِكْمَةُ فِي إِبْجَابِ الْكُفَّارَةِ رَفَعَ الذَّنْبُ، وَالْمُعْمَى عَلَيْهِ وَالْمَجْنُونُ لَا ذَنْبَ لَهُمَا لَعَدَمِ فَهْمِ الْخَطَابِ فَكَيْفَ تَجِبُ عَلَيْهِمَا الْكُفَّارَةُ. وَتَقْرِيرُهُ: الْحُكْمُ وَهُوَ وَجُوبُ الْكُفَّارَةِ دَائِرٌ مَعَ دَلِيلِ الذَّنْبِ وَهُوَ الْحِنْثُ لَا مَعَ حَقِيقَةِ الذَّنْبِ، كَوُجُوبِ الْاسْتِبْرَاءِ دَائِرٌ مَعَ دَلِيلِ شَعْلِ الرَّحِمِ وَهُوَ اسْتِحْدَاثُ الْمَلِكِ لَا مَعَ حَقِيقَةِ الشَّعْلِ حَتَّى أَنَّهُ يَجِبُ وَإِنْ لَمْ يُوجَدْ الشَّعْلُ أَصْلًا بِأَنْ اشْتَرَى جَارِيَةً بَكْرًا أَوْ اشْتَرَاهَا مِنْ امْرَأَةٍ. وَلِقَائِلُ أَنْ يَقُولَ: إِقَامَةُ الدَّلِيلِ مَقَامَ الْمَذْلُولِ لِدَوْرَانِ الْحُكْمِ عَلَيْهِ إِنَّمَا يَكُونُ إِذَا كَانَ الْمَذْلُولُ أَمْرًا خَفِيًّا فِي الْأَصْلِ فَيَدُورُ عَلَيْهِ وَإِنْ لَمْ يُتَصَوَّرْ الْمَذْلُولُ فِي بَعْضِ الصُّوَرِ كَمَا ذَكَرْتُ مِنْ شَعْلِ الرَّحِمِ، وَالْمَذْلُولُ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ وَهُوَ الذَّنْبُ عِنْدَ الْحِنْثِ مُحَقَّقٌ ظَاهِرٌ فَلَا يَصِحُّ إِقَامَةُ الدَّلِيلِ مَقَامَ الْمَذْلُولِ.

(بَابُ مَا يَكُونُ يَمِينًا وَمَا لَا يَكُونُ يَمِينًا)

قَالَ: (وَالْيَمِينُ بِاللَّهِ تَعَالَى أَوْ بِاسْمِ آخَرَ مِنْ أَسْمَاءِ اللَّهِ تَعَالَى كَالرَّحْمَنِ وَالرَّحِيمِ أَوْ بِصِفَتِهِ مِنَ صِفَاتِهِ الَّتِي يُحْلَفُ بِهَا عُرْفًا كَعَزَّةِ اللَّهِ وَجَلَالِهِ وَكِبَرِيَّائِهِ) لِأَنَّ الْحَلْفَ بِهَا مُتَعَارَفٌ، وَمَعْنَى الْيَمِينِ وَهُوَ الْقُوَّةُ حَاصِلٌ؛ لِأَنَّهُ يُعْتَقَدُ تَعْظِيمُ اللَّهِ وَصِفَاتِهِ فَصَلَحَ ذِكْرُهُ حَامِلًا وَمَانِعًا.

الشرح:

(بَابُ مَا يَكُونُ يَمِينًا وَمَا لَا يَكُونُ يَمِينًا): لَمَّا فَرَّغَ مِنْ بَيَانِ ضُرُوبِ الْأَيْمَانِ بَيَّنَّ مَا يَكُونُ يَمِينًا مِنَ الْأَلْفَاظِ وَمَا لَا يَكُونُ يَمِينًا (وَالْيَمِينُ بِاللَّهِ) أَيُّ بِهَذَا الْاسْمِ (أَوْ بِاسْمِ آخَرَ مِنْ أَسْمَائِهِ كَالرَّحْمَنِ وَالرَّحِيمِ أَوْ بِصِفَةٍ مِنْ صِفَاتِ ذَاتِهِ الَّتِي يُحْلَفُ بِهَا عُرْفًا كَعَزَّةِ اللَّهِ وَجَلَالِهِ وَكِبَرِيَّائِهِ) وَالْمُرَادُ بِالْاسْمِ هَاهُنَا لَفْظٌ دَالٌّ عَلَى الذَّاتِ الْمَوْصُوفَةِ بِصِفَةٍ كَالرَّحْمَنِ وَالرَّحِيمِ وَبِالصِّفَةِ الْمَصَادِرُ الَّتِي تَحْصُلُ عَنْ وَصْفِ اللَّهِ تَعَالَى بِأَسْمَاءٍ فَاعْلِيهَا كَالرَّحْمَةِ وَالْعِلْمِ وَالْعَزَّةِ. وَالصِّفَةُ عَلَى تَوْعَيْنٍ: صِفَةُ ذَاتٍ وَصِفَةُ فِعْلٍ، لِأَنَّهُ إِذَا أَنْ يَجُوزَ الْوَصْفُ بِهِ وَبِضِدِّهِ أَوْ لَا. وَالثَّانِي صِفَةُ الذَّاتِ كَالْعَزَّةِ وَالْعِظَمَةِ وَالْعِلْمِ. وَالْأَوَّلُ صِفَةُ الْفِعْلِ كَالرَّحْمَةِ وَالْعِظَمِ لِحَوَازِ أَنْ يُقَالَ رَحِمَ اللَّهُ الْمُؤْمِنِينَ وَلَمْ يَرْحَمْ

الكَافِرِينَ وَغَضِبَ عَلَى الْيَهُودِ دُونَ الْمُسْلِمِينَ، وَمَشَايِخُنَا الْعَرِاقِيُّونَ عَلَى أَنَّ الْحَلْفَ بِصِفَاتِ الذَّاتِ يَمِينٌ وَبِصِفَاتِ الْفِعْلِ لَيْسَ يَمِينٌ، وَيَلْزَمُهُمْ أَنْ يَكُونَ وَعِلْمُ اللَّهِ يَمِينًا، وَاعْتَذَرُوا بِأَنَّهُ الْقِيَاسُ وَلَكِنَّهُ تَرِكَ لِمَجِيئِهِ بِمَعْنَى الْمَعْلُومِ، وَمَشَايِخُ مَا وَرَاءَ النَّهْرِ عَلَى أَنَّ الْحَلْفَ بِكُلِّ صِفَةٍ تَعَارَفَ النَّاسُ الْحَلْفَ بِهَا يَمِينٌ وَبِكُلِّ صِفَةٍ لَمْ يَتَعَارَفُوهُ لَيْسَ يَمِينٌ، وَهُوَ مُخْتَارُ الْمُصَنِّفِ رَحِمَهُ اللَّهُ. يَدُلُّ عَلَى ذَلِكَ قَوْلُهُ يُخْلَفُ بِهَا عُرْفًا. وَقَوْلُهُ لِأَنَّ الْحَلْفَ بِهَا مُتَعَارَفٌ (قَوْلُهُ وَمَعْنَى الْيَمِينِ وَهُوَ الْقُوَّةُ إلخ) ذَكَرَهُ اسْتَظْهَارًا لِأَنَّهُ لَمَّا بَنَى الْأَيْمَانَ عَلَى الْعُرْفِ كَانَ وَجُودُهُ مُغْنِيًا عَنِ النَّظَرِ إِلَى غَيْرِهِ.

قَالَ (إِلَّا قَوْلُهُ وَعِلْمُ اللَّهِ فَإِنَّهُ لَا يَكُونُ يَمِينًا) لِأَنَّهُ غَيْرُ مُتَعَارَفٍ. وَلِأَنَّهُ يُذَكَّرُ وَيُرَادُ بِهِ الْمَعْلُومُ، يُقَالُ اللَّهُمَّ اغْفِرْ عِلْمَكَ فِينَا: أَيِ مَعْلُومِكَ (وَلَوْ قَالَ وَغَضِبَ اللَّهُ وَسَخَطَهُ لَمْ يَكُنْ حَالِفًا) وَكَذَا وَرَحْمَتِ اللَّهِ؛ لِأَنَّ الْحَلْفَ بِهَا غَيْرُ مُتَعَارَفٍ؛ وَلِأَنَّ الرَّحْمَةَ قَدْ يُرَادُ بِهَا أَثَرُهُ، وَهُوَ الْمَطَرُ أَوِ الْجَنَّةُ وَالْغَضَبُ وَالسَّخَطُ يُرَادُ بِهِمَا الْعُقُوبَةُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (إِلَّا قَوْلُهُ وَعِلْمُ اللَّهِ) اسْتِثْنَاءٌ مُنْقَطِعٌ مِنْ قَوْلِهِ أَوْ بِصِفَةٍ مِنْ صِفَاتِهِ الَّتِي يُخْلَفُ بِهَا عُرْفًا. فَإِنَّ الْيَمِينَ بِهِ إِذَا لَمْ يَكُنْ مُتَعَارَفًا كَانَ اسْتِثْنَاؤُهُ عَنِ الْعُرْفِ مُنْقَطِعًا، وَالْكَلَامُ فِي قَوْلِهِ وَلِأَنَّهُ يُذَكَّرُ وَيُرَادُ بِهِ الْمَعْلُومُ كَالْكَلَامِ فِي قَوْلِهِ وَمَعْنَى الْيَمِينِ وَهُوَ الْقُوَّةُ حَاصِلٌ فِي أَنَّهُ مَذْكُورٌ لِلِاسْتَظْهَارِ.

نَعَمْ الْعَرِاقِيُّونَ يَحْتَاجُونَ إِلَى ذِكْرِ مَعْذَرَةٍ عَنْ وَرُودِهِ عَلَى أَصْلِهِمْ كَمَا تَقَدَّمَ. وَقَوْلُهُ (لِأَنَّ الرَّحْمَةَ قَدْ يُرَادُ بِهَا أَثَرُهَا) مَنقُوضٌ بِقُدْرَةِ اللَّهِ تَعَالَى لِأَنَّهُ يُقَالُ أَنْظُرْ إِلَى قُدْرَةِ اللَّهِ تَعَالَى وَالْمُرَادُ أَثَرُهُ، وَإِلَّا لَكَانَ بِمَعْنَى الْمَقْدُورِ لَكُونِ الْقُدْرَةِ غَيْرِ مَرْتَبَةٍ فَتَكُونُ كَالْعِلْمِ وَمَعَ ذَلِكَ يُخْلَفُ بِهَا.

وَالْحَقُّ أَنَّ مَبْنَى الْأَيْمَانِ عَلَى الْعُرْفِ، فَمَا تَعَارَفَ النَّاسُ الْحَلْفَ بِهِ كَانَ يَمِينًا. وَالْحَلْفُ بِقُدْرَةِ اللَّهِ تَعَالَى مُتَعَارَفٌ، وَيَعْلَمُهُ وَرَحْمَتُهُ وَغَضَبُهُ غَيْرُ مُتَعَارَفٍ وَلِهَذَا قَالَ مُحَمَّدٌ: وَأَمَانَةُ اللَّهِ يَمِينٌ، ثُمَّ لَمَّا سُئِلَ عَنْ مَعْنَاهُ قَالَ: لَا أَذْرِي، فَكَأَنَّهُ وَجَدَ الْعَرَبَ تَخْلَفُ بِأَمَانَةِ اللَّهِ تَعَالَى عَادَةً فَجَعَلَهُ يَمِينًا كَأَنَّهُ قَالَ وَاللَّهِ الْأَمِينِ.

(وَمَنْ حَلَفَ بِغَيْرِ اللَّهِ لَمْ يَكُنْ حَالِفًا كَالنَّبِيِّ وَالْكَعْبَةِ) لِقَوْلِهِ ﷺ «مَنْ كَانَ مِنْكُمْ

حَالِفًا فَلْيَحْلِفْ بِاللَّهِ أَوْ لِيَذَرَ»^(١) (وَكَذَا إِذَا حَلَفَ بِالْقُرْآنِ) لِأَنَّهُ غَيْرُ مُتَعَارَفٍ، قَالَ رَضِيَ
اللهُ عَنْهُ: مَعْنَاهُ أَنْ يَقُولَ وَالنَّبِيِّ وَالْقُرْآنِ، أَمَا لَوْ قَالَ أَنَا بَرِيءٌ مِنْهُمَا يَكُونُ يَمِينًا؛ لِأَنَّ
التَّبَرِّيَّ مِنْهُمَا كُفْرٌ.

الشرح:

(وَمَنْ حَلَفَ بِغَيْرِ اللَّهِ لَمْ يَكُنْ حَالِفًا مِثْلَ أَنْ يَقُولَ وَالنَّبِيِّ وَالْقُرْآنَ وَالْكَعْبَةَ لِقَوْلِهِ
﴿مَنْ كَانَ مِنْكُمْ حَالِفًا فَلْيَحْلِفْ بِاللَّهِ أَوْ لِيَذَرَ﴾ رَوَى مَالِكٌ فِي الْمَوْطَأِ عَنْ نَافِعٍ عَنْ
ابْنِ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ أَذْرَكَ عُمَرَ وَهُوَ يَسِيرُ فِي رَكْبٍ وَهُوَ
يَحْلِفُ بِأَبِيهِ، فَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: إِنَّ اللَّهَ يَنْهَاكُمْ أَنْ تَخْلِفُوا بِآبَائِكُمْ، فَمَنْ كَانَ
حَالِفًا فَلْيَحْلِفْ بِاللَّهِ أَوْ لِيَصْمُتْ» قَالَ الْمُصَنِّفُ رَحِمَهُ اللَّهُ (أَمَا لَوْ قَالَ أَنَا بَرِيءٌ مِنْهُ
يَكُونُ يَمِينًا لِأَنَّ التَّبَرِّيَّ مِنْهُمَا) أَيُّ مِنَ النَّبِيِّ وَالْقُرْآنِ (كُفْرٌ) وَلِقَائِلُ أَنْ يَقُولَ: سَلَمْنَا أَنْ
التَّبَرِّيَّ مِنْهُمَا وَكَذَا مِنْ كُلِّ كِتَابٍ سَمَاوِيٍّ كُفْرٌ، لَكِنْ كَوْنُهُ كُفْرًا لَيْسَ يَمِينٌ وَلَا
يَسْتَلْزِمُهَا، أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ قَالَ بِحَيَاتِكَ لَأَفْعَلَنَّ كَذَا وَاعْتَقَدَ أَنَّ الْبَرَّ بِهِ وَاجِبٌ كُفْرٌ
وَلَيْسَ يَمِينٌ. وَالْجَوَابُ سَيَجِيءُ عِنْدَ قَوْلِهِ إِنْ فَعَلَ كَذَا فَهُوَ يَهُودِيٌّ أَوْ نَصْرَانِيٌّ.

قَالَ (وَالْحَلْفُ بِحُرُوفِ الْقَسَمِ، وَحُرُوفُ الْقَسَمِ الْوَاوُ كَقَوْلِهِ وَاللَّهِ وَالْبَاءُ كَقَوْلِهِ
بِاللَّهِ وَالْتَّاءُ كَقَوْلِهِ تَاللهِ) لِأَنَّ كُلَّ ذَلِكَ مَعْهُودٌ فِي الْأَيْمَانِ وَمَذْكُورٌ فِي الْقُرْآنِ.

الشرح:

قَالَ (وَالْحَلْفُ بِحُرُوفِ الْقَسَمِ) الْحَلْفُ بِاللَّهِ إِمَّا يَكُونُ بِحَرْفِ الْقَسَمِ ظَاهِرًا أَوْ
مُضْمَرًا، وَبَحْتُ حُرُوفِ الْقَسَمِ وَكَوْنِ الْبَاءِ أَصْلًا وَغَيْرَهَا بَدَلًا وَجَوَازَ إِضْمَارِ الْحُرُوفِ
وَالنَّصْبِ بَعْدَ الْإِضْمَارِ عَلَى مَا اخْتَارَهُ الْبَصَرِيُّونَ أَوْ الْجَرُّ عَلَى مَا اخْتَارَهُ الْكُوفِيُّونَ كُلُّهُ
وَزَيْفَةٌ نَحْوِيَّةٌ فِي الْأَصْلِ، وَالْأَصُولُ يُبَحَثُ عَنْهَا مِنْ حَيْثُ اسْتِنْبَاطُ الْمَسَائِلِ الْفَقْهِيَّةِ
مِنْهَا وَالْوَاصِلُ إِلَى حَدِّ الْاشْتِعَالِ بِكِتَابِ الْهَدَايَةِ لَا بُدَّ وَأَنْ يَكُونَ قَدْ حَلَفَ ذَلِكَ وَرَأَاهُ.
وَالْفَرْقُ بَيْنَ الْإِضْمَارِ وَالْحَذْفِ بَقَاءِ أَثَرِ الْمُضْمَرِ دُونَ الْمَحْذُوفِ. وَالْمُصَنِّفُ ذَكَرَ الْإِضْمَارَ
فِي الرَّوَايَةِ وَالْحَذْفَ فِي التَّعْلِيلِ بِطَرِيقِ الْمُسَاهَلَةِ كَذَا فِي النَّهَائَةِ. وَيَجُوزُ أَنْ يُقَالَ أُطْلِقَ
الْإِضْمَارَ بِالنَّظَرِ إِلَى الْجَرِّ وَالْحَذْفَ بِالنَّظَرِ إِلَى النَّصْبِ.

(١) أخرجه البخاري (٦١٠٨)، ومسلم في الإيمان (٢)، وانظر نصب الراية (٤٤٨/٣).

(وَقَدْ يُضْمَرُ الْحَرْفُ فَيَكُونُ حَالِفًا كَقَوْلِهِ اللَّهُ لَا أَفْعَلُ كَذَا) لِأَنَّهُ حَذَفَ الْحَرْفَ مِنْ عَادَةِ الْعَرَبِ إِجْزَاءً، ثُمَّ قِيلَ يُنْصَبُ لِانْتِزَاعِ الْحَرْفِ الْخَافِضِ، وَقِيلَ يُخَفِّضُ فَتَكُونُ الْكُسْرَةُ دَالَّةً عَلَى الْمَحْذُوفِ، وَكَذَا إِذَا قَالَ اللَّهُ فِي الْمُخْتَارِ لَأَنَّهُ الْبَاءُ تُبَدَّلُ بِهَا، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿ءَاْمَنْتُمْ لَهُ﴾. أَيِ آمَنْتُمْ بِهِ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ: إِذَا قَالَ وَحَقَّ اللَّهُ فَلَيْسَ بِحَالِفٍ، وَهُوَ قَوْلُ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى وَإِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ عَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى. وَعَنْهُ رِوَايَةٌ أُخْرَى أَنَّهُ يَكُونُ يَمِينًا لِأَنَّهُ الْحَقُّ مِنْ صِفَاتِ اللَّهِ تَعَالَى وَهُوَ حَقِيقَتُهُ فَصَارَ كَأَنَّهُ قَالَ وَاللَّهُ الْحَقُّ وَالْحَلْفُ بِهِ مُتَعَارَفٌ. وَلَهُمَا أَنَّهُ يُرَادُ بِهِ طَاعَةُ اللَّهِ تَعَالَى، إِذِ الطَّاعَاتُ حُقُوقُهُ فَيَكُونُ حَالِفًا بِغَيْرِ اللَّهِ، قَالُوا: وَلَوْ قَالَ وَالْحَقُّ يَكُونُ يَمِينًا، وَلَوْ قَالَ حَقًّا لَا يَكُونُ يَمِينًا؛ لِأَنَّهُ الْحَقُّ مِنْ أَسْمَاءِ اللَّهِ تَعَالَى، وَالْمُنْكَرُ يُرَادُ بِهِ تَحْقِيقُ الْوَعْدِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَكَذَا إِذَا قَالَ اللَّهُ فِي الْمُخْتَارِ اخْتِرَارًا عَمَّا رُوِيَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ لَوْ قَالَ اللَّهُ عَلَيَّ أَنْ لَا أَكَلِمَ فَلَا تَأْتِيهَا لَيْسَتْ يَمِينٍ، إِلَّا أَنْ يَنْوِي لِأَنَّ الصَّيْغَةَ صِبْغَةُ النَّذْرِ وَيَحْتَمِلُ مَعْنَى الْيَمِينِ، وَلَا أَتَرُ لَتَغْيِيرِ الْإِعْرَابِ فِي الْمُقَسَّمِ بِهِ نَصْبًا وَجَرًّا فِي مَنْعِ صِحَّةِ الْقَسَمِ لِأَنَّ الْعَوَامَّ لَا يُمَيِّزُونَ بَيْنَ وَجْهِ الْإِعْرَابِ. وَقَوْلُهُ (قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (وَالْمُنْكَرُ يُرَادُ بِهِ تَحْقِيقُ الْوَعْدِ) يُرِيدُ الْفَرْقَ بَيْنَ وَالْحَقِّ وَحَقًّا بِأَنَّ الْمَعْرَفَ اسْمٌ مِنْ أَسْمَاءِ اللَّهِ تَعَالَى. قَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿وَلَوْ أَتَبَعَ الْحَقُّ أَهْوَاءَهُمْ﴾ [المؤمنون: ٧١] وَالْحَلْفُ بِهِ مُتَعَارَفٌ فَيَكُونُ يَمِينًا. وَأَمَّا الْمُنْكَرُ فَهُوَ مَصْدَرٌ مَنْصُوبٌ بِفِعْلِ مُقَدَّرٍ فَكَأَنَّهُ قَالَ: أَفْعَلُ هَذَا الْفِعْلَ لَا مَحَالَةَ، وَلَيْسَ فِيهِ مَعْنَى الْحَلْفِ فَضْلًا عَنْ الْيَمِينِ.

(وَلَوْ قَالَ أَهْسِمُ أَوْ أَهْسِمَ بِاللَّهِ أَوْ أَحْلَفُ أَوْ أَحْلَفُ بِاللَّهِ أَوْ أَشْهَدُ أَوْ أَشْهَدُ بِاللَّهِ فَهُوَ حَالِفٌ؛ لِأَنَّ هَذِهِ الْأَلْفَاظَ مُسْتَعْمَلَةً فِي الْحَلْفِ وَهَذِهِ الصَّيْغَةُ لِلْحَالِ حَقِيقَةٌ وَتُسْتَعْمَلُ لِلِاسْتِقْبَالِ بِقَرِينَةٍ فَجُعِلَ حَالِفًا فِي الْحَالِ، وَالشَّهَادَةُ يَمِينٌ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿قَالُوا نَشْهَدُ إِنَّكَ لَرَسُولُ اللَّهِ﴾ [المنافقون: ١] ثُمَّ قَالَ ﴿اتَّخَذُوا أَيْمَانَهُمْ جُنَّةً﴾ [المنافقون: ٢] وَالْحَلْفُ بِاللَّهِ هُوَ الْمَعْهُودُ الْمَشْرُوعُ وَبِغَيْرِهِ مَحْظُورٌ فَصُرِفَ إِلَيْهِ. وَلِهَذَا قِيلَ لَا يَحْتَاجُ إِلَى النِّيَّةِ. وَقِيلَ لَا بُدَّ مِنْهَا لِاحْتِمَالِ الْعِدَّةِ وَالْيَمِينِ بِغَيْرِ اللَّهِ.

الشرح:

(وَلَوْ قَالَ أَقْسِمُ أَوْ أَقْسِمُ بِاللَّهِ أَوْ أَخْلِفُ أَوْ أَخْلِفُ بِاللَّهِ) ظَاهِرٌ. وَاعْتَرِضَ بِأَنَّ الْيَمِينَ مَا كَانَ حَامِلًا عَلَى فِعْلٍ شَيْءٍ أَوْ تَرْكِهِ مُوجِبًا لِلْبَرِّ، وَعِنْدَ قَوَاتِهِ يَكُونُ مُوجِبًا لِلْكَفَّارَةِ عَلَى وَجْهِ الْخِلَافَةِ عَنِ الْبَرِّ. ثُمَّ قَوْلُهُ أَقْسِمُ لَا يَكُونُ مُوجِبًا مِنَ الْبَرِّ شَيْئًا بِمُحَرِّدِهِ لِأَنَّهُ لَمْ تَنْعَقِدْ يَمِينُهُ عَلَى فِعْلٍ شَيْءٍ أَوْ تَرْكِهِ فَكَيْفَ يَكُونُ يَمِينًا، وَلِأَنَّ الْكَفَّارَةَ إِنَّمَا تَكُونُ لِسِتْرِ الذَّنْبِ الَّذِي وَقَعَ فِيهِ بِسَبَبِ هَتِّكَ حُرْمَةِ اسْمِ اللَّهِ تَعَالَى وَلَيْسَ فِي أَقْسِمُ مُجَرَّدًا هَتِّكَ حُرْمَةِ اسْمِ اللَّهِ تَعَالَى فَكَيْفَ يَكُونُ مُوجِبًا لِلْكَفَّارَةِ، وَلِأَنَّ قَوْلَهُ أَقْسِمُ صِيغَةُ فِعْلٍ مُضَارِعٍ فَكَمَا تَكُونُ هِيَ لِلْحَالِ كَذَلِكَ تَكُونُ لِلْاسْتِقْبَالِ، فَلَوْ وَجَبَتْ الْكَفَّارَةُ مِنْ حَيْثُ إِنَّهَا لِلْحَالِ لَمْ تَجِبْ مِنْ حَيْثُ إِنَّهَا لِلْاسْتِقْبَالِ وَلَمْ تَكُنْ وَاجِبَةً قَبْلَ هَذَا فَلَا تَجِبُ بِالشُّكِّ لَا سِيَّمَا فِي حَقِّ الْكَفَّارَةِ فَإِنَّهَا مُلْحَقَةٌ بِالْحُدُودِ حَتَّى إِنَّهَا إِذَا اجْتَمَعَتْ تَدَاخَلَتْ كَالْحُدُودِ.

وَأُجِيبَ بِأَنَّهُ الْحَقُّ بِقَوْلِهِ عَلَيَّ يَمِينٌ وَهُوَ يُوجِبُ الْكَفَّارَةَ ذَكَرَهُ فِي الذَّخِيرَةِ وَغَيْرِهَا. وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ كَلِمَةَ عَلَيَّ لِلْإِيجَابِ وَالْيَمِينُ لَا يُوصَفُ بِالْوُجُوبِ، وَإِنَّمَا مُوجِبُهُ يُوصَفُ بِذَلِكَ وَمُوجِبُهُ الْبَرُّ وَهُوَ غَيْرُ مُمَكِّنٍ هُنَا أَوْ خَلْفَهُ وَهُوَ الْكَفَّارَةُ فَيَجْعَلُ كَلَامُهُ إِقْرَارًا بِالْكَفَّارَةِ صَوْتًا لِكَلَامِهِ عَنِ الْإِلْغَاءِ. وَكَذَلِكَ قَوْلُهُ أَقْسِمُ إِنْخِبَارٌ عَنِ الْقَسَمِ فِي الْحَالِ وَمَا ثُمَّ قَسَمَ لِأَنَّهُ عِبَارَةٌ عَنْ جُمْلَةٍ إِشَائِيَّةٍ يُؤَكِّدُ بِهَا جُمْلَةً أُخْرَى كَمَا تَقَدَّمَ وَلَمْ يُوجَدْ مِنْهُ شَيْءٌ فَيَجْعَلُ إِقْرَارًا عَنْ مُوجِبٍ مُوجِبِ الْيَمِينِ بِطَرِيقِ الْخِلَافَةِ لَذَلِكَ، وَإِذَا كَانَ إِقْرَارًا بِوُجُوبِ الْكَفَّارَةِ لَمْ يَحْتَجْ إِلَى وَجُوبِ الْبَرِّ ابْتِدَاءً وَلَا إِلَى تَصْوِيرِ هَتِّكَ حُرْمَةِ اسْمِ اللَّهِ وَلَا إِلَى جَعْلِ تِلْكَ الصِّيغَةِ لِلْاسْتِقْبَالِ، وَهَذَا كَمَا تَرَى يُشِيرُ إِلَى أَنَّهُ قَالَ عَلَيَّ يَمِينٌ أَوْ أَقْسِمُ وَلَمْ يَزِدْ عَلَى ذَلِكَ، أَمَّا إِذَا قَالَ أَقْسِمُ لِأَفْعَلَنَّ كَذَا أَوْ عَلَيَّ يَمِينٌ أَنْ أَفْعَلَ كَذَا لَا يَصِحُّ إِقْرَارًا فَيَجُوزُ أَنْ يُقَالَ قَدْ تَقَدَّمَ أَنَّ الْيَمِينَ عَقْدٌ قَوِيٌّ بِهِ عَزْمُ الْحَالِفِ عَلَى الْفِعْلِ أَوْ التَّرْكِ وَهُوَ مَوْجُودٌ، وَالْعَادَةُ قَدْ جَرَتْ بِالْيَمِينِ بِهِ.

قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿إِذْ أَقْسَمُوا لَيَصْرِمُنَّهَا مُصْبِحِينَ﴾ [القلم: ١٧]، وَقَالَ تَعَالَى ﴿أَقْسِمُوا بِاللَّهِ جَهْدَ أَيْمَنِهِمْ﴾ [المائدة: ٥٣] وَقَالَ تَعَالَى ﴿تَحْلِفُونَ لَكُمْ لَتَرْضَوْا عَنْهُمْ فَإِنْ تَرْضَوْا عَنْهُمْ﴾ [التوبة: ٩٦] وَقَالَ تَعَالَى ﴿تَحْلِفُونَ بِاللَّهِ لَكُمْ لَتَرْضَوْكُمْ﴾

[التوبة: ٦٢] وَقَالَ تَعَالَى ﴿قَالُوا نَشْهَدُ إِنَّكَ لَرَسُولُ اللَّهِ﴾ [المنافقون: ١] وَقَالَ تَعَالَى: ﴿فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَدَاتٍ بِاللَّهِ﴾ [النور: ٦] فَكَمَا جَازَ أَنْ يَكُونَ حَرْفُ الْقَسَمِ مُضْمَرًا جَازَ أَنْ يَكُونَ الْمُقْسَمُ بِهِ أَيْضًا كَذَلِكَ، وَهُوَ حُجَّةٌ عَلَى زُفَرٍ فِي عَدَمِ جَوَازِهِ بِدُونِ ذِكْرِ اسْمِ اللَّهِ. ثُمَّ اخْتَلَفَ فِي الثَّبَةِ إِذَا لَمْ يَذْكُرْ اسْمَ اللَّهِ تَعَالَى، فَقِيلَ: لَا يَحْتَاجُ إِلَيْهَا، وَقِيلَ لَا بُدَّ مِنْهَا لِاحْتِمَالِ الْعِدَّةِ وَالْيَمِينِ بغيرِ اللَّهِ.

(وَلَوْ قَالَ بِالْفَارِسِيَّةِ سَوَكَنْدَ مِيخُورَمَ بِخَدَايَ يَكُونُ يَمِينًا)؛ لِأَنَّهُ لِلْحَالِ. وَلَوْ قَالَ سَوَكَنْدَ خُورَمَ قِيلَ لَا يَكُونُ يَمِينًا وَلَوْ قَالَ بِالْفَارِسِيَّةِ سَوَكَنْدَ خُورَمَ بِطَلَاقِ زَنْمَ لَا يَكُونُ يَمِينًا؛ لَعَدَمِ التَّعَارُفِ.

قَالَ: (وَكَذَا قَوْلُهُ لَعَمْرُ اللَّهِ وَآيَمُ اللَّهِ) لِأَنَّ عَمَرَ اللَّهِ بَقَاءَ اللَّهِ، وَآيَمُ اللَّهِ مَعْنَاهُ آيَمُنُ اللَّهِ وَهُوَ جَمْعُ يَمِينٍ، وَقِيلَ مَعْنَاهُ وَاللَّهُ وَآيَمُ صِلَةً كَالْوَاوِ، وَالْحَلْفُ بِاللَفْظَيْنِ مُتَعَارَفٌ.

الشرح:

قَالَ (وَكَذَا قَوْلُهُ لَعَمْرُ اللَّهِ) هَذَا مَعْطُوفٌ عَلَى أَصْلِ الْمَسْأَلَةِ وَهُوَ قَوْلُهُ أَقْسِمُ بِالْخِ، وَالْعَمْرُ بِالْفَتْحِ وَالضَّمُّ الْبَقَاءُ إِلَّا أَنَّ الْفَتْحَ غَلَبَ فِي الْقَسَمِ لَا يَجُوزُ فِيهِ الضَّمُّ. قَالَ فِي الْمَبْسُوطِ: لَعَمْرُ اللَّهِ يَمِينٌ بِاعْتِبَارِ الْمَعْنَى، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿لَعَمْرُكَ﴾ [الحجر: ٧٢] وَالْعَمْرُ هُوَ الْبَقَاءُ وَالْبَقَاءُ صِفَاتُ الذَّاتِ فَكَأَنَّهُ قَالَ وَاللَّهُ الْبَاقِي (وَآيَمُ اللَّهِ) مَعْنَاهُ آيَمُنُ اللَّهِ وَهُوَ جَمْعُ يَمِينٍ عِنْدَ الْكُوفِيِّينَ. وَقَالَ الْبَصَرِيُّونَ: مَعْنَاهُ وَاللَّهُ وَكَلِمَةُ آيَمُ صِلَةٌ: أَيُّ كَلِمَةٍ مُسْتَقْلِلَةٌ كَالْوَاوِ وَالْبَحْثُ فِي قَطْعِ هَمْزَتِهِ وَوَصْلِهَا وَغَيْرِ ذَلِكَ وَظِلْفَةٌ نَحْوِيَّةٌ. قَوْلُهُ (وَالْحَلْفُ بِاللَفْظَيْنِ) يُرِيدُ بِهِ قَوْلُهُ لَعَمْرُكَ وَآيَمُ اللَّهِ (مُتَعَارَفٌ) يُحْلَفُ بِهِمَا فِي الْعَادَةِ وَلَمْ يَرِدْ نَهْيٌ مِنَ الشَّرْعِ فَيَكُونُ يَمِينًا.

(وَكَذَا قَوْلُهُ وَعَهْدُ اللَّهِ وَمِيثَاقُهُ) لِأَنَّ الْعَهْدَ يَمِينٌ. قَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿وَأَوْفُوا بِعَهْدِ اللَّهِ﴾ [النحل: ٩١] وَالْمِيثَاقُ عِبَارَةٌ عَنِ الْعَهْدِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَكَذَا قَوْلُهُ عَهْدُ اللَّهِ وَمِيثَاقُهُ) ظَاهِرٌ. وَمَنْ قَالَ عَلَيَّ نَذْرٌ أَوْ نَذَرُ اللَّهِ أَنْ لَا أَفْعَلَ كَذَا كَانَ يَمِينًا.

(وَكَذَا إِذَا قَالَ عَلَيَّ نَذْرٌ أَوْ نَذَرُ اللَّهِ) لِقَوْلِهِ ﷺ «مَنْ نَذَرَ نَذْرًا وَلَمْ يُسَمِّ فَعَلَيْهِ

كَفَّارَةٌ يَمِينٌ»^(١).

الشرح:

لِقَوْلِهِ ﷺ "مَنْ نَذَرَ نَذْرًا وَلَمْ يُسَمِّ فَعَلَيْهِ كَفَّارَةٌ يَمِينٌ".

(وَأِنْ قَالَ إِنْ فَعَلْتُ كَذَا فَهُوَ يَهُودِيٌّ أَوْ نَصْرَانِيٌّ أَوْ كَافِرٌ تَكُونُ يَمِينًا؛ لِأَنَّهُ لَمَّا جَعَلَ الشَّرْطَ عَلَمًا عَلَى الْكُفْرِ فَقَدْ اعْتَقَدَهُ وَاجِبَ الْامْتِنَاعِ، وَقَدْ أُمِكنَ الْقَوْلُ بِوُجُوبِهِ لغيرِهِ بِجَعْلِهِ يَمِينًا كَمَا تَقُولُ فِي تَحْرِيمِ الْحَلَالِ. وَلَوْ قَالَ ذَلِكَ لَشَيْءٍ عَقْدَ فِعْلِهِ فَهُوَ الْغَمُوسُ، وَلَا يَكْفُرُ اعْتِبَارًا بِالْمُسْتَقْبَلِ. وَقِيلَ يَكْفُرُ؛ لِأَنَّهُ تَنْجِيزٌ مَعْنَى فَصَارَ كَمَا إِذَا قَالَ هُوَ يَهُودِيٌّ. وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ لَا يَكْفُرُ فِيهِمَا إِنْ كَانَ يَعْلَمُ أَنَّهُ يَمِينٌ، وَإِنْ كَانَ عِنْدَهُ أَنَّهُ يَكْفُرُ بِالْحَلْفِ يَكْفُرُ فِيهِمَا؛ لِأَنَّهُ رَضِيَ بِالْكُفْرِ حَيْثُ أَهْدَمَ عَلَى الْفِعْلِ.

الشرح:

وَمَنْ قَالَ إِنْ فَعَلَ كَذَا فَهُوَ يَهُودِيٌّ أَوْ نَصْرَانِيٌّ أَوْ كَافِرٌ أَوْ مَجُوسِيٌّ كَانَ يَمِينًا، لِأَنَّهُ لَمَّا جَعَلَ الشَّرْطَ عَلَمًا عَلَى الْكُفْرِ فَقَدْ اعْتَقَدَهُ وَاجِبَ الْامْتِنَاعِ، وَقَدْ أُمِكنَ الْقَوْلُ بِوُجُوبِهِ لغيرِهِ بِجَعْلِهِ يَمِينًا كَمَا تَقُولُ فِي تَحْرِيمِ الْحَلَالِ) وَهَذَا جَوَابُ مَنْ قَالَ أَنَا بَرِيءٌ مِنَ الْكُفْبَةِ أَوْ النَّبِيِّ ﷺ فَإِنَّهُ يَكُونُ يَمِينًا وَإِنْ كَانَ ذَلِكَ كُفْرًا لِأَنَّهُ اعْتَقَدَ أَنَّهُ الْبَرَاءَةُ عَنِ وَاجِبِ الْامْتِنَاعِ، وَقَدْ أُمِكنَ الْقَوْلُ بِوُجُوبِهِ لغيرِهِ فَكَانَ يَمِينًا، هَذَا هُوَ الْمَوْعُودُ فِيمَا تَقَدَّمَ، وَقَدْ رُوِيَ عَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ إِذَا قَالَ هُوَ يَهُودِيٌّ إِنْ فَعَلَ كَذَا هُوَ نَصْرَانِيٌّ إِنْ فَعَلَ كَذَا فَهُمَا يَمِينَانِ، وَإِنْ قَالَ هُوَ يَهُودِيٌّ أَوْ نَصْرَانِيٌّ إِنْ فَعَلَ كَذَا فَهُوَ يَمِينٌ وَاحِدَةٌ، لِأَنَّ فِي الْأَوَّلِ كُلَّ وَاحِدٍ مِنَ اللَّفْظَيْنِ تَامٌ بِذِكْرِ الشَّرْطِ وَالْجَزَاءِ، وَفِي الثَّانِي كَلَامٌ وَاحِدٌ حِينَ ذَكَرَ الشَّرْطَ مَرَّةً وَاحِدَةً.

وَقَوْلُهُ (وَلَوْ قَالَ ذَلِكَ لَشَيْءٍ قَدْ فَعَلَهُ) يَعْنِي لَوْ حَلَفَ بِهَذَا اللَّفْظِ عَلَى أَمْرٍ مَاضٍ، فَإِنْ كَانَ عِنْدَهُ أَنَّهُ صَادِقٌ فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ، وَإِنْ كَانَ يَعْلَمُ أَنَّهُ كَاذِبٌ (فَهُوَ الْغَمُوسُ وَلَا يَكْفُرُ اعْتِبَارًا بِالْمُسْتَقْبَلِ) يَعْنِي كَمَا لَوْ حَلَفَ بِهِ عَلَى أَمْرٍ فِي الْمُسْتَقْبَلِ فَإِنَّهُ فِي الْمُسْتَقْبَلِ كَانَ يَمِينًا يَكْفُرُ، وَلَا يَكْفُرُ الْحَالِفُ كَذَلِكَ إِذَا كَانَ فِي الْمَاضِي (وَقِيلَ) وَهُوَ قَوْلُ مُحَمَّدِ بْنِ مُقَاتِلٍ (يَكْفُرُ لِأَنَّهُ) عُلِقَ الْكُفْرُ بِمَا هُوَ مَوْجُودٌ وَالتَّعْلِيقُ بِالْمَوْجُودِ (تَنْجِيزٌ)

(١) أخرجه أبو داود (٣٣٢٢)، وابن ماجه (٢١٢٨)، وانظر نصب الراية (٤٥٠/٣).

فَكَأَنَّهُ قَالَ هُوَ يَهُودِيٌّ. قَالَ فِي النَّهْيَةِ وَالصَّحِيحِ أَنَّهُ إِذَا كَانَ عَالِمًا يَعْرِفُ أَنَّهُ يَمِينٌ فَلَا يَكْفُرُ بِهِ فِي الْمَاضِي وَالْمُسْتَقْبَلِ، وَإِنْ كَانَ جَاهِلًا أَوْ عِنْدَهُ أَنَّهُ يَكْفُرُ بِالْحَلْفِ فَإِنَّهُ يَكْفُرُ فِي الْمَاضِي وَالْمُسْتَقْبَلِ لِأَنَّهُ لَمَّا أَقْدَمَ عَلَى ذَلِكَ الْفِعْلِ وَعِنْدَهُ أَنَّهُ يَكْفُرُ فَقَدْ رَضِيَ بِالْكَفْرِ.

(وَلَوْ قَالَ إِنْ فَعَلْتَ كَذَا فَعَلَيْ غَضَبِ اللَّهِ أَوْ سَخَطِ اللَّهِ فَلَيْسَ بِحَلْفٍ) لِأَنَّهُ دُعَاءٌ عَلَى نَفْسِهِ، وَلَا يَتَعَلَّقُ ذَلِكَ بِالشَّرْطِ؛ وَلِأَنَّهُ غَيْرُ مُتَعَارَفٍ (وَكَذَا إِذَا قَالَ إِنْ فَعَلْتَ كَذَا فَأَنَا زَانٍ أَوْ سَارِقٌ أَوْ شَارِبُ خَمْرٍ أَوْ أَكُلُ رِبَا)؛ لِأَنَّ حُرْمَةَ هَذِهِ الْأَشْيَاءِ تَحْتَمِلُ النَّسْخَ وَالتَّبْدِيلَ فَلَمْ تَكُنْ فِي مَعْنَى حُرْمَةِ الْأَسْمِ وَلِأَنَّهُ لَيْسَ بِمُتَعَارَفٍ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (لِأَنَّ حُرْمَةَ هَذِهِ الْأَشْيَاءِ تَحْتَمِلُ النَّسْخَ وَالتَّبْدِيلَ) قَالَ فِي النَّهْيَةِ: أَمَّا الزُّنَا وَالسَّرِقَةُ فَإِنَّهُمَا لَا يَحْتَمِلَانِ النَّسْخَ، وَلَكِنْ ذَلِكَ الْفِعْلُ الْمَقْصُودُ بِالزُّنَا وَالْعَيْنُ الْمَقْصُودَةُ بِالسَّرِقَةِ بَعَيْنُهُ جَازَ أَنْ يَكُونَ حَلَالًا لَهُ بِوَجْهِ النِّكَاحِ وَمِلْكِ الْيَمِينِ فَسَمِيَ احْتِمَالِ انْقِلَابِهِمَا مِنَ الْحُرْمَةِ إِلَى الْحَلِّ بِالسَّبَبِ الشَّرْعِيِّ نَسْخًا وَتَبْدِيلًا، وَأَمَّا الْخَمْرُ وَالرِّبَا فَيَحْتَمِلَانِ النَّسْخَ. أَمَّا الْخَمْرُ فَظَاهِرٌ أَنَّهَا كَانَتْ حَلَالًا ثُمَّ انْسَخَ، وَأَمَّا الرِّبَا فَيَحْتَمِلُ النَّسْخَ فِي نَفْسِهِ وَإِنْ لَمْ يَرِدْ النَّسْخُ فِي حَقِّهِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ يَحِلُّ فِي دَارِ الْحَرْبِ. وَأَقُولُ: فِي كَلَامِ الْمُصَنِّفِ لَفٌ وَتَشَرُّ عَلَى غَيْرِ السَّنَنِ، وَذَلِكَ لِأَنَّ قَوْلَهُ نَسْخًا مُتَعَلِّقٌ بِشَرْبِ الْخَمْرِ وَأَكْلِ الرِّبَا. وَقَوْلُهُ تَبْدِيلًا بِالزُّنَا وَالسَّرِقَةِ وَيُرَادُ بِالتَّبْدِيلِ انْقِلَابُ الْمَحَلِّ عَلَى مَا ذَكَرَ، وَهَذَا إِفَادَةٌ وَالْحَمْلُ عَلَى مَا ذَكَرَهُ صَاحِبُ النَّهْيَةِ إِعَادَةً، وَالْحَمْلُ عَلَى الْأَوَّلِ أَوْلَى، فَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ لَمْ تَكُنْ حُرْمَةُ هَذِهِ الْأَشْيَاءِ فِي مَعْنَى حُرْمَةِ اسْمِ اللَّهِ تَعَالَى لِأَنَّ حُرْمَتَهُ لَا تَحِلُّ فِي حَالٍ فَلَا يَتَحَقَّقُ الْيَمِينُ بِذِكْرِ هَذِهِ الْأَشْيَاءِ (وَلِأَنَّهُ لَيْسَ بِمُتَعَارَفٍ) فَلَا يَكُونُ يَمِينًا.

فصل في الكفارة

قَالَ: (كَفَارَةُ الْيَمِينِ عِتْقُ رَقَبَةٍ يُجْزِي فِيهَا مَا يُجْزِي فِي الظَّهَارِ وَإِنْ شَاءَ كَسَا عَشْرَةَ مَسَاكِينَ كُلِّ وَاحِدٍ ثوبًا فَمَا زَادَ، وَأَدْنَاهُ مَا يَجُوزُ فِيهِ الصَّلَاةُ وَإِنْ شَاءَ أَطْعَمَ عَشْرَةَ مَسَاكِينَ كَالْإِطْعَامِ فِي كَفَارَةِ الظَّهَارِ) وَالْأَصْلُ فِيهِ قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿فَكَفَّرْتَهُ» إِطْعَامَ عَشْرَةِ مَسْكِينٍ﴾ [المائدة: ٨٩]، وَكَلِمَةً أَوْ لِلتَّخْيِيرِ فَكَانَ الْوَاجِبُ أَحَدَ الْأَشْيَاءِ الثَّلَاثَةِ.

الشرح:

(فَصَلِّ فِي الْكُفَّارَةِ) لَمَّا فَرَّغَ مِنْ بَيَانِ الْمَوْجِبِ شَرَعَ فِي بَيَانِ الْمَوْجِبِ وَهُوَ الْكُفَّارَةُ، لَكِنْ هِيَ مُوجِبٌ الْعَيْنِ عِنْدَ الْإِقْلَابِ لِأَنَّ الْيَمِينَ لَمْ تُشْرَعْ لِلْكَفَّارَةِ بَلْ تُنْقَلَبُ مُوجِبَةً لَهَا عِنْدَ انْتِقَاضِهَا بِالْحِنْثِ، وَكَلَامُهُ وَاضِحٌ، وَكَوْنُ الْوَاجِبِ أَحَدَ الْأَشْيَاءِ عَلَى التَّخْيِيرِ أَوْ وَاحِدًا مُعَيَّنًا عِنْدَ اللَّهِ إِنْ كَانَ مَجْهُولًا عِنْدَنَا، وَعَدَمُ حَمْلِ الشَّافِعِيِّ الْمَطْلُوقِ عَلَى الْمُقَيَّدِ عَلَى مَا هُوَ مِنْ مَذْهَبِهِ وَغَيْرِ ذَلِكَ مُقَرَّرٌ فِي التَّقْرِيرِ فَلْيُطْلَبْ نَمَّةٌ.

قَالَ (هَإِنْ لَمْ يَقْدِرْ عَلَى أَحَدِ الْأَشْيَاءِ الثَّلَاثَةِ صَامَ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ مُتَتَابِعَاتٍ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: يُخَيَّرُ لِإِطْلَاقِ النَّصِّ. وَلَنَا قِرَاءَةُ ابْنِ مَسْعُودٍ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُ فَصِيَامَ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ مُتَتَابِعَاتٍ وَهِيَ كَالْخَبَرِ الْمَشْهُورِ

ثُمَّ الْمَذْكُورُ فِي الْكِتَابِ فِي بَيَانِ أَدْنَى الْكِسْوَةِ مَرْوِيٌّ عَنْ مُحَمَّدٍ. وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ أَنَّ أَدْنَاهُ مَا يَسْتُرُ عَامَّةً بَدَنَهُ حَتَّى لَا يَجُوزَ السَّرَاوِيلُ، وَهُوَ الصَّحِيحُ لِأَنَّ لَا يَسَهُ يُسَمَّى عُرْيَانًا فِي الْعُرْفِ، لَكِنْ مَا لَا يُجْزِيهِ عَنِ الْكِسْوَةِ يُجْزِيهِ عَنِ الطَّعَامِ بِاعْتِبَارِ الْقِيَمَةِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَهُوَ الصَّحِيحُ) اخْتِرَازٌ عَمَّا رُوِيَ فِي نَوَادِرِ ابْنِ سِمَاعَةَ أَنَّهُ يَجُوزُ، وَفِي رِوَايَةٍ أُخْرَى إِنْ أُعْطِيَ السَّرَاوِيلُ الْمَرْأَةُ لَا يَجُوزُ، وَإِنْ أُعْطِيَ الرَّجُلُ يَجُوزُ لِأَنَّ الْمُعْتَبَرَ رَدُّ الْعُرْيِ بِقَدْرِ مَا تَجُوزُ بِهِ الصَّلَاةُ، لِأَنَّ سِتْرَ الْعَوْرَةِ فَرَضٌ لَا تَجُوزُ الصَّلَاةُ بِدُونِهِ، أَمَّا مَا زَادَ عَلَيْهِ فَفَضْلٌ يُعْتَبَرُ لِلتَّحْمُلِ أَوْ لِلتَّدْتِيرِ فَلَا يُؤَاخَذُ عَلَيْهِ فِي الْكِسْوَةِ كَمَا لَا يُؤَاخَذُ عَلَيْهِ الْإِدَامُ فِي الطَّعَامِ. وَقَوْلُهُ (لَكِنْ مَا لَا يَجْزِيهِ عَنِ الْكِسْوَةِ يَجْزِيهِ عَنِ الطَّعَامِ بِاعْتِبَارِ الْقِيَمَةِ) يَعْنِي لَوْ أُعْطِيَ كُلُّ مِسْكِينٍ نِصْفَ ثَوْبٍ لَمْ يُجْزِهِ عَنِ الْكِسْوَةِ لِأَنَّ الْاِكْتِسَاءَ لَا يَحْصُلُ بِهِ وَلَكِنَّهُ يَجْزِيهِ مِنَ الطَّعَامِ إِذَا كَانَ نِصْفَ ثَوْبٍ يُسَاوِي نِصْفَ صَاعٍ مِنْ حَنْطَةٍ، وَكَذَلِكَ لَوْ أُعْطِيَ عَشْرَةُ مَسَاكِينٍ ثَوْبًا بَيْنَهُمْ وَهُوَ ثَوْبٌ كَثِيرُ الْقِيَمَةِ يُصِيبُ كُلًّا مِنْهُمْ أَكْثَرَ مِنْ قِيَمَةِ ثَوْبٍ لَمْ يُجْزِهِ مِنَ الْكِسْوَةِ لِأَنَّهُ لَا يَكْتَسِي بِهِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ وَلَكِنْ يَجْزِيهِ مِنَ الطَّعَامِ. وَهَلْ يُشْتَرَطُ النِّيَّةُ أَوْ لَا؟ ذَكَرَ شَيْخُ الْإِسْلَامِ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ أَنَّهُ يَجْزِيهِ نَوَى أَنْ يَكُونَ بَدَلًا عَنِ الطَّعَامِ أَوْ لَمْ يَتَو. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ: إِذَا نَوَى أَنْ

يَكُونُ عَنِ الطَّعَامِ يَجْزِيهِ عَنِ الطَّعَامِ وَإِنْ لَمْ يَنْوِ لَمْ يُجْزِهِ.

(وَإِنْ قَدَّمَ الْكَفَّارَةَ عَلَى الْحَنْثِ لَمْ يُجْزِهِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يُجْزِيهِ بِأَمَالٍ لِأَنَّهُ أَذَاهَا بَعْدَ السَّبَبِ وَهُوَ الْيَمِينُ فَأَشْبَهَ التَّكْفِيرَ بَعْدَ الْجَرْحِ. وَلَنَا أَنَّ الْكَفَّارَةَ لَسْتَرِ الْجَنَائِيَةِ وَلَا جَنَائِيَةَ هَاهُنَا، وَلَيْسَتْ بِسَبَبٍ لِأَنَّهُ مَانِعٌ غَيْرُ مُفْضٍ، بِخِلَافِ الْجَرْحِ لِأَنَّهُ مُفْضٍ. (ثُمَّ لَا يَسْتَرِدُّ مِنَ الْمُسْكِينِ) لَوْفَوْعِهِ صَدَقَةٌ.

الشرح:

(وَإِنْ قَدَّمَ الْكَفَّارَةَ عَلَى الْحَنْثِ لَمْ يُجْزِهِ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يُجْزِيهِ بِأَمَالٍ لِأَنَّهُ أَذَاهَا بَعْدَ السَّبَبِ وَهُوَ الْيَمِينُ) لِأَنَّهَا تُضَافُ إِلَى الْيَمِينِ، يُقَالُ كَفَّارَةُ الْيَمِينِ، وَالْوَاجِبَاتُ تُضَافُ إِلَى أَسْبَابِهَا حَقِيقَةً، وَالْأَدَاءُ بَعْدَ السَّبَبِ جَائِزٌ لَا مَحَالَةَ (فَأَشْبَهَ التَّكْفِيرَ بَعْدَ الْجَرْحِ. وَلَنَا أَنَّ الْكَفَّارَةَ لَسْتَرِ الْجَنَائِيَةِ وَلَا جَنَائِيَةَ هَاهُنَا) لِأَنَّهَا تَحْصُلُ بِهَنْتِكَ حُرْمَةِ اسْمِ اللَّهِ بِالْحَنْثِ. وَقَوْلُهُ (وَالْيَمِينُ لَيْسَتْ بِسَبَبٍ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ لِأَنَّهُ أَذَاهَا بَعْدَ السَّبَبِ وَهُوَ الْيَمِينُ. وَوَجْهُهُ أَنَّ السَّبَبَ مَا يَكُونُ مُفْضِيًا، وَالْيَمِينُ غَيْرُ مُفْضٍ إِلَى الْكَفَّارَةِ لِأَنَّهَا تَجِبُ بَعْدَ تَقْضِيهَا بِالْحَنْثِ، وَإِنَّمَا أُضِيفَتْ إِلَيْهَا لِأَنَّهَا تَجِبُ بِحَنْثِ بَعْدَ الْيَمِينِ كَمَا تُضَافُ الْكَفَّارَةُ إِلَى الصَّوْمِ (بِخِلَافِ الْجَرْحِ لِأَنَّهُ مُفْضٍ) إِلَى الْمَوْتِ. وَقَوْلُهُ (ثُمَّ لَا يَسْتَرِدُّ مِنَ الْمُسْكِينِ) قِيلَ هُوَ مَعْطُوفٌ عَلَى قَوْلِهِ لَمْ يُجْزِهِ: يَعْنِي وَإِنْ لَمْ يَقَعْ كَفَّارَةٌ إِذَا دَفَعَ إِلَى الْمُسْكِينِ قَبْلَ الْحَنْثِ لَكِنْ لَا يَسْتَرِدُّ مِنْهُ لِأَنَّهُ قَصَدَ شَيْئَيْنِ سَتَرَ الْجَنَائِيَةَ وَحُصُولَ الثَّوَابِ، وَلَمْ يَحْصُلِ الْأَوَّلُ لِعَدَمِ الْجَنَائِيَةِ فَيَحْصُلُ الثَّانِي فَتَكُونُ قَدْ وَقَعَتْ صَدَقَةٌ فَلَا رُجُوعَ فِيهَا.

قَالَ: (وَمَنْ حَلَفَ عَلَى مَعْصِيَةٍ مِثْلَ أَنْ لَا يُصَلِّيَ أَوْ لَا يُكَلِّمَ أَبَاهُ أَوْ لِيَقْتُلَنَّ فُلَانًا يَنْبَغِي أَنْ يُحْنِثَ نَفْسَهُ وَيُكَفِّرَ عَنْ يَمِينِهِ) لِقَوْلِهِ ﷺ «مَنْ حَلَفَ عَلَى يَمِينٍ وَرَأَى غَيْرَهَا خَيْرًا مِنْهَا فَلْيَاثَ بِالَّذِي هُوَ خَيْرٌ ثُمَّ لِيُكَفِّرَ عَنْ يَمِينِهِ» ^(١) وَلَآنَ فِيمَا قُلْنَا تَفْوِيتُ الْبِرِّ إِلَى جَابِرٍ وَهُوَ الْكَفَّارَةُ وَلَا جَابِرَ لِلْمَعْصِيَةِ فِي ضِدِّهِ.

الشرح:

(وَمَنْ حَلَفَ عَلَى مَعْصِيَةٍ مِثْلَ أَنْ لَا يُصَلِّيَ أَوْ لَا يُكَلِّمَ أَبَاهُ أَوْ لِيَقْتُلَنَّ فُلَانًا يَنْبَغِي أَنْ يُحْنِثَ نَفْسَهُ وَيُكَفِّرَ عَنْ يَمِينِهِ لِقَوْلِهِ ﷺ «مَنْ حَلَفَ عَلَى يَمِينٍ وَرَأَى غَيْرَهَا

خَيْرًا مِنْهَا فَلَيَاتِ بِالَّذِي هُوَ خَيْرٌ ثُمَّ لِيُكْفِرَ عَنْ يَمِينِهِ» مَعْنَاهُ مَنْ حَلَفَ عَلَى مُقْسَمٍ عَلَيْهِ مِنْ فِعْلٍ أَوْ تَرْكٍ لِأَنَّ الْيَمِينَ مُرَكَّبَةٌ مِنْ مُقْسَمٍ بِهِ وَهُوَ بِاللَّهِ وَمُقْسَمٍ عَلَيْهِ وَهُوَ قَوْلُهُ لِأَفْعَلَنْ أَوْ لَا أَفْعَلْ فَكَانَ مِنْ بَابِ ذِكْرِ الْكُلِّ وَإِرَادَةِ الْبَعْضِ.

وَفِي وَجْهِ الاسْتِدْلَالِ بِهِ نَظَرٌ لِأَنَّهُ قَالَ «وَرَأَى غَيْرَهَا خَيْرًا مِنْهَا» فَاَلْمَدْعَى مُطْلَقٌ، وَالدَّلِيلُ مَشْرُوطٌ بِرُؤْيَا غَيْرِهِ خَيْرًا.

وَالْجَوَابُ أَنَّ حَالَ الْمُسْلِمِ يَقْتَضِي أَنْ يَرَى تَرْكَ الْمَعْصِيَةِ خَيْرًا مِنْهَا فَيَجْعَلِ الشَّرْطَ مَوْجُودًا نَظَرًا إِلَى حَالِهِ. وَقَوْلُهُ (وَلَأَنْ فِيمَا قُلْنَا) يَعْنِي أَدَاءَ الْكُفَّارَةِ بَعْدَ الْحِنْثِ (تَفْوِيتُ الْبَرِّ إِلَى جَابِرٍ وَهُوَ الْكُفَّارَةُ) لَمَّا أَنَّ الْجَابِرَ يَقْتَضِي سَبْقَ خَلَلِ الْمَجْبُورِ وَهُوَ خَلَلُ الْيَمِينِ بِالْحِنْثِ فِيمَا قُلْنَا فَتَصْلُحُ الْكُفَّارَةُ جَابِرَةً (وَلَا جَابِرٌ لِلْمَعْصِيَةِ فِي ضِدِّهِ) أَيُّ فِي ضِدِّ مَا قُلْنَا أَيُّ لَا جَابِرٌ لِلْمَعْصِيَةِ الْحِنْثِ فِيمَا قَالَهُ الشَّافِعِيُّ لِأَنَّ الْحِنْثَ لَمَّا تَأَخَّرَ عَنِ الْكُفَّارَةِ لَمْ تَصْلُحْ الْكُفَّارَةُ السَّابِقَةُ جَابِرَةً لِذَلِكَ الْحِنْثِ لِأَنَّ الْجَابِرَ لَا يَتَقَدَّمُ، كَذَا فِي النَّهَايَةِ. وَقَالَ فِي بَعْضِ الشُّرُوحِ: وَلَأَنْ فِيمَا قُلْنَا: أَيُّ فِي تَحْنِثِ النَّفْسِ وَالتَّكْفِيرِ بَعْدَ ذَلِكَ تَفْوِيتُ الْبَرِّ إِلَى جَابِرٍ وَالْجَابِرُ هُوَ الْكُفَّارَةُ، وَالْفَوَاتُ إِلَى جَابِرٍ كَلَا فَوَاتٌ فَتَكُونُ الْمَعْصِيَةُ الْحَاصِلَةُ بِتَفْوِيتِ الْبَرِّ كَلَا مَعْصِيَةٍ لَوْجُودِ الْجَابِرِ، أَمَّا إِذَا أَتَى بِالْبَرِّ وَهُوَ تَرْكُ الصَّلَاةِ وَقَطْعُ الْكَلَامِ عَنِ الْأَبِّ وَقَتْلُ فُلَانٍ بِغَيْرِ حَقٍّ تَحْصُلُ الْمَعْصِيَةُ بِلَا جَبْرِ لَهَا فَتَكُونُ الْمَعْصِيَةُ قَائِمَةً لَا مَحَالَةَ، فَلِهَذَا قُلْنَا يُحْنِثُ نَفْسَهُ وَيُكْفِرُ عَنْ يَمِينِهِ، وَكِلَا الْوَجْهَيْنِ صَحِيحٌ وَالثَّانِي أُنْسَبُ.

(وَإِذَا حَلَفَ الْكَافِرُ ثُمَّ حَنَثَ فِي حَالِ كُفْرِهِ أَوْ بَعْدَ إِسْلَامِهِ فَلَا حِنْثَ عَلَيْهِ) لِأَنَّهُ

لَيْسَ بِأَهْلٍ لِلْيَمِينِ لِأَنَّهُا تُعَقَّدُ لِتَعْظِيمِ اللَّهِ تَعَالَى، وَمَعَ الْكُفْرِ لَا يَكُونُ مُعْظَمًا وَلَا هُوَ أَهْلُ الْكُفَّارَةِ لِأَنَّهُ عِبَادَةٌ.

الشرح:

(وَإِذَا حَلَفَ الْكَافِرُ ثُمَّ حَنَثَ فِي حَالِ كُفْرِهِ أَوْ بَعْدَ إِسْلَامِهِ فَلَا حِنْثَ) أَيُّ لَا كُفَّارَةَ (عَلَيْهِ) وَقَالَ مَالِكٌ وَالشَّافِعِيُّ: يُكْفَرُ بِأَمَالٍ لِأَنَّ الْيَمِينَ تُعَقَّدُ لِلْبَرِّ وَهُوَ مِنْ أَهْلِهِ لِأَنَّهُ إِنَّمَا يَتَحَقَّقُ مِمَّنْ يَتَعَقَّدُ تَعْظِيمَ حُرْمَةِ اسْمِ اللَّهِ وَهُوَ يَتَعَقَّدُ ذَلِكَ فَكَانَ اعْتِقَادُهُ يَحْمِلُهُ عَلَى الْبَرِّ وَلِهَذَا يُسْتَحْلَفُ فِي الدَّعَاوَى وَالْخُصُومَاتِ (وَلَمَّا أَنَّهُ لَيْسَ بِأَهْلٍ لِلْيَمِينِ لِأَنَّهُا تُعَقَّدُ لِتَعْظِيمِ اللَّهِ وَمَعَ الْكُفْرِ لَا يَكُونُ مُعْظَمًا) إِذْ الْكُفْرُ إِهَانَةٌ وَاسْتِخْفَافٌ بِالْخَالِقِ وَهُوَ

يُنَافِي التَّعْظُمَ (وَلَا هُوَ أَهْلٌ لِلْكَفَّارَةِ لِأَنَّهَا عِبَادَةٌ) بِخِلَافِ الاسْتِحْلَافِ فِي الدَّعَاوَى وَالْخُصُومَاتِ فَإِنَّ الْمَقْصُودَ مِنْهُ ظُهُورُ حَقِّ الْمُدَّعِي بِالتَّكْوُلِ أَوْ الْإِقْرَارِ، وَالْكَفْرُ لَا يُنَافِي ذَلِكَ.

(وَمَنْ حَرَّمَ عَلَى نَفْسِهِ شَيْئًا مِمَّا يَمْلِكُهُ لَمْ يَصِرْ مُحَرَّمًا وَعَلَيْهِ إِنْ اسْتَبَاحَهُ كَفَّارَةٌ يَمِينٍ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى عَلَيْهِ: لَا كَفَّارَةَ عَلَيْهِ لِأَنَّ تَحْرِيمَ الْحَلَالِ قَلْبُ الْمَشْرُوعِ فَلَا يَنْعَقِدُ بِهِ تَصَرُّفٌ مَشْرُوعٌ وَهُوَ الْيَمِينُ. وَلَنَا أَنَّ اللفظَ يُنبِئُ عَنْ إِبْطَالِ الْحُرْمَةِ، وَقَدْ أَمَكَّنَ إِعْمَالُهُ بِثُبُوتِ الْحُرْمَةِ لغيرِهِ بِإِبْطَالِ مُوجِبِ الْيَمِينِ فَيُصَارُ إِلَيْهِ، ثُمَّ إِذَا فَعَلَ مِمَّا حَرَّمَهُ قَلِيلًا أَوْ كَثِيرًا حَنْتَ وَوَجِبَتِ الْكَفَّارَةُ وَهُوَ الْمَعْنَى مِنَ الْاسْتِبَاحَةِ الْمَذْكُورَةِ لِأَنَّ التَّحْرِيمَ إِذَا ثَبَتَ تَنَاقُلَ كُلُّ جُزْءٍ مِنْهُ.

الشرح:

قَالَ: (وَمَنْ حَرَّمَ عَلَى نَفْسِهِ شَيْئًا مِمَّا يَمْلِكُهُ) مِثْلُ أَنْ يَقُولَ حَرَّمْتُ عَلَى نَفْسِي تَوْبِي هَذَا أَوْ طَعَامِي هَذَا، (لَمْ يَصِرْ مُحَرَّمًا لِعَيْنِهِ وَعَلَيْهِ إِنْ اسْتَبَاحَهُ) أَيُّ إِنْ فَعَلَ شَيْئًا مِمَّا حَرَّمَهُ قَلِيلًا أَوْ كَثِيرًا حَنْتَ وَوَجِبَتِ الْكَفَّارَةُ وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا كَفَّارَةَ عَلَيْهِ لِأَنَّ تَحْرِيمَ الْحَلَالِ قَلْبُ الْمَشْرُوعِ وَقَلْبُ الْمَشْرُوعِ (لَا يَنْعَقِدُ بِهِ تَصَرُّفٌ مَشْرُوعٌ وَهُوَ الْيَمِينُ) كَعَكْسِهِ وَهُوَ تَحْلِيلُ الْحَرَامِ (وَلَنَا أَنَّ اللفظَ يُنبِئُ عَنْ إِبْطَالِ الْحُرْمَةِ) فَإِذَا أَنْ ثُبُتَ بِهِ حُرْمَةُ لِعَيْنِهَا وَهُوَ غَيْرُ جَائِزٍ لِأَنَّهُ قَلْبُ الْمَشْرُوعِ كَمَا ذَكَرْتُمْ أَوْ لغيرِهَا (بِإِبْطَالِ مُوجِبِ الْيَمِينِ) وَفِي إِعْمَالِ اللفظِ وَالْمَصِيرِ إِلَى إِعْمَالِ اللفظِ عِنْدَ الْإِمْكَانِ وَاجِبٌ فَيُصَارُ إِلَيْهِ. وَبِهَذَا التَّفْهِيمِ يَنْدَفِعُ مَا قِيلَ إِنَّ بَيْنَ قَوْلِهِ لَمْ يَصِرْ مُحَرَّمًا وَبَيْنَ قَوْلِهِ وَعَلَيْهِ إِنْ اسْتَبَاحَهُ تَنَافِيًا لِأَنَّ الْاسْتِبَاحَةَ إِذَا تُسْتَعْمَلُ فِيمَا إِذَا كَانَ ثَمَّةَ تَحْرِيمٍ. وَقَوْلُهُ لَمْ يَصِرْ مُحَرَّمًا يُنَافِيهِ، وَذَلِكَ لِأَنَّ قَوْلَهُ لَمْ يَصِرْ مُحَرَّمًا مَعْنَاهُ مُحَرَّمًا لِعَيْنِهِ. وَقَوْلُهُ إِنْ اسْتَبَاحَهُ إِشَارَةٌ إِلَى الْحُرْمَةِ لغيرِهِ.

وَعُورِضُ بَأَنَّ الْيَمِينَ إِمَّا أَنْ يُذَكَرَ مُقَسَّمٌ بِهِ وَهُوَ عِنْدَ ذِكْرِ اسْمٍ مِنْ أَسْمَاءِ اللَّهِ أَوْ صِفَةٍ مِنْ صِفَاتِهِ كَمَا تَقَدَّمَ، أَوْ بَأَنَّ يُذَكَرَ شَرْطٌ وَجَزَاءٌ وَلَيْسَ شَيْءٌ مِنْهُمَا بِمَوْجُودٍ فَكَيْفَ صَارَ يَمِينًا. وَأُجِيبَ بِسُقُوطِهَا بِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿قَدْ فَرَضَ اللَّهُ لَكُمْ تَحِلَّةَ أَيْمَانِكُمْ﴾ [التَّحْرِيمُ: ٢] بَعْدَ قَوْلِهِ ﴿لَمْ تَحْزِرْ مَا أَحَلَّ اللَّهُ لَكَ﴾ [التَّحْرِيمُ: ١] فِي تَحْرِيمِ الْعَسَلِ أَوْ

تَحْرِيمِ مَارِيَّةَ، أَطْلَقَ الْإِيمَانَ عَلَى تَحْرِيمِ الْحَلَالِ وَفَرَضَ تَحِلَّةَ الْإِيمَانِ، وَالرَّأْيُ لَا يُعَارِضُ النَّصُوصَ السَّمْعِيَّةَ.

(وَلَوْ قَالَ كُلُّ حِلٍّ عَلَيَّ حَرَامٌ فَهُوَ عَلَى الطَّعَامِ وَالشَّرَابِ إِلَّا أَنْ يَنْوِيَ غَيْرَ ذَلِكَ) وَالْقِيَاسُ أَنْ يَحْنَتَ كَمَا فَرَعَ لِأَنَّهُ بَاشَرَ فِعْلاً مُبَاحًا وَهُوَ التَّنَفُّسُ وَنَحْوُهُ، هَذَا قَوْلُ زُفَرٍ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى. وَجَهُ الْاسْتِحْسَانِ أَنَّ الْمَقْصُودَ وَهُوَ الْبِرُّ لَا يَتَحَصَّلُ مَعَ اعْتِبَارِ الْعُمُومِ، وَإِذَا سَقَطَ اعْتِبَارُهُ يَنْصَرِفُ إِلَى الطَّعَامِ وَالشَّرَابِ لِلْعُرْفِ فَإِنَّهُ يُسْتَعْمَلُ فِيمَا يَتَنَاوَلُ عَادَةً. وَلَا يَتَنَاوَلُ الْمَرْأَةُ إِلَّا بِالنِّيَّةِ لِإِسْقَاطِ اعْتِبَارِ الْعُمُومِ. وَإِذَا نَوَاهَا كَانَ إِيلَاءً وَلَا تُصَرَّفُ الْيَمِينُ عَنِ الْمَأْكُولِ وَالْمَشْرُوبِ، وَهَذَا كُلُّهُ جَوَابُ ظَاهِرِ الرَّوَايَةِ. وَمَشَايِخُنَا قَالُوا يَقَعُ بِهِ الطَّلَاقُ عَنْ غَيْرِ نِيَّةٍ لِعَلْبَةِ الْاسْتِعْمَالِ وَعَلَيْهِ الْفَتْوَى، وَكَذَا يَنْبَغِي فِي قَوْلِهِ حَلَالٌ يُرَوَّى حَرَامٌ لِلْعُرْفِ. وَاخْتَلَفُوا فِي قَوْلِهِ هَرَجَهُ بَرَدَسْتُ رَأَسَتْ كَرِيمَ بَرُوءِي وَخِيَارَ أَنَّهُ هَلْ تُشْتَرَطُ النِّيَّةُ وَالْأَظْهَرُ أَنَّهُ يُجْعَلُ طَلَاقًا مِنْ غَيْرِ نِيَّةٍ لِلْعُرْفِ.

الشرح:

وَلَوْ قَالَ كُلُّ حِلٍّ عَلَيَّ حَرَامٌ فَهُوَ عَلَى الطَّعَامِ وَالشَّرَابِ إِلَّا أَنْ يَنْوِيَ غَيْرَ ذَلِكَ، وَالْقِيَاسُ أَنْ يَحْنَتَ كَمَا فَرَعَ لِأَنَّ قَوْلَهُ هَذَا فِي قُوَّةٍ أَنْ يُقَالَ وَاللَّهُ لَا أَفْعَلُ فِعْلاً حَلَالًا وَقَدْ فَعَلَ فِعْلاً حَلَالًا وَهُوَ التَّنَفُّسُ وَفَتَحَ الْعَيْنَيْنِ فَيَحْنَتُ (وَهُوَ قَوْلُ زُفَرٍ). وَجَهُ الْاسْتِحْسَانِ أَنَّ الْيَمِينَ تُعْقَدُ لِلْبِرِّ وَهُوَ لَا يَحْصُلُ مَعَ اعْتِبَارِ الْعُمُومِ لِامْتِنَاعِ أَنْ لَا يَتَنَفَّسَ وَأَنْ لَا يَفْتَحَ الْعَيْنَيْنِ فَيَعْلَمُ بِدَلَالَةِ الْحَالِ عَدَمَ إِرَادَةِ الْعُمُومِ فَيُصَارُ إِلَى أَخْصَرِ الْخُصُوصِ وَهُوَ الطَّعَامُ وَالشَّرَابُ لِلْعُرْفِ فَإِنَّ الْعَادَةَ جَارِيَةً بِاسْتِعْمَالِهِ فِي الْمُتَنَاوَلَاتِ (و) إِذَا لَمْ يَكُنْ الْعُمُومُ مُرَادًا (لَا يَتَنَاوَلُ الْمَرْأَةُ إِلَّا بِالنِّيَّةِ وَإِذَا نَوَاهَا كَانَ إِيلَاءً) لَمَّا يَتَنَاوَلُ هَذَا الْكَلَامَ يَمِينٌ فَيَكُونُ مَعْنَاهُ: وَاللَّهُ لَا أَقْرُبُكَ، وَهُوَ مِنْ صُورِ الْإِيلَاءِ (وَهَذَا جَوَابُ ظَاهِرِ الرَّوَايَةِ وَمَشَايِخُ بَلْخِي) كَأَبِي بَكْرٍ الْإِسْكَافِ وَأَبِي بَكْرٍ بْنِ أَبِي سَعِيدٍ وَالْفَقِيهِ أَبِي جَعْفَرٍ وَبَعْضُ مَشَايِخِ سَمَرْقَنْدَ (قَالُوا يَقَعُ بِهِ الطَّلَاقُ مِنْ غَيْرِ نِيَّةٍ لِعَلْبَةِ الْاسْتِعْمَالِ وَعَلَيْهِ الْفَتْوَى) وَقَوْلُهُ (وَكَذَا يَنْبَغِي) ظَاهِرٌ وَلَمْ يَذْكُرْ مَا لَوْ قَالَ هَرَجَهُ بَدَسْتُ جُبَّ كَرِيمَ بَرُوءِي وَخِيَارَ فَقَدْ قِيلَ لَا يَقَعُ بِهِ الطَّلَاقُ وَإِنْ نَوَى. وَلَوْ قَالَ هَرَجَهُ بَدَسْتُ كَرِيمَ كَانَ طَلَاقًا قِيلَ يَقَعُ بِهِ الطَّلَاقُ وَإِنْ لَمْ يَنْوِ. وَقِيلَ لَا يَقَعُ إِلَّا بِالنِّيَّةِ.

(وَمَنْ نَذَرَ نَذْرًا مُطْلَقًا فَعَلَيْهِ الْوَفَاءُ) لِقَوْلِهِ ﷺ «مَنْ نَذَرَ وَسَمَّى فَعَلَيْهِ الْوَفَاءُ بِمَا سَمَّى»^(١).

الشرح:

(قَوْلُهُ وَمَنْ نَذَرَ نَذْرًا مُطْلَقًا) مِثْلُ أَنْ يَقُولَ اللَّهُ عَلَيَّ صَوْمُ سَنَةٍ وَلَمْ يُعَلِّقْهُ بِشَيْءٍ فَعَلَيْهِ الْوَفَاءُ بِهِ لِقَوْلِهِ ﷺ «مَنْ نَذَرَ وَسَمَّى فَعَلَيْهِ الْوَفَاءُ بِمَا سَمَّى».

(وَأَنْ عُلِقَ النَّذْرُ بِشَرْطٍ فَوُجِدَ الشَّرْطُ فَعَلَيْهِ الْوَفَاءُ بِنَفْسِ النَّذْرِ) لِإِطْلَاقِ الْحَدِيثِ، وَلَأَنَّ الْمُعْلَقَ بِالشَّرْطِ كَالْمُنَجَّزِ عِنْدَهُ (وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ رَجَعَ عَنْهُ وَقَالَ: إِذَا قَالَ إِنْ فَعَلْتُ كَذَا فَعَلَيَّ حَجَّةٌ أَوْ صَوْمٌ سَنَةً أَوْ صَدَقَةٌ مَا أَمْلَكُهُ أَجْزَأُهُ مِنْ ذَلِكَ كَفَّارَةٌ يَمِينٍ. وَهُوَ قَوْلُ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ) وَيَخْرُجُ عَنِ الْعَهْدَةِ بِالْوَفَاءِ بِمَا سَمَّى أَيْضًا. وَهَذَا إِذَا كَانَ شَرْطًا لَا يُرِيدُ كَوْنَهُ لِأَنَّ فِيهِ مَعْنَى الْيَمِينِ وَهُوَ الْمَنْعُ وَهُوَ بَظَاهِرِهِ نَذْرٌ فَيَتَخَيَّرُ وَيَمِيلُ إِلَى أَيِّ الْجِهَتَيْنِ شَاءَ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ شَرْطًا يُرِيدُ كَوْنَهُ كَقَوْلِهِ إِنْ شَفَى اللَّهُ مَرِيضِي لَانْعِدَامِ مَعْنَى الْيَمِينِ فِيهِ وَهَذَا التَّفْصِيلُ هُوَ الصَّحِيحُ.

الشرح:

(وَأَنْ عُلِقَ النَّذْرُ بِشَرْطٍ سَوَاءٌ كَانَ شَرْطًا أَرَادَ كَوْنَهُ أَوْ لَمْ يَرُدْ) (فَوُجِدَ الشَّرْطُ فَعَلَيْهِ الْوَفَاءُ بِنَفْسِ النَّذْرِ) وَلَا تَنْفَعُهُ كَفَّارَةُ الْيَمِينِ (لِإِطْلَاقِ الْحَدِيثِ) فَإِنَّهُ لَمْ يَفْصِلْ بَيْنَ كَوْنِ النَّذْرِ مُطْلَقًا أَوْ مُعْلَقًا بِشَرْطٍ (وَلَأَنَّ الْمُعْلَقَ بِالشَّرْطِ كَالْمُنَجَّزِ عِنْدَهُ) وَلَوْ نَجَزَ النَّذْرَ عِنْدَ وُجُودِ الشَّرْطِ لَمْ تُجْزِهِ الْكَفَّارَةُ فَكَذَا هَاهُنَا (وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّهُ رَجَعَ عَنْهُ) أَيُّ عَنْ تَعْيِينِ الْوَفَاءِ بِنَفْسِ النَّذْرِ إِلَى الْقَوْلِ بِالتَّخْيِيرِ بَيْنَ كَفَّارَةِ الْيَمِينِ وَبَيْنَ الْوَفَاءِ بِذَلِكَ (وَقَالَ إِذَا قَالَ إِنْ فَعَلْتُ كَذَا فَعَلَيَّ حَجَّةٌ أَوْ صَوْمٌ شَهْرٍ أَوْ صَدَقَةٌ مَا أَمْلَكُهُ أَجْزَأُهُ مِنْ ذَلِكَ كَفَّارَةٌ يَمِينٍ وَهُوَ قَوْلُ مُحَمَّدٍ، وَيَخْرُجُ عَنِ الْعَهْدَةِ بِالْوَفَاءِ بِمَا سَمَّى أَيْضًا) حَتَّى لَوْ كَانَ مُعْسِرًا كَانَ مُخَيَّرًا بَيْنَ أَنْ يَصُومَ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ وَأَنْ يَصُومَ شَهْرًا. وَهَذَا مَرْوِيٌّ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ فِي النَّوَادِرِ.

وَوَجَّهَهُ مَا رَوِيَ فِي السُّنَنِ مُسْنَدًا إِلَى عُقْبَةَ بْنِ غَامِرٍ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ «كَفَّارَةُ النَّذْرِ كَفَّارَةُ الْيَمِينِ» قَالُوا (هَذَا إِذَا كَانَ شَرْطًا لَا يُرِيدُ كَوْنَهُ) لِأَنَّ بَيْنَ

(١) قال الزيلعي في نصب الراية (٣/٤٥٤): غريب.

الْحَدِيثَيْنِ كَمَا تَرَى تَعَارُضًا. فَحَمَلْنَا الْحَدِيثَ الْأَوَّلَ عَلَى النَّذْرِ الْمُرْسَلِ وَعَلَى مُقَيِّدٍ أَرَادَ الْحَالِفُ كَوْنَهُ. وَالثَّانِيَّ عَلَى مُقَيِّدٍ لَا يُرِيدُ كَوْنَهُ جَمْعًا بَيْنَ الْأَثَارِ، وَالْمَعْنَى الْفَقْهِيُّ فِي ذَلِكَ أَنَّ فِي الشَّرْطِ الَّذِي لَا يُرِيدُ كَوْنَهُ كَلَامُهُ يَشْتَمِلُ عَلَى مَعْنَى النَّذْرِ وَالْيَمِينِ جَمِيعًا، أَمَّا مَعْنَى النَّذْرِ فَظَاهِرٌ، وَأَمَّا مَعْنَى الْيَمِينِ فَلَأَنَّهُ قَصَدَ بِهِ الْمَنْعَ عَنْ إِيجَادِ الشَّرْطِ (فَيَتَخَيَّرُ وَيَمِيلُ إِلَى أَيْ الْجِهَتَيْنِ شَاءَ) وَالتَّخْيِيرُ بَيْنَ الْقَلِيلِ وَالكَثِيرِ فِي الْجِنْسِ الْوَاحِدِ بِاعْتِبَارِ مَعْنَيْنِ مُخْتَلِفَيْنِ جَائِزٌ كَالْعَبْدِ إِذَا أَدْنَى لَهُ مَوْلَاهُ بِالْجُمُعَةِ فَإِنَّهُ مُخَيَّرٌ بَيْنَ أَدَاءِ الْجُمُعَةِ رَكَعَتَيْنِ وَبَيْنَ أَدَاءِ الظُّهْرِ أَرْبَعًا. وَالنَّذْرُ وَالْيَمِينُ مَعْنَانِ مُخْتَلِفَانِ لِأَنَّ النَّذْرَ قُرْبَةٌ مَقْصُودَةٌ وَاجِبٌ لَعْنِهِ، وَالْيَمِينُ قُرْبَةٌ مَقْصُودَةٌ وَاجِبٌ لَعْنِهِ وَهُوَ صِيَانَةٌ حُرْمَةً اسْمِ اللَّهِ تَعَالَى (بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ شَرْطًا يُرِيدُ كَوْنَهُ كَقَوْلِهِ إِنْ شَفَى اللَّهُ مَرِيضِي لَا بُدَّ لِي مِنَ الْيَمِينِ فِيهِ) وَهُوَ الْمَنْعُ لِأَنَّ قَصْدَهُ إِظْهَارُ الرِّغْبَةِ فِيَمَا جَعَلَهُ شَرْطًا. قَالَ الْمُصَنِّفُ (وَهَذَا التَّفْصِيلُ) أَيْ الَّذِي ذَكَرْنَا بَيْنَ شَرْطٍ لَا يُرِيدُ كَوْنَهُ وَبَيْنَ شَرْطٍ يُرِيدُهُ (هُوَ الصَّحِيحُ) وَفِيهِ نَظَرٌ، لِأَنَّهُ إِنْ أَرَادَ حَصْرَ الصَّحَّةِ فِيهِ مِنْ حَيْثُ الرَّوَايَةُ فَلَيْسَ بِصَحِيحٍ لِأَنَّهُ غَيْرُ ظَاهِرِ الرَّوَايَةِ، وَإِنْ أَرَادَ حَصْرَهَا فِيهِ مِنْ حَيْثُ الدَّرَايَةُ لِدَفْعِ التَّعَارُضِ فَالِدَّفْعُ مُمَكِّنٌ مِنْ حَيْثُ حَمَلُ أَحَدِهِمَا عَلَى الْمُرْسَلِ وَالْآخَرِ عَلَى الْمُعْلَقِ مِنْ غَيْرِ تَفْرِيقَةٍ بَيْنَ مَا يُرِيدُ كَوْنَهُ وَمَا لَا يُرِيدُهُ، عَلَى أَنَّ فِيهِ إِيمَاءً إِلَى الْقُصُورِ فِي الذَّهَابِ إِلَى ظَاهِرِ الرَّوَايَةِ.

قَالَ: (وَمَنْ حَلَفَ عَلَى يَمِينٍ وَقَالَ إِنْ شَاءَ اللَّهُ مُتَّصِلًا بِيَمِينِهِ فَلَا حِنْثَ عَلَيْهِ) لِقَوْلِهِ ﷺ «مَنْ حَلَفَ عَلَى يَمِينٍ وَقَالَ إِنْ شَاءَ اللَّهُ فَقَدْ بَرَّ فِي يَمِينِهِ» ^(١) إِلَّا أَنَّهُ لَا بُدَّ مِنَ الْإِتِّصَالِ لِأَنَّهُ بَعْدَ الْفَرَاغِ رُجُوعٌ وَلَا رُجُوعَ فِي الْيَمِينِ، وَاللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

الشرح:

وَمَنْ حَلَفَ عَلَى يَمِينٍ (أَيْ عَلَى مُقَسِّمٍ عَلَيْهِ مِنْ فِعْلٍ أَوْ تَرْكٍ) وَقَالَ إِنْ شَاءَ اللَّهُ مُتَّصِلًا بِيَمِينِهِ فَلَا حِنْثَ عَلَيْهِ لِقَوْلِهِ ﷺ «مَنْ حَلَفَ عَلَى يَمِينٍ وَقَالَ إِنْ شَاءَ اللَّهُ فَقَدْ بَرَّ فِي يَمِينِهِ» رَوَاهُ ابْنُ مَسْعُودٍ وَابْنُ عَبَّاسٍ وَابْنُ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ. وَقَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «(فَقَدْ بَرَّ فِي يَمِينِهِ)» مَعْنَاهُ لَا يَحْنُثُ أَبَدًا لِعَدَمِ انْعِقَادِ الْيَمِينِ (وَقَوْلُهُ إِلَّا أَنَّهُ لَا بُدَّ مِنَ الْإِتِّصَالِ) اسْتِثْنَاءٌ مِنْ قَوْلِهِ فَلَا حِنْثَ عَلَيْهِ (لَأَنَّهُ بَعْدَ الْفَرَاغِ رُجُوعٌ وَلَا رُجُوعَ

(١) قال الزيلعي في نصب الراية (٤٥٥/٣): غريب بهذا اللفظ.

فِي الْيَمِينِ) فَإِنْ قُلْتَ: هَذَا تَعْلِيلٌ فِي مُقَابَلَةِ النَّصِّ فَإِنَّ الْحَدِيثَ بِإِطْلَاقِهِ لَا يَفْصِلُ بَيْنَ الْمُتَفَصِّلِ وَالْمُتَّصِلِ. قُلْتَ: الدَّلَائِلُ الدَّالَّةُ مِنَ النُّصُوصِ وَغَيْرِهَا عَلَى لُزُومِ الْعُقُودِ هِيَ الَّتِي تُوجِبُ الْإِتِّصَالَ، فَإِنَّ جَوَازَ الاسْتِثْنَاءِ مُتَفَصِّلًا يُفْضِي إِلَى إِخْرَاجِ الْعُقُودِ كُلِّهَا مِنَ الْبُيُوعِ وَالْأَلْكَحَةِ وَغَيْرِهِمَا مِنْ أَنْ تُكُونَ مُلْزِمَةً، وَفِي ذَلِكَ مِنَ الْفَسَادِ مَا لَا يَخْفَى، وَهَذَا التَّعْلِيلُ يُوَافِقُ تِلْكَ الْأَدْلَةَ، فَيَحْمِلُ حَدِيثَ الْاسْتِثْنَاءِ عَلَى الْإِتِّصَالِ تَوْفِيقًا بَيْنَ الْأَدْلَةِ، وَقَدْ رَوَى عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ جَوَازَ الْاسْتِثْنَاءِ مُتَفَصِّلًا وَفِيهِ مَا ذَكَرْتَاهُ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

بَابُ الْيَمِينِ فِي الدُّخُولِ وَالسُّكْنَى

(وَمَنْ حَلَفَ لَا يَدْخُلُ بَيْتًا فَدَخَلَ الْكَعْبَةَ أَوِ الْمَسْجِدَ أَوِ الْبَيْعَةَ أَوِ الْكَنِيسَةَ لَمْ يَحْنَثْ) لِأَنَّ الْبَيْتَ مَا أُعِدَّ لِلْبَيْتُوتَةِ وَهَذِهِ الْبِقَاعُ مَا بُنِيَتْ لَهَا (وَكَذَا إِذَا دَخَلَ دَهْلِيْزًا أَوْ ظَلَمَةً بَابِ الدَّارِ) لَمَّا ذَكَرْنَا، وَالظَّلْمَةُ مَا تَكُونُ عَلَى السُّكْنَى، وَقِيلَ إِذَا كَانَ الدَّهْلِيْزُ بِحَيْثُ لَوْ أُغْلِقَ الْبَابُ بَقِيَ دَاخِلًا وَهُوَ مُسَقَّفٌ يَحْنَثُ لِأَنَّهُ بَيَاتٌ فِيهِ عَادَةٌ (وَإِنْ دَخَلَ صَفَةً حَنِثَ) لِأَنَّهَا تُبْنَى لِلْبَيْتُوتَةِ فِيهَا فِي بَعْضِ الْأَوْقَاتِ فَصَارَ كَالشَّتْوِيِّ وَالصَّيْفِيِّ. وَقِيلَ هَذَا إِذَا كَانَتْ الصَّفَةُ ذَاتَ حَوَائِطٍ أَرْبَعَةٍ، وَكَذَا كَانَتْ صِفَاتُهُمْ. وَقِيلَ الْجَوَابُ مُجْرَى عَلَى إِطْلَاقِهِ وَهُوَ الصَّحِيحُ.

الشرح:

(بَابُ الْيَمِينِ فِي الدُّخُولِ وَالسُّكْنَى): لَمَّا كَانَ ائْتِقَادُ الْيَمِينِ عَلَى فِعْلِ شَيْءٍ أَوْ تَرْكِهِ لَمْ يَكُنْ بُدٌّ مِنْ ذِكْرِ أَنْوَاعِ الْأَفْعَالِ الْوَارِدَةِ فِي الْيَمِينِ فَذَكَرَهَا فِي أَبْوَابٍ وَقَدَّمَ الدُّخُولَ وَالسُّكْنَى عَلَى غَيْرِهِمَا مِنَ الْأَكْلِ وَالشُّرْبِ وَنَحْوِهِمَا لِأَنَّ أَوَّلَ مَا يَحْتَاجُ إِلَيْهِ الْإِنْسَانُ الَّذِي يَتَحَقَّقُ مِنْهُ الْيَمِينُ بَعْدَ وُجُودِهِ مَسْكَنٌ يَدْخُلُ فِيهِ وَيَسْكُنُهُ ثُمَّ يَتَوَارَدُ عَلَيْهِ سَائِرُ الْأَفْعَالِ مِنَ الْأَكْلِ وَالشُّرْبِ وَغَيْرِهِ، وَإِلَيْهِ وَقَعَتِ الْإِشَارَةُ فِي قَوْلِهِ تَعَالَى ﴿يَتَأَيَّهَا النَّاسُ اعْبُدُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ وَالَّذِينَ مِنْ قَبْلِكُمْ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ﴾ [٢١-٢٢]، وَالدُّخُولُ عِبَارَةٌ عَنِ الْإِتِّقَالِ مِنَ الظَّاهِرِ إِلَى الْبَاطِنِ، وَالسُّكْنَى عِبَارَةٌ عَنِ الْكَوْنِ فِي مَكَانٍ عَلَى سَبِيلِ الْاسْتِقْرَارِ مَبْنًى لِأَهْلِهِ (قَوْلُهُ وَمَنْ حَلَفَ لَا يَدْخُلُ بَيْتًا) ظَاهِرٌ وَالْبَيْعَةُ مُتَعَبَّدُ النَّصَارَى وَالْكَنِيسَةُ لِلْيَهُودِ (قَوْلُهُ لِأَنَّ الْبَيْتَ مَا أُعِدَّ لِلْبَيْتُوتَةِ وَهَذِهِ الْبِقَاعُ مَا أُعِدَّتْ لَهَا) أُعْزِضْ عَلَيْهِ بِأَنَّ اللَّهَ سَمَّى

الكعبةَ يَتَّأ، قَالَ اللهُ تَعَالَى ﴿إِنَّ أَوَّلَ بَيْتٍ وُضِعَ لِلنَّاسِ﴾ [آل عمران: ٩٦]، وَسَمِيَ الْمَسَاجِدَ يُؤْتَا بِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿فِي بُيُوتٍ أَذِنَ اللهُ﴾ [النور: ٣٦].

وَأُجِيبَ بِأَنَّ الْأَيْمَانَ مِنْهَا عَلَى الْعُرْفِ لَا عَلَى أَلْفَاظِ الْقُرْآنِ: أَلَا تَرَى أَنَّ اللَّهَ تَعَالَى سَمَّى بَيْتَ الْعَنْكَبُوتِ يَتَّأ وَمُطْلَقُ اسْمِ الْبَيْتِ فِي الْيَمِينِ لَا يَتَنَاوَلُهُ. وَاسْتَشْكَلَ بِمَا قَالَهُ فِي الْفَوَائِدِ الظَّهْرِيَّةِ إِذَا حَلَفَ لَا يَهْدِمُ يَتَّأ فَهَدَمَ بَيْتَ الْعَنْكَبُوتِ حِنْثٌ، وَسَيَجِيءُ الْجَوَابُ إِنْ شَاءَ اللهُ (وَكَذَا إِذَا دَخَلَ دِهْلِيزٌ أَوْ ظُلَّةٌ بَابِ الدَّارِ).

قَالَ فِي الْمَغْرِبِ: ظُلَّةُ الْبَابِ هِيَ السُّدَّةُ الَّتِي فَوْقَ الْبَابِ. وَقَوْلُ الْمُصَنِّفِ (وَالظُّلَّةُ تَكُونُ عَلَى السُّكَّةِ) أَرَادَ بِهَا السَّابِطَ الَّذِي يَكُونُ عَلَى بَابِ الدَّارِ وَلَا يَكُونُ فَوْقَهُ بِنَاءٌ، وَإِنَّمَا لَمْ يَحِنْثْ لِأَنَّهُ لَا يَنْطَلِقُ عَلَيْهِ اسْمُ الْبَيْتِ وَلَعَدِمَ الْبَيْتُوتَةُ فِيهِ، وَكَذَلِكَ إِذَا كَانَ فَوْقَهُ بِنَاءٌ، إِلَّا أَنَّ مَفْتَحَهُ إِلَى الطَّرِيقِ لَا يَحِنْثُ إِذَا كَانَ عَقْدَ يَمِينِهِ عَلَى بَيْتِ شَخْصٍ بَعِيْنِهِ لِأَنَّهُ لَيْسَ مِنْ جُمْلَةِ بَيْتِهِ (قَوْلُهُ وَقِيلَ إِذَا كَانَ الدَّهْلِيزُ) ظَاهِرٌ قَوْلُهُ وَإِنْ دَخَلَ صُفَّةٌ حِنْثٌ لِأَنَّهَا بُنِيَتْ لِلْبَيْتُوتَةِ فِيهَا فِي بَعْضِ الْأَوْقَاتِ فَصَارَ كَالشَّتَوِيِّ وَالصَّيْفِيِّ الَّذِي يُبْنَى لِلْبَيْتُوتَةِ فِيهِ شَتَاءٌ أَوْ صَيْفًا، وَقِيلَ هَذَا إِذَا كَانَتْ الصُّفَّةُ ذَاتَ حَوَائِطٍ أَرْبَعَةٍ (وَهَكَذَا كَانَتْ صِفَافُهُمْ) أَيِ صِفَافُ أَهْلِ الْكُوفَةِ.

ذَكَرَ عَنْ أَبِي حَازِمٍ الْقَاضِي أَنَّ هَذِهِ أَشْكَلَتْ عَلَيَّ حَتَّى دَخَلْتُ الْكُوفَةَ، فَرَأَيْتُ صِفَافَهُمْ مُبَوَّةً فَعَلِمْتُ أَنَّ الْأَيْمَانَ وَضَعُهَا عَلَى تَعَارُفِهِمْ (وَقِيلَ الْجَوَابُ مُجْرَى عَلَى إِطْلَاقِهِ) يَعْنِي سَوَاءً كَانَتْ ذَاتَ حَوَائِطٍ أَرْبَعَةٍ أَوْ ثَلَاثَةٍ (وَهُوَ الصَّحِيحُ) دُونَ الْحَمْلِ عَلَى عُرْفِهِمْ لِأَنَّ الْبَيْتَ اسْمُ لِمَنْبَى مُسَقَفٍ مَدْخَلُهُ مِنْ جَانِبٍ وَاحِدٍ بُنِيَ لِلْبَيْتُوتَةِ، وَهَذَا الْمَعْنَى مَوْجُودٌ فِي الصُّفَّةِ، إِلَّا أَنَّ مَدْخَلَهَا أَوْسَعُ فَيَتَنَاوَلُهَا اسْمُ الْبَيْتِ فَيَحِنْثُ.

(وَمَنْ حَلَفَ لَا يَدْخُلُ دَارًا فَدَخَلَ دَارًا خَرِبَةً لَمْ يَحِنْثْ، وَلَوْ حَلَفَ لَا يَدْخُلُ هَذِهِ الدَّارَ فَدَخَلَهَا بَعْدَمَا انْهَدَمَتْ وَصَارَتْ صَحْرَاءَ حِنْثٌ) لِأَنَّ الدَّارَ اسْمٌ لِلْعَرِصَةِ عِنْدَ الْعَرَبِ وَالْعَجَمِ، يُقَالُ دَارٌ عَامِرَةٌ، وَدَارٌ غَامِرَةٌ وَقَدْ شَهِدَتْ أَشْعَارُ الْعَرَبِ بِذَلِكَ وَالْبِنَاءُ وَصِفٌ فِيهَا غَيْرَ أَنَّ الْوَصْفَ فِي الْحَاضِرِ لِقَوْوِهِ فِي الْغَائِبِ مُعْتَبَرٌ.

الشرح:

(وَمَنْ حَلَفَ لَا يَدْخُلُ دَارًا فَدَخَلَ دَارًا خَرِبَةً لَمْ يَحِنْثْ، وَلَوْ حَلَفَ لَا يَدْخُلُ هَذِهِ

الدَّارَ فَدَخَلَهَا بَعْدَمَا انْهَدَمَتْ وَصَارَتْ صَحْرَاءَ حَنْتَ) لَأَنَّ الدَّارَ اسْمٌ لِلْعَرَصَةِ عِنْدَ الْعَرَبِ وَالْعَجَمِ، يُقَالُ دَارٌ غَامِرَةٌ وَدَارٌ غَامِرَةٌ، وَقَدْ شَهِدَتْ أَشْعَارُ الْعَرَبِ بِذَلِكَ فَمِنْهَا مَا قَالَ لَبِيدٌ: عَفَتْ الدِّيَارُ مَحَلَّهَا فَمَقَامُهَا بِمَنَى تَأَبَّدَ غَوْلُهَا فَزَجَامُهَا عَفَا يَعْفُو مُتَعَدِّ وَلَازِمٌ وَهُنَا لَازِمٌ، وَتَأَبَّدَ الْمَنْزِلُ: أَيُّ أَقْفَرَ فَالْفَتْهُ الْوُحُوشُ، وَالْعَوْلُ وَالرَّجَامُ مَوْضِعَانِ. يَقُولُ: عَفَتْ دِيَارُ الْأَحْبَابِ مَا كَانَ مِنْهَا لِلْحُلُولِ وَمَا كَانَ مِنْهَا لِلْإِقَامَةِ، وَهَذِهِ الدِّيَارُ كَانَتْ بِمَنَى وَقَدْ تَوَحَّشَتْ الدِّيَارُ الْغَوْلِيَّةُ وَالرَّجَامِيَّةُ.

وَقَالَ قَائِلُهُمْ: الدَّارُ دَارٌ وَإِنْ زَالَتْ حَوَائِطُهَا وَالْبَيْتُ لَيْسَ بَيْتٌ بَعْدَ تَهْلِيمِ وَهَذَا ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (وَالْبِنَاءُ وَصَفٌ فِيهَا غَيْرُ أَنْ الْوَصْفُ فِي الْحَاضِرِ لَعُوٌّ وَفِي الْعَائِبِ مُعْتَبَرٌ) لَمَّا ذَكَرَ فِي الْأَصُولِ أَنَّ الْمَحْلُوفَ عَلَيْهِ لَا بُدَّ وَأَنْ تَكُونَ مَعْلُومًا. فَإِذَا كَانَ مُشَارًا إِلَيْهَا كَانَ الْمَحْلُوفُ عَلَيْهِ مَعْلُومًا فَلَا حَاجَةَ إِلَى مُعَرِّفٍ بِخِلَافِ الْمُنْكَرِ فَإِنَّهُ لَا مُعَرِّفَ لَهُ سِوَى الْوَصْفِ فَيَكُونُ مُعْتَبَرًا. وَاعْتَرِضَ بَوَجْهَيْنِ: أَحَدُهُمَا أَنَّ الصِّفَةَ لَوْ كَانَتْ مُعْتَبَرَةً فِي الْمُنْكَرِ لَمَّا وَقَعَ الْمُشْتَرَاةُ لِلْمَوْكَلِّ إِذَا وَكَّلَ رَجُلًا بِشِرَاءِ دَارٍ فَاشْتَرَى دَارًا خَرِبَةً لِأَنَّهَا غَيْرُ مَوْصُوفَةٌ وَهَذَا نَقْضٌ إِجْمَالِيٌّ. وَالثَّانِي أَنَّ الْبِنَاءَ لَا يَخْلُو إِمَّا أَنْ يَكُونَ دَاخِلًا فِي الْمُسَمَّى أَوْ لَمْ يَكُنْ، فَإِنْ كَانَ دَاخِلًا وَجَبَ أَنْ لَا يَخْتَلِفَ الْحَالُ بِالْعَيْنَةِ وَالْحُضُورِ فِي الدُّخُولِ كَالْعَرَصَةِ. فَإِنْ لَمْ يَكُنْ دَاخِلًا وَجَبَ أَنْ لَا يَخْتَلِفَ الْحَالُ أَيْضًا فِي عَدَمِ الدُّخُولِ كَمَا إِذَا حَلَفَ لَا يُكَلِّمُ رَجُلًا لَا يَتَّقِيْدُ يَمِينُهُ بِرَجُلٍ قَاعِدٍ عَالِمٍ إِلَى غَيْرِ ذَلِكَ مِنْ الصِّفَاتِ الْحَارِجِيَّةِ عَنْهُ وَهَذِهِ مُعَارَضَةٌ.

وَأُجِيبَ عَنْ الْأَوَّلِ بِأَنَّ الدَّارَ فِي الْوَكَالَةِ تُعَرَّفَتْ بِوَجْهِهٍ لَأَنَّ التَّوَكِيلَ بِشِرَائِهَا إِمَّا يَصِحُّ عِنْدَ بَيَانِ الثَّمَنِ وَالْمَحَلَّةِ وَلَيْسَتْ فِي الْيَمِينِ كَذَلِكَ فَلَا يَلْزَمُ مِنْ صِحَّةِ انْعِقَادِ الْوَكَالَةِ صِحَّةُ انْعِقَادِ الْيَمِينِ بِلَا صِفَةٍ. وَعَنْ الثَّانِي بِأَنَّ الْبِنَاءَ صِفَةٌ مُتَعَيِّنَةٌ لِلدَّارِ فَجَازَ أَنْ يَكُونَ مُرَادًا بِحُكْمِ الْعُرْفِ لَتَعَيُّنِهِ وَفِي الرِّجَالِ التَّزَاحُمُ فِي الصِّفَاتِ ثَابِتٌ مِنَ الْعِلْمِ وَالْعَقْلِ وَالْقُدْرَةِ وَالصَّنَاعَةِ وَالْحُسْنِ وَالْجَمَالِ، وَهَذِهِ الصِّفَاتُ بِأَسْرِهَا تَمْتَنِعُ إِرَادَتُهَا عَادَةً، وَلَيْسَ الْبَعْضُ أَوَّلَى مِنَ الْبَعْضِ فِي الْإِرَادَةِ فَتَمْتَنِعُ الْإِرَادَةُ أَصْلًا، كَذَا فِي النَّهَايَةِ مُحَالًا عَلَى الْفَوَائِدِ الظَّهِيرَةِ. وَرَدَّ بِأَنَّ الْبِنَاءَ ضِدُّهُ الْخَرَابُ فَكَانَ الدَّارُ مَحَلَّ تَوَارُدِهِمَا فَكَيْفَ صَارَ الْبِنَاءُ صِفَةً مُتَعَيِّنَةً فَهُوَ فِي حَيْزِ التَّزَاحُمِ. وَأَقُولُ فِي جَوَابِ الْمُعَارَضَةِ الْمَذْكُورِ

مِنَ التَّفْسِيمِ غَيْرُ حَاضِرٍ لِّجَوَازِ أَنْ يَكُونَ دَاخِلًا فِي الْمُنْكَرِ لاحتِجَاجِهِ إِلَى التَّعْرِيفِ غَيْرِ دَاخِلٍ فِي الْمَعْرِفِ لاسْتِعْنَائِهِ عَنْهُ.

(وَلَوْ حَلَفَ لَا يَدْخُلُ هَذِهِ الدَّارَ فَخَرِبَتْ ثُمَّ بُنِيتْ أُخْرَى فَدَخَلَهَا يَحْنَثُ) لَمَّا ذَكَرْنَا أَنَّ الْأَسْمَ بَاقٍ بَعْدَ الْإِنْهَادِ، (وَإِنْ جُعِلَتْ مَسْجِدًا أَوْ حِمَامًا أَوْ بُسْتَانًا أَوْ بَيْتًا فَدَخَلَهُ لَمْ يَحْنَثْ) لِأَنَّهُ لَمْ يَبْقَ دَارًا لاعتِرَاضِ اسْمٍ آخَرَ عَلَيْهِ، وَكَذَا إِذَا دَخَلَهُ بَعْدَ انْهَادِ الْحِمَامِ وَأَشْبَاهِهِ لِأَنَّهُ لَا يَعُودُ اسْمَ الدَّارِيَّةِ.

الشرح:

وَلَوْ حَلَفَ لَا يَدْخُلُ هَذِهِ الدَّارَ فَخَرِبَتْ ثُمَّ بُنِيتْ أُخْرَى فَدَخَلَهَا حَنْثٌ لَمَّا ذَكَرْنَا أَنَّ الْأَسْمَ بَاقٍ بَعْدَ الْإِنْهَادِ، وَإِنْ جُعِلَتْ مَسْجِدًا أَوْ حِمَامًا أَوْ بُسْتَانًا أَوْ بَيْتًا فَدَخَلَهُ لَمْ يَحْنَثْ) لاعتِرَاضِ اسْمٍ آخَرَ عَلَيْهِ وَمِنْ ضَرُورَةِ خُذُوثِ هَذَا الْأَسْمِ زَوَالُ ذَلِكَ الْأَسْمِ، وَالْيَمِينُ قَدْ انْعَقَدَتْ بِمَا يُسَمَّى دَارًا وَلَمْ يَبْقَ. وَقَوْلُهُ (وَكَذَا إِذَا دَخَلَ بَعْدَ انْهَادِ الْحِمَامِ) ظَاهِرٌ.

(وَإِنْ حَلَفَ لَا يَدْخُلُ هَذَا الْبَيْتَ فَدَخَلَهُ بَعْدَمَا انْهَدَمَ وَصَارَ صَحْرَاءَ لَمْ يَحْنَثْ) لَزَوَالِ اسْمِ الْبَيْتِ لِأَنَّهُ لَا يُبَاتُ فِيهِ، حَتَّى لَوْ بَقِيَ الْحِيطَانُ وَسَقَطَ السَّقْفُ يَحْنَثُ لِأَنَّهُ يُبَاتُ فِيهِ وَالسَّقْفُ وَصَفٌ فِيهِ (وَكَذَا إِذَا بَنَى بَيْتًا آخَرَ فَدَخَلَهُ لَمْ يَحْنَثْ) لِأَنَّ الْأَسْمَ لَمْ يَبْقَ بَعْدَ الْإِنْهَادِ.

الشرح:

قَالَ (وَإِنْ حَلَفَ لَا يَدْخُلُ هَذَا الْبَيْتَ فَدَخَلَهُ بَعْدَمَا انْهَدَمَ وَصَارَ صَحْرَاءَ لَمْ يَحْنَثْ) لَزَوَالِ اسْمِ الْبَيْتِ فَإِنَّهُ لَا يُبَاتُ فِيهِ، حَتَّى لَوْ بَقِيَ الْحِيطَانُ وَسَقَطَ السَّقْفُ حَنْثٌ لِبَقَاءِ الْأَسْمِ) قَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿فَتِلْكَ بُيُوتُهُمْ خَاوِيَةٌ﴾ [النمل: ٥٢] فِي بُيُوتٍ مُنْهَدِمَةٍ السَّقُوفِ (وَلِأَنَّهُ يُبَاتُ فِيهِ فَكَانَ السَّقْفُ وَصَفًا فِيهِ وَكَذَا إِذَا بَنَى بَيْتًا آخَرَ فَدَخَلَهُ لِأَنَّ الْأَسْمَ لَمْ يَبْقَ بَعْدَ الْإِنْهَادِ) وَأَنَّهُ صَارَ بَيْتًا بِسَبَبِ حَادِثٍ، وَاخْتِلَافِ السَّبَبِ يُوجِبُ اخْتِلَافَ الْعَيْنِ فَلَا يَكُونُ دَاخِلًا فِي الْبَيْتِ الْمَحْلُوفِ عَلَيْهِ فَلَا يَحْنَثُ، كَذَا فِي الشُّرُوحِ.

قَالَ: (وَمَنْ حَلَفَ لَا يَدْخُلُ هَذِهِ الدَّارَ فَوَقَّفَ عَلَى سَطْحِهَا حَنْثٌ) لِأَنَّ السُّطْحَ مِنْ

الدَّارِ أَلَا تَرَى أَنَّ الْمُعْتَكِفَ لَا يَفْسُدُ اعْتِكَافُهُ بِالْخُرُوجِ إِلَى سَطْحِ الْمَسْجِدِ وَقِيلَ فِي عُرْفِنَا لَا يَحْنُثُ وَهُوَ اخْتِيَارُ الْفَقِيهِ أَبِي الْلَيْثِ. قَالَ (وَكَذَا إِذَا دَخَلَ دِهْلِيزَهَا) وَيَجِبُ أَنْ تَكُونَ عَلَى التَّفْصِيلِ الَّذِي تَقْدَمُ (وَإِنْ وَقَفَ فِي طَاقِ الْبَابِ بِحَيْثُ إِذَا أَغْلَقَ الْبَابُ كَانَ خَارِجًا لَمْ يَحْنُثْ) لِأَنَّ الْبَابَ لِإِحْرَازِ الدَّارِ وَمَا فِيهَا فَلَمْ يَكُنْ الْخَارِجُ مِنَ الدَّارِ.

الشرح:

(وَمَنْ حَلَفَ لَا يَدْخُلُ هَذِهِ الدَّارَ فَوَقَّفَ عَلَى سَطْحِهَا) بِالصُّعُودِ إِلَيْهِ مِنْ خَارِجٍ (حَنْثَ لِأَنَّ السَّطْحَ مِنَ الدَّارِ) لِأَنَّ الدَّارَ عِبَارَةٌ عَمَّا أَحَاطَ بِهِ الدَّائِرَةُ وَهُوَ حَاصِلٌ فِي غُلُوبِهَا وَسُفْلِهَا (أَلَا تَرَى أَنَّ الْمُعْتَكِفَ لَا يَفْسُدُ اعْتِكَافُهُ بِالْخُرُوجِ إِلَى سَطْحِ الْمَسْجِدِ) وَلَا يَجُوزُ لِلْجَنْبِ وَالْحَائِضِ الْوُقُوفُ عَلَيْهِ، وَلَا يُطْنُ أَنْ السَّقْفَ مِنَ الْبِنَاءِ فَيَتَوَهَّمُ التَّنَاقُضُ بَيْنَ كَلَامَيْهِ لِأَنَّهُ قَالَ مِنْ قَبْلُ وَالْبِنَاءُ وَصَفٌ فِيهَا، وَقِيلَ إِذَا وَقَفَ عَلَى السَّطْحِ لَا يَحْنُثُ فِي عُرْفِنَا. قَالَ الْفَقِيهُ أَبُو الْلَيْثِ فِي التَّوَازُلِ: إِنْ كَانَ الْحَالِفُ مِنْ بِلَادِ الْعَجَمِ لَا يَحْنُثُ مَا لَمْ يَدْخُلِ الدَّارَ لِأَنَّ النَّاسَ لَا يَعْرِفُونَ ذَلِكَ دُخُولًا فِي الدَّارِ (وَكَذَا إِذَا دَخَلَ دِهْلِيزَهَا يَحْنُثُ) ذَكَرَهُ الْقُدُورِيُّ مُطْلَقًا. قَالَ الْمُصَنِّفُ (وَيَجِبُ أَنْ يَكُونَ عَلَى التَّفْصِيلِ الَّذِي تَقْدَمُ) يَعْنِي بِهِ قَوْلُهُ وَإِذَا أَغْلَقَ الْبَابَ يَبْقَى دَاخِلًا وَهُوَ مُسَقَّفٌ. قَوْلُهُ (وَإِنْ وَقَفَ فِي طَاقِ الْبَابِ) ظَاهِرٌ.

قَالَ: (وَمَنْ حَلَفَ لَا يَدْخُلُ هَذِهِ الدَّارَ وَهُوَ فِيهَا لَمْ يَحْنُثْ بِالْقُعُودِ حَتَّى يَخْرُجَ ثُمَّ يَدْخُلُ) اسْتِحْسَانًا. وَالْقِيَاسُ أَنْ يَحْنُثَ لِأَنَّ الدَّوَامَ لَهُ حُكْمُ الْإِبْتِدَاءِ. وَجَهُ الاسْتِحْسَانِ أَنْ الدُّخُولَ لَا دَوَامَ لَهُ لِأَنَّهُ انْفِصَالٌ مِنَ الْخَارِجِ إِلَى الدَّاخِلِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَجَهُ الاسْتِحْسَانِ) تَقْرِيرُهُ الْقَوْلَ بِالْمُوجِبِ: يَعْنِي سَلَمْنَا أَنْ لِلدَّوَامِ حُكْمُ الْإِبْتِدَاءِ لَكِنْ فِيمَا لَهُ دَوَامٌ، وَالدُّخُولُ لَا دَوَامَ لَهُ لِأَنَّهُ انْفِصَالٌ مِنَ الْخَارِجِ إِلَى الدَّاخِلِ وَلَيْسَ لَهُ دَوَامٌ، وَإِطْلَاقُ الْإِثْقَالِ بَدَلِ الْإِنْفِصَالِ أَوْلَى لِكَوْنِهِ حَرَكَةً أَثْنِيَّةً تُسَمَّى نُقْلَةً.

(وَلَوْ حَلَفَ لَا يَلْبَسُ هَذَا الثَّوبَ وَهُوَ لَا يَسُهُ فَتَزَعَهُ فِي الْحَالِ لَمْ يَحْنُثْ) وَكَذَا إِذَا حَلَفَ لَا يَرْكَبُ هَذِهِ الدَّابَّةَ وَهُوَ رَاكِبُهَا فَتَنْزَلَ مِنْ سَاعَتِهِ لَمْ يَحْنُثْ، وَكَذَا لَوْ حَلَفَ لَا يَسْكُنُ هَذِهِ الدَّارَ وَهُوَ سَاكِنُهَا فَأَخَذَ فِي النُّقْلَةِ مِنْ سَاعَتِهِ. وَقَالَ زُهْرِي: يَحْنُثُ لَوْجُودِ

الشَّرْطِ وَإِنْ قُلَّ. وَلَنَا أَنَّ الْيَمِينَ تَعْقِدُ لِلْبِرِّ فَيُسْتَنْتَى مِنْهُ زَمَانٌ تَحْقِيقُهُ (فَإِنْ لَبِثَ عَلَى حَالِهِ سَاعَةً حَنْثٌ) لِأَنَّ هَذِهِ الْأَفَاعِيلَ لَهَا دَوَامٌ بِحُدُوثِ أَمْثَالِهَا؛ أَلَا يَرَى أَنَّهُ يُضْرَبُ لَهَا مَدَّةٌ يُقَالُ رَكِبْتُ يَوْمًا وَلَبِثْتُ يَوْمًا بِخِلَافِ الدُّخُولِ لِأَنَّهُ لَا يُقَالُ دَخَلْتُ يَوْمًا بِمَعْنَى الْمَدَّةِ وَالتَّوْقِيتِ وَلَوْ نَوَى الْإِبْتِدَاءَ الْخَالِصَ يُصَدَّقُ لِأَنَّهُ مُحْتَمَلٌ كَلَامِهِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلَوْ حَلَفَ لَا يَلْبِسُ هَذَا التَّوْبَ) ظَاهِرٌ وَقَوْلُ زُفَرٍ قِيَاسٌ وَقَوْلُهُمْ اسْتِحْسَانٌ. وَخَاصِلُ كَلَامِهِ أَنَّ الْأَفْعَالَ عَلَى ضَرْبَيْنِ ضَرْبٌ يَقْبَلُ الْإِمْتِدَادَ وَضَرْبٌ لَا يَقْبَلُهُ وَالْفَاصِلُ بَيْنَهُمَا قَبُولُ التَّائِيَةِ وَعَدَمُهُ فَمَا قَبِلَ التَّائِيَةَ قَبِلَ الْإِمْتِدَادَ وَمَا لَا فَلَا. وَالِاسْتِدَامَةُ عَلَى الْمُتَمَدِّ بِمَنْزِلَةِ الْإِنْشَاءِ قَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿فَلَا تَقْعُدَ بَعْدَ الذِّكْرِى مَعَ الْقَوْمِ الظَّالِمِينَ﴾ [الأنعام: ٦٨] أَيْ فَلَا تَمُكِّثْ قَاعِدًا لِأَنَّهُ ﷺ كَانَ يَعِظُ النَّاسَ قَاعِدًا، وَعَلَى هَذَا قَالُوا: إِذَا قَالَ لَهَا كُلَّمَا رَكِبْتَ فَأَلْتِ طَالِقٌ فَمَكِّثْتُ سَاعَةً يُمَكِّنُهَا التَّزْوُلُ فِيهَا طَلَقْتُ، وَإِنْ مَكِّثْتُ مِثْلَهَا طَلَقْتُ أُخْرَى لِأَنَّ الدَّوَامَ حُكْمَ الْإِبْتِدَاءِ، وَكَلِمَةُ كُلَّمَا تَعُمُّ الْأَفْعَالَ فَيَتَكَرَّرُ الْجَزَاءُ بِتَكَرُّرِ الشَّرْطِ.

وَتَوْقِضَ بِمَا لَوْ قَالَ كُلَّمَا رَكِبْتَ ذَابَّةٌ فَعَلِيٌّ أَنْ أَتَصَدَّقَ بِدِرْهِمٍ فَارَكِبَ ذَابَّةً فَعَلِيهِ دِرْهِمٌ وَإِنْ طَالَ مُكْثُهُ فِي الرُّكُوبِ، وَلَوْ كَانَ مَا ذَكَرْتُمْ صَحِيحًا لِلزِّمَةِ أَكْثَرُ مِنْ ذَلِكَ.

وَأُجِيبَ بِأَنَّ الْاسْتِدَامَةَ فِيمَا يَمْتَدُّ بِمَنْزِلَةِ الْإِنْشَاءِ إِذَا لَمْ يَكُنِ الْإِنْشَاءُ الْخَالِصَ غَيْرَ مُرَادٍ، وَلِهَذَا قُلْنَا فِي هَذَا الْفَصْلِ إِذَا كَانَ رَاكِبًا وَقَتَ الْيَمِينِ لَزِمَهُ فِي كُلِّ وَقْتٍ يُمَكِّنُهُ التَّزْوُلُ وَالرُّكُوبُ دِرْهِمٌ لَكُونِ الْإِنْشَاءِ الْخَالِصِ غَيْرَ مُرَادٍ، وَإِنَّمَا قَالَ بِمَعْنَى الْمَدَّةِ وَالتَّوْقِيتِ اخْتِرَازًا عَمَّا يُقَالُ فِي مَجَارِي كَلَامِهِمْ دَخَلْتُ يَوْمًا وَخَرَجْتُ يَوْمًا وَلَكِنْ لَا بِمَعْنَى الْمَدَّةِ وَالتَّوْقِيتِ. وَقَوْلُهُ (وَلَوْ نَوَى الْإِبْتِدَاءَ الْخَالِصَ يُصَدَّقُ لِأَنَّهُ مُحْتَمَلٌ كَلَامٍ) سَمَاءٌ مُحْتَمَلًا وَإِنْ كَانَ قَوْلُهُ لَا يَرَكِبُ حَقِيقَةً فِي الْإِبْتِدَاءِ لِأَنَّهُ حَقِيقَةٌ فِيهِ إِذَا لَمْ يَكُنْ رَاكِبًا، وَأَمَّا إِذَا كَانَ رَاكِبًا فَلَا إِبْتِدَاءَ مِنْ مُحْتَمَلَاتِهِ.

قَالَ: (وَمَنْ حَلَفَ لَا يَسْكُنُ هَذِهِ الدَّارَ فَخَرَجَ بِنَفْسِهِ وَمَتَاعِهِ وَأَهْلِهِ فِيهَا وَلَمْ يُرِدِ الرُّجُوعَ إِلَيْهَا حَنْثٌ) لِأَنَّهُ يُعَدُّ سَاكِنًا بِبَقَاءِ أَهْلِهِ وَمَتَاعِهِ فِيهَا عَرَفًا، فَإِنَّ السُّوْقِيَّ عَامَّةً

فَهَارِهِ فِي السُّوقِ وَيَقُولُ أَسْكُنْ سَكَّةَ كَذَا، وَالْبَيْتَ وَالْمَحَلَّةَ بِمَنْزِلَةِ الدَّارِ.

وَلَوْ كَانَ الْيَمِينُ عَلَى الْمِصْرِ لَا يَتَوَقَّفُ الْبِرُّ عَلَى نَقْلِ الْمَتَاعِ وَالْأَهْلَ فِيمَا رُويَ عَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ لِأَنَّهُ لَا يُعَدُّ سَاكِنًا فِي الَّذِي انْتَقَلَ عَنْهُ عُرْفًا. بِخِلَافِ الْأَوَّلِ وَالْقَرْيَةَ بِمَنْزِلَةِ الْمِصْرِ فِي الصَّحِيحِ مِنَ الْجَوَابِ. ثُمَّ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَا بُدَّ مِنْ نَقْلِ كُلِّ الْمَتَاعِ، حَتَّى لَوْ بَقِيَ وَتَدَّ يَحْنُثُ لِأَنَّ السُّكْنَى قَدْ ثَبَتَ بِالْكُلِّ فَيَبْقَى مَا بَقِيَ شَيْءٌ مِنْهُ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى عَلَيْهِ. يُعْتَبَرُ نَقْلُ الْأَكْثَرِ لِأَنَّ نَقْلَ الْكُلِّ قَدْ يَتَعَذَّرُ.

وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى عَلَيْهِ: يُعْتَبَرُ نَقْلُ مَا يَقُومُ بِهِ كَدُّ خَدَائِثِهِ لِأَنَّ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ لَيْسَ مِنَ السُّكْنَى. قَالُوا: هَذَا أَحْسَنُ وَأَرْفَقُ بِالنَّاسِ وَيَنْبَغِي أَنْ يَنْتَقِلَ إِلَى مَنْزِلٍ آخَرَ بِلَا تَأْخِيرٍ حَتَّى يَبْرُ، فَإِنْ انْتَقَلَ إِلَى السَّكَّةِ أَوْ إِلَى الْمَسْجِدِ قَالُوا لَا يَبْرُ، دَلِيلُهُ فِي الزِّيَادَاتِ أَنَّ مَنْ خَرَجَ بِعِيَالِهِ مِنْ مِصْرِهِ فَمَا لَمْ يَتَّخِذْ وَطْناً آخَرَ يَبْقَى وَطْناً الْأَوَّلُ فِي حَقِّ الصَّلَاةِ كَذَا هَذَا. وَاللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ حَلَفَ لَا يَسْكُنُ هَذِهِ الدَّارَ) يَعْنِي وَهُوَ مُتَأَهِّلٌ بِدَلِيلِ قَوْلِهِ فَخَرَجَ وَمَتَاعُهُ وَأَهْلُهُ فِيهَا. وَفِيهِ إِشَارَةٌ إِلَى أَنَّهُ لَوْ لَمْ يَكُنْ مُتَأَهِّلاً بَلْ هُوَ مِمَّنْ يَعُولُهُ غَيْرُهُ فَخَرَجَ بِنَفْسِهِ لَمْ يَحْنُثْ؛ وَالتَّأَهُّلُ إِذَا حَلَفَ، فَأَمَّا إِنْ حَلَفَ عَلَى الدَّارِ أَوْ الْمِصْرِ أَوْ الْقَرْيَةِ، فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ فَلَا بُدَّ مِنْ نَقْلِ أَهْلِهِ وَمَتَاعِهِ، وَإِنْ كَانَ الثَّانِي يَكْتَفِي بِنَقْلِهِ إِلَى مِصْرٍ آخَرَ عَلَى مَا رُويَ عَنْ أَبِي يُوسُفَ، وَإِنْ كَانَ الثَّلَاثَ فَقَدْ اخْتَلَفَ الْمَشَايخُ فِيهِ حَمَلَهَا بَعْضُهُمْ عَلَى الدَّارِ وَبَعْضُهُمْ عَلَى الْمِصْرِ وَهُوَ الصَّحِيحُ، وَالْحَاكِمُ فِي ذَلِكَ الْعُرْفُ لَيْسَ إِلَّا. ثُمَّ اخْتَلَفُوا فِي كَيْفِيَّةِ الثَّقُلِ عَلَى مَا ذُكِرَ فِي الْكِتَابِ. وَاعْتَزَّضَ عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ بِأَنَّ سُكْنَاهُ كَانَ بِجَمِيعِ مَا كَانَ مَعَهُ مِنَ الْأَهْلِ وَالْمَتَاعِ، فَإِذَا أَخْرَجَ بَعْضَهُ انْتَفَى سُكْنَاهُ لِأَنَّ الْكُلَّ يَنْتَفِي بِإِثْنَاءِ الْبَعْضِ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ الْكُلَّ يَنْتَفِي بِإِثْنَاءِ جُزْءٍ حَقِيقِيٍّ لَا اعْتِبَارِيٍّ، وَمَا ذَكَرْتُمْ لَيْسَ كَذَلِكَ. وَيَنْبَغِي أَنْ يَنْتَقِلَ إِلَى مَنْزِلٍ آخَرَ بِلَا تَأْخِيرٍ حَتَّى يَبْرُ وَقَالَ فِي الشَّافِي: إِنْ لَمْ يُمْكِنَهُ الثَّقُلُ مِنْ سَاعَتِهِ بَعْدَ اللَّيْلِ أَوْ بِمَنْعِ ذِي سُلْطَانٍ أَوْ عَدَمِ مَوْضِعٍ آخَرَ يَنْتَقِلُ إِلَيْهِ لَمْ يَحْنُثْ لِأَنَّ حَالَةَ الضَّرُورَةِ مُسْتَثْنَاةٌ خِلَافًا لَزُفَرٍ، وَكَذَلِكَ لَوْ سَدَّ عَلَيْهِ الْبَابُ فَلَمْ يَقْدِرْ عَلَى الثَّقَلِ أَوْ كَانَ شَرِيفًا أَوْ ضَعِيفًا لَا يَقْدِرُ عَلَى نَقْلِ الْمَتَاعِ بِنَفْسِهِ وَلَمْ

يَجِدُ أَحَدًا يَنْقُلُهَا لَمْ يَحْنُثْ حَتَّى يَجِدَ مَنْ يَنْقُلُهَا وَيَلْحَقُ الْمَوْجُودُ بِالْمَعْدُومِ لِلْعَدَارِ.
وَتَوْقُضَ بِمَا ذَكَرَهُ الشَّيْخُ الْإِمَامُ أَبُو بَكْرٍ مُحَمَّدُ بْنُ الْفَضْلِ أَنَّ مَنْ قَالَ إِنَّ لَمْ أَخْرُجْ مِنْ
هَذَا الْمَنْزِلِ الْيَوْمَ فَأَمْرَأَتُهُ طَالِقٌ فَقِيدٌ وَمَنْعَ مِنَ الْخُرُوجِ يَحْنُثُ، وَكَذَا لَوْ قَالَ لَامْرَأَتِهِ
وَهِيَ فِي مَنْزِلٍ وَالِدَهَا إِنْ لَمْ تَحْضُرِي اللَّيْلَةَ مَنَزِلِي فَأَنْتِ طَالِقٌ فَمَنْعَهَا الْوَالِدُ عَنْ
الْحَضُورِ حَنْثٌ.

وَأُجِيبَ بِأَنَّ فِي مَسْأَلَةِ الْكِتَابِ شَرْطَ الْحَنْثِ السُّكْنَى، وَأَنَّهُ فِعْلٌ وَجُودِيٌّ لَا
يَحْصُلُ بِذَوْنِ الْاِخْتِيَارِ.

وَلَا يَحْصُلُ الْاِخْتِيَارُ مَعَ وَجُودِ الْمَوَانِعِ الْمَذْكُورَةِ. وَأَمَّا فِي صُورَةِ التَّقْضِ فَشَرْطُ
الْحَنْثِ عَدَمُ الْخُرُوجِ وَالْعَدَمُ لَا يَحْتَاجُ إِلَى اخْتِيَارٍ (فَإِنْ ائْتَقَلَ إِلَى السُّكَّةِ أَوْ الْمَسْجِدِ قَالُوا:
لَا يَبْرُؤُ وَقِيلَ يَبْرُؤُ لِأَنَّهُ لَمْ يَبْقَ سَاكِنًا، وَدَلِيلُ الْأَوَّلِ مَا ذَكَرْتَاهُ فِي الزِّيَادَاتِ أَنَّ مَنْ خَرَجَ
بِعِيَالِهِ مِنْ مِصْرِهِ فَمَا لَمْ يَتَّخِذْ وَطَنًا آخَرَ يَبْقَى وَطَنُهُ الْأَوَّلُ فِي حَقِّ الصَّلَاةِ كَذَا هَذَا.
وَصُورَتُهُ: كُوفِيٌّ نَقَلَ عِيَالَهُ إِلَى مَكَّةَ لِيَتَوَطَّنَ بِهَا فَلَمَّا دَخَلَهَا وَتَوَطَّنَ بِهَا بَدَأَ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ
إِلَى خُرَاسَانَ فَمَرَّ بِالْكُوفَةِ فَإِنَّهُ يُصَلِّي بِهَا رَكَعَتَيْنِ لِأَنَّ وَطَنَهُ بِالْكُوفَةِ اتَّقَضَ بِوَطَنِهِ
بِمَكَّةَ، وَإِنْ بَدَأَ لَهُ فِي الطَّرِيقِ قَبْلَ أَنْ يَدْخُلَ مَكَّةَ أَنْ لَا يَسْتَوِطِنَ مَكَّةَ وَيَرْجِعَ إِلَى
خُرَاسَانَ فَمَرَّ بِالْكُوفَةِ فَإِنَّهُ يُصَلِّي بِالْكُوفَةِ أَرْبَعًا لِأَنَّ وَطَنَهُ بِالْكُوفَةِ قَائِمٌ مَا لَمْ يَتَّخِذْ وَطَنًا
آخَرَ، فَكَذَا هَذَا.

وَفِي بَعْضِ الشُّرَاحِ قَوْلُهُ قَالُوا لَا يَبْرُؤُ مَعْنَاهُ إِذَا لَمْ يَكُنْ فِي طَلَبِ مَسْكَنِ آخَرَ، أَمَّا
إِذَا كَانَ وَبَقِيَ عَلَى ذَلِكَ أَيَّامًا فَلَا يَحْنُثُ فِي الصَّحِيحِ وَإِنْ لَمْ يَتَنَفَّلْ إِلَى السُّكَّةِ أَوْ
الْمَسْجِدِ لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُهُ طَرَحُ الْأَمْنَةِ فِي السُّكَّةِ فَيَصِيرُ ذَلِكَ الْقَدْرُ مُسْتَتْنً لِلضَّرُورَةِ،
وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

بَابُ الْيَمِينِ فِي الْخُرُوجِ وَالْإِتْيَانِ وَالرُّكُوبِ وَغَيْرِ ذَلِكَ

قَالَ: (وَمَنْ حَلَفَ لَا يَخْرُجُ مِنَ الْمَسْجِدِ فَأَمَرَ إِنْسَانًا فَحَمَلَهُ فَأَخْرَجَهُ حَنْثٌ) لِأَنَّ
فِعْلَ الْمَأْمُورِ مُضَافًا إِلَى الْأَمْرِ فَصَارَ كَمَا إِذَا رَكِبَ دَابَّةً فَخَرَجَتْ (وَلَوْ أَخْرَجَهُ مُكْرَهَا لَمْ
يَحْنُثْ) لِأَنَّ الْفِعْلَ لَمْ يَنْتَقِلْ إِلَيْهِ لِعَدَمِ الْأَمْرِ (وَلَوْ حَمَلَهُ بِرِضَاهُ لَا بِأَمْرِهِ لَا يَحْنُثْ) فِي
الصَّحِيحِ، لِأَنَّ الْاِئْتِقَالَ بِالْأَمْرِ لَا بِمُجَرَّدِ الرِّضَا.

الشرح:

(بَابُ الْيَمِينِ فِي الْخُرُوجِ وَالْإِثْيَانِ وَالرُّكُوبِ وَغَيْرِ ذَلِكَ): ذَكَرُ الْخُرُوجَ هَاهُنَا ظَاهِرُ التَّنَاسُبِ لِأَنَّهُ لُهُ مُنَاسَبَةُ الْمُضَادَّةِ بِالْذُّخُولِ، وَأَمَّا الْإِثْيَانُ وَالرُّكُوبُ فَمَا يَتَحَقَّقُ بَعْدَ الْخُرُوجِ فَاسْتَصَحَبَهُمَا ذِكْرُ الْخُرُوجِ. وَقَوْلُهُ (وَمَنْ حَلَفَ لَا يَخْرُجُ مِنَ الْمَسْجِدِ) ظَاهِرٌ، وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ فِي الدَّارِ وَالْبَيْتِ. وَقَوْلُهُ (وَلَوْ أَخْرَجَهُ مُكْرَهًا) صُورَتُهُ أَنَّ يَحْمِلُهُ إِنْسَانٌ فَيُخْرِجُهُ مُكْرَهًا لِأَنَّهُ حِينَئِذٍ لَمْ يُوجَدْ مِنْهُ الْفِعْلُ لَا حَقِيقَةً وَلَا حُكْمًا، وَأَمَّا إِذَا هَدَّاهُ غَيْرُهُ فَخَرَجَ خَوْفًا مِنَ الْمُكْرِهِ فَإِنَّهُ يَحْنُثُ لَوْجُودِ الْفِعْلِ مِنْهُ، ثُمَّ هَلْ تَنَحَّلُ الْيَمِينُ إِذَا حَمَلَ مُكْرَهًا، قِيلَ تَنَحَّلُ كَمَا لَوْ حَلَفَ لَا يَدْخُلُ دَارَ فُلَانٍ فَهَبَّتْ بِهِ الرِّيحُ وَالْفَتْهُ فِيهَا لَمْ يَحْنُثْ وَالتَّحَلَّتْ الْيَمِينُ، وَقِيلَ لَا تَنَحَّلُ وَهُوَ الصَّحِيحُ. وَقَوْلُهُ (فِي الصَّحِيحِ) اخْتِرَازٌ عَنْ قَوْلِ بَعْضِ الْمَشَايِخِ فَإِنَّهُمْ قَالُوا: إِنَّهُ يَحْنُثُ لَمَّا أَنَّهُ لَمَّا كَانَ مُتِمِّكِنًا مِنَ الْامْتِنَاعِ فَلَمْ يَمْتَنِعْ صَارَ كَالْأَمْرِ بِالْإِخْرَاجِ.

قَالَ (وَلَوْ حَلَفَ لَا يَخْرُجُ مِنْ دَارِهِ إِلَّا إِلَى جِنَازَةٍ فَخَرَجَ إِلَيْهَا ثُمَّ أَتَى حَاجَةً أُخْرَى لَمْ يَحْنُثْ) لِأَنَّ الْمَوْجُودَ خُرُوجَ مُسْتَثْنَى، وَالْمُضْيِ بَعْدَ ذَلِكَ لَيْسَ بِخُرُوجٍ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَالْمُضْيِ بَعْدَ ذَلِكَ لَيْسَ بِخُرُوجٍ) يَعْنِي أَنَّ الْخُرُوجَ عِبَارَةً عَنِ الْإِنْتِقَالِ مِنَ الدَّخْلِ إِلَى الْخَارِجِ وَلَمْ يُوجَدْ.

(وَلَوْ حَلَفَ لَا يَخْرُجُ إِلَى مَكَّةَ فَخَرَجَ يُرِيدُهَا ثُمَّ رَجَعَ حَنِثَ) لَوْجُودِ الْخُرُوجِ عَلَى قَصْدِ مَكَّةَ وَهُوَ الشَّرْطُ، إِذَا الْخُرُوجُ هُوَ الْإِنْفِصَالُ مِنَ الدَّخْلِ إِلَى الْخَارِجِ (وَلَوْ حَلَفَ لَا يَأْتِيهَا لَمْ يَحْنُثْ حَتَّى يَدْخُلَهَا) لِأَنَّهُ عِبَارَةٌ عَنِ الْوُصُولِ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿فَأْتِيَا فِرْعَوْنَ فَقُولَا﴾ [الشعراء: ١٦] وَلَوْ حَلَفَ لَا يَذْهَبُ إِلَيْهَا قِيلَ هُوَ كَالْإِثْيَانِ، وَقِيلَ هُوَ كَالْخُرُوجِ وَهُوَ الْأَصَحُّ لِأَنَّهُ عِبَارَةٌ عَنِ الزَّوَالِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلَوْ حَلَفَ لَا يَخْرُجُ إِلَى مَكَّةَ) هَاهُنَا ثَلَاثَةُ أَلْفَافٍ: الْخُرُوجُ وَالْإِثْيَانُ وَالذَّهَابُ وَالْأَوَّلُ شَرْطُ الْحَنِثِ بِهِ الْإِنْفِصَالُ بِمُجَاوَزَةِ عِمْرَانَ مِصْرِهِ قَاصِدًا لِذَلِكَ دُونَ الْوُصُولِ. قَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿وَمَنْ تَخَرَّجَ مِنْ بَيْتِهِ مُهَاجِرًا إِلَى اللَّهِ وَرَسُولِهِ﴾ [النساء: ١٠٠]

وَأَرَادَ بِهِ الْإِنْفِصَالُ. وَالثَّانِي شَرْطُهُ الْوُصُولُ قَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿فَأَتَيَا فِرْعَوْنَ﴾ [الشعراء: ١٦] فَإِذَا وَصَلَ حَنْتَ سَوَاءٌ كَانَ قَاصِدًا أَوْ لَمْ يَكُنْ. وَالثَّالِثُ اخْتَلَفَ فِيهِ الْمَشَايخُ قَالَ نَصْرُ بْنُ يَحْيَى هُوَ بِمَنْزِلَةِ الْإِثْنَانِ لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿أَذْهَبَ إِلَى فِرْعَوْنَ﴾ [النازعات: ١٧] وَالْمُرَادُ بِهِ الْإِثْنَانُ. وَقَالَ مُحَمَّدُ بْنُ سَلَمَةَ: هُوَ بِمَنْزِلَةِ الْخُرُوجِ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿إِنَّمَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيُذْهِبَ عَنْكُمُ الرِّجْسَ﴾ [الأحزاب: ٣٣] وَالْإِذْهَابُ الْإِزَالَةُ، فَيَكُونُ الذَّهَابُ زَوَالًا فَلَا يُشْتَرَطُ فِيهِ الْوُصُولُ. قَالَ الْمُصَنِّفُ (وَهُوَ الْأَصَحُّ لِأَنَّهُ عِبَارَةٌ عَنِ الزَّوَالِ).

(وَإِنْ حَلَفَ لِيَأْتِيَنِي الْبَصْرَةَ فَلَمْ يَأْتِهَا حَتَّى مَاتَ حَيْثُ فِي آخِرِ جُزْءٍ مِنْ أَجْزَاءِ حَيَاتِهِ) لِأَنَّ الْبِرَّ قَبْلَ ذَلِكَ مَرْجُوءٌ.

(وَلَوْ حَلَفَ لِيَأْتِيَنِي غَدًا إِنْ اسْتَطَاعَ فَهَذَا عَلَى اسْتِطَاعَةِ الصَّحَّةِ دُونَ الْقُدْرَةِ، وَفَسَّرَهُ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ وَقَالَ: إِذَا لَمْ يَمْرُضْ وَلَمْ يَمْنَعَهُ السُّلْطَانُ وَلَمْ يَجِئْ أَمْرٌ لَا يَقْدِرُ عَلَى إِتْيَانِهِ فَلَمْ يَأْتِهِ حَيْثُ، وَإِنْ عَنَى اسْتِطَاعَةَ الْقَضَاءِ دِينَ فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللَّهِ تَعَالَى) وَهَذَا لِأَنَّ حَقِيقَةَ الْاسْتِطَاعَةِ فِيمَا يُقَارَنُ الْفِعْلُ وَيُطْلَقُ الْأِسْمُ عَلَى سَلَامَةِ الْأَلَاتِ وَصِحَّةِ الْأَسْبَابِ فِي الْمُتَعَارَفِ. فَعِنْدَ الْإِطْلَاقِ يَنْصَرِفُ إِلَيْهِ وَتَصِحُّ نِيَّةُ الْأَوَّلِ دِيَانَةً لِأَنَّهُ نَوَى حَقِيقَةَ كَلَامِهِ ثُمَّ قِيلَ وَتَصِحُّ قَضَاءً أَيْضًا لَمَّا بَيَّنَّا، وَقِيلَ لَا تَصِحُّ لِأَنَّهُ خِلَافُ الظَّاهِرِ.

الشرح:

(وَلَوْ حَلَفَ لِيَأْتِيَنِي غَدًا إِنْ اسْتَطَاعَ فَهَذَا عَلَى اسْتِطَاعَةِ الصَّحَّةِ دُونَ الْقُدْرَةِ) اعْلَمْ أَنَّ الْاسْتِطَاعَةَ تُطْلَقُ عَلَى مَعْنَيْنِ: أَحَدُهُمَا صِحَّةُ الْأَسْبَابِ وَالْأَلَاتِ قَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنْ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا﴾ [آل عمران: ٩٧] وَفَسَّرَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بِالزَّادِ وَالرَّاحِلَةِ. وَالثَّانِي الْقُدْرَةُ الْحَقِيقِيَّةُ وَهِيَ نَوْعٌ عَلَى حِدَةٍ يَتَرْتَّبُ عَلَيْهَا الْفِعْلُ عِنْدَ إِرَادَتِهِ إِرَادَةً جَازِمَةً يَخْلُقُهُ اللَّهُ تَعَالَى عِنْدَ الْفِعْلِ لَا قَبْلَهُ عِنْدَنَا، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿مَا كَانُوا يَسْتَطِيعُونَ السَّمْعَ﴾ [هود: ٢٠] إِذَا عَرَفْتَ هَذَا فَفِيمَا نَحْنُ فِيهِ كَلَامُهُ يَنْصَرِفُ إِلَى الْأَوَّلِ لِأَنَّهُ هُوَ الْمُتَعَارَفُ، وَإِنْ عَنَى الثَّانِي وَقَدْ عَبَّرَ عَنْهُ بِاسْتِطَاعَةِ الْقَضَاءِ صَدَقَ فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللَّهِ تَعَالَى لِأَنَّهُ نَوَى أَيْ أَرَادَ حَقِيقَةَ كَلَامِهِ. وَقِيلَ يَصْدُقُ قَضَاءً أَيْضًا لَمَّا بَيَّنَّا أَنَّهُ نَوَى حَقِيقَةَ كَلَامِهِ. وَقِيلَ لَا يَصِحُّ قَضَاءً لِأَنَّهُ خِلَافُ الظَّاهِرِ، لَمَّا بَيَّنَّا أَنَّ الْأَوَّلَ هُوَ الْمُتَعَارَفُ وَفِيهِ تَخْفِيفٌ عَلَى نَفْسِهِ.

(وَمَنْ حَلَفَ لَا تَخْرُجُ امْرَأَتُهُ إِلَّا بِإِذْنِهِ فَأَذِنَ لَهَا مَرَّةً فَخَرَجَتْ ثُمَّ خَرَجَتْ مَرَّةً أُخْرَى بِغَيْرِ إِذْنِهِ حَتَّى وَلَا بُدَّ مِنَ الْإِذْنِ فِي كُلِّ خُرُوجٍ) لِأَنَّ الْمُسْتَنَى خُرُوجَ مَقْرُونٍ بِالْإِذْنِ، وَمَا وَرَاءَهُ دَاخِلٌ فِي الْحَظَرِ الْعَامِّ. وَلَوْ نَوَى الْإِذْنُ مَرَّةً يُصَدِّقُ دِيَانَةً لَا قَضَاءَ لِأَنَّهُ مُحْتَمَلٌ كَلَامِهِ لَكِنَّهُ خِلَافُ الظَّاهِرِ (وَلَوْ قَالَ إِلَّا أَنْ أَذِنَ لَكَ فَأَذِنَ لَهَا مَرَّةً وَاحِدَةً فَخَرَجَتْ ثُمَّ خَرَجَتْ بَعْدَهَا بِغَيْرِ إِذْنِهِ لَمْ يَحْنَثْ) لِأَنَّ هَذِهِ كَلِمَةٌ غَايَةٌ فَتَنْتَهِي الْيَمِينَ بِهِ كَمَا إِذَا قَالَ حَتَّى أَذِنَ لَكَ.

الشرح:

وَلَوْ حَلَفَ لَا تَخْرُجُ امْرَأَتُهُ إِلَّا بِإِذْنِهِ احْتِجَّ إِلَى الْإِذْنِ لِكُلِّ خُرُوجَةٍ حَتَّى لَوْ أَذِنَ لَهَا مَرَّةً فَخَرَجَتْ ثُمَّ خَرَجَتْ بِلا إِذْنٍ حَتَّى لِأَنَّ الْمُسْتَنَى خُرُوجَ مَقْرُونٍ بِالْإِذْنِ؛ لِأَنَّ تَقْدِيرَهُ وَاللَّهُ لَا تَخْرُجِي إِلَّا خُرُوجًا مُلَصَّقًا بِإِذْنِي لِأَنَّ الْبَاءَ لِلِإِلصَاقِ فَيَقْتَضِي مُلَصَّقًا وَمُلَصَّقًا بِهِ فَيَكُونُ مَا وَرَاءَهُ: أَيُّ مَا وَرَاءَ الْمُسْتَنَى دَاخِلًا تَحْتَ الْحَظَرِ الْعَامِّ (وَلَوْ نَوَى الْإِذْنُ مَرَّةً صَدَّقَ دِيَانَةً لَا قَضَاءَ لِأَنَّهُ مُحْتَمَلٌ كَلَامِهِ) لَكِنَّهُ خِلَافُ الظَّاهِرِ لِكَوْنِهِ مُخَالَفًا لِمُقْتَضَى الْبَاءِ. وَلَوْ قَالَ إِلَّا أَنْ أَذِنَ لَكَ كَفَى إِذْنٌ وَاحِدٌ لَمَّا ذُكِرَ فِي الْكِتَابِ. وَاعْتَرِضَ عَلَيْهِ بِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿لَا تَدْخُلُوا بُيُوتَ النَّبِيِّ إِلَّا أَنْ يُؤْذَنَ لَكُمْ﴾ [الأحزاب: ٥٣] وَكَانَ تَكَرُّرُ الْإِذْنِ لَازِمًا. وَأُجِيبَ بِأَنَّ ذَلِكَ بِدَلِيلٍ خَارِجِيٍّ وَهُوَ قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿إِنْ دَلَّكُمْ كَانَ يُؤْذِي النَّبِيَّ﴾ وَتَمَامُ التَّقْدِيرِ فِيهِ ذِكْرُهُ فِي الْأَنْوَارِ وَالتَّقْدِيرِ، وَمَعْنَى قَوْلِهِ لِأَنَّ هَذِهِ كَلِمَةٌ غَايَةٌ: أَيُّ كَلِمَةٍ تُفِيدُ مَعْنَى الْغَايَةِ لِأَنَّ أَنْ لَيْسَ مَوْضُوعًا لَهَا بَلْ لِلِاسْتِثْنَاءِ، وَتَعَدَّرَ حَمْلُهُ عَلَيْهِ لِأَنَّ صَدْرَ الْكَلَامِ لَيْسَ مِنْ جِنْسِ الْإِذْنِ حَتَّى يُسْتَنَى الْإِذْنُ مِنْهُ فَيَجْعَلُ مَجَازًا عَنْ حَتَّى لِمُنَاسَبَةِ بَيْنَهُمَا، وَهُوَ أَنَّ حُكْمَ مَا قَبْلَ الْغَايَةِ مُخَالَفٌ لَمَّا بَعْدَهَا، كَمَا أَنَّ حُكْمَ مَا قَبْلَ الْاسْتِثْنَاءِ يُخَالَفُ حُكْمَ مَا بَعْدَهُ.

(وَلَوْ أَرَادَتِ الْمَرْأَةُ الْخُرُوجَ فَقَالَ إِنْ خَرَجْتَ فَأَنْتِ طَالِقٌ فَجَلَسَتْ ثُمَّ خَرَجَتْ لَمْ يَحْنَثْ) وَكَذَلِكَ إِذَا أَرَادَ رَجُلٌ ضَرْبَ عَبْدِهِ فَقَالَ لَهُ آخِرُ إِنْ ضَرَبْتَهُ فَعَبْدِي حُرٌّ فَتَرَكَهُ ثُمَّ ضَرَبَهُ وَهَذِهِ تُسَمَّى يَمِينَ قَوْرٍ. وَتَقَرَّدَ أَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ بِإِظْهَارِهِ. وَوَجْهُهُ أَنَّ مُرَادَ الْمُتَكَلِّمِ الرُّدَّ عَنْ تِلْكَ الضَّرْبَةِ وَالْخُرُوجَةِ عُرْفًا، وَمَبْنَى الْإِيمَانِ عَلَيْهِ. (وَلَوْ قَالَ لَهُ رَجُلٌ اجْلِسْ فَتَعَدَّدَ عِنْدِي قَالَ إِنْ تَعَدَّدْتَ فَعَبْدِي حُرٌّ فَخَرَجَ فَرَجَعَ إِلَى مَنْزِلِهِ وَتَغَدَّى لَمْ يَحْنَثْ)

لأنَّ كَلَامَهُ خَرَجَ مَخْرَجَ الْجَوَابِ فَيَنْطَبِقُ عَلَى السُّؤَالِ فَيَنْصَرِفُ إِلَى الْغَدَاءِ الْمَدْعُوِّ إِلَيْهِ،
بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ إِنْ تَعَدَّيْتُ الْيَوْمَ لِأَنَّهُ زَادَ عَلَى حَرْفِ الْجَوَابِ فَيُجْعَلُ مُبْتَدَأً.

الشرح:

قَالَ (وَلَوْ أَرَادَتْ الْمَرْأَةُ الْخُرُوجَ) صُورَةُ الْمَسْأَلَةِ ظَاهِرَةٌ (وُسَمِّيَ هَذِهِ الْيَمِينُ يَمِينُ
فَوْرٍ) وَهُوَ فِي الْأَصْلِ مَصْدَرٌ فَارَتْ الْقَدْرُ إِذَا غَلَتْ، فَاسْتَعِيرَ لِلسُّرْعَةِ ثُمَّ سُمِّيَتْ بِهِ
الْحَالَةُ الَّتِي لَا رَيْبَ فِيهَا وَلَا لُبَّ، فَقِيلَ جَاءَ فُلَانٌ وَخَرَجَ فُلَانٌ مِنْ فَوْرِهِ: أَيُّ مِنْ سَاعَتِهِ
(وَتَفَرَّدَ أَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ بِإِظْهَارِهِ) أَيُّ بِاسْتِنْبَاطِهِ، وَكَانَ النَّاسُ قَبْلَهُ يَعْلَمُونَ الْيَمِينَ
عَلَى ثَوْعَيْنِ: مُؤَيَّدَةً، وَمُؤَقَّتَةً لَفْظًا.

ثُمَّ اسْتَنْبَطَ أَبُو حَنِيفَةَ هَذَا النَّوعَ الثَّلَاثَ وَهُوَ الْمُؤَبَّدُ لَفْظًا وَالْمُؤَقَّتُ مَعْنَى.

وَقَدْ أَخَذَهُ مِنْ حَدِيثِ جَابِرٍ وَابْنِهِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا حِينَ دُعِيَ إِلَى نُصْرَةِ رَجُلٍ
فَحَلَفَا أَنْ لَا يُنْصَرَاهُ ثُمَّ نَصَرَاهُ وَلَمْ يَحْتَنَّا، وَاعْتَبِرَ فِي ذَلِكَ الْعَرْفُ فَإِنَّ الْحَالِفَ فِي الْعَادَةِ
يَقْصِدُ بِهَذَا اللَّفْظِ مَنَعَهُمَا عَنِ الْخُرْجَةِ الَّتِي تَهَيَّأَتْ لَهَا إِلَّا مِنَ الْخُرُوجِ عَلَى التَّأْيِيدِ، فَإِذَا
عَادَتْ فَقَدْ تَرَكْتَ تِلْكَ الْخُرْجَةَ وَانْتَهَتْ الْيَمِينُ فَلَا يَحْتَنُ بَعْدَ ذَلِكَ، وَإِنْ خَرَجَتْ
وَالْعَرْفُ لَهُ اعْتِبَارٌ فِي بَابِ الْأَيْمَانِ؛ وَعَلَى هَذَا لَوْ أَرَادَ الرَّجُلُ ضَرْبَ عَبْدِهِ فَقَالَ آخِرُ
إِنْ ضَرَبْتَهُ فَعَبْدِي حُرٌّ يَتَّقِيْدُ بِنِكَ الضَّرْبَةِ، وَعَلَى هَذَا إِذَا قَالَ لَهُ اجْلِسْ تَعَدَّ عِنْدِي
فَقَالَ إِنْ تَعَدَّيْتُ فَعَبْدِي حُرٌّ وَكَلَامُهُ ظَاهِرٌ. وَلَوْ قَالَ إِنْ تَعَدَّيْتُ الْيَوْمَ يُجْعَلُ مُبْتَدَأً لِأَنَّهُ
زَادَ عَلَى مِقْدَارِ الْجَوَابِ. فَفِي تَطْبِيقِهِ عَلَى السُّؤَالِ إِلِغَاءُ الزِّيَادَةِ.

فَإِنْ قِيلَ: الزِّيَادَةُ لَا تَضُرُّ كَوْنَهُ جَوَابًا للسُّؤَالِ؛ أَلَا تَرَى إِلَى قَوْلِهِ تَعَالَى ﴿قَالَ هِيَ
عَصَايَ أَتَوَكَّؤُا عَلَيْهَا وَأَهشُّوْا عَلَيَّ غَنَمِي وَلِي فِيهَا مَنَازِبُ أُخْرَى﴾ [طه: ١٨] فِي
جَوَابِ قَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَمَا تِلْكَ بِيَمِينِكَ يَمْؤُسِي﴾ [طه: ١٧] كَيْفَ زَادَ عَلَى مِقْدَارِ
الْجَوَابِ وَهُوَ أَنْ يَقُولَ عَصَايَ وَلَمْ يُخْرِجْهُ عَنْ كَوْنِهِ جَوَابًا.

أُجِيبَ بِأَنَّ كَلِمَةَ «مَا» تُسْتَعْمَلُ للسُّؤَالِ عَنِ الذَّاتِ والسُّؤَالِ عَنِ الصِّفَاتِ،
وَحَيْثُ وَقَعَتْ فِي حَيْزِ السُّؤَالِ اشْتَبَهَ عَلَى مُوسَى عَلَيْهِ السَّلَامُ أَنَّ السُّؤَالِ وَقَعَ عَنِ
الذَّاتِ أَوِ الصِّفَةِ فَجَمَعَ بَيْنَهُمَا لِيَكُونَ مُجِيبًا عَلَى كُلِّ حَالٍ.

قَالَ صَاحِبُ النَّهَائَةِ: إِلَى هَذَا أَشَارَ فِي الْفَوَائِدِ الظَّهْرِيَّةِ. وَفِيهِ نَظَرٌ لِأَنَّ أَهْلَ

البلاغة قالوا: إِنَّ " مَا " يُسْأَلُ بِهَا عَنْ وَصْفِ الْعُقَلَاءِ وَالْعَصَا لَمْ تُكُنْ عَاقِلَةً سَلَمْنَا، وَلَكِنْ الْأَفْعَالُ الْمُسْتَنَدَةُ إِلَى مُوسَى عَلَيْهِ السَّلَامُ لَا تُكُونُ أَوْصَافًا؛ وَلَكِنْ كَانَتْ لَا تُكُونُ أَوْصَافًا لِلْعَصَا. وَأَقُولُ: الزِّيَادَةُ عَلَى حَرْفِ الْجَوَابِ لَا تُصَرِّفُهُ عَنْ كَوْنِهِ جَوَابًا لَهُ الْبَيِّنَةُ، وَإِنَّمَا يُجْعَلُ كَلَامًا مُبْتَدَأً إِذَا كَانَ ثَمَّةَ مَصْرُفٍ يُمَكِّنُ حَمْلُهُ عَلَيْهِ إِعْمَالًا لِلزِّيَادَةِ كَمَا فِي الْمَسْأَلَةِ وَلَيْسَ فِي الْآيَةِ ذَلِكَ فَلَمْ يُصْرَفْ عَنْ كَوْنِهِ جَوَابًا يُلَوِّحُ إِلَى هَذَا قَوْلُهُ فَيُجْعَلُ مُبْتَدَأً.

(وَمَنْ حَلَفَ لَا يَرْكَبُ دَابَّةً فَلَانَ فَرَكَبَ دَابَّةً عَبْدٌ مَادُونٌ لَهُ مَدْيُونٌ أَوْ غَيْرَ مَدْيُونٍ لَمْ يَحْنَثْ) عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ إِلَّا أَنَّهُ إِذَا كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ مُسْتَعْرِقٌ لَا يَحْنَثُ وَإِنْ نَوَى لِأَنَّهُ لَا مَلِكَ لِلْمَوْلَى فِيهِ عِنْدَهُ، وَإِنْ كَانَ الدَّيْنُ غَيْرَ مُسْتَعْرِقٍ أَوْ لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ دَيْنٌ لَا يَحْنَثُ مَا لَمْ يَنْوِهِ لِأَنَّ الْمَلِكَ فِيهِ لِلْمَوْلَى لِكُنْهُ يُضَافُ إِلَى الْعَبْدِ عُرْفًا، وَكَذَا شَرْعًا قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «مَنْ بَاعَ عَبْدًا وَلَهُ مَالٌ فَهُوَ لِلْبَائِعِ» ^(١) الْحَدِيثُ فَتَحْتَلُّ الإِضَافَةُ إِلَى الْمَوْلَى فَلَا بُدَّ مِنَ النِّيَّةِ. وَقَالَ أَبُو يُونُسَ: فِي الْوُجُوهِ كُلِّهَا: يَحْنَثُ إِذَا نَوَاهُ لاختلال الإِضَافَةِ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: يَحْنَثُ وَإِنْ لَمْ يَنْوِهِ لِاعتبار حَقِيقَةِ الْمَلِكِ إِذِ الدَّيْنُ لَا يَمْنَعُ وَقُوعَهُ لِلسَّيِّدِ عِنْدَهُمَا.

الشرح:

(قَوْلُهُ وَمَنْ حَلَفَ لَا يَرْكَبُ دَابَّةً فَلَانَ) الدَّابَّةُ فِي اللُّغَةِ كُلُّ مَا يَدْبُ مِنْ الْحَيَوَانَاتِ: أَيْ يَتَحَرَّكُ مَشْيًا عَلَى وَجْهِ الْأَرْضِ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿وَمَا مِنْ دَابَّةٍ فِي الْأَرْضِ إِلَّا عَلَى اللَّهِ رِزْقُهَا﴾ [هود: ٦] وَيَتَعَلَّقُ الرُّكُوبُ بِهَا بِعَيْنٍ مَا يَرْكَبُ مِنْهَا مُرَادًا كَالْبُغْلِ وَالْفَرَسِ وَالْبَعِيرِ وَالْحِمَارِ وَالْبَقَرِ وَالْجَامُوسِ وَالْفِيلِ فِي الْقِيَاسِ. وَاسْتَحْسَنَ الْعُلَمَاءُ فِي عَقْدِ الْيَمِينِ عَلَى مَا يُرْكَبُ فِي غَالِبِ الْبُلْدَانِ وَهُوَ الْخَيْلُ وَالْبِغَالُ وَالْحَمِيرُ أَخْذًا مِنْ قَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَالْخَيْلُ وَالْبِغَالُ وَالْحَمِيرُ لَتَرْكَبُوهَا﴾ [النحل: ٨] ذَكَرَ مِثْلَ الرُّكُوبِ فِي هَذِهِ الْأَنْوَاعِ الثَّلَاثَةِ: فَأَمَّا فِي الْأَنْعَامِ فَقَدْ ذَكَرَ مَنَفْعَةَ الْأَكْلِ يَقُولُهُ تَعَالَى ﴿وَالْأَنْعَامُ خَلَقَهَا لَكُمْ﴾ [النحل: ٥]، وَبِالْعُرْفِ؛ فَإِنَّهُ إِذَا قِيلَ رَكِبَ فَلَانٌ دَابَّةً لَمْ يَفْهَمْ مِنْهُ أَحَدٌ أَنَّهُ رَكِبَ الْبَقَرَ أَوْ الْفِيلَ وَإِنْ كَانَ يَرْكَبُ فِي بِلَادِ الْهِنْدِ، إِلَّا إِذَا نَوَى جَمِيعَ ذَلِكَ فَيَكُونُ عَلَى مَا نَوَى لِأَنَّهُ نَوَى حَقِيقَةَ كَلَامِهِ، وَفِيهِ تَشْدِيدٌ عَلَيْهِ.

(١) أخرجه البخاري في البيوع باب ٩٠، ومسلم في البيوع (٧٧).

وَإِذَا عُرِفَ هَذَا فَمَنْ حَلَفَ لَا يَرْكَبُ دَابَّةَ فُلَانٍ فَرَكِبَ دَابَّةَ عَبْدٍ مَأْذُونٍ لَهُ مَدْيُونٍ أَوْ غَيْرِ مَدْيُونٍ لَمْ يَحْنَثْ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَهَذَا إِذَا لَمْ يَتَوَّ، فَأَمَّا إِذَا تَوَّى وَرَكِبَ دَابَّةَ الْعَبْدِ فَيَحْنَثُ، إِلَّا أَنَّهُ إِذَا كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ مُسْتَعْرِقٌ لَا يَحْنَثُ وَإِنْ تَوَّى لِأَنَّهُ لَا مِلْكَ لِلْمَوْلَى فِيهِ عِنْدَهُ: أَيُّ فِيمَا مَلَكَهُ الْعَبْدُ الْمَدْيُونُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ.

حَتَّى لَوْ أَعْتَقَ عَبْدٌ عَبْدَهُ لَا يُعْتَقُ وَتَلَمَحَ مِمَّا ذَكَرْنَا الْمُسْتَشْنَى مِنْهُ فِي قَوْلِهِ إِلَّا أَنَّهُ إِذَا كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ وَهُوَ الْقَدْرُ الَّذِي أَظْهَرْنَاهُ، وَإِنْ كَانَ الدَّيْنُ غَيْرُ مُسْتَعْرِقٍ أَوْ لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ دَيْنٌ لَا يَحْنَثُ مَا لَمْ يَتَوَّهَا لِأَنَّ الْمِلْكَ فِيهِ لِلْمَوْلَى لَكِنَّهُ يُضَافُ إِلَى الْعَبْدِ عُرْفًا حَيْثُ يُقَالُ دَابَّةُ عَبْدٍ فُلَانٍ وَلَمْ يَقُلْ دَابَّةُ فُلَانٍ.

وَشَرَعًا قَالَ ﷺ «مَنْ بَاعَ عَبْدًا وَلَهُ مَالٌ فَمَالُهُ لِمَوْلَاهُ» فَتَحْتَثُلُ الْإِضَافَةُ إِلَى الْمَوْلَى فَلَا بُدَّ مِنَ النَّيَّةِ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: يَحْنَثُ فِي الْوُجُوهِ كُلِّهَا، وَهِيَ مَا إِذَا لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ دَيْنٌ، وَكَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ غَيْرُ مُسْتَعْرِقٍ أَوْ دَيْنٌ مُسْتَعْرِقٌ إِذَا تَوَّى. وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ دَيْنَ الْعَبْدِ وَإِنْ كَانَ لَا يَمْنَعُ وَقُوعَ الْمِلْكِ لِلْمَوْلَى عِنْدَهُ إِلَّا أَنَّهُ يُضَافُ إِلَى الْعَبْدِ فَتَحْتَثُلُ الْإِضَافَةُ إِلَى الْمَوْلَى فَلَا يَدْخُلُ تَحْتَ مُطْلَقِ الْإِضَافَةِ إِلَّا بِالنِّيَّةِ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: يَحْنَثُ فِي الْوُجُوهِ كُلِّهَا وَإِنْ لَمْ يَتَوَّهِ لَا عِتَابَ حَقِيقَةِ الْمِلْكِ لِلسَّيِّدِ إِذَا الدَّيْنُ لَا يَمْنَعُ وَقُوعَهُ لِلسَّيِّدِ عِنْدَهُمَا.

بَابُ الْيَمِينِ فِي الْأَكْلِ وَالشُّرْبِ

قَالَ: (وَمَنْ حَلَفَ لَا يَأْكُلُ مِنْ هَذِهِ النُّخْلَةِ فَهُوَ عَلَى ثَمَرِهَا) لِأَنَّهُ أَضَافَ الْيَمِينَ إِلَى مَا لَا يُؤْكَلُ فَيَنْصَرِفُ إِلَى مَا يَخْرُجُ مِنْهُ وَهُوَ الثَّمَرُ لِأَنَّهُ سَبَبٌ لَهُ فَيَصْلُحُ مَجَازًا عَنْهُ، لَكِنَّ الشَّرْطَ أَنْ لَا يَتَغَيَّرَ بِصُنْعِهِ جَدِيدَةً حَتَّى لَا يَحْنَثَ بِالنَّبِيدِ وَالْخَلِّ وَالْدَّبْسِ الْمَطْبُوعِ.

الشرح:

(بَابُ الْيَمِينِ فِي الْأَكْلِ وَالشُّرْبِ): قَدْ ذَكَرْنَا أَنَّ أَوَّلَ مَا يَحْتَاجُ إِلَيْهِ الْإِنْسَانُ الْمَسْكَنُ ثُمَّ الْأَكْلُ وَالشُّرْبُ، وَهَذَا الْبَابُ لِبَيَانِ الْيَمِينِ عَلَيْهِمَا. وَاعْلَمْ أَنَّ مَا يَصِلُ إِلَى جَوْفِ الْإِنْسَانِ لَا يَخْلُو عَنْ أَرْبَعَةِ أَوْجُهٍ: مَأْكُولٍ، وَمَشْرُوبٍ، وَمَمْصُوعٍ، وَمَلْعُوقٍ؛ فَلِأَكْثَرِ مَا يَتَأَتَّى فِيهِ الْمَضْغُ وَالْهَشْمُ لَا الْمَضْغُ، حَتَّى لَوْ أَتَلَعَ مَا يَتَأَتَّى فِيهِ الْمَضْغُ مِنْ غَيْرِ مَضْغٍ يُسَمَّى أَكْلًا. وَالْمَشْرُوبُ مَا لَا يَتَأَتَّى فِيهِ ذَلِكَ، فَلَوْ حَلَفَ لَا يَأْكُلُ لَبُنَّا فَشَرِبَهُ لَا يَحْنَثُ، وَلَوْ حَلَفَ لَا يَشْرَبُهُ فَتَرَدَّ فِيهِ وَأَكَلَ لَمْ يَحْنَثُ.

وَالْمَصُوصُ هُوَ مَا يَحْصُلُ بِعِلَاجِ اللَّهَاءِ؛ فَلَوْ حَلَفَ لَا يَأْكُلُ عَنَبًا أَوْ رُمَانًا فَمَضَعُهُ وَرَمَى ثَقْلَهُ وَابْتَلَعَ مَاءً لَمْ يَحْتِثْ لَا فِي الْأَكْلِ وَلَا فِي الشُّرْبِ. وَالْمَعْلُوقُ هُوَ مَا يُتَنَاوَلُ بِالْجَسِّ بِالْأَصْبُعِ وَالشَّفَاهِ، فَإِذَا عُرِفَ هَذَا رَجَعْنَا إِلَى مَا فِي الْكِتَابِ، فَقَوْلُهُ فَهُوَ عَلَى ثَمَرِهَا: يَعْنِي إِذَا كَانَتْ لَهَا ثَمَرَةٌ، وَأَمَّا إِذَا لَمْ يَكُنْ فَالْيَمِينُ تَقَعُ عَلَى ثَمَرِهَا لِأَنَّهُ أَضَافَ الْيَمِينَ إِلَى مَا لَا يُؤْكَلُ فَيَنْصَرِفُ إِلَى مَا يَخْرُجُ مِنْهُ لِأَنَّ الْحَقِيقَةَ إِذَا تَعَدَّرَتْ يُصَارُ إِلَى الْمَجَازِ، وَمَا يَخْرُجُ مِنْهُ صَالِحٌ لِكَوْنِهِ مَجَازًا؛ لِأَنَّهُ: أَيُّ مَا لَا يُؤْكَلُ سَبَبٌ لَهُ فَيَنْصَرِفُ إِلَى مَا يَخْرُجُ مِنْهُ، وَذَكَرَ السَّبَبَ وَإِرَادَةَ الْمُسَبَّبِ مَجَازًا شَائِعٌ، وَلَكِنْ يُشْتَرَطُ أَنْ لَا يَتَغَيَّرَ بِصُنْعَةٍ جَدِيدَةٍ لِأَنَّ مَا يُصْنَعُ مِنْ ذَلِكَ الثَّمَرِ لَيْسَ بِثَمَرٍ فَلَا يَحْتِثُ بِالتَّيِيدِ وَالْحَلِّ وَالذَّبْسِ الْمَطْبُوحِ، وَقَيْدَ بِالْمَطْبُوحِ وَإِنْ كَانَ الذَّبْسُ لَا يَكُونُ إِلَّا مَطْبُوحًا احْتِرَازًا عَمَّا إِذَا أُطْلِقَ اسْمُ الذَّبْسِ عَلَى مَا يَسِيلُ مِنَ الرُّطْبِ كَمَا ذَكَرَهُ فِي بَعْضِ الْمَوَاضِعِ مِنَ الذَّخِيرَةِ وَغَيْرِهِ.

(وَإِنْ حَلَفَ لَا يَأْكُلُ مِنْ هَذَا الْبُسْرِ فَصَارَ رُطْبًا فَأَكَلَهُ لَمْ يَحْتِثْ. وَكَذَا إِذَا حَلَفَ لَا يَأْكُلُ مِنْ هَذَا الرُّطْبِ أَوْ مِنَ هَذَا اللَّبَنِ فَصَارَ ثَمَرًا أَوْ صَارَ اللَّبَنُ شِيرَازًا لَمْ يَحْتِثْ) لِأَنَّ صِفَةَ الْبُسُورَةِ وَالرُّطُوبَةِ دَاعِيَةٌ إِلَى الْيَمِينِ، وَكَذَا كَوْنُهُ لَبَنًا فَيَتَقَيَّدُ بِهِ، وَلِأَنَّ اللَّبَنَ مَا كُوِلَ فَلَا يَنْصَرِفُ الْيَمِينُ إِلَى مَا يُتَّخَذُ مِنْهُ، بِخِلَافِ مَا إِذَا حَلَفَ لَا يَكْلُمُ هَذَا الصَّبِيَّ أَوْ هَذَا الشَّابَّ فَكَلِمَتُهُ بَعْدَ مَا شَاحَ لِأَنَّ هِجْرَانَ الْمُسْلِمِ بِمَنْعِ الْكَلَامِ مِنْهُيٌّ عَنْهُ فَلَمْ يُعْتَبَرِ الدَّاعِي دَاعِيًا فِي الشَّرْعِ.

الشرح:

وقوله (وَمَنْ حَلَفَ لَا يَأْكُلُ مِنْ هَذَا الْبُسْرِ) ظَاهِرٌ، وَكَلَامُهُ يُشِيرُ إِلَى قَاعِدَةٍ هِيَ أَنَّ الْيَمِينَ إِذَا انْعَقَدَتْ عَلَى عَيْنٍ يُوَصَّفُ يَدْعُو ذَلِكَ الْوَصْفُ إِلَى الْيَمِينِ فَيَتَقَيَّدُ الْيَمِينُ بِبَقَاءِ ذَلِكَ الْوَصْفِ فَيَنْزِلُ مَنْزِلَةَ الْأَسْمِ؛ وَلِذَلِكَ لَا يَحْتِثُ مَنْ حَلَفَ لَا يَأْكُلُ مِنْ هَذَا الْبُسْرِ أَوْ الرُّطْبِ أَوْ اللَّبَنِ فَتَغْيِيرُ ذَلِكَ الْوَصْفِ بِصَيَرُورَةِ الْبُسْرِ رُطْبًا وَالرُّطْبِ ثَمَرًا وَاللَّبَنِ شِيرَازًا وَهُوَ الَّذِي أُسْتُخْرِجَ مَائُهُ فَصَارَ كَالْفَالُودِجِ الْخَائِرِ. فَإِنْ قِيلَ: فَعَلَى هَذَا إِذَا حَلَفَ لَا يَكْلُمُ هَذَا الصَّبِيَّ أَوْ هَذَا الشَّابَّ فَكَلِمَتُهُ بَعْدَ مَا شَاحَ يَنْبَغِي أَنْ لَا يَحْتِثَ لِأَنَّ الصَّبَا مَظْنَةُ السَّفَهِ وَالشَّابَّ شُعْبَةٌ مِنَ الْجُنُونِ فَكَأَنَّا وَصَفَيْنَا دَاعِيَيْنِ إِلَى الْيَمِينِ وَقَدْ زَالَا عِنْدَ الشَّيْخُوخَةِ فَكَانَ الْوَاجِبُ أَنْ لَا يَحْتِثَ. أَجَابَ بِقَوْلِهِ وَهَذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا

حَلَفَ لَا يُكَلِّمُ هَذَا الصَّبِيَّ إلخ. وَوَجْهُهُ أَنَّ الْقَاعِدَةَ الْمَذْكُورَةَ تَقْتَضِي ذَلِكَ لَكِنْ الشَّرْعُ أَسْقَطَ اعْتِبَارَهَا لِأَنَّهُ نَهَى عَنْ هِجْرَانِ الْمُسْلِمِ بِمَنْعِ الْكَلَامِ، قَالَ ﷺ «مَنْ لَمْ يَرْحَمْ الصَّغِيرَنَا وَلَمْ يُوقِّرْ كَبِيرَنَا» الْحَدِيثُ.

وَالْمَهْجُورُ شَرْعًا كَالْمَهْجُورِ عَادَةً، فَأَعْقَدَتْ الْيَمِينُ عَلَى الذَّاتِ وَهِيَ مَوْجُودَةٌ حَالَةَ الشَّيْخُوخَةِ فَيَحْتَثُّ فِي يَمِينِهِ. وَاعْتَرَضَ عَلَى ذَلِيلِ الْكِتَابِ بِأَنَّا سَلَمْنَا أَنَّ هِجْرَانَ الْمُسْلِمِ حَرَامٌ، لَكِنْ الْحَرَامُ يَقَعُ مَحْلُوفًا عَلَيْهِ، كَمَا لَوْ قَالَ وَاللَّهِ لَيَشْرَبَنَّ الْيَوْمَ خَمْرًا. وَأَجِيبَ بِأَنَّ الْكَلَامَ فِي أَنَّ الْحَقِيقَةَ يَجُوزُ أَنْ تُتْرَكَ بِهِجْرَانِ الشَّرْعِ فِيمَا إِذَا كَانَ الْكَلَامُ مُحْتَمِلًا لِلْمَجَازِ حَمَلًا لِأَمْرِ الْمُسْلِمِ عَلَى الصَّلَاحِ، وَأَمَّا أَنَّ الْيَمِينَ تَنْعَقِدُ عَلَى الْحَرَامِ الْمَحْضِ فَلَا كَلَامَ فِيهِ.

(وَلَوْ حَلَفَ لَا يَأْكُلُ لَحْمَ هَذَا الْحَمَلِ فَأَكَلَ بَعْدَمَا صَارَ كَبَشًا حَنْثٌ) لِأَنَّ صِفَةَ الصَّغِيرِ فِي هَذَا لَيْسَتْ بِدَاعِيَةٍ إِلَى الْيَمِينِ فَإِنَّ الْمُتَمَتِّعَ عَنْهُ أَكْثَرَ امْتِنَاعًا عَنْ لَحْمِ الْكَبِشِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ حَلَفَ لَا يَأْكُلُ لَحْمَ هَذَا الْحَمَلِ) ظَاهِرٌ.

قَالَ: (وَمَنْ حَلَفَ لَا يَأْكُلُ بُسْرًا فَأَكَلَ رُطْبًا لَمْ يَحْنَثْ) لِأَنَّهُ لَيْسَ بِبُسْرِ.

الشرح:

قَالَ: (وَمَنْ حَلَفَ لَا يَأْكُلُ بُسْرًا) هَذِهِ الْمَسْأَلَةُ عَلَى أَرْبَعَةِ أَوْجُهٍ: إِذَا حَلَفَ لَا يَأْكُلُ بُسْرًا فَأَكَلَ مُذْنِبًا بِكُسْرِ التَّوْنِ وَهُوَ مَا بَدَأَ الْإِرْطَابُ مِنْ قَبْلِ ذَنْبِهِ وَهُوَ مَا سَفَلَ مِنْ جَانِبِ الْقَمْعِ وَالْعَلَاقَةِ وَتَفْسِيرُهُ هُوَ الَّذِي عَامَّتُهُ بُسْرٌ وَفِيهِ شَيْءٌ مِنَ الرُّطْبِ حَنْثٌ فِي يَمِينِهِ فِي قَوْلِهِمْ. وَكَذَا إِذَا حَلَفَ لَا يَأْكُلُ رُطْبًا مُذْنِبًا وَهُوَ الَّذِي عَامَّتُهُ رُطْبٌ وَفِيهِ شَيْءٌ مِنَ الْبُسْرِ حَنْثٌ فِي قَوْلِهِمْ. وَلَوْ حَلَفَ لَا يَأْكُلُ بُسْرًا فَأَكَلَ رُطْبًا فِيهِ شَيْءٌ مِنَ الْبُسْرِ حَنْثٌ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: لَا يَحْنَثُ. وَلَوْ حَلَفَ لَا يَأْكُلُ رُطْبًا فَأَكَلَ بُسْرًا فِيهِ شَيْءٌ مِنَ الرُّطْبِ حَنْثٌ عِنْدَهُ خِلَافًا لُهُمَا عَلَى رِوَايَةِ الْكِتَابِ. وَذَكَرَ فِي الْإِيضَاحِ وَشُرُوحِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ قَوْلَ مُحَمَّدٍ مَعَ أَبِي حَنِيفَةَ فِي أَنَّهُ يَحْنَثُ فِي هَاتَيْنِ الصُّورَتَيْنِ. وَقَالَ صَاحِبُ النَّهَايَةِ وَاللَّهُ أَعْلَمُ بِصِحَّتِهِ: لُهُمَا أَنَّ الرُّطْبَ الْمَذْنَبَ يُسَمَّى رُطْبًا، فَإِذَا حَلَفَ لَا يَأْكُلُ بُسْرًا وَأَكَلَ الرُّطْبَ الْمَذْنَبَ فَقَدْ أَكَلَ الرُّطْبَ لَا الْبُسْرَ فَلَا يَحْنَثُ،

وَكَذَلِكَ بِالْعَكْسِ وَصَارَ كَمَا إِذَا حَلَفَ لَا يَشْتَرِي رُطْبًا فَاشْتَرَى بُسْرًا مُذْنِبًا لَا يَحْنُثُ.

(وَمَنْ حَلَفَ لَا يَأْكُلُ رُطْبًا أَوْ بُسْرًا أَوْ حَلَفَ لَا يَأْكُلُ رُطْبًا وَلَا بُسْرًا فَأَكَلَ مُذْنِبًا حَنَثَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَ لَا يَحْنُثُ فِي الرُّطْبِ) يَعْنِي بِالْبُسْرِ الْمَذْنِبِ وَلَا فِي الْبُسْرِ بِالرُّطْبِ الْمَذْنِبِ لِأَنَّ الرُّطْبَ الْمَذْنِبَ يُسَمَّى رُطْبًا وَالْبُسْرَ الْمَذْنِبَ يُسَمَّى بُسْرًا فَصَارَ كَمَا إِذَا كَانَ الْيَمِينُ عَلَى الشَّرَاءِ. وَلَهُ أَنَّ الرُّطْبَ الْمَذْنِبَ مَا يَكُونُ فِي ذَنْبِهِ قَلِيلُ بُسْرٍ، وَالْبُسْرَ الْمَذْنِبَ عَلَى عَكْسِهِ فَيَكُونُ أَكْلُهُ أَكْلَ الْبُسْرِ وَالرُّطْبِ، وَكُلُّ وَاحِدٍ مَقْصُودٌ فِي الْأَكْلِ بِخِلَافِ الشَّرَاءِ لِأَنَّهُ يُصَادَفُ الْجُمْلَةَ فَيَتَّبِعُ الْقَلِيلُ فِيهِ الْكَثِيرَ.

(وَلَوْ حَلَفَ لَا يَشْتَرِي رُطْبًا فَاشْتَرَى كِبَاسَةً بُسْرَ فِيهَا رُطْبٌ لَا يَحْنُثُ) لِأَنَّ الشَّرَاءَ يُصَادَفُ الْجُمْلَةَ وَالْمَغْلُوبُ تَابِعٌ (وَلَوْ كَانَتْ الْيَمِينُ عَلَى الْأَكْلِ يَحْنُثُ) لِأَنَّ الْأَكْلَ يُصَادَفُهُ شَيْئًا فَشَيْئًا فَكَانَ كُلُّ مِنْهُمَا مَقْصُودًا وَصَارَ كَمَا إِذَا حَلَفَ لَا يَشْتَرِي شَعِيرًا أَوْ لَا يَأْكُلُهُ فَاشْتَرَى حِنْطَةً فِيهَا حَبَّاتُ شَعِيرٍ وَأَكَلَهَا يَحْنُثُ فِي الْأَكْلِ دُونَ الشَّرَاءِ لَمَّا قُلْنَا.

الشرح:

(وَلَهُ أَنَّ الرُّطْبَ الْمَذْنِبَ مَا يَكُونُ فِي ذَنْبِهِ قَلِيلُ بُسْرٍ وَالْبُسْرَ الْمَذْنِبَ عَلَى عَكْسِهِ فَيَكُونُ أَكْلُهُ أَكْلَ الْبُسْرِ وَالرُّطْبِ) فَيَحْنُثُ فِي الصُّورَتَيْنِ وَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا غَالِبًا وَالْآخَرُ مَغْلُوبًا أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ مَيَّزَهُ فَأَكَلَهُ حَنَثَ بِالْإِتِّفَاقِ. فَكَذَا إِذَا أَكَلَهُ مَعَ غَيْرِهِ. وَاسْتَشْكَلَ بِمَا إِذَا حَلَفَ لَا يَشْرَبُ هَذَا اللَّبَنَ فَصَبَّ فِيهِ مَاءٌ وَالْمَاءُ غَالِبٌ فَشَرِبَهُ لَمْ يَحْنُثْ، وَإِنْ شَرِبَ الْمَحْلُوفَ عَلَيْهِ وَزِيَادَةً.

وَأَشَارَ الْمُصَنِّفُ إِلَى الْجَوَابِ عَنْهُ بِقَوْلِهِ (وَكُلُّ وَاحِدٍ مَقْصُودٌ فِي الْأَكْلِ) يَعْنِي بِخِلَافِ صُورَةِ اللَّبَنِ، فَإِنَّ اللَّبَنَ لَمَّا صُبَّ فِيهِ الْمَاءُ شَاعَ وَمَاعٍ فِي جَمِيعِ أَجْزَاءِ اللَّبَنِ فَصَارَ مُسْتَهْلَكًا. وَلِهَذَا لَا يُرَى مَكَانُهُ فَلَمْ يَكُنْ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَقْصُودًا بِالشُّرْبِ. وَقَوْلُهُ (بِخِلَافِ الشَّرَاءِ) جَوَابٌ عَنْ قِيَاسِهِمَا صُورَةَ النَّزَاعِ عَلَى الشَّرَاءِ وَهُوَ ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ: (وَلَوْ حَلَفَ لَا يَشْتَرِي رُطْبًا) كَالْيَمِينِ لِلْمَسْأَلَةِ الْمُتَقَدِّمَةِ وَهُوَ ظَاهِرٌ.

(وَمَنْ حَلَفَ لَا يَأْكُلُ لَحْمًا فَأَكَلَ لَحْمَ السَّمَكِ لَا يَحْنُثُ) وَالْقِيَاسُ أَنْ يَحْنُثَ لِأَنَّهُ يُسَمَّى لَحْمًا فِي الْقُرْآنِ. وَجَهُ الْإِسْتِحْسَانِ أَنَّ التَّسْمِيَةَ مَجَازِيَّةً لِأَنَّ اللَّحْمَ مُنْشِؤُهُ مِنْ

الدَّمِ وَلَا دَمَ فِيهِ لِسُكُونِهِ فِي الْمَاءِ (وَإِنْ أَكَلَ لَحْمَ خِنْزِيرٍ أَوْ لَحْمَ إِنْسَانٍ يَحْنُثُ) لِأَنَّهُ لَحْمٌ حَقِيقِيٌّ إِلَّا أَنَّهُ حَرَامٌ. وَالْيَمِينُ قَدْ تُعْقَدُ لِلْمَنْعِ مِنَ الْحَرَامِ (وَكَذَا إِذَا أَكَلَ كَبِدًا أَوْ كَرِشًا) لِأَنَّهُ لَحْمٌ حَقِيقَةٌ فَإِنَّ نُمُوهُ مِنَ الدَّمِ وَيُسْتَعْمَلُ اسْتِعْمَالُ اللَّحْمِ. وَقِيلَ فِي عُرْفِنَا لَا يَحْنُثُ لِأَنَّهُ لَا يُعَدُّ لَحْمًا.

الشرح:

(وَمَنْ حَلَفَ لَا يَأْكُلُ لَحْمًا فَأَكَلَ لَحْمَ السَّمَكِ لَا يَحْنُثُ) وَالْأَصْلُ فِيهِ أَنَّ اللَّفْظَ إِذَا تَنَاولَ أَفْرَادًا وَفِي بَعْضِهَا نَوْعٌ قَصْرٌ لَا يَدْخُلُ الْقَاصِرُ تَحْتَهُ، وَلَحْمُ السَّمَكِ فِيهِ قُصُورٌ لِأَنَّ اللَّحْمَ مِنَ الْإِلْتِحَامِ وَالْإِلْتِحَامُ بِالِاشْتِدَادِ وَالِاشْتِدَادُ بِالدَّمِ وَالدَّمُ فِي السَّمَكِ ضَعِيفٌ. وَقَالَ الْمُصَنِّفُ: لَا دَمَ فِيهِ، جَعَلَهُ بِمَنْزِلَةِ الْمَعْدُومِ لِكَوْنِهِ يَسْكُنُ الْمَاءَ فَكَانَ مَعْنَى اللَّحْمِ قَاصِرًا فِيهِ فَلَا يَدْخُلُ تَحْتَ اللَّفْظِ الْمُطْلَقِ وَمَوْضُوعُهُ أَصُولُ الْفَقْهِ (وَإِنْ أَكَلَ لَحْمَ خِنْزِيرٍ أَوْ إِنْسَانٍ حَنْثٌ لِأَنَّهُ لَحْمٌ حَقِيقِيٌّ إِلَّا أَنَّهُ حَرَامٌ، وَالْيَمِينُ قَدْ تُعْقَدُ لِلْمَنْعِ مِنَ الْحَرَامِ) وَاعْتَرَضَ بِأَنَّ الْكُفَّارَةَ فِيهَا مَعْنَى الْعِبَادَةِ فَلَا يُنَاطُ وَجُوبُهَا بِمَا هُوَ حَرَامٌ مَحْضٌ، وَأَكْلُ لَحْمِ الْخِنْزِيرِ وَالْإِنْسَانِ حَرَامٌ مَحْضٌ فَكَيْفَ يَتَعَلَّقُ وَجُوبُهَا بِهِ؟ وَأُجِيبَ بِأَنَّ هَذِهِ مُغَالَطَةٌ لِأَنَّ الْكُفَّارَةَ تَجِبُ بَعْدَ يَمِينٍ تُقْضَتْ بِالْحَنْثِ وَقَدْ وَجِدَتْ، وَكَوْنُ الْحَنْثِ بِأَمْرٍ مُبَاحٍ أَوْ حَرَامٍ لَا مَدْخَلَ لَهُ فِي ذَلِكَ أَشَارَ إِلَى هَذَا قَوْلُهُ وَالْيَمِينُ قَدْ تُعْقَدُ لِلْمَنْعِ مِنَ الْحَرَامِ. قَوْلُهُ (وَكَذَا إِذَا أَكَلَ كَبِدًا) ظَاهِرٌ.

(وَلَوْ حَلَفَ لَا يَأْكُلُ أَوْ لَا يَشْتَرِي شَحْمًا لَمْ يَحْنُثْ إِلَّا فِي شَحْمِ الْبَطْنِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَالَا: يَحْنُثُ فِي شَحْمِ الظَّهْرِ أَيْضًا) وَهُوَ اللَّحْمُ السَّمِينُ لَوْجُودِ خَاصِيَةِ الشَّحْمِ فِيهِ وَهُوَ الذُّوبُ بِالنَّارِ. وَلَهُ أَنَّهُ لَحْمٌ حَقِيقَةٌ؛ أَلَا تَرَاهُ أَنَّهُ يَنْشَأُ مِنَ الدَّمِ وَيُسْتَعْمَلُ اسْتِعْمَالَهُ وَتَحْصُلُ بِهِ قُوَّتُهُ وَلِهَذَا يَحْنُثُ بِأَكْلِهِ فِي الْيَمِينِ عَلَى أَكْلِ اللَّحْمِ، وَلَا يَحْنُثُ بَيْنَعِهِ فِي الْيَمِينِ عَلَى بَيْعِ الشَّحْمِ، وَقِيلَ هَذَا بِالْعَرَبِيَّةِ، فَأَمَّا اسْمُ يَبِ بِالْفَارِسِيَّةِ لَا يَقَعُ عَلَى شَحْمِ الظَّهْرِ بِحَالٍ.

(وَلَوْ حَلَفَ لَا يَشْتَرِي أَوْ لَا يَأْكُلُ لَحْمًا أَوْ شَحْمًا فَاشْتَرَى أَلِيَةً أَوْ أَكَلَهَا لَمْ يَحْنُثْ) لِأَنَّهُ نَوْعٌ ثَالِثٌ حَتَّى لَا يُسْتَعْمَلَ اسْتِعْمَالُ اللَّحْمِ وَالشَّحْمِ.

(وَمَنْ حَلَفَ لَا يَأْكُلُ مِنْ هَذِهِ الْحِنْطَةِ لَمْ يَحْنُثْ حَتَّى يَقْضِيَهَا، وَلَوْ أَكَلَ مِنْ

خُبْرَهَا لَمْ يَحْنَثْ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَالَا: إِنْ أَكَلَ مِنْ خُبْرِهَا حَنْثٌ أَيْضًا) لِأَنَّهُ مَفْهُومٌ مِنْهُ عُرْفًا. وَأَبِي حَنِيفَةَ أَنْ لَهُ حَقِيقَةً مُسْتَعْمَلَةً فَإِنَّهَا ثَقُلَى وَتَعَلَى وَتَوَكَّلَ قَضَمًا وَهِيَ قَاضِيَةٌ عَلَى الْمَجَازِ الْمُتَعَارَفِ عَلَى مَا هُوَ الْأَصْلُ عِنْدَهُ. وَلَوْ قَضَمَهَا حَنْثٌ عِنْدَهُمَا هُوَ الصَّحِيحُ لِعُمُومِ الْمَجَازِ، كَمَا إِذَا حَلَفَ لَا يَضَعُ قَدَمَهُ فِي دَارِ فُلَانٍ. وَإِلَيْهِ الْإِشَارَةُ بِقَوْلِهِ فِي الْخُبْرِ حَنْثٌ أَيْضًا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ حَلَفَ لَا يَأْكُلُ مِنْ هَذِهِ الْحِنْطَةِ لَمْ يَحْنَثْ حَتَّى يَقْضِمَهَا) وَالْقَضْمُ: الْأَكْلُ بِأَطْرَافِ الْأَسْنَانِ مِنْ بَابِ لَبَسَ، وَإِنَّمَا وَضَعَ الْمَسْأَلَةَ فِي الْحِنْطَةِ الْمُعَيَّنَةِ لِأَنَّهُ إِذَا عَقَدَ يَمِينَهُ عَلَى أَكْلِ حِنْطَةٍ لَا بَعِيْنَهَا يَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ الْجَوَابُ عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ كَالْجَوَابِ عِنْدَهُمَا. قَالَ فِي النَّهَائَةِ: هَكَذَا ذَكَرَ شَيْخُ الْإِسْلَامِ فِي أَيْمَانِ الْأَصْلِ وَهَذِهِ الْمَسْأَلَةُ عَلَى أَوْجِهِ: أَحَدُهَا أَنْ لَا يَأْكُلَ حَبًّا كَمَا هِيَ فَأَكَلَ مِنْ خُبْرِهَا أَوْ سَوِيْقِهَا لَا يَحْنَثُ بِالِاتِّفَاقِ لِأَنَّهُ أَرَادَ حَقِيقَةَ كَلَامِهِ فَيَتَّقِيْدُ الْيَمِيْنُ بِهَا. وَالثَّانِي أَنْ يَتَوَيَّ أَنْ لَا يَأْكُلَ مَا يُتَّخَذُ مِنْهَا لَا يَحْنَثُ بِأَكْلِ عَيْنِهَا كَذَلِكَ. وَالثَّالِثُ أَنْ لَا يَكُونَ لَهُ نِيَّةٌ فَأَكَلَ مِنْ خُبْرِهَا لَمْ يَحْنَثْ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ خِلَافًا لَهَا. وَالْوَجْهُ مِنَ الْجَانِبَيْنِ مَا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ. وَمَبْنَاهُ عَلَى أَنَّ الْحَقِيقَةَ الْمُسْتَعْمَلَةَ عِنْدَهُ أَوَّلَى مِنَ الْمَجَازِ الْمُتَعَارَفِ وَعِنْدَهُمَا بِالْعَكْسِ وَمَوْضِعُهُ أَصُولُ الْفِقْهِ.

(وَلَوْ حَلَفَ لَا يَأْكُلُ مِنْ هَذَا الدَّقِيقِ فَأَكَلَ مِنْ خُبْرِهِ حَنْثٌ) لِأَنَّ عَيْنَهُ غَيْرُ مَأْكُولٍ فَانْتَصَرَ إِلَى مَا يُتَّخَذُ مِنْهُ (وَلَوْ اسْتَفْهُ كَمَا هُوَ لَا يَحْنَثُ) هُوَ الصَّحِيحُ لِتَعَيْنِ الْمَجَازِ مُرَادًا.

الشرح:

(وَلَوْ حَلَفَ لَا يَأْكُلُ مِنْ هَذَا الدَّقِيقِ فَأَكَلَ مِنْ خُبْرِهِ حَنْثٌ) بِالِاتِّفَاقِ (لَأَنَّ عَيْنَهُ غَيْرُ مَأْكُولٍ) فَكَانَتْ الْحَقِيقَةُ مُتَعَذِّرَةً فَيَصَارُ إِلَى الْمَجَازِ وَهُوَ مَا يُتَّخَذُ مِنْهُ (وَلَوْ اسْتَفْهُ) أَيَّ أَكَلَهُ مِنْ غَيْرِ مَضْنَعٍ (لَا يَحْنَثُ هُوَ الصَّحِيحُ) وَإِنَّمَا قَالَ هُوَ الصَّحِيحُ احْتِرَازًا عَنْ قَوْلِ بَعْضِ مَشَايِخِنَا أَنَّهُ يَحْنَثُ لِأَنَّهُ أَكَلَ الدَّقِيقَ حَقِيقَةً، وَالْعُرْفُ وَإِنْ أُعْتَبِرَ فَالْحَقِيقَةُ لَا تَسْقُطُ بِهِ، وَهَذَا لِأَنَّ عَيْنَ الدَّقِيقِ مَأْكُولٌ، وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ لَا يَحْنَثُ لِأَنَّ هَذِهِ الْحَقِيقَةَ

مَهْجُورَةٌ، وَلَمَّا انْصَرَفَتِ الْيَمِينُ إِلَى مَا يُتَّخَذُ مِنْهُ لِلْعُرْفِ سَقَطَ اعْتِبَارُ الْحَقِيقَةِ، كَمَنْ قَالَ لِأَجْنَبِيَّةٍ إِنَّ نِكَاحَكَ فَعْبَدِي حُرٌّ فَزَكَيْ بِهَا لَمْ يَحْنُثْ لِأَنَّ يَمِينَهُ لَمَّا انْصَرَفَ إِلَى الْعَقْدِ لَمْ يَتَنَاوَلَ حَقِيقَةَ الْوَطْءِ.

(وَلَوْ حَلَفَ لَا يَأْكُلُ خُبْزًا فَيَمِينُهُ عَلَى مَا يُعْتَادُ أَهْلُ الْمِصْرِ أَكْلَهُ خُبْزًا) وَذَلِكَ خُبْزُ الْحِنْطَةِ وَالشَّعِيرِ لِأَنَّهُ هُوَ الْمَعْتَادُ فِي غَالِبِ الْبُلْدَانِ (وَلَوْ أَكَلَ مِنْ خُبْزِ الْقَطَائِفِ لَا يَحْنُثُ) لِأَنَّهُ لَا يُسَمَّى خُبْزًا مُطْلَقًا إِلَّا إِذَا نَوَاهُ لِأَنَّهُ مُحْتَمَلٌ كَلَامِهِ (وَكَذَا لَوْ أَكَلَ خُبْزَ الْأُرْزِ بِالْعِرَاقِ لَمْ يَحْنُثْ) لِأَنَّهُ غَيْرُ مُعْتَادٍ عِنْدَهُمْ حَتَّى لَوْ كَانَ بِطَبْرِسْتَانَ أَوْ فِي بَلَدَةٍ طَعَامُهُمْ ذَلِكَ يَحْنُثُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلَوْ حَلَفَ لَا يَأْكُلُ خُبْزًا) عَلَى مَا ذَكَرَهُ ظَاهِرٌ. وَطَبْرِسْتَانُ هِيَ أَمْلُ وَوَلَايَتُهَا، وَقِيلَ أَصْلُهَا تَبْرِسْتَانُ لِأَنَّ أَهْلَهَا يُحَارِبُونَ بِالتَّبْرِ وَهُوَ الْفَاسُ فَعَرَّبُوهُ إِلَى طَبْرِسْتَانٍ.

(وَلَوْ حَلَفَ لَا يَأْكُلُ الشَّوَاءَ فَهُوَ عَلَى اللَّحْمِ دُونَ الْبَاذِنَجَانِ وَالْجَزْرِ) لِأَنَّهُ يُرَادُ بِهِ اللَّحْمُ الْمَشْوِيُّ عِنْدَ الْإِطْلَاقِ إِلَّا أَنْ يَنْوِي مَا يُشْوَى مِنْ بَيْضٍ أَوْ غَيْرِهِ لِمَكَانِ الْحَقِيقَةِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلَوْ حَلَفَ لَا يَأْكُلُ الشَّوَاءَ) ظَاهِرٌ.

(وَأِنْ حَلَفَ لَا يَأْكُلُ الطَّبِيخَ فَهُوَ عَلَى مَا يُطْبَخُ مِنَ اللَّحْمِ) وَهَذَا اسْتِحْسَانٌ اعْتِبَارًا لِلْعُرْفِ، وَهَذَا لِأَنَّ التَّعْمِيمَ مُتَعَدِّرٌ فَيُصْرَفُ إِلَى خَاصٍّ هُوَ مُتَعَارَفٌ وَهُوَ اللَّحْمُ الْمَطْبُوخُ بِالْمَاءِ إِلَّا إِذَا نَوَى غَيْرَ ذَلِكَ لِأَنَّ فِيهِ تَشْدِيدًا، وَإِنْ أَكَلَ مِنْ مَرْقِهِ يَحْنُثُ لَمَّا فِيهِ مِنْ أَجْزَاءِ اللَّحْمِ وَلِأَنَّهُ يُسَمَّى طَبِيخًا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَهَذَا لِأَنَّ التَّعْمِيمَ مُتَعَدِّرٌ) لِأَنَّ الدَّوَاءَ الْمُسَهِّلَ مَطْبُوخٌ وَنَحْنُ نَعْلَمُ يَقِينٌ أَنَّهُ لَمْ يَرَدْ ذَلِكَ (فَيُصْرَفُ إِلَى خَاصٍّ هُوَ مُتَعَارَفٌ وَهُوَ اللَّحْمُ الْمَطْبُوخُ بِالْمَاءِ) قَالُوا قَيْدٌ بِقَوْلِهِ بِالْمَاءِ لِأَنَّ الْقَلِيلَةَ الْيَابِسَةَ فَلَا تُسَمَّى مَطْبُوخًا فَلَا يَحْنُثُ بِأَكْلِهَا.

(وَمَنْ حَلَفَ لَا يَأْكُلُ الرُّءُوسَ فَيَمِينُهُ عَلَى مَا يُكْبَسُ فِي التَّنَانِيرِ وَيَبَاعُ فِي الْمِصْرِ)

وَيَقَالُ يُكْنَسُ (وَفِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ: لَوْ حَلَفَ لَا يَأْكُلُ رَأْسًا فَهُوَ عَلَى رُءُوسِ الْبَقْرِ وَالْعَنْمِ) عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُمَا اللَّهُ عَلَى الْعَنْمِ خَاصَّةً، وَهَذَا اخْتِلَافٌ عَصِرٍ وَزَمَانٍ كَانَ الْعُرْفُ فِي زَمَنِهِ فِيهِمَا وَفِي زَمَنِهِمَا فِي الْعَنْمِ خَاصَّةً وَفِي زَمَانِنَا يُفْتَى عَلَى حَسَبِ الْعَادَةِ كَمَا هُوَ الْمَذْكُورُ فِي الْمُخْتَصَرِ.

الشرح:

(وَمَنْ حَلَفَ لَا يَأْكُلُ الرُّءُوسَ فَيَمِينُهُ عَلَى مَا يُكْبَسُ فِي التَّنَانِيرِ) أَيْ يُطْمُّ بِهِ التَّنُورُ: يَعْنِي يَدْخُلُ فِيهِ مِنْ كَبَسَ الرَّجُلُ رَأْسَهُ فِي جَيْبٍ قَمِيصِهِ إِذَا أَدْخَلَهُ فِيهِ (وَيُبَاغُ فِي الْمَصْرِ) لِأَنَّ رَأْسَ الْجَرَادِ رَأْسٌ حَقِيقَةٌ وَلَيْسَ بِمُرَادٍ فَيُصَرَّفُ إِلَى الْمَجَازِ الْمُتَعَارَفِ، وَفَسَّرَهُ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ عَلَى مَا ذُكِرَ فِي الْكِتَابِ. وَاعْتَرَضَ عَلَى هَذَا بِأَنَّ لَحْمَ الْخَنْزِيرِ وَالْإِنْسَانَ لَا يُبَاغُ فِي الْأَسْوَاقِ وَمَعَ ذَلِكَ يَحْتُثُّ بِالْأَكْلِ إِذَا حَلَفَ لَا يَأْكُلُ لَحْمًا، وَأُجِيبَ بِمَا حَاصِلُهُ الْفَرْقُ بِأَنَّ الرَّأْسَ غَيْرُ مَأْكُولٍ بِجَمِيعِ أَجْزَائِهِ لِأَنَّ مِنْهَا الْعَظْمَ فَكَانَتْ الْحَقِيقَةُ مُتَعَذِّرَةً فَيُصَارُ إِلَى الْمَجَازِ الْمُتَعَارَفِ وَهُوَ مَا يُكْبَسُ فِي التَّنَانِيرِ وَيُبَاغُ فِي الْأَسْوَاقِ، وَأَمَّا اللَّحْمُ فَيُؤْكَلُ بِجَمِيعِ أَجْزَائِهِ فَكَانَتْ الْحَقِيقَةُ مُمَكِّنَةً فَلَا تُشْرَكُ فَيَحْتُثُّ بِأَكْلِ لَحْمِ الْإِنْسَانِ وَالْخَنْزِيرِ.

فَإِنْ قُلْتَ: الْحَقِيقَةُ إِنْ لَمْ تُكُنْ مُتَعَذِّرَةً فَهِيَ مَهْجُورَةٌ شَرْعًا، وَالْمَهْجُورُ شَرْعًا كَالْمَهْجُورِ عَادَةً، وَفِي الْمَهْجُورِ شَرْعًا يُصَارُ إِلَى الْمَجَازِ كَمَا فِي الْمَهْجُورِ عَادَةً.

قُلْتَ: الْمَهْجُورُ شَرْعًا هُوَ الَّذِي لَا يَكُونُ شَيْءٌ مِنْ أَفْرَادِهِ مَعْمُولًا بِهِ كَالْحَلْفِ عَلَى تَرْكِ كَلَامِ الصَّبِيِّ وَهَذَا لَيْسَ كَذَلِكَ. فَإِنْ قِيلَ: سَلَمْنَا ذَلِكَ لَكِنْ لَا يَطْرُدُ فِي الشَّرَاءِ فَإِنَّ الرَّأْسَ يُشْتَرَى بِجَمِيعِ أَجْزَائِهِ فَلَمْ تُكُنْ الْحَقِيقَةُ مُتَعَذِّرَةً. وَأُجِيبَ بِأَنَّ مَنْ الرُّءُوسِ مَا لَا يَجُوزُ إِضَافَةُ الشَّرَاءِ إِلَيْهِ كَرَأْسِ الثَّمَلِ وَالذُّبَابِ وَالْآدَمِيِّ فَكَانَتْ مُتَعَذِّرَةً.

(وَمَنْ حَلَفَ لَا يَأْكُلُ فَاكِهَةً فَأَكَلَ عِنَبًا أَوْ رُمَانًا أَوْ رُطْبًا أَوْ قِنَاءً أَوْ خِيَارًا لَمْ يَحْتِثْ، وَإِنْ أَكَلَ ثُقَاحًا أَوْ بَطِيخًا أَوْ مِشْمِشًا حَتَّى، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: حَتَّى فِي الْعِنَبِ وَالرُّطْبِ وَالرُّمَانِ أَيْضًا) وَالْأَصْلُ أَنَّ الْفَاكِهَةَ اسْمٌ لِمَا يُتَفَكَّهُ بِهِ قَبْلَ الطَّعَامِ وَبَعْدَهُ: أَيْ يُتَنَعَّمُ بِهِ زِيَادَةً عَلَى الْمُعْتَادِ، وَالرُّطْبُ وَالْيَابِسُ فِيهِ سَوَاءٌ بَعْدَ أَنْ يَكُونَ التَّفَكُّهُ بِهِ مُعْتَادًا حَتَّى لَا يَحْتِثْ بِيَابِسِ الْبَطِيخِ، وَهَذَا الْمَعْنَى مَوْجُودٌ فِي

الثَّفَاحِ وَأَخَوَاتِهِ فَيَحْنَتُ بِهَا وَغَيْرُ مَوْجُودٍ فِي الْقِنَاءِ وَالْخِيَارِ لِأَنَّهُمَا مِنَ الْبُقُولِ بَيْعًا وَآكَلًا فَلَا يَحْنَتُ بِهِمَا. وَأَمَّا الْعِنَبُ وَالرُّطَبُ وَالرُّمَانُ فَهَهُمَا يَقُولَانِ إِنَّ مَعْنَى الثَّفَكَةِ مَوْجُودٌ فِيهَا فَإِنَّهَا أَعَزُّ الْفَوَاكِهِ وَالتَّنْعَمُ بِهَا يَفُوقُ التَّنْعَمَ بِغَيْرِهَا، وَأَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ يَقُولُ: إِنَّ هَذِهِ الْأَشْيَاءَ مِمَّا يُتَغَذَّى بِهَا وَيَتَدَاوَى بِهَا فَأَوْجِبَ قُصُورًا فِي مَعْنَى الثَّفَكَةِ لِلِاسْتِعْمَالِ فِي حَاجَةِ الْبَقَاءِ وَلِهَذَا كَانَ الْيَابِسُ مِنْهَا مِنَ التَّوَابِلِ أَوْ مِنَ الْأَقْوَاتِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ حَلَفَ لَا يَأْكُلُ فَاكِهَةً فَأَكَلَ عِنَبًا أَوْ رُمَانًا أَوْ رُطَبًا أَوْ قِنَاءً أَوْ خِيَارًا لَمْ يَحْنَتْ، وَإِنْ أَكَلَ ثَفَاحًا أَوْ بَطِيخًا أَوْ مِشْمِشًا حَنَتَ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: يَحْنَتُ فِي الْعِنَبِ وَالرُّطَبِ وَالرُّمَانِ أَيْضًا) يَعْنِي لَا فِي الْقِنَاءِ وَالْخِيَارِ وَكَانَتْ الْمَسْأَلَةُ عَلَى ثَلَاثَةِ أَوْجُهٍ: فِي وَجْهِ يَحْنَتُ بِالِاتِّفَاقِ، وَهُوَ أَنْ يَقَعَ يَمِينُهُ عَلَى ثَمَرِ كُلِّ شَجَرٍ سِوَى الْعِنَبِ وَالرُّطَبِ وَالرُّمَانِ، وَيَسْتَوِي فِي ذَلِكَ الرُّطَبُ وَالْيَابِسُ. وَفِي وَجْهِ لَا يَحْنَتُ بِالِاتِّفَاقِ، وَهُوَ أَنْ يَأْكُلَ الْخِيَارَ وَالْقِنَاءَ لِأَنَّهُ يُؤْكَلُ مَعَ الْبُقُولِ.

وَفِي وَجْهِ اخْتَلَفُوا فِيهِ وَهُوَ الْعِنَبُ وَالرُّطَبُ وَالرُّمَانُ إِذَا لَمْ تَكُنْ لَهُ نِيَّةٌ، وَكَلَامُهُ ظَاهِرٌ إِلَّا مَا تَذَكَّرَهُ، فَقَوْلُهُ زِيَادَةُ عَلَى الْمُعْتَادِ: أَيُّ عَلَى الْعَدَاءِ الْأَصْلِيِّ حَتَّى تُسَمَّى النَّارُ فَاكِهَةً وَالْمَزَاحُ فَاكِهَةً لَوْجُودِ زِيَادَةِ التَّنْعَمِ فِيهَا.

وَقَوْلُهُ (وَالرُّطَبُ وَالْيَابِسُ فِيهِ سَوَاءٌ) يَعْنِي أَنَّ مَا كَانَ فَاكِهَةً لَا فَرْقَ فِيهِ بَيْنَ رَطْبِهِ وَيَابِسِهِ، وَيَابِسُ هَذِهِ الْأَشْيَاءِ لَا يُعَدُّ فَاكِهَةً فَيَجِبُ أَنْ يَكُونَ رَطْبُهَا كَذَلِكَ. وَقَوْلُهُ (لَأَنَّهُمَا مِنَ الْبُقُولِ بَيْعًا) فَإِنَّ بَائِعَ الْبُقُولِ هُوَ الَّذِي يَبِيعُهَا لَا غَيْرُ، وَأَمَّا أَكَلًا فَإِنَّهُمَا يُوضَعَانِ عَلَى الْمَوَائِدِ حَيْثُ يُوضَعُ النَّعْنَاعُ وَالْبَصَلُ.

وَقَوْلُهُ (إِنَّ هَذِهِ الْأَشْيَاءَ مِمَّا يُتَغَذَّى بِهَا) يَعْنِي الْعِنَبَ وَالرُّطَبَ (وَيَتَدَاوَى بِهَا) يَعْنِي الرُّمَانَ (وَلِهَذَا كَانَ الْيَابِسُ مِنْهَا مِنَ التَّوَابِلِ) كَيَابِسِ الرُّمَانِ (أَوْ مِنَ الْأَقْوَاتِ) كَيَابِسِ الْعِنَبِ، فَالتَّوَابِلُ جَمْعُ التَّابِلِ بِفَتْحِ الْبَاءِ وَكَسْرِهَا، وَالْأَصْلُ فِي هَذَا أَنَّ اللَّفْظَ إِذَا أُطْلِقَ عَلَى أَفْرَادٍ فِي بَعْضِهَا دَلَالَةٌ عَلَى زِيَادَةِ مَعْنَى لَيْسَ فِي مَفْهُومِ اسْتِثْقَائِهِ لَمْ يَتَنَاوَلْهُ كَمَا تَقَدَّمَ فِي صُورَةِ التَّنْقِصَانِ فِي اللَّحْمِ.

(وَلَوْ حَلَفَ لَا يَأْتِدِمُ فَكُلْتُ شَيْءٍ أَصْطَبِغَ بِهِ فَهُوَ إِدَامٌ وَالشَّوَاءُ لَيْسَ بِإِدَامٍ وَالْمَلِجُ إِدَامٌ،

وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: كُلُّ مَا يُؤْكَلُ مَعَ الْخُبْزِ غَالِبًا فَهُوَ (إِدَامٌ) وَهُوَ رَوَايَةٌ عَنْ أَبِي يُوسُفَ لِأَنَّ الْإِدَامَ مِنَ الْمَوَادِمَةِ وَهِيَ الْمَوَافَقَةُ وَكُلُّ مَا يُؤْكَلُ مَعَ الْخُبْزِ مُوَافِقٌ لَهُ كَاللَّحْمِ وَالْبَيْضِ وَنَحْوِهِ. وَلَهُمَا أَنَّ الْإِدَامَ مَا يُؤْكَلُ تَبَعًا، وَالتَّبَعِيَّةُ فِي الْإِخْتِلَاطِ حَقِيقَةٌ لِيَكُونَ قَائِمًا بِهِ، وَفِي الْأَيُّوْمِ عَلَى الْإِنْفِرَادِ حُكْمًا، وَتَمَامُ الْمَوَافَقَةِ فِي الْإِمْتِزَاجِ أَيْضًا، وَالْخَلُّ وَغَيْرُهُ مِنَ الْمَائِعَاتِ لَا يُؤْكَلُ وَحْدَهُ بَلْ يُشْرَبُ، وَالْمِلْحُ لَا يُؤْكَلُ بِإِنْفِرَادِهِ عَادَةً وَلِأَنَّهُ يَذُوبُ فَيَكُونُ تَبَعًا، بِخِلَافِ اللَّحْمِ وَمَا يُضَاهِيهِ لِأَنَّهُ يُؤْكَلُ وَحْدَهُ إِلَّا أَنْ يَنْوِيَهُ لِمَا فِيهِ مِنَ التَّشْدِيدِ، وَالْعَنْبُ وَالْبَطِيخُ لَيْسَا بِإِدَامٍ هُوَ الصَّحِيحُ.

الشرح:

قَالَ (وَلَوْ حَلَفَ لَا يَأْتِدُمُ فَكُلُّ شَيْءٍ أُصْطَبِغَ بِهِ) اُصْطَبِغَ عَلَى بِنَاءِ الْمَفْعُولِ كَذَا كَانَ مُقْبِدًا بِخَطِّ الثَّقَاتِ وَهُوَ أَقْتَعِلَ مِنَ الصَّبْغِ، وَيُقَالُ أُصْطَبِغَ بِالْخَلِّ وَفِي الْخَلِّ وَلَا يُقَالُ اُصْطَبِغَ الْخُبْزُ بِالْخَلِّ (وَلَوْ حَلَفَ لَا يَأْتِدُمُ) أَيُّ لَا يَأْكُلُ إِذَا مَا (فَكُلُّ شَيْءٍ أُصْطَبِغَ بِهِ فَهُوَ إِدَامٌ) وَلَا يَنْعَكِسُ فَالْخَلُّ وَالزَّيْتُ وَاللَّبَنُ وَالْمِلْحُ وَالزُّبْدُ إِدَامٌ، وَالشَّوَاءُ لَيْسَ بِإِدَامٍ (وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ) فِي رَوَايَةِ الْأَصْلِ (وَقَالَ مُحَمَّدٌ: مَا يُؤْكَلُ مَعَ الْخُبْزِ غَالِبًا فَهُوَ إِدَامٌ، وَهُوَ رَوَايَةٌ عَنْ أَبِي يُوسُفَ).

وَحَاصِلُ ذَلِكَ عَلَى ثَلَاثَةِ أَوْجُهٍ: مَا يُصْطَبِغُ بِهِ فَهُوَ إِدَامٌ بِالِاتِّفَاقِ، وَالْبَطِيخُ وَالْعَنْبُ وَالتَّمْرُ وَأَمْثَالُهَا مِمَّا يُؤْكَلُ وَحْدَهُ غَالِبًا لَيْسَ بِإِدَامٍ بِالِاتِّفَاقِ. وَفِي الْبَيْضِ وَاللَّحْمِ وَالْجُبْنِ اخْتِلَافٌ، جَعَلَهَا مُحَمَّدٌ إِذَا مَا خِلَافًا لَهَا. مُحَمَّدٌ أَنَّ الْإِدَامَ مِنَ الْمَوَادِمَةِ وَهِيَ الْمَوَافَقَةُ وَكُلُّ مَا يُؤْكَلُ مَعَ الْخُبْزِ مُوَافِقٌ لَهُ كَاللَّحْمِ وَالْبَيْضِ وَنَحْوِهِ. وَلَهُمَا أَنَّ الْإِدَامَ مَا يُؤْكَلُ تَبَعًا فِي الْعُرْفِ وَالْعَادَةِ. وَالتَّبَعِيَّةُ عَلَى تَوْعَيْنٍ: حَقِيقَةٌ وَذَلِكَ فِي الْإِخْتِلَاطِ لَتَكُونَ قَائِمَةً بِهِ. وَحُكْمِيَّةٌ وَهِيَ أَنْ لَا تُؤْكَلُ عَلَى الْإِنْفِرَادِ، وَاللَّحْمُ لَا يَخْتَلِطُ فَلَا يَكُونُ تَبَعًا حَقِيقَةً وَيُؤْكَلُ مُتَفَرِّدًا فَلَا يَكُونُ تَبَعًا حُكْمًا فَلَا يَكُونُ إِذَا مَا. وَقَوْلُهُ (وَتَمَامُ الْمَوَافَقَةِ بِالِإِمْتِزَاجِ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ لِأَنَّ الْإِدَامَ مِنَ الْمَوَادِمَةِ: يَعْنِي سَلَمَنَاهُ وَلَكِنْ الْمَوَادِمَةُ التَّامَّةُ الْكَامِلَةُ فِي الْإِمْتِزَاجِ أَيْضًا وَلَمْ تُوجَدْ فِي هَذِهِ الْأَشْيَاءِ إِلَّا أَنْ يَنْوِيَهُ لِمَا فِيهِ مِنَ التَّشْدِيدِ، بِخِلَافِ الْخَلِّ وَغَيْرِهِ مِنَ الْمَائِعَاتِ فَإِنَّهَا لَا تُؤْكَلُ وَحْدَهَا بَلْ تُشْرَبُ وَالْمِلْحُ لَا يُؤْكَلُ وَحْدَهُ وَيَذُوبُ فَيَتَّبَعُ فَكَانَ إِذَا مَا (وَالْعَنْبُ وَالْبَطِيخُ لَيْسَا بِإِدَامٍ) يَعْنِي بِالِاتِّفَاقِ لِمَا ذَكَرْنَا

(هُوَ الصَّحِيحُ) كَذَا ذَكَرَ شَمْسُ الْأُئِمَّةِ السَّرَخْسِيُّ. وَقَالَ بَعْضُ مَشَايخِنَا: إِنَّهُ عَلَى هَذَا الْاِخْتِلَافِ.

(وَإِذَا حَلَفَ لَا يَتَعَدَّى فَالْغَدَاءُ الْأَكْلُ مِنْ طُلُوعِ الْفَجْرِ إِلَى الظُّهْرِ وَالْعِشَاءِ مِنْ صَلَاةِ الظُّهْرِ إِلَى نِصْفِ اللَّيْلِ) لِأَنَّ مَا بَعْدَ الزَّوَالِ يُسَمَّى عِشَاءً وَلِهَذَا تُسَمَّى الظُّهْرُ إِحْدَى صَلَاتِي الْعِشَاءِ فِي الْحَدِيثِ (وَالسُّحُورُ مِنْ نِصْفِ اللَّيْلِ إِلَى طُلُوعِ الْفَجْرِ) لِأَنَّهُ مَاخُوذٌ مِنَ السَّحَرِ وَيُطْلَقُ عَلَى مَا يَقْرُبُ مِنْهُ. ثُمَّ الْغَدَاءُ وَالْعِشَاءُ مَا يُقْصَدُ بِهِ الشَّبْعُ عَادَةً وَتُعْتَبَرُ عَادَةُ أَهْلِ كُلِّ بَلَدَةٍ فِي حَقِّهِمْ، وَيُشْتَرَطُ أَنْ يَكُونَ أَكْثَرُ مِنْ نِصْفِ الشَّبْعِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِذَا حَلَفَ لَا يَتَعَدَّى فَالْغَدَاءُ الْأَكْلُ مِنْ طُلُوعِ الْفَجْرِ إِلَى الظُّهْرِ) قَالَ فِي النَّهَائَةِ: هَذَا تَوْسَعٌ فِي الْعِبَارَةِ، وَمَعْنَاهُ أَكْلُ الْغَدَاءِ وَالْعِشَاءِ وَالسُّحُورِ عَلَى حَذْفِ الْمُضَافِ، وَذَلِكَ لِأَنَّ الْغَدَاءَ اسْمٌ لَطْعَامِ الْغَدَاةِ لَا اسْمٌ أَكْلٍ. وَقَوْلُهُ (وَلِهَذَا تُسَمَّى الظُّهْرُ إِحْدَى صَلَاتِي الْعِشَاءِ فِي الْحَدِيثِ) ذَكَرَ فِي الْإِبْضَاحِ فِي بَابِ الْحَلْفِ عَلَى الْغَدَاءِ فَقَالَ فَإِنَّهُ وَرَدَ فِي الْحَدِيثِ «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ إِحْدَى صَلَاتِي الْعِشَاءِ رَكْعَتَيْنِ» يُرِيدُ بِهِ الرَّأْيُ الظُّهْرَ أَوْ الْعَصْرَ. وَقَوْلُهُ (وَتُعْتَبَرُ عَادَةُ أَهْلِ كُلِّ بَلَدٍ فِي حَقِّهِمْ) يَعْنِي إِنْ كَانَتْ خُبْرًا فَخُبْرًا، وَإِنْ كَانَتْ لِحِمَا فَلِحِمِّهِمْ، حَتَّى أَنْ الْحَضَرِيَّ إِذَا حَلَفَ عَلَى تَرْكِ الْغَدَاءِ فَشَرِبَ اللَّبَنَ لَمْ يَحْثُثْ، وَالْبَدَوِيُّ بِخِلَافِهِ، لِأَنَّهُ غَدَاءٌ فِي الْبَادِيَةِ. وَقَوْلُهُ (وَيُشْتَرَطُ أَنْ يَكُونَ أَكْثَرُ مِنْ نِصْفِ الشَّبْعِ) رَوَاهُ الْمُعْلَى عَنْ أَبِي يُوسُفَ وَهُوَ صَحِيحٌ لِأَنَّ مَنْ أَكَلَ لُقْمَةً أَوْ لُقْمَتَيْنِ يَصِحُّ أَنْ يَقُولَ مَا تَعَدَّيْتُ وَمَا تَعَشَّيْتُ.

(وَمَنْ قَالَ إِنْ لَبِستَ أَوْ أَكَلْتَ أَوْ شَرِبْتَ فَعَبْدِي حُرٌّ، وَقَالَ عَنَيْتَ شَيْئًا دُونَ شَيْءٍ لَمْ يُدَنَّ فِي الْقَضَاءِ وَغَيْرِهِ) لِأَنَّ النِّيَّةَ إِنَّمَا تَصِحُّ فِي الْمَلْفُوظِ وَالتَّوْبِ وَمَا يُضَاهِيهِ غَيْرُ مَذْكُورٍ تَنْصِيبًا وَالْمَقْتَضَى لَا عُمُومَ لَهُ فَلَعْتَ نِيَّةَ التَّخْصِيبِ فِيهِ (وَإِنْ قَالَ إِنْ لَبِستَ ثَوْبًا أَوْ أَكَلْتَ طَعَامًا أَوْ شَرِبْتَ شَرَابًا لَمْ يُدَنَّ فِي الْقَضَاءِ خَاصَّةً) لِأَنَّهُ نَكِرَةٌ فِي مَحَلِّ الشَّرْطِ فَتَعَمُّ فَعُمِلَتْ نِيَّةُ التَّخْصِيبِ فِيهِ إِلَّا أَنَّهُ خِلَافُ الظَّاهِرِ فَلَا يَدِينُ فِي الْقَضَاءِ.

الشرح:

(وَمَنْ قَالَ إِنْ أَكَلْتَ أَوْ شَرِبْتَ أَوْ لَبِستَ فَعَبْدِي حُرٌّ وَقَالَ عَنَيْتَ شَيْئًا دُونَ

شَيْءٍ لَمْ يَصْدُقْ قَضَاءُ) وَلَا دِيَانَةٌ (لَأَنَّ النَّيَّةَ إِنَّمَا تَصِحُّ فِي الْمَلْفُوظِ) لِأَنَّهَا لَتَعْيِينِ بَعْضِ مُحْتَمَلَاتِ اللَّفْظِ (وَالثُّبُوتُ وَمَا يُضَاهِيهِ غَيْرُ مَلْفُوظٍ) فَلَا تَصِحُّ نِيَّتُهُ. فَإِنْ قِيلَ: هَبْ أَنَّهُ غَيْرُ مَلْفُوظٍ تَنْصِيبًا أَلَيْسَ أَنَّهُ ثَابِتٌ مُقْتَضَى وَالْمُقْتَضَى كَالْمَلْفُوظِ؟ أَجَابَ بِقَوْلِهِ (وَالْمُقْتَضَى لَا عُمُومَ لَهُ فَلَعَتْ نِيَّةُ التَّخْصِيسِ فِيهِ).

فَإِنْ قِيلَ: الْمُقْتَضَى أَمْرٌ شَرْعِيٌّ وَافْتِقَارُ الْأَكْلِ إِلَى الطَّعَامِ لَيْسَ كَذَلِكَ لِأَنَّهُ يَعْرِفُهُ مَنْ لَمْ يَعْرِفِ الشَّرْعَ. قُلْنَا: يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ الْمُصَنَّفُ اخْتَارَ مَا اخْتَارَهُ بَعْضُ الْمُحَقِّقِينَ مِنْ أَنَّ الْمُقْتَضَى هُوَ الَّذِي لَا يَدُلُّ عَلَيْهِ اللَّفْظُ وَلَا يَكُونُ مَنْطُوقًا بِهِ، لَكِنْ يَكُونُ مِنْ ضَرُورَةِ اللَّفْظِ أَعْمٌ مِنْ أَنْ يَكُونَ شَرْعِيًّا أَوْ عَقْلِيًّا. فَإِنْ قِيلَ: سَلَمْنَا ذَلِكَ لَكِنْ مَا الْفَرْقُ بَيْنَ هَذَا وَبَيْنَ مَا إِذَا قَالَ إِنْ خَرَجْتَ فَعَبْدِي حُرٌّ وَكَوَى السَّفَرَ فَإِنَّهُ يَصْدُقُ دِيَانَةٌ مَعَ أَنَّ السَّفَرَ أَوْ الْخُرُوجَ غَيْرُ مَذْكُورٍ لَفْظًا وَبَيْنَ مَا إِذَا حَلَفَ لَا يُسَاكِنُ فَلَانًا وَكَوَى بِهِ أَنْ لَا يُسَاكِنَهُ فِي بَيْتٍ وَاحِدٍ فَإِنَّ النَّيَّةَ صَحِيحَةٌ مَعَ أَنَّ الْمَسْكَنَ غَيْرُ مَذْكُورٍ لَفْظًا، حَتَّى لَوْ سَكَنَ مَعَهُ فِي الدَّارِ لَا يَحْتُثُّ. أُجِيبَ بِأَنَّ الْأَوَّلَى مَمْنُوعَةٌ مَنَعَهَا الْقَضَاءُ الْأَرْبَعُ أَبُو هُشَيْمٍ وَأَبُو خَازِمٍ وَأَبُو طَاهِرٍ الدَّبَّاسُ وَالْقَاضِي الْقُمِّيُّ.

وَلَكِنْ سَلَّمَ فَقَوْلُهُ إِنْ خَرَجْتَ وَلَا يُسَاكِنُ فَعَلَانِ يَدُلَانِ عَلَى الْمَصْدَرِ لُغَةً، وَقَدْ وَقَعَ الثَّانِي فِي صَرِيحِ الثَّنَوِيِّ وَالْأَوَّلُ فِي مَعْنَاهُ فَتَنَاولَا بِعُمُومِهِمَا الْخُرُوجَ فِي السَّفَرِ وَالسَّكْنَ فَجَازَ تَخْصِيسُهُمَا إِلَّا أَنَّهُ خِلَافُ الظَّاهِرِ فَلَا يَدِينُ فِي الْقَضَاءِ.

(وَمَنْ حَلَفَ لَا يَشْرَبُ مِنْ دِجْلَةٍ فَشَرِبَ مِنْهَا بِإِنَاءٍ لَمْ يَحْتُثْ) حَتَّى يَكْرَعَ مِنْهَا كَرَعًا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَقَالَا: إِذَا شَرِبَ مِنْهَا بِإِنَاءٍ يَحْتُثْ لِأَنَّهُ مُتَعَارَفُ الْمَفْهُومِ. وَلَهُ أَنْ كَلِمَةً مِنَ التَّبَعِيزِ وَحَقِيقَتُهُ فِي الْكَرْعِ وَهِيَ مُسْتَعْمَلَةٌ، وَلِهَذَا يَحْتُثْ بِالْكَرْعِ إجماعًا فَمُنِعَتْ الْمَصِيرَ إِلَى الْمَجَازِ وَإِنْ كَانَ مُتَعَارَفًا.

الشرح:

وَمَنْ حَلَفَ لَا يَشْرَبُ مِنْ دِجْلَةٍ فَشَرِبَ مِنْهَا بِإِنَاءٍ لَمْ يَحْتُثْ حَتَّى يَكْرَعَ مِنْهَا كَرَعًا) أَيَّ حَتَّى يَضَعَ فَاهُ عَلَى دِجْلَةٍ بَعَيْنِهَا وَيَشْرَبُ يُقَالُ كَرَعَ فِي الْمَاءِ إِذَا مَدَّ عُنْقَهُ نَحْوَهُ لِيَشْرَبَ مِنْهُ وَمِنْهُ كَرِهَ عِكْرِمَةُ الْكَرْعَ فِي النَّهْرِ لِأَنَّهُ فَعَلُ الْبَهِيمَةِ تُدْخِلُ فِيهِ أَكْرَاعَهَا، وَالْكَرَاعُ مُسْتَدَقُّ السَّاقِ، وَهَذَا (عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَقَالَا: إِذَا شَرِبَ

مِنْهَا بِإِنَاءٍ حَنْثٍ) وَمَبْنَاهُ عَلَى أَنَّ الْحَقِيقَةَ الْمُسْتَعْمَلَةَ أَوَّلَى مِنَ الْمَجَازِ الْمُتَعَارَفِ عِنْدَهُ وَعِنْدَهُمَا بِالْعَكْسِ، أَمَّا كَوْنُ الْمَجَازِ مُتَعَارَفًا ظَاهِرًا، فَإِنَّ الْمَفْهُومَ مِنْ قَوْلِهِمْ أَهْلُ فُلَانٍ يَشْرَبُونَ مِنْ دِجْلَةٍ أَنَّهُمْ يَشْرَبُونَ مِنْ مَائِهَا، وَأَمَّا أَنَّ الْحَقِيقَةَ مُسْتَعْمَلَةَ فَلَأَنَّ النَّاسَ يَكْرَهُونَ مِنَ الْأَنْهَارِ وَالْأَوْدِيَةِ، وَقَدْ قَالَ النَّبِيُّ ﷺ لِقَوْمٍ نَزَلَ عِنْدَهُمْ «هَلْ عِنْدَكُمْ مَاءٌ بَاتَ فِي شَنْ، وَإِلَّا كَرَعْنَا» وَلِهَذَا إِذَا كَرَعَ حَنْثٌ بِالْإِجْمَاعِ. فَإِنْ قِيلَ: لَا تُسَلِّمُ أَنَّ الْحَنْثَ فِي الْكَرَعِ بِاعْتِبَارِ كَوْنِ الْحَقِيقَةِ مُسْتَعْمَلَةً بَلْ بِاعْتِبَارِ الْعَمَلِ بِعُمُومِ الْمَجَازِ كَمَا فِي قَوْلِهِ لَا يَضَعُ قَدَمَهُ فِي دَارِ فُلَانٍ فَحِينَئِذٍ يَجِبُ أَنْ يَحْتَثَ بِالشُّرْبِ بِالْإِنَاءِ وَغَيْرِهِ لِأَنَّ الْحُكْمَ فِي عُمُومِ الْمَجَازِ كَذَلِكَ. فَالْجَوَابُ أَنَّ الْمَصِيرَ إِلَى عُمُومِ الْمَجَازِ إِنَّمَا يَكُونُ بَعْدَ تَعَذُّرِ الْحَقِيقَةِ أَوْ هِجْرَانِهَا، وَقَدْ ذَلَّ الدَّلِيلُ عَلَى كَوْنِهَا مُسْتَعْمَلَةً فَلَا مَصِيرَ إِلَيْهِ.

(وَأِنْ حَلَفَ لَا يَشْرَبُ مِنْ مَاءٍ دِجْلَةٍ فَشَرِبَ مِنْهَا بِإِنَاءٍ حَنْثٌ) لِأَنَّهُ بَعْدَ الْاعْتِرَافِ بَقِيَّ مَنْسُوبًا إِلَيْهِ وَهُوَ الشَّرْطُ فَصَارَ كَمَا إِذَا شَرِبَ مِنْ مَاءٍ نَهَرَ يَأْخُذُ مِنْ دِجْلَةٍ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلَوْ حَلَفَ لَا يَشْرَبُ مِنْ مَاءٍ دِجْلَةٍ) ظَاهِرٌ.

(مَنْ قَالَ إِنْ لَمْ أَشْرَبِ الْمَاءَ الَّذِي فِي هَذَا الْكُوزِ الْيَوْمَ فَأَمْرًا طَالِقٌ وَلَيْسَ فِي الْكُوزِ مَاءٌ لَمْ يَحْنَثْ، فَإِنْ كَانَ فِيهِ مَاءٌ فَأَهْرِيْقَ قَبْلَ اللَّيْلِ لَمْ يَحْنَثْ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: يَحْنَثُ فِي ذَلِكَ كُلِّهِ) يَعْنِي إِذَا مَضَى الْيَوْمُ، وَعَلَى هَذَا الْخِلَافِ إِذَا كَانَ الْيَمِينُ بِاللَّهِ تَعَالَى. وَأَصْلُهُ أَنَّ مِنْ شَرْطِ انْعِقَادِ الْيَمِينِ وَبَقَائِهِ تَصَوُّرُ الْبِرِّ عِنْدَهُمَا خِلَافًا لِأَبِي يُوسُفَ لِأَنَّ الْيَمِينِ إِنَّمَا تُعْقَدُ لِلْبِرِّ فَلَا بُدَّ مِنْ تَصَوُّرِ الْبِرِّ لِيُمْكِنَ إِيجَابُهُ. وَلَهُ أَنَّهُ أَمَكْنَ الْقَوْلُ بِانْعِقَادِهِ مُوجِبًا لِلْبِرِّ عَلَى وَجْهِ يَظْهَرُ فِي حَقِّ الْخَلْفِ وَهُوَ الْكَفَّارَةُ. قُلْنَا: لَا بُدَّ مِنْ تَصَوُّرِ الْأَصْلِ لِيَتَعَقَّدَ فِي حَقِّ الْخَلْفِ وَلِهَذَا لَا يَتَعَقَّدُ الْغَمُوسُ مُوجِبًا لِلْكَفَّارَةِ (وَلَوْ كَانَتْ الْيَمِينُ مُطْلَقَةً؛ فَفِي الْوَجْهِ الْأَوَّلِ لَا يَحْنَثُ عِنْدَهُمَا، وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ يَحْنَثُ فِي الْحَالِ، وَفِي الْوَجْهِ الثَّانِي يَحْنَثُ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا) فَأَبُو يُوسُفَ فَرَّقَ بَيْنَ الْمُطْلَقِ وَالْمَوْقُوتِ. وَوَجْهُ الْفَرْقِ أَنَّ التَّوَقُّيْتَ لِلتَّوَسُّعَةِ فَلَا يَجِبُ الْفِعْلُ إِلَّا فِي آخِرِ الْوَقْتِ فَلَا يَحْنَثُ قَبْلَهُ، وَفِي الْمُطْلَقِ يَجِبُ الْبِرُّ كَمَا فُرِغَ وَقَدْ عَجَزَ فَيَحْنَثُ فِي الْحَالِ وَهُمَا فَرْقًا بَيْنَهُمَا.

وَوَجْهَ الْفَرْقِ أَنَّ فِي الْمَطْلُوقِ يَجِبُ الْبَرُّ كَمَا فُرِغَ، فَإِذَا قَاتَ الْبَرُّ بِفَوَاتٍ مَا عُقِدَ عَلَيْهِ الْيَمِينُ يَحْنُثُ فِي يَمِينِهِ كَمَا إِذَا مَاتَ الْحَالِفُ وَالْمَاءُ بَاقٍ؛ أَمَّا فِي الْمُؤَقَّتِ فَيَجِبُ الْبَرُّ فِي الْجُزْءِ الْأَخِيرِ مِنَ الْوَقْتِ وَعِنْدَ ذَلِكَ لَمْ تَبْقَ مَحَلِّيَّةُ الْبَرِّ لِعَدَمِ التَّصَوُّرِ فَلَا يَجِبُ الْبَرُّ فِيهِ فَتَبْطُلُ الْيَمِينُ كَمَا إِذَا عُقِدَ ابْتِدَاءً فِي هَذِهِ الْحَالَةِ.

الشرح:

قَالَ: (وَمَنْ قَالَ إِنَّ لَمْ أَشْرَبِ الْمَاءَ الَّذِي فِي هَذَا الْكُوزِ الْيَوْمَ فَاْمَرَأَتُهُ طَالَتْ وَلَيْسَ فِي الْكُوزِ مَاءٌ لَمْ يَحْنُثْ) عَلِمَ عَدَمَ الْمَاءِ فِي الْكُوزِ أَوْ لَمْ يَعْلَمْ (فَإِنْ كَانَ فِيهِ مَاءٌ فَأَهْرِيْقَ قَبْلَ اللَّيْلِ لَمْ يَحْنُثْ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: يَحْنُثُ فِي ذَلِكَ كُلِّهِ أَيْ فِيمَا إِذَا كَانَ فِيهِ الْمَاءُ وَفِيمَا لَمْ يَكُنْ، وَمَا ذُكِرَ مِنَ الْوَجْهِ لِلجَانِبَيْنِ فَوَاضِحٌ. وَاعْتَرَضَ عَلَى وَجْهِهِمَا بِأَنَّ الْبَرَّ مُتَّصِرٌ فِي صُورَةِ الْإِرَاقَةِ، لِأَنَّ إِعَادَةَ الْقَطْرَاتِ الْمِهْرَاقَةِ مُمَكِّنَةٌ فَكَانَ مُتَّصِرًا. وَأُجِيبَ بِأَنَّ الْبَرَّ إِنَّمَا يَجِبُ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ فِي آخِرِ جُزْءٍ مِنْ أَجْزَاءِ الْيَوْمِ بَحِثْ لَا يَسَعُ فِيهِ غَيْرُهُ فَلَا يُمَكِّنُ الْقَوْلُ فِيهِ بِإِعَادَةِ الْمَاءِ فِي الْكُوزِ وَشُرْبِهِ فِي ذَلِكَ الزَّمَانِ.

وَقَوْلُهُ (وَلَوْ كَانَتْ الْيَمِينُ مُطْلَقَةً) أَيْ عَنْ ذِكْرِ الْيَوْمِ (فَفِي الْوَجْهِ الْأَوَّلِ) يَعْنِي فِيمَا إِذَا لَمْ يَكُنْ فِي الْكُوزِ مَاءٌ (لَا يَحْنُثُ عِنْدَهُمَا، وَعِنْدَهُ يَحْنُثُ فِي الْحَالِ. وَفِي الْوَجْهِ الثَّانِي) وَهُوَ أَنْ يَكُونَ فِيهِ مَاءٌ فَأَهْرِيْقَ (يَحْنُثُ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا. فَأَبُو يُوسُفَ فَرَّقَ) فِي الْوَجْهِ الْأَوَّلِ وَهُوَ الَّذِي لَمْ يَكُنْ فِي الْكُوزِ مَاءٌ بَيْنَ الْمَطْلُوقِ عَنْ ذِكْرِ الْيَوْمِ وَبَيْنَ الْمُؤَقَّتِ بِهِ، فَقَالَ فِي الْمَطْلُوقِ إِنَّهُ يَحْنُثُ فِي الْحَالِ، وَفِي الْمُؤَقَّتِ حِنْثُهُ إِلَى آخِرِ الْيَوْمِ إِلَى غَيْبُوبَةِ الشَّمْسِ. وَوَجْهُهُ مَا ذُكِرَ أَنَّ التَّوَقُّيْتَ لِلتَّوَسُّعَةِ فَلَا يَجِبُ الْفِعْلُ إِلَّا فِي آخِرِ الْوَقْتِ فَلَا يَحْنُثُ قَبْلَهُ، وَهَذَا لِأَنَّ الْيَمِينَ مَتَى عُقِدَتْ عَلَى فِعْلٍ لَا يَمْتَدُّ مُؤَقَّتَةً بِوَقْتٍ مُمْتَدٍّ يَتَعَيَّنُ الْجُزْءُ الْأَخِيرُ لِلانْعِقَادِ لِأَنَّ الْوَقْتَ ظَرْفٌ لَهُ فَيَلْزَمُ فِي جُزْءٍ مِنْهُ وَيَتَعَيَّنُ آخِرُهُ، وَفِي الْمَطْلُوقِ يَجِبُ الْبَرُّ كَمَا فُرِغَ وَقَدْ عَجَزَ فَيَحْنُثُ فِي الْحَالِ، كَذَا فِي بَعْضِ الشُّرُوحِ.

وَقَالَ فِي النَّهَايَةِ: فَأَبُو يُوسُفَ فَرَّقَ بَيْنَ الْمَطْلُوقِ وَالْمُؤَقَّتِ: أَيْ فِي مَسْأَلَةِ الْوَجْهِ الثَّانِي وَهُوَ مَا إِذَا كَانَ فِي الْكُوزِ مَاءٌ فَأَهْرِيْقَ قَبْلَ اللَّيْلِ فَقَالَ فِي الْمَطْلُوقِ يَحْنُثُ حَالِ وَقْتُ الْإِرَاقَةِ مِنْ غَيْرِ تَوَقُّفٍ إِلَى اللَّيْلِ، وَفِي الْمُؤَقَّتِ لَا يَحْنُثُ فِي الْحَالِ بَلْ يَتَوَقَّفُ حِنْثُهُ

إِلَى آخِرِ الْيَوْمِ، وَهُمَا فَرَقًا بَيْنَ الْمُطْلَقِ وَالْمُؤَقَّتِ: يَعْنِي فِي هَذَا الْوَجْهِ عَلَى مَا ذُكِرَ فِي الْكِتَابِ. وَأَشَارَ بِقَوْلِهِ كَمَا إِذَا مَاتَ الْحَالِفُ وَالْمَاءُ بَاقٍ إِلَى أَنْ بَقَاءَ الْمَحَلِّ شَرْطًا لِلْبَرِّ كِبْقَاءِ الْحَالِفِ، وَأَشَارَ بِقَوْلِهِ كَمَا إِذَا عَقَدَهُ ابْتِدَاءً فِي هَذِهِ الْحَالَةِ إِلَّا أَنْ وَجُودَ الْمَحَلِّ كَمَا هُوَ شَرْطٌ لَانْعِقَادِ الْيَمِينِ كَذَلِكَ لِبَقَائِهَا.

قَالَ: (وَمَنْ حَلَفَ لِيَصْعَدَنَّ السَّمَاءَ أَوْ لِيَقْلِبَنَ هَذَا الْحَجَرَ ذَهَبًا انْعَقَدَتْ يَمِينُهُ وَحَنَتْ عَقِيْبَهَا) وَقَالَ زُفَرٌ: لَا تَنْعَقِدْ لِأَنَّهُ مُسْتَحِيلٌ عَادَةً فَأَشْبَهَ الْمُسْتَحِيلَ حَقِيقَةً فَلَا يَنْعَقِدُ. وَلَنَا أَنَّ الْبِرَّ مُتَصَوِّرٌ حَقِيقَةً لِأَنَّ الصُّعُودَ إِلَى السَّمَاءِ مُمَكِّنٌ حَقِيقَةً، أَلَا تَرَى أَنَّ الْمَلَائِكَةَ يَصْعَدُونَ السَّمَاءَ وَكَذَا تَحَوُّلُ الْحَجَرِ ذَهَبًا بِتَحْوِيلِ اللَّهِ تَعَالَى، وَإِذَا كَانَ مُتَصَوِّرًا يَنْعَقِدُ الْيَمِينُ مُوجِبًا لَخُلْفِهِ ثُمَّ يَحْنُ بِحُكْمِ الْعَجْزِ الثَّابِتِ عَادَةً. كَمَا إِذَا مَاتَ الْحَالِفُ فَإِنَّهُ يَحْنُ مَعَ احْتِمَالِ إِعَادَةِ الْحَيَاةِ بِخِلَافِ مَسْأَلَةِ الْكُوزِ، لِأَنَّ شَرْبَ الْمَاءِ الَّذِي فِي الْكُوزِ وَقْتُ الْحَلْفِ وَلَا مَاءَ فِيهِ لَا يُتَصَوَّرُ فَلَمْ يَنْعَقِدْ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ حَلَفَ لِيَصْعَدَنَّ السَّمَاءَ) عَلَى مَا ذَكَرَهُ ظَاهِرٌ. وَاعْتَرَضَ بِأَنَّهُ تَصَوُّرُ الْبَرِّ لَوْ كَانَ كَافِيًا فِي خَلْفِيَةِ الْكُفَّارَةِ لَوَجِبَتْ فِي الْعُمُوسِ؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَادِرٌ عَلَى إِعَادَةِ الزَّمَانِ الْمَاضِي وَقَدْ فَعَلَهَا لِسُلَيْمَانَ ﷺ وَأُجِيبَ بِأَنَّهُ تَصَوُّرُ الْبَرِّ فِي الْعُمُوسِ بِأَنَّهُ يَجْعَلُ الْفِعْلَ الَّذِي لَمْ يَوْجَدْ مَوْجُودًا مِنْهُ وَهُوَ مُسْتَحِيلٌ. وَقَوْلُهُ (وَأَنَّ كَانَ مُتَصَوِّرًا يَنْعَقِدُ الْيَمِينُ) إِنَّمَا كَانَ كَذَلِكَ لِأَنَّ إِجْبَابَ الْعَبْدِ مُعْتَبَرٌ بِإِجْبَابِ اللَّهِ تَعَالَى فَإِجْبَابُ اللَّهِ تَعَالَى يَعْتَمِدُ التَّصَوُّرَ دُونَ الْقُدْرَةِ فِيمَا لَهُ حَلْفٌ أَلَا تَرَى أَنَّ الصَّوْمَ وَاجِبٌ عَلَى الشَّيْخِ الْفَانِي وَلَمْ تَكُنْ لَهُ قُدْرَةٌ لِمَكَانِ التَّصَوُّرِ وَالْحَلْفِ وَكَذَلِكَ هَهُنَا حَنْتَ عَقِيبَ وَجُوبِ الْبَرِّ فَوَجِبَتْ الْكُفَّارَةُ لِلْعَجْزِ الثَّابِتِ عَادَةً كَمَا وَجِبَتْ الْفِدْيَةُ هُنَاكَ عَقِيبَ وَجُوبِ الصَّوْمِ.

بَابُ الْيَمِينِ فِي الْكَلَامِ

قَالَ: (وَمَنْ حَلَفَ لَا يَكْلِمُ فَلَانَا فَكَلَمَهُ وَهُوَ بِحَيْثُ يَسْمَعُ إِلَّا أَنَّهُ نَائِمٌ حَنْتَ) لِأَنَّهُ قَدْ كَلَمَهُ وَوَصَلَ إِلَى سَمْعِهِ لَكِنَّهُ لَمْ يَفْهَمْ لِنَوْمِهِ فَصَارَ كَمَا إِذَا نَادَاهُ وَهُوَ بِحَيْثُ يَسْمَعُ لَكِنَّهُ لَمْ يَفْهَمْ لَتَغَافُلِهِ. وَفِي بَعْضِ رَوَايَاتِ الْمَبْسُوطِ شَرْطُ أَنْ يُوقِظَهُ، وَعَلَيْهِ عَامَّةٌ مِنْ مَشَايِخِنَا، لِأَنَّهُ إِذَا لَمْ يَتَنَبَّهُ كَانَ كَمَا إِذَا نَادَاهُ مِنْ بَعِيدٍ وَهُوَ بِحَيْثُ لَا يَسْمَعُ صَوْتَهُ.

الشرح:

(بَابُ الْيَمِينِ فِي الْكَلَامِ): لَمَّا ذَكَرَ بَيَانَ أَيْمَانِ السُّكْنَى وَالْدُخُولِ وَالْخُرُوجِ وَالْأَكْلِ وَالشُّرْبِ لِلْمَعْنَى الَّذِي ذَكَرْنَا شَرَعَ فِي بَيَانِ الْفِعْلِ الْجَامِعِ الَّذِي يَسْتَتْبِعُ الْأَبْوَابَ الْمُتَفَرِّقَةَ وَهُوَ الْكَلَامُ؛ إِذِ الْيَمِينُ فِي الْعَتَقِ وَالطَّلَاقِ وَالْبَيْعِ وَالشَّرَاءِ وَالْيَمِينُ فِي الْحَجِّ وَالصَّلَاةِ وَالصَّوْمِ مِنْ أَنْوَاعِ الْكَلَامِ، فَذَكَرُ الْجِنْسَ مُقَدِّمًا عَلَى ذِكْرِ النَّوعِ (وَمَنْ حَلَفَ لَا يُكَلِّمُ فَلَانًا فَكَلِمَةُ وَهُوَ بَحِثُ يَسْمَعُ إِلَّا أَنَّهُ نَائِمٌ حَيْثُ) نَقَلَ صَاحِبُ النَّهَائَةِ عَنْ شَيْخِ الْإِسْلَامِ أَنَّ التَّكْلِيمَ عِبَارَةٌ عَنْ إِسْمَاعِ كَلَامِهِ كَمَا فِي تَكْلِيمِ نَفْسِهِ فَإِنَّهُ عِبَارَةٌ عَنْ إِسْمَاعِ نَفْسِهِ، إِلَّا أَنَّ إِسْمَاعَ الْغَيْرِ أَمْرٌ بَاطِنٌ لَا يُوقَفُ عَلَيْهِ فَأَقِيمَ السَّبَبَ الْمُؤَدِّيَ إِلَيْهِ مَقَامَهُ وَهُوَ أَنْ يَكُونَ بَحِثُ لَوْ أَصْعَى إِلَيْهِ أَذْنُهُ وَلَمْ يَكُنْ بِهِ مَانِعٌ مِنَ السَّمَاعِ لَسَمِعَ وَدَارَ الْحُكْمَ مَعَهُ وَسَقَطَ اعْتِبَارُ حَقِيقَةِ الْإِسْمَاعِ، وَكَلَامُهُ وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (لَتَعَاْفَلَهُ) أَيُّ لَعَفَلْتَهُ. وَقَوْلُهُ (وَفِي بَعْضِ رَوَايَاتِ الْمُبْسُوطِ) يُرِيدُ مَا رُوِيَ فِي رِوَايَةِ فَنَادَاهُ وَأَيَقِظُهُ يَحْنَثُ فِيهِ، وَهَذِهِ الرِّوَايَةُ تُشِيرُ إِلَى اشْتِرَاطِ الْإِيقَاطِ لِلْحَنْثِ. وَذَكَرَ فِي بَعْضِ الرِّوَايَاتِ فَنَادَاهُ أَوْ أَيَقِظُهُ، وَهَذِهِ تُدَلُّ عَلَى أَنَّهُ مَتَى نَادَاهُ بَحِثُ لَوْ كَانَ يَقْطَانُ لَسَمِعَ صَوْتَهُ حَيْثُ وَإِنْ لَمْ يُوقِظْهُ. وَقَالَ شَمْسُ الْأَيْمَةِ السَّرْحَسِيُّ وَالْأَظْهَرُ أَنَّهُ لَا يَحْنَثُ. وَإِلَيْهِ أَشَارَ بِقَوْلِهِ وَعَلَيْهِ مَشَايِخُنَا، وَالْوَجْهُ مَا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ.

(وَلَوْ حَلَفَ لَا يُكَلِّمُهُ إِلَّا بِإِذْنِهِ فَإِذْنُهُ لَهُ وَلَمْ يَعْلَمْ بِالْإِذْنِ حَتَّى كَلِمَةُ حَيْثُ) لِأَنَّ الْإِذْنَ مُسْتَقٌّ مِنَ الْأَذَانِ الَّذِي هُوَ الْإِعْلَامُ، أَوْ مِنَ الْوُقُوعِ فِي الْإِذْنِ، وَكُلُّ ذَلِكَ لَا يَتَحَقَّقُ إِلَّا بِالسَّمَاعِ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: لَا يَحْنَثُ لِأَنَّ الْإِذْنَ هُوَ الْإِطْلَاقُ، وَأَنَّهُ يَتِمُّ بِالْإِذْنِ كَالرِّضَا. قُلْنَا: الرِّضَا مِنْ أَعْمَالِ الْقَلْبِ، وَلَا كَذَلِكَ الْإِذْنُ عَلَى مَا مَرَّ.

الشرح:

وَلَوْ حَلَفَ لَا يُكَلِّمُهُ إِلَّا بِإِذْنِهِ ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (وَأَنَّهُ يَتِمُّ بِالْإِذْنِ كَالرِّضَا) يَعْنِي أَنَّهُ إِذَا حَلَفَ لَا يُكَلِّمُهُ إِلَّا بِرِضَاهُ فَرَضِي الْمَحْلُوفِ عَلَيْهِ بِالْإِسْتِثْنَاءِ وَلَمْ يَعْلَمْ الْحَالِفُ فَكَلِمَةُ لَا يَحْنَثُ لَمَّا أَنَّ الرِّضَا يَتِمُّ بِالرَّاضِي، فَكَذَلِكَ الْإِذْنُ يَتِمُّ بِالْإِذْنِ. قُلْنَا: الرِّضَا مِنْ أَعْمَالِ الْقَلْبِ فَيَتِمُّ بِالرَّاضِي وَلَا كَذَلِكَ الْإِذْنُ عَلَى مَا مَرَّ أَنَّهُ إِمَّا مِنَ الْأَذَانِ الَّذِي هُوَ الْإِعْلَامُ، أَوْ مِنَ الْوُقُوعِ فِي الْإِذْنِ وَذَلِكَ يَقْتَضِي السَّمَاعَ وَلَمْ يُوجَدْ. وَاعْتَرِضَ بِأَنَّهُ لَوْ كَانَ

كَذَلِكَ لَمَّا صَارَ الْعَبْدُ مَأْذُونًا إِذَا أُذِنَ لَهُ مَوْلَاهُ وَهُوَ لَا يَعْلَمُ لَكِنَّهُ يَصِيرُ مَأْذُونًا فَلَمْ يَكُنْ
الإِذْنَ مُحْتَاجًا إِلَى الْوُقُوعِ فِي الإِذْنِ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ الإِذْنَ هَذَا فَكُ الْحَجَرِ فِي حَقِّ الْعَبْدِ
وَالْعَبْدُ يَتَصَرَّفُ بِأَهْلِيَّةِ نَفْسِهِ وَمَالِكِيَّتِهِ فَيَنْبُتُ بِمُجَرَّدِ الإِذْنِ، وَأَمَّا فِي الْيَمِينِ فَلَمَّا حَرَّمَ
كَلَامَهُ بِالْيَمِينِ إِلَّا عِنْدَ الإِذْنِ صَارَ الإِذْنُ مُنْتَبِأً لِإِبَاحَةِ الْكَلَامِ لِلْحَالِفِ فَلَا بُدَّ مِنَ الْإِعْلَامِ
بِذَلِكَ وَهُوَ مَبْنِيٌّ عَلَى تَخْصِيصِ الْعِلَةِ وَأَمْرُهُ وَاضِحٌ عِنْدَ الْأُصُولِيِّ.

(وَلَوْ حَلَفَ لَا يُكَلِّمُهُ إِلَّا بِإِذْنِهِ فَإِذْنٌ لَهُ وَلَمْ يَعْلَمْ بِالِإِذْنِ حَتَّى كَلَّمَهُ حَنِثٌ) لِأَنَّ
الإِذْنَ مُسْتَقْتٌ مِنَ الْأَذَانِ الَّذِي هُوَ الْإِعْلَامُ، أَوْ مِنَ الْوُقُوعِ فِي الإِذْنِ، وَكُلُّ ذَلِكَ لَا يَتَحَقَّقُ
إِلَّا بِالسَّمَاعِ، وَقَالَ أَبُو يُونُسَ: لَا يَحْنُثُ لَأَنَّ الإِذْنَ هُوَ الْإِطْلَاقُ، وَأَنَّهُ يَتِمُّ بِالِإِذْنِ كَالرَّضَا.
قُلْنَا: الرِّضَا مِنَ أَعْمَالِ الْقَلْبِ، وَلَا كَذَلِكَ الإِذْنُ عَلَى مَا مَرَّ.

الشرح:

وَلَوْ حَلَفَ لَا يُكَلِّمُهُ إِلَّا بِإِذْنِهِ ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (وَأَنَّهُ يَتِمُّ بِالِإِذْنِ كَالرَّضَا) يَعْنِي أَنَّهُ
إِذَا حَلَفَ لَا يُكَلِّمُهُ إِلَّا بِرِضَاةِ فَرَضِيِ الْمُخْلُوفِ عَلَيْهِ بِالِاسْتِثْنَاءِ وَلَمْ يَعْلَمْ الْحَالِفُ فَكَلَّمَهُ
لَا يَحْنُثُ لَمَّا أَنَّ الرِّضَا يَتِمُّ بِالرَّاضِي، فَكَذَلِكَ الإِذْنُ يَتِمُّ بِالِإِذْنِ.
قُلْنَا: الرِّضَا مِنَ أَعْمَالِ الْقَلْبِ فَيَتِمُّ بِالرَّاضِي وَلَا كَذَلِكَ الإِذْنُ عَلَى مَا مَرَّ أَنَّهُ إِمَّا
مِنَ الْأَذَانِ الَّذِي هُوَ الْإِعْلَامُ، أَوْ مِنَ الْوُقُوعِ فِي الإِذْنِ وَذَلِكَ يَقْتَضِي السَّمَاعَ وَلَمْ
يُوجَدْ. وَاعْتَرَضَ بَأَنَّهُ لَوْ كَانَ كَذَلِكَ لَمَّا صَارَ الْعَبْدُ مَأْذُونًا إِذَا أُذِنَ لَهُ مَوْلَاهُ وَهُوَ لَا يَعْلَمُ
لَكِنَّهُ يَصِيرُ مَأْذُونًا فَلَمْ يَكُنْ الإِذْنَ مُحْتَاجًا إِلَى الْوُقُوعِ فِي الإِذْنِ.

وَأُجِيبَ بِأَنَّ الإِذْنَ هَذَا فَكُ الْحَجَرِ فِي حَقِّ الْعَبْدِ وَالْعَبْدُ يَتَصَرَّفُ بِأَهْلِيَّةِ نَفْسِهِ
وَمَالِكِيَّتِهِ فَيَنْبُتُ بِمُجَرَّدِ الإِذْنِ، وَأَمَّا فِي الْيَمِينِ فَلَمَّا حَرَّمَ كَلَامَهُ بِالْيَمِينِ إِلَّا عِنْدَ الإِذْنِ
صَارَ الإِذْنُ مُنْتَبِأً لِإِبَاحَةِ الْكَلَامِ لِلْحَالِفِ فَلَا بُدَّ مِنَ الْإِعْلَامِ بِذَلِكَ وَهُوَ مَبْنِيٌّ عَلَى
تَخْصِيصِ الْعِلَةِ وَأَمْرُهُ وَاضِحٌ عِنْدَ الْأُصُولِيِّ.

قَالَ (وَإِنْ حَلَفَ لَا يُكَلِّمُهُ شَهْرًا فَهُوَ مِنْ حِينَ حَلَفَ) لِأَنَّهُ لَوْ لَمْ يَذْكُرِ الشَّهْرَ لَتَأَبَّدَ
الْيَمِينُ فَذَكَرَ الشَّهْرَ لِإِخْرَاجِ مَا وَرَاءَهُ فَبَقِيَ الَّذِي يَلِي يَمِينَهُ دَخَلَ عَمَلًا بِدَلَالَةِ حَالِهِ،
بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ وَاللَّهِ لِأَصُومَنْ شَهْرًا لِأَنَّهُ لَوْ لَمْ يَذْكُرِ الشَّهْرَ لَمْ تَتَأَبَّدِ الْيَمِينُ فَكَانَ
ذِكْرُهُ لَتَقْدِيرِ الصَّوْمِ بِهِ وَأَنَّهُ مُنْكَرٌ فَالتَّعْيِينُ إِلَيْهِ.

الشرح:

(وَإِنْ حَلَفَ لَا يُكَلِّمُهُ شَهْرًا فَهُوَ مِنْ حِينَ حَلَفَ لِأَنَّهُ لَمْ يَذْكُرِ الشَّهْرَ لِتَأْبُدِ الْيَمِينَ) لِأَنَّ مَا يَلِي الْيَمِينَ صَالِحٌ لِمَحَلَّةِ الْبَرِّ: أَيُّ جُزْءٍ كَانَ مِنْ أَجْزَاءِ اللَّيْلِ وَالنَّهَارِ، وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ وَقَعَتِ التَّكْرَةُ فِي سِيَاقِ التَّنْفِي كَانَ الْيَمِينُ مُؤَبَّدًا فَذَكَرَ الشَّهْرَ لِإِخْرَاجِ مَا وَرَاءَهُ عَمَلًا بِدَلَالَةِ الْحَالِ وَهِيَ الْغَيْظُ الَّذِي لِحَقِّهِ فِي الْحَالِ، بِخِلَافِ مَا لَوْ قَالَ وَاللَّهِ لَأُصَوِّمَنَّ شَهْرًا لِأَنَّهُ لَوْ لَمْ يَذْكُرِ الشَّهْرَ لَمْ تَتَأَبَّدِ الْيَمِينُ، إِمَّا لِأَنَّهُ تَكْرَةُ فِي سِيَاقِ الْإِثْبَاتِ، وَإِمَّا لِأَنَّ الصَّوْمَ غَيْرُ صَالِحٍ لِلتَّأْيِيدِ لِتَخُلُّلِ الْأَوْقَاتِ الَّتِي لَا تُصْلِحُ أَنْ تَكُونَ مَحَلًّا لِلصَّوْمِ، فَكَانَ ذِكْرُهُ لِتَقْدِيرِ الصَّوْمِ وَأَنَّهُ مُنْكَرٌ فَالْتِيَةُ تُعِينُهُ.

(وَإِنْ حَلَفَ لَا يَتَكَلَّمُ فَقَرَأَ الْقُرْآنَ فِي صَلَاتِهِ لَا يَحْنَثُ. وَإِنْ قَرَأَ فِي غَيْرِ صَلَاتِهِ حَنَثَ) وَعَلَى هَذَا التَّسْبِيحُ وَالتَّهْلِيلُ وَالتَّكْبِيرُ، وَفِي الْقِيَاسِ يَحْنَثُ فِيهِمَا وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ لِأَنَّهُ كَلَامٌ حَقِيقَةٌ. وَلَنَا أَنَّهُ فِي الصَّلَاةِ لَيْسَ بِكَلَامٍ عُرْفًا وَلَا شَرْعًا، قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «إِنَّ صَلَاتِنَا هَذِهِ لَا يَصْلِحُ فِيهَا شَيْءٌ مِنْ كَلَامِ النَّاسِ»^(١) وَقِيلَ فِي عُرْفِنَا لَا يَحْنَثُ فِي غَيْرِ الصَّلَاةِ أَيْضًا لِأَنَّهُ لَا يُسَمَّى مُتَكَلِّمًا بَلْ قَارِنًا وَمُسَبِّحًا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِنْ حَلَفَ لَا يَتَكَلَّمُ فَقَرَأَ الْقُرْآنَ) ظَاهِرٌ.

(وَلَوْ قَالَ يَوْمٌ أَكَلْتُ فُلَانًا فَأَمْرَاتُهُ طَالِقٌ فَهُوَ عَلَى اللَّيْلِ وَالنَّهَارِ) لِأَنَّ اسْمَ الْيَوْمِ إِذَا قُرِنَ بِفِعْلٍ لَا يَمْتَدُّ يُرَادُ بِهِ مُطْلَقُ الْوَقْتِ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿وَمَنْ يُؤْلِهْمُ يَوْمَئِذٍ دُبرَهُ﴾ [الأنفال: ١٦]، وَالْكَلَامُ لَا يَمْتَدُّ (وَإِنْ عَنِ النَّهَارِ خَاصَّةً دِينَ فِي الْقَضَاءِ) لِأَنَّهُ مُسْتَعْمَلٌ فِيهِ أَيْضًا. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ لَا يَدِينُ فِي الْقَضَاءِ لِأَنَّهُ خِلَافُ الْمُتَعَارَفِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلَوْ قَالَ يَوْمٌ أَكَلْتُ فُلَانًا) هَاهُنَا ثَلَاثُ عِبَارَاتٍ نَهَارَ أَكَلْتُ فُلَانًا وَلَيْلَةً أَكَلْتُ فُلَانًا وَيَوْمٌ أَكَلْتُ فُلَانًا، فَالْأُولَى لِبَيَاضِ النَّهَارِ خَاصَّةً. فَلَوْ كَلَّمَهُ لَيْلًا لَمْ يَحْنَثْ. وَالثَّانِيَةُ لِسَوَادِهِ خَاصَّةً، فَلَوْ كَلَّمَهُ نَهَارًا لَمْ يَحْنَثْ. وَمَا جَاءَ اسْتِعْمَالُهُ فِي مُطْلَقِ الْوَقْتِ وَمَا جَاءَ فِي قَوْلِ الشَّاعِرِ:

وَكُنَّا حَسِبْنَا كُلَّ سَوْدَاءٍ ثَمَرَةً لَيَالِي لَاقَيْنَا جُذَامًا وَحَمِيرًا

مُرَادًا بِهِ الْوَقْتُ فَلَيْسَ مِمَّا نَحْنُ فِيهِ لِأَنَّ كَلَامَنَا فِيْمَا ذَكَرَ بِلَفْظِ الْمَفْرَدِ وَمَا فِي الشَّعْرِ بِلَفْظِ الْجَمْعِ، وَذَكَرَ أَحَدَ الْعَدَدَيْنِ بِعِبَارَةِ الْجَمْعِ يَقْتَضِي دُخُولَ مَا بِإِزَائِهِ مِنَ الْعَدَدِ الْآخَرِ وَذَلِكَ أَصْلٌ آخَرُ غَيْرُ مَا نَحْنُ فِيهِ. وَالثَّلَاثَةُ يُعْتَبَرُ بِمَا قُرْنَ بِهِ، إِنْ قُرْنُ بِفِعْلٍ لَا يَمْتَدُّ يُرَادُ بِهِ مُطْلَقُ الْوَقْتِ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿وَمَنْ يُؤْلِهِمْ يَوْمَئِذٍ دُبرَةً﴾ وَالْكَلَامُ مِمَّا لَا يَمْتَدُّ، وَإِنْ قُرْنُ بِهِ مَا يَمْتَدُّ كَالصَّوْمِ يُرَادُ بَيَاضُ النَّهَارِ، وَالبَحْثُ فِيهِ وَطِيفَةُ أَصُولِيَّةٍ، وَقَدْ قَرَّرْنَاهُ فِي التَّقْرِيرِ، فَإِنْ عَنَى فِي قَوْلِهِ يَوْمٌ أَكَلِمَ فَلَانَا النَّهَارَ خَاصَّةً صَدَقَ فِي الْقَضَاءِ لِأَنَّهُ مُسْتَعْمَلٌ فِيهِ أَيْضًا قَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿إِذَا نُودِيَ لِلصَّلَاةِ مِنْ يَوْمِ الْجُمُعَةِ﴾ [الجمعة: ٩] وَالْمُرَادُ بِهِ بَيَاضُ النَّهَارِ.

(وَلَوْ قَالَ ثَلَاثَةً أَكَلِمَ فَلَانَا فَهُوَ عَلَى اللَّيْلِ خَاصَّةً) لِأَنَّهُ حَقِيقَةٌ فِي سَوَادِ اللَّيْلِ كَالنَّهَارِ لِلْبَيَاضِ خَاصَّةً، وَمَا جَاءَ اسْتِعْمَالُهُ فِي مُطْلَقِ الْوَقْتِ (وَلَوْ قَالَ إِنْ كَلِمَتَ فَلَانَا إِلَّا أَنْ يَقْدَمَ فَلَانٌ أَوْ قَالَ حَتَّى يَقْدَمَ فَلَانٌ أَوْ قَالَ إِلَّا أَنْ يَأْذَنَ فَلَانٌ أَوْ حَتَّى يَأْذَنَ فَلَانٌ) فَامْرَأَتُهُ طَائِقٌ فَكَلِمَةُ قَبْلَ الْقُدُومِ وَالْإِذْنِ حَتَّى، وَلَوْ كَلِمَةُ بَعْدَ الْقُدُومِ وَالْإِذْنِ لَمْ يَحْتِثْ لِأَنَّهُ غَايَةٌ وَالْيَمِينُ بَاقِيَةٌ قَبْلَ الْغَايَةِ وَمُنْتَهِيَةٌ بَعْدَهَا فَلَا يَحْتِثُ بِالكَلَامِ بَعْدَ انْتِهَاءِ الْيَمِينِ (وَأِنْ مَاتَ فَلَانٌ سَقَطَتِ الْيَمِينُ) خِلَافًا لِأَبِي يُوسُفَ لِأَنَّ الْمَمْنُوعَ عَنْهُ كَلَامٌ يَنْتَهِي بِالْإِذْنِ وَالْقُدُومِ وَلَمْ يَبْقَ بَعْدَ الْمَوْتِ مَنصُورُ الْوُجُودِ فَسَقَطَتِ الْيَمِينُ. وَعِنْدَهُ النَّصُورُ لَيْسَ بِشَرْطٍ، فَعِنْدَ سَقُوطِ الْغَايَةِ تَتَأَبَّدُ الْيَمِينُ.

الشرح:

وقوله (لأنه غاية) أمّا في كلمة حتى فظاهر، وأمّا في إلا أن فلما تقدّم من مناسبة معنى الاستثناء معنى الغاية وكونه مجازاً للغاية. قوله (وإن مات فلان) يعني الذي أسند إليه القدوم أو الإذن سقط اليمين لانتفاء تصور البر. فإن قيل: إعادة الحياة ممكنة فكان الواجب أن لا ينطّل اليمين. فالجواب أن اليمين انعقدت على القدوم أو الإذن في حياته القائمة لا المعادة بعد موته وهي غير المعادة لا محالة، ولهذا قلنا: إذا قال لأقتل فلاناً وفلانٌ ميتٌ ولم يعلم الحالف بموته لا تنعقد اليمين لأنها وقعت على الحياة القائمة.

(وَمَنْ حَلَفَ لَا يُكَلِّمُ عَبْدَ فُلَانٍ وَلَمْ يَتَوَّعِدْ بِعَيْنِهِ أَوْ امْرَأَةً فُلَانٍ أَوْ صَدِيقَ فُلَانٍ فَبَاعَ فُلَانٌ عَبْدَهُ أَوْ بَانَتْ مِنْهُ امْرَأَتُهُ أَوْ عَادَى صَدِيقُهُ فَكَلَمَهُمْ لَمْ يَحْنُثْ) لِأَنَّهُ عَقَدَ يَمِينَهُ عَلَى فِعْلٍ وَقَعَ فِي مَحَلٍّ مُضَافٍ إِلَى فُلَانٍ، إِمَّا إِضَافَةً مِلْكٍ أَوْ إِضَافَةً نِسْبَةٍ وَلَمْ يُوْجَدْ فَلَا يَحْنُثُ، قَالَ هَذَا فِي إِضَافَةِ الْمَلِكِ بِالِاتِّفَاقِ. وَفِي إِضَافَةِ النَّسْبَةِ عِنْدَ مُحَمَّدٍ يَحْنُثُ كَالْمَرَأَةِ وَالصَّدِيقِ.

قَالَ فِي الزِّيَادَاتِ: لِأَنَّ هَذِهِ الْإِضَافَةَ لِلتَّعْرِيفِ لِأَنَّ الْمَرَأَةَ وَالصَّدِيقَ مَقْصُودَانِ بِالْهَجْرَانِ فَلَا يَشْتَرِطُ دَوَامُهَا فَيَتَعَلَّقُ الْحُكْمُ بِعَيْنِهِ كَمَا فِي الْإِشَارَةِ. وَوَجْهٌ مَا ذَكَرَ هَاهُنَا وَهُوَ رِوَايَةُ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ أَنَّهُ يُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ غَرَضُهُ هِجْرَانُهُ لِأَجْلِ الْمُضَافِ إِلَيْهِ وَلِهَذَا لَمْ يُعَيِّنْ فَلَا يَحْنُثُ بَعْدَ زَوَالِ الْإِضَافَةِ بِالشَّكِّ (وَأِنْ كَانَتْ يَمِينُهُ عَلَى عَبْدٍ بِعَيْنِهِ بِأَنْ قَالَ عَبْدُ فُلَانٍ هَذَا أَوْ امْرَأَةُ فُلَانٍ بِعَيْنِهَا أَوْ صَدِيقُ فُلَانٍ بِعَيْنِهِ لَمْ يَحْنُثْ فِي الْعَبْدِ وَحْنُثٌ فِي الْمَرَأَةِ وَالصَّدِيقِ، وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ.

وَقَالَ مُحَمَّدٌ: يَحْنُثُ فِي الْعَبْدِ أَيْضًا) وَهُوَ قَوْلُ زُهْرٍ (وَأِنْ حَلَفَ لَا يَدْخُلُ دَارَ فُلَانٍ هَذِهِ فَبَاعَهَا ثُمَّ دَخَلَهَا فَهُوَ عَلَى هَذَا الْاِخْتِلَافِ) وَجْهٌ قَوْلُ مُحَمَّدٍ وَزُهْرٍ أَنَّ الْإِضَافَةَ لِلتَّعْرِيفِ وَالْإِشَارَةِ أَبْلَغُ مِنْهَا فِيهِ لِكَوْنِهَا قَاطِعَةً لِلشَّرِكَةِ، بِخِلَافِ الْإِضَافَةِ فَاعْتَبِرَتْ الْإِشَارَةُ وَلُغِيَتْ الْإِضَافَةُ وَصَارَ كَالصَّدِيقِ وَالْمَرَأَةِ. وَلَهُمَا أَنَّ الدَّاعِيَ إِلَى الْيَمِينِ مَعْنَى فِي الْمُضَافِ إِلَيْهِ لِأَنَّ هَذِهِ الْأَعْيَانُ لَا تُهْجَرُ وَلَا تُعَادَى لِدَوَاتِهَا، وَكَذَا الْعَبْدُ لِسُقُوطِ مَنْزِلَتِهِ بَلْ لَمَعْنَى فِي مَلَائِكَةٍ فَتَنْقِيذُ الْيَمِينِ بِحَالِ قِيَامِ الْمَلِكِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَتْ الْإِضَافَةُ إِضَافَةً نِسْبَةٍ كَالصَّدِيقِ وَالْمَرَأَةِ لِأَنَّهُ يُعَادَى لِدَاوَتِهِ فَكَانَتْ الْإِضَافَةُ لِلتَّعْرِيفِ وَالدَّاعِيَ الْمَعْنَى فِي الْمُضَافِ إِلَيْهِ غَيْرُ ظَاهِرٍ لِعَدَمِ التَّعْيِينِ، بِخِلَافِ مَا تَقَدَّمَ.

الشرح:

قَالَ: (وَمَنْ حَلَفَ لَا يُكَلِّمُ عَبْدَ فُلَانٍ) إِذَا وَقَعَتِ الْيَمِينُ عَلَى فِعْلٍ يَتَعَلَّقُ بِمُرَكَّبٍ إِضَافِيٍّ، فَإِمَّا أَنْ يَكُونَ مَعَ الْإِضَافَةِ إِشَارَةٌ أَوْ لَا، وَكُلُّ مِنْهُمَا إِمَّا أَنْ تَكُونَ الْإِضَافَةُ إِلَيْهِ إِضَافَةً مِلْكٍ أَوْ إِضَافَةً نِسْبَةٍ، فَإِنْ لَمْ تَكُنْ مَعَ الْإِضَافَةِ إِشَارَةٌ كَمَا إِذَا حَلَفَ لَا يُكَلِّمُ عَبْدَ فُلَانٍ وَلَمْ يَتَوَّعِدْ بِعَيْنِهِ أَوْ امْرَأَةً أَوْ صَدِيقَ فُلَانٍ فَالْمُعْتَبَرُ وَجُودُ الْمَلِكِ عِنْدَ وَجُودِ الْمُحْلُوفِ عَلَيْهِ فِي إِضَافَةِ الْمَلِكِ بِالِاتِّفَاقِ، وَكَذَا فِي إِضَافَةِ النَّسْبَةِ عِنْدَ أَبِي

حَنِيفَةً.

وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ يُعْتَبَرُ وُجُودُ النَّسَبَةِ وَقَتَ الْحَلْفِ، فَعَلَى هَذَا إِذَا بَاعَ فُلَانٌ عَبْدَهُ فَكَلِمَتُهُ لَمْ يَحْنَتْ بِالِاتِّفَاقِ، وَكَذَا إِذَا طَلَّقَ امْرَأَتَهُ أَوْ عَادَى صَدِيقَهُ عِنْدَهُ، وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ يَحْنَتْ كَذَا قَالَهُ فِي الرِّيَادَاتِ.

وَجْهٌ قَوْلُ مُحَمَّدٍ أَنَّ هَذِهِ الْإِضَافَةَ لِلتَّعْرِيفِ لِأَنَّ الْمَرْأَةَ وَالصَّدِيقَ قَدْ يُهْجَرَانِ لِدَاثِهِمَا مَقْصُودًا لَا لِأَجْلِ الْمُضَافِ إِلَيْهِ، وَمَا كَانَ لِلتَّعْرِيفِ لَا يُشْتَرَطُ دَوَامُهُ لِلِاسْتِغْنَاءِ عَنْهُ بَعْدَ التَّعْرِيفِ فَيَتَعَلَّقُ الْحُكْمُ بِعَيْنِهِ، أَيْ بِعَيْنِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا. كَمَا فِي الْإِشَارَةِ بِأَنَّ قَالَ لَا أَكَلِمُ صَدِيقَ فُلَانٍ هَذَا أَوْ زَوْجَةَ فُلَانٍ هَذِهِ (وَوَجْهٌ مَا ذُكِرَ هَاهُنَا) يَعْنِي عَدَمَ الْحَنْثِ وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَهُوَ رِوَايَةُ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ) فَإِنَّهُ ذَكَرَ قَوْلَ مُحَمَّدٍ فِي الرِّيَادَاتِ وَقَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ، وَلَمْ يَذْكُرْ لِأَبِي يُوسُفَ قَوْلًا. وَقَالَ فَخَرُ الْإِسْلَامِ: يُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ مِثْلَ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ يُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ غَرَضُهُ هَجْرَانَهُ أَيْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْمَرْأَةِ وَالصَّدِيقِ لِأَجْلِ الْمُضَافِ إِلَيْهِ وَهَذَا لَمْ يُعَيَّنْهُ، وَيُحْتَمَلُ أَنْ لَا يَكُونَ فَلَا يَحْنَتْ بَعْدَ زَوَالِ الْإِضَافَةِ بِالشَّكِّ، وَإِنْ كَانَ مَعَ الْإِضَافَةِ إِشَارَةً بِأَنَّ قَالَ عَبْدَ فُلَانٍ هَذَا أَوْ امْرَأَةَ فُلَانٍ هَذِهِ أَوْ صَدِيقَ فُلَانٍ يَعْنِي لَمْ يَحْنَتْ فِي الْعَبْدِ، وَحَنْثٌ فِي الْمَرْأَةِ وَالصَّدِيقِ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ.

وَقَالَ مُحَمَّدٌ: يَحْنَتْ فِي الْعَبْدِ أَيْضًا وَهُوَ قَوْلُ زُفَرٍ. وَجْهٌ قَوْلُهُمَا أَنَّ الْإِضَافَةَ لِلتَّعْرِيفِ. وَتَقْرِيرُهُ: الْإِضَافَةُ لِلتَّعْرِيفِ وَمَا هُوَ لِلتَّعْرِيفِ يَلْعُو عِنْدَ وُجُودِ مَا هُوَ أَبْلَغُ مِنْهُ فِيهِ، وَالْإِشَارَةُ أَبْلَغُ مِنْهَا فِيهِ لِكُونِهَا قَاطِعَةً لِلشَّرَكَةِ لِكُونِهَا بِمَنْزِلَةِ وَضْعِ الْيَدِ عَلَيْهِ، بِخِلَافِ الْإِضَافَةِ لِحَوَازِ أَنْ يَكُونَ لِفُلَانٍ عَبِيدٌ فَاعْتَبِرَتْ الْإِشَارَةُ وَلَعَتْ الْإِضَافَةُ وَصَارَ كَالصَّدِيقِ وَالْمَرْأَةِ. وَوَجْهٌ قَوْلُهُمَا أَنَّ الدَّاعِيَ إِلَى الْيَمِينِ مَعْنَى فِي الْمُضَافِ إِلَيْهِ، وَتَقْرِيرُهُ: لَا نُسَلِّمُ أَنَّ الْإِضَافَةَ لِلتَّعْرِيفِ بَلْ لَيَبَانَ أَنَّ الدَّاعِيَ إِلَى الْيَمِينِ مَعْنَى فِي الْمُضَافِ إِلَيْهِ لِأَنَّ هَذِهِ الْأَعْيَانُ: أَيْ الدَّارُ وَالِدَّابَّةُ وَالنَّوْبُ لَا تُهْجَرُ وَلَا تُعَادَى لِدَوَاتِهَا، وَكَذَا الْعَبْدُ لِسُقُوطِ مَنْزِلَتِهِ بَلْ لِمَعْنَى فِي مُلَاكِهَا فَتَقْبِيْدُ الْيَمِينِ بِحَالِ قِيَامِ الْمَلِكِ لِقِيَامِ الْمَعْنَى الدَّاعِيَ إِذْ ذَلِكَ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَتْ الْإِضَافَةُ إِضَافَةً نِسْبَةً كَالصَّدِيقِ وَالْمَرْأَةِ لِأَنَّهُ يُعَادَى لِدَاثِهِ فَكَانَتْ الْإِضَافَةُ لِلتَّعْرِيفِ، وَالِدَّاعِيَ لِمَعْنَى فِي الْمُضَافِ إِلَيْهِ غَيْرُ ظَاهِرٍ لِعَدَمِ التَّعْيِينِ: أَيْ

لَعَدَمَ تَعْيِينِ الْمُضَافِ إِلَيْهِ لِلهَجْرَانِ لَكَوْنِ الْمُضَافِ أَيْضًا صَالِحًا لَذَلِكَ. وَإِذَا كَانَ لِلتَّعْرِيفِ لَمْ يَشْتَرِطْ دَوَامُهَا لَمَّا ذَكَّرْنَا، بِخِلَافِ مَا تَقَدَّمَ، يَعْني إِضَافَةَ الْمَلِكِ لِتَعْيِينِ الْمُضَافِ إِلَيْهِ لَذَلِكَ. وَاعْتَرِضَ بَأَنَّ الدَّابَّةَ وَالذَّارَ وَالْمَرْأَةَ يَجُوزُ أَنْ تُهَجَرَ لذَاتِهَا لَشُؤْمِهَا كَمَا جَاءَ فِي الْحَدِيثِ. وَأُجِيبَ بَأَنَّ ذَلِكَ اخْتِمَالٌ لَمْ يَقْتَرِنْ بِهِ عُرْفٌ فَلَا يَكُونُ مُعْتَبَرًا

قَالَ (وَإِنْ حَلَفَ لَا يُكَلِّمُ صَاحِبَ هَذَا الطُّيْلَسَانِ فَبَاعَهُ ثُمَّ كَلَّمَهُ حَنِثَ) لِأَنَّ هَذِهِ الْإِضَافَةَ لَا تَحْتَمِلُ إِلَّا التَّعْرِيفَ لِأَنَّ الْإِنْسَانَ لَا يُعَادَى لِمَعْنَى فِي الطُّيْلَسَانِ فَصَارَ كَمَا إِذَا أَشَارَ إِلَيْهِ (وَمَنْ حَلَفَ لَا يُكَلِّمُ هَذَا الشَّابَّ فَكَلَّمَهُ وَقَدْ صَارَ شَيْخًا حَنِثَ) لِأَنَّ الْحُكْمَ تَعَلَّقَ بِالْمُشَارِ إِلَيْهِ إِذِ الصِّفَةُ فِي الْحَاضِرِ لِعَوٍّ، وَهَذِهِ الصِّفَةُ لَيْسَتْ بِدَاعِيَةٍ إِلَى الْيَمِينِ عَلَى مَا مَرَّ مِنْ قَبْلُ.

الشرح:

. وَقَوْلُهُ (وَإِنْ حَلَفَ لَا يُكَلِّمُ صَاحِبَ هَذَا الطُّيْلَسَانِ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (وَهَذِهِ الصِّفَةُ لَيْسَتْ بِدَاعِيَةٍ إِلَى الْيَمِينِ) جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ لَوْ كَانَتْ الصِّفَةُ فِي الْحَاضِرِ لِعَوٍّ لَحَنِثَ إِذَا حَلَفَ لَا يَأْكُلُ هَذَا الرُّطْبَ فَأَكَلَهُ بَعْدَ مَا صَارَ ثَمَرًا. وَتَقْرِيرُهُ: الصِّفَةُ فِي الْحَاضِرِ لِعَوٍّ إِذَا لَمْ تُكُنْ دَاعِيَةً إِلَى الْيَمِينِ، وَهَذِهِ كَذَلِكَ عَلَى مَا مَرَّ مِنْ قَبْلُ: يَعْني فِي أَوَّلِ بَابِ الْيَمِينِ فِي الْأَكْلِ وَالشُّرْبِ، بِخِلَافِ الرُّطْبِ فَإِنَّ صِفَتَهَا دَاعِيَةٌ إِلَى الْيَمِينِ.

فصل

قَالَ: (وَمَنْ حَلَفَ لَا يُكَلِّمُ حِينًا أَوْ زَمَانًا أَوْ الْحِينَ أَوْ الزَّمَانَ فَهُوَ عَلَى سِتَّةِ أَشْهُرٍ) لِأَنَّ الْحِينَ قَدْ يُرَادُ بِهِ الزَّمَانُ الْقَلِيلُ وَقَدْ يُرَادُ بِهِ أَرْبَعُونَ سَنَةً، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿هَلْ أَتَى عَلَى الْإِنْسَانِ حِينٌ مِّنَ الدَّهْرِ﴾ [الإنسان: ١١] وَقَدْ يُرَادُ بِهِ سِتَّةُ أَشْهُرٍ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿تَوَتَّىٰ أَكُلَهَا كُلَّ حِينٍ﴾ [إبراهيم: ٢٥] وَهَذَا هُوَ الْوَسْطُ فَيَنْصَرِفُ إِلَيْهِ، وَهَذَا لِأَنَّ الْيَسِيرَ لَا يَقْصَدُ بِالْمَنْعِ لَوْجُودِ الْامْتِنَاعِ فِيهِ عَادَةً، وَالْمَوْثِدُ لَا يَقْصَدُ غَالِبًا لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الْأَبَدِ، وَلَوْ سَكَتَ عَنْهُ يَتَأَبَّدُ فَيَتَعَيَّنُ مَا ذَكَّرْنَا. وَكَذَا الزَّمَانُ يُسْتَعْمَلُ اسْتِعْمَالِ الْحِينِ، يُقَالُ مَا رَأَيْتُكَ مُنْذُ حِينٍ وَمُنْذُ زَمَانٍ بِمَعْنَى وَهَذَا إِذَا لَمْ تَكُنْ لَهُ نِيَّةً، أَمَّا إِذَا نَوَى شَيْئًا فَهُوَ عَلَى مَا نَوَى لِأَنَّهُ نَوَى حَقِيقَةَ كَلَامِهِ (وَكَذَلِكَ الدَّهْرُ عِنْدَهُمَا).

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: الدَّهْرُ لَا أَدْرِي مَا هُوَ وَهَذَا الْاِخْتِلَافُ فِي الْمُنْكَرِ وَهُوَ الصَّحِيحُ،

أَمَّا الْمَعْرِفُ بِالْأَلْفِ وَاللَّامِ يُرَادُ بِهِ الْأَبَدُ عُرْفًا. لَهُمَا أَنْ دَهْرًا يُسْتَعْمَلُ اسْتِعْمَالِ الْحَيْنِ وَالزَّمَانِ يُقَالُ مَا رَأَيْتُكَ مُنْذُ حَيْنٍ وَمُنْذُ دَهْرٍ بِمَعْنَى وَأَبُو حَنِيفَةَ تَوَقَّفَ فِي تَقْدِيرِهِ لِأَنَّ اللَّغَاتِ لَا تُدْرِكُ قِيَاسًا وَالْعُرْفُ لَمْ يُعْرِفْ اسْتِمْرَارُهُ لِاخْتِلَافٍ فِي الْاسْتِعْمَالِ.

الشرح:

(فصل)

لَمَّا كَانَتْ الْمَسَائِلُ الْمَذْكُورَةُ فِي هَذَا الْفَصْلِ مِنْ نَوْعِ الْكَلَامِ مُتَعَلِّقَةً بِالزَّمَانِ سَمَّاهُ فَصْلًا (وَمَنْ حَلَفَ لَا يُكَلِّمُ فَلَانًا حِينًا أَوْ زَمَانًا أَوْ الْحَيْنَ أَوْ الزَّمَانَ وَلَا نِيَّةً عَلَى شَيْءٍ مِنَ الْوَقْتِ فَهُوَ عَلَى سِتَّةِ أَشْهُرٍ لِأَنَّ الْحَيْنَ قَدْ يُرَادُ بِهِ الزَّمَانُ الْقَلِيلُ) قَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿فَسُبِّحْنَ اللَّهَ حِينَ تَمْسُونَ وَحِينَ تَصْبِحُونَ﴾ [الروم: ١٧]، وَالْمُرَادُ بِهِ وَقْتُ الصَّلَاةِ، وَقَدْ يُرَادُ بِهِ أَرْبَعُونَ سَنَةً قَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿هَلْ أَتَى عَلَى الْإِنْسَانِ حِينٌ مِّنَ الدَّهْرِ﴾.

قَالَ الْمَفْسُورُونَ: الْمُرَادُ بِهِ أَرْبَعُونَ سَنَةً، وَقَدْ يُرَادُ بِهِ سِتَّةُ أَشْهُرٍ قَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿تُؤْتَى أَكْلَهَا كُلَّ حِينٍ﴾ [إبراهيم: ٢٥] أَيُّ كُلِّ سِتَّةِ أَشْهُرٍ، فَمِنْ وَقْتِ الطَّلَعِ إِلَى وَقْتِ الرُّطْبِ سِتَّةُ أَشْهُرٍ، وَمِنْ وَقْتِ الرُّطْبِ إِلَى وَقْتِ الطَّلَعِ سِتَّةُ أَشْهُرٍ، وَمَعْنَاهُ أَنَّهُ يُنْتَفَعُ بِهَا فِي كُلِّ وَقْتٍ لَا يَنْقَطِعُ نَفْعُهَا أَبَتَةً (وَهَذَا هُوَ الْوَسْطُ فَيُصَرَّفُ إِلَيْهِ) إِذَا لَمْ تَكُنْ لَهُ نِيَّةً.

وَقَوْلُهُ (وَهَذَا) أَيُّ الْإِنْصِرَافِ إِلَى سِتَّةِ أَشْهُرٍ (لِأَنَّ الْقَصِيرَ لَا يُقْصَدُ بِالْمَنْعِ) لِعَدَمِ الْحَاجَةِ إِلَى الْيَمِينِ فِي الْإِمْتِنَاعِ عَنِ الْكَلَامِ فِي سَاعَةٍ وَاحِدَةٍ؛ لِأَنَّهُ يُوجَدُ فِيهَا عَادَةً بِلَا يَمِينٍ، وَالْمَدِيدُ لَا يُقْصَدُ غَالِبًا لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الْأَبَدِ لِأَنَّ مَنْ أَرَادَ ذَلِكَ يَقُولُ أَبَدًا فِي الْعُرْفِ، فَلَوْ كَانَ مُرَادُهُ ذَلِكَ لَمْ يَذْكُرْ الْحَيْنَ، وَلَوْ سَكَتَ تَأْبَدَ الْيَمِينُ فَحَيْثُ ذِكْرُ لَا بُدَّ لَهُ مِنْ فَائِدَةٍ سِوَى الْمُسْتَفَادِ عِنْدَ عَدَمِ ذِكْرِهِ وَإِلَّا لَا يَكُونُ لَذِكْرِهِ فَائِدَةٌ فَتَعَيَّنَ الْأَوْسَطُ. وَقَوْلُهُ (وَكَذَا الزَّمَانُ) ظَاهِرٌ (وَكَذَاكَ الدَّهْرُ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ) يَعْنِي يَقَعُ عَلَى سِتَّةِ أَشْهُرٍ الْمُتَكَرَّرُ وَالْمَعْرِفُ سِوَاءً (وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: الدَّهْرُ لَا أَدْرِي مَا هُوَ) وَهَذَا الْإِخْتِلَافُ فِي الْمُتَكَرَّرِ.

وَقَوْلُهُ (هُوَ الصَّحِيحُ) اخْتِرَازٌ عَنْ رِوَايَةِ بَشِيرٍ عَنْ أَبِي يُوسُفَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ قَالَ لَا فَرْقَ عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ بَيْنَ قَوْلِهِ دَهْرًا وَبَيْنَ قَوْلِهِ الدَّهْرُ، وَإِذَا كَانَ الْإِخْتِلَافُ فِي الْمُتَكَرَّرِ فَالْمَعْرِفُ يَكُونُ مُتَّفَقًا عَلَيْهِ؛ فَإِمَّا أَنْ يَكُونَ سِتَّةَ أَشْهُرٍ كَمَا قَالَا، وَإِمَّا أَنْ يَكُونَ

يَقَعُ عَلَى الْأَبَدِ كَمَا قَالَ بَعْضُ أَصْحَابِنَا إِنَّ الدَّهْرَ فَالَالَمُ التَّعْرِيفِ يَقَعُ عَلَى الْأَبَدِ بِلَا خِلَافٍ بَيْنَهُمْ، وَهُوَ الَّذِي ذَكَرَهُ الْمُصَنِّفُ بِقَوْلِهِ أَمَّا الْمَعْرِفُ بِالْأَلْفِ وَاللَامِ فَيُرَادُ بِهِ الْأَبَدُ عُرْفًا.

وَوَجْهُ الْجَانِبَيْنِ فِي الْمُنْكَرِ مَا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ وَهُوَ وَاضِحٌ.
فَإِنْ قِيلَ: ذَكَرَ فِي الْجَامِعِ الْكَبِيرِ وَأَجْمَعُوا فِيمَنْ قَالَ إِنَّ كَلِمَتَكَ دُهورًا أَوْ أَرْزَمَةً أَوْ شُهُورًا أَوْ سِنِينَ أَوْ جُمُعًا أَوْ أَيَّامًا يَقَعُ عَلَى ثَلَاثَةِ مِنْ هَذِهِ الْمَذْكُورَاتِ لِأَنَّهَا أَدْنَى الْجَمْعِ الْمُتَّفَقِ عَلَيْهِ، وَكَانَ أَبُو حَنِيفَةَ أَيْضًا قَائِلًا فِي دُهورٍ مُنْكَرَةً بِثَلَاثَةِ مِنْهَا، فَكُلُّ دَهِرٍ سِتَّةُ أَشْهُرٍ كَمَا هُوَ قَوْلُهُمَا، وَالْحُكْمُ فِي الْجَمْعِ مَوْقُوفٌ عَلَى مَعْرِفَةِ الْإِفْرَادِ فَكَيْفَ حَكَمَ فِي الْجَمْعِ وَتَوَقَّفَ فِي الْمَفْرَدِ؟ أُجِيبَ بِأَنَّ ذَلِكَ تَفْرِيعٌ لِمَسْأَلَةِ الدَّهِرِ عَلَى قَوْلٍ مَنْ يَدَّعِي مَعْرِفَةَ الدَّهِرِ فَكَاثِلُهُ قَالَ: مَنْ وَقَفَ عَلَى مَعْنَى الدَّهِرِ يَجِبُ عَلَيْهِ أَنْ يَقُولَ فِي الْجَمْعِ الْمُنْكَرِ مِنْهُ بِثَلَاثَةِ كَمَا فِي الْأَرْزَمَةِ وَالشُّهُورِ كَمَا فَعَلَ مِثْلَ ذَلِكَ فِي الْمُزَارَعَةِ. وَيَبَيِّنُ اخْتِلَافَ الْأَسْتِعْمَالِ فِيهِ أَنَّ مَعْرِفَةَ يَقَعُ الْأَبَدُ بِخِلَافِ الْحَيْنِ وَالزَّمَانِ، وَيُقَالُ دَهِرِي لِمَنْ قَالَ الدَّهْرُ وَأُنْكَرَ الصَّانِعُ.

وَحَكَى اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُمْ بِقَوْلِهِ ﴿وَمَا يُلْكُنَا إِلَّا الْآدَهُرُ﴾ [الحاثية: ٢٤]، قَالَ ﷺ «لَا تَسُبُّوا بِالْأَدَهِرِ فَإِنَّ الدَّهْرَ هُوَ اللَّهُ» فَهَذَا اسْمٌ لَمْ يُوقَفْ عَلَى مُرَادِ الْمُتَكَلِّمِ عِنْدَ الْإِطْلَاقِ؛ وَالتَّوَقُّفُ فِي مِثْلِ ذَلِكَ لَا يَكُونُ إِلَّا مِنْ كَمَالِ الْعِلْمِ وَالْوَرَعِ.

(وَلَوْ حَلَفَ لَا يُكَلِّمُهُ أَيَّامًا فَهُوَ عَلَى ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ) لِأَنَّهُ اسْمٌ جَمْعٍ ذَكَرَ مُنْكَرًا فَيَتَنَاولُ أَهْلَ الْجَمْعِ وَهُوَ الثَّلَاثُ. وَلَوْ حَلَفَ لَا يُكَلِّمُهُ الْأَيَّامَ فَهُوَ عَلَى عَشْرَةِ أَيَّامٍ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَ: عَلَى أَيَّامِ الْأُسْبُوعِ. وَلَوْ حَلَفَ لَا يُكَلِّمُهُ الشُّهُورَ فَهُوَ عَلَى عَشْرَةِ أَشْهُرٍ عِنْدَهُ. وَعِنْدَهُمَا عَلَى اثْنَيْ عَشَرَ شَهْرًا لِأَنَّ اللَّامَ لِلْمَعْهُودِ وَهُوَ مَا ذَكَرْنَا، لِأَنَّهُ يَدُورُ عَلَيْهَا. وَلَهُ أَنَّهُ جَمْعٌ مُعْرِفٌ فَيَنْصَرِفُ إِلَى أَقْصَى مَا يُذَكَّرُ بِلَفْظِ الْجَمْعِ وَذَلِكَ عَشْرَةٌ (وَكَذَا الْجَوَابُ عِنْدَهُ فِي الْجَمْعِ وَالسِّنِينَ) وَعِنْدَهُمَا يَنْصَرِفُ إِلَى الْعُمَرِ لِأَنَّهُ لَا مَعْهُودَ دُونَهُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلَوْ حَلَفَ لَا يُكَلِّمُهُ أَيَّامًا فَهُوَ عَلَى ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ) وَهُوَ رِوَايَةُ الْجَامِعِ الْكَبِيرِ، وَذَكَرَ فِيهِ أَنَّهُ بِالِاتِّفَاقِ، وَذَكَرَ فِي كِتَابِ الْأَيْمَانِ أَنَّهُ عَلَى عَشْرَةِ أَيَّامٍ عِنْدَهُ كَمَا فِي

المُعَرَّف. قَالَ الإِمَامُ الإِسْبِجَابِيُّ فِي شَرْحِ الطَّحَاوِيِّ: وَالْمَذْكُورُ فِي الْجَامِعِ أَصَحُّ لِأَنَّهُ ذَكَرَ الْأَيَّامَ بِالتَّنْكِيرِ، وَلَا دَلَالَةَ فِيهِ عَلَى الْجِنْسِ وَالْعَهْدِ فَيَقَعُ عَلَى أَقْلِ الْجَمْعِ وَهُوَ الثَّلَاثَةُ. وَلَوْ حَلَفَ لَا يُكَلِّمُهُ الْأَيَّامَ فَهُوَ عَلَى عَشْرَةِ أَيَّامٍ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَ: عَلَى أَيَّامِ الْأُسْبُوعِ.

وَالْأَصْلُ أَنَّ حَرْفَ التَّعْرِيفِ إِذَا دَخَلَ عَلَى اسْمِ الْجَمْعِ يَنْصَرِفُ إِلَى أَقْصَى مَا يَنْطَلِقُ عَلَيْهِ اسْمُ الْجَمْعِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَهُوَ الْعَشْرَةُ؛ لِأَنَّ النَّاسَ يَقُولُونَ فِي الْعُرْفِ ثَلَاثَةُ أَيَّامٍ وَأَرْبَعَةُ أَيَّامٍ إِلَى عَشْرَةِ أَيَّامٍ، ثُمَّ بَعْدَ ذَلِكَ يَقُولُونَ: أَحَدَ عَشَرَ يَوْمًا وَمِائَةَ يَوْمٍ وَأَلْفَ يَوْمٍ، فَلَمَّا كَانَتْ الْعَشْرَةُ أَقْصَى مَا يَنْتَهِي إِلَيْهِ لَفْظُ الْجَمْعِ كَانَتْ هِيَ الْمُرَادَةَ، بِخِلَافِ مَا إِذَا حَلَفَ لَا يَتَزَوَّجُ النِّسَاءَ حَيْثُ يَقَعُ الْيَمِينُ عَلَى الْوَاحِدَةِ لَتَعَذُّرِ صَرْفِهِ إِلَى أَقْصَى مَا يَنْتَهِي إِلَيْهِ اسْمُ النِّسَاءِ، وَعِنْدَهُمَا يُنْظَرُ إِنْ كَانَ ثَمَّةَ مَعْهُودٍ يَنْصَرِفُ إِلَيْهِ وَإِلَّا يَنْصَرِفُ إِلَى جَمِيعِ الْعُمُرِ، وَفِي الْأَيَّامِ الْمَعْهُودِ فِي عُرْفِ النَّاسِ أَيَّامُ الْأُسْبُوعِ فَكَانَتْ مُرَادَةً، وَفِي الشُّهُورِ الْمَعْهُودِ شُهُورُ السَّنَةِ فَكَانَتْ مُرَادَةً وَهِيَ اثْنَا عَشَرَ شَهْرًا، وَلَا مَعْهُودٌ فِي الْجَمْعِ وَالسِّنِّينَ فَيَنْصَرِفُ يَمِينُهُ إِلَى جَمِيعِ الْعُمُرِ.

وَقَوْلُهُ (لَأَنَّهُ يَذُورُ عَلَيْهَا) قِيلَ أَيُّ لَأَنَّ الشُّهُورَ تَذُورُ عَلَى اثْنَيْ عَشَرَ، وَكَانَ الْقِيَاسُ أَنْ يَقُولَ: لَأَنَّهُ تَذُورُ عَلَيْهِ، وَلَكِنْ أَوَّلُ الْمَذْكُورِ فِي الْأَوَّلِ وَبِالْإِفْرَادِ فِي الثَّانِي.

(وَمَنْ قَالَ لَعَبْدِهِ إِنْ خَدَمْتَنِي أَيَّامًا كَثِيرَةً فَأَنْتَ حُرٌّ فَالْأَيَّامُ الْكَثِيرَةُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ عَشْرَةُ أَيَّامٍ) لِأَنَّهُ أَكْثَرُ مَا يَتَنَاوَلُهُ اسْمُ الْأَيَّامِ، وَقَالَا: سَبْعَةُ أَيَّامٍ لِأَنَّ مَا زَادَ عَلَيْهَا تَكَرَّرَ. وَقِيلَ لَوْ كَانَ الْيَمِينُ بِالْفَارِسِيَّةِ يَنْصَرِفُ إِلَى سَبْعَةِ أَيَّامٍ لِأَنَّهُ يُذَكَّرُ فِيهَا بِلَفْظِ الْفَرْدِ دُونَ الْجَمْعِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ قَالَ لَعَبْدِهِ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (وَقِيلَ لَوْ كَانَتْ الْيَمِينُ بِالْفَارِسِيَّةِ) يَعْنِي مِثْلَ أَنْ يَقُولَ أَكْرَ خَدَمْتَ كُنِي مَرَارُوزْ هَايَ بِسِيَّارٍ تَوَازَاذِي غَرْمُ خَدَمَ سَبْعَةَ أَيَّامٍ يَنْبَغِي أَنْ يُعْتَقَ لِأَنَّ فِي لِسَانِنَا يُسْتَعْمَلُ فِي جَمِيعِ الْأَعْدَادِ لَفْظَةُ رُوزَ فَلَا يَجِيءُ مَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ فِي الْعَرَبِيَّةِ مِنْ انْتِهَاءِ لَفْظِ الْجَمْعِ إِلَى عَشْرَةٍ؛ فَلِذَلِكَ أُرِيدَ فِي الْعَرَبِيَّةِ أَكْثَرُ مَا يَنْطَلِقُ عَلَيْهِ اسْمُ الْأَيَّامِ، لِأَنَّ بَعْدَ ذَلِكَ لَا يُقَالُ أَيَّامٌ بَلْ يُقَالُ إِحْدَى عَشَرَ يَوْمًا وَمِائَةَ يَوْمٍ

وَأَلْفَ يَوْمٍ. وَقِيلَ فِي تَعْلِيلِ الْمُصَنَّفِ نَظَرٌ لِأَنَّ لَفْظَ الْفَرْدِ بِالْفَارِسِيَّةِ إِمَّا أَنْ يُفْهَمَ مِنْهُ مَعْنَى الْجَمْعِ أَوْ لَا، فَإِنْ فُهِمَ يَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ الْعَرَبِيُّ وَالْفَارِسِيُّ سَوَاءً وَإِنْ لَمْ يَفْهَمَ يَنْبَغِي أَنْ لَا يَكُونَ الْأُسْبُوعُ مُرَادًا أَيْضًا.

وَيُمْكِنُ أَنْ يُجَابَ عَنْهُ بِأَنَّهُ يُفْهَمُ مِنْهُ مَعْنَى الْجَمْعِ. وَقَوْلُهُ: يَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ الْعَرَبِيُّ وَالْفَارِسِيُّ سَوَاءً، قُلْنَا: مَمْنُوعٌ لِأَنَّ لَفْظَ الْفَارِسِيِّ وَإِنْ أَفَادَ مَعْنَى الْجَمْعِ لَكِنْ لَا يَنْتَهِي إِلَى الْعَشْرَةِ وَتَخْصِيصُ أَيَّامِ الْأُسْبُوعِ لِكَوْنِهِ الْمَعْهُودُ أَوْ لِعَدَمِ الْقَائِلِ بِالْفَصْلِ.

بَابُ الْيَمِينِ فِي الْعِتْقِ وَالطَّلَاقِ

(وَمَنْ قَالَ لَامْرَأَتِهِ إِذَا وَلَدَتْ وَلَدًا فَأَنْتِ طَالِقٌ فَوَلَدَتْ وَلَدًا مَيِّتًا طَلَّقَتْ، وَكَذَلِكَ إِذَا قَالَ لَأُمِّتِهِ إِذَا وَلَدَتْ وَلَدًا فَأَنْتِ حُرَّةٌ) لِأَنَّ الْمَوْجُودَ مَوْلُودٌ فَيَكُونُ وَلَدًا حَقِيقَةً وَيُسَمَّى بِهِ فِي الْعُرْفِ، وَيُعْتَبَرُ وَلَدًا فِي الشَّرْعِ حَتَّى تَنْقُضِي بِهِ الْعِدَّةَ، وَالِدُّمُ بَعْدَهُ نِفَاسٌ وَأُمُّهُ أُمٌ وَلَدٍ لَهُ فَتَحَقَّقَ الشَّرْطُ وَهُوَ وَلَادَةُ الْوَلَدِ.

الشرح:

(بَابُ الْيَمِينِ فِي الْعِتْقِ وَالطَّلَاقِ): قَدَّمَ هَذَا الْبَابَ عَلَى غَيْرِهِ لِأَنَّ الْحَلْفَ بِهِمَا أَكْثَرُ وَقُوْعًا فَكَانَ مَعْرِفَةُ أَحْكَامِهِ أَهَمَّ مِنْ غَيْرِهِ (وَمَنْ قَالَ لَامْرَأَتِهِ إِذَا وَلَدَتْ وَلَدًا فَأَنْتِ طَالِقٌ فَوَلَدَتْ وَلَدًا مَيِّتًا طَلَّقَتْ، وَلَوْ قَالَ ذَلِكَ لِأُمِّتِهِ وَعَلَّقَ بِهِ الْحُرِّيَّةَ عَتَقَتْ) لِأَنَّ الشَّرْطَ وَلَادَةُ الْوَلَدِ وَقَدْ تَحَقَّقَتْ لِأَنَّ الْمَوْجُودَ مَوْلُودٌ حَقِيقَةً وَعُرْفًا وَحُكْمًا؛ أَمَّا حَقِيقَةُ فَظَاهِرٌ، وَكَذَلِكَ عُرْفًا لِأَنَّهُ يُسَمَّى فِي الْعُرْفِ وَلَدًا، وَأَمَّا شَرْعًا فَلِأَنَّ الشَّرْعَ اعْتَبَرَهُ وَلَدًا حَتَّى تَنْقُضِي بِهِ الْعِدَّةَ وَالِدُّمُ بَعْدَهُ نِفَاسٌ وَأُمُّهُ أُمٌ وَلَدٍ، وَإِذَا تَحَقَّقَ الشَّرْطُ ثَبَتَ الْحُكْمُ.

(وَلَوْ قَالَ إِذَا وَلَدَتْ وَلَدًا فَهُوَ حُرٌّ فَوَلَدَتْ وَلَدًا مَيِّتًا ثُمَّ آخَرَ حَيًّا عَتَقَ الْحَيَّ وَحَدَهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَ: لَا يُعْتَقُ وَاحِدٌ مِنْهُمَا) لِأَنَّ الشَّرْطَ قَدْ تَحَقَّقَ بِوَلَادَةِ الْمَيِّتِ عَلَى مَا بَيَّنَّا فَتَنَحَّلَ الْيَمِينُ لَا إِلَى جَزَاءٍ لِأَنَّ الْمَيِّتَ لَيْسَ بِمَحَلٍّ لِلْحُرِّيَّةِ وَهِيَ الْجَزَاءُ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ مُطْلَقَ اسْمِ الْوَلَدِ مُقَيَّدٌ بِوَصْفِ الْحَيَاةِ لِأَنَّهُ قَصَدَ إِثْبَاتَ الْحُرِّيَّةِ جَزَاءً وَهِيَ قُوَّةُ حُكْمِيَّةٍ تَظْهَرُ فِي دَفْعِ تَسَلُّطِ الْغَيْرِ وَلَا تَثْبُتُ فِي الْمَيِّتِ فَيَتَقَيَّدُ بِوَصْفِ الْحَيَاةِ فَصَارَ كَمَا إِذَا قَالَ إِذَا وَلَدَتْ وَلَدًا حَيًّا، بِخِلَافِ جَزَاءِ الطَّلَاقِ وَحُرِّيَّةِ الْأُمِّ لِأَنَّهُ لَا يَصْلُحُ مُقَيَّدًا.

الشرح:

(وَلَوْ قَالَ إِذَا وَلَدَتْ وَلَدًا فَهُوَ حُرٌّ فَوَلَدَتْ وَلَدًا مَيِّتًا ثُمَّ آخَرَ حَيًّا عَتَقَ الْحَيَّ

وَحَدَهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: لَا يُعْتَقُ وَاحِدٌ مِنْهُمَا لِأَنَّ الشَّرْطَ قَدْ تَحَقَّقَ بِوِلَادَةِ الْمَيِّتِ عَلَى مَا بَيَّنَّا) أَنَّ الْمَوْجُودَ مَوْلُودٌ إلخ لَكِنَّ الْمَيِّتَ لَمَّا لَمْ يَكُنْ مَحَلًّا لِلْحُرِّيَّةِ انْحَلَّتِ الْيَمِينُ لَكِنَّ لَا إِلَى جَزَاءٍ كَمَا لَوْ قَالَ لَامْرَأَتِهِ إِنَّ دَخَلْتَ الدَّارَ فَأَلْتِ طَالِقٌ فَدَخَلْتَ الدَّارَ بَعْدَمَا أَبَانَهَا وَانْقَضَتْ عِدَّتُهَا تَنْحَلُّ الْيَمِينُ لَا إِلَى جَزَاءٍ.

وَقَوْلُهُ (وَلَأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ مُطْلَقَ اسْمِ الْوَلَدِ مُقَيَّدٌ بِوَصْفِ الْحَيَاةِ) يَعْنِي أَنَّ الْوَلَدَ وَإِنْ كَانَ مُطْلَقًا فِي اللَّفْظِ لَكِنَّهُ مُقَيَّدٌ بِوَصْفِ الْحَيَاةِ دَلَالَةً؛ لِأَنَّهُ قَصَدَ اثْبَاتَ الْحُرِّيَّةِ لَهُ جَزَاءً وَالْمَيِّتُ لَيْسَ بِمَحَلٍّ لَهَا فَصَارَ كَمَا لَوْ قَالَ إِذَا وَلَدْتَ وَلَدًا حَيًّا وَلَمْ يُوجَدْ، بِخِلَافِ جَزَاءِ الطَّلَاقِ وَحُرِّيَّةِ الْأُمِّ لِأَنَّهُ أَيُّ الْجَزَاءِ لَا يَصْلُحُ مُقَيَّدًا لِاسْتِغْنَائِهِمَا عَنْ حَيَاةِ الْوَلَدِ فَلَمْ يَكُنْ الشَّرْطُ إِلَّا وَِلَادَةُ الْوَلَدِ وَقَدْ تَحَقَّقَتْ عَلَى مَا بَيَّنَّا.

وَاسْتَشْكَلَ بِمَا لَوْ قَالَ إِذَا اشْتَرَيْتَ عَبْدًا فَهُوَ حُرٌّ فَاشْتَرَى عَبْدًا لَغَيْرِهِ انْحَلَّتْ يَمِينُهُ، حَتَّى لَوْ اشْتَرَى بَعْدَ ذَلِكَ عَبْدًا لِنَفْسِهِ لَمْ يُعْتَقَ مَعَ أَنَّهُ جَعَلَ شِرَاءَ الْعَبْدِ شَرْطًا لِحُرِّيَّتِهِ وَعَبْدُ الْغَيْرِ لَيْسَ مَحَلًّا لِلْحُرِّيَّةِ عَنِ الْمُشْتَرِي لِعَدَمِ مِلْكِهِ.

وَأُجِيبَ بِأَنَّ الْإِضْمَارَ إِنَّمَا يَكُونُ لِتَصْحِيحِ الْكَلَامِ، وَالْحَاجَةُ إِلَى إِضْمَارِ الْمَلِكِ لِتَصْحِيحِهِ لَيْسَتْ كَالْحَاجَةِ إِلَى إِضْمَارِ الْحَيَاةِ لِأَنَّ الْحُرِّيَّةَ بِذَوْنِ الْحَيَاةِ لَا تُتَصَوَّرُ أَصْلًا، وَفِي مِلْكِ الْغَيْرِ تُتَصَوَّرُ مَوْقُوفَةً عَلَى الْإِجَارَةِ فَلَا يَلْزَمُ مِنْ وَجُوبِ إِضْمَارِ الْحَيَاةِ إِضْمَارُ الْمَلِكِ.

(وَإِذَا قَالَ أَوَّلُ عَبْدٍ اشْتَرَيْهِ فَهُوَ حُرٌّ فَاشْتَرَى عَبْدًا عَتَقَ) لِأَنَّ الْأَوَّلَ اسْمَ لِفَرْدٍ سَابِقٍ (فَإِنْ اشْتَرَى عَبْدَيْنِ مَعًا ثُمَّ آخَرَ لَمْ يُعْتَقِ وَاحِدٌ مِنْهُمَا) لِانْعِدَامِ التَّفَرُّدِ فِي الْأَوَّلَيْنِ وَالسَّبْقِ فِي الثَّلَاثِ فَانْعَدَمَتِ الْأَوَّلِيَّةُ (وَإِنْ قَالَ أَوَّلُ عَبْدٍ اشْتَرَيْهِ وَحَدَهُ فَهُوَ حُرٌّ عَتَقَ الثَّلَاثُ) لِأَنَّهُ يُرَادُ بِهِ التَّفَرُّدُ فِي حَالَةِ الشِّرَاءِ لِأَنَّ وَحْدَهُ لِلْحَالِ لُغَةً وَالثَّلَاثُ سَابِقٌ فِي هَذَا الْوَصْفِ (وَإِنْ قَالَ آخِرُ عَبْدٍ اشْتَرَيْهِ فَهُوَ حُرٌّ فَاشْتَرَى عَبْدًا ثُمَّ مَاتَ لَمْ يُعْتَقِ) لِأَنَّ الْآخِرَ اسْمَ لِفَرْدٍ لَاحِقٍ وَلَا سَابِقٍ لَهُ فَلَا يَكُونُ لَاحِقًا (وَلَوْ اشْتَرَى عَبْدًا ثُمَّ عَبْدًا ثُمَّ مَاتَ عَتَقَ الْآخِرَ) لِأَنَّهُ فَرْدٌ لَاحِقٌ فَاتَّصَفَ بِالْآخِرِيَّةِ (وَيُعْتَقُ يَوْمَ اشْتِرَاؤِهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ حَتَّى يُعْتَبَرَ مِنْ جَمِيعِ الْمَالِ، وَقَالَا: يُعْتَقُ يَوْمَ مَاتَ) حَتَّى يُعْتَبَرَ مِنَ الثَّلَاثِ لِأَنَّ الْآخِرِيَّةَ لَا تَثْبُتُ إِلَّا بَعْدَ شِرَاءِ غَيْرِهِ بَعْدَهُ وَذَلِكَ يَتَحَقَّقُ بِالمَوْتِ فَكَانَ الشَّرْطُ مُتَحَقِّقًا عِنْدَ الْمَوْتِ فَيَقْتَصِرُ عَلَيْهِ.

وَلَأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الْمَوْتَ مُعَرَّفٌ فَأَمَّا اتِّصَافُهُ بِالْآخِرِيَّةِ فَمِنْ وَقْتِ الشِّرَاءِ فَيَثْبُتُ مُسْتَدًّا،
وَعَلَى هَذَا الْخِلَافِ تَعْلِيقُ الطَّلَقَاتِ الثَّلَاثِ بِهِ، وَقَائِدُهُ تَظْهَرُ فِي جَرَيَانِ الْإِرْثِ وَعَدَمِهِ.

الشرح:

(وَلَوْ قَالَ أَوَّلُ عَبْدٍ أُشْتَرِيَ فَهُوَ حُرٌّ) عَلَى مَا ذَكَرَ فِي الْكِتَابِ ظَاهِرٌ، وَكَذَا قَوْلُهُ
أَوَّلُ عَبْدٍ أُشْتَرِيَ وَحْدَهُ وَهِيَ مِنْ مَسَائِلِ الْجَامِعِ الْكَبِيرِ. وَاسْتَشْكَلَ بِمَا لَوْ قَالَ أَوَّلُ عَبْدٍ
أَمْلَكُهُ وَاحِدًا فَهُوَ حُرٌّ فَاشْتَرَى عَبْدَيْنِ مَعًا ثُمَّ اشْتَرَى آخَرَ لَا يُعْتَقُ الثَّلَاثُ مَعَ أَنَّ مَعْنَى
التَّفَرُّدِ فِيهِمَا عَلَى طَرِيقَةٍ وَاحِدَةٍ؛ وَفَرَّقَ بَيْنَهُمَا بِأَنَّ وَاحِدًا يَقْتَضِي نَفْيَ الْمَشَارَكَةِ فِي
الذَّاتِ، وَوَحْدَهُ يَقْتَضِيهِ فِي الْفِعْلِ الْمَقْرُونِ بِهِ دُونَ الذَّاتِ وَلِهَذَا صَدَقَ الرَّجُلُ فِي قَوْلِهِ
فِي الدَّارِ رَجُلٌ وَاحِدٌ وَإِنْ كَانَ مَعَهُ فِيهَا صَبِيٌّ أَوْ امْرَأَةٌ وَكَذَبَ فِي ذَلِكَ إِذَا قَالَ وَحْدَهُ.
وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ قُلْنَا: إِذَا قَالَ وَاحِدًا أَنَّهُ أَضَافَ الْعِتْقَ إِلَى أَوَّلِ عَبْدٍ مُطْلَقٍ لِأَنَّ قَوْلَهُ
وَاحِدًا لَمْ يُفِدْ أَمْرًا زَائِدًا عَلَى مَا أَفَادَهُ لَفْظُ أَوَّلٍ فَكَانَ حُكْمُهُ كَحُكْمِهِ، وَإِذَا قَالَ وَحْدَهُ
فَقَدْ أَضَافَ الْعِتْقَ إِلَى أَوَّلِ عَبْدٍ لَا يُشَارِكُهُ غَيْرُهُ فِي التَّمْلُكِ وَالثَّلَاثُ بِهِذِهِ الصِّفَةِ فَيُعْتَقُ.
وَقَوْلُهُ (وَإِنْ قَالَ آخِرُ عَبْدٍ أُشْتَرِيَ فَهُوَ حُرٌّ) وَاضِحٌ. قَوْلُهُ (وَيُعْتَبَرُ مِنْ جَمِيعِ الْمَالِ)
يَعْنِي إِذَا كَانَ اشْتَرَاهُ فِي الصَّحَّةِ وَقَوْلُهُ (حَتَّى يُعْتَبَرَ مِنْ ثُلْثِ الْمَالِ) يَعْنِي عَلَى كُلِّ حَالٍ
لِأَنَّ شَرْطَ الْعِتْقِ آخِرِيَّةُ الْعَبْدِ الْمَشْتَرَى وَهِيَ لَا تُثْبِتُ إِلَّا بَعْدَ شِرَاءِ غَيْرِهِ بَعْدَهُ وَعَدَمُ
شِرَاءِ غَيْرِهِ يَتَحَقَّقُ بِالْمَوْتِ فَكَانَ الشَّرْطُ مُتَحَقِّقًا عِنْدَهُ فَيَقْتَصِرُ عَلَيْهِ. وَلَأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ
الْمَوْتَ مُعَرَّفٌ. وَتَقْرِيرُهُ أَنَّهُ لَمَّا اشْتَرَى الثَّانِي بَعْدَ الْأَوَّلِ ثُبُتُ صِفَةِ الْآخِرِيَّةِ فِيهِ، لَكِنْ
كَانَتْ بَعَرَضِيَّةً أَنْ يَزُولَ بِشِرَاءِ غَيْرِهِ فَلَا يُحْكَمُ بِعِتْقِهِ مَا لَمْ يَتَيَقَّنْ؛ فَإِذَا مَاتَ وَلَمْ يَشْتَرِ
غَيْرُهُ عَرَفْنَا تَقَرُّرَ صِفَةِ الْآخِرِيَّةِ عَلَيْهِ فَيُعْتَقُ مِنْ ذَلِكَ الْوَقْتِ، كَمَا لَوْ قَالَ لِأَمْتِهِ إِذَا
حَضَتْ فَأَلْتَ حُرَّةً فَرَأَتْ الدَّمَ لَا تُعْتَقُ لِحَوَازِ أَنْ يَنْقَطِعَ الدَّمُ فِيمَا دُونَ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ، فَإِذَا
اسْتَمَرَّ بِهَا الدَّمُ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ عَقَّتْ مِنْ حِينَ رَأَتْ لِأَنَّهُ تَبَيَّنَ أَنَّ مَا رَأَتْهُ كَانَ حَيْضًا حِينَ
رَأَتْ الدَّمَ، إِلَى هَذَا أَشَارَ الْإِمَامُ السَّرْحَسِيُّ، ذَكَرَهُ فِي النَّهَايَةِ؛ وَفِيهِ تَسَامُحٌ لِأَنَّ مَا ذَكَرَ
فِي الْكِتَابِ مِنْ بَابِ الْاسْتِنَادِ وَمَا مِثْلُ بِهِ مِنْ بَابِ التَّبَيُّنِ، وَيَجُوزُ أَنْ يُقَالَ الْعَرَضُ مِنَ
التَّمْثِيلِ بَيَانُ عَدَمِ الْاِقْتِصَارِ وَالْاسْتِنَادُ وَالتَّبَيُّنُ فِي ذَلِكَ سَوَاءٌ. وَقَوْلُهُ (وَعَلَى هَذَا الْخِلَافِ
تَعْلِيقُ الطَّلَقَاتِ الثَّلَاثِ بِهِ) أَيُّ بِوَصْفِ الْآخِرِيَّةِ كَمَا إِذَا قَالَ آخِرُ امْرَأَةٍ أَتَزَوَّجُهَا فَهِيَ

طالِقُ ثَلَاثًا فَتَرْوِجُ امْرَأَةً ثُمَّ امْرَأَةً ثُمَّ مَاتَ عِنْدَهُمَا يَفْعُ الطَّلَاقُ مَقْصُورًا عَلَى الْمَوْتِ حَتَّى تَسْتَحِقَّ الْمِيرَاثَ، وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ يَفْعُ مُسْتَنَدًا إِلَى وَقْتِ التَّرْوِجِ فَلَا تَسْتَحِقُّهُ، وَفَائِدَةُ التَّقْيِيدِ بِالثَّلَاثِ جَازَ أَنْ يَكُونَ بَيَانَ الطَّلَاقِ الْبَائِنِ فَإِنَّ بِهِ يَكُونُ الرَّوْجُ فَرًّا وَتَرَبُّثُ الْمَرْأَةِ عِنْدَهُمَا.

(وَمَنْ قَالَ كُلُّ عَبْدٍ بَشْرَنِي بِوِلَادَةِ فُلَانَةٍ فَهُوَ حُرٌّ فَبَشْرُهُ ثَلَاثَةٌ مُتَفَرِّقِينَ عَتَقَ الْأَوَّلُ) لِأَنَّ الْبِشَارَةَ اسْمٌ لِحَبْرِ يُغَيَّرُ بِشَرَّةِ الْوَجْهِ، وَيُشْتَرَطُ كَوْنُهُ سَارًّا بِالْعُرْفِ، وَهَذَا إِنَّمَا يَتَحَقَّقُ مِنَ الْأَوَّلِ (وَأَنْ بَشَرُوهُ مَعًا عَتَقُوا) لِأَنَّهَا تَحَقَّقَتْ مِنَ الْكُلِّ.

الشرح:

قَالَ: (وَمَنْ قَالَ كُلُّ عَبْدٍ بَشْرَنِي بِوِلَادَةِ فُلَانَةٍ) الْبِشَارَةُ اسْمٌ لِحَبْرِ غَابَ عَنْ الْمُخْبِرِ عِلْمُهُ وَقَدْ يَكُونُ بِالْخَيْرِ وَقَدْ يَكُونُ بِالشَّرِّ إِلَّا أَنَّهُ فِي الْعُرْفِ يُسْتَعْمَلُ فِيمَا يَسُرُّ وَيَنْفِي الْحُزْنَ وَيَتَحَقَّقُ مِنْ وَاحِدٍ فَكَثُرَ؛ فَإِذَا قَالَ كُلُّ عَبْدٍ بَشْرَنِي بِوِلَادَةِ فُلَانَةٍ (فَبَشْرُهُ ثَلَاثَةٌ) فَإِنْ أَخْبَرُوهُ مَعًا عَتَقُوا لِأَنَّ الْبِشَارَةَ حَصَلَتْ مِنْهُمْ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿وَدَشَرُوهُ بِغُلَامٍ عَلِيمٍ﴾ [الذاريات: ٢٨] وَإِنْ أَخْبَرُوا مُتَفَرِّقِينَ وَاحِدًا بَعْدَ وَاحِدٍ عَتَقَ الْأَوَّلُ لِأَنَّ الْبِشَارَةَ حَصَلَتْ مِنْهُ، وَيُعْضَدُهُ مَا رَوَى «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ مَرَّ بِابْنٍ مَسْعُودٍ وَهُوَ يَقْرَأُ الْقُرْآنَ فَقَالَ: مَنْ أَحَبَّ أَنْ يَقْرَأَ الْقُرْآنَ غَضًا طَرِيًّا كَمَا أُنْزِلَ فَلْيَقْرَأْهُ بِقِرَاءَةِ ابْنِ أُمِّ عَبْدِ، فَابْتَدَرَ إِلَيْهِ أَبُو بَكْرٍ وَعُمَرُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا لِلْبِشَارَةِ، فَسَبَقَ أَبُو بَكْرٍ عُمَرَ بِهَا، وَكَانَ ابْنُ مَسْعُودٍ إِذَا ذَكَرَ ذَلِكَ يَقُولُ بَشْرَنِي أَبُو بَكْرٍ وَأَخْبَرَنِي عُمَرُ» وَإِنْ قَالَ إِنْ اشْتَرَيْتَ فُلَانًا فَهُوَ حُرٌّ فَاشْتَرَاهُ يَنْوِي بِهِ كَفَّارَةَ يَمِينِهِ لَمْ يُجْزِهِ لِأَنَّ الشَّرْطَ: أَيْ شَرَطَ الْخُرُوجَ عَنْ عَهْدَةِ التَّكْفِيرِ قِرَاءَ نِيَّةِ التَّكْفِيرِ بِعِلَةِ الْعِتْقِ وَهِيَ الْيَمِينُ فِيمَا نَحْنُ فِيهِ وَلَمْ يُوجَدْ، وَإِنَّمَا وَجِدَ عِنْدَ الشَّرَاءِ وَهُوَ شَرَطُ الْعِتْقِ لَا عِلَّتُهُ فَلَا يَكُونُ مُفِيدًا، حَتَّى لَوْ كَانَتْ النِّيَّةُ مُقَارِنَةً لِلْيَمِينِ أَجْزَأَهُ عَنِ الْكَفَّارَةِ، وَإِنْ اشْتَرَى أَبَاهُ يَنْوِي بِهِ كَفَّارَةَ يَمِينِهِ أَجْزَأَهُ عِنْدَنَا خِلَافًا لِرُفْرِ وَالشَّافِعِيِّ، وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ الْأَوَّلُ. وَوَجْهُ قَوْلِهِمْ أَنَّ النِّيَّةَ تُشْتَرَطُ عِنْدَ الْعِلَةِ وَالشَّرَاءِ شَرَطُ الْعِتْقِ لَا عِلَّتُهُ، وَإِنَّمَا الْعِلَةُ هِيَ الْقَرَابَةُ فَلَا تُفِيدُ النِّيَّةَ عِنْدَ الشَّرَاءِ.

(وَلَوْ قَالَ إِنْ اشْتَرَيْتَ فُلَانًا فَهُوَ حُرٌّ فَاشْتَرَاهُ يَنْوِي بِهِ كَفَّارَةَ يَمِينِهِ لَمْ يَجْزُ) لِأَنَّ الشَّرْطَ قِرَاءَ النِّيَّةِ بِعِلَةِ الْعِتْقِ وَهِيَ الْيَمِينُ، فَأَمَّا الشَّرَاءُ فَشَرَطُهُ (وَأِنْ اشْتَرَى أَبَاهُ يَنْوِي

عَنْ كَفَّارَةٍ يَمِينِهِ أَجْرَاهُ عِنْدَنَا) خِلَافًا لَزُفَرٍ وَالشَّافِعِيِّ. لَهُمَا أَنَّ الشِّرَاءَ شَرْطُ الْعِتْقِ، فَهَذَا الْعِلَّةُ فِيهِ الْقَرَابَةُ وَهَذَا لِأَنَّ الشِّرَاءَ إِثْبَاتُ الْمِلْكِ وَالْإِعْتِقَاقُ إِزَالَتُهُ وَبَيْنَهُمَا مُنَافَاةٌ. وَلَنَا أَنَّ شِرَاءَ الْقَرِيبِ إِعْتِقَاقٌ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «لَنْ يَجْزِيَ وَلَدٌ وَالِدَهُ إِلَّا أَنْ يَجِدَهُ مَمْلُوكًا فَيَشْتَرِيهِ فَيُعْتِقَهُ»^(١) جَعَلَ نَفْسَ الشِّرَاءِ إِعْتِقَاقًا لِأَنَّهُ لَا يُشْتَرِطُ غَيْرُهُ وَصَارَ نَظِيرُ قَوْلِهِ سَقَاهُ فَأَرَوَاهُ.

الشرح:

(وَهَذَا) أَيُّ كَوْنُ الشِّرَاءِ شَرْطًا لَا عِلَّةَ لِأَنَّ الشِّرَاءَ إِثْبَاتُ الْمِلْكِ وَهُوَ ظَاهِرٌ، وَالْإِعْتِقَاقُ لَيْسَ إِثْبَاتًا لِلْمِلْكِ؛ لِأَنَّهُ إِزَالَتُهُ فَكَانَ بَيْنَهُمَا مُنَافَاةٌ فَلَا يَكُونُ الشِّرَاءُ إِعْتِقَاقًا. وَلَنَا أَنَّ شِرَاءَ الْقَرِيبِ إِعْتِقَاقٌ لِقَوْلِهِ ﷺ «لَنْ يَجْزِيَ وَلَدٌ وَالِدَهُ إِلَّا أَنْ يَجِدَهُ مَمْلُوكًا فَيَشْتَرِيهِ فَيُعْتِقَهُ» وَوَجْهُ الاسْتِدْلَالِ مَا ذَكَرَهُ بِقَوْلِهِ جَعَلَ نَفْسَ الشِّرَاءِ إِعْتِقَاقًا لِأَنَّهُ لَمْ يَشْتَرِطْ غَيْرَهُ. وَقَوْلُهُ (وَصَارَ نَظِيرُ قَوْلِهِ سَقَاهُ فَأَرَوَاهُ) جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ عَطْفَ الْإِعْتِقَاقِ عَلَى الشِّرَاءِ بِالْفَاءِ وَهُوَ يَفْتَضِي التَّرَاخِي بَزَمَانٍ فِي كَلَامِ الْعَرَبِ وَإِنْ لَطَفَ فَلَا يَكُونُ نَفْسُهُ. وَوَجْهُهُ أَنَّ الْفِعْلَ إِذَا عُطِفَ عَلَى فِعْلِ آخَرَ بِالْفَاءِ كَانَ الثَّانِي نَائِبًا بِالْأَوَّلِ فِي كَلَامِ الْعَرَبِ؛ يُقَالُ: ضَرَبَهُ فَأَوْجَعَهُ وَأَطْعَمَهُ فَأَشْبَعَهُ وَسَقَاهُ فَأَرَوَاهُ؛ أَيُّ بِذَلِكَ الْفِعْلُ لَا بَعِيرَهُ. وَفِيهِ بَحْثٌ وَهُوَ أَنَّ شِرَاءَ الْقَرِيبِ هَلْ يُثْبِتُ الْمِلْكَ لِلْمُشْتَرِي الْقَرِيبِ أَوْ لَا؟ فَإِنْ أَثْبَتَهُ لَا يُزِيلُهُ لِأَنَّ الْمُثْبِتَ بَعَيْنُهُ لَا يَكُونُ مُزِيلًا، وَإِنْ لَمْ يُثْبِتْهُ لَا يُعْتَقُ عَلَيْهِ لِأَنَّهُ لَا عِتْقَ فِيمَا لَا يَمْلِكُهُ ابْنُ آدَمَ. لَا يُقَالُ: شِرَاءُ الْقَرِيبِ يُثْبِتُ الْمِلْكَ لَكِنْ ثُبُوتُ الْمِلْكِ فِي تَقَرُّبِ إِعْتِقَاقٍ لِأَنَّ الْإِعْتِقَاقَ إِزَالَةُ الْمِلْكِ وَكَوْنُ ثُبُوتِ الشَّيْءِ إِزَالَةً لَهُ مُحَالٌ بِالْبَدِيهَةِ.

وَلَا يُقَالُ: شِرَاءُ الْقَرِيبِ إِعْتِقَاقٌ بِوَاسِطَةِ مُوجِبِهِ وَهُوَ ثُبُوتُ الْمِلْكِ لِأَنَّهُ أَشَدُّ اسْتِحَالَةً لِأَنَّهُ يَلْزَمُ أَنْ يَكُونَ مُثْبِتُ الشَّيْءِ وَنَفْسُ ثُبُوتِهِ إِزَالَةً لَهُ. وَالْجَوَابُ أَنَّ قَوْلَهُمْ ثُبُوتُ الْمِلْكِ فِي الْقَرِيبِ إِعْتِقَاقٌ مَعْنَاهُ أَنَّ الشَّرْعَ أَخْرَجَ الْقَرِيبَ عَنْ مَحَلِّيَةِ الْمِلْكِ بَقَاءً كَمَا أَنَّهُ أَخْرَجَ الْحُرَّ عَنْ مَحَلِّيَةِ ابْتِدَاءٍ وَبَقَاءً، وَهَذَا لِأَنَّ الْعِتْقَ لَا يَقَعُ إِلَّا فِي الْمِلْكِ، فَلَوْ لَمْ يَقُلْ ثُبُوتُ الْمِلْكِ ابْتِدَاءً لَمْ يَتَصَوَّرْ زَوَالُهُ، وَمَنْ قَالَ لِأَمَةٍ قَدْ اسْتَوْلَدَهَا بِالنِّكَاحِ إِنْ اشْتَرَيْتُكَ فَأَلَّتِ حُرَّةٌ عَنْ كَفَّارَةِ يَمِينِي فَإِنَّهَا تُعْتَقُ لَوْجُودِ الشَّرْطِ، وَلَا يَجْزِيهِ عَنْ

(١) أخرجه مسلم في العتق (٢٥).

الْكَفَّارَةَ لِأَنَّ حُرِّيَّتَهَا مُسْتَحَقَّةٌ بِالْاِسْتِيلَادِ فَلَا تُضَافُ إِلَى الْيَمِينِ مِنْ كُلِّ وَجْهِ، وَالْوَاجِبُ بِالْيَمِينِ مَا يَسْتَحِقُّ حُرِّيَّتَهُ بِهَا مِنْ كُلِّ وَجْهِ. وَلَقَائِلُ أَنْ يَقُولَ: الْقَرِيبُ مُسْتَحِقٌّ لِلْعَتَقِ بِالْقَرَابَةِ كَمَا أَنَّ أُمَّ الْوَلَدِ مُسْتَحَقَّةٌ لَهُ بِالْاِسْتِيلَادِ فَمَا بَالُهَا لَمْ تُعْتَقَ إِذَا اشْتَرَاهَا بِنَيْتِ الْكَفَّارَةِ بَعْدَ التَّغْلِيْقِ كَمَا عَتَقَ الْقَرِيبُ. وَالْجَوَابُ أَنَّ الْاِسْتِيلَادَ فَعَلُّ اخْتِيَارِيٍّ مِنْ جِهَةِ الْمُسْتَوْلَدِ فَكَانَتْ الْحُرِّيَّةُ مِنْ جِهَتَيْنِ: جِهَةِ الْاِسْتِيلَادِ وَالشِّرَاءِ فَلَمْ يَقَعْ عَنِ الْكَفَّارَةِ مِنْ كُلِّ وَجْهِ، بِخِلَافِ الْقَرَابَةِ فَإِنَّهَا لَيْسَتْ كَذَلِكَ فَلَمْ يَكُنْ مِنْ جِهَةِ الْقَرِيبِ جِهَةٌ فِي حُرِّيَّتِهِ سِوَى الشِّرَاءِ، فَإِذَا اشْتَرَاهُ نَاوِيًا لِلْكَفَّارَةِ كَانَتْ الْحُرِّيَّةُ عَنِ الْكَفَّارَةِ مِنْ كُلِّ وَجْهِ. وَلَوْ اشْتَرَى أُمَّ وَلَدِهِ لَمْ يُجْزِهِ) وَمَعْنَى هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ أَنْ يَقُولَ لِأَمَةٍ قَدْ اسْتَوْلَدَهَا بِالنِّكَاحِ: إِنْ اشْتَرَيْتُكَ فَأَنْتِ حُرَّةٌ عَنِ كَفَّارَةِ يَمِينِي ثُمَّ اشْتَرَاهَا فَإِنَّهَا تُعْتَقُ لَوْجُودِ الشَّرْطِ وَلَا يُجْزِيهِ عَنِ الْكَفَّارَةِ لِأَنَّ حُرِّيَّتَهَا مُسْتَحَقَّةٌ بِالْاِسْتِيلَادِ فَلَا تُضَافُ إِلَى الْيَمِينِ مِنْ كُلِّ وَجْهِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ لِقَتْنَةٍ إِنْ اشْتَرَيْتُكَ فَأَنْتِ حُرَّةٌ عَنِ كَفَّارَةِ يَمِينِي حَيْثُ يُجْزِيهِ عَنْهَا إِذَا اشْتَرَاهَا لِأَنَّ حُرِّيَّتَهَا غَيْرُ مُسْتَحَقَّةٍ بِجِهَةٍ أُخْرَى فَلَمْ تَخْتَلِ الْإِضَافَةُ إِلَى الْيَمِينِ وَقَدْ قَارَنْتُهُ النَّيَّةُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (بِخِلَافِ مَا إِذَا) (قَالَ لِقَتْنَةُ) ظَاهِرٌ.

(وَمَنْ) (قَالَ إِنْ تَسَرَّيْتُ جَارِيَةً فَهِيَ حُرَّةٌ) فَتَسَرَّى جَارِيَةً كَانَتْ فِي مِلْكِهِ عَتَقَتْ لِأَنَّ الْيَمِينَ انْعَقَدَتْ فِي حَقِّهَا لِمَصَادَفَتِهَا الْمَلِكَ وَهَذَا لِأَنَّ الْجَارِيَةَ مُنْكَرَةٌ فِي هَذَا الشَّرْطِ فَتَتَنَاولُ كُلَّ جَارِيَةٍ عَلَى الْاِنْفِرَادِ (وَإِنْ اشْتَرَى جَارِيَةً فَتَسَرَّاهَا لَمْ تُعْتَقِ) خِلَافًا لِرُفْرُ فَإِنَّهُ يَقُولُ: التَّسَرِّي لَا يَصِحُّ إِلَّا فِي الْمَلِكِ فَكَانَ ذِكْرُهُ ذِكْرَ الْمَلِكِ وَصَارَ كَمَا إِذَا قَالَ لِأَجْنَبِيَّةٍ إِنْ طَلَقْتُكَ فَعَبْدِي حُرٌّ يَصِيرُ التَّزْوُجُ مَذْكُورًا. وَلَنَا أَنَّ الْمَلِكَ يَصِيرُ مَذْكُورًا ضَرُورَةً صِحَّةَ التَّسَرِّي وَهُوَ شَرْطٌ فَيَتَقَدَّرُ بِقَدْرِهِ وَلَا يَظْهَرُ فِي حَقِّ صِحَّةِ الْجَزَاءِ وَهُوَ الْحُرِّيَّةُ، وَفِي مَسْأَلَةِ الطَّلَاقِ إِنَّمَا يَظْهَرُ فِي حَقِّ الشَّرْطِ دُونَ الْجَزَاءِ، حَتَّى لَوْ قَالَ لَهَا إِنْ طَلَقْتُكَ فَأَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا فَتَزَوَّجَهَا وَطَلَقَهَا وَاحِدَةً لَا تَطْلُقُ ثَلَاثًا فَهَذِهِ زَانٌ مَسْأَلَتِنَا.

الشرح:

قَالَ: (وَمَنْ قَالَ إِنْ تَسَرَّيْتُ جَارِيَةً فَهِيَ حُرَّةٌ) مَعْنَى تَسَرَّيْتُ اتَّخَذْتُ سُرِّيَّةً،

وَهِيَ فَعْلِيَّةٌ مَنْسُوبَةٌ إِلَى السَّرِّ وَهُوَ الْجَمَاعُ أَوْ الْإِخْفَاءُ لِأَنَّ الْإِنْسَانَ يُسَرُّهُ، وَإِنَّمَا ضُمَّتْ سِينُهُ لِأَنَّ الْأَبْنِيَّةَ قَدْ تَنَغَّيَّرَ فِي النَّسَبَةِ كَمَا قَالُوا فِي النَّسَبَةِ إِلَى الدَّهْرِ دُهِرِيٌّ بِضَمِّ الدَّالِّ لِلْمُعَمَّرِ. وَالتَّسْرِيَّ عِبَارَةٌ عَنِ التَّحْصِينِ وَالْجَمَاعِ طَلَبُ الْوَلَدِ أَوْ لَمْ يَطْلُبْ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: لَا بُدَّ مِنْ طَلَبِ الْوَلَدِ مَعَ ذَلِكَ حَتَّى لَوْ وَطَّيْهَا وَعَزَلَ عَنْهَا لَا يَكُونُ تَسْرِيًّا عِنْدَهُ، وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ لَمْ يَسْتَلْزِمُ مِلْكَ الرَّقَبَةِ، وَإِنَّمَا يَسْتَلْزِمُ مِلْكَ الْمُتَعَةِ سَوَاءً كَانَ بِالنِّكَاحِ أَوْ بِمِلْكِ الرَّقَبَةِ، فَإِذَا قَالَ إِنْ تَسْرَيْتَ جَارِيَةً فَهِيَ حُرَّةٌ (فَتَسْرِي جَارِيَةً كَانَتْ فِي مِلْكِهِ عَقَقَتْ لِأَنَّ الْيَمِينَ انْعَقَدَتْ فِي حَقِّهَا لِمَصَادَفَتِهَا الْمَلِكِ) وَكُلُّ مَا انْعَقَدَ فِي حَقِّهِ الْيَمِينُ إِذَا وَجَدَ الشَّرْطُ فِيهِ يَتَرْتَّبُ عَلَيْهِ الْجَزَاءُ. وَقَوْلُهُ (وَهَذَا لِأَنَّ الْجَارِيَةَ تَوْضِيحٌ لِانْعِقَادِ الْيَمِينِ فِي حَقِّهَا (وَإِنْ اشْتَرَى جَارِيَةً فَتَسَرَّاهَا لَمْ تُعْتَقْ خِلَافًا لَزَفَرٍ فَإِنَّهُ يَقُولُ: التَّسْرِي لَا يَصِحُّ إِلَّا فِي الْمَلِكِ، فَكَانَ ذِكْرُهُ ذِكْرَ الْمَلِكِ، وَصَارَ كَمَا إِذَا قَالَ لِأَجْنَبِيَّةٍ إِنْ طَلَقْتِكَ فَعَبْدِي حُرٌّ يَصِيرُ التَّرْوُجُ مَذْكُورًا).

فَإِنْ قِيلَ: هَذَا قَوْلٌ بِالْاِقْتِضَاءِ وَزَفَرٌ لَا يَقُولُ بِالْاِقْتِضَاءِ. أُجِيبَ بِأَنَّ اثْبَاتَ الْمَلِكِ هَاهُنَا بِدَلَالَةِ اللَّفْظِ لَا بِالْاِقْتِضَاءِ، وَالْفَرْقُ بَيْنَهُمَا أَنَّ الثَّابِتَ دَلَالَةٌ مَا يَكُونُ مَفْهُومًا مِنَ اللَّفْظِ بِلَا تَأْمُلٍ وَاجْتِهَادٍ كَمَا كَانَ النَّهْيُ عَنِ الضَّرْبِ وَالشَّتْمِ وَسَائِرِ الْأَفْعَالِ الْمُؤَذِيَةِ مَفْهُومًا مِنَ النَّهْيِ عَنِ التَّأْفِيفِ، وَلَا كَذَلِكَ الْمُقْتَضَى لِأَنَّ الْمُقْتَضَى لَا يُفْهَمُ مِنْ ذِكْرِ الْمُقْتَضَى، ثُمَّ إِذَا قِيلَ فِيمَا نَحْنُ فِيهِ عِنْدَ فُلَانٍ سُرِّيَّةٌ يُرَادُ بِهَا جَارِيَةٌ مَمْلُوكَةٌ مِنْ غَيْرِ تَأْمُلٍ، فَلَمَّا كَانَ الْمَلِكُ مَفْهُومًا مِنَ التَّسْرِيِّ بِلَا تَأْمُلٍ وَاجْتِهَادٍ كَانَ الْمَلِكُ ثَابِتًا بِطَرِيقِ الدَّلَالَةِ لَا بِطَرِيقِ الْاِقْتِضَاءِ، هَكَذَا ذَكَرَهُ صَاحِبُ النَّهَايَةِ وَبَقِيَّةُ الشَّارِحِينَ.

وَفِيهِ نَظَرٌ لِأَنَّ الثَّابِتَ بِالدَّلَالَةِ هُوَ مَا يَكُونُ بِطَرِيقِ الْخِلَاقِ صُورَةً بِأُخْرَى بِأَمْرِ جَامِعٍ كَالضَّرْبِ الْمُلْحَقِ بِالتَّأْفِيفِ بِوَاسِطَةِ الْأَذَى؛ وَلِهَذَا ذَهَبَ بَعْضُ أَصْحَابِنَا وَأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ إِلَى أَنَّ الدَّلَالَةَ قِيَاسٌ لَوْجُودِ أَصْلٍ وَفَرَعٍ وَعِلَّةٍ جَامِعَةٍ بَيْنَهُمَا، وَالْمَلِكُ مِنَ التَّسْرِيِّ لَيْسَ كَذَلِكَ.

وَأَقُولُ: هَذَا اللَّفْظُ يُسْتَعْمَلُ فِي الْعُرْفِ بِمَعْنَى إِنْ وَطَّيْتُ مَمْلُوكَةً لِي فَكَانَتْ الدَّلَالَةُ بِطَرِيقِ الْعِبَارَةِ مَجَازًا. أَوْ نَقُولُ هَذَا الْحُكْمُ إِذَا ثَبَتَ عَنْ زَفَرٍ وَلَمْ يَقُلْ بِالْاِقْتِضَاءِ كَانَ مُنَاقِضًا فَكُفِينَا مَثْوَنَةَ الْجِدَالِ مَعَهُ (وَلَنَا أَنَّ الْمَلِكَ يَصِيرُ مَذْكُورًا ضَرُورَةً صِحَّةِ

التَّسْرِي) وَتَقْرِيرُهُ: سَلَمْنَا أَنْ ذَكَرَهُ ذَكَرُ الْمَلِكِ، وَلَكِنْ بِطَرِيقِ الْاِقْتِضَاءِ ضَرُورَةُ صِحَّةِ التَّسْرِي لَكَوْنِهِ شَرْطًا، وَمَا ثَبِتُ بِالضَّرُورَةِ يَتَقَدَّرُ بِقَدَرِهَا (وَلَا يَظْهَرُ فِي حَقِّ صِحَّةِ الْجَزَاءِ وَهُوَ الْحُرِّيَّةُ) لِأَنَّهَا لَيْسَتْ مِنْ لَوَازِمِ الْمَلِكِ الثَّابِتِ اِقْتِضَاءَ وَقَوْلُهُ (وَفِي مَسْأَلَةِ الطَّلَاقِ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ كَمَا إِذَا قَالَ لِأَجْنَبِيَّةٍ.

وَتَقْرِيرُهُ مَا ذَكَرْتُ مِنَ الْمَسْأَلَةِ الْمَذْكُورَةِ فَلَا مُرُ فِيهِ كَذَلِكَ لِأَنَّهُ ثَبِتَ فِيهَا مِلْكُ النِّكَاحِ ضَرُورَةُ صِحَّةِ الشَّرْطِ الَّذِي هُوَ الطَّلَاقُ وَلَا يَتَعَدَّى إِلَى صِحَّةِ الْجَزَاءِ (حَتَّى لَوْ قَالَ لَهَا إِنْ طَلَقْتِكُ فَأَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا فَتَزَوَّجْهَا وَطَلَقَهَا لَا تَطْلُقُ ثَلَاثًا فَهَذِهِ وَزَانُ مَسْأَلَتِنَا) مِنْ حَيْثُ إِنْ فِي كُلِّ مِنْهُمَا ثَبِتَ شَرْطُ الشَّرْطِ لَصِحَّةُ الشَّرْطِ وَلَا يَتَعَدَّى إِلَى صِحَّةِ الْجَزَاءِ، وَأَمَّا وَزَانُ مَسْأَلَةِ زُفَرٍ فَهُوَ أَنْ يَقُولَ إِنْ تَسَرَّيْتُ جَارِيَةً فَعَبْدِي حُرٌّ فَاشْتَرَى جَارِيَةً فَتَسَرَّيْتُ بِهَا عَتَقَ الْعَبْدَ لِقِيَامِ الْمَلِكِ فِي الْحَالِ فِي الْعَبْدِ فَيَصِحُّ تَعْلِيْقُ عِتْقِهِ بِشَرْطِ سَيُوجَدُ.

(وَمَنْ قَالَ كُلُّ مَمْلُوكٍ لِي حُرٌّ تُعْتَقَ أُمَّهَاتُ أَوْلَادِهِ وَمُدَبَّرُوهُ وَعَبِيدُهُ) لَوْجُودِ الْإِضَافَةِ الْمُطْلَقَةِ فِي هَؤُلَاءِ، إِذِ الْمَلِكُ ثَابِتٌ فِيهِمْ رَقَبَةٌ وَيَدًا (وَلَا يُعْتَقُ مَكَاتِبُوهُ إِلَّا أَنْ يَنْوِيَهُمْ) لِأَنَّ الْمَلِكَ غَيْرُ ثَابِتٍ يَدًا وَلِهَذَا لَا يَمْلِكُ أَكْسَابُهُ وَلَا يَحِلُّ لَهُ وَطْءُ الْمَكَاتِبَةِ، بِخِلَافِ أُمِّ الْوَلَدِ وَالْمُدَبِّرَةِ فَاخْتَلَتْ الْإِضَافَةُ فَلَا بُدَّ مِنَ النَّيِّتِ.

الشرح:

(وَمَنْ قَالَ كُلُّ مَمْلُوكٍ لِي حُرٌّ عَتَقَ أُمَّهَاتُ أَوْلَادِهِ وَمُدَبَّرُوهُ وَعَبِيدُهُ) لَوْجُودِ الْإِضَافَةِ الْمُطْلَقَةِ فِي هَؤُلَاءِ، يَعْنِي أَنْ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْ هَؤُلَاءِ فِي الْإِضَافَةِ إِلَى نَفْسِهِ بِقَوْلِهِ لِي كَامِلٌ (إِذِ الْمَلِكُ ثَابِتٌ فِيهِمْ رَقَبَةٌ وَيَدًا) وَإِذَا كَانَ الْمَلِكُ كَذَلِكَ دَخَلُوا تَحْتَ كَلِمَةِ كُلِّ فَيُعْتَقُونَ، وَإِنْ قَالَ أَرَدْتُ الرِّجَالَ خَاصَّةً صَدَقَ دِيَانَةُ خَاصَّةً، أَمَّا تَصَدِيقُهُ دِيَانَةُ فَلَأَنَّ لَفْظَ الْمَمْلُوكِ وَضِعَ لِلْمَذْكُورِ، وَأَمَّا عَدَمُ تَصَدِيقِهِ قَضَاءً فَلَأَنَّهُمْ عِنْدَ الْاِخْتِلَاطِ يُسْتَعْمَلُ فِيهِمْ لَفْظُ الْمَذْكُورِ عَرَفًا، وَلَوْ نَوَى الْإِنَاثَ لَعَتَ نَيْتُهُ، وَإِنْ قَالَ لَمْ أَتَوِ الْمُدَبِّرِينَ لَمْ يَصْدُقْ فِي الْقَضَاءِ عَلَى رِوَايَةِ كِتَابِ الْعَتَاقِ وَلَمْ يَصْدُقْ لَا قَضَاءَ وَلَا دِيَانَةَ عَلَى رِوَايَةِ كِتَابِ الْأَيْمَانِ فَفِيهِ رِوَايَتَانِ (وَلَا يُعْتَقُ مَكَاتِبُوهُ إِلَّا أَنْ يَنْوِيَهُمْ لِأَنَّ الْمَلِكَ غَيْرُ ثَابِتٍ يَدًا وَلِهَذَا لَا يَمْلِكُ أَكْسَابُهُ وَلَا يَحِلُّ لَهُ وَطْءُ) الْأَمَةِ (الْمَكَاتِبَةِ) فَكَانَ الْمَكَاتِبُ مَمْلُوكًا مِنْ وَجْهِ دُونَ

وَجِهٍ (بِخِلَافِ أُمِّ الْوَلَدِ وَالْمُدَبَّرَةِ فَاخْتَلَتْ الْإِضَافَةُ فَلَا بُدَّ مِنَ النِّيَّةِ).

(وَمَنْ قَالَ لِنِسْوَةٍ لَهُ هَذِهِ طَالِقٌ أَوْ هَذِهِ وَهَذِهِ طَلَّقْتَ الْأَخِيرَةَ وَلَهُ الْخِيَارُ فِي الْأَوَّلِيَيْنِ) لِأَنَّ كَلِمَةَ أَوْ لِإِثْبَاتِ أَحَدِ الْمَذْكُورَيْنِ وَقَدْ أَدْخَلَهَا بَيْنَ الْأَوَّلِيَيْنِ ثُمَّ عَطَفَ الثَّالِثَةَ عَلَى الْمُطْلَقَةِ لِأَنَّ الْعَطْفَ لِلْمُشَارَكَةِ فِي الْحُكْمِ فَيَخْتَصُّ بِمَحَلِّهِ فَصَارَ كَمَا إِذَا قَالَ إِحْدَاكُمَا طَالِقٌ وَهَذِهِ (وَكَذَا إِذَا قَالَ لِعَبِيدِهِ هَذَا حُرٌّ أَوْ هَذَا وَهَذَا عَتَقَ الْأَخِيرُ وَلَهُ الْخِيَارُ فِي الْأَوَّلَيْنِ) لَمَّا بَيَّنَّا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ قَالَ لِنِسْوَةٍ لَهُ هَذِهِ طَالِقٌ أَوْ هَذِهِ وَهَذِهِ) عَلَى مَا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (فَيَخْتَصُّ بِمَحَلِّهِ) أَيُّ بِمَحَلِّ الْحُكْمِ وَهِيَ الْمُطْلَقَةُ لِأَنَّ الْكَلَامَ سَبَقَ لِإِقَاعِ الطَّلَاقِ. وَاعْتَرَضَ بِأَنَّ الْعَطْفَ كَمَا يَصِحُّ عَلَى مَنْ وَقَعَ عَلَيْهِ الْحُكْمُ يَصِحُّ أَيْضًا عَلَى مَنْ لَمْ يَقَعْ عَلَيْهِ الْحُكْمُ، وَالْأَصْلُ عَدَمُ الْحُكْمِ فَيُعْطَفُ عَلَى مَنْ لَمْ يَقَعْ عَلَيْهِ الْحُكْمُ كَمَا فِي قَوْلِهِ وَاللَّهُ لَا أَكْلَمُ فُلَانًا أَوْ فُلَانًا وَفُلَانًا، فَإِنَّهُ إِنْ كَلَّمَ الْأَوَّلَ حَنْثٌ، وَإِنْ كَلَّمَ أَحَدَ الْآخَرَيْنِ لَا يَحْنُ حَتَّى يُكَلِّمَهُمَا، وَيَكُونُ الثَّالِثُ مَعْطُوفًا عَلَى الثَّانِي الَّذِي لَمْ يَقَعْ عَلَيْهِ الْحُكْمُ مُتَّفِرِدًا وَهَذَا لِأَنَّ الْجَمْعَ بِحَرْفِ الْجَمْعِ كَالْجَمْعِ بِلَفْظِ الْجَمْعِ فَصَارَ كَأَنَّهُ قَالَ هَذِهِ طَالِقٌ أَوْ هَاتَانِ فَحِينَئِذٍ كَانَ هُوَ مُخَيَّرًا فِي الطَّلَاقِ وَالْعَتَاقِ، إِنْ شَاءَ أَوْقَعَ عَلَى الْأَوَّلَى، وَإِنْ شَاءَ أَوْقَعَ عَلَى الْآخَرَتَيْنِ.

وَأُجِيبَ بِأَنَّ هَذَا الَّذِي ذَكَرْتَهُ هُوَ رَوَايَةُ ابْنِ سِمَاعَةَ عَنْ مُحَمَّدٍ، فَأَمَّا الَّذِي ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ فَهُوَ ظَاهِرُ الرُّوَايَةِ.

وَالْفَرْقُ بَيْنَ جَوَابِ ظَاهِرِ الرُّوَايَةِ فِي الطَّلَاقِ وَالْعَتَاقِ وَبَيْنَ قَوْلِهِ وَاللَّهُ لَا أَكْلَمُ فُلَانًا أَوْ فُلَانًا وَفُلَانًا فِي أَنَّ الثَّالِثَ مَعْطُوفٌ عَلَى الثَّانِي الَّذِي لَمْ يَقَعْ عَلَيْهِ الْحُكْمُ، وَهُوَ مَسْأَلَةُ الْجَامِعِ هُوَ أَنَّ كَلِمَةَ أَوْ إِذَا دَخَلَتْ بَيْنَ شَيْئَيْنِ تَتَنَاوَلُ أَحَدَهُمَا نَكْرَةً، إِلَّا أَنْ فِي الطَّلَاقِ وَالْعَتَاقِ الْمَوْضِعُ الْمَوْضِعُ الْإِثْبَاتِ، وَالنَّكْرَةُ فِي مَوْضِعِ الْإِثْبَاتِ تَخْصُ فَتَتَنَاوَلُ أَحَدَهُمَا، فَإِذَا عَطَفَ الثَّالِثُ عَلَى أَحَدِهِمَا صَارَ كَأَنَّهُ قَالَ إِحْدَاكُمَا طَالِقٌ وَهَذِهِ، وَلَوْ نَصَّ عَلَى هَذَا كَانَ الْحُكْمُ مَا قُلْنَا، أَمَّا فِي مَسْأَلَةِ الْجَامِعِ فَالْمَوْضِعُ الْمَوْضِعُ التَّفْيِ وَهِيَ فِيهِ نَعْمُ كَقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَلَا تَطْعَمْ مِنْهُمْ ءَاثِمًا أَوْ كَفُورًا﴾ [الإنسان: ٢٤] فَصَارَ كَأَنَّهُ قَالَ

وَاللّٰهُ لَا أَكْلَمُ فَلَانَا وَلَا فَلَانَا، فَلَمَّا ذَكَرَ الثَّلَاثَ بِحَرْفِ الْوَائِ صَارَ كَأَنَّهُ قَالَ أَوْ هَذَيْنِ، وَلَوْ نَصَّ عَلَى هَذَا كَانَ الْحُكْمُ هَكَذَا فَكَذَا هَاهُنَا.

بَابُ الْيَمِينِ فِي الْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ وَالتَّزْوِجِ وَغَيْرِ ذَلِكَ

(وَمَنْ حَلَفَ لَا يَبِيعُ أَوْ لَا يَشْتَرِي أَوْ لَا يُؤَاجِرُ فَوَكَّلَ مَنْ فَعَلَ ذَلِكَ لَمْ يَحْنَثْ) لِأَنَّ الْعَقْدَ وَجَدَ لَهُ مِنَ الْعَاقِدِ حَتَّى كَانَتْ الْحُقُوقُ عَلَيْهِ، وَلِهَذَا لَوْ كَانَ الْعَاقِدُ هُوَ الْحَالِفُ يَحْنَثُ فِي يَمِينِهِ فَلَمْ يَوْجَدْ مَا هُوَ الشَّرْطُ وَهُوَ الْعَقْدُ مِنَ الْأَمْرِ، وَإِنَّمَا الثَّابِتُ لَهُ حُكْمُ الْعَقْدِ إِلَّا أَنْ يَنْوِي ذَلِكَ لِأَنَّ فِيهِ تَشْدِيدًا أَوْ يَكُونُ الْحَالِفُ ذَا سُلْطَانٍ لَا يَتَوَلَّى الْعَقْدَ بِنَفْسِهِ لِأَنَّهُ يَمْنَعُ نَفْسَهُ عَمَّا يَعْتَادُهُ

الشرح:

(بَابُ الْيَمِينِ فِي الْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ وَالتَّزْوِجِ وَغَيْرِ ذَلِكَ): يُرِيدُ بِغَيْرِ ذَلِكَ الطَّلَاقَ وَالْعَتَاقَ وَالضَّرْبَ، وَهَذِهِ التَّصَرُّفَاتُ فِي الْأَيْمَانِ كَثِيرَةُ الْوُقُوعِ بِالنِّسْبَةِ إِلَى مَا بَعْدَهُ فَلِذَلِكَ قَدَّمَهُ.

قَالَ فِي النَّهَايَةِ: ثُمَّ الضَّابِطُ فِي هَذِهِ التَّصَرُّفَاتِ لِأَصْحَابِنَا رَحِمَهُمُ اللَّهُ فِيمَا يَحْنَثُ بِفِعْلِ الْمَأْمُورِ، وَفِيمَا لَا يَحْنَثُ شَيْئَانِ:

أَحَدُهُمَا أَنْ كُلَّ فِعْلٍ تَرْجِعُ الْحُقُوقُ فِيهِ إِلَى الْمُبَاشِرِ، فَالْحَالِفُ لَا يَحْنَثُ بِمُبَاشَرَةِ الْمَأْمُورِ، وَكُلُّ فِعْلٍ تَرْجِعُ الْحُقُوقُ فِيهِ إِلَى مَنْ وَقَعَ حُكْمُ الْفِعْلِ لَهُ يَحْنَثُ.

وَالثَّانِي أَنْ كُلَّ فِعْلٍ يَحْتَمِلُ حُكْمُهُ الْإِتِّقَالَ إِلَى غَيْرِهِ، فَالْحَالِفُ فِيهِ لَا يَحْنَثُ بِمُبَاشَرَةِ الْمَأْمُورِ، وَكُلُّ فِعْلٍ لَا يَحْتَمِلُ ذَلِكَ يَحْنَثُ. قِيلَ وَكُلُّ مَا يَسْتَعْنِي الْمَأْمُورُ فِي مُبَاشَرَتِهِ عَنْ إِضَافَتِهِ إِلَى الْأَمْرِ فَالْأَمْرُ لَا يَحْنَثُ بِمُبَاشَرَةِ الْمَأْمُورِ، وَإِنْ كَانَ لَا يَسْتَعْنِي عَنْ هَذِهِ الْإِضَافَةِ يَحْنَثُ.

وَالْفَقْهُ فِي ذَلِكَ أَنَّ الْعَقْدَ مَتَى رَجَعَتْ حُقُوقُهُ إِلَى مَنْ وَقَعَ حُكْمُ الْعَقْدِ لَهُ فَمَقْصُودُ الْحَالِفِ مِنَ الْحَلْفِ التَّوَقُّي عَنْ حُكْمِ الْعَقْدِ لَهُ وَعَنْ حُقُوقِهِ وَكِلَاهُمَا يَرْجِعَانِ إِلَيْهِ، وَمَتَى رَجَعَتْ حُقُوقُهُ إِلَى الْعَاقِدِ لَا إِلَى مَنْ وَقَعَ حُكْمُ الْعَقْدِ لَهُ فَمَقْصُودُهُ مِنَ الْحَلْفِ التَّوَقُّي مِنْ رُجُوعِ الْحُقُوقِ إِلَيْهِ وَهِيَ لَا تَرْجِعُ إِلَيْهِ فَلَا يَحْنَثُ.

ثُمَّ مِمَّا يَحْنَثُ الْحَالِفُ بِمُبَاشَرَةِ الْمَأْمُورِ بِهِ النِّكَاحُ وَالصُّلْحُ عَنْ دَمِ الْعَمْدِ

وَالطَّلَاقُ وَالْعَتَاقُ وَالْهَبَةُ وَالصَّدَقَةُ وَالْقَرْضُ وَالِاسْتِقْرَاضُ وَضَرْبُ الْعَبْدِ وَالذَّبْحُ وَالْإِبْدَاعُ وَقَبُولُ الْوَدِيعَةِ وَالْإِعَارَةُ وَالِاسْتِعَارَةُ وَخِيَاطَةُ التَّوْبِ وَالْبِنَاءُ، فَإِنَّ الْحَالِفَ كَمَا يَحْتَثُ فِيهَا بِفِعْلٍ نَفْسِهِ يَحْتَثُ أَيْضًا بِفِعْلِ الْمَأْمُورِ.

وَأَمَّا مَا لَا يَحْتَثُ الْحَالِفُ بِمُبَاشَرَةِ الْمَأْمُورِ بِهِ فَهُوَ الْبَيْعُ وَالشِّرَاءُ وَالْإِجَارَةُ وَالِاسْتِجَارَةُ وَالصَّلُحُ عَنِ الْمَالِ وَكَذَلِكَ الْقِسْمَةُ، وَمِنْ الْمَشَايخِ مَنْ أَلْحَقَ الْخُصُومَةَ بِهَذَا الْقِسْمِ. وَإِذَا عُرِفَ هَذَا ظَهَرَ مَعْنَى كَلَامِهِ إِلَّا أَلْفَاظًا تُنبِئُهُ عَلَيْهَا.

وَقَوْلُهُ (إِلَّا أَنْ يَنْوِي) اسْتِثْنَاءٌ مُتَّصِلٌ بِقَوْلِهِ فَوَكَّلَ مَنْ فَعَلَ ذَلِكَ لَمْ يَحْتَثْ: أَيُّ إِلَّا أَنْ يَنْوِي أَنْ لَا يَأْمُرَ غَيْرَهُ أَيْضًا فَحِينَئِذٍ يَحْتَثُ.

وَقَوْلُهُ (أَوْ يَكُونُ الْحَالِفُ ذَا سُلْطَانٍ) يَعْنِي إِذَا بَاشَرَهُ الْمَأْمُورُ حَثَ لِأَنَّ مَقْصُودَهُ مِنَ الْيَمِينِ مَنَعُ نَفْسِهِ عَمَّا هُوَ مُعْتَادُهُ وَمُعْتَادُهُ الْأَمْرُ لِلغَيْرِ، فَلَمَّا أَمَرَ غَيْرَهُ وَقَعَلَ الْمَأْمُورَ حَثَ، وَمَعَ ذَلِكَ لَوْ فَعَلَهُ بِنَفْسِهِ حَثَ أَيْضًا لَوْجُودِ الْبَيْعِ مِنْهُ حَقِيقَةً.

(وَمَنْ حَلَفَ لَا يَتَزَوَّجُ أَوْ لَا يُطَلِّقُ أَوْ لَا يُعْتَقُ فَوَكَّلَ بِذَلِكَ حَثَ) لِأَنَّ الْوَكِيلَ فِي هَذَا سَفِيرٌ وَمُعَبَّرٌ وَلِهَذَا لَا يُضَيِّفُهُ إِلَى نَفْسِهِ بَلْ إِلَى الْأَمْرِ، وَحَقُوقُ الْعَقْدِ تَرْجِعُ إِلَى الْأَمْرِ لَا إِلَيْهِ (وَلَوْ قَالَ عَنَيْتُ أَنْ لَا أَتَكَلَّمَ بِهِ لَمْ يَدِينْ فِي الْقَضَاءِ خَاصَّةً) وَسَنُشِيرُ إِلَى الْمَعْنَى فِي الْفَرْقِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

(لَوْ حَلَفَ لَا يَضْرِبُ عَبْدَهُ أَوْ لَا يَذْبَحُ شَاتَهُ فَأَمَرَ غَيْرَهُ فَفَعَلَ يَحْتَثُ فِي يَمِينِهِ) لِأَنَّ الْمَالِكَ لَهُ وَلَايَةٌ ضَرْبِ عَبْدِهِ وَذَبْحِ شَاتِهِ فَيَمْلِكُ تَوَلِيَّتَهُ غَيْرَهُ ثُمَّ مَنْفَعَتُهُ رَاجِعَةٌ إِلَى الْأَمْرِ فَيَجْعَلُ هُوَ مُبَاشِرًا إِذْ لَا حَقُوقَ لَهُ تَرْجِعُ إِلَى الْمَأْمُورِ (وَلَوْ قَالَ عَنَيْتُ أَنْ لَا أَتَوَلَّى ذَلِكَ بِنَفْسِي دِينَ فِي الْقَضَاءِ) بِخِلَافِ مَا تَقَدَّمَ مِنَ الطَّلَاقِ وَغَيْرِهِ. وَوَجْهُ الْفَرْقِ أَنَّ الطَّلَاقَ لَيْسَ إِلَّا تَكَلُّمًا بِكَلَامٍ يُفْضِي إِلَى وَفُوعِ الطَّلَاقِ عَلَيْهَا، وَالْأَمْرُ بِذَلِكَ مِثْلُ التَّكَلُّمِ بِهِ وَاللَّفْظُ يَنْتَظِمُهُمَا، فَإِذَا نَوَى التَّكَلُّمَ بِهِ فَقَدْ نَوَى الْخُصُوصَ فِي الْعَامِّ فَيَدِينُ دِيَانَةً لَا قَضَاءَ أَمَّا الذَّبْحُ وَالضَّرْبُ فَفِعْلٌ حِسِّيٌّ يَعْرِفُ بِأَثَرِهِ، وَالنَّسْبَةُ إِلَى الْأَمْرِ بِالنَّسْبِيبِ مَجَازٌ، فَإِذَا نَوَى الْفِعْلَ بِنَفْسِهِ فَقَدْ نَوَى الْحَقِيقَةَ فَيَصْدُقُ دِيَانَةً وَقَضَاءً.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (لَأَنَّ الْمَالِكَ لَهُ وَلَايَةٌ ضَرْبِ عَبْدِهِ) يُلُوْحُ إِلَى أَنَّهُ لَوْ أَمَرَ غَيْرَهُ بِضَرْبِ حُرٍّ

وَقَدْ حَلَفَ عَلَى ضَرْبِهِ فَضْرَبَهُ الْمَأْمُورُ لَمْ يَحْنَثْ لِأَنَّهُ لَا وِلَايَةَ لَهُ عَلَيْهِ فَلَا يُعْتَبَرُ أَمْرُهُ فِيهِ. وَقَوْلُهُ (وَوَجْهَ الْفَرْقِ) هُوَ الْفَرْقُ الْمَوْعُودُ بِقَوْلِهِ سُنْشِيرُ.

وَحَاصِلُهُ أَنَّهُ إِذَا تَوَى الْخُصُوصَ فِي الْعُمُومِ يَصْدُقُ دِيَانَةٌ لَا قَضَاءٌ لِأَنَّهُ خِلَافُ الظَّاهِرِ، وَفِيهِ تَخْفِيفٌ عَلَيْهِ. وَإِذَا تَوَى الْحَقِيقَةَ الْمُسْتَعْمَلَةَ صَدَقَ قَضَاءٌ وَدِيَانَةٌ، وَإِنْ كَانَ فِي ذَلِكَ تَخْفِيفٌ عَلَيْهِ لِأَنَّ الْكَلَامَ يُصْرَفُ إِلَى حَقِيقَتِهِ بِغَيْرِ نِيَّةٍ؛ فَإِذَا وَجِدَتْ النِّيَّةُ كَانَ الصَّرْفُ إِلَيْهَا أَوَّلَى.

(وَمَنْ حَلَفَ لَا يَضْرِبُ وَلَدَهُ فَأَمَرَ إِنْسَانًا فَضْرَبَهُ لَمْ يَحْنَثْ) فِي يَمِينِهِ لِأَنَّ مَنَفْعَةَ ضَرْبِ الْوَلَدِ عَائِدَةٌ إِلَيْهِ وَهُوَ التَّأْدِبُ وَالتَّنْقِيفُ فَلَمْ يَنْسِبْ فَعْلَهُ إِلَى الْأَمْرِ، بِخِلَافِ الْأَمْرِ بِضَرْبِ الْعَبْدِ لِأَنَّ مَنَفْعَةَ الْإِثْمَارِ بِأَمْرِهِ عَائِدَةٌ إِلَى الْأَمْرِ فَيُضَافُ الْفِعْلُ إِلَيْهِ (وَمَنْ قَالَ لَغَيْرِهِ إِنْ بَعْتَ لَكَ هَذَا الثُّوبَ فَأَمْرًا لَهُ طَالِقٌ فَدَسَ الْمُحْلُوفُ عَلَيْهِ ثَوْبَهُ فِي ثِيَابِ الْحَالِفِ فَبَاعَهُ وَكَمْ يَعْلَمُ لَمْ يَحْنَثْ) لِأَنَّ حَرْفَ اللَّامِ دَخَلَ عَلَى الْبَيْعِ فَيَقْتَضِي اخْتِصَاصَهُ بِهِ، وَذَلِكَ بِأَن يَفْعَلَهُ بِأَمْرِهِ إِذَا الْبَيْعُ تَجَرَّى فِيهِ النِّيَابَةُ وَكَمْ تُوْجَدُ، بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ إِنْ بَعْتَ ثَوْبًا لَكَ حَيْثُ يَحْنَثُ إِذَا بَاعَ ثَوْبًا مَمْلُوكًا لَهُ، سَوَاءً كَانَ بِأَمْرِهِ أَوْ بِغَيْرِ أَمْرِهِ عِلْمٌ بِذَلِكَ أَوْ لَمْ يَعْلَمْ، لِأَنَّ حَرْفَ اللَّامِ دَخَلَ عَلَى الْعَيْنِ لِأَنَّهُ أَقْرَبُ إِلَيْهِ فَيَقْتَضِي الْاِخْتِصَاصَ بِهِ، وَذَلِكَ بِأَن يَكُونَ مَمْلُوكًا لَهُ، وَتَظْهِيرُهُ الصِّيَاغَةُ وَالْخِيَاطَةُ وَكُلُّ مَا تَجَرَّى فِيهِ النِّيَابَةُ، بِخِلَافِ الْأَكْلِ وَالشُّرْبِ وَضَرْبِ الْغُلَامِ لِأَنَّهُ لَا يَحْتَمِلُ النِّيَابَةَ فَلَا يَفْتَرِقُ الْحُكْمُ فِيهِ فِي الْوَجْهَيْنِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (لِأَنَّ مَنَفْعَةَ ضَرْبِ الْوَلَدِ عَائِدَةٌ إِلَيْهِ) أَيُّ إِلَى الْوَلَدِ، وَذَكَرَ ضَمِيرَ الْمَنَفْعَةِ نَظْرًا إِلَى الْخَبَرِ وَهُوَ التَّأْدِبُ وَالتَّنْقِيفُ. وَقَوْلُهُ (وَمَنْ قَالَ إِنْ بَعْتَ لَكَ هَذَا الثُّوبَ) عَلَى مَا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ وَاضِحٌ.

وَحَاصِلُ ذَلِكَ أَنَّ لَامَ الْاِخْتِصَاصِ إِذَا اتَّصَلَ بِضَمِيرٍ عَقِيبَ فِعْلٍ مُتَعَدٍّ، فَإِذَا أُنْ يَتَوَسَّطُ بَيْنَ الْفِعْلِ وَمَفْعُولِهِ أَوْ يَتَأَخَّرُ عَنِ الْمَفْعُولِ.

وَعَلَى التَّقْدِيرَيْنِ فَإِذَا أُنْ يَحْتَمِلُ الْفِعْلُ النِّيَابَةَ أَوْ لَا، فَإِنْ احْتَمَلَهَا وَتَوَسَّطَ بَيْنَهُمَا كَانَ اللَّامُ لاختصاصِ الْفِعْلِ، وَشَرَطَ حِنْثٌ وَقُوعُ الْفِعْلِ لِأَجْلِ مَنْ لَهُ الضَّمِيرُ سَوَاءً

كَانَتْ الْعَيْنُ مَمْلُوكَةً لَهُ أَوْ لَمْ تَكُنْ، وَذَلِكَ إِنَّمَا يَكُونُ بِالْأَمْرِ، وَإِنْ تَأَخَّرَ عَنِ الْمَفْعُولِ كَانَ اخْتِصَاصُ الْعَيْنِ بِهِ وَشَرْطُ كَوْنِهَا مَمْلُوكَةً لَهُ سَوَاءً كَانَ الْفِعْلُ وَقَعَ لِأَجْلِهِ أَوْ لَمْ يَقَعْ، وَإِنْ لَمْ يَحْتَمِلْهَا لَا يَفْتَرِقُ الْحُكْمُ فِي الْوَجْهَيْنِ: أَيْ فِي التَّوَسُّطِ وَالتَّأَخُّرِ بَلْ يَحْتَثُّ إِذَا فَعَلَهُ سَوَاءً كَانَ بِأَمْرِهِ أَوْ بغيرِ أَمْرِهِ؛ لِأَنَّ الْفِعْلَ إِذَا لَمْ يَحْتَمِلِ النَّيَابَةَ لَمْ يُمْكِنِ انْتِفَالُهُ إِلَى غَيْرِ الْفَاعِلِ فَيَكُونُ الْأَمْرُ وَعَدَمُهُ سَوَاءً فَتَعَيَّنَ أَنْ تَكُونَ اللَّامُ لِاخْتِصَاصِ الْعَيْنِ صَوْتًا لِلْكَلَامِ عَنِ الْإِلْعَافِ، وَمَعْنَى دَسَّ أَخْفَى، وَالْمُرَادُ بِالْغَلَامِ إِمَّا الْعَبْدُ عَلَى مَا ذَكَرَهُ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ لِقَاضِي خَانَ وَإِمَّا الْوَلَدُ كَمَا ذَكَرَهُ فِي الْفَوَائِدِ الظَّهِيرِيَّةِ، وَهَذَا هُوَ الصَّوَابُ لِأَنَّ ضَرْبَ الْعَبْدِ يَحْتَمِلُ النَّيَابَةَ، وَهَذَا لَوْ حَلَفَ لَا يَضْرِبُ عَبْدَهُ فَأَمْرٌ غَيْرُهُ بِضَرْبِهِ حَثٌّ لِأَنَّ الْمَنْفَعَةَ تَعُودُ إِلَيْهِ، وَقَدْ ذَكَرَهُ الْمُصَنِّفُ قُبِيلَ هَذَا، وَمِنْ الشَّارِحِينَ مَنْ وَجَّهَ الْأَوَّلَ، بِأَنَّ الْمُرَادَ بِالْوَكَالَةِ وَالنِّيَابَةِ وَكَالَةً يَتَعَلَّقُ بِهَا حُقُوقٌ يَرْجِعُ بِهَا الْوَكِيلُ بِمَا يَلْحَقُهُ مِنَ الْعَهْدَةِ عَلَى الْمُوَكَّلِ وَلَيْسَ لِلضَّرْبِ شَيْءٌ مِنْ ذَلِكَ فَكَانَ كَالْأَكْلِ وَالشُّرْبِ، وَأَجَابَ عَنِ الْمَسْأَلَةِ الْمَذْكُورَةِ بِأَنَّ مُحَمَّدًا لَمْ يَذْكُرْهَا، وَهُوَ مُخَالَفٌ لِمَا ذَكَرَهُ الْمُصَنِّفُ وَتَخْطِئَةٌ لَهُ فَإِنَّهُ ذَكَرَ أَنَّهُ لَا حُقُوقَ لَهُ تَرْجِعُ إِلَى الْمَأْمُورِ، وَمَعَ ذَلِكَ جَعَلَهُ مِمَّا يَحْتَمِلُ النَّيَابَةَ.

(وَمَنْ قَالَ هَذَا الْعَبْدُ حُرٌّ إِنْ بَعْتَهُ فَبَاعَهُ عَلَى أَنَّهُ بِالْخِيَارِ عَتَقَ) لَوْجُودِ الشَّرْطِ وَهُوَ الْبَيْعُ وَالْمِلْكُ فِيهِ قَائِمٌ فَيَنْزِلُ الْجَزَاءُ (وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ الْمُشْتَرِي إِنْ اشْتَرَيْتَهُ فَهُوَ حُرٌّ فَاشْتَرَاهُ عَلَى أَنَّهُ بِالْخِيَارِ عَتَقَ) أَيْضًا لِأَنَّ الشَّرْطَ قَدْ تَحَقَّقَ وَهُوَ الشِّرَاءُ وَالْمِلْكُ قَائِمٌ فِيهِ، وَهَذَا عَلَى أَصْلِهِمَا ظَاهِرٌ، وَكَذَا عَلَى أَصْلِهِ لِأَنَّ هَذَا الْعِتْقَ بِتَعْلِيْقِهِ وَالْمَعْلُوقُ كَالْمَنْجَزِ، وَلَوْ نَجَزَ الْعِتْقَ يَثْبُتُ الْمِلْكُ سَابِقًا عَلَيْهِ فَكَذَا هَذَا.

الشرح:

قَالَ: (وَمَنْ قَالَ هَذَا الْعَبْدُ حُرٌّ إِنْ بَعْتَهُ فَبَاعَهُ وَشَرَطَ الْخِيَارَ لِنَفْسِهِ عَتَقَ) لَوْجُودِ الشَّرْطِ وَهُوَ الْبَيْعُ وَالْمِلْكُ فِيهِ قَائِمٌ لِأَنَّ خِيَارَهُ يَمْنَعُ خُرُوجَ الْمَبِيعِ عَنْ مِلْكِهِ بِالِاتِّفَاقِ (فَيَنْزِلُ الْجَزَاءُ) قِيلَ لَوْ كَانَ الْبَيْعُ مِنْ غَيْرِ إِفَادَةِ الْحُكْمِ كَافِيًا لَوْفُوعَ مَا عُلِقَ بِهِ لَكَانَ النِّكَاحُ كَذَلِكَ، فَإِذَا عُلِقَ الْعِتْقُ بِالنِّكَاحِ وَوَجَدَ النِّكَاحُ فَاسِدًا وَجَبَ أَنْ يَنْزِلَ الْجَزَاءُ وَلَيْسَ كَذَلِكَ.

وَأُجِيبَ بِأَنَّ جَوَازَ الْبَيْعِ لَيْسَ مِنَ الْمُنَافِي، وَجَوَازُ النِّكَاحِ مَعَ الْمُنَافِي؛ لِأَنَّهُ رِقٌّ

وَالْإِنْسَانِيَّةُ تُنَافِيهِ، فَإِذَا كَانَ النِّكَاحُ فَاسِدًا أَعْتَصِدَ فَسَادُهُ بِمَا يُخَالِفُ الدَّلِيلُ فَتَرَجَّحَ جَانِبُ الْعَدَمِ فَصَارَ كَأَن لَّمْ يَكُنْ، بِخِلَافِ الْبَيْعِ لِأَنَّهُ مُوَافِقٌ لِلدَّلِيلِ فَكَانَ مَوْجُودًا بِالْإِجْبَابِ وَالْقَبُولِ فِي الْمَحَلِّ وَإِنْ لَمْ يُفْذَ الْحُكْمُ؛ وَلَوْ قَالَ إِنْ اشْتَرَيْتَ هَذَا الْعَبْدَ فَهُوَ حُرٌّ فَاشْتَرَاهُ وَشَرَطَ الْخِيَارَ لِنَفْسِهِ عَتَقَ أَيْضًا لِأَنَّ الشَّرْطَ قَدْ تَحَقَّقَ وَهُوَ الشِّرَاءُ وَالْمِلْكُ قَائِمٌ فِيهِ، وَهَذَا عَلَى أَصْلِهِمَا ظَاهِرٌ لِأَنَّ خِيَارَ الْمُشْتَرِي لَا يَمْنَعُ ثُبُوتَ الْمِلْكِ لَهُ عِنْدَهُمَا، وَكَذَا عَلَى أَصْلِهِ لِأَنَّ هَذَا الْعِتْقَ مُعَلَّقٌ بِتَغْلِيْقِهِ وَالْمُعَلَّقُ كَالْمُنْجَرِّ، وَلَوْ نَحَزَ الْعِتْقُ بَعْدَ الشِّرَاءِ بِخِيَارِ الشَّرْطِ انْفَسَخَ الْخِيَارُ وَثَبَتَ الْمِلْكُ وَوَقَعَ الْعِتْقُ فَكَذَلِكَ إِذَا عُلِقَ.

وَرُدُّ بَأْنٍ فِي التَّنْجِيزِ لَوْ لَمْ يَنْفَسَخِ الْخِيَارُ لَبَطَلَ التَّنْجِيزُ أَصْلًا لِعَدَمِ احْتِمَالِهِ التَّأْخِيرِ، وَفِي التَّغْلِيْقِ لَوْ لَمْ يَنْفَسَخِ لَمْ يَبْطُلْ لثُبُوتِ الْعِتْقِ بَعْدَ مُضِيِّ مُدَّةِ الْخِيَارِ فَلَا يَلْزَمُ مِنْ صِحَّةِ التَّنْجِيزِ بِنَفْسِ الْخِيَارِ صِحَّةُ حُكْمِ التَّغْلِيْقِ بِهِ فِي الْحَالِ.

وَأُجِيبَ بِأَنَّ الْعِتْقَ يُحْتَاطُ فِي تَعْجِيلِهِ وَهُوَ مُمَكِّنٌ بِإِيقَاعِهِ فِي الْحَالِ بِنَفْسِ الْخِيَارِ فَلَا يُؤَخَّرُ إِلَى مُضِيِّ مُدَّةِ الْخِيَارِ، وَطُولُهَا هَاهُنَا فَرَقَانِ: فَرَقٌ بَيْنَ مَا نَحْنُ فِيهِ مِنَ الْمَسْأَلَةِ وَيَتَنَهَا وَالْخِيَارُ لِلْبَائِعِ فَإِنَّهُ قَدْ اشْتَرَاهُ وَلَمْ يُعْتَقْ عَلَيْهِ.

وَفَرَقٌ بَيْنَ مَا نَحْنُ فِيهِ مِنَ الْمَسْأَلَةِ وَبَيْنَ مَا إِذَا اشْتَرَى الرَّجُلُ قَرِيبَهُ بِشَرْطِ الْخِيَارِ لَهُ فَإِنَّهُ لَا يُعْتَقُ عَلَيْهِ مَا لَمْ يَسْقُطِ الْخِيَارُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ.

وَفَرَقٌ بَيْنَ الْأَوَّلَيْنِ بِأَنَّ الْخِيَارَ إِذَا كَانَ لِلْمُشْتَرِي يَتِمَكَّنُ مِنْ إِسْقَاطِهِ، وَمَتَى كَانَ الْخِيَارُ لِلْبَائِعِ لَا يَتِمَكَّنُ مِنْ إِسْقَاطِهِ وَبَيْنَ الثَّانِيَيْنِ بِأَنَّ شِرَاءَ الْقَرِيبِ لَمْ يُوجَدْ فِيهِ كَلِمَةُ الْإِعْتَاقِ بَعْدَ الشِّرَاءِ حَتَّى يَسْقُطَ بِهَا الْخِيَارُ فَلَا يُعْتَقُ عَلَيْهِ مَا لَمْ يُسْقُطْهُ، وَأَمَّا فِي الْإِجْبَابِ الْمُعَلَّقِ فَإِنَّهُ يَصِيرُ قَائِلًا عِنْدَ وُجُودِ الشَّرْطِ أَتَتْ حُرٌّ فَيَسْقُطُ الْخِيَارُ ضَرُورَةً لَوْجُودِ مَا يَخْتَصُّ بِالْمِلْكِ، وَوَضْعُ الْمَسْأَلَةِ فِي الْبَيْعِ بِشَرْطِ الْخِيَارِ يُفِيدُ أَنَّ الْبَيْعَ إِذَا كَانَ بَأْنًا لَا يُعْتَقُ وَإِنْ وُجِدَ الْبَيْعُ بِنَاءً عَلَى أَنَّ الْعِلَّةَ مَعَ الْمَعْلُولِ فِي الْوُجُودِ الْخَارِجِيِّ، فَكَمَا تَمَّ الْبَيْعُ زَالَ الْعَبْدُ عَنْ مِلْكِهِ وَالْجَزَاءُ لَا يَنْزِلُ فِي غَيْرِ الْمِلْكِ، بِخِلَافِ مَا فِيهِ الشَّرْطُ فَإِنَّهُمَا يَتَعَايَانِ فِيهِ.

(وَمَنْ قَالَ إِنْ لَمْ أَيْعَ هَذَا الْعَبْدَ أَوْ هَذِهِ الْأَمَةَ فَأَمْرَأَتُهُ طَالِقٌ فَأَعْتَقَ أَوْ دَبَّرَ طَلَّقَتْ

أَمْرَأَتُهُ) لِأَنَّ الشَّرْطَ قَدْ تَحَقَّقَ وَهُوَ عَدَمُ الْبَيْعِ لِفَوَاتِ مَحَلِّيَةِ الْبَيْعِ.

الشرح:

(وَمَنْ قَالَ إِنَّ لَمْ أَيْعِ هَذَا الْعَبْدُ أَوْ هَذِهِ الْأَمَةُ فَأَمْرَأَتُهُ طَالِقٌ فَأَعْتَقَ أَوْ ذَبَرَ طَلَّقَتْ
 أَمْرَأَتُهُ لِأَنَّ الشَّرْطَ قَدْ تَحَقَّقَ وَهُوَ عَدَمُ الْبَيْعِ لِفَوَاتِ مَحَلِّيَةِ الْبَيْعِ) وَهَذَا فِي إِعْتَاقِ الْعَبْدِ
 ظَاهِرٌ، وَأَمَّا فِي التَّدْبِيرِ وَالْأَمَةِ فَلَا بُدَّ مِنْ بَيَانٍ لِأَنَّ الْمُدَبِّرَ يَجُوزُ بَيْعُهُ إِذَا قَضَى الْقَاضِي
 بِجَوَازِ بَيْعِهِ، وَالْأَمَةُ يَجُوزُ أَنْ تَرْتَدَّ فَتُسَبِّى بَعْدَ الْحَقَاقِ بِذَارِ الْحَرْبِ، وَذَلِكَ أَنَّ الْكَلَامَ
 فِي الْمُدَبِّرِ مَا دَامَ مُدَبِّرًا، وَإِذَا قَضَى الْقَاضِي بِجَوَازِ بَيْعِهِ يُفْسَخُ التَّدْبِيرُ وَيَكُونُ الْبَيْعُ حَبِثًا
 بَيْعَ الْقَنْ لَا بَيْعَ الْمُدَبِّرِ، وَفَوَاتُ الْمَحَلِّيَةِ إِنَّمَا كَانَ بِاعْتِبَارِ بَقَاءِ التَّدْبِيرِ، وَهَذَا كَمَا تَرَى
 غَيْرَ مُخْلِصٍ لِأَنَّهُ يُفِيدُ أَنَّ فَوَاتَ الْمَحَلِّيَةِ بَقَاءُ التَّدْبِيرِ وَالتَّدْبِيرُ قَدْ يَزُولُ فَلَا تَفُوتُ الْمَحَلِّيَةُ
 فَكَانَ الْوَاجِبُ أَنْ لَا يَقَعَ الطَّلَاقُ، وَالْأَوَّلَى فِي الْبَيَانِ أَنْ يُقَالَ بَيْعُ الْمُدَبِّرِ لَا يَجُوزُ،
 فَالظَّاهِرُ أَنَّ الْمُسْلِمَ لَا يَقْدُمُ عَلَيْهِ؛ فَإِنْ أَقْدَمَ فَالظَّاهِرُ أَنَّ الْقَاضِي لَا يُقْدِمُ عَلَى الْقَضَاءِ بِمَا
 لَا يَجُوزُ، وَمَعَ ذَلِكَ فَلَا أَصْلَ عَدَمٍ مَا يَحْدُثُ فَكَانَ عَدَمُ فَوَاتِ الْمَحَلِّيَةِ بِنَاءً عَلَى جَوَازِ
 الْقَضَاءِ بَيْنَهُ مُخَالَفًا لِلظَّاهِرِ مِنْ كُلِّ وَجْهِ فَلَا يَكُونُ مُعْتَبَرًا، وَأَمَّا الْأَمَةُ فَإِنَّ مِنْ مَشَايِخِنَا
 مَنْ قَالَ لَا تَطْلُقُ أَمْرَأَتُهُ فِي التَّعْلِيلِ بِعَدَمِ بَيْعِهَا بِاعْتِبَارِ هَذَا الْاِحْتِمَالِ، وَالصَّحِيحُ أَنَّهَا
 تَطْلُقُ لِأَنَّهُ إِنَّمَا عَقَدَ يَمِينَهُ عَلَى الْبَيْعِ بِاعْتِبَارِ هَذَا الْمِلْكِ وَقَدْ انْتَهَى ذَلِكَ الْمِلْكُ بِالْإِعْتَاقِ
 وَالتَّدْبِيرِ.

(وَإِذَا قَالَتِ الْمَرْأَةُ لِرَوْجِهَا تَزَوَّجْتُ عَلَيَّ فَقَالَ كُلُّ امْرَأَةٍ لِي طَالِقٌ ثَلَاثًا طَلَّقَتْ هَذِهِ
 الَّتِي حَلَفْتُ فِي الْقَضَاءِ) وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهَا لَا تَطْلُقُ لِأَنَّهُ أَخْرَجَهُ جَوَابًا فَيَنْطَبِقُ عَلَيْهِ،
 وَلِأَنَّ غَرَضَهُ إِرْضَاؤُهَا وَهُوَ بِطَلَاقِ غَيْرِهَا فَيَتَقَيَّدُ بِهِ وَجْهُ الظَّاهِرِ عُمُومُ الْكَلَامِ وَقَدْ زَادَ
 عَلَى حَرْفِ الْجَوَابِ فَيُجْعَلُ مُبْتَدَأًا، وَقَدْ يَكُونُ غَرَضُهُ إِحْشَاؤُهَا حِينَ اعْتَرَضَتْ عَلَيْهِ فِيمَا
 أَحَلَّهُ الشَّرْعُ وَمَعَ التَّرَدُّدِ لَا يَصْلُحُ مُقَيَّدًا، وَإِنْ نَوَى غَيْرَهَا يُصَدَّقُ دِيَانَةً لَا قَضَاءً لِأَنَّهُ
 تَخْصِيصُ الْعَامِّ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلَوْ) (قَالَتِ الْمَرْأَةُ لِرَوْجِهَا) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (لِأَنَّهُ زَادَ عَلَى حَرْفِ الْجَوَابِ)
 أَيْ أَصْلُهُ، لِأَنَّهُ لَوْ أَرَادَ الْجَوَابَ الْمُطَابِقَ لَقَالَ إِنَّ فَعَلْتُ فَهِيَ طَالِقٌ: فَلَمَّا ذَكَرَ كَلِمَةَ كُلِّ
 دَلَّ عَلَى أَنَّ مُرَادَهُ الْعُمُومَ فَيَعْمَلُ بِعُمُومِ اللَّفْظِ دُونَ خُصُوصِ السَّبَبِ فَكَانَ مُبْتَدَأًا.

وَقَوْلُهُ (وَقَدْ يَكُونُ غَرَضُهُ إِجْمَاسُهَا) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ بِأَنَّ الْغَرَضَ إِرْضَاؤُهَا.

باب اليمين في الحج والصلاة والصوم

(وَمَنْ قَالَ وَهُوَ فِي الْكَعْبَةِ أَوْ فِي غَيْرِهَا عَلَيَّ الْمَشْيُ إِلَى بَيْتِ اللَّهِ تَعَالَى أَوْ إِلَى الْكَعْبَةِ فَعَلَيْهِ حِجَّةٌ أَوْ عُمْرَةٌ مَاشِيًا وَإِنْ شَاءَ رَكِبَ وَأَهْرَاقَ دَمًا) وَفِي الْقِيَاسِ لَا يَلْزَمُهُ شَيْءٌ لِأَنَّهُ التَّزَمَ مَا لَيْسَ بِقُرْبَةٍ وَاجِبَةٍ وَلَا مَقْصُودَةٍ فِي الْأَصْلِ، مَا ثَوَّرَ عَنْ عَلِيٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ. وَلَأَنَّ النَّاسَ تَعَارَفُوا إِيْجَابَ الْحَجِّ وَالْعُمْرَةِ بِهَذَا اللَّفْظِ فَصَارَ كَمَا إِذَا قَالَ عَلِيٌّ زِيَارَةُ الْبَيْتِ مَاشِيًا فَيَلْزَمُهُ مَاشِيًا، وَإِنْ شَاءَ رَكِبَ وَأَرَاقَ دَمًا، وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ فِي الْمَنَاسِكِ (وَلَوْ قَالَ عَلِيٌّ الْخُرُوجُ أَوْ الذَّهَابُ إِلَى بَيْتِ اللَّهِ تَعَالَى فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ) لَأَنَّ التَّزَامَ الْحَجِّ أَوْ الْعُمْرَةِ بِهَذَا اللَّفْظِ غَيْرُ مُتَعَارَفٍ (وَلَوْ قَالَ: عَلَيَّ الْمَشْيُ إِلَى الْحَرَمِ أَوْ إِلَى الصُّفَا وَالْمُرْوَةِ فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ (وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ فِي قَوْلِهِ عَلَيَّ الْمَشْيُ إِلَى الْحَرَمِ حِجَّةٌ أَوْ عُمْرَةٌ) وَلَوْ قَالَ إِلَى الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ فَهُوَ عَلَى هَذَا الْاِخْتِلَافِ. لَهُمَا أَنَّ الْحَرَمَ شَامِلٌ عَلَى الْبَيْتِ، وَكَذَا الْمَسْجِدَ الْحَرَامَ فَصَارَ ذِكْرُهُ كَذِكْرِهِ، بِخِلَافِ الصُّفَا وَالْمُرْوَةِ لِأَنَّهُمَا مُنْفَصِلَانِ عَنْهُ. وَلَهُ أَنَّ التَّزَامَ الْإِحْرَامَ بِهَذِهِ الْعِبَارَةِ غَيْرُ مُتَعَارَفٍ وَلَا يُمَكِّنُ إِيْجَابَهُ بِاعْتِبَارِ حَقِيقَةِ اللَّفْظِ فَامْتَنَعَ أَصْلًا

الشرح:

(بَابُ الْيَمِينِ فِي الْحَجِّ وَالصَّلَاةِ وَالصَّوْمِ): قَدَّمَ هَذَا الْبَابَ عَلَى بَابِ اللَّبْسِ وَغَيْرِهِ لِأَنَّ فِي هَذَا ذِكْرَ الْعِبَادَاتِ وَذَكَرَهَا مُقَدِّمًا عَلَى غَيْرِهَا، وَإِنَّمَا تَأَخَّرَ عَمَّا تَقَدَّمَ لِكثْرَةِ وَقُوعِ ذَلِكَ.

وَمَسَائِلُ هَذَا الْفَصْلِ عَلَى ثَلَاثَةِ أَوْجُهٍ: فِي وَجْهِ يَلْزَمُهُ إِمَّا حِجَّةٌ أَوْ عُمْرَةٌ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا، وَفِي وَجْهِ لَا يَلْزَمُهُ شَيْءٌ كَذَلِكَ، وَفِي وَجْهِ اخْتَلَفُوا فِيهِ.

أَمَّا الْوَجْهُ الْأَوَّلُ فَفِيمَا إِذَا قَالَ عَلِيٌّ الْمَشْيُ إِلَى بَيْتِ اللَّهِ أَوْ إِلَى الْكَعْبَةِ أَوْ إِلَى مَكَّةَ. وَفِي رِوَايَةِ الثَّوَادِرِ أَوْ إِلَى بَكَّةَ سَوَاءً كَانَ فِي الْكَعْبَةِ أَوْ فِي مَكَّةَ أَوْ لَمْ يَكُنْ لَزِمُهُ حِجَّةٌ أَوْ عُمْرَةٌ مَاشِيًا، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ بِمَكَّةَ فَظَاهِرٌ، وَإِنْ كَانَ بِهَا وَاخْتَارَ الْحَجَّ يُحْرِمُ مِنَ الْحَرَمِ وَيَخْرُجُ إِلَى عَرَفَاتٍ مَاشِيًا، فَإِنْ رَكِبَ لَزِمَهُ شَاءَ، وَإِنْ اخْتَارَ الْعُمْرَةَ خَرَجَ إِلَى التَّنْعِيمِ وَيُحْرِمُ بِالْعُمْرَةِ، وَلَمْ يَذْكُرْ مُحَمَّدٌ أَنَّهُ يَخْرُجُ إِلَى التَّنْعِيمِ مَاشِيًا أَوْ رَاكِبًا.

وَقَدْ اختلفَ المَشَايخُ فِيهِ، قَالَ بَعْضُهُمْ: جَازَ لَهُ أَنْ يَرْكَبَ وَقْتَ الرُّوَّاحِ إِلَى التَّنْعِيمِ لِأَنَّ الرُّوَّاحَ إِلَيْهِ لَيْسَ بِمَشْيٍ إِلَى يَتِّبِ اللَّهُ وَإِنَّمَا الْمَشْيُ إِلَيْهِ وَقْتَ الرُّجُوعِ.

وَقَالَ بَعْضُهُمْ: يَمْشِي وَقْتَ الرُّوَّاحِ أَيْضًا لِأَنَّ الرُّوَّاحَ إِلَيْهِ لِلْإِحْرَامِ فَكَانَ مَشْيًا إِلَى يَتِّبِ اللَّهُ وَالْقِيَاسُ أَنْ لَا يَلْزَمُهُ بِهَذَا النَّذْرُ شَيْءٌ (لَأَنَّهُ التَّزَمَ مَا لَيْسَ بِقُرْبَةٍ وَاجِبَةٍ) لِأَنَّ الْمَشْيَ أَمْرٌ مُبَاحٌ (وَلَا مَقْصُودَةٌ فِي الْأَصْلِ) يَعْنِي لِدَاوَاهِ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ مِنْهُ شَيْءٌ آخَرُ لَا نَفْسُهُ فَكَانَ الْقِيَاسُ أَنْ يَكُونَ النَّذْرُ بِهِ بَاطِلًا لَكِنْ تَرَكْنَاهُ بِالْأَثَرِ وَالْعُرْفِ.

أَمَّا الْأَثَرُ فَمَا قَالَ مُحَمَّدٌ فِي الْأَصْلِ: بَلَّغْنَا عَنْ عَلِيٍّ بْنِ أَبِي طَالِبٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّهُ قَالَ: مَنْ جَعَلَ عَلَى نَفْسِهِ الْحَجَّ مَاشِيًا حَجَّ رَاكِبًا وَذَبَحَ شَاةً لِرُكُوبِهِ.

كَذَا فِي بَعْضِ الشُّرُوحِ، وَلَيْسَ بِمُطَابِقٍ لِمَا نَحْنُ فِيهِ لِحَوَازِ أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ فِيمَنْ جَعَلَ عَلَى نَفْسِهِ الْحَجَّ مَاشِيًا بِغَيْرِ هَذَا اللَّفْظِ وَلَيْسَ الْكَلَامُ فِيهِ. وَقَالَ آخَرُونَ: رُوِيَ عَنْ عَلِيٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّهُ أَجَابَ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ بِأَنْ عَلَيْهِ حَجَّةٌ أَوْ عُمْرَةٌ وَهَذَا مُطَابِقٌ. وَقَدْ رَوَى شَيْخِي فِي شَرْحِهِ «أَنَّ أُخْتَ عُقْبَةَ بْنِ عَامِرٍ نَذَرَتْ أَنْ تَمْشِيَ إِلَى يَتِّبِ اللَّهُ تَعَالَى، فَأَمَرَهَا النَّبِيُّ ﷺ أَنْ تُحْرِمَ بِحَجَّةٍ أَوْ عُمْرَةٍ».

وَأَمَّا الْعُرْفُ فَمَا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ أَنَّ النَّاسَ تَعَارَفُوا إِيْجَابَ الْحَجِّ وَالْعُمْرَةِ بِهَذَا اللَّفْظِ فَصَارَ كَمَا إِذَا قَالَ عَلِيٌّ زِيَارَةُ الْيَتِّبِ مَاشِيًا فَيَلْزَمُهُ مَاشِيًا، وَإِنْ رَكِبَ وَأَرَأَى دَمًا فَلَهُ ذَلِكَ عَلَى مَا ذَكَرَهُ فِي الْمَنَاسِكِ.

وَإِيْجَابُ الْحَجِّ أَوْ الْعُمْرَةِ بِهَذَا النَّذْرِ بِطَرِيقِ الْمَجَازِ مِنْ بَابِ ذِكْرِ السَّبَبِ وَإِرَادَةِ الْمُسَبَّبِ، وَلِهَذَا لَمْ يُفَرَّقْ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ النَّاذِرُ فِي الْكَعْبَةِ أَوْ فِي غَيْرِهَا.

فَإِنْ قِيلَ: فَإِذَا كَانَ هَذَا اللَّفْظُ اسْتِعَارَةً لِلتَّزَامِ الْحَجَّ كَانَ اللَّفْظُ غَيْرَ مَنْظُورٍ إِلَيْهِ، كَمَا لَوْ نَذَرَ أَنْ يَضْرِبَ بِثَوْبِهِ حَطِيمَ الْكَعْبَةِ فَحِينَئِذٍ يَنْبَغِي أَنْ لَا يَلْزَمُهُ الْمَشْيُ فِي طَرِيقِ الْحَجِّ كَمَا لَا يَلْزَمُهُ هُنَاكَ ضَرْبُ الْحَطِيمِ بِثَوْبِهِ، وَإِنَّمَا يَجِبُ إِهْدَاءُ الثَّوْبِ إِلَى مَكَّةَ لَكُونَ اللَّفْظُ عِبَارَةً عَنْهُ.

أُجِيبَ بِأَنَّ لِلْحَجِّ مَاشِيًا فَضِيلَةً لَيْسَتْ لَهُ رَاكِبًا، قَالَ ﷺ «مَنْ حَجَّ مَاشِيًا فَلَهُ بِكُلِّ خُطْوَةٍ حَسَنَةٌ مِنْ حَسَنَاتِ الْحَرَمِ، قِيلَ: وَمَا حَسَنَاتُ الْحَرَمِ؟ قَالَ: وَاحِدَةٌ بِسَبْعِمِائَةٍ» فَاعْتَبِرْ لَفْظَهُ لِإِيْجَابِ الْمَشْيِ لِإِحْرَازِ تِلْكَ الْفَضِيلَةِ، وَمَعْنَاهُ فِي إِيْجَابِ الْحَجِّ أَوْ

الْعُمْرَةَ لِإِجْمَاعِهِمْ عَلَى ذَلِكَ الْمُتَعَارَفِ، وَفِيهِ نَظَرٌ لِأَنَّهُ يَلْزَمُ الْجَمْعُ بَيْنَ الْحَقِيقَةِ وَالْمَجَازِ. وَالْأَوَّلَى أَنْ يُقَالَ هَذِهِ اللَّفْظَةُ فِي الْعُرْفِ تُسْتَعْمَلُ لِلْحَجِّ أَوْ الْعُمْرَةِ مَا شِئَا لَا أَنَّ الْحَقِيقَةَ مُرَادَةٌ بِلَفْظِهِ وَمَجَازُهُ بِمَعْنَاهُ.

وَأَمَّا الْوَجْهُ الثَّانِي فَفِيمَا إِذَا قَالَ عَلِيٌّ الْخُرُوجُ أَوْ الذَّهَابُ أَوْ السَّعْيُ أَوْ السَّفَرُ أَوْ الرُّكُوبُ أَوْ الْإِثْبَانُ إِلَى بَيْتِ اللَّهِ أَوْ الْمَشْيُ إِلَى الصَّفَا وَالْمَرْوَةِ لَمْ يَلْزَمْهُ شَيْءٌ لِعَدَمِ الْأَثَرِ وَالْعُرْفِ فِيهِ فَكَانَ بَاقِيًا عَلَى الْقِيَاسِ.

وَأَمَّا الْوَجْهُ الثَّلَاثُ فَفِيمَا إِذَا قَالَ عَلِيٌّ الْمَشْيُ إِلَى الْحَرَمِ أَوْ إِلَى الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ، قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ رحمته الله: لَا شَيْءَ عَلَيْهِ. كَمَا لَوْ قَالَ عَلِيٌّ الْمَشْيُ إِلَى الصَّفَا وَالْمَرْوَةِ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: لَزِمَهُ حُجَّةٌ أَوْ عُمْرَةٌ لِأَنَّ الْحَرَمَ شَامِلٌ لِلْبَيْتِ (وَكَذَا الْمَسْجِدُ الْحَرَامُ فَصَارَ ذِكْرُهُ كَذِكْرِهِ، بِخِلَافِ الصَّفَا وَالْمَرْوَةِ لِأَنَّهُمَا مُتَفَصِّلَانِ عَنْهُ).

وَلَهُ أَنْ التِّزَامَ الْإِحْرَامَ بِهَذِهِ الْعِبَارَةِ غَيْرُ مُتَعَارَفٍ حَتَّى يَصِيرَ مَجَازًا (وَلَا يُمَكِّنُ إِجَابَهُ بِاعْتِبَارِ حَقِيقَةِ اللَّفْظِ فَاِئْتِنَعَ أَصْلًا)

(وَمَنْ قَالَ عَبْدِي حُرٌّ إِنْ لَمْ أَحُجَّ الْعَامَ، وَقَالَ: حَجَجْتُ وَشَهِدَ شَاهِدَانِ أَنَّهُ ضَحَى الْعَامَ بِالْكُوفَةِ لَمْ يُعْتَقَ عَبْدُهُ)، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ وَقَالَ مُحَمَّدٌ: يُعْتَقُ لِأَنَّ هَذِهِ شَهَادَةٌ قَامَتْ عَلَى أَمْرٍ مَعْلُومٍ وَهُوَ التَّضْحِيَةُ، وَمِنْ ضَرُورَتِهِ انْتِفَاءُ الْحَجِّ فَيَتَحَقَّقُ الشَّرْطُ. وَلَهُمَا أَنَّهَا قَامَتْ عَلَى النَّفْيِ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ مِنْهَا نَفْيُ الْحَجِّ لَا إِثْبَاتُ التَّضْحِيَةِ لِأَنَّهُ لَا مَطَالِبَ لَهَا فَصَارَ كَمَا إِذَا شَهِدُوا أَنَّهُ لَمْ يَحُجَّ الْعَامَ. غَايَةُ الْأَمْرِ أَنَّ هَذَا النَّفْيَ مِمَّا يُحْبِطُ عِلْمُ الشَّاهِدِ بِهِ وَلَكِنَّهُ لَا يُمَيِّزُ بَيْنَ نَفْيٍ وَنَفْيٍ تَبْسِيرًا.

الشرح:

وَمَنْ قَالَ عَبْدِي حُرٌّ إِنْ لَمْ أَحُجَّ الْعَامَ ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (لَكِنْ لَا يُمَيِّزُ بَيْنَ نَفْيٍ وَنَفْيٍ تَبْسِيرًا) يُوقِضُ بِمَسْأَلَةِ السَّيْرِ الْكَبِيرِ: رَجُلَانِ شَهِدَا عَلَى رَجُلٍ أَنَّهُ سَمِعَنَاهُ يَقُولُ الْمَسِيحُ ابْنُ اللَّهِ وَلَمْ يَقُلْ قَوْلَ النَّصَارَى فَبَاءَتْ مِنْهُ أَمْرُهُ، وَالرَّجُلُ يَقُولُ وَصَلَتْ بِقَوْلِي قَوْلَ النَّصَارَى جَازَتْ هَذِهِ الشَّهَادَةُ، وَإِنْ قَامَتْ عَلَى النَّفْيِ لِأَنَّهُ قَامَتْ عَلَى نَفْيِ شَيْءٍ أَحَاطَ بِهِ عِلْمُ الشَّاهِدِ.

وَأَجَابَ الْإِمَامُ قَاضِي خَانَ بِأَنَّ هَذِهِ الشَّهَادَةَ شَهَادَةٌ قَامَتْ عَلَى أَمْرٍ وَجُودِيٍّ

وَهُوَ سُكُوتُ الزَّوْجِ عَقِيبَ قَوْلِهِ الْمَسِيحُ ابْنُ اللَّهِ، وَلَكِنْ قَالَ الْإِمَامَانِ الْعَلَمَانِ فِي التَّحْقِيقِ شَمْسُ الْأُئِمَّةِ وَفَخِرُ الْإِسْلَامِ: إِذَا قَالَ الشَّاهِدَانِ الزَّوْجُ لَمْ يَقُلْ هَذِهِ الزِّيَادَةُ قُبِلَتِ الشَّهَادَةُ لِأَنَّ قَوْلَهُمَا هَذَا يَبَيِّنُ مِنْهُمَا لِإِحَاطَةِ عِلْمِهِمَا بِذَلِكَ، فَكَانَ التَّمْيِيزُ بَيْنَ نَفْيِ وَنَفْيِ مُعْتَبَرًا، وَلَكِنَّهُ لَيْسَ مُخْتَارَ الْمُصَنِّفِ لِإِفْضَائِهِ إِلَى الْحَرَجِ.

(وَمَنْ حَلَفَ لَا يَصُومُ فَتَوَى الصَّوْمَ وَصَامَ سَاعَةً ثُمَّ أَفْطَرَ مِنْ يَوْمِهِ حَنْثٌ) لَوْجُودِ الشَّرْطِ إِذِ الصَّوْمُ هُوَ الْإِمْسَاكُ عَنِ الْمَفْطِرَاتِ عَلَى قَصْدِ التَّقَرُّبِ (وَلَوْ حَلَفَ لَا يَصُومُ يَوْمًا أَوْ صَوْمًا فَصَامَ سَاعَةً ثُمَّ أَفْطَرَ لَا يَحْنُثُ) لِأَنَّهُ يُرَادُ بِهِ الصَّوْمُ التَّامُّ الْمُعْتَبَرُ شَرْعًا وَذَلِكَ بِإِنْهَائِهِ إِلَى آخِرِ الْيَوْمِ، وَالْيَوْمُ صَرِيحٌ فِي تَقْدِيرِ الْمُدَّةِ بِهِ.

الشرح:

قَوْلُهُ (وَمَنْ حَلَفَ لَا يَصُومُ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (لَأَنَّهُ يُرَادُ بِهِ الصَّوْمُ التَّامُّ الْمُعْتَبَرُ شَرْعًا) أَوْرَدَ عَلَيْهِ مَا لَوْ قَالَ وَاللَّهِ لَا صُومَ مِنْ هَذَا الْيَوْمِ وَكَانَ ذَلِكَ بَعْدَ مَا أَكَلَ أَوْ شَرِبَ أَوْ بَعْدَ الزَّوَالِ صَحَّ يَمِينُهُ بِالِاتِّفَاقِ، وَالصَّوْمُ مَقْرُونٌ بِالْيَوْمِ وَمَعَ ذَلِكَ لَمْ يُرَدْ بِهِ الصَّوْمُ الشَّرْعِيُّ فَإِنَّ الصَّوْمَ الشَّرْعِيَّ بَعْدَ الْأَكْلِ أَوْ الشَّرْبِ أَوْ بَعْدَ الزَّوَالِ غَيْرُ مُتَصَوِّرٍ، وَالْجَوَابُ أَنَّ الدَّلَالَهَ قَامَتْ عَلَى أَنَّ الْمُرَادَ بِهِ لَيْسَ الصَّوْمُ الشَّرْعِيُّ وَهُوَ كَوْنُ الْيَمِينِ بَعْدَ الْأَكْلِ أَوْ بَعْدَ الزَّوَالِ فَأَنْصَرَفَ إِلَى الصَّوْمِ اللَّغَوِيِّ وَأَنْعَقَدَتْ يَمِينُهُ عَلَيْهِ، بِخِلَافِ مَا نَحْنُ فِيهِ فَإِنَّهُ لَيْسَ فِيهِ مَا يَمْنَعُهُ عَنِ الصَّوْمِ الشَّرْعِيِّ فَيَنْصَرِفُ إِلَيْهِ.

(وَلَوْ حَلَفَ لَا يُصَلِّيَ فَقَامَ وَقَرَأَ وَرَكَعَ لَمْ يَحْنُثْ، وَإِنْ سَجَدَ مَعَ ذَلِكَ ثُمَّ قَطَعَ حَنْثٌ) وَالْقِيَاسُ أَنْ يَحْنُثَ بِالِافْتِتَاحِ اعْتِبَارًا بِالشَّرُوعِ فِي الصَّوْمِ. وَجَهُ الْاسْتِحْسَانِ أَنَّ الصَّلَاةَ عِبَارَةً عَنِ الْأَرْكَانِ الْمُخْتَلَفَةِ، فَمَا لَمْ يَأْتِ بِجَمِيعِهَا لَا يُسَمَّى صَلَاةً، بِخِلَافِ الصَّوْمِ لِأَنَّهُ رُكْنٌ وَاحِدٌ وَهُوَ الْإِمْسَاكُ وَيَتَكَرَّرُ فِي الْجُزْءِ الثَّانِي (وَلَوْ حَلَفَ لَا يُصَلِّيَ صَلَاةً لَا يَحْنُثُ مَا لَمْ يُصَلِّ رَكْعَتَيْنِ) لِأَنَّهُ يُرَادُ بِهِ الصَّلَاةُ الْمُعْتَبَرَةُ شَرْعًا وَأَقْلَاهَا رَكْعَتَانِ لِلنَّهْيِ عَنِ الْبُتْرِاءِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلَوْ حَلَفَ لَا يُصَلِّيَ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (لَا يَحْنُثُ مَا لَمْ يُصَلِّ رَكْعَتَيْنِ) قِيلَ عَلَيْهِ فَيَنْبَغِي أَنْ لَا يَحْنُثَ بِمُجَرَّدِ الْإِثْنَانِ بِالرَّكْعَتَيْنِ مَا لَمْ يَأْتِ بِالْقَعْدَةِ لِأَنَّ الصَّلَاةَ لَا

تَكُونُ مُعْتَبَرَةً بِدُونِ الْقَعْدَةِ شَرْعًا، وَلَيْسَ بِشَيْءٍ لِأَنَّ الرِّكَعَتَيْنِ عِبَارَةٌ عَنْ صَلَاةٍ تَامَّةٍ، وَتَمَامُهَا شَرْعًا إِنَّمَا يَكُونُ بِالْقَعْدَةِ أَشَارَ إِلَى ذَلِكَ تَعْلِيلُهُ بِقَوْلِهِ لِأَنَّهُ يُرَادُ بِهِ الصَّلَاةُ الْمُعْتَبَرَةُ شَرْعًا، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

باب اليمين في لبس الثياب والحلي وغير ذلك

(وَمَنْ قَالَ لَامْرَأَتِهِ: إِنْ لَبِستِ مِنْ غَزْلِكِ فَهُوَ هَدْيٌ فَاشْتَرَى قُطْنًا فَغَزَلَتْهُ وَنَسَجَتْهُ فَلَبِسهُ فَهُوَ هَدْيٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَقَالَا: لَيْسَ عَلَيْهِ أَنْ يُهْدِيَ حَتَّى تَغْزَلَ مِنْ قُطْنٍ مَلَكَهُ يَوْمَ حَلْفٍ) وَمَعْنَى الْهَدْيِ النَّصْدَقُ بِهِ بِمَكَّةَ لِأَنَّهُ اسْمٌ لِمَا يُهْدَى إِلَيْهَا. لُهُمَا أَنَّ النَّذْرَ إِنَّمَا يَصِحُّ فِي الْمَلِكِ أَوْ مُضَافًا إِلَى سَبَبِ الْمَلِكِ وَلَمْ يَوْجَدْ لِأَنَّ اللَّبْسَ وَغَزَلَ الْمَرْأَةِ لَيْسَا مِنْ أَسْبَابِ مِلْكِهِ. وَلَهُ أَنْ غَزَلَ الْمَرْأَةَ عَادَةً يَكُونُ مِنْ قُطْنِ الزَّوْجِ وَالْمُعْتَادُ هُوَ الْمُرَادُ وَذَلِكَ سَبَبُ مِلْكِهِ، وَلِهَذَا يَحْنَثُ إِذَا غَزَلَتْ مِنْ قُطْنٍ مَمْلُوكٍ لَهُ وَقَتَ النَّذْرِ لِأَنَّ الْقُطْنَ لَمْ يَصِرْ مَذْكُورًا.

الشرح:

(بَابُ الْيَمِينِ فِي لُبْسِ الثِّيَابِ وَالْحُلِيِّ وَغَيْرِ ذَلِكَ): قَدَّمَ يَمِينَ لُبْسِ الثِّيَابِ وَغَيْرِهِ عَلَى الْيَمِينِ فِي الضَّرْبِ وَالْقَتْلِ، إِنَّمَا لِأَنَّ يَمِينَ لُبْسِ الثِّيَابِ أَكْثَرُ مِنْهُ وَجُودًا، وَإِنَّمَا لِأَنَّ الْيَمِينَ بِهِ مَشْرُوعٌ وَجُودًا وَعَدَمًا، بِخِلَافِ الضَّرْبِ وَالْقَتْلِ (وَمَنْ قَالَ لَامْرَأَتِهِ إِنْ لَبِستِ مِنْ غَزْلِكِ فَهُوَ هَدْيٌ) أَيُّ صَدَقَةٍ أَتَصَدَّقُ بِهِ عَلَى فَقَرَاءِ مَكَّةَ وَكَلَامُهُ وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (وَالْمُعْتَادُ هُوَ الْمُرَادُ) يَعْنِي فَصَارَ كَأَنَّهُ قَالَ مِنْ قُطْنِي أَوْ مِنْ قُطْنٍ سَأَمْلِكُهُ (وَذَلِكَ) أَيُّ الْغَزْلُ مِنْ قُطْنِ الزَّوْجِ (سَبَبُ لِمَلِكِ الزَّوْجِ لَمَّا غَزَلَتْهُ) يَعْنِي مِنْ مَلِكِ الزَّوْجِ وَقَوْلُهُ (وَلِهَذَا) إِيضَاحٌ لِقَوْلِهِ وَذَلِكَ سَبَبُ مِلْكِهِ: يَعْنِي أَنَّهَا إِذَا غَزَلَتْ مِنْ قُطْنٍ مَمْلُوكٍ لِلزَّوْجِ وَقَتَ الْحَلْفِ كَانَ ذَلِكَ سَبَبًا لِأَنَّ يَمْلِكُ الزَّوْجُ غَزْلَهَا مَعَ أَنَّ الْقُطْنَ لَيْسَ بِمَذْكُورٍ هُنَاكَ، وَمَا ذَاكَ إِلَّا بِاعْتِبَارِ أَنَّ غَزَلَ الْمَرْأَةِ سَبَبُ لِمَلِكِ الزَّوْجِ لَمَّا غَزَلَتْهُ فِي الْعُرْفِ، وَالْعُرْفُ لَا يُفَرِّقُ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ الْقُطْنُ مَمْلُوكًا وَقَتَ الْحَلْفِ أَوْ لَمْ يَكُنْ.

(وَمَنْ حَلَفَ لَا يَلْبَسُ حُلِيًّا فَلَيْسَ خَاتَمُ فِضْتِهِ لَمْ يَحْنَثْ) لِأَنَّهُ لَيْسَ بِحُلِيٍّ عُرْفًا وَلَا شَرْعًا حَتَّى أُبَيِّحَ اسْتِعْمَالُهُ لِلرِّجَالِ وَالتَّخْتُمُ بِهِ لِقَصْدِ الْخَتَمِ (وَإِنْ كَانَ مِنْ ذَهَبٍ حَنِثَ) لِأَنَّهُ حُلِيٌّ وَهَذَا لَا يَحِلُّ اسْتِعْمَالُهُ لِلرِّجَالِ. (وَلَوْ لَبِسَ عِقْدَ لُؤْلُؤٍ غَيْرِ مُرْصَعٍ لَمْ يَحْنَثْ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا يَحْنَثُ) لِأَنَّهُ حُلِيٌّ حَقِيقَةً حَتَّى سُمِّيَ بِهِ فِي الْقُرْآنِ. وَلَهُ أَنَّهُ لَا

يَتَحَلَّى بِهِ عُرْفًا إِلَّا مُرْصَعًا، وَمَبْنَى الْأَيْمَانِ عَلَى الْعُرْفِ. وَقِيلَ هَذَا اخْتِلَافُ عَصْرِ وَزَمَانٍ،
وَيُفْتَى بِقَوْلِهِمَا لِأَنَّ التَّحْلِيَّ بِهِ عَلَى الْإِنْفِرَادِ مُعْتَادٌ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ حَلَفَ لَا يَلْبَسُ حَلِيًا) بِفَتْحِ الْحَاءِ وَسُكُونِ اللَّامِ وَهُوَ مَا يَتَحَلَّى بِهِ
النِّسَاءُ مِنْ ذَهَبٍ أَوْ فِضَّةٍ أَوْ جَوْهَرٍ، وَاسْتَدَلَّ بِإِبَاحَةِ اسْتِعْمَالِهِ لِلرِّجَالِ عَلَى أَنَّ الْحَائِمَ
مِنْ فِضَّةٍ لَيْسَ بِحَلِيٍّ؛ لِأَنَّهُ لَوْ كَانَ حَلِيًّا لَحُرِّمَ عَلَى الرِّجَالِ لِأَنَّ التَّرْتِيبَ بِالذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ
حَرَامٌ عَلَى الرِّجَالِ، وَلَمَّا جَازَ التَّخْتُمُ بِالْفِضَّةِ لَهُمْ لَقَصِدَ الْحَتْمُ أَوْ لغيرِهِ لَمْ يَكُنْ حَلِيًّا أَوْ
كَانَ نَاقِصًا فِي كَوْنِهِ حَلِيًّا فَكَانَ مُبَاحًا (وَإِنْ كَانَ مِنْ ذَهَبٍ حَنْثٌ) يَعْنِي كَيْفَمَا كَانَ
سَوَاءً كَانَ فِيهِ فَصٌّ أَوْ لَمْ يَكُنْ.

قِيلَ الْخَوَاتِيمُ ثَلَاثَةٌ، الذَّهَبُ مُطْلَقًا، وَالْفِضَّةُ الْمَفْصُوصَةُ وَالْحَالِفُ أَنْ لَا يَلْبَسَ حَلِيًّا
يَحْنُثُ بِلُبْسِهِمَا، وَالْفِضَّةُ الْغَيْرُ الْمَفْصُوصَةُ وَالْحَالِفُ لَا يَحْنُثُ بِلُبْسِهِ.

وَقَوْلُهُ (وَلَوْ لَيْسَ عِقْدٌ لُولُؤُ) ظَاهِرٌ، وَالْعِقْدُ بِالْكَسْرِ هُوَ الْقِلَادَةُ، وَالتَّرْصِيعُ
التَّرْكِيبُ، يُقَالُ تَاجٌ مُرْصَعٌ بِالْجَوَاهِرِ. وَقَوْلُهُ (حَتَّى سُمِّيَ بِهِ فِي الْقُرْآنِ) أَيُّ بِالْحَلِيِّ يُرِيدُ
بِهِ قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿وَتَسْتَخْرِجُوا مِنْهُ حِلْيَةً تَلْبَسُونَهَا﴾ [النحل: ١٤] وَقَوْلُهُ تَعَالَى ﴿تُحَلَّلُونَ﴾
فِيهَا مِنْ أَسَاوِرَ مِنْ ذَهَبٍ وَلُولُؤًا﴾ [الحج: ٢٣] جَعَلَ اللَّوْلُؤُ حَلِيًّا بِجَعْلِهِ تَفْسِيرًا لِقَوْلِهِ
تَعَالَى ﴿تُحَلَّلُونَ﴾.

(وَمَنْ حَلَفَ لَا يَنَامُ عَلَى فِرَاشٍ فَنَامَ عَلَيْهِ وَفَوْقَهُ قِرَامٌ حَنْثٌ) لِأَنَّهُ تَبَعَ الْفِرَاشِ
فَبُعِدَ نَائِمًا عَلَيْهِ (وَإِنْ جَعَلَ فَوْقَهُ فِرَاشًا آخَرَ فَنَامَ عَلَيْهِ لَا يَحْنُثُ) لِأَنَّ مِثْلَ الشَّيْءِ لَا يَكُونُ
تَبَعًا لَهُ فَقَطَعَ النِّسْبَةَ عَنِ الْأَوَّلِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ) (حَلَفَ لَا يَنَامُ عَلَى فِرَاشٍ) يُرِيدُ عَلَى فِرَاشٍ بَعِيْنِهِ بِدَلِيلِ قَوْلِهِ وَإِنْ
جَعَلَ فَوْقَهُ فِرَاشًا آخَرَ فَنَامَ عَلَيْهِ لَا يَحْنُثُ، فَإِنَّهُ لَوْ كَانَ عَلَى حَقِيقَتِهِ مُتَكَرِّرًا لَحْنُثٌ فِي
هَذِهِ الصُّورَةِ أَيْضًا لِأَنَّهُ نَامَ عَلَى فِرَاشٍ. وَقَوْلُهُ (لَأَنَّهُ تَبَعَ لَهُ فَلَا يُعْتَبَرُ حَائِلًا) يُشِيرُ إِلَى أَنَّهُ
لَوْ نَزَعَ ثَوْبَهُ وَطَرَحَهُ عَلَى الْأَرْضِ وَجَلَسَ عَلَيْهِ لَمْ يَحْنُثْ لِأَنَّهُ حِينَئِذٍ لَمْ يَبْقَ ثَوْبُهُ تَبَعًا لَهُ
فَصَارَ بِمَنْزِلَةِ الْبِسَاطِ وَالْحَصِيرِ.

(وَلَوْ حَلَفَ لَا يَجْلِسُ عَلَى الْأَرْضِ فَجَلَسَ عَلَى بَسَاطٍ أَوْ حَصِيرٍ لَمْ يَحْنَثْ) لِأَنَّهُ لَا يُسَمَّى جَالِسًا عَلَى الْأَرْضِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا حَالَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْأَرْضِ لِبَاسُهُ لِأَنَّهُ تَبَعَ لَهُ فَلَا يُعْتَبَرُ حَائِلًا (وَإِنْ حَلَفَ لَا يَجْلِسُ عَلَى سَرِيرٍ فَجَلَسَ عَلَى سَرِيرٍ فَوْقَهُ بَسَاطٍ أَوْ حَصِيرٍ حَنِثَ) لِأَنَّهُ يُعَدُّ جَالِسًا عَلَيْهِ، وَالْجُلُوسُ عَلَى السَّرِيرِ فِي الْعَادَةِ كَذَلِكَ، بِخِلَافِ مَا إِذَا جَعَلَ فَوْقَهُ سَرِيرًا آخَرَ لِأَنَّهُ مِثْلُ الْأَوَّلِ فَقَطَعَ النِّسْبَةَ عَنْهُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلَوْ حَلَفَ لَا يَجْلِسُ عَلَى سَرِيرٍ) ظَاهِرٌ مِمَّا تَقَدَّمَ.

بَابُ الْيَمِينِ فِي الضَّرْبِ وَالْقَتْلِ وَغَيْرِهِ

(وَمَنْ قَالَ لِأَخْرَ إِنْ ضَرَبْتُكَ فَعَبْدِي حُرٌّ فَمَاتَ فَضْرَبَهُ فَهُوَ عَلَى الْحَيَاةِ) لِأَنَّ الضَّرْبَ اسْمٌ لِفِعْلِ مُؤَلَّمٍ يَتَّصِلُ بِالْبَدَنِ، وَالْإِيْلَامُ لَا يَتَحَقَّقُ فِي الْمَيِّتِ، وَمَنْ يُعَذَّبُ فِي الْقَبْرِ تُوضَعُ فِيهِ الْحَيَاةُ فِي قَوْلِ الْعَامَّةِ وَكَذَلِكَ الْكِسْوَةُ لِأَنَّهُ يُرَادُ بِهِ التَّمْلِيكُ عِنْدَ الْإِطْلَاقِ، وَمِنْهُ الْكِسْوَةُ فِي الْكَفَّارَةِ وَهُوَ مِنَ الْمَيِّتِ لَا يَتَحَقَّقُ إِلَّا أَنْ يَنْوِي بِهِ السِّرَّ، وَقِيلَ بِالْفَارِسِيَّةِ يَنْصَرِفُ إِلَى الثُّبْسِ (وَكَذَا الْكَلَامُ وَالِدُخُولُ) لِأَنَّ الْمَقْصُودَ مِنَ الْكَلَامِ الْإِفْهَامُ وَالْمَوْتُ يُنَافِيهِ، وَالْمُرَادُ مِنَ الدُّخُولِ عَلَيْهِ زِيَارَتُهُ وَبَعْدَ الْمَوْتِ يُزَارُ قَبْرُهُ لَا هُوَ.

الشرح:

(بَابُ الْيَمِينِ فِي الضَّرْبِ وَالْقَتْلِ وَغَيْرِهِ): يُرِيدُ بِالْغَيْرِ الْغُسْلَ وَالْكِسْوَةَ، وَقَدْ تَقَدَّمَ ذِكْرُ وَجْهِ الْمُنَاسَبَةِ فِي الْبَابِ الْمُتَقَدِّمِ (وَمَنْ قَالَ لِأَخْرَ إِنْ ضَرَبْتُكَ فَعَبْدِي حُرٌّ فَمَاتَ فَضْرَبَهُ فَهُوَ عَلَى الْحَيَاةِ لِأَنَّ الضَّرْبَ اسْمٌ لِفِعْلِ مُؤَلَّمٍ يَتَّصِلُ بِالْبَدَنِ) وَهُوَ لَا يَتَحَقَّقُ فِي الْمَيِّتِ لِاتِّفَاءِ الْإِيْلَامِ فِيهِ، وَتَوْقُضَ بِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿ وَخَذْ بِيَدِكَ ضَغْثًا فَاضْرِبْ بِهِ وَلَا تَحْنَثْ ﴾ [ص: ٤٤]، فَقَدْ بَرَّ أُيُوبُ عَلَيْهِ السَّلَامُ فِي يَمِينِهِ بِالضَّرْبِ بِهَذَا الَّذِي ذُكِرَ، وَلَمْ يُوجَدْ الْإِيْلَامُ لَمَّا أَنَّ الضَّغْثَ عِبَارَةٌ عَنِ الْحُرْمَةِ الصَّغِيرَةِ مِنْ رِيحَانٍ أَوْ حَشِيشٍ فَلَمْ يَكُنْ لِمَجْمُوعِهِ إِيْلَامٌ فَكَيْفَ لِأَجْزَائِهِ.

وَأُجِيبَ بِأَنَّهُ جَازَ أَنْ يَكُونَ هَذَا حُكْمًا ثَابِتًا بِالنَّصِّ فِي حَقِّ أُيُوبَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ خَاصَّةً إِكْرَامًا لَهُ فِي حَقِّ أَمْرَاتِهِ تَخْفِيفًا عَلَيْهَا لَعَدَمَ جِنَايَتِهَا عَلَى خِلَافِ الْقِيَاسِ فَلَا يَلْحَقُ بِهِ غَيْرُهُ، هَذَا إِذَا لَمْ يَكُنْ لِأَجْزَاءِ الضَّغْثِ إِيْلَامٌ عَلَى مَا ذُكِرَ فِي تَفْسِيرِ

الضُّعْثُ.

وَرُوِيَ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ أَنَّ الضُّعْثَ عِبَارَةٌ عَنِ الْقَبْضَةِ مِنَ الشَّجَرِ فَجَازَ أَنْ يُصَيِّهَهَا
أَلَمْ أَجْزَأُهَا فَكَانَ حُكْمُهُ بَاقِيًا فِي شَرِيعَتِنَا أَيْضًا، وَتَمَامُ الْكَلَامِ فِيهِ فِي الْكَشَافِ وَذَكَرَ
فِي شَرْحِ الطَّحَاوِيِّ: وَمَنْ حَلَفَ لِيَضْرِبَنَّ فُلَانًا مِائَةَ سَوْطٍ فَضْرَبَهُ بِهَا ضَرْبَةً وَاحِدَةً إِنْ
وَصَلَ إِلَيْهِ كُلُّ سَوْطٍ بِحِيَالِهِ بَرٌّ فِي يَمِينِهِ، وَالْإِيلَامُ شَرْطٌ فِيهِ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ مِنَ الضَّرْبِ
الْإِيلَامُ.

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ يُعَذِّبُ فِي الْقَبْرِ) جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ قَوْلُكُمْ الْإِيلَامُ لَا يَتَحَقَّقُ فِي
الْمَيِّتِ يُشْكَلُ بِعَذَابِ الْمَيِّتِ فِي الْقَبْرِ، وَقَيَّدَ بِقَوْلِ الْعَامَّةِ اخْتِرَازًا عَنْ قَوْلِ أَبِي الْحُسَيْنِ
الصَّالِحِيِّ، فَإِنَّ الْمَيِّتَ عِنْدَهُ يُعَذِّبُ مِنْ غَيْرِ حَيَاةٍ وَلَا يَشْتَرِطُ الْحَيَاةَ لَتَعَذِيبِ الْمَيِّتِ.
وَقَوْلُهُ (وَكَذَلِكَ الْكِسْوَةُ) يَغْنِي إِنْ قَالَ إِنْ كَسَوْتُكَ فَعَبْدِي حُرٌّ فَكَسَاهُ بَعْدَ
الْمَوْتِ لَا يَحْنُثُ.

وَقَوْلُهُ (لَأَنَّهُ يُرَادُّ بِهِ) أَيُّ الْكِسْوَةِ عَلَى تَأْوِيلِ الْإِكْسَاءِ (التَّمْلِيكُ عِنْدَ الْإِطْلَاقِ،
وَمِنْهُ الْكِسْوَةُ فِي الْكُفَّارَةِ وَهُوَ مِنَ الْمَيِّتِ لَا يَتَحَقَّقُ إِلَّا أَنْ يَتَوَيَّ بِه) أَيُّ الْكِسْوَةِ (السَّتْرِ)
فَحِينَئِذٍ يَحْنُثُ لِأَنَّ فِيهِ تَشْدِيدًا عَلَيْهِ.

وَقَوْلُهُ (وَقِيلَ بِالْفَارِسِيَّةِ يَنْصَرَفُ إِلَى اللَّبْسِ) دُونَ التَّمْلِيكِ وَهُوَ قَوْلُ الْفَقِيهِ أَبُو
الْإِلْبَاسِ عِبَارَةٌ عَنِ السَّتْرِ وَالتَّغْطِيَةِ وَالْمَيِّتُ مَحَلٌّ لَذَلِكَ.
وَقَوْلُهُ (وَكَذَا الْكَلَامُ وَالِدُخُولُ) يَعْنِي إِذَا حَلَفَ لَا يُكَلِّمُ فُلَانًا أَوْ حَلَفَ لَا

يَدْخُلُ عَلَى فُلَانٍ فَكَلِمَتُهُ أَوْ دَخَلَ عَلَيْهِ بَعْدَ مَا مَاتَ لَا يَحْنُثُ فِي يَمِينِهِ (لِأَنَّ الْمَقْصُودَ
مِنْ الْكَلَامِ الْإِفْهَامُ وَالْمَوْتُ يُتَافَاهُ، وَالْمَرَادُّ بِالِدُخُولِ عَلَيْهِ زِيَارَتُهُ وَبَعْدَ الْمَوْتِ يُزَارُ قَبْرُهُ لَا
هُوَ) فَإِنْ قِيلَ: قَدْ رُوِيَ «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ كَلَّمَ أَصْحَابَ الْقَلْبِ حَيْثُ سَمَّاهُمْ
بِأَسْمَائِهِمْ فَقَالَ: هَلْ وَجَدْتُمْ مَا وَعَدَ رَبُّكُمْ حَقًّا فَقَدْ وَجَدْتُ مَا وَعَدَنِي رَبِّي حَقًّا؟»
أُجِيبَ بِأَنَّ ذَلِكَ كَانَ مُعْجَزَةً لَهُ ﷺ.

(وَلَوْ قَالَ: إِنْ غَسَلْتُكَ فَعَبْدِي حُرٌّ فَغَسَلَهُ بَعْدَ مَا مَاتَ يَحْنُثُ) لِأَنَّ الْغُسْلَ هُوَ

الْإِسَالَةُ وَمَعْنَاهُ التَّطْهِيرُ وَيَتَحَقَّقُ ذَلِكَ فِي الْمَيِّتِ

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَيَتَحَقَّقُ ذَلِكَ) يَعْنِي التَّطْهِيرَ (فِي الْمَيْتِ) أَلَا تَرَى أَنَّ مَنْ صَلَّى وَهُوَ يَحْمِلُ مَيْتًا مُسْلِمًا لَمْ يُغَسَّلْ لَا تَجُوزُ وَإِنْ كَانَ مَغْسُولًا جَازَتْ.

(وَمَنْ حَلَفَ لَا يَضْرِبُ امْرَأَتَهُ فَمَدَّ شَعْرَهَا أَوْ خَنَقَهَا أَوْ عَضَّهَا حَنْثٌ) لِأَنَّهُ اسْمٌ لِفِعْلِ مُؤَلَّمٍ وَقَدْ تَحَقَّقَ الْإِيلَامُ، (وَقِيلَ لَا يَحْنُثُ فِي حَالِ الْمَلَاعِبَةِ) لِأَنَّهُ يُسَمَّى مُمَازِحَةً لَا ضَرْبًا

الشرح:

(وَمَنْ حَلَفَ لَا يَضْرِبُ امْرَأَتَهُ فَمَدَّ شَعْرَهَا أَوْ خَنَقَهَا أَوْ عَضَّهَا حَنْثٌ) لِأَنَّهُ اسْمٌ لِفِعْلِ مُؤَلَّمٍ يَتَّصِلُ بِالْبَدَنِ (وَقَدْ تَحَقَّقَ الْإِيلَامُ) مِنْ هَذِهِ الْأَفْعَالِ (وَقِيلَ لَا يَحْنُثُ فِي حَالِ الْمَلَاعِبَةِ) وَإِنْ أَوْجَعَهَا وَآلَمَهَا لِأَنَّهُ يُسَمَّى فِي الْعُرْفِ مُمَازِحَةً لَا ضَرْبًا، وَهُوَ مَنْقُولٌ عَنْ الْإِمَامِ فَخْرِ الْإِسْلَامِ.

(وَمَنْ قَالَ: إِنْ لَمْ أَقْتُلْ فُلَانًا فَأَمْرَأَتُهُ طَالِقٌ وَفُلَانٌ مَيْتٌ وَهُوَ عَالِمٌ بِهِ حَنْثٌ) لِأَنَّهُ عَقْدٌ يَمِينُهُ عَلَى حَيَاةٍ يُحْدِثُهَا اللَّهُ فِيهِ وَهُوَ مُتَصَوِّرٌ فَيَنْعَقِدُ ثُمَّ يَحْنُثُ لِلْعَجْزِ الْعَادِيِّ (فَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ بِهِ لَا يَحْنُثُ) لِأَنَّهُ عَقْدٌ يَمِينُهُ عَلَى حَيَاةٍ كَانَتْ فِيهِ وَلَا تُتَصَوَّرُ فَيَصِيرُ قِيَاسُ مَسْأَلَةِ الْكُوزِ عَلَى الْاِخْتِلَافِ، وَلَيْسَ فِي تِلْكَ الْمَسْأَلَةِ تَفْصِيلُ الْعِلْمِ وَهُوَ الصَّحِيحُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ قَالَ إِنْ لَمْ أَقْتُلْ فُلَانًا) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (هُوَ الصَّحِيحُ) اخْتِرَازٌ كَمَا ذَكَرَهُ فِي شَرْحِ الطَّحَاوِيِّ فَقَالَ فِيهِ: وَلَوْ كَانَ يَعْلَمُ أَنَّ الْكُوزَ لَا مَاءَ فِيهِ فَحَلَفَ وَقَالَ إِنْ لَمْ أَشْرَبِ الْمَاءَ الَّذِي فِي هَذَا الْكُوزِ الْيَوْمَ فَأَمْرَأَتُهُ طَالِقٌ حَنْثٌ بِالِاتِّفَاقِ. وَرَوَى عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ فِي رِوَايَةٍ أُخْرَى أَنَّهُ لَا يَحْنُثُ عِلْمٌ أَوْ لَمْ يَعْلَمْ، وَهُوَ قَوْلُ زُفَرٍ وَهُوَ الصَّحِيحُ، لِأَنَّهُ عَقْدٌ الْيَمِينِ عَلَى شُرْبِ الْمَاءِ الْمَوْجُودِ فِي الْكُوزِ، وَاللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ، وَإِنْ أَحْدَثَ فِي الْكُوزِ مَاءً فَلَيْسَ هُوَ الْمَاءُ الَّذِي كَانَ مَوْجُودًا فِي الْكُوزِ وَقَتَ الْيَمِينِ لِأَنَّ الْمَاءَ الَّذِي أُضِيفَ إِلَيْهِ الشُّرْبُ لَا يَحْتَمِلُ الْوُجُودَ إِذْ الْحَادِثُ غَيْرُهُ، بِخِلَافِ مَسْأَلَةِ الْقَتْلِ إِذْ كَانَ يَعْلَمُ بِمَوْتِ فُلَانٍ لِأَنَّهُ عَقْدٌ يَمِينُهُ عَلَى فِعْلِ الْقَتْلِ فِي فُلَانٍ، فَإِذَا أَحْيَاهُ اللَّهُ تَعَالَى فَهُوَ فُلَانٌ لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿فَأَمَاتَهُ اللَّهُ مِائَةَ عَامٍ ثُمَّ بَعَثَهُ﴾ [البقرة: ٢٥٩] وَكَانَ مَا عَقَدَ عَلَيْهِ الْيَمِينُ مُتَوَهِّمًا، وَالْعَادِيُّ مُتَسَوِّبٌ إِلَى الْعَادَةِ كَالْإِرَادِيِّ مُتَسَوِّبٌ إِلَى

الإرادة، فَإِنَّ تَاءَ التَّائِيثِ تُحذفُ فِي النِّسْبَةِ.

باب اليمين في تقاضي الدراهم

(وَمَنْ حَلَفَ لِيَقْضِيَنَّ دَيْنَهُ إِلَى قَرِيبٍ فَهُوَ عَلَى مَا دُونَ الشَّهْرِ، وَإِنْ قَالَ إِلَى بَعِيدٍ فَهُوَ أَكْثَرُ مِنَ الشَّهْرِ) لِأَنَّ مَا دُونَهُ يُعَدُّ قَرِيبًا، وَالشَّهْرُ وَمَا زَادَ عَلَيْهِ يُعَدُّ بَعِيدًا، وَلِهَذَا يُقَالُ عِنْدَ بَعْدِ الْمَهْدِ مَا لَقِيتُكَ مِنْذُ شَهْرٍ.

الشرح:

(بَابُ الْيَمِينِ فِي تَقَاضِي الدَّرَاهِمِ): لَمَّا كَانَتْ الدَّرَاهِمُ مِنَ الْوَسَائِلِ دُونَ الْمَقَاصِدِ فِي الْمُعَامَلَاتِ وَغَيْرِهَا أَخَّرَ الْيَمِينَ الَّتِي تَتَعَلَّقُ بِهَا وَخَصَّ الدَّرَاهِمَ بِالذِّكْرِ لَكَوْنِهَا أَكْثَرَ اسْتِعْمَالًا، وَلَقَّبَ الْبَابَ بِالتَّقَاضِي وَالْمَسَائِلِ الْمَذْكُورَةِ فِيهِ بِلَفْظِ الْقَضَاءِ وَالْقَبْضِ وَالْعَدَدِ لِأَنَّ التَّقَاضِي سَبَبٌ لِلْقَضَاءِ وَالْقَبْضِ فَلَقَّبَ بِمَا هُوَ سَبَبٌ لِمَا هُوَ الْمَذْكُورُ فِيهِ، هَذَا مَا قَالَهُ الشَّارِحُونَ.

وَأَقُولُ: جَمِيعُ مَا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ مِنَ الْمَسَائِلِ مَبْنَاهُ عَلَى التَّقَاضِي عَلَى مَا أَصْرَحَ بِذِكْرِهِ عِنْدَ رَأْسِ كُلِّ مَسْأَلَةٍ، وَالْأَصْلُ فِي هَذَا الْبَابِ أَنَّ الدُّيُونَ تُقْضَى بِأَمْثَالِهَا، وَأَنَّ الْعَيْبَ لَا يَعْدُمُ الْجِنْسَ، وَأَنَّ مَا دُونَ الشَّهْرِ قَرِيبٌ وَمَا فَوْقَهُ بَعِيدٌ.

قَالَ: (وَمَنْ حَلَفَ لِيَقْضِيَنَّ دَيْنَهُ). تَقَاضَى الرَّجُلُ دَيْنَهُ وَأَلْحَ فَحَلَفَ غَرِيمُهُ لِيَقْضِيَنَّ دَيْنَهُ (إِلَى قَرِيبٍ فَهُوَ مَا دُونَ الشَّهْرِ، وَإِنْ قَالَ إِلَى بَعِيدٍ فَهُوَ أَكْثَرُ مِنَ الشَّهْرِ) لَمَّا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ، وَجَعَلَ الشَّهْرَ أَيْضًا بَعِيدًا لِأَنَّهُ فِي الْعُرْفِ يُعَدُّ بَعِيدًا

(وَمَنْ حَلَفَ لِيَقْضِيَنَّ فَلَانًا دَيْنَهُ الْيَوْمَ فَقَضَاهُ ثُمَّ وَجَدَ فَلَانٌ بَعْضَهَا زُيُوفًا أَوْ نَبَهْرَجَةً أَوْ مُسْتَحَقَّةً لَمْ يَحْنُثِ الْحَالِفُ) لِأَنَّ الزِّيَافَةَ عَيْبٌ وَالْعَيْبُ لَا يَعْدُمُ الْجِنْسَ، وَلِهَذَا لَوْ تَجَوَّزَ بِهِ صَارَ مُسْتَوْفِيًا، فَوُجِدَ شَرْطُ الْبِرِّ وَقَبْضُ الْمُسْتَحَقَّةِ صَحِيحٌ وَلَا يَرْتَفَعُ بِرَدِّهِ الْبِرُّ الْمُتَحَقِّقُ (وَإِنْ وَجَدَهَا رَصَاصًا أَوْ سَتُوقَةً حَنْثٌ) لِأَنَّهُمَا لَيْسَا مِنْ جِنْسِ الدَّرَاهِمِ حَتَّى لَا يَجُوزَ التَّجَوُّزُ بِهِمَا فِي الصَّرْفِ وَالسَّلَمِ (وَإِنْ بَاعَهُ بِهَا عَبْدًا وَقَبَضَهُ بَرٌّ فِي يَمِينِهِ) لِأَنَّ قَضَاءَ الدَّيْنِ طَرِيقُهُ الْمَقَاصِئُ وَقَدْ تَحَقَّقَتْ بِمَجَرَّدِ الْبَيْعِ فَكَأَنَّهُ شَرْطُ الْقَبْضِ لِيَتَقَرَّرَ بِهِ (وَإِنْ وَهَبَهَا لَهُ) يَعْنِي الدَّيْنَ (لَمْ يَبْرَ) لِعَدَمِ الْمَقَاصِئِ لِأَنَّ الْقَضَاءَ فَعَلُهُ، وَالْهَبَةُ إِسْقَاطٌ مِنْ صَاحِبِ الدَّيْنِ.

الشرح:

وإن زاد في التقاضي (فحلف ليقضين دينه اليوم فقضاه ثم وجد فلان بعضها زيوفاً أو تبهرجةً أو مستحقة برّ في يمينه) لما ذكره في الكتاب، والزيف ما يرده يئس المال، والتبهرج ما يرده التجار، وسيأتي في كتاب البيوع.

وقوله (فوجد شرط برّ) يعني قضاء دينه في اليوم (وقبض المستحقة صحيح) ألا ترى أنه لو اشترى بها شيئاً فأخذها المستحق بقي البيع صحيحاً، ولو لم يصح قبض المستحقة لبطل البيع لكونه بلا ثمن (ولا يرتفع برّده) أي برّد ما قضى من الزيف أو التبهرجة أو المستحقة (البرّ المتحقق) لأن اليمين لما انحلت بوجود الشرط لم يقبل الفسخ والانتفاض كالكتابة، فإن مولى المكاتب إذا ردّ البذل لكونه زيفاً أو تبهرجة أو استردّ بالاستحقاق لا ينتقض العتق، بخلاف قضاء الدين فإنه ينتقض برّد المقبوض لغيب أو استحقاق لأن مبناه المقاصة وقد زالت.

قوله (وإن وجدها رصاصاً) ظاهر. وقوله (لأن قضاء الدين طريقه المقاصة) بيانه أن ما يقبضه رب الدين يصير مضموناً عليه لأنه يقبضه لنفسه على وجه التملك، ولرب الدين على المدينون مثله، أي مثل ما في ذمته فيلتقيان قصاصاً (وقد تحققت بمجرد البيع) لأن ثمن العبد آخر الدينين فيكون قضاء عن الأول، وإنما كان طريق قضاء الدين المقاصة لأن قضاء الدين حقيقة لا يتصور لأن القضاء يصادف العين وحق صاحب الدين في وصف في الذمة ولهذا قالوا الدين يُقضى بأمثالها.

وقوله (فكأنه شرط القبض) كأنه إشارة إلى الجواب عما يقال لو تحققت المقاصة بمجرد البيع لما قال محمد في الجامع الصغير ويقبضه. ووجهه أن اشتراط القبض ليكون هذا الدين مثل الدين الذي للمشتري عليه لأن ماله من الدين عليه متقرر وثمن العبد غير متقرر قبل القبض لأنه على شرف السقوط بموته، فإذا قبضه صار متقررًا فيكون مثله فيتقاصان (وإن وهبها له) أي إن وهب الدائن دينه للمدين (لم يبر) الحالف (لعدم المقاصة) لأن المحلوف عليه فعله وهو القضاء (والهبة) ليست فعله لأنها (إسقاط من صاحب الدين) وإنما قال لم يبر لأنه أعم من الحنث، فكأنه أشار بذلك إلى أنه لم يبر ولم يحث عند أبي حنيفة ومحمد لفوات

المَحْلُوفِ عَلَيْهِ وَهُوَ الدَّيْنُ، وَفَوَاتُ الْمَحْلُوفِ عَلَيْهِ عِنْدَهُمَا جِهَةٌ فِي بَطْلَانِ الْيَمِينِ كَمَا فِي مَسْأَلَةِ الْكُوزِ عَلَى مَا تَقَدَّمَ.

قَالَ بَعْضُ الشَّارِحِينَ: وَلَنَا فِيهِ نَظَرٌ لِأَنَّهُ حِينَئِذٍ يَلْزَمُ ارْتِفَاعُ التَّقْيِضَيْنِ، وَهُوَ فَاسِدٌ بِمَرَّةٍ لِأَنَّ الْبَرَّ يَقِضُ الْحِنْثَ، فَمِنْ وُجُودِ أَحَدِهِمَا يَلْزَمُ ارْتِفَاعُ الْآخَرِ وَمِنْ ارْتِفَاعِ أَحَدِهِمَا يَلْزَمُ وُجُودُ الْآخَرِ، فَلَا يَجُوزُ أَنْ يَرْتَفِعَا جَمِيعًا.

وَأَقُولُ: لَيْسَا بِتَقْيِضَيْنِ عَلَى اصْطِلَاحِ أَهْلِ الْمَعْقُولِ وَغَيْرِ الْحَالِفِ لَا يَتَّصِفُ بِأَحَدِهِمَا وَشَأْنُ التَّقْيِضَيْنِ لَيْسَ كَذَلِكَ، فَإِذَا بَطَلَ الْيَمِينُ بِفَوَاتِ تَصَوُّرِ الْبَرِّ صَارَ كَغَيْرِ الْحَالِفِ مِنَ النَّاسِ فَيَجُوزُ أَنْ لَا يَتَّصِفَ بِوَاحِدٍ مِنْهُمَا.

(وَمَنْ حَلَفَ لَا يَقْبِضُ دَيْنَهُ دِرْهَمًا دُونَ دِرْهَمٍ فَقَبِضَ بَعْضَهُ لَمْ يَحْنَثْ حَتَّى يَقْبِضَ جَمِيعَهُ) لِأَنَّ الشَّرْطَ قَبْضُ الْكُلِّ وَلَكِنَّهُ يَوْصَفُ التَّفَرُّقُ، أَلَا يَرَى أَنَّهُ أَضَافَ الْقَبْضَ إِلَى دَيْنٍ مُعَرَّفٍ مُضَافٍ إِلَيْهِ فَيَنْصَرِفُ إِلَى كُلِّهِ فَلَا يَحْنَثُ إِلَّا بِهِ (فَإِنْ قَبِضَ دَيْنَهُ فِي وَزْنَيْنِ لَمْ يَتَشَاغَلْ بَيْنَهُمَا إِلَّا بِعَمَلِ الْوِزْنِ لَمْ يَحْنَثْ وَلَيْسَ ذَلِكَ بِتَفْرِيقٍ) لِأَنَّهُ قَدْ يَتَعَذَّرُ قَبْضُ الْكُلِّ دُفْعَةً وَاحِدَةً عَادَةً فَيَصِيرُ هَذَا الْقَدْرُ مُسْتَثْنَى مِنْهُ.

الشرح:

وَإِذَا تَقَاضَى دَيْنُهُ فَقَالَ أَقْضِيهَا مُنْجَمًا فَحَلَفَ (لَا يَقْبِضُ دَيْنَهُ دِرْهَمًا دُونَ دِرْهَمٍ فَقَبِضَ بَعْضَهُ لَمْ يَحْنَثْ حَتَّى يَقْبِضَ الْجَمِيعَ) مُتَّفَقًا لِأَنَّ شَرْطَ الْحِنْثِ أَمْرٌ مُرَكَّبٌ مِنْ قَبْضِ الْكُلِّ يَوْصَفُ التَّفَرُّقُ لِأَنَّهُ أَضَافَ الْقَبْضَ إِلَى دَيْنٍ مُعَرَّفٍ مُضَافٍ إِلَيْهِ، وَهُوَ اسْمٌ لِكُلِّ مَا لَهُ عَلَيْهِ (فَيَنْصَرِفُ إِلَيْهِ) وَالْمُرَكَّبُ يَنْتَفِي بِإِثْقَائِهِ جُزْئِهِ، فَإِذَا وَجَدَ أَحَدَهُمَا دُونَ الْآخَرِ لَمْ يَحْنَثْ، وَهَاهُنَا إِنْ قَاتَ عَدَمُ التَّفَرُّقِ لَمْ يُوجَدْ قَبْضُ الْجَمِيعِ. وَقَوْلُهُ (فَإِنْ قَبِضَ دَيْنَهُ فِي وَزْنَيْنِ ظَاهِرٌ).

(وَمَنْ قَالَ: إِنْ كَانَ لِي إِلَّا مِائَةٌ دِرْهَمٍ فَأَمْرَاتُهُ طَالِقٌ فَلَا يَمْلِكُ إِلَّا خَمْسِينَ دِرْهَمًا لَمْ يَحْنَثْ) لِأَنَّ الْمَقْصُودَ مِنْهُ عَرَفًا نَفِيٍّ مَا زَادَ عَلَى الْمِائَةِ وَلَئِنْ اسْتِثْنَاءَ الْمِائَةِ اسْتِثْنَاوُهَا بِجَمِيعِ أَجْزَائِهَا (وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ غَيْرَ مِائَةٍ أَوْ سِوَى مِائَةٍ) لِأَنَّ كُلَّ ذَلِكَ آدَاءُ الْاسْتِثْنَاءِ.

الشرح:

وَمَنْ تَقَاضَى مِنْ غَرِيمِهِ مِائَتَيْنِ فَقَالَ لَا أَمْلِكُ ذَلِكَ الْمِقْدَارَ فَلَمْ يُصَدِّقْهُ فَقَالَ (إِنْ

كَانَ لِي إِلَّا مِائَةٌ دِرْهَمٍ فَأَمْرَأَتُهُ طَالِقٌ وَلَمْ يَمْلِكْ إِلَّا خَمْسِينَ دِرْهَمًا لَمْ يَحْنُثْ) لَمَّا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ. قَوْلُهُ (وَلَأَنَّ اسْتِنَاءَ الْمِائَةِ اسْتِنَاءُهَا بِجَمِيعِ أَجْزَائِهَا) يَعْنِي فَكَانَ اسْتِنَاءُ الْخَمْسِينَ ذَاخِلًا تَحْتَ اسْتِنَاءِ الْمِائَةِ لِأَنَّ الْخَمْسِينَ مِنْ أَجْزَاءِ الْمِائَةِ فَلِذَلِكَ لَمْ يَحْنُثْ.

مسائل متفرقة

(وَإِذَا حَلَفَ لَا يَفْعَلُ كَذَا تَرَكَهُ أَبَدًا) لِأَنَّهُ نَفَى الْفِعْلَ مُطْلَقًا فَعَمَّ الْامْتِنَاعُ ضَرُورَةَ عُمُومِ النَّفْيِ (وَإِنْ حَلَفَ لَيَفْعَلَ كَذَا فَفَعَلَهُ مَرَّةً وَاحِدَةً بَرَّ فِي يَمِينِهِ) لِأَنَّ الْمُتَلَزَّمَ فِعْلٌ وَاحِدٌ غَيْرُ عَيْنٍ، إِذَا الْمَقَامُ مَقَامُ الْإِثْبَاتِ فَيَبْرُ بِأَيِّ فِعْلٍ فَعَلَهُ، وَإِنَّمَا يَحْنُثُ بِوُقُوعِ الْيَأْسِ عَنْهُ وَذَلِكَ بِمَوْتِهِ أَوْ بِفَوْتِ مَحَلِّ الْفِعْلِ.

الشرح:

(مَسَائِلُ مُتَفَرِّقَةٌ): أَيُّ هَذِهِ الْمَسَائِلُ الَّتِي أَذْكَرُهَا مَسَائِلُ مُتَفَرِّقَةٌ، وَمِنْ ذَأْبِ الْمُصَنِّفِينَ ذَكَرَ مَا شَدَّ مِنَ الْأَبْوَابِ فِي آخِرِ الْكِتَابِ.

(وَإِذَا حَلَفَ لَا يَفْعَلُ كَذَا تَرَكَهُ أَبَدًا) الْيَمِينُ عَلَى فِعْلِ الشَّيْءِ أَوْ تَرَكَهُ لَا تَخْلُو إِمَّا أَنْ تَكُونَ مُؤَقَّتَةً بِوَقْتٍ كَيَوْمٍ وَشَهْرٍ أَوْ مُطْلَقَةً، فَإِنْ كَانَ الثَّانِي وَهُوَ الْمَذْكَورُ فِي الْكِتَابِ، فَإِنْ كَانَ عَلَى التَّرْكِ تَرَكَهُ أَبَدًا، وَإِنْ كَانَ عَلَى الْفِعْلِ بَرَّ بِفِعْلِهِ مَرَّةً عَلَى أَيِّ وَجْهِ كَانَ نَاسِيًا أَوْ عَامِدًا مُخْتَارًا أَوْ مُكْرَهًا أَوْ بِطَرِيقِ التَّوَكُّيلِ؛ لِأَنَّ الْفِعْلَ مُشْتَمِلٌ عَلَى مَصْدَرِهِ اشْتِمَالِ الْكُلِّ عَلَى الْجُزْءِ، وَهُوَ مُنْكَرٌ لِعَدَمِ الْحَاجَةِ إِلَى التَّعْرِيفِ، وَالتَّنْكِيرُ فِي سِيَاقِ النَّفْيِ نَعْمٌ فَيُوجِبُ عُمُومَ الْامْتِنَاعِ، وَفِي الْإِثْبَاتِ تَخَصُّصٌ، فَإِنْ فَعَلَهُ فِي صُورَةِ النَّفْيِ مَرَّةً حَنْثٌ، وَإِنْ فَعَلَهُ فِي صُورَةِ الْإِثْبَاتِ مَرَّةً بَرَّ.

(وَإِنَّمَا يَحْنُثُ بِوُقُوعِ الْيَأْسِ عَنْهُ وَذَلِكَ بِمَوْتِ الْحَالِفِ أَوْ بِفَوْتِ مَحَلِّ الْفِعْلِ) فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ وَلَمْ يَذْكُرْهُ فِي الْكِتَابِ فَإِنَّهُ لَا يَحْنُثُ فِيهِ قَبْلَ مُضِيِّ الْوَقْتِ وَإِنْ وَقَعَ الْيَأْسُ بِمَوْتِهِ أَوْ بِفَوْتِ الْمَحَلِّ لِأَنَّ الْوَقْتَ مَانِعٌ مِنَ الْإِنْحِلَالِ، إِذْ لَوْ انْحَلَّ قَبْلَ مُضِيِّ الْوَقْتِ لَمْ يَكُنْ لِلتَّوَقُّعِ فَائِدَةٌ

(وَإِذَا اسْتَحْلَفَ الْوَالِي رَجُلًا لِيُعْلِمَنَّهُ بِكُلِّ دَاعِرٍ دَخَلَ الْبَلَدَ فَهَذَا عَلَى حَالِ وَلَايَتِهِ خَاصَّةً) لِأَنَّ الْمَقْصُودَ مِنْهُ دَفْعُ شَرِّهِ أَوْ هَرَجِهِ بِزَجْرِهِ فَلَا يُفِيدُ فَائِدَتَهُ بَعْدَ زَوَالِ سُلْطَنَتِهِ، وَالزَّوَالُ بِالْمَوْتِ وَكَذَا بِالْعَزْلِ إِلَى ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ

الشرح:

(وَإِذَا اسْتَحْلَفَ الْوَالِي رَجُلًا لِيُعْلِمَنَهُ بِكُلِّ دَاعِرٍ) أَيُّ مُفْسِدٍ خَبِيثٍ مِنَ الدَّعَارَةِ وَهِيَ الْخُبْتُ وَالْفَسَادُ (دَخَلَ الْبَلَدَ كَانَ الْإِعْلَامُ وَاجِبًا حَالًا وَلَايَتِهِ خَاصَّةً) وَلَيْسَ يَلْزَمُ الْإِعْلَامُ حَالُ دُخُولِهِ، وَإِنَّمَا يَلْزَمُهُ أَنْ لَا يُؤَخَّرَ الْإِعْلَامُ إِلَى مَا بَعْدَ مَوْتِ الْوَالِي أَوْ عَزْلِهِ عَلَى ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ (لَأَنَّ الْمَقْصُودَ مِنْهُ) أَيُّ مِنَ الْإِعْلَامِ (دَفْعُ شَرِّهِ) أَيُّ شَرِّ نَفْسِ الدَّاعِرِ (أَوْ شَرِّ غَيْرِهِ بِزَجْرِهِ) فَإِنَّ الْوَالِي إِذَا زَجَرَهُ وَأَدَّبَهُ لِدَعَارَتِهِ يَنْزَجِرُ غَيْرُهُ مِنَ الدَّعَارَةِ لَوْ كَانَتْ فِي قَصْدِهِ أَوْ نِيَّتِهِ، وَهَذَا الْمَقْصُودُ إِنَّمَا يُفِيدُ فَائِدَتَهُ إِذَا كَانَ الْوَالِي قَادِرًا عَلَى تَنْفِيذِهِ وَذَلِكَ بِالسُّلْطَنَةِ وَالسُّلْطَنَةُ تَزُولُ بِالْمَوْتِ لَا مَحَالَةَ (وَكَذَلِكَ بِالْعَزْلِ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ) وَإِنَّمَا قِيدَ بِظَاهِرِ الرِّوَايَةِ اخْتِرَازٌ عَمَّا رَوَى عَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يَجِبُ الْإِعْلَامُ عَلَى الْحَالِفِ بَعْدَ عَزْلِ الْمُسْتَحْلَفِ أَيْضًا لِأَنَّهُ مُفِيدٌ فِي الْحُمْلَةِ.

(وَمَنْ حَلَفَ أَنْ يَهَبَ عَبْدَهُ لِفُلَانٍ فَوَهَبَهُ وَلَمْ يَقْبَلْ بَرَّ فِي يَمِينِهِ) خِلَافًا لِمَا نَزَّهَ فَإِنَّهُ يَعْتَبَرُهُ بِالْبَيْعِ لِأَنَّهُ تَمْلِيكَ مِثْلُهُ. وَلَنَا أَنَّهُ عَقْدُ تَبَرُّعٍ فَتَبَرُّعٌ بِالْمَتَبَرِّعِ وَلِهَذَا يُقَالُ وَهَبَ وَلَمْ يَقْبَلْ، وَلَأَنَّ الْمَقْصُودَ إِظْهَارُ السَّمَاحَةِ وَذَلِكَ يَتِمُّ بِهِ، أَمَّا الْبَيْعُ فَمُعَاوَضَةٌ فَاقْتَضَى الْفِعْلُ مِنَ الْجَانِبَيْنِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ) (حَلَفَ أَنْ يَهَبَ) عَلَى مَا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ وَاضِحٌ، وَاخْتَلَفَ أَصْحَابُنَا فِي ثُبُوتِ الْمَلِكِ قَبْلَ الْقَبُولِ، فَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ بِثُبُوتِهِ إِلَّا أَنَّهُ بِالرَّدِّ يُنْتَقَضُ دَفْعًا لَضَرَرِ الْمَنَّةِ، وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ بَعْدَمِهِ لَاحْتِمَالِ أَنْ يَكُونَ الْمُوْهُوبُ مُحَرَّمًا لِلْمَوْهُوبِ لَهُ فَيَعْتَقُ عَلَيْهِ فَلَا يُمَكِّنُ دَفْعَ الضَّرَرِ فَيَتَوَقَّفُ الثُّبُوتُ عَلَى الْقَبُولِ، بِخِلَافِ الْبَيْعِ وَالْإِجَارَةِ وَكُلُّ عَقْدٍ فِيهِ بَدَلٌ لِأَنَّهُ تَمْلُكٌ مِنَ الْجَانِبَيْنِ فَكَانَ تَمَامُهُ بِهِمَا.

(وَمَنْ حَلَفَ لَا يَشْمُ رِيحَانًا فَشَمَّ وَرَدًا أَوْ يَاسَمِينًا لَا يَحْنُثُ) لِأَنَّهُ اسْمٌ لِمَا لَا سَاقَ لَهُ

وَلَهُمَا سَاقٌ.

الشرح:

(وَمَنْ حَلَفَ لَا يَشْمُ رِيحَانًا فَشَمَّ وَرَدًا أَوْ يَاسَمِينًا لَا يَحْنُثُ) لِأَنَّهُ اسْمٌ لِمَا لَا

سَاقَ لَهُ وَلَهُمَا سَاقٌ) قِيلَ هَذَا تَفْسِيرُ الْإِمَامِ فَخْرِ الْإِسْلَامِ وَقَلَدُهُ الصَّدْرُ الشَّهِيدُ

وَالْمُصَنَّفُ، وَفِيهِ نَظَرٌ لِأَنَّهُ لَمْ يَثْبُتْ فِي قَوَانِينِ اللَّغَةِ الرَّيْحَانُ بِهَذَا التَّفْسِيرِ أَصْلًا.
وَجَوَابُهُ أَنَّ مَعْنَى قَوْلِهِ اسْمٌ لِمَا لَا سَاقَ لَهُ أَنَّ لِسَاقِهِ رَائِحَةً طَيِّبَةً كَمَا لَوْرَقِهِ
اصْطَلَحَ عَلَيْهِ الْفُقَهَاءُ وَإِنْ لَمْ يَثْبُتْ فِي اللَّغَةِ، عَلَى أَنَّ نَفْيَهُ فِي اللَّغَةِ يَتَوَقَّفُ عَلَى
الاسْتِقْرَاءِ الثَّامِّ فِي أَوْضَاعِ اللَّغَةِ وَهُوَ مُتَعَذِّرٌ.

وَقِيلَ فِي الضَّائِبِ بَيْنَ الْوَرْدِ وَالرَّيْحَانِ أَنَّ مَا يَثْبُتُ مِنْ بَزْرِهِ مِمَّا لَا شَجَرَ لَهُ
وَلَعَيْنِهِ رَائِحَةٌ طَيِّبَةٌ مُسْتَلَذَّةٌ فَهُوَ رَيْحَانٌ، وَمَا يَثْبُتُ مِنَ الشَّجَرِ وَلَوْرَقِهِ رَائِحَةٌ مُسْتَلَذَّةٌ
فَهُوَ وَرْدٌ.

(وَلَوْ حَلَفَ لَا يَشْتَرِي بِنَفْسَجَا وَلَا نِيَّةَ لَهُ فَهُوَ عَلَى ذَهْنِهِ) اعْتِبَارًا لِلْعُرْفِ وَلِهَذَا
يُسَمَّى بِائِعُهُ بَائِعَ الْبَنْفَسَجِ وَالشَّرَاءُ يَنْبَنِي عَلَيْهِ وَقِيلَ فِي عُرْفِنَا يَقَعُ عَلَى الْوَرَقِ (وَأِنْ
حَلَفَ عَلَى الْوَرْدِ فَالْيَمِينُ عَلَى الْوَرَقِ) لِأَنَّهُ حَقِيقَةٌ فِيهِ وَالْعُرْفُ مُقَرَّرٌ لَهُ، وَفِي الْبَنْفَسَجِ
قَاضٍ عَلَيْهِ.

الشرح:

(وَمَنْ حَلَفَ لَا يَشْتَرِي بِنَفْسَجَا فَاشْتَرَى ذَهْنًا بِنَفْسَجِ حَنْتَ اعْتِبَارًا لِلْعُرْفِ
وَلِهَذَا يُسَمَّى بِائِعُهُ بَائِعَ الْبَنْفَسَجِ وَالشَّرَاءُ يَنْبَنِي عَلَيْهِ) أَيُّ عَلَى الْبَيْعِ وَهَذَا فِي عُرْفِ أَهْلِ
الْكُوفَةِ وَقِيلَ فِي عُرْفِنَا يَقَعُ عَلَى الْوَرَقِ، وَإِنْ حَلَفَ عَلَى الْوَرْدِ فَالْيَمِينُ عَلَى الْوَرَقِ؛
لِأَنَّهُ) أَيُّ الْوَرْدِ (حَقِيقَةٌ فِيهِ) أَيُّ فِي الْوَرَقِ (وَالْعُرْفُ مُقَرَّرٌ لَهُ) أَيُّ لَوْفُوعِ الْيَمِينِ عَلَى
الْحَقِيقَةِ: يَعْنِي أَنَّ اسْمَ الْوَرْدِ عَلَى الْوَرَقِ حَقِيقَةٌ، وَفِي الْعُرْفِ أَيْضًا يُفْهَمُ مِنْهُ ذَلِكَ فَكَانَ
الْعُرْفُ مُقَرَّرًا لِلْوُفُوعِ عَلَى الْحَقِيقَةِ (وَفِي الْبَنْفَسَجِ قَاضٍ عَلَيْهِ) أَيُّ غَالِبٌ رَاجِحٌ: يَعْنِي
أَنَّ اسْمَ الْبَنْفَسَجِ يَقَعُ عَلَى عَيْنِ الْبَنْفَسَجِ حَقِيقَةٌ كَمَا هُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ لَا عَلَى ذَهْنِهِ،
وَلَكِنْ الْعُرْفُ غَيْرُ تِلْكَ الْحَقِيقَةِ مِنْ عَيْنِهِ إِلَى ذَهْنِهِ فَكَانَ الْعُرْفُ غَالِبًا وَرَاجِحًا فِي اسْمِ
الْبَنْفَسَجِ عَلَى حَقِيقَتِهِ.

كِتَابُ الْحُدُودِ

قَالَ: الْحَدُّ لُغَةً: هُوَ الْمَنْعُ، وَمِنْهُ الْحَدَادُ لِلْبَوَابِ. وَفِي الشَّرِيعَةِ: هُوَ الْعُقُوبَةُ الْمَقْدَرَةُ حَقًّا لِلَّهِ تَعَالَى حَتَّى لَا يُسَمَّى الْقِصَاصُ حَدًّا لِأَنَّهُ حَقُّ الْعَبْدِ وَلَا التَّعْزِيرُ لِعَدَمِ التَّقْدِيرِ. وَالْمَقْصِدُ الْأَصْلِيُّ مِنْ شَرْعِهِ الْأَنْزِجَارُ عَمَّا يَتَضَرَّرُ بِهِ الْعِبَادُ، وَالطَّهَارَةُ لَيْسَتْ أَصْلِيَّةً فِيهِ بِدَلِيلِ شَرْعِهِ فِي حَقِّ الْكَافِرِ.

الشرح:

(كِتَابُ الْحُدُودِ): لَمَّا فَرَّغَ مِنْ ذِكْرِ الْإِيمَانِ وَكَفَارَتِهَا الدَّائِرَةِ بَيْنَ الْعِبَادَةِ وَالْعُقُوبَةِ أَوْرَدَ عَقِيْبَهَا الْعُقُوبَاتِ الْمَحْضَةَ. وَمَحَاسِنُ الْحُدُودِ كَثِيرَةٌ لَمَّا أَنَّهَا تَرْفَعُ الْفَسَادَ الْوَاقِعَ فِي الْعَالَمِ وَتَحْفَظُ النَّفُوسَ وَالْأَعْرَاضَ وَالْأَمْوَالَ سَالِمَةً عَنِ الْإِثْمَالِ. وَأَمَّا سَبَبُهَا فَسَبَبُ كُلِّ مِنْهَا مَا أُضِيفَ إِلَيْهِ مِثْلُ حَدِّ الزَّنا وَحَدِّ الْقَذْفِ وَغَيْرِهِمَا. وَأَمَّا تَفْسِيرُهُ لُغَةً وَشَرْيْعَةً وَالْمَقْصِدُ الْأَصْلِيُّ مِنْ شَرْعِهِ وَهُوَ الْحُكْمُ فَقَدْ ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ

قَالَ (الزَّنا يَثْبُتُ بِالْبَيِّنَةِ وَالْإِقْرَارِ) وَالْمُرَادُ ثُبُوتُهُ عِنْدَ الْإِمَامِ لِأَنَّ الْبَيِّنَةَ دَلِيلُ ظَاهِرٍ، وَكَذَا الْإِقْرَارُ لِأَنَّ الصَّدَقَ فِيهِ مُرَجَّحٌ لَا سِيَّمَا فِيمَا يَتَعَلَّقُ بِثُبُوتِهِ مَضْرَّةٌ وَمَعْرَةٌ، وَالْوُصُولُ إِلَى الْعِلْمِ الْقَطْعِيِّ مُتَعَدِّرٌ، فَيَكْتَفَى بِالظَّاهِرِ. قَالَ (فَالْبَيِّنَةُ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَةً مِنَ الشُّهُودِ عَلَى رَجُلٍ أَوْ امْرَأَةٍ بِالزَّنا) لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿فَاسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِنْكُمْ﴾ [النساء: ١٥] وَقَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ﴾ [النور: ٤] وَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: لِلَّذِي قَذَفَ امْرَأَتَهُ «إِنَّهُ بِأَرْبَعَةٍ يَشْهَدُونَ عَلَى صِدْقِ مَقَالَتِكَ»^(١) وَلِأَنَّ فِي اشْتِرَاطِ الْأَرْبَعَةِ يَتَحَقَّقُ مَعْنَى السِّرِّ وَهُوَ مَنْدُوبٌ إِلَيْهِ وَالْإِشَاعَةُ ضِدُّهُ

الشرح:

قَالَ (الزَّنا يَثْبُتُ بِالْبَيِّنَةِ وَالْإِقْرَارِ) الزَّنا يُمَدُّ وَيُقْصَرُ، فَالْقَصْرُ لُغَةٌ أَهْلُ الْحِجَازِ، وَالْمَدُّ لِأَهْلِ نَجْدٍ. قَالَ الْفَرَزْدَقُ: أَبَا حَاضِرٍ مَنْ يَزْنُ يُعْرِفُ زَنَاؤُهُ وَمَنْ يَشْرَبُ الْخُرْطُومَ يُصْبِحُ مُسْكِرًا يُخَاطَبُ رَجُلًا يُكْنَى أَبَا حَاضِرٍ، وَالْخُرْطُومُ الْحَمْرُ، وَالْمُسْكِرُ بِفَتْحِ الْكَافِ الْمَخْمُورُ. وَتَفْسِيرُهُ فِي الشَّرْعِ قَضَاءُ الْمَكْلَفِ شَهْوَتُهُ فِي قُبُلِ امْرَأَةٍ خَالِيَةٍ عَنِ الْمَلَائِكِينَ وَشُبُهَتَيْهَا لَا شُبُهَةَ الْاِشْتِبَاهِ وَتَمَكِينِ الْمَرْأَةِ مِنْ ذَلِكَ. وَاخْتِيارَ لَفْظِ الْقَضَاءِ إِشَارَةً إِلَى أَنَّ

(١) قَالَ الزَّيْلَعِيُّ فِي نَصْبِ الرَّايَةِ (٤٧٨/٣): غَرِيبٌ هَذَا اللَّفْظُ.

مُجَرَّدَ الْإِيلَاجِ زِنَا، وَلِهَذَا يَثْبُتُ بِهِ الْغُسْلُ، وَالْمُكَلَّفُ لِيَخْرُجَ الصَّبِيُّ وَالْمَجْنُونُ، وَالْمُرَادُ بِالْمَلَكَيْنِ مَلِكُ النِّكَاحِ وَمَلِكُ الْيَمِينِ وَبِشْبَهَةِ مَلِكِ النِّكَاحِ مَا إِذَا وَطِئَ امْرَأَةً تَزَوَّجَهَا بِغَيْرِ شُهُودٍ أَوْ بِغَيْرِ إِذْنِ مَوْلَاهَا وَمَا أَشْبَهَهُ. وَبِشْبَهَةِ مَلِكِ الْيَمِينِ، مَا إِذَا وَطِئَ جَارِيَةً ابْنَهُ أَوْ مُكَاتِبَهُ أَوْ عَبْدَهُ الْمَأْذُونِ الْمَدْيُونِ، وَبِشْبَهَةِ الْأَشْتَبَاهِ مَا إِذَا وَطِئَ الْإِبْنَ جَارِيَةَ أَبِيهِ عَلَى ظَنِّ أَنَّهَا تَحِلُّ لَهُ. وَالزَّنَا يَثْبُتُ بِالْبَيِّنَةِ وَالْإِقْرَارِ.

قَالَ الْمُصَنِّفُ (وَالْمُرَادُ بَيُّوْنُهُ عِنْدَ الْإِمَامِ) وَإِنَّمَا قَالَ كَذَلِكَ لِأَنَّ الزَّنَا عَلَى التَّفْسِيرِ الْمَذْكُورِ يَثْبُتُ بِفَعْلِهِمَا وَيَتَحَقَّقُ فِي الْخَارِجِ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ هُنَاكَ لَا بَيِّنَةٌ وَلَا إِقْرَارٌ، وَإِنَّمَا انْحَصَرَ فِي ذَلِكَ لِأَنَّهُ لَا يَظْهَرُ بَيُّوْنُهُ بَعْلِمِ الْقَاضِي؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِحُجَّةٍ فِي هَذَا الْبَابِ وَكَذَلِكَ فِي سَائِرِ الْحُدُودِ الْخَالِصَةِ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿فَإِذَا لَمْ يَأْتُوا بِالشَّهَادَةِ فَأُولَئِكَ عِنْدَ اللَّهِ هُمُ الْكَاذِبُونَ﴾ [النور: ١٣] وَقَوْلُهُ (مَعْرَةٌ وَمَضْرَّةٌ) الْمَضْرَّةُ ضَرَرٌ ظَاهِرٌ عَلَى الْبَدَنِ، وَالْمَعْرَةُ ضَرَرٌ يَتَّصِلُ بِيَدِهِ وَيَسْرِي إِلَى بَاطِنِهِ مِنْ لُحُوقِ الْعَارِ بِائِسَابِهِ إِلَى الزَّنَا. وَقَوْلُهُ (فَالْبَيِّنَةُ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَةٌ مِنَ الشُّهُودِ) ظَاهِرٌ.

وَقَوْلُهُ (وَلَأَنَّ فِي اشْتِرَاطِ الْأَرْبَعَةِ تَحْقِيقَ مَعْنَى السِّرِّ) اخْتِرَازٌ عَنْ قَوْلٍ مَنْ يَقُولُ إِنَّمَا اشْتَرَطَ الْأَرْبَعَ لِأَنَّ الزَّنَا لَا يَتِمُّ إِلَّا بِائِثَيْنِ، وَفَعْلُ كُلِّ وَاحِدٍ لَا يَثْبُتُ إِلَّا بِشَهَادَةِ شَاهِدَيْنِ فَإِنَّهُ ضَعِيفٌ؛ لِأَنَّ فَعْلَ الْوَاحِدِ كَمَا يَثْبُتُ بِشَهَادَةِ شَاهِدَيْنِ كَذَلِكَ يَثْبُتُ بِهَا فَعْلُ الْاِثْنَيْنِ، وَإِنَّمَا الصَّوَابُ أَنَّ اللَّهَ تَعَالَى أَحَبُّ السِّرِّ عَلَى عِبَادِهِ وَشَرَطَ زِيَادَةَ الْعَدَدِ تَحْقِيقًا لِمَعْنَى السِّرِّ.

وَقَوْلُهُ (وَهُوَ) أَيُّ السِّرِّ (مَنْدُوبٌ إِلَيْهِ) قَالَ ﷺ «مَنْ أَصَابَ مِنْكُمْ مِنْ هَذِهِ الْقَادُورَاتِ شَيْئًا فَلْيَسْتَسِرَّ بِسِرِّ اللَّهِ»، وَقَالَ: «مَنْ سَتَرَ عَلَى مُسْلِمٍ سِتْرَهُ اللَّهُ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ» (وَالْإِشَاعَةُ ضِدُّهُ) أَيُّ إِظْهَارِ الزَّنَا ضِدُّ سِتْرِ الزَّنَا، فَكَانَ وَصْفُ الْإِشَاعَةِ عَلَى ضِدِّ وَصْفِ السِّرِّ لَا مَحَالَةَ. ثُمَّ لَمَّا كَانَ السِّرُّ أَمْرًا مَنْدُوبًا إِلَيْهِ كَانَتْ الْإِشَاعَةُ أَمْرًا مَذْمُومًا.

(وَإِذَا شَهِدُوا سَأَلَهُمُ الْإِمَامُ عَنِ الزَّنَا مَا هُوَ وَكَيْفَ هُوَ وَآيَنَ زَنَى وَمَتَى زَنَى وَبِمَنْ زَنَى؟) لِأَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ اسْتَفْسَرَ مَا عِزَّا عَنِ الْكَيْفِيَّةِ وَعَنِ الْمَرْئِيَّةِ، وَلِأَنَّ الْاِحْتِيَاطَ فِي ذَلِكَ وَاجِبٌ لِأَنَّهُ عَسَاهُ غَيْرُ الْفِعْلِ فِي الْفَرْجِ عَنْهُ أَوْ زَنَى فِي دَارِ الْحَرْبِ أَوْ فِي الْمُنْقَادِمِ مِنَ الزَّمَانِ أَوْ كَانَتْ لَهُ شُبُهَةٌ لَا يَعْرِفُهَا هُوَ وَلَا الشُّهُودُ كَوَطْءِ جَارِيَةِ الْإِبْنِ

فَيَسْتَقْصِي فِي ذَلِكَ احْتِيَاظًا لِلدَّرءِ (فَإِذَا بَيَّنُّوا ذَلِكَ وَقَالُوا رَأَيْنَاهُ وَطَنَهَا فِي فَرْجِهَا كَالْمِلِ فِي الْمُكْحَلَةِ وَسَأَلَ الْقَاضِي عَنْهُمْ فَعَدَّلُوا فِي السَّرِّ وَالْعَلَانِيَةِ حَكَمَ بِشَهَادَتِهِمْ) وَلَمْ يَكْتَفِ بِظَاهِرِ الْعَدَالَةِ فِي الْحُدُودِ احْتِيَالًا لِلدَّرءِ، قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «ادْرَءُوا الْحُدُودَ مَا اسْتَطَعْتُمْ» بِخِلَافِ سَائِرِ الْحُقُوقِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَتَعْدِيلُ السَّرِّ وَالْعَلَانِيَةِ ثُبُوتُهُ فِي الشَّهَادَاتِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى. قَالَ فِي الْأَصْلِ: يَحْبِسُهُ حَتَّى يَسْأَلَ عَنِ الشُّهُودِ لِاتِّهَامٍ بِالْجَنَائَةِ وَقَدْ حَبَسَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ رَجُلًا بِاتِّهَامَةٍ، بِخِلَافِ الدُّيُونِ حَيْثُ لَا يُحْبَسُ فِيهَا قَبْلَ ظُهُورِ الْعَدَالَةِ، وَسَيَأْتِيكَ الْفَرْقُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

الشرح:

(وَإِذَا شَهِدُوا سَأَلَهُمُ الْإِمَامُ عَنِ الزُّنَا مَا هُوَ) اخْتِرَازًا عَنِ الْعَلَطِ فِي الْمَاهِيَةِ (وَكَيْفَ هُوَ) اخْتِرَازًا عَنِ الْعَلَطِ فِي الْكَيْفِيَّةِ (وَأَيْنَ رَأَى) اخْتِرَازًا عَنْهُ فِي الْمَكَانِ وَمَتَى رَأَى اخْتِرَازًا عَنْهُ فِي الزَّمَانِ (وَعَنِ الْمُرْتَبَةِ) اخْتِرَازًا عَنْهُ فِي الْمَفْعُولِ بِهِ، وَيَدُلُّ عَلَى وَجُوبِ السُّؤَالِ عَنْ هَذِهِ الْأَشْيَاءِ الثَّقُلُ وَالْعَقْلُ. أَمَّا الْأَوَّلُ فَمَا رُوِيَ «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ سَأَلَ مَاعِزًا» إِلَى أَنْ ذَكَرَ الْكَافَ وَالثَّوْنَ: "يَعْنِي كَلِمَةً تُكْتَلَمُ لِكُونِهِ صَرِيحًا فِي الْبَابِ وَالْبَاقِي كِنَايَةً، وَأَمَّا الْعَقْلُ فَلَأَنَّ الْاِحْتِيَاظَ فِي ذَلِكَ وَاجِبٌ لِأَنَّهُ قَدْ كَانَ الْفِعْلُ فِي غَيْرِ الْفَرْجِ عَنْهُ فَلَا يَكُونُ مَاهِيَةُ الزُّنَا وَلَا كَيْفِيَّتُهُ مَوْجُودَةً، أَوْ رَأَى فِي دَارِ الْحَرْبِ وَهُوَ لَا يُوجِبُ الْحَدَّ، أَوْ فِي الْمُتَقَادِمِ مِنَ الزَّمَانِ وَذَلِكَ يُسْقِطُ الْحَدَّ، أَوْ كَانَ لَهُ فِي الْمُرْتَبَةِ شُبْهَةٌ لَمْ يَطْلُعْ عَلَيْهَا الشُّهُودُ كَوَطْءِ جَارِيَةِ الْإِبْنِ فَيَسْتَقْصِي فِي ذَلِكَ احْتِيَالًا لِلدَّرءِ؛ فَإِذَا بَيَّنُّوا ذَلِكَ وَقَالُوا رَأَيْنَاهُ وَطَنَهَا فِي فَرْجِهَا بَيَّنَّا لِمَاهِيَّتِهِ وَالْمُزْنِيَّ بِهَا كَالْمِلِ فِي الْمُكْحَلَةِ بَيَّنَّا كَيْفِيَّتَهُ وَسَأَلَ الْقَاضِي عَنْهُمْ فَعَدَّلُوا فِي السَّرِّ وَالْعَلَانِيَةِ حَكَمَ بِشَهَادَتِهِمْ وَلَمْ يَكْتَفِ بِظَاهِرِ الْعَدَالَةِ احْتِيَالًا لِلدَّرءِ، لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَمَرَ بِذَلِكَ وَقَالَ «ادْرَءُوا الْحُدُودَ مَا اسْتَطَعْتُمْ» بِخِلَافِ سَائِرِ الْحُقُوقِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ حَيْثُ اكْتَفَى فِيهِ بِظَاهِرِ الْعَدَالَةِ وَهُوَ الْإِسْلَامُ، وَتَعْدِيلُ السَّرِّ وَالْعَلَانِيَةِ يَأْتِي فِي الشَّهَادَاتِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى. قَالَ فِي الْأَصْلِ (يَحْبِسُهُ حَتَّى يَسْأَلَ عَنِ الشُّهُودِ) لِأَنَّهُ لَوْ خَلَى سَبِيلَهُ هَرَبَ فَلَا يَظْفَرُ بِهِ بَعْدَ ذَلِكَ، وَلَا وَجْهَ لِأَخْذِ الْكَفِيلِ مِنْهُ لِأَنَّهُ أَخْذَ الْكَفِيلِ نَوْعُ احْتِيَاظٍ فَلَا يَكُونُ مَشْرُوعًا فِيمَا بُنِيَ عَلَى الدَّرءِ. فَإِنْ قِيلَ: الْاِحْتِيَاظُ فِي الْحَبْسِ أَظْهَرَ. أَجِيبَ بِأَنَّ حَبْسَهُ لَيْسَ بِطَرِيقِ الْاِحْتِيَاظِ بَلْ بِطَرِيقِ

التعزير للأنهزام بالجنابة وقد صح «أن رسول الله ﷺ حبس رجلاً بالتهمة» والفرق بينه وبين المدينون سيأتي إن شاء الله تعالى.

قال (والإقرار أن يقر البالغ العاقل على نفسه بالزنا أربع مرات في أربعة مجالس من مجالس المقر، كما أقر رده القاضي) فاشتراط البلوغ والعقل لأن قول الصبي والمجنون غير معتبر أو غير موجب للحد. واشتراط الأربع مذهبنا، وعند الشافعي يكفي بالإقرار مرة واحدة اعتباراً بسائر الحقوق، وهذا لأنه مظهر، وتكرار الإقرار لا يفيد زيادة الظهور بخلاف زيادة العدد في الشهادة. ولنا حديث ماعز «فإنه عليه الصلاة والسلام أخر الإقامة إلى أن تم الإقرار منه أربع مرات في أربعة مجالس» فلو ظهر بما دونها لما أخرها لثبوت الوجوب ولأن الشهادة اختصت فيه بزيادة العدد، فكذا الإقرار إعظاماً لأمر الزنا وتحقيقاً لمعنى الستر، ولا بد من اختلاف المجالس لما روينا، ولأن لاتحاد المجلس أثراً في جمع المتفرقات؛ فعنده يتحقق شبهة الاتحاد في الإقرار، والإقرار قائم بالمقر فيعتبر اختلاف مجلسه دون مجلس القاضي. والاختلاف بأن يرده القاضي كلما أقر فيذهب حيث لا يراه ثم يحيى فيقر، هو المروي عن أبي حنيفة، لأنه عليه الصلاة والسلام طرد ماعزاً في كل مرة حتى توارى بحيطان المدينة.

الشرح:

قال (والإقرار أن يقر البالغ العاقل) صورة المسألة ظاهرة على ما ذكره (قوله) اعتباراً بسائر الحقوق) يعني في سائر العدد معتبر في الشهادة دون الإقرار فكذلك هاهنا. وقوله (بخلاف زيادة العدد في الشهادة) يعني أنها تفيد زيادة في طمأنينة القلب، وتكرار الكلام ليس كذلك. ولنا حديث «ما عر فأنه جاء إلى رسول الله ﷺ وقال زني فطهرني، فأعرض عنه، فجاء إلى الجانب الآخر وقال مثل ذلك فأعرض عنه، فجاء إلى الجانب الثالث وقال مثل ذلك فأعرض عنه، فجاء إلى الجانب الرابع وقال مثل ذلك، فلما كان في المرة الرابعة قال النبي ﷺ: الآن أفررت أربعاً فبمن زني قال بفلاتة، قال لعلك قبلتها لعلك باشرتها، فأبى إلا أن يقر بصريح الزنا، فقال: أهلك خبل أهلك جنون وفي رواية بعث إلى أهله فقال: هل تذكرون من عقله شيئاً؟ فقالوا: لا، فسأل عن إحصائه فأخبر أنه مُحَصَّن، فأمر برجمه» وعن أبي بريدة قال:

كُنَّا تَحَدَّثُ فِي أَصْحَابِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ أَنْ مَاعِزًا لَوْ قَعَدَ فِي بَيْتِهِ بَعْدَ الْمَرَّةِ الثَّالِثَةِ وَلَمْ يُقِرَّ لَمْ يَرْجُمَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ. فَهَذَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّ هَذَا الْحُكْمَ كَانَ مُتَعَارَفًا فِيمَا بَيْنَهُمْ. وَوَجْهُ الاسْتِلَالِ بِحَدِيثِ مَاعِزٍ مَا أَشَارَ إِلَيْهِ بِقَوْلِهِ فَإِنَّهُ أَخَّرَ الْإِقَامَةَ. وَيَبَيِّنُهُ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ أَخَّرَ إِقَامَةَ الْحَدِّ إِلَى أَنْ تَمَّ الْإِفْرَارُ أَرْبَعَ مَرَّاتٍ، فَلَوْ كَانَ الْإِفْرَارُ مَرَّةً وَاحِدَةً كَافِيًا لَمْ يُؤَخَّرْ لِأَنَّ إِقَامَةَ الْحَدِّ عِنْدَ ظُهُورِهِ وَاجِبَةٌ، وَتَأْخِيرُ الْوَاجِبِ لَا يُظَنُّ بِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ.

فَإِنْ قَالَ قَائِلٌ: إِذَا لَمْ يَثْبُتِ الْحَدُّ بِإِفْرَارِهِ مَرَّةً وَاحِدَةً فَقَدْ اعْتَرَفَ بِوُطْءٍ لَا يُوجِبُ الْحَدَّ فَيَجِبُ الْمَهْرُ، وَإِذَا وَجِبَ الْمَهْرُ لَا يَجِبُ الْحَدُّ مِنْ بَعْدُ لِأَنَّ الْمَهْرَ وَالْحَدَّ لَا يَجْتَمِعَانِ فِي وَطْءٍ وَاحِدٍ. أُجِيبَ بِأَنَّ الْإِفْرَارَ أَرْبَعَ مَرَّاتٍ لَمَّا أُعْتَبِرَ حُجَّةً لِإِبْثَاتِ الزَّنا لَمْ يَتَعَلَّقْ وَجُوبُ الْمَهْرِ بِالْإِفْرَارِ مَرَّةً وَاحِدَةً، وَإِنَّمَا الْحُكْمُ مُوقُوفٌ، فَإِنْ تَمَّتِ الْحُجَّةُ وَجِبَ الْحَدُّ، وَإِنْ لَمْ تَتَمَّ وَجِبَ الْمَهْرُ.

فَإِنْ قِيلَ: إِنَّمَا أَعْرَضَ النَّبِيُّ ﷺ لِأَنَّهُ اسْتَرَابَ فِي عَقْلِهِ فَقَدْ جَاءَ أَشْعَثَ أَغْبَرَ مُتَغَيِّرِ اللَّوْنِ إِلَّا أَنَّهُ لَمَّا أَصَرَ عَلَى الْإِفْرَارِ وَدَامَ عَلَى نَهْجِ الْعُقْلَاءِ قَبْلَهُ بَعْدَ ذَلِكَ، ثُمَّ أزال الشُّبْهَةَ بِالسُّؤَالِ فَقَالَ أَبُكَ خَبَلٌ أَبُكَ جُنُونٌ.

أُجِيبَ أَمَّا تَغْيِيرُ الْحَالِ فَإِنَّهُ دَلِيلُ التَّوْبَةِ وَالْخَوْفِ مِنَ اللَّهِ تَعَالَى لَا دَلِيلُ الْجُنُونِ، وَإِنَّمَا قَالَ النَّبِيُّ ﷺ أَبُكَ جُنُونٌ تَلْقِينًا لَمَّا يَذَرُّ بِهِ الْحَدَّ كَمَا قَالَ لَعَلَّكَ قَبْلَتْ وَطِئْتَهَا لِيَرْجِعَ عَنِ الزَّنا إِلَى الْوُطْءِ بِشُبْهَةِ فَيَسْقُطُ الْحَدُّ عَنْهُ، وَكَمَا قَالَ لِلسَّارِقِ أَسْرَقْتَ مَا أَخَالَهُ سَرَقَ وَالِدَلِيلُ عَلَيْهِ مَا رُويَ أَنَّ أَبَا بَكْرٍ ؓ قَالَ لَمَاعِزٍ لَمَّا أَقْرَأَ ثَلَاثًا إِنَّ أَقْرَرْتَ الرَّابِعَةَ رَجَمَكَ، فَثَبَّتَ أَنَّ هَذَا الْعَدَدَ كَانَ ظَاهِرًا عِنْدَهُمْ.

وَقَوْلُهُ (وَلَأَنَّ الشَّهَادَةَ) دَلِيلٌ مَعْقُولٌ يَتَضَمَّنُ الْجَوَابَ عَنْ اعْتِبَارِهِ بِسَائِرِ الْحُقُوقِ. وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ سَائِرَ الْحُقُوقِ لَيْسَ نَصَابُ الشَّهَادَةِ فِيهِ أَرْبَعَةٌ وَنَصَابُهَا هُنَا ذَلِكَ، فَلَمَّا كَانَتْ إِحْدَى الْحُجَّتَيْنِ مُخْتَصَّةً بِزِيَادَةِ لَيْسَتْ فِي سَائِرِ الْحُقُوقِ فَكَذَلِكَ فِي الْحُجَّةِ الْأُخْرَى إِعْظَامًا لِأَمْرِ الزَّنا وَتَحْقِيقًا لِمَعْنَى السِّرِّ، وَلَا بُدَّ مِنْ اخْتِلَافِ الْمَجَالِسِ لَمَّا رَوَيْنَا مِنْ أَنَّهُ ﷺ أَخَّرَ الْإِقَامَةَ إِلَى أَنْ تَمَّ الْإِفْرَارُ مِنْهُ أَرْبَعَ مَرَّاتٍ فِي أَرْبَعَةِ مَجَالِسَ وَلِأَنَّ لَاتِّحَادَ الْمَجْلِسِ أَثَرًا فِي جَمْعِ الْمُتَفَرِّقَاتِ، فَعِنْدَهُ (أَيَّ عِنْدَ الْإِتِّحَادِ) تَحَقُّقُ شُبْهَةِ الْإِتِّحَادِ فِي

الإقرار) ألا ترى إلى ما جاء في حديث ماعزٍ من إقراره خمس مرات وكان منها مرتان في جهة واحدة فلم يُعتبر ذلك ولم يذهب إليه أحدٌ من المجتهدين (والإقرار قائمٌ بالمقرِّ فيعتبرُ اتِّحَادُ مَجْلِسِهِ في دفعِ الحدِّ، وفي بعضِ النسخِ فيعتبرُ اختلافُ مَجْلِسِهِ أي في وجوبِ الحدِّ، وقيل يُعتبرُ مجلسُ القاضي، ورَدُّهُ المصنَّفُ بقوله دون مجلسِ القاضي. وقوله (والاختلافُ بأن يرُدَّهُ القاضي) ظاهرٌ.

قال (فإذا تمَّ إقراره أربع مراتٍ سأله عن الزَّنا ما هو وكيف هو وأين زنى وبمن زنى، فإذا بين ذلك لزِمَهُ الحدُّ) لتَمَامِ الْحُجَّةِ، ومعنى السؤال عن هذه الأشياءِ بيَّناه في الشهادة، ولم يذكر السؤال فيه عن الزَّمانِ، وذكره في الشهادة لأنَّ تقدُّمَ العهدِ يمنعُ الشهادةَ دونَ الإقرار. وقيل لو سأله جازَ لجوازِ أَنَّهُ زنى في صباهُ

الشرح:

وقوله (لأنَّ تقدُّمَ العهدِ يمنعُ الشهادةَ دونَ الإقرار) دليلُهُ أَنَّ التَّقَادُّمَ في الشهادةِ مانعٌ لثُمَّةِ الحَقْدِ وهي غيرُ موجودةٍ في الإقرار، وسيأتي بيانُ التَّقَادُّمِ في بابِ الشهادةِ على الزَّنا.

(فإن رجعَ المقرُّ عن إقراره قبلَ إقامَةِ الحدِّ أو في وسطِهِ قبلَ رجوعِهِ وخَلِي سَبِيلَهُ) وقال الشافعيُّ وهو قولُ ابنِ أبي ليلى يُقِيمُ عليه الحدُّ لأنَّهُ وجبَ الحدُّ بإقرارِهِ فلا يبطلُ برُجوعِهِ وإنكارِهِ كما إذا وجبَ بالشهادةِ وصارَ كالقصاصِ وحدِّ القذفِ. ولنا أنَّ الرجوعَ خبرٌ مُحتمِلٌ للصدِّقِ كالإقرارِ وليسَ أحدٌ يكذِّبُهُ فيه فَتَحَقَّقُ الشُّبْهَةُ في الإقرارِ بخلافِ ما فيه حقُّ العبدِ وهو القصاصُ وحدُّ القذفِ لوجودِ مَنْ يكذِّبُهُ، ولا كذلك ما هو خالصٌ حقُّ الشرعِ.

الشرح:

وقوله (كما إذا وجبَ بالشهادة) يعني أنَّ الحدَّ لا يبطلُ بإنكارِ المَشْهُودِ عَلَيْهِ بعدَ شهادةِ الشُّهُودِ عَلَيْهِ، فكذا لا يبطلُ بإنكارِهِ بعدَ الإقرارِ لأنَّهُما حُجَّتَانِ فيه فَتُعتبرُ إحداهُما بالأخرى فَصارَ كالقصاصِ وحدِّ القذفِ لا يقبلانِ الرجوعَ بعدَ الثُّبُوتِ بالإقرارِ. وقوله (فَتَحَقَّقُ الشُّبْهَةُ في الإقرارِ) يعني بالتَّعَارُضِ الواقعِ بينَ الخبرينِ المُحتمَلينِ للصدِّقِ والكذبِ مِنْ غيرِ مُرَجِّحٍ لأحدهما.

(وَيُسْتَحَبُّ لِلْإِمَامِ أَنْ يُلْقِنَ الْمُقِرَّ الرَّجُوعَ فَيَقُولَ لَهُ: لَعَلَّكَ لَمَسْتَ أَوْ قَبَلْتَ) «لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ مَا عَزَرَ لَعَلَّكَ لَمَسْتَهَا أَوْ قَبَلْتَهَا» ^(١) قَالَ فِي الْأَصْلِ: وَيَنْبَغِي أَنْ يَقُولَ لَهُ الْإِمَامُ: لَعَلَّكَ تَزَوَّجْتَهَا أَوْ وَطِئْتَهَا بِشَبْهَةٍ، وَهَذَا قَرِيبٌ مِنَ الْأَوَّلِ فِي الْمَعْنَى.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَهَذَا قَرِيبٌ مِنَ الْأَوَّلِ فِي الْمَعْنَى) أَيُّ قَوْلُهُ لَعَلَّكَ تَزَوَّجْتَهَا وَوَطِئْتَهَا بِشَبْهَةٍ قَرِيبٌ مِنْ قَوْلِهِ لَعَلَّكَ مَسِسْتَهَا فِي الْمَعْنَى مِنْ حَيْثُ إِنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ثَلَاثِينَ لِلرَّجُوعِ، كَمَا أَنَّهُ لَوْ قَالَ فِي كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نَعَمْ سَقَطَ الْحَدُّ.

فصل في كيفية الحد وإقامته

(وَإِذَا وَجَبَ الْحَدُّ وَكَانَ الزَّانِي مُحْصَنًا رَجِمَهُ بِالْحِجَارَةِ حَتَّى يَمُوتَ) «لَأَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ رَجَمَ مَا عَزَرَ وَقَدْ أَحْصَيْنَ». وَقَالَ فِي الْحَدِيثِ الْمَعْرُوفِ «وَرِثْنَا بَعْدَ إِحْصَانِ وَعَلَى هَذَا إجماعُ الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُمْ. قَالَ (وَيُخْرِجُهُ إِلَى أَرْضٍ فَضَاءٍ وَيَبْتَدِئُ الشُّهُودُ بِرَجْمِهِ ثُمَّ الْإِمَامُ ثُمَّ النَّاسُ) كَذَا رُوِيَ عَنْ عَلِيٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، وَلَأَنَّ الشَّاهِدَ قَدْ يَتَجَاسَرُ عَلَى الْأَدَاءِ ثُمَّ يَسْتَعْظِمُ الْمُبَاشَرَةَ فَيَرْجِعُ فَكَانَ فِي بُدْأَتِهِ احتِيَالٌ لِلدَّرءِ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَجِمَهُ اللَّهُ: لَا تُشْتَرَطُ بُدْأَتُهُ اعْتِيَارًا بِالْجَلْدِ. قُلْنَا: كُلُّ أَحَدٍ لَا يُحْسِنُ الْجَلْدَ قَرِيبًا يَقَعُ مُهْلِكًا وَالْإِهْلَاكُ غَيْرُ مُسْتَحَقٍّ، وَلَا كَذَلِكَ الرَّجْمُ لِأَنَّهُ إِتْلَافٌ. (فَإِنْ امْتَنَعَ الشُّهُودُ مِنَ الْإِبْتِدَاءِ سَقَطَ الْحَدُّ) لِأَنَّهُ دَلَالَةُ الرَّجُوعِ، وَكَذَا إِذَا مَاتُوا أَوْ غَابُوا فِي ظَاهِرِ الرُّوَايَةِ لِفَوَاتِ الشَّرْطِ

الشرح:

(فَصَلِّ فِي كَيْفِيَّةِ الْحَدِّ وَإِقَامَتِهِ): ذَكَرَ هَذَا الْفَصْلَ عَقِيبَ ذِكْرِ وَجُوبِ الْحَدِّ؛ لِأَنَّ إِقَامَةَ الْحَدِّ بَعْدَ وَجُوبِهِ وَقُوعًا فَأَخْرَجَهُ ذِكْرًا وَكَلَامُهُ وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (وَعَلَى هَذَا إجماعُ الصَّحَابَةِ) أَيُّ عَلَى وَجُوبِ الرَّجْمِ إِذَا كَانَ الزَّانِي مُحْصَنًا، وَذَهَبَ الْخَوَارِجُ إِلَى أَنَّ الْحَدَّ فِي الزَّانِي الْجَلْدُ لَيْسَ إِلَّا لَأَنَّهُمْ لَا يَقْبَلُونَ أَخْبَارَ الْآحَادِ، وَذَلِكَ خَرَقَ مِنْهُمْ لِلْإِجْمَاعِ، عَلَى أَنَّ حَدِيثَ مَا عَزَرَ مَشْهُورٌ تَلَقَّيْتُهُ الْأُمَّةُ فِي الصَّدْرِ الْأَوَّلِ بِالْقَبُولِ، وَالزِّيَادَةُ عَلَى

(١) أخرجه الحاكم (٣٦١/٤) بهذا اللفظ، والبخاري في الحدود باب ٢٨ بلفظ آخر، وانظر نصب

الكتاب بِمِثْلِهِ جَائِزَةٌ وَقَوْلُهُ (فَإِنْ امْتَنَعَ الشُّهُودُ) قَالَ فِي الْإِيضَاحِ: وَلَوْ امْتَنَعَ الشُّهُودُ أَوْ بَعْضُهُمْ أَوْ كَانُوا غُيْبًا أَوْ مَاتُوا أَوْ مَاتَ بَعْضُهُمْ أَوْ عَمِيَ بَعْضُهُمْ أَوْ خَرَسَ أَوْ جُنَّ أَوْ ارْتَدَّ أَوْ قَذَفَ فَحَدُّ لَمْ يُرْجَمِ الْمَشْهُودُ عَلَيْهِ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ وَإِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ عَنْ أَبِي يُوسُفَ.

وَرَوَى عَنْهُ أَنَّهُمْ إِذَا امْتَنَعُوا أَوْ غَابُوا رَجَمَ الْإِمَامُ ثُمَّ النَّاسُ، وَكَذَا فِي الذَّخِيرَةِ أَيْضًا، فَعَلَى هَذَا مَا قَدَّه بَظَاهِرِ الرَّوَايَةِ رَاجِعٌ إِلَى امْتِنَاعِ الشُّهُودِ عَنِ الرَّجْمِ بَعْدَ الْحُضُورِ إِلْحُ، وَلَيْسَ بِمُخْتَصٍّ بِقَوْلِهِ وَكَذَا إِذَا مَاتُوا أَوْ غَابُوا، وَإِذَا سَقَطَ بِامْتِنَاعِ أَحَدِهِمْ هَلْ تُحَدُّ الشُّهُودُ أَوْ لَا؟ ذَكَرَ فِي الْمَسْئُوطِ أَنَّهُ لَا يُقَامُ الْحَدُّ عَلَى الشُّهُودِ لِأَنَّهُمْ ثَابِتُونَ عَلَى الشَّهَادَةِ، وَإِنَّمَا امْتَنَعَ بَعْضُهُمْ مِنْ مُبَاشَرَةِ الْقَتْلِ وَذَلِكَ لَا يَكُونُ رُجُوعًا عَنْ الشَّهَادَةِ عَلَى الزَّانِ وَأَعْلَمُ أَنَّ ظَاهِرَ الرَّوَايَةِ يُفْضِي إِلَى اعْتِبَارِ شُبْهَةِ الشُّبْهَةِ وَهِيَ غَيْرُ مُعْتَبَرَةٍ فَتَأْمَلِ، وَالْغَامِذِيَّةُ امْرَأَةٌ مِنْ غَامِدٍ حَيٍّ مِنَ الْأَزْدِ، وَفِي حَدِيثِهَا «لَقَدْ ثَابَتْ ثَوْبَةٌ لَوْ ثَابَهَا صَاحِبُ مَكْسٍ لَغُفِرَ لَهُ».

(وَإِنْ كَانَ مُقِرًّا ابْتَدَأَ الْإِمَامُ ثُمَّ النَّاسُ) كَذَا رَوَى عَنْ عَلِيٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ. «وَرَمَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ الْغَامِذِيَّةَ بِحَصَاةٍ مِثْلَ الْحِمَصَةِ وَكَانَتْ قَدْ اعْتَرَفَتْ بِالزَّانَةِ»
(وَيُغْسَلُ وَيُكْفَنُ وَيُصَلَّى عَلَيْهِ) «لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ فِي مَا عَزِ اصْنَعُوا بِهِ كَمَا تَصْنَعُونَ بِمَوْتَاكُمْ» وَلَأَنَّهُ قُتِلَ بِحَقٍّ فَلَا يَسْقُطُ الْغُسْلُ كَالْمَقْتُولِ قِصَاصًا " «وَصَلَّى النَّبِيُّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ عَلَى الْغَامِذِيَّةِ بَعْدَ مَا رُجِمَتْ».

(وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُحْصَنًا وَكَانَ حُرًّا فَحَدُّهُ مِائَةً جَلْدَةً) لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةً جَلْدَةٍ﴾ [النور: ٢] لَا أَنَّهُ انْتَسَخَ فِي حَقِّ الْمُحْصَنِ فَبَقِيَ فِي حَقِّ غَيْرِهِ مَعْمُولًا بِهِ. قَالَ (يَأْمُرُ الْإِمَامُ بِضَرْبِهِ بِسَوْطٍ لَا ثَمَرَةَ لَهُ ضَرْبًا مُتَوَسِّطًا) لِأَنَّ عَلِيًّا ؑ لَمَّا أَرَادَ أَنْ يُقِيمَ الْحَدَّ كَسَرَ ثَمَرَتَهُ. وَالتَّوَسُّطُ بَيْنَ الْمُبْرَجِ وَغَيْرِ الْمُؤَلِّمِ لِإِفْضَاءِ الْأَوَّلِ إِلَى الْهَلَاكِ وَخَلُّو الثَّانِي عَنِ الْمَقْصُودِ وَهُوَ الْإِنْزِجَارُ (وَتُنَزَعُ عَنْهُ ذِيَابُهُ) مَعْنَاهُ دُونَ الْإِزَارِ لِأَنَّ عَلِيًّا ؑ كَانَ يَأْمُرُ بِالتَّجْرِيدِ فِي الْحُدُودِ، وَلِأَنَّ التَّجْرِيدَ أَبْلَغُ فِي إِصْصَالِ الْأَلَمِ إِلَيْهِ. وَهَذَا الْحَدُّ مَبْنَاهُ عَلَى الشَّدَّةِ فِي الضَّرْبِ وَفِي نَزْعِ الْإِزَارِ كَشَفِ الْعَوْرَةِ فَيَتَوَقَّاهُ (وَيُفَرِّقُ الضَّرْبُ عَلَى أَعْضَائِهِ) لِأَنَّ الْجَمْعَ فِي عُضْوٍ وَاحِدٍ قَدْ

يُفْضِي إِلَى التَّلَفِ وَالْحَدِّ زَاجِرٌ لَا مُتَلَفٌ.

قَالَ (إِلَّا رَأْسَهُ وَوَجْهَهُ وَفَرْجَهُ) «لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لِلَّذِي أَمَرَهُ بِضَرْبِ الْحَدِّ: اتَّقِ الْوَجْهَ وَالْمَذَاكِيرَ»^(١) وَلَأَنَّ الْفَرْجَ مَقْتَلٌ وَالرَّأْسَ مَجْمَعُ الْحَوَاسِّ، وَكَذَا الْوَجْهَ وَهُوَ مَجْمَعُ الْمَحَاسِنِ أَيْضًا فَلَا يُؤْمَنُ فَوَاتُ شَيْءٍ مِنْهَا بِالضَّرْبِ وَذَلِكَ إِهْلَاكٌ مَعْنَى فَلَا يُشْرَعُ حَدًّا. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ: يَضْرِبُ الرَّأْسَ أَيْضًا رَجَعَ إِلَيْهِ، وَإِنَّمَا يَضْرِبُ سَوْطًا لِقَوْلِ أَبِي بَكْرٍ: اضْرِبُوا الرَّأْسَ فَإِنَّ فِيهِ شَيْطَانًا. قُلْنَا: تَأْوِيلُهُ أَنَّهُ قَالَ ذَلِكَ فِيمَنْ أُبِيحَ قَتْلُهُ. وَيُقَالُ: إِنَّهُ وَرَدَ فِي حَرْبِي كَانَ مِنْ دُعَاةِ الْكُفَرَةِ وَالْإِهْلَاكِ فِيهِ مُسْتَحَقٌّ (وَيُضْرَبُ فِي الْحُدُودِ كُلِّهَا قَائِمًا غَيْرَ مَمْدُودٍ) لِقَوْلِ عَلِيٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: يَضْرَبُ الرَّجُلُ فِي الْحُدُودِ قِيَامًا وَالنِّسَاءَ قُعُودًا، وَلَأَنَّ مَبْنَى إِقَامَةِ الْحَدِّ عَلَى التَّشْهِيرِ وَالْقِيَامِ أُبْلَغُ فِيهِ. ثُمَّ قَوْلُهُ: غَيْرَ مَمْدُودٍ، فَقَدْ قِيلَ الْمَدُّ أَنْ يُلْقَى عَلَى الْأَرْضِ وَيَمْدُّ كَمَا يَفْعَلُ فِي زَمَانَتَا، وَقِيلَ أَنْ يَمْدُ السَّوْطُ فَيَرْفَعَهُ الضَّارِبُ فَوْقَ رَأْسِهِ، وَقِيلَ أَنْ يَمْدَهُ بَعْدَ الضَّرْبِ، وَذَلِكَ كُلُّهُ لَا يَفْعَلُ لِأَنَّهُ زِيَادَةٌ عَلَى الْمُسْتَحَقِّ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (إِلَّا أَنَّهُ اتَّسَخَ فِي حَقِّ الْمُحْصَنِ) بَيَّانُهُ أَنْ قَوْلَهُ تَعَالَى: ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا﴾ [النور: ٢] الْآيَةُ عَامٌّ فِي الْمُحْصَنِ وَغَيْرِهِ إِلَّا أَنَّهُ اتَّسَخَ فِي حَقِّ الْمُحْصَنِ بِآيَةٍ أُخْرَى نَسَخَتْ تِلَاوَتَهَا وَبَقِيَ حُكْمُهَا. رَوَى ابْنُ عَبَّاسٍ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ ؓ خَطَبَ فَقَالَ: إِنَّ اللَّهَ بَعَثَ مُحَمَّدًا ﷺ بِالْحَقِّ وَأَنْزَلَ عَلَيْهِ الْكِتَابَ، فَكَانَ فِيمَا أُنْزِلَ عَلَيْهِ آيَةُ الرَّجْمِ فَقَرَأْنَاهَا وَوَعَيْنَاهَا، وَرَجَّمَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ وَرَجَمْنَا مِنْ بَعْدِهِ، وَإِنِّي خَشِيتُ أَنْ طَالَ بِالنَّاسِ الزَّمَانُ أَنْ يَقُولَ قَائِلٌ مَا نَجِدُ آيَةَ الرَّجْمِ فِي كِتَابِ اللَّهِ فَيُضِلُّوا بِتَرْكِ فَرِيضَةٍ أُنْزِلَهَا اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ، فَالرَّجْمُ حَقٌّ عَلَى مَنْ زَنَى مِنَ الرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ إِذَا كَانَ مُحْصَنًا إِذَا قَامَتِ الْبَيِّنَةُ أَوْ كَانَ حَمْلٌ أَوْ اعْتِرَافٌ، وَأَيْمُ اللَّهِ لَوْ لَا أَنْ يَقُولَ النَّاسُ زَادَ عُمَرُ فِي كِتَابِ اللَّهِ لَكُتِبَتْهَا يُرِيدُ بِهِ: الشَّيْخُ وَالشَّيْخَةُ إِذَا زَنَيَا فَارْجُمُوهُمَا الْبَيِّنَةُ نَكَالًا مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ، وَكَانَتْ خُطْبَتُهُ هَذِهِ بِحَضْرَةِ الصَّحَابَةِ وَلَمْ يُنْكَرْ عَلَيْهِ أَحَدٌ، فَكَانَ هَذِهِ الْآيَةُ نَسَخَتْ حُكْمَ عُمُومِ قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿فَاجْلِدُوا﴾ فِي غَيْرِ الْمُحْصَنِ، وَاتَّسَخَتْ تِلَاوَتُهَا

(١) قال الزيلعي في نصب الراية (٤٩٧/٣): غريب مرفوعا، وروي موقوفا عن علي.

بَصَرِهَا عَنِ الْقُلُوبِ لِحِكْمَةِ يَعْلَمُهَا اللَّهُ. وَقَوْلُهُ (بِسَوِّطٍ لَا ثَمَرَةَ لَهُ).

قَالَ فِي الصَّحَاحِ: ثَمَرُ السَّيَاطِ عَقْدُ أَطْرَافِهَا، وَمِنْهُ يَأْمُرُ الْإِمَامُ بِضَرْبِهِ بِسَوِّطٍ لَا ثَمَرَةَ لَهُ: يَعْنِي الْعُقْدَةَ. وَقِيلَ الْمُرَادُ بِالثَّمَرَةِ ذَنْبُهُ وَطَرَفُهُ لِأَنَّهُ إِذَا كَانَ لَهُ ذَلِكَ تَصِيرُ الضَّرْبَةُ ضَرْبَتَيْنِ، وَهَذَا أَصَحُّ. لَمَّا رُوِيَ أَنَّ عَلِيًّا عليه السلام جَلَدَ الْوَلِيدَ بِسَوِّطٍ لَهُ طَرَفَانِ، وَفِي رِوَايَةٍ لَهُ ذَنْبَانِ أَرْبَعِينَ جَلْدَةً، فَكَانَتِ الضَّرْبَةُ ضَرْبَتَيْنِ. وَالْأَوَّلُ هُوَ الْمَشْهُورُ فِي الْكُتُبِ. الْمُبْرَحُ مَاخُودٌ مِنْ بُرْحَاءِ الْحُمَى وَغَيْرِهَا، يُقَالُ: بَرِحَ بِهِ الْأَمْرُ تَبْرِيحًا: أَيُّ غَلْظَ عَلَيْهِ وَاشْتَدَّ. وَالْمَذَاكِيرُ جَمْعُ الذِّكْرِ الَّذِي هُوَ الْعَضْوُ، وَهُوَ جَمْعٌ عَلَى خِلَافِ الْقِيَاسِ، كَأَنَّهُمْ فَرَّقُوا بِذَلِكَ الْجَمْعِ بَيْنَ الذِّكْرِ الَّذِي هُوَ الْفَحْلُ وَبَيْنَ الذِّكْرِ الَّذِي هُوَ الْعَضْوُ، وَإِنَّمَا ذَكَرَ بِلَفْظِ الْجَمْعِ هَاهُنَا مَعَ إِفْرَادِ قَرِينِهِ وَهُوَ الْوَجْهُ لِأَنَّهُ أَرَادَ بِهِ ذَلِكَ الْعَضْوُ الْمُعَيَّنَ وَمَا حَوْلَهُ، كَقَوْلِهِمْ: شَابَتْ مَفَارِقُ رَأْسِهِ كَذَا فِي الصَّحَاحِ. وَقَوْلُهُ (مِنْ دُعَاةِ الْكَفَرَةِ) الدُّعَاةُ جَمْعُ دَاعٍ كَالْقَضَاةِ جَمْعُ قَاضٍ: أَيُّ كَانَ يَدْعُو النَّاسَ إِلَيْهِمْ. وَقَوْلُهُ (لِأَنَّهُ زِيَادَةٌ عَلَى الْمُسْتَحَقِّ) قَالُوا: إِلَّا أَنْ يُعْجِزَهُمْ عَنِ الضَّرْبِ قَائِمًا فَلَا بَأْسَ. حِينَئِذٍ أَنْ يَشْتَدُّوا بِسَارِيَةٍ وَتَحْوَهَا.

(وَإِنْ كَانَ عَبْدًا جَلَدَهُ خَمْسِينَ جَلْدَةً) لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿فَعَلَيْنَّ نِصْفُ مَا عَلَى الْمُحْصَنَاتِ مِنَ الْعَذَابِ﴾ [النساء: ٢٥] نَزَلَتْ فِي الْإِمَاءِ، وَلَأَنَّ الرِّقَّ مُنْقِصٌ لِلنِّعْمَةِ فَيَكُونُ مُنْقِصًا لِلْعُقُوبَةِ، لِأَنَّ الْجِنَايَةَ عِنْدَ تَوَافُرِ النِّعَمِ أَفْحَشُ فَيَكُونُ أَدْنَى إِلَى التَّغْلِيظِ

الشرح:

قَالَ (وَإِنْ كَانَ عَبْدًا) أَوْ أَمَةً (جَلَدَهُ) أَيُّ إِنْ كَانَ مِنْ زَنَى عَبْدًا أَوْ أَمَةً جَلَدَهُ الْإِمَامُ (خَمْسِينَ جَلْدَةً) لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿فَإِنْ أَتَيْنَ بِفَاحِشَةٍ فَعَلَيْنَّ نِصْفُ مَا عَلَى الْمُحْصَنَاتِ مِنَ الْعَذَابِ﴾ [النساء: ٢٥] نَزَلَتْ فِي الْإِمَاءِ وَدَخَلَ تَحْتَ حُكْمِهَا الْعَبِيدُ، وَهُوَ خِلَافُ الْمَعْهُودِ لِأَنَّ الْمَعْهُودَ أَنْ تَدْخُلَ النِّسَاءُ تَحْتَ حُكْمِ الرِّجَالِ بِطَرِيقِ التَّبَعِيَّةِ، وَكَأَنَّ هَذَا الْأَسْلُوبَ وَاللَّهُ أَعْلَمُ بِنَاءٍ عَلَى أَنَّ أَسْبَابَ السَّفَاحِ فِيهِنَّ وَدَعَوَتُهُنَّ إِلَيْهِ غَالِبَةٌ كَمَا فِي تَقْدِيمِهِنَّ فِي قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي﴾ ثُمَّ الْعَذَابُ الْمَذْكُورُ فِي الْآيَةِ الْجَلْدُ دُونَ الرَّجْمِ لِأَنَّهُ لَا يَتَنَصَّفُ.

وَقَوْلُهُ (لِأَنَّ الْجِنَايَةَ عِنْدَ تَوَافُرِ النِّعَمِ أَفْحَشُ) أَصْلُهُ قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿يَنْبِسَاءَ النَّبِيِّ مَن

يَأْتِ مِنْكَ بِفَحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ يُضَعَفُ لَهَا الْعَذَابُ ضِعْفَيْنِ ﴿[الأحزاب: ٣٠].

(وَالرَّجُلُ وَالْمَرْأَةُ فِي ذَلِكَ سَوَاءٌ)؛ لَأَنَّ التَّصَوُّصَ تَشْمَلُهُمَا (غَيْرَ أَنَّ الْمَرْأَةَ لَا يُنْزَعُ مِنْ ثِيَابِهَا إِلَّا الْفَرُّوُ وَالْحَشَوُ) لِأَنَّ فِي تَجْرِيدِهَا كَشْفُ الْعَوْرَةِ وَالْفَرُّوُ وَالْحَشَوُ يَمْنَعَانِ وَصُولَ الْأَلَمِ إِلَى الْمَضْرُوبِ وَالسُّتْرُ حَاصِلٌ بِدُونِهِمَا فَيُنْزَعَانِ (وَتُضْرَبُ جَالِسَةً) لَمَّا رَوَيْنَا، وَلَأَنَّهُ أَسْتَرُ لَهَا (وَأَنْ حُفِرَ لَهَا فِي الرَّجَمِ جَانًا)؛ لَأَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ حَفَرَ لِلْغَامِديَّةِ إِلَى ثُنْدَوْتِهَا، وَحَفَرَ عَلَيَّ ﷺ لِشُرَاحَةِ الْهَمْدَانِيَّةِ وَإِنْ تَرَكَ لَا يَضُرُّهُ لَأَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لَمْ يَأْمُرْ بِذَلِكَ وَهِيَ مَسْتُورَةٌ بِثِيَابِهَا، وَالْحَفَرُ أَحْسَنُ؛ لَأَنَّهُ أَسْتَرُ وَيُحْفَرُ إِلَى الصَّدْرِ لَمَّا رَوَيْنَا (وَلَا يُحْفَرُ لِلرَّجُلِ)؛ لَأَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ مَا حَفَرَهُ لَمَاعِزٍ، وَلَأَنَّ مَبْنَى الْإِقَامَةِ عَلَى التَّشْهِيرِ فِي الرِّجَالِ، وَالرِّبْطُ وَالْإِمْسَاكُ غَيْرُ مَشْرُوعٍ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (لَمَّا رَوَيْنَا) يَعْنِي مِنْ حَدِيثِ عَلِيٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: يُضْرَبُ الرَّجُلُ فِي الْحُدُودِ قِيَامًا وَالنِّسَاءُ قُعُودًا. وَالتَّنْدُوءُ بَفَتْحِ التَّاءِ وَالْوَاوِ وَبِالضَّمِّ وَالْهَمْزِ مَكَانَ الْوَاوِ وَالذَّلَالُ فِي الْحَالَتَيْنِ مَضْمُومَةٌ: تَذِي الرَّجُلُ أَوْ لَحْمُ التَّائِيْنِ. وَالْهَمْدَانِيَّةُ بِسُكُونِ الْمِيمِ مَسْهُوبَةٌ إِلَى هَمْدَانَ بِسُكُونِ الْمِيمِ حَيٌّ مِنَ الْعَرَبِ. وَقَوْلُهُ (لَمَّا رَوَيْنَا) يَعْنِي مِنْ حَدِيثِ الْغَامِديَّةِ حَيْثُ حُفِرَ لَهَا إِلَى الثَّنْدُوءِ وَقَوْلُهُ (وَالرِّبْطُ وَالْإِمْسَاكُ غَيْرُ مَشْرُوعٍ) يَعْنِي إِلَّا أَنْ يُعْجِزَهُمْ كَمَا ذَكَرْنَاهُ.

(وَلَا يُقِيمُ الْمَوْلَى الْحَدَّ عَلَى عَبْدِهِ إِلَّا بِإِذْنِ الْإِمَامِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَهُ أَنْ يُقِيمَهُ لِأَنَّ لَهُ وِلَايَةً مُطْلَقَةً عَلَيْهِ كَالْإِمَامِ، بَلْ أَوْلَى لَأَنَّهُ يَمْلِكُ مِنَ التَّصَرُّفِ فِيهِ مَا لَا يَمْلِكُهُ الْإِمَامُ فَصَارَ كَالْتَّعْزِيرِ. وَلَنَا قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «أَرْبَعٌ إِلَى الْوَلَاةِ وَذَكَرَ مِنْهَا الْحُدُودُ» وَلِأَنَّ الْحَدَّ حَقُّ اللَّهِ تَعَالَى لِأَنَّ الْمَقْصِدَ مِنْهَا إِخْلَاءُ الْعَالَمِ عَنِ الْفُسَادِ، وَكَهَذَا لَا يَسْقُطُ بِإِسْقَاطِ الْعَبْدِ فَيَسْتَوْفِيهِ مَنْ هُوَ نَائِبٌ عَنِ الشَّرْعِ وَهُوَ الْإِمَامُ أَوْ نَائِبُهُ، بِخِلَافِ التَّعْزِيرِ لَأَنَّهُ حَقُّ الْعَبْدِ وَكَهَذَا يُعْزَرُ الصَّبِيُّ، وَحَقُّ الشَّرْعِ مَوْضُوعٌ عَنْهُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلَنَا قَوْلُهُ ﷺ: «أَرْبَعٌ إِلَى الْوَلَاةِ» وَذَكَرَ مِنْهَا الْحُدُودُ) رَوَاهُ ابْنُ مَسْعُودٍ وَابْنُ عَبَّاسٍ وَابْنُ الزُّبَيْرِ، وَالثَّلَاثَةُ الْبَاقِيَةُ: الصَّدَقَاتُ، وَالْجُمُعَاتُ، وَالْقِيَاءُ. وَقَوْلُهُ (وَلَأَنَّ

الْحُدُودَ حَقُّ اللَّهِ تَعَالَى) حَقُّ اللَّهِ مَشْرُوعٌ يَتَعَلَّقُ بِهِ نَفْعُ الْعَالَمِ عَلَى الْإِطْلَاقِ وَالتَّنْكِيرُ لِيَتَنَاوَلَ مَا لَنَا وَمَا عَلَيْنَا، وَقَوْلِي عَلَى الْإِطْلَاقِ لِإِخْرَاجِ حَقِّ الْعَبْدِ فَإِنَّهُ مَشْرُوعٌ يَتَعَلَّقُ بِهِ نَفْعُ الْعَالَمِ بِالْتَّخْصِصِ كَحُرْمَةِ مَالِ الْغَيْرِ مَثَلًا فَإِنَّهَا حَقُّ الْعَبْدِ لَتَعَلُّقِ صَيَانَةِ مَا لَهُ بِهَا فَلِهَذَا يُبَاحُ بِإِبَاحَةِ الْمَالِكِ وَلَا يُبَاحُ الزَّانَا بِإِبَاحَةِ الْمَرْأَةِ وَلَا بِإِبَاحَةِ أَهْلِهَا، وَتَمَامُ التَّقْرِيرِ فِيهِ مَذْكُورٌ فِي التَّقْرِيرِ.

قَالَ (وَإِحْصَانُ الرَّجُلِ أَنْ يَكُونَ حُرًّا عَاقِلًا بَالِغًا مُسْلِمًا قَدْ تَزَوَّجَ امْرَأَةً نِكَاحًا صَحِيحًا وَدَخَلَ بِهَا وَهُمَا عَلَى صِفَةِ الْإِحْصَانِ) فَالْعَقْلُ وَالْبُلُوغُ شَرْطٌ لِأَهْلِيَّةِ الْعُقُوبَةِ إِذْ لَا خِطَابَ دُونَهُمَا، وَمَا وَرَاءَهُمَا يُشْتَرِطُ لَتَكَامُلِ الْجِنَايَةِ بِوَاسِطَةِ تَكَامُلِ النِّعْمَةِ إِذْ كُفْرَانُ النِّعْمَةِ يَتَغَلَّظُ عِنْدَ تَكَثُّرِهَا، وَهَذِهِ الْأَشْيَاءُ مِنْ جَلَائِلِ النِّعَمِ. وَقَدْ شَرَعَ الرَّجْمُ بِالزَّانَا عِنْدَ اسْتِجْمَاعِهَا فَيُنَاطُ بِهِنَّ بِخِلَافِ الشَّرَفِ وَالْعِلْمِ؛ لِأَنَّ الشَّرْعَ مَا وَرَدَ بِاعْتِبَارِهِمَا وَنَصَبُ الشَّرْعِ بِالرَّايِ مُتَعَدِّرٌ، وَلِأَنَّ الْحُرِّيَّةَ مُمَكِّنَةٌ مِنَ النِّكَاحِ الصَّحِيحِ وَالنِّكَاحِ الصَّحِيحُ مُمَكِّنٌ مِنَ الْوُطْءِ الْحَلَالِ، وَالْإِصَابَةُ شَبَعٌ بِالْحَلَالِ، وَالْإِسْلَامُ يُمَكِّنُهُ مِنَ نِكَاحِ الْمُسْلِمَةِ وَيُؤَكِّدُ اعْتِقَادَ الْحُرْمَةِ فَيَكُونُ الْكُلُّ مَرْجَرَةً عَنِ الزَّانَا. وَالْجِنَايَةُ بَعْدَ تَوْفُرِ الزَّوَاجِ أَعْلَظُ وَالشَّافِعِيُّ يُخَالِفُنَا فِي اشْتِرَاطِ الْإِسْلَامِ وَكَذَا أَبُو يُوسُفَ فِي رَوَايَةٍ لَهُمَا مَا رَوَى "أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ رَجَمَ يَهُودِيَيْنِ قَدْ زَنِيَا" قُلْنَا: كَانَ ذَلِكَ بِحُكْمِ الثَّوَرَةِ ثُمَّ نُسِخَ، يُؤَيِّدُهُ «قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: مَنْ أَشْرَكَ بِاللَّهِ فَلَيْسَ بِمُحْصَنٍ»^(١).

وَالْمُعْتَبَرُ فِي الدُّخُولِ إِيْلَاجٌ فِي الْقَبْلِ عَلَى وَجْهِ يُوجِبُ الْغُسْلَ. وَشَرْطُ صِفَةِ الْإِحْصَانِ فِيهِمَا عِنْدَ الدُّخُولِ، حَتَّى لَوْ دَخَلَ بِالْمَنْكُوحَةِ الْكَافِرَةِ أَوِ الْمَمْلُوكَةِ أَوِ الْمَجْنُونَةِ أَوْ الصَّبِيَّةِ لَا يَكُونُ مُحْصَنًا، وَكَذَا إِذَا كَانَ الزَّوْجُ مَوْصُوفًا بِأَحَدَى هَذِهِ الصِّفَاتِ وَهِيَ حُرَّةٌ مُسْلِمَةٌ عَاقِلَةٌ بَالِغَةٌ؛ لِأَنَّ النِّعْمَةَ بِذَلِكَ لَا تَتَكَامَلُ إِذْ الطَّبْعُ يَنْفِرُ عَنْ صُحْبَةِ الْمَجْنُونَةِ، وَقَلَمَا يَرْغَبُ فِي الصَّبِيَّةِ لِقَلَّةِ رَغَبَتِهَا فِيهِ وَفِي الْمَمْلُوكَةِ حَذَرًا عَنْ رِقِّ الْوَلَدِ وَلَا ائْتِلَافَ مَعَ الْاِخْتِلَافِ فِي الدِّينِ. وَأَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ يُخَالِفُهُمَا فِي الْكَافِرَةِ، وَالْحُجَّةُ عَلَيْهِ مَا ذَكَرْنَاهُ وَقَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «لَا يُحْصِنُ الْمُسْلِمُ الْيَهُودِيَّةَ وَلَا النُّصْرَانِيَّةَ وَلَا

الْحُرُّ الْأَمَةُ وَلَا الْحُرَّةُ الْعَبْدُ^(١).

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِحْصَانُ الرَّجْمِ) إِنَّمَا قَيَّدَ الْإِحْصَانَ بِالرَّجْمِ احْتِرَازًا عَنْ إِحْصَانِ الْقَذْفِ فَإِنَّهُ غَيْرُ هَذَا عَلَى مَا يَجِيءُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ. إِحْصَانُ الرَّجْمِ مَشْرُوطٌ بِسَبْعِ شَرَائِطَ (أَنَّ يَكُونَ حُرًّا بِالْعَا عَاقِلًا مُسْلِمًا قَدْ تَزَوَّجَ امْرَأَةً نِكَاحًا صَحِيحًا وَدَخَلَ بِهَا وَهَمَّا عَلَى صِفَةِ الْإِحْصَانِ) هَذَا عَلَى قَوْلِ الْمُتَقَدِّمِينَ. وَأَمَّا الْمُتَأَخِّرُونَ فَقَدْ قَالُوا: شَرَائِطُ الْإِحْصَانِ عَلَى الْخُصُوصِ مِنْهَا شَيْئَانِ: الْإِسْلَامُ، وَالْدُخُولُ بِالنِّكَاحِ الصَّحِيحِ بِامْرَأَةٍ هِيَ مِثْلُهُ. وَهَذَا الشَّرْطُ الثَّانِي مُرَكَّبٌ مِنْ ثَلَاثَةٍ مِنْ ذَلِكَ.

وَأَمَّا الْعَقْلُ وَالْبُلُوغُ فَشَرْطُ لَأَهْلِيَّةِ الْعُقُوبَةِ لَعَدَمِ الْخَطَابِ بِذَوْنِهِمَا، وَأَمَّا الْحُرِّيَّةُ فَشَرْطُ تَكْمِيلِ الْعُقُوبَةِ بِوَاسِطَةِ تَكَامُلِ النِّعْمَةِ، وَالْمَصْنُفُ وَافَقَ الْمُتَأَخِّرِينَ فِي جَعْلِ الْعَقْلِ وَالْبُلُوغِ شَرْطًا لَأَهْلِيَّةِ الْعُقُوبَةِ، وَجَعَلَ الْبَاقِيَةَ شَرْطًا لِتَكَامُلِ الْجَنَائَةِ بِوَاسِطَةِ تَكَامُلِ النِّعْمَةِ لِأَنَّ كُفْرَانَ النِّعْمَةِ يَتَغَلَّظُ عِنْدَ تَكَثُّرِهَا وَتَغَلُّظُهُ يَسْتَدْعِي أَغْلَظَ الْعُقُوبَاتِ وَهَذِهِ الْأَشْيَاءُ مِنْ جَلَائِلِ النِّعَمِ فَكُفْرَانُهَا يَكُونُ سَبَبًا لِأَفْحَشِ الْعُقُوبَاتِ وَهُوَ الرَّجْمُ بِالْحِجَارَةِ إِلَى الْمَوْتِ لِيَكُونَ ثَبُوتُ الْحُكْمِ بِقَدَرِ سَبَبِهِ، وَانْحَصَرَ الشَّرَائِطُ عَلَى هَذَا الْعَدَدِ لِأَنَّ الرَّجْمَ بِالزَّنَا قَدْ شُرِعَ عِنْدَ اسْتِجْمَاعِهَا فَيَنَاطُ بِهَا، وَالشَّرَفُ وَالْعِلْمُ وَالْجَمَالُ وَالْحَسَبُ وَإِنْ كَانَتْ مِنْ جَلَائِلِ النِّعَمِ أَيْضًا إِلَّا أَنَّ الشَّرْعَ لَمْ يَرِدْ بِاعْتِبَارِهَا وَنَصَبَ الشَّرْعَ بِالرَّأْيِ مُتَعَدِّرًا.

وَقَوْلُهُ (وَلَأَنَّ الْحُرِّيَّةَ دَلِيلٌ عَلَى الْاِقْتِصَارِ عَلَى تِلْكَ الشَّرَائِطِ يَتَضَمَّنُ أَنَّ لَهَا مَذْخَلًا فِي الاسْتِعْنَاءِ عَنِ الزَّنَا دُونَ غَيْرِهَا مِنَ الْعِلْمِ وَالشَّرَفِ وَذَلِكَ لِأَنَّ الْحُرِّيَّةَ مُمَكِّنَةٌ مِنَ النَّكَاحِ الصَّحِيحِ) لِأَنَّ الْحُرَّ يَتَوَلَّى أُمُورَ نَفْسِهِ لَيْسَ تَحْتَ وِلَايَةِ أَحَدٍ. (وَالنِّكَاحُ الصَّحِيحُ مُمَكِّنٌ مِنَ الْوَطْءِ الْحَلَالِ) لَا مَحَالَةَ وَالْدُخُولُ بِهِ شِعْءٌ بِالْحَلَالِ (وَالْإِسْلَامُ مُمَكِّنٌ مِنَ نِكَاحِ الْمُسْلِمَةِ وَمُؤَكَّدٌ اعْتِقَادَ الْحُرْمَةِ فَيَكُونُ الْكُلُّ مَزْجَرَةً عَنِ الزَّنَا، وَالْجَنَائَةِ عِنْدَ تَوَافُرِ الزَّوَاجِرِ أَغْلَظُ) وَلِقَائِلُ أَنْ يَقُولَ فِي الْعِلْمِ بِأَحْوَالِ الْآخِرَةِ وَمَا يَتَرْتَّبُ عَلَى الزَّنَا مِنَ الْفَسَادِ عَاجِلًا وَالْعُقُوبَةِ آجِلًا مِنَ الزَّوَاجِرِ لَا مَحَالَةَ، وَالْجَمَالُ فِي الْمُنْكَوحَةِ مُقْنِعٌ لِلزَّوْجِ عَنِ النَّظَرِ إِلَى غَيْرِهَا، وَالشَّرَفُ يَرُدُّ عَنْ لُحُوقِ مَعَرَّةِ الزَّنَا وَعِقَابِهِ فَكَانَ الْوَاجِبُ أَنْ

(١) قال الزيلعي في نصب الراية (٣/٥٠٣): غريب.

يَكُونُ مِنْ شَرَائِطِهِ.

وَالْجَوَابُ أَنَّ الْمُسْلِمَ النَّاشِئَ قَلَمًا يَخْلُو عَنْ الْعِلْمِ بِمَا ذَكَرْتُ، وَالْحَمَالُ وَالشَّرَفُ لَيْسَ لهُمَا حَدٌّ مَعْلُومٌ يُضَيِّطَانِ بِهِ فَلَا تَكُونُ مُعْتَبَرَةً. وَأَمَّا وَجْهُ اشْتِرَاطِ كَوْنِهِمَا عَلَى صِفَةِ الْإِحْصَانِ عِنْدَ الدُّخُولِ فَسَنَذْكُرُهُ (وَالشَّافِعِيُّ يُخَالِفُنَا فِي اشْتِرَاطِ الْإِسْلَامِ، وَكَذَا أَبُو يُوسُفَ فِي رِوَايَةٍ) مُسْتَدْلِلِينَ بِمَا رَوَى مُسْنَدًا إِلَى ابْنِ عُمرَ رضي الله عنه «أَنَّ الْيَهُودَ جَاءُوا إِلَى النَّبِيِّ ﷺ فَذَكَرُوا لَهُ أَنَّ رَجُلًا مِنْهُمْ وَامْرَأَةً زَنَيَا، فَقَالَ لَهُمْ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: مَا تَجِدُونَ فِي التَّوْرَةِ فِي شَأْنِ الزَّنَا؟ فَقَالُوا: نَفْضَحُهُمْ وَيُجْلَدُونَ، فَقَالَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ سَلَامٍ: كَذَبْتُمْ إِنَّ فِيهَا الرَّجْمَ، فَأَتَوْا بِالتَّوْرَةِ فَنَشَرُوهَا فَجَعَلَ أَحَدُهُمْ يَدُهُ عَلَى آيَةِ الرَّجْمِ ثُمَّ جَعَلَ يَقْرَأُ مَا قَبْلَهَا وَمَا بَعْدَهَا، فَقَالَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ سَلَامٍ: ارْفَعْ يَدَكَ، فَرَفَعَهَا فَإِذَا فِيهَا آيَةُ الرَّجْمِ، فَقَالَ: صَدَقَ يَا مُحَمَّدٌ فِيهَا آيَةُ الرَّجْمِ، فَأَمَرَ بِهِمَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فَرَجِمَا» ^(١) قُلْنَا كَانَ ذَلِكَ بِحُكْمِ التَّوْرَةِ ثُمَّ نُسِخَ، يُؤَيِّدُهُ مَا رَوَى أَصْحَابُنَا فِي كُتُبِهِمْ عَنْ ابْنِ عُمرَ «مَنْ أَشْرَكَ بِاللَّهِ فَلَيْسَ بِمُحْصَنٍ».

وَقَوْلُهُ (وَالْمُعْتَبَرُ فِي الدُّخُولِ إِيْلَاجٌ فِي الْقَبْلِ عَلَى وَجْهِ يُوجِبُ الْغُسْلَ) لِبَيَانِ مَا يَحْصُلُ بِهِ الْإِحْصَانُ مِنَ الْجَمَاعِ، وَفِيهِ نَظَرٌ لِأَنَّهُ يُنَافِي مَا تَقَدَّمَ مِنْ قَوْلِهِ وَالْإِصَابَةُ شَبَعٌ بِالْحَلَالِ، فَإِنَّ الشَّبَعَ إِنَّمَا يَكُونُ بِالْإِنْزَالِ دُونَ الْإِيْلَاجِ عُرِفَ ذَلِكَ فِي حَدِيثِ رِفَاعَةَ حَيْثُ قَالَ ﷺ «لَا حَتَّى تَذُوقِي مِنْ عُسَيْلَتِهِ وَيَذُوقَ مِنْ عُسَيْلَتِكَ» ^(٢) بِالتَّصْغِيرِ. وَقَوْلُهُ (وَشَرَطُ صِفَةِ الْإِحْصَانِ فِيهِمَا) ظَاهِرٌ. وَقِيلَ كَيْفَ يُتَصَوَّرُ أَنْ يَكُونَ الزَّوْجُ كَافِرًا وَالْمَرْأَةُ مُسْلِمَةً؟

وَأُجِيبَ بِأَنَّ صُورَتَهُ أَنْ يَكُونَا كَافِرَيْنِ فَأَسْلَمَتِ الْمَرْأَةُ وَدَخَلَ بِهَا الزَّوْجُ قَبْلَ عَرْضِ الْإِسْلَامِ عَلَيْهِ لِأَنَّهُ مَا لَمْ يُفَرِّقِ الْقَاضِي بَيْنَهُمَا بِالْإِبَاءِ عِنْدَ عَرْضِ الْإِسْلَامِ فَهُمَا زَوْجَانِ وَقَدْ مَرَّ (وَأَبُو يُوسُفَ يُخَالِفُهُمَا فِي الْكَافِرَةِ) فِي أَنَّ إِسْلَامَ الْمُنْكَوْحَةِ وَقْتُ الدُّخُولِ بِهَا شَرَطُ إِحْصَانِ الزَّانِي. فَعِنْدَهُ لَيْسَ بِشَرَطٍ، حَتَّى لَوْ دَخَلَ بِالْمُنْكَوْحَةِ الْكَافِرَةِ يَصِيرُ مُحْصَنًا (وَالْحُجَّةُ عَلَيْهِ) أَيُّ عَلَى أَبِي يُوسُفَ (مَا ذَكَرْنَاهُ) يَعْنِي مِنْ قَوْلِهِ وَلَا

(١) أخرجه البخاري في الحدود باب ٣٧، ومسلم في الحدود (٢٦).

(٢) سبق تخريجه.

اِتِّلَافَ مَعَ الْاِخْتِلَافِ فِي الدِّينِ. وَقَوْلُهُ (وَقَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ) مَعْطُوفٌ عَلَى قَوْلِهِ مَا ذَكَرْتَاهُ «لَا تُخَصِّنُ الْمُسْلِمَ الْيَهُودِيَّةُ وَلَا النَّصْرَانِيَّةُ وَلَا الْحُرُّ الْأُمَّةُ وَلَا الْحُرَّةُ الْعَبْدَةُ» ذَكَرَهُ شَمْسُ الْأُيُمَّةِ السَّرْحَسِيُّ مُرْسَلًا فِي مَبْسُوطِهِ.

قَالَ (وَلَا يَجْمَعُ فِي الْمُحْصَنِ بَيْنَ الرَّجْمِ وَالْجَلْدِ) لِأَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لَمْ يَجْمَعْ، وَلِأَنَّ الْجَلْدَ يَعْرِى عَنِ الْقَصُودِ مَعَ الرَّجْمِ؛ لِأَنَّ زَجَرَ غَيْرِهِ يَحْصُلُ بِالرَّجْمِ إِذَا هُوَ فِي الْعُقُوبَةِ أَقْصَاهَا وَزَجَرُهُ لَا يَحْصُلُ بَعْدَ هَلَاكِهِ.

الشرح:

قَالَ (وَلَا يَجْمَعُ فِي الْمُحْصَنِ بَيْنَ الْجَلْدِ وَالرَّجْمِ) وَفِي رَوَايَةٍ عَنْ أَحْمَدَ يَجْمَعُ بَيْنَهُمَا لَمَّا رَوَى عُبَادَةُ بْنُ الصَّامِتِ رضي الله عنه قَالَ: «الثَّيْبُ بِالثَّيْبِ جَلْدُ مِائَةِ وَرَمِيَّ بِالْحِجَارَةِ وَالْبِكْرُ بِالْبِكْرِ جَلْدُ مِائَةٍ وَلَقِيَ سَنَةً» وَلَنَا أَنَّ النَّبِيَّ صلى الله عليه وسلم لَمْ يَجْمَعْ بَيْنَهُمَا فِي مَا عَزَّ وَلَا فِي الْغَامِذِيَّةِ وَلَا الصَّحَابَةِ بَعْدَهُ. وَحَدِيثُ عُبَادَةَ يَبَيِّنُ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿أَوْتَجَعَلَ اللَّهُ لَهُنَّ سَبِيلًا﴾ [النساء: ١٥] وَحَدِيثُ مَا عَزَّ بَعْدَهُ فَيَكُونُ نَاسِخًا. وَقَوْلُهُ (وَلِأَنَّ الْجَلْدَ يَعْرِى) ظَاهِرٌ.

قَالَ (وَلَا يَجْمَعُ فِي الْبِكْرِ بَيْنَ الْجَلْدِ وَالنَّفْيِ) وَالشَّافِعِيُّ يَجْمَعُ بَيْنَهُمَا حَدًّا؛ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «الْبِكْرُ بِالْبِكْرِ جَلْدُ مِائَةٍ وَتَغْرِيبُ عَامٍ» ^(١) وَلِأَنَّ فِيهِ حَسَمَ بَابِ الزِّنَا لِقِلَّةِ الْمَعَارِفِ. وَلَنَا قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿فَاجْلِدُوا﴾ جَعَلَ الْجَلْدَ كُلَّ الْمَوْجِبِ رُجُوعًا إِلَى حَرْفِ الْفَاءِ وَإِلَى كَوْنِهِ كُلِّ الْمَذْكُورِ، وَلِأَنَّ فِي التَّغْرِيبِ فَتْحَ بَابِ الزِّنَا لِانْعِدَامِ الْاسْتِحْيَاءِ مِنَ الْعَشِيرَةِ ثُمَّ فِيهِ قَطْعُ مَوَادِّ الْبَقَاءِ، فَرُبَّمَا تَتَّخِذُ زَنَاهَا مَكْسَبَةً وَهُوَ مِنْ أَهْبَحَ وَجْهِ الزِّنَا، وَهَذِهِ الْجِهَةُ مُرْجِعَةٌ لِقَوْلِ عَلِيِّ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُ: كَفَى بِالنَّفْسِ فِتْنَةً، وَالْحَدِيثُ مَنْسُوخٌ كَشَطْرِهِ، وَهُوَ قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «الثَّيْبُ بِالثَّيْبِ جَلْدُ مِائَةٍ وَرَجْمٌ بِالْحِجَارَةِ» وَقَدْ عُرِفَ طَرِيقُهُ فِي مَوْضِعِهِ.

قَالَ (إِلَّا أَنْ يَرَى الْإِمَامُ فِي ذَلِكَ مَصْلَحَةً فَيَغْرِيبُهُ عَلَى قَدَرِ مَا يَرَى) وَذَلِكَ تَعْزِيرٌ وَسِيَاسَةٌ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يُفِيدُ فِي بَعْضِ الْأَحْوَالِ فَيَكُونُ الرَّأْيُ فِيهِ إِلَى الْإِمَامِ، وَعَلَيْهِ يُحْمَلُ النَّفْيُ الْمُرَوِّى عَنْ بَعْضِ الصَّحَابَةِ

(١) أخرجه مسلم عن عبادة بن الصامت، وانظر نصب الراية (٣/٥٠٥).

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَالشَّافِعِيُّ يَجْمَعُ بَيْنَهُمَا حَدًّا) أَيِّ فِي حَدِّ الزَّنا بِنَفْسِ الرَّجُلِ وَالْمَرْأَةِ جَمِيعًا (لِقَوْلِهِ ﷺ: «الْبِكْرُ بِالْبِكْرِ جَلْدُ مِائَةٍ وَتَغْرِيبُ عَامٍ») وَلَأَنَّ التَّغْرِيبَ مِنْ تِمَّةِ الْحَدِّ، فَكَمَا أَنَّ الرَّجُلَ وَالْمَرْأَةَ فِي حَقِّ الْجَلْدِ سَوَاءٌ فَكَذَلِكَ فِي حَقِّ التَّغْرِيبِ (وَلَأَنَّ فِيهِ) أَيِّ فِي التَّغْرِيبِ (حَسَمَ مَادَّةَ الزَّنا لِقَلَّةِ الْمَعَارِفِ) أَيِّ لِقَلَّةِ مَنْ يَعْرِفُهُمْ وَيَعْرِفُونَهُ مِنَ الْأَحْبَاءِ وَالْحَبِيبَاتِ، لَمَّا أَنَّ الزَّنا إِنَّمَا يَنْشَأُ مِنَ الصُّحْبَةِ وَالْمُؤَانَسَةِ وَالتَّغْرِيبُ قَاطِعٌ لَذَلِكَ (وَلَنَا قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿فَاجْلِدُوا﴾ جَعَلَ الْجَلْدَ كُلِّ الْمُوجِبِ رُجُوعًا إِلَى حَرْفِ الْفَاءِ) وَرُجُوعًا نُصِبَ عَلَى الْمَصْدَرِ وَمَعْنَاهُ أَنَّ الْفَاءَ لِلْجَزَاءِ، وَإِذَا ذُكِرَ الْجَزَاءُ بَعْدَ الشَّرْطِ بِالْفَاءِ ذَلَّ اسْتِقْرَاءُ كَلَامِهِمْ أَنَّهُ هُوَ الْجَزَاءُ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ إِذَا قَالَ لَامْرَأَتِهِ إِنْ دَخَلْتَ الدَّارَ فَأَلْتِ طَائِقٌ وَاحِدَةً لَيْسَ جَزَاءُ الشَّرْطِ إِلَّا مَا هُوَ الْمَذْكُورُ بَعْدَ الْفَاءِ. وَقَوْلُهُ (وَالِى كَوْنِهِ كُلِّ الْمَذْكُورِ) أَيِّ رُجُوعًا إِلَى كَوْنِهِ كُلِّ الْمَذْكُورِ، وَمَعْنَاهُ أَنَّهُ ذَكَرَ الْجَلْدَ دُونَ النَّفْيِ فِي مَوْضِعِ الْحَاجَةِ إِلَى الْبَيَانِ فَكَانَ مَا ذَكَرَهُ كُلُّ مَا يَحْتَاجُ إِلَيْهِ فِي الْبَيَانِ، فَلَوْ بَقِيَ شَيْءٌ يَحْتَاجُ إِلَيْهِ وَلَمْ يُبَيِّنْ لَزِمَ الْإِخْلَالُ فِي الْبَيَانِ فِي مَوْضِعِ الْحَاجَةِ وَالْعَمَلُ بِالْحَدِيثِ الَّذِي رَوَاهُ نَسَخٌ لِلْكِتَابِ وَهُوَ لَا يَجُوزُ.

وَقَوْلُهُ (وَلَأَنَّ فِي التَّغْرِيبِ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (ثُمَّ فِيهِ) أَيِّ فِي التَّغْرِيبِ (قَطَعَ مَادَّةَ الْبَقَاءِ) يَعْنِي مَا يَحْتَاجُ إِلَيْهِ مِنَ الْمَأْكُولِ وَالْمَلْبُوسِ (فَرُبَّمَا تَتَّخِذُ زِنَاهَا مَكْسَبَةً وَهُوَ مِنْ أَفْبَحِ وُجُوهِ الزَّنا) لَا زِيَادَةَ شَهْوَةٍ. وَقَوْلُهُ (وَهَذِهِ الْجِهَةُ مُرَجَّحَةٌ لِقَوْلِ عَلِيٍّ) نُقِلَ بِفَتْحِ الْجِيمِ وَكُسْرِهِا؛ فَوَجَّهَ الْفَتْحُ أَنَّ هَذِهِ الْجِهَةَ مِنَ الْعِلَّةِ أَقْوَى مِنْ عِلَّةِ الْخَصْمِ بِشَهَادَةِ قَوْلِ عَلِيٍّ لَصِحَّةِ مَا قُلْنَا.

وَوَجَّهَ الْكُسْرُ أَنَّ الْخَصْمَ يُنْكَرُ صِحَّةُ نَقْلِ قَوْلِ عَلِيٍّ فَقَالَ الْمُصَنِّفُ هَذِهِ الْجِهَةُ مِنْ جِهَاتِ الْعِلَلِ تُؤَيِّدُ صِحَّةَ قَوْلِ عَلِيٍّ، فَكَانَتْ اللَّامُ لِلصَّلَةِ دَاخِلَةً عَلَى الْمَفْعُولِ كَمَا فِي قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَالَّذِينَ هُمْ لِلزَّكَاةِ فَاعِلُونَ﴾ [المؤمنون: ٤] وَفِي الْوَجْهِ الْأَوَّلِ كَانَتْ لِلتَّعْلِيلِ. فَإِنْ قِيلَ: الْأَصْلُ أَنَّ مَا يَصْلُحُ عِلَّةً لَا يَصْلُحُ مُرَجِّحًا وَهَذِهِ الْجِهَةُ عِلَّةٌ فَكَيْفَ صَلَحَتْ مُرَجَّحَةً. أُجِيبَ بِأَنَّ هَذِهِ الْجِهَةَ لَيْسَتْ بِمُثَبِّتَةٍ لِلْحَدِّ بَلْ هِيَ نَافِيَةٌ، مَعَ أَنَّ النَّفْيَ لَيْسَ بِحُكْمٍ وَاجِبٍ فِي الْحَدِّ فَيَصْلُحُ لِلتَّرْجِيحِ، فَفِي مِثْلِ هَذَا الْمَوْضِعِ تُذَكَّرُ الْعِلَلُ

مَوْضَحًا بَعْضُهَا بَعْضًا، وَمَا أَرَى اخْتِيَارَ الْمُصَنِّفِ لَفْظَ الْجَهَةِ عَلَى لَفْظِ الْعِلَةِ إِلَّا هَذَا كَذَا فِي النَّهَائَةِ. وَقَوْلُهُ (وَالْحَدِيثُ) يَعْنِي قَوْلُهُ: «الْبِكْرُ بِالْبِكْرِ جَلْدُ مِائَةٍ وَتَغْرِيبُ عَامٍ» (مَنْسُوخٌ كَشَطْرُهُ وَهُوَ قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «الثِّيبُ بِالثِّيبِ جَلْدُ مِائَةٍ وَرَجَمٌ بِالْحِجَارَةِ» وَقَدْ عُرِفَ طَرِيقُهُ فِي مَوْضِعِهِ) قِيلَ يَعْنِي فِي طَرِيقَةِ الْخِلَافِ.

فَإِنْ قِيلَ: هَذَا إِبْتِثَاتُ النَّسْخِ: بِالْقِيَاسِ. أُجِيبَ بِأَنَّهُ يَبَيِّنُ لَكُونَ الْحَدِيثِ مَنْسُوخًا بِنَاسِخٍ وَلَمْ يَبَيِّنْ أَنَّ النَّاسِخَ مَا هُوَ. وَحَاصِلُ ذَلِكَ أَنَّ حُكْمَ الرِّثَا فِي الْإِبْتِدَاءِ كَانَ إِمْسَاكَ الزَّوَانِي فِي الْبُيُوتِ حَتَّى يَتَوَقَّاهُنَّ الْمَوْتُ وَالْإِبْدَاءُ بِاللِّسَانِ، فَانْتَسَخَ ذَلِكَ بِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «خُذُوا عَنِّي خُذُوا عَنِّي قَدْ جَعَلَ اللَّهُ لَهْنُ سَيْلًا» ثُمَّ أُتْسِخَ هَذَا الْحَدِيثُ بِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي﴾ [النور: ٢].

وَالدَّلِيلُ عَلَى أَنَّ الْحَدِيثَ مُقَدَّمٌ عَلَى قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي﴾ [النور: ٢] أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: «خُذُوا عَنِّي» وَلَوْ كَانَ انْتِسَاخُ إِمْسَاكَ الزَّوَانِي فِي الْبُيُوتِ بِقَوْلِهِ: ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي﴾ [النور: ٢] لَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ خُذُوا عَنِّي.

وَهَذِهِ الدَّلَالَةُ الَّتِي هِيَ دَلَالَةُ التَّقَدُّمِ هَاهُنَا مِثْلُ دَلَالَةِ التَّقَدُّمِ فِي حَدِيثِ الْعُرَيْيْنِ وَإِلَيْهِ أَشَارَ بِقَوْلِهِ فِي الْكِتَابِ وَقَدْ عُرِفَ طَرِيقُهُ فِي مَوْضِعِهِ: أَيُّ ذَلْ فِي حَدِيثِ الْعُرَيْيْنِ ذَالٌ عَلَى أَنَّهُ مُقَدَّمٌ عَلَى قَوْلِهِ ﷺ: «اسْتَنْزَهُوا الْبَوْلَ» وَهُوَ جَوَازُ الْمُثْلَةِ، فَكَذَلِكَ هَاهُنَا ذَلُ الدَّالِّ عَلَى أَنَّ الْحَدِيثَ مُقَدَّمٌ عَلَى قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي﴾ [النور: ٢] وَهُوَ مَا ذَكَرْتُمَا، هَذَا مَا ذَكَرَهُ فِي النَّهَائَةِ وَتَبِعَهُ غَيْرُهُ مِنَ الشَّارِحِينَ.

وَقَوْلُهُ (إِلَّا أَنْ يَرَى ذَلِكَ مَصْلَحَةً) اسْتِثْنَاءٌ مِنْ قَوْلِهِ وَلَا يَجْمَعُ فِي الْبِكْرِ بَيْنَ الْجَلْدِ وَالتَّغْيِي يَعْنِي إِذَا رَأَى الْإِمَامُ تَغْرِيبَ الزَّانِي مَصْلَحَةً لِدَعَارَتِهِ فَعَلَ ذَلِكَ عَلَى قَدْرِ مَا يَرَاهُ بِطَرِيقِ التَّغْيِيرِ وَالسِّيَاسَةِ (لَأَنَّهُ قَدْ يُفِيدُ فِي بَعْضِ الْأَحْوَالِ فَيَكُونُ الرَّأْيُ فِيهِ إِلَى الْإِمَامِ، وَعَلَيْهِ يُحْمَلُ التَّغْيِي الْمَرْوِيُّ عَنْ بَعْضِ الصَّحَابَةِ) رَوِيَ أَنَّ أَبَا بَكْرٍ ﷺ جَلَدَ بَكْرَيْنِ وَتَفَاهَمَا إِلَى فِدْكَ، وَعُمَرُ ﷺ سَمِعَ قَائِلَةً تَقُولُ: هَلْ مِنْ سَبِيلٍ إِلَى خَمْرِ فَأَشْرَبَهَا أَوْ مِنْ سَبِيلٍ إِلَى نَصْرِ بْنِ حَجَّاجٍ إِلَى فَتَى مَاجِدِ الْأَعْرَاقِ مُقْتَبِلِ سَهْلِ الْمُحَيَّا كَرِيمٍ غَيْرِ مُلْجَاجٍ فَطَلَبَ نَصْرًا وَتَفَاهَا، وَذَلِكَ لَا يُوجِبُ التَّغْيِي، وَلَكِنْ فَعَلَ ذَلِكَ لِمَصْلَحَةٍ ظَهَرَتْ لَهُ، فَقَالَ: مَا ذَنْبِي يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ؟ فَقَالَ: لَا ذَنْبَ لَكَ، وَإِنَّمَا الذَّنْبُ لِي حَيْثُ لَا أُطَهِّرُ دَارَ الْهَجْرَةِ

مِنْكَ. وَعُثْمَانُ ۞ جَلَدَ زَانِيًا وَكَفَّاهُ إِلَى مِصْرَ، وَعَلِيٌّ ۞ جَلَدَ وَكَفَى ثُمَّ قَالَ: كَفَى بِالنَّفْسِ فَتْنَةً، وَكُلُّ ذَلِكَ مَحْمُولٌ عَلَى السِّيَاسَةِ وَالتَّعْزِيرِ.

(وَإِذَا زَنَى الْمَرِيضُ وَحْدَهُ الرَّجْمُ رُجْمًا؛ لَأَنَّ الْإِتْلَافَ مُسْتَحَقٌّ فَلَا يَمْتَنِعُ بِسَبَبِ الْمَرَضِ (وَإِنْ كَانَ حَدُّهُ الْجَلْدَ لَمْ يُجْلَدْ حَتَّى يَبْرَأَ) كَيْلًا يُفْضِي إِلَى الْهَلَاكِ وَلِهَذَا لَا يُقَامُ الْقَطْعُ عِنْدَ شِدَّةِ الْحَرِّ وَالْبَرْدِ

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِذَا زَنَى الْمَرِيضُ إلخ) ظَاهِرٌ.

(وَإِنْ زَنَتِ الْحَامِلُ لَمْ تُحَدَّ حَتَّى تَضَعَ حَمْلَهَا) كَيْلًا يُؤَدِّي إِلَى هَلَاكِ الْوَلَدِ وَهُوَ نَفْسٌ مُحْتَرَمَةٌ (وَإِنْ كَانَ حَدُّهَا الْجَلْدَ لَمْ تُجْلَدْ حَتَّى تَتَعَالَى مِنْ نِفَاسِهَا) أَيْ تَرْتَفِعَ يُرِيدُ بِهِ تَخْرُجَ مِنْهُ؛ لَأَنَّ النَّفَاسَ نَوْعَ مَرَضٍ فَيُؤَخَّرُ إِلَى زَمَانِ الْبُرْءِ. بِخِلَافِ الرَّجْمِ؛ لَأَنَّ التَّأْخِيرَ لِأَجْلِ الْوَلَدِ وَقَدْ انفصل. وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ يُؤَخَّرُ إِلَى أَنْ يَسْتَغْنِيَ وَلَدُهَا عَنْهَا إِذَا لَمْ يَكُنْ أَحَدٌ يَقُومُ بِتَرْبِيَّتِهِ؛ لَأَنَّ فِي التَّأْخِيرِ صِبَاغَةَ الْوَلَدِ عَنِ الضِّيَاعِ، وَقَدْ رُوِيَ «أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ قَالَ لِلْغَامِذِيَّةِ بَعْدَمَا وَضَعَتْ أَرْجِعِي حَتَّى يَسْتَغْنِيَ وَلَدُكَ»^(١) ثُمَّ الْحَبْلَى تُحْبَسُ إِلَى أَنْ تَلِدَ إِنْ كَانَ الْحَدُّ ثَابِتًا بِالْبَيِّنَةِ كَيْ لَا تَهْرُبَ، بِخِلَافِ الْإِقْرَارِ؛ لَأَنَّ الرَّجُوعَ عَنْهُ عَامِلٌ فَلَا يُفِيدُ الْحَبْسَ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (قَالَ لِلْغَامِذِيَّةِ) رُوِيَ «أَنَّ الْغَامِذِيَّةَ لَمَّا أَقْرَتْ بِالزَّكَاءِ يَدَي رَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَكَانَتْ حَامِلًا قَالَ لَهَا عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: أَرْجِعِي حَتَّى تَضْعِيَ مَا فِي بَطْنِكَ، فَلَمَّا وَضَعَتْ جَاءَتْ ثَانِيًا وَأَقْرَتْ، فَقَالَ لَهَا: أَرْجِعِي حَتَّى يَسْتَغْنِيَ وَلَدُكَ، فَقَالَتْ: أَخَافُ أَنْ أَمُوتَ قَبْلَ أَنْ أُحَدَّ، فَقَالَ رَجُلٌ: أَنَا أَقُومُ بِتَرْبِيَّةِ وَلَدِهَا يَا رَسُولَ اللَّهِ، فَأَمَرَ ﷺ بِرَجْمِهَا» فَدَلَّ أَنَّ الْحُكْمَ هُوَ التَّأْخِيرُ عَنْ هَذَا الزَّمَانِ إِذَا لَمْ يَكُنْ لَوْلَدِهَا مُرَبٌّ.

(١) قال الزيلعي في نصب الراية (٣/٥٠٧): غريب بهذا اللفظ.

بَابُ الْوَطْءِ الَّذِي يُوجِبُ الْحَدَّ وَالَّذِي لَا يُوجِبُهُ

قَالَ (الْوَطْءُ الْمُوجِبُ لِلْحَدِّ هُوَ الزَّنا) وَإِنَّهُ فِي عُرْفِ الشَّرْعِ وَاللِّسَانِ وَطْءُ الرَّجُلِ الْمَرَأَةَ فِي الْقَبْلِ فِي غَيْرِ الْمَلِكِ وَشُبْهَتِ الْمَلِكِ لِأَنَّهُ فِعْلٌ مَحْظُورٌ، وَالْحُرْمَةُ عَلَى الْإِطْلَاقِ عِنْدَ التَّعَرِّيِّ عَنِ الْمَلِكِ وَشُبْهَتِهِ، يُؤَيِّدُ ذَلِكَ قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «ادْرَعُوا الْحُدُودَ بِالشُّبُهَاتِ» ^(١) ثُمَّ الشُّبْهَةُ نَوْعَانِ: شُبْهَةٌ فِي الْفِعْلِ وَتُسَمَّى شُبْهَةً اشْتِبَاهَ، وَشُبْهَةٌ فِي الْمَحَلِّ وَتُسَمَّى شُبْهَةً حُكْمِيَّةً. فَالْأُولَى تَتَحَقَّقُ فِي حَقِّ مَنْ اشْتَبَهَ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّ مَعْنَاهُ أَنْ يُظَنَّ غَيْرُ الدَّلِيلِ دَلِيلًا وَلَا بُدَّ مِنَ الظَّنِّ لِيَتَحَقَّقَ الْاِشْتِبَاهُ. وَالثَّانِيَّةُ تَتَحَقَّقُ بِقِيَامِ الدَّلِيلِ النَّافِي لِلْحُرْمَةِ فِي ذَاتِهِ وَلَا تَتَوَقَّفُ عَلَى ظَنِّ الْجَانِي وَاعْتِقَادِهِ. وَالْحَدُّ يَسْقُطُ بِالنُّوعَيْنِ لِإِطْلَاقِ الْحَدِيثِ.

وَالنَّسَبُ يَثْبُتُ فِي الثَّانِيَّةِ إِذَا ادَّعَى الْوَلَدَ، وَلَا يَثْبُتُ فِي الْأُولَى وَإِنْ ادَّعَاهُ لِأَنَّ الْفِعْلَ تَمَحُّضَ زِنَا فِي الْأُولَى؛ وَإِنْ سَقَطَ الْحَدُّ لِأَمْرِ رَاجِعٍ إِلَيْهِ وَهُوَ اِشْتِبَاهُ الْأَمْرِ عَلَيْهِ وَلَمْ يَتَمَحَّضْ فِي الثَّانِيَّةِ فَشُبْهَةُ الْفِعْلِ فِي ثَمَانِيَةِ مَوَاضِعَ: جَارِيَةُ أَبِيهِ وَأُمُّهُ وَزَوْجَتُهُ، وَالْمُطَلَّقَةُ ثَلَاثًا وَهِيَ فِي الْعِدَّةِ، وَبَائِنًا بِالطَّلَاقِ عَلَى مَالٍ وَهِيَ فِي الْعِدَّةِ، وَأُمُّ وَلَدٍ أَعْتَقَهَا مَوْلَاهَا وَهِيَ فِي الْعِدَّةِ، وَجَارِيَةُ الْمَوْلَى فِي حَقِّ الْعَبْدِ، وَالْجَارِيَةُ الْمَرْهُونَةُ فِي حَقِّ الْمُرْتَهِنِ فِي رِوَايَةِ كِتَابِ الْحُدُودِ. فَفِي هَذِهِ الْمَوَاضِعِ لَا حَدَّ عَلَيْهِ إِذَا قَالَ: ظَنَنْتُ أَنَّهَا تَحِلُّ لِي. وَلَوْ قَالَ عَلِمْتُ أَنَّهَا عَلَيَّ حَرَامٌ وَجَبَ الْحَدُّ. وَالشُّبْهَةُ فِي الْمَحَلِّ فِي سِتَّةِ مَوَاضِعَ: جَارِيَةُ ابْنِهِ، وَالْمُطَلَّقَةُ طَلَاقًا بَائِنًا بِالْكِنَايَاتِ، وَالْجَارِيَةُ الْمُبِيعَةُ فِي حَقِّ الْبَائِعِ قَبْلَ التَّسْلِيمِ وَالْمَهْمُورَةُ فِي حَقِّ الزَّوْجِ قَبْلَ الْقَبْضِ، وَالْمُشْتَرِكَةُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ غَيْرِهِ، وَالْمَرْهُونَةُ فِي حَقِّ الْمُرْتَهِنِ فِي رِوَايَةِ كِتَابِ الرُّهْنِ. فَفِي هَذِهِ الْمَوَاضِعِ لَا يَجِبُ الْحَدُّ وَإِنْ قَالَ عَلِمْتُ أَنَّهَا عَلَيَّ حَرَامٌ.

الشرح:

(بَابُ الْوَطْءِ الَّذِي يُوجِبُ الْحَدَّ وَالَّذِي لَا يُوجِبُهُ): لَمَّا فَرَّغَ مِنْ بَيَانِ إِقَامَةِ الْحَدِّ شَرَعَ فِي بَيَانِ مَا يُوجِبُ الْحَدَّ وَمَا لَا يُوجِبُهُ، وَقَدْ ذَكَرْنَا تَعْرِيفَ الزَّنا فِي أَوَّلِ كِتَابِ الْحُدُودِ، وَذَكَرَهُ الْمُصَنِّفُ هَاهُنَا. وَاعْتَرَضَ بِأَنَّهُ غَيْرُ مُنْعَكِسٍ لِأَنَّ الزَّنا يَصْدُقُ فِي فِعْلِ الْمَرَأَةِ هَذَا الْفِعْلَ وَلِهَذَا لَا يُحَدُّ قَاضِفُهَا بِالزَّنا حَدَّ الْقَذْفِ، وَهَذَا التَّعْرِيفُ وَهُوَ قَوْلُهُ وَطْءُ

(١) قَالَ الزَّيْلَعِيُّ فِي نَصْبِ الرَايَةِ (٥٠٨/٣): غَرِيبٌ هَذَا اللَّفْظُ.

الرَّجُلِ الْمَرْأَةَ فِي الْقُبْلِ فِي غَيْرِ الْمَلِكِ وَشُبْهَةِ الْمَلِكِ لَيْسَ بِصَادِقٍ عَلَيْهِ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ هَذَا التَّعْرِيفَ إِنَّمَا هُوَ بِالنِّسْبَةِ لِلْأَصْلِ وَالْمَرْأَةُ تَدْخُلُ فِيهِ تَبَعًا لَمَّا سَجِيءٌ بَعْدَ هَذَا أَنَّ كُلَّ مَوْضِعٍ يَجِبُ فِيهِ الْحَدُّ عَلَى الرَّجُلِ يَجِبُ عَلَى الْمَرْأَةِ، وَكُلُّ مَوْضِعٍ لَا يَجِبُ فِيهِ عَلَى الرَّجُلِ لَا يَجِبُ عَلَى الْمَرْأَةِ.

فَإِنْ قُلْتَ: قَوْلُهُ لَأَنَّهُ فِعْلٌ مَحْظُورٌ تَعْلِيلٌ وَقَعَ فِي غَيْرِ مَحَلِّهِ لَأَنَّهُ فِي التَّصَوُّرَاتِ. قُلْتَ: التَّعْلِيلُ لَيْسَ لِإثْبَاتِ التَّعْرِيفِ وَإِنَّمَا هُوَ لِيَبَيِّنَ اعْتِبَارَهُمْ انْتِفَاءَ الشُّبْهَةِ فِي تَحْقِيقِ الزِّنَا. وَتَقْرِيرُ كَلَامِهِ أَنَّ مَا اعْتَبَرُوا أَنْ يَكُونَ فِي غَيْرِ شُبْهَةِ الْمَلِكِ لَأَنَّهُ فِعْلٌ مَحْظُورٌ يُوجِبُ الْحَدَّ فَيَعْتَبَرُ فِيهِ الْكَمَالُ، لِأَنَّ النَّاقِصَ ثَابِتٌ مِنْ وَجْهِ دُونَ وَجْهِ فَلَا يُوجِبُ عُقُوبَةَ كَامِلَةٍ وَالْكَمَالُ فِي الْحَظَرِ عِنْدَ التَّعَرِّيِّ عَنِ الْمَلِكِ وَشُبْهَتِهِ (يُؤَيِّدُ ذَلِكَ قَوْلُهُ ﷺ: «ادْرَعُوا الْحُدُودَ بِالشُّبُهَاتِ» ثُمَّ الشُّبْهَةُ) وَهِيَ مَا يُشْبِهُ الثَّابِتَ وَلَيْسَ بِثَابِتٍ عَلَى مَا قَالُوا (نَوْعَانِ: شُبْهَةٌ فِي الْفِعْلِ وَتُسَمَّى شُبْهَةً اشْتِبَاهَ) أَيْ هِيَ شُبْهَةٌ فِي حَقٍّ مَنْ اشْتَبَهَ عَلَيْهِ وَلَيْسَتْ بِشُبْهَةٍ فِي حَقٍّ مَنْ لَمْ يَشْتَبِهْ عَلَيْهِ، حَتَّى لَوْ قَالَ عَلِمْتُ أَنَّهَا تَحْرُمُ عَلَيَّ حَدًّا (وَشُبْهَةٌ فِي الْمَحَلِّ وَتُسَمَّى شُبْهَةً حُكْمِيَّةً) وَتُسَمَّى شُبْهَةً مَلِكٍ أَيْضًا فَإِنَّهَا لَا تُوجِبُ الْحَدَّ.

وَأِنْ قَالَ عَلِمْتُ أَنَّهَا حَرَامٌ عَلَيَّ فَالْأَوَّلَى تَتَحَقَّقُ فِي حَقٍّ مَنْ اشْتَبَهَ عَلَيْهِ لِأَنَّ مَعْنَاهُ أَنْ يَظُنَّ غَيْرَ الدَّلِيلِ دَلِيلًا) كَمَا إِذَا ظَنَّ أَنَّ جَارِيَةَ امْرَأَتِهِ تَحِلُّ لَهُ بِنَاءً عَلَى أَنَّ الْوَطْءَ نَوْعٌ اسْتِخْدَامٌ وَاسْتِخْدَامُ الْجَارِيَةِ يَحِلُّ فَكَذَا الْوَطْءُ فَيَكُونُ تَحَقُّقُهَا بِالنِّسْبَةِ إِلَى الظَّانِّ (وَالثَّانِيَةُ تَتَحَقَّقُ بَقِيَامِ الدَّلِيلِ النَّافِي لِلْحُرْمَةِ فِي ذَاتِهِ) لَكِنْ لَا يَكُونُ عَامِلًا لِمَانِعٍ انْتَصَلَ بِهَا (و) هَذِهِ (لَا تَتَوَقَّفُ عَلَى ظَنِّ الْجَانِيِ وَاعْتِقَادِهِ وَالْحَدُّ يَسْقُطُ بِالتَّوَعُّينِ) جَمِيعًا (لِلْإِطْلَاقِ الْحَدِيثِ) لَكِنْ فِي الْأَوَّلَى عِنْدَ الظَّنِّ وَفِي الثَّانِيَةِ عَلَى كُلِّ تَقْدِيرٍ (وَالنِّسْبُ يَثْبُتُ فِي الثَّانِيِ) أَيْ فِي الْوَطْءِ الثَّانِيِ، وَقِيلَ أَيْ فِي الْمَذْكُورِ الثَّانِيِ، وَالْأَوَّلَى أَنْ يُقَالَ فِي النَّوْعِ الثَّانِيِ (إِذَا ادَّعَى الْوَلَدَ وَلَا يَثْبُتُ فِي الْأَوَّلِ وَإِنْ ادَّعَاهُ لِأَنَّ الْفِعْلَ تَمَحَّضَ) أَيْ خَلَصَ (زِنَا فِي) الشُّبْهَةِ (الْأَوَّلَى وَإِنْ سَقَطَ الْحَدُّ لِأَمْرِ رَاجِعٍ إِلَيْهِ) أَيْ إِلَى الْوَاطِئِ. وَقِيلَ هَذَا لَيْسَ بِمُجَرَّى عَلَى عُمُومِهِ، فَإِنَّ الْمُطْلَقَةَ الثَّلَاثَ يَثْبُتُ فِيهَا التَّنَسُّبُ لِأَنَّ هَذَا وَطْءٌ فِي شُبْهَةِ الْعَقْدِ فَيَكْفِي لِإثْبَاتِ النَّسَبِ.

وَفِي الْإِبْصَاحِ: الْمُخْتَلَعَةُ وَالْمُطْلَقَةُ بَعِوضٌ يَنْبَغِي أَنْ تَكُونَ كَالْمُطْلَقَةِ ثَلَاثًا، وَعَدَّ

شُبْهَةُ الْفِعْلِ وَهِيَ فِي ثَمَانِيَةِ مَوَاضِعَ كَمَا ذَكَرَ، فَإِذَا قَالَ ظَنَنْتُ أَنَّهَا تَحِلُّ لِي فَلَا حَدَّ
لِأَنَّ الْإِنْسَانَ يَتَنَفَّعُ بِمَالِ هَؤُلَاءِ حَسَبَ انْتِفَاعِهِ بِمَالِ نَفْسِهِ فَكَانَ هَذَا ظَنًّا فِي مَوْضِعِ
الاشْتِبَاهِ فَيَمْتَنِعُ الْحَدُّ، وَإِنْ قَالَ الرَّجُلُ عَلِمْتُ أَنَّهَا حَرَامٌ عَلَيَّ وَقَالَتْ الْجَارِيَةُ ظَنَنْتُ أَنَّهُ
يَحِلُّ لِي لَا يُحَدُّ وَاحِدٌ مِنْهُمَا. أَمَّا الْمَرْأَةُ فَلَدَعَوَى الشُّبْهَةِ، وَأَمَّا الرَّجُلُ فَلَأَنَّ الزَّيْنَةَ يَقُومُ
بِهِنَّ، فَإِذَا سَقَطَ الْحَدُّ عَنِ الْمَرْأَةِ سَقَطَ عَنِ الرَّجُلِ لِمَكَانِ الشَّرَكَةِ عَلَى مَا سَيَجِيءُ.

فَإِنْ قِيلَ: مَا وَجْهُ الْاشْتِبَاهِ فِي الْمُطَلَّقَةِ الثَّلَاثِ حَتَّى لَا يُحَدَّ إِذَا قَالَ ظَنَنْتُ أَنَّهَا
تَحِلُّ لِي. أُجِيبَ بِأَنَّ وَجْهَهُ بَقَاءُ بَعْضِ الْأَحْكَامِ بَعْدَ الطَّلَاقِ الثَّلَاثِ مِنَ التَّفَقُّةِ
وَالسُّكْنَى وَحُرْمَةِ نِكَاحِ الْأُخْتِ وَثُبُوتِ النَّسَبِ حَتَّى لَوْ جَاءَتْ بِالْوَلَدِ يَثْبُتِ النَّسَبُ إِلَى
سَتَتَيْنِ. فَإِنْ قِيلَ: يَبَيِّنُ النَّاسُ اخْتِلَافًا فِي أَنْ مَنْ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ ثَلَاثًا هَلْ يَقَعُ أَوْ لَا فَيَتَّبِعِي
أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ شُبْهَةً فِي إسْقَاطِ الْحَدِّ.

أُجِيبَ بِأَنَّهُ خِلَافٌ غَيْرُ مُعْتَدٍّ بِهِ حَتَّى لَوْ قَضَى بِهِ الْقَاضِي لَمْ يَنْفُذْ قَضَاؤُهُ، وَإِنَّمَا
قَيْدُ الطَّلَاقِ الْبَائِنِ بِالْمَالِ لِأَنَّهُ إِذَا لَمْ يَكُنْ عَلَى مَالٍ فَوَطِئَهَا فِي الْعِدَّةِ فَلَا حَدَّ عَلَيْهِ وَإِنْ
قَالَ عَلِمْتُ أَنَّهَا عَلَيَّ حَرَامٌ عَلَى مَا يَجِيءُ، وَشُبْهَةٌ أَمْ وَلَدَ أَعْتَقَهَا مَوْلَاهَا هِيَ مَا قُلْنَا فِي
الْمُطَلَّقَةِ ثَلَاثًا وَهِيَ فِي الْعِدَّةِ مِنْ قِيَامِ أَثَرِ الْفِرَاشِ فَكَانَ الظَّنُّ فِي مَوْضِعِ الْاشْتِبَاهِ، وَشُبْهَةٌ
الْعَبْدِ فِي جَارِيَةِ الْمَوْلَى الْإِبْسَاطُ يَدُ الْعَبْدِ فِي مَالِ مَوْلَاهُ وَالْجَارِيَةُ مِنْ مَالِهِ فَجَازَ أَنْ يَظُنَّ
حِلَّ الْإِبْسَاطِ فِيهَا بِالْوَطْءِ (وَالْجَارِيَةُ الْمَرْهُونَةُ فِي حَقِّ الْمُرْتَهِنِ فِي رِوَايَةِ كِتَابِ الْحُدُودِ)
يَعْنِي إِذَا قَالَ الْمُرْتَهِنُ ظَنَنْتُ أَنَّهَا تَحِلُّ لِي لَا يُحَدُّ، وَعَلَى رِوَايَةِ كِتَابِ الرَّهْنِ لَا يَجِبُ
الْحَدُّ سِوَاءَ ادَّعَى الظَّنَّ أَوْ لَمْ يَدَّعِ كَمَا فِي الْجَارِيَةِ الْمُشْتَرَكَةِ؛ لِأَنَّهُ وَطِئَ جَارِيَةَ ائْتَقَدَ لَهُ
فِيهَا سَبَبُ الْمَلِكِ فَلَا يَجِبُ عَلَيْهِ الْحَدُّ اشْتَبَهَ عَلَيْهِ أَوْ لَمْ يَشْتَبِهْ قِيَاسًا عَلَى مَا لَوْ وَطِئَ
جَارِيَةَ اشْتَرَاهَا عَلَى أَنَّ الْبَائِعَ بِالْخِيَارِ، وَإِنَّمَا قُلْنَا ائْتَقَدَ لَهُ فِيهَا سَبَبُ الْمَلِكِ لِأَنَّهُ بِالْهَلَاكِ
يَصِيرُ مُسْتَوْفِيًا حَقَّهُ مِنْ وَقْتِ الرَّهْنِ، وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ فَقَدْ ائْتَقَدَ لَهُ فِيهَا سَبَبُ الْمَلِكِ
فِي الْحَالِ وَيَحْصُلُ حَقِيقَةُ الْمَلِكِ عِنْدَ الْهَلَاكِ.

وَوَجْهُ مَا ذَكَرَهُ فِي كِتَابِ الْحُدُودِ هُوَ أَنَّ عَقْدَ الرَّهْنِ عَقْدٌ لَا يُفِيدُ مِلْكَ الْمُتَعَةِ
بِحَالٍ فَقِيَامُهُ لَا يُورِثُ شُبْهَةٌ حُكْمِيَّةٌ قِيَاسًا عَلَى الْإِجَارَةِ فَإِنَّهَا لَا تُفِيدُ مِلْكَ الْمُتَعَةِ
بِحَالٍ، فَمَا أَوْرَثَ قِيَامُهَا فِي الْمَحَلِّ شُبْهَةٌ حُكْمِيَّةٌ وَعَلَى هَذَا كَانَ يَجِبُ عَلَيْهِ الْحَدُّ اشْتَبَهَ

أَوْ لَمْ يَشْتَبِهْ كَمَا فِي الْجَارِيَةِ الْمُسْتَأْجَرَةِ لِلْخِدْمَةِ، إِلَّا أَنَّهُ لَا يَجِبُ إِذَا اشْتَبَهَ عَلَيْهِ لِأَنَّهُ مَوْضِعُ اشْتِبَاهٍ لِأَنَّ مِلْكَ الْمَالِ فِي الْجُمْلَةِ سَبَبٌ لِمِلْكَ الْمُتْعَةِ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ سَبَبًا فِي الرَّهْنِ وَقَدْ انْعَقَدَ لَهُ سَبَبٌ مِلْكَ فِي حَقِّ الْمَالِ فَيَشْتَبِهُ أَنَّهُ هَلْ يَثْبُتُ لَهُ بِهَذَا الْقَدْرِ مِلْكَ الْمُتْعَةِ أَوْ لَا، بِخِلَافِ الْإِجَارَةِ فَإِنَّ الثَّابِتَ بِهَا مِلْكَ الْمُنْفَعَةِ وَلَا يُتَصَوَّرُ أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ سَبَبَ مِلْكَ الْمُتْعَةِ بِحَالٍ فَقَدْ اشْتَبَهَ عَلَيْهِ مَا لَا يَشْتَبِهُ، وَبِخِلَافِ الْبَيْعِ بِشَرْطِ الْخِيَارِ لِأَنَّهُ إِنَّمَا يُفِيدُ الْمِلْكَ حَالَ قِيَامِ الْجَارِيَةِ وَمِلْكَ الْمَالِ حَالَ قِيَامِ الْجَارِيَةِ سَبَبٌ لِمِلْكَ الْمُتْعَةِ فَقَدْ انْعَقَدَ لَهُ سَبَبُ مِلْكَ الْمُتْعَةِ، وَهَاهُنَا إِنَّمَا يَمْلِكُ مَالِيَّةُ الْمَرْهُونِ عِنْدَ الْهَلَاكِ وَمِلْكَ الْمَالِ بَعْدَ الْهَلَاكِ لَا يُفِيدُ مِلْكَ الْمُتْعَةِ فِي حَالٍ مِنَ الْأَحْوَالِ فَكَانَ بِمَنْزِلَةِ مِلْكَ الْمُنْفَعَةِ.

ثُمَّ عَدَّ الشُّبُهَةَ فِي الْمَحَلِّ وَهِيَ فِي سِتَّةِ مَوَاضِعَ عَلَى مَا ذَكَرَهَا (جَارِيَةِ ابْنِهِ) لِقِيَامِ الْمُفْتَضَى لِلْمِلْكِ وَهُوَ قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «أَلْتَ وَمَالُكَ لِأَبِيكَ»^(١) (وَالْمُطْلَقَةُ طَلَاقًا بَائِنًا بِالْكِنَايَاتِ) لاختلاف الصحابة في كونها رجعية أو بائية (وَالْجَارِيَةِ الْمِيعَةِ فِي حَقِّ الْبَائِعِ قَبْلَ التَّسْلِيمِ) لِأَنَّ الْيَدَ الَّتِي كَانَ بِهَا مُتَسَلِّطًا عَلَى الْوِطْءِ بَاقِيَةً بَعْدَ فَصَارَتْ شُبُهَةً فِي الْمَحَلِّ (وَالْمَرْهُورَةُ فِي حَقِّ الزَّوْجِ قَبْلَ الْقَبْضِ) لِقِيَامِ مِلْكِ الْيَدِ (وَالْمُشْرَكَةُ) لِقِيَامِ الْمِلْكِ فِي النِّصْفِ (وَالْمَرْهُورَةُ فِي حَقِّ الْمُرْتَهِنِ فِي رِوَايَةِ كِتَابِ الرَّهْنِ) وَقَدْ ذَكَرْنَا وَجْهَهُ (فَفِي هَذِهِ الْمَوَاضِعِ لَا يُحَدُّ) بِكُلِّ تَقْدِيرٍ، وَهَذَانِ التَّوَعَّانِ مِنَ الشُّبُهَةِ هُوَ مَا كَانَ رَاجِعًا إِلَى الْفَاعِلِ وَالْقَائِلِ.

ثُمَّ الشُّبُهَةُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ تَثْبُتُ بِالْعَقْدِ وَإِنْ كَانَ مُتَّفَقًا عَلَى تَحْرِيمِهِ وَهُوَ عَالِمٌ بِهِ، وَعِنْدَ الْبَاقِينَ لَا تَثْبُتُ إِذَا عَلِمَ بِتَحْرِيمِهِ، وَيُظْهَرُ ذَلِكَ فِي نِكَاحِ الْمَحَارِمِ عَلَى مَا يَأْتِيكَ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى، إِذَا عَرَفْنَا هَذَا.

الشرح:

وَتَمَّ شُبُهَةٌ أُخْرَى وَهِيَ الَّتِي تَثْبُتُ بِالْعَقْدِ فَإِنَّهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ تَثْبُتُ بِهِ سَوَاءً كَانَ الْعَقْدُ حَلَالًا أَوْ حَرَامًا مُتَّفَقًا عَلَيْهِ أَوْ مُخْتَلَفًا فِيهِ، وَسَوَاءً كَانَ الْوَاطِئُ عَالِمًا بِالْحُرْمَةِ أَوْ جَاهِلًا بِهَا (وَعِنْدَ الْعُلَمَاءِ الْبَاقِينَ لَا تَثْبُتُ إِذَا عَلِمَ بِتَحْرِيمِهِ، وَيُظْهَرُ ذَلِكَ فِي نِكَاحِ

(١) أخرجه ابن ماجه (٢٢٩١) عن جابر والحديث روي عن عدة من الصحابة، وانظر نصب الراية

الْمَحَارِمِ عَلَى مَا يَأْتِيكَ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى. إِذَا عَرَفْنَا هَذَا) أَيْ هَذَا الَّذِي ذَكَرْنَا مِنْ بَيَانِ نَوْعِي الشُّبْهَةِ سَهْلٌ تَخْرِيجُ الْفُرُوعِ عَلَى ذَلِكَ وَهُوَ وَاضِحٌ مِمَّا ذَكَرْنَاهُ.

(وَمَنْ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ ثَلَاثًا ثُمَّ وَطَّئَهَا فِي الْعِدَّةِ وَقَالَ عَلِمْتُ أَنَّهَا عَلَيَّ حَرَامٌ حُدٌّ لَزَوَالِ الْمَلِكِ الْمُحَلَّلِ مِنْ كُلِّ وَجْهِ فَتَكُونُ الشُّبْهَةُ مُنْتَفِيَةً وَقَدْ نَطَقَ الْكِتَابُ بِإِنْتِفَاءِ الْحِلِّ وَعَلَى ذَلِكَ الْإِجْمَاعُ، وَلَا يُعْتَبَرُ قَوْلُ الْمُخَالَفِ فِيهِ؛ لِأَنَّهُ خِلَافٌ لَا اخْتِلَافَ، وَلَوْ قَالَ: ظَنَنْتُ أَنَّهَا تَحِلُّ لِي لَا يُحَدُّ لَأَنَّ الظَّنَّ فِي مَوْضِعِهِ لِأَنَّ أَثَرَ الْمَلِكِ قَائِمٌ فِي حَقِّ النَّسَبِ وَالْحَبْسِ وَالنَّفَقَةِ فَاعْتَبِرَ ظَنُّهُ فِي إِسْقَاطِ الْحُدِّ، وَأَمَّ الْوَلَدَ إِذَا أَعْتَقَهَا مَوْلَاهَا وَالْمُخْتَلَعَةَ وَالْمُطَلَّقَةَ عَلَى مَالٍ بِمَنْزِلَةِ الْمُطَلَّاقَةِ الثَّلَاثِ لثُبُوتِ الْحُرْمَةِ بِالْإِجْمَاعِ وَقِيَامِ بَعْضِ الْأَثَارِ فِي الْعِدَّةِ

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَقَدْ نَطَقَ الْكِتَابُ) يَعْنِي قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ﴾ [البقرة: ٢٣٠] وَقَوْلُهُ (وَلَا يُعْتَبَرُ قَوْلُ الْمُخَالَفِ فِيهِ) يُرِيدُ بِهِ قَوْلَ الزَّيْدِيَّةِ وَالْإِمَامِيَّةِ، فَإِنَّ الزَّيْدِيَّةَ تَقُولُ إِذَا طَلَّقَهَا ثَلَاثًا جُمْلَةً لَا يَقَعُ إِلَّا وَاحِدَةً، وَالْإِمَامِيَّةُ تَقُولُ إِنَّهُ لَا يَقَعُ شَيْءٌ أَصْلًا لَكَوْنِهِ خِلَافَ السُّنَّةِ، وَيَزْعُمُونَ أَنَّهُ قَوْلٌ عَلَيٍّ ؑ (لَأَنَّهُ خِلَافٌ لَا اخْتِلَافَ) وَالْفَرْقُ بَيْنَهُمَا أَنَّ الْاِخْتِلَافَ أَنْ يَكُونَ الطَّرِيقُ مُخْتَلِفًا وَالْمَقْصِدُ وَاحِدًا، وَالْخِلَافُ أَنْ يَكُونَ كِلَاهُمَا مُخْتَلِفًا.

وَقَوْلُهُ (وَلَوْ قَالَ ظَنَنْتُ أَنَّهَا تَحِلُّ لِي) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (فِي حَقِّ النَّسَبِ) يَعْنِي النَّسَبَ بِاعْتِبَارِ الْعُلُوقِ السَّابِقِ عَلَى الطَّلَاقِ لَا النَّسَبَ بِهَذَا الْوَطْءِ فَإِنَّهُ لَا يَثْبُتُ. (وَلَوْ قَالَ لَهَا: أَنْتِ خَلِيَّةٌ أَوْ بَرِيَّةٌ أَوْ أَمْرُكَ بِيَدِكَ فَاخْتَارَتْ نَفْسَهَا ثُمَّ وَطَّئَهَا فِي الْعِدَّةِ وَقَالَ: عَلِمْتُ أَنَّهَا عَلَيَّ حَرَامٌ لَمْ يُحَدِّ) لِاخْتِلَافِ الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ فِيهِ؛ فَمِنْ مَذْهَبٍ عُمَرُ أَنَّهَا تَطْلِيقَةٌ رَجْعِيَّةٌ، وَكَذَا الْجَوَابُ فِي سَائِرِ الْجَنَائِيَّاتِ وَكَذَا إِذَا نَوَى ثَلَاثًا لِقِيَامِ الْاِخْتِلَافِ مَعَ ذَلِكَ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَكَذَا إِذَا نَوَى ثَلَاثًا لِقِيَامِ الْاِخْتِلَافِ مَعَ ذَلِكَ) أَيْ كَذَلِكَ الْحُكْمُ إِذَا نَوَى مِنْ أَلْفَاظِ الْكِنَايَةِ ثَلَاثًا ثُمَّ وَطَّئَهَا فِي الْعِدَّةِ لَا يُحَدُّ وَإِنْ قَالَ عَلِمْتُ أَنَّهَا عَلَيَّ حَرَامٌ لِأَنَّ اخْتِلَافَ الصَّحَابَةِ لَا يَرْتَفِعُ بَيْنَهُ الثَّلَاثُ فَكَانَتْ الشُّبْهَةُ قَائِمَةً فَلَا يَجِبُ الْحُدُّ.

(وَلَا حَدَّ عَلَى مَنْ وَطِئَ جَارِيَةَ وَلَدِهِ وَوَلَدَ وَلَدِهِ وَإِنْ قَالَ: عَلِمْتُ أَنَّهَا عَلَيَّ حَرَامٌ) لَأَنَّ الشُّبُهَةَ حُكْمِيَّةٌ لِأَنَّهَا نَشَأَتْ عَنْ دَلِيلٍ وَهُوَ قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «أَنْتِ وَمَالُكَ لِأَبْنِكَ» وَالْأَبُوَّةُ قَائِمَةٌ فِي حَقِّ الْجَدِّ. قَالَ (وَيُثْبِتُ النَّسَبُ مِنْهُ وَعَلَيْهِ قِيَمَةُ الْجَارِيَةِ) وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلَا حَدَّ عَلَى مَنْ وَطِئَ جَارِيَةَ وَلَدِهِ وَوَلَدَ وَلَدِهِ) يَعْنِي وَإِنْ كَانَ وَلَدُهُ حَيًّا، وَقَدْ يُشِيرُ إِلَى ذَلِكَ تَعْلِيلُ الْكِتَابِ وَهُوَ قَوْلُهُ وَالْأَبُوَّةُ قَائِمَةٌ فِي حَقِّ الْجَدِّ. وَقَوْلُهُ (وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ) أَيُّ فِي بَابِ نِكَاحِ الرَّقِيقِ.

(وَإِذَا وَطِئَ جَارِيَةَ أَبِيهِ أَوْ أُمِّهِ أَوْ زَوْجَتِهِ وَقَالَ ظَنَنْتُ أَنَّهَا تَحِلُّ لِي فَلَا حَدَّ عَلَيْهِ وَلَا عَلَى قَاضِيهِ، وَإِنْ قَالَ: عَلِمْتُ أَنَّهَا عَلَيَّ حَرَامٌ حَدٌّ، وَكَذَا الْعَبْدُ إِذَا وَطِئَ جَارِيَةَ مَوْلَاهُ) لَأَنَّ بَيْنَ هَؤُلَاءِ انْبِسَاطًا فِي الانْتِفَاعِ فَظَنُّهُ فِي الْاِسْتِمَاعِ فَكَانَ شُبُهَةً اِسْتِبَاحًا إِلَّا أَنَّهُ زِنَا حَقِيقَةً فَلَا يُحَدُّ قَاضِيَهُ، وَكَذَا إِذَا قَالَتِ الْجَارِيَةُ: ظَنَنْتُ أَنَّهُ يَحِلُّ لِي وَالْفَحْلُ لَمْ يَدْعُ فِي الظَّاهِرِ لَأَنَّ الْفِعْلَ وَاحِدٌ.

الشرح:

قَوْلُهُ (وَكَذَا إِذَا قَالَتِ الْجَارِيَةُ) مَعْطُوفٌ عَلَى قَوْلِهِ وَقَالَ ظَنَنْتُ أَنَّهَا تَحِلُّ لِي وَقَدْ قَدْ مَنَاهُ. وَقَوْلُهُ (فِي الظَّاهِرِ) يَتَعَلَّقُ بِقَوْلِهِ وَكَذَا أَيُّ لَا حَدَّ عَلَى الْعَبْدِ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ (لَأَنَّ الْفِعْلَ وَاحِدٌ) فَوُرُودُ الشُّبُهَةِ فِي أَحَدِ الْجَانِبَيْنِ يَكْفِي لِإِسْقَاطِ الْحَدِّ عَنْ الْآخَرِ. فَإِنْ قِيلَ: يُشْكَلُ هَذَا بِمَا إِذَا زَنَى الْبَالِغُ بَصِيَّةً حَيْثُ يَجِبُ الْحَدُّ عَلَى الْبَالِغِ دُونَ الصَّبِيِّ مَعَ أَنَّ الْفِعْلَ هُنَاكَ أَيْضًا وَاحِدٌ. أَجِيبَ بِأَنَّ سُقُوطَ الْحَدِّ فِي جَانِبِ الصَّبِيِّ لَمْ يَكُنْ بِاعْتِبَارِ الشُّبُهَةِ بَلْ بِاعْتِبَارِ عَدَمِ الْأَهْلِيَّةِ لِلْعُقُوبَاتِ وَكَلَامُنَا فِيمَا إِذَا تَمَكَّنَتْ فِي فِعْلٍ وَاحِدٍ مِنْ أَحَدِ الْجَانِبَيْنِ شُبُهَةً فَإِنَّ ذَلِكَ يُؤَثِّرُ فِي الْجَانِبِ الْآخَرَ.

(وَإِنْ وَطِئَ جَارِيَةَ أَخِيهِ أَوْ عَمِّهِ وَقَالَ: ظَنَنْتُ أَنَّهَا تَحِلُّ لِي حَدٌّ) لِأَنَّهُ لَا انْبِسَاطَ فِي الْمَالِ فِيمَا بَيْنَهُمَا وَكَذَا سَائِرُ الْمَحَارِمِ سِوَى الْوَلَادِ لَمَّا بَيَّنَّا.

الشرح:

(وَإِنْ وَطِئَ جَارِيَةَ أَخِيهِ أَوْ عَمِّهِ وَقَالَ ظَنَنْتُ أَنَّهَا تَحِلُّ لِي حَدٌّ) لِأَنَّهُ لَا انْبِسَاطَ

فِي الْمَالِ فِيمَا بَيْنَهُمَا وَكَذَا سَائِرُ الْمَحَارِمِ سِوَى الْوِلَادِ لَمَّا بَيَّنَّا) يَعْنِي قَوْلُهُ لَا انْبِسَاطَ فِي الْمَالِ فِيمَا بَيْنَهُمَا. فَإِنْ قِيلَ: لَمْ يَجْعَلْ هَذَا كَالسَّرِقَةِ يَعْنِي إِذَا سَرَقَ مَالَ أَخُوهُ أَوْ أُخْتِهِ لَا يَقْطَعُ. أُجِيبَ بِأَنَّ بَعْضَهُمْ هُنَاكَ يَدْخُلُ بَيِّنٌ بَعْضٌ مِنْ غَيْرِ اسْتِثْنَانٍ وَلَا حِشْمَةٍ فَلَمْ يَتَحَقَّقْ هُنَاكَ الْحَرْزُ وَالْقَطْعُ دَائِرٌ مَعَ هَتِكَ الْحَرْزِ، وَأَمَّا هُنَا فَالْحِلُّ دَائِرٌ مَعَ الْمَلِكِ أَوْ الْعَقْدِ وَلَمْ يُوجَدْ الْمَلِكُ وَلَا شُبْهَتُهُ وَلَا الْعَقْدُ فَيَجِبُ الْحَدُّ.

(وَمَنْ زُفَّتْ إِلَيْهِ غَيْرُ امْرَأَتِهِ وَقَالَتِ النِّسَاءُ: إِنَّهَا زَوْجَتُكَ فَوَطِئَهَا لَا حَدَّ عَلَيْهِ وَعَلَيْهِ الْمَهْرُ) قَضَى بِذَلِكَ عَلَيَّ ﷺ وَبِالْعِدَّةِ، وَلَأَنَّهُ اعْتَمَدَ دَلِيلًا وَهُوَ الْإِخْبَارُ فِي مَوْضِعِ الْاِسْتِبَاهِ، إِذَا الْإِنْسَانُ لَا يُمَيِّزُ بَيْنَ امْرَأَتِهِ وَبَيْنَ غَيْرِهَا فِي أَوَّلِ الْوَهْلَةِ فَصَارَ كَالْمَغْرُورِ، وَلَا يُحَدُّ قَاضِيَهُ إِلَّا فِي رِوَايَةٍ عَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ لِأَنَّ الْمَلِكَ مُنْعَدِمٌ حَقِيقَةً

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ زُفَّتْ إِلَيْهِ غَيْرُ امْرَأَتِهِ) هَذَا مِنْ بَابِ الشُّبْهَةِ فِي الْمَحَلِّ لِأَنَّ الْفِعْلَ صَدَرَ مِنْهُ بِنَاءً عَلَى دَلِيلٍ أَطْلَقَ الشَّرْعُ لَهُ الْعَمَلَ بِهِ وَهُوَ الْإِخْبَارُ بِأَنَّهَا امْرَأَتُهُ فَجَعَلَ الْمَلِكُ كَالثَّابِتِ لِدَفْعِ ضَرَرِ الْغُرُورِ كَمَنْ اشْتَرَى جَارِيَةً فَوَطِئَهَا ثُمَّ أُسْتُحِقَّتْ أُعْتَبِرَ الْمَلِكُ كَالثَّابِتِ لِدَفْعِ الْغُرُورِ كَذَلِكَ هَاهُنَا، وَلِهَذَا إِذَا جَاءَتْ بِوَلَدٍ يَثْبُتُ النَّسَبُ، وَلَوْ كَانَتْ الشُّبْهَةُ فِي الْفِعْلِ لَمَّا ثَبَتَ وَكَلَامُهُ وَاضِحٌ. قَوْلُهُ (وَلَا يُحَدُّ قَاضِيَهُ إِلَّا فِي رِوَايَةٍ عَنْ أَبِي يُوسُفَ) يَعْنِي أَنَّهُ يَقُولُ فِيهَا إِنَّ إِحْصَانَهُ لَمْ يَسْقُطْ بِهَذَا الْفِعْلِ لِأَنَّهُ بَنَى الْحُكْمَ عَلَى الظَّاهِرِ فَقَدْ كَانَ هَذَا الْوَطْءُ حَلَالًا فِي الظَّاهِرِ فَلَا يَسْقُطُ بِهِ إِحْصَانُهُ. وَوَجْهُ الظَّاهِرِ أَنَّ الْمَلِكَ مُنْعَدِمٌ حَقِيقَةً فَلَمْ يَبْقَ الظَّاهِرُ إِلَّا شُبْهَةٌ وَبِهَا يَسْقُطُ الْحَدُّ وَلَا يُقَامُ الْحَدُّ عَلَى قَاضِيهِ. (وَمَنْ وَجَدَ امْرَأَةً عَلَى فِرَاشِهِ فَوَطِئَهَا فَعَلَيْهِ الْحَدُّ) لِأَنَّهُ لَا اِسْتِبَاهَ بَعْدَ طُولِ الصُّحْبَةِ فَلَمْ يَكُنِ الظَّنُّ مُسْتَتِدًّا إِلَى دَلِيلٍ، وَهَذَا لِأَنَّهُ قَدْ يَنَامُ عَلَى فِرَاشِهَا غَيْرَهَا مِنْ الْمَحَارِمِ الَّتِي فِي بَيْتِهَا، وَكَذَا إِذَا كَانَ أَعْمَى لِأَنَّهُ يُمَكِّنُهُ التَّمْيِيزُ بِالسُّؤَالِ وَغَيْرِهِ، إِلَّا إِنْ كَانَ دَعَاها فَأَجَابَتْهُ أَجَنَبِيَّةٌ وَقَالَتْ: أَنَا زَوْجَتُكَ فَوَاقَعَهَا لِأَنَّ الْإِخْبَارَ دَلِيلٌ

الشرح:

وَقَوْلُهُ (لَأَنَّهُ قَدْ يَنَامُ عَلَى فِرَاشِهَا غَيْرَهَا مِنْ الْمَحَارِمِ الَّتِي فِي بَيْتِهَا) يَعْنِي فَلَا يَصْلُحُ مُجَرَّدُ النَّوْمِ عَلَى فِرَاشِهَا دَلِيلًا شَرْعِيًّا فَكَانَ مُقْصَرًّا فَيَجِبُ الْحَدُّ. وَإِنَّمَا قَالَ

(وَقَالَتْ أَلَا زَوْجُكَ) لَأَنَّهُ إِذَا أَجَابَتْ بِالْفِعْلِ وَلَمْ تَقُلْ ذَلِكَ فَوَاقَعَهَا وَجَبَ عَلَيْهِ الْحَدُّ كَذَا فِي الْإِيضَاحِ

(وَمَنْ تَزَوَّجَ امْرَأَةً لَا يَحِلُّ لَهُ نِكَاحُهَا فَوَطَّئَهَا لَا يَجِبُ عَلَيْهِ الْحَدُّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ) وَلَكِنْ يُوجَعُ عُقُوبَةٌ إِذَا كَانَ عَلِمَ بِذَلِكَ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ وَالشَّافِعِيُّ: عَلَيْهِ الْحَدُّ إِذَا كَانَ عَالِمًا بِذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ لَمْ يُصَادَفْ مَحَلُّهُ فَيَلْغُو كَمَا إِذَا أُضِيفَ إِلَى الذُّكُورِ، وَهَذَا لِأَنَّ مَحَلَّ التَّصَرُّفِ مَا يَكُونُ مَحَلًّا لِحُكْمِهِ، وَحُكْمُهُ الْحِلُّ وَهِيَ مِنَ الْمُحَرَّمَاتِ. وَأَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ الْعَقْدَ صَادَفَ مَحَلَّهُ لِأَنَّ مَحَلَّ التَّصَرُّفِ مَا يَقْبَلُ مَقْصُودَهُ، وَالْأُنْثَى مِنْ بَنَاتِ آدَمَ قَابِلَةٌ لِلتَّوَالِدِ وَهُوَ الْمَقْصُودُ، وَكَانَ يَنْبَغِي أَنْ يَنْعَقِدَ فِي جَمِيعِ الْأَحْكَامِ إِلَّا أَنَّهُ تَقَاعَدَ عَنْ إِفَادَةِ حَقِيقَةِ الْحِلِّ فَيُورِثُ الشُّبْهَةَ لِأَنَّ الشُّبْهَةَ مَا يُشَبِّهُ الثَّابِتَ لَا نَفْسَ الثَّابِتِ، إِلَّا أَنَّهُ ارْتَكَبَ جَرِيمَةً وَلَيْسَ فِيهَا حَدٌّ مُقَدَّرٌ فَيُعْزَرُ.

الشرح:

(وَمَنْ تَزَوَّجَ امْرَأَةً لَا يَحِلُّ لَهُ نِكَاحُهَا فَوَطَّئَهَا لَا يَجِبُ عَلَيْهِ الْحَدُّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَلَكِنْ يُوجَعُ عُقُوبَةٌ إِذَا كَانَ عَلِمَ بِذَلِكَ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ وَالشَّافِعِيُّ: يَجِبُ عَلَيْهِ الْحَدُّ إِذَا كَانَ عَلِمَ بِذَلِكَ لِأَنَّ هَذَا عَقْدٌ لَمْ يُصَادَفْ مَحَلُّهُ) وَكُلُّ عَقْدٍ لَمْ يُصَادَفْ مَحَلُّهُ يَلْغُو (كَمَا إِذَا أُضِيفَ إِلَى الذُّكُورِ) قَوْلُهُ (وَهَذَا لِأَنَّ مَحَلَّ التَّصَرُّفِ) بَيَانٌ لِقَوْلِهِ عَقْدٌ لَمْ يُصَادَفْ مَحَلُّهُ لِأَنَّ مَحَلَّ التَّصَرُّفِ (مَا يَكُونُ مَحَلًّا لِحُكْمِهِ) وَهَذَا الْمَحَلُّ لَيْسَ مَحَلًّا لِحُكْمِهِ (لِأَنَّ حُكْمَهُ الْحِلُّ وَهِيَ مِنَ الْمُحَرَّمَاتِ. وَأَبُو حَنِيفَةَ أَنَّ الْعَقْدَ صَادَفَ مَحَلَّهُ لِأَنَّ مَحَلَّ التَّصَرُّفِ مَا يَكُونُ قَابِلًا لِمَقْصُودِهِ) وَهُوَ التَّوَالِدُ هَاهُنَا (وَبَنَاتُ آدَمَ قَابِلَةٌ لِذَلِكَ) قَوْلُهُ وَهَذَا الْمَحَلُّ لَيْسَ مَحَلًّا لِحُكْمِهِ.

قُلْنَا: لَيْسَ مَحَلًّا لِحُكْمِهِ أَصْلًا أَوْ فِي وَقْتٍ دُونَ وَقْتٍ، وَالْأَوَّلُ مَمْنُوعٌ لِأَنَّهُ كَانَ مَحَلًّا لَهُ فِي شَرِيعَةٍ مِنْ قَبْلِنَا. وَالثَّانِي مُسَلَّمٌ، وَلَكِنْ كَوْنُهُ مَحَلًّا فِي الْجُمْلَةِ لَمْ لَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ شُبْهَةً فِي دَرَجَةِ الْحَدِّ فَإِنَّ الْفِعْلَ لَمْ يَقَعْ زِنًا لَا لُغَةً وَلَا عُرْفًا، فَإِنَّ أَهْلَ اللُّغَةِ لَا يَفْصِلُونَ بَيْنَ الزِّنَا وَغَيْرِهِ إِلَّا بِالْعَقْدِ وَالْفَرْضِ وَجُودِهِ، وَأَوْلَادُ أَهْلِ الذِّمَّةِ مِنْ مُحَارِمِهِمْ لَا تُنْسَبُ إِلَى الزِّنَا فِي الْعُرْفِ وَهُمْ يُقْرَوْنَ عَلَى نِكَاحِ الْمُحَارِمِ وَلَا يُقْرَوْنَ عَلَى الزِّنَا بَلْ يُحَدُّونَ عَلَيْهِ (وَ) إِذَا ثَبَتَ أَنَّ الْعَقْدَ صَادَفَ مَحَلَّهُ (كَانَ يَنْبَغِي أَنْ يَنْعَقِدَ فِي حَقِّ جَمِيعِ

الْأَحْكَامَ إِلَّا أَنَّهُ تَقَاعَدَ عَنْ إِفَادَةِ حَقِيقَةِ الْحِلِّ بِتَحْرِيمِ الشَّرْعِ فِي دِينِنَا (فَيُورِثُ الشُّبْهَةَ لِأَنَّ الشُّبْهَةَ مَا يُشَبُّهُ الثَّابِتَ وَلَيْسَ بِثَابِتٍ إِلَّا أَنَّهُ ارْتَكَبَ جَرِيمَةً وَلَيْسَ فِيهَا حَدٌّ مُقَدَّرٌ فَيُعْزَرُ).

(وَمَنْ وَطِئَ أَجْنَبِيَّةً فِيمَا دُونَ الْفَرْجِ يُعْزَرُ) لِأَنَّهُ مُنْكَرٌ لَيْسَ فِيهِ شَيْءٌ مُقَدَّرٌ

الشرح:

قَوْلُهُ (وَمَنْ وَطِئَ أَجْنَبِيَّةً فِيمَا دُونَ الْفَرْجِ) أَيِّ فِي غَيْرِ السَّبِيلَيْنِ كَالْتَفْحِيزِ وَالتَّبْطِينِ (عُزِّرَ لِأَنَّهُ فَعَلَ مُنْكَرًا لَيْسَ فِيهِ شَيْءٌ مُقَدَّرٌ)

(وَمَنْ أَتَى امْرَأَةً فِي الْمَوْضِعِ الْمَكْرُوهِ أَوْ عَمِلَ عَمَلٍ قَوْمٍ لُوطٍ فَلَا حَدَّ عَلَيْهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَيُعْزَرُ، وَزَادَ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ: وَيُودَعُ فِي السَّجْنِ، وَقَالَا: هُوَ كَالزَّانَا فَيُحَدُّ) وَهُوَ أَحَدُ قَوْلِي الشَّافِعِيِّ، وَقَالَ فِي قَوْلِ يَقْتُلَانِ بِكُلِّ حَالٍ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «أَقْتُلُوا الْفَاعِلَ وَالْمَفْعُولَ بِهِ» ^(١) وَيُرْوَى: «فَارْجُمُوا الْأَعْلَى وَالْأَسْفَلَ» ^(٢) وَلَهُمَا أَنَّهُ فِي مَعْنَى الزَّانَا لِأَنَّهُ قَضَاءُ الشَّهْوَةِ فِي مَحَلٍّ مُشْتَهَى عَلَى سَبِيلِ الْكَمَالِ عَلَى وَجْهِ تَمَحُّضٍ حَرَامًا لِقَصْدِ سَفْحِ الْمَاءِ. وَلَهُ أَنَّهُ لَيْسَ بِزَنًا لِاخْتِلَافِ الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ فِي مُوجِبِهِ مِنَ الْإِحْرَاقِ بِالنَّارِ وَهَدْمِ الْجِدَارِ وَالتَّنْكِيسِ مِنْ مَكَانٍ مُرْتَفِعٍ بِاتِّبَاعِ الْأَحْجَارِ وَغَيْرِ ذَلِكَ، وَلَا هُوَ فِي مَعْنَى الزَّانَا لِأَنَّهُ لَيْسَ فِيهِ إِضَاعَةُ الْوَلَدِ وَاشْتِبَاهُ الْأَنْسَابِ، وَكَذَا هُوَ أُنْدَرُ وَقُوْعًا لِانْعِدَامِ الدَّاعِي مِنْ أَحَدِ الْجَانِبَيْنِ وَالدَّاعِي إِلَى الزَّانَا مِنَ الْجَانِبَيْنِ. وَمَا رَوَاهُ مُحْمُولٌ عَلَى السِّيَاسَةِ أَوْ عَلَى الْمُسْتَحِلِّ إِلَّا أَنَّهُ يُعْزَرُ عِنْدَهُ لِمَا بَيَّنَّا.

الشرح:

قَوْلُهُ (وَمَنْ أَتَى امْرَأَةً) قِيلَ يُرِيدُ أَجْنَبِيَّةً لِأَنَّهُ إِذَا أَتَى امْرَأَتَهُ أَوْ مَمْلُوكَتَهُ (فِي الْمَوْضِعِ الْمَكْرُوهِ) أَيُّ الدُّبْرِ لَا يُحَدُّ حَدُّ الزَّانَا عِنْدَهُمَا أَيْضًا وَإِنْ كَانَ مُحَرَّمًا عَلَيْهِ، وَبِهِ صَرَحَ فِي الزِّيَادَاتِ لِأَنَّ مِنَ النَّاسِ مَنْ يَسْتَحِلُّهُ بِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿إِلَّا عَلَى أَرْوَاحِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ﴾ [المعارج: ٣٠] مِنْ غَيْرِ فَضْلٍ بَيْنَ مَحَلٍّ وَمَحَلٍّ (أَوْ عَمِلَ عَمَلٌ قَوْمٍ

(١) أخرجه أبو داود (٤٤٦٢)، والترمذي (١٤٥٦)، وابن ماجه (٢٥٦١) عن ابن عباس، وانظر

نصب الرأية (٥١٦/٣).

(٢) أخرجه ابن ماجه (٢٥٦٢)، وانظر نصب الرأية (٥١٨/٣).

لُوطٍ فَلَا حَدَّ عَلَيْهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَيُعَزَّرُ. وَزَادَ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ وَيُودَعُ فِي السَّجْنِ، وَقَالَا: هُوَ كَالزَّنَا فَيَحَدُّ حَدَّ الزَّنَا جَلْدًا إِنْ كَانَ غَيْرَ مُحْصَنٍ وَرَجْمًا إِنْ كَانَ مُحْصَنًا (وَهُوَ أَحَدُ قَوْلِي الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ. وَقَالَ فِي قَوْلٍ آخَرَ: يُقْتَلَانِ بِكُلِّ حَالٍ) أَيْ سَوَاءَ كَانَا مُحْصَنَيْنِ أَوْ لَمْ يَكُونَا (لِقَوْلِهِ ﷺ: «أُقْتُلُوا الْفَاعِلَ وَالْمَفْعُولَ» وَيُرَوَّى «فَارْجُمُوا الْأَعْلَى وَالْأَسْفَلَ» وَلَهُمَا أَنَّهُ) أَيْ اللُّوَاطُ (فِي مَعْنَى الزَّنَا) وَقِيلَ أَيْ كُلُّ وَاحِدٍ مِنَ الْعَمَلِ فِي الْمَوْضِعِ الْمَكْرُوهِ وَفِعْلُ اللُّوَاطِ.

وَفِي بَعْضِ النُّسخ: إِنَّهُمَا فِي مَعْنَى الزَّنَا (لَأَنَّهُ قَضَاءُ الشَّهْوَةِ فِي مَحَلٍّ مُشْتَهَى عَلَى سَبِيلِ الْكَمَالِ عَلَى وَجْهِ تَمَحُّضٍ حَرَامًا لِقَصْدِ سَفْحِ الْمَاءِ وَهُوَ مَنَاطُ الْحَدِّ فِي الزَّنَا) فَيَلْحَقُ بِهِ اللُّوَاطُ فِي الدَّلَالَةِ لَا بِالْقِيَاسِ، لِأَنَّ الْقِيَاسَ لَا يَدْخُلُ فِيمَا يُدْرَأُ بِالشُّبُهَاتِ (وَلَهُ أَنَّهُ لَيْسَ بَزَّنَا لِاخْتِلَافِ الصَّحَابَةِ فِي مُوجِبِهِ مِنَ الْإِحْرَاقِ بِالنَّارِ وَهَذَا الْجِدَارِ عَلَيْهِ وَالتَّنْكِيسِ مِنْ مَكَانٍ مُرْتَفِعٍ بِإِثْبَاعِ الْأَحْجَارِ وَغَيْرِ ذَلِكَ) مِنْ الْحَبْسِ فِي أَتْنِ الْمَوَاضِعِ حَتَّى يَمُوتَا وَلَمْ يَخْتَلَفُوا فِي مُوجِبِ الزَّنَا فَدَلَّ عَلَى أَنَّهُ لَيْسَ بَزَّنَا (وَلَا هُوَ فِي مَعْنَى الزَّنَا لِأَنَّهُ لَيْسَ فِيهِ إِضَاعَةُ الْوَلَدِ وَاشْتِبَاهُ الْأَنْسَابِ) بِخِلَافِ الزَّنَا (وَكَذَا هُوَ أُنْدَرُ وَقُوْعًا) مِنْ الزَّنَا (لَا بُعْدَ الدَّاعِي فِي أَحَدِ الْجَانَيْنِ) يَعْنِي عَلَى مَا هُوَ الْجِيلَةُ السَّلِيمَةُ (وَالدَّاعِي إِلَى الزَّنَا مِنَ الْجَانَيْنِ) وَإِذَا لَمْ يَكُنْ فِي مَعْنَاهُ لَا يَلْحَقُ بِهِ دَلَالَةُ بَقِي الْقِيَاسِ وَالْقِيَاسُ فِي مِثْلِهِ بَاطِلٌ (وَمَا رَوَاهُ) مِنْ قَتْلِهِمَا أَوْ رَجْمِهِمَا (مَحْمُولٌ عَلَى السِّيَاسَةِ أَوْ عَلَى الْمُسْتَحِلِّ) لِلْكَفْرِ بِذَلِكَ (إِلَّا أَنَّهُ يُعَزَّرُ عِنْدَهُ) أَيْ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ (لَمَّا بَيَّنَّا) أَنَّهُ ارْتَكَبَ جَرِيْمَةً وَلَيْسَ فِيهِ حَدٌّ مُقَدَّرٌ.

قَالَ فِي الزِّيَادَاتِ: وَالرَّأْيُ فِيهِ إِلَى الْإِمَامِ إِنْ شَاءَ قَتْلُهُ إِنْ اعْتَادَ ذَلِكَ، وَإِنْ شَاءَ ضَرْبُهُ وَحَبْسَهُ؛ فَقَوْلُهُ إِلَّا أَنَّهُ اسْتِثْنَاءٌ مِنْ قَوْلِهِ وَلَا هُوَ فِي مَعْنَى الزَّنَا.

(وَمَنْ وَطِئَ بِبَيْمَةٍ لَا حَدَّ عَلَيْهِ) لِأَنَّهُ لَيْسَ فِي مَعْنَى الزَّنَا فِي كَوْنِهِ جِنَايَةً وَفِي وُجُودِ الدَّاعِي لِأَنَّ الطَّبْعَ السَّلِيمَ يَنْفِرُ عَنْهُ وَالْحَامِلُ عَلَيْهِ نَهَايَةَ السَّفَهَةِ أَوْ فَرَطُ الشُّبْقِ وَلِهَذَا لَا يَجِبُ سِتْرُهُ إِلَّا أَنَّهُ يُعَزَّرُ لَمَّا بَيَّنَّاهُ، وَالَّذِي يُرَوَّى أَنَّهُ تُذْبِحُ الْبَيْمَةَ^(١) وَتُحْرَقُ فَذَلِكَ لِقَطْعِ التَّحَدُّثِ بِهِ وَلَيْسَ بِوَاجِبٍ.

(١) قَالَ الزَّيْلَعِيُّ فِي نَصَبِ الرَّايَةِ (٣/٥٢٠): غَرِيبٌ هَذَا اللَّفْظُ.

الشرح:

وَمَنْ وَطِئَ بِهَيْمَةٍ فَلَا حَدَّ عَلَيْهِ لِأَنَّهُ لَيْسَ فِي مَعْنَى الزُّنَا فِي كَوْنِهِ جَنَائَةً إِذْ لَيْسَ فِيهِ تَضْيِيعُ الْوَلَدِ وَلَا إِفْسَادُ الْفِرَاشِ (و) لَا (فِي) وَجُودِ الدَّاعِي لِأَنَّ الطَّبْعَ السَّلِيمَ يَنْفِرُ عَنْهُ، وَإِنَّمَا يَحْمِلُهُ عَلَى ذَلِكَ نَهَايَةُ السَّفَهِ أَوْ فَرْطُ الشَّبَقِ وَلِهَذَا لَا يَجِبُ سِتْرُهُ) أَيِ سِتْرُ فَرْجِ الْبَهِيمَةِ، وَإِنَّمَا أُضْمِرَ عَلَيْهِ وَإِنْ لَمْ يَسْبِقْ ذِكْرُهُ لِأَنَّ ذِكْرَ الْبَهِيمَةِ يَسْتَلْزِمُهُ فَكَانَ مَرْجِعُهُ حُكْمِيًّا (إِلَّا أَنَّهُ يُعَزَّرُ لَمَّا بَيَّنَّا) أَنَّهُ ارْتَكَبَ جَرِيمَةً وَلَيْسَ فِيهَا حَدٌّ مُقَدَّرٌ، وَمَا رُوِيَ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: «مَنْ أَتَى بِهَيْمَةٍ فَاقْتُلُوهُ» شَاذٌ لَا يُعْمَلُ بِهِ، وَلَوْ ثَبَتَ فَتَأْوِيلُهُ مُسْتَحِلٌّ ذَلِكَ الْفِعْلُ (وَالَّذِي يُرْوَى أَنَّ تُذْبَحَ الْبَهِيمَةُ) وَهُوَ مَا رُوِيَ عَنْ عَلِيِّ بْنِ أَبِي طَالِبٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: أَنَّهُ أَتَى بِرَجُلٍ أَتَى بِهَيْمَةٍ فَأَمَرَ بِالْبَهِيمَةِ فَذُبِحَتْ وَأُخْرِقَتْ بِالنَّارِ (فَذَلِكَ لِقَطْعِ التَّحَدُّثِ بِهِ) كَيْ لَا يُعَيَّرَ بِهَا الرَّجُلُ إِذَا كَانَتْ الْبَهِيمَةُ بَاقِيَةً (لَا أَنَّهُ وَاجِبٌ)

(وَمَنْ زَنَى فِي دَارِ الْحَرْبِ أَوْ فِي دَارِ الْبَغْيِ ثُمَّ خَرَجَ إِلَيْنَا لَا يُقَامُ عَلَيْهِ الْحَدُّ). وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ يُحَدُّ لَأَنَّهُ التَّزَمَ بِإِسْلَامِهِ أَحْكَامَهُ أَيْنَمَا كَانَ مَقَامُهُ. وَلَنَا قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «لَا تُقَامُ الْحُدُودُ فِي دَارِ الْحَرْبِ»^(١) وَلَأَنَّ الْمَقْصُودَ هُوَ الْإِنْجَارُ وَوِلَايَةُ الْإِمَامِ مُنْقَطِعَةٌ فِيهِمَا فَيَعْرِى الْوُجُوبُ عَنِ الْفَائِدَةِ، وَلَا تُقَامُ بَعْدَ مَا خَرَجَ لِأَنَّهَا لَمْ تَنْعَقِدْ مُوجِبَةً فَلَا تَنْقَلِبُ مُوجِبَةً.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ زَنَى فِي دَارِ الْحَرْبِ أَوْ فِي دَارِ الْبَغْيِ ثُمَّ خَرَجَ إِلَيْنَا) وَأَقْرَأَ عِنْدَ الْإِمَامِ بِالزُّنَا (لَا يُقَامُ عَلَيْهِ الْحَدُّ). وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: يُحَدُّ لَأَنَّهُ التَّزَمَ بِإِسْلَامِهِ أَحْكَامَهُ أَيْنَمَا كَانَ مَقَامُهُ. وَلَنَا قَوْلُهُ ﷺ: «لَا تُقَامُ الْحُدُودُ فِي دَارِ الْحَرْبِ». وَوَجْهُ التَّمَسُّكِ بِهِ أَنَّهُ ﷺ لَمْ يُرِدْ بِهِ حَقِيقَةَ عَدَمِ الْإِقَامَةِ حِسًّا لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ يَعْرِفُ أَنَّهُ لَا يُمَكِّنُ إِقَامَةَ الْحَدِّ فِي دَارِ الْحَرْبِ لِانْقِطَاعِ وِلَايَةِ الْإِمَامِ عَنْهَا فَكَانَ الْمُرَادُ بِعَدَمِ الْإِقَامَةِ عَدَمَ وَجُوبِ الْحَدِّ. فَإِنْ قِيلَ: هَذَا الْحَدِيثُ مُعَارِضٌ بِقَوْلِهِ: ﴿فَاجْلِدُوا﴾ فَلَا يُقْبَلُ. أَجِيبُ بِأَنَّ مَوَاضِعَ الشُّبْهَةِ خُصَّتْ مِنْ ذَلِكَ فَيَجُوزُ التَّخْصِصُ بَعْدَ ذَلِكَ بِخَبَرِ الْوَاحِدِ وَالْقِيَاسِ لِأَنَّهُ لَمْ يَبْقَ حُجَّةٌ قَطْعِيَّةٌ عَلَى هَذَا أَطْبَقَ الشَّارِحُونَ، وَفِيهِ نَظَرٌ يُعْرَفُ

(١) قال الزليعي في نصب الراية (٥٢١/٣): غريب.

بِاسْتِحْضَارِ قَوَاعِدِ الْأُصُولِ.

وَهُوَ أَنَّ التَّخْصِصَ بِهِمَا إِنَّمَا يَصِحُّ بَعْدَ التَّخْصِصِ بِلَفْظِ مُقَارِنٍ وَلَيْسَ فِي الْآيَةِ بِمَوْجُودٍ، وَيَجُوزُ أَنْ يُقَالَ حَصَلَ التَّخْصِصُ بِلَفْظِ مُقَارِنٍ وَهُوَ قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿كُلُّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا﴾ فَإِنَّ الضَّمِيرَ رَاجِعٌ إِلَى الزَّانِي وَالزَّانِيَةِ. وَالزَّانَا وَطءُ الرَّجُلِ الْمَرْأَةَ فِي الْقَبْلِ فِي غَيْرِ الْمَلِكِ وَشُبْهَتِهِ كَمَا تَقَدَّمَ فَخَرَجَ مِنْهُ مَنْ لَمْ يَكُنْ رَجُلًا. وَإِذَا خَصَّ مُقَارِنًا جَارَ التَّخْصِصِ بَعْدَهُ بِخَبَرِ الْوَاحِدِ وَالْقِيَاسِ. وَقَوْلُهُ (وَلَأَنَّ الْمَقْصُودَ هُوَ الْإِنْجَارُ) يَعْنِي أَنَّ وَجُوبَ الْحَدِّ لَيْسَ لَعَيْنِهِ وَإِنَّمَا هُوَ لِلْإِنْجَارِ، وَالْإِنْجَارُ يَحْصُلُ بِالْإِسْتِيفَاءِ، وَالْإِسْتِيفَاءُ مُتَعَدَّرٌ لَا نِقْطَاعَ وَلَايَةِ الْإِمَامِ. فَلَوْ وَجَبَ الْحَدُّ لَعَرَى عَنِ الْفَائِدَةِ وَذَلِكَ لَا يَجُوزُ، وَإِذَا لَمْ يَنْتَقِدْ مُوجِبًا لَا يُقَامُ بَعْدَهَا خَرَجَ لَثَلَا يَقَعُ الْحُكْمُ بِغَيْرِ سَبَبٍ، وَأَنْتَ الضَّمِيرُ فِي قَوْلِهِ لَأَنَّهَا لَمْ تَنْتَقِدْ بِأَوَّلِ الْفَاحِشَةِ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا الزَّانِيَ إِنَّهُ كَانَ فَحِشَةً﴾ [الإسراء: ٣٢] أَوْ بِأَوَّلِ الْوَطْأَةِ

وَلَوْ غَرَا مَنْ لَهُ وَلَايَةُ الْإِقَامَةِ بِنَفْسِهِ كَالْخَلِيفَةِ وَآمِيرِ مِصْرٍ يُقِيمُ الْحَدَّ عَلَى مَنْ زَنَى فِي مُعْسَكَرِهِ لِأَنَّهُ تَحْتَ يَدِهِ، بِخِلَافِ آمِيرِ الْعَسْكَرِ وَالسَّرِيَّةِ لِأَنَّهُ لَمْ تُفَوَّضْ إِلَيْهِمَا الْإِقَامَةُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلَوْ غَرَا) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (فِي مُعْسَكَرِهِ) إِشَارَةٌ إِلَى أَنَّهُ لَوْ خَرَجَ مِنْ مُعْسَكَرِهِ وَدَخَلَ دَارَ الْحَرْبِ وَزَنَى فِيهَا ثُمَّ خَرَجَ لَا يُقَامُ عَلَيْهِ الْحَدُّ (وَالسَّرِيَّةُ) قِيلَ هُمُ الَّذِينَ يَسِيرُونَ بِاللَّيْلِ وَيَخْتَفُونَ بِالنَّهَارِ، وَمِنْهُ «خَيْرُ السَّرَايَا أَرْبَعُمِائَةٍ».

(وَإِذَا دَخَلَ حَرْبِي دَارَنَا بِأَمَانٍ فَزَنَى بِذِمَّتِي أَوْ زَنَى ذِمَّتِي بِحَرْبِيَّتِي يُحَدُّ الذِّمِّيُّ وَالذِّمِّيُّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَلَا يُحَدُّ الْحَرْبِيُّ وَالْحَرْبِيَّةُ وَهُوَ قَوْلُ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي الذِّمِّيِّ) يَعْنِي إِذَا زَنَى بِحَرْبِيَّةٍ، فَأَمَّا إِذَا زَنَى الْحَرْبِيُّ بِذِمَّتِي لَا يُحَدُّانِ عِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ وَهُوَ قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَوَّلًا (وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ: يُحَدُّونَ كُلَّهُمْ) وَهُوَ قَوْلُهُ الْآخَرُ. لِأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ الْمُسْتَأْمَنَ التَّزَمَ أَحْكَامَنَا مُدَّةَ مُقَامِهِ فِي دَارِنَا فِي الْمُعَامَلَاتِ، كَمَا أَنَّ الذِّمِّيَّ التَّزَمَهَا مُدَّةَ عُمُرِهِ وَلِهَذَا يُحَدُّ حَدَّ الْقَذْفِ وَيُقْتَلُ قِصَاصًا، بِخِلَافِ حَدِّ الشُّرْبِ لِأَنَّهُ يَنْتَقِدُ بِبَاحَتِهِ.

وَلَهُمَا أَنَّهُ مَا دَخَلَ لِلْقَرَارِ بَلْ لِحَاجَةٍ كَالْتِّجَارَةِ وَنَحْوَهَا فَلَمْ يَصِرْ مِنْ أَهْلِ دَارِنَا
وَلِهَذَا يُمَكِّنُ مِنَ الرُّجُوعِ إِلَى دَارِ الْحَرْبِ وَلَا يُقْتَلُ الْمُسْلِمُ وَلَا الذَّمِّيُّ بِهِ، وَإِنَّمَا التَّزَمَ مِنَ
الْحُكْمِ مَا يَرْجِعُ إِلَى تَحْصِيلِ مَقْصُودِهِ وَهُوَ حُقُوقُ الْعِبَادِ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا طَمَعَ فِي الْإِنْصَافِ
يَلْتَزِمُ الْإِنْصَافَ، وَالْقِصَاصُ وَحَدُّ الْقَذْفِ مِنْ حُقُوقِهِمْ، أَمَّا حَدُّ الزِّنَا فَهَمْحُضُ حَقِّ الشَّرْعِ.
وَلِمُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ وَهُوَ الضَّرْقُ أَنَّ الْأَصْلَ فِي بَابِ الزِّنَا فِعْلُ الرَّجُلِ وَالْمَرْأَةِ تَابِعَةٌ لَهُ عَلَى مَا
نَذَكَّرَهُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى. فَامْتِنَاعُ الْحَدِّ فِي حَقِّ الْأَصْلِ يُوجِبُ امْتِنَاعَهُ فِي حَقِّ التَّبَعِ، أَمَّا
الْإِمْتِنَاعُ فِي حَقِّ التَّبَعِ لَا يُوجِبُ الْإِمْتِنَاعَ فِي حَقِّ الْأَصْلِ. تَظْيِيرُهُ إِذَا زَنَى الْبَالِغُ بِصَبِيَّةٍ أَوْ
مَجْنُونَةٍ وَتَمَكَّنَ الْبَالِغَةُ مِنَ الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ وَلَأَبَى حَنِيفَةً رَحِمَهُ اللَّهُ فِيهِ أَنَّ فِعْلَ
الْحَرْبِيِّ الْمُسْتَأْمَنِ زِنَا لِأَنَّهُ مُخَاطَبٌ بِالْحُرْمَاتِ عَلَى مَا هُوَ الصَّحِيحُ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُخَاطَبًا
بِالشَّرَائِعِ عَلَى أَصْلَانَا وَالتَّمَكُّنُ مِنْ فِعْلِهِ هُوَ زِنَا مُوجِبٌ لِلْحَدِّ عَلَيْهَا، بِخِلَافِ الصَّبِيِّ
وَالْمَجْنُونِ لِأَنَّهُمَا لَا يُخَاطَبَانِ، وَتَظْيِيرُ هَذَا الْاِخْتِلَافِ إِذَا زَنَى الْمَكْرَهُ بِالْمُطَاوِعَةِ تُحَدُّ
الْمُطَاوِعَةُ عِنْدَهُ، وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى عَلَيْهِ لَا تُحَدُّ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِذَا دَخَلَ حَرْبِي دَارِنَا بِأَمَانٍ) حَاصِلُ اخْتِلَافِ أَصْحَابِنَا فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ
شُمُولُ الْوُجُوبِ فِي الذَّمِّيِّ وَالذَّمِّيَّةِ وَشُمُولُ الْعَدَمِ فِي الْحَرْبِيِّ وَالْحَرْبِيَّةِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ،
وَهَذَا الشُّمُولُ لَا يَتَغَيَّرُ بِمُعَايَرَةِ أَحَدِ الطَّرَفَيْنِ لِأَخَرٍ بِكَوْنِهِ حَرْبِيًّا أَوْ ذِمِّيًّا أَوْ ذَكَرًا أَوْ
أُنْثَى. وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ عَدَمُ التَّغْيِيرِ ثَابِتٌ فِي جَانِبِ الْحَرْبِيِّ وَالْحَرْبِيَّةِ. وَأَمَّا فِي جَانِبِ الذَّمِّيِّ
فَيَتَفَاوَتُ بَيْنَ الذَّكَرِ وَالْأُنْثَى فِيمَا إِذَا اخْتَلَفَ خَالَهُمَا حَيْثُ يُحَدُّ الذَّمِّيُّ وَلَا تُحَدُّ
الْحَرْبِيَّةُ، وَفِي الْعَكْسِ لَا يُحَدَّدَانِ وَهُوَ قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ أَوَّلًا، وَقَالَ آخَرًا بِشُمُولِ
الْوُجُوبِ فِي الْأَنْوَاعِ كُلِّهَا (لَهُ أَنَّ الْمُسْتَأْمَنَ التَّزَمَ أَحْكَامَنَا مُدَّةَ مُقَامِهِ فِي دَارِنَا كَمَا أَنَّ
الذَّمِّيَّ التَّزَمَهَا مُدَّةَ عُمْرِهِ) وَمَنْ التَّزَمَ أَحْكَامَنَا تَنَفَّذَ عَلَيْهِ كَالْمُسْلِمِ وَالذَّمِّيِّ (وَلِهَذَا يُحَدُّ
حَدُّ الْقَذْفِ وَيُقْتَلُ قِصَاصًا).

فَإِنْ قِيلَ: لَوْ كَانَ كَذَلِكَ لِأَقِيمَ عَلَيْهِ حَدُّ الشُّرْبِ لِأَنَّهُ مِنْ أَحْكَامِنَا. أَجَابَ بِقَوْلِهِ
(بِخِلَافِ حَدِّ الشُّرْبِ لِأَنَّهُ يُعْتَقَدُ إِبَاحَتُهُ) فَإِنْ قُلْتَ: فَهُوَ يُعْتَقَدُ إِبَاحَةً قَتْلُ الْمُسْلِمِ وَقَذْفُهُ
فَيَنْبَغِي أَنْ لَا يُقْتَصَّ مِنْهُ وَلَا يُحَدُّ لِقَذْفِهِ.

قلت: المعنى باعتقاد الإباحة هو أن يكون ذلك دينًا، وقتل النفس والقذف حرام في دينهم، فإباحتهم ذلك ليست بدین، وإنما هو هوى وتعصب (ولأبي حنيفة ومحمد أن التزام الأحكام إنما هو بالتزام القرار في الدار، لأن الانصاف بكونه من دارنا إنما يكون بذلك، والحربي ما التزم ذلك لأنه دخل لحاجة كالجارة ونحوها فلم يصبر من أهل دارنا، ولهذا يمكن من الرجوع إلى دار الحرب، ولا يقتل المسلم ولا الذمي به) وإذا لم يصبر من دارنا وكان دخوله حاجة (كان ملتزمًا من الأحكام ما يرجع إلى تحصيل مقصوده وهو حقوق العباد) لأنه لما لم يدخل إلا طامعًا في الإنصاف: أي العدل لأجله على غيره (يلتزم الانصاف) أي العدل لغيره عليه لأن العزم بإزاء الغنى. (والقصاص وحده القذف من حقوق العباد) فكان داخلًا في الانصاف (وأما حد الزنا فمحض حق الشرع) فلا يكون داخلًا فيه، فلما فرغًا من الجواب عن قول أبي يوسف شرع كل منهما في إثبات ما ذهب إليه، فقال محمد (الأصل في باب الزنا فعل الرجل والمرأة تابعة له على ما يأتي؛ فامتناع الحد في حق الأصل) فيما إذا زنى الحربي بدمية (يوجب امتناعه في حق التبع) وإلا لا يكون تبعًا فكان خلفًا.

(وأما الامتناع في حق التبع) فيما إذا زنى الذمي بحريية (فلا يوجب امتناعه في حق الأصل) وإلا لكان مستتبعا فكان أصلا، والفرض أنه تبع وذلك خلف باطل (نظير ذلك إذا زنى البالغ بصبي أو مجنونة) فإنه يحده البالغ ذوهما لأن الامتناع في حق التبع لا يستلزمه في حق الأصل (وتمكن البالغة من الصبي والمجنون) فإنه لا يجب الحد عليهما؛ لأن الامتناع في حق الأصل يستلزمه في حق التبع (ولأبي حنيفة أن فعل الحربي المستامن زنا حقيقة لأنه مخاطب بالحرمت على ما هو الصحيح وإن لم يكن مخاطبًا بالشرائع على أصلنا) ولهذا لو قذفه قاذف به بعد الإسلام لم يلزمه الحد، إلا أنه لا يقام عليه الحد لوجوب تبليغه مأمته بقوله تعالى: ﴿ثُمَّ أَلْبَغْهُ مَأْمَتَهُ﴾ [التوبة: ٦] وإذا كان كذلك كان تمكن المرأة منه زنا لأن التمكن من فعل الزنا زنا يوجب الحد لقوله تعالى: ﴿الزانية والزاني فاجلدوا﴾ [النور: ٢] فيجب الحد عليها لوجود مقتضي وإثفاء المانع، بخلاف الحربي لتحقق المانع وهو تبليغه مأمته، والمراد بالحرمت ترك

الامْتِثَالِ بِالْأَوَامِرِ وَالْإِتِهَاءِ عَنِ النَّوَهِى، فَإِنَّ الْكُفَّارَ مُخَاطَبُونَ بِالْعِبَادَاتِ مِنْ حَيْثُ التَّرُكُ تَضْعِيفًا لِلْعَذَابِ عَلَيْهِمْ.

(قَوْلُهُ عَلَى مَا هُوَ الصَّحِيحُ) احْتِرَازٌ عَنْ قَوْلِ بَعْضِ مَشَايخِنَا الْعِرَاقِيِّينَ فَإِنَّهُمْ قَالُوا بِكَوْنِهِمْ مُخَاطَبِينَ بِالشَّرَائِعِ كُلِّهَا بِالْعِبَادَاتِ وَالْحُرْمَاتِ وَالْمَعَامَلَاتِ. وَقَوْلُهُ (وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُخَاطَبًا بِالشَّرَائِعِ عَلَى أَصْلَانَا) إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِ بَعْضِ أَصْحَابِنَا فَإِنَّهُمْ قَالُوا الْكُفَّارُ غَيْرُ مُخَاطَبِينَ بِالشَّرَائِعِ. قَالَ شَمْسُ الْأُيْمَةِ: وَمَشَايِخُ دِيَارِنَا يَقُولُونَ: إِنَّهُمْ لَا يُخَاطَبُونَ بِأَدَاءِ مَا يَحْتَمِلُ السُّقُوطُ مِنَ الْعِبَادَاتِ.

وَقَوْلُهُ (بِخِلَافِ الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ) جَوَابٌ عَنْ مُسْتَشْهَدِ مُحَمَّدٍ عَلَى أَنَّ سُقُوطَ الْحَدِّ مِنَ الْأَصْلِ يُوجِبُ السُّقُوطَ مِنَ التَّبَعِ. وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ هَذَا لَيْسَ نَظِيرَ مَا نَحْنُ فِيهِ لِأَنَّ الصَّبِيَّ وَالْمَجْنُونَ لَا يُخَاطَبَانِ فَلَا يَكُونُ فِعْلُهُمَا زِنًا، وَالتَّمَكُّينُ مِنْ غَيْرِ الزِّنَا لَيْسَ بِزِنَا فَلَا يُوجِبُ الْحَدَّ، وَالْحَرْبِيُّ مُخَاطَبٌ فَفِعْلُهُ زِنًا، وَالتَّمَكُّينُ مِنَ الزِّنَا زِنًا يُوجِبُ الْحَدَّ (وَنَظِيرُ هَذَا الْاِخْتِلَافِ إِذَا زَنَى الْمَكْرَهُ بِالْمُطَاوَعَةِ تُحَدُّ الْمُطَاوَعَةُ عِنْدَهُ، وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ لَا تُحَدُّ).

قَالَ (وَإِذَا زَنَى الصَّبِيُّ أَوِ الْمَجْنُونُ بِامْرَأَةٍ طَاوَعَتْهُ فَلَا حَدَّ عَلَيْهِ وَلَا عَلَيْهَا). وَقَالَ زُفَرٌ وَالشَّافِعِيُّ رَحِمَهُمَا اللَّهُ تَعَالَى: يَحِبُّ الْحَدُّ عَلَيْهَا، وَهُوَ رَوَايَةٌ عَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى عَلَيْهِ.

الشرح:

قَالَ (وَإِذَا زَنَى الصَّبِيُّ أَوِ الْمَجْنُونُ) صُورَةٌ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ ظَاهِرَةٌ، وَوَجْهُ قَوْلِ زُفَرٍ وَالشَّافِعِيِّ قِيَاسُ أَحَدِ الْجَانِبَيْنِ بِالْآخَرِ

(وَإِنْ زَنَى صَحِيحٌ بِمَجْنُونَةٍ أَوْ صَغِيرَةٍ يُجَامَعُ مِثْلَهَا حَدُّ الرَّجُلِ خَاصَّةً) وَهَذَا بِالْإِجْمَاعِ. لَهُمَا أَنَّ الْعُدْرَ مِنْ جَانِبِهَا لَا يُوجِبُ سُقُوطَ الْحَدِّ مِنْ جَانِبِهِ فَكَذَا الْعُدْرُ مِنْ جَانِبِهِ، وَهَذَا لِأَنَّ كُلًّا مِنْهُمَا مُوَاحِدٌ بِفِعْلِهِ. وَلَنَا أَنَّ فِعْلَ الزِّنَا يَتَحَقَّقُ مِنْهُ، وَإِنَّمَا هِيَ مَحَلُّ الْفِعْلِ وَلِهَذَا يُسَمَّى هُوَ وَاطْنًا وَزَانِيًا وَالْمَرْأَةُ مَوْطُوءَةً وَمَزْنِيًا بِهَا، إِلَّا أَنَّهَا سُمِّيَتْ زَانِيَةً مَجَازًا تَسْمِيَةً لِلْمَفْعُولِ بِاسْمِ الْفَاعِلِ كَالرَّاضِيَةِ فِي مَعْنَى الْمَرْضِيَّةِ، أَوْ لَكُونِهَا مُسَبِّبَةً بِالتَّمَكُّينِ فَتَعْلَقَ الْحَدُّ فِي حَقِّهَا بِالتَّمَكُّينِ مِنَ قَبِيحِ الزِّنَا وَهُوَ فِعْلٌ مَنْ هُوَ مُخَاطَبٌ بِالْكَفِّ

عَنْهُ وَمُوتَمَّ عَلَى مُبَاشَرَتِهِ، وَفَعَلَ الصَّبِيَّ لَيْسَ بِهِذِهِ الصِّفَةِ فَلَا يُنَاطُ بِهِ الْحَدُّ.

الشرح:

قالا: (العُدْرُ مِنْ جَانِبِهَا) كَمَا فِي صُورَةِ الْإِجْمَاعِ (لَا يُوجِبُ سُقُوطَ الْحَدِّ مِنْ جَانِبِهِ فَكَذَا الْعُدْرُ مِنْ جَانِبِهِ) وَهُوَ فِي الصُّورَةِ الْمُخْتَلَفِ فِيهَا لَا يُوجِبُ سُقُوطَهُ مِنْ جَانِبِهَا، وَالْجَامِعُ أَنَّ كُلًّا مِنْهُمَا مُؤَاخَذٌ بِفِعْلِهِ، وَدَلِيلُنَا ظَاهِرٌ مِمَّا ذَكَرْنَا أَنَّنَا لِمُحَمَّدٍ فَلَا حَاجَةَ إِلَى التَّكْرَارِ.

واعترضَ عَلَيْهِ مِنْ وَجْهَيْنِ: أَحَدُهُمَا أَنَّ غَيْرَ الْمُحْصَنِ إِذَا زَنَى بِالْمُحْصَنَةِ يَجِبُ الرَّجْمُ عَلَيْهَا، وَإِنْ لَمْ يَجِبْ عَلَى الرَّجُلِ فَعَدَمُ الرَّجْمِ عَلَى الْأَصْلِ لَا يُوجِبُ عَدَمَهُ عَلَى التَّبَعِ فَلَيْكُنْ نَفْسُ الْحَدِّ كَذَلِكَ. وَالثَّانِي أَنَّ الصَّبِيَّ أَوْ الْمَجْنُونَ إِذَا زَنَى بِالْمُطَاوَعَةِ يَنْبَغِي أَنْ يَجِبَ الْمَهْرُ عَلَيْهِ لِأَنَّ الْوَطْءَ لَا يَخْلُو عَنْ أَحَدِ الْمُوجِبَيْنِ: إمَّا الْحَدُّ أَوْ الْمَهْرُ. وَقَدْ أُوْرِدَ فِي الذَّخِيرَةِ أَنَّهُ لَا يَجِبُ عَلَيْهِ الْمَهْرُ فِيمَا إِذَا طَاوَعَتْهُ الْمَرْأَةُ. وَأُجِيبَ عَنْ الْأَوَّلِ أَنَّهُ لَا يَلْزَمُ مِنْ إحصَانِ الزَّانِي إحصَانُ الزَّانِيَةِ لِأَنَّ الإحصَانَ مَوْقُوفٌ عَلَى شَرَائِطٍ أُخَرَ، وَيَلْزَمُ مِنْ تَحْقِيقِ فِعْلِ الزَّانَا مِنْهُ تَحْقِيقُهُ مِنْهَا بِسَبَبِ التَّمَكُّينِ لِأَنَّ تَمَكُّينَهَا سَبَبٌ لِفِعْلِ الرَّجُلِ فَيَقَامُ السَّبَبُ مَقَامَ الْمُسَبَّبِ فِي حَقِّهَا. وَعَنْ الثَّانِي بَأَنَّا لَوْ أَوْجَبْنَا الْمَهْرَ عَلَى الصَّبِيِّ فِيمَا إِذَا طَاوَعَتْهُ لَخَلَا الْإِجَابُ عَنِ الْفَائِدَةِ، لِأَنَّ لَوْلِيَّ الصَّبِيِّ الرَّجُوعَ عَلَيْهَا فِي الْحَالِ بِمِثْلِ ذَلِكَ لِأَنَّهَا لَمَّا طَاوَعَتْهُ صَارَتْ أَمْرَةً لِلصَّبِيِّ بِالزَّانَا مَعَهَا وَقَدْ لَحِقَ بِذَلِكَ غَرَمٌ، وَصَحَّ الْأَمْرُ مِنَ الْمَرْأَةِ لِأَنَّهَا وَلَايَةٌ عَلَى نَفْسِهَا فَلَا يُفِيدُ الْإِجَابُ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَتْ مُكْرَهَةً أَوْ صَبِيَّةً فَإِنَّ الْمُكْرَهَةَ لَيْسَتْ بِأَمْرَةٍ وَالصَّبِيَّةَ لَا يَصِحُّ أَمْرُهَا لِعَدَمِ وَلَايَتِهَا عَلَى نَفْسِهَا فَكَانَتْ بِمَنْزِلَةِ الْمُكْرَهَةِ، فَإِجَابُ الْمَهْرِ كَانَ مُفِيدًا ثَمَّةً، إِذْ لَيْسَ لَوْلِيَّ الصَّبِيِّ حِسْبٌ أَنْ يَرْجِعَ عَلَيْهَا بِمِثْلِ ذَلِكَ.

قَالَ (وَمَنْ أَكْرَهَهُ السُّلْطَانُ حَتَّى زَنَى فَلَا حَدَّ عَلَيْهِ) وَكَانَ أَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ يَقُولُ أَوْ لَا يُحَدُّ، وَهُوَ قَوْلُ زُفَرٍ لِأَنَّ الزَّانَا مِنَ الرَّجُلِ لَا يَتَصَوَّرُ إِلَّا بَعْدَ انْتِشَارِ الْآلَةِ وَذَلِكَ دَلِيلُ الطَّوَاعِيَةِ. ثُمَّ رَجَعَ عَنْهُ فَقَالَ: لَا حَدَّ عَلَيْهِ لِأَنَّ سَبَبَهُ الْمُلْحِجُ قَائِمٌ ظَاهِرًا، وَالْانْتِشَارُ دَلِيلُ مُتَرَدِّدٍ لِأَنَّهُ قَدْ يَكُونُ غَيْرَ قَصْدٍ لِأَنَّ الْانْتِشَارَ قَدْ يَكُونُ طَبْعًا لَا طَوْعًا كَمَا فِي النَّائِمِ فَأَوْرَثَ شَبَهَةً، وَإِنْ أَكْرَهَهُ غَيْرُ السُّلْطَانِ حَدٌّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ، وَقَالَ: لَا يُحَدُّ

لأن الإكراه عندهما قد يتحقق من غير السلطان؛ لأن المؤثر خوف الهلاك وأنه يتحقق من غيره. وله أن الإكراه من غيره لا يدوم إلا نادراً لتمكّنه من الاستعانة بالسلطان أو بجماعة المسلمين، ويمكنه دفعه بنفسه بالسلاح، والتأدير لا حكم له فلا يسقط به الحد، بخلاف السلطان لأنه لا يمكنه الاستعانة بغيره ولا الخروج بالسلاح عليه فافترقا

الشرح:

وقوله (ومن أكرهه السلطان إلخ) ظاهر.

(ومن أقر أربع مرات في مجالس مختلفة أنه زنى بفلانة وقالت هي: تزوجني أو أقرت بالزنا وقال الرجل تزوجتها فلا حدّ عليه وعليه المهر في ذلك) لأن دعوى النكاح يحتمل الصدق وهو يقوم بالطرفين فأورث شبهة، وإذا سقط الحد وجب المهر تعظيماً لخطر البضع

الشرح:

وقوله (وعليه المهر في ذلك) يعني في كلتا الصورتين: دعوى الرجل النكاح ودعواه المرأة. فإن قيل: ينبغي أن لا يجب المهر فيما إذا أقرت المرأة بالزنا لأنها تنفي وجوب المهر فكيف وجب لها المهر وهي منكّرة للنكاح؟ أجيب بأن النكاح يقوم بالطرفين والزوج يدعي النكاح فبدعواه النكاح اتفى الحدّ عنه في هذا الوطء لأنه في دعواه إما أن يكون مصدقاً أو مكذباً، فإن كان الأول أثبت النكاح حقيقة، وإن كان الثاني فاحتمال الصدق قائم لا محالة، والاحتمال في باب الحدود ملحق باليقين احتيالا للدرء فيسقط الحدّ، وسقوطه يستلزم وجوب المهر لأن الوطء لا يخلو عن غرامة أو عقوبة، فإذا تحقق المزوم بدون اختيارها تحقق اللازم كذلك فيثبت لها المهر وإن ردّته.

(ومن زنى بجارية فقتلها فإنه يحدّ وعليه القيمة) معناه: قتلها بفعل الزنا لأنه جنى جنايتين فيوفر على كل واحد منهما حكمه. وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يحدّ لأن تقرر ضمان القيمة سبب الملك الأمّة فصار كما إذا اشتراها بعد ما زنى بها وهو على هذا الاختلاف، واعتراض سبب الملك قبل إقامة الحدّ يوجب سقوطه، كما إذا ملك المسروق قبل القطع. ولهما أنه ضمان قتل فلا يوجب الملك لأنه ضمان دم، ولو كان

يُوجِبُهُ فَإِنَّمَا يُوجِبُهُ فِي الْعَيْنِ كَمَا فِي هِبَةِ الْمَسْرُوقِ لَا فِي مَنَافِعِ الْبُضْعِ لِأَنَّهَا أُسْتُوفِيَتْ وَالْمَلِكُ يَثْبُتُ مُسْتَنَدًا فَلَا يَظْهَرُ فِي الْمُسْتَوْفَى لَكُونِهَا مَعْدُومَةً، وَهَذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا زَنَى بِهَا فَأَذْهَبَ عَيْنَهَا حَيْثُ تَحِبُّ عَلَيْهِ قِيمَتُهَا، وَيَسْقُطُ الْحَدُّ لِأَنَّ الْمَلِكَ هُنَاكَ يَثْبُتُ فِي الْجَنَّةِ الْعَمِيَاءُ وَهِيَ عَيْنٌ فَأُورِثَ شُبُهَتُهُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَمَنْ زَنَى بِجَارِيَةٍ فَقَتَلَهَا فَإِنَّهُ يُحَدُّ وَعَلَيْهِ الْقِيَمَةُ) إِنَّمَا وَضَعَ الْمَسْأَلَةَ فِي الْجَارِيَةِ وَإِنْ كَانَ هَذَا الْحُكْمُ وَهُوَ وَجُوبُ الْحَدِّ مَعَ الضَّمَانِ لَا يَتَفَاوَتْ بَيْنَ الْحُرَّةِ وَالْجَارِيَةِ، فَإِنَّهُ لَوْ فَعَلَ ذَلِكَ مَعَ الْحُرَّةِ وَجَبَ عَلَيْهِ الْحَدُّ وَالْدِّيَّةُ عَلَى الْعَاقِلَةِ لَمَّا أَنَّ شُبُهَةَ عَدَمِ وَجُوبِ الْحَدِّ عِنْدَ أَدَاءِ الضَّمَانِ إِنَّمَا تَرُدُّ فِي حَقِّ الْجَارِيَةِ لَا فِي حَقِّ الْحُرَّةِ، لِأَنَّ الْأُمَّةَ تَصْلُحُ أَنْ تَكُونَ مِلْكًا لِلزَّانِي عِنْدَ أَدَاءِ الضَّمَانِ بِشُبُهَةِ أَنْ لَا يَجْتَمِعَ الْبَدَلَانِ فِي مَلِكٍ شَخْصٍ وَاحِدٍ، كَمَا إِذَا زَنَى بِهَا فَأَذْهَبَ عَيْنَهَا وَهُوَ وَجْهُ قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ.

وَقَوْلُهُ (وَهُوَ عَلَى هَذَا الْاِخْتِلَافِ) أَيُّ شِرَاءِ الْجَارِيَةِ بَعْدَ الزَّانَا بِهَا قَبْلَ إِقَامَةِ الْحَدِّ عَلَى هَذَا الْاِخْتِلَافِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ يُحَدُّ خِلَافًا لِأَبِي يُوسُفَ فَكَانَ رَدُّ الْمُخْتَلَفِ إِلَى الْمُخْتَلَفِ، لَكِنْ الْخِلَافُ فِي الْمُسْتَرَاةِ بَعْدَ الزَّانَا مَذْكُورٌ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ، بِخِلَافِ مَا نَحْنُ فِيهِ (وَلَهُمَا أَنْ هَذَا الضَّمَانُ ضَمَانُ قَتْلِ وَضَمَانُ الْقَتْلِ لَا يُوجِبُ الْمَلِكَ لِأَنَّهُ ضَمَانُ دَمٍ) وَالْدَّمُ بِمَا لَا يَمْلِكُ. وَيُمْكِنُ أَنْ يُقَرَّرَ هَكَذَا لِأَنَّهُ ضَمَانُ دَمٍ، وَضَمَانُ الدَّمِ يَجِبُ بَعْدَ الْمَوْتِ وَالْمَوْتُ لَيْسَ بِمَحَلٍّ لِلْمَلِكِ.

وَقَوْلُهُ (وَلَوْ كَانَ يُوجِبُهُ) يَعْنِي سَلَمْنَا أَنْ ضَمَانُ الْقَتْلِ يُوجِبُ الْمَلِكَ لَكِنْ إِنَّمَا يُوجِبُهُ فِي الْعَيْنِ كَمَا ذَكَرْتُمْ فِي هِبَةِ الْمَسْرُوقِ لَا فِي مَنَافِعِ الْبُضْعِ لِأَنَّهَا أُسْتُوفِيَتْ وَتَلَاشَتْ فَلَمْ تَكُنْ قَابِلَةً لِلْمَلِكِ حَالَةَ الضَّمَانِ وَلَا مُسْتَنَدَةً لِأَنَّ الْمُسْتَنَدَ لَا يَظْهَرُ فِي حَقِّ الْمَعْدُومِ وَالْمَنَافِعِ الْمُسْتَوْفَاةِ مَعْدُومَةٌ. قِيلَ فَلْيَكُنْ الْمَلِكُ ثَابِتًا بِطَرِيقِ التَّبَيُّنِ لَعَلَّا يُشْتَرَطُ الْوُجُودُ كَمَا فِي الْحَيْضِ دَرَأًا فِي بَابِ الْحُدُودِ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ التَّبَيُّنَ إِنَّمَا يَكُونُ فِي حُكْمِ مُعَيَّا بَغَايَةٍ يُنْتَظَرُ الْوُصُولُ إِلَيْهَا، فَإِنْ وَصَلَ حُكْمُ بَشُوتِهِ وَإِلَّا فَلَا كَمَا فِي الْحَيْضِ، وَلَيْسَ مَا نَحْنُ فِيهِ كَذَلِكَ.

وَقَوْلُهُ (وَهَذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا زَنَى بِهَا) جَوَابٌ لِّصُورَةِ يُمكنُ أَنْ يَسْتَشْهَدَ بِهَا أَبُو يُوسُفَ كَمَا قَدَّمَاهُ. وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ الزَّانِيَ بِالضَّمَانِ يَمْلِكُ الْجَنَّةَ الْعَمِيَاءَ لَكُونِهَا قَابِلَةً لِلْمَلِكِ إِذْ هِيَ مَوْجُودَةٌ فَتَوَرَّثُ الشُّبْهَةُ، وَهَذَا الْجَوَابُ إِنَّمَا يَسْتَقِيمُ عَلَى أَصْلِ الْجَوَابِ دُونَ التَّنْزُلِ. وَلِقَائِلِ أَنْ يَقُولَ: الْمَلِكُ يَثْبُتُ فِي الْجَنَّةِ الْعَمِيَاءِ مُسْتَنْدًا فَلَا يَظْهَرُ فِي الْمُسْتَوْفِي: أَعْنِي الْمَنَافِعَ لَكُونِهَا مَعْدُومَةً، وَأَمَّا إِذَا نَظَرْتُ إِلَى أَصْلِ الْجَوَابِ وَهُوَ قَوْلُهُ إِنَّهُ ضَمَانٌ قَتْلٌ فَلَا يُوجِبُ الْمَلِكُ لَأَنَّهُ ضَمَانٌ دَمٍ وَهُوَ لَيْسَ بِعَيْنٍ ثَمْلِكَ فَإِنَّهُ صَحِيحٌ. وَيَجُوزُ أَنْ يُقَالَ بِالنَّظَرِ إِلَى التَّنْزُلِ أَيْضًا بَأَنَّ الْمَلِكَ وَإِنْ كَانَ ثَابِتًا فِيهِ أَيْضًا لَكِنْ فِيهِ شُبْهَةُ الْعَدَمِ فَتَكُونُ فِي الْمَنَافِعِ شُبْهَةُ الشُّبْهَةِ وَهِيَ غَيْرُ مُعْتَبَرَةٍ، وَلَا كَذَلِكَ فِي الْجَنَّةِ الْعَمِيَاءِ لِثُبُوتِ الْمَلِكِ فِيهَا حَقِيقَةً فَيَكُونُ فِي الْمَنَافِعِ الشُّبْهَةُ وَهِيَ مُعْتَبَرَةٌ، لَكِنْ لَيْسَ فِي كَلَامِ الْمُصَنِّفِ مَا يُشِيرُ إِلَى هَذَا أَصْلًا.

قَالَ (وَكُلُّ شَيْءٍ صَنَعَهُ الْإِمَامُ الَّذِي لَيْسَ فَوْقَهُ إِمَامٌ فَلَا حَدَّ عَلَيْهِ إِلَّا الْقِصَاصُ فَإِنَّهُ يُؤْخَذُ بِهِ وَبِالْأَمْوَالِ) لِأَنَّ الْحُدُودَ حَقُّ اللَّهِ تَعَالَى وَإِقَامَتُهَا إِلَيْهِ لَا إِلَى غَيْرِهِ وَلَا يُمكنُ أَنْ يُقِيمَ عَلَى نَفْسِهِ لِأَنَّهُ لَا يُفِيدُ، بِخِلَافِ حُقُوقِ الْعِبَادِ لِأَنَّهُ يَسْتَوْفِيهِ وَلِيُّ الْحَقِّ إِمَّا بِتَمَكِّيْنِهِ أَوْ بِالِاسْتِعَانَةِ بِمَنْعَةِ الْمُسْلِمِينَ وَالْقِصَاصُ وَالْأَمْوَالُ مِنْهَا. وَأَمَّا حَدُّ الْقَذْفِ قَائِلًا بِالْمُغْلَبِ فِيهِ حَقُّ الشَّرْعِ فَحُكْمُهُ حُكْمُ سَائِرِ الْحُدُودِ الَّتِي هِيَ حَقُّ اللَّهِ تَعَالَى، وَاللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ بِالْصَّوَابِ.

الشرح:

(وَكُلُّ شَيْءٍ صَنَعَهُ الْإِمَامُ الَّذِي لَيْسَ فَوْقَهُ إِمَامٌ) وَفَسَّرَهُ أَبُو اللَّيْثِ بِالْخَلِيفَةِ (فَلَا حَدَّ عَلَيْهِ إِلَّا الْقِصَاصُ، فَإِنَّهُ يُؤْخَذُ بِهِ وَبِالْأَمْوَالِ) لِأَنَّ الْحُدُودَ حَقُّ اللَّهِ تَعَالَى وَإِقَامَتُهَا إِلَيْهِ لَا إِلَى غَيْرِهِ قَالَ ﷺ: «أَرْبَعٌ إِلَى الْوَلَاةِ» وَعَدَّ مِنْهَا إِقَامَةَ الْحُدُودِ، وَكَلَامُهُ وَاضِحٌ. وَأَمَّا حَدُّ الْقَذْفِ فَالْمُغْلَبُ فِيهِ حَقُّ الشَّرْعِ فَحُكْمُهُ حُكْمُ سَائِرِ الْحُدُودِ الَّتِي هِيَ حَقُّ اللَّهِ تَعَالَى. وَلِقَائِلِ أَنْ يَقُولَ: لَوْ كَانَ الْمُغْلَبُ فِيهِ حَقُّ الشَّرْعِ لَوَجَبَ أَنْ لَا يُحَدَّ الْمُسْتَأْمَنُ إِذَا قَذَفَ كَمَا لَوْ زَنَى، وَقَدْ تَقَدَّمَ أَنَّهُ يُحَدُّ لِأَنَّهُ حَقُّ الْعَبْدِ. وَالْجَوَابُ أَنَّ حَدَّ الْقَذْفِ يَشْتَمِلُ عَلَى الْحَقِيقِينَ لَا مَحَالَةَ فَيَعْمَلُ بِكُلِّ مِنْهُمَا بِحَسَبِ مَا يَلِيقُ بِهِ، وَمَا يَلِيقُ بِالْحَرَبِيِّ أَنْ يَكُونَ حَقُّ الْعَبْدِ لِإِمْكَانِ الاسْتِيفَاءِ، وَمَا يَلِيقُ بِالْإِمَامِ أَنْ يَكُونَ حَقُّ اللَّهِ تَعَالَى لِأَنَّهُ لَيْسَ فَوْقَهُ

إِمَامٌ يَسْتَوْفِيهِ مِنْهُ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

بَابُ الشَّهَادَةِ عَلَى الزَّانَا وَالرَّجُوعِ عَنْهَا

(وَإِذَا شَهِدَ الشُّهُودُ بِحَدِّ مُتَقَادِمٍ لَمْ يَمْنَعُهُمْ عَنْ إِقَامَتِهِ بَعْدَهُمْ عَنِ الْإِمَامِ لَمْ تُقْبَلْ شَهَادَتُهُمْ إِلَّا فِي حَدِّ الْقَذْفِ خَاصَّةً) وَفِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ: (وَإِذَا شَهِدَ عَلَيْهِ الشُّهُودُ بِسَرِقَةٍ أَوْ بِشُرْبِ خَمْرٍ أَوْ بِزَنَا بَعْدَ حَيْثُ لَمْ يُؤْخَذَ بِهِ وَضُمِنَ السَّرِقَةُ) وَالْأَصْلُ فِيهِ أَنَّ الْحُدُودَ الْخَالِصَةَ حَقًّا لِلَّهِ تَعَالَى تَبْطُلُ بِالتَّقَادُّمِ خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ، هُوَ يَعْتَبِرُهَا بِحُقُوقِ الْعِبَادِ وَبِالْإِقْرَارِ الَّذِي هُوَ إِحْدَى الْحُجَّتَيْنِ. وَلَنَّا أَنَّ الشَّاهِدَ مُخَيَّرَ بَيْنَ حِسْبَتَيْنِ آدَاءِ الشَّهَادَةِ وَالسُّتْرِ، فَالتَّأخيرُ إِنْ كَانَ لِاخْتِيَارِ السُّتْرِ فَالْإِقْدَامُ عَلَى الْآدَاءِ بَعْدَ ذَلِكَ لِضَعْفِ هَيْجَتِهِ أَوْ لِعَدَاوَةِ حَرَكَتِهِ فَيَتَّهَمُ فِيهَا وَإِنْ كَانَ التَّأخيرُ لَا لِلسُّتْرِ يَصِيرُ فَاسِقًا أَثَمًا فَتَيَقَّنَا بِالْمَنْعِ، بِخِلَافِ الْإِقْرَارِ لِأَنَّ الْإِنْسَانَ لَا يُعَادِي نَفْسَهُ، فَحَدُّ الزَّانَا وَشُرْبِ الْخَمْرِ وَالسَّرِقَةِ خَالِصٌ حَقٌّ لِلَّهِ تَعَالَى حَتَّى يَصِحَّ الرَّجُوعُ عَنْهَا بَعْدَ الْإِقْرَارِ فَيَكُونُ التَّقَادُّمُ فِيهِ مَانِعًا، وَحَدُّ الْقَذْفِ فِيهِ حَقُّ الْعَبْدِ لِمَا فِيهِ مِنْ دَفْعِ الْعَارِ عَنْهُ، وَلِهَذَا لَا يَصِحُّ رُجُوعُهُ بَعْدَ الْإِقْرَارِ، وَالتَّقَادُّمُ غَيْرُ مَانِعٍ فِي حُقُوقِ الْعِبَادِ، وَلِأَنَّ الدَّعْوَى فِيهِ شَرْطٌ فَيَحْمَلُ تَأخيرُهُمْ عَلَى انْعِدَامِ الدَّعْوَى فَلَا يُوجِبُ تَقْصِيقَهُمْ، بِخِلَافِ حَدِّ السَّرِقَةِ لِأَنَّ الدَّعْوَى لَيْسَتْ بِشَرْطٍ لِلْحَدِّ لِأَنَّهُ خَالِصٌ حَقٌّ لِلَّهِ تَعَالَى عَلَى مَا مَرَّ، وَإِنَّمَا شَرْطَتْ لِلْمَالِ، وَلِأَنَّ الْحُكْمَ يُدَارُ عَلَى كَوْنِ الْحَدِّ حَقًّا لِلَّهِ تَعَالَى فَلَا يُعْتَبَرُ وُجُودُ التُّهْمَةِ فِي كُلِّ فَرْدٍ، وَلِأَنَّ السَّرِقَةَ تُقَامُ عَلَى الْاسْتِسْرَارِ عَلَى غَيْرَةِ مِنَ الْمَالِكِ فَيَجِبُ عَلَى الشَّاهِدِ إِعْلَامُهُ فَيَالِكِتْمَانٍ يَصِيرُ فَاسِقًا أَثَمًا، ثُمَّ التَّقَادُّمُ كَمَا يَمْنَعُ قَبُولَ الشَّهَادَةِ فِي الْإِبْتِدَاءِ يَمْنَعُ الْإِقَامَةَ بَعْدَ الْقَضَاءِ عِنْدَنَا خِلَافًا لَزُهْرٍ حَتَّى لَوْ هَرَبَ بَعْدَ مَا ضُرِبَ بَعْضُ الْحَدِّ ثُمَّ أَخَذَ بَعْدَ مَا تَقَادَّمَ الزَّمَانُ لَا يَقَامُ عَلَيْهِ الْحَدُّ لِأَنَّ الْإِمضاءَ مِنَ الْقَضَاءِ فِي بَابِ الْحُدُودِ.

الشرح:

(بَابُ الشَّهَادَةِ عَلَى الزَّانَا وَالرَّجُوعِ عَنْهَا): قَدْ ذَكَرْنَا أَنَّ ثُبُوتَ الزَّانَا عِنْدَ الْإِمَامِ إِنَّمَا يَكُونُ بِأَحَدِ شَيْئَيْنِ لَا غَيْرُ، وَهُمَا الشَّهَادَةُ وَالْإِقْرَارُ، وَأَخَّرَ الشَّهَادَةَ هَاهُنَا عَنْ الْإِقْرَارِ لِقِلَّةِ ثُبُوتِ الزَّانَا بِالشَّهَادَةِ وَتَذَرَّتْهُ حَتَّى لَمْ يُنْقَلْ عَنِ السَّلَفِ ثُبُوتُ الزَّانَا عِنْدَ الْإِمَامِ بِالشَّهَادَةِ، إِذْ رُؤْيَةُ أَرْبَعَةِ رِجَالٍ عُدُولٍ عَلَى الْوَصْفِ الْمَذْكُورِ كَالْمِلِ فِي الْمَكْحَلَةِ

كَمَا فِي الْكِلَابِ فِي غَايَةِ التُّدْرَةِ. قَالَ (وَإِذَا شَهِدَ الشُّهُودُ بِحَدِّ مُتَقَادِمٍ وَلَمْ يَكُونُوا بِعِيدَيْنِ عَنِ الْإِمَامِ لَمْ تُقْبَلْ شَهَادَتُهُمْ إِلَّا فِي حَدِّ الْقَذْفِ خَاصَّةً) وَأَعَادَ لَفْظَ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ لاشْتِمَالِهِ عَلَى زِيَادَةِ إِضَاحٍ وَهِيَ تَعْدِيدُ مَا يُوجِبُ الْحَدَّ صَرِيحًا مِنَ السَّرِقَةِ وَشُرْبِ الْخَمْرِ وَالزُّنَا، وَزِيَادَةِ الْحِينِ الَّذِي اسْتَفَادَ مِنْهُ بَعْضُ الْمَشَايخ قَدْرَ سِتَّةِ أَشْهُرٍ فِي التَّقَادُمِ، وَزِيَادَةِ إِبْثَاتِ الضَّمَانِ فِي السَّرِقَةِ؛ ثُمَّ كَمَا لَا يُحَدُّ الْمَشْهُودُ عَلَيْهِ لَا تُحَدُّ الشُّهُودُ أَيْضًا حَدَّ الْقَذْفِ فِي الشَّهَادَةِ بِالزُّنَا لِأَنَّ عَدَدَهُمْ مُتَكَامِلٌ وَالْأَهْلِيَّةُ لِلشَّهَادَةِ مَوْجُودَةٌ وَذَلِكَ يَمْنَعُ أَنْ يَكُونَ كَلَامُهُمْ قَذْفًا وَكَلَامُهُ وَاضِحٌ. وَمَعْنَى قَوْلِهِ مُخَيَّرٌ بَيْنَ حَسَنَيْنِ أَجْرَيْنِ مَطْلُوبَيْنِ لَهُ يُقَالُ احْتَسَنْتَ بِكَذَا أَجْرًا، وَالْإِسْمُ الْحِسْبَةُ بِكَسْرِ الْحَاءِ وَهِيَ الْأَجْرُ وَالْجَمْعُ الْحِسْبُ.

وَقَوْلُهُ (بِخِلَافِ حَدِّ السَّرِقَةِ) جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ الدَّعْوَى شَرْطٌ فِي السَّرِقَةِ كَمَا فِي حُقُوقِ الْعِبَادِ، وَمَعَ ذَلِكَ لَوْ شَهِدَ الشُّهُودُ بِسَرِقَةٍ مُتَقَادِمَةٍ لَمْ تُقْبَلْ، فَعَلِمَ بِهَذَا أَنَّ قَبُولَ الشَّهَادَةِ فِي حُقُوقِ الْعِبَادِ بَعْدَ التَّقَادُمِ لَمْ يَكُنْ لَاشْتِرَاطِ الدَّعْوَى.

وَوَجْهُهُ لَا يُسَلَّمُ أَنَّ الدَّعْوَى شَرْطٌ لِلْحَدِّ لِأَنَّهُ خَالِصٌ حَقٌّ لِلَّهِ تَعَالَى عَلَى مَا مَرَّ، وَالدَّعْوَى لَيْسَتْ بِشَرْطٍ فِيهِ وَإِنَّمَا هِيَ شَرْطٌ لِلْمَالِ وَهُوَ حَقُّ الْعَبْدِ. وَقَوْلُهُ (وَلَأَنَّ الْحُكْمَ يُدَارُ) جَوَابٌ آخَرُ. وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ الْمَعْنَى الْمُبْطِلَ لِلشَّهَادَةِ فِي التَّقَادُمِ فِي الْحُدُودِ الْخَالِصَةِ حَقًّا لِلَّهِ تَعَالَى هُوَ تَهْمَةُ الضَّغِينَةِ وَالْعَدَاوَةِ، وَذَلِكَ أَمْرٌ بَاطِنٌ لَا يُطْلَعُ عَلَيْهِ فَيُدَارُ الْحُكْمُ عَلَى كَوْنِ الْحَدِّ حَقًّا لِلَّهِ تَعَالَى سَوَاءً وَجِدَ ذَلِكَ الْمَعْنَى فِي كُلِّ فَرْدٍ أَوْ لَا، كَمَا أُدِيرَ الرُّخْصَةُ عَلَى السَّفَرِ مِنْ غَيْرِ تَوَقُّفٍ عَلَى وُجُودِ الْمَشَقَّةِ فِي كُلِّ فَرْدٍ مِنْ أَفْرَادِهِ. وَقَوْلُهُ (وَلَأَنَّ السَّرِقَةَ) جَوَابٌ آخَرُ. وَوَجْهُهُ أَنَّ السَّرِقَةَ (تُقَامُ عَلَى الْاسْتِسْرَارِ) لِأَنَّهَا تُوجَدُ فِي ظُلْمِ اللَّيَالِي غَالِبًا (عَلَى غَفْلَةٍ مِنَ الْمَالِكِ) فَلَا يَكُونُ الْمَسْرُوقُ مِنْهُ عَارِفًا بِالشَّهَادَةِ حَتَّى يَسْتَشْهَدَ بِالشَّاهِدِ (فَيَجِبُ عَلَى الشَّاهِدِ إِعْلَامُهُ) فَإِذَا كَتَمَهُ صَارَ آثِمًا.

وَقَوْلُهُ (ثُمَّ التَّقَادُمُ كَمَا يَمْنَعُ قَبُولَ الشَّهَادَةِ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (لَأَنَّ الْإِمْضَاءَ) أَيِ الْإِسْتِيفَاءِ (مِنْ الْقَضَاءِ) لِأَنَّ الْمَقْصُودَ مِنَ الْقَضَاءِ فِي حُقُوقِ الْعِبَادِ إِثْمًا إِعْلَامُ مَنْ لَهُ الْقَضَاءُ أَوْ التَّمَكُّينُ لِمَنْ لَهُ الْقَضَاءُ مِنَ الْإِسْتِيفَاءِ بِالْقَضَاءِ، وَهَذَانِ الْمَعْنَيَانِ يَحْصُلَانِ بِمَجَرَّدِ الْقَضَاءِ فَلَمْ يَتَوَقَّفْ تَمَامُهُ إِلَى الْإِسْتِيفَاءِ، وَأَمَّا اللَّهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى فِي حُقُوقِهِ

فَمُسْتَعْنٍ عَنْ هَذَيْنِ الْمَعْنَيْنِ، فَكَانَ الْمَقْصُودُ مِنْهَا التَّيَابَةُ عَنِ اللَّهِ تَعَالَى فِي الْإِسْتِيفَاءِ، فَلِذَلِكَ كَانَ الْإِسْتِيفَاءُ مِنْ تِمَّةِ الْقَضَاءِ فِي حُقُوقِ اللَّهِ تَعَالَى.

وَاخْتَلَفُوا فِي حَدِّ التَّقَادُّمِ، وَأَشَارَ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ إِلَى سِتَّةِ أَشْهُرٍ، فَإِنَّهُ قَالَ بَعْدَ حِينٍ، وَهَكَذَا أَشَارَ الطَّحَاوِيُّ، وَأَبُو حَنِيفَةَ لَمْ يُقَدِّرْ فِي ذَلِكَ وَفَوَّضَهُ إِلَى رَأْيِ الْقَاضِي فِي كُلِّ عَصْرِ. وَعَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ قَدَّرَهُ بِشَهْرٍ، لِأَنَّهُ مَا دُونَهُ عَاجِلٌ، وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ وَهُوَ الْأَصَحُّ. وَهَذَا إِذَا لَمْ يَكُنْ بَيْنَ الْقَاضِي وَبَيْنَهُمْ مَسِيرَةُ شَهْرٍ، أَمَا إِذَا كَانَ تُقْبَلُ شَهَادَتُهُمْ، لِأَنَّ الْمَانِعَ بَعْدَهُمْ عَنِ الْإِمَامِ فَلَا تَتَحَقَّقُ التَّهْمَةُ. وَالتَّقَادُّمُ فِي حَدِّ الشَّرْبِ كَذَلِكَ عِنْدَ مُحَمَّدٍ، وَعِنْدَهُمَا يُقَدَّرُ بِزَوَالِ الرَّائِحَةِ عَلَى مَا يَأْتِي فِي بَابِهِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

الشرح:

(وَاخْتَلَفُوا فِي حَدِّ التَّقَادُّمِ، وَأَشَارَ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ إِلَى سِتَّةِ أَشْهُرٍ فَإِنَّهُ قَالَ بَعْدَ حِينٍ) كَمَا ذَكَرْنَا (وَهَكَذَا أَشَارَ الطَّحَاوِيُّ، وَأَبُو حَنِيفَةَ لَمْ يُقَدِّرْ فِي ذَلِكَ) تَقَلُّ النَّاطِفِيُّ فِي الْأَجْنَاسِ عَنْ نَوَادِرِ الْمَعْلَى.

قَالَ أَبُو يُوسُفَ: جَهَدْنَا عَلَى أَبِي حَنِيفَةَ أَنْ يُوقَّتَ فِي ذَلِكَ شَيْئًا فَأَبَى، وَفَوَّضَهُ إِلَى رَأْيِ الْقَاضِي فِي كُلِّ عَصْرِ (وَعَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ قَدَّرَهُ بِشَهْرٍ لِأَنَّهُ مَا دُونَهُ عَاجِلٌ وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ) ذَكَرَ فِي الْمَجْرَدِ. قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: لَوْ سَأَلَ الْقَاضِي مَتَى زَنَى بِهَا فَقَالُوا مِنْذُ أَقَلِّ مِنْ شَهْرٍ أُقِيمَ الْحَدُّ، وَإِنْ قَالُوا شَهْرٌ أَوْ أَكْثَرُ دُرِيَ الْحَدُّ.

قَالَ النَّاطِفِيُّ: فَقَدَّرَهُ عَلَى هَذِهِ الرِّوَايَةِ بِشَهْرٍ وَهُوَ قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ أَصْلُهُ مَسْأَلَةُ الْيَمِينِ خَلَفَ لِيَقْضِيَنَّ دَيْنَ فُلَانٍ عَاجِلًا فَقَضَاهُ فِيمَا دُونَ الشَّهْرِ بَرٌّ فِي يَمِينِهِ. وَقَوْلُهُ (وَهُوَ الْأَصَحُّ) يَعْنِي تَقْدِيرَ التَّقَادُّمِ بِشَهْرٍ.

وَقَوْلُهُ (وَهَذَا) أَيُّ الَّذِي قُلْنَا مِنْ تَقْدِيرِ التَّقَادُّمِ بِشَهْرٍ (إِذَا لَمْ يَكُنْ بَيْنَ الْقَاضِي وَبَيْنَهُمْ مَسِيرَةُ شَهْرٍ، أَمَا إِذَا كَانَ فَإِنَّهَا تُقْبَلُ لِأَنَّ الْمَانِعَ بَعْدَهُمْ عَنِ الْإِمَامِ فَلَمْ تَتَحَقَّقْ التَّهْمَةُ).

(وَإِذَا شَهِدُوا عَلَى رَجُلٍ أَنَّهُ زَنَى بِفُلَانَةٍ وَفُلَانَةٍ غَائِبَةٍ فَإِنَّهُ يُحَدُّ، وَإِنْ شَهِدُوا أَنَّهُ سَرَقَ مِنْ فُلَانٍ وَهُوَ غَائِبٌ لَمْ يُقْطَعْ) وَالْفَرْقُ أَنَّ بِالْغَيْبَةِ تَتَعَدَّمُ الدَّعْوَى وَهِيَ شَرْطٌ فِي السَّرِقَةِ دُونَ الزِّنَا، وَبِالْحُضُورِ يَتَوَهَّمُ دَعْوَى الشُّبْهَةِ وَلَا مُعْتَبَرٌ بِالْمَوْهُومِ

الشرح:

قَالَ (وَإِذَا شَهِدُوا عَلَى رَجُلٍ أَنَّهُ زَنَى بِفُلَانَةٍ وَفُلَانَةٍ غَائِبَةٍ فَإِنَّهُ يُحَدُّ) وَكَذَا إِذَا أَقَرَّ بِذَلِكَ (وَإِنْ شَهِدُوا أَنَّهُ سَرَقَ مِنْ فُلَانٍ وَهُوَ غَائِبٌ لَمْ يُقَطَّعْ. وَالْفَرْقُ أَنَّ بِالْعِيَةِ تَنَعَّدُ الدَّعْوَى) لِأَنَّهَا لَا تَصِحُّ عَلَى الْغَائِبِ (وَهِيَ شَرْطٌ فِي السَّرْقَةِ دُونَ الزَّانَا وَبِالْحُضُورِ يُتَوَهَّمُ دَعْوَى الشُّبْهَةِ وَلَا مُعْتَبَرٌ بِالْمَوْهُومِ) لِأَنَّهُ شُبْهَةُ الشُّبْهَةِ، فَالْمُعْتَبَرُ هُوَ الشُّبْهَةُ دُونَ النَّازِلِ عَنْهَا لِثَلَا يَنْسَدُ بَابُ إِقَامَةِ الْحُدُودِ.

وَيَبَيِّنُ ذَلِكَ أَنَّهَا لَوْ كَانَتْ حَاضِرَةً وَادَّعَتْ النِّكَاحَ سَقَطَ الْحَدُّ لِمَكَانِ شُبْهَةِ الصِّدْقِ مَعَ احْتِمَالِ الْكَذِبِ، فَإِذَا كَانَتْ غَائِبَةً كَانَ الثَّابِتُ عِنْدَ غَيْبَتِهَا احْتِمَالُ وُجُودِ الشُّبْهَةِ وَهُوَ الْمَعْنَى بِشُبْهَةِ الشُّبْهَةِ، وَهَذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ أَحَدُ أَوْلِيَاءِ الْقِصَاصِ غَائِبًا فَإِنَّهُ لَا يَسْتَوْفِي حَتَّى يَحْضُرَ الْغَائِبُ لِاحْتِمَالِ أَنْ يَحْضُرَ الْغَائِبُ فَيَقْرَأَ بِالْعَفْوِ، لِأَنَّهُ لَوْ حَضَرَ وَأَقَرَّ بِهِ سَقَطَ الْقِصَاصُ بِحَقِيقَةِ الْعَفْوِ لَا بِشُبْهَتِهِ، فَإِذَا كَانَ غَائِبًا ثَبَّتُ شُبْهَةُ الْعَفْوِ لَا شُبْهَةُ شُبْهَتِهِ.

(وَإِنْ شَهِدُوا أَنَّهُ زَنَى بِامْرَأَةٍ لَا يَعْرِفُونَهَا لَمْ يُحَدِّ) لِاحْتِمَالِ أَنَّهَا امْرَأَتُهُ أَوْ أُمَّتُهُ بَلْ هُوَ الظَّاهِرُ (وَإِنْ أَقَرَّ بِذَلِكَ حَدًّا)؛ لِأَنَّهُ لَا يَخْفَى عَلَيْهِ أُمَّتُهُ أَوْ امْرَأَتُهُ.

الشرح:

(وَإِنْ شَهِدُوا أَنَّهُ زَنَى بِامْرَأَةٍ لَا يَعْرِفُونَهَا لَمْ يُحَدِّ لِاحْتِمَالِ أَنَّهَا امْرَأَتُهُ أَوْ أُمَّتُهُ بَلْ هُوَ الظَّاهِرُ) لِأَنَّ الظَّاهِرَ مِنْ حَالِ الْمُسْلِمِ أَنْ لَا يَزْنِي، وَالشُّهُودُ لَا يَفْصِلُونَ بَيْنَ زَوْجَتِهِ وَأُمَّتِهِ وَبَيْنَ غَيْرِهِمَا إِلَّا بِالْمَعْرِفَةِ، فَإِذَا لَمْ يَعْرِفُوهَا لَا يُمَكِّنُ إِقَامَةُ الْحَدِّ بِشَهَادَتِهِمْ (وَإِنْ أَقَرَّ بِذَلِكَ) أَيُّ بِالزَّانَا بِامْرَأَةٍ لَا يَعْرِفُهَا (حَدًّا) لِأَنَّهُ لَا يَخْفَى عَلَيْهِ أُمَّتُهُ أَوْ أُمَّتُهُ.

(وَإِنْ شَهِدَ اثْنَانِ أَنَّهُ زَنَى بِفُلَانَةٍ فَاسْتَكْرَهَهَا وَآخَرَانِ أَنَّهَا طَاوَعَتْهُ دُرَى الْحَدِّ عَنْهُمَا جَمِيعًا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ) وَهُوَ قَوْلُ زُفَرٍ (وَقَالَا: يُحَدُّ الرَّجُلُ خَاصَّةً) لِاتِّفَاقِهِمَا عَلَى الْمَوْجِبِ وَتَفَرُّدِ أَحَدُهُمَا بِزِيَادَةِ جِنَايَةٍ وَهُوَ الْإِكْرَاهُ، بِخِلَافِ جَانِبَيْهَا؛ لِأَنَّ طَوَاعِيَّتَهَا شَرْطُ تَحَقُّقِ الْمَوْجِبِ فِي حَقِّهَا وَلَمْ يَثْبُتْ لِاخْتِلَافِهِمَا. وَلَهُ أَنَّهُ اخْتَلَفَ الشُّهُودُ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّ الزَّانَا فَعَلَ وَاحِدًا يَقُومُ بِهِمَا، وَلِأَنَّ شَاهِدِي الطَّوَاعِيَّةِ صَارَا قَاضِيَيْنِ لَهَا. وَإِنَّمَا يَسْقُطُ الْحَدُّ عَنْهُمَا بِشَهَادَةِ شَاهِدِي الْإِكْرَاهِ؛ لِأَنَّ زَنَاها مُكْرَهَةً يَسْقُطُ إِحْصَانُهَا فَصَارَا خَصْمَيْنِ فِي ذَلِكَ

الشرح:

(وَإِنْ شَهِدَ اثْنَانِ أَنَّهُ زَنَى بِفُلَانَةٍ فَاسْتَكْرَهَهَا وَآخَرَانِ أَهْلَهَا طَاوَعْتُهُ دُرِيَّ الْحَدِّ عَنْهُمَا جَمِيعًا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَهُوَ قَوْلُ زُفَرٍ، وَقَالَا: يُحَدُّ الرَّجُلُ خَاصَّةً لِاتِّفَاقِهِمَا) أَيُّ لَاتِّفَاقِ الْفَرِيقَيْنِ (عَلَى الْمَوْجِبِ) لِلْحَدِّ (وَتَقَرَّدَ أَحَدُهُمَا بِزِيَادَةِ جَنَايَةٍ وَهُوَ الْإِكْرَاهُ، بِخِلَافِ جَانِبِهَا) فَإِنَّ الْمَوْجِبَ لَمْ يَتَحَقَّقْ (لَأَنَّ طَوَاعِيَّتَهَا شَرْطُ تَحَقُّقِ الْمَوْجِبِ فِي حَقِّهَا فَلَمْ يَثْبُتْ لاختلافيهما) فِيهَا وَعَدَمُ الْوُجُوبِ فِي حَقِّهَا لِمَعْنَى غَيْرِ مُشْتَرَكٍ لَا يَمْنَعُ الْوُجُوبَ فِي حَقِّ الرَّجُلِ عِنْدَ وُجُودِ الْمَوْجِبِ فِي حَقِّهِ كَمَا فِي وَطْءِ الصَّغِيرَةِ الْمَشْتَهَاةِ أَوْ الْمَجْنُونَةِ (وَلَأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الْمَشْهُودَ بِهِ قَدْ اخْتَلَفَ لِأَنَّ الزَّنا فِعْلًا وَاحِدًا يَقُومُ بِهِمَا) وَكُلُّ مَا هُوَ فِعْلٌ وَاحِدٌ يَقُومُ بِهِمَا لَا يَتَصِفُ بِوَصْفَيْنِ مُتَضَادَّيْنِ، وَهَؤُلَاءِ أَثْبَتُوا لَهُ وَصْفَيْنِ مُتَضَادَّيْنِ، لِأَنَّ الطَّوْعَ يُوجِبُ اشْتِرَاكَهُمَا فِي الزَّنا وَالْكُرْهَ يُوجِبُ انْفِرَادَ الرَّجُلِ بِهِ وَاجْتِمَاعَهُمَا مُتَعَذِّرٌ، فَكَانَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فِعْلًا خِلَافَ الْآخَرِ فَاخْتَلَفَ الْمَشْهُودُ بِهِ وَلَمْ يَتِمَّ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نِصَابُ الشَّهَادَةِ.

وَقَوْلُهُ (وَلَأَنَّ شَاهِدِي الطَّوَاعِيَةِ) دَلِيلٌ آخَرُ. وَتَقْرِيرُهُ لِأَنَّ شَاهِدِي الطَّوَاعِيَةِ (صَارَا قَادِفَيْنِ) لَعَدَمِ نِصَابِ الشَّهَادَةِ وَالْقَادِفُ خَصَمٌ وَلَا شَهَادَةَ لِلخَصَمِ وَإِذَا اثْنَتِ شَهَادَتُهُمَا نَقَصَ نِصَابُ الشَّهَادَةِ فَلَا يُقَامُ بِهَا الْحَدُّ وَكَانَ ذَلِكَ يَقْتَضِي إِقَامَةَ حَدِّ الْقَذْفِ عَلَى شَاهِدِي الطَّوَاعِيَةِ (وَلَكِنْ سَقَطَ الْحَدُّ عَنْهُمَا بِشَهَادَةِ شَاهِدِي الْإِكْرَاهِ لِأَنَّ زِنَاهَا مُكْرَهَةٌ يَسْقُطُ إِحْصَائُهَا) لَوْجُودِ حَقِيقَةِ الزَّنا مِنْهَا لَكِنْ لَا تَأْتِمُّ بِسَبَبِ الْإِكْرَاهِ.

(وَإِنْ شَهِدَ اثْنَانِ أَنَّهُ زَنَى بِامْرَأَةٍ بِالْكُوفَةِ وَآخَرَانِ أَنَّهُ زَنَى بِهَا بِالْبَصْرَةِ دُرِيَّ الْحَدِّ عَنْهُمَا جَمِيعًا؛) لِأَنَّ الْمَشْهُودَ بِهِ فِعْلُ الزَّنا وَقَدْ اخْتَلَفَ بِاخْتِلَافِ الْمَكَانِ وَلَمْ يَتِمَّ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نِصَابُ الشَّهَادَةِ وَلَا يُحَدُّ الشَّهُودُ خِلَافًا لَزُفَرٍ لِشَبْهِهِ الْاِتِّحَادِ نَظَرًا إِلَى اِتِّحَادِ الصُّورَةِ وَالْمَرَاةِ

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِنْ شَهِدَ اثْنَانِ أَنَّهُ زَنَى بِامْرَأَةٍ بِالْكُوفَةِ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (خِلَافًا لَزُفَرٍ) يَعْنِي أَنَّهُ يَقُولُ يُحَدُّونَ لِأَنَّ شَهَادَتَهُمْ لَمْ تُقْبَلْ لِنَقْصَانِ الْعَدَدِ فَصَارَ كَلَامُهُمْ قَذْفًا، كَثَلَاثَةِ شَهَدُوا عَلَى رَجُلٍ بِالزَّنا فَإِنَّهُمْ يُحَدُّونَ حَدَّ الْقَذْفِ. وَلَنَا مَا ذَكَرَهُ بِقَوْلِهِ (لِشَبْهِهِ

الْإِتِّحَادِ يُرِيدُ شُبْهَةَ اتِّحَادِ الْمَشْهُودِ بِهِ. وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ الشُّبْهَةَ دَارِئَةٌ فِي الْحُدُودِ بِالْحَدِيثِ وَقَدْ وَجَدَتْ لَأَنَّهُمْ شَهِدُوا وَلَهُمْ أَهْلِيَّةٌ كَامِلَةٌ وَعَدَدٌ كَامِلٌ عَلَى زِنَا وَاحِدٍ صُورَةً فِي زَعْمِهِمْ نَظَرًا إِلَى اتِّحَادِ صُورَةِ النَّسَبَةِ الْحَاصِلَةِ مِنْهُمْ وَاتِّحَادِ الْمَرْأَةِ، وَإِنَّمَا جَاءَ الْاِخْتِلَافُ بِذِكْرِ الْمَكَانِ فَيُثَبِّتُ شُبْهَةَ الْإِتِّحَادِ فِي الْمَشْهُودِ بِهِ فَيَدْرَأُ الْحَدَّ. قِيلَ وَالْحَاصِلُ أَنَّهَا شَهَادَةٌ مِنْ وَجْهِ دُونَ وَجْهِ؛ فَيَالْتَظَرُّ إِلَى الْأَوَّلِ لَمْ تُحَدِّثْ الشُّهُودُ، وَبِالْنَّظَرِ إِلَى الثَّانِي لَمْ يُحَدِّثْ الْمَشْهُودُ عَلَيْهِ

(وَإِنْ اِخْتَلَفُوا فِي بَيْتٍ وَاحِدٍ حُدَّ الرَّجُلُ وَالْمَرْأَةُ) مَعْنَاهُ: أَنْ يَشْهَدَ كُلُّ اثْنَيْنِ عَلَى الزَّوْنِ فِي زَاوِيَةٍ، وَهَذَا اسْتِحْسَانٌ. وَالْقِيَاسُ أَنْ لَا يَجِبَ الْحَدُّ لِاخْتِلَافِ الْمَكَانِ حَقِيقَةً. وَجْهُ الْاسْتِحْسَانِ أَنَّ التَّوْفِيقَ مُمَكِّنٌ بِأَنْ يَكُونَ ابْتِدَاءُ الْفِعْلِ فِي زَاوِيَةٍ وَالْانْتِهَاءُ فِي زَاوِيَةٍ أُخْرَى بِالْاضْطِرَابِ، أَوْ لِأَنَّ الْوَاقِعَ فِي وَسْطِ الْبَيْتِ فَيَحْسِبُهُ مَنْ فِي الْمَقْدَمِ فِي الْمَقْدَمِ وَمَنْ فِي الْمُوَخَّرِ فِي الْمُوَخَّرِ فَيَشْهَدُ بِحَسَبِ مَا عِنْدَهُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِنْ اِخْتَلَفُوا فِي بَيْتٍ وَاحِدٍ حُدَّ الرَّجُلُ وَالْمَرْأَةُ) ظَاهِرٌ. وَلَا يُقَالُ: إِنَّ ذَلِكَ اِحْتِيَالٌ لَوْجُوبِ الْحَدِّ وَالْحُدُودُ يُحْتَالُ لَدَرْئِهَا لَا لِإِثْبَاتِهَا، لِأَنَّ هَذَا اِحْتِيَالٌ لِقَبُولِ الشَّهَادَةِ وَالشَّهَادَةُ حُجَّةٌ يَجِبُ تَصْحِيحُهَا مَا أَمَكْنَ، ثُمَّ إِذَا قُبِلَتْ كَانَ مِنْ ضَرُورَةِ قَبُولِهَا وَجُوبُ الْحَدِّ. فَإِنْ قِيلَ: فَإِنْ كَانَ كَذَلِكَ فَمَا بِالْكُفِّ لَمْ تُصَحِّحُوا الشَّهَادَةَ فِي مَسْأَلَةِ الْإِكْرَاهِ وَالطَّوَاعِيَةِ عَلَى مَذْهَبِ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ بِأَنْ يُحْمَلَ عَلَى أَنْ يَكُونَ ابْتِدَاءُ الْفِعْلِ عَنْ إِكْرَاهٍ وَانْتِهَاؤُهُ عَنْ طَوْعٍ. أَجِيبَ بِأَنْ كُلَّ مَا ذُكِرَ فِي مَسْأَلَةِ الْإِكْرَاهِ وَالطَّوَاعِيَةِ لَا يَتَفَاوَتُ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ إِكْرَاهًا مِنْ أَوَّلِهِ إِلَى آخِرِهِ، وَيَبْنَ أَنْ يَكُونَ أَوَّلُهُ إِكْرَاهًا وَآخِرُهُ طَوْعًا لِأَنَّ الْإِكْرَاهَ مُسْقِطٌ لِلْحَدِّ عَنِ الْمَرْأَةِ سَوَاءً كَانَ فِعْلُ الزَّانِ مِنْ أَوَّلِهِ إِلَى آخِرِهِ إِكْرَاهًا أَوْ أَوَّلُهُ إِكْرَاهًا وَآخِرُهُ طَوْعًا، فَلَمَّا كَانَ كَذَلِكَ كَانَ فِي شَهَادَتِهِمْ اِخْتِلَافُ الْمَشْهُودِ بِهِ كَمَا ذَكَرْنَا.

(وَإِنْ شَهِدَ أَرْبَعَةٌ أَنَّهُ زَنَى بِامْرَأَةٍ بِالنَّخِيلَةِ عِنْدَ طُلُوعِ الشَّمْسِ، وَأَرْبَعَةٌ أَنَّهُ زَنَى بِهَا عِنْدَ طُلُوعِ الشَّمْسِ بِدَيْرٍ هِنْدٍ دُرَى الْحَدِّ عَنْهُمْ جَمِيعًا) أَمَّا عَنْهُمَا فَلَأَنَّا تَيَقَّنَا بِكَذِبِ أَحَدٍ الْفَرِيقَيْنِ غَيْرِ عَيْنٍ، وَأَمَّا عَنِ الشُّهُودِ فَلَا حِتْمَالَ صِدْقِ كُلِّ فَرِيقٍ

الشرح:

قَالَ (وَإِذَا شَهِدَ أَرْبَعَةٌ أَلَّهُ زَكَى بِامْرَأَةٍ بِالتَّخِيلَةِ عِنْدَ طُلُوعِ الشَّمْسِ وَأَرْبَعَةٌ زَكَى بِهَا عِنْدَ طُلُوعِ الشَّمْسِ بِدَيْرٍ هِنْدٍ ذُرَى الْحَدِّ عَنْهُمْ جَمِيعًا) التَّخِيلَةُ تُصَغِّرُ نَخْلَةَ النَّخْلِ هِيَ وَاحِدَةُ النَّخْلِ: مَوْضِعٌ قَرِيبٌ مِنَ الْكُوفَةِ، وَالْبَاءُ الْمُوَحَّدَةُ الْمَفْتُوحَةُ وَالْجِيمُ تُصَغِّفُ لِأَنَّهُ اسْمٌ حَيٌّ مِنَ الْيَمَنِ، وَدَيْرٌ هِنْدٍ لَا يُسَاعِدُ عَلَيْهِ لِأَنَّهُ أَيْضًا مَوْضِعٌ قَرِيبٌ مِنَ الْكُوفَةِ وَكَلَامُهُ وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (فَلَا حَتَمَالُ صِدْقٍ كُلِّ فَرِيقٍ) يَعْنِي أَنَّ احْتِمَالَ الصَّدْقِ فِي كَلَامِ كُلِّ مِنَ الْفَرِيقَيْنِ قَائِمٌ، وَشُبْهَةُ الزَّنا تَمْنَعُ وَجُوبَ الْحَدِّ عَلَى الْقَاضِي.

(وَإِنْ شَهِدَ أَرْبَعَةٌ عَلَى امْرَأَةٍ بِالزَّنا وَهِيَ بِكَرٍ ذُرَى الْحَدِّ عَنْهُمْ وَعَنْهُمْ): لِأَنَّ الزَّنا لَا يَتَحَقَّقُ مَعَ بَقَاءِ الْبَكَارَةِ، وَمَعْنَى الْمَسْأَلَةِ أَنَّ النِّسَاءَ نَظَرْنَ إِلَيْهَا فَقُلْنَا إِنَّهَا بِكَرٍ، وَشَهِدَتْهُنَّ حُجَّةٌ فِي إِسْقَاطِ الْحَدِّ وَلَيْسَتْ بِحُجَّةٍ فِي إِجَابِهِ فَلِهَذَا سَقَطَ الْحَدُّ عَنْهُمَا وَلَا يَجِبُ عَلَيْهِمْ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (ذُرَى الْحَدِّ عَنْهُمَا وَعَنْهُمْ) تَوْضِيحُهُ أَنَّ الزَّنا لَا يَتَحَقَّقُ مَعَ الْبَكَارَةِ، وَشَهَادَةُ النِّسَاءِ حُجَّةٌ فِيمَا لَا إِطْلَاعَ لِلرِّجَالِ عَلَيْهِ خُصُوصًا فِي إِسْقَاطِ الْحَدِّ فَيَسْقُطُ عَنْهُمَا، وَأَمَّا عَنْهُمْ فَلِأَنَّهُ تَكَامَلَ نَصَابُ الشَّهَادَةِ، وَإِنَّمَا امْتَنَعَ حُكْمُهَا بِقَوْلِ النِّسَاءِ وَلَا مَدْخَلَ لِقَوْلِهِنَّ فِي اثْبَاتِ الْحُدُودِ.

(وَإِنْ شَهِدَ أَرْبَعَةٌ عَلَى رَجُلٍ بِالزَّنا وَهُمْ عُمَيَّانَ أَوْ مَحْدُودُونَ فِي قَذْفٍ أَوْ أَحَدُهُمْ عَبْدٌ أَوْ مَحْدُودٌ فِي قَذْفٍ فَإِنَّهُمْ يُحْدُون) وَلَا يُحْدُ الْمَشْهُودُ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَثْبُتُ بِشَهَادَتِهِمُ الْمَالُ فَكَيْفَ يَثْبُتُ الْحَدُّ وَهُمْ لَيْسُوا مِنْ أَهْلِ آدَاءِ الشَّهَادَةِ، وَالْعَبْدُ لَيْسَ بِأَهْلٍ لِلتَّحْمُلِ وَالْأَدَاءِ فَلَمْ تَثْبُتْ شُبْهَةُ الزَّنا؛ لِأَنَّ الزَّنا يَثْبُتُ بِالْأَدَاءِ (وَإِنْ شَهِدُوا بِذَلِكَ وَهُمْ فُسَّاقٌ أَوْ ظَهَرَ أَنَّهُمْ فُسَّاقٌ لَمْ يُحْدُوا)؛ لِأَنَّ الْفَاسِقَ مِنْ أَهْلِ الْأَدَاءِ وَالتَّحْمُلِ وَإِنْ كَانَ فِي آدَائِهِ نَوْعٌ فَصُورٌ لِتُهْمَةِ الْفِسْقِ. وَلِهَذَا لَوْ قَضَى الْقَاضِي بِشَهَادَةِ فَاسِقٍ يَنْفُذُ عِنْدَنَا، وَيَثْبُتُ بِشَهَادَتِهِمْ شُبْهَةُ الزَّنا، وَبِاعْتِبَارِ فَصُورٍ فِي الْأَدَاءِ لِتُهْمَةِ الْفِسْقِ يَثْبُتُ شُبْهَةُ عَدَمِ الزَّنا فَلِهَذَا امْتَنَعَ الْحَدَّانِ، وَسَيَّاتِي فِيهِ خِلَافُ الشَّافِعِيِّ بِنَاءً عَلَى أَصْلِهِ أَنَّ الْفَاسِقَ لَيْسَ مِنْ أَهْلِ الشَّهَادَةِ فَهُوَ كَالْعَبْدِ عِنْدَهُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (فَإِنْ شَهِدَ أَرْبَعَةً عَلَى رَجُلٍ بِالزُّنَا وَهُمْ عُمَيَّانَ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (لَأَنَّ الزُّنَا يَثْبُتُ بِالْأَدَاءِ) أَيُّ يَظْهَرُ عِنْدَ الْإِمَامِ بِأَدَاءِ الشُّهُودِ الشَّهَادَةَ، وَلَا أَدَاءَ لِلْعُمَيَّانِ وَالْعَبِيدِ وَالْمَحْدُودِينَ فِي الْقَذْفِ لَا كَامِلًا وَلَا نَاقِصًا، فَأَنْقَلَبَتْ شَهَادَتُهُمْ قَذْفًا لِأَنَّهُمْ نَسَبُوهُمَا إِلَى الزُّنَا وَلَمْ تَكُنْ نِسْبَتُهُمَا إِلَى الزُّنَا شَهَادَةً فَكَانَتْ قَذْفًا ضَرُورَةً. وَقَوْلُهُ (لَأَنَّ الْفَاسِقَ مِنْ أَهْلِ الْأَدَاءِ وَالتَّحْمُلِ) يَعْنِي بِالنَّصِّ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى إِنْ جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا فَالْأَمْرُ بِالتَّيَبُّنِ دَلِيلٌ عَلَى أَنَّ الْفَاسِقَ مِنْ أَهْلِ الْأَدَاءِ، لِأَنَّهُ لَوْ لَمْ يَكُنْ أَهْلًا لَمَّا أُمِرَ بِالتَّيَبُّنِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّ الْعَبْدَ إِذَا شَهِدَ يُؤْمَرُ بِالرَّدِّ لَا بِالتَّيَبُّنِ. وَذَكَرَ الْإِمَامُ قَاضِي خَانَ أَنَّ الشُّهُودَ ثَلَاثَةٌ: شَاهِدٌ لَهُ أَهْلِيَّةُ التَّحْمُلِ وَالْأَدَاءِ بِصِفَةِ الْكَمَالِ وَهُوَ الْعَدْلُ، وَشَاهِدٌ لَهُ أَهْلِيَّةُ التَّحْمُلِ وَالْأَدَاءِ لَكِنْ بِصِفَةِ النُّقْصَانِ وَالْقُصُورِ وَهُوَ الْفَاسِقُ، وَشَاهِدٌ لَهُ أَهْلِيَّةُ التَّحْمُلِ وَلَيْسَ لَهُ أَهْلِيَّةُ الْأَدَاءِ كَالْأَعْمَى وَالْمَحْدُودِ فِي الْقَذْفِ وَلِهَذَا يَنْعَقِدُ النِّكَاحُ بِهِمَا

(وَإِنْ نَقَصَ عَدَدُ الشُّهُودِ عَنْ أَرْبَعَةٍ حُدُوا؛ لِأَنَّهُمْ قَدْ هَتَفَتْ إِذْ لَا حِسْبَةَ عِنْدَ نُقْصَانِ الْعَدَدِ وَخُرُوجِ الشَّهَادَةِ عَنِ الْقَذْفِ بِاعْتِبَارِهَا.

الشرح:

(وَإِنْ نَقَصَ عَدَدُ الشُّهُودِ عَنْ أَرْبَعَةٍ حُدُوا لِأَنَّهُمْ قَدْ هَتَفَتْ، إِذْ لَا حِسْبَةَ عِنْدَ نُقْصَانِ الْعَدَدِ) فَإِنَّ الشَّاهِدَ مُخَيَّرَ بَيْنَ حِسْبَتَيْنِ عَلَى مَا مَرَّ وَهَاهُنَا لَمْ يُوجَدْ مِنْهُ حِسْبَةُ السِّرِّ وَهُوَ ظَاهِرٌ، وَلَا حِسْبَةَ أَدَاءِ الشَّهَادَةِ أَيْضًا لِنُقْصَانِ عَدَدِهِمْ، فَإِنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَالَ: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً﴾ [النور: ٤] وَإِذَا لَمْ تُوجَدْ الْحِسْبَةُ ثَبَتَ الْقَذْفُ لِأَنَّ خُرُوجَ الشَّهَادَةِ عَنِ الْقَذْفِ إِنَّمَا كَانَ بِاعْتِبَارِ الْحِسْبَةِ.

(وَإِنْ شَهِدَ أَرْبَعَةً عَلَى رَجُلٍ بِالزُّنَا فَضْرِبَ بِشَهَادَتِهِمْ ثُمَّ وَجِدَ أَحَدَهُمْ عَبْدًا أَوْ مَحْدُودًا فِي قَذْفٍ فَإِنَّهُمْ يُحْدُون؛ لِأَنَّهُمْ قَدْ هَتَفَتْ إِذْ الشُّهُودُ ثَلَاثَةٌ) (وَلَيْسَ عَلَيْهِمْ وَلَا عَلَى بَيْتِ الْمَالِ أَرَشُ الضَّرْبِ، وَإِنْ رُجِمَ قَدَيْتُهُ عَلَى بَيْتِ الْمَالِ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: أَرَشُ الضَّرْبِ أَيْضًا عَلَى بَيْتِ الْمَالِ) قَالَ الْعَبْدُ الضَّعِيفُ عَصَمَهُ اللَّهُ: مَعْنَاهُ إِذَا كَانَ جَرَحَهُ، وَعَلَى هَذَا الْخِلَافِ إِذَا مَاتَ مِنَ الضَّرْبِ، وَعَلَى هَذَا إِذَا رَجَعَ الشُّهُودُ لَا يَضْمَنُونَ عِنْدَهُ وَعِنْدَهُمَا

يُضْمَنُونَ.

لَهُمَا أَنْ الْوَاجِبَ بِشَهَادَتِهِمْ مُطْلَقُ الضَّرْبِ، إِذَا احْتِرَازُ عَنْ الْجَرَحِ خَارِجٌ عَنِ الْوُسْعِ
فَيَنْتَظِمُ الْجَارِحُ وَغَيْرُهُ فَيُضَافُ إِلَى شَهَادَتِهِمْ فَيُضْمَنُونَ بِالرُّجُوعِ، وَعِنْدَ عَدَمِ الرُّجُوعِ
تَجِبُ عَلَى بَيْتِ الْمَالِ؛ لِأَنَّهُ يَنْتَقِلُ فِعْلُ الْجَلَادِ إِلَى الْقَاضِي وَهُوَ عَامِلٌ لِلْمُسْلِمِينَ فَتَجِبُ
الْغَرَامَةُ فِي مَالِهِمْ فَصَارَ كَالرَّجْمِ وَالْقِصَاصِ. وَلَأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الْوَاجِبَ هُوَ الْجَلْدُ وَهُوَ
ضَرْبٌ مُؤَلَّمٌ غَيْرُ جَارِحٍ وَلَا مُهْلِكٍ، فَلَا يَقَعُ جَارِحًا ظَاهِرًا إِلَّا لَمَعْنَى فِي الضَّارِبِ وَهُوَ قِلَّةُ
هِدَايَتِهِ فَاقْتَصَرَ عَلَيْهِ، إِلَّا أَنَّهُ لَا يَجِبُ عَلَيْهِ الضَّمَانُ فِي الصَّحِيحِ كَيْ لَا يَمْتَنِعَ النَّاسُ
عَنِ الْإِقَامَةِ مَخَافَةَ الْغَرَامَةِ

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِنْ شَهِدَ أَرْبَعَةٌ عَلَى رَجُلٍ بِالزَّانَا) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (وَعِنْدَهُمَا يَضْمَنُونَ) أَيُّ
أَرْضِ الْجِرَاحَةِ إِذَا لَمْ يَمُتْ وَالِدِيَّةُ إِنْ مَاتَ. (قَوْلُهُ فَصَارَ كَالرَّجْمِ وَالْقِصَاصِ) يَعْنِي إِذَا
شَهِدُوا الشُّهُودُ فَرَجِمَ الْمَشْهُودُ عَلَيْهِ أَوْ قُتِلَ ثُمَّ رَجَعُوا يَضْمَنُونَ الدِّيَّةَ. وَوَجْهُ أَبِي
حَنِيفَةَ ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (فِي الصَّحِيحِ) يَعْنِي فِي الصَّحِيحِ مِنَ الرَّوَايَةِ، ذَكَرَ فِي مَبْسُوطِ
فَخَرِ الْإِسْلَامِ.

وَلَوْ قَالَ قَاتِلٌ يَجِبُ الضَّمَانُ عَلَى الْجَلَادِ فَلَهُ وَجْهٌ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمَأْمُورٍ بِهَذَا الْوَجْهِ
لِأَنَّهُ أَمَرَ بِضَرْبِ مُؤَلَّمٍ لَا جَارِحٍ وَلَا كَاسِرٍ وَلَا قَاتِلٍ، فَإِذَا وَجِدَ مِنْهُ الضَّرْبُ عَلَى هَذِهِ
الْوُجُوهِ يَقَعُ فِعْلُهُ تَعْدِيًّا فَيَجِبُ عَلَيْهِ الضَّمَانُ. وَذَكَرَ فِي كِتَابِ الْإِيضَاحِ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ
لَأَبِي حَنِيفَةَ وَجْهًا حَسَنًا، وَهُوَ أَنَّ الْإِضَافَةَ إِلَى الشُّهُودِ مِنْ حَيْثُ الْإِيجَابُ دُونَ الْإِيحَادِ،
وَالْأَثَرُ الْحَاصِلُ مُوجِبٌ وَجُودَ الضَّرْبِ لَا مُوجِبٌ وَجُوبُهُ فَلَمْ يَكُنْ مُضَافًا إِلَى الشَّهَادَةِ
فَلَا يَجِبُ عَلَيْهِمُ الضَّمَانُ.

(وَإِنْ شَهِدَ أَرْبَعَةٌ عَلَى شَهَادَةِ أَرْبَعَةٍ عَلَى رَجُلٍ بِالزَّانَا لَمْ يُحَدِّ) لَمَّا فِيهَا مِنْ زِيَادَةِ
الشُّبْهَةِ وَلَا ضَرُورَةٍ إِلَى تَحْمِلِهَا (فَإِنْ جَاءَ الْأَوَّلُونَ فَشَهِدُوا عَلَى الْمُعَايِنَةِ فِي ذَلِكَ الْمَكَانِ لَمْ
يُحَدِّ أَيْضًا) مَعْنَاهُ شَهِدُوا عَلَى ذَلِكَ الزَّانَا بِعَيْنِهِ؛ لِأَنَّ شَهَادَتَهُمْ قَدْ رُدَّتْ مِنْ وَجْهِ بَرْدِ شَهَادَةِ
الضُّرُوعِ فِي عَيْنِ هَذِهِ الْحَادِثَةِ إِذْ هُمْ قَائِمُونَ مَقَامَهُمْ بِالْأَمْرِ وَالتَّحْمِيلِ، وَلَا يُحَدِّ الشُّهُودُ؛
لِأَنَّ عَدَدَهُمْ مُتَكَامِلٌ وَامْتِنَاعُ الْحَدِّ عَلَى الشُّهُودِ عَلَيْهِ لِنَوْعِ شُبْهَتِهِ وَهِيَ كَافِيَةٌ لِدَرْءِ الْحَدِّ

لا لإيجابه

الشرح:

وقوله (لما فيها من زيادة الشبهة) معناه لما فيها من شبهة زادت على الأصل لم تكن فيه، فإن الكلام إذا تداولته الألسنة يمكن فيه زيادة ونقصان. قوله (إذ هم قائمون مقامهم) أي الفروع قائمة مقام الأصول، فكان الرد لشهادة الفروع ردًا لشهادة الأصول، وذلك لأن الموضع الذي تقبل فيه شهادة الفروع تقبل فيه شهادة الأصول، وفي الموضع الذي ترد يتعدى ردّها إلى شهادة الأصول من وجه وذلك شبهة. وقوله (ولا تحدد الشهود) يعني الأصول والفروع (لأن عددهم متكامل) والأهلية موجودة (وإمتناع الحد على المشهود عليه لنوع شبهة) وهو شبهة عدم التحميل في الفروع، وشبهة الرد في الأصول (وهي كافية للدرء لا لإيجابه) لأن الشبهة مستقطّة للحد لا موجبة له.

(وإذا شهد أربعة على رجل بالزنا فرجم فكلما رجع واحد حدّ الرّاجع وحده وغرم ربيع الديّة) أما الغرامة فلأنه بقي من يبقى بشهادته ثلاثه أرباع الحق فيكون الثالث بشهادة الرّاجع ربع الحق. وقال الشافعي: يجب القتل دون المال بناء على أصله في شهود القصاص، وسببته في الديّات إن شاء الله تعالى، وأما الحدّ فمذهب علمائنا الثلاثية وقال زفر لا يحدّ؛ لأنه إن كان الرّاجع قاذف حيّ فقد بطل بالموت، وإن كان قاذف ميت فهو مرجوم بحكم القاضي فيورث ذلك شبهة. ولنا أن الشهادة إنما تنقلب قذفًا بالرجوع؛ لأن به تفسخ شهادته فجعل للحال قذفًا للميت وقد انفسخت الحجّة فينفسخ ما يبتني عليه وهو القضاء في حقه فلا يورث الشبهة، بخلاف ما إذا قذفه غيره؛ لأنه غير مُحصّن في حقّ غيره لقيام القضاء في حقه (فإن لم يحدّ المشهود عليه حتى رجع واحد منهم حدوا جميعاً وسقط الحدّ عن المشهود عليه).

وقال محمد: حدّ الرّاجع خاصّة؛ لأنّ الشهادة تأكّدت بالقضاء فلا ينفسخ إلا في حقّ الرّاجع، كما إذا رجع بعد الإمضاء. ولهما أن الإمضاء من القضاء فصار كما إذا رجع واحد منهم قبل القضاء ولهذا سقط الحدّ عن المشهود عليه. ولو رجع واحد منهم قبل القضاء حدوا جميعاً. وقال زفر: يحدّ الرّاجع خاصّة؛ لأنه لا يصدق على غيره. ولنا

أَنْ كَلَامَهُمْ قَذْفٌ فِي الْأَصْلِ وَإِنَّمَا يَصِيرُ شَهَادَةٌ بِاتِّصَالِ الْقَضَاءِ بِهِ، فَإِذَا لَمْ يَتَّصِلْ بِهِ بَقِيَ قَذْفًا فَيُحَدِّثُونَ (فَإِنْ كَانُوا خَمْسَةً فَرَجَعَ أَحَدُهُمْ فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ)؛ لِأَنَّهُ بَقِيَ مَنْ يَبْقَى بِشَهَادَتِهِ كُلُّ الْحَقِّ وَهُوَ شَهَادَةُ الْأَرْبَعَةِ (فَإِنْ رَجَعَ آخَرُ حُدًّا وَغَرِمَا رُبْعَ الدِّيَةِ) أَمَّا الْحَدُّ فَلَمَّا ذَكَرْنَا وَأَمَّا الْغَرَامَةُ فَلَأَنَّهُ بَقِيَ مَنْ يَبْقَى بِشَهَادَتِهِ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِ الْحَقِّ، وَالْمُعْتَبَرُ بَقَاءُ مَنْ بَقِيَ لَا رُجُوعُ مَنْ رَجَعَ عَلَى مَا عُرِفَ.

الشرح:

قَالَ (وَإِذَا شَهِدَ أَرْبَعَةٌ عَلَى رَجُلٍ بِالزُّنَا) هَذَا شُرُوعٌ فِي بَيَانِ الرُّجُوعِ عَنْ الشَّهَادَةِ فِي الزُّنَا وَكَلَامُهُ وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ لِأَنَّهُ إِنْ كَانَ قَاذِفٌ حَيٌّ فَقَدْ بَطَلَ بِالْمَوْتِ يَعْنِي لِأَنَّ حَدَّ الْقَذْفِ لَا يُورَثُ (وَإِنْ كَانَ قَاذِفٌ مَيِّتٌ فَهُوَ مَرْجُومٌ بِحُكْمِ الْقَاضِي) وَذَلِكَ إِنْ لَمْ يُسْقَطِ الْإِحْصَانُ فَلَا أَقْلَ مِنْ إِبْرَآثِ الشُّبْهَةِ وَالْحَدُّ يَسْقُطُ بِهَا (وَلَنَا أَنَّ الشَّهَادَةَ تَنْقَلِبُ قَذْفًا بِالرُّجُوعِ) عَنْهَا لِأَنَّهَُا تَنْفَسِخُ بِهِ، وَإِذَا انْفَسَخَتْ كَانَتْ قَذْفًا لِانْتِفَاءِ الْحُسْبَيْنِ جَمِيعًا (فَجُعِلَ لِلْحَالِ قَذْفًا لِلْمَيِّتِ) وَإِذَا انْقَلَبَتْ قَذْفًا فَقَدْ انْفَسَخَتْ حُجَّتُهَا، وَإِذَا انْفَسَخَتْ حُجَّتُهَا انْفَسَخَ مَا يُبْنَى عَلَيْهَا وَهُوَ الْقَضَاءُ، وَإِذَا انْفَسَخَ الْقَضَاءُ انْدَفَعَ الْقَوْلُ بِكَوْنِهِ مَرْجُومًا بِحُكْمِ الْقَاضِي فَلَا يَسْقُطُ الْإِحْصَانُ وَلَا يُورَثُ الشُّبْهَةُ فَيَجِبُ حَدُّ قَاذِفِهِ، لَكِنْ قِيدَ بِقَوْلِهِ فِي حَقِّهِ لِأَنَّهُ زَعَمَ أَنَّ شَهَادَتَهُ لَيْسَتْ بِحُجَّةٍ وَزَعَمَهُ فِي حَقِّ نَفْسِهِ مُعْتَبَرٌ، بِخِلَافِ مَا إِذَا قَذَفَ غَيْرَهُ لِأَنَّهُ غَيْرُ مُحْصَنٍ فِي حَقِّ غَيْرِهِ لِقِيَامِ الْقَضَاءِ فِي حَقِّهِ، لِأَنَّ قَضَاءَ الْقَاضِي فِي زَعْمِهِ صَحِيحٌ مُتَقَرَّرٌ، فَكَانَ قَذْفُهُ وَاقِعًا فِي حَقِّ غَيْرِ الْمُحْصَنِ فَلَا يَجِبُ حَدُّ الْقَذْفِ.

وَلَقَائِلُ أَنْ يَقُولَ: الْقَضَاءُ لَوْ كَانَ قَائِمًا فِي زَعْمِهِمْ وَجَبَ الْحَدُّ لَا مَحَالَةَ، فَإِذَا كَانَ قَائِمًا فِي زَعْمِ دُونَ زَعْمِ كَانَ قَائِمًا مِنْ وَجْهِ دُونَ وَجْهِ، وَمِثْلُهُ يُورَثُ الشُّبْهَةُ الدَّارِئَةُ لِلْحَدِّ. وَاعْتَرَضَ أَيْضًا بِأَنَّ أَحَدَ الشُّهُودِ لَوْ ظَهَرَ عَبْدًا بَعْدَ الرَّجْمِ لَمْ يُحَدِّ الشُّهُودُ حَدَّ الْقَذْفِ بِالْإِجْمَاعِ، وَلَوْ ظَهَرَ أَحَدُهُمْ عَبْدًا بَعْدَ الْجُلْدِ حَدًّا وَمَا ذَلِكَ إِلَّا لِأَنَّ الْقَذْفَ إِنْ ثَبَتَ بِالشَّهَادَةِ ثَبَتَ مِنْ وَقْتِ الشَّهَادَةِ كَمَا قَالَ زُفَرٌ. وَمَنْ قَذَفَ حَيًّا ثُمَّ مَاتَ الْمَقْذُوفُ لَا يُحَدِّ الْقَاذِفُ.

وَأُجِيبَ بِأَنَّ أَحَدَهُمْ إِذَا ظَهَرَ عَبْدًا عُلِمَ أَنَّ شَهَادَتَهُمْ لَمْ تَكُنْ شَهَادَةً بَلْ كَانَتْ

قَدْأَ فِي ذَلِكَ الْوَقْتُ لَعَدَمِ أَهْلِيَّةِ الشَّهَادَةِ لِأَنَّ الْعَبْدَ لَا شَهَادَةَ لَهُ، فَإِنْ كَانَ الْحَدُّ جَلْدًا فَقَدْ قَذَفَ حَيًّا فَيُحَدُّ، وَإِنْ كَانَ رَجْمًا قَذَفَ حَيًّا ثُمَّ مَاتَ فَلَا يُحَدُّ، بِخِلَافِ مَا نَحْنُ فِيهِ فَإِنَّهَا كَانَتْ شَهَادَةً فِي ذَلِكَ الْوَقْتِ، وَبِالرُّجُوعِ انْقَلَبَتْ قَدْأً بَعْدَ الْمَوْتِ فَكَانَ قَادِفًا لِلْمَيِّتِ فَيُحَدُّ.

وَقَوْلُهُ (فَإِنْ لَمْ يُحَدَّ الْمَشْهُودُ عَلَيْهِ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (وَلَنَا أَنْ كَلَامَهُمْ قَذَفَ فِي الْأَصْلِ) يَعْنِي لِكَوْنِهِ صَرِيحًا فِيهِ لَكِنْ سُلِبَ عَنْهُ ذَلِكَ إِذَا صَارَ شَهَادَةً (وَأَيُّمَا يَصِيرُ شَهَادَةً بِاتِّصَالِ الْقَضَاءِ بِهِ، فَإِذَا لَمْ يَتَّصِلْ بِهِ بَقِيَ قَدْأً) وَهَذَا يُنَاقِضُ مَا تَقَدَّمَ؛ لِأَنَّهُ قَالَ هُنَاكَ: إِنَّ الشَّهَادَةَ إِنَّمَا تَنْقَلِبُ قَدْأً بِالرُّجُوعِ وَهَاهُنَا قَالَ: إِنَّهَا قَذَفٌ، وَأَيُّمَا تَصِيرُ شَهَادَةً بِاتِّصَالِ الْقَضَاءِ بِهَا. وَيُمْكِنُ أَنْ يُجَابَ عَنْهُ بِأَنَّهُ لَا مُنَافَاةَ بَيْنَهُمَا لِأَنَّهُ قَذَفٌ فِي الْأَصْلِ، وَأَيُّمَا يَصِيرُ شَهَادَةً بِاتِّصَالِ الْقَضَاءِ بِهِ ثُمَّ يَعُودُ إِلَى مَا كَانَ بِالرُّجُوعِ، وَعَلَى هَذَا لَا يَرِدُ قَوْلُ مَنْ يَقُولُ: إِنَّ فِيمَا قَالَ أَصْحَابُنَا مُوَآخَذَةً مَنْ لَمْ يَرْجِعْ بِذَنْبٍ مِنْ رَجَعِ.

وَقَدْ قَالَ تَعَالَى: ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى﴾ [الأنعام: ١٦٤] لِأَنَّ الْكُلَّ قَذْفَةٌ عِنْدَ عَدَمِ اتِّصَالِ الْقَضَاءِ بِالشَّهَادَةِ، فَكُلُّ مِنْهُمْ مُوَآخَذٌ بِذَنْبِهِ لَا بِذَنْبِ غَيْرِهِ. وَقَوْلُهُ (وَإِنْ كَانُوا خَمْسَةً فَرَجَعَ أَحَدُهُمْ) يَعْنِي بَعْدَ الرَّجْمِ لِأَنَّ وَضْعَ الْمَسْأَلَةِ فِي ذَلِكَ. وَقَوْلُهُ (فَلَمَّا ذَكَرْنَا) إِمَارَةً إِلَى مَا قَالَ مِنْ قَبْلُ. وَلَنَا أَنَّ الشَّهَادَةَ إِنَّمَا تَنْقَلِبُ قَدْأً إِخْ، وَمَعْنَاهُ يُحَدِّانِ جَمِيعًا، لِأَنَّهُ لَمَّا رَجَعَ الثَّانِي لَمْ يَبْقَ مِنَ الشُّهُودِ مَنْ تَتِمُّ بِهِ الْحُجَّةُ، وَقَدْ انْفَسَخَتْ الشَّهَادَةُ فِي حَقِّهِمَا بِالرُّجُوعِ فَيُحَدِّانِ.

فَإِنْ قِيلَ: الْأَوَّلُ مِنْهُمَا حِينَ رَجَعَ لَمْ يَجِبْ عَلَيْهِ حَدٌّ وَلَا ضَمَانٌ، فَلَوْ لَزِمَهُ ذَلِكَ لَكَانَ لَزُومُهُ بِرُّجُوعِ الثَّانِي وَرُّجُوعِ غَيْرِهِ لَا يَكُونُ مُلْزَمًا إِيَّاهُ بِالْحَدِّ. أُجِيبَ بِأَنَّ الْحَدَّ لَمْ يَجِبْ لَا لِإِعْدَامِ السَّبَبِ بَلْ لَوْجُودِ الْمَانِعِ وَهُوَ بَقَاءُ الْحُجَّةِ التَّامَّةِ، فَإِذَا زَالَ الْمَانِعُ بِرُّجُوعِ الثَّانِي وَجَبَ الْحَدُّ عَلَى الْأَوَّلِ بِالسَّبَبِ الْمُتَقَرَّرِ لَا بِزَوَالِ الْمَانِعِ، وَلَوْ اعْتَبَرْنَا هَذَا الْمَعْنَى لَوَجَبَ الْقَوْلُ بِأَنَّهُمْ لَوْ رَجَعُوا مَعًا لَمْ يُحَدَّ وَاحِدٌ مِنْهُمْ لِأَنَّ فِي حَقِّ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ لَا يَلْزِمُهُ شَيْءٌ بِرُّجُوعِهِ وَحْدَهُ لَوْ ثَبَتَ أَصْحَابُهُ عَلَى الشَّهَادَةِ، وَهَذَا بَعِيدٌ.

(وَإِنْ شَهِدَ أَرْبَعَةٌ عَلَى رَجُلٍ بِالزُّنَا فَزَكُّوا فَزَكُّوا فَزَكُّوا فَإِذَا الشُّهُودُ مَجْجُوسٌ أَوْ عَبِيدٌ فَالْدِّيَّةُ عَلَى الْمَرْكُوبِينَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ) مَعْنَاهُ إِذَا رَجَعُوا عَنِ التَّرْكِيبَةِ (وَقَالَا هُوَ عَلَى بَيْتِ

الْمَالِ) وَقِيلَ هَذَا إِذَا قَالُوا تَعَمَّدْنَا التَّرَكِيَّةَ مَعَ عِلْمِنَا بِحَالِهِمْ، لَهُمَا أَنَّهُمْ أَثْنَوْا عَلَى الشُّهُودِ خَيْرًا فَصَارَ كَمَا إِذَا أَثْنَوْا عَلَى الْمَشْهُودِ عَلَيْهِ خَيْرًا بِأَن شَهِدُوا بِإِحْصَانِهِ. وَلَهُ أَنْ الشَّهَادَةُ إِنَّمَا تَصِيرُ حُجَّةً عَامِلَةً بِالتَّرَكِيَّةِ، فَكَانَتِ التَّرَكِيَّةُ فِي مَعْنَى عِلَّةِ الْعِلَّةِ فَيُضَافُ الْحُكْمُ إِلَيْهَا بِخِلَافِ شُهُودِ الْإِحْصَانِ؛ لِأَنَّهُ مَحْضُ الشَّرْطِ. وَلَا فَرْقَ بَيْنَ مَا إِذَا شَهِدُوا بِلَفْظَةِ الشَّهَادَةِ أَوْ أَخْبَرُوا، وَهَذَا إِذَا أَخْبَرُوا بِالْحُرِّيَّةِ وَالْإِسْلَامِ، أَمَا إِذَا قَالُوا هُمْ عُدُولٌ وَظَهَرُوا عَبِيدًا لَا يَضْمَنُونَ؛ لِأَنَّ الْعَبْدَ قَدْ يَكُونُ عَدْلًا، وَلَا ضَمَانَ عَلَى الشُّهُودِ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَقَعْ كَلَامُهُمْ شَهَادَةً، وَلَا يُحْدِثُونَ حَدَّ الْقَذْفِ؛ لِأَنَّهُمْ قَذَفُوا حَيًّا وَقَدْ مَاتَ فَلَا يُوْرَثُ عَنْهُ.

الشرح:

قَالَ (وَإِنْ شَهِدَ أَرْبَعَةٌ عَلَى رَجُلٍ بِالزُّنَا فَرُكُوا) التَّرَكِيَّةُ مِنْ زَكَّى نَفْسَهُ إِذَا مَدَحَهَا، وَتَرَكِيَّةُ الشُّهُودِ الْوَصْفُ بِكُونِهِمْ أَزْكَيَاءَ، وَإِنْ شَهِدَ أَرْبَعَةٌ عَلَى رَجُلٍ بِالزُّنَا فَرُكُوا (فَرُجِمَ فَظَهَرَ الشُّهُودُ مَجُوسًا أَوْ عَبِيدًا فَالذِّيَّةُ عَلَى الْمُزَكِّينَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، مَعْنَاهُ إِذَا رَجَعُوا عَنِ التَّرَكِيَّةِ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: هُوَ) أَيُّ الضَّمَّانِ (عَلَى بَيْتِ الْمَالِ) وَلَمَّا كَانَ قَوْلُهُ رَجَعُوا عَنِ التَّرَكِيَّةِ مُحْتَمِلًا أَنْ يَكُونَ الرُّجُوعُ بِأَنْ يَقُولُوا أَخْطَأْنَا وَذَلِكَ لَا يُوجِبُ الضَّمَّانَ بِالِاتِّفَاقِ وَأَنْ يَكُونَ بِأَنْ يَقُولُوا تَعَمَّدْنَا التَّرَكِيَّةَ مَعَ عِلْمِنَا بِحَالِهِمْ وَهُوَ مَحَلُّ النَّزَاعِ.

قَالَ (وَقِيلَ هَذَا إِذَا قَالُوا) يَعْنِي لَوْ قَالُوا أَخْطَأْنَا لَمَّا وَجَبَ الضَّمَّانُ بِالِاتِّفَاقِ، قَالَا: الْمُزَكُّونَ مَا أُثْبِتُوا سَبَبُ الْإِثْلَافِ لِأَنَّهُ هُوَ الزُّنَا وَمَا تَعَرَّضُوا لَهُ، وَإِنَّمَا أَثْنَوْا عَلَى الشُّهُودِ خَيْرًا فَكَانَ كَمَا إِذَا أَثْنَوْا عَلَى الْمَشْهُودِ عَلَيْهِ خَيْرًا فَكَانُوا فِي الْمَعْنَى كَشُهُودِ الْإِحْصَانِ، إِذْ إِنْ أُوْلِكَ أُثْبِتُوا حَصَالًا حَمِيدَةً فِي الزَّانِي وَهَؤُلَاءِ أُثْبِتُوا حَصَالًا حَمِيدَةً فِي الشَّاهِدِ، فَكَمَا لَا ضَمَانَ عَلَى أُوْلِكَ كَذَلِكَ لَا ضَمَانَ عَلَى هَؤُلَاءِ. وَقَوْلُهُ (وَلَهُ أَنْ الشَّهَادَةُ) ظَاهِرٌ.

وَقَوْلُهُ (وَهَذَا) يَعْنِي وَجُوبَ الضَّمَّانِ عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَوْلُهُ (لَأَنَّهُ لَمْ يَقَعْ كَلَامُهُمْ شَهَادَةً) فِيهِ نَظَرٌ لَمَّا تَقَدَّمَ أَنَّ كَلَامَ كُلِّ مِنْهُمْ يَصِيرُ شَهَادَةً بِاتِّصَالِ الْقَضَاءِ بِهِ وَقَدْ اتَّصَلَ بِهِ الْقَضَاءُ، فَمَا وَجْهُ قَوْلِهِ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَقَعْ كَلَامُهُمْ شَهَادَةً؟ وَالْجَوَابُ أَنَّ الْقَضَاءَ لَمَّا ظَهَرَ خَطْوُهُ يَبْقِي صَارَ كَأَنَّ لَمْ يَكُنْ فَلَمْ يَتَّصِلِ الْقَضَاءُ بِكَلَامِهِمْ فَلَمْ يَصِرْ شَهَادَةً.

فَإِنْ قِيلَ: فَلَمْ لَا تَحُدُّ الشُّهُودُ؟ قُلْتُ: لِأَنَّهُمْ قَذَفُوا حَيًّا ثُمَّ مَاتَ فَلَا يُورَثُ عَنْهُ، وَإِلَيْهِ
الإِشَارَةُ فِي الْكِتَابِ.

لَا يُقَالُ: لَمْ لَمْ يُجْعَلْ قَذْفًا لِلْمَيِّتِ لِلْحَالِ بِطَرِيقِ الْإِنْقِلَابِ كَمَا فِي صُورَةِ
الرُّجُوعِ عَنِ الشَّهَادَةِ. لَأَنَّا نَقُولُ: عِلَّةُ الْإِنْقِلَابِ الرُّجُوعُ عَنِ الشَّهَادَةِ وَلَمْ يُوجَدْ. فَإِنْ
قِيلَ: لَمْ لَا يَكُونُ ظُهُورُهُمْ عَيِّدًا أَوْ مَجُوسًا عِلَّةً لِلْإِنْقِلَابِ كَالرُّجُوعِ؟ فَالْجَوَابُ أَنَّ
الْإِنْقِلَابَ صَيْرُورَةَ الشَّهَادَةِ قَذْفًا، وَكَلَامُهُمْ لَمْ يَفْعَ شَهَادَةً.

(وَإِذَا شَهِدَ أَرْبَعَةً عَلَى رَجُلٍ بِالزَّنا فَأَمَرَ الْقَاضِي بِرَجْمِهِ فَضَرَبَ رَجُلٌ عُنُقَهُ ثُمَّ
وَجَدَ الشُّهُودَ عَيِّدًا فَعَلَى الْقَاتِلِ الدِّيَّةُ) وَفِي الْقِيَاسِ يَجِبُ الْقِصَاصُ؛ لِأَنَّهُ قَتَلَ نَفْسًا
مَعْصُومَةً بِغَيْرِ حَقٍّ. وَجَهُ الْاسْتِحْسَانِ أَنَّ الْقَضَاءَ صَحِيحٌ ظَاهِرًا وَقَدْ قَتَلَ فَأُورِثَ شُبُهَةً،
بِخِلَافِ مَا إِذَا قَتَلَهُ قَبْلَ الْقَضَاءِ؛ لِأَنَّ الشَّهَادَةَ لَمْ تَصِرْ حُجَّةً بَعْدُ، وَلَئِنَّ ظَنَّهُ مُبَاحَ الدِّمِّ
مُعْتَمِدًا عَلَى دَلِيلٍ مُبِيحٍ فَصَارَ كَمَا إِذَا ظَنَّهُ حَرَبِيًّا وَعَلَيْهِ عِلَامَتُهُمْ، وَتَجِبُ الدِّيَّةُ فِي
مَالِهِ؛ لِأَنَّهُ عَمْدٌ، وَالْعَوَاقِلُ لَا تَعْقِلُ الْعَمْدَ، وَيَجِبُ ذَلِكَ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ؛ لِأَنَّهُ وَجَبَ بِنَفْسِ
الْقَتْلِ (وَإِنْ رُجِمَ ثُمَّ وَجِدُوا عَيِّدًا فَالدِّيَّةُ عَلَى بَيْتِ الْمَالِ)؛ لِأَنَّهُ امْتَثَلَ أَمْرَ الْإِمَامِ فَتَقَلَّ
فِعْلُهُ إِلَيْهِ، وَلَوْ بَاشَرَهُ بِنَفْسِهِ تَجِبُ الدِّيَّةُ فِي بَيْتِ الْمَالِ لَمَا ذَكَرْنَا كَذَا هَذَا، بِخِلَافِ مَا إِذَا
ضَرَبَ عُنُقَهُ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَأْتِمِرْ أَمْرُهُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَجَهُ الْاسْتِحْسَانِ أَنَّ الْقَضَاءَ صَحِيحٌ ظَاهِرًا وَقَدْ قَتَلَ) يَعْنِي أَنَّ الْقَضَاءَ
وُجِدَ صُورَةً وَصُورَةُ قَضَاءِ الْقَاضِي تَكْفِي لِإِبْرَاطِ الشُّبُهَةِ، لِأَنَّهُ لَوْ كَانَ حَقِيقَةً كَانَ
مُبيحًا لِلدِّمِّ، فَصُورَتُهُ تَكُونُ شُبُهَةً كَالنِّكَاحِ الْفَاسِدِ يُجْعَلُ شُبُهَةً فِي إِسْقَاطِ الْحَدِّ، وَلِهَذَا
لَا يَجِبُ الْقِصَاصُ عَلَى الْوَلِيِّ إِذَا جَاءَ الْمَشْهُودُ بِقَتْلِهِ حَيًّا.

وَقَوْلُهُ (وَإِنْ رُجِمَ) عَلَى بِنَاءِ الْفَاعِلِ: أَيُّ الرَّجُلِ الَّذِي ضَرَبَ عُنُقَهُ لَمْ يَضْرِبْهُ
وَإِنَّمَا رَجَمَهُ (ثُمَّ وَجِدُوا) أَيُّ الشُّهُودِ (عَيِّدًا فَالدِّيَّةُ عَلَى بَيْتِ الْمَالِ لِأَنَّهُ امْتَثَلَ أَمْرَ
الْإِمَامِ فَتَقَلَّ فِعْلُهُ) أَيُّ فِعْلِ الرَّاجِمِ (إِلَى الْإِمَامِ، وَلَوْ بَاشَرَهُ) الْإِمَامُ (بِنَفْسِهِ وَجَبَتِ الدِّيَّةُ
فِي بَيْتِ الْمَالِ لَمَا ذَكَرْنَا) أَنَّ فِعْلَ الْجَلَادِ يَنْتَقِلُ إِلَى الْقَاضِي وَهُوَ عَامِلٌ لِلْمُسْلِمِينَ فَتَجِبُ
الْعَرَامَةُ فِي مَالِهِمْ (كَذَا هَذَا، بِخِلَافِ مَا إِذَا ضَرَبَ عُنُقَهُ لِأَنَّهُ لَمْ يَأْتِمِرْ أَمْرُهُ) لِأَنَّهُ أَمْرُهُ

بِالرَّجْمِ دُونَ حَزِّ الرَّقَبَةِ فَلَمْ يَنْتَقِلْ فِعْلُهُ إِلَيْهِ.

(وَإِذَا شَهِدُوا عَلَى رَجُلٍ بِالزَّوْنَا وَقَالُوا تَعَمَّدْنَا النَّظَرَ قُبِلَتْ شَهَادَتُهُمْ)؛ لِأَنَّهُ بَيَّاحُ النَّظَرِ لَهُمْ ضَرُورَةٌ تَحْمِلُ الشَّهَادَةَ فَاشْبَهَ الطَّبِيبَ وَالْقَابِلَةَ

الشرح:

قَوْلُهُ (وَإِذَا شَهِدُوا عَلَى رَجُلٍ بِالزَّوْنَا وَقَالُوا تَعَمَّدْنَا النَّظَرَ) إِلَى مَوْضِعِ الزَّوْنَا مِنَ الزَّانِيَيْنِ (قُبِلَتْ شَهَادَتُهُمْ) لَمَّا ذَكَرَ فِي الْكِتَابِ وَهُوَ وَاضِحٌ. وَفِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ لِسَمْسِ الْأَيْمَةِ: قَالَ بَعْضُ الْعُلَمَاءِ: لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُمْ لِإِقْرَارِهِمْ بِالْفِسْقِ عَلَى أَنْفُسِهِمْ، فَإِنَّ النَّظَرَ إِلَى عَوْرَةِ الْغَيْرِ قَصْدٌ فِسْقٌ، وَإِنَّمَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُمْ إِذَا لَمْ يُبَيِّنُوا كَيْفِيَّةَ النَّظَرِ لِاحْتِمَالِ أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ وَقَعَ اتِّفَاقًا لَا قَصْدًا، وَلَكِنَّا نَقُولُ: النَّظَرُ إِلَى عَوْرَةِ الْغَيْرِ عِنْدَ الْحَاجَةِ يَجُوزُ شَرْعًا، فَإِنَّ الْحَتَانَ يَنْظُرُ وَالْقَابِلَةَ تَنْظُرُ وَالنِّسَاءَ يَنْظُرْنَ لِمَعْرِفَةِ الْبِكَارَةِ، وَبِالشُّهُودِ حَاجَةٌ إِلَى ذَلِكَ لِأَنَّهُمْ مَا لَمْ يَرَوْا كَالرِّشَاءِ فِي الْبُيْرِ وَالْمَيْلِ فِي الْمَكْحَلَةِ لَا يَسْعَهُمْ أَنْ يَشْهَدُوا.

(وَإِذَا شَهِدَ أَرْبَعَةٌ عَلَى رَجُلٍ بِالزَّوْنَا فَانْكَرَ الْإِحْصَانَ وَلَهُ امْرَأَةٌ قَدْ وَلَدَتْ مِنْهُ فَإِنَّهُ يُرْجَمُ) مَعْنَاهُ أَنْ يُنْكَرَ الدُّخُولُ بَعْدَ وُجُودِ سَائِرِ الشَّرَائِطِ؛ لِأَنَّ الْحُكْمَ بِثَبَاتِ النَّسَبِ مِنْهُ حُكْمٌ بِالدُّخُولِ عَلَيْهِ، وَلِهَذَا لَوْ طَلَّقَهَا يُعَقِّبُ الرَّجْعَةَ وَالْإِحْصَانَ يَثْبُتُ بِمِثْلِهِ (فَإِنْ لَمْ تَكُنْ وَلَدَتْ مِنْهُ وَشَهِدَ عَلَيْهِ بِالْإِحْصَانِ رَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ رُجِمَ) خِلَافًا لَزُفَرٍ وَالشَّافِعِيِّ؛ فَالشَّافِعِيُّ مَرَّةً عَلَى أَصْلِهِ أَنَّ شَهَادَتَهُنَّ غَيْرُ مَقْبُولَةٍ فِي غَيْرِ الْأَمْوَالِ.

وَزُفَرٌ يَقُولُ إِنَّهُ شَرْطٌ فِي مَعْنَى الْعِلَةِ؛ لِأَنَّ الْجِنَايَةَ تَتَغَلَّظُ عِنْدَهُ فَيُضَافُ الْحُكْمُ إِلَيْهِ فَاشْبَهَ حَقِيقَةَ الْعِلَةِ فَلَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ النِّسَاءِ فِيهِ احْتِيَالًا لِلدَّرءِ، فَصَارَ كَمَا إِذَا شَهِدَ ذِمِّيَانِ عَلَى ذِمِّيٍّ عَبْدُهُ الْمُسْلِمُ أَنَّهُ أَعْتَقَهُ قَبْلَ الزَّوْنَا لَا تُقْبَلُ لَمَّا ذَكَرْنَا. وَلَنَّا أَنَّ الْإِحْصَانَ عِبَارَةٌ عَنِ الْخِصَالِ الْحَمِيدَةِ، وَأَنَّهَا مَانِعَةٌ مِنَ الزَّوْنَا عَلَى مَا ذَكَرْنَا فَلَا يَكُونُ فِي مَعْنَى الْعِلَةِ وَصَارَ كَمَا إِذَا شَهِدُوا بِهِ فِي غَيْرِ هَذِهِ الْحَالَةِ، بِخِلَافِ مَا ذُكِرَ؛ لِأَنَّ الْعِتْقَ يَثْبُتُ بِشَهَادَتِهِمَا، وَإِنَّمَا لَا يَثْبُتُ سَبْقُ النَّارِيطِ؛ لِأَنَّهُ يُنْكَرُهُ الْمُسْلِمُ أَوْ يَتَضَرَّرُ بِهِ الْمُسْلِمُ (فَإِنْ رَجَعَ شُهُودُ الْإِحْصَانِ لَا يَضْمَنُونَ) عِنْدَنَا خِلَافًا لَزُفَرٍ وَهُوَ قَرَعُ مَا تَقَدَّمَ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِذَا شَهِدَ أَرْبَعَةً عَلَى رَجُلٍ بِالزُّنَا) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (وَالْإِحْصَانُ يُثْبِتُ بِمِثْلِهِ) أَيُّ بِمِثْلِ هَذَا الدَّلِيلِ الَّذِي فِيهِ شُبْهَةٌ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ يُثْبِتُ بِشَهَادَةِ رَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ عِنْدَنَا، فَكَذَلِكَ هَاهُنَا يُثْبِتُ الدُّخُولُ الَّذِي هُوَ مِنْ شُرُوطِ الْإِحْصَانِ بِالْحُكْمِ بِثُبُوتِ النَّسَبِ. وَقَوْلُهُ (خِلَافًا لِلزُّفَرِّ وَالشَّافِعِيِّ)، فَالشَّافِعِيُّ مَرَّ عَلَى أَصْلِهِ، وَزُفَرٌ جَعَلَ الْإِحْصَانَ شَرْطًا فِي مَعْنَى الْعِلَّةِ لِأَنَّ الْجَنَائَةَ تَتَغَلَّظُ عِنْدَهُ فَيُضَافُ الْحُكْمُ إِلَيْهِ فَأَشْبَهَ حَقِيقَةَ الْعِلَّةِ وَيَتَرْتَّبُ عَلَى ذَلِكَ أَمْرَانِ: أَحَدُهُمَا مَا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ بِأَنَّ شَهَادَةَ النِّسَاءِ لَا تُقْبَلُ فِيهِ. وَالثَّانِي أَنَّ شُهُودَ الْإِحْصَانِ إِذَا رَجَعُوا بَعْدَ الرَّجْمِ يَضْمَنُونَ عِنْدَهُ عَلَى مَا سَيَأْتِي، لِأَنَّ شُهُودَ الْعِلَّةِ يَضْمَنُونَ عِنْدَ الرَّجُوعِ بِالِاتِّفَاقِ. وَقَوْلُهُ (فَصَارَ كَمَا إِذَا شَهِدَ ذِمِّيَانِ عَلَى ذِمِّيٍّ (إِلْحُ) يَعْنِي أَنَّ الزَّانِي لَوْ كَانَ مَمْلُوكًا لِدِمِّيٍّ وَهُوَ مُسْلِمٌ فَشَهِدَ ذِمِّيَانِ أَنَّ مَوْلَاهُ الدِّمِّيَّ أَعْتَقَهُ قَبْلَ الزُّنَا يُرْجَمُ مَعَ أَنَّ شَهَادَةَ أَهْلِ الذِّمَّةِ عَلَى الدِّمِّيِّ بِالْعِتْقِ مَقْبُولَةٌ لَكِنْ لَمَّا كَانَ الْمَقْصُودُ هَاهُنَا تَكْمِيلُ الْعُقُوبَةِ عَلَى الْمُسْلِمِ لَمْ تُقْبَلْ شَهَادَةُ أَهْلِ الذِّمَّةِ فَهَذَا مِثْلُهُ.

وَقَوْلُهُ (لَمَّا ذَكَرْنَا) يَعْنِي أَنَّ الْإِحْصَانَ شَرْطٌ فِي مَعْنَى الْعِلَّةِ (وَلَنَا أَنَّ الْإِحْصَانَ عِبَارَةٌ عَنِ الْخِصَالِ الْحَمِيدَةِ) بَعْضُهَا لَيْسَ مِنْ صُنْعِ الْمَرْءِ كَالْحَرِيَّةِ وَالْعَقْلِ، وَبَعْضُهَا فُرْضَ عَلَيْهِ كَالْإِسْلَامِ، وَبَعْضُهَا مَنُذُوبٌ إِلَيْهِ كَالنِّكَاحِ الصَّحِيحِ وَالدُّخُولِ بِالْمَنْكُوحَةِ (وَالْحَالُ أَنَّهُ مَانِعٌ عَنِ الزُّنَا عَلَى مَا ذَكَرْنَا) قَبْلَ بَابِ الْوَطْءِ الَّذِي يُوجِبُ الْحَدَّ فَيَكُونُ الْكُلُّ مَرْجَرَةً، وَكُلُّ مَا يَكُونُ مَانِعًا عَنِ الزُّنَا لَا يَكُونُ عِلَّةً لِلْعُقُوبَةِ الْغَلِيظَةِ.

(وَصَارَ كَمَا إِذَا شَهِدُوا بِهِ) أَيُّ بِالنِّكَاحِ (فِي غَيْرِ هَذِهِ الْحَالَةِ) يَعْنِي لَوْ شَهِدَ رَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ أَنَّ فُلَانًا تَزَوَّجَ هَذِهِ الْمَرْأَةَ وَدَخَلَ بِهَا فِي غَيْرِ حَالَةِ الزُّنَا قُبِلَتْ شَهَادَتُهُمْ فَكَذَلِكَ هَاهُنَا (بِخِلَافِ مَا ذَكَرَ) يَعْنِي زُفَرٌ مِنْ شَهَادَةِ الذِّمِّيِّ عَلَى ذِمِّيٍّ أَنَّهُ أَعْتَقَ عَبْدَهُ قَبْلَ الزُّنَا (لِأَنَّ الْعِتْقَ) هُنَاكَ (يُثْبِتُ) أَيْضًا (بِشَهَادَتِهِمَا وَإِنَّمَا لَا يُثْبِتُ سَبْقُ التَّارِيخِ لِأَنَّهُ) تَارِيخٌ (يُنْكِرُهُ الْمُسْلِمُ أَوْ يَتَضَرَّرُ بِهِ) مِنْ حَيْثُ إِقَامَةُ الْعُقُوبَةِ الْكَامِلَةِ عَلَيْهِ، وَمَا يُنْكِرُهُ الْمُسْلِمُ أَوْ يَتَضَرَّرُ بِهِ لَا يُثْبِتُ بِشَهَادَةِ أَهْلِ الذِّمَّةِ. فَلَوْ قُلْنَا بِجَوَازِ هَذِهِ الشَّهَادَةِ كَانَ ذَلِكَ قَوْلًا بِجَوَازِ شَهَادَةِ الْكَافِرِ عَلَى الْمُسْلِمِ. وَقَوْلُهُ (فَإِنْ رَجَعَ شُهُودُ الْإِحْصَانِ لَا يَضْمَنُونَ) أَحَدَ الْأَمْرَيْنِ الْمُرْتَبِئَيْنِ عَلَى الْأَصْلِ الَّذِي ذَكَرْنَاهُ مِنْ قَبْلُ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

بَابُ حَدِّ الشُّرْبِ

(وَمَنْ شَرِبَ الْخَمْرَ فَأَخَذَ وَرِيحُهَا مَوْجُودَةٌ أَوْ جَاءُوا بِهِ سَكَرَانَ فَشَهِدَ الشُّهُودُ عَلَيْهِ بِذَلِكَ فَعَلَيْهِ الْحَدُّ، وَكَذَلِكَ إِذَا أَقَرَّ وَرِيحُهَا مَوْجُودَةٌ) لَأَنَّ جِنَايَةَ الشُّرْبِ قَدْ ظَهَرَتْ وَلَمْ يَتَقَادَمَ الْعَهْدُ. وَالْأَصْلُ فِيهِ قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «مَنْ شَرِبَ الْخَمْرَ فَاجْلِدُوهُ، فَإِنْ عَادَ فَاجْلِدُوهُ»^(١). (وَأَنْ أَقَرَّ بَعْدَ ذَهَابِ رَائِحَتِهَا لَمْ يُحَدِّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: يُحَدِّ) وَكَذَلِكَ إِذَا شَهِدُوا عَلَيْهِ بَعْدَ مَا ذَهَبَ رِيحُهَا وَالسُّكْرُ لَمْ يُحَدِّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: يُحَدِّ، فَالْتِقَادُ يَمْنَعُ قَبُولَ الشَّهَادَةِ بِالِاتِّفَاقِ، غَيْرَ أَنَّهُ مُقَدَّرٌ بِالزَّمَانِ عِنْدَهُ اعْتِبَارًا بِحَدِّ الزِّنَا، وَهَذَا لِأَنَّ التَّأخيرَ يَتَحَقَّقُ بِمُضِيِّ الزَّمَانِ وَالرَّائِحَةِ قَدْ تَكُونُ مِنْ غَيْرِهِ، كَمَا قِيلَ:

يَقُولُونَ لِي إِنَّكَ شَرِبْتَ مُدَامَةً فَقُلْتَ لَهُمْ لَا بَلْ أَكَلْتُ السُّفْرَ جَلَا

وَعِنْدَهُمَا يُقَدَّرُ بِزَوَالِ الرَّائِحَةِ لِقَوْلِ ابْنِ مَسْعُودٍ: فَإِنْ وَجَدْتُمْ رَائِحَةَ الْخَمْرِ فَاجْلِدُوهُ. وَلَأَنَّ قِيَامَ الْأَثَرِ مِنْ أَقْوَى دَلَالَةٍ عَلَى الْقُرْبِ، وَإِنَّمَا يُصَارُ إِلَى التَّقْدِيرِ بِالزَّمَانِ عِنْدَ تَعَذُّرِ اعْتِبَارِهِ، وَالتَّمْيِيزِ بَيْنَ الرُّوَايَةِ مُمَكِّنَ لِلْمُسْتَدِلِّ، وَإِنَّمَا تَشْتَبِهُ عَلَى الْجَهْلِ. وَأَمَّا الْإِقْرَارُ فَالْتِقَادُ لَا يُبْطِلُهُ عِنْدَ مُحَمَّدٍ كَمَا فِي حَدِّ الزِّنَا عَلَى مَا مَرَّ تَقْرِيرُهُ. وَعِنْدَهُمَا لَا يُقَامُ الْحَدُّ إِلَّا عِنْدَ قِيَامِ الرَّائِحَةِ، لِأَنَّ حَدَّ الشُّرْبِ ثَبَتَ بِإِجْمَاعِ الصَّحَابَةِ، وَلَا إِجْمَاعَ إِلَّا بِرَأْيِ ابْنِ مَسْعُودٍ وَقَدْ شَرَطَ قِيَامَ الرَّائِحَةِ عَلَى مَا رَوَيْنَا.

الشرح:

(بَابُ حَدِّ الشُّرْبِ): إِنَّمَا أُخِّرَ حَدَّ الشُّرْبِ عَنْ حَدِّ الزِّنَا؛ لِأَنَّ جَرِيمَةَ الزِّنَا أَشَدُّ مِنْ جَرِيمَةِ شُرْبِ الْخَمْرِ فَإِنَّهُ بِمَنْزِلَةِ قَتْلِ النَّفْسِ، فَإِنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَرَنَ ذِكْرَهُ بِعِبَادَةِ الْأَصْنَامِ وَقَتْلِ النَّفْسِ حَيْثُ قَالَ تَعَالَى: ﴿وَالَّذِينَ لَا يَدْعُونَ مَعَ اللَّهِ إِلَهًا آخَرَ وَلَا يَقْتُلُونَ النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ وَلَا يَزْنُونَ﴾ [الفرقان: ٦٨] وَلِهَذَا لَمْ يَحِلَّ فِي دِينِ مِنَ الْأَدْيَانِ وَآخَرَ حَدَّ الْقَذْفِ عَنْ حَدِّ الشُّرْبِ لِمَا أَنَّ جَرِيمَةَ الشُّرْبِ مُتَقَيَّنٌ بِهَا، بِخِلَافِ جَرِيمَةِ الْقَذْفِ فَإِنَّ الْقَذْفَ خَبَرٌ مُحْتَمَلٌ بَيْنَ الصُّلُوقِ وَالْكَذِبِ، وَلِهَذَا كَانَ ضَرْبُ حَدِّ

(١) أخرجه أبو داود (٤٤٨٤)، والنسائي (٥٢٣٣)، وابن ماجه (٢٥٧٢)، وأحمد (٥٠٤/٢) عن أبي هريرة والحديث يروى عن عدة من الصحابة، وانظر نصب الراية (٥٣٠/٣).

الْقَذْفِ أَحْفَ مِنْ ضَرْبٍ حَدِّ الشَّرْبِ لضعفٍ فِي ثبُوتِ الْقَذْفِ لِحَوَازِ أَنْ يَكُونَ صَادِقًا فِي نِسْبَتِهِ إِلَى الرِّثَا فَلَا يَكُونُ قَذْفًا.

(وَمَنْ شَرِبَ الْخَمْرَ فَأَخَذَ وَرِيحُهَا مَوْجُودَةٌ أَوْ جَاءُوا بِهِ سَكْرَانٌ فَشَهِدَ الشُّهُودُ عَلَيْهِ) أَيُّ عَلَى الشَّارِبِ (بِذَلِكَ) أَيُّ بِشَرْبِ الْخَمْرِ وَوُجُودِ الرَّائِحَةِ مِنْ بَابِ قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿عَوَانٌ بَيْنَ ذَلِكَ﴾ [البقرة: ٦٨] (أَوْ شَهِدُوا عَلَى شَرْبِ الْخَمْرِ مَعَ مَجِيئِهِمْ بِهِ وَهُوَ سَكْرَانٌ فَعَلِيهِ الْحَدُّ) وَظَاهِرُهُ يَفْتَضِي أَنْ لَا تُشْتَرَطَ الرَّائِحَةُ بَعْدَمَا شَهِدَ الشُّهُودُ عَلَيْهِ بِالسُّكْرِ مِنَ الْخَمْرِ، وَلَكِنْ الرُّوَايَاتُ فِي الشُّرُوحِ مُقَيَّدَةٌ بِوُجُودِ الرَّائِحَةِ فِي حَقِّ وَجُوبِ الْحَدِّ عَلَى شَارِبِ الْخَمْرِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ سَوَاءً ثَبَتَ وَجُوبُ الْحَدِّ بِالشَّهَادَةِ أَوْ بِالْإِقْرَارِ (وَالْأَصْلُ فِيهِ) أَيُّ فِي وَجُوبِ الْحَدِّ قَوْلُهُ ﷺ «مَنْ شَرِبَ الْخَمْرَ فَاجْلِدُوهُ، فَإِنْ عَادَ فَاجْلِدُوهُ» قِيلَ تَمَامُ الْحَدِيثِ «فَإِنْ عَادَ فَاقْتُلُوهُ» وَهُوَ مَتْرُوكُ الْعَمَلِ بِهِ فَلْيَكُنِ الْبَاقِي كَذَلِكَ. وَأَجِيبَ بِأَنَّهُ تَرَكَ الْعَمَلَ بِذَلِكَ لِمُعَارِضٍ وَهُوَ قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «لَا يَحِلُّ دَمُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إِلَّا بِإِحْدَى ثَلَاثٍ» وَلَيْسَ شَرْبُ الْخَمْرِ مِنْهَا، فَبَقِيَ الْبَاقِي مَعْمُولًا بِهِ لِعَدَمِ الْمُعَارِضِ.

وَقَوْلُهُ (فَإِنْ أَقْرَأَ بَعْدَ ذَهَابِ رَائِحَتِهَا) وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (غَيْرَ أَنَّهُ مُقَدَّرٌ بِالزَّمَانِ عِنْدَهُ) أَيُّ عِنْدَ مُحَمَّدٍ وَهُوَ الشَّهْرُ (اعْتِبَارًا بِحَدِّ الزَّمَانِ) وَقَوْلُهُ (وَهَذَا) يَعْنِي تَقْدِيرَ الزَّمَانِ وَعَدَمَ اعْتِبَارِ الرَّائِحَةِ (لَأَنَّ التَّأَخِيرَ يَتَحَقَّقُ بِمُضِيِّ الزَّمَانِ) فَلَا بُدَّ مِنْ تَقْدِيرِ زَمَانٍ، وَأَمَّا أَنْ ذَلِكَ سِتَّةُ أَشْهُرٍ أَوْ شَهْرٌ وَاحِدٌ فَيَعْلَمُ فِي مَوْضِعٍ آخَرَ (وَأَمَّا عَدَمُ اعْتِبَارِ الرَّائِحَةِ فَلِأَنَّهَا مُحْتَمَلَةٌ أَنْ تَكُونَ مِنْ غَيْرِهَا كَمَا قِيلَ: يَقُولُونَ لِي إِنَّكَ قَدْ شَرِبْتَ مُدَامَةً فَقُلْتُ لَهُمْ لَا بَلْ أَكَلْتُ السَّفَرَجَلَا) وَهَذِهِ الرُّوَايَةُ وَهِيَ رَوَايَةُ الْمُطَرِّزِيِّ بِكَلِمَةِ قَدْ، وَقَدْ رُوِيَ بِدُونِهَا وَهِيَ رَوَايَةُ الْفُقَهَاءِ، فَعَلَى الْأُولَى تَسْقُطُ هَمْزَةُ الْوَصْلِ مِنْ إِنَّكَ فِي اللَّفْظِ، وَعَلَى الثَّانِيَةِ تُحَرِّكُ بِالْكَسْرِ لِضَرُورَةِ الشَّعْرِ وَالْمُدَامَةِ بِمَعْنَى الْمُدَامِ وَهُوَ الْخَمْرُ (وَعِنْدَهُمَا يُقَدَّرُ بِزَوَالِ الرَّائِحَةِ لِقَوْلِ ابْنِ مَسْعُودٍ فَإِنْ وَجَدْتُمْ رَائِحَةَ الْخَمْرِ فَاجْلِدُوهُ) وَلَأَنَّ الْمُعْتَبَرَ فِي ذَلِكَ الْقُرْبُ وَ (قِيَامُ الْأَثَرِ) وَهُوَ الرَّائِحَةُ (مِنْ أَقْوَى الدَّلَائِلِ عَلَى الْقُرْبِ).

وَقَوْلُهُ (وَإِنَّمَا يُصَارُ إِلَى التَّقْدِيرِ بِالزَّمَانِ) جَوَابٌ عَنِ الْاعْتِبَارِ بِالزَّمَانِ: أَيُّ إِنَّمَا يُصَارُ إِلَى التَّقْدِيرِ بِالزَّمَانِ عِنْدَ تَعَذُّرِ اعْتِبَارِ الْأَثَرِ. وَقَوْلُهُ (وَالْتَمِيزُ بَيْنَ الرُّوَايَاتِ مُمَكِّنٌ

لِلْمُسْتَدِلِّ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ وَالرَّائِحَةُ قَدْ تَكُونُ مِنْ غَيْرِهِ هَذَا بِالنِّسْبَةِ إِلَى الْإِثْبَاتِ بِالْبَيِّنَةِ (وَأَمَّا الْإِفْرَارُ فَالتَّقَادُّمُ لَا يُطِلُّهُ عِنْدَ مُحَمَّدٍ كَمَا فِي حَدِّ الزَّنا عَلَى مَا مَرَّ تَقْرِيرُهُ) أَنَّ الْإِنْسَانَ لَا يَكُونُ مَتَّهَمًا بِالنِّسْبَةِ إِلَى نَفْسِهِ (وَعِنْدَهُمَا لَا يُقَامُ الْحَدُّ إِلَّا عِنْدَ قِيَامِ الرَّائِحَةِ، لِأَنَّ حَدَّ الشُّرْبِ ثَبَتَ بِإِجْمَاعِ الصَّحَابَةِ، وَلَا إِجْمَاعٍ إِلَّا بِرَأْيِ ابْنِ مَسْعُودٍ وَقَدْ شَرَطَ قِيَامَ الرَّائِحَةِ عَلَى مَا رَوَيْنَا) يَعْنِي قَوْلُهُ " فَإِنْ وَجَدْتُمْ رَائِحَةَ الْخَمْرِ فَاجْلِدُوهُ " وَفِيهِ نَظَرٌ لِأَنَّ الْإِجْمَاعَ انْعَقَدَ عَلَى ثُبُوتِ حَدِّ الشُّرْبِ بِاتِّفَاقِ ابْنِ مَسْعُودٍ، وَلَكِنْ لَا دَلِيلَ عَلَى أَنَّ الشَّرْطَ الَّذِي شَرَطَهُ ابْنُ مَسْعُودٍ وَهُوَ قِيَامُ الرَّائِحَةِ أَجْمَعَ عَلَيْهِ الْبَاقُونَ، وَأَيْضًا كَلَامُ ابْنِ مَسْعُودٍ شَرْطِيَّةٌ وَالشَّرْطِيَّةُ تُفِيدُ الْوُجُودَ عِنْدَ الْوُجُودِ لَا غَيْرُ. وَجَوَابُ الْإِمَامِ فَخْرٍ الْإِسْلَامِ بِأَنَّ الْعَدَمَ عِنْدَ الْعَدَمِ لَيْسَ مِنْ مَفْهُومِ الشَّرْطِ بَلْ مِنْ انْتِفَاءِ الْمُجْمَعِ عَلَيْهِ مَذْفُوعٌ بِمَا ذَكَرْنَا أَوَّلًا، وَأَيْضًا ذَكَرَ فِي أَوَّلِ الْبَابِ أَنَّهُ ثَابِتٌ بِقَوْلِهِ ﷺ: «مَنْ شَرِبَ الْخَمْرَ فَاجْلِدُوهُ» وَقَالَ هَاهُنَا إِنَّهُ ثَابِتٌ بِإِجْمَاعِ الصَّحَابَةِ وَهُمَا مُتَّفَقَانِ، وَأَيْضًا اشْتِرَاطُ الرَّائِحَةِ مُنَافٍ لِإِطْلَاقِ قَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «مَنْ شَرِبَ الْخَمْرَ فَاجْلِدُوهُ».

(وَإِنْ أَخَذَهُ الشُّهُودُ وَرِيحُهَا تُوجَدُ مِنْهُ أَوْ سَكَرَانُ فَدَهَبُوا بِهِ مِنْ مِصْرٍ إِلَى مِصْرٍ فِيهِ الْإِمَامُ فَانْقَطَعَ ذَلِكَ قَبْلَ أَنْ يَنْتَهَوْا بِهِ حَدًّا فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا) لِأَنَّ هَذَا عَذْرٌ كَبَعْدِ الْمَسَافَةِ فِي حَدِّ الزَّنا وَالشَّاهِدُ لَا يُتَّهَمُ فِي مِثْلِهِ.

الشرح:

وقوله (وريحها توجد منه) ظاهرٌ.

(ومَنْ سَكَرَ مِنَ النَّبِيدِ حَدًّا) لَمَّا رُوِيَ أَنَّ عُمَرَ أَقَامَ الْحَدَّ عَلَى أَعْرَابِيٍّ سَكَرَ مِنَ النَّبِيدِ.

وَسَبَّيْنُ الْكَلَامِ فِي حَدِّ السُّكْرِ وَمِقْدَارِ حَدِّهِ الْمُسْتَحَقُّ عَلَيْهِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ سَكَرَ مِنَ النَّبِيدِ حَدًّا) النَّبِيدُ يَفْعُ عَلَى نَبِيدِ الزَّيْبِ وَالتَّمْرِ، وَمَا يُتَّخَذُ مِنَ الزَّيْبِ شَيْئَانِ: تَقْبَعٌ وَنَبِيدٌ. فَالتَّقْبَعُ أَنْ يَنْقَعَ الزَّيْبُ فِي الْمَاءِ وَيُتْرَكَ أَيَّامًا حَتَّى تَخْرُجَ حَلَاوَتُهُ إِلَى الْمَاءِ ثُمَّ يُطْبَخُ أَدْنَى طَبَخٍ، فَمَا دَامَ حُلُوهَا يَحِلُّ شُرْبُهُ، وَإِذَا غَلَا وَاشْتَدَّ وَقَذَفَ بِالزَّبَدِ يَحْرُمُ. وَأَمَّا النَّبِيدُ فَهُوَ الَّذِي مِنْ مَاءِ الزَّيْبِ إِذَا طُبَخَ أَدْنَى طَبَخٍ يَحِلُّ شُرْبُهُ مَا دَامَ حُلُوهَا فَإِذَا غَلَا وَاشْتَدَّ وَقَذَفَ بِالزَّبَدِ عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَقَوْلِ أَبِي يُوسُفَ الْآخِرِ

يَحِلُّ شُرْبُهُ مَا دُونَ السُّكَّرِ. وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ وَالشَّافِعِيِّ لَا يَحِلُّ شُرْبُهُ. وَمَا يَتَّخَذُ مِنَ التَّمْرِ ثَلَاثَةٌ: السُّكَّرُ وَالْفَضِيخُ وَالنَّبِيدُ. فَالنَّبِيدُ هُوَ مَاءُ التَّمْرِ إِذَا طُبِخَ أَدْنَى طَبْخٍ يَحِلُّ شُرْبُهُ فِي قَوْلِهِمْ مَا دَامَ حُلُوءًا، وَإِذَا غَلَا وَاشْتَدَّ وَقَذَفَ بِالزَّبَدِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ يَحِلُّ شُرْبُهُ لِلتَّدَاوِي وَالتَّقْوَى إِلَّا الْقَدَحَ الْمُسَكَّرَ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ وَالشَّافِعِيُّ: لَا يَحِلُّ. وَاخْتَلَفُوا فِي وَجُوبِ الْحَدِّ، وَسَيَجِيءُ بَيَانُهُ فِي الْأَشْرِبَةِ. وَأَمَّا الْكَلَامُ فِي حَدِّ السُّكَّرِ وَمِقْدَارِ حَدِّهِ فَسَيُذَكَّرُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

(وَلَا حَدٌّ عَلَى مَنْ وَجِدَ مِنْهُ رَائِحَةُ الْخَمْرِ أَوْ تَقْيَاهَا) لِأَنَّ الرَّائِحَةَ مُحْتَمَلَةٌ، وَكَذَا الشُّرْبُ قَدْ يَقَعُ عَنْ إِكْرَاهٍ أَوْ اضْطِرَارٍّ (وَلَا يُحَدُّ السُّكَرَانُ حَتَّى يُعْلَمَ أَنَّهُ سَكِرَ مِنَ النَّبِيدِ وَشَرِبَهُ طَوْعًا) لِأَنَّ السُّكَّرَ مِنَ الْمُبَاحِ لَا يُوجِبُ الْحَدَّ كَالْبَنَجِ وَلَبَنِ الرَّمَامِكِ، وَكَذَا شُرْبُ الْمَكْرَهِ لَا يُوجِبُ الْحَدَّ (وَلَا يُحَدُّ حَتَّى يَزُولَ عَنْهُ السُّكَّرُ) تَحْصِيلًا لِمَقْصُودِ الْأَنْزَجَارِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلَا حَدٌّ عَلَى مَنْ وَجِدَ مِنْهُ رَائِحَةُ الْخَمْرِ أَوْ تَقْيَاهَا) يَعْنِي إِذَا لَمْ يُشَاهَدْ مِنْهُ الشُّرْبُ (لِأَنَّ الرَّائِحَةَ مُحْتَمَلَةٌ) فَإِنْ قِيلَ: هَذَا التَّغْلِيلُ مُنَاقِضٌ لِمَا ذَكَرَ قَبْلَهُ وَهُوَ قَوْلُهُ وَالتَّمْيِيزُ بَيْنَ الرُّوَائِحِ مُمَكِّنٌ لِلْمُسْتَدَلِّ. أَجِيبَ بِأَنَّ الْاِحْتِمَالَ فِي نَفْسِ الرُّوَائِحِ قَبْلَ الْاِسْتِدْلَالِ وَالتَّمْيِيزُ بَعْدَ الْاِسْتِدْلَالِ عَلَى وَجْهِ الْاِسْتِقْصَاءِ أَوْ التَّمْيِيزُ مُمَكِّنٌ لِمَنْ عَايَنَ الشُّرْبَ وَالاِحْتِمَالَ لِمَنْ لَمْ يُعَايَنَهُ. وَأَقُولُ: وَالْجَوَابُ الثَّانِي أَحْسَنُ لِاشْتِمَالِهِ عَلَى تَفْسِيرِ الْمُسْتَدَلِّ فَإِنَّهُ يَدُلُّ عَلَى أَنَّ الْمُسْتَدَلَّ هُوَ مَنْ مَعَهُ دَلِيلٌ وَهُوَ مُعَايَنَةُ الشُّرْبِ وَالْجَاهِلُ هُوَ مَنْ لَيْسَ مَعَهُ ذَلِكَ، وَيَحُوزُ أَنْ يَكُونَ قَوْلُهُ لِأَنَّ الرَّائِحَةَ مُحْتَمَلَةٌ عَلَى مَذْهَبِ مُحَمَّدٍ وَقَوْلُهُ (وَكَذَا الشُّرْبُ قَدْ يَقَعُ عَنْ إِكْرَاهٍ أَوْ اضْطِرَارٍّ) عَلَى قَوْلِهِمَا. وَلَا يُحَدُّ السُّكَرَانُ حَتَّى يُعْلَمَ أَنَّهُ سَكِرَ مِنَ النَّبِيدِ وَشَرِبَهُ طَوْعًا لِأَنَّ السُّكَّرَ مِنَ الْمُبَاحِ لَا يُوجِبُ الْحَدَّ كَالْبَنَجِ وَلَبَنِ الرَّمَامِكِ) وَالَّذِي ذَكَرَهُ مِنْ إِبَاحَةِ الْبَنَجِ مُوَافِقٌ لِعَامَّةِ الْكُتُبِ خِلَا رِوَايَةِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ لِلْإِمَامِ الْمُحْتَبِيِّ، فَإِنَّهُ اسْتَدَلَّ عَلَى حُرْمَةِ الْأَشْرِبَةِ الْمُتَّخَذَةِ مِنَ الْحُبُوبِ كَالْحِنْطَةِ وَالشَّعِيرِ وَالذَّرَّةِ وَالْعَسَلِ وَغَيْرِهَا، وَقَالَ: السُّكَّرُ مِنْ هَذِهِ الْأَشْرِبَةِ حَرَامٌ بِالإِجْمَاعِ لِأَنَّ السُّكَّرَ مِنَ الْبَنَجِ حَرَامٌ مَعَ أَنَّهُ مَأْكُولٌ فَمِنْ الْمَشْرُوبِ أَوَّلَى. كَذَا ذَكَرَهُ صَاحِبُ النِّهَايَةِ، وَلَيْسَ بِصَحِيحٍ لِأَنَّ رِوَايَةَ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ لِلْإِمَامِ الْمُحْتَبِيِّ تَدُلُّ عَلَى أَنَّ السُّكَّرَ الْحَاصِلَ مِنَ الْبَنَجِ حَرَامٌ لَا عَلَى أَنَّ الْبَنَجَ حَرَامٌ، وَكَلَامُ الْمُصَنِّفِ يَدُلُّ عَلَى أَنَّ

الْبَنَجُ مُبَاحٌ وَلَا تَنَافِي بَيْنَهُمَا

(وَحَدُّ الْخَمْرِ وَالسُّكْرِ فِي الْحُرِّ ثَمَانُونَ سَوَاطًا) لِإِجْمَاعِ الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ (يُفْرَقُ عَلَى بَدَنِهِ كَمَا فِي حَدِّ الزَّنا عَلَى مَا مَرَّ) ثُمَّ يُجَرَّدُ فِي الْمَشْهُورِ مِنَ الرِّوَايَةِ وَعَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ لَا يُجَرَّدُ إِظْهَارًا لِلتَّخْفِيفِ لِأَنَّهُ لَمْ يَرِدْ بِهِ نَصٌّ. وَوَجْهُ الْمَشْهُورِ أَنَّا أَظْهَرْنَا التَّخْفِيفَ مَرَّةً فَلَا يُعْتَبَرُ ثَانِيًا (وَإِنْ كَانَ عَبْدًا فَحَدُّهُ أَرْبَعُونَ سَوَاطًا) لِأَنَّ الرِّقَّ مُنْصِفٌ عَلَى مَا عُرِفَ.

الشرح:

(وَحَدُّ الْخَمْرِ وَ) حَدُّ (السُّكْرِ) مِنْ غَيْرِ الْخَمْرِ (فِي الْحُرِّ ثَمَانُونَ سَوَاطًا لِإِجْمَاعِ الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ، يُفْرَقُ عَلَى بَدَنِهِ كَمَا فِي حَدِّ الزَّنا عَلَى مَا مَرَّ) فِي أَنَّهُ يُضْرَبُ كُلُّ الْبَدَنِ مَا خَلَا الْوَجْهَ وَالرَّأْسَ وَالْفَرْجَ (ثُمَّ يُجَرَّدُ) عَنْ تَيَابِهِ (فِي الْمَشْهُورِ مِنَ الرِّوَايَةِ. وَعَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ لَا يُجَرَّدُ عَنْ تَيَابِهِ إِظْهَارًا لِلتَّخْفِيفِ لِأَنَّهُ لَمْ يَرِدْ بِهِ) أَيُّ بِالْحَدِّ (نَصٌّ) قَاطِعٌ أَوْ بِالتَّجْرِيدِ (وَوَجْهُ الْمَشْهُورِ أَنَّا أَظْهَرْنَا التَّخْفِيفَ مَرَّةً) يَعْنِي مِنْ حَيْثُ الْعَدَدُ حَيْثُ لَمْ نَجْعَلْهُ مِائَةً كَمَا فِي الزَّنا (فَلَا يُعْتَبَرُ ثَانِيًا) وَفِيهِ بَحْثٌ مِنْ وَجْهَيْنِ، الْأَوَّلُ أَنَّهُ لَيْسَ لِأَحَدٍ مِنَ الْمُجْمِعِينَ التَّصَرُّفُ فِي الْمَقْدَرَاتِ الشَّرْعِيَّةِ. وَالثَّانِي أَنَّ الثَّمَانِينَ تَغْلِيظٌ لَا تَخْفِيفٌ لِأَنَّهُ رُوِيَ أَنَّهُمْ ضَرَبُوا فِي زَمَنِ النَّبِيِّ ﷺ بِالْأَكْمَامِ وَبِالْأَيْدِي وَغَيْرِ ذَلِكَ ثُمَّ جَلَدَ أَبُو بَكْرٍ أَرْبَعِينَ ثُمَّ جَلَدَ عُمَرُ أَرْبَعِينَ، فَالتَّقْدِيرُ بَعْدَ ذَلِكَ بِثَمَانِينَ تَغْلِيظٌ لَا تَخْفِيفٌ. وَالْجَوَابُ أَنَّ قَوْلَهُ إِنَّا أَظْهَرْنَا التَّخْفِيفَ كَلَامٌ عَنْ لِسَانِ الْمُجْتَهِدِينَ، وَالتَّخْفِيفُ إِنَّمَا هُوَ بِاعْتِبَارِ أَنَّ اللَّهَ تَعَالَى جَازِلُهُ أَنْ يَقْدَرَ حَدَّ الشُّرْبِ مِائَةً كَحَدِّ الزَّنا إِذْ هُوَ الْفَاعِلُ الْمُخْتَارُ، وَحَيْثُ لَمْ يَنْصَرَّ عَلَى مِقْدَارٍ مُعَيَّنٍ كَانَ تَخْفِيفًا مِنْهُ، وَلَمَّا جَعَلَهُ الصَّحَابَةُ مُعْتَبَرًا بِحَدِّ الْمُفْتَرِينَ ظَهَرَ التَّخْفِيفُ فَلَمْ يَقْدَرُوا بِشَيْءٍ وَإِنَّمَا أَظْهَرُوا التَّخْفِيفَ الَّذِي كَانَ ثَابِتًا بِتَرْكِ التَّنْصِيسِ، وَإِلَيْهِ أَشَارَ بِقَوْلِهِ أَظْهَرْنَا التَّخْفِيفَ، وَلِلَّهِ دَرُّ لَطَائِفِهِ.

(وَمَنْ أَقَرَّ بِشُرْبِ الْخَمْرِ وَالسُّكْرِ ثُمَّ رَجَعَ لَمْ يُحَدِّ) لِأَنَّهُ خَالِصٌ حَقَّ اللَّهُ تَعَالَى.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ أَقَرَّ بِشُرْبِ الْخَمْرِ وَالسُّكْرِ) بِفَتْحَتَيْنِ وَهُوَ عَصِيرُ الرُّطْبِ إِذَا اشْتَدَّ، وَقِيلَ السُّكْرُ كُلُّ شَرَابٍ مُسْكِرٍ.

(وَيَثْبُتُ الشَّرْبُ بِشَهَادَةِ شَاهِدَيْنِ وَ) يَثْبُتُ (بِالْإِقْرَارِ مَرَّةً وَاحِدَةً) وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يَشْتَرِطُ الْإِقْرَارَ مَرَّتَيْنِ وَهُوَ نَظِيرُ الْاِخْتِلَافِ فِي السَّرِقَةِ، وَسَنَبَيْتُهَا هُنَاكَ إِنْ شَاءَ اللَّهُ (وَلَا تُقْبَلُ فِيهِ شَهَادَةُ النِّسَاءِ مَعَ الرِّجَالِ) لِأَنَّ فِيهَا شُبْهَةَ الْبَدَلِيَّةِ وَتُهْمَةَ الضَّلَالِ وَالنِّسْيَانِ.

الشرح:

(وَيَثْبُتُ الشَّرْبُ بِشَهَادَةِ شَاهِدَيْنِ وَيَثْبُتُ بِالْإِقْرَارِ مَرَّةً وَاحِدَةً) وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَزُفَرٌ: يَثْبُتُ بِإِقْرَارِهِ مَرَّتَيْنِ فِي مَجْلِسَيْنِ اعْتِبَارًا لَعَدَدِ الْإِقْرَارِ بِعَدَدِ الشُّهُودِ (وَهُوَ نَظِيرُ الْاِخْتِلَافِ فِي السَّرِقَةِ، وَسَنَبَيْتُهَا هُنَاكَ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى) قَالَ (وَلَا تُقْبَلُ فِيهِ شَهَادَةُ النِّسَاءِ مَعَ الرِّجَالِ) فِي حَدِّ الشَّرْبِ أَيْضًا (لِأَنَّ فِيهَا شُبْهَةَ الْبَدَلِيَّةِ وَتُهْمَةَ الضَّلَالِ وَالنِّسْيَانِ) يُشِيرُ إِلَى ذَلِكَ كُلِّهِ قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ﴾ [البقرة: ٢٨٢] إِلَى قَوْلِهِ: ﴿أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى﴾ [البقرة: ٢٨٢] وَإِنَّمَا قَالَ شُبْهَةَ الْبَدَلِيَّةِ دُونَ حَقِيقَةِ الْبَدَلِيَّةِ، لِأَنَّ اسْتِشْهَادَ النِّسَاءِ فِي الْمَوْضِعِ الَّذِي جَارَتْ شَهَادَتُهُنَّ يَحْزُزُ مِنْ غَيْرِ ضَرُورَةِ الْعَجْزِ عَنْ اسْتِشْهَادِ الرِّجَالِ، بِخِلَافِ سَائِرِ الْأُبْدَالِ، وَلَكِنْ فِيهِ صُورَةُ الْبَدَلِيَّةِ مِنْ حَيْثُ النَّظْمُ "

(وَالسُّكْرَانُ الَّذِي يُحَدُّهُ هُوَ الَّذِي لَا يَعْقِلُ مَنْطِقًا لَا قَلِيلًا وَلَا كَثِيرًا وَلَا يَعْقِلُ الرَّجُلُ مِنَ الْمَرَأَةِ) قَالَ الْعَبْدُ الضَّعِيفُ (وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: هُوَ الَّذِي يَهْدِي وَيَخْتَلِطُ كَلَامُهُ) لِأَنَّهُ هُوَ السُّكْرَانُ فِي الْعُرْفِ، وَإِلَيْهِ مَالُ أَكْثَرِ الْمَشَائِخِ. وَلَهُ أَنَّهُ يُؤْخَذُ فِي أَسْبَابِ الْحُدُودِ بِأَقْصَاهَا دَرَاءً لِلْحَدِّ. وَنَهَايَةُ السُّكْرَانِ يَغْلِبُ السُّرُورُ عَلَى الْعَقْلِ فَيَسْلُبُهُ التَّمْيِيزَ بَيْنَ شَيْءٍ وَشَيْءٍ، وَمَا دُونَ ذَلِكَ لَا يَعْرِى عَنْ شُبْهَةِ الصُّحُوحِ وَالْمُعْتَبَرِ فِي الْقَدَحِ الْمُسْكِرِ فِي حَقِّ الْحُرْمَةِ مَا قَالَاهُ بِالْإِجْمَاعِ أَخَذًا بِالْاِحْتِيَاظِ وَالشَّافِعِيُّ يَعْتَبِرُ ظُهُورَ أَثَرِهِ فِي مَشْيِهِ وَحَرَكَاتِهِ وَأَطْرَافِهِ وَهَذَا مِمَّا يَتَفَاوَتْ فَلَا مَعْنَى لاعتباره.

الشرح:

(وَالسُّكْرَانُ الَّذِي يُحَدُّهُ هُوَ الَّذِي لَا يَعْقِلُ مَنْطِقًا لَا قَلِيلًا وَلَا كَثِيرًا وَلَا يَعْقِلُ الرَّجُلُ مِنَ الْمَرَأَةِ) هَذَا لَفْظُ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ وَلَيْسَ فِيهِ بَيَانُ الْخِلَافِ قَالَ الْمُصَنِّفُ (وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَالَا: هُوَ الَّذِي يَهْدِي وَيَخْتَلِطُ كَلَامُهُ) أَيْ يَكُونُ غَالِبُ كَلَامِهِ

الْهَذْيَانِ، فَإِنْ كَانَ نَصْفُهُ مُسْتَقِيمًا فَلَيْسَ بِسَكْرَانَ (لأنَّه السَّكْرَانُ فِي الْعُرْفِ وَإِلَيْهِ) أَيُّ إِلَى قَوْلِهِمَا (مَالُ أَكْثَرِ الْمَشَايِخِ) وَعَنْ ابْنِ الْوَلِيدِ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا يُوسُفَ عَنِ السَّكْرَانِ الَّذِي يَجِبُ عَلَيْهِ الْحَدُّ قَالَ: أَنْ يُسْتَفْرَأَ: ﴿قُلْ يَتَّيِبُهَا لَكُمُ الْكُفْرُ﴾ وَلَا يَقْدَرُ عَلَيْهِ، فَقُلْتُ لَهُ: كَيْفَ عَيَّنْتَ هَذِهِ السُّورَةَ وَرُبَّمَا أَخْطَأَ فِيهَا الصَّاحِي؟ قَالَ: لِأَنَّ تَحْرِيمَ الْخَمْرِ نَزَلَ فِيمَنْ شَرَعَ فِيهَا فَلَمْ يَسْتَطِعْ قِرَاءَتَهَا.

وَحُكِّيَ أَنْ أُمَّةً بَلَخِي اتَّفَقُوا عَلَى اسْتِفْرَاءِ هَذِهِ السُّورَةِ (وَلَأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الْحُدُودَ يُؤْخَذُ فِي أَسْبَابِهَا بِأَقْصَاهَا دَرْءًا لِلْحَدِّ، وَنَهَايَةَ السَّكْرِ أَنْ يَغْلِبَ السُّرُورُ عَلَى الْعَقْلِ فَيَسْلُبُهُ التَّمْيِيزَ بَيْنَ شَيْءٍ وَشَيْءٍ، وَمَا دُونَ ذَلِكَ لَا يَغْرَى عَنْ شُبْهَةِ الصَّحْوِ) يَعْنِي أَنَّهُ إِذَا كَانَ يُمَيِّزُ بَيْنَ الْأَشْيَاءِ عَرَفْنَا أَنَّهُ مُسْتَعْمِلٌ لِعَقْلِهِ مَعَ مَا بِهِ مِنَ السُّرُورِ فَلَا يَكُونُ ذَلِكَ نَهَايَةَ فِي السَّكْرِ وَفِي التَّفْصَانِ شُبْهَةُ الْعَدَمِ، وَالْحُدُودُ تَنْدَرِي بِالشُّبْهَاتِ، وَلِهَذَا وَافَقَهُمَا فِي السَّكْرِ الَّذِي يَحْرُمُ عِنْدَهُ الْقَدْحُ الْمُسَكَّرُ أَنْ الْمُعْتَبَرُ فِيهِ هُوَ اخْتِلَاطُ الْكَلَامِ لِأَنَّ اعْتِبَارَ النِّهَايَةِ فِيمَا يَنْدَرِي بِالشُّبْهَاتِ وَالْحُلِّ وَالْحَرْمَةِ يُؤْخَذُ بِالِاخْتِطَاطِ، وَهَذَا مَعْنَى قَوْلِهِ (وَالْمُعْتَبَرُ فِي الْقَدْحِ الْمُسَكَّرِ فِي حَقِّ الْحَرْمَةِ مَا قَالَاهُ بِالْإِجْمَاعِ أَخْذًا بِالِاخْتِطَاطِ) لِأَنَّهُ لَمَّا اعْتَقَدَ حُرْمَةَ الْقَدْحِ الَّذِي يَلْزَمُ الْهَذْيَانُ وَاخْتِلَاطُ الْكَلَامِ عِنْدَهُ يَمْتَنِعُ عَنْهُ، فَلَمَّا امْتَنَعَ عَنْهُ وَهُوَ الْأَدْنَى فِي حَدِّ السَّكْرِ كَانَ مُمْتَنِعًا عَنِ الْأَعْلَى فِيهِ وَهُوَ مَا قَالَهُ أَبُو حَنِيفَةَ. وَقَوْلُهُ (وَهَذَا) أَيُّ ظُهُورُ الْأَثَرِ فِي مِشْيَتِهِ (مِمَّا يَخْتَلِفُ) فَإِنَّ السَّكْرَانَ رُبَّمَا يَتَمَائِلُ فِي مِشْيَتِهِ وَالصَّاحِي رُبَّمَا يَزَلُّ أَوْ يَغْتَرُّ فِي مِشْيَتِهِ فَيَرَى التَّمَائِلَ مِنْهُ فَلَا يَكُونُ دَلِيلًا.

(وَلَا يُحَدُّ السَّكْرَانُ بِإِقْرَارِهِ عَلَى نَفْسِهِ) لِزِيَادَةِ احْتِمَالِ الْكَذِبِ فِي إِقْرَارِهِ فَيَحْتَالُ لِدَرْئِهِ لِأَنَّهُ خَالِصٌ حَقٌّ اللَّهُ تَعَالَى. بِخِلَافِ حَدِّ الْقَذْفِ لِأَنَّ فِيهِ حَقَّ الْعَبْدِ وَالسَّكْرَانِ فِيهِ كَالصَّاحِي عُقُوبَةً عَلَيْهِ كَمَا فِي سَائِرِ تَصَرُّفَاتِهِ، وَلَوْ ارْتَدَّ السَّكْرَانُ لَا تَبَيَّنَ مِنْهُ امْرَأَتُهُ لِأَنَّ الْكُفْرَ مِنْ بَابِ الْإِعْتِقَادِ فَلَا يَتَحَقَّقُ مَعَ السَّكْرِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلَا يُحَدُّ السَّكْرَانُ بِإِقْرَارِهِ عَلَى نَفْسِهِ) يَعْنِي فِي الْحُدُودِ الْخَالِصَةِ حَقًّا لِلَّهِ تَعَالَى كَالزُّنَا وَشُرْبِ الْخَمْرِ وَالسَّرِقَةِ، لِأَنَّ الْإِقْرَارَ خَيْرٌ يَحْتَمِلُ الْكَذِبَ، فَإِذَا صَدَرَ مِنَ سَكْرَانَ مَهْذَارٌ زَادَ احْتِمَالَهُ (فَيَحْتَالُ لِدَرْئِهِ لِأَنَّهُ خَالِصٌ حَقٌّ اللَّهُ تَعَالَى، بِخِلَافِ حَدِّ الْقَذْفِ لِأَنَّ فِيهِ حَقَّ الْعَبْدِ، وَالسَّكْرَانُ فِيهِ كَالصَّاحِي عُقُوبَةً عَلَيْهِ) بِالْإِجْمَاعِ الصَّحَابَةِ

رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ، فَإِنَّهُمْ قَالُوا إِذَا سَكِرَ هَذَى وَإِذَا هَذَى افْتَرَى، وَحَدُّ الْمُفْتَرِينَ ثَمَانُونَ. فَهَذَا إِجْمَاعٌ مِنْهُمْ عَلَى وَجُوبِ حَدِّ الْقَذْفِ.

فَإِذَا وَجَبَ عَلَيْهِ حَدُّ الْقَذْفِ حَقًّا لِلْعَبْدِ فَكَذَلِكَ سَائِرُ الْحُقُوقِ كَالْقِصَاصِ وَغَيْرِهِ (وَلَوْ ارْتَدَّ السُّكْرَانُ لَا تَبَيَّنُ مِنْهُ أَمْرُهُ لَمَّا ذُكِرَ أَنَّ الْكُفْرَ مِنْ بَابِ الْإِعْتِقَاقِ فَلَا يَتَحَقَّقُ مَعَ السُّكْرِ) وَرَوَى أَنَّ عَبْدَ الرَّحْمَنِ بْنِ عَوْفٍ صَنَعَ طَعَامًا فَدَعَا بَعْضَ الصَّحَابَةِ فَأَكَلُوا وَسَقَاهُمْ خَمْرًا وَكَانَ ذَلِكَ قَبْلَ تَحْرِيمِهَا، فَأَمَّهُمْ فِي صَلَاةِ الْمَغْرِبِ عَبْدُ الرَّحْمَنِ أَوْ غَيْرُهُ وَقَرَأَ سُورَةَ الْكَافِرُونَ بِطَرَحِ اللَّاعَاتِ مَعَ أَنَّ اعْتِقَادَهَا كُفْرٌ وَلَمْ يَكُنْ ذَلِكَ كُفْرًا مِنْ ذَلِكَ الْقَارِي، فَعَلِمَ أَنَّ السُّكْرَانَ لَا يَكْفُرُ بِمَا جَرَى عَلَى لِسَانِهِ مِنْ لَفْظِ الْكُفْرِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

بَابُ حَدِّ الْقَذْفِ

(وَإِذَا قَذَفَ الرَّجُلُ رَجُلًا مُحْصَنًا أَوْ امْرَأَةً مُحْصَنَةً بِصَرِيحِ الزِّنَا، وَطَالِبُ الْمُقْدُوفِ بِالْحَدِّ حَدُّهُ الْحَاكِمُ ثَمَانِينَ سَوْطًا إِنْ كَانَ حُرًّا) لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ﴾ [النور: ٤] إِلَى أَنْ قَالَ ﴿فَأَجْلِدُوهُنَّ ثَمَانِينَ جَلْدَةً﴾ [النور: ٤] الْآيَةَ، وَالْمُرَادُ الرَّمْيُ بِالزِّنَا بِالْإِجْمَاعِ، وَفِي النَّصِّ إِشَارَةٌ إِلَيْهِ وَهُوَ اشْتِرَاطُ أَرْبَعَةِ مِنَ الشُّهُدَاءِ إِذْ هُوَ مُخْتَصٌّ بِالزِّنَا، وَيَشْتَرِطُ مَطَابَقَةُ الْمُقْدُوفِ لِأَنَّ فِيهِ حَقَّهُ مِنْ حَيْثُ دَفَعَ الْعَارَ وَإِحْصَانُ الْمُقْدُوفِ لَمَّا تَلَوْنَا. قَالَ (وَيُفَرَّقُ عَلَى أَعْضَائِهِ) لَمَّا مَرَّ فِي حَدِّ الزِّنَا (وَلَا يُجْرَدُ مِنْ ثِيَابِهِ) لِأَنَّ سَبَبَهُ غَيْرُ مَقْطُوعٍ فَلَا يَقَامُ عَلَى الشَّدَةِ، بِخِلَافِ حَدِّ الزِّنَا (غَيْرَ أَنَّهُ يُنَزَعُ عَنْهُ الْفُرُوعُ وَالْحَشَوُ) لِأَنَّ ذَلِكَ يَمْنَعُ إِيصَالَ الْأَلَمِ بِهِ (وَإِنْ كَانَ الْقَاذِفُ عَبْدًا جُلْدُ أَرْبَعِينَ سَوْطًا لِمَكَانِ الرَّقِّ).

وَالْإِحْصَانُ أَنْ يَكُونَ الْمُقْدُوفُ حُرًّا عَاقِلًا بِالْعَا مُسْلِمًا عَفِيفًا عَنْ فِعْلِ الزِّنَا) أَمَّا الْحُرِّيَّةُ فَلَأَنَّهُ يُطْلَقُ عَلَيْهِ اسْمُ الْإِحْصَانِ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿فَعَلَيْنَ نِصْفُ مَا عَلَى الْمُحْصَنَاتِ مِنَ الْعَذَابِ﴾ [النساء: ٢٥] أَيِ الْحَرَائِرِ، وَالْعَقْلُ وَالْبُلُوغُ لِأَنَّ الْعَارَ لَا يَلْحَقُ بِالصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ لِعَدَمِ تَحَقُّقِ فِعْلِ الزِّنَا مِنْهُمَا، وَالْإِسْلَامُ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «مَنْ أَشْرَكَ بِاللَّهِ فَلَيْسَ بِمُحْصَنٍ» ^(١) وَالْعِفَّةُ لِأَنَّ غَيْرَ الْعَفِيفِ لَا يَلْحَقُهُ الْعَارُ، وَكَذَا الْقَاذِفُ صَادِقٌ فِيهِ.

الشرح:

(بَابُ حَدِّ الْقَذْفِ): الْقَذْفُ فِي اللَّغَةِ الرَّمِيُّ، وَفِي اصطلاح الفقهاء نسبة من أحصن إلى الزنا صريحاً أو دلالة (إِذَا قَذَفَ الرَّجُلُ رَجُلًا مُخَصَّنًا أَوْ امْرَأَةً مُخَصَّنَةً بِصَرِيحِ الزَّنا) الخالي عن الشبهة الذي لو أقام القاذف عليه أربعة من الشهود، أو أقر به المَقْدُوفُ لزمه حدُّ الزنا (وَطَالَبَ الْمَقْدُوفُ بِالْحَدِّ) وَعَجَرَ الْقَازِفُ عَنْ إِبْتِاتِ مَا قَذَفَهُ بِهِ (حَدَّهُ الْحَاكِمُ ثَمَانِينَ سَوْطًا إِنْ كَانَ حُرًّا لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَالَّذِينَ يَزْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ﴾ إِلَى أَنْ قَالَ ﴿فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً﴾ [النور: ٤] (الآية، والمراد بقوله: ﴿وَالَّذِينَ يَزْمُونَ﴾ (الرَّمْيُ بِالزَّنا بِالْإِجْمَاعِ) وَإِلَيْهِ الْإِشَارَةُ فِي النَّصِّ لِأَنَّهُ شَرَطَ أَرْبَعَةً مِنَ الشُّهَدَاءِ وَهُوَ مُحْتَصٌ بِالزَّنا. وَاعْتَرَضَ بِأَنَّ التَّقْيِيدَ بِصَرِيحِ الزَّنا غَيْرُ مُفِيدٍ لِتَحَقُّقِهِ بِدُونِهِ بِأَنْ قَالَ لَسْتُ لِأَيْكَ، وَبِأَنَّ الْقِيَّاسَ أَنْ لَا تَجِبَ الْمُطَالَبَةُ لِأَنَّ حَقَّ اللَّهِ فِيهِ غَالِبٌ، وَالْمَقْلُوبُ فِي مُقَابَلَتِهِ كَالْمُسْتَهْلِكِ، وَلَكِنْ وَجِبَتْ فَلَيْسَتْ مُطَالَبَةُ الْمَقْدُوفِ بِإِلَازِمَةٍ، فَإِنْ ابْنُهُ إِذَا طَالَبَهُ حَدًّا. وَالْجَوَابُ أَنَّهُ إِذَا قَذَفَهُ بِصَرِيحِ الزَّنا وَوَجَدَ الشَّرْطَ وَجَبَ الْحَدُّ لَا مَحَالَةَ فَتِلْكَ قَضِيَّةٌ صَادِقَةٌ، وَأَمَّا إِذَا قَذَفَهُ بِنَفْيِ النَّسَبِ لَا يَجِبُ فَلَيْسَ بِإِلَازِمٍ لِأَنَّ التَّقْيِيدَ بِهِ لِإِخْرَاجِ مَا كَانَ مِنْهُ بِطَرِيقِ الْكِنَايَةِ مِثْلَ أَنْ يَقُولَ: يَا زَانِي فَقَالَ آخَرُ صَدَقْتَ لَا لِإِخْرَاجِ مَا ذَكَرْتُمْ، وَحَقُّ الْعَبْدِ وَإِنْ كَانَ مَعْلُوبًا لَكِنْ يَصْلُحُ اشْتِرَاطُ مُطَالَبَتِهِ اخْتِيَاطًا لِلدَّرءِ، وَابْنُ الْمَقْدُوفِ إِنَّمَا يَقْدِرُ عَلَى الْمُطَالَبَةِ لِقِيَامِهِ مَقَامَ الْمَقْدُوفِ، وَلِهَذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ حَقُّ الْمُطَالَبَةِ إِلَّا إِذَا كَانَ الْمَقْدُوفُ مَيَّنًا لِيَتَحَقَّقَ قِيَامُهُ مَقَامَهُ مِنْ كُلِّ وَجْهِ وَقَوْلُهُ وَيُفَرَّقُ) يَعْنِي الضَّرْبَ (عَلَى أَعْضَاءِ الْقَازِفِ عَلَى مَا مَرَّ فِي حَدِّ الزَّنا) وَهُوَ قَوْلُهُ لِأَنَّ الْجَمْعَ فِي غَضْوٍ وَاحِدٍ يُفْضِي إِلَى التَّلَفِ (وَلَا يُجَرَّدُ مِنْ تِيَابِهِ لِأَنَّ سَبِيهَهُ غَيْرُ مَقْطُوعٍ بِهِ) لِاحْتِمَالِ أَنْ يَكُونَ الْقَازِفُ صَادِقًا فِي نِسْبَتِهِ إِلَى الزَّنا وَإِنْ كَانَ عَاجِزًا عَنْ إِقَامَةِ الْبَيِّنَةِ لِأَنَّهَا عَلَى الْوَصْفِ الْمَشْرُوطِ فِيهِ لَا تَكَادُ تَحْصُلُ (فَلَا يُقَامُ عَلَى الشَّدَّةِ بِخِلَافِ حَدِّ الزَّنا) حَيْثُ يُجَرَّدُ فِيهِ مِنْ تِيَابِهِ لِأَنَّ سَبِيهَهُ مُعَايِنٌ بِالْبَيِّنَةِ أَوْ الْإِقْرَارِ، وَهَاهُنَا بَعْدُ ثُبُوتِ الْقَذْفِ بِالْبَيِّنَةِ أَوْ الْإِقْرَارِ يَتَوَقَّفُ إِقَامَةُ الْحَدِّ عَلَى مَعْنَى آخَرَ وَهُوَ كَذِبُهُ فِي النَّسْبَةِ إِلَى الزَّنا وَهُوَ غَيْرُ مُتَبَيِّنٍ بِهِ. وَقَوْلُهُ (غَيْرُ أَنَّهُ يُنَزَّعُ عَنْهُ الْحَشْوُ) اسْتِثْنَاءٌ مِنْ قَوْلِهِ وَلَا يُجَرَّدُ. وَقَوْلُهُ (لَأَنَّ ذَلِكَ) يَعْنِي الْفِرْوَ وَالْحَشْوُ كَمَا فِي قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿عَوَانُ بَيْنَ ذَلِكَ﴾

[البقرة: ٦٨] وَقَوْلُهُ (وَإِنْ كَانَ الْقَاذِفُ عَبْدًا) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (وَالْإِحْصَانُ) يَبَانُ شَرْطُهُ. وَقَوْلُهُ (لَعَدَمِ تَحَقُّقِ فِعْلِ الزَّنا مِنْهُمَا) قِيلَ عَلَيْهِ لَوْ كَانَ كَذَلِكَ لَحَدُّ مَنْ قَذَفَ الْمَجْنُونُ الَّذِي رَزَى فِي حَالِ جُنُونِهِ وَلَا يُحَدُّ وَإِنْ قَذَفَهُ بَعْدَ الْإِفَاقَةِ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ مَعْنَى قَوْلِهِ لَعَدَمِ تَحَقُّقِ فِعْلِ الزَّنا مِنْهُمَا الزَّنا الَّذِي يُؤْتَمُّ صَاحِبُهُ وَيُوجِبُ الْحَدَّ عَلَيْهِ وَلَمْ يُوجَدْ مِنْهُمَا، وَأَمَّا الْوَطْءُ الَّذِي هُوَ غَيْرُ مَمْلُوكٍ فَقَدْ تَحَقَّقَ مِنْهُمَا، وَبِالنَّظَرِ إِلَى هَذَا كَانَ الْقَاذِفُ صَادِقًا فِي قَذْفِهِ فَلَا يَجِبُ الْحَدُّ عَلَى الْقَاذِفِ وَلَا عَلَى الْمَقْذُوفِ كَمَنْ قَذَفَ رَجُلًا بِوَطْءٍ شُبْهَةٍ أَوْ وَطْئٍ جَارِيَتِهِ الْمَشْرُكَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ غَيْرِهِ. وَقَوْلُهُ: وَالْإِسْلَامُ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «مَنْ أَشْرَكَ بِاللَّهِ فَلَيْسَ بِمُحْصَنٍ» تَقْرِيرُهُ أَنَّ اللَّهَ تَعَالَى أَوْجَبَ حَدَّ الْقَذْفِ بِقَذْفِ الْمُحْصَنِ يَقُولُهُ تَعَالَى وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ الْآيَةَ. وَالْكَافِرُ لَيْسَ بِمُحْصَنٍ لِقَوْلِهِ ﷺ: «مَنْ أَشْرَكَ بِاللَّهِ فَلَيْسَ بِمُحْصَنٍ» فَلَا يَجِبُ عَلَيْهِ حَدُّ الْقَذْفِ

(وَمَنْ نَفَى نَسَبَ غَيْرِهِ فَقَالَ لَسْتُ لِأَبِيكَ فَإِنَّهُ يُحَدُّ) وَهَذَا إِذَا كَانَتْ أُمُّهُ حُرَّةً مُسْلِمَةً، لِأَنَّهُ فِي الْحَقِيقَةِ قَذَفَ لِأُمِّهِ لِأَنَّ النِّسْبَ إِنَّمَا يُنْفَى عَنِ الزَّانِي لَا عَنِ غَيْرِهِ.

الشرح:

وَمَنْ نَفَى نَسَبَ غَيْرِهِ فَقَالَ لَسْتُ لِأَبِيكَ يُحَدُّ إِنْ كَانَتْ أُمُّهُ حُرَّةً مُسْلِمَةً لِأَنَّهُ فِي الْحَقِيقَةِ قَذَفَ أُمُّهُ لِأَنَّهُ نَفَى النِّسْبَ (وَالنِّسْبُ إِنَّمَا يُنْفَى عَنِ الزَّانِي لَا عَنِ غَيْرِهِ) وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ فَرَضَ الْمَسْأَلَةِ فِيمَا إِذَا كَانَ أَبُوهُ وَأُمُّهُ مَعْرُوفَيْنِ وَنَسَبُهُ مِنَ الْأُمِّ ثَابِتٌ بَيِّنٌ وَنَفَاهُ عَنِ الْأَبِ الْمَعْرُوفِ فَكَانَ دَلِيلًا عَلَى أَنَّهُ رَزَى بِأُمِّهِ وَفِي ذَلِكَ قَذْفٌ لِأُمِّهِ لَا مَحَالَةَ. قِيلَ يُشْتَرَطُ أَنْ يَكُونَ فِي حَالَةِ الْغَضَبِ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ كَالَّتِي بَعْدَهَا. وَقِيلَ يَجِبُ أَنْ لَا يَجِبَ الْحَدُّ هَاهُنَا وَإِنْ كَانَ قَذْفُهُ فِي حَالَةِ الْغَضَبِ لِحَوَازِ أَنْ يَنْفِي النِّسْبَ عَنْ أَبِيهِ مِنْ غَيْرِ أَنْ تَكُونَ الْأُمُّ زَانِيَةً مِنْ كُلِّ وَجْهِ بِأَنْ تَكُونَ مَوْطُوءَةً بِشُبْهَةٍ وَلَدَتْ فِي عِدَّةِ الْوَاطِئِ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ مَا ذَكَرْتَهُ وَجْهُ الْقِيَاسِ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ وَوُجُوبُ الْحَدِّ فِيهَا بِالْإِسْتِحْسَانِ بِالْأَثَرِ قَالَ فِي الْمَسْئُوطِ: وَإِنَّمَا تَرَكْنَا هَذَا الْقِيَاسَ لِحَدِيثِ ابْنِ مَسْعُودٍ قَالَ: «لَا حَدَّ إِلَّا فِي قَذْفِ مُحْصَنَةٍ أَوْ نَفَى رَجُلٍ عَنْ أَبِيهِ».

(وَمَنْ قَالَ لَغَيْرِهِ فِي غَضَبٍ لَسْتُ بِابْنِ فُلَانٍ لِأَبِيهِ الَّذِي يُدْعَى لَهُ يُحَدُّ، وَلَوْ قَالَ فِي غَيْرِ غَضَبٍ لَا يُحَدُّ) لِأَنَّ عِنْدَ الْغَضَبِ يُرَادُ بِهِ حَقِيقَتُهُ سَبًّا لَهُ، وَفِي غَيْرِهِ يُرَادُ بِهِ

الْمُعَاتَبَةُ بِنَفْسِ مُشَابَهَتِهِ أَبَاهُ فِي أَسْبَابِ الْمَرْوَةِ (وَلَوْ قَالَ لَسْتُ بِابْنِ فُلَانٍ يَعْنِي جَدُّهُ لَمْ يُحَدِّ) لِأَنَّهُ صَادِقٌ فِي كَلَامِهِ، وَلَوْ نَسَبَهُ إِلَى جَدِّهِ لَا يُحَدِّ أَيْضًا لِأَنَّهُ قَدْ يُنْسَبُ إِلَيْهِ مَجَازًا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ قَالَ لَعَنِيهِ فِي غَضَبٍ إلخ) ظَاهِرٌ، وَطُولِبَ بِالْفَرْقِ بَيْنَ هَذِهِ وَبَيْنَ قَوْلِهِ فِي حَالَةِ الْغَضَبِ أَوْ غَيْرِهَا لَسْتُ بِابْنِ فُلَانٍ وَلَا بِابْنِ فُلَانَةٍ وَهِيَ أُمُّهُ الَّتِي تُدْعَى لَهُ حَيْثُ لَا يَكُونُ قَذْفًا مَعَ أَنَّ الْقَذْفَ يُرَادُّ بِهَذَا اللَّفْظِ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ قَوْلَهُ وَلَا بِابْنِ فُلَانَةٍ نَفْيٌ عَنْهَا، وَإِنَّمَا يَنْتَفِي عَنْ أُمِّهِ بِإِنْتِفَاءِ الْوِلَادَةِ فَكَانَ نَفْيًا لِلْوِلَادَةِ، وَنَفْيُ الْوِلَادَةِ نَفْيُ الْوَطْءِ وَنَفْيُ الْوَطْءِ نَفْيُ الزَّنا، بِخِلَافِ مَا إِذَا لَمْ يَقُلْ ذَلِكَ لِأَنَّهُ نَفْيٌ عَنِ الْوَالِدِ، وَوِلَادَةُ الْوَلَدِ ثَابِتَةٌ مِنْ أُمِّهِ فَصَارَ كَأَنَّهُ قَالَ لَهُ أَنْتَ وَلَدُ الزَّنا.

(وَلَوْ قَالَ لَهُ يَا ابْنَ الزَّانِيَةِ وَأُمُّهُ مَيِّتَةٌ مُحْصَنَةٌ فَطَالِبُ الْإِبْنِ بِحَدِّهِ حُدُّ الْقَاذِفِ) لِأَنَّهُ قَذْفٌ مُحْصَنَةٌ بَعْدَ مَوْتِهَا (وَلَا يُطَالَبُ بِحَدِّ الْقَذْفِ لِلْمَيِّتِ إِلَّا مَنْ يَقَعُ الْقَذْحُ فِي نَسَبِهِ بِقَذْفِهِ وَهُوَ الْوَالِدُ وَالْوَلَدُ) لِأَنَّ الْعَارَ يُلْتَحَقُ بِهِ لِمَكَانِ الْجُرْئِيَةِ فَيَكُونُ الْقَذْفُ مُتَنَاوِلًا لَهُ مَعْنًى. وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ يَثْبُتُ حَقُّ الْمُطَالَبَةِ لِكُلِّ وَارِثٍ لِأَنَّ حُدَّ الْقَذْفِ يُورَثُ عَنْهُ عَلَى مَا ثُبِّنَ، وَعِنْدَنَا وَلَايَةُ الْمُطَالَبَةِ لَيْسَتْ بِطَرِيقِ الْإِرْثِ بَلْ لَمَّا ذَكَرْنَاهُ، وَلِهَذَا يَثْبُتُ عِنْدَنَا لِلْمَحْرُومِ عَنِ الْمِيرَاثِ بِالْقَتْلِ، وَيَثْبُتُ لَوَلَدِ الْبِنْتِ كَمَا يَثْبُتُ لَوَلَدِ الْإِبْنِ خِلَافًا لِمُحَمَّدٍ، وَيَثْبُتُ لَوَلَدِ الْوَلَدِ حَالَ قِيَامِ الْوَلَدِ خِلَافًا لَزُهْرٍ.

الشرح:

قَالَ (وَلَوْ قَالَ لَهُ يَا ابْنَ الزَّانِيَةِ وَأُمُّهُ مَيِّتَةٌ مُحْصَنَةٌ فَطَالِبُ الْإِبْنِ بِحَدِّهِ حُدُّ الْقَاذِفِ) لِأَنَّهُ قَذْفٌ مُحْصَنَةٌ بَعْدَ مَوْتِهَا (بِخِلَافِ مَا إِذَا قَذَفَهَا ثُمَّ مَاتَتْ فَإِنَّ الْحَدَّ يَسْقُطُ) (وَلَا يُطَالَبُ بِحَدِّ الْقَذْفِ لِلْمَيِّتِ إِلَّا مَنْ يَقَعُ الْقَذْحُ فِي نَسَبِهِ بِقَذْفِهِ وَهُوَ الْوَالِدُ وَالْوَلَدُ) يَعْنِي الْأَبَ وَالْجَدَّ وَإِنْ عَلَا، وَالْوَلَدُ وَوَلَدُ الْوَلَدِ وَإِنْ سَفَلَ، ثَقُلَهُ صَاحِبُ النَّهَائَةِ عَنْ الْفَقِيهِ أَبِي اللَّيْثِ، ثُمَّ قَالَ: كَذَا وَجَدْتُ بِخَطِّ شَيْخِي، وَثَقُلَ غَيْرُهُ مِنَ الشَّارِحِينَ عَنْ شَرْحِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ (لِأَنَّ الْعَارَ يُلْتَحَقُ بِهِ) أَيُّ بِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْوَالِدِ وَالْوَلَدِ (لِمَكَانِ الْجُرْئِيَةِ فَيَكُونُ الْقَذْفُ مُتَنَاوِلًا لَهُ مَعْنًى) وَرُدُّ بِأَنَّ التَّعْلِيلَ بِالْجُرْئِيَةِ غَيْرُ صَحِيحٍ لِتَخَلُّفِ الْحُكْمِ عَنْهَا إِذَا كَانَ الْمَقْذُوفُ حَيًّا غَائِبًا فَإِنَّهُ لَيْسَ لِأَحَدٍ أَنْ يَأْخُذَ بِحَدِّهِ إِذْ ذَاكَ.

وَأَجِيبَ بِأَنَّ الْأَصْلَ فِي الْبَابِ هُوَ الْمَقْدُوفُ لَا مَحَالَةَ وَغَيْرُهُ مِمَّنْ بَيْنَهُ وَبَيْنَهُ جُزْئِيَّةٌ يَقُومُ مَقَامَهُ، وَإِنَّمَا يَقُومُ الشَّيْءُ مَقَامَ غَيْرِهِ إِذَا وَقَعَ الْيَأْسُ مِنَ الْأَصْلِ، وَإِنَّمَا يَقَعُ الْيَأْسُ بِمَوْتِهِ فَلَا يَقُومُ غَيْرُهُ مَقَامَهُ قَبْلَ مَوْتِهِ. وَقَوْلُهُ (وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ) ظَاهِرٌ.

وَقَوْلُهُ (لَمَّا ذَكَرْنَاهُ) يَعْنِي قَوْلُهُ لِأَنَّ الْعَارَ يُلْتَحَقُ بِهِ. وَقَوْلُهُ (كَمَا يَثْبُتُ لَوْلَدِ الْإِبْنِ) يَعْنِي بِالِاتِّفَاقِ (خِلَافًا لِمُحَمَّدٍ) فَإِنَّهُ رُوِيَ عَنْهُ أَنَّ حَقَّ الْمَطَالِبَةِ لَا يَثْبُتُ لَوْلَدِ الْبِنْتِ لِأَنَّهُ مَنْسُوبٌ. إِلَى أَبِيهِ لَا إِلَى أُمِّهِ فَلَا يَلْحَقُهُ الشَّيْنُ بِزَنَاءِ أَبِي أُمِّهِ. وَفِي ظَاهِرِ الرَّوَايَةِ: النَّسَبُ يَثْبُتُ مِنَ الطَّرَفَيْنِ وَيَصِيرُ الْوَلَدُ بِهِ كَرَبِّهِ الطَّرَفَيْنِ (وَيَثْبُتُ لَوْلَدِ الْوَلَدِ حَالِ قِيَامِ الْوَلَدِ)

وَقَالَ زُفَرٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَيْسَ لَوْلَدِ الْوَلَدِ حَالِ قِيَامِ الْوَلَدِ أَنْ يُخَاصِمَ، لِأَنَّ الشَّيْنَ الَّذِي يَلْحَقُ الْوَلَدَ فَوْقَ الَّذِي يَلْحَقُ وَلَدَ الْوَلَدِ، فَصَارَ وَلَدُ الْوَلَدِ مَعَ قِيَامِ الْوَلَدِ كَالْوَلَدِ مَعَ بَقَاءِ الْمَقْدُوفِ، وَاعْتَبِرَ هَذَا بِطَلَبِ الْكَفَاءَةِ فَإِنَّهُ لَا خُصُومَةَ فِيهِ مَعَ بَقَاءِ الْأَقْرَبِ. وَلَكِنَّا نَقُولُ: حَقُّ الْخُصُومَةِ بِاعْتِبَارِ مَا لَحِقَهُ مِنَ الشَّيْنِ بِنِسْبَتِهِ إِلَيْهِ، وَذَلِكَ مَوْجُودٌ فِي حَقِّ وَلَدِ الْوَلَدِ كَوْجُودِهِ فِي حَقِّ الْوَالِدِ، فَأَيُّهُمَا خَاصِمٌ يُقَامُ الْحَدُّ لَخُصُومَتِهِ، بِخِلَافِ الْمَقْدُوفِ فَإِنَّ حَقَّ الْخُصُومَةِ لَهُ. بِاعْتِبَارِ تَنَاوُلِ الْقَاذِفِ مِنْ عَرْضِهِ مَقْصُودًا، وَذَلِكَ لَا يَوْجَدُ فِي حَقِّ وَلَدِهِ، وَبِخِلَافِ الْكَفَاءَةِ فَإِنَّ طَلِبَهَا إِنَّمَا يَثْبُتُ لِلْأَقْرَبِ بِقَوْلِهِ ﷺ: «الْإِلْتِكَاحُ إِلَى الْعَصَبَاتِ» وَفِي الْحُكْمِ الْمُرْتَبِّ عَلَى الْعُصُوبَةِ يُقَدِّمُ الْأَقْرَبُ عَلَى الْأَبْعَدِ.

(وَإِذَا كَانَ الْمَقْدُوفُ مُحْصَنًا جَازَ لِابْنِهِ الْكَافِرِ وَالْعَبْدِ أَنْ يُطَالَبَ بِالْحَدِّ) خِلَافًا لَزُفَرٍ. هُوَ يَقُولُ: الْقَذْفُ يَتَنَاوَلُهُ مَعْنَى لِرُجُوعِ الْعَارِ إِلَيْهِ، وَلَيْسَ طَرِيقُهُ الْإِرْثَ عِنْدَنَا فَصَارَ كَمَا إِذَا كَانَ مُتَنَاوِلًا لَهُ صُورَةٌ وَمَعْنَى. وَلَنَا أَنَّهُ غَيْرُهُ بِقَذْفِ مُحْصَنٍ فَيَأْخُذُهُ بِالْحَدِّ، وَهَذَا لِأَنَّ الْإِحْصَانَ فِي الَّذِي يُنْسَبُ إِلَى الزَّنَا شَرَطٌ لِيَقَعَ تَعْيِيرًا عَلَى الْكَمَالِ ثُمَّ يَرْجِعُ هَذَا التَّعْيِيرُ الْكَامِلُ إِلَى وَلَدِهِ، وَالْكَفَرُ لَا يُنَافِي أَهْلِيَّةَ الْإِسْتِحْقَاقِ، بِخِلَافِ إِذَا تَنَاوَلَ الْقَذْفُ نَفْسَهُ لِأَنَّهُ لَمْ يَوْجَدْ التَّعْيِيرُ عَلَى الْكَمَالِ لِقَدِّ الْإِحْصَانَ فِي الْمُنْسُوبِ إِلَى الزَّنَا (وَلَيْسَ لِلْعَبْدِ أَنْ يُطَالَبَ بِقَذْفِ مَوْلَاهُ بِقَذْفِ أُمِّهِ الْحُرَّةِ، وَلَا لِلابْنِ أَنْ يُطَالَبَ بِقَذْفِ أَبِيهِ بِقَذْفِ أُمِّهِ الْحُرَّةِ الْمُسْلِمَةِ) لِأَنَّ الْمَوْلَى لَا يُعَاقَبُ بِسَبَبِ عَبْدِهِ، وَكَذَا الْأَبُ بِسَبَبِ ابْنِهِ، وَلِهَذَا لَا يُقَادُّ الْوَالِدُ بِوَلَدِهِ وَلَا السَّيِّدُ بِعَبْدِهِ، وَلَوْ كَانَ لَهَا ابْنٌ مِنْ غَيْرِهِ لَهُ أَنْ يُطَالَبَ لِتَحْقِيقِ السَّبَبِ وَانْعِدَامِ الْمَانِعِ.

الشرح:

وَإِذَا كَانَ الْمَقْدُوفُ مُحْصَنًا) وَهُوَ مَيِّتٌ (جَازَ لَابْنِهِ الْكَافِرِ وَالْعَبْدُ أَنْ يُطَالِبَ بِالْحَدِّ، خِلَافًا لِرُفْرٍ. هُوَ يَقُولُ: الْقَذْفُ تَنَاوُلُهُ مَعْنَى لِرُجُوعِ الْعَارِ إِلَيْهِ، وَلَيْسَ طَرِيقُهُ الْإِرْثَ عِنْدَنَا) لَأَنَّ حَدَّ الْقَذْفِ لَا يُورَثُ (فَصَارَ كَمَا إِذَا كَانَ مُتَنَاوِلًا لَهُ صُورَةٌ وَمَعْنَى فِي رُجُوعِ الْعَارِ إِلَيْهِ، وَلَوْ كَانَ مُتَنَاوِلًا لَهُ صُورَةٌ وَمَعْنَى بِأَنْ قَذَفَهُ قَاذِفٌ ابْتِدَاءً لَمْ يَجِبْ عَلَيْهِ الْحَدُّ لَعَدَمِ إحصَانِ الْمَقْدُوفِ، فَكَذَا إِذَا تَنَاوَلَهُ مَعْنَى. قِيلَ قَوْلُهُ وَلَيْسَ طَرِيقُهُ الْإِرْثَ غَيْرُ مُفِيدٍ لَهُ فِي هَذَا الْمَقَامِ، لِأَنَّهُ لَوْ كَانَ طَرِيقُهُ الْإِرْثَ أَيْضًا لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يُخَاصِمَ، لَأَنَّ الْمَانِعَ عَنِ الْإِرْثِ مَوْجُودٌ وَهُوَ الْكُفْرُ أَوْ الرِّقُّ. وَقِيلَ تَحْرِيرُ كَلَامِهِ أَنَّ الْحَدَّ إِمَّا أَنْ يَجِبَ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ عَلَى الْقَاذِفِ لِقَذْفِهِ أَمْ الْمَقْدُوفِ أَوْ لِقَذْفِ نَفْسِ هَذَا الْإِنِّ الْكَافِرِ، لَا جَائِزٌ أَنْ يَكُونَ لِأَجْلِ أُمِّهِ لَأَنَّ الْحَدَّ لَا يُورَثُ وَلَا أَنْ يَكُونَ لِأَجْلِ نَفْسِهِ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمُحْصَنٍ وَهُوَ كَمَا تَرَى (وَلَنَا أَنَّهُ غَيْرُهُ بِقَذْفِ مُحْصَنٍ) وَهُوَ ظَاهِرٌ، لَأَنَّ فَرْضَ الْمَسْأَلَةِ فِيهِ وَكُلُّ مَنْ غَيْرَ بِقَذْفِ مُحْصَنٍ جَازَ أَنْ يَأْخُذَ بِحَدِّهِ لِأَنَّهُ تَغْيِيرٌ عَلَى الْكَمَالِ فَيَقْتَضِي زَاجِرًا. وَأَشَارَ الْمُصَنِّفُ إِلَى هَذَا الْكَلَامِ بِقَوْلِهِ.

(وَهَذَا لِأَنَّ الْإِحْصَانَ فِي الَّذِي يُنْسَبُ إِلَى الزَّنا شَرْطٌ لِيَقَعَ تَغْيِيرًا عَلَى الْكَمَالِ ثُمَّ يَرْجِعُ هَذَا، التَّغْيِيرُ الْكَامِلُ إِلَى وَلَدِهِ) فَجَازَ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ بِالْحَدِّ. فَإِنْ قِيلَ: جَازَ أَنْ يَكُونَ الْمَانِعُ مَوْجُودًا فَلَا يَتَرْتَّبُ الْحُكْمُ عَلَى الْمُقْتَضَى. أَجَابَ بِقَوْلِهِ (وَالْكَفْرُ لَا يُنَافِي أَهْلِيَّةَ الاسْتِحْقَاقِ) أَيُّ اسْتِحْقَاقِ أَهْلِيَّةِ الْخُصُومَةِ لِأَنَّ اسْتِحْقَاقَهَا بِاعْتِبَارِ لِحُوقِ الشَّيْنِ وَذَلِكَ مَوْجُودٌ فِي الْوَلَدِ الْكَافِرِ وَالْمَمْلُوكِ لِأَنَّ النَّسَبَةَ لَا تَنْقَطِعُ بِالرِّقِّ وَالْكَفْرِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا تَنَاوَلَ الْقَذْفُ نَفْسَهُ فَإِنَّهُ لَا يُوجَدُ التَّغْيِيرُ عَلَى الْكَمَالِ لِقَدْرِ الْإِحْصَانِ فِي الْمُنْسُوبِ إِلَى الزَّنا.

قَالَ (وَلَيْسَ لِلْعَبْدِ أَنْ يُطَالِبَ مَوْلَاهُ بِقَذْفِ أُمِّهِ الْحُرَّةِ وَلَا لِلْإِنِّ أَنْ يُطَالِبَ أَبَاهُ) أَوْ جَدَّهُ وَإِنْ عَلَا (بِقَذْفِ أُمِّهِ) وَجَدَّتِهِ وَإِنْ عَلَتْ، وَلَا أُمُّهُ وَلَا جَدَّتُهُ وَإِنْ عَلَتْ بِقَذْفِ نَفْسِهِ (لَأَنَّ الْمَوْلَى لَا يُعَاقَبُ بِسَبِّ عَبْدِهِ) قَالَ ﷺ: «لَا يُقَادُ الْوَالِدُ بِوَلَدِهِ وَلَا السَّيِّدُ بِعَبْدِهِ» فَلَمَّا لَمْ يَجِبِ الْقِصَاصُ وَالْمُغْلَبُ فِيهِ حَقُّ الْعَبْدِ وَسَبُّهُ مُتَيَقِّنٌ بِهِ فَلَا أَنْ لَا يَجِبَ حَدُّ الْقَذْفِ وَالْمُغْلَبُ فِيهِ حَقُّ اللَّهِ وَسَبُّهُ وَهُوَ الْقَذْفُ غَيْرُ مُتَيَقِّنٍ بِهِ لِحَوَازِ أَنْ يَكُونَ

صَادِقًا فِيمَا نَسَبَهُ إِلَيْهِ أُولَى. وَقَوْلُهُ (وَلَوْ كَانَ لَهَا ابْنٌ مِنْ غَيْرِهِ) وَاضِحٌ.

(وَمَنْ قَذَفَ غَيْرَهُ فَمَاتَ الْمَقْدُوفُ بَطْلَ الْحَدِّ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا يَبْطُلُ (وَلَوْ مَاتَ بَعْدَمَا أُقِيمَ بَعْضُ الْحَدِّ بَطْلَ الْبَاقِي) عِنْدَنَا خِلَافًا لَهُ بِنَاءً عَلَى أَنَّهُ يُورَثُ عِنْدَهُ وَعِنْدَنَا لَا يُورَثُ، وَلَا خِلَافَ أَنْ فِيهِ حَقُّ الشَّرْعِ وَحَقُّ الْعَبْدِ فَإِنَّهُ شَرِيعٌ لِدَفْعِ الْعَارِ عَنِ الْمَقْدُوفِ وَهُوَ الَّذِي يَنْتَفِعُ بِهِ عَلَى الْخُصُوصِ، فَمِنْ هَذَا الْوَجْهِ حَقُّ الْعَبْدِ، ثُمَّ إِنَّهُ شَرِيعٌ زَاجِرٌ وَمِنْهُ سُمِّيَ حَدًّا، وَالْمَقْصُودُ مِنْ شَرْعِ الزَّاجِرِ إِخْلَاءُ الْعَالَمِ عَنِ الْفَسَادِ، وَهَذَا آيَةٌ حَقُّ الشَّرْعِ وَبِكُلِّ ذَلِكَ تَشْهَدُ الْأَحْكَامُ. وَإِذَا تَعَارَضَتِ الْجِهَتَانِ، فَالشَّافِعِيُّ مَالَ إِلَى تَغْلِيْبِ حَقِّ الْعَبْدِ تَقْدِيمًا لِحَقِّ الْعَبْدِ بِاعْتِبَارِ حَاجَتِهِ وَغَنَى الشَّرْعِ، وَنَحْنُ صَرْنَا إِلَى تَغْلِيْبِ حَقِّ الشَّرْعِ لِأَنَّ مَا لِلْعَبْدِ مِنَ الْحَقِّ يَتَوَلَّاهُ مَوْلَاهُ فَيَصِيرُ حَقُّ الْعَبْدِ مَرْعِيًّا بِهِ، وَلَا كَذَلِكَ عَكْسُهُ لِأَنَّهُ لَا وِلَايَةَ لِلْعَبْدِ فِي اسْتِيفَاءِ حُقُوقِ الشَّرْعِ إِلَّا نِيَابَةً عَنْهُ، وَهَذَا هُوَ الْأَصْلُ الْمَشْهُورُ الَّذِي يَتَخَرَّجُ عَلَيْهِ الْفُرُوعُ الْمُخْتَلَفُ فِيهَا مِنْهَا الْإِرْثُ، إِذِ الْإِرْثُ يَجْرِي فِي حُقُوقِ الْعِبَادِ لَا فِي حُقُوقِ الشَّرْعِ. وَمِنْهَا الْعَفْوُ فَإِنَّهُ لَا يَصِحُّ عَفْوُ الْمَقْدُوفِ عِنْدَنَا وَيَصِحُّ عِنْدَهُ. وَمِنْهَا أَنَّهُ لَا يَجُوزُ الْاِعْتِيَاظُ عَنْهُ وَيَجْرِي فِيهِ التَّدَاخُلُ وَعِنْدَهُ لَا يَجْرِي. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ فِي الْعَفْوِ مِثْلُ قَوْلِ الشَّافِعِيِّ: وَمِنْ أَصْحَابِنَا مَنْ قَالَ: إِنَّ الْغَالِبَ حَقُّ الْعَبْدِ وَخَرَجَ الْأَحْكَامُ، وَالْأَوَّلُ أَظْهَرُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَبِكُلِّ ذَلِكَ تَشْهَدُ الْأَحْكَامُ) أَمَّا الْأَحْكَامُ الَّتِي تُدَلُّ عَلَى أَنَّهُ حَقُّ الْعَبْدِ فَهُوَ أَنَّهُ يُسْتَوْفَى بِالْبَيِّنَةِ بَعْدَ تَقَاذُمِ الْعَهْدِ وَلَا يَعْمَلُ فِيهِ الرُّجُوعُ عَنِ الْإِقْرَارِ، وَكَذَلِكَ لَا يُسْتَوْفَى إِلَّا بِخُصُومَةٍ، وَإِنَّمَا يُسْتَوْفَى بِخُصُومَةٍ مَا هُوَ حَقُّهُ، بِخِلَافِ السَّرْقَةِ فَإِنَّ خُصُومَتَهُ هُنَاكَ لِلْمَالِ دُونَ الْحَدِّ، حَتَّى لَوْ بَطَلَ الْحَدُّ لَمَعْنَى الشُّبْهَةِ لَا يَبْطُلُ الْمَالُ، وَيُقَامُ هَذَا الْحَدُّ عَلَى الْمُسْتَأْمَنِ، وَإِنَّمَا يُؤْخَذُ الْمُسْتَأْمَنُ بِمَا هُوَ مِنْ حُقُوقِ الْعِبَادِ، وَيَقْدَمُ اسْتِيفَاؤُهُ عَلَى حَدِّ الزَّنا وَحَدِّ السَّرْقَةِ وَشَرْبِ الْخَمْرِ، حَتَّى أَنْ رَجُلًا لَوْ قُبِتَ عَلَيْهِ بِإِقْرَارِهِ الزَّنا وَالسَّرْقَةُ وَشَرْبُ الْخَمْرِ وَالْقَذْفُ وَفَقَّ عَيْنَ رَجُلٍ يُبْدَأُ بِالْقَصَاصِ فِي الْعَيْنِ لِأَنَّهُ مُحَضُّ حَقِّ الْعَبْدِ، وَحَقُّ الْعَبْدِ مُقَدَّمٌ فِي الْاسْتِيفَاءِ لِمَا يَلْحَقُهُ مِنَ الضَّرَرِ بِالتَّأْخِيرِ لِأَنَّهُ يَخَافُ الْفَوْتَ، وَاللَّهُ تَعَالَى لَا يَفُوتُهُ شَيْءٌ، إِذَا بَرِئَ مِنْ ذَلِكَ يُقَامُ عَلَيْهِ حَدُّ الْقَذْفِ. وَأَمَّا الْأَحْكَامُ الَّتِي تَشْهَدُ عَلَى أَنَّهُ حَقُّ اللَّهِ تَعَالَى فَهِيَ أَنْ الْاسْتِيفَاءَ إِلَى الْإِمَامِ،

وَالْإِمَامُ إِنَّمَا يَتَّعِنُ نَائِبًا فِي اسْتِيفَاءِ حَقِّ اللَّهِ تَعَالَى، وَأَمَّا حَقُّ الْعَبْدِ فَاسْتِيفَاؤُهُ إِلَيْهِ، وَلَا يَحْلِفُ فِيهِ الْقَازِفُ وَلَا يَنْقَلِبُ مَا لَا عِنْدَ السَّقُوطِ.

وَقَوْلُهُ (لَأَنَّ مَا لِلْعَبْدِ مِنَ الْحَقِّ إِنْ خَلَّ قِيلَ فِيهِ نَظَرٌ، لِأَنَّهُ يَلْزَمُ أَنْ لَا يَكُونَ حَقُّ الْعَبْدِ غَالِبًا إِذَا اجْتَمَعَ الْحَقَّانِ أَصْلًا. وَهُوَ خِلَافُ الْأُصُولِ وَالْمُنْقُولِ، فَإِنَّ الْقِصَاصَ مِمَّا اجْتَمَعَ فِيهِ وَحَقُّ الْعَبْدِ غَالِبٌ. وَاعْتَرَضَ بِأَنَّ مِنَ الْأَحْكَامِ مَا يُنَافِي الْحَقِّينِ جَمِيعًا وَهُوَ أَنَّهُ يَسْقُطُ بِمَوْتِ الْمَقْدُوفِ وَشَيْءٌ مِنَ الْحَقِّينِ لَا يَسْقُطُ بِهِ. وَأُجِيبَ بَأَنَّا لَا نَقُولُ إِنَّهُ يَسْقُطُ بِمَوْتِهِ وَلَكِنْ يَتَعَذَّرُ اسْتِيفَاؤُهُ لِعَدَمِ شَرْطِهِ، فَإِنَّ الشَّرْطَ خُصُومَةُ الْمَقْدُوفِ وَلَا يَتَحَقَّقُ بِهِ الْخُصُومَةُ بَعْدَ مَوْتِهِ.

وَقَوْلُهُ (وَمِنْ أَصْحَابِنَا مَنْ قَالَ) يُرِيدُ بِهِ صَدْرَ الْإِسْلَامِ أَبَا الْيُسْرِ، فَإِنَّهُ ذَكَرَ فِي مَبْسُوطِهِ. وَالصَّحِيحُ أَنَّ الْمَغْلَبَ فِيهِ حَقُّ الْعَبْدِ كَمَا قَالَ الشَّافِعِيُّ، لِأَنَّ أَكْثَرَ الْأَحْكَامِ تَدُلُّ عَلَيْهِ، وَالْمَعْقُولُ يَشْهَدُ لَهُ لَمَّا ذَكَرْنَا أَنَّ الْعَبْدَ مُنْتَفِعٌ بِهِ عَلَى الْخُصُوصِ. وَقَدْ نَصَّ مُحَمَّدٌ فِي الْأَصْلِ أَنَّ حَدَّ الْقَذْفِ حَقُّ الْعَبْدِ كَالْقِصَاصِ إِلَّا أَنَّهُ فَوْضَ إِقَامَتِهِ إِلَى الْإِمَامِ لِأَنَّهُ لَا يَهْتَدِي كُلُّ أَحَدٍ إِلَى إِقَامَةِ الْجَلْدِ. وَقَوْلُهُ (وَخَرَجَ الْأَحْكَامُ) أَيُّ أَجَابَ عَنْ الْأَحْكَامِ الَّتِي تَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ حَقُّ اللَّهِ بِجَوَابٍ يُوَافِقُ الْمَذْهَبَ فَقَالَ فِي التَّفْوِيضِ إِلَى الْإِمَامِ مَا ذَكَرْنَا أَنَّ كُلَّ أَحَدٍ لَا يَهْتَدِي إِلَى إِقَامَةِ الْجَلْدِ. وَقَالَ فِي عَدَمِ الْإِرْثِ إِنَّ عَدَمَهُ لَا يَسْتَوْجِبُ كَوْنَهُ حَقًّا لِلَّهِ كَالشَّفْعَةِ وَخِيَارِ الشَّرْطِ لِأَنَّ الْإِرْثَ يَجْرِي فِي الْأَعْيَانِ. وَأُجَابَ عَنْ كَوْنِ الْقِصَاصِ يُورَثُ بِأَنَّهُ فِي مَعْنَى مِلْكِ الْعَيْنِ لِأَنَّهُ يَمْلِكُ الْإِثْلَافَ الْعَيْنِ وَمِلْكُ الْإِثْلَافِ مِلْكُ الْعَيْنِ عِنْدَ النَّاسِ.

فَإِنَّ الْإِنْسَانَ لَا يَمْلِكُ شِرَاءَ الطَّعَامِ إِلَّا لِلْإِثْلَافِ وَهُوَ الْأَكْلُ، فَصَارَ مَنْ عَلَيْهِ الْقِصَاصُ كَالْمَمْلُوكِ لَمْ يَلِ لَهُ الْقِصَاصُ وَهُوَ بَاقٍ فَيَمْلِكُهُ الْوَارِثُ فِي حَقِّ اسْتِيفَاءِ الْقِصَاصِ. وَقَوْلُهُ (وَالأَوَّلُ) وَهُوَ أَنَّ الْعَالِبَ فِيهِ حَقُّ اللَّهِ (أُظْهِرُ) قَالَ فِي النَّهَائَةِ: لَمَّا ذَكَرْنَا مِنْ دَلِيلِ غَلْبَةِ حَقِّ اللَّهِ فِيهِ، وَلِأَنَّ عَامَّةَ أَصْحَابِنَا عَلَيْهِ فَكَانَ الْأَخْذُ بِقَوْلِ عَامَّةِ الْعُلَمَاءِ أَظْهَرَ، وَالتَّانِي أَظْهَرَ.

قَالَ (وَمَنْ أَقَرَّ بِالْقَذْفِ ثُمَّ رَجَعَ لَمْ يَقْبَلْ رُجُوعُهُ) لِأَنَّ لِلْمَقْدُوفِ فِيهِ حَقًّا فَيَكْذِبُهُ فِي الرُّجُوعِ، بِخِلَافِ مَا هُوَ خَالِصُ حَقِّ اللَّهِ لِأَنَّهُ لَا مُكَذَّبَ لَهُ فِيهِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ أَقْرَبُ بِالْقَذْفِ) مِنَ الْأَحْكَامِ الَّتِي تَشْهَدُ بِكَوْنِهِ حَقَّ الْعَبْدِ.
(وَمَنْ قَالَ لِعَرَبِيٍّ يَا نَبْطِي لَمْ يَحْدِ) لِأَنَّهُ يُرَادُ بِهِ التَّشْبِيهُ فِي الْأَخْلَاقِ أَوْ عَدَمِ
الْفَصَاحَةِ، وَكَذَا إِذَا قَالَ لَسْتُ بِعَرَبِيٍّ لَمَّا قُلْنَا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ قَالَ لِعَرَبِيٍّ يَا نَبْطِي) ظَاهِرٌ. وَالتَّبْطُّ جِيلٌ مِنَ النَّاسِ بِسَوَادِ الْعِرَاقِ.
وَسُئِلَ ابْنُ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا عَنْ رَجُلٍ قَالَ لِقُرَشِيٍّ يَا نَبْطِي فَقَالَ: لَا حَدَّ عَلَيْهِ.
وَقَوْلُهُ (لَمَّا قُلْنَا) يَعْنِي قَوْلُهُ لِأَنَّهُ يُرَادُ بِهِ التَّشْبِيهُ إلخ.

(وَمَنْ قَالَ لِرَجُلٍ يَا ابْنَ مَاءِ السَّمَاءِ فَلَيْسَ بِقَاضٍ) لِأَنَّهُ يُرَادُ بِهِ التَّشْبِيهُ فِي الْجُودِ
وَالسَّمَاحَةِ وَالصَّفَاءِ، لِأَنَّ مَاءَ السَّمَاءِ لُقِّبَ بِهِ لَصَفَائِهِ وَسَخَائِهِ (وَإِنْ نَسَبَهُ إِلَى عَمِّهِ أَوْ خَالِهِ
أَوْ إِلَى زَوْجِ أُمِّهِ فَلَيْسَ بِقَاضٍ) لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْ هَؤُلَاءِ يُسَمَّى أَبًا، أَمَّا الْأَوَّلُ فَلَقَوْلِهِ
تَعَالَى: ﴿نَعْبُدُ إِلَهَكَ وَإِلَهَ آبَائِكَ إِبْرَاهِيمَ وَإِسْمَاعِيلَ وَإِسْحَاقَ﴾ (البقرة: ١١٣٣)
وَإِسْمَاعِيلُ كَانَ عَمًّا لَهُ. وَالثَّانِي لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «الْخَالُ أَبٌ»^(١). وَالثَّلَاثُ
لِلتَّشْبِيهِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (لِأَنَّ مَاءَ السَّمَاءِ لُقِّبَ بِهِ) أَيَّ بِهَذَا اللَّفْظِ، وَمَاءُ السَّمَاءِ هُوَ لُقْبُ أَبِي
الْمُزَيْقِيَاءِ، وَالْمُزَيْقِيَاءُ هُوَ عَمْرُو بْنُ عَامِرٍ، لُقِّبَ بِالْمُزَيْقِيَاءِ لِأَنَّهُ كَانَ يُمَزَّقُ فِي كُلِّ يَوْمٍ
حُلَّتَيْنِ يَلْبَسُهُمَا وَيَكْرَهُ أَنْ يَعُودَ فِيهِمَا وَيَأْتَفُ أَنْ يَلْبَسَهُمَا غَيْرُهُ، وَأَبُوهُ عَامِرُ بْنُ حَارِثَةَ
الْأَزْدِيُّ كَانَ يُلْقَبُ بِمَاءِ السَّمَاءِ لِأَنَّهُ وَقْتَ الْقَحْطِ كَانَ يُقِيمُ مَالَهُ مَقَامَ الْقَطْرِ عَطَاءً
وَجُودًا وَقَوْلُهُ (وَإِسْمَاعِيلُ كَانَ عَمًّا لَهُ) أَيَّ لِيَعْقُوبَ، فَإِنَّ إِسْمَاعِيلَ وَإِسْحَاقَ ابْنَا
إِبْرَاهِيمَ وَيَعْقُوبُ بْنُ إِسْحَاقَ فَكَانَ إِسْمَاعِيلُ عَمًّا لَهُ فَأَدْخَلُوهُ تَحْتَ الْآبَاءِ فَدَلَّ عَلَى أَنَّ
الْعَمَّ يُسَمَّى أَبًا.

(وَمَنْ قَالَ لغيره زَنَاتَ فِي الْجَبَلِ وَقَالَ عَنَيْتُ صُعُودَ الْجَبَلِ حَدًّا، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي

(١) قال الزيلعي في نصب الراية (٣/٥٤٠): غريب.

حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ: لَا يُحَدُّ لِأَنَّ الْمَهْمُوزَ مِنْهُ لِلصُّعُودِ حَقِيقَةً قَالَتْ امْرَأَةٌ مِنَ الْعَرَبِ:

وَارْقَ إِلَى الْخَيْرَاتِ زَنَاءً فِي الْجَبَلِ

وَذَكَرَ الْجَبَلَ يُقَرِّرُهُ مُرَادًا. وَلَهُمَا أَنَّهُ يُسْتَعْمَلُ فِي الْفَاحِشَةِ مَهْمُوزًا أَيْضًا لِأَنَّ مِنَ الْعَرَبِ مَنْ يَهْمِزُ الْمَلِينَ كَمَا يُلِينُ الْمَهْمُوزَ، وَحَالَةَ الْغَضَبِ وَالسَّبَابِ تُعَيِّنُ الْفَاحِشَةَ مُرَادًا بِمَنْزِلَتِ مَا إِذَا قَالَ يَا زَانِي أَوْ قَالَ زَنَاتَ، وَذَكَرَ الْجَبَلَ إِنَّمَا يُعَيِّنُ الصُّعُودَ مُرَادًا إِذَا كَانَ مَقْرُونًا بِكَلِمَةٍ عَلَى إِذْ هُوَ لِلْمُسْتَعْمَلِ فِيهِ، وَلَوْ قَالَ زَنَاتَ عَلَى الْجَبَلَ لَا يُحَدُّ لَمَّا قُلْنَا، وَقِيلَ يُحَدُّ لِلْمَعْنَى الَّذِي ذَكَرْنَاهُ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ قَالَ لَعْنِهِ زَنَاتٌ فِي الْجَبَلِ) بِالْمَهْمُوزِ (وَقَالَ عَنَيْتَ صُعُودَ الْجَبَلِ حُدَّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ: لَا يُحَدُّ لِأَنَّ الْمَهْمُوزَ مِنْهُ لِلصُّعُودِ حَقِيقَةً) وَاسْتَشْهَدَ الْمُصَنِّفُ لَذَلِكَ بِقَوْلِ الشَّاعِرِ: وَارْقَ إِلَى الْخَيْرَاتِ زَنَاءً فِي الْجَبَلِ قَالَ (وَذَكَرُ الْجَبَلَ يُقَرِّرُهُ) أَيُّ يُقَرِّرُ الصُّعُودَ (مُرَادًا) تَأْكِيدًا لَكُونَ الْمَهْمُوزَ لِلصُّعُودِ حَقِيقَةً وَقَوْلُهُ (وَلَهُمَا أَنَّهُ يُسْتَعْمَلُ الْخ) وَاصِحٌ. وَقِيلَ كَلَامُهُ يُشِيرُ إِلَى أَنَّ الْمَهْمُوزَ مُشْتَرَكٌ بَيْنَ الْفَاحِشَةِ وَالصُّعُودِ، وَحَالَةَ الْغَضَبِ وَالسَّبَابِ تُعَيِّنُ أَحَدَ الْمُحْتَمَلَيْنِ عِنْدَهُمَا. وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ حَقِيقَةٌ فِي الصُّعُودِ مَجَازٌ فِي الْفَاحِشَةِ وَحِينَئِذٍ يَتَرَجَّحُ قَوْلُهُ لِأَنَّ اللَّفْظَ إِذَا دَارَ بَيْنَ كَوْنِهِ مُشْتَرَكًا وَحَقِيقَةً وَمَجَازًا فَالثَّانِي يَتَرَجَّحُ عَلَى الْأَوَّلِ لَعَدَمِ إِخْلَالِهِ بِالْفَهْمِ وَلِأَنَّ الْبَابَ بَابُ الْحَدِّ فَيَحْتَالُ لِلدَّرْءِ. وَقَوْلُهُ (لَمَّا قُلْنَا) إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ إِذَا كَانَ مَقْرُونًا بِكَلِمَةٍ عَلَى. وَقَوْلُهُ (لِلْمَعْنَى الَّذِي ذَكَرْنَا) إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ وَحَالَةَ الْغَضَبِ وَالسَّبَابِ تُعَيِّنُ الْفَاحِشَةَ مُرَادًا

(وَمَنْ قَالَ لِأَخْرِيَا زَانِي فَقَالَ لَا بَلْ أَنْتَ فَإِنَّهُمَا يُحَدَّانِ) لِأَنَّ مَعْنَاهُ لَا بَلْ أَنْتَ زَانٍ، إِذْ هِيَ كَلِمَةٌ عَطْفٍ يُسْتَدْرَكُ بِهَا الْغَلَطُ فَيَصِيرُ الْخَبَرُ الْمَذْكُورُ فِي الْأَوَّلِ مَذْكُورًا فِي الثَّانِي.

الشرح:

(قَوْلُهُ وَمَنْ قَالَ لِأَخْرِيَا زَانِي) ظَاهِرٌ. وَاعْتَرَضَ عَلَى قَوْلِهِ فَيَصِيرُ الْخَبَرُ الْمَذْكُورُ فِي الْأَوَّلِ مَذْكُورًا فِي الثَّانِي بِأَنَّ الْمُرَادَ بِالْأَوَّلِ هُوَ قَوْلُهُ يَا زَانِي وَمَا ثَمَّةَ خَبَرٍ أَصْلًا.

وَالْجَوَابُ أَنَّ الْمُرَادَ بِالْخَبَرِ الْجُزْءَ، وَحِينَئِذٍ يَسْتَقِيمُ الْكَلَامُ لِأَنَّ الْخَبَرَ جُزْءٌ أَحْصَىٰ فَيَجُوزُ أَنْ يُسْتَعَارَ لِلْأَعْمِّ

(وَمَنْ قَالَ لَامْرَأَتِهِ يَا زَانِيَةٌ فَقَالَتْ لَا بَلْ أَنْتَ حَدَّثْتَ الْمَرْأَةَ وَلَا لِعَانَ) لِأَنَّهُمَا قَاذِفَانِ وَقَذَفُهُ يُوجِبُ اللَّعَانَ وَقَذَفُهَا الْحَدُّ، وَفِي الْبُدَاءَةِ بِالْحَدِّ إِبْطَالُ اللَّعَانِ؛ لِأَنَّ الْمَحْدُودَ فِي الْقَذْفِ لَيْسَ بِأَهْلٍ لَهُ وَلَا إِبْطَالُ فِي عَكْسِهِ أَصْلًا فَيُحْتَالُ لِلدَّرءِ، إِذَا اللَّعَانُ فِي مَعْنَى الْحَدِّ (وَلَوْ قَالَتْ زَنَيْتَ بِكَ فَلَا حَدَّ وَلَا لِعَانَ) مَعْنَاهُ قَالَتْ بَعْدَمَا قَالَ لَهَا يَا زَانِيَةٌ لَوْفُوعُ الشُّكِّ فِي كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنَّهَا أَرَادَتْ الزَّناَ قَبْلَ النِّكَاحِ فَيَجِبُ الْحَدُّ دُونَ اللَّعَانِ لِتَصْدِيقِهَا إِيَّاهُ وَأَنْعِدَامِهِ مِنْهُ، وَيَحْتَمِلُ أَنَّهَا أَرَادَتْ زِنَايَ مَا كَانَ مَعَكَ بَعْدَ النِّكَاحِ لِأَنِّي مَا مَكُنْتُ أَحَدًا غَيْرَكَ. وَهُوَ الْمُرَادُ فِي مِثْلِ هَذِهِ الْحَالَةِ، وَعَلَىٰ هَذَا الْاِعْتِبَارِ يَجِبُ اللَّعَانُ دُونَ الْحَدِّ عَلَى الْمَرْأَةِ لَوْجُودِ الْقَذْفِ مِنْهُ وَعَدَمِهِ مِنْهَا فَجَاءَ مَا قُلْنَا.

الشرح:

(وَمَنْ قَالَ لَامْرَأَتِهِ يَا زَانِيَةٌ فَقَالَتْ لَا بَلْ أَنْتَ) عَلَى مَا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ ظَاهِرٌ (قَوْلُهُ لِأَنَّ الْمَحْدُودَ فِي الْقَذْفِ لَيْسَ بِأَهْلٍ لِلْعَانَ) دَلِيلُهُ أَنَّ أَهْلِيَّةَ اللَّعَانِ تَعْتَمِدُ أَهْلِيَّةَ الشَّهَادَةِ وَإِقَامَةُ حَدِّ الْقَذْفِ تُبْطِلُ أَهْلِيَّةَ شَهَادَةِ الْمَحْدُودِ فِي الْقَذْفِ. وَقَوْلُهُ (وَلَا إِبْطَالُ فِي عَكْسِهِ أَصْلًا) يَعْنِي لَوْ قَدَّمْنَا اللَّعَانَ لَا يَنْطُلُ حَدُّ الْقَذْفِ عَنِ الْمَرْأَةِ لِأَنَّ إِحْصَانَ الرَّجُلِ لَا يَنْطُلُ بِجَرَائِنِ اللَّعَانِ بَيْنَهُمَا، غَايَةُ مَا فِي الْبَابِ أَنَّ اللَّعَانَ فِي حَقِّ الرَّجُلِ قَائِمٌ مَقَامَ حَدِّ الْقَذْفِ وَلَكِنْ لَا يَخْرُجُ بِهِ عَنْ أَنْ يَكُونَ عَقِيفًا عَنْ فِعْلِ الزَّناَ فَيَجِبُ حَدُّ الْقَذْفِ عَلَى الْمَرْأَةِ اخْتِيَالًا لِلدَّرءِ اللَّعَانَ الَّذِي هُوَ بِمَعْنَى الْحَدِّ.

وَقَوْلُهُ (وَلَوْ قَالَتْ زَنَيْتَ بِكَ) يَعْنِي فِي جَوَابِ قَوْلِهِ لَهَا يَا زَانِيَةٌ. وَقَوْلُهُ (وَأَنْعِدَامُهُ) أَيِ انْعِدَامِ التَّصْدِيقِ مِنَ الزَّوْجِ. وَقَوْلُهُ (وَيُحْتَمَلُ أَنَّهَا أَرَادَتْ زِنَايَ مَا كَانَ مَعَكَ بَعْدَ النِّكَاحِ) أُعْتَرِضَ عَلَيْهِ بِأَنَّ الْوَطْءَ بَعْدَ النِّكَاحِ لَا يُسَمَّى زِنَاً فَلَا يَصْلُحُ مَحْمَلًا.

وَأُجِيبَ بِأَنَّ الزَّناَ يُطْلَقُ عَلَى ذَلِكَ بِطَرِيقِ الْمُشَاكَلَةِ كَمَا فِي قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿بَلْ يَدَاهُ مَبْسُوطَتَانِ﴾ [المائدة: ٦٤] حَمَلَهَا عَلَى ذَلِكَ لِتَرْكِيبِ فَرْطٍ غِظْطِهَا بِإِطْلَاقِ تِلْكَ الْكَلِمَةِ، وَعَلَى هَذَا الْاِعْتِبَارِ لَا تَكُونُ مُصَدِّقَةً لَزَوْجِهَا فَيَجِبُ اللَّعَانُ عَلَى الزَّوْجِ وَلَا

يَجِبُ الْحَدُّ عَلَى الْمَرْأَةِ، فَبِئْسَ حَالٌ لَا يَجِبُ الْحَدُّ عَلَيْهَا وَيَجِبُ اللَّعَانُ عَلَى الزَّوْجِ، وَفِي حَالٍ يَجِبُ الْحَدُّ عَلَيْهَا وَلَا يَجِبُ اللَّعَانُ، فَوَقَعَ الشُّكُّ وَجَاءَ مَا قُلْنَا أَنَّهُ لَا حَدَّ وَلَا لَعَانَ. (وَمَنْ أَقْرَبُ بَوْلِدٍ ثُمَّ نَفَاهُ فَإِنَّهُ يُلَاعَنُ) لِأَنَّ النَّسَبَ لَزِمَهُ بِإِقْرَارِهِ وَبِالْتَّفَئِي بَعْدَهُ صَارَ قَاضِيًا فَيُلَاعَنُ (وَإِنْ نَفَاهُ ثُمَّ أَقْرَبَ بِهِ حَدٌّ) لِأَنَّهُ لَمَّا أَكْذَبَ نَفْسَهُ بَطَلَ اللَّعَانُ لِأَنَّهُ حَدٌّ ضَرْوَرِيٌّ صِيرَ إِلَيْهِ ضَرْوَرَةَ التَّكَاذُبِ، وَالْأَصْلُ فِيهِ حَدُّ الْقَذْفِ. فَإِذَا بَطَلَ التَّكَاذُبُ يُصَارُ إِلَى الْأَصْلِ، وَفِيهِ خِلَافٌ ذَكَرْنَاهُ فِي اللَّعَانِ (وَالْوَلَدُ وَلَدُهُ) فِي الْوَجْهَيْنِ لِإِقْرَارِهِ بِهِ سَابِقًا أَوْ لَاحِقًا، وَاللَّعَانُ يَصِحُّ بِدُونِ قَطْعِ النَّسَبِ كَمَا يَصِحُّ بِدُونِ الْوَلَدِ (وَإِنْ قَالَ لَيْسَ بِابْنِي وَلَا بِابْنَتِكَ فَلَا حَدَّ وَلَا لَعَانَ) لِأَنَّهُ أَنْكَرَ الْوِلَادَةَ وَبِهِ لَا يَصِيرُ قَاضِيًا.

الشرح:

قَوْلُهُ (لَأَنَّهُ) أَيُّ اللَّعَانِ (حَدٌّ ضَرْوَرِيٌّ صِيرَ إِلَيْهِ ضَرْوَرَةَ التَّكَاذُبِ، وَالْأَصْلُ فِيهِ حَدُّ الْقَذْفِ) لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ﴾ [النور: ٤] (وَإِذَا بَطَلَ التَّكَاذُبُ) بِإِكَذَابِ الرَّجُلِ نَفْسَهُ (يُصَارُ إِلَى الْأَصْلِ وَالْوَلَدُ وَلَدُهُ فِي الْوَجْهَيْنِ) أَيُّ فِي الْوَجْهِ الَّذِي أَقْرَبَ ثُمَّ نَفَى وَعَكْسِهِ. قَوْلُهُ (لِإِقْرَارِهِ بِهِ سَابِقًا أَوْ لَاحِقًا) أَيُّ لِإِقْرَارِ الزَّوْجِ بِالْوَلَدِ سَابِقًا عَلَى التَّفْئِي فِيمَا إِذَا أَقْرَبَ ثُمَّ نَفَى أَوْ لَاحِقًا فِيمَا إِذَا نَفَاهُ ثُمَّ أَقْرَبَ بِهِ. وَقَوْلُهُ (وَاللَّعَانُ يَصِحُّ بِدُونِ قَطْعِ النَّسَبِ) جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ إِنَّ سَبَبَ اللَّعَانِ هُنَا هُوَ نَفْيُ الْوَلَدِ فَلَمَّا لَمْ يَنْتَفِ الْوَلَدُ وَجَبَ أَنْ لَا يَجْزِيَ يَتَّبِعُهُمَا اللَّعَانُ لِأَنَّ بُطْلَانَ الْمُتَضَمِّنِ يَقْتَضِي بُطْلَانَ الْمُتَضَمَّنِ. وَوَجْهُهُ أَنْ قَطْعَ النَّسَبِ لَيْسَ مِنْ ضَرْوَرَةِ اللَّعَانِ فَاعْتَبَرَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا: أَيُّ مِنْ نَسَبَتِهِ إِلَى الزَّوْنِ وَمَنْ نَفَى الْوَلَدَ مُنْفَصِلًا عَنِ الْآخَرِ فَصَارَ كَأَنَّهُ نَسَبَهَا إِلَى الزَّوْنِ مِنْ غَيْرِ نَفْيِ الْوَلَدِ بَأَنْ قَالَ يَا زَانِيَةً وَفِيهِ اللَّعَانُ، فَكَذَا هَاهُنَا؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ إِذَا تَطَاوَلَتْ مُدَّةُ وَلَادَةٍ مِنْكَوَحَتِهِ عَلَى حَسَبِ مَا اخْتَلَفُوا فِيهِ ثُمَّ قَالَ لَيْسَ بِابْنِي فَإِنَّهُ يُلَاعَنُ مَعَ أَنْ سَبَبَ اللَّعَانِ نَفْيُ الْوَلَدِ، وَلَمْ يَنْتَفِ الْوَلَدُ لِأَنَّهُ صَارَ بِمَنْزِلَةِ قَوْلِهِ أَنْتِ زَانِيَةٌ. قَوْلُهُ (وَإِنْ قَالَ لَيْسَ بِابْنِي وَلَا بِابْنَتِكَ) ظَاهِرٌ.

(وَمَنْ قَذَفَ امْرَأَةً وَمَعَهَا أَوْلَادٌ لَمْ يُعْرِفْ لَهُمْ أَبٌ أَوْ قَذَفَ الْمُلَاعِنَةَ بِوَلَدٍ وَالْوَلَدُ حَيٌّ أَوْ قَذَفَهَا بَعْدَ مَوْتِ الْوَلَدِ فَلَا حَدَّ عَلَيْهِ) لِقِيَامِ أَمَارَةِ الزَّوْنِ مِنْهَا وَهِيَ وَلَادَةُ وَلَدٍ لَا أَبَ لَهُ فَفَاتَتْ الْعِفَّةُ نَظَرًا إِلَيْهَا وَهِيَ شَرْطُ الْإِحْصَانِ (وَلَوْ قَذَفَ امْرَأَةً لَاعَنَتْ بِغَيْرِ وَلَدٍ فَعَلَيْهِ

الحَدُّ لَانْعِدَامِ أَمَارَةِ الزَّنا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (أَوْ قَذَفَ الْمُلَاعِنَةَ بَوْلِدٍ) بَفَتَحِ الْعَيْنِ كَذَا نَقَلَهُ صَاحِبُ النَّهَائَةِ بِخَطِّ شَيْخِهِ، وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ بِكَسْرِ الْعَيْنِ وَمَعْنَاهُ الَّتِي لَاعَنَتْ بَوْلِدٍ كَذَا فِي الْكَافِي. وَقَوْلُهُ (بَوْلِدٍ) يَتَّصِلُ بِالْمُلَاعِنَةِ. وَقَوْلُهُ (فَقَاتَتْ الْعِفَّةُ نَظَرَ إِلَيْهَا) أَيُّ إِلَى إِمَارَةِ الزَّنا (وَهُوَ) أَيُّ الْعِفَّةُ وَذَكَرَهُ نَظَرًا إِلَى قَوْلِهِ شَرَطُ وَمَعْنَاهُ الْعِفَّةُ شَرَطُ وَجُوبِ حَدِّ الْقَذْفِ عَلَى الْقَاذِفِ وَهِيَ فَائِثَةٌ فَلَا يَجِبُ الْحَدُّ. وَقَوْلُهُ (وَلَوْ قَذَفَ امْرَأَةً لَاعَنَتْ بِغَيْرِ وَلَدٍ) ظَاهِرٌ. فَإِنْ قِيلَ: اللَّعَانُ قَائِمٌ مَقَامَ حَدِّ الزَّنا فِي حَقِّهَا فَقَدْ وَجَدَ أَمَارَةَ الزَّنا مِنْهَا فَيَنْبَغِي أَنْ يَسْقُطَ الْحَدُّ عَنْ الْقَاذِفِ نَظَرًا إِلَى هَذَا.

قُلْنَا: بَلَى لَكِنَّهُ قَائِمٌ مَقَامَ حَدِّ الْقَذْفِ فِي جَانِبِ الزَّوْجِ فَبِالنَّظَرِ إِلَى هَذَا الْوَجْهِ تَكُونُ الْمَرْأَةُ مُحْصَنَةً فَتَعَارِضُ الْوَجْهَانِ فَتَسَاقُطُ فَبَقِيَ الْقَذْفُ سَلَامًا عَنْ الْمُعَارِضِ فَوَجِبَ الْحَدُّ عَلَى الْقَاذِفِ. قَالَ صَاحِبُ النَّهَائَةِ: وَوَجَدْتُ بِخَطِّ شَيْخِي فِي جَوَابِ هَذِهِ الشُّبْهَةِ. قُلْنَا: نَعَمْ إِنَّ اللَّعَانَ فِي جَانِبِهَا قَائِمٌ مَقَامَ حَدِّ الزَّنا، لَكِنْ بِالنَّسْبَةِ إِلَى الزَّوْجِ لَا بِالنَّسْبَةِ إِلَى غَيْرِهِ، فَكَانَتْ هِيَ مُحْصَنَةً بِالنَّسْبَةِ إِلَى غَيْرِ الزَّوْجِ فَيَجِبُ الْحَدُّ عَلَى قَاذِفِهَا.

فَقَالَ (وَمَنْ وَطِئَ وَطْئًا حَرَامًا فِي غَيْرِ مِلْكِهِ لَمْ يُحَدَّ قَاذِفُهُ) لِفَوَاتِ الْعِفَّةِ وَهِيَ شَرَطُ الْإِحْصَانِ، وَلَأَنَّ الْقَاذِفَ صَادِقٌ، وَالْأَصْلُ فِيهِ أَنْ مَنْ وَطِئَ وَطْئًا حَرَامًا لِعَيْنِهِ لَا يَجِبُ الْحَدُّ بِقَذْفِهِ؛ لِأَنَّ الزَّنا هُوَ الْوُطْءُ الْمَحْرُمُ لِعَيْنِهِ، وَإِنْ كَانَ مُحْرَمًا لِغَيْرِهِ يُحَدُّ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِزَنًا فَالْوُطْءُ فِي غَيْرِ الْمِلْكِ مِنْ كُلِّ وَجْهِ أَوْ مِنْ وَجْهِ حَرَامٍ لِعَيْنِهِ وَكَذَا الْوُطْءُ فِي الْمِلْكِ، وَالْحُرْمَةُ مُؤَبَّدَةٌ، فَإِنْ كَانَتْ الْحُرْمَةُ مُؤَقَّتَةً فَالْحُرْمَةُ لِغَيْرِهِ، وَأَبُو حَنِيفَةَ يَشْتَرِطُ أَنْ تَكُونَ الْحُرْمَةُ الْمُؤَبَّدَةُ ثَابِتَةً بِالْإِجْمَاعِ، أَوْ بِالْحَدِيثِ الْمَشْهُورِ لَتَكُونَ ثَابِتَةً مِنْ غَيْرِ تَرَدُّدٍ (وَيَبَيَّنُهُ أَنْ مَنْ قَذَفَ رَجُلًا وَطِئَ جَارِيَةً مُشْتَرَكَةً بَيْنَهُ وَبَيْنَ آخَرَ فَلَا حَدَّ عَلَيْهِ) لَانْعِدَامِ الْمِلْكِ مِنْ وَجْهِ (وَكَذَا إِذَا قَذَفَ امْرَأَةً زَنَتْ فِي نَصَرَانِيَّتِهَا) لِتَحَقُّقِ الزَّنا مِنْهَا شَرعًا لَانْعِدَامِ الْمِلْكِ وَلِهَذَا وَجِبَ عَلَيْهَا الْحَدُّ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ وَطِئَ وَطْئًا حَرَامًا فِي غَيْرِ مِلْكِهِ) اعْلَمْ أَنَّ الْوُطْءَ الْحَرَامَ بِالْقِسْمَةِ

الأولى عَلَى تَوْعِينٍ: أَحَدُهُمَا حَرَامٌ لِعَيْنِهِ، وَالْآخَرُ لغيرِهِ، وَالْأَوَّلُ مَنْشَأُ حُرْمَتِهِ شَيْئَانِ: حُصُولُهُ فِي غَيْرِ الْمَلِكِ مِنْ كُلِّ وَجْهِ كَوَطْءِ الْأَجْنَبِيَّةِ، أَوْ مِنْ وَجْهِ كَوَطْءِ الْحَارِيَّةِ الْمُشْتَرَكَةِ بَيْنَهُ وَبَيْنَ غَيْرِهِ، وَحُصُولُهُ فِي امْرَأَةٍ هِيَ حَرَامٌ عَلَى الْوَاطِئِ حُرْمَةً مُؤَبَّدَةً كَوَطْءِ أُمِّهِ وَهِيَ أُخْتُهِ مِنَ الرِّضَاعِ، وَمَا سِوَى ذَلِكَ فَهُوَ مِنَ النَّوعِ الثَّانِي كَوَطْءِ أُمِّهِ الْمَجُوسِيَّةِ وَوَطْءِ أُمِّهِ الْأَخْتَيْنِ، وَالْقَازِفُ فِي النَّوعِ الْأَوَّلِ بَوَاجْهِهِ لَا يُحَدُّ حَدٌّ الْقَذْفِ لِفَوَاتِ الْعِفَّةِ وَهُوَ شَرْطُ الْإِحْصَانِ، وَلَأَنَّ الْقَازِفَ صَادِقٌ لَأَنَّ الرِّثَا هُوَ الْوَطْءُ الْحَرَامُ لِعَيْنِهِ (وَأَبُو حَنِيفَةَ شَرَطَ أَنْ تَكُونَ الْحُرْمَةُ الْمُؤَبَّدَةُ ثَابِتَةً بِالْإِجْمَاعِ) كَمَوْطُوعَةٍ لِلْأَبِ بَعْدَ مَلِكِ النِّكَاحِ أَوْ مَلِكِ الْيَمِينِ إِذَا اشْتَرَاهَا ابْنُهُ فَوَطَّعَهَا لَا يُحَدُّ قَازِفُهُ أَوْ بِالْحَدِيثِ الْمَشْهُورِ كَحُرْمَةِ وَطْءِ الْمَنْكُوحَةِ بِمَا شَهِدُوا فَإِنَّهَا ثَابِتَةٌ بِقَوْلِهِ ﷺ: «لَا نِكَاحَ إِلَّا بِالشَّهَادَةِ» وَهُوَ مَشْهُورٌ. وَفِي النَّوعِ الثَّانِي يُحَدُّ لَأَنَّ الْحُرْمَةَ فِيهِ بَعَارِضٌ عَلَى وَجْهِ الزَّوَالِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّ الْمَجُوسِيَّةَ إِذَا أَسْلَمَتْ أَوْ أُخْرِجَ إِحْدَى الْأَخْتَيْنِ عَنْ مِلْكِهِ حَلَّ لَهُ الْوَطْءُ فَلَمْ يَكُنْ زِنًا فَيُحَدُّ قَازِفُهُ، وَبَقِيَّةُ كَلَامِهِ ظَاهِرٌ.

(وَلَوْ قَذَفَ رَجُلًا أُمِّهُ وَهِيَ مَجُوسِيَّةٌ أَوْ امْرَأَتُهُ وَهِيَ حَائِضٌ أَوْ مُكَاتَبَةٌ لَهُ فَعَلَيْهِ الْحَدُّ) لَأَنَّ الْحُرْمَةَ مَعَ قِيَامِ الْمَلِكِ وَهِيَ مُؤَقَّتَةٌ فَكَانَتْ الْحُرْمَةُ لِغَيْرِهِ فَلَمْ يَكُنْ زِنًا. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّ وَطْءَ الْمُكَاتَبَةِ يُسْقِطُ الْإِحْصَانَ، وَهُوَ قَوْلُ زُهْرٍ لَأَنَّ الْمَلِكَ زَائِلٌ فِي حَقِّ الْوَطْءِ وَلِهَذَا يَلْزِمُهُ الْعَقْرُ بِالْوَطْءِ، وَنَحْنُ نَقُولُ مِلْكُ الذَّاتِ بَاقٍ وَالْحُرْمَةُ لِغَيْرِهِ إِذَا هِيَ مُؤَقَّتَةٌ.

(وَلَوْ قَذَفَ رَجُلًا وَطِئَ أُمِّهُ وَهِيَ أُخْتُهِ مِنَ الرِّضَاعَةِ لَا يُحَدُّ) لَأَنَّ الْحُرْمَةَ مُؤَبَّدَةٌ وَهَذَا هُوَ الصَّحِيحُ (وَلَوْ قَذَفَ مُكَاتَبًا مَاتَ وَتَرَكَ وَفَاءً لَا حَدَّ عَلَيْهِ) لِتَمَكُّنِ الشَّبَهَةِ فِي الْحُرِّيَّةِ لِمَكَانِ اخْتِلَافِ الصَّحَابَةِ. رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَهَذَا هُوَ الصَّحِيحُ) اخْتِرَازًا عَنْ قَوْلِ الْكَرْخِيِّ فَإِنَّهُ يَقُولُ: بَوَاطِنُهَا لَا يَسْقُطُ إِحْصَانُهُ لَأَنَّ حُرْمَةَ الْفِعْلِ مَعَ قِيَامِ الْمَلِكِ الَّذِي هُوَ الْمُبِيحُ لَا يَسْقُطُ إِحْصَانُهُ كَوَطْءِ امْرَأَتِهِ الْحَائِضِ أَوْ الْمَجُوسِيَّةِ أَوْ الَّتِي ظَاهَرَتْ مِنْهَا أَوْ الْمُحْرَمَةِ أَوْ أُمِّهِ الَّتِي زَوَّجَهَا وَهِيَ فِي عِدَّةٍ مِنْ غَيْرِهِ لَأَنَّ مِلْكَ الْحِلِّ قَائِمٌ بِنَقَاءِ سَبَبِهِ. وَوَجْهُ ظَاهِرِ الرَّوَايَةِ أَنَّ بَيْنَ

الْحِلِّ وَالْحُرْمَةِ تَنَافِيًا، فَمِنْ ضَرُورَةٍ بُيِّنَتْ أَحَدُهُمَا يَنْتَفِي الْآخَرُ، وَالْحُرْمَةُ الْمُؤَبَّدَةُ ثَابِتَةٌ فَيَنْتَفِي الْحِلُّ. وَقَوْلُهُ لَأَنَّ مَالِكَ الْحِلِّ قَائِمٌ بِنَقَاءِ سَبَبِهِ، قُلْنَا: السَّبَبُ لَا يُوجِبُ الْحُكْمَ إِلَّا فِي مَحَلٍّ قَابِلٍ لَهُ. وَإِذَا لَمْ يَكُنْ الْمَحَلُّ قَابِلًا لِلْحِلِّ فِي حَقِّهِ لَا يَثْبُتُ مِلْكُ الْحِلِّ فَكَانَ فِعْلُهُ فِي مَعْنَى الزَّنا وَقَوْلُهُ (لِمَكَانِ اخْتِلَافِ الصَّحَابَةِ) يَعْنِي فِي أَنَّهُ مَاتَ حُرًّا أَوْ عَبْدًا عَلَى مَا يَجِيءُ فِي كِتَابِ الْمَكَاتِبِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

(وَلَوْ قَذَفَ مَجُوسِيًّا تَزَوَّجَ بِأَمِّهِ ثُمَّ أَسْلَمَ يُحَدِّثُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَالَا: لَا حَدٌّ عَلَيْهِ) وَهَذَا بِنَاءٌ عَلَى أَنَّ تَزَوُّجَ الْمَجُوسِيِّ بِالْمَحَارِمِ لَهُ حُكْمُ الصَّحَةِ فِيمَا بَيْنَهُمْ عِنْدَهُ خِلَافًا لَهُمَا. وَقَدْ مَرَّ فِي النِّكَاحِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَقَدْ مَرَّ فِي النِّكَاحِ) أَيُّ فِي بَابِ نِكَاحِ أَهْلِ الشَّرْكِ.

(وَإِذَا دَخَلَ الْحَرَبِيُّ دَارَنَا بِأَمَانٍ فَقَذَفَ مُسْلِمًا حَدًّا) لَأَنَّ فِيهِ حَقَّ الْعَبْدِ وَقَدْ تَزَمَّ إِيفَاءَ حُقُوقِ الْعِبَادِ، وَلَئِنَّهُ طَمَعَ فِي أَنْ لَا يُؤْذِيَ فَيَكُونُ مُلْتَزِمًا أَنْ لَا يُؤْذِيَ وَمُوجِبُ أَذَاهُ الْحَدِّ (وَإِذَا حَدَّ الْمُسْلِمُ فِي قَذْفٍ سَقَطَتْ شَهَادَتُهُ وَإِنْ تَابَ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: تُقْبَلُ إِذَا تَابَ وَهِيَ تُعْرَفُ فِي الشَّهَادَاتِ (وَإِذَا حَدَّ الْكَافِرُ فِي قَذْفٍ لَمْ تَجْزُ شَهَادَتُهُ عَلَى أَهْلِ الذِّمَّةِ) لَأَنَّ لَهُ الشَّهَادَةَ عَلَى جَنْبِهِ فَتَرُدُّ تَتِمَّةً لِحَدِّهِ (فَإِنْ أَسْلَمَ قُبِلَتْ شَهَادَتُهُ عَلَيْهِمْ وَعَلَى الْمُسْلِمِينَ) لَأَنَّ هَذِهِ شَهَادَةٌ اسْتَفَادَهَا بَعْدَ الْإِسْلَامِ فَلَمْ تَدْخُلْ تَحْتَ الرَّدِّ، بِخِلَافِ الْعَبْدِ إِذَا حَدَّ حَدًّا الْقَذْفِ ثُمَّ أَعْتَقَ حَيْثُ لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ لِأَنَّهُ لَا شَهَادَةَ لَهُ أَصْلًا فِي حَالِ الرِّقِّ فَكَانَ رَدُّ شَهَادَتِهِ بَعْدَ الْعِتْقِ مِنْ تَمَامِ حَدِّهِ. (وَإِنْ ضُرِبَ سَوْطًا فِي قَذْفٍ ثُمَّ أَسْلَمَ ثُمَّ ضُرِبَ مَا بَقِيَ جَازَتْ شَهَادَتُهُ) لَأَنَّ رَدَّ الشَّهَادَةِ مُتَمِّمٌ لِلْحَدِّ فَيَكُونُ صِفَةً لَهُ وَالْمَقَامُ بَعْدَ الْإِسْلَامِ بَعْضُ الْحَدِّ فَلَا يَكُونُ رَدُّ الشَّهَادَةِ صِفَةً لَهُ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ تُرَدُّ شَهَادَتُهُ إِذَا أَقْلَّ تَابِعٌ لِلْأَكْثَرِ، وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (فَقَذَفَ مُسْلِمًا حَدًّا) جَوَابُ ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ، وَعَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ أَوَّلًا لَا يُحَدُّ لَأَنَّ الْمُغْلَبَ فِيهِ حَقُّ اللَّهِ تَعَالَى عَلَى مَا ذَكَرْنَا فَكَانَ بِمَنْزِلَةِ حَدِّ الزَّنا. وَجْهُ ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ مَا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ وَهُوَ وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (لَأَنَّ هَذِهِ شَهَادَةٌ اسْتَفَادَهَا بَعْدَ الْإِسْلَامِ

فَلَمْ تَدْخُلْ تَحْتَ الرَّدِّ رُدُّ بَإَنَّهُ إِنَّمَا اسْتَفَادَ أَهْلِيَّةَ الشَّهَادَةِ عَلَى الْمُسْلِمِينَ، فَأَمَّا عَلَى أَهْلِ الذِّمَّةِ فَقَدْ كَانَتْ الْأَهْلِيَّةُ مُوجُودَةً وَقَدْ صَارَتْ مَجْرُوحَةً بِإِقَامَةِ الْحَدِّ عَلَيْهِ. وَأُجِيبَ بَأَنَّهُ لَيْسَ كَذَلِكَ، بَلْ اسْتَفَادَ بِالْإِسْلَامِ أَهْلِيَّةَ الشَّهَادَةِ عَلَى أَهْلِ الذِّمَّةِ تَبَعًا لِأَهْلِيَّةِ الشَّهَادَةِ عَلَى الْمُسْلِمِينَ، وَهَذِهِ غَيْرُ مَا كَانَتْ حِينَ أُقِيمَ عَلَيْهِ الْحَدُّ، فَإِنَّ تِلْكَ كَانَتْ بِطَرِيقِ الْأَصَالَةِ عَلَى أَهْلِ الذِّمَّةِ، وَهَذِهِ بِطَرِيقِ التَّبَعِيَّةِ لِلْمُسْلِمِينَ، فَإِنَّ أَهْلِيَّةَ الشَّهَادَةِ عَلَى الْأَشْرَافِ تَقْتَضِي أَهْلِيَّتَهَا عَلَى الْأَخْسَرِ. وَلِقَائِلُ أَنْ يَقُولَ: سَلَمْنَا وَجُودَ الْمُقْتَضِي لَكِنْ الْمَانِعُ وَهُوَ الرَّدُّ أَوَّلًا مُوجُودٌ.

وَقَوْلُهُ (بِخِلَافِ الْعَبْدِ) جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ الْعَبْدُ إِذَا قَذَفَ فَضْرِبَ الْحَدُّ ثُمَّ أُعْتِقَ لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ فَكَيْفَ قُبِلَتْ شَهَادَةُ الْكَافِرِ إِذَا أَسْلَمَ؟ وَكَلَامُهُ ظَاهِرٌ. وَاعْتَزَّضَ بَأَنَّ الْمَعْقُولَ هُنَا ائْتِعَاسُ حُكْمِهِمَا. لِأَنَّهُ لَمَّا كَانَ لِلْكَافِرِ شَهَادَةٌ فِي جَنْسِهِ يَجِبُ أَنْ تُرَدَّ شَهَادَتُهُ بِحَدِّ الْقَذْفِ تَتِمِيمًا لِحَدِّ الْقَذْفِ ثُمَّ يَدُومُ ذَلِكَ الرَّدُّ إِلَى مَا بَعْدَ الْإِسْلَامِ، وَلَمَّا لَمْ يَكُنْ لِلْعَبْدِ شَهَادَةٌ فِي شَيْءٍ أَصْلًا لَمْ يَنْعَقِدْ الْحَدُّ حَالِ وَجُودِهِ مُوجِبًا لِرَدِّ الشَّهَادَةِ فَكَيْفَ يَنْقَلِبُ مُوجِبًا لِلرَّدِّ بَعْدَ ذَلِكَ؟ وَالْجَوَابُ أَنَّ شَهَادَتَهُ الَّتِي كَانَتْ فِي جَنْسِهِ مَرْدُودَةٌ بِحَدِّ الْقَذْفِ قَبْلَ الْإِسْلَامِ وَبَعْدَهُ، وَالشَّهَادَةُ الْمَقْبُولَةُ هِيَ شَهَادَةُ الْمُسْلِمِ ائْتِسَاسًا بِالْإِسْلَامِ فَلَا تُرَدُّ، وَلَمْ تَقُلْ فِي الْعَبْدِ بَأَنَّ غَيْرَ الْمُوجِبِ انْقَلَبَ مُوجِبًا، وَإِنَّمَا تَوَقَّفْنَا فِي إِنْجَابِهِ إِلَى حِينَ إِمْكَانِ الْمُوجِبِ وَهُوَ الرَّدُّ.

قَوْلُهُ (وَإِنْ ضُرِبَ سَوْطًا فِي قَذْفٍ) ظَاهِرٌ، وَاعْتَزَّضَ بَأَنَّ الْمَقَامَ بَعْدَ الْإِسْلَامِ إِنْ كَانَ بَعْضَ الْحَدِّ فَالْمَقَامُ قَبْلَ الْإِسْلَامِ كَذَلِكَ، فَكَمَا لَا يَكُونُ رَدُّ الشَّهَادَةِ صِفَةً لَمَّا أُقِيمَ بَعْدَ الْإِسْلَامِ فَكَذَلِكَ لَا يَصْلُحُ أَنْ يَكُونَ صِفَةً لَمَّا أُقِيمَ قَبْلَ الْإِسْلَامِ، بَلْ جَعَلُهُ صِفَةً لَمَّا أُقِيمَ بَعْدَ الْإِسْلَامِ أَوْلَى لَمَّا أَنَّ الْعِلَةَ إِذَا كَانَتْ ذَاتَ وَصْفَيْنِ فَلَا غَيْبَ لِلْوَصْفِ الْأَخِيرِ عَلَى مَا عُرِفَ فِي مَوْضِعِهِ. وَالْجَوَابُ أَنَّا لَمْ نَجْعَلِ الرَّدَّ صِفَةً لَا لِلْمَقَامِ قَبْلَ الْإِسْلَامِ وَلَا لِلْمَقَامِ بَعْدَهُ، وَإِنَّمَا قُلْنَا إِنَّ الرَّدَّ صِفَةٌ لِلْحَدِّ وَالْحَدُّ ثَمَانُونَ وَلَمْ يَوْجَدْ فَلَمْ تَتَرْتَّبِ التَّثْمَةُ. وَقِيلَ فِي الْجَوَابِ النَّصُّ. وَرَدَّ بِالْأَمْرِ بِالْحَدِّ وَالنَّهْيِ عَنْ قَبُولِ الشَّهَادَةِ وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا غَيْرُ مُرْتَّبٍ عَلَى الْآخَرِ نَصًّا فَيَتَعَلَّقُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِمَا يُمَكِّنُ، وَالْمُمَكِّنُ زَمَانُ النَّهْيِ رَدُّ شَهَادَةِ قَائِمَةٍ لِلْحَالِ فَيَتَقَيَّدُ بِهِ (وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ تُرَدُّ شَهَادَتُهُ وَالْأَقْلُ

تَابِعَ لِلْأَكْثَرِ) فَكَأَنَّ الْكُلَّ وَجِدَ بَعْدَ الْإِسْلَامِ وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَيْضًا (وَالأَوَّلُ أَصَحُّ) لَمَّا ذَكَرْنَا أَنَّ النَّصَّ وَرَدَ بِالْأَمْرِ بِالْحَدِّ وَالتَّهْيِي عَنْ قَبُولِ الشَّهَادَةِ إلخ.

قَالَ (وَمَنْ زَنَى أَوْ شَرِبَ أَوْ قَذَفَ غَيْرَ مَرَّةٍ فَحَدُّهُ فَهُوَ لَكَ كُلُّهُ) أَمَّا الْأَوَّلَانِ فَلِأَنَّ الْمُقْصِدَ مِنْ إِقَامَةِ الْحَدِّ حَقًّا لِلَّهِ تَعَالَى الْإِنْزِجَارُ، وَاحْتِمَالُ حُصُولِهِ بِالْأَوَّلِ قَائِمٌ فَتَتِمَّكُنُ شُبُهَةٌ فَوَاتِ الْمُقْصُودِ فِي الثَّانِي، وَهَذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا زَنَى وَقَذَفَ وَسَرَقَ وَشَرِبَ، لِأَنَّ الْمُقْصُودَ مِنْ كُلِّ جِنْسٍ غَيْرِ الْمُقْصُودِ مِنَ الْآخَرِ فَلَا يَتَدَاخَلُ. وَأَمَّا الْقَذْفُ فَالْمُغْلَبُ فِيهِ عِنْدَنَا حَقُّ اللَّهِ فَيَكُونُ مُلْحَقًا بِهِمَا. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: إِنْ اخْتَلَفَ الْمُقْذُوفُ أَوْ الْمُقْذُوفُ بِهِ وَهُوَ الزَّانَا لَا يَتَدَاخَلُ، لِأَنَّ الْمُغْلَبَ فِيهِ حَقُّ الْعَبْدِ عِنْدَهُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ قَذَفَ أَوْ زَنَى إلخ) ظَاهِرٌ. وَذَكَرَ فِي الْمَبْسُوطِ: لَوْ قَذَفَ جَمَاعَةٌ فِي كَلِمَةٍ وَاحِدَةٍ بِأَنَّ قَالَ يَا أَيُّهَا الزُّنَاةُ، أَوْ كَلِمَاتٍ مُتَفَرِّقَةً بِأَنَّ قَالَ يَا زَيْدُ أَلَيْتَ زَانٍ وَيَا عَمْرُو أَلَيْتَ زَانٍ وَيَا خَالِدُ أَلَيْتَ زَانٍ لَا يُقَامُ عَلَيْهِ إِلَّا حَدٌّ وَاحِدٌ عِنْدَنَا، وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ إِنْ قَذَفَهُمْ بِكَلَامٍ وَاحِدٍ فَكَذَلِكَ الْجَوَابُ، وَإِنْ قَذَفَهُمْ بِكَلِمَاتٍ مُتَفَرِّقَةٍ يُحَدُّ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ لِأَنَّهُ حَقُّ الْمُقْذُوفِ عِنْدَهُ فَلَا يَجْرِي فِيهِ التَّدَاخُلُ عِنْدَ اخْتِلَافِ السَّبَبِ، وَعِنْدَنَا أَنَّ الْمُغْلَبَ فِيهِ حَقُّ اللَّهِ وَهُوَ مَشْرُوعٌ لِلزَّجْرِ فَيَجْرِي فِيهِ التَّدَاخُلُ كَسَائِرِ الْحُقُوقِ.

فصل في التعزير

الشرح:

(فَصْلٌ فِي التَّعْزِيرِ) لَمَّا فَرَّغَ مِنْ ذِكْرِ الزَّوَاجِرِ الْمُقَدَّرَةِ الثَّابِتَةِ بِالْكِتَابِ أَوْ السُّنَّةِ الْمَشْهُورَةِ ذَكَرَ فِي هَذَا الْفَصْلِ الزَّوَاجِرَ الَّتِي دُونَهَا فِي الْقَدْرِ وَقُوَّةِ الدَّلِيلِ وَهُوَ التَّعْزِيرُ، وَهُوَ تَأْدِيبُ دُونَ الْحَدِّ، وَأَصْلُهُ مِنَ الْعَزَرَ بِمَعْنَى الرَّدِّ وَالرَّدْعِ، وَالْأَصْلُ فِي هَذَا أَنَّ مَنْ قَذَفَ غَيْرَهُ بِكَبِيرَةٍ لَيْسَ فِيهَا حَدٌّ مُقَدَّرٌ يَجِبُ التَّعْزِيرُ. قَالَ فِي الْفَتَاوَى الظَّهِيرِيَّةِ: اعْلَمْ أَنَّ التَّعْزِيرَ قَدْ يَكُونُ بِالْحَبْسِ وَقَدْ يَكُونُ بِالصَّعْغِ وَتَعْرِيكِ الْأَذْنِ، وَقَدْ يَكُونُ بِالْكَلَامِ الْعَنِيفِ، وَقَدْ يَكُونُ بِالضَّرْبِ، وَقَدْ يَكُونُ بِنَظَرِ الْقَاضِي إِلَيْهِ بِوَجْهِ عُبُوسٍ، وَلَمْ يَذْكُرْ مُحَمَّدٌ التَّعْزِيرَ بِأَخْذِ الْمَالِ، وَقَدْ قِيلَ رُويَ عَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّ التَّعْزِيرَ مِنَ السُّلْطَانِ بِأَخْذِ الْمَالِ جَائِزٌ، وَذَكَرَ الْإِمَامُ التُّمَرْتَاشِيُّ أَنَّ التَّعْزِيرَ الَّذِي يَجِبُ حَقًّا لِلَّهِ تَعَالَى يَلِي

إِقَامَتَهُ كُلُّ أَحَدٍ بَعْلَةِ النَّيَابَةِ عَنِ اللَّهِ تَعَالَى.

(وَمَنْ قَذَفَ عَبْدًا أَوْ أُمَّتًا أَوْ أُمَّ وَلَدٍ أَوْ كَافِرًا بِالزَّنا عَزْرًا) لِأَنَّهُ جِنَايَةُ قَذْفٍ، وَقَدْ اِمْتَنَعَ وَجُوبُ الْحَدِّ لِفَقْدِ الْإِحْصَانِ فَوَجَبَ التَّعْزِيرُ (وَكَذَا إِذَا قَذَفَ مُسْلِمًا بِغَيْرِ الزَّنا فَقَالَ يَا فَاسِقُ أَوْ يَا كَافِرُ أَوْ يَا خَبِيثُ أَوْ يَا سَارِقُ) لِأَنَّهُ أَذَاهُ وَالْحَقُّ الشَّيْنُ بِهِ، وَلَا مَدْخَلَ لِلْقِيَاسِ فِي الْحُدُودِ فَوَجَبَ التَّعْزِيرُ، إِلَّا أَنَّهُ يَبْلُغُ بِالتَّعْزِيرِ غَايَتَهُ فِي الْجِنَايَةِ الْأُولَى لِأَنَّهُ مِنْ جِنْسٍ مَا يَجِبُ بِهِ الْحَدُّ، وَفِي الثَّانِيَةِ: الرَّأْيُ إِلَى الْإِمَامِ (وَلَوْ قَالَ يَا حِمَارُ أَوْ يَا خِنْزِيرُ لَمْ يُعْزَرْ) لِأَنَّهُ مَا أَلْحَقَ الشَّيْنُ بِهِ لِلتَّيَقُّنِ بِنَفْسِهِ. وَقِيلَ فِي عُرْفِنَا يُعْزَرُ لِأَنَّهُ يُعَدُّ شَيْئًا، وَقِيلَ إِنْ كَانَ الْمَسْبُوبُ مِنَ الْأَشْرَافِ كَالْفُقَهَاءِ وَالْعُلَوِيَّةِ يُعْزَرُ لِأَنَّهُ يَلْحَقُهُمُ الْوَحْشَةُ بِذَلِكَ، وَإِنْ كَانَ مِنَ الْعَامَّةِ لَا يُعْزَرُ، وَهَذَا أَحْسَنُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ قَذَفَ عَبْدًا أَوْ أُمَّةً) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (فِي الْجِنَايَةِ الْأُولَى) يَعْنِي مَا إِذَا قَذَفَ عَبْدًا أَوْ أُمَّةً أَوْ أُمَّ وَلَدٍ بِالزَّنا (لَأَنَّهُ) أَيُّ الْقَذْفِ بِالزَّنا (مِنْ جِنْسٍ مَا يَجِبُ فِيهِ الْحَدُّ) وَقَوْلُهُ (فِي الثَّانِيَةِ) يَعْنِي قَوْلُهُ يَا فَاسِقُ إلخ. وَقَوْلُهُ (لَأَنَّهُ) مَا أَلْحَقَ الشَّيْنُ بِهِ لِلتَّيَقُّنِ بِنَفْسِهِ) قِيلَ بَلْ يَلْحَقُ الشَّيْنُ بِالْقَاذِفِ لِأَنَّ كُلَّ أَحَدٍ أَنَّهُ آدَمِيٌّ، وَأَنَّ الْقَاذِفَ كَاذِبٌ، وَقَوْلُهُ ﷺ: «مَنْ بَلَغَ حَدًّا فِي غَيْرِ حَدٍّ فَهُوَ مِنَ الْمُعْتَدِينَ»^(١) نَقْلٌ بِتَخْفِيفٍ بَلَغَ مِنْ الْبُلُوغِ وَهُوَ السَّمَاعُ.

وَأَمَّا مَا يَجْرِي عَلَى أَلْسِنَةِ الْفُقَهَاءِ مِنَ التَّثْقِيلِ إِنْ صَحَّ فَعَلَى حَذْفِ الْمَفْعُولِ الْأَوَّلِ، وَالتَّقْدِيرُ مَنْ بَلَغَ التَّعْزِيرَ حَدًّا فِي غَيْرِ حَدٍّ، وَفِيهِ نُبُوَّةٌ تُعْرَفُ بِالتَّأْمُلِ الصَّحِيحِ، وَأَرَى أَنْ يَكُونَ تَقْدِيرُهُ مَنْ بَلَغَ الضَّرْبَ حَدًّا فِي غَيْرِ حَدٍّ فَهُوَ مِنَ الْمُعْتَدِينَ.

وَالْتَّعْزِيرُ أَكْثَرُهُ تِسْعَةٌ وَثَلَاثُونَ سَوْطًا وَأَقَلُّهُ ثَلَاثُ جَلَدَاتٍ. وَقَالَ أَبُو يُونُسَ: يَبْلُغُ بِالتَّعْزِيرِ خَمْسَةٌ وَسَبْعِينَ سَوْطًا. وَالْأَصْلُ فِيهِ قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «مَنْ بَلَغَ حَدًّا فِي غَيْرِ حَدٍّ فَهُوَ مِنَ الْمُعْتَدِينَ» وَإِذَا تَعَذَّرَ تَبْلِيغُهُ حَدًّا فَأَبُو حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٌ نَظَرَا إِلَى أَدْنَى الْحَدِّ وَهُوَ حَدُّ الْعَبْدِ فِي الْقَذْفِ فَصَرَفَاهُ إِلَيْهِ وَذَلِكَ أَرْبَعُونَ سَوْطًا فَتَقَصَّصَا مِنْهُ سَوْطًا. وَأَبُو يُونُسَ اعْتَبَرَ أَقَلَّ الْحَدِّ فِي الْأَحْرَارِ إِذَا الْأَصْلُ هُوَ الْحُرِّيَّةُ ثُمَّ نَقَصَ سَوْطًا فِي رِوَايَةٍ عَنْهُ،

(١) أخرجه البيهقي في الكبرى (٥٦٧/٨)، وانظر نصب الراية (٥٤٤/٣).

وَهُوَ قَوْلُ زُفَرٍ وَهُوَ الْقِيَاسُ، وَفِي هَذِهِ الرِّوَايَةِ نَقَصَ خَمْسَةً وَهُوَ مَا ثَوَّرَ عَنْ عَلِيٍّ فَقَلَدَهُ ثُمَّ قَدَّرَ الْأَدْنَى فِي الْكِتَابِ بِثَلَاثِ جُلْدَاتٍ لِأَنَّ مَا دُونَهَا لَا يَقَعُ بِهِ الزَّجْرُ، وَذَكَرَ مَشَايخُنَا أَنَّ أَدْنَاهُ عَلَى مَا يَرَاهُ الْإِمَامُ فَيُقَدَّرُ بِقَدَرِ مَا يَعْلَمُ أَنَّهُ يَنْزَجِرُ لِأَنَّهُ يَخْتَلَفُ بِاخْتِلَافِ النَّاسِ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ عَلَى قَدَرِ عِظَمِ الْجُرْمِ وَصِغَرِهِ، وَعَنْهُ أَنْ يُقَرَّبَ كُلُّ نَوْعٍ مِنْ بَابِهِ؛ فَيُقَرَّبُ الْمَسُّ وَالْقُبْلَةُ مِنْ حَدِّ الزَّنَا، وَالْقَذْفُ بِغَيْرِ الزَّنَا مِنْ حَدِّ الْقَذْفِ.

الشرح:

(فَإِذَا تَعَذَّرَ تَبْلِيغُهُ حَدًّا فَأَبُو حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٌ نَظَرَا إِلَى أَدْنَى الْحَدِّ) وَهُوَ حَدُّ الْعَبْدِ فِي الْقَذْفِ (فَصَرَفَاهُ إِلَيْهِ وَذَلِكَ أُرْبَعُونَ فَنَقَصَا مِنْهُ سَوَاطِ) وَهَذَا حَقٌّ لِأَنَّ مَنْ اعْتَبَرَ حَدَّ الْأَخْرَارِ فَقَدْ بَلَغَ حَدًّا وَهُوَ حَدُّ الْعَبْدِ، وَالتَّكْثِيرُ فِي الْحَدِيثِ يُنَافِيهِ. وَوَجْهُ نَقْصَانِ السَّوْطِ الْوَاحِدِ فِي الْمَذْمُومِينَ جَمِيعًا هُوَ أَنَّ الْبُلُوغَ إِلَى تَمَامِ الْحَدِّ تَعَذَّرَ وَلَيْسَ بَعْدَهُ قَدَرٌ مُعَيَّنٌ كَرُبْعٍ أَوْ ثُلُثٍ أَوْ عَشْرٍ فَيَصَارُ إِلَى أَقَلِّ مَا يُمَكِّنُ لِلتَّيَقُّنِ بِهِ وَنَظِيرُهُ وَقْتُ الصَّلَاةِ، فَإِنَّ الْكُلَّ لَمَّا لَمْ يُمَكِّنْ أَنْ يَكُونَ سَبَبًا وَلَيْسَ بَعْدَهُ جُزْءٌ مُعَيَّنٌ صِيرَ إِلَى أَقَلِّ مَا يُمَكِّنُ وَهُوَ الْجُزْءُ الَّذِي لَا يَتَجَزَّأُ، وَكَلَامُهُ وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (فَيُقَرَّبُ اللَّسُّ وَالْقُبْلَةُ مِنْ حَدِّ الزَّنَا) يَعْنِي فَيَكُونُ فِيهِ أَكْثَرُ الْجُلْدَاتِ. وَقَوْلُهُ (وَالْقَذْفُ بِغَيْرِ الزَّنَا مِنْ حَدِّ الْقَذْفِ) يَعْنِي فَيَكُونُ فِيهِ أَقَلُّ الْجُلْدَاتِ.

قَالَ (وَإِنْ رَأَى الْإِمَامُ أَنَّ يَضُمُّ إِلَى الضَّرْبِ فِي التَّعْزِيرِ الْحَبْسَ فَعَلَّ) لِأَنَّهُ صَلَحَ تَعْزِيرًا وَقَدْ وَرَدَ الشَّرْعُ بِهِ فِي الْجُمْلَةِ حَتَّى جَازَ أَنْ يَكْتَفِيَ بِهِ فَجَازَ أَنْ يَضُمَّ إِلَيْهِ، وَلِهَذَا لَمْ يُشْرَعْ فِي التَّعْزِيرِ بِالثُّمَّةِ قَبْلَ ثُبُوتِهِ كَمَا شُرِعَ فِي الْحَدِّ لِأَنَّهُ مِنَ التَّعْزِيرِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (لَأَنَّهُ) يَعْنِي الْحَبْسَ (صَلَحَ تَعْزِيرًا) وَقَوْلُهُ (وَقَدْ وَرَدَ الشَّرْعُ بِهِ) أَيُّ بِالْحَبْسِ وَهُوَ مَا رَوَى «أَنَّهُ ﷺ حَبَسَ رَجُلًا لِلتَّعْزِيرِ» (وَقَوْلُهُ وَهَذَا لَمْ يُشْرَعْ فِي التَّعْزِيرِ بِالثُّمَّةِ) لِإِبْضَاحِ أَنَّ الْحَبْسَ يَصْلُحُ لِلتَّعْزِيرِ فِيمَا يَجِبُ فِيهِ التَّعْزِيرُ: أَيُّ لَمْ يُشْرَعْ الْحَبْسُ بِسَبَبِ الثُّمَّةِ فِي الشَّيْءِ الَّذِي يُوجِبُ التَّعْزِيرَ لَوْ ثَبَتَ قَبْلَ ثُبُوتِهِ بِأَنْ شَهِدَ شَاهِدَانِ مَسْتَوْرَانِ عَلَى أَنَّهُ قَذَفَ مُحْصَنًا فَقَالَ يَا فَاسِقُ أَوْ يَا كَافِرُ فَلَا يُحْبَسُ الْمَتَّهَمُ قَبْلَ تَعْدِيلِ الشُّهُودِ. وَفِي فَصْلِ الْحَدِّ يُحْبَسُ بِالثُّمَّةِ لِأَنَّ فِي بَابِ الْحَدِّ شَيْئًا آخَرَ فَوْقَ الْحَبْسِ وَهُوَ إِقَامَةُ الْحَدِّ عِنْدَ وُجُودِ مُوجِبِهِ فَيَجُوزُ أَنْ يُحْبَسَ فِي ثُغْمَتِهِ لِنَتَاسُبِ إِقَامَةِ الْعُقُوبَةِ الْأَدْنَى بِمُقَابَلَةِ

الذنب الأدنى.

وفي باب الأموال والتعزير لا يحبس بالثهمة لأن الأقصى فيهما عقوبة الحبس، فلو حبس بالثهمة فيهما لكان إقامة العقوبة الأعلى بمقابلة الذنب الأدنى وهو مما يابأه الشرع، ولما لم يشرع الحبس عند ثهمة موجب التعزير علم أن الحبس من التعزير، إذ لو لم يكن الحبس من التعزير لحبس عند ثهمة موجب التعزير كما يحبس عند ثهمة موجب الزنا فلما كان الحبس من التعزير بهذا الدليل جاز للإمام أن يضمه إلى الضرب إن رأى ذلك، كما أن للإمام الرأي في تقدير الضربات فكذلك في ضم الحبس إلى الضرب. قال: وأشد الضرب التعزير. قال الحاكم في الكافي: وضرب التعزير أشد من ضرب الزاني، وضرب الزاني أشد من ضرب الشارب، وضرب الشارب أشد من ضرب القاذف، وضرب القاذف أخف من جميع ذلك، وإنما كان ضرب التعزير أشد لأنه ناقص المقدار وهو تخفيف.

قال (وأشد الضرب التعزير) لأنه جرى التخفيف فيه من حيث العدد فلا يخفف من حيث الوصف كي لا يؤدي إلى قوآت المقصود، ولهذا لم يخفف من حيث التفريق على الأعضاء قال (ثم حد الزنا) لأنه ثابت بالكتاب، وحد الشرب ثبت بقول الصحابة، ولأنه أعظم جناية حتى شرع فيه الرجم (ثم حد الشرب) لأن سببه متيقن به (ثم حد القذف) لأن سببه محتمل لاحتمال كونه صادقا ولأنه جرى فيه التغليظ من حيث رد الشهادة فلا يغلظ من حيث الوصف.

الشرح:

(فلا يخفف نائيا في وصفه كي لا يؤدي إلى تفويت المقصود) وهو الزجر. واختلف المشايخ في شدته، قال في شرح الطحاوي: قال بعضهم: هو الجمع في عضو واحد بجمع الأسواط بعضو واحد ولا يفرق على الأعضاء، بخلاف سائر الحدود. وقال بعضهم: لا بل شدته في الضرب لا في الجمع، ويدل على ذلك ما روى أبو عبيدة وغيره أن رجلا أقسم على أم سلمة رضي الله عنها فضربه عمر رضي الله عنه ثلاثين سوطا كلها يئضع ويحدر: أي يشق ويورم. ومعلوم أن عمر رضي الله عنه ضربه بطريق التعزير، ولعل المصنف رحمه الله اختاره يشير إليه قوله وهذا لم يخفف من حيث التفريق على الأعضاء، فلو كان الشدة عبارة عن عدم التفريق لزم توضيح الشيء بنفسه. وقوله (ثم

حَدُّ الزَّانَا ظَاهِرٌ.

(وَمَنْ حَدَّهُ الْإِمَامُ أَوْ عَزَّرَهُ فَمَاتَ فَدَمُهُ هَدَرٌ) لِأَنَّهُ فَعَلَ مَا فَعَلَ بِأَمْرِ الشَّرْعِ، وَفَعَلَ الْمَأْمُورَ لَا يَتَّقِيْدُ بِشَرْطِ السَّلَامَةِ كَالْفِصَادِ وَالْبَزَائِغِ، بِخِلَافِ الزَّوْجِ إِذَا عَزَّرَ زَوْجَتَهُ لِأَنَّهُ مُطْلَقٌ فِيهِ، وَالْإِطْلَاقَاتُ تَتَّقِيْدُ بِشَرْطِ السَّلَامَةِ كَالْمُرُورِ فِي الطَّرِيقِ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: تَجِبُ الدِّيَّةُ فِي بَيْتِ الْمَالِ لِأَنَّ الْإِثْلَافَ خَطَأً فِيهِ، إِذِ التَّعْزِيرُ لِلتَّأْدِيبِ غَيْرُ أَنَّهُ تَجِبُ الدِّيَّةُ فِي بَيْتِ الْمَالِ لِأَنَّ نَفْعَ عَمَلِهِ يَرْجِعُ عَلَى عَامَّةِ الْمُسْلِمِينَ فَيَكُونُ الْغُرْمُ فِي مَا لَهُمْ. قُلْنَا لَمَّا اسْتَوْفَى حَقُّ اللَّهِ تَعَالَى بِأَمْرِهِ صَارَ كَأَنَّ اللَّهَ أَمَاتَهُ مِنْ غَيْرِ وَاسِطَةٍ فَلَا يَجِبُ الضَّمَانُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ حَدَّهُ الْإِمَامُ أَوْ عَزَّرَهُ فَمَاتَ فَدَمُهُ هَدَرٌ) ذَكَرَ مَسْأَلَتَيْنِ: إِحْدَاهُمَا مَبْنِيَّةٌ عَلَى الْأَمْرِ وَهُوَ لَا يَفْتَضِي السَّلَامَةَ فِي إِثْبَانِ الْمَأْمُورِ بِهِ، وَالْأُخْرَى عَلَى الْإِطْلَاقِ وَهُوَ يَقْبِضُهَا. وَالْفَرْقُ بَيْنَهُمَا أَنَّ الْأَمْرَ لَطَلَبُ الْمَأْمُورِ بِهِ وَهُوَ مِنَ الْإِثْبَاتِ وَهِيَ لَا تَقْبَلُ التَّغْلِيْقَ بِالشَّرْطِ لِأَنَّهُ حِينَئِذٍ يُشْبِهُ الْقِمَارَ، وَلِأَنَّهُ لَمَّا وَجَبَ عَلَى الْمَأْمُورِ ذَلِكَ الْفِعْلُ بِالْأَمْرِ فَيَأْتِي الْمَأْمُورُ بِمَا فِي وَسْعِهِ غَيْرَ مُرَاقِبٍ لِّلْسَلَامَةِ لِأَنَّهُ قَدْ لَا يَتَحَقَّقُ بِوَصْفِ السَّلَامَةِ فَيَبْقَى الْمَأْمُورُ فِي ضَرْبِ الْوُجُوبِ، وَأَمَّا الْإِطْلَاقُ فَيَسْقَاطُ لِكَوْنِهِ رَفْعُ الْقَيْدِ وَهُوَ قَابِلٌ لِّلْتَّغْلِيْقِ فَيَتَّقِيْدُ بِوَصْفِ السَّلَامَةِ، وَلِأَنَّ الْفِعْلَ الْمُطْلَقَ فِي اخْتِيَارِ فَاعِلِهِ لِأَنَّهُ حَقُّ الْفَاعِلِ إِنْ شَاءَ فَعَلَ وَإِنْ شَاءَ لَمْ يَفْعَلْ فَيَنْبَغِي أَنْ يَتَّقِيْدَ بِوَصْفِ السَّلَامَةِ لِأَنَّهُ لَا ضَرُورَةَ فِي تَرْكِ وَصْفِ السَّلَامَةِ كَالْمُرُورِ فِي الطَّرِيقِ (وَقَالَ الشَّافِعِيُّ فِي التَّعْزِيرِ: تَجِبُ الدِّيَّةُ فِي بَيْتِ الْمَالِ لِأَنَّ الْإِثْلَافَ خَطَأً فِيهِ إِذِ التَّعْزِيرُ لِلتَّأْدِيبِ، غَيْرُ أَنَّهُ تَجِبُ الدِّيَّةُ فِي بَيْتِ الْمَالِ لِأَنَّ نَفْعَ عَمَلِهِ يَعُودُ إِلَى عَامَّةِ الْمُسْلِمِينَ فَيَكُونُ الْغُرْمُ فِي مَا لَهُمْ. قُلْنَا: إِنَّهُ لَمَّا اسْتَوْفَى حَقُّ اللَّهِ تَعَالَى بِأَمْرِهِ صَارَ كَأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى أَمَاتَهُ مِنْ غَيْرِ وَاسِطَةٍ فَلَا يَجِبُ الضَّمَانُ) وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

كِتَابُ السَّرِقَةِ

السَّرِقَةُ فِي اللُّغَةِ أَخَذُ الشَّيْءِ مِنَ الْغَيْرِ عَلَى سَبِيلِ الْخُفْيَةِ وَالِاسْتِسْرَارِ، وَمِنْهُ اسْتِرَاقُ السَّمْعِ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿إِلَّا مَنْ أَسْرَقَ أَلْسَمَ﴾ [الحجر: ١٨] وَقَدْ زِيدَتْ عَلَيْهِ أَوْصَافٌ فِي الشَّرِيعَةِ عَلَى مَا يَأْتِيكَ بَيَانُهُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى. وَالْمَعْنَى اللُّغَوِيُّ مُرَاعَى فِيهَا ابْتِدَاءً وَانْتِهَاءً أَوْ ابْتِدَاءً لَا غَيْرَ، كَمَا إِذَا نَقَبَ الْجِدَارَ عَلَى الْاسْتِسْرَارِ وَأَخَذَ الْمَالَ مِنَ الْمَالِكِ مَكَابِرَةً عَلَى الْجِهَارِ. وَفِي الْكُبْرَى: أَعْنِي قَطَعَ الطَّرِيقَ مُسَارَقَةً عَيْنَ الْإِمَامِ لِأَنَّهُ هُوَ الْمُتَصَدِّي لِحِفْظِ الطَّرِيقِ بِأَعْوَانِهِ. وَفِي الصُّغْرَى: مُسَارَقَةً عَيْنَ الْمَالِكِ أَوْ مَنْ يَقُومُ مَقَامَهُ.

الشرح:

(كِتَابُ السَّرِقَةِ): لَمَّا فَرَّغَ مِنْ ذِكْرِ الزَّوَاجِرِ الْمُتَعَلِّقَةِ بِصِيَانَةِ النَّفْسِ شَرَعَ فِي ذِكْرِ الزَّوَاجِرِ الْمُتَعَلِّقَةِ بِصِيَانَةِ الْأَمْوَالِ، لِأَنَّ صِيَانَةَ النَّفْسِ أَوَّلُ مِنْ صِيَانَةِ الْمَالِ، وَالسَّرِقَةُ فِي اللُّغَةِ عِبَارَةٌ عَمَّا ذُكِرَ فِي الْكِتَابِ وَقَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿إِلَّا مَنْ أَسْرَقَ أَلْسَمَ﴾ [الحجر: ١٨] مَعْنَاهُ اسْتَمَعَ إِلَيْهِ عَلَى وَجْهِ الْخُفْيَةِ. وَقَوْلُهُ (وَقَدْ زِيدَتْ عَلَيْهِ أَوْصَافٌ فِي الشَّرِيعَةِ) هِيَ أَنْ يُقَالَ: السَّرِقَةُ أَخَذُ مَالِ الْغَيْرِ عَلَى سَبِيلِ الْخُفْيَةِ نَصَابًا مُحَرَّرًا لِلتَّمَوُّلِ غَيْرَ مُتَسَارِعٍ إِلَيْهِ الْفَسَادُ مِنْ غَيْرِ تَأْوِيلٍ وَلَا شُبْهَةٍ (وَالْمَعْنَى اللُّغَوِيُّ) وَهُوَ أَخَذُ الشَّيْءِ مِنَ الْغَيْرِ عَلَى سَبِيلِ الْخُفْيَةِ وَالِاسْتِسْرَارِ أَمْرٌ (مُرَاعَى فِيهَا).

قَالَ صَاحِبُ النَّهَائَةِ: اعْلَمْ أَنَّ مَا نَقَلَهُ الشَّارِعُ إِلَيْنَا عَلَى ثَلَاثَةِ أَقْسَامٍ: أَحَدُهَا مَا هُوَ الْمُقَرَّرُ عَلَى مَا أُتْبِأْنَا بِهِ اللُّغَةُ مِنْ غَيْرِ تَغْيِيرٍ كَقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَجَاءَ إِخْوَةُ يُوسُفَ﴾ [يوسف: ٥٨] ﴿وَلَمَّا جَهَّزَهُمْ بِجَهَازِهِمْ﴾ [يوسف: ٥٩] وَالثَّانِي مَا هُوَ الْمَعْدُولُ عَمَّا أُتْبِأْنَا بِهِ اللُّغَةُ مِنْ كُلِّ وَجْهِ كَالصَّلَاةِ وَالزَّكَاةِ وَالصَّوْمِ، فَإِنَّ الصَّلَاةَ شَرْعًا عِبَارَةٌ عَنِ الْأَرْكَانِ الْمَعْهُودَةِ وَلَيْسَ لَهَا إِنْبَاءٌ لُغَوِيٌّ وَكَذَلِكَ فِي غَيْرِهَا. وَالثَّالِثُ مَا أُتْبِأْنَا بِهِ اللُّغَةُ مُقَرَّرٌ مَعَ زِيَادَةٍ شَيْءٍ فِيهِ شَرْعًا كَالسَّرِقَةِ عَلَى مَا ذَكَرْنَاهُ، وَفِيهِ نَظَرٌ لِأَنَّ الصَّلَاةَ فِي اللُّغَةِ الدُّعَاءُ وَهِيَ مُقَرَّرَةٌ فِي الشَّرْعِ مَعَ زِيَادَةِ أَوْصَافٍ، وَكَذَلِكَ الصَّوْمُ هُوَ الْإِمْسَاكُ وَالزَّكَاةُ هُوَ النَّمَاءُ وَالْحَجُّ هُوَ الْقَصْدُ، وَالْمَعَانِي اللُّغَوِيَّةُ فِي كُلِّ ذَلِكَ مَوْجُودَةٌ مَعَ زِيَادَةِ أَوْصَافٍ، وَيُمْكِنُ أَنْ يُجَابَ عَنْهُ بِأَنَّهُ نَظَرٌ عَلَى الْمِثَالِ وَهُوَ لَيْسَ بِصَحِيحٍ عِنْدَ الْمُحَصِّلِينَ.

وَقَوْلُهُ (كَمَا إِذَا نَقَبَ الْجِدَارَ عَلَى الْاسْتِسْرَارِ) نَظِيرٌ مَا يَكُونُ مَعْنَاهُ اللُّغَوِيُّ

مَوْجُودًا فِيهِ ابْتِدَاءٌ وَتَرَكَ تَظْيِيرَ الْأَوَّلِ لظُهُورِهِ، وَكَانَ الْقِيَاسُ أَنْ لَا يَقْطَعَ فِيمَا إِذَا نَقَبَ الْجِدَارَ عَلَى الْإِسْتِسْرَارِ وَأَخَذَ الْمَالَ مِنَ الْمَالِكِ مُكَابَرَةً: أَيْ مُقَاتَلَةً بِسِلَاحٍ لِأَنَّ رُكْنَ السَّرْقَةِ الْأَخْذُ عَلَى سَبِيلِ الْخَفْيَةِ وَالْإِسْتِسْرَارِ، وَالْخَفْيَةُ إِنْ وَجَدَتْ وَقْتُ الدُّخُولِ لَمْ تُوجَدْ وَقْتُ الْأَخْذِ فَإِنَّ الْأَخْذَ حَصَلَ بِطَرِيقِ الْمُعَالَبَةِ لَكِنَّهُمْ اسْتَحْسَنُوا وَقَالُوا بِوُجُوبِ الْقَطْعِ لَأَنَّهُمْ لَوْ اعْتَبَرُوا الْخَفْيَةَ وَقْتُ الْأَخْذِ لَامْتَنَعَ الْقَطْعُ فِي أَكْثَرِ السَّرَقَاتِ لِأَنَّ أَكْثَرَهَا فِي اللَّيَالِي يَصِيرُ مُعَالَبَةً فِي الْإِنْتِهَاءِ لِأَنَّهُ وَقْتُ لَا يَلْحَقُ الْعَوْتُ وَقَوْلُهُ (أَوْ مَنْ يَقُومُ مَقَامَهُ) يَعْنِي الْمُوَدَّعَ وَالْمُسْتَعِيرَ وَالْمُضَارِبَ وَالْعَاصِبَ وَالْمُرْتَهَنَ.

قَالَ (وَإِذَا سَرَقَ الْعَاقِلُ الْبَالِغُ عَشْرَةَ دَرَاهِمَ أَوْ مَا يَبْلُغُ قِيمَتُهُ عَشْرَةَ دَرَاهِمَ مَضْرُوبَةً مِنْ حِرْزٍ لَا شُبْهَةَ فِيهِ وَجَبَ الْقَطْعُ) وَالْأَصْلُ فِيهِ قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا﴾ [المائدة: ٣٨] الْآيَةُ وَلَا بُدَّ مِنْ اعْتِبَارِ الْعَقْلِ وَالْبُلُوغِ لِأَنَّ الْجِنَايَةَ لَا تَتَحَقَّقُ دُونَهُمَا وَالْقَطْعُ جَزَاءُ الْجِنَايَةِ، وَلَا بُدَّ مِنَ التَّقْدِيرِ بِالْمَالِ الْخَطِيرِ لِأَنَّ الرُّغَبَاتِ تَفْتَرُ فِي الْحَقِيرِ، وَكَذَا أَخْذُهُ لَا يَخْفَى فَلَا يَتَحَقَّقُ رُكْنُهُ وَلَا حِكْمَةُ الزَّجْرِ لِأَنَّهُا فِيمَا يَغْلِبُ، وَالتَّقْدِيرُ بِعَشْرَةِ دَرَاهِمَ مَذْهَبُنَا. وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ التَّقْدِيرُ بِرُبْعِ دِينَارٍ. وَعِنْدَ مَالِكٍ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى عَلَيْهِ بِثَلَاثَةِ دَرَاهِمٍ. لَهُمَا أَنَّ الْقَطْعَ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ مَا كَانَ إِلَّا فِي ثَمَنِ الْمَجْنُونِ^(١)، وَأَقْلَ مَا نُقِلَ فِي تَقْدِيرِهِ ثَلَاثَةُ دَرَاهِمٍ، وَالْأَخْذُ بِالْأَقْلِ الْمُتَيَقِّنِ بِهِ أَوَّلَى، غَيْرَ أَنَّ الشَّافِعِيَّ رَحِمَهُ اللَّهُ يَقُولُ: «كَانَتْ قِيمَةُ الدِّينَارِ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ اثْنِي عَشَرَ دِرْهَمًا» وَالثَّلَاثَةُ رُبْعُهَا. وَلَنَا أَنَّ الْأَخْذَ بِالْأَكْثَرِ فِي هَذَا الْبَابِ أَوْلَى احتِيَالًا لِدَرءِ الْحَدِّ.

وهَذَا لِأَنَّ فِي الْأَقْلِ شُبْهَةَ عَدَمِ الْجِنَايَةِ وَهِيَ دَارِئَةٌ لِلْحَدِّ، وَقَدْ تَأَيَّدَ ذَلِكَ بِقَوْلِهِ ﷺ: «لَا قَطْعَ إِلَّا فِي دِينَارٍ، أَوْ عَشْرَةِ دَرَاهِمٍ»^(٢) وَأَسْمُ الدَّرَاهِمِ يَنْطَلِقُ عَلَى الْمَضْرُوبَةِ عَرَفًا فَهَذَا يُبَيِّنُ لَكَ اشْتِرَاطَ الْمَضْرُوبِ كَمَا قَالَ فِي الْكِتَابِ وَهُوَ ظَاهِرُ الرِّوَايَةِ، وَهُوَ الْأَصَحُّ رِعَايَةً لِكَمَالِ الْجِنَايَةِ، حَتَّى لَوْ سَرَقَ عَشْرَةَ تَبَرَأَ قِيمَتُهَا أَنْقَصَ مِنْ عَشْرَةِ مَضْرُوبَةٍ لَا يَجِبُ الْقَطْعُ، وَالْمُعْتَبَرُ وَزْنُ سَبْعَةِ مِثْقَالٍ لِأَنَّهُ هُوَ الْمُتَعَارَفُ فِي عَامَّةِ الْبِلَادِ. وَقَوْلُهُ أَوْ مَا يَبْلُغُ

(١) أخرجه البخاري (٦٧٩٣)، ومسلم في الحدود (٥) عن عائشة، بلفظ: «لم تقطع يد سارق في

عهد رسول الله ﷺ في أقل من ثمن المجنون».

(٢) أخرجه الطحاوي في شرح الآثار (٩٣/٢)، وانظر نصب الراية (٥٤٧/٣).

قِيمَتُهُ عَشْرَةَ دَرَاهِمٍ إِشَارَةً إِلَى أَنَّ غَيْرَ الدَّرَاهِمِ تُعْتَبَرُ قِيمَتُهُ بِهَا وَإِنْ كَانَ ذَهَبًا، وَلَا بُدَّ مِنْ حِرْزٍ لَا شُبْهَةَ فِيهِ لِأَنَّ الشَّهَادَةَ دَائِرَةٌ، وَسَبَبِيَّتُهُ مِنْ بَعْدِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

الشرح:

قَالَ (وَإِذَا سَرَقَ الْعَاقِلُ الْبَالِغُ عَشْرَةَ دَرَاهِمٍ أَوْ مَا يَبْلُغُ قِيمَتُهُ ذَلِكَ مَضْرُوبَةً مِنْ حِرْزٍ لَا شُبْهَةَ فِيهِ) عَلَى مَا سَيَظْهَرُ لَكَ مَعْنَاهُ (وَجَبَ الْقَطْعُ لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا﴾ [المائدة: ٣٨]) فَإِنَّ الْحُكْمَ إِذَا تَرْتَّبَ عَلَى صِفَةٍ كَانَ مَصْدَرُهَا عِلَّةً لَهُ كَمَا عُرِفَ، وَالْآيَةُ كَمَا تَرَى عَامٌّ، لَكِنَّهُ لَمْ يَتَنَاوَلِ الصَّبِيَّ وَالْمَجْنُونَ لِأَنَّهُ خَطَابُ الشَّرْعِ فَهُوَ تَكْلِيفٌ، وَلَا تَكْلِيفٌ إِلَّا مَعَ الْعَقْلِ وَالْبُلُوغِ فَلَا بُدَّ مِنْ تَحَقُّقِهِمَا لِتَحَقُّقِ الْجَنَائَةِ الْمُسْتَلْزِمَةِ لِلْحِزَاءِ.

وَأَمَّا تَقْدِيرُ الْمَالِ فَلَمَّا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ وَهُوَ قَوْلُ فَهَاءِ الْأَمْصَارِ. وَأَمَّا أَصْحَابُ الظُّوَاهِرِ فَلَا يَعْتَبِرُونَ النَّصَابَ وَهُوَ مَنْقُولٌ عَنِ الْحَسَنِ الْبَصْرِيِّ رحمته الله مُسْتَدِلًّا بِظَاهِرِ الْآيَةِ، فَإِنَّهُ لَيْسَ فِيهِ مَا يَدُلُّ عَلَى النَّصَابِ أَصْلًا، بِخِلَافِ كَوْنِهِ مَا لَا مُحَرَّرًا فَإِنَّ لَفْظَ السَّرْقَةِ يَدُلُّ عَلَى ذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ أَخَذَ الْمُبَاحَ يُسَمَّى اضْطِیَادًا أَوْ اخْطِاطًا لَا سَرْقَةً، وَكَذَلِكَ مَا لَيْسَ بِمُحَرَّرٍ فَأَخَذَهُ لَا يُسَمَّى سَرْقَةً لِإِعْدَامِ مُسَارَقَةِ عَيْنِ الْحَافِظِ. وَقُلْنَا: مَعْنَى اسْمِ السَّارِقِ يَدُلُّ عَلَى خَطَرِ الْمَأْخُوذِ لِأَنَّهُ مُشْتَقٌّ مِنَ السَّرْقَةِ وَهِيَ الْقِطْعَةُ مِنَ الْحَرِيرِ فَلَا بُدَّ مِنْ التَّقْدِيرِ بِالْمَالِ الْخَطِيرِ مُحَافَظَةً عَلَى الْمَفْهُومِ اللَّغَوِيِّ، وَالتَّقْدِيرُ بِعَشْرَةِ دَرَاهِمٍ بِقَوْلِهِ رحمته الله: «لَا قَطْعَ إِلَّا فِي دِينَارٍ أَوْ عَشْرَةِ دَرَاهِمٍ» رَوَاهُ التِّرْمِذِيُّ فِي جَامِعِهِ عَنْ ابْنِ مَسْعُودٍ.

وَقَوْلُهُ (وَأَسْمُ الدَّرَاهِمِ يَنْطَلِقُ عَلَى الْمَضْرُوبَةِ عُرْفًا) بَيَانٌ لِقَوْلِهِ عَشْرَةَ دَرَاهِمٍ مَضْرُوبَةً. وَاسْتِدْلَالٌ عَلَيْهِ بِلَفْظِ الدَّرَاهِمِ الْمَذْكُورَةِ فِي الْحَدِيثِ، وَالْمُرَادُ بِالْكِتَابِ الْقُدُورِيُّ.

وَقَوْلُهُ (وَهُوَ الْأَصَحُّ) اخْتِرَازٌ عَمَّا رَوَى الْحَسَنُ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ مَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّ الْمَضْرُوبَةَ وَغَيْرَهَا سَوَاءٌ، وَكَلَامُهُ ظَاهِرٌ. فَإِنْ قُلْتَ: رَوَتْ عَائِشَةُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا «أَنَّ يَدَ السَّارِقِ لَمْ تُقَطَّعْ فِي عَهْدِ النَّبِيِّ رحمته الله إِلَّا فِي ثَمَنِ مِجَنٍّ حَقِيقَةٍ أَوْ ثُرْسٍ»، وَرَوَى مَالِكٌ عَنْ نَافِعٍ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ رحمته الله: «قَطَعَ سَارِقًا فِي مِجَنٍّ ثَلَاثَةَ دَرَاهِمٍ». وَقَدْ أَخَذَ بِهِ مَالِكٌ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ. وَرَوَتْ عَمْرَةُ عَنْ عَائِشَةَ مَوْفُوفًا وَمَرْفُوعًا

إِلَى النَّبِيِّ ﷺ: «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ كَانَ يَقْطَعُ فِي رُبْعِ دِينَارٍ فَصَاعِدًا»، وَبِهِ أَخَذَ الْإِمَامُ الشَّافِعِيُّ رحمه الله فَمَا وَجْهَ دَفْعِ ذَلِكَ؟ قُلْتُ: مَذْلُولُ الْحَدِيثَيْنِ وَاحِدٌ لِأَنَّ قِيَمَةَ الدِّينَارِ كَانَتْ اثْنَيْ عَشَرَ دِرْهَمًا وَثَلَاثَ دَرَاهِمٍ كَانَتْ رُبْعَ دِينَارٍ، وَيُعَارِضُهُمَا مَا رُوِيَ فِي السُّنَنِ وَشَرَحَ الْأَثَارَ مُسْتَدًّا إِلَى عَطَاءٍ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَطَعَ رَجُلًا فِي مِجَنٍّ قِيَمَتُهُ دِينَارٌ أَوْ عَشْرَةُ دَرَاهِمٍ»، وَلَمَّا تَعَارَضَا وَلَا مُرْجِحَ صَرَرْنَا إِلَى إِطْلَاقِ قَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «لَا قَطْعَ إِلَّا فِي دِينَارٍ» الْحَدِيثَ، وَإِلَى الْمَقُولِ وَهُوَ أَنَّ الْعَمَلَ بِمَذْهَبِنَا يَسْتَلْزِمُ الْعَمَلَ بِمَذْهَبِهِمَا مَعَ اشْتِمَالِهِ عَلَى الْاِخْتِيَالِ لِلدَّرءِ فَوَجَبَ الْعَمَلُ بِهِ.

قَالَ (وَالْعَبْدُ وَالْحُرُّ فِي الْقَطْعِ سَوَاءٌ) لِأَنَّ النَّصَّ لَمْ يُفْصَلْ، وَلِأَنَّ التَّنْصِيفَ مُتَعَذِّرٌ فَيَتَكَامَلُ صِيَانَتُهُ لَأَمْوَالِ النَّاسِ.

الشرح:

قَالَ (وَالْعَبْدُ وَالْحُرُّ فِي الْقَطْعِ سَوَاءٌ) قَدَّمَ ذِكْرَ الْعَبْدِ عَلَى الْحُرِّ لِكَوْنِهِ أَهَمُّ لِأَنَّ عَدَمَ التَّسَاوِي إِثْمًا يَتَوَهَّمُ مِنْ جِهَتِهِ وَكَلَامُهُ وَاضِحٌ وَبَيَانٌ.

(وَيَجِبُ الْقَطْعُ بِإِقْرَارِهِ مَرَّةً وَاحِدَةً، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ. وَقَالَ أَبُو يُونُسَ: لَا يَقْطَعُ إِلَّا بِالْإِقْرَارِ مَرَّتَيْنِ) وَرُوِيَ عَنْهُ أَنَّهُمَا فِي مَجْلِسَيْنِ مُخْتَلَفَيْنِ لِأَنَّهُ إِحْدَى الْحُجَّتَيْنِ فَيُعْتَبَرُ بِالْأُخْرَى وَهِيَ الْبَيِّنَةُ كَذَلِكَ اعْتَبَرْنَا فِي الزَّنَا. وَلَهُمَا أَنَّ السَّرِقَةَ قَدْ ظَهَرَتْ بِالْإِقْرَارِ مَرَّةً فَيُكْتَفَى بِهِ كَمَا فِي الْقِصَاصِ وَحَدِّ الْقَذْفِ وَلَا اعْتِبَارُ بِالشَّهَادَةِ لِأَنَّ الزِّيَادَةَ تُفِيدُ فِيهَا تَقْصِيلَ تَهْمَةِ الْكَذِبِ وَلَا تُفِيدُ فِي الْإِقْرَارِ شَيْئًا لِأَنَّهُ لَا تَهْمَةَ. وَبَابُ الرُّجُوعِ فِي حَقِّ الْحَدِّ لَا يَنْسُدُّ بِالتَّكْرَارِ وَالرُّجُوعُ فِي حَقِّ الْمَالِ لَا يَصِحُّ أَصْلًا لِأَنَّ صَاحِبَ الْمَالِ يُكْذِبُهُ، وَاشْتِرَاطُ الزِّيَادَةِ فِي الزَّنَا بِخِلَافِ الْقِيَاسِ فَيَقْتَصِرُ عَلَى مَوْرِدِ الشَّرْعِ. قَالَ (وَيَجِبُ بِشَهَادَةِ شَاهِدَيْنِ) لِتَحَقُّقِ الظُّهُورِ كَمَا فِي سَائِرِ الْحُقُوقِ، وَيَنْبَغِي أَنْ يَسْأَلَهُمَا الْإِمَامُ عَنْ كَيْفِيَّةِ السَّرِقَةِ وَمَاهِيَّتِهَا وَزَمَانِهَا وَمَكَانِهَا لِزِيَادَةِ الْاِحْتِيَاظِ كَمَا مَرَّ فِي الْحُدُودِ، وَيَحْبِسُهُ إِلَى أَنْ يَسْأَلَ عَنِ الشُّهُودِ لِلتَّهْمَةِ.

الشرح:

قَوْلُهُ (أَنَّ السَّرِقَةَ، قَدْ ظَهَرَتْ بِالْإِقْرَارِ مَرَّةً) السَّرِقَةُ ظَهَرَتْ بِالْإِقْرَارِ مَرَّةً وَاحِدَةً لِأَنَّهَا تَظْهَرُ بِشَهَادَةِ شَاهِدَيْنِ، وَكُلُّ مَا يَظْهَرُ بِشَهَادَةِ شَاهِدَيْنِ يَظْهَرُ بِالْإِقْرَارِ مَرَّةً وَاحِدَةً

كَالْقِصَاصِ وَحَدِّ الْقَذْفِ وَغَيْرِهِمَا، وَكُلُّ مَا يَظْهَرُ بِالْإِقْرَارِ مَرَّةً وَاحِدَةً يُكْنَفَى بِهِ فَلَا حَاجَةَ إِلَى الزِّيَادَةِ، وَإِذَا تَلَمَّحَتْ هَذَا الْبَيَانُ وَجَدْتَ الِاعْتِرَاضَ بِأَنَّ الزَّنَا أَيْضًا يَظْهَرُ بِالْإِقْرَارِ مَرَّةً سَاقِطًا قَوْلُهُ وَلَا اعْتِبَارَ بِالشَّهَادَةِ جَوَابٌ عَنْ قِيَاسِ إِحْدَى الْحَجَّتَيْنِ بِالْأُخْرَى بَيِّنَانِ الْفَارِقِ، وَهُوَ مَا ذُكِرَ أَنَّ الزِّيَادَةَ تُفِيدُ فِيهَا تَقْلِيلَ تَهْمَةِ الْكَذِبِ وَلَا تُفِيدُ فِي الْإِقْرَارِ شَيْئًا لِأَنَّهُ لَا تَهْمَةَ فِيهِ.

وَقَوْلُهُ (وَبَابُ الرُّجُوعِ) جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ إِنَّمَا يُشْتَرَطُ التَّكْرَارُ لِقَطْعِ احْتِمَالِ الرُّجُوعِ كَمَا فِي الزَّنَا. وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ لَوْ أَقْرَرُ مَرَارًا كَثِيرَةً ثُمَّ رَجَعَ صَحَّ رُجُوعُهُ فِي حَقِّ الْحَدِّ لِأَنَّهُ لَا مُكَذِّبَ لَهُ فِيهِ، بِخِلَافِ الرُّجُوعِ عَنِ الْمَالِ فَإِنَّ لَهُ فِيهِ مُكَذِّبًا وَهُوَ صَاحِبُ الْمَالِ فَلَا يَصِحُّ، فَظَهَرَ بِهَذَا أَنَّ لَا فَائِدَةَ فِي تَكْرَارِ الْإِقْرَارِ لَا فِي حَقِّ الْقَطْعِ وَلَا فِي حَقِّ إسْقَاطِ ضَمَانِ الْمَالِ بِالْإِقْرَارِ.

وَقَوْلُهُ (وَاشْتِرَاطُ الزِّيَادَةِ فِي الزَّنَا) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ وَكَذَلِكَ اعْتَبَرْنَا فِي الزَّنَا، (وَيَنْبَغِي أَنْ يَسْأَلَهُمَا الْإِمَامُ عَنْ كَيْفِيَةِ السَّرِقَةِ) فَيَقُولُ لَهُ كَيْفَ سَرَقْتَ لِحَوَازِ أَنَّهُ نَقَبَ الْبَيْتَ وَأَدْخَلَ يَدَهُ وَأَخْرَجَ الْمَتَاعَ فَإِنَّهُ لَا يَقْطَعُ فِيهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ (وَعَنْ مَا هَيَّيْتَهَا) لِحَوَازِ أَنْ يَكُونَ الْمَأْخُودُ شَيْئًا تَافِهًا وَلَا قَطْعَ فِيهِ، وَهَذَا مُشْكِلٌ لِأَنَّ مَا هَيَّيَّةَ السَّرِقَةِ عَلَى مَا قَدَّمْنَا لَا يَذْكُرُهَا إِلَّا آحَادُ الْفُقَهَاءِ فَيَحْتَاجُ إِلَى حُضُورِ الْفُقَهَاءِ شَرْطًا لظُهُورِهِ، وَفِي ذَلِكَ سَدُّ بَابِ الْقَطْعِ (وَعَنْ زَمَانِهَا) فِيمَا ثَبَتُ بِالْبَيِّنَةِ لِحَوَازِ تَقَادُمِ الْعَهْدِ الْمَانِعِ عَنِ الْقَطْعِ لَوْجُودِ التَّهْمَةِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا ثَبَتَ بِالْإِقْرَارِ، فَإِنَّ التَّقَادُمَ فِيهِ لَيْسَ بِمَانِعٍ لِعَدَمِهَا فَلَا يَسْأَلُ عَنِ الزَّمَانِ. فَإِنْ قِيلَ: الشَّاهِدُ فِي تَأْخِيرِ الشَّهَادَةِ هُنَا غَيْرُ مُتَّهَمٍ لِأَنَّهُ لَا يَقْبَلُ شَهَادَتَهُ بِذَوْنِ الدَّعْوَى فَيَنْبَغِي أَنْ لَا يَسْأَلَ فِيمَا إِذَا ثَبَتَ بِالْبَيِّنَةِ كَمَا لَا يَسْأَلُ فِيمَا إِذَا ثَبَتَ بِالْإِقْرَارِ.

قُلْنَا: إِنَّ الْجَوَابَ قَدْ تَقَدَّمَ فِي بَابِ الشَّهَادَةِ عَلَى الزَّنَا (وَعَنْ مَكَانِهَا) لِحَوَازِ أَنَّهُ سَرَقَ مِنْ غَيْرِ الْحَرَزِ أَوْ فِي دَارِ الْحَرْبِ. وَقَالَ فِي الْمَحِيطِ: وَيَسْأَلُهُمَا عَنِ الْمَسْرُوقِ مِنْهُ أَيْضًا لِحَوَازِ أَنْ يَكُونَ الْمَسْرُوقُ مِنْهُ ذَا رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنْهُ أَوْ أَحَدَ الزَّوْجَيْنِ، وَلَعَلَّهُ مُسْتَعْنٍ عَنْهُ لِأَنَّ الْمَسْرُوقَ مِنْهُ حَاضِرٌ يُخَاصِمُ وَالشُّهُودُ تَشْهَدُ بِالسَّرِقَةِ مِنْهُ فَلَا حَاجَةَ إِلَى السُّؤَالِ عَنْ ذَلِكَ وَقَوْلُهُ (وَيَحْبِسُهُ) أَيُّ الْمَشْهُودِ عَلَيْهِ لِأَنَّهُ صَارَ مُتَّهَمًا بِالسَّرِقَةِ فَيَحْبَسُ لِمَا رَوَيْنَا

أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ «حَبَسَ رَجُلًا بِالتَّهْمَةِ».

(قَالَ وَإِذَا اشْتَرَكَ جَمَاعَةٌ فِي سَرِقَةٍ فَأَصَابَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ عَشْرَةُ دَرَاهِمٍ قُطِعَ، وَإِنْ أَصَابَهُ أَقَلُّ لَا يُقَطَعُ) لِأَنَّ الْمُوجِبَ سَرِقَةَ النَّصَابِ وَيَجِبُ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ بِجَنَائِيَّتِهِ فَيُعْتَبَرُ كَمَالُ النَّصَابِ فِي حَقِّهِ

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِذَا اشْتَرَكَ جَمَاعَةٌ) ظَاهِرٌ. وَاسْتَشْكَلُ بِمَا إِذَا قَتَلَ جَمَاعَةٌ وَاحِدًا فَإِنَّهُمْ يُقْتَلُونَ كُلُّهُمْ وَإِنْ لَمْ يَوْجَدْ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ الْقَتْلُ عَلَى الْكَمَالِ. وَأُجِبَ بِأَنَّ الْقِصَاصَ يَتَعَلَّقُ بِإِخْرَاجِ الرُّوحِ وَهُوَ لَا يَتَجَرَّأُ فَيُضَافُ إِلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ كَمَلًا، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

بَابُ مَا يُقَطَعُ فِيهِ وَمَا لَا يُقَطَعُ

(وَلَا قَطْعُ فِيمَا يَوْجَدُ تَافَهُا مَبَاحًا فِي دَارِ الْإِسْلَامِ كَالْخَشَبِ وَالْحَشِيشِ وَالْقَصَبِ وَالسَّمَكِ وَالطَّيْرِ وَالصَّيْدِ وَالزَّرْنِيطِ وَالْمَغْرَةِ وَالنُّورَةِ) وَالْأَصْلُ فِيهِ حَدِيثُ «عَائِشَةُ قَالَتْ: كَانَتْ الْيَدُ لَا تَقْطَعُ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ فِي الشَّيْءِ التَّافَهُ»^(١)، أَيْ الْحَقِيرِ، وَمَا يَوْجَدُ جِنْسُهُ مَبَاحًا، فِي الْأَصْلِ بِصُورَتِهِ غَيْرُ مَرْغُوبٍ فِيهِ حَقِيرٌ تَقِلُّ الرِّغْبَاتُ فِيهِ وَالطَّبَاقُ لَا تَضُنُّ بِهِ، فَقَلَمًا يَوْجَدُ أَخْذُهُ عَلَى كُرْهِهِ مِنَ الْمَالِكِ فَلَا حَاجَةَ إِلَى شَرْعِ الرَّاجِي، وَلِهَذَا لَمْ يَجِبِ الْقَطْعُ فِي سَرِقَةِ مَا دُونَ النَّصَابِ وَلِأَنَّ الْحِرْزَ فِيهَا نَاقِصٌ، أَلَا يَرَى أَنَّ الْخَشَبَ يُلْقَى عَلَى الْأَبْوَابِ وَإِنَّمَا يَدْخُلُ فِي الدَّارِ لِلْعِمَارَةِ لَا لِلْإِحْرَازِ وَالطَّيْرُ يَطِيرُ وَالصَّيْدُ يَفِرُّ وَكَذَا الشَّرِكَةُ الْعَامَّةُ الَّتِي كَانَتْ فِيهِ وَهُوَ عَلَى تِلْكَ الصِّفَةِ ثَوْرُ الشَّبْهَةِ، وَالْحَدُّ يَنْدَرِي بِهَا. وَيَدْخُلُ فِي السَّمَكِ الْمَالِحُ وَالطَّرِيُّ، وَفِي الطَّيْرِ الدَّجَاجُ وَالْبَطُّ وَالْحَمَامُ لَمَّا ذَكَّرْنَا وَلِإِطْلَاقِ قَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «لَا قَطْعُ فِي الطَّيْرِ»^(٢) وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يَجِبُ الْقَطْعُ فِي كُلِّ شَيْءٍ إِلَّا الطَّيْنَ وَالثَّرَابَ وَالسَّرَقِينَ وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ، وَالْحُجَّةُ عَلَيْهِمَا مَا ذَكَّرْنَا.

الشرح:

(بَابُ مَا يُقَطَعُ فِيهِ وَمَا لَا يُقَطَعُ): لَمَّا فَرَعَ مِنْ ذِكْرِ تَفْسِيرِ السَّرِقَةِ وَشُرُوطِهَا وَمَا

(١) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف (٤٧٧/٥)، وانظر نصب الراية (٥٥٢/٣).

(٢) قال الزبلي في نصب الراية (٥٥٣/٣): غريب مرفوعا.

يَتَعَلَّقُ بِهَا ذَكَرَ فِي هَذَا الْبَابِ مَسْرُوقًا يُوجِبُ الْقَطْعَ وَمَسْرُوقًا لَا يُوجِبُهُ وَإِنْ وَجَدَ فِيهِ النَّصَابُ، وَلَا يَرِدُ مَا قِيلَ كَانَ الْوَاجِبُ أَنْ يَذْكَرَ قَوْلُهُ وَإِذَا اشْتَرَكَ جَمَاعَةٌ فِي سَرِقَةٍ فِي هَذَا الْبَابِ، لِأَنَّهُ إِنْ أَصَابَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ نَصَابٌ كَانَ مِمَّا يُقَطَّعُ فِيهِ، وَإِنْ أَصَابَهُ أَقْلٌ كَانَ مِمَّا لَا يُقَطَّعُ فِيهِ لِأَنَّ هَذَا الْبَابَ لَيَّانٌ مَا يُقَطَّعُ فِيهِ وَمَا لَا يُقَطَّعُ بَعْدَ وَجُودِ النَّصَابِ (قَوْلُهُ لَا قَطْعَ فِيمَا يُوجَدُ تَأْفَهُا) ظَاهِرٌ، وَالْمَعْرَةُ بِالْفَتْحَاتِ الثَّلَاثِ الطَّيْنُ الْأَحْمَرُ، وَتَسْكِينُ الْعَيْنِ فِيهِ لُغَةٌ.

وَقَوْلُهُ (وَمَا يُوجَدُ جِنْسُهُ) مُبْتَدَأٌ، وَقَوْلُهُ حَقِيرٌ خَبَرُهُ. وَقَوْلُهُ (بِصُورَتِهِ) اخْتِرَازٌ عَنِ الْأَبْوَابِ وَالْأَوَانِي الْمُتَّخَذَةِ مِنَ الْخَشَبِ وَالْحَصِيرِ الْبَعْدَادِيَّةِ، فَإِنْ فِي سَرِقَتِهَا الْقَطْعُ وَإِنْ كَانَ أَصْلُهَا مِنَ الْخَشَبِ، وَأَصْلُ الْحَصِيرِ يُوجَدُ مُبَاحًا لِتَغْيِيرِهَا عَنْ صُورَتِهَا الْأَصْلِيَّةِ بِالصَّنْعَةِ الْمُتَقَوِّمَةِ. وَقَوْلُهُ (غَيْرَ مَرْغُوبٍ فِيهِ) نُصِبَ عَلَى الْحَالِ وَهُوَ اخْتِرَازٌ عَنِ الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ وَاللُّؤْلُؤِ وَالْجَوَاهِرِ فَإِنَّهَا تُوجَدُ مُبَاحًا فِي دَارِ الْإِسْلَامِ وَلَكِنَّهَا مَرْغُوبٌ فِيهَا وَهُوَ ظَاهِرُ الْمَذْهَبِ.

وَرَوَى هِشَامٌ عَنْ مُحَمَّدٍ: إِذَا سَرَقَهَا عَلَى الصُّورَةِ الَّتِي تُوجَدُ مُبَاحَةً وَهِيَ أَنْ تَكُونَ مُخْتَلَطَةً بِالْحَجَرِ وَالتُّرَابِ لَا يُقَطَّعُ. وَجَهُ الظَّاهِرِ أَنَّهَا لَيْسَتْ بِتَأْفَهُ جِنْسًا، فَإِنْ كُلُّ مَنْ يَتِمَكَّنُ مِنْ أَخْذِهِ لَا يَتْرَكُهُ عَادَةً. وَقَوْلُهُ (تَقِلُّ الرِّغْبَاتُ فِيهِ) جُمْلَةٌ اسْتِثْنَائِيَّةٌ. وَقَوْلُهُ (وَالطَّبَاغُ لَا تَضُنُّ بِهِ) أَيُّ لَا تَبْخُلُ بِفَتْحِ الضَّادِ وَهُوَ الْأَصْلُ وَجَاءَ بِالْكَسْرِ أَيْضًا. وَقَوْلُهُ (فَقَلِمًا يُوجَدُ أَخْذُهُ عَلَى كُرْهِهِ مِنَ الْمَالِكِ) أَيُّ قَلِيلٌ وَجُودٌ لِحُوقِ الْمَالَةِ بِالْمَالِكِ عِنْدَ أَخْذِ الْأَشْيَاءِ مِنْهُ، بَلْ يَرْضَى بِالْأَخْذِ تَوْقِيًّا عَنْ لِحُوقِ سِمَةِ خَسَاسَةِ الْهَمَّةِ وَتَفَادِيًا عَنْ نِسْبَتِهِ إِلَى دَنَاءَةِ الطَّبِيعَةِ فَلَا حَاجَةَ إِلَى شَرْعِ الزَّوَاجِرِ. وَقَوْلُهُ (وَالطَّيْرُ يَطِيرُ وَالصَّيْدُ يَفِرُّ) يَعْنِي لَمَّا كَانَ الْأَمْرُ كَذَلِكَ قَلَّتِ الرِّغْبَةُ فَلَا تُشْرَعُ الزَّوَاجِرُ فِي مِثْلِهِ وَهُوَ مَعْطُوفٌ عَلَى قَوْلِهِ الْخَشَبُ يُلْقَى عَلَى الْأَبْوَابِ.

وَقَوْلُهُ (وَكَذَا الشَّرِكَةُ الْعَامَّةُ الَّتِي كَانَتْ فِيهِ) أَيُّ فِيمَا يُوجَدُ جِنْسُهُ مُبَاحًا (وَهُوَ عَلَى تِلْكَ الصِّفَةِ) أَيُّ الصِّفَةِ الَّتِي كَانَ عَلَيْهَا وَهِيَ مُشْتَرَكَةٌ يُحْتَرَزُ بِهِ عَنِ الْأَبْوَابِ وَالْأَوَانِي الْمُتَّخَذَةِ مِنَ الْخَشَبِ كَمَا ذَكَرْنَا (تُورِثُ الشُّبْهَةَ) أَيُّ شُبْهَةَ الْإِبَاحَةِ بَعْدَ إِحْرَازِهِ (وَالْحَدُّ يَنْدَرِي بِهَا) وَفِي التَّعْبِيرِ بِالشَّرِكَةِ الْعَامَّةِ إِمَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ ﷺ: «النَّاسُ شُرَكَاءُ فِي

ثَلَاثَةٌ: فِي الْكَلَاءِ، وَالْمَاءِ، وَالتَّارِ» وَقَوْلُهُ (لَمَّا ذَكَرْنَا) يَعْنِي قَوْلُهُ وَالطَّيْرُ يَطِيرُ وَالصَّيْدُ يَفِرُّ وَالسَّمَكُ الْمَالِحُ هُوَ الْمُقَدَّدُ الَّذِي فِيهِ الْمِلْحُ. وَقَوْلُهُ (وَالْحُجَّةُ عَلَيْهِمَا مَا ذَكَرْنَا) يَعْنِي حَدِيثَ عَائِشَةَ وَمَا ذَكَرَ بَعْدَهُ وَالْجِمَارُ شَحْمُ النَّخْلِ وَهُوَ شَيْءٌ أَيْضٌ يُقَطَّعُ مِنْ رُءُوسِ النَّخْلِ وَيُؤْكَلُ، وَالْوَدْيُ صِعَارُ النَّخْلِ.

قَالَ: (وَلَا قَطَعَ فِيمَا يَتَسَارَعُ إِلَيْهِ الْفَسَادُ كَاللَّبَنِ وَاللَّحْمِ وَالْفَوَاكِهِ الرُّطْبَةِ) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «لَا قَطَعَ فِي ثَمَرٍ وَلَا فِي كَثَرٍ»^(١) وَالكَثَرُ الْجُمَارُ، وَقِيلَ الْوَدْيُ. وَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «لَا قَطَعَ فِي الطَّعَامِ»^(٢) وَالْمُرَادُ وَاللَّهُ أَعْلَمُ مَا يَتَسَارَعُ إِلَيْهِ الْفَسَادُ كَالْمُهَيَّأِ لِلْأَكْلِ مِنْهُ وَمَا فِي مَعْنَاهُ كَاللَّحْمِ وَالثَّمَرِ لِأَنَّهُ يُقَطَّعُ فِي الْحِنْطَةِ وَالسُّكَّرِ إِجْمَاعًا. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يُقَطَّعُ فِيهَا لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «لَا قَطَعَ فِي ثَمَرٍ وَلَا كَثَرٍ فَإِذَا آوَاهُ الْجَرِينُ أَوْ الْجِرَانُ قَطَعَ»^(٣) فَلَنَّا: أَخْرَجَهُ عَنْ وَفَاقِ الْعَادَةِ، وَالَّذِي يُؤْوِيهِ الْجَرِينُ فِي عَادَتِهِمْ هُوَ الْيَابِسُ مِنَ الثَّمَرِ وَفِيهِ الْقَطْعُ. قَالَ (وَلَا قَطَعَ فِي الْفَاكِهَةِ عَلَى الشَّجَرِ وَالزَّرْعِ الَّذِي لَمْ يُحْصَدَ) لِعَدَمِ الْإِحْرَازِ

الشرح:

وَقَوْلُهُ (كَالْمُهَيَّأِ لِلْأَكْلِ) يَعْنِي مِثْلَ الْخُبْزِ وَاللَّحْمِ وَأَمْثَالَهُمَا لِأَنَّهُ يُقَطَّعُ فِي الْحِنْطَةِ وَالسُّكَّرِ بِالْإِجْمَاعِ إِذَا لَمْ يَكُنِ الْعَامُ عَامَ مَجَاعَةٍ وَقَحْطٍ، أَمَّا إِذَا كَانَ فَلَا قَطَعَ سَوَاءً كَانَ مِمَّا يَتَسَارَعُ إِلَيْهِ الْفَسَادُ أَوْ لَا.

وَقَوْلُهُ (كَاللَّحْمِ وَالثَّمَرِ) اللَّحْمُ رَاجِعٌ إِلَى قَوْلِهِ كَالْمُهَيَّأِ لِلْأَكْلِ مِنْهُ، وَالثَّمَرُ رَاجِعٌ إِلَى قَوْلِهِ وَمَا فِي مَعْنَاهُ فَكَانَ كَلَامُهُ لَفًا وَكَشْرًا (وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: يُقَطَّعُ فِيهَا) أَيِّ فِيمَا ذَكَرْنَا مِنَ اللَّبَنِ وَاللَّحْمِ وَالْفَوَاكِهِ الرُّطْبَةِ وَالطَّعَامِ (وَالْجَرِينُ) الْمِرْبَدُ: وَهُوَ الْمَوْضِعُ الَّذِي يُلْقَى فِيهِ الرُّطْبُ لِيَجِفَّ، وَقِيلَ هُوَ مَوْضِعٌ يُدْخَرُ فِيهِ الثَّمَرُ (وَالْجِرَانُ) مُقَدَّمُ عُنُقِ الْبَعِيرِ مِنْ مَذْبَحِهِ إِلَى مَنْخَرِهِ، وَالْجَمْعُ جُرْنٌ فَجَازَ أَنْ يُسَمَّى الْجِرَابُ الْمُتَّخَذُ مِنْهُ

(١) أَخْرَجَهُ التِّرْمِذِيُّ فِي الْحُدُودِ بَابِ ١٩، وَالنَّسَائِيُّ (٤٥٩٥)، وَابْنُ مَاجَهَ (٢٥٩٣)، وَانْظُرْ نَصَبَ

الرَّايَةِ (٥٥٤/٣).

(٢) قَالَ الزَّيْلَعِيُّ فِي نَصَبِ الرَّايَةِ (٥٥٥/٣): غَرِيبٌ بِهَذَا اللَّفْظِ.

(٣) قَالَ الزَّيْلَعِيُّ فِي نَصَبِ الرَّايَةِ (٥٥٥/٣): غَرِيبٌ بِهَذَا اللَّفْظِ.

فَكَانَ الْمُرَادُ مِنْهُ أَحَدَ الظَّرْفَيْنِ، وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ الشَّكُّ مِنَ الرَّاوي قُلْنَا: أَخْرَجَهُ عَلَى وَفَاقِ الْعَادَةِ فَإِنَّ فِي عَادَتِهِمْ أَنْ الْجَرِينَ لَا يُؤْوِي إِلَّا الْيَابِسَ مِنَ الثَّمَرِ وَفِيهِ الْقَطْعُ فِي الرِّوَايَةِ الْمَشْهُورَةِ. قَالَ (وَلَا قَطْعُ فِي الْفَاكِهَةِ عَلَى الشَّجَرِ وَالزَّرْعِ) وَكَانَ هَذَا مَعْلُومًا مِنْ قَوْلِهِ وَالْفَاكِهَةُ الرُّطْبَةُ، لَكِنْ أَعَادَهُ تَمْهِيدًا لِقَوْلِهِ وَالزَّرْعُ الَّذِي لَمْ يُحْصَدْ لَعَدَمِ الْإِحْرَازِ فِيهَا.

(وَلَا قَطْعُ فِي الْأَشْرِبَةِ الْمُطْرِبَةِ) لِأَنَّ السَّارِقَ يَتَأَوَّلُ فِي تَنَاوُلِهَا الْإِرَاقَةَ، وَلَأَنَّ بَعْضَهَا لَيْسَ بِمَالٍ، وَفِي مَالِيَّةِ بَعْضِهَا اخْتِلَافٌ فَتَتَحَقَّقُ شُبُهَةٌ عَدَمِ الْمَالِيَّةِ. قَالَ (وَلَا فِي الطُّنْبُورِ) لِأَنَّهُ مِنَ الْمَعَارِفِ (وَلَا فِي سَرِقَةِ الْمُصْحَفِ وَإِنْ كَانَ عَلَيْهِ حِلْيَةٌ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يُقَطَّعُ لِأَنَّهُ مَالٌ مُتَقَوِّمٌ حَتَّى يَجُوزَ بَيْعُهُ. وَعَنْ أَبِي يُونُسَ مِثْلُهُ. وَعَنْهُ أَيْضًا أَنَّهُ يُقَطَّعُ إِذَا بَلَغَتْ الْحِلْيَةُ نِصَابًا لِأَنَّهَا لَيْسَتْ مِنَ الْمُصْحَفِ فَتُعْتَبَرُ بِانْفِرَادِهَا. وَوَجْهُ الظَّاهِرِ أَنَّ الْأَخِيذَ يَتَأَوَّلُ فِي أَخِيذِ الْقِرَاءَةِ وَالنَّظَرِ فِيهِ، وَلَأَنَّهُ لَا مَالِيَّةَ لَهُ عَلَى اعْتِبَارِ الْمَكْتُوبِ وَإِحْرَازُهُ لِأَجْلِهِ لَا لِلْجِلْدِ وَالْأَوْرَاقِ وَالْحِلْيَةِ وَإِنَّمَا هِيَ تَوَابِعٌ وَلَا مُعْتَبَرٌ بِالشَّبَعِ، كَمَنْ سَرَقَ أُنْيَةً فِيهَا خَمْرٌ وَقِيَمَةُ الْأُنْيَةِ تَرْبُو عَلَى النَّصَابِ.

الشرح:

(وَلَا قَطْعُ فِي الْأَشْرِبَةِ الْمُطْرِبَةِ) أَيِ الْمُسْكِرَةِ: قَالَ فِي الصَّحَاحِ: الطَّرْبُ خِفَّةٌ تُصِيبُ الْإِنْسَانَ لَشِدَّةِ حُزْنٍ أَوْ سُرُورٍ، وَفَسَّرَ السُّكْرُ فِي أُصُولِ الْفِقْهِ بِأَنَّهُ غَلَبَةُ سُرُورٍ فِي الْعَقْلِ فَالْتَقِيََا فِي مَعْنَى السُّرُورِ فَلِذَلِكَ أُسْتُعِيرَ الْإِطْرَابُ لِلِاسْكَارِ. قَالَ الْإِمَامُ الثُّمَرْتَاشِيُّ: لَا قَطْعُ فِي الْأَشْرِبَةِ الْمُطْرِبَةِ الْمُسْكِرَةِ وَهُوَ يُؤْذِنُ بِصِحَّةِ تَفْسِيرِ الْمُطْرِبَةِ بِالْمُسْكِرَةِ. وَقَوْلُهُ (لَأَنَّ بَعْضَهَا لَيْسَ بِمَالٍ) أَيِ بِمَالٍ مُتَقَوِّمٍ كَالْخَمْرِ (وَفِي مَالِيَّةِ بَعْضِهَا اخْتِلَافٌ) يَعْنِي كَالْمُنْتَصَفِ وَالْبَادِقِ وَمَاءِ الذَّرَّةِ وَالشَّعِيرِ لِأَنَّهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ۞ مُتَقَوِّمَةٌ خِلَافًا لَهَا، وَإِنَّمَا قِيدَ الْأَشْرِبَةِ بِكَوْنِهَا مُطْرِبَةً لَمَّا أَذَكَرَ فِي الْإِيضَاحِ، وَيُقَطَّعُ فِي الْخَلِّ لِأَنَّهُ لَا يَتَسَارَعُ إِلَيْهِ الْفَسَادُ، كَذَا فِي النَّهَائَةِ. وَقَالَ النَّاطِقِيُّ عَنْ كِتَابِ الْمُجَرَّدِ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ۞ أَنَّهُ قَالَ: (لَا قَطْعُ فِي الْخَلِّ) لِأَنَّهُ قَدْ صَارَ خَمْرًا مَرَّةً (وَلَا فِي الطُّنْبُورِ لِأَنَّهُ مِنَ الْمَعَارِفِ) وَالْمَعَارِفُ آلَاتُ اللّهُوِّ الَّتِي يُضْرَبُ بِهَا الْوَاحِدُ عَزَفٌ رِوَايَةٌ عَنْ الْعَرَبِ. قَوْلُهُ (وَلَا فِي سَرِقَةِ الْمُصْحَفِ) ظَاهِرٌ.

(وَلَا قَطْعَ فِي أَبْوَابِ الْمَسْجِدِ) لِعَدَمِ الْإِحْرَازِ فَصَارَ كَبَابِ الدَّارِ بَلْ أَوْلَى، لِأَنَّهُ يُحَرِّزُ بَابَ الدَّارِ مَا فِيهَا وَلَا يُحَرِّزُ بِبَابِ الْمَسْجِدِ مَا فِيهِ حَتَّى لَا يَجِبُ الْقَطْعُ بِسَرِقَةِ مَتَاعِهِ. قَالَ (وَلَا الصَّلِيبُ مِنَ الذَّهَبِ وَلَا الشُّطْرُنَجِ وَلَا النَّرْدِ) لِأَنَّهُ يَتَأَوَّلُ مَنْ أَخَذَهَا الْكَسْرَ نَهْيًا عَنِ الْمُنْكَرِ، بِخِلَافِ الدَّرْهِمِ الَّذِي عَلَيْهِ التَّمَثَالُ لِأَنَّهُ مَا أُعِدَّ لِلْعِبَادَةِ فَلَا تَثْبُتُ شُبُهَتُهُ إِبَاحَةً الْكَسْرِ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ إِنْ كَانَ الصَّلِيبُ فِي الْمُصَلَّى لَا يَقْطَعُ لِعَدَمِ الْحِرْزِ، وَإِنْ كَانَ فِي بَيْتٍ آخَرَ يَقْطَعُ لِكَمَالِ الْمَالِيَّةِ وَالْحِرْزِ.

الشرح:

(وَالصَّلِيبُ) شَيْءٌ مُثَلَّثٌ كَالْتَّمَثَالِ يَعْبُدُهُ النَّصَارَى (وَالشُّطْرُنَجُ) بَكْسَرِ الشَّيْنِ (وَالنَّارْدُ) مَعْرُوفَانِ، وَلَا قَطْعَ فِيهَا وَإِنْ كَانَتْ مِنْ ذَهَبٍ أَوْ فِضَّةٍ. وَقَوْلُهُ (إِنْ كَانَ الصَّلِيبُ فِي الْمُصَلَّى) أَيُّ فِي مَوْضِعِ صَلَاةِ النَّصَارَى وَهُوَ مَعْبُدُهُمْ. (وَلَا قَطْعَ عَلَى سَارِقِ الصَّبِيِّ الْحُرِّ وَإِنْ كَانَ عَلَيْهِ حُلِيٌّ) لِأَنَّ الْحُرَّ لَيْسَ بِمَالٍ وَمَا عَلَيْهِ مِنَ الْحُلِيِّ تَبَعَ لَهُ، وَلِأَنَّهُ يَتَأَوَّلُ فِي أَخْذِهِ الصَّبِيِّ إِسْكَاتَهُ أَوْ حَمْلَهُ إِلَى مُرَضِعَتِهِ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: يَقْطَعُ إِذَا كَانَ عَلَيْهِ حُلِيٌّ هُوَ نِصَابٌ لِأَنَّهُ يَجِبُ الْقَطْعُ بِسَرِقَتِهِ وَحْدَهُ فَكَذَا مَعَ غَيْرِهِ، وَعَلَى هَذَا إِذَا سَرَقَ إِنَاءً فَضْتَةٍ فِيهِ نَيْبَذَ أَوْ ثَرِيدًا. وَالْخِلَافُ فِي الصَّبِيِّ لَا يَمْشِي وَلَا يَتَكَلَّمُ كَي لَا يَكُونَ فِي يَدِ نَفْسِهِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَا عَلَيْهِ مِنَ الْحُلِيِّ تَابِعٌ) لَا يُقَالُ: يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ مَقْصُودُهُ مِنَ الْأَخْذِ هُوَ الْحُلِيُّ فَلَا يَكُونُ تَابِعًا لِأَنَّهُ لَوْ كَانَ ذَلِكَ مَقْصُودُهُ لَأَخَذَ الْحُلِيَّ وَتَرَكَ الصَّبِيَّ. وَقَوْلُهُ (لِأَنَّهُ يَجِبُ الْقَطْعُ بِسَرِقَتِهِ وَحْدَهُ فَكَذَا مَعَ غَيْرِهِ) مَعْنَاهُ سَرَقَ مَا يَجِبُ فِيهِ الْقَطْعُ وَمَا لَا يَجِبُ، وَضَمُّ مَا لَا يَجِبُ فِيهِ الْقَطْعُ إِلَى مَا يَجِبُ فِيهِ الْقَطْعُ لَا يُسْقِطُهُ، كَمَا لَوْ سَرَقَ نَوْبًا خَلَقًا لَا يُسَاوِي نِصَابًا وَفِيهِ عَشْرَةُ دَرَاهِمٍ مَضْرُوبَةٌ. وَقَوْلُهُ (وَعَلَى هَذَا إِذَا سَرَقَ إِنَاءً فِضَّةً) ظَاهِرٌ.

(وَلَا قَطْعَ فِي سَرِقَةِ الْعَبْدِ الْكَبِيرِ) لِأَنَّهُ غَضَبٌ أَوْ خِدَاعٌ (وَيُقْطَعُ فِي سَرِقَةِ الْعَبْدِ الصَّغِيرِ) لِتَحَقُّقِهَا بِحَدِّهَا إِلَّا إِذَا كَانَ يُعْبَرُ عَنْ نَفْسِهِ لِأَنَّهُ هُوَ وَالْبَالِغُ سَوَاءٌ فِي اعْتِبَارِ يَدِهِ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: لَا يَقْطَعُ وَإِنْ كَانَ صَغِيرًا لَا يَعْقِلُ وَلَا يَتَكَلَّمُ اسْتِحْسَانًا لِأَنَّهُ أَدْمِيٌّ

مِنْ وَجْهِ مَالٍ مِنْ وَجْهِ، وَلَهُمَا أَنَّهُ مَالٌ مُطْلَقٌ لِكَوْنِهِ مُنْتَفَعًا بِهِ أَوْ بَعَرَضٍ أَنْ يَصِيرَ مُنْتَفَعًا بِهِ إِلَّا أَنَّهُ انْضَمَّ إِلَيْهِ مَعْنَى الْأَدَمِيَّةِ.

(وَلَا قَطْعٌ فِي الدَّفَاتِرِ كُلِّهَا) لِأَنَّ الْمَقْصُودَ مَا فِيهَا وَذَلِكَ لَيْسَ بِمَالٍ (إِلَّا فِي دَفَاتِرِ الْحِسَابِ) لِأَنَّ مَا فِيهَا لَا يُقْصَدُ بِالْأَخْذِ فَكَانَ الْمَقْصُودُ هُوَ الْكَوَاعِدُ. قَالَ (وَلَا فِي سَرِقَةِ كَلْبٍ وَلَا فَهْدٍ) لِأَنَّ مِنْ جِنْسِهَا يُوجَدُ مُبَاحُ الْأَصْلِ غَيْرُ مَرْغُوبٍ فِيهِ وَلِأَنَّ الْاِخْتِلَافَ بَيْنَ الْعُلَمَاءِ ظَاهِرٌ فِي مَالِيَةِ الْكَلْبِ فَأَوْرَثَ شُبْهَةً.

الشرح:

(وَالدَّفَاتِرُ) جَمْعُ دَفْتَرٍ وَهِيَ الْكَرَارِيسُ، وَلَا قَطْعٌ فِيهَا كُلِّهَا سَوَاءً كَانَتْ لِلتَّفْسِيرِ أَوْ لِلْحَدِيثِ أَوْ لِلْفَقْهِ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ مِنْهَا مَا فِيهَا وَذَلِكَ لَيْسَ بِمَالٍ إِلَّا فِي دَفَاتِرِ الْحِسَابِ؛ لِأَنَّ مَا فِيهَا لَا يُقْصَدُ بِالْأَخْذِ فَكَانَ الْمَقْصُودُ هُوَ الْأُورَاقُ وَهُوَ مَالٌ مُتَقَوِّمٌ، فَإِذَا بَلَغَ قِيَمَتَهُ نَصَابًا يُقْطَعُ. وَعَمُومُ كَلَامِهِ يُشْعِرُ بِأَنَّ دَفَاتِرَ الْأَشْعَارِ كَدَفَاتِرِ الْفِقْهِ فِي عَدَمِ وَجُوبِ الْقَطْعِ لِكُونِهَا مُحْتَاجًا إِلَيْهَا لِمَعْرِفَةِ اللُّغَةِ وَمَعَانِي الْقُرْآنِ، وَالْحَاجَةُ وَإِنْ قُلْتُ كَفَتْ لِإِيرَاثِ الشُّبْهَةِ. وَمِنَ النَّاسِ مَنْ أَلْحَقَهَا بِدَفَاتِرِ الْحِسَابِ لِكُونِهَا غَيْرَ مُحْتَاجٍ إِلَيْهَا فِي مَعْرِفَةِ أَحْكَامِ الشَّرْعِ (وَلَا قَطْعٌ فِي سَرِقَةِ كَلْبٍ وَلَا فَهْدٍ) وَهُوَ ظَاهِرٌ.

(وَلَا قَطْعٌ فِي دُفٍّ وَلَا طَبْلِ وَلَا بَرَبِطٍ وَلَا مِزْمَارٍ) لِأَنَّ عِنْدَهُمَا لَا قِيَمَةَ لَهَا وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ أَخَذَهَا يَتَأَوَّلُ الْكَسْرَ فِيهَا.

الشرح:

(وَلَا فِي دُفٍّ وَلَا طَبْلِ) وَالْدُّفُّ بِضَمِّ الدَّالِّ وَفَتْحِهَا الَّذِي يُلْعَبُ بِهِ، وَهُوَ نَوْعَانِ مُدَوَّرٌ وَمُرَبَّعٌ، وَالْمَرَادُ بِالطَّبْلِ طَبْلُ اللَّهِو، وَأَمَّا طَبْلُ الْغَزَاةِ فَقَدْ اخْتَلَفَ فِيهِ الْمَشَايخُ. وَاخْتَارَ الصَّدْرُ الشَّهِيدُ عَدَمَ وَجُوبِ الْقَطْعِ لِأَنَّهُ كَمَا يَصْلُحُ لِلْعَزْوِ يَصْلُحُ لغيرِهِ فَتَتِمَّ كُنْ فِيهِ الشُّبْهَةُ. وَقَوْلُهُ (لِأَنَّ عِنْدَهُمَا لَا قِيَمَةَ لَهَا) بِدَلِيلِ أَنَّ مُثْلَفُهُ لَا يَضْمَنُهُ (وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ) وَإِنْ كَانَ يَجِبُ الضَّمَانُ عَلَى الْمُثْلَفِ فَهِيَ مُتَقَوِّمَةٌ، لَكِنْ (أَخَذَهَا يَتَأَوَّلُ الْكَسْرَ فِيهَا) فَكَانَ ذَلِكَ شُبْهَةً.

(وَيُقْطَعُ فِي السَّاجِ وَالْقَنَّا وَالْأَبْنُوسِ وَالصَّنَدَلِ) لِأَنَّهَا أَمْوَالٌ مُحَرَّزَةٌ لِكُونِهَا عَزِيزَةً عِنْدَ النَّاسِ وَلَا تُوجَدُ بِصُورَتِهَا مُبَاحَةً فِي دَارِ الْإِسْلَامِ. قَالَ (وَيُقْطَعُ فِي الْفُصُوصِ

الْخَضِرِ وَالْيَاقُوتِ وَالزَّبَرَجَدِ) لِأَنَّهَا مِنْ أَعَزِّ الْأَمْوَالِ وَأَنْفَسِهَا وَلَا تُوجَدُ مُبَاحَةً الْأَصْلِ بِصُورَتِهَا فِي دَارِ الْإِسْلَامِ غَيْرَ مَرْغُوبٍ فِيهَا فَصَارَتْ كَالذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ.

الشرح:

(وَالسَّاجُ) خَشَبٌ يُجْلَبُ مِنَ الْهِنْدِ (وَالْقِنَاءُ) بِالْكَسْرِ جَمْعُ قَنَاءٍ وَهِيَ خَشَبَةُ الرُّمَحِ (وَالْأَبْنُوسُ) بِمَدِّ الهمزة وَفَتْحِ الْبَاءِ مَعْرُوفٌ. وَقَوْلُهُ (وَلَا تُوجَدُ بِصُورَتِهَا مُبَاحَةً فِي دَارِ الْإِسْلَامِ) وَإِنَّمَا فَيَدُهُ بِدَارِ الْإِسْلَامِ لِأَنَّ الْأَمْوَالَ كُلَّهَا بَاقِيَةٌ عَلَى الْإِبَاحَةِ فِي دَارِ الْحَرْبِ.

(وَإِذَا اتَّخَذَ مِنَ الْخَشَبِ أَوَانِي وَأَبْوَابًا قُطِعَ فِيهَا) لِأَنَّهُ بِالصَّنْعَةِ التَّحَقُّ بِالْأَمْوَالِ النَّفِيسَةِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهَا تُحَرِّزُ بِخِلَافِ الْحَصِيرِ لِأَنَّ الصَّنْعَةَ فِيهِ لَمْ تَغْلِبْ عَلَى الْجِنْسِ حَتَّى يُبَسِّطُ فِي غَيْرِ الْحِرْزِ، وَفِي الْحَصْرِ الْبَغْدَادِيَّةِ قَالُوا يَجِبُ الْقَطْعُ فِي سَرَقَتِهَا لَغَلَبَةِ الصَّنْعَةِ عَلَى الْأَصْلِ وَإِنَّمَا يَجِبُ الْقَطْعُ فِي غَيْرِ الْمُرْكَبِ، وَإِنَّمَا يَجِبُ إِذَا كَانَ خَفِيفًا لَا يَثْقُلُ عَلَى الْوَاحِدِ حَمْلُهُ لِأَنَّ الثَّقِيلَ مِنْهُ لَا يُرْغَبُ فِي سَرَقَتِهِ

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِذَا اتَّخَذَ مِنَ الْخَشَبِ أَوَانٌ) فَرَّقَ بَيْنَ الْعَمَلِ الْمُتَّصِلِ بِالْخَشَبِ وَالْعَمَلِ الْمُتَّصِلِ بِالْحَشِيشِ بِغَلَبَةِ الصَّنْعَةِ عَلَى الْأَصْلِ فَفِي الْخَشَبِ تَغْلِبُ الصَّنْعَةُ عَلَى الْجِنْسِ فَتُخْرِجُهُ عَنِ الْجِنْسِ الْمُبَاحِ بِازْدِيَادِ يَحْصُلُ فِي قِيَمَتِهِ وَيُعَزِّزُهُ بَحِثُ إِنَّهُمْ يُدْخِلُونَهُ فِي الْحِرْزِ. وَأَمَّا فِي الْحَشِيشِ فَلَيْسَ كَذَلِكَ وَلِهَذَا يَفْرِشُونَهُ فِي غَيْرِ الْحِرْزِ، حَتَّى لَوْ غَلَبَ الصَّنْعَةُ عَلَى الْأَصْلِ كَالْحَصْرِ الْبَغْدَادِيَّةِ يَجِبُ الْقَطْعُ. وَقَوْلُهُ (وَإِنَّمَا يَجِبُ الْقَطْعُ) أَيُّ فِي الْأَبْوَابِ (فِي غَيْرِ الْمُرْكَبِ) بِالْجِدَارِ، أَمَّا إِذَا كَانَتْ مُرْكَبَةً فِي الْجِدَارِ فَقُلْعُهَا فَأَخَذَهَا فَإِنَّهُ لَا يُقْطَعُ لِأَنَّ الْقَطْعَ إِنَّمَا يَكُونُ فِي مَالٍ مُحَرَّرٍ لَا فِيمَا يُحَرِّزُ بِهِ، وَمَا فِي الْبَيْتِ مِنَ الْمَتَاعِ فَإِنَّمَا يُحَرِّزُ بِالْأَبْوَابِ الْمُرْكَبَةِ فَلَا تَكُونُ مُحَرَّرَةً، قِيلَ هَذَا فِي الْبَابِ الْبِرَّانِيِّ، وَأَمَّا فِي الْبَابِ الثَّانِي فِي الدَّاحِلِ فَفِيهِ الْقَطْعُ لِأَنَّهُ مُحَرَّرٌ بِالْبِرَّانِيِّ. وَقَوْلُهُ (وَإِنَّمَا يَجِبُ إِذَا كَانَ خَفِيفًا) ظَاهِرٌ.

(وَلَا قُطِعَ عَلَى خَائِنٍ وَلَا خَائِنَةٍ) لِقُصُورِ فِي الْحِرْزِ (وَلَا مُنْتَهَبٍ وَلَا مُخْتَلَسٍ) لِأَنَّهُ يُجَاهَرُ بِفِعْلِهِ، كَيْفَ وَقَدْ قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «لَا قُطْعَ فِي مُخْتَلَسٍ وَلَا مُنْتَهَبٍ

وَلَا خَائِنٌ»^(١).

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلَا قَطَعَ عَلَى خَائِنٍ) الْحَيَاةُ هُوَ أَنْ يَخُونَ الْمُوَدِّعُ مَا فِي يَدِهِ مِنَ الشَّيْءِ الْمَأْمُونِ. وَالْإِتِّهَابُ أَنْ يَأْخُذَ عَلَى وَجْهِ الْعَلَانِيَةِ قَهْرًا مِنْ ظَاهِرٍ بَلَدَةٍ أَوْ قَرْيَةٍ. وَالْإِخْتِلَاسُ أَنْ يَأْخُذَ مِنَ الْبَيْتِ سُرْعَةً جَهْرًا، وَالْوَجْهُ مَا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ وَهُوَ وَاضِحٌ. (وَلَا قَطَعَ عَلَى النَّبَاشِ) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَالشَّافِعِيُّ عَلَيْهِ الْقَطْعُ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «مَنْ نَبَشَ قَطْعَنَاهُ»^(٢) وَلَأنَّهُ مَالٌ مُتَقَوِّمٌ مُحَرَّرٌ يُحَرِّزُ مِثْلَهُ فَيُقَطَّعُ فِيهِ. وَلَهُمَا قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «لَا قَطَعَ عَلَى الْمُخْتَفِي»^(٣) وَهُوَ النَّبَاشُ بِلُغَةِ أَهْلِ الْمَدِينَةِ، وَلَأنَّ الشُّبْهَةَ تَمَكَّنَتْ فِي الْمَلِكِ لِأنَّهُ لَا مَلِكَ لِلْمَيِّتِ حَقِيقَةً وَلَا لِلْوَارِثِ لَتَقَدُّمِ حَاجَةِ الْمَيِّتِ، وَقَدْ تَمَكَّنَ الْخَلَلُ فِي الْمَقْصُودِ وَهُوَ الْإِنْزِجَارُ لِأنَّ الْجِنَايَةَ فِي نَفْسِهَا نَادِرَةٌ الْوُجُودِ وَمَا رَوَاهُ غَيْرُ مَرْفُوعٍ أَوْ هُوَ مَحْمُولٌ عَلَى السِّيَاسَةِ، وَإِنْ كَانَ الْقَبْرُ فِي بَيْتٍ مَفْضَلٍ فَهُوَ عَلَى الْخِلَافِ فِي الصَّحِيحِ لَمَّا قُلْنَا وَكَذَا إِذَا سَرَقَ مِنْ قَابُوتٍ فِي الْقَافِلَةِ وَفِيهِ الْمَيِّتُ لَمَّا بَيَّنَّاهُ.

الشرح:

قَالَ (وَلَا قَطَعَ عَلَى النَّبَاشِ) اخْتَلَفَ الصَّحَابَةُ فِي مَسْأَلَةِ النَّبَاشِ؛ فَقَالَ عُمَرُ وَعَائِشَةُ وَابْنُ الزُّبَيْرِ وَابْنُ مَسْعُودٍ رضي الله عنه بِوُجُوبِ الْقَطْعِ عَلَى النَّبَاشِ، وَقَالَ ابْنُ عَبَّاسٍ: لَا قَطَعَ عَلَيْهِ، وَقَدْ اتَّفَقَ عَلَى ذَلِكَ مَنْ بَقِيَ مِنَ الصَّحَابَةِ فِي عَهْدِ مَرْوَانَ عَلَى مَا رُوِيَ أَنَّ نَبَاشًا أَتَى بِهِ مَرْوَانُ. فَسَأَلَ الصَّحَابَةَ عَنْ ذَلِكَ فَلَمْ يَثْبُتُوا فِيهِ شَيْئًا، فَعَزَّرَهُ أَسْوَاطًا وَلَمْ يَقْطَعُوهُ. وَبِهِ أَخَذَ أَبُو حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٌ.

وَبِالْأَوَّلِ أَخَذَ أَبُو يُوسُفَ وَالشَّافِعِيُّ (لِقَوْلِهِ عليه السلام: «وَمَنْ نَبَشَ قَطْعَنَاهُ» وَلَأنَّهُ مَالٌ مُتَقَوِّمٌ مُحَرَّرٌ بِحَرَزٍ مِثْلِهِ فَيُقَطَّعُ فِيهِ) أَمَّا أَنَّهُ مَالٌ مُتَقَوِّمٌ فَلَا شُبْهَةَ فِيهِ، فَإِنَّ الْإِلَاسَ الثَّوْبَ

(١) أخرجه أبو داود (٤٣٩١، ٤٣٩٢، ٤٣٩٣) مقطعا، والترمذي في الحدود باب ١٨، والنسائي

(٤٦٠٦)، وابن ماجه (٢٥٩١)، وانظر نصب الرأية (٥٥٨/٣).

(٢) أخرجه البيهقي في المعرفة، وانظر نصب الرأية (٥٦١/٣).

(٣) قال الزيلعي في نصب الرأية (٥٦٢/٣): غريب.

لَلْمَيْتِ لَا يُخْرِجُهُ عَنِ التَّقْوَمِ، وَأَمَّا أَنَّهُ مُحَرَّرٌ فَلَا أَنَّهُ لَيْسَ بِمُضْبِعٍ؛ أَلَا تَرَى أَنَّ الْأَبَ وَالْوَصِيَّ إِذَا كَفَّنَا الصَّبِيَّ مِنْ مَالِهِ لَا يَضْمَنَّانِ، وَمَا لَا يَكُونُ مُحَرَّرًا يَكُونُ مُضْبِعًا وَفِيهِ الضَّمَانُ. وَأَمَّا قَوْلُهُ (بِحَرَزٍ مِثْلِهِ) بِحَرَفِ الْجَرِّ، فَلَمَّا بَيَّنَّاهُ الطَّحَاوِيَّ: حَرَزُ كُلِّ شَيْءٍ مُعْتَبَرٌ بِحَرَزٍ مِثْلِهِ، حَتَّى أَنَّهُ إِذَا سَرَقَ دَابَّةً مِنْ إِبْطَلٍ يُقَطَّعُ، وَلَوْ سَرَقَ لُؤْلُؤَةً مِنَ الْإِبْطَلِ لَمْ يُقَطَّعْ. وَإِذَا سَرَقَ شَاةً مِنَ الْحَظِيرَةِ يُقَطَّعُ، وَلَوْ كَانَ فِيهَا تَوْبٌ فَسَرَقَهُ لَمْ يُقَطَّعْ لِأَنَّ الشَّاةَ لَا تُحَرَزُ بِأَخَصَنَ مِنْهَا إِذَا كَانَ بِأُيُودِهَا يَمْنَعُ إِخْرَاجَ الشَّاةِ دُونَ دُخُولِ الْآدَمِيِّ وَإِخْرَاجَ سَائِرِ الْأَمْوَالِ. وَقَوْلُهُ (وَلَهُمَا) أَيُّ لِأَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ، وَكَلَامُهُ ظَاهِرٌ لَا يَحْتَاجُ إِلَى شَرْحٍ. وَقَوْلُهُ (وَإِنْ كَانَ الْقَبْرُ فِي بَيْتٍ مُقْفَلٍ) بِسُكُونِ الْقَافِ مِنْ أَقْفَلَ الْبَابِ.

وَقَوْلُهُ (فَهُوَ عَلَى الْخِلَافِ فِي الصَّحِيحِ) بَيَّنَّاهُ مَا قَالَ فِي الْمَبْسُوطِ: وَاخْتَلَفَ الْمَشَايخُ فِيمَا إِذَا كَانَ الْقَبْرُ فِي بَيْتٍ مُقْفَلٍ ثُمَّ قَالَ: وَالْأَصَحُّ عِنْدِي أَنَّهُ لَا يَجِبُ الْقَطْعُ سِوَاءَ كَانَ نَبْشُ الْقَبْرِ لِلْكَفَنِ أَوْ سَرَقَ مَا لَا آخَرَ مِنْ ذَلِكَ الْبَيْتِ لِأَنَّ بَوَاضِعَ الْقَبْرِ فِيهِ اخْتِلَافٌ صِفَةُ الْحَرَزِ فِي ذَلِكَ الْبَيْتِ، فَإِنَّ لِكُلِّ أَحَدٍ مِنَ النَّاسِ تَأْوِيلًا بِالْدُخُولِ فِيهِ لِرِيَازَةِ الْقَبْرِ. وَكَذَلِكَ اخْتَلَفُوا فِيمَا إِذَا سَرَقَ مِنْ تَابُوتٍ فِي الْقَافِلَةِ وَفِيهِ الْمَيْتُ، فَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ يُقَطَّعُ لِأَنَّهُ مُحَرَزٌ بِالْقَافِلَةِ. قَالَ شَمْسُ الْأُيُودِ: وَالْأَصَحُّ عِنْدِي أَنَّهُ لَا يَجِبُ الْقَطْعُ لِاخْتِلَالِ صِفَةِ الْمَالِكِيَّةِ وَالْمُلْكِيَّةِ فِي الْكَفَنِ مِنَ الْوَجْهِ الَّذِي قَرَّرْنَاهُ. وَقَوْلُهُ (لَمَّا بَيَّنَّاهُ) إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ ﷺ: «لَا قَطْعَ عَلَى الْمُخْتَفِي» وَالْمَعْقُولُ وَهُوَ قَوْلُهُ لِأَنَّهُ لَا مِلْكَ لِلْمَيْتِ حَقِيقَةً.

(وَلَا يُقَطَّعُ السَّارِقُ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ) لِأَنَّهُ مَالُ الْعَامَّةِ وَهُوَ مِنْهُمْ. قَالَ (وَلَا مِنْ مَالِ

لِلسَّارِقِ فِيهِ شَرِكَةٌ) لَمَّا قُلْنَا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلَا يُقَطَّعُ السَّارِقُ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (لَمَّا قُلْنَا) إِشَارَةٌ إِلَى مَا يُفْهَمُ مِنْ قَوْلِهِ لِأَنَّهُ مَالُ الْعَامَّةِ وَهُوَ مِنْهُمْ، فَإِنَّهُ يُفْهَمُ مِنْ ذَلِكَ أَنَّ لِلْسَّارِقِ فِيهِ حَقًّا وَلَمَّا قُلْنَا إِشَارَةٌ إِلَيْهِ.

(وَمَنْ لَهُ عَلَى آخَرِ دَرَاهِمٍ فَسَرَقَ مِنْهُ مِثْلَهَا لَمْ يُقَطَّعْ لِأَنَّهُ اسْتِيفَاءٌ لِحَقِّهِ)، وَالْحَالُ

وَالْمُؤْجَلُ فِيهِ سَوَاءٌ اسْتِحْسَانًا لِأَنَّ التَّأْجِيلَ لِتَأْخِيرِ الْمُطَالَبَةِ، وَكَذَا إِذَا سَرَقَ زِيَادَةً عَلَى حَقِّهِ لِأَنَّهُ بِمِقْدَارِ حَقِّهِ يَصِيرُ شَرِيكًا فِيهِ (وَإِنْ سَرَقَ مِنْهُ عُرُوضًا قُطِعَ) لِأَنَّهُ لَيْسَ لَهُ وَلايَةُ الْإِسْتِيفَاءِ مِنْهُ إِلَّا بَيْعًا بِالتَّرَاضِي. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ لَا يُقْطَعُ لِأَنَّهُ لَوْ أَن يَأْخُذَهُ عِنْدَ بَعْضِ الْعُلَمَاءِ قَضَاءٌ مِنْ حَقِّهِ أَوْ رَهْنًا بِحَقِّهِ. قُلْنَا: هَذَا قَوْلٌ لَا يَسْتَنْدُ إِلَى دَلِيلٍ ظَاهِرٍ فَلَا يُعْتَبَرُ بِدُونِ اتِّصَالِ الدَّعْوَى بِهِ، حَتَّى لَوْ ادَّعَى ذَلِكَ دُرِيَّ عَنْهُ الْحَدُّ لِأَنَّهُ ظَنٌّ فِي مَوْضِعِ الْخِلَافِ، وَلَوْ كَانَ حَقُّهُ دَرَاهِمَ فَسَرَقَ مِنْهُ دَنَانِيرَ قِيلَ يُقْطَعُ لِأَنَّهُ لَيْسَ لَهُ حَقٌّ الْأَخْذِ، وَقِيلَ لَا يُقْطَعُ لِأَنَّ النُّقُودَ جِنْسٌ وَاحِدٌ.

الشرح:

قَالَ (وَالْحَالُ وَالْمُؤْجَلُ فِيهِ) أَيُّ فِي عَدَمِ الْقَطْعِ (سَوَاءٌ) أَمَّا إِذَا كَانَ حَالًا فَظَاهِرٌ، وَأَمَّا إِذَا كَانَ مُؤْجَلًا فَلَأَنَّ التَّأْجِيلَ لَيْسَ إِلَّا لِتَأْخِيرِ الْمُطَالَبَةِ، وَأَمَّا نَفْسُ وَجُوبِ الدِّينِ فَثَابِتٌ قَبْلَ الْمُطَالَبَةِ أَيْضًا، وَالْقِيَاسُ أَنْ يُقْطَعَ لِأَنَّهُ سَرَقَ مَا لَا يُبَاحُ لَهُ الْأَخْذُ كَمَا لَوْ سَرَقَ مِنْ خِلَافِ جِنْسِهِ. وَوَجْهُ الاسْتِحْسَانِ أَنَّ الْأَخْذَ إِنْ لَمْ يَكُنْ مُسْتَحَقًّا لِمَكَانِ الْأَجَلِ كَانَ لَهُ شُبْهَةٌ الْأَخْذِ وَهِيَ كَافِيَةٌ لِلدَّرءِ.

وَقَوْلُهُ (وَكَذَا إِذَا سَرَقَ زِيَادَةً عَلَى حَقِّهِ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (لَأَنَّ لَهُ أَنْ يَأْخُذَهُ عِنْدَ بَعْضِ الْعُلَمَاءِ) يُرِيدُ بِهِ ابْنُ أَبِي لَيْلَى فَإِنَّهُ يَقُولُ: وَإِنْ ظَفَرَ بِخِلَافِ جِنْسِ حَقِّهِ كَانَ لَهُ أَنْ يَأْخُذَهُ لَوْجُودِ الْمُجَانَسَةِ بِاعْتِبَارِ صِفَةِ الْمَالِيَّةِ. وَمِنْ الْعُلَمَاءِ مَنْ يَقُولُ: لَهُ أَنْ يَأْخُذَهُ رَهْنًا بِحَقِّهِ، وَاخْتِلَافُ الْعُلَمَاءِ يُورِثُ الشُّبْهَةَ (قُلْنَا: هَذَا الْقَوْلُ لَا يَسْتَنْدُ إِلَى دَلِيلٍ ظَاهِرٍ) الْقِيَاسُ أَنْ لَا يَأْخُذَ جِنْسَ حَقِّهِ فِي الدِّينِ الْحَالِ لِأَنَّ حَقَّهُ فِي الْوَصْفِ فِي الْحَقِيقَةِ. وَهَذَا عَيْنٌ لَكِنْ تَرَكْنَاهُ فِيهِ لِقَلَّةِ التَّفَاوُتِ بَيْنَهُمَا، وَلَا كَذَلِكَ خِلَافُ الْجِنْسِ لِفُحْشِ التَّفَاوُتِ فَلَا يُتْرَكُ الْقِيَاسُ (وَلَا يُعْتَبَرُ بِدُونِ اتِّصَالِ الدَّعْوَى بِهِ، حَتَّى لَوْ ادَّعَى ذَلِكَ) أَيُّ أَنَّهُ أَخْذُهُ قَضَاءٌ لِحَقِّهِ أَوْ رَهْنًا بِهِ (دُرِيَّ الْحَدُّ عَنْهُ) لِأَنَّ فِعْلَهُ فِي مَوْضِعِ الْاجْتِهَادِ لَا يَنْفَكُ عَنْ شُبْهَةِ وَإِنْ كَانَ هُوَ مُخْطِئًا فِي ذَلِكَ التَّأْوِيلِ عِنْدَنَا. وَقَوْلُهُ (وَلَوْ كَانَ حَقُّهُ دَرَاهِمَ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (وَقِيلَ لَا يُقْطَعُ) قِيلَ: هُوَ الْأَصَحُّ (لَأَنَّ النُّقُودَ جِنْسٌ وَاحِدٌ) كَمَا فِي الزَّكَاةِ وَالشُّفْعَةِ.

(وَمَنْ سَرَقَ عَيْنًا فَقُطِعَ فِيهَا فَرَدَّهَا ثُمَّ عَادَ فَسَرَقَهَا وَهِيَ بِحَالِهَا لَمْ يُقْطَعْ)

وَالْقِيَاسُ أَنْ يُقْطَعَ وَهُوَ رَوَايَةٌ عَنْ أَبِي يُوسُفَ وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ، لقوله عليه الصلاة والسلام: «فَإِنْ عَادَ فَاقْطَعُوهُ» ^(١) مِنْ غَيْرِ فِصْلٍ، وَلَأَنَّ الثَّانِيَةَ مُتَكَامِلَةٌ كَالأُولَى بَلْ أَقْبَحُ لَتَقْدُمِ الزَّاجِرِ، وَصَارَ كَمَا إِذَا بَاعَهُ الْمَالِكُ مِنَ السَّارِقِ ثُمَّ اشْتَرَاهُ مِنْهُ ثُمَّ كَانَتْ السَّرِقَةُ. وَلَنَا أَنَّ الْقَطْعَ أَوْجَبَ سُقُوطَ عِصْمَةِ الْمَحَلِّ عَلَى مَا يُعْرَفُ مِنْ بَعْدِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى، وَبِالرَّدِّ إِلَى الْمَالِكِ إِنْ عَادَتْ حَقِيقَةُ الْعِصْمَةِ بَقِيَتْ شُبْهَةُ السُّقُوطِ نَظَرًا إِلَى اتِّحَادِ الْمَلِكِ وَالْمَحَلِّ، وَقِيَامُ الْمَوْجِبِ وَهُوَ الْقَطْعُ فِيهِ، بِخِلَافِ مَا ذُكِرَ لَأَنَّ الْمَلِكَ قَدْ اخْتَلَفَ بِاخْتِلَافِ سَبَبِهِ، وَلَأَنَّ تَكَرُّرَ الْجِنَايَةِ مِنْهُ نَادِرٌ لَتَحْمِلُهُ مَشَقَّةُ الزَّاجِرِ فَتُعْرَى الْإِقَامَةُ عَنِ الْمَقْصُودِ وَهُوَ تَقْلِيلُ الْجِنَايَةِ، وَصَارَ كَمَا إِذَا قَدْ نَفَذَ الْمَحْدُودُ فِي قَدْ نَفَذَ الْمَقْدُوفِ الْأَوَّلِ.

قَالَ (فَإِنْ تَغَيَّرَتْ عَنْ حَالِهَا مِثْلُ أَنْ يَكُونَ غَزَا فَسَرْقَهُ وَقُطِعَ فَرْدَهُ ثُمَّ تُسِجَ فَعَادَ فَسَرْقَهُ قُطِعَ) لَأَنَّ الْعَيْنَ قَدْ تَبَدَّلَتْ وَلِهَذَا يَمْلِكُهُ الْغَاصِبُ بِهِ، وَهَذَا هُوَ عَلَامَةُ التَّبَدُّلِ فِي كُلِّ مَحَلٍّ، وَإِذَا تَبَدَّلَتْ انْتَفَتِ الشُّبْهَةُ النَّاشِئَةُ مِنْ اتِّحَادِ الْمَحَلِّ، وَالْقَطْعُ فِيهِ فَوْجَبَ الْقَطْعِ ثَانِيًا، وَاللَّهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ سَرَقَ عَيْنًا) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (لَأَنَّ الثَّانِيَةَ مُتَكَامِلَةٌ كَالأُولَى) وَجْهُ التَّشْبِيهِ هُوَ أَنَّ الْمَتَاعَ بَعْدَ رَدِّهِ عَلَى الْمَسْرُوقِ مِنْهُ فِي حَقِّ السَّارِقِ كَعَيْنٍ أُخْرَى فِي حُكْمِ الضَّمَانِ، حَتَّى لَوْ غَصَبَهَا أَوْ أُلْفَهَا كَانَ ضَامِنًا، فَكَذَلِكَ فِي حُكْمِ الْقَطْعِ لَمَّا آتَاهُ مَالٌ مَعْصُومٌ كَامِلُ الْمِقْدَارِ أَخَذَ مِنْ حِرْزٍ لَا شُبْهَةَ فِيهِ. وَبِهَذِهِ الْأَوْصَافِ لَزِمَهُ الْقَطْعُ فِي الْمَرَّةِ الْأُولَى فَكَذَلِكَ فِي الْمَرَّةِ الثَّانِيَةِ. وَأَمَّا كَوْنُهُ أَقْبَحَ فَظَاهِرٌ لَتَقْدُمِ الزَّاجِرِ.

وَقَوْلُهُ (وَلَنَا أَنَّ الْقَطْعَ أَوْجَبَ سُقُوطَ عِصْمَةِ الْمَحَلِّ عَلَى مَا يُعْرَفُ مِنْ بَعْدِ) إشارَةً إِلَى قَوْلِهِ بَعْدَ أَوْ رَاقٍ. وَلَنَا قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «لَا غُرْمَ عَلَى السَّارِقِ بَعْدَ مَا قُطِعَتْ يَمِينُهُ» إلخ. وَسُقُوطُ عِصْمَةِ الْمَحَلِّ يُوجِبُ انْتِفَاءَ الْقَاطِعِ، فَإِنْ قِيلَ: الْعِصْمَةُ وَإِنْ سَقَطَتْ بِالْقَطْعِ لَكِنَّهَا عَادَتْ بِالرَّدِّ إِلَى الْمَالِكِ، أَجَابَ بِقَوْلِهِ (وَبِالرَّدِّ إِلَى الْمَالِكِ إِنْ عَادَتْ حَقِيقَةُ الْعِصْمَةِ بَقِيَتْ شُبْهَةُ السُّقُوطِ نَظَرًا إِلَى اتِّحَادِ الْمَلِكِ وَالْمَحَلِّ وَقِيَامِ الْمَوْجِبِ وَهُوَ الْقَطْعُ فِيهِ) فَقَوْلُهُ نَظَرًا إِلَى اتِّحَادِ الْمَلِكِ احْتِرَازٌ عَمَّا لَوْ تَبَدَّلَ الْمَلِكُ

(١) أخرجه الدارقطني في السنن (٣/١٨١)، وانظر نصب الراية (٣/٥٦٢).

فِي ذَلِكَ وَهُوَ جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ كَمَا إِذَا بَاعَهُ الْمَالِكُ مِنَ السَّارِقِ الْخُ.
 وَقَوْلُهُ وَالْمَحْلُ احْتِرَازٌ عَمَّا إِذَا تَبَدَّلَ الْمَحْلُ كَمَا فِي صُورَةِ الْغَزْلِ وَهُوَ قَوْلُهُ فِيمَا
 يَجِيءُ بِقَوْلِهِ فَإِنْ تَعَيَّرَتْ عَنْ حَالِهَا مِثْلُ أَنْ يَكُونَ غَزْلًا الْخُ (وَقَوْلُهُ وَقِيَامُ الْمُوجِبِ) أَيْ
 مُوجِبُ سَقُوطِ الْعِصْمَةِ وَهُوَ احْتِرَازٌ عَمَّا كَانَ قَبْلَ الْقَطْعِ. وَقَوْلُهُ (بِخِلَافِ مَا ذَكَرَهُ)
 يَعْنِي أَبَا يُوسُفَ مِنْ صُورَةِ الْبَيْعِ (لَأَنَّ الْمَلِكَ قَدْ اخْتَلَفَ بِاخْتِلَافِ سَبَبِهِ)، وَأَصْلُهُ حَدِيثُ
 بَرِيرَةَ وَهُوَ مَعْرُوفٌ. وَقَوْلُهُ (أَوْ لِأَنَّ تَكَرُّرَ الْجِنَايَةِ) مَعْطُوفٌ عَلَى قَوْلِهِ وَلَنَا أَنَّ الْقَطْعَ
 فَهُوَ دَلِيلٌ آخَرُ.

وَتَقْرِيرُهُ تَكَرُّرُ الْجِنَايَةِ مِنْهُ بِالْعَوْدِ إِلَى سَرِقَةٍ مَا قُطِعَ فِيهِ نَادِرٌ جَدًّا لِتَحْمُلِهِ مَشَقَّةُ
 الزَّاجِرِ، وَالتَّادِرُ يَعْرِى عَنْ مَقْصُودِ الْإِقَامَةِ وَهُوَ تَقْلِيلُ الْجِنَايَةِ فَلَا يَحْتَاجُ إِلَيْهَا (وَصَارَ
 كَمَا إِذَا قَذَفَ الْمَحْدُودُ فِي الْقَذْفِ الْمَقْدُوفِ الْأَوَّلِ) بِالزَّنَا الْأَوَّلِ فَإِنَّهُ لَا يُحَدُّ نَظْرًا إِلَى
 عَرَائِهِ عَنْ مَقْصُودِ الْإِقَامَةِ. فَإِنْ قِيلَ: نَظِيرُ مَسْأَلَتِنَا حَدُّ الزَّنَا فِي كَوْنِ الْحَدِّ فِي كُلِّ وَاحِدٍ
 مِنْهُمَا خَالِصٌ حَقَّ اللَّهُ تَعَالَى، ثُمَّ حَدُّ الزَّنَا يَتَكَرَّرُ بِتَكَرُّرِ الْفِعْلِ فِي مَحَلٍّ وَاحِدٍ، حَتَّى أَنْ
 مَنْ زَنَى بِامْرَأَةٍ فَحَدُّ ثُمَّ زَنَى بِتِلْكَ الْمَرْأَةِ مَرَّةً أُخْرَى يُحَدُّ ثَانِيًا، بِخِلَافِ حَدِّ الْقَذْفِ فَإِنَّ
 فِيهِ حَقَّ الْعَبْدِ خُصُوصًا عَلَى أَصْلِ الْخُصْمِ، وَخُصُومَةُ الْمَقْدُوفِ فِي الْحَدِّ فِي الْمَرَّةِ الثَّانِيَةِ
 غَيْرُ مَسْمُوعَةٍ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ إِظْهَارُ كَذِبِ الْقَاذِفِ وَدَفْعُ الْعَارِ عَنْ نَفْسِهِ وَقَدْ حَصَلَ ذَلِكَ
 بِالْمَرَّةِ الْأُولَى.

أُجِيبَ بِأَنَّ حَدَّ الْقَذْفِ نَظِيرُ مَسْأَلَتِنَا مِنْ حَيْثُ إِنَّ هَذَا حَدُّ لَا يُسْتَوْفَى إِلَّا
 بِخُصُومَةٍ فَلَا يَتَكَرَّرُ إِلَّا بِتَكَرُّرِ الْخُصُومَةِ مِنْ شَخْصٍ وَاحِدٍ فِي مَحَلٍّ وَاحِدٍ كَحَدِّ
 الْقَذْفِ. وَالْفَرْقُ بَيْنَ الْمُتَنَازِعِ فِيهِ وَصُورَةِ الزَّنَا أَنَّ الْحَدَّ فِي الزَّنَا إِمَّا هُوَ بِاعْتِبَارِ
 الْمُسْتَوْفَى، وَالْمُسْتَوْفَى فِي الْمَرَّةِ الثَّانِيَةِ غَيْرُ الْمُسْتَوْفَى فِي الْمَرَّةِ الْأُولَى، لِأَنَّ الْأَوَّلَ تَلَاشَى
 وَاصْطَحَلَ. وَالْمُسْرُوقُ فِي الْمُتَنَازِعِ فِيهِ هُوَ بَعِيْنُهُ الْمُسْرُوقُ فِي الْمَرَّةِ الْأُولَى. وَقَوْلُهُ (فَإِنْ
 تَعَيَّرَتْ عَنْ حَالِهَا) ظَاهِرٌ، وَالْقَطْعُ بِالْجُرِّ عَطِفَ عَلَى قَوْلِهِ مِنْ اتِّحَادٍ.

فصل في الحرز والأخذ منه

الشرح:

(فصل في الحرز والأخذ منه): لَمَّا كَانَ تَحَقُّقُ السَّرِقَةِ مَوْثُوقًا عَلَى كَوْنِ الْمُسْرُوقِ

مَالًا مُحَرِّزًا وَفَرَّغَ عَنْ ذِكْرِ الْمَوْصُوفِ شَرَعَ فِي تَيَانِ الْحِرْزِ الَّذِي يَحْصُلُ بِهِ الْوَصْفُ، ثُمَّ الْعِلَّةُ فِي سُقُوطِ الْقَطْعِ عَنْ قَرَابَةِ الْوِلَادِ أَمْرَانِ: الْبُسُوطَةُ فِي الْمَالِ وَفِي حَقِّ الدُّخُولِ فِي الْحِرْزِ وَعَنْ ذِي الرَّحِمِ الْمَحْرَمِ أَمْرٌ وَاحِدٌ وَهُوَ الْبُسُوطَةُ فِي الدُّخُولِ فِي الْحِرْزِ.

(وَمَنْ سَرَقَ مِنْ أَبَوَيْهِ أَوْ وَلَدِهِ أَوْ ذِي رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنْهُ لَمْ يَقْطَعْ) فَلأَوَّلُ وَهُوَ الْوِلَادُ لِلْبُسُوطَةِ فِي الْمَالِ وَفِي الدُّخُولِ فِي الْحِرْزِ. وَالثَّانِي لِلْمَعْنَى الثَّانِي، وَهَذَا أَبَاحَ الشَّرْعُ النَّظَرَ إِلَى مَوَاضِعِ الزَّيْنَةِ الظَّاهِرَةِ مِنْهَا، بِخِلَافِ الصَّدِيقَيْنِ لِأَنَّهُ عَادَاهُ بِالسَّرِقَةِ. وَفِي الثَّانِي خِلَافُ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ لِأَنَّهُ أَحَقَّهَا بِالْقَرَابَةِ الْبَعِيدَةِ، وَقَدْ بَيَّنَّاهُ فِي الْعِتَاقِ (وَلَوْ سَرَقَ مِنْ بَيْتِ ذِي رَحِمٍ مَحْرَمٍ مَتَاعَ غَيْرِهِ يَتَّبِعِي أَنْ لَا يَقْطَعْ، وَلَوْ سَرَقَ مَالَهُ مِنْ بَيْتِ غَيْرِهِ يَقْطَعْ) عِتَابَارًا لِلْحِرْزِ وَعَدَمِهِ (وَإِنْ سَرَقَ مِنْ أُمِّهِ مِنَ الرِّضَاعَةِ قُطِعَ) وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى أَنَّهُ لَا يَقْطَعْ لِأَنَّهُ يَدْخُلُ عَلَيْهَا مِنْ غَيْرِ اسْتِئْذَانٍ وَحِشْمَةٍ، بِخِلَافِ الْأَخْتِ مِنَ الرِّضَاعِ لِانْعِدَامِ هَذَا الْمَعْنَى فِيهَا عَادَةً. وَجِهَ الظَّاهِرِ أَنَّهُ لَا قَرَابَةَ وَالْمَحْرَمِيَّةُ بِدُونِهَا لَا تُحْتَرَمُ كَمَا إِذَا ثَبَّتَتْ بِالزَّنَا وَالتَّقْبِيلِ عَنْ شَهْوَةٍ، وَأَقْرَبُ مِنْ ذَلِكَ الْأَخْتُ مِنَ الرِّضَاعَةِ، وَهَذَا لِأَنَّ الرِّضَاعَ قَلَمًا يَشْتَهَرُ فَلَا بُسُوطَةَ تَحَرُّزًا عَنْ مَوْقِفِ التَّهْمَةِ بِخِلَافِ النَّسَبِ.

الشرح:

(وَلِهَذَا أَبَاحَ الشَّرْعُ النَّظَرَ إِلَى مَوَاضِعِ الزَّيْنَةِ الظَّاهِرَةِ) الْوَجْهِ وَالْكَفِّ عَلَى مَا سَيَجِيءُ فِي كِتَابِ الْكَرَاهِيَةِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى. وَقَوْلُهُ (وَفِي الثَّانِي) يَعْنِي وَفِي ذِي الرَّحِمِ الْمَحْرَمِ (خِلَافُ الشَّافِعِيِّ) فَإِنَّهُ يَقُولُ فِي غَيْرِ الْوَالِدَيْنِ وَالْمَوْلُودَيْنِ يَجِبُ الْقَطْعُ (لِأَنَّهُ أَحَقَّهَا بِالْقَرَابَةِ الْبَعِيدَةِ، وَقَدْ بَيَّنَّاهُ فِي الْعِتَاقِ) وَلَوْ سَرَقَ مِنْ بَيْتِ ذِي الرَّحِمِ الْمَحْرَمِ مَتَاعَ غَيْرِهِ يَتَّبِعِي أَنْ لَا يَقْطَعْ لَعَدَمِ الْحِرْزِ (وَلَوْ سَرَقَ مَالَهُ) أَيُّ مَالِ ذِي الرَّحِمِ الْمَحْرَمِ (مِنْ بَيْتِ غَيْرِهِ قُطِعَ) لَوْجُودِ الْحِرْزِ.

وَقَوْلُهُ (وَإِنْ سَرَقَ مِنْ أُمِّهِ مِنَ الرِّضَاعِ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (وَالْمَحْرَمِيَّةُ بِدُونِهَا) أَيُّ بِدُونِ الْقَرَابَةِ (لَا تُحْتَرَمُ) أَيُّ لَا تُجْعَلُ حُرْمَةً قَوِيَّةً عَادَةً (كَمَا إِذَا ثَبَّتَتْ) يَعْنِي الْمَحْرَمِيَّةُ (بِالزَّنَا) فَإِنَّهُ إِذَا سَرَقَ مِنْ بَيْتِ بَنَتِ الْمَرْأَةِ الَّتِي زَنَى بِهَا لَا يُعَدُّ شُهَةً فِي قَطْعِ الْيَدِ بَلْ تُقْطَعُ وَإِنْ كَانَتْ الْمَحْرَمِيَّةُ مَوْجُودَةً، وَكَذَلِكَ إِذَا ثَبَّتَتْ بِالتَّقْبِيلِ عَنْ شَهْوَةٍ. وَقَوْلُهُ (وَأَقْرَبُ مِنْ ذَلِكَ) أَيُّ مِنَ الْحُرْمَةِ الثَّابِتَةِ بِالزَّنَا (الْأَخْتُ مِنَ الرِّضَاعَةِ) يَعْنِي: أَنَّ الْأُمَّ مِنَ الرِّضَاعِ أَشْبَهُ إِلَى الْأَخْتِ مِنَ الرِّضَاعِ فِي إِبْثَاتِ الْحُرْمَةِ مِنَ الْحُرْمَةِ الثَّابِتَةِ بِالزَّنَا، ثُمَّ

السَّرْقَةُ مِنْ نَيْتِ الْأُخْتِ مِنَ الرِّضَاعِ مُوجِبَةٌ لِلْقَطْعِ بِالْإِجْمَاعِ فَيَجِبُ أَنْ يَكُونَ مِنْ نَيْتِ أُمِّهِ مِنَ الرِّضَاعِ كَذَلِكَ. وَوَجْهُ الْأَقْرَبَةِ أَنْ إِلْحَاقَ الرِّضَاعِ بِالرِّضَاعِ أَقْرَبُ مِنْ إِلْحَاقِهِ بِالزُّنَا. وَقَوْلُهُ (وَهَذَا) أَيُّ الْقَطْعِ مَعَ الدُّخُولِ عَلَيْهَا مِنْ غَيْرِ اسْتِثْنَانِ وَحِشْمَةٍ (لأنَّ الرِّضَاعَ فَلَمَّا يُشْتَهَرُ فَلَا بُسُوطَةَ تَحَرُّزًا عَنْ مَوْقِفِ التُّهْمَةِ بِخِلَافِ النَّسَبِ).

(وَإِذَا سَرَقَ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ مِنَ الْآخِرِ أَوِ الْعَبْدُ مِنْ سَيِّدِهِ أَوْ مِنْ امْرَأَةٍ سَيِّدِهِ أَوْ مِنْ زَوْجِ سَيِّدَتِهِ لَمْ يَقْطَعْ) لَوْجُودِ الْإِذْنِ بِالدُّخُولِ عَادَةً، وَإِنْ سَرَقَ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ مِنْ حِرْزِ الْآخَرِ خَاصَّةً لَا يَسْكُنَانِ فِيهِ فَكَذَلِكَ عِنْدَنَا خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ لِبُسُوطَةِ بَيْنَهُمَا فِي الْأَمْوَالِ عَادَةً وَدَلَالَةٍ وَهُوَ نَظِيرُ الْخِلَافِ فِي الشَّهَادَةِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِذَا سَرَقَ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ مِنَ الْآخَرِ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (وَدَلَالَةٌ) مَعْنَاهُ أَنَّهَا لَمْ يَذَلَّتْ نَفْسُهَا وَهِيَ أَنْفَسُ مِنَ الْأَمْوَالِ فَلَأَنْ تَبْذُلَ الْمَالَ أَوْلَى (وَهُوَ نَظِيرُ الْخِلَافِ فِي الشَّهَادَةِ) فَإِنَّ شَهَادَةَ أَحَدِ الزَّوْجَيْنِ لِلْآخَرِ لَا تُقْبَلُ عِنْدَنَا، وَعِنْدَهُ تُقْبَلُ فِي أَحَدِ قَوْلَيْهِ بَلْ هَذَا أَوْلَى لِأَنَّ هَذِهِ الْبُسُوطَةَ لَمْ مَنَعَتْ قَبُولَ الشَّهَادَةِ فَلَأَنْ تَمْنَعَ الْقَطْعَ وَهُوَ مِمَّا يَنْدَرِي بِالشُّبُهَاتِ أَوْلَى.

(وَلَوْ سَرَقَ الْمَوْلَى مِنْ مَكَاتِبِهِ لَمْ يَقْطَعْ) لِأَنَّ لَهُ فِي أَكْسَابِهِ حَقًّا (وَكَذَلِكَ السَّارِقُ مِنَ الْمَغْنَمِ) لِأَنَّ لَهُ فِيهِ نَصِيبًا، وَهُوَ مَأْثُورٌ عَنْ عَلِيٍّ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُ دَرَأًا وَتَعْلِيلًا.

الشرح:

(قَوْلُهُ وَهُوَ مَأْثُورٌ عَنْ عَلِيٍّ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُ دَرَأًا وَتَعْلِيلًا) يُرِيدُ بِهِ مَا رُوِيَ عَنْ عَلِيٍّ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُ أَنَّهُ أَتَى بِرَجُلٍ قَدْ سَرَقَ مِنَ الْمَغْنَمِ فَدَرَأَ عَنْهُ الْحَدَّ وَقَالَ إِنَّ لَهُ فِيهِ نَصِيبًا.

وَقَالَ (وَالْحِرْزُ عَلَى تَوْعِينِ حِرْزٍ لَمَعْنَى فِيهِ كَالْبُيُوتِ وَالْدُورِ. وَحِرْزٌ بِالْحَافِظِ) قَالَ الْعَبْدُ الضَّعِيفُ: الْحِرْزُ لَا بَدَّ مِنْهُ لِأَنَّ الْإِسْتِسْرَارَ لَا يَتَحَقَّقُ دُونَهُ، ثُمَّ هُوَ قَدْ يَكُونُ بِالْمَكَانِ وَهُوَ الْمَكَانُ الْمَعْدُ لِإِحْرَازِ الْأَمْتَعَةِ كَالدُّورِ وَالْبُيُوتِ وَالصُّنْدُوقِ وَالْحَانُوتِ، وَقَدْ يَكُونُ بِالْحَافِظِ كَمَنْ جَلَسَ فِي الطَّرِيقِ أَوْ فِي الْمَسْجِدِ وَعِنْدَهُ مَتَاعُهُ فَهُوَ مُحَرَّزٌ بِهِ، وَقَدْ «قَطَعَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ مِنْ سَرَقٍ رِدَاءً صَفْوَانَ مِنْ تَحْتِ رَأْسِهِ وَهُوَ نَائِمٌ فِي الْمَسْجِدِ»^(١) (وَفِي الْمَحَرَّزِ

(١) أخرجه أبو داود (٤٣٩٤)، والنسائي (٤٥٣٢)، وابن ماجه (٢٥٩٥)، وانظر نصب الراية (٥٦٤/٣).

بِالْمَكَانِ لَا يُعْتَبَرُ الْإِحْرَازُ بِالْحَافِظِ هُوَ الصَّحِيحُ لِأَنَّهُ مُحَرَّرٌ بِدُونِهِ وَهُوَ الْبَيْتُ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ بَابٌ أَوْ كَانَ وَهُوَ مَفْتُوحٌ حَتَّى يَقْطَعَ السَّارِقُ مِنْهُ، لِأَنَّ الْبِنَاءَ لِقَصْدِ الْإِحْرَازِ إِلَّا أَنَّهُ لَا يَجِبُ الْقَطْعُ إِلَّا بِالْإِخْرَاجِ مِنْهُ لِقِيَامِ يَدِهِ فِيهِ قَبْلَهُ. بِخِلَافِ الْمُحَرَّرِ بِالْحَافِظِ حَيْثُ يَجِبُ الْقَطْعُ فِيهِ، كَمَا أَخَذَ لِرِزَالِ يَدِ الْمَالِكِ بِمُجَرَّدِ الْأَخْذِ فَتَمَّ السَّرِقَةُ، وَلَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ الْحَافِظُ مُسْتَيْقِظًا أَوْ نَائِمًا وَالتَّمَتُّاعُ تَحْتَهُ أَوْ عِنْدَهُ هُوَ الصَّحِيحُ لِأَنَّهُ لَمْ يَعُدَّ النَّائِمُ عِنْدَ مَتَاعِهِ حَافِظًا لَهُ فِي الْعَادَةِ. وَعَلَى هَذَا لَا يَضْمَنُ الْمُوَدَّعُ وَالْمُسْتَعِيرُ بِمِثْلِهِ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِتَضْيِيعٍ، بِخِلَافِ مَا اخْتَارَهُ فِي الْفَتَاوَى.

الشرح:

قَالَ (وَالْحِرْزُ عَلَى نَوْعَيْنِ) الْحِرْزُ فِي اللَّغَةِ عِبَارَةٌ عَنِ الْمَكَانِ الْحَصِينِ وَيَجُوزُ أَنْ يُقَالَ هُوَ مَا يُرَادُ بِهِ حِفْظُ الْأَمْوَالِ. وَهُوَ عَلَى نَوْعَيْنِ (حِرْزٌ لِمَعْنَى فِيهِ) وَهُوَ إِمَّا يَكُونُ بِالْمَكَانِ الْمُعَدِّ لِحِفْظِ الْأَمْنَةِ وَالْأَمْوَالِ، وَيَخْتَلِفُ، ذَلِكَ بِاخْتِلَافِ الْأَمْوَالِ (كَالدُّورِ وَالْبُيُوتِ وَالصُّنْدُوقِ وَالْحَائُوتِ) وَالْحَظِيرَةِ لِلنَّعْمِ وَالْبَقَرِ (وَحِرْزٌ بِالْحَافِظِ كَمَنْ جَلَسَ فِي الطَّرِيقِ أَوْ فِي الْمَسْجِدِ وَعِنْدَهُ مَتَاعُهُ فَإِنَّهُ مُحَرَّرٌ بِهِ) وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَنْفَكُ عَنِ الْآخَرِ (وَقَدْ ثَبَتَ «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَطَعَ مَنْ سَرَقَ رِذَاءَ صَفْوَانَ مِنْ تَحْتِ رَأْسِهِ وَهُوَ نَائِمٌ فِي الْمَسْجِدِ») وَهُوَ لَيْسَ بِحِرْزٍ لِأَنَّهُ لَمْ يَقْصِدْ بِهِ الْإِحْرَازَ، وَإِذَا سَرَقَ مِنَ الْبَيْتِ وَلَمْ يَكُنْ لَهُ بَابٌ أَوْ لَهُ بَابٌ وَلَكِنَّهُ مَفْتُوحٌ وَصَاحِبُهُ لَيْسَ عِنْدَهُ يَقْطَعُ (فَنِي الْحِرْزِ بِالْمَكَانِ لَا يُعْتَبَرُ، الْإِحْرَازُ بِالْحَافِظِ) فَلَوْ سَرَقَ مِنْ بَيْتٍ مَاذُونٍ لَهُ بِالْدُّخُولِ فِيهِ لَكِنْ مَالَكُهُ يَحْفَظُهُ لَا يَقْطَعُ لِأَنَّ الْمُعْتَبَرُ هُوَ الْحِرْزُ بِالْمَكَانِ.

وَقَوْلُهُ (هُوَ الصَّحِيحُ) احْتِرَازٌ عَمَّا ذَكَرَ فِي الْعُيُونِ أَنَّهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ يَقْطَعُ فِيهِ. وَوَجْهُ الصَّحِيحِ أَنَّ الْحِرْزَ الْحَقِيقِيَّ هُوَ الْحِرْزُ بِالْمَكَانِ لِأَنَّهُ يَمْنَعُ وَصُولَ الْيَدِ إِلَى الْمَالِ وَيَكُونُ الْمَالُ مُحْتَفِيًا بِهِ، وَأَمَّا الْحِرْزُ بِالْحَافِظِ فَإِنَّهُ وَإِنْ مَنَعَ وَصُولَ الْيَدِ إِلَيْهِ لَكِنْ الْمَالُ لَا يَخْتَفِي بِهِ، ثُمَّ الْمُحَرَّرُ بِالْمَكَانِ لَا يَجِبُ الْقَطْعُ بِهِتْكَه إِلَّا بِإِخْرَاجِ الْمَتَاعِ مِنْهُ لِقِيَامِ يَدِهِ قَبْلَهُ، وَالْمُحَرَّرُ بِالْحَافِظِ يَجِبُ الْقَطْعُ فِيهِ إِذَا أَخَذَ الْمَالُ (لِرِزَالِ يَدِ الْمَالِكِ بِمُجَرَّدِ الْأَخْذِ فَتَمَّ السَّرِقَةُ) وَهَذَا أَيْضًا مِمَّا يَدُلُّكَ عَلَى أَنَّ الْحِرْزَ بِالْمَكَانِ أَقْوَى (وَلَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ الْحَافِظُ مُسْتَيْقِظًا أَوْ نَائِمًا وَالتَّمَتُّاعُ عِنْدَهُ أَوْ تَحْتَهُ) هُوَ الصَّحِيحُ (لِأَنَّ النَّائِمَ عِنْدَ مَتَاعِهِ يُعَدُّ حَافِظًا لِمَتَاعِهِ).

وَقَوْلُهُ (هُوَ الصَّحِيحُ) احْتِرَازٌ عَنْ قَوْلِ بَعْضِ مَشَائِخِنَا إِنَّ صَاحِبَ الْمَتَاعِ إِمَّا

يَكُونُ مُحَرَّرًا لِمَتَاعِهِ فِي حَالِ نَوْمِهِ إِذَا جَعَلَ الْمَتَاعَ تَحْتَ رَأْسِهِ أَوْ تَحْتَ جَنْبِهِ، أَمَّا إِذَا كَانَ مَوْضُوعًا بَيْنَ يَدَيْهِ فَلَا يَكُونُ مُحَرَّرًا فِي حَالِ نَوْمِهِ، أَخَذُوا ذَلِكَ مِنْ قَوْلِهِ فِي الْأَصْلِ الْمُسَافِرُ يَنْزِلُ فِي الصَّحَرَاءِ فَيَجْمَعُ مَتَاعَهُ وَيَبِيتُ عَلَيْهِ فَسَرَقَ مِنْهُ رَجُلٌ قُطِعَ. قَالُوا: قَوْلُهُ يَبِيتُ عَلَيْهِ يُشِيرُ إِلَى أَنَّهُ إِنَّمَا يَقُطَعُ إِذَا نَامَ عَلَيْهِ، وَمَالَ إِلَى الْأَوَّلِ شَمْسُ الْأُتَمَّةِ. وَقَالَ (الْمُودِعُ وَالْمُسْتَعِيرُ لَا يَضْمَنَانِ بِمِثْلِ ذَلِكَ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِتَضْيِيعٍ، بِخِلَافِ مَا قَالَهُ فِي الْفَتَاوَى) يَعْنِي قَالَ فِيهَا إِنَّهُمَا يَضْمَنَانِ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ، وَلَكِنْ ذَكَرَ فِي الْفَتَاوَى الظُّهْرِيَّةِ مِثْلَ مَا ذَكَرَهُ شَمْسُ الْأُتَمَّةِ ثُمَّ قَالَ: وَقَالُوا إِنَّمَا لَا يَجِبُ الضَّمَانُ إِذَا وَضَعَ الْوَدِيعَةَ بَيْنَ يَدَيْهِ وَنَامَ فِيمَا إِذَا نَامَ قَاعِدًا، وَأَمَّا إِذَا نَامَ مُضْطَجِعًا فَعَلَيْهِ الضَّمَانُ، وَهَذَا إِذَا كَانَ فِي الْحَضَرِ، وَأَمَّا إِذَا كَانَ فِي السَّفَرِ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ نَامَ قَاعِدًا أَوْ مُضْطَجِعًا، كَذَا فِي النَّهَائَةِ.

قَالَ (وَمَنْ سَرَقَ شَيْئًا مِنْ حِرْزٍ أَوْ مِنْ غَيْرِ حِرْزٍ وَصَاحِبُهُ عِنْدَهُ يَحْفَظُهُ قُطِعَ) لِأَنَّهُ سَرَقَ مَا لَا مُحَرَّرًا بِأَحَدِ الْحِرْزَيْنِ (وَلَا قُطِعَ عَلَى مَنْ سَرَقَ مَا لَا مِنْ حِمَامٍ أَوْ مِنْ بَيْتٍ أَذِنَ لِلنَّاسِ فِي دُخُولِهِ) لَوْجُودِ الْإِذْنِ عَادَةً أَوْ حَقِيقَةً فِي الدُّخُولِ فَاخْتَلَّ الْحِرْزُ وَيَدْخُلُ فِي ذَلِكَ حَوَانِيتُ الثُّجَارِ وَالْخَانَاتِ، إِلَّا إِذَا سَرَقَ مِنْهَا لَيْلًا لِأَنَّهَا بُنِيَتْ لِإِحْرَازِ الْأَمْوَالِ، وَإِنَّمَا الْإِذْنُ يَخْتَصُّ بِالنَّهَارِ (وَمَنْ سَرَقَ مِنَ الْمَسْجِدِ مَتَاعًا وَصَاحِبُهُ عِنْدَهُ قُطِعَ) لِأَنَّهُ مُحَرَّرٌ بِالْحَافِظِ لِأَنَّ الْمَسْجِدَ مَا بُنِيَ لِإِحْرَازِ الْأَمْوَالِ فَلَمْ يَكُنِ الْمَالُ مُحَرَّرًا بِالْمَكَانِ، بِخِلَافِ الْحِمَامِ وَالْبَيْتِ الَّذِي أَذِنَ لِلنَّاسِ فِي دُخُولِهِ حَيْثُ لَا يَقُطَعُ لِأَنَّهُ بُنِيَ لِلْإِحْرَازِ فَكَانَ الْمَكَانُ حِرْزًا فَلَا يُعْتَبَرُ الْإِحْرَازُ بِالْحَافِظِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلَا قُطِعَ عَلَى مَنْ سَرَقَ مِنْ حِمَامٍ) يَعْنِي فِي الْوَقْتِ الَّذِي أَذِنَ لِلنَّاسِ بِالْدُّخُولِ فِيهِ (أَوْ مِنْ بَيْتٍ أَذِنَ لِلنَّاسِ فِي دُخُولِهِ لَوْجُودِ الْإِذْنِ عَادَةً) يَعْنِي فِي الْحِمَامِ (أَوْ حَقِيقَةً) يَعْنِي فِي الْبَيْتِ الَّذِي أَذِنَ لِلنَّاسِ بِالْدُّخُولِ فِيهِ. وَقَوْلُهُ (وَيَدْخُلُ فِي ذَلِكَ) أَيُّ فِي قَوْلِهِ أَوْ مِنْ بَيْتٍ أَذِنَ لِلنَّاسِ فِي دُخُولِهِ. وَقَوْلُهُ (إِلَّا إِذَا سَرَقَ مِنْهَا لَيْلًا) اسْتِثْنَاءٌ مِنْ قَوْلِهِ وَلَا قُطِعَ. وَقَوْلُهُ (وَمَنْ سَرَقَ مِنَ الْمَسْجِدِ مَتَاعًا) ظَاهِرٌ.

(وَلَا قُطِعَ عَلَى الضَّيْفِ إِذَا سَرَقَ مِنْ أَضَافِهِ) لِأَنَّ الْبَيْتَ لَمْ يَبْقَ حِرْزًا فِي حَقِّهِ

لِكَوْنِهِ مَاذُونًا فِي دُخُولِهِ، وَلِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ أَهْلِ الدَّارِ فَيَكُونُ فِعْلُهُ خِيَانَةً لَا سَرِقَةً.
(وَمَنْ سَرَقَ سَرِقَةً فَلَمْ يُخْرِجْهَا مِنَ الدَّارِ لَمْ يَقْطَعْ لِأَنَّ الدَّارَ كُلَّهَا حِرْزٌ وَاحِدٌ فَلَا
بَدْءَ مِنَ الْإِخْرَاجِ مِنْهَا، وَلِأَنَّ الدَّارَ وَمَا فِيهَا فِي يَدِ صَاحِبِهَا مَعْنَى فَتَمَكَّنُ شُبُهَةً عَدَمِ الْأَخِذِ
فَإِنْ كَانَتْ دَارٌ فِيهَا مَقَاصِيرُ فَأَخْرِجْهَا مِنَ الْمَقْصُورَةِ إِلَى صَحْنِ الدَّارِ قُطْعًا) لِأَنَّ كُلَّ
مَقْصُورَةٍ بِاعْتِبَارِ سَاكِنِهَا حِرْزٌ عَلَى حِدَةٍ (وَإِنْ أَغَارَ إِنْسَانٌ مِنْ أَهْلِ الْمَقَاصِيرِ عَلَى
مَقْصُورَةٍ فَسَرَقَ مِنْهَا قُطْعًا) لَمَّا بَيَّنَّا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ سَرَقَ سَرِقَةً) أَيُّ مَالًا وَسَمَّى الشَّيْءَ الْمَسْرُوقَ سَرِقَةً مَجَازًا، وَمِنْهُ
قَوْلُ مُحَمَّدٍ: إِذَا كَانَتْ السَّرِقَةُ مُصْحَفًا. وَقَوْلُهُ (وَإِنْ كَانَتْ فِيهَا) أَيُّ فِي الدَّارِ
(مَقَاصِيرُ) يَعْنِي حُجَرَاتٌ وَيُوتُ. وَقَوْلُهُ (وَإِنْ أَغَارَ إِنْسَانٌ) أَيُّ دَخَلَ بِسُرْعَةٍ. قَالَ فِي
النِّهَايَةِ نَاقِلًا عَنِ الْمُعَرَّبِ: إِنْ أَغَارَ لَفْظُ شَمْسِ الْأَئِمَّةِ الْحُلَوَانِيِّ وَالضَّمَرِيِّ، وَأَمَّا لَفْظُ
مُحَمَّدٍ فَهُوَ وَإِنْ أَغَارَ إِنْسَانٌ مِنْ أَهْلِ الْمَقَاصِيرِ إِنْسَانًا عَلَى مَتَاعٍ مَنْ يَسْكُنُ مَقْصُورَةً
أُخْرَى. وَلَفْظُ شَمْسِ الْأَئِمَّةِ السَّرَخْسِيِّ كَذَلِكَ، وَكَأَنَّهُ أَصَحُّ لِأَنَّ الْإِغَارَةَ فِي بَابِ
السَّرِقَةِ غَيْرُ لَاثِقَةٍ، لِأَنَّ السَّرِقَةَ أَخَذُ مَالٍ فِي خَفَاءٍ وَحِيلَةٍ فَلِذَلِكَ سَمِيَ السَّارِقُ بِهِ لِأَنَّهُ
يُسَارِقُ عَيْنَ الْمَسْرُوقِ مِنْهُ، وَالْإِغَارَةُ أَخَذُ فِي الْمَجَاهِرَةِ مُكَابَرَةً وَمُعَالَبَةً.

وَقِيلَ يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ بَعْضُ أَهْلِ الْمَقَاصِيرِ يَدْخُلُ عَلَى بَعْضِ آخَرٍ بِاللَّيْلِ جَهْرًا
وَمُكَابَرَةً وَمُخْتَفِيًا عَنْ أَعْيُنِ النَّاسِ، وَمِثْلُ هَذَا الْمَعْنَى لَا يَلِيقُ بِهِ إِلَّا الْإِغَارَةُ، وَإِذَا صَحَّ الْمَعْنَى
جَازَ أَنْ يَكُونَ لَفْظُ الْإِغَارَةِ مَرْوِيًا عَنْ مُحَمَّدٍ، وَكَانَ قَوْلُ الْمُصَنِّفِ فَسَرَقَ مِنْهَا بَعْدَ قَوْلِهِ
أَغَارَ إِشَارَةً إِلَى هَاتَيْنِ الْجِهَتَيْنِ. وَقَوْلُهُ (لَمَّا بَيَّنَّا) إِشَارَةً إِلَى قَوْلِهِ لِأَنَّ كُلَّ مَقْصُورَةٍ إلخ.

(وَإِذَا نَقَبَ اللَّصُّ الْبَيْتَ فَدَخَلَ وَآخَذَ الْمَالَ وَنَآوَلَهُ آخَرَ خَارِجَ الْبَيْتِ فَلَا قُطْعَ عَلَيْهِمَا)

لِأَنَّ الْأَوَّلَ لَمْ يُوْجَدْ مِنْهُ الْإِخْرَاجُ لَاعْتِرَاضِ يَدٍ مُعْتَبَرَةٍ عَلَى الْمَالِ قَبْلَ خُرُوجِهِ. وَالثَّانِي لَمْ
يُوْجَدْ مِنْهُ هَتَكَ الْحِرْزِ فَلَمْ تَتِمَّ السَّرِقَةُ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ: إِنْ
أَخْرَجَ الدَّاخِلُ يَدَهُ وَنَآوَلَهَا الْخَارِجُ فَالْقُطْعُ عَلَى الدَّاخِلِ، وَإِنْ أَدَخَلَ الْخَارِجُ يَدَهُ فَتَنَآوَلَهَا
مِنْ يَدِ الدَّاخِلِ فَعَلَيْهِمَا الْقُطْعُ. وَهِيَ بِنَاءٌ عَلَى مَسْأَلَةٍ تَأْتِي بَعْدَ هَذَا إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

(وَإِنْ أَلْقَاهُ فِي الطَّرِيقِ وَخَرَجَ فَآخَذَهُ قُطْعًا) وَقَالَ زُهْرٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَا يَقْطَعُ لِأَنَّ

الإلقاء غير موجب للقطع كما لو خرج ولم يأخذ، وكذا الأخذ من السكّة كما لو أخذته غيره. ولنا أن الرمي حيلة يعتادها السارق لتعذر الخروج مع المتاع، أو ليتفرغ لقتال صاحب الدار أو للفرار ولم تعترض عليه يد معتبرة فاعتبر الكل فعلا واحدا، فإذا خرج ولم يأخذه فهو مضيع لا سارق. قال (وكذلك إن حمّله على حمار فساقه وأخرجه) لأن سيره مضاف إليه لسوقه.

الشرح:

وقوله (وإذا نقب اللص البيت) ظاهر. وقوله (وهي بناء على مسألة تأتي بعد هذا) إشارة إلى مسألة نقب البيت (قوله وإن ألقاه في الطريق) واضح. وحاصله أن يده تثبت عليه بالأخذ ثم بالرمي إلى الطريق لم تزل يده حكما لعدم اعتراض يد أخرى على يده. وإذا بقيت يده حكما وقد تقرر ذلك بالأخذ الثاني وجب القطع (قوله ولم تعترض عليه يد معتبرة) جواب عن قوله كما لو أخذه غيره فإن هناك يدا معتبرة اعترضت عليه فأوجب سقوط اليد الحكمية للسارق فلما لم تسقط اليد الحكمية هنا لم يرد ما ذكره زفر لأنه خرج من الحرز ولا مال في يده.

وقوله (فاعتبر الكل) أي الإلقاء في الطريق ثم أخذه منه (فعلا واحدا) كما إذا أخذ المال وخرج معه من الحرز فإنه فعل واحد كذلك. هذا وقوله (فإذا خرج ولم يأخذه) جواب عن قوله كما لو خرج ولم يأخذ. وقوله (وكذا إن حمّله على حمار) ظاهر.

(وإذا دخل الحرز جماعة فتولى بعضهم الأخذ قطعوا جميعا) قال العبد الضعيف: هذا استحسان والقياس أن يقطع الحامل وحده وهو قول زفر رحمه الله؛ لأن الإخراج وجب منه فتمت السرقة به. ولنا أن الإخراج من الكل معنى للمعاونة كما في السرقة الكبرى، وهذا لأن المعتاد فيما بينهم أن يحمل البعض المتاع ويتشمر الباؤون للدفع، فلو امتنع القطع لأدى إلى سد باب الحد.

الشرح:

قال (وإذا دخل الحرز جماعة) كلامه واضح. وإلما وضع المسألة في دخول جميعهم لأنهم إذا اشتروا وأففقوا على فعل السرقة لكن دخل واحد منهم البيت وأخرج المتاع ولم يدخل غيره فآلحظه فآلحظه على من دخل البيت وأخرج المتاع إن عرف

بَعَيْنِهِ، وَإِنْ لَمْ يُعْرِفْ فَعَلَيْهِمُ التَّعْزِيرُ، وَلَا يُقَطَّعُ وَاحِدٌ مِنْهُمْ، وَإِنْ كَانَ غَيْرُ الدَّاخِلِ يُعِينُ الدَّاخِلَ. وَالْفَرْقُ بَيْنَهُمَا أَنَّهُمْ لَمَّا لَمْ يَدْخُلُوا الْبَيْتَ لَمْ يَتَأَكَّدْ مُعَاوَسَتُهُمْ بِهَتْكِ الْحَرَزِ بِالدُّخُولِ فَلَمْ يُعْتَبَرِ اشْتِرَاكُهُمْ لَمَّا أَنَّ كَمَالَ هَتْكِ الْحَرَزِ إِنَّمَا يَكُونُ بِالدُّخُولِ وَقَدْ وَجَدَ فِي مَسْأَلَةِ الْكِتَابِ فَاعْتَبَرَ اشْتِرَاكُهُمْ، قَالُوا: هَذَا إِذَا كَانَ الْآخِذُ الْحَامِلُ مِمَّنْ يَجِبُ عَلَيْهِ الْقَطْعُ عِنْدَ الْإِنْفِرَادِ بِأَنْ كَانَ عَاقِلًا بِالْعَا، وَأَمَّا إِذَا كَانَ الْآخِذُ الْحَامِلُ صَبِيًّا أَوْ مَجْنُونًا فَلَا يُقَطَّعُ وَاحِدٌ مِنْهُمْ لِأَنَّ غَيْرَ الْحَامِلِ فِي هَذَا الْفِعْلِ تَبَعٌ لِلْآخِذِ الْحَامِلِ، فَإِذَا لَمْ يَجِبِ الْقَطْعُ عَلَى مَنْ هُوَ أَصْلٌ لَا يَجِبُ عَلَى مَنْ هُوَ تَبَعٌ وَإِنْ كَانَ الَّذِي تَوَلَّى الْحَمْلَ وَالْإِخْرَاجَ كَبِيرًا لَكِنْ فِيهِمْ صَبِيٌّ أَوْ مَجْنُونٌ فَكَذَلِكَ الْجَوَابُ عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ، لِأَنَّ الْفِعْلَ مِنَ الْكُلِّ وَاحِدٌ وَقَدْ تَمَكَّنَتْ الشُّبُهَةُ فِي فِعْلِ بَعْضِهِمْ فَلَا يَجِبُ عَلَى الْبَاقِينَ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: يَجِبُ الْقَطْعُ إِلَّا عَلَى الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ.

قَالَ (وَمَنْ نَقَبَ الْبَيْتَ وَأَدْخَلَ يَدَهُ فِيهِ وَأَخَذَ شَيْئًا لَمْ يَقَطَّعْ) وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ فِي الْإِمْلَاءِ أَنَّهُ يَقَطَّعُ لِأَنَّهُ أَخْرَجَ الْمَالَ مِنَ الْحَرَزِ وَهُوَ الْمَقْصُودُ فَلَا يُشْتَرَطُ الدُّخُولُ فِيهِ، كَمَا إِذَا أَدْخَلَ يَدَهُ فِي صُنْدُوقِ الصَّيْرِفِيِّ فَأَخْرَجَ الْغَطْرِيفِيَّ. وَلَنَا أَنَّ هَتْكَ الْحَرَزِ يُشْتَرَطُ فِيهِ الْكَمَالُ تَحَرُّزًا عَنْ شُبُهَةِ الْعَدَمِ وَالْكَمَالِ فِي الدُّخُولِ، وَقَدْ أَمَكَّنَ اعْتِبَارُهُ وَالِدُّخُولُ هُوَ الْمُعْتَادُ. بِخِلَافِ الصُّنْدُوقِ لِأَنَّ الْمُمْكِنَ فِيهِ إِدْخَالَ الْيَدِ دُونَ الدُّخُولِ، وَبِخِلَافِ مَا تَقَدَّمَ مِنْ حَمْلِ الْبَعْضِ الْمَتَاعِ لِأَنَّ ذَلِكَ هُوَ الْمُعْتَادُ.

قَالَ (وَإِنْ طَرَّ صُرَّةٌ خَارِجَةً مِنَ الْكُمِّ لَمْ يَقَطَّعْ، وَإِنْ أَدْخَلَ يَدَهُ فِي الْكُمِّ يَقَطَّعُ) لِأَنَّ فِي الْوَجْهِ الْأَوَّلِ الرِّبَاطَ مِنْ خَارِجٍ، فَبِالطَّرِّ يَتَحَقَّقُ الْأَخْذُ مِنَ الظَّاهِرِ فَلَا يُوْجَدُ هَتْكَ الْحَرَزِ. وَفِي الثَّانِي الرِّبَاطَ مِنْ دَاخِلٍ، فَبِالطَّرِّ يَتَحَقَّقُ الْأَخْذُ مِنَ الْحَرَزِ وَهُوَ الْكُمُّ، وَلَوْ كَانَ مَكَانَ الطَّرِّ حُلُّ الرِّبَاطِ، ثُمَّ الْأَخْذُ فِي الْوَجْهَيْنِ يَنْعَكِسُ الْجَوَابُ لَانْعِكَاسِ الْعِلَّةِ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ يَقَطَّعُ عَلَى كُلِّ حَالٍ لِأَنَّهُ مُحَرَّرٌ إِمَّا بِالْكَمِّ أَوْ بِصَاحِبِهِ. فَلَنَا: الْحَرَزُ هُوَ الْكُمُّ لِأَنَّهُ يَعْتَمِدُهُ، وَإِنَّمَا قَصْدُهُ قَطْعُ الْمَسَافَةِ أَوْ الْإِسْتِرَاحَةِ فَأَشْبَهَ الْجَوَالِقَ.

الشرح:

(قَوْلُهُ وَمَنْ نَقَبَ الْبَيْتَ) وَاضِحٌ. وَالْغَطْرِيفِيُّ هُوَ الدَّرَاهِمُ الْمَنْسُوبُ إِلَى غَطْرِيفِ بْنِ عَطَاءِ الْكِنْدِيِّ أَمِيرِ خُرَاسَانَ أَيَّامَ الرَّشِيدِ، وَالدَّرَاهِمُ الْغَطْرِيفِيَّةُ كَانَتْ مِنْ أَعَزِّ الثُّقُودِ

بِخَارَى كَذَا فِي الْمَرْبِ. وَيُؤَيِّدُ وَجْهَ ظَاهِرِ الرَّوَايَةِ مَا رُوِيَ عَنْ عَلِيٍّ أَنَّهُ قَالَ: اللَّصُّ إِذَا كَانَ ظَرِيفًا لَا يَقْطَعُ، قِيلَ: وَكَيْفَ ذَلِكَ؟ قَالَ: أَنْ يَنْقُبَ الْبَيْتَ وَيَدْخُلَ يَدَهُ وَيُخْرِجَ الْمَتَاعَ مِنْ غَيْرِ أَنْ يَدْخُلَ. وَقَوْلُهُ (بِخِلَافِ الصُّنْدُوقِ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ كَمَا إِذَا أَدْخَلَ يَدَهُ فِي صُنْدُوقِ الصَّبْرِ فِيَّ.

فَإِنْ قِيلَ: لَوْ كَانَ الْكَمَالُ فِي هَتَكِ الْحِرْزِ شَرْطًا تَحَرُّزًا عَنْ شُبْهَةِ الْعَدَمِ لَمَا وَجَبَ الْقَطْعُ فِيمَا تَقَدَّمَ مِنْ حَمَلِ بَعْضِ الْقَوْمِ الْمَتَاعَ دُونَ بَعْضٍ لِأَنَّ فِيهِ شُبْهَةَ الْعَدَمِ. أَجَابَ بِأَنَّ ذَلِكَ هُوَ الْمُعْتَادُ (وَإِنْ طَرَّ صَرَّةٌ) الطَّرَارُ هُوَ الَّذِي يَطْرُقُ الْهَمِيَانُ: أَيُّ يَشْقُقُهَا وَيَقْطَعُهَا، وَالصَّرَّةُ وَعَاءُ الدَّرَاهِمِ، يُقَالُ صَرَرْتُ الصَّرَّةَ: أَيُّ شَدَدْتُهَا، وَالْمَرَادُ بِالصَّرَّةِ هُنَا نَفْسُ الْكُمِّ الْمَشْدُودِ فِيهِ الدَّرَاهِمُ.

وَفِي هَذَا التَّفْصِيلِ الْمَذْكُورِ فِي الْكِتَابِ دَلِيلٌ عَلَى أَنَّ الْمَذْكُورَ فِي أُصُولِ الْفِقْهِ بِأَنَّ الطَّرَارَ يَقْطَعُ لَيْسَ بِمُجَرَّى عَلَى عُمُومِهِ بَلْ هُوَ مَحْمُولٌ عَلَى الصُّورَةِ الثَّانِيَةِ، وَهِيَ مَا إِذَا أَدْخَلَ يَدَهُ فِي الْكُمِّ فَطَرَّهَا (قَوْلُهُ فَلَا يُوجَدُ هَتَكُ الْحِرْزِ) يَعْنِي إِدْخَالَ الْيَدِ فِي الْكُمِّ وَإِخْرَاجَ الدَّرَاهِمِ مِنْهُ. وَقَوْلُهُ (فِي الْوَجْهَيْنِ) أَيُّ مِنَ الْخَارِجِ وَالْدَّاخِلِ. وَقَوْلُهُ (يَنْعَكِسُ الْجَوَابُ) يَعْنِي فِيمَا إِذَا كَانَ حَلُّ الرِّبَاطِ خَارِجَ الْكُمِّ يَجِبُ الْقَطْعُ، لِأَنَّهُ لَمَّا حُلَّ الرِّبَاطُ الَّذِي كَانَ خَارِجَ الْكُمِّ وَقَعَتْ الدَّرَاهِمُ فِي الْكُمِّ فَاحْتِجَاجٌ فِي أَخْذِ الدَّرَاهِمِ إِلَى إِدْخَالِ الْيَدِ فِي الْكُمِّ، فَلَمَّا أَخْرَجَ الدَّرَاهِمَ مِنَ الْكُمِّ فَقَدْ هَتَكَ الْحِرْزَ.

بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ حَلُّ الرِّبَاطِ فِي دَاخِلِ الْكُمِّ فَإِنَّهُ لَا يَقْطَعُ، لِأَنَّهُ لَمَّا حُلَّ الرِّبَاطُ فِي دَاخِلِ الْكُمِّ بَقِيَ الدَّرَاهِمُ خَارِجَ الْكُمِّ ظَاهِرَةً مَحْلُولَةً، فَكَانَ الْأَخْذُ مِنْ خَارِجِ الْكُمِّ فَلَمْ يَقْطَعْ لِأَنَّهُ لَمْ يَهْتَكِ الْحِرْزَ فِي أَخْذِ الْمَالِ، لِأَنَّهُ وَإِنْ أَدْخَلَ الْيَدَ فِي الْكُمِّ إِلَّا أَنَّهُ أَدْخَلَهَا لِحَلِّ الرِّبَاطِ لَا لِأَخْذِ الْمَالِ مِنَ الْكُمِّ، وَهَذَا مَعْنَى قَوْلِهِ يَنْعَكِسُ الْجَوَابُ لَانْعِكَاسِ الْعِلَّةِ.

وَقَوْلُهُ (لِأَنَّهُ يَعْتمِدُهُ) أَيُّ لِأَنَّ صَاحِبَ الْكُمِّ يَعْتمِدُ الْكُمَّ فِي حِفْظِ الْمَالِ لَا قِيَامَ نَفْسِهِ عِنْدَ الْمَالِ؛ لِأَنَّ قَصْدَ صَاحِبِ الْكُمِّ مِنْ وُجُودِهِ عِنْدَ الْمَالِ لَا يَخْلُو مِنْ أَحَدِ أَمْرَيْنِ: قَطْعِ الْمَسَافَةِ، أَوْ الْاسْتِرَاحَةِ وَذَلِكَ لِأَنَّهُ إِمَّا أَنْ يَكُونَ فِي حَالَةِ الْمَشْيِ أَوْ فِي غَيْرِ حَالَتِهِ، فَفِي الْأَوَّلِ قَصْدُهُ قَطْعَ الْمَسَافَةِ لَا حِفْظَ الْمَالِ، وَفِي الثَّانِي قَصْدُهُ الْاسْتِرَاحَةَ، وَالْمَقْصُودُ هُوَ الْمُعْتَبَرُ فِي هَذَا الْبَابِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّ مَنْ شَقَّ الْجُوالِقَ الَّذِي عَلَى إِبِلٍ تَسِيرُ وَأَخَذَ

الدَّرَاهِمَ مِنْهُ يُقَطَّعُ لِأَنَّ صَاحِبَ الْمَالِ اعْتَمَدَ الْجَوَالِقَ حِرْزًا لَهَا فَكَانَ سَارِقُ الدَّرَاهِمِ مِنَ الْجَوَالِقِ هَاتِكًا لِلحِرْزِ فَيُقَطَّعُ. وَمَنْ سَرَقَ الْجَوَالِقَ بِمَا فِيهِ وَالْجَوَالِقُ عَلَى إِبْلِ تَسِيرُ لَا يُقَطَّعُ لِأَنَّ السَّائِقَ وَالْقَائِدَ إِنَّمَا يَقْصِدُ بِنَعْلِهِ قَطْعَ الْمَسَافَةِ وَالسَّوْقَ لَا الْحِفْظَ فَلَمْ يَصِرْ الْجَوَالِقُ مُحَرَّرًا بِهِ مَقْصُودًا عَلَى مَا هُوَ الْمَذْكُورُ فِي الْكِتَابِ.

(وَإِنْ سَرَقَ مِنَ الْقِطَارِ بَعِيرًا أَوْ حِمَلًا لَمْ يُقَطَّعْ) لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمُحَرَّرٍ مَقْصُودًا فَتَمَكَّنَ شُبْهَةُ الْعَدَمِ، وَهَذَا لِأَنَّ السَّائِقَ وَالْقَائِدَ وَالرَّاكِبَ يَقْصِدُونَ قَطْعَ الْمَسَافَةِ وَنَقْلَ الْأَمْتَةِ دُونَ الْحِفْظِ. حَتَّى لَوْ كَانَ مَعَ الْأَحْمَالِ مَنْ يَتَّبِعُهَا لِلْحِفْظِ قَالُوا يُقَطَّعُ (وَإِنْ شَقَّ الْحِمْلَ وَأَخَذَ مِنْهُ قُطْعًا) لِأَنَّ الْجَوَالِقَ فِي مِثْلِ هَذَا حِرْزٌ لِأَنَّهُ يَقْصِدُ بَوَضْعِ الْأَمْتَةِ فِيهِ صَيَانَتَهَا كَالْكَلْبِ فَوُجِدَ الْأَخْذُ مِنَ الْحِرْزِ فَيُقَطَّعُ (وَإِنْ سَرَقَ جَوَالِقًا فِيهِ مَتَاعٌ وَصَاحِبُهُ يَحْفَظُهُ أَوْ نَائِمٌ عَلَيْهِ قُطْعًا) وَمَعْنَاهُ إِنْ كَانَ الْجَوَالِقُ فِي مَوْضِعٍ هُوَ لَيْسَ بِحِرْزٍ كَالطَّرِيقِ وَنَحْوِهِ حَتَّى يَكُونَ مُحَرَّرًا بِصَاحِبِهِ لِكَوْنِهِ مُتَرَصِّدًا لِحِفْظِهِ، وَهَذَا لِأَنَّ الْمُعْتَبَرَ هُوَ الْحِفْظُ الْمُعْتَادُ وَالْجُلُوسُ عِنْدَهُ وَالنُّومُ عَلَيْهِ يُعَدُّ حِفْظًا عَادَةً وَكَذَا النَّوْمُ بِقُرْبٍ مِنْهُ عَلَى مَا اخْتَرْنَاهُ مِنْ قَبْلُ. وَذَكَرَ فِي بَعْضِ النُّسخِ، وَصَاحِبُهُ نَائِمٌ عَلَيْهِ أَوْ حَيْثُ يَكُونُ حَافِظًا لَهُ، وَهَذَا يُؤَكِّدُ مَا قَدَّمْنَاهُ مِنَ الْقَوْلِ الْمُخْتَارِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِنْ سَرَقَ مِنَ الْقِطَارِ بَعِيرًا) الْقِطَارُ: الْإِبِلُ تَقَطَّرُ عَلَى نَسَقٍ وَاحِدٍ وَالْجَمْعُ قَطَرٌ، وَمِنْهُ تَقَاطَرُ الْقَوْمُ إِذَا جَاءُوا أَرْسَالًا. وَقَوْلُهُ (وَهَذَا يُؤَكِّدُ مَا قَدَّمْنَاهُ مِنَ الْقَوْلِ الْمُخْتَارِ) يُرِيدُ قَوْلَهُ وَلَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ الْحَافِظُ مُسْتَيْقِظًا إِلَى قَوْلِهِ وَهُوَ الصَّحِيحُ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

فصل في كيفية القطع وإثباته

قَالَ (وَيُقَطَّعُ يَمِينُ السَّارِقِ مِنَ الزَّنْدِ وَيُحْسَمُ) فَالْقَطْعُ لَمَّا تَلَوْنَاهُ مِنْ قَبْلُ، وَالْيَمِينُ بِقِرَاءَةِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ مَسْعُودٍ رضي الله عنه وَمِنَ الزَّنْدِ لِأَنَّ الْأَسْمَ يَتَنَاولُ الْبَيْدَ إِلَى الْإِبِطِ، وَهَذَا الْمَقْصِدُ: أَعْنِي الرُّسْخَ مُتَبَيِّنٌ بِهِ، كَيْفَ وَقَدْ صَحَّ أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَمَرَ بِقَطْعِ يَدِ السَّارِقِ مِنَ الزَّنْدِ ^(١)، وَالْحَسْمَ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «فَاقْطَعُوهُ وَاحْسِمُوهُ» ^(٢)،

(١) أخرجه الدارقطني في السنن (٢٠٤/٣)، وانظر نصب الراية (٥٦٧/٣).

(٢) أخرجه الحاكم في المستدرک (٣٨١/٤)، وانظر نصب الراية (٥٦٨/٣).

وَلَأَنَّهُ لَوْ لَمْ يُحْسَمْ يُضْطَرُّ إِلَى التَّلْفِ وَالْحَدِّ زَاجِرٌ لَا مُتْلَفٌ (فَإِنْ سَرَقَ ثَانِيًا قُطِعَتْ رِجْلُهُ الْيُسْرَى، فَإِنْ سَرَقَ ثَالِثًا لَمْ يُقْطَعْ وَخُلِدَ فِي السِّجْنِ حَتَّى يَتُوبَ) وَهَذَا اسْتِحْسَانٌ وَيُعْزَرُ أَيْضًا، ذَكَرَهُ الْمَشَايِخُ رَحِمَهُمُ اللَّهُ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: فِي الثَّالِثَةِ تُقْطَعُ يَدُهُ الْيُسْرَى، وَفِي الرَّابِعَةِ تُقْطَعُ رِجْلُهُ الْيُمْنَى لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «مَنْ سَرَقَ فَاقْطَعُوهُ، فَإِنْ عَادَ فَاقْطَعُوهُ، فَإِنْ عَادَ فَاقْطَعُوهُ» ^(١) وَيُرْوَى مُفَسَّرًا كَمَا هُوَ مَذْهَبُهُ، وَلَأَنَّ الثَّالِثَةَ مِثْلَ الْأُولَى فِي كَوْنِهَا جُنَايَةً بَلْ فَوْقَهَا فَتَكُونُ أَدْعَى إِلَى شَرْعِ الْحَدِّ. وَلَنَا قَوْلُ عَلِيٍّ عليه السلام فِيهِ: إِنِّي لَأَسْتَحِي مِنَ اللَّهِ تَعَالَى أَنْ لَا أَدَعَ لَهُ يَدًا يَأْكُلُ بِهَا وَيَسْتَحْيِي بِهَا وَرِجْلًا يَمْشِي عَلَيْهَا، وَبِهَذَا حَاجٌ بَقِيَّةُ الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ فَحَجَّاهُمْ فَانْعَقَدَ إجماعًا، وَلَأَنَّهُ إِهْلَاكٌ مَعْنَى لَمَّا فِيهِ مِنْ تَقْوِيتِ جِنْسِ الْمَنْفَعَةِ وَالْحَدِّ زَاجِرٌ، وَلَأَنَّهُ نَادِرُ الْوُجُودِ وَالزَّجْرُ فِيمَا يَغْلِبُ وَقُوْعُهُ بِخِلَافِ الْقِصَاصِ لَأَنَّهُ حَقُّ الْعَبْدِ فَيُسْتَوْفَى مَا أَمَكَنَ جَبْرًا لِحَقِّهِ. وَالْحَدِيثُ طَعَنَ فِيهِ الطُّحَاوِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ أَوْ نَحْمِلُهُ عَلَى السِّيَاسَةِ

الشرح:

(فَصَلُّ فِي كَيْفِيَّةِ الْقَطْعِ وَإِثْبَاتِهِ): لَمَّا ذَكَرَ وَجُوبَ قَطْعِ الْيَدِ لَمْ يَكُنْ بُدٌّ مِنْ بَيَانِ كَيْفِيَّتِهِ وَهَذَا الْفَصْلُ فِي بَيَانِهِ. الزَّنْدُ مَفْصَلُ طَرْفِ الذَّرَاعِ مِنَ الْكَفِّ. وَالْحَسْمُ مِنْ حَسَمَ الْعِرْقَ: كَوَاهُ بِحَدِيدَةٍ مُحْمَاةٍ لِفَلَا يَسِيلَ دَمُهُ (فَالْقَطْعُ لَمَّا تَلَوَّنَاهُ) يَعْنِي قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا﴾ [المائدة: ٣٨] الْآيَةَ (وَالْيَمِينُ بِقِرَاءَةِ ابْنِ مَسْعُودٍ) فَاقْطَعُوا أَيْمَانَهُمَا وَهِيَ مَشْهُورَةٌ جَازَتْ الزِّيَادَةُ بِهَا عَلَى الْكِتَابِ وَقَدْ عُرِفَ فِي الْأَصُولِ (وَمِنْ الزَّنْدِ لِأَنَّ الْأَسْمَ يَتَنَاوَلُ الْيَدَ إِلَى الْإِبْطِ، وَهَذَا الْمَفْصَلُ: أَعْنِي الرُّسْعَ مُتَيَقِّنٌ بِهِ) مِنْ حَيْثُ الْقَطْعُ وَالْمَقْطُوعُ لِكَوْنِهِ أَقْلُ، فَقَوْلُنَا مِنْ حَيْثُ الْقَطْعُ احْتِرَازٌ عَنْ قَوْلِ بَعْضِ النَّاسِ إِنَّ الْمُسْتَحَقَّ قَطْعُ الْأَصَابِعِ فَقَطْ لَأَنَّ بَطْشَهُ كَانَ بِالْأَصَابِعِ فَتُقْطَعُ أَصَابِعُهُ لِيَزُولَ تَمَكُّنُهُ مِنَ الْبَطْشِ بِهَا؛ لَأَنَّ فِيهِ قِطْعًا مُكْرَّرًا، وَفِيمَا قُلْنَا قَطْعُ وَاحِدٍ عَلَى أَنَّهُ مُخَالَفٌ لِلنَّصِّ لَأَنَّ الْمَذْكُورَ فِيهِ الْيَدُ، وَقَوْلُنَا مِنْ حَيْثُ الْمَقْطُوعُ احْتِرَازٌ عَنْ قَوْلِ الْخَوَارِجِ تُقْطَعُ يَمِينُ السَّارِقِ مِنَ الْمُنْكَبِ لَأَنَّ الْيَدَ اسْمٌ لِلجَارِحَةِ مِنْ رُعُوسِ الْأَصَابِعِ إِلَى الْآبَاطِ لَأَنَّ فِيهِ تَكْثِيرًا لِلْمَقْطُوعِ. وَقَوْلُهُ (كَيْفَ وَقَدْ صَحَّ «أَنَّ النَّبِيَّ صلى الله عليه وسلم أَمَرَ بِقَطْعِ السَّارِقِ مِنْ

(١) أخرجه أبو داود (٤٤١٠)، وانظر نصب الراية (٥٦٩/٣).

الرَّئِدِ وَالْحَسَمِ» رَوَى أَبُو هُرَيْرَةَ «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَتَى بِسَارِقٍ فَقَالُوا: يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنَّ هَذَا سَرَقَ، فَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: مَا إِخَالُهُ سَرَقَ. فَقَالَ السَّارِقُ: بَلَى يَا رَسُولَ اللَّهِ، فَقَالَ: اذْهَبُوا بِهِ فَأَقْطَعُوهُ. ثُمَّ احْسِمُوهُ» الْحَدِيثُ. وَقَوْلُهُ (وَلَائَهُ لَوْ لَمْ يُحْسَمِ) ظَاهِرٌ.

وَقَوْلُهُ (وَوَلَدَ فِي السَّجْنِ حَتَّى يَتُوبَ) حَاصِلُهُ أَنَّ السَّارِقَ لَا يُؤْتَى عَلَى أَطْرَافِهِ الْأَرْبَعَةِ بِالْقَطْعِ؛ وَإِنَّمَا يُقَطَّعُ يَمِينُهُ أَوَّلَ سَرِقَةٍ. وَرَجُلُهُ الْيُسْرَى ثَانِيهَا، ثُمَّ يُعْزَرُ بَعْدَ ذَلِكَ وَيُحْبَسُ عِنْدَنَا. وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ بَعْدَ الرَّابِعَةِ يُحْبَسُ. وَعِنْدَ أَصْحَابِ الظَّوَاهِرِ فِي الْمَرَّةِ الْخَامِسَةِ يُقْتَلُ. وَقَوْلُهُ (وَيُرَوَّى مُفْسَّرًا كَمَا هُوَ مَذْهَبُهُ هُوَ فِي حَدِيثِ أَبِي هُرَيْرَةَ «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: «فِي الْمَرَّةِ الْأُولَى تُقَطَّعُ يَدُهُ الْيُمْنَى. وَفِي الثَّانِيَةِ الرَّجُلُ الْيُسْرَى، وَفِي الثَّلَاثَةِ الْيَدُ الْيُسْرَى، وَفِي الرَّابِعَةِ الرَّجُلُ الْيُمْنَى» (قَوْلُهُ وَلَآنَ الثَّلَاثَةَ) ظَاهِرٌ.

قَوْلُهُ (فَحَجَّهْمُ) أَيِ غَلَبَهُمْ فِي الْحُجَّةِ، يُقَالُ حَاجَهُ فَحَجَّه: أَيِ نَاطَرَهُ فِي الْحُجَّةِ فَغَلَبَهُ بِهَا (وَقَوْلُهُ بِخِلَافِ الْقِصَاصِ) جَوَابُ سُؤَالِ تَقْدِيرِهِ: لَوْ قَطَّعَ رَجُلٌ أَرْبَعَةَ أَطْرَافٍ أَقْتَصَّ مِنْهُ بِالْإِجْمَاعِ، وَجَمِيعُ مَا ذَكَرْتُمْ مِنَ الْمَحْظُورَاتِ هُنَاكَ مَوْجُودٌ لِأَنَّهُ لَا يَبْقَى لَهُ يَدٌ يَأْكُلُ بِهَا وَيَسْتَنْجِي بِهَا وَرَجُلٌ يَمْشِي عَلَيْهَا. وَفِيهِ تَفْوِيتُ جِنْسِ الْمَنْفَعَةِ وَتَادِرُ الْوُجُودِ.

وَتَقْرِيرُ الْجَوَابِ أَنَّ الْقِصَاصَ حَقُّ الْعِبَادِ، وَحَقُّ الْعَبْدِ يُرَاعَى فِيهِ الْمُمَالَةُ بِالنَّصِّ (وَالْحَدِيثُ) الَّذِي رَوَاهُ الشَّافِعِيُّ دَلِيلًا عَلَى دَعْوَاهُ هَذِهِ (طَعَنَ فِيهِ الطَّحَاوِيُّ) قَالَ: تَبَعْنَا هَذِهِ الْأَثَارَ فَلَمْ نَجِدْ لَشَيْءٍ مِنْهَا أَصْلًا أَشَارَ بِهَا إِلَى مَا رَوَاهُ الشَّافِعِيُّ وَقَالَ أَبُو نَصْرِ الْبُخْدَادِيُّ: قَالَ الطَّحَاوِيُّ: إِنَّهُ حَدِيثٌ لَا أَصْلَ لَهُ، لِأَنَّ كُلَّ مَنْ لَقِينَاهُ مِنْ حُفَاطِ الْحَدِيثِ يُنْكِرُونَهُ وَيَقُولُونَ: لَمْ نَجِدْ لَهُ أَصْلًا (أَوْ نَحْمِلُهُ عَلَى السِّيَاسَةِ) بِدَلِيلِ مَا وَرَدَ فِي ذَلِكَ الْحَدِيثِ مِنَ الْأَمْرِ بِالْقَتْلِ فِي الْمَرَّةِ الْخَامِسَةِ.

(وَإِذَا كَانَ السَّارِقُ أَشَلَّ الْيَدِ الْيُسْرَى أَوْ أَقْطَعَ أَوْ مَقْطُوعَ الرَّجُلِ الْيُمْنَى لَمْ يُقَطَّعْ)

لَأنَّ فِيهِ تَفْوِيتُ جِنْسِ الْمَنْفَعَةِ بَطْشًا أَوْ مَشْيًا، وَكَذَا إِذَا كَانَتْ رِجْلُهُ الْيُمْنَى شَلَاءَ لَمَّا قُلْنَا (وَكَذَا إِذَا كَانَتْ إِبْهَامُهُ الْيُسْرَى مَقْطُوعَةً أَوْ شَلَاءَ أَوْ الْأَصْبُعَانِ مِنْهَا سِوَى الْإِبْهَامِ) لِأَنَّ قِيَامَ الْبَطْشِ بِالْإِبْهَامِ (فَإِنْ كَانَتْ أَصْبُعٌ وَاحِدَةٌ سِوَى الْإِبْهَامِ مَقْطُوعَةً أَوْ شَلَاءَ قُطِّعَ) لِأَنَّ قَوَاتِ الْوَاحِدَةِ لَا يُوجِبُ خِلَافَ ظَاهِرًا فِي الْبَطْشِ، بِخِلَافِ قَوَاتِ الْأَصْبُعَيْنِ لِأَنَّهُمَا يَتَنَزَّلَانِ مَنْزِلَةً الْإِبْهَامِ فِي نَقْصَانِ الْبَطْشِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (لَأَنَّ فِيهِ تَقْوِيَتَ جِنْسِ الْمَنْفَعَةِ بَطْشًا) يَعْنِي إِنْ كَانَتْ يَدُهُ الْيُسْرَى مُؤَقَّةً (أَوْ مَشْيًا) إِنْ كَانَتْ رِجْلُهُ الْيُمْنَى كَذَلِكَ وَبَاقِي كَلَامِهِ ظَاهِرٌ.

قَالَ (وَإِذَا قَالَ الْحَاكِمُ لِلْحَدَّادِ اقْطَعْ يَمِينَهُ هَذَا فِي سَرِقَتِهِ سَرَقَهَا فَقَطَّعَ يَسَارَهُ عَمْدًا أَوْ خَطَأً فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى، وَقَالَا لَا شَيْءَ عَلَيْهِ فِي الْخَطَا وَيُضْمَنُ فِي الْعَمْدِ) وَقَالَ زُهْرٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: يَضْمَنُ فِي الْخَطَا أَيْضًا وَهُوَ الْقِيَاسُ، وَالْمُرَادُ بِالْخَطَا هُوَ الْخَطَا فِي الاجْتِهَادِ، وَأَمَّا الْخَطَا فِي مَعْرِفَةِ الْيَمِينِ وَالْيَسَارِ لَا يُجْعَلُ عَفْوًا. وَقِيلَ يُجْعَلُ عُذْرًا أَيْضًا. لَهُ أَنَّهُ قَطَّعَ يَدًا مَعْصُومَةً وَالْخَطَا فِي حَقِّ الْعِبَادِ غَيْرُ مَوْضُوعٍ فَيُضْمَنُ. قُلْنَا إِنَّهُ أَخْطَأَ فِي اجْتِهَادِهِ، إِذْ لَيْسَ فِي النَّصِّ تَعْيِينُ الْيَمِينِ، وَالْخَطَا فِي الاجْتِهَادِ مَوْضُوعٌ. وَلَهُمَا أَنَّهُ قَطَّعَ طَرَفًا مَعْصُومًا بِغَيْرِ حَقٍّ وَلَا تَأْوِيلٍ لِأَنَّهُ تَعَمَّدَ الظُّلْمَ فَلَا يُعْفَى وَإِنْ كَانَ فِي الْمُجْتَهِدَاتِ، وَكَانَ يَنْبَغِي أَنْ يَجِبَ الْقِصَاصُ إِلَّا أَنَّهُ امْتَنَعَ لِلشَّبْهِةِ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ أَتْلَفَ وَأَخْلَفَ مِنْ جِنْسِهِ مَا هُوَ خَيْرٌ مِنْهُ فَلَا يُعَدُّ إِتْلَافًا كَمَنْ شَهِدَ عَلَى غَيْرِهِ بَبَيْعِ مَالِهِ بِمِثْلِ قِيَمَتِهِ ثُمَّ رَجَعَ، وَعَلَى هَذَا لَوْ قَطَّعَهُ غَيْرُ الْحَدَّادِ لَا يَضْمَنُ أَيْضًا هُوَ الصَّحِيحُ. وَلَوْ أَخْرَجَ السَّارِقُ يَسَارَهُ وَقَالَ هَذِهِ يَمِينِي لَا يَضْمَنُ بِالِاتِّفَاقِ لِأَنَّهُ قَطَّعَهُ بِأَمْرِهِ. ثُمَّ فِي الْعَمْدِ عِنْدَهُ عَلَيْهِ ضَمَانُ الْمَالِ لِأَنَّهُ لَمْ يَقَعْ حَدًّا. وَفِي الْخَطَا كَذَلِكَ عَلَى هَذِهِ الطَّرِيقَةِ، وَعَلَى طَرِيقَةِ الاجْتِهَادِ لَا يَضْمَنُ.

الشرح:

قَالَ (وَإِذَا قَالَ الْحَاكِمُ لِلْحَدَّادِ اقْطَعْ يَمِينَهُ هَذَا السَّارِقِ) الْحَدَّادُ هُوَ الَّذِي يُقِيمُ الْحَدَّ فَعَالٌ مِنْهُ كَالْجَلَادِ مِنَ الْجَلْدِ، وَإِنَّمَا قِيدَ بِقَوْلِهِ يَمِينَهُ هَذَا لِأَنَّهُ إِذَا قَالَ اقْطَعْ يَدَهُ مُطْلَقًا فَقَطَّعَ الْحَدَّادُ يَدَهُ الْيُسْرَى فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ بِالِاتِّفَاقِ لِأَنَّهُ فَعَلَ مَا أَمَرَهُ بِهِ. فَإِنَّهُ أَمَرَهُ بِقَطْعِ الْيَدِ وَالْيُسْرَى يَدٌ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ، وَلَمْ يَذْكُرْ حُكْمَ مَا إِذَا قَطَّعَ الْيَمِينَ بَعْدَ الْقَضَاءِ قَبْلَ أَنْ يَقُولَ لَهُ اقْطَعْ. وَقَالَ فِي الْمَبْسُوطِ: لَا شَيْءَ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّ قِيَمَةَ الْيَدِ قَدْ سَقَطَتْ بِقَضَاءِ الْإِمَامِ عَلَيْهِ بِالْقَطْعِ. فَالْقَاطِعُ اسْتَوْفَى يَدًا لَا قِيَمَةَ لَهَا فَلَمْ يَكُنْ ضَامِنًا، لَكِنْ أَذْبَهُ الْإِمَامُ لِأَنَّهُ أَسَاءَ الْأَدَبَ حِينَ قَطَّعَهُ قَبْلَ أَنْ يَأْمُرَهُ الْإِمَامُ بِهِ وَكَلَامُهُ وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (بِغَيْرِ حَقٍّ) دَلِيلُهُ أَنَّ الْحَقَّ فِي الْيَمِينِ فِي السَّرِقَةِ وَهُوَ أَيْضًا لَمْ يَقْطَعْ يَسَارَ

أَحَدٍ لِيَكُونَ حَقُّ الْقَطْعِ الْيَسَارَ قِصَاصًا (وَلَا تَأْوِيلَ) حَيْثُ لَمْ يُخْطِئْ لِأَنَّ الْكَلَامَ فِيمَا إِذَا تَعَمَّدَ فِي قَطْعِ الْيَسَارِ (فَلَا يُغْنَى) كَمَا لَوْ قَطَعَ رَجُلُهُ أَوْ أَنْفُهُ (وَإِنْ كَانَ فِي الْمُجْتَهِدَاتِ) لِأَنَّ الْمُجْتَهِدَ لَا يُعَذَّرُ فِيمَا إِذَا أَخْطَأَ إِذَا كَانَ الدَّلِيلُ ظَاهِرًا كَالْحُكْمِ بِحِلِّ مَتْرُوكِ التَّسْمِيَةِ عَامِدًا (وَكَانَ يَنْبَغِي أَنْ يَجِبَ الْقِصَاصُ إِلَّا أَنَّهُ امْتَنَعَ لِلشُّبْهَةِ) وَهِيَ قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿فَأَقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا﴾ [المائدة: ٣٨] فَإِنَّ ظَاهِرَهُ يُوجِبُ تَنَاوُلَ الْيَدَيْنِ جَمِيعًا فَصَارَ شُبْهَةً فِي حَقِّ الْقِصَاصِ، إِذِ الْقِصَاصُ لَا يَثْبُتُ بِالشُّبْهَةِ، بِخِلَافِ ضَمَانِ الْمَالِ. وَقَوْلُهُ (وَلَا بِي حَنِيفَةٍ) تَقْرِيرُهُ الْقَوْلَ بِالْمُوجِبِ.

سَلَّمْنَا أَنَّهُ قَطَعَ طَرَفًا مَعْصُومًا بِغَيْرِ حَقٍّ وَلَا تَأْوِيلَ، لَكِنَّهُ أَخْلَفَ مِنْ جَنْسِهِ مَا هُوَ خَيْرٌ مِنْهُ فَلَا يُعَدُّ إِثْلَاقًا (وَعَلَى هَذَا) التَّقْرِيرِ (لَوْ قَطَعَهُ غَيْرُ الْحَدَّادِ) أَيُّ لَوْ قَطَعَ يَسَارَ السَّارِقِ غَيْرُ الْحَدَّادِ بَعْدَ حُكْمِ الْقَاضِي بِقَطْعِ يَمِينِهِ (لَا يَضْمَنُ) شَيْئًا لِأَنَّ امْتِنَاعَ قَطْعِ الْيَمِينِ بَعْدَ قَطْعِ الْيَسَارِ لَا يَتَّفَاوَتُ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ قَاطِعُ الْيَسَارِ مَأْمُورَ الْحَاكِمِ أَوْ أَجْنَبِيًّا غَيْرَ مَأْمُورٍ (وَقَوْلُهُ هُوَ الصَّحِيحُ) اخْتِرَازٌ عَمَّا ذَكَرَهُ فِي شَرْحِ الطَّحَاوِيِّ فَقَالَ فِيهِ: وَلَوْ قَطَعَ غَيْرُهُ يَدَهُ الْيُسْرَى فَإِنَّ فِي الْعَمْدِ الْقِصَاصَ وَفِي الْخَطِئِ الدِّيَّةَ، وَسَقَطَ الْقَطْعُ عَنْهُ فِي الْيَمِينِ لِأَنَّهُ لَوْ قَطَعَ أَدَّى إِلَى الْاسْتِهْلَاكِ، وَيَرُدُّ السَّرَقَةَ إِنْ كَانَ قَائِمًا وَعَلَيْهِ ضَمَانُهُ فِي الْهَالِكِ قَوْلُهُ وَلَوْ أَخْرَجَ السَّارِقُ يَسَارَهُ ظَاهِرٌ (قَوْلُهُ ثُمَّ فِي الْعَمْدِ عِنْدَهُ) أَيُّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله (عَلَيْهِ) أَيُّ عَلَى السَّارِقِ (ضَمَانُ الْمَالِ) الْمَسْرُوقِ إِنْ كَانَ هَالِكًا (لَأَنَّهُ) لَمْ يَقْعُ حَدًّا وَإِنَّمَا خَصَّ أَبَا حَنِيفَةَ بِالذِّكْرِ وَإِنْ كَانَ الضَّمَانُ عَلَى السَّارِقِ بِالْإِتِّفَاقِ دَفْعًا لَمَّا عَسَى أَنْ يُتَوَهَّمُ أَنَّ قَطْعَ الْيَسَارِ وَقَعَ حَدًّا عِنْدَهُ حَيْثُ لَمْ يُوجِبِ الضَّمَانُ عَلَى الْحَدَّادِ، فَأَزَالَ ذَلِكَ بَيَانِ وَجُوبِ الضَّمَانِ إِذَا نَأَى بَأَنَّ الْقَطْعَ لَمْ يَقْعُ حَدًّا، إِذِ الْقَطْعُ حَدًّا وَالضَّمَانُ لَا يَجْتَمِعَانِ وَعَدَمُ الضَّمَانِ عَلَى الْحَدَّادِ بَاعْتِبَارِ أَنَّهُ أَخْلَفَ خَيْرًا لَا بَاعْتِبَارِ أَنَّ الْقَطْعَ وَقَعَ حَدًّا، وَأَمَّا عَلَى مَذْهَبِهِمَا فَظَاهِرٌ لَا حَاجَةَ إِلَى ذِكْرِهِ لَأَنَّهُمَا يَضْمَنَانِ الْحَدَّادَ فِي الْعَمْدِ فَلَا يَقْعُ الْقَطْعُ حَدًّا لَا مُحَالَةً فَيَضْمَنُ السَّارِقُ لِعَدَمِ لُزُومِ الْجَمْعِ بَيْنَ الضَّمَانِ وَالْقَطْعِ حَدًّا.

وَقَوْلُهُ (وَفِي الْخَطِئِ كَذَلِكَ عَلَى هَذِهِ الطَّرِيقَةِ) أَيُّ عَلَى طَرِيقَةِ أَنَّ الْقَطْعَ لَمْ يَقْعُ حَدًّا لِأَنَّهُ إِذَا لَمْ يَقْعُ حَدًّا لَمْ يُوجَدْ مَا يُتَنَافَى الضَّمَانُ وَالْمُقْتَضِي وَهُوَ الْإِثْلَافُ مَوْجُودٌ

فَيَجِبُ الضَّمَانُ أَلْبَتَّةَ (وَعَلَى طَرِيقَةِ الاجْتِهَادِ) الَّذِي قُلْنَا فِي طَرِيقِ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ أَنَّ ضَمَانَ الْيَدِ عَلَى الْحَدَّادِ بَطْلُ بِطَرِيقِ الاجْتِهَادِ (لَا يَضْمَنُ) السَّارِقُ الْمَالَ لَوْ قُوعِ الْقَطْعِ مَوْفِعَ الْحَدِّ بِالْاجْتِهَادِ وَالضَّمَانُ وَالْقَطْعُ حَدًّا لَا يَجْتَمِعَانِ.

(وَلَا يَقْطَعُ السَّارِقُ إِلَّا أَنْ يَحْضُرَ الْمَسْرُوقُ مِنْهُ فَيُطَالَبُ بِالسَّرِقَةِ) لِأَنَّ الْخُصُومَةَ شَرْطٌ لظُهورِهَا، وَلَا فَرْقَ بَيْنَ الشَّهَادَةِ وَالْإِقْرَارِ عِنْدَنَا خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ فِي الْإِقْرَارِ، لِأَنَّ الْجِنَايَةَ عَلَى مَالِ الْغَيْرِ لَا تَظْهَرُ إِلَّا بِخُصُومَتِهِ، وَكَذَا إِذَا غَابَ عِنْدَ الْقَطْعِ عِنْدَنَا، لِأَنَّ الْاسْتِيفَاءَ مِنَ الْقَضَاءِ فِي بَابِ الْحُدُودِ

الشرح:

قَالَ (وَلَا يَقْطَعُ السَّارِقُ إِلَّا أَنْ يَحْضُرَ الْمَسْرُوقُ مِنْهُ) اخْتَلَفَ الْعُلَمَاءُ فِي اشْتِرَاطِ حُضُورِ الْمَسْرُوقِ مِنْهُ وَطَلِبِهِ السَّرِقَةَ لِلْقَطْعِ، فَقَالَ ابْنُ أَبِي لَيْلَى، لَا حَاجَةَ إِلَى ذَلِكَ وَتُقْبَلُ الشَّهَادَةُ عَلَى السَّرِقَةِ حِسْبَةَ كَالرُّنَا، لِأَنَّ الْمُسْتَحَقَّ بِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا خَالِصٌ حَقٌّ لِلَّهِ تَعَالَى. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: إِنَّ أَقْرَأَ السَّارِقُ بِالسَّرِقَةِ فَلَا حَاجَةَ إِلَى ذَلِكَ، وَإِنْ ثَبَتَ بِالْبَيِّنَةِ فَلَا بُدَّ مِنْ ذَلِكَ لِأَنَّ الشَّهَادَةَ تُبْنِي عَلَى الدَّعْوَى فِي الْحَالِ، فَمَا لَمْ يَحْضُرْ هُوَ أَوْ نَائِبُهُ لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ، وَإِنْ غَابَ بَعْدَ ذَلِكَ لَا يَتَعَذَّرُ اسْتِيفَاءُ الْقَطْعِ.

وَعِنْدَنَا حُضُورُهُ شَرْطٌ فِي الْإِقْرَارِ وَالشَّهَادَةِ جَمِيعًا عِنْدَ الْأَدَاءِ وَعِنْدَ الْقَطْعِ، لِأَنَّ الْخُصُومَةَ شَرْطٌ لظُهورِ السَّرِقَةِ لِقِيَامِ احْتِمَالِ رَدِّ الْإِقْرَارِ وَالْإِقْرَارُ لَهُ بِالْمَلِكِ بَعْدَ الشَّهَادَةِ وَبِهِ تَنْتَفِي السَّرِقَةُ، وَكُلُّ مَا هُوَ شَرْطُ الشَّيْءِ لَا يَتَحَقَّقُ بِدُونِهِ فَكَانَ الْقَطْعُ قَبْلَ حُضُورِهِ اسْتِيفَاءَ الْحَدِّ مَعَ قِيَامِ الشُّبْهَةِ وَهُوَ لَا يَجُوزُ، وَكَلَامُهُ فِي الْكِتَابِ وَاضِحٌ خِلَا أَنْ فِيهِ تَوَهُّمُ التَّكْرَارِ، لِأَنَّ مَعْنَى قَوْلِهِ لِأَنَّ الْجِنَايَةَ عَلَى مَالِ الْغَيْرِ لَا تَظْهَرُ إِلَّا بِخُصُومَةٍ هُوَ مَعْنَى قَوْلِهِ لِأَنَّ الْخُصُومَةَ شَرْطٌ لظُهورِهَا: أَيُّ لظُهورِ السَّرِقَةِ وَهِيَ الْجِنَايَةُ.

وَيُمْكِنُ أَنْ يُدْفَعَ بِأَنَّ الْأَوَّلَ تَعْلِيلٌ لِاشْتِرَاطِ الْحُضُورِ، وَالثَّانِي لِعَدَمِ التَّفَرُّقَةِ بَيْنَ الْإِقْرَارِ وَالشَّهَادَةِ وَإِنْ كَانَا بِمَعْنَى وَاحِدٍ وَمَعْنَى قَوْلِهِ لِأَنَّ الْاسْتِيفَاءَ مِنَ الْقَضَاءِ فِي بَابِ الْحُدُودِ قَدْ تَقَدَّمَ.

(وَلِلْمُسْتَوْدَعِ وَالْغَاصِبِ وَصَاحِبِ الرِّبَا أَنْ يَقْطَعُوا السَّارِقَ مِنْهُمْ) وَلَرَبِّ الْوَدِيعَةِ أَنْ يَقْطَعَهُ أَيْضًا، وَكَذَا الْمَغْصُوبُ مِنْهُ. وَقَالَ زُفَرٌ وَالشَّافِعِيُّ: لَا يَقْطَعُ بِخُصُومَةِ الْغَاصِبِ

وَالْمُسْتَوْدَعُ، وَعَلَى هَذَا الْخِلَافِ الْمُسْتَعِيرُ وَالْمُسْتَأْجِرُ وَالْمُضَارِبُ وَالْمُسْتَبْضِعُ وَالْقَابِضُ عَلَى سَوْمِ الشَّرَاءِ وَالْمُرْتَهِنُ وَكُلُّ مَنْ لَهُ يَدٌ حَافِظَةٌ سِوَى الْمَالِكِ، وَيُقْطَعُ بِخُصُومَةِ الْمَالِكِ فِي السَّرِقَةِ مِنْ هَؤُلَاءِ إِلَّا أَنَّ الرَّاهِنَ إِنَّمَا يُقْطَعُ بِخُصُومَتِهِ حَالَ قِيَامِ الرَّهْنِ بَعْدَ قَضَاءِ الدَّيْنِ لِأَنَّهُ لَا حَقَّ لَهُ فِي الْمَطَالَبَةِ بِالْعَيْنِ بِدُونِهِ. وَالشَّافِعِيُّ بَنَاهُ عَلَى أَصْلِهِ أَنْ لَا خُصُومَةَ لَهُوَ لَاءٌ فِي الْاسْتِرْدَادِ عِنْدَهُ. وَزَهْرٌ يَقُولُ: وَلَايَةُ الْخُصُومَةِ فِي حَقِّ الْاسْتِرْدَادِ ضَرُورَةٌ الْحِفْظِ فَلَا تَظْهَرُ فِي حَقِّ الْقَطْعِ لِأَنَّ فِيهِ تَقْوِيَتَ الصِّيَانَةِ.

وَلَمَّا أَنَّ السَّرِقَةَ مُوجِبَةٌ لِلْقَطْعِ فِي نَفْسِهَا، وَقَدْ ظَهَرَتْ عِنْدَ الْقَاضِي بِحُجَّتَيْ شَرْعِيَّةٍ وَهِيَ شَهَادَةُ رَجُلَيْنِ عَقِيبَ خُصُومَةٍ مُعْتَبَرَةٍ مُطْلَقًا إِذَا الْاِعْتِبَارُ لِحَاجَتِهِمْ إِلَى الْاسْتِرْدَادِ فَيَسْتَوْفِي الْقَطْعَ. وَالْمَقْصُودُ مِنَ الْخُصُومَةِ إِحْيَاءُ حَقِّهِ وَسُقُوطُ الْعِصْمَةِ ضَرُورَةُ الْاِسْتِيفَاءِ فَلَمْ يُعْتَبَرِ، وَلَا مُعْتَبَرٌ بِشِبْهَتَيْ مَوْهُومَةِ الْاِعْتِرَاضِ كَمَا إِذَا حَضَرَ الْمَالِكُ وَغَابَ الْمُؤْتَمَنُ فَإِنَّهُ يُقْطَعُ بِخُصُومَتِهِ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ وَإِنْ كَانَتْ شِبْهَتُ الْإِذْنِ فِي دُخُولِ الْحِرْزِ ثَابِتَةً

الشرح:

(قَوْلُهُ وَصَاحِبُ الرِّبَا) قِيلَ صُورَتُهُ: رَجُلٌ بَاعَ عَشْرَةَ دَرَاهِمَ بَعِشْرِينَ دِرْهَمًا وَقَبَضَهُ فَسَرَقَ مِنْهُ يُقْطَعُ السَّارِقُ بِخُصُومَتِهِ عِنْدَ عُلَمَائِنَا الثَّلَاثَةِ، وَلَمْ يَذْكُرِ الْعَاقِدُ الْآخَرَ مِنْ عَاقِدَيْ الرِّبَا فَكَانَتْهُ بِالتَّسْلِيمِ لَمْ يَنْبَغِ لَهُ مِلْكٌ وَلَا يَدٌ فَلَا يَكُونُ لَهُ وَلَايَةُ الْخُصُومَةِ، بِخِلَافِ رَبِّ الْوَدِيعَةِ وَالْمَعْصُوبِ مِنْهُ فَإِنَّ الْمَلِكَ لَهُمَا بَاقٍ (قَوْلُهُ وَكُلُّ مَنْ لَهُ يَدٌ حَافِظَةٌ) يُرِيدُ مُتَوَلَّى الْوَقْفِ وَالْأَبَ وَالْوَصِيَّ، وَلَوْ سَرَقَ سَارِقٌ مِنْ أَحَدِ هَؤُلَاءِ وَخَاصَمَ الْمَالِكُ قُطِعَ وَإِنْ لَمْ تَكُنِ السَّرِقَةُ مِنْ عِنْدِهِ لِقِيَامِ الْمَلِكِ (قَوْلُهُ إِلَّا أَنَّ الرَّاهِنَ) اسْتِثْنَاءٌ مُنْقَطِعٌ. وَقَدْ اخْتَلَفَ نُسَخُ الْهَدَايَةِ فِيهِ، فَفِي بَعْضِهَا إِلَّا أَنَّ الرَّاهِنَ إِنَّمَا يُقْطَعُ بِخُصُومَتِهِ حَالَ قِيَامِ الرَّهْنِ قَبْلَ قَضَاءِ الدَّيْنِ أَوْ بَعْدَهُ، وَفِي بَعْضِهَا حَالَ قِيَامِ الرَّهْنِ بَعْدَ قَضَاءِ الدَّيْنِ. وَاسْتَصْوَبَهُ الشَّارِحُونَ ثَقَلًا وَعَقْلًا؛ أَمَّا ثَقَلًا فَلَأَنَّهُ مُوَافِقٌ لِرِوَايَةِ الْإِبْرَاهِيمِ وَالْمُحِيطِ.

قَالَ فِي الْمُحِيطِ: إِذَا سَرَقَ الرَّهْنُ مِنَ الْمُرْتَهِنِ فَلِلْمُرْتَهِنِ أَنْ يَقْطَعَهُ وَلَيْسَ لِلرَّاهِنِ أَنْ يَقْطَعَهُ لِأَنَّهُ لَا سَبِيلَ لَهُ عَلَى أَخْذِ الرَّهْنِ. قَالَ: وَإِنْ قَضَى الرَّاهِنُ الدَّيْنَ فَلَهُ أَنْ يَقْطَعَهُ لِأَنَّ لَهُ أَنْ يَأْخُذَهُ. وَكَذَا فِي الْإِبْرَاهِيمِ. وَأَمَّا عَقْلًا فَلَأَنَّ السَّارِقَ إِنَّمَا تُقْطَعُ

يَدُهُ بِخُصُومَةٍ مَنْ لَهُ وَلَايَةُ الاسْتِرْدَادِ وَلَيْسَ لِلرَّاهِنِ ذَلِكَ قَبْلَ قَضَاءِ الدَّيْنِ، وَالْمَرَادُ بِالرَّاهِنِ الْمَرْهُونُ، وَالضَّمِيرُ فِي (بِدُونِهِ) رَاجِعٌ إِلَى قَضَاءِ الدَّيْنِ، وَعَلَى النُّسخَةِ الْأُولَى إِلَى قِيَامِ الرَّهْنِ فَكَانَ شَرْطُ جَوَازِ الْقَطْعِ بِخُصُومَةِ الرَّاهِنِ أَمْرَيْنِ: قِيَامُ الْمَرْهُونِ حَتَّى لَوْ هَلَكَ لَا سَبِيلَ لِلرَّاهِنِ عَلَيْهِ لِبُطْلَانِ دَيْنِهِ عَنْهُ. وَقَضَاءُ الدَّيْنِ لِحُصُولِ وَلَايَةِ الاسْتِرْدَادِ حِينَئِذٍ، وَزُفْرُ وَالشَّافِعِيُّ اتَّفَقَا فِي الْحُكْمِ وَاخْتَلَفَا فِي تَخْرِيجِ الْمَنَاطِ (فَالشَّافِعِيُّ بَنَاهُ عَلَى أَصْلِهِ أَنْ لَا خُصُومَةٌ هَؤُلَاءِ الْمَذْكُورِينَ فِي الاسْتِرْدَادِ عِنْدَهُ) إِذَا جَحَدَ مَنْ فِي يَدِهِ الْمَالُ مَا لَمْ يَحْضُرُ الْمَالِكُ، وَإِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُمْ وَلَايَةُ الاسْتِرْدَادِ لَا يُلْتَفَتُ إِلَى خُصُومِهِمْ (وَزُفْرُ يَقُولُ: وَلَايَةُ الْخُصُومَةِ فِي الاسْتِرْدَادِ ضَرُورَةٌ الْحِفْظِ).

وَالثَّابِتُ بِالضَّرُورَةِ يَتَقَدَّرُ بِقَدْرِهَا (فَلَا تَظْهَرُ فِي حَقِّ الْقَطْعِ لِأَنِّ فِيهِ) أَيُّ فِي ظُهُورِهَا فِي حَقِّ الْقَطْعِ (تَقْوِيَتِ الصِّيَانَةِ) لِأَنَّ الْمَالَ مَضْمُونٌ عَلَى السَّارِقِ، فَلَوْ اسْتَوْفَى الْقَطْعُ سَقَطَ الضَّمَانُ فَيَكُونُ فِيهِ تَضْيِيعٌ لَا صِيَانَةً وَهُمْ مَأْمُورُونَ بِالْحِفْظِ وَالصِّيَانَةِ (وَلَنَا أَنَّ السَّرِقَةَ مُوجِبَةٌ لِلْقَطْعِ فِي نَفْسِهَا) وَهَذَا ظَاهِرٌ (و) السَّرِقَةُ (قَدْ ظَهَرَتْ عِنْدَ الْقَاضِي بِحُجَّةٍ شَرْعِيَّةٍ وَهِيَ شَهَادَةُ رَجُلَيْنِ عَقِيبَ خُصُومَةٍ مُعْتَبَرَةٍ مُطْلَقًا) أَيُّ غَيْرِ ضَرُورِيَّةٍ، فَالْمُوجِبُ لِلْقَطْعِ قَدْ ظَهَرَ عِنْدَ الْقَاضِي بِحُجَّةٍ شَرْعِيَّةٍ فَيَتَرْتَّبُ عَلَيْهِ الْقَطْعُ، وَإِنَّمَا قَالَ إِنَّ الْخُصُومَةَ غَيْرَ ضَرُورِيَّةٍ (لِأَنَّ الْاِعْتِبَارَ لِحَاجَتِهِمْ إِلَى اسْتِرْدَادِ الْيَدِ) وَهُمْ فِي ذَلِكَ كَالْمَالِكِ، لِأَنَّ اِعْتِبَارَ خُصُومَةِ الْمَالِكِ لِحَاجَتِهِ إِلَى إِظْهَارِ السَّرِقَةِ لِإِعَادَةِ الْيَدِ عَلَى الْمَحَلِّ تَحْصِيلًا لِلْأَعْرَاضِ الْمُتَعَلِّقَةِ بِالْيَدِ. وَهَذَا الْمَعْنَى مَوْجُودٌ فِي هَؤُلَاءِ، أَمَّا الْمُسْتَأْجِرُ وَالْمُسْتَعِيرُ فَلَا حَتِيَاجَهُمَا إِلَى الْاِئْتِفَاعِ بِالْمَحَلِّ، وَأَمَّا الْمُرْتَهَنُ وَالْمُودَعُ فَلِلرَّدِّ إِلَى الْمَالِكِ تَخْلِيصًا لِلذِّمَّةِ عَنْ عَهْدَةِ الضَّمَانِ وَالتَّزَامِ الْحِفْظِ، وَإِذَا ثَبَتَ أَنَّ الْخُصُومَةَ مُطْلَقَةً ائْتَفَعَ مَا قَالَ زُفْرُ إِنَّهَا ضَرُورَةٌ الْحِفْظِ فَلَا تَظْهَرُ فِي حَقِّ الْقَطْعِ.

وَقَوْلُهُ (وَالْمَقْصُودُ مِنَ الْخُصُومَةِ) أَيُّ مَقْصُودُ صَاحِبِ الْيَدِ (إِحْيَاءُ حَقِّ الْمَالِكِ وَسُقُوطُ الضَّمَانِ بِسُقُوطِ الْعِصْمَةِ) مِنَ ضَرُورَةِ الْقَطْعِ فَكَانَ ضَمْنِيًّا وَالضَّمْنِيُّ غَيْرُ مُعْتَبَرٍ، وَهَذَا جَوَابٌ عَنْ قَوْلِ زُفْرٍ لِأَنَّ فِيهِ تَقْوِيَتِ الصِّيَانَةِ. وَقَوْلُهُ (وَلَا مُعْتَبَرٌ بِشَبْهَةِ مَوْهُومَةِ الْاِعْتِرَاضِ) جَوَابٌ سَوَالِ مُقَدَّرٍ تَقْدِيرُهُ أَنْ يُقَالَ يَنْبَغِي أَنْ لَا يُقَطَعَ السَّارِقُ بِدُونِ حَضَرَةِ الْمَالِكِ كَمَا مَرَّ فِي مَسْأَلَةِ قُبَيْلِ هَذَا الْاِحْتِمَالِ أَنَّهُ لَوْ حَضَرَ أَقْرَ السَّارِقِ بِالْمَسْرُوقِ.

وَتَوَجِيهُ الْجَوَابِ هَذِهِ شُبْهَةٌ مَوْهُومَةُ الِاعْتِرَاضِ فَلَا تُعْتَبَرُ (كَمَا إِذَا حَضَرَ الْمَالِكُ وَغَابَ الْمُؤْتَمِنُ) فَإِنَّ فِيهِ شُبْهَةً مَوْهُومَةً أَيْضًا وَهُوَ أَنَّ يَحْضُرَ الْمُؤْتَمِنُ وَيَقُولُ إِنَّهُ كَانَ ضَيْفًا عِنْدِي فِي الْوَقْتِ الَّذِي سُرِقَ ذَلِكَ وَمَعَ ذَلِكَ لَمْ يَشْتَرِطْ حُضُورَ الْمُؤْتَمِنِ بَلْ يُقْطَعُ بِخُصُومَةِ الْمَالِكِ فِي ظَاهِرِ الرَّوَايَةِ) وَقَدْ بَطَّاهِرِ الرَّوَايَةِ اخْتِرَازًا عَنْ رِوَايَةِ ابْنِ سِمَاعَةَ عَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّ الْمَالِكَ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَقْطَعَهُ حَالُ غَيْبَةِ الْمُدْعِ لِأَنَّ السَّارِقَ لَمْ يَسْرِقْ مِنَ الْمَالِكِ وَإِنَّمَا سُرِقَ مِنَ الَّذِي كَانَ عِنْدَهُ فَلَمْ يَجْزْ أَنْ يُطَالَبَ بِذَلِكَ غَيْرُهُ. فَإِنْ قِيلَ: مَا الْفَرْقُ بَيْنَ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ. وَبَيْنَ مَا إِذَا أَقْرَأَ السَّارِقُ بِالسَّرِقَةِ فِي غَيْبَةِ الْمَالِكِ حَيْثُ لَا يُقْطَعُ مَا لَمْ يَحْضُرْ مَعَ أَنَّ الْعِلَّةَ الْمَذْكُورَةَ وَهُوَ قَوْلُهُ إِنَّ السَّرِقَةَ مُوجِبَةٌ لِلْقُطْعِ فِي نَفْسِهَا وَقَدْ ظَهَرَتْ عِنْدَ الْقَاضِي بِحُجَّةٍ شَرْعِيَّةٍ وَهِيَ الْإِقْرَارُ مَوْجُودَةٌ وَشُبْهَةُ الْإِذْنِ بِالْذُخُولِ فِي الْحِرْزِ أَوْ الْإِقْرَارُ بِالْمَسْرُوقِ لِلْسَّارِقِ مَوْهُومَةُ الِاعْتِرَاضِ وَمَعَ ذَلِكَ لَا يُقْطَعُ. أُجِيبَ بِأَنَّ الْفَرْقَ مِنْ حَيْثُ إِنَّ مَا نَحْنُ فِيهِ قَدْ ظَهَرَتْ فِيهِ السَّرِقَةُ عَقِيبَ خُصُومَةِ مُعْتَبَرَةٍ فَلَمْ تُؤْثَرْ الشُّبْهَةُ فِي دَفْعِ الْعِلَّةِ عَنْ مُقْتَضَاهَا لِقَوَّتِهَا، بِخِلَافِ صُورَةِ الْإِقْرَارِ فَإِنَّهَا لَمْ تَكُنْ كَذَلِكَ..

(وَإِنْ قُطِعَ سَارِقٌ بِسَّرِقَةٍ فَسَرِقَتْ مِنْهُ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَلَا لِرَبِّ السَّرِقَةِ أَنْ يُقْطَعَ السَّارِقُ الثَّانِي) لِأَنَّ الْمَالَ غَيْرُ مُتَقَوِّمٍ فِي حَقِّ السَّارِقِ حَتَّى لَا يَجِبَ عَلَيْهِ الضَّمَانُ بِالْهَلَاكِ فَلَمْ تَنْتَعِدْ مُوجِبَةً فِي نَفْسِهَا، وَلِلأَوَّلِ وَلَايَةُ الْخُصُومَةِ فِي الِاسْتِرْدَادِ فِي رِوَايَةٍ لِحَاجَتِهِ إِذَا الرَّدُّ وَاجِبٌ عَلَيْهِ (وَلَوْ سُرِقَ الثَّانِي قَبْلَ أَنْ يُقْطَعَ الْأَوَّلُ أَوْ بَعْدَ مَا دُرِيَ الْحَدُّ بِشُبْهَةٍ يُقْطَعُ بِخُصُومَةِ الْأَوَّلِ) لِأَنَّ سُقُوطَ التَّقَوُّمِ ضَرُورَةُ الْقُطْعِ وَلَمْ يُوْجَدْ فَصَارَ كَالْغَاصِبِ

الشرح:

قَالَ (وَإِنْ قُطِعَ سَارِقٌ بِسَّرِقَةٍ) الْمَسْرُوقُ إِذَا سُرِقَ مِنَ السَّارِقِ، فَإِنَّمَا أَنْ يَكُونَ قَبْلَ أَنْ قُطِعَ يَدُهُ أَوْ بَعْدَهُ، فَإِنْ كَانَ الثَّانِي لَمْ يَكُنْ لَهُ: أَيُّ لِلْسَّارِقِ وَلَا لِلْمَالِكِ أَنْ يُقْطَعَ يَدُ السَّارِقِ الثَّانِي، أَمَّا السَّارِقُ فَلَوْجَهَيْنِ: أَحَدُهُمَا (أَنَّ الْمَالَ غَيْرُ مُتَقَوِّمٍ فِي حَقِّهِ حَتَّى لَا يَجِبَ الضَّمَانُ بِالْهَلَاكِ فَلَمْ تَنْتَعِدْ مُوجِبَةً فِي نَفْسِهَا) وَالثَّانِي أَنَّ يَدَهُ لَمْ تَبْقَ مِنَ الْأَيْدِي الَّتِي ذَكَرْنَاهَا مِنْ مِلْكٍ وَضَمَانٍ الْوَدِيعَةِ وَخُصُومَةٍ مِنْ هَذِهِ صِفَتُهُ لَا تُعْتَبَرُ فِي الْقُطْعِ وَأَمَّا الْمَالِكُ فَلَلَوْجَهُ الْأَوَّلِ.

وَقَوْلُهُ (وَلِلأَوَّلِ) أَيُّ السَّارِقِ الْأَوَّلِ (وَلَايَةُ الْخُصُومَةِ فِي الِاسْتِرْدَادِ فِي رِوَايَةٍ

لِحَاجَتِهِ إِذِ الرَّدُّ وَاجِبٌ عَلَيْهِ) وَلَيْسَ لَهُ ذَلِكَ فِي رِوَايَةِ أُخْرَى لِأَنَّهُ يَدُهُ لَيْسَتْ بِصَحِيحَةٍ لِكَوْنِ يَدِ الصَّحِيحَةِ عِبَارَةً عَنْ أَنَّ تَكُونُ يَدُ مَالِكٍ أَوْ ضَمَانٍ أَوْ أَمَانَةٍ وَلَمْ يُوجَدْ ذَلِكَ وَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ يُقْطَعُ بِخُصُومَةِ الْأَوَّلِ لِأَنَّهُ سَقُوطُ التَّقْوِيمِ كَانَ لَضَرُورَةِ الْقَطْعِ، وَكَذَا خُرُوجُ يَدِهِ عَنْ كَوْنِهَا يَدَ ضَمَانٍ كَانَ لَذَلِكَ وَقَدْ انْتَفَى ذَلِكَ فَصَارَ كَالْغَاصِبِ وَالْذَّرْءِ بِالشُّبْهَةِ لِعَدَمِ الْقَطْعِ هَاهُنَا وَلِهَذَا قَرَنَ الْمُصَنِّفُ بَيْنَهُمَا.

(وَمَنْ سَرَقَ سَرِقَةً فَرَدَّهَا عَلَى الْمَالِكِ قَبْلَ الْارْتِفَاعِ) إِلَى الْحَاكِمِ (لَمْ يُقْطَعْ) وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يُقْطَعُ اعْتِبَارًا بِمَا إِذَا رَدَّهَ بَعْدَ الْمُرَافَعَةِ. وَجَهُ الظَّاهِرِ أَنَّ الْخُصُومَةَ شَرْطٌ لظُهُورِ السَّرِقَةِ، لِأَنَّ الْبَيِّنَةَ إِنَّمَا جُعِلَتْ حُجَّةً ضَرُورَةً قَطْعِ الْمُنَازَعَةِ وَقَدْ انْقَطَعَتِ الْخُصُومَةُ، بِخِلَافِ مَا بَعْدَ الْمُرَافَعَةِ لِانْتِهَاءِ الْخُصُومَةِ لِحَصُولِ مَقْصُودِهَا فَتَبْقَى تَقْدِيرًا

الشرح:

(وَمَنْ سَرَقَ سَرِقَةً فَرَدَّهَا عَلَى الْمَالِكِ) فَإِمَّا أَنْ يَرُدَّهَا (قَبْلَ الْارْتِفَاعِ إِلَى الْحَاكِمِ) أَوْ بَعْدَهُ، فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ لَمْ يُقْطَعْ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ (وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يُقْطَعُ اعْتِبَارًا بِمَا إِذَا رَدَّهَ بَعْدَ الْمُرَافَعَةِ) بِجَمَاعٍ أَنَّ الْقَطْعَ حَقُّ اللَّهِ فَلَا يُحْتَاجُ فِيهِ إِلَى الْخُصُومَةِ فَكَانَ مَا قَبْلَ الْارْتِفَاعِ وَمَا بَعْدَهُ سَوَاءً (وَجَهُ الظَّاهِرِ الرِّوَايَةُ أَنَّ الْخُصُومَةَ شَرْطٌ لظُهُورِ السَّرِقَةِ لِأَنَّ الْبَيِّنَةَ إِنَّمَا جُعِلَتْ حُجَّةً ضَرُورَةً قَطْعِ الْمُنَازَعَةِ) يَعْنِي أَنَّ السَّرِقَةَ تَظْهَرُ بِالْبَيِّنَةِ وَالْبَيِّنَةُ حُجَّةٌ ضَرُورَةٌ قَطْعِ الْخُصُومَةِ وَقَطْعِ الْخُصُومَةِ بِذَوْنِهَا غَيْرُ مُتَصَوِّرٍ، فَتَبَيَّنَ أَنَّ الْخُصُومَةَ شَرْطٌ لظُهُورِ السَّرِقَةِ (وَالْخُصُومَةُ قَدْ انْقَطَعَتْ) بِالرَّدِّ إِلَى الْمَالِكِ فَشَرْطُ ظُهُورِ السَّرِقَةِ قَدْ انْقَطَعَ، وَإِذَا انْقَطَعَ شَرْطُ ظُهُورِهَا انْقَطَعَ ظُهُورُهَا وَلَا قَطْعَ بِذَوْنِ ظُهُورِهَا، وَإِنْ كَانَ الثَّانِي قُطِعَ لِأَنَّ الشَّرْطَ لَمْ يَنْقَطِعْ بَلْ انْتَهَى بِحَصُولِ الْمَقْصُودِ مِنْهُ وَهُوَ اسْتِرْدَادُ الْمَالِ إِلَى الْمَالِكِ، وَالشَّيْءُ يَتَقَرَّرُ بِاثْبَتَائِهِ لَا أَنَّهُ يَنْطَلُ كَالنِّكَاحِ يَتَقَرَّرُ بِالْمَوْتِ لَا أَنَّهُ يَنْطَلُ، لَكِنَّهَا أَغْنَى الْخُصُومَةَ تُجْعَلُ بَاقِيَةً تَقْدِيرًا لِاسْتِيفَاءِ الْقَطْعِ، وَالرَّدُّ إِلَى ابْنِ الْمَسْرُوقِ مِنْهُ وَإِلَى أَخِيهِ وَعَمِّهِ وَخَالَهِ وَهُمْ فِي عِيَالِهِ وَكَذَا إِلَى امْرَأَتِهِ أَوْ أُجِيرِهِ مُشَاهَرَةً أَوْ عَبْدِهِ، وَكَذَا الرَّدُّ إِلَى أَبِيهِ أَوْ أُمِّهِ أَوْ جَدِّهِ سَوَاءً كَانُوا فِي عِيَالِهِ أَوْ لَمْ يَكُونُوا كَالرَّدِّ إِلَى نَفْسِهِ اسْتِحْسَانًا.

(وَإِذَا قُضِيَ عَلَى رَجُلٍ بِالْقَطْعِ فِي سَرِقَةٍ فَوُهِبَتْ لَهُ لَمْ يُقْطَعْ) مَعْنَاهُ إِذَا سَلِمَتْ إِلَيْهِ (وَكَذَلِكَ إِذَا بَاعَهَا الْمَالِكُ إِيَّاهُ) وَقَالَ زُهْرٌ وَالشَّافِعِيُّ: يُقْطَعُ، وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ أَبِي

يُؤْسَفُ، لَأَنَّ السَّرِقَةَ قَدْ تَمَّتْ اِنْعِقَادًا وَظُهُورًا، وَبِهَذَا الْعَارِضِ لَمْ يَتَبَيَّنْ قِيَامُ الْمَلِكِ وَقَتِ السَّرِقَةِ فَلَا شُبْهَةَ. وَلَنَا أَنَّ الْإِمْضَاءَ مِنَ الْقَضَاءِ فِي هَذَا الْبَابِ لَوْفُوعُ الْاِسْتِغْنَاءِ عَنْهُ بِالْاِسْتِيفَاءِ، إِذِ الْقَضَاءُ لِلْإِظْهَارِ وَالْقَطْعُ حَقُّ اللَّهِ تَعَالَى وَهُوَ ظَاهِرٌ عِنْدَهُ، وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ يُشْتَرَطُ قِيَامُ الْخُصُومَةِ عِنْدَ الْاِسْتِيفَاءِ وَصَارَ كَمَا إِذَا مَلَكَهَا مِنْهُ قَبْلَ الْقَضَاءِ.

الشرح:

(وَإِذَا قَضَى عَلَى رَجُلٍ بِالْقَطْعِ فِي سَرِقَةٍ فَوَهَبَهُ الْمَالِكُ) وَسَلَّمَهُ إِيَّاهُ (أَوْ بَاعَهُ إِيَّاهُ لَمْ يُقَطَّعْ) وَإِنَّمَا فَسَّرَ الْمُصَنِّفُ كَلَامَ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ بِقَوْلِهِ مَعْنَاهُ إِذَا سُلِّمَتْ لَأَنَّ الْهَبَةَ إِذَا لَمْ تَتَّصِلْ بِالتَّسْلِيمِ وَالْقَبْضِ لَا تُنْبِتُ الْمَلِكَ (وَقَالَ زُفَرٌ وَالشَّافِعِيُّ: يُقَطَّعُ، وَهُوَ رَوَايَةٌ عَنْ أَبِي يُوسُفَ، قَالُوا: لَأَنَّ السَّرِقَةَ قَدْ تَمَّتْ اِنْعِقَادًا) بِأَخْذِ مَالِ الْغَيْرِ عَلَى وَجْهِ الْخُفْيَةِ مِنْ حِرْزٍ لَا شُبْهَةَ فِيهِ إِذْ وَضَعَ الْمَسْأَلَةَ فِي ذَلِكَ.

(وَبِهَذَا الْعَارِضِ) لَأَنَّ الْفَرَضَ أَنَّهُ قَضَى عَلَيْهِ بِالْقَطْعِ وَلَا يَكُونُ ذَلِكَ إِلَّا بَعْدَ ظُهُورِهَا (يَعْنِي ثُبُوتَ الْمَلِكِ لِلسَّارِقِ بِسَبَبِ الْهَبَةِ أَوْ الْبَيْعِ) (لَمْ يَتَبَيَّنْ قِيَامُ الْمَلِكِ وَقَتِ السَّرِقَةِ) لَأَنَّ ثُبُوتَ الْمَلِكِ بِهِمَا إِنَّمَا يَكُونُ عَلَى وَجْهِ الْاِقْتِصَارِ عَلَى وَقْتِ ثُبُوتِ الْهَبَةِ وَالْبَيْعِ، وَهَذَا احْتِرَازٌ عَمَّا إِذَا أَقْرَبَ بِهِ الْمَسْرُوقُ مِنْهُ لِلسَّارِقِ، فَإِنَّ الْإِفْرَارَ يَظْهَرُ مَا كَانَ ثَابِتًا لِلْمَقْرَرِ لَهُ مِنَ الْمَلِكِ، فَيَلْزَمُ مِنْهُ ثُبُوتُ الْمَلِكِ لِلسَّارِقِ وَقَتَ وُجُودِ السَّرِقَةِ فَيَكُونُ شُبْهَةً.

(وَلَنَا أَنَّ الْإِمْضَاءَ مِنَ الْقَضَاءِ) يَعْنِي أَنَّ اِسْتِيفَاءَ الْحَدِّ مِنْ تَبَيُّنِ قَوْلِ الْقَاضِي حَكَمْتُ أَوْ قَضَيْتُ بِالْقَطْعِ أَوْ بِالرَّجْمِ أَوْ بِالْحَدِّ (فِي هَذَا الْبَابِ) يَعْنِي بَابَ الْحُدُودِ (لَوْفُوعُ الْاِسْتِغْنَاءِ عَنْهُ) أَيُّ عَنْ الْقَضَاءِ (بِالْاِسْتِيفَاءِ) يَعْنِي أَنَّ الْقَضَاءَ فِي هَذَا الْبَابِ لَا يُعْنِي غِنَاءَهُ: أَيُّ لَا يُفِيدُ فَائِدَتَهُ إِلَّا بِالْاِسْتِيفَاءِ (لَأَنَّ الْقَضَاءَ لِلْإِظْهَارِ) وَلَا إِظْهَارَ هَاهُنَا (لَأَنَّ الْقَطْعَ حَقُّ اللَّهِ وَهُوَ ظَاهِرٌ عِنْدَهُ) فَلَوْ لَمْ يُجْعَلِ الْاِسْتِيفَاءُ قَضَاءً فِي هَذَا الْبَابِ لَعَرَى عَنْ الْفَائِدَةِ بِالْكُلِّيَّةِ وَهُوَ بَاطِلٌ. بِخِلَافِ حُقُوقِ الْعِبَادِ فَإِنَّ الْقَضَاءَ فِيهَا يُفِيدُ إِظْهَارَ الْحَقِّ لِلطَّلَابِ عَلَى الْمَطْلُوبِ فَلَا حَاجَةَ إِلَى جَعْلِ الْإِمْضَاءِ مِنْ تَبَيُّنِ الْقَضَاءِ، وَهَذَا فَقَهُ تَفْوِيضِ اِسْتِيفَاءِ الْحُدُودِ إِلَى الْأُئِمَّةِ دُونَ سَائِرِ الْحُقُوقِ (وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ) أَيُّ إِذَا كَانَ الْإِمْضَاءُ مِنَ الْقَضَاءِ (يُشْتَرَطُ قِيَامُ الْخُصُومَةِ عِنْدَ الْاِسْتِيفَاءِ) كَمَا يُشْتَرَطُ وَقْتُ ابْتِدَاءِ الْقَاضِي الْقَضَاءَ وَقَدْ ائْتَمَّى ذَلِكَ بِالْبَيْعِ وَالْهَبَةِ وَهَذَا لَأَنَّ مَا يَكُونُ شَرْطًا لَوْجُوبِ الْقَضَاءِ يُرَاعَى

وَجُودُهُ إِلَى وَقْتِ الاسْتِيفَاءِ لِأَنَّ الْمُعْتَرِضَ قَبْلَ الاسْتِيفَاءِ كَالْمُقْتَرِنِ بِأَصْلِ السَّبَبِ بِدَلِيلِ الْعَمَى وَالْخَرَسِ وَالرَّدَّةِ وَالْفِسْقِ فِي الشُّهُودِ، فَإِنَّ الْحُدُودَ لَا تُسْتَوْفَى إِذَا كَانَتْ الشُّهُودُ عَلَى هَذِهِ الْأَوْصَافِ وَقَتِ الاسْتِيفَاءِ بِالْإِجْمَاعِ ذَكَرَهُ فِي الْأَسْرَارِ.

(وَقَوْلُهُ وَصَارَ كَمَا إِذَا مَلَكَهَا قَبْلَ الْقَضَاءِ) يَعْنِي صَارَ الْمَلِكُ الْحَادِثُ بَعْدَ الْقَضَاءِ قَبْلَ الاسْتِيفَاءِ كَالْمَلِكِ الْحَادِثِ قَبْلَ الْقَضَاءِ، لِأَنَّهُ لَمَّا لَمْ يَمْضِ فَكَاثُهُ لَمْ يَقْضِ. وَلِقَائِلِ أَنْ يَقُولَ: جَعَلْتُمُ الْخُصُومَةَ بَاقِيَةً تَقْدِيرًا فِي صُورَةِ رَدِّ الْمَسْرُوقِ بَعْدَ الْمُرَافَعَةِ قَبْلَ الاسْتِيفَاءِ وَلَمْ يَكُنِ الاسْتِيفَاءُ ثَمَّةَ مِنَ الْقَضَاءِ حَتَّى أَوْجَبْتُمُ الْقَطْعَ، وَهَاهُنَا جَعَلْتُمُ الاسْتِيفَاءَ مِنَ الْقَضَاءِ فِي بَابِ الْحَدِّ وَجَعَلْتُمُ الْبَيْعَ وَالْهَبَةَ دَافِعًا لَوْجُوبِ الْحَدِّ وَمَا ذَلِكَ إِلَّا تَنَاقُضٌ صَرَفٌ. وَالْجَوَابُ أَنَّ الاسْتِيفَاءَ مِنَ الْقَضَاءِ فِي بَابِ الْحُدُودِ مُطْلَقًا، لَكِنْ فِي صُورَةِ الرَّدِّ لَمْ يَحْصُلْ بِالرَّدِّ سَرَى الْوَاجِبُ عَلَيْهِ بِالْأَخْذِ، وَهَاهُنَا حَدَثَ بَيْنَهُمَا تَصَرُّفٌ مُوَضَّوعٌ لِإِفَادَةِ الْمَلِكِ وَكَانَ شُبْهَةً فِي دَرْءِ الْحَدِّ.

قَالَ (وَكَذَا إِذَا نَقَصَتْ قِيمَتُهَا مِنَ النَّصَابِ) يَعْنِي قَبْلَ الاسْتِيفَاءِ بَعْدَ الْقَضَاءِ. وَعَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ يَقْطَعُ وَهُوَ قَوْلُ زُفَرٍ وَالشَّافِعِيِّ اعْتِبَارًا بِالنَّقْصَانِ فِي الْعَيْنِ. وَلَنَا أَنْ كَمَالَ النَّصَابِ لَمَّا كَانَ شَرْطًا يُشْتَرَطُ قِيَامُهُ عِنْدَ الْإِمْضَاءِ لَمَّا ذَكَرْنَا، بِخِلَافِ النَّقْصَانِ فِي الْعَيْنِ لِأَنَّهُ مَضْمُونٌ عَلَيْهِ فَكَمَلَ النَّصَابُ عَيْنًا وَدَيْنًا، كَمَا إِذَا اسْتَهْلَكَ كُلَّهُ، أَمَا نُقْصَانُ السَّعْرِ فَغَيْرُ مَضْمُونٍ فَافْتَرَقَا.

الشرح:

(وَكَذَلِكَ إِذَا نَقَصَتْ قِيمَتُهَا مِنَ النَّصَابِ) هَذَا مَعْطُوفٌ عَلَى قَوْلِهِ فَوَهَبْتُ لَهُ. وَقَوْلُهُ (يَعْنِي قَبْلَ الاسْتِيفَاءِ بَعْدَ الْقَضَاءِ) بَيَانٌ لَذَلِكَ لِأَنَّ الْكَلَامَ فِي الْمَعْطُوفِ عَلَيْهِ كَانَ عَلَى ذَلِكَ التَّقْدِيرِ. وَقَوْلُهُ (اعْتِبَارًا بِالنَّقْصَانِ فِي الْعَيْنِ) يَعْنِي بِأَنْ هَلَكَ دِرْهَمٌ مِنَ الْعَشْرَةِ أَوْ اسْتَهْلَكَهُ، وَهَذَا بِنَاءٌ عَلَى أَنَّ الْمُعْتَبَرَ فِي قِيَمَةِ الْمَسْرُوقِ أَنْ يَكُونَ يَوْمَ السَّرِقَةِ وَيَوْمَ الْقَطْعِ عَشْرَةُ دَرَاهِمٍ، فَإِنْ نَقَصَ عَنْ ذَلِكَ قَبْلَ الْقَطْعِ فِي الْعَيْنِ لَمْ يَمْنَعْ عَنِ الاسْتِيفَاءِ بِالْإِتْفَاقِ، وَإِنْ كَانَ النَّقْصَانُ لَتَرَجُّعِ السَّعْرِ فَكَذَلِكَ عِنْدَ مُحَمَّدٍ فِي غَيْرِ ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ اعْتِبَارًا بِالْأَوَّلِ بِجَامِعِ وُجُودِ سَرِقَةِ النَّصَابِ فِيهِمَا. وَوَجْهُ الظَّاهِرِ (أَنَّ كَمَالَ النَّصَابِ لَمَّا كَانَ شَرْطًا) فِي الْإِبْتِدَاءِ (يُشْتَرَطُ قِيَامُهُ عِنْدَ الْإِمْضَاءِ لَمَّا ذَكَرْنَا) أَنَّ الْإِمْضَاءَ مِنَ الْقَضَاءِ،

وَالْفَرْقُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ التَّقْصَانِ فِي الْعَيْنِ (أَنَّ التَّقْصَانَ فِي الْعَيْنِ مَضْمُونٌ عَلَيْهِ) أَيُّ عَلَى السَّارِقِ وَالضَّمَانِ قَائِمٌ مَقَامَ الْمَضْمُونِ فَكَانَ النَّصَابُ كَامِلًا عَيْنًا وَقْتَ الْأَخْذِ وَدَيْنًا وَقْتَ الْاسْتِيفَاءِ (كَذَا إِذَا اسْتَهْلَكَ كُلَّهُ، أَمَّا تَقْصَانُ السَّعْرِ فَعَيْرٌ مَضْمُونٌ) فَكَانَ النَّصَابُ نَاقِصًا عِنْدَ الْقَطْعِ فَصَارَ شُبْهَةً (فَافْتَرَقَا).

(وَإِذَا ادَّعَى السَّارِقُ أَنَّ الْعَيْنَ الْمَسْرُوقَةَ مِلْكُهُ سَقَطَ الْقَطْعُ عَنْهُ وَإِنْ لَمْ يُقِمَّ بَيِّنَةً) مَعْنَاهُ بَعْدَمَا شَهِدَ الشَّاهِدَانِ بِالسَّرِقَةِ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا يَسْقُطُ بِمُجَرَّدِ الدَّعْوَى لِأَنَّهُ لَا يَعْجِزُ عَنْهُ سَارِقٌ فَيُؤَدِّي إِلَى سَدِّ بَابِ الْحَدِّ. وَلَنَا أَنَّ الشُّبْهَةَ دَارِئَةٌ وَتَتَحَقَّقُ بِمُجَرَّدِ الدَّعْوَى لِلْإِحْتِمَالِ، وَلَا مُعْتَبَرٌ بِمَا قَالَا بِدَلِيلِ صِحَّةِ الرَّجُوعِ بَعْدَ الْإِقْرَارِ

الشرح:

(وَإِذَا ادَّعَى السَّارِقُ أَنَّ الْعَيْنَ الْمَسْرُوقَةَ مِلْكُهُ سَقَطَ الْقَطْعُ عَنْهُ وَإِنْ لَمْ يُقِمَّ الْبَيِّنَةَ) وَفَسَّرَهُ الْمُصَنِّفُ بِقَوْلِهِ (مَعْنَاهُ بَعْدَمَا شَهِدَ الشَّاهِدَانِ بِالسَّرِقَةِ) وَإِنَّمَا فَسَّرَهُ بِذَلِكَ اخْتِرَارًا عَمَّا إِذَا فَعَلَ ذَلِكَ بَعْدَ الْإِقْرَارِ بِالسَّرِقَةِ فَإِنَّهُ يَسْقُطُ الْقَطْعُ بِالِاتِّفَاقِ (وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا يَسْقُطُ بِمُجَرَّدِ الدَّعْوَى لِإِفْضَائِهِ إِلَى سَدِّ بَابِ الْحَدِّ حَيْثُ لَا يَعْجِزُ سَارِقٌ عَنْ ذَلِكَ. وَلَنَا أَنَّ الشُّبْهَةَ دَارِئَةٌ وَ) الشُّبْهَةُ (تَتَحَقَّقُ بِمُجَرَّدِ الدَّعْوَى) لِإِحْتِمَالِ الصَّدْقِ (وَلَا مُعْتَبَرٌ بِمَا قَالَا) إِنَّهُ لَا يَعْجِزُ عَنْهُ سَارِقٌ (بِدَلِيلِ أَنَّ الرَّجُوعَ عَنِ الْإِقْرَارِ بِالسَّرِقَةِ صَحِيحٌ) وَمَا مِنْ مُقَرَّرٍ إِلَّا وَيَتِمَكَّنُ مِنَ الرَّجُوعِ، وَكَانَ ذَلِكَ مُعْتَبَرًا فِي إِبْرَاطِ الشُّبْهَةِ فَكَذَا هَذَا، وَفِيهِ نَظَرٌ لِأَنَّ الْإِقْرَارَ حُجَّةً قَاصِرَةً وَالْبَيِّنَةَ حُجَّةً كَامِلَةً لَمَا عُرِفَ، وَلَا يَلْزَمُ أَنْ يَكُونَ مُورِثُ الشُّبْهَةِ فِي الْحُجَّةِ الْقَاصِرَةِ مُورِثًا لَهَا فِي الْكَامِلَةِ. وَالْجَوَابُ أَنَّ الْكَمَالَ وَالْقُصُورَ إِنَّمَا هُوَ بِالنِّسْبَةِ إِلَى التَّعَدِّيِّ إِلَى الْغَيْرِ وَعَدَمِهِ وَلَيْسَ كَلَامُنَا فِيهِ، وَأَمَّا بِالنِّسْبَةِ إِلَى الْمُقَرَّرِ فَهُمَا سَوَاءٌ. (وَإِذَا أَقَرَّ رَجُلَانِ بِسَّرِقَةٍ ثُمَّ قَالَ أَحَدُهُمَا هُوَ مَالِي لَمْ يَقْطَعْ) لِأَنَّ الرَّجُوعَ عَامِلٌ فِي حَقِّ الرَّاجِعِ وَمُورِثٌ لِلشُّبْهَةِ فِي حَقِّ الْآخَرِ، لِأَنَّ السَّرِقَةَ تَثَبَّتْ بِإِقْرَارِهِمَا عَلَى الشَّرِكَةِ

الشرح:

(قَوْلُهُ وَإِذَا أَقَرَّ الرَّجُلَانِ بِسَّرِقَةٍ) مَبْنَاهُ عَلَى صِحَّةِ الرَّجُوعِ. وَقَوْلُهُ (لَأَنَّ الرَّجُوعَ عَامِلٌ فِي حَقِّ الرَّاجِعِ) يَعْنِي لِعَدَمِ الْمُكَذَّبِ (وَمُورِثٌ لِلشُّبْهَةِ فِي حَقِّ الْآخَرِ لِأَنَّ السَّرِقَةَ

تُثْبِتُ بِإِقْرَارِهِمَا عَلَى الشَّرِكَةِ) فَيَكُونُ فِعْلًا وَاحِدًا.

(فَإِنْ سَرَقَا ثُمَّ غَابَ أَحَدُهُمَا وَشَهِدَ الشَّاهِدَانِ عَلَى سَرِقَتَيْهِمَا قُطِعَ الْآخَرُ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ الْآخَرِ وَهُوَ قَوْلُهُمَا) وَكَانَ يَقُولُ أَوَّلًا: لَا يُقْطَعُ، لِأَنَّهُ لَوْ حَضَرَ رُبَّمَا يَدَّعِي الشُّبْهَةَ. وَجْهُ قَوْلِهِ الْآخَرِ أَنَّ الْغَيْبَةَ تَمْنَعُ ثُبُوتَ السَّرِقَةِ عَلَى الْغَائِبِ فَيَبْقَى مَعْدُومًا وَالْمَعْدُومُ لَا يُورِثُ الشُّبْهَةَ وَلَا مُعْتَبَرٌ بِتَوَهُّمِهِمْ حَدُوثِ الشُّبْهَةِ عَلَى مَا مَرَّ

الشرح:

(قَوْلُهُ لِأَنَّهُ لَوْ حَضَرَ رُبَّمَا يَدَّعِي الشُّبْهَةَ) يَعْنِي وَهِيَ دَارِئَةٌ لِلْحَدِّ عَنْ نَفْسِهِ وَعَنْ الْحَاضِرِ، فَلَوْ قَطَعْنَا الْحَاضِرَ قَطَعْنَا مَعَ الشُّبْهَةِ وَهُوَ لَا يَجُوزُ (وَجْهُ الْقَوْلِ الْآخَرِ أَنَّ الْغَيْبَةَ تَمْنَعُ ثُبُوتَ السَّرِقَةِ عَلَى الْغَائِبِ) لِأَنَّ الْقَضَاءَ عَلَى الْغَائِبِ لَا يَجُوزُ، وَلِأَنَّ الْغَائِبَ فِي هَذِهِ الشَّهَادَةِ كَأَنَّهُ مَعْدُومٌ (وَالْمَعْدُومُ لَا يُورِثُ الشُّبْهَةَ) فِي حَقِّ الْمَوْجُودِ وَهَذَا لِأَنَّ الشُّبْهَةَ هِيَ الْمُحَقَّقَةُ الْمَوْجُودَةُ لَا الْمَوْهُومَةُ (عَلَى مَا مَرَّ) يُرِيدُ قَوْلُهُ وَلَا مُعْتَبَرٌ بِشُّبْهَةِ مَوْهُومَةِ الْإِعْتِرَاضِ.

(وَإِذَا أَقَرَّ الْعَبْدُ الْمَحْجُورُ عَلَيْهِ بِسَرِقَةِ عَشْرَةِ دَرَاهِمَ بَعَيْنَهَا فَإِنَّهُ يُقْطَعُ وَتُرَدُّ السَّرِقَةُ إِلَى الْمَسْرُوقِ مِنْهُ) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ يُقْطَعُ وَالْعَشْرَةُ لِلْمَوْلَى. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: لَا يُقْطَعُ وَالْعَشْرَةُ لِلْمَوْلَى وَهُوَ قَوْلُ زُفَرٍ. وَمَعْنَاهُ إِذَا كَذَبَهُ الْمَوْلَى (وَلَوْ أَقَرَّ بِسَرِقَةِ مَالٍ مُسْتَهِلِكٍ قُطِعَتْ يَدُهُ وَلَوْ كَانَ الْعَبْدُ مَا ذُونًا لَهُ يُقْطَعُ فِي الْوَجْهَيْنِ).

وَقَالَ زُفَرٌ: لَا يُقْطَعُ فِي الْوُجُوهِ كُلِّهَا لِأَنَّ الْأَصْلَ عِنْدَهُ أَنْ إِقْرَارَ الْعَبْدِ عَلَى نَفْسِهِ بِالْحُدُودِ وَالْقِصَاصِ لَا يَصِحُّ لِأَنَّهُ يَرُدُّ عَلَى نَفْسِهِ وَطَرَفِهِ وَكُلُّ ذَلِكَ مَالُ الْمَوْلَى، وَالْإِقْرَارُ عَلَى الْغَيْرِ غَيْرُ مَقْبُولٍ إِلَّا أَنْ الْمَآذُونُ لَهُ يُؤَاخِذُ بِالضَّمَانِ وَالْمَالِ لَصِحَّةِ إِقْرَارِهِ بِهِ لَكُونِهِ مُسَلِّطًا عَلَيْهِ مِنْ جِهَتِهِ. وَالْمَحْجُورُ عَلَيْهِ لَا يَصِحُّ إِقْرَارُهُ بِالْمَالِ أَيْضًا، وَنَحْنُ نَقُولُ يَصِحُّ إِقْرَارُهُ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ أَدَمِيٌّ ثُمَّ يَتَعَدَّى إِلَى الْمَالِيَّةِ فَيَصِحُّ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ مَالٌ، وَلِأَنَّهُ لَا تَهْمَةَ فِي هَذَا الْإِقْرَارِ لَمَّا يَشْتَمِلُ عَلَيْهِ مِنَ الْأَضْرَارِ، وَمِثْلُهُ مَقْبُولٌ عَلَى الْغَيْرِ. لِمُحَمَّدٍ فِي الْمَحْجُورِ عَلَيْهِ أَنْ إِقْرَارَهُ بِالْمَالِ بَاطِلٌ، وَلِهَذَا لَا يَصِحُّ مِنْهُ الْإِقْرَارُ بِالْغَضَبِ فَيَبْقَى مَالُ الْمَوْلَى، وَلَا قُطِعَ عَلَى الْعَبْدِ فِي سَرِقَةِ مَالِ الْمَوْلَى.

يُؤَيِّدُهُ أَنْ الْمَالُ أَصْلٌ فِيهَا وَالْقَطْعُ تَابِعٌ حَتَّى تُسْمَعَ الْخُصُومَةُ فِيهِ بِدُونِ الْقَطْعِ وَيَتَبَيَّنُ الْمَالُ دُونَهُ، وَفِي عَكْسِهِ لَا تُسْمَعُ وَلَا يَتَبَيَّنُ، وَإِذَا بَطُلَ فِيمَا هُوَ الْأَصْلُ بَطُلَ فِي التَّبَعِ، بِخِلَافِ الْمَأْذُونِ لِأَنَّهُ إِقْرَارُهُ بِالْمَالِ الَّذِي فِي يَدِهِ صَحِيحٌ فَيَصِحُّ فِي حَقِّ الْقَطْعِ تَبَعًا. وَلَأَبِي يُوسُفُ أَنَّهُ أَقْرَأَ بِشَيْئَيْنِ: بِالْقَطْعِ وَهُوَ عَلَى نَفْسِهِ فَيَصِحُّ عَلَى مَا ذَكَرْنَاهُ. وَبِالْمَالِ وَهُوَ عَلَى الْمَوْلَى فَلَا يَصِحُّ فِي حَقِّهِ فِيهِ، وَالْقَطْعُ يُسْتَحَقُّ بِدُونِهِ؛ كَمَا إِذَا قَالَ الْحُرُّ الثُّوبُ الَّذِي فِي يَدِ زَيْدٍ سَرَقْتَهُ مِنْ عَمْرٍو وَزَيْدٌ يَقُولُ هُوَ ثُوبِي يَقْطَعُ يَدَ الْمُقِرِّ وَإِنْ كَانَ لَا يَصْدَقُ فِي تَعْيِينِ الثُّوبِ حَتَّى لَا يُؤْخَذَ مِنْ زَيْدٍ. وَلَأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الْإِقْرَارَ بِالْقَطْعِ قَدْ صَحَّ مِنْهُ لَمَّا بَيَّنَّا فَيَصِحُّ بِالْمَالِ بِنَاءً عَلَيْهِ لِأَنَّ الْإِقْرَارَ يُلَاقِي حَالَةَ الْبَقَاءِ، وَالْمَالُ فِي حَالَةِ الْبَقَاءِ تَابِعٌ لِلْقَطْعِ حَتَّى تَسْقُطَ عِصْمَةُ الْمَالِ بِاعْتِبَارِهِ وَيُسْتَوْفَى الْقَطْعُ بَعْدَ اسْتِهْلَاكِهِ. بِخِلَافِ مَسْأَلَةِ الْحُرِّ لِأَنَّ الْقَطْعَ إِنَّمَا يَجِبُ بِالسَّرِقَةِ مِنَ الْمَوْدَعِ. أَمَّا لَا يَجِبُ بِسَرِقَةِ الْعَبْدِ مَالُ الْمَوْلَى فَافْتَرَقَا وَلَوْ صَدَقَهُ الْمَوْلَى يَقْطَعُ فِي الْفُصُولِ كُلِّهَا لَزَوَالَ الْمَانِعِ.

الشرح:

قَالَ (وَإِذَا أَقْرَأَ الْعَبْدُ الْمَحْجُورُ عَلَيْهِ بِسَرِقَةٍ مَالٍ) إِذَا أَقْرَأَ الْعَبْدُ بِسَرِقَةٍ، فَإِمَّا أَنْ يَكُونَ مَأْذُونًا لَهُ أَوْ مَحْجُورًا عَلَيْهِ، وَكُلٌّ مِنْهُمَا عَلَى وَجْهَيْنِ: إِمَّا أَنْ يَكُونَ الْمَالُ قَائِمًا بَعِيْنَهُ أَوْ مُسْتَهْلَكًا، وَكُلٌّ مِنْ ذَلِكَ عَلَى وَجْهَيْنِ: إِمَّا أَنْ كَذَبَهُ الْمَوْلَى أَوْ صَدَقَهُ، فَإِنْ صَدَقَهُ يَقْطَعُ فِي الْفُصُولِ كُلِّهَا لَوْجُودِ الْمُقْتَضِي وَانْتِفَاءِ الْمَانِعِ، وَإِنْ كَذَبَهُ وَهُوَ مَأْذُونٌ لَهُ قُطِعَتْ يَدُهُ عِنْدَ الْعُلَمَاءِ فَالثَّلَاثَةُ سَوَاءٌ كَانَ الْإِقْرَارُ بِمَالٍ قَائِمٍ أَوْ مُسْتَهْلَكٍ، وَيُرَدُّ الْقَائِمُ عَلَى الْمَسْرُوقِ مِنْهُ.

وَإِنْ كَانَ مَحْجُورًا عَلَيْهِ، فَإِنْ أَقْرَأَ بِمَالٍ مُسْتَهْلَكٍ قُطِعَتْ يَدُهُ عِنْدَ الثَّلَاثَةِ، وَإِنْ أَقْرَأَ بِمَالٍ قَائِمٍ بَعِيْنِهِ فِي يَدِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: تُقْطَعُ يَدُهُ وَيُرَدُّ الْمَالُ إِلَى الْمَسْرُوقِ مِنْهُ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: تُقْطَعُ يَدُهُ وَالْمَالُ لِلْمَوْلَى، وَقَالَ مُحَمَّدٌ: لَا تُقْطَعُ يَدُهُ وَالْمَالُ لِلْمَوْلَى. حُكِيَ عَنْ الطَّحَاوِيِّ أَنَّهُ قَالَ: سَمِعْتُ أَسْتَازِي ابْنَ أَبِي عِمْرَانَ يَقُولُ: الْأَقَاوِيلُ الثَّلَاثَةُ كُلُّهَا عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ. فَقَوْلُهُ الْأَوَّلُ أَخَذَ بِهِ مُحَمَّدٌ ثُمَّ رَجَعَ وَقَالَ كَمَا قَالَ أَبُو يُوسُفَ، فَأَخَذَ بِهِ أَبُو يُوسُفَ ثُمَّ رَجَعَ إِلَى الْقَوْلِ الثَّلَاثِ وَاسْتَقَرَّ عَلَيْهِ. وَأَصْلُ ذَلِكَ أَنَّ الْقَطْعَ أَصْلٌ أَوْ الْمَالُ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: الْقَطْعُ أَصْلٌ وَالْمَالُ تَابِعٌ بِدَلِيلٍ أَنَّهُ يَطْلُ بِالتَّقَادُمِ، وَبِدَلِيلٍ أَنَّهُ لَوْ قَالَ أَبْغِي

المال ولا أُنْغِي القَطْعَ لَمْ يَسْقُطِ القَطْعُ.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: كُلُّ مِنْهُمَا أَصْلٌ، أَمَّا أَصَالَةُ القَطْعِ فِيمَا قَالُوا فِي الحُرِّ إِذَا أَقْرَ وَقَالَ سَرَقْتَ هَذَا المَالَ مِنْ زَيْدٍ وَهُوَ فِي يَدِ عَمْرٍو وَكَذَبَهُ عَمْرٍو، وَيَصِحُّ إِقْرَارُهُ فِي حَقِّ القَطْعِ دُونَ المَالَ، وَأَمَّا أَصَالَةُ المَالَ فَلَأَنَّهُ إِذَا سَرَقَ مَا دُونَ العَشْرَةِ لَا يُقَطْعُ وَالْخُصُومَةُ شَرْطٌ، وَلَوْلَا أَنَّ المَالَ أَصْلٌ لَوَجَبَ القَطْعُ بِدُونِهَا لَأَنَّهُ مُحْضٌ حَقُّ اللَّهِ تَعَالَى وَهُوَ يُسْتَوْفَى بِلا طَلَبٍ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: المَالَ أَصْلٌ وَالْقَطْعُ تَبَعٌ، وَوَجْهُهُ وَجْهُ أَبِي يُوسُفَ فِي أَصَالَةِ المَالَ وَإِذَا ثَبِتَ هَذَا ظَهَرَ مَا فِي الكِتَابِ سِوَى أَلْفَاظٍ تُبَيِّنُهَا، فَقَوْلُهُ (فِي الْوَجْهَيْنِ) يَعْنِي فِيمَا إِذَا كَانَ المَالَ قَائِمًا بِعَيْنِهِ أَوْ مُسْتَهْلَكًا.

وَقَوْلُهُ (فِي الْوُجُوهِ كُلِّهَا) أَيُّ فِيمَا إِذَا كَانَ الْعَبْدُ مَحْجُورًا عَلَيْهِ أَوْ مَأْذُونًا لَهُ، وَفِيمَا إِذَا كَانَ المَالَ قَائِمًا بِعَيْنِهِ أَوْ مُسْتَهْلَكًا. وَقَوْلُهُ (لَأَنَّهُ يَرُدُّ عَلَى نَفْسِهِ) يَعْنِي فِيمَا إِذَا أَقْرَ بِقَتْلِ الْغَيْرِ عَمْدًا (أَوْ طَرَفَهُ) يَعْنِي فِيمَا إِذَا أَقْرَ بِالسَّرِقَةِ. وَقَوْلُهُ (يُؤَاخِذُ بِالضَّمَانِ) يَعْنِي فِي الْمُسْتَهْلَكِ. وَقَوْلُهُ (وَالْمَالُ) يَعْنِي إِذَا كَانَ قَائِمًا فِي يَدِهِ.

وَقَوْلُهُ (مَنْ حَيْثُ إِنَّهُ آدَمِيٌّ) يُشِيرُ إِلَى أَنَّ وَجُوبَ الْحَدِّ بِاعْتِبَارِ أَنَّهُ آدَمِيٌّ مُخَاطَبٌ لَا بِاعْتِبَارِ أَنَّهُ مَالٌ مَمْلُوكٌ، وَالْعَبْدُ فِي ذَلِكَ كَالْحُرِّ فَإِقْرَارُهُ فِيمَا يَرْجِعُ إِلَى اسْتِحْقَاقِ الحُرِّ كإِقْرَارِ الحُرِّ، وَلِهَذَا لَا يَمْلِكُ المَوْلَى الإِقْرَارَ عَلَيْهِ بِذَلِكَ، وَمَا لَا يَمْلِكُ المَوْلَى الإِقْرَارَ بِهِ عَلَى عَبْدِهِ فَالْعَبْدُ فِيهِ يَنْزِلُ مَنْزِلَةُ الحُرِّ كَالْطَّلَاقِ. وَقَوْلُهُ (ثُمَّ يَتَعَدَّى إِلَى الْمَالِيَةِ فَيَصِحُّ مَنْ حَيْثُ إِنَّهُ مَالٌ) يَعْنِي لَمَّا صَحَّ إِقْرَارُهُ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ آدَمِيٌّ يَصِحُّ مَنْ حَيْثُ إِنَّهُ مَالٌ أَيْضًا بِالسَّرَايَةِ إِلَيْهَا لِأَنَّ آدَمِيَّتَهُ لَا تَنفَكُ عَنْ مَالِيَّتِهِ. وَقَوْلُهُ (لَمَّا يَشْتَمِلُ عَلَيْهِ) أَيُّ عَلَى الْعَبْدِ (مِنْ الْأَضْرَارِ) لِأَنَّ مَا يَلْحَقُهُ مِنَ الضَّرَرِ بِاسْتِيفَاءِ الْعُقُوبَةِ مِنْهُ فَوْقَ مَا يَلْحَقُ المَوْلَى (وَمِثْلُهُ) مَقْبُولٌ عَلَى الْغَيْرِ) أَيُّ وَمِثْلُ مَا كَانَ ضَرَرُ الإِقْرَارِ فِيهِ سَارِيًا إِلَى الْمُقَرِّ وَإِلَى الْغَيْرِ يُسْمَعُ عَلَى الْغَيْرِ أَيْضًا بِطَرِيقِ التَّبَعِيَّةِ لِانْعِدَامِ تَهْمَةِ الْكَذِبِ فِي ذَلِكَ الإِقْرَارِ، كَمَا إِذَا شَهِدَ الْوَاحِدُ عِنْدَ الإِمَامِ بِرُؤْيَا هَالٍ رَمَضَانَ وَفِي السَّمَاءِ عَلَّةٌ يَقْبَلُ الإِمَامُ شَهَادَتَهُ وَإِنْ لَمْ يَقْبَلْهَا فِي سَائِرِ الْمَوَاضِعِ لِعَدَمِ التَّهْمَةِ حَيْثُ يَلْزَمُهُ الصَّوْمُ كَمَا يَلْزَمُ غَيْرُهُ، وَكَذَلِكَ الحُرُّ الْمُدْيُونُ الْمُفْلِسُ إِذَا أَقْرَ بِالْقَتْلِ الْعَمْدِ فَإِنَّهُ يُقْتَصُّ مِنْهُ بِالْإِجْمَاعِ وَإِنْ كَانَ فِيهِ إِبْطَالُ دُبُونِ الْعُرَمَاءِ.

وَقَوْلُهُ (وَلَا قَطَعَ عَلَى الْعَبْدِ فِي سَرْقَتِهِ) أَيِ فِي سَرْقَةِ مَالِ مَوْلَاهُ. وَقَوْلُهُ (يُؤَيِّدُهُ أَنَّ الْمَالَ أَصْلٌ فِيهَا) إِشَارَةٌ إِلَى مَا مَهَّدْنَا مِنَ الْأَصْلِ. وَقَوْلُهُ (حَتَّى تُسْمَعَ فِيهِ الْخُصُومَةُ بِدُونِ الْقَطْعِ) مِثْلُ أَنْ يَقُولَ أَطْلُبُ مِنْهُ الْمَالَ دُونَ الْقَطْعِ وَيُثْبِتُ الْمَالَ دُونَهُ كَمَا إِذَا شَهِدَ رَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ أَوْ أَقَرَّ بِالسَّرْقَةِ ثُمَّ رَجَعَ فَإِنَّهُ يَضْمَنُ الْمَالَ وَلَا يُقَطَّعُ (وَفِي عَكْسِهِ) بِأَنْ قَالَ أَطْلُبُ الْقَطْعَ دُونَ الْمَالَ (لَا تُسْمَعُ) الْخُصُومَةُ (وَلَا يَثْبِتُ) الْقَطْعُ دُونَ الْمَالَ.

وَقَوْلُهُ (فَلَا يَصِحُّ فِي حَقِّهِ فِيهِ) أَيِ فَلَا يَصِحُّ إِقْرَارُ الْعَبْدِ فِي حَقِّ الْمَوْلَى فِي الْمَالَ. وَقَوْلُهُ (وَالْقَطْعُ يُسْتَحَقُّ بِدُونِهِ) أَيِ بِدُونِ الْمَالَ لِأَنَّ أَحَدَ الْحُكْمَيْنِ يَنْفَصِلُ عَنِ الْآخَرِ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ قَدْ يَثْبِتُ الْمَالَ دُونَ الْقَطْعِ كَمَا إِذَا شَهِدَ بِهِ رَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ، وَكَذَا يَجُوزُ أَنْ يَثْبِتَ الْقَطْعُ دُونَ الْمَالَ كَمَا إِذَا أَقَرَّ بِسَرْقَةِ مَالٍ مُسْتَهْلِكٍ. قَوْلُهُ (لَمَّا بَيَّنَّا) إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ وَنَحْنُ نَقُولُ يَصِحُّ إِقْرَارُهُ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ آدَمِيٌّ. وَقَوْلُهُ (فَيَصِحُّ بِالْمَالِ بِنَاءً عَلَيْهِ) أَيِ لَمَّا صَحَّ إِقْرَارُهُ بِالْقَطْعِ بِاعْتِبَارِ أَنَّهُ آدَمِيٌّ مُكَلَّفٌ صَحَّ إِقْرَارُهُ بِالْمَالِ أَنَّهُ لِغَيْرِ الْمَوْلَى بِنَاءً عَلَى صِحَّةِ إِقْرَارِهِ بِالْقَطْعِ لَمَّا مَهَّدْنَاهُ مِنْ أَصْلِهِ. وَقَوْلُهُ (لِأَنَّ الْإِقْرَارَ يَلَاقِي حَالَةَ الْبَقَاءِ) يُرِيدُ أَنَّ الْإِقْرَارَ بِالشَّيْءِ إِظْهَارُ أَمْرٍ قَدْ كَانَ فَلَا بُدَّ مِنْ وُجُودِ الْمُخْبَرِ بِهِ سَابِقًا عَلَى الْإِخْبَارِ.

وَقَوْلُهُ (حَتَّى تُسْقَطَ) بِالرَّفْعِ لِأَنَّ حَتَّى بِمَعْنَى الْفَاءِ. قَوْلُهُ (بِاعْتِبَارِهِ) أَيِ بِاعْتِبَارِ الْقَطْعِ لَمَّا يَجِيءُ مِنْ أَصْلِنَا أَنَّ الْقَطْعَ لَا يَجْتَمِعُ مَعَ الضَّمَانِ، ثُمَّ سُقُوطُ الْعِصْمَةِ وَالتَّقَوُّمُ فِي حَقِّ السَّارِقِ يَدُلُّ عَلَى أَنَّ الْمَالَ تَابِعٌ، لِأَنَّهُ لَوْ كَانَ أَصْلًا لَمَا تَغَيَّرَ حَالُهُ مِنَ التَّقَوُّمِ إِلَى غَيْرِهِ لِأَنَّ مَقْصُودِيَّتَهُ إِنَّمَا تَكُونُ بِالتَّقَوُّمِ، وَكَذَلِكَ اسْتِيفَاءُ الْقَطْعِ بَعْدَ اسْتِهْلَاكِ الْمَالَ يَدُلُّ عَلَى ذَلِكَ، إِذْ لَا وُجُودَ لِلتَّابِعِ مَعَ عَدَمِ وُجُودِ الْأَصْلِ.

وَقَوْلُهُ (بِخِلَافِ مَسْأَلَةِ الْحُرِّ) جَوَابٌ عَمَّا اسْتَشْهَدَ بِهِ أَبُو يُوسُفَ بِقَوْلِهِ إِذَا قَالَ الْحُرُّ التَّوْبُ الَّذِي فِي يَدِ زَيْدٍ إلخ. وَيَبَيِّنُهُ أَنَّ الْحُرَّ لَمْ يَسْمَعْ قَوْلَهُ سَرْقَتِهِ مِنْ عَمَرٍ فِي حَقِّ الرَّدِّ إِلَى عَمَرٍ لَا يَلْزَمُهُ عَدَمُ الْقَطْعِ، بَلْ يُقَطَّعُ لِأَنَّهُ يَجْعَلُ الْمُقَرَّرَ لَهُ وَهُوَ عَمَرٌ بِمَنْزِلَةِ الْمُدَّعِ فَلَا يُوجِبُ رَدَّ الْمَالِ إِلَيْهِ لَمَّا مَرَّ أَنَّ السَّارِقَ إِذَا سَرَقَ الْمَالَ مِنَ الْمُدَّعِ يُقَطَّعُ بِخُصُومَتِهِ وَإِنْ لَمْ يَرُدَّ إِلَيْهِ الْمَالُ، وَأَمَّا هَاهُنَا فَلَوْ لَمْ يَرُدَّ الْمَالُ إِلَى الْمَسْرُوقِ مِنْهُ لَزِمَ أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ الْمَالُ مَالِ الْمَوْلَى. فَحِينَئِذٍ لَا يَجِبُ الْقَطْعُ لِأَنَّ الْعَبْدَ إِذَا سَرَقَ مَالِ الْمَوْلَى لَا تُقَطَّعُ يَدُهُ. ثُمَّ اتَّفَقَ أَبُو حَنِيفَةَ وَأَبُو يُوسُفَ عَلَى قَطْعِ يَدِ الْعَبْدِ، فَقَدْ جَعَلَاهُ سَارِقًا مَالِ غَيْرِ الْمَوْلَى فَيَرُدُّ إِلَى الَّذِي أَقَرَّ

بِالسَّرِقَةِ مِنْهُ. (قَوْلُهُ وَلَوْ صَدَقَهُ الْمَوْلَى) قَدَّمَاهُ فِي أَوَّلِ الْبَحْثِ.

قَالَ (وَإِذَا قُطِعَ السَّارِقُ وَالْعَيْنُ قَائِمَةٌ فِي يَدِهِ رُدَّتْ عَلَى صَاحِبِهَا) لِبَقَائِهَا عَلَى مِلْكِهِ (وَإِنْ كَانَتْ مُسْتَهْلَكَةً لَمْ يَضْمَنْ) وَهَذَا الْإِطْلَاقُ يَشْمَلُ الْهَلَاكَ وَالْإِسْتِهْلَاكَ، وَهُوَ رِوَايَةُ أَبِي يُوسُفَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ وَهُوَ الْمَشْهُورُ. وَرَوَى الْحَسَنُ عَنْهُ أَنَّهُ يَضْمَنْ بِالْإِسْتِهْلَاكِ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يَضْمَنْ فِيهِمَا لِأَنَّهُمَا حَقَّانِ قَدْ اخْتَلَفَ سَبَبَاهُمَا فَلَا يَمْتَنِعَانِ فَالْقَطْعُ حَقٌّ الشَّرْعُ وَسَبَبُهُ تَرْكُ الْإِنْتِهَاءِ عَمَّا نَهَى عَنْهُ. وَالضَّمَانُ حَقٌّ الْعَبْدِ وَسَبَبُهُ اخْتِارُ الْمَالِ فَصَارَ كَاسْتِهْلَاكِ صَيْدٍ مَمْلُوكٍ فِي الْحَرَمِ أَوْ شُرْبِ خَمْرٍ مَمْلُوكَةٍ لِلذَّمِّ. وَلَنَا قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «لَا غُرْمَ عَلَى السَّارِقِ بَعْدَمَا قُطِعَتْ يَمِينُهُ»^(١) وَلَأَنَّ وَجُوبَ الضَّمَانِ يُنَاقِضُ الْقَطْعَ لِأَنَّهُ يَتِمْلِكُهُ بِإِدَاءِ الضَّمَانِ مُسْتَنَدًا إِلَى وَقْتِ الْأَخْذِ، فَتَبَيَّنَ أَنَّهُ وَرَدَ عَلَى مِلْكِهِ فَيَنْتَفِي الْقَطْعُ لِلشَّبْهَةِ وَمَا يُؤَدِّي إِلَى انْتِفَائِهِ فَهُوَ الْمُنْتَفِي، وَلَأَنَّ الْمَحَلَّ لَا يَبْقَى مَعْصُومًا حَقًّا لِلْعَبْدِ، إِذْ لَوْ بَقِيَ لَكَانَ مُبَاحًا فِي نَفْسِهِ فَيَنْتَفِي الْقَطْعُ لِلشَّبْهَةِ فَيَصِيرُ مُحَرَّمًا حَقًّا لِلشَّرْعِ كَالْمَيْتَةِ وَلَا ضَمَانَ فِيهِ إِلَّا أَنْ الْعِصْمَةَ لَا يَظْهَرُ سَقُوطُهَا فِي حَقِّ الْإِسْتِهْلَاكِ لِأَنَّهُ فَعَلَ آخَرَ غَيْرِ السَّرِقَةِ وَلَا ضَرُورَةَ فِي حَقِّهِ، وَكَذَا الشَّبْهَةُ تُعْتَبَرُ فِيمَا هُوَ السَّبَبُ دُونَ غَيْرِهِ. وَوَجْهُ الْمَشْهُورِ أَنَّ الْإِسْتِهْلَاكَ إِتِمَامُ الْمَقْصُودِ فَتُعْتَبَرُ الشَّبْهَةُ فِيهِ، وَكَذَا يَظْهَرُ سَقُوطُ الْعِصْمَةِ فِي حَقِّ الضَّمَانِ لِأَنَّهُ مِنْ ضَرُورَاتِ سَقُوطِهَا فِي حَقِّ الْهَلَاكِ لِانْتِفَاءِ الْمَائِلَةِ.

الشرح:

قَالَ (وَإِذَا قُطِعَ السَّارِقُ وَالْعَيْنُ قَائِمَةٌ فِي يَدِهِ) كَلَامُهُ وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (كَاسْتِهْلَاكِ صَيْدٍ مَمْلُوكٍ فِي الْحَرَمِ) يَعْنِي مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ تَجِبُ قِيمَتُهُ لِلْمَالِكِ وَقِيمَةُ أُخْرَى جَزَاءَ ارْتِكَابِ الْمَخْطُورِ لِلَّهِ تَعَالَى. وَقَوْلُهُ (أَوْ شُرْبِ الْخَمْرِ لِلذَّمِّ) يَعْنِي عَلَى أَصْلِكُمْ، فَإِنَّ ضَمَانَ الْخَمْرِ بِالْإِسْتِهْلَاكِ لَا يَجِبُ عِنْدَهُ وَإِنْ كَانَ لِلذَّمِّ (وَلَنَا مَا رَوَى عَبْدُ الرَّحْمَنِ بْنُ عَوْفٍ عَنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ: «لَا غُرْمَ عَلَى السَّارِقِ بَعْدَمَا قُطِعَتْ يَمِينُهُ»)^(١) لَا يُقَالُ: هَذَا الْحَدِيثُ يَدُلُّ عَلَى أَنَّ الْعَيْنَ إِذَا كَانَتْ قَائِمَةً لَا تُرَدُّ إِلَى صَاحِبِهَا لِأَنَّ ذَلِكَ لَا يُسَمَّى غُرْمًا.

وَقَوْلُهُ (وَمَا يُؤَدِّي إِلَى انْتِفَائِهِ) إِنَّمَا كَانَ مَا يُؤَدِّي إِلَى انْتِفَائِهِ هُوَ الْمُنْتَفِي لِكَوْنِهِ نَاتِبًا بِالْإِجْمَاعِ. وَقَوْلُهُ (إِذْ لَوْ بَقِيَ) يَعْنِي مَعْصُومًا حَقًّا لِلْعَبْدِ (لَكَانَ مُبَاحًا فِي نَفْسِهِ)

(١) قال الزيلعي في نصب الراية (٥٧٦/٣): غريب بهذا اللفظ.

لأنه عَرَفَ بِالِاسْتِقْرَاءِ أَنَّ مَا هُوَ حَرَامٌ فِي حَقِّ الْعَبْدِ فَهُوَ مُبَاحٌ فِي نَفْسِهِ وَكَانَ الْمَالُ لِلسَّارِقِ حَرَامًا مِنْ وَجْهِ دُونَ وَجْهِ (فَيَنْتَفِي الْقَطْعُ لِلشُّبْهَةِ) إِذِ الشُّبْهَةُ هُوَ أَنْ تَكُونَ الْحُرْمَةُ ثَابِتَةً مِنْ وَجْهِ دُونَ وَجْهِ فَحِينَئِذٍ يُدْرَأُ بِالْحَدِيثِ، فَإِذَا لَمْ يَبْقَ مَعْصُومًا حَقًّا لِلْعَبْدِ يَصِيرُ مُحَرَّمًا (حَقًّا لِلشَّرْعِ كَالْمَيْتَةِ وَلَا ضَمَانَ فِيهِ) وَهَذَا مَعْنَى مَا ذُكِرَ فِي الْمَبْسُوطِ إِذَا صَارَتِ الْمَالِيَّةُ لِلَّهِ تَعَالَى فِي هَذَا الْمَحَلِّ لَمْ يَبْقَ لِلْعَبْدِ فَالتَّحَقُّقُ فِي حَقِّ الْعَبْدِ بِمَا لَا قِيَمَةَ لَهُ، وَلَكِنْ هَذَا لَا يَتَقَرَّرُ إِلَّا بِاسْتِيفَاءِ الْقَطْعِ لَا مَا يَجِبُ لِلَّهِ تَعَالَى، فَتَمَامُهُ بِالِاسْتِيفَاءِ، فَكَانَ حُكْمُ الْأَخْذِ مُرَاعَى إِنْ اسْتَوْفِيَ بِهِ الْقَطْعُ يَتَبَيَّنُ بِهِ أَنَّ حُرْمَةَ الْمَحَلِّ فِي ذَلِكَ الْفِعْلِ كَانَتْ لِلَّهِ تَعَالَى فَلَا يَجِبُ ضَمَانُ الْعَبْدِ، وَإِنْ تَعَذَّرَ اسْتِيفَاؤُهُ تَبَيَّنَ أَنَّ حُرْمَةَ الْمَالِيَّةِ وَالتَّقْوَمِ كَانَ لِلْعَبْدِ فَيَجِبُ الضَّمَانُ.

وَقَوْلُهُ (إِلَّا أَنَّ الْعِصْمَةَ) جَوَابُ سُؤَالِ تَقْدِيرِ الْعِصْمَةِ لَمَّا اتَّقَلَّتْ لِلَّهِ تَعَالَى وَصَارَ الْمَالُ الْمَسْرُوقُ كَالْمَيْتَةِ وَالْخَمْرُ وَجَبَ أَنْ لَا يَجِبَ الضَّمَانُ عِنْدَ الْاسْتِهْلَاكِ. وَقَدْ رَوَى الْحَسَنُ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ وَجُوبَ الضَّمَانِ فِيهِ، وَتَقْرِيرُ الْجَوَابِ أَنَّ سُقُوطَ الْعِصْمَةِ إِنَّمَا كَانَ ضَرُورَةً تَحَقُّقِ الْقَطْعِ، وَمَا ثَبَتَ بِالضَّرُورَةِ يَقْتَضِرُ عَلَى مَحَلِّهَا فَلَا يَتَعَدَّى إِلَى فِعْلٍ آخَرَ هُوَ الْاسْتِهْلَاكُ لِأَنَّهُ لَا ضَرُورَةَ فِي حَقِّهِ لِأَنَّهُ لَيْسَ الْقَطْعُ وَلَا مِنْ لَوَازِمِهِ (وَكَذَا الشُّبْهَةُ) وَهُوَ كَوْنُهُ حَرَامًا لغيرِهِ (تُعْتَبَرُ فِيْمَا هُوَ السَّبَبُ) وَهُوَ السَّرِقَةُ لِأَنَّ اعْتِبَارَ الشُّبْهَةِ إِنَّمَا يَكُونُ بِجَعْلِ السَّبَبِ فِي الْمَوْجِبِ لِلْحَدِّ غَيْرَ مُوجِبٍ احْتِيَالًا لِلدَّرَجَةِ وَالْاسْتِهْلَاكُ لَيْسَ بِسَبَبٍ فَلَا تُعْتَبَرُ فِيهِ الشُّبْهَةُ (وَوَجْهُ الْمَشْهُورِ) وَهُوَ عَدَمُ وَجُوبِ الضَّمَانِ فِي الْاسْتِهْلَاكِ كَمَا فِي الْهَلَاكِ (أَنَّ الْاسْتِهْلَاكَ إِنَّمَا الْمَقْصُودُ) بِالسَّبَبِ وَهُوَ السَّرِقَةُ لِأَنَّهُ إِنَّمَا سَرَقَ لِيَصْرِفَهُ إِلَى بَعْضِ حَوَائِجِهِ فَكَانَ تَنَمُّهُ لِسَبَبٍ لَا أَنَّهُ فِعْلٌ آخَرَ (فَتُعْتَبَرُ الشُّبْهَةُ فِيهِ) لِإِسْقَاطِ الضَّمَانِ كَاعْتِبَارِهَا فِي نَفْسِ السَّبَبِ. وَقَوْلُهُ (وَكَذَا يَظْهَرُ سُقُوطُ الْعِصْمَةِ فِي حَقِّ الضَّمَانِ لِأَنَّهُ مِنْ ضَرُورَاتِ سُقُوطِهَا فِي حَقِّ الْهَلَاكِ لِانْتِفَاءِ الْمِثَالَةِ) قَالَ فِي التَّهَايَةِ: أَيْ لِأَنَّ سُقُوطَ الْعِصْمَةِ فِي فَصْلِ الْاسْتِهْلَاكِ مِنْ ضَرُورَةِ سُقُوطِ الْعِصْمَةِ فِي فَصْلِ الْهَلَاكِ.

وَأَقُولُ: مَعْنَاهُ سُقُوطُ الْعِصْمَةِ فِي الْاسْتِهْلَاكِ لِأَنَّهُ مِنْ لَوَازِمِ سُقُوطِهَا فِي الْهَلَاكِ وَالْمَلْزُومُ ثَابِتٌ فَالْإِلَازِمُ كَذَلِكَ، وَيَبَيِّنُ الْمَلْازِمَةَ أَنَّهُ لَوْ لَمْ يَكُنْ كَذَلِكَ كَانَتْ الْعِصْمَةُ بَاقِيَةً فِي الْاسْتِهْلَاكِ مُوجِبَةً وَذَلِكَ غَيْرُ صَحِيحٍ؛ لِأَنَّ الضَّمَانَ يَسْتَوْجِبُ الْمِثَالَةَ بَيْنَ الْمَضْمُونِ

وَالْمُضْمُونُ بِهِ بِالنَّصِّ، وَهِيَ مُتَّفِقَةٌ لِأَنَّ الْمُضْمُونَ بِهِ مَالٌ مَعْصُومٌ فِي الْهَلَاكِ وَالِاسْتِهْلَاكِ، حَتَّى لَوْ غَضِبَهُ أَحَدٌ ضَمَنَهُ هَلَكَ عِنْدَهُ أَوْ اسْتَهْلَكَ، وَالْمُضْمُونُ وَهُوَ الْمَسْرُوقُ مَعْصُومٌ فِي الْاسْتِهْلَاكِ عَلَى ذَلِكَ التَّقْدِيرِ دُونَ الْهَلَاكِ، وَلَا مُمَاتَلَةٌ بَيْنَ الْمَعْصُومِ فِي الْحَالَتَيْنِ وَالْمَعْصُومِ فِي حَالَةٍ وَاحِدَةٍ. وَمِنَ الشَّارِحِينَ مَنْ قَالَ لِأَنَّهُ أَيْ لَأَنَّ سُقُوطَ الضَّمَانِ مِنْ ضَرُورَاتِ سُقُوطِ الْعِصْمَةِ: يَعْنِي أَنَّهُ يَلْزَمُ مِنْ سُقُوطِ الْعِصْمَةِ سُقُوطُ الضَّمَانِ.

وَهَذَا لِأَنَّ ضَمَانَ الْعُدْوَانِ مَبْنِيٌّ عَلَى الْمُمَاتَلَةِ بِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿فَمَنْ أَعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَأَعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا أَعْتَدَى عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة: ١٩٤] وَلَا مُمَاتَلَةٌ بَيْنَ الْمَسْرُوقِ وَضَمَانِهِ فَيَنْتَفِي الضَّمَانُ لِأَنَّ الْمَسْرُوقَ سَاقِطُ الْعِصْمَةِ حَرَامٌ لِعَيْنِهِ حَقًّا لِلشَّرْعِ غَيْرُ مُنْتَفِعٍ بِهِ كَالْدَمِ وَالْمَيْتَةِ. وَالَّذِي يُؤْخَذُ مِنَ السَّارِقِ مَالٌ مَعْصُومٌ مُنْتَفِعٌ بِهِ لَيْسَ بِحَرَامٍ لِعَيْنِهِ فَلَا يَجِبُ الضَّمَانُ لِانْتِفَاءِ الْمُعَادَلَةِ، وَكَلَامُ الْمُصَنِّفِ لَا يُسَاعِدُهُ فِتْنَامُلٌ.

قَالَ (وَمَنْ سَرَقَ سَرِقَاتٍ فَقُطِعَ فِي إِحْدَاهَا فَهُوَ لَجَمِيعِهَا، وَلَا يَضْمَنُ شَيْئًا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَقَالَ: يَضْمَنُ كُلَّهَا إِلَّا الَّتِي قُطِعَ لَهَا) وَمَعْنَى الْمَسْأَلَةِ إِذَا حَضَرَ أَحَدُهُمْ، فَإِنْ حَضَرُوا جَمِيعًا وَقُطِعَتْ يَدُهُ لْخُصُومَتِهِمْ لَا يَضْمَنُ شَيْئًا بِالِاتِّفَاقِ فِي السَّرِقَاتِ كُلِّهَا. لِهَمَّا أَنَّ الْحَاضِرَ لَيْسَ بِنَائِبٍ عَنِ الْغَائِبِ. وَلَا بُدُّ مِنَ الْخُصُومَةِ لَتَظْهَرِ السَّرِقَةُ فَلَمْ تَظْهَرِ السَّرِقَةُ مِنَ الْغَائِبِينَ فَلَمْ يَقَعْ الْقَطْعُ لَهَا فَبَقِيَتْ أَمْوَالُهُمْ مَعْصُومَةً. وَلَهُ أَنْ الْوَاجِبُ بِالْكُلِّ قَطَعَ وَاحِدًا حَقًّا لِلَّهِ تَعَالَى لِأَنَّ مَبْنَى الْحُدُودِ عَلَى التَّدَاخُلِ وَالْخُصُومَةِ شَرْطٌ لِلظُّهْرِ عِنْدَ الْقَاضِي، فَإِذَا اسْتَوْفَى فَالْمُسْتَوْفَى كُلُّ الْوَاجِبِ؛ أَلَا يَرَى أَنَّهُ يَرْجِعُ نَفْعُهُ إِلَى الْكُلِّ فَيَقَعُ عَنِ الْكُلِّ، وَعَلَى هَذَا الْخِلَافِ إِذَا كَانَتْ النُّصُبُ كُلُّهَا لَوَاحِدٍ فَخَاصَمَ فِي الْبَعْضِ، وَاللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ سَرَقَ سَرِقَاتٍ فَقُطِعَ فِي إِحْدَاهَا فَهُوَ بِجَمِيعِهَا) كَلَامُهُ وَاضِحٌ (وَقَوْلُهُ لِهَمَّا أَنَّ الْحَاضِرَ لَيْسَ بِنَائِبٍ عَنِ الْغَائِبِ) تَقْرِيرُهُ الْحَاضِرُ لَيْسَ بِنَائِبٍ عَنِ الْغَائِبِ، وَمَنْ لَيْسَ بِنَائِبٍ عَنِ الْغَائِبِ لَيْسَ لَهُ الْخُصُومَةُ فِي حَقِّ الْغَائِبِ، وَلَا بُدُّ مِنَ الْخُصُومَةِ لِأَنَّهَا شَرْطٌ ظُهُورِ السَّرِقَةِ فَلَمْ تَظْهَرِ السَّرِقَةُ مِنَ الْغَائِبِينَ فَلَمْ يَقَعْ الْقَطْعُ لَهَا، وَإِذَا لَمْ يَقَعْ الْقَطْعُ لَهَا بَقِيَتْ أَمْوَالُهُمْ مَعْصُومَةً وَالْمَالُ الْمَعْصُومُ مَضْمُونٌ لَا مُحَالَةٌ (وَلَهُ أَنْ الْوَاجِبُ بِالْكُلِّ)

أَيَّ بَكْلِ السَّرَقَاتِ (قَطْعٌ وَاحِدٌ) لِأَنَّهُ يَجِبُ (حَقًّا لِلَّهِ) وَكُلُّ مَا كَانَ كَذَلِكَ يَتَدَاخَلُ وَقَدْ وَجَدَ ذَلِكَ (وَالْخُصُومَةُ شَرْطُ الظُّهُورِ عِنْدَ الْحَاكِمِ) وَقَدْ وَجَدَ ذَلِكَ أَيْضًا بِالنِّسْبَةِ إِلَى الْجَمِيعِ لِأَنَّ الشَّرْطَ يَرَاعَى وَجُودُهُ لَا وَجُودُهُ قَصْدًا (فَإِذَا اسْتَوْفَى) يَعْنِي ذَلِكَ الْقَطْعُ الْوَاحِدَ (فَالْمُسْتَوْفَى كُلُّ الْوَاجِبِ، أَلَا تَرَى أَنَّ نَفْعَهُ) وَهُوَ الْأَنْزِجَارُ يَرْجِعُ إِلَى الْكُلِّ.

فَإِنْ قِيلَ: الْحُكْمُ الثَّابِتُ ضِمَّنًا لَا يَرْتَبُو عَلَى الثَّابِتِ صَرِيحًا، وَالْقَطْعُ يَتَضَمَّنُ الْبَرَاءَةَ عَنْ ضَمَانِ الْمَسْرُوقِ، وَلَوْ أَبْرَاهُ الْوَاحِدُ عَنْ ضَمَانِ الْكُلِّ نَصًّا لَمْ يَبْرَأْ فَكَيْفَ يَبْرَأُ إِذَا ثَبَتَ ضِمَّنًا؟ أَجِيبَ بِأَنَّهُ كَمْ مِنْ شَيْءٍ يَثْبُتُ ضِمَّنًا وَلَا يَثْبُتُ قَصْدًا كَبَيْعِ الشُّرْبِ وَوَقْفِ الْمَنْقُولِ، ثُمَّ هَاهُنَا لَمَّا وَقَعَ الْقَطْعُ فِي حَقِّ الْكُلِّ بِالْإِجْمَاعِ تَبِعَهُ مَا هُوَ الثَّابِتُ فِي ضِمْنِهِ وَهُوَ سَقُوطُ الضَّمَانِ. وَأَعْلَمُ أَنَّ وَقُوعَ الْقَطْعِ بِجَمِيعِ السَّرَقَاتِ بِالْإِجْمَاعِ، فَقَدْ عَلِمْتَ أَنَّ الْقَطْعَ لَا يَجْتَمِعُ مَعَ الضَّمَانِ. فَالْقَوْلُ بِالضَّمَانِ فِي وَاحِدَةٍ مِنْهَا بَعْدَ ذَلِكَ جَمْعٌ بَيْنَ الْقَطْعِ وَالضَّمَانِ فَذَلِكَ تَنَاقُضٌ.

وَقَوْلُهُ (وَعَلَى هَذَا الْخِلَافِ إِذَا كَانَ النُّصْبُ كُلُّهَا لَوَاحِدٍ) يَعْنِي لَوْ سَرَقَ النُّصْبُ مِنْ شَخْصٍ وَاحِدٍ مَرَارًا فَخَاصَمَ فِي الْبَعْضِ فَقَطَعَ لِأَجْلِ ذَلِكَ فَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ لَا يَضْمَنُ النُّصْبُ الْبَاقِيَةَ، وَعِنْدَهُمَا يَضْمَنُ وَاللَّهُ أَعْلَمُ

بَابُ مَا يُحْدِثُ السَّارِقُ فِي السَّرْقَةِ

(وَمَنْ سَرَقَ ثَوْبًا فَشَقَّهُ فِي الدَّارِ بِنِصْفَيْنِ ثُمَّ أَخْرَجَهُ وَهُوَ يُسَاوِي عَشْرَةَ دَرَاهِمٍ قَطَعَ) وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ لَا يَقْطَعُ لِأَنَّهُ فِيهِ سَبَبُ الْمَلِكِ وَهُوَ الْخَرْقُ الْفَاحِشُ فَإِنَّهُ يُوجِبُ الْقِيَمَةَ وَتَمْلِكُ الْمَضْمُونِ وَصَارَ كَالْمُسْتَرِي إِذَا سَرَقَ مَبِيعًا فِيهِ خِيَارٌ لِلْبَائِعِ (وَلَهُمَا أَنْ الْأَخْذَ وَضَعَ سَبَبًا لِلضَّمَانِ لَا لِلْمَلِكِ، وَإِنَّمَا الْمَلِكُ يَثْبُتُ ضَرُورَةُ آدَاءِ الضَّمَانِ كَيْ لَا يَجْتَمِعَ الْبَدَلَانِ فِي مِلْكٍ وَاحِدٍ، وَمِثْلُهُ لَا يُورَثُ) الشُّبْهَةُ كَنَفْسِ الْأَخْذِ، وَكَمَا إِذَا سَرَقَ الْبَائِعُ مَبِيعًا بَاعَهُ، بِخِلَافِ مَا ذَكَرَ؛ لِأَنَّ الْبَيْعَ مَوْضُوعٌ لِإِفَادَةِ الْمَلِكِ، وَهَذَا الْخِلَافُ فِيمَا إِذَا اخْتَارَ تَضْمِينَ النُّقْصَانِ وَأَخَذَ الثَّوْبَ، فَإِنْ اخْتَارَ تَضْمِينَ الْقِيَمَةِ وَتَرَكَ الثَّوْبَ عَلَيْهِ لَا يَقْطَعُ بِالِاتِّفَاقِ؛ لِأَنَّهُ مَلَكُهُ مُسْتَبَدًّا إِلَى وَقْتِ الْأَخْذِ فَصَارَ كَمَا إِذَا مَلَكَهُ بِالْهَبَةِ فَأُورِثَ شُبْهَتُهُ، وَهَذَا كُلُّهُ إِذَا كَانَ النُّقْصَانُ فَاحِشًا، فَإِنْ كَانَ يَسِيرًا يَقْطَعُ بِالِاتِّفَاقِ لَانْعِدَامِ سَبَبِ الْمَلِكِ إِذْ لَيْسَ لَهُ اخْتِيَارُ تَضْمِينَ كُلِّ الْقِيَمَةِ.

الشرح:

(بَابُ مَا يُحْدِثُ السَّارِقُ فِي السَّرِقَةِ): لَمَّا ذَكَرَ أَحْكَامَ السَّرِقَةِ وَكَيْفِيَةَ الْقَطْعِ ذَكَرَ فِي هَذَا الْبَابِ مَا يَنْسُقُ بِهِ الْقَطْعُ بِسَبَبِ إِحْدَاثِ الصَّنْعَةِ لِلشُّبْهَةِ وَالشُّبْهَةُ أَبَدًا تَتْلُو الثَّابِتَ ذِكْرًا (وَمَنْ سَرَقَ ثَوْبًا فَشَقَّهُ فِي الدَّارِ بِنَصْفَيْنِ ثُمَّ أَخْرَجَهُ وَهُوَ يُسَاوِي) بَعْدَ الشَّقِّ (عَشْرَةَ دَرَاهِمَ قُطِعَ) قَيْدَ يَقِيدِينَ: أَنْ يَكُونَ الشَّقُّ فِي الدَّارِ، وَأَنْ يُسَاوِيَ عَشْرَةَ دَرَاهِمَ بَعْدَ الشَّقِّ فِي الدَّارِ، لِأَنَّهُ إِذَا أَخْرَجَهُ غَيْرَ مَشْقُوقٍ وَهُوَ يُسَاوِي عَشْرَةَ دَرَاهِمَ ثُمَّ شَقَّهُ وَنَقَصَتْ قِيَمَتُهُ بِالشَّقِّ مِنَ الْعَشْرَةِ فَإِنَّهُ يُقَطَّعُ قَوْلًا وَاحِدًا؛ وَلِأَنَّهُ إِذَا شَقَّ فِي الدَّارِ وَنَقَصَتْ قِيَمَتُهُ عَنِ الْعَشْرَةِ ثُمَّ أَخْرَجَهُ لَمْ يُقَطَّعْ لِأَنَّ السَّرِقَةَ قَدْ تَمَّتْ عَلَى النَّصَابِ الْكَامِلِ فِي الْأَوَّلِ دُونَ الثَّانِي (وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ لَا يُقَطَّعُ لِأَنَّ لَهُ فِي شُبْهَةِ الْمَلِكِ وَهُوَ الْخَرْقُ الْفَاحِشُ فَإِنَّهُ يُوجِبُ الْقِيَمَةَ وَتَمْلِكُ الْمَضْمُونِ) وَلِهَذَا قُلْنَا الْمَالِكُ بَعْدَ الشَّقِّ بِالْخِيَارِ، إِنْ شَاءَ مَلِكُهُ الثَّوْبَ بِالضَّمَانِ لِإِعْقَادِ سَبَبِ الْمَلِكِ لِأَنَّهُ لَوْ لَمْ يَنْعَقِدْ لَمَا وَجَبَ التَّمْلِكُ بِكَرْهِهِ مِنَ السَّارِقِ.

(وَصَارَ كَالْمُشْتَرِي إِذَا سَرَقَ مَبِيعًا فِيهِ خِيَارٌ لِلْبَائِعِ) ثُمَّ فَسَخَ الْبَائِعُ الْبَيْعَ فَإِنَّهُ لَا يُقَطَّعُ هُنَاكَ فَكَذَلِكَ هَاهُنَا، وَالْجَامِعُ بَيْنَهُمَا أَنَّ السَّرِقَةَ تَمَّتْ عَلَى عَيْنٍ غَيْرِ مَمْلُوكٍ لِلْسَّارِقِ لَكِنْ وَرَدَ عَلَيْهِ سَبَبُ الْمَلِكِ وَلَهُمَا أَنْ الْأَخْذَ) أَيُّ هَذَا الْأَخْذَ الَّذِي فِيهِ خَرْقٌ فَاحِشٌ، وَاللَّامُ لِلْعَهْدِ بِدَلِيلِ قَوْلِهِ وَمِثْلُهُ لَا يُورِثُ الشُّبْهَةَ كَنَفْسِ الْأَخْذِ. وَتَقْرِيرُهُ أَنَّا لَا نُسَلِّمُ أَنَّ لَهُ فِيهِ سَبَبُ الْمَلِكِ لِأَنَّ الْأَخْذَ الْمَعْهُودَ لَيْسَ بِمَوْضُوعٍ لَهُ، وَإِنَّمَا هُوَ مَوْضُوعٌ سَبَبًا لِلضَّمَانِ فَكَانَ لَهُ سَبَبُ الضَّمَانِ لَا سَبَبُ الْمَلِكِ.

(وَإِنَّمَا الْمَلِكُ يُنْبِتُ لَهُ ضَرُورَةً أَدَاءِ الضَّمَانِ كَيْ لَا يَجْتَمِعَ الْبَدَلَانِ فِي مَلِكٍ وَاحِدٍ وَمِثْلُهُ) أَيُّ وَمِثْلُ هَذَا الْأَخْذَ الَّذِي هُوَ سَبَبُ الضَّمَانِ (لَا يُورِثُ الشُّبْهَةَ) لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمَوْضُوعٍ لِلْمَلِكِ (كَنَفْسِ الْأَخْذِ) فَإِنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنْ يَصِيرَ سَبَبًا بَعْدَ الضَّمَانِ وَمَعَ هَذَا فَلَمْ تُعْتَبَرْ شُبْهَةٌ (وَكَمَا إِذَا سَرَقَ الْبَائِعُ مَبِيعًا بَاعَهُ) وَلَمْ يَعْلَمْ الْمُشْتَرِي بِالْعَيْبِ فَإِنَّهُ يُقَطَّعُ وَإِنْ انْعَقَدَ سَبَبُ الرَّدِّ وَهُوَ الْعَيْبُ، وَكَذَلِكَ هَاهُنَا يُقَطَّعُ وَإِنْ انْعَقَدَ سَبَبُ الضَّمَانِ وَهُوَ الشَّقُّ (بِخِلَافِ مَا ذَكَرَ) أَيُّ أَبُو يُوسُفَ وَهُوَ قَوْلُهُ كَالْمُشْتَرِي إِذَا سَرَقَ مَبِيعًا فِيهِ الْخِيَارُ لِلْبَائِعِ لِأَنَّ سَبَبَ الْمَلِكِ مَوْجُودٌ فِيهِ (إِذَا بَيْعُ مَوْضُوعٍ لِإِفَادَةِ الْمَلِكِ، وَهَذَا الْخِلَافُ فِيمَا

إِذَا اخْتَارَ تَضْمِينَ التَّقْصَانِ وَأَخَذَ التَّوْبَ لَا يُقَالُ: الْأَصْلُ عِنْدَكُمْ أَنَّ الْقَطْعَ وَالضَّمَانَ لَا يَجْتَمِعَانِ؛ فَإِذَا اخْتَارَ تَضْمِينَ التَّقْصَانِ كَيْفَ يَتِمَّكُنُ مِنَ الْقَطْعِ لِأَنَّ ضَمَانَ التَّقْصَانِ وَجِبَ بِجَنَائِهِ أُخْرَى قَبْلَ الْإِخْرَاجِ وَهِيَ مَا فَاتَ مِنَ الْعَيْنِ وَالْقَطْعُ بِإِخْرَاجِ الْبَاقِي كَمَا لَوْ أَخَذَ ثَوْبَيْنِ، فَأَحْرَقَ أَحَدَهُمَا فِي الْبَيْتِ وَأَخْرَجَ الْآخَرَ وَقِيمَتُهُ نَصَابٌ.

وَأُورِدَ عَلَى هَذَا الْجَوَابِ الاسْتِهْلَاكَ عَلَى ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ فَإِنَّهُ فَعَلَ غَيْرُ السَّرْقَةِ مَعَ أَنَّهُ لَا يَجِبُ الضَّمَانُ. وَعَنْ هَذَا ذَهَبَ بَعْضُهُمْ إِلَى أَنَّهُ إِنْ اخْتَارَ الْقَطْعَ لَا يَضْمَنُ التَّقْصَانُ. وَالْجَوَابُ أَنَّ الْقَطْعَ لِلْبَاقِي بَعْدَ الْحَرْقِ وَلَيْسَ فِيهِ ضَمَانٌ، بِخِلَافِ الْمُسْتَهْلَكِ فَإِنَّ الْقَطْعَ كَانَ لِأَجْلِهِ لَا لِشَيْءٍ آخَرَ (فَإِنْ اخْتَارَ تَضْمِينَ قِيَمَةِ التَّوْبِ كُلِّهَا وَتَرَكَ التَّوْبَ عَلَيْهِ لَا يُقَطَّعُ بِالِاتِّفَاقِ؛ لِأَنَّهُ مَلَكَةٌ مُسْتَنَدًا إِلَى وَقْتِ الْأَخْذِ فَصَارَ كَمَا إِذَا مَلَكَهُ بِالْهَبَةِ) فَإِنَّهُ إِذَا وَهَبَ لَهُ بَعْدَ تَمَامِ السَّرْقَةِ يَسْقُطُ الْقَطْعُ فَلَا نَ لَا يَجِبُ إِذَا مَلَكَهُ قَبْلَ تَمَامِ السَّرْقَةِ أَوَّلَى (وَهَذَا كُلُّهُ) أَيُّ هَذَا الْخِلَافُ مَعَ هَذِهِ التَّفْصِيلَاتِ (إِذَا كَانَ التَّقْصَانُ فَاحِشًا) وَهُوَ الَّذِي يَفُوتُ بِهِ بَعْضُ الْعَيْنِ وَبَعْضُ الْمَنْفَعَةِ (فَإِنْ كَانَ يَسِيرًا) وَهُوَ مَا يَفُوتُ بِهِ بَعْضُ الْمَنْفَعَةِ فِي الصَّحِيحِ عَلَى مَا سَيَجِيءُ تَمَامُ الْكَلَامِ فِي تَفْسِيرِ الْفَاحِشِ وَالْيَسِيرِ فِي كِتَابِ الْعَصَبِ (يُقَطَّعُ بِالِاتِّفَاقِ لِانْعِدَامِ سَبَبِ الْمِلْكِ إِذْ لَيْسَ لَهُ اخْتِيَارُ تَضْمِينِ كُلِّ الْقِيَمَةِ)

(وَأِنْ سَرَقَ شَاةً فَذَبَحَهَا ثُمَّ أَخْرَجَهَا لَمْ يُقَطَّعْ) لِأَنَّ السَّرْقَةَ تَمَّتْ عَلَى اللَّحْمِ وَلَا

قَطَّعَ فِيهِ

الشرح:

قَوْلُهُ وَإِنْ سَرَقَ شَاةً فَذَبَحَهَا ظَاهِرٌ.

(وَمَنْ سَرَقَ ذَهَبًا أَوْ فِضَّةً يَجِبُ فِيهِ الْقَطْعُ فَصَنَعَهُ دَرَاهِمَ أَوْ دَنَانِيرَ قُطِّعَ فِيهِ وَتَرَكَ الدَّرَاهِمَ وَالدَّنَانِيرَ إِلَى الْمَسْرُوقِ مِنْهُ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَقَالَا: لَا سَبِيلَ لِلْمَسْرُوقِ مِنْهُ عَلَيْهِمَا) وَأَصْلُهُ فِي الْعَصَبِ فَهَذِهِ صَنْعَةٌ مُتَقَوِّمَةٌ عِنْدَهُمَا خِلَافًا لَهُ، ثُمَّ وَجُوبُ الْحَدِّ لَا يُشْكَلُ عَلَى قَوْلِهِ لِأَنَّهُ لَمْ يَمْلِكْهُ، وَقِيلَ عَلَى قَوْلِهِمَا لَا يَجِبُ لِأَنَّهُ مَلَكَةٌ قَبْلَ الْقَطْعِ، وَقِيلَ يَجِبُ؛ لِأَنَّهُ صَارَ بِالصَّنْعَةِ شَيْئًا آخَرَ فَلَمْ يَمْلِكْ عَيْنَهُ

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ سَرَقَ ذَهَبًا أَوْ فِضَّةً يَجِبُ فِيهِ الْقَطْعُ) أَيُّ يُسَاوِي عَشْرَةَ دَرَاهِمَ

(فَصَنَعَهُ ذَرَاهِمَ أَوْ دَنَانِيرَ قُطِعَ فِيهِ) وَهُوَ ظَاهِرٌ (قَوْلُهُ وَأَصْلُهُ فِي الْعَصَبِ) يُرِيدُ أَنَّ مَا يَقْطَعُ حَقَّ الْمَعْصُوبِ مِنْهُ عَنِ الْمَعْصُوبِ مِنَ الصَّنْعَةِ يَقْطَعُ حَقَّ الْمَسْرُوقِ مِنْهُ مِنَ الْمَسْرُوقِ، وَهَذِهِ الصَّنْعَةُ تَقْطَعُهُ (عِنْدَهُمَا خِلَافًا لَهُ) لَهَا أَنَّ هَذِهِ الصَّنْعَةُ تُبَدِّلُ الْعَيْنَ اسْمًا وَحُكْمًا وَمَقْصُودًا، وَكُلُّ مَا كَانَ كَذَلِكَ يَنْقَطِعُ بِهِ حَقُّ الْمَالِكِ، كَمَا إِذَا كَانَ الْمَعْصُوبُ صُفْرًا فَضَرْبُهُ قَمْقَمَةً أَوْ حَدِيدًا فَجَعَلَهُ ذَرَاعًا فَإِنَّهُ يَنْقَطِعُ بِهِ حَقُّ الْمَالِكِ. وَلَهُ أَنَّ عَيْنَ الْمَسْرُوقِ بَاقٍ وَالصَّنْعَةُ الْحَادِثَةُ وَالْإِسْمُ الْحَادِثُ لَيْسَا بِلَازِمَيْنِ، فَإِنَّ إِعَادَتَهَا إِلَى الْحَالَةِ الْأُولَى مُمَكِّنَةٌ، وَالصَّنْعَةُ هَاهُنَا غَيْرُ مُتَقَوِّمَةٍ حَتَّى لَوْ كَسَرَ إِبْرِيْقَ فِضَّةٍ لَمْ يَكُنْ لِلْمَالِكِ أَخْذُهُ وَتَضْمِينُ الصَّنْعَةِ وَالْعَيْنُ الْمَسْرُوقَةُ مُتَقَوِّمَةٌ، وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ كَانَ اعْتِبَارُ الْبَاقِي الْمُنْقَوِّمِ أَوْلَى مِنَ الزَّائِلِ الْغَيْرِ الْمُنْقَوِّمِ (قَوْلُهُ فَلَمْ يَمْلِكْ عَيْنُهُ) أَيُّ عَيْنِ الْمَسْرُوقِ. وَفِي بَعْضِ النُّسخِ عَيْنُهُمَا أَيُّ عَيْنِ الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ. وَإِنَّمَا مَلَكَ شَيْئًا غَيْرَهُمَا فَإِنَّ الْأَعْيَانَ تَبَدَّلُ بِتَبَدُّلِ الصِّفَاتِ أَصْلُهُ حَدِيثُ بَرِيرَةَ.

(فَإِنْ سَرَقَ ثَوْبًا فَصَبَّغَهُ أَحْمَرَ لَمْ يُؤْخَذْ مِنْهُ الثَّوبُ وَلَمْ يَضْمَنْ قِيَمَةَ الثَّوبِ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: يُؤْخَذُ مِنْهُ الثَّوبُ وَيُعْطَى مَا زَادَ الصَّبْغُ فِيهِ) اعْتِبَارًا بِالْعَصَبِ، وَالْجَامِعُ بَيْنَهُمَا كَوْنُ الثَّوبِ أَصْلًا قَائِمًا وَكَوْنُ الصَّبْغِ تَابِعًا. وَلَهُمَا أَنَّ الصَّبْغَ قَائِمٌ صُورَةً وَمَعْنَى، حَتَّى لَوْ أَرَادَ أَخْذَهُ مَصْبُوغًا يَضْمَنُ مَا زَادَ الصَّبْغُ فِيهِ، وَحَقُّ الْمَالِكِ فِي الثَّوبِ قَائِمٌ صُورَةً لَا مَعْنَى؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ غَيْرُ مَضْمُونٍ عَلَى السَّارِقِ بِالْهَلَاكِ فَرَجَحْنَا جَانِبَ السَّارِقِ، بِخِلَافِ الْعَصَبِ، لِأَنَّ حَقَّ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا قَائِمٌ صُورَةً وَمَعْنَى فَاسْتَوَيَا مِنْ هَذَا الْوَجْهِ فَرَجَحْنَا جَانِبَ الْمَالِكِ بِمَا ذَكَّرْنَا (وَإِنْ صَبَّغَهُ أَسْوَدَ أَخَذَ مِنْهُ فِي الْمَذْهَبَيْنِ) يَعْنِي عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ، وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ هَذَا وَالْأَوَّلُ سَوَاءٌ لِأَنَّ السَّوَادَ زِيَادَةٌ عِنْدَهُ كَالْحُمْرَةِ، وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ زِيَادَةٌ أَيْضًا كَالْحُمْرَةِ وَلَكِنَّهُ لَا يَقْطَعُ حَقَّ الْمَالِكِ، وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ السَّوَادُ نَقْصَانٌ فَلَا يُوجِبُ انْقِطَاعَ حَقِّ الْمَالِكِ.

الشرح:

وقوله (فَإِنْ سَرَقَ ثَوْبًا فَصَبَّغَهُ أَحْمَرَ) قَالَ صَاحِبُ النَّهَائَةِ: صُورَةُ الْمَسْأَلَةِ سَرَقَ ثَوْبًا فَقُطِعَ فِيهِ ثُمَّ صَبَّغَهُ أَحْمَرَ إلخ، فَإِنَّ لَفْظَ رِوَايَةِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ. مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ فِي السَّارِقِ يَسْرِقُ الثَّوبَ فَتَقْطَعُ يَدُهُ وَقَدْ صَبَّغَ الثَّوبَ أَحْمَرَ قَالَ: لَيْسَ

لصاحبه عليه سبيلٌ ولا ضمان على السارق. وهذا كما ترى ليس فيه ما يدل على قوله ثم صبغه لأن الواو للحال وهي لا تدل على التعقيب، ولكن قول المصنف (ألا ترى أنه غير مضمون إلى آخره) إنما يستقيم إذا كانت صورة المسألة ما قال، وتحرير المذهبين واعتبار محمد واضح.

وقوله (ولهما) أي لأبي حنيفة وأبي يوسف (أن الصنع قائم صورة ومعنى) أما صورة فظاهر فإن الحمرة فيه محسوسة، وأما معنى فلأن المسروق منه لو أخذ الثوب مصبوغاً ضمن الصنع (وحق المالك في الثوب قائم صورة) لتمكّنه من الاسترداد (لا معنى) لأنه غير مضمون على السارق بالهلاك أو الاستهلاك، فكان جانب السارق مرجحاً كالموهوب له إذا صبغ فإن حق الواهب ينقطع عنه (بخلاف) مسألة (العصب) يعني التي اعتبر بها صورة النزاع (لأن حق كل واحد منهما قائم صورة ومعنى فاستويا من هذا الوجه) يعني الوجود (فرجحنا جانب المالك بما ذكرنا من كون الثوب أصلاً قائماً وكون الصنع تابعاً) وإن صبغه أسود أخذ منه الثوب عند أبي حنيفة ومحمد. ولا يؤخذ عند أبي يوسف لأن السواد زيادة عنده كالحمرة، وأما عند أبي حنيفة فإن السواد عنده نقصان فلم يكن حق السارق قائماً فيه معنى (فلا يجب انقطاع حق المالك) وأما عند محمد فإن السواد وإن كان عنده أيضاً كالحمرة لكن لا ينقطع حق المالك، والله أعلم.

باب قطع الطريق

قال (وإذا خرج جماعة ممتنعين أو واحد يقدر على الامتناع فقصدوا قطع الطريق فآخذوا قبل أن يأخذوا مالا ويقتلوا نفساً حبسهم الإمام حتى يحدثوا توبة، وإن أخذوا مال مسلم أو ذمي، وآخذوا إذا قسم على جماعتهم أصاب كل واحد منهم عشرة دراهم فصاعداً أو ما تبلغ قيمته ذلك قطع الإمام أيديهم وأرجلهم من خلاف، وإن قتلوا ولم يأخذوا مالا قتلهم الإمام حداً) والأصل فيه قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ﴾ (المائدة: ٣٣) الآية.

والمراد منه والله أعلم التوزيع على الأحوال وهي أربعة: هذه الثلاثة المذكورة، والرابعة نذكرها إن شاء الله تعالى ولأن الجنایات تتفاوت على الأحوال فاللائق تغلظ

الحُكْمِ بِتَغْلُظِهَا. أَمَّا الْحَبْسُ فِي الْأُولَى فَلَأَنَّهُ الْمُرَادُ بِالنَّفْسِ الْمَذْكُورِ لِأَنَّهُ نَفْسٌ عَنْ وَجْهِ الْأَرْضِ بِدَفْعِ شَرِّهِمْ عَنْ أَهْلِهَا، وَيُعْزَّزُونَ أَيْضًا لِمُبَاشَرَتِهِمْ مُنْكَرَ الْإِخَافَةِ. وَشَرَطُ الْقُدْرَةِ عَلَى الْامْتِنَاعِ؛ لِأَنَّ الْمَحَارِبَةَ لَا تَتَحَقَّقُ إِلَّا بِالْمَنْعَةِ. وَالْحَالَةُ الثَّانِيَّةُ كَمَا بَيَّنَّاهَا لَمَّا تَلَوْنَاهُ. وَشَرَطُ أَنْ يَكُونَ الْمَأْخُودُ مَالٌ مُسْلِمٍ أَوْ ذِمِّيٌّ لِنُكُونِ الْعِصْمَةِ مُؤَبَّدَةً، وَلِهَذَا لَوْ قَطَعَ الطَّرِيقَ عَلَى الْمُسْتَأْمَنِ لَا يَجِبُ الْقَطْعُ. وَشَرَطُ كَمَالِ النِّصَابِ فِي حَقِّ كُلِّ وَاحِدٍ كَيْ لَا يُسْتَبَاحَ طَرَفُهُ إِلَّا بِتَنَاوُلِهِ مَالُهُ خَطَرًا، وَالْمُرَادُ قَطْعُ الْيَدِ الْيُمْنَى وَالرَّجُلِ الْبُسْرَى كَيْ لَا يُؤَدِّيَ إِلَى تَقْوِيَةِ جِنْسِ الْمَنْفَعَةِ. وَالْحَالَةُ الثَّلَاثَةُ كَمَا بَيَّنَّاهَا لَمَّا تَلَوْنَاهُ (وَيُقْتَلُونَ حَدًّا، حَتَّى لَوْ عَفَا الْأَوْلِيَاءُ عَنْهُمْ لَا يُلْتَفَتُ إِلَى عَفْوِهِمْ) لِأَنَّهُ حَقُّ الشَّرْعِ.

(وَالرَّابِعَةُ) (إِذَا قَتَلُوا وَأَخَذُوا الْمَالَ فَالْإِمَامُ بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ قَطَعَ أَيْدِيَهُمْ وَأَرْجُلَهُمْ مِنْ خِلَافٍ وَقَتْلَهُمْ وَصَلَبَهُمْ، وَإِنْ شَاءَ قَتْلَهُمْ، وَإِنْ شَاءَ صَلَبَهُمْ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: يُقْتَلُ أَوْ يُصَلَّبُ وَلَا يُقَطَّعُ) لِأَنَّهُ جِنَايَةٌ وَاحِدَةٌ فَلَا تُوجِبُ حَدَيْنِ، وَلَأَنَّ مَا دُونَ النَّفْسِ يَدْخُلُ فِي النَّفْسِ فِي بَابِ الْحَدِّ كَحَدِّ السَّرْقَةِ وَالرَّجْمِ. وَلَهُمَا أَنْ هَذِهِ عُقُوبَةٌ وَاحِدَةٌ تَغْلُظُ لَتَغْلُظَ سَبَبُهَا، وَهُوَ تَقْوِيَةُ الْأَمْنِ عَلَى الشَّاهِي بِالْقَتْلِ وَأَخْذِ الْمَالِ، وَلِهَذَا كَانَ قَطْعُ الْيَدِ وَالرَّجُلِ مَعًا فِي الْكُبْرَى حَدًّا وَاحِدًا وَإِنْ كَانَا فِي الصَّغْرَى حَدَيْنِ، وَالتَّدَاخُلُ فِي الْحُدُودِ لَا فِي حَدِّ وَاحِدٍ. ثُمَّ ذَكَرَ فِي الْكِتَابِ التَّخْيِيرَ بَيْنَ الصَّلْبِ وَتَرْكِهِ، وَهُوَ ظَاهِرُ الرِّوَايَةِ.

وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ لَا يَتْرُكُهُ لِأَنَّهُ مَنْصُوصٌ عَلَيْهِ، وَالْمَقْصُودُ التَّشْهِيرُ لِيُعْتَبَرَ بِهِ غَيْرُهُ. وَنَحْنُ نَقُولُ أَوَّلُ التَّشْهِيرِ بِالْقَتْلِ وَالْمُبَالَغَةِ بِالصَّلْبِ فَيُخَيَّرُ فِيهِ. ثُمَّ قَالَ (وَيُصَلَّبُ حَيًّا وَيُعْجَعُ بَطْنُهُ بِرُمَحٍ إِلَى أَنْ يَمُوتَ) وَمِثْلُهُ عَنِ الْكَرْخِيِّ. وَعَنِ الطُّحَاوِيِّ أَنَّهُ يُقْتَلُ ثُمَّ يُصَلَّبُ تَوْفِيًّا عَنِ الْمُتَلَتِّ. وَجَهُ الْأَوَّلِ وَهُوَ الْأَصَحُّ أَنَّ الصَّلْبَ عَلَى هَذَا الْوَجْهِ أَبْلَغُ فِي الرَّدْعِ وَهُوَ الْمَقْصُودُ بِهِ. قَالَ (وَلَا يُصَلَّبُ أَكْثَرُ مِنْ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ) لِأَنَّهُ يَتَغَيَّرُ بَعْدَهَا فَيَتَأَذَى النَّاسُ بِهِ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يَتْرُكُ عَلَى خَشَبَةٍ حَتَّى يَتَقَطَّعَ فَيَسْقُطَ لِيُعْتَبَرَ بِهِ غَيْرُهُ. فَلَمَّا حَصَلَ الْاِعْتِبَارُ بِمَا ذَكَرْنَاهُ وَالنِّهَايَةُ غَيْرُ مَطْلُوبَةٍ.

الشرح:

(بَابُ قَطْعِ الطَّرِيقِ) اعْلَمْ أَنَّ قَطْعَ الطَّرِيقِ يُسَمَّى سَرَقَةً كُبْرَى، أَمَّا تَسْمِيَّتُهَا سَرَقَةً فَلَأَنَّ قَاطِعَ الطَّرِيقِ يَأْخُذُ الْمَالَ سِرًّا مِمَّنْ إِلَيْهِ حِفْظُ الطَّرِيقِ وَهُوَ الْإِمَامُ الْأَعْظَمُ،

كَمَا أَنَّ السَّارِقَ يَأْخُذُ الْمَالَ سِرًّا مِمَّنْ إِلَيْهِ حِفْظُ الْمَكَانِ الْمَأْخُوذِ مِنْهُ وَهُوَ الْمَالِكُ أَوْ مَنْ يَقُومُ مَقَامَهُ، وَأَمَّا تَسْمِيَتُهَا كُتْرَى فَلَأَنَّ ضَرَرَ قَطْعِ الطَّرِيقِ عَلَى أَصْحَابِ الْأَمْوَالِ وَعَلَى عَامَّةِ الْمُسْلِمِينَ بِانْقِطَاعِ الطَّرِيقِ، وَضَرَرَ السَّرِقَةِ الصَّغْرَى يَخْصُ الْمَالِكُ بِأَخْذِ مَا لَهُمْ وَهَتْكَ حِرْزَهُمْ وَلِهَذَا غَلِظَ الْحَدَّ فِي حَقِّ قُطَاعِ الطَّرِيقِ، وَإِنَّمَا أُخْرِجَ عَنْ السَّرِقَةِ الصَّغْرَى لِأَنَّهَا أَكْثَرُ وَجُودًا مِنْهُ. قَوْلُهُ (وَإِذَا خَرَجَ جَمَاعَةٌ).

قِيلَ ذَكَرَ لَفْظَ الْجَمَاعَةِ لِيَتَنَاوَلَ الْمُسْلِمَ وَالذِّمِّيَّ وَالْحَرَبِيَّ وَالْحُرَّ وَالْعَبْدَ، وَأَرَادَ بِالْإِمْتِنَاعِ أَنْ يَكُونَ قَاطِعُ الطَّرِيقِ بِحَيْثُ يُمَكِّنُ لَهُ أَنْ يُدَافِعَ تَعَرُّضَ الْغَيْرِ عَنْ نَفْسِهِ بِقُوَّتِهِ وَشَجَاعَتِهِ، وَكَلَامُهُ وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (قَتَلَهُمْ حَدًّا) أَيُّ لَا يَسْقُطُ الْقَتْلُ بِعَفْوِ الْأَوْلِيَاءِ وَيُسَمَّى قُطَاعُ الطَّرِيقِ مُحَارَبِينَ لِأَنَّ الْمَالَ فِي الْبَرَارِيِّ مَحْفُوظٌ بِحِفْظِ اللَّهِ تَعَالَى، فَإِذَا أَخَذُوهُ عَلَى سَبِيلِ الْمُعَالَبَةِ كَانَ فِي صُورَةِ الْمُحَارَبِ (قَوْلُهُ وَالْمَرَادُ مِنْهُ وَاللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ التَّوْزِيعِ عَلَى الْأَحْوَالِ) فِيهِ إِشَارَةٌ إِلَى تَفْيِ مَذْهَبِ مَالِكٍ أَنَّ الْإِمَامَ مُخَيَّرٌ بَيْنَ هَذِهِ الْأَشْيَاءِ نَظَرًا إِلَى ظَاهِرِ كَلِمَةِ أَوْ.

وَقَوْلُهُ (وَهِيَ أَرْبَعَةٌ هَذِهِ الثَّلَاثَةُ الْمَذْكُورَةُ) يَعْنِي قَوْلُهُ فَأَخَذُوا قَبْلَ أَنْ يَأْخُذُوا مَا لَا وَيَقْتُلُوا نَفْسًا، وَقَوْلُهُ وَإِنْ أَخَذُوا مَالَ مُسْلِمٍ أَوْ ذِمِّيٍّ، وَقَوْلُهُ وَإِنْ قَتَلُوا وَلَمْ يَأْخُذُوا مَا لَا. وَالرَّابِعَةُ مَا يُذَكَّرُ بُعِيدَ هَذَا مِنَ الْقَتْلِ وَأَخْذِ الْمَالِ. وَقَوْلُهُ (وَلَأَنَّ الْجَنَائِاتِ تَتَفَاوَتْ عَلَى الْأَحْوَالِ) أَيُّ عَلَى حَسَبِ الْأَحْوَالِ الْوَاقِعَةِ فِي قَطْعِ الطَّرِيقِ (فَاللَّائِقُ تَغْلُظُ الْحُكْمُ) أَيُّ الْجَزَاءِ (بِتَغْلُظِ الْجَنَائَةِ) بِتَفَاوُتِ الْأَحْوَالِ لَا التَّخْيِيرِ لِأَنَّهُ يَسْتَلْزِمُ مُقَابَلَةَ الْجَنَائَةِ الْغَلِيظَةِ بِجَزَاءٍ خَفِيفٍ أَوْ بِالْعَكْسِ، وَهُوَ خِلَافُ مُقْتَضَى الْحِكْمَةِ، وَالْكَلَامُ فِي هَذَا الْبَحْثِ قَدْ قَرَّرْنَاهُ فِي التَّقْرِيرِ مُسْتَوْفَى.

قَوْلُهُ فَلَأَنَّهُ الْمَرَادُ بِالتَّفْيِ الْمَذْكُورِ يَعْنِي عِنْدَنَا، فَإِنَّ الشَّافِعِيَّ يَقُولُ: الْمَرَادُ بِهِ الطَّلَبُ لِيَهْرُبُوا مِنْ كُلِّ مَوْضِعٍ، وَمَا قُلْنَاهُ أَوَّلَى لِأَنَّ الْعُقُوبَةَ بِالْحَبْسِ مَشْرُوعَةٌ وَالْأَخْذُ بِمَا يَوْجَدُ لَهُ نَظِيرٌ فِي الشَّرْعِ أَوَّلَى مِنَ الْأَخْذِ بِمَا لَا نَظِيرَ لَهُ.

قَوْلُهُ وَشَرَطُ كَمَالِ النَّصَابِ فِي حَقِّ كُلِّ وَاحِدٍ (إِنْ) قَالَ الْحَسَنُ بْنُ زِيَادٍ: الشَّرْطُ أَنْ يَكُونَ نَصِيبُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ عِشْرِينَ دِرْهَمًا فَصَاعِدًا، لِأَنَّ التَّقْدِيرَ بِالْعَشْرَةِ فِي مَوْضِعٍ كَانَ الْمُسْتَحَقُّ بِأَخْذِهَا عُضْوًا وَاحِدًا وَهَذَا هُنَا الْمُسْتَحَقُّ عُضْوَانِ، وَلَا يُقْطَعُ

عُضْوَانٍ فِي السَّرِقَةِ إِلَّا فِي عِشْرِينَ دِرْهَمًا. وَقُلْنَا: يُعْلَظُ الْحَدُّ هَاهُنَا بِاعْتِبَارِ تَغْلُظِ
فَعَلِهِمْ بِاعْتِبَارِ الْمُحَارَبَةِ وَقَطْعِ الطَّرِيقِ لَا بِاعْتِبَارِ كَثَرَةِ الْمَالِ الْمَأْخُودِ، فَفِي النَّصَابِ هَذَا
الْحَدُّ وَحَدُّ السَّرِقَةِ سَوَاءٌ. وَقَوْلُهُ (كَيْ لَا يُؤَدِّيَ إِلَى تَقْوِيَةِ جِنْسِ الْمَنْفَعَةِ) حَتَّى إِذَا كَانَتْ
يَدُهُ الْيُسْرَى شَلَاءً أَوْ مَقْطُوعَةً لَمْ تُقَطَّعْ رِجْلُهُ الْيُسْرَى، وَأَمَّا إِذَا كَانَتْ يَدُهُ الْيُمْنَى
مَقْطُوعَةً فَإِنَّهُ تُقَطَّعُ رِجْلُهُ الْيُسْرَى.

وَقَوْلُهُ (فَالْإِمَامُ بِالْخِيَارِ) حَاصِلُهُ أَنَّ الْإِمَامَ بِالْخِيَارِ فِي جَمْعِ الْعُقُوبَتَيْنِ بَيْنَ قَطْعِ
الْأَيْدِي وَالْأَرْجُلِ مَعَ الْقَتْلِ أَوْ الصَّلْبِ وَبَيْنَ الْقَتْلِ أَوْ الصَّلْبِ ابْتِدَاءً مِنْ غَيْرِ قَطْعِ
الْأَيْدِي وَالْأَرْجُلِ، وَكَذَلِكَ لِلْإِمَامِ الْخِيَارُ عِنْدَ اخْتِيَارِ تَرْكِ قَطْعِ الْأَيْدِي وَالْأَرْجُلِ بَيْنَ
الْقَتْلِ وَالصَّلْبِ، وَكَانَ الْخِيَارُ لِلْإِمَامِ فِي مَوْضِعَيْنِ، وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ، وَذَكَرَ فِي
الْكِتَابِ قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ مَعَهُ (وَقَالَ مُحَمَّدٌ: يُقْتَلُ أَوْ يُصَلَّبُ وَلَا يُقَطَّعُ) وَذَكَرَ فِي عَامَّةِ
الرُّوَايَاتِ قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ مَعَهُ (لَأَنَّهُ) أَيْ قَطْعُ الطَّرِيقِ (جَنَائَةً وَاحِدَةً فَلَا تُوجِبُ
حَدَّيْنِ، وَلَأنَّ مَا دُونَ النَّفْسِ دَخَلَ فِي النَّفْسِ فِي بَابِ الْحَدِّ كَحَدِّ السَّرِقَةِ وَالرَّجْمِ) فَإِنَّ
السَّارِقَ إِذَا زَنَى وَهُوَ مُحْصَنٌ فَإِنَّهُ يُرْجَمُ لَا غَيْرُ لِأَنَّ الْقَتْلَ يَأْتِي عَلَى ذَلِكَ كُلِّهِ.

قَوْلُهُ (وَلَهُمَا) أَيْ لِأَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ وَهُوَ ظَاهِرُ الرُّوَايَةِ (وَالْتَدَاخُلُ فِي
الْحُدُودِ لَا فِي حَدٍّ وَاحِدٍ) أَلَا تَرَى أَنَّ الْجِلْدَاتِ فِي الزَّنَا لَا تَتَدَاخَلُ. فَإِنْ قِيلَ: لَوْ كَانَ
حَدًّا وَاحِدًا لَمَا جَازَ لِلْإِمَامِ أَنْ يَدَعَ الْقَطْعَ كَمَا لَمْ يَجْزُ لَهُ أَنْ يَتْرِكَ بَعْضَ الْجِلْدَاتِ.
أَجِيبَ بِأَنَّ وَلَايَةَ تَرْكِ الْقَطْعِ لَيْسَ بِطَرِيقِ التَّدَاخُلِ بَلْ لِأَنَّ مُرَاعَاةَ التَّرْتِيبِ لَيْسَتْ بِوَاجِبَةٍ
عَلَيْهِ فِي إِجْزَاءِ حَدٍّ وَاحِدٍ وَكَانَ لَهُ أَنْ يَبْدَأَ بِالْقَتْلِ لِدَلَالَتِهِ، ثُمَّ إِذَا قَتَلَهُ فَلَا فَائِدَةَ فِي
اشْتِغَالِهِ بِالْقَطْعِ بَعْدَهُ كَمَا إِذَا ضَرَبَ الزَّانِي، خَمْسِينَ جَلْدَةً فَمَاتَ فَإِنَّهُ يَتْرَكَ مَا بَقِيَ
لَأَنَّهُ لَا فَائِدَةَ فِي إِقَامَتِهِ وَالْبَعْجُ الشَّقُّ مِنْ حَدٍّ مَنَعَ.

قَوْلُهُ (وَعَنِ الْكَرْخِيِّ مِثْلُهُ) أَيْ مِثْلُ مَا نُقِلَ عَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ قَالَ: يُصَلَّبُ وَهُوَ
حَيٌّ وَيُطْعَنُ بِالرَّمْحِ حَتَّى يَمُوتَ. وَقَوْلُهُ (تَوْقِيًا عَنِ الْمِثْلَةِ) لِأَنَّهَا مِنْهِيٌّ عَنْهَا «نَهَى رَسُولُ
اللَّهِ ﷺ عَنِ الْمِثْلَةِ وَلَوْ بِالْكَلْبِ الْعَقُورِ». وَقَوْلُهُ (بِمَا ذَكَرْنَا) أَيْ بِالصَّلْبِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ.

قَالَ (وَإِذَا قَتَلَ الْقَاطِعُ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ فِي مَالٍ أَخَذَهُ) اعْتِبَارًا بِالسَّرِقَةِ الصَّغْرَى

وَقَدْ بَيَّنَّاهُ.

الشرح:

قَالَ (وَإِذَا قَتَلَ الْقَاطِعَ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ) إِذَا قَتَلَ الْقَاطِعَ الطَّرِيقِ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ فِي مَالٍ أَخَذَهُ كَمَا لَوْ سَرَقَ فَقَطَعَ يَدَهُ وَكَلَامُهُ وَاضِحٌ.

(فَإِنْ بَاشَرَ الْقَتْلَ أَحَدَهُمْ أَجْرَى الْحَدِّ عَلَيْهِمْ بِأَجْمَعِهِمْ) لِأَنَّهُ جَزَاءُ الْمُحَارَبَةِ، وَهِيَ تَتَحَقَّقُ بِأَنْ يَكُونَ الْبَعْضُ رِدَاءً لِلْبَعْضِ حَتَّى إِذَا زَلَّتْ أَقْدَامُهُمْ انْحَاذُوا إِلَيْهِمْ، وَإِنَّمَا الشَّرْطُ الْقَتْلُ مِنْ وَاحِدٍ مِنْهُمْ وَقَدْ تَحَقَّقَ. قَالَ (وَالْقَتْلُ وَإِنْ كَانَ بَعْصًا أَوْ بِحَجَرٍ أَوْ بِسَيْفٍ فَهُوَ سَوَاءٌ) لِأَنَّهُ يَقَعُ قَطْعًا لِلطَّرِيقِ بِقَطْعِ الْمَارَّةِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (الْحَاذُوا إِلَيْهِمْ) أَيِ الضَّمُّوا.

(وَإِنْ لَمْ يَقْتُلِ الْقَاطِعُ وَلَمْ يَأْخُذْ مَالًا وَقَدْ جَرَحَ أَهْتَصُّ مِنْهُ فِيمَا فِيهِ الْقِصَاصُ، وَأَخَذَ الْأَرْضَ مِنْهُ فِيمَا فِيهِ الْأَرْضُ وَذَلِكَ إِلَى الْأَوْلِيَاءِ) لِأَنَّهُ لَا حَدٌّ فِي هَذِهِ الْجِنَايَةِ فَظَهَرَ حَقُّ الْعَبْدِ وَهُوَ مَا ذَكَرْنَاهُ فَيَسْتَوْفِيهِ الْوَلِيُّ (وَإِنْ أَخَذَ مَالًا ثُمَّ جَرَحَ قُطِعَتِ يَدُهُ وَرَجُلُهُ وَبَطَلَتِ الْجِرَاحَاتُ) لِأَنَّهُ لَمَّا وَجَبَ الْحَدُّ حَقًّا لِلَّهِ سَقَطَتِ عِصْمَةُ النَّفْسِ حَقًّا لِلْعَبْدِ كَمَا تَسْقُطُ عِصْمَةُ الْمَالِ (وَإِنْ أَخَذَ بَعْدَ مَا تَابَ وَقَدْ قَتَلَ عَمْدًا فَإِنْ شَاءَ الْأَوْلِيَاءُ قَتَلُوهُ وَإِنْ شَاءُوا عَفَوْا عَنْهُ) لِأَنَّ الْحَدَّ فِي هَذِهِ الْجِنَايَةِ لَا يُقَامُ بَعْدَ التَّوْبَةِ لِلِاسْتِثْنَاءِ الْمَذْكُورِ فِي النَّصِّ، وَلِأَنَّ التَّوْبَةَ تَتَوَقَّفُ عَلَى رَدِّ الْمَالِ وَلَا قَطْعَ فِي مِثْلِهِ، فَظَهَرَ حَقُّ الْعَبْدِ فِي النَّفْسِ وَالْمَالِ حَتَّى يَسْتَوْفِيَ الْوَلِيُّ الْقِصَاصَ أَوْ يَعْفُو، وَيَحِبُّ الضَّمَانَ إِذَا هَلَكَ فِي يَدِهِ أَوْ اسْتَهْلَكَهُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِنْ لَمْ يَقْتُلِ الْقَاطِعُ وَلَمْ يَأْخُذْ مَالًا وَقَدْ جَرَحَ) جَعَلَهُ الْإِمَامُ التُّرْتَاشِيُّ حَالَةً خَامِسَةً مِنْ أَحْوَالِ قُطَاعِ الطَّرِيقِ، وَالْمُصَنِّفُ لَمْ يَذْكُرْهُ فِي الْإِجْمَالِ بَلْ قَالَ هِيَ أَرْبَعَةٌ لِأَنَّ مُرَادَ الْمُصَنِّفِ الْأَحْوَالُ الَّتِي يَذُلُّ عَلَيْهَا الْأَجْزِيَةُ الْمَذْكُورَةُ فِي النَّصِّ حَدًّا وَهِيَ أَرْبَعَةٌ كَمَا ذَكَرَهُ. قَوْلُهُ (سَقَطَتِ عِصْمَةُ النَّفْسِ حَقًّا لِلْعَبْدِ كَمَا تَسْقُطُ عِصْمَةُ الْمَالِ) بِنَاءً عَلَى أَنَّ مَا دُونَ النَّفْسِ يَجْرِي مَجْرَى الْأَمْوَالِ فَكَانَ سَقُوطُ الْعِصْمَةِ فِي حَقِّ الْمَالِ سَقُوطَ الْعِصْمَةِ فِي حَقِّ الْجُرْحِ لِأَنَّ مُوجِبَ الْأَرْضِ هُوَ الْمَالُ؛ لِأَنَّهُ لَوْ لَمْ يَسْقُطْ لَصَارَتْ شُبْهَةً فِي وُجُوبِ الْقَطْعِ؛ إِذْ الْجِنَايَةُ وَاحِدَةٌ وَهِيَ قَطْعُ الطَّرِيقِ، فَإِذَا ظَهَرَ حَقُّ الْعَبْدِ عَلِمَ

أَنَّ حَقَّ اللَّهِ لَيْسَ بِمَوْجُودٍ فِيهِ وَقَدْ ظَهَرَ حَقُّ اللَّهِ حَيْثُ وَجَبَ الْقَطْعُ. وَقَوْلُهُ (فَإِنْ شَاءَ الْأَوْلِيَاءُ قَتَلُوهُ) يَعْنِي قِصَاصًا.

وقوله (لِلْإِسْتِثْنَاءِ الْمَذْكُورِ فِي النَّصِّ) يُرِيدُ بِهِ قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ قَبْلِ أَنْ تَقْدِرُوا عَلَيْهِمْ﴾ [المائدة: ٣٤] الآية. وَاعْتَرَضَ بِأَنَّ قَوْلَهُ: ﴿إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا﴾ هَاهُنَا نَظِيرُهُ: ﴿وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ﴾ [النور: ٤، ٥] قِيلَ: هُوَ اسْتِثْنَاءٌ مِنْ قَوْلِهِ: ﴿وَهُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ﴾ إِذْ كُلُّ مِنْهُمَا جُمْلَتَانِ كَامِلَتَانِ عَظُمَتَا عَلَى جُمْلَتَيْنِ كَامِلَتَيْنِ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ قَوْلَهُ: ﴿وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ﴾ [النور: ٤] لَا يَصْلُحُ جَزَاءً، وَقَدْ قَرَّرْتَاهُ فِي التَّقْرِيرِ، بِخِلَافِ قَوْلِهِ: ﴿وَهُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ﴾ وَاعْتَرَضَ أَيْضًا بِأَنَّ التَّوْبَةَ مُتَوَقِّفَةٌ عَلَى أَدَاءِ الْمَالِ أَوَّلًا، فَإِنْ كَانَ الثَّانِي لَا يَسْتَقِيمُ التَّغْلِيلُ بِقَوْلِهِ وَلَآنَ التَّوْبَةَ تَتَوَقَّفُ عَلَى رَدِّ الْمَالِ، وَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ كَانَ الْوَجْهَ الثَّانِي دَاخِلًا فِي الْوَجْهِ الْأَوَّلِ فَلَا يَكُونُ عِلَّةً مُسْتَقِلَّةً، إِذْ لَا يَصِحُّ أَنْ يَكُونَ الشَّيْءُ الْوَاحِدُ جُزْءَ عِلَّةٍ وَعِلَّةً مُسْتَقِلَّةً بِالنِّسْبَةِ إِلَى حُكْمٍ وَاحِدٍ.

وَأُجِيبَ بِأَنَّ بَعْضَ الْمَشَايِخِ ذَهَبُوا إِلَى أَنَّ الْحَدَّ يَسْقُطُ بِنَفْسِ التَّوْبَةِ وَهِيَ الْإِقْلَاعُ فِي الْحَالِ وَالْاجْتِنَابُ فِي الْمَالِ وَالتَّوْبَةُ عَلَى مَا مَضَى وَالْعَزْمُ عَلَى أَنْ لَا يَعُودَ إِلَيْهِ أَبَدًا، وَلَمْ يَجْعَلُوا التَّوْبَةَ بِهَذَا الْمَعْنَى مُتَوَقِّفَةً عَلَى رَدِّ الْمَالِ. وَذَهَبَ بَعْضُهُمْ إِلَى أَنَّ الْحَدَّ لَا يَسْقُطُ مَا لَمْ يَرُدَّ الْمَالُ فَجَعَلُوا الرَّدَّ مِنْ تَمَامِهَا، فَلَمُصَنِّفُ جَمَعَ بَيْنَ قَوْلِي الْمَشَايِخِ مِنْ هَذَا الطَّرِيقِ، ذَكَرَ الْاِخْتِلَافَ الْإِمَامَ الْمُحَقِّقُ فَخَرُ الْإِسْلَامِ فِي مَبْسُوطِهِ. وَقَوْلُهُ (وَلَا قَطْعَ فِي مِثْلِهِ) أَيُّ فِي مِثْلِ مَا إِذَا رَدَّ الْمَالُ إِلَى الْمَالِكِ لِأَنَّ الْخُصُومَةَ تَنْقَطِعُ بِرَدِّ الْمَالِ إِلَيْهِ وَهِيَ شَرْطُ لَوْجُوبِ الْقَطْعِ.

وقوله (فَظَهَرَ حَقُّ الْعَبْدِ) يَعْنِي لَمَّا انْتَفَى حَقُّ الشَّرْعِ وَهُوَ الْقَطْعُ بِإِتْفَاءِ شَرْطِهِ وَهُوَ الْخُصُومَةُ بِرَدِّ الْمَالِ (ظَهَرَ حَقُّ الْعَبْدِ فِي النَّفْسِ وَالْمَالِ حَتَّى يَسْتَوْفِيَ الْوَلِيُّ الْقِصَاصَ أَوْ يَعْفُو) وَقَوْلُهُ (وَيَجِبُ الضَّمَانُ) مَعْطُوفٌ عَلَى قَوْلِهِ حَتَّى يَسْتَوْفِيَ وَلِيُّ الْقِصَاصِ. وَاعْتَرَضَ بِأَنَّ وُجُودَ الضَّمَانِ لِسُقُوطِ الْحَدِّ وَسُقُوطِ الْحَدِّ بِالتَّوْبَةِ وَالتَّوْبَةُ تَتَوَقَّفُ عَلَى رَدِّ الْمَالِ عِنْدَ بَعْضِ الْمَشَايِخِ فَكَيْفَ يُتَصَوَّرُ الْهَلَاكُ أَوْ الْاسْتِهْلَاكُ بَعْدَ الرَّدِّ إِلَى الْمَالِكِ. وَأُجِيبَ بِأَنَّا نَفَرَضُ الْمَسْأَلَةَ فِيمَا إِذَا تَابَ رَدَّ بَعْضُ الْمَالِ بِأَنَّ يَرُدُّ مَالَ بَعْضِ الْمَقْطُوعِ عَلَيْهِمُ الطَّرِيقُ وَاسْتَهْلَكَ مَالَ الْبَعْضِ الْآخَرِ أَوْ هَلَكَ فِي يَدِهِ حَيْثُ نَصَحْتُ تَوْبَتَهُ وَيَجِبُ

الضَّمانُ. وَأَقُولُ: هَذَا إِنَّمَا يَتِمُّ أَنْ لَوْ كَانَتْ التَّوْبَةُ مُتَوَقَّفَةً عَلَى رَدِّ الْمَالِ فِي الْجُمْلَةِ عِنْدَ الْقَائِلِينَ بِذَلِكَ، فَأَمَّا إِذَا كَانَتْ مُتَوَقَّفَةً عَلَى رَدِّ جَمِيعِ الْأَمْوَالِ فَلَا يَتِمُّ، وَيَجُوزُ أَنْ يُقَالَ هَذَا الْوَضْعُ إِنَّمَا هُوَ عَلَى قَوْلِ الْبَعْضِ الْآخَرِ مِنَ الْمَشَائِخِ.

(وَإِنْ كَانَ مِنَ الْقِطَاعِ صَبِيٍّ أَوْ مَجْنُونٍ أَوْ ذُو رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنَ الْمَقْطُوعِ عَلَيْهِ سَقَطَ الْحَدُّ عَنِ الْبَاقِينَ) فَالْمَذْكُورُ فِي الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَزُفَرٍ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ لَوْ بَاشَرَ الْعُقْلَاءُ يُحَدُّ الْبَاقُونَ وَعَلَى هَذَا السَّرِقَةُ الصَّغْرَى. لَهُ أَنْ الْمُبَاشِرَ أَصْلًا، وَالرَّدُّ تَابِعٌ وَلَا خَلَلَ فِي مُبَاشَرَةِ الْعَاقِلِ وَلَا اعْتِبَارَ بِالْخَلَلِ فِي التَّبَعِ، وَفِي عَكْسِهِ يَنْعَكِسُ الْمَعْنَى وَالْحُكْمُ. وَلَهُمَا أَنَّهُ جِنَايَةٌ وَاحِدَةٌ قَامَتْ بِالْكُلِّ، فَإِذَا لَمْ يَقَعْ فِعْلٌ بَعْضُهُمْ مُوجِبًا كَانَ فِعْلُ الْبَاقِينَ بَعْضَ الْعِلَةِ وَبِهِ لَا يَثْبُتُ الْحُكْمُ فَصَارَ كَالْخَاطِئِ مَعَ الْعَامِدِ. وَأَمَّا ذُو الرَّحِمِ الْمَحْرَمِ فَقَدْ قِيلَ تَأْوِيلُهُ إِذَا كَانَ الْمَالُ مُشْتَرَكًا بَيْنَ الْمَقْطُوعِ عَلَيْهِمْ، وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ مُطْلَقٌ لِأَنَّ الْجِنَايَةَ وَاحِدَةً عَلَى مَا ذَكَرْنَاهُ فَالْامْتِنَاعُ فِي حَقِّ الْبَعْضِ يُوجِبُ الْامْتِنَاعَ فِي حَقِّ الْبَاقِينَ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ فِيهِمْ مُسْتَأْمَنٌ؛ لِأَنَّ الْامْتِنَاعَ فِي حَقِّهِ لَخَلَلٍ فِي الْعِصْمَةِ وَهُوَ يَخْصُهُ، أَمَّا هُنَا الْامْتِنَاعُ لَخَلَلٍ فِي الْحِرْزِ، وَالْقَافِلَةُ حِرْزٌ وَاحِدٌ (وَإِذَا سَقَطَ الْحَدُّ صَارَ الْقَتْلُ إِلَى الْأَوْلِيَاءِ) لظُهُورِ حَقِّ الْعَبْدِ عَلَى مَا ذَكَرْنَاهُ (فَإِنْ شَاءُوا قَتَلُوا وَإِنْ شَاءُوا عَفَوْا).

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَفِي عَكْسِهِ يَنْعَكِسُ الْمَعْنَى وَالْحُكْمُ) يَعْنِي إِذَا بَاشَرَ غَيْرُ الْعُقْلَاءِ صَارَ الْخَلَلُ فِي الْأَصْلِ، وَلَهُ الْاعْتِبَارُ فَلَا يَجِبُ الْحَدُّ عَلَى الْكُلِّ. وَقَوْلُهُ (فَصَارَ كَالْخَاطِئِ مَعَ الْعَامِدِ) يَعْنِي إِذَا رَمَى بِسَهْمٍ إِلَى إِنْسَانٍ عَمْدًا وَرَمَاهُ آخَرُ خَطَأً وَأَصَابَهُ السَّهْمَانِ مَعًا وَمَاتَ مِنْهُمَا فَلَا يَجِبُ الْقِصَاصُ عَلَى الْعَامِدِ لِأَنَّ الْفِعْلَ وَاحِدًا فَيَكُونُ فِعْلُ الْخَاطِئِ شُبْهَةً فِي حَقِّ الْعَامِدِ. وَقَوْلُهُ (فَقَدْ قِيلَ تَأْوِيلُهُ) ذَهَبَ أَبُو بَكْرٍ الرَّازِيُّ إِلَى أَنَّ الْمَسْأَلَةَ مَحْمُولَةٌ عَلَى مَا إِذَا كَانَ الْمَالُ مُشْتَرَكًا بَيْنَ الْمَقْطُوعِ عَلَيْهِمْ، وَفِي قِطَاعِ الطَّرِيقِ ذُو رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنْ أَحَدِهِمْ فَإِنَّهُ لَا يَجِبُ الْحَدُّ عَلَى الْبَاقِينَ لِأَنَّ الْمَأْخُودَ شَيْءٌ وَاحِدٌ؛ فَإِذَا امْتَنَعَ عَنْ أَحَدِهِمْ بِسَبَبِ الْقَرَابَةِ امْتَنَعَ عَنِ الْبَاقِينَ، وَأَمَّا إِذَا كَانَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ مَالٌ مُفْرَدٌ فَالْحَدُّ يَجْرِي عَلَيْهِمْ لِأَنَّ الْأَخْذَ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ لَا تَعْلُقُ لَهُ بَعْضُهُ، كَمَا لَوْ سَرَقُوا مِنْ حِرْزِ ذِي الرَّحِمِ الْمَحْرَمِ مِنْ أَحَدِهِمْ مَالًا وَمِنْ حِرْزِ أَجَنِّيٍّ مَالًا آخَرَ،

بِخِلَافِ مَا إِذَا سَرَقُوا مِنْ حِرْزِ ذِي الرَّحِمِ الْمَحْرَمِ مَالَهُ وَمَالَ غَيْرِهِ لِأَنَّ الشُّبْهَةَ هُنَاكَ فِي الْحِرْزِ وَلَا مُعْتَبَرٌ بِالْحِرْزِ فِي قَطْعِ الطَّرِيقِ فَكُلُّ وَاحِدٍ حَافِظٌ لِمَالِهِ (وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ مُطْلَقٌ) أَيْ لَيْسَ بِمُقَيَّدٍ بِكَوْنِ الْمَالِ مُشْتَرَكًا (لِأَنَّ الْجَنَائَةَ وَاحِدَةً عَلَى مَا ذَكَرْتَاهُ) لِأَبِي حَنِيفَةَ وَزَفَرَ (فَالِامْتِنَاعُ فِي حَقِّ الْبَعْضِ يُوجِبُ الْامْتِنَاعَ فِي حَقِّ الْبَاقِينَ) بِخِلَافِ السَّرْقَةِ مِنْ حِرْزٍ ثُمَّ مِنْ حِرْزٍ آخَرَ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنَ الْفِعْلَيْنِ يَنْفَصِلُ عَنِ الْآخَرِ حَقِيقَةً وَحُكْمًا.

وَقَوْلُهُ (بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ فِيهِمْ مُسْتَأْمَنٌ) جَوَابُ سُؤَالِ تَقْدِيرِهِ قَطْعُ الطَّرِيقِ عَلَى الْمُسْتَأْمَنِ لَا يُوجِبُ الْحَدَّ كَالْقَطْعِ عَلَى ذِي الرَّحِمِ الْمَحْرَمِ، ثُمَّ وَجُودُ هَذَا فِي الْقَافِلَةِ يُسْقِطُ الْحَدَّ فَيَنْبَغِي أَنْ يَسْقُطَ وَجُودُ الْمُسْتَأْمَنِ فِيهِمْ أَيْضًا.

وَتَقْرِيرُ الْجَوَابِ (أَنَّ الْامْتِنَاعَ فِي حَقِّ الْمُسْتَأْمَنِ لِحُلُلٍ فِي الْعِصْمَةِ وَهُوَ) أَيْ الْحُلُلُ (يَخُصُّ الْمُسْتَأْمَنَ) فَلَا يَصِيرُ شُبْهَةً لِأَنَّ الشُّبْهَةَ فِي غَيْرِ الْحِرْزِ لَا تُؤَثِّرُ فِي الَّذِي لَا شُبْهَةَ فِيهِ كَمَا إِذَا سَرَقَ الْحَمْرَ وَعَشْرَةَ دَرَاهِمَ، وَأَمَّا وَجُودُ ذِي الرَّحِمِ الْمَحْرَمِ مِنْ قُطَاعِ الطَّرِيقِ فَيُورِثُ شُبْهَةً فِي الْحِرْزِ؛ لِأَنَّ الْقَافِلَةَ بِمَنْزِلَةِ بَيْتٍ وَاحِدٍ فَكَانَ هَذَا كَقَرِيبِ سَرَقَ مَالِ الْقَرِيبِ وَمَالَ الْأَجَنَبِيِّ مِنْ بَيْتِ الْقَرِيبِ فَإِنَّهُ لَا يُقْطَعُ لِشُبْهَةِ تَمَكُّنَتْ فِي الْحِرْزِ. (وَإِذَا قُطِعَ بَعْضُ الْقَافِلَةِ الطَّرِيقِ عَلَى الْبَعْضِ لَمْ يَجِبْ الْحَدُّ) لِأَنَّ الْحِرْزَ وَاحِدًا فَصَارَتِ الْقَافِلَةُ كَذَارٍ وَاحِدَةٍ.

(وَمَنْ قَطَعَ الطَّرِيقَ لَيْلًا أَوْ نَهَارًا فِي الْمِصْرِ أَوْ بَيْنَ الْكُوفَةِ وَالْحِيرَةِ فَلَيْسَ بِقَاطِعِ الطَّرِيقِ) اسْتِحْسَانًا. وَفِي الْقِيَاسِ يَكُونُ قَاطِعَ الطَّرِيقِ وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ لَوْجُودِهِ حَقِيقَةً. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يَجِبُ الْحَدُّ إِذَا كَانَ خَارِجَ الْمِصْرِ إِنْ كَانَ بِقُرْبِهِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَلْحَقُهُ الْغَوْتُ. وَعَنْهُ إِنْ قَاتَلُوا نَهَارًا بِالسَّلَاحِ أَوْ لَيْلًا بِهِ أَوْ بِالخَسْبِ فَهُمْ قَاطِعُ الطَّرِيقِ لِأَنَّ السَّلَاحَ لَا يَلْبَثُ وَالْغَوْتُ يَبْطِئُ بِاللَّيَالِي، وَتَحْنُ نَقُولُ: إِنْ قَطَعَ الطَّرِيقَ بِقُطْعِ الْمَارَةِ وَلَا يَتَحَقَّقُ ذَلِكَ فِي الْمِصْرِ وَيَقْرُبُ مِنْهُ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ لِحُقُوقِ الْغَوْتُ، إِلَّا أَنَّهُمْ يُؤْخَذُونَ بِرَدِّ الْمَالِ أَيْضًا لَا لِلْحَقِّ إِلَى الْمُسْتَحَقِّ، وَيُؤَدَّبُونَ وَيُحْبَسُونَ لَارْتِكَابِهِمُ الْجَنَائَةَ، وَلَوْ قَتَلُوا فَلَا أَمْرَ فِيهِ إِلَى الْأَوْلِيَاءِ لَمَّا بَيَّنَّا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ قَطَعَ الطَّرِيقَ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (وَلَا يَتَحَقَّقُ ذَلِكَ فِي الْمِصْرِ وَبِقُرْبِ

منه) قَدَرُ الْبُعْدِ بَيْنَ الْمِصْرَيْنِ وَبَيْنَ الْقُطَاعِ مَسِيرَةُ سَفَرٍ فِي ظَاهِرِ الرَّوَايَةِ. وَقَوْلُهُ (لَمَّا بَيْنَا) إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ لظُهُورِ حَقِّ الْعَبْدِ.

(وَمَنْ خَنَقَ رَجُلًا حَتَّى قَتَلَهُ فَالْدِيَّةُ عَلَى عَاقِلَتِهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ) وَهِيَ مَسْأَلَةُ الْقَتْلِ بِالْمَثْقَلِ، وَسُئِبِيْنُ فِي بَابِ الدِّيَّاتِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى (وَإِنْ خَنَقَ فِي الْمِصْرِ غَيْرَ مَرَّةٍ قُتِلَ بِهِ)؛ لِأَنَّهُ صَارَ سَاعِيًا فِي الْأَرْضِ بِالْفَسَادِ فَيُدْفَعُ شَرُّهُ بِالْقَتْلِ، وَاللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ خَنَقَ رَجُلًا) بِالتَّخْفِيفِ مِنْ خَنَقَهُ إِذَا عَصَرَ حَلَقَهُ، وَالْخِنَاقُ فَاعِلُهُ وَمَصْدَرُهُ الْخِنَقُ بِكَسْرِ التَّوْنِ وَلَا يُقَالُ بِالسُّكُونِ، كَذَا عَنْ الْفَارَابِيِّ.

كِتَابُ السَّيْرِ

السَّيْرُ جَمْعُ سَيْرَةٍ، وَهِيَ الطَّرِيقَةُ فِي الْأُمُورِ، وَفِي الشَّرْعِ تَخْتَصُّ بِسَيْرِ النَّبِيِّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ فِي مَغَازِيهِ.

الشرح:

كِتَابُ السَّيْرِ

قَدَّمَ الْحُدُودَ عَلَى السَّيْرِ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا حَسَنٌ لِمَعْنَى فِي غَيْرِهِ، وَذَلِكَ الْغَيْرُ يَتَأَدَّى بِفِعْلِ الْمَأْمُورِ بِهِ إِلَّا أَنَّ الْحُدُودَ مُعَامَلَةٌ مَعَ الْمُسْلِمِينَ غَالِبًا أَوْ عَلَى الْخُصُوصِ فِي حَدِّ الشُّرْبِ. وَفِي السَّيْرِ الْمُعَامَلَةُ مَعَ الْكُفَّارِ وَتَقْدِيمُ مَا بِالْمُسْلِمِينَ أُولَى (وَالسَّيْرُ جَمْعُ سَيْرَةٍ) وَهِيَ فِعْلَةٌ مِنَ السَّيْرِ (وَهِيَ الطَّرِيقَةُ فِي الْأُمُورِ. وَفِي الشَّرْعِ تَخْتَصُّ بِسَيْرِ النَّبِيِّ ﷺ فِي مَغَازِيهِ) قَالَ فِي الْمَغْرِبِ: أَصْلُ السَّيْرِ حَالَةُ السَّيْرِ، إِلَّا أَنَّهَا غَلَبَتْ فِي لِسَانِ الشَّرْعِ عَلَى أُمُورِ الْمَغَازِي وَمَا يَتَعَلَّقُ بِهَا كَالْمَنَاسِكِ عَلَى أُمُورِ الْحَجِّ، وَالْمَغَازِي جَمْعُ الْمَغْرَاةِ مِنْ غَزَوَاتِ الْعَدُوِّ قَصَدَتْهُ لِلْقِتَالِ، وَهِيَ الْغَزْوَةُ وَالْغُرَاةُ وَالْمَغْرَاةُ.

قَالَ (الْجِهَادُ فَرَضٌ عَلَى الْكِفَايَةِ إِذَا قَامَ بِهِ فَرِيقٌ مِنَ النَّاسِ سَقَطَ عَنِ الْبَاقِينَ) أَمَّا الْفَرْضِيَّةُ فَلَقَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿فَاقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ﴾ [التوبة: ٥] وَلَقَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «الْجِهَادُ مَاضٍ إِلَى يَوْمِ الْقِيَامَةِ»^(١) وَأَرَادَ بِهِ فَرَضًا بَاقِيًا، وَهُوَ فَرَضٌ عَلَى الْكِفَايَةِ؛ لِأَنَّهُ مَا فَرَضَ لَعَيْنِهِ إِذْ هُوَ أَهْسَادُ فِي نَفْسِهِ، وَإِنَّمَا فَرَضَ لِإِعْزَازِ دِينِ اللَّهِ وَدَفْعِ الشَّرِّ عَنِ الْعِبَادِ، فَإِذَا حَصَلَ الْمَقْصُودُ بِالْبَعْضِ سَقَطَ عَنِ الْبَاقِينَ كَصَلَاةِ الْجَنَازَةِ وَرَدِّ السَّلَامِ (فَإِنْ لَمْ يَقُمْ بِهِ أَحَدٌ أَتَمَّ جَمِيعُ النَّاسِ بِتَرْكِهِ) لِأَنَّ الْوُجُوبَ عَلَى الْكُلِّ، وَلَئِنْ فِي اشْتِفَالِ الْكُلِّ بِهِ قَطَعَ مَادَّةُ الْجِهَادِ مِنَ الْكُرَاعِ وَالسَّلَاحِ فَيَجِبُ عَلَى الْكِفَايَةِ (إِلَّا أَنْ يَكُونَ النِّفِيرُ عَامًا) فَحِينَئِذٍ يَصِيرُ مِنْ فُرُوضِ الْأَعْيَانِ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿أَنْفِرُوا خِفَافًا وَثِقَالًا﴾ [التوبة: ٤١] الْآيَةُ.

وَقَالَ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ: الْجِهَادُ وَاجِبٌ إِلَّا أَنَّ الْمُسْلِمِينَ فِي سَعَةٍ حَتَّى يُحْتَاجَ إِلَيْهِمْ، فَأَوَّلُ هَذَا الْكَلَامِ إِشَارَةٌ إِلَى الْوُجُوبِ عَلَى الْكِفَايَةِ وَآخِرُهُ إِلَى النِّفِيرِ الْعَامِ، وَهَذَا لِأَنَّ الْمَقْصُودَ عِنْدَ ذَلِكَ لَا يَتَحَصَّلُ إِلَّا بِإِقَامَةِ الْكُلِّ فَيُفْتَرَضُ عَلَى الْكُلِّ (وَقِتَالُ الْكُفَّارِ وَاجِبٌ) وَإِنْ لَمْ يَبْدَعُوا لِلْعُمُومَاتِ.

(١) أخرجه أبو داود (٢٥٣٢)، وانظر نصب الراية (٥٨٢/٣).

الشرح:

قَالَ (الْجِهَادُ فَرَضٌ عَلَى الْكِفَايَةِ) قِيلَ: الْجِهَادُ هُوَ الدُّعَاءُ إِلَى الدِّينِ الْحَقِّ وَالْقِتَالُ مَعَ مَنْ امْتَنَعَ عَنِ الْقَبُولِ بِالنَّفْسِ وَالْمَالِ. وَسَبَبُهُ كَوْنُ الْكُفَّارِ حَرْبًا عَلَيْنَا، وَهُوَ فَرَضٌ كِفَايَةٌ (إِذَا قَامَ بِهِ فَرِيقٌ مِنَ النَّاسِ سَقَطَ عَنِ الْبَاقِينَ. أَمَّا الْفَرَضِيَّةُ فَلَقَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿فَاقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ﴾ [التوبة: ٥]) وَهُوَ دَلِيلٌ قَطْعِيٌّ فِيْفِيدُ الْفَرَضِيَّةَ وَلَقَوْلُهُ ﷺ: «الْجِهَادُ مَاضٍ إِلَى يَوْمِ الْقِيَامَةِ» أَيُّ نَافِذٌ، مِنْ مَضَى فِي الْأَرْضِ مُضِيًّا إِذَا نَفَذَ. فَإِنْ قِيلَ: كَيْفَ يَصِحُّ التَّمَسُّكُ عَلَى دَعْوَى الْفَرَضِيَّةِ بِخَبَرِ الْوَاحِدِ.

أُجِيبَ بِأَنَّ خَبَرَ الْوَاحِدِ إِذَا تَأَيَّدَ بِالْحُجَّةِ الْقَطْعِيَّةِ صَحَّ إِضَافَةُ الْفَرَضِيَّةِ إِلَيْهِ، وَهَاهُنَا تَأَيَّدَ هَذَا الْحَدِيثُ بِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿فَاقْتُلُوا﴾ وَبِالْإِجْمَاعِ، وَفِيهِ نَظَرٌ لَأَنَّا لَا نُسَلِّمُ أَنَّهُ إِذَا تَأَيَّدَ بِالْقَطْعِيِّ أَفَادَ الْفَرَضِيَّةَ، فَإِنَّ الْفَرَضِيَّةَ حَيْثُ تَكُونُ ثَابِتَةً بِذَلِكَ الْقَطْعِيِّ لَا بِخَبَرِ الْوَاحِدِ. وَيُمْكِنُ أَنْ يُقَالَ: الْخَبَرُ لَمْ يَذْكُرْهُ لِلدَّلَالَةِ عَلَى الْفَرَضِيَّةِ بَلْ لِيَبَانَ دَوَامُهُ وَبَقَائُهُ إِلَى يَوْمِ الْقِيَامَةِ؛ فَإِنَّ الدَّلَائِلَ الْقَطْعِيَّةَ فِي الْبَابِ لَيْسَ فِيهَا مَا يَدُلُّ عَلَى ذَلِكَ، وَخَبَرُ الْوَاحِدِ جَازٍ أَنْ يَكُونَ بَيِّنًا لَمَّا احْتَمَلَهُ النَّصُّ (وَأَمَّا كَوْنُهُ فَرَضًا عَلَى الْكِفَايَةِ فَلَاغُهُ مَا فَرَضَ لَعَيْنِهِ لَكُونِهِ إِفْسَادًا فِي نَفْسِهِ) بِتَخْرِيبِ الْبِلَادِ وَإِفْنَاءِ الْعِبَادِ، لَكِنْ (لَا غَرَارَ دِينَ اللَّهِ وَدَفْعَ الشَّرِّ عَنِ الْعِبَادِ فَإِذَا حَصَلَ الْمَقْصُودُ بِالْبَعْضِ سَقَطَ عَنِ الْبَاقِينَ كَصَلَاةِ الْجَنَازَةِ وَرَدُّ السَّلَامِ) وَالْمُرَادُ بِكُرَاعِ الْخَيْلِ. وَقَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿أَنْفِرُوا خِفَافًا وَثِقَالًا﴾ [التوبة: ٤١] أَيُّ رُكْبَانًا وَمُشَانَةً أَوْ شُبَّانًا وَشَيْوِخًا أَوْ مَهَازِيلَ وَسِمَانًا أَوْ صِحَاحًا وَمَرَاضًا.

وَاعْتَرَضَ بِأَنَّ قَوْلَهُ تَعَالَى: ﴿أَنْفِرُوا خِفَافًا وَثِقَالًا﴾ عَامٌّ فَمَا وَجْهَ تَقْيِيدِهِ بِالتَّنْفِيرِ الْعَامِّ. وَأُجِيبَ بِأَنَّهُ رَفَعَ الْحَرَجَ؛ وَلِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ كَانَ يَخْرُجُ مَعَ تَخْلُفٍ كَثِيرٍ مِنْ أَهْلِ الْمَدِينَةِ، فَعَلِمَ بِذَلِكَ اخْتِصَاصُهُ بِالتَّنْفِيرِ الْعَامِّ، وَلِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَالَ: ﴿لَا يَسْتَوِي الْقَاعِدُونَ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ غَيْرُ أُولِي الضَّرَرِ﴾ [النساء: ٩٥] إِلَى قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَكُلًّا وَعَدَ اللَّهُ الْحُسْنَى﴾ [النساء: ٩٥] وَجْهَ الاستِدْلَالِ أَنَّ اللَّهَ تَعَالَى وَعَدَ الْقَاعِدِينَ عَنِ الْجِهَادِ الْحُسْنَى، وَلَوْ كَانَ الْجِهَادُ فَرَضَ عَيْنٍ لَاسْتَحَقَّ الْقَاعِدُ الْوَعْدَ لَا الْوَعْدَ. ثُمَّ الْجِهَادُ يَصِيرُ فَرَضَ عَيْنٍ عِنْدَ التَّنْفِيرِ الْعَامِّ عَلَى مَنْ يَقْرَبُ مِنَ الْعَدُوِّ وَهُوَ يَقْدَرُ عَلَيْهِ، وَأَمَّا مَنْ وَرَاءَهُمْ فَلَا يَكُونُ فَرَضًا عَلَيْهِمْ إِلَّا إِذَا أُحْصِيَ إِلَيْهِمْ، إِمَّا لِعَجْزِ الْقَرِيبِ عَنِ الْمُقَاوَمَةِ مَعَ الْعَدُوِّ، وَإِمَّا

للتَّكَاثُلِ فَحِينَئِذٍ يُفْرَضُ عَلَى مَنْ يَلِيهِمْ ثُمَّ وَثُمَّ إِلَى أَنْ يُفْتَرَضَ عَلَى جَمِيعِ أَهْلِ الْإِسْلَامِ شَرْقًا وَغَرْبًا عَلَى هَذَا التَّدْرِيجِ.

وَقَوْلُهُ (فَأَوَّلُ هَذَا الْكَلَامِ إِشَارَةٌ إِلَى الْوُجُوبِ عَلَى الْكُفَايَةِ) أَرَادَ بِالْأَوَّلِ قَوْلَهُ رَحِمَهُ اللَّهُ: الْجِهَادُ وَاجِبٌ، إِلَّا أَنَّ الْمُسْلِمِينَ فِي سَعَةٍ، إِذِ الْاسْتِثْنَاءُ تَكَلَّمَ بِالْبَاقِي بَعْدَ الثَّنِيَّا فَكَانَ فِي مَحْمُوعِ الْمُسْتَثْنَى وَالْمُسْتَثْنَى مِنْهُ إِشَارَةٌ إِلَى ذَلِكَ (وَأُخْرَى) وَهُوَ قَوْلُهُ حَتَّى يَحْتَاجَ إِلَيْهِمْ إِلَى التَّنْفِيرِ الْعَامِّ. قَالَ (وَقَتَالُ الْكُفَّارِ الَّذِينَ امْتَنَعُوا عَنِ الْإِسْلَامِ وَأَذَاءِ الْجُزْئِيَةِ (وَاجِبٌ وَإِنْ لَمْ يَبْدُءُوا بِالْقِتَالِ لِلْعُمُومَاتِ) الْوَارِدَةِ فِي ذَلِكَ كَقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿فَاقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ﴾ [التوبة: ٥] ﴿وَقَتِلُوهُمْ حَتَّى لَا تَكُونَ فِتْنَةٌ﴾ [البقرة: ١٩٣] ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِتَالُ﴾ [البقرة: ٢١٦] وَغَيْرُهَا. فَإِنْ قِيلَ الْعُمُومَاتُ مُعَارَضَةٌ بِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿فَإِنْ قَتَلْتُمُوهُمْ فَاقْتُلُوهُمْ﴾ [البقرة: ١٩١] فَإِنَّهُ يَدُلُّ عَلَى أَنَّ قِتَالَ الْكُفَّارِ إِنَّمَا يَجِبُ إِذَا بَدَءُوا بِالْقِتَالِ. أَجِيبَ بِأَنَّهُ مَنْسُوخٌ، وَيَبْقَى أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ كَانَ فِي الْإِبْتِدَاءِ مَأْمُورًا بِالصَّفْحِ وَالْإِعْرَاضِ عَنِ الْمُشْرِكِينَ بِقَوْلِهِ: ﴿فَأَصْفَحْ الصَّفْحَ الْجَمِيلَ﴾ [الحجر: ٨٥] ﴿وَأَعْرِضْ عَنِ الْمُشْرِكِينَ﴾ [الأنعام: ١٠٦] ثُمَّ أُمِرَ بِاللُّدْعَاءِ إِلَى الدِّينِ بِالْمَوْعِظَةِ وَالْمُجَادَلَةِ بِالْأَخْسَنِ بِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿ادْعُ إِلَى سَبِيلِ رَبِّكَ بِالْحُكْمَةِ﴾ [النحل: ١٢٥] الْآيَةُ ثُمَّ أُذِنَ بِالْقِتَالِ إِذَا كَانَتْ الْبِدَاءَةُ مِنْهُمْ بِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿أُذِنَ لِلَّذِينَ يُقَتِّلُونَ﴾ [الحج: ٣٩] الْآيَةُ، وَبِقَوْلِهِ: ﴿فَإِنْ قَتَلْتُمُوهُمْ فَاقْتُلُوهُمْ﴾ ثُمَّ أُمِرَ بِالْقِتَالِ ابْتِدَاءً فِي بَعْضِ الْأَزْمَانِ بِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿فَإِذَا أَنْسَلَخَ الْأَشْهُرَ الْحُرْمَ فَاقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ﴾ [التوبة: ٥] الْآيَةُ، ثُمَّ أُمِرَ بِالْبِدَاءَةِ بِالْقِتَالِ مُطْلَقًا فِي الْأَزْمَانِ كُلِّهَا وَفِي الْأَمَاكِنِ بِأَسْرِهَا فَقَالَ تَعَالَى: ﴿وَقَتِلُوهُمْ حَتَّى لَا تَكُونَ فِتْنَةٌ﴾ [البقرة: ١٩٣] الْآيَةُ ﴿قَتِلُوا الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَلَا بِالْيَوْمِ الْآخِرِ﴾ [التوبة: ٢٩] الْآيَةُ.

(وَلَا يَجِبُ الْجِهَادُ عَلَى صَبِيٍّ؛ لِأَنَّ الصَّبَا مَظْنَةُ الْمَرْحَمَةِ (وَلَا عَبْدٍ وَلَا امْرَأَةٍ) التَّقَدُّمُ حَقُّ الْمَوْلَى وَالزَّوْجِ (وَلَا أَعْمَى وَلَا مُقْعَدٍ وَلَا أَقْطَعَ لِعَجْزِهِمْ، فَإِنْ هَجَمَ الْعَدُوُّ عَلَى بَلَدٍ وَجَبَ عَلَى جَمِيعِ النَّاسِ الدَّفْعُ تَخْرُجُ الْمَرْأَةُ بِغَيْرِ إِذْنِ زَوْجِهَا وَالْعَبْدُ بِغَيْرِ إِذْنِ الْمَوْلَى) لِأَنَّهُ صَارَ فَرَضَ عَيْنٍ، وَمِلْكُ الْيَمِينِ وَرِقُّ النُّكَاحِ لَا يَظْهَرُ فِي حَقِّ فُرُوضِ الْأَعْيَانِ كَمَا فِي الصَّلَاةِ وَالصَّوْمِ، بِخِلَافِ مَا قَبْلَ التَّنْفِيرِ؛ لِأَنَّ بَغْيَهُمَا مَقْنَعًا فَلَا ضَرُورَةَ إِلَى إِبْطَالِ حَقِّ الْمَوْلَى وَالزَّوْجِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلَا يَجِبُ الْجِهَادُ عَلَى صَبِيٍّ ظَاهِرٌ).

(وَيُكْرَهُ الْجُعْلُ مَا دَامَ لِلْمُسْلِمِينَ فِيَّ) لِأَنَّهُ يُشَبَّهُ الْأَجْرَ، وَلَا ضَرُورَةَ إِلَيْهِ؛ لِأَنَّ مَالَ بَيْتِ الْمَالِ مُعَدٌّ لِنَوَائِبِ الْمُسْلِمِينَ. قَالَ (فَإِذَا لَمْ يَكُنْ فَلَا بَأْسَ بِأَنْ يُقَوِّيَ بَعْضُهُمْ بَعْضًا) لِأَنَّهُ فِيهِ دَفْعُ الضَّرَرِ الْأَعْلَى بِالْحَاقِّ الْأَدْنَى، يُؤَيِّدُهُ «أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَخَذَ دُرُوعًا مِنْ صَفْوَانٍ» ^(١) وَعُمَرُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ كَانَ يُغْزِي الْأَعَزْبَ عَنْ ذِي الْحَلِيزَةِ، وَيُعْطِي الشَّخِصَ فَرَسَ الْقَاعِدِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَيُكْرَهُ الْجُعْلُ مَا دَامَ لِلْمُسْلِمِينَ فِيَّ) أَرَادَ بِالْجُعْلِ مَا يَضْرِبُهُ الْإِمَامُ لِلْغَزَاةِ عَلَى النَّاسِ بِمَا يَتَقَوَّى بِهِ الَّذِينَ يَخْرُجُونَ إِلَى الْجِهَادِ (لَأَنَّهُ يُشَبَّهُ الْأَجْرَةَ) وَحَقِيقَةُ الْأَجْرَةِ حَرَامٌ فَمَا يُشَبَّهُ الْأَجْرَةَ يَكُونُ مَكْرُوهًا. وَقَوْلُهُ (يُغْزِي الْأَعَزْبَ) يُقَالُ اغْزَى الْأَمِيرُ الْجَيْشَ إِذَا بَعَثَهُ إِلَى الْعَدُوِّ، وَيُقَالُ رَجُلٌ عَزَبَ بِالتَّخْرِيكِ لَمَنْ لَا زَوْجَ لَهُ، وَجَاءَ فِي الْحَدِيثِ «وَهُوَ شَابٌّ أَعَزَبٌ» وَالشَّخْصُ الذَّهَابُ مِنْ بَلَدٍ إِلَى بَلَدٍ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

بَابُ كَيْفِيَّةِ الْقِتَالِ

(وَإِذَا دَخَلَ الْمُسْلِمُونَ دَارَ الْحَرْبِ فَحَاصَرُوا مَدِينَةً أَوْ حِصْنَ دَعَوْهُمْ إِلَى الْإِسْلَامِ) مَا رَوَى ابْنُ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا «أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ مَا قَاتَلَ قَوْمًا حَتَّى دَعَاهُمْ إِلَى الْإِسْلَامِ» ^(٢) قَالَ (فَإِنْ أَجَابُوا كَفُّوا عَنْ قِتَالِهِمْ) لِحُصُولِ الْمَقْصُودِ، وَقَدْ قَالَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «أَمَرْتُ أَنْ أَقَاتِلَ النَّاسَ حَتَّى يَقُولُوا لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ» ^(٣) الْحَدِيثُ.

(وَإِنْ امْتَنَعُوا دَعَوْهُمْ إِلَى آدَاءِ الْحِزْيَةِ) بِهِ أَمَرَ رَسُولُ اللَّهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَمْرَاءَ الْجِيُوشِ، وَلِأَنَّهُ أَحَدٌ مَا يَنْتَهِي بِهِ الْقِتَالُ عَلَى مَا نَطَقَ بِهِ النَّصُّ، وَهَذَا فِي حَقِّ مَنْ تُقْبَلُ مِنْهُ الْحِزْيَةُ، وَمَنْ لَا تُقْبَلُ مِنْهُ كَالْمُرْتَدِّينَ وَعَبْدَةِ الْأَوْثَانِ مِنَ الْعَرَبِ لَا فَائِدَةَ فِي

(١) أخرجه أبو داود (٣٥٦٢)، والنسائي في الكبرى (٥٧٧٩)، وأحمد (٤٠١/٣)، وانظر نصب الراية (٥٨٣/٣).

(٢) أخرجه أحمد (٢٣١/١، ٢٣٦)، والحاكم (١٥/١)، وانظر نصب الراية (٥٨٤/٣).

(٣) أخرجه البخاري في الزكاة باب ١، ٦٣، ومسلم في الإيمان (٣٣) عن أبي هريرة، وانظر نصب الراية (٥٨٥/٣).

دُعَائِهِمْ إِلَى قَبُولِ الْجِزْيَةِ لِأَنَّهُ لَا يَقْبَلُ مِنْهُمْ إِلَّا الْإِسْلَامُ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿تَقْتُلُونَهُمْ أَوْ يَسْلُمُونَ﴾ [الفتح: ١٦] (فَإِنْ بَذَلُوهَا فَلَهُمْ مَا لِلْمُسْلِمِينَ وَعَلَيْهِمْ مَا عَلَى الْمُسْلِمِينَ) لِقَوْلِ عَلِيِّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: إِنَّمَا بَذَلُوا الْجِزْيَةَ لِيَكُونَ دِمَاؤُهُمْ كَدِمَانِنَا وَأَمْوَالُهُمْ كَأَمْوَالِنَا، وَالْمُرَادُ بِالْبَدَلِ الْقَبُولُ وَكَذَا الْمُرَادُ بِالْإِعْطَاءِ الْمَذْكُورِ فِيهِ فِي الْقُرْآنِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ

الشرح:

(بَابُ كَيْفِيَّةِ الْقِتَالِ): لَمَّا كَانَ الْأَمْرُ الْأَوَّلُ مِنْ بَابِ الْجِهَادِ الْقِتَالِ بَدَأَ بَيَانِ كَيْفِيَّتِهِ وَالْمَدِينَةُ مَعْرُوفَةٌ وَالْحِصْنُ بِكَسْرِ الْحَاءِ كُلُّ مَكَانٍ مَحْمِيٍّ مُحَرَّرٍ لَا يَتَوَصَّلُ إِلَى مَا فِي جَوْفِهِ فَالْمَدِينَةُ أَكْبَرُ مِنَ الْحِصْنِ (قَوْلُهُ دَعَوْهُمْ إِلَى الْإِسْلَامِ) قِيلَ: لَا يَخْلُو مِنْ أَنْ يُقَاتِلُوا قَوْمًا بَلَّغَتْهُمْ الدَّعْوَةُ أَوْ لَمْ تَبْلُغْهُمْ، فَإِنْ كَانَ الثَّانِي لَا يَحِلُّ الْقِتَالُ حَتَّى يُدْعَوْا لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّى نَبْعَثَ رَسُولًا﴾ [الإسراء: ١٥] وَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ فَلَا فَضْلَ ذَلِكَ، «وَكَانَ النَّبِيُّ ﷺ إِذَا قَاتَلَ قَوْمًا مِنَ الْمُشْرِكِينَ دَعَاهُمْ إِلَى الْإِسْلَامِ ثُمَّ اشْتَغَلَ بِالصَّلَاةِ، وَإِذَا فَرَغَ جَدَّدَ الدَّعْوَةَ ثُمَّ شَرَعَ فِي الْقِتَالِ». وَقَوْلُهُ (كَفُّوا عَنْ قِتَالِهِمْ) أَيِ امْتَنَعُوا عَنْ قِتَالِهِمْ أَوْ مَنَعُوا أَنْفُسَهُمْ عَنْهُ فَكَفَّ لَازِمٌ وَمَتَّعَدٌ. وَقَوْلُهُ (عَلَى مَا نَطَقَ بِهِ النَّصُّ) يُرِيدُ قَوْلَهُ تَعَالَى: ﴿قَاتِلُوا الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ﴾ [التوبة: ٢٩] إِلَى قَوْلِهِ: ﴿حَتَّى يُعْطُوا الْجِزْيَةَ﴾ [التوبة: ٢٩] (قَوْلُهُ وَهَذَا فِي حَقِّ مَنْ تُقْبَلُ مِنْهُ الْجِزْيَةُ) ظَاهِرٌ. (وَلَا يَجُوزُ أَنْ يُقَاتَلَ مَنْ لَمْ تَبْلُغْهُ الدَّعْوَةُ إِلَى الْإِسْلَامِ إِلَّا أَنْ يَدْعُوهُ) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ فِي وَصِيَّتِهِ أَمْرَاءَ الْأَجْنَادِ «فَادْعُهُمْ إِلَى شَهَادَةِ أَنْ لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ»^(١) وَلَأْتَهُمْ بِالْدَّعْوَةِ يَعْلَمُونَ أَنَّا نُقَاتِلُهُمْ عَلَى الدِّينِ لَا عَلَى سَلْبِ الْأَمْوَالِ وَسَبِي الدَّرَارِيِّ فَلَعَلَّهُمْ يُجِيبُونَ فَتُكْفَى مُؤَنَةُ الْقِتَالِ، وَلَوْ قَاتَلَهُمْ قَبْلَ الدَّعْوَةِ أَثِمَ لِلنَّهْيِ، وَلَا غَرَامَةَ لِعَدَمِ الْعَاصِمِ وَهُوَ الدِّينُ أَوْ الْإِحْرَارُ بِالْأَدَارِ فَصَارَ كَقِتْلِ النِّسْوَانِ وَالصِّبْيَانِ (وَيُسْتَحَبُّ أَنْ يَدْعَوْا مَنْ بَلَّغَتْهُ الدَّعْوَةُ) مُبَالِغَةً فِي الْإِنذَارِ، وَلَا يَجِبُ ذَلِكَ لِأَنَّهُ صَحَّ «أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَغَارَ عَلَى بَنِي الْمُصْطَلِقِ وَهُمْ غَارُونَ». «وَعَهْدَ إِلَى أَسَامَةَ ؓ أَنْ يُغِيرَ عَلَى ابْنَى صَبَاحًا ثُمَّ يُحْرِقَ» وَالْغَارَةُ لَا تَكُونُ بِدَّعْوَةٍ.

(١) أخرجه مسلم في الجهاد (٢) وغيره عن بريدة، وانظر نصب الراية (٣/٥٨٧).

قَالَ (فَإِنْ أَبَوَا ذَلِكَ اسْتَعَاثُوا بِاللَّهِ عَلَيْهِمْ وَحَارَبُوهُمْ) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ فِي حَدِيثِ سُلَيْمَانَ بْنِ بُرَيْدَةَ «فَإِنْ أَبَوَا ذَلِكَ فَادْعُهُمْ إِلَى إِعْطَاءِ الْجِزْيَةِ، إِلَى أَنْ قَالَ: فَإِنْ أَبَوْهَا فَاسْتَعِنَ بِاللَّهِ عَلَيْهِمْ وَقَاتِلَهُمْ»^(١) وَلَأَنَّهُ تَعَالَى هُوَ النَّاصِرُ لِأَوْلِيَائِهِ وَالْمُدْمِرُ عَلَى أَعْدَائِهِ فَيُسْتَعَانُ بِهِ فِي كُلِّ الْأُمُورِ. قَالَ (وَنَصَبُوا عَلَيْهِمُ الْمَجَانِقَ) كَمَا نَصَبَ رَسُولُ اللَّهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ عَلَى الطَّائِفِ^(٢) (وَحَرَقُوهُمْ) لَأَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَحْرَقَ الْبُيُوتَ^(٣). قَالَ (وَأَرْسَلُوا عَلَيْهِمُ الْمَاءَ وَقَطَعُوا أَشْجَارَهُمْ وَأَفْسَدُوا زُرُوعَهُمْ) لَأَنَّ فِي جَمِيعِ ذَلِكَ إِنْجَاقَ الْكَبْتِ وَالْفَيْضِ بِهِمْ وَكَسْرَةَ شَوْكَتِهِمْ وَتَفْرِيقَ جَمْعِهِمْ فَيَكُونُ مَشْرُوعًا، (وَلَا بَأْسَ بِرَمِيهِمْ، وَإِنْ كَانَ فِيهِمْ مُسْلِمٌ أَسِيرٌ أَوْ تَاجِرٌ) لَأَنَّ فِي الرَّمْيِ دَفْعَ الضَّرَرِ الْعَامِّ بِالذَّبِّ عَنِ بَيْضَةِ الْإِسْلَامِ، وَقَتْلَ الْأَسِيرِ وَالتَّاجِرِ ضَرَرَ خَاصٍّ، وَلَأَنَّهُ قَلَمًا يَخْلُوحِصْنُ عَنِ مُسْلِمٍ، فَلَوْ امْتَنَعَ بِاعْتِبَارِهِ لَانْسَدَّ بَابُهُ (وَإِنْ تَتَرَسَّوْا بِصِبْيَانِ الْمُسْلِمِينَ أَوْ بِالْأَسَارَى لَمْ يَكْفُوا عَنْ رَمِيهِمْ) لَمَّا بَيَّنَّاهُ (وَيَقْصِدُونَ بِالرَّمْيِ الْكُفَّارَ) لَأَنَّهُ إِنْ تَعَذَّرَ التَّمْيِيزُ فِعْلًا فَلَقَدْ أَمَكِنَ قَصْدًا، وَالطَّاعَةَ بِحَسَبِ الطَّاقَةِ، وَمَا أَصَابُوهُ مِنْهُمْ لَا دِيَّةَ عَلَيْهِمْ وَلَا كَفَّارَةَ لَأَنَّ الْجِهَادَ فَرْضٌ وَالْغَرَامَاتُ لَا تُقَرَّنُ بِالْفُرُوضِ. بِخِلَافِ حَالَةِ الْمَخْمَصَةِ لَأَنَّهُ لَا يُمْتَنَعُ مَخَافَةَ الضَّمَانِ لَمَّا فِيهِ مِنْ إِحْيَاءِ نَفْسِهِ. أَمَّا الْجِهَادُ فَمَبْنِيٌّ عَلَى إِتْلَافِ النَّفْسِ فَيُمْتَنَعُ حِذَارَ الضَّمَانِ

الشرح:

(قَوْلُهُ فَتُكْفَى) بِالتَّوْنِ عَلَى بِنَاءِ الْمَفْعُولِ مُؤَنَّةُ الْقِتَالِ يَنْصَبُ مُؤَنَّةٌ عَلَى الْمَفْعُولِ الثَّانِي (قَوْلُهُ لِلنَّهْيِ) إِشَارَةٌ إِلَى مَا رُوِيَ «أَنَّهُ ﷺ بَعَثَ عَلِيًّا فِي سَرِيَّةٍ، وَقَالَ: لَا تُقَاتِلُوهُمْ حَتَّى تَدْعُوهُمْ إِلَى الْإِسْلَامِ». وَقَوْلُهُ (لَعَدَمِ الْعَاصِمِ) أَيُّ الْمَوْجِبِ لِلْغَرَامَةِ (وَهُوَ الدِّينُ) عَلَى مَذْهَبِ الشَّافِعِيِّ (أَوْ الْإِخْرَازُ بِالذَّارِ) عَلَى مَذْهَبِنَا. وَقَوْلُهُ (مُبَالِغَةٌ فِي الْإِنْذَارِ) «لَأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ كَانَ إِذَا قَاتَلَ قَوْمًا مِنَ الْمُشْرِكِينَ دَعَا ثُمَّ اشْتَغَلَ بِالصَّلَاةِ ثُمَّ عَادَ

(١) سبق تخريجه.

(٢) أخرجه الترمذي في الأدب باب ١٧، وانظر نصب الراية (٣/٥٨٩).

(٣) أخرجه البخاري في المغازي باب ١٤، ومسلم في الجهاد (٢٩، ٣٠)، وانظر نصب الراية

(٣/٥٩٠).

بَعْدَ الْفَرَاغِ جَدَّدَ الدَّعْوَةَ وَقَدْ قَدَّمْنَاهُ.

وَقَوْلُهُ (أَغَارَ عَلَى بَنِي الْمُصْطَلِقِ) أَيِ أَخْرَجَهُمْ مِنْ خِبَائِهِمْ بِهُجُومِهِ عَلَيْهِمْ (وَهُمْ غَارُونَ) أَيِ غَافِلُونَ. وَأَبْنَى عَلَى وَزْنِ حُبْلَى مَوْضِعُ بِالشَّامِ، وَقِيلَ اسْمُ قَبِيلَةٍ (وَالْغَارَةُ لَا تَكُونُ بَدْعُوهَ) لِأَنَّ فِيهَا سَتَرَ الْأَمْرِ وَالْإِسْرَاعَ، لِأَنَّهَا اسْمُ مَصْدَرٍ لِلْإِغَارَةِ الَّتِي هِيَ مَصْدَرُ أَغَارَ الثَّغْلَبُ أَوْ الْفَرَسُ إِغَارَةً وَغَارَةً: إِذَا أَسْرَعَ فِي الْعَدُوِّ. وَقَوْلُهُ (الْبُؤْيُورَةُ) عَلَى وَزْنِ الدَّوْيَرَةِ مُصَعَّرُ الدَّارِ وَالْكَبْتُ هُوَ الذَّلُّ وَالْهَوَانُ.

وَقَوْلُهُ (وَإِنْ كَانَ فِيهِمْ أَسِيرٌ مُسْلِمٌ أَوْ تَاجِرٌ) رُدُّ لَمَّا قَالَهُ الْحَسَنُ بْنُ زِيَادٍ أَنَّهُ إِذَا عَلِمَ أَنَّ فِيهِمْ مُسْلِمًا وَأَنَّهُ يَتْلَفُ بِهَذَا الصَّنْعِ لَمْ يَحِلَّ لَهُ ذَلِكَ لِأَنَّ الْإِقْدَامَ عَلَى قَتْلِ الْمُسْلِمِ حَرَامٌ وَتَرْكُ قَتْلِ الْكَافِرِ جَائِزٌ؛ أَلَا يُرَى أَنَّ لِلْإِمَامِ أَنْ لَا يَقْتُلَ الْأَسَارَى لِمَنْفَعَةِ الْمُسْلِمِينَ فَكَانَ مَرَاعَاةُ جَانِبِ الْمُسْلِمِ أَوَّلَى مِنْ هَذَا الْوَجْهِ (وَقُلْنَا فِي رَمِيهِمْ دَفْعُ الضَّرَرِ الْعَامِّ بِالذَّبِّ عَنْ بَيْضَةِ الْإِسْلَامِ) أَيِ مُحْتَمَعِهِ لِلشَّبْهِ الْمَعْنَوِيِّ بَيْنَهَا وَبَيْنَ بَيْضَةِ النَّعَامَةِ وَغَيْرِهَا، لِأَنَّ الْبَيْضَةَ مُحْتَمَعُ الْوَلَدِ (وَقَتْلُ الْأَسِيرِ وَالتَّاجِرِ ضَرَرٌ خَاصٌّ) وَإِذَا اجْتَمَعَا يُقَدَّمُ دَفْعُ الضَّرَرِ الْعَامِّ عَلَى الْخَاصِّ (وَلَأَنَّهُ قَلَمًا يَخْلُو حِصْنًا مِنْ حُصُونِهِمْ عَنْ مُسْلِمٍ) أَسِيرٌ أَوْ تَاجِرٌ (فَلَوْ امْتَنَعَ) عَنِ الرَّمْيِ (بِاعْتِبَارِهِ لَا نَسَدًا بِأَبْهَ) أَيِ بَابِ الْجِهَادِ. وَقَوْلُهُ (لَمَّا بَيَّنَّا) إِشَارَةً إِلَى قَوْلِهِ لِأَنَّ فِي الرَّمْيِ دَفْعَ الضَّرَرِ الْعَامِّ إلخ.

وَقَوْلُهُ (وَمَا أَصَابُوهُ مِنْهُمْ لَا دِيَةَ عَلَيْهِمْ وَلَا كَفَّارَةَ) يَعْنِي عِنْدَنَا. وَقَالَ الْحَسَنُ بْنُ زِيَادٍ؛ وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ فِيهِ الدِّيَةُ وَالْكَفَّارَةُ لِأَنَّ هَذَا هُوَ عَيْنُ صُورَةِ قَتْلِ الْخَطَا لِأَنَّهُ يَقْصِدُ بِالرَّمْيِ الْكَافِرَ فَيُصِيبُ الْمُسْلِمَ. وَالْجَوَابُ أَنَّهُ إِذَا كَانَ عَالِمًا بِحَقِيقَةِ حَالِ مَنْ يُصِيبُهُ عِنْدَ الرَّمْيِ لَمْ يَكُنْ فِعْلُهُ خَطَاً بَلْ كَانَ مُبَاحًا مُحْضًا، وَلَا دِيَةَ وَلَا كَفَّارَةَ فِيهِ. وَلَنَا أَنَّ الْجِهَادَ فَرَضٌ وَكُلُّ مَا هُوَ فَرَضٌ (فَالْعَرَامَاتُ لَا تُقَرَّنُ بِهِ) لِأَنَّ الْفَرَضَ مَأْمُورٌ بِهِ لَا مُحَالَةٌ، وَسَبَبُ الْعَرَامَاتِ عُدْوَانٌ مُحْضٌ مِنْهُيَّ عَنْهُ وَيَبْتَنِيهِمَا مُنَافَاةٌ.

فَإِنْ قِيلَ: هَذَا تَعْلِيلٌ فِي مُعَارَضَةِ قَوْلِهِ ﷺ: «لَيْسَ فِي الْإِسْلَامِ دَمٌ مُفْرَجٌ» أَيِ مُهْدَرٌّ، وَالتَّعْلِيلُ فِي مُقَابَلَةِ النَّصِّ بَاطِلٌ. أَجِيبَ بِأَنَّهُ عَامٌّ خَصَّ مِنْهُ الْبُعَاةَ وَقُطَاعَ الطَّرِيقِ فَتَخَصَّ صُورَةُ النَّزَاعِ بِمَا قُلْنَا، وَفِيهِ نَظَرٌ لِأَنَّ الْقِرَانَ شَرْطٌ وَهُوَ مَمْنُوعٌ. وَأَقُولُ: قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «لَيْسَ فِي الْإِسْلَامِ» مَعْنَاهُ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ. وَمَا نَحْنُ فِيهِ لَيْسَ

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلَا بَأْسَ بِإِخْرَاجِ النِّسَاءِ وَالْمَصَاحِفِ) كَلَامُهُ وَاضِحٌ سَوَى مَا نُتِبَهُ عَلَيْهِ. السَّرِيَّةُ عَدَدٌ قَلِيلٌ يَسِيرُونَ بِاللَّيْلِ وَيَكْمُنُونَ بِالنَّهَارِ. وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: أَقْلُ السَّرِيَّةِ مِائَةٌ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ فِي السَّيْرِ الْكَبِيرِ: أَفْضَلُ مَا يُبْعَثُ فِي السَّرِيَّةِ أَدْنَاهُ ثَلَاثَةٌ، وَلَوْ بَعَثَ بِمَا دُونُهُ جَازَ. وَقَالَ الْحَسَنُ بْنُ زِيَادٍ مِنْ قَوْلِ نَفْسِهِ: أَقْلُ السَّرِيَّةِ أَرْبَعُمِائَةٍ، وَأَقْلُ الْجَيْشِ أَرْبَعَةُ آلَافٍ. وَقَوْلُهُ (وَهُوَ التَّأْوِيلُ الصَّحِيحُ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «لَا تُسَافِرُوا بِالْقُرْآنِ فِي أَرْضِ الْعَدُوِّ»)^(١) رَوَاهُ ابْنُ عُمَرَ، وَأَمَّا قَيْدُ التَّأْوِيلِ بِالصَّحِيحِ اخْتِرَازًا عَمَّا قَالَ أَبُو الْحَسَنِ الْقُمِّيُّ: التَّهْيُ كَانَ فِي ابْتِدَاءِ الْإِسْلَامِ عِنْدَ قِلَّةِ الْمَصَاحِفِ، وَكَذَا رُويَ عَنِ الطَّحَاوِيِّ.

(وَلَا تُقَاتِلِ الْمَرْأَةَ إِلَّا بِإِذْنِ زَوْجِهَا وَلَا الْعَبْدَ إِلَّا بِإِذْنِ سَيِّدِهِ) لَمَّا بَيَّنَّا (إِلَّا أَنْ يَهْجُمَ الْعَدُوُّ عَلَى بَلَدٍ لِلضَّرُورَةِ).

الشرح:

وَقَوْلُهُ (لَمَّا بَيَّنَّا) إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ فِي الْبَابِ السَّابِقِ لَتَقْدُمَ حَقُّ الْمَوْلَى وَالزَّوْجِ. وَقَوْلُهُ (إِلَّا أَنْ يَهْجُمَ) اسْتِثْنَاءٌ مِنْ قَوْلِهِ لَا تُقَاتِلْ: يَعْني عِنْدَ الضَّرُورَةِ يُقَاتِلُونَ لِأَنَّ الْجِهَادَ حِينَئِذٍ يَصِيرُ فَرَضَ عَيْنٍ وَلَا يَظْهَرُ حَقُّ الْمَوْلَى وَالزَّوْجِ عِنْدَهُ. وَيَنْبَغِي لِلْمُسْلِمِينَ أَنْ لَا يَغْدِرُوا وَلَا يَغْلُوا وَلَا يَمْتَلُوا لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «لَا تَغْلُوا وَلَا تَغْدِرُوا وَلَا تُمْتَلُوا»^(١) وَالغُلُولُ: السَّرِقَةُ مِنَ الْمَغْنَمِ، وَالْغَدْرُ: الْخِيَانَةُ وَنَقْضُ الْعَهْدِ، وَالْمَثَلَةُ الْمَرْوِيَّةُ فِي قِصَّةِ الْعَرَبِيِّينَ مَنْسُوخَةً بِالنَّهْيِ الْمُتَأَخَّرِ هُوَ الْمَنْقُولُ

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَالْمَثَلَةُ الْمَرْوِيَّةُ) يُقَالُ مَثَّلْتُ بِالرَّجُلِ أُمَثِلُ بِهِ مَثَلًا وَمَثَلَةً إِذَا سَوَّدْتُ وَجْهَهُ أَوْ قَطَعْتُ أَنْفَهُ وَمَا أَشْبَهَ ذَلِكَ، وَقِصَّةُ مَثَلَةِ الْعَرَبِيِّينَ مَشْهُورَةٌ وَقَدْ أُتْسِخَتْ بِالنَّهْيِ الْمُتَأَخَّرِ. رَوَى عِمْرَانُ بْنُ الْحَصَنِ «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ مَا قَامَ فِينَا خَطِيبًا بَعْدَ مَا مَثَّلَ بِالْعَرَبِيِّينَ إِلَّا كَانَ يَحُثُّنَا عَلَى الصَّدَقَةِ وَيَنْهَانَا عَنِ الْمَثَلَةِ» فَتَخْصِيصُهُ بِالذِّكْرِ فِي كُلِّ خُطْبَةٍ دَلِيلٌ عَلَى تَأْكِيدِ الْحُرْمَةِ.

(١) سبق تخريجه في حديث بريدة.

(وَلَا يَقْتُلُوا امْرَأَةً وَلَا صَبِيًّا وَلَا شَيْخًا فَانِيًّا وَلَا مُقْعَدًا وَلَا أَعْمَى) لِأَنَّ الْمُبِيحَ لِلْقَتْلِ عِنْدَنَا هُوَ الْحِرَابُ وَلَا يَتَحَقَّقُ مِنْهُمْ، وَلِهَذَا لَا يُقْتَلُ يَابِسُ الشَّقِّ وَالْمَقْطُوعُ الْيَمْنَى وَالْمَقْطُوعُ يَدُهُ وَرِجْلُهُ مِنْ خِلَافِهِ. وَالشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى عَلَيْهِ يُخَالِفُنَا فِي الشَّيْخِ الْفَانِي وَالْمُقْعَدِ وَالْأَعْمَى لِأَنَّ الْمُبِيحَ عِنْدَهُ الْكُفْرُ وَالْحُجَّةُ عَلَيْهِ مَا بَيَّنَّا، وَقَدْ صَحَّ «أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ نَهَى عَنِ قَتْلِ الصَّبِيَّانِ وَالذَّرَارِيِّ»^(١) «وَحِينَ رَأَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ امْرَأَةً مَقْتُولَةً قَالَتْ: هَاهُ، مَا كَانَتْ هَذِهِ تُقَاتِلُ فَلَمْ تُقَاتِلْ؟»^(٢) قَالَ (إِلَّا أَنْ يَكُونَ أَحَدُهُ هَوْلَاءِ مِمَّنْ لَهُ رَأْيٌ فِي الْحَرْبِ أَوْ تَكُونَ الْمَرْأَةُ مَلَكَةً) لِنَعْدِي ضَرَرَهَا إِلَى الْعِبَادِ، وَكَذَا يُقْتَلُ مَنْ قَاتَلَ مِنْ هَوْلَاءِ دَفْعًا لَشَرِّهِ، وَلِأَنَّ الْقِتَالَ مُبِيحٌ حَقِيقَةً.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلَا شَيْخًا فَانِيًّا) قَالَ فِي الدَّخِيرَةِ: هَذَا الْجَوَابُ فِي الشَّيْخِ الْكَبِيرِ الْفَانِي الَّذِي لَا يَقْدِرُ عَلَى الْقِتَالِ وَلَا عَلَى الصَّبَاحِ عِنْدَ التَّقَاءِ الصَّفِينِ وَلَا يَقْدِرُ عَلَى الْإِحْبَالِ وَلَا يَكُونُ مِنْ أَهْلِ الرَّأْيِ وَالتَّذْيِيرِ، أَمَّا إِذَا كَانَ يَقْدِرُ عَلَى ذَلِكَ يُقْتَلُ لِأَنَّهُ بِقِتَالِهِ مُحَارِبٌ وَبِصَبَاحِهِ مُحَرِّضٌ عَلَى الْقِتَالِ وَبِالْإِحْبَالِ يَكْثُرُ الْمُحَارِبُ، وَقَوْلُهُ (لِأَنَّ الْمُبِيحَ عِنْدَهُ) أَيُّ لِلْقِتَالِ هُوَ (الْكُفْرُ) وَعِنْدَنَا هُوَ الْحِرَابُ. وَقَوْلُهُ (مَا بَيَّنَّا) إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ وَلِهَذَا لَا يُقْتَلُ يَابِسُ الشَّقِّ وَهُوَ الْمَفْلُوجُ. قِيلَ وَالْمُرَادُ بِالذَّرَارِيِّ هُنَا النَّسَاءُ. وَقَوْلُهُ (هَاهُ) كَلِمَةٌ تَنْبِيهِ أُلْحِقَتْ بِآخِرِهَا هَاءُ السَّكْتِ (قَوْلُهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ أَحَدُهُ هَوْلَاءِ مِمَّنْ لَهُ رَأْيٌ فِي الْحَرْبِ) لَمَّا صَحَّ «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَتَلَ ذُرَيْدَ بْنَ الصَّمَّةِ وَكَانَ ابْنُ مِائَةٍ وَعِشْرِينَ سَنَةً» وَفِي رِوَايَةٍ «ابْنُ مِائَةٍ وَسِتِّينَ سَنَةً» لِأَنَّهُ كَانَ صَاحِبَ رَأْيٍ

(وَلَا يُقْتَلُ مَجْنُونًا) لِأَنَّهُ غَيْرُ مُخَاطَبٍ إِلَّا أَنْ يُقَاتَلَ فَيُقْتَلَ دَفْعًا لَشَرِّهِ، غَيْرَ أَنَّ الصَّبِيَّ وَالْمَجْنُونِ يُقْتَلَانِ مَا دَامَا يُقَاتِلَانِ، وَغَيْرُهُمَا لَا بَأْسَ بِقِتَالِهِ بَعْدَ الْأَسْرِ لِأَنَّهُ مِنْ أَهْلِ الْعُقُوبَةِ لَتَوَجُّهِ الْخَطَابِ نَحْوَهُ، وَإِنْ كَانَ يُجَنُّ وَيُفْبِقُ فَهُوَ فِي حَالِ إِفَاقَتِهِ كَالصَّحِيحِ.

(١) أخرجه البخاري في الجهاد باب ١٤٧، ١٤٨، ومسلم في الجهاد (٢٥، ٢٦)، وانظر

نصب الرأية (٥٩٣/٣).

(٢) أخرجه أبو داود (٢٦٦٩)، وأحمد (٤٨٨/٣)، والحاكم (١٢٢/٢)، وانظر نصب الرأية

(٥٩٥/٣).

الشرح:

(قَوْلُهُ فَهُوَ فِي حَالِ إِفَاقَتِهِ كَالصَّحِيحِ) يَعْنِي يُقْتَلُ سَوَاءً قَاتِلٌ أَوْ لَمْ يُقَاتِلْ كَالصَّحِيحِ فَإِنَّهُ يُقْتَلُ وَإِنْ لَمْ يُقَاتِلْ، لَكِنَّهُ إِذَا قَاتِلٌ فِي حَالِ إِفَاقَتِهِ لِأَنَّهُ لَمْ يَمُتْ يُقَاتِلْ وَيُخَاطَبُ.

(وَيُكْرَهُ أَنْ يَبْتَدِيَ الرَّجُلُ أَبَاهُ مِنَ الْمُشْرِكِينَ فَيَقْتُلَهُ) لقوله تعالى: ﴿وَصَاحِبُهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفًا﴾ [القمان: ١٥] ولأنه يجب عليه إحياءه بالإِنْفَاقِ فَيُنَاقِضُهُ الإِطْلَاقُ فِي إِفْئَاتِهِ (فَإِنْ أَدْرَكَهُ امْتَنَعَ عَلَيْهِ حَتَّى يَقْتُلَهُ غَيْرُهُ) لَأَنَّ الْمَقْصُودَ يَحْصُلُ بِغَيْرِهِ مِنْ غَيْرِ اقْتِحَامِهِ الْمَأْتَمِ، وَإِنْ قَصَدَ الْأَبُ قَتْلَهُ بِحَيْثُ لَا يُمَكِّنُهُ دَفْعُهُ إِلَّا بِقَتْلِهِ لَا بَأْسَ بِهِ؛ لَأَنَّ مَقْصُودَهُ الدَّفْعُ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ شَهِرَ الْأَبُ الْمُسْلِمَ سَيْفَهُ عَلَى ابْنِهِ وَلَا يُمَكِّنُهُ دَفْعُهُ إِلَّا بِقَتْلِهِ يَقْتُلُهُ لَمَّا بَيَّنَّا هَذَا أَوَّلَى، وَاللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

الشرح:

(قَوْلُهُ امْتَنَعَ عَلَيْهِ) أَيُّ يَقِفُ عِنْدَهُ وَيُعَالِجُهُ فَيَضْرِبُ قَوَائِمَ فَرَسِهِ وَتَحْوِ ذَلِكَ. وَقَوْلُهُ (لَمَّا بَيَّنَّا) إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ لَأَنَّ مَقْصُودَهُ الدَّفْعُ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

بَابُ الْمَوَادَعَةِ وَمَنْ يَجُوزُ أَمَانُهُ

(وَإِذَا رَأَى الْإِمَامُ أَنَّ يُصَالِحَ أَهْلَ الْحَرْبِ أَوْ فَرِيقًا مِنْهُمْ وَكَانَ ذَلِكَ مَصْلَحَةً لِلْمُسْلِمِينَ فَلَا بَأْسَ بِهِ) لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ جَنَحُوا لِلسَّلَامِ فَاجْنَحْ لَهَا وَتَوَكَّلْ عَلَى اللَّهِ﴾ [الأنفال: ٦١] «وَوَادَعَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَهْلَ مَكَّةَ عَامَ الْحَدِيثِ عَلَى أَنْ يَضَعَ الْحَرْبَ بَيْنَهُ وَبَيْنَهُمْ عَشْرَ سِنِينَ»^(١)، وَلَأَنَّ الْمَوَادَعَةَ جِهَادٌ مَعْنَى إِذَا كَانَ خَيْرًا لِلْمُسْلِمِينَ لَأَنَّ الْمَقْصُودَ وَهُوَ دَفْعُ الشَّرِّ حَاصِلٌ بِهِ، وَلَا يُقْتَصَرُ الْحُكْمُ عَلَى الْمُدَّةِ الْمَرْوِيَةِ لَتَعْدِي الْمَعْنَى إِلَى مَا زَادَ عَلَيْهَا، بِخِلَافِ مَا إِذَا لَمْ يَكُنْ خَيْرًا؛ لِأَنَّهُ تَرَكَ الْجِهَادَ صُورَةً وَمَعْنَى (وَإِنْ صَالَحَهُمْ مُدَّةٌ ثُمَّ رَأَى نَقْضَ الصَّلَاحِ أَنْفَعَ نَبَذَ إِلَيْهِمْ وَقَاتَلَهُمْ) «لَأَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ تَبَذَّ الْمَوَادَعَةَ الَّتِي كَانَتْ بَيْنَهُ وَبَيْنَ أَهْلِ مَكَّةَ»^(٢)، وَلَأَنَّ الْمَصْلَحَةَ لَمَّا تَبَدَّلَتْ كَانَ التَّبَذُّ جِهَادًا وَإِيفَاءُ الْعَهْدِ تَرَكَ الْجِهَادَ صُورَةً وَمَعْنَى، وَلَا بُدَّ مِنَ التَّبَذِّ تَحَرُّزًا عَنِ الْغَدْرِ، وَقَدْ قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ

(١) أخرجه أبو داود (٢٧٦٦)، وانظر نصب الراية (٥٩٦/٣).

(٢) أخرجه البيهقي في دلائل النبوة، وانظر نصب الراية (٥٩٧/٣).

وَالسَّلَامُ: «فِي الْعُهُودِ وَفَاءً لَا غَدْرَ»^(١) وَلَا بُدَّ مِنْ اعْتِبَارِ مُدَّةٍ يَبْلُغُ فِيهَا خَبَرُ النَّبَذِ إِلَى جَمِيعِهِمْ، وَيَكْتَفِي فِي ذَلِكَ بِمُضِيِّ مُدَّةٍ يَتِمَّكُنْ مَلِكُهُمْ بَعْدَ عِلْمِهِ بِالنَّبَذِ مِنْ إِنْفَازِ الْخَبَرِ إِلَى أَطْرَافِ مَمْلَكَتِهِ؛ لِأَنَّ بِذَلِكَ يَنْتَفِي الْغَدْرُ. قَالَ (وَأِنْ بَدَّعُوا بِخِيَانَتِهِ قَاتِلَهُمْ وَلَمْ يُنْبَذْ إِلَيْهِمْ إِذَا كَانَ ذَلِكَ بِاتِّفَاقِهِمْ) لَأَنَّهُمْ صَارُوا نَاقِضِينَ لِلْعَهْدِ فَلَا حَاجَةَ إِلَى نَقْضِهِ بِخِلَافِ مَا إِذَا دَخَلَ جَمَاعَةٌ مِنْهُمْ فَتَقَطَّعُوا الطَّرِيقَ وَلَا مَنَعَةً لَهُمْ حَيْثُ لَا يَكُونُ هَذَا نَقْضًا لِلْعَهْدِ، وَلَوْ كَانَتْ لَهُمْ مَنَعَةٌ وَقَاتَلُوا الْمُسْلِمِينَ عَلَانِيَةً يَكُونُ نَقْضًا لِلْعَهْدِ فِي حَقِّهِمْ دُونَ غَيْرِهِمْ؛ لِأَنَّهُ بَغِيرِ إِذْنِ مَلِكِهِمْ فَفَعَلَهُمْ لَا يُلْزَمُ غَيْرُهُمْ حَتَّى لَوْ كَانَ يَأْذِنُ مَلِكُهُمْ صَارُوا نَاقِضِينَ لِلْعَهْدِ لِأَنَّهُ بِاتِّفَاقِهِمْ مَعْنَى.

الشرح:

(بَابُ الْمَوَادَعَةِ وَمَنْ يَجُوزُ أَمَانُهُ): وَالْمَوَادَعَةُ الْمَصَالِحَةُ، وَسُمِّيَتْ بِهَا لِأَنَّهَا مُتَارَكَةٌ وَهِيَ مِنَ الْوَدْعِ وَهُوَ التَّرْكُ، وَذَكَرَ تَرْكَ الْقِتَالِ بَعْدَ ذِكْرِ الْقِتَالِ ظَاهِرُ الْمُنَاسَبَةِ (قَوْلُهُ وَكَانَ ذَلِكَ مَصْلَحَةً) قِيلَ عَلَيْهِ بِأَنَّ قَوْلَهُ تَعَالَى: ﴿وَإِنْ جَنَحُوا لِلسَّلَامِ﴾ [الأنفال: ٦١] لَيْسَ بِمُقَيَّدٍ بِالْمَصْلَحَةِ فَكَانَ الاسْتِدْلَالُ بِهِ مُخَالَفًا لِلْمُدَّعَى. وَأُجِيبَ بِأَنَّ هَذِهِ الْآيَةَ مَحْمُولَةٌ عَلَى مَا إِذَا كَانَتْ فِي الْمَصَالِحَةِ مَصْلَحَةً لِلْمُسْلِمِينَ بِدَلِيلِ آيَةٍ أُخْرَى وَهِيَ قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿فَلَا تَهِنُوا وَتَدْعُوا إِلَى السَّلَامِ وَأَنْتُمْ الْأَعْلَوْنَ﴾ [محمد: ٣٥] وَبَدَلِيلِ الْآيَاتِ الْمَوْجِبَةِ لِلْقِتَالِ وَإِلَّا لَزِمَ التَّنَاقُضُ لَمَّا أَنَّ مُوجِبَ الْأَمْرِ بِالْقِتَالِ مُخَالَفٌ لِمُوجِبِ الْأَمْرِ بِالْمَصَالِحَةِ فَلَا بُدَّ مِنَ التَّوْفِيقِ بَيْنَهُمَا وَهُوَ بِمَا ذَكَرْنَا بِدَلِيلِ «مَوَادَعَةِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ أَهْلَ مَكَّةَ» عَلَى مَا ذُكِرَ فِي الْكِتَابِ (وَلَا يَقْتَصِرُ الْحُكْمُ عَلَى الْمُدَّةِ الْمَرْوِيَّةِ) وَهِيَ عَشْرُ سِنِينَ فَكَانَتْ هَذِهِ الْمُدَّةُ الْمَرْوِيَّةُ مِنَ الْمُقَدَّرَاتِ الَّتِي لَا تَمْنَعُ الزِّيَادَةَ وَالتَّنْقِصَانَ لِأَنَّ مُدَّةَ الْمَوَادَعَةِ تَدُورُ مَعَ الْمَصْلَحَةِ وَهِيَ قَدْ تَزِيدُ وَقَدْ تَنْقُصُ.

وَقَوْلُهُ (لِتَعْدِي الْمَعْنَى) وَهُوَ دَفْعُ الشَّرِّ. وَقَوْلُهُ (بِخِلَافِ مَا إِذَا لَمْ يَكُنْ خَيْرًا) حَيْثُ لَا يَجُوزُ لِلْإِمَامِ أَنْ يُوَادِعَهُمْ عَمَلًا بِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿فَلَا تَهِنُوا وَتَدْعُوا إِلَى السَّلَامِ﴾ [محمد: ٣٥] وَلِأَنَّ الْمَوَادَعَةَ تَرْكُ الْجِهَادِ صُورَةً وَمَعْنَى، أَمَّا صُورَةٌ فَظَاهِرٌ حَيْثُ تَرَكُوا

(١) قال الزيلعي في نصب الراية (٥٩٨/٣): هكذا وقع في الكتاب، والموجود في كتب الحديث

موقوفاً من كلام عمرو بن عبسة.

الْقِتَالِ، وَأَمَّا مَعْنَى فَلَائِهِ لَمَّا لَمْ يَكُنْ فِيهِ مَصْلَحَةٌ لِلْمُسْلِمِينَ لَمْ يَكُنْ فِي تِلْكَ الْمَوَادَعَةِ دَفْعُ الشَّرِّ فَلَمْ يَحْصُلِ الْجِهَادُ مَعْنَى أَيْضًا. وَقَوْلُهُ تَبَذَّ إِلَيْهِمْ. تَبَذَّ الشَّيْءُ مِنْ يَدِهِ: طَرَحَهُ وَرَمَى بِهِ تَبَذًّا وَتَبَذَّ الْعَهْدُ تَقْضَاهُ، وَهُوَ مِنْ ذَلِكَ لِأَنَّهُ طَرَحَ لَهُ. وَقَوْلُهُ (تَبَذَّ إِلَيْهِمْ) أَيُّ بَعَثَ إِلَيْهِمْ مَنْ يُعَلِّمُهُمْ بِنَقْضِ الْعَهْدِ. وَقَوْلُهُ ﷺ: «فِي الْعُهُودِ وَفَاءٌ لَا غَدْرٌ» أَيُّ هِيَ وَفَاءٌ. (قَوْلُهُ وَلَا بُدَّ مِنْ اعْتِبَارِ مُدَّةِ الْخ) قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿وَأَمَّا خِفَافٌ مِنْ قَوْمٍ خِيَانَةٌ فَانْزِدْ إِلَيْهِمْ عَلَى سَوَاءٍ﴾ [الأنفال: ٥٨] أَيُّ عَلَى سَوَاءٍ مِنْكُمْ وَمِنْهُمْ فِي الْعِلْمِ بِذَلِكَ، فَعَرَفْنَا أَنَّهُ لَا يَحِلُّ قِتَالُهُمْ قَبْلَ التَّبَذِّ وَقَبْلَ أَنْ يَعْلَمُوا بِذَلِكَ لِيَعُودُوا إِلَى مَا كَانُوا عَلَيْهِ مِنْ التَّحَصُّنِ وَكَانَ ذَلِكَ لِلتَّحَرُّزِ عَنِ الْغَدْرِ.

(وَإِذَا رَأَى الْإِمَامُ مَوَادَعَةَ أَهْلِ الْحَرْبِ وَأَنْ يَأْخُذَ عَلَى ذَلِكَ مَا لَا فَلَائِ بِأَسَرِّهِ) لِأَنَّهُ لَمَّا جَازَتْ الْمَوَادَعَةُ بِغَيْرِ الْمَالِ فَكُنَا بِالْمَالِ، لَكِنْ هَذَا إِذَا كَانَ بِالْمُسْلِمِينَ حَاجَةً، أَمَّا إِذَا لَمْ تَكُنْ لَا يَجُوزُ لَمَّا بَيَّنَّا مِنْ قَبْلُ، وَالْمَأْخُودُ مِنَ الْمَالِ يُصْرَفُ مَصَارِفَ الْجِزْيَةِ، هَذَا إِذَا لَمْ يَنْزِلُوا بِسَاحَتِهِمْ بَلْ أَرْسَلُوا رَسُولًا؛ لِأَنَّهُ فِي مَعْنَى الْجِزْيَةِ، أَمَّا إِذَا أَحَاطَ الْجَيْشُ بِهِمْ ثُمَّ أَخَذُوا الْمَالَ فَهُوَ غَنِيمَةٌ يُخَمُّسُهَا وَيُقَسَّمُ الْبَاقِي بَيْنَهُمْ لِأَنَّهُ مَأْخُودٌ بِالْقَهْرِ مَعْنَى (وَأَمَّا الْمُتَرَدُّونَ فَيُؤَادِعُهُمُ الْإِمَامُ حَتَّى يَنْظُرَ فِي أَمْرِهِمْ) لِأَنَّ الْإِسْلَامَ مَرْجُوٌّ مِنْهُمْ فَجَازَ تَأْخِيرُ قِتَالِهِمْ طَمَعًا فِي إِسْلَامِهِمْ (وَلَا يَأْخُذُ عَلَيْهِ مَا لَا) لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ أَخْذُ الْجِزْيَةِ مِنْهُمْ لَمَّا تُبَيَّنَّ (وَلَوْ أَخَذَهُ لَمْ يَرُدَّهُ) لِأَنَّهُ مَالٌ غَيْرُ مَعْصُومٍ

الشرح:

وَقَوْلُهُ (لَمَّا بَيَّنَّا مِنْ قَبْلُ) يَعْنِي قَوْلُهُ إِنَّهُ تَرَكُ الْجِهَادَ صُورَةً وَمَعْنَى. وَقَوْلُهُ (إِذَا لَمْ يَنْزِلُوا بِسَاحَتِهِمْ) أَيُّ إِذَا لَمْ يَنْزِلِ الْمُسْلِمُونَ بِدَارِ الْكُفَّارِ لِلْحَرْبِ. وَقَوْلُهُ (لَأَنَّهُ مَأْخُودٌ بِالْقَهْرِ مَعْنَى) يَعْنِي فَيَكُونُ كَالْمَأْخُودِ قَهْرًا صُورَةً وَمَعْنَى، وَهُوَ الْمَأْخُودُ بَعْدَ الْفَتْحِ بِالْقِتَالِ.

وَلَوْ حَاصَرَ الْعَدُوَّ الْمُسْلِمِينَ وَطَلَبُوا الْمَوَادَعَةَ عَلَى مَالٍ يَدْفَعُهُ الْمُسْلِمُونَ إِلَيْهِمْ لَا يَفْعَلُهُ الْإِمَامُ لَمَّا فِيهِ مِنْ إِعْطَاءِ الدِّينِيَّةِ وَالْحَاقِ الْمَذَلَّةِ بِأَهْلِ الْإِسْلَامِ إِلَّا إِذَا خَافَ الْهَلَاكَ، لِأَنَّ دَفْعَ الْهَلَاكِ وَاجِبٌ بِأَيِّ طَرِيقٍ يُمَكِّنُ

الشرح:

وَقَوْلُهُ (لَمَّا فِيهِ مِنْ إِعْطَاءِ الدِّينِيَّةِ) أَيُّ التَّقِيصَةِ. وَقَوْلُهُ (إِلَّا إِذَا خَافَ الْهَلَاكَ) يَعْنِي

عَلَى نَفْسِهِ وَنَفْسِ سَائِرِ الْمُسْلِمِينَ، فَحِينَئِذٍ لَا بَأْسَ بِدَفْعِ الْمَالِ؛ لِمَا رُوِيَ «أَنَّ الْمُشْرِكِينَ لَمَّا أَحَاطُوا بِالْخَنْدَقِ وَصَارَ الْمُسْلِمُونَ إِلَى مَا أَخْبَرَ اللَّهُ عَنْهُمْ بِقَوْلِهِ تَعَالَى «هُنَالِكَ ابْتُلِيَ الْمُؤْمِنُونَ وَزُلْزِلُوا زَلْزَالًا شَدِيدًا» بَعَثَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ إِلَى عُيَيْنَةَ بْنِ حِصْنٍ وَطَلَبَ مِنْهُ أَنْ يَرْجِعَ بِمَنْ مَعَهُ عَلَى أَنْ يُعْطِيَهُ فِي كُلِّ سَنَةٍ ثُلُثَ ثِمَارِ الْمَدِينَةِ، فَأَبَى إِلَّا النِّصْفَ، فَلَمَّا حَضَرَ رَسُولُهُ لِيَكْتُبُوا بَيْنَ يَدَيِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ قَامَ سَيِّدَا الْأَنْصَارِ سَعْدُ بْنُ مُعَاذٍ وَسَعْدُ بْنُ عُبَادَةَ وَقَالَا: يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنْ كَانَ عَنْ وَحْيٍ فَاْمُضْ لِمَا أُمِرْتَ بِهِ، وَإِنْ كَانَ رَأْيَا رَأَيْتَهُ فَقَدْ كُنَّا نَحْنُ وَهُمْ فِي الْجَاهِلِيَّةِ لَمْ يَكُنْ لَنَا وَلَا لَهُمْ دِينٌ وَكَانُوا لَا يَطْمَعُونَ فِي ثِمَارِ الْمَدِينَةِ إِلَّا بِشِرَاءٍ أَوْ قَرَى؛ فَإِذَا أَعَزَّنَا اللَّهُ بِالْدِّينِ وَبَعَثَ إِلَيْنَا رَسُولَهُ نُعْطِيهِمُ الدِّيَّةَ، لَا نُعْطِيهِمْ إِلَّا السَّيْفَ، فَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: إِنِّي رَأَيْتُ الْعَرَبَ رَمَتْكُمْ عَنْ قَوْسٍ وَاحِدَةٍ فَأَحْبَبْتُ أَنْ أَصْرِفَهُمْ عَنْكُمْ، فَإِنْ أَبَيْتُمْ ذَلِكَ فَأَنْتُمْ وَذَلِكَ، اذْهَبُوا فَلَا نُعْطِيَكُمْ إِلَّا السَّيْفَ» فَقَدْ مَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ إِلَى الصُّلْحِ فِي الْإِبْتِدَاءِ لَمَّا أَحَسَّ الضَّعْفَ بِالْمُسْلِمِينَ، فَحِينَ رَأَى الْقُوَّةَ فِيهِمْ بِمَا قَالَ السَّعْدَانِ امْتَنَعَ عَنْ ذَلِكَ (قَوْلُهُ بِأَيِّ طَرِيقٍ يُمَكِّنُ) قِيلَ فِي هَذَا التَّعْمِيمِ شُبُهَةٌ، وَهِيَ أَنَّهُ لَوْ لَمْ يُمَكِّنْ دَفْعُ الْهَلَاكِ عَنْ نَفْسِهِ إِلَّا بِإِجْرَاءِ كَلِمَةِ الْكُفْرِ أَوْ بِقَتْلِ غَيْرِهِ أَوْ بِالزُّنَا، فَإِنْ دَفَعَ الْهَلَاكَ بِذَلِكَ عَنْ نَفْسِهِ غَيْرُ وَاجِبٍ بَلْ هُوَ مُرَخَّصٌ فِيهِ حَتَّى لَوْ قُتِلَ فِيهَا بِصَبْرِهِ عَنْهَا كَانَ شَهِيدًا. وَأُجِيبَ عَنْهَا بِأَنَّ مَعْنَى الْكَلَامِ بِأَيِّ طَرِيقٍ يُمَكِّنُ سِوَى الْأُمُورِ الَّتِي رُخِّصَ فِيهَا وَلَمْ يَجِبِ الْإِقْدَامُ عَلَيْهَا. وَأَقُولُ: الْوَاجِبُ بِمَعْنَى الثَّابِتِ فَتَنْدَفِعُ بِهِ أَيْضًا.

(وَلَا يَنْبَغِي أَنْ يُبَاعَ السَّلَاحُ مِنْ أَهْلِ الْحَرْبِ وَلَا يُجَهَّزَ إِلَيْهِمْ) لِأَنَّ الثُّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ نَهَى عَنْ بَيْعِ السَّلَاحِ مِنْ أَهْلِ الْحَرْبِ وَحَمَلَهُ إِلَيْهِمْ^(١)، وَلِأَنَّ فِيهِ تَقْوِيَتَهُمْ عَلَى قِتَالِ الْمُسْلِمِينَ فَيُمنَعُ مِنْ ذَلِكَ وَكَذَا الْكِرَاعُ لَمَّا بَيَّنَّا، وَكَذَلِكَ الْحَدِيدُ لِأَنَّهُ أَصْلُ السَّلَاحِ، وَكَذَا بَعْدَ الْمَوَادِّعِ؛ لِأَنَّهَا عَلَى شَرَفِ النِّقْضِ أَوْ الْإِنْقِضَاءِ فَكَانُوا حَرْبًا عَلَيْنَا، وَهَذَا هُوَ الْقِيَاسُ فِي الطَّعَامِ وَالثُّوبِ، إِلَّا أَنَّا عَرَفْنَاهُ بِالنِّصِّ «فَإِنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَمَرَ ثُمَامَةَ أَنْ يَمِيرَ أَهْلَ مَكَّةَ وَهُمْ حَرْبٌ عَلَيْهِ»^(٢).

(١) قال الزيلعي في نصب الراية (٥٩٩/٣): غريب بهذا اللفظ.

(٢) أخرجه البيهقي في دلائل النبوة، وانظر نصب الراية (٦٠٠/٣).

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلَا يُجْهَزُ إِلَيْهِمْ) أَيُّ لَا يَبْعَثُ الثُّجَارَ إِلَيْهِمْ بِالْجَهَازِ وَهُوَ فَاحِرُ الْمَتَاعِ،
وَالْمُرَادُ بِهِ هَاهُنَا السَّلَاحُ وَالْكِرَاعُ وَالْحَدِيدُ. وَقَوْلُهُ (لَمَّا بَيَّنَّا) يَعْنِي قَوْلُهُ وَلَآنَ فِيهِ تَفْوِيْثُهُمْ
عَلَى قِتَالِ الْمُسْلِمِينَ وَيُقَالُ مَارَ أَهْلُهُ: أَيُّ أَثَاهُمْ بِالطَّعَامِ.

فصل

(إِذَا أَمَّنَ رَجُلٌ حُرٌّ أَوْ امْرَأَةٌ حُرَّةٌ كَافِرًا أَوْ جَمَاعَةً أَوْ أَهْلَ حِصْنٍ أَوْ مَدِينَةٍ صَحَّ
أَمَانُهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لِأَحَدٍ مِنَ الْمُسْلِمِينَ قِتَالُهُمْ) وَالْأَصْلُ فِيهِ قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «
الْمُسْلِمُونَ تَتَكَافَأُ دِمَاؤُهُمْ وَيَسْعَى بِذِمَّتِهِمْ أَدْنَاهُمْ»^(١) أَيُّ أَقْلَهُمْ وَهُوَ الْوَاحِدُ وَلِأَنَّهُ مِنْ أَهْلِ
الْقِتَالِ فَيَخَافُونَهُ إِذْ هُوَ مِنْ أَهْلِ الْمَنَعَةِ فَيَتَحَقَّقُ الْأَمَانُ مِنْهُ لِمُلَاقَاتِهِ مَحَلَّهُ ثُمَّ يَتَعَدَّى إِلَى
غَيْرِهِ، وَلِأَنَّ سَبَبَهُ لَا يَتَجَرَّأُ وَهُوَ الْإِيمَانُ، وَكَذَا الْأَمَانُ لَا يَتَجَرَّأُ فَيَتَكَمَّلُ كَوِلَايَةِ الْإِنْكَاحِ.
قَالَ (إِلَّا أَنْ يَكُونَ فِي ذَلِكَ مَفْسَدَةٌ. فَيَنْبِذُ إِلَيْهِمْ) كَمَا إِذَا أَمَّنَ الْإِمَامُ بِنَفْسِهِ ثُمَّ
رَأَى الْمَصْلَحَةَ فِي التَّبَذِ وَقَدْ بَيَّنَّا.

وَلَوْ حَاصَرَ الْإِمَامُ حِصْنَ وَأَمِنَ وَاحِدٌ مِنَ الْجَيْشِ وَفِيهِ مَفْسَدَةٌ يَنْبِذُ الْإِمَامُ لَمَّا بَيَّنَّا،
وَيُؤَدِّبُهُ الْإِمَامُ لِأَفْتِيَاتِهِ عَلَى رَأْيِهِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ فِيهِ نَظَرٌ لِأَنَّهُ رُبَّمَا تَقَوَّتْ الْمَصْلَحَةُ
بِالتَّأْخِيرِ فَكَانَ مَعْدُورًا (وَلَا يَجُوزُ أَمَانُ ذِمِّيٍّ) لِأَنَّهُ مُتَّهَمٌ بِهِمْ، وَكَذَا لَا وِلَايَةَ لَهُ عَلَى
الْمُسْلِمِينَ. قَالَ (وَلَا أَسِيرٍ وَلَا تَاجِرٍ يَدْخُلُ عَلَيْهِمْ) لِأَنَّهُمَا مَقْهُورَانِ تَحْتَ أَيْدِيهِمْ فَلَا
يَخَافُونَهُمَا وَالْأَمَانُ يَخْتَصُّ بِمَحَلِّ الْخَوْفِ وَلِأَنَّهُمَا يُجْبِرَانِ عَلَيْهِ فِيهِ فَيَعْرِى الْأَمَانُ عَنْ
الْمَصْلَحَةِ، وَلِأَنَّهُمْ كُلَّمَا اشْتَدَّ الْأَمْرُ عَلَيْهِمْ يَجِدُونَ أَسِيرًا أَوْ تَاجِرًا فَيَتَخَلَّصُونَ بِأَمَانِهِ فَلَا
يَنْفَتِحُ لَنَا بَابُ الْفَتْحِ.

الشرح:

(فَصْلٌ): لَمَّا كَانَ الْأَمَانُ نَوْعًا مِنَ الْمَوَادَعَةِ لِأَنَّهُ فِيهِ تَرْكُ الْقِتَالِ كَالْمَوَادَعَةِ ذَكَرَهُ فِي
فَصْلِ عَلَى حِدَةٍ وَكَلَامُهُ وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (وَيَسْعَى بِذِمَّتِهِمْ) أَيُّ بَعْدَهُمْ وَأَمَانُهُمْ
(أَدْنَاهُمْ): أَيُّ أَقْلَهُمْ وَهُوَ الْوَاحِدُ) لِأَنَّهُ لَا أَقْلَ مِنْهُ، وَإِنَّمَا فَسَّرَ الْأَدْنَى هَاهُنَا بِالْأَقْلِ
احْتِرَازًا عَنْ تَفْسِيرِ مُحَمَّدٍ حَيْثُ فَسَّرَهُ بِالْعَبْدِ لِأَنَّهُ جَعَلَهُ مِنَ الدَّنَاءَةِ وَالْعَبْدُ أَدْنَى

المسلمين. وقوله ولأنه أي ولأن كل واحد من الرجل والمرأة (من أهل القتال) أمّا الرجل فظاهر، وأمّا المرأة فبالسبب بالمال أو العيب، وأمّا قوله عليه الصلاة والسلام: «مَا كَانَتْ هَذِهِ تُقَاتِلُ» معناه بنفسها.

وقوله (لملاقاته) أي لملاقاة الأمان (محله) لأن محله هو محل الخوف وهو موجود فيهما على ما ذكرنا. وقوله (ثم يتعدى) أي الأمان (إلى غيره) أي غير الذي أمن من أهل الإسلام كما في شهادة رمضان، فإن الصوم يلزم من شهد برؤية الهلال ثم يتعدى منه إلى غيره (قوله ولأن سببه لا يتجزأ وهو الإيمان) أي التصديق بالقلب (فكذا الأمان لا يتجزأ) فإذا تحقق من البعض فإما أن ينطّل أو يكمل، لا يجوز الأول بعد تحقق السبب فيتحقق الثاني، كما إذا وجد الإنكاح من بعض الأولياء المتساوية في الدرجة صحّ النكاح في حق الكل لأن سبب ولايته وهو القرابة غير متجزئ فلا تنجز الولاية فكذلك هاهنا.

واعلم أن المصنف استدلل بالمعقول على وجهين: جعل المناط في أحدهما كون من يعطي الأمان ممن يخافونه وفي الآخر الإيمان، والأول يقتضي عدم جواز أمان العبد المخجور والتاجر والأسير، والثاني يقتضي جوازه، ولو جعلهما علة واحدة بحذف الواو من الثاني لقع علة لقوله ثم يتعدى إلى غيره كان أولى، ويمكن أن يجعل الأول علة والثاني شرطاً وسماه سبباً مجازاً، والشئ يبقى على عدمه عند عدم شرطه وسيجيء في كلامه إشارة إلى هذا. وقوله (إلا أن يكون في ذلك مفسدة) استثناء من قوله صحّ أمائهم. وقوله (وقد بيناه) يعني في باب المواعدة بقوله وإن صالحهم مدة إلخ وإليه أيضاً أشار بقوله (لما بينا) قيل قوله (ولو حاصر الإمام حصناً وأمن واحد من الجيش) تكرار محض لأنه علم ذلك من قوله إلا أن يكون في ذلك مفسدة. وأقول: يجوز أن يكون ذلك قبل أن يحاصر الإمام وهذا بعده، ويجوز أن يكون أعاده تمهيداً وتوطئة لقوله ويؤدبه الإمام لافتياته على رأيه: أي لسبقه على رأي الإمام، وحقيقة الافتيات الاستبدا بال رأي وهو افتعال من الفت وهو السبق (قوله ولا يجوز أمان ذمي لأنه متهم بهم) أي بالكفار للاتحاد في الاعتقاد.

ومن أسلم في دار الحرب ولم يهاجر إلينا لا يصح أمائته لما بينا (ولا يجوز أمان

العَبْدُ الْمَحْجُورُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ إِلَّا أَنْ يَأْذَنَ لَهُ مَوْلَاهُ فِي الْقِتَالِ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ يَصِيحُ) وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ، وَأَبُو يُوسُفَ مَعَهُ فِي رِوَايَةٍ، وَمَعَ أَبِي حَنِيفَةَ فِي رِوَايَةِ مُحَمَّدٍ قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «أَمَانُ الْعَبْدِ أَمَانٌ»^(١) رَوَاهُ أَبُو مُوسَى الْأَشْعَرِيُّ، وَلَأَنَّهُ مُؤْمِنٌ مُمْتَنِعٌ فَيَصِيحُ أَمَانَهُ اعْتِبَارًا بِالْمَأْذُونِ لَهُ فِي الْقِتَالِ وَبِالْمُؤَيَّدِ مِنَ الْأَمَانِ، فَالْإِيْمَانُ لِكَوْنِهِ شَرْطًا لِلْعِبَادَةِ، وَالْجِهَادُ عِبَادَةً، وَالْإِمْتِنَاعُ لِتَحَقُّقِ إِزَالَةِ الْخَوْفِ بِهِ، وَالتَّأْثِيرُ إِعْزَازُ الدِّينِ وَإِقَامَةُ الْمَصْلَحَةِ فِي حَقِّ جَمَاعَةِ الْمُسْلِمِينَ؛ إِذِ الْكَلَامُ فِي مِثْلِ هَذِهِ الْحَالَةِ، وَإِنَّمَا لَا يَمْلِكُ الْمُسَافِقَةُ لَمَّا فِيهِ مِنْ تَعْطِيلِ مَنَافِعِ الْمَوْلَى وَلَا تَعْطِيلِ فِي مُجَرَّدِ الْقَوْلِ. وَلَأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ مَحْجُورٌ عَنِ الْقِتَالِ فَلَا يَصِيحُ أَمَانَهُ لِأَنَّهُمْ لَا يَخَافُونَهُ فَلَمْ يُلَاقِ الْأَمَانُ مَحَلَّهُ، بِخِلَافِ الْمَأْذُونِ لَهُ فِي الْقِتَالِ لِأَنَّ الْخَوْفَ مِنْهُ مُتَحَقِّقٌ، وَلَأَنَّهُ إِنَّمَا لَا يَمْلِكُ الْمُسَافِقَةُ لَمَّا أَنَّهُ تَصَرَّفَ فِي حَقِّ الْمَوْلَى عَلَى وَجْهِ لَا يُعْرِى عَنْ احْتِمَالِ الضَّرَرِ فِي حَقِّهِ، وَالْأَمَانُ نَوْعُ قِتَالٍ وَفِيهِ مَا ذَكَرْنَاهُ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يُخْطِئُ بَلْ هُوَ الظَّاهِرُ، وَفِيهِ سَدُّ بَابِ الْإِسْتِغْنَامِ، بِخِلَافِ الْمَأْذُونِ لِأَنَّهُ رَضِيَ بِهِ وَالْخَطَأُ نَادِرٌ لِمُبَاشَرَتِهِ الْقِتَالِ، وَبِخِلَافِ الْمُؤَيَّدِ لِأَنَّهُ خَلَفَ عَنِ الْإِسْلَامِ فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ الدَّعْوَةِ إِلَيْهِ، وَلَأَنَّهُ مُقَابِلٌ بِالْجِزِيَّةِ وَلَأَنَّهُ مَفْرُوضٌ عِنْدَ مَسْأَلَتِهِمْ ذَلِكَ، وَإِسْقَاطُ الْفَرْضِ نَفْعٌ فَافْتَرَقَا. وَلَوْ أَمِنَ الصَّبِيُّ وَهُوَ لَا يَعْقِلُ لَا يَصِيحُ كَالْمَجْنُونِ وَإِنْ كَانَ يَعْقِلُ وَهُوَ مَحْجُورٌ عَنِ الْقِتَالِ فَعَلَى الْخِلَافِ، وَإِنْ كَانَ مَأْذُونًا لَهُ فِي الْقِتَالِ فَلَا صَحَّحُ أَنَّهُ يَصِيحُ بِالْإِتِّفَاقِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (لَا يَصِيحُ أَمَانَهُ لَمَّا بَيَّنَّا) يَعْنِي قَوْلُهُ وَالْأَمَانُ يَخْتَصُّ بِمَحَلِّ الْخَوْفِ. قَالَ (وَلَا يَجُوزُ أَمَانُ الْعَبْدِ إِخْلُجْ) اتَّفَقَ الْعُلَمَاءُ عَلَى أَنَّ أَمَانَ الْعَبْدِ الْمَأْذُونِ صَحِيحٌ لَمَّا رُوِيَ أَنَّ عَبْدًا كَتَبَ عَلَى سَهْمِهِ بِالْفَارِسِيَّةِ مَتْرَسِيَّتَ وَرَمَى بِهِ إِلَى قَوْمٍ مَحْصُورِينَ، فَرُفِعَ إِلَى عُمَرَ ؓ فَأَجَازَ أَمَانَهُ وَقَالَ إِنَّهُ رَجُلٌ مِنَ الْمُسْلِمِينَ وَهَذَا الْعَبْدُ كَانَ مُقَاتِلًا لِأَنَّ الرَّمِيَّ فِعْلُ الْمُقَاتِلِ، وَأَمَّا الْعَبْدُ الْمَحْجُورُ عَنِ الْقِتَالِ فَلَا يَصِيحُ أَمَانَهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَيَصِيحُ عِنْدَ مُحَمَّدٍ وَالشَّافِعِيِّ. وَذَكَرَ الْكَرْخِيُّ قَوْلَ أَبِي يُوسُفَ مَعَ مُحَمَّدٍ وَاعْتَمَدَ عَلَيْهِ الْقُدُورِيُّ فِي شَرْحِهِ، وَذَكَرَهُ الطَّحَاوِيُّ مَعَ أَبِي حَنِيفَةَ وَهُوَ الظَّاهِرُ عَنْهُ، وَاعْتَمَدَ عَلَيْهِ صَاحِبُ الْأَسْرَارِ، وَاسْتِدْلَالُ مُحَمَّدٍ بِالْحَدِيثِ ظَاهِرٌ.

وَقَوْلُهُ (وَلَا تَهْمُ الْمُؤْمِنُ مُمْتَنِعٌ) أَيُّ ذُو قُوَّةٍ وَامْتِنَاعٍ إِشَارَةٌ إِلَى شَرْطِ جَوَازِ الْأَمَانِ وَهُوَ الْإِيمَانُ وَإِلَى عِلَّتِهِ وَهُوَ الْخَوْفُ لِأَنَّ الْخَوْفَ إِنَّمَا يَحْصُلُ مِمَّنْ لَهُ قُوَّةٌ وَامْتِنَاعٌ. وَقَوْلُهُ (وَبِالْمَوْثِدِ مِنَ الْأَمَانِ) يَعْنِي عَقْدَ الذِّمَّةِ، فَإِنَّ الْحَرْبِيَّ إِذَا عَقَدَ عَقْدَ الذِّمَّةِ مَعَ الْعَبْدِ وَقَبِلَ الْجَزْيَةَ وَقَبِلَ الْعَبْدُ مِنْهُ هَذَا الْعَقْدَ يَصِحُّ هَذَا الْعَقْدُ وَالْقَبُولُ مِنَ الْعَبْدِ وَيَصِيرُ ذِمِّيًّا بِالِاتِّفَاقِ حَتَّى تَجْرِيَ عَلَيْهِ أَحْكَامُ أَهْلِ الذِّمَّةِ مِنَ الْمَنَعِ عَنِ الْخُرُوجِ إِلَى دَارِ الْحَرْبِ وَقِصَاصِ قَاتِلِهِ وَغَيْرِ ذَلِكَ. وَقَوْلُهُ (فَالْإِيمَانُ لِكَوْنِهِ شَرْطًا لِلْعِبَادَةِ) يَعْنِي شَرْطَنَا الْإِيمَانَ فِي قَوْلِنَا وَلَا تَهْمُ الْمُؤْمِنُ مُمْتَنِعٌ فَيَصِحُّ أَمَانُهُ لِأَنَّهُ شَرْطٌ لِلْعِبَادَةِ (وَالْجِهَادُ عِبَادَةٌ) وَهَذَا هُوَ الْمَوْعُودُ بِقَوْلِنَا فِيمَا تَقَدَّمَ وَسَيَجِيءُ فِي كَلَامِهِ إِشَارَةٌ إِلَى هَذَا. وَقَوْلُهُ (وَالْإِيمَانُ) يَعْنِي وَشَرْطَنَا الْإِيمَانَ لِيَتَحَقَّقَ إِزَالَةُ الْخَوْفِ بِهِ.

وَقَوْلُهُ (وَالثَّائِرُ إِعْزَازُ الدِّينِ) يَعْنِي الْعِلَّةَ الْجَامِعَةَ فِي قِيَاسِ الْعَبْدِ الْمَحْجُورِ عَلَى الْمَأْذُونِ لَهُ إِعْزَازُ الدِّينِ وَإِقَامَةُ الْمَصْلَحَةِ الْخ. وَتَحْقِيقُ هَذَا أَنَّ الْوَصْفَ الْمُؤَثِّرَ فِي أَمَانِ الْعَبْدِ الْمَأْذُونِ لَهُ الْإِيمَانُ وَشَرْطُهُ الْإِيمَانُ، وَهَذَا الْوَصْفُ مُعَلَّلٌ بِظُهُورِهِ أَثَرِهِ وَهُوَ إِعْزَازُ الدِّينِ وَإِقَامَةُ الْمَصْلَحَةِ فِي حَقِّ جَمَاعَةِ الْمُسْلِمِينَ فِي عَيْنِ هَذَا الْحُكْمِ وَهُوَ الْأَمَانُ فِي الْحُرِّ، فَإِذَا وَجَدَ فِي الْمَحْجُورِ عَلَيْهِ صَحَّ تَعْدِيَّتُهُ إِلَيْهِ كَمَا فِي سَائِرِ الْأَقْسِيسَةِ. وَقَوْلُهُ (وَلِأَنَّمَا لَا يَمْلِكُ الْمُسَافِقَةَ) جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ الْأَصْلُ فِي الْجِهَادِ هُوَ الْمُسَافِقَةُ وَهُوَ لَا يَمْلِكُهَا فَلَا يَمْلِكُ الْأَمَانَ أَيْضًا، وَتَقْرِيرُهُ إِنَّمَا لَا يَمْلِكُ الْمُسَافِقَةَ (لَمَا فِيهِ مِنْ تَعْطِيلِ مَنَافِعِ الْمَوْلَى) وَهُوَ لَا يَمْلِكُ ذَلِكَ (وَلَا تَعْطِيلِ) لِمَنَافِعِهِ (فِي مُجَرَّدِ الْقَوْلِ).

وَقَوْلُهُ (وَلَا يَبِي حَنِيفَةً أَنَّهُ مَحْجُورٌ عَنِ الْقِتَالِ) يَصِحُّ أَنْ يَكُونَ مُمَانِعُهُ. وَتَقْرِيرُهُ لَا نُسَلِّمُ وَجُودَ الْإِيمَانِ لِأَنَّ الْإِيمَانَ إِنَّمَا يَكُونُ لِيَتَحَقَّقَ إِزَالَةُ الْخَوْفِ وَهُمْ لَا يَخَافُونَهُ، وَأَنْ يَكُونَ مُعَارَضَةً وَهُوَ الظَّاهِرُ مِنْ كَلَامِ الْمُصَنِّفِ، وَتَقْرِيرُهُ أَنَّهُ مَحْجُورٌ عَنِ الْقِتَالِ وَكُلُّ مَحْجُورٍ عَنِ الْقِتَالِ لَا يَصِحُّ أَمَانُهُ لِأَنَّهُمْ لَا يَخَافُونَهُ، وَفِيهِ نَظَرٌ فَإِنَّ الْخَوْفَ أَمْرٌ بَاطِنٌ لَا دَلِيلَ عَلَى وَجُودِهِ وَلَا عَدَمِهِ، فَالْكَفَّارُ مِنْ أَيْنَ يَعْلَمُونَ أَنَّهُ عَبْدٌ مَحْجُورٌ عَلَيْهِ حَتَّى لَا يَخَافُونَهُ.

وَالْجَوَابُ أَنَّ ذَلِكَ يُعْلَمُ بِتَرْكِ الْمُسَافِقَةِ فَإِنَّهُمْ لَمَّا رَأَوْا شَأْبًا مُقْتَدِرًا عَلَى الْقِتَالِ مَعَ الْمُقَاتِلِينَ وَلَا يَحْمِلُ سِلَاحًا وَلَا يُقَاتِلُهُمْ عَلِمُوا أَنَّهُ مَمْنُوعٌ عَنْ ذَلِكَ مِمَّنْ لَهُ الْمَنَعُ. وَلَوْ

قَالَ الْمُصَنِّفُ إِنَّهُ مَحْجُورٌ عَنِ الْقِتَالِ وَالْأَمَانِ نَوْعُ قِتَالٍ لَكَانَ أَسْهَلَ إِنْبَاءًا لِمَذْهَبِ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله فَتَأَمَّلْ. وَقَوْلُهُ (وَفِيهِ مَا ذَكَرْنَاهُ) يُرِيدُ أَنَّهُ تَصَرَّفَ فِي حَقِّ الْمَوْلَى عَلَى وَجْهِ لَا يَعْرِى عَنْ اِحْتِمَالِ الضَّرَرِ. وَقَوْلُهُ (وَفِيهِ سَدُّ بَابِ الِاسْتِغْنَامِ) أَيُّ عَلَى الْمُسْلِمِينَ وَذَلِكَ ضَرَرٌ فِي حَقِّهِمْ، فَإِذَا كَانَ مَمْنُوعًا عَنِ الضَّرَرِ لِلْمَوْلَى فَكَيْفَ يَصِحُّ مِنْهُ مَا يَضُرُّ الْمَوْلَى وَالْمُسْلِمِينَ.

وَقَوْلُهُ (وَبِخِلَافِ الْمُؤَبَّدِ) جَوَابٌ عَنْ قِيَاسِ مُحَمَّدٍ صُورَةَ النَّزَاعِ عَلَى عَقْدِ الذِّمَّةِ (لَأَنَّهُ) أَيُّ الْأَمَانِ الْمُؤَبَّدِ (خَلَفَ عَنِ الْإِسْلَامِ) مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ يَنْتَهِي بِهِ الْقِتَالُ الْمَطْلُوبُ بِهِ إِسْلَامُ الْحَرْبِيِّ (فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ الدَّعْوَةِ إِلَيْهِ) أَيُّ إِلَى الْإِسْلَامِ وَهِيَ تَنْفَعُ (وَلَأَنَّهُ مُقَابِلٌ بِالْجِزْيَةِ) وَهِيَ تَنْفَعُ (وَلَأَنَّهُ مَفْرُوضٌ عِنْدَ مَسْأَلَتِهِمْ ذَلِكَ) يَعْنِي أَنَّ الْكُفَّارَ إِذَا طَلَبُوا عَقْدَ الذِّمَّةِ يُفْتَرَضُ عَلَى الْإِمَامِ إِجَابَتُهُمْ إِلَيْهِ (وَإِسْقَاطُ الْفَرَضِ تَنْفَعُ فَافْتَرَقَا).

وَقَوْلُهُ (فَهُوَ عَلَى الْخِلَافِ) يَعْنِي عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله لَا يَصِحُّ أَمَانُهُ وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ يَصِحُّ. وَقَوْلُهُ (وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ يَصِحُّ بِالِاتِّفَاقِ) أَيُّ بِاتِّفَاقِ أَصْحَابِنَا لَيْسَ عَلَى الْخِلَافِ لَأَنَّهُ تَصَرَّفَ دَائِرٌ بَيْنَ التَّنْفَعِ وَالضَّرَرِ كَالْبَيْعِ فَيَمْلِكُهُ الصَّبِيُّ بَعْدَ الْإِذْنِ.

بَابُ الْغَنَائِمِ وَقِسْمَتِهَا

(وَإِذَا فَتَحَ الْإِمَامُ بِلَدَةً عَنُودَةً) أَيُّ قَهْرًا (فَهُوَ بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ قَسَمَهُ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ) كَمَا فَعَلَ رَسُولُ اللَّهِ صلى الله عليه وسلم بِخَيْبَرَ (وَإِنْ شَاءَ أَقْرَأَهُ عَلَيْهِ وَوَضَعَ عَلَيْهِمُ الْجِزْيَةَ وَعَلَى أَرْضِيهِمُ الْخَرَاجَ) كَذَلِكَ فَعَلَ عُمَرُ رضي الله عنه بِسُودِ الْعِرَاقِ بِمُؤَافَقَةِ مِنَ الصَّحَابَةِ وَلَمْ يُحْمَدَ مِنْ خَالَفَهُ، وَفِي كُلِّ مِنْ ذَلِكَ قُدُوءٌ فَيَتَخَيَّرُ. وَفِيهِ الْأَوَّلَى هُوَ الْأَوَّلُ عِنْدَ حَاجَةِ الْغَانِمِينَ، وَالثَّانِي عِنْدَ عَدَمِ الْحَاجَةِ لِيَكُونَ عِدَّةٌ فِي الزَّمَانِ الثَّانِي، وَهَذَا فِي الْعَقَارِ. أَمَّا فِي الْمَنْقُولِ الْمَجْرَدِ لَا يَجُوزُ الْمَنُّ بِالرَّدِّ عَلَيْهِمْ؛ لَأَنَّهُ لَمْ يَرِدْ بِهِ الشَّرْعُ فِيهِ، وَفِي الْعَقَارِ خِلَافُ الشَّافِعِيِّ لِأَنَّ فِي الْمَنِّ إِبْطَالَ حَقِّ الْغَانِمِينَ أَوْ مِلْكِهِمْ فَلَا يَجُوزُ مِنْ غَيْرِ بَدَلٍ يُعَادِلُهُ، وَالْخَرَاجُ غَيْرُ مُعَادِلٍ لِقَتْلِهِ، بِخِلَافِ الرِّقَابِ لِأَنَّ لِلْإِمَامِ أَنْ يُبْطِلَ حَقَّهُمْ رَأْسًا بِالْقَتْلِ، وَالْحُجَّةُ عَلَيْهِ مَا رَوَيْنَاهُ، وَلَأنَّ فِيهِ نَظَرًا؛ لِأَنَّهُمْ كَالْأَكْرَةِ الْعَامِلَةِ لِلْمُسْلِمِينَ الْعَالَمَةِ بِوُجُوهِ الزَّرَاعَةِ وَالْمُؤْنِ مُرْتَفِعَةً مَعَ مَا أَنَّهُ يَحْظَى بِهِ الَّذِينَ يَأْتُونَ مِنْ بَعْدِ، وَالْخَرَاجُ وَإِنْ قَلَّ حَالًا فَقَدْ جَلَّ مَا لَا لِدَوَامِهِ، وَإِنْ مَنَّ عَلَيْهِمُ بِالرِّقَابِ وَالْأَرْضِ يَدْفَعُ إِلَيْهِمُ مِنَ الْمَنْقُولَاتِ بِقَدْرِ مَا يَنْتَهِي لَهُمْ

الْعَمَلُ لِيُخْرَجَ عَنْ حَدِّ الْكَرَاهَةِ.

الشرح:

(بَابُ الْغَنَائِمِ وَقِسْمَتِهَا) أَخَّرَ بَابَ الْغَنَائِمِ وَحُكْمَهَا عَنْ فَصْلِ الْأَمَانِ لِأَنَّ الْإِمَامَ بَعْدَ الْمُحَاصِرَةِ إِمَّا أَنْ يُؤْمِنَهُمْ أَوْ يَقْتُلَهُمْ وَيَسْتَعْنِمُ أَمْوَالَهُمْ، فَلَمَّا فَرَغَ مِنْ ذِكْرِ الْأَمَانِ ذَكَرَ الْغَنَائِمَ وَقِسْمَتَهَا. وَالْغَنِيمَةُ مَا نِيلَ مِنْ أَهْلِ الشَّرْكَ عُنُوةً وَالْحَرْبُ قَائِمَةٌ. وَحُكْمُهَا أَنْ تُخَمَّسَ وَالْبَاقِي بَعْدَ الْخُمْسِ لِلْغَانِمِينَ خَاصَّةً (وَإِذَا فَتَحَ الْإِمَامُ بِلَدَةً عُنُوةً أَيْ قَهْرًا) قَالَ فِي النَّهَايَةِ: قَوْلُهُ قَهْرًا لَيْسَ بِتَفْسِيرٍ لَهُ لَعَةً لِأَنَّ عَنَا عُنُوةً بِمَعْنَى ذَلٍّ وَخَضَعٍ وَهُوَ لَا زِمٌ وَقَهْرٌ مُتَعَدٍّ، بَلْ يَكُونُ هُوَ تَفْسِيرُهُ مِنْ طَرِيقِ شُعُورِ الذَّهْنِ لِأَنَّ مِنَ الدَّلَّةِ يَلْزِمُ الْقَهْرُ أَوْ أَنَّ الْفَتْحَ بِالذَّلَّةِ يَسْتَلْزِمُ الْقَهْرَ (فَهُوَ بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ قَسَمَهُ) أَيْ قَسَمَ الْبَلَدَةَ بِتَأْوِيلِ الْبَلَدِ (بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ كَمَا فَعَلَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بِخَيْبَرَ، وَإِنْ شَاءَ أَقْرَأَهُ عَلَيْهِ وَوَضَعَ عَلَيْهِمُ الْجَزِيَّةَ وَعَلَى أَرْضِيهِمُ الْخَرَاجَ، كَذَا فَعَلَ عُمَرُ ﷺ بِسَوَادِ الْعِرَاقِ بِمُوافَقَةٍ مِنَ الصَّحَابَةِ) فَإِنْ قِيلَ: قَدْ خَالَفَهُ فِي ذَلِكَ جَمَاعَةٌ، أَجَابَ بِقَوْلِهِ (وَلَمْ يَحْمَدْ مَنْ خَالَفَهُ) يُرِيدُ بِهِ تَفَرُّاً يَسِيرًا مِنْهُمْ بِلَالٍ حَتَّى دَعَا عَلَيْهِمْ عَلَى الْمَثَرِ فَقَالَ: اللَّهُمَّ اكْفِنِي بِلَالًا وَأَصْحَابَهُ فَمَا حَالَ الْحَوْلِ وَفِيهِمْ عَيْنٌ تَطْرِفُ: أَيْ مَاتُوا جَمِيعًا (وَفِي كُلِّ مِنْ ذَلِكَ قُدُوةٌ فَيَتَخَيَّرُ) وَلَقَائِلُ أَنْ يَقُولَ: لَا تُسَلِّمُ أَنْ وَاحِدًا مِنَ الصَّحَابَةِ بَلْ أَكْثَرُهُمْ يَصِيرُ قُدُوةً عَلَى خِلَافِ مَا فَعَلَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ إِذْ لَمْ يَصِلْ إِلَى حَدِّ الْإِجْمَاعِ. وَالْجَوَابُ عَنْهُ مِنْ وَجْهَيْنِ: أَحَدُهُمَا أَنَّ فِعْلَ النَّبِيِّ ﷺ إِذَا لَمْ يَعْلَمْ أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ عَلَى أَيْ جِهَةٍ فَعَلَهُ يُحْمَلُ عَلَى أَدْنَى مَنَازِلِ أَفْعَالِهِ وَهُوَ الْإِبَاحَةُ وَحَيْثُ لَا يَسْتَوْجِبُ الْعَمَلُ لَا مُحَالَةً، فَإِذَا ظَهَرَ دَلِيلُ الصَّحَابِيِّ جَازَ أَنْ يَعْمَلَ بِخِلَافِهِ. وَالثَّانِي أَنَّهُ عَلَى تَقْدِيرِ أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ فَعَلَ ذَلِكَ وَجُوبًا، فَإِنَّ عُمَرَ ﷺ فَعَلَ مَا فَعَلَ مُسْتَنْبِطًا مِنْ قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَالَّذِينَ جَاءُوا مِنْ بَعْدِهِمْ﴾ [الحشر: ١٠] بَعْدَ قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿مَا أَفَاءَ اللَّهُ عَلَى رَسُولِهِ مِنْ أَهْلِ الْقُرَى فَلِلَّهِ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَى﴾ [الحشر: ٨] فَيَكُونُ ثَابِتًا بِإِشَارَةِ النَّصِّ وَهِيَ تُفِيدُ الْقَطْعَ فَيَكُونُ الْوَاجِبُ أَحَدَهُمَا يَتَعَيَّنُ بِفِعْلِ الْإِمَامِ كَالْوَاجِبِ الْمُخَيَّرِ كَمَا فِي خِصَالِ الْكُفَّارَةِ، فَفَعَلَ النَّبِيُّ ﷺ أَحَدَهُمَا وَعُمَرُ الْآخَرُ (وَقِيلَ) فِي التَّوْفِيقِ بَيْنَهُمَا أَنَّ (الْأَوَّلَى هُوَ الْأَوَّلُ عِنْدَ حَاجَةِ الْغَانِمِينَ) كَمَا فَعَلَ النَّبِيُّ ﷺ فَإِنَّهُ كَانَ عِنْدَ

حَاجَةُ الْمُسْلِمِينَ (وَالثَّانِي عِنْدَ عَدَمِ الْحَاجَةِ) كَمَا فَعَلَ عُمَرُ رضي الله عنه (لِيَكُونَ عِدَّةٌ فِي الزَّمَانِ الثَّانِي، وَهَذَا) أَيُّ إِفْرَارِ أَهْلِ بَلَدٍ عَلَى بَلَدِهِمْ بِالْمَنْ عَلَيْهِمْ (فِي الْعَقَارِ، أَمَا فِي الْمُنْقُولِ الْمَجْرَدِ فَلَا يَجُوزُ الْمَنْ بِالرَّدِّ) بَأَنْ يَدْفَعَ إِلَيْهِمْ مَجَانًّا وَيُنْعِمَ بِهِ عَلَيْهِمْ، وَإِنَّمَا قِيدَ الْمُنْقُولِ بِالْمَجْرَدِ لِأَنَّهُ يَجُوزُ الْمَنْ عَلَيْهِمْ بِالْمُنْقُولِ بِطَرِيقِ التَّبْعِيَّةِ لِلْعَقَارِ وَذَلِكَ فِي قَوْلِهِ بَعْدَ هَذَا وَإِنْ مَنْ عَلَيْهِمْ بِالرَّقَابِ وَالْأَرَاضِي يَدْفَعُ إِلَيْهِمْ مِنَ الْمُنْقُولَاتِ بِقَدْرِ مَا يَتَّهَيُّ لُهُمُ الْعَمَلُ.

وَقَوْلُهُ (لَأَنَّهُ لَمْ يَرِدْ بِهِ) أَيُّ بِالْمَنْ (الشَّرْعُ فِيهِ) أَيُّ فِي الْمُنْقُولِ الْمَجْرَدِ وَفِي الْعَقَارِ خِلَافُ الشَّافِعِيِّ فَإِنَّهُ لَا يَجُوزُ الْمَنْ فِيهِ. قَالَ (لَأَنَّ فِي الْمَنْ إِبْطَالَ حَقِّ الْغَانِمِينَ) عِنْدَكُمْ لِأَنَّ حَقَّهُمْ قَدْ ثَبَتَ وَتَأَكَّدَ بِالْإِحْرَازِ فَقَدْ صَارَ مُحْرَرًا يَفْتَحُ الْبِلْدَةَ وَإِجْرَاءُ أَحْكَامِ الْإِسْلَامِ فِيهَا وَلَيْسَ لِلْإِمَامِ ذَلِكَ (أَوْ مَلَكَهُمْ) يَعْنِي عِنْدِي، فَإِنَّ الْمَلِكَ قَدْ ثَبَتَ لَهُمْ بِنَفْسِ الْإِحْرَازِ (فَلَا يَجُوزُ) يَعْنِي إِبْطَالَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْحَقِّ وَالْمِلْكِ (مِنْ غَيْرِ بَدَلٍ يُعَادِلُهُ)

فَإِنْ قِيلَ: الْخَرَاجُ يُعَادِلُهُ. أَجَابَ بِقَوْلِهِ (وَالْخَرَاجُ غَيْرُ مُعَادِلٍ لِقَتْلِهِ) فَإِنْ قِيلَ: فَالْحَقُّ أَوْ الْمِلْكُ ثَبَتَ فِي رِقَابِهِمْ أَيْضًا وَجَازَ لَهُ أَنْ لَا يَفْسِمَهَا. أَجَابَ بِقَوْلِهِ (بِخِلَافِ الرَّقَابِ) يَعْنِي أَنَّ حَقَّهُمْ لَمْ يَتَّعَلَقْ بِهَا (وَلَأَنَّ لِلْإِمَامِ أَنْ يُبْطِلَ حَقَّهُمْ رَأْسًا بِالْقَتْلِ) فَكَذَا لَهُ أَنْ يُبْطِلَهُ بِالْخَلْفِ وَهُوَ الْجَزِيَّةُ، وَهَذَا لِأَنَّهُا خُلِقَتْ فِي الْأَصْلِ أَحْرَارًا وَالْمِلْكُ ثَبَتَ بِعَارِضٍ، فَالْإِمَامُ إِذَا اسْتَرْقَقَهُمْ فَقَدْ بَدَّلَ حُكْمَ الْأَصْلِ، فَإِذَا جَعَلَهُمْ أَحْرَارًا فَقَدْ بَقِيَ حُكْمُ الْأَصْلِ فَكَانَ جَائِزًا (وَالْحُجَّةُ عَلَيْهِ مَا رَوَيْنَا) يَعْنِي مِنْ فِعْلِ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ. وَقَوْلُهُ (وَلَأَنَّ فِيهِ نَظْرًا) يَعْنِي أَنَّ تَصَرُّفَ الْإِمَامِ وَقَعَ عَلَى وَجْهِ النَّظَرِ فِي إِفْرَارِ أَهْلِهَا عَلَيْهِمْ لِأَنَّهُ لَوْ قَسَمَهَا بَيْنَهُمْ اشْتَغَلُوا بِالزَّرَاعَةِ وَقَعَدُوا عَنِ الْجِهَادِ فَكَانَ يَكْرُهُ عَلَيْهِمُ الْعَدُوُّ، وَرَبَّمَا لَا يَهْتَدُونَ لِذَلِكَ الْعَمَلِ أَيْضًا، فَإِذَا تَرَكَهَا فِي أَيْدِيهِمْ وَهُمْ عَارِفُونَ بِالْعَمَلِ صَارُوا (كَالْأَكْرَةِ) أَيُّ الْمُزَارَعِينَ (الْعَامِلَةِ لِلْمُسْلِمِينَ الْعَامِلَةِ بِوُجُوهِ الزَّرَاعَةِ وَالْمُونُ مُرْتَفَعَةٌ مَعَ مَا أَلَّهُ يَحْظِي بِهِ الدِّينَ يَأْتُونَ مِنْ بَعْدِ) كَانَ فِيهِ نَظَرٌ لَا مَحَالَةَ فَيَكُونُ جَائِزًا. وَقَوْلُهُ (وَالْخَرَاجُ وَإِنْ قُلْ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ وَالْخَرَاجُ غَيْرُ مُعَادِلٍ لِقَتْلِهِ وَتَقْرِيرُهُ الْخَرَاجُ وَإِنْ قُلْ (حَالًا) لِكُونِهِ بَعْضَ مَا يُمَكِّنُ أَنْ يَخْرُجَ فِي سَنَةٍ (فَقَدْ جَلَّ مَا لَا لَدَوَامِهِ) بِوُجُوهِهِ فِي كُلِّ سَنَةٍ. قَوْلُهُ (وَإِنْ مَنْ عَلَيْهِمْ) ظَاهِرٌ.

وَقَوْلُهُ (لِيَخْرُجَ عَنْ حَدِّ الْكَرَاهَةِ) مَعْنَاهُ مَا قَالَ الْإِمَامُ التُّمَرْتَاشِيُّ، فَإِنْ مَنْ

عَلَيْهِمْ بِرِقَابِهِمْ وَأَرْضِيهِمْ وَقَسَمَ النِّسَاءَ وَالذُّرْيَةَ وَسَائِرَ الْأَمْوَالِ جَازًا، وَلَكِنْ يُكْرَهُ لَأَنَّهُمْ لَا يَتَنَفَّعُونَ بِالْأَرْضِ بِدُونِ الْمَالِ، وَلَا بَقَاءَ لَهُمْ بِدُونِ مَا يُمَكِّنُ بِهِ تَرْجِيَةُ الْعُمُرِ إِلَّا أَنْ يَدَعَ لَهُمْ مَا يُمَكِّنُهُمْ فِي الْعَمَلِ فِي الْأَرْضِ،

قَالَ (وَهُوَ فِي الْأَسَارَى بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ قَتْلُهُمْ) «لَأَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ قَدْ قَتَلَ» وَلَئِنْ فِيهِ حَسَمَ مَادَّةَ الْفَسَادِ (وَإِنْ شَاءَ اسْتَرْقَهُمْ) لِأَنَّهُ فِيهَا دَفَعَ شَرَّهُمْ مَعَ وَفُورِ الْمَنْفَعَةِ لِأَهْلِ الْإِسْلَامِ (وَإِنْ شَاءَ تَرَكَهُمْ أَحْرَارًا ذِمَّةً لِلْمُسْلِمِينَ) لَمَّا بَيَّنَّاهُ (إِلَّا مُشْرِكِي الْعَرَبِ وَالْمُرْتَدِّينَ) عَلَى مَا تَبَيَّنَ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى (وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَرُدُّهُمْ إِلَى دَارِ الْحَرْبِ) لِأَنَّهُ فِيهِ تَقْوِيَتُهُمْ عَلَى الْمُسْلِمِينَ، فَإِنْ أَسْلَمُوا لَا يَقْتُلُهُمْ لِانْدِفَاعِ الشَّرِّ بِدُونِهِ (وَلَهُ أَنْ يَسْتَرْقَهُمْ) تَوْفِيرًا لِلْمَنْفَعَةِ بَعْدَ انْعِقَادِ سَبَبِ الْمَلِكِ بِخِلَافِ إِسْلَامِهِمْ قَبْلَ الْأَخَذِ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَنْعَقِدِ السَّبَبُ بَعْدُ (وَلَا يُفَادَى بِالْأَسَارَى عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَ: يُفَادَى بِهِمْ أَسَارَى الْمُسْلِمِينَ) وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ لِأَنَّهُ فِيهِ تَخْلِيصُ الْمُسْلِمِ وَهُوَ أَوْلَى مِنْ قَتْلِ الْكَافِرِ وَالْإِنْتِفَاعِ بِهِ. وَلَهُ أَنْ فِيهِ مَعُونَةٌ لِلْكَفَرَةِ؛ لِأَنَّهُ يَعُودُ حَرْبًا عَلَيْنَا، وَدَفَعَ شَرَّ حَرْبِهِ خَيْرٌ مِنْ اسْتِنْقَادِ الْأَسِيرِ الْمُسْلِمِ؛ لِأَنَّهُ إِذَا بَقِيَ فِي أَيْدِيهِمْ كَانَ ابْتِلَاءً فِي حَقِّهِ غَيْرَ مُضَافٍ إِلَيْنَا، وَالْإِعَانَةُ بِدَفْعِ أَسِيرِهِمْ إِلَيْهِمْ مُضَافٌ إِلَيْنَا. أَمَّا الْمَفَادَةُ بِمَالٍ يَأْخُذُهُ مِنْهُمْ لَا يَجُوزُ فِي الْمَشْهُورِ مِنَ الْمَذْهَبِ لَمَّا بَيَّنَّاهُ. وَفِي السَّيْرِ الْكَبِيرِ أَنَّهُ لَا بَأْسَ بِهِ إِذَا كَانَ بِالْمُسْلِمِينَ حَاجَةً اسْتَدَلَّ بِأَسَارَى بَدْرٍ، وَلَوْ كَانَ أَسْلَمَ الْأَسِيرُ فِي أَيْدِينَا لَا يُفَادَى بِمُسْلِمٍ أَسِيرٍ فِي أَيْدِيهِمْ لِأَنَّهُ لَا يُفِيدُ إِلَّا إِذَا طَابَتْ نَفْسُهُ بِهِ وَهُوَ مَأْمُونٌ عَلَى إِسْلَامِهِ. قَالَ (وَلَا يَجُوزُ الْمَنُّ عَلَيْهِمْ) أَيُّ عَلَى الْأَسَارَى خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ فَإِنَّهُ يَقُولُ «مِنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ عَلَى بَعْضِ الْأَسَارَى يَوْمَ بَدْرٍ»^(١). وَلَنَا قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿فَاقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدْتُمُوهُمْ﴾ [التوبة: ٥] وَلَأَنَّهُ بِالْأَسْرِ وَالْقَسْرِ ثَبَتَ حَقُّ الْأَسْتِرْقَاقِ فِيهِ فَلَا يَجُوزُ اسْقَاطُهُ بِغَيْرِ مَنْفَعَةٍ وَعَوَضٍ، وَمَا رَوَاهُ مَنْسُوخٌ بِمَا تَلَوْنَا.

الشرح:

قَالَ (وَهُوَ فِي الْأَسَارَى بِالْخِيَارِ) الْإِمَامُ فِيمَا حَصَلَ تَحْتَ يَدِهِ مِنَ الْأَسَارَى مُخَيَّرٌ بَيْنَ الْأُمُورِ الثَّلَاثَةِ: إِنْ شَاءَ قَتْلُهُمْ «لَأَنَّهُ ﷺ قَدْ قَتَلَ عُقْبَةَ بْنِ أَبِي مُعَيْطٍ وَالتَّضَرَّ بَنَ الْحَارِثِ بَعْدَمَا حَصَلَا فِي يَدِهِ، وَقَتَلَ بَنِي قُرَيْظَةَ بَعْدَ ثُبُوتِ الْيَدِ عَلَيْهِمْ»، فَإِنْ أَسْلَمُوا

(١) أخرجه البخاري في الخمس باب ١٩، وانظر نصب الراية (٣/٦١٥).

سَقَطَ عَنْهُمْ الْقَتْلُ لِأَنَّهُ عُقُوبَةٌ وَجَبَتْ لِلْبَقَاءِ عَلَى الْكُفْرِ، فَإِذَا زَالَ الْكُفْرُ سَقَطَ الْقَتْلُ (وَإِنْ شَاءَ اسْتَرْقَهُمْ لِأَنَّ فِيهِ دَفْعَ شَرِّهِمْ مَعَ وَفُورِ الْمُنْفَعَةِ لِأَهْلِ الْإِسْلَامِ) فَإِنْ أَسْلَمُوا بَعْدَ ذَلِكَ لَمْ يَسْقُطْ عَنْهُمْ الرِّقُّ لِأَنَّ الرِّقَّ جَزَاءُ الْكُفْرِ الْأَصْلِيِّ عَلَى مَا عُرِفَ، بِخِلَافِ مَا إِذَا أَسْلَمُوا قَبْلَ الْاِسْتِيلَاءِ حَيْثُ لَا يَجُوزُ الْقَتْلُ وَالْاِسْتِرْقَاقُ أَيْضًا لِأَنَّهُ قَدْ صَارَ أَوْلَى النَّاسِ بِنَفْسِهِ قَبْلَ ائْتِقَادِ سَبَبِ الْمَلِكِ وَهُوَ الْاِسْتِيلَاءُ وَالْأَخْذُ (وَإِنْ شَاءَ تَرَكَهُمْ أَحْرَارًا ذِمَّةً لِلْمُسْلِمِينَ لَمَّا بَيَّنَّا) مَنْ فَعَلَ عُمَرُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ. فَإِنْ قِيلَ: «فَأَقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ» يُنَافِي تَرْكُ قَتْلِهِمْ فَلَا يَجُوزُ. أُجِيبَ بِأَنَّهُ تَرَكَ الْعَمَلَ بِهِ فِي حَقِّ أَهْلِ الذِّمَّةِ وَالْمُسْتَأْمِنِ فَكَذَا فِي الْمُتَنَازِعِ فِيهِ بِفِعْلِ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ. وَقَوْلُهُ (إِلَّا مُشْرِكِي الْعَرَبِ) اسْتِنَاءٌ مِنْ قَوْلِهِ وَإِنْ شَاءَ تَرَكَهُمْ أَحْرَارًا. وَلِقَائِلِ أَنْ يَقُولَ: هَذِهِ الْأَدْلَةُ تُدَلُّ عَلَى خِلَافِ الْمُدَّعِي؛ لِأَنَّ الْمُدَّعِيَّ هُوَ أَنْ يَكُونَ الْإِمَامُ مُخَيَّرًا بَيْنَ الْأُمُورِ الثَّلَاثَةِ، وَالْأَدْلَةُ تُدَلُّ عَلَى وَجُوبِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهَا لِأَنَّهُ قَالَ: لِأَنَّ فِيهِ حَسَنَ مَادَّةِ الْقِتَالِ وَذَلِكَ وَاجِبٌ لَا مَحَالَةَ، ثُمَّ قَالَ: لِأَنَّ فِيهِ دَفْعَ شَرِّهِمْ مَعَ وَفُورِ الْمُنْفَعَةِ لِأَهْلِ الْإِسْلَامِ وَهُوَ كَالأَوَّلِ وَأَقْوَى.

ثُمَّ اسْتَدَلَّ بِمَا فَعَلَ عُمَرُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ بِقَوْلِهِ لَمَّا بَيَّنَّا، وَهُوَ إِمَّا يَصِحُّ عَلَى تَقْدِيرِ أَنْ يَكُونَ مَا فَعَلَهُ وَاجِبًا وَإِلَّا لَزِمَ التَّخْيِيرُ بَيْنَ الْوَاجِبِ وَغَيْرِهِ وَهُوَ لَا يَجُوزُ. وَالْجَوَابُ أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنَ الْأُمُورِ وَاجِبٌ وَالْإِمَامُ مُخَيَّرٌ بَيْنَهَا كَمَا فِي الْوَاجِبِ الْمُخَيَّرِ. وَقَوْلُهُ (وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَرُدَّهُمْ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (وَلَا يُفَادِي بِالْأَسَارَى) وَالْمُفَادَاةُ بَيْنَ اثْنَيْنِ، يُقَالُ فَادَاهُ إِذَا أَطْلَقَهُ وَأَخَذَ فِدْيَتَهُ، وَمَنْهُ قَوْلُهُ وَلَا يُفَادِي بِالْأَسَارَى: أَيُّ لَا يُعْطَى أَسَارَى الْكُفَّارِ وَيُؤْخَذُ مِنْهُمْ أَسَارَى الْمُسْلِمِينَ أَوْ الْمَالُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: يُفَادِي بِهِمْ أَسَارَى الْمُسْلِمِينَ، وَلَا تَجُوزُ الْفِدْيَةُ بِالْمَالِ. وَجَعَلَ فِي السَّيْرِ الْكَبِيرِ قَوْلَهُمَا أَظْهَرَ الرُّوَايَتَيْنِ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ. وَوَجْهُ ذَلِكَ مَا ذَكَرَهُ أَنَّ فِيهِ تَخْلِيصَ الْمُسْلِمِ وَهُوَ أَوْلَى مِنْ قَتْلِ الْكَافِرِ وَالْاِئْتِفَاعِ بِهِ. وَقَوْلُهُ (وَلَهُ أَنْ فِيهِ تَقْوِيَةٌ) فِي بَعْضِ النُّسخِ مَعُونَةٌ ظَاهِرَةٌ، وَيَجُوزُ أَنْ يَبْرَزَ هَذَا فِي مُبَرِّزِ دَفْعِ الضَّرَرِ الْعَامِّ بِتَحْمُلِ الضَّرَرِ الْخَاصِّ كَمَا مَرَّ فِي صُورَةِ الرَّمْيِ عِنْدَ التَّتَرُّسِ بِالْمُسْلِمِينَ. وَأَمَّا الْمُفَادَاةُ بِأَخْذِ الْمَالِ مِنْهُمْ) فِي إِطْلَاقِ أَسْرَاهُمْ (فَلَا تَجُوزُ فِي الْمَشْهُورِ مِنْ مَذْهَبِ أَصْحَابِنَا لَمَّا بَيَّنَّا) أَنَّ فِيهِ تَقْوِيَةً أَوْ مَعُونَةً لِلْكَفَرَةِ بِعَوْدِهِمْ حَرْبًا عَلَيْنَا (وَفِي السَّيْرِ الْكَبِيرِ أَنَّهُ لَا بَأْسَ بِهِ إِذَا كَانَ بِالْمُسْلِمِينَ حَاجَةً اسْتِدْلَالًا بِأَسَارَى بَذَرٍ وَسَيَّجِيءُ جَوَابُهُ. وَقَوْلُهُ (وَلَا يَجُوزُ الْمَنْ عَلَيْهِمُ) الْمُرَادُ بِالْمَنْ عَلَيْهِمْ هُوَ الْإِنْعَامُ

عَلَيْهِمْ بِأَنْ يَتْرُكَهُمْ مَجَانًّا مِنْ غَيْرِ اسْتَرْقَاقٍ وَلَا ذِمَّةٍ وَلَا قَتْلٍ (خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ فَإِنَّهُ يَقُولُ: «مَنْ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَلَى بَعْضِ الْأَسَارَى يَوْمَ بَذْرِ يَعْنِي أَبَا عَزَّةَ الْجُمَحِيِّ» (وَلَنَا قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿فَاقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدْتُمُوهُمْ﴾ [التوبة: ٥] وَلَآئِهِ بِالْأَسْرِ وَالْقَسْرِ ثَبَتَ حَقُّ الْاسْتَرْقَاقِ فِيهِ) لِلْعَانِمِينَ.

فَلَا يَجُوزُ إِسْقَاطُهُ بِغَيْرِ مَنَفْعَةٍ وَعَوَضٍ كَسَائِرِ الْأَمْوَالِ الْمَعْنُومَةِ (وَمَا رَوَاهُ) مِنَ الْمَنْ عَلَى أَبِي عَزَّةَ فَهُوَ (مَنْسُوحٌ بِمَا تَلَوْنَا) وَكَذَلِكَ قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿فَأَمَّا مَتًّا بَعْدُ وَأَمَّا فِدَاءً﴾ [محمد: ٤] وَكَذَلِكَ قِصَّةُ أُسَارَى بَذْرِ، لِأَنَّ سُورَةَ بَرَاءَةِ كَانَتْ آخِرَ مَا نَزَلَ، وَقَدْ تَضَمَّنَتْ وَجُوبَ الْقَتْلِ عَلَى كُلِّ حَالٍ بِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿فَاقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدْتُمُوهُمْ﴾ [التوبة: ٥] فَكَانَ نَاسِخًا لِمَا تَقَدَّمَ كُلَّهُ. وَلِقَائِلِ أَنْ يَقُولَ: قَدْ أَجْمَعُوا عَلَى أَنَّهُ مَخْصُوصٌ خَصَّ مِنْهُ الذَّمِّيُّ وَالْمُسْتَأْمَنُ فَجَازَ أَنْ يَخُصَّ مِنْهُ الْأَسِيرُ قِيَاسًا عَلَيْهِمْ أَوْ بِحَدِيثِ أَبِي عَزَّةَ أَوْ غَيْرِهِمَا.

وَالْجَوَابُ أَنَّ قِيَاسَ الْأَسِيرِ عَلَى الذَّمِّيِّ فَاسِدٌ لَوْجُودِ الذِّمَّةِ فِيهِ دُونَ الْأَسِيرِ وَهِيَ الْمَنَاطُ، وَكَذَا عَنْ الْمُسْتَأْمَنِ لِعَدَمِ اسْتِحْقَاقِ رَقَبَتِهِ، وَحَدِيثِ أَبِي عَزَّةَ مُتَقَدِّمٌ عَلَى الْآيَةِ، وَغَيْرُهُمَا غَيْرُ مَوْجُودٍ أَوْ غَيْرُ مَعْلُومٍ فَلَا يَصِحُّ التَّخْصِصُ لَشَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ. وَالْمَوَاشِي جَمْعُ مَاشِيَةٍ وَهِيَ الْإِبِلُ وَالْبَقَرُ وَالْعَنَمُ وَالْمَأْكُلَةُ بِضَمِّ الْكَافِ وَفَتْحِهَا بِمَعْنَى، وَكَلَامُهُ وَاضِحٌ.

(وَإِذَا أَرَادَ الْإِمَامُ الْعَوْدَ وَمَعَهُ مَوَاشٍ فَلَمْ يَقْدِرْ عَلَى نَقْلِهَا إِلَى دَارِ الْإِسْلَامِ ذَبَحَهَا وَحَرَقَهَا وَلَا يَعْصَرُهَا وَلَا يَتْرُكُهَا) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يَتْرُكُهَا؛ لِأَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «نَهَى عَنْ ذَبْحِ الشَّاةِ إِلَّا لِمَا كَلَنَ»^(١). وَلَنَا أَنَّ ذَبْحَ الْحَيَوَانِ يَجُوزُ لِفَرْضِ صَحِيحٍ، وَلَا غَرَضَ أَصَحَّ مِنْ كَسْرِ شَوْكَةِ الْأَعْدَاءِ، ثُمَّ يُحْرَقُ بِالنَّارِ لِيَنْقَطَعَ مَنَفْعَتُهُ عَنِ الْكُفَّارِ وَصَارَ كَتَخْرِيبِ الْبُنْيَانِ بِخِلَافِ التَّحْرِيقِ قَبْلَ الذَّبْحِ لِأَنَّهُ مَنَهَى عَنْهُ، وَبِخِلَافِ الْعَقْرِ لِأَنَّهُ مُثَلَّةٌ، وَتَحْرِيقُ الْأَسْلِحَةِ أَيْضًا، وَمَا لَا يَحْتَرِقُ مِنْهَا يُدْفَنُ فِي مَوْضِعٍ لَا يَقِفُ عَلَيْهِ الْكُفَّارُ لِإِبْطَالِ الْمَنَفْعَةِ عَلَيْهِمْ.

(١) قال الزيلعي في نصب الراية (٦١٧/٣): غريب.

(وَلَا يُقَسَّمُ غَنِيمَةٌ فِي دَارِ الْحَرْبِ حَتَّى يُخْرِجَهَا إِلَى دَارِ الْإِسْلَامِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ:
لَا بَأْسَ بِذَلِكَ. وَأَصْلُهُ أَنَّ الْمَلِكَ لِلْغَانِمِينَ لَا يَثْبُتُ قَبْلَ الْإِحْرَازِ بِدَارِ الْإِسْلَامِ عِنْدَنَا، وَعِنْدَهُ
يَثْبُتُ وَيَبْتَنِي عَلَى هَذَا الْأَصْلِ عِدَّةٌ مِنَ الْمَسَائِلِ ذَكَرْنَاهَا فِي الْكِفَايَةِ. لَهُ أَنَّ سَبَبَ الْمَلِكِ
الْإِسْتِيلَاءُ إِذَا وَرَدَ عَلَى مَالٍ مُبَاحٍ فِي الصِّيُودِ، وَلَا مَعْنَى لِلْإِسْتِيلَاءِ سِوَى إِثْبَاتِ الْيَدِ وَقَدْ
تَحَقَّقَ. وَلَنَا أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «نَهَى عَنِ بَيْعِ الْغَنِيمَةِ فِي دَارِ الْحَرْبِ»^(١)، وَالْخِلَافُ
ثَابِتٌ فِيهِ، وَالْقِسْمَةُ بَيْعٌ مَعْنَى فَتَدْخُلُ تَحْتَهُ، وَلِأَنَّ الْإِسْتِيلَاءَ إِثْبَاتُ الْيَدِ الْحَافِظَةِ
وَالنَّاقِلَةِ وَالثَّانِي مُنْعَدِمٌ لِقُدْرَتِهِمْ عَلَى الْإِسْتِنْقَادِ وَوُجُودِهِ ظَاهِرًا.

ثُمَّ قِيلَ: مَوْضِعُ الْخِلَافِ تَرْتُّبُ الْأَحْكَامِ عَلَى الْقِسْمَةِ إِذَا قَسَمَ الْإِمَامُ لَا عَنْ اجْتِهَادٍ،
لِأَنَّ حُكْمَ الْمَلِكِ لَا يَثْبُتُ بِدُونِهِ. وَقِيلَ الْكَرَاهَةُ، وَهِيَ كَرَاهَةُ تَنْزِيهِهِ عِنْدَ مُحَمَّدٍ فَإِنَّهُ قَالَ
عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ لَا تَجُوزُ الْقِسْمَةُ فِي دَارِ الْحَرْبِ. وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ الْأَفْضَلُ
أَن يُقَسَّمَ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ. وَوَجْهُ الْكَرَاهَةِ أَنَّ دَلِيلَ الْبُطْلَانِ رَاجِحٌ، إِلَّا أَنَّهُ تَقَاعَدَ عَنْ سَلْبِ
الْجَوَازِ فَلَا يَتَقَاعَدُ عَنْ إِبْرَاطِ الْكَرَاهَةِ.

(وَالرَّدُّ وَالْمُقَاتِلُ فِي الْعَسْكَرِ سَوَاءٌ) لِاسْتِوَائِهِمْ فِي السَّبَبِ وَهُوَ الْمَجَاوِزَةُ أَوْ شُهُودُ
الْوَقْعَةِ عَلَى مَا عُرِفَ، وَكَذَلِكَ إِذَا لَمْ يُقَاتِلْ لِمَرَضٍ أَوْ غَيْرِهِ لَمَّا ذَكَرْنَا (وَإِذَا لِحَقِّهِمُ الْمَدَدُ
فِي دَارِ الْحَرْبِ قَبْلَ أَنْ يُخْرِجُوا الْغَنِيمَةَ إِلَى دَارِ الْإِسْلَامِ شَارَكُوهُمْ فِيهَا) خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ
بَعْدَ انْقِضَاءِ الْقِتَالِ وَهُوَ بِنَاءٌ عَلَى مَا مَهْدَنَاهُ مِنَ الْأَصْلِ، وَإِنَّمَا يَنْقَطِعُ حَقُّ الْمَشَارَكَةِ
عِنْدَنَا بِالْإِحْرَازِ أَوْ بِقِسْمَةِ الْإِمَامِ فِي دَارِ الْحَرْبِ أَوْ بِبَيْعِهِ الْمَغَانِمِ فِيهَا، لِأَنَّ بِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهَا
يَتِمُّ الْمَلِكُ فَيَنْقَطِعُ حَقُّ شَرِكَةِ الْمَدَدِ. قَالَ (وَلَا حَقٌّ لِأَهْلِ سُوقِ الْعَسْكَرِ فِي الْغَنِيمَةِ إِلَّا أَنْ
يُقَاتِلُوا) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ فِي أَحَدِ قَوْلَيْهِ: يُسَهِّمُ لَهُمْ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «الْغَنِيمَةُ
مَنْ شَهِدَ الْوَقْعَةَ»^(٢) وَلِأَنَّهُ وَجَدَ الْجِهَادَ مَعْنَى بِتَكْثِيرِ السَّوَادِ. وَلَنَا أَنَّهُ لَمْ تَوْجَدْ الْمَجَاوِزَةَ
عَلَى قَصْدِ الْقِتَالِ فَانْعَدَمَ السَّبَبُ الظَّاهِرُ فَيُعْتَبَرُ السَّبَبُ الْحَقِيقِيُّ وَهُوَ الْقِتَالُ فَيُفِيدُ
الْإِسْتِحْقَاقَ عَلَى حَسَبِ حَالِهِ فَارِسًا أَوْ رَاجِلًا عِنْدَ الْقِتَالِ، وَمَا رَوَاهُ مَوْفُوفٌ عَلَى عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ
أَن تَأْوِيلَهُ أَنْ يُشْهَدَهَا عَلَى قَصْدِ الْقِتَالِ.

(١) قال الزيلعي في نصب الراية (٣/٦١٩): غريب جدا.

(٢) قال الزيلعي في نصب الراية (٣/٦٢٠): غريب مرفوعا وهو موقوف على عمر كما قال المصنف.

الشرح:

قَالَ (وَالرَّذْءُ وَالْمُقَاتِلُ فِي الْعَسْكَرِ سَوَاءٌ) الرَّذْءُ هُوَ الْعَوْنُ، وَالْمُقَاتِلُ هُوَ الْمُبَاشِرُ فِي الْعَسْكَرِ فِي اسْتِحْقَاقِ الْغَنِيمَةِ سَوَاءٌ (لَا اسْتَوَاهُمْ فِي السَّبَبِ) وَهُوَ مُجَاوِزَةُ الدَّرَجَةِ بِنَيَْةِ الْقِتَالِ عِنْدَنَا (أَوْ شُهُودِ الْوَقْعَةِ) عِنْدَ الشَّافِعِيِّ رحمته الله (عَلَى مَا عُرِفَ. وَكَذَلِكَ إِذَا لَمْ يُقَاتِلْ لِمَرْضٍ أَوْ غَيْرِهِ لَمَّا ذَكَرْنَا) مِنَ الْإِسْتِوَاءِ فِي السَّبَبِ. قَوْلُهُ (وَإِذَا لَحِقَهُمُ الْمَدَدُ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (بَنَاءً عَلَى مَا مَهَّدْنَاهُ مِنَ الْأَصْلِ) يُرِيدُ مَا مَرَّ أَنْ سَبَبَ الْمَلِكُ عِنْدَهُ هُوَ الْأَخْذُ وَالْمَلِكُ يَثْبُتُ بِهِ، وَعِنْدَنَا أَنَّ السَّبَبَ هُوَ الْإِحْرَازُ. فَإِذَا شَارَكَ الْمَدَدُ الْجَيْشَ فِي الْإِحْرَازِ الَّذِي يَتِمُّ بِهِ السَّبَبُ شَارَكُوهُ فِي تَأْكُدِ الْحَقِّ بِهِ كَمَا لَوْ التَّحَقُّوا بِهِمْ فِي حَالَةِ الْقِتَالِ (وَإِنَّمَا تَنْقَطِعُ الْمُشَارَكَةُ بِالْإِحْرَازِ أَوْ بِقِسْمَةِ الْإِمَامِ فِي دَارِ الْحَرْبِ أَوْ بَيْعِهِ الْمَغَانِمَ فِيهَا لِأَنَّ بَعْضَ وَاحِدٍ مِنْهَا يَتِمُّ الْمَلِكُ فَتَنْقَطِعُ شَرَكَةُ الْمَدَدِ) (وَلَا حَقٌّ لِأَهْلِ سَوْقِ الْعَسْكَرِ فِي الْغَنِيمَةِ) بِإِطْلَاقِهِ يُفِيدُ نَفْيَ السَّهْمِ الْكَامِلِ وَالرَّضْخِ. وَكَذَا ذَكَرَ فِي الْمَسْطُوطِ. وَعُلِّلَ بِأَنَّ قَصْدَهُمُ التَّجَارَةَ لَا إِعْزَازَ دِينَ اللَّهِ وَإِرْهَابَ الْعَدُوِّ (إِلَّا أَنْ يُقَاتِلُوا) فَلَهُمُ السَّهْمُ.

(وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: يُسَهَّمُ لَهُمْ فِي قَوْلٍ لِقَوْلِهِ رحمته الله: «الْغَنِيمَةُ لِمَنْ شَهِدَ الْوَقْعَةَ» وَلَأَنَّهُ وَجَدَ الْجِهَادَ مَعْنَى بَتَكْثِيرِ السَّوَادِ) وَقَوْلُهُ (وَلَنَا أَنَّهُ لَمْ يُوجَدْ الْمُجَاوِزَةُ) وَاضِحٌ (وَمَا رَوَاهُ) مِنْ قَوْلِهِ: «الْغَنِيمَةُ لِمَنْ شَهِدَ الْوَقْعَةَ» (مَوْقُوفٌ عَلَى عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ) وَمِثْلُهُ لَيْسَ بِحُجَّةٍ عِنْدَهُ لِأَنَّهُ لَا يَرَى تَقْلِيدَ الصَّحَابِيِّ أَوْ تَأْوِيلَهُ أَنْ يَشْهَدَهَا عَلَى قَصْدِ الْقِتَالِ) أَلَا تَرَى أَنَّ الْكُفَّارَ يَشْهَدُونَهَا وَلَيْسَ لَهُمْ شَيْءٌ.

(وَأِنْ لَمْ تَكُنْ لِلْإِمَامِ حَمُولَةٌ تُحْمَلُ عَلَيْهَا الْغَنَائِمُ قَسَمَهَا بَيْنَ الْغَانِمِينَ قِسْمَةً إِيْدَاعٍ لِيَحْمُوَهَا إِلَى دَارِ الْإِسْلَامِ ثُمَّ يَرْتَجِعَهَا مِنْهُمْ فَيَقْسِمَهَا) قَالَ الْعَبْدُ الضَّعِيفُ: هَكَذَا ذَكَرَ فِي الْمُخْتَصَرِ، وَلَمْ يَشْتَرِطْ رِضَاهُمْ وَهُوَ رِوَايَةُ السَّيَرِ الْكَبِيرِ. وَالْجُمْلَةُ فِي هَذَا أَنَّ الْإِمَامَ إِذَا وَجَدَ فِي الْمَغْنَمِ حَمُولَةً يَحْمِلُ الْغَنَائِمَ عَلَيْهَا لِأَنَّ الْحَمُولَةَ وَالْمَحْمُولَ مَالُهُمْ. وَكَذَا إِذَا كَانَ فِي بَيْتِ الْمَالِ فَضْلُ حَمُولَةٍ لِأَنَّهُ مَالُ الْمُسْلِمِينَ، وَلَوْ كَانَ لِلْغَانِمِينَ أَوْ لِبَعْضِهِمْ لَا يُجْبِرُهُمْ فِي رِوَايَةِ السَّيَرِ الصَّغِيرِ لِأَنَّهُ ابْتِدَاءُ إِجَارَةٍ وَصَارَ كَمَا إِذَا تَفَقَّتْ دَابَّتُهُ فِي مَفَازَةٍ وَمَعَ رَفِيقِهِ فَضْلُ حَمُولَةٍ، وَيُجْبِرُهُمْ فِي رِوَايَةِ السَّيَرِ الْكَبِيرِ لِأَنَّهُ دَفْعُ الضَّرَرِ الْعَامِ

بِتَحْمِيلِ ضَرَرٍ خَاصٍّ (وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ الْغَنَائِمِ قَبْلَ الْقِسْمَةِ فِي دَارِ الْحَرْبِ) لِأَنَّهُ لَا مَلِكَ قَبْلَهَا، وَفِيهِ خِلَافُ الشَّافِعِيِّ، وَقَدْ بَيَّنَّا الْأَصْلَ (وَمَنْ مَاتَ مِنَ الْغَانِمِينَ فِي دَارِ الْحَرْبِ فَلَا حَقَّ لَهُ فِي الْغَنِيمَةِ، وَمَنْ مَاتَ مِنْهُمْ بَعْدَ إِخْرَاجِهَا إِلَى دَارِ الْإِسْلَامِ فَنَصِيبُهُ لَوَرَثَتِهِ) لِأَنَّ الْإِرْثَ يَجْرِي فِي الْمَلِكِ، وَلَا مَلِكَ قَبْلَ الْإِحْرَازِ، وَإِنَّمَا الْمَلِكُ بَعْدَهُ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: مَنْ مَاتَ مِنْهُمْ بَعْدَ اسْتِقْرَارِ الْهَزِيمَةِ يُوْرَثُ نَصِيبُهُ لِقِيَامِ الْمَلِكِ فِيهِ عِنْدَهُ وَقَدْ بَيَّنَّا..

الشرح:

(وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لِلْإِمَامِ حُمُولَةٌ) يَفْتَحُ الْحَايَ مَا يَحْمِلُ عَلَيْهِ مِنْ بَعِيرٍ أَوْ فَرَسٍ أَوْ بَعْلٍ أَوْ حِمَارٍ (قَسَمَهَا بَيْنَ الْغَانِمِينَ قِسْمَةً إِذَا ع) وَكَلَامُهُ وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (لَأَنَّهُ ابْتِدَاءُ إِجَارَةٍ) أَيُّ مِنْ كُلِّ وَجْهِ، وَهَذَا اخْتِرَازٌ عَنْ إِجَارَةٍ مُسْتَأْنَفَةٍ فِي حَالَةِ الْبَقَاءِ، فَإِنَّهُ يُجْبَرُ عَلَى الْإِجَارَةِ بِالِاتِّفَاقِ كَمَا فِي مَسْأَلَةِ السَّفِينَةِ، فَإِنْ مَنْ اسْتَأْجَرَ سَفِينَةً شَهْرًا فَمَضَتْ الْمُدَّةُ فِي وَسْطِ الْبَحْرِ فَإِنَّهُ يَتَعَقَّدُ عَلَيْهَا إِجَارَةٌ أُخْرَى بِأَجْرِ الْمِثْلِ بِغَيْرِ رِضَا الْمَلِكِ. وَقَوْلُهُ (وَصَارَ كَمَا إِذَا تَفَقَّتْ دَابَّتُهُ) يَعْنِي فِي كَوْنِهِ ابْتِدَاءً إِجَارَةٍ مِنْ كُلِّ وَجْهِ. وَقَوْلُهُ (وَيُجْبَرُ هُمْ فِي رِوَايَةِ السَّيْرِ الْكَبِيرِ) ظَاهِرٌ، وَيَكُونُ الْأَجْرُ مِنَ الْغَنَائِمِ يُبْتَدَأُ بِهِ قَبْلَ الْخُمْسِ، لِأَنَّ فِي هَذَا الاسْتِجَارِ مَنْفَعَةً لِلْغَانِمِينَ فَهُوَ كَالِاسْتِجَارِ لِسَوْقِ الْغَنَمِ وَالرَّمْلِ، وَحَقُّ أَصْحَابِ الْحُمُولَةِ لَا يَمْنَعُ صِحَّةَ الاسْتِجَارِ لِأَنَّ شَرَكَةَ الْمَلِكِ الَّتِي لَا تَمْنَعُ صِحَّةَ الاسْتِجَارِ لَا شَرَكَةَ الْحَقِّ كَمَا فِي مَالِ نَيْتِ الْمَالِ. وَقَوْلُهُ (وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ الْغَنَائِمِ قَبْلَ الْقِسْمَةِ) وَاضِحٌ مِمَّا تَقَدَّمَ.

قَوْلُهُ (وَلَا مَلِكَ قَبْلَ الْإِحْرَازِ) فِيهَا نَظَرٌ؛ لِأَنَّهُ يُنَاقِضُ قَوْلَهُ فِيمَا تَقَدَّمَ لِأَنَّ بِكُلِّ مِنْهَا يَتِمُّ الْمَلِكُ. وَالْجَوَابُ أَنَّهُ تَرَكَ ذِكْرَ الْقِسْمَةِ فِي دَارِ الْحَرْبِ وَيَبْعُ الْغَنَائِمَ فِيهَا هَاهُنَا اعْتِمَادًا عَلَى ذِكْرِهِ هُنَاكَ أَوْ لِأَنَّ ذَلِكَ لِعَارِضِ الْحَاجَةِ وَالْإِعْتِبَارِ لِلْأُمُورِ الْأَصْلِيَّةِ. وَقَوْلُهُ (وَقَدْ بَيَّنَّا) أَيُّ فِي مَسْأَلَةِ قِسْمَةِ الْغَنِيمَةِ فِي دَارِ الْحَرْبِ.

قَالَ (وَلَا بَأْسَ بِأَنْ يَعْلَفَ الْعَسْكَرُ فِي دَارِ الْحَرْبِ وَيَأْكُلُوا مَا وَجَدُوهُ مِنَ الطَّعَامِ) قَالَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: أَرْسَلَ وَلَمْ يُقَيِّدْهُ بِالْحَاجَةِ، وَقَدْ شَرَطَهَا فِي رِوَايَةٍ وَلَمْ يَشْتَرِطَهَا فِي أُخْرَى. وَجْهُ الْأَوَّلَى أَنَّهُ مُشْتَرَكٌ بَيْنَ الْغَانِمِينَ فَلَا يَبَاحُ الْإِنْتِفَاعُ بِهِ إِلَّا لِحَاجَتِهِ كَمَا فِي الثِّيَابِ وَالِدَوَابِّ. وَجْهُ الْأُخْرَى قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ فِي طَعَامِ خَيْبَرَ: «كُلُّوْهَا وَأَعْلِفُوْهَا وَلَا

تَحْمِلُوهَا»^(١) وَلَأنَّ الْحُكْمَ يُدَارُ عَلَى دَلِيلِ الْحَاجَةِ وَهُوَ كَوْنُهُ فِي دَارِ الْحَرْبِ، لِأَنَّ الْغَازِي لَا يَسْتَصْحِبُ قُوَّةَ نَفْسِهِ وَعَلَفَ ظَهْرِهِ مُدَّةَ مُقَامِهِ فِيهَا وَالْمِيرَةُ مُنْقَطِعَةٌ، فَبَقِيَ عَلَى أَصْلِ الْإِبَاحَةِ لِلْحَاجَةِ بِخِلَافِ السَّلَاحِ لِأَنَّهُ يَسْتَصْحِبُهُ فَانْعَدَمَ دَلِيلُ الْحَاجَةِ، وَقَدْ ثُمَسَ إِلَيْهِ الْحَاجَةُ فَتُعْتَبَرُ حَقِيقَتُهَا فَيَسْتَعْمِلُهُ ثُمَّ يَرُدُّهُ فِي الْمَغْنَمِ إِذَا اسْتَعْنَى عَنْهُ، وَالِدَابَّةُ مِثْلُ السَّلَاحِ، وَالطَّعَامُ كَالْخُبْزِ وَاللَّحْمِ وَمَا يُسْتَعْمَلُ فِيهِ كَالسَّمَنِ وَالزَّيْتِ.

قَالَ (وَيَسْتَعْمِلُوا الْحَطَبَ) وَفِي بَعْضِ النُّسخِ: الطَّيِّبُ، (وَيُدْهِنُوا بِالذَّهْنِ وَيُوقِحُوا بِهِ الدَّابَّةُ) لِمَسَاسِ الْحَاجَةِ إِلَى جَمِيعِ ذَلِكَ (وَيَقَاتِلُوا بِمَا يَجِدُونَهُ مِنَ السَّلَاحِ، كُلُّ ذَلِكَ بِلَا قِسْمَةٍ) وَتَأْوِيلُهُ إِذَا احتَاجَ إِلَيْهِ بَأَن لَمْ يَكُنْ لَهُ سِلَاحٌ وَقَدْ بَيَّنَّاهُ (وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَبِيعُوا مِنْ ذَلِكَ شَيْئًا وَلَا يَتَمَوَّلُونَهُ) لِأَنَّ الْبَيْعَ يَتَرْتَّبُ عَلَى الْمَلِكِ وَلَا مَلِكَ عَلَى مَا قَدْ مَنَاهُ، وَإِنَّمَا هُوَ إِبَاحَةٌ وَصَارَ كَالْبَيْعِ لَهُ الطَّعَامُ، وَقَوْلُهُ وَلَا يَتَمَوَّلُونَهُ إِشَارَةٌ إِلَى أَنَّهُمْ لَا يَبِيعُونَهُ بِالذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ وَالْعُرُوضِ لِأَنَّهُ لَا ضَرُورَةَ إِلَى ذَلِكَ، فَإِنْ بَاعَهُ أَحَدُهُمْ رَدَّ الثَّمَنَ إِلَى الْغَنِيمَةِ؛ لِأَنَّهُ بَدَلُ عَيْنٍ كَانَتْ لِلْجَمَاعَةِ. وَأَمَّا الثِّيَابُ وَالْمَتَاعُ فَيُكْرَهُ الْإِنْتِفَاعُ بِهَا قَبْلَ الْقِسْمَةِ مِنْ غَيْرِ حَاجَةٍ لِلْإِسْتِزَالَةِ، إِلَّا أَنَّهُ يُقَسَّمُ الْإِمَامُ بَيْنَهُمْ فِي دَارِ الْحَرْبِ إِذَا احتَاجُوا إِلَى الثِّيَابِ وَالذُّوَابِ وَالْمَتَاعِ؛ لِأَنَّ الْمَحْرَمَ يُسْتَبَاحُ لِلضَّرُورَةِ فَالْمَكْرُوهُ أَوَّلَى، وَهَذَا لِأَنَّ حَقَّ الْمَدَدِ مُحْتَمَلٌ، وَحَاجَةُ هَؤُلَاءِ مُتَيَقِّنٌ بِهَا فَكَانَ أَوَّلَى بِالرَّعَايَةِ، وَلَمْ يَذْكُرِ الْقِسْمَةَ فِي السَّلَاحِ، وَلَا فَرَّقَ فِي الْحَقِيقَةِ لِأَنَّهُ إِذَا احتَاجَ وَاحِدٌ يُبَاحُ لَهُ الْإِنْتِفَاعُ فِي الْفَصْلَيْنِ، وَإِنْ احتَاجَ الْكُلُّ يُقَسَّمُ فِي الْفَصْلَيْنِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا احتَاجُوا إِلَى السَّبَبِيِّ حَيْثُ لَا يُقَسَّمُ لِأَنَّ الْحَاجَةَ إِلَيْهِ مِنْ فُضُولِ الْحَوَائِجِ.

الشرح:

قَوْلُهُ (وَلَا بَأْسَ بِأَنْ يَغْلَفَ الْعَسْكَرُ) أَيُّ دَوَابَّهُمْ الْعَلَفَ (فِي دَارِ الْحَرْبِ) وَقَوْلُهُ لَمْ يُقَيِّدْهُ بِالْحَاجَةِ يَعْنِي الْقُدُورِيَّ فِي مُخْتَصَرِهِ (وَقَدْ شَرَطَهَا) يَعْنِي مُحَمَّدًا (فِي رِوَايَةٍ) هِيَ رِوَايَةُ السَّيِّرِ الصَّغِيرِ (وَلَمْ يَشْتَرِطَهَا فِي أُخْرَى) وَهِيَ رِوَايَةُ السَّيِّرِ الْكَبِيرِ، وَوَجْهُ كُلِّ مِنْهُمَا مَا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ وَهُوَ وَاضِحٌ.

وَقَوْلُهُ (وَعَلَفَ ظَهْرَهُ) أَيُّ دَابَّتَهُ وَاسْتَعَارَ لَفْظَ الظَّهْرِ لَهَا وَالْمِيرَةُ الطَّعَامُ (فَيُعْتَبَرُ حَقِيقَتُهَا) أَيُّ حَقِيقَةُ الْحَاجَةِ فِي السَّلَاحِ. وَقَوْلُهُ (وَالِدَابَّةُ مِثْلُ السَّلَاحِ) يَعْنِي فِي اعْتِبَارِ

(١) أخرجه البيهقي في الكبرى (١٠٤/٩)، والمعرفة (٥٣٥٨)، وانظر نصب الراية (٦٢١/٣).

حَقِيقَةُ الْحَاجَةِ لَكِنْ إِذَا أُعْتَبِرَ حَاجَةُ الرُّكُوبِ، أَمَّا إِذَا أُعْتَبِرَ فِيهَا الْأَكْلُ فَهِيَ كَالطَّعَامِ (وَيَسْتَعْمِلُوا الْخَطْبَ، وَفِي بَعْضِ النُّسخِ الطَّيْبُ) قِيلَ وَلَيْسَ بِصَحِيحٍ لِأَنَّ الْقُدُورِيَّ نَفْسَهُ قَالَ فِي شَرْحِ مُخْتَصَرِ الْكَرْخِيِّ بَعْدَ جَوَازِ الْإِتِّفَاعِ بِالطَّيْبِ، أَمَّا الْخَطْبُ فَلْتَعَذَّرِ الثَّقَلُ مِنْ دَارِ الْإِسْلَامِ جَازَ اسْتِعْمَالُهُ كَمَا فِي الْعَلْفِ. وَأَمَّا الْإِدْهَانُ بِالذَّهْنِ فَلِلمُرَادِّ بِهِ الذَّهْنُ الْمَأْكُولُ كَالزَّيْتِ، لِأَنَّهُ لَمَّا كَانَ مَأْكُولًا كَانَ صَرْفُهُ إِلَى بَدَنِهِ كَصَرْفِهِ إِلَى أَكْلِهِ، وَإِذَا لَمْ يَكُنْ مَأْكُولًا لَا يَنْتَفِعُ بِهِ بَلْ يَرُدُّهُ إِلَى الْغَنِيمَةِ.

قَوْلُهُ (وَيُوقِحُوا بِهِ الدَّابَّةَ) التَّوْقِيحُ تَضْلِيلُ حَافِرِهَا بِالشَّخْمِ الْمَذَابِ إِذَا خَفِيَ مِنْ كَثَرَةِ الْمَشْيِ، وَقِيلَ عَنِ الْمُصَنِّفِ بِالرَّاءِ مِنَ التَّرْقِيحِ وَهُوَ الْإِصْلَاحُ، قَالَ: هَكَذَا قَرَأْنَا عَلَى الْمَشَائِخِ. قَالَ صَاحِبُ الْمُغْرِبِ: وَالرَّاءُ خَطَأٌ لِأَنَّ الْأَوَّلَ هَاهُنَا أَوْلَى وَأَلْيَقُ. قُلْتُ: هَذَا التَّغْلِيلُ إِنْ كَانَ مَنْقُولًا عَنْهُ فَهُوَ مُنَاقِضٌ لِأَنَّ تَرْكَ الْأَوَّلِ لَا يُسَمَّى خَطَأً. وَقَوْلُهُ (وَتَأْوِيلُهُ إلخ) إِنَّمَا احتَاجَ الْمُصَنِّفُ إِلَى هَذَا التَّأْوِيلِ؛ لِأَنَّهُ إِذَا احتَاجَ الْغَازِي إِلَى اسْتِعْمَالِ سِلَاحِ الْغَنِيمَةِ بِسَبَبِ صَيَانَةِ سِلَاحِهِ لَا يَجُوزُ. وَقَوْلُهُ (وَقَدْ بَيَّنَّاهُ) إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ بِخِلَافِ السِّلَاحِ لِأَنَّهُ يَسْتَصْحَبُهُ إلخ. وَقَوْلُهُ (وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَبِيعُوا) أَيِ لَا يَجُوزُ أَنْ يَبِيعُوا بِالذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ (وَلَا يَتَمَوَّلُونَهُ) أَيِ يَبِيعُونَهُ بِالْعُرُوضِ. وَقَوْلُهُ (عَلَى مَا قَدَّمْنَاهُ) يَعْنِي أَنَّهُ لَا مِلْكَ قَبْلَ الْإِحْرَازِ، وَكَلَامُهُ وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (يُبَاحُ لَهُ الْإِتِّفَاعُ فِي الْفَصْلَيْنِ) أَيِ فِي فَصْلِ السِّلَاحِ وَفَصْلِ الثِّيَابِ وَالدَّوَابِّ.

قَالَ (وَمَنْ أَسْلَمَ مِنْهُمْ) مَعْنَاهُ فِي دَارِ الْحَرْبِ (أَحْرَزَ بِإِسْلَامِهِ نَفْسَهُ) لِأَنَّ الْإِسْلَامَ يَنَافِي ابْتِدَاءَ الْأَسْتِرْقَاقِ (وَأَوْلَادَهُ الصِّغَارَ) لِأَنَّهُمْ مُسْلِمُونَ بِإِسْلَامِهِ تَبْعًا (وَكُلُّ مَا لِهَؤُلَاءِ فِي يَدِهِ) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «مَنْ أَسْلَمَ عَلَى مَا لِهَؤُلَاءِ» ^(١) وَلِأَنَّهُ سَبَقَتْ يَدُهُ الْحَقِيقِيَّةُ إِلَيْهِ يَدُ الظَّاهِرِينَ عَلَيْهِ (أَوْ وَدِيعَتُهُ فِي يَدِ مُسْلِمٍ أَوْ ذِمِّيٍّ) لِأَنَّهُ فِي يَدِ صَحِيحَتِهِ مُحْتَرَمَةٌ وَيَدُهُ كَيْدِهِ (فَإِنْ ظَهَرْنَا عَلَى دَارِ الْحِرَابِ فَعَقَارُهُ فِيَّ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: هُوَ لَهُ لِأَنَّهُ فِي يَدِهِ فَصَارَ كَالْمَنْقُولِ. وَلَنَّا أَنَّ الْعَقَارَ فِي يَدِ أَهْلِ الدَّارِ وَسُلْطَانُهَا إِذَا هُوَ مِنْ جُمْلَةِ دَارِ الْحَرْبِ فَلَمْ يَكُنْ فِي يَدِهِ حَقِيقَةً، وَقِيلَ هَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ الْآخَرِ. وَفِي قَوْلِ مُحَمَّدٍ وَهُوَ قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ الْأَوَّلِ هُوَ كَغَيْرِهِ مِنَ الْأَمْوَالِ بِنَاءً عَلَى أَنَّ الْيَدَ حَقِيقَةً

(١) أخرجه أبو يعلى (٥٨٤٧)، وابن عدي في الكامل (١٨٤/٧)، وانظر نصب الراية (٦٢٤/٣).

لَا تَثْبُتُ عَلَى الْعَقَارِ عِنْدَهُمَا، وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ تَثْبُتُ (وَزَوْجَتُهُ فِيءٌ) لِأَنَّهَا كَافِرَةٌ حَرْبِيَّةٌ لَا تَتَّبَعُهُ فِي الْإِسْلَامِ (وَكَذَا حَمْلُهَا فِيءٌ) خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ. هُوَ يَقُولُ إِنَّهُ مُسْلِمٌ تَبَعًا كَالْمَنْفَصِلِ. وَلَنَا أَنَّهُ جُزْؤُهَا فَيَرِقُ بِرِقِّهَا وَالْمُسْلِمُ مَحَلٌّ لِلتَّمْلُكِ تَبَعًا لغيرِهِ بِخِلَافِ الْمَنْفَصِلِ لِأَنَّهُ حُرٌّ لَا نَعْدِمُ الْجُزْئِيَّةَ عِنْدَ ذَلِكَ (وَأَوْلَادُهُ الْكِبَارُ فِيءٌ) لِأَنَّهُمْ كُفَّارٌ حَرْبِيُّونَ وَلَا تَبَعِيَّةَ.

(وَمَنْ قَاتَلَ مِنْ عِيْدِهِ فِيءٌ) لِأَنَّهُ لَمَّا تَمَرَّدَ عَلَى مَوْلَاهُ خَرَجَ مِنْ يَدِهِ فَصَارَ تَبَعًا لِأَهْلِ دَارِهِمْ (وَمَا كَانَ مِنْ مَالِهِ فِي يَدِ حَرْبِيٍّ فَهُوَ فِيءٌ) غَصَبًا كَانَ أَوْ وَدِيعَةً، لِأَنَّ يَدَهُ لَيْسَتْ بِمُحْتَرَمَةٍ (وَمَا كَانَ غَصَبًا فِي يَدِ مُسْلِمٍ أَوْ ذِمِّيٍّ فَهُوَ فِيءٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: لَا يَكُونُ فَيْئًا) قَالَ الْعَبْدُ الضَّعِيفُ رَحِمَهُ اللَّهُ: كَذَا ذُكِرَ الْاِخْتِلَافُ فِي السِّيَرِ الْكَبِيرِ. وَذَكَرُوا فِي شُرُوحِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ قَوْلَ أَبِي يُوسُفَ مَعَ مُحَمَّدٍ. لَهُمَا أَنَّ الْمَالَ تَابِعٌ لِلنَّفْسِ، وَقَدْ صَارَتْ مَعْصُومَةً بِإِسْلَامِهِ فَيَتَّبَعُهَا مَالُهُ فِيهَا. وَلَوْ أَنَّهُ مَالٌ مُبَاحٌ فَيَمْلِكُ بِالِاسْتِيلَاءِ وَالنَّفْسُ لَمْ تَصِرْ مَعْصُومَةً بِالْإِسْلَامِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهَا لَيْسَتْ بِمُتَقَوِّمَةٍ إِلَّا أَنَّهُ مُحَرَّمٌ التَّعَرُّضُ فِي الْأَصْلِ لَكُونِهِ مُكَلَّفًا وَإِبَاحَةُ التَّعَرُّضِ بِعَارِضِ شَرِّهِ وَقَدْ ائْتَدَعَ بِالْإِسْلَامِ، بِخِلَافِ الْمَالِ؛ لِأَنَّهُ خُلِقَ عُرْضَةً لِلَاِمْتِهَانِ فَكَانَ مَحَلًّا لِلتَّمْلُكِ وَلَيْسَتْ فِي يَدِهِ حُكْمًا فَلَمْ تَثْبُتِ الْعِصْمَةُ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ أَسْلَمَ مِنْهُمْ) إِذَا احتُاجَ الْمُصَنِّفُ إِلَى قَوْلِهِ مَعْنَاهُ فِي دَارِ الْحَرْبِ لِيَقَعَ الْاِحْتِرَازُ بِهِ عَنْ مُسْتَأْمَنِ دَخَلَ دَارَنَا بِأَمَانٍ فَأَسْلَمَ فِيهَا ثُمَّ ظَهَرَ الْمُسْلِمُونَ عَلَى دَارِ الْحَرْبِ فَإِنَّ أَوْلَادَهُ وَأَمْوَالَهُ كُلَّهَا فِيءٌ، وَالْفِيءُ مَا نِيلَ مِنَ الْكُفَّارِ بَعْدَمَا تَضَعُ الْحَرْبُ أَوْزَارَهَا وَتَصِيرُ الدَّارُ دَارَ الْإِسْلَامِ. قَوْلُهُ (لَأَنَّ الْإِسْلَامَ يُنَافِي ابْتِدَاءَ الْاِسْتِرْقَاقِ) لِأَنَّهُ يَقَعُ جَزَاءٌ لَاسْتِنكَافِهِ عَنْ عِبَادَةِ رَبِّهِ عَزَّ وَجَلَّ، فَإِنَّهُ لَمَّا اسْتَنكَفَ عَنْ عُبودِيَّةِ رَبِّهِ جَازَاهُ اللَّهُ تَعَالَى بِأَنْ صَيَّرَهُ عَبْدَ عِيْدِهِ، وَلَمَّا كَانَ مُسْلِمًا وَقَتَ الْاِسْتِيلَاءِ لَمْ يَوْجَدْ شَرْطَ الْاِسْتِرْقَاقِ وَهُوَ الْاِسْتِنكَافُ فَلَا يَوْجَدُ الْمَشْرُوطُ، وَاحْتَرِزَ بِذَلِكَ عَنْ الْاِسْتِرْقَاقِ حَالَةَ الْبَقَاءِ، فَإِنَّ الْإِسْلَامَ لَا يُنَافِيهِ كَمَا تَقَدَّمَ. قَوْلُهُ (وَأَوْلَادُهُ الصِّغَارُ وَكُلُّ مَالٍ) مَنْصُوبَانِ بِالْعَطْفِ عَلَى مَفْعُولِ أُحْرَزَ. وَقَوْلُهُ (فِي يَدٍ صَحِيحَةٍ) اخْتِرَازٌ عَنْ يَدِ الْعَاصِبِ. وَقَوْلُهُ (مُحْتَرَمَةٍ) اخْتِرَازٌ عَنْ يَدِ الْحَرْبِيِّ.

قَوْلُهُ (وَقِيلَ هَذَا) أَيُّ كَوْنٍ عَقَارِهِ (فَيُنَا) قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ الْآخِرِ قَالَ شَمْسُ الْأُئِمَّةِ السَّرْحَسِيُّ فِي الْمَسُوطِ وَالْجَامِعِ الصَّغِيرِ، فَمَا كَانَ فِي يَدِهِ مِنَ الْمَالِ فَهُوَ لَهُ إِلَّا الْعَقَارُ فَإِنَّهُ فِيءٌ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: أَسْتَحْسِنُ فِي الْعَقَارِ أَنْ أَجْعَلَهُ لَهُ؛ لِأَنَّهُ مِلْكٌ مُحْتَرَمٌ لَهُ كَالْمَنْقُولِ، وَهَذَا كَمَا تَرَى مُخَالَفٌ لِمَا فِي الْكِتَابِ بِاعْتِبَارِ قَوْلِ مُحَمَّدٍ، إِلَّا إِنْ كَانَ عَنْهُ أَيْضًا رَوَاتَانِ فَقَدْ هَانَ الْخَطْبُ إِذْ ذَاكَ.

قَوْلُهُ (عِنْدَهُمَا) أَيُّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ لِأَنَّ الْيَدَ عَلَى الْبِقَاعِ إِنَّمَا تُثْبِتُ حُكْمًا وَدَارُ الْحَرْبِ لَيْسَتْ بِدَارِ الْأَحْكَامِ فَلَا مُعْتَبَرٌ بِيَدِهِ فِيهَا قَبْلَ ظُهُورِ الْمُسْلِمِينَ عَلَيْهَا وَبَعْدَ الظُّهُورِ يَدُ الْعَانِمِينَ فِيهَا أَقْوَى مِنْ يَدِهِ لِعَلَبَتِهِمْ، وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ تُثْبِتُ (وَزَوْجَتُهُ فِيءٌ) لِأَنَّهَا كَافِرَةٌ لَا تَتَّبَعُهُ فِي الْإِسْلَامِ لِأَنَّ الْمُسْلِمَ يَتَزَوَّجُ الْكِتَابِيَّةَ وَتَبْقَى كِتَابِيَّةٌ وَلَا تَصِيرُ مُسْلِمَةً تَبَعًا لَزَوْجِهَا إِذْ هُوَ مِنْ بَابِ الْإِعْتِقَادِ (وَكَذَا حَمْلُهَا فِيءٌ خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ) فِي الْحَمْلِ (هُوَ يَقُولُ إِنَّهُ) أَيُّ الْحَمْلِ (مُسْلِمٌ) بِتَبَعِيَّةِ أَبِيهِ وَالْمُسْلِمُ لَا يُسْتَرْقُ كَالْوَلَدِ الْمُتَفَصِّلِ (وَلَنَا أَنَّهُ جُرْؤُهَا) وَهِيَ قَدْ صَارَتْ فَيْنًا بِجَمِيعِ أَجْزَائِهَا؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَا يَجُوزُ أَنْ يُسْتَنْتَى الْجَنِينُ فِي إِعْتِقَاقِ الْأُمِّ كَمَا لَا يُسْتَنْتَى سَائِرُ أَجْزَائِهَا؛ فَكَمَا أَنَّ الْحَمْلَ لَا يَصِيرُ عَبْدًا عِنْدَ إِعْتِقَاقِ الْأُمِّ مُسْتَنْتَى بِحَالٍ، فَكَذَا فِي الْإِسْتِرْقَاقِ لَا يَصِيرُ الْجَنِينُ مُسْتَنْتَى بَعْدَمَا ثَبَتَ الرُّقُّ فِي الْأُمِّ.

وَقَوْلُهُ (وَالْمُسْلِمُ مَحَلٌّ لِلتَّمْلُكِ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ إِنَّهُ مُسْلِمٌ تَبَعًا. وَتَقْرِيرُهُ سَلَمْنَا أَنَّهُ مُسْلِمٌ تَبَعًا لَكِنْ الْمُسْلِمُ مَحَلٌّ لِلتَّمْلُكِ تَبَعًا لِغَيْرِهِ، كَمَا إِذَا تَزَوَّجَ الْمُسْلِمُ أَمَةً الْغَيْرِ يَكُونُ الْوَلَدُ رَقِيقًا بِتَبَعِيَّةِ الْأُمِّ وَإِنْ كَانَ مُسْلِمًا بِإِسْلَامِ أَبِيهِ. وَقَوْلُهُ (بِخِلَافِ الْمُتَفَصِّلِ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ كَالْمُتَفَصِّلِ وَهُوَ ظَاهِرٌ، وَكَذَلِكَ قَوْلُهُ (وَأَوْلَادُهُ الْكِبَارُ فِيءٌ، وَمَنْ قَاتَلَ مِنْ عِبِيدِهِ فِيءٌ لِأَنَّهُ لَمَّا تَمَرَّدَ عَلَى مَوْلَاهُ خَرَجَ مِنْ يَدِهِ وَصَارَ تَبَعًا لِأَهْلِ الدَّارِ) وَأَهْلُ الدَّارِ فِيءٌ، وَمَنْ لَمْ يُقَاتِلْ فَلَيْسَ بِفِيءٍ لِأَنَّهُمْ أَتْبَاعُهُ.

وَقَوْلُهُ (وَمَا كَانَ مِنْ مَالِهِ فِي يَدِ حَرْبِيٍّ فَهُوَ فِيءٌ غَصْبًا كَانَ أَوْ وَدِيعَةً لِأَنَّ يَدَهُ لَيْسَتْ بِمُحْتَرَمَةٍ) اعْتَرَضَ عَلَيْهِ بِأَنَّ مَا قَامَ مَقَامَ غَيْرِهِ إِنَّمَا يَعْمَلُ بِوَصْفِ الْأَصْلِ لَا بِوَصْفِ نَفْسِهِ كَالثَّرَابِ مَعَ الْمَاءِ فِي التَّيْمُمِ، وَلَمَّا كَانَ الْحَرْبِيُّ مَقَامَ الْمَوَدِّعِ الْمُسْلِمِ كَانَ الْوَاجِبُ أَنْ تَكُونَ يَدُهُ كَيْدَ الْمُسْلِمِ مُحْتَرَمًا نَظَرًا إِلَى نَفْسِهِ لَا غَيْرَ مُحْتَرَمَ نَظَرًا إِلَى

الْحَرْبِيِّ. وَأُجِيبَ بِأَنْ قِيَامَ يَدِ الْمُوَدَّعِ عَلَى الْوَدِيعَةِ حَقِيقِيٌّ وَقِيَامَ يَدِ الْمَالِكِ عَلَيْهَا حُكْمِيٌّ، وَاعْتِبَارُ الْحُكْمِيِّ إِنْ أَوْجَبَ الْعِصْمَةَ فَاعْتِبَارُ الْحَقِيقِيِّ يَمْنَعُهَا، وَالْعِصْمَةُ لَمْ تَكُنْ ثَابِتَةً لِأَنَّ الْمَالَ فِي أَصْلِهِ عَلَى صِفَةِ الْإِبَاحَةِ وَعِصْمَتُهُ تَابِعَةٌ لِعِصْمَةِ الْمَالِكِ، وَإِنَّمَا تَثْبُتُ التَّبَعِيَّةُ أَنْ لَوْ ثَبَتَ يَدُ الْمَالِكِ الْمَعْصُومِ لَهُ حَقِيقَةٌ أَوْ حُكْمًا مَعَ الْإِحْتِرَامِ، لِأَنَّهُ بِدُونِ الْإِحْتِرَامِ يُعَارِضُهَا جِهَةٌ الْإِبَاحَةِ الْأَصْلِيَّةُ فَلَا تَثْبُتُ بِالشُّكِّ. وَقَوْلُهُ (وَمَا كَانَ غَضَبًا فِي يَدِ مُسْلِمٍ) اخْتَلَفَ نُسْخُ الْهُدَايَةِ فِي هَذَا الْمَوْضِعِ فَبَعْضُهَا وَقَعَ هَكَذَا (وَمَا كَانَ غَضَبًا فِي يَدِ مُسْلِمٍ أَوْ ذِمِّيٍّ فَهُوَ فِيءٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ).

وَقَالَا لَا يَكُونُ فَيْئًا، قَالَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: كَذَا ذَكَرَ الْإِخْلَافُ فِي السِّيَرِ الْكَبِيرِ. وَذَكَرَ فِي شَرْحِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ قَوْلَ أَبِي يُوسُفَ مَعَ مُحَمَّدٍ (وَهُوَ لَيْسَ بِصَحِيحٍ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمَذْكُورٍ فِي السِّيَرِ الْكَبِيرِ بَلْفِظَ قَالَا، بَلْ لَيْسَ لِأَبِي يُوسُفَ فِيهِ ذِكْرٌ وَبَعْضُهَا وَقَعَ هَكَذَا، وَذَكَرَ قَوْلَ أَبِي يُوسُفَ مَعَ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ عليه السلام وَهُوَ أَيْضًا لَيْسَ بِصَحِيحٍ؛ لِأَنَّ الْمَذْكُورَ فِي شَرْحِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ مَعَ قَوْلِ مُحَمَّدٍ وَبَعْضُهَا وَقَعَ هَكَذَا فَهُوَ فِيءٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ: لَا يَكُونُ فَيْئًا. قَالَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: كَذَا ذَكَرَ الْإِخْلَافُ فِي السِّيَرِ الْكَبِيرِ، وَذَكَرُوا فِي شُرُوحِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ قَوْلَ أَبِي يُوسُفَ مَعَ قَوْلِ مُحَمَّدٍ، وَهَذَا هُوَ الصَّحِيحُ الْمُطَابِقُ لِرِوَايَةِ السِّيَرِ الْكَبِيرِ وَشَرْحِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ (لَهُمَا أَنَّ الْمَالَ تَابِعٌ لِلنَفْسِ) لَكُونِهِ وَقَايَةً لَهَا (وَالنَّفْسُ صَارَتْ مَعْصُومَةً بِالْإِسْلَامِ فَيَعِغُّهَا مَالُهُ فِيهَا. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ) أَيُّ الْمَالِ الَّذِي غَصَبَهُ الْمُسْلِمُ أَوْ الذِّمِّيُّ مِنَ الْحَرْبِيِّ الَّذِي أَسْلَمَ (مَالٌ مُبَاحٌ) لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمَعْصُومٍ لِعَدَمِ الْإِحْرَازِ حَقِيقَةً وَحُكْمًا؛ أَمَّا حَقِيقَةُ فَظَاهِرٌ، وَأَمَّا حُكْمًا فَلِأَنَّهُ لَيْسَ فِي يَدِ نَائِبِهِ لَكُونِهِ فِي يَدِ الْعَاصِبِ وَهُوَ لَيْسَ بِنَائِبٍ. بِخِلَافِ الْمُوَدَّعِ وَكُلِّ مَالٍ مُبَاحٍ يُمْلِكُ بِالْإِسْتِثْلَاءِ بِلَا خِلَافٍ.

وَقَوْلُهُ (وَالنَّفْسُ) لَمْ تَصِرْ مَعْصُومَةً بِإِسْلَامِهِ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِمَا وَقَدْ صَارَتْ مَعْصُومَةً بِإِسْلَامِهِ. وَتَقْرِيرُهُ: لَا تُسَلِّمُ صَارَتْ مَعْصُومَةً بِإِسْلَامِهِ (أَلَا تَرَى أَنَّهَا لَيْسَتْ بِمُتَقَوِّمَةٍ) حَتَّى لَا يَجِبَ الْقِصَاصُ وَالْدِّيَّةُ عَلَى قَاتِلِهِ فِي دَارِ الْحَرْبِ. فَإِنْ قِيلَ: لَوْ لَمْ تَكُنْ مَعْصُومَةً لَمَا كَانَتْ مُحَرَّمُ التَّعَرُّضِ كَالْحَرْبِيِّ وَلَيْسَ كَذَلِكَ. أَجَابَ بِقَوْلِهِ (إِلَّا أَنَّهَا مُحَرَّمُ التَّعَرُّضِ فِي الْأَصْلِ) يَعْنِي أَنَّ حُرْمَةَ التَّعَرُّضِ لَيْسَتْ لَكُونِهَا مَعْصُومَةً. وَإِنَّمَا هِيَ

باعتبار أن النفس على الإطلاق مُحَرَّمُ التَّعَرُّضِ فِي الْأَصْلِ لَكَوْنِهَا مُكَلَّفَةٌ لَتَقْدِيمِ بِمَا كَلَّفَتْ بِهِ (وإِبَاحَةُ التَّعَرُّضِ) إِنَّمَا هِيَ (بِعَارِضِ شَرِّهِ. وَقَدْ ائْتَفَقَ بِالْإِسْلَامِ) فَعَادَتْ إِلَى أَصْلِهَا بِاعْتِبَارِ أَنَّهَا مَعْصُومَةٌ (بِخِلَافِ الْمَالِ لِأَنَّهُ خُلِقَ عَرْضَةً لِلِامْتِنَاحِ فَكَانَ مَحَلًّا لِلتَّمَلُّكِ) فَكَانَ الْمُقْتَضِي مَوْجُودًا وَالْمَانِعُ مُتَنَفِيًا لِأَنَّ الْمَانِعَ كَوْنُهُ فِي يَدِهِ حَقِيقَةً أَوْ حُكْمًا مَعَ الْإِحْتِرَامِ، وَهَذَا لَيْسَ فِي يَدِهِ حُكْمًا لِأَنَّ يَدَ الْعَاصِبِ لَيْسَتْ بِنَائِبَةٍ عَنِ يَدِ الْمَالِكِ فَلَمْ تُثَبِّتِ الْعِصْمَةُ فَيَجْعَلُ كَأَنَّهُ لَيْسَ فِي يَدِ أَحَدٍ فَكَانَ فَيْئًا.

(وَإِذَا خَرَجَ الْمُسْلِمُونَ مِنْ دَارِ الْحَرْبِ لَمْ يَجُزْ أَنْ يَعْطُوا مِنَ الْغَنِيمَةِ وَلَا يَأْكُلُوا مِنْهَا) لِأَنَّ الضَّرُورَةَ قَدْ ارْتَفَعَتْ، وَالْإِبَاحَةُ بِاعْتِبَارِهَا، وَلِأَنَّ الْحَقَّ قَدْ تَأَكَّدَ حَتَّى يُورَثَ نَصِيبُهُ وَلَا كَذَلِكَ قَبْلَ الْإِخْرَاجِ إِلَى دَارِ الْإِسْلَامِ (وَمَنْ فَضَّلَ مَعَهُ عِلْفًا أَوْ طَعَامًا رَدَّهُ إِلَى الْغَنِيمَةِ) مَعْنَاهُ إِذَا لَمْ تُقَسِّمَ. وَعَنِ الشَّافِعِيِّ مِثْلُ قَوْلِنَا. وَعَنْهُ أَنَّهُ لَا يَرُدُّ اعْتِبَارًا بِالْمُتَلَصِّصِ. وَلِنَّا أَنَّ الْإِحْرَازَ ضَرُورَةُ الْحَاجَةِ وَقَدْ زَالَتْ، بِخِلَافِ الْمُتَلَصِّصِ؛ لِأَنَّهُ كَانَ أَحَقَّ بِهِ قَبْلَ الْإِحْرَازِ فَكَذَا بَعْدَهُ، وَبَعْدَ الْقِسْمَةِ تَصَدَّقُوا بِهِ إِنْ كَانُوا أَغْنِيَاءَ، وَانْتَفَعُوا بِهِ إِنْ كَانُوا مُحَاوِجَ لِأَنَّهُ صَارَ فِي حُكْمِ الْقُطْعَةِ لِتَعَذُّرِ الرَّدِّ عَلَى الْغَانِمِينَ، وَإِنْ كَانُوا انْتَفَعُوا بِهِ بَعْدَ الْإِحْرَازِ ثُرِدَ قِيمَتُهُ إِلَى الْمَغْنَمِ إِنْ كَانَ لَمْ يُقَسِّمَ، وَإِنْ قُسِّمَتِ الْغَنِيمَةُ فَالْغَنِيُّ يَتَصَدَّقُ بِقِيمَتِهِ وَالْفَقِيرُ لَا شَيْءَ عَلَيْهِ لِقِيَامِ الْقِيمَةِ مَقَامِ الْأَصْلِ فَأَخَذَ حُكْمَهُ.

الشرح:

قَوْلُهُ (وَإِذَا خَرَجَ الْمُسْلِمُونَ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (مَعْنَاهُ إِذَا لَمْ تُقَسِّمَ) يَعْنِي الْغَنِيمَةَ. وَقَوْلُهُ (اعْتِبَارًا بِالْمُتَلَصِّصِ) فَإِنَّهُ إِذَا دَخَلَ الْوَاحِدُ أَوْ الْاِثْنَانِ دَارَ الْحَرْبِ مُغِيرِينَ بغيرِ إِذْنِ الْإِمَامِ فَأَخَذُوا شَيْئًا فَهُوَ لَهُمْ، وَلَا يُخَمَّسُ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِغَنِيمَةٍ إِذْ الْغَنِيمَةُ هُوَ الْمَأْخُودُ قَهْرًا بِإِذْنِ الْإِمَامِ فَهُوَ مُبَاحٌ سَبَقَتْ أَيْدِيهِمْ إِلَيْهِ. قَوْلُهُ (وَبَعْدَ الْقِسْمَةِ تَصَدَّقُوا بِهِ) أَيُّ إِذَا جَاءُوا بِمَا فَضَّلَ مِنْ طَعَامٍ أَوْ عِلْفٍ أَخَذُوا مِنَ الْغَنِيمَةِ بَعْدَ قِسْمَةِ الْإِمَامِ الْغَنِيمَةَ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ تَصَدَّقُوا بِهِ.

وَيُقَالُ رَجُلٌ مُحَوِّجٌ: أَيُّ مُحْتَاجٌ، وَقَوْمٌ مُحَاوِجٌ. وَقَوْلُهُ لِتَعَذُّرِ الرَّدِّ عَلَى الْغَانِمِينَ يَعْنِي لِتَفَرُّقِهِمْ. وَقَوْلُهُ (فَأَخَذَ حُكْمَهُ) أَيُّ أَخَذَتْ الْغَنِيمَةُ حُكْمَ الْأَصْلِ، وَإِنَّمَا ذَكَرَ ضَمِيرَ الْغَنِيمَةِ عَلَى تَأْوِيلِ مَا يَقُومُ أَوْ عَلَى تَأْوِيلِ الْمَذْكُورِ: يَعْنِي لَوْ كَانَ فَاضِلُ الْغَنِيمَةِ

الذي كَانَ مَعَهُ قَائِمًا بِعَيْنِهِ وَهُوَ فَقِيرٌ فَقَدْ حَلَّ لَهُ التَّائُلُ مِنْهُ فَكَذَا يَحِلُّ لَهُ التَّائُلُ مِنْ قِيَمَتِهِ لِأَنَّ الْغَنِيمَةَ تَقُومُ مَقَامَ الْأَصْلِ.

فصل في كيفية القسمة

قَالَ (وَيُقَسَّمُ الْإِمَامُ الْغَنِيمَةَ فَيُخْرِجُ خُمُسَهَا) لِقَوْلِهِ تَعَالَى: «فَإِنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ» اسْتَنْتَى الْخُمُسَ (وَيُقَسَّمُ الْأَرْبَعَةُ الْأَخْمَاسَ بَيْنَ الْغَانِمِينَ) «لَأَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ قَسَمَهَا بَيْنَ الْغَانِمِينَ» (ثُمَّ لِلْفَارِسِ سَهْمَانٍ وَلِلرَّاجِلِ سَهْمٌ) عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى (وَقَالَا: لِلْفَارِسِ ثَلَاثَةُ أَسْهُمٍ) وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى، لَمَّا رَوَى ابْنُ عُمَرَ رضي الله عنه «أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَسْهُمَ لِلْفَارِسِ ثَلَاثَةَ أَسْهُمٍ وَلِلرَّاجِلِ سَهْمًا» وَلِأَنَّ الْإِسْتِحْقَاقَ بِالْغَنَاءِ وَغِنَاؤُهُ عَلَى ثَلَاثَةِ أَمْثَالِ الرَّاجِلِ؛ لِأَنَّهُ لِلْكَرِّ وَالْفَرِّ وَالثَّبَاتِ، وَالرَّاجِلُ لِلثَّبَاتِ لَا غَيْرُ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى مَا رَوَى ابْنُ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا «أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَعْطَى الْفَارِسَ سَهْمَيْنِ وَالرَّاجِلَ سَهْمًا» ^(١) فَتَعَارَضَ فِعْلَاهُ، فَيَرْجِعُ إِلَى قَوْلِهِ وَقَدْ قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «لِلْفَارِسِ سَهْمَانٍ وَلِلرَّاجِلِ سَهْمٌ» ^(٢) كَيْفَ وَقَدْ رَوَى عَنْ ابْنِ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُمَا «أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ قَسَمَ لِلْفَارِسِ سَهْمَيْنِ» ^(٣) وَإِذَا تَعَارَضَتْ رَوَايَاتُهُ تُرْجَحُ رَوَايَةُ غَيْرِهِ، وَلِأَنَّ الْكَرَّ وَالْفَرَّ مِنْ جِنْسٍ وَاحِدٍ فَيَكُونُ غِنَاؤُهُ مِثْلِي غِنَاءِ الرَّاجِلِ فَيَفْضُلُ عَلَيْهِ بِسَهْمٍ وَلِأَنَّهُ تَعَذَّرَ اعْتِبَارُ مِقْدَارِ الزِّيَادَةِ لَتَعَذُّرِ مَعْرِفَتِهِ فَيُدَارُ الْحُكْمُ عَلَى سَبَبِ ظَاهِرٍ، وَلِلْفَارِسِ سَبَبَانِ النَّفْسُ وَالْفَرَسُ، وَلِلرَّاجِلِ سَبَبٌ وَاحِدٌ فَكَانَ اسْتِحْقَاقُهُ عَلَى ضَعْفِهِ..

الشرح:

(فَصْلٌ فِي كَيْفِيَّةِ الْقِسْمَةِ): لَمَّا بَيَّنَّ أَحْكَامَ الْعَنَائِمِ لَا بُدَّ مِنْ بَيَانِ كَيْفِيَّةِ قِسْمَتِهَا، وَالْقِسْمَةُ عِبَارَةٌ عَنْ جَمْعِ النَّصِيبِ الشَّائِعِ فِي مَكَانٍ مُعَيَّنٍ (وَيُقَسَّمُ الْإِمَامُ الْغَنِيمَةَ فَيُخْرِجُ خُمُسَهَا لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿فَإِنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ﴾ [الأنفال: ٤١] اسْتَنْتَى الْخُمُسَ) أَي أَخْرَجَهُ، اسْتَعَارَ الْإِسْتِثْنَاءَ لِلإِخْرَاجِ لَوْجُودِ مَعْنَاهُ فِيهِ (وَيُقَسَّمُ الْأَرْبَعَةُ الْأَخْمَاسَ بَيْنَ الْغَانِمِينَ)

(١) قال الزيلعي في نصب الراية (٦٣١/٣): غريب من حديث ابن عباس.

(٢) قال الزيلعي في نصب الراية (٦٣٢/٣): غريب جدا، وأخطأ من عزاه لابن أبي شيبه.

(٣) أخرجه الدارقطني (١٠٦/٤)، وانظر نصب الراية (٦٣٣/٣).

بِالْكِتَابِ وَالسُّنَّةِ وَالْإِجْمَاعِ، أَمَّا الْكِتَابُ فَلَأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَالَ: ﴿وَأَعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ﴾ [الأنفال: ٤١] أَضَافَ الْغَنِيمَةَ إِلَى الْغَانِمِينَ وَهُمْ الْغَزَاةُ ثُمَّ قَالَ تَعَالَى: ﴿فَإِنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ﴾ [الأنفال: ٤١] فَكَانَ بَيَانُ ضَرُورَةِ أَنْ بَقِيَّةَ الْأَخْمَاسِ لِلْغَزَاةِ، وَقَدْ عُرِفَ ذَلِكَ فِي أَصُولِ الْفِقْهِ. وَأَمَّا السُّنَّةُ فَلَأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَسَمَهَا بَيْنَ الْغَانِمِينَ، وَلَأَنَّ الْأَرْبَعَةَ الْأَخْمَاسَ لِلْغَانِمِينَ بِالْإِجْمَاعِ فَيُقَسَّمُ بَيْنَهُمْ أَيْضًا إِيصَالًا لِلْحَقِّ إِلَى مُسْتَحَقِّهِ. ثُمَّ كَيْفِيَّةُ الْقِسْمَةِ أَنْ يُعْطِيَ الْفَارِسَ سَهْمَيْنِ وَالرَّاجِلَ سَهْمًا (عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ. وَقَالَا: وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ﷺ لِلْفَارِسِ: ثَلَاثَةُ أَسْهُمٍ) وَرَوَوْا فِي ذَلِكَ مَا ذُكِرَ فِي الْكِتَابِ وَالْغَنَاءِ بِالْمَدِّ وَالْفَتْحِ الْإِجْرَاءُ وَالْكِفَايَةُ وَالْكُرُّ الْحَمْلَةُ وَالْفَرُّ بِمَعْنَى الْفِرَارِ، وَالْفِرَارُ إِذَا كَانَ لِأَجْلِ أَنْ يَكُونَ الْكُرُّ أَشَدَّ كَانَ مِنَ الْجِهَادِ، وَالْفِرَارُ فِي مَوْضِعِهِ مَحْمُودٌ لِّئَلَّا يَرْتَكِبَ الْمُنْهِي الْمَذْكُورَ فِي قَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَلَا تَلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ﴾ [البقرة: ١٩٥] (وَلِأَبِي حَنِيفَةَ ﷺ مَا رُوِيَ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا) وَهُوَ ظَاهِرٌ، وَلَكِنْ طَرِيقَةُ اسْتِدْلَالِهِ مُخَالَفَةً لِقَوَاعِدِ الْأَصُولِ، فَإِنَّ الْأَصْلَ أَنَّ الدَّلِيلَيْنِ إِذَا تَعَارَضَا وَتَعَذَّرَ التَّوْفِيقُ وَالتَّرْجِيحُ يُصَارُ إِلَى مَا بَعْدَهُ لَا إِلَى مَا قَبْلَهُ وَهُوَ قَوْلُهُ فَتَعَارَضَ فِعْلَاهُ فَيَرْجِعُ إِلَى قَوْلِهِ وَالْمَسْلُكُ الْمَعْهُودُ فِي مِثْلِهِ أَنْ يُسْتَدَلَّ بِقَوْلِهِ وَيَقُولُ فِعْلُهُ لَا يُعَارِضُ قَوْلُهُ لَكُونَ الْقَوْلُ أَقْوَى بِالْإِتِّفَاقِ.

وَقَوْلُهُ (وَإِذَا تَعَارَضَتْ رَوَايَتَاهُ تُرْجَحُ رَوَايَةُ غَيْرِهِ) أَيُّ سَلِمَتْ عَنِ الْمُعَارَضَةِ فَيَعْمَلُ بِهَا: يَعْنِي رَوَايَةَ ابْنِ عَبَّاسٍ وَقَوْلُهُ (فَيَكُونُ غَنَاؤُهُ مِثْلَ غِنَاءِ الرَّجُلِ) لِأَنَّ نَفْسَ الْفِرَارِ لَيْسَ بِمَحْمُودٍ، بَلِ الْفِرَارُ إِذَا يَحْسُنُ إِذَا فُعِلَ لِأَجْلِ الْكُرِّ، فَيَكُونَانِ مِنْ جِنْسٍ وَاحِدٍ (وَلَأَنَّهُ تَعَذَّرَ اعْتِبَارُ مِقْدَارِ الزِّيَادَةِ لَتَعَذُّرِ مَعْرِفَتِهِ) يَعْنِي قَدْ يَزِيدُ الْفَارِسُ عَلَى فَارِسٍ آخَرَ وَالرَّاجِلُ عَلَى رَاجِلٍ آخَرَ فِي الْغِنَاءِ، وَالْوُقُوفُ عَلَى تِلْكَ الزِّيَادَةِ مُتَعَذِّرٌ لِأَنَّهَا تَظْهَرُ عِنْدَ الْمُسَايَفَةِ وَكُلُّ مِنْهُمْ مَشْغُولٌ بِرُوحِهِ، وَإِذَا كَانَ مُتَعَذِّرًا وَلَهُ سَبَبٌ ظَاهِرٌ أُدِيرَ الْحُكْمُ عَلَيْهِ (وَالْفَارِسُ سَبَبَانِ نَفْسُهُ وَالْفَرَسُ، وَلِلرَّاجِلِ سَبَبٌ وَاحِدٌ) وَهُوَ نَفْسُهُ (فَكَانَ اسْتِحْقَاقُ الْفَارِسِ عَلَى ضِعْفِهِ)

(وَلَا يُسَهَّمُ إِلَّا لِفَرَسٍ وَاحِدٍ) وَقَالَ أَبُو يُونُسَ: يُسَهَّمُ لِفَرَسَيْنِ، لِمَا رُوِيَ «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَسَهَمَ لِفَرَسَيْنِ» ^(١) وَلِأَنَّ الْوَاحِدَ قَدْ يَعْجَا فَيَحْتَاجُ إِلَى الْآخَرِ، وَلَهُمَا «أَنَّ الْبَرَاءَ بْنَ أَوْسٍ قَادَ

(١) أخرجه الدارقطني (١٠٤/٤)، وانظر نصب الراية (٦٣٤/٣).

فَرَسَيْنِ فَلَمْ يُسْهِمَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ إِلَّا لْفَرَسٍ وَاحِدٍ، وَلَأَنَّ الْقِتَالَ لَا يَتَحَقَّقُ بِفَرَسَيْنِ دَفْعَةً وَاحِدَةً فَلَا يَكُونُ السَّبَبُ الظَّاهِرُ مُفْضِيًا إِلَى الْقِتَالِ عَلَيْهِمَا فَيُسْهِمُ لَوَاحِدٍ، وَلِهَذَا لَا يُسْهِمُ لثَلَاثَةِ أَفْرَاسٍ، وَمَا رَوَاهُ مَحْمُولٌ عَلَى التَّنْفِيلِ كَمَا أَعْطَى سَلَمَةُ بْنُ الْأَكْوَعِ سَهْمَيْنِ وَهُوَ رَاجِلٌ^(١) (وَالْبَرَادِينُ وَالْعَتَاقُ سَوَاءٌ) لَأَنَّ الْإِرْهَابَ مُضَافٌ إِلَى جِنْسِ الْخَيْلِ فِي الْكِتَابِ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿وَمِنْ رِبَاطِ الْخَيْلِ تُرْهَبُونَ بِهِ عَدُوَّ اللَّهِ وَعَدُوَّكُمْ﴾ [الأنفال: ٦٠] وَأَسْمُ الْخَيْلِ يَنْطَلِقُ عَلَى الْبَرَادِينِ وَالْعَرَابِ وَالْهَجِينِ وَالْمَقْرِفِ إِطْلَاقًا وَاحِدًا، وَلَأَنَّ الْعَرَبِيَّ إِنْ كَانَ فِي الطَّلِبِ وَالْهَرَبِ أَقْوَى فَالْبِرْدُونُ أَصْبَرُ وَالْيَنُ عَطْفًا، فَفِي كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَنْفَعَةٌ مُعْتَبَرَةٌ فَاسْتَوِيََا.

الشرح:

قَوْلُهُ وَلَا يُسْهِمُ إِلَّا لْفَرَسٍ وَاحِدٍ وَاضِحٌ. حَاصِلُ الدَّلِيلَيْنِ وَقُوعُ التَّعَارُضِ بَيْنَ رَوَاتِيهِ فِعْلُهُ ﷺ وَالرُّجُوعُ إِلَى مَا بَعْدَهُمَا وَهُوَ الْقِيَاسُ بِقَوْلِهِ (وَلَأَنَّ الْقِتَالَ لَا يَتَحَقَّقُ بِفَرَسَيْنِ دَفْعَةً وَاحِدَةً) فَلَا يَكُونُ السَّبَبُ الظَّاهِرُ وَهُوَ مُجَاوِزَةُ الدَّرَبِ مُفْضِيًا إِلَى زِيَادَةِ الْغَنَاءِ بِالْقِتَالِ عَلَيْهِمَا فَيُسْهِمُ لَوَاحِدٍ وَلِهَذَا لَا يُسْهِمُ لثَلَاثَةِ أَفْرَاسٍ. وَقَوْلُهُ (وَمَا رَوَاهُ مَحْمُولٌ عَلَى التَّنْفِيلِ إلخ) اسْتَظْهَرَ فِي تَقْوِيَةِ الدَّلِيلِ لَأَنَّ مَا رَوَاهُ لَمَّا سَقَطَ بِالْمُعَارَضَةِ لَا يَحْتَاجُ إِلَى جَوَابٍ عَنْهُ أَوْ تَأْوِيلٍ لَهُ (وَالْبَرَادِينُ وَالْعَتَاقُ سَوَاءٌ) الْبَرَادِينُ جَمْعُ بَرْدُونٍ وَهُوَ فَرَسُ الْعَجَمِ، وَالْعَتَاقُ الْكَرَائِمُ. يُقَالُ عَتَاقُ الْخَيْلِ وَالطَّيْرُ لِكِرَائِمِهِمَا، وَالْعَرَابُ خِلَافُ فَرَسِ الْعَجَمِ. وَالْهَجِينُ مَا يَكُونُ أَبُوهُ مِنَ الْكَوَادِنِ وَأُمُّهُ عَرَبِيَّةً، وَالْكَوَادِنُ الْبِرْدُونُ وَيُشَبِّهُ بِهِ الْبَلِيدُ، وَالْمَقْرِفُ عَكْسُ الْهَجِينِ، وَإِنَّمَا تَصَدَّى لَذِكْرِ التَّسْوِيَةِ بَيْنَ الْبِرْدُونِ وَالْعَتَاقِ لَأَنَّ أَهْلَ الشَّامِ يَقُولَانِ لَا يُسْهِمُ لِلْبَرَادِينِ وَرَوَوْا فِيهِ حَدِيثًا عَنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ شَاذًا، وَحُجَّتُنَا مَا ذُكِرَ فِي الْكِتَابِ وَهُوَ وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (أَلَيْنَ عَطْفًا) بِفَتْحِ الْعَيْنِ وَكَسْرِهَا، فَمَعْنَى الْفَتْحِ الْإِمَالَةُ، وَمَعْنَى الْكَسْرِ الْجَانِبُ.

(وَمَنْ دَخَلَ دَارَ الْحَرْبِ فَارِسًا فَهَنَفَ فَرَسُهُ اسْتَحَقَّ سَهْمَ الْفُرْسَانِ، وَمَنْ دَخَلَ رَاجِلًا فَاسْتَرَى فَرَسًا اسْتَحَقَّ سَهْمَ رَاجِلٍ) وَجَوَابُ الشَّافِعِيِّ عَلَى عَكْسِهِ فِي الْفَصْلَيْنِ، وَهَكَذَا رَوَى ابْنُ الْمُبَارَكِ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ فِي الْفَصْلِ الثَّانِي أَنَّهُ يَسْتَحَقُّ سَهْمَ الْفُرْسَانِ. وَالْحَاصِلُ أَنَّ الْمُعْتَبَرَ

(١) أخرجه مسلم في الجهاد (١٣٢)، وانظر نصب الراية (٦٣٦/٣).

عِنْدَنَا حَالَةُ الْمَجَاوِزَةِ، وَعِنْدَهُ حَالَةُ انْقِضَاءِ الْحَرْبِ لَهُ أَنَّ السَّبَبَ هُوَ الْقَهْرُ وَالْقِتَالُ فَيُعْتَبَرُ حَالُ
الشَّخْصِ عِنْدَهُ وَالْمَجَاوِزَةُ وَسِيلَةً إِلَى السَّبَبِ كَالخُرُوجِ مِنَ الْبَيْتِ، وَتَعْلِيقُ الْأَحْكَامِ بِالْقِتَالِ
يَدُلُّ عَلَى إِمْكَانِ الْوُقُوفِ عَلَيْهِ، وَلَوْ تَعَذَّرَ أَوْ تَعَسَّرَ تَعَلَّقَ بِشُهُودِ الْوَقْعَةِ؛ لِأَنَّهُ أَقْرَبُ إِلَى الْقِتَالِ.
وَلَنَا أَنَّ الْمَجَاوِزَةَ نَفْسَهَا قِتَالٌ لِأَنَّهُ يَلْحَقُهُمُ الْخَوْفُ بِهَا وَالْحَالُ بَعْدَهَا حَالَةُ الدَّوَامِ وَلَا مُعْتَبَرٌ
بِهَا؛ وَلِأَنَّ الْوُقُوفَ عَلَى حَقِيقَةِ الْقِتَالِ مُتَعَسِّرٌ وَكَذَا عَلَى شُهُودِ الْوَقْعَةِ لِأَنَّ حَالَ التِّقَاءِ
الصِّفِّينِ فَتَقَامُ الْمَجَاوِزَةُ مَقَامَهُ إِذْ هُوَ السَّبَبُ الْمُضِي إِلَى ظَاهِرٍ إِذَا كَانَ عَلَى قَصْدِ الْقِتَالِ
فَيُعْتَبَرُ حَالُ الشَّخْصِ بِحَالَةِ الْمَجَاوِزَةِ فَارِسًا كَانَ أَوْ رَاجِلًا. وَلَوْ دَخَلَ فَارِسًا وَقَاتَلَ رَاجِلًا
لَضِيقِ الْمَكَانِ يَسْتَحِقُّ سَهْمَ الْفُرْسَانِ بِالِاتِّفَاقِ، وَلَوْ دَخَلَ فَارِسًا ثُمَّ بَاعَ فَرَسَهُ أَوْ وَهَبَ أَوْ أَجَرَ أَوْ
رَهَنَ فَفِي رِوَايَةِ الْحَسَنِ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ يَسْتَحِقُّ سَهْمَ الْفُرْسَانِ اعْتِبَارًا لِلْمَجَاوِزَةِ. وَفِي ظَاهِرِ
الرِّوَايَةِ يَسْتَحِقُّ سَهْمَ الرُّجَالَةِ لِأَنَّ الْإِقْدَامَ عَلَى هَذِهِ التَّصَرُّفَاتِ يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ لَمْ يَكُنْ مِنْ
قَصْدِهِ بِالْمَجَاوِزَةِ الْقِتَالُ فَارِسًا. وَلَوْ بَاعَهُ بَعْدَ الْفَرَاغِ لَمْ يَسْقُطْ سَهْمُ الْفُرْسَانِ، وَكَذَا إِذَا بَاعَ
فِي حَالَةِ الْقِتَالِ عِنْدَ الْبَعْضِ. وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ يَسْقُطُ لِأَنَّ الْبَيْعَ يَدُلُّ عَلَى أَنَّ غَرَضَهُ التَّجَارَةَ فِيهِ
إِلَّا أَنَّهُ يَنْتَظِرُ عِزَّتَهُ

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ دَخَلَ دَارَ الْحَرْبِ فَارِسًا) هَذَا الْبَيَانُ وَقْتُ إِقَامَةِ السَّبَبِ الظَّاهِرِ مَقَامَ مَا
يُوجِبُ زِيَادَةَ السَّهْمِ وَهُوَ وَقْتُ مُجَاوِزَةِ الدَّرَبِ عِنْدَنَا. وَقَوْلُهُ (وَهَكَذَا) أَيُّ كَقَوْلِ
الشَّافِعِيِّ رحمته الله (رَوَى ابْنُ الْمُبَارَكِ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله فِي الْفَصْلِ الثَّانِي) يَعْنِي مَا إِذَا دَخَلَ
دَارَ الْحَرْبِ رَاجِلًا ثُمَّ اشْتَرَى فَرَسًا وَقَاتَلَ فَارِسًا، وَفِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ لَا يَسْتَحِقُّ سَهْمَ
الْفُرْسَانِ (وَالْحَاصِلُ أَنَّ الْمُعْتَبَرَ عِنْدَنَا فِي وَقْتُ إِقَامَةِ السَّبَبِ مَقَامَ ذَلِكَ حَالَةُ الْمَجَاوِزَةِ)
أَيُّ مُجَاوِزَةِ الدَّرَبِ.

قَالَ الْخَلِيلُ: الدَّرَبُ الْبَابُ الْوَاسِعُ عَلَى السَّكَّةِ وَعَلَى كُلِّ مَذْخَلٍ مِنْ مَذَاحِلِ
الرُّومِ دَرَبٌ مِنْ ذُرُوبِهَا، لَكِنْ الْمَرَادُ بِالدَّرَبِ هَاهُنَا هُوَ الْبَرْزُخُ الْحَاجِزُ بَيْنَ الدَّارَيْنِ دَارِ
الْإِسْلَامِ وَدَارِ الْحَرْبِ، حَتَّى لَوْ جَاوَزْتَ الدَّرَبَ دَخَلْتَ فِي حَدِّ دَارِ الْحَرْبِ، وَلَوْ جَاوَزَ
أَهْلُ دَارِ الْحَرْبِ الدَّرَبَ دَخَلُوا فِي حَدِّ دَارِ الْإِسْلَامِ (وَعِنْدَهُ حَالُ انْقِضَاءِ الْحَرْبِ) أَيُّ
تَمَامِهَا وَهَذِهِ رِوَايَةٌ عَنْهُ، وَالظَّاهِرُ مِنْ مَذْهَبِهِ أَنَّهُ يَعْتَبِرُ مُجَرَّدَ شُهُودِ الْوَقْعَةِ، وَدَلِيلُهُ يَدُلُّ

عَلَى ذَلِكَ، وَكَانَ الْمُصَنَّفُ أَشَارَ بِقَوْلِهِ حَالِ انْقِضَاءِ الْحَرْبِ إِلَى إِحْدَى الرَّوَائِثَيْنِ عَنْهُ وَبِالدَّلِيلِ إِلَى الْأُخْرَى لِأَنَّ قَوْلَهُ (يُعْتَبَرُ حَالُ الشَّخْصِ عِنْدَهُ) أَيُّ عِنْدَ الْقِتَالِ إِشَارَةٌ إِلَى حَالِ شُهُودِ الْوَقْعَةِ لَا إِلَى حَالِ انْقِضَائِهَا. وَقَوْلُهُ (وَالْمُجَاوِزَةُ وَسِيلَةٌ) رَدٌّ لِمَذْهَبِنَا.

وَقَوْلُهُ (كَالْخُرُوجِ مِنْ مَبِيتٍ) يَعْنِي لِلْقِتَالِ، فَإِنَّهُ وَسِيلَةٌ إِلَى السَّبَبِ وَلَا مُعْتَبَرٌ بِهِ فِي اعْتِبَارِ حَالِ الْعَازِي مِنْ كَوْنِهِ رَاجِلًا أَوْ فَارِسًا، وَكَذَلِكَ فِي هَذِهِ الْوَسِيلَةِ. وَقَوْلُهُ (وَتَعْلِيقُ الْأَحْكَامِ) جَوَابٌ عَمَّا سَنَذْكُرُ فِي تَعْلِيلِنَا أَنَّ الْوُقُوفَ عَلَى حَقِيقَةِ الْقِتَالِ مُتَعَسِّرٌ. وَبَيَّأَهُ أَنَّ الْأَحْكَامَ تَعَلَّقَتْ بِوُجُودِ الْقِتَالِ حَقِيقَةً كَإِعْطَاءِ الرِّضْخِ لِلصَّبِيِّ إِذَا قَاتَلَ، وَكَذَلِكَ الْمَرْأَةُ وَالْعَبْدُ وَالذَّمِّيُّ، وَلَوْ كَانَ ذَلِكَ مُتَعَسِّرًا لَمَا تَرَبَّبَ عَلَيْهِ الْأَحْكَامُ. وَلَئِنْ سَلَمْنَا عُسْرَهُ لَكِنْ يَجِبُ تَعْلُقُ حُكْمِ كَوْنِهِ رَاجِلًا أَوْ فَارِسًا بِحَالَةٍ هِيَ أَقْرَبُ إِلَى الْقِتَالِ وَهِيَ شُهُودُ الْوَقْعَةِ لَا مُجَاوِزَةُ الدَّرَبِ (وَلَنَا أَنَّ الْمُجَاوِزَةَ نَفْسَهَا قِتَالٌ) لِأَنَّ الْقِتَالِ اسْمٌ لِفِعْلٍ يَقَعُ بِهِ لِلْعَدُوِّ خَوْفٌ، وَمُجَاوِزَةُ الدَّرَبِ قَهْرًا، وَشَوْكَةٌ تَحْصُلُ لَهُمُ الْخَوْفُ فَكَانَ قِتَالًا. وَإِذَا وُجِدَ أَصْلُ الْقِتَالِ فَارِسًا لَمْ يَتَغَيَّرْ حُكْمُهُ بِتَغْيِيرِ أَحْوَالِهِمْ بَعْدَ ذَلِكَ لِأَنَّ ذَلِكَ (حَالَةٌ دَوَامِ الْقِتَالِ وَلَا مُعْتَبَرٌ بِهَا) لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُ تَعْلِيقَ الْحُكْمِ بِدَوَامِ الْقِتَالِ لِأَنَّ الْفَارِسَ لَا يُمَكِّنُهُ أَنْ يُقَاتَلَ فَارِسًا دَائِمًا لِأَنَّهُ لَا بُدَّ مِنْ أَنْ يَنْزِلَ فِي بَعْضِ الْمَضَاقِ خُصُوصًا فِي الْمَشْجَرَةِ أَوْ فِي الْحِصْنِ أَوْ فِي الْبَحْرِ. وَقَوْلُهُ (وَلَأَنَّ الْوُقُوفَ عَلَى حَقِيقَةِ الْقِتَالِ) وَاضِحٌ عَلَى مَا ذَكَرْنَا.

(وَلَا يُسَهَّمُ لِمَمْلُوكٍ وَلَا امْرَأَةٍ وَلَا صَبِيٍّ وَلَا ذِمِّيٍّ وَلَكِنْ يَرْضَخُ لَهُمْ عَلَى حَسَبِ مَا يَرَى الْإِمَامُ) مَا رَوَى «أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ كَانَ لَا يُسَهَّمُ لِلنِّسَاءِ وَالصَّبِيَّانِ وَالْعَبِيدِ وَكَانَ يَرْضَخُ لَهُمْ»^(١) وَلَمَّا اسْتَعَانَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ بِالْيَهُودِ عَلَى الْيَهُودِ لَمْ يُعْطِهِمْ شَيْئًا مِنَ الْغَنِيمَةِ^(٢)؛ يَعْنِي أَنَّهُ لَمْ يُسَهَّمْ لَهُمْ، وَلِأَنَّ الْجِهَادَ عِبَادَةً، وَالذَّمِّيُّ لَيْسَ مِنْ أَهْلِ الْعِبَادَةِ، وَالصَّبِيُّ وَالْمَرْأَةُ عَاجِزَانِ عَنْهُ وَلِهَذَا لَمْ يَلْحَقْهُمَا فَرَضُهُ، وَالْعَبْدُ لَا يُمَكِّنُهُ الْمَوْلَى وَلَهُ مَنَعُهُ، إِلَّا أَنَّهُ يَرْضَخُ لَهُمْ تَحْرِيسًا عَلَى الْقِتَالِ مَعَ إِظْهَارِ انْحِطَاطِ رُتَبِهِمْ، وَالْمَكَاتِبُ بِمَنْزِلَةِ الْعَبْدِ لِقِيَامِ الرِّقِّ وَتَوَهُمِ عَجْزِهِ فَيَمْنَعُهُ الْمَوْلَى عَنِ الْخُرُوجِ إِلَى الْقِتَالِ ثُمَّ الْعَبْدُ

(١) أخرجه مسلم في الجهاد والسير (١٣٧-١٤١)، وانظر نصب الراية (٦٣٦/٣).

(٢) أخرجه البيهقي في الكبرى (٦٤/٩)، وانظر نصب الراية (٦٣٩/٣).

إِنَّمَا يَرْضَخُ لَهُ إِذَا قَاتَلَ لِأَنَّهُ دَخَلَ لخدمَةِ الْمَوْلَى فَصَارَ كَالتَّاجِرِ، وَالْمَرَأَةُ يَرْضَخُ لَهَا إِذَا كَانَتْ تُدَاوِي الْجَرَحَى، وَتَقُومُ عَلَى الْمَرْضَى لِأَنَّهَا عَاجِزَةٌ عَنْ حَقِيقَةِ الْقِتَالِ فَيَقَامُ هَذَا النُّوعُ مِنَ الْإِعَانَةِ مَقَامَ الْقِتَالِ، بِخِلَافِ الْعَبْدِ لِأَنَّهُ قَادِرٌ عَلَى حَقِيقَةِ الْقِتَالِ، وَالذَّمُّ إِنَّمَا يَرْضَخُ لَهُ إِذَا قَاتَلَ أَوْ دَلَّ عَلَى الطَّرِيقِ، وَلَمْ يَقَاتِلْ لِأَنَّهُ فِيهِ مَنْفَعَةٌ لِلْمُسْلِمِينَ، إِلَّا أَنَّهُ يَزَادُ عَلَى السَّهْمِ فِي الدَّلَالَةِ إِذَا كَانَتْ فِيهِ مَنْفَعَةٌ عَظِيمَةٌ، وَلَا يَبْلُغُ بِهِ السَّهْمُ إِذَا قَاتَلَ؛ لِأَنَّهُ جِهَادٌ، وَالْأَوَّلُ لَيْسَ مِنْ عَمَلِهِ وَلَا يُسَوَّى بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْمُسْلِمِ فِي حُكْمِ الْجِهَادِ.

الشرح:

قَوْلُهُ (وَتَوَهُّمُ عَجْزِهِ) يَحْتَمِلُ أَنْ يَعْجَزَ الْمَكَاتِبُ عَنْ آدَاءِ بَدَلِ الْكِتَابَةِ فَيُعَوِّدُ إِلَى الرِّقِّ، وَحِينَئِذٍ كَانَ لِلْمَوْلَى وَلَايَةُ الْمَنْعِ فَيَمْنَعُ فِي الْحَالِ لَوْجُودِ التَّوَهُّمِ. قَوْلُهُ لِأَنَّهَا عَاجِزَةٌ عَنْ حَقِيقَةِ الْقِتَالِ ظَاهِرٌ. وَاعْتَرَضَ عَلَيْهِ بِأَنَّهَا لَوْ كَانَتْ عَاجِزَةً لَمَا صَحَّ أَمَانُهَا لِأَنَّهُ إِنَّمَا يَصِحُّ مِمَّنْ يُخَافُ مِنْهُ الْقِتَالُ لِقُدْرَتِهِ عَلَى الْقِتَالِ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ الْأَمَانَ صَحَّتُهُ لَا تَتَوَقَّفُ عَلَى الْقُدْرَةِ عَلَى حَقِيقَةِ الْقِتَالِ، بَلْ تَثْبُتُ بِشُبْهَةِ الْقِتَالِ لِأَنَّهُ مِمَّا يَثْبُتُ بِالشُّبْهَاتِ وَهِيَ لَيْسَتْ بِعَاجِزَةٍ عَنْ شُبْهَةِ الْقِتَالِ بِمَا لَهَا وَعَيْدِهَا، وَأَمَّا السَّهْمُ مِنَ الْغَنِيمَةِ فَإِنَّمَا يُسْتَحَقُّ بِحَقِيقَةِ الْقُدْرَةِ عَلَى الْقِتَالِ وَهِيَ عَاجِزَةٌ عَنْهَا (وَلَا يَبْلُغُ بِهِ السَّهْمُ إِذَا قَاتَلَ لِأَنَّهُ جِهَادٌ) فَلَا يَبْلُغُ بِسَهْمِهِ سَهْمُ الْمُجَاهِدِينَ (وَالْأَوَّلُ لَيْسَ مِنْ عَمَلِهِ) أَيُّ الدَّلَالَةُ لَيْسَتْ مِنْ عَمَلِ الْجِهَادِ فَكَانَتْ عَمَلًا كَسَائِرِ الْأَعْمَالِ فَيَبْلُغُ أَجْرُهُ بِالْعَامَا بَلَاغًا.

(وَأَمَّا الْخُمْسُ فَيُقَسَّمُ عَلَى ثَلَاثَةِ أَصْهُمٍ: سَهْمٌ لِلْيَتَامَى وَسَهْمٌ لِلْمَسَاكِينِ وَسَهْمٌ لِابْنِ السَّبِيلِ يَدْخُلُ فُقَرَاءُ ذَوِي الْقُرْبَى فِيهِمْ وَيُقَدِّمُونَ، وَلَا يُدْفَعُ إِلَى أَغْنِيَائِهِمْ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَهُمْ خُمْسُ الْخُمْسِ يَسْتَوِي فِيهِ غَنِيَهُمْ وَفَقِيرُهُمْ، وَيُقَسَّمُ بَيْنَهُمُ لِلذِّكْرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ، وَيَكُونُ لِبَنِي هَاشِمٍ وَبَنِي الْمُطَّلِبِ دُونَ غَيْرِهِمْ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَلِذِي الْقُرْبَى﴾ [الأنفال: ٤١] مِنْ غَيْرِ فَصْلٍ بَيْنَ الْغَنِيِّ وَالْفَقِيرِ. وَلَنَا أَنَّ الْخُلَفَاءَ الْأَرْبَعَةَ الرَّاشِدِينَ قَسَمُوهُ عَلَى ثَلَاثَةِ أَصْهُمٍ عَلَى نَحْوِ مَا قُلْنَا وَكَفَى بِهِمْ قُدُورَةٌ.

وَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «يَا مَعْشَرَ بَنِي هَاشِمٍ إِنَّ اللَّهَ تَعَالَى كَرِهَ لَكُمْ غُسَالَتِ النَّاسِ وَأَوْسَاحَهُمْ وَعَوَضَكُمْ مِنْهَا بِخُمْسِ الْخُمْسِ»^(١) وَالْعَوَاضُ إِنَّمَا يَثْبُتُ فِي حَقِّ مَنْ

(١) قال الزيلعي في نصب الراية (٣/٦٤١): غريب.

يَبْتُتُ فِي حَقِّهِ الْمَعْوُضُ وَهُمْ الْفُقَرَاءُ. وَالنَّبِيُّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَعْطَاهُمْ لِلنُّصْرَةِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ عَلَّلَ فَقَالَ: «إِنَّهُمْ لَن يَزَالُوا مَعِيَ هَكَذَا فِي الْجَاهِلِيَّةِ وَالْإِسْلَامِ، وَشَبَّكَ بَيْنَ أَصَابِعِهِ» ^(١) دَلَّ عَلَى أَنَّ الْمُرَادَ مِنَ النَّصْرِ قُرْبُ النُّصْرَةِ لَا قُرْبُ الْقَرَابَةِ. قَالَ (فَأَمَّا ذِكْرُ اللَّهِ تَعَالَى فِي الْخُمْسِ فَإِنَّهُ لَا فِتْيَانُ الْكَلَامِ تَبَرُّكَ بِاسْمِهِ، وَسَهْمُ النَّبِيِّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ سَقَطَ بِمَوْتِهِ كَمَا سَقَطَ الصَّنْفِيُّ) لِأَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ كَانَ يَسْتَحِقُّهُ بِرِسَالَتِهِ وَلَا رَسُولَ بَعْدَهُ وَالصَّنْفِيُّ شَيْءٌ كَانَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ يَصْطَفِيهِ لِنَفْسِهِ مِنَ الْغَنِيمَةِ مِثْلَ دِرْعٍ أَوْ سَيْفٍ أَوْ جَارِيَةٍ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يُصْرَفُ سَهْمُ الرَّسُولِ إِلَى الْخَلِيفَةِ، وَالْحُجَّةُ عَلَيْهِ مَا قَدَّمَاهُ (وَسَهْمُ ذَوِي الْقُرْبَى كَانُوا يَسْتَحِقُّونَهُ فِي زَمَنِ النَّبِيِّ ﷺ بِالنُّصْرَةِ) لَمَّا رَوَيْنَا.

قَالَ (وَبَعْدَهُ بِالْفَقْرِ) قَالَ الْعَبْدُ الضَّعِيفُ عَصَمَهُ اللَّهُ: هَذَا الَّذِي ذَكَرَهُ قَوْلُ الْكَرْخِيِّ. وَقَالَ الطَّحَاوِيُّ: سَهْمُ الْفَقِيرِ مِنْهُمْ سَاقِطٌ أَيْضًا لَمَّا رَوَيْنَا مِنَ الْإِجْمَاعِ، وَلَئِنْ فِيهِ مَعْنَى الصَّدَقَةِ نَظَرًا إِلَى الْمَصْرِفِ فَيُحَرِّمُهُ كَمَا حَرَّمَ الْعِمَالَةَ. وَجَهُ الْأَوَّلُ وَهَيْلٌ هُوَ الْأَصَحُّ مَا رَوَى أَنَّ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَعْطَى الْفُقَرَاءَ مِنْهُمْ، وَالْإِجْمَاعُ انْعَقَدَ عَلَى سُقُوطِ حَقِّ الْأَغْنِيَاءِ، أَمَّا فُقَرَاؤُهُمْ فَيَدْخُلُونَ فِي الْأَصْنَافِ الثَّلَاثَةِ.

الشرح:

قَالَ (وَأَمَّا الْخُمْسُ فَيُقَسَّمُ عَلَى ثَلَاثَةِ أَصْنَافٍ سَهْمٍ لِلْيَتَامَى وَسَهْمٍ لِلْمَسَاكِينِ وَسَهْمٍ لِأَبْنَاءِ السَّبِيلِ يَدْخُلُ فُقَرَاءُ ذَوِي الْقُرْبَى فِيهِمْ) أَيُّ فِي الْأَصْنَافِ الثَّلَاثَةِ، وَمَعْنَى هَذَا الْكَلَامِ أَنَّ أَتَمَّ ذَوِي الْقُرْبَى يَدْخُلُونَ فِي سَهْمِ الْيَتَامَى وَيُقَدَّمُونَ عَلَيْهِمْ، وَمَسَاكِينُ ذَوِي الْقُرْبَى يَدْخُلُونَ فِي سَهْمِ الْمَسَاكِينِ، وَأَبْنَاءُ السَّبِيلِ مِنْهُمْ يَدْخُلُونَ فِي أَبْنَاءِ السَّبِيلِ وَسَبَبُ الاسْتِحْقَاقِ فِي هَذِهِ الْأَصْنَافِ الثَّلَاثَةِ الْاِحْتِيَاجُ، غَيْرَ أَنَّ سَبَبَهُ مُخْتَلَفٌ فِي نَفْسِهِ مِنَ الْيَتَمِ وَالْمَسْكِينِ وَكَوْنُهُ ابْنُ السَّبِيلِ، ثُمَّ إِنَّهُمْ مَصَارِفُ لَا مُسْتَحِقُونَ حَتَّى أَنَّهُ لَوْ صَرَفَ إِلَى صِنْفٍ وَاحِدٍ مِنْهُمْ جَازَ عِنْدَنَا كَمَا فِي الصَّدَقَاتِ (وَلَا يَدْفَعُ إِلَى أَغْنِيَائِهِمْ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: لَهُمْ خُمْسُ الْخُمْسِ يَسْتَوِي فِيهِ غَنِيُّهُمْ وَفَقِيرُهُمْ، وَيُقَسَّمُ بَيْنَهُمْ لِلذِّكْرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ وَيَكُونُ لِبَنِي هَاشِمٍ وَبَنِي الْمُطَّلِبِ دُونَ غَيْرِهِمْ) مِنْ بَنِي

(١) أخرجه أبو داود (٢٩٨٠)، والنسائي في الفقه باب ١، وابن ماجه (٢٨٨١).

عَبْدَ شَمْسٍ وَبَنِي نَوْفَلٍ لَقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَلِذِي الْقُرْبَىٰ﴾ [الأَنْفَال: ٤١] مِنْ غَيْرِ فَصَلِّ بَيْنَ
الْعَنِيِّ وَالْفَقِيرِ) فَيَشْتَرِكَانِ (وَلَنَا أَنَّ الْخُلَفَاءَ الرَّاشِدِينَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ قَسَمُوا الْخُمْسَ عَلَى
ثَلَاثَةِ عَلَى نَحْوِ مَا قُلْنَا وَكَفَى بِهِمْ قُدُورَةٌ) وَلَمْ يُخَالِفْهُمْ أَحَدٌ فَكَانَ إِجْمَاعًا. وَقَوْلُهُ (وَقَدْ
قَالَ النَّبِيُّ ﷺ) دَلِيلٌ عَلَى أَنَّهُ لَمْ يُصَرَفْ إِلَى أَغْنِيَائِهِمْ شَيْءٌ لِأَنَّهُ قَالَ: «يَا بَنِي هَاشِمٍ إِنَّ
اللَّهَ كَرِهَ لَكُمْ غُسَالَةَ أَيْدِي النَّاسِ وَأَوْسَاحَهُمْ وَعَوَضَكُمْ مِنْهَا بِخُمْسِ الْخُمْسِ»
وَالْعَوَضُ إِئِمَّا يَثْبُتُ فِي حَقِّ مَنْ يَثْبُتُ فِي حَقِّهِ الْعَوَضُ وَهُمْ الْفُقَرَاءُ يَعْنِي أَنَّ الْمَعْوِضَ
وَهُوَ الزَّكَاةُ لَا يَجُوزُ دَفْعُهَا إِلَى الْأَغْنِيَاءِ، فَكَذَلِكَ يَجِبُ أَنْ يَكُونَ عَوَضُ الزَّكَاةِ وَهُوَ
خُمْسُ الْغَنَائِمِ لَا يَدْفَعُ إِلَيْهِمْ لِأَنَّ الْعَوَضَ إِئِمَّا يَثْبُتُ فِي حَقِّ مَنْ فَاتَ عَنْهُ الْمَعْوِضُ وَإِلَّا
لَا يَكُونُ عَوَضًا لَذَلِكَ الْمَعْوِضُ.

فَإِنْ قِيلَ: هَذَا الْحَدِيثُ إِمَّا أَنْ يَكُونَ ثَابِتًا صَحِيحًا أَوْ لَا، فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ وَجَبَ
أَنْ يَفْسِمَ الْخُمْسَ عَلَى خَمْسَةِ أَشْهُمٍ وَأَتَمَّ تَقْسِمُونَهُ عَلَى ثَلَاثَةِ أَشْهُمٍ وَهُوَ مُخَالَفَةٌ
مِنْكُمْ لِلْحَدِيثِ الثَّابِتِ الصَّحِيحِ، وَإِنْ كَانَ الثَّانِي لَا يَصِحُّ الِاسْتِدْلَالُ بِهِ؟ أُجِيبَ بِأَنَّ
لِهَذَا الْحَدِيثِ دَلَالَتَيْنِ: إِحْدَاهُمَا إِبْتِاثُ الْعَوَضِ فِي الْمَحَلِّ الَّذِي فَاتَ عَنْهُ الْمَعْوِضُ عَلَى مَا
ذَكَرْنَا. وَالثَّانِيَةُ جَعْلُهُ عَلَى خَمْسَةِ أَشْهُمٍ، وَلَكِنْ قَامَ الدَّلِيلُ عَلَى انْتِفَاءِ الْخُمْسِ عَلَى
خَمْسَةِ أَشْهُمٍ وَهُوَ فِعْلُ الْخُلَفَاءِ الرَّاشِدِينَ كَمَا تَقَدَّمَ، وَلَمْ يَقُمْ الدَّلِيلُ عَلَى تَغْيِيرِ الْعَوَضِ
مِمَّنْ فَاتَ عَنْهُ الْمَعْوِضُ فَقُلْنَا بِهِ، كَمَا تَمَسَّكَ الْخَصْمُ عَلَى تَكَرُّارِ الصَّلَاةِ عَلَى الْجَنَازَةِ
بِمَا رَوَى «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ صَلَّى عَلَى حِمْرَةَ سَبْعِينَ صَلَاةً» وَهُوَ لَا يَقُولُ بِالصَّلَاةِ
عَلَى الشَّهِيدِ، وَلَكِنْ يَقُولُ لِلْحَدِيثِ دَلَالَتَانِ، فِإِحْدَاهُمَا بَاقِيَةٌ وَإِنْ انْتَفَتِ الْأُخْرَى. فَإِنْ
قِيلَ: لَوْ كَانَ مَا ذَكَرْتُمْ صَحِيحًا بِجَمِيعِ مُقَدِّمَاتِهِ لَمَا أُعْطَاهُمُ النَّبِيُّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ،
وَقَدْ ثَبَتَ أَنَّهُ ﷺ أُعْطِيَ بَنِي هَاشِمٍ وَبَنِي الْمُطَّلِبِ. أَجَابَ بِقَوْلِهِ (وَالنَّبِيُّ ﷺ أُعْطَاهُمْ
لِلنُّصْرَةِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ عَلَّلَ فَقَالَ: «إِنَّهُمْ لَنْ يَزَالُوا مَعِيَ هَكَذَا فِي
الْجَاهِلِيَّةِ وَالْإِسْلَامِ، وَشَبَّكَ بَيْنَ أَصَابِعِهِ») وَقِصَّتُهُ مَا رَوَى عَنْ جُبَيْرِ بْنِ مُطْعِمٍ أَنَّهُ قَالَ:
«لَمَّا كَانَ يَوْمُ خَيْبَرَ وَضَعَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ سَهْمَ ذَوِي الْقُرْبَى بَيْنَ بَنِي هَاشِمٍ وَبَنِي الْمُطَّلِبِ
وَتَرَكَ بَنِي نَوْفَلٍ وَبَنِي عَبْدِ شَمْسٍ، فَأَنْطَلَقْتُ أَنَا وَعُثْمَانُ بْنُ عَفَّانَ حَتَّى أَتَيْنَا رَسُولَ اللَّهِ
ﷺ فَقُلْنَا: يَا رَسُولَ اللَّهِ هَؤُلَاءِ بَنُو هَاشِمٍ لَا نُنْكِرُ فَضْلَهُمْ لِلْمَوْضِعِ الَّذِي وَضَعَكَ اللَّهُ بِهِ

فِيهِمْ، فَمَا بَالُ إِخْوَانَنَا بَنِي الْمُطَلَبِ أُعْطِيَتْهُمْ وَتَرَكْنَا وَقَرَأْتْنَا وَاحِدَةً؟ فَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ
وَالسَّلَامُ: أَنَا وَبَنُو الْمُطَلَبِ لَا نَفْتَرِقُ فِي جَاهِلِيَّةٍ وَلَا إِسْلَامٍ وَإِنَّمَا نَحْنُ وَهُمْ شَيْءٌ
وَاحِدٌ، وَشَبَّكَ بَيْنَ أَصَابِعِهِ وَأَشَارَ إِلَى نُصْرَتِهِمْ «وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ (دَلَّ عَلَى أَنَّ الْمُرَادَ
بِالنُّصْرِ) أَغْنَى قَوْلُهُ وَلِذِي الْقُرْبَى (قُرْبُ النُّصْرَةِ لَا قُرْبُ الْقَرَابَةِ) وَالْمُرَادُ بِالنُّصْرَةِ نُصْرَةُ
الاجْتِمَاعِ فِي الشُّعْبِ لَا نُصْرَةُ الْقِتَالِ، يُشِيرُ إِلَيْهِ قَوْلُهُ: «لَا نَفْتَرِقُ فِي جَاهِلِيَّةٍ وَلَا
إِسْلَامٍ» وَهَذَا يُصَرِّفُ لِلنِّسَاءِ وَالذَّرَارِيِّ. وَإِذَا ثَبَتَ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَعْطَاهُمْ لِلنُّصْرَةِ لَا
لِلْقَرَابَةِ وَقَدْ انْتَهَتْ النُّصْرَاتُ انْتَهَى الإِعْطَاءُ لِأَنَّ الْحُكْمَ يَنْتَهِي بِانْتِهَاءِ عِلَّتِهِ.

قَالَ (فَإِذَا ذَكَرَ اللَّهُ تَعَالَى فِي الْخُمْسِ) لَمَّا فَرَّغَ مِنْ بَيَانِ وَجْهِ سُقُوطِ سَهْمِ ذَوِي
الْقُرْبَى بَيْنَ وَجْهِ سُقُوطِ مَا سِوَى الثَّلَاثَةِ الْمَذْكُورَةِ فِي النَّصِّ فَقَالَ: فَإِذَا ذَكَرَ اللَّهُ تَعَالَى
فِي الْخُمْسِ يَعْنِي قَوْلَهُ تَعَالَى: ﴿فَإِنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ﴾ [الأنفال: ٤١] (فَإِنَّهُ لَافْتِاحُ الْكَلَامِ
تَبَرُّكًا بِذِكْرِهِ، وَسَهْمُ النَّبِيِّ ﷺ سَقَطَ بِمَوْتِهِ كَمَا سَقَطَ الصَّفِيُّ) بِالْإِجْمَاعِ (لَأَنَّهُ ﷺ
كَانَ يَسْتَحِقُّهُ بِرِسَالَتِهِ) لِأَنَّ الْحُكْمَ مَتَى تَرْتَّبَ عَلَى الْمُسْتَقْبَلِ فَيَكُونُ الْمُسْتَقْبَلُ مِنْهُ عِلَّةً (وَلَا
رَسُولَ بَعْدَهُ. وَالصَّفِيُّ شَيْءٌ كَانَ يَصْطَفِيهِ لِنَفْسِهِ ﷺ مِثْلَ دِرْعٍ أَوْ سَيْفٍ أَوْ جَارِيَةٍ)
اصْطَفَى ذَا الْفَقَارِ مِنْ غَنَائِمِ بَدْرٍ، وَاصْطَفَى صَفِيَّةً مِنْ غَنَائِمِ خَيْبَرَ (وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ
اللَّهُ عَنْهُ: يُصَرِّفُ سَهْمُ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ إِلَى الْخَلِيفَةِ، وَالْحُجَّةُ عَلَيْهِ مَا قَدَّمَاهُ) أَنَّهُ كَانَ
يَسْتَحِقُّهُ بِرِسَالَتِهِ (وَسَهْمُ ذَوِي الْقُرْبَى كَانُوا يَسْتَحِقُّونَهُ فِي زَمَنِ النَّبِيِّ ﷺ بِالنُّصْرَةِ لَمَّا
رَوَيْنَا) أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَعْطَاهُمْ لِلنُّصْرَةِ. لَا يُقَالُ: قَوْلُهُ وَسَهْمُ ذَوِي الْقُرْبَى وَقَعَ مُكْرَرًا
حُكْمًا وَتَغْلِيلًا.

لَأَنَّا نَقُولُ: مَا ذَكَرَهُ أَوَّلًا كَانَ فِي حَيْزِ الاسْتِدْلَالِ عَلَى الْقِسْمَةِ عَلَى ثَلَاثَةِ أَسْهُمٍ،
وَهَذَا نُقَلُّ لِكَلَامِ صَاحِبِ الْقُدُورِيِّ. قَالَ: أَيُّ الْقُدُورِيِّ (وَبَعْدَهُ) أَيُّ بَعْدَ زَمَنِ عَلَيْهِ
الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ (بِالْفَقْرِ) قَالَ الْمُصَنِّفُ (وَهَذَا) أَيُّ اسْتِحْقَاقِهِمْ بِالْفَقْرِ (قَوْلُ الْكَرْخِيِّ:
وَقَالَ الطَّحَاوِيُّ سَهْمُ الْفَقِيرِ مِنْهُمْ سَاقِطٌ أَيْضًا لَمَّا رَوَيْنَا مِنَ الْإِجْمَاعِ) يَعْنِي قَوْلُهُ: وَلَنَا
أَنَّ الْخُلَفَاءَ الْأَرْبَعَةَ الرَّاشِدِينَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ قَسَمُوهُ عَلَى ثَلَاثَةِ، وَلَا يُظَنُّ بِهِمْ أَنَّهُ خَفِيَ
عَلَيْهِمُ النَّصُّ أَوْ مَنَعُوا حَقَّ ذَوِي الْقُرْبَى فَكَانَ إِجْمَاعُهُمْ دَالًّا عَلَى أَنَّهُ لَمْ يَبْقَ اسْتِحْقَاقٌ
لَاغْنِيَاءِهِمْ وَفُقَرَائِهِمْ. وَمَنَعَ الشَّافِعِيُّ ﷺ الْإِجْمَاعَ، وَسَنَدُهُ مَا رُوِيَ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ مُحَمَّدٍ

بْنِ عَلِيٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ قَالَ: كَانَ رَأْيِي عَلِيٍّ فِي الْخُمْسِ رَأْيَ أَهْلِ بَيْتِهِ، وَلَكِنْ كَرِهَ أَنْ يُخَالَفَ أَبَا بَكْرٍ وَعُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا وَالْإِجْمَاعُ بِدُونِ أَهْلِ الْبَيْتِ لَا يَنْعَقِدُ.

وَقُلْنَا: لَا يَحِلُّ لِلْمُجْتَهِدِ أَنْ يَتْرَكَ رَأْيَ نَفْسِهِ بِرَأْيِ مُجْتَهِدٍ آخَرَ احْتِشَامًا لَهُ، فَإِنْ ثَبَتَ مَا رُوِيَ دَلَّ أَنَّهُ كَرِهَ الْمُخَالَفَةَ لِأَنَّهُ رَأَى الْحُجَّةَ مَعَهُمَا فَقَدْ خَالَفَهُمَا فِي كَثِيرٍ مِنَ الْمَسَائِلِ حِينَ ظَهَرَ الدَّلِيلُ عِنْدَهُ (قَوْلُهُ وَلَآنَ فِيهِ) أَيِ فِي سَهْمِ ذَوِي الْقُرْبَى (مَعْنَى الصَّدَقَةِ) لِأَنَّ الْهَاشِمِيَّ الَّذِي يُصْرَفُ إِلَيْهِ فَقِيرٌ، إِذَا لَوْ لَمْ يَكُنْ فَقِيرًا لَا يَجُوزُ صَرْفُهُ إِلَيْهِ بَعْدَ النَّبِيِّ ﷺ بِاتِّفَاقِ الرُّوَايَاتِ عَنْ أَصْحَابِنَا، فَلَمَّا كَانَ فِيهِ مَعْنَى الصَّدَقَةِ حُرْمَ ذَوِي الْقُرْبَى إِيَّاهُ كَمَا حُرِّمَ الْهَاشِمِيُّ الْعَامِلُ عَلَى الصَّدَقَةِ الْعِمَالَةَ وَهُوَ مَا يُعْطَى عَلَى عَمَلِهِ، وَقَدْ مَرَّ فِي بَابِ الزَّكَاةِ، وَهَذَا الدَّلِيلُ إِنْ كَانَ بِالنِّسْبَةِ إِلَى أَصْحَابِنَا فَهُوَ تَامٌ، وَإِنْ كَانَ بِالنِّسْبَةِ إِلَى الشَّافِعِيِّ ﷺ فَلَيْسَ بِذَلِكَ، لِأَنَّ كَوْنَ الْمَصْرُفِ فَقِيرًا لَيْسَ إِلَّا فِي حَيْزِ النَّزَاعِ عِنْدَهُ فَإِنَّهُ يُسَوِّي بَيْنَ الْغَنِيِّ وَالْفَقِيرِ (وَجْهُ الْأَوَّلِ) يَعْنِي قَوْلَ الْكَرْخِيِّ، وَقِيلَ هُوَ الْأَصَحُّ مَا رُوِيَ أَنَّ عُمَرَ ﷺ أَعْطَى الْفُقَرَاءَ مِنْهُمْ، وَالْإِجْمَاعُ انْعَقَدَ عَلَى سُقُوطِ حَقِّ الْأَغْنِيَاءِ يَعْنِي إِجْمَاعَ الْخُلَفَاءِ الْأَرْبَعَةِ الرَّاشِدِينَ كَمَا مَرَّ (أَمَّا فَقَرَاؤُهُمْ فَيَدْخُلُونَ فِي الْأَصْنَافِ الثَّلَاثَةِ) كَمَا تَقَدَّمَ فِي أَوَّلِ الْبَحْثِ، وَكَرَّرَ هَذِهِ الزِّيَادَةَ لِلِإِضْاحِ، وَإِنَّمَا قَالَ: وَقِيلَ هُوَ الْأَصَحُّ لِأَنَّ صَاحِبَ الْمَسْئُوطِ اخْتَارَ قَوْلَ أَبِي بَكْرٍ الرَّازِيِّ أَنَّ الْفُقَرَاءَ لَمْ يَكُونُوا مُسْتَحِقِّينَ، وَإِنَّمَا كَانَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ يَصْرِفُ إِلَيْهِمْ مُجَازَاةً عَلَى النُّصْرَةِ الَّتِي كَانَتْ مِنْهُمْ، وَلَمْ يَبْقَ ذَلِكَ بَعْدَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَهُوَ مُخْتَارُ الْقُدُورِيِّ كَمَا أَشَارَ إِلَيْهِ قَوْلُهُ: وَسَهْمُ ذَوِي الْقُرْبَى كَانُوا يَسْتَحِقُّونَهُ فِي زَمَنِ النَّبِيِّ ﷺ بِالنُّصْرَةِ.

(وَإِذَا دَخَلَ الْوَاحِدُ أَوْ الْاِثْنَانِ دَارَ الْحَرْبِ مُغِيرِينَ بِغَيْرِ إِذْنِ الْإِمَامِ فَأَخَذُوا شَيْئًا لَمْ يُخْمَسْ) لِأَنَّ الْغَنِيمَةَ هُوَ الْمَأْخُودُ قَهْرًا وَغَلْبَةً لَا اخْتِلَاسًا وَسَرِقَةً، وَالْخُمْسُ وَظِيفَتُهَا، وَلَوْ دَخَلَ الْوَاحِدُ أَوْ الْاِثْنَانِ بِإِذْنِ الْإِمَامِ فَفِيهِ رِوَايَتَانِ، وَالْمَشْهُورُ أَنَّهُ يُخْمَسُ لِأَنَّهُ لَمَّا أَذِنَ لَهُمُ الْإِمَامُ فَقَدْ التَزَمَ نُصْرَتَهُمْ بِالْإِمْدَادِ فَصَارَ كَالْمَنْعَةِ (فَإِنْ دَخَلَتْ جَمَاعَةٌ لَهَا مَنَعَةٌ فَأَخَذُوا شَيْئًا خُمْسَ وَإِنْ لَمْ يَأْذَنْ لَهُمُ الْإِمَامُ) لِأَنَّهُ مَأْخُودٌ قَهْرًا وَغَلْبَةً فَكَانَ غَنِيمَةً، وَلَئِنَّهُ يَجِبُ عَلَى الْإِمَامِ أَنْ يَنْصُرَهُمْ إِذَا لَوْ خَدَّتْهُمْ كَانَ فِيهِ وَهْنُ الْمُسْلِمِينَ، بِخِلَافِ الْوَاحِدِ وَالْاِثْنَيْنِ، لِأَنَّهُ لَا يَجِبُ عَلَيْهِ نُصْرَتُهُمْ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِذَا دَخَلَ الْوَاحِدُ أَوْ الْاِثْنَانِ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (وَالْمَشْهُورُ أَنَّهُ يُخْمَسُ) ظَاهِرٌ. وَوَجْهُ الرُّوَايَةِ الْأُخْرَى أَنَّ الْعَدَدَ الْيَسِيرَ إِنَّمَا يَدْخُلُونَ لِكِسَابِ الْمَالِ لَا لِإِعْزَازِ الدِّينِ، فَصَارَ كِتَابُ جِرٍ لَا يَقْدَرُ عَلَى الْقَهْرِ وَالْغَلْبَةِ. فَإِنْ قُلْتُ: قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿وَأَعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ﴾ [الأنفال: ٤١] مُطْلَقٌ فَيَجِبُ الْخُمْسُ وَجِدَ الْإِذْنُ أَوْ لَمْ يُوجَدْ. أَجِيبُ بِأَنَّ الْغَنِيمَةَ اسْمٌ لِمَا هُوَ الْمَأْخُوذُ قَهْرًا وَغَلْبَةً وَمَا أَخَذَهُ اللَّصُّ سَرِقَةً وَمَا أَخَذَهُ الْوَاحِدُ وَالْاِثْنَانِ خَلْسَةً فَلَا يَدْخُلُ تَحْتَ الْغَنِيمَةِ.

وَقَوْلُهُ (وَإِنْ دَخَلَ جَمَاعَةٌ لَهَا مَنَعَةٌ) الْمَنَعَةُ السَّرِيَّةُ. نَقَلَ التَّاطَفِيُّ عَنْ كِتَابِ الْخَرَاجِ لِابْنِ شُجَاعٍ: كَانَ أَبُو حَنِيفَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ يَقُولُ: إِذَا دَخَلَ الرَّجُلُ وَخَذَهُ فَعَنِمَ وَلَا عَسْكَرَ فِي أَرْضِ الْحَرْبِ لِلْمُسْلِمِينَ لَا يُخْمَسُ مَا أَخَذَهُ حَتَّى يَصِيرُوا تَسْعَةً، فَإِذَا بَلَّغُوا ذَلِكَ فَهُمْ سَرِيَّةٌ (قَوْلُهُ إِذَا لَوْ خَذَهُمْ) أَيِ تَرَكَ عَوْنَهُمْ (كَانَ فِيهِ وَهْنُ الْمُسْلِمِينَ) أَيِ ضَعْفُهُمْ.

فصل في التنزيل

قَالَ (وَلَا بَأْسَ بِأَنْ يُنْفَلَ الْإِمَامُ فِي حَالِ الْقِتَالِ وَيُحْرَضَ بِهِ عَلَى الْقِتَالِ فَيَقُولُ " مَنْ قَتَلَ قَتِيلًا فَلَهُ سَلْبُهُ " ^(١) وَيَقُولُ لِلْسَّرِيَّةِ قَدْ جَعَلْتُ لَكُمْ الرَّبْعَ بَعْدَ الْخُمْسِ) مَعْنَاهُ بَعْدَمَا رَفَعَ الْخُمْسَ لِأَنَّ التَّحْرِيزَ مَدْنُوبٌ إِلَيْهِ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿يَتَأَيُّهَا النَّبِيُّ حَرِّضِ الْمُؤْمِنِينَ عَلَى الْقِتَالِ﴾ [الأنفال: ٦٥] وَهَذَا نَوْعٌ تَحْرِيزٍ، ثُمَّ قَدْ يَكُونُ التَّنْفِيلُ بِمَا ذَكَرَ وَقَدْ يَكُونُ بغيرِهِ، إِلَّا أَنَّهُ لَا يَنْبَغِي لِلْإِمَامِ أَنْ يُنْفَلَ بِكُلِّ الْمَأْخُوذِ لِأَنَّهُ فِيهِ إِبْطَالُ حَقِّ الْكُلِّ، فَإِنْ فَعَلَهُ مَعَ السَّرِيَّةِ جَازٍ؛ لِأَنَّهُ التَّصَرُّفُ إِلَيْهِ وَقَدْ يَكُونُ الْمَصْلَحَةُ فِيهِ (وَلَا يُنْفَلَ بَعْدَ إِحْرَازِ الْغَنِيمَةِ بِدَارِ الْإِسْلَامِ) لِأَنَّهُ حَقُّ الْغَيْرِ قَدْ تَأَكَّدَ فِيهِ بِالْإِحْرَازِ. قَالَ (إِلَّا مِنَ الْخُمْسِ) لِأَنَّهُ لَا حَقَّ لِلْغَانِمِينَ فِي الْخُمْسِ (وَإِذَا لَمْ يَجْعَلِ السَّلْبُ لِلْقَاتِلِ فَهُوَ مِنْ جُمْلَةِ الْغَنِيمَةِ، وَالْقَاتِلُ وَغَيْرُهُ فِي ذَلِكَ سَوَاءٌ).

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: السَّلْبُ لِلْقَاتِلِ إِذَا كَانَ مِنْ أَهْلِ أَنْ يُسَهَمَ لَهُ وَقَدْ قَتَلَهُ مُقْبِلًا لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «مَنْ قَتَلَ قَتِيلًا فَلَهُ سَلْبُهُ» وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ نَصَبُ شَرْعٍ لِأَنَّهُ بَعَثَهُ

(١) أخرجه البخاري في الخمس باب ١٨، ومسلم في الجهاد (٤٢)، وانظر نصب الراية

لَهُ، وَلَأَنَّ الْقَاتِلَ مُقْبِلًا أَكْثَرَ غِنَاءً فَيَخْتَصُّ بِسَلْبِهِ إِظْهَارًا لِلتَّفَاوُتِ بَيْنَهُ وَبَيْنَ غَيْرِهِ. وَلَنَّا أَنَّهُ مَأْخُودٌ بِقُوَّةِ الْجَيْشِ فَيَكُونُ غَنِيمَةً فَيُقَسَّمُ الْغَنَائِمُ كَمَا نَطَقَ بِهِ النَّصُّ. وَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لِحَبِيبِ بْنِ أَبِي سَلَمَةَ: «لَيْسَ لَكَ مِنْ سَلْبِ قَتِيلِكَ إِلَّا مَا طَابَتْ بِهِ نَفْسُ إِمَامِكَ»^(١) مَا رَوَاهُ يَحْتَمِلُ نَصَبَ الشَّرْعِ وَيَحْتَمِلُ التَّنْفِيلَ فَتَحْمِلُهُ عَلَى الثَّانِي لِمَا رَوَيْنَاهُ. وَزِيَادَةُ الْغِنَاءِ لَا تُعْتَبَرُ فِي جِنْسٍ وَاحِدٍ كَمَا ذَكَرْنَاهُ.

الشرح:

(فَصْلٌ فِي التَّنْفِيلِ): التَّنْفِيلُ نَوْعٌ مِنَ التَّصَرُّفِ فِي الْغَنَائِمِ، فَفَصِلْ عَمَّا قَبْلَهُ بِفَصْلٍ، يُقَالُ نَفَلَ الْإِمَامُ الْغَارِي. أَيْ أَعْطَاهُ زَائِدًا عَلَى سَهْمِهِ بِقَوْلِهِ: «مَنْ قَتَلَ قَتِيلًا فَلَهُ سَلْبُهُ» (قَوْلُهُ لَا بَأْسَ بَأَنَّ يَنْفَلَ الْإِمَامُ) يَذُلُّ عَلَى أَنَّ قَوْلَ مَنْ قَالَ: كَلِمَةً لَا بَأْسَ تُسْتَعْمَلُ فِيمَا يَكُونُ تَرْكُهُ أَوْلَى لَيْسَ بِمُجَرَّى عَلَى عُمُومِهِ، فَإِنَّ التَّنْفِيلَ قَبْلَ إِحْرَازِ الْغَنِيمَةِ مُسْتَحَبٌّ لِأَنَّهُ تَحْرِيطٌ وَالتَّحْرِيطُ مَنْدُوبٌ إِلَيْهِ بِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿يَتَأَيُّهَا النَّبِيُّ حَرِّضَ الْمُؤْمِنِينَ عَلَى الْقِتَالِ﴾ [الأنفال: ٦٥] فَإِنْ قِيلَ: الْأَمْرُ الْمَطْلُوقُ لِلْجُوبِ فَمَا الصَّارِفُ عَنْهُ إِلَى الاسْتِحْبَابِ؟ فَالْجَوَابُ أَنَّهُ يُعَارِضُهُ دَلِيلُ قِسْمَةِ الْغَنَائِمِ فَانْصَرَفَ إِلَى الاسْتِحْبَابِ (قَوْلُهُ مَنْ قَتَلَ قَتِيلًا) تَسْمِيَةُ الشَّيْءِ بِاسْمِ مَا يُتَوَلَّى إِلَيْهِ قَوْلُهُ ثُمَّ قَدْ يَكُونُ التَّنْفِيلُ بِمَا ذَكَرَ) يَعْنِي التَّنْفِيلُ بِالسَّلْبِ (وَقَدْ يَكُونُ بغيره) نَحْوَ الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ «لَأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَفَلَ ابْنَ مَسْعُودٍ يَوْمَ بَدْرٍ بِسَيْفِ أَبِي جَهْلٍ وَكَانَ عَلَيْهِ فِضَّةٌ» (وَلَا يَنْبَغِي لِلْإِمَامِ أَنْ يَنْفَلَ بِكُلِّ الْمَأْخُودِ لِأَنَّ فِيهِ إِبْطَالُ حَقِّ الْكُلِّ، وَإِنْ فَعَلَهُ مَعَ السَّرِيَّةِ جَازَ) لِمَا ذَكَرَ فِي السَّيْرِ الْكَبِيرِ: إِذَا قَالَ الْإِمَامُ لِلْعَسْكَرِ جَمِيعًا مَا أَصَبْتُمْ فَهُوَ لَكُمْ تَفْلًا بِالسُّوِيَّةِ بَعْدَ الْخُمْسِ لَا يَجُوزُ، لِأَنَّ الْمَقْصُودَ مِنَ التَّنْفِيلِ التَّحْرِيطُ عَلَى الْقِتَالِ، وَإِنَّمَا يَحْصُلُ ذَلِكَ إِذَا خَصَّ الْبَعْضُ بِالتَّنْفِيلِ، وَكَذَلِكَ إِذَا قَالَ مَا أَصَبْتُمْ فَهُوَ لَكُمْ، وَلَمْ يَقُلْ بَعْدَ الْخُمْسِ لِأَنَّ فِيهِ إِبْطَالُ الْخُمْسِ الَّذِي أَوْجَبَهُ اللَّهُ تَعَالَى فِي الْغَنِيمَةِ وَإِبْطَالُ حَقِّ ضَعْفَاءِ الْمُسْلِمِينَ وَذَلِكَ لَا يَجُوزُ: وَقَوْلُهُ (لَأَنَّهُ لَا حَقَّ لِلْغَنَائِمِينَ فِي الْخُمْسِ) فِيهِ نَظَرٌ، فَإِنَّهُ إِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهِ إِبْطَالُ حَقِّ الْغَنَائِمِينَ فَفِيهِ إِبْطَالُ حَقِّ الْأَصْنَافِ وَذَلِكَ لَا يَجُوزُ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ

(١) قال الزيلعي في نصب الراية (٦٤٩/٣): وقع في الهداية حبيب بن أبي سلمة، وصوابه حبيب بن

مسلمة، ورواه الطبراني في الكبير.

جَوَازُهُ بِاعْتِبَارِ أَنَّ الْمُتَنَلَّ لَهُ جُعِلَ وَاحِدًا مِنَ الْأَصْنَافِ الثَّلَاثَةِ فَلَمْ يَكُنْ ثَمَّةُ إِبْطَالِ حَقِّهِمْ إِذْ يَجُوزُ صَرْفُ الْخُمْسِ عَلَى أَحَدِ الْأَصْنَافِ لَمَّا تَقَدَّمَ أَنَّهُمْ مَصَارِفُ لَا مُسْتَحِقُّونَ، لَكِنْ يَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ الْمُتَنَلَّ لَهُ الَّذِي جُعِلَ وَاحِدًا مِنَ الْأَصْنَافِ الثَّلَاثَةِ فَقِيرًا لِأَنَّ الْخُمْسَ حَقُّ الْمُحْتَاجِينَ لَا حَقُّ الْأَغْنِيَاءِ فَجَعَلُهُ لِلْغَنِيِّ إِبْطَالُ حَقِّ الْمُحْتَاجِينَ.

وَقَوْلُهُ (وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (وَمَا رَوَاهُ يَحْتَمِلُ نَصَبَ الشَّرِّ وَيَحْتَمِلُ التَّنْفِيلَ) قِيلَ وَهُوَ الظَّاهِرُ لِأَنَّ مِثْلَ ذَلِكَ إِنَّمَا يَكُونُ نَصَبَ الشَّرِّ إِذَا قَالَ بِالْمَدِينَةِ فِي مَسْجِدِهِ وَلَمْ يُنْقَلْ عَنْهُ ذَلِكَ إِلَّا يَوْمَ بَدْرٍ وَحَتَّى لِلْحَاجَةِ إِلَى التَّحْرِيزِ، وَكَمَا قَالَ ذَلِكَ يَوْمَ بَدْرٍ فَقَدْ قَالَ: «مَنْ أَخَذَ أَسِيرًا فَهُوَ لَهُ» ثُمَّ كَانَ ذَلِكَ مِنْهُ عَلَى وَجْهِ التَّنْفِيلِ فَكَذَلِكَ فِي السَّلْبِ (فِيَحْتَمِلُ عَلَى الثَّانِي) يَعْنِي عَلَى التَّنْفِيلِ (لَمَّا رَوَيْنَا) مِنْ حَدِيثِ حَبِيبِ بْنِ أَبِي سَلَمَةَ دَفْعًا لِلتَّعَارُضِ. وَقَوْلُهُ (وَزِيَادَةُ الْغَنَاءِ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ لِأَنَّ الْقَاتِلَ مُقْبِلًا أَكْثَرُ غِنَاءً (قَوْلُهُ) كَمَا ذَكَرْنَاهُ) إِشَارَةٌ إِلَى مَا تَقَدَّمَ مِنْ قَوْلِهِ وَلِأَنَّهُ تَعَذَّرَ اعْتِبَارُ مِقْدَارِ الزِّيَادَةِ، أَوْ مِنْ قَوْلِهِ لِأَنَّ الْكَرَّ وَالْفَرَّ مِنْ جِنْسٍ وَاحِدٍ فِي فَصْلِ كَيْفِيَّةِ الْقِسْمَةِ .

(وَالسَّلْبُ مَا عَلَى الْمَقْتُولِ مِنْ ثِيَابِهِ وَسِلَاحِهِ وَمَرْكَبِهِ، وَكَذَا مَا كَانَ عَلَى مَرْكَبِهِ مِنَ السَّرِجِ وَالْأَلَتِ، وَكَذَا مَا مَعَهُ عَلَى الدَّابَّةِ مِنْ مَالِهِ فِي حَقِيقَتِهِ أَوْ عَلَى وَسَطِهِ وَمَا عَدَا ذَلِكَ فَلَيْسَ بِسَلْبٍ) وَمَا كَانَ مَعَ غُلَامِهِ عَلَى دَابَّةٍ أُخْرَى فَلَيْسَ بِسَلْبِهِ، ثُمَّ حُكِمَ التَّنْفِيلُ قَطَعَ حَقُّ الْبَاقِينَ، فَأَمَّا الْمَلِكُ فَإِنَّمَا يَثْبُتُ بَعْدَ الْإِحْرَارِ بِدَارِ الْإِسْلَامِ لَمَّا مَرَّ مِنْ قَبْلُ، حَتَّى لَوْ قَالَ الْإِمَامُ مَنْ أَصَابَ جَارِيَةً فَهِيَ لَهُ فَأَصَابَهَا مُسْلِمٌ وَاسْتَبْرَأَهَا لَمْ يَجِلْ لَهُ وَطُؤُهَا، وَكَذَا لَا يَبِيعُهَا. وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: لَهُ أَنْ يَطَّأَهَا وَيَبِيعَهَا، لِأَنَّ التَّنْفِيلَ يَثْبُتُ بِهِ الْمَلِكُ عِنْدَهُ كَمَا يَثْبُتُ بِالْقِسْمَةِ فِي دَارِ الْحَرْبِ وَبِالْأَشْرَاءِ مِنَ الْحَرْبِيِّ، وَوُجُوبُ الضَّمَانِ بِالْإِتْلَافِ قَدْ قِيلَ عَلَى هَذَا الْاِخْتِلَافِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

الشرح:

قَوْلُهُ لَمَّا مَرَّ مِنْ قَبْلُ) إِشَارَةٌ إِلَى مَا ذَكَرَهُ فِي بَابِ الْغَنَائِمِ وَقِسْمَتِهَا بِقَوْلِهِ وَلِأَنَّ الْاِسْتِيلَاءَ إِثْبَاتُ الْيَدِ الْحَافِظَةِ وَالنَّافِلَةِ فَلَمَّا لَمْ يَثْبُتِ الْإِحْرَارُ بِدَارِ الْإِسْلَامِ لَمْ تَثْبُتِ النَّافِلَةُ فَلَا يَثْبُتُ الْاِسْتِيلَاءُ، وَلَمَّا لَمْ يَثْبُتِ الْاِسْتِيلَاءُ لَمْ يَثْبُتِ الْمَلِكُ. وَقَوْلُهُ (لِأَنَّ التَّنْفِيلَ يَثْبُتُ بِهِ الْمَلِكُ عِنْدَهُ) ذَلِيلُهُ أَنَّ الْمَدَدَ لَا يُشَارِكُوهُ فِيهَا (كَمَا يَثْبُتُ بِالْقِسْمَةِ فِي دَارِ الْحَرْبِ) وَهُوَ

لَيْسَ بِمُتَّفَقٍ عَلَيْهِ لِأَنَّ مِنْ أَصْحَابِنَا مَنْ يَقُولُ قِسْمَةُ الْإِمَامِ لَا تَعْدَمُ الْمَانِعَ مِنْ تَمَامِ الْقَهْرِ وَهُوَ كَوْنُهُمْ مَقْهُورِينَ دَارًا وَكَأَنَّهُ لَمْ يَعْتَبَرْ ذَلِكَ الْاِخْتِلَافَ لَعَدَمِ شُهْرَتِهِ. وَقَوْلُهُ (وَوُجُوبُ الضَّمَانِ) مُرَاعٍ عَلَى الْاِبْتِدَاءِ. وَقَوْلُهُ (قَدْ قِيلَ عَلَى هَذَا الْاِخْتِلَافِ) خَبَرُهُ. وَفِي بَعْضِ النُّسخِ: وَقَدْ قِيلَ بِالْوَاوِ فَيَكُونُ مَعْطُوفًا عَلَى قَوْلِهِ الْمَلِكُ: أَيْ يَثْبُتُ الْمَلِكُ وَوُجُوبُ الضَّمَانِ لِلْمُنْفَلِّ لَهُ عَلَى مَنْ أَثْلَفَ مِنَ الْعِزَّةِ سَلْبُهُ الَّذِي أَصَابَهُ، وَالْأَوَّلُ أَوْلَى، وَإِنَّمَا ذَكَرَهُ دَفْعًا لَشُبْهَةِ تَرْدٍ عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ. وَيَبَيِّنُ ذَلِكَ أَنَّ مُحَمَّدًا ذَكَرَ فِي الزِّيَادَاتِ أَنَّ الْمُتْلَفَ لَسَلَبِ مَنْ نَفَلَهُ الْإِمَامُ يَضْمَنُ لِأَنَّ الْحَقَّ مُتَأَكِّدٌ وَلَمْ يَذْكُرْ فِيهِ الْخِلَافَ، فَوَرَدَ الضَّمَانُ شُبْهَةً عَلَيْهِمَا لِأَنَّ الضَّمَانَ دَلِيلُ تَمَامِ الْمَلِكِ فَيَنْبَغِي أَنْ يَحِلَّ الْوَطْءُ عَلَى مَذْهَبِهِمَا أَيْضًا بَعْدَ الْاِسْتِبْرَاءِ، فَقَالَ فِي دَفْعِ ذَلِكَ إِنَّهُ أَيْضًا عَلَى الْاِخْتِلَافِ عِنْدَ مُحَمَّدٍ يَضْمَنُ. وَعِنْدَهُمَا لَا يَضْمَنُ وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

بَابُ اسْتِيلَاءِ الْكُفَّارِ

(وَإِذَا غَلَبَ الثَّرِكُ عَلَى الرُّومِ فَسَبَوْهُمْ وَأَخَذُوا أَمْوَالَهُمْ مَلَكُوهاً)؛ لِأَنَّ الْاِسْتِيلَاءَ قَدْ تَحَقَّقَ فِي مَالٍ مُبَاحٍ وَهُوَ السَّبْبُ عَلَى مَا ثُبِيَتْهُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى (فَإِنْ غَلَبْنَا عَلَى الثَّرِكِ حَلَّ لَنَا مَا نَجَدُهُ مِنْ ذَلِكَ) اِعْتِبَارًا بِسَائِرِ أَمْلاكِهِمْ.

الشرح:

(بَابُ اسْتِيلَاءِ الْكُفَّارِ): لَمَّا فَرَّغَ مِنْ بَيَانِ اسْتِيلَانِنَا عَلَى الْكُفَّارِ أَغْقَبَهُ بِذِكْرِ عَكْسِهِ لِاشْتِمَالِهِ عَلَى أَحْكَامٍ مُخْتَلِفَةٍ فَكَانَ خَلِيقًا بِتَبْوِيبِ بَابٍ لَهُ، وَافْتَتَحَ بِذِكْرِ اسْتِيلَاءِ الْكُفَّارِ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ كَرَاهَةً أَنْ يَفْتَحَ بِذِكْرِ غَلْبَةِ الْكُفَّارِ عَلَى الْمُسْلِمِينَ، وَالثَّرِكُ جَمْعُ الثَّرِكِيِّ، وَالرُّومُ جَمْعُ الرُّومِيِّ: أَيْ الرِّجَالُ الْمُنْسُوبُونَ إِلَى بِلَادِهِمْ، وَالْمَرَادُ بِهِ كُفَّارُ الثَّرِكِ وَنَصَارَى الرُّومِ، وَكَلَامُهُ وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (حَلَّ لَنَا مَا نَجَدُهُ مِنْ ذَلِكَ) أَيْ مِمَّا أَخَذَهُ الثَّرِكُ مِنْ أَهْلِ الرُّومِ لِأَنَّ الْمَأْخُوذَ صَارَ مِلْكًا لِلثَّرِكِ كَسَائِرِ أَمْوَالِهِمْ.

(وَإِذَا غَلَبُوا عَلَى أَمْوَالِنَا وَالْعِيَادُ بِاللَّهِ وَأَحْرَزُوها بِدَارِهِمْ مَلَكُوهاً) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا يَمْلِكُونَهَا؛ لِأَنَّ الْاِسْتِيلَاءَ مَحْظُورٌ اِبْتِدَاءً وَانْتِهَاءً وَالْمَحْظُورُ لَا يَنْتَهِضُ سَبَبًا لِلْمَلِكِ عَلَى مَا عُرِفَ مِنْ قَاعِدَةِ الْخَصْمِ. وَلَنَا أَنَّ الْاِسْتِيلَاءَ وَرَدَ عَلَى مَالٍ مُبَاحٍ فَيَنْعَقِدُ سَبَبًا لِلْمَلِكِ دَفْعًا لِحَاجَةِ الْمَلِكِ كَاسْتِيلَانِنَا عَلَى أَمْوَالِهِمْ، وَهَذَا لِأَنَّ الْعِصْمَةَ تَثْبُتُ عَلَى مُنَافَاةِ الدَّلِيلِ

ضُرُورَةٌ تَمَكِّنُ الْمَالِكَ مِنَ الْإِنْتِفَاعِ، فَإِذَا زَالَتِ الْمَكْنَةُ عَادَ مُبَاحًا كَمَا كَانَ، غَيْرَ أَنَّ الْاِسْتِيلَاءَ لَا يَتَحَقَّقُ إِلَّا بِالْإِحْرَازِ بِالْذَّارِ؛ لِأَنَّهُ عِبَارَةٌ عَنِ الْاِقْتِدَارِ عَلَى الْمَحَلِّ حَالًا وَمَالًا، وَالْمَحْظُورُ لغيرِهِ إِذَا صَلَحَ سَبَبًا لِكِرَامَةِ تَفُوقِ الْمَلِكِ وَهُوَ الثَّوَابُ الْأَجَلُ فَمَا ظَنُّكَ بِالْمَلِكِ الْعَاجِلِ؟

(فَإِنْ ظَهَرَ عَلَيْهَا الْمُسْلِمُونَ فَوَجَدَهَا الْمَالِكُونَ قَبْلَ الْقِسْمَةِ فَهِيَ لَهُمْ بِغَيْرِ شَيْءٍ، وَإِنْ وَجَدُوهَا بَعْدَ الْقِسْمَةِ أَخَذُوهَا بِالْقِيمَةِ إِنْ أَحْبَبُوا) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ فِيهِ: «إِنْ وَجَدْتَهُ قَبْلَ الْقِسْمَةِ فَهُوَ لَكَ بِغَيْرِ شَيْءٍ، وَإِنْ وَجَدْتَهُ بَعْدَ الْقِسْمَةِ فَهُوَ لَكَ بِالْقِيمَةِ»^(١) وَلَأنَّ الْمَالِكَ الْقَدِيمَ زَالَ مِلْكُهُ بِغَيْرِ رِضَاةٍ فَكَانَ لَهُ حَقُّ الْأَخْذِ نَظَرًا لَهُ، إِلَّا أَنْ فِي الْأَخْذِ بَعْدَ الْقِسْمَةِ ضَرَرًا بِالْمَأْخُودِ مِنْهُ يَزَالَتِ مِلْكِيهِ الْخَاصُّ فَيَأْخُذُهُ بِالْقِيمَةِ؛ لِيَعْتَدِلَ النَّظَرُ مِنَ الْجَانِبَيْنِ، وَالشَّرِيكَهُ قَبْلَ الْقِسْمَةِ عَامَّةً فَيَقِلُّ الضَّرَرُ فَيَأْخُذُهُ بِغَيْرِ قِيمَةٍ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (لأنَّ الْاِسْتِيلَاءَ مَحْظُورٌ ابْتِدَاءً) أَيُّ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ (وَأَنْتِهَاءً) أَيُّ فِي دَارِ الْحَرْبِ بَعْدَ الْإِحْرَازِ. وَقَوْلُهُ (عَلَى مَا عُرِفَ مِنْ قَاعِدَةِ الْخَصْمِ) أَنَّ الْمَحْظُورَ وَلَوْ بَوَاحٍ لَا يَنْتَهِزُ سَبَبًا لِلْمَلِكِ كَمَا فِي الْبَيْعِ الْفَاسِدِ؛ وَأَمَّا الْمَحْظُورُ مِنْ كُلِّ وَجْهِ بَأَنَّ يَكُونَ مَحْظُورًا بِأَصْلِهِ وَوَصْفِهِ كَمَا فِي الْبَيْعِ الْبَاطِلِ كَالْبَيْعِ بِالْيَتَةِ أَوْ الدِّمِّ فَإِنَّهُ لَا يُوجِبُ الْمَلِكُ بِالْاِتِّفَاقِ (وَلَنَا أَنَّ الْاِسْتِيلَاءَ وَرَدَّ عَلَى مَالٍ مُبَاحٍ) وَوُرُودُ الْاِسْتِيلَاءِ عَلَى مَالٍ مُبَاحٍ (يَنْعَقِدُ سَبَبًا لِلْمَلِكِ دَفْعًا لِحَاجَةِ الْمَكْلَفِ كَاسْتِيلَانَا عَلَى أَمْوَالِهِمْ) وَقَوْلُهُ (وَهَذَا) إِشَارَةٌ إِلَى أَنَّ الْاِسْتِيلَاءَ وَرَدَّ عَلَى مَالٍ مُبَاحٍ، وَيَبَيِّنُهُ أَنَّ الْعِصْمَةَ فِي الْمَالِ لِكُلِّ مَنْ ثَبُتَ لَهُ مِنَ الْمُسْلِمِ وَالْكَافِرِ إِنَّمَا ثَبُتَ عَلَى مُنَافَاةِ الدَّلِيلِ، فَإِنَّ الدَّلِيلَ وَهُوَ قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ مَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا﴾ [البقرة: ٢٩] يَقْتَضِي أَنَّ لَا يَكُونُ مَالٌ مَا مَعْصُومًا لِشَخْصٍ مَا، وَإِنَّمَا ثَبُتَ الْعِصْمَةُ (لِضُرُورَةِ تَمَكِّنِ الْمَالِكِ مِنَ الْاِسْتِفَاعِ، فَإِذَا زَالَتِ الْمَكْنَةُ) بِالْاِسْتِيلَاءِ (عَادَ مُبَاحًا كَمَا كَانَ. غَيْرَ أَنَّ الْاِسْتِيلَاءَ لَا يَتَحَقَّقُ إِلَّا بِالْإِحْرَازِ بِالْذَّارِ، لِأَنَّهُ) أَيُّ لِأَنَّ الْاِسْتِيلَاءَ (عِبَارَةٌ عَنِ الْاِقْتِدَارِ عَلَى الْمَحَلِّ حَالًا وَمَالًا) وَالْكَفَّارُ مَا دَامُوا فِي دَارِ الْإِسْلَامِ اقْتَدَرُوا عَلَى الْمَحَلِّ حَالًا، وَإِنَّمَا يَقْتَدِرُونَ عَلَيْهِ مَالًا بِالْإِحْرَازِ لِأَنَّهُمْ مَا دَامُوا فِي دَارِنَا فَهُمْ مَقْهُورُونَ بِالْذَّارِ، وَالْاِسْتِرْدَادُ بِالنُّصْرَةِ مُحْتَمَلٌ. وَقَوْلُهُ (وَالْمَحْظُورُ لغيرِهِ)

(١) أخرجه الدارقطني (٤/١١٤، ١١٥)، وانظر نصب الراية (٣/٦٥٢).

جَوَابٌ عَنْ قَوْلِ الْخَصْمِ إِنَّ الْاِسْتِیْلَاءَ مَحْظُورٌ. وَتَقْرِیرُهُ: سَلَمْنَا أَنَّهُ مَحْظُورٌ لَكِنَّهُ مَحْظُورٌ لغيرِهِ مَبَاحٌ فِي نَفْسِهِ عَلَى مَا ذَكَرْنَا، وَالْمَحْظُورُ لغيرِهِ (إِذَا صَلَحَ سَبَبًا لِكِرَامَةِ تَفُوقِ الْمَلِكِ) كَالصَّلَاةِ فِي الْأَرْضِ الْمَعْصُوبَةِ فَإِنَّهَا تَصْلُحُ سَبَبًا لِاسْتِحْقَاقِ أَعْلَى النِّعَمِ وَهُوَ الثَّوَابُ فِي الْآخِرَةِ، فَلَا نَ تَصْلُحُ سَبَبًا لِلْمَلِكِ فِي الدُّنْيَا أَوَّلَى.

فَإِنْ قِيلَ: لَوْ ثَبَتَ الْمَلِكُ لِلْكَافِرِ بِالْاِسْتِیْلَاءِ عَلَى مَالِ الْمُسْلِمِ لَمَا ثَبَتَ وَلَايَةُ الْاِسْتِرْدَادِ لِلْمَالِكِ الْقَدِيمِ مِنَ الْغَازِي الَّذِي وَقَعَ فِي قِسْمَتِهِ أَوْ مِنَ الَّذِي اشْتَرَاهُ مِنْ أَهْلِ الْحَرْبِ بِدُونِ رِضَا الْغَازِي. أُجِيبَ بِأَنْ بَقَاءَ حَقِّ الْاِسْتِرْدَادِ لِحَقِّ الْمَالِكِ الْقَدِيمِ لَا يَدُلُّ عَلَى قِيَامِ الْمَلِكِ لِلْمَالِكِ الْقَدِيمِ، أَلَا تَرَى أَنَّ لِلْوَاهِبِ الرُّجُوعَ فِي الْهَبَةِ وَالْإِعَادَةَ إِلَى قَدِيمِ مِلْكِهِ بِدُونِ رِضَا الْمَوْهُوبِ لَهُ مَعَ زَوَالِ مِلْكِ الْوَاهِبِ فِي الْحَالِ، وَكَذَا الشَّفِيعُ يَأْخُذُ الدَّارَ مِنَ الْمُشْتَرِي بِحَقِّ الشَّفَعَةِ بِدُونِ رِضَا الْمُشْتَرِي مَعَ ثُبُوتِ الْمَلِكِ لَهُ. وَقَوْلُهُ (فَإِنْ ظَهَرَ عَلَيْهَا الْمُسْلِمُونَ) وَاضِحٌ.

(وَإِنْ دَخَلَ دَارَ الْحَرْبِ تَاجِرٌ فَاشْتَرَى ذَلِكَ وَأَخْرَجَهُ إِلَى دَارِ الْإِسْلَامِ فَمَالِكُهُ الْأَوَّلُ بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ أَخَذَهُ بِالْثَمَنِ الَّذِي اشْتَرَاهُ بِهِ، وَإِنْ شَاءَ تَرَكَهُ؛ لِأَنَّهُ يَتَضَرَّرُ بِالْأَخْذِ مَجَانًّا؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ قَدْ دَفَعَ الْعِوَضَ بِمُقَابَلَتِهِ فَكَانَ اعْتِدَالُ النُّظَرِ فِيمَا قُلْنَا، وَلَوْ اشْتَرَاهُ بِعَرَضٍ يَأْخُذُهُ بِقِيَمَةِ الْعَرَضِ، وَلَوْ وَهَبُوهُ لِمُسْلِمٍ يَأْخُذُهُ بِقِيَمَتِهِ؛ لِأَنَّهُ ثَبَتَ لَهُ مِلْكٌ خَاصٌّ فَلَا يُزَالُ إِلَّا بِالْقِيَمَةِ، وَلَوْ كَانَ مَغْنُومًا وَهُوَ مِثْلِي يَأْخُذُهُ قَبْلَ الْقِسْمَةِ وَلَا يَأْخُذُهُ بَعْدَهَا؛ لِأَنَّ الْأَخْذَ بِالْمِثْلِ غَيْرُ مُفِيدٍ، وَكَذَا إِذَا كَانَ مَوْهُوبًا لَا يَأْخُذُهُ لَمَّا بَيْنَا. وَكَذَا إِذَا كَانَ مُشْتَرَى بِمِثْلِهِ قَدْرًا وَوَصَفًا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (لَأَنَّهُ ثَبَتَ لَهُ مِلْكٌ خَاصٌّ فَلَا يُزَالُ إِلَّا بِالْقِيَمَةِ) قِيلَ عَلَيْهِ بِأَنَّ الْمَلِكَ ثَبَتَ لِلْمَوْهُوبِ لَهُ مَجَانًّا فَلَا يَتَضَرَّرُ بِالْأَخْذِ مِنْهُ مَجَانًّا، بِخِلَافِ مَا ثَبَتَ لِأَخْذِ الْغَزَاةِ بِالْقِسْمَةِ لِأَنَّ هَذَا الْحَقَّ إِنَّمَا تَعَيَّنَ لَهُ بِإِزَاءِ مَا انْقَطَعَ مِنْ حَقِّهِ عَمَّا فِي أَيْدِي الْبَاقِينَ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ الْمَلِكَ هَاهُنَا أَيْضًا ثَبَتَ بِالْعِوَضِ مَعْنَى لَمَّا أَنَّ الْمُكَافَأَةَ مَقْصُودَةٌ فِي الْهَبَةِ وَإِنْ لَمْ تَكُنْ مَشْرُوطَةً فَجُعِلَ ذَلِكَ مُعْتَبَرًا فِي إِنْثَابِ حَقِّهِ فِي الْقِيَمَةِ وَقَوْلُهُ (وَلَوْ كَانَ مَغْنُومًا) يَعْنِي لَوْ كَانَ مَا أَخَذَهُ الْكُفَّارُ مِنَ الْمُسْلِمِينَ مَغْنُومًا: أَيُّ مَا أُخِذَ بِالْقَهْرِ

وَالْعَلِيَّةُ (وَهُوَ مِثْلِيٌّ) كَالذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ وَالْحِنَطَةِ وَالشَّعِيرِ (يَأْخُذُهُ قَبْلَ الْقِسْمَةِ) وَلَا يَأْخُذُهُ بَعْدَهَا (لَأَنَّ الْأَخْذَ بِالْمِثْلِ غَيْرُ مُفِيدٍ، وَكَذَلِكَ إِذَا كَانَ مَوْهُوبًا لَا يَأْخُذُهُ لَمَّا بَيَّنَّاهُ أَنَّ الْأَخْذَ بِالْمِثْلِ غَيْرُ مُفِيدٍ (وَكَذَا إِذَا كَانَ مُشْتَرَى بِمِثْلِهِ قَدْرًا وَوَصَفًا) يَعْنِي إِذَا كَانَ مَا أَخَذَهُ الْكُفَّارُ مِنَ الْمُسْلِمِينَ مِثْلًا فَاشْتَرَاهُ مِنْ مُسْلِمٍ بِمِثْلِهِ قَدْرًا وَوَصَفًا ثُمَّ جَاءَ صَاحِبُهُ الْقَدِيمُ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَأْخُذَهُ مِنْهُ لِأَنَّهُ غَيْرُ مُفِيدٍ، وَإِنَّمَا قِيْدُ بَقَوْلِهِ قَدْرًا وَوَصَفًا احْتِرَازًا عَمَّا لَوْ اشْتَرَاهُ الْمُسْلِمُ بِأَقْلٍ قَدْرًا مِنْهُ أَوْ بِجِنْسٍ آخَرَ أَوْ بِجِنْسِهِ وَلَكِنَّهُ أَرَادُ مِنْهُ وَصَفًا فَإِنَّ لَهُ أَنْ يَأْخُذَهُ بِمِثْلِ مَا أَعْطَاهُ الْمُشْتَرِي وَلَا يَكُونُ ذَلِكَ رَبًّا لِأَنَّهُ إِنَّمَا فَدَى لَيْسَتْخْلَصَ مِلْكُهُ وَيُعِيدُهُ إِلَى قَدِيمِ مِلْكِهِ لَا أَنَّهُ يَشْتَرِيهِ ابْتِدَاءً.

قَالَ: (فَإِنْ أَسْرَوْا عَبْدًا فَاشْتَرَاهُ رَجُلٌ وَأَخْرَجَهُ إِلَى دَارِ الْإِسْلَامِ فَفَقِئَتْ عَيْنُهُ وَأَخَذَ أَرْضَهَا فَإِنَّ الْمَوْلَى يَأْخُذُهُ بِالثَّمَنِ الَّذِي أَخَذَ بِهِ مِنَ الْعَدُوِّ) أَمَّا الْأَخْذُ بِالثَّمَنِ فَلَمَّا قُلْنَا (وَلَا يَأْخُذُ الْأَرْضَ)؛ لِأَنَّ الْمَلِكَ فِيهِ صَحِيحٌ، فَلَوْ أَخَذَهُ أَخَذَهُ بِمِثْلِهِ وَهُوَ لَا يُفِيدُ وَلَا يُحْطُ شَيْءٌ مِنَ الثَّمَنِ؛ لِأَنَّ الْأَوْصَافَ لَا يُقَابِلُهَا شَيْءٌ مِنَ الثَّمَنِ، بِخِلَافِ الشُّفْعَةِ؛ لِأَنَّ الصَّفْقَةَ لَمَّا تَحَوَّلَتْ إِلَى الشَّفِيعِ صَارَ الْمُشْتَرَى فِي يَدِ الْمُشْتَرِي بِمَنْزِلَةِ الْمُشْتَرَى شِرَاءً فَاسِدًا، وَالْأَوْصَافَ تُضْمَنُ فِيهِ كَمَا فِي الْغَصْبِ، أَمَّا هَاهُنَا الْمَلِكُ صَحِيحٌ فَافْتَرَقَا.

الشرح:

قَالَ (فَإِنْ أَسْرَوْا عَبْدًا) إِذَا أَخَذَ الْكُفَّارُ عَبْدًا وَدَخَلُوا بِهِ دَارَ الْحَرْبِ (فَاشْتَرَاهُ رَجُلٌ وَأَخْرَجَهُ إِلَى دَارِ الْإِسْلَامِ فَفَقِئَتْ عَيْنُهُ وَأَخَذَ أَرْضَهَا فَإِنَّ الْمَوْلَى يَأْخُذُهُ بِالثَّمَنِ الَّذِي أَخَذَ بِهِ مِنَ الْعَدُوِّ، أَمَّا الْأَخْذُ بِالثَّمَنِ فَلَمَّا قُلْنَا) إِنَّ الْمُشْتَرِي يَتَضَرَّرُ بِالْأَخْذِ مَجَانًا (وَلَا يَأْخُذُ الْأَرْضَ لِأَنَّ الْمَلِكَ فِي صَحِيحٍ) فَكَانَ الْأَرْضُ حَاصِلًا فِي مِلْكِهِ وَلَيْسَ فِيهِ الْإِعَادَةُ إِلَى قَدِيمِ الْمَلِكِ حَتَّى يَكُونَ الْمَوْلَى أَحَقَّ بِهِ كَالرَّقَبَةِ، وَمَعَ هَذَا لَوْ أَخَذَهُ فَإِنَّمَا يَأْخُذُهُ بِمِثْلِهِ لِأَنَّ الْأَرْضَ دَرَاهِمُ أَوْ دَنَانِيرُ وَهُوَ لَا يُفِيدُ. وَقَوْلُهُ (لَأَنَّ الْمَلِكَ فِيهِ صَحِيحٌ) احْتِرَازٌ عَنِ الْمُشْتَرِي شِرَاءً فَاسِدًا، فَإِنَّ الْأَوْصَافَ هُنَاكَ مَضْمُونَةٌ (وَلَا يُحْطُ شَيْئًا مِنَ الثَّمَنِ لِأَنَّ الْأَوْصَافَ لَا يُقَابِلُهَا شَيْءٌ مِنَ الثَّمَنِ).

وَأَسْتَشْكِلُ هَذَا التَّعْلِيلُ هَاهُنَا لِأَنَّ الْأَوْصَافَ إِنَّمَا لَا يُقَابِلُهَا شَيْءٌ مِنَ الثَّمَنِ إِذَا لَمْ يَصِرَ التَّنَاوُلُ مَقْصُودًا، أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ اشْتَرَى عَبْدًا فَفَقِئَتْ عَيْنُهُ وَأَخَذَ الْأَرْضَ ثُمَّ قَصَدَ

بَيْعُهُ مُرَابَحَةً فَإِنَّهُ يُحِطُّ مِنَ الثَّمَنِ مَا يَخْصُ الْعَيْنَ لَأَنَّهَا صَارَتْ مَقْصُودَةً بِالتَّائُلِ،
 بِخِلَافِ مَا إِذَا اعْوَرَّتْ. وَأَجَابَ بَعْضُهُمْ بِأَنَّهُ إِنَّمَا يُحِطُّ فِي الْمُرَابَحَةِ لِلشُّبْهَةِ لِأَنَّهُ صَارَ
 كَأَنَّهُ اشْتَرَى شَيْئَيْنِ بِأَلْفٍ ثُمَّ بَاعَ أَحَدَهُمَا بِذَلِكَ الثَّمَنِ فَإِنَّهُ لَا يَجُوزُ بَيْعُ الْآخَرِ
 مُرَابَحَةً لَمَّا أَنَّ الشُّبْهَةَ مُلْحَقَةٌ بِالْحَقِيقَةِ فِي بَابِ الْمُرَابَحَةِ تَحَرُّزًا عَنْ شُبْهَةِ الْحَيَاةِ، وَلَا
 كَذَلِكَ هَاهُنَا لِأَنَّهُ لَا اعْتِبَارَ لِلشُّبْهَةِ فِيهِ، بِخِلَافِ الشُّفْعَةِ فَإِنَّ الْأَوْصَافَ يُقَابِلُهَا شَيْءٌ مِنَ
 الثَّمَنِ فِيهَا، حَتَّى لَوْ اسْتَهْلَكَ الْمُشْتَرِي شَيْئًا مِنَ الدَّارِ سَقَطَ حِصَّتُهُ مِنَ الثَّمَنِ لِأَنَّ
 الْمُشْتَرِي فِي الَّذِي وَجَبَتْ الشُّفْعَةُ فِيهِ بِمَنْزِلَةِ شِرَاءِ الْمُشْتَرِي شِرَاءً فَاسِدًا مِنْ حَيْثُ إِنْ
 كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا وَاجِبُ الرَّدِّ، وَالْأَوْصَافُ تُضْمَنُ فِي الْمُشْتَرِي شِرَاءً فَاسِدًا كَمَا فِي
 الْعَصَبِ، فَإِنْ مَنْ غَصَبَ جَارِيَةً فَلَذَهَبَتْ إِحْدَى عَيْنَيْهَا ضَمِنَ نَصْفَ قِيمَتِهَا. فَإِنْ قِيلَ:
 شِرَاءُ التَّاجِرِ هَاهُنَا بِمَنْزِلَةِ الْمُشْتَرِي شِرَاءً فَاسِدًا فِي الْمَعْنَى الْمَذْكُورِ وَهُوَ جُوبُ الرَّدِّ.
 أَجِيبَ بِأَنَّ إِلْحَاقَ مَسْأَلَةِ الشُّفْعَةِ بِالْمُشْتَرِي شِرَاءً فَاسِدًا مِنْ حَيْثُ وَجُوبُ الرَّدِّ إِلَى
 الشَّفِيعِ، وَمِنْ حَيْثُ وَجُوبُ عَرْضِ الْبَائِعِ الدَّارَ عَلَى الْجَارِ أَوَّلًا، ثُمَّ الْبَيْعُ إِنْ رَغِبَ عَنْهُ
 الْجَارُ فَإِذَا لَمْ يَفْعَلْ ذَلِكَ صَارَ ذَلِكَ مَكْرُوهًا فَصَارَ كَتَمَكُنِ الْفَسَادِ فِي الْعَقْدِ، وَلَا
 كَذَلِكَ بَيْعُ الْكَافِرِ مِنَ التَّاجِرِ فَإِنَّهُ لَا يَجِبُ عَلَيْهِ الْعَرْضُ عَلَى الْمَالِكِ.

قِيلَ فِي مَسْأَلَةِ الشُّفْعَةِ أَيْضًا إِذَا كَانَ هَلَاكُ بَعْضِ الْمُشْتَرِي بِآفَةٍ سَمَائِيَّةٍ لَا يُقَابِلُ
 الْأَوْصَافَ شَيْءٌ مِنَ الثَّمَنِ فَلَمْ تَكُنْ مُخَالَفَةً لِمَسْأَلَةِ التَّاجِرِ. وَأُجِيبَ بِأَنَّهَا مُخَالَفَةٌ فِي
 صُورَةِ الْعَمْدِ، فَإِنَّ التَّاجِرَ إِذَا فَقَّأَ عَيْنَ الْجَارِيَةِ لَا يَلْزِمُهُ حِطُّ شَيْءٍ مِنَ الثَّمَنِ، بِخِلَافِ مَا
 إِذَا اسْتَهْلَكَ الْمُشْتَرِي بَعْضَ الْأَشْجَارِ فِي الشُّفْعَةِ فَإِنَّهُ يُحِطُّ حِصَّتُهُ مِنَ الثَّمَنِ.

(وَأِنْ أَسْرَوْا عَبْدًا فَاشْتَرَاهُ رَجُلٌ بِأَلْفٍ دِرْهَمٍ فَاسْرُوهُ ثَانِيًا وَأَدْخُلُوهُ دَارَ الْحَرْبِ
 فَاشْتَرَاهُ رَجُلٌ آخَرُ بِأَلْفٍ دِرْهَمٍ فَلَيْسَ لِلْمَوْلَى الْأَوَّلِ أَنْ يَأْخُذَهُ مِنَ الثَّانِي بِالثَّمَنِ؛ لِأَنَّ
 الْأَسْرَ مَا وَرَدَ عَلَى مِلْكِهِ (وَلِلْمُشْتَرِي الْأَوَّلِ أَنْ يَأْخُذَهُ مِنَ الثَّانِي بِالثَّمَنِ)؛ لِأَنَّ الْأَسْرَ وَرَدَ
 عَلَى مِلْكِهِ (ثُمَّ يَأْخُذُهُ الْمَالِكُ الْقَدِيمُ بِالْفَيْنِ إِنْ شَاءَ)؛ لِأَنَّهُ قَامَ عَلَيْهِ بِالثَّمَنِ فَيَأْخُذُهُ بِهِمَا،
 وَكَذَا إِذَا كَانَ الْمَأْسُورُ مِنْهُ الثَّانِي غَائِبًا لَيْسَ لِلأَوَّلِ أَنْ يَأْخُذَهُ اعْتِبَارًا بِحَالِ حَضَرَتِهِ (وَلَا
 يَمْلِكُ عَلَيْنَا أَهْلُ الْحَرْبِ بِالْغَلْبَةِ مُدَبِّرِينَ وَأُمَهَاتٍ أَوْلَادِنَا وَمُكَاتِبِينَ وَأَحْرَارَنَا وَنَمْلِكُ
 عَلَيْهِمْ جَمِيعَ ذَلِكَ)؛ لِأَنَّ السَّبَبَ إِنَّمَا يُفِيدُ الْمَلِكَ فِي مَحَلِّهِ، وَالْمَحَلُّ الْمَالُ الْمُبَاحُ، وَالْحُرُّ

مَعْصُومٌ بِنَفْسِهِ، وَكَذَا مَنْ سِوَاهُ؛ لِأَنَّهُ تَثَبَّتُ الْحُرِّيَّةُ فِيهِ مِنْ وَجْهِ، بِخِلَافِ رِقَابِهِمْ؛ لِأَنَّ الشَّرْعَ أَسْقَطَ عِصْمَتَهُمْ جَزَاءً عَلَى جِنَايَتِهِمْ وَجَعَلَهُمْ أَرْقَاءً وَلَا جِنَايَةَ مِنْ هَؤُلَاءِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِنْ أَسْرُوا عَبْدًا) صُورَتُهُ ظَاهِرَةٌ. وَاعْتَرِضَ عَلَى قَوْلِهِ وَلِلْمُشْتَرِي الْأَوَّلِ أَنْ يَأْخُذَهُ مِنَ الثَّانِي بِالثَّمَنِ بَأْتًا لَوْ أُثْبِتْنَا حَقَّ الْأَخْذِ لِلَّذِي اشْتَرَاهُ مِنَ الْعَدُوِّ أَوَّلًا تَضَرَّرَ الْمَالِكُ لِأَنَّهُ حِينَئِذٍ يَأْخُذُهُ بِالثَّمَنِ. وَأُجِيبَ بِأَنْ رِعَايَةَ حَقِّ مَنْ اشْتَرَاهُ مِنَ الْعَدُوِّ أَوَّلًا أَوْلَى، لِأَنَّ حَقَّهُ يَعُودُ فِي الْأَلْفِ الَّتِي تَقْدَحُهَا بِلا عِوَضٍ يُقَابِلُهَا، وَالْمَالِكُ الْقَدِيمُ يَلْحَقُهُ الضَّرَرُ وَلَكِنْ بِعِوَضٍ يُقَابِلُهُ وَهُوَ الْعَبْدُ، فَكَانَ مَا قُلْنَاهُ أَوْلَى وَقَوْلُهُ (وَكَذَا مَنْ سِوَاهُ) أَيُّ مَنْ سِوَى الْحُرِّ. وَقَوْلُهُ (بِخِلَافِ رِقَابِهِمْ) أَيُّ رِقَابِ أَحْرَارِ الْكُفَّارِ وَمُدَبِّرِيهِمْ وَأُمَهَّاتِ أَوْلَادِهِمْ. وَقَوْلُهُ (وَلَا جِنَايَةَ مِنْ هَؤُلَاءِ) أَيُّ مَنْ مُدَبِّرِينَ وَأُمَهَّاتِ أَوْلَادِنَا وَمُكَاتِبِينَ وَأَحْرَارِنَا فَلَا يَمْلِكُهُمُ الْكُفَّارُ وَإِنْ اسْتَوْلَوْا عَلَيْهِمْ، وَإِذَا لَمْ يَمْلِكُهُمُ الْكُفَّارُ لَمْ يَمْلِكُهُمُ الْغَزَاةُ أَيْضًا، حَتَّى لَوْ كَانَ أَخَذَهُمْ أَهْلُ دَارِ الْحَرْبِ مِنْ دَارِ الْإِسْلَامِ ثُمَّ ظَهَرَ عَلَيْهِمْ فَهُمْ لِمَالِكِهِمْ قَبْلَ الْقِسْمَةِ وَبَعْدَهَا بِغَيْرِ شَيْءٍ.

(وَإِذَا أَبَقَ عَبْدٌ مُسْلِمٌ فَدَخَلَ إِلَيْهِمْ فَأَخَذُوهُ لَمْ يَمْلِكُوهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا يَمْلِكُونَهُ)؛ لِأَنَّ الْعِصْمَةَ لِحَقِّ الْمَالِكِ لِقِيَامِ يَدِهِ وَقَدْ زَالَتْ، وَلِهَذَا لَوْ أَخَذُوهُ مِنْ دَارِ الْإِسْلَامِ مَلَكُوهُ. وَلَهُ أَنَّهُ ظَهَرَتْ يَدُهُ عَلَى نَفْسِهِ بِالْخُرُوجِ مِنْ دَارِنَا؛ لِأَنَّ سُقُوطَ اعْتِبَارِهِ لِتَحَقُّقِ يَدِ الْمَوْلَى عَلَيْهِ تَمَكُّينًا لَهُ مِنَ الْإِنْتِفَاعِ وَقَدْ زَالَتْ يَدُ الْمَوْلَى فَظَهَرَتْ يَدُهُ عَلَى نَفْسِهِ وَصَارَ مَعْصُومًا بِنَفْسِهِ فَلَمْ يَبْقَ مَحَلًّا لِلْمَلِكِ، بِخِلَافِ الْمُتَرَدِّدِ؛ لِأَنَّ يَدَ الْمَوْلَى بِأَقْيَمَةٍ عَلَيْهِ لِقِيَامِ يَدِ أَهْلِ الدَّارِ فَمَنْعَ ظُهُورِ يَدِهِ. وَإِذَا لَمْ يَثْبُتِ الْمَلِكُ لَهُمْ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ يَأْخُذُهُ الْمَالِكُ الْقَدِيمُ بِغَيْرِ شَيْءٍ مَوْهُوبًا كَانَ أَوْ مُشْتَرَى أَوْ مَغْنُومًا قَبْلَ الْقِسْمَةِ وَبَعْدَ الْقِسْمَةِ يُؤَدَّى عِوَضُهُ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُ إِعَادَةُ الْقِسْمَةِ لِتَفَرُّقِ الْغَانِمِينَ وَتَعَذُّرِ اجْتِمَاعِهِمْ وَلَيْسَ لَهُ عَلَى الْمَالِكِ جَعْلُ الْأَبَقِ؛ لِأَنَّهُ عَامِلٌ لِنَفْسِهِ إِذْ فِي زَعَمِهِ أَنَّهُ مَلِكُهُ.

الشرح:

قَالَ (وَإِذَا أَبَقَ عَبْدٌ مُسْلِمٌ فَدَخَلَ إِلَيْهِمْ) إِذَا أَبَقَ عَبْدٌ مُسْلِمٌ قَالُوا: قَيْدُ " مُسْلِمٍ " اتِّفَاقِيٌّ لِأَنَّ عَبْدَ الذَّمِّيِّ كَذَلِكَ (فَدَخَلَ إِلَيْهِمْ فَأَخَذُوهُ لَمْ يَمْلِكُوهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله)

وَقَالَا: يَمْلِكُونَهُ لِأَنَّ الْعِصْمَةَ لِحَقِّ الْمَالِكِ) وَهُوَ ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (لَأَنَّ سُقُوطَ اعْتِبَارِهِ) أَيُّ اعْتِبَارِ يَدِ الْعَبْدِ (لِتَحَقُّقِ يَدِ الْمَوْلَى عَلَيْهِ تُمْكِينًا لَهُ مِنَ الْإِنْتِفَاعِ وَقَدْ زَالَتْ يَدُ الْمَوْلَى فَظَهَرَتْ يَدُهُ عَلَى نَفْسِهِ) لِأَنَّهُ حِينَ دَخَلَ دَارَ الْحَرْبِ فَقَدْ زَالَتْ يَدُ الْمَوْلَى عَنْهُ لَا إِلَى مَنْ يَخْلُفُهُ، لِأَنَّ يَدَ الْمَوْلَى عِبَارَةٌ عَنِ الْقُدْرَةِ عَلَى التَّصَرُّفِ فِي الْمَحَلِّ كَيْفَ شَاءَ، وَلَمْ يَنْقُ ذَلِكَ لَا مَحَالَةَ فَيَصِيرُ فِي يَدِ نَفْسِهِ وَهِيَ يَدُ مُحْتَرَمَةٍ تَمْنَعُ الْإِحْرَازَ فَتَمْنَعُ الْمَلِكَ لِأَنَّهُ لَا مَلِكَ بِدُونِ الْإِحْرَازِ.

فَإِنْ قِيلَ: لَا نُسَلِّمُ أَنَّهَا زَالَتْ لَا إِلَى مَنْ يَخْلُفُهُ فَإِنَّ يَدَ الْكُفْرَةِ قَدْ خَلَفَتْ يَدَ الْمَوْلَى لِأَنَّ دَارَ الْحَرْبِ فِي أَيْدِيهِمْ. أُجِيبَ بِأَنَّ بَيْنَ الدَّارَيْنِ حَدًّا لَا يَكُونُ فِي يَدِ أَحَدٍ، وَعِنْدَ ذَلِكَ تَظْهَرُ يَدُ الْعَبْدِ عَلَى نَفْسِهِ، وَلَأَنَّ يَدَ الدَّارِ يَدُ حُكْمِيَّةٍ وَيَدُ الْعَبْدِ يَدُ حَقِيقِيَّةٍ فَلَا تَنْدَفِعُ يَدُ الدَّارِ، إِلَيْهِ أَشَارَ فَخَرُ الْإِسْلَامِ، وَفِيهِ نَظَرٌ لِأَنَّ حُصُولَ الْبَيْدِ الْحَقِيقِيَّةِ لِلْعَبْدِ فِي حِيزِ النَّزَاعِ. وَالْجَوَابُ أَنَّ الْيَدَ كَمَا ذَكَرْنَا عِبَارَةٌ عَنِ الْقُدْرَةِ عَلَى التَّصَرُّفِ فِي الْمَحَلِّ كَيْفَ شَاءَ، وَعِنْدَ دُخُولِ الْعَبْدِ فِي دَارِ الْحَرْبِ يَحْصُلُ لَهُ ذَلِكَ قَبْلَ اسْتِيلَاءِ الْكُفْرَةِ عَلَيْهِ. فَإِنْ قِيلَ: لَوْ حَصَلَ لَهُ يَدٌ حَقِيقِيَّةٌ لَعَتَقَ وَلَيْسَ كَذَلِكَ. أُجِيبَ بِمَنْعِ الْمُلَازِمَةِ لِأَنَّ ظُهُورَ يَدِهِ عَلَى نَفْسِهِ لَا يَسْتَلْزِمُ زَوَالَ مَلِكِ الْمَوْلَى، فَإِنَّهُ لَمَّا ظَهَرَتْ يَدُهُ عَلَى نَفْسِهِ صَارَ غَاصِبًا مَلِكِ الْمَوْلَى، وَجَازَ أَنْ تُوجَدَ الْيَدُ بِلَا مَلِكٍ كَمَا فِي الْمَعْصُوبِ وَالْمُشْتَرَى قَبْلَ الْقَبْضِ فَإِنَّ الْمَلِكَ لِلْمَوْلَى وَالْيَدَ لِعَبْدِهِ.

وَقَوْلُهُ (بِخِلَافِ الْمُرَدَّدِ) يَعْنِي فِي دَارِ الْإِسْلَامِ لِأَنَّ يَدَ الْمَوْلَى بَاقِيَةٌ عَلَيْهِ حُكْمًا لِقِيَامِ يَدِ أَهْلِ الدَّارِ فَمَنْعَ ظُهُورِ يَدِهِ، وَلِهَذَا لَوْ وَهَبَهُ لِابْنِهِ الصَّغِيرِ كَانَ قَابِضًا لَهُ. فَبَقَاءُ الْيَدِ حُكْمًا يَمْنَعُ بُثُوتَ الْيَدِ لَهُ، فَإِنْ اسْتَوْلَى عَلَيْهِ الْمُشْرِكُونَ مَلَكَوهُ (وَإِذَا لَمْ يَثْبُتِ الْمَلِكُ لَهُمْ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله يَأْخُذُهُ الْمَالِكُ الْقَدِيمُ بِغَيْرِ شَيْءٍ إِذَا كَانَ مَوْهُوبًا أَوْ مُشْتَرَى) أَمَّا إِذَا كَانَ مَوْهُوبًا فَظَاهِرٌ لِأَنَّهُ أَخَذَهُ بِغَيْرِ عَوْضٍ فَلَا يَتَضَرَّرُ بِالْأَخْذِ مِنْهُ، وَأَمَّا الْمُشْتَرَى فَلَأَنَّ الْمُشْتَرِيَ قَدْ تَمَلَّكَهُ بِغَيْرِ أَمْرِهِ فَكَانَ مُتَبَرِّعًا، حَتَّى لَوْ أَمَرَهُ بِذَلِكَ رَجَعَ عَلَيْهِ الْمُشْتَرِي بِالثَّمَنِ، وَإِنْ كَانَ مَعْنُومًا فَكَذَلِكَ إِذَا كَانَ قَبْلَ الْقِسْمَةِ، وَأَمَّا إِذَا كَانَ بَعْدَهَا فَيُؤَدِّي عَوْضَهُ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ لِأَنَّ نَصِيبَهُ قَدْ أُسْتُحَقَّ فَلَهُ أَنْ يَرْجِعَ عَلَى شُرَكَائِهِ فِي الْعَنِيمَةِ وَقَدْ تَعَدَّرَ ذَلِكَ لِتَفَرُّقِهِمْ وَتَعَدُّرِ اجْتِمَاعِهِمْ فَيَعْوِضُ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ لِأَنَّ هَذِهِ مِنْ نَوَائِبِ

المُسْلِمِينَ وَمَالٌ يَتَبَيَّنُ الْمَالُ مُعَدٌّ لَذَلِكَ. وَقَوْلُهُ (وَلَيْسَ لَهُ) أَيُّ لِلْعَازِي أَوْ لِلتَّاجِرِ (جَعَلَ) الْأَبْقَى لِأَنَّهُ عَامِلٌ لِنَفْسِهِ إِذْ فِي زَعْمِهِ أَنَّهُ مِلْكُهُ) وَالْجَعْلُ إِذَا يَجِبُ إِذَا أَخَذَهُ الْآخِذُ عَلَى قَصْدِ الرَّدِّ إِلَى مَالِكِهِ.

(وَإِنْ نَدَّ بَعِيرٌ إِلَيْهِمْ فَأَخَذُوهُ مِلْكُوهُ) لَتَحَقُّقِ الْاِسْتِیْلَاءِ إِذَا لَا يَدَ لِلْعَجْمَاءِ لَتَظْهَرُ عِنْدَ الْخُرُوجِ مِنْ دَارِنَا، بِخِلَافِ الْعَبْدِ عَلَى مَا ذَكَرْنَا. (وَإِنْ اشْتَرَاهُ رَجُلٌ وَأَدْخَلَهُ دَارَ الْإِسْلَامِ فَصَاحِبُهُ يَأْخُذُهُ بِالثَّمَنِ إِنْ شَاءَ) لَمَّا بَيَّنَّا.

الشرح:

قَوْلُهُ (وَإِنْ نَدَّ إِلَيْهِمْ بَعِيرٌ) ظَاهِرٌ.

(فَإِنْ أَبَقَ عَبْدٌ إِلَيْهِمْ وَذَهَبَ مَعَهُ بِفَرَسٍ وَمَتَاعٍ فَأَخَذَ الْمُشْرِكُونَ ذَلِكَ كُلَّهُ وَاشْتَرَوْا رَجُلٌ ذَلِكَ كُلَّهُ، وَأَخْرَجَهُ إِلَى دَارِ الْإِسْلَامِ فَإِنَّ الْمَوْلَى يَأْخُذُ الْعَبْدَ بِغَيْرِ شَيْءٍ وَالْفَرَسَ وَالْمَتَاعَ بِالثَّمَنِ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: يَأْخُذُ الْعَبْدَ وَمَا مَعَهُ بِالثَّمَنِ إِنْ شَاءَ) اعْتِبَارًا لِحَالَةِ الْاجْتِمَاعِ بِحَالَةِ الْاِنْفِرَادِ وَقَدْ بَيَّنَّا الْحُكْمَ فِي كُلِّ فَرْدٍ.

الشرح:

وَكَذَلِكَ قَوْلُهُ (فَإِنْ أَبَقَ عَبْدٌ إِلَيْهِمْ وَذَهَبَ مَعَهُ بِفَرَسٍ وَمَتَاعٍ). وَاعْتَرَضَ بِأَنَّ عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ يَتَّبِعِي أَنْ يَأْخُذَ الْمَالُ الْمَتَاعَ أَيْضًا بِغَيْرِ شَيْءٍ، لِأَنَّهُ لَمَّا ظَهَرَتْ يَدُ الْعَبْدِ عَلَى نَفْسِهِ ظَهَرَتْ عَلَى الْمَالِ أَيْضًا لِانْقِطَاعِ يَدِ الْمَوْلَى عَنِ الْمَالِ لِأَنَّهُ فِي دَارِ الْحَرْبِ وَيَدُ الْعَبْدِ أَسْبَقُ مِنْ يَدِ الْكُفَّارِ عَلَيْهِ فَلَا يَصِيرُ مِلْكًا لَهُمْ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ يَدَ الْعَبْدِ ظَهَرَتْ عَلَى نَفْسِهِ مَعَ الْمُنَافِي وَهُوَ الرُّقُّ فَكَانَتْ ظَاهِرَةً مِنْ وَجْهِ دُونِ وَجْهِ فَجَعَلْنَاهَا ظَاهِرَةً فِي حَقِّ نَفْسِهِ غَيْرَ ظَاهِرَةً فِي حَقِّ الْمَالِ.

(وَإِذَا دَخَلَ الْحَرَبِيُّ دَارَنَا بِأَمَانٍ وَاشْتَرَى عَبْدًا مُسْلِمًا وَأَدْخَلَهُ دَارَ الْحَرْبِ عَتَقَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: لَا يُعْتَقُ؛ لِأَنَّ الْإِزَالَاتِ كَانَتْ مُسْتَحَقَّةً بِطَرِيقٍ مُعَيَّنٍ وَهُوَ الْبَيْعُ وَقَدْ انْقَطَعَتْ وَلَايَةُ الْجَبْرِ عَلَيْهِ فَبَقِيَ فِي يَدِهِ عَبْدًا. وَلَأَبِي حَنِيفَةَ أَنْ تَخْلِيصَ الْمُسْلِمَ عَنْ ذُلِّ الْكَافِرِ وَاجِبٌ، فَيَقَامُ الشَّرْطُ وَهُوَ تَبَايُنُ الدَّارَيْنِ مَقَامَ الْعِلَةِ وَهُوَ الْإِعْتَاقُ تَخْلِيصًا لَهُ، كَمَا يَقَامُ مُضِيُّ ثَلَاثِ حَيَاضٍ مَقَامَ التَّفْرِيقِ فِيمَا إِذَا أَسْلَمَ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ فِي دَارِ الْحَرْبِ.

الشرح:

(قَوْلُهُ وَإِذَا دَخَلَ الْحَرْبِيُّ دَارَنَا بِأَمَانٍ وَاشْتَرَى عَبْدًا مُسْلِمًا) أَوْ ذَمِيًّا أَوْ أَسْلَمَ أَحَدٌ مِمَّنْ كَانَ مَعَهُ مِنَ الْعَبِيدِ أُجْبِرَ عَلَى تَبِعِهِ مِنَ الْمُسْلِمِينَ كَالذَّمِّيِّ يُسْلَمُ عَبْدُهُ. فَإِنْ قِيلَ: الذَّمِّيُّ مُلْتَزِمٌ أَحْكَامِ الْإِسْلَامِ فَجَازَ إِجْبَارُهُ عَلَى تَبِعِ عَبْدِهِ الَّذِي أَسْلَمَ وَالْحَرْبِيُّ لَيْسَ كَذَلِكَ. أُجِيبَ بِأَنَّ الْأَمَانَ يُتَافَى إِبْقَاءَهُمْ فِي مَلِكِهِ لِأَنَّ فِيهِ اسْتِدْلَالًا لِلْمُسْلِمِ وَإِعْطَاءُ الْأَمَانَ عَلَى تَرْكِ ذَلِكَ فَكَانَ الْأَمَانُ مُلْتَزِمًا تَرْكِ إِذْلَالِ الْمُسْلِمِينَ فَيَلْزَمُهُ.

وَوَجْهُهُمَا ظَاهِرٌ. وَوَجْهُ أَبِي حَنِيفَةَ (أَنَّ تَخْلِيصَ الْمُسْلِمِ عَنْ ذُلِّ الْكَافِرِ وَاجِبٌ) عَلَى الْإِمَامِ، فَإِنْ كَانَ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ فَبِالْجَبْرِ عَلَى التَّبِعِ لِلْمُسْلِمِينَ دُونَ الْإِعْتِقَاقِ لِأَنَّ مَالَ الْمُسْتَأْمَنِ مَعْصُومٌ مَا دَامَ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ بِمُقْتَضَى الْأَمَانِ، فَإِذَا أَدْخَلَهُ فِي دَارِ الْحَرْبِ زَالَتْ عِصْمَةُ مَالِهِ، فَلَوْ كَانَ لِلْإِمَامِ وَلَايَةٌ عَلَيْهِ وَجَبَ عَلَيْهِ إِجْبَارُهُ عَلَى الْعِتْقِ لِإِزَالَةِ عِصْمَةِ مَالِهِ، فَإِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ وَلَايَةٌ يُقِيمُ شَرْطَ زَوَالِ عِصْمَةِ الْمَالِ وَهُوَ تَبَايُنُ الدَّارَيْنِ مَقَامَ عِلَّةِ الْإِزَالَةِ وَهِيَ الْإِعْتِقَاقُ لِأَنَّ الشَّرْطَ قَدْ يُقَامُ مَقَامَ الْعِلَّةِ إِذَا لَمْ يَكُنْ إِضَافَةُ الْحُكْمِ إِلَيْهَا كَحَفَرِ الْبُئْرِ عَلَى قَارِعَةِ الطَّرِيقِ.

فَإِنْ قِيلَ: إِقَامَةُ الشَّرْطِ هَاهُنَا مَقَامَ الْعِلَّةِ يَسْتَلْزِمُ جَعْلَ الْمُثْبِتِ لِلشَّيْءِ مُزِيلًا لَهُ وَهُوَ بَاطِلٌ، وَذَلِكَ لِأَنَّهُمْ إِذَا اسْتَوْلَوْا عَلَى عَبْدٍ مُسْلِمٍ بِالْإِحْرَازِ بِدَارِهِمْ مَلَكُوهُ، فَكَانَ تَبَايُنُ الدَّارَيْنِ عِلَّةً لثُبُوتِ الْمَلِكِ فِيهِ وَهَاهُنَا جَعَلْتُمُوهُ مُزِيلًا لَهُ، وَفِيهِ أَيْضًا نَقْضٌ لِقَاعِدَةِ مُطَرَّدَةٍ وَهِيَ أَنَّ الْبَقَاءَ أَسْهَلُ مِنَ الْإِبْتِدَاءِ فَإِنَّ هَذَا يُفِيدُ إِبْتِدَاءَ الْمَلِكِ دُونَ بَقَائِهِ. فَالْجَوَابُ أَنَّ تَبَايُنَ الدَّارَيْنِ مُثْبِتٌ لِلْمَلِكِ إِذَا لَمْ يَكُنْ ثَابِتًا، وَالْمَلِكُ فِيمَا نَحْنُ فِيهِ ثَابِتٌ بِالشَّرَاءِ دُونَ التَّبَايُنِ فَجُعِلَ مُزِيلًا فِي مَحَلٍّ خَاصٍّ تَخْلِيصًا لِلْمُسْلِمِ عَنْ ذُلِّ الْكَافِرِ.

عَلَى أَنَّ مَا جَعَلْنَاهُ مُزِيلًا وَإِنَّمَا جَعَلْنَاهُ قَائِمًا مَقَامَ الْمُزِيلِ لِعَرَضِ صَحِيحٍ فَلَمْ يَكُنِ الشَّيْءُ الْوَاحِدُ مُزِيلًا غَيْرَ مُزِيلٍ وَهُوَ الْمُتَمَتِّعُ، وَبَقَاءُ الشَّيْءِ أَسْهَلُ مِنَ الْإِبْتِدَاءِ إِذَا لَمْ يَعْتَرِ الْبَقَاءُ مَا يُزِيلُ سَهُولَتَهُ وَهَاهُنَا بَقَاءُ الْمُسْلِمِ فِي يَدِ الْكَافِرِ صَعْبٌ يُزِيلُ سَهُولَتَهُ. وَقَوْلُهُ (كَمَا يُقَامُ مُضِيُّ ثَلَاثَ حِيضٍ) تَمَثِيلٌ لِلْمَسْأَلَةِ فِي قِيَامِ الشَّرْطِ مَقَامَ الْعِلَّةِ، فَإِنَّ انْقِضَاءَ ثَلَاثِ حِيضٍ شَرْطُ الْبَيِّنُوَّةِ فِي الطَّلَاقِ الرَّجْعِيِّ أُقِيمَ مَقَامَ عِلَّةِ الْبَيِّنُوَّةِ وَهِيَ عَرَضُ الْقَاضِيِ الْإِسْلَامِ وَتَفْرِيقُهُ بَعْدَ الْإِبَاءِ لِعَجْزِ الْقَاضِيِ عَنْ حَقِيقَةِ الْعِلَّةِ فِيمَا إِذَا أَسْلَمَ أَحَدُ الرُّوَجَيْنِ بِدَارِ الْحَرْبِ.

(وَإِذَا أَسْلَمَ عَبْدٌ لِحَرْبِي ثُمَّ خَرَجَ إِلَيْنَا أَوْ ظَهَرَ عَلَى الدَّارِ فَهُوَ حُرٌّ، وَكَذَلِكَ إِذَا خَرَجَ عَبِيدُهُمْ إِلَى عَسْكَرِ الْمُسْلِمِينَ فَهُمْ أَحْرَارٌ) لَمَّا رُوِيَ «أَنَّ عَبِيدًا مِنْ عِبِيدِ الطَّائِفِ أَسْلَمُوا وَخَرَجُوا إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَقَضَى بِعِتْقِهِمْ وَقَالَ: هُمْ عِتْقَاءُ اللَّهِ» ^(١) وَلَئِنَّهُ أَحْرَزَ نَفْسَهُ بِالْخُرُوجِ إِلَيْنَا مُرَاعِمًا لِمَوْلَاهُ أَوْ بِالِالْتِحَاقِ بِمَنْعَةِ الْمُسْلِمِينَ، إِذَا ظَهَرَ عَلَى الدَّارِ، وَاعْتِبَارُ يَدِهِ أَوَّلَى مِنْ اعْتِبَارِ يَدِ الْمُسْلِمِينَ؛ لِأَنَّهَا أَسْبَقُ ثُبُوتًا عَلَى نَفْسِهِ، فَالْحَاجَةُ فِي حَقِّهِ إِلَى زِيَادَةِ تَوْكِيدٍ وَفِي حَقِّهِمْ إِلَى إِثْبَاتِ الْيَدِ ابْتِدَاءً فَلِهَذَا كَانَ أَوَّلَى، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

الشرح:

قَوْلُهُ (وَإِذَا أَسْلَمَ عَبْدٌ لِحَرْبِي) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ لَمَّا رُوِيَ (أَنَّ عَبِيدًا مِنْ عِبِيدِ الطَّائِفِ أَسْلَمُوا) رُوِيَ " «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ لَمَّا حَاصَرَ الطَّائِفَ قَالَ: أَيُّمَا عَبْدٍ خَرَجَ إِلَيْنَا فَهُوَ حُرٌّ فَخَرَجَ سِتَّةٌ أَعْبُدُ أَوْ سَبْعَةٌ مِنْهَا، فَلَمَّا فُتِحَتْ جَاءَ مَوَالِيَهُمْ وَتَكَلَّمُوا فِيهِمْ، فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ: هُمْ عِتْقَاءُ اللَّهِ». وَقَوْلُهُ (وَلَئِنَّهُ أَحْرَزَ) مُتَّصِلٌ بِقَوْلِهِ ثُمَّ خَرَجَ إِلَيْنَا. وَقَوْلُهُ (أَوْ بِالِالْتِحَاقِ) مُتَّصِلٌ بِقَوْلِهِ أَوْ ظَهَرَ عَلَى الدَّارِ. وَقِيلَ بِقَوْلِهِ مُرَاعِمًا: أَيُّ مُعَاضِبًا وَمُنَابَذًا لِأَنَّهُ إِذَا خَرَجَ طَائِعًا لِمَوْلَاهُ يُبَاغُ فِيهِ وَتَمْنُهُ لِلْحَرْبِيِّ لِأَنَّهُ لَمْ يَخْرُجْ عَلَى سَبِيلِ التَّغْلِبِ فَصَارَ كَمَالِ الْحَرْبِيِّ الَّذِي دَخَلَ بِهِ مُسْتَأْمِنًا إِلَى دَارِنَا. وَاللَّهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

بَابُ الْمُسْتَأْمِنِ

(وَإِذَا دَخَلَ الْمُسْلِمُ دَارَ الْحَرْبِ تَاجِرًا فَلَا يَحِلُّ لَهُ أَنْ يَتَعَرَّضَ لَشَيْءٍ مِنْ أَمْوَالِهِمْ وَلَا مِنْ دِمَائِهِمْ)؛ لِأَنَّهُ ضَمِنَ أَنْ لَا يَتَعَرَّضَ لَهُمْ بِالْإِسْتِمَانِ، فَالْتَعَرُّضُ بَعْدَ ذَلِكَ يَكُونُ غَدْرًا وَالْغَدْرُ حَرَامٌ، إِلَّا إِذَا غَدَرَ بِهِمْ مَلِكُهُمْ فَأَخَذَ أَمْوَالَهُمْ أَوْ حَبَسَهُمْ أَوْ فَعَلَ غَيْرَهُ بِعِلْمِ الْمَلِكِ وَلَمْ يَمْنَعَهُ؛ لِأَنَّهُمْ هُمْ الَّذِينَ نَقَضُوا الْعَهْدَ بِخِلَافِ الْأَسِيرِ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مُسْتَأْمِنٍ فَيُبَاحُ لَهُ التَّعَرُّضُ، وَإِنْ أَطْلَقُوهُ طَوْعًا (فَإِنْ غَدَرَ بِهِمْ) أَعْنِي التَّاجِرَ (فَأَخَذَ شَيْئًا وَخَرَجَ بِهِ) (مَلِكُهُ مَلِكًا مَحْظُورًا) لَوُرُودِ الْإِسْتِيلَاءِ عَلَى مَالٍ مُبَاحٍ، إِلَّا أَنَّهُ حَصَلَ بِسَبَبِ الْغَدْرِ فَأَوْجَبَ ذَلِكَ حُبْنًا فِيهِ (فَيُؤْمَرُ بِالتَّصَدُّقِ بِهِ) وَهَذَا؛ لِأَنَّ الْحَظَرَ لغيرِهِ لَا يَمْنَعُ انْعِقَادَ السَّبَبِ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ.

(١) أخرجه أبو داود في المراسيل (٣٣١)، وانظر نصب الراية (٦٥٧/٣).

الشرح:

(بَابُ الْمُسْتَأْمَنِ): لَمَّا فَرَعَ مِنْ بَيَانَ الاسْتِیْلَاءِ الَّذِي هُوَ عِبَارَةٌ عَنْ الْاِقْتِدَارِ عَلَى الْمَحَلِّ قَهْرًا وَغَلَبَةً شَرَعَ فِي بَيَانِ الاسْتِثْمَانِ، لِأَنَّ طَلَبَ الْأَمَانِ إِنَّمَا يَكُونُ حَيْثُ يَكُونُ فِيهِ قَهْرٌ وَغَلَبَةٌ، وَقَدْ أَسْتِثْمَانَ الْمُسْلِمُ تَعْظِيمًا لَهُ وَكَلَامُهُ وَاضِحٌ (قَوْلُهُ وَالْغَدْرُ حَرَامٌ) دَلِيلُهُ «قَوْلُهُ ﷺ لِأَصْحَابِ السَّرَايَا: وَلَا تَغْدَرُوا». وَقَوْلُهُ (بِخِلَافِ الْأَسِيرِ) يَعْنِي أَنَّ الْغَدْرَ لَيْسَ بِحَرَامٍ عَلَيْهِ، فَإِنَّ الْأَسْرَاءَ إِذَا تَمَكَّنُوا مِنْ قَتْلِ قَوْمٍ مِنْ أَهْلِ الْحَرْبِ غِيلَةً وَأَخَذَ أَمْوَالَهُمْ وَفَعَلُوا ذَلِكَ وَخَرَجُوا إِلَى دَارِ الْإِسْلَامِ وَلَا مَنَعَةَ لَهُمْ فَكُلُّ مَنْ أَخَذَ شَيْئًا فَهُوَ لَهُ خَاصَّةٌ (فَيَبَاحُ لَهُمُ التَّعَرُّضُ وَإِنْ أَطْلَقُوهُمْ طَوْعًا) لِأَنَّهُ لَمْ يَسْتَأْمِنْ صَرِيحًا حَتَّى يَكُونَ غَادِرًا بِأَخْذِ أَمْوَالِهِمْ (قَوْلُهُ مَلِكُهُ مَلِكًا مَحْظُورًا) أَيُّ خَبِيثًا، حَتَّى لَوْ كَانَتْ جَارِيَةً كُرَّةً لِلْمُشْتَرِي أَنْ يَطَاهَا لِأَنَّهُ قَائِمٌ مَقَامَ الْبَائِعِ، وَطَوَّهَا لِلْبَائِعِ كَانَ مَكْرُوهًا فَكَذَا الْمُشْتَرِي (قَوْلُهُ وَهَذَا) إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ مَلِكُهُ مَلِكًا مَحْظُورًا: يَعْنِي أَنَّ مَالَ أَهْلِ الْحَرْبِ مُبَاحٌ فِي نَفْسِهِ وَالْحَظَرُ لِمَعْنَى فِي غَيْرِهِ وَهُوَ الْأَمَانُ فَلَا يَمْنَعُ انْعِقَادَ سَبَبِ الْمَلِكِ وَهُوَ الاسْتِیْلَاءُ (عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ) يَعْنِي فِي أَوَائِلِ بَابِ اسْتِیْلَاءِ الْكُفَّارِ بِقَوْلِهِ وَالْمَحْظُورُ لغيرِهِ إِذَا صَلَحَ سَبَبًا لِكِرَامَةِ تَفُوقِ الْمَلِكِ إلخ.

(وَإِذَا دَخَلَ الْمُسْلِمُ دَارَ الْحَرْبِ بِأَمَانٍ فَأَدَانَهُ حَرْبِيٌّ أَوْ آدَانٌ هُوَ حَرْبِيٌّ أَوْ غَضَبٌ أَحَدُهُمَا صَاحِبُهُ ثُمَّ خَرَجَ إِلَيْنَا وَاسْتَأْمَنَ الْحَرْبِيُّ لَمْ يَقْضَ لَوَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى صَاحِبِهِ بِشَيْءٍ) أَمَّا الْإِدَانَةُ فَلَأَنَّ الْقَضَاءَ يَعْتَمِدُ الْوِلَايَةَ وَلَا وِلَايَةَ وَهِيَ الْإِدَانَةُ أَصْلًا وَلَا وَهَتْ الْقَضَاءُ عَلَى الْمُسْتَأْمَنِ؛ لِأَنَّهُ مَا التَزَمَ حُكْمَ الْإِسْلَامِ فِيمَا مَضَى مِنْ أَعْيَالِهِ وَإِنَّمَا التَزَمَ ذَلِكَ فِي الْمُسْتَقْبَلِ. وَأَمَّا الْغَضَبُ فَلَأَنَّهُ صَارَ مَلِكًا لِلَّذِي غَضِبَهُ وَاسْتَوْلَى عَلَيْهِ لِمُصَادَفَتِهِ مَا لَا غَيْرَ مَعْصُومٍ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ، وَكَذَلِكَ لَوْ كَانَا حَرْبِيَّيْنِ فَعَلَا ذَلِكَ ثُمَّ خَرَجَا مُسْتَأْمِنَيْنِ لَمَّا قُلْنَا (وَلَوْ خَرَجَا مُسْلِمَيْنِ قُضِيَ بِالذَّيْنِ بَيْنَهُمَا وَلَمْ يَقْضَ بِالْغَضَبِ) أَمَّا الْمُدَايِنَةُ فَلَأَنَّهَا وَقَعَتْ صَحِيحَةً لَوْفُوعِهَا بِالْثَّرَاضِي، وَالْوِلَايَةُ ثَابِتَةٌ حَالَةَ الْقَضَاءِ لَا لِتَزَامِهِمَا الْأَحْكَامَ بِالْإِسْلَامِ. وَأَمَّا الْغَضَبُ فَلَمَّا بَيَّنَّا أَنَّهُ مَلِكُهُ وَلَا خُبْتُ فِيهِ مَلِكِ الْحَرْبِيِّ حَتَّى يُؤْمَرَ بِالرَّدِّ.

الشرح:

(وَإِذَا دَخَلَ الْمُسْلِمُ دَارَ الْحَرْبِ بِأَمَانٍ فَأَدَانَهُ حَرْبِيٌّ) أَيُّ بَاعَ بِالذَّيْنِ فَإِنَّ الْإِدَانَةَ

الْبَيْعُ بِالذَّيْنِ وَالِاسْتِدَانَةُ الْاِتِّبَاعُ بِالذَّيْنِ قَوْلُهُ وَلَا وِلَايَةَ وَقْتُ الْإِدَانَةِ أَصْلًا) أَيُّ لَا عَلَى الْمُسْلِمِ وَلَا عَلَى الْحَرْبِيِّ (وَلَا وَقْتُ الْقَضَاءِ عَلَى الْمُسْتَأْمِنِ) وَهُوَ ظَاهِرٌ. وَإِذَا لَمْ يَقْضِ عَلَى الْحَرْبِيِّ لَمْ يَقْضِ عَلَى الْمُسْلِمِ أَيْضًا تَحْقِيقًا لِلتَّسْوِيَةِ بَيْنَهُمَا. وَقَوْلُهُ (وَأَمَّا الْغَضَبُ فَلَأَنَّهُ صَارَ مِلْكًا لِلَّذِي غَضِبَهُ) أَيُّ سَوَاءٌ كَانَ الْغَاصِبُ كَافِرًا فِي دَارِ الْحَرْبِ أَوْ مُسْلِمًا مُسْتَأْمِنًا فِيهَا لِأَنَّ مَالَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا كَانَ مُبَاحًا وَقْتُ الْغَضَبِ فِي حَقِّهِ فَمَلَكُهُ بِالْغَضَبِ، إِلَّا أَنَّ الْغَاصِبَ إِنْ كَانَ هُوَ الْمُسْلِمُ يُفْتَى بِرَدِّ الْمَعْصُوبِ عَلَى الْمَالِكِ وَلَا يُقْضَى عَلَيْهِ، لِأَنَّهُ لَمَّا دَخَلَ دَارَهُمْ بِأَمَانٍ التَّزَمَ أَنْ لَا يَغْدِرَ بِهِمْ، وَفِي أَخْذِ أُمُورِهِمْ عَلَى هَذَا الْوَجْهِ غَدْرٌ. وَقَوْلُهُ (عَلَى مَا بَيَّنَّا) يَعْنِي فِيمَا تَقَدَّمَ، وَأَمَّا غَضَبُ الْكَافِرِ فَقَدْ ذُكِرَ فِي مَسْأَلَةِ الْاِسْتِيلَاءِ بِقَوْلِهِ إِنَّ الْاِسْتِيلَاءَ وَرَدَّ عَلَى مَالٍ مُبَاحٍ، وَأَمَّا غَضَبُ الْمُسْلِمِ فَقَدْ ذُكِرَ فِيمَا إِذَا دَخَلَ وَاحِدٌ أَوْ اثْنَانِ مُغِيرَيْنِ بَغَيْرِ إِذْنِ الْإِمَامِ فَأَخَذُوا شَيْئًا فَإِنَّهُمْ يَمْلِكُونَهُ. وَقَوْلُهُ (لَمَّا قُلْنَا) إِشَارَةً إِلَى قَوْلِهِ مِنْ قَبْلُ إِنَّ الْقَضَاءَ يَعْتَمِدُ الْوِلَايَةَ إلخ. وَقَوْلُهُ (وَلَوْ خَرَجَا مُسْلِمَيْنِ) ظَاهِرٌ.

(وَإِذَا دَخَلَ الْمُسْلِمُ دَارَ الْحَرْبِ بِأَمَانٍ فَغَضِبَ حَرْبِيًّا ثُمَّ خَرَجَا مُسْلِمَيْنِ أَمْرَ بَرْدِ الْغَضَبِ وَلَمْ يَقْضَ عَلَيْهِ) أَمَّا عَدَمُ الْقَضَاءِ فَلَمَّا بَيَّنَّا أَنَّهُ مَلَكُهُ، وَأَمَّا الْأَمْرُ بِالرَّدِّ وَمُرَادُهُ الْفَتْوَى بِهِ فَلَأَنَّهُ فَسَدَ الْمِلْكُ لَمَّا يَقَارِنَتْهُ مِنَ الْمَحْرَمِ وَهُوَ نَقْصُ الْعَهْدِ

الشرح:

وَقَوْلُهُ (فَغَضِبَ حَرْبِيًّا) أَيُّ غَضِبَ شَيْئًا مِنْ حَرْبِيٍّ وَلَيْسَ هَذَا مُنْهَضًا فِي خُرُوجِهِمَا مُسْلِمَيْنِ، بَلْ لَوْ خَرَجَ الْمُسْلِمُ الْغَاصِبُ وَالْحَرْبِيُّ مُسْتَأْمِنًا فَالْحُكْمُ كَذَلِكَ. (وَإِذَا دَخَلَ مُسْلِمَانِ دَارَ الْحَرْبِ بِأَمَانٍ فَقَتَلَ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ عَمْدًا أَوْ خَطَأً فَعَلَى الْقَاتِلِ الدِّيَّةُ فِي مَالِهِ وَعَلَيْهِ الْكَفَّارَةُ فِي الْخَطَا) أَمَّا الْكَفَّارَةُ فَلِلْإِطْلَاقِ الْكِتَابِ، وَأَمَّا الدِّيَّةُ فَلِأَنَّ الْعِصْمَةَ الثَّابِتَةَ بِالْإِحْرَازِ بِدَارِ الْإِسْلَامِ لَا تَبْطُلُ بِعَارِضِ الدُّخُولِ بِالْأَمَانِ، وَإِنَّمَا لَا يَجِبُ الْقِصَاصُ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُ اسْتِيفَاؤُهُ إِلَّا بِمَنْعَةٍ، وَلَا مَنْعَةٌ دُونَ الْإِمَامِ وَجَمَاعَتِهِ الْمُسْلِمِينَ، وَلَمْ يُوْجَدْ ذَلِكَ فِي دَارِ الْحَرْبِ، وَإِنَّمَا تَجِبُ الدِّيَّةُ فِي مَالِهِ فِي الْعَمْدِ؛ لِأَنَّ الْعَوَاقِلَ لَا تَعْقِلُ الْعَمْدَ، وَفِي الْخَطَا لِأَنَّهُ لَا قُدْرَةَ لَهُمْ عَلَى الصِّيَانَةِ مَعَ تَبَايُنِ الدَّارَيْنِ وَالْوُجُوبُ عَلَيْهِمْ عَلَى اعْتِبَارِ تَرْكِهَا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (فَعَلَى الْقَاتِلِ الدِّيَةُ فِي مَالِهِ) يَعْنِي فِي الْعَمْدِ وَالْخَطَا، هَكَذَا ذَكَرَهُ مِنْ غَيْرِ خِلَافٍ فِي عَامَّةِ النُّسخِ. وَذَكَرَ الْإِمَامُ قَاضِي خَانَ أَنَّ هَذَا الْحُكْمَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله ثُمَّ قَالَ: وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: عَلَيْهِ الْقِصَاصُ فِي الْعَمْدِ لِأَنَّهُ قَتَلَ شَخْصًا مَعْصُومًا لَيْسَ مِنْ أَهْلِ دَارِ الْحَرْبِ فَيَجِبُ بَقَاؤُهُ مَا يَجِبُ بِهِ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله أَنَّ تَكْثِيرَ سَوَادِهِمْ مِنْ كُلِّ وَجْهٍ يَتَوَطَّنُهُ فِيهِمْ كَانَ يُسْقِطُ الْعِصْمَةَ، فَتَكْثِيرُهُ مِنْ وَجْهِ يُوْرِثُ الشُّبْهَةَ فَيُسْقِطُ الْقِصَاصَ. وَقَوْلُهُ (أَمَّا الْكُفَّارَةُ فَلِإِطْلَاقِ الْكِتَابِ) يَعْنِي قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ﴾ [النساء: ٩٢] (وَأَمَّا الدِّيَةُ فَلِأَنَّ الْعِصْمَةَ الثَّابِتَةَ بِالْإِحْرَازِ بِدَارِ الْإِسْلَامِ لَا تَبْطُلُ بِعَارِضِ الدُّخُولِ بِالْأَمَانِ) لِأَنَّهُ لَمَّا كَانَ عَلَى قَصْدِ الرُّجُوعِ كَانَ كَأَنَّهُ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ تَقْدِيرًا حَتَّى أَنْ الْمُسْتَأْمَنَ مِنْهُمْ لَمَّا كَانَ عَلَى قَصْدِ الرُّجُوعِ كَانَ فِي دَارِ الْحَرْبِ حَتَّى لَا يُقْتَلَ الذَّمِّيُّ بِهِ، وَكَانَ الْقِيَاسُ وَجُوبَ الْقِصَاصِ إِلَّا أَنَّهُ لَمْ يَجِبْ لَمَّا ذَكَرَ فِي الْكِتَابِ وَهُوَ وَاضِحٌ.

(وَإِنْ كَانَا أَسِيرَيْنِ فَقَتَلَ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ أَوْ قَتَلَ مُسْلِمٌ تَاجِرًا أَسِيرًا) فَلَا شَيْءَ عَلَى الْقَاتِلِ إِلَّا الْكُفَّارَةُ فِي الْخَطَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: (فِي الْأَسِيرَيْنِ الدِّيَةُ فِي الْخَطَا وَالْعَمْدِ)؛ لِأَنَّ الْعِصْمَةَ لَا تَبْطُلُ بِعَارِضِ الْأَسْرِ كَمَا لَا تَبْطُلُ بِعَارِضِ الْإِسْتِثْمَانِ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ، وَامْتِنَاعُ الْقِصَاصِ لِعَدَمِ الْمَنْعَةِ وَيَجِبُ الدِّيَةُ فِي مَالِهِ لَمَّا قُلْنَا. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ بِالْأَسْرِ صَارَ تَبَعًا لَهُمْ؛ لِصَيْرُورَتِهِ مَقْهُورًا فِي أَيْدِيهِمْ، وَلِهَذَا يَصِيرُ مُقِيمًا بِإِقَامَتِهِمْ وَمُسَافِرًا بِسَفَرِهِمْ فَيَبْطُلُ بِهِ الْإِحْرَازُ أَصْلًا وَصَارَ كَالْمُسْلِمِ الَّذِي لَمْ يُهَاجَرَ إِلَيْنَا، وَخَصَّ الْخَطَا بِالْكَفَّارَةِ؛ لِأَنَّهُ لَا كُفَّارَةَ فِي الْعَمْدِ عِنْدَنَا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (عَلَى مَا بَيَّنَّا) إِشَارَةٌ إِلَى أَنَّ الْعِصْمَةَ الثَّابِتَةَ بِالْإِحْرَازِ بِدَارِ الْإِسْلَامِ لَا تَبْطُلُ بِعَارِضِ الدُّخُولِ بِالْأَمَانِ. وَقَوْلُهُ (لَمَّا قُلْنَا) إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ لِأَنَّ الْعَوَاقِلَ لَا تَعْقِلُ الْعَمْدَ. وَقَوْلُهُ (وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله أَنَّ بِالْأَسْرِ صَارَ تَبَعًا لَهُمْ) يَعْنِي وَأَهْلُ الْحَرْبِ أَصُولٌ وَالْأَصُولُ غَيْرُ مَعْصُومِينَ فَكَذَلِكَ الْأَتْبَاعُ (قَوْلُهُ وَلِهَذَا) تَوْضِيحٌ لِلتَّبَعِيَّةِ. وَقَوْلُهُ (فَيَبْطُلُ بِهِ الْإِحْرَازُ أَصْلًا) أَيُّ يَبْطُلُ الْإِحْرَازُ بِالْعِصْمَةِ الْمُقَوِّمَةِ بِالْكُلِّيَّةِ (وَصَارَ كَالْمُسْلِمِ الَّذِي لَمْ يُهَاجَرَ إِلَيْنَا)

بِجَامِعِ تَبَعِيَّةِ أَهْلِ الدَّارِ بِالتَّوْطُنِ فَلَمْ تَجِبِ الدِّيَّةُ لِأَنَّهَا مَبْنِيَّةٌ عَلَى تِلْكَ الْعِصْمَةِ، بِخِلَافِ الْكَفَّارَةِ فَإِنَّهَا تَجِبُ بِالْعِصْمَةِ الْمُؤْتَمَةِ وَهِيَ بِالْإِسْلَامِ.

فصل

قَالَ: (وَإِذَا دَخَلَ الْحَرْبِيُّ إِلَيْنَا مُسْتَأْمِنًا لَمْ يُمَكَّنْ أَنْ يُقِيمَ فِي دَارِنَا سَنَةً وَيَقُولَ لَهُ الْإِمَامُ: إِنْ أَقَمْتَ تَمَامَ السَّنَةِ وَضَعْتُ عَلَيْكَ الْجِزْيَةَ) وَالْأَصْلُ أَنَّ الْحَرْبِيَّ لَا يُمَكَّنُ مِنْ إِقَامَةٍ دَائِمَةٍ فِي دَارِنَا إِلَّا بِالْإِسْتِرْقَاقِ أَوْ الْجِزْيَةِ؛ لِأَنَّهُ يَصِيرُ عَيْنًا لَهُمْ وَعَوْنًا عَلَيْنَا فَتَلْتَحِقُ الْمَضْرُوءَةُ بِالْمُسْلِمِينَ، وَيُمَكَّنُ مِنَ الْإِقَامَةِ الْيَسِيرَةِ؛ لِأَنَّهُ فِي مَنَعِهَا قَطْعُ الْمِيرَةِ وَالْجَلْبِ وَسَدُّ بَابِ التَّجَارَةِ، فَفَصَلَ نَا بَيْنَهُمَا سَنَةً؛ لِأَنَّهَا مُدَّةٌ تَجِبُ فِيهَا الْجِزْيَةُ فَتَكُونُ الْإِقَامَةُ لِمَصْلَحَةِ الْجِزْيَةِ، ثُمَّ إِنْ رَجَعَ بَعْدَ مَقَالَتِ الْإِمَامِ قَبْلَ تَمَامِ السَّنَةِ إِلَى وَطَنِهِ فَلَا سَبِيلَ عَلَيْهِ، وَإِذَا مَكَثَ سَنَةً فَهُوَ ذِمِّيٌّ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا أَقَامَ سَنَةً بَعْدَ تَقَدُّمِ الْإِمَامِ إِلَيْهِ صَارَ مُلْتَزِمًا الْجِزْيَةَ فَيَصِيرُ ذِمِّيًّا، وَلِلْإِمَامِ أَنْ يُؤَقَّتَ فِي ذَلِكَ مَا دُونَ السَّنَةِ كَالشَّهْرِ وَالشَّهْرَيْنِ (وَإِذَا أَقَامَهَا بَعْدَ مَقَالَتِ الْإِمَامِ يَصِيرُ ذِمِّيًّا) لَمَّا قُلْنَا (ثُمَّ لَا يُتْرَكُ أَنْ يَرْجَعَ إِلَى دَارِ الْحَرْبِ)؛ لِأَنَّ عَقْدَ الذِّمَّةِ لَا يَنْقُضُ، كَيْفَ وَأَنَّ فِيهِ قَطْعَ الْجِزْيَةِ وَجَعَلَ وَلَدِهِ حَرْبًا عَلَيْنَا وَفِيهِ مَضْرُوءَةٌ بِالْمُسْلِمِينَ.

الشرح:

(فصل): فصل هَذِهِ الْمَسَائِلَ عَمَّا قَبِلَهَا لِاخْتِلَافِ أَحْكَامِهَا، وَكَلَامُهُ ظَاهِرٌ، وَالْعَيْنُ: هُوَ الْجَاسُوسُ، وَالْعَوْنُ: الظَّهِيرُ عَلَى الْأَمْرِ وَالْجَمْعُ الْأَعْوَانُ، وَالْمِيرَةُ: الطَّعَامُ يَمْتَارُهُ الْإِنْسَانُ مِنْ مَارَ يَمِيرُ، وَالْجَلْبُ وَالْأَجْلَابُ الَّذِينَ يَجْلُبُونَ الْإِبِلَ وَالْعَنَمَ لِلْبَيْعِ. وَقَوْلُهُ (بَعْدَ تَقَدُّمِ الْإِمَامِ) يُقَالُ تَقَدَّمَ إِلَيْهِ الْأَمِيرُ بِكَذَا أَوْ فِي كَذَا إِذَا أَمَرَهُ بِهِ. وَقَوْلُهُ (وَلِلْإِمَامِ أَنْ يُؤَقَّتَ فِي ذَلِكَ مَا دُونَ السَّنَةِ) يَعْنِي أَنْ تَقْدِيرَ الْحَوْلِ لَيْسَ بِإِلَازِمٍ، بَلْ لَوْ قَدَّرَ الْإِمَامُ أَقَلَّ مِنْ ذَلِكَ عَلَى حَسَبِ مَا يَرَاهُ جَارَ لَكِنْ إِنْ لَمْ يُقَدَّرْ لَهُ مُدَّةٌ فَالْمُعْتَبَرُ هُوَ الْحَوْلُ (فَإِذَا أَقَامَ بَعْدَ ذَلِكَ فِي دَارِنَا يَصِيرُ ذِمِّيًّا) قَالَ الْإِمَامُ قَاضِي خَانَ: فَإِذَا مَضَتْ سَنَةٌ بَعْدَ مُضِيِّ الْمُدَّةِ الْمَضْرُوبَةِ كَانَ عَلَيْهِ الْخَرَاجُ لِأَنَّهُ إِنَّمَا يَصِيرُ ذِمِّيًّا بِمُجَاوَزَةِ الْمُدَّةِ الْمَضْرُوبَةِ فَيُعْتَبَرُ الْحَوْلُ بَعْدَ مَا صَارَ ذِمِّيًّا إِلَّا أَنْ يَكُونَ شَرْطَ عَلَيْهِ أَنَّهُ إِذَا جَاوَزَ السَّنَةَ يَأْخُذُ الْخَرَاجَ فَحِينَئِذٍ يَأْخُذُ مِنْهُ. وَقَوْلُهُ (لَمَّا قُلْنَا) إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ لِأَنَّهُ لَمَّا أَقَامَ سَنَةً بَعْدَ تَقَدُّمِ الْإِمَامِ صَارَ مُلْتَزِمًا لِلْجِزْيَةِ.

(فَإِنْ دَخَلَ الْحَرَبِيُّ دَارَنَا بِأَمَانٍ وَاشْتَرَى أَرْضَ خَرَجٍ فَإِذَا وُضِعَ عَلَيْهِ الْخَرَجُ فَهُوَ ذِمِّيٌّ؛ لِأَنَّ خَرَجَ الْأَرْضِ بِمَنْزِلَةِ خَرَجِ الرَّأْسِ، فَإِذَا التَّزَمَهُ صَارَ مُلتَزِمًا الْمَقَامَ فِي دَارِنَا، أَمَّا بِمُجَرَّدِ الشَّرَاءِ لَا يَصِيرُ ذِمِّيًّا؛ لِأَنَّهُ قَدْ يَشْتَرِيهَا لِلتَّجَارَةِ، وَإِذَا لَزِمَهُ خَرَجُ الْأَرْضِ فَبَعْدَ ذَلِكَ تَلَزَمَهُ الْحِزِيَّةُ لِسُنَّةٍ مُسْتَقْبَلَةٍ؛ لِأَنَّهُ يَصِيرُ ذِمِّيًّا بِلُزُومِ الْخَرَجِ فَتُعْتَبَرُ الْمُدَّةُ مِنْ وَقْتِ وَجُوبِهِ. وَقَوْلُهُ فِي الْكِتَابِ فَإِذَا وُضِعَ عَلَيْهِ الْخَرَجُ فَهُوَ ذِمِّيٌّ تَصْرِيحٌ بِشَرْطِ الْوَضْعِ فَيَتَخَرَّجُ عَلَيْهِ أَحْكَامُ جَمَّةٍ فَلَا تَعْمَلُ عَنْهُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (فَإِذَا وُضِعَ عَلَيْهِ الْخَرَجُ فَهُوَ ذِمِّيٌّ) قَالَ فِي النَّهَائَةِ: وَكَذَلِكَ لَوْ لَزِمَهُ عَشْرٌ فِي قِيَاسِ قَوْلِ مُحَمَّدٍ بَأَنْ اشْتَرَى أَرْضًا عَشْرِيَّةً لِأَنَّهَا جَمِيعًا مِنْ مُوْنِ الْأَرْضِ (لِأَنَّ خَرَجَ الْأَرْضِ بِمَنْزِلَةِ خَرَجِ الرَّأْسِ) إِذْ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِنْ أَحْكَامِ دَارِنَا، فَلَمَّا رَضِيَ بِوُجُوبِ الْخَرَجِ عَلَيْهِ رَضِيَ أَنْ يَكُونَ مِنْ أَهْلِ دَارِنَا، وَقَوْلُهُ (فَتُعْتَبَرُ الْمُدَّةُ مِنْ وَقْتِ وَجُوبِهِ) أَيُّ وَجُوبِ الْخَرَجِ (وَقَوْلُهُ فِي الْكِتَابِ) أَيُّ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ (فَإِذَا وُضِعَ عَلَيْهِ الْخَرَجُ فَهُوَ ذِمِّيٌّ تَصْرِيحٌ مِنْ مُحَمَّدٍ بِشَرْطِ الْوَضْعِ) أَيُّ بَأَنْ وُضِعَ الْخَرَجُ عَلَيْهِ شَرْطٌ فِي جَعْلِهِ ذِمِّيًّا، وَالْمُرَادُ مِنْ وَضْعِ الْخَرَجِ التَّزَامُ خَرَجَ أَرْضٍ بِمُبَاشَرَةِ سَبَبِهِ وَهُوَ الزَّرَاعَةُ أَوْ تَعْمِيلُهَا عَنْهَا مَعَ التَّمَكُّنِ، وَذَلِكَ الْمَسْأَلَةُ عَلَى أَنَّهُ لَا يَصِيرُ ذِمِّيًّا بِمُجَرَّدِ الشَّرَاءِ.

وَمِنْ الْمَشَايِخِ مَنْ قَالَ: يَصِيرُ ذِمِّيًّا بِنَفْسِ الشَّرَاءِ، لِأَنَّهُ لَمَّا اشْتَرَى أَرْضَ خَرَجٍ وَحَكَمَ الشَّرْعُ فِيهَا بِوُجُوبِ الْخَرَجِ صَارَ مُلتَزِمًا حُكْمًا مِنْ أَحْكَامِ الْإِسْلَامِ، كَذَا ذَكَرَهُ قَاضِي خَانَ وَلَيْسَ بِصَحِيحٍ لَمَّا أَشَارَ إِلَيْهِ الْمُصَنِّفُ مِنْ قَوْلِهِ لِأَنَّهُ قَدْ يَشْتَرِيهَا لِلتَّجَارَةِ. وَقَوْلُهُ (فَيَتَخَرَّجُ عَلَيْهِ) أَيُّ عَلَى أَنَّ الْوَضْعَ شَرْطٌ (أَحْكَامُ جَمَّةٍ فَلَا تَعْمَلُ عَنْهُ) أَيُّ عَنْ شَرْطِ الْوَضْعِ وَهِيَ الْمَنْعُ مِنَ الْخُرُوجِ إِلَى دَارِ الْحَرْبِ وَجَرَيَانِ الْقِصَاصِ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْمُسْلِمِ وَوُجُوبِ الضَّمَانِ فِي إِثْلَافِ خَمَرِهِ وَخِنْزِيرِهِ وَوُجُوبِ الدِّيَةِ بِقَتْلِهِ خَطَأً، وَهَذِهِ الْأَحْكَامُ إِنَّمَا تُثَبِّتُ بَعْدَ كَوْنِهِ ذِمِّيًّا لَا قَبْلَهُ، وَبِوَضْعِ الْخَرَجِ يَصِيرُ ذِمِّيًّا فَلِذَلِكَ يَجِبُ أَنْ لَا يُعْمَلَ عَنْ شَرْطِ الْوَضْعِ.

(وَإِذَا دَخَلَتْ حَرَبِيَّةٌ بِأَمَانٍ فَتَزَوَّجَتْ ذِمِّيًّا صَارَتْ ذِمِّيَّةً؛ لِأَنَّهَا التَّزَمَتْ الْمَقَامَ تَبَعًا لِلزَّوْجِ (وَإِذَا دَخَلَ حَرَبِيٌّ بِأَمَانٍ فَتَزَوَّجَ ذِمِّيَّةً لَمْ يَصِرْ ذِمِّيًّا؛ لِأَنَّهُ يُمَكِّنُهُ أَنْ يُطْلَقَهَا فَيَرْجِعُ إِلَى بَلَدِهِ فَلَمْ يَكُنْ مُلتَزِمًا الْمَقَامَ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِذَا دَخَلْتَ حَرْبِيَّةً بِأَمَانٍ) ظَاهِرٌ، وَكَذَا عَكْسُهُ.

(وَلَوْ أَنَّ حَرْبِيًّا دَخَلَ دَارَنَا بِأَمَانٍ ثُمَّ عَادَ إِلَى دَارِ الْحَرْبِ وَتَرَكَ وَدِيعَةً عِنْدَ مُسْلِمٍ أَوْ ذِمِّيٍّ أَوْ دِينِيٍّ فِي ذِمَّتِهِمْ فَقَدْ صَارَ دَمُهُ مُبَاحًا بِالْعَوْدِ)؛ لِأَنَّهُ أَبْطَلَ أَمَانَهُ (وَمَا فِي دَارِ الْإِسْلَامِ مِنْ مَالِهِ عَلَى خَطَرٍ، فَإِنْ أُسِرَ أَوْ ظَهَرَ عَلَى الدَّارِ فَقُتِلَ سَقَطَتْ دُيُونُهُ وَصَارَتْ الْوَدِيعَةُ فَيْئًا) أَمَّا الْوَدِيعَةُ فَلَأَنَّهَا فِي يَدِهِ تَقْدِيرًا؛ لِأَنَّهُ يَدُ الْمُودَعِ كَيْدِهِ فَيَصِيرُ فَيْئًا تَبَعًا لِنَفْسِهِ، وَأَمَّا الدِّينُ فَلَأَنَّ إِبْثَاتِ الْيَدِ عَلَيْهِ بِوَاسِطَةِ الْمُطَالَبَةِ وَقَدْ سَقَطَتْ، وَيَدُ مَنْ عَلَيْهِ أَسْبَقُ إِلَيْهِ مِنْ يَدِ الْعَامَّةِ فَيَخْتَصُّ بِهِ فَيَسْقُطُ (وَأِنْ قُتِلَ وَلَمْ يُظْهَرَ عَلَى الدَّارِ فَالْقَرْضُ الْوَدِيعَةُ لَوَرَّثَتْ) وَكَذَلِكَ إِذَا مَاتَ؛ لِأَنَّهُ نَفْسُهُ لَمْ تَصِرْ مَغْنُومَةً فَكَذَلِكَ مَالُهُ، وَهَذَا لِأَنَّ حُكْمَ الْأَمَانِ بَاقٍ فِي مَالِهِ فَيَرُدُّ عَلَيْهِ أَوْ عَلَى وَرَثَتِهِ مِنْ بَعْدِهِ.

الشرح:

وَكَذَلِكَ قَوْلُهُ (وَلَوْ أَنَّ حَرْبِيًّا دَخَلَ دَارَنَا بِأَمَانٍ) خَلَا أَنْ قَوْلُهُ لِأَنَّ يَدَ الْمُودَعِ كَيْدُهُ مَنْقُوضٌ بِمَا إِذَا أَسْلَمَ الْحَرْبِيُّ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ وَلَهُ وَدِيعَةٌ عِنْدَ مُسْلِمٍ فِي دَارِ الْحَرْبِ ثُمَّ ظَهَرَ عَلَى الدَّارِ فَإِنَّهَا تَكُونُ فَيْئًا فَلَمْ تَكُنْ يَدُ الْمُودَعِ كَيْدَ الْمُودَعِ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ يَدَ الْمُودَعِ كَيْدَ الْمُودَعِ إِذَا اتَّفَقَا عِصْمَةً وَقَتَ الْإِيدَاعِ، وَفِي صُورَةِ التَّقْضِ لَيْسَ كَذَلِكَ لِأَنَّ دَارَ الْحَرْبِ لَيْسَتْ دَارَ عِصْمَةٍ.

قَالَ: (وَمَا أَوْجَفَ الْمُسْلِمُونَ عَلَيْهِ مِنْ أَمْوَالِ أَهْلِ الْحَرْبِ بِغَيْرِ قِتَالٍ يُصْرَفُ فِي مَصَالِحِ الْمُسْلِمِينَ كَمَا يُصْرَفُ الْخَرَاجُ) قَالُوا: هُوَ مِثْلُ الْأَرْضِ الَّتِي أَجْلَوْا أَهْلَهَا عَنْهَا وَالْجِزْيَةِ وَلَا خُمُسَ فِي ذَلِكَ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: فِيهِمَا الْخُمُسُ اعْتِبَارًا بِالْغَنِيمَةِ. وَلَنَا مَا رَوِيَ "أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَخَذَ الْجِزْيَةَ"^(١) وَكَذَا عُمَرُ وَمُعَاذٌ، وَوُضِعَ فِي بَيْتِ الْمَالِ وَلَمْ يُخَمَّسْ وَلِأَنَّهُ مَالٌ مَأْخُوذٌ بِقُوَّةِ الْمُسْلِمِينَ مِنْ غَيْرِ قِتَالٍ، بِخِلَافِ الْغَنِيمَةِ؛ لِأَنَّهُ مَمْلُوكٌ بِمُبَاشَرَةِ الْغَانِمِينَ وَبِقُوَّةِ الْمُسْلِمِينَ فَاسْتَحَقَّ الْخُمُسَ بِمَعْنَى وَاسْتَحَقَّهُ الْغَانِمُونَ بِمَعْنَى، وَفِي هَذَا السَّبَبِ وَاحِدٌ، وَهُوَ مَا ذَكَرْنَاهُ فَلَا مَعْنَى لِإِجَابِ الْخُمُسِ.

(١) أخرجه أبو داود (٢٩٦١)، وانظر نصب الراية (٣/٦٦٠).

الشرح:

قَالَ (وَمَا أَوْجَفَ الْمُسْلِمُونَ عَلَيْهِ) يُقَالُ وَجَفَ الْفَرَسُ أَوْ الْبَعِيرُ غَدًا وَجِيفًا وَأَوْجَفَهُ صَاحِبُهُ إِيجَافًا. وَقَوْلُهُ (وَمَا أَوْجَفَ الْمُسْلِمُونَ عَلَيْهِ) أَيُّ أَعْمَلُوا خَيْلَهُمْ وَرِكَابَهُمْ فِي تَحْصِيلِهِ. وَالْجَلَاءُ بِالْفَتْحِ وَالْمَدُّ الْخُرُوجُ عَنِ الْوَطَنِ أَوْ الْإِخْرَاجُ، يُقَالُ جَلَا السُّلْطَانُ الْقَوْلَ عَلَى أَوْطَانِهِمْ وَأَجْلَاهُمْ فَجَلُّوا: أَيُّ أَخْرَجَهُمْ فَخَرَجُوا، كِلَاهُمَا يَتَعَدَّى وَلَا يَتَعَدَّى. وَقَوْلُهُ (وَالْجَزِيَّةُ) بِالْجَرِّ عَطْفٌ عَلَى قَوْلِهِ الْأَرَاذِي أَيُّ هُوَ مِثْلُ الْأَرَاذِي الَّتِي أَجْلُوا عَنْهَا أَهْلُهَا وَمِثْلُ الْجَزِيَّةِ. وَقَوْلُهُ (وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رحمته الله فِيهِمَا) أَيُّ فِي الْأَرَاذِي الَّتِي أَجْلُوا عَنْهَا أَهْلُهَا وَفِي الْجَزِيَّةِ.

وَفِي بَعْضِ النُّسخِ: فِيهَا أَيُّ فِي الْأَرَاذِي وَالْجَزِيَّةِ وَالْخَرَاجِ (قَوْلُهُ وَلَائَهُ) أَيُّ وَلَائُ مَا أَوْجَفَ عَلَيْهِ الْمُسْلِمُونَ مِنَ الْمَالِ. وَقَوْلُهُ (مِنْ غَيْرِ قِتَالٍ) يَعْنِي بَلْ بِوُقُوعِ الرُّغْبِ فِي قُلُوبِ الْكُفَّارِ مِنْ قُوَّةِ الْمُسْلِمِينَ (بِخِلَافِ الْغَنِيمَةِ لِأَنَّهُ) أَيُّ الْغَنِيمَةُ بِنَاوِيلِ الْمُغْنَمِ (مَمْلُوكٌ) بِسَبْعِينَ وَهُمَا مُبَاشَرَةُ الْعَانِينَ وَقُوَّةُ الْمُسْلِمِينَ (فَاسْتَحَقَّ الْخُمْسَ بِمَعْنَى) وَهُوَ الرُّغْبُ (وَاسْتَحَقَّ الْعَانِمُونَ الْبَاقِيَّ بِمَعْنَى) وَهُوَ مُبَاشَرَةُ الْعَانِينَ الْقِتَالِ (وَفِي هَذَا) أَيُّ فِيمَا أَوْجَفَ الْمُسْلِمُونَ عَلَيْهِ (السَّبَبُ وَاحِدٌ وَهُوَ مَا ذَكَرْنَاهُ) يَعْنِي قَوْلُهُ أَنَّهُ مَالٌ مَأْخُودٌ بِقُوَّةِ الْمُسْلِمِينَ فَلَا مَعْنَى لِإِجَابِ الْخُمْسِ .

(وَإِذَا دَخَلَ الْحَرْبِيُّ دَارَنَا بِأَمَانٍ وَلَهُ امْرَأَةٌ فِي دَارِ الْحَرْبِ وَأَوْلَادٌ صِغَارٌ وَكِبَارٌ وَمَالٌ أَوْدَعَ بَعْضُهُ ذِمِّيًّا وَبَعْضُهُ حَرْبِيًّا وَبَعْضُهُ مُسْلِمًا فَأَسْلَمَ هَاهُنَا ثُمَّ ظَهَرَ عَلَى الدَّارِ فَذَلِكَ كُلُّهُ فِيءٌ) أَمَّا الْمَرْأَةُ وَأَوْلَادُهَا الْكِبَارُ فَظَاهِرٌ لَأَنَّهُمْ حَرْبِيُّونَ كِبَارٌ وَلَيْسُوا بِأَتْبَاعٍ، وَكَذَلِكَ مَا فِي بَطْنِهَا لَوْ كَانَتْ حَامِلًا لَمَّا قُلْنَا مِنْ قَبْلُ. وَأَمَّا أَوْلَادُهَا الصِّغَارُ فَلَأَنَّ الصِّغِيرَ إِنَّمَا يَصِيرُ مُسْلِمًا تَبَعًا لِإِسْلَامِ أَبِيهِ إِذَا كَانَ فِي يَدِهِ وَتَحْتَ وِلَايَتِهِ، وَمَعَ تَبَايُنِ الدَّارَيْنِ لَا يَتَحَقَّقُ ذَلِكَ، وَكَذَا أَمْوَالُهُ لَا تَصِيرُ مُحَرَّرَةً بِإِحْرَازِهِ نَفْسَهُ لِاخْتِلَافِ الدَّارَيْنِ فَبَقِيَ الْكُلُّ فَيْئًا وَغَنِيمَةً (وَإِنْ أَسْلَمَ فِي دَارِ الْحَرْبِ ثُمَّ جَاءَ فَظَهَرَ عَلَى الدَّارِ فَأَوْلَادُهَا الصِّغَارُ أَحْرَارٌ مُسْلِمُونَ) تَبَعًا لِأَبِيهِمْ؛ لِأَنَّهُمْ كَانُوا تَحْتَ وِلَايَتِهِ حِينَ أَسْلَمَ إِذِ الدَّارُ وَاحِدَةٌ (وَمَا كَانَ مِنْ مَالٍ أَوْدَعَهُ مُسْلِمًا أَوْ ذِمِّيًّا فَهُوَ لَهُ)؛ لِأَنَّهُ فِي يَدِ مُحْتَرَمَةٍ وَيَدُهُ كَيْدُهُ (وَمَا سِوَى ذَلِكَ فِيءٌ) أَمَّا الْمَرْأَةُ وَأَوْلَادُهَا الْكِبَارُ فَلَمَّا قُلْنَا. وَأَمَّا الْمَالُ الَّذِي فِي يَدِ الْحَرْبِيِّ؛ فَلَأَنَّهُ لَمْ يَصِرْ مَعْصُومًا؛ لِأَنَّ يَدَ الْحَرْبِيِّ لَيْسَتْ يَدًا مُحْتَرَمَةً.

الشرح:

(قَوْلُهُ لَمَّا قُلْنَا مِنْ قَبْلُ) أَيِ فِي بَابِ الْعَنَائِمِ وَقَسَمَ بِهَا وَهُوَ قَوْلُهُ وَزَوَّجْتُهُ فَيءٌ لَأَنَّهَا كَافِرَةٌ حَرِيَّةٌ إِنْخ. وَقَوْلُهُ (وَأَمَّا أَوْلَادُهُ الصَّغَارُ) ظَاهِرٌ (قَوْلُهُ وَمَا كَانَ مِنْ مَالٍ أَوْ دَعَا مُسْلِمًا أَوْ ذِمِّيًّا) إِنَّمَا قَيَّدَ بِالْإِيذَاعِ لِأَنَّهُ إِذَا كَانَ غَضَبًا فِي أَيْدِيهِمَا يَكُونُ فَيْئًا لِعَدَمِ النَّيَابَةِ (قَوْلُهُ فَلَمَّا قُلْنَا) إِشَارَةً إِلَى قَوْلِهِ حَرِيُّونَ كِبَارٌ وَلَيْسُوا بِأَتْبَاعٍ.

(وَإِذَا أَسْلَمَ الْحَرْبِيُّ فِي دَارِ الْحَرْبِ فَقَتَلَهُ مُسْلِمٌ عَمْدًا أَوْ خَطَأً وَلَهُ وَرَثَةٌ مُسْلِمُونَ هُنَاكَ فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ إِلَّا الْكَفَّارَةُ فِي الْخَطَا) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: تَجِبُ الدِّيَةُ فِي الْخَطَا وَالْقِصَاصُ فِي الْعَمْدِ؛ لِأَنَّهُ أَرَأَى دَمًا مَعْصُومًا (لَوْجُودِ الْعَاصِمِ وَهُوَ الْإِسْلَامُ) لَكُونِهِ مُسْتَجَلِبًا لِلْكَرَامَةِ، وَهَذَا؛ لِأَنَّ الْعِصْمَةَ أَصْلُهَا الْمُؤَثِّمَةُ؛ لِحُصُولِ أَصْلِ الزَّجْرِ بِهَا وَهِيَ ثَابِتَةٌ إجماعًا، وَالْمَقْصُومَةُ كَمَالٌ فِيهِ لِكَمَالِ الْامْتِنَاعِ بِهِ فَيَكُونُ وَصْفًا فِيهِ فَتَتَعَلَّقُ بِمَا عُلِقَ بِهِ الْأَصْلُ. وَلَنَا قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿فَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ عَدُوٍّ لَكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَخْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ﴾ [النساء: ٩٢] الْآيَةُ. جَعَلَ التَّخْرِيرَ كُلَّ الْمَوْجِبِ رُجُوعًا إِلَى حَرْفِ الْفَاءِ أَوْ إِلَى كَوْنِهِ كُلِّ الْمَذْكُورِ فَيَنْتَفِي غَيْرُهُ، وَلِأَنَّ الْعِصْمَةَ الْمُؤَثِّمَةَ بِالْأَدَمِيَّةِ لِأَنَّ الْأَدَمِيَّ خُلِقَ مُتَحَمِّلًا أَعْبَاءَ التَّكْلِيفِ، وَالْقِيَامَ بِهَا بِحُرْمَةِ التَّعَرُّضِ، وَالْأَمْوَالُ تَابِعَةٌ لَهَا. أَمَّا الْمَقْصُومَةُ فَالْأَصْلُ فِيهَا الْأَمْوَالُ؛ لِأَنَّ النَّقُومَ يُؤْذَنُ بِجَبْرِ الْفَائِتِ وَذَلِكَ فِي الْأَمْوَالِ دُونَ النَّفُوسِ؛ لِأَنَّ مِنْ شَرْطِهِ التَّمَاثُلَ، وَهُوَ فِي الْمَالِ دُونَ النَّفْسِ فَكَانَتِ النَّفُوسُ تَابِعَةً، ثُمَّ الْعِصْمَةُ الْمُقْصُومَةُ فِي الْأَمْوَالِ بِالْإِحْرَازِ بِالْدَّارِ؛ لِأَنَّ الْعِزَّةَ بِالْمَنْعَةِ فَكَذَلِكَ فِي النَّفُوسِ إِلَّا أَنَّ الشَّرْعَ أَسْقَطَ اعْتِبَارَ مَنْعَةِ الْكَفَرَةِ؛ لَمَّا أَنَّهُ أَوْجَبَ إِبْطَالَهَا. وَالْمُرْتَدُّ وَالْمُسْتَأْمَنُ فِي دَارِنَا مِنْ أَهْلِ دَارِهِمْ حُكْمًا لِقَصْدِهِمَا الْإِنْتِقَالَ إِلَيْهَا.

الشرح:

(قَوْلُهُ وَإِذَا أَسْلَمَ الْحَرْبِيُّ فِي دَارِ الْحَرْبِ فَقَتَلَهُ مُسْلِمٌ عَمْدًا أَوْ خَطَأً وَلَهُ وَرَثَةٌ مُسْلِمُونَ هُنَاكَ فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ إِلَّا الْكَفَّارَةُ فِي الْخَطَا). وَقَالَ الْإِمَامُ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: تَجِبُ الدِّيَةُ فِي الْخَطَا وَالْقِصَاصُ فِي الْعَمْدِ لِأَنَّهُ أَرَأَى دَمًا مَعْصُومًا لَوْجُودِ الْعَاصِمِ وَهُوَ الْإِسْلَامُ لَكُونِهِ مُسْتَجَلِبًا لِلْكَرَامَةِ) وَتَحْقِيقُهُ أَنَّ الْعِصْمَةَ تُثَبِّتُ نِعْمَةً وَكَرَامَةً فَتَتَعَلَّقُ بِمَا لَهُ أَثَرٌ فِي اسْتِحْقَاقِ الْكَرَامَةِ وَهُوَ الْإِسْلَامُ إِذْ بِهِ تَحْصُلُ السَّعَادَةُ الْأَبَدِيَّةُ لَا بِالْدَّارِ

التي هي جماد لا أثر لها في استحقاق الكرامة، ومن أراق دمًا معضومًا إن كان خطأً
ففيه الدية والكفارة، وإن كان عمدًا ففيه القصاص كما لو فعل ذلك في دار الإسلام
(وهذا) أي وجوب الدية في الخطأ، والقصاص في العمد إنما كان مبنياً على وجود
العاصم الذي هو الإسلام (لأن العصمة أصلها المؤتممة لحصول أصل الزجر بها) فإن من
علم أنه يأتى بقتل ينزجر عنه نظراً إلى الجيلة السليمة عن الميل عن الاعتدال (وهي ثابتة)
فيما نحن فيه (إجماعاً) فإنه لا قاتل بعد الإثم على من قتل مسلماً في أي موضع كان
(والعصمة المقومة كمال فيه) أي في أصل العصمة لأنه إذا وجب الإثم والمال كان
ذلك أكمل وأتم في المنع من الذي وجب فيه الإثم دون المال، فكانت العصمة المقومة
وصفاً زائداً على العصمة التي هي المؤتممة (فتعلق بما تعلق به الأصل) وهو العصمة
المؤتممة والعصمة المؤتممة تعلقت بالإسلام، فالعصمة المقومة كذلك، فتجب الدية
والكفارة في قتل الحربى الذي أسلم في دار الحرب ولم يهاجر إلينا (ولنا قوله تعالى:
﴿ فَإِنْ كَانَتْ مِنْ قَوْمٍ عَدُوٍّ لَكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ ﴾ [النساء: ٩٢])
وكان أبو حنيفة رحمه الله يؤول هذه الآية بالذين أسلموا في دار الحرب ولم يهاجروا، وهو
المنقول عن بعض أئمة التفسير أيضاً. ووجه الاستدلال بالآية أن الله تعالى ميز بين
المؤمن الذي في دار الإسلام وبين المؤمن الذي هو من قوم عدو لنا في حق الحكم
المختص بالقتل، فجعل الحكم في الأول الدية والكفارة بقوله تعالى: ﴿ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ
مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ ﴾ [النساء: ٩٢] وفي الثاني الكفارة دون الدية وذلك من
وجهين: أحدهما أنه ذكر بحرف الفاء فإنه للجزاء والجزاء اسم لما يكون كافياً، فإذا
كان كافياً كان كل الموجب ضرورة. والثاني أنه كل المذكور حيث لم يذكر غيره،
وذلك يقتضي انتفاء غيره لأن قصد الشارع في مثله إخراج العبد عن عهدة الحكم
المتعلق بالحادثة ولا يتحقق ذلك إلا ببيان كل الحكم بلا إخلال، فلو كان غيره من
تمة هذا الحكم لذكره في موضع البيان.

وقوله (ولأن العصمة المؤتممة بالآدمية) دليل معقول على عدم العصمة المقومة
الموجبة للدية في دار الحرب ومشتتمل على بيان أن العصمة المقومة ليست بوصف
كمال في العصمة المؤتممة فتكون تابعة لها. وبيان ذلك أن العصمة المؤتممة بالآدمية (لأن

الْأَدَمِيَّ خُلِقَ مُتَحَمِّلًا أَعْبَاءَ التَّكَالِيفِ) أَيِ أَثْقَالَهَا، وَمَنْ خُلِقَ لَشَيْءٍ وَجَبَ عَلَيْهِ الْقِيَامُ بِهِ فَالْأَدَمِيُّ وَجَبَ عَلَيْهِ الْقِيَامُ بِأَعْبَاءِ التَّكَالِيفِ (وَالْقِيَامُ بِهَا بِحُرْمَةِ التَّعَرُّضِ) أَيِ إِنْمَا يَتَحَقَّقُ لَهُ الْقِيَامُ بِهَا إِذَا كَانَ حَرَامَ التَّعَرُّضِ، فَالْأَدَمِيُّ وَجَبَ عَلَيْهِ أَنْ يَكُونَ حَرَامَ التَّعَرُّضِ مُطْلَقًا، إِلَّا أَنْ اللَّهُ تَعَالَى أَبْطَلَ ذَلِكَ فِي الْكَافِرِ بِعَارِضِ الْكُفْرِ، فَإِذَا زَالَ الْكُفْرُ بِالْإِسْلَامِ عَادَ إِلَى الْأَصْلِ (وَالْأَمْوَالُ تَابِعَةٌ لَهَا) أَيِ لِلْأَدَمِيَّةِ الَّتِي تَنْبُتُ الْعِصْمَةُ الْمُؤْتَمَّةُ لَهَا لِأَنَّهَا خُلِقَتْ فِي الْأَصْلِ مُبَاحَةً، وَإِنَّمَا صَارَتْ مَعْصُومَةً لَتَمَكُّنِ الْأَدَمِيَّ مِنَ الْإِنْتِفَاعِ بِهَا فِي حَاجَتِهِ فَكَانَتْ تَابِعَةً لِلْأَدَمِيَّةِ (أَمَّا الْعِصْمَةُ الْمُقْوَمَةُ فَالْأَصْلُ فِيهَا الْأَمْوَالُ لِأَنَّ التَّقْوَمَ يُؤْذَنُ بِجَبْرِ الْفَائِتِ) لِأَنَّ التَّقْوَمَ هُوَ الشَّيْءُ الَّذِي يَكُونُ وَاجِبَ الْإِنْبَاءِ وَالِدَّوَامِ بِالْمَثَلِ أَوْ الْقِيَمَةِ (وَذَلِكَ) أَيِ جَبْرُ الْفَائِتِ (فِي الْأَمْوَالِ دُونَ النَّفُوسِ) لِأَنَّهُ إِنْمَا يَخْصُلُ بِالْمَثَلِ صُورَةٌ وَمَعْنَى أَوْ مَعْنَى فَقَطْ، وَلَا مُمَاتِلَةٌ بَيْنَ النَّفُوسِ وَمَا يُجْبَرُ بِهِ لَا صُورَةٌ وَلَا مَعْنَى عَلَى مَا عُرِفَ فِي الْأَصُولِ (فَكَانَتْ النَّفُوسُ تَابِعَةً) لِلْأَمْوَالِ فِي الْعِصْمَةِ.

وَمِنْ هَذَا عُلِمَ أَنَّ الْعِصْمَةَ الْمُؤْتَمَّةَ أَصْلٌ مُسْتَقِلٌّ فِي شَيْءٍ وَالْعِصْمَةُ الْمُقْوَمَةُ أَصْلٌ مُسْتَقِلٌّ فِي شَيْءٍ آخَرَ وَلَيْسَ أَحَدُهُمَا بِكَمَالٍ فِي الْآخَرِ وَلَا وَصْفٌ زَائِدٌ عَلَيْهِ، ثُمَّ الْعِصْمَةُ الْمُقْوَمَةُ فِي الْأَمْوَالِ بِالْإِحْرَازِ بِالدَّارِ لِأَنَّهَا عَزَّةٌ وَالْعَزَّةُ بِالْمَنْعَةِ، فَالْعِصْمَةُ الْمُقْوَمَةُ فِي الْأَمْوَالِ بِالْمَنْعَةِ وَالدَّارُ إِنْمَا تَكُونُ بِالْمَنْعَةِ فَلِهَذَا تَعَرَّضَ لَذِكْرِهَا، وَإِذَا كَانَتْ الْعِصْمَةُ الْمُقْوَمَةُ فِي الْأَمْوَالِ بِالْمَنْعَةِ فَكَذَلِكَ فِي النَّفُوسِ لِأَنَّهَا تَابِعَةٌ لَهَا لَمَّا ذَكَرْنَا، لَكِنْ لَا مَنَعَةٌ لِدَارِ الْحَرْبِ لِأَنَّ الشَّرْعَ أَسْقَطَ اعْتِبَارَ مَنَعَةِ الْكُفْرِ لَمَّا أَنَّهُ أَوْجَبَ إِبْطَالَهَا، وَإِذَا لَمْ يَكُنْ مَنَعَةٌ لَا يُوجَدُ الْإِحْرَازُ، وَإِذَا لَمْ يُوجَدِ الْإِحْرَازُ لَا تُوجَدُ الْعِصْمَةُ الْمُقْوَمَةُ، وَإِذَا لَمْ تُوجَدْ الْعِصْمَةُ الْمُقْوَمَةُ لَا تَجِبُ الدِّيَّةُ، وَهَذَا فِي غَايَةِ التَّحْقِيقِ، خِلَا أَنَّهُ تَوَهَّمَ أَنْ لَا يَمْلِكُوا أَمْوَالَنَا بِالْإِحْرَازِ إِلَى الدَّارِ كَمَا قَالَ بِهِ الْإِمَامُ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ. وَدَفَعَهُ بِأَنْ مَعْنَى قَوْلِنَا إِنَّ الشَّرْعَ أَسْقَطَ اعْتِبَارَ مَنَعَتِهِمْ حَالِ كَوْنِهِمْ فِي دَارِهِمْ، وَأَمَّا إِذَا وَقَعَ خُرُوجُهُمْ إِلَى دَارِنَا وَأَحْرَزُوا أَمْوَالَنَا بِالْيَدِ الْحَافِظَةِ وَالثَّاقِلَةِ فَقَدْ اسْتَوْلَوْا عَلَى مَالٍ مُبَاحٍ كَمَا مَرَّ، وَذَلِكَ يُوجِبُ الْمَلِكَ لَا مَحَالَةَ. وَقَوْلُهُ (وَالْمُرْتَدُّ وَالْمُسْتَأْمَنُ) جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ إِنَّهُمَا مُحَرَّرَانِ بِدَارِ الْإِسْلَامِ ذَاتًا فَيَجِبُ أَنْ يَتَّقَوْمَا وَلَمْ يَتَّقَوْمَا حَتَّى لَا تَجِبُ الدِّيَّةُ بِقَتْلِهِمَا وَكَوْنِ الْمُسْتَأْمَنِ مِنْ أَهْلِ دَارِهِمْ حُكْمًا لِقَصْدِهِ الْإِنْتِقَالَ ظَاهِرٌ، وَأَمَّا الْمُرْتَدُّ فَكَذَلِكَ لِأَنَّهُ يَقْصِدُهُ هَرَبًا مِنَ الْقَتْلِ.

(وَمَنْ قَتَلَ مُسْلِمًا خَطَا لَا وَلِيَّ لَهُ أَوْ قَتَلَ حَرْبِيًّا دَخَلَ الْبِنَاءَ بِأَمَانٍ فَأَسْلَمَ فَالِدِيَّةُ عَلَى عَاقِلَتِهِ لِلْإِمَامِ وَعَلَيْهِ الْكَفَّارَةُ)؛ لِأَنَّهُ قَتَلَ نَفْسًا مَعْصُومَةً خَطَاً فَتُعْتَبَرُ بِسَائِرِ النُّفُوسِ الْمَعْصُومَةِ، وَمَعْنَى قَوْلِهِ لِلْإِمَامِ أَنْ حَقَّ الْأَخْذُ لَهُ؛ لِأَنَّهُ لَا وَارِثَ لَهُ (وَإِنْ كَانَ عَمَدًا فَإِنْ شَاءَ الْإِمَامُ قَتَلَهُ، وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ الدِّيَّةَ)؛ لِأَنَّ النَّفْسَ مَعْصُومَةً، وَالْقَتْلَ عَمْدًا، وَالْوَلِيَّ مَعْلُومٌ وَهُوَ الْعَامَّةُ أَوِ السُّلْطَانُ. قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «السُّلْطَانُ وَلِيٌّ مَنْ لَا وَلِيَّ لَهُ» وَقَوْلُهُ وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ الدِّيَّةَ مَعْنَاهُ بِطَرِيقِ الصَّلَاحِ؛ لِأَنَّ مُوجِبَ الْعَمْدِ وَهُوَ الْقَوْدُ عَيْنًا، وَهَذَا؛ لِأَنَّ الدِّيَّةَ أَنْفَعُ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ مِنَ الْقَوْدِ فَلِهَذَا كَانَ لَهُ وَلَايَةُ الصَّلَاحِ عَلَى الْمَالِ (وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَعْضُو)؛ لِأَنَّ الْحَقَّ لِلْعَامَّةِ وَوَلَايَتُهُ نَظَرِيَّةٌ وَلَيْسَ مِنَ النَّظَرِ إسْقَاطُ حَقِّهِمْ مِنْ غَيْرِ عَوْضٍ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ قَتَلَ مُسْلِمًا خَطَاً إلخ) وَاضِحٌ. وَاعْتَرَضَ عَلَى قَوْلِهِ وَهُوَ الْعَامَّةُ أَوْ السُّلْطَانُ بَأَنَّ التَّرَدُّدَ فِيمَنْ لَهُ وَلَايَةُ الْقِصَاصِ يُوجِبُ سُقُوطَهُ كَمَا فِي الْمَكَاثِبِ إِذَا قَتَلَ عَنْ وَفَاءٍ وَلَهُ وَارِثٌ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ الْإِمَامَ هَاهُنَا نَائِبٌ عَنِ الْعَامَّةِ فَصَارَ كَأَنَّ الْوَلِيَّ وَاحِدًا، بِخِلَافِ مَسْأَلَةِ الْكِتَابِ.

بَابُ الْعُشْرِ وَالْخَرَاجِ

قَالَ: (أَرْضُ الْعَرَبِ كُلُّهَا أَرْضُ عُشْرٍ، وَهِيَ مَا بَيْنَ الْعُدَيْبِ إِلَى أَقْصَى حَجَرٍ بِالْيَمَنِ بِمَهْرَةٍ إِلَى حَدِّ الشَّامِ وَالسَّوَادِ أَرْضُ خَرَاجٍ، وَهُوَ مَا بَيْنَ الْعُدَيْبِ إِلَى عَقَبَةِ حُلُوَانٍ، وَمِنَ التَّلْعِيبَةِ وَيُقَالُ مِنَ الْعَلَثِ إِلَى عِبَادَانَ)؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ وَالْخُلَفَاءُ الرَّاشِدِينَ لَمْ يَأْخُذُوا الْخَرَاجَ مِنْ أَرْضِي الْعَرَبِ^(١)، وَلِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الْفِيءِ فَلَا يَثْبُتُ فِي أَرْضِيهِمْ كَمَا لَا يَثْبُتُ فِي رِقَابِهِمْ، وَهَذَا؛ لِأَنَّ وَضْعَ الْخَرَاجِ مِنْ شَرْطِهِ أَنْ يُقَرَّ أَهْلُهَا عَلَى الْكُفْرِ كَمَا فِي سَوَادِ الْعِرَاقِ وَمُشْرِكَو الْعَرَبِ لَا يُقْبَلُ مِنْهُمْ إِلَّا الْإِسْلَامُ أَوِ السَّيْفُ، وَعَمَرُ حِينَ فَتَحَ السَّوَادَ وَضَعَ الْخَرَاجَ عَلَيْهَا بِمَحْضَرٍ مِنَ الصُّحَابَةِ، وَوَضَعَ عَلَى مِصْرَ حِينَ افْتَتَحَهَا عَمْرُو بْنُ الْعَاصِ، وَكَذَا اجْتَمَعَتِ الصُّحَابَةُ عَلَى وَضْعِ الْخَرَاجِ عَلَى الشَّامِ.

(١) أخرجه أبو عبيد في الأموال (٥٧/١)، وانظر نصب الراية (٦٦١/٣).

الشرح:

(بَابُ الْعُشْرِ وَالْخَرَاجِ): لَمَّا ذَكَرَ مَا يَصِيرُ بِهِ الْحَرَبِيُّ ذِمِّيًّا شَرَعَ فِي بَيَانِ الْخَرَاجِ الَّذِي يَجِبُ عَلَيْهِ، وَذَكَرَ الْعُشْرَ اسْتَطْرَاجًا لِأَنَّهُ سَبَبُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا هُوَ الْأَرْضُ الثَّامِيَّةُ، وَقَدَّمَهُ عَلَى الْخَرَاجِ لِكَوْنِهِ مِنَ الْوُظَائِفِ الْإِسْلَامِيَّةِ. وَالْعُشْرُ بَضَمُ الْعَيْنِ أَحَدُ أَجْزَاءِ الْعَشْرَةِ، وَالْخَرَاجُ اسْمٌ لَمَّا يُخْرَجُ مِنْ غَلَّةِ الْأَرْضِ أَوْ الْعُلَامِ، ثُمَّ سُمِّيَ مَا يَأْخُذُهُ السُّلْطَانُ خَرَاجًا فَيَقَالُ أَدَّى فَلَانٌ خَرَاجَ أَرْضِهِ وَأَدَّى أَهْلُ الذِّمَّةِ خَرَاجَ رُءُوسِهِمْ: يَعْنِي الْجَزْيَةَ. وَالْعُذَيْبُ مَاءٌ لَتَمِيمٍ، وَالْحَجَرُ يَفْتَحَتَيْنِ بِمَعْنَى الصَّخْرِ لِأَنَّهُ وَقَعَ فِي أَمَالِي أَبِي يُوسُفَ: الصَّخْرُ مَوْضِعُ الْحَجَرِ، وَيَظْهَرُ مِنْ ذَلِكَ أَنَّ مَنْ رَوَى بِسُكُونِ الْجِيمِ وَقَسَرَهُ بِالْجَانِبِ فَقَدْ حَرَّفَ. وَمَهْرَةٌ بِالْفَتْحِ وَالسُّكُونِ اسْمُ رَجُلٍ، وَقِيلَ اسْمُ قَبِيلَةٍ يُنسَبُ إِلَيْهَا الْإِبِلُ الْمَهْرِيَّةُ سُمِّيَ ذَلِكَ الْمَقَامُ بِهِ فَيَكُونُ بِمَهْرَةٍ بَدَلًا مِنْ قَوْلِهِ بِالْيَمَنِ، وَهَذَا طَوْلُهَا، وَمِنْ يَبْرِينَ وَالْذَهْنَاءِ وَرَمْلٍ عَالِجٍ أَسْمَاءُ مَوَاضِعَ إِلَى مَشَارِفِ الشَّامِ: أَيُّ قَرَأَهَا عَرْضُهَا، وَالسَّوَادُ: أَيُّ أَرْضِي سَوَادِ الْعِرَاقِ: أَيُّ قَرَأَهَا سُمِّيَ بِالسَّوَادِ لِحُضْرَةِ أَشْجَارِهِ وَزُرُوعِهِ، وَحَدُّهُ عَرْضًا مِنَ الْعُذَيْبِ إِلَى عُقْبَةِ حُلُوانَ وَهُوَ اسْمُ بَلَدٍ، وَمِنْ الثَّغْلِيَّةِ وَهِيَ مَنَازِلُ الْبَادِيَةِ إِلَى عَبَادَانَ وَهُوَ حِصْنٌ صَغِيرٌ عَلَى شَطِّ الْبَحْرِ طَوْلُهُ. وَقِيلَ فِي مَوْضِعِ الثَّغْلِيَّةِ الْعَلْتُ يَفْتَحُ الْعَيْنَ وَسُكُونِ اللَّامِ، وَهِيَ قَرْيَةٌ مَوْقُوفَةٌ عَلَى الْعَلَوِيَّةِ وَهُوَ أَوَّلُ الْعِرَاقِ شَرْقِيًّا دِجْلَةً، وَكَلَامُهُ وَاضِحٌ.

قَالَ: (وَأَرْضُ السَّوَادِ مَمْلُوكَةٌ لِأَهْلِهَا يَجُوزُ بَيْعُهُمْ لَهَا وَتَصَرُّفُهُمْ فِيهَا): لِأَنَّ الْإِمَامَ إِذَا فَتَحَ أَرْضًا عَنُودَ وَقَهَرَهَا لَهُ أَنْ يَقْرَأَ أَهْلَهَا عَلَيْهَا وَيَضَعُ عَلَيْهَا وَعَلَى رُءُوسِهِمُ الْخَرَاجَ فَتَبْقَى الْأَرْضُ مَمْلُوكَةٌ لِأَهْلِهَا وَقَدْ قَدَّمَ نَاهُ مِنْ قَبْلُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (قَدَّمَ نَاهُ مِنْ قَبْلُ) يَعْنِي فِي أَوَّلِ بَابِ الْعَنَائِمِ.

قَالَ: (وَكُلُّ أَرْضٍ أَسْلَمَ أَهْلُهَا أَوْ فَتَحَتْ عَنُودَ وَقَسَمَتْ بَيْنَ الْغَانِمِينَ فَهِيَ أَرْضُ عُشْرٍ): لِأَنَّ الْحَاجَةَ إِلَى ابْتِدَاءِ التَّوْظِيفِ عَلَى الْمُسْلِمِ وَالْعُشْرُ أَلْيَقُ بِهِ لَمَّا فِيهِ مِنْ مَعْنَى الْعِبَادَةِ، وَكَذَا هُوَ أَخْفُ حَيْثُ يَتَعَلَّقُ بِنَفْسِ الْخَارِجِ. (وَكُلُّ أَرْضٍ فَتَحَتْ عَنُودَ فَأَقْرَأَ أَهْلُهَا عَلَيْهَا فَهِيَ أَرْضُ خَرَاجٍ) وَكَذَا إِذَا صَالَحَهُمْ:

لأنَّ الْحَاجَةَ إِلَى ابْتِدَاءِ التَّوْظِيفِ عَلَى الْكَافِرِ وَالْخَرَجُ أَلْيَقُ بِهِ، وَمَكَّةُ مَخْصُوصَةٌ مِنْ هَذَا، فَإِنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ فَتَحَهَا عَنْوَةً وَتَرَكَهَا لِأَهْلِهَا، وَلَمْ يُوظَّفِ الْخَرَجَ (وَفِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ كُلُّ أَرْضٍ فَتَحَتْ عَنْوَةً فَوَصَلَ إِلَيْهَا مَاءُ الْأَنْهَارِ فَهِيَ أَرْضُ خَرَجٍ، وَمَا لَمْ يَصِلْ إِلَيْهَا مَاءُ الْأَنْهَارِ وَاسْتَخْرِجَ مِنْهَا عَيْنٌ فَهِيَ أَرْضُ عُسْرٍ؛ لِأَنَّ الْعُسْرَ يَتَعَلَّقُ بِالْأَرْضِ النَّامِيَةِ، وَنَمَاؤُهَا بِمَائِهَا فَيُعْتَبَرُ السَّقْيُ بِمَاءِ الْعُسْرِ أَوْ بِمَاءِ الْخَرَجِ.

الشرح:

قَوْلُهُ وَالْخَرَجُ أَلْيَقُ بِهِ يَعْنِي مِنْ حَيْثُ إِنَّ فِيهِ مَعْنَى الْعُقُوبَةِ، وَإِنَّ فِيهِ تَغْلِيظًا لَوْجُوبِهِ وَإِنَّ لَمْ يُزْرَعْ، وَالْكَافِرُ أَلْيَقُ بِالْعُقُوبَةِ وَالتَّغْلِيظِ. وَكَانَ الْقِيَاسُ «فِي أَرْضِ مَكَّةَ أَنْ تَكُونَ خَرَجِيَّةً لِأَنَّهَا فَتَحَتْ عَنْوَةً: أَيَّ قَهْرًا، لَكِنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ لَمْ يُوظَّفِ عَلَيْهَا الْخَرَجَ»، وَكَمَا لَا رِقَّ عَلَى الْعَرَبِ فَكَذَا لَا خَرَجَ فِي أَرْضِهِمْ (قَوْلُهُ وَفِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ، إِلَى قَوْلِهِ: فَهِيَ أَرْضُ خَرَجٍ) يَعْنِي سَوَاءٌ قُسِمَتْ بَيْنَ الْعَانِمِينَ أَوْ أُقِرَّ أَهْلُهَا عَلَيْهَا، وَذَكَرَ لَفْظُ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ لِهَذِهِ الْفَائِدَةِ.

قَالَ: (وَمَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَوَاتًا فَهِيَ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ مُعْتَبَرَةٌ بِحَيِّزِهَا، فَإِنْ كَانَتْ مِنْ حَيْزِ أَرْضِ الْخَرَجِ) وَمَعْنَاهُ بِقُرْبِهِ (فَهِيَ خَرَجِيَّةٌ)، وَإِنْ كَانَتْ مِنْ حَيْزِ أَرْضِ الْعُسْرِ فَهِيَ عُسْرِيَّةٌ (وَالْبَصْرَةُ عِنْدَهُ عُسْرِيَّةٌ بِإِجْمَاعِ الصَّحَابَةِ)؛ لِأَنَّ حَيْزَ الشَّيْءِ يُعْطَى لَهُ حُكْمُهُ، كَقِفَائِهِ الدَّارِ يُعْطَى لَهُ حُكْمُ الدَّارِ حَتَّى يَجُوزَ لِمُصَاحِبِهَا الْإِنْتِفَاعَ بِهِ. وَكَذَا لَا يَجُوزُ أَخْذُ مَا قَرُبَ مِنَ الْعَامِرِ، وَكَانَ الْقِيَاسُ فِي الْبَصْرَةِ أَنْ تَكُونَ خَرَجِيَّةً؛ لِأَنَّهَا مِنْ حَيْزِ أَرْضِ الْخَرَجِ، إِلَّا أَنَّ الصَّحَابَةَ وَظَفَوا عَلَيْهَا الْعُسْرَ فَتَرَكَ الْقِيَاسُ لِإِجْمَاعِهِمْ (وَقَالَ مُحَمَّدٌ: إِنْ أَحْيَاهَا بِبُيُوتٍ حَفَرَهَا أَوْ بِعَيْنٍ اسْتَخْرَجَهَا أَوْ مَاءٍ دَجَلَةٍ أَوْ الْفُرَاتِ أَوْ الْأَنْهَارِ الْعِظَامِ الَّتِي لَا يَمْلِكُهَا أَحَدٌ فَهِيَ عُسْرِيَّةٌ) وَكَذَا إِنْ أَحْيَاهَا بِمَاءِ السَّمَاءِ (وَإِنْ أَحْيَاهَا بِمَاءِ الْأَنْهَارِ الَّتِي احْتَفَرَهَا الْأَعَاجِمُ) مِثْلَ نَهْرِ الْمَلِكِ وَنَهْرِ يَزْدَجَرِدِ (فَهِيَ خَرَجِيَّةٌ) لَمَّا ذَكَرْنَا مِنْ اعْتِبَارِ الْمَاءِ إِذْ هُوَ السَّبَبُ لِلنَّمَاءِ وَلَئِنَّهُ لَا يُمَكِّنُ تَوْظِيفَ الْخَرَجِ ابْتِدَاءً عَلَى الْمُسْلِمِ كَرَهَا فَيُعْتَبَرُ فِي ذَلِكَ الْمَاءُ؛ لِأَنَّ السَّقْيَ بِمَاءِ الْخَرَجِ دَلَالَةٌ لِلتَّزَامِهِ.

الشرح:

(قَوْلُهُ وَمَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَوَاتًا فَهِيَ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ مُعْتَبَرَةٌ بِحَيِّزِهَا) قِيلَ هَذَا

الإطلاقُ مَحْمُولٌ عَلَى الْمُقَيَّدِ، وَهُوَ مَا إِذَا كَانَ الْمُحْيِي مُسْلِمًا، وَأَمَّا إِذَا كَانَ ذِمِّيًّا فَعَلَيْهِ
الْخَرَاجُ وَإِنْ كَانَتْ مِنْ حِيزِ أَرْضِ الْعُشْرِ، وَإِذَا كَانَ هَذَا مُقَيَّدًا بِكَوْنِهِ مُسْلِمًا وَجَبَ أَنْ
يُقَيَّدَ قَوْلُهُمُ الْمُسْلِمَ لَا يَبْتَدَأُ بِتَوْطِيفِ الْخَرَاجِ بِأَلْفِهِ إِذَا لَمْ يَكُنْ مِنْهُ صَنِيعٌ يَقْتَضِي ذَلِكَ وَهُوَ
السَّقْيُ مِنْ مَاءِ الْخَرَاجِ، إِذَا الْخَرَاجُ يَجِبُ جَبْرًا لِلْمُقَاتِلَةِ فَيَخْتَصُّ وَجُوبُ الْخَرَاجِ بِمَا
يُسْقَى بِمَاءِ حِمَّتِهِ الْمُقَاتِلَةُ، وَالْمَاءُ الَّذِي حِمَّتُهُ الْمُقَاتِلَةُ مَاءُ الْخَرَاجِ، فَلِهَذَا يَجِبُ الْخَرَاجُ إِذَا
سَقَاهُ بِمَاءِ الْخَرَاجِ، إِلَى هَذَا أَشَارَ شَمْسُ الْأُئِمَّةِ (قَوْلُهُ وَالْبَصْرَةُ عِنْدَهُ عَشْرِيَّةٌ) جَوَابُ
إِشْكَالٍ يَرُدُّ عَلَى قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ فِيمَا ذَكَرَ أَنَّ الْإِحْيَاءَ فِي حِيزِ الْأَرْضِ الْخَرَاجِيَّةِ يَجْعَلُ
الْأَرْضَ خَرَاجِيَّةً، وَالْبَصْرَةُ فِي حِيزِ الْأَرْضِ الْخَرَاجِيَّةِ وَإِنْ أَحْيَا فِيهَا مُسْلِمٌ يَجِبُ عَلَيْهِ
الْعُشْرُ.

وَوَجْهُهُ أَنَّ الْقِيَاسَ ذَلِكَ لَكِنْ تُرِكَ ذَلِكَ بِإِجْمَاعِ الصَّحَابَةِ (قَوْلُهُ لِأَنَّ حِيزَ الشَّيْءِ
يُعْطَى لَهُ حُكْمُهُ) دَلِيلُ أَبِي يُوسُفَ عَلَى مَذْهَبِهِ (قَوْلُهُ كَفَنَاءُ الدَّارِ) يَعْنِي فَنَاءَ الدَّارِ يُعْطَى
لَهُ حُكْمُ الدَّارِ فِي حَقِّ الِاتِّفَاعِ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ الْفَنَاءُ مَمْلُوكًا لِصَاحِبِ الدَّارِ لَا تُصَالِهِ
بِمِلْكِهِ، فَكَذَا هَاهُنَا تُعْطَى هَذِهِ الْأَرْضُ الْحَيَاةُ حُكْمَ جَوَارِهَا لَا تُصَالُهَا بِهِ، وَلَا يُظَنُّ فِي
إِعَادَةِ قَوْلِهِ: " وَكَانَ الْقِيَاسُ فِي الْبَصْرَةِ أَنْ تَكُونَ خَرَاجِيَّةً " تَكَرَّرَ لِأَنَّ الْأَوَّلَ رِوَايَةُ
الْقُدُورِيِّ وَالثَّانِي ذَكَرَهُ شَرْحًا لِلذَّكَاءِ. وَنَهَى الْمَلِكَ عَلَى طَرِيقِ الْكُوفَةِ مِنْ بَغْدَادَ،
وَيَزْدَجِرْدُ مَلِكٌ مِنْ مُلُوكِ الْعَجَمِ (قَوْلُهُ لَمَّا ذَكَرْتَا) مِنْ قَبْلُ إِشَارَةً إِلَى قَوْلِهِ لِأَنَّ الْعُشْرَ
يَتَعَلَّقُ بِالْأَرْضِ النَّامِيَةِ وَنَمَاؤُهَا بِمَائِهَا.

قَالَ (؛ وَالْخَرَاجُ الَّذِي وَضَعَهُ عُمَرُ عَلَى أَهْلِ السَّوَادِ مِنْ كُلِّ جَرِيبٍ يَبْلُغُهُ الْمَاءُ قَفِيرٌ
هَاشِمِيٌّ وَهُوَ الصَّاعُ وَدِرْهَمٌ، وَمِنْ جَرِيبِ الرُّطْبَةِ خَمْسَةُ دَرَاهِمٍ وَمِنْ جَرِيبِ الْكَرْمِ الْمُتَّصِلِ
وَالنَّخِيلِ الْمُتَّصِلِ عَشْرَةُ دَرَاهِمٍ) وَهَذَا هُوَ الْمَنْقُولُ عَنْ عُمَرَ، فَإِنَّهُ بَعَثَ عُثْمَانُ بْنُ حُنَيْفٍ
حَتَّى يَمْسَحَ سَوَادَ الْعِرَاقِ، وَجَعَلَ حَذِيفَةً مُشْرِفًا عَلَيْهِ، فَمَسَحَ فَبَلَغَ سِتًّا وَثَلَاثِينَ أَلْفَ أَلْفِ
جَرِيبٍ وَوَضَعَ عَلَى ذَلِكَ مَا قُلْنَا، وَكَانَ ذَلِكَ بِمَحْضَرٍ مِنَ الصَّحَابَةِ مِنْ غَيْرِ نَكِيرٍ فَكَانَ
إِجْمَاعًا مِنْهُمْ. وَلِأَنَّ الْمُؤَنَ مُتَّفَاوِتَةً فَالْكَرْمُ أَخْفَاهُ مُؤَنَةً وَالْمَزَارِعُ أَكْثَرُهَا مُؤَنَةً وَالرُّطْبُ
بَيْنَهُمَا، وَالْوُظَيْفَةُ تَتَّفَاوَتْ بِتَفَاوُتِهَا فَجُعِلَ الْوَاجِبُ فِي الْكَرْمِ أَعْلَاهَا وَفِي الزَّرْعِ أَدْنَاهَا
وَفِي الرُّطْبَةِ أَوْسَطُهَا. قَالَ: (وَمَا سِوَى ذَلِكَ مِنَ الْأَصْنَافِ كَالزَّعْفَرَانِ وَالْبُسْتَانِ وَغَيْرِهِ

يُوضَعُ عَلَيْهَا بِحَسَبِ الطَّاقَةِ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ فِيهِ تَوْظِيفُ عُمَرٍ وَقَدْ اعْتَبَرَ الطَّاقَةَ فِي ذَلِكَ فَتَعْتَبَرُهَا فِيمَا لَا تَوْظِيفَ فِيهِ. قَالُوا: وَنَهَايَةُ الطَّاقَةِ أَنْ يَبْلُغَ الْوَاجِبُ نِصْفَ الْخَارِجِ لَا يَزَادُ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّ التَّنْصِيفَ عَيْنُ الْإِنْصَافِ لَمَّا كَانَ لَنَا أَنْ نَقْسِمَ الْكُلَّ بَيْنَ الْغَانِمِينَ. وَالْبُسْتَانُ كُلُّ أَرْضٍ يَحُوطُهَا حَائِطٌ وَفِيهَا نَخِيلٌ مُتَفَرِّقَةٌ وَأَشْجَارٌ أُخَرُ وَفِي دِيَارِنَا وَظَفُوا مِنَ الدَّرَاهِمِ فِي الْأَرْضِي كُلِّهَا وَتَرِكَ كَذَلِكَ؛ لِأَنَّ التَّقْدِيرَ يَجِبُ أَنْ يَكُونَ بِقَدْرِ الطَّاقَةِ مِنْ أَيِّ شَيْءٍ كَانَ.

قَالَ (فَإِنْ لَمْ تُطِيقْ مَا وَضَعَ عَلَيْهَا نَقَصَهُمُ الْإِمَامُ) وَالنَّقْصَانُ عِنْدَ قِلَتِ الرَّبْعِ جَائِزٌ بِالْإِجْمَاعِ؛ أَلَا تَرَى إِلَى قَوْلِ عُمَرَ: لَعَلَّكُمْ حَمَلْتُمَا الْأَرْضَ مَا لَا تُطِيقُ، فَقَالَا: لَا بَلْ حَمَلْنَاهَا مَا تُطِيقُ، وَلَوْ زِدْنَا لِطَاقَتِ. وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى جَوَازِ النَّقْصَانِ، وَأَمَّا الزِّيَادَةُ عِنْدَ زِيَادَةِ الرَّبْعِ يَجُوزُ عِنْدَ مُحَمَّدٍ اعْتِبَارًا بِالنَّقْصَانِ، وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ لَا يَجُوزُ؛ لِأَنَّ عُمَرَ لَمْ يَزِدْ حِينَ أَخْبَرَ بِزِيَادَةِ الطَّاقَةِ (وَأِنْ غَلَبَ عَلَى أَرْضِ الْخَرَاجِ الْمَاءُ أَوْ انْقَطَعَ الْمَاءُ عَنْهَا أَوْ اصْطَلَمَ الزَّرْعُ أَفَتًا فَلَا خَرَاجَ عَلَيْهِ) لِأَنَّهُ فَاتَ التَّمَكُّنُ مِنَ الزَّرَاعَةِ وَهُوَ النَّمَاءُ التَّقْدِيرِيُّ الْمُعْتَبَرُ فِي الْخَرَاجِ، وَفِيمَا إِذَا اصْطَلَمَ الزَّرْعُ أَفَتًا فَاتَ النَّمَاءُ التَّقْدِيرِيُّ فِي بَعْضِ الْحَوْلِ وَكَوْنُهُ نَامِيًا فِي جَمِيعِ الْحَوْلِ شَرْطٌ كَمَا فِي مَالِ الزَّكَاةِ أَوْ يُدَارُ الْحُكْمُ عَلَى الْحَقِيقَةِ عِنْدَ خُرُوجِ الْخَارِجِ. قَالَ (وَأِنْ عَطَلَهَا صَاحِبُهَا فَعَلَيْهِ الْخَرَاجُ؛ لِأَنَّ التَّمَكُّنَ كَانَ ثَابِتًا وَهُوَ الَّذِي قُوَّتُهُ. قَالُوا: مَنْ انْتَقَلَ إِلَى أَحْسَنِ الْأَمْرَيْنِ مِنْ غَيْرِ عُدْرٍ فَعَلَيْهِ خَرَاجُ الْأَعْلَى؛ لِأَنَّهُ هُوَ الَّذِي ضَيَّعَ الزِّيَادَةَ، وَهَذَا يُعْرِفُ وَلَا يُفْتَى بِهِ كَيْ لَا يَتَجَرَّ الظُّلْمَةُ عَلَى أَخْذِ أَمْوَالِ النَّاسِ.

الشرح:

قَالَ (وَالْخَرَاجُ الَّذِي وَضَعَهُ عُمَرُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ) اعْلَمْ أَنَّ الْخَرَاجَ عَلَى تَوْعَيْنٍ: خَرَاجُ وَظِيفَةٍ وَهُوَ أَنْ يَكُونَ الْوَاجِبُ فِي الذَّمَّةِ يَتَعَلَّقُ بِالتَّمَكُّنِ مِنَ الْاِئْتِمَاعِ بِالْأَرْضِ (فِي كُلِّ جَرِيبٍ) وَهُوَ أَرْضٌ طُولُهَا سِتُّونَ ذِرَاعًا وَعَرْضُهَا سِتُّونَ بِذِرَاعِ الْمَلِكِ كِسْرَى وَهُوَ يَزِيدُ عَلَى ذِرَاعِ الْعَامَّةِ بِقَبْضَةٍ (قَفِيزٌ هَاشِمِيٌّ وَهُوَ الصَّاعُ) مِنْ حِنْطَةٍ أَوْ شَعِيرٍ عَلَى مَا قَالَ الْإِمَامُ قَاضِي خَانَ فِي قُتُوَاهُ أَوْ مِمَّا يُزْرَعُ فِيهَا عَلَى مَا ذَكَرَ فِي شَرْحِ الطَّحَاوِيِّ (وَدَرَاهِمَ) قَوْلُهُ فَالْكَرْمُ أَخْفُهَا يَعْنِي وَأَكْثَرُهَا رِبْعًا لِأَنَّهُ يَبْقَى عَلَى الْأَبَدِ بِلَا مُؤَنَّةٍ (وَالْمَزَارِعُ أَكْثَرُهَا مُؤَنَّةً) لَاحْتِيَاجِهَا إِلَى الزَّرَاعَةِ وَإِلْقَاءِ الْبَذْرِ فِي كُلِّ عَامٍ (وَالرُّطْبُ

بَيْنَهُمَا) لِأَنَّهَا تَبْقَى أَغْوَامًا وَلَا تَدُومُ دَوَامَ الْكُرُومِ فَكَانَتْ مُؤْتَتْهَا فَوْقَ مُؤْتَةِ الْكُرُومِ
وَدُونَ مُؤْتَةِ الْمَزَارِعِ. وَخَرَجُ مِقَاسَمَةٍ وَهُوَ أَنْ يَكُونَ الْوَاجِبُ شَيْئًا مِنَ الْخَرَاجِ كَالْخُمْسِ
وَالسُّدُسِ وَنَحْوِ ذَلِكَ (لَأَنَّهُ لَيْسَ فِيهِ تَوْظِيفُ عُمَرٍ) فَتَعْتَبَرُ فِيهِ الطَّاقَةُ كَمَا اعْتَبَرَهَا فِي
الْمَوْظَفِ، وَمِنْ الْإِنْصَافِ أَنْ لَا يُزَادَ عَلَى النِّصْفِ (قَوْلُهُ وَالْبُسْتَانُ كُلُّ أَرْضٍ يَحُوطُهَا
حَائِطٌ) ظَاهِرٌ (وَإِنْ غَلَبَ عَلَى أَرْضِ الْخَرَاجِ الْمَاءُ أَوْ الْقَطْعَ عَنْهَا فَلَا خَرَاجَ عَلَيْهِ)
بِالِاتِّفَاقِ لِأَنَّهُ فَاتَ التَّمَكُّنُ مِنَ الزَّرَاعَةِ وَهُوَ النَّمَاءُ التَّقْدِيرِيُّ الْمُعْتَبَرُ فِي الْخَرَاجِ، وَفِيمَا إِذَا
اصْطَلَمَ الزَّرْعُ آفَةً) أَيِ اسْتَأْصَلَهُ حَرٌّ شَدِيدٌ أَوْ بَرْدٌ شَدِيدٌ أَوْ نَحْوُ ذَلِكَ فَلَا خَرَاجَ
أَيْضًا (لَأَنَّهُ فَاتَ النَّمَاءُ التَّقْدِيرِيُّ) الَّذِي أُقِيمَ مَقَامَ النَّمَاءِ الْحَقِيقِيِّ (فِي بَعْضِ الْحَوْلِ
وَكَوْنُهُ نَامِيًا فِي جَمِيعِ الْحَوْلِ شَرْطٌ كَمَا فِي مَالِ الزَّكَاةِ) فَإِنْ مَنْ اشْتَرَى جَارِيَةً
لِلتَّجَارَةِ فَمَضَى عَلَيْهَا سِتَّةَ أَشْهُرٍ ثُمَّ نَوَاهَا لِلْخِدْمَةِ سَقَطَتِ الزَّكَاةُ لِأَنَّهَا لَمْ تَبْقَ نَامِيَةً
فِي جَمِيعِ الْحَوْلِ (أَوْ) يُقَالُ (يُذَارُ الْحُكْمُ عَلَى الْحَقِيقَةِ عِنْدَ خُرُوجِ الْخَرَاجِ) يَعْنِي أَنْ
النَّمَاءَ التَّقْدِيرِيَّ كَانَ قَائِمًا مَقَامَ الْحَقِيقِيِّ، فَلَمَّا وَجَدَ الْحَقِيقِيُّ تَعَلَّقَ الْحُكْمُ بِهِ لِكَوْنِهِ
الْأَصْلُ وَقَدْ هَلَكَ فِيهِلِكَ مَعَهُ الْخَرَاجُ. فَإِنْ قِيلَ: إِذَا اسْتَأْجَرَ أَرْضًا لِلزَّرَاعَةِ فَاصْطَلَمَ
الزَّرْعُ آفَةً لَمْ تَسْقُطِ الْأَجْرَةُ فَمَا الْفَرْقُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْخَرَاجِ؟ أَجِيبَ بِأَنَّ الْأَجْرَ يَجِبُ إِلَى
وَقْتُ هَلَاكِ الزَّرْعِ لَا بَعْدَهُ، وَلَيْسَ الْأَجْرُ كَالْخَرَاجِ لِأَنَّهُ وُضِعَ عَلَى مِقْدَارِ الْخَرَاجِ إِذَا
صَلَحَتِ الْأَرْضُ لِلزَّرَاعَةِ، فَإِذَا لَمْ يَخْرُجْ شَيْءٌ جَارَ اسْقَاطُهُ وَالْأَجْرُ لَمْ يُوضَعْ عَلَى مِقْدَارِ
الْخَرَاجِ فَجَارَ إِجْبَاؤُهُ وَإِنْ لَمْ تُخْرَجْ. ثُمَّ قَالَ مَشَايخُنَا: مَا ذَكَرَ فِي الْكِتَابِ أَنَّ الْخَرَاجَ
يَسْقُطُ بِالْإِصْطِلَامِ مَحْمُولٌ عَلَى مَا إِذَا لَمْ يَبْقَ مِنَ السَّنَةِ مِقْدَارٌ مَا يُمَكِّنُ أَنْ تُزْرَعَ
الْأَرْضُ ثَانِيًا، أَمَّا إِذَا بَقِيَ فَلَا يَسْقُطُ الْخَرَاجُ. قَالَ (وَإِنْ عَطَلَهَا صَاحِبُهَا فَعَلَيْهِ الْخَرَاجُ)
إِذَا عَطَلَ الْأَرْضَ الْخَرَاجِيَّةَ صَاحِبُهَا فَعَلَيْهِ الْخَرَاجُ لِأَنَّ التَّمَكُّنَ كَانَ ثَابِتًا وَهُوَ الَّذِي
فَوَّتُهُ. قِيلَ هَذَا إِذَا كَانَتْ الْأَرْضُ صَالِحَةً لِلزَّرَاعَةِ وَالْمَالِكُ مُتَمَكِّنٌ مِنَ الزَّرَاعَةِ وَعَطَلَهَا،
أَمَّا إِذَا عَجَزَ الْمَالِكُ عَنِ الزَّرَاعَةِ بِاعْتِبَارِ عَدَمِ قُوَّتِهِ وَأَسْبَابِهِ فَلِلْإِمَامِ أَنْ يَذْفَعَهَا إِلَى غَيْرِهِ
مُزَارَعَةً وَيَأْخُذَ الْخَرَاجَ مِنْ نَصِيبِ الْمَالِكِ وَيُمْسِكُ الْبَاقِي لَهُ، وَإِنْ شَاءَ أَجَرَهَا وَأَخَذَ
ذَلِكَ مِنَ الْأَجْرَةِ، وَإِنْ شَاءَ زَرَعَهَا بِنَفَقَةٍ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ، فَإِنْ لَمْ يَتِمَّكَنْ وَلَمْ يَجِدْ مَنْ
يَقْبَلُ ذَلِكَ بَاعَهَا وَأَخَذَ الْخَرَاجَ مِنْ ثَمَنِهَا، وَهَذَا بِلا خِلَافٍ وَإِنْ كَانَ فِيهِ نَوْعٌ حَجَرٍ

وَهُوَ ضَرَرٌ وَلَكِنَّهُ إِلْحَاقُ ضَرَرٍ بِوَاحِدٍ لِلْعَامَّةِ (قَوْلُهُ قَالُوا) يَعْنِي الْمَشَايخَ (مَنْ اِتَّقَلَ إِلَى أَحْسَنِ الْأَمْرَيْنِ مِنْ غَيْرِ غُذْرٍ) بِأَنْ كَانَتْ الْأَرْضُ صَالِحَةً لِلزَّرَاعَةِ لِلأَعْلَى وَهُوَ الزُّعْفَرَانُ مَثَلًا فَزَرَعَ الشَّعِيرَ مَثَلًا. (وَجَبَ خَرَاغُ الزُّعْفَرَانِ لِأَنَّهُ هُوَ الَّذِي ضَيَّعَ الزِّيَادَةَ، وَهَذَا يُعْرَفُ وَلَا يُفْتَى بِهِ كَيْ لَا يَتَجَرَّأُ الظَّلْمَةُ عَلَى أَخْذِ أَمْوَالِ النَّاسِ) وَرَدَّ بِأَنَّهُ كَيْفَ يَجُوزُ الْكُثْمَانُ وَأَنَّهُمْ لَوْ أَخَذُوا كَانَ فِي مَوْضِعِهِ لَكُونُهُ وَاجِبًا، وَأُجِيبَ بِأَنَّا لَوْ أَفْتَيْنَا بِذَلِكَ لَادَّعَى كُلُّ ظَالِمٍ فِي أَرْضٍ لَيْسَ شَأْنُهَا ذَلِكَ أَنَّهَا قَبْلَ هَذَا كَانَتْ تُزْرَعُ الزُّعْفَرَانُ فَيَأْخُذُ خَرَاغَ ذَلِكَ وَهُوَ ظَلَمٌ وَعُدْوَانٌ.

(وَمَنْ أَسْلَمَ مِنْ أَهْلِ الْخَرَاغِ أَخَذَ مِنْهُ الْخَرَاغُ عَلَى حَالِهِ؛ لِأَنَّهُ فِيهِ مَعْنَى الْمُؤَنَةِ فَيُعْتَبَرُ مُؤَنَةً فِي حَالَةِ الْبَقَاءِ فَأَمَّا إِبْقَاؤُهُ عَلَى الْمُسْلِمِ (وَيَجُوزُ أَنْ يَشْتَرِيَ الْمُسْلِمُ أَرْضَ الْخَرَاغِ مِنَ الدَّمِيِّ وَيُؤْخَذَ مِنْهُ الْخَرَاغُ لَمَّا قُلْنَا)، وَقَدْ صَحَّ أَنَّ الصَّحَابَةَ اشْتَرَوْا أَرْضِي الْخَرَاغِ وَكَانُوا يُؤْذِنُونَ خَرَاغَهَا، فَدَلَّ عَلَى جَوَازِ الشَّرَاءِ وَأَخْذِ الْخَرَاغِ وَأَدَائِهِ لِلْمُسْلِمِ مِنْ غَيْرِ كَرَاهَةٍ (وَلَا عُسْرَ فِي الْخَارِجِ مِنْ أَرْضِ الْخَرَاغِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يُجْمَعُ بَيْنَهُمَا؛ لِأَنَّهُمَا حَقَّانِ مُخْتَلَفَانِ وَجِبَا فِي مَحَلِّينِ بِسَبَبَيْنِ مُخْتَلَفَيْنِ فَلَا يَتَنَافَيَانِ. وَلَنَا قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «لَا يَجْتَمِعُ عُسْرٌ وَخَرَاغٌ فِي أَرْضٍ مُسْلِمٍ»^(١)، وَلَأَنَّ أَحَدًا مِنَ أَيْمَتِ الْعَدْلِ وَالْجَوْرِ لَمْ يَجْمَعْ بَيْنَهُمَا، وَكَفَى بِإِجْمَاعِهِمْ حُجَّتًا؛ وَلَأَنَّ الْخَرَاغَ يَجِبُ فِي أَرْضٍ فَتَحَتِ عَنُودَ قَهْرًا، وَالْعُسْرُ فِي أَرْضٍ أَسْلَمَ أَهْلُهَا طَوْعًا، وَالْوُصْفَانِ لَا يَجْتَمِعَانِ فِي أَرْضٍ وَاحِدَةٍ، وَسَبَبُ الْحَقِّينِ وَاحِدٌ وَهُوَ الْأَرْضُ النَّامِيَةُ إِلَّا أَنَّهُ يُعْتَبَرُ فِي الْعُسْرِ تَحْقِيقًا وَفِي الْخَرَاغِ تَقْدِيرًا، وَلِهَذَا يُضَافَانِ إِلَى الْأَرْضِ، وَعَلَى هَذَا الْخِلَافِ الزَّكَاةُ مَعَ أَحَدِهِمَا.

الشرح:

(قَوْلُهُ وَمَنْ أَسْلَمَ مِنْ أَهْلِ الْخَرَاغِ) ظَاهِرٌ. قَوْلُهُ مِنْ غَيْرِ كَرَاهَةٍ احْتِرَازٌ عَمَّا يَقُولُهُ الْمُتَقَشِّفَةُ وَهُمْ طَائِفَةٌ مِنَ الصُّوفِيَّةِ إِنَّهُ مَكْرُوهٌ، لِأَنَّ «التَّيَّيَّ» ﷺ رَأَى شَيْئًا مِنْ آيَاتِ الْحِرَاةِ فَقَالَ: مَا دَخَلَ هَذَا بَيْتَ قَوْمٍ إِلَّا ذُلُّوا» ظَنُّوا أَنَّ الْمُرَادَ بِالذُّلِّ التَّزَامُ الْخَرَاغِ وَلَيْسَ كَذَلِكَ، بَلِ الْمُرَادُ أَنَّ الْمُسْلِمِينَ إِذَا اشْتَعَلُوا بِالزَّرَاعَةِ وَاتَّبَعُوا أَذْنَابَ الْبَقَرِ وَقَعَدُوا عَنْ الْجِهَادِ كَرَّ عَلَيْهِمْ عَدُوُّهُمْ وَجَعَلَهُمْ أَذِلَّةً، وَلَأَنَّ الصَّغَارَ إِنْ كَانَ قَائِمًا يَكُونُ فِي الْوَضْعِ

(١) أخرجه ابن عدي في الكامل (٢٥٥/٧)، وانظر نصب الراية (٦٦٧/٣).

إِبْتِدَاءً وَأَمَّا بَقَاءُ فَلَا، بِخِلَافِ خَرَجِ الرُّعُوسِ فَإِنَّهُ ذُلٌّ وَصَغَارٌ إِبْتِدَاءً وَبَقَاءٌ فَلِذَلِكَ لَا يَبْقَى بَعْدَ الْإِسْلَامِ.

(قَوْلُهُ وَجِبَا فِي مَحَلِّينَ بِسَبَبَيْنِ مُخْتَلَفَيْنِ) يَعْنِي وَلِمَصْرَفَيْنِ مُخْتَلَفَيْنِ، أَمَّا اخْتِلَافُ الْمَحَلِّ فَلَأَنَّ الْخَرَاجَ فِي ذِمَّةِ الْمَالِكِ وَالْعُشْرَ فِي الْخَارِجِ، وَأَمَّا اخْتِلَافُ السَّبَبِ فَلَأَنَّ سَبَبَ الْخَرَاجِ الْأَرْضُ النَّامِيَةُ تَقْدِيرًا، وَسَبَبُ الْعُشْرِ الْأَرْضُ النَّامِيَةُ تَحْقِيقًا. وَأَمَّا اخْتِلَافُ الْمَصْرَفِ فَإِنَّ مَصْرَفَ الْخَرَاجِ الْمُقَاتِلَةَ وَمَصْرَفَ الْعُشْرِ الْفُقَرَاءَ (فَلَا يَتَنَافِيَانِ) لِأَنَّ التَّنَافِيَّ إِذَا يَتَحَقَّقُ بِإِتِّحَادِ الْمَحَلِّ (وَلَنَا قَوْلُهُ ﷺ: «لَا يَجْتَمِعُ عُشْرٌ وَخَرَاجٌ فِي أَرْضٍ مُسْلِمٍ»)
رَوَاهُ أَبُو حَنِيفَةَ عَنْ حَمَّادٍ عَنْ إِبْرَاهِيمَ عَنْ عَلْقَمَةَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ. قَوْلُهُ وَالْوَصْفَانِ لَا يَجْتَمِعَانِ) لِأَنَّ الطَّوْعَ ضِدُّ الْكُرْهِ الْحَاصِلِ مِنَ الْقَهْرِ، وَإِذَا لَمْ يَجْتَمِعِ السَّبَبَانِ لَمْ يَتَبَيَّنْ الْحُكْمَانِ (قَوْلُهُ وَلِهَذَا يُضَافَانِ إِلَى الْأَرْضِ) يُقَالُ عُشْرُ الْأَرْضِ وَخَرَاجُ الْأَرْضِ. وَقَوْلُهُ (وَعَلَى هَذَا الْخِلَافِ الزَّكَاةُ مَعَ أَحَدِهِمَا) أَيُّ الْعُشْرِ أَوْ الْخَرَاجِ.

صُورَتُهُ: رَجُلٌ اشْتَرَى أَرْضَ عُشْرِ أَوْ خَرَاجٍ لِلتَّجَارَةِ لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ زَكَاةُ التَّجَارَةِ مَعَ الْعُشْرِ أَوْ خَرَاجٍ وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ. وَمَقَرَّعُهُمَا تَوْهُمُ اخْتِلَافِ الْمَحَلِّينِ أَنَّ مَحَلَّ الْعُشْرِ الْخَارِجُ وَمَحَلَّ الزَّكَاةِ عَيْنُ مَالِ التَّجَارَةِ وَهُوَ الْأَرْضُ فَلَمْ يَجْتَمِعَا فِي مَحَلٍّ وَاحِدٍ، فَوُجُوبُ أَحَدِهِمَا لَا يَمْنَعُ وَجُوبَ الْآخَرِ كَالَّذِينَ مَعَ الْعُشْرِ. وَلَنَا أَنَّ الْمَحَلَّ وَاحِدٌ لِأَنَّ كُلًّا مِنْهُمَا مُؤْتَاةُ الْأَرْضِ النَّامِيَةِ، وَكَذَلِكَ الزَّكَاةُ وَظِيفَةُ الْمَالِ النَّامِيِ وَهُوَ الْأَرْضُ، وَكُلُّ مِنْهُمَا يَجِبُ حَقًّا لِلَّهِ تَعَالَى فَلَا يَجِبُ بِسَبَبِ مَلِكٍ مَالٍ وَاحِدٍ حَقًّا لِلَّهِ تَعَالَى، كَمَا لَا تَجِبُ زَكَاةُ السَّائِمَةِ وَزَكَاةُ التَّجَارَةِ بِاعْتِبَارِ مَالٍ وَاحِدٍ. وَإِذَا ثَبَتَ أَنَّهُ لَا وَجْهَ لِلْجَمْعِ بَيْنَهُمَا.

قُلْنَا الْعُشْرُ وَالْخَرَاجُ صَارَا وَظِيفَتَيْنِ لَارِمَتَيْنِ لِهَذِهِ الْأَرْضِ فَلَا يَسْقُطَانِ بِإِسْقَاطِ الْمَالِكِ وَهُوَ أَسْبَقُ ثُبُوتًا مِنْ زَكَاةِ التَّجَارَةِ الَّتِي كَانَ وَجُوبُهَا بِنِيَّةٍ فَلِهَذَا بَقِيََتْ عُشْرِيَّةٌ وَخَرَاجِيَّةٌ كَمَا كَانَتْ وَبِقَوْلِهِ وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَجِبُ حَقًّا لِلَّهِ خَرَجَ الْجَوَابُ عَنْ وَجُوبِ الدِّينِ مَعَ الْعُشْرِ، فَإِنَّ الدِّينَ يَجِبُ لِلْعَبْدِ وَالْعُشْرُ لِلَّهِ تَعَالَى فَلَا تَنَافِيَّ بَيْنَهُمَا فَيَجِبَانِ وَإِنْ كَانَا بِسَبَبِ مَلِكٍ وَاحِدٍ، وَالْبَاقِي ظَاهِرٌ.

(وَلَا يَتَكَرَّرُ الْخَرَاجُ بِتَكَرُّرِ الْخَارِجِ فِي سَنَتَيْنِ)؛ لِأَنَّ عُمَرَ لَمْ يُوظِّفْهُ مُكَرَّرًا، بِخِلَافِ

الْعُشْرِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَتَحَقَّقُ عُشْرًا إِلَّا بِوُجُوبِهِ فِي كُلِّ خَارِجٍ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

بَابُ الْجِزْيَةِ

(وَهِيَ عَلَى ضَرَبَيْنِ: جِزْيَةٌ تُوضَعُ بِالتَّرَاضِي وَالصُّلْحِ فَتَتَقَدَّرُ بِحَسَبِ مَا يَقَعُ عَلَيْهِ
الِاتِّفَاقُ) كَمَا «صَالِحَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ أَهْلَ نَجْرَانَ عَلَى أَلْفٍ وَمِائَتِي حُلَّةٍ»^(١)، وَلَأَنَّ الْمَوْجِبَ
هُوَ التَّرَاضِي فَلَا يَجُوزُ التَّعَدِّي إِلَى غَيْرِ مَا وَقَعَ عَلَيْهِ الْإِتِّفَاقُ (وَجِزْيَةٌ يَبْتَدِئُ الْإِمَامُ
وَضَعَهَا إِذَا غَلَبَ الْإِمَامُ عَلَى الْكُفَّارِ، وَأَقْرَهُمْ عَلَى أَمْلَاكِهِمْ، فَيَضَعُ عَلَى الْغَنِيِّ الظَّاهِرِ
الْغَنَى فِي كُلِّ سَنَةٍ ثَمَانِيَّةً وَأَرْبَعِينَ دِرْهَمًا يَأْخُذُ مِنْهُمْ فِي كُلِّ شَهْرٍ أَرْبَعَةَ دَرَاهِمَ. وَعَلَى
وَسَطِ الْحَالِ أَرْبَعَةَ وَعِشْرِينَ دِرْهَمًا فِي كُلِّ شَهْرٍ دِرْهَمَيْنِ، وَعَلَى الْفَقِيرِ الْمُعْتَمِلِ اثْنِي
عَشَرَ دِرْهَمًا فِي كُلِّ شَهْرٍ دِرْهَمًا) وَهَذَا عِنْدَنَا. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يَضَعُ عَلَى كُلِّ حَالِمٍ
دِينَارًا أَوْ مَا يَعْدِلُ الدِّينَارَ، وَالْغَنِيُّ وَالْفَقِيرُ فِي ذَلِكَ سَوَاءٌ «لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ
لَمُعَاذٍ: خُذْ مِنْ كُلِّ حَالِمٍ وَحَالِمَةٍ دِينَارًا أَوْ عِدْلَهُ مَعَاْفِرٍ»^(٢) مِنْ غَيْرِ فَصْل.

وَلَأَنَّ الْجِزْيَةَ إِنَّمَا وَجِبَتْ بَدَلًا عَنِ الْقَتْلِ حَتَّى لَا تَجِبَ عَلَى مَنْ لَا يَجُوزُ قَتْلُهُ بِسَبَبِ
الْكُفْرِ كَالذَّرَارِيِّ وَالنِّسْوَانِ، وَهَذَا الْمَعْنَى يَنْتَظِمُ الْفَقِيرُ وَالْغَنِيُّ. وَمَذْهَبُنَا مَنْقُولٌ عَنْ عُمَرَ
وَعُثْمَانَ وَعَلِيٍّ، وَلَمْ يَنْكُرْ عَلَيْهِمْ أَحَدٌ مِنَ الْمُهَاجِرِينَ وَالْأَنْصَارِ؛ وَلَأَنَّهُ وَجِبَ نُصْرَةٌ لِلْمُقَاتِلَةِ
فَتَجِبُ عَلَى التَّفَاوُتِ بِمَنْزِلَةِ خَرَاجِ الْأَرْضِ، وَهَذَا لِأَنَّهُ وَجِبَ بَدَلًا عَنِ النُّصْرَةِ بِالنَّفْسِ وَالْمَالِ
وَذَلِكَ يَتَفَاوَتُ بِكَثْرَةِ الْوَفْرِ وَقِلَّتِهِ، فَكَذَا أَجْرَتُهُ هُوَ بَدَلُهُ، وَمَا رَوَاهُ مَحْمُولٌ عَلَى أَنَّهُ كَانَ ذَلِكَ
صُلْحًا، وَلِهَذَا أَمَرَهُ بِالْأَخْذِ مِنَ الْحَالِمَةِ وَإِنْ كَانَتْ لَا يُؤْخَذُ مِنْهَا الْجِزْيَةُ.

الشرح:

(بَابُ الْجِزْيَةِ): لَمَّا فَرَّغَ مِنْ ذِكْرِ خَرَاجِ الْأَرْضِ ذَكَرَ فِي هَذَا الْبَابِ خَرَاجَ
الرُّعُوسِ وَهُوَ الْجِزْيَةُ، إِلَّا أَنَّهُ قَدَّمَ الْأَوَّلَ لِأَنَّ الْعُشْرَ يُشَارِكُهُ فِي سَبَبِهِ، وَفِي الْعُشْرِ مَعْنَى
الْقُرْبَةِ وَبَيَانُ الْقُرْبَاتِ مُقَدَّمٌ. وَالْجِزْيَةُ اسْمٌ لَمَّا يُؤْخَذُ مِنْ أَهْلِ الذِّمَّةِ وَالْجَمْعُ الْجِزْيُ
كَاللَّحْيَةِ وَاللَّحَى، وَإِنَّمَا سُمِّيَتْ بِهَا لِأَنَّهَا تُجْزَى عَنِ الذِّمَّةِ: أَيُّ تَقْضِي وَتَكْفِي عَنْ

(١) أخرجه أبو داود (٣٠٤١)، وانظر نصب الراية (٦٧١/٣).

(٢) أخرجه أبو داود (١٥٧٨)، والترمذي في الزكاة باب ما جاء في زكاة البقر، والنسائي

(٢٢٩٩)، وابن ماجه (١٨٠٣)، وأحمد (٢٣٠/٥، ٢٣٣، ٢٤٧)، وانظر نصب الراية

(٦٧١/٣).

الْقَتْلُ، فَإِنَّهُ إِذَا قِيلَهَا سَقَطَ عَنْهُ الْقَتْلُ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿ قَتِلُوا الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ ﴾ [التوبة: ٢٩] إِلَى قَوْلِهِ: ﴿ حَتَّى يُعْطُوا الْجِزْيَةَ عَنْ يَدٍ وَهُمْ صَاغِرُونَ ﴾ [التوبة: ٢٩] فَإِنْ قِيلَ الْكُفْرُ مَعْصِيَةٌ وَهُوَ أَعْظَمُ الْكِبَائِرِ فَكَيْفَ يَصِحُّ اخْتِيارُ الْبَدَلِ عَلَى تَقْرِيرِهِ؟ أَجِبَ بِأَنَّ الْجِزْيَةَ لَمْ تَكُنْ بَدَلًا عَنْ تَقْرِيرِ الْكُفْرِ، وَإِنَّمَا هِيَ عَوَضٌ عَنْ تَرْكِ الْقَتْلِ وَالِاسْتِرْفَاقِ الْوَاجِبِينَ فَجَازَ كَاسْقَاطِ الْقِصَاصِ بِعَوَضٍ، أَوْ هِيَ عُقُوبَةٌ عَلَى الْكُفْرِ فَيَجُوزُ كَالِاسْتِرْفَاقِ (قَوْلُهُ وَهِيَ عَلَى صَرْتَيْنِ) ظَاهِرٌ. وَتَجَرَّانِ بِلَادَ وَأَهْلُهَا نَصَارَى، وَالْحُلَّةُ إِزَارٌ وَرِدَاءٌ هُوَ الْمُخْتَارُ، وَلَا تُسَمَّى حُلَّةً حَتَّى تَكُونَ ثَوْبَيْنِ. وَقَوْلُهُ (وَلَأَنَّ الْمَوْجِبَ هُوَ التَّرَاضِي) أَيُّ الْمَوْجِبِ لِتَقْرِيرِ مَا وَقَعَ عَلَيْهِ الْإِتِّفَاقُ مِنَ الْمَالِ هُوَ التَّرَاضِي لَا الْمَوْجِبُ لَوُجُوبِ الْجِزْيَةِ، فَإِنَّ مُوجِبَهُ فِي الْأَصْلِ اخْتِيَارُهُمُ الْبَقَاءَ عَلَى الْكُفْرِ بَعْدَ أَنْ غَلَبُوا. وَقَوْلُهُ (فَيَضَعُ عَلَى الْغَنِيِّ الظَّاهِرِ الْغَنَى).

قَالَ الْإِمَامُ فَخْرُ الْإِسْلَامِ: مَنْ مَلَكَ مَا دُونَ الْمِائَتَيْنِ أَوْ لَا يَمْلِكُ شَيْئًا لَكِنَّهُ مُعْتَمِلٌ فَعَلَيْهِ اثْنَا عَشَرَ، وَمَنْ مَلَكَ مِائَتَيْنِ دِرْهَمٍ فَصَاعِدًا إِلَى عَشْرَةِ آلَافٍ دِرْهَمٍ وَهُوَ مُعْتَمِلٌ أَيْضًا فَعَلَيْهِ أَرْبَعَةٌ وَعِشْرُونَ دِرْهَمًا، وَمَنْ مَلَكَ عَشْرَةَ آلَافٍ دِرْهَمٍ فَصَاعِدًا إِلَى مَا لَا نِهَآيَةَ لَهُ وَهُوَ مُعْتَمِلٌ أَيْضًا فَعَلَيْهِ ثَمَانِيَةٌ وَأَرْبَعُونَ. ثُمَّ قَالَ: وَإِنَّمَا شَرَطُ الْمُعْتَمِلِ لِأَنَّ الْجِزْيَةَ عُقُوبَةٌ فَإِنَّمَا تَجِبُ عَلَى مَنْ كَانَ مِنْ أَهْلِ الْقِتَالِ حَتَّى لَا يَلْزَمَ الزَّيْمُ مِنْهُمْ جِزْيَةٌ وَإِنْ كَانَ مُفْرَطًا فِي الْيَسَارِ. قَالَ: وَالْمُعْتَمِلُ هُوَ الَّذِي يَقْدِرُ عَلَى الْعَمَلِ وَإِنْ لَمْ يُحْسِنْ حِرْفَةً. وَكَانَ الْفَقِيهَ أَبُو جَعْفَرٍ يَقُولُ: يُنْظَرُ إِلَى عَادَةِ كُلِّ بَلَدٍ لِأَنَّ عَادَةَ الْبُلْدَانِ مُخْتَلِفَةٌ فِي الْغَنَى، أَلَا تَرَى أَنَّ صَاحِبَ خَمْسِينَ أَلْفًا يَبْلُغُ يُعَدُّ مِنَ الْمُكْثَرِينَ وَإِنْ كَانَ بَعْدَادًا أَوْ بِالْبَصْرَةِ لَا يُعَدُّ مِنَ الْمُكْثَرِينَ، وَفِي بَعْضِ الْبُلْدَانِ صَاحِبُ عَشْرَةِ آلَافٍ يُعَدُّ مِنَ الْمُكْثَرِينَ، فَيَعْتَبَرُ عَادَةُ كُلِّ بَلَدٍ وَذَكَرَ هَذَا الْقَوْلَ عَنْ أَبِي نَصْرِ مُحَمَّدِ بْنِ سَلَامٍ وَقَوْلُهُ ﷺ: «مَنْ كُلَّ حَالِمٍ وَحَالِمَةٍ» مَعْنَاهُ بَالِغٌ وَبَالِغَةٌ (أَوْ عَدْلُهُ مَعَاوِرٌ) أَيُّ أَوْ خُذْ مِثْلَ دِينَارٍ بُرْدًا مِنْ هَذَا الْجِنْسِ يُقَالُ ثَوْبٌ مَعَاوِرِيٌّ مَنْسُوبٌ إِلَى مَعَاوِرِ بْنِ مُرٍّ ثُمَّ صَارَ لَهُ اسْمًا بَغِيرَ نَسَبِهِ. وَذَكَرَ فِي الْفَوَائِدِ الظَّهْرِيَّةِ مَعَاوِرَ حَيٍّ مِنْ هَمْدَانَ يُنْسَبُ إِلَيْهِ هَذَا التَّوَعُّدُ مِنَ الثِّيَابِ وَعَدْلُ الشَّيْءِ يَفْتَحُ الْعَيْنَ مِثْلَهُ إِذَا كَانَ مِنْ خِلَافِ جَنْسِهِ وَبِالْكَسْرِ مِثْلُهُ مِنْ جَنْسِهِ (قَوْلُهُ وَلَائِنَّهُ وَجَبَ نُصْرَةٌ لِلْمُقَاتِلَةِ) وَكُلُّ مَا وَجَبَ نُصْرَةٌ لِلْمُقَاتِلَةِ وَجَبَ مُتَقَاوِنًا

(كَمَا فِي خَرَاجِ الْأَرْضِ) وَقَوْلُهُ (وَهَذَا) إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ وَلَاكُنَّ وَجَبَ نُصْرَةُ لِلْمُقَاتِلَةِ: يَعْنِي وَإِنَّمَا قُلْنَا إِنَّ الْجَزِيَّةَ وَجَبَتْ نُصْرَةَ لِلْمُقَاتِلَةِ لِأَنَّهَا تَجِبُ بَدَلًا عَنْ النُّصْرَةِ لِلْمُسْلِمِينَ بِذَلِّ النَّفْسِ وَالْمَالِ لِأَنَّ كُلَّ مَنْ كَانَ مِنْ أَهْلِ دَارِ الْإِسْلَامِ تَجِبُ عَلَيْهِ النُّصْرَةُ لِلدَّارِ بِالنَّفْسِ وَالْمَالِ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿يَتَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا هَلْ أَذْكَرُكُمْ عَلَى تَجَرَّةٍ تُنَجِّيْكُمْ مِنْ عَذَابِ أَلِيمٍ ۝ تَوَمِّنُونَ بِاللَّهِ وَرَسُولِهِ وَتُجَاهِدُونَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ بِأَمْوَالِكُمْ وَأَنْفُسِكُمْ ذَلِكُمْ خَيْرٌ لَكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ﴾ [الصف: ١٠، ١١] لَكِنَّ الْكَافِرَ لَمَّا لَمْ يَصْلُحْ لِنُصْرَتِنَا لِمِثْلِهِ إِلَى دَارِ الْحَرْبِ اعْتِقَادًا قَامَ الْخَرَاجُ الْمَأْخُودُ مِنْهُ الْمَصْرُوفُ إِلَى الْغَزَاةِ مَقَامَ النُّصْرَةِ بِالنَّفْسِ، ثُمَّ النُّصْرَةُ مِنَ الْمُسْلِمِ تَتَفَاوَتْ إِذِ الْفَقِيرُ يَنْصُرُ دَارَنَا رَاجِلًا، وَتُتَوَسَّطُ الْحَالُ يَنْصُرُهَا رَاكِبًا وَرَاجِلًا وَالْمُوسِرُ بِالرُّكُوبِ بِنَفْسِهِ وَإِرْكَابِ غَيْرِهِ. ثُمَّ الْأَصْلُ لَمَّا كَانَ مُتَفَاوِتًا تَفَاوَتْ الْخَرَاجُ الَّذِي قَامَ مَقَامَهُ.

فَإِنْ قِيلَ: النُّصْرَةُ طَاعَةُ اللَّهِ وَهَذِهِ عُقُوبَةٌ فَكَيْفَ تَكُونُ الْعُقُوبَةُ خَلْفًا عَنْ الطَّاعَةِ؟ أَجِبَ بِأَنَّ الْخَلِيفَةَ عَنْ النُّصْرَةِ فِي حَقِّ الْمُسْلِمِينَ لَمَّا فِيهِ مِنْ زِيَادَةِ الْقُوَّةِ لِلْمُسْلِمِينَ وَهُمْ يُثَابُونَ عَلَى تِلْكَ الزِّيَادَةِ الْحَاصِلَةِ بِسَبَبِ أَمْوَالِهِمْ بِمَنْزِلَةِ مَا لَوْ أَعَارُوا دَوَابَّهُمْ لِلْمُسْلِمِينَ (وَمَا رَوَاهُ مَحْمُولٌ عَلَى أَنَّهُ كَانَ صُلْحًا) وَالذَّلِيلُ عَلَى ذَلِكَ أَنَّهُ أُمِرَ بِالْأَخْذِ مِنَ النَّسَاءِ وَالْجَزِيَّةِ لَا تَجِبُ عَلَى النَّسَاءِ.

قَالَ (وَتُوضَعُ الْجَزِيَّةُ عَلَى أَهْلِ الْكِتَابِ وَالْمَجُوسِ) لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حَتَّى يُعْطُوا الْجَزِيَّةَ﴾ [التوبة: ٢٩] الْآيَةُ، «وَوَضَعَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ الْجَزِيَّةَ عَلَى الْمَجُوسِ». قَالَ: (وَعَبْدَةُ الْأَوْثَانِ مِنَ الْعَجَمِ) وَفِيهِ خِلَافُ الشَّافِعِيِّ. هُوَ يَقُولُ: إِنَّ الْقِتَالَ وَاجِبٌ لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَقَتِّلُوهُمْ﴾ إِلَّا أَنَا عَرَفْنَا جَوَازَ تَرْكِهِ فِي حَقِّ أَهْلِ الْكِتَابِ بِالْكِتَابِ وَفِي حَقِّ الْمَجُوسِ بِالْخَبَرِ فَبَقِيَ مَنْ وَرَاءَهُمْ عَلَى الْأَصْلِ. وَلَنَّا أَنَّهُ يَجُوزُ اسْتِرْقَاقُهُمْ فَيَجُوزُ ضَرْبُ الْجَزِيَّةِ عَلَيْهِمْ إِذْ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَشْتَمِلُ عَلَى سَلْبِ النَّفْسِ مِنْهُمْ فَإِنَّهُ يَكْتَسِبُ وَيُؤَدِّي إِلَى الْمُسْلِمِينَ وَتَفَقَّهَتْ فِي كَسْبِهِ، (وَإِنْ ظَهَرَ عَلَيْهِمْ قَبْلَ ذَلِكَ فَهُمْ وَنِسَاؤُهُمْ وَصِبْيَانُهُمْ فِيءٌ؛ لَجَوَازِ اسْتِرْقَاقِهِمْ) (وَلَا تُوضَعُ عَلَى عَبْدَةِ الْأَوْثَانِ مِنَ الْعَرَبِ وَلَا الْمُتَرَدِّينَ) لِأَنَّ كُفْرَهُمَا قَدْ تَغَلَّظَ، أَمَّا مُشْرِكُو الْعَرَبِ فَلَا أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَشَأَ بَيْنَ أَظْهَرِهِمْ وَالْقُرْآنُ نَزَلَ بِلُغَتِهِمْ فَالْمُعْجَزَةُ فِي حَقِّهِمْ أَظْهَرَ. وَأَمَّا الْمُتَرَدُّ فَلِأَنَّهُ كَفَرَ بِرَبِّهِ بَعْدَ مَا هَدِيَ لِلْإِسْلَامِ وَوَقَفَ عَلَى مُحَاسِنِهِ فَلَا

يُقْبَلُ مِنَ الْفَرِيقَيْنِ إِلَّا الْإِسْلَامُ أَوْ السَّيْفُ زِيَادَةٌ فِي الْعُقُوبَةِ. وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ يُسْتَرْقُ مُشْرِكُو الْعَرَبِ، وَجَوَابُهُ مَا قُلْنَا (وَإِذَا ظَهَرَ عَلَيْهِمْ فَتَسَاوَوْهُمْ وَصِيبَانَهُمْ فِيءٌ) لِأَنَّ أَبَا بَكْرٍ الصِّدِّيقَ   اسْتَرْقَى نِسْوَانَ بَنِي حَنِيفَةَ وَصِيبَانَهُمْ لَمَّا ارْتَدُّوا وَهَسَمَهُمْ بَيْنَ الْغَانِمِينَ (وَمَنْ لَمْ يُسْلَمْ مِنْ رِجَالِهِمْ قُتِلَ) لَمَّا ذَكَرْنَا.

الشرح:

قَالَ (وَتُوضَعُ الْجِزْيَةُ عَلَى أَهْلِ الْكِتَابِ) سَوَاءً كَانُوا مِنَ الْعَرَبِ أَوْ مِنَ الْعَجَمِ (لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حَتَّى يُعْطُوا الْجِزْيَةَ﴾ [التوبة: ٢٩] وَعَلَى الْمَجُوسِ لِأَنَّ «رَسُولَ اللَّهِ ﷺ وَضَعَ الْجِزْيَةَ عَلَى الْمَجُوسِ» رَوَى الْبُخَارِيُّ «أَنَّ عُمَرَ   لَمْ يَكُنْ يَأْخُذُ الْجِزْيَةَ مِنَ الْمَجُوسِ حَتَّى شَهِدَ عَبْدُ الرَّحْمَنِ بْنُ عَوْفٍ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ أَخَذَهَا مِنْ مَجُوسٍ هَجَرَ» وَهَجَرَ اسْمُ بَلَدٍ فِي الْبَحْرَيْنِ (وَعَبْدَةُ الْأَوْثَانِ مِنَ الْعَجَمِ) وَهُوَ بِالْجَزْرِ عَطْفًا عَلَى أَهْلِ الْكِتَابِ، وَقَدْ بَقِيَ مِنَ الْعَجَمِ اخْتِرَازًا عَنْ عَبْدَةِ الْأَوْثَانِ مِنَ الْعَرَبِ فَإِنَّهُ لَا تُوضَعُ عَلَيْهِمُ الْجِزْيَةُ عَلَى مَا ذُكِرَ فِي الْكِتَابِ (وَفِيهِ خِلَافُ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ) وَكَلَامُهُ ظَاهِرٌ (وَلَنَا أَنَّهُ يَجُوزُ اسْتِرْقَاقُهُمْ) وَكُلُّ مَنْ يَجُوزُ اسْتِرْقَاقُهُمْ يَجُوزُ ضَرْبُ الْجِزْيَةِ عَلَيْهِمْ (لَأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَشْتَمِلُ عَلَى سَلْبِ النَّفْسِ مِنْهُمْ) أَمَّا الْاسْتِرْقَاقُ فَظَاهِرٌ لِأَنَّ نَفْعَ الرِّقْبِ يَعودُ إِلَيْنَا جُمْلَةً، وَأَمَّا الْجِزْيَةُ فَلَأَنَّ الْكَافِرَ يُؤَدِّيهَا مِنْ كَسْبِهِ، وَالْحَالُ أَنَّ نَفَقَتَهُ فِي كَسْبِهِ فَكَانَ إِذَا كَسَبَهُ الَّذِي هُوَ سَبَبُ حَيَاتِهِ إِلَى الْمُسْلِمِينَ دَارَةً رَاتِبَةً فِي مَعْنَى أَخْذِ النَّفْسِ مِنْهُ حُكْمًا.

وَتَوْقُضُ بِأَنَّ مَنْ جَازَ اسْتِرْقَاقَهُ لَوْ جَازَ ضَرْبُ الْجِزْيَةِ عَلَيْهِ لَجَازَ ضَرْبُهَا عَلَى النِّسَاءِ وَالصَّبِيَّانِ وَاللَّازِمُ بَاطِلٌ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ ذَلِكَ لِمَعْنَى آخَرَ، وَهُوَ أَنَّ الْجِزْيَةَ بَدَلُ النُّصْرَةِ وَلَا نُصْرَةَ عَلَى الْمَرْأَةِ وَالصَّبِيِّ فَكَذَا بَدَلُهُ، وَهَذَا لَيْسَ بِدَافِعٍ بَلْ هُوَ مُقَرَّرٌ لِلنَّقْضِ. وَالصَّوَابُ أَنَّ قَبُولَ الْمَحَلِّ شَرْطُ تَأْثِيرِ الْمُؤَثِّرِ فَكَانَ مَعْنَى قَوْلِهِ وَكُلُّ مَنْ يَجُوزُ اسْتِرْقَاقُهُمْ يَجُوزُ ضَرْبُ الْجِزْيَةِ عَلَيْهِمْ إِذَا كَانَ الْمَحَلُّ قَابِلًا، وَالْمَرْأَةُ وَالصَّبِيُّ لَيْسَا كَذَلِكَ لِأَنَّ الْجِزْيَةَ إِذَا تَكُونُ مِنَ الْكَسْبِ وَهُمَا عَاجِزَانِ عَنْهُ.

وَقَوْلُهُ (وَإِنْ ظَهَرَ عَلَيْهِمْ) أَيُّ عَلَى أَهْلِ الْكِتَابِ وَالْمَجُوسِ وَعَبْدَةِ الْأَوْثَانِ مِنَ الْعَجَمِ (قَبْلَ ذَلِكَ) أَيُّ قَبْلَ وَضْعِ الْجِزْيَةِ عَلَيْهِمْ (فَهُمْ وَنِسَاؤُهُمْ وَصِيبَانُهُمْ فِيءٌ) أَيُّ

غَنِيْمَةً لِلْمُسْلِمِينَ لِحَوَازِ اسْتِرْقَاقِهِمْ (وَلَا تُوضَعُ عَلَى عَبْدَةِ الْأَوْثَانِ مِنَ الْعَرَبِ وَلَا الْمُرْتَدِّينَ لِأَنَّهُمَا قَدْ تَغَلَّظَ) عَلَى مَا ذَكَرَ فِي الْكِتَابِ، وَكُلُّ مَنْ تَغَلَّظَ كُفْرُهُ لَا يُقْبَلُ مِنْهُ إِلَّا السَّيْفُ أَوْ الْإِسْلَامُ. (زِيَادَةُ فِي الْعُقُوبَةِ) عَلَيْهِ. وَلِقَائِلِ أَنْ يَقُولَ: هَذَا مَنْقُوضٌ بِأَهْلِ الْكِتَابِ فَإِنَّهُ تَغَلَّظَ كُفْرُهُمْ، فَإِنَّهُمْ عَرَفُوا النَّبِيَّ مَعْرِفَةً تَامَّةً مُمَيَّزَةً مُشَخَّصَةً وَمَعَ ذَلِكَ أَتَكَرَّوْهُ وَغَيَّرُوا اسْمَهُ وَتَعَتَّهُ مِنَ الْكُتُبِ وَقَدْ قَبِلَ مِنْهُمْ الْجِزْيَةَ. وَأَيْضًا الْفَصْلُ بَيْنَهُمْ وَبَيْنَ عَبْدَةِ الْأَوْثَانِ مِنَ الْعَرَبِ بِحَوَازِ اسْتِرْقَاقِهِمْ دُونَ عَبْدَةِ الْأَوْثَانِ مُخَالَفٌ لِقَوْلِهِ ﷺ يَوْمَ أُوطَاسٍ: «لَوْ جَرَى رِقٌّ عَلَى عَرَبِيٍّ لَجَرَى الْيَوْمَ» مِنْ غَيْرِ فَصْلٍ بَيْنَ عَبْدَةِ الْأَوْثَانِ وَأَهْلِ الْكِتَابِ. وَالْجَوَابُ عَنْ الْأَوَّلِ أَنَّ الْقِيَاسَ كَانَ يَقْتَضِي أَنْ لَا تُقْبَلَ مِنْهُمْ الْجِزْيَةُ إِلَّا أَنَّهُ تُرِكَ بِالْكِتَابِ بِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿فَتَبَلَّغُوا الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ﴾ [التوبة: ٢٩] الْآيَةَ، وَعَنْ الثَّانِي بِأَنْ مُرَادُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ عَرَبِيُّ الْأَصْلِ، وَأَهْلُ الْكِتَابِ وَإِنْ سَكَنُوا فِيمَا بَيْنَ الْعَرَبِ وَتَوَلَدُوا فَهُمْ لَيْسُوا بِعَرَبٍ فِي الْأَصْلِ، وَإِنَّمَا الْعَرَبُ فِي الْأَصْلِ عَبْدَةُ الْأَوْثَانِ فَإِنَّهُمْ أُمِّيُونَ.

وَقَوْلُهُ (وَجَوَابُهُ مَا قُلْنَا) يُرِيدُ بِهِ قَوْلُهُ لِأَنَّهُ كُفْرُهُمَا قَدْ تَغَلَّظَ. وَقَوْلُهُ (وَإِذَا ظَهَرَ عَلَيْهِمْ) أَيُّ عَلَى عَبْدَةِ الْأَوْثَانِ مِنَ الْعَرَبِ وَالْمُرْتَدِّينَ (فَنَسَاؤُهُمْ وَصِيَانُهُمْ فِيءٌ) إِلَّا أَنْ ذَرَارِيَّ الْمُرْتَدِّينَ وَنِسَاءَهُمْ يُجْبَرُونَ عَلَى الْإِسْلَامِ دُونَ ذَرَارِيَّ عَبْدَةِ الْأَوْثَانِ وَنِسَائِهِمْ، لِأَنَّ الْإِجْبَارَ عَلَى الْإِسْلَامِ إِنَّمَا يَكُونُ بَعْدَ ثُبُوتِ حُكْمِ الْإِسْلَامِ فِي حَقِّهِ، وَذَرَارِيُّ الْمُرْتَدِّينَ قَدْ ثَبَتَ فِي حَقِّهِمْ تَبَعًا لِأَبَائِهِمْ فَيُجْبَرُونَ عَلَيْهِ. وَالْمُرْتَدَّاتُ كُنَّ مُفْرَاتٍ بِالْإِسْلَامِ فَيُجْبَرْنَ عَلَيْهِ، بِخِلَافِ ذَرَارِيَّ الْعَبْدَةِ وَنِسَائِهِمْ. وَحَنِيفَةُ أَبُو حَيٍّ مِنَ الْعَرَبِ، وَقِيلَ الْمُرَادُ بِنَبِيِّ حَنِيفَةٍ رَهْطُ مُسَيْلَمَةَ الْكَذَّابِ (وَقَوْلُهُ لَمَّا ذَكَرْنَا) إِشَارَةً إِلَى قَوْلِهِ فَلَا يُقْبَلُ مِنَ الْفَرِيقَيْنِ إِلَّا الْإِسْلَامُ أَوْ السَّيْفُ زِيَادَةُ فِي الْعُقُوبَةِ.

(وَلَا جِزْيَةَ عَلَى امْرَأَةٍ وَلَا صَبِيٍّ) لِأَنَّهَا وَجِبَتْ بَدَلًا عَنِ الْقَتْلِ أَوْ عَنِ الْقِتَالِ وَهُمَا لَا يُقْتَلَانِ وَلَا يُقَاتِلَانِ لِعَدَمِ الْأَهْلِيَّةِ. قَالَ (وَلَا زَمِنَ وَلَا أَعَمَى) وَكَذَا الْمَفْلُوجُ وَالشَّيْخُ الْكَبِيرُ لَمَّا بَيَّنَّا. وَعَنْ أَبِي يُونُسَ أَنَّهُ تَجِبُ إِذَا كَانَ لَهُ مَالٌ لِأَنَّهُ يَقْتُلُ فِي الْجُمْلَةِ إِذَا كَانَ لَهُ رَأْيٌ (وَلَا عَلَى فَقِيرٍ غَيْرِ مُعْتَمِلٍ) خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ. لَهُ إِطْلَاقٌ حَدِيثِ مُعَاذٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ. وَلَمَّا أَنَّ عُثْمَانَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ لَمْ يُوظَّفْهَا عَلَى فَقِيرٍ غَيْرِ مُعْتَمِلٍ وَكَانَ ذَلِكَ بِمَحْضَرٍ مِنَ الصَّحَابَةِ رَضِيَ

اللَّهُ عَنْهُمْ، وَلَأنَّ خَرَجَ الْأَرْضِ لَا يُوظَّفُ عَلَى أَرْضٍ لَا طَاقَةَ لَهَا فَكَذَا هَذَا الْخَرْجُ،
وَالْحَدِيثُ مَحْمُولٌ عَلَى الْمُعْتَمِلِ (وَلَا تُوضَعُ عَلَى الْمَمْلُوكِ وَالْمَكَاتِبِ وَالْمُدَبِّرِ وَأُمُّ الْوَلَدِ) لِأَنَّهُ
بَدَلٌ عَنِ الْقَتْلِ فِي حَقِّهِمْ وَعَنِ النُّصْرَةِ فِي حَقِّهَا، وَعَلَى اعْتِبَارِ الثَّانِي لَا تَجِبُ فَلَا تَجِبُ
بِالشُّكِّ (وَلَا يُؤَدِّي عَنْهُمْ مَوَالِيهِمْ) لِأَنَّهُمْ تَحْمَلُوا الزِّيَادَةَ بِسَبَبِهِمْ (وَلَا تُوضَعُ عَلَى الرَّهْبَانِ
الَّذِينَ لَا يُخَالِطُونَ النَّاسَ) كَذَا ذَكَرَ هَاهُنَا. وَذَكَرَ مُحَمَّدٌ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ يُوضَعُ
عَلَيْهِمْ إِنْ كَانُوا يَقْدِرُونَ عَلَى الْعَمَلِ، وَهُوَ وَقَوْلُ أَبِي يُونُسَ. وَجَهُ الْوَضْعِ عَلَيْهِمْ أَنَّ
الْقُدْرَةَ عَلَى الْعَمَلِ هُوَ الَّذِي ضَيَعَهَا فَصَارَ كَتَعْطِيلِ الْأَرْضِ الْخَرَاجِيَّةِ. وَوَجَهُ الْوَضْعِ
عَنْهُمْ أَنَّهُ لَا قَتْلَ عَلَيْهِمْ إِذَا كَانُوا لَا يُخَالِطُونَ النَّاسَ، وَالْجَزِيَّةُ فِي حَقِّهِمْ لِإِسْقَاطِ
الْقَتْلِ، وَلَا بُدَّ أَنْ يَكُونَ الْمُعْتَمِلُ صَحِيحًا وَيَكْتَفِي بِصِحَّتِهِ فِي أَكْثَرِ السَّنَةِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (لَأَنَّهُمَا وَجَبَتْ بَدَلًا عَنِ الْقَتْلِ) يَعْنِي فِي حَقِّ الْمَأْخُودِ مِنْهُ (أَوْ عَنِ الْقِتَالِ)
أَيَّ عَنِ النُّصْرَةِ فِي حَقِّهَا كَمَا تَقَدَّمَ، وَلَا يَجِبُ الْبَدَلُ إِلَّا عَلَى مَنْ يَجِبُ عَلَيْهِ الْأَصْلُ،
وَالْأَصْلُ وَهُوَ الْقَتْلُ أَوْ الْقِتَالُ لَا يَتَحَقَّقُ فِي حَقِّ الْمَرْأَةِ وَالصَّبِيِّ لِعَدَمِ الْأَهْلِيَّةِ فَكَذَا الْبَدَلُ.
وَقَوْلُهُ (لَمَّا بَيَّنَّا) يَعْنِي قَوْلُهُ وَهُمَا لَا يُقْتَلَانِ وَلَا يُقَاتِلَانِ. وَقَوْلُهُ (لَهُ إِطْلَاقُ حَدِيثِ مُعَاذٍ)
هُوَ قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «خُذْ مِنْ كُلِّ حَالِمٍ وَحَالِمَةٍ» ^(١) وَقَوْلُهُ (وَعَلَى اعْتِبَارِ
الثَّانِي لَا تَجِبُ) يَعْنِي أَنَّ الْجَزِيَّةَ بَدَلٌ عَنِ الْأَمْرَيْنِ كَمَا مَرَّ تَقْرِيرُهُ، وَعَلَى اعْتِبَارِ الْأَوَّلِ
يَجِبُ وَضْعُ الْجَزِيَّةِ لِأَنَّ الْأَصْلَ يَتَحَقَّقُ فِي حَقِّ الْمَالِكِ لِأَنَّ الْمَمْلُوكَ الْحَرْبِيَّ يُقْتَلُ
فَيَتَحَقَّقُ الْبَدَلُ أَيْضًا، وَعَلَى اعْتِبَارِ الثَّانِي لَا يَجِبُ لِأَنَّ الْعَبْدَ لَا يَقْدِرُ عَلَى النُّصْرَةِ فَلَا
يَجِبُ عَلَيْهِ بَدَلُهُ. وَقَوْلُهُ (لَأَنَّهُمْ تَحْمَلُوا الزِّيَادَةَ بِسَبَبِهِمْ) أَيَّ صَارَ مَوَالِيهِمْ بِسَبَبِهِمْ مِنْ
صَنْفِ الْأَغْنِيَاءِ أَوْ وَسَطِ الْحَالِ حَتَّى وَجَبَ عَلَيْهِمْ زِيَادَةٌ عَلَى مِقْدَارِ الْوَاجِبِ عَلَى الْفَقِيرِ
الْمُعْتَمِلِ، فَلَوْ قُلْنَا بِوُجُوبِهَا عَلَى الْمَوَالِي بِسَبَبِهِمْ لَكَانَ وَجُوبُ الْجَزِيَّةِ مَرَّتَيْنِ بِسَبَبِ شَيْءٍ
وَاحِدٍ وَذَلِكَ لَا يَجُوزُ. وَقَوْلُهُ (وَلَا تُوضَعُ عَلَى الرَّهْبَانِ) وَاضِحٌ.

(وَمَنْ أَسْلَمَ وَعَلَيْهِ جَزِيَّةٌ سَقَطَتْ عَنْهُ) وَكَذَلِكَ إِذَا مَاتَ كَافِرًا خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ
فِيهِمَا. لَهُ أَنَّهَا وَجَبَتْ بَدَلًا عَنِ الْعِصْمَةِ أَوْ عَنِ السُّكْنَى وَقَدْ وَصَلَ إِلَيْهِ الْمُعْوَضُ فَلَا يَسْقُطُ

عَنْهُ الْعَوَضُ بِهَذَا الْعَارِضِ كَمَا فِي الْأَجْرَةِ وَالصَّلَاحِ عَنْ دَمِ الْعَمْدِ. وَلَنَا قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «لَيْسَ عَلَى مُسْلِمٍ جَزِيَّةٌ» ^(١) وَلِأَنَّهَا وَجِبَتْ عَقُوبَةً عَلَى الْكُفْرِ وَلِهَذَا تُسَمَّى جَزِيَّةً وَهِيَ وَالْجَزَاءُ وَاحِدٌ، وَعَقُوبَةُ الْكُفْرِ تَسْقُطُ بِالْإِسْلَامِ وَلَا تَقَامُ بَعْدَ الْمَوْتِ، وَلِأَنَّ شَرَعَ الْعَقُوبَةِ فِي الدُّنْيَا لَا يَكُونُ إِلَّا لِدَفْعِ الشَّرِّ وَقَدْ انْدَفَعَ بِالْمَوْتِ وَالْإِسْلَامِ؛ وَلِأَنَّهَا وَجِبَتْ بَدَلًا عَنْ النُّصْرَةِ فِي حَقِّنَا وَقَدْ قَدَّرَ عَلَيْهَا بِنَفْسِهِ بَعْدَ الْإِسْلَامِ. وَالْعِصْمَةُ تَثْبُتُ بِكَوْنِهِ آدَمِيًّا وَالذَّمِّيُّ يَسْكُنُ مِلْكَ نَفْسِهِ فَلَا مَعْنَى لِإِجَابِ بَدَلِ الْعِصْمَةِ وَالسُّكْنَى.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ أَسْلَمَ وَعَلَيْهِ جَزِيَّةٌ سَقَطَتْ عَنْهُ) إِذَا أَسْلَمَ مَنْ عَلَيْهِ الْجَزِيَّةُ أَوْ مَاتَ كَافِرًا أَوْ عَمِي أَوْ صَارَ زَمِنًا أَوْ مُقْعَدًا أَوْ شَيْخًا كَبِيرًا لَا يَسْتَطِيعُ الْعَمَلُ أَوْ فَقِيرًا لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ وَبَقِيَتْ عَلَيْهِ الْجَزِيَّةُ سَقَطَتْ عَنْهُ عِنْدَنَا سَوَاءً كَانَتْ هَذِهِ الْعَوَارِضُ قَبْلَ اسْتِكْمَالِ السَّنَةِ أَوْ بَعْدَهَا (خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ).

لَهُ أَنَّهَا وَجِبَتْ بَدَلًا عَنْ الْعِصْمَةِ أَوْ عَنْ السُّكْنَى وَقَدْ وَصَلَ إِلَيْهِ الْمُعَوَّضُ وَكُلُّ مَا وَجِبَ بَدَلًا عَنْ شَيْءٍ وَقَدْ وَصَلَ إِلَيْهِ الْمُعَوَّضُ (لَا يَسْقُطُ عَنْهُ الْعَوَضُ بِهَذَا الْعَارِضِ) أَيُّ بِالْإِسْلَامِ أَوْ الْمَوْتِ (كَمَا فِي الْأَجْرَةِ وَالصَّلَاحِ عَنْ دَمِ الْعَمْدِ) فَإِنَّ الذَّمِّيَّ إِذَا اسْتَوْفَى مَنَافِعَ الدَّارِ الْمُسْتَأْجَرَةِ ثُمَّ أَسْلَمَ أَوْ مَاتَ لَا تَسْقُطُ عَنْهُ الْأَجْرَةُ لِأَنَّ الْمُعَوَّضَ قَدْ وَصَلَ إِلَيْهِ وَهِيَ مَنَافِعُ الدَّارِ، وَكَذَا إِذَا قُتِلَ الذَّمِّيُّ رَجُلًا عَمْدًا ثُمَّ صَالَحَ عَنْ الدَّمِّ عَلَى بَدَلٍ مَعْلُومٍ ثُمَّ أَسْلَمَ أَوْ مَاتَ لَا يَسْقُطُ عَنْهُ الْبَدَلُ لِأَنَّ الْمُعَوَّضَ وَهُوَ نَفْسُهُ قَدْ سُلِمَ لَهُ، وَإِنَّمَا رَدَّدَ فِي قَوْلِهِ بَدَلًا عَنْ الْعِصْمَةِ أَوْ السُّكْنَى لِاخْتِلَافِ الْعُلَمَاءِ فِي أَنَّ الْجَزِيَّةَ وَجِبَتْ بَدَلًا عَمَّا ذَا؟ فَقَالَ بَعْضُهُمْ وَجِبَتْ بَدَلًا عَنْ الْعِصْمَةِ الثَّابِتَةِ بَعْدَ الذَّمِّ، وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى أَمَرَ بِالْقِتَالِ وَمَدَّهُ إِلَى غَايَةٍ وَهِيَ إِعْطَاءُ الْجَزِيَّةِ.

وَقَالَ بَعْضُهُمْ وَجِبَتْ بَدَلًا عَنْ السُّكْنَى فِي دَارِ الْإِسْلَامِ لِأَنَّهُمْ مَعَ الْإِصْرَارِ عَلَى الشَّرْكِ لَا يَكُونُونَ مِنْ أَهْلِ دَارِنَا بِاعْتِبَارِ الْأَصْلِ وَإِنَّمَا يَصِيرُونَ مِنْ أَهْلِ دَارِنَا بِمَا يُؤْثَرُونَ مِنَ الْجَزِيَّةِ. وَقَالَ بَعْضُهُمْ: وَجِبَتْ بَدَلًا عَنْ النُّصْرَةِ الَّتِي فَاتَتْ بِإِصْرَارِهِمْ عَلَى الْكُفْرِ

(١) أخرجه أبو داود (٣٠٥٣)، والترمذي في الزكاة باب ١١، وأحمد (٢٢٣/١)، (٢٨٥)، وانظر نصب الراية (٦٨٠/٣).

وَقَدْ تَقَدَّمَ، وَأُعِيدَهُ هَاهُنَا تَوْضِيحًا وَذَلِكَ لِأَنَّهُمْ لَمَّا صَارُوا مِنْ أَهْلِ دَارِنَا بِقَبُولِ الذِّمَّةِ
وَلِهَذِهِ الدَّارِ دَارَ مُعَادِيَةٍ وَجَبَ عَلَيْهِمُ الْقِيَامُ بِنُصْرَتِهَا، وَلَا تَصْلُحُ أَبْدَانُهُمْ لِهَذِهِ النُّصْرَةِ لِأَنَّ
الظَّاهِرَ أَنَّهُمْ يَمِيلُونَ إِلَى أَهْلِ الدَّارِ الْمُعَادِيَةِ لِاتِّحَادِهِمْ فِي الْإِعْتِقَادِ فَأَوْجَبَ عَلَيْهِمُ الشَّرْعُ
الْجَزِيَّةَ لِتَوْخُّدِ مَنْهُمْ فَتُصَرَّفَ إِلَى الْمَقَاتِلَةِ فَتَكُونُ خَلْفًا عَنِ النُّصْرَةِ. قَالَ شَمْسُ الْأَيْمَةِ
السَّرْحَسِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ وَهُوَ الْأَصَحُّ، أَلَا تَرَى أَنَّ الْجَزِيَّةَ لَا تُؤْخَذُ مِنَ الْأَعْمَى وَالشَّيْخِ الْفَانِي
وَالْمَعْتَوِرِ وَالْمَقْعَدِ مَعَ أَنَّهُمْ مُشَارِكُونَ فِي السُّكْنَى لِأَنَّهُ لَمْ يَلْزَمَهُمْ أَصْلُ النُّصْرَةِ بِأَبْدَانِهِمْ لَوْ
كَانُوا مُسْلِمِينَ، فَكَذَلِكَ لَا يُؤْخَذُ مِنْهُمْ مَا هُوَ خَلْفَ عَنْهُ. وَلَنَا قَوْلُهُ ﷺ: «لَيْسَ عَلَى
مُسْلِمٍ جَزِيَّةٌ» رَوَاهُ ابْنُ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا، وَهُوَ مُطْلَقٌ فَيجري على إطلاقه، بَلِ
الْإِنْصَافُ أَنَّ الْمُرَادَ بِهِ بَعْدَ الْإِسْلَامِ لِأَنَّ كُلَّ أَحَدٍ يَعْلَمُ أَنَّ الْمُسْلِمَ لَا تَكُونُ عَلَيْهِ جَزِيَّةٌ
فَتَعَيَّنَ أَنَّ يَكُونُ الْمُرَادُ بِهِ أَنَّهَا تَسْقُطُ بِالْإِسْلَامِ، إِذْ لَوْ لَمْ تَسْقُطْ لَصَدَقَ أَنَّ عَلَى هَذَا
الْمُسْلِمِ جَزِيَّةً.

وَقَوْلُهُ (وَلَاغَهَا وَجَبَتْ عُقُوبَةُ إِنْ ظَاهَرَ). وَاعْتَرَضَ بِأَنَّهُ الْحَقَّ ضَرْبُ الْجَزِيَّةِ فِيمَا
تَقَدَّمَ بِالِاسْتِرْقَاقِ بِالْمَعْنَى الْجَامِعِ يَنْهَمَا فَقَالَ: وَلَنَا أَنَّهُ يَحْجُزُ اسْتِرْقَاقُهُمْ فَيَحْجُزُ ضَرْبُ
الْجَزِيَّةِ عَلَيْهِمْ إِذْ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَشْتَمِلُ عَلَى سَلْبِ النَّفْسِ مِنْهُمْ فَكَيْفَ اقْتِرَافًا فِي
الْبَقَاءِ حَيْثُ يَبْقَى الْعَبْدُ رَقِيقًا بَعْدَ الْإِسْلَامِ وَلَا تَبْقَى الْجَزِيَّةُ بَعْدَهُ مَعَ أَنَّ كُلًّا مِنْهُمَا فِي
الْإِبْتِدَاءِ يُثْبِتُ بِطَرِيقِ الْمَجَازَةِ لِكُفْرِهِمْ؟ وَالْجَوَابُ أَنَّ أَدَاءَ الْجَزِيَّةِ لَمْ يُشْرَعْ إِلَّا بِوَصْفِ
الصَّغَارِ، وَمَا شُرِعَ بِوَصْفِ لَا يَبْقَى بِدُونِهِ عَلَى مَا عُرِفَ فِي الْأُصُولِ، وَالْإِسْلَامُ يُنَافِي
الصَّغَارَ فَتَسْقُطُ الْجَزِيَّةُ بِهِ، بِخِلَافِ الْإِسْتِرْقَاقِ فَإِنَّهُ لَمْ يُشْرَعْ كَذَلِكَ.

وَقَوْلُهُ (وَالْعِصْمَةُ تُثْبِتُ بِكَوْنِهِ آدَمِيًّا) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ إِنَّهَا وَجَبَتْ بَدَلًا مِنْ
الْعِصْمَةِ، وَمَعْنَاهُ أَنَّ الْعِصْمَةَ ثَابِتَةً لِلْآدَمِيِّ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ آدَمِيٌّ لَمَّا مَرَّ أَنَّهُ خَلَقَ مُتَحَمِّلًا
أَعْبَاءَ التَّكَالِيفِ فَلَا يَصْلُحُ أَنْ تَكُونَ الْجَزِيَّةُ الطَّارِئَةُ بَدَلًا عَنْهَا. وَلِقَائِلِ أَنْ يَقُولَ: سَلَمْنَا
أَنَّهَا ثَابِتَةٌ لِلْآدَمِيَّةِ وَلَكِنَّهَا سَقَطَتْ بِالْكَفْرِ، فَالْجَزِيَّةُ تُعِيدُهَا عَلَى مَا كَانَتْ فَكَانَتْ بَدَلًا.
وَالْجَوَابُ أَنَّهَا لَوْ كَانَتْ بَدَلًا عَنْ الْعِصْمَةِ فِيمَا أَنْ تَكُونَ عَنْ عِصْمَةٍ فِيمَا مَضَى أَوْ فِيمَا
يُسْتَقْبَلُ، لَا سَبِيلَ إِلَى الْأَوَّلِ وَهُوَ ظَاهِرٌ، وَلَا إِلَى الثَّانِي لِأَنَّ الْإِسْلَامَ يُغْنِي عَنْهَا. وَقَوْلُهُ
(وَالذِّمِّيُّ يَسْكُنُ مِلْكَ نَفْسِهِ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ أَوْ السُّكْنَى، وَمَعْنَاهُ أَنَّ الذِّمِّيَّ يَمْلِكُ

مَوْضِعِ السُّكْنَى بِالشَّرَاءِ أَوْ غَيْرِهِ مِنَ الْأَسْبَابِ، فَلَا يَجُوزُ إِجْبَابُ الْبَدَلِ بِسُكْنَاهُ فِي مَوْضِعِ مَمْلُوكٍ لَهُ، فَلَوْ كَانَتْ الْجِزْيَةُ أُجْرَةً كَانَ وَجُوبُهَا بِالْإِجَارَةِ لَا مَحَالَةَ، وَيُشْتَرَطُ فِيهَا التَّائِقَةُ لِأَنَّ الْإِنْهَامَ يُطِيلُهَا، وَحَيْثُ لَمْ يُشْتَرَطِ التَّائِقَةُ فِي السُّكْنَى دَلَّ عَلَى أَنَّ الْجِزْيَةَ لَمْ تَكُنْ بِطَرِيقِ الْإِجَارَةِ، فَإِنْ قَالَ قَائِلٌ: كَمَا أَنَّ لَا يَجُوزُ أَنْ تَكُونَ بَدَلًا عَنِ الْعِصْمَةِ وَالسُّكْنَى فَكَذَلِكَ لَا يَجُوزُ أَنْ تَكُونَ بَدَلًا عَنِ النُّصْرَةِ أَيْضًا، أَلَا تَرَى أَنَّ الْإِمَامَ لَوْ اسْتَعَانَ بِأَهْلِ الذِّمَّةِ فَقَاتَلُوا مَعَهُ لَا تَسْقُطُ عَنْهُمْ جِزْيَةُ تِلْكَ السَّنَةِ، فَلَوْ كَانَتْ بَدَلًا عَنْهَا لَسَقَطَتْ لِأَنَّهُ قَدْ نُصِرَ بِنَفْسِهِ؟ أُجِيبَ بِأَنَّهَا إِنَّمَا لَمْ تَسْقُطْ لِأَنَّهُ حِينَئِذٍ يَلْزَمُ تَغْيِيرُ الْمَشْرُوعِ وَلَيْسَ لِلْإِمَامِ ذَلِكَ، وَهَذَا لِأَنَّ الشَّرْعَ جَعَلَ طَرِيقَ النُّصْرَةِ فِي حَقِّ الذِّمِّيِّ الْمَالِ دُونَ النَّفْسِ.

(وَأِنْ اجْتَمَعَتْ عَلَيْهِ الْحَوْلَانِ تَدَاخَلَتْ. وَفِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ: وَمَنْ لَمْ يُؤْخَذَ مِنْهُ خَرَاجُ رَأْسِهِ حَتَّى مَضَتْ السَّنَةُ وَجَاءَتْ سَنَةٌ أُخْرَى لَمْ يُؤْخَذِ) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَالَ أَبُو يُونُسَ وَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُمَا اللَّهُ: يُؤْخَذُ مِنْهُ وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَأِنْ مَاتَ عِنْدَ تِمَامِ السَّنَةِ لَمْ يُؤْخَذَ مِنْهُ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا، وَكَذَلِكَ إِنْ مَاتَ فِي بَعْضِ السَّنَةِ) أَمَّا مَسْأَلَةُ الْمَوْتِ فَقَدْ ذَكَرْنَاهَا. وَقِيلَ خَرَجُ الْأَرْضِ عَلَى هَذَا الْخِلَافِ. وَقِيلَ لَا تَدَاخُلُ فِيهِ بِالِاتِّفَاقِ. لَهُمَا فِي الْخِلَافِيَّةِ أَنَّ الْخَرَاجَ وَجِبَ عِيُوضًا، وَالْأَعْوَاضُ إِذَا اجْتَمَعَتْ وَأَمَكَنَ اسْتِيفَاؤُهَا تُسْتَوْفَى، وَقَدْ أَمَكَنَ فِيمَا نَحْنُ فِيهِ بَعْدَ تَوَالِي السَّنَتَيْنِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا أَسْلَمَ؛ لِأَنَّهُ تَعَذَّرَ اسْتِيفَاؤُهُ. وَأَبُو حَنِيفَةَ أَنَّهَا وَجِبَتْ عُقُوبَةً عَلَى الْإِصْرَارِ عَلَى الْكُفْرِ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ، وَلِهَذَا لَا يَقْبَلُ مِنْهُ لَوْ بَعَثَ عَلَى يَدِ نَائِيهِ فِي أَصَحِّ الرُّوَايَاتِ، بَلْ يُكَلِّفُ أَنْ يَأْتِيَ بِهِ بِنَفْسِهِ فَيُعْطِيَ قَائِمًا، وَالْقَابِضُ مِنْهُ قَاعِدٌ.

وَفِي رِوَايَةٍ: يَأْخُذُ بِتَلْبِيسِهِ وَيَهْزُهُ هَذَا وَيَقُولُ: أَعْطِ الْجِزْيَةَ يَا ذِمِّيُّ فَتَبَتَ أَنَّهُ عُقُوبَةٌ، وَالْعُقُوبَاتُ إِذَا اجْتَمَعَتْ تَدَاخَلَتْ كَالْحُدُودِ؛ وَلِأَنَّهَا وَجِبَتْ بَدَلًا عَنِ الْقَتْلِ فِي حَقِّهِمْ وَعَنِ النُّصْرَةِ فِي حَقِّنَا كَمَا ذَكَرْنَا، لَكِنْ فِي الْمُسْتَقْبَلِ لَا فِي الْمَاضِي؛ لِأَنَّ الْقَتْلَ إِنَّمَا يُسْتَوْفَى لِحِرَابِ قَائِمٍ فِي الْحَالِ لَا لِحِرَابِ مَاضٍ، وَكَذَا النُّصْرَةُ فِي الْمُسْتَقْبَلِ؛ لِأَنَّ الْمَاضِي وَقَعَتْ الْغَنِيَةُ عَنْهُ. ثُمَّ قَوْلُ مُحَمَّدٍ فِي الْجِزْيَةِ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ وَجَاءَتْ سَنَةٌ أُخْرَى، حَمَلَهُ بَعْضُ الْمَشَايِخِ عَلَى الْمَاضِي مَجَازًا. وَقَالَ: الْوُجُوبُ بِأَخْرِ السَّنَةِ، فَلَا بُدَّ مِنَ الْمَاضِي لِيَتَحَقَّقَ

الاجتماعُ فَنَتَدَاخَلَ. وَعِنْدَ الْبَعْضِ هُوَ مُجْرَى عَلَى حَقِيقَتِهِ، وَالْوُجُوبُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ بِأَوَّلِ الْحَوْلِ فَيَتَحَقَّقُ الْاجْتِمَاعُ بِمُجَرَّدِ الْمَجِيءِ. وَالْأَصَحُّ أَنَّ الْوُجُوبَ عِنْدَنَا فِي ابْتِدَاءِ الْحَوْلِ، وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ فِي آخِرِهِ اعْتِبَارًا بِالزَّكَاةِ. وَلَنَا أَنَّ مَا وَجِبَ بَدَلًا عَنْهُ لَا يَتَحَقَّقُ إِلَّا فِي الْمُسْتَقْبَلِ عَلَى مَا قَرَّرْنَاهُ فَتَعَذَّرَ إِجَابَةُ بَعْدَ مُضِيِّ الْحَوْلِ فَأَوْجَبْنَاهُ فِي أَوَّلِهِ.

الشرح:

قَالَ (فَإِنْ اجْتَمَعَتْ عَلَيْهِ الْحَوْلَانِ) أَتَتْ فِعْلَ الْحَوْلَيْنِ، إِمَّا بِاعْتِبَارِ حَذْفِ الْمُضَافِ: أَيُّ اجْتَمَعَتْ جَزِيَّةُ الْحَوْلَيْنِ، وَإِمَّا بِتَأْوِيلِ السُّتَيْنِ، وَأَتَى بِعِبَارَةِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ لِتَفْصِيلِ فِي اللَّفْظِ وَإِلْبَهُامٍ فِي قَوْلِهِ وَجَاءَتْ سَنَةٌ أُخْرَى عَلَى مَا بَيْنَهُ، وَكَلَامُهُ وَاضِحٌ وَقَوْلُهُ (وَقِيلَ لَا تَدَاخُلُ فِيهِ بِالِاتِّفَاقِ) يَحْتَاجُ إِلَى بَيَانِ الْفَرْقِ بَيْنَهُمَا. وَالْفَرْقُ أَنَّ الْخَرَاجَ فِي حَالَةِ الْبَقَاءِ مُؤَنَّةٌ مِنْ غَيْرِ التَّفَاتِ إِلَى مَعْنَى الْعُقُوبَةِ، وَلِهَذَا إِذَا اشْتَرَى الْمُسْلِمُ أَرْضًا خَرَاجِيَّةً يَجِبُ عَلَيْهِ الْخَرَاجُ فَجَازَ أَنْ لَا يَتَدَاخَلَ، بِخِلَافِ الْجَزِيَّةِ فَإِنَّهَا عُقُوبَةٌ ابْتِدَاءً وَبَقَاءً وَلِهَذَا لَمْ تُشْرَعْ فِي حَقِّ الْمُسْلِمِ أَصْلًا وَالْعُقُوبَاتُ تَتَدَاخَلُ. وَقَوْلُهُ (لَهُمَا فِي الْخِلَافِيَّةِ) أَيُّ فِيمَا إِذَا اجْتَمَعَ عَلَيْهِ الْحَوْلَانِ (أَنَّ الْخَرَاجَ وَجِبَ عَوَضًا) عَلَى مَا تَقَدَّمَ وَكُلُّ مَا وَجِبَ عَوَضًا إِذَا اجْتَمَعَ وَأُمُكِّنَ اسْتِيفَاؤُهُ يُسْتَوْفَى كَمَا فِي سَائِرِ الْأَعْوَاضِ وَقَدْ أُمُكِّنَ لِأَنَّ الْفَرَضَ أَنَّهُ حَيٌّ، وَاسْتِيفَاءُ الْمَالِ مِنَ الْحَيِّ مُمَكِّنٌ إِذَا لَمْ يَمْنَعْ مِنْهُ الْإِسْلَامُ (بِخِلَافِ مَا إِذَا أَسْلَمَ) وَقَوْلُهُ (وَلَأَبِي حَنِيفَةَ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ) أَرَادَ بِهِ مَا ذَكَرَهُ قَبْلَ هَذَا بِقَوْلِهِ وَلَائِهَا وَجِبَتْ عُقُوبَةٌ عَلَى الْكُفْرِ.

وَلَقَائِلُ أَنْ يَقُولَ: قَدْ تَكَرَّرَ فِي كَلَامِهِمْ أَنَّهَا وَجِبَتْ بَدَلًا عَنْ النَّصْرَةِ أَوْ السُّكْنَى أَوْ الْعِصْمَةِ، وَتَكَرَّرَ أَيْضًا فِيهِ أَنَّهَا وَجِبَتْ عُقُوبَةٌ عَلَى الْكُفْرِ؛ وَمَعْنَى الْعُقُوبَةِ غَيْرُ مَعْنَى الْبَدَلِيَّةِ عَنْ شَيْءٍ فَيَلْزَمُ تَوَارُدُ عِلَتَيْنِ عَلَى مَعْلُولٍ وَاحِدٍ بِالشَّخْصِ وَذَلِكَ بَاطِلٌ. وَالْجَوَابُ عَنْ ذَلِكَ أَنَّ كَوْنَهَا عُقُوبَةٌ لَازِمٌ مِنْ لَوَازِمِ كَوْنِهِ بَدَلًا عَنْ النَّصْرَةِ لِأَنَّ إِنْجَابَ النَّصْرَةِ لَغَيْرِ أَهْلِ دِينِهِ يَسْتَلْزِمُ عُقُوبَةً لَا مَحَالَةَ. وَقَوْلُهُ (وَلِهَذَا) تَوْضِيحٌ لِقَوْلِهِ وَجِبَتْ عُقُوبَةٌ عَلَى الْإِصْرَارِ عَلَى الْكُفْرِ وَالتَّلْبِيبِ أَخَذُ مَوْضِعِ اللَّبِّ مِنَ الثِّيَابِ، وَاللَّبُّ مَوْضِعُ الْقِلَادَةِ مِنَ الصَّدْرِ.

وَقَوْلُهُ (وَلَأِهَا وَجِبَتْ بَدَلًا عَنْ الْقَتْلِ) اسْتِدْلَالٌ مِنْ جِهَةِ الْمَلْزُومِ، وَمَا تَقَدَّمَ كَانَ

مِنْ جِهَةِ الْإِجْمَاعِ وَكَلَامُهُ ظَاهِرٌ، وَقَدْ بَيَّنَّا مِنْ قَبْلُ. وَقَوْلُهُ (حَمَلَهُ بَعْضُ الْمَشَائِخِ عَلَى الْمَضِيِّ مَجَازًا) قَالَ الْإِمَامُ فَخْرُ الْإِسْلَامِ فِي شَرْحِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ: اخْتَلَفَ مَشَائِخُنَا فِي قَوْلِهِ جَاءَتْ سَنَةٌ أُخْرَى؛ فَقَالَ بَعْضُهُمْ: مَعْنَاهُ مَضَتْ حَتَّى يَتَحَقَّقَ اجْتِمَاعُهُمَا لِأَنَّهَا عِنْدَ آخِرِ الْحَوْلِ تَجِبُ، وَهَذَا ضَرْبٌ مِنَ الْمَجَازِ لِأَنَّ مَجِيءَ كُلِّ شَهْرٍ بِمَجِيءِ أَوَّلِهِ. وَأَقُولُ فِي مُجَوِّزِ الْمَجَازِ أَنَّ مَجِيءَ الشَّهْرِ يَسْتَلْزِمُ مَجِيءَ الْآخِرِ لَا مُحَالَةً وَذِكْرُ الْمَلْزُومِ وَإِرَادَةُ الْإِجْمَاعِ مَجَازٌ. وَقَالَ بَعْضُهُمْ: مَعْنَاهُ دُخُولُ أَوَّلِهَا لِأَنَّ الْجَزِيَّةَ تَجِبُ بِأَوَّلِ الْحَوْلِ وَالتَّأْخِيرُ إِلَى آخِرِهِ تَخْفِيفٌ وَتَأْجِيلٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَعَلَى هَذَا يَتَحَقَّقُ التَّدَاخُلُ عِنْدَ مُضِيِّ شَهْرٍ بِلَا ارْتِكَابِ الْمَجَازِ، وَكَلَامُهُ وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (عَلَى مَا قَرَّرْنَاهُ) إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ لِأَنَّ الْقَتْلَ إِنَّمَا يُسْتَوْفَى لِحَرَابٍ قَائِمٍ فِي الْحَالِ لَا لِحَرَابٍ مَاضٍ إلخ، وَيَحْتَاجُ إِلَى الْجَوَابِ عَنْ الرُّكَاةِ، وَهُوَ أَنَّ الرُّكَاةَ وَجَبَتْ فِي آخِرِ الْحَوْلِ لِأَنَّهَا تَجِبُ فِي الْمَالِ النَّامِي وَحَوْلَانُ الْحَوْلِ هُوَ الْمُمَكِّنُ مِنَ الِاسْتِنْمَاءِ لِاشْتِمَالِهِ عَلَى الْفُصُولِ الْأَرْبَعَةِ عَلَى مَا مَرَّ فَلَا بُدَّ مِنْ اعْتِبَارِ الْحَوْلِ لِيَتَحَقَّقَ شَرْطُ وَجُوبِ الْأَدَاءِ.

فصل

(وَلَا يَجُوزُ إِحْدَاثُ بَيْعَةٍ وَلَا كَيْسَةٍ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ)؛ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «لَا خِصَاءَ فِي الْإِسْلَامِ وَلَا كَيْسَةٍ»^(١) وَالْمُرَادُ إِحْدَاثُهَا (وَأِنْ انْتَهَدَمَتِ الْبَيْعُ وَالْكُنَائِسُ الْقَدِيمَةُ أَعَادُوهَا) لِأَنَّ الْأُبْنِيَّةَ لَا تَبْقَى دَائِمًا، وَلَمَّا أَقَرَّهُمُ الْإِمَامُ فَقَدْ عَاهَدَ إِلَيْهِمُ الْإِعَادَةَ إِلَّا أَنَّهُمْ لَا يُمْكِنُ أَنْ يُمْكِنُوا مِنْ نَقْلِهَا؛ لِأَنَّهُ إِحْدَاثٌ فِي الْحَقِيقَةِ، وَالصُّومُوعَةُ لِلتَّخْلِي فِيهَا بِمَنْزِلَةِ الْبَيْعَةِ، بِخِلَافِ مَوْضِعِ الصَّلَاةِ فِي الْبَيْتِ؛ لِأَنَّهُ تَبَعَ لِلسُّكْنَى، وَهَذَا فِي الْأَمْصَارِ دُونَ الْقُرَى؛ لِأَنَّ الْأَمْصَارَ هِيَ الَّتِي تُقَامُ فِيهَا الشَّعَائِرُ فَلَا تُعَارَضُ بِإِظْهَارِ مَا يُخَالِفُهَا. وَقِيلَ فِي دِيَارِنَا يُمْنَعُونَ مِنْ ذَلِكَ فِي الْقُرَى أَيْضًا؛ لِأَنَّ فِيهَا بَعْضَ الشَّعَائِرِ، وَالْمَرْوِيُّ عَنْ صَاحِبِ الْمَذْهَبِ فِي قُرَى الْكُوفَةِ لِأَنَّ أَكْثَرَ أَهْلِهَا أَهْلُ الذِّمَّةِ. وَفِي أَرْضِ الْعَرَبِ يُمْنَعُونَ مِنْ ذَلِكَ فِي أَمْصَارِهَا وَقُرَاهَا لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «لَا يَجْتَمِعُ دِينَارٌ فِي جَزِيرَةِ الْعَرَبِ»^(٢).

(١) أخرجه البيهقي في الكبرى (٤١/١٠)، وانظر نصب الراية (٦٨٢/٣).

(٢) أخرجه إسحاق بن راهويه في مسنده، وانظر نصب الراية (٦٨٢/٣).

الشرح:

(فصل): لَمَّا فَرَعَ مِنْ بَيَانَ مَا يَجِبُ عَلَى أَهْلِ الذِّمَّةِ بِسُكْنَاهُمْ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ شَرَعَ فِي بَيَانِ مَا يَجُوزُ لَهُمْ أَنْ يَفْعَلُوا مِمَّا يَتَعَلَّقُ بِالسُّكْنَى (وَلَا يَجُوزُ إِحْدَاثُ بَيْعَةٍ وَلَا كَنِيسَةٍ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ لِقَوْلِهِ ﷺ: «لَا خِصَاءَ فِي الْإِسْلَامِ وَلَا كَنِيسَةً») وَالْخِصَاءُ بِكَسْرِ الْخَاءِ وَالْمَدُّ عَلَى وَزْنِ فَعَالٍ مَصْدَرُ خِصَاءُ: إِذَا نَزَعَ خُصْيَتَيْهِ، وَالْإِخْصَاءُ فِي مَعْنَاهُ خَطَأً ذَكَرَهُ فِي الْعَرَبِ، وَالْمُنَاسَبَةُ بَيْنَ ذِكْرِ الْخِصَاءِ وَالْكَنِيسَةِ هِيَ أَنَّ إِحْدَاثَ الْكَنِيسَةِ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ إِزَالَةٌ لِفُحُولِيَّةِ أَهْلِ دَارِهِ مَعْنَى، كَمَا أَنَّ الْخِصَاءَ إِزَالَةٌ لِفُحُولِيَّةِ الْحَيَوَانَ إِنْ كَانَ الْخِصَاءُ عَلَى حَقِيقَتِهِ، وَإِنْ كَانَ الْمُرَادُ بِهِ التَّثِيلُ وَالِامْتِنَاعُ عَنِ النِّسَاءِ بِمُلَازِمَةِ الْكُنَائِسِ فَالْمُنَاسَبَةُ ظَاهِرَةٌ، وَالْمُرَادُ بِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ " وَلَا كَنِيسَةً " إِحْدَاثُهَا فَهُوَ نَفْيٌ بِمَعْنَى النَّهْيِ: أَيُّ لَا تُحْدِثُ كَنِيسَةً فِي دَارِ الْإِسْلَامِ، وَيُقَالُ كَنِيسَةُ الْيَهُودِ وَالنَّصَارَى لِمُتَعَبِّدِهِمْ، وَكَذَا الْبَيْعَةُ كَانَ مُطْلَقًا فِي الْأَصْلِ، ثُمَّ غَلَبَ اسْتِعْمَالُ الْكَنِيسَةِ لِمُتَعَبِّدِ الْيَهُودِ وَالْبَيْعَةُ لِمُتَعَبِّدِ النَّصَارَى.

وَقَوْلُهُ (وَالصَّوْمَعَةُ لِلتَّخْلِ فِيهَا بِمَنْزِلَةِ الْبَيْعَةِ) أَيُّ لَا يُمَكِّنُونَ مِنْ إِحْدَاثِ الصَّوْمَعَةِ الَّتِي يَتَخَلَوْنَ فِيهَا أَيْضًا لِلْعِبَادَةِ (بِخِلَافِ مَوْضِعِ الصَّلَاةِ) أَيُّ صَلَاةِ الذِّمِّيِّ (فِي الْبَيْتِ) فَإِنَّهُمْ يُمَكِّنُونَ مِنْ ذَلِكَ (لَأَنَّهُ تَبَعَ السُّكْنَى) وَقَوْلُهُ (وَالْمُرَوِّىُّ عَنْ صَاحِبِ الْمَذْهَبِ) أَيُّ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ؓ وَالْمُرَادُ بِالْمُرَوِّىِّ هُوَ مَا ذَكَرَهُ آتِفًا بِقَوْلِهِ وَهَذَا فِي الْأَمْصَارِ دُونَ الْقُرَى. وَقَوْلُهُ (فِي جَزِيرَةِ الْعَرَبِ) قِيلَ: إِنَّمَا سُمِّيَتْ أَرْضُ الْعَرَبِ بِالْجَزِيرَةِ لِأَنَّ بَحْرَ فَارِسَ وَبَحْرَ الْحَبَشِ وَدِجْلَةَ وَالْفُرَاتَ قَدْ أَحَاطَتْ بِهَا.

قَالَ (وَيُؤْخَذُ أَهْلُ الذِّمَّةِ بِالتَّمْيِيزِ عَنِ الْمُسْلِمِينَ فِي زِيهِمْ وَمَرَكَبِهِمْ وَسُرُوحِهِمْ وَقَلَانِسِهِمْ فَلَا يَرْكَبُونَ الْخَيْلَ وَلَا يَعْمَلُونَ بِالسَّلَاحِ. وَفِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ: وَيُؤْخَذُ أَهْلُ الذِّمَّةِ بِإِظْهَارِ الْكُسْتِيجَاتِ وَالرُّكُوبِ عَلَى السُّرُوحِ الَّتِي هِيَ كَهَيْئَةِ الْأَكْفِ) وَإِنَّمَا يُؤْخَذُونَ بِذَلِكَ إِظْهَارًا لِلصِّغَارِ عَلَيْهِمْ وَصِيَانَةً لضعفَةِ الْمُسْلِمِينَ؛ وَلَأَنَّ الْمُسْلِمَ يُكْرَمُ وَالذِّمِّيَّ يُهَانُ، وَلَا يُبْتَدَأُ بِالسَّلَامِ وَيُضَيِّقُ عَلَيْهِ الطَّرِيقُ، فَلَوْ لَمْ تَكُنْ عَلَامَةً مُمَيَّزَةً فَلَعَلَّهُ يُعَامَلُ مُعَامَلَةَ الْمُسْلِمِينَ وَذَلِكَ لَا يَجُوزُ؛ وَالْعَلَامَةُ يَجِبُ أَنْ تَكُونَ خَيْطًا غَلِيظًا مِنَ الصُّوفِ يَشُدُّهُ عَلَى وَسَطِهِ دُونَ الرُّتَارِ مِنَ الْإِبْرِيسِمِ فَإِنَّهُ جَفَاءٌ فِي حَقِّ أَهْلِ الْإِسْلَامِ. وَيَجِبُ أَنْ

يَتَمَيَّزُ نِسَاؤُهُمْ عَنْ نِسَائِنَا فِي الطَّرَقَاتِ وَالْحَمَامَاتِ، وَيُجْعَلُ عَلَى دُورِهِمْ عَلَامَاتٌ كَي لَا يَقِفَ عَلَيْهَا سَائِلٌ يَدْعُو لَهُمْ بِالْغَفِيرَةِ. قَالُوا: الْأَحَقُّ أَنْ لَا يَتْرَكُوا أَنْ يَرْكَبُوا إِلَّا لِلضَّرُورَةِ. وَإِذَا رَكَبُوا لِلضَّرُورَةِ فَلْيَنْزِلُوا فِي مَجَامِعِ الْمُسْلِمِينَ، فَإِنْ لَزِمَتِ الضَّرُورَةُ اتَّخَذُوا سُرُوجًا بِالْصِفَةِ الَّتِي تَقَدَّمَتْ، وَيَمْنَعُونَ مِنْ لِبَاسٍ يَخْتَصُّ بِهِ أَهْلُ الْعِلْمِ وَالزُّهْدِ وَالشَّرَفِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَيُؤْخَذُ أَهْلُ الذِّمَّةِ بِالتَّمْيِيزِ) ظَاهِرٌ. وَذَكَرَ رِوَايَةَ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ لَكُونِهَا كَالْتَفْسِيرِ لِمَا ذَكَرَهُ الْقُدُورِيُّ كَأَنَّهُ قَالَ: وَكَيْفِيَّةُ التَّمْيِيزِ مَا ذَكَرَهُ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ إلخ. وَالْكَسْتِيجُ خَيْطٌ غَلِيطٌ بِقَدْرِ الْأَصْبَحِ يَشُدُّهُ الذِّمِّيُّ فَوْقَ تِيَابِهِ دُونَ مَا يَتَزَيَّنُونَ بِهِ مِنَ الزُّنَائِيرِ الْمُتَّخَذَةِ مِنَ الْإِبْرِيسِمِ. وَقَوْلُهُ (صِيَانَةٌ لضعفة المسلمين) أَيِ الضَّعْفَةِ فِي الدِّينِ لَا الْبَدَنِ: أَيِ يُفْعَلُ ذَلِكَ بِهِمْ لِكَيْ يَكُونُوا فِي أَعْيُنِ الْمُسْلِمِينَ الَّذِينَ لَمْ يَتَّصِلُوا فِي دِينِ الْإِسْلَامِ أَذِلَاءَ صَاغِرِينَ حَتَّى لَا يَمِيلُوا إِلَى الْكُفْرِ بِسَبَبِ سَعْيِهِمْ فِي الرِّزْقِ وَالْمَلَابِسِ وَالْمَرَائِبِ وَرَوْنِ حَالِهِمْ.

فَإِنْ قِيلَ: لَمْ يَأْخُذِ النَّبِيُّ ﷺ مِنْ يَهُودِ الْمَدِينَةِ وَلَا نَصَارَى نَجْرَانَ وَلَا مَجُوسَ هَجَرَ بِذَلِكَ فَيَكُونُ بِدْعَةً. أُجِيبَ بِأَنَّهُمْ فِي زَمَنِ النَّبِيِّ ﷺ كَانُوا مَعْرُوفِينَ فِي الْمَدِينَةِ لَا يَشْتَبِهُ حَالَهُمْ فَلَمْ يَقَعْ الْاِخْتِجَاعُ إِلَى ذَلِكَ، ثُمَّ فِي زَمَنِ عُمَرَ ﷺ لَمَّا كَثُرَ النَّاسُ مِمَّنْ يُعْرِفُ مِمَّنْ لَا يُعْرِفُ وَقَعَتْ الْحَاجَةُ إِلَى ذَلِكَ، فَأَمَرَ بِذَلِكَ بِمَحْضَرٍ مِنَ الصَّحَابَةِ وَكَانَ صَوَابًا.

قَالَ ﷺ: «أَيُّنَمَا دَارَ عُمَرُ فَالْحَقُّ مَعَهُ» وَقَوْلُهُ (فَإِنَّهُ جَفَاءٌ فِي حَقِّ أَهْلِ الْإِسْلَامِ) أَيِ تَرَكُ حُسْنَ الْعِشْرَةِ بِأَهْلِ الْإِسْلَامِ لِأَنَّ فِي الْأَمْرِ لِأَهْلِ الذِّمَّةِ بِتَمْيِيزِهِمْ بِمَا يُوجِبُ إِعْزَازَهُمْ مِنْ اتِّخَاذِ الزُّنَائِرِ مِنَ الْإِبْرِيسِمِ إِهَانَةً لِأَهْلِ الْإِسْلَامِ، لِأَنَّ مَنْ أَعَزَّ عَدُوَّ صَدِيقِهِ فَقَدْ أَهَانَ صَدِيقَهُ مَعْنَى. وَقَوْلُهُ (أَنْ لَا يَرْكَبُوا إِلَّا لِلضَّرُورَةِ) يَعْنِي كَالْخُرُوجِ إِلَى الرُّسْتَاقِ وَذَهَابِ الْمَرِيضِ إِلَى مَوْضِعٍ يَحْتَاجُ إِلَيْهِ. وَقَوْلُهُ (بِالصِّفَةِ الَّتِي تَقَدَّمَتْ) يَعْنِي كَهَيْئَةِ الْأَكْفِ.

(وَمَنْ امْتَنَعَ مِنَ الْجِزْيَةِ أَوْ قَتَلَ مُسْلِمًا أَوْ سَبَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَوْ زَنَى بِمُسْلِمَةٍ لَمْ يُنْتَقِصْ عَهْدُهُ) لِأَنَّ الْغَايَةَ الَّتِي يَنْتَهِي بِهَا الْقِتَالُ التَّرَامُ الْجِزْيَةِ لَا أَدَاؤَهَا وَاللِّتْرَامُ بَاقٍ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: سَبَّ النَّبِيِّ ﷺ يَكُونُ نَقْضًا؛ لِأَنَّهُ يَنْقُضُ إِيْمَانَهُ فَكَذَا يَنْقُضُ

أَمَانَهُ إِذْ عَقَدَ الدِّمَّةَ خَلْفَ عَنهُ. وَلَنَا أَنْ سَبَّ النَّبِيِّ ﷺ كُفْرٌ مِنْهُ، وَالْكُفْرُ الْمَقَارِنُ لَا يَمْنَعُهُ فَالطَّارِئُ لَا يَرْفَعُهُ. قَالَ (وَلَا يُنْقَضُ الْعَهْدُ إِلَّا أَنْ يَلْحَقَ بِدَارِ الْحَرْبِ أَوْ يَغْلِبُوا عَلَى مَوْضِعٍ فَيَحَارِبُونَنَا)؛ لِأَنَّهُمْ صَارُوا حَرْبًا عَلَيْنَا فَيَعْرِى عَقْدُ الدِّمَّةِ عَنِ الْفَائِدَةِ وَهُوَ دَفْعُ شَرِّ الْحِرَابِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (لَأَنَّهُ يُنْقَضُ إِيْمَانُهُ) يَعْنِي لَوْ كَانَ مُسْلِمًا وَيَسُبُّ النَّبِيَّ ﷺ وَالْعِيَاذُ بِاللَّهِ نَقِضَ إِيْمَانُهُ (فَكَذَا يُنْقَضُ أَمَانُهُ) وَدِمَّتُهُ.

(وَإِذَا نَقِضَ الدِّمِّيُّ الْعَهْدَ فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ الْمُرْتَدِّ) مَعْنَاهُ فِي الْحُكْمِ بِمَوْتِهِ بِالْحَقِّ؛ لِأَنَّهُ التَّحَقُّ بِالْأَمْوَاتِ، وَكَذَا فِي حُكْمِ مَا حَمَلَهُ مِنْ مَالِهِ، إِلَّا أَنَّهُ لَوْ أُسِرَ يُسْتَرْقُ بِخِلَافِ الْمُرْتَدِّ.

الشرح:

قَوْلُهُ (وَكَذَا فِي حُكْمِ مَا حَمَلَهُ مِنْ مَالِهِ) يَعْنِي أَنَّ الدِّمِّيَّ إِذَا نَقِضَ الْعَهْدَ وَلَحِقَ بِدَارِ الْحَرْبِ وَفِي يَدِهِ مَالٌ ثُمَّ ظَهَرَ عَلَى دَارِ الْحَرْبِ يَكُونُ فِتْنًا، كَالْمُرْتَدِّ إِذَا لَحِقَ بِدَارِ الْحَرْبِ بِمَالِهِ ثُمَّ ظَهَرَ عَلَى الدَّارِ كَانَ مَالُهُ فِتْنًا. وَقَوْلُهُ (إِلَّا أَنَّهُ لَوْ أُسِرَ) اسْتِثْنَاءٌ مِنْ قَوْلِهِ فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ الْمُرْتَدِّ؛ يَعْنِي بِخِلَافِ الْمُرْتَدِّ فَإِنَّهُ لَا يُسْتَرْقُ بَلْ يُقْتَلُ إِنْ أَصَرَ عَلَى ارْتِدَادِهِ.

فصل

(وَنَصَارَى بَنِي تَغْلِبَ يُؤْخَذُ مِنْ أَمْوَالِهِمْ ضِعْفُ مَا يُؤْخَذُ مِنَ الْمُسْلِمِينَ مِنَ الزَّكَاةِ)؛ لِأَنَّ عُمَرَ ؓ صَالَحَهُمْ عَلَى ذَلِكَ بِمَحْضَرٍ مِنَ الصَّحَابَةِ (وَيُؤْخَذُ مِنْ نِسَائِهِمْ وَلَا يُؤْخَذُ مِنْ صِبْيَانِهِمْ) لِأَنَّ الصِّلَحَ وَقَعَ عَلَى الصَّدَقَةِ الْمُضَاعَفَةِ، وَالصَّدَقَةُ تَحِبُّ عَلَيْهِمْ دُونَ الصَّبِيَّانِ فَكَذَا الْمُضَاعَفُ. وَقَالَ زُهْرٌ رَحِمَهُ اللَّهُ لَا يُؤْخَذُ مِنْ نِسَائِهِمْ أَيْضًا، وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ؛ لِأَنَّهُ جَزِيَّةٌ فِي الْحَقِيقَةِ عَلَى مَا قَالَ عُمَرُ: هَذِهِ جَزِيَّةٌ فَسَمَوْهَا مَا شِئْتُمْ، وَلِهَذَا تُصَرَّفُ مَصَارِفُ الْجَزِيَّةِ وَلَا جَزِيَّةٌ عَلَى النِّسْوَانِ. وَلَنَا أَنَّهُ مَالٌ وَجَبَ بِهِ الصِّلَحُ، وَالْمَرَأَةُ مِنْ أَهْلِ وَجُوبِ مِثْلِهِ عَلَيْهَا وَالْمَصْرَفُ مَصَالِحُ الْمُسْلِمِينَ؛ لِأَنَّهُ مَالٌ بَيْتِ الْمَالِ وَذَلِكَ لَا يَخْتَصُّ بِالْجَزِيَّةِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَا يَرَاى فِيهِ شَرَائِطُهَا (وَيُوضَعُ عَلَى مَوْلَى التَّغْلِبِيِّ الْخَرَاجُ) أَيِ الْجَزِيَّةِ (وَخَرَاجُ الْأَرْضِ بِمَنْزِلَةِ مَوْلَى الْقُرَشِيِّ) وَقَالَ زُهْرٌ: يُضَاعَفُ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «إِنَّ مَوْلَى الْقَوْمِ مِنْهُمْ» أَلَا تَرَى أَنَّ مَوْلَى الْهَاشِمِيِّ يَلْحَقُ بِهِ فِي حَقِّ حُرْمَةِ

الصَّدَقَةِ. وَلَنَا أَنَّ هَذَا تَخْفِيفٌ وَمَوْلَى لَا يَلْحَقُ بِالْأَصْلِ فِيهِ، وَهَذَا تَوْضُعُ الْجِزْيَةِ عَلَى مَوْلَى الْمُسْلِمِ إِذَا كَانَ نَصْرَانِيًّا، بِخِلَافِ حُرْمَةِ الصَّدَقَةِ لِأَنَّ الْحُرْمَاتِ تَنْبُتُ بِالشُّبُهَاتِ فَالْحَقُّ الْمَوْلَى بِالْهَاشِمِيِّ فِي حَقِّهِ، وَلَا يَلْزَمُ مَوْلَى الْغَنِيِّ حَيْثُ لَا تَحْرُمُ عَلَيْهِ الصَّدَقَةُ، لِأَنَّ الْغَنِيَّ مِنْ أَهْلِهِا، وَإِنَّمَا الْغَنِيُّ مَانِعٌ وَلَمْ يُوجَدْ فِي حَقِّ الْمَوْلَى، أَمَّا الْهَاشِمِيُّ فَلَيْسَ بِأَهْلٍ لِهَذِهِ الصَّلَةِ أَصْلًا لِأَنَّهُ صَبِيٌّ لَشَرْفِهِ وَكَرَامَتِهِ عَنْ أَوْسَاخِ النَّاسِ فَالْحَقُّ بِهِ مَوْلَاهُ.

الشرح:

(فصل): ذَكَرَ نَصَارَى بَنِي تَغْلِبَ فِي فَصْلِ عَلَى حَدِّهِ، لِأَنَّ لَهُمْ أَحْكَامًا مَخْصُوصَةً بِهِمْ تُخَالِفُ أَحْكَامَ سَائِرِ النَّصَارَى، وَكَلَامُهُ وَاضِحٌ. وَالْأَصْلُ فِيهِ مَا ذَكَرَ أَبُو يُوسُفَ فِي كِتَابِ الْخَرَاجِ بِإِسْنَادِهِ إِلَى دَاوُدَ بْنِ كُرْدُوسٍ عَنْ عَبْدِادَةَ بْنِ التُّعْمَانِ التَّغْلِبِيِّ أَنَّهُ قَالَ لِعُمَرَ: يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ إِنَّ بَنِي تَغْلِبَ مَنْ قَدْ عَلِمْتَ شَوْكَتَهُمْ وَإِنَّهُمْ بِإِرَاءِ الْعَدُوِّ، فَإِنْ ظَاهَرُوا عَلَيْكَ الْعَدُوُّ اشْتَدَّتْ الْمُؤْتَةُ، فَإِنْ رَأَيْتَ أَنَّ تُعْطِيَهُمْ شَيْئًا فَافْعَلْ، قَالَ: فَصَالِحُهُمْ عُمَرُ عَلَى أَنْ لَا يَعْمِسُوا أَحَدًا مِنْ أَوْلَادِهِمْ فِي النَّصْرَانِيَّةِ، وَتَضَاعَفُ عَلَيْهِمُ الصَّدَقَةُ، وَعَلَى أَنْ تَسْقُطَ الْجِزْيَةُ عَنْ رُءُوسِهِمْ، فَكُلُّ نَصْرَانِيٍّ مِنْ بَنِي تَغْلِبَ لَهُ غَنَمٌ سَائِمَةٌ فَلَيْسَ فِيهَا شَيْءٌ حَتَّى تَبْلُغَ أَرْبَعِينَ، فَإِذَا بَلَغَتْ أَرْبَعِينَ شَاءَ سَائِمَةٌ فَفِيهَا شَاتَانِ إِلَى مِائَةٍ وَعِشْرِينَ، فَإِذَا زَادَتْ وَاحِدَةً فَفِيهَا أَرْبَعٌ مِنَ الْغَنَمِ، وَعَلَى هَذَا الْحِسَابِ تُؤْخَذُ صَدَقَاتُهُمْ، وَكَذَلِكَ الْإِبِلُ وَالْبَقَرُ إِذَا وَجَبَ عَلَى الْمُسْلِمِ شَيْءٌ فِي ذَلِكَ فَعَلَى التَّغْلِبِيِّ مِثْلُهُ مَرَّتَيْنِ، وَنِسَاؤُهُمْ كَرَجَالِهِمْ فِي الصَّدَقَةِ، وَأَمَّا الصَّبِيَّانُ فَلَيْسَ عَلَيْهِمُ شَيْءٌ وَكَذَلِكَ أَرَاضِيَهُمُ الَّتِي كَانَتْ فِي أَيْدِيهِمْ يَوْمَ صُوحِلُوا يُؤْخَذُ مِنْهُمْ الضَّعْفُ مِمَّا يُؤْخَذُ مِنَ الْمُسْلِمِينَ. وَقَوْلُهُ (وَالْمَرْأَةُ مِنْ أَهْلِ وَجُوبِ مِثْلِهِ) أَيِ مِثْلِ مَالٍ وَجَبَ بِالصُّلْحِ. وَقَوْلُهُ (أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَا يُرَاعَى فِيهِ شَرَائِطُهَا) أَيِ فِيمَا أُخِذَ مِنْهُمْ مِنَ الْمَضَاعِفَةِ شَرَائِطُ الْجِزْيَةِ مِنْ وَصْفِ الصَّغَارِ كَعَدَمِ الْقَبُولِ مِنْ يَدِ النَّائِبِ وَالْإِعْطَاءِ قَائِمًا وَالْقَابِضُ قَاعِدٌ، وَأُخِذَ التَّلْيِيبُ عَلَى مَا مَرَّ.

قَوْلُهُ (وَيُوضَعُ عَلَى مَوْلَى التَّغْلِبِيِّ الْخَرَاجُ: أَيِ الْجِزْيَةُ وَخَرَاجُ الْأَرْضِ بِمَنْزِلَةِ مَوْلَى الْقُرَشِيِّ) أَيِ لَا تُؤْخَذُ الْجِزْيَةُ وَخَرَاجُ الْأَرْضِ مِنَ الْقُرَشِيِّ وَتُؤْخَذُ مِنْ مُعْتَقِهِ فَكَذَلِكَ هَاهُنَا تُؤْخَذُ الْجِزْيَةُ مِنْ مُعْتَقِ التَّغْلِبِيِّ وَإِنْ لَمْ تُؤْخَذْ مِنَ التَّغْلِبِيِّ (قَوْلُهُ وَلَنَا أَنَّ

هَذَا) أَيُّ أَخَذَ مُضَاعَفَ الزَّكَاةِ (تَخْفِيفٌ) يَعْنِي لَمَّا ذَكَرْنَا أَنَّهُ لَيْسَ فِيهِ وَصْفُ الصَّغَارِ بِخِلَافِ الْجَزِيَّةِ (وَالْمَوْلَى لَا يُلْحَقُ بِالْأَصْلِ فِيهِ) أَيُّ فِي التَّخْفِيفِ (وَهَذَا) أَيُّ وَلَكُونَ الْمَوْلَى لَا يُلْحَقُ بِالْأَصْلِ فِي التَّخْفِيفِ (تَوْضُحُ الْجَزِيَّةِ عَلَى مَوْلَى الْمُسْلِمِ إِذَا كَانَ نَصْرَانِيًّا) وَلَمْ يُلْحَقْ بِمَوْلَاهُ فِي تَرْكِ الْجَزِيَّةِ وَإِنْ كَانَ الْإِسْلَامُ أَعْلَى أَسْبَابِ التَّخْفِيفِ وَأَوَّلَاهَا. فَإِنْ قِيلَ: حُرْمَةُ الصَّدَقَةِ لَيْسَتْ بِتَغْلِيظٍ بَلْ هِيَ تَخْفِيفٌ بِالتَّخْلِيصِ عَنِ التَّدْنُسِ بِالْآثَامِ وَقَدْ أُلْحِقَ مَوْلَى الْهَاشِمِيِّ فِيهَا بِالْهَاشِمِيِّ أَجَابَ بِقَوْلِهِ بِخِلَافِ حُرْمَةِ الصَّدَقَةِ إلخ. وَقَوْلُهُ (فِي حَقِّهِ) أَيُّ فِيْمَا هُوَ حَقُّ مَوْلَاهُ وَهُوَ حُرْمَةُ الصَّدَقَةِ.

فَإِنْ قِيلَ: مَا بَالُ مَوْلَى الْعَنِيِّ لَمْ يُلْحَقْ بِهِ فِي حُرْمَةِ الصَّدَقَةِ وَالْعِلَّةُ الْمَذْكُورَةُ وَهِيَ أَنَّ الْحُرْمَاتِ ثَبِتُ بِالشُّبُهَاتِ مَوْجُودَةٌ؟ أَجَابَ بِقَوْلِهِ (لَأَنَّ الْعَنِيَّ مِنْ أَهْلِهَا) أَيُّ مِنْ أَهْلِ الصَّدَقَةِ فِي الْجُمْلَةِ وَهَذَا حَلَّتْ لَهُ إِذَا كَانَ عَامِلًا (وَأَمَّا الْعَنِيُّ مَانِعٌ وَلَمْ يُوجَدْ فِي حَقِّ الْمَوْلَى، وَأَمَّا الْهَاشِمِيُّ فَلَيْسَ بِأَهْلٍ لَهَا أَصْلًا لِأَنَّهُ صَبَنَ لَشَرَفِهِ. وَكَرَامَتِهِ عَنِ أَوْسَاحِ النَّاسِ فَالْحَقُّ بِهِ مَوْلَاهُ) وَيَجُوزُ أَنْ يُقَالَ: حُرْمَةُ الصَّدَقَةِ عَلَى بَنِي هَاشِمٍ تَشْرِيفٌ لَهُمْ، وَفِي الْخَاقِ الْمَوَالِي بِهِمْ زِيَادَةٌ فِي التَّشْرِيفِ وَحُرْمَتُهَا عَلَى الْعَنِيِّ لِعَنَاهُ، وَفِي الْخَاقِ مَوْلَاهُ بِهِ لَا يَزِيدُ غَنًى، وَلَمْ يَذْكُرِ الْجَوَابَ عَمَّا اسْتَدَلَّ بِهِ زُفَرٌ مِنَ الْحَدِيثِ وَهُوَ أَنَّهُ غَيْرُ مُجَرَّى عَلَى عُمُومِهِ، فَإِنَّ مَوْلَى الْهَاشِمِيِّ لَيْسَ كَهُوَ فِي الْكِفَاءَةِ بِالْإِجْمَاعِ فَوَجَبَ التَّأْوِيلُ بِأَنَّهُ مَحْمُولٌ عَلَى التَّعَاوُنِ وَالتَّنَاصُرِ لِأَنَّهُ مِنْ لَوَازِمِهِ، فَإِنَّ الرَّجُلَ إِذَا كَانَ مِنَ الْقَوْمِ يَقُومُ بِنَصْرَتِهِمْ.

وَقَالَ شَمْسُ الْأَيْمَةِ السَّرْحَسِيُّ: الْقِيَاسُ فِي الْكُلِّ سَوَاءٌ، وَهُوَ أَنْ لَا يُلْحَقَ مَوْلَى الْقَوْمِ بِهِمْ إِلَّا أَنْ وَرُودَ الْحَدِيثِ كَانَ فِي حُرْمَةِ الصَّدَقَةِ عَلَى بَنِي هَاشِمٍ، وَهُوَ مَا رُوِيَ: «أَنَّ أَبَا رَافِعٍ سَأَلَ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ: أَتَحِلُّ لَهُ الصَّدَقَةُ؟ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: لَا، أَنْتَ مَوْلَانَا وَمَوْلَى الْقَوْمِ مِنْ أَنْفُسِهِمْ» وَالْمَخْصُوصُ مِنَ الْقِيَاسِ بِالنَّصِّ لَا يُلْحَقُ بِهِ مَا لَيْسَ فِي مَعْنَاهُ مِنْ كُلِّ وَجْهٍ، وَهَذَا لَيْسَ فِي مَعْنَى مَا وَرَدَ فِيهِ النَّصُّ لِأَنَّ ذَلِكَ كَانَ لِإِظْهَارِ فَضِيلَةِ قَرَابَةِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فِي الْخَاقِ مَوْلَاهُمْ بِهِمْ وَمَوْلَى التَّغْلِييِّ لَيْسَ مِنْ ذَلِكَ فِي شَيْءٍ.

قَالَ: (وَمَا جَبَاهُ الْإِمَامُ مِنَ الْخَرَاجِ وَمِنْ أَمْوَالِ بَنِي تَغْلِبَ وَمَا أَهْدَاهُ أَهْلُ الْحَرْبِ إِلَى الْإِمَامِ وَالْجَزِيَّةُ يُصْرَفُ فِي مَصَالِحِ الْمُسْلِمِينَ كَسَدِّ الثُّغُورِ وَبِنَاءِ الْقَنَاظِرِ وَالْجُسُورِ، وَيُعْطَى قُضَاةُ الْمُسْلِمِينَ وَعَمَّا لَهُمْ وَعِلْمَاؤُهُمْ مِنْهُ مَا يَكْفِيهِمْ، وَيُدْفَعُ مِنْهُ أَرْزَاقُ الْمُقَاتِلَةِ

وَذَرَارِيهِمْ؛ لِأَنَّهُ مَالٌ بَيْتُ الْمَالِ فَإِنَّهُ وَصَلَ إِلَى الْمُسْلِمِينَ مِنْ غَيْرِ قِتَالٍ وَهُوَ مُعَدٌّ لِمَصَالِحِ الْمُسْلِمِينَ وَهَؤُلَاءِ عَمَلَتْهُمْ وَنَفَقَتُ الدَّرَارِيِّ عَلَى الْأَبَاءِ، فَلَوْ لَمْ يُعْطُوا كِفَايَتَهُمْ لاحتاجوا إلى الاكْتِسَابِ فَلَا يَتَفَرَّغُونَ لِلْقِتَالِ (وَمَنْ مَاتَ فِي نِصْفِ السَّنَةِ فَلَا شَيْءَ لَهُ مِنَ الْعَطَاءِ) لِأَنَّهُ نَوْعٌ صِلَةٍ وَلَيْسَ بِدَيْنٍ؛ وَلِهَذَا سُمِّيَ عَطَاءٌ فَلَا يُمْلِكُ قَبْلَ الْقَبْضِ وَيَسْقُطُ بِالمَوْتِ، وَأَهْلُ الْعَطَاءِ فِي زَمَانِنَا مِثْلُ الْقَاضِي وَالْمُدْرَسِ وَالْمُفْتِي، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَا جَبَاهُ الْإِمَامُ) أَيِ جَمَعُهُ، وَالتَّغَوُّرُ جَمْعٌ تَعَرٍّ وَهُوَ مَوْضِعُ مَخَافَةِ الْبُلْدَانِ، وَالْقَنْطَرَةُ مَا لَا يُرْفَعُ، وَالْجِسْرُ مَا يُرْفَعُ. (قَوْلُهُ وَهَؤُلَاءِ عَمَلَتْهُمْ) أَيِ الْقَضَاءِ وَعَمَّالُهُمْ وَالْعُلَمَاءُ عَمَلَةُ الْمُسْلِمِينَ وَالْعَمَلَةُ جَمْعٌ عَامِلٍ (قَوْلُهُ فَلَا شَيْءَ لَهُ مِنَ الْعَطَاءِ) الْعَطَاءُ مَا يُكْتَبُ لِلْغَزَاةِ فِي الدِّيَّانِ وَلِكُلِّ مَنْ قَامَ بِأَمْرٍ مِنْ أُمُورِ الدِّينِ كَالْقَاضِي وَالْمُفْتِي وَالْمُدْرَسِ، وَفِي الْإِبْتِدَاءِ كَانَ يُعْطَى كُلُّ مَنْ كَانَ لَهُ ضَرْبُ مَزِيَّةٍ فِي الْإِسْلَامِ كَأَزْوَاجِ النَّبِيِّ ﷺ وَأَوْلَادِ الْمُهَاجِرِينَ وَالْأَنْصَارِ، وَكَذَلِكَ لَوْ مَاتَ فِي آخِرِ السَّنَةِ لَا يُورَثُ الْعَطَاءُ لِأَنَّهُ صِلَةٌ فَلَا يُمْلِكُ قَبْلَ الْقَبْضِ وَإِنَّمَا وَضَعَ الْمَسْأَلَةَ فِي نِصْفِ السَّنَةِ، لِأَنَّهُ لَوْ مَاتَ فِي آخِرِ السَّنَةِ يُسْتَحَبُّ صَرْفُ ذَلِكَ إِلَى قَرِيْبِهِ لِأَنَّهُ قَدْ أَوْفَى عَنَاءَهُ فَيُسْتَحَبُّ الصَّرْفُ إِلَى قَرِيْبِهِ لِيَكُونَ أَقْرَبَ إِلَى الْوَفَاءِ.

بَابُ أَحْكَامِ الْمُرْتَدِّينَ

قَالَ (وَإِذَا ارْتَدَّ الْمُسْلِمُ عَنِ الْإِسْلَامِ وَالْعِيَاذُ بِاللَّهِ عَرِضٌ عَلَيْهِ الْإِسْلَامُ، فَإِنْ كَانَتْ لَهُ شُبْهَةٌ كُضِفَتْ عَنْهُ) لِأَنَّهُ عَسَاهُ اعْتَرَتْهُ شُبْهَةٌ فَتَزَاحُ، وَفِيهِ دَفْعُ شَرِّهِ بِأَحْسَنِ الْأَمْرَيْنِ، إِلَّا أَنْ الْعَرِضَ عَلَى مَا قَالُوا غَيْرُ وَاجِبٍ؛ لِأَنَّ الدَّعْوَةَ بِلَفْظِهِ قَالَ (وَيُحْبَسُ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ، فَإِنْ أَسْلَمَ وَإِلَّا قُتِلَ. وَفِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ: الْمُرْتَدُّ يُعْرَضُ عَلَيْهِ الْإِسْلَامُ فَإِنْ أَبَى قُتِلَ) وَتَأْوِيلُ الْأَوَّلِ أَنَّهُ يَسْتَمِيلُ فَيَمُهِلُ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ لِأَنَّهَا مُدَّةٌ ضَرِبَتْ لِإِبْلَاءِ الْأَعْدَادِ. وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يُسْتَحَبُّ أَنْ يُؤَجَّلَ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ طَلَبَ ذَلِكَ أَوْ لَمْ يَطْلُبْ. وَعَنْ الشَّافِعِيِّ أَنَّ عَلَى الْإِمَامِ أَنْ يُؤَجَّلَ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ، وَلَا يَحِلُّ لَهُ أَنْ يَقْتُلَهُ قَبْلَ ذَلِكَ؛ لِأَنَّ ارْتِدَادَ الْمُسْلِمِ يَكُونُ عَنْ شُبْهَةٍ ظَاهِرًا فَلَا بُدَّ مِنْ مُدَّةٍ يُمْكِنُهُ التَّأَمُّلُ فَقَدَرْنَاهَا بِالثَّلَاثَةِ. وَلَنَا قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿فَاقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ﴾ [التوبة: ٥] مِنْ غَيْرِ قَيْدٍ الْإِمْهَالِ، وَكَذَا قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ

وَالسَّلَامُ: «مَنْ بَدَّلَ دِينَهُ فَاقْتُلُوهُ» ^(١) وَلَأَنَّهُ كَافِرٌ حَرْبِيٌّ بَلَغَتْهُ الدَّعْوَةُ فَيَقْتُلُ لِلْحَالِ مِنْ غَيْرِ اسْتِمْهَالٍ، وَهَذَا؛ لَأَنَّهُ لَا يَجُوزُ تَأْخِيرُ الْوَاجِبِ لِأَمْرِ مَوْهُومٍ، وَلَا فَرْقَ بَيْنَ الْحُرِّ وَالْعَبْدِ لِإِطْلَاقِ الدَّلَائِلِ. وَكَيْفِيَّةُ تَوْبَتِهِ أَنْ يَتَبَرَّأَ عَنِ الْأَدْيَانِ كُلِّهَا سِوَى الْإِسْلَامِ؛ لَأَنَّهُ لَا دِينَ لَهُ، وَلَوْ تَبَرَّأَ عَمَّا انْتَقَلَ إِلَيْهِ كَفَاهُ لِحُصُولِ الْمَقْصُودِ.

الشرح:

(بَابُ أَحْكَامِ الْمُرْتَدِّينَ): لَمَّا فَرَّغَ مِنْ بَيَانِ أَحْكَامِ الْكُفْرِ الْأَصْلِيِّ ذَكَرَ فِي هَذَا الْبَابِ أَحْكَامَ الْكُفْرِ الطَّارِئِ، لِأَنَّ الطَّارِئَ إِنَّمَا هُوَ بَعْدَ وُجُودِ الْأَصْلِيِّ وَكَلَامُهُ وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (إِلَّا أَنْ الْعَرَضَ عَلَى مَا قَالُوا غَيْرُ وَاجِبٍ) ظَاهِرُ الْمَذْهَبِ. قَالَ فِي الْإِيضَاحِ: وَيُسْتَحَبُّ عَرْضُ الْإِسْلَامِ عَلَى الْمُرْتَدِّينَ، هَكَذَا رَوَى عَنْ عُمَرَ لَأَنْ رَجَاءَ الْعَوْدِ إِلَى الْإِسْلَامِ نَابِتٌ لَاحْتِمَالِ أَنْ الرَّدَّةَ كَانَتْ بَاعْتِرَاضِ شُبْهَةٍ. وَقَوْلُهُ (وَتَأْوِيلُ الْأَوَّلِ) يَعْنِي بِهِ قَوْلُهُ وَيُحْسَبُ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ (أَنَّهُ يُسْتَمْهَلُ) أَيُّ يَطْلُبُ الْمُهْلَةَ فَيَحْسَبُ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ، وَأَمَّا إِذَا لَمْ يَطْلُبْ فَالظَّاهِرُ مِنْ حَالِهِ أَنَّهُ مُتَعَنِّتٌ فِي ذَلِكَ فَلَا بَأْسَ بِقَتْلِهِ، إِلَّا أَنَّهُ يُسْتَحَبُّ أَنْ يُسْتَتَابَ لَأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ كَافِرٍ بَلَغَتْهُ الدَّعْوَةُ. فَإِنْ قِيلَ: تَقْدِيرُ الْمُدَّةِ هَاهُنَا بِثَلَاثَةِ أَيَّامٍ نَصَبَ الْحُكْمِ بِالرَّأْيِ فِيمَا لَا مَدْخَلَ لَهُ فِيهِ لَأَنَّهُ مِنَ الْمَقَادِيرِ. أُجِيبَ بِأَنَّ هَذَا مِنْ قِبَلِ إِبْتِهَازِ الْحُكْمِ بِدَلَالَةِ النَّصِّ، لِأَنَّ وُرُودَ النَّصِّ فِي خِيَارِ الْبَيْعِ بِثَلَاثَةِ أَيَّامٍ وَرَدَّ فِيهِ، لِأَنَّ التَّقْدِيرَ بِثَلَاثَةِ أَيَّامٍ هُنَاكَ إِنَّمَا كَانَ لِلتَّأْمُلِ، وَالتَّقْدِيرُ بِهَا هَاهُنَا أَيْضًا لِلتَّأْمُلِ. وَقَوْلُهُ (وَلَأَنَّهُ كَافِرٌ حَرْبِيٌّ) بَيَانُهُ أَنَّهُ كَافِرٌ حَرْبِيٌّ لَا مَحَالَةَ وَلَيْسَ بِمُسْتَأْمَنٍ لَأَنَّهُ لَمْ يَطْلُبِ الْأَمَانَ وَلَا ذِمِّيٌّ لَأَنَّهُ لَمْ يُقْبَلْ مِنْهُ الْجِزْيَةُ فَكَانَ حَرْبِيًّا. وَقَوْلُهُ (لِإِطْلَاقِ الدَّلَائِلِ) يَعْنِي قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿فَاقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ﴾ [التوبة: ٥] وَقَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «مَنْ بَدَّلَ دِينَهُ فَاقْتُلُوهُ» (وَكَيفِيَّةُ تَوْبَتِهِ أَنْ يَتَبَرَّأَ عَنِ الْأَدْيَانِ كُلِّهَا) يَعْنِي بَعْدَ الْإِثْبَانِ بِالشَّهَادَتَيْنِ.

قَالَ (فَإِنْ قَتَلَهُ قَاتِلٌ قَبْلَ عَرْضِ الْإِسْلَامِ عَلَيْهِ كُورَهُ، وَلَا شَيْءَ عَلَى الْقَاتِلِ) وَمَعْنَى الْكَرَاهِيَّةِ هَاهُنَا تَرْكُ الْمُسْتَحَبِّ وَانْتِفَاءُ الضَّمَانِ؛ لِأَنَّ الْكُفْرَ مُبِيحٌ لِلْقَتْلِ، وَالْعَرَضُ بَعْدَ بُلُوغِ الدَّعْوَةِ غَيْرُ وَاجِبٍ.

(١) أخرجه البخاري في الجهاد باب ١٤٩، واستتابة المرتدين باب ٢ عن ابن عباس، وانظر نصب الراية (٦٨٦/٣).

(وَأَمَّا الْمُرْتَدَّةُ فَلَا تُقْتَلُ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ تُقْتَلُ لِمَا رَوَيْنَا؛ وَلأنَّ رِدَّةَ الرَّجُلِ مُبِيحَةٌ لِلْقَتْلِ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ جِنَايَةٌ مُتَغَلِّظَةٌ فَتَنَاطُ بِهَا عُقُوبَةٌ مُتَغَلِّظَةٌ وَرِدَّةُ الْمَرْأَةِ تُشَارِكُهَا فِيهَا فَتُشَارِكُهَا فِي مُوجِبِهَا. وَلَنَا «أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ نَهَى عَنِ قَتْلِ النِّسَاءِ»، وَلأنَّ الْأَصْلَ تَأْخِيرُ الْأَجْزِيَةِ إِلَى دَارِ الْآخِرَةِ إِذْ تَعْجِيلُهَا يُخِلُّ بِمَعْنَى الْإِبْتِلَاءِ، وَإِنَّمَا عُدِلَ عَنْهُ دَفْعًا لَشَرِّ نَاجِزٍ وَهُوَ الْحِرَابُ، وَلَا يَتَوَجَّهُ ذَلِكَ مِنَ النِّسَاءِ؛ لِعَدَمِ صَلَاحِيَّةِ الْبِنِيَّةِ، بِخِلَافِ الرِّجَالِ فَصَارَتِ الْمُرْتَدَّةُ كَالْأَصْلِيَّةِ قَالَ (وَلَكِنْ تُحْبَسُ حَتَّى تُسَلَّمَ)؛ لِأَنَّهَا امْتَنَعَتْ عَنِ إِيْفَاءِ حَقِّ اللَّهِ تَعَالَى بَعْدَ الْإِقْرَارِ فَتُجْبَرُ عَلَى إِيْفَائِهِ بِالْحَبْسِ كَمَا فِي حُقُوقِ الْعِبَادِ (وَفِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ: وَتُجْبَرُ الْمَرْأَةُ عَلَى الْإِسْلَامِ حُرَّةً كَانَتْ أَوْ أَمَةً. وَالْأَمَةُ يُجْبَرُهَا مَوْلَاهَا) أَمَّا الْجَبَرُ فَلَمَّا ذَكَّرْنَا، وَمِنَ الْمَوَلَى؛ لِمَا فِيهِ مِنَ الْجَمْعِ بَيْنَ الْحَقِّينِ، وَيُرْوَى تُضْرَبُ فِي كُلِّ أَيَّامٍ مُبَالِغَةً فِي الْحَمَلِ عَلَى الْإِسْلَامِ.

الشرح:

(وَأَمَّا الْمُرْتَدَّةُ فَلَا تُقْتَلُ) فَإِنْ قَتَلَهَا رَجُلٌ لَمْ يَضْمَنْ شَيْئًا حُرَّةً كَانَتْ أَوْ أَمَةً. قَالَ فِي النَّهَائَةِ: كَذَا فِي الْمَسُوطِ. وَقَوْلُهُ (لِمَا رَوَيْنَا) إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «مَنْ بَدَّلَ دِينَهُ فَاقْتُلُوهُ» وَهَذِهِ الْكَلِمَةُ تُعْمُ الرِّجَالُ وَالنِّسَاءَ كَقَوْلِهِ تَعَالَى: «فَمَنْ شَهِدَ مِنْكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ» [البقرة: ١٨٥] وَلأنَّ رِدَّةَ الرَّجُلِ مُبِيحَةٌ لِلْقَتْلِ مِنْ حَيْثُ إِنَّهَا جِنَايَةٌ مُتَغَلِّظَةٌ وَكُلُّ مَا هُوَ جِنَايَةٌ مُتَغَلِّظَةٌ (يَنَاطُ بِهَا عُقُوبَةٌ مُتَغَلِّظَةٌ، وَرِدَّةُ الْمَرْأَةِ تُشَارِكُ رِدَّةَ الرَّجُلِ فِي هَذِهِ الْعِلَّةِ فَيَجِبُ أَنْ تُشَارِكَهَا فِي مُوجِبِهَا) لِأَنَّ الْإِشْتِرَاكَ فِي الْعِلَّةِ يُوجِبُ الْإِشْتِرَاكَ فِي الْمَعْلُولِ وَصَارَ كَالزُّنَا وَشُرْبِ الْخَمْرِ وَالسَّرِقَةِ، وَفِيهِ نَظَرٌ لِأَنَّهُ إِثْبَاتُ مَا يُدْرَأُ بِالرَّأْيِ وَلَنَا «أَنَّهُ ﷺ نَهَى عَنِ قَتْلِ النِّسَاءِ» وَلأنَّ الْقَتْلَ جَزَاءُ الْكُفْرِ (وَالْأَصْلُ فِي الْأَجْزِيَةِ تَأْخِيرُهَا إِلَى دَارِ الْجَزَاءِ وَهِيَ الْآخِرَةُ لِأَنَّ تَعْجِيلَهَا يُخِلُّ بِمَعْنَى الْإِبْتِلَاءِ) الَّذِي هُوَ مِنَ اللَّهِ تَعَالَى إِظْهَارُ عِلْمِهِ لِأَنَّ النَّاسَ يَمْتَنِعُونَ خَوْفًا مِنْ لِحُوقِهِ فَصَارُوا فِي الْمَعْنَى كَالْمَجْثُورِينَ وَفِيهِ إِخْلَالٌ بِالْإِبْتِلَاءِ (وَإِنَّمَا عُدِلَ عَنْهُ) أَيُّ عَنْ هَذَا الْأَصْلِ إِلَى تَعْجِيلِ بَعْضِهَا (دَفْعًا لَشَرِّ نَاجِزٍ وَهُوَ الْحِرَابُ، وَلَا يَتَوَجَّهُ ذَلِكَ فِي النِّسَاءِ) لِأَنَّ بَنِيَّتَهُنَّ غَيْرُ صَالِحَةٍ لِلذَلِكَ (بِخِلَافِ الرِّجَالِ فَصَارَتِ الْمُرْتَدَّةُ كَالْأَصْلِيَّةِ) وَالْكَافِرَةُ الْأَصْلِيَّةُ لَا تُقْتَلُ فَكَذَا الْمُرْتَدَّةُ.

وَمَا قِيلَ «إِنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَتَلَ مُرْتَدَّةً» فَقَدْ قِيلَ إِنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لَمْ يَقْتُلْهَا بِمُجَرَّدِ الرَّدَّةِ بَلْ لَأَنَّهَا كَانَتْ سَاحِرَةً شَاعِرَةً تَهْجُو رَسُولَ اللَّهِ ﷺ وَكَانَ لَهَا ثَلَاثُونَ ابْنًا وَهِيَ تُحَرِّضُهُمْ عَلَى قِتَالِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَأَمَرَ بِقَتْلِهَا. وَالْجَوَابُ عَمَّا رُوِيَ أَنَّهُ لَيْسَ بِمُجَرَّدِي عَنْ ظَاهِرِهِ لِأَنَّ التَّبْدِيلَ يَتَحَقَّقُ مِنَ الْكَافِرِ إِذَا أَسْلَمَ، فَعَرَفْنَا أَنَّهُ عَامٌّ لِحَقِّهِ خُصُوصٌ فَيُخَصَّصُ الْمُتَنَازِعُ فِيهِ بِمَا ذَكَرْنَا فِي الْمَعْنَى، وَقَوْلُهُ (وَلَكِنْ تُحَسِّنُ) ظَاهِرٌ وَأَعَادَ رِوَايَةَ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ لَاشْتِمَالِهَا عَلَى ذِكْرِ الْجَبْرِ وَالْحُرَّةِ وَالْأَمَّةِ. وَقَوْلُهُ (وَالْأَمَّةُ يُجْبِرُهَا مَوْلَاهَا) قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ: إِذَا ارْتَدَّتِ الْأَمَّةُ وَاحْتِاجَ الْمَوْلَى إِلَى خِدْمَتِهَا دُفِعَتْ إِلَيْهِ وَأَمَرَهُ الْقَاضِي أَنْ يُجْبِرَهَا عَلَى الْإِسْلَامِ.

قَالَ الْمُصَنِّفُ (أَمَّا الْجَبْرُ فَلَمَّا ذَكَرْنَا) يَعْنِي أَنَّهَا امْتَنَعَتْ عَنْ إِفَاءِ حَقِّ اللَّهِ تَعَالَى بَعْدَ الْإِقْرَارِ (وَمِنَ الْمَوْلَى لَمَّا فِيهِ مِنَ الْجَمْعِ بَيْنَ الْحَقِيقَيْنِ) أَيِ الْجَبْرِ وَالْإِسْتِخْدَامِ، وَلَمْ يُشْتَرَطْ فِي الْكِتَابِ حَاجَةُ الْمَوْلَى إِلَى خِدْمَتِهَا وَهِيَ رِوَايَةُ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ، وَشَرَطَهَا فِي رِوَايَةٍ. قَالَ فَخَرُ الْإِسْلَامِ رَحِمَهُ اللَّهُ: وَالصَّحِيحُ أَنَّهَا تُدْفَعُ إِلَى الْمَوْلَى احْتِاجَ إِلَيْهَا أَوْ اسْتَعْنَى. وَقَالَ: وَكَذَلِكَ لَا يُشْتَرَطُ طَلَبُ الْمَوْلَى. فَإِنْ قِيلَ: لِلْمَوْلَى حَقُّ الْإِسْتِخْدَامِ فِي الْعَبْدِ وَالْأَمَّةِ جَمِيعًا فَكَيْفَ دُفِعَتْ إِلَيْهِ الْأَمَّةُ دُونَ الْعَبْدِ؟ أُجِيبُ بِأَنَّ الْعَبْدَ إِذَا أَبَى قَتْلَ فَلَا فَائِدَةَ فِي الدَّفْعِ إِلَى الْمَوْلَى

قَالَ (وَيَزُولُ مِلْكُ الْمُرْتَدِّ عَنْ أَمْوَالِهِ بِرِدَّتِهِ زَوْالًا مُرَاعَى، فَإِنْ أَسْلَمَ عَادَتْ عَلَى حَالِهَا، قَالُوا: هَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَعِنْدَهُمَا لَا يَزُولُ مِلْكُهُ؛ لِأَنَّهُ مُكَلَّفٌ مُحْتَاجٌ، فَإِلَى أَنْ يَقْتُلَ يَبْقَى مِلْكُهُ كَالْمُحْكُومِ عَلَيْهِ بِالرَّجْمِ وَالْقِصَاصِ.

وَلَهُ أَنَّهُ حَرْبِيٌّ مَقْهُورٌ تَحْتَ أَيْدِينَا حَتَّى يَقْتُلَ، وَلَا قَتْلَ إِلَّا بِالْحِرَابِ، وَهَذَا يُوجِبُ زَوَالَ مِلْكِهِ وَمَالِكِيَّتِهِ، غَيْرَ أَنَّهُ مَدْعُوٌّ إِلَى الْإِسْلَامِ بِالْإِجْبَارِ عَلَيْهِ وَيُرْجَى عَوْدُهُ إِلَيْهِ فَتَوَقَّفْنَا فِي أَمْرِهِ، فَإِنْ أَسْلَمَ جُعِلَ الْعَارِضُ كَأَن لَمْ يَكُنْ فِي حَقِّ هَذَا الْحُكْمِ وَصَارَ كَأَن لَمْ يَزَلْ مُسْلِمًا وَلَمْ يَعْمَلِ السَّبَبُ، وَإِنْ مَاتَ أَوْ قُتِلَ عَلَى رِدَّتِهِ أَوْ لِحَقِّ بَدَارِ الْحَرْبِ وَحُكْمِ بِلْحَاقِهِ اسْتَقَرَّ كُفْرُهُ فَيَعْمَلُ السَّبَبُ عَمَلَهُ وَزَالَ مِلْكُهُ.

الشرح:

قَالَ (وَيَزُولُ مِلْكُ الْمُرْتَدِّ عَنْ أَمْوَالِهِ بِرِدَّتِهِ زَوْالًا مُرَاعَى) أَيِ مَوْقُوفًا إِلَى أَنْ يَتَبَيَّنَ

حَالُهُ، فَإِنْ أَسْلَمَ عَادَتْ عَلَى حَالِهَا، قَالُوا) أَيُّ الْمَشَايخُ (هَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَعِنْدَهُمَا لَا يَزُولُ لَأَنَّهُ مُكَلَّفٌ مُحْتَاجٌ) وَكُلُّ مَنْ هُوَ كَذَلِكَ يَجِبُ عَدَمُ زَوَالِ مِلْكِهِ لَأَنَّهُ لَا يَتِمَّكُنُ مِنْ إِقَامَةِ مُوجِبِ التَّكْلِيفِ إِلَّا بِالْمَلِكِ، فَيَبْقَى مِلْكُهُ (إِلَى أَنْ يُقْتَلَ كَالْمَحْكُومِ عَلَيْهِ بِالرَّجْمِ وَالْقِصَاصِ) وَالْجَامِعُ أَنَّ كُلًّا مِنْهُم مُكَلَّفٌ مُبَاحُ الدِّمِ (وَلَهُ أَنَّهُ حَرْبِيٌّ مَقْهُورٌ تَحْتَ أَيْدِينَا) بِدَلِيلٍ أَنَّهُ يُقْتَلُ (وَلَا قَتْلُ إِلَّا بِالْحِرَابِ) فَكَانَ الْقَتْلُ هَاهُنَا مُسْتَلَزِمًا لِلْحِرَابِ لِأَنَّ نَفْسَ الْكُفْرِ لَيْسَ بِمُبِيحٍ لَهُ وَلِهَذَا لَا يُقْتَلُ الْأَعْمَى وَالْمُقْعَدُ وَالشَّيْخُ الْفَانِي، وَقَدْ تَحَقَّقَ الْمَلْزُومُ بِالِاتِّفَاقِ وَهُوَ كَوْنُهُ مِمَّنْ يُقْتَلُ فَلَا بُدَّ مِنْ لَازِمِهِ وَهُوَ كَوْنُهُ حَرْبِيًّا (وَهَذَا) أَيُّ كَوْنُهُ حَرْبِيًّا مَقْهُورًا تَحْتَ أَيْدِينَا (يُوجِبُ زَوَالِ مِلْكِهِ وَمَالِكِيَّتِهِ) لِأَنَّ الْمَقْهُورِيَّةَ أَمَارَةُ الْمَمْلُوكِيَّةِ، فَإِذَا كَانَ مَقْهُورًا ارْتَفَعَتْ مَالِكِيَّتُهُ، وَارْتَفَاعُهَا يَسْتَلْزِمُ ارْتِفَاعَ الْمَلِكِ لِأَنَّ ارْتِفَاعَ الْمَالِكِيَّةِ مَعَ بَقَاءِ الْمَلِكِ مُحَالٌ (غَيْرَ أَنَّهُ مَدْعُوٌّ إِلَى الْإِسْلَامِ بِالْإِجْبَارِ عَلَيْهِ وَعَوْدُهُ مَرْجُوءٌ) وَذَلِكَ يُوجِبُ بَقَاءَ الْمَالِكِيَّةِ لَأَنَّهُ حَيٌّ مُكَلَّفٌ يَحْتَاجُ إِلَى مَا يَتِمَّكُنُ بِهِ مِنْ أَدَاءِ مَا كُفِّرَ بِهِ، فَبِالْظُّرِّ إِلَى الْأَوَّلِ يَزُولُ مِلْكُهُ، وَبِالْظُّرِّ إِلَى الثَّانِي لَا يَزُولُ (فَتَوَقَّفْنَا فِي أَمْرِهِ) وَقُلْنَا بِزَوَالِ مَوْقُوفٍ

(فَإِنْ أَسْلَمَ جُعِلَ الْعَارِضُ كَأَنَّهُ لَمْ يَكُنْ فِي حَقِّ هَذَا الْحُكْمِ وَصَارَ كَأَنَّهُ لَمْ يَزَلْ مُسْلِمًا وَلَمْ يَعْمَلِ السَّبَبُ، وَإِنْ مَاتَ أَوْ قُتِلَ عَلَى رِدَّتِهِ أَوْ لَحِقَ بِدَارِ الْحَرْبِ وَحُكِمَ بِلِحَاقِهِ اسْتَقَرَّ كُفْرُهُ فَعَمِلَ السَّبَبُ عَمَلَهُ وَزَالَ مِلْكُهُ) لَا يُقَالُ: إِذَا كَانَ كَذَلِكَ كَانَ الْوَاجِبُ أَنْ لَا يَخْرُجَ الْمَالُ عَنْ مِلْكِهِ كَمَا هُوَ مُقْتَضَى هَذَا الدَّلِيلِ فِي غَيْرِ هَذَا الْمَوْضِعِ. لَأَنَّا نَقُولُ: ذَلِكَ مُقْتَضَاهُ إِذَا تَسَاوَى الْجِهَتَانِ وَأَفْضَى إِلَى الشُّكِّ، وَهَاهُنَا لَيْسَ كَذَلِكَ، فَإِنَّ جِهَةَ الْخُرُوجِ ظَنٌّ وَجِهَةُ عَدَمِهِ دُونَهُ فَيَلْزَمُ التَّوَقُّفُ، وَإِنَّمَا قَيَّدَ بِقَوْلِهِ فِي حَقِّ هَذَا الْحُكْمِ اخْتِرَازًا عَنْ إِحْبَاطِ طَاعَاتِهِ وَوُقُوعِ الْفُرْقَةِ بَيْنَهُ وَبَيْنَ أَمْرَاتِهِ وَتَجْدِيدِ الْإِيمَانِ، فَإِنَّ الْارْتِدَادَ بِالنِّسْبَةِ إِلَيْهَا قَدْ عَمِلَ عَمَلُهُ.

قَالَ (وَإِنْ مَاتَ أَوْ قُتِلَ عَلَى رِدَّتِهِ انْتَقَلَ مَا اكْتَسَبَهُ فِي إِسْلَامِهِ إِلَى وَرَثَتِهِ الْمُسْلِمِينَ، وَكَانَ مَا اكْتَسَبَهُ فِي حَالِ رِدَّتِهِ فَيُنَاقِضُ هَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ) (وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: كِلَاهُمَا لَوَرَثَتِهِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: كِلَاهُمَا فِيءٌ؛ لِأَنَّهُ مَاتَ كَافِرًا وَالْمُسْلِمُ لَا يَرِثُ الْكَافِرَ، ثُمَّ هُوَ مَالٌ حَرْبِيٌّ لَا أَمَانُ لَهُ فَيَكُونُ فَيئًا. وَلَهُمَا أَنْ مِلْكُهُ فِي الْكَسْبَيْنِ بَعْدَ الرَّدَّةِ بَاقٍ عَلَى

مَا بَيْنَاهُ فَيَنْتَقِلُ بِمَوْتِهِ إِلَى وَرَثَتِهِ وَيَسْتَنْدُ إِلَى مَا قَبِيلَ رِدَّتِهِ إِذِ الرَّدَّةُ سَبَبُ الْمَوْتِ فَيَكُونُ تَوْرِيثُ الْمُسْلِمِ مِنَ الْمُسْلِمِ.

وَلَأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ يُمَكِّنُ الْاِسْتِنَادُ فِي كَسْبِ الْإِسْلَامِ لَوْجُودِهِ قَبْلَ الرَّدَّةِ، وَلَا يُمَكِّنُ الْاِسْتِنَادُ فِي كَسْبِ الرَّدَّةِ لِعَدَمِهِ قَبْلُهَا وَمِنْ شَرْطِهِ وَجُودُهُ، ثُمَّ إِنَّمَا يَرِثُهُ مَنْ كَانَ وَارِثًا لَهُ حَالَةَ الرَّدَّةِ وَبَقِيَ وَارِثًا إِلَى وَفَاتِ مَوْتِهِ فِي رِوَايَةٍ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ اعْتِبَارًا لِلْاِسْتِنَادِ. وَعَنْهُ أَنَّهُ يَرِثُهُ مَنْ كَانَ وَارِثًا لَهُ عِنْدَ الرَّدَّةِ، وَلَا يَبْطُلُ اسْتِحْقَاقُهُ بِمَوْتِهِ بَلْ يَخْلُفُهُ وَارِثُهُ؛ لِأَنَّ الرَّدَّةَ بِمَنْزِلَةِ الْمَوْتِ. وَعَنْهُ أَنَّهُ يُعْتَبَرُ وَجُودُ الْوَارِثِ عِنْدَ الْمَوْتِ لِأَنَّ الْحَادِثَ بَعْدَ انْعِقَادِ السَّبَبِ قَبْلَ تَمَامِهِ كَالْحَادِثِ قَبْلَ انْعِقَادِهِ بِمَنْزِلَةِ الْوَلَدِ الْحَادِثِ مِنَ الْمَبِيعِ قَبْلَ الْقَبْضِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِنْ مَاتَ أَوْ قُتِلَ عَلَى رِدَّتِهِ) أَعَادَهُ لِأَنَّهُ لَفْظُ الْقُدُورِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ، وَالْأَوَّلُ كَانَ لَفْظُهُ ذِكْرُهُ شَرْحًا لِلْكَلَامِ. وَقَوْلُهُ (ثُمَّ هُوَ مَالُ حَرْبِي فَيَكُونُ فَيْثًا) يَعْنِي يُوضَعُ فِي بَيْتِ الْمَالِ لِيَكُونَ لِلْمُسْلِمِينَ بِاعْتِبَارٍ أَنَّهُ مَالٌ ضَائِعٌ. وَقَوْلُهُ (عَلَى مَا بَيْنَاهُ) إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ لِأَنَّهُ مُكَلَّفٌ مُحْتَاجٌ إلخ. وَقَوْلُهُ (وَيَسْتَنْدُ) يَعْنِي التَّوْرِيثَ (إِلَى مَا قَبِيلَ رِدَّتِهِ) فَيَجْعَلُ كَأَنَّهُ اكْتَسَبَهُ فِي حَالِ الْإِسْلَامِ فَوَرِثَهُ وَرَثَتُهُ مِنْهُ مِنْ وَفَاتِ الْإِسْلَامِ وَلَأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ يُمَكِّنُ الْاِسْتِنَادُ أَيْ اسْتِنَادُ التَّوْرِيثِ (فِي كَسْبِ الْإِسْلَامِ لَوْجُودِهِ) أَيْ لَوْجُودِ الْكَسْبِ (قَبْلَ الرَّدَّةِ)، وَلَا يُمَكِّنُ الْاِسْتِنَادُ فِي كَسْبِ الرَّدَّةِ لِعَدَمِهِ قَبْلُهَا) أَيْ لِعَدَمِ الْكَسْبِ قَبْلَ الرَّدَّةِ (وَمِنْ شَرْطِهِ وَجُودُهُ) قَبْلُهَا أَيْ وَمِنْ شَرْطِ اسْتِنَادِ التَّوْرِيثِ وَجُودُ الْكَسْبِ قَبْلَ الرَّدَّةِ لِيَكُونَ فِيهِ تَوْرِيثُ الْمُسْلِمِ مِنَ الْمُسْلِمِ.

لَأَنَّ لَوْ قُلْنَا بِالتَّوْرِيثِ فِيمَا اكْتَسَبَهُ فِي حَالِ الرَّدَّةِ لَزِمَ تَوْرِيثُ الْمُسْلِمِ مِنَ الْكَافِرِ وَذَلِكَ لَا يَجُوزُ (ثُمَّ إِنَّمَا يَرِثُهُ مَنْ كَانَ وَارِثًا لَهُ حَالَةَ الرَّدَّةِ وَبَقِيَ وَارِثًا إِلَى وَفَاتِ مَوْتِهِ) حَتَّى لَوْ حَدَّثَ لَهُ وَارِثٌ بَعْدَ الرَّدَّةِ بِأَنَّهُ أَسْلَمَ بَعْضُ قَرَابَتِهِ أَوْ وَلَدٌ لَهُ مِنْ غُلُوقِ حَدِثٍ بَعْدَ رِدَّتِهِ لَا يَرِثُهُ (فِي رِوَايَةٍ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ) وَهِيَ رِوَايَةُ الْحَسَنِ عَنْهُ (اعْتِبَارًا لِلْاِسْتِنَادِ) يَعْنِي أَنَّ الرَّدَّةَ يَثْبُتُ بِهَا الْإِرْثُ بَعْدَ وَجُودِ الْأَشْيَاءِ الثَّلَاثَةِ الْمَوْتِ وَالْقَتْلَ وَالْحُكْمَ بِلِحَاقِهِ بِدَارِ الْحَرْبِ، وَإِنْ لَمْ يَثْبُتْ قَبْلَ وَجُودِهَا، فَإِذَا وَجِدَتْ صَارَ كَأَنَّ الْوَارِثَ وَرِثَهُ حِينَ الرَّدَّةِ فَلَأَجْلَ هَذَا شَرْطُ أَنْ يَكُونَ وَارِثًا إِلَى وَجُودِ أَحَدِهِمَا (وَعَنْهُ)

أَيُّ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ أَبِي يُوسُفَ (أَنَّهُ يَرْتُّهُ مَنْ كَانَ وَارِثًا لَهُ عِنْدَ الرَّدَّةِ ثُمَّ لَا يَبْطُلُ اسْتِحْقَاقُهُ بِمَوْتِهِ) أَيُّ بِمَوْتِ الْوَارِثِ (بَلْ يَخْلُفُهُ وَارِثُهُ لِأَنَّ الرَّدَّةَ بِمَنْزِلَةِ الْمَوْتِ) فِي التَّوْرِيثِ، وَمَنْ مَاتَ مِنَ الْوَرِثَةِ بَعْدَ مَوْتِ الْمُوَرِّثِ قَبْلَ قِسْمَةِ مِيرَاثِهِ لَا يَبْطُلُ اسْتِحْقَاقُهُ وَلَكِنْ يَخْلُفُهُ وَارِثُهُ فِيهِ فَهَذَا كَذَلِكَ (وَعَنْهُ) أَيُّ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ مُحَمَّدٍ، قِيلَ وَهُوَ الْأَصَحُّ (أَنَّهُ يُعْتَبَرُ وَجُودُ الْوَارِثِ عِنْدَ الْمَوْتِ) يَعْنِي أَحَدَ الْأُمُورِ الثَّلَاثَةِ سِوَاءَ كَانَ مَوْجُودًا وَقْتَ الرَّدَّةِ أَوْ حَدَثَ بَعْدَهُ (لِأَنَّ الْحَادِثَ بَعْدَ الْعِقَادِ السَّبَبُ قَبْلَ تَمَامِهِ كَالْحَادِثِ قَبْلَ الْعِقَادِ كَمَا فِي الْوَلَدِ الْحَادِثِ مِنَ الْمَبِيعِ قَبْلَ الْقَبْضِ) فِي أَنَّهُ يَصِيرُ مَعْقُودًا عَلَيْهِ بِالْقَبْضِ فَيَكُونُ لَهُ حِصَّةٌ مِنَ الثَّمَنِ. قَالَ فِي النَّهَايَةِ: وَحَاصِلُهُ أَنَّ عَلَى رِوَايَةِ الْحَسَنِ يُشْتَرَطُ الْوَصْفَانِ وَهُمَا كَوْنُهُ وَارِثًا وَقْتَ الرَّدَّةِ وَكَوْنُهُ بَاقِيًا إِلَى وَقْتِ الْمَوْتِ أَوْ الْقَتْلِ؛ حَتَّى لَوْ كَانَ وَارِثًا ثُمَّ مَاتَ قَبْلَ مَوْتِ الْمُرْتَدِّ أَوْ حَدَثَ وَارِثٌ بَعْدَ الرَّدَّةِ فَإِنَّهُمَا لَا يَرْتَانِ. وَعَلَى رِوَايَةِ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ يُشْتَرَطُ الْوَصْفُ الْأَوَّلُ دُونَ الثَّانِي. وَعَلَى رِوَايَةِ مُحَمَّدٍ يُشْتَرَطُ الْوَصْفُ الثَّانِي دُونَ الْأَوَّلِ وَتَرْتُّهُ امْرَأَتُهُ الْمُسْلِمَةُ إِذَا مَاتَ أَوْ قُتِلَ عَلَى رِدَّتِهِ وَهِيَ فِي الْعِدَّةِ؛ لِأَنَّهُ يَصِيرُ فَارًّا، وَإِنْ كَانَ صَحِيحًا وَقْتَ الرَّدَّةِ.

الشرح:

(وَتَرْتُّهُ امْرَأَتُهُ الْمُسْلِمَةُ إِذَا مَاتَ أَوْ قُتِلَ وَهِيَ فِي الْعِدَّةِ لِأَنَّهُ يَصِيرُ فَارًّا وَإِنْ كَانَ صَحِيحًا) لِأَنَّهَا سَبَبٌ لِلْهَلَاكِ كَالْمَرَضِ فَاشْتَبَهَ رِدَّتُهُ الَّتِي حَصَلَتْ بِهَا الْبَيْتُونَةُ لِلطَّلَاقِ فِي حَالَةِ الْمَرَضِ، وَالطَّلَاقُ الْبَائِنُ حَالَةَ الْمَرَضِ يُوجِبُ الْإِرْثَ إِذَا كَانَتْ فِي الْعِدَّةِ. فَإِنْ قِيلَ: أَبُو حَنِيفَةَ يُسْنِدُ التَّوْرِيثَ إِلَى مَا قَبْلَ الرَّدَّةِ وَذَلِكَ يَسْتَلْزِمُ أَنْ لَا يَتَفَاوَتْ الْحُكْمُ بَيْنَ الْمَدْخُولِ بِهَا وَغَيْرِ الْمَدْخُولِ بِهَا لِأَنَّ الرَّدَّةَ مَوْتٌ وَامْرَأَةُ الْمَيِّتِ تَرْتُّهُ سِوَاءَ كَانَتْ مَدْخُولًا بِهَا أَوْ لَمْ تَكُنْ. أُجِيبَ بِأَنَّ الْمَوْتَ الْحَقِيقِيَّ سَبَبٌ لِلْإِرْثِ حَقِيقَةً فَيَسْتَوِي فِيهِ الْمَدْخُولُ بِهَا وَغَيْرُهَا، وَأَمَّا الرَّدَّةُ فَإِنَّهَا جُعِلَتْ مَوْتًا حُكْمًا لِيَكُونَ تَوْرِيثُ الْمُسْلِمِ مِنَ الْمُسْلِمِ فَهِيَ ضَعِيفَةٌ فِي السَّبَبِيَّةِ فَلَا بُدَّ مِنْ تَقْوِيَتِهَا بِمَا هُوَ مِنْ أَثَارِ النِّكَاحِ مِنَ الدُّخُولِ وَقِيَامِ الْعِدَّةِ.. وَالْمُرْتَدَّةُ كَسْبُهَا لَوَرِثَتِهَا؛ لِأَنَّهُ لَا حِرَابَ مِنْهَا فَلَمْ يُوجَدِ سَبَبُ الْفَيْءِ، بِخِلَافِ الْمُرْتَدِّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى وَيَرِثُهَا زَوْجُهَا الْمُسْلِمُ إِنْ ارْتَدَّتْ وَهِيَ مَرِيضَةٌ لِقَصْدِهَا

إِبْطَالِ حَقِّهِ، وَإِنْ كَانَتْ صَحِيحَةً لَا يَرِثُهَا؛ لِأَنَّهَا لَا تُقْتَلُ فَلَمْ يَتَعَلَّقْ حَقُّهُ بِمَالِهَا بِالرَّدَّةِ،
بِخِلَافِ الْمُرْتَدِّ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (بِخِلَافِ الْمُرْتَدِّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ) فَإِنْ مَا اكْتَسَبَهُ فِي حَالِ
رَدَّتِهِ فَهُوَ فِيءٌ عِنْدَهُ، وَفَرَّقَ بَيْنَهُمَا بِقَوْلِهِ لِأَنَّهُ لَا حَرَابَ مِنْهَا، وَمَعْنَاهُ فَلَا قَتْلَ إِذْ ذَاكَ لَمَّا
تَقَدَّمَ مِنَ الْمِلَازِمَةِ. وَحَاصِلُ الْفَرْقِ أَنَّ الْمَرْأَةَ لَا تُقْتَلُ وَالرَّجُلُ يُقْتَلُ، وَمَعْنَاهُ أَنَّ عِصْمَةَ
الْمَالِ تَتَّبِعُ لِعِصْمَةِ النَّفْسِ، وَبِالرَّدَّةِ لَا تَزُولُ عِصْمَةُ نَفْسِهَا حَتَّى لَا تُقْتَلَ فَكَذَلِكَ عِصْمَةُ
مَالِهَا بِخِلَافِ الرَّجُلِ، فَلَمَّا كَانَتْ عِصْمَةُ مَالِهَا بَاقِيَةً بَعْدَ رَدَّتِهَا كَانَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنَ
الْكُفَّيْنِ مُلْكُهَا فَيَكُونُ مِيرَاثًا لَوَرَثَتِهَا (وَيَرِثُهَا زَوْجُهَا الْمُسْلِمُ إِنْ ارْتَدَّتْ وَهِيَ مَرِيضَةٌ)
وَالْقِيَاسُ أَنَّ لَا يَرِثُهَا لِأَنَّ فِرَارَ الزَّوْجِ إِثْمًا كَانَ يَتَحَقَّقُ إِذَا مَاتَ وَهِيَ فِي الْعِدَّةِ، أَلَا تَرَى
أَنَّهُ لَوْ طَلَّقَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ بِهَا فِي مَرَضِهِ لَمْ يَكُنْ لَهَا الْمِيرَاثُ لِأَنَّهَا لَيْسَتْ فِي عِدَّتِهِ ثُمَّ
هَاهُنَا لَا عِدَّةَ عَلَى الرَّجُلِ فَيَنْبَغِي أَنْ لَا يَرِثُهَا الزَّوْجُ.

وَوَجْهُ الاسْتِحْسَانِ مَا أَشَارَ إِلَيْهِ بِقَوْلِهِ (لِقَصْدِهَا إِبْطَالُ حَقِّهِ) وَيَبَيِّنُهُ أَنَّ حَقَّهُ
تَعَلَّقَ بِمَالِهَا بِمَرَضِهَا فَكَانَتْ بِالرَّدَّةِ قَاصِدَةً إِبْطَالِ حَقِّهِ فَارَةً عَنْ مِيرَاثِهِ فَيَرُدُّ عَلَيْهَا
قَصْدُهَا كَمَا فِي جَانِبِ الزَّوْجِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَتْ صَحِيحَةً حِينَ ارْتَدَّتْ لِأَنَّهَا بَآتٌ
بِنَفْسِ الرَّدَّةِ فَلَمْ تَصِرْ مُشْرِفَةً عَلَى الْهَلَاكِ لِأَنَّهَا لَا تُقْتَلُ، بِخِلَافِ الرَّجُلِ فَلَا يَكُونُ فِي
حُكْمِ الْفَارَةِ الْمَرِيضَةِ فَلَا يَرِثُ زَوْجُهَا مِنْهَا

قَالَ: (وَإِنْ لَحِقَ بِدَارِ الْحَرْبِ مُرْتَدًّا وَحَكَمَ الْحَاكِمُ بِلِحَاقِهِ عَتَقَ مُدْبِرُوهُ وَأَمَهَاتُ
أَوْلَادِهِ وَحَلَّتِ الدِّيُونُ الَّتِي عَلَيْهِ وَثَقِلَ مَا اكْتَسَبَهُ فِي حَالِ الْإِسْلَامِ إِلَى وَرَثَتِهِ مِنَ
الْمُسْلِمِينَ). وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يَبْقَى مَالُهُ مَوْفُوفًا كَمَا كَانَ؛ لِأَنَّهُ نَوْعٌ غَيْبِيٌّ فَأَشْبَهَ الْغَيْبَةَ فِي
دَارِ الْإِسْلَامِ. وَلَنَا أَنَّهُ بِاللِّحَاقِ صَارَ مِنْ أَهْلِ الْحَرْبِ وَهُمْ أَمْوَاتٌ فِي حَقِّ أَحْكَامِ الْإِسْلَامِ
لَا تَنْقِطَعُ وَلَا يَتَرُكُّ الْإِلْزَامُ كَمَا هِيَ مُنْقَطِعَةٌ عَنِ الْمَوْتِ فَصَارَ كَالْمَوْتِ، إِلَّا أَنَّهُ لَا يَسْتَقِرُّ
لِحَاقُهُ إِلَّا بِقَضَاءِ الْقَاضِي لِاحْتِمَالِ الْعُودِ إِلَيْنَا فَلَا بُدَّ مِنَ الْقَضَاءِ، وَإِذَا تَقَرَّرَ مَوْتُهُ ثَبَتَتْ
الْأَحْكَامُ الْمُتَعَلِّقَةُ بِهِ وَهِيَ مَا ذَكَرْنَاهَا كَمَا فِي الْمَوْتِ الْحَقِيقِيِّ، ثُمَّ يُعْتَبَرُ كَوْنُهُ وَارِثًا
عِنْدَ لِحَاقِهِ فِي قَوْلِ مُحَمَّدٍ؛ لِأَنَّ اللَّحَاقَ هُوَ السَّبَبُ وَالْقَضَاءُ لِتَقَرُّرِهِ بِقَطْعِ الْإِحْتِمَالِ،

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: وَقَتَ الْقَضَاءِ؛ لِأَنَّهُ يَصِيرُ مَوْتًا بِالْقَضَاءِ، وَالْمُرْتَدَّةُ إِذَا لَحِقَتْ بِدَارِ الْحَرْبِ فَهِيَ عَلَى هَذَا الْخِلَافِ.

الشرح:

(قَوْلُهُ وَإِنْ لَحِقَ بِدَارِ الْحَرْبِ مُرْتَدًّا) إِنْ لَحِقَ الْمُرْتَدُّ بِدَارِ الْحَرْبِ وَحَكَمَ الْقَاضِي بِلِحَاقِهِ (عَتَقَ مُدْبِرُوهُ وَأُمَهَاتُ أَوْلَادِهِ وَحَلَّتْ الدِّيُونُ الَّتِي عَلَيْهِ، وَنُقِلَ مَا اكْتَسَبَهُ فِي حَالَةِ الْإِسْلَامِ إِلَى وَرَثَتِهِ الْمُسْلِمِينَ) عِنْدَنَا (وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: يَبْقَى مَالُهُ مَوْفُوفًا) وَهُوَ أَحَدُ أَقْوَالِهِ (لَأَنَّهُ نَوْعُ غَيْبَةٍ فَأَشْبَهَ الْغَيْبَةَ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ) وَالْجَامِعُ كَوْنُهُ غَيْبَةً كَمَا تَرَى وَهُوَ ضَعِيفٌ جَدًّا (وَلَنَا أَنَّهُ بِاللِّحَاقِ صَارَ مِنْ أَهْلِ الْحَرْبِ حَقِيقَةً وَحُكْمًا) أَمَّا حَقِيقَةً فَلَأَنَّهُ بَيْنَ أَظْهَرِهِمْ وَاعْتِقَادُهُ كَاعْتِقَادِهِمْ، وَأَمَّا حُكْمًا فَلَأَنَّهُ لَمَّا أَبْطَلَ إِحْرَازَهُ نَفْسَهُ بِدَارِ الْإِسْلَامِ حِينَ عَادَ إِلَى دَارِ الْحَرْبِ صَارَ حَرْبًا عَلَى الْمُسْلِمِينَ فَأُعْطِيَ حُكْمَ أَهْلِ الْحَرْبِ فِي دَارِ الْحَرْبِ وَهُمْ كَالْمَيِّتِ فِي حَقِّ الْمُسْلِمِينَ.

قَالَ تَعَالَى: ﴿أَوْ مَن كَانَ مَيِّتًا فَأُحْيَيْنَاهُ﴾ [الأنعام: ١٢٢] وَلَأَنَّ وَلَايَةَ الْإِلْزَامِ مُنْقَطِعَةٌ عَنْهُمْ (كَمَا هِيَ مُنْقَطِعَةٌ عَنِ الْمَوْتَى إِلَّا أَنْ لِحَاقَهُ لَا يَسْتَقِرُّ إِلَّا بِقَضَاءِ الْقَاضِي لِاحْتِمَالِ الْعُودِ إِلَيْنَا فَلَا بُدَّ مِنَ الْقَضَاءِ، فَإِذَا تَقَرَّرَ مَوْتُهُ الْحُكْمِيُّ تَثَبَّتُ الْأَحْكَامُ الْمُتَعَلِّقَةُ بِهِ وَهِيَ مَا ذَكَرْنَاهَا) يَعْنِي قَوْلُهُ عَتَقَ مُدْبِرُوهُ إلخ (كَمَا فِي الْمَوْتِ الْحَقِيقِيِّ) (قَوْلُهُ ثُمَّ يُعْتَبَرُ ظَاهِرٌ، وَالضَّمِيرُ فِي تَقَرُّرِهِ لِلْحَقِّ، وَقِيلَ لِلْسَّبَبِ وَهُمَا مُتَقَارِبَانِ

(وَتَقْضَى الدِّيُونُ الَّتِي لَزِمَتْهُ فِي حَالِ الْإِسْلَامِ مِمَّا اكْتَسَبَهُ فِي حَالِ الْإِسْلَامِ، وَمَا لَزِمَهُ فِي حَالِ رِدَّتِهِ مِنَ الدِّيُونِ يُقْضَى مِمَّا اكْتَسَبَهُ فِي حَالِ رِدَّتِهِ) قَالَ الْعَبْدُ الضَّعِيفُ عَصَمَهُ اللَّهُ: هَذِهِ رَوَايَةٌ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَعَنْهُ أَنَّهُ يُبْدَأُ بِكَسْبِ الْإِسْلَامِ، وَإِنْ لَمْ يَفِ بِذَلِكَ يُقْضَى مِنْ كَسْبِ الرَّدَّةِ وَعَنْهُ عَلَى عَكْسِهِ. وَجَهُ الْأَوَّلُ أَنَّ الْمُسْتَحَقَّ بِالسَّبَبَيْنِ مُخْتَلَفٌ. وَحُصُولُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْكَسْبَيْنِ بِاعْتِبَارِ السَّبَبِ الَّذِي وَجَبَ بِهِ الدِّينُ فَيُقْضَى كُلُّ دَيْنٍ مِنَ الْكَسْبِ الْمَكْتَسَبِ فِي تِلْكَ الْحَالَةِ لِيَكُونَ الْقَرْمُ بِالْعَنْمِ. وَجَهُ الثَّانِي أَنَّ كَسْبَ الْإِسْلَامِ مِلْكُهُ حَتَّى يَخْلُفَهُ الْوَارِثُ فِيهِ، وَمِنْ شَرْطِ هَذِهِ الْخِلَافَةِ الْفَرَاغُ عَنْ حَقِّ الْمَوْرَثِ فَيَقْدَمُ بِالدِّينِ عَلَيْهِ، أَمَّا كَسْبُ الرَّدَّةِ فَلَيْسَ بِمَمْلُوكٍ لَهُ؛ لِبُطْلَانِ أَهْلِيَّةِ الْمَلِكِ بِالرَّدَّةِ عِنْدَهُ فَلَا يُقْضَى دَيْنُهُ مِنْهُ إِلَّا إِذَا تَعَذَّرَ قَضَاؤُهُ مِنْ مَحَلٍّ آخَرَ فَحِينَئِذٍ يُقْضَى مِنْهُ،

كَالذَّمِّي إِذَا مَاتَ وَلَا وَارِثَ لَهُ يَكُونُ مَالُهُ لَجَمَاعَةِ الْمُسْلِمِينَ، وَلَوْ كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ يُقْضَى مِنْهُ كَذَلِكَ هَاهُنَا. وَجَهُ الثَّالِثُ أَنَّ كَسْبَ الْإِسْلَامِ حَقَّ الْوَرَثَةِ وَكَسْبُ الرِّدَّةِ خَالِصٌ حَقُّهُ، فَكَانَ قَضَاءُ الدَّيْنِ مِنْهُ أَوْلَى إِلَّا إِذَا تَعَذَّرَ بِأَنْ لَمْ يَفِ بِهِ فَحِينَئِذٍ يُقْضَى مِنْ كَسْبِ الْإِسْلَامِ تَقْدِيمًا لِحَقِّهِ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: تُقْضَى دُيُونُهُ مِنَ الْكَسْبَيْنِ؛ لِأَنَّهُمَا جَمِيعًا مِلْكُهُ حَتَّى يَجْرِيَ الْإِرْثُ فِيهِمَا، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

الشرح:

(قَوْلُهُ هَذَا رِوَايَةٌ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ) هُوَ رِوَايَةُ زُفَرٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ. وَقَوْلُهُ (وَعَنْهُ) أَيُّ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله (أَلَّهُ يُبْدَأُ بِكَسْبِ الْإِسْلَامِ) وَهُوَ رِوَايَةُ الْحَسَنِ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ (قَوْلُهُ وَعَنْهُ) أَيُّ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَيْضًا وَهُوَ رِوَايَةُ أَبِي يُوسُفَ عَنْهُ (عَلَى عَكْسِهِ) وَهُوَ أَنَّ يُبْدَأُ فِي قَضَاءِ الدَّيْنِ بِكَسْبِ الرِّدَّةِ (قَوْلُهُ وَجَهُ الْأَوَّلُ أَنَّ الْمُسْتَحَقَّ بِالسَّبَبَيْنِ) أَيُّ الْمُدَايِنَتَيْنِ (مُخْتَلَفٌ) وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ الْمُسْتَحَقَّ بِالسَّبَبَيْنِ مُخْتَلَفٌ وَالْمُؤَدَّى مِنْ كَسْبٍ وَاحِدٍ غَيْرُ مُخْتَلَفٍ، فَالْمُسْتَحَقُّ بِالسَّبَبَيْنِ غَيْرُ مُؤَدَّى مِنْ كَسْبٍ وَاحِدٍ فَلَا بُدَّ مِنْ أَدَائِهِ مِنْ كَسْبَيْنِ تَحْقِيقًا لِلَاخْتِلَافِ وَحُصُولِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْكَسْبَيْنِ بِاعْتِبَارِ السَّبَبِ الَّذِي وَجَبَ بِهِ الْمُسْتَحَقُّ وَهُوَ الدَّيْنُ فَيُضَافُ أَدَاؤُهُ إِلَيْهِ لِيَكُونَ الْغَرْمُ بِإِزَاءِ الْغَنَمِ وَقَوْلُهُ (وَجَهُ الثَّانِي) تَقْرِيرُهُ أَنَّ كَسْبَ الْإِسْلَامِ مِلْكُهُ وَكُلُّ مَا هُوَ مِلْكُهُ يَخْلُفُهُ الْوَرَاثُ فِيهِ، وَمِنْ شَرْطِ هَذِهِ الْخِلَافَةِ الْفَرَاغُ عَنْ حَقِّ الْمَوْرَثِ فَيَقْدَمُ الدَّيْنُ، وَأَمَّا كَسْبُ الرِّدَّةِ فَلَيْسَ بِمَمْلُوكٍ لَهُ لِبُطْلَانِ أَهْلِيَّةِ الْمَلِكِ بِالرِّدَّةِ عِنْدَهُ فَلَا يُقْضَى دَيْنُهُ مِنْهُ إِلَّا إِذَا تَعَذَّرَ قِضَاؤُهُ مِنْ مَحَلٍّ آخَرَ بِأَنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ كَسْبُ الْإِسْلَامِ.

فَإِنْ قِيلَ: لِمَا لَمْ يَكُنْ مِلْكُهُ كَيْفَ يُؤَدَّى مِنْهُ دَيْنُهُ؟ أَجَابَ بِقَوْلِهِ (كَالذَّمِّي إِذَا مَاتَ وَلَا وَارِثَ لَهُ) فَلَمْ يَبْقَ لَهُ مَلِكٌ فِيمَا اكْتَسَبَهُ بَلْ يَكُونُ مَالُهُ لِعَامَّةِ الْمُسْلِمِينَ، وَمَعَ ذَلِكَ لَوْ كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ يُقْضَى مِنْهُ. وَقَوْلُهُ (وَجَهُ الثَّالِثُ أَنَّ كَسْبَ الْإِسْلَامِ حَقَّ الْوَرَثَةِ) تَقْرِيرُهُ: كَسْبُ الْإِسْلَامِ حَقَّ الْوَرَثَةِ وَكَسْبُ الرِّدَّةِ خَالِصٌ حَقُّهُ، وَقَضَاءُ الدَّيْنِ مِنْ خَالِصِ حَقِّهِ أَوْلَى مِنْهُ مِنْ حَقِّ غَيْرِهِ إِلَّا إِذَا تَعَذَّرَ بِأَنْ لَمْ يَفِ بِهِ فَحِينَئِذٍ يُقْضَى دَيْنُهُ مِنْ كَسْبِ الْإِسْلَامِ تَقْدِيمًا لِحَقِّهِ. وَفِيهِ بَحْثٌ مِنْ أَوْجُهٍ: الْأَوَّلُ مَا قِيلَ إِنَّ هَذَا يُنَاقِضُ قَوْلَهُ: أَمَّا كَسْبُ الرِّدَّةِ فَلَيْسَ بِمَمْلُوكٍ لَهُ لِبُطْلَانِ أَهْلِيَّةِ الْمَلِكِ بِالرِّدَّةِ. وَالثَّانِي أَنَّ كَوْنَ كَسْبِ

الإسلام حَقَّ الْوَرَّةَ مَمْنُوعٌ، فَإِنَّ حَقَّهُمْ إِمَّا يَكُونُ مُتَعَلِّقًا بِالتَّرِكَةِ بَعْدَ الْفَرَاغِ عَنْ حَقِّ الْمَوْرَثِ. وَالثَّالِثُ أَنَّ قَضَاءَ الدِّينِ مِنْ خَالِصِ حَقِّهِ وَاجِبٌ وَمِنْ حَقِّ غَيْرِهِ مُمْتَنِعٌ، فَلَا وَجْهَ لِقَوْلِهِ فَكَانَ قَضَاءُ الدِّينِ مِنْهُ أَوَّلِي. وَأَجِيبَ عَنْ الْأَوَّلِ بِأَنَّ الْمَعْنَى مِنْ خُلُوصِ الْحَقِّ هَاهُنَا هُوَ أَنَّ لَا يَتَعَلَّقُ حَقُّ الْغَيْرِ بِهِ كَمَا ثَبَتَ التَّعَلُّقُ فِي مَالِ الْمَرِيضِ، ثُمَّ لَا يَلْزَمُ مِنْ كَوْنِهِ خَالِصَ حَقِّهِ كَوْنُهُ مِلْكًا لَهُ، أَلَا تَرَى أَنَّ كَسْبَ الْمُكَاتَّبِ خَالِصَ حَقِّهِ وَلَيْسَ بِمِلْكٍ لَهُ، وَكَذَلِكَ الدَّمِيُّ إِذَا مَاتَ وَلَا وَارِثَ لَهُ عَلَى مَا ذَكَرْنَا آنَفًا.

وَعَنْ الثَّانِي بِأَنَّ الدِّينَ إِمَّا يَتَعَلَّقُ بِمَالِهِ عِنْدَ الْمَوْتِ، لَا بِمَا زَالَ مِنْ قَبْلُ، وَكَسْبُ الْإِسْلَامِ قَدْ زَالَ وَانْتَقَلَ بِالرَّدَّةِ إِلَى الْوَرَّةِ، وَكَسْبُهُ فِي الرَّدَّةِ هُوَ مَالُهُ عِنْدَ الْمَوْتِ فَيَتَعَلَّقُ الدِّينُ بِهِ. وَعَنْ الثَّالِثِ بِأَنَّ كَسْبَ الْإِسْلَامِ بِعَرَضِيَّةٍ أَنْ يَصِيرَ خَالِصَ حَقِّهِ بِالتَّوْبَةِ، فَكَانَ أَحَدُهُمَا خَالِصَ حَقِّهِ، وَالْآخَرُ بِعَرَضِيَّةٍ أَنْ يَصِيرَ خَالِصَ حَقِّهِ وَلَا شَكَّ أَنَّ قَضَاءَ الدِّينِ مِنَ الْأَوَّلِ أَوَّلِي. هَذَا عَلَى طَرِيقَةِ أَبِي حَنِيفَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ. وَعِنْدَهُمَا يُقْضَى دَيْنُهُ مِنَ الْكَاسِبِينَ جَمِيعًا لِأَنَّهُمَا جَمِيعًا مِلْكُهُ حَتَّى يَجْرِيَ الْإِرْثُ فِيهِمَا عَلَى مَا تَقَدَّمَ مِنْ مَذْهَبِهِمَا.

قَالَ: (وَمَا بَاعَهُ أَوْ اشْتَرَاهُ أَوْ أَعْتَقَهُ أَوْ وَهَبَهُ أَوْ رَهْنَهُ أَوْ تَصَرَّفَ فِيهِ مِنْ أَمْوَالِهِ فِي حَالِ رِدَّتِهِ فَهُوَ مَوْفُوفٌ، فَإِنْ أَسْلَمَ صَحَّتْ عَقُودُهُ، وَإِنْ مَاتَ أَوْ قُتِلَ أَوْ لَحِقَ بِدَارِ الْحَرْبِ بَطَلَتْ) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: يَجُوزُ مَا صَنَعَ فِي الْوَجْهَيْنِ. أَعْلَمُ أَنَّ تَصَرُّفَاتِ الْمُرْتَدِّ عَلَى أَقْسَامٍ: نَافِذَةٌ بِالْإِتِّفَاقِ كَالْإِسْتِيلَادِ وَالطَّلَاقِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَفْتَقِرُ إِلَى حَقِيقَةِ الْمَلِكِ وَتَمَامِ الْوِلَايَةِ. وَبَاطِلٌ بِالْإِتِّفَاقِ كَالنِّكَاحِ وَالذَّبِيحَةِ؛ لِأَنَّهُ يَعْتَمِدُ الْمِلَّةَ وَلَا مِلَّةَ لَهُ. وَمَوْفُوفٌ بِالْإِتِّفَاقِ كَالْمُفَاوَضَةِ؛ لِأَنَّهَا تَعْتَمِدُ الْمُسَاوَاةَ وَلَا مُسَاوَاةَ بَيْنَ الْمُسْلِمِ وَالْمُرْتَدِّ مَا لَمْ يُسْلَمَ. وَمُخْتَلَفٌ فِي تَوْفُّقِهِ وَهُوَ مَا عَدَدَنَاهُ. لَهُمَا أَنَّ الصَّحَّةَ تَعْتَمِدُ الْأَهْلِيَّةَ وَالنَّفَازَ يَعْتَمِدُ الْمَلِكَ، وَلَا خَفَاءَ فِي وُجُودِ الْأَهْلِيَّةِ لِكَوْنِهِ مُخَاطَبًا، وَكَذَا الْمَلِكُ لِقِيَامِهِ قَبْلَ مَوْتِهِ عَلَى مَا قَرَّرْنَاهُ مِنْ قَبْلُ، وَلِهَذَا لَوْ وُلِدَ لَهُ وَلَدٌ بَعْدَ الرَّدَّةِ لَسَيَّئَ أَشْهُرٍ مِنْ امْرَأَةٍ مُسْلِمَةٍ يَرِثُهُ وَلَوْ مَاتَ وَلَدُهُ بَعْدَ الرَّدَّةِ قَبْلَ الْمَوْتِ لَا يَرِثُهُ فَتَصِحُّ تَصَرُّفَاتُهُ. إِلَّا أَنَّ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ تَصِحُّ كَمَا تَصِحُّ مِنَ الصَّحِيحِ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ عَوْدُهُ إِلَى الْإِسْلَامِ، إِذِ الشُّبْهَةُ تَزَاحُ فَلَا يَقْتُلُ وَصَارَ كَالْمُرْتَدِّ. وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ تَصِحُّ كَمَا تَصِحُّ مِنَ الْمَرِيضِ؛ لِأَنَّ مَنْ انْتَحَلَ إِلَى نِحْلَةٍ لَا

سِيمًا مُعْرِضًا عَمَّا نَشَأَ عَلَيْهِ قَلَمًا يَتْرُكُهُ فَيُفْضِي إِلَى الْقَتْلِ ظَاهِرًا، بِخِلَافِ الْمُرْتَدَّةِ؛ لِأَنَّهَا لَا تُقْتَلُ. وَلَأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ حَرْبِيٌّ مَقْهُورٌ تَحْتَ أَيْدِينَا عَلَى مَا قَرَّرْنَاهُ فِي تَوْقُفِ الْمَلِكِ وَتَوْقُفِ التَّصَرُّفَاتِ بِنَاءً عَلَيْهِ، وَصَارَ كَالْحَرْبِيِّ يَدْخُلُ دَارَنَا بِغَيْرِ أَمَانٍ فَيُؤْخَذُ وَيَقْهَرُ وَتَتَوَقَّفُ تَصَرُّفَاتُهُ؛ لِتَوْقُفِ حَالِهِ، فَكَذَا الْمُرْتَدُّ، وَاسْتِحْقَاقُهُ الْقَتْلَ لِبُطْلَانِ سَبَبِ الْعِصْمَةِ فِي الْفَصْلِ بَيْنِ فَأَوْجَبَ خِلَافًا فِي الْأَهْلِيَّةِ، بِخِلَافِ الزَّانِي وَقَاتِلِ الْعَمْدِ؛ لِأَنَّ الْإِسْتِحْقَاقَ فِي ذَلِكَ جَزَاءً عَلَى الْجِنَايَةِ. وَبِخِلَافِ الْمَرَأَةِ؛ لِأَنَّهَا لَيْسَتْ حَرْبِيَّةً؛ وَلِهَذَا لَا تُقْتَلُ.

الشرح:

قَالَ (وَمَا بَاعَهُ أَوْ اشْتَرَاهُ) ذَكَرَ التَّصَرُّفَاتِ الَّتِي اخْتَلَفَ عُلَمَاؤُنَا رَحِمَهُمُ اللَّهُ فِي نَفَازِهِ وَتَوْقُفِهِ وَقَالَ: وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَإِنَّمَا قَالَ كَذَلِكَ لِأَنَّ الْمَسْأَلَةَ مِنْ مَسَائِلِ الْقُدُورِيِّ، وَلَيْسَ الْخِلَافُ فِيهِ مَذْكُورًا فِي هَذَا الْمَوْضِعِ، وَيَنْبَغِي أَقْسَامُ تَصَرُّفَاتِ الْمُرْتَدِّ وَهُوَ وَأَصِحُّ إِلَّا مَا نَذَكُرُهُ، فَقَوْلُهُ يَجُوزُ مَا صُنِعَ فِي الْوَجْهَيْنِ يُرِيدُ بِأَحَدِهِمَا الْإِسْلَامَ وَبِالْآخَرِ الْقَتْلَ وَالْمَوْتَ وَاللِّحَاقَ.

وقَوْلُهُ لِأَنَّهُ لَا يَفْتَقِرُ إِلَى حَقِيقَةِ الْمَلِكِ وَتَمَامِ الْوِلَايَةِ نَشَرُ لِقَوْلِهِ كَالِاسْتِيلَادِ وَالطَّلَاقِ، فَقَوْلُهُ إِلَى حَقِيقَةِ الْمَلِكِ: يَعْنِي فِي الْإِسْتِيلَادِ، فَلَوْ وَلَدَتْ جَارِيَتُهُ وَادَّعَى نَسَبَهُ يَثْبُتُ مِنْهُ وَيَرْتُهُ هَذَا الْوَلَدُ مَعَ وَرَثَتِهِ وَكَانَتْ الْجَارِيَةُ أُمًّا وَلَدَ لَهُ لِأَنَّ حَقَّهُ فِي مَالِهِ أَقْوَى مِنْ حَقِّ الْأَبِ فِي جَارِيَةِ الْإِبْنِ وَاسْتِيلَادُ الْأَبِ صَحِيحٌ، فَكَذَلِكَ اسْتِيلَادُهُ حَيْثُ لَا يَحْتَاجُ إِلَى حَقِيقَةِ الْمَلِكِ، وَإِنَّمَا يُكْتَفَى فِيهِ بِحَقِّ الْمَلِكِ. وَقَوْلُهُ (وَتَمَامُ الْوِلَايَةِ) يَعْنِي فِي الطَّلَاقِ فَإِنَّهُ يَصِحُّ مِنَ الْعَبْدِ مَعَ قُصُورِ الْوِلَايَةِ عَلَى نَفْسِهِ. فَإِنْ قِيلَ: الْفُرْقَةُ تَقَعُ بَيْنَ الزَّوْجَيْنِ بِالْإِرْتِدَادِ فَكَيْفَ يُتَصَوَّرُ الطَّلَاقُ مِنَ الْمُرْتَدِّ؟ أَجِيبَ بِأَنَّ الْمُرْتَدَّ يَقَعُ طَلَاقُهُ كَمَا لَوْ أَبَانَ الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ ثُمَّ طَلَّقَهَا طَلَاقًا بَائِنًا عَلَى مَا عُرِفَ، عَلَى أَنَّهُ يُحْتَمَلُ أَنْ يُوجَدَ الْإِرْتِدَادُ وَلَا تَقَعُ الْفُرْقَةُ كَمَا لَوْ ارْتَدَّ مَعًا (قَوْلُهُ لِأَنَّهُ) أَيُّ كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ النِّكَاحِ وَالذَّبِيحَةِ (يَعْتَمِدُ الْمِلَّةُ وَلَا مِلَّةَ لَهُ) لِأَنَّهُ تَرَكُ مَا كَانَ عَلَيْهِ وَلَا يَقْرَأُ عَلَى مَا دَخَلَ فِيهِ لَوْجُوبِ الْقَتْلِ.

وَاسْتَشْكَلَ بِأَنَّ الْمُرَادَ بِالْمِلَّةِ إِنْ كَانَ الْإِسْلَامُ يَنْتَقِضُ بِنِكَاحِ أَهْلِ الْكِتَابِ وَذَبَائِحِهِمْ، وَإِنْ كَانَ الْمُرَادُ بِهَا الْمِلَّةُ السَّمَاوِيَّةُ يَنْتَقِضُ بِصَحَّةِ نِكَاحِ الْمَجُوسِ وَالْمُشْرِكِينَ

فِيمَا بَيْنَهُمْ فَإِنَّهُمْ لَيْسَ لَهُمْ مِلَّةَ سَمَاوِيَّةٍ لَا مُقَرَّرَةٌ وَلَا مُحَرَّفَةٌ، وَقَدْ حُكِمَ بِصِحَّةِ نِكَاحِهِمْ وَلِهَذَا يَحْكُمُ الْقَاضِي بِالتَّفَقُّعِ وَالسُّكْنَى وَجَرَيَانِ التَّوَارُثِ بَيْنَ الزَّوْجَيْنِ مِنْهُمْ. وَأَجِيبَ أَنَّ الْمُرَادَ بِالْمِلَّةِ مَا يَتَدَيَّنُونَ بِهِ نِكَاحًا يُقْرُونَ عَلَيْهِ وَيَجْرِي بِهِ التَّوَارُثُ بَيْنَ الزَّوْجَيْنِ لِأَنَّ مَا هُوَ الْغَرَضُ مِنَ النِّكَاحِ يَحْصُلُ عِنْدَ ذَلِكَ وَهُوَ التَّوَالُدُ وَالتَّنَاسُلُ، وَالْمُرْتَدُّ وَالْمُرْتَدَّةُ لَيْسَا عَلَى تِلْكَ الْمِلَّةِ فَلَا يَصِحُّ نِكَاحُهُمَا، لِأَنَّ الْمُرْتَدَّ يُقْتَلُ وَالْمُرْتَدَّةُ تُحْبَسُ فَكَيْفَ يَتِمُّ لهُمَا هَذِهِ الْأَعْرَاضُ مِنَ النِّكَاحِ، بِخِلَافِ الْمَحْجُوسِ وَأَهْلِ الشَّرْكِ فَإِنَّهُمْ ذَاتُوا دِينًا يُقْرُونَ عَلَيْهِ قَبْلَ الْإِسْلَامِ وَبَعْدَهُ إِنْ لَمْ تُكُنِ الْمَرْأَةُ مِنْ مَحَارِمِهِ فَكَانَتْ الْمَصَالِحُ مُنْتَظِمَةً. وَقَوْلُهُ (كَالْمُفَاوَضَةِ) مَعْنَاهُ أَنَّ الْمُرْتَدَّ إِنْ فَاوَضَ مُسْلِمًا تَوَقَّفَ، فَإِنْ أَسْلَمَ نَفَذَتْ الْمُفَاوَضَةُ وَإِنْ مَاتَ أَوْ قُتِلَ أَوْ قُضِيَ بِلِحَاقِهِ بَدَارِ الْحَرْبِ بَطَلَتْ الْمُفَاوَضَةُ بِالِاتِّفَاقِ (قَوْلُهُ وَهُوَ مَا عَدَدْنَاهُ) يَعْنِي قَوْلُهُ وَمَا بَاعَهُ أَوْ اشْتَرَاهُ إلخ. وَقَوْلُهُ (عَلَى مَا قَرَّرْنَاهُ) إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ لِأَنَّهُ مُكَلَّفٌ يَحْتَاجُ إلخ. وَقَوْلُهُ (وَلِهَذَا لَوْ وُلِدَ لَهُ وَلَدٌ بَعْدَ الرَّدَّةِ لَسِتَّةُ أَشْهُرٍ) تَوْضِيحٌ لَوْجُودِ مَلِكِ الْمُرْتَدِّ: يَعْنِي فَلَوْ كَانَ الْمَلِكُ زَائِلًا لَمَّا وَرِثَهُ هَذَا الْوَلَدُ لَكُنَّ عُلُوقُهُ بَعْدَ الْارْتِدَادِ.

وَقَوْلُهُ (وَلَوْ مَاتَ وَلَدُهُ بَعْدَ الرَّدَّةِ) يَعْنِي لَوْ مَاتَ وَلَدُهُ الْمَوْلُودُ قَبْلَ الرَّدَّةِ بَعْدَهَا قَبْلَ مَوْتِ الْمُرْتَدِّ لَا يَرِثُهُ، فَلَوْ لَمْ يَكُنْ مَلِكُهُ قَائِمًا بَعْدَ الرَّدَّةِ لَوَرِثَهُ هَذَا الْوَلَدُ لِأَنَّهُ كَانَ حَيًّا وَقَدْ رَدَّ الْأَبَ، فَإِذَا ثَبَتَ وُجُودُ الْأَهْلِيَّةِ وَقِيَامُ الْمَلِكِ يَصِحُّ تَصَرُّفُهُ لَكِنْ عَلَى الْاِخْتِلَافِ الْمَذْكُورِ فِي الْكِتَابِ. وَقَوْلُهُ (عَلَى مَا قَرَّرْنَاهُ فِي تَوَقُّفِ الْمَلِكِ) إِشَارَةٌ إِلَى مَا قَدَّمَهُ مِنْ قَوْلِهِ وَلَهُ أَنَّهُ حَرْبِيٌّ مَقْهُورٌ تَحْتَ أَيْدِينَا (وَتَوَقُّفِ التَّصَرُّفَاتِ بِنَاءً عَلَيْهِ) أَيُّ عَلَى تَوَقُّفِ الْمَلِكِ. وَقَوْلُهُ (لِتَوَقُّفِ حَالِهِ) أَيُّ حَالِ الْحَرْبِيِّ بَيْنَ الْأَسْتِرْقَاقِ وَالْقَتْلِ وَالْمَنِّ.

وَقَوْلُهُ (وَكَذَا الْمُرْتَدُّ) يَعْنِي: حَالُهُ يَتَوَقَّفُ بَيْنَ الْقَتْلِ وَالْإِسْلَامِ، ثُمَّ هُنَاكَ إِنْ أُسْتُرِقَ أَوْ قُتِلَ بَطَلَ وَإِنْ تُرِكَ نَفَذَ فَكَذَلِكَ هَاهُنَا. وَاعْتَرِضَ عَلَيْهِ أَنَّ الْحَرْبِيَّ الَّذِي دَخَلَ دَارَنَا بِغَيْرِ أَمَانٍ يَكُونُ فَيئًا فَكَيْفَ تَتَوَقَّفُ تَصَرُّفَاتُهُ، وَالْاعْتِرَافُ بِجَوَازِ الْمَنِّ يُسْقِطُ الْاعْتِرَاضَ. وَقَوْلُهُ (وَأَسْتَحَقَّاقُهُ الْقَتْلَ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِمَا وَلَا خَفَاءَ فِي الْأَهْلِيَّةِ. وَتَقْرِيرُهُ: لَا نُسَلِّمُ وُجُودَ الْأَهْلِيَّةِ لِأَنَّ الصَّحَّةَ تَقْتَضِي أَهْلِيَّةَ كَامِلَةً وَلَيْسَتْ بِمَوْجُودَةٍ فِي الْمُرْتَدِّ، كَمَا أَنَّهَا لَيْسَتْ بِمَوْجُودَةٍ فِي الْحَرْبِيِّ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَسْتَحِقُّ الْقَتْلَ لِبُطْلَانِ سَبَبِ الْعِصْمَةِ وَهُوَ كَوْنُهُ آدَمِيًّا مُسْلِمًا وَذَلِكَ يُوجِبُ الْخُلُلَ فِي الْأَهْلِيَّةِ. وَقَوْلُهُ (فِي الْفَصْلَيْنِ) يُرِيدُ بِهِ

فصل الحَرْبِيَّ وَفصل المُرْتَدَّ. فَإِنْ قِيلَ: لَوْ كَانَ اسْتَحْقَاقُ الْقَتْلِ مُوجِبًا لِلْخَلَلِ فِي الْأَهْلِيَّةِ مُؤَثِّرًا فِي تَوْقُفِ التَّصَرُّفَاتِ لَكَانَ تَصَرُّفَاتُ الزَّانِي الْمُخَصَّنِ الَّذِي يَسْتَحِقُّ الرَّجْمَ وَقَاتِلُ الْعَمْدِ مَوْقُوفَةً لَاسْتَحْقَاقِهِمَا الْقَتْلَ. أَجَابَ بِقَوْلِهِ (لَأَنَّ الاسْتَحْقَاقَ فِي ذَلِكَ) يَعْنِي أَنَّ الاسْتَحْقَاقَ الْمَوْجِبَ لِلْخَلَلِ وَهُوَ مَا كَانَ بِاعْتِبَارِ بُطْلَانِ سَبَبِ الْعِصْمَةِ، وَالزَّانِي وَالْقَاتِلُ لَيْسَا كَذَلِكَ لِأَنَّ الاسْتَحْقَاقَ فِيهِمَا (جَزَاءٌ عَلَى الْجَنَائَةِ) وَقَوْلُهُ وَبِخِلَافِ الْمَرَأَةِ جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِمَا وَصَارَ كَالْمُرْتَدَّةِ.

(فَإِنْ عَادَ الْمُرْتَدُّ بَعْدَ الْحُكْمِ بِلِحَاقِهِ بِدَارِ الْحَرْبِ إِلَى دَارِ الْإِسْلَامِ مُسْلِمًا فَمَا وَجَدَهُ فِي يَدِ وَرَثَتِهِ مِنْ مَالِهِ بَعَيْنِهِ أَخَذَهُ)؛ لِأَنَّ الْوَارِثَ إِنَّمَا يَخْلُفُهُ فِيهِ لَاسْتِغْنَائِهِ، وَإِذَا عَادَ مُسْلِمًا احتَاجَ إِلَيْهِ فَيَقْدَمُ عَلَيْهِ؛ بِخِلَافِ مَا إِذَا أزالَهُ الْوَارِثُ عَنْ مِلْكِهِ، وَبِخِلَافِ أُمَهَاتِ أَوْلَادِهِ وَمُدَبِّرِيهِ؛ لِأَنَّ الْقَضَاءَ قَدْ صَحَّ بِدَلِيلٍ مُصَحِّحٍ فَلَا يَنْقُضُ، وَلَوْ جَاءَ مُسْلِمًا قَبْلَ أَنْ يَقْضِيَ الْقَاضِي بِذَلِكَ فَكَأَنَّهُ لَمْ يَزَلْ مُسْلِمًا مَا ذَكَرْنَا.

الشرح:

قَالَ (فَإِنْ عَادَ الْمُرْتَدُّ بَعْدَ الْحُكْمِ بِلِحَاقِهِ) أَيَّ إِذَا عَادَ الْمُرْتَدُّ بَعْدَ الْحُكْمِ بِلِحَاقِهِ بِدَارِ الْحَرْبِ إِلَى دَارِ الْإِسْلَامِ (مُسْلِمًا فَمَا وَجَدَهُ فِي يَدِ وَرَثَتِهِ مِنْ مَالِهِ بَعَيْنِهِ أَخَذَهُ) لِأَنَّ الْوَارِثَ إِنَّمَا يَخْلُفُهُ فِيهِ لَاسْتِغْنَائِهِ عَنْهُ حَيْثُ دَخَلَ دَارَ الْحَرْبِ (وَإِذَا عَادَ مُسْلِمًا احتَاجَ إِلَيْهِ فَيَقْدَمُ عَلَيْهِ) أَيَّ عَلَى الْوَارِثِ. قَالَ شَمْسُ الْأُيُمَةِ الْحَلَوَانِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي هَذَا: وَلَوْ كَانَ هَذَا بَعْدَ مَوْتِهِ حَقِيقَةً بِأَنَّ أَحْيَاءَ اللَّهِ تَعَالَى وَأَعَادَهُ إِلَى الدُّنْيَا كَانَ الْحُكْمُ فِيهِ هَكَذَا إِلَّا أَنَّهُ خِلَافُ الْعَادَةِ (بِخِلَافِ مَا إِذَا أزالَهُ الْوَارِثُ عَنْ مِلْكِهِ) فَإِنَّهُ لَا سَبِيلَ لَهُ لِأَنَّهُ أزالَهُ فِي وَقْتِ كَانَ فِيهِ سَبِيلٌ مِنَ الْإِزَالَةِ فَتَفَدَّتْ (وَبِخِلَافِ أُمَهَاتِ الْأَوْلَادِ وَالْمُدَبِّرِينَ) فَإِنَّهُ لَا سَبِيلَ لَهُ عَلَيْهِمْ (لَأَنَّ الْقَضَاءَ بَعْتَقِهِمْ قَدْ صَحَّ بِدَلِيلٍ مُصَحِّحٍ) وَهُوَ قَضَاءُ الْقَاضِي بِلِحَاقِهِ عَنْ وِلَايَةٍ، لِأَنَّهُ لَوْ كَانَ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ كَانَ لَهُ أَنْ يُمِيتَهُ حَقِيقَةً، فَإِذَا خَرَجَ عَنْ وِلَايَتِهِ كَانَ لَهُ أَنْ يُمِيتَهُ حُكْمًا، فَإِذَا كَانَ قَضَاؤُهُ عَنْ وِلَايَةٍ تَفَدَّ، وَالْعِنْتُ بَعْدَ وَقُوعِهِ لَا يَحْتَمِلُ النِّقْضَ.

(وَلَوْ جَاءَ مُسْلِمًا قَبْلَ قَضَاءِ الْقَاضِي بِذَلِكَ فَكَأَنَّهُ لَمْ يَزَلْ مُسْلِمًا) فَأُمَهَاتُ أَوْلَادِهِ وَمُدَبِّرُوهُ عَلَى حَالِهِمْ لَا يَعْتَقُونَ بِقَضَاءِ الْقَاضِي، وَمَا كَانَ عَلَيْهِ مِنَ الدُّيُونِ فَهُوَ إِلَى أَجَلِهِ

كَمَا كَانَتْ (لَمَّا ذَكَّرْنَا) يَعْنِي مِنْ قَوْلِهِ إِلَّا أَنَّهُ لَا يَسْتَقِرُّ لِحَاقِهِ إِلَّا بِقَضَاءِ الْقَاضِي.

(وَإِذَا وَطِئَ الْمُرْتَدُّ جَارِيَةً نَصْرَانِيَّةً كَانَتْ لَهُ فِي حَالَةِ الْإِسْلَامِ فَجَاءَتْ بِوَلَدٍ أَكْثَرَ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْذُ ارْتَدَّ فَادْعَاهُ فَهِيَ أُمُّ وَلَدٍ لَهُ وَالْوَلَدُ حُرٌّ وَهُوَ ابْنُهُ وَلَا يَرِثُهُ، وَإِنْ كَانَتْ الْجَارِيَةُ مُسْلِمَةً وَرِثَهُ الْابْنُ إِنْ مَاتَ عَلَى الرَّدَّةِ أَوْ لِحَقَّ بِدَارِ الْحَرْبِ) أَمَّا صِحَّةُ الْاِسْتِيلَادِ فَلَمَّا قُلْنَا، وَأَمَّا الْإِرْثُ فَلَأَنَّ الْأُمَّ إِذَا كَانَتْ نَصْرَانِيَّةً وَالْوَلَدُ تَبَعَ لَهُ لِقُرْبِهِ إِلَى الْإِسْلَامِ لِلْجَبْرِ عَلَيْهِ فَصَارَ فِي حُكْمِ الْمُرْتَدِّ وَالْمُرْتَدُّ لَا يَرِثُ الْمُرْتَدُّ، أَمَّا إِذَا كَانَتْ مُسْلِمَةً فَالْوَلَدُ مُسْلِمٌ تَبَعًا لَهَا؛ لِأَنَّهَا خَيْرُهُمَا دِينًا وَالْمُسْلِمُ يَرِثُ الْمُرْتَدُّ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِذَا وَطِئَ الْمُرْتَدُّ جَارِيَةً نَصْرَانِيَّةً) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (فَلَمَّا قُلْنَا) إِنْشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ لِأَنَّهُ لَا يَفْتَقِرُ إِلَى حَقِيقَةِ الْمَلِكِ ثُمَّ حُكْمُ تَمَامِ سِتَّةِ أَشْهُرٍ حُكْمُ الْأَكْثَرِ مِنْهَا، وَإِنَّمَا قِيدَ بِقَوْلِهِ لِأَكْثَرَ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ احْتِرَازًا عَمَّا إِذَا جَاءَتْ بِهِ لِأَقَلِّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ، فَإِنَّ الْوَلَدَ يَرِثُ أَبَاهُ الْمُرْتَدُّ وَإِنْ كَانَتْ أُمُّهُ نَصْرَانِيَّةً، لِأَنَّهَا تَقِفُ حِينَئِذٍ بِوُجُودِهِ فِي الْبَطْنِ قَبْلَ الرَّدَّةِ فَيَكُونُ مُسْلِمًا تَبَعًا لِأُمِّهِ، وَأَمَّا إِذَا جَاءَتْ بِهِ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ وَقْتِ الرَّدَّةِ لَمْ يَتَيَقَّنْ بِعُلُوقِ الْوَلَدِ قَبْلَ الرَّدَّةِ فَلَا يُجْعَلُ الْوَلَدُ مُسْلِمًا بِإِسْلَامِ الْأَبِ قَبْلَ الرَّدَّةِ

(وَإِذَا لِحَقَّ الْمُرْتَدُّ بِمَالِهِ بِدَارِ الْحَرْبِ ثُمَّ ظَهَرَ عَلَى ذَلِكَ الْمَالِ فَهُوَ فِيءٌ، فَإِنْ لِحَقَّ ثُمَّ رَجَعَ وَأَخَذَ مَالًا وَالْحَقُّهُ بِدَارِ الْحَرْبِ فَظَهَرَ عَلَى ذَلِكَ الْمَالِ فَوَجَدَتْهُ الْوَرَثَةُ قَبْلَ الْقِسْمَةِ رُدَّ عَلَيْهِمْ)؛ لِأَنَّ الْأَوَّلَ مَالٌ لَمْ يَجْرِ فِيهِ الْإِرْثُ، وَالثَّانِي انْتَقَلَ إِلَى الْوَرَثَةِ بِقَضَاءِ الْقَاضِي بِلِحَاقِهِ فَكَانَ الْوَارِثُ مَالِكًا قَدِيمًا.

الشرح:

(وَإِذَا لِحَقَّ الْمُرْتَدُّ بِمَالِهِ بِدَارِ الْحَرْبِ ثُمَّ ظَهَرَ عَلَى ذَلِكَ الْمَالِ فَهُوَ فِيءٌ) أَيُّ الْمَالِ فِيءٌ دُونَ نَفْسِهِ. وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ الْمَالُ فَيْئًا دُونَ نَفْسِهِ كَمُشْرِكِي الْعَرَبِ (وَإِنْ لِحَقَّ ثُمَّ رَجَعَ) يَعْنِي وَإِنْ لِحَقَّ وَحُكْمُ الْقَاضِي بِلِحَاقِهِ ثُمَّ رَجَعَ (وَأَخَذَ مَالًا وَالْحَقُّهُ بِدَارِ الْحَرْبِ فَظَهَرَ عَلَى ذَلِكَ الْمَالِ فَوَجَدَتْهُ الْوَرَثَةُ قَبْلَ الْقِسْمَةِ رُدَّ عَلَيْهِمْ) وَالْفَرْقُ بَيْنَ الْمَسْأَلَتَيْنِ أَنَّ الْأَوَّلَ مَالٌ لَمْ يَجْرِ فِيهِ الْإِرْثُ فَهُوَ مَالُ الْحَرْبِيِّ، وَإِذَا ظَهَرَ عَلَى مَالِ الْحَرْبِيِّ فَهُوَ فِيءٌ لَا مَحَالَةَ (وَالثَّانِي انْتَقَلَ إِلَى وَرَثَتِهِ بِقَضَاءِ الْقَاضِي بِلِحَاقِهِ فَكَانَ الْوَارِثُ مَالِكًا قَدِيمًا)

وَالْمَالُ الْقَدِيمُ إِذَا وَجَدَ مَالُهُ فِي الْغَنِيمَةِ قَبْلَ الْقِسْمَةِ أَخَذَهُ مَجَانًّا، فَإِنْ لَمْ يَكُنِ الْقَاضِي حَكَمَ بِلِحَاقِهِ وَالْمَسْأَلَةُ بِحَالِهَا؛ فَبِظَاهِرِ الرِّوَايَةِ يُرَدُّ عَلَى الْوَرْتَةِ أَيْضًا لِأَنَّهُ مَتَى لِحَقَّ بَدَارِ الْحَرْبِ فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ لَا يَعُودُ فَكَانَ مِثْلًا ظَاهِرًا. وَفِي بَعْضِ رِوَايَاتِ السِّيَرِ يَكُونُ فِيمَا لَا حَقَّ لِلْوَرْتَةِ فِيهِ لِأَنَّ الْحَقَّ لَا يَثْبُتُ لَهُمْ إِلَّا بِالْقَضَاءِ.

(وَإِذَا لِحِقَ الْمُرْتَدُّ بَدَارَ الْحَرْبِ وَلَهُ عَبْدٌ فَقَضِيَ بِهِ لِابْنِهِ وَكَاتَبَهُ الْإِبْنُ ثُمَّ جَاءَ الْمُرْتَدُّ مُسْلِمًا فَالْكِتَابَةُ جَائِزَةٌ، وَالْمُكَاتَبَةُ وَالْوَلَاءُ لِلْمُرْتَدِّ الَّذِي أَسْلَمَ؛ لِأَنَّهُ لَا وَجْهَ إِلَى بُطْلَانِ الْكِتَابَةِ لِنُفُوذِهَا بِدَلِيلٍ مُنْفَذٍ، فَجَعَلْنَا الْوَارِثَ الَّذِي هُوَ خَلْفُهُ كَالْوَكِيلِ مِنْ جِهَتِهِ، وَحُقُوقُ الْعَقْدِ فِيهِ تَرْجِعُ إِلَى الْمُوَكَّلِ، وَالْوَلَاءُ لِمَنْ يَقَعُ الْعِتْقُ عَنْهُ.

الشرح:

(وَإِذَا لِحِقَ الْمُرْتَدُّ بَدَارَ الْحَرْبِ وَلَهُ عَبْدٌ فَقَضِيَ بِهِ لِابْنِهِ فَكَاتَبَهُ الْإِبْنُ ثُمَّ جَاءَ الْمُرْتَدُّ مُسْلِمًا فَالْكِتَابَةُ جَائِزَةٌ، وَالْمُكَاتَبَةُ وَالْوَلَاءُ لِلْمُرْتَدِّ الَّذِي أَسْلَمَ) أَمَّا جَوَازُ الْكِتَابَةِ (فَلِأَنَّهُ لَا وَجْهَ إِلَى بُطْلَانِهَا لِنُفُوذِهَا بِدَلِيلٍ مُنْفَذٍ) وَهُوَ قَضَاءُ الْقَاضِي بِاللِّحَاقِ، ثُمَّ بَعْدَ ذَلِكَ إِمَّا أَنْ يَبْقَى الْمُكَاتَبُ عَلَى مِلْكِ الْإِبْنِ أَوْ يَنْتَقِلَ إِلَى الْأَبِ، لَا سَبِيلَ إِلَى الْأَوَّلِ لِأَنَّ الْكِتَابَةَ لَا تُخْلِ بِمِلْكِ الرَّقَبَةِ، وَقَدْ ذَكَرْنَا أَنَّ الْمُرْتَدَّ إِذَا عَادَ مُسْلِمًا أَخَذَ مَا وَجَدَهُ بَعَيْنِهِ فِي يَدِ وَارِثِهِ، وَلَا إِلَى الثَّانِي لِأَنَّ الْمُكَاتَبَ لَا يَقْبَلُ الْإِنْتِقَالَ مِنْ مِلْكٍ إِلَى مِلْكٍ فَجَعَلْنَا الْوَارِثَ الَّذِي هُوَ خَلْفُهُ كَالْوَكِيلِ مِنْ جِهَتِهِ لِأَنَّ فِي الْوَكَالَةِ خِلَافَةً اِحْتِيَالًا لِبَقَاءِ حُكْمِ الْحَاكِمِ فِي صِحَّةِ الْكِتَابَةِ فَكَانَتْهُ وَكَلَّهُ فِي كِتَابَةِ عَبْدِهِ (وَحُقُوقُ الْعَقْدِ فِيهِ) أَيُّ فِي عَقْدِ الْكِتَابَةِ (تَرْجِعُ إِلَى الْمُوَكَّلِ) وَأَمَّا أَنَّ الْوَلَاءَ لِلْمُرْتَدِّ الَّذِي أَسْلَمَ فَلِأَنَّ الْوَلَاءَ لِمَنْ أَعْتَقَ، وَالْعِتْقُ إِذَا يَحْصُلُ مِنْهُ بَعْدَ أَداءِ بَدَلِ الْكِتَابَةِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا رَجَعَ مُسْلِمًا بَعْدَ أَداءِ بَدَلِ الْكِتَابَةِ لِأَنَّ الْمَلِكَ الَّذِي كَانَ لَهُ لَمْ يَبْقَ قَائِمًا حَيِّثُ.

(وَإِذَا قُتِلَ الْمُرْتَدُّ رَجُلًا خَطَأً ثُمَّ لِحِقَ بَدَارَ الْحَرْبِ أَوْ قُتِلَ عَلَى رِدَّتِهِ فَالْدِّيَّةُ فِي مَالِ اكْتَسَبَهُ فِي حَالِ الْإِسْلَامِ خَاصَّةً عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَالَا: الدِّيَّةُ فِيمَا اكْتَسَبَهُ فِي حَالِ الْإِسْلَامِ وَالرَّدَّةِ جَمِيعًا؛ لِأَنَّ الْعَوَاقِلَ لَا تَعْقِلُ الْمُرْتَدَّ؛ لِانْعِدَامِ النُّصْرَةِ فَتَكُونُ فِي مَالِهِ وَعِنْدَهُمَا الْكَسْبَانِ جَمِيعًا مَالُهُ؛ لِنُفُوذِ تَصَرُّفَاتِهِ فِي الْحَالَيْنِ، وَلِهَذَا يَجْرِي الْإِرْثُ فِيهِمَا عِنْدَهُمَا. وَعِنْدَهُ مَالُهُ الْمَكْتَسَبُ فِي الْإِسْلَامِ؛ لِنَفَازِ تَصَرُّفِهِ فِيهِ دُونَ الْمَكْسُوبِ فِي الرَّدَّةِ؛

لَتَوْفُّفٍ تَصَرُّفِهِ، وَلِهَذَا كَانَ الْأَوَّلُ مِيرَاثًا عَنْهُ، وَالثَّانِي فَيْثًا عِنْدَهُ.

الشرح:

قَالَ (وَإِذَا قَتَلَ الْمُرْتَدُّ رَجُلًا) كَلَامُهُ وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (لِإِعْدَامِ التُّصَرِّعِ) يَعْنِي أَنَّ التَّعَاقُلَ إِنَّمَا يَكُونُ بِاعْتِبَارِ التَّنَاصُرِ، وَأَحَدٌ لَا يَنْصُرُ الْمُرْتَدُّ فَتَكُونُ الدِّيَّةُ فِي مَالِهِ كَسَائِرِ دُيُونِهِ وَمَالُهُ هُوَ الْمُكْتَسَبُ فِي حَالِ الْإِسْلَامِ دُونَ الرَّدَّةِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله (وَعِنْدَهُمَا) الْكَسْبَانِ جَمِيعًا مَالُهُ فَقَوْلُهُ وَعِنْدَهُ مَالُهُ الْمُكْتَسَبُ مُبْتَدَأٌ وَخَبَرٌ، وَكَانَ الْمَقَامُ مُقْتَضِيًا لِضَمِيرِ الْفَصْلِ لِيَفْضَلَ هُ عَنْ الصَّفَةِ.

(وَإِذَا قُطِعَتْ يَدُ الْمُسْلِمِ عَمْدًا فَارْتَدَّ وَالْعِيَادُ بِاللَّهِ ثُمَّ مَاتَ عَلَى رِدَّتِهِ مِنْ ذَلِكَ أَوْ لِحَقِّ بَدَارِ الْحَرْبِ ثُمَّ جَاءَ مُسْلِمًا فَمَاتَ مِنْ ذَلِكَ فَعَلَى الْقَاطِعِ نِصْفُ الدِّيَّةِ فِي مَالِهِ لِلْوَرَثَةِ) أَمَّا الْأَوَّلُ فَلَأَنَّ السَّرِّيَّةَ حَلَّتْ مَحَلًّا غَيْرَ مَعْصُومٍ فَأَهْدَرَتْ، بِخِلَافِ مَا إِذَا قُطِعَتْ يَدُ الْمُرْتَدِّ ثُمَّ أَسْلَمَ فَمَاتَ مِنْ ذَلِكَ؛ لِأَنَّ الْإِهْدَارَ لَا يَلْحَقُهُ الْإِعْتِبَارُ، أَمَّا الْمُعْتَبَرُ فَقَدْ يَهْدَرُ بِالْإِبْرَاءِ فَكَذَا بِالرَّدَّةِ. وَأَمَّا الثَّانِي وَهُوَ مَا إِذَا لَحِقَ وَمَعْنَاهُ إِذَا قُضِيَ بِلِحَاقِهِ فَلَأَنَّهُ صَارَ مَيِّتًا تَقْدِيرًا، وَالْمَوْتُ يَقْطَعُ السَّرِّيَّةَ، وَإِسْلَامُهُ حَيَاةٌ حَادِثَةٌ فِي التَّقْدِيرِ فَلَا يَعُودُ حُكْمُ الْجِنَايَةِ الْأُولَى، فَإِذَا لَمْ يَقْضِ الْقَاضِي بِلِحَاقِهِ فَهُوَ عَلَى الْخِلَافِ الَّذِي ثَبِيَهُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى. قَالَ (فَإِنْ لَمْ يَلْحَقْ وَأَسْلَمَ ثُمَّ مَاتَ فَعَلَيْهِ الدِّيَّةُ كَامِلَةً) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ وَزُفَرٌ: فِي جَمِيعِ ذَلِكَ نِصْفُ الدِّيَّةِ؛ لِأَنَّ اعْتِرَاضَ الرَّدَّةِ أَهْدَرَ السَّرِّيَّةَ فَلَا يَنْقَلِبُ بِالْإِسْلَامِ إِلَى الضَّمَانِ، كَمَا إِذَا قُطِعَ يَدُ مُرْتَدٍّ فَأَسْلَمَ. وَلَهُمَا أَنَّ الْجِنَايَةَ وَرَدَّتْ عَلَى مَحَلٍّ مَعْصُومٍ وَتَمَّتْ فِيهِ فَيَجِبُ ضَمَانُ النَّفْسِ، كَمَا إِذَا لَمْ تَتَخَلَّلْ الرَّدَّةُ، وَهَذَا؛ لِأَنَّهُ لَا مُعْتَبَرَ بِقِيَامِ الْعِصْمَةِ فِي حَالِ بَقَاءِ الْجِنَايَةِ، وَإِنَّمَا الْمُعْتَبَرُ قِيَامُهَا فِي حَالِ انْعِقَادِ السَّبَبِ وَفِي حَالِ ثُبُوتِ الْحُكْمِ، وَحَالَتِ الْبَقَاءُ بِمَعْرِزٍ مِنْ ذَلِكَ كُلِّهِ، وَصَارَ كَقِيَامِ الْمَلِكِ فِي حَالِ بَقَاءِ الْيَمِينِ.

الشرح:

(قَوْلُهُ أَمَّا الْأَوَّلُ) يَعْنِي مَا إِذَا مَاتَ عَلَى رِدَّتِهِ (قَوْلُهُ فَأَهْدَرَتْ) يَعْنِي السَّرِّيَّةَ لِأَنَّهَا لَوْ لَمْ تُهْدَرْ لَوَجَبَ الْقَصَاصُ فِي الْعَمْدِ وَالْدِّيَّةُ الْكَامِلَةُ فِي الْخَطِإِ لِأَنَّ قُطْعَ الْيَدِ صَارَ نَفْسًا (بِخِلَافِ مَا إِذَا قُطِعَتْ يَدُ الْمُرْتَدِّ ثُمَّ أَسْلَمَ فَمَاتَ مِنْ ذَلِكَ) فَإِنَّهُ لَا يَضْمَنُ الْقَاطِعُ مِنْ ذَلِكَ شَيْئًا وَإِنْ كَانَ مَعْصُومًا وَقَتِ السَّرِّيَّةِ (لِأَنَّ الْإِهْدَارَ لَا يَلْحَقُهُ الْإِعْتِبَارُ) يَعْنِي

إِذَا لَمْ يَقَعْ مُعْتَبَرًا ابْتِدَاءً لَا يَنْقَلِبُ مُعْتَبَرًا بَعْدَ ذَلِكَ لِأَنَّ غَيْرَ الْمَوْجِبِ لَا يَنْقَلِبُ مُوجِبًا
 (أَمَّا الْمُعْتَبَرُ فَقَدْ يُهْدَرُ بِالْإِبْرَاءِ فَكَذَلِكَ بِالرَّدَّةِ. قَوْلُهُ فَإِنْ لَمْ يَلْحَقْ وَأُسْلِمَ) يَعْنِي إِذَا قُطِعَ
 يَدُ الْمُسْلِمِ ثُمَّ ارْتَدَّ وَالْعِيَاذُ بِاللَّهِ تَعَالَى وَلَمْ يَلْحَقْ بِدَارِ الْحَرْبِ ثُمَّ أُسْلِمَ ثُمَّ مَاتَ فَعَلَيْهِ
 الدِّيَّةُ كَامِلَةٌ (قَوْلُهُ فِي جَمِيعِ ذَلِكَ) أَيِّ فِيمَا إِذَا مَاتَ عَلَى رِدَّتِهِ أَوْ لَحِقَ ثُمَّ جَاءَ مُسْلِمًا
 أَوْ لَمْ يَلْحَقْ وَأُسْلِمَ وَقَوْلُهُ (لَأَنَّ اعْتِرَاضَ الرَّدَّةِ أَهْدَرَ السَّرَايَةَ فَلَا يَنْقَلِبُ بِالْإِسْلَامِ إِلَى
 الضَّمَانِ) دَلِيلُهُ أَنَّ الرَّدَّةَ مَعْنَى لَوْ مَاتَ عَلَيْهِ لَمْ يَجِبْ بِالسَّرَايَةِ شَيْءٌ فَكَذَلِكَ إِذَا لَمْ يَمُتْ
 عَلَيْهِ كَعَبْدٍ قُطِعَتْ يَدُهُ ثُمَّ بَاعَهُ الْمَوْلَى ثُمَّ اشْتَرَاهُ أَوْ تَفَاسَخَا الْبَيْعُ ثُمَّ مَاتَ الْعَبْدُ لَمْ
 يَجِبْ إِلَّا دِيَّةُ الْيَدِ كَمَا لَوْ مَاتَ عَلَى الْبَيْعِ، لِأَنَّ الْبَيْعَ مَعْنَى لَوْ مَاتَ عَلَيْهِ لَمْ يَجِبْ
 بِالسَّرَايَةِ شَيْءٌ، لِأَنَّ الْإِقْدَامَ عَلَى الْبَيْعِ إِبْرَاءٌ عَنِ الْجَنَايَةِ مِنْ حَيْثُ الْمَعْنَى، وَصَارَ كَمَا إِذَا
 قُطِعَ يَدُ مُرْتَدٍّ فَأُسْلِمَ سَوَاءٌ مَاتَ مِنَ الْقَطْعِ أَوْ لَمْ يَمُتْ حَيْثُ لَا يَجِبُ ضَمَانُ النَّفْسِ فِي
 الْأَوَّلِ وَلَا ضَمَانُ الْيَدِ فِي الثَّانِي بِنَاءً عَلَى الْأَصْلِ الْمَارُّ أَنَّ الْمُهْدَرَّ لَا يَلْحَقُهُ الْإِعْتِبَارُ
 (وَلَهُمَا أَنَّ الْجَنَايَةَ وَرَدَتْ عَلَى مَحَلٍّ مَعْصُومٍ) لِأَنَّ الْفَرَضَ أَنَّهُ قُطِعَ يَدُهُ وَهُوَ مُسْلِمٌ
 وَتَمَّتْ عَلَى مَحَلٍّ مَعْصُومٍ لِأَنَّ الْفَرَضَ أَنَّهُ لَمْ يَلْحَقْ وَأُسْلِمَ فَيَجِبُ ضَمَانُ النَّصْفِ
 وَالْبَاقِي ظَاهِرٌ وَقَوْلُهُ (وَصَارَ كَقِيَامِ الْمَلِكِ فِي حَالِ بَقَاءِ الْيَمِينِ) يَعْنِي إِذَا قَالَ لِعَبْدِهِ إِنْ
 دَخَلْتَ الدَّارَ فَأَلْتِ حُرًّا ثُمَّ بَاعَهُ ثُمَّ اشْتَرَاهُ ثُمَّ دَخَلَ الدَّارَ عَتَقَ، أَمَّا لَوْ عَدِمَ الْمَلِكُ عِنْدَ
 الْيَمِينِ أَوْ عِنْدَ الْحِنْثِ لَمْ يَعْتَقَ. وَفَرَّقَ بَيْنَ الرَّدَّةِ وَالْبَيْعِ بِأَنَّ الرَّدَّةَ لَيْسَتْ بِإِبْرَاءٍ وَلَا
 مُسْتَلْرِمَةٍ لَهَا لِأَنَّهَا وَضِعَتْ لِتَبْدِيلِ الدِّينِ وَنَصَحُ مِنْ غَيْرِ إِبْرَاءٍ، إِلَّا أَنَّهُ إِذَا مَاتَ عَلَى ذَلِكَ
 لَمْ يَجِبْ الضَّمَانُ لَهْدَرِ دَمِهِ بِالرَّدَّةِ، بِخِلَافِ بَيْعِ الْعَبْدِ الْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ لِأَنَّ الْبَيْعَ وَضِعَ لِقَطْعِ
 مِلْكِهِ وَالضَّمَانُ بَدَلُ مِلْكِهِ، فَإِذَا قُطِعَ الْأَصْلُ قَصْدًا فَقَدْ قُطِعَ الْبَدَلُ أَيْضًا فَصَارَ كَالْإِبْرَاءِ.
 وَذَكَرَ فَخْرُ الْإِسْلَامِ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي شَرْحِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ أَنَّ قَوْلَ مُحَمَّدٍ وَزَفَرَ
 رَحِمَهُمَا اللَّهُ قِيَاسٌ، وَقَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا اسْتِحْسَانٌ. وَلَمْ
 يَذْكُرْ فِي الْكِتَابِ مَا إِذَا كَانَ الْقَاطِعُ هُوَ الَّذِي ارْتَدَّ فَقُتِلَ وَمَاتَ الْمَقْطُوعُ يَدُهُ بِالسَّرَايَةِ
 مُسْلِمًا. وَحُكْمُهُ أَنَّهُ إِنْ كَانَ عَمْدًا فَلَا شَيْءَ لَهُ، لِأَنَّ الْوَاجِبَ فِي الْعَمْدِ الْقَوْدُ، وَقَدْ
 فَاتَ مَحَلَّهُ حِينَ قُتِلَ عَلَى رِدَّتِهِ أَوْ مَاتَ، وَإِنْ كَانَ خَطَأً فَعَلَى عَاقِلَةِ الْقَاطِعِ دِيَّةُ النَّفْسِ
 لِأَنَّهُ عِنْدَ الْجَنَايَةِ كَانَ مُسْلِمًا، وَجَنَايَةُ الْمُسْلِمِ إِذَا كَانَتْ خَطَأً عَلَى عَاقِلَتِهِ وَتَبَيَّنَ بِالسَّرَايَةِ

أَنَّ جَنَابَتَهُ كَانَتْ قَتْلًا فَلِهَذَا كَانَتْ عَلَى عَاقِلَتِهِ دِيَّةُ النَّفْسِ، وَإِنْ كَانَتْ الْجَنَابَةُ مِنْهُ فِي حَالِ رِدَّتِهِ كَانَتْ الدِّيَّةُ فِي الْخَطِإِ فِي مَالِهِ لَمَّا يَبَيَّنَ أَنَّ الْمُرْتَدَّ لَا يَعْقِلُ جَنَابَتَهُ أَحَدًا.

(وَإِذَا ارْتَدَّ الْمُكَاتِبُ وَلَحِقَ بِدَارِ الْحَرْبِ وَاكْتَسَبَ مَالًا فَأَخَذَ بِمَالِهِ وَأَبَى أَنْ يُسَلَّمَ فَقُتِلَ فَإِنَّهُ يُؤْفَى مَوْلَاهُ مُكَاتِبَتُهُ وَمَا بَقِيَ فَلَوْرَثَتِهِ) وَهَذَا ظَاهِرٌ عَلَى أَصْلِهِمَا؛ لِأَنَّ كَسْبَ الرَّدَّةِ مِلْكُهُ إِذَا كَانَ حُرًّا، فَكَذَا إِذَا كَانَ مُكَاتِبًا. وَأَمَّا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ فَلَأَنَّ الْمُكَاتِبَ إِنَّمَا يَمْلِكُ أَكْسَابَهُ بِالْكِتَابَةِ، وَالْكِتَابَةُ لَا تَتَوَقَّفُ بِالرَّدَّةِ فَكَذَا أَكْسَابُهُ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَا يَتَوَقَّفُ تَصَرُّفُهُ بِالْأَقْوَى وَهُوَ الرِّقُّ، فَكَذَا بِالْأَدْنَى بِالطَّرِيقِ الْأُولَى.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَأَمَّا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ) أَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ يَحْتَاجُ إِلَى الْفَرْقِ بَيْنَ الْمُرْتَدِّ الْحُرِّ وَالْمُكَاتِبِ حَيْثُ لَمْ يَجْعَلْ كَسْبُهُ مِلْكًا لَهُ إِذَا كَانَ حُرًّا وَجَعَلَهُ مِلْكًا لَهُ إِذَا كَانَ مُكَاتِبًا. وَجَهُ الْفَرْقِ مَا ذَكَرَهُ أَنَّ الْمُكَاتِبَ يَمْلِكُ أَكْسَابَهُ بَعْدَ الْكِتَابَةِ وَعَقْدُ الْكِتَابَةِ لَا يَتَوَقَّفُ بِالرَّدَّةِ لِأَنَّهُ لَا يَتَوَقَّفُ بِحَقِيقَةِ الْمَوْتِ فَكَذَا بِاللِّحَاقِ الَّذِي هُوَ شِبْهُ الْمَوْتِ، وَإِذَا لَمْ يَتَوَقَّفِ الْعَقْدُ لَمْ يَتَوَقَّفِ الْأَكْسَابُ الْحَاصِلَةُ بِسَبَبِهِ وَاسْتَوْضَحَ ذَلِكَ بِقَوْلِهِ (أَلَا تَرَى أَنَّهُ) أَيُّ الْمُكَاتِبِ (لَا يَتَوَقَّفُ تَصَرُّفُهُ بِالْأَقْوَى وَهُوَ الرِّقُّ فَكَذَا بِالْأَدْنَى) يَعْنِي الرَّدَّةَ (بِالطَّرِيقِ الْأُولَى) وَإِنَّمَا كَانَ الرِّقُّ أَقْوَى مِنَ الرَّدَّةِ فِي الْمَانِعَةِ عَنِ التَّصَرُّفِ لِأَنَّ بَعْضَ تَصَرُّفَاتِ الْمُرْتَدِّ نَافِذٌ بِالْإِجْمَاعِ كَالْأَسْيِلَادِ وَالطَّلَاقِ.

وَعِنْدَهُمَا عَامَّةُ تَصَرُّفَاتِهِ نَافِذَةٌ كَالْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ وَغَيْرِهِمَا، وَأَمَّا الْعَبْدُ فَمَمْنُوعٌ عَنِ التَّصَرُّفَاتِ كُلِّهَا، ثُمَّ لَمَّا لَمْ يَتَوَقَّفِ تَصَرُّفُ الْمُكَاتِبِ مَعَ كَوْنِهِ رَقِيقًا لَمْ يَتَوَقَّفِ تَصَرُّفُهُ أَيْضًا مَعَ أَنَّهُ مُرْتَدٌّ أُولَى. قَالَ صَاحِبُ النَّهَائَةِ رَحِمَهُ اللَّهُ: قُلْتُ لِشَيْخِي رَحِمَهُ اللَّهُ فِي هَذَا لَا يَلْزَمُ مِنْ عَدَمِ مَنَعَ الرِّقُّ الْمُكَاتِبَ عَنِ التَّصَرُّفِ عَدَمُ مَنَعَ الرَّدَّةِ عَنْهُ، لِأَنَّهُ إِذَا لَمْ يَمْنَعُهُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى الْإِنْفِرَادِ جَازَ أَنْ يَمْنَعَاهُ عِنْدَ الْاجْتِمَاعِ، لِأَنَّ لِلْاجْتِمَاعِ تَأْثِيرًا كَمَا فِي الشَّاهِدَيْنِ، ثُمَّ اجْتَمَعَ هَاهُنَا لِلْمُكَاتِبِ ثَلَاثَةُ أَوْصَافٍ كَوْنُهُ مُكَاتِبًا وَرَقِيقًا وَمُرتَدًّا، فَجَازَ أَنْ يَكُونَ مَمْنُوعًا عِنْدَ اجْتِمَاعِ هَذِهِ الْأَوْصَافِ. قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ: أَمَّا الْكِتَابَةُ فَهِيَ مُطْلَقَةٌ لِلتَّصَرُّفِ لَا مَانِعَةٌ، وَأَمَّا الرِّقُّ وَالرَّدَّةُ فَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عِلَّةٌ فِي الْمَنَعِ عَنِ التَّصَرُّفِ بِإِنْفِرَادِهِ فَلَا يَثْبُتُ الرَّجْحَانُ بِزِيَادَةِ الْعِلَّةِ، كَمَا إِذَا أَقَامَ أَحَدُ الْمُدَّعِينَ أَرْبَعَةً مِنَ الشُّهُودِ،

بَلِ الرَّجْحَانُ إِنَّمَا يَثْبُتُ بِوَصْفٍ فِي الْعِلَةِ لَا بِالْعِلَّةِ نَفْسِهَا إِلَى هَذَا لَفْظُهُ. وَأَرَى أَنَّ الْجَوَابَ بِحَسَبِ الظَّنِّ غَيْرُ مُطَابِقٍ لِلسُّؤَالِ لِأَنَّهُ مَا أُبْرِزَ السُّؤَالُ مِنْ حَيْثُ إِنَّ إِحْدَى عِلَّتِي الْمَنْعِ تُعَارِضُ عِلَّةَ الْإِطْلَاقِ وَتَتَرَجَّحُ بِالْأُخْرَى، بَلِ أُبْرِزُ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُمَا عِنْدَ الْجَمَاعِ لَمْ لَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَا مَانِعًا عَنِ التَّصَرُّفِ بِنَاءً عَلَى أَنَّ الْهَيْئَةَ بِالْاجْتِمَاعِ لَهَا مِنَ الْخَوَاصِّ مَا لَيْسَ لِكُلِّ عَلَى الْإِنْفِرَادِ، وَلَعَلَّ الْهَيْئَةَ الْاجْتِمَاعِيَّةَ إِنَّمَا يَكُونُ لَهَا زِيَادَةُ تَأْثِيرٍ إِذَا أُمِكنَ أَنْ يَحْصُلَ مِنْ تَرْكِيبِهَا أَمْرٌ خَارِجِيٌّ أَوْ اعْتِبَارٌ حَقِيقِيٌّ لَا فَرَضِيٌّ وَلَا يُمْكِنُ ذَلِكَ مِنَ الرَّقِّ وَالرَّدَّةِ.

(وَإِذَا ارْتَدَّ الرَّجُلُ وَأَمْرَأَتُهُ وَالْعِيَاذُ بِاللَّهِ وَلَحِقَا بِدَارِ الْحَرْبِ فَحَبِلَتِ الْمَرْأَةُ فِي دَارِ الْحَرْبِ وَوَلَدَتْ وَلَدًا وَوُلِدَ لَوْلَيْهِمَا وَلَدٌ فَظَهَرَ عَلَيْهِمْ جَمِيعًا فَالْوَلَدَانِ فِيءٌ؛ لِأَنَّ الْمُرْتَدَّةَ تُسْتَرْقُ فَيَتَبَعُهَا وَلَدُهَا، وَيُجْبَرُ الْوَلَدُ الْأَوَّلُ عَلَى الْإِسْلَامِ، وَلَا يُجْبَرُ وَلَدُ الْوَلَدِ. وَرَوَى الْحَسَنُ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ يُجْبَرُ تَبَعًا لِلْجَدِّ، وَأَصْلُهُ التَّبَعِيَّةُ فِي الْإِسْلَامِ وَهِيَ رَابِعَةُ أَرْبَعِ مَسَائِلَ كُلُّهَا عَلَى الرَّوَايَتَيْنِ. وَالثَّانِيَةُ صَدَقَةُ الْفِطْرِ. وَالثَّلَاثَةُ جَرُّ الْوَلَاءِ. وَالْأُخْرَى الْوَصِيَّةُ لِلْقَرَابَةِ.

الشرح:

قَالَ (وَإِذَا ارْتَدَّ الرَّجُلُ وَأَمْرَأَتُهُ وَالْعِيَاذُ بِاللَّهِ) قِيلَ قَوْلُهُ فَحَبِلَتِ الْمَرْأَةُ فِي دَارِ الْحَرْبِ تَقْيِيدُهُ بِدَارِ الْحَرْبِ اتِّفَاقِيٌّ فَإِنَّهَا إِنْ حَبِلَتْ فِي دَارِنَا ثُمَّ لَحِقَتْ بِهِ بِدَارِ الْحَرْبِ فَالْجَوَابُ كَذَلِكَ، وَلَعَلَّهُ ذِكْرُهُ لِفَائِدَةٍ وَهِيَ أَنَّ الْعُلُوقَ إِذَا كَانَ فِي دَارِ الْحَرْبِ كَانَ أَبْعَدَ عَنِ الْإِسْلَامِ، وَإِذَا كَانَ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ كَانَ أَقْرَبَ إِلَيْهِ بِاعْتِبَارِ الدَّارِ لَكُونِ الدَّارِ جِهَةً فِي الْاسْتِثْبَاعِ، فَالْجَبْرُ هُنَاكَ يَكُونُ جَبْرًا هَاهُنَا بِالطَّرِيقِ الْأَوَّلِ، وَكَلَامُهُ ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (وَلَا يُجْبَرُ وَلَدُ الْوَلَدِ) وَهُوَ ظَاهِرُ الرَّوَايَةِ.

وَوَجْهُهُ أَنَّهُ لَوْ كَانَ مُسْلِمًا تَبَعًا لِلْجَدِّ كَانَ تَبَعًا لِلْجَدِّ جَدُّهُ فَحِينَئِذٍ يَكُونُ النَّاسُ كُلُّهُمْ مُسْلِمِينَ بِتَبَعِيَّةِ آدَمَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ وَلَوْ كَانَ تَبَعًا لِأَبِيهِ وَهُوَ تَبَعٌ لَكَانَ التَّبَعُ مُسْتَثْنَاً لغيرِهِ وَرَوَى الْحَسَنُ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أَنَّهُ يُجْبَرُ تَبَعًا لِلْجَدِّ لِأَنَّ التَّبَعِيَّةَ فِي حَقِّ الْأَبِ لِلتَّفَرُّعِ، وَالتَّفَرُّعُ ثَابِتٌ فِي حَقِّ الْجَدِّ وَلِهَذَا كَانَ بِمَنْزِلَةِ الْأَبِ فِي النِّكَاحِ وَبَيْعِ مَالِ الصَّغِيرِ. وَقَوْلُهُ (كُلُّهَا عَلَى الرَّوَايَتَيْنِ) يَعْنِي فِي ظَاهِرِ الرَّوَايَةِ لَمْ يُجْعَلِ

الجدُّ بِمَنْزِلَةِ الْأَبِ فِي تِلْكَ الْمَسَائِلِ، وَفِي رِوَايَةِ الْحَسَنِ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ جُعِلَ الْجَدُّ فِيهَا بِمَنْزِلَةِ الْأَبِ، أَمَّا صَيُّورَةُ الْوَلَدِ مُسْلِمًا بِإِسْلَامِ جَدِّهِ فَهِيَ مَا ذَكَرْنَا، وَأَمَّا صُورَةُ صَدَقَةِ الْفَطْرِ فَهِيَ أَنَّ الْأَبَ إِذَا كَانَ فَقِيرًا أَوْ عَبْدًا وَالْجَدُّ مُوسِرٌ هَلْ تَجِبُ فِطْرَةُ الْحَافِدِ عَلَيْهِ أَوْ لَا؟ وَأَمَّا صُورَةُ جَرِّ الْوَلَاءِ فَلَائُهُ إِذَا أُعْتِقَ الْجَدُّ وَالْحَافِدُ حُرٌّ وَالْأَبُ رَقِيقٌ هَلْ يَكُونُ وَلَاءُ الْحَافِدِ لِمَوَالِي الْجَدِّ أَوْ لَا يَكُونُ. وَصُورَةُ الْوَصِيَّةِ لِلْقَرَابَةِ إِذَا أَوْصَى رَجُلٌ لَّذِي قَرَابَتُهُ لَا يَدْخُلُ الْوَالِدَانِ فِيهَا، وَهَلْ يَدْخُلُ الْجَدُّ أَوَّلَى عَلَى الرِّوَايَتَيْنِ. وَذَكَرْنَا هَذِهِ الْمَسَائِلَ فِي شَرْحِ الْفَرَائِضِ السَّرَاجِيَّةِ وَشَرْحِ رِسَالَتِنَا.

قَالَ (وَارْتِدَادُ الصَّبِيِّ الَّذِي يَعْقِلُ ارْتِدَادَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ، وَيُجْبَرُ عَلَى الْإِسْلَامِ وَلَا يُقْتَلُ، وَإِسْلَامُهُ إِسْلَامٌ لَا يَرِثُ آبَاؤُهُ إِنْ كَانَا كَافِرَيْنِ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: ارْتِدَادُهُ لَيْسَ بِارْتِدَادٍ وَإِسْلَامُهُ إِسْلَامٌ) وَقَالَ زُفَرٌ وَالشَّافِعِيُّ: إِسْلَامُهُ لَيْسَ بِإِسْلَامٍ وَارْتِدَادُهُ لَيْسَ بِارْتِدَادٍ. لَهُمَا فِي الْإِسْلَامِ أَنَّهُ تَبَعَ لِأَبَوَيْهِ فِيهِ فَلَا يُجْعَلُ أَصْلًا. وَلَأَنَّهُ يَلْزَمُهُ أَحْكَامًا تَشَوُّبُهَا الْمَضَرَّةُ فَلَا يُؤْهِلُ لَهُ. وَلَنَا فِيهِ أَنْ عَلِيًّا ؓ أَسْلَمَ فِي صِبَاهُ، وَصَحَّحَ النَّبِيُّ ﷺ إِسْلَامَهُ، وَافْتِخَارُهُ بِذَلِكَ مَشْهُورٌ. وَلَأَنَّهُ أَتَى بِحَقِيقَةِ الْإِسْلَامِ وَهِيَ التَّصْدِيقُ وَالْإِقْرَارُ مَعَهُ؛ لِأَنَّ الْإِقْرَارَ عَنْ طَوْعٍ دَلِيلٌ عَلَى الْإِعْتِقَادِ عَلَى مَا عُرِفَ وَالْحَقَائِقُ لَا تُرَدُّ، وَمَا يَتَعَلَّقُ بِهِ سَعَادَةٌ أَبَدِيَّةٌ وَنَجَاةٌ عَقْبَاوِيَّةٌ، وَهِيَ مِنْ أَجْلِ الْمَنَافِعِ وَهُوَ الْحُكْمُ الْأَصْلِيُّ، ثُمَّ يُبْتَنَى عَلَيْهِ غَيْرُهَا فَلَا يُبَالِي بِشَوْبِهِ. وَلَهُمْ فِي الرَّدَّةِ أَنَّهَا مَضَرَّةٌ مُحْضَةٌ، بِخِلَافِ الْإِسْلَامِ عَلَى أَصْلِ أَبِي يُوسُفَ؛ لَأَنَّهُ تَعَلَّقَ بِهِ أَعْلَى الْمَنَافِعِ عَلَى مَا مَرَّ. وَلَأَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ فِيهَا أَنَّهَا مَوْجُودَةٌ حَقِيقَةٌ، وَلَا مَرَدَّ لِلْحَقِيقَةِ كَمَا قُلْنَا فِي الْإِسْلَامِ، إِلَّا أَنَّهُ يُجْبَرُ عَلَى الْإِسْلَامِ لِمَا فِيهِ مِنَ النِّفْعِ لَهُ، وَلَا يُقْتَلُ؛ لَأَنَّهُ عُقُوبَةٌ، وَالْعُقُوبَاتُ مَوْضُوعَةٌ عَنِ الصَّبِيَّانِ مَرْحَمَةً عَلَيْهِمْ. وَهَذَا فِي الصَّبِيِّ الَّذِي يَعْقِلُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَارْتِدَادُ الصَّبِيِّ الَّذِي يَعْقِلُ ارْتِدَادَ) يَعْنِي يَجْرِي عَلَيْهِ أَحْكَامُهُ فَيَبْطُلُ نِكَاحُهُ وَيَحْرُمُ عَنِ الْمِيرَاثِ وَيُجْبَرُ عَلَى الْإِسْلَامِ وَلَا يُقْتَلُ وَإِنْ أَذْرَكَ كَافِرًا وَيُحْبَسُ، وَتَوْجِيهِ تَحْرِيرِ الْمَذَاهِبِ فِي الْكِتَابِ ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (لَهُمَا) أَيُّ لَزَفَرٍ وَالشَّافِعِيُّ رَحِمَهُمَا اللَّهُ (أَنَّهُ) أَيُّ الصَّبِيِّ الَّذِي يَعْقِلُ (تَبَعَ لِأَبَوَيْهِ فِيهِ) أَيُّ فِي الْإِسْلَامِ (فَلَا يُجْعَلُ أَصْلًا) يَعْنِي يَصِحُّ إِسْلَامُهُ

بِطَرِيقِ التَّبَعِيَّةِ لِلأَبَوَيْنِ فَلَا يَصِحُّ بِطَرِيقِ الْأَصَالَةِ، إِذِ التَّبَعِيَّةُ دَلِيلُ الْعَجْزِ وَالْأَصَالَةُ دَلِيلُ الْقُدْرَةِ، وَبَيْنَ الْقُدْرَةِ وَالْعَجْزِ تَنَافٍ وَأَحَدُ الْمُتَنَافِيَيْنِ وَهُوَ الْإِسْلَامُ بِطَرِيقِ التَّبَعِيَّةِ مَوْجُودٌ بِالْإِجْمَاعِ فَيَسْتَفِي الْآخَرُ ضَرُورَةً. وَقَوْلُهُ (وَلَاكُلَّهُ يَلْزَمُهُ) دَلِيلٌ آخَرُ وَهُوَ وَاضِحٌ (قَوْلُهُ) وَافْتِخَارُهُ بِذَلِكَ مَشْهُورٌ يُشِيرُ إِلَى مَا قَالَهُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: سَبَقْتُكُمْ إِلَى الْإِسْلَامِ طَرًّا غَلَامًا مَا بَلَغْتُ أَوْ أَنَّ حُلْمِي وَاخْتَلَفَتِ الرُّوَايَاتُ فِي سَنَةِ حِينَ أَسْلَمَ ﷺ وَحِينَ مَاتَ.

قَالَ جَعْفَرُ بْنُ مُحَمَّدٍ: أَسْلَمَ وَهُوَ ابْنُ خَمْسِ سِنِينَ وَمَاتَ وَهُوَ ابْنُ ثَمَانٍ وَخَمْسِينَ سَنَةً، لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ دَعَاهُ إِلَى الْإِسْلَامِ فِي أَوَّلِ مَبِيعَتِهِ وَمُدَّةُ الْبَعْثِ ثَلَاثٌ وَعِشْرُونَ سَنَةً وَالْخِلَافَةُ بَعْدَهُ ثَلَاثُونَ أَتَتْهُ بِمَوْتِ عَلِيٍّ، فَإِذَا ضَمَمْتَ خَمْسًا إِلَى ثَلَاثٍ وَخَمْسِينَ صَارَ ثَمَانِيًا وَخَمْسِينَ. وَقَالَ الْقُتَيْبِيُّ: أَسْلَمَ وَهُوَ ابْنُ سَنَعٍ وَمَاتَ وَهُوَ ابْنُ سِتِّينَ (قَوْلُهُ وَلَاكُلَّهُ أَتَى بِحَقِيقَةِ الْإِسْلَامِ) دَلِيلٌ آخَرُ، وَهُوَ ظَاهِرٌ (قَوْلُهُ وَمَا يَتَعَلَّقُ بِهِ سَعَادَةُ أَبَدِيَّةٌ) يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ مَعْطُوفًا عَلَى التَّصَدِيقِ: أَيُّ هُوَ التَّصَدِيقُ الْأَصْلِيُّ وَهُوَ مَا يَتَعَلَّقُ، وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ خَبَرٌ مُبْتَدَأٌ مَحْذُوفٌ، وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ مُبْتَدَأٌ وَخَبَرُهُ قَوْلُهُ هُوَ الْحُكْمُ الْأَصْلِيُّ عَلَى تَقْدِيرِ أَنْ يَكُونَ بَغِيرِ وَأَوْ، وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ قَوْلُهُ وَمَا يَتَعَلَّقُ بِهِ مُبْتَدَأٌ، وَقَوْلُهُ سَعَادَةُ أَبَدِيَّةٌ خَبَرُهُ وَهُوَ الْأَوَّلَى، وَهُوَ جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ وَلَاكُلَّهُ يَلْزَمُهُ أَحْكَامًا تَشُوْبُهَا الْمَضَرَّةُ.

وَعُورِضُ بَأَنَّهُ لَوْ صَحَّ إِسْلَامُهُ بِنَفْسِهِ وَقَعَ فَرَضًا لَكُلِّهِ لَا نَفْلٌ فِي الْإِيمَانِ وَمِنْ ضَرُورَةِ كَوْنِهِ فَرَضًا أَنْ يَكُونَ مُخَاطَبًا بِهِ وَهُوَ غَيْرُ مُخَاطَبٍ بِالْإِتِّفَاقِ، فَإِذَا لَمْ يُمْكِنْ تَصْحِيحُهُ فَرَضًا لَمْ يَصِحَّ، بِخِلَافِ سَائِرِ الْعِبَادَاتِ فَإِنَّهُ يَتَرَدَّدُ بَيْنَ الْفَرَضِ وَالنَّفْلِ. وَالْجَوَابُ أَنَّا لَا نُسَلِّمُ أَنَّ مِنْ ضَرُورَةِ كَوْنِهِ فَرَضًا أَنْ يَكُونَ مُخَاطَبًا. فَإِنَّ الْمُسَافِرَ إِذَا حَضَرَ الْجُمُعَةَ وَصَلَّى وَقَعَ فَرَضًا وَلَيْسَ بِمُخَاطَبٍ بِهِ، وَمَنْ صَلَّى فِي أَوَّلِ الْوَقْتِ وَقَعَ فَرَضًا وَهُوَ لَيْسَ بِمُخَاطَبٍ بِهِ عِنْدَنَا فِي ذَلِكَ الْوَقْتِ. وَالْجَوَابُ عَنْ قَوْلِهِمَا إِنَّهُ تَبَعَ لِأَبَوَيْهِ فِيهِ فَلَا يُجْعَلُ أَصْلًا أَنْ إِحْدَى الْجِهَتَيْنِ مُؤَيَّدَةٌ بِالْآخَرَى فَلَا يَكُونَانِ مُتَنَافِيَيْنِ، وَذَلِكَ كَالْجُنْدِيِّ إِذَا سَافَرَ مَعَ السُّلْطَانِ وَتَوَى السُّقْرَ فَهُوَ مُسَافِرٌ بِنَيَّْةٍ مَقْصُودَةٍ وَتَبَعًا لِلْسُّلْطَانِ أَيْضًا (قَوْلُهُ وَلَهُمْ) أَيُّ لِأَبِي يُوسُفَ وَزُفَرَ وَالشَّافِعِيِّ رَحِمَهُمُ اللَّهُ.

وَقَوْلُهُ (وَلِأَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ فِيهَا) أَيُّ فِي الرِّدَّةِ (أَنَّهَا مَوْجُودَةٌ

حَقِيقَةً وَلَا مَرَدَّ لِلْحَقِيقَةِ كَمَا قُلْنَا فِي الْإِسْلَامِ) فَإِنَّ رَدَّ الرَّدَّةِ يَكُونُ بِالْعَفْوِ عَنْهَا وَذَلِكَ قَبِيحٌ، كَمَا أَنَّ رَدَّ الْإِسْلَامِ إِنَّمَا يَكُونُ بِالْحَجْرِ عَنْهُ وَهُوَ كَذَلِكَ. وَاعْتَرِضَ بِأَنَّ هَذَا اعْتِبَارُ مَا هُوَ مَضَرَّةٌ مَحْضَةٌ بِمَا هُوَ مَنْفَعَةٌ مَحْضَةٌ وَذَلِكَ جَمْعٌ بَيْنَ الشَّيْئَيْنِ بِالْقِيَاسِ، وَفَرَّقَ الشَّارِعُ بَيْنَهُمَا، وَمِثْلُهُ فَاسِدٌ فِي الْوَضْعِ عَلَى مَا عُرِفَ فِي الْأَصُولِ. وَالْجَوَابُ أَنَّ هَذَا قِيَاسٌ مِنْ بُجُودِ شَيْءٍ وَتَحَقُّقِهِ بِبُجُودِ شَيْءٍ آخَرَ وَتَحَقُّقِهِ فِي عَدَمِ جَوَازِ الرَّدِّ، وَلَا يُسَلَّمُ أَنَّ الشَّارِعَ فَرَّقَ بَيْنَهُمَا. وَقَوْلُهُ (إِلَّا أَنَّهُ يُجْبَرُ عَلَى الْإِسْلَامِ) هَذَا جَوَابُ الْإِسْتِحْسَانِ وَفِي الْقِيَاسِ يُقْتَلُ لِرَدَّتِهِ بَعْدَ إِسْلَامِهِ. وَقَوْلُهُ (لَأَنَّهُ عُقُوبَةٌ وَالْعُقُوبَاتُ مَوْضُوعَةٌ عَنِ الصَّبِيَّانِ مَرَحَمَةٌ عَلَيْهِمَا)

قَالَ فِي النِّهَايَةِ: فِيهِ نَظَرٌ لِأَنَّهُ أَسْقَطَ عُقُوبَةَ الْقَتْلِ عَنِ الصَّبِيِّ الْمُرْتَدِّ مَرَحَمَةً لَصِبَاهُ، وَاللَّهُ تَعَالَى أَرْحَمُ الرَّاحِمِينَ وَهُوَ لَمْ يَرْحَمْ عَلَيْهِ حَتَّى عَاقَبَهُ فِي النَّارِ مُخَلِّدًا كَسَائِرِ الْكُفَّارِ، وَذَلِكَ مَنْصُوصٌ عَلَيْهِ فِي الْأَسْرَارِ وَالْجَامِعِ الصَّغِيرِ لِلْإِمَامِ التُّمَرْتَاشِيِّ وَمُشَارٌ إِلَيْهِ فِي الْمَبْسُوطِ. ثُمَّ قَالَ: وَأَوَّلَى مَا يُعْلَلُ بِهِ فِي عَدَمِ قَتْلِ الصَّبِيِّ الْمُرْتَدِّ مَا ذَكَرْنَاهُ مِنْ تَعْلِيلِ الْمَبْسُوطِ وَهُوَ قَوْلُهُ وَإِنَّمَا لَا يُقْتَلُ لِقِيَامِ الشُّبْهَةِ بِسَبَبِ اخْتِلَافِ الْعُلَمَاءِ رَحِمَهُمُ اللَّهُ فِي صِحَّةِ إِسْلَامِهِ فِي الصَّغَرِ، وَاللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ.

باب البغاة

وَمَنْ لَا يَعْقِلُ مِنَ الصَّبِيَّانِ لَا يَصِيحُ ارْتِدَادُهُ؛ لِأَنَّهُ إِهْرَارُهُ لَا يَدُلُّ عَلَى تَغْيِيرِ الْعَقِيدَةِ، وَكَذَا الْمَجْنُونُ وَالسَّكَرَانُ الَّذِي لَا يَعْقِلُ.

الشرح:

(بَابُ الْبَغَاةِ): آخَرَ هَذَا الْبَابِ عَنْ بَابِ الْمُرْتَدِّ لِقِلَّةِ وُجُودِهِ، وَالْبَغَاةُ جَمْعُ بَاغٍ كَالْقَضَاةِ جَمْعُ قَاضٍ،

(وَإِذَا تَغَلَّبَ قَوْمٌ مِنَ الْمُسْلِمِينَ عَلَى بَلَدٍ وَخَرَجُوا مِنْ طَاعَةِ الْإِمَامِ دَعَاهُمْ إِلَى الْعَوْدِ إِلَى الْجَمَاعَةِ وَكَشَفَ عَنْ شُبْهَتِهِمْ)؛ لِأَنَّ عَلِيًّا فَعَلَ كَذَلِكَ بِأَهْلِ حُرُورَاءَ قَبْلَ قِتَالِهِمْ، وَلِأَنَّهُ أَهْوَنُ الْأَمْرَيْنِ. وَلَعَلَّ الشَّرَّ يَنْدَفِعُ بِهِ فَيُبْدَأُ بِهِ.

الشرح:

وَإِذَا تَغَلَّبَ قَوْمٌ مِنَ الْمُسْلِمِينَ عَلَى بَلَدٍ وَخَرَجُوا مِنْ طَاعَةِ الْإِمَامِ دَعَاهُمْ إِلَى

الْعَوْدِ إِلَى الْجَمَاعَةِ وَكَشَفَ عَنْ شُبْهَتِهِمْ) وَذَلِكَ بِطَرِيقِ الاسْتِحْبَابِ، فَإِنَّ أَهْلَ الْعَدْلِ لَوْ قَاتَلُوا مِنْ غَيْرِ دَعْوَةٍ إِلَى الْعَوْدِ لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِمْ شَيْءٌ لَأَنَّهُمْ عَلِمُوا مَا يُقَاتِلُونَ عَلَيْهِ. فَحَالُهُمْ فِي ذَلِكَ كَحَالِ الْمُتَرَدِّينَ وَأَهْلِ الْحَرْبِ الَّذِينَ بَلَغَتْهُمْ الدَّعْوَةُ (لَأَنَّ عَلِيًّا ﷺ فَعَلَ ذَلِكَ بِأَهْلِ حُرُورَاءَ) بِالْحَاءِ الْمُهْمَلَةِ مَمْدُودًا وَمَقْصُورًا: قَرِيَةً بِالْكُوفَةِ كَانَ بِهَا أَوَّلُ تَحْكِيمِ الْخَوَارِجِ وَاجْتِمَاعُهُمْ بِسَبَبِ تَحْكِيمِ عَلِيٍّ أَبَا مُوسَى الْأَشْعَرِيِّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ مُعَاوِيَةَ قَاتِلَيْنِ إِنَّ الْقِتَالَ وَاجِبٌ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿فَقَاتِلُوا آلَ ابْنِ مَرْثَدَةَ﴾ [الحجرات: ٩] الْآيَةِ. وَعَلَى تَرْكِ الْقِتَالِ بِالتَّحْكِيمِ وَهُوَ كُفْرٌ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَمَنْ لَّمْ يَتَّخِذْ مِمَّا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ﴾ [المائدة: ٤٤] وَذَلِكَ أَنَّهُ ﷺ أَنْفَذَ ابْنَ عَبَّاسٍ لِيَكْشِفَ شُبْهَتَهُمْ وَيَدْعُوَهُمْ إِلَى الْعَوْدِ، فَلَمَّا ذَكَرُوا شُبْهَتَهُمْ قَالَ ابْنُ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا هَذِهِ الْحَادِثَةُ لَيْسَتْ بِأَدْنَى مِنْ بَيِّضِ حَمَامٍ، وَفِيهِ التَّحْكِيمُ بِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿تَحْكُمُ بِهِ ذَوَا عَدْلٍ مِّنْكُمْ﴾ [المائدة: ٩٥] فَكَانَ تَحْكِيمُ عَلِيٍّ ﷺ مُوَافِقًا لِلنَّصِّ فَالْزَمَهُمُ الْحُجَّةَ، فَتَابَ الْبَعْضُ وَأَصَرَ الْبَعْضُ، وَكَلَامُهُ وَاضِحٌ.

(وَلَا يَبْدَأُ بِقِتَالٍ حَتَّى يَبْدَعُوهُ، فَإِنْ بَدَعُوهُ قَاتَلَهُمْ حَتَّى يُضَرَّقَ جَمْعُهُمْ) قَالَ الْعَبْدُ الضَّعِيفُ: هَكَذَا ذِكْرُهُ الْقُدُورِيُّ فِي مُخْتَصَرِهِ. وَذَكَرَ الْإِمَامُ الْمَعْرُوفُ بِخَوَاهِرِ زَادَهُ أَنْ عِنْدَنَا يَجُوزُ أَنْ يَبْدَأَ بِقِتَالِهِمْ إِذَا تَعَسَّكَرُوا وَاجْتَمَعُوا. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا يَجُوزُ حَتَّى يَبْدَعُوا بِالْقِتَالِ حَقِيقَةً، لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ قِتَالُ الْمُسْلِمِ إِلَّا دَفْعًا وَهُمْ مُسْلِمُونَ، بِخِلَافِ الْكَافِرِ؛ لِأَنَّ نَفْسَ الْكُفْرِ مُبِيحٌ عِنْدَهُ. وَلَنَا أَنَّ الْحُكْمَ يُدَارُ عَلَى الدَّلِيلِ وَهُوَ الْاجْتِمَاعُ وَالْامْتِنَاعُ، وَهَذَا؛ لِأَنَّهُ لَوْ ائْتَنَزَلَ الْإِمَامُ حَقِيقَةً قِتَالَهُمْ رَبِّمَا لَا يُمْكِنُهُ الدَّفْعُ فَيُدَارُ عَلَى الدَّلِيلِ ضَرُورَةً دَفْعَ شَرِّهِمْ، وَإِذَا بَلَغَهُ أَنَّهُمْ يَشْتَرُونَ السَّلَاحَ وَيَتَأَهَّبُونَ لِلْقِتَالِ يَنْبَغِي أَنْ يَأْخُذَهُمْ وَيَحْبِسَهُمْ حَتَّى يَقْلَعُوا عَنْ ذَلِكَ وَيُحْدِثُوا تَوْبَةً دَفْعًا لِلشَّرِّ بِقَدْرِ الْإِمْكَانِ. وَالْمَرْوِيُّ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ مِنْ لُزُومِ الْبَيْتِ مَحْمُولٌ عَلَى حَالِ عَدَمِ الْإِمَامِ، أَمَّا إِعَانَةُ الْإِمَامِ الْحَقِّ فَمِنْ الْوَاجِبِ عِنْدَ الْغَنَاءِ وَالْقُدْرَةِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَالْمَرْوِيُّ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ مِنْ لُزُومِ الْبَيْتِ) يُرِيدُ بِهِ مَا رَوَى الْحَسَنُ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الْفِتْنَةَ إِذَا وَقَعَتْ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ فَالْوَجِبُ عَلَى كُلِّ مُسْلِمٍ أَنْ

يَعْتَزِلُ الْفِتْنَةَ وَيَقْعُدُ فِي بَيْتِهِ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «مَنْ فَرَّ مِنَ الْفِتْنَةِ أَعْتَقَ اللَّهُ رَقَبَتَهُ مِنَ النَّارِ» (مَحْمُولٌ عَلَى حَالِ عَدَمِ الْإِمَامِ) أَمَّا إِذَا كَانَ الْمُسْلِمُونَ مُجْتَمِعِينَ عَلَى إِمَامٍ وَكَانُوا آمِنِينَ بِهِ وَالسُّبُلُ آمِنَةً فَخَرَجَ عَلَيْهِ طَائِفَةٌ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ فَحِثِّدْ يَجِبُ عَلَى كُلِّ مَنْ يَقْوَى عَلَى الْقِتَالِ أَنْ يُقَاتِلَهُمْ نَصْرًا لِإِمَامِ الْمُسْلِمِينَ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿فَقَاتِلُوا آلَ لِيٍّ﴾ [الحجرات: ٩] فَإِنَّ الْأَمْرَ لِلْوُجُوبِ.

(فَإِنْ كَانَتْ لَهُمْ فِتْنَةٌ أَجْهَزَ عَلَى جَرِيحِهِمْ وَاتَّبَعَ مُوَلِّيهِمْ) دَفْعًا لَشَرِّهِمْ كَيْ لَا يَلْحَقُوا بِهِمْ (وَأِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُمْ فِتْنَةٌ لَمْ يُجْهَزْ عَلَى جَرِيحِهِمْ وَلَمْ يُتَّبَعْ مُوَلِّيهِمْ) لِانْدِفَاعِ الشَّرِّ ذَوْنَهُ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا يَجُوزُ ذَلِكَ فِي الْحَالَيْنِ؛ لِأَنَّ الْقِتَالَ إِذَا تَرَكَوهُ لَمْ يَبْقَ قَتْلُهُمْ دَفْعًا. وَجَوَابُهُ مَا ذَكَرْنَاهُ أَنَّ الْمُعْتَبَرَ دَلِيلُهُ لَا حَقِيقَتُهُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (أَجْهَزَ وَاتَّبَعَ) عَلَى بِنَاءِ الْمَفْعُولِ، وَيُقَالُ أَجْهَزْتُ عَلَى الْجَرِيحِ إِذَا أَسْرَعْتَ قَتْلُهُ وَكَمَّمْتَ عَلَيْهِ

(وَلَا يُسَبَى لَهُمْ ذُرِّيَّةٌ وَلَا يُقَسَّمُ لَهُمْ مَالٌ) لِقَوْلِ عَلِيٍّ يَوْمَ الْجَمَلِ: وَلَا يُقْتَلُ أَسِيرٌ وَلَا يُكْشَفُ سِتْرٌ وَلَا يُؤْخَذُ مَالٌ، وَهُوَ الْقُدُوءُ فِي هَذَا الْبَابِ. وَقَوْلُهُ فِي الْأَسِيرِ تَأْوِيلُهُ إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُمْ فِتْنَةٌ، فَإِنْ كَانَتْ يَقْتُلُ الْإِمَامُ الْأَسِيرَ، وَإِنْ شَاءَ حَبَسَهُ لِمَا ذَكَرْنَا، وَلَأَنَّهُمْ مُسْلِمُونَ وَالْإِسْلَامُ يَعَصِمُ النَّفْسَ وَالْمَالَ

الشرح:

(قَوْلُهُ وَلَا يُقْتَلُ أَسِيرٌ) هُوَ مَقُولُ عَلِيٍّ ﷺ (وَلَا يُكْشَفُ سِتْرٌ) أَيِ لَا تُسَبَى نِسَاؤُهُمْ، أَلَا تَرَى أَنَّ أَصْحَابَ عَلِيٍّ ﷺ سَأَلُوهُ قِسْمَةَ ذَلِكَ فَقَالَ: فَإِذَا قُسِمَتْ فَلِمَنْ تَكُونُ عَائِشَةُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا. وَالْقُدُوءُ اسْمٌ لِلْاِقْتِدَاءِ كَالْأُسُوءَةِ اسْمٌ لِلْاِتِّسَاءِ، يُقَالُ فُلَانٌ قُدُوءٌ: أَيِ يُتَقَدَّى بِهِ (قَوْلُهُ لِمَا ذَكَرْنَا) إِشَارَةٌ، إِلَى قَوْلِهِ وَيَحْبِسُهُمْ إِلَى قَوْلِهِ دَفْعًا لِلشَّرِّ (قَوْلُهُ وَلَأَنَّهُمْ مُسْلِمُونَ) مَعْطُوفٌ عَلَى قَوْلِهِ لِقَوْلِ عَلِيٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

(وَلَا بَأْسَ بِأَنْ يُقَاتِلُوا بِسِلَاحِهِمْ إِنْ احتَاجَ الْمُسْلِمُونَ إِلَيْهِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا يَجُوزُ، وَالنُّكْرَاعُ عَلَى هَذَا الْخِلَافِ. لَهُ أَنَّهُ مَالٌ مُسْلِمٌ فَلَا يَجُوزُ الْاِنتِفَاعُ بِهِ إِلَّا بِرِضَاهُ. وَلَنَا أَنَّ عَلِيًّا قَسَمَ السِّلَاحَ فِيمَا بَيْنَ أَصْحَابِهِ بِالْبَصْرَةِ وَكَانَتْ قِسْمَتُهُ لِلْحَاجَةِ لَا لِلتَّمْلِكِ، وَلَأَنَّ

لِلإِمَامِ أَنْ يَفْعَلَ ذَلِكَ فِي مَالِ الْعَادِلِ عِنْدَ الْحَاجَةِ، فَفِي مَالِ الْبَاقِي أَوْلَى وَالْمَعْنَى فِيهِ
إِلْحَاقُ الضَّرَرِ الْأَدْنَى لِدَفْعِ الْأَعْلَى.

(وَيَحْبِسُ الْإِمَامُ أَمْوَالَهُمْ فَلَا يَرُدُّهَا عَلَيْهِمْ وَلَا يُقَسِّمُهَا حَتَّى يَتُوبُوا فَيَرُدُّهَا عَلَيْهِمْ)
أَمَّا عَدَمُ الْقِسْمَةِ فَلَمَّا بَيَّنَّاهُ. وَأَمَّا الْحَبْسُ فَلِدَفْعِ شَرِّهِمْ بِكَسْرِ شَوْكَتِهِمْ وَلِهَذَا يَحْبِسُهَا
عَنْهُمْ، وَإِنْ كَانَ لَا يَحْتَاجُ إِلَيْهَا، إِلَّا أَنَّهُ يَبِيعُ الْكَرَاعَ؛ لِأَنَّ حَبْسَ الثَّمَنِ أَنْظَرُ وَأَيْسَرُ، وَأَمَّا
الرَّدُّ بَعْدَ التَّوْبَةِ فَلَانْدِفَاعُ الضَّرُورَةِ وَلَا اسْتِغْنَامُ فِيهَا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (أَمَّا عَدَمُ الْقِسْمَةِ فَلَمَّا بَيَّنَّاهُ) إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِ عَلِيٍّ: وَلَا يُؤْخَذُ مَالٌ، وَقَوْلُهُ
لَا تُهْمُ مُسْلِمُونَ.

قَالَ: (وَمَا جَبَاهُ أَهْلُ الْبَغْيِ مِنَ الْبِلَادِ الَّتِي غَلِبُوا عَلَيْهَا مِنَ الْخَرَاجِ وَالْعُشْرِ لَمْ يَأْخُذْهُ
الْإِمَامُ ثَانِيًا)؛ لِأَنَّ وِلَايَةَ الْأَخِذِ لَهُ بِاعْتِبَارِ الْحِمَايَةِ وَلَمْ يَحْمِيهِمْ (فَإِنْ كَانُوا صَرَفُوهُ فِي
حَقِّهِ أَجْزَاءً مَنْ أَخَذَ مِنْهُ) لَوْصُولِ الْحَقِّ إِلَى مُسْتَحِقِّهِ (وَإِنْ لَمْ يَكُونُوا صَرَفُوهُ فِي حَقِّهِ
فَعَلَى أَهْلِهِ فِيمَا بَيْنَهُمْ وَبَيْنَ اللَّهِ تَعَالَى أَنْ يُعِيدُوا ذَلِكَ)؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَصِلْ إِلَى مُسْتَحِقِّهِ. قَالَ
الْعَبْدُ الضَّعِيفُ: قَالُوا الْإِعَادَةُ عَلَيْهِمْ فِي الْخَرَاجِ؛ لِأَنَّهُمْ مُقَاتِلَةٌ فَكَانُوا مَصَارِفَ، وَإِنْ كَانُوا
أَغْنِيَاءَ، وَفِي الْعُشْرِ إِنْ كَانُوا فَقَرَاءَ، فَكَذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ حَقُّ الْفُقَرَاءِ وَقَدْ بَيَّنَّاهُ فِي الزَّكَاةِ. وَفِي
الْمُسْتَقْبَلِ يَأْخُذُهُ الْإِمَامُ؛ لِأَنَّهُ يَحْمِيهِمْ فِيهِ؛ لظُهُورِ وِلَايَتِهِ.

(وَمَنْ قَتَلَ رَجُلًا وَهُمَا مِنْ عَسْكَرِ أَهْلِ الْبَغْيِ ثُمَّ ظَهَرَ عَلَيْهِمْ فَلَيْسَ عَلَيْهِمْ شَيْءٌ)؛
لِأَنَّهُ لَا وِلَايَةَ لِلْإِمَامِ الْعَدْلِ حِينَ الْقَتْلِ فَلَمْ يَنْعَقِدْ مُوجِبًا كَالْقَتْلِ فِي دَارِ الْحَرْبِ.
(وَإِنْ غَلِبُوا عَلَى مِصْرَ فَقَتَلَ رَجُلٌ مِنْ أَهْلِ الْمِصْرِ رَجُلًا مِنْ أَهْلِ الْمِصْرِ عَمْدًا ثُمَّ
ظَهَرَ عَلَى الْمِصْرِ فَإِنَّهُ يُقْتَصُّ مِنْهُ) وَتَأْوِيلُهُ إِذَا لَمْ يَجْرَ عَلَى أَهْلِهِ أَحْكَامُهُمْ وَأَزْعَجُوا قَبْلَ
ذَلِكَ، وَفِي ذَلِكَ لَمْ تَنْقَطِعْ وِلَايَةُ الْإِمَامِ فَيَحِبُّ الْقِصَاصُ.

الشرح:

قَوْلُهُ (وَأَزْعَجُوا) يَعْنِي أُقْلِعَ أَهْلُ الْبَغْيِ مِنَ الْمِصْرِ (قَبْلَ ذَلِكَ) أَيَّ قَبْلَ إِجْرَاءِ
أَحْكَامِهِمْ عَلَى أَهْلِهِ.

(وَإِذَا قَتَلَ رَجُلٌ مِنْ أَهْلِ الْعَدْلِ بَاغِيًا فَإِنَّهُ يَرِثُهُ، فَإِنْ قَتَلَهُ الْبَاقِي وَقَالَ قَدْ كُنْتُ

عَلَى حَقٍّ وَأَنَا الآنَ عَلَى حَقٍّ وَرِثَتُهُ، وَإِنْ قَالَ قَتَلْتَهُ وَأَنَا أَعْلَمُ أَنِّي عَلَى الْبَاطِلِ لَمْ يَرِثْهُ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ (وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: لَا يَرِثُ الْبَاغِي فِي الْوَجْهَيْنِ وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ. وَأَصْلُهُ أَنَّ الْعَادِلَ إِذَا أَتْلَفَ نَفْسَ الْبَاغِي أَوْ مَالَهُ لَا يَضْمَنُ وَلَا يَأْتِمُ؛ لِأَنَّهُ مَأْمُورٌ بِقِتَالِهِمْ دَفْعًا لَشَرِّهِمْ، وَالْبَاغِي إِذَا قَتَلَ الْعَادِلَ لَا يَجِبُ الضَّمَانُ عِنْدَنَا وَيَأْتِمُ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي الْقَدِيمِ: إِنَّهُ يَجِبُ، وَعَلَى هَذَا الْخِلَافُ إِذَا تَابَ الْمُرْتَدُّ، وَقَدْ أَتْلَفَ نَفْسًا أَوْ مَالًا. لَهُ أَنَّهُ أَتْلَفَ مَالًا مَعْصُومًا أَوْ قَتَلَ نَفْسًا مَعْصُومَةً فَيَجِبُ الضَّمَانُ اعْتِبَارًا بِمَا قَبْلَ الْمَنْعَةِ. وَلَنَا إِجْمَاعُ الصَّحَابَةِ، رَوَاهُ الزُّهْرِيُّ. وَلَأَنَّهُ أَتْلَفَ عَنْ تَأْوِيلٍ فَاسِدٍ، وَالْفَاسِدُ مِنْهُ مُلْحَقٌ بِالصَّحِيحِ إِذَا ضُمَّتْ إِلَيْهِ الْمَنْعَةُ فِي حَقِّ الدَّفْعِ كَمَا فِي مَنْعَةِ أَهْلِ الْحَرْبِ وَتَأْوِيلِهِمْ، وَهَذَا؛ لِأَنَّ الْأَحْكَامَ لَا بُدَّ فِيهَا مِنَ الْإِلْزَامِ أَوْ الْإِلْتِزَامِ، وَلَا التَّزَامَ لَا عِتْقَادَ الْإِبَاحَةِ عَنْ تَأْوِيلٍ، وَلَا الْإِلْزَامَ لِعَدَمِ الْوِلَايَةِ لَوْجُودِ الْمَنْعَةِ، وَالْوِلَايَةُ بَاقِيَةٌ قَبْلَ الْمَنْعَةِ وَعِنْدَ عَدَمِ التَّأْوِيلِ ثَبَتَ الْإِلْتِزَامُ اعْتِقَادًا، بِخِلَافِ الْإِثْمِ؛ لِأَنَّهُ لَا مَنْعَةَ فِي حَقِّ الشَّارِعِ، إِذَا ثَبَتَ هَذَا فَتَقُولُ: قَتَلَ الْعَادِلُ الْبَاغِيَّ قَتْلًا بِحَقٍّ فَلَا يَمْنَعُ الْإِرْثُ. وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي قَتْلِ الْبَاغِي الْعَادِلِ أَنَّ التَّأْوِيلَ الْفَاسِدَ إِنَّمَا يُعْتَبَرُ فِي حَقِّ الدَّفْعِ وَالْحَاجَةِ هَاهُنَا إِلَى اسْتِحْقَاقِ الْإِرْثِ فَلَا يَكُونُ التَّأْوِيلُ مُعْتَبَرًا فِي حَقِّ الْإِرْثِ. وَلَهُمَا فِيهِ أَنَّ الْحَاجَةَ إِلَى دَفْعِ الْحِرْمَانِ أَيْضًا، إِذِ الْقَرَابَةُ سَبَبُ الْإِرْثِ فَيُعْتَبَرُ الْفَاسِدُ فِيهِ، إِلَّا أَنَّ مِنْ شَرْطِهِ بَقَاءُهُ عَلَى دِيَانَتِهِ، فَإِذَا قَالَ: كُنْتُ عَلَى الْبَاطِلِ لَمْ يُوجَدِ الدَّفْعُ فَوَجَبَ الضَّمَانُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (فِي الْوَجْهَيْنِ) أَيُّ فِي الْوَجْهِ الَّذِي قَالَ أَنَا عَلَى الْحَقِّ وَفِي الْوَجْهِ الَّذِي قَالَ أَنَا عَلَى الْبَاطِلِ وَقَوْلُهُ (رَوَاهُ الزُّهْرِيُّ) قَالَ الزُّهْرِيُّ: وَقَعَتِ الْفِتْنَةُ وَأَصْحَابُ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ كَانُوا مُتَوَافِرِينَ، فَاتَّقَعُوا عَلَى أَنْ كُلُّ دَمٍ أَرِيقَ بِتَأْوِيلِ الْقُرْآنِ فَهُوَ مَوْضُوعٌ، وَكُلُّ فَرْجٍ أُسْحِلَ بِتَأْوِيلِ الْقُرْآنِ فَهُوَ مَوْضُوعٌ، وَكُلُّ مَالٍ أُتْلِفَ بِتَأْوِيلِ الْقُرْآنِ فَهُوَ مَوْضُوعٌ. قَوْلُهُ (وَلَا التَّزَامَ لَا عِتْقَادَ الْإِبَاحَةِ) يَعْنِي أَنَّ الْبَاغِيَّ اعْتَقَدَ إِبَاحَةَ أَمْوَالِ الْعَادِلِ بِأَنَّ الْعَادِلَ عَصَى اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَلَمْ يَعْمَلْ بِمُوجِبِ الْكِتَابِ. وَقَوْلُهُ (وَلَهُمَا فِيهِ) أَيُّ لِأَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا فِي قَتْلِ الْبَاغِي الْعَادِلِ. وَقَوْلُهُ (فَيُعْتَبَرُ الْفَاسِدُ) أَيُّ يُعْتَبَرُ التَّأْوِيلُ الْفَاسِدُ فِي دَفْعِ الْحِرْمَانِ. وَقَوْلُهُ (لَمْ يُوجَدِ الدَّفْعُ) أَيُّ التَّأْوِيلُ الدَّفْعُ لِلضَّمَانِ.

قَالَ (وَيُكْرَهُ بَيْعُ السِّلَاحِ مِنْ أَهْلِ الْفِتْنَةِ وَفِي عَسَاكِرِهِمْ)؛ لِأَنَّهُ إِعَانَةٌ عَلَى الْمَعْصِيَةِ (وَلَيْسَ بِبَيْعِهِ بِالْكُوفَةِ مِنْ أَهْلِ الْكُوفَةِ وَمَنْ لَمْ يَعْرِفْهُ مِنْ أَهْلِ الْفِتْنَةِ بَأْسٌ)؛ لِأَنُّ الْغَلْبَةَ فِي الْأَمْصَارِ لِأَهْلِ الصَّلَاحِ، وَإِنَّمَا يُكْرَهُ بَيْعُ نَفْسِ السِّلَاحِ لَا بَيْعُ مَا لَا يُقَاتَلُ بِهِ إِلَّا بِصَنْعَةٍ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ يُكْرَهُ بَيْعُ الْمَعَارِفِ وَلَا يُكْرَهُ بَيْعُ الْخَشَبِ، وَعَلَى هَذَا الْخَمْرُ مَعَ الْعَنْبِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلَيْسَ بِبَيْعِهِ بِالْكُوفَةِ) تَقْيِيدُهُ بِالْكُوفَةِ بِاعْتِبَارِ أَنَّ الْبُعَاةَ خَرَجُوا فِيهَا أَوَّلًا وَإِلَّا فَالْحُكْمُ فِي غَيْرِهَا كَذَلِكَ. وَقَوْلُهُ (إِلَّا بِالصَّنْعَةِ) بِهِ يُرِيدُ الْحَدِيدَ، لِأَنَّهُ إِنَّمَا يَصِيرُ سِلَاحًا بِفِعْلٍ غَيْرِهِ فَلَا يُنْسَبُ إِلَيْهِ أَلَا تَرَى أَنَّهُ يُكْرَهُ بَيْعُ الْمَعَارِفِ (فِيلَ جَمْعُ مِعْزَفٍ ضَرْبٌ مِنَ الطَّنَابِيرِ يَتَّخِذُهُ أَهْلُ الْيَمِينِ) (وَلَا يُكْرَهُ بَيْعُ الْخَشَبِ) لِأَنَّهُ إِنَّمَا يَصِيرُ مِعْزَفًا بِفِعْلٍ غَيْرِهِ. قَوْلُهُ (وَعَلَى هَذَا بَيْعُ الْخَمْرِ مَعَ الْعَنْبِ) أَيُّ لَا يَجُوزُ بَيْعُ الْخَمْرِ وَيَجُوزُ بَيْعُ الْعَنْبِ، وَالْفَرْقُ لِأَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله بَيْنَ كَرَاهَةِ بَيْعِ السِّلَاحِ مِنْ أَهْلِ الْفِتْنَةِ وَعَدَمِ كَرَاهَةِ بَيْعِ الْعَصِيرِ مِمَّنْ يَتَّخِذُهُ خَمْرًا سَيَّأَتِي فِي بَابِ الْكَرَاهَةِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى، وَاللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ، وَإِلَيْهِ الْمَرْجِعُ وَالْمَأْبُ.

كِتَابُ اللَّقِيطِ

اللَّقِيطُ سُمِّيَ بِهِ بِاعْتِبَارِ مَالِهِ لَمَّا أَنَّهُ يُلْقَطُ. وَالْإِلْتِقَاطُ مَدْنُوبٌ إِلَيْهِ لَمَّا فِيهِ مِنْ أَحْيَائِهِ، وَإِنْ غَلِبَ عَلَى ظَنِّهِ ضِيَاعُهُ فَوَاجِبٌ. قَالَ (اللَّقِيطُ حُرٌّ)؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ فِي بَنِي آدَمَ إِنَّمَا هُوَ الْحَرِيُّ، وَكَذَا الدَّارُ دَارُ الْأَحْرَارِ؛ وَلِأَنَّ الْحُكْمَ لِلْغَالِبِ

الشرح:

(كِتَابُ اللَّقِيطِ): لَمَّا كَانَ فِي الْإِلْتِقَاطِ دَفْعُ الْهَلَكَ عَنْ نَفْسِ الْمُتَقِطِ ذَكَرَهُ عَقِيبَ الْجِهَادِ الَّذِي فِيهِ دَفْعُ الْهَلَكَ عَنْ نَفْسِ عَامَّةِ الْمُسْلِمِينَ وَاللَّقِيطُ: اسْمٌ لَشَيْءٍ مَبْنُودٍ فَعِيلٌ بِمَعْنَى مَفْعُولٍ كَالْجَرِيحِ وَفِي الشَّرِيعَةِ اسْمٌ لِحَيٍّ مَوْلُودٍ طَرَحَهُ أَهْلُهُ خَوْفًا مِنَ الْعِيْلَةِ أَوْ فِرَارًا مِنْ تَهْمَةِ الزُّنَا، مُضِيعُهُ آتَمٌ وَمُحْرَزُهُ غَانِمٌ لِأَنَّ فِيهِ الْإِحْيَاءَ، وَقَدْ قَالَ تَعَالَى: ﴿وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا﴾ [المائدة: ٣٢] فَإِذَا كَانَ بِمَعْنَى الْمَفْعُولِ كَانَ تَسْمِيَةُ الشَّيْءِ بِاسْمِ مَا يُقُولُ إِلَيْهِ لَمَّا أَنَّهُ يُلْتَقَطُ وَهُوَ حُرٌّ أَيْ فِي جَمِيعِ أَحْكَامِهِ حَتَّى أَنْ قَادَفَهُ يُحَدُّ وَقَادَفَ أُمُّهُ لَا يُحَدُّ، كَذَا فِي شَرْحِ الطَّحَاوِيِّ. وَقَوْلُهُ (لِأَنَّ الْأَصْلَ فِي بَنِي آدَمَ الْحَرِيُّ) لِأَنَّهُمْ مِنْ آدَمَ وَحَوَاءَ وَهُمَا حُرَّانِ. وَالرَّقُّ إِنَّمَا هُوَ لِعَارِضِ الْكُفْرِ عَلَى مَا تَقَدَّمَ، وَالْأَصْلُ عَدَمُ الْعَارِضِ، وَلِأَنَّ الْحُكْمَ لِلْغَالِبِ وَالْغَالِبُ فِيمَنْ يَسْكُنُ بِلَادَ الْإِسْلَامِ الْحَرِيُّ.

(وَنَفَقَتُهُ فِي بَيْتِ الْمَالِ) هُوَ الْمَرْوِيُّ عَنْ عُمَرَ وَعَلِيٍّ، وَلِأَنَّهُ مُسْلِمٌ عَاجِزٌ عَنِ التَّكْسِبِ، وَلَا مَالَ لَهُ وَلَا قَرَابَةَ فَاشْبَهَ الْمُقْعَدَ الَّذِي لَا مَالَ لَهُ وَلَا قَرَابَةَ؛ وَلِأَنَّ مِيرَاثَهُ لِبَيْتِ الْمَالِ، وَالْخَرَاجُ بِالضَّمَّانِ وَلِهَذَا كَانَتْ جَنَائِثُهُ فِيهِ. وَالْمُلْتَقِطُ مُتَبَرِّعٌ فِي الْإِنْفَاقِ عَلَيْهِ؛ لِعَدَمِ الْوِلَايَةِ إِلَّا أَنْ يَأْمُرَهُ الْقَاضِي بِهِ لِيَكُونَ دَيْنًا عَلَيْهِ لِعُمُومِ الْوِلَايَةِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (هُوَ الْمَرْوِيُّ عَنْ عُمَرَ وَعَلِيٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا) رُوِيَ عَنْ عَلِيٍّ ؓ أَنَّهُ قَالَ: اللَّقِيطُ حُرٌّ وَعَقْلُهُ وَلَاؤُهُ لِلْمُسْلِمِينَ. وَعَنْ عُمَرَ ؓ مِثْلُهُ. وَقَوْلُهُ (وَالْخَرَاجُ بِالضَّمَّانِ) أَيْ لَهُ غَنَمُهُ وَعَلَيْهِ غَرْمُهُ، كَغَلَةِ الْعَبْدِ الْمَعِيبِ لِلْمُشْتَرِي قَبْلَ الرَّدِّ لِأَنَّهُ قَبْلَ الرَّدِّ فِي ضَمَّانِهِ، يُقَالُ خَرَاجُ غُلَامِهِ: إِذَا اتَّفَقَا عَلَى ضَرِيَّةٍ يُؤَدِّيَهَا عَلَيْهِ فِي وَقْتٍ مَعْلُومٍ. وَقَوْلُهُ (فِيهِ) أَيْ فِي بَيْتِ الْمَالِ، وَيُقَالُ بَرَعَ الرَّجُلُ وَبَرُعَ بِالْفَتْحِ وَالضَّمِّ: إِذَا فَضَّلَ عَلَى أَقْرَانِهِ، وَمِنْهُ يُقَالُ لِلْمُتَفَضِّلِ الْمُتَبَرِّعُ. وَقَوْلُهُ (إِلَّا أَنْ يَأْمُرَهُ الْقَاضِي لِيَكُونَ دَيْنًا عَلَيْهِ لِعُمُومِ

الولاية) فِي قَوْلِهِ لِيَكُونَ دَيْنًا عَلَيْهِ إِشَارَةً إِلَى أَنَّهُ إِنَّمَا يَصِيرُ دَيْنًا إِذَا قَالَ ذَلِكَ، وَمِنْ أَصْحَابِنَا مَنْ قَالَ: مُجَرَّدُ أَمْرِ الْقَاضِي بِالْإِنْفَاقِ عَلَيْهِ يَكْفِي، وَلَا يُشْتَرَطُ أَنْ يَقُولَ عَلَى أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ دَيْنًا عَلَيْهِ، لِأَنَّ أَمْرَ الْقَاضِي نَافِذٌ عَلَيْهِ كَأَمْرِهِ بِنَفْسِهِ أَنْ لَوْ كَانَ مِنْ أَهْلِهِ، وَلَوْ كَانَ مِنْ أَهْلِهِ وَأَمْرٌ غَيْرُهُ بِالْإِنْفَاقِ عَلَيْهِ كَانَ مَا يُنْفَقُ دَيْنًا عَلَيْهِ، فَكَذَا إِذَا أَمَرَهُ الْقَاضِي. وَالْأَصَحُّ أَنْ لَا يَرْجِعَ مَا لَمْ يَقُلِ الْقَاضِي ذَلِكَ لِأَنَّ مُطْلَقَهُ مُحْتَمَلٌ قَدْ يَكُونُ لِلْحَثِّ وَالتَّرْغِيبِ فِي إِتِمَامِ مَا شَرَعَ فِيهِ مِنَ التَّبَرُّعِ، وَإِنَّمَا يَزُولُ هَذَا الْاِحْتِمَالُ إِذَا شَرِطَ أَنْ يَكُونَ دَيْنًا عَلَيْهِ.

قَالَ (هَإِنِ التَّقَطُّهَ رَجُلٌ لَمْ يَكُنْ لغيرِهِ أَنْ يَأْخُذَهُ مِنْهُ)؛ لِأَنَّهُ ثَبَتَ حَقُّ الْحِفْظِ لَهُ لِسَبْقِ يَدِهِ (هَإِنِ ادَّعَى مُدْعٍ أَنَّهُ ابْنُهُ فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ). مَعْنَاهُ: إِذَا لَمْ يَدَّعِ الْمُلْتَطِقُ نَسَبَهُ وَهَذَا اسْتِحْسَانٌ. وَالْقِيَاسُ أَنْ لَا يَقْبَلَ قَوْلُهُ؛ لِأَنَّهُ يَتَضَمَّنُ إِبْطَالَ حَقِّ الْمُلْتَطِقِ. وَجَهُ الْاسْتِحْسَانِ أَنَّهُ إِقْرَارٌ لِلصَّبِيِّ بِمَا يَنْفَعُهُ؛ لِأَنَّهُ يَتَشَرَّفُ بِالنَّسَبِ وَيُعِيرُ بَعْدَمِهِ. ثُمَّ قِيلَ يَصِحُّ فِي حَقِّهِ دُونَ إِبْطَالِ يَدِ الْمُلْتَطِقِ. وَقِيلَ يُبْتَنَى عَلَيْهِ بُطْلَانُ يَدِهِ، وَلَوْ ادَّعَاهُ الْمُلْتَطِقُ قِيلَ يَصِحُّ قِيَاسًا وَاسْتِحْسَانًا، وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ عَلَى الْقِيَاسِ وَالْاسْتِحْسَانِ وَقَدْ عُرِفَ فِي الْأَصْلِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (مَعْنَاهُ: إِذَا لَمْ يَدَّعِ الْمُلْتَطِقُ نَسَبَهُ) يَعْنِي إِذَا ادَّعَاهُ الْمُلْتَطِقُ وَرَجُلٌ آخَرُ فَالْمُلْتَطِقُ أَوَّلِي لَأَنَّهُمَا اسْتَوَيَا فِي الدَّعْوَى وَلِأَحَدِهِمَا يَدٌ فَكَانَ صَاحِبُ الْيَدِ أَوَّلِي. وَقَوْلُهُ (ثُمَّ قِيلَ يَصِحُّ فِي حَقِّهِ) أَيُّ فِي حَقِّ النَّسَبِ، وَقِيلَ يُبْتَنَى عَلَيْهِ بُطْلَانُ يَدِهِ لِأَنَّ مِنْ ضَرُورَةِ ثُبُوتِ النَّسَبِ أَنْ يَكُونَ هُوَ أَحَقُّ بِحِفْظِ وَلَدِهِ مِنْ غَيْرِهِ. وَقَوْلُهُ (وَلَوْ ادَّعَاهُ الْمُلْتَطِقُ) أَيُّ وَلَوْ ادَّعَى الْمُلْتَطِقُ نَسَبَ اللَّقِيطِ وَقَالَ هُوَ ابْنِي بَعْدَمَا قَالَ إِنَّهُ لَقِيطٌ، قِيلَ يَصِحُّ قِيَاسًا وَاسْتِحْسَانًا لِأَنَّهُ لَمْ يَبْطُلْ بِدَعْوَاهُ حَقُّ أَحَدٍ وَلَا مُنَازَعٌ لَهُ فِي ذَلِكَ (وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ عَلَى الْقِيَاسِ وَالْاسْتِحْسَانِ) أَيُّ عَلَى اخْتِلَافِ حُكْمِ الْقِيَاسِ مَعَ حُكْمِ الْاسْتِحْسَانِ: يَعْنِي فِي الْقِيَاسِ لَا يَصِحُّ وَفِي الْاسْتِحْسَانِ يَصِحُّ كَمَا فِي دَعْوَى غَيْرِ الْمُلْتَطِقِ، لَكِنَّ وَجْهَ الْقِيَاسِ هَاهُنَا غَيْرُ وَجْهِ الْقِيَاسِ فِي دَعْوَى غَيْرِ الْمُلْتَطِقِ. وَوَجْهُ الْقِيَاسِ فِي دَعْوَى غَيْرِ الْمُلْتَطِقِ هُوَ تَضَمُّنُ إِبْطَالِ حَقِّ الْمُلْتَطِقِ فَلِذَلِكَ لَمْ تَصَحِّ دَعْوَاهُ. وَوَجْهُ الْقِيَاسِ فِي دَعْوَى الْمُلْتَطِقِ هُوَ تَنَاقُضُ كَلَامِهِ بِأَنَّهُ لَمَّا زَعَمَ أَنَّهُ لَقِيطٌ كَانَ نَافِيًا نَسَبَهُ لِأَنَّ ابْنَهُ لَا يَكُونُ

لَقِيطًا فِي يَدِهِ ثُمَّ ادَّعَى أَنَّهُ ابْنُهُ فَكَانَ مُنَاقِضًا.

وَفِي الاسْتِحْسَانِ نَصَحَ دَعْوَاهُ لِأَنَّ هَذَا إِقْرَارٌ عَلَى نَفْسِهِ مِنْ وَجْهِ حَيْثُ يَلْزَمُهُ نَفَقَتُهُ وَيَجِبُ عَلَيْهِ أَنْ يَحْفَظَهُ فَهُوَ فِي هَذَا الْإِقْرَارِ يَكْتَسِبُ لَهُ مَا يَنْفَعُهُ، وَبِالِاتِّقَاطِ يَثْبُتُ لَهُ هَذِهِ الْوِلَايَةُ. وَقَوْلُهُ (إِنَّهُ مُتَنَاقِضٌ) قُلْنَا نَعَمْ وَلَكِنْ طَرِيقُهُ الْخَفَاءُ قَدْ يَشْتَبِهُ عَلَى النَّاسِ حَالُ وَلَدِهِ الصَّغِيرِ وَهُوَ يَظُنُّ أَنَّهُ لَقِيطٌ ثُمَّ يَتَيَّنُّ بَعْدَ ذَلِكَ أَنَّهُ وَلَدُهُ، وَالتَّنَاقُضُ لَا يَمْنَعُ ثُبُوتَ النَّسَبِ كَالْمُلَاعِنِ إِذَا أَكْذَبَ نَفْسَهُ

(وَإِنْ ادَّعَاهُ اثْنَانِ وَوَصَفَ أَحَدُهُمَا عَلَامَةً فِي جَسَدِهِ فَهُوَ أَوْلَى بِهِ)؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ شَاهِدٌ لَهُ لِمُوَافَقَةِ الْعَلَامَةِ كَلَامَهُ، وَإِنْ لَمْ يَصِفْ أَحَدُهُمَا عَلَامَةً فَهُوَ ابْنُهُمَا لِاسْتِوَائِهِمَا فِي السَّبَبِ. وَلَوْ سَبَقَتْ دَعْوَةُ أَحَدِهِمَا فَهُوَ ابْنُهُ؛ لِأَنَّهُ ثَبَتَ فِي زَمَانٍ لَا مَنَازِعَ لَهُ فِيهِ إِلَّا إِذَا أَقَامَ الْآخَرُ الْبَيِّنَةَ؛ لِأَنَّ الْبَيِّنَةَ أَقْوَى.

الشرح:

(وَإِنْ ادَّعَاهُ اثْنَانِ وَوَصَفَ أَحَدُهُمَا عَلَامَةً فِي جَسَدِهِ فَهُوَ أَوْلَى بِهِ) أَيُّ يَجِبُ عَلَى الْمُتَلَقِّطِ أَنْ يَدْفَعَ اللَّقِيطَ إِلَى الَّذِي وَصَفَ عَلَامَةً فِي جَسَدِهِ وَأَصَابَ فِي وَصْفِهِ لِأَنَّ الْوَاصِفَ أَوْلَى بِذَلِكَ اللَّقِيطِ. فَإِنْ قِيلَ: مَا الْفَرْقُ بَيْنَ اللَّقِيطِ وَاللُّقْطَةِ فَإِنَّ اللَّقْطَةَ إِذَا تَنَازَعَ فِيهِ اثْنَانِ وَوَصَفَ أَحَدُهُمَا وَأَصَابَ وَلَمْ يَصِفِ الْآخَرُ فَإِنَّهُ لَا يُفْضَى لِصَاحِبِ الْوَصْفِ، بَلْ إِذَا انْفَرَدَ الْوَاصِفُ يَحِلُّ لِلْمُتَلَقِّطِ أَنْ يَدْفَعَهَا إِلَيْهِ وَلَا يَلْزَمُهُ وَهَاهُنَا يَلْزَمُ. أَجِيبَ بِأَنَّ الْفَرْقَ بَيْنَهُمَا هُوَ أَنَّ الْإِصَابَةَ بِوَصْفٍ أَمْرٌ مُحْتَمَلٌ، يَحْتَمِلُ أَنَّهُ أَصَابَ لِأَنَّهُ لَهُ، وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ أَصَابَ لِأَنَّهُ رَأَى فِي يَدِ غَيْرِهِ، وَالْمُحْتَمَلُ لَا يَصْلُحُ سَبَبًا لِلِاسْتِحْقَاقِ عَلَى الْغَيْرِ لَكِنَّهُ يَصْلُحُ مُرْجَحًا لِسَبَبِ الْاسْتِحْقَاقِ كَالْيَدِ فِي دَعْوَى التَّنَاجِ.

إِذَا ثَبَتَ هَذَا فَنَقُولُ فِي فَصْلِ اللَّقِيطِ: قَدْ وَجَدَ مَا هُوَ سَبَبُ الْاسْتِحْقَاقِ وَهُوَ الدَّعْوَةُ لِأَنَّهَا سَبَبُ الْاسْتِحْقَاقِ فِي حَقِّ اللَّقِيطِ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ انْفَرَدَ بِدَعْوَى اللَّقِيطِ قَضَى لَهُ بِهِ كَمَا لَوْ أَقَامَ الْبَيِّنَةَ فَيُعْتَبَرُ الْوَصْفُ لِيَتَرَجَّحَ سَبَبُ الْاسْتِحْقَاقِ، وَأَمَّا فِي اللَّقْطَةِ فَالِدَّعْوَى لَيْسَتْ بِسَبَبِ الْاسْتِحْقَاقِ حَتَّى يَتَرَجَّحَ بِالْوَصْفِ، فَلَوْ أُعْتَبِرَ الْوَصْفُ أُعْتَبِرَ لِأَصْلِ الْاسْتِحْقَاقِ وَالْوَصْفُ لَا يَصْلُحُ سَبَبًا لَهُ فَافْتَرَقَا.

(وَإِذَا وَجِدَ فِي مِصْرٍ مِنْ أَمْصَارِ الْمُسْلِمِينَ أَوْ فِي قَرْيَةٍ مِنْ قُرَاهِمُ فَادَّعَى ذِمِّيٌّ أَنَّهُ ابْنُهُ)

ثَبَّتْ نَسَبَهُ مِنْهُ وَكَانَ مُسْلِمًا) وَهَذَا اسْتِحْسَانٌ؛ لِأَنَّ دَعْوَاهُ تَضَمَّنَ النَّسَبَ وَهُوَ نَافِعٌ لِلصَّغِيرِ، وَابْطَالُ الْإِسْلَامِ الثَّابِتُ بِالدَّارِ وَهُوَ يَضُرُّهُ فَصَحَّتْ دَعْوَتُهُ فِيمَا يَنْفَعُهُ دُونَ مَا يَضُرُّهُ.

الشرح:

قَوْلُهُ (وَإِنْ وُجِدَ فِي مَصْرٍ مِنْ أَفْصَارِ الْمُسْلِمِينَ) عَلَى مَا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ ظَاهِرٌ. وَقَالَ فِي النَّهْيَةِ: وَالْمَسْأَلَةُ فِي الْحَاصِلِ عَلَى أَرْبَعَةِ أَوْجُهٍ: أَحَدُهَا أَنَّ يَجِدُهُ مُسْلِمٌ فِي مَكَانِ الْمُسْلِمِينَ كَالْمَسْجِدِ وَنَحْوِهِ فَيَكُونُ مُحْكُومًا لَهُ بِالْإِسْلَامِ. وَالثَّانِي أَنَّ يَجِدُهُ كَافِرٌ فِي مَكَانِ أَهْلِ الْكُفْرِ كَالْبَيْعَةِ وَالْكَنِيسَةِ فَيَكُونُ مُحْكُومًا لَهُ بِالْكُفْرِ لَا يُصَلِّي عَلَيْهِ إِذَا مَاتَ. وَالثَّالِثُ أَنَّ يَجِدُهُ كَافِرٌ فِي مَكَانِ الْمُسْلِمِينَ وَالرَّابِعُ أَنَّ يَجِدُهُ مُسْلِمٌ فِي مَكَانِ الْكَافِرِينَ، فَبَيْنَ هَذَيْنِ الْفَصْلَيْنِ اخْتَلَفَتِ الرَّوَايَةُ. فَبَيْنَ كِتَابِ اللَّقِيطِ يَقُولُ: الْعِبْرَةُ لِلْمَكَانِ فِي الْفَصْلَيْنِ جَمِيعًا. وَفِي رِوَايَةِ ابْنِ سِمَاعَةَ عَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّ الْعِبْرَةَ لِلوَاجِدِ بِالْفَصْلَيْنِ جَمِيعًا، كَذَا فِي الْمَبْسُوطِ.

(وَإِنْ وُجِدَ فِي قَرْيَةٍ مِنْ قُرَى أَهْلِ الذِّمَّةِ أَوْ فِي بَيْعَةٍ أَوْ كَنِيسَةٍ كَانَ ذِمِّيًّا) وَهَذَا الْجَوَابُ فِيمَا إِذَا كَانَ الْوَاجِدُ ذِمِّيًّا رِوَايَةً وَاحِدَةً، وَإِنْ كَانَ الْوَاجِدُ مُسْلِمًا فِي هَذَا الْمَكَانِ أَوْ ذِمِّيًّا فِي مَكَانِ الْمُسْلِمِينَ اخْتَلَفَتِ الرَّوَايَةُ فِيهِ، فَفِي رِوَايَةِ كِتَابِ اللَّقِيطِ أُعْتَبِرَ الْمَكَانُ لِسَبْقِهِ، وَفِي كِتَابِ الدَّعْوَى فِي بَعْضِ النُّسخِ أُعْتَبِرَ الْوَاجِدُ وَهُوَ رِوَايَةُ ابْنِ سِمَاعَةَ عَنْ مُحَمَّدٍ لِقُوَّةِ الْيَدِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّ تَبْعِيَّةَ الْأَبْوِينَ فَوْقَ تَبْعِيَّةِ الدَّارِ حَتَّى إِذَا سُبِيَ مَعَ الصَّغِيرِ أَحَدُهُمَا يُعْتَبَرُ كَافِرًا، وَفِي بَعْضِ نُسَخِهِ أُعْتَبِرَ الْإِسْلَامُ نَظَرًا لِلصَّغِيرِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (فِي بَعْضِ النُّسخِ) أَيُّ فِي بَعْضِ نُسَخِ دَعْوَى الْمَبْسُوطِ.

(وَمَنْ ادَّعَى أَنَّ اللَّقِيطَ عَبْدُهُ لَمْ يَقْبَلْ مِنْهُ)؛ لِأَنَّهُ حُرٌّ ظَاهِرًا إِلَّا أَنْ يُقِيمَ الْبَيِّنَةَ أَنَّهُ عَبْدُهُ (فَإِنْ ادَّعَى عَبْدٌ أَنَّهُ ابْنُهُ ثَبَّتَ نَسَبُهُ مِنْهُ)؛ لِأَنَّهُ يَنْفَعُهُ (وَكَانَ حُرًّا)؛ لِأَنَّ الْمَمْلُوكَ قَدْ تَلَدَّ لَهُ الْحُرَّةُ فَلَا تَبْطُلُ الْحُرِّيَّةُ الظَّاهِرَةُ بِالشَّكِّ (وَالْحُرُّ فِي دَعْوَتِهِ اللَّقِيطَ أَوْلَى مِنَ الْعَبْدِ، وَالْمُسْلِمُ أَوْلَى مِنَ الذِّمِّيِّ) تَرْجِيحًا لِمَا هُوَ الْأَنْظَرُ فِي حَقِّهِ.

الشرح:

قَوْلُهُ (وَمَنْ ادَّعَى أَنَّ اللَّقِيطَ عَبْدُهُ) ظَاهِرٌ. فَإِنْ قِيلَ: إِنَّ الْبَيِّنَةَ لَا تُقْبَلُ إِلَّا عَلَى

خَصَمٍ مُنْكَرٍ وَلَا خَصَمَ هَاهُنَا لِأَنَّ الْمُتَلَقِّطَ لَيْسَ بِوَلِيٍّ فَلَا يَكُونُ خَصَمًا عَنْهُ. أُجِيبَ بِأَنَّ
الْخَصَمَ هُوَ الْمُتَلَقِّطُ بِاعْتِبَارِ يَدِهِ لِأَنَّهُ يَمْنَعُهُ عَنْهُ، وَيَزْعُمُ أَنَّهُ أَحَقُّ بِحِفْظِهِ فَلَا يَتَوَصَّلُ
الْمُدَّعِي إِلَى اسْتِحْقَاقِ يَدِهِ عَلَيْهِ إِلَّا بِإِقَامَةِ الْبَيِّنَةِ، فَإِنْ ادَّعَى عَبْدًا أَنَّهُ ابْنُهُ ثَبَتَ نَسَبُهُ لِأَنَّ
دَعْوَاهُ تَضَمَّنَتْ شَيْئَيْنِ: النَّسَبَ وَهُوَ نَفْعٌ لِلصَّبِيِّ لِأَنَّهُ يَحْصُلُ لَهُ الشَّرَفُ بِثُبُوتِ النَّسَبِ،
وَالرِّقُّ وَهُوَ مَضَرَّةٌ فَيُثْبِتُ الْأَوَّلُ دُونَ الثَّانِي لِأَنَّ الْأَوَّلَ لَا يَسْتَلْزِمُهُ لِأَنَّ الْمَمْلُوكَ قَدْ تَلَدُّ لَهُ
الْحُرَّةُ فَلَا تَبْطُلُ لَهُ الْحُرِّيَّةُ الظَّاهِرَةُ بِالشَّكِّ. وَيُمْكِنُ أَنْ يُقَرَّرَ بِجَعْلِ كَلَامِهِ دَلِيلَيْنِ عَلَى
مَطْلُوبَيْنِ أَحَدُهُمَا أَنَّهُ يَثْبِتُ نَسَبَهُ لِأَنَّهُ يَنْفَعُهُ، وَكُلُّ مَا يَنْفَعُهُ يَثْبِتُ لَهُ. وَالثَّانِي أَنَّهُ حُرٌّ
لِأَنَّ الْمَمْلُوكَ قَدْ تَلَدُّ لَهُ الْحُرَّةُ فَلَا يَكُونُ عَبْدًا، وَقَدْ تَلَدُّ لَهُ الْأُمَةُ فَيَكُونُ عَبْدًا، وَالظَّاهِرُ فِي
بَنِي آدَمَ الْحُرِّيَّةُ فَلَا تَبْطُلُ بِالشَّكِّ.

قَالَ (وَالْحُرُّ فِي دَعْوَتِهِ اللَّقِيطُ أَوْلَى مِنَ الْعَبْدِ) إِذَا ادَّعَى اللَّقِيطُ الْحُرَّ وَالْعَبْدُ وَهَمَا
خَارِجَانِ أَوْ الْمُسْلِمُ وَالذَّمِّيُّ وَهَمَا خَارِجَانِ دَعَا مَجْرَدَةً فَالْحُرُّ أَوْلَى مِنَ الْعَبْدِ وَالْمُسْلِمُ
أَوْلَى مِنَ الذَّمِّيِّ، وَكَذَلِكَ إِذَا أَقَامَا الْبَيِّنَةَ وَلَيْسَتْ إِحْدَاهُمَا أَكْثَرُ إِثْبَاتًا، حَتَّى لَوْ شَهِدَ
لِلْمُسْلِمِ ذِمِّيَّانِ وَلِلذَّمِّيِّ مُسْلِمَانِ كَانَ لِلْمُسْلِمِ لِأَنَّ بَيِّنَتَهُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا حُجَّةٌ فِي حَقِّ
الْآخَرِ وَلَيْسَتْ إِحْدَاهُمَا أَكْثَرُ إِثْبَاتًا فَكَانَ الْمُسْلِمُ أَوْلَى. وَأَمَّا إِذَا كَانَتْ بَيِّنَتُهُ الَّذِي أَكْثَرَ
إِثْبَاتًا فَلَا يُعْتَبَرُ التَّرْجِيحُ بِالْإِسْلَامِ، فَلَوْ ادَّعَى الذَّمِّيُّ صَبِيًّا فِي يَدِ رَجُلٍ أَنَّهُ ابْنُهُ وَلَدَ عَلَى
فِرَاشِهِ وَأَقَامَ عَلَى ذَلِكَ شَاهِدَيْنِ مُسْلِمَيْنِ وَأَقَامَ عَبْدٌ مُسْلِمٌ بَيِّنَةً أَنَّهُ ابْنُهُ وَلَدَ عَلَى فِرَاشِهِ
مِنْ هَذِهِ الْأُمَةِ فَضَيَّيَ لِلذَّمِّيِّ بِالصَّبِيِّ، وَلَمْ يَتَرَجَّحِ الْعَبْدُ بِالْإِسْلَامِ لِأَنَّ بَيِّنَتَهُ الذَّمِّيُّ أَكْثَرُ
إِثْبَاتًا لِأَنَّهُا ثَبَتَ النَّسَبَ بِجَمِيعِ أَحْكَامِهِ. وَأَمَّا إِذَا كَانَ النِّزَاعُ بَيْنَ الْمُتَلَقِّطِ وَالْخَارِجِ
فَالْتَّرْجِيحُ بِالْيَدِ لِقُوَّتِهَا، فَإِنَّ الْمُتَلَقِّطَ إِذَا كَانَ ذِمِّيًّا فَهُوَ أَوْلَى مِنَ الْمُسْلِمِ الْخَارِجِ

(وَأِنْ وُجِدَ مَعَ اللَّقِيطِ مَالٌ مَشْدُودٌ عَلَيْهِ فَهُوَ لَهُ) اعْتِبَارًا لِلظَّاهِرِ. وَكَذَا إِذَا كَانَ
مَشْدُودًا عَلَى دَابَّةٍ وَهُوَ عَلَيْهَا لَمَّا ذَكَّرْنَا ثُمَّ يَصْرِفُهُ الْوَاحِدُ إِلَيْهِ بِأَمْرِ الْقَاضِي؛ لِأَنَّهُ مَالٌ
ضَائِعٌ وَلِلْقَاضِي وَلَا يَتَّصِلُ بِصَرْفِ مِثْلِهِ إِلَيْهِ. وَقِيلَ يَصْرِفُهُ بِغَيْرِ أَمْرِ الْقَاضِي؛ لِأَنَّهُ لِلْقِيطِ
ظَاهِرًا (وَلَهُ وَلَا يَتَّصِلُ بِشَرَاءٍ مَا لَا بُدَّ لَهُ مِنْهُ) كَالطَّعَامِ وَالْكِسْوَةِ؛ لِأَنَّهُ مِنَ الْإِنْفَاقِ.

الشرح:

(وَإِذَا وُجِدَ مَعَ اللَّقِيطِ مَالٌ مَشْدُودٌ عَلَيْهِ أَوْ عَلَى دَابَّةٍ فَهُوَ لَهُ) وَكَذَا

الدَّائِبَةُ (اعْتِبَارًا لِلظَّاهِرِ) لِأَنَّ اللَّقِيطَ لَمَّا كَانَ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ كَانَ حُرًّا مِنْ أَهْلِ الْمَلِكِ، فَمَا كَانَ مَعَهُ فَهُوَ لَهُ ظَاهِرًا لَعَدَمِ الْيَدِ الثَّابِتَةِ عَلَيْهِ كَالْقَمِيصِ الَّذِي عَلَيْهِ. فَإِنْ قِيلَ: الظَّاهِرُ يَكْفِي لِلدَّفْعِ لَا لِلإِسْتِحْقَاقِ، فَلَوْ ثَبَتَ الْمَلِكُ لِلْقِيطِ بِهَذَا الظَّاهِرِ كَانَ الظَّاهِرُ حُجَّةً مُثَبَّتَةً وَلَيْسَ كَذَلِكَ. أُجِيبَ بِأَنَّ هَذَا الظَّاهِرَ يَدْفَعُ دَعْوَى الْغَيْرِ (قَوْلُهُ ثُمَّ يَصْرِفُهُ الْوَاجِدُ إِلَيْهِ) ظَاهِرٌ.

(وَلَا يَجُوزُ تَرْوِيجُ الْمُتَلَقِّطِ) لِانْعِدَامِ سَبَبِ الْوِلَايَةِ مِنَ الْقَرَابَةِ وَالْمَلِكِ وَالسُّلْطَنَةِ.
قَالَ (وَلَا تَصْرِفُهُ فِي مَالِ الْمُتَلَقِّطِ) اعْتِبَارًا بِالْأُمِّ، وَهَذَا؛ لِأَنَّ وِلَايَةَ التَّصْرِيفِ لِتَثْمِيرِ الْمَالِ وَذَلِكَ يَتَحَقَّقُ بِالرَّأْيِ الْكَامِلِ وَالشَّفَقَةِ الْوَافِرَةِ وَالْمَوْجُودِ فِي كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَحَدُهُمَا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَالْمَوْجُودُ فِي كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا) أَيُّ مِنَ الْمُتَلَقِّطِ وَالْأُمِّ (أَحَدُهُمَا) لِأَنَّ لِلْمُتَلَقِّطِ رَأْيًا كَامِلًا وَلَا شَفَقَةً لَهُ، وَلِلْأُمِّ شَفَقَةً كَامِلَةً وَلَا رَأْيَ لَهَا
قَالَ: (وَيَجُوزُ أَنْ يَقْبُضَ لَهُ الْهَبَةُ)؛ لِأَنَّهُ نَفَعَ مَحْضٌ وَلِهَذَا يَمْلِكُهُ الصَّغِيرُ بِنَفْسِهِ إِذَا كَانَ عَاقِلًا وَتَمْلِكُهُ الْأُمُّ وَوَصِيهَاً.

قَالَ (وَيُسَلِّمُهُ فِي صِنَاعَتَيْهِ)؛ لِأَنَّهُ مِنْ بَابِ تَثْقِيفِهِ وَحِفْظِ حَالِهِ. قَالَ (وَيُؤَاجِرُهُ) قَالَ الْعَبْدُ الضَّعِيفُ؛ وَهَذَا رَوَايَةُ الْقُدُورِيِّ فِي مُخْتَصَرِهِ، وَفِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ: لَا يَجُوزُ أَنْ يُؤَاجِرَهُ، ذَكَرَهُ فِي الْكَرَاهِيَةِ وَهُوَ الْأَصَحُّ. وَجْهُ الْأَوَّلِ أَنَّهُ يَرْجِعُ إِلَى تَثْقِيفِهِ. وَوَجْهُ الثَّانِي أَنَّهُ لَا يَمْلِكُ إِتْلَافَ مَنَافِعِهِ فَأَشْبَهَ الْعَمَّ. بِخِلَافِ الْأُمِّ؛ لِأَنَّهَا تَمْلِكُهُ عَلَى مَا نَذَرَ فِي الْكَرَاهِيَةِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

الشرح:

(قَوْلُهُ لِأَنَّهُ مِنْ بَابِ تَثْقِيفِهِ) التَّثْقِيفُ تَقْوِيمُ الْمُعْجُجِ بِالثَّقَافِ وَهُوَ مَا يُسَوَّى بِهِ الرَّمَاخُ وَيُسْتَعَارُ لِلتَّادِيبِ وَالتَّهْذِيبِ (قَوْلُهُ بِخِلَافِ الْأُمِّ لِأَنَّهَا تَمْلِكُهُ) أَيُّ تَمْلِكُ إِتْلَافَ مَنَافِعِهِ فَإِنَّهَا تَمْلِكُ اسْتِخْدَامَ وَلَدِهَا وَإِجَارَتَهُ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

كِتَابُ اللَّقْطَةِ

قَالَ (اللَّقْطَةُ أَمَانَةٌ إِذَا أَشْهَدَ الْمُلتَقِطُ أَنَّهُ يَأْخُذُهَا لِيَحْفَظَهَا وَيَرُدَّهَا عَلَى صَاحِبِهَا) لِأَنَّ الْأَخْذَ عَلَى هَذَا الْوَجْهِ مَأْذُونٌ فِيهِ شَرْعًا بَلْ هُوَ الْأَفْضَلُ عِنْدَ عَامَّةِ الْعُلَمَاءِ وَهُوَ الْوَاجِبُ إِذَا خَافَ الضَّيَاعَ عَلَى مَا قَالُوا، وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ لَا تَكُونُ مَضْمُونَةً عَلَيْهِ، وَكَذَلِكَ إِذَا تَصَادَقَا أَنَّهُ أَخَذَهَا لِلْمَالِكِ لِأَنَّ تَصَادُقَهُمَا حُجَّةٌ فِي حَقِّهِمَا فَصَارَ كَالْبَيِّنَةِ، وَلَوْ أَقَرَّ أَنَّهُ أَخَذَهَا لِنَفْسِهِ يَضْمَنُ بِالْإِجْمَاعِ لِأَنَّهُ أَخَذَ مَالَ غَيْرِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ وَبِغَيْرِ إِذْنِ الشَّرْعِ، وَإِنْ لَمْ يَشْهَدْ الشُّهُودُ عَلَيْهِ وَقَالَ الْأَخْذُ أَخَذْتَهُ لِلْمَالِكِ وَكَذَبَهُ الْمَالِكُ يَضْمَنُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: لَا يَضْمَنُ وَالْقَوْلُ قَوْلُهُ لِأَنَّ الظَّاهِرَ شَاهِدٌ لَهُ لِاخْتِيَارِهِ الْحِسْبَةَ دُونَ الْمَعْصِيَةِ، وَلَهُمَا أَنَّهُ أَقَرَّ بِسَبَبِ الضَّمَانِ وَهُوَ أَخْذُ مَالِ الْغَيْرِ وَادَّعَى مَا يُبْرِئُهُ وَهُوَ الْأَخْذُ لِمَالِكِهِ وَفِيهِ وَقَعَ الشُّكُّ فَلَا يَبْرَأُ، وَمَا ذُكِرَ مِنَ الظَّاهِرِ يُعَارِضُهُ مِثْلُهُ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنْ يَكُونَ الْمُتَصَرِّفُ عَامِلًا لِنَفْسِهِ وَيَكْفِيهِ فِي الْإِشْهَادِ أَنْ يَقُولَ مَنْ سَمِعْتُمُوهُ يَنْشُدُ لِقَطْعَةٍ فَدُلُّوهُ عَلَيَّ وَاحِدَةً كَانَتْ اللَّقْطَةُ أَوْ أَكْثَرَ لِأَنَّهُ اسْمُ جِنْسٍ.

الشرح:

(كِتَابُ اللَّقْطَةِ): اللَّقِيطُ وَاللَّقْطَةُ مُتَقَارِبَانِ لَفْظًا وَمَعْنَى، وَخُصَّ اللَّقِيطُ بِنَبِيِّ آدَمَ وَاللَّقْطَةُ بِغَيْرِهِمْ لِلتَّمْيِيزِ بَيْنَهُمَا، وَقُدِّمَ الْأَوَّلُ لَشَرَفِ بَنِي آدَمَ عَلَى اللَّقْطَةِ وَهِيَ الشَّيْءُ الَّذِي يَجِدُهُ مُلْقًى فَيَأْخُذُهُ أَمَانَةً (إِذَا أَشْهَدَ الْمُلتَقِطُ أَنَّهُ يَأْخُذُهَا لِيَحْفَظَهَا وَيَرُدَّهَا عَلَى صَاحِبِهَا) لِأَنَّ الْأَخْذَ عَلَى هَذَا الْوَجْهِ مَأْذُونٌ فِيهِ شَرْعًا بَلْ هُوَ الْأَفْضَلُ عِنْدَ عَامَّةِ الْعُلَمَاءِ رَحِمَهُمُ اللَّهُ قَوْلُهُ بَلْ هُوَ أَفْضَلُ عِنْدَ عَامَّةِ الْعُلَمَاءِ) اخْتِرَازٌ عَنْ قَوْلِ مَنْ يَقُولُ إِنَّهُ أَخَذَ مَالَ الْغَيْرِ بِغَيْرِ إِذْنِ صَاحِبِهِ وَذَلِكَ حَرَامٌ شَرْعًا وَعَنْ قَوْلِ مَنْ يَقُولُ أَخْذُهُ جَائِزٌ وَتَرْكُهُ أَفْضَلُ لِأَنَّ صَاحِبَهَا إِنَّمَا يَطْلُبُهَا فِي الْمَوْضِعِ الَّذِي سَقَطَتْ مِنْهُ، فَإِذَا تَرَكَهَا وَجَدَهَا صَاحِبَهَا فِي ذَلِكَ الْمَوْضِعِ (قَوْلُهُ وَهُوَ الْوَاجِبُ إِذَا خَافَ الضَّيَاعَ عَلَى مَا قَالُوا).

وَالْحَاصِلُ أَنَّ اللَّقْطَةَ عِنْدَ عَامَّةِ الْعُلَمَاءِ عَلَى تَوْعِينٍ: مَا يَكُونُ أَخْذُهُ وَاجِبًا وَهُوَ مَا إِذَا خَافَ الضَّيَاعَ، وَاسْتَدَلَّ عَلَى ذَلِكَ بِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ﴾ [التوبة: ٧١] وَإِذَا كَانَ وَلِيًّا وَجَبَ عَلَيْهِ حِفْظُ مَالِهِ، وَبِأَنَّ حُرْمَةَ مَالِ الْمُسْلِمِ كَحُرْمَةِ مَالِهِ، فَإِذَا خَافَ عَلَى مَالِهِ الضَّيَاعَ وَجَبَ حِفْظُهُ، فَكَذَلِكَ إِذَا خَافَ

عَلَى مَالٍ غَيْرِهِ وَمَا لَا يَكُونُ أَخْذُهُ وَاجِبًا، وَهُوَ مَا إِذَا لَمْ يَخَفِ الضَّيَاعَ فَقِيلَ رَفْعُهُ
مَنْدُوبٌ إِلَيْهِ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى﴾ [المائدة: ٢] وَلَا أَنَّهُ لَوْ تَرَكَهَا
لَا يُؤْمَنُ أَنْ يَصِلَ إِلَيْهَا يَدُ خَائِنَةٍ فَتَمْنَعَهَا عَنْ مَالِكِهَا. وَقِيلَ تَرْكُهُ أَفْضَلُ لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ
صَاحِبَهَا إِنَّمَا يَطْلُبُهَا فِي الْمَوْضِعِ الَّذِي سَقَطَتْ مِنْهُ وَالْأَوَّلُ ظَاهِرُ الْمَذْهَبِ
(وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ) أَيُّ إِذَا كَانَ أَخْذُهَا مَأْذُونًا فِيهِ شَرْعًا (لَا تَكُونُ مَضْمُونَةً
عَلَيْهِ) كَذَا وَكَذَا فِي بَعْضِ الشُّرُوحِ وَهُوَ لَا يُنَاسِبُ قَوْلُهُ إِذَا تَصَادَقَا، وَالظَّاهِرُ أَنَّ مَعْنَاهُ
وَإِذَا أَشْهَدَ الْمُتَقَطُّ أَنَّهُ يَأْخُذُهَا إلخ لَا تَكُونُ مَضْمُونَةً عَلَيْهِ لِأَنَّهُ لَمْ يَأْخُذْ لِنَفْسِهِ، وَيَجُوزُ
أَنْ يَكُونَ مَعْنَاهُ وَإِذَا كَانَتْ أَمَانَةٌ لَا تَكُونُ مَضْمُونَةً عَلَيْهِ، وَكَذَا إِذَا تَصَادَقَ الْمُتَقَطُّ
وَالْمَالِكُ أَنَّهُ أَخْذُهَا لِلْمَالِكِ لِأَنَّ تَصَادُقَهُمَا حُجَّةٌ فِي حَقِّهِمَا وَصَارَ كَمَا إِذَا أَقَامَ الْمُتَقَطُّ
الْبَيِّنَةَ أَنَّهُ أَخْذُهَا لِيُوصِّلَهَا إِلَى الْمَالِكِ (وَلَوْ أَقَرَّ) الْمُتَقَطُّ (أَنَّهُ أَخْذُهَا لِنَفْسِهِ يَضْمَنُ
بِالْإِجْمَاعِ لِأَنَّهُ أَخْذُ مَالٍ غَيْرِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ وَبِغَيْرِ إِذْنِ الشَّرْعِ، وَإِنْ لَمْ يَشْهَدْ الشُّهُودُ عَلَيْهِ
وَقَالَ الْآخِذُ أَخْذُهَا لِلْمَالِكِ وَكَذَبَهُ الْمَالِكُ يَضْمَنُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ. وَقَالَ أَبُو
يُوسُفَ: لَا يَضْمَنُ وَالْقَوْلُ قَوْلُهُ) أَمَّا عَدَمُ الضَّمَانِ فَلِأَنَّ الظَّاهِرَ شَاهِدٌ لَهُ لِاخْتِيَارِهِ
الْحِسْبَةَ دُونَ الْعَصِيَةِ لِأَنَّ فِعْلَ الْمُسْلِمِ مَحْمُولٌ عَلَى مَا يَحِلُّ لَهُ شَرْعًا، وَالَّذِي يَحِلُّ لَهُ
شَرْعًا الْأَخْذُ لِلرَّدِّ لَا لِنَفْسِهِ فَيُحْمَلُ مُطْلَقٌ فِعْلُهُ عَلَيْهِ، وَهَذَا الدَّلِيلُ الشَّرْعِيُّ قَائِمٌ مَقَامَ
الْإِشْهَادِ مِنْهُ، وَأَمَّا أَنْ الْقَوْلُ قَوْلُهُ فَلِأَنَّ صَاحِبَهَا يَدْعِي عَلَيْهِ سَبَبَ الضَّمَانِ وَوُجُوبَ
الْقِيَمَةِ فِي ذِمَّتِهِ وَهُوَ مُنْكَرٌ وَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُنْكَرِ مَعَ يَمِينِهِ كَمَا لَوْ ادَّعَى عَلَيْهِ الْغَضَبُ.
وَقَوْلُهُ (وَلَهُمَا أَنَّهُ أَقَرَّ بِسَبَبِ الضَّمَانِ) ظَاهِرٌ، قِيلَ هَذَا الْاِخْتِلَافُ فِي الْإِشْهَادِ فِيمَا إِذَا
أَمْكَنَهُ أَنْ يَشْهَدَ، أَمَّا إِذَا لَمْ يَجِدْ أَحَدًا يُشْهَدُهُ عِنْدَ الرَّفْعِ أَوْ خَافَ أَنَّهُ لَوْ أَشْهَدَ عِنْدَ
الرَّفْعِ أَنْ يَأْخُذَهُ مِنْهُ الظَّالِمُ فَتَرَكَ الْإِشْهَادَ لَا يَكُونُ ضَامِنًا بِالْإِتِّفَاقِ، وَإِنْ وَجَدَ مَنْ
يُشْهَدُهُ فَلَمْ يُشْهَدُهُ حَتَّى جَاوَزَهُ ضَمِنَ لِأَنَّهُ تَرَكَ الْإِشْهَادَ مَعَ الْقُدْرَةِ عَلَيْهِ. وَقَوْلُهُ
(وَيَكْفِي فِي الْإِشْهَادِ أَنْ يَقُولَ) ظَاهِرٌ.

قَالَ (فَإِنْ كَانَتْ أَقَلُّ مِنْ عَشْرَةِ دَرَاهِمَ عَرَفَهَا أَيَّامًا، وَإِنْ كَانَتْ عَشْرَةً فَصَاعِدًا عَرَفَهَا
حَوْلًا) قَالَ الْعَبْدُ الضَّعِيفُ: وَهَذِهِ رِوَايَةٌ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَوْلُهُ أَيَّامًا مَعْنَاهُ عَلَى حَسَبِ مَا يَرَى.
وَقُدْرَةُ مُحَمَّدٍ فِي الْأَصْلِ بِالْحَوْلِ مِنْ غَيْرِ تَفْصِيلٍ بَيْنَ الْقَلِيلِ وَالكَثِيرِ، وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ

وَالشَّافِعِيُّ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «مَنْ التَّقَطَّ شَيْئًا فَلْيُعْرِفْهُ سَنَةً مِنْ غَيْرِ فِصْلٍ»^(١). وَجَهُ الْأَوَّلُ أَنَّ التَّقْدِيرَ بِالْحَوْلِ وَرَدَّ فِي لِقَاطَةٍ كَانَتْ مِائَةً دِينَارٍ تُسَاوِي أَلْفَ دِرْهَمٍ، وَالْعَشْرَةَ وَمَا فَوْقَهَا فِي مَعْنَى الْأَلْفِ فِي تَعَلُّقِ الْقَطْعِ بِهِ فِي السَّرِقَةِ وَتَعَلُّقِ اسْتِحْلَالِ الْفَرْجِ بِهِ وَلَيْسَتْ فِي مَعْنَاهَا فِي حَقِّ تَعَلُّقِ الزُّكَاةِ، فَأَوْجَبْنَا التَّعْرِيفَ بِالْحَوْلِ احْتِيَاطًا، وَمَا دُونَ الْعَشْرَةِ لَيْسَ فِي مَعْنَى الْأَلْفِ بِوَجْهِ مَا هَفَوْنَا إِلَى رَأْيِ الْمُتَبَتَّلِي بِهِ وَقِيلَ الصَّحِيحُ أَنَّ شَيْئًا مِنْ هَذِهِ الْمَقَادِيرِ لَيْسَ بِإِلَازِمٍ، وَيُفَوِّضُ إِلَى رَأْيِ الْمُتَلَقِّطِ يُعْرِفُهَا إِلَى أَنْ يَغْلِبَ عَلَى ظَنِّهِ أَنَّ صَاحِبَهَا لَا يَطْلُبُهَا بَعْدَ ذَلِكَ ثُمَّ يَتَصَدَّقُ بِهَا، وَإِنْ كَانَتْ اللَّقْطَةُ شَيْئًا لَا يَبْقَى عَرَفُهُ حَتَّى إِذَا خَافَ أَنْ يَفْسُدَ تَصَدَّقَ بِهِ، وَيَنْبَغِي أَنْ يُعْرِفَهَا فِي الْمَوْضِعِ الَّذِي أَصَابَهَا. وَفِي الْجَامِعِ: فَإِنَّ ذَلِكَ أَقْرَبُ إِلَى الْوُصُولِ إِلَى صَاحِبِهَا، وَإِنْ كَانَتْ اللَّقْطَةُ شَيْئًا يَعْلَمُ أَنَّ صَاحِبَهَا لَا يَطْلُبُهَا كَالنَّوْءِ وَفُشُورِ الرُّمَانِ يَكُونُ الْقَاوُءُ إِبَاحَةً حَتَّى جَازَ الْإِنْتِفَاعُ بِهِ مِنْ غَيْرِ تَعْرِيفٍ وَلَكِنَّهُ مُبْقَى عَلَى مِلْكِ مَالِكِهِ لِأَنَّ التَّمْلِيكَ مِنَ الْمَجْهُولِ لَا يَصِحُّ.

قَالَ (فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا وَإِلَّا تَصَدَّقَ بِهَا) إِيصَالًا لِلْحَقِّ إِلَى الْمُسْتَحَقِّ وَهُوَ وَاجِبٌ بِقَدْرِ الْإِمْكَانِ، وَذَلِكَ بِإِيصَالِ عَيْنِهَا عِنْدَ الظَّفَرِ بِصَاحِبِهَا وَإِيصَالِ الْعِوَضِ وَهُوَ الثَّوَابُ عَلَى اعْتِبَارِ إِجَازَةِ التَّصَدَّقِ بِهَا، وَإِنْ شَاءَ أَمْسَكَهَا رَجَاءَ الظَّفَرِ بِصَاحِبِهَا قَالَ (فَإِنْ) (جَاءَ صَاحِبُهَا) يَعْنِي بَعْدَمَا تَصَدَّقَ بِهَا (فَهُوَ بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ أَمْضَى الصَّدَقَةَ) وَلَهُ ثَوَابُهَا لِأَنَّ التَّصَدَّقَ وَإِنْ حَصَلَ بِإِذْنِ الشَّرْعِ لَمْ يَحْصُلْ بِإِذْنِهِ فَيَتَوَقَّفُ عَلَى إِجَازَتِهِ، وَالْمِلْكُ يَثْبُتُ لِلْفَقِيرِ قَبْلَ الْإِجَازَةِ فَلَا يَتَوَقَّفُ عَلَى قِيَامِ الْمَحَلِّ، بِخِلَافِ بَيْعِ الْفُضُولِيِّ لثَبُوتِهِ بَعْدَ الْإِجَازَةِ فِيهِ (وَإِنْ شَاءَ ضَمِنَ الْمُتَلَقِّطُ لِأَنَّهُ سَلَّمَ مَالَهُ إِلَى غَيْرِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ) إِلَّا أَنَّهُ يَبَاحَتُهُ مِنْ جِهَةِ الشَّرْعِ، وَهَذَا لَا يَنَافِي الضَّمَانَ حَقًّا لِلْعَبْدِ كَمَا فِي تَنَاوُلِ مَالِ الْغَيْرِ حَالَتِ الْمَخْمَصَةِ، وَإِنْ شَاءَ ضَمِنَ الْمُسْكِينُ إِذَا هَلَكَ فِي يَدِهِ لِأَنَّهُ قَبَضَ مَالَهُ بِغَيْرِ إِذْنِهِ، وَإِنْ كَانَ قَائِمًا أَخَذَهُ لِأَنَّهُ وَجَدَ عَيْنَ مَالِهِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ وَهَذِهِ رِوَايَةٌ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ يُشِيرُ إِلَى أَنَّهَا لَيْسَتْ ظَاهِرَ الرِّوَايَةِ، فَإِنَّ

(١) أخرجه الدارقطني في السنن (١٨٢/٤)، وانظر نصب الراية (٧٠٥/٣).

الطَّحَاوِي رَحِمَهُ اللَّهُ قَالَ: وَإِذَا التَّقَطُّ لُقْطَةً فَإِنَّهُ يُعْرِفُهَا سَنَةً سَوَاءً كَانَ الشَّيْءُ نَفِيسًا أَوْ خَسِيسًا فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ (وَقَوْلُهُ كَانَتْ مِائَةٌ دِينَارٍ تُسَاوِي أَلْفَ دِرْهَمٍ) يُرِيدُ مَا رَوَى الْبُخَارِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي الصَّحِيحِ مُسْنَدًا إِلَى أَبِي بِنِ كَعْبٍ رضي الله عنه قَالَ: «أَخَذْتُ صُرَّةَ مِائَةِ دِينَارٍ، فَأَتَيْتُ النَّبِيَّ صلى الله عليه وسلم فَقَالَ: عَرَفْتُهَا حَوْلًا، فَعَرَفْتُهَا فَلَمْ أَجِدْ مَنْ يَعْرِفُهَا، ثُمَّ أَتَيْتُهُ ثَانِيًا فَقَالَ: عَرَفْتُهَا حَوْلًا، فَعَرَفْتُهَا فَلَمْ أَجِدْ، ثُمَّ أَتَيْتُهُ ثَالِثًا فَقَالَ: اخْفِظْ وَعَاءَهَا وَوِكَاءَهَا وَعَدَدَهَا، فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا وَإِلَّا فَاسْتَمْتِعْ بِهَا». وَفِيهِ نَظَرٌ لَأَنَّ الْعِبْرَةَ بِعُمُومِ اللَّفْظِ لَا بِخُصُوصِ السَّبَبِ.

وَأَقُولُ: هَذَا الْحَدِيثُ يَدُلُّ عَلَى أَنَّ التَّعْرِيفَ يَكُونُ حَوْلَيْنِ، وَلَيْسَ ذَلِكَ بِشَرْطٍ بِالْإِجْمَاعِ فَيَكُونُ سَاقِطَ الدَّلَالَةِ عَلَى الْمُرَادِ (وَقَوْلُهُ وَقِيلَ الصَّحِيحُ أَنَّ شَيْئًا مِنْ هَذِهِ الْمَقَادِيرِ) إِشَارَةٌ إِلَى مَا اخْتَارَهُ شَمْسُ الْأُيُمَةِ السَّرْحَسِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ.

وَقَوْلُهُ (كَالْتَّوَاتُةِ وَقُشُورِ الرُّمَّانِ) يَعْنِي إِذَا كَانَ فِي مَوَاضِعَ مُخْتَلَفَةٍ فَجَمَعَهَا وَصَارَ بِحُكْمِ الْكَثْرَةِ لَهَا قِيَمَةٌ فَإِنَّهُ يَجُوزُ لَهُ الْإِنْتِفَاعُ بِهَا لِأَنَّ الْقِيَمَةَ ظَهَرَتْ بِالْإِجْمَاعِ وَالْإِجْمَاعُ حَصَلَ بِصُنْعِهِ وَلَكِنَّهُ لَا يَمْلِكُهَا، حَتَّى أَنْ صَاحِبُهَا إِذَا وَجَدَهَا فِي يَدِهِ بَعْدَمَا جَمَعَهَا جَازَ أَنْ يَأْخُذَهَا لِأَنَّ الْإِلْقَاءَ مُتَّفَقًا ذَلِيلٌ عَلَى الْإِذْنِ لَا عَلَى التَّمْلِكِ، لِأَنَّ التَّمْلِكَ مِنَ الْمَجْهُولِ لَا يَصِحُّ. ذَكَرَهُ فِي الْمَحِيطِ، فَأَمَّا إِذَا كَانَتْ مُجْتَمِعَةً فِي مَوْضِعٍ فَلَا يَجُوزُ الْإِنْتِفَاعُ بِهَا لِأَنَّ صَاحِبَهَا لَمَّا جَمَعَهَا فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ مَا أَلْفَاهَا (قَوْلُهُ فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا وَإِلَّا تَصَدَّقَ بِهَا) يَعْنِي إِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا بَعْدَ التَّعْرِيفِ دَفَعَهَا إِلَيْهِ أَيْضًا لَا لِعَيْنِ حَقِّهِ الْمُسْتَحَقُّ الدَّفْعُ إِلَيْهِ كَمَا فِي بَيْعِ الْفُضُولِيِّ (وَإِلَّا) أَيْ وَإِنْ لَمْ يَجِئْ فَهُوَ بِالْخِيَارِ (إِنْ شَاءَ) تَصَدَّقَ بِهَا أَيْضًا لَا لِعَوَضِ الْمُسْتَحَقِّ وَهُوَ الثَّوَابُ عَلَى اعْتِبَارِ إِجَارَتِهِ التَّصَدَّقَ بِهَا عَلَى مُسْتَحَقِّهِ (وَإِنْ شَاءَ أَمْسَكَهَا رَجَاءً) لِلظُّفْرِ بِصَاحِبِهَا، فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا بَعْدَمَا تَصَدَّقَ بِهَا الْمُلْتَقِطُ بِإِذْنِ الْحَاكِمِ فَهُوَ بِالْخِيَارِ، إِنْ شَاءَ أَمْضَى الصَّدَقَةَ وَلَهُ ثَوَابُهَا لِأَنَّ التَّصَدَّقَ إِنْ حَصَلَ بِإِذْنِ الشَّرْعِ لَمْ يَحْصُلْ بِإِذْنِهِ فَيَتَوَقَّفُ عَلَى إِجَارَتِهِ.

فَإِنْ قِيلَ التَّوَقَّفُ عَلَى الْإِجَارَةِ يَقْتَضِي قِيَامَ الْمَحَلِّ عِنْدَهَا كَمَا فِي بَيْعِ الْفُضُولِيِّ وَلَيْسَ بِإِلْزَامٍ؛ حَتَّى لَوْ أَجَازَ الْمَالِكُ بَعْدَ هَلَاكِهَا صَحَّتْ الْإِجَارَةُ. وَأَجَابَ بِأَنَّ الْمَلِكَ يَثْبُتُ لِلْفَقِيرِ قَبْلَ الْإِجَارَةِ لِأَنَّ الْمُلْتَقِطَ لَمَّا كَانَ مَأْذُونًا فِي التَّصَدَّقِ شَرْعًا مَلِكُ الْفَقِيرِ

بِنَفْسِ الْأَخْذِ لَأَنَّ التَّصَدُّقَ مِنْ أَسْبَابِ الْمَلِكِ فَلَمْ يَتَوَقَّفْ ثُبُوتُ الْمَلِكِ عَلَى وُجُودِ الْمَحَلِّ عِنْدَ الْإِجَازَةِ: فَإِنْ قِيلَ: لَوْ ثَبَتَ الْمَلِكُ لِلْفَقِيرِ قَبْلَ الْإِجَازَةِ لَمَا ثَبَتَ لِلْمَالِكِ حَقُّ الْأَخْذِ إِذَا كَانَ قَائِمًا فِي يَدِ الْفَقِيرِ.

أَجِيبَ بِأَنْ ثُبُوتَ الْمَلِكِ لَا يَمْنَعُ صِحَّةَ الْاسْتِرْدَادِ كَالْوَاهِبِ يَمْلِكُ الرُّجُوعَ بَعْدَ ثُبُوتِ الْمَلِكِ لِلْمَوْهُوبِ لَهُ، وَكَالْمُرْتَدِّ إِذَا عَادَ مِنْ دَارِ الْحَرْبِ مُسْلِمًا بَعْدَمَا قُسِمَتْ أَمْوَالُهُ بَيْنَ وَرَثَتِهِ فَإِنَّهُ يَأْخُذُ مَا وَجَدَهُ قَائِمًا بَعْدَ ثُبُوتِ الْمَلِكِ لَهُمْ، بِخِلَافِ بَيْعِ الْفُضُولِيِّ فَإِنَّ الْمَلِكَ فِيهِ لِلْمُشْتَرِي إِنْمَا يَثْبُتُ بَعْدَ إِجَازَةِ الْمَالِكِ يَنْعُهُ فَلَا بُدَّ مِنْ قِيَامِ الْمَحَلِّ لئَلَّا يَلْزَمَ تَمْلِكُ الْعَيْنِ الْمَعْدُومَةِ وَكَمَا يُشْتَرَطُ قِيَامُ الْمَحَلِّ يُشْتَرَطُ قِيَامُ الْبَائِعِ وَالْمُشْتَرِي وَالْمَالِكِ أَيْضًا، وَسَيَجِيءُ تَمَامُهُ فِي الْبَيُوعِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى، وَإِنْ شَاءَ ضَمَّنَ الْمُلْتَقِطُ وَهُوَ ظَاهِرٌ. فَإِنْ قِيلَ كَيْفَ يَصِحُّ تَضَمُّنُهُ وَقَدْ تَصَدَّقَ بِهَا بِإِذْنِ الشَّرْعِ؟ أَجَابَ بِقَوْلِهِ (إِلَّا أَنَّهُ بِإِبَاحَةِ مَنْ جِهَةِ الشَّرْعِ) يَعْنِي أَنَّ الْإِذْنَ كَانَ إِبَاحَةً مِنْهُ لَا إلْزَامًا، وَمِثْلُ ذَلِكَ الْإِذْنُ يُسْقِطُ الْإِثْمَ وَلَا يُنَافِي الضَّمَانَ حَقًّا لِلْعَبْدِ كَمَا فِي تَنَاوُلِ مَالِ الْغَيْرِ حَالَةَ الْمَخْمَصَةِ (وَإِنْ شَاءَ ضَمَّنَ الْمُسْكِينِ) لَمَّا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ وَهُوَ وَاضِحٌ (وَإِنْ كَانَتْ الْعَيْنُ قَائِمَةً أَخَذَهَا لِأَنَّهُ وَجَدَ عَيْنَ مَالِهِ) وَحَاصِلُهُ أَنَّ الْمَالِكَ إِنْ لَمْ يُجِزْ الصَّدَقَةَ فَلَا يَخْلُو إِمَّا أَنْ تَكُونَ الْعَيْنُ قَائِمَةً فِي يَدِ الْفَقِيرِ أَوْ هَالِكَةً، فَإِنْ كَانَتْ قَائِمَةً أَخَذَهَا، وَإِنْ كَانَتْ هَالِكَةً فَإِنْ شَاءَ ضَمَّنَ الْمُلْتَقِطُ وَإِنْ شَاءَ ضَمَّنَ الْفَقِيرُ، وَكِلَاهُمَا ضَمَّنُهُ لَا يَرْجِعُ عَلَى صَاحِبِهِ بِشَيْءٍ، فَإِنْ كَلَّا مِنْهُمَا ضَامِنٌ بِفَعْلِهِ: الْمُلْتَقِطُ بِالتَّسْلِيمِ بغيرِ إِذْنِ الْمَالِكِ وَالْفَقِيرُ بِالتَّسْلِيمِ بِذَوْنِهِ. لَا يُقَالُ: الْفَقِيرُ مَعْرُورٌ مِنْ جِهَةِ الْمُلْتَقِطِ فَيَرْجِعُ عَلَيْهِ لِأَنَّ التَّعْرِيرَ إِذَا لَمْ يَكُنْ فِي ضِمْنِ عَقْدٍ لَا يُوجِبُ شَيْئًا.

قَالَ (وَيَجُوزُ الِاتِّقَاطُ فِي النِّشَاءِ وَالْبَقَرِ وَالْبَعِيرِ) وَقَالَ مَالِكٌ وَالشَّافِعِيُّ: إِذَا وَجَدَ الْبَعِيرُ وَالْبَقَرُ فِي الصَّحَرَاءِ فَالْتَرَكُ أَفْضَلُ. وَعَلَى هَذَا الْخِلَافِ الْفَرَسُ. لَهُمَا أَنَّ الْأَصْلَ فِي أَخْذِ مَالِ الْغَيْرِ الْحَرَمَةُ وَالْإِبَاحَةُ مَخَافَةَ الضِّيَاعِ، وَإِذَا كَانَ مَعَهَا مَا تَدْفَعُ عَنْ نَفْسِهَا يَقِلُّ الضِّيَاعُ وَلَكِنَّهُ يَتَوَهَّمُ فَيَقْضِي بِالْكَرَاهَةِ وَالنَّدْبِ إِلَى التَّرِكِ. وَلَنَا أَنَّهَا لُقْطَةٌ يَتَوَهَّمُ ضَيَاعُهَا فَيَسْتَحَبُّ أَخْذُهَا وَتَعْرِيفُهَا صِيَانَةً لِأَمْوَالِ النَّاسِ كَمَا فِي النِّشَاءِ (فَإِنْ أَنْفَقَ الْمُلْتَقِطُ عَلَيْهَا بِغَيْرِ إِذْنِ الْحَاكِمِ فَهُوَ مُتَبَرِّعٌ) لِقُصُورِ وَلَايَتِهِ عَنْ ذِمَّةِ الْمَالِكِ، وَإِنْ أَنْفَقَ

بِأَمْرِهِ كَانَ ذَلِكَ دَيْنًا عَلَى صَاحِبِهَا لِأَنَّ لِلْقَاضِي وِلَايَةً فِي مَالِ الْغَائِبِ نَظَرًا لَهُ وَقَدْ يَكُونُ النَّظَرُ فِي الْإِنْفَاقِ عَلَى مَا تُبَيِّنُ (وَإِذَا رُفِعَ ذَلِكَ إِلَى الْحَاكِمِ نَظَرَ فِيهِ، فَإِنْ كَانَ لِلْبَهِيمَةِ مَنَفَعَةٌ أَجَرَهَا وَأَنْفَقَ عَلَيْهَا مِنْ أَجَرَتِهَا) لِأَنَّ فِيهِ إِبْقَاءَ الْعَيْنِ عَلَى مِلْكِهِ مِنْ غَيْرِ الزَّامِ الدِّينِ عَلَيْهِ وَكَذَلِكَ يُفْعَلُ بِالْعَبْدِ الْأَبْقَى (وَإِنْ لَمْ تَكُنْ لَهَا مَنَفَعَةٌ وَخَافَ أَنْ تَسْتَعْرِقَ النَّفَقَةَ هَيْمَتَهَا بِاعِهَا وَأَمَرَ بِحِفْظِ ثَمَنِهَا) إِبْقَاءً لَهُ مَعْنَى عِنْدَ تَعَذُّرِ إِبْقَائِهِ صُورَةً

(وَإِنْ كَانَ الْأَصْلَحُ الْإِنْفَاقُ عَلَيْهَا أَذِنَ فِي ذَلِكَ وَجَعَلَ النَّفَقَةَ دَيْنًا عَلَى مَالِكِهَا) لِأَنَّهُ نَصَبَ نَاطِرًا وَفِي هَذَا نَظَرَ مِنَ الْجَانِبَيْنِ، قَالُوا: إِنَّمَا يَأْمُرُ بِالْإِنْفَاقِ يَوْمَيْنِ أَوْ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ عَلَى قَدَرِ مَا يَرَى رَجَاءً أَنْ يَظْهَرَ مَالُهَا، فَإِذَا لَمْ يَظْهَرَ يَأْمُرُ بِبَيْعِهَا لِأَنَّ دَارَةَ النَّفَقَةِ مُسْتَأْصَلَةٌ فَلَا نَظَرَ فِي الْإِنْفَاقِ مُدَّةً مَدِيدَةً. قَالَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: وَفِي الْأَصْلِ شَرْطُ إِقَامَةِ الْبَيِّنَةِ وَهُوَ الصَّحِيحُ لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ غَضَبًا فِي يَدِهِ فَلَا يَأْمُرُ فِيهِ بِالْإِنْفَاقِ وَإِنَّمَا يَأْمُرُ بِهِ فِي الْوَدِيعَةِ فَلَا بُدَّ مِنَ الْبَيِّنَةِ لِكَشْفِ الْحَالِ وَلَيْسَتْ الْبَيِّنَةُ ثَقَامٌ لِلْقَضَاءِ. وَإِنْ قَالَ لَا بَيِّنَةَ لِي بِقَوْلِ الْقَاضِي لَهُ أَنْفَقَ عَلَيْهِ إِنْ كُنْتُ صَادِقًا فِيمَا قُلْتُ حَتَّى تَرْجِعَ عَلَى الْمَالِكِ إِنْ كَانَ صَادِقًا، وَلَا يَرْجِعُ إِنْ كَانَ غَاصِبًا. وَقَوْلُهُ فِي الْكِتَابِ وَجَعَلَ النَّفَقَةَ دَيْنًا عَلَى صَاحِبِهَا إِمَارَةً إِلَى أَنَّهُ إِنَّمَا يَرْجِعُ عَلَى الْمَالِكِ بَعْدَ مَا حَضَرَ وَلَمْ تُبْعِ اللَّقِطَةُ إِذَا شَرَطَ الْقَاضِي الرَّجُوعَ عَلَى الْمَالِكِ، وَهَذِهِ رَوَايَةٌ وَهِيَ الْأَصَحُّ. قَالَ (وَإِذَا حَضَرَ) يَعْنِي (الْمَالِكُ) فَلَمَّا لَمَّ قَطِطَ أَنْ يَمْنَعَهَا مِنْهُ حَتَّى يُحْضِرَ النَّفَقَةَ) لِأَنَّهُ حَيٌّ بِنَفَقَتِهِ فَصَارَ كَأَنَّهُ اسْتَفَادَ الْمَالِكَ مِنْ جِهَتِهِ فَأَشْبَهَ الْمُبْعَ؛ وَأَقْرَبُ مِنْ ذَلِكَ رَأْدُ الْأَبْقَى فَإِنَّ لَهُ الْحَبْسَ لَاسْتِيفَاءِ الْجُعْلِ لَمَّا ذَكَّرْنَا، ثُمَّ لَا يَسْقُطُ دَيْنُ النَّفَقَةِ بِهَلَاكِهِ فِي يَدِ الْمُتَقِطِ قَبْلَ الْحَبْسِ، وَيَسْقُطُ إِذَا هَلَكَ بَعْدَ الْحَبْسِ لِأَنَّهُ يُصِيرُ بِالْحَبْسِ شَبِيهَ الرُّهْنِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَيَجُوزُ الِاتِّقَاطُ فِي الشَّاةِ وَالْبَقَرِ وَالْبَعِيرِ) ظَاهِرٌ سِوَى أَلْفَاظٍ تَذَكُّرُهَا. وَقَوْلُهُ (وَالِإِبَاحَةُ) أَيُّ إِبَاحَةِ الْأَخْذِ. وَقَوْلُهُ (وَإِذَا كَانَ مَعَهَا) أَيُّ مَعَ اللَّقِطَةِ مَا تَدْفَعُ بِهِ عَنْ نَفْسِهَا: يَعْنِي مَا يُهْلِكُهَا كَالْقَرْنِ فِي الْبَقَرِ وَزِيَادَةُ الْقُوَّةِ فِي الْبَعِيرِ بِكَدَمِهِ وَتَفْحِهِ وَكَذَلِكَ فِي الْفَرَسِ. وَقَوْلُهُ (فَيَقْضَى بِالْكَرَاهَةِ) أَيُّ كَرَاهَةِ الْأَخْذِ. وَقَوْلُهُ (وَفِي هَذَا نَظَرٌ مِنَ الْجَانِبَيْنِ) أَيُّ مِنْ جَانِبِ الْمَالِكِ بِإِبْقَاءِ عَيْنِ مَالِهِ، وَمِنْ جَانِبِ الْمُتَقِطِ بِالرَّجُوعِ عَلَى

الْمَالِكِ بِمَا أُنْفَقَ عَلَى اللَّقْطَةِ.

وَقَوْلُهُ (فَإِذَا لَمْ يَظْهَرْ يَأْمُرُهُ بَبَيْعِهَا) قِيلَ فَإِذَا أَمَرَ بِبَيْعِهَا فَبَيْعَتْ أُعْطِيَ الْقَاضِي مِنْ ذَلِكَ الثَّمَنِ مَا أُنْفَقَ بِأَمْرِهِ فِي الْيَوْمَيْنِ وَالثَّلَاثَةِ لِأَنَّ الثَّمَنَ مَالُ صَاحِبِهَا وَالتَّفَقُّةُ ذَيْنَ وَاجِبٍ عَلَيْهِ وَهُوَ مَعْلُومٌ لِلْقَاضِي فَبَيْعُهُ عَلَى أَخْذِ حَقِّهِ، لِأَنَّ الْغَرِيمَ إِذَا ظَفَرَ بِجَنْسِ حَقِّهِ كَانَ لَهُ أَنْ يَأْخُذَهُ فَكَانَ لِلْقَاضِي أَنْ يُعِينَهُ عَلَى ذَلِكَ. وَقَوْلُهُ (وَفِي الْأَصْلِ شَرْطُ إِقَامَةِ الْبَيِّنَةِ) يَعْنِي أَنَّ الْمُلْتَقِطَ يُقِيمُ الْبَيِّنَةَ عَلَى أَنَّ هَذِهِ الدَّابَّةُ لِقُطَّةٌ عِنْدَهُ. فَإِنْ قِيلَ: الْبَيِّنَةُ إِنَّمَا تُقَامُ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ الْمُنْكَرِ وَلَيْسَ بِمَوْجُودٍ هُنَا. أَجَابَ بِقَوْلِهِ (وَلَيْسَتْ تُقَامُ لِلْقَضَاءِ) أَيُّ هَذِهِ الْبَيِّنَةُ تُقَامُ لِاسْتِكْشَافِ الْحَالِ بِأَنَّهُ لِقُطَّةٌ لَا لِلْقَضَاءِ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ.

وَقَوْلُهُ (وَإِنْ قَالَ لَا بَيِّنَةَ لِي) أَيُّ الْمُلْتَقِطُ قَالَ لَا بَيِّنَةَ لِي عَلَى أَنَّهَا لِقُطَّةٌ عِنْدِي وَلَكِنَّهَا لِقُطَّةٌ يَقُولُ الْقَاضِي لِلْمُلْتَقِطِ أُنْفَقَ عَلَيْهَا إِنْ كُنْتَ صَادِقًا فِيمَا قُلْتَ، وَإِنَّمَا يَقُولُ بِهَذَا التَّرْدِيدِ حَذَرًا عَنْ لُزُومِ أَحَدِ الضَّرَرَيْنِ، لِأَنَّهُ لَوْ أَمَرَ قُطْعًا تَضَرَّرَ الْمَالِكُ بِسُقُوطِ الضَّمَانِ عَلَى تَقْدِيرِ الْعُصْبِ، وَلَوْ لَمْ يَأْمُرْ تَضَرَّرَ الْمُلْتَقِطُ عَلَى تَقْدِيرِ اللَّقْطَةِ وَقَدْ أُنْفَقَ عَلَيْهَا. وَقَوْلُهُ (إِذَا شَرَطَ الْقَاضِي الرُّجُوعَ عَلَى الْمَالِكِ) مُتَّصِلٌ بِقَوْلِهِ إِنَّمَا يَرْجِعُ: أَيُّ إِنَّمَا يَرْجِعُ الْمُلْتَقِطُ عَلَى الْمَالِكِ إِذَا شَرَطَ الْقَاضِي الرُّجُوعَ عَلَى الْمَالِكِ، وَهَذِهِ هِيَ الرِّوَايَةُ الَّتِي ذَكَرْنَاهَا فِي مَسَائِلِ اللَّقِيطِ بِقَوْلِهِ وَالْأَصَحُّ أَنْ يَأْمُرَ الْقَاضِي الْمُلْتَقِطَ بِالْإِنْفَاقِ عَلَى أَنْ يَكُونَ ذَيْنًا عَلَى اللَّقِيطِ، فَحِينَئِذٍ يَرْجِعُ عَلَى اللَّقِيطِ وَإِلَّا فَلَا، فَهَذَا اخْتِرَازٌ عَنْ قَوْلِ بَعْضِ أَصْحَابِنَا إِنْ مُجَرَّدَ أَمْرِ الْقَاضِي بِالْإِنْفَاقِ عَلَيْهِ يَكْفِي لِلرُّجُوعِ.

قَالَ (وَإِذَا حَضَرَ: يَعْنِي الْمَالِكُ) كَلَامُهُ ظَاهِرٌ وَقَوْلُهُ (لَمَّا ذَكَرْنَا) إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ لِأَنَّهُ حَيٌّ بِنَفَقَتِهِ، يُقَالُ نَشَدْتُ الضَّالَّةَ: أَيُّ عَرَفْتُهَا، وَأَنْشَدَهَا: أَيُّ طَلَبْتُهَا. وَمَعْنَى الْحَدِيثِ الَّذِي ذَكَرَهُ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «لَا تَحِلُّ لِقُطَّةٌ مَكَّةَ إِلَّا لِمُنْشِدِهَا» أَيُّ طَالِبِهَا، وَهُوَ الْمَالِكُ عِنْدَهُ وَالْمَعْرُوفُ عِنْدَنَا الْعَفَاصُ وَهُوَ الْوِعَاءُ الَّذِي تَكُونُ فِيهِ النَّفَقَةُ مِنْ جِلْدٍ أَوْ حَرْقَةٍ أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ، وَالْوِكَاءُ الرِّبَاطُ، يُقَالُ أَوْكَيْ السَّيَّاءَ: شَدَّهُ بِالْوِكَاءِ وَهُوَ الرِّبَاطُ الَّذِي يُشَدُّ بِهِ.

قَالَ (وَلِقُطَّةُ الْحِلِّ وَالْحَرَمِ سَوَاءٌ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يَجِبُ التَّعْرِيفُ فِي لِقُطَةِ الْحَرَمِ إِلَى أَنْ يَجِيءَ صَاحِبُهَا لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ فِي الْحَرَمِ: «وَلَا يَحِلُّ لِقُطَّتُهَا إِلَّا

لُنَشِيدٍ»^(١) وَلَنَا قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «اعْرِفْ عِفَاصَهَا وَوِكَاءَهَا ثُمَّ عَرَفْهَا سَنَةً»^(٢) مِنْ غَيْرِ فِصْلٍ وَلَا نَهَا لُقْطَةً، وَفِي التَّصَدُّقِ بَعْدَ مُدَّةِ التَّعْرِيفِ إِبْقَاءُ مِلْكِ الْمَالِكِ مِنْ وَجْهِ فِيمَلِكُهُ كَمَا فِي سَائِرِهَا، وَتَأْوِيلُ مَا رُوِيَ أَنَّهُ لَا يَحِلُّ الِاتِّقَاطُ إِلَّا لِلتَّعْرِيفِ، وَالتَّخْصِصُ بِالْحَرَمِ لِبَيَانِ أَنَّهُ لَا يَسْقُطُ التَّعْرِيفُ فِيهِ لَمَّا كَانَ أَنَّهُ لِلْغُرَبَاءِ ظَاهِرًا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (إِبْقَاءُ مِلْكِ الْمَالِكِ مِنْ وَجْهِ) يَعْنِي مِنْ حَيْثُ تَحْصِيلُ الثَّوَابِ (فِيمَلِكُهُ كَمَا فِي سَائِرِهَا) أَيُّ فِي سَائِرِ اللَّقَطَاتِ (وَتَأْوِيلُ مَا رُوِيَ) مِنْ قَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «لَا تَحِلُّ لُقْطَتُهَا إِلَّا لُنَشِيدِهَا» أَيُّ لَا يَحِلُّ اتِّقَاطُهَا إِلَّا لِلتَّعْرِيفِ. فَإِنْ قِيلَ مَا وَجْهُ تَخْصِصِ هَذَا الْمَعْنَى بِالْحَرَمِ؟ أَجَابَ بِقَوْلِهِ (وَالْتَّخْصِصُ بِالْحَرَمِ) وَيَبَيِّنُهُ أَنَّ مَكَّةَ شَرَّفَهَا اللَّهُ تَعَالَى مَكَانُ الْغُرَبَاءِ، لِأَنَّ النَّاسَ يَأْتُونَ إِلَيْهَا مِنْ كُلِّ فَجٍّ عَمِيقٍ ثُمَّ يَتَفَرَّقُونَ بِحَيْثُ يَنْدُرُ الرُّجُوعُ إِلَيْهَا، فَالظَّاهِرُ أَنَّهَا لِلْغُرَبَاءِ لَا يُظَنُّ عَوْدَهُمْ فِي سَنَةٍ وَأَكْثَرُ فَيَنْبَغِي أَنْ يَسْقُطَ التَّعْرِيفُ لِعَدَمِ الْفَائِدَةِ، فَأَزَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ ذَلِكَ الْوَهْمَ بِقَوْلِهِ: «لَا يَحِلُّ رَفْعُ لُقْطَتِهَا إِلَّا لِمُعْرِفِهَا» كَمَا هُوَ الْحُكْمُ فِي غَيْرِهَا مِنَ الْبِلَادِ.

(وَإِذَا حَضَرَ رَجُلٌ فَادْعَى اللَّقْطَةَ لَمْ تُدْفَعْ إِلَيْهِ حَتَّى يُقِيمَ الْبَيِّنَةَ. فَإِنْ أَعْطَى عَلَامَتَهَا حَلٌّ لِلْمِلْكِ أَنْ يَدْفَعَهَا إِلَيْهِ وَلَا يُجْبَرُ عَلَى ذَلِكَ فِي الْقَضَاءِ). وَقَالَ مَالِكٌ وَالشَّافِعِيُّ رَحِمَهُمَا اللَّهُ تَعَالَى: يُجْبَرُ، وَالْعَلَامَةُ مِثْلُ أَنْ يُسَمَّى وَزَنَ الدِّرَاهِمَ وَعَدَدَهَا وَوِكَاءَهَا وَوَعَاءَهَا. لِهَذَا أَنَّ صَاحِبَ الْيَدِ يُنَازِعُهُ فِي الْيَدِ وَلَا يُنَازِعُهُ فِي الْمِلْكِ، فَيُشْتَرَطُ الْوَصْفُ لَوْجُودِ الْمُنَازَعَةِ مِنْ وَجْهِ، وَلَا تُشْتَرَطُ إِقَامَةُ الْبَيِّنَةِ لِعَدَمِ الْمُنَازَعَةِ مِنْ وَجْهِ. وَلَنَا أَنَّ الْيَدَ حَقٌّ مَقْصُودٌ كَالْمِلْكِ فَلَا يُسْتَحَقُّ إِلَّا بِحُجَّتِهِ وَهُوَ الْبَيِّنَةُ اعْتِبَارًا بِالْمِلْكِ إِلَّا أَنَّهُ يَحِلُّ لَهُ الدَّفْعُ عِنْدَ إِصَابَةِ الْعَلَامَةِ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا وَعَرَفَ عِفَاصَهَا وَعَدَدَهَا فَادْفَعَهَا إِلَيْهِ»^(٣) وَهَذَا لِلْإِبَاحَةِ عَمَلًا بِالشَّاهُورِ وَهُوَ قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدْعِي» الْحَدِيثُ وَيَأْخُذُ مِنْهُ كَفِيلًا إِذَا كَانَ يَدْفَعُهُ إِلَيْهِ اسْتِثْنَاءً،

(١) أخرجه البخاري في البيوع باب ٢٨، ومسلم في الحج (٤٤٥).

(٢) أخرجه البخاري (٢٤٢٩)، ومسلم في اللقطة (١).

(٣) أخرجه مسلم في اللقطة (٩).

وَهَذَا بِلا خِلَافٍ، لِأَنَّهُ يَأْخُذُ الْكَفِيلَ لِنَفْسِهِ، بِخِلَافِ التَّكْفِيلِ لَوَارِثٍ غَائِبٍ عِنْدَهُ. وَإِذَا صَدَّقَ قِيلَ لَا يُجْبَرُ عَلَى الدَّفْعِ كَالْوَكِيلِ بِقَبْضِ الْوَدِيعَةِ إِذَا صَدَّقَهُ. وَقِيلَ يُجْبَرُ لِأَنَّ الْمَالِكَ هَاهُنَا غَيْرُ ظَاهِرٍ وَالْمُودِعُ مَالِكٌ ظَاهِرٌ، وَلَا يَتَّصِدَّقُ بِاللَّقَطَةِ عَلَى غَنِيِّ لَأَنَّ الْمَأْمُورَ بِهِ هُوَ التَّصَدُّقُ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «فَإِنْ لَمْ يَأْتِ» يَعْنِي صَاحِبُهَا، «فَلْيَتَّصَدَّقْ بِهِ» وَالصَّدَقَةُ لَا تَكُونُ عَلَى غَنِيِّ فَأَشْبَهَ الصَّدَقَةَ الْمَفْرُوضَةَ (وَأِنْ كَانَ الْمُتَلَقِّطُ غَنِيًّا لَمْ يَجْزَلُهُ أَنْ يَنْتَفِعَ بِهَا) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يَجُوزُ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ فِي حَدِيثِ أَبِي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا فَادْفَعَهَا إِلَيْهِ وَإِلَّا فَانْتَفِعْ بِهَا» وَكَانَ مِنَ الْمَيَاسِيرِ، وَلِأَنَّهُ إِنَّمَا يُبَاحُ لِلْفَقِيرِ حَمَلًا لَهُ عَلَى رَفْعِهَا صَيَانَتَهَا لَهَا وَالْغَنِيُّ يُشَارِكُهُ فِيهِ. وَلَنَا مَا لُ الْغَيْرِ فَلَا يُبَاحُ الْاِئْتِفَاعُ بِهِ إِلَّا بِرِضَاةٍ لِإِطْلَاقِ النُّصُوصِ وَالْإِبَاحَةِ لِلْفَقِيرِ لِمَا رَوَيْنَاهُ، أَوْ بِالِاجْتِمَاعِ فَيَبْقَى مَا وَرَاءَهُ عَلَى الْأَصْلِ، وَالْغَنِيُّ مَحْمُولٌ عَلَى الْأَخْذِ لِاحْتِمَالِ اهْتِقَارِهِ فِي مُدَّةِ التَّعْرِيفِ، وَالْفَقِيرُ قَدْ يَتَوَانَى لِاحْتِمَالِ اسْتِغْنَائِهِ فِيهَا وَانْتِفَاعُ أَبِي ﷺ كَانَ بِإِذْنِ الْإِمَامِ وَهُوَ جَائِزٌ بِإِذْنِهِ (وَأِنْ كَانَ الْمُتَلَقِّطُ فَقِيرًا فَلَا بَأْسَ بِأَنْ يَنْتَفِعَ بِهَا) لِمَا فِيهِ مِنْ تَحْقِيقِ النُّظَرِ مِنَ الْجَانِبَيْنِ وَلِهَذَا جَازَ الدَّفْعُ إِلَى فَقِيرٍ غَيْرِهِ (وَكَذَا إِذَا كَانَ الْفَقِيرُ أَبَاهُ أَوْ ابْنَهُ أَوْ زَوْجَتَهُ وَإِنْ كَانَ هُوَ غَنِيًّا) لِمَا ذَكَرْنَا، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (هَمَّا) أَيُّ لِمَالِكٍ وَالشَّافِعِيُّ رَحِمَهُمَا اللَّهُ، حَاصِلُهُ أَنَّ الْمُتَلَقِّطَ مُنَازَعٌ مِنْ وَجْهِ دُونَ وَجْهِ فَيُكْتَفَى فِي الْحُجَّةِ بِذِكْرِ الْوَصْفِ وَلَا يُحْتَاجُ إِلَى إِقَامَةِ الْبَيِّنَةِ (وَلَنَا أَنَّ الْيَدَ حَقٌّ مَقْصُودٌ كَالْمِلْكِ) بِدَلِيلٍ وَجُوبِ الضَّمَانِ فِي غَضَبِ الْمُدَبِّرِ بِاعْتِبَارِ إِزَالَةِ الْيَدِ لِأَنَّهُ غَيْرُ قَابِلٍ لِلثَّقَلِ مِلْكًا. وَقَوْلُهُ (وَهَذَا) أَيُّ هَذَا الْحَدِيثُ الْأَمْرُ فِيهِ وَهُوَ قَوْلُهُ فَادْفَعَهَا (لِلْإِبَاحَةِ) أَيُّ وَجَبَ حَمْلُهُ عَلَى الْإِبَاحَةِ (لِأَجْلِ الْعَمَلِ بِالْمَشْهُورِ) وَهُوَ قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعِي وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أُنْكَرَ» فَإِنَّهُ لَوْ لَمْ يُحْمَلْ عَلَى الْإِبَاحَةِ وَحُمِلَ عَلَى الْوُجُوبِ لَزِمَ التَّعَارُضُ الْمُسْتَلْزِمُ لِلتَّرْكِ.

وَلِقَائِلِ أَنْ يَقُولَ: الْحَمْلُ عَلَى الْإِبَاحَةِ عَمَلًا بِالْمَشْهُورِ يَسْتَلْزِمُ عَدَمَ جَوَازِ الرَّفْعِ أَيْضًا، لِأَنَّ انْتِفَاءَ الْوُجُوبِ يَسْتَلْزِمُ انْتِفَاءَ الْجَوَازِ. وَالْجَوَابُ أَنَّ الشَّافِعِيَّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى لَمْ يَقُلْ بِانْتِفَاءِ الْجَوَازِ لِانْتِفَاءِ الْوُجُوبِ، وَالْمُصَنِّفُ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى هَاهُنَا فِي مَقَامِ الرَّفْعِ

فَجَازَ أَنْ يَدْفَعَهُ عَلَى طَرِيقٍ يَلْتَزِمُهُ الْخَصْمُ. وَقَوْلُهُ (بِخِلَافِ الْكَفِيلِ لَوَارِثٍ غَائِبٍ عِنْدَهُ) أَيُّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَإِنَّمَا وَرَدَ الضَّمِيرُ عَلَيْهِ وَإِنْ لَمْ يَسْبِقْ لَهُ ذِكْرٌ لَشَهْرَةِ حُكْمِ تِلْكَ الْمَسْأَلَةِ، هَذَا إِذَا دَفَعَ اللَّقْطَةَ بِذِكْرِ الْعَلَامَةِ، أَمَا إِذَا دَفَعَهَا بِإِقَامَةِ الْحَاضِرِ الْبَيِّنَةِ عَلَى أَنَّهَا لَهُ فَفِي أَخْذِ الْكَفِيلِ عَنْهُ رَوَاتَانِ، وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ لَا يَأْخُذُ كَفِيلًا.

وَقَوْلُهُ (لَأَنَّ الْمَالِكَ هَاهُنَا غَيْرُ ظَاهِرٍ) يَعْنِي فَجَازَ أَنْ يَكُونَ الْمَالِكُ هُوَ الَّذِي حَضَرَ، فَلَمَّا أَقَرَّ الْمُتَلَقِّطُ أَنَّهُ هُوَ الْمَالِكُ كَانَ إِقْرَارُهُ مُلْزِمًا لِلدَّفْعِ إِلَيْهِ (وَأَمَّا الْمُوْدَعُ فَإِنَّهُ مَالِكُ ظَاهِرًا) فَبِالإِقْرَارِ بِالْوَكَالَةِ لَا يَلْزِمُهُ الدَّفْعُ إِلَيْهِ لِأَنَّهُ غَيْرُ مَالِكٍ بَيِّنٍ، ثُمَّ فِي الْوَدِيعَةِ إِذَا دَفَعَ إِلَيْهِ بَعْدَمَا صَدَّقَهُ وَهَلَكَ فِي يَدِهِ ثُمَّ حَضَرَ الْمُوْدَعُ وَأَنْكَرَ الْوَكَالََةَ وَضَمِنَ الْمُوْدَعُ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ عَلَى الْوَكِيلِ بِشَيْءٍ وَهَاهُنَا لِلْمُتَلَقِّطِ أَنْ يَرْجِعَ عَلَى الْقَابِضِ لِأَنَّ هُنَاكَ فِي زَعْمِ الْمُوْدَعِ أَنَّ الْوَكِيلَ عَامِلٌ لِلْمُوْدَعِ فِي قَبْضِهِ لَهُ بِأَمْرِهِ وَأَنَّهُ لَيْسَ بِضَامِنٍ بَلِ الْمُوْدَعُ ظَلَمَ فِي تَضَمُّنِهِ إِيَّاهُ، وَمَنْ ظَلَمَ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَظْلِمَ غَيْرَهُ وَهَاهُنَا فِي زَعْمِهِ أَنَّ الْقَابِضَ عَامِلٌ لِنَفْسِهِ وَأَنَّهُ ضَامِنٌ بَعْدَمَا ثَبَتَ الْمِلْكُ لغيرِهِ بِالْبَيِّنَةِ فَكَانَ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ عَلَيْهِ بِمَا ضَمِنَ بِهِذَا، كَذَا فِي الْمُسَوِّطِ.

وَقَوْلُهُ (وَكَانَ مِنَ الْمَيَاسِيرِ) أَيُّ الْأَغْنِيَاءِ جَمَعَ الْمِسُورَ ضِدَّ الْمَعْسُورِ. وَقَوْلُهُ (حَمَلًا لَهُ عَلَى رَفْعِهَا) أَيُّ لِيَكُونَ حَامِلًا (وَبَاعِثًا عَلَى رَفْعِهَا) وَقَوْلُهُ (لِإِطْلَاقِ التَّصْوَصِ) يُرِيدُ بِهِ قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾ [البقرة: ١٨٨] إلخ وَقَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿وَلَا تَعْتَدُوا﴾ وَقَوْلُهُ: ﴿فَمَنْ أَعْتَدَى عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة: ١٩٤] (قَوْلُهُ وَالْإِبَاحَةُ لِلْفَقِيرِ لَمَّا رَوَيْنَاهُ) يُرِيدُ بِهِ قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «فَلْيَتَصَدَّقْ بِهِ» (قَوْلُهُ وَالْغَنِيُّ مَحْمُولٌ عَلَى الْأَخْذِ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ وَلَاأَنَّهُ إِنَّمَا يُبَاحُ لِلْفَقِيرِ (حَمَلًا لَهُ عَلَى رَفْعِهَا). وَقَوْلُهُ وَاتِّفَاعُ أَبِي جَوَابٌ عَنْ اسْتِدْلَالِهِ بِحَدِيثِ أَبِي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ. وَقَوْلُهُ (وَهُوَ جَائِزٌ) أَيُّ الْإِئْتِفَاعُ لِلْغَنِيِّ جَائِزٌ بِإِذْنِ الْإِمَامِ لِأَنَّهُ فِي مَحَلٍّ مُجْتَهَدٍ فِيهِ. وَقَوْلُهُ (لَمَّا فِيهِ مِنْ تَحْقِيقِ النَّظَرِ مِنَ الْجَانِبَيْنِ) يَعْنِي نَظَرَ الثُّوَابِ لِلْمَالِكِ وَنَظَرَ الْإِئْتِفَاعِ لِلْمُتَلَقِّطِ. وَقَوْلُهُ (لَمَّا ذَكَرْنَا) إِشَارَةً إِلَى قَوْلِهِ لَمَّا فِيهِ مِنْ تَحْقِيقِ النَّظَرِ مِنَ الْجَانِبَيْنِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

كِتَابُ الْإِبَاقِ

(الْأَبَقُ أَخْذُهُ أَفْضَلُ فِي حَقِّ مَنْ يَقْوَى عَلَيْهِ) لَمَّا فِيهِ مِنْ إِحْيَائِهِ، وَأَمَّا الضَّالُّ فَقَدْ قِيلَ كَذَلِكَ، وَقَدْ قِيلَ تَرْكُهُ أَفْضَلُ لِأَنَّهُ لَا يَبْرَحُ مَكَانَهُ فَيَجِدُهُ الْمَالِكُ وَلَا كَذَلِكَ الْأَبَقُ ثُمَّ أَخَذَ الْأَبَقُ يَأْتِي بِهِ إِلَى السُّلْطَانِ لِأَنَّهُ لَا يَقْدِرُ عَلَى حِفْظِهِ بِنَفْسِهِ، بِخِلَافِ اللَّقْطَةِ، ثُمَّ إِذَا رُفِعَ الْأَبَقُ إِلَيْهِ يَحْبِسُهُ، وَلَوْ رُفِعَ الضَّالُّ لَا يَحْبِسُهُ لِأَنَّهُ لَا يُؤْمَنُ عَلَى الْأَبَقِ الْإِبَاقُ ثَانِيًا، بِخِلَافِ الضَّالِّ

الشرح:

(كِتَابُ الْإِبَاقِ): قَالَ صَاحِبُ النُّهَايَةِ رَحِمَهُ اللَّهُ: هَذِهِ الْكُتُبُ، أَعْنِي اللَّقِيطَ وَاللَّقْطَةَ وَالْإِبَاقَ وَالْمَقْقُودَ كُتُبٌ يُجَانِسُ بَعْضُهَا بَعْضًا مِنْ حَيْثُ إِنَّ فِي كُلِّ مِنْهَا غُرْضَةٌ الزُّوَالِ وَالْهَلَاكِ. وَالْإِبَاقُ: هُوَ الْهَرَبُ، وَالْأَبَقُ: هُوَ الْهَارِبُ مِنْ مَالِكِهِ قَصْدًا (وَالْأَبَقُ أَخْذُهُ أَفْضَلُ فِي حَقِّ مَنْ يَقْوَى) أَيُّ يَقْدِرُ (عَلَيْهِ لَمَّا فِيهِ مِنْ إِحْيَائِهِ) إِذِ الْأَبَقُ هَالِكٌ فِي حَقِّ الْمَوْلَى فَيَكُونُ الرَّدُّ إِحْيَاءً لَهُ (وَأَمَّا الضَّالُّ) هُوَ الَّذِي لَمْ يَهْتَدِ إِلَى طَرِيقِ مَنْزِلِهِ مِنْ غَيْرِ قَصْدٍ فَقِيلَ إِنَّهُ كَذَلِكَ، وَقِيلَ تَرْكُهُ أَفْضَلُ لِأَنَّهُ لَا يَبْرَحُ مَكَانَهُ فَيَجِدُهُ الْمَالِكُ، وَلَا كَذَلِكَ الْأَبَقُ، ثُمَّ أَخَذَ الْأَبَقُ يَأْتِي بِهِ إِلَى السُّلْطَانِ لِأَنَّهُ (لَا يَقْدِرُ عَلَى حِفْظِهِ بِنَفْسِهِ) وَهَذَا اخْتِيَارُ شَمْسِ الْأَثَمَةِ السَّرَخْسِيِّ، وَأَمَّا اخْتِيَارُ شَمْسِ الْأَثَمَةِ الْحُلَوَانِيِّ فَهُوَ أَنَّ الرَّادَّ بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ حَفَظَهُ بِنَفْسِهِ وَإِنْ شَاءَ دَفَعَهُ إِلَى الْإِمَامِ، وَكَذَلِكَ الضَّالُّ وَالضَّالَّةُ الْوَاجِدُ فِيهِمَا بِالْخِيَارِ. وَقَوْلُهُ (ثُمَّ إِذَا دُفِعَ الْأَبَقُ إِلَيْهِ يَحْبِسُهُ) ظَاهِرٌ.

قَالَ (وَمَنْ رَدَّ الْأَبَقَ عَلَى مَوْلَاهُ مِنْ مَسِيرَةٍ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ فَصَاعِدًا فَلَهُ عَلَيْهِ جُعْلُهُ أَرْبَعُونَ دِرْهَمًا، وَإِنْ رَدَّهُ لِأَقَلِّ مِنْ ذَلِكَ فَحِسَابِهِ) وَهَذَا اسْتِحْسَانٌ. وَالْقِيَاسُ أَنْ لَا يَكُونَ لَهُ شَيْءٌ إِلَّا بِالْشَّرْطِ وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى لِأَنَّهُ مُتَبَرِّعٌ بِمَنَافِعِهِ فَأَشْبَهَ الْعَبْدَ الضَّالَّ. وَلَنَا أَنَّ الصَّحَابَةَ رِضْوَانُ اللَّهِ عَلَيْهِمْ اتَّفَقُوا عَلَى وَجُوبِ أَصْلِ الْجُعْلِ، إِلَّا أَنَّ مِنْهُمْ مَنْ أَوْجَبَ أَرْبَعِينَ وَمِنْهُمْ مَنْ أَوْجَبَ مَا دُونَهَا، فَأَوْجَبْنَا الْأَرْبَعِينَ فِي مَسِيرَةِ السَّفَرِ وَمَا دُونَهَا فِيمَا دُونَهُ تَوْفِيقًا وَتَلْفِيقًا بَيْنَهُمَا، وَلَئِنْ إِيْجَابُ الْجُعْلِ أَصْلُهُ حَامِلٌ عَلَى الرَّدِّ إِذِ الْحِسْبَةُ نَادِرَةٌ فَتَحْصُلُ صِيَانَةُ أَمْوَالِ النَّاسِ وَالتَّقْدِيرُ بِالسَّمْعِ وَلَا سَمْعَ فِي الضَّالِّ فَاْمْتَنَعَ، وَلَئِنْ الْحَاجَةُ إِلَى صِيَانَةِ الضَّالِّ دُونَهَا إِلَى صِيَانَةِ الْأَبَقِ لِأَنَّهُ لَا يَتَوَارَى وَالْأَبَقُ

يَخْتَفِي، وَيَقْدَرُ الرُّضْخُ فِي الرَّدِّ عَمَّا دُونَ السَّفَرِ بِاصْطِلَاحِهِمَا أَوْ يُفَوِّضُ إِلَى رَأْيِ الْقَاضِي وَقِيلَ تُقَسَّمُ الْأَرْبَعُونَ عَلَى الْأَيَّامِ الثَّلَاثَةِ إِذْ هِيَ أَقَلُّ مُدَّةِ السَّفَرِ.

قَالَ (وَإِنْ كَانَتْ قِيمَتُهُ أَقَلَّ مِنْ أَرْبَعِينَ يُقْضَى لَهُ بِقِيمَتِهِ إِلَّا دِرْهَمًا) قَالَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: وَهَذَا قَوْلُ مُحَمَّدٍ وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ: لَهُ أَرْبَعُونَ دِرْهَمًا، لِأَنَّ التَّقْدِيرَ بِهَا ثَبَتَ بِالنُّصِّ فَلَا يَنْقُصُ عَنْهَا وَلِهَذَا لَا يَجُوزُ الصُّلْحُ عَلَى الزِّيَادَةِ، بِخِلَافِ الصُّلْحِ عَلَى الْأَقَلِّ لِأَنَّهُ حَظٌّ مِنْهُ. وَمُحَمَّدٌ أَنَّ الْمَقْصُودَ حَمْلُ الْغَيْرِ عَلَى الرَّدِّ لِيَحْيَا مَالُ الْمَالِكِ فَيَنْقُصُ دِرْهَمٌ لِيَسْلَمَ لَهُ شَيْءٌ تَحْقِيقًا لِلْفَائِدَةِ، وَأُمُّ الْوَلَدِ وَالْمُدَبِّرُ فِي هَذَا بِمَنْزِلَةِ الْقَنْ إِذَا كَانَ الرَّدُّ فِي حَيَاةِ الْمَوْلَى لِمَا فِيهِ مِنْ إَحْيَاءٍ مِلْكِهِ؛ وَلَوْ رَدَّ بَعْدَ مَمَاتِهِ لَا جُعِلَ فِيهِمَا لِأَنَّهُمَا يُعْتَقَانِ بِالمَوْتِ بِخِلَافِ الْقَنْ، وَلَوْ كَانَ الرَّادُّ أَبَا الْمَوْلَى أَوْ ابْنَهُ وَهُوَ فِي عِيَالِهِ أَوْ أَحَدَ الزَّوْجَيْنِ عَلَى الْآخَرِ فَلَا جُعِلَ لِأَنَّ هَؤُلَاءِ يَتَبَرَّعُونَ بِالرَّدِّ عَادَةً وَلَا يَتَنَاولُهُمْ إِطْلَاقُ الْكِتَابِ.

قَالَ (وَإِنْ أَبَقَ مِنَ الَّذِي رَدَّهُ فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ) لِأَنَّهُ أَمَانَةٌ فِي يَدِهِ لَكِنْ هَذَا إِذَا أَشْهَدَ وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ فِي اللَّقْطَةِ. قَالَ ﷺ وَذَكَرَ فِي بَعْضِ النُّسخ أَنَّهُ لَا شَيْءَ لَهُ، وَهُوَ صَحِيحٌ أَيْضًا لِأَنَّهُ فِي مَعْنَى الْبَائِعِ مِنَ الْمَالِكِ، وَلِهَذَا كَانَ لَهُ أَنْ يَحْبِسَ الْآبِقَ حَتَّى يَسْتَوْفِيَ الْجُعْلَ بِمَنْزِلَةِ الْبَائِعِ بِحَبْسِ الْمُبِيعِ لاسْتِيفَاءِ الثَّمَنِ، وَكَذَا إِذَا مَاتَ فِي يَدِهِ لَا شَيْءَ عَلَيْهِ لِمَا قُلْنَا. قَالَ (وَلَوْ أَعْتَقَهُ الْمَوْلَى كَمَا لَقِيَهُ صَارَ قَابِضًا بِالْإِعْتِقَاقِ) كَمَا فِي الْعَبْدِ الْمُشْتَرَى، وَكَانَ إِذَا بَاعَهُ مِنَ الرَّادِّ لِسَلَامَةِ الْبَدَلِ لَهُ، وَالرَّادُّ وَإِنْ كَانَ لَهُ حُكْمُ الْبَيْعِ. لَكِنَّهُ بَيْعٌ مِنْ وَجْهِ فَلَا يَدْخُلُ تَحْتَ النَّهْيِ الْوَارِدِ عَنْ بَيْعِ مَا لَمْ يُقْبَضْ فَجَازَ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلَنَا أَنَّ الصَّحَابَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ اتَّفَقُوا عَلَى وَجُوبِ أَصْلِ الْجُعْلِ، إِلَّا أَنَّ مِنْهُمْ مَنْ أَوْجَبَ أَرْبَعِينَ وَمِنْهُمْ مَنْ أَوْجَبَ مَا دُونَهَا) قَالَ عُمَرُ ﷺ فِي جُعْلِ الْآبِقِ دِينَارٌ أَوْ اثْنَا عَشَرَ دِرْهَمًا. وَقَالَ عَلِيٌّ ﷺ فِي جُعْلِ الْآبِقِ دِينَارٌ وَعَشْرَةُ دَرَاهِمٍ. وَقَالَ ابْنُ مَسْعُودٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: أَرْبَعُونَ دِرْهَمًا. وَقَالَ عَمَّارُ بْنُ يَاسِرٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: إِنْ رَدَّهُ فِي الْمِصْرِ فَلَهُ عَشْرَةُ دَرَاهِمٍ، وَإِنْ رَدَّهُ فِي خَارِجِ الْمِصْرِ اسْتَحَقَّ أَرْبَعِينَ (فَأَوْجَبْنَا الْأَرْبَعِينَ فِي مَسِيرَةِ السَّفَرِ وَمَا دُونَهَا فِيمَا دُونَهُ تَوْفِيقًا وَتَلْفِيقًا) أَيَّ جَمْعًا بَيْنَ الرُّوَايَاتِ الْمُتَعَارِضَةِ. فَإِنْ قِيلَ: كَانَ الْوَاجِبُ أَنْ يُؤْخَذَ بِأَقْلِ الْمَقَادِيرِ لِتَيَقُّنِهِ. أُجِيبَ بِأَنَّهُ لَمْ يُؤْخَذْ

بِالْأَقْلَ لِأَنَّ التَّوْفِيقَ بَيْنَ أَقَاوِيلِهِمْ مُمَكِّنٌ بِأَنْ يُحْمَلَ قَوْلُ مَنْ أَفْتَى بِالْأَقْلَ عَلَى مَا إِذَا رَدَّهُ مِمَّا دُونَ مَسِيرَةِ السَّفَرِ، وَقَوْلُ مَنْ أَفْتَى بِالْأَكْثَرِ عَلَى مَا إِذَا رَدَّهُ مِنْ مَسِيرَةِ السَّفَرِ، وَهَذَا أَوَّلُ لَأَنَّهُ يُعْمَلُ بِكُلِّ مِنْهُمَا. وَقَوْلُهُ (وَالْتَقْدِيرُ بِالسَّمْعِ) جَوَابٌ عَنْ قِيَاسِ الْآبِقِ عَلَى الضَّالِّ فِي عَدَمِ وَجُوبِ الْجُعْلِ.

وَفِي قَوْلِهِ (وَلَأَنَّ الْحَاجَةَ) إِشَارَةً إِلَى نَفْيِ الْإِلْحَاقِ دَلَالَةً لَأَنَّهَا تَقْتَضِي التَّسَاوِيَّ بَيْنَ الْأَصْلِ وَالْمُلْحَقِ وَلَيْسَ بِمَوْجُودٍ. وَقَوْلُهُ (وَيُقَدَّرُ الرِّضْخُ) تَفْصِيلٌ لِقَوْلِهِ وَإِنْ رَدَّهُ لِأَقْلٍ مِنْ ذَلِكَ فَبِحَسَابِهِ، فَإِنْ عَمِلُوا بِالْقِسْمَةِ كَانَ لِكُلِّ يَوْمٍ ثَلَاثَةَ عَشَرَ دِرْهَمًا وَثُلُثُ دِرْهَمٍ. قِيلَ وَالْأَشْبَهُ التَّقْوِيضُ إِلَى رَأْيِ الْإِمَامِ. قَوْلُهُ (وَأُمُّ الْوَلَدِ وَالْمُدَبِّرُ فِي هَذَا) أَيُّ فِي وَجُوبِ الْجُعْلِ (بِمَنْزِلَةِ الْقَنْ) لَأَنَّهُمَا مَمْلُوكَانِ لِلْمَوْلَى وَهُوَ يَسْتَكْسِبُهُمَا بِمَنْزِلَةِ الْقَنْ، وَتَعْلِيلُ الْمُصَنِّفِ رَحِمَهُ اللَّهُ بِقَوْلِهِ (لَمَّا فِيهِ مِنْ إِحْيَاءٍ مِلْكِهِ) أَوَّلُ مِنْ تَعْلِيلِ غَيْرِهِ بِقَوْلِهِ لَمَّا فِيهِ مِنْ إِحْيَاءٍ الْمَالِيَّةِ، لَأَنَّ أُمَّ الْوَلَدِ لَا مَالِيَّةَ فِيهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ.

وَقَوْلُهُ (لَأَنَّهُمَا يَعْتَقَانِ بِالْمَوْتِ) بِإِطْلَاقِهِ ظَاهِرًا فِي أُمِّ الْوَلَدِ وَفِي حَقِّ الْمُدَبِّرِ الَّذِي لَا سَعَايَةَ عَلَيْهِ، وَأَمَّا الَّذِي عَلَيْهِ السَّعَايَةُ بِأَنْ لَمْ يَكُنْ لِلْمَوْلَى مَالٌ سِوَاهُ فَكَذَلِكَ لَا يَسْتَوْجِبُ الْجُعْلُ عَلَى الْوَرَثَةِ لِأَنَّ الْمُسْتَسْعَى كَالْمُكَاتَبِ عِنْدَهُ وَحُرٌّ مَذْيُونٌ عِنْدَهُمَا، وَلَا جُعْلٌ لِرَادِّ الْمُكَاتَبِ أَوْ الْحُرِّ (قَوْلُهُ وَلَوْ كَانَ الرَّادُّ أَبَا الْمَوْلَى أَوْ ابْنَهُ وَهُوَ فِي عِيَالِهِ) أَيُّ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فِي عِيَالِهِ ظَاهِرًا، وَلَمْ يَذْكُرْ جَوَابَ مَا إِذَا لَمْ يَكُونَا فِي عِيَالِهِ. وَالْقِيَاسُ أَنْ يَسْتَحِقَّ كُلُّ مَنْ ذِي الرَّحِمِ الْمَحْرَمِ الْجُعْلَ إِذَا لَمْ يَكُنْ فِي عِيَالِهِ، لَكِنْ أُسْتَحْسِنَ فَقِيلَ إِذَا وَجَدَ عَبْدٌ أَبِيهِ وَلَيْسَ فِي عِيَالِهِ فَلَا جُعْلَ لَهُ لِأَنَّ رَدَّ الْآبِقِ عَلَى أَبِيهِ مِنْ جُمْلَةِ الْخِدْمَةِ، وَخِدْمَةُ الْأَبِ مُسْتَحَقَّةٌ عَلَيْهِ فَلَا جُعْلَ لَهُ عَلَى ذَلِكَ، وَأَمَّا إِذَا وَجَدَ الْأَبُ عَبْدًا ابْنَهُ وَلَيْسَ فِي عِيَالِهِ فَلَهُ الْجُعْلُ لِأَنَّ خِدْمَةَ الْإِبْنِ غَيْرُ مُسْتَحَقَّةٍ عَلَى الْأَبِ. وَقَوْلُهُ (فَلَا يَتَنَاوَلُهُمْ إِطْلَاقُ الْكِتَابِ) أَيُّ الْقُدُورِيِّ وَهُوَ قَوْلُهُ وَمَنْ رَدَّ الْآبِقَ عَلَى مَوْلَاهُ مِنْ مَسِيرَةِ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ قَالَ وَإِنْ أَبَقَ مِنَ الَّذِي رَدَّهُ) أَيُّ إِذَا أَبَقَ الْآبِقُ مِنَ الَّذِي أَخَذَهُ لِبُرْدِهِ (فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ) أَيُّ لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ لِأَنَّهُ أَمَانَةٌ فِي يَدِهِ (لَكِنْ هَذَا إِذَا أَشْهَدَ) عِنْدَ الْأَخْذِ، وَقَدْ (ذَكَرْنَاهُ فِي اللَّقْطَةِ) أَنَّ الْأَخْذَ عَلَى هَذَا الْوَجْهِ مَأْذُونٌ فِيهِ شَرْعًا.

قَالَ الْمُصَنِّفُ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَذَكَرَ فِي بَعْضِ النُّسخِ) أَيُّ نُسَخِ مُخْتَصَرِ الْقُدُورِيِّ (لَا

شَيْءَ لَهُ) أَيْ لَا جُعْلَ لِلرَّادِّ إِذَا أَبَقَ الْآبِقُ مِنْهُ (وَهُوَ صَحِيحٌ أَيْضًا لِأَنَّهُ) أَيْ الرَّادُّ (فِي مَعْنَى الْبَائِعِ مِنَ الْمَالِكِ) لِأَنَّ عَامَّةَ مَنَافِعِ الْعَبْدِ زَالَتْ بِالْإِبَاقِ، وَإِنَّمَا يَسْتَفِيدُهَا الْمَوْلَى بِالرَّدِّ بِمَالٍ يَجِبُ عَلَيْهِ، وَالْبَائِعُ إِذَا هَلَكَ فِي يَدِهِ الْمَبِيعُ سَقَطَ الثَّمَنُ، فَكَذَلِكَ هَاهُنَا يَسْقُطُ الْجُعْلُ، وَاسْتَوْضِحَ ذَلِكَ بِمَا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ وَهُوَ وَاضِحٌ (وَكَذَا إِذَا مَاتَ فِي يَدِهِ فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ لَمَّا قُلْنَا) إِنَّهُ أَمَانَةٌ عِنْدَهُ (وَلَوْ أَعْتَقَهُ الْمَوْلَى) أَيْ أَعْتَقَهُ قَبْلَ أَنْ يَقْبِضَهُ (وَقَتَ لِقَائِهِ صَارَ قَابِضًا بِالْإِعْتِقَاقِ) فَيَجِبُ عَلَيْهِ الْجُعْلُ، وَأَشَارَ بِقَوْلِهِ بِالْإِعْتِقَاقِ إِلَى أَنَّهُ لَوْ دُبِّرَ مَكَانَ الْإِعْتِقَاقِ لَمْ يَصِرْ قَابِضًا.

وَالْفَرْقُ بَيْنَهُمَا أَنَّ الْإِعْتِقَاقَ إِثْلَافٌ لِلْمَالِيَّةِ فَيَصِيرُ بِهِ قَابِضًا كَمَا لَوْ أَعْتَقَ الْمُشْتَرِي الْعَبْدَ الْمُشْتَرَى قَبْلَ الْقَبْضِ، وَأَمَّا التَّدْبِيرُ فَلَيْسَ بِإِثْلَافٍ لِلْمَالِيَّةِ فَلَا يَصِيرُ بِهِ الْمَوْلَى قَابِضًا إِلَّا أَنْ يَصِلَ إِلَى يَدِهِ (وَكَذَا إِذَا بَاعَهُ مِنَ الرَّادِّ لِسَلَامَةِ الْبَدَلِ لَهُ) وَهَذَا بِخِلَافِ الْهَبَةِ، فَإِنَّ الْمَوْلَى لَا يَصِيرُ بِهَا قَابِضًا قَبْلَ الْوُصُولِ إِلَى يَدِهِ لِأَنَّ فِي الْهَبَةِ قَبْلَ الْقَبْضِ لَمْ يَصِلِ الْعَبْدُ إِلَى يَدِ الْمَوْلَى وَلَا يَدَ لَهُ فَلَا يَكُونُ لَهَا حُكْمُ الْقَبْضِ. وَقَوْلُهُ وَالرَّدُّ وَإِنْ كَانَ لَهُ حُكْمُ الْبَيْعِ جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ قَدْ قُلْتُمْ مِنْ قَبْلُ إِنَّ الرَّدَّ فِي مَعْنَى الْبَيْعِ مِنَ الْمَالِكِ ثُمَّ جَوَزْتُمْ بَيْعَ الْمَالِكِ مِنَ الرَّادِّ قَبْلَ أَنْ يَقْبِضَهُ فَيَجِبُ أَنْ لَا يَجُوزَ لِدُخُولِهِ تَحْتَ التَّهْيِ الْوَارِدِ عَنْ بَيْعِ مَا لَمْ يُقْبِضْ، وَتَقْرِيرُ الْجَوَابِ أَنَّ التَّهْيَ عَنْ ذَلِكَ مُطْلَقٌ وَالْمُطْلَقُ يَنْصَرِفُ إِلَى الْكَامِلِ، وَالرَّدُّ لَيْسَ بِبَيْعٍ كَامِلٍ بَلْ هُوَ بَيْعٌ مِنْ وَجْهِ مِنْ حَيْثُ إِعَادَةُ مِلْكِ التَّصَرُّفِ إِلَيْهِ فَقَطْ، لِأَنَّ مِلْكَ الرُّقْبَةِ لَا يَزُولُ عَنِ الْمَوْلَى بِالْإِبَاقِ فَلَا يَكُونُ دَاخِلًا تَحْتَ التَّهْيِ فَيَكُونُ جَائِزًا.

قَالَ (وَيَنْبَغِي إِذَا أَخَذَهُ أَنْ يُشْهَدَ أَنَّهُ يَأْخُذُهُ لِرَدِّهِ) فَالْإِشْهَادُ حَتْمٌ فِيهِ عَلَيْهِ عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ، حَتَّى لَوْ رَدَّهُ مَنْ لَمْ يُشْهَدِ وَقَتَ الْإِخْذِ لَا جُعْلَ لَهُ عِنْدَهُمَا لِأَنَّهُ تَرَكَ الْإِشْهَادَ أَمَارَةً أَنَّهُ أَخَذَهُ لِنَفْسِهِ وَصَارَ كَمَا إِذَا اشْتَرَاهُ مِنَ الْإِخْذِ أَوْ أَتَاهُ أَوْ وَرِثَهُ فَرَدَّهُ عَلَى مَوْلَاهُ لَا جُعْلَ لَهُ لِأَنَّهُ رَدَّهُ لِنَفْسِهِ، إِلَّا إِذَا أَشْهَدَ أَنَّهُ اشْتَرَاهُ لِرَدِّهِ فَيَكُونُ لَهُ الْجُعْلُ وَهُوَ مُتَبَرِّعٌ فِي آدَاءِ الثَّمَنِ

الشرح:

وقوله (ويَنْبَغِي إِذَا أَخَذَهُ أَنْ يُشْهَدَ أَنَّهُ أَخَذَهُ لِرَدِّهِ) ظاهرٌ.

(وَإِنْ كَانَ الْآبِقُ رَهْنًا فَالْجُعْلُ عَلَى الْمُرْتَهِنِ) لِأَنَّهُ أَحْيَا مَالِيَّتَهُ بِالرَّدِّ وَهِيَ حَقُّهُ، إِذْ

الاستيفاء منها والجعل بمقابله إحياء المألية فيكون عليه، والرد في حياة الرهن وبعده سواء، لأن الرهن لا يبطل بالموت، وهذا إذا كانت قيمته مثل الدين أو أقل منه، فإن كانت أكثر فبقدر الدين عليه والباقي على الرهن لأن حقه بالقدر المضمون فصار كتمن الدواء وتخليصه عن الجنابة بالفداء، وإن كان مديوناً فعلى المولى إن اختار قضاء الدين، وإن بيع بدين بالجعل والباقي للغرماء لأنه مؤنث الملك والمالك فيه كالموقوف فتحجب على من يستقر له، وإن كان جانياً فعلى المولى إن اختار الفداء لعود المنفعة إليه، وعلى الأولياء إن اختار الدفع لعودها إليهم، وإن كان موهوباً فعلى الموهوب له، وإن رجع الواهب في هبته بعد الرد لأن المنفعة للواهب ما حصلت بالرد بل بترك الموهوب له التصرف فيه بعد الرد، وإن كان لصبي فالجعل في ماله لأنه مؤنث ملكه، وإن رده وصيه فلا جعل له لأنه هو الذي يتولى الرد فيه.

الشرح:

وقوله (فإن كان الأبق رهناً) سيأتي الكلام فيه في الرهن إن شاء الله تعالى. وقوله (والجعل بمقابله إحياء المألية) فيه نظر لأنه يلزمه إذا رد أم الولد وما ثمة إحياء المألية عند أبي حنيفة. وأجيب بأنه لا مألية فيها باعتبار الرقبة، ولها مألية باعتبار كسبها لأنه أحق بكسبها وقد أحيا الراد ذلك برده. وقوله (وإن كان مديوناً) أي العبد الأبق إذا كان مديوناً بأن كان مأذوناً له فله حقه الدين في التجارة أو استهلك مال الغير وأقر به مولاه (قوله كالموقوف) يعني بين أن يستقر على المولى متى اختار قضاء الدين وبين أن يصير للغرماء متى اختار البيع، ولما توقف الملك في العبد توقف مؤنث الملك وهو الجعل (قوله وإن كان) أي الأبق موهوباً فالجعل على الموهوب له وإن (رجع الواهب في هبته بعد الرد) وإنما ذكر أن الواصلة هذه لدفع شبهة رد على ما ذكر قبله بقوله فتحجب على من يستقر الملك له وبقوله فعلى المولى إن اختار الفداء، فعلى كلا التقديرين كان ينبغي أن يجعل على الواهب لوجود هذين المعنيين في حقه. ووجه الدفع (أن المنفعة للواهب ما حصلت بالرد) أي برد الأبق (بل بترك الموهوب له التصرف فيه بعد الرد) من الهبة والبيع وغيرهما من التصرف الذي يمنع الواهب عن الرجوع في هبته فلا يجب الجعل على الواهب لذلك. فإن قيل: المنفعة حصلت

لِلوَاهِبِ بِالْمَجْمُوعِ وَهُوَ تَرْكُ الْمَوْهُوبِ لَهُ الْفِعْلُ وَرَدُّ الرَّادِّ. أُجِيبَ بِأَنَّهُ كَانَ كَذَلِكَ، لَكِنَّ تَرْكَ الْمَوْهُوبِ لَهُ الْفِعْلُ آخِرُهُمَا وَجُودًا فَيُضَافُ الْحُكْمُ إِلَيْهِ كَمَا فِي الْقَرَابَةِ مَعَ الْمَلِكِ فَيُضَافُ الْعِنْتُ إِلَى آخِرِهِمَا وَجُودًا، كَذَا هَذَا. وَقَوْلُهُ (وَرَأَى أَنَّ كَانَ لَصَبِي إِلَى آخِرِهِ) ظَاهِرٌ وَبِاللَّهِ التَّوْفِيقُ.

كِتَابُ الْمَقْقُودِ

(إِذَا غَابَ الرَّجُلُ فَلَمْ يَعْرِفْ لَهُ مَوْضِعٌ وَلَا يَعْلَمُ أَحَدٌ هُوَ أَمْ مَيَّتَ نَصَبَ الْقَاضِي مَنْ يَحْفَظُ مَالَهُ وَيَقُومُ عَلَيْهِ وَيَسْتَوْفِي حَقَّهُ) لِأَنَّ الْقَاضِي نَصَبَ نَاطِرًا لِكُلِّ عَاجِزٍ عَنِ النَّظَرِ لِنَفْسِهِ وَالْمَقْقُودُ بِهَذِهِ الصِّفَةِ وَصَارَ كَالصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ، وَفِي نَصَبِ الْحَافِظِ لِمَالِهِ وَالْقَائِمِ عَلَيْهِ نَظَرٌ لَهُ. وَقَوْلُهُ يَسْتَوْفِي حَقَّهُ لِإِحْفَاءِ أَنَّهُ يَقْبِضُ غَلَاتِهِ وَالْدَيْنَ الَّذِي أَقْرَبَ بِهِ غَرِيمٌ مِنْ غُرْمَائِهِ لِأَنَّهُ مِنْ بَابِ الْحِفْظِ، وَيُخَاصِمُ فِي دَيْنٍ وَجَبَ بِعَقْدِهِ لِأَنَّهُ أَصِيلٌ فِي حُقُوقِهِ، وَلَا يُخَاصِمُ فِي الَّذِي تَوَلَّاهُ الْمَقْقُودُ وَلَا فِي نَصِيبٍ لَهُ فِي عَقَارٍ أَوْ عُرُوضٍ فِي يَدِ رَجُلٍ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمَالِكٍ وَلَا نَائِبٍ عَنْهُ إِنَّمَا هُوَ وَكَيلٌ بِالْقَبْضِ مِنْ جِهَةِ الْقَاضِي وَأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ الْخُصُومَةَ بِلَا خِلَافٍ، إِنَّمَا الْخِلَافُ فِي الْوَكِيلِ بِالْقَبْضِ مِنْ جِهَةِ الْمَالِكِ فِي الدَّيْنِ، وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ يَتَضَمَّنُ الْحُكْمُ بِهِ قَضَاءً عَلَى الْغَائِبِ، وَأَنَّهُ لَا يَجُوزُ إِلَّا إِذَا رَأَى الْقَاضِي وَقَضَى بِهِ لِأَنَّهُ مُجْتَهِدٌ فِيهِ، ثُمَّ مَا كَانَ يَخَافُ عَلَيْهِ الْفُسَادَ يَبِيعُهُ الْقَاضِي لِأَنَّهُ تَعَذَّرَ عَلَيْهِ حِفْظُ صُورَتِهِ وَمَعْنَاهُ فَيَنْظُرُ لَهُ بِحِفْظِ الْمَعْنَى (وَلَا يَبِيعُ مَا لَا يَخَافُ عَلَيْهِ الْفُسَادُ فِي نَفَقَتِهِ وَلَا غَيْرَهَا) لِأَنَّهُ لَا وِلَايَةَ لَهُ عَلَى الْغَائِبِ إِلَّا فِي حِفْظِ مَالِهِ فَلَا يَسُوغُ لَهُ تَرْكُ حِفْظِ السُّورَةِ وَهُوَ مُمَكِّنٌ.

قَالَ (وَيُنْفِقُ عَلَى زَوْجَتِهِ وَأَوْلَادِهِ مِنْ مَالِهِ) وَلَيْسَ هَذَا الْحُكْمُ مَقْصُورًا عَلَى الْأَوْلَادِ بَلْ يَعْمُ جَمِيعُ قَرَابَةِ الْوِلَادَةِ وَالْأَصْلُ أَنَّ كُلَّ مَنْ يَسْتَحِقُّ النَّفَقَةَ فِي مَالِهِ حَالِ حَضَرَتِهِ بِغَيْرِ قَضَاءِ الْقَاضِي يُنْفِقُ عَلَيْهِ مِنْ مَالِهِ عِنْدَ غَيْبَتِهِ لِأَنَّ الْقَضَاءَ حِينَئِذٍ يَكُونُ إِعَانَةً، وَكُلُّ مَنْ لَا يَسْتَحِقُّهَا فِي حَضَرَتِهِ إِلَّا بِالْقَضَاءِ لَا يُنْفِقُ عَلَيْهِ مِنْ مَالِهِ فِي غَيْبَتِهِ لِأَنَّ النَّفَقَةَ حِينَئِذٍ تَجِبُ بِالْقَضَاءِ وَالْقَضَاءُ عَلَى الْغَائِبِ مُمْتَنِعٌ، فَمِنْ الْأَوَّلِ الْأَوْلَادُ الصِّغَارُ وَالْإِنَاثُ مِنَ الْكِبَارِ وَالزَّمَنِيُّ مِنَ الذُّكُورِ الْكِبَارِ، وَمِنْ الثَّانِي الْأَخُ وَالْأَخْتُ وَالْخَالَ وَالْخَالَتُ. وَقَوْلُهُ مِنْ مَالِهِ مُرَادُهُ الدَّرَاهِمُ وَالْذَنَانِيرُ لِأَنَّ حَقَّهُمْ فِي الْمَطْعُومِ وَالْمَلْبُوسِ فَإِذَا لَمْ يَكُنْ ذَلِكَ فِي مَالِهِ

يَحْتَاجُ إِلَى الْقَضَاءِ بِالْقِيَمَةِ وَهِيَ النِّقْدَانِ وَالتَّبَرُ بِمَنْزِلَتِهِمَا فِي هَذَا الْحُكْمِ لِأَنَّهُ يَصْلَحُ قِيَمَةً كَالْمَضْرُوبِ، وَهَذَا إِذَا كَانَتْ فِي يَدِ الْقَاضِي، فَإِنْ كَانَتْ وَدِيعَةً أَوْ دَيْنًا يُنْفَقُ عَلَيْهِمْ مِنْهُمَا إِذَا كَانَ الْمُدْعُ وَالْمَدْيُونُ مُقَرَّرَيْنِ بِالْدَّيْنِ الْوَدِيعَةِ وَالنِّكَاحِ وَالنِّسْبِ، وَهَذَا إِذَا لَمْ يَكُونَا ظَاهِرَيْنِ عِنْدَ الْقَاضِي، فَإِنْ كَانَا ظَاهِرَيْنِ فَلَا حَاجَةَ إِلَى الْإِقْرَارِ، وَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا ظَاهِرًا الْوَدِيعَةِ وَالْدَّيْنِ أَوِ النِّكَاحِ وَالنِّسْبِ يَشْتَرِطُ الْإِقْرَارَ بِمَا لَيْسَ بِظَاهِرٍ هَذَا هُوَ الصَّحِيحُ. فَإِنْ دَفَعَ الْمُدْعُ بِنَفْسِهِ أَوْ مَنْ عَلَيْهِ الدَّيْنُ بِغَيْرِ أَمْرِ الْقَاضِي يَضْمَنُ الْمُدْعُ وَلَا يُبْرَأُ الْمَدْيُونُ لِأَنَّهُ مَا أَدَّى إِلَى صَاحِبِ الْحَقِّ وَلَا إِلَى نَائِبِهِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا دَفَعَ بِأَمْرِ الْقَاضِي لِأَنَّ الْقَاضِي نَائِبٌ عَنْهُ، وَإِنْ كَانَ الْمُدْعُ وَالْمَدْيُونُ جَاهِدَيْنِ أَصْلًا أَوْ كَانَا جَاهِدَيْنِ الزَّوْجِيَّةِ وَالنِّسْبِ لَمْ يَنْتَصِبْ أَحَدٌ مِنْ مُسْتَحِقِّي النِّفْقَةِ خَصَمًا فِي ذَلِكَ لِأَنَّ مَا يَدْعِيهِ لِلْعَائِبِ لَمْ يَتَّعِنِ سَبَبًا لثُبُوتِ حَقِّهِ وَهُوَ النِّفْقَةُ، لِأَنَّهُمَا كَمَا تَجِبُ فِي هَذَا الْمَالِ تَجِبُ فِي مَالٍ آخَرَ لِمَقْقُودٍ.

الشرح:

كِتَابُ الْمَقْقُودِ: قَدْ تَقَدَّمَ وَجْهُ مُنَاسَبَةِ ذِكْرِ هَذَا الْكِتَابِ هُنَا، وَالْمَقْقُودُ مُشْتَقٌّ مِنْ الْفَقْدِ وَهُوَ فِي اللُّغَةِ مِنَ الْأَضْدَادِ، يُقَالُ فَقَدْتُ الشَّيْءَ: أَيُّ أَضَلَلْتَهُ، وَفَقَدْتُهُ: أَيُّ طَلَبْتَهُ، وَكِلَا الْمَعْنَيْنِ مُتَحَقِّقٌ فِي الْمَقْقُودِ فَقَدْ ضَلَّ عَنْ أَهْلِهِ وَهُمْ فِي طَلَبِهِ. وَذُكِرَ فِي الْكِتَابِ مَا يَدُلُّ عَلَى مَفْهُومِهِ الشَّرْعِيِّ وَهُوَ قَوْلُهُ (إِذَا غَابَ الرَّجُلُ وَلَمْ يُعْرِفْ لَهُ مَوْضِعٌ وَلَمْ يُعْلَمْ أَحْيًى هُوَ أَمْ مَيِّتٌ) وَقَوْلُهُ (نَصَّبَ الْقَاضِي مَنْ يَحْفَظُ مَالَهُ وَيَقُومُ عَلَيْهِ وَيَسْتَوْفِي حَقَّهُ) إِشَارَةً إِلَى بَيَانِ حُكْمِهِ فِي الشَّرْعِ، وَكَلَامُهُ وَاضِحٌ (قَوْلُهُ وَلَا فِي نَصِيبٍ لَهُ فِي عَقَارٍ أَوْ عُرُوضٍ فِي يَدِ رَجُلٍ) بِأَنَّ كَانَ الشَّيْءُ مُشْتَرَكًا بَيْنَ الْمَقْقُودِ وَغَيْرِهِ (قَوْلُهُ وَأَلَّهُ) أَيُّ الْوَكِيلِ مِنَ جِهَةِ الْقَاضِي (لَا يَمْلِكُ الْخُصُومَةُ بِلَا خِلَافٍ، إِنَّمَا الْخِلَافُ فِي الْوَكِيلِ بِالْقَبْضِ مِنَ جِهَةِ الْمَالِكِ فِي الدَّيْنِ) فَإِنَّهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ يَمْلِكُ الْخُصُومَةُ وَعِنْدَهُمَا لَا يَمْلِكُهَا (وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ) يَعْنِي أَنَّ وَكِيلَ الْقَاضِي لَمَّا لَمْ يَمْلِكِ الْخُصُومَةُ كَانَ حُكْمُ الْقَاضِي بِتَنْفِيدِ الْخُصُومَةِ قَضَاءً بِالْدَّيْنِ لِلْعَائِبِ، وَالْقَضَاءُ عَلَى الْعَائِبِ وَلِلْعَائِبِ لَا يَجُوزُ، لِأَنَّ الْقَضَاءَ لِقَطْعِ الْخُصُومَةِ وَالْخُصُومَةُ مِنَ الْعَائِبِ غَيْرُ مُتَصَوَّرَةٍ (إِلَّا إِذَا رَأَاهُ الْقَاضِي) أَيُّ جَعَلَ ذَلِكَ رَأْيًا لَهُ وَحَكَمَ بِهِ فَحِينَئِذٍ يَجُوزُ، لِأَنَّ الْقَضَاءَ إِذَا لَاقَى

فَصَلَا مُجْتَهِدًا فِيهِ نَفَذَهُ. فَإِنْ قِيلَ: الْمُجْتَهِدُ فِيهِ نَفْسُ الْقَضَاءِ فَيَتَّبِعِي أَنْ يَتَوَقَّفَ نَفَاذُهُ عَلَى إِمضَاءِ قَاضٍ آخَرَ كَمَا لَوْ كَانَ الْقَاضِي مَحْدُودًا فِي قَذْفٍ. أُجِيبَ بِأَنَّ الْمُجْتَهِدَ فِيهِ سَبَبٌ لِلْقَضَاءِ وَهُوَ أَنَّ الْبَيِّنَةَ هَلْ تَكُونُ حُجَّةً مِنْ غَيْرِ خَصْمٍ حَاضِرٍ أَوْ لَا، فَإِذَا رَأَاهَا الْقَاضِي حُجَّةً وَقَضَى بِهَا نَفَذَ قِضَاؤُهُ كَمَا لَوْ قَضَى بِشَهَادَةِ الْمَحْدُودِ فِي الْقَذْفِ (قَوْلُهُ) ثُمَّ مَا كَانَ يُخَافُ عَلَيْهِ الْفَسَادُ يَبِيعُهُ الْقَاضِي ظَاهِرٌ. قَوْلُهُ وَمِنْ الثَّانِي الْأَخُ وَالْأُخْتُ) إِنَّمَا كَانَ مِنَ الثَّانِي لِأَنَّهَا تَفَقُّ ذِي الرَّحِمِ الْمَحْرَمِ (وَهِيَ مُجْتَهِدَةٌ فِيهَا فَلَا تَجِبُ إِلَّا بِالْقَضَاءِ أَوْ الرِّضَا) وَلِهَذَا لَمْ يَكُنْ لَهُمُ الْأَخْذُ بِذَوْنِ الْقَضَاءِ وَالرِّضَا. وَقَوْلُهُ (فَإِذَا لَمْ يَكُنْ ذَلِكَ) يَعْنِي الْمَلْبُوسَ وَالْمَطْعُومَ فِي مَالِهِ (قَوْلُهُ وَهَذَا) أَيُّ الَّذِي ذَكَرْتَاهُ مِنْ إِنْفَاقِ الْقَاضِي عَلَيْهِمْ مِنَ الدَّرَاهِمِ وَالْذَّنَانِيرِ (إِذَا كَانَتْ فِي يَدِ الْقَاضِي) وَهَذَا) أَيُّ الْاِحْتِيَاجِ إِلَى الْإِقْرَارِ إِنَّمَا هُوَ (إِذَا لَمْ يَكُونَا) أَيُّ الدَّيْنِ الْوَدِيعَةُ أَوْ النِّكَاحُ، وَالتَّسْبُ جَعْلُ الدَّيْنِ الْوَدِيعَةَ شَيْئًا وَاحِدًا، وَالنِّكَاحُ وَالتَّسْبُ كَذَلِكَ فَلِذَلِكَ ذَكَرَهُمَا بِلَفْظِ التَّنْبِيَةِ (قَوْلُهُ هَذَا هُوَ الصَّحِيحُ) اخْتِرَارًا عَنْ جَوَابِ الْقِيَاسِ وَهُوَ قَوْلُ زُفَرٍ إِنَّهُ لَا يُنْفِقُ مِنْهُمَا عَلَيْهِمْ بِالْإِقْرَارِ لِأَنَّ إِقْرَارَ الْمُودَعِ لَيْسَ بِحُجَّةٍ عَلَى الْغَائِبِ، وَهُوَ لَيْسَ بِخَصْمٍ عَنِ الْغَائِبِ وَلَا يُقْضَى عَلَى الْغَائِبِ إِذَا لَمْ يَكُنْ عَنْهُ خَصْمٌ حَاضِرٌ، وَلَكِنَّا نَقُولُ: الْمُودَعُ مُقَرَّبٌ بَأَنَّ مَا فِي يَدِهِ مِلْكُ الْغَائِبِ، وَأَنَّ لِلزَّوْجَةِ وَالْوَلَدِ حَقَّ الْإِنْفَاقِ مِنْهُ، وَإِقْرَارُ الْإِنْسَانِ فِيمَا فِي يَدِهِ مُعْتَبَرٌ فَيَتَّصِبُ هُوَ خَصْمًا بِاعْتِبَارِ مَا فِي يَدِهِ ثُمَّ يَتَعَدَّى الْقَضَاءُ مِنْهُ إِلَى الْمَفْقُودِ.

وَقَوْلُهُ (لَأَنَّ الْقَاضِي نَائِبٌ عَنْهُ) أُعْطِرَضَ عَلَيْهِ بِأَنَّ الْقَاضِي نَائِبٌ عَنِ الْغَائِبِ فِي الْقَبْضِ لِلْحِفْظِ وَلَا حِفْظَ فِي الْقَبْضِ لِلْإِنْفَاقِ عَلَى هَؤُلَاءِ فَلَا يَكُونُ نَائِبًا. وَأُجِيبَ بِأَنَّ الْقَاضِي نَائِبٌ عَنْهُ فِي إِبْفَاءِ مَا عَلَيْهِ مِنَ الْحُقُوقِ كَمَا هُوَ نَائِبٌ عَنْهُ فِي الْحِفْظِ وَلِهَذَا جَازَ لَهُ أَنْ يُوفِّيَ مَا عَلَيْهِ مِنَ الدَّيْنِ إِذَا عَلِمَ بِوُجُوبِهِ بِخِلَافِ الْمُودَعِ فَإِنَّهُ نَائِبٌ عَنْهُ فِي الْحِفْظِ فَقَطْ. فَإِنْ قُلْتُ: إِذَا دَفَعَ الْمُودَعُ بِغَيْرِ أَمْرِ الْقَاضِي وَجَبَ أَنْ لَا يَضْمَنَ لِأَنَّهُ دَفَعَهَا إِلَى مَنْ فِي عِيَالِ الْمُودَعِ وَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ فِي ذَلِكَ. أُجِيبَ بِأَنَّ الدَّفْعَ إِلَيْهِمْ لَا يُوجِبُهُ إِذَا كَانَ لِلْحِفْظِ وَالدَّفْعَ لِلْإِنْفَاقِ دَفْعٌ لِلْإِثْلَافِ. وَقَوْلُهُ (لَأَنَّ مَا يَدْعِيهِ لِلْغَائِبِ) مَعْنَاهُ أَنَّ الْخُصُومَةَ لَا تُسْمَعُ إِلَّا مِنَ الْمَالِكِ أَوْ نَائِبِهِ وَالْمَالِكُ غَائِبٌ وَلَا نَائِبَ لَهُ حَقِيقَةً لِأَنَّهُ لَمْ يُوَكَّلْ وَهُوَ ظَاهِرٌ، وَلَا حُكْمًا لِأَنَّ مَا يَدْعِيهِ لِلْغَائِبِ لَمْ يَتَّعِنَ لَهُ سَبَبًا لِثُبُوتِ حَقِّهِ (وَهُوَ

التَّفَقُّهَ لَأَنَّهُمَا كَمَا تَجِبُ فِي هَذَا الْمَالِ تَجِبُ فِي مَالٍ آخَرَ لِلْمَقْضُودِ وَلَا يَكُونُ الثَّابِتُ حُكْمًا إِلَّا فِي مِثْلِ ذَلِكَ، وَسَيَجِيءُ تَمَامُهُ فِي كِتَابِ الْقَضَاءِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

قَالَ (وَلَا يُفَرِّقُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ امْرَأَتِهِ) وَقَالَ مَالِكٌ: إِذَا مَضَى أَرْبَعُ سِنِينَ يُفَرِّقُ الْقَاضِي بَيْنَهُ وَبَيْنَ امْرَأَتِهِ وَتَعْتَدُ عِدَّةُ الْوَفَاةِ ثُمَّ تَتَزَوَّجُ مَنْ شَاءَتْ لِأَنَّ عُمَرَ ؓ هَكَذَا قَضَى فِي الَّذِي اسْتَهْوَاهُ الْجِنُّ بِالْمَدِينَةِ وَكَفَى بِهِ إِمَامًا، وَلَأَنَّهُ مَنَعَ حَقَّهَا بِالْغَيْبَةِ فَيُفَرِّقُ الْقَاضِي بَيْنَهُمَا بَعْدَ مَضِيِّ مُدَّةٍ اعْتِبَارًا بِالْإِيلَاءِ وَالْعُنَّةِ، وَبَعْدَ هَذَا الِاعْتِبَارِ أَخَذَ الْمِقْدَارَ مِنْهُمَا الْأَرْبَعَ مِنَ الْإِيلَاءِ وَالسِّنِينَ مِنَ الْعُنَّةِ عَمَلًا بِالشَّبْهَيْنِ. وَلَنَا «قَوْلُهُ ؓ» فِي امْرَأَةِ الْمَقْضُودِ أَنَّهَا امْرَأَتُهُ حَتَّى يَأْتِيَهَا الْبَيَانُ^(١). وَقَوْلُ عَلِيٍّ ؓ فِيهَا: هِيَ امْرَأَةٌ أَبْثَلْتُ فَلْتَصْبِرْ حَتَّى يَسْتَبِينَ مَوْتَ أَوْ طَلَاقٍ خَرَجَ بَيَانًا لِلْبَيَانِ الْمَذْكُورِ فِي الْمَرْفُوعِ، وَلَأَنَّ النِّكَاحَ عُرِفَ ثُبُوتُهُ وَالْغَيْبَةُ لَا تُوجِبُ الْفُرْقَةَ وَالْمَوْتُ فِي حَيْزِ الْإِحْتِمَالِ فَلَا يَزَالُ النِّكَاحُ بِالشَّكِّ، وَعُمَرُ ؓ رَجَعَ إِلَى قَوْلِ عَلِيٍّ ؓ وَلَا مُعْتَبَرٌ بِالْإِيلَاءِ لَأَنَّهُ كَانَ طَلَاقًا مُعْجَلًا فَاعْتَبِرَ فِي الشَّرْعِ مُؤْجَلًا فَكَانَ مُوجِبًا لِلْفُرْقَةِ، وَلَا بِالْعُنَّةِ لَأَنَّ الْغَيْبَةَ تَعْقُبُ الْأَوْدَةَ، وَالْعُنَّةُ فَلَمَّا تَنَحَّلَ بَعْدَ اسْتِمْرَارِهَا سَنَةً.

الشرح:

قَالَ (وَلَا يُفَرِّقُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ امْرَأَتِهِ) كَلَامُهُ وَاضِحٌ، وَقِصَّةُ مَنْ اسْتَهْوَاهُ الْجِنُّ: أَيْ جَرَّهَتْ إِلَى الْمَهَاوِي وَهِيَ الْمَهَالِكُ مَا رَوَى عَبْدُ الرَّحْمَنِ بْنُ أَبِي لَيْلَى قَالَ: أَنَا لَقِيتُ الْمَقْضُودَ فَحَدَّثَنِي حَدِيثَهُ قَالَ: أَكَلْتُ خَزِيرًا فِي أَهْلِي فَخَرَجْتُ فَأَخَذَنِي نَفَرٌ مِنَ الْجِنِّ فَمَكَّنْتُ فِيهِمْ، ثُمَّ بَدَأَ لَهُمْ فِي عَنِّي فَأَعْتَقُونِي ثُمَّ أَتَوْا بِي قَرِيبًا مِنَ الْمَدِينَةِ فَقَالُوا: أَتَعْرِفُ الْخَلِيلَ؟ فَقُلْتُ: نَعَمْ، فَخَلُّوا عَنِّي، فَجِئْتُ فَإِذَا عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ قَدْ أَبَانَ امْرَأَتِي بَعْدَ أَرْبَعِ سِنِينَ وَحَاضَتْ وَانْقَضَتْ عِدَّتُهَا وَتَزَوَّجَتْ، فَخَيَّرَنِي عُمَرُ ؓ بَيْنَ أَنْ يَرُدَّهَا عَلَيَّ وَبَيْنَ الْمَهْرِ.

قَالَ مَالِكٌ: وَهَذَا مِمَّا لَا يَذَرُكَ بِالْقِيَاسِ فَيُحْمَلُ عَلَى الْمَسْمُوعِ مِنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَلَأَنَّهُ مَنَعَ حَقَّهَا بِالْغَيْبَةِ فَيُفَرِّقُ الْقَاضِي بَيْنَهُمَا بَعْدَ مَضِيِّ مُدَّةٍ اعْتِبَارًا بِالْإِيلَاءِ وَالْعُنَّةِ وَالْجَامِعُ بَيْنَهُمَا مَنَعُ الزَّوْجِ حَقَّ الْمَرْأَةِ وَرَفْعُ الضَّرَرِ عَنْهَا، فَإِنَّ الْعَيْنَ يُفَرِّقُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ امْرَأَتِهِ بَعْدَ مَضِيِّ سَنَةٍ لِرَفْعِ الضَّرَرِ عَنْهَا، وَبَيْنَ الْمَوْلَى وَامْرَأَتِهِ بَعْدَ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ لِرَفْعِ الضَّرَرِ

(١) أخرجه الدارقطني في السنن (٣/٣١٢)، وانظر نصب الراية (٣/٧١٨).

عَنْهَا، وَلَكِنْ عُدَّ الْمَفْقُودُ أَظْهَرُ مِنْ عُدِّ الْمَوْلَى وَالْعَيْنِ، فَيَتَعَيَّنُ فِي حَقِّهِ الْمَدَّتَانِ فِي التَّرْبِصِ بِأَنْ تُجْعَلَ السَّنُونَ مَكَانَ الشُّهُورِ فَتَرَبَّصُ أَرْبَعَ سِنِينَ (عَمَلًا بِالشَّبْهَيْنِ) (قَوْلُهُ وَلَنَا) ظَاهِرٌ. وَحَاصِلُهُ أَنَّ الْبَيَانَ فِي الْحَدِيثِ الْمَرْفُوعِ إِلَى النَّبِيِّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ مُجْمَلٌ، وَقَوْلُ عَلِيٍّ ؑ خَرَجَ بَيَانًا لِدَلَالَةِ الْمُبْهَمِ (قَوْلُهُ وَعُمَرُ ؓ رَجَعَ إِلَى قَوْلِ عَلِيٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ) رَوَاهُ ابْنُ أَبِي لَيْلَى (قَوْلُهُ وَلَا مُعْتَبَرٌ بِالْإِلْيَاءِ) جَوَابٌ عَنْ قِيَاسِ مَالِكٍ فِي صُورَةِ التَّرَاعِ عَلَى الْإِلْيَاءِ وَهُوَ ظَاهِرٌ، فَإِنَّ الْإِلْيَاءَ إِذَا كَانَ طَلَاقًا كَانَ مُزِيلًا لِلْمَلِكِ، بِخِلَافِ الْمَفْقُودِ فَإِنَّهُ لَمْ يَظْهَرْ مِنْهُ طَلَاقٌ لَا مُعْجَلٌ وَلَا مُؤَجَّلٌ (قَوْلُهُ وَلَا بِالْعِنَّةِ) جَوَابٌ عَنْ الْقِيَاسِ بِالْعِنَّةِ. وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ الْعِنَّةَ بَعْدَ مَا اسْتَمَرَّتْ سَنَةً كَانَتْ طَبِيعَةً وَالطَّبِيعَةُ لَا تُنْحَلُ فَنَاتِ حَقُّهَا عَلَى التَّائِيدِ فَيَفْرَقُ بَيْنَهُمَا بَعْدَ سَنَةٍ دَفْعًا لِلضَّرَرِ عَنْهَا، بِخِلَافِ امْرَأَةِ الْمَفْقُودِ فَإِنَّ حَقَّهَا مَرَجُوٌّ قَبْلَ مُضِيِّ أَرْبَعِ سِنِينَ وَبَعْدَهُ.

قَالَ (وَإِذَا تَمَّ لَهُ مِائَةٌ وَعِشْرُونَ سَنَةً مِنْ يَوْمِ وُلِدَ حَكَمْنَا بِمَوْتِهِ) قَالَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ؛ وَهَذِهِ رِوَايَةُ الْحَسَنِ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ: وَفِي ظَاهِرِ الْمَذْهَبِ يُقَدَّرُ بِمَوْتِ الْأَقْرَانِ، وَفِي الْمَرْوِيِّ عَنْ أَبِي يُوسُفَ بِمِائَةِ سَنَةٍ، وَقَدَّرَهُ بَعْضُهُمْ بِتِسْعِينَ، وَالْأَقْيَسُ أَنْ لَا يُقَدَّرَ بِشَيْءٍ. وَالْأَرْفَقُ أَنْ يُقَدَّرَ بِتِسْعِينَ، وَإِذَا حُكِمَ بِمَوْتِهِ اعْتَدَّتْ امْرَأَتُهُ عِدَّةَ الْوَفَاةِ مِنْ ذَلِكَ الْوَقْتِ (وَيُقَسَّمُ مَالُهُ بَيْنَ وَرَثَتِهِ الْمَوْجُودِينَ فِي ذَلِكَ الْوَقْتِ) كَأَنَّهُ مَاتَ فِي ذَلِكَ الْوَقْتِ مُعَايَنَةً إِذَ الْحُكْمِ مُعْتَبَرٌ بِالْحَقِيقِيِّ (وَمَنْ مَاتَ قَبْلَ ذَلِكَ لَمْ يَرِثْ مِنْهُ) لِأَنَّهُ لَمْ يُحْكَمْ بِمَوْتِهِ فِيهَا فَصَارَ كَمَا إِذَا كَانَتْ حَيَاتُهُ مَعْلُومَةً (وَلَا يَرِثُ الْمَفْقُودُ أَحَدًا مَاتَ فِي حَالِ فَقْدِهِ) لِأَنَّ بَقَاءَهُ حَيًّا فِي ذَلِكَ الْوَقْتِ بِاسْتِصْحَابِ الْحَالِ وَهُوَ لَا يَصْلُحُ حُجَّةً فِي الْاسْتِحْقَاقِ

الشرح:

(قَوْلُهُ وَإِذَا تَمَّ لَهُ مِائَةٌ وَعِشْرُونَ سَنَةً) اخْتَلَفَتْ رِوَايَاتُ أَصْحَابِنَا فِي مُدَّةِ الْمَفْقُودِ؛ فَرَوَى الْحَسَنُ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهَا مِائَةٌ وَعِشْرُونَ سَنَةً مِنْ يَوْمِ وُلِدَ، فَإِذَا مَضَتْ هَذِهِ الْمُدَّةُ حَكَمْنَا بِمَوْتِهِ. قِيلَ: وَهَذَا يَرْجِعُ إِلَى قَوْلِ أَهْلِ الطَّبَائِعِ وَالنُّجُومِ فَإِنَّهُمْ يَقُولُونَ: لَا يَجُوزُ أَنْ يَعِيشَ أَحَدٌ أَكْثَرَ مِنْ هَذِهِ الْمُدَّةِ، وَفِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ يُقَدَّرُ بِمَوْتِ الْأَقْرَانِ فَإِنَّهُ إِذَا لَمْ يَبْقَ أَحَدٌ مِنْ أَقْرَانِهِ حَيًّا حُكِمَ بِمَوْتِهِ لِأَنَّ مَا تَقَعُ الْحَاجَةُ إِلَى مَعْرِفَتِهِ فَطَرِيقُهُ فِي الشَّرْعِ الرَّجُوعُ إِلَى أَمْثَالِهِ كَقِيمِ الْمُتْلِفَاتِ وَمَهْرٍ مِثْلِ النِّسَاءِ، وَبَقَاؤُهُ بَعْدَ مَوْتِ جَمِيعِ أَقْرَانِهِ نَادِرٌ

وَبِنَاءُ الْأَحْكَامِ الشَّرْعِيَّةِ عَلَى الظَّاهِرِ دُونَ النَّادِرِ، وَهَلْ يُعْتَبَرُ بِأَقْرَانِهِ فِي جَمِيعِ الدُّنْيَا أَوْ فِي الْإِقْلِيمِ الَّذِي هُوَ فِيهِ ذِكْرَتَاهُ فِي شَرْحِ الْفَرَائِضِ السَّرَاجِيَّةِ، وَفِي الْمَرْوِيِّ عَنْ أَبِي يُوسُفَ بِمِائَةِ سَنَةٍ لَأَنَّ الظَّاهِرَ أَنْ لَا يَعِيشَ أَحَدٌ فِي زَمَانِنَا أَكْثَرَ مِنْ مِائَةِ سَنَةٍ، وَقَدَّرَ بَعْضُهُمْ بِتَسْعِينَ لَأَنَّهُ مُتَوَسِّطٌ لَيْسَ بِغَالِبٍ وَلَا نَادِرٍ، وَالْأَقْبَسُ أَفْعَلُ تَفْضِيلٍ لِلْمَفْعُولِ وَهُوَ الْمَقْسُوعُ عَلَى طَرِيقِ الشَّدُودِ كَقَوْلِهِمْ: أَشْغَلُ مِنْ ذَاتِ التَّحْيِينِ أَنْ لَا يُقَدَّرَ بِشَيْءٍ مِنْ الْمَقْدَرَاتِ كَالْمِائَةِ وَالتَّسْعِينَ وَلَكِنَّهُ يُقَدَّرُ بِمَوْتِ الْأَقْرَانِ، لَأَنَّهُ لَوْ لَمْ يُقَدَّرَ بِشَيْءٍ أَصْلًا لَتَعَطَّلَ حُكْمُ الْمَفْقُودِ، وَالْأَرْفَقُ أَنْ يُقَدَّرَ بِتَسْعِينَ لَأَنَّهُ أَقْلُ مَا ذُكِرَ فِيهِ مِنَ الْمَقَادِيرِ (قَوْلُهُ وَإِذَا حُكِمَ بِمَوْتِهِ) ظَاهِرٌ.

(وَكَذَلِكَ لَوْ أَوْصَى لِلْمَفْقُودِ وَمَاتَ الْمُوصِي) ثُمَّ الْأَصْلُ أَنَّهُ لَوْ كَانَ مَعَ الْمَفْقُودِ وَارِثٌ لَا يُحْجَبُ بِهِ وَلَكِنَّهُ يُنْتَقَصُ حَقُّهُ بِهِ يُعْطَى أَقْلُ النَّصِيبِينَ وَيُوقَفُ الْبَاقِي وَإِنْ كَانَ مَعَهُ وَارِثٌ يُحْجَبُ بِهِ لَا يُعْطَى أَصْلًا. بَيَانُهُ: رَجُلٌ مَاتَ عَنْ ابْنَتَيْنِ وَابْنٍ مَفْقُودٍ وَابْنِ ابْنٍ وَبَنَتِ ابْنٍ وَالْمَالُ فِي يَدِ الْأَجْنَبِيِّ وَتَصَادَقُوا عَلَى فَقْدِ الْإِبْنِ وَطَلَبَتِ الْابْنَتَانِ الْمِيرَاثَ تُعْطَيَانِ النِّصْفَ لَأَنَّهُ مُتَيَقَّنٌ بِهِ وَيُوقَفُ النِّصْفُ الْآخَرُ وَلَا يُعْطَى وَلَدُ الْإِبْنِ لِأَنَّهُمْ يُحْجَبُونَ بِالْمَفْقُودِ، وَلَوْ كَانَ حَيًّا فَلَا يَسْتَحِقُّونَ الْمِيرَاثَ بِالشُّكِّ (وَلَا يُنْزَعُ مِنْ يَدِ الْأَجْنَبِيِّ إِلَّا إِذَا ظَهَرَتْ مِنْهُ خِيَانَةٌ) وَتَطْيِيرُ هَذَا الْحَمَلِ فَإِنَّهُ يُوقَفُ لَهُ مِيرَاثُ ابْنٍ وَاحِدٍ عَلَى مَا عَلَيْهِ الْفَتَوَى، وَلَوْ كَانَ مَعَهُ وَارِثٌ آخَرُ إِنْ كَانَ لَا يَسْقُطُ بِحَالٍ وَلَا يَتَغَيَّرُ بِالْحَمَلِ يُعْطَى كُلُّ نَصِيبِهِ، وَإِنْ كَانَ مِمَّنْ يَسْقُطُ بِالْحَمَلِ لَا يُعْطَى، وَإِنْ كَانَ مِمَّنْ يَتَغَيَّرُ بِهِ يُعْطَى الْأَقْلُ لِلتَّيَقُّنِ بِهِ كَمَا فِي الْمَفْقُودِ وَقَدْ شَرَحْنَاهُ فِي كِفَايَةِ الْمُنْتَهَى بِأَنَّهُ مِنْ هَذَا، وَاللَّهُ أَعْلَمُ..

الشرح:

وَكَذَلِكَ لَوْ أَوْصَى لِلْمَفْقُودِ وَمَاتَ الْمُوصِي) أَيُّ لَا تَصِحُّ الْوَصِيَّةُ بَلْ تُوقَفُ. وَذُكِرَ فِي الذَّخِيرَةِ: وَإِذَا أَوْصَى رَجُلٌ لِلْمَفْقُودِ بِشَيْءٍ فَإِنِّي لَا أَقْضِي بِهَا وَلَا أُبْطِلُهَا حَتَّى يَظْهَرَ حَالُ الْمَفْقُودِ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ أُخْتُ الْمِيرَاثِ، وَفِي الْمِيرَاثِ تُحْبَسُ حَصَّةُ الْمَفْقُودِ إِلَى أَنْ يَظْهَرَ حَالُهُ، فَكَذَلِكَ فِي الْوَصِيَّةِ، وَالْأَصْلُ الْمَذْكُورُ فِي الْكِتَابِ ظَاهِرٌ (قَوْلُهُ وَتَصَادَقُوا) أَيُّ الْوَرِثَةُ الْمَذْكُورُونَ وَالْأَجْنَبِيُّ، وَإِنَّمَا قِيدَ بِالتَّصَادُقِ لِأَنَّ الْأَجْنَبِيَّ الَّذِي فِي يَدِهِ الْمَالُ إِذَا قَالَ قَدْ مَاتَ الْمَفْقُودُ قَبْلَ أَبِيهِ فَإِنَّهُ يُجْبَرُ عَلَى دَفْعِ الثَّلَاثِينَ إِلَى الْبَتْنَيْنِ، لِأَنَّ

إِقْرَارَ ذِي الْيَدِ فِيمَا فِي يَدِهِ مُعْتَبَرٌ، وَقَدْ أَقْرَأَ أَنَّ ثُلْثِي مَا فِي يَدِهِ لَهَا فَيَجْبَرُ عَلَى تَسْلِيمِ ذَلِكَ إِلَيْهِمَا.

وَقَوْلُ أَوْلَادِ الْإِبْنِ أَبُوْنَا مَفْقُودٌ لَا يَمْنَعُ إِقْرَارَ ذِي الْيَدِ لَأَنَّهُمْ لَا يَدْعُونَ لِأَنفُسِهِمْ شَيْئًا بِهَذَا الْقَوْلِ وَيُوقَفُ الْبَاقِي عَلَى يَدِ ذِي الْيَدِ حَتَّى يَظْهَرَ مُسْتَحَقُّهُ، هَذَا إِذَا أَقْرَأَ مَنْ فِي يَدِهِ الْمَالَ، أَمَّا لَوْ جَحَدَ أَنْ يَكُونَ الْمَالَ فِي يَدِهِ لِلْمَيِّتِ فَأَقَامَتِ الْبَيِّنَاتُ الْبَيِّنَةُ أَنَّ أَبَاهُمَا مَاتَ وَتَرَكَ الْمَالَ مِيرَاثًا لَهَا وَلَأَخِيهِمَا الْمَفْقُودِ، فَإِنْ كَانَ حَيًّا فَهُوَ الْوَارِثُ مَعَهُمَا، وَإِنْ كَانَ مَيِّتًا فَوَلَدُهُ الْوَارِثُ مَعَهُمَا فَإِنَّهُ يَدْفَعُ إِلَى الْبَيِّنَتَيْنِ النِّصْفَ لَأَنَّهُمَا بِهَذِهِ الْبَيِّنَةِ ثُبُتَانِ الْمَلِكِ لَأَيِّهِمَا فِي هَذَا الْمَالَ وَالْأَبُ مَيِّتٌ وَأَحَدُ الْوَرَثَةِ يَنْتَصِبُ خَصْمًا عَنِ الْمَيِّتِ فِي اثْبَاتِ الْمَلِكِ لَهُ بِالْبَيِّنَةِ، وَإِذَا ثَبَتَ ذَلِكَ يُدْفَعُ إِلَيْهِمَا الْمُتَبَقُّنَ وَهُوَ النِّصْفُ، وَيُوقَفُ النِّصْفُ الْبَاقِي عَلَى يَدِ عَدْلٍ، لِأَنَّ الَّذِي فِي يَدِهِ جَحَدَ وَهُوَ غَيْرُ مُؤْتَمِّنٍ عَلَيْهِ، وَإِنَّمَا قِيدَ بِقَوْلِهِ وَالْمَالَ فِي يَدِ أَجْنَبِيٍّ لِأَنَّهُ إِذَا كَانَ فِي يَدِ الْبَيِّنَتَيْنِ وَالْمَسْأَلَةُ بِحَالِهَا فَإِنَّ الْقَاضِيَّ لَا يَنْبَغِي لَهُ أَنْ يُحَوِّلَ الْمَالَ مِنْ مَوْضِعِهِ وَلَا يَقِفَ مِنْهُ شَيْئًا لِلْمَفْقُودِ، وَمُرَادُهُ بِهَذَا اللَّفْظِ أَنَّهُ لَا يُخْرِجُ شَيْئًا مِنْ أَيْدِيهِمَا لِأَنَّ النِّصْفَ صَارَ بَيْنَهُمَا بَيِّعِينَ وَالنِّصْفَ الْبَاقِي لِلْمَفْقُودِ مِنْ وَجْهِ.

وَيُرِيدُ بِقَوْلِهِ وَلَا يَقِفُ مِنْهُ شَيْئًا لِلْمَفْقُودِ أَنْ لَا يَجْعَلَ شَيْئًا مِمَّا فِي يَدِ الْبَيِّنَتَيْنِ مِلْكًا لِلْمَفْقُودِ عَلَى الْحَقِيقَةِ، وَكَذَلِكَ لَوْ كَانَ الْمَالَ فِي يَدِ وَلَدِي الْإِبْنِ الْمَفْقُودِ فَطَلَبَتْ الْبَيِّنَاتُ مِيرَاثَهُمَا وَاتَّفَقُوا عَلَى أَنَّ الْإِبْنَ مَفْقُودٌ فَإِنَّهُ تُعْطَى الْبَيِّنَاتُ النِّصْفَ وَهُوَ أَذْنَى مَا يُصِيبُهُمَا وَتَرَكَ الْبَاقِي فِي يَدِ وَلَدِي الْإِبْنِ الْمَفْقُودِ مِنْ غَيْرِ أَنْ يُقْضَى بِهِ لَهَا وَلَا لِأَيِّهِمَا، لِأَنَّا لَوْ قَدَرْنَا الْإِبْنَ الْمَفْقُودَ مَيِّتًا كَانَ نَصِيبُهُمَا الثُّلُثَيْنِ فَكَانَ النِّصْفُ مُتَقَبَّلًا بِهِ. قَوْلُهُ (وَنَظِيرُ هَذَا) يَعْنِي الْمَفْقُودَ الْحَمْلُ فِي حَقِّ تَوْقُفِ النِّصْفِ فَإِنَّهُ يُوقَفُ لَهُ مِيرَاثُ ابْنٍ وَاحِدٍ عَلَى مَا عَلَيْهِ الْفَتَوَى، وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ فِي الرَّسَالَةِ وَشَرَحْنَاهَا وَشَرَحَ الْفَرَائِضَ السَّرَاجِيَّةَ فِي عِلْمِ الْفَرَائِضِ.

قَوْلُهُ (وَلَوْ كَانَ مَعَهُ) أَيِّ مَعَ الْحَمْلِ (وَارِثٌ آخَرُ) إِنْ كَانَ لَا يَسْقُطُ بِحَالٍ وَلَا يَتَغَيَّرُ بِالْحَمْلِ يُعْطَى كُلُّ نَصِيبِهِ، كَمَا إِذَا تَرَكَ امْرَأَةً حَامِلًا وَجَدَّةً فَإِنَّ لِلْجَدَّةِ السُّدُسَ لِأَنَّهُ لَا يَتَغَيَّرُ فَرَضُهَا بِالْحَمْلِ، وَكَذَلِكَ إِذَا تَرَكَ ابْنًا وَامْرَأَةً حَامِلًا فَإِنَّ الْمَرْأَةَ تُعْطَى الثُّمَنَ لِأَنَّهُ لَا يَتَغَيَّرُ فَرِضَتُهَا وَإِنْ كَانَ مِمَّنْ يَسْقُطُ بِالْحَمْلِ لَا تُعْطَى كَابْنِ الْإِبْنِ وَالْأَخِ أَوْ

العم، فإنه لو ترك امرأة حاملا وأخا أو عمًا لا يُعطى الأخ والعم شيئًا، لأن من الجائز أن يكون الحمل ابناً فيسقط معه الأخ والعم، فلما كان ممن يسقط بحال كان أصل الاستحقاق له مشكوكًا فلا يُعطى شيئًا لذلك، وإن كان ممن يتغير به يُعطى الأقل المتيقن به كالزوجة والأم، فإنه إن كان الحمل حيًا ترث الزوجة الثمن والأم السدس، وإن لم يكن حيًا فهما يرثان الربع والثلث فتعطيان الثمن والسدس للتيقن كما في المفقود: يعني أنه إذا مات الرجل وترك جدةً وابناً مفقوداً فللجدة السدس كما ذكرنا في الحمل لأنه لا يتغير نصيبها، وكذلك لو ترك أخاً وابناً مفقوداً لا يُعطى الأخ شيئًا، وكذلك لو ترك أمًا وابناً مفقوداً فإنه إن كان المفقود حيًا تستحق الأم السدس، وإن كان ميتًا تستحق الثلث كما في الحمل، والله أعلم.

كتاب الشَّرَكَةِ

(الشَّرَكَةُ جَائِزَةٌ) «لأنه» بَعَثَ وَالنَّاسُ يَتَعَامَلُونَ بِهَا فَقَرَّرَهُمْ عَلَيْهِ،

الشرح:

(كتاب الشَّرَكَةِ): مُنَاسِبَةٌ تَرْتِبُ الْأَبْوَابِ الْمَارَّةِ انْسَاقَتْ إِلَى هَاهُنَا عَلَى الْوُجُوهِ الْمَذْكُورَةِ. وَلَمَّا كَانَ لِلشَّرَكَةِ مُنَاسِبَةٌ خَاصَّةٌ بِالْمَفْقُودِ مِنْ حَيْثُ إِنَّ نَصِيبَ الْمَفْقُودِ مِنْ مَالِ مُورَثِهِ مُخْتَلَطٌ بِنَصِيبِ غَيْرِهِ كَاخْتِلَاطِ الْمَالَيْنِ فِي الشَّرَكَةِ ذَكَرَهَا عَقِيْبُهُ وَهِيَ عِبَارَةٌ عَنْ اخْتِلَاطِ نَصِيبَيْنِ فَصَاعِدًا بَحَيْثُ لَا يُعْرَفُ أَحَدُ النَّصِيبَيْنِ مِنَ الْآخَرِ ثُمَّ سُمِّيَ الْعَقْدُ الْخَاصُّ بِهَا وَإِنْ لَمْ يُوجَدْ اخْتِلَاطُ النَّصِيبَيْنِ لِأَنَّ الْعَقْدَ سَبَّبَ لَهُ، وَالشَّرَكَةُ جَائِزَةٌ لِأَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ بَعَثَ وَالنَّاسُ يَتَعَامَلُونَ بِهَا فَقَرَّرَهُمْ عَلَيْهِ وَتَعَامَلَهَا النَّاسُ مِنْ لَدُنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ إِلَى يَوْمِنَا هَذَا مِنْ غَيْرِ نَكِيرٍ مُنْكَرٍ.

قال (الشَّرَكَةُ ضَرْبَانِ: شِرْكَةُ أَمْلَاكٍ، وَشِرْكَةُ عُقُودٍ. فَشِرْكَةُ الْأَمْلَاكِ: الْعَيْنُ يَرِثُهَا رَجُلَانِ أَوْ يَشْتَرِيَانِهَا فَلَا يَجُوزُ لِأَحَدِهِمَا أَنْ يَتَصَرَّفَ فِي نَصِيبِ الْآخَرِ إِلَّا بِإِذْنِهِ، وَكُلُّ مِنْهُمَا فِي نَصِيبِ صَاحِبِهِ كَالْأَجْنَبِيِّ) وَهَذِهِ الشَّرَكَةُ تَتَحَقَّقُ فِي غَيْرِ الْمَذْكُورِ فِي الْكِتَابِ كَمَا إِذَا أَتَاهُ رَجُلَانِ عَيْنًا أَوْ مَلَكَاها بِالْاِسْتِئْذَانِ أَوْ اخْتَلَطَ مَالُهُمَا مِنْ غَيْرِ صُنْعِ أَحَدِهِمَا أَوْ بَخْلَطِهِمَا خَلَطًا يَمْنَعُ التَّمْيِيزَ رَأْسًا أَوْ إِلَّا بِحَرْجٍ، وَيَجُوزُ بَيْعُ أَحَدِهِمَا نَصِيبَهُ مِنْ شَرِيكِهِ فِي جَمِيعِ الصُّوَرِ وَمِنْ غَيْرِ شَرِيكِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ إِلَّا فِي صُورَةِ الْخَلَطِ وَالْاِخْتِلَاطِ فَإِنَّهُ لَا يَجُوزُ إِلَّا بِإِذْنِهِ، وَقَدْ بَيَّنَّا الْفَرْقَ فِي كِفَايَةِ الْمُنْتَهَى.

الشرح:

وهي على ضربين: شركة أملاك، وشركة عقود، وكلامه ظاهر. وقوله (خلطاً يمنع التمييز رأساً) كخلط الحنطة بالحنطة، أو إلا بخرج كخلطها بالشعير. وقوله (فإنه لا يجوز) يعني البيع (من الأجنبي) إلا بإذن شريكه. وقوله (وقد بينا الفرق في كفاية المنتهى) قيل الفرق أن خلط الجنس بالجنس على سبيل التعدّي سبب لزوال الملك عن المخلوط إلى الخاطئ، فإذا حصل بغير تعدّد كان سبب الزوال ثابتاً من وجه دون وجه، فاعتبر نصيب كل واحد زائلاً إلى الشريك في حق البيع من الأجنبي غير زائل في حق البيع من الشريك كأنه يبيع ملك نفسه عملاً بالشبهين.

(والضرب الثاني: شركة العقود، وزكناها الإيجاب والقبول، وهو أن يقول أحدهما شاركك في كذا وكذا ويقول الآخر قبلت) وشرطه أن يكون التصرف المعقود عليه عقد الشركة قابلاً للوكالة ليكون ما يستفاد بالتصرف مشتركاً بينهما فيتحقق حكمه المطلوب منه.

الشرح:

وقوله (قابلاً للوكالة) احتراز عن الشركة في التكدّي والاختشاش والاختطاب والاصطباد، فإن الملك في هذه الصور يقع لمن باشر سببه خاصاً لا على وجه الاشتراك: أي شركة العقود كلها متضمنة لعقد الوكالة، ثم شركة المفاوضة من بينها مخصوصة بتضمن عقد الكفالة. ثم علل تضمن هذه العقود الكفالة بقوله (ليكون ما يستفاد بالتصرف مشتركاً بينهما فيتحقق حكمه المطلوب منه) أي من عقد الشركة، وشرح هذا أن هذه العقود إنما تضمنت الوكالة لأن من حكم الشركة ثبوت الاشتراك في المستفاد بالتجارة، ولا يصير المستفاد بالتجارة مشتركاً بينهما إلا أن يكون كل واحد منهما وكيلاً عن صاحبه في النصف وفي النصف عاملاً لنفسه حتى يصير المستفاد مشتركاً بينهما فصار كل واحد منهما وكيلاً عن صاحبه بمقتضى عقد الشركة.

(ثم هي أربعة أوجه: مفاوضة، وعنان، وشركة الصنائع، وشركة الوجوه. فأما شركة المفاوضة فهي أن يشترك الرجلان في مالهما وتصرفهما ودينهما)

لأنَّهَا شِرْكَةٌ عَامَّةٌ فِي جَمِيعِ التَّجَارَاتِ يُفَوِّضُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَمْرَ الشَّرِكَةِ إِلَى صَاحِبِهِ عَلَى الْإِطْلَاقِ إِذْ هِيَ مِنَ الْمَسَاوَةِ، قَالَ قَائِلُهُمْ:

لَا يُصْلِحُ النَّاسُ فَوْضَى لَا سُرَاةَ لَهُمْ وَلَا سُرَاةَ إِذَا جُهِلَ لَهُمْ سَادُوا
أَيُّ مُتَسَاوِينَ. فَلَا بُدَّ مِنْ تَحْقِيقِ الْمَسَاوَةِ ابْتِدَاءً وَانْتِهَاءً وَذَلِكَ فِي الْمَالِ، وَالْمُرَادُ بِهِ مَا
تَصِحُّ الشَّرِكَةُ فِيهِ، وَلَا يُعْتَبَرُ التَّفَاضُلُ فِيمَا لَا يَصِحُّ الشَّرِكَةُ فِيهِ، وَكَذَا فِي التَّصَرُّفِ،
لأنَّه لَوْ مَلَكَ أَحَدُهُمَا تَصَرُّفًا لَا يَمْلِكُ الْآخَرُ لَفَاتَ التَّسَاوِي، وَكَذَلِكَ فِي الدَّيْنِ لَمَّا تُبَيَّنَ
إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى، وَهَذِهِ الشَّرِكَةُ جَائِزَةٌ عِنْدَنَا اسْتِحْسَانًا. وَفِي الْقِيَاسِ لَا تَجُوزُ، وَهُوَ
قَوْلُ الشَّافِعِيِّ. وَقَالَ مَالِكٌ: لَا أَعْرِفُ مَا الْمَفَاوِضَةُ. وَجَهُ الْقِيَاسِ أَنَّهَا تَضُمَّنَتِ الْوَكَالَتَ
بِمَجْهُولِ الْجِنْسِ وَالْكَفَالَةَ بِمَجْهُولٍ، وَكُلُّ ذَلِكَ بِانْفِرَادِهِ فَاسِدٌ.

وَجَهُ الْاسْتِحْسَانِ قَوْلُهُ ﷺ «فَاوْضُوا فَإِنَّهُ أَعْظَمُ لِلْبَرَكَةِ» ^(١) وَكَذَا النَّاسُ
يُعَامِلُونَهَا مِنْ غَيْرِ تَكْيِيرٍ وَبِهِ يَتْرَكُ الْقِيَاسُ وَالْجَهَالَةُ مُتَحَمِّلَةٌ تَبَعًا كَمَا فِي الْمَضَارِبَةِ وَلَا
تَتَعَقَّدُ إِلَّا بِلَفْظَةِ الْمَفَاوِضَةِ لِبُعْدِ شَرَائِطِهَا عَنْ عِلْمِ الْعَوَامِّ، حَتَّى لَوْ بَيَّنَّا جَمِيعَ مَا تَقْتَضِيهِ
تَجُوزُ لِأَنَّ الْمُعْتَبَرَ هُوَ الْمَعْنَى.

قَالَ (فَتَجُوزُ بَيْنَ الْحَرِّينِ الْكَبِيرَيْنِ مُسْلِمَيْنِ أَوْ ذِمِّيَّيْنِ لَتَحَقُّقِ التَّسَاوِي، وَإِنْ كَانَ
أَحَدُهُمَا كِتَابِيًّا وَالْآخَرُ مَجُوسِيًّا تَجُوزُ أَيْضًا) لَمَّا قُلْنَا (وَلَا تَجُوزُ بَيْنَ الْحُرِّ وَالْمَمْلُوكِ وَلَا
بَيْنَ الصَّبِيِّ وَالْبَالِغِ) لِانْعِدَامِ الْمَسَاوَةِ، لِأَنَّ الْحُرَّ الْبَالِغَ يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ وَالْكَفَالَةَ، وَالْمَمْلُوكُ
لَا يَمْلِكُ وَاحِدًا مِنْهُمَا إِلَّا بِإِذْنِ الْمَوْلَى، وَالصَّبِيُّ لَا يَمْلِكُ الْكَفَالَةَ وَلَا يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ إِلَّا
بِإِذْنِ الْوَلِيِّ. قَالَ (وَلَا بَيْنَ الْمُسْلِمِ وَالْكَافِرِ) وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: يَجُوزُ لِلتَّسَاوِي بَيْنَهُمَا فِي الْوَكَالَةِ وَالْكَفَالَةِ، وَلَا مُعْتَبَرُ بَرِيَّةٍ
تَصَرُّفٍ يَمْلِكُهُ أَحَدُهُمَا كَالْمَفَاوِضَةِ بَيْنَ الشُّفْعَوِيِّ وَالْحَنْفِيِّ فَإِنَّهَا جَائِزَةٌ. وَيَتَفَاوَتَانِ فِي
التَّصَرُّفِ فِي مَتْرُوكِ التَّسْمِيَةِ، إِلَّا أَنَّهُ يُكْرَهُ لِأَنَّ الدِّمِّيَّ لَا يَهْتَدِي إِلَى الْجَائِزِ مِنَ الْعُقُودِ.
وَلَهُمَا أَنَّهُ لَا تَسَاوِي فِي التَّصَرُّفِ، فَإِنَّ الدِّمِّيَّ لَوْ اشْتَرَى بِرَأْسِ الْمَالِ خُمُورًا أَوْ خَنَازِيرَ
صَحَّ، وَلَوْ اشْتَرَاهَا مُسْلِمٌ لَا يَصِحُّ.

(١) قال الزيلعي في نصب الراية (٣/٧٢٢): غريب.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (تَمَّ هِيَ أَرْبَعَةٌ أَوْجُهُ) ذَكَرَ فِي وَجْهِ الْحَصْرِ عَلَى ذَلِكَ أَنَّ الشَّرِيكَينِ إِمَّا أَنْ يَذْكُرَا الْمَالَ فِي الْعَقْدِ أَوْ لَا. فَإِنْ ذَكَرَا، فَيَأْتِي أَنْ يَلْزَمَ اشْتِرَاطُ الْمُسَاوَاةِ فِي ذَلِكَ الْمَالِ فِي رَأْسِهِ وَرَبْحِهِ أَوْ لَا. فَإِنْ لَزِمَ فَهِيَ الْمُفَاوِضَةُ وَإِلَّا فَالْعِنَانُ، وَإِنْ لَمْ يَذْكُرَاهُ فَيَأْتِي أَنْ يُشْتَرَطَ الْعَمَلُ فِيمَا بَيْنَهُمَا فِي مَالِ الْغَيْرِ أَوْ لَا، فَالْأَوَّلُ الصَّنَائِعُ وَالثَّانِي الْوُجُوهُ. وَمَعْنَى الْبَيْتِ: لَا يَصْلُحُ أُمُورُ النَّاسِ حَالُ كَوْنِهِمْ مُتَسَاوِينَ إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُمْ أُمَرَاءُ وَسَادَاتٌ، فَإِنَّهُمْ إِذَا كَانُوا مُتَسَاوِينَ تَتَحَقَّقُ الْمُنَازَعَةُ بَيْنَهُمْ، وَالسَّرَاةُ جَمْعُ السَّرِيِّ وَهُوَ جَمْعٌ عَزِيزٌ لَا يُعْرَفُ غَيْرُهُ. وَقِيلَ هُوَ اسْمُ جَمْعٍ لِلْسَّرِيِّ. وَقَوْلُهُ (فَلَا بُدَّ مِنْ تَحَقُّقِ الْمُسَاوَاةِ ابْتِدَاءً وَانْتِهَاءً) أَمَّا ابْتِدَاءُ فَظَاهِرٌ بِنَاءٍ عَلَى مَا ذَكَرَ مِنْ مَا أَخَذَ اشْتِقَاقَهُ، وَأَمَّا انْتِهَاءُ فَلَأَنَّ الْمُفَاوِضَةَ مِنَ الْعُقُودِ الْجَائِزَةِ، فَإِنَّ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا وَلَايَةَ الْامْتِنَاعِ بَعْدَ عَقْدِ الشَّرِكَةِ فَكَانَ لِدَوَامِهَا حُكْمُ الْابْتِدَاءِ، وَفِي ابْتِدَاءِ الْمُفَاوِضَةِ تُشْتَرَطُ الْمُسَاوَاةُ فَكَذَا فِي الْانْتِهَاءِ وَقَوْلُهُ (وَذَلِكَ) أَيُّ تَحَقُّقِ الْمُسَاوَاةِ فِي الْمَالِ، وَالْمُرَادُ بِهِ مَا تَصِحُّ الشَّرِكَةُ فِيهِ، وَلَا يُعْتَبَرُ التَّفَاضُلُ فِيمَا لَا تَصِحُّ فِيهِ الشَّرِكَةُ كَالْعُرُوضِ وَالذُّيُونِ وَالْعَقَارِ، حَتَّى لَوْ كَانَ لِأَحَدِهِمَا عُرُوضٌ أَوْ ذُيُونٌ عَلَى النَّاسِ لَا تَبْطُلُ الْمُفَاوِضَةُ مَا لَمْ تُقْبَضِ الذُّيُونُ.

وَقَوْلُهُ (كُلُّ ذَلِكَ بِانْفِرَادِهِ فَاسِدٌ) أَيُّ كُلِّ مِنَ الْوَكَالَةِ وَالْكَفَالَةِ فِي الْمَجْهُولِ فَاسِدٌ، حَتَّى لَوْ وَكَّلَ رَجُلًا وَقَالَ وَكَلْتُكَ بِالشِّرَاءِ أَوْ بِشِرَاءِ الثَّوْبِ كَانَ فَاسِدًا، وَكَذَلِكَ الْكَفَالَةُ لِلْمَجْهُولِ بِالْمَعْلُومِ بَاطِلٌ، فَالْكَفَالَةُ لِلْمَجْهُولِ بِالْمَجْهُولِ أَوَّلَى بِالْبُطْلَانِ. فَإِنْ قِيلَ: الْوَكَالَةُ الْعَامَّةُ جَائِزَةٌ كَمَا إِذَا قَالَ لَأَخْرَ وَكَلْتُكَ فِي مَالِي اصْنَعْ مَا شِئْتَ فَإِنَّهُ يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَتَصَرَّفَ فِي مَالِهِ. أَجِيبُ بِأَنَّ الْعُمُومَ لَيْسَ بِمُرَادٍ هَاهُنَا، فَإِنَّهُ لَا تُثَبِّتُ الْوَكَالَةُ فِي حَقِّ شِرَاءِ الطَّعَامِ وَالْكِسْوَةِ لِأَهْلِهِ، فَإِذَا لَمْ يَكُنْ عَامًّا كَانَ تَوْكِيلًا بِمَجْهُولِ الْجِنْسِ فَلَا يَجُوزُ (قَوْلُهُ) وَالْجَهَالَةُ مُتَحَمِّلَةٌ تَبَعًا كَمَا فِي الْمُضَارَبَةِ يَعْنِي: الْوَكَالَةُ بِمَجْهُولِ الْجِنْسِ مَوْجُودَةٌ فِي الْمُضَارَبَةِ وَهِيَ جَائِزَةٌ هُنَاكَ تَبَعًا فَكَذَلِكَ هَاهُنَا، أَلَا تَرَى أَنَّ شَرِكَةَ الْعِنَانِ تَصِحُّ وَإِنْ تَضَمَّنَتْ ذَلِكَ لِأَنَّ مَا يَشْتَرِيهِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا غَيْرُ مُسَمًّى عِنْدَ الْعَقْدِ فَكَذَلِكَ الْمُفَاوِضَةُ. وَقَوْلُهُ (لَأَنَّ الْمُعْتَبَرَ هُوَ الْمَعْنَى دُونَ اللَّفْظِ) يُوضِّحُهُ أَنَّ الْكَفَالَةَ بِشَرَطِ بَرَاءَةِ الْأَصِيلِ حَوَالَةً، وَالْحَوَالَةُ بِشَرَطِ ضَمَانِ الْأَصِيلِ كِفَالَةً. وَقَوْلُهُ (لَمَّا قُلْنَا) إِشَارَةً إِلَى قَوْلِهِ لَتَحَقَّقِ

التَّسَاوِي: أَي فِي كَوْنِهِمَا ذَمِيْن. وَقَوْلُهُ (وَلَا تَجُوزُ) أَيِ الْمَفَاوِضَةُ بَيْنَ الْحُرِّ وَبَيْنَ الْمَمْلُوكِ ظَاهِرٌ. وَاعْتَرَضَ عَلَى قَوْلِهِ وَلَهُمَا أَنَّهُ لَا تَسَاوِي فِي التَّصَرُّفِ بِأَنَّ الْمَفَاوِضَةَ تَصِحُّ بَيْنَ الْكِتَابِيِّ وَالْمَجُوسِيِّ مَعَ أَنَّهُمَا لَا يَتَسَاوَوَانِ فِي التَّصَرُّفِ، فَإِنَّ الْمَجُوسِيَّ يَتَصَرَّفُ فِي الْمَوْقُودَةِ لِاعْتِقَادِهِ الْمَالِيَّةَ فِيهَا، وَالْكِتَابِيُّ لَا يَتَصَرَّفُ فِيهَا، وَكَذَلِكَ الْكِتَابِيُّ يُؤَاجِرُ نَفْسَهُ لِلذَّبْحِ دُونَ الْمَجُوسِيِّ لِأَنَّهُ ذَبِيحَتُهُ لَا تَحِلُّ، وَكَذَلِكَ تَصِحُّ بَيْنَ الْحَنَفِيِّ وَالشَّافِعِيِّ مَعَ وَجُودِ التَّفَاوُتِ بَيْنَهُمَا كَمَا قَالَ أَبُو يُوسُفَ.

وَأُجِيبَ بِأَنَّ عَدَمَ الْمُسَاوَاةِ مُبْطِلٌ لِلْعَقْدِ لَا مَحَالَةَ، وَالتَّفَاوُتُ فِي الْمَوْقُودَةِ لَمْ يُعْتَبَرْ لِأَنَّ مَنْ جَعَلَ الْمَوْقُودَةَ مَالًا مُتَقَوِّمًا لَا يُفْصَلُ فِيهِ بَيْنَ الْكِتَابِيِّ وَالْمَجُوسِيِّ فَتَحَقَّقُ الْمُسَاوَاةُ، وَأَمَّا مُؤَاجَرَةُ نَفْسِهِ لِلذَّبْحِ فَإِنَّ الْمُسَاوَاةَ بَيْنَهُمَا ثَابِتَةً فِي ذَلِكَ مَعْنَى لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنَ الْكِتَابِيِّ وَالْمَجُوسِيِّ مِنْ أَهْلِ أَنْ يَقْبَلَ ذَلِكَ الْعَمَلُ عَلَى أَنْ يُقِيمَهُ بِنَفْسِهِ أَوْ بِنَائِيهِ، وَإِجَارَةُ الْمَجُوسِيِّ لِلذَّبْحِ صَحِيحَةٌ يَسْتَوْجِبُ بِهَا الْأَجْرَ وَإِنْ كَانَ لَا تَحِلُّ ذَبِيحَتُهُ. وَأَمَّا مَسْأَلَةُ الْحَنَفِيِّ وَالشَّافِعِيِّ فَإِنَّ الْمُسَاوَاةَ بَيْنَهُمَا ثَابِتَةً، لِأَنَّ الدَّلَالَهَ قَامَتْ عَلَى أَنَّ مَتْرُوكَ التَّسْمِيَةِ عَامِدًا لَيْسَ بِمَالٍ مُتَقَوِّمٍ، وَلَا يَجُوزُ التَّصَرُّفُ فِيهِ لِلْحَنَفِيِّ وَالشَّافِعِيِّ جَمِيعًا لثُبُوتِ وَلَايَةِ الْإِلْزَامِ بِالْمَحَاجَةِ فَتَحَقَّقُ الْمُسَاوَاةُ بَيْنَهُمَا فِي الْمَالِ وَالتَّصَرُّفِ.

(وَلَا يَجُوزُ بَيْنَ الْعَبْدَيْنِ وَلَا بَيْنَ الصَّبِيِّينِ وَلَا بَيْنَ الْمَكَاتِبِينَ) لِانْعِدَامِ صِحَّةِ الْكِفَالَةِ، وَفِي كُلِّ مَوْضِعٍ لَمْ تَصِحَّ الْمَفَاوِضَةُ لِفَقْدِ شَرْطِهَا، وَلَا يُشْتَرَطُ ذَلِكَ فِي الْعِنَانِ كَانَ عِنَانًا لِاسْتِجْمَاعِ شَرَائِطِ الْعِنَانِ، إِذْ هُوَ قَدْ يَكُونُ خَاصًّا وَقَدْ يَكُونُ عَامًّا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلَا بَيْنَ الصَّبِيِّينِ) يَعْنِي وَإِنْ أَذِنَ لَهُمَا أَبُوهُمَا لِأَنَّ مَبْنَى الْمَفَاوِضَةِ عَلَى الْكِفَالَةِ وَهُمَا لَيْسَا مِنْ أَهْلِ ذَلِكَ، وَكَذَلِكَ الْمَكَاتِبَانِ. وَقَوْلُهُ (إِذْ هُوَ) أَيِ الْعِنَانُ قَدْ يَكُونُ خَاصًّا وَقَدْ يَكُونُ عَامًّا: يَعْنِي قَدْ يَكُونُ عَامًّا فِي أَنْوَاعِ التَّجَارَةِ وَقَدْ يَكُونُ فِي نَوْعٍ خَاصٍّ مِنْهَا، وَالْمَفَاوِضَةُ عَامَّةٌ فِيهَا فَجَازَ أَنْ يَذْكُرَ لَفْظَ الْمَفَاوِضَةِ وَيُرَادَ مَعْنَى الْعِنَانِ، كَمَا يَجُوزُ إِثْبَاتُ مَعْنَى الْخُصُوصِ بِلَفْظِ الْعُمُومِ.

قَالَ (وَتَنْعَقِدُ عَلَى الْوَكَالَةِ وَالْكَفَالَةِ) أَمَّا الْوَكَالَةُ فَلْتَحَقِّقِ الْمَقْصُودَ وَهُوَ الشَّرَكَةُ فِي الْمَالِ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ، وَأَمَّا الْكِفَالَةُ فَلْتَحَقِّقِ الْمُسَاوَاةَ فِيمَا هُوَ مِنْ مُوَاجِبِ التَّجَارَاتِ وَهُوَ تَوَجُّهُ

المطالبة نحوهما جميعاً. قال (وما يشتريه كل واحد منهما يكون على الشركة إلا طعام أهله وكسوتهم) وكذا كسوته، وكذا الإدام لأن مقتضى العقد المساواة، وكل واحد منهما قائم مقام صاحبه في التصرف، وكان شراء أحدهما كشرائهما، إلا ما استثناه في الكتاب، وهو استحسان لأنه مستثنى عن المفاوضة للضرورة، فإن الحاجة الراتبية معلومة الوقوع، ولا يمكن إيجابه على صاحبه ولا التصرف من ماله، ولا بد من الشراء فيختص به ضرورة. والقياس أن يكون على الشركة لما بينا (وللبائع أن يأخذ بالثمن أيهما شاء) المشتري بالأصالة وصاحبه بالكفالة، ويرجع الكفيل على المشتري بحصته مما أدى لأنه قضى ديناً عليه من مال مشترك بينهما. قال (وما يلزم كل واحد منهما من الديون بدلاً عما يصح فيه الاشتراك فالآخر ضامن له) تحقيقاً للمساواة، فمما يصح الاشتراك فيه الشراء والبيع والاستئجار، ومن القسم الآخر الجناية والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد وعن النفقة.

قال (ولو كفل أحدهما بمال عن أجني لزم صاحبه عند أبي حنيفة، وقالوا: لا يلزمه) لأنه تبرع، ولهذا لا يصح من الصبي والعبد المأذون والمكاتب، ولو صدر من المريض يصح من الثلث وصار كالإقراض والكفالة بالنفس. ولأبي حنيفة أنه تبرع ابتداءً ومعاوضةً بقاءً لأنه يستوجب الضمان بما يؤدي على المكفول عنه إذا كانت الكفالة بأمره، فيالنظر إلى البقاء تتضمنه المفاوضة، وبالنظر إلى الابتداء لم تصح ممن ذكره وتصح من الثلث من المريض، بخلاف الكفالة بالنفس لأنها تبرع ابتداءً وانتهاءً. وأما الإقراض فعن أبي حنيفة أنه يلزم صاحبه، ولو سلم فهو إعارة فيكون مثلها حكم عينها لا حكم البدل حتى لا يصح فيه الأجل فلا يتحقق معاوضة، ولو كانت الكفالة بغير أمره لم تلزم صاحبه في الصحيح لانعدام معنى المفاوضة.

ومطلق الجواب في الكتاب محمول على المقيد، وضمان الغصب والاستهلاك بمنزلة الكفالة عند أبي حنيفة لأنه معاوضة انتهاءً. قال (وإن ورث أحدهما ما لا يصح فيه الشركة أو وهب له ووصل إلى يده بطلت المفاوضة وصارت عناناً لفوات المساواة فيما يصلح رأس المال إذ هي شرط في ابتداء وبقاء، وهذا لأن الآخر لا يشاركه فيما أصابه لانعدام السبب في حقه، إلا أنها تنقلب عناناً للإمكان، فإن المساواة ليست بشرط

فِيهِ، وَلِدَوَامِهِ حُكْمَ الْإِبْتِدَاءِ لَكُونِهِ غَيْرَ لَازِمٍ (وَإِنْ وَرِثَ أَحَدُهُمَا عَرْضًا فَهُوَ لَهُ وَلَا تَفْسُدُ الْمَفَاوِضَةُ) وَكَذَا الْعَقَارُ لِأَنَّهُ لَا تَصِحُّ فِيهِ الشَّرِكَةُ فَلَا تُشْتَرِطُ الْمَسَاوَةُ فِيهِ.

الشرح:

(قَوْلُهُ وَتَنْعَقِدُ عَلَى الْوَكَالَةِ وَالْكَفَالَةِ) أَيُّ تَنْعَقِدُ شَرِكَةُ الْمَفَاوِضَةِ عَلَى الْوَكَالَةِ كَعَامَّةِ الشَّرِكَاتِ لِتَحَقُّقِ الْمَقْصُودِ وَهُوَ الشَّرِكَةُ فِي الْمَالِ عَلَى مَا بَيَّنَّا: يَعْنِي قَوْلُهُ لِيَكُونَ مَا يُسْتَفَادُ بِالتَّصَرُّفِ مُشْتَرَكًا، وَعَلَى الْكَفَالَةِ هُوَ عَلَى مَعْنَى أَنْ يُطَالَبَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْ شَرِيكِي الْمَفَاوِضَةِ بِمَا بَاشَرَهُ الْآخَرُ، وَإِلَيْهِ أَشَارَ بِقَوْلِهِ: لِتَحَقُّقِ الْمَسَاوَةِ فِيمَا هُوَ مِنْ مُوجِبَاتِ التَّجَارَةِ وَهُوَ تَوَجُّهُ الْمُطَالَبَةِ نَحْوَهُمَا جَمِيعًا. وَقَوْلُهُ (لَأَنَّ مُقْتَضَى الْعَقْدِ تَعْلِيلُ الْمُسْتَنْتَى مِنْهُ) وَهُوَ قَوْلُهُ قَدْ يَكُونُ عَلَى الشَّرِكَةِ.

وَقَوْلُهُ (لَمَا بَيَّنَّا) إِشَارَةً إِلَى هَذَا التَّعْلِيلِ. وَقَوْلُهُ (وَاللَّبَائِعِ) أَيُّ لِبَائِعِ الطَّعَامِ وَالْكِسْوَةِ (قَوْلُهُ فَمِمَّا يَصِحُّ الْإِشْتِرَاكُ فِيهِ الْبَيْعُ وَالشِّرَاءُ وَالِاسْتِجَارُ) أَمَّا صُورَةُ الْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ فَظَاهِرَةٌ، وَأَمَّا صُورَةُ الْإِسْتِجَارِ فَهُوَ أَنْ يَسْتَأْجِرَ أَحَدُ الْمُتَفَاوِضِينَ أَجِيرًا فِي تَجَارَتِهِمَا أَوْ ذَابَّةً أَوْ شَيْئًا مِنَ الْأَشْيَاءِ لِلْمُؤْجَرِ أَنْ يَأْخُذَ أَيُّهُمَا شَاءَ لِأَنَّ الْإِجَارَةَ مِنْ عُقُودِ التَّجَارَةِ وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا كَفِيلٌ عَنْ صَاحِبِهِ بِمَا يَلْزَمُهُ بِالتَّجَارَةِ، وَكَذَلِكَ إِنْ اسْتَأْجَرَهُ لِحَاجَةِ نَفْسِهِ أَوْ اسْتَأْجَرَ إِبِلًا إِلَى مَكَّةَ يَحُجُّ عَلَيْهَا فَلِلْمُكَارِي أَنْ يَأْخُذَ أَيُّهُمَا شَاءَ، إِلَّا أَنْ شَرِيكَهُ إِذَا أَدَّى مِنْ خَالِصِ مَالِهِ رَجَعَ بِهِ عَلَيْهِ لِأَنَّهُ أَدَّى مَا كَفَلَ عَنْهُ بِأَمْرِهِ، وَإِنْ أَدَّى مِنْ مَالِ الشَّرِكَةِ يَرْجِعُ عَلَيْهِ بِنَصِيبِ الْمُوَدَّى، وَأَمَّا فِي شَرِكَةِ الْعِنَانِ فَلَا يُوَازِئُهُ بِهِ غَيْرُ الَّذِي اسْتَأْجَرَهُ لِأَنَّهُ هُوَ الْمُلتَزِمُ بِالْعَقْدِ وَصَاحِبُهُ لَيْسَ بِكَفِيلٍ عَنْهُ.

وَمِنْ الْقِسْمِ الْآخَرِ الْجَنَائِيَّةُ عَلَى بَنِي آدَمَ وَالنُّكَاحُ وَالْخُلْعُ وَالصُّلْحُ عَنْ دَمِ الْعَمْدِ وَعَنْ التَّفَقَّةِ، فَلَوْ ادَّعَى رَجُلٌ عَلَى أَحَدِ الْمُتَفَاوِضِينَ جَرَاخَةً خَطَأً لَهَا أَرْضٌ مُقَدَّرٌ وَاسْتَحْلَفَهُ فَحَلَفَ ثُمَّ أَرَادَ أَنْ يَسْتَخْلَفَ شَرِيكَهُ لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ وَلَا خُصُومَةٌ لَهُ مَعَ شَرِيكِهِ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا كَفِيلٌ عَنْ صَاحِبِهِ فِيمَا لَزِمَهُ بِسَبَبِ التَّجَارَةِ، فَأَمَّا مَا يَلْزَمُهُ بِسَبَبِ الْجَنَائِيَّةِ فَلَا يَكُونُ الْآخَرُ كَفِيلًا بِهِ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ ثَبَتَ بِالْبَيِّنَةِ أَوْ بِمُعَايِنَةِ السَّبَبِ لَمْ يَكُنْ عَلَى الشَّرِيكِ مِنْ مُوجِبِهَا شَيْءٌ وَلَا خُصُومَةٌ لِلْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ مَعَهُ، وَكَذَا الْمَهْرُ وَالْخُلْعُ وَالصُّلْحُ عَنْ جَنَائِيَةِ الْعَمْدِ وَالتَّفَقَّةِ إِذَا ادَّعَاهُ عَلَى أَحَدِهِمَا وَحَلَفَهُ عَلَيْهِ لَيْسَ لَهُ أَنْ

يُخْلَفَ الْآخَرَ لَمَّا بَيَّنَّا وَصُورَةَ الْخُلْعِ مَا إِذَا كَانَتْ الْمَرْأَةُ عَقَدَتْ عَقْدَ الْمُفَاوَضَةِ ثُمَّ خَالَعَتْ مَعَ زَوْجِهَا فَمَا لَزِمَ عَلَيْهَا مِنْ بَدَلِ الْخُلْعِ لَا يَلْزِمُ شَرِيكَهَا، وَكَذَا لَوْ أَقَرَّتْ بِبَدَلِ الْخُلْعِ لَا يَلْزِمُ عَلَى شَرِيكَهَا، وَمِنْ هَذَا يَتَبَيَّنُ صُورَةُ غَيْرِهِ قَوْلُهُ وَلَوْ كَفَلَ أَحَدُهُمَا ظَاهِرٌ (قَوْلُهُ وَلَوْ صَدَرَ) يَعْنِي عَقْدُ الْكَفَالَةِ، وَإِنَّمَا قِيدَ بِحَالِ الْمَرَضِ لِأَنَّ الْمَرِيضَ لَوْ أَقَرَّ بِالْكَفَالَةِ السَّابِقَةِ فِي حَالِ الصَّحَّةِ يُعْتَبَرُ ذَلِكَ مِنْ جَمِيعِ الْمَالِ بِالْإِجْمَاعِ لِأَنَّ الْإِقْرَارَ بِهَا يُلَاقِي حَالَ بَقَائِهَا، وَفِي حَالِ الْبَقَاءِ الْكَفَالَةُ مُعَاوَضَةٌ.

(قَوْلُهُ فَبِالنَّظَرِ إِلَى الْبَقَاءِ تَتَضَمَّنُهُ الْمُفَاوَضَةُ) يَعْنِي وَحَاجَتُنَا هَاهُنَا إِلَى الْبَقَاءِ إِذِ الْمَطَالَبَةُ تَتَوَجَّهُ بَعْدَ الْكَفَالَةِ لِأَنَّهَا حُكْمُهَا فَلَمَّا لَزِمَ الْمَالُ عَلَى الشَّرِيكِ الضَّامِنِ لَزِمَ عَلَى الْآخَرَ وَهَذَا هُوَ حَالَةُ الْبَقَاءِ، بِخِلَافِ الصَّبِيِّ وَغَيْرِهِ لِأَنَّ كَلَامَنَا ثَمَّةَ فِي الْإِبْتِدَاءِ بِأَنَّهُ هَلْ يَلْزِمُهُ أَوْ لَا، فَاعْتَبَرْنَا جِهَةَ التَّبَرُّعِ فِيهِ وَلَمْ نَعْتَبِرْ هُنَا لِأَنَّ الْإِبْتِدَاءَ ثَمَّةَ مُحْتَاجٌ إِلَيْهِ، وَلَا كَذَلِكَ هُنَا لِصِحَّةِ الْإِبْتِدَاءِ لَكُونَ الضَّامِنُ مِنْ أَهْلِ الضَّمَانِ دُونَ الصَّبِيِّ (قَوْلُهُ لَمْ يَصِحَّ مِمَّنْ ذَكَرَهُ يُرِيدُ بِهِ الصَّبِيُّ وَالْمَحْثُونُ إلخ) وَأَمَّا الْإِقْرَاضُ فَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ: يَعْنِي أَنَّ فِيهِ رَوَاتِبَيْنِ.

قَالَ فِي الْمَسْئُوتِ: إِنْ أَقْرَضَ أَحَدُ الْمُتَفَاوِضِينَ يَلْزِمُ شَرِيكُهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ لِأَنَّهُ مُعَاوَضَةٌ وَعِنْدَهُمَا لَا يَلْزِمُ شَرِيكُهُ لِأَنَّهُ تَبَرُّعٌ (قَوْلُهُ وَلَكِنْ سَلَّمَ فَهُوَ إِعَارَةٌ) أَيْ وَلَكِنْ سَلَّمْنَا أَنَّ إِقْرَاضَ أَحَدِ الْمُتَفَاوِضِينَ لَا يَلْزِمُ صَاحِبَهُ فَإِنَّمَا لَا يَلْزِمُ لِأَنَّ الْإِقْرَاضَ إِعَارَةٌ لَا مُعَاوَضَةٌ بِدَلِيلِ جَوَازِهِ، إِذْ لَوْ كَانَ مُعَاوَضَةً لَكَانَ فِيهِ يَنْبَغُ التَّقْدِيرُ بِالنَّسِيقَةِ فِي الْأَمْوَالِ الرَّبَوِيَّةِ، فَعُلِمَ بِهَذَا أَنَّ مَا يَأْخُذُهُ الْمُقْرِضُ بَعْدَ الْإِقْرَاضِ حُكْمُ عَيْنٍ مَا أَقْرَضَهُ لَا حُكْمُ بَدَلِهِ كَمَا فِي الْإِعَارَةِ الْحَقِيقِيَّةِ (قَوْلُهُ حَتَّى لَا يَصِحَّ فِيهِ الْأَجَلُ) أَيْ لَا يَلْزِمُ لِأَنَّ تَأْجِيلَ الْإِقْرَاضِ وَالْعَارِيَّةِ جَائِزٌ، لَكِنْ لَا يَلْزِمُ الْمُضِيُّ عَلَى ذَلِكَ التَّأْجِيلِ (قَوْلُهُ وَلَوْ كَانَتْ الْكَفَالَةُ بِغَيْرِ أَمْرِهِ) مُتَّصِلٌ بِقَوْلِهِ إِذَا كَانَتْ الْكَفَالَةُ بِأَمْرِهِ.

(قَوْلُهُ فِي الصَّحِيحِ) إِشَارَةٌ إِلَى نَفْيِ مَا ذَهَبَ إِلَيْهِ عَامَّةُ الْمَشَايِخِ فِي شَرْحِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ مِنْ عَدَمِ التَّفَرُّقَةِ بَيْنَ مَا إِذَا كَانَتْ بِأَمْرِهِ أَوْ بِغَيْرِ أَمْرِهِ لِإِطْلَاقِ جَوَابِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ وَالْمُصَنَّفُ تَابَعَ مَا ذَهَبَ إِلَيْهِ الْفَقِيهُ أَبُو اللَّيْثِ فِي شُرُوحِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ مِنَ التَّفَرُّقَةِ بَيْنَهُمَا. وَأَجَابَ عَنْ إِطْلَاقِ جَوَابِ الْكِتَابِ: أَيْ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ بِأَنَّهُ مَحْمُولٌ

عَلَى الْمُقَيَّدِ وَهُوَ الْكَفَالَةُ بِالْأَمْرِ لِأَنَّهُ حَيْثُ تَكُونُ مُعَاوَضَةُ انْتِهَاءٍ وَإِلَّا فَهُوَ مُتَبَرِّعٌ ابْتِدَاءً
وَانْتِهَاءً فَلَا يَلْزَمُ شَرِيكُهُ، وَضَمَانُ الْعَصَبِ وَالِاسْتِهْلَاكِ بِمَنْزِلَةِ الْكَفَالَةِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ:
يَعْنِي فِي أَنَّهُ يَلْزَمُ شَرِيكُهُ. وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ ضَمَانُ الْعَصَبِ وَالِاسْتِهْلَاكِ بِمَنْزِلَةِ التَّجَارَةِ فِي
أَنَّهُ يَلْزَمُهُ أَيْضًا. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ فِي غَيْرِ رَوَايَةِ الْأَصُولِ أَنَّهُ لَا يَلْزَمُ الشَّرِيكَ، وَتَلْمُحُ
تَحْرِيرِ الْمَذَاهِبِ عَلَى هَذَا الْوَجْهِ يُظْهِرُ لَكَ سَقُوطَ مَا أُعْتَرِضَ بِهِ عَلَى الْمُصَنِّفِ فِي قَوْلِهِ
بِمَنْزِلَةِ الْكَفَالَةِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ بِأَنَّ مُحَمَّدًا مَعَ أَبِي حَنِيفَةَ فِي لُزُومِ ضَمَانِ الْعَصَبِ
وَالِاسْتِهْلَاكِ الشَّرِيكَ فَلَا يَكُونُ لِتَخْصِصِ أَبِي حَنِيفَةَ وَلَا لِقَوْلِهِ بِمَنْزِلَةِ الْكَفَالَةِ وَجْهًا.
وَوَجْهُ قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ أَنَّ ضَمَانَ الْعَصَبِ وَالِاسْتِهْلَاكِ ضَمَانٌ وَجَبَ بِسَبَبٍ لَيْسَ هُوَ
بِتَّجَارَةٍ فَلَا يَلْزَمُ شَرِيكُهُ كَأَرْشِ الْجَنَائَةِ. وَلَهُمَا أَنَّ ضَمَانَ الْعَصَبِ وَالِاسْتِهْلَاكِ ضَمَانُ
تَّجَارَةٍ لِأَنَّهُ بَدَلُ مَالٍ مُحْتَمَلٍ لِلشَّرِكَةِ فَإِنَّهُ يَجِبُ بِأَصْلِ السَّبَبِ، وَعِنْدَ ذَلِكَ الْمَحَلِّ قَابِلٌ
لِلْمَلِكِ وَلِهَذَا مَلَكَ الْمُعْصُوبُ وَالْمُسْتَهِلُّكَ بِالضَّمَانِ، وَكَذَلِكَ يَصِحُّ إِقْرَارُ الْمَأْذُونِ لَهُ
وَيُؤَاخَذُ بِهِ فِي الْحَالِ، وَكَذَلِكَ يَصِحُّ إِقْرَارُ الصَّبِيِّ وَالْمَأْذُونِ لَهُ وَالْمُكَاتَّبِ بِهِ، وَلَوْ لَمْ يَكُنْ
ضَمَانُ تَّجَارَةٍ لَمَا صَحَّ ذَلِكَ مَعْنَى قَوْلِهِ لِأَنَّهُ مُعَاوَضَةُ انْتِهَاءٍ. وَقَوْلُهُ (وَإِنْ وَرَثَ أَحَدُهُمَا
مَالًا) بِالتَّوْنِينِ أَيُّ الْمَالِ الَّذِي تَصِحُّ فِيهِ الشَّرِكَةُ كَالدِّرَاهِمِ وَالْدَّنَانِيرِ وَالْفُلُوسِ النَّافِقَةِ
بَطَلَتْ الْمُفَاوَضَةُ لَمَّا ذُكِرَ فِي الْكِتَابِ.

وَقَوْلُهُ (فَإِنَّ الْمُسَاوَاةَ لَيْسَتْ بِشَرْطٍ فِيهِ) أَيُّ فِي الْعِنَانِ ابْتِدَاءً، وَكُلُّ مَا لَيْسَ بِشَرْطٍ
ابْتِدَاءً لَيْسَ بِشَرْطٍ فِيهِ دَوَامًا، لِأَنَّ لِدَوَامِهِ حُكْمَ الْإِبْتِدَاءِ لِكَوْنِهِ عَقْدًا غَيْرَ لَازِمٍ، فَإِنَّ أَحَدَ
الشَّرِيكَيْنِ إِذَا امْتَنَعَ عَنِ الْمَضِيِّ عَلَى مُوجِبِ الْعَقْدِ لَا يُجْبِرُهُ الْقَاضِي عَلَى ذَلِكَ،
وَتَأْمَلُ فِي كَلَامِ الْمُصَنِّفِ رَحِمَهُ اللَّهُ تَأْمُلُ عَالَمٌ بِالتَّحْقِيقِ تُذَكِّرُكَ سَقُوطَ مَا أُعْتَرِضَ عَلَيْهِ
بِأَنَّ عَقْدَ الْإِجَارَةِ عَقْدٌ لَازِمٌ، وَمَعَ هَذَا فَلِدَوَامِهِ حُكْمُ الْإِبْتِدَاءِ حَتَّى أَنَّهَا لَا تَبْقَى بِمَوْتِ
أَحَدِ الْمُتَعَاقِدَيْنِ، فَحَيْثُ كَيْفَ يَصِحُّ التَّعْلِيلُ بِعَدَمِ اللَّزُومِ لِإِبْتِاتِ مُدْعَاهُ وَهُوَ أَنْ يَكُونَ
لِدَوَامِهِ حُكْمُ الْإِبْتِدَاءِ، وَذَلِكَ لِأَنَّا قَدْ قُلْنَا: كُلُّ مَا هُوَ عَقْدٌ غَيْرُ لَازِمٍ فَلِدَوَامِهِ حُكْمُ
الْإِبْتِدَاءِ وَهُوَ ثَابِتٌ بِالِاسْتِقْرَاءِ وَنَضُمُ هَذِهِ الْمُقَدِّمَةِ إِلَى قَوْلِنَا مَا نَحْنُ فِيهِ مِنَ الشَّرِكَةِ عَقْدٌ
غَيْرُ لَازِمٍ فَيَحْصُلُ لَنَا مَا نَحْنُ فِيهِ مِنَ الشَّرِكَةِ لِدَوَامِهِ حُكْمُ الْإِبْتِدَاءِ، وَأَمَّا أَنْ يَكُونَ
بَعْضُ الْعُقُودِ الْإِزَامَةِ أَيْضًا لِدَوَامِهِ حُكْمُ الْإِبْتِدَاءِ بِدَلِيلٍ فَلَا يَضُرُّ فِي مَطْلُوبِنَا لِأَنَّ الْمُوجِبَةَ

الْكَلِيَّةُ لَا تَنْعَكِسُ كَنْفَسِيهَا، وَإِنْ وَرِثَ أَحَدُهُمَا عَرْضًا فَهُوَ لَهُ، وَلَا تَفْسُدُ الْمَفَاوِضَةُ لِمَا ذُكِرَ فِي الْكِتَابِ، وَلَأنَّ هَذِهِ الْمَفَاوِضَةَ لَا تَمْنَعُ ابْتِدَاءً فَكَذَا لَا تَفْسُدُ بَقَاءً.

فصل

(وَلَا تَنْعَقِدُ الشَّرِكَةُ إِلَّا بِالدَّرَاهِمِ وَالْدَنَانِيرِ وَالْفُلُوسِ النَّافِقَةِ) وَقَالَ مَالِكٌ: تَجُوزُ بِالْعُرُوضِ وَالْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ أَيْضًا إِذَا كَانَ الْجِنْسُ وَاحِدًا؛ لِأَنَّهَا عُقِدَتْ عَلَى رَأْسِ مَالٍ مَعْلُومٍ فَأَشْبَهَ النُّقُودَ، بِخِلَافِ الْمُضَارَبَةِ لِأَنَّ الْقِيَاسَ يَأْبَاهَا لِمَا فِيهَا مِنْ رِيحٍ مَا لَمْ يُضْمَنْ. فَيَقْتَصِرُ عَلَى مَوْرِدِ الشَّرْعِ. وَلِنَا أَنَّهُ يُؤَدِّي إِلَى رِيحٍ مَا لَمْ يُضْمَنْ؛ لِأَنَّهُ إِذَا بَاعَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا رَأْسَ مَالِهِ وَتَفَاضَلَ الثَّمَنَانِ فَمَا يَسْتَحِقُّهُ أَحَدُهُمَا مِنَ الزِّيَادَةِ فِي مَالِ صَاحِبِهِ رِيحٌ مَا لَمْ يَمْلِكْ وَمَا لَمْ يُضْمَنْ، بِخِلَافِ الدَّرَاهِمِ وَالْدَنَانِيرِ لِأَنَّ ثَمَنَ مَا يَشْتَرِيهِ فِي ذِمَّتِهِ إِذَا هِيَ لَا تَتَعَيَّنُ فَكَانَ رِيحٌ مَا يُضْمَنْ، وَلَأنَّ أَوَّلَ التَّصَرُّفِ فِي الْعُرُوضِ الْبَيْعُ وَفِي النُّقُودِ الشِّرَاءُ، وَبَيْعُ أَحَدِهِمَا مَالَهُ عَلَى أَنْ يَكُونَ الْآخَرُ شَرِيكًا فِي ثَمَنِهِ لَا يَجُوزُ، وَشِرَاءُ أَحَدِهِمَا شَيْئًا بِمَالِهِ عَلَى أَنْ يَكُونَ الْمَبِيعُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ غَيْرِهِ جَائِزٌ. وَأَمَّا الْفُلُوسُ النَّافِقَةُ فَلِأَنَّهَا تَرْجُحُ رَوَاجَ الْأَثْمَانِ فَالْتَحَقَتْ بِهَا.

قَالُوا: هَذَا قَوْلُ مُحَمَّدٍ لِأَنَّهَا مُلْحَقَةٌ بِالنُّقُودِ عِنْدَهُ حَتَّى لَا تَتَعَيَّنَ بِالنَّعِيَيْنِ، وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ اثْنَيْنِ بِوَاحِدٍ بِأَعْيَانِهَا عَلَى مَا عُرِفَ، أَمَّا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ تَعَالَى لَا تَجُوزُ الشَّرِكَةُ وَالْمُضَارَبَةُ بِهَا لِأَنَّ ثَمَنِيَّتَهَا تَتَبَدَّلُ سَاعَةً فَسَاعَةً وَتَصِيرُ سِلْعَةً. وَرَوَى عَنْ أَبِي يُوسُفَ مِثْلُ قَوْلِ مُحَمَّدٍ، وَالْأَوَّلُ أَقْبَسُ وَأَظْهَرُ، وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ صِحَّةُ الْمُضَارَبَةِ بِهَا.

الشرح:

(فصل): لَمَّا كَانَ الْبَحْثُ عَمَّا تَنْعَقِدُ بِهِ شَرِكَةُ الْمَفَاوِضَةِ غَيْرَ الْبَحْثِ عَنْهَا فَصَلَ عَمَّا قَبْلَهُ فِي فَصْلِ عَلَى حَدِيثِهِ. وَقَالَ (وَلَا تَنْعَقِدُ الشَّرِكَةُ) أَيُّ شَرِكَةُ الْمَفَاوِضَةِ لِأَنَّ الْكَلَامَ فِيمَا إِذَا ذُكِرَ فِيهَا الْمَالُ إِلَّا بِالدَّرَاهِمِ وَالْدَنَانِيرِ. وَإِنَّمَا قِيدَ بِقَوْلِنَا إِذَا ذُكِرَ فِيهَا الْمَالُ لِأَنَّ ذِكْرَ الْمَالِ لَيْسَ بِحَتْمٍ فِيهَا فَإِنَّ الْمَفَاوِضَةَ تَجُوزُ فِي شَرِكَةِ الْوُجُوهِ وَالتَّقْبِيلِ وَلَا يُشْتَرَطُ فِيهِمَا الْمَالُ، وَكَلَامُهُ وَاضِحٌ، غَيْرَ أَنَّ فِي ذِكْرِ خِلَافِ مَالِكٍ رَحِمَهُ اللَّهُ نَظْرًا لِمَا تَقَدَّمَ مِنْ قَوْلِهِ وَقَالَ مَالِكٌ لَا أَعْرِفُ مَا الْمَفَاوِضَةُ إِلَّا إِذَا ثَبَتَ عَنْهُ رَوَاتَانِ، أَوْ يَكُونُ

تَفْرِيعًا عَلَى قَوْل مَنْ يَقُولُ بِهَا صَنِيعُ أَبِي حَنِيفَةَ فِي الْمَزَارَعَةِ. ثُمَّ قَوْلُهُ (لَأَنَّهَا عُقِدَتْ) يَعْنِي الشَّرَكَةَ بِالْعُرُوضِ وَالْمَكِيلِ وَالْمُوزُونِ يَفْتَضِي جَوَازَهَا. وَإِنْ كَانَ الْجِنْسُ مُخْتَلَفًا وَلَمْ يَقُلْ بِهِ مَالِكٌ. وَقَوْلُهُ (بِخِلَافِ الْمُضَارَبَةِ) يَعْنِي أَنَّ الْمُضَارَبَةَ مُخْتَصَّةٌ بِالدَّرَاهِمِ وَالْدَنَانِيرِ لِأَنَّ الْقِيَاسَ يَأْبَى جَوَازَهَا لِمَا فِيهَا مِنْ رِبْحٍ مَا لَمْ يُضْمَنْ فَإِنَّ الْمَالَ غَيْرُ مَضْمُونٍ عَلَى الْمُضَارِبِ، فَكَأَنَّ مَا حَصَلَ مِنَ الرَّبْحِ مَالٌ غَيْرُ مَضْمُونٍ فَلَا يَسْتَحِقُّهُ رَبُّ الْمَالَ لِأَنَّهُ لَمْ يَعْمَلْ فِي ذَلِكَ الرَّبْحِ فَلَا تَصِحُّ إِلَّا فِيمَا وَرَدَ الشَّرْعُ بِهِ وَهُوَ الدَّرَاهِمُ وَالْدَنَانِيرُ، وَأَمَّا فِي الشَّرَكَةِ فَإِنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنَ الشَّرِيكَيْنِ يَعْمَلُ فِي ذَلِكَ الْمَالَ فَيَسْتَوِي فِيهِ الْعُرُوضُ وَالنُّقُودُ كَمَا لَوْ عَمِلَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فِي مَالٍ نَفْسِهِ مِنْ غَيْرِ شَرَكَةٍ فَتَصِحُّ (قَوْلُهُ وَلِأَنَّهُ يُؤَدِّي إِلَى رِبْحٍ مَا لَمْ يُضْمَنْ) وَيَبَيِّنُ ذَلِكَ أَنَّ الرَّجُلَيْنِ إِذَا عَقَدَا الشَّرَكَةَ فِي الْعُرُوضِ ثُمَّ بَاعَ أَحَدُهُمَا رَأْسَ مَالِهِ بِأَضْعَافِ قِيمَتِهِ وَبَاعَ الْآخَرُ بِمِثْلِ قِيمَتِهِ وَصَحَّتْ الشَّرَكَةُ كَأَنَّا شَرِيكَيْنِ فِي الرَّبْحِ الَّذِي حَصَلَ فِي مَبِيعِ أَحَدِهِمَا فَحِينَئِذٍ يَأْخُذُ الَّذِي بَاعَ رَأْسَ مَالِهِ بِمِثْلِ قِيمَتِهِ مِنْ مَالِ صَاحِبِهِ فَيَكُونُ ذَلِكَ الْمَالَ رِبْحًا مَا لَمْ يُضْمَنْ وَلَمْ يُمْلِكْ وَذَلِكَ لَا يَجُوزُ، بِخِلَافِ الدَّرَاهِمِ وَالْدَنَانِيرِ لِأَنَّ مَا يَشْتَرِي كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِرَأْسِ الْمَالَ لَا يَتَعَلَّقُ بِهِ الْبَيْعُ، بَلْ يَثْبُتُ وَجُوبُ الثَّمَنِ فِي الذِّمَّةِ إِذَا الْأَثْمَانُ لَا تَتَّعِنُ بِالتَّعِينِ، فَلَمَّا كَانَ الثَّمَنُ وَاجِبًا عَلَيْهِمَا فِي ذِمَّتِهِمَا كَانَ الثَّمَنُ وَالرَّبْحُ الْحَاصِلُ مِنْهُ يَتَنَهَمَا ضَرُورَةً فَكَانَ الرَّبْحُ رِبْحًا مَا ضُمِّنَ وَمَعْنَى قَوْلِهِ (وَتَفَاضَلُ الثَّمَانِ) أَيُّ فَضْلٍ أَحَدُهُمَا عَلَى الْآخَرِ كَمَا ذَكَرْنَا، وَأَمَّا تَفَاضُلُهُمَا مَعَ فَمُحَالٌ

(قَوْلُهُ وَلَئِنْ أَوَّلَ التَّصَرُّفِ فِي الْعُرُوضِ) دَلِيلٌ آخَرُ وَقَدْ قَرَّرَهُ فِي النَّهَايَةِ عَلَى وَجْهِ يَجْرُهُ إِلَى رِبْحٍ مَا لَمْ يُضْمَنْ، وَذَلِكَ لِأَنَّهُ قَالَ لِأَنَّ صِحَّةَ الشَّرَكَةِ بِاعْتِبَارِ الْوَكَالَةِ، فَفِي كُلِّ مَوْضِعٍ لَا تَجُوزُ الْوَكَالَةُ بِتِلْكَ الصِّفَةِ لَا تَجُوزُ الشَّرَكَةُ، وَمَعْنَى هَذَا أَنَّ الْوَكِيلَ بِالْبَيْعِ يَكُونُ أَمِينًا، فَإِذَا شَرِطَ لَهُ جُزْءٌ مِنَ الرَّبْحِ كَانَ هَذَا رِبْحًا مَا لَمْ يُضْمَنْ، فَأَمَّا الْوَكِيلُ بِالشَّرَاءِ فَهُوَ ضَامِنٌ بِالثَّمَنِ فِي ذِمَّتِهِ، فَإِذَا شَرِطَ لَهُ جُزْءٌ مِنَ الرَّبْحِ كَانَ رِبْحًا مَا قَدْ ضُمِّنَ. وَقَوْلُهُ (قَالُوا هَذَا) أَيُّ جَوَازِ الشَّرَكَةِ بِالْفُلُوسِ النَّافِقَةِ (قَوْلُ مُحَمَّدٍ) وَقَيْدُ (بِأَعْيَانِهَا) لَتَظْهَرَ ثَمَرَةُ الْخِلَافِ، فَإِنَّهُ لَوْ بَاعَ فَلَسَيْنِ بِوَاحِدٍ مِنَ الْفُلُوسِ نَسِيبَةً لَا يَجُوزُ بِالْإِجْمَاعِ الْمَرْكَبِ. وَأَمَّا عِنْدَهُمَا فَلَوْ جُودِ النَّسِيبَةُ فِي الْجِنْسِ الْوَاحِدِ، وَأَمَّا عِنْدَ مُحَمَّدٍ

فلهذا ولمعنى الثمنية، وأما إذا كانت بأعيانها فعندهما يجوز، وعند محمد لا يجوز، وسيجيء تمام البحث فيه في كتاب البيوع إن شاء الله تعالى.

قوله (والأول) يعني قول أبي يوسف مع أبي حنيفة (أقيس) لأنهما لما اتفقا على جواز بيع فلس بعينه بفلسين بعينهما كانا متفقين أيضا في عدم جواز الشركة بالفلس وإن كانت نافقة لأن هذه المسألة مبنية على تلك المسألة، لأنه لما جاز بيع الواحد بالاثني في الفلوس عندهما كان للفلوس حكم العروض، والعروض لا تصلح رأس مال الشركة. وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله أنه نصح المضاربة بها: أي بالفلس النافقة.

قال (ولا تجوز الشركة بما سوى ذلك إلا أن يتعامل الناس بالتبر) والنقرة فتصح الشركة بهما، هكذا ذكر في الكتاب (وفي الجامع الصغير: ولا تكون المفاوضة بمثاقيل ذهب أو فضة) ومراذه التبر، فعلى هذه الرواية التبر سبعة تتعين بالتعين فلا تصلح رأس المال في المضاربات والشركات. وذكر في كتاب الصرف أن النقرة لا تتعين بالتعين حتى لا يفسخ العقد بها بهلاكه قبل التسليم، فعلى تلك الرواية تصلح رأس المال فيهما، وهذا لما عرفت أنهما خلقا ثمنين في الأصل، إلا أن الأول أصح؛ لأنها وإن خلقت للتجارة في الأصل لكن الثمنية تختص بالضرب المخصوص؛ لأن عند ذلك لا تصرف إلى شيء آخر ظاهرا إلا أن يجري التعامل باستعمالهما ثمنا فنزل التعامل بمنزلة الضرب فيكون ثمنا ويصلح رأس المال.

الشرح:

قال (ولا تجوز بما سوى ذلك) كلامه واضح، والمراد بقوله في الكتاب مختصر القدوري رحمه الله (قوله تصلح رأس المال فيهما) أي في الشركة والمضاربة (قوله وهذا لما عرفت) إشارة إلى (أن النقرة لا تتعين بالتعين لأيهما) أي الذهب والفضة (قوله إلا أن الأول) يعني رواية الجامع الصغير (أصح) وجعل ذلك في المبسوط ظاهرا الرواية (قوله لأيهما) أي لأن مثاقيل الذهب والفضة (قوله إلا أن يجري التعامل باستعمالهما) استثناء من قوله إلا أن الأول أصح. يعني أن عدم جواز الشركة بمثاقيل الذهب والفضة أصح، إلا عند جريان التعامل باستعمالهما فحينئذ تجوز الشركة بهما

كَذَا قِيلَ. وَالْأَوَّلَى أَنْ يُجْعَلَ اسْتِثْنَاءٌ مِنْ قَوْلِهِ لَكِنَّ الثَّمَنِيَّةَ تَخْتَصُّ بِالضَّرْبِ الْمَخْصُوصِ
بِدَلَالَةِ السِّيَاقِ

ثُمَّ قَوْلُهُ وَلَا تَجُوزُ بِمَا سِوَى ذَلِكَ يَتَنَاولُ الْمَكِيلَ وَالْمَوْزُونَ وَالْعَدَدِيَّ الْمُتَقَارِبَ، وَلَا
خِلَافَ فِيهِ بَيْنَنَا قَبْلَ الْخَلْطِ، وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا رِبْحٌ مَتَاعِهِ وَعَلَيْهِ وَضِيعَتُهُ، وَإِنْ خَلَطَا ثُمَّ
اشْتَرَكَا فَكَذَلِكَ فِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ، وَالشَّرِكَةُ شَرِكَةُ مَلِكٍ لَا شَرِكَةَ عَقْدٍ. وَعِنْدَ
مُحَمَّدٍ تَصِحُّ شَرِكَةُ الْعَقْدِ. وَثَمَرَةُ الْاِخْتِلَافِ تَظْهَرُ عِنْدَ التَّسَاوِي فِي الْمَالَيْنِ وَاشْتِرَاطِ
التَّفَاضُلِ فِي الرِّبْحِ، فَظَاهِرُ الرِّوَايَةِ مَا قَالَهُ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ لِأَنَّهُ يَتَّعِينَ بِالتَّعْيِينِ
بَعْدَ الْخَلْطِ كَمَا تَعَيَّنَ قَبْلَهُ. وَلِمُحَمَّدٍ أَنَّهَا تَمَنَّ مِنْ وَجْهِ حَتَّى جَازَ الْبَيْعُ بِهَا دَيْنًا فِي
الدَّيْنَةِ وَمَبِيعٌ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ يَتَّعِينُ بِالتَّعْيِينِ، فَعَمِلْنَا بِالشَّبْهِينِ بِالإِضَافَةِ إِلَى الْحَالَيْنِ،
بِخِلَافِ الْعُرُوضِ؛ لِأَنَّهَا لَيْسَتْ تَمَنَّ بِحَالٍ.

الشرح:

(قَوْلُهُ وَلَا خِلَافَ فِيهِ) أَيُّ فِي عَدَمِ جَوَازِ الشَّرِكَةِ بِالْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونَ قَبْلَ الْخَلْطِ
فِيمَا بَيْنَنَا، وَإِنْ خَلَطَا ثُمَّ اشْتَرَكَا فَفِيهِ الْخِلَافُ الْمَذْكُورُ فِي الْكِتَابِ. وَثَمَرَةُ الْاِخْتِلَافِ
تَظْهَرُ عِنْدَ التَّسَاوِي فِي الْمَالَيْنِ وَاشْتِرَاطِ التَّفَاضُلِ فِي الرِّبْحِ، فَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ لَا يَسْتَحِقُّ
زِيَادَةَ الرِّبْحِ بَلْ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِنَ الرِّبْحِ بِقَدْرِ مِلْكِهِ، وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ الرِّبْحُ
يَنْتَهِي عَلَى مَا شَرَطَا (فَظَاهِرُ الرِّوَايَةِ مَا قَالَهُ أَبُو يُوسُفَ) لِأَنَّهُ أَيُّ الْمَذْكُورِ مِنَ الْمَكِيلِ
وَالْمَوْزُونَ وَالْعَدَدِيَّ الْمُتَقَارِبِ (يَتَّعِينُ بِالتَّعْيِينِ بَعْدَ الْخَلْطِ كَمَا يَتَّعِينُ قَبْلَهُ) وَهُوَ ظَاهِرٌ،
وَشَرَطُ جَوَازِ الشَّرِكَةِ أَنْ لَا يَكُونَ رَأْسُ الْمَالِ مِمَّا يَتَّعِينُ بِالتَّعْيِينِ لئَلَّا يُلْزَمَ رِبْحُ مَا لَمْ
يُضْمَنْ (وَوَجْهُ قَوْلِ مُحَمَّدٍ أَنَّهَا) أَيُّ الْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونَ وَالْعَدَدِيَّ الْمُتَقَارِبِ (تَمَنَّ مِنْ وَجْهِ
حَتَّى جَازَ الْبَيْعُ بِهَا دَيْنًا فِي الدَّيْنَةِ وَمَبِيعٌ مِنْ وَجْهِ) (مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ يَتَّعِينُ بِالتَّعْيِينِ فَعَمِلْنَا
بِالشَّبْهِينِ بِالإِضَافَةِ إِلَى الْحَالَيْنِ) يَعْنِي الْخَلْطَ وَعَدَمَهُ فَلَشَبْهَهُمَا بِالْمَبِيعِ. قُلْنَا: لَا تَجُوزُ
الشَّرِكَةُ بِهَا قَبْلَ الْخَلْطِ، وَلَشَبْهَهُمَا بِالتَّمَنِ قُلْنَا تَجُوزُ الشَّرِكَةُ بِهَا بَعْدَ الْخَلْطِ، وَهَذَا لِأَنَّ
إِضَافَةَ الْعَقْدِ إِلَيْهَا تَضَعُفُ بِاعْتِبَارِ الشَّبْهِينِ فَيَتَوَقَّفُ ثُبُوتُهَا عَلَى مَا يُقَوِّيهَا وَهُوَ الْخَلْطُ،
لِأَنَّ الْخَلْطَ ثَبُتُ شَرِكَةِ الْمَلِكِ فَتَأَكَّدُ بِهِ شَرِكَةُ الْعَقْدِ لَا مَحَالَةَ، بِخِلَافِ الْعُرُوضِ لِأَنَّهَا
لَيْسَتْ تَمَنَّ بِحَالٍ.

وَلَوْ اخْتَلَفَا جِنْسًا كَالْحِنْطَةِ وَالشَّعِيرِ وَالزَّيْتِ وَالسَّمْنِ فَخَلَطَا لَا تَنْعَقِدُ الشَّرِكَةُ
بِهَا بِالِاتِّفَاقِ. وَالْفَرْقُ لِمُحَمَّدٍ أَنَّ الْمَخْلُوطَ مِنْ جِنْسٍ وَاحِدٍ مِنْ ذَوَاتِ الْأَمْثَالِ، وَمِنْ جِنْسَيْنِ
مِنْ ذَوَاتِ الْقِيَمِ فَتَتِمُّكَنُ الْجَهَالَةُ كَمَا فِي الْعُرُوضِ، وَإِذَا لَمْ تَصِحَّ الشَّرِكَةُ فَحُكْمُ
الْخَلْطِ قَدْ بَيَّنَّاهُ فِي كِتَابِ الْقَضَاءِ.

الشرح:

فَلَوْ اخْتَلَفَا جِنْسًا كَالْحِنْطَةِ وَالشَّعِيرِ وَالزَّيْتِ وَالسَّمْنِ فَخَلَطَا لَا تَنْعَقِدُ الشَّرِكَةُ
بِهَا بِالِاتِّفَاقِ، فَمُحَمَّدٌ يَحْتَاجُ إِلَى الْفَرْقِ وَهُوَ مَا ذَكَرَهُ أَنَّ الْمَخْلُوطَ مِنْ جِنْسٍ وَاحِدٍ مِنْ
ذَوَاتِ الْأَمْثَالِ، حَتَّى أَنْ مَنْ أَثْلَفَهُ يَضْمَنُ مِثْلَهُ فَيُمْكِنُ تَحْصِيلُ رَأْسِ مَالٍ كُلِّ وَاحِدٍ
مِنْهُمَا وَقْتَ الْقِسْمَةِ بِاعْتِبَارِ الْمِثْلِ فَتَزُولُ الْجَهَالَةُ وَمِنْ جِنْسَيْنِ مِنْ ذَوَاتِ الْقِيَمِ، فَإِنْ مَنْ
أَثْلَفَهُ يَضْمَنُ قِيَمَتَهُ، وَإِذَا كَانَ مِنْ ذَوَاتِ الْقِيَمِ كَانَ بِمَنْزِلَةِ الْعُرُوضِ فَيُمْكِنُ الْجَهَالَةُ كَمَا
فِي الْعُرُوضِ، وَإِذَا لَمْ تَصِحَّ الشَّرِكَةُ كَحُكْمِ الْخَلْطِ قَدْ بَيَّنَّاهُ فِي كِتَابِ الْقَضَاءِ: أَيُّ قَضَاءِ
الْجَامِعِ الصَّغِيرِ، وَأَمَّا فِي هَذَا الْكِتَابِ فَقَدْ بَيَّنَّاهُ فِي كِتَابِ الْوَدِيعَةِ. وَالِدَّلِيلُ عَلَى أَنَّ مُرَادَهُ
قَضَاءَ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ قَوْلُهُ قَدْ بَيَّنَّاهُ بِلَفْظِ الْمَاضِي: يَعْنِي وَلَوْ كَانَ مُرَادُهُ كِتَابَ الْقَضَاءِ مِنْ
هَذَا الْكِتَابِ لَقَالَ سَبِّحْنَاهُ، وَالَّذِي بَيَّنَّاهُ هُنَا فِي كِتَابِ الْوَدِيعَةِ أَنَّ الْحِنْطَةَ إِذَا كَانَتْ وَدِيعَةً
عِنْدَ رَجُلٍ فَخَلَطَهَا الرَّجُلُ بِشَعِيرٍ نَفْسِهِ يَنْقَطِعُ حَقُّ الْمَالِكِ إِلَى الضَّمَانِ.

قَالَ (وَإِذَا أَرَادَ الشَّرِكَةَ بِالْعُرُوضِ بَاعَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نِصْفَ مَالِهِ بِنِصْفِ مَالِ
الْآخَرِ، ثُمَّ عَقَدَ الشَّرِكَةَ) قَالَ (وَهَذِهِ الشَّرِكَةُ مِلْكٌ) لَمَّا بَيَّنَّا أَنَّ الْعُرُوضَ لَا تَصْلُحُ رَأْسَ
مَالِ الشَّرِكَةِ، وَتَأْوِيلُهُ إِذَا كَانَ قِيَمَةُ مَتَاعِيهِمَا عَلَى السَّوَاءِ، وَلَوْ كَانَ بَيْنَهُمَا تَفَاوُتٌ يَبِيعُ
صَاحِبُ الْأَقْلَ بِقَدْرِ مَا تَثَبَّتَ بِهِ الشَّرِكَةُ.

الشرح:

قَالَ (وَإِذَا أَرَادَ الشَّرِكَةَ بِالْعُرُوضِ) لَمَّا كَانَ جَوَازُ عَقْدِ الشَّرِكَةِ مُنْهَضًا فِي
الدَّرَاهِمِ وَالْدَنَانِيرِ وَالْفُلُوسِ النَّافِقَةِ وَفِي ذَلِكَ تَضْيِيقٌ عَلَى النَّاسِ ذَكَرَ الْحِيلَةَ فِي تَجْوِيزِ
الْعَقْدِ بِالْعُرُوضِ تَوْسِيعَةً عَلَى النَّاسِ فَقَالَ (وَإِذَا أَرَادَ الشَّرِكَةَ بِالْعُرُوضِ بَاعَ كُلُّ وَاحِدٍ
مِنْهُمَا نِصْفَ مَالِهِ بِنِصْفِ مَا لِلْآخَرِ ثُمَّ عَقَدَا الشَّرِكَةَ) لِأَنَّهُ إِذَا بَاعَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا
نِصْفَ مَالِهِ بِنِصْفِ مَا لِلْآخَرِ صَارَ نِصْفُ مَالِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَضْمُونًا عَلَى الْآخَرِ

بِالثَّمَنِ فَكَانَ الرَّبْحُ الْحَاصِلُ رِبْحَ مَالٍ مَضْمُونٍ فَيَكُونُ الْعَقْدُ صَحِيحًا.

قَالَ الْمُصَنِّفُ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَهَذِهِ شَرِكَةٌ مِلْكٌ لَمَّا بَيَّنَّا أَنَّ الْعَرُوضَ لَا تَصْلُحُ رَأْسَ مَالٍ شَرِكَةٍ) وَاسْتَشْكَلَهُ الشَّارِحُونَ بِأَنَّهُ لَوْ كَانَ الْمُرَادُ بِالشَّرِكَةِ شَرِكَةَ الْمَلِكِ لَمْ يَحْتَاجْ إِلَى قَوْلِهِ ثُمَّ عَقَدَا الشَّرِكَةَ، وَبِأَنَّ الْعَرُوضَ لَا تَصْلُحُ رَأْسَ مَالٍ الشَّرِكَةِ إِذَا لَمْ يَبْعَ أَحَدُهُمَا نِصْفَ عَرَضِهِ بِنِصْفِ عَرَضِ الْآخَرِ، أَمَّا إِذَا بَاعَ فَهُوَ الْحِيلَةُ فِي جَوَازِهِ.

ثُمَّ أَجَابَ بَعْضُهُمْ بِأَن مَعْنَى قَوْلِهِ ثُمَّ عَقَدَ الشَّرِكَةَ عَقْدُ شَرِكَةِ مَلِكٍ حَتَّى يَصِحَّ قَوْلُهُ وَهَذِهِ شَرِكَةُ مَلِكٍ وَهُوَ بَعِيدٌ، لِأَنَّ غَرَضَ الْقُدُورِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ بَيَانُ الْحِيلَةِ فِي تَجْوِيزِ عَقْدِ الشَّرِكَةِ بِالْعَرُوضِ. وَقَالَ آخَرُونَ: مَعْنَاهُ أَنَّهَا شَرِكَةُ مَلِكٍ وَإِنْ عَقَدَا الشَّرِكَةَ، لِأَنَّ هَذَا الْعَقْدَ كَلَا عَقْدَ لَكُونِ رَأْسِ الْمَالِ عَرَضًا، وَتَظُنُّ كَلَامَ الْمُصَنِّفِ لَا يُسَاعِدُهُ، وَأَنَا أَذْكُرُ لَكَ مَا ذَكَرَهُ شَيْخُ شَيْخِي الْعَلَامَةُ عَبْدُ الْعَزِيزِ فِي هَذَا الْمَقَامِ مِنْ غَيْرِ زِيَادَةٍ وَلَا نُقْصَانٍ لِأَنَّهُ حَلٌّ مُفِيدٌ فِي هَذَا الْمَعْنَى. قَالَ: عَدَمُ جَوَازِ الشَّرِكَةِ بِالْعَرُوضِ مَبْنِيٌّ عَلَى مَعْنَيْنِ أَحَدُهُمَا رِبْحُ مَا لَمْ يُضْمَنْ كَمَا بَيَّنَّا، وَالثَّانِي جَهَالَةُ رَأْسِ الْمَالِ، فَإِذَا بَاعَ أَحَدُهُمَا نِصْفَ عَرَضِهِ بِنِصْفِ عَرَضِ الْآخَرِ ثُمَّ عَقَدَا الشَّرِكَةَ قَالَ الْقُدُورِيُّ يَجُوزُ، وَاخْتَارَهُ شَيْخُ الْإِسْلَامِ وَصَاحِبُ الذَّخِيرَةِ وَصَاحِبُ شَرْحِ الطَّحَاوِيِّ وَالْمُزْنِيُّ مِنْ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُمُ اللَّهُ، لِأَنَّ رَأْسَ الْمَالِ صَارَ مَعْلُومًا وَصَارَ نِصْفُ مَالٍ كُلِّ مِنْهُمَا بِالْبَيْعِ مَضْمُونًا عَلَى صَاحِبِهِ بِالثَّمَنِ فَكَانَ الرَّبْحُ الْحَاصِلُ مِنْ مَالَيْهِمَا رِبْحَ مَالٍ مَضْمُونٍ عَلَيْهِمَا فَيَجُوزُ وَلِهَذَا لَوْ بَاعَ أَحَدُهُمَا عَرَضَهُ بِنِصْفِ ذَرَاهِمٍ صَاحِبِهِ ثُمَّ عَقَدَا شَرِكَةَ عِنَانٍ أَوْ مُفَاوِضَةٍ يَجُوزُ لَزَوَالِ الْجَهَالَةِ لَصِيرُورَةِ الْعَرُوضِ مُشْتَرَكَةً بَيْنَهُمَا فَكَذَا هَذَا.

وَقِيلَ عَلَى قِيَاسِ قَوْلِ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ يَجُوزُ كَمَا فِي الْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ بَعْدَ الْخَلْطِ، وَعَلَى قِيَاسِ قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ لَا يَجُوزُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مُضَافًا إِلَى الْمُسْتَقْبَلِ وَعَقْدُ الشَّرِكَةِ يَحْتَمِلُ الْإِضَافَةَ لِأَنَّهُ عَقْدُ تَوْكِيلٍ، فَعَلَى هَذَا يَكُونُ الْعَقْدُ عَلَى الدَّرَاهِمِ. وَاخْتَارَ شَمْسُ الْأَيْمَةِ السَّرْحَسِيُّ وَصَاحِبُ الْهِدَايَةِ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ عَقْدُ الشَّرِكَةِ بِالْإِتِّفَاقِ وَهُوَ أَقْرَبُ إِلَى الْفَقْهِ لِبَقَاءِ جَهَالَةِ رَأْسِ الْمَالِ وَالرَّبْحِ عِنْدَ الْقِسْمَةِ، بِخِلَافِ الْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ بَعْدَ الْخَلْطِ عِنْدَ مُحَمَّدٍ لَزَوَالِ الْجَهَالَةِ أَصْلًا لِأَنَّهَا مِنْ ذَوَاتِ الْأَمْثَالِ، وَبِخِلَافِ مَا إِذَا

بَاعَ نِصْفَ عَرَضِهِ يَنْصِفُ دَرَاهِمَ صَاحِبِهِ ثُمَّ اشْتَرَكَ لِأَنَّ الدَّرَاهِمَ بِهَذَا الْعَقْدِ صَارَتْ نِصْفَيْنِ يَتَنَهَمَا فَيَكُونُ ذَلِكَ رَأْسَ مَالِهِمَا ثُمَّ يَتَّبِعُ حُكْمَ الشَّرِكَةِ فِي الْعُرُوضِ تَبَعًا، وَقَدْ يَدْخُلُ فِي الْعَقْدِ تَبَعًا مَا لَا يَجُوزُ إِيْرَادُ الْعَقْدِ عَلَيْهِ كَتَبْعِ الشَّرْبِ تَبَعًا لِلْأَرْضِ.

ثُمَّ الْمُصَنَّفُ اخْتَارَ عَدَمَ الْجَوَازِ وَعَدَلَ عَمَّا ذَكَرَهُ الْقُدُورِيُّ فَقَالَ: وَهَذِهِ شَرِكَةُ مَلِكٍ عِنْدِي لِأَنَّ مَا ذَكَرَهُ الْقُدُورِيُّ أَنَّهُ شَرِكَةُ عَقْدٍ وَلَا اعْتِبَارَ بِهَذَا الْعَقْدِ بَعْدَ الْبَيْعِ لَمَّا بَيَّنَّا أَنَّ الْعُرُوضَ لَا تَصْلُحُ رَأْسَ مَالِ الشَّرِكَةِ، وَنَظِيرُهُ مَا ذَكَرَهُ الْقُدُورِيُّ، وَيُسْتَحَبُّ لِلْمُتَوَضِّعِ أَنْ يَنْوِيَ الطَّهَارَةَ، ثُمَّ عَدَلَ الْمُصَنَّفُ بِقَوْلِهِ وَالتَّيَّةُ فِي الْوُضُوءِ سُنَّةٌ، وَلَهُ فِي هَذَا الْكِتَابِ نَظَائِرٌ كَثِيرَةٌ. وَقَوْلُهُ (يَبِيعُ صَاحِبُ الْأَقْلَ بِقَدْرِ مَا تَثَبَّتْ بِهِ الشَّرِكَةُ) نَظِيرُهُ مَا إِذَا كَانَ قِيَمَةُ عُرُوضٍ أَحَدِهِمَا أَرْبَعِمِائَةٍ دِرْهَمٍ مَثَلًا وَقِيَمَةُ عُرُوضِ الْآخَرِ مِائَةً دِرْهَمٍ يَبِيعُ صَاحِبُ الْأَقْلَ أَرْبَعَةَ أَخْمَاسٍ عَرَضِهِ بِخُمْسِ عَرَضِ الْآخَرِ فَيَصِيرُ الْمَتَاعُ كُلُّهُ أَخْمَاسًا وَيَكُونُ الرَّبْحُ بَيْنَهُمَا عَلَى قَدْرِ رَأْسِ مَالِيهِمَا، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

قَالَ (وَأَمَّا شَرِكَةُ الْعِنَانِ فَتَنْعَقِدُ عَلَى الْوَكَالَةِ دُونَ الْكِفَالَةِ، وَهِيَ أَنْ يَشْتَرِكَ اثْنَانِ فِي نَوْعٍ بَرٍّ أَوْ طَعَامٍ، أَوْ يَشْتَرِكَانِ فِي عُمُومِ التَّجَارَاتِ وَلَا يَذْكُرَانِ الْكِفَالَةَ، وَانْعِقَادُهُ عَلَى الْوَكَالَةِ لِتَحْقُوقِ مَقْصُودِهِ كَمَا بَيَّنَّا، وَلَا تَنْعَقِدُ عَلَى الْكِفَالَةِ؛ لِأَنَّ اللفظَ مُشْتَقٌّ مِنَ الْأَعْرَاضِ يُقَالُ عَنْ لَه: أَيِ عَرَضٍ، وَهَذَا لَا يُنْبِئُ عَنِ الْكِفَالَةِ وَحُكْمِ التَّصَرُّفِ لَا يَتَّبِعُ بِخِلَافِ مُقْتَضَى اللفظِ.

الشرح:

قَالَ (وَأَمَّا شَرِكَةُ الْعِنَانِ) هَذَا عَطْفٌ عَلَى قَوْلِهِ فِي أَوَّلِ كِتَابِ الشَّرِكَةِ، فَأَمَّا شَرِكَةُ الْمُفَاوَضَةِ وَالْعِنَانِ مَاخُودٌ مِنْ عَنْ إِذَا عَرَضَ، سُمِّيَ بِهِ لِأَنَّهُ شَيْءٌ عَرَضَ فِي هَذَا الْقَدْرِ لَا عَلَى عُمُومِ الْوَكَالَةِ وَالْكَفَالَةِ. وَقِيلَ إِنَّهُ مَاخُودٌ مِنْ عِنَانِ الْفَرَسِ لِأَنَّ الْفَارِسَ يُمْسِكُ الْعِنَانَ بِإِحْدَى يَدَيْهِ وَيَتَصَرَّفُ بِالْآخَرَى، فَكَذَلِكَ الشَّرِيكُ هُنَا شَارَكَ فِي بَعْضِ مَالِهِ وَأَنْفَرَدَ بِالْبَاقِي وَكَلَامُهُ ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (كَمَا بَيَّنَّا) إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ مِنْ قَبْلُ، وَشَرْطُهُ أَنْ يَكُونَ التَّصَرُّفُ الْمَعْقُودُ عَلَيْهِ عَقْدَ الشَّرِكَةِ قَابِلًا لِلْوَكَالَةِ لِيَكُونَ مَا يُسْتَفَادُ بِالتَّصَرُّفِ مُشْتَرَكًا بَيْنَهُمَا فَيَتَحَقَّقُ حُكْمُهُ الْمَطْلُوبُ مِنْهُ.

(وَيَصِحُّ التَّفَاضُلُ فِي الْمَالِ) لِلْحَاجَةِ إِلَيْهِ وَلَيْسَ مِنْ قِضِيَةِ اللفظِ الْمُسَاوَةِ.

(وَيَصِحُّ أَنْ يَتَسَاوَيَا فِي الْمَالِ وَيَتَفَاضِلَا فِي الرِّيحِ) وَقَالَ زُفَرٌ وَالشَّافِعِيُّ: لَا تَجُوزُ لِأَنَّ التَّفَاضُلَ فِيهِ يُؤَدِّي إِلَى رِيحٍ مَا لَمْ يُضْمَنْ، فَإِنَّ الْمَالَ إِذَا كَانَ نِصْفَيْنِ وَالرِّيحَ أَثْلَاثًا فَصَاحِبُ الزِّيَادَةِ يَسْتَحِقُّهَا بِلا ضَمَانٍ، إِذَا الضَّمَانُ بِقَدْرِ رَأْسِ الْمَالِ، وَلِأَنَّ الشَّرِيكََةَ عِنْدَهُمَا فِي الرِّيحِ لِلشَّرِيكََةِ فِي الْأَصْلِ، وَلِهَذَا يَشْتَرِطَانِ الْخُلُطَ، فَصَارَ رِيحُ الْمَالِ بِمَنْزِلَةِ نَمَاءِ الْأَعْيَانِ فَيُسْتَحَقُّ بِقَدْرِ الْمَلِكِ فِي الْأَصْلِ.

وَلَنَا قَوْلُهُ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: «الرِّيحُ عَلَى مَا شَرَطًا، وَالْوَضِيعَةُ عَلَى قَدْرِ الْمَالَيْنِ»^(١) وَلَمْ يَفْصِلْ، وَلِأَنَّ الرِّيحَ كَمَا يُسْتَحَقُّ بِالْمَالِ يُسْتَحَقُّ بِالْعَمَلِ كَمَا فِي الْمُضَارَبَةِ؛ وَقَدْ يَكُونُ أَحَدُهُمَا أَحَدَقُّ وَأَهْدَى وَأَكْثَرُ عَمَلًا وَأَقْوَى فَلَا يَرْضَى بِالْمُسَاوَاةِ فَهَمَسَتْ الْحَاجَةُ إِلَى التَّفَاضُلِ، بِخِلَافِ اشْتِرَاطِ جَمِيعِ الرِّيحِ لِأَحَدِهِمَا لِأَنَّهُ يَخْرُجُ الْعَقْدُ بِهِ مِنَ الشَّرِيكََةِ وَمِنَ الْمُضَارَبَةِ أَيْضًا إِلَى قَرْضٍ بِاشْتِرَاطِهِ لِلْعَامِلِ أَوْ إِلَى بَضَاعَةٍ بِاشْتِرَاطِهِ لِرَبِّ الْمَالِ، وَهَذَا الْعَقْدُ يُشَبِّهُ الْمُضَارَبَةَ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ يَعْمَلُ فِي مَالِ الشَّرِيكِ، وَيُشَبِّهُ الشَّرِيكََةَ اسْمًا وَعَمَلًا فَإِنَّهُمَا يَعْمَلَانِ فَعَمَلُنَا بِشَبِّهِ الْمُضَارَبَةِ. وَقُلْنَا: يَصِحُّ اشْتِرَاطُ الرِّيحِ مِنْ غَيْرِ ضَمَانٍ وَيُشَبِّهُ الشَّرِيكََةَ حَتَّى لَا تَبْطُلَ بِاشْتِرَاطِ الْعَمَلِ عَلَيْهَا.

الشرح:

وَيَصِحُّ أَنْ يَتَسَاوَيَا فِي الْمَالِ وَيَتَفَاضِلَا فِي الرِّيحِ. وَجُمْلَةُ الْقَوْلِ فِي ذَلِكَ أَنَّهُمَا إِنْ شَرَطَا الْعَمَلَ عَلَيْهِمَا وَشَرَطَا التَّفَاوُتَ فِي الرِّيحِ مَعَ التَّسَاوِي فِي رَأْسِ الْمَالِ جَازَ عِنْدَ عُلَمَائِنَا الثَّلَاثَةِ وَيَكُونُ الرِّيحُ يَتَنَّهُمَا عَلَى مَا شَرَطَ وَإِنْ عَمِلَ أَحَدُهُمَا دُونَ الْآخَرِ. وَأَمَّا إِذَا شَرَطَا الْعَمَلَ عَلَى أَحَدِهِمَا، فَإِنْ شَرَطَا الرِّيحَ يَتَنَّهُمَا عَلَى قَدْرِ رَأْسِ مَالِهِمَا جَازَ وَيَكُونُ مَالُ الَّذِي لَا عَمَلَ عَلَيْهِ بِضَاعَةً عِنْدَ الْعَامِلِ لَهُ رِبْحُهُ وَعَلَيْهِ وَضِيعَتُهُ، وَإِنْ شَرَطَا الرِّيحَ لِلْعَامِلِ أَكْثَرَ مِنْ رَأْسِ مَالِهِ جَازَ أَيْضًا عَلَى الشَّرْطِ وَيَكُونُ مَالُ الدَّافِعِ عِنْدَ الْعَامِلِ مُضَارَبَةً؛ وَلَوْ شَرَطَا الرِّيحَ لِلدَّافِعِ أَكْثَرَ مِنْ رَأْسِ مَالِهِ لَا يَصِحُّ الشَّرْطُ وَيَكُونُ مَالُ الدَّافِعِ عِنْدَ الْعَامِلِ بِضَاعَةً لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا رِبْحُ مَالِهِ وَالْوَضِيعَةُ يَتَنَّهُمَا عَلَى قَدْرِ رَأْسِ مَالِهِمَا أَبَدًا (قَوْلُهُ وَهُوَ قَوْلُ زُفَرٍ وَالشَّافِعِيِّ) وَاضِحٌ (قَوْلُهُ وَلَنَا قَوْلُهُ ﷺ: «الرِّيحُ عَلَى مَا شَرَطَ الْعَاقِدَانِ، وَالْوَضِيعَةُ عَلَى قَدْرِ الْمَالِ» رَوَاهُ أَصْحَابُنَا فِي كُتُبِهِمْ عَنْ عَلِيِّ بْنِ أَبِي طَالِبٍ

(١) قال الزيلعي في نصب الراية (٧٢٦/٣): غريب جدا.

﴿قَوْلُهُ مِنْ غَيْرِ فَضْلٍ﴾ يَعْنِي بَيْنَ التَّفَاضُلِ وَالتَّسَاوِي (قَوْلُهُ كَمَا فِي الْمُضَارَبَةِ) أُعْثِرَضَ عَلَيْهِ بِأَنَّهُ إِذَا لَحِقْتُمْ هَذَا الْعَقْدَ بِالْمُضَارَبَةِ صَارَ فِي التَّقْدِيرِ كَأَنَّهُ قَالَ: اعْمَلْ فِي مَالِكَ وَرَبِّحْهُ لَكَ، وَاعْمَلْ فِي مَالِي وَرَبِّحْهُ بَيْنَنَا وَفِي الْمُضَارَبَةِ إِذَا شَرِطَ عَمَلُ رَبِّ الْمَالِ فِيهَا يَبْطُلُ الْعَقْدُ وَقَدْ جَوَزْتُمْ هَذِهِ الشَّرِكَةَ وَإِنْ شَرِطَ عَمَلُهُمَا. وَأَجِيبَ بِأَنَّهُ لَيْسَ هَذَا الْعَقْدُ مُضَارَبَةً مِنْ كُلِّ وَجْهِ عَلَى مَا سَنَذْكُرُهُ أَنَّهُ يُشَبِّهُهَا مِنْ وَجْهِ، وَمَا أَشَبَّهَ الشَّيْءَ مِنْ وَجْهِ لَا يَلْزَمُ أَنْ يَأْخُذَ حُكْمُهُ مِنْ كُلِّ وَجْهِ.

وَقَوْلُهُ (بِخِلَافِ اشْتِرَاطِ جَمِيعِ الرِّبْحِ) جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ إِذَا شَرِطَ جَمِيعُ الرِّبْحِ لِأَحَدِهِمَا لَا يَجُوزُ، فَكَذَا إِذَا شَرِطَ الْفَضْلُ وَالْجَامِعُ الْعُدُولُ بِالرِّبْحِ عَنِ التَّقْسِيطِ عَلَى قَدْرِ الْمَالِ. وَوَجْهُ الْجَوَابِ أَنَّ بِشَرِطِ جَمِيعِ الرِّبْحِ يَخْرُجُ الْعَقْدُ مِنَ الشَّرِكَةِ وَالْمُضَارَبَةِ إِلَى قَرْضٍ أَوْ بَضَاعَةٍ، لِأَنَّهُ إِنْ شَرِطَ الْجَمِيعُ لِلْعَامِلِ صَارَ قَرْضًا، وَإِنْ شَرِطَ لِرَبِّ الْمَالِ صَارَ بَضَاعَةً، وَهَذَا الْعَقْدُ لَا يَجُوزُ أَنْ يَخْرُجَ عَنْهُمَا لِأَنَّهُ يُشَبِّهُ الْمُضَارَبَةَ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ يَعْمَلُ فِي مَالِ الشَّرِيكَ وَيُشَبِّهُ الشَّرِكَةَ أَيْ شَرِكَةَ الْمَفَاوِضَةِ اسْمًا وَعَمَلًا فَإِنَّهُمَا يَعْمَلَانِ مَعًا فَعَمِلْنَا بِشَبِّهِ الْمُضَارَبَةِ.

وَقُلْنَا: يَصِحُّ اشْتِرَاطُ الرِّبْحِ مِنْ غَيْرِ ضَمَانٍ، فَإِنْ اشْتَرَطَ زِيَادَةَ الرِّبْحِ مَوْجُودٌ فِي الْمُضَارَبَةِ وَهُوَ جَائِزٌ مَعَ ذَلِكَ بِالْإِجْمَاعِ، وَهَذَا يَتَضَمَّنُ الْجَوَابَ عَنْ قَوْلِهِمَا إِنْ اشْتَرَطَ زِيَادَةَ الرِّبْحِ لِأَحَدِهِمَا يُؤَدِّي إِلَى رِبْحٍ مَا لَمْ يَضْمَنْ، وَعَمِلْنَا بِشَبِّهِ الشَّرِكَةِ حَتَّى لَا يَبْطُلَ بِاشْتِرَاطِ الْعَمَلِ عَلَيْهِمَا.

قَالَ (وَيَجُوزُ أَنْ يَعْقِدَهَا كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِبَعْضِ مَالِهِ دُونَ الْبَعْضِ) لِأَنَّ الْمَسَاوَاةَ فِي الْمَالِ لَيْسَتْ بِشَرِطٍ فِيهِ إِذَا لَفِظَ لَا يَقْتَضِيهِ (وَلَا يَصِحُّ إِلَّا بِمَا بَيَّنَّا) أَنَّ الْمَفَاوِضَةَ تَصِحُّ بِهِ لِلْوَجْهِ الَّذِي ذَكَرْنَاهُ (وَيَجُوزُ أَنْ يَشْتَرِكََا وَمِنْ جِهَةٍ أَحَدِهِمَا دَنَائِيرُ وَمِنْ الْآخَرِ دَرَاهِمُ، وَكَذَا مِنْ أَحَدِهِمَا دَرَاهِمُ بَيضٌ وَمِنْ الْآخَرِ سُودٌ) وَقَالَ زُفَرٌ وَالشَّافِعِيُّ: لَا يَجُوزُ، وَهَذَا بِنَاءً عَلَى اشْتِرَاطِ الْخَلْطِ وَعَدَمِهِ فَإِنْ عِنْدَهُمَا شَرِطٌ وَلَا يَتَحَقَّقُ ذَلِكَ فِي مُخْتَلَفِي الْجِنْسِ، وَسَنَبَيْنَاهُ مِنْ بَعْدِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى. قَالَ (وَمَا اشْتَرَاهُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لِلشَّرِكَةِ طَوْلَبُ بِتَمَنِيهِ دُونَ الْآخَرِ لَمَّا بَيَّنَّا) أَنَّهُ يَتَضَمَّنُ الْوَكَاةَ دُونَ الْكَفَالَةِ، وَالْوَكِيلُ هُوَ الْأَصْلُ فِي الْحَقُوقِ. قَالَ (ثُمَّ يَرْجِعُ عَلَى شَرِيكِهِ بِحَصَّتِهِ مِنْهُ) مَعْنَاهُ إِذَا أَدَّى مِنْ مَالِ نَفْسِهِ؛ لِأَنَّهُ

وَكَيْلٌ مِنْ جِهَتِهِ فِي حِصَّتِهِ فَإِذَا نَقَدَ مِنْ مَالِ نَفْسِهِ رَجَعَ عَلَيْهِ، فَإِنْ كَانَ لَا يَعْرِفُ ذَلِكَ إِلَّا بِقَوْلِهِ فَعَلَيْهِ الْحُجَّةُ؛ لِأَنَّهُ يَدَّعِي وَجُوبَ الْمَالِ فِي ذِمَّتِهِ الْآخِرَ وَهُوَ يُنْكِرُ، وَالْقَوْلُ لِلْمُنْكَرِ مَعَ يَمِينِهِ

الشرح:

قَالَ (وَيَجُوزُ أَنْ يَعْقِدَهَا كُلُّ وَاحِدٍ إلخ) أَيَّ يَجُوزُ أَنْ يَعْقِدَ شَرِكَةُ الْعِنَانِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَبَعْضِ مَالِهِ دُونَ الْبَعْضِ، لِأَنَّ الْمُسَاوَاةَ فِي الْمَالِ لَيْسَتْ بِشَرْطٍ فِيهِ: أَيَّ فِي هَذَا الْعَقْدِ، إِذْ اللَّفْظُ: أَيُّ لَفْظُ الْعِنَانِ لَا يَفْتَضِيهِ: أَيُّ لَا يَفْتَضِي الْمُسَاوَاةَ بِتَأْوِيلِ الْإِسْتِوَاءِ، بِخِلَافِ لَفْظِ الْمُفَاوَضَةِ (قَوْلُهُ لِلْوَجْهِ الَّذِي ذَكَرْنَاهُ) يَعْنِي مَا ذَكَرَهُ فِي أَوَّلِ هَذَا الْفَصْلِ أَنَّهُ يُؤَدِّي إِلَى رِنَحٍ مَا لَمْ يُضْمَنْ. وَقَوْلُهُ (وَيَجُوزُ أَنْ يَشْتَرِكَ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (فَإِنْ كَانَ لَا يَعْرِفُ ذَلِكَ إِلَّا بِقَوْلِهِ) يَعْنِي إِذَا لَمْ يَعْرِفْ أَنَّهُ أَدَّى الثَّمَنَ مِنْ مَالِ نَفْسِهِ أَوْ مِنْ مَالِ الشَّرِكَةِ إِلَّا بِقَوْلِهِ فَعَلَيْهِ إِقَامَةُ الْبَيِّنَةِ، فَإِنْ عَجَزَ عَنْ ذَلِكَ فَالْقَوْلُ لَصَاحِبِهِ مَعَ يَمِينِهِ.

قَالَ (وَإِذَا هَلَكَ مَالُ الشَّرِكَةِ أَوْ أَحَدُ الْمَالَيْنِ قَبْلَ أَنْ يَشْتَرِيَ شَيْئًا بَطَلَتِ الشَّرِكَةُ) لِأَنَّ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ فِي عَقْدِ الشَّرِكَةِ الْمَالُ، فَإِنَّهُ يَتَعَيَّنُ فِيهِ كَمَا فِي الْهَبَةِ وَالْوَصِيَّةِ، وَبِهَلاكَ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ يَبْطُلُ الْعَقْدُ كَمَا فِي الْبَيْعِ، بِخِلَافِ الْمُضَارَبَةِ وَالْوَكَالَةِ الْمُفْرَدَةِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَتَعَيَّنُ الثَّمَنَانِ فِيهِمَا بِالتَّعْيِينِ، وَإِنَّمَا يَتَعَيَّنَانِ بِالْقَبْضِ عَلَى مَا عُرِفَ، وَهَذَا ظَاهِرٌ فِيمَا إِذَا هَلَكَ الْمَالَانِ، وَكَذَا إِذَا هَلَكَ أَحَدُهُمَا؛ لِأَنَّهُ مَا رَضِيَ بِشَرِكَةِ صَاحِبِهِ فِي مَالِهِ إِلَّا لِبَشْرِكَةٍ فِي مَالِهِ، فَإِذَا هَاتَ ذَلِكَ لَمْ يَكُنْ رَاضِيًا بِشَرِكَتِهِ فَيَبْطُلُ الْعَقْدُ لِعَدَمِ فَائِدَتِهِ، وَآيُهُمَا هَلَكَ هَلَكَ مِنْ مَالِ صَاحِبِهِ؛ إِنْ هَلَكَ فِي يَدِهِ فَظَاهِرٌ، وَكَذَا إِذَا كَانَ هَلَكَ فِي يَدِ الْآخَرِ لِأَنَّهُ أَمَانَةٌ فِي يَدِهِ، بِخِلَافِ مَا بَعْدَ الْخَلْطِ حَيْثُ يَهْلِكُ عَلَى الشَّرِكَةِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَتَمَيَّزُ فَيُجْعَلُ الْهَالِكُ مِنَ الْمَالَيْنِ.

الشرح:

(قَوْلُهُ فَإِذَا هَلَكَ مَالُ الشَّرِكَةِ) ظَاهِرٌ، وَفَيْدَ الْوَكَالَةِ بِالْمُفْرَدَةِ احْتِرَازًا عَنْ الْوَكَالَةِ الثَّابِتَةِ فِي ضِمْنِ عَقْدِ الشَّرِكَةِ وَفِي ضِمْنِ عَقْدِ الرَّهْنِ فَإِنَّهَا فِيهِمَا تَبْطُلُ بِبُطْلَانِ مَا تَضَمَّنَهَا مِنَ الشَّرِكَةِ وَالرَّهْنِ لِأَنَّ الْمُتَضَمَّنَ يَبْطُلُ بِبُطْلَانِ الْمُتَضَمَّنِ تَبْعًا، وَأَمَّا الْوَكَالَةُ الْمُفْرَدَةُ كَمَنْ وَكَّلَ رَجُلًا بِشِرَاءِ عَبْدٍ وَدَفَعَ إِلَيْهِ دَرَاهِمَ فَهَلَكَتْ فَإِنَّهَا لَا تَبْطُلُ، وَأَمَّا

المُضَارَبَةُ فَقَدْ قَالَ فَخَرُ الْإِسْلَامُ فِي شَرْحِ الزِّيَادَاتِ: بِخِلَافِ الْمُضَارَبَةِ وَالشَّرِكَةِ فَإِنَّهَا تَنْعَيْنُ، حَتَّى إِذَا هَلَكَتْ قَبْلَ التَّسْلِيمِ بَطَلَتْ الْمُضَارَبَةُ، وَهُوَ مُخَالَفٌ لِمَا ذَكَرَهُ الْمُصَنِّفُ أَنَّهَا تَنْعَيْنُ فِيهَا بِالْقَبْضِ فَلَعَلَّ فِي الْمَسْأَلَةِ رَوَاتَيْنِ، (قَوْلُهُ لِأَنَّهُ مَا رَضِيَ بِشَرِكَةِ صَاحِبِهِ فِي مَالِهِ) أَيُّ الشَّرِيكَ الَّذِي لَمْ يَهْلِكْ مَالُهُ مَا رَضِيَ بِشَرِكَةِ صَاحِبِهِ الَّذِي هَلَكَ مَالُهُ إِلَّا عَلَى تَقْدِيرِ بَقَاءِ مَالِهِ بِشَرِكَتِهِ فِي مَالِهِ كَمَا يَشْتَرِكُ هُوَ فِي مَالٍ هَذَا (قَوْلُهُ وَأَيُّهُمَا هَلَكَ مِنْ مَالِ صَاحِبِهِ) ظَاهِرٌ.

(وَأِنْ اشْتَرَى أَحَدُهُمَا بِمَالِهِ وَهَلَكَ مَالُ الْآخَرِ قَبْلَ الشَّرَاءِ فَالْمُشْتَرَى بَيْنَهُمَا عَلَى مَا شَرَطًا) لِأَنَّ الْمَلِكَ حِينَ وَقَعَ وَقَعَ مُشْتَرَكًا بَيْنَهُمَا لِقِيَامِ الشَّرِكَةِ وَهَتْ الشَّرَاءُ فَلَا يَتَغَيَّرُ الْحُكْمُ بِهَلَاكِ مَالِ الْآخَرِ بَعْدَ ذَلِكَ، ثُمَّ الشَّرِكَةُ شَرِكَةُ عَقْدٍ عِنْدَ مُحَمَّدٍ خِلَافًا لِلْحَسَنِ بْنِ زِيَادٍ، حَتَّى إِنْ أَتَاهُمَا بَاعَ جَازَ بَيْعُهُ، لِأَنَّ الشَّرِكَةَ قَدْ تَمَّتْ فِي الْمُشْتَرَى فَلَا يُنْتَقِضُ بِهَلَاكِ الْمَالِ بَعْدَ تَمَامِهَا. قَالَ (وَيَرْجِعُ عَلَى شَرِيكِهِ بِحِصَّتِهِ مِنْ ثَمَنِهِ) لِأَنَّهُ اشْتَرَى نِصْفَهُ بِوَكَالَتِهِ وَنَقَدَ الثَّمَنَ مِنْ مَالِ نَفْسِهِ وَقَدْ بَيَّنَّاهُ، هَذَا إِذَا اشْتَرَى أَحَدُهُمَا بِأَحَدِ الْمَالَيْنِ أَوْ لَا ثُمَّ هَلَكَ مَالُ الْآخَرِ. أَمَّا إِذَا هَلَكَ مَالُ أَحَدِهِمَا ثُمَّ اشْتَرَى الْآخَرُ بِمَالِ الْآخَرِ، إِنْ صَرَحَا بِالْوَكَالَةِ فِي عَقْدِ الشَّرِكَةِ فَالْمُشْتَرَى مُشْتَرَكٌ بَيْنَهُمَا عَلَى مَا شَرَطًا، لِأَنَّ الشَّرِكَةَ إِنْ بَطَلَتْ فَالْوَكَالَةُ الْمَصْرُوحُ بِهَا قَائِمَةٌ فَكَانَ مُشْتَرَكًا بِحُكْمِ الْوَكَالَةِ، وَيَكُونُ شَرِكَةَ مِلْكٍ وَيَرْجِعُ عَلَى شَرِيكِهِ بِحِصَّتِهِ مِنْ الثَّمَنِ لِمَا بَيَّنَّاهُ، وَإِنْ ذَكَرَا مُجَرَّدَ الشَّرِكَةِ وَلَمْ يَنْصَبَا عَلَى الْوَكَالَةِ فِيهَا كَانَ الْمُشْتَرَى لِلَّذِي اشْتَرَاهُ خَاصَّةً، لِأَنَّ الْوُقُوعَ عَلَى الشَّرِكَةِ حُكْمُ الْوَكَالَةِ الَّتِي تَضُمُّنَتَهَا الشَّرِكَةُ، فَإِذَا بَطَلَتْ يَبْطُلُ مَا فِي ضِمْنِهَا، بِخِلَافِ مَا إِذَا صَرَحَ بِالْوَكَالَةِ لِأَنَّهَا مَقْصُودَةٌ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (ثُمَّ الشَّرِكَةُ شَرِكَةُ عَقْدٍ عِنْدَ مُحَمَّدٍ خِلَافًا لِلْحَسَنِ بْنِ زِيَادٍ) فَائِدَتُهُ تَظْهَرُ فِي حَقِّ جَوَازِ بَيْعِ الْكُلِّ. فَعِنْدَ مُحَمَّدٍ أَيُّهُمَا بَاعَهُ جَازَ بَيْعُهُ لِأَنَّ الشَّرِكَةَ قَدْ تَمَّتْ فِي الْمُشْتَرَى فَلَا تُنْتَقِضُ بِهَلَاكِ الْمَالِ بَعْدَ تَمَامِهَا كَمَا لَوْ كَانَ الْهَلَاكُ بَعْدَ الشَّرَاءِ بِالْمَالَيْنِ جَمِيعًا. وَعِنْدَ الْحَسَنِ بْنِ زِيَادٍ لَا يَنْقُذُ بَيْعُ أَحَدِهِمَا إِلَّا فِي حِصَّتِهِ لِأَنَّ شَرِكَةَ الْعَقْدِ قَدْ بَطَلَتْ بِهَلَاكِ الْمَالِ كَمَا لَوْ هَلَكَ قَبْلَ الشَّرَاءِ بِمَالِ الْآخَرِ، وَإِنَّمَا بَقِيَ مَا هُوَ حُكْمُ

الشَّرَاءِ وَهُوَ الْمَلِكُ فَكَانَتْ شَرِكَتُهُمَا فِي التَّاعِ شَرِكَةَ مَلِكٍ (قَوْلُهُ وَقَدْ بَيَّنَّا) إِشَارَةً إِلَى قَوْلِهِ مَعْنَاهُ إِذَا أَدَّى مِنْ مَالٍ نَفْسِهِ إلخ (قَوْلُهُ أَمَّا إِذَا هَلَكَ مَالُ أَحَدِهِمَا ثُمَّ اشْتَرَى الْآخَرُ) وَاضِحٌ. قَوْلُهُ لَمَّا بَيَّنَّا) إِشَارَةً إِلَى قَوْلِهِ لِأَنَّهُ وَكَيْلٌ مِنْ جِهَتِهِ

قَالَ (وَتَجَوُّزُ الشَّرِكَةِ وَإِنْ لَمْ يَخْلُطَا الْمَالَ) وَقَالَ زُفَرٌ وَالشَّافِعِيُّ: لَا تَجَوُّزُ لِأَنَّ الرَّبِيحَ فَرَعُ الْمَالِ، وَلَا يَقَعُ الْفَرَعُ عَلَى الشَّرِكَةِ إِلَّا بَعْدَ الشَّرِكَةِ فِي الْأَصْلِ وَأَنَّهُ بِالْخَلْطِ، وَهَذَا لِأَنَّ الْمَحَلَّ هُوَ الْمَالُ وَلِهَذَا يُضَافُ إِلَيْهِ، وَيُشْتَرَطُ تَعْيِينُ رَأْسِ الْمَالِ، بِخِلَافِ الْمُضَارَبَةِ؛ لِأَنَّهَا لَيْسَتْ بِشَرِكَةٍ، وَإِنَّمَا هُوَ يَعْمَلُ لِرَبِّ الْمَالِ فَيَسْتَحِقُّ الرَّبِيحَ عِمَالَةً عَلَى عَمَلِهِ، أَمَّا هُنَا بِخِلَافِهِ، وَهَذَا أَصْلٌ كَثِيرٌ لُهُمَا حَتَّى يُعْتَبَرُ اتِّحَادُ الْجِنْسِ. وَيُشْتَرَطُ الْخَلْطُ وَلَا يَجَوُّزُ التَّفَاضُلُ فِي الرَّبِيحِ مَعَ التَّسَاوِي فِي الْمَالِ.

الشرح:

(قَوْلُهُ وَأَنَّهُ بِالْخَلْطِ) أَيِ الشَّرِكَةِ فِي الْأَصْلِ عَلَى تَأْوِيلِ الْإِشْتِرَاكِ (قَوْلُهُ وَهَذَا إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ لِأَنَّ الرَّبِيحَ فَرَعُ الْمَالِ) يَعْنِي وَإِنَّمَا قُلْنَا إِنَّ الرَّبِيحَ فَرَعُ الْمَالِ لِأَنَّ الْمَحَلَّ: أَيِ مَحَلِّ الشَّرِكَةِ هُوَ الْمَالُ وَلِهَذَا يُضَافُ إِلَيْهِ، وَيُقَالُ عَقْدُ شَرِكَةِ الْمَالِ وَيُشْتَرَطُ تَعْيِينُ رَأْسِ الْمَالِ وَمَا أُعْتَبِرَ التَّعْيِينُ إِلَّا لِتَكُونِ الشَّرِكَةُ فِي الثَّمَنِ مُسْتَنَدَةً إِلَى الْمَالِ بِخِلَافِ الْمُضَارَبَةِ فَإِنَّهَا تَصِحُّ بِدُونِ الْخَلْطِ لِأَنَّهَا لَيْسَتْ بِشَرِكَةٍ، وَإِنَّمَا هُوَ عَامِلٌ لِرَبِّ الْمَالِ فَيَسْتَحِقُّ الرَّبِيحَ عِمَالَةً عَلَى قَدْرِ عَمَلِهِ (قَوْلُهُ وَهَذَا أَصْلٌ كَثِيرٌ) إِشَارَةً إِلَى قَوْلِهِ لِأَنَّ الرَّبِيحَ فَرَعُ الْمَالِ (قَوْلُهُ حَتَّى يُعْتَبَرُ اتِّحَادُ الْجِنْسِ) يَعْنِي بِنَاءً عَلَى أَصْلِهِمَا ذَلِكَ، فَإِنَّهُ إِذَا كَانَ رَأْسُ مَالٍ أَحَدِهِمَا دَرَاهِمَ وَالْآخَرُ دَنَانِيرَ تَنَعَّدُ الشَّرِكَةُ بَيْنَهُمَا صَحِيحَةً عِنْدَنَا خِلَافًا لَزُفَرٍ وَالشَّافِعِيِّ، وَكَذَلِكَ إِنْ كَانَ رَأْسُ مَالٍ أَحَدِهِمَا بَيْضًا وَالْآخَرُ سُودًا.

وَلَا تَجَوُّزُ شَرِكَةُ التَّقْبُلِ وَالْأَعْمَالِ لِانْعِدَامِ الْمَالِ. وَلَنَا أَنَّ الشَّرِكَةَ فِي الرَّبِيحِ مُسْتَنَدَةٌ إِلَى الْعَقْدِ دُونَ الْمَالِ؛ لِأَنَّ الْعَقْدَ يُسَمَّى شَرِكَةً فَلَا بُدَّ مِنْ تَحَقُّقِ مَعْنَى هَذَا الْأَسْمِ فِيهِ فَلَمْ يَكُنِ الْخَلْطُ شَرْطًا، وَلِأَنَّ الدَّرَاهِمَ وَالْدَنَانِيرَ لَا يَتَعَيَّنَانِ فَلَا يُسْتَفَادُ الرَّبِيحُ بِرَأْسِ الْمَالِ، وَإِنَّمَا يُسْتَفَادُ بِالتَّصَرُّفِ لِأَنَّهُ فِي النِّصْفِ أَصِيلٌ وَفِي النِّصْفِ وَكَيْلٌ. وَإِذَا تَحَقَّقَتْ الشَّرِكَةُ فِي التَّصَرُّفِ بِدُونِ الْخَلْطِ تَحَقَّقَتْ فِي الْمُسْتَفَادِ بِهِ وَهُوَ الرَّبِيحُ بِدُونِهِ، وَصَارَ كَالْمُضَارَبَةِ فَلَا يُشْتَرَطُ اتِّحَادُ الْجِنْسِ وَالتَّسَاوِي فِي الرَّبِيحِ، وَتَصِحُّ شَرِكَةُ التَّقْبُلِ.

الشرح:

وَلَا تَجُوزُ شَرِكَةُ الثَّقِيلِ: أَيُّ عَلَى قَوْلِ زُفَرٍ وَالشَّافِعِيِّ لِإِعْدَامِ الْمَالِ. وَلَنَا أَنَّ الشَّرِكَةَ فِي الرَّبْحِ مُسْتَنْدَةٌ إِلَى الْعَقْدِ دُونَ الْمَالِ، وَكُلُّ مَا هُوَ مُسْتَنْدٌ إِلَيْهِ هُوَ الْأَصْلُ، أَمَّا أَنَّهَا مُسْتَنْدَةٌ إِلَى الْعَقْدِ فَلَأَنَّ الْعَقْدَ يُسَمَّى شَرِكَةَ لَا الْمَالِ فَلَا بُدَّ مِنْ تَحْقِيقِ مَعْنَى الْأَسْمِ فِيهِ، وَأَمَّا أَنَّ كُلَّ مَا هُوَ مُسْتَنْدٌ إِلَيْهِ فَهُوَ الْأَصْلُ فَلَأَنَّ الْمُرَادَ بِالْمُسْتَنْدِ إِلَيْهِ هُوَ أَنْ يَكُونَ غَيْرُهُ مُنَبِّئًا عَلَيْهِ وَذَلِكَ حَدُّ الْأَصْلِ، وَإِنَّمَا عُبِّرَ عَنْهُ بِهَذِهِ الْعِبَارَةِ لِأَنَّ الرَّبْحَ فِي الْحَقِيقَةِ يَحْصُلُ مِنَ التَّصَرُّفِ وَالتَّصَرُّفُ يَحْصُلُ مِنَ الْعَقْدِ، لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَتَصَرَّفُ فِي الْكُلِّ فِي بَعْضِهِ بِطَرِيقِ الْأَصَالَةِ وَفِي بَعْضِهِ بِطَرِيقِ الْوَكَالَةِ، فَكَانَ الْعَقْدُ عِلَّةَ الْعِلَّةِ، وَجَارَ أَنْ يُضَافَ الْحُكْمُ إِلَى عِلَّةِ الْعِلَّةِ كَمَا جَازَ أَنْ يُضَافَ إِلَى غَيْرِ الْعِلَّةِ، وَإِذَا كَانَ الْأَصْلُ هُوَ الْعَقْدُ وَهُوَ مَوْجُودٌ يَثْبُتُ الْحُكْمُ فِي الْفَرْعِ وَهُوَ الرَّبْحُ وَإِنْ لَمْ يَخْتَلِطُ الْمَالَانِ. وَالدَّلِيلُ الثَّانِي وَهُوَ قَوْلُهُ وَلَأَنَّ الدَّرَاهِمَ وَالذَّنَانِيرَ لَا تَتَعَيَّنَانِ كَالشَّرْحِ لِلدَّلِيلِ الْأَوَّلِ.

فَإِنْ قِيلَ: لَوْ كَانَ الْعَقْدُ هُوَ الْأَصْلُ دُونَ الْمَالِ لَمَا بَطَلَتِ الشَّرِكَةُ بِهَلَاكِ الْمَالِ قَبْلَ أَنْ يَشْتَرِيَا بِهِ شَيْئًا لِأَنَّ هَلَاكَ الْمَالِ وَبَقَاءَهُ إِذْ ذَاكَ بِمَنْزِلَةِ لَكُونِ الْأَصْلِ وَهُوَ الْعَقْدُ قَدْ وَجَدَ وَالْمَالُ مَوْجُودٌ فَلَا يُبَالُ بَعْدَ ذَلِكَ بِبَقَائِهِ. أُجِيبَ بِأَنَّ بَقَاءَ الْأَصْلِ شَرْطُ لَوْجُودِ الْفَرْعِ وَالْأَصْلُ قَدْ انْتَفَى بِانْتِفَاءِ شَرْطِهِ وَهُوَ الْمَحَلُّ فَكَذَلِكَ الْفَرْعُ. وَاعْتَرِضَ أَيْضًا بِأَنَّ الْمَالَيْنِ إِذَا لَمْ يَخْتَلِطَا بِقِيَا مُتَمَيِّزَيْنِ وَلَا شَرِكَةَ مَعَ التَّمْيِيزِ كَمَا فِي الْعُرُوضِ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ عِلَّةَ فُسَادِ الشَّرِكَةِ فِي الْعُرُوضِ لَيْسَتْ التَّمْيِيزُ بَلْ هِيَ مَا ذَكَرْنَا مِنَ الْإِفْضَاءِ إِلَى رِبْحٍ مَا لَمْ يُضْمَنْ. وَقَوْلُهُ (وَصَارَ كَالْمُضَارَبَةِ) يَعْنِي لَمَّا ظَهَرَ أَنَّ الْأَصْلَ هُوَ الْعَقْدُ دُونَ الْمَالِ كَانَ الرَّبْحُ مُسْتَحَقًّا بِالْعَقْدِ دُونَ الْمَالِ كَمَا فِي الْمُضَارَبَةِ، فَإِنَّهُ لَيْسَ هُنَاكَ خَلْطُ الْمَالَيْنِ وَالرَّبْحُ مُشْتَرَكٌ بِسَبَبِ الْعَقْدِ، وَإِذَا بَطَلَ ذَلِكَ الْأَصْلُ بَطَلَ الْفُرُوعُ الْمُتَرْتِبَةُ عَلَيْهِ فَلَا يَشْتَرِطُ اتِّحَادُ الْجِنْسِ وَالتَّسَاوِي فِي الرَّبْحِ وَتَصَحُّ شَرِكَةِ الثَّقِيلِ

قَالَ (وَلَا تَجُوزُ الشَّرِكَةُ إِذَا شَرِطَ لِأَحَدِهِمَا دَرَاهِمُ مُسَمَّاةً مِنَ الرَّبْحِ) لِأَنَّهُ شَرْطُ يُوجِبُ انْقِطَاعَ الشَّرِكَةِ فَعَسَاهُ لَا يُخْرِجُ إِلَّا قَدْرَ الْمُسَمَّى لِأَحَدِهِمَا، وَنَظِيرُهُ فِي الْمَزَارَعَةِ.

الشرح:

(قَوْلُهُ وَلَا تَجُوزُ الشَّرِكَةُ) وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (وَنَظِيرُهُ فِي الْمَزَارَعَةِ) يَعْنِي أَنَّهُ إِذَا شَرِطَ

لأَحَدَهُمَا قُفْرَانٌ مُسَمَّاءٌ كَانَتْ فَاسِدَةً لِأَنَّ الشَّرِكَةَ تَنْقَطِعُ بِهِ، وَمِنْ شَرْطِ الْمَزَارَعَةِ أَنْ يَكُونَ الْخَارِجُ بَيْنَهُمَا شَائِعًا.

قَالَ (وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْمُتَفَاوِضِينَ وَشَرِيكِي الْعِنَانِ أَنْ يُبْذَعَ الْمَالُ) لِأَنَّهُ مُعْتَادٌ فِي عَقْدِ الشَّرِكَةِ، وَلِأَنَّ لَهُ أَنْ يَسْتَأْجِرَ عَلَى الْعَمَلِ، وَالتَّحْصِيلُ بِغَيْرِ عَوْضٍ دُونَهُ فَيَمْلِكُهُ، وَكَذَا لَهُ أَنْ يُودِعَهُ لِأَنَّهُ مُعْتَادٌ وَلَا يَجِدُ التَّاجِرُ مِنْهُ بُدًّا. قَالَ (وَيُدْفَعُهُ مُضَارَبَةً)؛ لِأَنَّهَا دُونَ الشَّرِكَةِ فَتَضْمَنُهَا. وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ لِأَنَّهُ نَوْعُ شَرِكَةٍ، وَالْأَصَحُّ هُوَ الْأَوَّلُ، وَهُوَ رَوَايَةُ الْأَصْلِ؛ لِأَنَّ الشَّرِكَةَ غَيْرُ مَقْصُودَةٍ، وَإِنَّمَا الْمَقْصُودُ تَحْصِيلُ الرَّبْحِ كَمَا إِذَا اسْتَأْجَرَهُ بِأَجْرِ بَلٍ أَوَّلَى؛ لِأَنَّهُ تَحْصِيلٌ بِدُونِ ضَمَانٍ فِي ذِمَّتِهِ، بِخِلَافِ الشَّرِكَةِ حَيْثُ لَا يَمْلِكُهَا لِأَنَّ الشَّيْءَ لَا يَسْتَتَبِعُ مِثْلَهُ.

قَالَ (وَيُوكَّلُ مَنْ يَتَصَرَّفُ فِيهِ) لِأَنَّ التَّوَكِيلَ بِالْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ مِنْ تَوَابِعِ التَّجَارَةِ وَالشَّرِكَةُ انْعَقَدَتْ لِلتَّجَارَةِ، بِخِلَافِ الْوَكِيلِ بِالشِّرَاءِ حَيْثُ لَا يَمْلِكُ أَنْ يُوَكَّلَ غَيْرُهُ لِأَنَّهُ عَقْدٌ خَاصٌّ طُلِبَ مِنْهُ تَحْصِيلُ الْعَيْنِ فَلَا يَسْتَتَبِعُ مِثْلَهُ قَالَ (وَيُدْفَعُهُ فِي الْمَالِ يَدُ أَمَانَةٍ) لِأَنَّهُ قَبْضُ الْمَالِ بِإِذْنِ الْمَالِكِ لَا عَلَى وَجْهِ الْبَدَلِ وَالْوَثِيقَةِ فَصَارَ كَالْوَدِيعَةِ.

الشرح:

قَالَ: وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْمُتَفَاوِضِينَ. هَذَا بَيَانٌ مَا يَجُوزُ لِلشَّرِيكِ شَرِكَةَ مُفَاوَضَةٍ أَوْ عِنَانٍ أَنْ يَفْعَلَ وَأَنْ لَا يَفْعَلَ، يَجُوزُ لَهُ أَنْ يُبْذَعَ لِأَنَّهُ مُعْتَادٌ فِي عَقْدِ الشَّرِكَةِ، وَالْمُعْتَادُ جَازَ لَهُ الْعَمَلُ بِهِ، وَلِأَنَّ لَهُ أَنْ يَسْتَأْجِرَ عَلَى الْعَمَلِ بِتَحْصِيلِ الرَّبْحِ بِلَا خِلَافٍ، وَكُلُّ مَنْ جَازَ لَهُ أَنْ يَسْتَأْجِرَ لِتَحْصِيلِ الرَّبْحِ جَازَ لَهُ أَنْ يُبْذَعَ لِأَنَّ الاسْتِجَارَ تَحْصِيلٌ بِعَوْضٍ وَالْإِبْضَاعُ بِدُونِهِ فَكَانَ الاسْتِجَارُ أَعْلَى وَمَنْ مَلَكَ الْأَعْلَى مَلَكَ الْأَدْنَى، وَأَنْ يُودِعَ الْمَالُ لِأَنَّهُ مُعْتَادٌ وَلَا يَجِدُ التَّاجِرُ مِنْهُ بُدًّا، وَأَنْ يَدْفَعَ مُضَارَبَةً لِأَنَّهَا دُونَ الشَّرِكَةِ.

أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَيْسَ عَلَى الْمُضَارِبِ شَيْءٌ مِنَ الْوَضِيعَةِ وَأَنَّ الْمُضَارَبَةَ لَوْ فَسَدَتْ لَمْ يَكُنْ لِلْمُضَارِبِ شَيْءٌ مِنَ الرَّبْحِ فَيُمْكِنُ جَعْلُ الْمُضَارَبَةِ مُسْتَعَادَةً بِعَقْدِ الشَّرِكَةِ لِأَنَّهَا دُونَ الشَّرِكَةِ فَتَضْمَنُهَا الشَّرِكَةُ، هَذَا ظَاهِرُ الرِّوَايَةِ (وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ، لِأَنَّهُ) أَيْ عَقْدُ الْمُضَارَبَةِ (نَوْعُ شَرِكَةٍ) لِأَنَّهُ إِجْبَابُ الشَّرِكَةِ لِلْمُضَارِبِ فِي الرَّبْحِ فَيَكُونُ مَنْزِلَةً عَقْدُ الشَّرِكَةِ وَلَيْسَ لِأَحَدِ الشَّرِيكَيْنِ أَنْ يُشَارِكَ مَعَ غَيْرِهِ بِمَالِ الشَّرِكَةِ فَكَذَا لَا يَدْفَعُهُ

مُضَارَبَةً (وَالأَوَّلُ) أَي جَوَّازُ الدَّفْعِ مُضَارَبَةً (أَصَحُّ وَهُوَ رِوَايَةُ الْأَصْلُ لِأَنَّ الشَّرِكَةَ) يَعْنِي فِي الْمُضَارَبَةِ غَيْرُ مَقْصُودَةٍ وَإِنَّمَا الْمَقْصُودُ تَحْصِيلُ الرَّبْحِ وَهُوَ ثَابِتٌ بِالْمُضَارَبَةِ فَيَمْلِكُهُ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ، كَمَا لَوْ اسْتَأْجَرَ أَجِيرًا لِيَعْمَلَ فَإِنَّهُ يَجُوزُ قَوْلًا وَاحِدًا، فَهَذَا أَوَّلَى لِأَنَّهُ تَحْصِيلٌ بِدُونِ ضَمَانٍ فِي ذِمَّتِهِ، فَإِنَّ الْمُضَارِبَ إِذَا عَمِلَ وَلَمْ يَحْصُلِ الرَّبْحُ لَا يَجِبُ عَلَى رَبِّ الْمَالِ شَيْءٌ، بِخِلَافِ الْإِجَارَةِ فَإِنَّ الْأَجِيرَ إِذَا عَمِلَ فِي التَّجَارَةِ وَلَمْ يَحْصُلْ شَيْءٌ مِنَ الرَّبْحِ يَكُونُ الْمُسْتَأْجَرُ ضَامِنًا لِلْأَجْرَةِ، بِخِلَافِ الشَّرِكَةِ حَيْثُ لَا يَمْلِكُهَا لِأَنَّ الشَّيْءَ لَا يَسْتَتَبِعُ مِثْلَهُ. فَإِنْ قِيلَ: هَذَا مَنْقُوضٌ بِالْمَكَاتِبِ فَإِنَّهُ جَازٌ لَهُ أَنْ يُكَاتِبَ عَبْدَهُ، وَالْعَبْدُ الْمَادُونُ لَهُ جَازٌ لَهُ أَنْ يَأْذَنَ لِعَبْدِهِ.

فَالْجَوَابُ أَنَّ ذَلِكَ لَيْسَ مِنْ قِبَلِ الْاسْتِثْنَاءِ، فَإِنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أُطْلِقَ فِي الْكَسْبِ وَأَسْبَابِهِ، وَهَذَا مِنْ أَسْبَابِ الْكَسْبِ الْمَطْلُوقَةِ لُهُمَا لَا أَنَّهُ مِنَ الْمُسْتَتَبَعَاتِ، وَأَنَّ يُوكَّلَ مَنْ يَتَصَرَّفُ فِيهِ وَهُوَ ظَاهِرٌ. وَاعْتَرِضَ بِأَنَّ الْحُكْمَ الثَّابِتَ مَقْصُودًا أَعْلَى حَالًا مِنَ الْحُكْمِ الثَّابِتِ فِي ضِمْنِ شَيْءٍ آخَرَ لَا مَحَالَةَ، وَالْوَكِيلُ الَّذِي كَانَتْ وَكَالَتْهُ مَقْصُودَةً لَيْسَ لَهُ تَوْكِيلُ غَيْرِهِ، فَالْوَكِيلُ الَّذِي ثُبُتَ وَكَالَتْهُ فِي ضِمْنِ الشَّرِكَةِ كَيْفَ جَازَ لَهُ تَوْكِيلُ غَيْرِهِ. وَأُجِيبَ بِذَلِكَ الْجَوَابِ الْمَشْهُورِ وَهُوَ قَوْلُهُمْ: كَمْ مِنْ شَيْءٍ يَثْبُتُ ضِمْنَا وَلَا يَثْبُتُ قَصْدًا كَتَبْعِ الشَّرْبِ وَغَيْرِهِ، وَالشُّبْهَةُ وَجْهُ الْقِيَاسِ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ، وَجَوَابُهَا وَجْهُ الْاسْتِحْسَانِ. وَقَوْلُهُ (لَا عَلَى وَجْهِ الْبَدَلِ) اخْتِرَازٌ عَنِ الْمَقْبُوضِ عَلَى سَوْمِ الشَّرَاءِ، لِأَنَّ الْمَقْبُوضَ عَلَى سَوْمِ الشَّرَاءِ قَبْضٌ لِأَجْلِ أَنْ يَدْفَعَ الثَّمَنَ (قَوْلُهُ وَالْوَيْقَةُ) اخْتِرَازٌ عَنِ الرَّهْنِ فَإِنَّ الرَّهْنَ مَقْبُوضٌ لِأَجْلِ الْوَيْقَةِ.

قَالَ (وَأَمَّا شَرِكَةُ الصَّنَائِعِ) وَتُسَمَّى شَرِكَةَ التَّقْبُلِ (كَالْخِيَّاطِينَ وَالصَّبَّاعِينَ) يَشْتَرِكَانِ عَلَى أَنْ يَتَقَبَّلَا الْأَعْمَالَ وَيَكُونَ الْكَسْبُ بَيْنَهُمَا فَيَجُوزُ ذَلِكَ) وَهَذَا عِنْدَنَا. وَقَالَ زُفَرٌ وَالشَّافِعِيُّ: لَا تَجُوزُ لِأَنَّ هَذِهِ شَرِكَةً لَا تُفِيدُ مَقْصُودَهَا وَهُوَ التَّنْمِيرُ؛ لِأَنَّهُ لَا بُدَّ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ، وَهَذَا لِأَنَّ الشَّرِكَةَ فِي الرَّبْحِ ثُبُتَتْ عَلَى الشَّرِكَةِ فِي الْمَالِ عَلَى أَصْلِهِمَا عَلَى مَا قَرَّرْنَاهُ. وَلَنَا أَنَّ الْمَقْصُودَ مِنْهُ التَّحْصِيلُ وَهُوَ مُمَكِّنٌ بِالتَّوَكُّلِ، لِأَنَّهُ لَمَّا كَانَ وَكِيلًا فِي النِّصْفِ أَصِيلًا فِي النِّصْفِ تَحَقَّقَتْ الشَّرِكَةُ فِي الْمَالِ الْمُسْتَفَادِ.

الشرح:

قَالَ (وَأَمَّا شَرِكَةُ الصَّنَائِعِ) كَلَامُهُ ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (لَا تُفِيدُ مَقْصُودَهُمَا) أَيُّ مَقْصُودِ الشَّرِيكَيْنِ وَهُوَ التَّشْمِيرُ ظَاهِرٌ. وَفِي بَعْضِ النُّسخِ: لَا تُفِيدُ مَقْصُودَهَا، أَضَافَ الْمَقْصُودَ إِلَى الشَّرِكَةِ وَإِنْ كَانَ الْمَقْصُودُ لِلشَّرِيكَيْنِ بِأَدْنَى مُلَابَسَةٍ وَهُوَ تَلْبُسُ الشَّرِيكَيْنِ بِعَقْدِ الشَّرِكَةِ.

وَلَا يُشْتَرَطُ فِيهِ اتِّحَادُ الْعَمَلِ وَالْمَكَانِ خِلَافًا لِمَالِكٍ وَزُفَرٍ فِيهِمَا؛ لِأَنَّ الْمَعْنَى الْمَجُوزُ لِلشَّرِكَةِ وَهُوَ مَا ذَكَرْنَاهُ لَا يَتَفَاوَتُ

الشرح:

(قَوْلُهُ وَلَا يُشْتَرَطُ فِيهِ) أَيُّ فِي هَذَا الْعَقْدِ اتِّحَادُ الْعَمَلِ وَالْمَكَانِ خِلَافًا لِرُفَرٍ وَمَالِكٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ، قَالَا: إِنْ اتَّفَقَتِ الْأَعْمَالُ كَالْقَصَّارَيْنِ اشْتَرَكَا أَوْ صِبَّائَيْنِ جَارًا، وَإِنْ اخْتَلَفَتْ كَصِبَّائِ وَقَصَّارٍ اشْتَرَكَا لَا يَجُوزُ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَاجِزٌ عَنِ الْعَمَلِ الَّذِي يَقْبَلُهُ صَاحِبُهُ، فَإِنَّ ذَلِكَ لَيْسَ مِنْ صَنْعَتِهِ فَلَا يَتَحَقَّقُ مَقْصُودُ الشَّرِكَةِ. وَلَنَا أَنَّ الْمَعْنَى الْمَجُوزَ لِلشَّرِكَةِ وَهُوَ مَا ذَكَرْنَاهُ أَنَّ الْمَقْصُودَ مِنْهُ التَّحْصِيلُ وَهُوَ مُمَكِّنٌ بِالتَّوَكُّيلِ لَا تَتَفَاوَتُ بِاتِّحَادِ الْعَمَلِ وَالْمَكَانِ أَوْ اخْتِلَافِهِمَا، أَمَّا الْأَوَّلُ فَلَأَنَّ التَّوَكُّيلَ يَقْبَلُ الْعَمَلُ صَاحِبُهُ مَنْ يُحْسِنُ مُبَاشَرَةً ذَلِكَ الْعَمَلِ وَمَنْ لَا يُحْسِنُ لِأَنَّهُ لَا يَتَعَيَّنُ عَلَى الْمُتَقَبَّلِ إِقَامَةُ الْعَمَلِ بِيَدَيْهِ، بَلْ لَهُ أَنْ يُقِيمَ بِأَعْوَانِهِ وَأَجْرَائِهِ، وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا غَيْرُ عَاجِزٍ عَنِ ذَلِكَ فَكَانَ الْعَقْدُ صَاحِبًا. وَأَمَّا الثَّانِي فَلَأَنَّ أَحَدَ الشَّرِيكَيْنِ لَوْ عَمِلَ فِي دُكَّانٍ وَالْآخَرُ فِي دُكَّانٍ آخَرَ لَا يَتَفَاوَتُ الْحَالُ وَهُوَ ظَاهِرٌ. فَإِنْ قِيلَ: قَدْ تَقَدَّمَ أَنَّ مِنَ الْفُرُوعِ الْمُتَرْتِّبَةِ عَلَى أَصْلِ زُفَرٍ وَالشَّافِعِيِّ فِي مَسْأَلَةِ الْخَلْطِ أَنَّ شَرِكَةَ التَّقْبِيلِ لَا تَجُوزُ فَكَيْفَ يَصِحُّ قَوْلُ زُفَرٍ مَعَ مَالِكٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ فِي جَوَازِهَا إِذَا كَانَتْ الْأَعْمَالُ مُتَّفَقَةً؟ أَجِيبَ بِأَنَّ زُفَرًا لَهُ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ أَغْنَى الْخَلْطُ قَوْلَانِ، فَذَكَرَ الْمُصَنِّفُ فِي تِلْكَ الْمَسْأَلَةِ حُكْمَ الرِّوَايَةِ الَّتِي يُشْتَرَطُ فِيهَا خَلْطُ الْمَالِ، وَذَكَرَ هُنَا حُكْمَ الرِّوَايَةِ الَّتِي لَا يُشْتَرَطُ وَلَكِنْ أَطْلَقَ فِي اللَّفْظِ وَلَمْ يَذْكُرْ اخْتِلَافَ الرِّوَايَتَيْنِ فَيَرَى ظَاهِرُهُ مُتَّفَقًا.

(وَلَوْ شَرَطًا الْعَمَلُ نِصْفَيْنِ وَالْمَالُ أَثْلًا جَارًا) وَفِي الْقِيَاسِ: لَا يَجُوزُ؛ لِأَنَّ الضَّمَانَ بِقَدْرِ الْعَمَلِ، فَالزِّيَادَةُ عَلَيْهِ رِبْحٌ مَا لَمْ يُضْمَنْ فَلَمْ يَجْزِ الْعَقْدُ لِتَأْدِيبَتِهِ إِلَيْهِ، وَصَارَ

كَشْرِكَةِ الْوُجُوهِ، وَلَكِنَّا نَقُولُ: مَا يَأْخُذُهُ لَا يَأْخُذُهُ رِبْحًا لِأَنَّ الرِّبْحَ عِنْدَ اتِّحَادِ الْجِنْسِ، وَقَدْ اخْتَلَفَ لِأَنَّ رَأْسَ الْمَالِ عَمَلٌ وَالرِّبْحُ مَالٌ فَكَانَ بَدَلُ الْعَمَلِ وَالْعَمَلُ يُتَقَوَّمُ بِالتَّقْوِيمِ فَيَتَقَدَّرُ بِقَدْرِ مَا قُوِّمَ بِهِ فَلَا يَحْرُمُ، بِخِلَافِ شَرِكَةِ الْوُجُوهِ؛ لِأَنَّ جِنْسَ الْمَالِ مُتَّفِقٌ وَالرِّبْحُ يَتَحَقَّقُ فِي الْجِنْسِ الْمُتَّفِقِ، وَرِبْحٌ مَا لَمْ يُضْمَنْ لَا يَجُوزُ إِلَّا فِي الْمُضَارَبَةِ.

الشرح:

(قَوْلُهُ وَلَوْ شَرَطَا الْعَمَلُ نِصْفَيْنِ) أَيُّ إِذَا شَرَطَا فِي شَرِكَةِ التَّقْبُلِ وَلَمْ يَكُنْ مُفَاوِضَةً أَنْ يَكُونَ الْعَمَلُ نِصْفَيْنِ وَالرِّبْحُ الْحَاصِلُ أَثْلًا جَارَ اسْتِحْسَانًا. وَالْقِيَاسُ أَنْ لَا تَصِحَّ لِأَنَّ الضَّمَانَ بِقَدْرِ مَا شَرِطَ عَلَيْهِ مِنَ الْعَمَلِ فَالزِّيَادَةُ عَلَيْهِ رِبْحٌ مَا لَمْ يُضْمَنْ فَلَمْ يَجْزِ الْعَقْدُ لِتَأْدِيَتِهِ إِلَيْهِ: أَيُّ إِلَى رِبْحٍ مَا لَمْ يُضْمَنْ فَصَارَ كَشْرِكَةِ الْوُجُوهِ فِي أَنَّ التَّفَاوُتَ فِيهَا فِي الرِّبْحِ لَا يَجُوزُ إِذَا كَانَ الْمُشْتَرَى بَيْنَهُمَا عَلَى السَّوَاءِ، وَأَمَّا إِذَا اشْتَرَطَا التَّفَاوُتَ فِي مِلْكِ الْمُشْتَرَى فَيَجُوزُ التَّفَاوُتُ حِينَئِذٍ فِي الرِّبْحِ فِي شَرِكَةِ الْوُجُوهِ أَيْضًا.

وَقَوْلُهُ (وَلَكِنَّا نَقُولُ) يَبَيِّنُ وَجْهَ الاسْتِحْسَانِ مَا يَأْخُذُهُ كُلُّ مِنَ الشَّرِيكَيْنِ لَا يَأْخُذُ رِبْحًا، لِأَنَّ الرِّبْحَ إِنَّمَا يَكُونُ عِنْدَ اتِّحَادِ الْجِنْسِ وَلِهَذَا قَالُوا: لَوْ اسْتَأْجَرَ ذَارًا بِعَشْرَةِ دَرَاهِمٍ ثُمَّ أَجَرَهَا بِثَوْبٍ يُسَاوِي خَمْسَةَ عَشَرَ جَازَ لَمَّا أَنَّ الرِّبْحَ لَا يَتَحَقَّقُ عِنْدَ اخْتِلَافِ الْجِنْسِ وَالْجِنْسُ فِيمَا نَحْنُ فِيهِ لَمْ يَتَّحِدْ لِأَنَّ رَأْسَ الْمَالِ عَمَلٌ وَالرِّبْحُ مَالٌ فَكَانَ مَا يَأْخُذُهُ بَدَلُ الْعَمَلِ وَالْعَمَلُ يُتَقَوَّمُ بِالتَّقْوِيمِ، فَإِذَا رَضِيَ بِقَدْرِ مُعَيَّنٍ كَانَ ذَلِكَ مِنْهُمَا تَقْوِيمًا لِلْعَمَلِ فَيَتَقَدَّرُ بِقَدْرِ مَا قُوِّمَ بِهِ وَلَا يَحْرُمُ لِأَنَّهُ لَمْ يُؤَدَّ إِلَى رِبْحٍ مَا لَمْ يُضْمَنْ، بِخِلَافِ شَرِكَةِ الْوُجُوهِ لِأَنَّ جِنْسَ الْمَالِ مُتَّفِقٌ وَهُوَ الثَّمَنُ الْوَاجِبُ فِي ذِمَّتِهِمَا دَرَاهِمٌ كَانَتْ أَوْ دَنَانِيرَ وَالرِّبْحُ يَتَحَقَّقُ فِي الْجِنْسِ الْمُتَّفِقِ. وَقَوْلُهُ (وَرِبْحٌ مَا لَمْ يُضْمَنْ) تَقْدِيرُهُ لَوْ جَازَ اشْتِرَاطُ زِيَادَةِ الرِّبْحِ كَانَ رِبْحٌ مَا لَمْ يُضْمَنْ، وَذَلِكَ لَا يَجُوزُ إِلَّا فِي الْمُضَارَبَةِ، وَإِنَّمَا جَازَ فِيهَا لَوْ قُوِّعَ بِمُقَابَلَةِ الْعَمَلِ فِي جَانِبِ الْمُضَارِبِ وَبِمُقَابَلَةِ الْمَالِ فِي جَانِبِ رَبِّ الْمَالِ وَلَيْسَ وَاحِدٌ مِنْهُمَا فِي شَرِكَةِ الْوُجُوهِ وَلَا الضَّمَانُ بِمُقَابَلَةِ الرِّبْحِ مَوْجُودًا فَيَلْزَمُ فِيهَا رِبْحٌ مَا لَمْ يُضْمَنْ فَلَا يَجُوزُ.

قَالَ (وَمَا يَتَقَبَّلُهُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِنَ الْعَمَلِ يَلْزَمُهُ وَيَلْزَمُ شَرِيكَهُ) حَتَّى إِنْ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يُطَالَبُ بِالْعَمَلِ وَيُطَالَبُ بِالْأَجْرِ (وَيَبْرَأُ الدَّافِعُ بِالدَّفْعِ إِلَيْهِ) وَهَذَا ظَاهِرٌ فِي

المُفَاوَضَةِ وَفِي غَيْرِهَا اسْتِحْسَانٌ. وَالْقِيَاسُ خِلَافُ ذَلِكَ لِأَنَّ الشَّرِيكَةَ وَقَعَتْ مُطْلَقَةً
وَالْكَفَالَةَ مُقْتَضِيَةَ الْمُفَاوَضَةِ. وَجَهُ الْإِسْتِحْسَانِ أَنَّ هَذِهِ الشَّرِيكَةَ (مُقْتَضِيَةً لِلضَّمَانِ)؛ أَلَا
تَرَى أَنَّ مَا يَتَقَبَّلُهُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِنَ الْعَمَلِ مَضْمُونٌ عَلَى الْآخَرِ، وَلِهَذَا يَسْتَحِقُّ الْأَجْرَ
بِسَبَبِ نَفَازِ تَقَبُّلِهِ عَلَيْهِ فَجَرَى مَجْرَى الْمُفَاوَضَةِ فِي ضَمَانِ الْعَمَلِ وَاقْتِضَاءِ الْبَدَلِ.

الشرح:

(قَوْلُهُ وَمَا يَتَقَبَّلُهُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِنَ الْعَمَلِ يَلْزَمُهُ وَيَلْزَمُ شَرِيكَه) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ
(وَيَبْرَأُ الدَّافِعُ بِالْدَّفْعِ إِلَيْهِ) أَيُّ يَبْرَأُ دَافِعُ الْأَجْرَةِ إِلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الشَّرِيكَيْنِ، قِيلَ فَيَجُوزُ
أَنْ يَكُونَ مَعْنَاهُ وَيَبْرَأُ الدَّافِعُ مِنْ كُلِّ مِنَ الشَّرِيكَيْنِ بِالْدَّفْعِ إِلَيْهِ: أَيُّ إِلَى صَاحِبِ الثَّوْبِ
مَثَلًا لَوْ أَخَذَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ ثَوْبًا لِلصَّبْغِ ثُمَّ دَفَعَ الْآخَرَ الثَّوْبَ مَصْبُوغًا إِلَى صَاحِبِهِ
بَرَأَ مِنَ الضَّمَانِ. وَقَوْلُهُ (وَهَذَا) إِشَارَةٌ إِلَى لُزُومِ الْعَمَلِ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا وَهُوَ
مَعْنَى الْكَفَالَةِ (ظَاهِرٌ فِي الْمُفَاوَضَةِ وَفِي غَيْرِهَا) وَهُوَ الْعِنَانُ (اسْتِحْسَانٌ) أَيُّ مَعْنَى
الْكَفَالَةِ بِطَرِيقِ الْإِسْتِحْسَانِ. وَالْقِيَاسُ خِلَافُ ذَلِكَ لِأَنَّ الشَّرِيكَةَ وَقَعَتْ مُطْلَقَةً عَنْ ذِكْرِ
الْكَفَالَةِ وَلَيْسَتْ الْكَفَالَةُ مِنْ مُقْتَضَاهَا حَتَّى تَثْبُتَ وَإِنْ لَمْ تُذْكَرْ، وَإِنَّمَا هِيَ مُقْتَضِيَةُ
الْمُفَاوَضَةِ فَلَا يَثْبُتُ مَعَهَا مَا لَيْسَ مِنْ مُقْتَضَاهَا بِدُونِ التَّصْرِيحِ بِذِكْرِهِ (وَجَهُ الْإِسْتِحْسَانِ
أَنَّ هَذِهِ الشَّرِيكَةَ مُقْتَضِيَةُ لِلضَّمَانِ، أَلَا تَرَى أَنَّ مَا يَتَقَبَّلُهُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِنَ الْعَمَلِ
مَضْمُونٌ عَلَى الْآخَرِ (وَلِهَذَا) أَيُّ وَلَكُونَ الْعَمَلُ مَضْمُونًا (يَسْتَحِقُّ الْأَجْرَ بِسَبَبِ نَفَازِ
تَقَبُّلِهِ) أَيُّ تَقَبَّلَ صَاحِبُهُ (عَلَيْهِ) وَلَوْ لَمْ يَكُنْ مَضْمُونًا عَلَيْهِ لَمَا أُسْتُحِقَّ الْأَجْرُ لِأَنَّ الْغَرَمَ
بِإِزَاءِ الْغُْنَمِ، فَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ (جَرَى) هَذَا الْعَقْدُ (مَجْرَى الْمُفَاوَضَةِ فِي ضَمَانِ الْعَمَلِ
وَاقْتِضَاءِ الْبَدَلِ) وَفِي وَجْهِ الْإِسْتِحْسَانِ مُصَادَرَةٌ عَلَى الْمَطْلُوبِ فَتَأْمَلْ، وَإِنَّمَا قَيْدُ بَجَرَيَانِهِ
مَجْرَى الْمُفَاوَضَةِ فِي هَذَيْنِ الشَّيْئَيْنِ لِأَنَّ فِيمَا عَدَا ذَلِكَ لَمْ يَجْرِ هَذَا الْعَقْدُ مَجْرَاهَا حَتَّى
قَالُوا: إِذَا أَقْرَأَ أَحَدُهُمَا بَدْنَيْنِ مِنْ ثَمَنِ أَشْنَانٍ أَوْ صَابُونٍ أَوْ أَجْرٍ أَجِيرٍ أَوْ أَجْرَةٍ بَيْتٍ لِمُدَّةٍ
مَضَتْ لَمْ يُصَدَّقْ عَلَى صَاحِبِهِ إِلَّا بَيِّنَةً، وَلِئَلَّامُهُ خَاصَّةٌ لِأَنَّ التَّنْصِصَ عَلَى الْمُفَاوَضَةِ لَمْ
يُوجَدْ، وَنَفَازُ الْإِقْرَارِ يُوجِبُ الْمُفَاوَضَةَ.

قَالَ (وَأَمَّا شَرِيكَةُ الْوُجُوهِ فَالرُّجُلَانِ يَشْتَرِكَانِ وَلَا مَالٌ لَهُمَا عَلَى أَنْ يَشْتَرِيَا
بُؤُوجُهُمَا وَيَبِيعَا فَتَصِحَّ الشَّرِيكَةُ عَلَى هَذَا) سُمِّيَتْ بِهِ لِأَنَّهُ لَا يَشْتَرِي بِالنِّسِيئَةِ إِلَّا مَنْ

كَانَ لَهُ وَجَاهَةٌ عِنْدَ النَّاسِ، وَإِنَّمَا تَصِحُّ مُفَاوَضَةٌ لِأَنَّهُ يُمَكِّنُ تَحْقِيقَ الْكَفَالَةِ وَالْوَكَالَةِ فِي الْأَبْدَالِ، وَإِذَا أُطْلِقَتْ تَكُونُ عِنَانًا لِأَنَّ مُطْلَقَهُ يَنْصَرِفُ إِلَيْهِ وَهِيَ جَائِزَةٌ عِنْدَنَا خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ، وَالْوَجْهُ مِنَ الْجَانِبَيْنِ مَا قَدْ مَنَاهُ فِي شَرِكَةِ التَّقْبُلِ. قَالَ (وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا وَكِيلُ الْآخَرِ فِيمَا يَشْتَرِيهِ) لِأَنَّ التَّصَرُّفَ عَلَى الْغَيْرِ لَا يَجُوزُ إِلَّا بِوَكَالَةٍ أَوْ بِوِلَايَةٍ وَلَا وِلَايَةً فَتَنْتَعِنُ الْوَكَالَةُ (فَإِنْ شَرَطْنَا أَنْ الْمُشْتَرَى بَيْنَهُمَا نِصْفَانِ وَالرَّبْحُ كَذَلِكَ يَجُوزُ، وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَتَفَاضَلَ فِيهِ، وَإِنْ شَرَطْنَا أَنْ يَكُونَ الْمُشْتَرَى بَيْنَهُمَا أَثْلَانِ فَالرَّبْحُ كَذَلِكَ)، وَهَذَا لِأَنَّ الرَّبْحَ لَا يُسْتَحَقُّ إِلَّا بِالْمَالِ أَوْ الْعَمَلِ أَوْ بِالضَّمَانِ قَرَبُ الْمَالِ يَسْتَحِقُّهُ بِالْمَالِ، وَالْمُضَارِبُ يَسْتَحِقُّهُ بِالْعَمَلِ، وَالْأُسْتَاذُ الَّذِي يُلْقِي الْعَمَلَ عَلَى التَّلْمِيزِ بِالنِّصْفِ بِالضَّمَانِ، وَلَا يُسْتَحَقُّ بِمَا سِوَاهَا؛ أَلَا تَرَى أَنَّ مَنْ قَالَ لْغَيْرِهِ تَصَرَّفْ فِي مَالِكٍ عَلَى أَنْ لِي رِبْحُهُ لَمْ يَحْزَ لِعَدَمِ هَذِهِ الْمَعَانِي. وَاسْتِحْقَاقُ الرَّبْحِ فِي شَرِكَةِ الْوُجُوهِ بِالضَّمَانِ عَلَى مَا بَيَّنَّا وَالضَّمَانُ عَلَى قَدْرِ الْمَالِ فِي الْمُشْتَرَى وَكَانَ الرَّبْحُ الزَّائِدُ عَلَيْهِ رِبْحٌ مَا لَمْ يُضْمَنْ فَلَا يَصِحُّ اشْتِرَاؤُهُ إِلَّا فِي الْمُضَارَبَةِ وَالْوُجُوهُ لَيْسَتْ فِي مَعْنَاهَا، بِخِلَافِ الْعِنَانِ؛ لِأَنَّهُ فِي مَعْنَاهَا مِنْ حَيْثُ أَنْ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَعْمَلُ فِي مَالِ صَاحِبِهِ فَيُلْحَقُ بِهَا، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

الشرح:

قَالَ (وَأَمَّا شَرِكَةُ الْوُجُوهِ فَالرَّجُلَانِ يَشْتَرِكَانِ شَرِكَةَ الْوُجُوهِ) وَهُوَ أَنْ يَشْتَرِكَ الرَّجُلَانِ وَلَا مَالَ لَهُمَا (عَلَى أَنْ يَشْتَرِيَا بِوُجُوهِهِمَا) أَيْ بِوَجَاهَتَيْهِمَا وَأَمَانَتَيْهِمَا عِنْدَ النَّاسِ صَحِيحَةٌ عِنْدَنَا (عَلَى هَذَا) أَيْ عَلَى كَوْنِهِمَا يَشْتَرِيَانِ بِوُجُوهِهِمَا: أَيْ سُمِّيَتْ شَرِكَةُ الْوُجُوهِ لِأَنَّهُ لَا يَشْتَرِي بِالنَّسِيبَةِ إِلَّا مَنْ لَهُ وَجَاهَةٌ عِنْدَ النَّاسِ، وَإِنَّمَا تَصِحُّ مُفَاوَضَةٌ إِذَا كَانَ الرَّجُلَانِ مِنْ أَهْلِ الْكَفَالَةِ لِأَنَّهُ حَيْثُ يُمَكِّنُ تَحْقِيقَ الْوَكَالَةِ وَالْكَفَالَةِ فِي الْأَبْدَالِ: أَيْ الثَّمَنِ وَالثَّمَنِ، فَيَكُونُ ثَمَنُ الْمُشْتَرَى عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نِصْفُهُ وَيَكُونُ الْمُشْتَرَى يَتَنَهَمَا نِصْفَيْنِ، وَلَا بُدَّ مِنَ التَّلَفُّظِ بِلَفْظِ الْمُفَاوَضَةِ أَوْ بِمَا قَامَ مَقَامَهُ كَمَا تَقَدَّمَ. وَإِذَا أُطْلِقَتْ كَانَتْ عِنَانًا لِأَنَّ الْمَطْلُوقَ يَنْصَرِفُ إِلَيْهِ لِكَوْنِهِ الْمُعْتَادَ فِيمَا بَيْنَ النَّاسِ وَهِيَ أَيْ شَرِكَةُ الْوُجُوهِ جَائِزَةٌ عِنْدَنَا خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ وَالْوَجْهُ مِنَ الْجَانِبَيْنِ مَا بَيَّنَّاهُ فِي شَرِكَةِ التَّقْبُلِ وَهِيَ أَنَّ الرَّبْحَ عِنْدَهُ فَرْعُ الْمَالِ، فَإِذَا لَمْ يُوجَدْ الْمَالُ لَمْ تَنْعَقِدِ الشَّرِكَةُ. وَقُلْنَا إِنَّ الشَّرِكَةَ فِي الرَّبْحِ مُسْتِنَدَةٌ إِلَى الْعَقْدِ إِلَى آخِرِهِ (قَوْلُهُ وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَتَفَاضَلَ فِيهِ) أَيْ

فِي الرَّبْحِ، وَإِنْ شُرْطَ لِأَحَدِهِمَا الْفَضْلُ بَطَلَ الشَّرْطُ وَالرَّبْحُ بَيْنَهُمَا عَلَى قَدْرِ ضَمَانِهِمَا (قَوْلُهُ وَهَذَا) إِشَارَةٌ إِلَى تَحْتِمِ الْمَسَاوَاةِ فِي اشْتِرَاطِ الرَّبْحِ (قَوْلُهُ بِالنِّصْفِ) قَيْدُ اتِّفَاقِي فَإِنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يُلْقَى بِأَقْلٍ مِنَ النِّصْفِ وَلَا يَسْتَحِقُّ بِمَا سِوَاهَا.

فَإِنْ قِيلَ: لَمْ لَا يَجُوزُ أَنْ يَسْتَحِقَّ الزِّيَادَةُ لِرِيَادَةِ اهْتِدَائِهِ وَمَتَانَةِ رَأْيِهِ وَتَدْبِيرِهِ فِي الْأُمُورِ الْعَامَّةِ وَالْخَاصَّةِ وَعِلْمِهِ بِالتَّجَارَةِ؟ أُجِيبَ بِأَنَّ اشْتِرَاطَ الزِّيَادَةِ فِي الرَّبْحِ بِزِيَادَةِ الْعَمَلِ إِنَّمَا يَجُوزُ إِذَا كَانَ فِي مَالٍ مَعْلُومٍ كَمَا فِي الْعِنَانِ وَالْمُضَارَبَةِ وَلَمْ يَوْجَدْ هُنَا (وَقَوْلُهُ أَلَا تَرَى) تَوْضِيحٌ لِقَوْلِهِ وَلَا يَسْتَحِقُّ بِمَا سِوَاهَا (قَوْلُهُ وَاسْتِحْقَاقُ الرَّبْحِ فِي شَرِكَةِ الْوُجُوهِ) عَوْدٌ إِلَى الْمُبْحَثِ لِإِثْمَامِ الْمَطْلُوبِ يَعْنِي أَنَّ صُورَةَ النَّزَاعِ اسْتِحْقَاقُ الرَّبْحِ فِيهَا بِالضَّمَانِ لَا بِالْمَالِ وَلَا بِالْعَمَلِ (قَوْلُهُ عَلَى مَا يَبَيَّنُهُ) قِيلَ هُوَ إِشَارَةٌ إِلَى مَا ذَكَرَهُ فِي شَرِكَةِ التَّقْبُلِ بِقَوْلِهِ لِأَنَّ الضَّمَانَ يَقْدِرُ الْعَمَلُ، فَالزِّيَادَةُ عَلَيْهِ رِبْحٌ مَا لَمْ يُضْمَنْ.

وَقِيلَ هُوَ إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ بِخِلَافِ شَرِكَةِ الْوُجُوهِ لِأَنَّ جِنْسَ الْمَالِ مُتَّفَقٌ إِنْ خُ. وَتَفْرِيحُ كَلَامِهِ: اسْتِحْقَاقُ الرَّبْحِ فِي شَرِكَةِ الْوُجُوهِ بِالضَّمَانِ وَالضَّمَانُ عَلَى قَدْرِ الْمَالِ فِي الْمُشْتَرَى فَكَانَ الرَّبْحُ الزَّائِدُ عَلَيْهِ رِبْحٌ مَا لَمْ يُضْمَنْ فَلَا يَصِحُّ اشْتِرَاؤُهُ إِلَّا فِي الْمُضَارَبَةِ فَإِنَّهُ يَصِحُّ فِيهَا لَمَّا ذَكَرْنَا مِنْ وَجُوهِ مُقَابَلَتِهِ بِالْمَالِ وَالْعَمَلِ وَالْوُجُوهِ: أَيُّ شَرِكَةِ الْوُجُوهِ لَيْسَتْ فِي مَعْنَاهَا لِأَنَّ الْمَالَ فِيهَا مَضْمُونٌ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الشَّرِيكَيْنِ، وَأَمَّا الْمَالُ فِي الْمُضَارَبَةِ فَلَيْسَ بِمَضْمُونٍ عَلَى الْمُضَارِبِ وَلَا الْعَمَلُ عَلَى رَبِّ الْمَالِ، بِخِلَافِ الْعِنَانِ لِأَنَّهُ فِي مَعْنَاهَا مِنْ حَيْثُ إِنَّ كُلَّ وَاحِدٍ يَعْمَلُ فِي مَالِ صَاحِبِهِ كَالْمُضَارِبِ يَعْمَلُ فِي مَالِ رَبِّ الْمَالِ فَيُلْحَقُ بِهَا. قِيلَ فِيهِ نَظَرٌ لِأَنَّ رِبْحَ مَا لَمْ يُضْمَنْ لَوْ جَازَ فِي الْعِنَانِ لَشَبَّهَ الْمُضَارَبَةَ لَصَحَّتِ الشَّرِكَةُ بِالْعُرُوضِ فِي الْعِنَانِ لِأَنَّ الْعِنَانَ مُشَبَّهٌ بِالْمُضَارَبَةِ فَكَانَ عَلَيْهِ تَجْوِيزُ رِبْحِ مَا لَمْ يُضْمَنْ مَوْجُودَةً، لَكِنْ لَا يَجُوزُ ذَلِكَ لَمَّا تَقَدَّمَ أَنَّهُ يُؤَدِّي إِلَى رِبْحِ مَا لَمْ يُضْمَنْ.

وَالْجَوَابُ أَنَّ الْعِنَانَ بِالْعُرُوضِ لَوْ كَانَ مُؤَدِّيًا إِلَى رِبْحِ مَا لَمْ يُضْمَنْ فَقَطْ لَاغْتَفَرْنَاهُ، وَلَكِنْ انْضَمَّ إِلَى ذَلِكَ جِهَالُهُ رَأْسِ الْمَالِ وَالرَّبْحِ عِنْدَ الْقِسْمَةِ، وَلَيْسَ فِي الْمُضَارَبَةِ مَا يَفْتَضِي اعْتِقَادَهُ حَتَّى يُلْحَقَ بِهِ، وَهَذَا الْجَوَابُ يَنْزِعُ إِلَى تَخْصِيصِ الْعِلَّةِ: فَإِمَّا أَنْ يَلْتَزِمَ مَسَاغُهُ. أَوْ يُصَارَ إِلَى مُخْلَصِهِ الْمَعْلُومِ فِي الْأَصُولِ.

فَصْلٌ فِي الشَّرِكَةِ الْفَاسِدَةِ

(وَلَا تَجُوزُ الشَّرِكَةُ فِي الْاِحْتِطَابِ وَالْاَصْطِيَادِ، وَمَا اَصْطَادَهُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَوْ اِحْتَطَبَهُ فَهُوَ لَهُ دُونَ صَاحِبِهِ)، وَعَلَى هَذَا الْاِشْتِرَاكُ فِي اخِذِ كُلِّ شَيْءٍ مُبَاحٌ؛ لِأَنَّ الشَّرِكَةَ مُتَضَمِّنَةً مَعْنَى الْوَكَالَةِ، وَالتَّوَكُّيلُ فِي اخِذِ الْمَالِ الْمُبَاحِ بَاطِلٌ لِأَنَّ أَمْرَ الْمُوَكَّلِ بِهِ غَيْرُ صَحِيحٍ، وَالْمُوكِّلُ يَمْلِكُهُ بِدُونِ أَمْرِهِ فَلَا يَصْلُحُ نَائِبًا عَنْهُ، وَإِنَّمَا يَثْبُتُ الْمِلْكُ لِهُمَا بِالْاِخْذِ وَاحِرَازِ الْمُبَاحِ، فَإِنْ اخَذَاهُ مَعًا فَهُوَ بَيْنَهُمَا نِصْفَانِ لَا اسْتِوَانِيَهُمَا فِي سَبَبِ الْاِسْتِحْقَاقِ، وَإِنْ اخَذَهُ أَحَدُهُمَا وَلَمْ يَعْمَلِ الْآخَرُ شَيْئًا فَهُوَ لِلْعَامِلِ، وَإِنْ عَمِلَ أَحَدُهُمَا وَأَعَانَهُ الْآخَرُ فِي عَمَلِهِ بِأَنْ قَلَعَهُ أَحَدُهُمَا وَجَمَعَهُ الْآخَرُ، أَوْ قَلَعَهُ وَجَمَعَهُ وَحَمَلَهُ الْآخَرُ فَلِلْمُعِينِ أَجْرُ الْمِثْلِ بَالِغًا مَا بَلَغَ عِنْدَ مُحَمَّدٍ. وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ لَا يُجَاوِزُ بِهِ نِصْفُ ثَمَنِ ذَلِكَ، وَقَدْ عُرِفَ فِي مَوْضِعِهِ.

الشرح:

(فَصْلٌ فِي الشَّرِكَةِ الْفَاسِدَةِ): وَجْهُ فَصْلِ الْفَاسِدِ عَنِ الصَّحِيحِ وَتَأْخِيرُهُ عَنْهُ لَا يَخْفَى عَلَى أَحَدٍ وَكَلَامُهُ وَاضِحٌ. قَوْلُهُ لِأَنَّ أَمْرَ الْمُوَكَّلِ بِهِ غَيْرُ صَحِيحٍ وَالْمُوكِّلُ يَمْلِكُهُ دَلِيلَانِ عَلَى الْمَطْلُوبِ. تَقْرِيرُ الْأَوَّلِ الْمُدَّعِي أَنَّ التَّوَكُّيلَ فِي اخِذِ الْمُبَاحِ بَاطِلٌ لِأَنَّهُ يَفْتَضِي صِحَّةَ أَمْرِ الْمُوَكَّلِ بِمَا وَكَّلَ بِهِ وَهُوَ اخِذُ الْمُبَاحِ، وَأَمْرُ الْمُوَكَّلِ بِاخْذِهِ غَيْرُ صَحِيحٍ لِأَنَّهُ صَادَفَ غَيْرَ مَحَلِّ وَلَايَتِهِ. وَتَقْرِيرُ الثَّانِي التَّوَكُّيلَ بِاخِذِ الْمُبَاحِ بَاطِلٌ لِأَنَّ الْوَكِيلَ يَمْلِكُهُ بِدُونِ أَمْرِ الْمُوَكَّلِ، وَمَنْ تَمَلَّكَ شَيْئًا بِدُونِ أَمْرِ الْمُوَكَّلِ لَا يَصْلُحُ أَنْ يَكُونَ نَائِبًا عَنْهُ لِأَنَّ التَّوَكُّيلَ إِثْبَاتٌ وَلَايَةِ التَّصَرُّفِ فِيمَا هُوَ ثَابِتٌ لِلْمُوكَّلِ وَلَيْسَ بِثَابِتٍ لِلْوَكِيلِ، وَهَذَا الْمَعْنَى لَا يَتَحَقَّقُ فِيمَنْ يَمْلِكُ بِدُونِ أَمْرِهِ لِثَلَا يَلْزَمَ إِثْبَاتُ الثَّابِتِ.

وَتَوْقُضُ الثَّانِي بِالتَّوَكُّيلِ بِشِرَاءِ عَبْدٍ غَيْرِ مُعَيَّنٍ، فَإِنَّ الْوَكِيلَ يَمْلِكُهُ بِدُونِ أَمْرِ الْمُوَكَّلِ بِالشِّرَاءِ لِنَفْسِهِ قَبْلَ التَّوَكُّيلِ وَبَعْدَهُ وَمَعَ ذَلِكَ صَلَحَ أَنْ يَكُونَ نَائِبًا عَنِ الْمُوَكَّلِ. وَالْجَوَابُ أَنَّ مَعْنَاهُ يَمْلِكُهُ بِدُونِ أَمْرِ الْمُوَكَّلِ بِلَا عَقْدٍ، وَصُورَةُ التَّقْضِ لَيْسَتْ كَذَلِكَ فَإِنَّهُ لَا يَمْلِكُهُ إِلَّا بِالشِّرَاءِ. وَقَوْلُهُ (فَلِلْمُعَيَّنِ أَجْرٌ مِثْلُهُ بَالِغًا مَا بَلَغَ عِنْدَ مُحَمَّدٍ. وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ لَا يَتَجَاوِزُ بِهِ نِصْفُ ثَمَنِ ذَلِكَ وَقَدْ عُرِفَ فِي مَوْضِعِهِ) أَيُّ فِي كِتَابِ الشَّرِكَةِ مِنَ الْمَبْسُوطِ. قِيلَ تَقْدِيمُ ذِكْرِ مُحَمَّدٍ عَلَى أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ فِي الْكِتَابِ، وَكَذَا

تَقْدِمُ دَلِيلَ أَبِي يُوسُفَ عَلَى دَلِيلِ مُحَمَّدٍ فِي الْمَبْسُوطِ دَلِيلٌ عَلَى أَنَّهُمْ اخْتَارُوا قَوْلَ مُحَمَّدٍ.

وَجْهٌ قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ رَضِيَ بِنَصْفِ الْمَجْمُوعِ وَإِنْ كَانَ ذَلِكَ مَجْهُولًا فِي الْحَالِ لِأَنَّهُ يُعْلَمُ فِي الْمَالِ وَكَانَتْ جَهَالَتُهُ عَلَى شَرَفِ الزَّوَالِ فَإِنَّهُ بَعْرُضِيَّةٌ أَنْ يَصِيرَ مَعْلُومًا عِنْدَ الْجَمْعِ، فَإِذَا كَانَ رَاضِيًا فِي الْإِبْتِدَاءِ بِنَصْفِ الْمَجْمُوعِ وَقَدْ فَسَدَ الْعَقْدُ كَانَ رَاضِيًا بِنَصْفِ ثَمَنِ الْمَجْمُوعِ فِي الْإِنْتِهَاءِ فَلَا يُجَاوِزُ بِهِ نِصْفَهُ لِأَنَّهُ يُعْتَبَرُ رِضَاهُ فِي إِسْقَاطِ حَقِّهِ عَنِ مُطَالَبَةِ الزِّيَادَةِ.

وَوَجْهٌ قَوْلِ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ لَا يُمَكِّنُ تَقْرِيرُهُ أَيَّ تَقْرِيرٍ أُجْرَ الْمِثْلُ بِنَصْفِ قِيَمَةِ الْمَجْمُوعِ لِأَنَّهُ مَجْهُولٌ جَهَالَةً مُتَفَاحِشَةً جِنْسًا وَقَدْرًا حَيْثُ لَا يُدْرَى أَيُّ نَوْعٍ مِنَ الْحَطَبِ يُصِيبَانِ وَأَيُّ قَدْرٍ مِنْهُ يَجْمَعَانِ، وَلَا يُدْرِيَانِ أَيْضًا هَلْ يَجِدَانِ مَا عَقَدَا عَلَيْهِ عَقْدَ الشَّرِكَةِ أَوْ لَا يَجِدَانِهِ، فَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ لَا يُمَكِّنُ أَنْ يُقَالَ إِنَّ الْمُعَيَّنَ رَضِيَ بِنَصْفِ الْمُسَمَّى مِنَ الْحَطَبِ أَوْ غَيْرِهِ لِأَنَّ الرِّضَا بِالْمَجْهُولِ لَا يَتَحَقَّقُ فَيَجِبُ الْأَجْرُ بِالْعَا مَا بَلَغَ، أَلَا يُرَى أَنَّهُ لَوْ أَعَانَهُ عَلَيْهِ فَلَمْ يُصِيبَا شَيْئًا كَانَ لَهُ الْأَجْرُ بِالْعَا مَا بَلَغَ فَهَاهُنَا أَوَّلُ لَأَنَّهُمَا أَصَابَا.

قَالَ: (وَإِذَا اشْتَرَكَا وَلأَحَدِهِمَا بَغْلٌ وَللآخَرِ رَاوِيَةٌ يَسْتَقِي عَلَيْهَا الْمَاءُ فَالْكَسْبُ بَيْنَهُمَا لَمْ تَصِحْ الشَّرِكَةُ، وَالْكَسْبُ كُلُّهُ لِلَّذِي اسْتَقَى، وَعَلَيْهِ أَجْرٌ مِثْلُ الرَّاوِيَةِ إِنْ كَانَ الْعَامِلُ صَاحِبَ الْبَغْلِ، وَإِنْ كَانَ صَاحِبَ الرَّاوِيَةِ فَعَلَيْهِ أَجْرٌ مِثْلُ الْبَغْلِ) أَمَّا فَسَادُ الشَّرِكَةِ فَلَانْعِقَادُهَا عَلَى إِحْرَازِ الْمُبَاحِ وَهُوَ الْمَاءُ، وَأَمَّا وَجُوبُ الْأَجْرِ فَلَأَنَّ الْمُبَاحَ إِذَا صَارَ مِلْكًا لِلْمُحَرِّزِ وَهُوَ الْمُسْتَقِي، وَقَدْ اسْتَوْفَى مَنَافِعَ مِلْكِهِ الْغَيْرِ وَهُوَ الْبَغْلُ أَوْ الرَّاوِيَةُ بِعَقْدِ فَاسِدٍ فَيَلْزَمُهُ أَجْرُهُ

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِذَا اشْتَرَكَا وَلأَحَدِهِمَا بَغْلٌ وَللآخَرِ رَاوِيَةٌ) الرَّاوِيَةُ فِي الْأَصْلِ بَعِيرُ السَّقَاءِ لِأَنَّهُ يَرُوي الْمَاءَ: أَيَّ يَحْمِلُهُ ثُمَّ كَثُرَ حَتَّى اسْتُعْمِلَ فِي الْمَزَادَةِ وَهِيَ الْمَرَادَةُ هُنَا. قَالَ أَبُو عُبَيْدَةَ: الْمَزَادَةُ لَا تَكُونُ إِلَّا مِنْ جِلْدَيْنِ يُقَامُ بِجِلْدٍ ثَالِثٍ بَيْنَهُمَا لِيَتَسَعَ وَالْجَمْعُ مَزَادٌ وَمَزَايِدُ.

(وَكُلُّ شَرِكَةٍ فَاسِدَةٍ فَالرَّيْبُ فِيهِمَا عَلَى قَدْرِ الْمَالِ، وَيَبْطُلُ شَرْطُ التَّفَاضُلِ) لِأَنَّ الرَّيْبَ فِيهِ تَابِعٌ لِلْمَالِ فَيَتَقَدَّرُ بِقَدْرِهِ، كَمَا أَنَّ الرَّيْبَ تَابِعٌ لِلْبَذْرِ فِي الزَّرَاعَةِ، وَالزِّيَادَةُ إِنَّمَا تُسْتَحَقُّ بِالتَّسْمِيَةِ، وَقَدْ فَسَدَتْ فَبَقِيَ الْإِسْتِحْقَاقُ عَلَى قَدْرِ رَأْسِ الْمَالِ

الشرح:

وَقَوْلُهُ (لَأَنَّ الرَّيْبَ فِيهِ تَابِعٌ لِلْمَالِ فَيَتَقَدَّرُ بِقَدْرِهِ) فِيهِ نَظَرٌ، لِأَنَّ الرَّيْبَ عِنْدَنَا فَرْعٌ لِلْعَقْدِ كَمَا مَرَّ، وَكُلُّ فَرْعٍ تَابِعٌ، وَكَوْنُهُ تَابِعًا لِلْمَالِ إِنَّمَا هُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ كَمَا تَقَدَّمَ فَكَانَ الْكَلَامُ مُتَنَاقِضًا. وَالْجَوَابُ أَنَّهُ تَابِعٌ لِلْعَقْدِ إِذَا كَانَ الْعَقْدُ مُوجُودًا، وَهَاهُنَا قَدْ فَسَدَ الْعَقْدُ فَيَكُونُ تَابِعًا لِلْمَالِ لِأَنَّهُ شَرْطٌ، فَإِنَّ الْعِلَّةَ إِذَا لَمْ تُصْلَحْ لِإِصْطِفَاءِ الْحُكْمِ إِلَيْهَا تُضَافُ إِلَى الشَّرْطِ. وَالرَّيْبُ عِبَارَةٌ عَنِ الزِّيَادَةِ، يُقَالُ: أَخْرَجْتَ الْأَرْضَ رَيْبًا: أَيُّ غَلَّةٍ لِأَنَّهَا زِيَادَةٌ.

(وَإِذَا مَاتَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ أَوْ ارْتَدَّ وَلَحِقَ بِدَارِ الْحَرْبِ بَطَلَتِ الشَّرِكَةُ) لِأَنَّهَا تَتَضَمَّنُ الْوَكَالَاتِ، وَلَا بُدَّ مِنْهَا لِتَتَحَقَّقَ الشَّرِكَةُ عَلَى مَا مَرَّ، وَالْوَكَالَةُ تَبْطُلُ بِالمَوْتِ، وَكَذَا بِالِالْتِحَاقِ مُرْتَدًّا إِذَا قَضَى الْقَاضِي بِلِحَاقِهِ؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الْمَوْتِ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ مِنْ قَبْلُ، وَلَا فَرْقَ بَيْنَ مَا إِذَا عَلِمَ الشَّرِيكُ بِمَوْتِ صَاحِبِهِ أَوْ لَمْ يَعْلَمْ؛ لِأَنَّهُ عَزَلَ حُكْمِيًّا، وَإِذَا بَطَلَتِ الْوَكَالَةُ بَطَلَتِ الشَّرِكَةُ، بِخِلَافِ مَا إِذَا فَسَخَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ الشَّرِكَةَ وَمَالَ الشَّرِكَةَ دَرَاهِمُ وَدَنَانِيرُ حَيْثُ يَتَوَقَّفُ عَلَى عِلْمِ الْآخَرِ لِأَنَّهُ عَزَلَ قَصْدِيًّا، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ مِنْ قَبْلُ) إِشَارَةٌ إِلَى مَا ذَكَرَهُ فِي بَابِ أَحْكَامِ الْمُتَرَدِّينَ فِي قَوْلِهِ وَإِنْ لَحِقَ بِدَارِ الْحَرْبِ مُرْتَدًّا وَحُكِمَ بِلِحَاقِهِ إِلَى قَوْلِهِ وَلَنَا أَنَّهُ بِاللِّحَاقِ صَارَ مِنْ أَهْلِ الْحَرْبِ وَهُمْ أَمْوَاتٌ فِي حَقِّ أَحْكَامِ الْإِسْلَامِ إلخ. وَقَوْلُهُ (لَأَنَّهُ) أَيُّ الْمَوْتِ (عَزَلَ حُكْمِيًّا) لِكَوْنِ مَوْتِ الْمُوَكَّلِ يُوجِبُ عَزَلَ الْوَكِيلِ حُكْمًا لِتَحْوِيلِ مِلْكِهِ إِلَى وَرَثَتِهِ فَلَا يَتَوَقَّفُ حُكْمُهُ عَلَى ثَبُوتِ الْعِلْمِ بِهِ. أَلَا تَرَى أَنَّ الْوَكِيلَ يَتَعَزَّلُ بِمَوْتِ الْمُوَكَّلِ وَإِنْ لَمْ يُعْلَمْ بِمَوْتِهِ.

وَقَوْلُهُ (وَإِذَا بَطَلَتِ الْوَكَالَةُ بَطَلَتِ الشَّرِكَةُ) مُتَّصِلٌ بِقَوْلِهِ وَالْوَكَالَةُ تَبْطُلُ بِالمَوْتِ. وَاعْتَرِضَ بِأَنَّهُ قَدْ تَقَدَّمَ أَنَّ الْوَكَالَاتِ تُثَبَّتُ فِي ضَمَنِ الشَّرِكَةِ، وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ كَانَتْ تَابِعَةً لَهَا، وَلَا يَلْزَمُ مِنْ بُطْلَانِ التَّابِعِ بُطْلَانُ الْمُتَبَوِّعِ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ الْوَكَالَاتِ تَابِعَةٌ

لِلشَّرِكَةِ مِنْ حَيْثُ إِنَّهَا شَرْطُهَا لَا تَصِحُّ الشَّرِكَةُ بِدُونِ الْوَكَّالَةِ، أَشَارَ الْمُصَنِّفُ إِلَى ذَلِكَ
 أَنْفًا بِقَوْلِهِ وَلَا بُدَّ مِنْهَا أَيُّ الْوَكَّالَةِ لِتَحَقُّقِ الشَّرِكَةِ، وَإِذَا كَانَتْ شَرْطًا لَا يَتَحَقَّقُ بَقَاءُ
 الْمَشْرُوطِ بِدُونِهِ. وَقَوْلُهُ (لَأَنَّهُ) أَيُّ الْفَسْخِ (عَزَلَ قَصْدِي) فَيَتَوَقَّفُ عَلَى الْعِلْمِ.

فصل

وَلَيْسَ لِأَحَدِ الشَّرِيكَيْنِ أَنْ يُؤَدِّيَ زَكَاةَ مَالِ الْآخَرِ إِلَّا بِإِذْنِهِ، لِأَنَّهُ لَيْسَ مِنْ جِنْسِ
 التَّجَارَةِ، فَإِنْ أَذِنَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لِصَاحِبِهِ أَنْ يُؤَدِّيَ زَكَاتَهُ. فَإِنْ أَذَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا
 فَالْثَّانِي ضَامِنٌ عِلْمَ بِأَدَاءِ الْأَوَّلِ أَوْ لَمْ يَعْلَمْ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَالَا: لَا يَضْمَنُ إِذَا لَمْ
 يَعْلَمْ وَهَذَا إِذَا أَذَى عَلَى التَّعَاقُبِ، أَمَّا إِذَا أَذَى مَعَ ضَمْنِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نَصِيبَ صَاحِبِهِ.
 وَعَلَى هَذَا الْاِخْتِلَافِ الْمَأْمُورُ بِأَدَاءِ الزَّكَاةِ إِذَا تَصَدَّقَ عَلَى الْفَقِيرِ بَعْدَمَا أَذَى الْأَمْرُ بِنَفْسِهِ.
 لَهُمَا أَنَّهُ مَأْمُورٌ بِالتَّمْلِيكِ مِنَ الْفَقِيرِ، وَقَدْ آتَى بِهِ فَلَا يَضْمَنُ لِلْمَوْكَلِ، وَهَذَا لِأَنَّهُ فِي
 وَسْعِهِ التَّمْلِيكِ لَا وَقُوعُهُ زَكَاةَ لَتَعْلَقِهِ بِنَيْتِ الْمَوْكَلِ، وَإِنَّمَا يَطْلُبُ مِنْهُ مَا فِي وَسْعِهِ وَصَارَ
 كَالْمَأْمُورِ بِذَبْحِ دَمِ الْإِحْصَارِ إِذَا ذَبَحَ بَعْدَمَا زَالَ الْإِحْصَارُ وَحَجَّ الْأَمْرُ لَمْ يَضْمَنِ الْمَأْمُورُ
 عِلْمَ أَوْ لَا. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ مَأْمُورٌ بِأَدَاءِ الزَّكَاةِ وَالْمُؤَدَّى لَمْ يَقَعِ زَكَاةَ فَصَارَ مُخَالَفًا،
 وَهَذَا لِأَنَّهُ الْمَقْصُودُ مِنَ الْأَمْرِ إِخْرَاجُ نَفْسِهِ عَنْ عَهْدَةِ الْوَاجِبِ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُ لَا يَلْتَزِمُ
 الضَّرَرَ إِلَّا لِدَفْعِ الضَّرَرِ، وَهَذَا الْمَقْصُودُ حَصَلَ بِإِذْنِهِ وَعَرَى آدَاءَ الْمَأْمُورِ عَنْهُ فَصَارَ مَعْرُوضًا
 عِلْمَ أَوْ لَمْ يَعْلَمْ؛ لِأَنَّهُ عَزَلَ حُكْمِيًّا. وَأَمَّا دَمُ الْإِحْصَارِ فَقَدْ قِيلَ هُوَ عَلَى هَذَا الْاِخْتِلَافِ،
 وَقِيلَ بَيْنَهُمَا فَرْقٌ. وَوَجْهُهُ أَنَّ الدَّمَ لَيْسَ بِوَاجِبٍ عَلَيْهِ فَإِنَّهُ يُمَكِّنُهُ أَنْ يَصْبِرَ حَتَّى يَزُولَ
 الْإِحْصَارُ. وَفِي مَسْأَلَتِنَا الْأَدَاءُ وَاجِبٌ فَاعْتَبِرَ الْإِسْقَاطُ مَقْصُودًا فِيهِ دُونَ دَمِ الْإِحْصَارِ.

الشرح:

(فصل): وَلَمَّا كَانَتْ أَحْكَامُ هَذَا الْفَصْلِ أُبْعَدَ عَنْ مَسَائِلِ الشَّرِكَةِ مِنْ قَبْلِ أَنَّهَا
 لَيْسَتْ مِنْ مَسَائِلِ التَّجَارَةِ أُخَرَهَا فِي فَصْلِ عَلَى حِدَةٍ، وَكَلَامُهُ وَاضِحٌ لَا يَحْتَاجُ إِلَى
 شَرْحٍ سِوَى مَا نَذَكَّرُهُ. وَقَوْلُهُ (أَمَّا إِذَا أَذَى مَعَ ضَمْنِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نَصِيبَ صَاحِبِهِ)
 يَعْنِي عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ خِلَافًا لَهَا وَقَوْلُهُ (لَأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُ لَا يَلْتَزِمُ الضَّرَرَ) يَعْنِي آدَاءَ بَعْضِ
 مَالِهِ عَلَى يَدِ الْوَكِيلِ إِلَّا لِدَفْعِ الضَّرَرِ: أَيُّ بَقَاءِ الْوَاجِبِ فِي ذِمَّتِهِ. وَقَوْلُهُ (لَأَنَّهُ عَزَلَ
 حُكْمِيًّا) أُعْطِرَ عَلَيْهِ بِأَنَّهُ يُشْكَلُ بِالْوَكِيلِ بِقَضَاءِ الدَّيْنِ، فَإِنْ هُنَاكَ إِذَا قَضَى الْمَوْكَلُ

بِنَفْسِهِ ثُمَّ قَضَى الْوَكِيلُ، فَإِنْ عَلِمَ بِأَدَاءِ الْمُوَكَّلِ فَهُوَ ضَامِنٌ، وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ لَمْ يَضْمَنْ شَيْئًا، فَقَدْ فَرَّقَ هُنَاكَ بَيْنَ الْعِلْمِ وَعَدَمِهِ مَعَ أَنَّهُ حَصَلَ الْعَزْلُ الْحُكْمِيُّ هُنَاكَ أَيْضًا بِأَدَاءِ الْمُوَكَّلِ. وَأُجِيبَ أَنَّ الْوَكِيلَ بِقَضَاءِ الدَّيْنِ مَأْمُورٌ بِأَنْ يُجْعَلَ الْمُؤَدِّي مَضْمُونًا عَلَى الْقَابِضِ عَلَى مَا هُوَ الْأَصْلُ، لِأَنَّ الدُّيُونَ تُقْضَى بِأَمْثَالِهَا، وَذَلِكَ يُتَصَوَّرُ بَعْدَ أَدَاءِ الْمُوَكَّلِ فَلَمْ يَكُنْ أَذَاؤُهُ مُوجِبًا عَزْلِ الْوَكِيلِ حُكْمًا فَوَضَحَ الْفَرْقُ أَنَّ هُنَاكَ لَوْ لَمْ يُوجِبِ الضَّمَانُ عَلَى الْوَكِيلِ بِجَهْلِهِ بِأَدَاءِ الْمُوَكَّلِ لِلْحَقِّ الْمُوَكَّلِ فِيهِ ضَرَرٌ لِأَنَّهُ يَتِمَكَّنُ مِنْ اسْتِرْدَادِ الْمَقْبُوضِ مِنَ الْقَابِضِ وَتَضْمِينِهِ إِنْ كَانَ هَالِكًا، وَهَاهُنَا لَوْ لَمْ يُوجِبِ الضَّمَانُ أَدَّى إِلَى لِحَاقِ الضَّرَرِ بِالْمُوَكَّلِ لِأَنَّهُ لَا يَتِمَكَّنُ مِنْ اسْتِرْدَادِ الصَّدَقَةِ مِنَ الْفَقِيرِ وَلَا تَضْمِينِهِ، وَالضَّرَرُ مَدْفُوعٌ فَلِهَذَا وَجَبَ الضَّمَانُ بِكُلِّ حَالٍ.

وَاعْتَرِضَ عَلَيْهِ أَيْضًا بِأَنَّ زَكَاةَ كُلِّ وَاحِدٍ تَسْقُطُ عَنْهُ بَعْدَ أَدَائِهِ فَيَتَرَتَّبُ عَلَيْهِ عَزْلُ وَكِيلِهِ، وَحَالَ مَا يُؤَدِّي عَنْهُ الْوَكِيلُ لَمْ يَحْكَمْ بِسُقُوطِ الزَّكَاةِ عَنْ مُوَكَّلِهِ فَلَمْ يُوجِبْ عَزْلُ الْوَكِيلِ عَنِ الْأَدَاءِ. وَأُجِيبَ عَنْهُ بِأَنَّهُ أَمَرُهُ بِأَدَاءِ الزَّكَاةِ عَنْهُ فِي حَالِ اسْتِقْرَارِ الزَّكَاةِ عَلَى الْأَمْرِ، وَعِنْدَمَا يُؤَدِّي الْمُوَكَّلُ عَنْ نَفْسِهِ الزَّكَاةَ الْحَالَةَ حَالَةَ زَوَالِ الزَّكَاةِ وَسُقُوطِهَا عَنْهُ فَلَا تُوصَفُ فِي هَذِهِ الْحَالَةِ أَنَّهَا حَالَةُ اسْتِقْرَارِ الزَّكَاةِ فَكَانَ أَذَاؤُهَا عَلَى غَيْرِ الْوَجْهِ الْمَأْذُونِ فَكَانَ مُخَالَفًا لِمَا أَمَرَهُ فَلِذَلِكَ ضَمِنَ.

وَقَوْلُهُ وَأَمَّا دَمُ الْإِحْصَارِ جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ فَصَارَ كَالْمَأْمُورِ بِذَبْحِ دَمِ الْإِحْصَارِ، وَتَقْدِيرُهُ أَنَّا لَا نُسَلِّمُ أَنَّ الْمَأْمُورَ بِذَبْحِ دَمِ الْإِحْصَارِ لَا يَضْمَنْ بِالْإِتِّفَاقِ لَكِنَّ الْفَرْقَ بَيْنَهُمَا أَنَّ دَمَ الْإِحْصَارِ لَيْسَ بِوَاجِبٍ أَلْبَتَّةَ لِأَنَّهُ لَوْ صَبَرَ إِلَى أَنْ يَزُولَ الْإِحْصَارُ لَمْ يُطَالَبْ بِدَمِ الْإِحْصَارِ فَلَمْ يَكُنْ أَمْرًا مَقْصُودًا فَلَمْ يُمْكِنْ أَنْ يُقَالَ إِنَّ الْمَقْصُودَ حَصَلَ بِفِعْلِ الْمُحْصَرِ قَبْلَ فِعْلِ الْمَأْمُورِ فَعَرِيَ فِعْلُ الْمَأْمُورِ عَنِ الْمَقْصُودِ، بِخِلَافِ أَدَاءِ الزَّكَاةِ فَإِنَّهُ وَاجِبٌ وَكَانَ إِسْقَاطُ الْوَاجِبِ أَمْرًا مَقْصُودًا، وَقَدْ حَصَلَ هَذَا الْمَقْصُودُ بِأَدَاءِ الْأَمْرِ نَفْسِهِ فَعَرِيَ فِعْلُ الْمَأْمُورِ عَنِ الْمَقْصُودِ فَيَضْمَنْ.

قَالَ (وَإِذَا أَدِنَ أَحَدُ الْمُتَقَاوِضِينَ لِمُصَاحِبِهِ أَنْ يَشْتَرِيَ جَارِيَةً فَيَطَّأَهَا فَفَعَلَ فَهِيَ لَهُ بِغَيْرِ شَيْءٍ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: يَرْجِعُ عَلَيْهِ بِنِصْفِ الثَّمَنِ) لِأَنَّهُ أَدَّى دَيْنًا عَلَيْهِ خَاصَّةً

مِنْ مَالٍ مُشْتَرَكٍ فَيَرْجِعُ عَلَيْهِ صَاحِبُهُ بِنَصِيبِهِ كَمَا فِي شِرَاءِ الطَّعَامِ وَالْكِسْوَةِ (وَهَذَا) لِأَنَّ الْمَلِكَ وَقَعَ لَهُ خَاصَّةٌ وَالثَّمَنُ بِمُقَابَلَةِ الْمَلِكِ. وَلَهُ أَنْ الْجَارِيَّةَ دَخَلَتْ فِي الشَّرِكَةِ عَلَى الْبَتَاتِ جَرِيًّا عَلَى مُقْتَضَى الشَّرِكَةِ إِذْ هُمَا لَا يَمْلِكَانِ تَغْيِيرَهُ فَأَشْبَهَ حَالِ عَدَمِ الْإِذْنِ، غَيْرَ أَنَّ الْإِذْنَ يَتَضَمَّنُ هِبَةً نَصِيبِهِ مِنْهُ؛ لِأَنَّ الْوَطْءَ لَا يَحِلُّ إِلَّا بِالْمَلِكِ، وَلَا وَجْهَ إِلَى اثْبَاتِهِ بِالْبَيْعِ لَمَّا بَيَّنَّا أَنَّهُ مُخَالَفٌ مُقْتَضَى الشَّرِكَةِ فَأَثْبَتْنَاهُ بِالْهِبَةِ الثَّابِتَةِ فِي ضِمَنِ الْإِذْنِ، بِخِلَافِ الطَّعَامِ وَالْكِسْوَةِ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ مُسْتَثْنَى عَنْهَا لِلضَّرُورَةِ فَيَقَعُ الْمَلِكُ لَهُ خَاصَّةٌ بِنَفْسِ الْعَقْدِ فَكَانَ مُؤَدِّيًّا دَيْنًا عَلَيْهِ مِنْ مَالِ الشَّرِكَةِ. وَفِي مَسْأَلَتِنَا قَضَى دَيْنًا عَلَيْهِمَا لَمَّا بَيَّنَّا (وَالْبَائِعُ أَنْ يَأْخُذَ بِالثَّمَنِ أَيُّهُمَا شَاءَ) بِالْإِتِّفَاقِ لِأَنَّهُ دَيْنٌ وَجِبَ بِسَبَبِ التَّجَارَةِ، وَالْمُفَاوَضَةُ تَضَمَّنَتْ الْكِفَالَةَ فَصَارَ كَالطَّعَامِ وَالْكِسْوَةِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِذَا أَدْنِ أَحَدُ الْمُتَفَاوِضِينَ) صُورَةُ الْمَسْأَلَةِ ظَاهِرَةٌ، وَتَفْرِيرُ دَلِيلِهِمَا أَنَّهُ أَدَّى دَيْنًا عَلَيْهِ خَاصَّةً مِنْ مَالٍ مُشْتَرَكٍ، وَكُلُّ مَنْ فَعَلَ كَذَلِكَ يَرْجِعُ عَلَيْهِ صَاحِبُهُ بِنَصِيبِهِ كَمَا فِي شِرَاءِ الطَّعَامِ وَالْكِسْوَةِ. وَقَوْلُهُ (وَهَذَا) بَيَانٌ لِقَوْلِهِ إِنَّهُ أَدَّى دَيْنًا عَلَيْهِ خَاصَّةً لِأَنَّ الْمَلِكَ وَقَعَ لَهُ خَاصَّةٌ بِذَلِكَ حِلِّ وَطْئِهَا، وَالثَّمَنُ بِمُقَابَلَةِ الْمَلِكِ فَكَانَ الدَّيْنُ عَلَيْهِ خَاصَّةً. وَلَا يُبَيِّنُ حَنِيفَةَ ﷺ أَنَّ الْجَارِيَّةَ دَخَلَتْ فِي الشَّرِكَةِ عَلَى الْبَتَاتِ وَأَدَّى الْمُشْتَرِي ثَمَنَهَا مِنْ مَالِ الشَّرِكَةِ، وَكُلُّ مَا دَخَلَ فِي الشَّرِكَةِ وَأَدَّى الْمُشْتَرِي ثَمَنَهَا مِنْ مَالِ الشَّرِكَةِ فَإِنَّهُ لَا يَرْجِعُ عَلَيْهِ صَاحِبُهُ بِشَيْءٍ، كَمَا لَوْ اشْتَرَاهَا قَبْلَ الْإِذْنِ وَأَدَّى ثَمَنَهَا مِنْ مَالِ الشَّرِكَةِ فَإِنَّهُ لَا يَرْجِعُ عَلَيْهِ بِشَيْءٍ، وَيَبَيِّنُ دُخُولَهَا فِي الشَّرِكَةِ بِقَوْلِهِ (جَرِيًّا عَلَى مُقْتَضَى الشَّرِكَةِ) أَيُّ شَرِكَةِ الْمُفَاوَضَةِ فَإِنَّ ذَلِكَ يَقْتَضِي دُخُولَ مَا لَيْسَ بِمُسْتَثْنَى كَالطَّعَامِ وَالْكِسْوَةِ تَحْتَهَا، وَشِرَاءَ الْجَارِيَّةِ لَيْسَ بِمُسْتَثْنَى فَيَدْخُلُ تَحْتَهَا لِأَنَّهُمَا لَا يَمْلِكَانِ تَغْيِيرَ مُقْتَضَى الشَّرِكَةِ مَعَ بَقَائِهَا، أَلَا تَرَى أَنَّهُمَا لَوْ شَرَطَا التَّفَاوُتَ بَيْنَهُمَا فِي مَلِكٍ الْمُشْتَرَى لَمْ يُعْتَبَرْ مَعَ بَقَاءِ عَقْدِ الشَّرِكَةِ.

فَإِنْ قِيلَ: لَوْ كَانَتْ وَقَعَتْ عَلَى الشَّرِكَةِ كَيْفَ كَانَ يَحِلُّ وَطْئُهَا؟ أُجِيبَ بِأَنَّهُ كَانَ يَحِلُّ وَطْئُهَا كَمَا يَحِلُّ إِذَا وَهَبَهُ نَصِيبُهُ بَعْدَ الشِّرَاءِ بِغَيْرِ إِذْنٍ، وَقَوْلُهُ (غَيْرَ أَنَّ الْإِذْنَ يَتَضَمَّنُ هِبَةً نَصِيبِهِ) اسْتِثْنَاءٌ مِنْ قَوْلِهِ فَأَشْبَهَ حَالِ عَدَمِ الْإِذْنِ فَإِنَّهُ كَانَ مِمَّا يُوهِمُ أَنْ يُقَالَ كَيْفَ يُشْبَهُ حَالِ عَدَمِ الْإِذْنِ وَهُنَاكَ لَمْ يَحِلَّ وَطْئُهَا وَبَعْدَ الْإِذْنِ يَحِلُّ، فَأَزَالَ ذَلِكَ بِقَوْلِهِ

غَيْرَ أَنَّ الْإِذْنَ يَتَضَمَّنُ هِبَةً نَصِيبَهُ مِنْهُ، لِأَنَّ الْوَطْءَ لَا يَحِلُّ إِلَّا بِالْمَلِكِ، وَلَا وَجْهَ إِلَى إِبْتِهَاءِ
بِالْبَيْعِ: يَعْنِي لَا يُمَكِّنُ أَنْ يُقَالَ حَلَّ الْوَطْءِ بِنَاءً عَلَى أَنَّهُ اشْتَرَى جَمِيعَهَا لِنَفْسِهِ لَمَّا بَيَّنَّا أَنَّهُ
يُخَالَفُ مُقْتَضَى الشَّرِكَةِ يُرِيدُ بِهِ مَا ذَكَرَهُ آتِفًا مِنْ قَوْلِهِ جَرِيًّا عَلَى مُقْتَضَى الشَّرِكَةِ
فَأَبْتَنَاهُ بِالْهِبَةِ الثَّابِتَةِ فِي ضِمْنِ الْإِذْنِ، فَكَأَنَّهُ قَالَ اشْتَرِ جَارِيَةً بَيْنَنَا وَقَدْ وَهَبْتُ نَصِيبِي
مِنْهَا لَكَ فَجَازَتْ الْهِبَةُ فِي الشَّائِعِ لِأَنَّ الْجَارِيَةَ مِمَّا لَا تُقَسَّمُ، بِخِلَافِ الطَّعَامِ وَالْكِسْوَةِ
حَيْثُ يَقَعُ لِلْمُشْتَرِي خَاصَّةً لِأَنَّ ذَلِكَ مُسْتَثْنَى عَنْهَا لِلضَّرُورَةِ فَيَقَعُ الْمَلِكُ لَهُ خَاصَّةً
بِنَفْسِ الْعَقْدِ فَكَانَ مُؤَدِّيًّا دَيْنًا عَلَيْهِ مِنْ مَالِ الشَّرِكَةِ، وَفِي مَسْأَلَتِنَا قَضَى دَيْنًا عَلَيْهِمَا لَمَّا
بَيَّنَّا أَنَّهُمَا دَخَلَتْ فِي الشَّرِكَةِ. وَفِيهِ بَحْثٌ مِنْ وَجْهَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّ مَنْ قَالَ أَعْتَقَ عَبْدَكَ عَنِّي وَلَمْ يَذْكُرْ الْمَالَ فَفَعَلَ لَا يَصِيرُ هِبَةً عِنْدَ
أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ، وَالْعَتَقُ يَقَعُ عَنِ الْمَأْمُورِ لَا تَنْفَاءَ الْقَبْضِ الَّذِي هُوَ شَرْطُ الْهِبَةِ فَكَيْفَ
صَارَ هِبَةً فِيمَا نَحْنُ فِيهِ.

وَالثَّانِي: أَنَّ الْمَلِكَ يَثْبُتُ فِي نَصِيبِ الشَّرِكَةِ بِالْهِبَةِ حُكْمًا لِلْإِذْنِ بِالْوَطْءِ، وَالْمَلِكُ
لَا يَثْبُتُ فِي الْجَارِيَةِ بِالْهِبَةِ حُكْمًا لِلْإِخْلَالِ، فَإِنْ مَنْ قَالَ لَغَيْرِهِ أَحْلَلْتُ لَكَ وَطْءَ هَذِهِ
الْجَارِيَةِ لَا تَصِيرُ مِلْكًا لِلْمُخَاطَبِ حُكْمًا لِلْهِبَةِ بِالْإِخْلَالِ. وَالْجَوَابُ عَنِ الْأَوَّلِ أَنَّ ذَلِكَ
إِنَّمَا لَا يَصِيرُ هِبَةً لَا تَنْفَاءَ الْقَبْضِ الَّذِي هُوَ شَرْطُهَا، وَمَا نَحْنُ فِيهِ لَيْسَ كَذَلِكَ لِأَنَّهُ
يَقْبِضُ بَعْدَ الشَّرَاءِ عَلَى الشَّرِكَةِ وَهُوَ وَكِيلٌ ثُمَّ يَقْبِضُهُ لِنَفْسِهِ. وَعَنِ الثَّانِي أَنَّ الْمُصَنِّفَ
رَحِمَهُ اللَّهُ أَشَارَ إِلَى ذَلِكَ بِقَوْلِهِ فِي ضِمْنِ الْإِذْنِ، وَجَازَ أَنْ يَثْبُتَ الشَّيْءُ ضِمْنًا وَلَا يَثْبُتَ
قَصْدًا. قَوْلُهُ (وَاللَّبَائِعُ أَنْ يَأْخُذَ بِالْثَمَنِ أَيُّهُمَا شَاءَ) ظَاهِرٌ، وَاللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ
بِالصَّوَابِ وَإِلَيْهِ الْمَرْجِعُ وَالْمَأْبُ.

كِتَابُ الْوَقْفِ

قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: لَا يَزُولُ مِلْكُ الْوَاقِفِ عَنِ الْوَقْفِ إِلَّا أَنْ يَحْكُمَ بِهِ الْحَاكِمُ أَوْ يُعْلَقَهُ بِمَوْتِهِ فَيَقُولُ إِذَا مِتُّ فَقَدْ وَقَفْتُ دَارِي عَلَى كَذَا. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ (يَزُولُ مِلْكُهُ بِمَجْرَدِ الْقَوْلِ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: لَا يَزُولُ حَتَّى يَجْعَلَ لِلْوَقْفِ وَلِيًّا وَيُسَلِّمَهُ إِلَيْهِ) قَالَ ﷺ: الْوَقْفُ لُفْتُ هُوَ الْحَبْسُ تَقُولُ وَقَفْتُ الدَّابَّةَ وَأَوْقَفْتُهَا بِمَعْنَى. وَهُوَ فِي الشَّرْعِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ: حَبْسُ الْعَيْنِ عَلَى مِلْكِ الْوَاقِفِ وَالتَّصَدُّقُ بِالْمَنْفَعَةِ بِمَنْزِلَةِ الْعَارِيَةِ. ثُمَّ قِيلَ الْمَنْفَعَةُ مَعْدُومَةٌ فَالتَّصَدُّقُ بِالْمَعْدُومِ لَا يَصِحُّ، فَلَا يَجُوزُ الْوَقْفُ أَصْلًا عِنْدَهُ، وَهُوَ الْمَفْظُوظُ فِي الْأَصْلِ. وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ جَائِزٌ عِنْدَهُ إِلَّا أَنَّهُ غَيْرُ لَازِمٍ بِمَنْزِلَةِ الْعَارِيَةِ، وَعِنْدَهُمَا حَبْسُ الْعَيْنِ عَلَى حُكْمِ مُلْكِ اللَّهِ تَعَالَى فَيَزُولُ مِلْكُ الْوَاقِفِ عَنْهُ إِلَى اللَّهِ تَعَالَى عَلَى وَجْهِ تَعَوُّدِ مَنْفَعَتِهِ إِلَى الْعِبَادِ فَيَلْزَمُ وَلَا يُبَاعُ وَلَا يُوهَبُ وَلَا يُوْرَثُ. وَاللَّفْظُ يَنْتَظِمُهُمَا وَالتَّرْجِيحُ بِالِدَّلِيلِ. لَهُمَا « قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ لِعُمَرَ ﷺ حِينَ أَرَادَ أَنْ يَتَصَدَّقَ بِأَرْضٍ لَهُ تُدْعَى ثَمَغًا: تَصَدَّقْ بِأَصْلِهَا لَا يُبَاعُ وَلَا يُوْرَثُ وَلَا يُوهَبُ » ^(١) وَلَأنَّ الْحَاجَةَ مَاسَّةً إِلَى أَنْ يَلْزَمَ الْوَقْفُ مِنْهُ لِيَصِلَ ثَوَابُهُ إِلَيْهِ عَلَى الدَّوَامِ، وَقَدْ أَمَكْنَ دَفْعُ حَاجَتِهِ بِإِسْقَاطِ الْمَلِكِ وَجَعَلِهِ لِلَّهِ تَعَالَى. إِذْ لَهُ تَخْيِيرٌ فِي الشَّرْعِ وَهُوَ الْمَسْجِدُ فَيُجْعَلُ كَذَلِكَ.

وَأَبَى حَنِيفَةَ قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ « لَا حَبْسَ عَنْ فَرَائِضِ اللَّهِ تَعَالَى » ^(٢) وَعَنْ شَرِيحٍ: جَاءَ مُحَمَّدٌ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ بِبَيْعِ الْحَبِيسِ لِأَنَّ الْمَلِكَ بَاقٍ فِيهِ بِدَلِيلٍ أَنَّهُ يَجُوزُ الْإِنْتِفَاعُ بِهِ زِرَاعَةً وَسُكْنَى وَغَيْرَ ذَلِكَ وَالْمَلِكُ فِيهِ لِلوَاقِفِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّ لَهُ وَلايَةَ التَّصَرُّفِ فِيهِ بِصَرْفِ غَلَاتِهِ إِلَى مَصَارِفِهَا وَنَصَبِ الْقَوَامِ فِيهَا إِلَّا أَنَّهُ يَتَصَدَّقُ بِمَنْفَعِهِ فَصَارَ شَبِيهَ الْعَارِيَةِ، وَلَأنَّهُ يَحْتَاجُ إِلَى التَّصَدُّقِ بِالْغَلَّةِ دَائِمًا وَلَا تَصَدَّقُ عَنْهُ إِلَّا بِالْبَقَاءِ عَلَى مِلْكِهِ، وَلَأنَّهُ لَا يُمَكِّنُ أَنْ يَزَالَ مِلْكُهُ، لَا إِلَى مَالِكٍ لِأَنَّهُ غَيْرُ مَشْرُوعٍ مَعَ بَقَائِهِ كَالسَّائِبَةِ. بِخِلَافِ الْإِعْتَاقِ لِأَنَّهُ إِتْلَافٌ، وَبِخِلَافِ الْمَسْجِدِ لِأَنَّهُ جُعِلَ خَالِصًا لِلَّهِ تَعَالَى وَلِهَذَا لَا يَجُوزُ الْإِنْتِفَاعُ بِهِ، وَهَذَا لَمْ يَنْقَطِعْ حَقُّ الْعَبْدِ عَنْهُ فَلَمْ يَصِرْ خَالِصًا لِلَّهِ تَعَالَى.

قَالَ ﷺ: قَالَ فِي الْكِتَابِ: لَا يَزُولُ مِلْكُ الْوَاقِفِ إِلَّا أَنْ يَحْكُمَ بِهِ الْحَاكِمُ أَوْ يُعْلَقَهُ

(١) أخرجه البخاري في الوصايا باب ٢٢، ٢٨، ومسلم في الوصية (١٥، ١٦).

(٢) أخرجه الدارقطني في السنن (٦٨/٤)، وانظر نصب الراية (٧٣٣/٣).

بِمَوْتِهِ، وَهَذَا فِي حُكْمِ الْحَاكِمِ صَحِيحٌ؛ لِأَنَّهُ قَضَاءٌ فِي مُجْتَهِدٍ فِيهِ، أَمَا فِي تَعْلِيْقِهِ بِالمَوْتِ فَالصَّحِيحُ أَنَّهُ لَا يَزُولُ مِلْكُهُ إِلَّا أَنَّهُ تَصَدَّقَ بِمَنَافِعِهِ مُؤَبَّدًا فَيَصِيرُ بِمَنْزِلَةِ الوَصِيَّةِ بِالمَنَافِعِ مُؤَبَّدًا فَيَلْزَمُ، وَالمَرَادُ بِالحَاكِمِ المَوْلَى، فَأَمَّا المَحْكَمُ فَبِهِ اخْتِلَافُ المَشَايخِ.

الشرح:

(كِتَابُ الوَقْفِ): مُنَاسِبَةٌ ذِكْرِ الوَقْفِ بَعْدَ الشَّرِكَةِ هِيَ أَنَّ المَقْصُودَ بِكُلِّ مِنْهُمَا الِاتِّفَاعُ بِمَا يَزِيدُ عَلَى أَصْلِ المَالِ، وَهُوَ مَصْدَرٌ وَقَفْتُ الدَّابَّةَ وَقُوفًا وَوَقَفْتُهَا أَنَا يَتَعَدَّى وَلَا يَتَعَدَّى، وَوَقَفْتُ الدَّارَ عَلَى المَسَاكِينِ وَقَفًا وَأَوْقَفْتُهَا لُغَةً رَدِيئَةٌ، وَعَرَفَهُ شَمْسُ الأَثَمَةِ السَّرْحَسِيِّ رَحِمَهُ اللهُ بِأَنَّهُ حَبَسُ المَمْلُوكِ التَّمْلِيكَ عَنِ العَبْرِ. وَسَبَّهَ طَلَبُ الرُّلْفَى. وَشَرْطُهُ كَوْنُ الوَاقِفِ حُرًّا بِالْعَا عَاقِلًا وَكَوْنُ المَحَلِّ غَيْرَ مَنْقُولٍ. وَرُكْنُهُ أَرْضِي هَذِهِ صَدَقَةٌ مَوْقُوفَةٌ مُؤَبَّدَةٌ عَلَى المَسَاكِينِ. وَحُكْمُهُ خُرُوجُ الوَقْفِ: أَيُّ المَوْقُوفِ عَنْ مَلِكِ الوَاقِفِ وَعَدَمُ دُخُولِهِ فِي مَلِكِ المَوْقُوفِ عَلَيْهِ، وَكَلَامُهُ وَاضِحٌ، وَمَا عَرَفَهُ بِهِ أَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ يَقْتَضِي أَنَّ لَا يَصِحُّ الوَقْفُ لِأَنَّهُ قَالَ: وَالتَّصَدُّقُ بِالمَنْفَعَةِ وَالتَّصَدُّقُ بِالمَعْدُومِ لَا يَصِحُّ. وَقَوْلُهُ (وَهُوَ) رَاجِعٌ إِلَى قَوْلِهِ (فَلَا يَجُوزُ الوَقْفُ أَصْلًا عِنْدَهُ وَهُوَ المَلْفُوظُ فِي الأَصْلِ) يَعْنِي المَبْسُوطَ، وَلَكِنَّهُ نَقَلَهُ بِالمَعْنَى لَا بِعَيْنِ لَفْظِهِ، فَإِنَّ لَفْظَ المَبْسُوطِ: فَأَمَّا أَبُو حَنِيفَةَ فَكَانَ لَا يُجِيزُ ذَلِكَ، ثُمَّ قَالَ: فَمَرَادُهُ أَنَّهُ لَا يَجْعَلُهُ لَازِمًا، فَأَمَّا أَصْلُ الجَوَازِ فَثَابِتٌ عِنْدَهُ كَالْعَارِيَّةِ تُصَرَّفُ المَنْفَعَةُ إِلَى جِهَةِ الوَقْفِ وَتَبْقَى العَيْنُ عَلَى مَلِكِ الوَاقِفِ فَلَهُ أَنْ يَرْجِعَ، وَيَجُوزُ بَيْعُهُ وَيُورَثُ عَنْهُ، وَلَا يَلْزَمُ إِلَّا بِطَرِيقَيْنِ: قَضَاءُ القَاضِي بِلزُومِهِ لِكَوْنِهِ مُجْتَهِدًا فِيهِ، وَإِخْرَاجُهُ مَخْرَجَ الوَصِيَّةِ بِأَنَّهُ يَقُولُ: أَوْصَيْتُ بَعْلَةَ دَارِي، فَحِينَئِذٍ يَلْزَمُ. وَعِنْدَهُمَا هُوَ حَبَسُ العَيْنِ عَلَى حُكْمِ مَلِكِ اللهِ تَعَالَى، فَيَزُولُ مَلِكُ الوَاقِفِ عَنْهُ إِلَى اللهِ تَعَالَى عَلَى وَجْهِ تَعَوُّدِ المَنْفَعَةِ إِلَى العِبَادِ فَيَلْزَمُ وَلَا يُبَاعُ وَلَا يُورَثُ (قَوْلُهُ وَالمَلْفُوظُ) أَيُّ لَفْظُ الوَقْفِ (يَتَنَظَّمُهُمَا): أَيُّ يَتَنَاقَلُ مَا قَالَهُ أَبُو حَنِيفَةَ هُوَ حَبَسُ العَيْنِ عَلَى مَلِكِ الوَاقِفِ، وَمَا قَالَهُ وَهُوَ حَبَسُ العَيْنِ عَلَى حُكْمِ مَلِكِ اللهِ تَعَالَى انْتِظَامًا وَاحِدًا مِنْ غَيْرِ تَرْجِيحٍ، فَلَا بُدَّ مِنْ دَلِيلٍ مُرَجِّحٍ.

ثُمَّ ابْتَدَأَ بَيَانِ دَلِيلَهُمَا بِقَوْلِهِ: لُهُمَا قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ لِعُمَرَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ. رَوَى صَخْرُ بْنُ جُوَيْرِيَةَ عَنْ نَافِعٍ « أَنَّ عُمَرَ بْنَ الخَطَّابِ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ كَانَتْ لَهُ أَرْضٌ تُدْعَى ثَمْعًا وَكَانَتْ تَخْلَا

نَفِيسًا، فَقَالَ عُمَرُ: يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنِّي اسْتَفَدْتُ مَالًا وَهُوَ عِنْدِي نَفِيسٌ أَفَأَتَصَدَّقُ بِهِ؟
 قَالَ: تَصَدَّقْ بِأَصْلِهِ، لَا يَبَاعُ وَلَا يُوهَبُ وَلَا يُورَثُ، وَلَكِنْ لِيَنْفَقَ مِنْ ثَمَرَتِهِ»، فَتَصَدَّقَ
 بِهِ عُمَرُ ﷺ فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَفِي الرِّقَابِ وَالضُّعْفِ وَالْمَسَاكِينِ وَابْنِ السَّبِيلِ وَلِذِي الْقُرْبَى
 مِنْهُ وَلَا جُنَاحَ عَلَى مَنْ وَلِيَهُ أَنْ يَأْكُلَ بِالْمَعْرُوفِ أَوْ يُؤْكَلَ صَدِيقًا لَهُ غَيْرَ مُتَمَوِّلٍ عَنْهُ،
 وَهَذِهِ الْأَرْضُ كَانَتْ سَهْمَ عُمَرَ ﷺ بِخَيْرٍ حِينَ قَسَمَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ خَيْرَ بَيْنَ أَصْحَابِهِ،
 وَنَمَعَ لِقَبِّهَا وَهِيَ بَفَتْحِ النَّاءِ الْمُثَلَّثَةِ وَسُكُونِ الْمِيمِ وَالْعَيْنِ الْمُعْجَمَةِ. وَقَوْلُهُ (إِذْ لَهُ نَظِيرٌ
 فِي الشَّرْعِ وَهُوَ الْمَسْجِدُ) لَيَّانٍ نَفِي اسْتِبْعَادٍ أَنْ تَخْرُجَ مِنْ مِلْكِ الْوَاقِفِ وَلَا تَدْخُلَ فِي
 مِلْكٍ غَيْرِهِ، فَإِنَّ اتِّخَاذَ الْمَسْجِدِ لَزِمَ بِالِاتِّفَاقِ وَهُوَ إِخْرَاجُ لَتِلْكَ الْبُقْعَةِ عَنْ مِلْكِهِ مِنْ غَيْرِ
 أَنْ تَدْخُلَ فِي مِلْكٍ أَحَدٍ وَلَكِنَّهَا تَصِيرُ مَحْبُوسَةً لِنَوْعِ قُرْبَةٍ قَصَدَهَا فَكَذَلِكَ فِي الْوَقْفِ.
 وَلَأَبْيَ حَنِيفَةٍ قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ « لَا حَبْسَ عَنْ فَرَائِضِ اللَّهِ » أَيُّ لَا مَالٍ
 يُحْبَسُ بَعْدَ مَوْتِ صَاحِبِهِ عَنِ الْقِسْمَةِ بَيْنَ وَرَثَتِهِ، لَكِنَّهُمْ يَحْمِلُونَ هَذَا الْأَثَرُ عَلَى مَا
 كَانَ عَلَيْهِ أَهْلُ الْجَاهِلِيَّةِ مِنَ الْبَحِيرَةِ وَالسَّائِبَةِ وَالْوَصِيلَةِ وَالْحَامِي، وَيَقُولُونَ الشَّرْعُ أَبْطَلَ
 ذَلِكَ كُلَّهُ، وَلَكِنَّا نَقُولُ: النُّكْرَةُ فِي مَوْضِعِ النَّفْيِ نَعْمُ فَتَتَنَاوَلُ كُلَّ طَرِيقٍ يَكُونُ فِيهِ
 حَبْسٌ عَنِ الْمِيرَاثِ إِلَّا مَا قَامَ عَلَيْهِ دَلِيلٌ. وَقَوْلُهُ (جَاءَ مُحَمَّدٌ بَيْنَ الْحَبِيسِ) يَدُلُّ عَلَى أَنَّ
 لَزُومَ الْوَقْفِ كَانَ فِي شَرِيعَةٍ مِنْ قَبْلِنَا وَأَنْ شَرِيعَتَنَا نَاسَخَتْ لَذَلِكَ. وَقَوْلُهُ (كَالسَّائِبَةِ) هِيَ
 النَّاقَةُ الَّتِي تُسَيَّبُ لِنَذْرِ، وَكَانَ الرَّجُلُ يَقُولُ: إِذَا قَدِمْتُ مِنْ سَفَرِي أَوْ بَرَأْتُ مِنْ
 مَرَضِي فَنَاقَتِي سَائِبَةٌ. وَمَعْنَاهُ أَنَّ الْوَقْفَ بِمَنْزِلَةِ تَسْيِيبِ أَهْلِ الْجَاهِلِيَّةِ مِنْ حَيْثُ إِنَّ الْعَيْنَ
 لَا تَخْرُجُ مِنْ أَنْ تَكُونَ مَمْلُوكَةً لَهُ مُتَتَفَعًا بِهَا، فَإِنَّهُ لَوْ سَيَّبَ دَابَّتَهُ لَمْ تَخْرُجْ عَنْ مِلْكِهِ،
 فَكَذَا إِذَا وَقَفَ أَرْضَهُ أَوْ دَارِهِ.

وَقَوْلُهُ (بِخِلَافِ الْإِعْتِقَادِ) جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ لَوْ كَانَ إِزَالَةُ الْمِلْكِ لَا إِلَى مَالِكٍ غَيْرِ
 مَشْرُوعٍ لَمَا جَارَ الْعِتْقُ فَإِنَّهُ إِزَالَةُ الْمِلْكِ الثَّابِتِ فِي الْعَبْدِ مِنْ غَيْرِ تَمْلِكٍ لِأَحَدٍ. وَقَوْلُهُ
 (وَبِخِلَافِ الْمَسْجِدِ) جَوَابٌ عَنْ قِيَاسِهِمُ الْوَقْفَ عَلَى الْمَسْجِدِ. وَقَوْلُهُ (قَالَ فِي الْكِتَابِ)
 يَعْنِي مُخْتَصَرَ الْقُدُورِيِّ: لَا يَزُولُ مِلْكُ الْوَاقِفِ إِلَّا أَنْ يَحْكُمَ بِهِ الْحَاكِمُ أَوْ يُعْلَقَهُ بِمَوْتِهِ.
 صُورَةُ الْحُكْمِ أَنْ يُسَلَّمَ الْوَاقِفُ مَا وَقَفَهُ إِلَى الْمُتَوَلَّى ثُمَّ يُرِيدُ أَنْ يَرْجِعَ عَنْهُ فَيُنَازِعُهُ بَعْدَ
 الزُّوْمِ فَيَخْتَصِمَانِ إِلَى الْقَاضِي فَيَقْضِي بِلُزُومِهِ. وَقَوْلُهُ (فَالصَّحِيحُ أَنَّهُ لَا يَزُولُ مِلْكُهُ)

يَعْنِي أَنَّ الْمَشَايخِ اخْتَلَفُوا عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ، فَقِيلَ يَزُولُ الْمَلِكُ بِالتَّغْلِيْقِ بِالمَوْتِ لِأَنَّهُ وَقْتُ خُرُوجِ الْأَمْلاكِ عَنْ مِلْكِهِ فَالتَّغْلِيْقُ بِهِ يَدُلُّ عَلَى أَنَّ مَرَادَهُ الْخُرُوجُ مِنَ الْمَلِكِ. وَقِيلَ لَا يَزُولُ وَهُوَ الصَّحِيحُ لِأَنَّ الْوَاقِفَ تَصَدَّقَ بِالْعَلَّةِ وَهُوَ لَا يَسْتَدْعِي زَوَالَ أَصْلِ الْمَلِكِ، وَلِأَنَّهُ تَصَدَّقَ بِالْعَلَّةِ دَائِمًا، وَلَا يُمَكِّنُ التَّصَدُّقُ بِهَا هَكَذَا إِلَّا إِذَا بَقِيَ أَصْلُ الْمُوقُوفِ عَلَى مِلْكِهِ، إِلَّا أَنَّهُ تَصَدَّقَ بِمَنَافِعِهِ مُؤَبَّدًا فَيَصِيرُ بِمَنْزِلَةِ الْوَصِيَّةِ بِالْمَنَافِعِ مُؤَبَّدًا فَيَلْزِمُهُ. وَالْمَرَادُ بِالْحَاكِمِ الْمُوَلَّى أَيْ الَّذِي وَلَاهُ الْخَلِيفَةُ عَمَلَ الْقَضَاءِ. وَأَمَّا الْمُحْكَمُ وَهُوَ الَّذِي يُفَوَّضُ إِلَيْهِ الْحُكْمُ فِي حَادِثَةٍ مُعَيَّنَةٍ بِاتِّفَاقِ الْمُتَخَاصِمِينَ فَفِيهِ اخْتِلَافُ الْمَشَايخِ. قَالَ فِي كِتَابِ الْقَضَاءِ مِنْ خُلَاصَةِ الْفَتَاوَى: وَأَمَّا حُكْمُ الْمُحْكَمِ فِي الْيَمِينِ الْمُضَافَةِ وَسَائِرِ الْمُجْتَهِدَاتِ فَلِأَصَحِّ أَنَّهُ يَنْفَذُ وَلَكِنْ لَا يُفْتَى بِهِ.

وَلَوْ وَقَفَ فِي مَرَضٍ مَوْتِهِ قَالَ الطَّحَاوِيُّ: هُوَ بِمَنْزِلَةِ الْوَصِيَّةِ بَعْدَ الْمَوْتِ. وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ لَا يَلْزِمُهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَعِنْدَهُمَا يَلْزِمُهُ إِلَّا أَنَّهُ يُعْتَبَرُ مِنَ الثَّلَاثِ وَالْوَقْفُ فِي الصَّحَّةِ مِنْ جَمِيعِ الْمَالِ، وَإِذَا كَانَ الْمَلِكُ يَزُولُ عِنْدَهُمَا يَزُولُ بِالْقَوْلِ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ بِمَنْزِلَةِ الْإِعْتَاقِ لِأَنَّهُ إِسْقَاطُ الْمِلْكِ. وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ لَا بُدَّ مِنَ التَّسْلِيمِ إِلَى الْمُتَوَلَّى لِأَنَّهُ حَقُّ اللَّهِ تَعَالَى، وَإِنَّمَا يَثْبُتُ فِيهِ فِي ضِمَنِ التَّسْلِيمِ إِلَى الْعَبْدِ لِأَنَّ التَّمْلِيكَ مِنَ اللَّهِ تَعَالَى وَهُوَ مَالِكُ الْأَشْيَاءِ لَا يَتَحَقَّقُ مَقْصُودًا، وَقَدْ يَكُونُ تَبَعًا لغيرِهِ فَيَأْخُذُ حُكْمَهُ فَيَنْزِلُ مَنْزِلَةَ الزَّكَاةِ وَالصَّدَقَةِ.

قَالَ (وَإِذَا صَحَّ الْوَقْفُ عَلَى اخْتِلَافِهِمْ) وَفِي بَعْضِ النُّسخِ: وَإِذَا أُسْتُحِقَّ مَكَانُ قَوْلِهِ إِذَا صَحَّ (خَرَجَ مِنَ مِلْكِ الْوَاقِفِ وَلَمْ يَدْخُلْ فِي مِلْكِ الْمُوقُوفِ عَلَيْهِ) لِأَنَّهُ لَوْ دَخَلَ فِي مِلْكِ الْمُوقُوفِ عَلَيْهِ لَا يَتَوَقَّفُ عَلَيْهِ بَلْ يَنْفَذُ بَيْعُهُ كَسَائِرِ أَمْلاكِهِ، وَلِأَنَّهُ لَوْ مَلَكَهُ لَمَّا انْتَقَلَ عَنْهُ بِشَرَطِ الْمَالِكِ الْأَوَّلِ كَسَائِرِ أَمْلاكِهِ. قَالَ رحمته الله: قَوْلُهُ خَرَجَ عَنِ مِلْكِ الْوَاقِفِ يَجِبُ أَنْ يَكُونَ قَوْلُهُمَا عَلَى الْوَجْهِ الَّذِي سَبَقَ تَقْرِيرُهُ.

الشرح:

(قَوْلُهُ وَقَالَ الطَّحَاوِيُّ: هُوَ بِمَنْزِلَةِ الْوَصِيَّةِ بَعْدَ الْمَوْتِ) يَعْنِي يَلْزَمُ الْوَقْفُ حِينَئِذٍ عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ، بِخِلَافِ الْوَقْفِ فِي الصَّحَّةِ فَإِنَّهُ لَا يَلْزَمُ عِنْدَهُ. ثُمَّ قَالَ الطَّحَاوِيُّ فِي مُحْتَصَرِهِ: وَقَدْ رَوَى مُحَمَّدٌ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ ذَلِكَ لَا يَحُوزُ مِنْهُ فِي مَرَضِهِ كَمَا لَا

يَجُوزُ فِي صِحَّتِهِ، ثُمَّ قَالَ: وَهُوَ الصَّحِيحُ عَلَى أَصُولِهِ. وَقَالَ الْمُصَنِّفُ: وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ لَا يَلْزَمُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ لَأَنَّ الْمُبَاشَرَةَ فِي الْمَرَضِ كَالْمُبَاشَرَةِ فِي الصَّحَّةِ حَتَّى لَا يَلْزَمَ وَلَا يَمْتَنِعَ الْإِرْثُ كَالْعَارِيَةِ، وَعِنْدَهُمَا يَلْزَمُ إِلَّا أَنَّهُ يُعْتَبَرُ مِنَ الثُّلْثِ وَالْوَقْفُ فِي الصَّحَّةِ مِنْ جَمِيعِ الْمَالِ.

(قَوْلُهُ وَقَدْ يَكُونُ تَبَعًا لغيرِهِ فَيَأْخُذُ حُكْمَهُ) أَيُ يَثْبُتُ التَّمْلِيكُ مِنَ اللَّهِ تَعَالَى ضَمَنًا لِلتَّمْلِيكِ مِنْ غَيْرِ اللَّهِ تَعَالَى، وَإِنْ كَانَ لَا يَثْبُتُ التَّمْلِيكُ مِنَ اللَّهِ تَعَالَى قَصْدًا فَيَأْخُذُ التَّمْلِيكُ مِنَ اللَّهِ تَعَالَى حُكْمَ التَّمْلِيكِ مِنْ غَيْرِهِ حَتَّى يُشْتَرَطَ فِيهِ التَّسْلِيمُ وَالْقَبْضُ (قَوْلُهُ) فَيَنْزِلُ مَنْزِلَةَ الزَّكَاةِ وَالصَّدَقَةِ يَعْنِي يُنْزَلُ التَّمْلِيكُ مِنَ اللَّهِ تَعَالَى فِي الْوَقْفِ فِي ضِمْنِ التَّسْلِيمِ إِلَى الْعَبْدِ مَنْزِلَةَ تَمْلِيكِ الْمَالِ مِنَ اللَّهِ تَعَالَى فِي الزَّكَاةِ حَيْثُ يَتَحَقَّقُ التَّمْلِيكُ مِنْهُ فِي ضِمْنِ التَّسْلِيمِ إِلَى الْفَقِيرِ.

قَالَ (وَإِذَا صَحَّ الْوَقْفُ عَلَى اخْتِلَافِهِمْ) أَيُ إِذَا صَحَّ الْوَقْفُ عَلَى مَا اخْتَلَفَ فِيهِ الْمَشَايِخُ مِنْ حَيْثُ أَنَّهُ يَصِحُّ عِنْدَهُمَا وَلَا يَصِحُّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ عَلَى مَا هُوَ الْمَلْفُوظُ فِي الْأَصْلِ، وَالْأَصَحُّ الصَّحَّةُ عِنْدَ الْكُلِّ خَرَجَ مِنْ مِلْكِ الْوَاقِفِ: يَعْنِي عَلَى قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ وَلَمْ يَدْخُلْ فِي مِلْكِ الْمُوقُوفِ عَلَيْهِ لِأَنَّهُ لَوْ دَخَلَ فِي مِلْكِهِ جَازَ لَهُ إِخْرَاجُهُ مِنْ مِلْكِهِ كَسَائِرِ أَمْلاكِهِ، وَلَمَّا انْتَقَلَ إِلَى مَنْ بَعْدَهُ مِنْ شَرْطِهِ الْوَاقِفُ لَكِنْ لَيْسَ كَذَلِكَ بِالِاتِّفَاقِ.

وَقَوْلُهُ (يَجِبُ أَنْ يَكُونَ قَوْلُهُمَا عَلَى الْوَجْهِ الَّذِي سَبَقَ تَقْرِيرُهُ) أُعْطِرَضَ عَلَيْهِ بِأَنَّهُ ذَكَرَ قَبْلَ هَذَا لَا يَزُولُ مِلْكُ الْوَاقِفِ إِلَّا أَنْ يَحْكُمَ بِهِ الْحَاكِمُ، وَهَذَا الِاسْتِثْنَاءُ إِنَّمَا يُحْتَاجُ إِلَيْهِ عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ فِي حَقِّ زَوَالِ الْوَقْفِ عَنْ مِلْكِ الْوَاقِفِ، وَأَمَّا عَلَى قَوْلِهِمَا فَإِنَّ الْمَلِكَ يَزُولُ بِدُونِ حُكْمِ الْحَاكِمِ، ثُمَّ الدَّلِيلُ الصَّحِيحُ يَقْتَضِي عَدَمَ جَوَازِ الْخُرُوجِ عَنِ الْمَلِكِ لِأَنَّ الْخُرُوجَ يَقْتَضِي أَنْ لَا يَصِحَّ شَرْطُهُ فِي صَرْفِ الْعَلَّةِ كَمَا إِذَا أُعْتِقَ عَبْدُهُ بِشَرْطِ أَنْ يَصْرِفَ غَلَّتَهُ إِلَى كَذَا أَوْ جَعَلَ أَرْضَهُ مَسْجِدًا بِشَرْطِ أَنْ يُصَلِّيَ فِيهِ فَلَا يَزَالُ فِيهِ، فَإِنَّ التَّصْرِيفَ فِي غَيْرِ مِلْكِهِ غَيْرُ صَحِيحٍ. وَالْجَوَابُ عَنْ الْأَوَّلِ إِنَّمَا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ هَاهُنَا إِنَّمَا هُوَ فِي الصَّحَّةِ، وَمَا ذَكَرَهُ قَبْلَ هَذَا فَإِنَّمَا هُوَ فِي الزُّرُومِ، وَالصَّحَّةُ لَا تَسْتَلْزِمُ الزُّرُومَ فَكَانَ الْقَوْلُ بِخُرُوجِ الْوَقْفِ عَنْ مِلْكِ الْوَاقِفِ إِذَا صَحَّ الْوَقْفُ قَوْلُهُمَا لَا

قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ، إِلَّا إِذَا حَكَمَ بِهِ الْحَاكِمُ فَإِنَّهُ حِينَئِذٍ يَكُونُ خُرُوجُ الْوَقْفِ عَنْ مِلْكِ الْوَاقِفِ قَوْلِ الْكُلِّ.

سَلَمْنَا أَنَّ الصَّحَّةَ هَاهُنَا بِمَعْنَى الزُّومِ وَلَكِنْ لَا يَلْزُمُ مِنَ الزُّومِ الْخُرُوجُ عَنْ مِلْكِ الْوَاقِفِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ لِأَنَّ الْوَقْفَ عِنْدَهُ مُعَرَّفٌ بِحَبْسِ الْعَيْنِ عَلَى مِلْكِ الْوَاقِفِ وَالتَّصَدُّقِ بِالْمَنْفَعَةِ، وَذَلِكَ يَمْنَعُ عَنْ الْخُرُوجِ لَا مَحَالَةَ. وَعَنْ الثَّانِي بَأَنَّ خُرُوجَ الْمَلِكِ إِلَى اللَّهِ تَعَالَى قُرْبَةً لَا يَمْنَعُ التَّصَرُّفَ فِيهِ مِمَّنْ خَرَجَ عَنْهُ. أَلَا تَرَى أَنَّ الْقُرْبَاتِ تَصِيرُ بِالْإِرَاقَةِ إِلَى اللَّهِ تَعَالَى، ثُمَّ إِنْ صَاحِبُهُ يَتَصَرَّفُ فِيهِ بِالْأَكْلِ وَالْإِطْعَامِ وَالتَّصَدُّقِ بِهِ بِتَوَلِيَةِ الشَّرْعِ لِكَوْنِهِ الْمُتَقَرَّبَ بِهِ فَجَازَ أَنْ يَكُونَ أَمْرُ الْوَاقِفِ كَذَلِكَ، بِخِلَافِ الْعَهْدِ فَإِنَّهُ يَصِيرُ مَالِكًا لِمَنَافِعِهِ فَلَا يَعْمَلُ فِيهِ تَصَرُّفٌ غَيْرُهُ، وَأَمَّا الْمَسْجِدُ فَلَأَصْلُ الْكَعْبَةِ وَالْمَسْجِدُ الْحَرَامُ فِيهِ سَوَاءٌ الْعَاكِفُ وَالْبَادِ، فَعَلَمْنَا أَنَّ اللَّهَ تَعَالَى لَمْ يُولِ التَّخْصِصَ إِلَى الَّذِي جَعَلَهُ مَسْجِدًا، وَإِنَّمَا الْحَقُّ بِالْمَسْجِدِ الْحَرَامِ وَالْكَعْبَةِ

قَالَ (وَوَقَفَ الْمَشَاعُ جَائِزٌ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ) لِأَنَّ الْقِسْمَةَ مِنْ تَمَامِ الْقَبْضِ وَالْقَبْضُ عِنْدَهُ لَيْسَ بِشَرْطٍ فَكَذَا تَتِمُّهُ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: لَا يَجُوزُ لِأَنَّ أَصْلَ الْقَبْضِ عِنْدَهُ شَرْطٌ فَكَذَا مَا يَتِمُّ بِهِ، وَهَذَا فِيمَا يَحْتَمِلُ الْقِسْمَةَ، وَأَمَّا فِيمَا لَا يَحْتَمِلُ الْقِسْمَةَ فَيَجُوزُ مَعَ الشُّيُوعِ عِنْدَ مُحَمَّدٍ أَيْضًا لِأَنَّهُ يُعْتَبَرُ بِالْهَبَةِ وَالصَّدَقَةِ الْمُنْفَذَةِ إِلَّا فِي الْمَسْجِدِ وَالْمَقْبَرَةِ، فَإِنَّهُ لَا يَتِمُّ مَعَ الشُّيُوعِ فِيمَا لَا يَحْتَمِلُ الْقِسْمَةَ أَيْضًا عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ، لِأَنَّ بَقَاءَ الشَّرِكَةِ يَمْنَعُ الْخُلُوصَ لِلَّهِ تَعَالَى، وَلِأَنَّ الْمُهَيَّأَةَ فِيهِمَا فِي غَايَةِ الْقُبْحِ بِأَنَّهُ يُقْبَرُ فِيهِ الْمَوْتَى سَنَةً، وَيُزْرَعُ سَنَةً وَيُصَلَّى فِيهِ فِي وَقْتٍ وَيُتَّخَذُ إِصْطِبَالًا فِي وَقْتٍ، بِخِلَافِ الْوَقْفِ لِإِمْكَانِ الِاسْتِغْلَالِ وَقِسْمَةِ الْغَلَّةِ.

وَلَوْ وَقَفَهُ الْكُلُّ ثُمَّ أُسْتَحِقَّ جُزْءٌ مِنْهُ بَطَلَ فِي الْبَاقِي عِنْدَ مُحَمَّدٍ لِأَنَّ الشُّيُوعَ مُقَارَنَ كَمَا فِي الْهَبَةِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا رَجَعَ الْوَاهِبُ فِي الْبَعْضِ أَوْ رَجَعَ الْوَارِثُ فِي الثَّلَاثِينَ بَعْدَ مَوْتِ الْمَرِيضِ وَقَدْ وَهَبَهُ أَوْ أَوْقَفَهُ فِي مَرَضِهِ وَفِي الْمَالِ ضَيْقٍ، لِأَنَّ الشُّيُوعَ فِي ذَلِكَ طَائِرِيٌّ. وَلَوْ أُسْتَحِقَّ جُزْءٌ مُمَيَّزٌ بِعَيْنِهِ لَمْ يَبْطُلْ فِي الْبَاقِي لِعَدَمِ الشُّيُوعِ وَلِهَذَا جَازَ فِي الْإِبْتِدَاءِ، وَعَلَى هَذَا الْهَبَةُ وَالصَّدَقَةُ الْمَمْلُوكَةُ. قَالَ: وَلَا يَتِمُّ الْوَقْفُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ حَتَّى يَجْعَلَ آخِرَهُ بِجِهَةٍ لَا تَنْقَطِعُ أَبَدًا.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: إِذَا سَمِيَ فِيهِ جِهَةٌ تَنْقَطُعُ جَازٌ وَصَارَ بَعْدَهَا لِلْفُقَرَاءِ وَإِنْ لَمْ يُسَمَّهِمْ. لَهُمَا أَنْ مُوجِبُ الْوَقْفِ زَوَالُ الْمَلِكِ بِدُونِ التَّمْلِيكِ وَأَنَّهُ يَتَأَبَّدُ كَالْعِتْقِ، فَإِذَا كَانَتْ الْجِهَةُ يَتَوَهَّمُ انْقِطَاعُهَا لَا يَتَوَقَّرُ عَلَيْهِ مُقْتَضَاهُ، فَلِهَذَا كَانَ التَّوْقِيتُ مُبْطِلًا لَهُ كَالتَّوْقِيتِ فِي الْبَيْعِ. وَلَأَبِي يُوسُفَ أَنَّ الْمَقْصُودَ هُوَ التَّقَرُّبُ إِلَى اللَّهِ تَعَالَى وَهُوَ مُوقَّرٌ عَلَيْهِ، لِأَنَّ التَّقَرُّبَ تَارَةً يَكُونُ فِي الصَّرْفِ إِلَى جِهَةٍ تَنْقَطُعُ وَمَرَّةً بِالصَّرْفِ إِلَى جِهَةٍ تَتَأَبَّدُ فَيَصِحُّ فِي الْوَجْهَيْنِ وَقِيلَ إِنَّ التَّأَبِيدَ شَرْطٌ بِالْإِجْمَاعِ، إِلَّا أَنَّ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ لَا يَشْتَرِطُ ذِكْرُ التَّأَبِيدِ لِأَنَّ لَفْظَةَ الْوَقْفِ وَالصَّدَقَةَ مُنْبِئَةٌ عَنْهُ لَمَّا بَيَّنَّا أَنَّهُ إِزَالَةُ الْمَلِكِ بِدُونِ التَّمْلِيكِ كَالْعِتْقِ، وَلِهَذَا قَالَ فِي الْكِتَابِ فِي بَيَانِ قَوْلِهِ وَصَارَ بَعْدَهَا لِلْفُقَرَاءِ وَإِنْ لَمْ يُسَمَّهِمْ، وَهَذَا هُوَ الصَّحِيحُ، وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ ذِكْرُ التَّأَبِيدِ شَرْطٌ لِأَنَّ هَذَا صَدَقَةٌ بِالْمَنْفَعَةِ أَوْ بِالْفَلْتَةِ، وَذَلِكَ قَدْ يَكُونُ مُؤَقَّتًا وَقَدْ يَكُونُ مُؤَبَّدًا فَمُطْلَقُهُ لَا يَنْصَرِفُ إِلَى التَّأَبِيدِ فَلَا بُدَّ مِنَ التَّنْصِيسِ.

الشرح:

(قَوْلُهُ لِأَنَّ الْقِسْمَةَ مِنْ تَمَامِ الْقَبْضِ) بَيَّانُهُ أَنَّ الْقَبْضَ لِلْحَيَازَةِ وَالْحَيَازَةُ فِيمَا يُقْسَمُ إِنَّمَا هِيَ بِالْقِسْمَةِ (قَوْلُهُ وَوَقَفُ الْمَشَاعِ جَائِزٌ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ) لَا خِلَافَ بَيْنَهُمَا أَنَّ الْقِسْمَةَ فِيمَا يُقْسَمُ مِنْ تَمَامِ الْقَبْضِ، وَإِنَّمَا الْخِلَافُ بَيْنَهُمَا فِي أَنَّ أَصْلَ الْقَبْضِ شَرْطٌ أَوْ لَا، عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ لَيْسَ بِشَرْطٍ فَكَذَا تَمَامُهُ، وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ شَرْطٌ فَكَذَا تَمَامُهُ، وَأَمَّا فِيمَا لَا يُقْسَمُ فَمُحَمَّدٌ أَيْضًا يُجَوِّزُهُ وَيَعْتَبِرُهُ كَالِهِيَةِ وَالصَّدَقَةُ الْمُتَّفَعَّةُ: أَيِ الصَّدَقَةِ الْخَاضِعَةِ الْمُسَلَّمَةِ إِلَى الْفَقِيرِ وَهُوَ احْتِرَازٌ عَنِ الصَّدَقَةِ الْمَوْقُوفَةِ وَهِيَ فِيمَا نَحْنُ فِيهِ (قَوْلُهُ إِلَّا فِي الْمَسْجِدِ وَالْمَقْبَرَةِ) اسْتِثْنَاءٌ مِنْ قَوْلِهِ وَوَقَفُ الْمَشَاعِ جَائِزٌ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ، فَإِنَّهُ لَا يَتِمُّ مَعَ الشُّيُوعِ فِيمَا لَا يَحْتَمِلُ الْقِسْمَةَ بِأَنَّ كَانَ الْمَوْضِعَ صَغِيرًا لَا يَصْلُحُ لِمَا أَرَادَهُ الْوَاقِفُ مِنْ اتِّخَاذِ الْمَسْجِدِ وَالْمَقْبَرَةِ عَلَى تَقْدِيرِ الْقِسْمَةِ.

وَالْحَاصِلُ أَنَّ جَعْلَ الْمَسْجِدِ وَالْمَقْبَرَةِ فِي الْمَشَاعِ الَّذِي لَا يَحْتَمِلُ الْقِسْمَةَ لَا يَجُوزُ أَصْلًا لَا قَبْلَ الْقِسْمَةِ وَهُوَ حَالُ كَوْنِهِ مَشَاعًا وَلَا بَعْدَهَا، أَمَّا قَبْلُهَا فَإِنَّ بَقَاءَ الشَّرَكَةِ يَمْنَعُ الْخُلُوصَ عَلَى مَا سَيَجِيءُ، وَأَمَّا بَعْدَهَا فَلَأَنَّ فَرْضَ الْمَسْأَلَةِ فِيمَا إِذَا كَانَ الْوَضْعُ غَيْرَ صَالِحٍ لَذَلِكَ لَصِغَرِهِ فَقَبْلُ أَنْ يَكُونَ بِطَرِيقِ الْمَهَابَةِ، وَالْمَهَابَةُ فِيهِمَا فِي غَايَةِ الْقُبْحِ الْخُ مَا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ وَهُوَ ظَاهِرٌ. قَالَ (وَلَا يَتِمُّ الْوَقْفُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ حَتَّى يَجْعَلَ

آخِرُهُ لِهَاجَةِ لَا تَنْقَطِعُ) مِثْلُ أَنْ يَقُولَ عَلَيَّ كَذَا وَكَذَا، ثُمَّ عَلَى فَقَرَاءِ الْمُسْلِمِينَ حَيْثُمَا وَجَدُوا مِثْلًا. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: إِذَا سَمَى هَاجَةً تَنْقَطِعُ مِثْلُ أَنْ يَقِفَ عَلَى أَوْلَادِهِ أَوْ عَلَى أُمَّهَاتِ أَوْلَادِهِ جَارَ وَصَارَ بَعْدَهَا لِلْفُقَرَاءِ وَإِنْ لَمْ يُسَمَّهُمْ. لِهَاجَةٍ أَنْ مُوجِبَ الْوَقْفِ زَوَالُ الْمَلِكِ بِدُونِ التَّمْلِيكِ: يَعْني لَا إِلَى مَالِكٍ، وَكُلُّ مَا كَانَ زَوَالُ الْمَلِكِ بِدُونِ التَّمْلِكِ فَإِنَّهُ يَتَأَبَّدُ كَالْعَتَقِ فَمُوجِبُ الْوَقْفِ يَتَأَبَّدُ، وَإِذَا كَانَتْ الْهَاجَةُ يُتَوَهَّمُ انْقِطَاعُهَا لَا يَتَوَقَّرُ عَلَيْهِ أَيْ عَلَى الْوَقْفِ مُقْتَضَاهُ، وَلِهَذَا كَانَ التَّوَقُّفُ مُبْطِلًا لَهُ لِأَنَّهُ يُنَافِي مُوجِبَهُ كَالْتَّوَقُّفِ فِي الْبَيْعِ. قِيلَ فِي كَلَامِ الْمُصَنِّفِ رَحِمَهُ اللَّهُ تَنَاقُضٌ عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ لِأَنَّهُ ذَكَرَ فِي أَوَّلِ كِتَابِ الْوَقْفِ أَنَّ الْوَقْفَ عِنْدَهُ حَبْسُ الْعَيْنِ عَلَى مَلِكِ الْوَاقِفِ فَكَانَ مُوجِبُهُ عَدَمَ زَوَالِ الْمَلِكِ عَنِ الْوَاقِفِ، ثُمَّ قَالَ هُنَا: مُوجِبُهُ زَوَالُ الْمَلِكِ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ هَذَا قَوْلُ مُحَمَّدٍ وَرِوَايَةٌ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ، وَالْمَذْكُورُ فِي أَوَّلِ الْكِتَابِ هُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ فِي رِوَايَةٍ عَنْهُ أُخْرَى، فَيَكُونُ عَنْهُ فِي الْمَسْأَلَةِ رَوَاتَيْنِ. وَقِيلَ أَرَادَ هَاهُنَا مَا إِذَا حَكَمَ الْحَاكِمُ بِصِحَّةِ الْوَقْفِ وَلَزُومِهِ فَحِينَئِذٍ يَخْرُجُ الْوَقْفُ عَنْ مَلِكِ الْوَاقِفِ بِالْإِتِّفَاقِ وَهَذَا أَوْفَقُ. وَأَقُولُ: هَذَا لَيْسَ بِمُنَاسِبٍ لِمَا تَقَدَّمَ مِنْ قَوْلِ الْمُصَنِّفِ يَجِبُ أَنْ يَكُونَ قَوْلُهُمَا عَلَى الْوَجْهِ الَّذِي سَبَقَ تَقْرِيرُهُ. وَلِأَبِي يُوسُفَ أَنَّ الْمَقْصُودَ مِنَ الْوَقْفِ هُوَ التَّقَرُّبُ إِلَى اللَّهِ تَعَالَى، وَهُوَ مُوقَّرٌ عَلَيْهِ فِيمَا إِذَا جُعِلَ عَلَى هَاجَةٍ تَنْقَطِعُ لِأَنَّ التَّقَرُّبَ إِلَى اللَّهِ تَعَالَى ثَارَةٌ فِي الصَّرْفِ إِلَى هَاجَةٍ تَنْقَطِعُ وَأُخْرَى إِلَى هَاجَةٍ تَتَأَبَّدُ فَيَصِحُّ فِي الْوَجْهَيْنِ، وَعَلَى هَذَا لَوْ انْقَطَعَتْ الْهَاجَةُ عَادَ الْوَقْفُ إِلَى مَلِكِهِ إِنْ كَانَ حَيًّا، وَإِلَى مَلِكِ وَرَثَتِهِ إِنْ كَانَ مَيِّتًا.

وَلِقَائِلِ أَنْ يَقُولَ: هَذَا التَّغْلِيلُ غَيْرُ مُطَابِقٍ لِمَا ذَكَرَ عَنْ أَبِي يُوسُفَ لِأَنَّهُ قَالَ وَصَارَ بَعْدَهَا لِلْفُقَرَاءِ وَإِنْ لَمْ يُسَمَّهُمْ، وَذَلِكَ يَدُلُّ عَلَى أَنَّ التَّأْيِيدَ شَرْطٌ. وَالْجَوَابُ أَنَّ الْمَرْوِيَّ عَنْ أَبِي يُوسُفَ أَمْرَانِ: أَحَدُهُمَا أَنَّهُ لَا يُشْتَرَطُ التَّأْيِيدُ أَصْلًا. وَالثَّانِي أَنَّهُ يُشْتَرَطُ لَكِنْ لَا يُشْتَرَطُ ذِكْرُهُ بِاللِّسَانِ. وَالْمُصَنِّفُ أَشَارَ إِلَى الْقَوْلِ الْأَوَّلِ بِالتَّغْلِيلِ، وَإِلَى الثَّانِي بِذِكْرِ الْمَذْهَبِ، وَاسْتَدَلَّ عَلَيْهِ بِقَوْلِهِ: وَقِيلَ إِنَّ التَّأْيِيدَ شَرْطٌ بِالْإِجْمَاعِ إلخ، وَفِي كَلَامِهِ تَعْقِيدٌ لَا مَحَالَةَ.

قَالَ (وَيَجُوزُ وَقْفُ الْعَقَارِ لِأَنَّ جَمَاعَةً مِنَ الصَّحَابَةِ رَضُوا أَنْ يَتَّقُوا اللَّهَ عَلَيْهِمْ وَقَفُّوهُ، وَلَا يَجُوزُ وَقْفُ مَا يُنْقَلُ وَيَحْوَلُ) قَالَ ﷺ: وَهَذَا عَلَى الْإِسْرَافِ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ (وَقَالَ أَبُو

يُوسُفَ: إِذَا وَقَفَ ضَيْعَتَهُ بِبَقَرِهَا وَأَكْرَتَهَا وَهُمْ عَيْدُهُ جَانَ وَكَذَا سَائِرُ آلَاتِ الْحِرَاسَةِ لِأَنَّهُ تَبَعَ لِلأَرْضِ فِي تَحْصِيلِ مَا هُوَ الْمَقْصُودُ، وَقَدْ يَثْبُتُ مِنَ الْحُكْمِ تَبَعًا مَا لَا يَثْبُتُ مَقْصُودًا كَالشُّرْبِ فِي الْبَيْعِ وَالْبِنَاءِ فِي الْوَقْفِ، وَمُحَمَّدٌ مَعَهُ فِيهِ، لِأَنَّهُ لَمَّا جَازَ إِفْرَادُ بَعْضِ الْمَنْقُولِ بِالْوَقْفِ عِنْدَهُ فَلَانَ يَجُوزُ الْوَقْفُ فِيهِ تَبَعًا أُولَى. (وَقَالَ مُحَمَّدٌ: يَجُوزُ حَبْسُ الْكُرَاعِ وَالسَّلَاحِ) وَمَعْنَاهُ وَقَفَهُ فِي سَبِيلِ اللَّهِ، وَأَبُو يُوسُفَ مَعَهُ فِيهِ عَلَى مَا قَالُوا، وَهُوَ اسْتِحْسَانٌ. وَالْقِيَاسُ أَنْ لَا يَجُوزُ لَمَّا بَيَّنَّاهُ مِنْ قَبْلُ.

وَجَهُ الاستِحْسَانِ الْإِتِّحَارُ الْمَشْهُورَةُ فِيهِ: مِنْهَا قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «وَأَمَّا خَالِدٌ فَقَدْ حَبَسَ أَدْرَعًا وَأَفْرَاسًا لَهُ فِي سَبِيلِ اللَّهِ تَعَالَى وَطَلَحَتْ حَبَسَ ذُرُوعَهُ فِي سَبِيلِ اللَّهِ تَعَالَى»^(١) وَيُرْوَى أَكْرَاعُهُ. وَالْكُرَاعُ: الْخَيْلُ. وَيَدْخُلُ فِي حُكْمِهِ الْإِبِلُ؛ لِأَنَّ الْعَرَبَ يُجَاهِدُونَ عَلَيْهَا، وَكَذَا السَّلَاحُ يُحْمَلُ عَلَيْهَا وَعَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ يَجُوزُ وَقْفُ مَا فِيهِ تَعَامُلٌ مِنَ الْمَنْقُولَاتِ كَالْفَاسِ وَالْمَرِّ وَالْقُدُومِ وَالْمِنْشَارِ وَالْجِنَازَةِ وَثِيَابِهَا وَالْقُدُورِ وَالْمَرَّاجِلِ وَالْمَصَاحِفِ. وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ لَا يَجُوزُ؛ لِأَنَّ الْقِيَاسَ إِنَّمَا يُتْرَكُ بِالنَّصِّ، وَالنَّصُّ وَرَدَ فِي الْكُرَاعِ وَالسَّلَاحِ فَيُقْتَصَرُ عَلَيْهِ. وَمُحَمَّدٌ يَقُولُ: الْقِيَاسُ قَدْ يُتْرَكُ بِالتَّعَامُلِ كَمَا فِي الْإِسْتِصْنَاعِ، وَقَدْ وَجَدَ التَّعَامُلَ فِي هَذِهِ الْأَشْيَاءِ. وَعَنْ نُصَيْرِ بْنِ يَحْيَى أَنَّهُ وَقَفَ كُتُبَهُ إِنْحَاقًا لَهَا بِالْمَصَاحِفِ، وَهَذَا صَحِيحٌ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ يُمَسَّكُ لِلدِّينِ تَعْلِيمًا وَتَعَلُّمًا وَقِرَاءَةً، وَأَكْثَرُ فَقَهَاءِ الْأُمَصَارِ عَلَى قَوْلِ مُحَمَّدٍ، وَمَا لَا تَعَامُلَ فِيهِ لَا يَجُوزُ عِنْدَنَا وَقَفُهُ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: كُلُّ مَا يُمَكِّنُ الْإِنْتِفَاعَ بِهِ مَعَ بَقَاءِ أَصْلِهِ وَيَجُوزُ بَيْعُهُ يَجُوزُ وَقَفُهُ؛ لِأَنَّهُ يُمَكِّنُ الْإِنْتِفَاعَ بِهِ، فَأَشْبَهَ الْعَقَارَ وَالْكُرَاعَ وَالسَّلَاحَ. وَلَنَا أَنَّ الْوَقْفَ فِيهِ لَا يَتَأَبَّدُ، وَلَا بُدَّ مِنْهُ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ فَصَارَ كَالدَّرَاهِمِ وَالْدَّنَانِيرِ بِخِلَافِ الْعَقَارِ، وَلَا مُعَارِضَ مِنْ حَيْثُ السَّمْعُ وَلَا مِنْ حَيْثُ التَّعَامُلُ فَبَقِيَ عَلَى أَصْلِ الْقِيَاسِ. وَهَذَا لِأَنَّ الْعَقَارَ يَتَأَبَّدُ، وَالْجِهَادُ سَنَامُ الدِّينِ، فَكَانَ مَعْنَى الْقُرْبَةِ فِيهِمَا أَقْوَى فَلَا يَكُونُ غَيْرُهُمَا فِي مَعْنَاهُمَا.

الشرح:

وقوله (وهذا على الإرسال) أي ما ذكره القُدُورِيُّ مِنْ قَوْلِهِ (وَلَا يَجُوزُ وَقْفُ مَا يُنْقَلُ وَيُحَوَّلُ) عَلَى الْإِطْلَاقِ مَقْصُودًا أَوْ تَبَعًا، كُرَاعًا أَوْ غَيْرَهُ، تَعَامَلُوا فِيهِ أَوْ لَا.

قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ. وَالْأَكْرَةُ جَمْعُ أَكَّارٍ وَهُوَ الذَّرَاعُ كَأَنَّهَا جَمْعٌ أَكْرٍ تَقْدِيرًا.
 وَقَوْلُهُ (وَالْبِنَاءُ فِي الْوَقْفِ) أَيُّ فِي وَقْفِ الْأَرْضِ الَّتِي عَلَيْهَا ذَلِكَ الْبِنَاءُ كَوَقْفِ
 الْحَنَاتِ وَالرَّبَاطَاتِ. وَقَوْلُهُ (لَأَنَّهُ لَمَّا جَازَ إِفْرَادُ بَعْضِ الْمُنْقُولِ) يَعْنِي مِنْ غَيْرِ أَنْ يُجْعَلَ
 تَبَعًا لشيءٍ كَمَا فِي الْمَتَعَارِفِ مِثْلَ الْفَاسِ وَالْقُدُومِ وَالْمَرَاكِجِ (عِنْدَهُ) أَيُّ عِنْدَ مُحَمَّدٍ
 (فَلَأَنْ يَجُوزَ الْوَقْفُ) أَيُّ وَقْفُ الْمُنْقُولِ (تَبَعًا أَوَّلَى) وَالْمُرَادُ بِالْكَرَاعِ هُنَا هُوَ الْخَيْلُ لِمُنَاسَبَةِ
 ذِكْرِ السَّلَاحِ.

وَقَوْلُهُ (لَمَّا بَيَّنَّاهُ مِنْ قَبْلُ) يَعْنِي مَا مَرَّ أَنْ مِنْ شَرْطِهِ التَّأْيِيدُ، وَالتَّأْيِيدُ لَا يَتَحَقَّقُ فِي
 الْمُنْقُولِ وَالْمَرَاكِجِ: قُدُورُ التُّحَاسِ. وَقَوْلُهُ (إِلْحَاقًا لَهَا بِالْمَصَاحِفِ) يَعْنِي أَنْ وَقَفَ الْمَصَاحِفُ
 صَحِيحٌ، فَكَذَا الْكُتُبُ. ذَكَرَ فِي فِتَاوَى قَاضِي خَانَ: اخْتَلَفَ الْمَشَايخُ فِي وَقْفِ الْكُتُبِ
 جَوَازُهُ الْفَقِيهَ أَبُو اللَّيْثِ وَعَلِيهِ الْفَتْوَى. وَقَوْلُهُ (كُلُّ مَا يُمَكِّنُ الْإِنْتِفَاعَ بِهِ مَعَ بَقَاءِ أَصْلِهِ)
 احْتِرَازٌ عَنِ الدَّرَاهِمِ وَالذَّنَانِيرِ، فَإِنَّ الْإِنْتِفَاعَ الَّذِي خُلِقَتْ الدَّرَاهِمُ وَالذَّنَانِيرُ لِأَجْلِهِ وَهُوَ
 الثَّمَنِيَّةُ لَا يُمَكِّنُ بِهِمَا مَعَ بَقَاءِ أَصْلِهِ فِي مِلْكِهِ. وَقَوْلُهُ (وَيَجُوزُ بَيْعُهُ) احْتِرَازٌ عَنْ حَمْلِ
 النَّاقَةِ وَالْجَارِيَةِ فَإِنَّهُ لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ فَكَذَا وَقَفُهُ عِنْدَهُ أَيْضًا. وَلَنَا أَنَّ الْوَقْفَ فِي الْمُنْقُولِ لَا
 يَتَأَبَّدُ وَهُوَ ظَاهِرٌ، وَمَا لَا يَتَأَبَّدُ لَا يَجُوزُ وَقْفُهُ لِأَنَّ التَّأْيِيدَ لَا بُدَّ مِنْهُ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ فَصَارَتْ
 الْمُنْقُولَاتُ كَالدَّرَاهِمِ وَالذَّنَانِيرِ. وَقَوْلُهُ (بِخِلَافِ الْعَقَارِ) جَوَابٌ عَنْ اعْتِبَارِهِ بِالْعَقَارِ.
 وَقَوْلُهُ (وَلَا مُعَارِضَ مِنْ حَيْثُ السَّمْعُ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ فَأَشْبَهَ الْكَرَاعَ وَالسَّلَاحَ.
 وَوَجْهُهُ أَنَّ الْأَصْلَ أَنْ لَا يَجُوزَ وَقْفُ الْكَرَاعِ وَالسَّلَاحِ أَيْضًا كَالدَّرَاهِمِ، إِلَّا أَنَّا تَرَكْنَاهُ
 بِمُعَارِضٍ رَاجِحٍ مِنْ حَيْثُ السَّمْعُ.

وَقَوْلُهُ (وَلَا مِنْ حَيْثُ التَّعَامُلُ) جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ تَرَكُ الْأَصْلَ فِي الْكَرَاعِ
 وَالسَّلَاحِ بِمُعَارِضٍ مِنْ حَيْثُ السَّمْعُ وَهُوَ لَيْسَ بِمَوْجُودٍ فِي الْمَرَاكِجِ وَالْقُدُومِ وَغَيْرِهِمَا،
 فَلْتَكُنْ صُورَةُ النَّزَاعِ مَقِيسَةً عَلَى ذَلِكَ. وَوَجْهُهُ أَنَّ لُهُمَا مُعَارِضًا مِنْ حَيْثُ التَّعَامُلُ
 وَلَيْسَ بِمَوْجُودٍ فِي صُورَةِ النَّزَاعِ كَالْعَبِيدِ وَالْإِمَاءِ وَالثِّيَابِ وَالْبُسُطِ وَأَمْثَلَهَا فَبَقِيَ عَلَى
 أَصْلِ الْقِيَاسِ. وَقَوْلُهُ (وَهَذَا) اسْتَظْهَرَ عَلَى أَنَّ الْإِلْحَاقَ غَيْرَ الْعَقَارِ وَالْكَرَاعِ وَالسَّلَاحِ بِهِمَا
 غَيْرُ جَائِزٍ لِأَنَّ غَيْرَهُمَا لِقَوَّتِهِمَا لَيْسَ فِي مَعْنَاهُمَا، وَلَمْ يَذْكُرِ التَّعَامُلَ اعْتِمَادًا عَلَى شُهْرَةِ
 كَوْنِ التَّعَامُلِ أَقْوَى مِنَ الْقِيَاسِ فَجَازَ أَنْ يُتْرَكَ بِهِ.

قَالَ (وَإِذَا صَحَّ الْوَقْفُ لَمْ يَجْزُ بَيْعُهُ وَلَا تَمْلِكُهُ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَشَاعًا عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ فَيَطْلُبُ الشَّرِيكَ الْقِسْمَةَ فَيَصِحُّ مَقَاسَمَتُهُ) أَمَّا امْتِنَاعُ التَّمْلِكِ فَلَمَّا بَيَّنَّا. وَأَمَّا جَوَازُ الْقِسْمَةِ فَلِأَنَّهَا تَمَيِّزٌ وَإِفْرَازٌ، غَايَةُ الْأَمْرِ أَنْ الْغَالِبَ فِي غَيْرِ الْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ مَعْنَى الْمُبَادَلَةِ. إِلَّا أَنْ فِي الْوَقْفِ جَعَلْنَا الْغَالِبَ مَعْنَى الْإِفْرَازِ نَظَرًا لِلْوَقْفِ فَلَمْ تَكُنْ بَيْعًا وَتَمْلِكًا؛ ثُمَّ إِنْ وَقَفَ نَصِيبُهُ مِنْ عَقَارٍ مُشْتَرَكٍ فَهُوَ الَّذِي يُقَاسِمُ شَرِيكَهُ؛ لِأَنَّ الْوِلَايَةَ لِلوَاقِفِ وَبَعْدَ الْمَوْتِ إِلَى وَصِيَّتِهِ، وَإِنْ وَقَفَ نِصْفَ عَقَارٍ خَالصٍ لَهُ فَالَّذِي يُقَاسِمُهُ الْقَاضِي أَوْ يَبِيعُ نَصِيبَهُ الْبَاقِي مِنْ رَجُلٍ، ثُمَّ يُقَاسِمُهُ الْمُشْتَرِي ثُمَّ يَشْتَرِي ذَلِكَ مِنْهُ لِأَنَّ الْوَاحِدَ لَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ مَقَاسِمًا وَمَقَاسِمًا، وَلَوْ كَانَ فِي الْقِسْمَةِ فَضْلُ دَرَاهِمٍ إِنْ أُعْطِيَ الْوَاقِفَ لَا يَجُوزُ لَامْتِنَاعِ بَيْعِ الْوَقْفِ، وَإِنْ أُعْطِيَ الْوَاقِفَ جَازَ وَيَكُونُ بِقَدْرِ الدَّرَاهِمِ شِرَاءً.

الشرح:

قَالَ (وَإِذَا صَحَّ الْوَقْفُ لَمْ يَجْزُ بَيْعُهُ) أَيُّ إِذَا لَزِمَ الْوَقْفُ لَمْ يَجْزُ بَيْعُهُ وَلَا تَمْلِكُهُ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَشَاعًا عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ فَيَطْلُبُ الشَّرِيكَ الْقِسْمَةَ فَتَصِحُّ مَقَاسَمَتُهُ، فَقَوْلُهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَشَاعًا اسْتِثْنَاءٌ مِنْ قَوْلِهِ لَمْ يَجْزُ بَيْعُهُ، وَهُوَ مُنْقَطِعٌ أَوْ مُتَّصِلٌ، لِأَنَّ مَعْنَى الْمُبَادَلَةِ فِي قِسْمَةِ الْعَقَارِ رَاجِحٌ فَجُعِلَ كَأَنَّهُ يَبِيعُ انْتِسَاعًا، أَمَّا امْتِنَاعُ التَّمْلِكِ فَلَمَّا بَيَّنَّا: يَعْنِي مَا رُوِيَ مِنْ قَوْلِهِ ﷺ «تَصَدَّقْ بِأَصْلِهَا لَا ثَبَاعُ وَلَا تُوهَبُ» وَمَا ذَكَرَهُ مِنَ الْمَعْنَى بِقَوْلِهِ وَلِأَنَّ الْحَاجَةَ مَاسَّةٌ إلخ. وَقَوْلُهُ (وَأَمَّا جَوَازُ الْقِسْمَةِ) فَظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (فَهُوَ الَّذِي يُقَاسِمُ) أَيُّ الْوَاقِفُ هُوَ الَّذِي يُقَاسِمُ شَرِيكَهُ لَا الْقَاضِي.

وَقَوْلُهُ (خَالصٌ) صِفَةُ عَقَارٍ: أَيُّ لَوْ كَانَ لَهُ عَقَارٌ مِائَةُ ذِرَاعٍ وَهُوَ خَالصٌ لَهُ لَا شَرِكَةَ لَغَيْرِهِ فِيهِ فَوَقَفَ مِنْهُ خَمْسِينَ ذِرَاعًا وَجَبَ أَنْ يَكُونَ الْقَاسِمُ هَاهُنَا غَيْرَ الْوَاقِفِ لِئَلَّا يَلْزَمَ أَنْ يَكُونَ الشَّخْصُ الْوَاحِدُ مُطَالِبًا وَمُطَالَبًا، فَإِنْ مَقَاسَمَ النِّصْفِ الَّذِي هُوَ الْوَقْفُ مُطَالِبٌ مِنْ مَالِكِ النِّصْفِ الَّذِي هُوَ غَيْرُ وَقْفٍ وَمَالِكُ النِّصْفِ مُطَالَبٌ وَهُوَ الْوَاقِفُ بَعَيْنِهِ الْمَقَاسِمُ لِنِصْفِ الْوَقْفِ فَكَانَ مُطَالِبًا وَمُطَالَبًا، وَهُوَ لَا يَجُوزُ فَيَرْفَعُ أَمْرُهُ إِلَى الْقَاضِي لِيُقَاسِمَهُ، أَوْ يَبِيعَ نَصِيبَهُ الْبَاقِي مِنْ رَجُلٍ ثُمَّ يُقَاسِمَ الْمُشْتَرِي ثُمَّ يَشْتَرِي ذَلِكَ مِنْهُ، وَلَوْ كَانَ فِي الْقِسْمَةِ فَضْلُ دَرَاهِمٍ بِأَنْ كَانَ أَحَدُ النَّصِيبَيْنِ أَجْوَدَ فَدَعَتِ الضَّرُورَةُ إِلَى إِدْخَالِ الدَّرَاهِمِ فِي الْقِسْمَةِ أَوْ تَرَاضِيًا عَلَى ذَلِكَ فَإِنْ إِدْخَالَ الدَّرَاهِمِ فِي الْقِسْمَةِ لَا

يَجُوزُ إِلَّا لضرُورَةٍ أَوْ بِالتَّرَاضِي عَلَى مَا سَيَأْتِي فِي كِتَابِ الْقِسْمَةِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى، فَلَا يَخْلُو إِمَّا أَنْ يَكُونَ الْوَاقِفُ يَأْخُذُ الدَّرَاهِمَ أَوْ يُعْطِيهَا، فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ لَمْ يَجْزُ لِأَنَّهُ يُعْطَى بِمُقَابَلَةِ الدَّرَاهِمِ شَيْئًا مِنَ الْوَقْفِ، وَيَبْعُ الْوَقْفَ لَا يَجُوزُ وَإِنْ كَانَ الثَّانِي جَازًا، لِأَنَّهُ حِينَئِذٍ يَشْتَرِي شَيْئًا بِمُقَابَلَةِ الدَّرَاهِمِ وَيَقِفُهُ وَهُوَ جَائِزٌ.

قَالَ (وَالْوَاجِبُ أَنْ يُبْتَدَأَ مِنْ ارْتِفَاعِ الْوَقْفِ بِعِمَارَتِهِ شَرْطٌ ذَلِكَ الْوَاقِفُ أَوْ لَمْ يَشْتَرِطْ) لِأَنَّ قَصْدَ الْوَاقِفِ صَرْفُ الْغَلَّةِ مُؤَبَّدًا، وَلَا تَبْقَى دَائِمَةً إِلَّا بِالْعِمَارَةِ فَيَثْبُتُ شَرْطُ الْعِمَارَةِ اقْتِضَاءً وَلِأَنَّ الْخَرَاجَ بِالضَّمَانِ وَصَارَ كَنَفَقَةِ الْعَبْدِ الْمُوصَى بِخِدْمَتِهِ، فَإِنَّهَا عَلَى الْمُوصَى لَهُ بِهَا. ثُمَّ إِنْ كَانَ الْوَقْفُ عَلَى الْفُقَرَاءِ لَا يَظْفَرُ بِهِمْ، وَأَقْرَبُ أَمْوَالِهِمْ هَذِهِ الْغَلَّةُ فَتَجِبُ فِيهَا. وَلَوْ كَانَ الْوَقْفُ عَلَى رَجُلٍ بَعِيْنِهِ وَأَخْرَهُ لِلْفُقَرَاءِ فَهُوَ فِي مَالِهِ: أَيُّ مَالٍ شَاءَ فِي حَالِ حَيَاتِهِ. وَلَا يُؤْخَذُ مِنَ الْغَلَّةِ: لِأَنَّهُ مُعَيَّنٌ يُمْكِنُ مُطَابَقَتُهُ، وَإِنَّمَا يَسْتَحِقُّ الْعِمَارَةَ عَلَيْهِ بِقَدَرِ مَا يَبْقَى الْمَوْقُوفُ عَلَى الصِّفَةِ الَّتِي وَقَفَهُ، وَإِنْ خَرِبَ يَبْنِي عَلَى ذَلِكَ الْوَصْفِ: لِأَنَّهَا بِصِفَتِهَا صَارَتْ غَلَّتُهَا مَصْرُوفَةً إِلَى الْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ.

فَأَمَّا الزِّيَادَةُ عَلَى ذَلِكَ فَلَيْسَتْ بِمُسْتَحَقَّةٍ عَلَيْهِ وَالْغَلَّةُ مُسْتَحَقَّةٌ فَلَا يَجُوزُ صَرْفُهَا إِلَى شَيْءٍ آخَرَ إِلَّا بِرِضَاهُ، وَلَوْ كَانَ الْوَقْفُ عَلَى الْفُقَرَاءِ فَكَذَلِكَ عِنْدَ الْبَعْضِ، وَعِنْدَ الْآخَرِينَ يَجُوزُ ذَلِكَ، وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ لِأَنَّ الصَّرْفَ إِلَى الْعِمَارَةِ ضَرُورَةٌ إِبْقَاءُ الْوَقْفِ وَلَا ضَرُورَةَ فِي الزِّيَادَةِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ لِأَنَّ « الْخَرَاجَ بِالضَّمَانِ » هَذَا لَفْظُ الْحَدِيثِ، وَهُوَ مِنْ جَوَامِعِ الْكَلَمِ، وَإِلْخِرَازِهِ مَعَانِي جَمَّةٌ جَرَى مَجْرَى الْمَثَلِ وَاسْتَعْمِلَ فِي كُلِّ مَضَرَّةٍ بِمُقَابَلَةِ مَنْفَعَةٍ، وَمَعْنَاهُ هَاهُنَا: أَنَّ غَلَّةَ الْوَقْفِ لَمَّا كَانَتْ لِلْمَوْقُوفِ عَلَيْهِمْ كَانَتْ الْعِمَارَةُ عَلَيْهِمْ أَيْضًا. ثُمَّ إِنْ كَانَ الْوَقْفُ عَلَى الْفُقَرَاءِ لَا يَظْفَرُ بِهِمْ: أَيُّ لَا يَقُوزُ الْمُتَوَلَّى بِهِمْ لَعَدَمِ تَعْيْنِهِمْ وَعُسْرَتِهِمْ، وَأَقْرَبُ أَمْوَالِهِمْ إِلَى الْمُتَوَلَّى هَذِهِ الْغَلَّةُ فَتَجِبُ فِيهَا. وَقَوْلُهُ (وَلَوْ كَانَ الْوَقْفُ عَلَى رَجُلٍ بَعِيْنِهِ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (وَلَا يُؤْخَذُ مِنَ الْغَلَّةِ) يَعْنِي حَتْمًا لِأَنَّهُ قَالَ فَهُوَ فِي مَالِهِ أَيُّ مَالٍ شَاءَ، وَهَذِهِ الْغَلَّةُ أَيْضًا مِنْ مَالِهِ، فَلَوْ لَمْ يُقَيَّدْ بِذَلِكَ تَنَاقُضَ كَلَامُهُ. وَقَوْلُهُ (وَلَوْ كَانَ الْوَقْفُ عَلَى الْفُقَرَاءِ) يَعْنِي لَا عَلَى رَجُلٍ بَعِيْنِهِ فَكَذَلِكَ عِنْدَ الْبَعْضِ: أَيُّ لَا تُصَرَّفُ

غَلَّةُ الْوَقْفِ إِلَى زِيَادَةِ عِمَارَةٍ لَمْ تُكُنْ فِي ابْتِدَاءِ الْوَقْفِ بَلْ تُصَرَّفُ إِلَى الْفُقَرَاءِ. وَعِنْدَ آخَرِينَ يَجُوزُ ذَلِكَ، وَالْأَوَّلُ وَهُوَ أَنْ يَكُونَ الْبِنَاءُ الثَّانِي مِثْلَ الْأَوَّلِ لَا زَائِدًا عَلَيْهِ أَصَحُّ لَمَّا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ وَهُوَ وَاضِحٌ.

قَالَ (فَإِنْ وَقَفَ دَارًا عَلَى سُكْنَى وَلَدِهِ فَالْعِمَارَةُ عَلَى مَنْ لَهُ سُكْنَى) لِأَنَّ الْخَرَاجَ بِالضَّمَانِ عَلَى مَا مَرَّ فَصَارَ كَتَفَقَتِ الْعَبْدِ الْمُوصَى بِخِدْمَتِهِ (فَإِنْ امْتَنَعَ مِنْ ذَلِكَ، أَوْ كَانَ فَقِيرًا أَجَرَهَا الْحَاكِمُ وَعَمَرَهَا بِأَجَرَتِهَا، وَإِذَا عَمَرَهَا رَدَّهَا إِلَى مَنْ لَهُ السُّكْنَى) لِأَنَّ فِي ذَلِكَ رِعَايَةَ الْحَقَّيْنِ حَقَّ الْوَأَقِفِ وَحَقَّ صَاحِبِ السُّكْنَى، لِأَنَّهُ لَوْ لَمْ يُعْمَرْهَا تَفَوَّتَ السُّكْنَى أَصْلًا، وَالْأَوَّلُ أَوْلَى، وَلَا يَجْبَرُ الْمُتَمَتِّعُ عَلَى الْعِمَارَةِ لَمَّا فِيهِ مِنْ إِتْلَافٍ مَالِهِ فَأَشْبَهَ امْتِنَاعَ صَاحِبِ الْبَذْرِ فِي الْمَزَارَعَةِ فَلَا يَكُونُ امْتِنَاعُهُ رِضًا مِنْهُ بِبُطْلَانِ حَقِّهِ لِأَنَّهُ فِي حَيْزِ التَّرَدُّدِ، وَلَا تَصِحُّ إِجَارَةُ مَنْ لَهُ السُّكْنَى لِأَنَّهُ غَيْرُ مَالِكٍ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِنْ وَقَفَ دَارًا عَلَى سُكْنَى وَلَدِهِ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (وَالْأَوَّلُ أَوْلَى) يُرِيدُ بِهِ إِجَارَةَ الْحَاكِمِ وَعِمَارَتَهَا بِأَجَرَتِهَا ثُمَّ رَدَّهَا إِلَى مَنْ لَهُ السُّكْنَى. وَالثَّانِي هُوَ تَرْكُ الْعِمَارَةِ. وَاسْتَفِيدَ ذَلِكَ بِقَوْلِهِ لِأَنَّهُ لَوْ لَمْ يُعْمَرْهَا تَفَوَّتَ السُّكْنَى أَصْلًا. وَقَوْلُهُ (فِي حَيْزِ التَّرَدُّدِ) يَبَيِّنُ أَنَّ الْامْتِنَاعَ يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ لِبُطْلَانِ حَقِّهِ وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ نُقْصَانُ مَالِهِ فِي الْحَالِ وَلَرَجَائِهِ إِصْلَاحَ الْقَاضِي وَعِمَارَتَهُ ثُمَّ رَدَّهَ إِلَيْهِ. وَقَوْلُهُ (وَلَا تَصِحُّ إِجَارَةُ مَنْ لَهُ السُّكْنَى) إِضَافَةٌ الْمَصْدَرِ إِلَى فَاعِلِهِ، وَهَذَا لِأَنَّ إِجَارَةَ تَمْلِكُ الْمَنَافِعَ بِعَوَضٍ وَلَا تَمْلِكُ مِنْ غَيْرِ الْمَالِكِ، وَمَنْ لَهُ السُّكْنَى لَيْسَ بِمَالِكٍ. وَتَوْقُضَ بِالْمُسْتَأْجِرِ فَإِنْ لَهُ أَنْ يُوجَّرَ الدَّارَ وَلَيْسَ بِمَالِكِهَا. وَأُجِيبَ بِأَنَّهُ مَالِكُ الْمَنَفْعَةِ وَلِهَذَا أُقِيمَتِ الْعَيْنُ فِي ابْتِدَاءِ الْعَقْدِ مَقَامَ الْمَنَفْعَةِ لِأَنَّ يَلْزَمَ تَمْلِكُ الْمَنَفْعَةَ الْمَعْدُومَةَ، وَمَنْ لَهُ السُّكْنَى أُيِّحَتْ لَهُ الْمَنَفْعَةُ وَلِهَذَا لَمْ تَقُمْ الْعَيْنُ مَقَامَ الْمَنَفْعَةِ فِي ابْتِدَاءِ الْوَقْفِ، وَلَا يَلْزَمُ مِنْ جَوَازِ تَمْلِكِ الْمَالِكِ جَوَازُ تَمْلِكِ غَيْرِهِ.

قَالَ (وَمَا انْهَدَمَ مِنْ بِنَاءِ الْوَقْفِ وَآلَتِهِ) صَرْفُهُ الْحَاكِمُ فِي عِمَارَةِ الْوَقْفِ إِنْ احتَاجَ إِلَيْهِ، وَإِنْ اسْتَغْنَى عَنْهُ أَمْسَكَهُ حَتَّى يَحْتَاجَ إِلَى عِمَارَتِهِ فَيَصْرِفُهُ فِيهِمَا؛ لِأَنَّهُ لَا بُدَّ مِنَ الْعِمَارَةِ لِيَبْقَى عَلَى الثَّابِتِ فَيَحْصُلَ مَقْصُودُ الْوَأَقِفِ. فَإِنْ مَسَّتْ الْحَاجَةُ إِلَيْهِ فِي الْحَالِ صَرَفَهَا فِيهَا، وَإِلَّا أَمْسَكَهَا حَتَّى لَا يَتَعَذَّرَ عَلَيْهِ ذَلِكَ أَوْ أَنَّ الْحَاجَةَ فَيَبْطُلُ الْمَقْصُودُ، وَإِنْ

تَعْدَرُ إِعَادَةُ عَيْنِهِ إِلَى مَوْضِعِهِ بَيْعَ وَصَرَفَ ثَمَنُهُ إِلَى الْمَرْمَةِ صَرَفًا لِلْبَدَلِ إِلَى مَصْرِفِ الْمُبْدَلِ (وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَقْسِمَهُ) يَعْنِي النِّقْضَ (بَيْنَ مُسْتَحَقِّي الْوَقْفِ) لِأَنَّهُ جُزْءٌ مِنَ الْعَيْنِ وَلَا حَقٌّ لِلْمَوْقُوفِ عَلَيْهِمْ فِيهِ؛ وَإِنَّمَا حَقُّهُمْ فِي الْمَنَافِعِ، وَالْعَيْنُ حَقُّ اللَّهِ تَعَالَى فَلَا يَصْرِفُ إِلَيْهِمْ غَيْرَ حَقِّهِمْ.

الشرح:

قَالَ (وَمَا أَتَاهُمْ مِنْ بِنَاءِ الْوَقْفِ وَآلَتِهِ) قَالَ صَاحِبُ النَّهَائَةِ: قَوْلُهُ وَآلَتِهِ يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ مَجْرُورًا بِالْعَطْفِ عَلَى الْبِنَاءِ: يَعْنِي مَا أَتَاهُمْ مِنْ آلَةِ الْوَقْفِ بِأَنْ بَلِيَ خَشَبُ الْوَقْفِ وَفَسَدَ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ مَرْفُوعًا بِالْعَطْفِ عَلَى مَا الْمَوْصُولَةُ وَهُوَ الْمَقُولُ عَنْ الثَّقَاتِ، لِأَنَّهُ لَا يُقَالُ أَتَاهُمُ الْآلَةُ، وَالتَّقْضُ بِضَمِّ التَّوْنِ الْبِنَاءُ الْمَنْقُوضُ، وَفِي الصَّحَاحِ ذِكْرُهُ بِكَسْرِ التَّوْنِ لَا غَيْرُ.

قَالَ (وَإِذَا جَعَلَ الْوَاقِفُ غَلَتَ الْوَقْفَ لِنَفْسِهِ أَوْ جَعَلَ الْوِلَايَةَ إِلَيْهِ جَازَ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ) قَالَ رحمته: ذَكَرَ فَصْلَيْنِ شَرَطَ الْغَلَتِ لِنَفْسِهِ وَجَعَلَ الْوِلَايَةَ إِلَيْهِ. أَمَّا الْأَوَّلُ فَهُوَ جَائِزٌ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ، وَلَا يَجُوزُ عَلَى قِيَاسِ قَوْلِ مُحَمَّدٍ وَهُوَ قَوْلُ هِلَالِ الرَّازِيِّ وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ. وَقِيلَ إِنَّ الْأَخْتِلَافَ بَيْنَهُمَا بِنَاءً عَلَى الْأَخْتِلَافِ فِي اشْتِرَاطِ الْقَبْضِ وَالْإِفْرَازِ. وَقِيلَ هِيَ مَسْأَلَةٌ مُبْتَدَأَةٌ، وَالْخِلَافُ فِيمَا إِذَا شَرَطَ الْبَعْضُ لِنَفْسِهِ فِي حَيَاتِهِ وَبَعْدَ مَوْتِهِ لِلْفُقَرَاءِ، وَفِيمَا إِذَا شَرَطَ الْكُلَّ لِنَفْسِهِ فِي حَيَاتِهِ وَبَعْدَ مَوْتِهِ لِلْفُقَرَاءِ سَوَاءً؛ وَلَوْ وَقَفَ وَشَرَطَ الْبَعْضَ أَوْ الْكُلَّ لَأُمَمَاتٍ أَوْلَادِهِ وَمُدَبَّرِيهِ مَا دَامُوا أَحْيَاءً، فَإِذَا مَاتُوا فَهُوَ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ، فَقَدْ قِيلَ يَجُوزُ بِالِاتِّفَاقِ، وَقَدْ قِيلَ هُوَ عَلَى الْخِلَافِ أَيْضًا وَهُوَ الصَّحِيحُ لِأَنَّ اشْتِرَاطَهُ لَهُمْ فِي حَيَاتِهِ كَاشْتِرَاطِهِ لِنَفْسِهِ. وَجَهٌ قَوْلُ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ الْوَقْفَ تَبَرُّعٌ عَلَى وَجْهِ التَّمْلِيكِ بِالطَّرِيقِ الَّذِي قَدَّمَاهُ، فَاشْتِرَاطُهُ الْبَعْضَ أَوْ الْكُلَّ لِنَفْسِهِ يُبْطِلُهُ؛ لِأَنَّ التَّمْلِيكَ مِنْ نَفْسِهِ لَا يَتَحَقَّقُ فَصَارَ كَالصَّدَقَةِ الْمُنْفَذَةِ، وَشَرَطَ بَعْضَ بُقْعَةِ الْمَسْجِدِ لِنَفْسِهِ. وَلَأَبِي يُوسُفَ مَا رَوِيَ « أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ كَانَ يَأْكُلُ مِنْ صَدَقَتِهِ » ^(١) وَالْمُرَادُ مِنْهَا صَدَقَتُهُ الْمَوْقُوفَةُ، وَلَا يَحِلُّ الْأَكْلُ مِنْهَا إِلَّا بِالشَّرْطِ، فَدَلَّ عَلَى

(١) قال الزيلعي في نصب الراية (٣/٧٣٩): غريب.

صِحَّتِهِ، وَلَأَنَّهُ الْوَقْفَ إِزَالَةً لِلْمَلِكِ إِلَى اللَّهِ تَعَالَى عَلَى وَجْهِ الْقُرْبَةِ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ، فَإِذَا شَرَطَ الْبَعْضَ أَوْ الْكُلَّ لِنَفْسِهِ، فَقَدْ جَعَلَ مَا صَارَ مَمْلُوكًا لِلَّهِ تَعَالَى لِنَفْسِهِ لَا أَنَّهُ يَجْعَلُ مِلْكًا لِنَفْسِهِ لِنَفْسِهِ، وَهَذَا جَائِزٌ، كَمَا إِذَا بَنَى خَانًا أَوْ سِقَايَةً أَوْ جَعَلَ أَرْضَهُ مَقْبَرَةً، وَشَرَطَ أَنْ يَنْزِلَهُ أَوْ يَشْرَبَ مِنْهُ أَوْ يُدْفَنَ فِيهِ، وَلَأَنَّهُ مَقْصُودُهُ الْقُرْبَةَ وَفِي الصَّرْفِ إِلَى نَفْسِهِ ذَلِكَ، قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «نَفَقَةُ الرَّجُلِ عَلَى نَفْسِهِ صَدَقَةٌ»^(١).

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلَا يَجُوزُ عَلَى قِيَاسِ قَوْلِ مُحَمَّدٍ) بِنَاءً عَلَى أَنَّ التَّسْلِيمَ إِلَى الْمُتَوَلَّى شَرَطٌ عِنْدَهُ وَلَمْ يُوْجَدْ. قَالَ الصَّدْرُ الشَّهِيدُ: وَالْفَتْوَى عَلَى قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ تَرْغِيْبًا لِلنَّاسِ فِي الْوَقْفِ. وَقَوْلُهُ (فَقَدْ قِيلَ يَجُوزُ بِالِاتِّفَاقِ) وَهُوَ رِوَايَةُ الْمُبْسُوطِ وَالذَّخِيرَةِ وَالتَّيْمَةِ وَفَتْاوى قَاضِي خَانَ، وَهَذَا ظَاهِرٌ عَلَى أَصْلِ أَبِي يُوسُفَ، فَإِنَّهُ لَوْ شَرَطَ بَعْضُ الْعَلَةِ أَوْ كُلُّهَا لِنَفْسِهِ فِي حَالِ حَيَاتِهِ جَازَ فَلَأُمَمَاتٍ أَوْلَادِهِ أَوَّلَى، وَإِنَّمَا الْإِشْكَالُ عَلَى قَوْلِ مُحَمَّدٍ فَإِنَّهُ لَا يَجُوزُ أَنْ يَشْتَرِطَ ذَلِكَ لِنَفْسِهِ وَاشْتِرَاطُهُ لَأُمَمَاتٍ أَوْلَادِهِ فِي حَيَاتِهِ بِمَنْزِلَةِ اشْتِرَاطِهِ لِنَفْسِهِ، وَلَكِنْ جَوَزَ ذَلِكَ اسْتِحْسَانًا لِلْعُرْفِ، وَلَئِنَّهُ لَا بُدَّ مِنْ تَصْحِيحِ هَذَا الشَّرْطِ لَهُنَّ لِأَنَّهُنَّ يَتَعَنَّنَ بِمَوْتِهِ، فَاشْتِرَاطُهُ لَهُنَّ كَاشْتِرَاطِهِ لِسَائِرِ الْأَجَانِبِ فَيَجُوزُ ذَلِكَ فِي حَيَاتِهِ أَيْضًا تَبَعًا لِمَا بَعْدَ الْوَفَاةِ، وَقَدْ قِيلَ هُوَ عَلَى الْخِلَافِ أَيْضًا وَهُوَ الصَّحِيحُ، لِأَنَّ اشْتِرَاطَهُ لَهُمْ فِي حَيَاتِهِ: أَيْ اشْتِرَاطُ صَرْفِ الْعَلَةِ فِي ابْتِدَاءِ الْوَقْفِ لَأُمَمَاتٍ أَوْلَادِهِ وَمُدَبَّرِيهِ، وَذَكَرَ الضَّمِيرُ تَعْلِيلًا لِلْمُدَبَّرِينَ عَلَى أُمَمَاتٍ الْأَوْلَادِ كَاشْتِرَاطِهِ لِنَفْسِهِ، ثُمَّ اشْتِرَاطُ صَرْفِ الْعَلَةِ لِنَفْسِهِ فِي ابْتِدَاءِ الْوَقْفِ جَائِزٌ بِدُونِ وَاسِطَةٍ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ، فَكَذَا يَجُوزُ اشْتِرَاطُ صَرْفِ الْعَلَةِ إِلَى نَفْسِهِ انْتِهَاءً بِوَاسِطَةِ اشْتِرَاطِ صَرْفِ الْعَلَةِ إِلَى أُمَمَاتٍ أَوْلَادِهِ وَمُدَبَّرِيهِ. وَجْهٌ قَوْلِ مُحَمَّدٍ أَنَّ الْوَقْفَ تَبَرُّعٌ عَلَى وَجْهِ التَّمْلِيكِ بِالطَّرِيقِ الَّذِي قَدَّمْنَاهُ: أَيْ بِطَرِيقِ التَّقَرُّبِ إِلَى اللَّهِ تَعَالَى، فَاشْتِرَاطُهُ الْكُلِّ أَوْ الْبَعْضَ لِنَفْسِهِ يُبْطِلُهُ لِأَنَّ التَّمْلِيكَ مِنْ نَفْسِهِ لَا يَتَحَقَّقُ فَصَارَ كَالصَّدَقَةِ الْمُنْفَذَةِ، فَإِنَّهُ لَا يَجُوزُ أَنْ يُسَلَّمَ قَدْرًا مِنْ مَالِهِ لِلْفَقِيرِ عَلَى وَجْهِ الصَّدَقَةِ بِشَرْطِ أَنْ يَكُونَ بَعْضُهُ لَهُ وَشَرْطِ بَعْضِ بُقْعَةِ الْمَسْجِدِ لِنَفْسِهِ، فَقَوْلُهُ وَشَرْطُ بِالْجَرِّ

(١) أخرجه ابن ماجه (٢١٣٨) عن المقدم، والحديث يروى عن عدة من الصحابة، وانظر نصب الراية (٧٤٠/٣).

عَطْفًا عَلَى قَوْلِهِ كَالصَّدَقَةِ الْمُنْفَذَةِ، وَمَعْنَاهُ أَنْ يَجْعَلَ بَعْضَ الْمَسْجِدِ لِنَفْسِهِ كَانَ مَانِعًا عَنِ الْجَوَازِ فِي الْكُلِّ، فَكَذَا إِذَا جَعَلَ بَعْضَ الْغَلَّةِ لِنَفْسِهِ.

وَقَوْلُهُ (وَلَأَبِي يُوسُفَ مَا رُويَ « أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ كَانَ يَأْكُلُ مِنْ صَدَقَتِهِ ») ذَكَرَ الْحَدِيثَ شَيْخُ الْإِسْلَامِ فِي مَبْسُوطِهِ، وَالْمُرَادُ مِنْهُ الصَّدَقَةُ الْمَوْقُوفَةُ، وَلَا يَحِلُّ الْأَكْلُ مِنْهُ إِلَّا بِالشَّرْطِ بِالْإِجْمَاعِ فَدَلَّ عَلَى صِحَّتِهِ. وَقَوْلُهُ (عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ) إِشَارَةٌ إِلَى مَا ذُكِرَ عِنْدَ قَوْلِهِ وَلَا يَتِمُّ الْوَقْفُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ حَتَّى يَجْعَلَ آخِرَهُ إِلَى جِهَةٍ لَا تَنْقَطِعُ أَبَدًا بِقَوْلِهِ لَهَا إِنْ مُوجِبَ الْوَقْفِ زَوَالُ الْمَلِكِ بِذَوْنِ التَّمْلِيكِ، وَإِلَى قَوْلِهِ وَلَأَبِي يُوسُفَ أَنَّ الْمَقْصُودَ هُوَ التَّقَرُّبُ، فَعُلِمَ مِنْ هَذَا الْمَجْمُوعِ أَنَّ الْوَقْفَ إِزَالَةَ الْمَلِكِ إِلَى اللَّهِ تَعَالَى عَلَى وَجْهِ الْقَرَبَةِ.

وَلَوْ شَرَطَ الْوَاقِفُ أَنْ يَسْتَبْدِلَ بِهِ أَرْضًا أُخْرَى إِذَا شَاءَ ذَلِكَ فَهُوَ جَائِزٌ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ، وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ الْوَقْفُ جَائِزٌ وَالشَّرْطُ بَاطِلٌ.

الشرح:

وَلَوْ شَرَطَ الْوَاقِفُ أَنْ يَسْتَبْدِلَ بِهِ أَرْضًا أُخْرَى إِذَا شَاءَ ذَلِكَ جَازَ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ كَمَا هُوَ مَذْهُبُهُ فِي التَّوَسُّعِ فِي الْوَقْفِ، وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ الْوَقْفُ جَائِزٌ وَالشَّرْطُ بَاطِلٌ لِأَنَّ هَذَا الشَّرْطَ لَا يُؤَثِّرُ فِي الْمَنْعِ مِنْ زَوَالِهِ، وَالْوَقْتُ يَتِمُّ بِذَلِكَ وَلَا يَنْعَدُّ بِهِ مَعْنَى التَّأْيِيدِ فِي أَصْلِ الْوَقْفِ، فَيَتِمُّ الْوَقْفُ بِشُرُوطِهِ وَيَبْقَى الْاسْتِبْدَالُ شَرْطًا فَاسِدًا فَيَكُونُ بَاطِلًا فِي نَفْسِهِ كَالْمَسْجِدِ إِذَا شَرِطَ الْاسْتِبْدَالُ بِهِ أَوْ شَرِطَ أَنْ يُصَلِّيَ فِيهِ قَوْمٌ دُونَ قَوْمٍ فَالشَّرْطُ بَاطِلٌ وَإِتِّخَاذُ الْمَسْجِدِ صَحِيحٌ فَهَذَا مِثْلُهُ.

وَلَوْ شَرَطَ الْوَاقِفُ لِنَفْسِهِ فِي الْوَقْفِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ جَازَ الْوَقْفُ وَالشَّرْطُ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ الْوَقْفُ بَاطِلٌ، وَهَذَا بِنَاءً عَلَى مَا ذَكَرْنَاهُ.

الشرح:

وَلَوْ شَرَطَ الْوَاقِفُ الْخِيَارَ لِنَفْسِهِ فِي الْوَقْفِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ جَازَ الْوَقْفُ، وَالْخِيَارُ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ بِنَاءً عَلَى التَّوَسُّعِ كَمَا مَرَّ، وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ الْوَقْفُ بَاطِلٌ، وَإِنَّمَا قِيدَ بِقَوْلِهِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ لِتَكُونَ مُدَّةَ الْخِيَارِ مَعْلُومَةً، حَتَّى لَوْ كَانَتْ مَجْهُولَةً لَا يَجُوزُ الْوَقْفُ عَلَى قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ أَيْضًا قَوْلُهُ (وَهَذَا) أَيُّ الْخِلَافِ (بِنَاءً عَلَى مَا ذَكَرْنَاهُ) إِشَارَةٌ إِلَى أَنَّ جَعْلَ غَلَّةٍ الْوَقْفِ لِنَفْسِهِ جَائِزٌ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ؛ فَإِنَّهُ لَمَّا جَازَ أَنْ يَسْتَشْنِيَ الْوَاقِفُ الْغَلَّةَ لِنَفْسِهِ مَا دَامَ

حَيًّا فَكَذَلِكَ يَجُوزُ اشْتِرَاطُ الْخِيَارِ لِنَفْسِهِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ لِيُرَوَّى النَّظَرُ فِيهِ. وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ لَمَّا لَمْ يَجْزُ ذَلِكَ لَمْ يَجْزُ اشْتِرَاطُ الْخِيَارِ لِنَفْسِهِ أَيْضًا، وَبِهَذَا الْبِنَاءِ صَرَّحَ فِي الْمَسْئُوطِ. ثُمَّ لَمَّا لَمْ يَصِحَّ الْوَقْفُ بِشَرْطِ الْخِيَارِ عِنْدَ مُحَمَّدٍ لَمْ يَتَغَلَّبِ الْوَقْفُ جَائِزًا بِإِبْطَالِ الْخِيَارِ بَعْدَ ذَلِكَ لِأَنَّ الْوَقْفَ لَا يَجُوزُ إِلَّا مُؤَبَّدًا وَشَرْطُ الْخِيَارِ يَمْنَعُ التَّأْيِيدَ فَكَانَ شَرْطُ الْخِيَارِ شَرْطًا فَاسِدًا فِي نَفْسِ الْعَقْدِ فَكَانَ الْمُقْسِدُ قَوِيًّا.

وَأَمَّا فَصْلُ الْوِلَايَةِ فَقَدْ نَصَّ فِيهِ عَلَى قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ، وَهُوَ قَوْلُ هِلَالٍ أَيْضًا وَهُوَ ظَاهِرُ الْمَذْهَبِ. وَذَكَرَ هِلَالٌ فِي وَفْقِهِ وَقَالَ أَقْوَامٌ: إِنْ شَرَطَ الْوَاقِفُ الْوِلَايَةَ لِنَفْسِهِ كَانَتْ لَهُ وَِلَايَةٌ، وَإِنْ لَمْ يَشْتَرِطْ لَمْ تَكُنْ لَهُ وَِلَايَةٌ. قَالَ مَشَايِخُنَا: الْأَشْبَهُ أَنْ يَكُونَ هَذَا قَوْلُ مُحَمَّدٍ، لِأَنَّ مِنْ أَصْلِهِ أَنَّ التَّسْلِيمَ إِلَى الْقِيَمِ شَرْطٌ لِصِحَّةِ الْوَقْفِ، فَإِذَا سَلِمَ لَمْ يَبْقَ لَهُ وَِلَايَةٌ فِيهِ. وَلِنَّا أَنْ الْمُتَوَلَّى إِثْمًا يَسْتَفِيدُ الْوِلَايَةَ مِنْ جِهَتِهِ بِشَرْطِهِ فَيَسْتَحِيلُ أَنْ لَا يَكُونَ لَهُ الْوِلَايَةُ وَغَيْرُهُ يَسْتَفِيدُ الْوِلَايَةَ مِنْهُ، وَلَئِنَّ أَقْرَبَ النَّاسِ إِلَى هَذَا الْوَقْفِ فَيَكُونُ أَوْلَى بِوِلَايَتِهِ، كَمَنْ اتَّخَذَ مَسْجِدًا يَكُونُ أَوْلَى بِعِمَارَتِهِ وَنَصَبِ الْمُؤَذِّنِ فِيهِ، وَكَمَنْ أَعْتَقَ عَبْدًا كَانَ الْوَلَاءُ لَهُ لِأَنَّهُ أَقْرَبُ النَّاسِ إِلَيْهِ. وَلَوْ أَنَّ الْوَاقِفَ شَرَطَ وَِلَايَتَهُ لِنَفْسِهِ وَكَانَ الْوَاقِفُ غَيْرَ مَأْمُونٍ عَلَى الْوَقْفِ فَلِلْقَاضِي أَنْ يَنْزِعَهَا مِنْ يَدِهِ نَظَرًا لِلْفُقَرَاءِ، كَمَا لَهُ أَنْ يُخْرِجَ الْوَصِيَّ نَظَرًا لِلصَّغَارِ، وَكَذَا إِذَا شَرَطَ أَنْ لَيْسَ لِلسُّلْطَانِ وَلَا لِقَاضٍ أَنْ يُخْرِجَهَا مِنْ يَدِهِ وَيُؤَلِّيَهَا غَيْرَهُ لِأَنَّهُ شَرَطَ مُخَالَفَ لِحُكْمِ الشَّرْعِ فَبَطُلَ

الشرح:

(قَوْلُهُ وَأَمَّا فَصْلُ الْوِلَايَةِ فَقَدْ نَصَّ فِيهِ) أَيُّ فَقَدْ نَصَّ الْقُدُورِيُّ فِي فَصْلِ الْوِلَايَةِ بِالْجَوَازِ عَلَى قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ بِقَوْلِهِ وَإِذَا جَعَلَ الْوَاقِفُ إِلَى قَوْلِهِ جَازَ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ وَهُوَ قَوْلُ هِلَالٍ أَيْضًا، وَهُوَ ظَاهِرُ الْمَذْهَبِ، وَذَكَرَ هِلَالٌ فِي وَفْقِهِ، وَقَالَ أَقْوَامٌ: إِنْ شَرَطَ الْوَاقِفُ الْوِلَايَةَ لِنَفْسِهِ كَانَتْ لَهُ، وَإِنْ لَمْ يَشَرِطْ لَمْ تَكُنْ لَهُ وَِلَايَةٌ، وَهَذَا بَظَاهِرِهِ لَا يَسْتَقِيمُ عَلَى قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ لِأَنَّ لَهُ الْوِلَايَةَ شَرْطٌ أَوْ سَكَتَ، وَلَا عَلَى قَوْلِ مُحَمَّدٍ لِأَنَّ التَّسْلِيمَ إِلَى الْمُتَوَلَّى شَرْطٌ صِحَّةِ الْوَقْفِ فَكَيْفَ يَصِحُّ أَنْ يَشْتَرِطَ الْوَاقِفُ الْوِلَايَةَ لِنَفْسِهِ وَهُوَ يَمْنَعُ التَّسْلِيمَ إِلَى الْمُتَوَلَّى، فَلِهَذَا أَوَّلُهُ بَعْضُ مَشَايِخِنَا وَقَالُوا: الْأَشْبَهُ أَنْ يَكُونَ هَذَا قَوْلُ مُحَمَّدٍ لِأَنَّ مِنْ أَصْلِهِ أَنَّ التَّسْلِيمَ إلَى الْحُ، وَمَعْنَاهُ إِذَا سَلَّمَهُ إِلَى الْمُتَوَلَّى وَقَدْ شَرَطَ

الْوَلَايَةِ لِنَفْسِهِ حِينَ وَقَفَهُ كَانَ لَهُ الْوَلَايَةُ بَعْدَمَا سَلِمَهُ إِلَى الْمُتَوَلَّى، وَالذَّلِيلُ عَلَى ذَلِكَ مَا ذَكَرَهُ مُحَمَّدٌ فِي السَّيْرِ إِذَا وَقَفَ ضَيْعَةً وَأَخْرَجَهَا إِلَى الْقِيَمِ لَا تَكُونُ لَهُ الْوَلَايَةُ بَعْدَ ذَلِكَ إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَ الْوَلَايَةَ لِنَفْسِهِ، وَأَمَّا إِذَا لَمْ يَشْتَرِطْ فِي ابْتِدَاءِ الْوَقْفِ فَلَيْسَ لَهُ وَلَايَةٌ بَعْدَ التَّسْلِيمِ. قَالَ قَاضِي خَانَ: وَهَذِهِ الْمَسْأَلَةُ بِنَاءً عَلَى أَنَّ عِنْدَ مُحَمَّدٍ التَّسْلِيمَ إِلَى الْمُتَوَلَّى شَرْطٌ لَصِحَّةِ الْوَقْفِ فَلَا تَبْقَى لَهُ وَلَايَةٌ بَعْدَ التَّسْلِيمِ إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَ الْوَلَايَةَ لِنَفْسِهِ، أَمَّا عَلَى قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ فَالتَّسْلِيمُ إِلَى الْمُتَوَلَّى لَيْسَ بِشَرْطٍ فَكَانَتْ الْوَلَايَةُ لِلْوَاقِفِ وَإِنْ لَمْ يَشْتَرِطَ الْوَلَايَةَ لِنَفْسِهِ. وَقَوْلُهُ (وَلَنَا أَنَّ الْمُتَوَلَّى إِنَّمَا يَسْتَفِيدُ الْوَلَايَةَ مِنْ جِهَتِهِ) اسْتِدْلَالٌ لِأَبِي يُوسُفَ، وَعَبَّرَ عَنْهُ بِقَوْلِهِ: " وَلَنَا " إِشَارَةً إِلَى أَنَّهُ الْمُخْتَارُ، وَكَلَامُهُ الْبَاقِي ظَاهِرٌ لَا يَحْتَاجُ إِلَى شَرْحٍ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

فصل

(وَإِذَا بَنَى مَسْجِدًا لَمْ يَزَلْ مِلْكُهُ عَنْهُ حَتَّى يَفْرِزَهُ عَنْ مِلْكِهِ بِطَرِيقِهِ وَيَأْذَنَ لِلنَّاسِ بِالصَّلَاةِ فِيهِ، فَإِذَا صَلَّى فِيهِ وَاحِدٌ زَالَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ عَنِ مِلْكِهِ) أَمَّا الْإِفْرَازُ فَلَأَنَّهُ لَا يَخْلُصُ لِلَّهِ تَعَالَى إِلَّا بِهِ، وَأَمَّا الصَّلَاةُ فِيهِ فَلَأَنَّهُ لَا بُدَّ مِنَ التَّسْلِيمِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ، وَيَشْتَرِطُ تَسْلِيمُ نَوْعِهِ، وَذَلِكَ فِي الْمَسْجِدِ بِالصَّلَاةِ فِيهِ، أَوْ لَأَنَّهُ لَمَّا تَعَذَّرَ الْقَبْضُ فَقَامَ تَحَقُّقُ الْمَقْصُودِ مَقَامَهُ ثُمَّ يَكْتَفَى بِصَلَاةِ الْوَاحِدِ فِيهِ فِي رِوَايَةٍ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ، وَكَذَا عَنْ مُحَمَّدٍ؛ لِأَنَّ فِعْلَ الْجِنْسِ مُتَعَذِّرٌ فَيَشْتَرِطُ أَدْنَاهُ.

وَعَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ يَشْتَرِطُ الصَّلَاةَ بِالْجَمَاعَةِ؛ لِأَنَّ الْمَسْجِدَ بُنِيَ لِذَلِكَ فِي الْغَالِبِ (وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: يَزُولُ مِلْكُهُ بِقَوْلِهِ جَعَلْتَهُ مَسْجِدًا) لِأَنَّ التَّسْلِيمَ عِنْدَهُ لَيْسَ بِشَرْطٍ؛ لَأَنَّهُ إِسْقَاطُ مِلْكِ الْعَبْدِ فَيَصِيرُ خَالصًا لِلَّهِ تَعَالَى بِسُقُوطِ حَقِّ الْعَبْدِ وَصَارَ كَالْإِعْتَاقِ، وَقَدْ بَيَّنَّاهُ مِنْ قَبْلُ.

الشرح:

(فصل): فَصَلَ أَحْكَامَ الْمَسْجِدِ عَمَّا قَبْلَهُ فِي فَصْلِ عَلَى حِدَةٍ لِمُخَالَفَةِ أَحْكَامِهِ لَمَّا قَبْلَهُ فِي عَدَمِ اشْتِرَاطِ التَّسْلِيمِ إِلَى الْمُتَوَلَّى عِنْدَ مُحَمَّدٍ وَمَنْعِ الشُّيُوعِ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ، وَخُرُوجِهِ عَنِ مِلْكِ الْوَاقِفِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَإِنْ لَمْ يَحْكَمْ بِهِ الْحَاكِمُ فَرَّقَ أَبُو حَنِيفَةَ بَيْنَ الْوَقْفِ وَالْمَسْجِدِ، فَإِنَّ الْوَقْفَ إِذَا لَمْ يَحْكَمْ بِهِ حَاكِمٌ وَلَمْ يَكُنْ مُوصًى بِهِ وَلَا مُضَافًا إِلَى

مَا بَعْدَ الْمَوْتِ كَانَ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ فِيهِ، وَأَمَّا الْمَسْجِدُ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ فِيهِ وَلَا يَبِيعُهُ، وَلَا يُوْرَثُ عَنْهُ لِأَنَّ الْوَقْفَ اجْتَمَعَ فِيهِ مَعْنَيَانِ: الْحَبْسُ، وَالصَّدَقَةُ، فَإِذَا قَالَ وَقَفْتُ فَكَأَنَّهُ قَالَ حَبَسْتُ الْعَيْنَ عَلَى مِلْكِي وَتَصَدَّقْتُ بِالْعَلَّةِ، وَلَوْ صَرَّحَ بِذَلِكَ لَا يَصِحُّ مَا لَمْ يُوصَ بِهِ لِأَنَّ التَّصَدُّقَ بِالْعَلَّةِ الْمَعْدُومَةِ لَا يَصِحُّ، فَإِذَا أَوْصَى بِهِ أَوْ أَضَافَهُ إِلَى مَا بَعْدَ الْمَوْتِ كَانَ لَازِمًا بَعْدَ مَوْتِهِ، وَأَمَّا إِذَا قَالَ جَعَلْتُ أَرْضِي مَسْجِدًا فَلَيْسَ فِيهِ مَا يُوجِبُ الْبَقَاءَ عَلَى مِلْكِهِ، فَلَوْ أَرَادَهُ اللَّهُ تَعَالَى لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ كَمَا لَوْ أَرَادَهُ بِالْإِعْتِقَاقِ، وَكَلَامُهُ وَاضِحٌ.

وَقَوْلُهُ (وَعَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ يُشْتَرَطُ الصَّلَاةُ فِيهِ بِالْجَمَاعَةِ) وَهُوَ رَوَايَةٌ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَيْضًا، وَيُشْتَرَطُ مَعَ ذَلِكَ أَنْ تَكُونَ الصَّلَاةُ جَهْرِيَّةً بِأَذَانٍ وَإِقَامَةٍ، حَتَّى لَوْ صَلَّى جَمَاعَةٌ بِغَيْرِ أَذَانٍ وَإِقَامَةٍ سِرًّا لَا يَصِيرُ مَسْجِدًا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ، فَإِنْ أَذَّنَ رَجُلٌ وَاحِدٌ وَأَقَامَ وَصَلَّى وَحْدَهُ صَارَ مَسْجِدًا بِالِاتِّفَاقِ لِأَنَّ صَلَاتَهُ عَلَى هَذَا الْوَصْفِ كَالْجَمَاعَةِ. وَقَوْلُهُ (وَقَدْ بَيَّنَّا مِنْ قَبْلُ) إِشَارَةً إِلَى مَا قَالَ عِنْدَ قَوْلِهِ وَلَا يُتِمُّ الْوَقْفُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ بِقَوْلِهِ لُهُمَا أَنْ مُوجِبَ الْوَقْفِ زَوَالُ الْمَلِكِ بِدُونِ التَّمْلِيكِ وَأَنَّهُ يَتَأَبَّدُ كَالْعِنَقِ، وَالسَّرْدَابُ بِكُسْرِ السِّينِ مُعَرَّبٌ سِرْدَابَةٌ. وَهُوَ يَتَّخِذُ تَحْتَ الْأَرْضِ لِلتَّبْرِيدِ.

قَالَ: وَمَنْ جَعَلَ مَسْجِدًا تَحْتَهُ سِرْدَابٌ أَوْ فَوْقَهُ بَيْتٌ وَجَعَلَ بَابَ الْمَسْجِدِ إِلَى الطَّرِيقِ، وَعَزَلَهُ عَنِ مِلْكِهِ فَلَهُ أَنْ يَبِيعَهُ، وَإِنْ مَاتَ يُوْرَثُ عَنْهُ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَخْلُصَ لِلَّهِ تَعَالَى لِبَقَاءِ حَقِّ الْعَبْدِ مُتَعَلِّقًا بِهِ، وَلَوْ كَانَ السَّرْدَابُ لِمَصَالِحِ الْمَسْجِدِ جَازَ كَمَا فِي مَسْجِدِ بَيْتِ الْمُقَدِّسِ. وَرَوَى الْحَسَنُ عَنْهُ أَنَّهُ قَالَ: إِذَا جَعَلَ السُّفْلَ مَسْجِدًا وَعَلَى ظَهْرِهِ مَسْكَنٌ فَهُوَ مَسْجِدٌ؛ لِأَنَّ الْمَسْجِدَ مِمَّا يَتَأَبَّدُ، وَذَلِكَ يَتَحَقَّقُ فِي السُّفْلِ دُونَ الْعُلُوِّ. وَعَنْ مُحَمَّدٍ عَلَى عَكْسِ هَذَا؛ لِأَنَّ الْمَسْجِدَ مُعْظَمٌ، وَإِذَا كَانَ فَوْقَهُ مَسْكَنٌ أَوْ مُسْتَقَلٌّ يَتَعَدَّرُ تَعْظِيمُهُ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ جَوَّزَ فِي الْوُجْهَيْنِ حِينَ قَدِمَ بَغْدَادَ وَرَأَى ضَيْقَ الْمَنَازِلِ فَكَأَنَّهُ اعْتَبَرَ الضَّرُورَةَ. وَعَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ حِينَ دَخَلَ الرَّيَّ أَجَازَ ذَلِكَ كُلَّهُ لَمَّا قُلْنَا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (فَلَهُ أَنْ يَبِيعَهُ) أَيُّ لَا يَكُونُ مَسْجِدًا وَهُوَ ظَاهِرُ الرُّوَايَةِ، لِأَنَّ الْمَسْجِدَ مَا يَكُونُ خَالصًا لَهُ تَعَالَى، قَالَ تَعَالَى ﴿وَأَنَّ أَلْمَسْجِدَ لِلَّهِ﴾ [الجن: ١٨] أَضَافَ الْمَسَاجِدَ إِلَى ذَاتِهِ مَعَ أَنْ جَمِيعَ الْأَمَاكِنِ لَهُ، فَاقْتَضَى ذَلِكَ خُلُوصَ الْمَسَاجِدِ لِلَّهِ تَعَالَى، وَمَعَ بَقَاءِ

حَقَّ الْعِبَادِ فِي أَسْفَلِهِ أَوْ فِي أَعْلَاهُ لَا يَتَحَقَّقُ الْخُلُوصُ (قَوْلُهُ وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ جَوَّزَ فِي الْوَجْهَيْنِ) يَعْنِي فِيمَا إِذَا كَانَ تَحْتَهُ سِرْدَابٌ أَوْ فَوْقَهُ بَيْتٌ.

وَعَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ أَجَازَ ذَلِكَ كُلَّهُ: أَيُّ مَا تَحْتَهُ سِرْدَابٌ وَفَوْقَهُ بَيْتٌ مُسْتَعْلٍ أَوْ ذَكَائِنُ، وَإِنَّمَا ذَكَرَ قَوْلَ مُحَمَّدٍ بِهَذَا الطَّرِيقِ وَلَمْ يَقُلْ وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ مَعَ أَنَّ هَذَيْنِ الْقَوْلَيْنِ مِنْهُمَا فِي الْحُكْمِ سَوَاءٌ لِيَتَهَيَّأَ لَهُ مَا ذَكَرَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِنْ دُخُولٍ مَخْصُوصٍ فِي مِصْرٍ مَخْصُوصٍ، وَلِأَنَّهُ ذَكَرَ زِيَادَةَ التَّعْمِيمِ بِلَفْظِ الْكُلِّ فِي قَوْلِ مُحَمَّدٍ، وَقَوْلُهُ لَمَّا قُلْنَا يَعْنِي مِنَ الضَّرُورَةِ.

قَالَ (وَكَذَلِكَ إِنْ اتَّخَذَ وَسَطَ دَارِهِ مَسْجِدًا وَأَذِنَ لِلنَّاسِ بِالدُّخُولِ فِيهِ) يَعْنِي لَهُ أَنْ يَبِيعَهُ وَيُورِثَ عَنْهُ؛ لِأَنَّ الْمَسْجِدَ مَا لَا يَكُونُ لِأَحَدٍ فِيهِ حَقُّ الْمَنْعِ، وَإِذَا كَانَ مِلْكُهُ مُحِيطًا بِجَوَانِبِهِ كَانَ لَهُ حَقُّ الْمَنْعِ فَلَمْ يَصِرْ مَسْجِدًا، وَلِأَنَّهُ أَبْقَى الطَّرِيقَ لِنَفْسِهِ فَلَمْ يَخْلُصْ لِلَّهِ تَعَالَى (وَعَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ لَا بَيْعَ وَلَا يُورِثُ وَلَا يُوهَبُ) اعْتَبَرَهُ مَسْجِدًا، وَهَكَذَا عَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يَصِيرُ مَسْجِدًا؛ لِأَنَّهُ لَمَّا رَضِيَ بِكَوْنِهِ مَسْجِدًا وَلَا يَصِيرُ مَسْجِدًا إِلَّا بِالطَّرِيقِ دَخَلَ فِيهِ الطَّرِيقُ وَصَارَ مُسْتَحَقًّا كَمَا يَدْخُلُ فِي الْإِجَارَةِ مِنْ غَيْرِ ذِكْرِ.

الشرح:

قَالَ (وَكَذَلِكَ إِنْ اتَّخَذَ وَسَطَ دَارِهِ مَسْجِدًا) وَسَطَ بِالسُّكُونِ لِأَنَّهُ اسْمٌ مُبْهَمٌ لِدَاخِلِ صَحْنِ الدَّارِ لَا لَشَيْءٍ مُعَيَّنٍ بَيْنَ طَرَفَيْ الصَّحْنِ وَكَلَامُهُ وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (وَلِأَنَّهُ أَبْقَى الطَّرِيقَ لِنَفْسِهِ) فَلَمْ يَخْلُصْ لِلَّهِ تَعَالَى، حَتَّى لَوْ عُزِلَ بَابُهُ إِلَى الطَّرِيقِ الْأَعْظَمِ صَارَ مَسْجِدًا.

قَالَ (وَمَنْ اتَّخَذَ أَرْضَهُ مَسْجِدًا لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ فِيهِ وَلَا يَبِيعَهُ وَلَا يُورِثَ عَنْهُ) لِأَنَّهُ تَجَرَّدَ عَنْ حَقِّ الْعِبَادِ وَصَارَ خَالِصًا لِلَّهِ، وَهَذَا لِأَنَّ الْأَشْيَاءَ كُلَّهَا لِلَّهِ تَعَالَى، وَإِذَا أَسْقَطَ الْعَبْدُ مَا ثَبَتَ لَهُ مِنَ الْحَقِّ رَجَعَ إِلَى أَصْلِهِ فَانْقَطَعَ تَصَرُّفُهُ عَنْهُ كَمَا فِي الْإِعْتَاقِ.

وَلَوْ خَرِبَ مَا حَوْلَ الْمَسْجِدِ وَاسْتَغْنِيَ عَنْهُ بِيَقَى مَسْجِدًا عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ لِأَنَّهُ إِسْقَاطٌ مِنْهُ فَلَا يَعُودُ إِلَى مِلْكِهِ، وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ يَعُودُ إِلَى مِلْكِ الْبَائِي، أَوْ إِلَى وَارِثِهِ بَعْدَ مَوْتِهِ؛ لِأَنَّهُ عَيْنُهُ لِنَوْعِ قُرْبَتِهِ، وَقَدْ انْقَطَعَتْ فَصَارَ كَحَصِيرِ الْمَسْجِدِ وَحَشِيْشِهِ إِذَا اسْتَغْنِيَ عَنْهُ، إِلَّا أَنَّ أَبَا يُوسُفَ يَقُولُ فِي الْحَصِيرِ وَالْحَشِيْشِ إِنَّهُ يُنْقَلُ إِلَى مَسْجِدٍ آخَرَ.

الشرح:

(قَوْلُهُ وَلَوْ خَرَبَ مَا حَوْلَ الْمَسْجِدِ وَاسْتُغْنِيَ عَنْهُ) عَلَى بِنَاءِ الْمَفْعُول (يُنْقَى مَسْجِدًا عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ) إِلَى أَنْ قَالَ: وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ يَعُودُ إِلَى مَلِكِ الْبَانِي. قَالَ فِي النِّهَايَةِ: وَفِي الْحَقِيقَةِ هَذِهِ الْمَسْأَلَةُ مَبْنِيَّةٌ عَلَى مَا يَتَنَاهَا، فَإِنَّ أَبَا يُوسُفَ لَا يَشْتَرِطُ فِي الْإِبْتِدَاءِ إِقَامَةَ الصَّلَاةِ فِيهِ لِيَصِيرَ مَسْجِدًا فَكَذَلِكَ فِي الْإِنْتِهَاءِ، وَإِنْ تَرَكَ النَّاسُ الصَّلَاةَ فِيهِ لَا يَخْرُجُ مِنْ أَنْ يَكُونَ مَسْجِدًا وَمُحَمَّدٌ يَشْتَرِطُ فِي الْإِبْتِدَاءِ إِقَامَةَ الصَّلَاةِ فِيهِ بِالْجَمَاعَةِ لِيَصِيرَ مَسْجِدًا فَكَذَلِكَ فِي الْإِنْتِهَاءِ، وَإِذَا تَرَكَ النَّاسُ الصَّلَاةَ فِيهِ بِالْجَمَاعَةِ يَخْرُجُ مِنْ أَنْ يَكُونَ مَسْجِدًا. وَحُكِيَ أَنَّ مُحَمَّدًا مَرَّ بِمَزْبَلَةٍ فَقَالَ: هَذَا مَسْجِدُ أَبِي يُوسُفَ، يُرِيدُ بِهِ أَنَّهُ لَمَّا لَمْ يَقُلْ بِعَوْدِهِ إِلَى مَلِكِ الْبَانِي يَصِيرُ مَزْبَلَةً عِنْدَ تَطَاوُلِ الْمُدَّةِ، وَمَرَّ أَبُو يُوسُفَ بِإِصْطَبِلٍ فَقَالَ: هَذَا مَسْجِدُ مُحَمَّدٍ: يَعْنِي أَنَّهُ لَمَّا قَالَ يَعُودُ مَلِكًا فَرُبَّمَا يَجْعَلُهُ الْمَالِكُ إِصْطَبِلًا بَعْدَ أَنْ كَانَ مَسْجِدًا، فَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا اسْتَبَعَدَ مَذْهَبَ صَاحِبِهِ لَمَّا أَشَارَ إِلَيْهِ.

اسْتَدَلَّ أَبُو يُوسُفَ بِأَنَّهُ سَقَطَ مِلْكُهُ فِي ذَلِكَ الْمَقْدَارِ فَلَا يَعُودُ إِلَى مِلْكِهِ وَاسْتَظْهَرَ بِالْكَعْبَةِ، فَإِنَّ فِي زَمَانِ الْفَتْرَةِ قَدْ كَانَ حَوْلَ الْكَعْبَةِ عَبْدَةُ الْأَصْنَامِ، ثُمَّ لَمْ يَخْرُجْ مَوْضِعُ الْكَعْبَةِ بِهِ عَنْ أَنْ يَكُونَ مَوْضِعًا لِلطَّاعَةِ وَالْقُرْبَةِ خَالصًا لِلَّهِ تَعَالَى، فَكَذَلِكَ فِي سَائِرِ الْمَسَاجِدِ. وَمُحَمَّدٌ يَقُولُ: عَيْنَ هَذَا الْجُزْءِ مِنْ مِلْكِهِ مَصْرُوفًا إِلَى قُرْبَةٍ بَعْثِنَهَا، فَإِذَا انْقَطَعَ ذَلِكَ عَادَ إِلَى مِلْكِهِ أَوْ مِلْكِ وَارِثِهِ وَصَارَ كَحَشِيشِ الْمَسْجِدِ وَحَصِيرِهِ إِذَا أُسْتُغْنِيَ عَنْهُ. إِلَّا أَنَّ أَبَا يُوسُفَ يَقُولُ فِي الْحَصِيرِ وَالْحَشِيشِ يُنْقَلُ إِلَى مَسْجِدٍ آخَرَ.

قَالَ (وَمَنْ بَنَى سِقَايَةَ لِلْمُسْلِمِينَ أَوْ خَانًا يَسْكُنُهُ بَنُو السَّبِيلِ أَوْ رِبَاطًا أَوْ جَعَلَ أَرْضَهُ مَقْبَرَةً لَمْ يَزَلْ مِلْكُهُ عَنْ ذَلِكَ حَتَّى يَحْكُمَ بِهِ الْحَاكِمُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ)؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَنْقَطِعْ عَنْ حَقِّ الْعَبْدِ؛ أَلَا تَرَى أَنْ لَهُ أَنْ يَنْتَفِعَ بِهِ فَيَسْكُنَ فِي الْخَانِ وَيَنْزِلَ فِي الرِّبَاطِ وَيَشْرَبَ مِنَ السَّقَايَةِ، وَيُدْفَنَ فِي الْمَقْبَرَةِ فَيَشْتَرِطُ حُكْمُ الْحَاكِمِ أَوْ الْإِضَافَةُ إِلَى مَا بَعْدَ الْمَوْتِ كَمَا فِي الْوَقْفِ عَلَى الْفُقَرَاءِ، بِخِلَافِ الْمَسْجِدِ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَبْقَ لَهُ حَقُّ الْإِنْتِفَاعِ بِهِ فَخَلَصَ لِلَّهِ تَعَالَى مِنْ غَيْرِ حُكْمِ الْحَاكِمِ (وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ يَزُولُ مِلْكُهُ بِالْقَوْلِ) كَمَا هُوَ أَصْلُهُ، إِذَا التَّسْلِيمُ عِنْدَهُ لَيْسَ بِشَرْطٍ وَالْوَقْفُ لَازِمٌ. وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ إِذَا اسْتَقَى النَّاسُ مِنَ السَّقَايَةِ وَسَكَنُوا الْخَانَ وَالرِّبَاطَ وَدَفِنُوا فِي الْمَقْبَرَةِ زَالَ الْمَلِكُ؛ لِأَنَّ التَّسْلِيمَ عِنْدَهُ شَرْطٌ وَالشَّرْطُ

تَسْلِيمُ نَوْعِهِ، وَذَلِكَ بِمَا ذَكَرْنَاهُ.

وَيُكْتَفَى بِالوَاحِدِ لَتَعْدُرَ فِعْلُ الْجِنْسِ كُلِّهِ، وَعَلَى هَذَا الْبُئْرُ الْمُوقُوفَةُ وَالْحَوْضُ، وَلَوْ سَلَّمَ إِلَى الْمُتَوَلَّى صَحَّ التَّسْلِيمُ فِي هَذِهِ الْوُجُوهِ كُلِّهَا؛ لِأَنَّهُ نَائِبٌ عَنِ الْمُوقُوفِ عَلَيْهِ، وَفِعْلُ النَّائِبِ كَفِعْلِ الْمُتَوَلَّى عَنْهُ، وَأَمَّا فِي الْمَسْجِدِ فَقَدْ قِيلَ لَا يَكُونُ تَسْلِيمًا؛ لِأَنَّهُ لَا تَدْبِيرَ لِلْمُتَوَلَّى فِيهِ، وَقِيلَ يَكُونُ تَسْلِيمًا؛ لِأَنَّهُ يَحْتَاجُ إِلَى مَنْ يَكْتُسُهُ وَيُغْلِقُ بَابَهُ، فَإِذَا سَلَّمَ إِلَيْهِ صَحَّ التَّسْلِيمُ، وَالْمَقْبَرَةُ فِي هَذَا بِمَنْزِلَةِ الْمَسْجِدِ عَلَى مَا قِيلَ؛ لِأَنَّهُ لَا مُتَوَلَّى لَهُ عُرْفًا.

وقِيلَ هِيَ بِمَنْزِلَةِ السَّقَايَةِ وَالْخَانَ فَيَصِحُّ التَّسْلِيمُ إِلَى الْمُتَوَلَّى؛ لِأَنَّهُ لَوْ نُصِبَ الْمُتَوَلَّى يَصِحُّ، وَإِنْ كَانَ بِخِلَافِ الْعَادَةِ، وَلَوْ جَعَلَ دَارًا لَهُ بِمَكَّةَ سَكْنَى لِحَاجِّ بَيْتِ اللَّهِ وَالْمُعْتَمِرِينَ، أَوْ جَعَلَ دَارِهِ فِي غَيْرِ مَكَّةَ سَكْنَى لِلْمَسَاكِينِ، أَوْ جَعَلَهَا فِي ثَغَرٍ مِنَ الثُّغُورِ سَكْنَى لِلْفُرَاةِ وَالْمُرَابِطِينَ. أَوْ جَعَلَ غَلَّةَ أَرْضِهِ لِلْفُرَاةِ فِي سَبِيلِ اللَّهِ تَعَالَى وَدَفَعَ ذَلِكَ إِلَى وَالٍ يَقُومُ عَلَيْهِ فَهُوَ جَائِزٌ، وَلَا رُجُوعَ فِيهِ لِمَا بَيْنَنَا إِلَّا أَنْ فِي الْغَلَّةِ تَحِلُّ لِلْفُقَرَاءِ دُونَ الْأَغْنِيَاءِ، وَفِيمَا سِوَاهُ مِنْ سَكْنَى الْخَانَ وَالْإِسْتِقَاءِ مِنَ الْبُئْرِ وَالسَّقَايَةِ وَغَيْرِ ذَلِكَ يَسْتَوِي فِيهِ الْغَنِيُّ وَالْفَقِيرُ، وَالْفَارِقُ هُوَ الْعُرْفُ فِي الْفَصْلَيْنِ. فَإِنَّ أَهْلَ الْعُرْفِ يُرِيدُونَ بِذَلِكَ فِي الْغَلَّةِ الْفُقَرَاءَ، وَفِي غَيْرِهَا التَّسْوِيَةَ بَيْنَهُمْ وَبَيْنَ الْأَغْنِيَاءِ، وَلِأَنَّ الْحَاجَّةَ تَشْمَلُ الْغَنِيَّ وَالْفَقِيرَ فِي الشُّرْبِ وَالنُّزُولِ. وَالْغَنِيُّ لَا يَحْتَاجُ إِلَى صَرْفِ هَذَا الْغَلَّةِ لِفَنَائِهِ، وَاللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ بَنَى سَقَايَةً أَوْ خَائًا) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (بِخِلَافِ الْمَسْجِدِ) يَعْنِي أَنَّ حُكْمَ الْحَاكِمِ وَالْإِضَافَةَ إِلَى مَا بَعْدَ الْمَوْتِ لَيْسَا بِشَرْطٍ فِي الْمَسْجِدِ. وَقَوْلُهُ (وَذَلِكَ بِمَا ذَكَرْنَاهُ) يَعْنِي أَنَّ التَّسْلِيمَ يَحْصُلُ بِالْإِسْتِقَاءِ وَالسُّكْنَى وَالنُّزُولِ وَالذَّفْنِ فِي السَّقَايَةِ وَالْخَانَ وَالرِّبَاطِ وَالْمَقْبَرَةِ وَقَوْلُهُ (فِي هَذِهِ الْوُجُوهِ) أَيُّ فِي السَّقَايَةِ وَالْخَانَ وَالرِّبَاطِ وَالْمَقْبَرَةِ. وَقَوْلُهُ (وَيُكْتَفَى بِالوَاحِدِ) ظَاهِرٌ، وَقَوْلُهُ (سَكْنَى الْحَاجِّ يَنْتُ اللَّهُ تَعَالَى) الْحَاجُّ اسْمٌ جَمْعٌ بِمَعْنَى الْحُجَّاجِ كَالسَّامِرِ بِمَعْنَى السُّمَّارِ فِي قَوْلِهِ تَعَالَى ﴿سَمَرًا تَهْجُرُونَ﴾ [المؤمنون: ٦٧] وَالثَّغَرُ مَوْضِعُ الْمَخَافَةِ مِنْ فُرُوجِ الْبُلْدَانِ، وَيُقَالُ رَابِطُ الْجَيْشِ: أَقَامَ فِي الثَّغَرِ بِإِزَاءِ الْعَدُوِّ مُرَابِطَةً وَرِبَاطًا، وَاللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ.

كِتَابُ الْبُيُوعِ

قَالَ (الْبَيْعُ يَنْعَقِدُ بِالْإِجَابِ وَالْقَبُولِ إِذَا كَانَ بِلَفْظِي الْمَاضِي) مِثْلُ أَنْ يَقُولَ أَحَدُهُمَا بَعْتُ وَالْآخَرُ اشْتَرَيْتُ؛ لِأَنَّ الْبَيْعَ إِنِشَاءٌ تَصَرُّفٍ، وَالْإِنِشَاءُ يُعْرَفُ بِالشَّرْعِ وَالْمَوْضُوعِ لِلْإِخْبَارِ قَدْ أُسْتَعْمِلَ فِيهِ فَيَنْعَقِدُ بِهِ. وَلَا يَنْعَقِدُ بِلَفْظَيْنِ أَحَدُهُمَا لَفْظُ الْمُسْتَقْبَلِ وَالْآخَرُ لَفْظُ الْمَاضِي، بِخِلَافِ النِّكَاحِ، وَقَدْ مَرَّ الْفَرْقُ هُنَاكَ. وَقَوْلُهُ رَضِيْتُ بِكَذَا أَوْ أَعْطَيْتُكَ بِكَذَا أَوْ خَذَهُ بِكَذَا فِي مَعْنَى قَوْلِهِ بَعْتُ وَاشْتَرَيْتُ؛ لِأَنَّهُ يُؤَدِّي مَعْنَاهُ، وَالْمَعْنَى هُوَ الْمَعْتَبَرُ فِي هَذِهِ الْعُقُودِ، وَلِهَذَا يَنْعَقِدُ بِالتَّعَاطِي فِي النَّفِيسِ وَالْخَسِيسِ هُوَ الصَّحِيحُ لِتَحَقُّقِ الْمُرَاضَاةِ.

الشرح:

(كِتَابُ الْبُيُوعِ): لَمَّا فَرَّغَ مِنْ ذِكْرِ أَنْوَاعِ حُقُوقِ اللَّهِ تَعَالَى وَذَكَرَ بَعْضَ حُقُوقِ الْعِبَادِ شَرَعَ فِي بَيَانِ مَا بَقِيَ مِنْهَا، وَذَكَرَ الْبُيُوعَ بَعْدَ الْوَقْفِ لِأَنَّ كُلًّا مِنْهُمَا مُرَبِّلٌ لِلْمَلِكِ وَالْبَيْعُ فِي اللَّعَةِ تَمْلِكُ الْمَالَ بِالْمَالِ، وَزَيْدٌ عَلَيْهِ فِي الشَّرْعِ قَلِيلٌ: هُوَ مُبَادَلَةُ الْمَالِ بِالْمَالِ بِالتَّرَاضِي بِطَرِيقِ الْاِكْتِسَابِ.

وَهُوَ مِنَ الْأَضْدَادِ لَعَةً. وَأَصْطِلَاحًا يُقَالُ: بَاعَ الشَّيْءَ إِذَا شَرَاهُ، وَيُقَالُ بَاعَهُ الشَّيْءَ وَبَاعَ مِنْهُ، وَلَا شَتْمَالَهُ عَلَى الْأَنْوَاعِ الْآتِي ذِكْرُهَا جَمْعُوهُ، وَجَوَازُهُ ثَابِتٌ بِالْكِتَابِ بِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ [البقرة ٢٧٥] وَبِالسُّنَّةِ «فَإِنَّهُ ﷺ بَعَثَ وَالنَّاسُ يَتَّبِعُونَ فَقَرَّرَهُمْ عَلَى ذَلِكَ»، وَالتَّقْرِيرُ أَحَدُ وَجُوهِ السُّنَّةِ، وَبِالْإِجْمَاعِ فَإِنَّهُ لَمْ يُنْكِرْهُ أَحَدٌ مِنَ الْمَلِكِينَ وَغَيْرِهِمْ، وَبِالْمَعْقُولِ وَهُوَ سَلَبُ شَرْعِيَّتِهِ، فَإِنَّ تَعَلُّقَ الْبَقَاءِ الْمَقْدُورِ بِتَعَاطِيهَا يَدُلُّ عَلَى ذَلِكَ، وَقَدْ بَيَّنَّا ذَلِكَ فِي التَّقْرِيرِ وَرُكْنُهُ الْإِجَابُ وَالْقَبُولُ أَوْ مَا دَلَّ عَلَى ذَلِكَ. وَشَرْطُهُ مِنْ جِهَةِ الْعَاقِدَيْنِ الْعَقْلُ وَالتَّمْيِيزُ، وَمِنْ جِهَةِ الْمَحَلِّ كَوْنُهُ مَالًا مُتَقَوِّمًا مَقْدُورَ التَّسْلِيمِ.

وَحُكْمُهُ إِفَادَةُ الْمَلِكِ وَهُوَ الْقُدْرَةُ عَلَى التَّصَرُّفِ فِي الْمَحَلِّ شَرْعًا، فَلَا يُشْكَلُ بِتَصَرُّفِ الْمُشْتَرِي فِي الْمَبِيعِ قَبْلَ الْقَبْضِ بِالْبَيْعِ فَإِنَّهُ مُمْتَنِعٌ مَعَ كَوْنِهِ مِلْكًا لَهُ لِأَنَّ ذَلِكَ التَّصَرُّفَ لَيْسَ بِشَرْعِيٍّ مُطْلَقًا لَنَهْيِ النَّبِيِّ ﷺ عَنْ بَيْعِ مَا لَمْ يُقْبَضْ هَذَا هُوَ الْمَقْصُودُ مِنْ شَرْعِيَّةِ الْبَيْعِ، وَقَدْ يَتَرَبُّعُ عَلَيْهِ غَيْرُهُ كَوُجُوبِ الْاسْتِبْرَاءِ وَبُيُوتِ الشُّفْعَةِ وَعِنَقِ الْقَرِيبِ وَمِلْكِ الْمُتَعَةِ فِي الْجَارِيَةِ وَالْخِيَارَاتِ بِطَرِيقِ الضَّمَنِ. وَأَنْوَاعُهُ بِاعْتِبَارِ الْمَبِيعِ أَرْبَعَةٌ: بَيْعُ

السَّلْعَ بِمِثْلِهَا وَيُسَمَّى مُقَايِضَةً.

وَيُعْهَدُ بِالذَّيْنِ: أَعْنِي الثَّمَنَ. وَيَبْعُ الثَّمَنُ بِالثَّمَنِ كَيْفَ الثَّقَدَيْنِ وَيُسَمَّى الصَّرْفَ. وَيَبْعُ الذَّيْنُ بِالْعَيْنِ وَيُسَمَّى سَلْمًا. وَبِاعْتِبَارِ الثَّمَنِ كَذَلِكَ الْمُسَاوَمَةُ، وَهِيَ الَّتِي لَا تَلْتَفِتُ إِلَى الثَّمَنِ السَّابِقِ، وَالْمُرَابَحَةِ، وَالتَّوْلِيَةِ، وَالْوَضِيعَةِ وَسَيَأْتِي تَفْسِيرُهَا. قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (الْبَيْعُ يَنْعَقِدُ بِالْإِجَابِ وَالْقَبُولِ) الْإِنْعِقَادُ هَاهُنَا تَعَلُّقُ كَلَامِ أَحَدِ الْعَاقِدَيْنِ بِالْآخَرِ شَرْعًا عَلَى وَجْهِ يَظْهَرُ أَثَرُهُ فِي الْمَحَلِّ. وَالْإِجَابُ الْإِثْبَاتُ. وَيُسَمَّى مَا تَقَدَّمَ مِنْ كَلَامِ الْعَاقِدَيْنِ إِجَابًا لِأَنَّهُ يَثْبُتُ لِلْآخَرِ خِيَارَ الْقَبُولِ، فَإِذَا قَبِلَ يُسَمَّى كَلَامُهُ قَبُولًا وَحِينَئِذٍ لَا خَفَاءَ فِي وَجْهِ تَسْمِيَةِ الْكَلَامِ الْمُتَقَدِّمِ إِجَابًا وَالْمُتَأَخِّرِ قَبُولًا.

وَشَرْطُهُ أَنْ يَكُونَ الْإِجَابُ وَالْقَبُولُ بِلَفْظَيْنِ مَاضِيَيْنِ مِثْلُ أَنْ يَقُولَ الْمُوجِبُ بَعْتُ وَالْمُجِيبُ اشْتَرَيْتُ لِأَنَّ الْبَيْعَ إِثْنَاءُ تَصَرُّفٍ شَرْعِيٍّ، وَكُلُّ مَا هُوَ كَذَلِكَ فَهُوَ يُعْرَفُ بِالشَّرْعِ، فَالْبَيْعُ يُعْرَفُ بِهِ، أَمَّا أَنْ الْبَيْعَ إِثْنَاءً فَلَأَنَّ الْإِثْنَاءَ إِثْبَاتٌ مَا لَمْ يَكُنْ، وَهُوَ صَادِقٌ عَلَى الْبَيْعِ لَا مَحَالَةَ؛ وَأَمَّا كَوْنُهُ شَرْعِيًّا فَلَأَنَّ الْكَلَامَ فِي الْمَبِيعِ شَرْعًا، وَأَمَّا أَنْ كُلُّ مَا هُوَ كَذَلِكَ فَهُوَ يُعْرَفُ بِالشَّرْعِ لِأَنَّ تَلَقِّي الْأُمُورِ الشَّرْعِيَّةِ لَا يَكُونُ إِلَّا مِنْهُ وَالشَّرْعُ قَدْ اسْتَعْمَلَ الْمَوْضُوعَ لِلْإِخْبَارِ لَعَنَةً فِي الْإِثْنَاءِ فَيَنْعَقِدُ بِهِ، هَذَا تَقْرِيرُ كَلَامِ الشَّيْخِ رَحِمَهُ اللَّهُ فَلَا بُدَّ مِنْ ضَمِّ شَيْءٍ إِلَى ذَلِكَ وَهُوَ أَنْ يُقَالَ: وَكَانَ اسْتِعْمَالُهُ بِلَفْظِ الْمَاضِي وَإِلَّا لَا يَتِمُّ الدَّلِيلُ وَهُوَ ظَاهِرٌ.

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (لَا يَنْعَقِدُ بِلَفْظَيْنِ. أَحَدُهُمَا الْمَاضِي، وَالْآخَرُ بِلَفْظِ الْمُسْتَقْبَلِ) وَإِنَّمَا لَا يَنْعَقِدُ بِذَلِكَ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ اسْتَعْمَلَ فِيهِ لَفْظَ الْمَاضِي الَّذِي يَدُلُّ عَلَى تَحَقُّقِ وَجُودِهِ فَكَانَ الْإِنْعِقَادُ مُقْتَضِرًا عَلَيْهِ، وَلَأَنَّ لَفْظَ الْمُسْتَقْبَلِ إِنْ كَانَ مِنْ جَانِبِ الْبَائِعِ كَانَ عِدَّةً لَا بَيْعًا، وَإِنْ كَانَ مِنْ جَانِبِ الْمُشْتَرِي كَانَ مُسَاوَمَةً. وَقِيلَ هَذَا إِذَا كَانَ اللَّفْظَانِ أَوْ أَحَدُهُمَا مُسْتَقْبَلًا بِدُونِ نِيَّةِ الْإِجَابِ فِي الْحَالِ.

وَأَمَّا إِذَا كَانَ الْمُرَادُ ذَلِكَ فَيَنْعَقِدُ الْبَيْعُ وَأُسْنَدُ ذَلِكَ إِلَى ثُخْفَةِ الْفُقَهَاءِ وَشَرْحِ: الطَّحَاوِيِّ. ثُمَّ قِيلَ فِي تَعْلِيلِهِ؛ لِأَنَّ صِبْغَةَ الْاسْتِقْبَالِ تَحْتَمِلُ الْحَالَ فَصَحَّتِ النَّيَّةُ. وَقِيلَ لِأَنَّ هَذَا اللَّفْظَ وَضِعَ لِلْحَالِ وَفِي وَقُوعِهِ لِلْاسْتِقْبَالِ ضَرْبُ تَجَوُّزٍ، وَفِيهِ بَحْثٌ لِأَنَّ الْمَذْكُورَ لَفْظُ الْمُسْتَقْبَلِ، وَهُوَ إِنَّمَا يَكُونُ بِالسَّيْنِ أَوْ سَوْفَ وَهُوَ لَا يَحْتَمِلُ الْحَالَ وَلَا

وَضِعَ لَهُ، فَإِنْ أَرَادَ الشَّيْخُ مِنْ لَفْظِ الْمُسْتَقْبَلِ ذَلِكَ فَلَا خَفَاءَ فِي عَدَمِ الْعَقَادِ الْبَيْعِ بِهِ، وَنَبْهٌ الْحَالِ غَيْرُ صَحِيحَةٍ لِعَدَمِ مُصَادَفَتِهَا الْمَحَلِّ.

وَأِنْ أَرَادَ مَا يَحْتَمِلُ الْاسْتِقْبَالَ وَهُوَ صِغَةُ الْمَضَارِعِ فَيَجُوزُ أَنْ يُقَالَ إِنَّهُ لَمْ يَقُلْ بِالْجَوَازِ بِهِ وَإِنْ كَانَ بِالنِّبَةِ لَأَنَّهَا إِنَّمَا تَعْمَلُ فِي الْمَحْتَمَلَاتِ لَا فِي الْمَوْضُوعَاتِ الْأَصْلِيَّةِ، وَالْفِعْلُ الْمَضَارِعُ عِنْدَ الْفُقَهَاءِ حَقِيقَةٌ فِي الْحَالِ عَلَى مَا عَرِفَ فَلَا يَحْتَاجُ إِلَى النِّبَةِ وَلَا يَنْعَقِدُ بِهِ لَمَّا مَرَّ مِنَ الْأَثَرِ وَالْعُقُولِ، لَا يُقَالُ: سَلَمْنَا أَنَّهُ حَقِيقَةٌ فِي الْحَالِ لَكِنَّ النِّبَةَ إِنَّمَا هِيَ لِدَفْعِ الْمُحْتَمَلِ وَهُوَ الْعَدَّةُ لَا لِإِرَادَةِ الْحَقِيقَةِ، لِأَنَّ الْمَعْهُودَ أَنَّ الْمَجَازَ يَحْتَاجُ إِلَى مَا يَنْفِي إِرَادَةَ الْحَقِيقَةِ لَا أَنَّ الْحَقِيقَةَ تَحْتَاجُ إِلَى مَا يَنْفِي إِرَادَةَ الْمَجَازِ عَلَى أَنَّهُ دَافِعٌ لِلْمَعْقُولِ دُونَ الْأَثَرِ.

فَإِنْ قِيلَ: فَمَا وَجْهُ مَا ذَكَرَ فِي شَرْحِ: الطَّحَاوِيِّ؟ فَالْجَوَابُ أَنْ يُقَالَ: الْمَضَارِعُ حَقِيقَةٌ فِي الْحَالِ فِي غَيْرِ الْبُيُوعِ وَالْحَقِيقَةُ الشَّرْعِيَّةُ فِيهَا هُوَ اللَّفْظُ الْمَاضِي وَالْمَضَارِعُ فِيهَا مَجَازٌ فَيَحْتَاجُ إِلَى النِّبَةِ فَقَوْلُهُ (بِخِلَافِ النِّكَاحِ) يَعْنِي أَنَّهُ يَنْعَقِدُ بِذَلِكَ، فَإِنْ أَحَدَهُمَا إِذَا قَالَ زَوَّجَنِي فَقَالَ الْآخَرُ زَوَّجْتُكَ انْعَقَدَ، وَقَدْ مَرَّ الْفَرْقُ هُنَاكَ، وَهُوَ مَا قَالَ إِنَّ هَذَا تَوْكِيلٌ بِالنِّكَاحِ وَالْوَاحِدُ يَتَوَلَّى طَرَفَيِ النِّكَاحِ.

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ: وَقَوْلُهُ (رَضِيتُ أَوْ أُعْطِيتُكَ) هَذَا لِبَيَانِ أَنَّ الْعَقَادَ الْبَيْعَ لَا يَنْحَصِرُ فِي لَفْظِ بَعْتٍ وَاشْتَرَيْتَ، بَلْ كُلُّ مَا دَلَّ عَلَى ذَلِكَ يَنْعَقِدُ بِهِ، فَإِذَا قَالَ بَعْتُ مِنْكَ هَذَا بِكَذَا فَقَالَ رَضِيتُ أَوْ أُعْطِيتُكَ الثَّمَنَ أَوْ قَالَ اشْتَرَيْتَ مِنْكَ هَذَا بِكَذَا فَقَالَ رَضِيتُ أَوْ أُعْطِيتُكَ: أَيُّ الْمَبِيعِ بِذَلِكَ الثَّمَنِ انْعَقَدَ لِإِفَادَةِ الْمَعْنَى الْمَقْصُودِ، وَكَذَا إِذَا قَالَ اشْتَرَيْتَ هَذَا مِنْكَ بِكَذَا فَقَالَ خُذْهُ: يَعْنِي بَعْتُ بِذَلِكَ فَخُذْهُ لِأَنَّهُ أَمَرُهُ بِالْأَخْذِ بِالْبَدَلِ وَهُوَ لَا يَكُونُ إِلَّا بِالْبَيْعِ فَقَدَّرَ الْبَيْعَ اقْتِضَاءً فَصَارَ كُلُّ مَا يُؤَدِّي مَعْنَى بَعْتٍ وَاشْتَرَيْتَ سَوَاءً فِي الْعَقَادِ الْبَيْعِ بِهِ لِأَنَّ الْمَعْنَى هُوَ الْمُعْتَبَرُ فِي هَذِهِ الْعُقُودِ، وَقِيدَهُ بِذَلِكَ لِأَنَّ بَعْضَ الْعُقُودِ قَدْ يَحْتَاجُ إِلَى اللَّفْظِ وَلَا يَنْعَقِدُ بِدُونِهِ كَمَا فِي الْمَفَاوِضَةِ إِذَا لَمْ يُبَيَّنَّا جَمِيعَ مَا تَقْتَضِيهِ (وَلِهَذَا) أَيُّ وَلِكُونِ الْمَعْنَى هُوَ الْمُعْتَبَرُ فِي هَذِهِ الْعُقُودِ (يَنْعَقِدُ الْبَيْعُ بِالتَّعَاطِي فِي النَّفْسِ وَالْخَسِيسِ لِتَحَقُّقِ الْمَقْصُودِ وَهُوَ التَّرَاضِي).

وَقَوْلُهُ (هُوَ الصَّحِيحُ) احْتِرَازٌ عَنْ قَوْلِ الْكَرْخِيِّ الْبَيْعُ يَنْعَقِدُ بِالتَّعَاطِي فِي الْخَسِيسِ

كَالْبَقْلِ وَأَمْثَالِهِ، ثُمَّ إِنَّ مُحَمَّدًا رَحِمَهُ اللَّهُ أَشَارَ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ إِلَى أَنَّ تَسْلِيمَ الْمَبِيعِ يَكْفِي فِي تَحْقِيقِهِ

قَالَ (وَإِذَا أَوْجَبَ) أَحَدُ الْمُتَعَاقِدَيْنِ الْبَيْعَ فَلَا خَيْرَ بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ قَبْلَ فِي الْمَجْلِسِ وَإِنْ شَاءَ رَدًّا، وَهَذَا خِيَارُ الْقَبُولِ؛ لِأَنَّهُ لَوْ لَمْ يَثْبُتْ لَهُ الْخِيَارُ يَلْزَمُهُ حُكْمُ الْبَيْعِ مِنْ غَيْرِ رِضَاهُ، وَإِذَا لَمْ يَفْسُدْ لِحُكْمِ بَدُونِ قَبُولِ الْآخَرِ فَلِلْمُوجِبِ أَنْ يَرْجِعَ عَنْهُ قَبْلَ قَبُولِهِ لَخُلُوهُ عَنْ إِبْطَالِ حَقِّ الْغَيْرِ، وَإِنَّمَا يَمْتَدُّ إِلَى آخِرِ الْمَجْلِسِ؛ لِأَنَّ الْمَجْلِسَ جَامِعَ الْمُتَقَرَّرَاتِ فَاعْتَبِرَتْ سَاعَاتُهُ سَاعَةً وَاحِدَةً دَفْعًا لِلْعُسْرِ وَتَحْقِيقًا لِلْيُسْرِ.

وَالْكِتَابُ كَالْخِطَابِ، وَكَذَا الْإِرْسَالُ حَتَّى أُعْثِرَ مَجْلِسُ بُلُوغِ الْكِتَابِ وَأَدَاءِ الرِّسَالَةِ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَقْبَلَ فِي بَعْضِ الْمَبِيعِ وَلَا أَنْ يَقْبَلَ الْمُشْتَرِي بِبَعْضِ الثَّمَنِ لَعَدَمِ رِضَا الْآخَرِ بِتَفْرِيقِ الصَّفَقَةِ، إِلَّا إِذَا بَيَّنَّ كُلُّ وَاحِدٍ؛ لِأَنَّهُ صَفَقَاتُ مَعْنَى. قَالَ (وَأَيُّهُمَا قَامَ عَنْ الْمَجْلِسِ قَبْلَ الْقَبُولِ بَطَلَ الْإِيجَابُ؛ لِأَنَّ الْقِيَامَ دَلِيلُ الْإِعْرَاضِ) وَالرُّجُوعُ، وَلَهُ ذَلِكَ عَلَى مَا ذَكَرْنَاهُ.

الشرح:

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَإِذَا أَوْجَبَ) إِذَا قَالَ الْبَائِعُ مَثَلًا بِعْتُكَ هَذَا بِكَذَا فَلَا خَيْرَ بِالْخِيَارِ، إِنْ شَاءَ قَالَ فِي الْمَجْلِسِ قَبْلَتْ، وَإِنْ شَاءَ رَدًّا، وَهَذَا يُسَمَّى خِيَارَ الْقَبُولِ، وَهَذَا لِأَنَّهُ لَوْ لَمْ يَكُنْ مُخْتَارًا فِي الرَّدِّ وَالْقَبُولِ لَكَانَ مَجْبُورًا عَلَى أَحَدِهِمَا وَاتَّقَى التَّرَاضِي، فَمَا فَرَضْنَاهُ يَنْبَغِي لَمْ يَكُنْ يَنْبَغِي هَذَا خَلْفًا، وَإِذَا كَانَ إِجْبَابُ أَحَدِهِمَا غَيْرَ مُفِيدٍ لِلْحُكْمِ بَدُونِ قَبُولِ الْآخَرِ كَانَ لِلْمُوجِبِ أَنْ يَرْجِعَ عَنْ إِجْبَابِهِ لَخُلُوهُ عَنْ إِبْطَالِ حَقِّ الْغَيْرِ.

فَإِنْ قِيلَ: سَلَمْنَا أَنْ إِجْبَابُ أَحَدِهِمَا غَيْرُ مُفِيدٍ لِلْحُكْمِ وَهُوَ الْمِلْكُ لَكِنْ حَقُّ الْغَيْرِ لَمْ يَنْحَصِرْ فِي ذَلِكَ فَإِنَّ حَقَّ التَّمْلُكِ ثَبَتَ لِلْمُشْتَرِي بِإِجْبَابِ الْبَائِعِ وَهُوَ حَقُّ لِلْمُشْتَرِي فَلَا يَكُونُ الرُّجُوعُ خَالِيًا عَنْ إِبْطَالِ حَقِّ الْغَيْرِ. فَالْجَوَابُ أَنَّ الْإِجْبَابَ إِذَا لَمْ يَكُنْ مُفِيدًا لِلْحُكْمِ وَهُوَ الْمِلْكُ كَانَ الْمِلْكُ حَقِيقَةً لِلْبَائِعِ وَحَقُّ التَّمْلُكِ لِلْمُشْتَرِي إِنْ سَلِمَ بُتُوهُ بِإِجْبَابِ الْبَائِعِ لَا يَمْنَعُ الْحَقِيقَةَ لَكُونِهَا أَقْوَى مِنَ الْحَقِّ لَا مَحَالَةَ وَلَا يَنْتَقِضُ بِمَا إِذَا دَفَعَ الزَّكَاةَ إِلَى السَّاعِي قَبْلَ الْحَوْلِ، فَإِنَّ الْمُرْكَبِي لَا يَقْدِرُ عَلَى الْاسْتِرْدَادِ لِتَعَلُّقِ حَقِّ الْفَقِيرِ بِالْمُدْفُوعِ، لِأَنَّ حَقِيقَةَ الْمِلْكِ زَالَتْ مِنَ الْمُرْكَبِي فَعَمِلَ الْحَقُّ عَمَلَهُ لَا تَنْفَاءً مَا هُوَ أَقْوَى مِنْهُ

(قَوْلُهُ وَإِنَّمَا يَمْتَدُّ إِلَى آخِرِ الْمَجْلِسِ) يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ جَوَابًا عَمَّا يُقَالُ مَا وَجْهُهُ اخْتِصَاصُ خِيَارِ الرَّدِّ وَالْقَبُولِ بِالْمَجْلِسِ وَلَمْ لَا يَنْطَلِ الْإِجَابُ عَقِيبَ خُلُوهٍ عَنِ الْقَبُولِ أَوْ لَمْ يَتَوَقَّفْ عَلَى مَا وَرَاءَ الْمَجْلِسِ. وَتَقْرِيرُ الْجَوَابِ أَنَّ فِي إِبْطَالِهِ قَبْلَ انْقِضَاءِ الْمَجْلِسِ عُسْرًا بِالمُشْتَرِي، وَفِي إِنْقَائِهِ فِيمَا وَرَاءَ الْمَجْلِسِ عُسْرًا بِالبَائِعِ، وَفِي التَّوَقُّفِ عَلَى الْمَجْلِسِ يُسْرًا بِهِمَا جَمِيعًا. وَالْمَجْلِسُ جَامِعٌ لِلْمُتَفَرِّقَاتِ كَمَا تَقَدَّمَ فِي أَوَّلِ الْكِتَابِ فَجُعِلَتْ سَاعَاتُهُ سَاعَةً وَاحِدَةً دَفْعًا لِلْعُسْرِ وَتَحْقِيقًا لِلْيُسْرِ.

فَإِنْ قِيلَ: فَلَمْ لَا يَكُونُ الْخُلْعُ وَالْعِنَقُ عَلَى مَا لَ كَذَلِكَ؟ فَالْجَوَابُ أَنَّهُمَا اشْتَمَلَا عَلَى الِیَمِینِ مِنْ جَانِبِ الرُّوْجِ وَالْمَوْلَى فَكَانَ ذَلِكَ مَانِعًا عَنِ الرُّجُوعِ فِي الْمَجْلِسِ فَيَتَوَقَّفُ الْإِجَابُ فِيهِمَا عَلَى مَا وَرَاءَ الْمَجْلِسِ. قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَالْكِتَابُ كَالْخُطَابِ) إِذَا كَتَبَ أَمَّا بَعْدُ فَقَدْ بَعَثْتُ عَبْدِي فَلَانًا بِأَلْفٍ دِرْهَمٍ أَوْ قَالَ لِرَسُولِهِ بَعْتُ هَذَا مِنْ فُلَانٍ الْعَائِبِ بِأَلْفٍ دِرْهَمٍ فَاذْهَبْ فَأَخْبِرْهُ بِذَلِكَ فَوَصَلَ الْكِتَابُ إِلَى الْمَكْتُوبِ إِلَيْهِ وَأَخْبَرَ الرَّسُولُ الْمُرْسَلُ إِلَيْهِ فَقَالَ فِي مَجْلِسِ بُلُوغِ الْكِتَابِ وَالرِّسَالَةِ اشْتَرَيْتُ أَوْ قَبِلْتُ ثُمَّ الْبَيْعُ بَيْنَهُمَا. لِأَنَّ الْكِتَابَ مِنْ الْعَائِبِ كَالْخُطَابِ مِنَ الْحَاضِرِ.

«لَأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ كَانَ يُبْلَغُ ثَارَةً بِالْكِتَابِ وَثَارَةً بِالْخُطَابِ»، وَكَانَ ذَلِكَ سَوَاءً فِي كَوْنِهِ مُبْلَغًا. وَكَذَلِكَ الرَّسُولُ مُعَبَّرٌ وَسَفِيرٌ فَتَقِلَّ كَلَامُهُ إِلَيْهِ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَقْبَلَ فِي بَعْضِ الْمَبِيعِ) يَعْنِي إِذَا أَوْجَبَ الْبَائِعُ الْبَيْعَ فِي شَيْئَيْنِ فَصَاعِدًا وَأَرَادَ الْمُشْتَرِي قَبُولَ الْعَقْدِ فِي أَحَدِهِمَا لَا غَيْرُ. فَإِنْ كَانَتْ الصَّفَقَةُ وَاحِدَةً فَلَيْسَ لَهُ ذَلِكَ لِتَضَرُّرِ الْبَائِعِ بِتَفْرِيقِ الصَّفَقَةِ عَلَيْهِ لِأَنَّ الْعَادَةَ فِيمَا بَيْنَ النَّاسِ أَنَّهُمْ يَضُمُّونَ الْجَيِّدَ إِلَى الرَّدِيءِ فِي الْبَيَاعَاتِ وَيُنْقِصُونَ عَنْ ثَمَنِ الْجَيِّدِ لِتَرْوِيجِ الرَّدِيءِ بِهِ، فَلَوْ تَبَتَّ خِيَارُ قَبُولِ الْعَقْدِ فِي أَحَدِهِمَا لَقَبِلَ الْمُشْتَرِي الْعَقْدَ فِي الْجَيِّدِ وَتَرَكَ الرَّدِيءَ فَزَالَ الْجَيِّدُ عَنْ يَدِ الْبَائِعِ بِأَلْفٍ مِنْ ثَمَنِهِ وَفِيهِ ضَرَرٌ عَلَى الْبَائِعِ لَا مَحَالَةَ.

وَهَذَا التَّغْلِيلُ فِي الصُّورَةِ الْمَوْضُوعَةِ صَحِيحٌ، وَأَمَّا إِذَا وَضِعَتِ الْمَسْأَلَةُ فِيمَا إِذَا بَاعَ عَبْدًا بِأَلْفٍ مَثَلًا وَقَبِلَ الْمُشْتَرِي فِي نَصْفِهِ فَلَيْسَ بِصَحِيحٍ. وَالصَّحِيحُ فِيهِ أَنْ يُقَالُ: يَتَضَرَّرُ الْبَائِعُ بِسَبَبِ الشَّرَكَةِ. فَإِنْ قِيلَ: فَإِنْ رَضِيَ الْبَائِعُ فِي الْمَجْلِسِ هَلْ يَصِحُّ أَوْ لَا؟ أَجِيبَ بِأَنَّ الْقُدُورِيَّ قَالَ: إِنَّهُ يَصِحُّ وَيَكُونُ ذَلِكَ مِنَ الْمُشْتَرِي فِي الْحَقِيقَةِ اسْتِثْنَاءً

إِجَابَ لَا قَبُولَ، وَرَضَا الْبَائِعِ قَبُولًا. قَالَ: وَإِنَّمَا يَصِحُّ مِثْلُ هَذَا إِذَا كَانَ لِلْبَعْضِ الَّذِي قَبْلَهُ الْمُشْتَرِي حِصَّةٌ مَعْلُومَةٌ مِنَ الثَّمَنِ كَالصُّورَةِ الْمَذْكُورَةِ، وَفِي الْقَفِيزَيْنِ بَاعَهُمَا بَعْشَرَةً لِأَنَّ الثَّمَنَ يَنْفَسِمُ عَلَيْهِمَا بِاعْتِبَارِ الْأَجْزَاءِ فَتَكُونُ حِصَّةُ كُلِّ بَعْضٍ مَعْلُومَةً، فَأَمَّا إِذَا أَضَافَ الْعَقْدَ إِلَى عَبْدَيْنِ أَوْ ثَوْبَيْنِ لَمْ يَصِحَّ الْعَقْدُ بِقَبُولِ أَحَدِهِمَا وَإِنْ رَضِيَ الْبَائِعُ لِأَنَّهُ يَلْزَمُ الْبَيْعُ بِالْحِصَّةِ ابْتِدَاءً.

وَأَنَّهُ لَا يَجُوزُ كَمَا سَيَأْتِي، وَإِنْ كَانَتْ الصَّفَقَةُ مُتَّفَقَةً كَانَ لَهُ ذَلِكَ لَا تَنَفَاءً الضَّرَرِ عَنِ الْبَائِعِ، وَإِلَيْهِ أَشَارَ بِقَوْلِهِ (إِلَّا إِذَا بَيَّنَّ ثَمَنَ كُلِّ وَاحِدٍ لِأَنَّهَا صَفَقَاتٌ مَعْنَى) وَالصَّفَقَةُ ضَرْبُ الْيَدِ عَلَى الْيَدِ فِي الْبَيْعِ وَالْبَيْعَةِ. ثُمَّ جُعِلَتْ عِبَارَةٌ عَنِ الْعَقْدِ نَفْسِهِ، وَالْعَقْدُ يَحْتَاجُ إِلَى مَبِيعٍ وَثَمَنِ وَبَائِعٍ وَمُشْتَرٍ وَبَيْعٍ وَشِرَاءٍ، وَبِاتِّحَادِ بَعْضِ هَذِهِ الْأَشْيَاءِ مَعَ بَعْضٍ وَتَفَرُّقِهَا يَحْصُلُ اتِّحَادُ الصَّفَقَةِ وَتَفَرُّقُهَا، فَإِذَا اتَّحَدَ الْجَمْعُ اتَّحَدَتِ الصَّفَقَةُ، وَكَذَا إِذَا اتَّحَدَ سِوَى الْمَبِيعِ كَقَوْلِهِ بِعْتُهُمَا بِمِائَةِ فَقَالَ قَبِلْتُ.

وَاتِّحَادُ الْجَمِيعِ سِوَى الثَّمَنِ لَا يُتَصَوَّرُ فَيَكُونُ مَعَ تَعَدُّدِ الْمَبِيعِ كَأَن قَال بِعْتُهُمَا بِمِائَةٍ فَقَالَ قَبِلْتُ أَحَدَهُمَا بِسِتِّينَ وَالْآخَرَ بِأَرْبَعِينَ وَذَلِكَ يَكُونُ صَفَقَةً وَاحِدَةً أَيْضًا كَمَا ذَكَرَ فِي الْكِتَابِ، وَاتِّحَادُ الْجَمِيعِ سِوَى الْبَائِعِ كَأَن قَال بَعْنَا هَذَا مِنْكَ بِمِائَةٍ فَقَالَ قَبِلْتُ يُوجِبُ اتِّحَادَ الصَّفَقَةِ، وَاتِّحَادُ الْجَمِيعِ سِوَى الْمُشْتَرِي كَأَن قَال بَعْتُهُ مِنْكُمَا بِمِائَةٍ فَقَالَ قَبِلْنَا كَذَلِكَ وَتَفَرَّقَ الْجَمِيعُ يُوجِبُ تَفَرُّقَ الصَّفَقَةِ وَتَفَرُّقَ الْمَبِيعِ.

وَالثَّمَنُ إِنْ كَانَ بِتَكْرِيرِ لَفْظِ الْمَبِيعِ فَكَذَلِكَ، وَكَذَا تَفَرُّقُهُمَا بِتَكْرِيرِ لَفْظِ الشِّرَاءِ، هَذَا كُلُّهُ قِيَاسًا وَاسْتِحْسَانًا، وَأَمَّا تَعَدُّدُ الْبَائِعِ مَعَ تَعَدُّدِ الثَّمَنِ وَالْمَبِيعِ بِلا تَكْرِيرِ لَفْظِ الْبَيْعِ فَكَذَا تَفَرُّقُ الْمُشْتَرِي مَعَ تَفَرُّقِ الْمَبِيعِ وَالثَّمَنِ بِدُونِ تَكْرِيرِ لَفْظِ الشِّرَاءِ فَيُوجِبُ التَّفَرُّقَ قِيَاسًا لَا اسْتِحْسَانًا. وَقِيلَ لَا يُوجِبُ التَّفَرُّقُ عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَيُوجِبُهُ عَلَى قَوْلِ صَاحِبِيهِ، قَالَ: وَأَيُّهُمَا قَامَ مِنَ الْمَجْلِسِ قَبْلَ الْقَبُولِ بَطَلَ الْإِجَابُ، هَذَا مُتَّصِلٌ بِقَوْلِهِ إِنْ شَاءَ قَبْلَ فِي الْمَجْلِسِ وَإِنْ شَاءَ رَدًّا.

وَهُوَ إِشَارَةٌ إِلَى أَنَّ رَدَّ الْإِجَابِ تَارَةً يَكُونُ صَرِيحًا وَأُخْرَى دَلَالَةً، فَإِنَّ الْقِيَامَ دَلِيلًا لِلْإِعْرَاضِ وَالرُّجُوعِ، وَقَدْ ذَكَرْنَا أَنَّ الْمَوْجِبَ الرُّجُوعُ صَرِيحًا، وَالْدَّلَالَةُ تَعْمَلُ عَمَلُ الصَّرِيحِ. فَإِنْ قِيلَ: الدَّلَالَةُ تَعْمَلُ عَمَلُ الصَّرِيحِ إِذَا لَمْ يُوجَدْ صَرِيحٌ يُعَارِضُهَا وَهَاهُنَا لَوْ

قَالَ بَعْدَ الْقِيَامِ قَبِلْتُ وَجِدَ الصَّرِيحُ فَيَتَرَجَّحُ عَلَى الدَّلَالَةِ. أَجِيبَ بِأَنَّ الصَّرِيحَ إِنَّمَا وَجِدَ بَعْدَ عَمَلِ الدَّلَالَةِ فَلَا يُعَارِضُهَا

وَإِذَا حَصَلَ الْإِجَابُ وَالْقَبُولُ لَزِمَ الْبَيْعُ وَلَا خِيَارَ لِوَاحِدٍ مِنْهُمَا إِلَّا مِنْ عَيْبٍ أَوْ عَدَمِ رُؤْيَةٍ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ يَثْبُتُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا خِيَارُ الْمَجْلِسِ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «الْمُتَبَايِعَانِ بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا»^(١) وَلَنَا أَنَّ فِي الْفَسْخِ إِبْطَالُ حَقِّ الْآخَرِ فَلَا يَجُوزُ. وَالْحَدِيثُ مَحْمُولٌ عَلَى خِيَارِ الْقَبُولِ. وَفِيهِ إِشَارَةٌ إِلَيْهِ فَإِنَّهُمَا مُتَبَايِعَانِ حَالَتَ الْمُبَاشَرَةِ لَا بَعْدَهَا أَوْ يَحْتَمِلُهُ فَيَحْمَلُ عَلَيْهِ، وَالتَّفَرُّقُ فِيهِ تَفَرُّقُ الْأَقْوَالِ.

الشرح:

(وَإِذَا حَصَلَ الْإِجَابُ وَالْقَبُولُ ثُمَّ الْبَيْعُ وَلَزِمَ، وَلَيْسَ لِوَاحِدٍ مِنَ الْمُتَعَاقِدَيْنِ الْخِيَارُ إِلَّا مِنْ عَيْبٍ أَوْ عَدَمِ رُؤْيَةٍ) خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ فَإِنَّهُ أَثْبَتَ لِكُلِّ مِنْهُمَا خِيَارَ الْمَجْلِسِ عَلَى مَعْنَى أَنَّ لِكُلِّ مِنَ الْمُتَعَاقِدَيْنِ بَعْدَ تَمَامِ الْعَقْدِ أَنْ يَرُدَّ الْعَقْدَ بِذَوْنِ رِضَا صَاحِبِهِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا بِالْأَبْدَانِ، وَاسْتَدَلَّ عَلَى ذَلِكَ (بِقَوْلِهِ ﷺ «الْبَيْعَانِ بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا»)^(١) فَإِنَّ التَّفَرُّقَ عَرَضٌ فَيَقُومُ بِالْجَوْهَرِ وَهُوَ الْأَبْدَانُ.

(وَلَنَا أَنَّ فِي الْفَسْخِ إِبْطَالُ حَقِّ الْآخَرِ) وَهُوَ لَا يَجُوزُ. وَالْجَوَابُ عَنِ الْحَدِيثِ أَنَّهُ مَحْمُولٌ عَلَى خِيَارِ الْقَبُولِ وَقَدْ تَقَدَّمَ تَفْسِيرُهُ. وَفِيهِ إِشَارَةٌ إِلَى ذَلِكَ لِأَنَّ الْأَحْوَالَ ثَلَاثٌ: قَبْلَ قَبُولِهِمَا. وَبَعْدَ قَبُولِهِمَا، وَبَعْدَ كَلَامِ الْمَوْجِبِ قَبْلَ قَوْلِ الْمُجِيبِ. وَإِطْلَاقُ الْمُتَبَايِعَيْنِ فِي الْأَوَّلَيْنِ مَجَازٌ بِاعْتِبَارِ مَا يُثْبَلُ إِلَيْهِ أَوْ مَا كَانَ عَلَيْهِ. وَالثَّلَاثُ حَقِيقَةٌ فَيَكُونُ مُرَادًا، أَوْ يُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ مُرَادًا فَيَحْمَلُ عَلَيْهِ. وَالْفَرْقُ بَيْنَهُمَا أَنْ أَحَدَهُمَا مُرَادٌ وَالْآخَرُ مُحْتَمَلٌ لِلْإِرَادَةِ. لَا يُقَالُ: الْعُقُودُ الشَّرْعِيَّةُ فِي حُكْمِ الْجَوَاهِرِ فَيَكُونَانِ مُتَبَايِعَيْنِ بَعْدَ وَجُودِ كَلَامِهِمَا، لِأَنَّ الْبَاقِيَ بَعْدَ كَلَامِهِمَا حُكْمٌ كَلَامِيًّا شَرْعًا لَا حَقِيقَةً كَلَامِيًّا، وَالْكَلَامُ فِي حَقِيقَةِ الْكَلَامِ وَهَذَا التَّأْوِيلُ مَنْقُولٌ عَنْ إِبْرَاهِيمَ النَّخَعِيِّ.

وَقَوْلُهُ (وَالْتَّفَرُّقُ تَفَرُّقُ الْأَقْوَالِ) جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ التَّفَرُّقُ عَرَضٌ فَيَقُومُ بِالْجَوْهَرِ. وَلَقَائِلُ أَنْ يَقُولَ: حَمَلُ التَّفَرُّقِ عَلَى ذَلِكَ يَسْتَلْزِمُ قِيَامَ الْعَرَضِ بِالْعَرَضِ وَهُوَ مُحَالٌ بِاجْتِمَاعِ مُتَكَلِّمِي أَهْلِ السُّنَّةِ فَيَكُونُ إِسْنَادُ التَّفَرُّقِ إِلَيْهَا مَجَازًا، فَمَا وَجْهُ تَرْجِيحِ

(١) أخرجه البخاري في البيوع باب ٤٢ حديث (٢١٠٧)، ومسلم في البيوع (حديث ٤٥).

مَجَازَكُمْ عَلَى مَجَازِهِمْ؟. وَأَجِيبَ بِأَنَّ إِسْنَادَ التَّفْرِيقِ وَالتَّفَرُّقِ إِلَى غَيْرِ الْأَعْيَانِ سَائِغٌ شَائِعٌ، فَصَارَ بِسَبَبِ فَتْوَى الْأَسْتَعْمَالِ فِيهِ بِمَنْزِلَةِ الْحَقِيقَةِ، قَالَ تَعَالَى ﴿وَمَا تَفَرَّقَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ﴾ [البينة: ٤] الْآيَةَ وَقَالَ ﴿لَا تُفَرِّقْ بَيْنَ أَحَدٍ مِنْ رُسُلِهِ﴾ [البقرة: ٢٨٥] وَالْمَرَادُ التَّفَرُّقُ فِي الْأَعْتِقَادِ.

وَقَالَ ﷺ «سَتَفْتَرِقُ أُمَّتِي عَلَى ثَلَاثٍ وَسَبْعِينَ فِرْقَةً» وَهُوَ أَيْضًا فِي الْأَعْتِقَادِ، وَفِيهِ نَظَرٌ لِأَنَّ الْمَجَازَ بِاعْتِبَارِ مَا يَقُولُ إِلَيْهِ أَوْ مَا كَانَ عَلَيْهِ أَيْضًا كَذَلِكَ، عَلَى أَنَّ ذَلِكَ يَصِحُّ عَلَى مَذْهَبِ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ لَا عَلَى مَذْهَبِ أَبِي حَنِيفَةَ، فَإِنَّ الْحَقِيقَةَ الْمُسْتَعْمَلَةَ أَوَّلَى مِنَ الْمَجَازِ الْمُتَعَارَفِ عِنْدَهُ، وَلَعَلَّ الْأَوَّلَى أَنْ يَقَالَ: حَمْلُهُ عَلَى التَّفَرُّقِ بِالْأَبْدَانِ رَدٌّ إِلَى الْجَهَالَةِ، إِذْ لَيْسَ لَهُ وَقْتُ مَعْلُومٌ وَلَا غَايَةٌ مَعْرُوفَةٌ فَيَصِيرُ مِنْ أَشْبَاهِ بَيْعِ الْمُلَامَسَةِ وَالْمُنَابَذَةِ وَهُوَ مَقْطُوعٌ بِفَسَادِهِ عَادَةً، وَهَذَا مَعْنَى قَوْلِ مَالِكٍ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَيْسَ لِهَذَا الْحَدِيثِ حَدٌّ مَعْرُوفٌ.

أَوْ نَقُولُ: التَّفَرُّقُ يُطْلَقُ عَلَى الْأَعْيَانِ وَالْمَعَانِي بِالِاشْتِرَاكِ اللَّفْظِيِّ. وَتَرَجَّحُ جِهَةٌ التَّفَرُّقُ بِالْأَقْوَالِ بِمَا ذَكَرْنَا مِنْ أَدَاءِ حَمْلِهِ عَلَى التَّفَرُّقِ بِالْأَبْدَانِ إِلَى الْجَهَالَةِ وَهَذَا التَّأْوِيلُ: أَعْنِي حَمْلَ التَّفَرُّقِ عَلَى الْأَقْوَالِ مَقُولٌ عَنْ مُحَمَّدٍ بْنِ الْحَسَنِ رَحِمَهُ اللَّهُ.

قَالَ (وَالْأَعْوَاضُ الْمُشَارُ إِلَيْهَا لَا يُحْتَاجُ إِلَى مَعْرِفَةٍ مِقْدَارِهَا فِي جَوَازِ الْبَيْعِ) لِأَنَّ بِالْإِشَارَةِ كِفَايَةً فِي التَّعْرِيفِ وَجَهَالَةُ الْوَصْفِ فِيهِ لَا تُفْضِي إِلَى الْمُنَازَعَةِ

الشرح:

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَالْأَعْوَاضُ الْمُشَارُ إِلَيْهَا لَا يُحْتَاجُ إِلَى مَعْرِفَةٍ مِقْدَارِهَا) الْأَعْوَاضُ الْمُشَارُ إِلَيْهَا ثَمَنًا كَانَتْ أَوْ مُثْمَنًا لَا يُحْتَاجُ إِلَى مَعْرِفَةٍ مِقْدَارِهَا فِي جَوَازِ الْبَيْعِ، لِأَنَّ بِالْإِشَارَةِ كِفَايَةً فِي التَّعْرِيفِ الْمُنَافِي لِلْجَهَالَةِ الْمُفْضِيَةِ إِلَى الْمُنَازَعَةِ الْمَانِعَةِ مِنَ التَّسْلِيمِ وَالتَّسْلِيمِ الَّذِينَ أَوْجَبَهُمَا عَقْدُ الْبَيْعِ، فَإِنَّ جَهَالَةَ الْوَصْفِ لَا تُفْضِي إِلَى الْمُنَازَعَةِ لَوْجُودِ مَا هُوَ أَقْوَى مِنْهُ فِي التَّعْرِيفِ، وَكَوْنُ التَّقَابُضِ نَاجِزًا فِي الْبَيْعِ بِخِلَافِ السَّلَمِ عَلَى مَا سَيَأْتِي، وَهَذَا إِنْمَا يَسْتَقِيمُ إِذَا لَمْ تَكُنْ الْأَعْرَاضُ رِبَوِيَّةً، أَمَّا إِذَا كَانَتْ رِبَوِيَّةً فَجَهَالَةُ الْمِقْدَارِ تَمْنَعُ الصَّحَّةَ لِاحْتِمَالِ الرِّبَا، وَإِنْمَا لَمْ يُقَيَّدْ فِي الْكِتَابِ لِأَنَّ ذَلِكَ مِمَّا يَتَعَلَّقُ بِالرِّبَا وَهَذَا الْبَابُ لَيْسَ لَبِّيَانَةً.

(وَالْأَثْمَانُ الْمُطْلَقَةُ) لَا تَصِحُّ إِلَّا أَنْ تَكُونَ مَعْرُوفَةً الْقَدْرِ وَالصِّفَةِ؛ لِأَنَّ التَّسْلِيمَ وَالتَّسْلِيمَ وَاجِبٌ بِالْعَقْدِ، وَهَذِهِ الْجِهَالَةُ مُفْضِيَةٌ إِلَى الْمُنَازَعَةِ فَيَمْتَنِعُ التَّسْلِيمُ وَالتَّسْلِيمُ، وَكُلُّ جِهَالَةٍ هَذِهِ صِفَتُهَا تَمْنَعُ الْجَوَازَ، هَذَا هُوَ الْأَصْلُ

الشرح:

قَالَ (وَالْأَثْمَانُ الْمُطْلَقَةُ لَا تَصِحُّ إِلَّا أَنْ تَكُونَ مَعْرُوفَةً الْقَدْرِ وَالصِّفَةِ) الْأَثْمَانُ الْمُطْلَقَةُ عَنِ الْإِشَارَةِ لَا يَصِحُّ بِهَا الْعَقْدُ إِلَّا أَنْ تَكُونَ مَعْلُومَةً الْقَدْرِ كَعَشْرَةٍ وَنَحْوِهَا، وَالصِّفَةِ كَكُونِهَا بُخَارِيًّا أَوْ سَمَرْقَنْدِيًّا لِأَنَّ التَّسْلِيمَ وَاجِبٌ بِالْعَقْدِ، وَكُلُّ مَا هُوَ وَاجِبٌ بِالْعَقْدِ يَمْتَنِعُ حُصُولُهُ بِالْجِهَالَةِ الْمُفْضِيَةِ إِلَى النِّزَاعِ فَالتَّسْلِيمُ يَمْتَنِعُ بِهَا (وَهَذِهِ الْجِهَالَةُ مُفْضِيَةٌ إِلَى الْمُنَازَعَةِ فَيَمْتَنِعُ التَّسْلِيمُ وَالتَّسْلِيمُ) وَيَفُوتُ الْغَرَضُ الْمَطْلُوبُ مِنَ الْبَيْعِ.

قَالَ (وَيَجُوزُ الْبَيْعُ بِثَمَنِ حَالٍ وَمَوْجِلٍ إِذَا كَانَ الْأَجَلُ مَعْلُومًا) لِإِطْلَاقِ قَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ وَعَنْهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «أَنَّهُ اشْتَرَى مِنْ يَهُودِيٍّ طَعَامًا إِلَى أَجَلٍ مَعْلُومٍ وَرَهْنَةً دِرْعَةً». وَلَا بُدَّ أَنْ يَكُونَ الْأَجَلُ مَعْلُومًا؛ لِأَنَّ الْجِهَالَةَ فِيهِ مَانِعَةٌ مِنَ التَّسْلِيمِ الْوَاجِبِ بِالْعَقْدِ، فَهَذَا يُطَالِبُهُ بِهِ فِي قَرِيبِ الْمُدَّةِ، وَهَذَا يُسَلِّمُهُ فِي بَعِيدِهَا.

الشرح:

قَالَ (وَيَجُوزُ الْبَيْعُ بِثَمَنِ حَالٍ) قَالَ الْكَرْخِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: الْمَبِيعُ مَا تَعَيَّنَ فِي الْعَقْدِ وَالثَّمَنِ مَا لَمْ يَتَّعَيْنْ، وَهَذَا عَلَى الْمَذْهَبِ، فَإِنَّ الدَّرَاهِمَ تَتَّعَيْنُ عِنْدَ الشَّافِعِيِّ فِي الْبَيْعِ وَهُوَ ثَمَنٌ بِالِاتِّفَاقِ. وَقَالَ أَبُو الْفَضْلِ الْكَرْمَانِيُّ فِي الْإِبْصَاحِ: الثَّمَنُ مَا كَانَ فِي الذِّمَّةِ نَقْلُهُ عَنِ الْفَرَاءِ وَهُوَ مَنْقُوضٌ بِالْمُسْلِمِ فِيهِ فَإِنَّهُ يَثْبُتُ فِي الذِّمَّةِ وَلَيْسَ بِثَمَنِ.

وَقِيلَ الْمَبِيعُ مَا يَحِلُّهُ الْعَقْدُ مِنَ الْأَعْيَانِ ابْتِدَاءً، وَقَوْلُهُ ابْتِدَاءً احْتِرَازٌ عَنِ الْمُسْتَأْجَرِ، فَإِنَّهُ إِنَّمَا يَحِلُّهُ الْعَقْدُ، بِاعْتِبَارِ قِيَامِهِ مَقَامَ الْمَنْفَعَةِ عَلَى أَحَدِ طَرِيقَيْ أَصْحَابِنَا فِي الْإِجَارَةِ، وَالثَّمَنُ مَا يُقَابَلُهُ وَيَنْقَسِمُ كُلُّ مِنْهُمَا إِلَى مَحْضٍ وَمُتَرَدِّدٍ، فَالْمَبِيعُ الْمَحْضُ هُوَ الْأَعْيَانُ الَّتِي لَيْسَتْ مِنْ ذَوَاتِ الْأَمْثَالِ إِلَّا الثِّيَابُ الْمَوْصُوفَةُ وَقَعَتْ فِي الذِّمَّةِ إِلَى أَجَلٍ بَدَلًا عَنْ عَيْنٍ فَإِنَّهَا أَثْمَانٌ، وَلَيْسَ اشْتِرَاطُ الْأَجَلِ لِكُونِهِ ثَمَنًا بَلْ لِيَصِيرَ مُلْحَقًا بِالسَّلَمِ فِي كَوْنِهَا دَيْنًا فِي الذِّمَّةِ.

وَالثَّمَنُ الْمَحْضُ هُوَ مَا خُلِقَ لِلثَّمَنِ كَالدَّرَاهِمِ وَالذَّنَانِيرِ وَالتُّرَدُّدُ بَيْنَهُمَا كَالْمَكِيلَاتِ

وَالْمُزُونَاتِ وَالْعَدَدِيَّاتِ الْمُتَقَارِبَةِ فَإِنَّهَا مَبِيعَةٌ نَظَرًا إِلَى الْإِثْنَاعِ بِأَعْيَانِهَا، أَوْثَانٌ نَظَرًا إِلَى أَنَّهَا مِثْلِيَّةٌ كَالْتَقْدِينِ، فَإِنْ قَابَلَهَا التَّقْدَانِ فَهِيَ مُعَيَّنَةٌ، وَإِنْ قَابَلَهَا عَيْنٌ وَهِيَ مُعَيَّنَةٌ فَهِيَ مَبِيعَةٌ وَأَوْثَانٌ لِأَنَّ الْبَيْعَ لَا بُدَّ لَهُ مِنْهُمَا وَلَيْسَ أَحَدُهُمَا أَوْلَى بِأَنْ يُجْعَلَ مَبِيعًا مِنَ الْآخَرِ فَجُعِلَ كُلُّ وَاحِدٍ مَبِيعًا وَثَمَنًا وَإِنْ كَانَتْ أَغْنِي الْمَكِيلَاتِ وَالْمُزُونَاتِ غَيْرَ مُعَيَّنَةٍ، فَإِنْ دَخَلَتْ فِيهَا الْبَاءُ مِثْلُ أَنْ يُقَالَ اشْتَرَيْتَ هَذَا الْعَبْدَ بِكَرٍّ حِنْطَةٍ وَقَدْ وَصَفَهَا كَانَتْ ثَمَنًا، وَإِنْ دَخَلَتْ فِي غَيْرِهَا كَأَنْ يُقَالَ: اشْتَرَيْتَ الْكَرَّ بِهَذَا الْعَبْدِ كَانَ مَبِيعًا وَلَا يَصِحُّ إِلَّا سَلَمًا بِشُرُوطِهِ.

هَذَا مُلَخَّصُ كَلَامِهِمْ فِي هَذَا الْمَوْضِعِ. وَأَقُولُ: الْأَعْيَانُ ثَلَاثَةٌ: نُقُودٌ أَغْنِي الدَّرَاهِمَ وَالْذَنَانِيرَ، وَسِلْعٌ كَالثِّيَابِ وَالذُّورِ وَالْعَبِيدِ وَغَيْرِ ذَلِكَ. وَمُقَدَّرَاتٌ كَالْمَكِيلَاتِ وَالْمُزُونَاتِ وَالْعَدَدِيَّاتِ الْمُتَقَارِبَةِ، وَيَبِيعُ غَيْرُ التَّقْدِينِ بِالتَّقْدِينِ يَشْتَمِلُ عَلَى الْمَبِيعِ الْمُخْضِ وَالثَّمَنِ الْمُخْضِ، وَمَا عَدَا ذَلِكَ فَهُوَ مُتَرَدِّدٌ بَيْنَ كَوْنِهِ مَبِيعًا وَثَمَنًا، وَالتَّمْيِيزُ فِي اللَّفْظِ بِدُخُولِ الْبَاءِ وَعَدَمِهِ.

قَالَ (وَالْبَيْعُ بِالثَّمَنِ الْحَالِ وَالْمُوجَلِّ جَائِزٌ) لِإِطْلَاقِ قَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ وَلَمَّا رُوِيَ «أَنَّهُ ﷺ اشْتَرَى مِنْ يَهُودِيٍّ طَعَامًا إِلَى أَجَلٍ وَرَهْنَهُ دِرْعَةً» لَكِنْ لَا بُدَّ وَأَنْ يَكُونَ الْأَجَلُ مَعْلُومًا لَعَلَّا يُفْضَى إِلَى مَا يَمْنَعُ الْوَاجِبَ بِالْعَقْدِ وَهُوَ التَّسْلِيمُ وَالتَّسَلُّمُ، فَرَبَّمَا يُطَالَبُ الْبَائِعُ فِي مُدَّةٍ قَرِيبَةٍ وَالْمُشْتَرِي يُؤَخَّرُ إِلَى بَعِيدِهَا.

قَالَ (وَمَنْ أَطْلَقَ الثَّمَنَ فِي الْبَيْعِ كَانَ عَلَى غَالِبِ نَقْدِ الْبَلَدِ)؛ لِأَنَّهُ الْمُتَعَارَفُ، وَفِيهِ التَّحَرِّيُّ لِلْجَوَازِ فَيُصْرَفُ إِلَيْهِ (فَإِنْ كَانَتْ النُّقُودُ مُخْتَلَفَةً فَالْبَيْعُ فَاسِدٌ إِلَّا أَنْ يُبَيَّنَ أَحَدُهُمَا) وَهَذَا إِذَا كَانَ الْكُلُّ فِي الرُّوَاجِ سَوَاءً؛ لِأَنَّ الْجَهَالَتَ مُفْضِيَةً إِلَى الْمُنَازَعَةِ إِلَّا أَنْ تَرْتَفَعَ الْجَهَالَتُ بِالْبَيَانِ أَوْ يَكُونَ أَحَدُهُمَا أَغْلَبَ وَأَرُوجَ فَحِينَئِذٍ يُصْرَفُ إِلَيْهِ تَحَرِّيًّا لِلْجَوَازِ وَهَذَا إِذَا كَانَتْ مُخْتَلَفَةً فِي الْمَالِيَّةِ، فَإِنْ كَانَتْ سَوَاءً فِيهَا كَالثَّنَائِيِّ وَالثَّلَاثِيِّ وَالتَّنَصُّرِيِّ الْيَوْمَ بِسَمَرَقَنْدَ وَالْإِخْتِلَافُ بَيْنَ الْعَدَالِي بِفِرْعَانَتِهِ جَازَ الْبَيْعُ إِذَا أُطْلِقَ اسْمُ الدَّرْهِمِ، كَذَا قَالُوا، وَيَنْصَرَفُ إِلَى مَا قَدَرَهُ مِنْ أَيِّ نَوْعٍ كَانَ؛ لِأَنَّهُ لَا مُنَازَعَةَ وَلَا اخْتِلَافَ فِي الْمَالِيَّةِ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ أَطْلَقَ الثَّمَنَ كَانَ عَلَى غَالِبِ نَقْدِ الْبَلَدِ) وَمَنْ أَطْلَقَ الثَّمَنَ عَنْ ذِكْرِ

الصِّفَّةِ دُونَ الْقَدْرِ كَانَ قَالَ اشْتَرَيْتَ بَعَشْرَةَ دَرَاهِمَ وَلَمْ يَقُلْ بُخَارِيًّا أَوْ سَمَرْقَنْدِيًّا وَقَعَ الْعَقْدُ عَلَى غَالِبِ نَقْدِ الْبَلَدِ، وَإِنْ كَانَ فِي الْبَلَدِ الَّذِي وَقَعَ فِيهِ الْعَقْدُ نُقُودٌ مُخْتَلِفَةٌ كَانَ الْعَقْدُ فَاسِدًا إِلَّا أَنْ يُبَيِّنَ أَحَدَهَا.

وَأَعْلَمُ أَنِّي أَذْكُرُ لَكَ فِي هَذَا الْمَوْضِعِ الْأَقْسَامَ الْعَقْلِيَّةَ الْمُتَصَوِّرَةَ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ إجمالاً ثُمَّ أَنْزَلَهَا عَلَى مَتْنِ الْكِتَابِ حَلَالاً لَهَا، فَإِنِّي مَا وَجَدْتُ مِنَ الشَّارِحِينَ مَنْ تَصَدَّى لَذَلِكَ عَلَى مَا يَتَّبِعُنِي فَأَقُولُ: إِذَا كَانَ فِي الْبَلَدِ نُقُودٌ مُخْتَلِفَةٌ، فَإِمَّا أَنْ يَكُونَ الْاِخْتِلَافُ فِي الْمَالِيَّةِ وَالرَّوَاجِ، أَوْ فِي الْمَالِيَّةِ دُونَ الرَّوَّاجِ، أَوْ فِي الرَّوَّاجِ دُونَ الْمَالِيَّةِ، أَوْ لَا يَكُونُ فِي شَيْءٍ مِنْهُمَا بَلْ فِي مُجَرَّدِ الْأِسْمِ كَالْمِصْرِيِّ وَالْدِمَشْقِيِّ مِثْلًا، فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ جَازَ الْبَيْعِ وَأَنْصَرَفَ إِلَى الْأَرْوَجِ، وَإِنْ كَانَ الثَّانِي لَا يَجُوزُ لِأَنَّ الْجَهَالََةَ فِي الْمُنَازَعَةِ تُوقِفُهُمَا فِي الْمُنَازَعَةِ الْمَانِعَةِ مِنَ التَّسْلِيمِ وَالتَّسْلُمِ، وَإِنْ كَانَ الثَّلَاثُ يَجُوزُ وَيَتَصَرَّفُ إِلَى الْأَرْوَجِ تَحْرِيًّا لِلْجَوَازِ، وَإِنْ كَانَ الرَّابِعُ فَكَذَلِكَ لِأَنَّ الْجَهَالََةَ لَيْسَتْ مُوقِفَةً فِي الْمُنَازَعَةِ الْمَانِعَةِ مِنَ التَّسْلِيمِ وَالتَّسْلُمِ.

وَإِذَا عُرِفَ هَذَا فَقَوْلُهُ (فَإِنْ كَانَتْ النُّقُودُ مُخْتَلِفَةً) يَعْنِي فِي الْمَالِيَّةِ كَالذَّهَبِ الْمِصْرِيِّ وَالْمَغْرِبِيِّ، فَإِنَّ الْمِصْرِيَّ أَفْضَلُ فِي الْمَالِيَّةِ مِنَ الْمَغْرِبِيِّ إِذَا فُرِضَ اسْتَوَاهُمَا فِي الرَّوَّاجِ (فَالْبَيْعُ فَاسِدٌ) لِأَنَّ الْجَهَالََةَ تُفْضِي إِلَى الْمُنَازَعَةِ إِشَارَةً إِلَى الْقِسْمِ الثَّانِي، إِلَّا أَنْ تَرْتَفِعَ الْجَهَالََةُ بَيَّانَ أَحَدِهِمَا. فَحِينَئِذٍ يَجُوزُ.

وَقَوْلُهُ (أَوْ يَكُونُ أَحَدُهَا أَغْلَبَ وَأَرْوَجَ فَحِينَئِذٍ يُصَرَّفُ الْبَيْعُ إِلَيْهِ تَحْرِيًّا لِلْجَوَازِ) إِشَارَةً إِلَى الْقِسْمِ الْأَوَّلِ أَوْ إِلَى الْقِسْمِ الثَّلَاثِ، لِأَنَّ كَوْنَ أَحَدِهَا أَرْوَجَ أَعْمُ مِنْ أَنْ يَكُونَ مَعَ اخْتِلَافٍ فِي الْمَالِيَّةِ أَوْ مَعَ اسْتَوَاءِ الْبَيْعِ وَجَائِزٍ فِيهِمَا. وَقَوْلُهُ (وَهَذَا) أَيُّ فَسَادِ الْبَيْعِ إِذَا كَانَتْ مُخْتَلِفَةً فِي الْمَالِيَّةِ: يَعْنِي مَعَ الْاِسْتَوَاءِ فِي الرَّوَّاجِ إِشَارَةً إِلَى الْقِسْمِ الثَّانِي. أَعَادَهُ لِلتَّمْثِيلِ بِقَوْلِهِ كَالثَّانِيِّ وَهُوَ مَا يَكُونُ الْاِثْنَانِ مِنْهُ دَائِقًا وَالثَّلَاثِيَّ وَهُوَ مَا يَكُونُ الثَّلَاثَةُ مِنْهُ دَائِقًا وَالتَّصْرِيَّتِي الْيَوْمَ بِسَمَرْقَنْدَ فَإِنَّهُ بِمَنْزِلَةِ النَّاصِرِيِّ بُخَارِيٍّ، وَالْاِخْتِلَافُ بَيْنَ الْعَدَالِي بِفِرْعَانَةَ وَفَقَهَاءَ مَا وَرَاءَ النَّهْرِ يُسَمُّونَ الدَّرْهَمَ عَدْلِيًّا، وَكُلُّ هَذَا يَخْتَلِفُ فِي الْمَالِيَّةِ مَعَ التَّسَاوِي فِي الرَّوَّاجِ.

وَقَوْلُهُ (فَإِنْ كَانَتْ سَوَاءً فِيهَا) أَيُّ فِي الْمَالِيَّةِ: يَعْنِي مَعَ الْاِسْتَوَاءِ فِي الرَّوَّاجِ إِشَارَةً

إِلَى الْقِسْمِ الرَّابِعِ وَجَزَاءُ الشَّرْطِ قَوْلُهُ (جَازَ الْبَيْعُ إِذَا أُطْلِقَ اسْمُ الدَّرَاهِمِ كَذَا قَالُوا) أَيْ
الْمُتَأَخِّرُونَ مِنَ الْمَشَايِخِ (وَيَنْصَرِفُ) اسْمُ الدَّرَاهِمِ (إِلَى مَا قُدِّرَ بِهِ) مِنَ الْمِقْدَارِ كَعَشْرَةِ
وَتَحْوِهَا (مِنْ أَيْ تَوْعٍ كَانَ) مِنْ غَيْرِ تَقْيِيدٍ بِنَوْعٍ مُعَيَّنٍ لِأَنَّهُ لَا مُنَازَعَةَ لاسْتِوَائِهِمَا فِي
الرَّوَاجِ

(وَلَا اخْتِلَافَ فِي الْمَالِيَّةِ) وَظَهَرَ مِنْ هَذَا تَعْقِيدُ كَلَامِ الشَّيْخِ رَحِمَهُ اللَّهُ. فَإِنَّهُ فَصَلَ
بَيْنَ قَوْلِهِ إِذَا كَانَتْ مُخْتَلِفَةً فِي الْمَالِيَّةِ وَمِثَالُهُ وَهُوَ قَوْلُهُ كَالثَّنَائِيِّ بِالشَّرْطِ وَهُوَ قَوْلُهُ فَإِنْ
كَانَتْ سَوَاءً وَفَصَلَ بَيْنَ الشَّرْطِ هَذَا وَبَيْنَ جَزَائِهِ وَهُوَ قَوْلُهُ جَازَ الْبَيْعُ بِقَوْلِهِ كَالثَّنَائِيِّ إِلَى
قَوْلِهِ جَازَ، وَلَا يَسْتَقِيمُ أَنْ يُجْعَلَ قَوْلُهُ كَالثَّنَائِيِّ إلخ مُتَعَلِّقًا بِقَوْلِهِ فَإِنْ كَانَتْ سَوَاءً لِأَنَّ مَا
كَانَ اثْنَانِ مِنْهُ نَقَادًا وَثَلَاثَةً مِنْهُ دَائِقًا لَا يَكُونَانِ فِي الْمَالِيَّةِ سَوَاءً، لَكِنْ يُمَكِّنُ أَنْ يَكُونَا
فِي الرَّوَاجِ سَوَاءً، هَذَا مَا سَتَحَ لِي فِي حَلِّ هَذَا الْمَوْضِعِ وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

قَالَ (وَيَجُوزُ بَيْعُ الطَّعَامِ وَالْحُبُوبِ مَكَايِلَةً وَمُجَازَفَةً) وَهَذَا إِذَا بَاعَهُ بِخِلَافِ جِنْسِهِ
لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «إِذَا اخْتَلَفَ النُّوعَانِ فَبِيعُوا كَيْفَ شِئْتُمْ بَعْدَ أَنْ يَكُونَ يَدًا
بِيَدٍ»^(١) بِخِلَافِ مَا إِذَا بَاعَهُ بِجِنْسِهِ مُجَازَفَةً لِمَا فِيهِ مِنْ احْتِمَالِ الرِّبَا وَلِأَنَّ الْجَهَالََةَ غَيْرُ
مَانِعَةٍ مِنَ التَّسْلِيمِ وَالتَّسْلِيمِ فَشَبَابَةُ جَهَالََةِ الْقِيَمَةِ.

الشرح:

قَالَ (وَيَجُوزُ بَيْعُ الطَّعَامِ وَالْحُبُوبِ مَكَايِلَةً) الْمُرَادُ بِالطَّعَامِ الْحَنِظَةُ وَدَقِيقُهَا لِأَنَّهُ
يَقَعُ عَلَيْهِمَا عُرْفًا، وَسَيَّأَتِي فِي الْوَكَايِلَةِ، وَبِالْحُبُوبِ غَيْرُهُمَا كَالْعَدَسِ وَالْحِمَصِ وَأُمثَالِهِمَا،
كُلُّ ذَلِكَ إِذَا بَاعَ مَكَايِلَةً جَازَ الْعَقْدُ سَوَاءً كَانَ الْبَيْعُ بِجِنْسِهِ أَوْ بِخِلَافِهِ. وَإِذَا بَاعَ
(مُجَازَفَةً) فَإِنْ كَانَ شَيْئًا لَا يَدْخُلُ تَحْتَ الْكِيلِ فَكَذَلِكَ وَإِنْ كَانَ مِمَّا يَدْخُلُ تَحْتَهُ لَا
يَجُوزُ إِلَّا

(بِخِلَافِ جِنْسِهِ وَلِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «إِذَا اخْتَلَفَ النُّوعَانِ فَبِيعُوا
كَيْفَ شِئْتُمْ» لَا يُقَالُ: لَا دَلَالَةَ فِي الْحَدِيثِ عَلَى الْمَنْعِ عِنْدَ اتِّفَاقِ التَّوَعُّينِ لِأَنَّهُ مَفْهُومٌ
مِنَ الشَّرْطِ. وَهُوَ لَيْسَ بِحُجَّةٍ لِأَنَّ الدَّلِيلَ عَلَى ذَلِكَ صَدَرُ الْحَدِيثِ. وَلِأَنَّ الْجَهَالََةَ مَانِعَةٌ

(١) قَالَ الزَّيْلَعِيُّ فِي نَصَبِ الرَّايَةِ (٧/٤): غَرِيبٌ هَذَا اللَّفْظُ، أَخْرَجَهُ مُسْلِمٌ فِي الْمَسَاقَاةِ (حَدِيثُ

إِذَا مَنَعَتْ التَّسْلِيمَ، وَهَذِهِ الْجَهَالَةُ غَيْرُ مَانَعَةٍ فَصَارَ كَمَا إِذَا بَاعَ شَيْئًا لَمْ يَعْلَمْ الْعَاقِدَانِ قِيَمَتَهُ بِدِرْهِمٍ، بِخِلَافِ مَا إِذَا بَاعَ بِجِنْسِهِ مُجَازَفَةً لَمَا فِيهِ مِنْ اِحْتِمَالِ الرُّبَا قَالَ (وَيَجُوزُ بِإِنَاءٍ بَعِيْنِهِ لَا يُعْرَفُ مِقْدَارُهُ وَيُوزَنُ حَجَرٍ بَعِيْنِهِ لَا يُعْرَفُ مِقْدَارُهُ)؛ لِأَنَّ الْجَهَالَةَ لَا تُفْضِي إِلَى الْمُنَازَعَةِ لَمَّا أَنَّهُ يَتَعَجَّلُ فِيهِ التَّسْلِيمُ فَيَنْدَرُ هَلَاكُهُ قَبْلَهُ بِخِلَافِ السَّلْمِ؛ لِأَنَّ التَّسْلِيمَ فِيهِ مُتَأَخَّرٌ وَالهَلَاكُ لَيْسَ بِنَادِرٍ قَبْلَهُ فَتَتَحَقَّقُ الْمُنَازَعَةُ وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ فِي الْبَيْعِ أَيْضًا، وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ وَأَظْهَرُ

الشرح:

قَالَ (وَيَجُوزُ) بِإِنَاءٍ بَعِيْنِهِ إِذَا بَاعَ الطَّعَامَ أَوْ الْحُبُوبَ (بِإِنَاءٍ بَعِيْنِهِ أَوْ يُوْزَنُ حَجَرٍ بَعِيْنِهِ لَا يُعْرَفُ مِقْدَارُهُمَا جَانِ) لِأَنَّ الْجَهَالَةَ الْمَانَعَةَ مَا تُفْضِي إِلَى الْمُنَازَعَةِ، وَهَذِهِ لَيْسَتْ كَذَلِكَ لِأَنَّ التَّسْلِيمَ فِي الْبَيْعِ مُتَعَجَّلٌ فَيَنْدَرُ هَلَاكُ كُلِّ مِنْهُمَا مِنَ الْإِنَاءِ وَالْحَجَرِ قَبْلَ التَّسْلِيمِ. وَقِيلَ يُشْكَلُ عَلَى هَذَا مَا إِذَا بَاعَ أَحَدَ الْعِيدِ الْأَرْبَعَةِ عَلَى أَنَّ الْمُشْتَرِيَ بِالْخِيَارِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ يَأْخُذُ أَيُّهُمْ شَاءَ وَيَرُدُّ الْبَاقِينَ، أَوْ اشْتَرَى بِأَيِّ ثَمَنٍ شَاءَ فَإِنَّ الْجَهَالَةَ لَمْ تُفْضِ إِلَى الْمُنَازَعَةِ وَالْبَيْعُ بَاطِلٌ، وَلَيْسَ بِوَارِدٍ لَأَنَّا قُلْنَا إِنَّ الْجَهَالَةَ الْمُفْضِيَةَ إِلَى النَّزَاعِ مُفْسِدَةٌ لِلْعَقْدِ وَهَذَا لَا نَزَاعَ فِيهِ.

وَلَمْ تَقُلْ إِنَّ كُلَّ مَا هُوَ بَاطِلٌ لَا بُدَّ وَأَنْ يَكُونَ لِلْجَهَالَةِ، فَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ الْبَيْعُ بَاطِلًا لِمَعْنَى آخَرَ وَهُوَ عَدَمُ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ لِكُونِهِ غَيْرَ مُعَيَّنٍ فِي الْأَوَّلِ وَلِعَدَمِ الثَّمَنِ فِي الثَّانِيَةِ، وَرَوَى عَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّ الْجَوَازَ فِيمَا إِذَا كَانَ الْمِكْيَالُ لَا يَنْكَبِسُ بِالْكَبْسِ كَالْقَصْعَةِ وَنَحْوَهَا، أَمَّا إِذَا كَانَ مِمَّا يَنْكَبِسُ كَالزُّبَيْلِ وَنَحْوِهِ فَإِنَّهُ لَا يَجُوزُ، بِخِلَافِ السَّلْمِ فَإِنَّهُ لَا يَجُوزُ بِإِنَاءٍ مَجْهُولِ الْقَدْرِ وَإِنْ كَانَ مُعَيَّنًا، وَكَذَا الْحَجَرُ لِأَنَّ التَّسْلِيمَ فِيهِ مُتَأَخَّرٌ، وَالهَلَاكُ لَيْسَ بِنَادِرٍ قَبْلَهُ فَتَتَحَقَّقُ الْمُنَازَعَةُ.

وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ فِي رِوَايَةِ الْحَسَنِ بْنِ زِيَادٍ أَنَّ الْبَيْعَ أَيْضًا لَا يَجُوزُ كَالسَّلْمِ لِأَنَّ الْبَيْعَ فِي الْمَكِيلَاتِ وَالْمُوزُونَاتِ إِمَّا أَنْ يَكُونَ مُجَازَفَةً أَوْ يَذْكُرَ الْقَدْرَ، فَقِي الْمُجَازَفَةُ الْمَعْقُودُ عَلَيْهِ هُوَ مَا يُشَارُ إِلَيْهِ وَلَا مُعْتَبَرٌ بِالْمِيعَارِ، وَفِي غَيْرِهَا هُوَ مَا يُسَمَّى مِنَ الْقَدْرِ وَلَمْ يُوْجَدْ شَيْءٌ مِنْهُمَا فَإِنَّ " الْفَرْضَ عَدَمُ الْمُجَازَفَةِ، وَالْمِكْيَالُ إِذَا لَمْ يَكُنْ مَعْلُومًا لَمْ يُسَمَّ شَيْءٌ مِنَ الْقَدْرِ (وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ) يَعْنِي مِنْ حَيْثُ الدَّلِيلُ فَإِنَّ الْمِيعَارَ الْمُعَيَّنَ لَمْ يَتَقَاعَدَ عَنْ

الْمَجَازَفَةِ (وَأُظْهِرُ) يَعْنِي مِنْ حَيْثُ الرِّوَايَةُ.

(قَالَ وَمَنْ بَاعَ صُبْرَةَ طَعَامٍ كُلُّ قَفِيزٍ بِدِرْهَمٍ جَازَ الْبَيْعُ فِي قَفِيزٍ وَاحِدٍ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ إِلَّا أَنْ يُسَمَّى جُمْلَةً قُفْزَانَهَا وَقَالَ يَجُوزُ فِي الْوَجْهَيْنِ) لَهُ أَنَّهُ تَعَذَّرَ الصَّرْفُ إِلَى الْكُلِّ لَجَهَالَةِ الْمُبِيعِ وَالثَّمَنِ فَيُصْرَفُ إِلَى الْأَقْلِ وَهُوَ مَعْلُومٌ، وَإِلَّا أَنْ تَزُولَ الْجَهَالَةُ بِتَسْمِيَةِ جَمِيعِ الْقُفْزَانِ أَوْ بِالْكَيْلِ فِي الْمَجْلِسِ، وَصَارَ هَذَا كَمَا لَوْ أَقَرَّ وَقَالَ لِفُلَانٍ عَلَيَّ كُلُّ دِرْهَمٍ فَعَلَيْهِ دِرْهَمٌ وَاحِدٌ بِالْإِجْمَاعِ. وَلَهُمَا أَنْ الْجَهَالَةَ بِيَدَيْهِمَا إِزَالَتُهَا وَمِثْلُهَا غَيْرُ مَانِعٍ، وَكَمَا إِذَا بَاعَ عَبْدًا مِنْ عَبْدَيْنِ عَلَى أَنْ الْمُشْتَرِيَ بِالْخِيَارِ. ثُمَّ إِذَا جَازَ فِي قَفِيزٍ وَاحِدٍ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ فَلِلْمُشْتَرِيَ الْخِيَارُ لَتَفَرُّقِ الصَّفَقَةِ عَلَيْهِ، وَكَذَا إِذَا كَيْلَ فِي الْمَجْلِسِ أَوْ سَمِيَ جُمْلَةً قُفْزَانَهَا؛ لِأَنَّهُ عَلِمَ ذَلِكَ الْآنَ فَلَهُ الْخِيَارُ، كَمَا إِذَا رَأَهُ وَلَمْ يَكُنْ رَأَهُ وَقَتَ الْبَيْعِ

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ بَاعَ صُبْرَةَ طَعَامٍ) إِذَا قَالَ الْبَائِعُ بِعْتُكَ هَذِهِ الصُّبْرَةَ كُلُّ قَفِيزٍ بِدِرْهَمٍ، فَإِمَّا أَنْ يَعْلَمَ مِقْدَارَهَا فِي الْمَجْلِسِ بِتَسْمِيَةِ جُمْلَةِ الْقُفْزَانِ أَوْ بِالْكَيْلِ فِي الْمَجْلِسِ أَوْ لَا، فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ فَالْبَيْعُ جَائِزٌ وَالْمُبِيعُ عَلَهُ مَا فِيهَا مِنَ الْقُفْزَانِ، وَإِنْ كَانَ الثَّانِي فَالْبَيْعُ قَفِيزٌ وَاحِدٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَجُمْلَةُ الْقُفْزَانِ كَالأَوَّلِ عِنْدَهُمَا. لِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ صَرْفَ اللَّفْظِ إِلَى الْكُلِّ مُتَعَذِّرٌ لَجَهَالَةِ الْمُبِيعِ وَالثَّمَنِ جَهَالَةُ تَنْفِضِي إِلَى الْمُنَازَعَةِ لِأَنَّ الْبَائِعَ يَطْلُبُ تَسْلِيمَ الثَّمَنِ أَوَّلًا وَالثَّمَنُ غَيْرُ مَعْلُومٍ فَيَقَعُ التَّزَاغُ وَإِذَا تَعَذَّرَ الصَّرْفُ إِلَى الْكُلِّ صُرِفَ إِلَى الْأَقْلِ وَهُوَ مَعْلُومٌ إِلَّا أَنْ تَزُولَ الْجَهَالَةُ فِي الْمَجْلِسِ بِأَحَدِ الْأُمْرَيْنِ الْمَذْكُورَيْنِ فَيَجُوزُ، لِأَنَّ سَاعَاتِ الْمَجْلِسِ بِمَنْزِلَةِ سَاعَةٍ وَاحِدَةٍ كَمَا تَقَدَّمَ.

فَإِنْ قِيلَ: سَلَمْنَا ائْعَاقُدَهُ فَاسِدًا لَكِنْ يَنْقَلِبُ جَائِزًا كَمَا إِذَا كَانَ فَاسِدًا بِحُكْمِ أَجَلٍ مَجْهُولٍ أَوْ شَرِطَ الْخِيَارُ أَرْبَعَةَ أَيَّامٍ أَجِيبَ بِأَنَّ الْفَسَادَ فِي صُلْبِ الْعَقْدِ قَوِيٌّ يَمْنَعُ مِنَ الْإِنْقِلَابِ وَيُقَيِّدُهُ بِالْمَجْلِسِ، وَمَا ذَكَرْتُمْ فَالْفَسَادُ فِيهِ لَيْسَ فِي صُلْبِ الْعَقْدِ بَلْ لِأَمْرِ عَارِضٍ فَلَا يَتَقَيَّدُ بِالْمَجْلِسِ لضعفه لظهور أثره فِي الْيَوْمِ الرَّابِعِ وَبِمُتَدَادِ الْأَجَلِ

(وَهُمَا أَنْ هَذِهِ جَهَالَةُ إِزَالَتِهَا فِي أَيْدِيهِمَا وَمَا كَانَ كَذَلِكَ فَهُوَ غَيْرُ مَانِعٍ) أَمَّا أَنْ إِزَالَتِهَا بِأَيْدِيهِمَا فَلَا تَنْتَفِعُ بِكَيْلٍ كُلِّ مِنْهُمَا، وَقَيَّدَ بِقَوْلِهِ يَدَيْهِمَا احْتِرَازًا عَنِ الْبَيْعِ بِالرَّقْمِ فَإِنَّهُ لَا يَجُوزُ، لِأَنَّ إِزَالَتِهَا إِمَّا يَدِ الْبَائِعِ إِنْ كَانَ هُوَ الرَّاقِمُ، أَوْ يَدِ الْغَيْرِ إِنْ كَانَ

الرَّاقِمُ غَيْرُهُ، وَعَلَى كُلِّ حَالٍ فَالْمُشْتَرِي لَا يَقْدِرُ عَلَى إِزَالَتِهَا، وَأَمَّا أَنْ كُلَّ مَا هُوَ كَذَلِكَ فَهُوَ غَيْرُ مَانِعٍ فَكَمَا إِذَا بَاعَ عَبْدًا مِنْ عَبْدَيْنِ عَلَى أَنَّ الْمُشْتَرِي بِالْخِيَارِ وَأُجِيبَ لِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الْقِيَاسَ فِيهِ الْفَسَادُ أَيْضًا، إِلَّا أَنَا جَوَزْنَاهُ اسْتِحْسَانًا بِالنَّصِّ.

وَمَعْنَاهُ أَنَّهُ فِي مَعْنَى مَا وَرَدَ بِهِ النَّصُّ عَلَى مَا سَيَأْتِي فَيَكُونُ ثَابِتًا بِدَلَالَةِ النَّصِّ وَالِاسْتِحْسَانِ لَا يَتَعَدَّى إِلَى غَيْرِهِ، وَلِهَذَا لَمْ يُجَوِّزْهُ أَبُو حَنِيفَةَ فِيمَا نَحْنُ فِيهِ قِيَاسًا وَاسْتِحْسَانًا، ثُمَّ إِذَا جَازَ فِي قَفِيزٍ وَاحِدٍ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ كَانَ لِلْمُشْتَرِي الْخِيَارَ لِتَفْرِيقِ الصَّفَقَةِ عَلَيْهِ دُونَ الْبَائِعِ، لِأَنَّ التَّفْرِيقَ وَإِنْ كَانَ فِي حَقِّهِ أَيْضًا لَكِنَّهُ جَاءَ مِنْ قَبْلِهِ بِالِامْتِنَاعِ عَنْ تَسْمِيَةِ جُمْلَةِ الْقَفْرَانِ فَكَانَ رَاضِيًا بِهِ.

وَهَذَا صَحِيحٌ إِذَا عَلِمَهَا وَلَمْ يُسَمَّ، وَأَمَّا إِذَا لَمْ يَعْلَمْ بِهَا فَالْوَجْهُ أَنَّهُ نَزَلَ مَنْزِلَةً مَنْ بَاعَ مَا لَمْ يَرَاهُ لَمَّا يَأْتِي فَلَا خِيَارَ لَهُ، وَفِيهِ بَحْثٌ. أَمَّا أَوَّلًا فَلَأَنَّ تَفْرِيقَ الصَّفَقَةِ لَوْ اسْتَلْزَمَ الْخِيَارَ لَاطْرَدَ وَلَيْسَ كَذَلِكَ، فَإِنَّهُ إِذَا بَاعَ الرَّجُلَانِ عَبْدًا مُشْتَرَكًا بِأَلْفٍ ثُمَّ اشْتَرَى أَحَدُهُمَا الْكُلَّ بِخَمْسِمِائَةٍ قَبْلَ نَقْدِ الثَّمَنِ فَإِنَّهُ يَجُوزُ فِي نَصِيبِ الشَّرِيكَ وَلَا يَجُوزُ فِي نَصِيبِهِ وَلَا خِيَارَ لَهُ، فَهَاهُنَا تَفَرَّقَتِ الصَّفَقَةُ وَلَمْ يُوْجَدْ الْخِيَارُ.

وَأَمَّا ثَانِيًا فَلَأَنَّ قِيَاسَ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ أَنْ لَا يُخَيَّرَ الْمُشْتَرِي لِلزُّومِ انْصِرَافَ الْبَيْعِ إِلَى الْوَاحِدِ لِعِلْمِهِ كَمَا لَوْ اشْتَرَى قِنًا مَعَ مُدَبَّرٍ فَإِنَّهُ لَا خِيَارَ لَهُ فِي الْقِنِّ لِعِلْمِهِ أَنَّ الْبَيْعَ يَنْصَرِفُ إِلَيْهِ. وَالْحَاصِلُ أَنَّ الْخِيَارَ يُوجِبُ التَّفْرِيقَ وَالتَّفْرِيقُ إِنَّمَا يَتَحَقَّقُ أَنْ لَوْ كَانَ الْعَقْدُ وَارِدًا عَلَى الْكُلِّ وَالْمُشْتَرِي يَقْبَلُ الْبَعْضَ، وَلَيْسَ كَذَلِكَ هَاهُنَا عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَالْجَوَابُ عَنْ الْأَوَّلِ أَنَّا لَا نُسَلِّمُ تَفْرِيقَ الصَّفَقَةِ لِأَنَّ الشَّرَاءَ لَمْ يَقَعْ عَلَى الْكُلِّ حَتَّى يَكُونَ صَرْفُهُ إِلَى الْبَعْضِ تَفْرِيقًا، وَإِنَّمَا وَقَعَ عَلَى نَصِيبِ شَرِيكِهِ لَا غَيْرَ لِأَنَّ فِي وَقُوعِهِ عَلَى نَصِيبِهِ يَلْزَمُ شِرَاءُ مَا بَاعَ بِأَقْلٍ مِمَّا بَاعَ قَبْلَ نَقْدِ الثَّمَنِ وَأَنَّهُ لَا يَجُوزُ فَصَارَ كَمَنْ اشْتَرَى قِنًا وَمُدَبَّرًا فَإِنَّ الْبَيْعَ يَنْصَرِفُ إِلَى الْقِنِّ فَقَطْ لِأَنَّ الْمُدَبَّرَ لَا يَقْبَلُ الثَّقْلَ وَلَا خِيَارَ لَهُ فِي الْقِنِّ.

وَعَنْ الثَّانِي بَأَنِّ انْصِرَافِ الْبَيْعِ إِلَى قَفِيزٍ وَاحِدٍ مُجْتَهِدٌ فِيهِ، وَالْعَوَامُّ لَا عِلْمَ لَهُمْ بِأَحْكَامِ الْمَسَائِلِ الْمُجْتَهِدُ فِيهَا فَلِزَمَ تَفْرِيقُ الصَّفَقَةِ عَلَى قَوْلِهِمَا وَإِنْ لَمْ يَلْزَمْ عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ، وَهَذَا ضَعِيفٌ لِأَنَّ قَوْلَهُمَا إِنَّ الْكُلَّ مَبِيعٌ فَمِنْ أَيْنَ التَّفْرِيقُ. وَالْأَوَّلَى أَنْ يُقَالَ: قِيَاسُ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ تَفْرِيقُ الصَّفَقَةِ لِأَنَّ الصَّيْغَةَ مَوْضُوعَةٌ لِلْكَثْرَةِ وَقَصْدُهُمَا أَيْضًا الْكَثْرَةُ

وَمَا نَمَّةٌ مَانِعٌ شَرْعِيٌّ عَنِ الصَّرْفِ إِلَى الْجَمِيعِ، وَلِهَذَا لَوْ عُلِمَ الْمَقْدَارُ فِي الْمَجْلِسِ جَازًا، وَالصَّرْفُ إِلَى الْأَقْلَ بِاعْتِبَارِ تَعَذُّرِ الْكُلِّ لِلْجَهَالَةِ صَرَفُ الْعَقْدِ إِلَى بَعْضِ مَا دَلَّ عَلَيْهِ اللَّفْظُ مِنَ الْمَبِيعِ وَقَصْدُهُ الْعَاقِدَانِ، وَلَيْسَ تَفْرِيقُ الصَّفَقَةِ إِلَى ذَلِكَ.

بَقِيَ أَنْ يُقَالَ فَكَانَ الْوَاجِبُ أَنْ يَثْبُتَ الْخِيَارُ لِلْعَاقِدَيْنِ جَمِيعًا، وَقَدْ تَقَدَّمَ الْجَوَابُ فِي صَدْرِ هَذَا الْبَحْثِ عَنْهُ (قَوْلُهُ وَكَذَا إِذَا كِيلَ فِي الْمَجْلِسِ أَوْ سُمِّيَ جَمِيعٌ قَفْزَانَهَا) يَعْنِي كَانَ لِلْمُشْتَرِي الْخِيَارُ لَكِنْ لَا بِذَلِكَ التَّغْلِيلُ بَلْ بِمَا قَالَ لِأَنَّهُ عُلِمَ ذَلِكَ الْآنَ، فَرُبَّمَا كَانَ فِي حَدْسِهِ أَوْ ظَنِّهِ أَنَّ الصُّبْرَةَ تَأْتِي بِمَقْدَارٍ مَا يَحْتَاجُ إِلَيْهِ فَرَادَتْ وَلَيْسَ لَهُ مِنَ الثَّمَنِ مَا يُقَابِلُهُ وَلَا يَتِمَّكُنُ مِنْ أَخْذِ الزَّائِدِ مَجَانًا، وَفِي تَرْكِهِ تَفْرِيقُ الصَّفَقَةِ عَلَى الْبَائِعِ أَوْ تَقَصُّتْ فَيَحْتَاجُ أَنْ يَشْتَرِيَ مِنْ مَكَانٍ آخَرَ وَهَلْ يُوَافِقُ أَوْ لَا فَصَارَ كَمَا إِذَا رَأَاهُ وَلَمْ يَكُنْ رَأَاهُ وَقَتَ الْبَيْعِ، وَهَكَذَا فِي الْمَوْزُونَاتِ وَالْمَعْدُودَاتِ الْمُتَفَارِقَةِ.

قَالَ (وَمَنْ بَاعَ قَطِيعَ غَنَمٍ كُلُّ شَاةٍ بِدِرْهَمٍ فَسَدَ الْبَيْعُ فِي جَمِيعِهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَكَذَلِكَ مَنْ بَاعَ ثَوْبًا مُذَارَعَةً كُلُّ ذِرَاعٍ بِدِرْهَمٍ وَلَمْ يُسَمَّ جُمْلَةً الذَّرْعَانِ، وَكَانَ كُلُّ مَعْدُودٍ مُتَفَاوِتٍ، وَعِنْدَهُمَا يَجُوزُ فِي الْكُلِّ لَمَّا قُلْنَا، وَعِنْدَهُ يَنْصَرِفُ إِلَى الْوَاحِدِ) لَمَّا بَيَّنَّا غَيْرَ أَنَّ بَيْعَ شَاةٍ مِنْ قَطِيعِ غَنَمٍ وَذِرَاعٍ مِنْ ثَوْبٍ لَا يَجُوزُ لِلتَّفَاوُتِ. وَبَيْعُ قَفِيزٍ مِنْ صُبْرَةٍ يَجُوزُ لِعَدَمِ التَّفَاوُتِ فَلَا تُفْضِي الْجَهَالَةُ إِلَى الْمُنَازَعَةِ فِيهِ، وَتَقْضِي إِلَيْهَا فِي الْأَوَّلِ فَوُضِعَ الْفَرْقُ

الشرح:

وَأَمَّا إِذَا بَاعَ قَطِيعَ غَنَمٍ كُلُّ شَاةٍ بِدِرْهَمٍ فَالْبَيْعُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي الْجَمِيعِ فَاسِدٌ، وَقِيَاسُ قَوْلِهِ الصَّرْفُ إِلَى الْوَاحِدِ كَمَا فِي الْمَكِيلَاتِ) إِلَّا أَنَّ التَّفَاوُتَ بَيْنَ الشَّيْءِ مَوْجُودٌ وَفِي ذَلِكَ جَهَالَةٌ تُفْضِي إِلَى الْمُنَازَعَةِ، بِخِلَافِ الْمَكِيلَاتِ وَحُكْمُ الْمَذْرُوعَاتِ إِذَا بَاعَتْ مُزَارَعَةً حُكْمُ الْغَنَمِ إِذَا لَمْ يُبَيَّنْ جُمْلَةُ الذَّرْعَانِ وَجُمْلَةُ الثَّمَنِ، وَأَمَّا إِذَا بَيَّنَّهُمَا أَوْ أَحَدَهُمَا كَمَا إِذَا قَالَ بَعْتُكَ هَذَا الثَّوْبَ وَهُوَ عَشْرَةُ أَذْرُعَ بَعَشْرَةِ ذَرَاهِمَ كُلُّ ذِرَاعٍ بِدِرْهَمٍ، أَوْ قَالَ بَعْتُكَ هَذَا الثَّوْبَ وَهُوَ عَشْرَةُ أَذْرُعَ كُلُّ ذِرَاعٍ بِدِرْهَمٍ، أَوْ قَالَ بَعْتُكَ هَذَا الثَّوْبَ بَعَشْرَةِ ذَرَاهِمَ كُلُّ ذِرَاعٍ بِدِرْهَمٍ فَصَحِيحٌ.

أَمَّا الْأُولَى فَظَاهِرَةٌ، وَأَمَّا الثَّانِيَةُ فَلَأَنَّ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ مَعْلُومٌ، وَجُمْلَةُ الثَّمَنِ صَارَتْ مَعْلُومَةً بَيَّانَ ذُرْعَانِ الثَّوْبِ، وَأَمَّا الثَّالِثَةُ فَلِأَنَّهُ لَمَّا سَمِيَ لِكُلِّ ذِرَاعٍ دِرْهَمًا وَبَيَّنَّ جُمْلَةَ

الثَّمَنِ صَارَ جَمِيعُ الذُّرْعَانِ مَعْلُومًا، وَكَذَا كُلُّ مَعْدُودٍ مُتَّفَاوِتٍ كَالْخَشَبِ وَالْأَوَانِي، وَأَمَّا عِنْدَهُمَا فَهُوَ جَائِزٌ فِي الْكُلِّ لَمَّا قُلْنَا.

قَالَ (وَمَنْ بَاعَ قَطِيعَ غَنَمٍ كُلَّ شَاةٍ بِدِرْهَمٍ فَسَدَ الْبَيْعُ فِي جَمِيعِهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَكَذَلِكَ مَنْ بَاعَ ثَوْبًا مُذَارَعَةً كُلَّ ذِرَاعٍ بِدِرْهَمٍ وَلَمْ يُسَمَّ جُمْلَةَ الذُّرْعَانِ، وَكَانَ كُلُّ مَعْدُودٍ مُتَّفَاوِتٍ، وَعِنْدَهُمَا يَجُوزُ فِي الْكُلِّ لَمَّا قُلْنَا، وَعِنْدَهُ يَنْصَرِفُ إِلَى الْوَاحِدِ) لَمَّا بَيَّنَّا غَيْرَ أَنَّ بَيْعَ شَاةٍ مِنْ قَطِيعٍ غَنَمٍ وَذِرَاعٍ مِنْ ثَوْبٍ لَا يَجُوزُ لِلتَّفَاوُتِ وَبَيْعُ قَفِيزٍ مِنْ صُبْرَةٍ يَجُوزُ لِعَدَمِ التَّفَاوُتِ فَلَا تُفْضِي الْجَهَالَةَ إِلَى الْمُنَازَعَةِ فِيهِ، وَتَقْضِي إِلَيْهَا فِي الْأَوَّلِ فَوَضَحَ الْفَرْقَ

الشرح:

وَأَمَّا إِذَا بَاعَ قَطِيعَ غَنَمٍ كُلَّ شَاةٍ بِدِرْهَمٍ فَالْبَيْعُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي الْجَمِيعِ فَاسِدٌ، وَقِيَاسُ قَوْلِهِ الصَّرْفُ إِلَى الْوَاحِدِ كَمَا فِي الْمَكِيلَاتِ) إِلَّا أَنَّ التَّفَاوُتَ بَيْنَ الشَّيْءِ مَوْجُودٌ وَفِي ذَلِكَ جَهَالَةٌ تُفْضِي إِلَى الْمُنَازَعَةِ، بِخِلَافِ الْمَكِيلَاتِ وَحُكْمُ الْمَذْرُوعَاتِ إِذَا بَاعَتْ مُزَارَعَةً حُكْمُ الْغَنَمِ إِذَا لَمْ يُبَيَّنْ جُمْلَةُ الذُّرْعَانِ وَجُمْلَةُ الثَّمَنِ، وَأَمَّا إِذَا بَيَّنَّهُمَا أَوْ أَحَدَهُمَا كَمَا إِذَا قَالَ بَعْتُكَ هَذَا الثَّوْبَ وَهُوَ عَشْرَةُ أَذْرُعٍ بِعَشْرَةِ دِرَاهِمٍ كُلُّ ذِرَاعٍ بِدِرْهَمٍ، أَوْ قَالَ بَعْتُكَ هَذَا الثَّوْبَ وَهُوَ عَشْرَةُ أَذْرُعٍ كُلُّ ذِرَاعٍ بِدِرْهَمٍ، أَوْ قَالَ بَعْتُكَ هَذَا الثَّوْبَ بِعَشْرَةِ دِرَاهِمٍ كُلُّ ذِرَاعٍ بِدِرْهَمٍ فَصَحِيحٌ. أَمَّا الْأُولَى فَظَاهِرَةٌ، وَأَمَّا الثَّانِيَةُ فَلَأَنَّ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ مَعْلُومٌ، وَجُمْلَةُ الثَّمَنِ صَارَتْ مَعْلُومَةً بَيَانِ ذُرْعَانِ الثَّوْبِ، وَأَمَّا الثَّلَاثَةُ فَلَأَنَّهُ لَمَّا سَمِيَ لِكُلِّ ذِرَاعٍ دِرْهَمًا وَبَيَّنَّ جُمْلَةَ الثَّمَنِ صَارَ جَمِيعُ الذُّرْعَانِ مَعْلُومًا، وَكَذَا كُلُّ مَعْدُودٍ مُتَّفَاوِتٍ كَالْخَشَبِ وَالْأَوَانِي، وَأَمَّا عِنْدَهُمَا فَهُوَ جَائِزٌ فِي الْكُلِّ لَمَّا قُلْنَا.

قَالَ (وَمَنْ ابْتَاعَ صُبْرَةَ طَعَامٍ عَلَى أَنَّهَا مِائَةٌ قَفِيزٍ بِمِائَةِ دِرْهَمٍ فَوَجَدَهَا أَقَلَّ كَانَ الْمُشْتَرِي بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ أَخَذَ الْمَوْجُودَ بِحِصَّتِهِ مِنَ الثَّمَنِ، وَإِنْ شَاءَ فَسَخَ الْبَيْعَ) لَتَفَرُّقِ الصِّفَتِ عَلَيْهِ قَبْلَ التَّمَامِ، فَلَمْ يَتِمَّ رِضَاهُ بِالْمَوْجُودِ، وَإِنْ وَجَدَهَا أَكْثَرَ فَالزِّيَادَةُ لِلْبَائِعِ؛ لِأَنَّ الْبَيْعَ وَقَعَ عَلَى مِقْدَارٍ مُعَيَّنٍ وَالْقَدْرُ لَيْسَ بِوَصْفٍ

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ ابْتَاعَ صُبْرَةَ طَعَامٍ عَلَى أَنَّهَا مِائَةٌ قَفِيزٍ بِمِائَةِ دِرْهَمٍ) فَلَا يَخْلُو عِنْدَ

الْكَيْلِ مَنْ أَنْ يَكُونَ مِثْلَ ذَلِكَ أَوْ أَقَلَّ مِنْهُ أَوْ أَكْثَرَ، فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ فَذَلِكَ، وَإِنْ كَانَ الثَّانِي خَيْرَ الْمُشْتَرِي يَنْ أَخَذَ الْمَوْجُودَ بِحَصَّتِهِ مِنَ الثَّمَنِ وَيَبْنَ الْفَسْخَ لَتَفَرُّقِ الصَّفَقَةِ الْمَوْجِبِ لَا تَنْفَاءِ الْبَيْعِ بِاتِّفَاءِ الرِّضَا، وَإِنْ كَانَ الثَّالِثُ فَالزَّائِدُ لِلْبَائِعِ لِأَنَّ الْبَيْعَ وَقَعَ عَلَى مِقْدَارٍ مُعَيَّنٍ وَهُوَ الْمِائَةُ وَكُلُّ مَا وَقَعَ عَلَى مِقْدَارٍ مُعَيَّنٍ لَا يَتَنَاولُ غَيْرَهُ إِلَّا إِذَا كَانَ وَصْفًا.

وَالْقَدْرُ أَيُّ الْقَدَرِ الزَّائِدُ عَلَى الْمِقْدَارِ الْمُعَيَّنِ لَيْسَ بِوَصْفٍ فَالْبَيْعُ لَا يَتَنَاولُهُ فَكَانَ لِلْبَائِعِ لَا يَجِبُ تَسْلِيمُهُ إِلَّا بِصَفَقَةٍ عَلَى حِدَةٍ، وَكَذَا قَبْضُ الْمُشْتَرِي وَكَانَ كُلُّ مَنْ الْعَاقِلَيْنِ مُخَيَّرًا فِيهَا إِنْ شَاءَ بَاشَرَهَا أَوْ تَرَكَهَا وَإِذَا كَانَ الْمُشْتَرِي مَذْرُوعًا كَانَ اشْتَرَى ثَوْبًا عَلَى أَنَّهُ عَشْرَةُ أَذْرُعٍ بِعَشْرَةِ دَرَاهِمٍ أَوْ أَرْضًا عَلَى أَنَّهُا مِائَةُ ذِرَاعٍ فَوَجَدَهَا أَقَلَّ خَيْرَ الْمُشْتَرِي يَنْ أَخَذَ الْمَوْجُودَ بِجَمِيعِ الثَّمَنِ الْمُسَمَّى وَيَبْنَ تَرْكِهِ لِأَنَّ الذِّرَاعَ وَصَفٌ فِي الثَّوْبِ الْمَبِيعِ.

وَكُلُّ مَا هُوَ وَصْفٌ فِي الْبَيْعِ لَا يُقَابِلُهُ شَيْءٌ مِنَ الثَّمَنِ فَالذِّرَاعُ فِي الثَّوْبِ لَا يُقَابِلُهُ شَيْءٌ مِنَ الثَّمَنِ، أَمَّا أَنَّهُ وَصَفٌ فَقَدْ بَيَّنَّهُ بِقَوْلِهِ: أَلَا تَرَى أَنَّهُ عِبَارَةٌ عَنِ الطُّولِ وَالْعَرْضِ وَهُمَا مِنَ الْأَعْرَاضِ، وَأَمَّا أَنْ الْوَصْفُ لَا يُقَابِلُهُ شَيْءٌ مِنَ الثَّمَنِ فَقَدْ بَيَّنَّهُ بِقَوْلِهِ كَأَطْرَافِ الْحَيَوَانَ، فَإِنْ مَنْ اشْتَرَى جَارِيَةً فَاعْوَرَّتْ فِي يَدِ الْبَائِعِ قَبْلَ التَّسْلِيمِ لَا يُنْقَضُ مِنَ الثَّمَنِ شَيْءٌ، فَلِهَذَا أَيُّ فَلَكُونِ الذِّرْعِ وَصْفًا لَا يُقَابِلُهُ شَيْءٌ مِنَ الثَّمَنِ يَأْخُذُ الْمَوْجُودَ بِكُلِّ الثَّمَنِ، بِخِلَافِ الْفَصْلِ الْأَوَّلِ: يَعْنِي الْمَكِيلَ لِأَنَّ الْمِقْدَارَ لَيْسَ بِوَصْفٍ فَيُقَابِلُهُ الثَّمَنُ فَلِهَذَا يَأْخُذُهُ بِحَصَّتِهِ

(وَمَنْ اشْتَرَى ثَوْبًا عَلَى أَنَّهُ عَشْرَةُ أَذْرُعٍ بِعَشْرَةِ دَرَاهِمٍ أَوْ أَرْضًا عَلَى أَنَّهُا مِائَةُ ذِرَاعٍ بِمِائَةِ دِرْهَمٍ فَوَجَدَهَا أَقَلَّ فَالْمُشْتَرِي بِالْخِيَارِ، إِنْ شَاءَ أَخَذَهَا بِجُمْلَةِ الثَّمَنِ، وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ؛ لِأَنَّ الذِّرَاعَ وَصَفٌ فِي الثَّوْبِ؛ أَلَا يَرَى أَنَّهُ عِبَارَةٌ عَنِ الطُّولِ وَالْعَرْضِ، وَالْوَصْفُ لَا يُقَابِلُهُ شَيْءٌ مِنَ الثَّمَنِ كَأَطْرَافِ الْحَيَوَانَ فَلِهَذَا يَأْخُذُهُ بِكُلِّ الثَّمَنِ، بِخِلَافِ الْفَصْلِ الْأَوَّلِ؛ لِأَنَّ الْمِقْدَارَ يُقَابِلُهُ الثَّمَنُ فَلِهَذَا يَأْخُذُهُ بِحَصَّتِهِ، إِلَّا أَنَّهُ يَتَخَيَّرُ لِفَوَاتِ الْوَصْفِ الْمَذْكُورِ لِتَغْيِيرِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ فَيَخْتَلُ الرِّضَا. قَالَ (وَإِنْ وَجَدَهَا أَكْثَرَ مِنَ الذِّرَاعِ الَّذِي سَمَاهُ فَهُوَ لِلْمُشْتَرِي وَلَا خِيَارَ لِلْبَائِعِ)؛ لِأَنَّهُ صِفَةٌ، فَكَانَ بِمَنْزِلَةِ مَا إِذَا بَاعَهُ مَعِيًّا، فَإِذَا هُوَ سَلِيمٌ.

الشرح:

(وَقَالَ إِلَّا أَنَّهُ يَتَخَيَّرُ) اسْتِثْنَاءٌ مِنْ قَوْلِهِ يَأْخُذُ بِكُلِّ الثَّمَنِ، وَعَلَى هَذَا إِذَا وَجَدَهَا أَكْثَرَ مِنَ الذَّرَاعِ الَّذِي سَمَّاهُ كَانَ الزَّائِدُ لِلْمُشْتَرِي وَلَا خِيَارَ لِلْبَائِعِ لِأَنَّهُ وَصَفَ تَابِعٌ لِلْمَبِيعِ لَا يُقَابَلُهُ شَيْءٌ مِنَ الثَّمَنِ، فَصَارَ كَمَا إِذَا بَاعَ عَبْدًا عَلَى أَنَّهُ أَعْمَى فَإِذَا هُوَ بَصِيرٌ. وَاعْلَمْ أَنَّ هَذِهِ الْمَسْأَلَةَ مِنْ أَشْكَلِ مَسَائِلِ الْفَقْهِ، وَقَدْ مُنِعَ أَنْ يَكُونَ الذَّرَاعُ فِي الْمَذْرُوعَاتِ وَصَفًا، وَالْإِسْتِدْلَالُ بِقَوْلِهِ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ عِبَارَةٌ عَنِ الطُّولِ وَالْعَرْضِ غَيْرُ مُسْتَقِيمٍ.

لَأَنَّهُ كَمَا يَجُوزُ أَنْ يُقَالَ شَيْءٌ طَوِيلٌ وَعَرِيضٌ يُقَالَ شَيْءٌ قَلِيلٌ أَوْ كَثِيرٌ، ثُمَّ عَشْرَةٌ أَقْفَرَةٌ أَكْثَرُ مِنْ تِسْعَةٍ لَا مُحَالَةَ، فَكَيْفَ جُعِلَ الذَّرَاعُ الزَّائِدُ وَصَفًا دُونَ الْقَفِيرِ؟ وَجَوَابُهُ مَوْقُوفٌ عَلَى مَعْرِفَةِ اصْطِلَاحِ الْقَوْمِ فِي الْأَصْلِ وَالْوَصْفِ، وَاخْتَلَفَتْ عِبَارَاتُهُمْ فِي ذَلِكَ فَقَالَ بَعْضُهُمْ: مَا تَعَيَّبَ بِالتَّنْقِصِ فَالزِّيَادَةُ وَالتَّنْقِصَانُ فِيهِ وَصَفٌ، وَمَا لَيْسَ كَذَلِكَ فَالزِّيَادَةُ وَالتَّنْقِصَانُ فِيهِ أَصْلٌ.

وَقَالَ بَعْضُهُمْ: مَا لَوْجُودِهِ تَأْثِيرٌ فِي تَقَدُّمِ غَيْرِهِ وَلَعَدَمِهِ تَأْثِيرٌ فِي نُقْصَانِ غَيْرِهِ فَهُوَ وَصَفٌ، وَمَا لَيْسَ كَذَلِكَ فَهُوَ أَصْلٌ. وَقِيلَ مَا لَا يَنْقُصُ الْبَاقِي بِفَوَاتِهِ فَهُوَ أَصْلٌ، وَمَا لَا يَكُونُ كَذَلِكَ فَهُوَ وَصَفٌ، وَهُوَ قَرِيبٌ مِنَ الثَّانِي. وَالْمَكِيلُ لَا يَتَعَيَّبُ بِالتَّبْعِضِ، وَالْمَذْرُوعُ يَتَعَيَّبُ، وَعَشْرَةٌ أَقْفَرَةٌ إِذَا انْتَقَصَ مِنْهَا الْقَفِيرُ فَالتَّسْعَةُ تُشْتَرَى بِالثَّمَنِ الَّذِي يَخْصُهَا مَعَ الْقَفِيرِ الْوَاحِدِ فِيمَا إِذَا قَالَ اشْتَرَيْتَ هَذِهِ الصُّبْرَةَ بِعَشْرَةِ دَرَاهِمٍ عَلَى أَنَّهَا عَشْرَةٌ أَقْفَرَةٌ، وَأَمَّا الذَّرَاعُ الْوَاحِدُ مِنَ الثُّوبِ أَوْ الدَّارِ إِذَا انْتَقَصَ فَإِنَّ الْبَاقِي لَا يُشْتَرَى بِالثَّمَنِ الَّذِي كَانَ يُشْتَرَى مَعَهُ، فَإِنَّ الثُّوبَ الْعَتَائِيَّ إِذَنْ مَثَلًا إِذَا كَانَ خَمْسَ عَشْرَةَ ذِرَاعًا فَالْخَمْسَةُ الزَّائِدَةُ عَلَى الْعَشْرَةِ تَزِيدُ فِي قِيمَةِ الْخَمْسَةِ وَفِي قِيمَةِ الْعَشْرَةِ أَيْضًا.

وَإِذَا عُرِفَ هَذَا عُرِفَ أَنَّ الْقِلَّةَ وَالْكَثْرَةَ مِنْ حَيْثُ الْكِيلِ أَوْ الْوِزْنِ أَصْلٌ وَمِنْ حَيْثُ الذَّرْعِ وَصَفٌ، وَهُوَ اصْطِلَاحٌ يَقَعُ عَلَى مَا هُوَ الْمُتَعَارَفُ بَيْنَ التَّجَّارِ. فَإِنْ قِيلَ: سَلَّمْنَا أَنَّ الذَّرْعَ وَصَفٌ لَكِنْ لَا تُسَلَّمُ أَنَّ الْأَوْصَافَ لَا يُقَابَلُهَا شَيْءٌ مِنَ الثَّمَنِ فَإِنَّ الْمَبِيعَ الْمَعْبُوبَ إِذَا امْتَنَعَ رَدُّهُ رَجَعَ الْمُشْتَرِي بِنُقْصَانِ الْعَيْبِ، كَمَنْ اشْتَرَى عَبْدًا وَأَعْتَقَهُ أَوْ مَاتَ ثُمَّ أَطْلَعَ عَلَى نُقْصَانٍ أَصْبَحَ يَرْجِعُ عَلَى بَائِعِهِ بِالنُّقْصَانِ، وَكَمَالُ الْأَصَابِعِ وَصَفٌ فِيهِ

لَدْخُولِهِ تَحْتَ حَدِّ الْوَصْفِ الْمَذْكُورِ.

أُجِيبَ بِأَنَّ كَلَامَنَا فِي الْوَصْفِ الْمَقْصُودِ لَا فِي الْوَصْفِ الْمَقْصُودِ بِالتَّائُلِ، فَإِنَّهُ إِذَا صَارَ مَقْصُودًا بِالتَّائُلِ حَقِيقَةً كَمَا إِذَا قَطَعَ الْبَائِعُ يَدَ الْعَبْدِ الْمَبِيعِ قَبْلَ التَّسْلِيمِ أَوْ حُكْمًا كَمَا إِذَا امْتَنَعَ الرَّدُّ لِحَقِّ الْبَائِعِ كَمَا إِذَا تَعَيَّبَ الْمَبِيعُ عِنْدَ الْمُشْتَرِي أَوْ لِحَقِّ الشَّرْعِ بِأَنَّ كَانَ ثَوْبًا فَخَاطَهُ الْمُشْتَرِي ثُمَّ أَطْلَعَ عَلَى عَيْبٍ أَخَذَ شَبَّهًا بِالْأَصْلِ فَأَخَذَ قِسْطًا مِنَ الثَّمَنِ.

(وَلَوْ قَالَ بِعْتُكَهَا عَلَى أَنَّهَا مِائَةُ ذِرَاعٍ بِمِائَةِ دِرْهَمٍ كُلُّ ذِرَاعٍ بِدِرْهَمٍ فَوَجَدَهَا نَاقِصَةً، فَالْمُشْتَرِي بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ أَخَذَهَا بِحِصَّتِهَا مِنَ الثَّمَنِ، وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ؛ لِأَنَّ الْوَصْفَ وَإِنْ كَانَ تَابِعًا لَكِنَّهُ صَارَ أَصْلًا بِإِفْرَادِهِ بِذِكْرِ الثَّمَنِ فَيَنْزِلُ كُلُّ ذِرَاعٍ مَنْزِلَةَ ثَوْبٍ؛ وَهَذَا لِأَنَّهُ لَوْ أَخَذَهُ بِكُلِّ الثَّمَنِ لَمْ يَكُنْ أَخِذًا لِكُلِّ ذِرَاعٍ بِدِرْهَمٍ (وَإِنْ وَجَدَهَا زَائِدَةً فَهُوَ بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ أَخَذَ الْجَمِيعَ كُلُّ ذِرَاعٍ بِدِرْهَمٍ، وَإِنْ شَاءَ فَسَخَّ الْبَيْعَ) لِأَنَّهُ إِنْ حَصَلَ لَهُ الزِّيَادَةُ فِي الذَّرْعِ تَلَزَمَتْهُ زِيَادَةُ الثَّمَنِ فَكَانَ نَفْعًا يَشُوبُهُ ضَرَرٌ فَيَتَخَيَّرُ، وَإِنَّمَا يَلْزَمُهُ الزِّيَادَةُ لَمَّا بَيَّنَّا أَنَّهُ صَارَ أَصْلًا، وَلَوْ أَخَذَهُ بِالْأَقَلِّ لَمْ يَكُنْ أَخِذًا بِالْمَشْرُوطِ.

الشرح:

وَلَوْ قَالَ بِعْتُكَهَا: يَعْنِي الثِّيَابَ أَوْ الْمَذْرُوعَاتِ كَذَا فِي التَّهَابَةِ، وَفِي نَظَرٍ لِأَنَّ الْمَبِيعَ إِنْ كَانَ ثِيَابًا لَمْ تَكُنْ هَذِهِ الْمَسْأَلَةُ. وَالْأَوَّلَى أَنْ يُقَالَ: يَعْنِي الْأَرْضَ فَإِذَا بَاعَهَا عَلَى أَنَّهَا مِائَةُ ذِرَاعٍ بِمِائَةِ دِرْهَمٍ كُلُّ ذِرَاعٍ بِدِرْهَمٍ فَإِنْ وَجِدَتْ نَاقِصَةً أَخَذَهَا الْمُشْتَرِي بِحِصَّتِهَا مِنَ الثَّمَنِ أَوْ تَرَكَ، لِأَنَّ الْوَصْفَ وَإِنْ كَانَ تَابِعًا لَكِنَّهُ صَارَ أَصْلًا بِإِفْرَادِهِ بِذِكْرِ الثَّمَنِ فَيَنْزِلُ كُلُّ ذِرَاعٍ بِمَنْزِلَةِ ثَوْبٍ، وَهَذَا مَعْنَى قَوْلِهِمْ إِنْ الْوَصْفُ يُقَابَلُهُ شَيْءٌ مِنَ الثَّمَنِ إِذَا كَانَ مَقْصُودًا بِالتَّائُلِ.

وَهَذَا: أَيْ أَخَذَهَا بِحِصَّتِهَا مِنَ الثَّمَنِ إِنَّمَا هُوَ لِأَنَّهُ لَوْ أَخَذَهَا بِجَمِيعِ الثَّمَنِ لَمْ يَكُنْ الْمُشْتَرِي أَخِذًا كُلُّ ذِرَاعٍ بِدِرْهَمٍ وَهُوَ لَمْ يَبِعْ إِلَّا بِشَرْطِ أَنْ يَكُونَ كُلُّ ذِرَاعٍ بِدِرْهَمٍ، لِأَنَّ كَلِمَةَ عَلَى تَأْتِي لِلشَّرْطِ كَمَا عُرِفَ فِي مَوْضِعِهِ. وَتَوْقُضَ بِالْمَسْأَلَةِ الْأُولَى لِأَنَّ الذَّرْعَ لَوْ أُمِكنَ أَنْ يَكُونَ أَصْلًا بِذِكْرِ الثَّمَنِ كَانَ أَصْلًا فِي الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى أَيْضًا لِأَنَّهُ ذَكَرَ عَشْرَةَ دَرَاهِمَ فِي مُقَابَلَةِ عَشْرَةِ أَذْرُعَ، وَمُقَابَلَةُ الْجُمْلَةِ بِالْجُمْلَةِ تَقْتَضِي انْقِسَامَ

الآحَادِ عَلَى الْآحَادِ: وَأُجِيبَ بِأَنَّ الذَّرَاعَ أَصْلٌ مِنْ وَجْهِهِ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ مِنْ أَجْزَاءِ الْعَيْنِ
الَّتِي هِيَ مَبِيعَةٌ كَالْقَفِيزِ، وَوُصِفَ مِنْ وَجْهِهِ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ لَا يُقَابَلُهُ شَيْءٌ مِنَ الثَّمَنِ
كَالْجَمَالِ وَالْكِنَابَةِ ثُمَّ لَوْ جَعَلْنَا عَشْرَةَ أَذْرُعٍ مُنْقَسِمَةً عَلَى الْإِفْرَادِ عِنْدَ ذِكْرِ كُلِّ ذِرَاعٍ
لَزِمَ الْإِغَاءُ جِهَةِ الْوَصْفِيَّةِ مِنْ كُلِّ وَجْهِ، فَقُلْنَا بِالْوَصْفِيَّةِ عِنْدَ تَرْكِ ذِكْرِهِ، وَبِالْأَصْلِيَّةِ عِنْدَ
ذِكْرِهِ عَمَلًا بِالشَّيْهَيْنِ.

وَفِيهِ نَظَرٌ لِأَنَّ قَوْلَهُ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ لَا يُقَابَلُهُ شَيْءٌ مِنَ الثَّمَنِ مَعْلُولٌ لِلْوَصْفِيَّةِ فَلَا
يَكُونُ عِلَّةً لَهَا. وَالْأَوَّلُ أَنْ يُقَالَ: إِذَا لَمْ يُفْرَدْ كُلُّ ذِرَاعٍ بِالذِّكْرِ كَانَ كَوْنُ كُلِّ ذِرَاعٍ
مَبِيعًا ضَمْنًا، وَلَا مُعْتَبَرٌ بِذَلِكَ لَمَّا ذَكَرْنَا أَنَّ الْوَصْفَ يَصِيرُ أَصْلًا إِذَا كَانَ مَقْصُودًا
بِالتَّائُلِ، وَإِنْ وَجِدَتْ زَائِدَةٌ أَخَذَ الْمُشْتَرِي الْجَمِيعَ كُلِّ ذِرَاعٍ بِدِرْهَمٍ أَوْ فُسْخٍ، أَمَّا خِيَارُ
الْفُسْخِ فَلَاكُنَّ إِنْ حَصَلَ لَهُ الزِّيَادَةُ فِي الذَّرْعِ لِرَمَةِ الزِّيَادَةِ فِي الثَّمَنِ وَفِي ذَلِكَ ضَرَرٌ
فَكَانَ فِي مَعْنَى خِيَارِ الرُّوْيَةِ فِي دَفْعِ الضَّرَرِ فَيَتَخَيَّرُ، وَأَمَّا لُزُومُ الزِّيَادَةِ فَلَمَّا بَيَّنَّا أَنَّهُ صَارَ
أَصْلًا مَشْرُوطًا، وَلَوْ أَخَذَهُ بِالْأَقْلِ لَمْ يَكُنْ آخِذًا بِالْمَشْرُوطِ.

وَفِيهِ بَحْثٌ مِنْ وَجْهَيْنِ: أَمَّا الْأَوَّلُ فَهُوَ أَنَّ كُلَّ ذِرَاعٍ إِنْ كَانَ بِمَنْزِلَةِ ثَوْبٍ عَلَى
حَدَةٍ فَسَدَ الْبَيْعُ إِذَا وَجَدَهَا أَكْثَرَ أَوْ أَقْلَ، كَمَا لَوْ كَانَ الْعَقْدُ وَارِدًا عَلَى أَثْوَابٍ عَشْرَةٍ
وَقَدْ وَجِدَتْ أَحَدَ عَشَرَ أَوْ تِسْعَةً عَلَى مَا سَيَأْتِي. وَأَمَّا الثَّانِي فَهُوَ أَنَّ الذَّرَاعَ لَوْ كَانَ
أَصْلًا بِإِفْرَادِ ذِكْرِ الثَّمَنِ امْتَنَعَ دُخُولُ الزِّيَادَةِ فِي الْعَقْدِ، كَمَا إِذَا بَاعَ صُبْرَةً عَلَى أَهْلِهَا
عَشْرَةَ أَفْزَةِ فَإِذَا هِيَ أَحَدُ عَشَرَ، فَإِنَّ الزِّيَادَةَ لَا تَدْخُلُ إِلَّا بِصَفْقَةٍ عَلَى حَدَةٍ، وَقَدْ
تَقَدَّمَ وَهَاهُنَا دَخَلَتْ فِي تِلْكَ الصَّفْقَةِ. وَالْجَوَابُ عَنِ الْأَوَّلِ أَنَّ الْأَثْوَابَ مُخْتَلِفَةً فَتَكُونُ
الْعَشْرَةُ الْمَبِيعَةُ مَجْهُولَةً جِهَالَةً تُفْضِي إِلَى الْمُنَازَعَةِ، وَالذَّرْعَانِ مِنْ ثَوْبٍ وَاحِدٍ لَيْسَتْ
كَذَلِكَ. وَعَنِ الثَّانِي بِأَنَّ الذَّرَاعَ الزَّائِدَ لَوْ لَمْ يَدْخُلْ كَانَ بَائِعًا بَعْضَ الثَوْبِ وَفَسَدَ الْبَيْعُ
فَحَكَمْنَا بِالدُّخُولِ تَحْرِيًّا فِي الْجَوَازِ وَالْقَفِيزِ الزَّائِدِ لَيْسَ كَذَلِكَ.

قَالَ (وَمَنْ اشْتَرَى عَشْرَةَ أَذْرُعٍ مِنْ مِائَةِ ذِرَاعٍ مِنْ دَارٍ أَوْ حَمَامٍ فَالْبَيْعُ فَاسِدٌ عِنْدَ أَبِي
حَنِيفَةَ، وَقَالَ: هُوَ جَائِزٌ، وَإِنْ اشْتَرَى عَشْرَةَ أَسْهُمٍ مِنْ مِائَةِ سَهْمٍ جَازَ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا)
لَهُمَا أَنَّ عَشْرَةَ أَذْرُعٍ مِنْ مِائَةِ ذِرَاعٍ عَشْرُ الدَّارِ فَأَشْبَهَ عَشْرَةَ أَسْهُمٍ. وَلَهُ أَنَّ الذَّرَاعَ اسْمٌ لَمَّا
يَذْرَعُ بِهِ، وَأَسْتَعِيرَ لَمَّا يَحِلُّهُ الذَّرَاعُ وَهُوَ الْمَعِينُ دُونَ الْمَشَاعِ، وَذَلِكَ غَيْرُ مَعْلُومٍ، بِخِلَافِ السَّهْمِ.

وَلَا فَرْقَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ بَيْنَ مَا إِذَا عَلِمَ مِنْ جُمْلَةِ الذَّرْعَانِ أَوْ لَمْ يَعْلَمْ هُوَ الصَّحِيحُ خِلَافًا لِمَا يَقُولُهُ الْخَصَّافُ لِبَقَاءِ الْجَهَالَةِ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ اشْتَرَى عَشْرَةَ أَذْرُعٍ) شَرَاءُ عَشْرَةِ أَذْرُعٍ (مِنْ مِائَةِ ذِرَاعٍ مِنْ دَارٍ أَوْ حِمَامٍ) أَعْنِي أَنْ يَكُونَ الْمَبِيعُ مِمَّا يَنْقَسِمُ أَوْ مِمَّا لَا يَنْقَسِمُ فَاسَدٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَعِنْدَهُمَا هُوَ جَائِزٌ إِذَا كَانَتْ الدَّارُ مِائَةَ ذِرَاعٍ وَشَرَاءُ عَشْرَةِ أَشْهُمٍ مِنْ مِائَةِ سَهْمٍ جَائِزٌ بِالِاتِّفَاقِ (وَلَهُمَا أَنْ عَشْرَةَ أَذْرُعٍ مِنْ مِائَةِ ذِرَاعٍ) كَعَشْرَةِ أَشْهُمٍ مِنْ مِائَةِ سَهْمٍ فِي كَوْنِهَا عَشْرًا فَتَخْصِيصُ الْجَوَازِ بِأَحَدِهِمَا تَحْكُمُ، وَلَأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الذَّرْعَ حَقِيقَةٌ فِي الْآلَةِ الَّتِي يُذْرَعُ بِهَا وَإِرَادَتُهَا هَاهُنَا مُتَعَدِّةٌ فَيَصِيرُ مَجَازًا لِمَا يَحِلُّهُ بِطَرِيقِ ذِكْرِ الْحَالِ وَإِرَادَةِ الْمَحَلِّ، وَمَا يَحِلُّهُ لَا يَكُونُ إِلَّا مُعِينًا مُشَخَّصًا لِأَنَّهُ فَعْلٌ حَسِّيٌّ يَقْتَضِي مَحَلًّا حَسِّيًّا، وَالْمُشَاغُّ لَيْسَ كَذَلِكَ فَمَا يَحِلُّهُ لَا يَكُونُ مُشَاعًا فَلَا يُسْتَعْمَلُ فِيهِ الذَّرْعُ لِعَدَمِ مُجَوِّزِ الْمَجَازِ.

(وَذَلِكَ) أَيُّ الْعَشْرَةِ الْأَذْرُعُ غَيْرُ مَعْلُومٍ هُنَا، إِذْ لَمْ يَعْلَمْ أَنَّ الْعَشْرَةَ مِنْ أَيِّ جَانِبِ الدَّارِ فَيَكُونُ مَجْهُولًا جِهَالَةً تُفْضِي إِلَى الْمُنَازَعَةِ، بِخِلَافِ السَّهْمِ فَإِنَّهُ أَمْرٌ عَقْلِيٌّ لَا يَقْتَضِي مَحَلًّا حَسِّيًّا فَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ فِي الشَّائِعِ فَالْجِهَالَةُ لَا تُفْضِي إِلَى الْمُنَازَعَةِ فَإِنَّ صَاحِبَ عَشْرَةِ أَشْهُمٍ يَكُونُ شَرِيكًا لَصَاحِبِ تِسْعِينَ سَهْمًا فِي جَمِيعِ الدَّارِ عَلَى قَدْرِ نَصِيبِهَا مِنْهَا، وَلَيْسَ لَصَاحِبِ الْكَثِيرِ أَنْ يَذْفَعَ صَاحِبُ الْقَلِيلِ مِنْ جَمِيعِ الدَّارِ فِي قَدْرِ نَصِيبِ مَنْ أَيُّ مَوْضِعٍ كَانَ.

وَلَا فَرْقَ عِنْدَهُ بَيْنَ مَا إِذَا عَلِمَ جُمْلَةَ الذَّرْعَانِ كَمَا إِذَا قَالَ عَشْرَةُ أَذْرُعٍ مِنْ هَذِهِ الدَّارِ مِنْ مِائَةِ ذِرَاعٍ، وَبَيْنَ مَا إِذَا لَمْ يَعْلَمْ، كَمَا إِذَا قَالَ عَشْرَةُ أَذْرُعٍ مِنْ هَذِهِ الدَّارِ مِنْ غَيْرِ ذِكْرِ ذَّرْعَانِ جَمِيعِ الدَّارِ فِي الصَّحِيحِ لِبَقَاءِ الْجَهَالَةِ الْمَانِعَةِ مِنَ الْجَوَازِ خِلَافًا لِمَا يَقُولُهُ الْخَصَّافُ أَنَّ الْفَسَادَ إِثْمًا هُوَ عِنْدَ جِهَالَةِ جُمْلَةِ الذَّرْعَانِ. وَأَمَّا إِذَا عُرِفَتْ مَسَاحَتُهَا فَإِنَّهُ يَجُوزُ جَعْلُ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ نَظِيرَ مَا لَوْ بَاعَ كُلُّ شَاةٍ مِنَ الْقَطِيعِ بَدْرَهُمْ إِذَا كَانَ عَدَدُ جُمْلَةِ الشِّيْءِ مَعْلُومًا فَإِنَّهُ يَجُوزُ عِنْدَهُ.

وَلَوْ اشْتَرَى عِدْلًا عَلَى أَنَّهُ عَشْرَةُ أَثْوَابٍ فَإِذَا هُوَ تِسْعَةٌ أَوْ أَحَدٌ عَشَرَ فَسَدَ الْبَيْعُ لَجَهَالَةِ الْمَبِيعِ أَوْ الثَّمَنِ (وَلَوْ بَيْنَ لِكُلِّ ثَوْبٍ ثَمَنًا جَازٍ فِي فَصْلِ التَّقْصَانِ بِقَدْرِهِ وَلَهُ الْخِيَارُ وَلَمْ يَجْزِ فِي الزِّيَادَةِ) لَجَهَالَةِ الْعَشْرَةِ الْمَبِيعَةِ. وَقِيلَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ لَا يَجُوزُ فِي فَصْلِ

التَّقْصَانِ أَيْضًا وَلَيْسَ بِصَحِيحٍ، بِخِلَافِ مَا إِذَا اشْتَرَى ثَوْبَيْنِ عَلَى أَنْهُمَا هَرَوِيَّانِ فَإِذَا أَحَدُهُمَا مَرَوِيٌّ حَيْثُ لَا يَجُوزُ فِيهِمَا، وَإِنْ بَيْنَ ثَمَنَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا؛ لِأَنَّهُ جَعَلَ الْقَبُولَ فِي الْمَرَوِيِّ شَرْطًا لَجَوَازِ الْعَقْدِ فِي الْهَرَوِيِّ، وَهُوَ شَرْطٌ فَاسِدٌ وَلَا قَبُولَ يُشْتَرَطُ فِي الْمَعْدُومِ فَافْتَرَقَا.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ اشْتَرَى عِدْلًا عَلَى أَنَّهُ عَشْرَةُ أَثْوَابٍ) عِدْلُ الشَّيْءِ بِكَسْرِ الْعَيْنِ مِثْلُهُ مِنْ جِنْسِهِ فِي مِقْدَارِهِ وَمِنْهُ عِدْلُ الْحِمْلِ إِذَا اشْتَرَى عِدْلًا عَلَى أَنَّهُ عَشْرَةُ أَثْوَابٍ بِعَشْرَةِ دَرَاهِمٍ فَكَانَ تِسْعَةً أَوْ أَحَدَ عَشَرَ فَسَدَ الْبَيْعُ. أَمَّا إِذَا زَادَ فَلَجَهَالَةِ الْمُبِيعِ لِأَنَّ الزَّائِدَ لَمْ يَدْخُلْ تَحْتَ الْعَقْدِ فَيَجِبُ رُدُّهُ، وَالْأَثْوَابُ مُخْتَلِفَةٌ فَكَانَ الْمُبِيعُ مَجْهُولًا جَهَالَةً تُفْضِي إِلَى الْمُنَازَعَةِ. وَأَمَّا إِذَا نَقَصَ فَلَوْجُوبِ سُقُوطِ حِصَّةِ النَّاقِصِ عَنْ ذِمَّةِ الْمُشْتَرِي وَهِيَ مَجْهُولَةٌ لِأَنَّهُ لَا يَدْرِي أَنَّهُ كَانَ جَيِّدًا أَوْ وَسَطًا أَوْ رَدِيئًا.

وَحَيْثُ لَا تُدْرَى قِيمَتُهُ يَبْقَيْنَ حَتَّى تَسْقُطَ فَكَانَتْ جَهَالَتُهَا تُوجِبُ جَهَالَةَ الْبَاقِي مِنَ الثَّمَنِ فَلَا يُشْكُ فِي فَسَادِهِ، وَإِذَا بَيَّنَّ لِكُلِّ ثَوْبٍ ثَمَنًا بِقَوْلِهِ كُلُّ ثَوْبٍ بِدِرْهَمٍ جَازَ الْبَيْعُ فِي فَصْلِ التَّقْصَانِ لَكَوْنِ الثَّمَنِ مَعْلُومًا، وَلَهُ الْخِيَارُ إِنْ شَاءَ أَخَذَ الْمَوْجُودَ بِحِصَّتِهِ مِنَ الثَّمَنِ وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ لِأَنَّهُ تَغَيَّرَ شَرْطُ عَقْدِهِ وَلَمْ يَجُزْ فِي فَصْلِ الزِّيَادَةِ لَجَهَالَةِ الْعَشْرَةِ الْمُبِيعَةِ.

وَمِنْ مَشَايِخِنَا مَنْ قَالَ: إِنْ الْبَيْعُ فَاسِدٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ فِي فَصْلِ التَّقْصَانِ أَيْضًا لِأَنَّهُ جَمَعَ بَيْنَ الْمَوْجُودِ وَالْمَعْدُومِ فِي صَفْقَةٍ فَكَانَ قَبُولُ الْبَيْعِ فِي الْمَعْدُومِ شَرْطًا لِقَبُولِهِ فِي الْمَوْجُودِ فَيَفْسُدُ الْعَقْدُ كَمَا لَوْ جُمِعَ بَيْنَ حُرٍّ وَعَبْدٍ فِي صَفْقَةٍ وَسَمِيَ لِكُلِّ وَاحِدٍ ثَمَنًا فَإِنَّهُ لَا يَجُوزُ الْبَيْعُ عِنْدَهُ فِي الْقَنْ خِلَافًا لَهُمَا كَذَلِكَ هَذَا. وَاسْتَدَلَّ بِمَا ذَكَرَهُ مُحَمَّدٌ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ: رَجُلٌ اشْتَرَى ثَوْبَيْنِ عَلَى أَنْهُمَا هَرَوِيَّانِ كُلُّ ثَوْبٍ بِعَشْرَةٍ، فَإِذَا أَحَدُهُمَا هَرَوِيٌّ وَالْآخَرُ مَرَوِيٌّ، فَالْبَيْعُ فَاسِدٌ فِي الْهَرَوِيِّ وَالْمَرَوِيِّ جَمِيعًا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَعِنْدَهُمْ يَجُوزُ فِي الْهَرَوِيِّ.

وَوَجْهُ الاسْتِدْلَالِ أَنَّ الْفَائِتَ فِي الصَّفْقَةِ مَسْأَلَةُ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ لَا أَصْلُ الثَّوْبِ، فَإِذَا كَانَ قَوَاتُ الصَّفْقَةِ فِي أَحَدِ الْبَدَلَيْنِ مُفْسِدًا لِلْعَقْدِ عَلَى مَذْهَبِهِ فَقَوَاتُ أَحَدِهِمَا مِنَ الْأَصْلِ أَوَّلَى أَنْ يَفْسُدَ. قَالَ الشَّيْخُ: وَلَيْسَ بِصَحِيحٍ لِأَنَّ ثَمَنَ النَّاقِصِ مَعْلُومٌ قَطْعًا فَلَا يَضُرُّ الْبَاقِي. وَفَرَّقَ بَيْنَ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ وَمَسْأَلَةِ الْجَامِعِ بِقَوْلِهِ لِأَنَّهُ جَعَلَ الْقَبُولَ فِي الْمَرَوِيِّ شَرْطًا

للعقد في المروى، وهو شرط فاسد لأن المروى غير مذكور في العقد فشرط قبوله مما لا يقتضيه العقد فكان فاسداً، وهذا لا يوجد ههنا فإنه ما شرط قبول العقد في المدوم ولا قصد إيراد العقد على المدوم لعدم تصور ذلك فيه، وإنما قصد إيراده على الموجود فقط ولكنه غلط في العدد. وهو مروي بفتح الراء ومروى بسكونها منسوب إلى هراة ومرو قرئتان بخراسان.

(ولو اشترى ثوباً واحداً على أنه عشرة أذرع كل ذراع بدرهم فإذا هو عشرة ونصف أو تسعة ونصف، قال أبو حنيفة رحمه الله: في الوجه الأول يأخذه بعشرة من غير خيار، وفي الوجه الثاني يأخذه بتسعة إن شاء وقال أبو يوسف رحمه الله: في الوجه الأول يأخذه بأحد عشر إن شاء، وفي الثاني يأخذ بعشرة إن شاء. وقال محمد رحمه الله: يأخذ في الأول بعشرة ونصف إن شاء، وفي الثاني بتسعة ونصف ويخير؛ لأن من ضرورية مقابلة الذراع بالدرهم مقابلة نصفه بنصفه فيجري عليه حكمها.

ولأبي يوسف رحمه الله أنه لما أفرد كل ذراع ببذل ذراع منزلة ثوب على حدة وقد انتقص. ولأبي حنيفة رحمه الله أن الذراع وصف في الأصل، وإنما أخذ حكم المقدار بالشرط وهو مقيّد بالذراع، فعند عدمه عاد الحكم إلى الأصل. وقيل في الكرباس الذي لا يتفاوت جوائبه لا يطيب للمشتري ما زاد على المشروط؛ لأنه بمنزلة الموزون حيث لا يضرة الفصل، وعلى هذا لو قالوا: يجوز بيع ذراع منه.

الشرح:

قال (ولو اشترى ثوباً واحداً) إذا اشترى ثوباً واحداً على أنه عشرة أذرع كل ذراع بدرهم فزاد أو نقص نصف ذراع قال أبو حنيفة: إذا زاد أخذه بعشرة بلا خيار، وفي الثقصان بتسعة إن شاء، وقال أبو يوسف: وإذا زاد أخذه بأحد عشر إن شاء، وإن نقص بعشرة إن شاء. وقال محمد: أخذه في الأول بعشرة ونصف، وفي الثاني بتسعة ونصف إن شاء لأنه قابل كل ذراع بدرهم، ومن ضرورة ذلك مقابلة نصف الذراع بنصف الدرهم. فيجزأ عليه من التجزئة.

وفي بعض النسخ يجري عليه أي على النصف حكم المقابلة، ويخير كما لو باع عشرة بعشرة فنقص ذراع (ولأبي يوسف أن يفراد البذل صار كل ذراع) كثوب

عَلَى حِدَةٍ وَالتُّوبُ إِذَا بَاعَ عَلَى أَنَّهُ كَذَا ذِرَاعًا فَتَقْصَ ذِرَاعٌ لَا يَسْقُطُ شَيْءٌ مِنَ الثَّمَنِ وَلَكِنْ يَثْبُتُ لَهُ الْخِيَارُ وَقَدْ تَقَدَّمَ. وَلَأَيُّ حَنِيفَةٍ ۖ قَدْ ثَبَتَ أَنَّ الذَّرَاعَ وَصَفٌ فِي الْأَصْلِ لَا يُقَابِلُهُ شَيْءٌ مِنَ الثَّمَنِ، وَإِنَّمَا أَخَذَ حُكْمَ الْأَصْلِ بِالشَّرْطِ وَالشَّرْطُ مُقَيَّدٌ بِالذَّرَاعِ وَنِصْفُ الذَّرَاعِ لَيْسَ بِذِرَاعٍ، فَكَانَ الشَّرْطُ مَعْدُومًا وَزَالَ مُوجِبُ كَوْنِهِ أَصْلًا فَعَادَ الْحُكْمُ إِلَى الْأَصْلِ وَهُوَ الْوَصْفُ فَصَارَتِ الزِّيَادَةُ عَلَى الْعَشْرَةِ وَالتَّسْعَةِ كَزِيَادَةِ صِفَةِ الْجَوْدَةِ فَسُلِمَ لَهُ مَجَانًا.

وَقِيلَ هَذِهِ الْأَقْوَالُ الثَّلَاثَةُ فِي التُّوبِ الَّذِي تَتَفَاوَتْ جَوَانِبُهُ كَالسَّرَاوِيلِ وَالْقَمِيصِ وَالْأُفْيَةِ، أَمَّا فِي الْكَرْبَاسِ الَّذِي لَا يَتَفَاوَتْ جَوَانِبُهُ لَا تُسَلِّمُ الزِّيَادَةُ لَهُ لِأَنَّهُ وَإِنْ اتَّصَلَ بَعْضُهُ بِبَعْضٍ فَهُوَ فِي مَعْنَى الْمَكِيلِ وَالْمُوزُونِ لَعَدَمِ تَضَرُّرِهِ بِالْقَطْعِ، وَعَلَى هَذَا قَالَ الْمَشَايخُ: إِذَا بَاعَ ذِرَاعًا مِنْهُ وَلَمْ يُعَيِّنْ مَوْضِعَهُ جَارَ كَمَا فِي الْحِنْطَةِ إِذَا بَاعَ قَفِيرًا مِنْهَا.

(فصل)

(وَمَنْ بَاعَ دَارًا دَخَلَ بِنَاؤُهَا فِي الْبَيْعِ وَإِنْ لَمْ يُسَمِّهِ، لِأَنَّ اسْمَ الدَّارِ يَتَنَاوَلُ الْعَرَصَةَ وَالْبِنَاءَ فِي الْعُرْفِ) وَلَأَنَّهُ مُتَّصِلٌ بِهَا اتِّصَالُ قَرَارٍ فَيَكُونُ تَبَعًا لَهُ.

الشرح:

(فصل): مَسَائِلُ هَذَا الْفَصْلِ مُبْنِيَّةٌ عَلَى قَاعِدَتَيْنِ: إِحْدَاهُمَا أَنَّ كُلَّ مَا هُوَ مُتَنَاوِلٌ اسْمَ الْمَبِيعِ عُرْفًا دَخَلَ فِي الْمَبِيعِ وَإِنْ لَمْ يُذَكَّرْ صَرِيحًا. وَالثَّانِيَةُ: أَنَّ مَا كَانَ مُتَّصِلًا بِالْمَبِيعِ اتَّصَالَ إِقْرَارٍ كَانَ تَابِعًا لَهُ فِي الدُّخُولِ، وَتَعْنِي بِالْقَرَارِ الْحَالِ الثَّانِي عَلَى مَعْنَى أَنَّ مَا وُضِعَ لِأَن يَفْصِلَهُ الْبَشَرُ فِي ثَانِي الْحَالِ لَيْسَ بِاتِّصَالِ قَرَارٍ، وَمَا وُضِعَ لَا لِأَن يَفْصِلَهُ فِيهِ فَهُوَ اتِّصَالُ قَرَارٍ.

وَعَلَى هَذَا (دَخَلَ بِنَاءُ الدَّارِ فِي بَيْعِهَا وَإِنْ لَمْ يُسَمِّهِ لِأَنَّ اسْمَ الدَّارِ يَتَنَاوَلُ الْعَرَصَةَ وَالْبِنَاءَ فِي الْعُرْفِ) لَا يُقَالُ: لَا تُسَلِّمُ تَنَاوُلَهُ الْبِنَاءَ فِي الْعُرْفِ فَإِنَّهُ لَمْ يَدْخُلْ فِي بَابِ الْأَيْمَانِ الَّتِي مَبْنَاهَا عَلَى الْعُرْفِ كَمَا تَقَدَّمَ (لَأَنَّ تَنَاوُلَهُ إِيَّاهُ بِاعْتِبَارِ كَوْنِهِ صِفَةً لَهَا) وَهِيَ إِذَا لَمْ تَكُنْ دَاعِيَةً لِلْيَمِينِ لَا يَتَقَيَّدُ بِهَا كَمَا تَقَدَّمَ، وَالْبِنَاءُ لَيْسَ بِدَارٍ إِلَى الْيَمِينِ فَلَمْ يَتَقَيَّدْ بِهِ وَحَنَتْ بِالْدُّخُولِ بَعْدَ الْإِهْدَامِ (وَلَأَنَّ الْبِنَاءَ مُتَّصِلٌ بِهِ) أَيُّ بِالْأَرْضِ عَلَى تَأْوِيلِ الْمَكَانِ (اتِّصَالَ قَرَارٍ) فَيَكُونُ تَابِعًا لَهُ.

(وَمَنْ بَاعَ أَرْضًا دَخَلَ مَا فِيهَا مِنَ النَّخْلِ وَالشَّجَرِ وَإِنْ لَمْ يُسَمِّهِ) لِأَنَّهُ مُتَّصِلٌ بِهَا
لِلقَرَارِ فَأَشْبَهَ الْبِنَاءَ (وَلَا يَدْخُلُ الزَّرْعُ فِي بَيْعِ الْأَرْضِ إِلَّا بِالتَّسْمِيَةِ) لِأَنَّهُ مُتَّصِلٌ بِهَا
لِلفَصْلِ فَشَابَهَ الْمَتَاعَ الَّذِي فِيهَا.

الشرح:

وَإِذَا بَاعَ أَرْضًا دَخَلَ مَا فِيهَا مِنَ النَّخْلِ وَالشَّجَرَةِ كَبِيرَةٌ كَانَتْ أَوْ صَغِيرَةٌ
مُثْمِرَةٌ أَوْ غَيْرَهَا عَلَى الْأَصَحِّ (وَإِنْ لَمْ يُسَمِّهِ لِلاتِّصَالِ فَأَشْبَهَ الْبِنَاءَ وَلَا يَدْخُلُ الزَّرْعُ فِي
بَيْعِ الْأَرْضِ إِلَّا بِالتَّسْمِيَةِ لِأَنَّهُ مُتَّصِلٌ بِهِ لِلْفَصْلِ فَأَشْبَهَ الْمَتَاعَ الْمَوْضُوعَ فِي الدَّارِ) وَتَوَقُّضَ
بِالْحَمْلِ فَإِنَّهُ مُتَّصِلٌ بِالْأُمِّ لِلْفَصْلِ وَيَدْخُلُ فِي بَيْعِ الْأُمِّ. وَالْجَوَابُ أَنَّهُ غَيْرُ وَارِدٍ عَلَى
التَّفْسِيرِ الْمَذْكُورِ، فَإِنَّ الْبَشَرَ لَيْسَ فِي وَسْعِهِ فَصْلُ الْحَمْلِ عَنِ الْأُمِّ.

(وَمَنْ بَاعَ نَخْلًا أَوْ شَجَرًا فِيهِ ثَمَرٌ فَثَمَرَتُهُ لِلْبَائِعِ إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَ الْمُبْتَاعُ) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ
الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «مَنْ اشْتَرَى أَرْضًا فِيهَا نَخْلٌ فَالثَّمَرَةُ لِلْبَائِعِ، إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَ الْمُبْتَاعُ»^(١)
وَلَأَنَّ الْإِتِّصَالَ وَإِنْ كَانَ خِلْقَةً فَهُوَ لِلْقَطْعِ لَا لِلْبَقَاءِ فَصَارَ كَالزَّرْعِ. (وَيُقَالُ لِلْبَائِعِ
اقْطَعْهَا وَسَلِّمْ الْمُبْتَاعَ) وَكَذَا إِذَا كَانَ فِيهَا زَرْعٌ، لِأَنَّ مِلْكَ الْمَشْتَرِي مَشْغُولٌ بِمِلْكِ الْبَائِعِ
فَكَانَ عَلَيْهِ تَقْرِيفُهُ وَتَسْلِيمُهُ، كَمَا إِذَا كَانَ فِيهِ مَتَاعٌ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: يُتْرَكُ حَتَّى يَظْهَرَ صِلَاحُ الثَّمَرِ وَيُسْتَحْصَدُ الزَّرْعُ؛ لِأَنَّ
الْوَاجِبَ إِنَّمَا هُوَ التَّسْلِيمُ الْمُعْتَادُ، وَالْمُعْتَادُ أَنْ لَا يُقْطَعَ كَذَلِكَ وَصَارَ كَمَا إِذَا انْقَضَتْ مَدَّةُ
الْإِجَارَةِ وَفِي الْأَرْضِ زَرْعٌ. فَلَنَّا: هُنَاكَ التَّسْلِيمُ وَاجِبٌ أَيْضًا حَتَّى يُتْرَكَ بِأَجَرٍ، وَتَسْلِيمُ
الْعَوَضِ كَتَسْلِيمِ الْمُعَوَّضِ.

وَلَا فَرْقَ بَيْنَ مَا إِذَا كَانَ الثَّمَرُ بِحَالٍ لَهُ قِيَمَةٌ أَوْ لَمْ يَكُنْ فِي الصَّحِيحِ وَيَكُونُ فِي
الْحَالِ لِلْبَائِعِ؛ لِأَنَّ بَيْعَهُ يَجُوزُ فِي أَصَحِّ الرِّوَايَتَيْنِ عَلَى مَا تَبَيَّنَ فَلَا يَدْخُلُ فِي بَيْعِ
الشَّجَرِ مِنْ غَيْرِ ذِكْرِ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ بَاعَ نَخْلًا) بَاعَ نَخْلًا (أَوْ شَجَرًا عَلَيْهِ ثَمَرٌ فَثَمَرَتُهُ لِلْبَائِعِ إِلَّا) أَنْ يَقُولَ
الْمَشْتَرِي اشْتَرَيْتُهُ مَعَ ثَمَرَتِهِ لِقَوْلِهِ ﷺ «مَنْ اشْتَرَى أَرْضًا فِيهَا نَخْلٌ فَالثَّمَرَةُ لِلْبَائِعِ، إِلَّا

(١) أخرجه البخاري في البيوع باب ٩٠، وأبو داود (٣٤٣٣)، والترمذي (١٢٤٤).

أَنْ يُشْتَرَطَ الْمُبْتَاعُ» وَفِيهِ دَلَالَةٌ عَلَى أَنَّ مَا وَضِعَ لِلْقَرَارِ يَدْخُلُ وَمَا وَضِعَ لِلْفَصْلِ لَا يَدْخُلُ، لِأَنَّ الْعَقُودَ عَلَيْهِ أَرْضٌ فِيهَا نَخْلٌ عَلَيْهِ ثَمَرٌ فَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «الثَّمَرَةُ لِلْبَائِعِ إِلَّا أَنْ يُشْتَرَطَ» وَلَمْ يَذْكُرِ النَّخْلَ.

وَقَوْلُهُ (وَلَأَنَّ الْإِتِّصَالَ وَإِنْ كَانَ خَلْقَةً) فِيهِ إِشَارَةٌ إِلَى أَنَّ الْإِعْتِبَارَ لِلْحَالِ الثَّانِي وَالْحَالِ الْأَوَّلِ لَا فَرْقَ فِيهَا بَيْنَ أَنْ يَكُونَ خَلْقَةً أَوْ مَوْضُوعًا وَيُقَالُ لِلْبَائِعِ سَلَمَ الْمَيْعِ) فَارِغًا لَوْ جُوبَ ذَلِكَ عَلَيْهِ، فَيُؤَمَّرُ بِتَفْرِيعِ مَلِكٍ الْمُشْتَرِي عَنْ مَلِكِهِ يَقْطَعُ الثَّمَرَةَ وَرَفَعَ الزَّرْعَ (وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يُتْرَكُ حَتَّى يَبْدُوَ صِلَاحُ الثَّمَرِ، وَيَسْتَحْصِدُ الزَّرْعُ لِأَنَّ الْوَاجِبَ هُوَ التَّسْلِيمُ الْمُعْتَادُ، وَالْمُعْتَادُ أَنْ لَا يُقْطَعَ) وَقَاسَهُ عَلَى مَا إِذَا انْقَضَتْ مُدَّةُ الْإِجَارَةِ وَفِي الْأَرْضِ زَرْعٌ فَإِنَّهُ يُؤَخَّرُ إِلَى الْحَصَادِ.

وَالْجَوَابُ أَنَّا لَا نُسَلِّمُ أَنَّ الْمُعْتَادَ عَدَمُ الْقَطْعِ إِلَى وَقْتِ الْبُدُوِّ وَالِاسْتِحْصَادِ؛ سَلَمْنَاهُ لَكُنْهُ مُشْتَرَكٌ فَإِنَّهُمْ قَدْ يَبِيعُونَ لِلْقَطْعِ سَلَمْنَاهُ، وَلَكِنَّ الْوَاجِبَ ذَلِكَ مَا لَمْ يُعَارِضْهُ مَا يُسْقِطُهُ وَقَدْ عَارِضَهُ دَلَالَةُ الرِّضَا بِذَلِكَ وَهِيَ إِقْدَامُهُ عَلَى يَبِيعِهَا مَعَ عِلْمِهِ بِمُطَالَبَةِ الْمُشْتَرِي تَفْرِيعَ مَلِكِهِ وَتَسْلِيمَهُ إِيَّاهُ فَارِغًا (قَوْلُهُ هُنَاكَ) إِشَارَةٌ إِلَى الْجَوَابِ عَنِ الْمَقِيسِ عَلَيْهِ وَتَقْرِيرِهِ (التَّسْلِيمُ وَاجِبٌ) فِي صُورَةِ انْقِضَاءِ مُدَّةِ الْإِجَارَةِ أَيْضًا.

(وَلَا يُتْرَكُ إِلَّا بِأَجَرٍ وَتَسْلِيمِ الْعَوَضِ تَسْلِيمِ الْعَوَضِ) لَا يُقَالُ: فَلْيَكُنْ فِيهَا نَخْلٌ فِيهِ كَذَلِكَ لَمَّا سَيَّاتِي، وَلَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ الثَّمَرُ بِحَالٍ لَهُ قِيَمَةٌ أَوْ لَمْ يَكُنْ) فِي كَوْنِهِ لِلْبَائِعِ (فِي الصَّحِيحِ) وَقِيلَ إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ قِيَمَةٌ يَدْخُلُ فِي الْبَيْعِ وَيَكُونُ لِلْمُشْتَرِي. وَجْهُ الصَّحِيحِ أَنَّ بَيْعَهُ مُنْفَرِدًا يَصِحُّ فِي أَصَحِّ الرِّوَايَتَيْنِ، وَمَا صَحَّ بَيْعُهُ مُنْفَرِدًا لَا يَدْخُلُ فِي بَيْعِ غَيْرِهِ إِذَا لَمْ يَكُنْ مَوْضُوعًا لِلْقَرَارِ

وَأَمَّا إِذَا بَاعَتْ الْأَرْضُ وَقَدْ بَدَرَ فِيهَا صَاحِبُهَا وَلَمْ يَنْبُتْ بَعْدُ لَمْ يَدْخُلْ فِيهِ؛ لِأَنَّهُ مُودَعٌ فِيهَا كَالْمَتَاعِ. وَلَوْ نَبَتَ وَلَمْ تَصِرْ لَهُ قِيَمَةٌ فَقَدْ قِيلَ لَا يَدْخُلُ فِيهِ، وَقَدْ قِيلَ يَدْخُلُ فِيهِ، وَكَأَنَّ هَذَا بِنَاءً عَلَى الْإِخْتِلَافِ فِي جَوَازِ بَيْعِهِ قَبْلَ أَنْ تَنَالَهُ الْمَشَاغِرُ وَالْمَنَاجِلُ، وَلَا يَدْخُلُ الزَّرْعُ وَالثَّمَرُ بِذِكْرِ الْحَقُوقِ وَالْمَرَافِقِ؛ لِأَنَّهُمَا لَيْسَا مِنْهُمَا. وَلَوْ قَالَ بِكُلِّ قَلِيلٍ وَكَثِيرٍ هُوَ لَهُ فِيهَا وَمِنْهَا مِنْ حَقُوقِهَا أَوْ قَالَ مِنْ مَرَافِقِهَا لَمْ يَدْخُلْ فِيهِ لَمَّا قُلْنَا، وَإِنْ لَمْ يَقُلْ مِنْ حَقُوقِهَا أَوْ مِنْ مَرَافِقِهَا دَخَلَ فِيهِ. وَأَمَّا الثَّمَرُ الْمَجْدُودُ وَالزَّرْعُ الْمَحْصُودُ فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ الْمَتَاعِ لَا يَدْخُلُ إِلَّا بِالتَّصْرِيحِ بِهِ.

الشرح:

(قَوْلُهُ وَأَمَّا إِذَا بَاعَتِ الْأَرْضُ) يَعْنِي مَعْطُوفًا عَلَى قَوْلِهِ وَلَا فَرْقَ: يَعْنِي: الثَّمَرُ لَا يَدْخُلُ فِي الْبَيْعِ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ قِيَمَةٌ (وَأَمَّا الْأَرْضُ إِذَا بَاعَتْ وَقَدْ بَذَرَ فِيهَا صَاحِبُهَا وَلَمْ يَنْبُتْ فَإِنَّهُ لَا يَدْخُلُ فِي الْبَيْعِ لِأَنَّهُ مُودَعٌ فِيهَا كَالْمَتَاعِ) وَذَكَرَ فِي فِتَاوَى الْفَضْلِيِّ ذَلِكَ فِيمَا إِذَا لَمْ يَعْقِنْ الْبَذْرُ فِي الْأَرْضِ، وَأَمَّا إِذَا عَقِنَ فِيهَا فَهُوَ لِلْمُشْتَرِي وَهَذَا لِأَنَّ بَيْعَ الْعَقَنِ بِإِفْرَادِهِ لَا يَصِحُّ فَكَانَ تَابِعًا وَلَوْ نَبَتَ وَلَمْ يَصِرْ لَهُ قِيَمَةٌ) قَالَ أَبُو الْقَاسِمِ الصَّفَّارُ لَا يَدْخُلُ. وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ الْإِسْكَافِيُّ يَدْخُلُ.

قَالَ الشَّيْخُ (وَكَأَنَّ) وَصَحَّحَ بَعْضُ الشَّارِحِينَ تَشْدِيدَ التَّوْنِ (هَذَا بِنَاءٌ عَلَى الْاِخْتِلَافِ فِي جَوَازِ بَيْعِهِ) يَعْنِي فَمَنْ جَوَزَ بَيْعَهُ قَبْلَ أَنْ تَنَالَهُ الْمَشَاوِرُ وَالْمَنَاجِلُ لَمْ يَجْعَلْهُ تَابِعًا لِغَيْرِهِ، وَمَنْ لَمْ يُجَوِّزْهُ جَعَلْهُ تَابِعًا مُشْفَرًّا كَبَعِيرٍ شَفْتُهُ وَالْجَمْعُ مَشَاوِرٌ. وَالْمَنَجِلُ مَا يُحْصَدُ بِهِ الزَّرْعُ وَالْجَمْعُ مَنَاجِلٌ.

قَالَ (وَلَا يَدْخُلُ الزَّرْعُ وَالثَّمَرُ) اعْلَمْ أَنَّ الْأَلْفَافِ فِي بَيْعِ الْأَرْضِ الْمَزْرُوعَةِ وَالشَّجَرَةِ الثَّمَرَةِ أَرْبَعَةٌ: الْأَوَّلُ أَنْ يَقُولَ بَعْتَ الْأَرْضَ أَوِ الشَّجَرَ وَلَمْ يَزِدْ عَلَى ذَلِكَ وَقَدْ تَقَدَّمَ بَيَانُ ذَلِكَ. وَالثَّانِي بَعْتَ بِحَقُوقِهَا وَمَرَافِقِهَا. وَالثَّالِثُ بَعْتَ بِكُلِّ قَلِيلٍ وَكَثِيرٍ هُوَ لَهُ فِيهَا وَمِنْهَا مِنْ حَقُوقِهَا أَوْ مِنْ مَرَافِقِهَا. وَالرَّابِعُ بَعْتَ بِكُلِّ قَلِيلٍ وَكَثِيرٍ هُوَ لَهُ فِيهَا وَلَمْ يَقُلْ مِنْ حَقُوقِهَا أَوْ مِنْ مَرَافِقِهَا، وَفِي الثَّانِي وَالثَّالِثِ لَا يَدْخُلُ الزَّرْعُ وَالثَّمَرُ لِأَنَّ الْحَقَّ فِي الْعَادَةِ يُذَكِّرُنَا هُوَ تَبَعٌ لَا بَدَ لِلْمَبِيعِ مِنْهُ كَالطَّرِيقِ وَالشَّرْبِ.

وَالْمَرَافِقُ مَا يَرْتَفِقُ بِهِ وَهُوَ مُخْتَصٌّ بِالتَّوَابِعِ كَمَسِيلِ الْمَاءِ وَالزَّرْعِ وَالثَّمَرِ لَيْسَا كَذَلِكَ فَلَا يَدْخُلَانِ. وَفِي الرَّابِعِ يَدْخُلَانِ لِعُمُومِ اللَّفْظِ، وَهَذَا إِذَا كَانَ فِي الْأَرْضِ أَوْ عَلَى الشَّجَرِ، وَأَمَّا إِذَا كَانَ الثَّمَرُ مَجْدُودًا وَالزَّرْعُ مَحْصُودًا فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ الْمَتَاعِ لَا يَدْخُلَانِ إِلَّا بِالتَّصْرِيحِ بِهِ.

قَالَ (وَمَنْ بَاعَ ثَمَرَةً لَمْ يَبْدُ صِلَاحُهَا أَوْ قَدْ بَدَأَ جَارَ الْبَيْعِ؛ لِأَنَّهُ مَالٌ مُتَقَوِّمٌ، إِمَّا لِكَوْنِهِ مُنْتَفَعًا بِهِ فِي الْحَالِ أَوْ فِي الثَّانِي، وَقَدْ قِيلَ لَا يَجُوزُ قَبْلَ أَنْ يَبْدُو صِلَاحُهَا وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ) (وَعَلَى الْمُشْتَرِي قَطْعُهَا فِي الْحَالِ) تَضَرُّعًا لِلْمَلِكِ الْبَائِعِ، وَهَذَا إِذَا اشْتَرَاهَا مُطْلَقًا أَوْ بِشَرَطِ الْقَطْعِ (وَإِنْ شَرَطَ تَرْكُهَا عَلَى التَّخِيلِ فَسَدَ الْبَيْعُ؛ لِأَنَّهُ شَرَطٌ لَا يَقْتَضِيهِ الْعَقْدُ

وَهُوَ شَغْلُ مَلِكٍ غَيْرٍ أَوْ هُوَ صَفَقَةٌ فِي صَفَقَةٍ وَهُوَ إِعَارَةٌ أَوْ إِجَارَةٌ فِي بَيْعٍ، وَكَذَا بَيْعُ الزَّرْعِ بِشَرْطِ التَّرْكِ لِمَا قُلْنَا.

وَكَذَا إِذَا تَنَاهَى عِظْمُهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ لِمَا قُلْنَا، وَاسْتَحْسَنَهُ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ لِلْعَادَةِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا لَمْ يَتَنَاهَ عِظْمُهَا؛ لِأَنَّهُ شَرْطٌ فِيهِ الْجُزْءُ الْمَعْدُومُ وَهُوَ الَّذِي يَزِيدُ لِمَعْنَى مِنَ الْأَرْضِ أَوْ الشَّجَرِ. وَلَوْ اشْتَرَاهَا مُطْلَقًا وَتَرَكَهَا بِإِذْنِ الْبَائِعِ طَابَ لَهُ الْفَضْلُ، وَإِنْ تَرَكَهَا بِغَيْرِ إِذْنِهِ تَصَدَّقَ بِمَا زَادَ فِي ذَاتِهِ لِحُصُولِهِ بِجَهَةِ مَحْظُورَةٍ، وَإِنْ تَرَكَهَا بَعْدَ مَا تَنَاهَى عِظْمُهَا لَمْ يَتَصَدَّقْ بِشَيْءٍ.

لأنَّ هَذَا تَغْيِيرُ حَالَةٍ لَا تَحَقُّقُ زِيَادَةٍ، وَإِنْ اشْتَرَاهَا مُطْلَقًا وَتَرَكَهَا عَلَى النَّخِيلِ وَقَدْ اسْتَأْجَرَ النَّخِيلَ إِلَى وَقْتِ الْإِدْرَاكِ طَابَ لَهُ الْفَضْلُ؛ لِأَنَّ الْإِجَارَةَ بَاطِلَةٌ لِعَدَمِ التَّعَارُفِ وَالْحَاجَةِ فَبَقِيَ الْإِذْنُ مُعْتَبَرًا، بِخِلَافِ مَا إِذَا اشْتَرَى الزَّرْعَ وَاسْتَأْجَرَ الْأَرْضَ إِلَى أَنْ يُدْرِكَ وَتَرَكَهُ حَيْثُ لَا يَطِيبُ لَهُ الْفَضْلُ؛ لِأَنَّ الْإِجَارَةَ فَاسِدَةٌ لِلْجِهَالَةِ فَأَوْرَثَتْ خُبْنًا.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ بَاعَ ثَمَرَةً لَمْ يَبْدُ صَلَاحُهَا) يَبْعُ الثَّمَرِ عَلَى الشَّجَرِ لَا يَخْلُو إِمَّا أَنْ يَكُونَ قَبْلَ الظُّهُورِ أَوْ بَعْدَهُ، وَالْأَوَّلُ لَا يَجُوزُ، وَالثَّانِي جَائِزٌ بَدَأَ صَلَاحُهَا بِصَلَاحِهَا لَا تِنْفَاعَ بَنِي آدَمَ أَوْ عِلْفِ الدَّوَابِّ، أَوْ لَمْ يَبْدُ لَأَنَّهُ مَالٌ مُتَقَوِّمٌ لِكَوْنِهِ مُتَّفَعًا بِهِ فِي الْحَالِ أَوْ فِي الزَّمَانِ الثَّانِي فَصَارَ كَمِيعِ الْجَحْشِ وَالْمُهْرِ، وَذَكَرَ شَمْسُ الْأَيْمَةِ السَّرْحَسِيُّ وَشَيْخُ الْإِسْلَامِ خَوَاهِرُ زَادَهُ أَنَّ الْبَيْعَ قَبْلَ أَنْ يُنْتَفَعَ بِهِ لَا يَجُوزُ لِنَهْيِ النَّبِيِّ ﷺ عَنْ بَيْعِ الثَّمَرِ قَبْلَ أَنْ يَبْدُوَ صَلَاحَهُ، وَلِأَنَّ الْبَيْعَ يَخْتَصُّ بِمَالٍ مُتَقَوِّمٍ، وَالثَّمَرُ قَبْلَ بُدْؤِ الصَّلَاحِ لَيْسَ كَذَلِكَ.

قَالَ الشَّيْخُ: وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ: يَعْنِي رَوَايَةً وَدِرَايَةً، أَمَّا الْأَوَّلُ فَلَمَّا أَسَارَ إِلَيْهِ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي بَابِ الْعُشْرِ، وَلَوْ بَاعَ الثَّمَارَ فِي أَوَّلِ مَا تَطْلُعُ وَتَرَكَهَا بِإِذْنِ الْبَائِعِ حَتَّى أَدْرَكَ فَالْعُشْرُ عَلَى الْمُشْتَرِي، فَلَوْ لَمْ يَكُنْ الشَّرَاءُ جَائِزًا فِي أَوَّلِ مَا تَطْلُعُ لَمَا وَجَبَ الْعُشْرُ عَلَى الْمُشْتَرِي، وَأَمَّا الثَّانِيَةُ فَلَأَنَّهُ مَالٌ مُتَقَوِّمٌ فِي الزَّمَانِ الثَّانِي، وَنَفْيُ جَوَازِهِ مُفْضٍ إِلَى نَفْيِ جَوَازِ بَيْعِ الْمُهْرِ وَالْجَحْشِ وَهُوَ ثَابِتٌ بِالِاتِّفَاقِ، وَالْجَوَابُ عَنْ الْحَدِيثِ أَنَّ ثَأْوِيلَهُ إِذَا بَاعَهُ بِشَرْطِ التَّرْكِ أَوْ أَنَّ الْمُرَادَ بِهِ التَّهْيُ عَنْ بَيْعِهَا سَلَمًا بِدَلِيلِ قَوْلِهِ ﷺ «أَرَأَيْتَ لَوْ

أَذْهَبَ اللَّهُ الثَّمَرَةَ بِمَ يَسْتَحِلُّ أَحَدُكُمْ مَالَ أَخِيهِ؟».

وَأَمَّا يُتَوَهَّمُ هَذَا إِذَا اشْتَرَى بِشَرَطِ التَّرْكِ إِلَى أَنْ يَبْدُوَ صَلَاحُهَا أَوْ بِطَرِيقِ السَّلَمِ، وَإِذَا جَازَ الْبَيْعُ وَجَبَ عَلَى الْمُشْتَرِي قَطْعُهَا فِي الْحَالِ تَفْرِيعًا لِلْمَلِكِ الْبَائِعِ. قَوْلُهُ (وَهَذَا) إِشَارَةٌ إِلَى الْجَوَازِ: أَيِ الْجَوَازِ إِذَا (اشْتَرَاهَا مُطْلَقًا أَوْ بِشَرَطِ الْقَطْعِ) أَمَّا إِذَا قَالَ اشْتَرَيْتَهُ عَلَى أَنِّي أَتْرُكُهُ عَلَى النَّخْلِ فَقَدْ فَسَدَ الْبَيْعُ لِأَنَّهُ شَرَطُ لَا يَقْتَضِيهِ الْعَقْدُ لِأَنَّهُ مُطْلَقُ الْبَيْعِ يَقْتَضِي تَسْلِيمَ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ فَهُوَ وَشَرَطُ الْقَطْعِ سَوَاءٌ فَكَانَ تَرْكُهَا عَلَى النَّخْلِ شُغْلُ مِلْكٍ غَيْرٍ، أَوْ أَنْ فِي هَذَا الْبَيْعِ صَفَقَةٌ فِي صَفَقَةٍ لِأَنَّهُ إِعَارَةٌ فِي بَيْعٍ أَوْ إِجَارَةٌ فِيهِ، لِأَنَّهُ تَرْكُهَا عَلَى النَّخْلِ إِمَّا أَنْ يَكُونَ بِأَجْرٍ أَوْ غَيْرِهِ، وَالثَّانِي إِعَارَةٌ وَالْأَوَّلُ إِجَارَةٌ وَذَلِكَ مَنْهِيٌّ عَنْهُ، وَفِيهِ تَأْمُلٌ لِأَنَّ ذَلِكَ إِمَّا يَكُونُ صَفَقَةً أَنْ لَوْ جَازَتْ إِعَارَةُ الْأَشْجَارِ أَوْ إِجَارَتُهَا وَلَيْسَ كَذَلِكَ، نَعَمْ هُوَ إِمَّا يَسْتَقِيمُ إِذَا بَاعَ الزَّرْعَ بِشَرَطِ التَّرْكِ، فَإِنْ إِعَارَتُهَا وَإِجَارَتُهَا جَائِزَةٌ فَلِزَمِ صَفَقَةٍ فِي صَفَقَةٍ، هَذَا إِذَا كَانَتْ الثَّمَرَةُ لَمْ يَتَنَاهَ فِي عِظَمِهَا وَأَمَّا إِذَا تَنَاهَى عِظَمُهَا فَكَذَلِكَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ، وَهُوَ الْقِيَاسُ لِأَنَّ شَرَطَ التَّرْكِ مِمَّا لَا يَقْتَضِيهِ الْعَقْدُ، وَأَمَّا مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ فَقَدْ اسْتَحْسَنَ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ.

وَقَالَ: لَا يَفْسُدُ الْبَيْعُ لَتَعَارُفِ النَّاسِ بِذَلِكَ، بِخِلَافِ مَا إِذَا لَمْ يَتَنَاهَ عِظَمُهَا لِأَنَّهُ شَرَطُ فِيهِ الْجُزْءُ الْمَعْدُومُ وَهُوَ الَّذِي يَزِيدُ لَمَعْنَى فِي الْأَرْضِ أَوْ الشَّجَرِ. وَالْجَوَابُ أَنَّا لَا نُسَلِّمُ أَنَّ التَّعَامُلَ جَرَى فِي اشْتِرَاطِ التَّرْكِ وَلَكِنَّ الْمُعْتَادَ فِي مِثْلِهِ الْإِذْنُ فِي تَرْكِهَا بِلَا شَرَطٍ فِي الْعَقْدِ، وَلَوْ اشْتَرَى الثَّمَرَةَ الَّتِي لَمْ يَتَنَاهَ عِظَمُهَا وَلَمْ يَشْتَرِطِ التَّرْكَ وَتَرَكَهَا. فَإِنْ كَانَ بِإِذْنِ الْبَائِعِ طَابَ لَهُ الْفَضْلُ، وَإِنْ كَانَ بِغَيْرِ إِذْنِهِ تَصَدَّقَ بِمَا زَادَ فِي ذَاتِهِ بِأَنْ يَقُومَ ذَلِكَ قَبْلَ الْإِذْرَاكِ وَيُقَوِّمَ بَعْدَهُ وَيَتَصَدَّقَ بِفَضْلِ مَا بَيْنَهُمَا، لِأَنَّ مَا زَادَ حَصَلَ بِجَهَةِ مَحْظُورَةٍ وَهِيَ حُصُولُهَا بِقُوَّةِ الْأَرْضِ الْمَعْصُوبَةِ.

وَإِذَا تَرَكَهَا بِغَيْرِ إِذْنِهِ بَعْدَمَا تَنَاهَى لَمْ يَتَصَدَّقْ بِشَيْءٍ لِأَنَّ هَذَا تَغْيِيرُ حَالَةٍ مِنَ الشَّيْءِ إِلَى التَّضَيُّعِ لَا تَحَقُّقُ زِيَادَةٍ فِي الْجِسْمِ، فَإِنَّ الثَّمَرَةَ إِذَا صَارَتْ بِهَذِهِ الْمَثَابَةِ لَا يَزْدَادُ فِيهَا مِنْ مِلْكِ الْبَائِعِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ شَيْءٌ، بَلِ الشَّمْسُ تُنْضِجُهَا وَالْقَمَرُ يُلَوِّثُهَا وَالْكَوَاكِبُ تُعْطِيهَا الطَّعْمَ، وَإِنْ اشْتَرَاهَا مُطْلَقًا عَنِ التَّرْكِ وَالْقَطْعِ وَتَرَكَهَا عَلَى النَّخْلِ بِأَشْجَارِ

التَّحِيلَ إِلَى وَقْتِ الْإِذْرَاكِ طَابَ لَهُ الْفَضْلُ لِبُطْلَانِ إِجَارَةِ التَّحِيلِ لَعَدَمِ التَّعَارُفِ، فَإِنَّ التَّعَارُفَ لَمْ يَجْرِ فِيمَا بَيْنَ النَّاسِ بِاسْتِجَارِ الْأَشْجَارِ، وَلَعَدَمِ الْحَاجَةِ إِلَى ذَلِكَ لِأَنَّ الْحَاجَةَ إِلَى التَّرْكِ بِالْإِجَارَةِ إِنَّمَا تَتَحَقَّقُ إِذَا لَمْ يَكُنْ مُخْلَصَ سِوَاهَا، وَهَاهُنَا يُمَكِّنُ لِلْمُشْتَرِي أَنْ يَشْتَرِيَ الثَّمَارَ مَعَ أَصُولِهَا عَلَى مَا سَنَذْكُرُهُ.

وَإِذَا بَطَلَتِ الْإِجَارَةُ بَقِيَ الْإِذْنُ مُعْتَبَرًا فَيَطِيبُ لَهُ الْفَضْلُ فَإِنْ قِيلَ: لَا تُسَلِّمُ بَقَاءَ الْإِذْنِ فَإِنْ ثَبَتَ فِي ضِمَنِ الْإِجَارَةِ، وَفِي بُطْلَانِ الْمُتَضَمِّنِ بُطْلَانُ الْمُتَضَمِّنِ كَالْوَكَالَةِ الثَّانِيَةِ فِي ضِمَنِ الرَّهْنِ تَبْطُلُ بُبُطْلَانِ الرَّهْنِ.

أُجِيبَ بِأَنَّ الْبَاطِلَ مَعْدُومٌ لِأَنَّهُ هُوَ الَّذِي لَا تَحَقُّقَ لَهُ أَصْلًا وَلَا وَصْفًا شَرْعًا عَلَى مَا عُرِفَ، وَالْمَعْدُومُ لَا يَتَضَمَّنُ شَيْئًا حَتَّى يَبْطُلَ بِبُطْلَانِهِ، بَلْ كَانَ ذَلِكَ الْكَلَامُ ابْتِدَاءً عِبَارَةً عَنِ الْإِذْنِ فَكَانَ مُعْتَبَرًا، بِخِلَافِ مَا إِذَا اشْتَرَى الزُّرْعَ وَاسْتَأْجَرَ الْأَرْضَ إِلَى أَنْ يُدْرِكَ الزُّرْعُ وَتَوَكَّاهُ حَيْثُ لَا يَطِيبُ لَهُ الْفَضْلُ لِأَنَّ الْإِجَارَةَ فَاسِدَةٌ لَجَهَالَةِ وَقْتِ الزُّرْعِ، فَإِنَّ الْإِذْرَاكَ قَدْ يَتَقَدَّمُ لَشِدَّةِ الْحَرِّ وَقَدْ يَتَأَخَّرُ لِلْبَرْدِ.

وَالْفَاسِدُ مَا لَهُ تَحَقُّقٌ مِنْ حَيْثُ الْأَصْلُ فَأَمَكَّنَ أَنْ يَكُونَ مُتَضَمِّنًا لَشَيْءٍ وَيَفْسُدَ ذَلِكَ الشَّيْءُ لِفَسَادِ الْمُتَضَمِّنِ، وَإِذَا انْتَهَى الْإِذْنُ كَانَ الْفَضْلُ خَبِيثًا وَسَبِيلُهُ التَّصَدُّقُ. وَلَوْ اشْتَرَى الثَّمَارَ مُطْلَقًا عَنِ الْقَطْعِ وَالتَّرْكِ عَلَى التَّحِيلِ وَتَوَكَّاهُ وَأَثْمَرَتْ مُدَّةُ التَّرْكِ ثَمَرَةً أُخْرَى فَإِنْ كَانَ قَبْلَ الْقَبْضِ: يَعْنِي قَبْلَ تَخْلِيَةِ الْبَائِعِ بَيْنَ الْمُشْتَرِي وَالثَّمَارِ فَسَدَ الْبَيْعُ لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُ تَسْلِيمَ الْمَبِيعِ لَتَعَذُّرِ التَّمْيِيزِ، وَإِنْ كَانَ بَعْدَ الْقَبْضِ لَمْ يَفْسُدِ الْبَيْعُ لِأَنَّ التَّسْلِيمَ قَدْ وَجَدَ وَحَدَّثَ مِلْكًا لِلْبَائِعِ وَاخْتَلَطَ بِمِلْكِ الْمُشْتَرِي فَيَشْتَرِكَانِ فِيهِ لِلَاخْتِلَاطِ. وَالْقَوْلُ فِي مِقْدَارِ الزَّائِدِ قَوْلُ الْمُشْتَرِي لِأَنَّ الْمَبِيعَ فِي يَدِهِ فَكَانَ الظَّاهِرُ شَاهِدًا لَهُ هَذَا ظَاهِرُ الْمَذْهَبِ، وَكَانَ شَمْسُ الْأَئِمَّةِ الْحُلَوَانِيُّ يُفْتِي بِجَوَازِهِ وَيَزْعُمُ أَنَّهُ مَرْوِيُّ عَنْ أَصْحَابِنَا، وَحُكِيَ عَنِ الشَّيْخِ الْإِمَامِ الْجَلِيلِ أَبِي بَكْرٍ مُحَمَّدِ بْنِ الْفَضْلِ الْبُخَارِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ كَانَ يُفْتِي بِجَوَازِهِ وَيَقُولُ اجْعَلِ الْمَوْجُودَ أَصْلًا وَمَا يَحْدُثُ بَعْدَ ذَلِكَ تَبْعًا، وَلِهَذَا شَرَطَ أَنْ يَكُونَ الْخَارِجُ أَكْثَرَ.

وَلَوْ اشْتَرَاهَا مُطْلَقًا فَأَثْمَرَتْ ثَمَرًا آخَرَ قَبْلَ الْقَبْضِ فَسَدَ الْبَيْعُ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُهُ تَسْلِيمَ الْمَبِيعِ لَتَعَذُّرِ التَّمْيِيزِ. وَلَوْ أَثْمَرَتْ بَعْدَ الْقَبْضِ يَشْتَرِكَانِ فِيهِ لِلَاخْتِلَاطِ، وَالْقَوْلُ

قَوْلُ الْمُشْتَرِي فِي مِقْدَارِهِ؛ لِأَنَّهُ فِي يَدِهِ، وَكَذَا فِي الْبَادِنَجَانِ وَالْبَطِيخِ، وَالْمُخْلَصُ أَنْ يَشْتَرِيَ الْأَصُولَ لِتَحْصُلِ الزِّيَادَةُ عَلَى مِلْكِهِ.

الشرح:

(قَوْلُهُ وَكَذَا فِي الْبَادِنَجَانِ وَالْبَطِيخِ) يَعْنِي أَنَّ الْبَيْعَ لَا يَجُوزُ إِذَا حَدَثَ شَيْءٌ قَبْلَ الْقَبْضِ وَإِذَا حَدَثَ بَعْدَهُ يَشْتَرِكَانِ (وَالْمُخْلَصُ) أَيُّ الْحِيلَةِ فِي جَوَازِهِ فِيمَا إِذَا حَدَثَ قَبْلَ الْقَبْضِ أَنْ يَشْتَرِيَ الْأَصُولَ لِتَحْصُلِ الزِّيَادَةُ عَلَى مِلْكِهِ، وَلِهَذَا قَالَ شَمْسُ الْأُيُومَةِ السَّرْحَسِيُّ: إِنَّمَا يَجُوزُ بِجَعْلِ الْمَوْجُودِ أَصْلًا وَالْحَادِثِ تَبَعًا إِذَا كَانَ ثَمَّةَ ضَرُورَةٍ، وَلَا ضَرُورَةَ هَاهُنَا لِانْدِفَاعِهَا بِبَيْعِ الْأَصُولِ.

قَالَ (وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَبِيعَ ثَمَرَةً وَيَسْتَنْتِ مِنْهَا، أَرْطَالًا مَعْلُومَةً) خِلَافًا لِمَالِكٍ رَحِمَهُ اللَّهُ؛ لِأَنَّ الْبَاقِيَ بَعْدَ الْاسْتِثْنَاءِ مَجْهُولٌ. بِخِلَافِ مَا إِذَا بَاعَ وَاسْتَنْتَى تَخْلًا مُعَيَّنًا؛ لِأَنَّ الْبَاقِيَ مَعْلُومٌ بِالْمُشَاهَدَةِ. قَالَ ﷺ: قَالُوا هَذِهِ رِوَايَةُ الْحَسَنِ وَهُوَ قَوْلُ الطَّحَاوِيِّ؛ أَمَّا عَلَى ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ يَنْبَغِي أَنْ يَجُوزَ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ أَنْ مَا يَجُوزُ إِبْرَادُ الْعَقْدِ عَلَيْهِ بِانْفِرَادِهِ يَجُوزُ اسْتِثْنَاؤُهُ مِنَ الْعَقْدِ، وَبِيعُ قَفِيزٍ مِنْ صُبْرَةٍ جَائِزٌ فَكَذَا اسْتِثْنَاؤُهُ، بِخِلَافِ اسْتِثْنَاءِ الْحِمْلِ وَأَطْرَافِ الْحَيَوَانِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ، فَكَذَا اسْتِثْنَاؤُهُ.

الشرح:

(قَالَ وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَبِيعَ ثَمَرَةً) إِذَا بَاعَ ثَمَرَةً (وَاسْتَنْتَى مِنْهَا أَرْطَالًا مَعْلُومَةً) لَمْ يَجْزُ خِلَافًا لِمَالِكٍ وَلَمْ يُبَيَّنْ أَنْ مُرَادَهُ الثَّمَرَةُ عَلَى رُءُوسِ النَّخِيلِ أَوْ ثَمَرَةُ مَجْدُودَةٍ، وَذَكَرَ فِي بَعْضِ فَوَائِدِ هَذَا الْكِتَابِ أَنْ مُرَادَهُ مَا كَانَ عَلَى النَّخِيلِ. وَأَمَّا بَيْعُ الْمَجْدُودِ فَجَائِزٌ، وَهُوَ مُخَالَفٌ لِمَا ذَكَرَ فِي شَرْحِ: الطَّحَاوِيِّ فَإِنَّهُ قَالَ: إِذَا بَاعَ الثَّمَرَةَ عَلَى رُءُوسِ النَّخِيلِ إِلَّا صَاعًا مِنْهَا يَجُوزُ الْبَيْعُ لِأَنَّ الْمُسْتَنْتَى مَعْلُومٌ، كَمَا إِذَا كَانَ الثَّمَرُ مَجْدُودًا مَوْضُوعًا عَلَى الْأَرْضِ فَبَاعَ الْكُلَّ إِلَّا صَاعًا يَجُوزُ، وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّ الْحُكْمَ فِيهِمَا سَوَاءٌ.

وَاسْتَدَلَّ بِقَوْلِهِ (لِأَنَّ الْبَاقِيَ بَعْدَ الْاسْتِثْنَاءِ مَجْهُولٌ) وَالْمَجْهُولُ لَا يَرِدُ عَلَيْهِ الْعَقْدُ، وَهَذَا يَدُلُّ أَيْضًا عَلَى أَنَّ الْحُكْمَ فِيهِمَا سَوَاءٌ بِخِلَافِ مَا إِذَا اسْتَنْتَى تَخْلًا مُعَيَّنًا لِأَنَّ الْبَاقِيَ مَعْلُومٌ بِالْمُشَاهَدَةِ) كَمْ هِيَ تَخْلَةٌ، قَالَ الْمُصَنِّفُ (قَالُوا هَذِهِ رِوَايَةُ الْحَسَنِ وَهُوَ قَوْلُ الطَّحَاوِيِّ) وَاعْتَرِضَ بِأَنَّ الْجَهَالََةَ الْمَانِعَةَ مِنَ الْجَوَازِ مَا كَانَتْ مُفْضِيَةً إِلَى النَّزَاعِ، وَهَذِهِ

لَيْسَتْ كَذَلِكَ لِتَرْضَاهُمَا بِذَلِكَ فَلَا تَكُونُ مَانِعَةً. وَأُجِيبَ بَأَنَّا لَا نُسَلِّمُ أَنَّهَا لَيْسَتْ
كَذَلِكَ فَرُبَّمَا كَانَ الْبَائِعُ يَطْلُبُ صَاعًا مِنَ الثَّمَرِ أَحْسَنَ مَا يَكُونُ وَالْمُشْتَرِي يَدْفَعُ إِلَيْهِ مَا
هُوَ أَرَادَ الثَّمَرُ فَيَقْضِي إِلَى النَّزَاعِ.

سَلَّمْنَا ذَلِكَ لَكِنْ بِجَوَازِ تَرْضَاهُمَا عَلَى شَيْءٍ مِنْهُ قَدْ لَا يَكُونُ الثَّمَرُ إِلَّا قَدَرُ
الْمُسْتَشْنَى فَيَخْلُو الْعَقْدُ عَنِ الْفَائِدَةِ فَلَا يَصِحُّ، كَمَا لَا يَصِحُّ مِثْلُهُ فِي الْمُضَارَبَةِ بِهَذَا الْمَعْنَى،
وَعَنْ هَذَا قَالَ بَعْضُ الشَّارِحِينَ يُشِيرُ إِلَى هَذَا قَوْلُهُ أَرْطَالًا مَعْلُومَةً. وَرَدَّ بَأَنَّهُ لَوْ كَانَ
الْمُسْتَشْنَى صَاعًا وَاحِدًا أَوْ رِطْلًا وَاحِدًا فَالْحُكْمُ كَذَلِكَ، وَبَأَنَّهُ لَا يَخْلُو إِمَّا أَنَّهُ بَقِيَ شَيْءٌ
بَعْدَ الاسْتِثْنَاءِ أَوْ لَا، وَكُلٌّ مِنَ التَّقْدِيرَيْنِ يَقْتَضِي صِحَّةَ الْعَقْدِ.

أَمَّا الْأَوَّلُ فَلَأَنَّ الْبَاقِيَ بَعْدَ الاسْتِثْنَاءِ مَعْلُومٌ لَكُونَ الْمُسْتَشْنَى مَعْلُومًا، سَلَّمْنَا أَنَّ
الْبَاقِيَ غَيْرُ مَعْلُومٍ وَرَبَّمَا لَكِنْ ذَلِكَ لَيْسَ بِشَرْطٍ إِلَّا إِذَا بَاعَ مُوَازَنَةً وَلَيْسَ الْفَرَضُ ذَلِكَ
فَجَازَ أَنْ يَكُونَ الْبَيْعُ فِي الْبَاقِي مُجَازَفَةً وَهُوَ مَعْلُومٌ مُشَاهِدَةً. وَأَمَّا الثَّانِي فَلَأَنَّهُ يَكُونُ
حِينَئِذٍ اسْتِثْنَاءُ الْكُلِّ مِنَ الْكُلِّ فَيَبْطُلُ الْاسْتِثْنَاءُ وَيَجُوزُ الْبَيْعُ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ هَذَا بِاعْتِبَارِ
الْمَالِ، وَأَمَّا فِي الْحَالِ فَلَا يُعْرَفُ هَلْ يَبْقَى بَعْدَ الْاسْتِثْنَاءِ شَيْءٌ أَوْ لَا فَصَارَ مَجْهُولًا، وَفِيهِ
نَظَرٌ لَأَنَّهَا لَيْسَتْ مُفْضِيَةً إِلَى النَّزَاعِ فَهُوَ أَوَّلُ الْمَسْأَلَةِ.

ثُمَّ قَالَ الْمُصَنِّفُ (أَمَّا عَلَى ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ يَنْبَغِي أَنْ يَجُوزَ) يُرِيدُ بِهِ عَلَى قِيَاسِ
ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ، فَإِنَّ حُكْمَ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ لَمْ يُذَكَّرْ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ صَرِيحًا وَلِهَذَا قَالَ: يَنْبَغِي
أَنْ يَجُوزَ لِأَنَّ الْأَصْلَ أَنَّ مَا يَجُوزُ إِرَادُ الْعَقْدِ عَلَيْهِ بِإِنْفِرَادِهِ يَجُوزُ اسْتِثْنَاؤُهُ مِنَ الْعَقْدِ
وَبَيْعُ قَفِيرٍ مِنْ صُبْرَةٍ جَائِزٌ فَكَذَا اسْتِثْنَاؤُهُ، وَيَنْعَكِسُ إِلَى أَنَّ مَا لَا يَجُوزُ إِرَادُ الْعَقْدِ عَلَيْهِ
بِإِنْفِرَادِهِ لَا يَجُوزُ اسْتِثْنَاؤُهُ، وَفِي بَيْعِ أَطْرَافِ الْحَيَوَانِ فِيهِ وَحْمَلُهُ لَا يَرُدُّ عَلَيْهِ الْعَقْدُ
بِإِنْفِرَادِهِ فَكَذَا لَا يَجُوزُ اسْتِثْنَاؤُهُ، وَهَذَا لِأَنَّ الْاسْتِثْنَاءَ يَقْتَضِي أَنْ يَكُونَ الْمُسْتَشْنَى مَقْصُودًا
مَعْلُومًا.

وَإِفْرَادُ الْعَقْدِ يَقْتَضِي أَنْ يَكُونَ الْمَقْصُودُ عَلَيْهِ مَقْصُودًا مَعْلُومًا فَتَشَارَكَ فِي الْقَصْدِ
وَالْعِلْمِ، فَمَا جَازَ أَنْ يَقَعَ مَقْصُودًا عَلَيْهِ بِإِنْفِرَادِهِ جَازَ أَنْ يُسْتَشْنَى وَبِالْعَكْسِ، وَعَلَى هَذَا لَوْ
قَالَ بَعْتُكَ هَذِهِ الصُّبْرَةَ بِكَذَا إِلَّا قَفِيرًا مِنْهَا بِدِرْهِمٍ صَحَّ فِي جَمِيعِ الصُّبْرَةِ إِلَّا فِي قَفِيرٍ
لَأَنَّهُ اسْتَشْنَى مَا يَجُوزُ إِفْرَادُهُ بِالْعَقْدِ عَلَيْهِ.

وَأَمَّا لَوْ قَالَ بَعَثَكَ هَذَا الْقَطِيعَ مِنَ الْغَنَمِ إِلَّا شَاءَ مِنْهَا بِغَيْرِ عَيْنِهَا بِمِائَةِ دِرْهِمٍ فَلَا يَجُوزُ لِأَنَّهُ اسْتَشْنَى مَا لَا يَجُوزُ إِفْرَادُ الْعَقْدِ عَلَيْهِ، وَلَوْ قَالَ إِلَّا هَذِهِ الشَّاةُ بِعَيْنِهَا جَازَ لِأَنَّهُ يَجُوزُ إِفْرَادُ الْعَقْدِ عَلَيْهِ فَيَجُوزُ اسْتِثْنَاؤُهُ، وَكَذَا الْحُكْمُ فِي جَمِيعِ الْعَدَدِيَّاتِ الْمُتَفَاوِثَةِ كَالثِّيَابِ وَالْعَبِيدِ، بِخِلَافِ الْكِتْلِيِّ وَالْوَزْنِيِّ وَالْعَدَدِيِّ الْمُتَقَارِبِ فَإِنْ اسْتِثْنَاءَ قَدَرٍ مِنْهُ وَإِيرَادُ الْعَقْدِ عَلَيْهِ جَائِزٌ لِأَنَّ الْجَهَالََةَ لَا تُفْضِي إِلَى الْمُنَازَعَةِ.

قِيلَ مَا الْفَرْقُ بَيْنَ قَوْلِهِ بَعَثَكَ هَذَا الْقَطِيعَ مِنَ الْغَنَمِ إِلَّا هَذِهِ الشَّاةُ بِعَيْنِهَا بِمِائَةِ دِرْهِمٍ فَإِنَّهُ جَائِزٌ وَبَيْنَ قَوْلِهِ بَعَثَكَ هَذَا الْقَطِيعَ مِنَ الْغَنَمِ كُلَّهُ عَلَى أَنَّ لِي هَذِهِ الشَّاةَ الْوَاحِدَةَ مِنْهُ بِعَيْنِهَا فَإِنَّهُ لَا يَجُوزُ مَعَ أَنَّهُ قَدْ اسْتَشْنَى الشَّاةَ الْمُعَيَّنَةَ مِنَ الْقَطِيعِ مَعْنَى. وَأُجِيبَ بِأَنَّ فِي الْاسْتِثْنَاءِ الْمُسْتَشْنَى لِبَيَانِ أَنَّهُ لَمْ يَدْخُلْ فِي الْمُسْتَشْنَى مِنْهُ لِأَنَّهُ لَمْ يَدْخُلْ كَمَا عُرِفَ فِي الْأَصُولِ فَلَمْ يَكُنْ إِفْرَادُهَا إِخْرَاجًا بِحِصَّتِهَا مِنَ الثَّمَنِ فَلَا جَهَالََةٌ فِيهِ.

وَأَمَّا فِي الشَّرْطِ فَلَأَنَّ الشَّاةَ دَخَلَتْ أَوَّلًا فِي الْجُمْلَةِ ثُمَّ خَرَجَتْ بِحِصَّتِهَا مِنَ الثَّمَنِ وَهِيَ مَجْهُولَةٌ فَيَفْسُدُ الْبَيْعُ فِي الْكُلِّ، وَنَظِيرُهُ مَا لَوْ قَالَ بَعَثَكَ هَذَا الْعَبْدَ إِلَّا عَشْرَهُ فَإِنَّهُ صَحِيحٌ فِي تِسْعَةِ أَعْشَارِهِ، وَلَوْ قَالَ عَلَى أَنَّ لِي عَشْرَهُ لَمْ يَصَحَّ. قِيلَ وَلَقَائِلِ أَنْ يَقُولَ: سَلَمْنَا أَنْ إِيرَادَ الْعَقْدِ عَلَى الْأَرْطَالِ الْمَعْلُومَةِ وَاسْتِثْنَاءِهَا جَائِزٌ لَكِنْ لَا نُسَلِّمُ جَوَازَ بَيْعِ الْبَاقِي وَهُوَ مَجْهُولٌ. وَالْجَوَابُ أَنَّا لَا نُسَلِّمُ أَنَّ الْبَاقِيَ مَجْهُولٌ لَمَّا ذَكَرْنَا أَنَّ الْمُسْتَشْنَى إِذَا كَانَ مَعْلُومًا لَمْ تَسِرْ مِنْهُ جَهَالََةٌ إِلَى الْمُسْتَشْنَى مِنْهُ إِلَّا بِحَسَبِ الْوِزْنِ فَيَكُونُ الْبَيْعُ فِي الْبَاقِي مُجَازَفَةً وَهِيَ لَا تَحْتَاجُ إِلَى مَعْرِفَةٍ مِقْدَارِ الْمَبِيعِ.

(وَيَجُوزُ بَيْعُ الْحِنْطَةِ فِي سُنْبُلِهَا وَالْبَاقِلَاءِ فِي هَشْرِهِ) وَكَذَا الْأُرْزُ وَالسَّمْسِمُ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَا يَجُوزُ بَيْعُ الْبَاقِلَاءِ الْأَخْضَرِ، وَكَذَا الْجَوْزُ وَاللُّوزُ وَالْفُسْتُقُ فِي هَشْرِهِ الْأَوَّلِ عِنْدَهُ. وَلَهُ فِي بَيْعِ السُّنْبُلَةِ قَوْلَانِ، وَعِنْدَنَا يَجُوزُ ذَلِكَ كُلُّهُ. لَهُ أَنْ الْمَعْقُودُ عَلَيْهِ مَسْثُورٌ بِمَا لَا مَنْفَعَةَ لَهُ فِيهِ فَأَشْبَهَ ثُرَابَ الصَّاعَةِ إِذَا بَاعَ بِجَنْبِهِ.

وَلَنَا مَا رَوِيَ عَنِ النَّبِيِّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «أَنَّهُ نَهَى عَنِ بَيْعِ النُّخْلِ حَتَّى يَزْهُوَ، وَعَنِ بَيْعِ السُّنْبُلِ حَتَّى يَبْيَضَ وَيَأْمَنَ الْعَاهَةُ»؛ وَلَأَنَّهُ حَبٌّ مُنْتَفَعٌ بِهِ فَيَجُوزُ بَيْعُهُ فِي سُنْبُلِهِ كَالشَّعِيرِ وَالْجَامِعُ كَوْنُهُ مَا لَا مَقْوَمًا، بِخِلَافِ ثُرَابِ الصَّاعَةِ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ

بِجِنْسِهِ لاحتِمَالِ الرِّبَا، حَتَّىٰ لَوْ بَاعَهُ بِخِلَافِ جِنْسِهِ جَارَ، وَفِي مَسْأَلَتِنَا لَوْ بَاعَهُ بِجِنْسِهِ لَا يَجُوزُ أَيْضًا لِشُبُهَةِ الرِّبَا؛ لِأَنَّهُ لَا يَدْرِي قَدْرَ مَا فِي السَّنَابِلِ.

الشرح:

قَالَ (وَيَجُوزُ بَيْعُ الحِنْطَةِ فِي سُئْلِهَا) بَيْعُ الشَّيْءِ فِي غِلَافِهِ لَا يَجُوزُ إِلَّا بَيْعُ الحُبُوبِ كَالْحِنْطَةِ وَالبَقْلَاءِ (وَالأُرْزِ وَالسُّمْسِمِ). وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَا يَجُوزُ بَيْعُ البَقْلَاءِ الْأَخْضَرِ وَالْجَوْزِ وَاللُّوزِ وَالْفُسْتُقِ فِي قَشَرِهِ فِي قَوْلِهِ الْأَوَّلِ) وَكَذَا بَيْعُ الحِنْطَةِ فِي قَوْلِهِ الْجَدِيدِ، وَاسْتَدَلَّ بِأَنَّ المَعْقُودَ عَلَيْهِ مَسْثُورٌ بِمَا لَا مَنَفْعَةَ لَهُ، وَالعَقْدُ فِي مِثْلِهِ لَا يَصِحُّ كَمَا إِذَا بَاعَ ثُرَابُ الصَّاعَةِ بِمِثْلِهِ.

وَلَنَا مَا رَوَى ابْنُ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا مَا عَنْ النَّبِيِّ ﷺ "أَنَّهُ «نَهَى عَنْ بَيْعِ النَّخْلِ حَتَّىٰ يَزْهُوَ، وَعَنْ بَيْعِ السُّنْبُلِ حَتَّىٰ يَبْيَضَّ وَيَأْمَنَ الْعَاهَةُ»، وَحُكْمُ مَا بَعْدَ الْعَايَةِ خِلَافُ حُكْمِ مَا قَبْلَهَا. وَفِيهِ نَظَرٌ لِأَنَّهُ اسْتِدْلَالٌ بِمَفْهُومِ الْعَايَةِ وَالْأَوَّلِ أَنَّ يُسْتَدَلَّ بِقَوْلِهِ نَهَى فَإِنَّ النَّهْيَ يَقْتَضِي المَشْرُوعِيَّةَ كَمَا عُرِفَ (قَوْلُهُ وَلَا أَنَّهُ حَبٌّ مُنْتَفَعٌ بِهِ) كَأَنَّهُ جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ مَسْثُورٌ بِمَا لَا مَنَفْعَةَ لَهُ. وَتَقْرِيرُهُ: لَا تُسَلِّمُ أَنَّهُ لَا مَنَفْعَةَ فِيهِ بَلْ هُوَ أَيْ المَبِيعُ بِقَشَرِهِ حَبٌّ مُنْتَفَعٌ بِهِ، وَمَنْ أَكَلَ القَوْلِيَّةَ شَهِدَ بِذَلِكَ وَأَنَّ الحُبُوبَ المَذْكُورَةَ تُذَخَّرُ فِي قَشَرِهَا.

قَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿فَذَرُوهُ فِي سُئْلِهِ﴾ [يوسف: ٤٧] وَهُوَ ائْتِفَاعٌ لَا مَحَالَةَ. فَجَازَ البَيْعُ كَبَيْعِ الشَّعِيرِ بِجَامِعِ كَوْنِهِمَا مَالَيْنِ مُتَقَوِّمَيْنِ يُنْتَفَعُ بِهِمَا. وَبَيْعُ ثُرَابِ الصَّاعَةِ إِذَا لَا يَجُوزُ إِذَا بَاعَ بِجِنْسِهِ لاحتِمَالِ الرِّبَا حَتَّىٰ إِذَا بَاعَ بِخِلَافِ جِنْسِهِ جَارَ. وَفِي مَسْأَلَتِنَا لَوْ يَبْعَ بِجِنْسِهِ لَا يَجُوزُ أَيْضًا لِشُبُهَةِ الرِّبَا لِجِهَالَةِ قَدْرِ مَا فِي السُّنْبُلَةِ. فَإِنْ قِيلَ مَا الْفَرْقُ بَيْنَ مَسْأَلَتِنَا وَبَيْنَ مَا إِذَا بَاعَ حَبٌّ قُطْنٍ فِي قُطْنٍ بَعَيْنِهِ أَوْ تَوَى ثَمَرٍ فِي ثَمَرٍ بَعَيْنِهِ وَهُمَا سَيَّانٍ فِي كَوْنِ المَبِيعِ مُغْلَفًا؟

أُجِيبَ بِأَنَّ الغَالِبَ فِي السُّنْبُلَةِ الحِنْطَةُ، يُقَالُ هَذِهِ حِنْطَةٌ وَهِيَ فِي سُئْلِهَا وَلَا يُقَالُ هَذَا حَبٌّ وَهُوَ فِي القُطْنِ، وَإِنَّمَا يُقَالُ هَذَا قُطْنٌ وَكَذَلِكَ فِي الثَّمَرِ إِلَيْهِ أَشَارَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ.

(وَمَنْ بَاعَ دَارًا دَخَلَ فِي البَيْعِ مَفَاتِيحُ إِغْلَاقِهَا)؛ لِأَنَّهُ يَدْخُلُ فِيهِ الإِغْلَاقُ؛ لِأَنَّهَا مُرَكَّبَةٌ فِيهَا لِلْبَقَاءِ وَالمِفْتَاحُ يَدْخُلُ فِي بَيْعِ الغَلَقِ مِنْ غَيْرِ تَسْمِيَةٍ؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ بَعْضِ مِنْهُ

إِذَا لَا يُنْتَفَعُ بِهِ بِدُونِهِ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ بَاعَ دَارًا إِخْلَ) الْإِغْلَاقُ جَمْعُ غَلَقٍ يَفْتَحُ اللّامَ وَهُوَ مَا يُغْلَقُ وَيُفْتَحُ بِالْمِفْتَاحِ إِذَا بَاعَ دَارًا دَخَلَ فِي الْبَيْعِ إِغْلَاقُهَا بِنَاءً عَلَى مَا تَقَدَّمَ أَنَّ مَا كَانَ مَوْضُوعًا فِيهِ لِلْقَرَارِ كَانَ دَاخِلًا، وَالْإِغْلَاقُ كَذَلِكَ لِأَنَّهَا مُرَكَّبَةٌ فِيهَا لِلْبَقَاءِ، وَالْمِفْتَاحُ يَدْخُلُ فِي بَيْعِ الْغَلَقِ بِلا تَسْمِيَةٍ لِأَنَّهُ كَالْجُزْءِ مِنْهُ إِذَا لَا يُنْتَفَعُ بِهِ بِدُونِهِ، وَالْدَّاحِلُ فِي الدَّاحِلِ فِي الشَّيْءِ دَاخِلٌ فِي ذَلِكَ الشَّيْءِ.

فَإِنْ قِيلَ: عَدَمُ الْإِنْتِفَاعِ بِدُونِ شَيْءٍ لَا يَسْتَلْزِمُ دُخُولَهُ فِي بَيْعِهِ فَإِنَّ الْإِنْتِفَاعَ بِالْدَّارِ لَا يُمَكِّنُ إِلَّا بِطَرِيقٍ وَلَا يَدْخُلُ فِي بَيْعِ الدَّارِ. فَالْجَوَابُ أَنَّ الدَّاحِلَ فِي الدَّاحِلِ فِي الشَّيْءِ دَاخِلٌ لَا مَحَالَةَ، وَقَوْلُهُ الْإِنْتِفَاعُ بِالْدَّارِ لَا يُمَكِّنُ إِلَّا بِالطَّرِيقِ قُلْنَا: الْإِنْتِفَاعُ بِهَا لَا يُمَكِّنُ إِلَّا بِالطَّرِيقِ مُطْلَقًا أَوْ مِنْ حَيْثُ السُّكْنَى، وَالْأَوَّلُ مَمْنُوعٌ فَإِنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ مُرَادُ الْمُشْتَرِي أَخْذَ الشُّفْعَةِ بِسَبَبِ مِلْكِ الدَّارِ وَهُوَ إِنْتِفَاعٌ بِهَا لَا مَحَالَةَ، وَالثَّانِي مُسَلَّمٌ وَلِهَذَا دَخَلَ الطَّرِيقُ فِي الْإِجَارَةِ وَلَكِنْ لَيْسَ الْكَلَامُ فِي ذَلِكَ، وَالْقُفْلُ وَمِفْتَاحُهُ لَا يَدْخُلَانِ وَالسُّلْمُ إِنْ اتَّصَلَ بِالْبِنَاءِ مِنْ خَشَبٍ كَانَ أَوْ حَجَرٍ يَدْخُلُ، وَإِنْ لَمْ يَتَّصِلْ لَا يَدْخُلُ.

قَالَ (وَأَجْرَةُ الْكَيْالِ وَنَاقِدِ الثَّمَنِ عَلَى الْبَائِعِ) أَمَّا الْكَيْلُ فَلَا بُدَّ مِنْهُ لِلتَّسْلِيمِ وَهُوَ عَلَى الْبَائِعِ وَمَعْنَى هَذَا إِذَا بَاعَ مُكَابِلَةً، وَكَذَا أَجْرَةُ الْوَزَانِ وَالزَّرَاعِ وَالْعِدَادِ، وَأَمَّا النَّقْدُ فَالْمَذْكُورُ رِوَايَةُ ابْنِ رُسْتَمٍ عَنْ مُحَمَّدٍ؛ لِأَنَّ النَّقْدَ يَكُونُ بَعْدَ التَّسْلِيمِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ يَكُونُ بَعْدَ الْوَزْنِ وَالْبَائِعُ هُوَ الْمُحْتَاجُ إِلَيْهِ لِيُمَيِّزَ مَا تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّهُ مِنْ غَيْرِهِ أَوْ لِيَعْرِفَ الْمَعْيَبَ لِيَرُدَّهُ. وَفِي رِوَايَةِ ابْنِ سِمَاعَةَ عَنْهُ عَلَى الْمُشْتَرِي.

لَأَنَّهُ يَحْتَاجُ إِلَى تَسْلِيمِ الْجَيِّدِ الْمُقَدَّرِ، وَالْجُودَةُ تُعْرَفُ بِالنَّقْدِ كَمَا يُعْرَفُ الْقَدَرُ بِالْوَزْنِ فَيَكُونُ عَلَيْهِ. قَالَ (وَأَجْرَةُ وَزَانِ الثَّمَنِ عَلَى الْمُشْتَرِي) لَمَّا بَيَّنَّا أَنَّهُ هُوَ الْمُحْتَاجُ إِلَى تَسْلِيمِ الثَّمَنِ وَبِالْوَزْنِ يَتَحَقَّقُ التَّسْلِيمُ.

الشرح:

قَالَ: وَأَجْرَةُ الْكَيْالِ وَنَاقِدِ الثَّمَنِ إِذَا بَاعَ الْمِكِيلَ مُكَابِلَةً أَوْ الْمَوْزُونَ مُوَازَنَةً أَوْ

الْمَعْدُودَ عَدَدًا وَاحْتِاجَ إِلَى أَجْرَةِ الْكَيْالِ وَالْوَزَانِ وَالْعَدَادِ فَهِيَ عَلَى الْبَائِعِ لِأَنَّ التَّسْلِيمَ وَاجِبٌ عَلَيْهِ وَهُوَ لَا يَحْصُلُ إِلَّا بِهَذِهِ الْأَفْعَالِ وَمَا لَا يَتِمُّ الْوَاجِبُ إِلَّا بِهِ فَهُوَ وَاجِبٌ. وَأَمَّا أَجْرَةُ نَاقِدِ الثَّمَنِ فِي رِوَايَةِ ابْنِ رُسْتَمٍ عَنْ مُحَمَّدٍ هِيَ عَلَى الْبَائِعِ، وَهُوَ الْمَذْكُورُ فِي الْمُخْتَصَرِ، وَفِي رِوَايَةِ ابْنِ سَمَاعَةَ عَنْهُ عَلَى الْمُشْتَرِي. وَجْهُ الْأَوَّلِ أَنَّ النَّقْدَ يَكُونُ بَعْدَ التَّسْلِيمِ لِأَنَّهُ إِنَّمَا يَكُونُ بَعْدَ الْوَزْنِ وَبِهِ يَحْصُلُ التَّسْلِيمُ وَالْبَائِعُ هُوَ الْمُحْتَاجُ إِلَى النَّقْدِ لَتَمْيِيزِ مَا تَعْلَقَ بِهِ حَقُّهُ مِنْ غَيْرِهِ أَوْ يَعْرِفُ الْمَعْبِ لِرُدِّهِ. وَوَجْهُ الثَّانِيَةِ أَنَّ الْمُشْتَرِي هُوَ الْمُحْتَاجُ إِلَى تَسْلِيمِ الْجَيِّدِ الْمُقَدَّرِ، وَالْجَوْدَةُ تُعْرَفُ بِالنَّقْدِ كَمَا يُعْرَفُ الْقَدْرُ بِالْوَزْنِ، وَبِهِ كَانَ يُفْتَى الصَّدْرُ الشَّهِيدُ وَأَجْرَةُ وَزْنِ الثَّمَنِ عَلَى الْمُشْتَرِي لِأَنَّهُ الْمُحْتَاجُ إِلَى تَسْلِيمِ الثَّمَنِ بِالْوَزْنِ يَتَحَقَّقُ التَّسْلِيمُ.

قَالَ (وَمَنْ بَاعَ سِلْعَةً بِثَمَنِ قِيلَ لِلْمُشْتَرِي ادْفَعِ الثَّمَنَ أَوَّلًا)؛ لِأَنَّ حَقَّ الْمُشْتَرِي تَعَيَّنَ فِي الْمَبِيعِ فَيُقَدِّمُ دَفْعَ الثَّمَنِ لِيَتَعَيَّنَ حَقُّ الْبَائِعِ بِالْقَبْضِ لِمَا أَنَّهُ لَا يَتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِينِ تَحْقِيقًا لِلْمُسَاوَةِ.

قَالَ (وَمَنْ بَاعَ سِلْعَةً بِسِلْعَةٍ أَوْ ثَمَنًا بِثَمَنِ قِيلَ لَهُمَا سَلَمًا مَعًا) لَا اسْتِوَاءَهُمَا فِي التَّعْيِينِ فَلَا حَاجَةَ إِلَى تَقْدِيمِ أَحَدِهِمَا فِي الدَّفْعِ.

الشرح:

قَالَ: (وَمَنْ بَاعَ سِلْعَةً) يَبِيعُ السِّلْعَةَ مُعْجَلًا إِمَّا أَنْ يَكُونَ بِثَمَنِ أَوْ بِسِلْعَةٍ، فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ يُقَالُ لِلْمُشْتَرِي ادْفَعِ الثَّمَنَ أَوَّلًا لِأَنَّ حَقَّ الْمُشْتَرِي تَعَيَّنَ فِي الْمَبِيعِ فَيُقَدِّمُ دَفْعَ الثَّمَنِ لِيَتَعَيَّنَ حَقُّ الْبَائِعِ بِالْقَبْضِ لِكَوْنِهِ مِمَّا لَا يَتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِينِ تَحْقِيقًا لِلْمُسَاوَةِ فِي تَعْيِينِ حَقِّ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا، وَفِي الْمَالِيَةِ أَيْضًا لِأَنَّ الدَّيْنَ أُتْقِصُ مِنَ الْعَيْنِ، وَعَلَى هَذَا إِذَا كَانَ الْمَبِيعُ غَائِبًا عَنْ حَضْرَتِهِمَا فَلِلْمُشْتَرِي أَنْ يَمْتَنِعَ عَنْ تَسْلِيمِ الثَّمَنِ حَتَّى يُحْضَرَ الْمَبِيعُ لِيَتِمَّكَنَ مِنْ قَبْضِهِ، وَإِنْ كَانَ الثَّانِي يُقَالُ لَهُمَا سَلَمًا لَا اسْتِوَاءَهُمَا فِي التَّعْيِينِ فَلَا يُحْتَاجُ إِلَى تَقْدِيمِ أَحَدِهِمَا بِالْدَّفْعِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

بَابُ خِيَارِ الشَّرْطِ

قَالَ: (خِيَارُ الشَّرْطِ جَائِزٌ فِي الْبَيْعِ لِلْبَائِعِ وَالْمُشْتَرِي وَلَهُمَا الْخِيَارُ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ فَمَا دُونَهَا) وَالْأَصْلُ فِيهِ مَا رَوَى أَنَّ حِبَانَ بْنَ مُنْقِذٍ بْنِ عَمْرِو الْأَنْصَارِيِّ رضي الله عنه كَانَ يُغْبِنُ فِي

البياعات، فقال له النبي عليه الصلاة والسلام: «إِذَا بَايَعْتَ فَقُلْ لَا خِلَابَةَ وَلِي الْخِيَارِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ»^(١). (وَلَا يَجُوزُ أَكْثَرُ مِنْهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ) وَهُوَ قَوْلُ زُفَرٍ وَالشَّافِعِيِّ.

وَقَالَا (يَجُوزُ إِذَا سَمِيَ مَدَّةً مَعْلُومَةً لِحَدِيثِ ابْنِ عُمَرَ رضي الله عنه): «أَنَّهُ أَجَازَ الْخِيَارَ إِلَى شَهْرَيْنِ»؛ وَلَأنَّ الْخِيَارَ إِنَّمَا شُرِعَ لِلْحَاجَةِ إِلَى التَّرْوِي لِيَنْدَفَعَ الْغَيْبُ، وَقَدْ تَمَسَّ الْحَاجَةُ إِلَى الْأَكْثَرِ فَصَارَ كَالْتَأْجِيلِ فِي الثَّمَنِ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ شَرْطَ الْخِيَارِ يُخَالِفُ مُقْتَضَى الْعَقْدِ وَهُوَ الْلِزُومُ، وَإِنَّمَا جَوَازُهُ بِخِلَافِ الْقِيَاسِ لِمَا رَوَيْنَاهُ مِنَ النَّصِّ، فَيُقْتَصَرُ عَلَى الْمَدَّةِ الْمَذْكُورَةِ فِيهِ وَانْتَقَتِ الزِّيَادَةُ. (إِلَّا أَنَّهُ إِذَا أَجَازَ فِي الثَّلَاثِ) جَازَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ خِلَافًا لَزُفَرٍ، هُوَ يَقُولُ: إِنَّهُ انْعَقَدَ فَاسِدًا فَلَا يَنْقَلِبُ جَائِزًا. وَلَهُ أَنَّهُ اسْقَطَ الْمُسَدَّ قَبْلَ تَقَرُّرِهِ فَيَعُودُ جَائِزًا كَمَا إِذَا بَاعَ بِالرَّقْمِ وَأَعْلَمَهُ فِي الْمَجْلِسِ. وَلَأنَّ الْفَسَادَ بِاعْتِبَارِ الْيَوْمِ الرَّابِعِ، فَإِذَا أَجَازَ قَبْلَ ذَلِكَ لَمْ يَتَّصِلِ الْمُسَدُّ بِالْعَقْدِ، وَلِهَذَا قِيلَ: إِنَّ الْعَقْدَ يَفْسُدُ بِمُضِيِّ جُزْءٍ مِنَ الْيَوْمِ الرَّابِعِ، وَقِيلَ يَنْعَقِدُ فَاسِدًا ثُمَّ يَرْتَفَعُ الْفَسَادُ بِحَذْفِ الشَّرْطِ، وَهَذَا عَلَى الْوَجْهِ الْأَوَّلِ.

الشرح:

(بَابُ خِيَارِ الشَّرْطِ): قَالَ (خِيَارُ الشَّرْطِ جَائِزُ الْبَيْعِ، ثَارَةٌ يَكُونُ لَازِمًا وَأُخْرَى غَيْرَ لَازِمٍ) وَاللَّازِمُ مَا لَا خِيَارَ فِيهِ بَعْدَ وُجُودِ شَرَايِطِهِ وَغَيْرِ اللَّازِمِ مَا فِيهِ الْخِيَارُ، وَلَمَّا كَانَ اللَّازِمُ أَقْوَى فِي كَوْنِهِ يَتَعَا قَدَمُهُ عَلَى غَيْرِهِ، ثُمَّ قَدَّمَ خِيَارَ الشَّرْطِ عَلَى سَائِرِ الْخِيَارَاتِ لِأَنَّهُ يَمْنَعُ ابْتِدَاءَ الْحُكْمِ، ثُمَّ خِيَارَ الرُّؤْيَةِ لِأَنَّهُ يَمْنَعُ تِمَامَ الْحُكْمِ، ثُمَّ خِيَارَ الْغَيْبِ لِأَنَّهُ يَمْنَعُ لُزُومَ الْحُكْمِ، وَإِنَّمَا كَانَ عَمَلُهُ فِي مَنَعِ الْحُكْمِ دُونَ السَّبَبِ لِأَنَّ مِنْ حَقِّهِ أَنْ لَا يَدْخُلَ فِي الْبَيْعِ لِكَوْنِهِ فِي مَعْنَى الْقِمَارِ، وَلَكِنْ لَمَّا جَاءَتْ بِهِ السُّنَّةُ لَمْ يَكُنْ بُدٌّ مِنَ الْعَمَلِ بِهِ فَأُظْهِرْنَا عَمَلَهُ فِي مَنَعِ الْحُكْمِ تَقْلِيلًا لِعَمَلِهِ بِقَدْرِ الْإِمْكَانِ لِأَنَّ دُخُولَهُ فِي السَّبَبِ مُسْتَلْزِمٌ الدُّخُولِ فِي الْحُكْمِ دُونَ الْعَكْسِ، وَهُوَ عَلَى أَنْوَاعٍ: فَاسِدٌ بِالِاتِّفَاقِ كَمَا إِذَا قَالَ اشْتَرَيْتُ عَلَى أَنِّي بِالْخِيَارِ أَوْ عَلَى أَنِّي بِالْخِيَارِ أَيَّامًا أَوْ عَلَى أَنِّي بِالْخِيَارِ أَبَدًا. وَجَائِزٌ بِالِاتِّفَاقِ وَهُوَ أَنْ يَقُولَ عَلَى أَنِّي بِالْخِيَارِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ فَمَا دُونَهَا. وَمُخْتَلَفٌ فِيهِ وَهُوَ أَنْ

(١) أَخْرَجَهُ الْحَاكِمُ فِي الْمُسْتَدْرَكِ (٢/٢٢٢)، وَابْنُ بَيْهَقٍ فِي السَّنَنِ وَالْأَثَارِ (رَق/ ٣٣٢٦)، وَالسَّنَنِ الْكَبِيرِ (١٠٤٥٨)، وَاحْمَدُ (٤٤/٢).

يَقُولُ عَلَى أَنِّي بِالْخِيَارِ شَهْرًا أَوْ شَهْرَيْنِ، فَإِنَّهُ فَاسِدٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَزُفَرَ وَالشَّافِعِيِّ، جَائِزٌ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ سَوَاءٌ كَانَ لِأَحَدِ الْعَاقِدَيْنِ أَوْ لهُمَا جَمِيعًا أَوْ شَرَطَ أَحَدُهُمَا الْخِيَارَ لغيرِهِ. وَجَهٌ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ فِي الْخِلَافَةِ مَا رَوَى أَنَّ حَبَّانَ بْنَ مُنْقِذٍ كَانَ يُعْبَنُ فِي الْبَيَاعَاتِ لِلْأُمُومَةِ أَصَابَتْ رَأْسَهُ فَقَالَ لَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: إِذَا بَايَعْتَ فَقُلْ لَا خِلَابَةَ وَلِي الْخِيَارُ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ»^(١) وَالْخِلَابَةُ: الْخِدَاعُ.

وَوَجْهُ الاسْتِدْلَالِ أَنَّ شَرْطَ الْخِيَارِ شَرْطٌ يُخَالِفُ مُقْتَضَى الْعَقْدِ وَهُوَ الزُّرُومُ، وَكُلُّ مَا هُوَ كَذَلِكَ فَهُوَ مُفْسِدٌ إِلَّا أَنَّا جَوَّزْنَاهُ بِهَذَا النَّصِّ عَلَى خِلَافِ الْقِيَاسِ فَيَقْتَضِرُ عَلَى الْمُدَّةِ الْمَذْكُورَةِ فِيهِ. فَإِنْ قِيلَ: كَيْفَ جَازَ لِلْبَائِعِ وَالْمَذْكُورُ فِي النَّصِّ هُوَ الْمُشْتَرِي فَكَمَا عَدَيْتُمْ فِيمَنْ لَهُ الْخِيَارُ فَلْيَتَعَدَّ فِي مُدَّتِهِ. فَالْجَوَابُ أَنَّ فِي النَّصِّ إِشَارَةً إِلَى ذَلِكَ وَهُوَ لَفْظُ الْمُفَاعَلَةِ، وَلَأَنَّ الْبَائِعَ فِي مَعْنَى الْمُشْتَرِي فِي مَعْنَى الْمُنَاطِ فَيُلْحَقُ بِهِ دَلَالَةً، وَكَثِيرُ الْمُدَّةِ كَقَلِيلِهَا لِأَنَّ مَعْنَى الْفَرْقِ يَتِمَّكَّنُ بَرِيَادَةِ الْمُدَّةِ فَيَزْدَادُ الْعَرَرُ وَهُوَ مُفْسِدٌ وَلَهُمَا حَدِيثُ ابْنِ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَجَازَ الْخِيَارَ إِلَى شَهْرَيْنِ» وَلَأَنَّ الْخِيَارَ إِنَّمَا شَرِعَ لِلْحَاجَةِ إِلَى التَّامُّلِ لِيَنْدَفِعَ الْعَبْنُ وَقَدْ تَمَسَّ الْحَاجَةُ إِلَى الْأَكْثَرِ فَكَانَ كَثِيرُ الْمُدَّةِ كَقَلِيلِهَا فَيُلْحَقُ بِهِ وَصَارَ كَالْتَّأَجِيلِ فِي الثَّمَنِ، فَإِنَّهُ جَائِزٌ قَلْتُ الْمُدَّةُ أَوْ كَثُرَتْ لِلْحَاجَةِ. وَالْجَوَابُ أَنَّ حَدِيثَ حَبَّانَ مَشْهُورٌ فَلَا يُعَارِضُهُ حِكَايَةُ حَالِ ابْنِ عُمَرَ، سَلَمْنَا أَكْثَرَهُمَا سَوَاءٌ لَكِنِ الْمَذْكُورُ فِي حَدِيثِ ابْنِ عُمَرَ مُطْلَقُ الْخِيَارِ فَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ الْمُرَادُ بِهِ خِيَارَ الرُّوْيَةِ وَالْعَيْبِ، وَأَنَّهُ أَجَازَ الرَّدَّ بِهِمَا بَعْدَ الشَّهْرَيْنِ، وَلَا نُسَلِّمُ أَنَّ كَثِيرَ الْمُدَّةِ كَالْقَلِيلِ فِي الْحَاجَةِ، فَإِنَّ صَاحِبَ الْخِلَابَةِ كَانَ مُصَابًا فِي الرَّأْسِ فَكَانَ أَحْوَجَ إِلَى الزِّيَادَةِ، فَلَوْ زَادَتْ كَانَ أَوْلَى بِهَا، فَذَلَّ عَلَى أَنَّ الْمُقَدَّرَ لِنَفْيِ الزِّيَادَةِ سَلَمْنَاهُ، لَكِنِ فِي الْكَثِيرِ مَعْنَى الْعَرَرِ أَرْبَدٌ وَقَدْ تَقَدَّمَ. وَالْقِيَاسُ عَلَى التَّأَجِيلِ فِي الثَّمَنِ غَيْرُ صَحِيحٍ لِأَنَّ الْأَجَلَ يُشْتَرَطُ لِلْقُدْرَةِ عَلَى الْأَدَاءِ. وَهِيَ إِنَّمَا تَكُونُ بِالْكَسْبِ وَهُوَ لَا يَحْصُلُ فِي كُلِّ مُدَّةٍ فَقَدْ يُحْتَاجُ إِلَى مُدَّةٍ طَوِيلَةٍ.

(قَوْلُهُ إِلَّا أَنَّهُ إِذَا أَجَازَ) يَعُودُ أَنْ يَكُونَ اسْتِثْنَاءٌ مِنْ قَوْلِهِ وَلَا يَجُوزُ أَكْثَرُ مِنْهَا،

وَمَعْنَاهُ: لَا يَجُوزُ أَكْثَرُ مِنْهَا، لَكِنْ لَوْ ذُكِرَ أَكْثَرُ مِنْهَا وَأَجَازَ مَنْ لَهُ الْخِيَارُ فِي الثَّلَاثِ جَازَ، وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ مَنْ قَوْلِهِ فَيَقْتَصِرُ عَلَى الْمُدَّةِ الْمَذْكُورَةِ بِالتَّوْجِيهِ الْمَذْكُورِ، وَالْأَوَّلُ أَوْلَى لِقَوْلِهِ خِلَافًا لَزُفْرٍ فَتَأَمَّلْ، وَزُفْرٌ يَقُولُ: إِنَّ هَذَا عَقْدٌ قَدْ انْعَقَدَ فَاسِدًا وَالْفَاسِدُ لَا يَنْقَلِبُ جَائِزًا لِأَنَّ الْبَقَاءَ عَلَى وَفْقِ الثَّبُوتِ، فَكَانَ كَمَنْ بَاعَ الدَّرْهَمَ بِالْدَّرْهَمَيْنِ أَوْ اشْتَرَى عَبْدًا بِأَلْفٍ وَرِطَلَ خَمْرٍ ثُمَّ أَسْقَطَ الدَّرْهَمَ الرَّائِدَ وَأَبْطَلَ الْخَمْرَ؛ وَكَمَنْ تَزَوَّجَ امْرَأَةً وَتَحْتَهُ أَرْبَعَ نِسَوَةٍ ثُمَّ طَلَّقَ الرَّابِعَةَ لَا يُحْكَمُ بِصِحَّةِ نِكَاحِ الْخَامِسَةِ، وَلَا بِبَيِّ حَنِيفَةٍ أَنَّهُ أَسْقَطَ الْمُفْسِدَ قَبْلَ تَقَرُّرِهِ.

وَاعْلَمْ أَنَّ الْمَشَايخَ رَحِمَهُمُ اللَّهُ اخْتَلَفُوا فِي حُكْمِ هَذَا الْعَقْدِ فِي الْإِبْتِدَاءِ عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ، فَذَهَبَ الْعِرَاقِيُّونَ إِلَى أَنَّهُ يَنْعَقِدُ فَاسِدًا ثُمَّ يَنْقَلِبُ صَحِيحًا بِحَذْفِ خِيَارِ الشَّرْطِ قَبْلَ الْيَوْمِ الرَّابِعِ، وَذَهَبَ أَهْلُ خُرَاسَانَ وَإِلَيْهِ مَالُ شَمْسِ الْأُكْمَةِ السَّرْحَسِيِّ إِلَى أَنَّهُ مَوْقُوفٌ، فَإِذَا مَضَى جُزْءٌ مِنَ الْيَوْمِ الرَّابِعِ فَسَدَ، فَقَوْلُهُ إِنَّهُ أَسْقَطَ الْمُفْسِدَ قَبْلَ تَقَرُّرِهِ أَيُّ قَبْلَ مُضِيِّ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ تَعْلِيلٌ عَلَى الرَّوَايَةِ الْأُولَى. وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ الْعَقْدَ فَاسِدًا فِي الْحَالِ بِحُكْمِ الظَّاهِرِ لِأَنَّ الظَّاهِرَ دَوَامُهَا عَلَى الشَّرْطِ، فَإِذَا أَسْقَطَ الْخِيَارَ قَبْلَ دُخُولِ الْيَوْمِ الرَّابِعِ زَالَ الْمَوْجِبُ لِلْفَسَادِ فَيَعُودُ جَائِزًا، وَهَذَا لِأَنَّ هَذَا الْعَقْدَ لَمْ يَكُنْ فَاسِدًا لَعَيْنِهِ بَلْ لَمَّا فِيهِ مِنْ تَغْيِيرٍ مُقْتَضِي الْعَقْدِ فِي الْيَوْمِ الرَّابِعِ، فَإِذَا زَالَ الْمُغَيِّرُ عَادَ جَائِزًا فَصَارَ كَمَا إِذَا بَاعَ بِالرَّقْمِ وَهُوَ أَنْ يُعْلَمَ الْبَائِعُ عَلَى الثُّوبِ بَعْلَامَةً كَالْكِتَابَةِ يَعْلَمُ بِهَا الدَّلَالُ أَوْ غَيْرُهُ تَمَنَّى الثُّوبَ وَلَا يَعْلَمُ الْمُشْتَرِي ذَلِكَ، فَإِذَا قَالَ بَعْتُكَ هَذَا الثُّوبَ بِرَقْمِهِ وَقَبْلَ الْمُشْتَرِي مِنْ غَيْرِ أَنْ يَعْلَمَ الْمِقْدَارَ انْعَقَدَ الْبَيْعُ فَاسِدًا، فَإِنْ عَلِمَ الْمُشْتَرِي قَدْرَ الرَّقْمِ فِي الْمَجْلِسِ وَقَبْلَهُ انْقَلَبَ جَائِزًا بِالِاتِّفَاقِ

(قَوْلُهُ وَلَأنَّ الْفَسَادَ بِاعْتِبَارِ الْيَوْمِ الرَّابِعِ) تَعْلِيلٌ عَلَى الرَّوَايَةِ الثَّانِيَةِ، وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ اشْتِرَاطَ الْخِيَارِ غَيْرُ مُفْسِدٍ لِلْعَقْدِ، وَإِنَّمَا الْمُفْسِدُ اتِّصَالُ الْيَوْمِ الرَّابِعِ بِالْأَيَّامِ الثَّلَاثَةِ، فَإِذَا جَازَ قَبْلَ ذَلِكَ لَمْ يَتَّصِلِ الْمُفْسِدُ بِالْعَقْدِ فَكَانَ صَحِيحًا. وَالْجَوَابُ عَمَّا قَاسَ عَلَيْهِ زُفْرٌ مِنَ الْمَسَائِلِ أَنَّ الْفَسَادَ فِيهَا فِي صُلْبِ الْعَقْدِ وَهُوَ الْبَدَلُ فَلَمْ يُمَكِّنْ دَفْعُهُ وَفِي مَسْأَلَتِنَا فِي شَرْطِهِ فَأَمُكِّنَ.

(وَلَوْ اشْتَرَى عَلَى أَنَّهُ إِنْ لَمْ يَنْقُدِ الثَّمَنَ إِلَى ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ فَلَا يَبِيعَ بَيْنَهُمَا جَازَ. وَإِلَى

أَرْبَعَةَ أَيَّامٍ لَا يَجُوزُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: يَجُوزُ إِلَى أَرْبَعَةِ أَيَّامٍ أَوْ أَكْثَرَ، فَإِنْ نَقَدَ فِي الثَّلَاثِ جَازَ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا) وَالْأَصْلُ فِيهِ أَنَّ هَذَا فِي مَعْنَى اشْتِرَاطِ الْخِيَارِ إِذَا الْحَاجَةُ مَسَّتْ إِلَى الْإِنْفِسَاحِ عِنْدَ عَدَمِ النَّقْدِ تَحَرُّرًا عَنِ الْمَاطِلَةِ فِي الْفَسْخِ فَيَكُونُ مُلْحَقًا بِهِ. وَقَدْ مَرَّ أَبُو حَنِيفَةَ عَلَى أَصْلِهِ فِي الْمُلْحَقِ بِهِ، وَنَفَى الزِّيَادَةَ عَلَى الثَّلَاثِ وَكَذَا مُحَمَّدٌ فِي تَجْوِيزِ الزِّيَادَةِ. وَأَبُو يُوسُفَ أَخَذَ فِي الْأَصْلِ بِالْأَثَرِ. وَفِي هَذَا بِالْقِيَاسِ، وَفِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ قِيَاسٌ آخَرُ وَإِلَيْهِ مَالُ زُفَرٍ وَهُوَ أَنَّهُ بَيْعٌ شَرْطُ فِيهِ إِقَالَةٌ فَاسِدَةٌ لَتَعْلُقِهَا بِالشَّرْطِ، وَاشْتِرَاطُ الصَّحِيحِ مِنْهَا فِيهِ مُفْسِدٌ لِلْعَقْدِ، فَاشْتِرَاطُ الْفَاسِدِ أَوْلَى وَوَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ مَا بَيَّنَّا.

الشرح:

قَالَ (وَلَوْ اشْتَرَى عَلَى أَنَّهُ إِنْ لَمْ يَنْقُذِ الثَّمَنَ) إِذَا اشْتَرَى عَلَى أَنَّهُ إِنْ لَمْ يَنْقُذِ الثَّمَنَ فَلَا يَبِيعُ بَيْنَهُمَا فَهُوَ عَلَى وَجْهِهِ، فَأَمَّا إِنْ قَالَ عَلَى أَنَّهُ إِنْ لَمْ يَنْقُذِ الثَّمَنَ فَلَا يَبِيعُ، أَوْ قَالَ عَلَى أَنَّهُ لَمْ يَنْقُذِ الثَّمَنَ أَيَّامًا فَلَا يَبِيعُ وَهُمَا فَاسِدَانِ، أَوْ قَالَ عَلَى أَنَّهُ إِنْ لَمْ يَنْقُذِ الثَّمَنَ إِلَى ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ فَلَا يَبِيعُ بَيْنَهُمَا وَهُوَ جَائِزٌ عِنْدَ عُلَمَائِنَا الثَّلَاثَةِ. وَالْقِيَاسُ وَهُوَ قَوْلُ زُفَرٍ أَنَّ لَا يَجُوزُ لَمَّا أَنَّهُ يَبِيعُ شَرْطُ فِيهِ إِقَالَةٌ فَاسِدَةٌ لَتَعْلُقِهَا بِالشَّرْطِ وَهُوَ عَدَمُ النَّقْدِ، وَاشْتِرَاطُ الْإِقَالَةِ فِي الْبَيْعِ مِثْلُ أَنْ يَقُولَ بَعْتُكَ هَذَا بِشَرْطِ أَنْ تُقِيلَ الْبَيْعَ مُفْسِدٌ لِكَوْنِهِ عَلَى خِلَافِ الْعَقْدِ، فَاشْتِرَاطُ فَاسِدِهَا أَوْلَى أَنْ يَفْسُدَ، وَاسْتَحْسَنَ الْعُلَمَاءُ جَوَازَهُ.

وَوَجْهُهُ أَنَّ هَذَا فِي مَعْنَى شَرْطِ الْخِيَارِ مِنْ حَيْثُ الْحَاجَةُ، إِذَا الْحَاجَةُ مَسَّتْ إِلَى الْإِنْفِسَاحِ عِنْدَ عَدَمِ النَّقْدِ تَحَرُّرًا عَنِ الْمَاطِلَةِ فِي الْفَسْخِ، وَإِذَا كَانَ فِي مَعْنَاهُ كَانَ مُلْحَقًا بِهِ. وَرُدُّ بَأَنَّا لَا يُسَلِّمُ أَنَّهُ فِي مَعْنَاهُ لِأَنَّ هُنَاكَ لَوْ سَكَتَ حَتَّى مَضَتْ الْمُدَّةُ ثُمَّ الْعَقْدُ وَهَاهُنَا لَوْ سَكَتَ حَتَّى مَضَتْ الْمُدَّةُ بَطَلَ الْعَقْدُ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ النَّظَرَ فِي الْإِلْحَاقِ إِنَّمَا هُوَ إِلَى الْمَعْنَى الْمُنَاطِ لِلْحُكْمِ وَهِيَ الْحَاجَةُ وَهِيَ مَوْجُودَةٌ فِيهَا، وَأَمَّا الزَّائِدُ عَلَى ذَلِكَ فَلَا مُعْتَبَرَ بِهِ وَقَدْ قَرَّرْنَاهُ فِي التَّقْرِيرِ.

فَإِنْ قِيلَ: الْحَاجَةُ تُنْدَفَعُ بِاشْتِرَاطِ الْخِيَارِ لِنَفْسِهِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ فَإِنَّهُ إِنْ لَمْ يَنْقُذِ الثَّمَنَ انْفَسَخَ الْعَقْدُ حَتَّى يَجُوزَ الْبَيْعُ قِيَاسًا وَاسْتِحْسَانًا مِنْ غَيْرِ خِلَافٍ فِيهِ. أُجِيبَ بِأَنَّ مَنْ لَهُ الْخِيَارُ لَا يَقْدِرُ عَلَى الْفَسْخِ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ إِلَّا بِحَضْرَةِ الْآخَرِ. وَعَسَى

يَتَعَذَّرُ ذَلِكَ فَكَانَتْ الْحَاجَةُ بَاقِيَةً. وَأَمَّا إِذَا زَادَ عَلَى ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ فَقَدْ اخْتَلَفُوا فِيهِ: لَمْ يَجُوزْهُ أَبُو حَنِيفَةَ وَأَبُو يُوسُفَ. وَجُوزَهُ مُحَمَّدٌ. أَمَّا أَبُو حَنِيفَةَ فَقَدْ مَرَّ عَلَى أَصْلِهِ فِي الْمُلْحَقِ بِهِ وَنَفَى الزِّيَادَةَ عَلَى الثَّلَاثِ، وَكَذَلِكَ مُحَمَّدٌ مَرَّ عَلَى أَصْلِهِ فِي تَجْوِيزِ الزِّيَادَةِ فِي الْمُلْحَقِ بِهِ، وَأَبُو يُوسُفَ احْتِجَّ إِلَى الْفَرْقِ بَيْنَ الْمُلْحَقِ وَالْمُلْحَقِ بِهِ فِي جَوَازِ الزِّيَادَةِ فِي الثَّانِي دُونَ الْأَوَّلِ.

وَوَجْهُ ذَلِكَ مَا قَالَ الْمُصَنِّفُ وَأَبُو يُوسُفَ أَخَذَ فِي الْأَصْلِ بِالْأَثَرِ، وَفِي هَذَا بِالْقِيَاسِ. وَتَفْسِيرُهُ عَلَى وَجْهَيْنِ: أَحَدُهُمَا أَنَّ الْمُرَادَ بِالْأَصْلِ شَرْطُ الْخِيَارِ، وَقَوْلُهُ فِي هَذَا قَوْلُهُ وَإِنْ لَمْ يَنْقُذِ الثَّمَنَ إِلَى أَرْبَعَةِ أَيَّامٍ، وَالْمُرَادُ بِالْأَثَرِ مَا رُوِيَ عَنْ ابْنِ عُمَرَ "أَنَّهُ أَجَازَ الْخِيَارَ إِلَى شَهْرَيْنِ" وَمَعْنَاهُ: تَرَكْنَا الْقِيَاسَ فِي الْمُلْحَقِ بِهِ وَهُوَ شَرْطُ الْخِيَارِ بِأَثَرِ ابْنِ عُمَرَ، وَعَمَلْنَا بِالْقِيَاسِ فِي الْمُلْحَقِ وَهُوَ التَّغْلِيْقُ بِنَقْذِ الثَّمَنِ لَعَدَمِ النَّصِّ فِيهِ. وَالثَّانِي أَنَّ يَكُونَ مَعْنَاهُ أَخَذَ أَبُو يُوسُفَ فِي الْأَصْلِ: أَيُّ فِي ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ بِأَثَرِ ابْنِ عُمَرَ، وَهُوَ مَا رُوِيَ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ بَاعَ نَاقَةً لَهُ مِنْ رَجُلٍ بِشَرْطِ أَنَّهُ إِنْ لَمْ يَنْقُذِ الثَّمَنَ إِلَى ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ فَلَا يَبِيعَ بَيْنَهُمَا " (وَفِي هَذَا) أَيُّ فِي الزَّائِدِ عَلَى ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ (بِالْقِيَاسِ) وَهُوَ يَقْتَضِي عَدَمَ الْجَوَازِ كَمَا مَرَّ (قَوْلُهُ وَفِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ قِيَاسٌ آخَرُ) تَقَدَّمَ مَعْنَاهُ.

قَالَ (وَخِيَارُ الْبَائِعِ يَمْنَعُ خُرُوجَ الْمَبِيعِ عَنْ مِلْكِهِ)؛ لِأَنَّ تَمَامَ هَذَا السَّبَبِ بِالْمُرَاضَاةِ وَلَا يَتِمُّ مَعَ الْخِيَارِ وَلِهَذَا يَنْقُذُ عِتْقَهُ. وَلَا يَمْلِكُ الْمُشْتَرِي التَّصَرُّفَ فِيهِ وَإِنْ قَبَضَهُ بِإِذْنِ الْبَائِعِ (وَلَوْ قَبَضَهُ الْمُشْتَرِي وَهَلَكَ فِي يَدِهِ فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ ضَمِنَهُ بِالْقِيمَةِ)؛ لِأَنَّ الْبَيْعَ يَنْفَسَخُ بِالِهَلَاكِ، لِأَنَّهُ كَانَ مَوْفُوقًا، وَلَا نَفَازَ بِدُونِ الْمَحَلِّ فَبَقِيَ مَقْبُوضًا فِي يَدِهِ عَلَى سَوَمِ الشُّرَاءِ وَفِيهِ الْقِيمَةُ، وَلَوْ هَلَكَ فِي يَدِ الْبَائِعِ انْفَسَخَ الْبَيْعُ وَلَا شَيْءَ عَلَى الْمُشْتَرِي اعْتِبَارًا بِالْبَيْعِ الصَّحِيحِ الْمَطْلُوقِ.

الشرح:

قَالَ (وَخِيَارُ الْبَائِعِ يَمْنَعُ خُرُوجَ الْمَبِيعِ عَنْ مِلْكِهِ) قَدْ تَقَدَّمَ أَنَّ خِيَارَ الشَّرْطِ قَدْ يَكُونُ لِأَحَدِ الْمُتَعَاقِدَيْنِ وَقَدْ يَكُونُ لهُمَا جَمِيعًا، فَإِذَا كَانَ لِلْبَائِعِ فَالْمَبِيعُ لَا يَخْرُجُ عَنْ مِلْكِهِ بِالْإِتِّفَاقِ وَالثَّمَنُ يَخْرُجُ عَنْ مِلْكِ الْمُشْتَرِي بِالْإِتِّفَاقِ، وَإِذَا كَانَ لِلْمُشْتَرِي فَالْمَبِيعُ يَخْرُجُ عَنْ مِلْكِ الْبَائِعِ وَالثَّمَنُ لَا يَخْرُجُ عَنْ مِلْكِهِ، فَإِذَا كَانَ لهُمَا لَا يَخْرُجُ شَيْءٌ مِنْ

المبيع والثمن عن ملك البائع والمشتري بالاتفاق، فإذا خرج المبيع عن ملك البائع والثمن عن ملك المشتري هل يدخل في ملك المشتري والبائع؟ فيه خلاف. قال أبو حنيفة: لا يدخل، وقالوا: يدخل. أمّا دليل عدم خروج المبيع عن ملك البائع في الصورة الأولى فلما ذكره من قوله (لأن تمام هذا السبب) أي العلة (بالمراضاة) لكون الرضا داخلا في حقيقته الشرعية. ولا تتم المراضاة بالخيار لأن البيع به يصير علة اسما ومعنى لا حكما فمنع ابتداء الحكم وهو الملك فيبقى على ملك صاحبه.

(ولهذا ينفذ عتقه) ولا يملك المشتري التصرف فيه وإن قبضه بإذن البائع، فإن قبضه المشتري فهلك في يده في مدة الخيار ضمنه بالقيمة إن لم يكن مثليا، خلافا لابن أبي ليلى هو يقول: قبض ملك البائع بإذنه فكان أمانة في يده، ونحن نقول: البيع ينفسخ بالهلاك والمنفسخ به مضمون بالقيمة، وذلك لأن المعقود عليه بالهلاك صار إلى حالة لا يجوز ابتداء العقد عليه فيها فلا تلحقها الإجازة وهو معنى قوله (لأنه كان موقوفا) ولا نفاذ بدون المحل وقد فات بالهلاك، وأمّا أن المنفسخ به مضمون بالقيمة فلائه مقبوض بجهة العقد، وذلك مضمون بالقيمة كالمقبوض على سؤم الشراء، وتحقيقه أن الضمان الأصلي الثابت بالعقد في القيمات هو القيمة، وإنما يتحول منها إلى الثمن عند تمام الرضا، ولم يوجد حين شرط البائع الخيار لنفسه فبقي الضمان الأصلي في مدة الخيار، وأمّا إذا هلك بعدها فبطلان الثمن لا القيمة لبطلان الخيار إذ ذاك بتمام الرضا، ولو هلك المبيع في يد البائع انفسخ البيع ولا شيء على المشتري كما لو كان البيع صحيحا مطلقا عن الخيار. قيل: وإنما ذكر الصحيح مع أن الحكم في الفاسد كذلك حملا لحال المسلمين على الصلاح.

قال (وخيار المشتري لا يمنع خروج المبيع عن ملك البائع): لأن البيع في جانب الآخر لازم، وهذا؛ لأن الخيار إنما يمنع خروج البدل عن ملك من له الخيار؛ لأنه شرع نظرا له دون الآخر. قال: إلا أن المشتري لا يملكه عند أبي حنيفة، وقالوا: يملكه؛ لأنه لما خرج عن ملك البائع فلو لم يدخل في ملك المشتري يكون زائلا لا إلى مالك ولا عهد لنا به في الشرع. ولأبي حنيفة أنه لما لم يخرج الثمن عن ملكه فلو قلنا بأنه يدخل المبيع في ملكه لاجتماع البدلان في ملك رجل واحد حكما للمعاوضة، ولا أصل له في الشرع؛ لأن

المعاوضة تقتضي المساواة؛ ولأن الخيار شرع نظراً للمشتري ليتروى فيقف على المصلحة، ولو ثبت الملك ربماً يعتق عليه من غير اختياره بأن كان قريبه فيفوت النظر. قال (فإن هلك في يده هلك بالثمن، وكذا إذا دخله عيب) بخلاف ما إذا كان الخيار للبائع. ووجه الفرق أنه إذا دخله عيب يمتنع الرد، والهلاك لا يعرئ عن مقدمة عيب فيهلك، والعقد قد انبرم فيلزمه الثمن، بخلاف ما تقدم؛ لأن بدخول العيب لا يمتنع الرد حكماً بخيار البائع فيهلك والعقد موقوف.

الشرح:

وأما دليل خروجه عن ملكه إذا كان الخيار للمشتري فهو أن البيع لازم من جانبه. وتحقيقه أن الخيار إنما يمتنع خروج البذل عن ملك من له الخيار لأنه شرع نظراً له دون الآخر، وأما أن البذل إذا خرج عن ملك من ليس له الخيار لا يدخل في ملك من له ذلك عند أبي حنيفة رحمه الله فلائله لما لم يخرج ماله عن ملكه لو دخل لزِم اجتماع البدلين في ملك رجل واحد حكماً للمعاوضة، ولا أصل له في الشرع لأن المعاوضة تقتضي المساواة وتوقض بالمُدبر، فإن غاصبه إذا ضمن لصاحبه ملك البذل ولم يخرج المُدبر عن ملكه فكان البدلان مجتمعين في ملك واحد. وأجيب بأن قوله (حكماً للمعاوضة) يذفع النقض، فإن ضمان المُدبر ضمان جناية وليس كلامنا فيه، ويدخل عندهما لأنه لما خرج عن ملكه فلو لم يدخل في ملك الآخر يكون زائلاً لا إلى مالك، يعني سائبة ولا عهد لنا به في الشرع. وتوقض بما إذا اشترى متولي الكعبة عبداً لسداة الكعبة يخرج العبد عن ملك البائع ولا يدخل في ملك المشتري.

وأجيب بأن كلامنا في التجارة وما ذكرتم ليس منها بل هو ملحق بتوابع الأوقاف، وحكم الأوقاف قد تقدم، ورجح قول أبي حنيفة بأن شرعية الخيار نظراً للمشتري ليتروى فيقف على المصلحة، فلو دخل في ملكه ربماً يكون عليه لا له بأن كان المبيع قريبه فيعتق عليه من غير اختياره فعاد على موضوعه بالنقض.

(قوله فإن هلك في يده) أي إن هلك المبيع في يد المشتري فيما إذا كان الخيار له هلك بالثمن، وكذا إذا دخله عيب، بخلاف ما إذا كان الخيار للبائع كما تقدم آنفاً. ومراده عيب لا يرتفع كأن قطعت يده. وأما ما جاز ارتفاعه كالمريض فهو على

خِيَارِهِ إِذَا زَالَ فِي الْأَيَّامِ الثَّلَاثَةِ لَهُ أَنْ يَفْسَخَ بَعْدَ الِارْتِفَاعِ. وَأَمَّا إِذَا مَضَتْ وَالْعَيْبُ قَائِمٌ لَزِمَ الْعَقْدُ لِتَعَذُّرِ الرَّدِّ، وَتَبَيَّنَ بِمَا ذُكِرَ أَنَّ هَلَاكَ الْمَبِيعِ وَتَعْيِيْبُهُ يُوجِبُ الْقِيَمَةَ عَلَى الْمُشْتَرِي إِذَا كَانَ الْخِيَارُ لِلْبَائِعِ، وَيُوجِبُ الثَّمَنَ إِذَا كَانَ لِلْمُشْتَرِي فَاحْتِاجَ إِلَى التَّصْرِيحِ بَيَانِ الْفَرْقِ. وَوَجْهُهُ أَنَّ الْمَبِيعَ إِذَا تَعَيَّبَ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي وَالْخِيَارُ لَهُ تَعَذَّرَ الرَّدُّ كَمَا قُبِضَ، وَكَذَلِكَ إِذَا هَلَكَ وَالْهَلَاكُ لَا يَغْرَى عَنْ مُقَدِّمَةِ عَيْبٍ فِيهِلْكُ وَالْعَقْدُ قَدْ لَزِمَ وَتَمَّ فَيَلْزَمُ الثَّمَنُ الْمُسَمَّى. وَأَمَّا إِذَا كَانَ الْخِيَارُ لِلْبَائِعِ فَلَمْ يَمْتَنِعِ الرَّدُّ عَلَى الْمُشْتَرِي بِدُخُولِ الْعَيْبِ لِأَنَّ الْخِيَارَ لِلْبَائِعِ لَا لَهُ فِيهِلْكُ وَالْمَبِيعُ مَوْقُوفٌ فَيَلْزَمُ الْقِيَمَةُ.

قَالَ (وَمَنْ اشْتَرَى امْرَأَتَهُ عَلَى أَنَّهُ بِالْخِيَارِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ لَمْ يَفْسُدِ النِّكَاحُ)؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَمْلِكْهَا لَمَّا لَهُ مِنَ الْخِيَارِ (وَأِنْ وَطَّئَهَا لَهُ أَنْ يَرُدَّهَا)؛ لِأَنَّ الْوَطْءَ بِحُكْمِ النِّكَاحِ ((إِلَّا إِذَا كَانَتْ بِكَرًّا)؛ لِأَنَّ الْوَطْءَ يُنْقِصُهَا، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ (وَقَالَا: يَفْسُدُ النِّكَاحُ)؛ لِأَنَّهُ مَلَكَهَا (وَأِنْ وَطَّئَهَا لَمْ يَرُدَّهَا)؛ لِأَنَّ وَطْأَهَا بِمِلْكِ الْيَمِينِ فَيَمْتَنِعُ الرَّدُّ وَإِنْ كَانَتْ ثَيِّبًا، وَلِهَذِهِ الْمَسَائِلُ أَخَوَاتٌ كُلُّهَا تَبَيَّنَتْ عَلَى وَقُوعِ الْمَلِكِ لِلْمُشْتَرِي بِشَرْطِ الْخِيَارِ وَعَدَمِهِ: مِنْهَا عِتْقُ الْمُشْتَرَى عَلَى الْمُشْتَرِي إِذَا كَانَ قَرِيبًا لَهُ فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ، وَمِنْهَا: عِتْقُهُ إِذَا كَانَ الْمُشْتَرِي حَلْفًا إِنْ مَلَكَتْ عَبْدًا فَهُوَ حُرٌّ بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ: إِنْ اشْتَرَيْتَ فَهُوَ حُرٌّ؛ لِأَنَّهُ يَصِيرُ كَالْمَنْشُئِ لِلْعِتْقِ بَعْدَ الشِّرَاءِ فَيَسْقُطُ الْخِيَارُ، وَمِنْهَا أَنْ حَيْضَ الْمُشْتَرَاةِ فِي الْمُدَّةِ لَا يُجْتَزَأُ بِهِ عَنِ الْاسْتِبْرَاءِ عِنْدَهُ، وَعِنْدَهُمَا يُجْتَزَأُ؛ وَلَوْ رُدَّتْ بِحُكْمِ الْخِيَارِ إِلَى الْبَائِعِ لَا يَجِبُ عَلَيْهِ الْاسْتِبْرَاءُ عِنْدَهُ، وَعِنْدَهُمَا يَجِبُ إِذَا رُدَّتْ بَعْدَ الْقَبْضِ. وَمِنْهَا إِذَا وَلَدَتِ الْمُشْتَرَاةُ فِي الْمُدَّةِ بِالنِّكَاحِ لَا تَصِيرُ أُمَّ وَلَدٍ لَهُ عِنْدَهُ خِلَافًا لَهَا. وَمِنْهَا إِذَا قَبِضَ الْمُشْتَرِي الْمَبِيعَ بِإِذْنِ الْبَائِعِ ثُمَّ أَوْدَعَهُ عِنْدَ الْبَائِعِ فَهَلَكَ فِي يَدِهِ فِي الْمُدَّةِ هَلَكَ مِنْ مَالِ الْبَائِعِ لَا رِثْفَاعُ الْقَبْضِ بِالرَّدِّ لِعَدَمِ الْمِلْكِ عِنْدَهُ، وَعِنْدَهُمَا مِنْ مَالِ الْمُشْتَرِي لِصِحَّةِ الْإِيدَاعِ بِاعْتِبَارِ قِيَامِ الْمِلْكِ. وَمِنْهَا لَوْ كَانَ الْمُشْتَرِي عَبْدًا مَأْذُونًا لَهُ فَأَبْرَأَهُ الْبَائِعُ مِنَ الثَّمَنِ فِي الْمُدَّةِ بَقِيَ عَلَى خِيَارِهِ عِنْدَهُ؛ لِأَنَّ الرَّدَّ امْتِنَاعٌ عَنِ التَّمْلُكِ وَالْمَأْذُونُ لَهُ يَلِيهِ، وَعِنْدَهُمَا بَطْلُ خِيَارِهِ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا مَلَكَهُ كَانَ الرَّدُّ مِنْهُ تَمْلِكًا بِغَيْرِ عَوَضٍ وَهُوَ لَيْسَ مِنْ أَهْلِهِ. وَمِنْهَا إِذَا اشْتَرَى ذِمِّيٌّ مِنْ ذِمِّيٍّ خَمْرًا عَلَى أَنَّهُ بِالْخِيَارِ ثُمَّ أَسْلَمَ بَطْلُ الْخِيَارِ عِنْدَهُمَا؛ لِأَنَّهُ مَلَكَهَا فَلَا يَمْلِكُ رَدَّهَا وَهُوَ مُسْلِمٌ. وَعِنْدَهُ يَبْطُلُ الْبَيْعُ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَمْلِكْهَا فَلَا يَتَمْلِكُهَا بِإِسْقَاطِ الْخِيَارِ بَعْدَهُ وَهُوَ مُسْلِمٌ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ اشْتَرَى امْرَأَتَهُ) هَذِهِ مَسَائِلُ تَرْتَّبُ عَلَى الْأَصْلِ الْمُتَقَدِّمِ ذِكْرُهُ، وَهُوَ أَنَّ الْخِيَارَ إِذَا كَانَ لِلْمُشْتَرِي يَخْرُجُ الْمَبِيعُ عَنْ مِلْكِ الْبَائِعِ وَلَا يَدْخُلُ فِي مِلْكِ الْمُشْتَرِي عِنْدَهُ، وَعِنْدَهُمَا يَدْخُلُ، فَعَلَى هَذَا إِذَا اشْتَرَى امْرَأَتَهُ (عَلَى أَنَّهُ بِالْخِيَارِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ يُفْسَخُ النِّكَاحُ) لَأَنَّهُ لَمْ يَمْلِكْهَا، وَإِنْ وَطَّئَهَا لَهُ أَنْ يَرُدَّهَا لِأَنَّ الْوَطْءَ لَمْ يَكُنْ بِمِلْكِ الْيَمِينِ حَتَّى يَسْقُطَ الْخِيَارُ، إِلَّا إِذَا كَانَتْ بَكْرًا فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَرُدَّهَا لِأَنَّ الْوَطْءَ يَنْقُصُهَا، وَهَذَا يُشِيرُ إِلَى أَنَّ قَوْلَهُ (وَإِنْ وَطَّئَهَا لَهُ أَنْ يَرُدَّهَا) مَعْنَاهُ: إِذَا لَمْ يَنْقُصْهَا الْوَطْءُ، فَأَمَّا إِذَا نَقَصَهَا فَلَا يَرُدُّهَا وَإِنْ كَانَتْ ثَيِّبًا. إِلَيْهِ أَشِيرَ فِي شَرْحِ: الطَّحَاوِيِّ. وَعِنْدَهُمَا يَفْسُدُ النِّكَاحُ وَإِنْ وَطَّئَهَا لَمْ يَرُدَّهَا وَإِنْ كَانَتْ ثَيِّبًا لَأَنَّهُ مَلَكَهَا وَوَطَّئَهَا بِمِلْكِ الْيَمِينِ. وَلِهَذَا الْمَسْأَلَةُ نَظَائِرُ فِي كَوْنِهَا مُرْتَبَّةٌ عَلَى الْأَصْلِ الْمُتَقَدِّمِ مِنْهَا عِنْتُ الْمُشْتَرَى عَلَى الْمُشْتَرِي فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ إِذَا كَانَ قَرِيبًا لِلْمُشْتَرِي لَا يَعْتَقُ عَلَيْهِ عِنْدَهُ خِلَافًا لُهُمَا. وَمِنْهَا مَا إِذَا قَالَ إِنْ مَلَكَتْ عَبْدًا فَهُوَ حُرٌّ فَاشْتَرَى بِالْخِيَارِ لَا يَعْتَقُ عِنْدَهُ خِلَافًا لُهُمَا.

بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ إِنْ اشْتَرَيْتَ، لَأَنَّهُ يَصِيرُ كَالْمُنْشِئِ لِلْعِنْتِ بَعْدَ الشِّرَاءِ لِأَنَّ الْمُعْلَقَ بِالشَّرْطِ كَالْمُرْسَلِ عِنْدَهُ، وَلَوْ أُنْشِئَ الْعِنْتُ بَعْدَ شِرَائِهِ بِالْخِيَارِ عِنْتُ وَسَقَطَ الْخِيَارُ كَذَا هَذَا. فَإِنْ قِيلَ: لَوْ كَانَ كَالْمُنْشِئِ وَجَبَ أَنْ يَتَوَبَّ عَنْ الْكُفَّارَةِ إِذَا اشْتَرَى الْمُخْلُوفَ عَلَيْهِ بِعِنْتِهِ نَآوِيًا عَنْ الْكُفَّارَةِ. أَجِيبَ بِأَنَّهُ جُعِلَ كَالْمُنْشِئِ تَصْحِيحًا لقَوْلِهِ فَهُوَ حُرٌّ فَلَا يَتَعَدَّى إِلَى الْوُقُوعِ عَنْ الْكُفَّارَةِ بَعْدَ اسْتِحْقَاقِهِ الْحُرِّيَّةَ وَقَتَ الْيَمِينِ لَأَنَّهُ كَالْمُدَبِّرِ فِي الْاسْتِحْقَاقِ، وَفِيهِ يَعْمَلُ الْإِنْشَاءُ لِلْعِنْتِ لَا عَنْ الْكُفَّارَةِ كَذَلِكَ هَذَا. وَمِنْهَا أَنَّ الْمُشْتَرَاةَ إِذَا حَاضَتْ بَعْدَ الْقَبْضِ فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ حَيْضَةً أَوْ بَعْضَهَا فَاخْتَارَهَا لَا يَجْتَرِئُ بِتِلْكَ الْحَيْضَةِ مِنَ الْاسْتِبْرَاءِ عِنْدَهُ خِلَافًا لُهُمَا، وَلَوْ رَدَّهَا عَلَى الْبَائِعِ لَا يَجِبُ عَلَيْهِ الْاسْتِبْرَاءُ عِنْدَهُ سَوَاءً كَانَ الرُّدُّ قَبْلَ الْقَبْضِ أَوْ بَعْدَهُ. وَعِنْدَهُمَا إِذَا كَانَ الرُّدُّ قَبْلَ الْقَبْضِ لَا يَجِبُ عَلَى الْبَائِعِ الْاسْتِبْرَاءُ اسْتِحْسَانًا.

وَالْقِيَاسُ أَنْ يَجِبَ لِتَجَدُّدِ الْمِلْكِ، وَإِنْ كَانَ بَعْدَهُ يَجِبُ الْاسْتِبْرَاءُ عَلَى الْبَائِعِ قِيَاسًا وَاسْتِحْسَانًا، وَأَجْمَعُوا فِي الْبَيْعِ الْبَاتِ يُفْسَخُ بِإِقَالَةٍ أَوْ غَيْرِهَا أَنَّ الْاسْتِبْرَاءَ وَاجِبٌ عَلَى الْبَائِعِ إِذَا كَانَ الْفَسْخُ قَبْلَ الْقَبْضِ قِيَاسًا وَبَعْدَهُ قِيَاسًا وَاسْتِحْسَانًا. وَمِنْهَا إِذَا وَلَدَتْ

المُشْتَرَاةُ فِي الْمُدَّةِ بِالنِّكَاحِ لَا تَصِيرُ أُمُّ وَلَدٍ عِنْدَهُ. قَالَ صَاحِبُ النَّهَائَةِ: لَا بُدَّ مِنْ أَحَدٍ تَأْوِيلَيْنِ: إِمَّا أَنْ يَكُونَ مَعْنَاهُ اشْتَرَى مَنكُوحَتَهُ وَوَلَدَتْ فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ قَبْلَ قَبْضِ الْمُشْتَرِي بِشَرْطِ الْخِيَارِ، أَوْ يَكُونَ اشْتَرَى الْأُمَّةَ الَّتِي كَانَتْ مَنكُوحَتَهُ وَوَلَدَتْ مِنْهُ وَلَدًا قَبْلَ الشَّرَاءِ ثُمَّ اشْتَرَاهَا بِشَرْطِ الْخِيَارِ لَا تَصِيرُ أُمُّ وَلَدٍ لَهُ فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ عِنْدَهُ خِلَافًا لهُمَا، وَعَلَى هَذَا كَانَ قَوْلُهُ فِي الْمُدَّةِ ظَرْفًا لِقَوْلِهِ لَا تَصِيرُ أُمُّ وَلَدٍ لَهُ لَا ظَرْفُ الْوِلَادَةِ. وَتَقْرِيرُ كَلَامِهِ: إِذَا وَلَدَتْ الْمُشْتَرَاةُ بِالنِّكَاحِ لَا تَصِيرُ أُمُّ وَلَدٍ لَهُ فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ، وَفِيهِ تَعْقِيدٌ لَفْظِيٌّ كَمَا تَرَى. قَالَ صَاحِبُ النَّهَائَةِ: وَإِنَّمَا احْتَجْنَا إِلَى أَحَدِ التَّأْوِيلَيْنِ.

لَأَنَّا لَوْ أَجَرْنَا عَلَى ظَاهِرِ اللَّفْظِ وَقُلْنَا إِنَّهُ إِذَا اشْتَرَى مَنكُوحَتَهُ بِشَرْطِ الْخِيَارِ وَقَبَضَهَا ثُمَّ وَلَدَتْ فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ يَلْزَمُ الْبَيْعُ بِالْإِجْمَاعِ وَيَبْطُلُ خِيَارُ الشَّرْطِ لِأَنَّ الْوِلَادَةَ عَيْبٌ فَلَا يُمْكِنُ رَدُّهَا بَعْدَمَا تَعَيَّنَتِ الْجَارِيَةُ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي بِشَرْطِ الْخِيَارِ.

وَمِنْهَا إِذَا قَبَضَ الْمُشْتَرِي الْمَبِيعَ بِإِذْنِ الْبَائِعِ ثُمَّ أَوْدَعَهُ عِنْدَ الْبَائِعِ فَهَلَكَ فِي يَدِ الْبَائِعِ فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ أَوْ بَعْدَهَا هَلَكَ عَلَى الْبَائِعِ لِأَنَّ الْقَبْضَ قَدْ ارْتَفَعَ بِالرَّدِّ إِذْ الْوَدِيعَةُ لَمْ تَصِحَّ لَعَدَمِ مِلْكِ الْمُوْدَعِ، وَإِذَا ارْتَفَعَ الْقَبْضُ كَانَ هَلَاكُ الْمَبِيعِ قَبْلَ الْقَبْضِ وَأَنَّهُ مِنْ مَالِ الْبَائِعِ، وَعِنْدَهُمَا لَمَّا مَلَكَهُ الْمُشْتَرِي صَحَّتْ الْوَدِيعَةُ وَصَارَ هَلَاكُهُ فِي يَدِ الْمُوْدَعِ كَهَلَاكِهِ فِي يَدِهِ.

وَمِنْهَا مَا لَوْ كَانَ الْمُشْتَرِي عَبْدًا مَأْذُونًا لَهُ فَأَبْرَأَهُ الْبَائِعُ عَنِ الثَّمَنِ فِي الْمُدَّةِ بَقِيَ خِيَارُهُ لِأَنَّهُ لَمَّا لَمْ يَمْلِكْهُ كَانَ الرَّدُّ امْتِنَاعًا مِنْهُ عَنِ التَّمْلِكِ وَلِلْمَأْذُونِ لَهُ وَلَايَةُ ذَلِكَ، وَعِنْدَهُمَا بَطَلَ خِيَارُهُ لِأَنَّهُ لَمَّا مَلَكَهُ كَانَ الرَّدُّ مِنْهُ تَمْلِيكًا بغيرِ عَوَضٍ وَالْمَأْذُونُ لَيْسَ مِنْ أَهْلِهِ. فَإِنْ قُلْتُ: إِذَا كَانَ الْخِيَارُ لِلْمُشْتَرِي فَالْثَّمَنُ لَمْ يَخْرُجْ عَنِ مِلْكِهِ فَمَا وَجْهُ إِبْرَاءِ الْبَائِعِ عَنِ الثَّمَنِ قَبْلَ أَنْ يَمْلِكْهُ؟ أَجِيبَ بِأَنَّ الْقِيَاسَ يَنْفِي صِحَّةَ هَذَا الْإِبْرَاءِ، وَجَوَازُهُ اسْتِحْسَانٌ لِحُصُولِهِ بَعْدَ وُجُودِ سَبَبِ الْمِلْكِ وَهُوَ الْعَقْدُ. وَمِنْهَا إِذَا اشْتَرَى ذِمِّيٌّ مِنْ ذِمِّيٍّ خَمْرًا بِالْخِيَارِ ثُمَّ أَسْلَمَ بَطَلَ الْخِيَارُ عِنْدَهُمَا.

وعِنْدَهُ بَطَلَ الْخِيَارُ وَالْبَيْعُ، وَوَجْهُ ذَلِكَ مَذْكُورٌ فِي الْكِتَابِ وَهُوَ وَاضِحٌ؛ وَإِذَا كَانَ الْخِيَارُ لِلْبَائِعِ وَأَسْلَمَ يَبْطُلُ الْبَيْعُ بِالْإِجْمَاعِ؛ وَإِذَا كَانَ الْخِيَارُ لِلْمُشْتَرِي وَأَسْلَمَ الْبَائِعُ لَا يَبْطُلُ الْبَيْعُ بِالْإِجْمَاعِ لِأَنَّ الْعَقْدَ مِنْ جَانِبِهِ بَاتٌ، فَإِنْ اخْتَارَهُ الْمُشْتَرِي صَارَ لَهُ، وَإِنْ رَدَّ صَارَ الْخَمْرُ لِلْبَائِعِ وَالْمُسْلِمُ مِنْ أَهْلِ أَنْ يَتَمْلَكَ الْخَمْرَ حُكْمًا.

قَالَ (وَمَنْ شَرِطَ لَهُ الْخِيَارَ فَلَهُ أَنْ يَفْسَخَ فِي الْمُدَّةِ وَلَهُ أَنْ يُجِيزَ، فَإِنْ أَجَازَهُ بِغَيْرِ حَضْرَةِ صَاحِبِهَا جَازَ. وَإِنْ فَسَخَ لَمْ يَجُزْ إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْآخِرُ حَاضِرًا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: يَجُوزُ) وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ وَالشَّرِطُ هُوَ الْعِلْمُ، وَإِنَّمَا كُنِيَ بِالْحَضْرَةِ عَنْهُ. لَهُ أَنَّهُ مُسَلِّطٌ عَلَى الْفَسْخِ مِنْ جِهَتِهِ صَاحِبِهِ فَلَا يَتَوَقَّفُ عَلَى عِلْمِهِ كَالْإِجَازَةِ وَلِهَذَا لَا يُشْتَرِطُ رِضَاهُ وَصَارَ كَالْوَكِيلِ بِالْبَيْعِ. وَلَهُمَا أَنَّهُ تَصَرُّفٌ فِي حَقِّ الْغَيْرِ وَهُوَ الْعَقْدُ بِالرَّفْعِ، وَلَا يَعْرِى عَنِ الْمَضَرَّةِ؛ لِأَنَّهُ عَسَاهُ يَعْتَمِدُ تَمَامَ الْبَيْعِ السَّابِقِ فَيَتَصَرَّفُ فِيهِ فَتَلَزِمُهُ غَرَامَةُ الْقِيَمَةِ بِالْهَلَاكِ فِيمَا إِذَا كَانَ الْخِيَارُ لِلْبَائِعِ، أَوْ لَا يَطْلُبُ لِسَلْعَتِهِ مُشْتَرِيًا فِيمَا إِذَا كَانَ الْخِيَارُ لِلْمُشْتَرِيِ، وَهَذَا نَوْعٌ ضَرَرٍ فَيَتَوَقَّفُ عَلَى عِلْمِهِ وَصَارَ كَمَزَلِ الْوَكِيلِ، بِخِلَافِ الْإِجَازَةِ لِأَنَّهُ لَا إلْزَامَ فِيهِ، وَلَا نَقُولُ إِنَّهُ مُسَلِّطٌ، وَكَيْفَ يُقَالُ ذَلِكَ وَصَاحِبُهُ لَا يَمْلِكُ الْفَسْخَ وَلَا تَسْلِيْطَ فِي غَيْرِ مَا يَمْلِكُهُ الْمُسَلِّطُ، وَلَوْ كَانَ فَسْخٌ فِي حَالِ غَيْبَةِ صَاحِبِهِ وَبَلَغَهُ فِي الْمُدَّةِ تَمَّ الْفَسْخُ لِحُصُولِ الْعِلْمِ بِهِ، وَلَوْ بَلَغَهُ بَعْدَ مُضِيِّ الْمُدَّةِ تَمَّ الْعَقْدُ بِمُضِيِّ الْمُدَّةِ قَبْلَ الْفَسْخِ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ شَرِطَ لَهُ الْخِيَارَ فَلَهُ أَنْ يَفْسَخَ فِي الْمُدَّةِ) هَذَا الْعُمُومُ يَتَنَاوَلُ الْبَائِعَ وَالْمُشْتَرِيَّ وَالْأَجْنَبِيَّ، لِأَنَّ شَرْطَ الْخِيَارِ يَصِحُّ مِنْهُمْ جَمِيعًا، فَإِذَا كَانَ الْخِيَارُ لِلْبَائِعِ فَلَا إِجَازَةَ تَحْصُلُ بِثَلَاثَةِ أَشْيَاءَ: بِأَنْ يَقُولَ أَجَزْتُ وَبِمَوْتِهِ فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ لِأَنَّهُ لَا يُوْرَثُ كَمَا سَنَذْكُرُهُ فَيَكُونُ الْعَقْدُ بِهِ نَافِذًا، وَبِأَنْ تَمْضِيَ مُدَّةُ الْخِيَارِ مِنْ غَيْرِ فَسْخٍ وَإِذَا كَانَ لِلْمُشْتَرِيِ فَبِذَلِكَ، وَبِأَنْ يَصِيرَ الْمَبِيعُ فِي يَدِ الْمُشْتَرِيِ إِلَى حَالٍ لَا يَمْلِكُ فَسْخَهُ عَلَى تِلْكَ الْحَالَةِ كَهَلَاكِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ وَاتِّقَاصِهِ كَمَا تَقَدَّمَ. وَأَمَّا الْفَسْخُ فَقَدْ يَكُونُ حَقِيقَةً وَقَدْ يَكُونُ حُكْمًا. وَالثَّانِي هُوَ مَا يَكُونُ بِالْفِعْلِ كَأَنْ يَتَصَرَّفَ الْبَائِعُ فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ تَصَرُّفَ الْمَالِكِ، كَمَا إِذَا أَعْتَقَ الْمَبِيعَ أَوْ بَاعَهُ أَوْ كَانَتْ جَارِيَةً فَوَطَّعَهَا أَوْ قَبَّلَهَا أَوْ أَنْ يَكُونَ الثَّمَنُ عَيْنًا فَتَصَرَّفَ الْمُشْتَرِيِ فِيهِ تَصَرُّفُ الْمَالِكِ فِيمَا إِذَا كَانَ الْخِيَارُ لِلْمُشْتَرِيِ فَإِنَّ الْعَقْدَ يَنْفَسَخُ سَوَاءً فِي ذَلِكَ حُضُورُ الْآخِرِ وَعَدَمُهُ لِأَنَّهُ فَسْخٌ حُكْمِيٌّ، وَالشَّيْءُ قَدْ يَثْبُتُ حُكْمًا وَإِنْ كَانَ يَبْطُلُ قَصْدًا.

وَأَمَّا الْأَوَّلُ فَهُوَ مَا يَكُونُ بِالْقَوْلِ، وَهُوَ أَنْ يَقُولَ الْبَائِعُ أَوْ الْمُشْتَرِيِ فَسَخْتُ، فَإِنْ

كَانَ ذَلِكَ بِحَضْرَةِ الْآخِرِ أَيْ يَعْلِمُهُ انْفَسَخَ الْعَقْدُ بِالِاتِّفَاقِ، وَإِنْ كَانَ بغيرِ عِلْمِهِ فَلَا يَجُوزُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: يَجُوزُ وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُمَا اللَّهُ، لِأَبِي يُوسُفَ أَنَّ مَنْ لَهُ الْخِيَارُ مُسْلِطٌ عَلَى فسخِ الْعَقْدِ مِنْ جِهَةِ صَاحِبِهِ، وَكُلُّ مَنْ هُوَ كَذَلِكَ لَا يَتَوَقَّفُ فِعْلُهُ عَلَى عِلْمِ صَاحِبِهِ كَالِإِجَارَةِ، وَهُوَ قِيَاسٌ مِنْهُ لِأَحَدِ شَطْرَيْ الْعَقْدِ عَلَى الْآخَرِ، وَوَضَحَ ذَلِكَ بِعَدَمِ اشْتِرَاطِ الرِّضَا، وَجَعَلَ ذَلِكَ كَالْوَكِيلِ بِالْبَيْعِ فَإِنَّ لَهُ أَنْ يَتَصَرَّفَ فِيمَا وَكُلُّ بِهِ وَإِنْ كَانَ الْمُوَكَّلُ غَائِبًا لِأَنَّهُ مُسْلِطٌ مِنْ جِهَتِهِ (وَلَهُمَا أَنْ الْفَسْخَ تَصَرَّفَ فِي حَقِّ الْغَيْرِ وَهُوَ الْعَقْدُ بِالرَّفْعِ وَ) هُوَ (لَا يَعْرِى عَنْ الْمَضَرَّةِ) أَمَّا إِذَا كَانَ الْخِيَارُ لِلْبَائِعِ فَالْمُشْتَرِي عَسَاهُ يَعْتَمِدُ تَمَامَ الْبَيْعِ السَّابِقِ فَيَتَصَرَّفُ فِيهِ فَيَلْزِمُهُ غَرَامَةُ الْقِيَمَةِ بِهَلَاكِ الْمَبِيعِ وَقَدْ تَكُونُ الْقِيَمَةُ أَكْثَرَ مِنَ الثَّمَنِ وَلَا خَفَاءَ فِي كَوْنِهِ ضَرَرًا. وَأَمَّا إِذَا كَانَ لِلْمُشْتَرِي فَالْبَائِعُ عَسَى يَعْتَمِدُ تَمَامَهُ فَلَا يَطْلُبُ لِسَلْعَتِهِ مُشْتَرِيًا، وَقَدْ تَكُونُ الْمُدَّةُ أَيَّامَ رَوَاجِ بَيْعِ الْمَبِيعِ وَفِي ذَلِكَ ضَرَرٌ لَا يَخْفَى، وَالتَّصَرُّفُ الْمُشْتَمِلُ عَلَى ضَرَرٍ فِي حَقِّ الْغَيْرِ يَتَوَقَّفُ عَلَى عِلْمِهِ لَا مَحَالَةَ كَمَا فِي عَزْلِ الْوَكِيلِ.

وَالْقِيَاسُ عَلَى شَطْرِ الْآخِرِ فَاسِدٌ لِقِيَامِ الْفَارِقِ وَهُوَ الْإِلْزَامُ، وَلَا يُسَلِّمُ أَنَّهُ مُسْلِطٌ مِنْ جِهَةِ صَاحِبِهِ عَلَى الْفَسْخِ لِأَنَّ التَّسْلِيْطَ عَلَى الْفَسْخِ مِمَّنْ لَا يَمْلِكُهُ غَيْرُ مَعْقُولٍ وَلَا مَشْرُوعٍ كَالْتَّمْلِكِ مِنْ غَيْرِ الْمَالِكِ، وَعَدَمُ اشْتِرَاطِ الرِّضَا لَا يَسْتَلْزِمُ عَدَمَ اشْتِرَاطِ الْعِلْمِ لِأَنَّ مَبْنَى الْإِلْزَامِ عَلَى الْعِلْمِ لَا عَلَى الرِّضَا، وَكَوْنُهُ لَا بُدَّ مِنْهُ فِي الْبَيَاعَاتِ لِأَنَّهُ لَا إِرْزَامَ فِيهَا، وَعُورُضَ بِأَنَّ مَا ذَكَرْتُمْ مِنْ إِرْزَامِ الضَّرَرِ وَإِنْ دَلَّ عَلَى اشْتِرَاطِ الْعِلْمِ وَلَكِنْ عِنْدَنَا مَا يَنْفِيهِ وَهُوَ أَنَّهُ لَوْ لَمْ يَنْفَرِدْ بِالْفَسْخِ لَرُبَّمَا اخْتَفَى مَنْ لَيْسَ لَهُ الْخِيَارُ إِلَى مُضِيِّ الْمُدَّةِ فَيَلْزِمُ الْبَيْعُ، وَفِيهِ مِنَ الضَّرَرِ مَا لَا يَخْفَى. وَأُجِيبَ بِأَنَّهُ ضَرَرٌ مَرْضِيٌّ بِهِ مِنْهُ حَيْثُ تَرَكَ الْاسْتِثْنَاءَ بِأَخْذِ الْكَفِيلِ مَخَافَةَ الْغَيْبَةِ.

وَأَعْلَمُ أَنَّ مَذَارَ دَلِيلِهِمَا إِرْزَامُ ضَرَرٍ زَائِدٍ غَيْرِ مَرْضِيٍّ بِهِ، فَإِذَا فَاتَ الْمَجْمُوعُ أَوْ بَعْضُهُ فِي بَعْضِ الصُّوَرِ لَا يَكُونُ تَقْضًا، فَلَا يَرُدُّ مَا قِيلَ الطَّلَاقُ وَالْعَتَاقُ وَالْعَفْوُ عَنْ الْقِصَاصِ يَلْزِمُ مِنْهَا فِي حَقِّ غَيْرِ الْفَاعِلِ إِرْزَامٌ، وَهُوَ مُسَوِّغٌ لِأَنَّ ذَلِكَ مِنَ الْإِسْقَاطَاتِ، وَمَا هُوَ كَذَلِكَ لَيْسَ فِيهِ شَيْءٌ مِنَ الْإِلْزَامِ كِاسْقَاطِ الْحِمْلِ عَنْ الدَّائِبَةِ، وَلَا مَا قِيلَ الرُّوْجُ يَنْفَرِدُ بِالرَّجْعَةِ وَحُكْمُهَا يَلْزِمُ الْمَرْأَةَ وَإِنْ لَمْ تَعْلَمْ لِأَنَّهُ لَيْسَ فِيهَا إِرْزَامٌ لِأَنَّ الطَّلَاقَ

الرَّجْعِيَّ لَا يَرْفَعُ النِّكَاحَ حَتَّى تَكُونَ الرَّجْعَةُ إلْزَامَ أَمْرٍ جَدِيدٍ، سَلَمَتُهُ لَكِنْ لَيْسَ فِيهِ إلْزَامٌ ضَرَرَ لِأَنَّ النِّكَاحَ مِنْ عَوَالِي النَّعْمِ فَاسْتِدَامَتُهُ بِالرَّجْعَةِ لَا تَكُونُ ضَرَرًا وَلَا مَا قِيلَ اخْتِيَارُ الْمُخَيَّرَةِ يَنْفُذُ عَلَى رُؤُوسِهَا وَفِيهِ إلْزَامٌ حُكْمِ الْاِخْتِيَارِ وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ بِهِ لَعَدَمِ الْإِلْزَامِ بَلْ لَدَلَّكَ بِالتَّزَامِهِ أَوْ لِأَنَّهُ لَا ضَرَرَ فِيهِ، فَإِنَّ الْإِجَابَ فِيهِ حَصَلَ مِنْهُ.

وَلَوْ رَأَى ضَرَرًا مَا أَقْدَمَ عَلَيْهِ أَوْ لِأَنَّهُ غَيْرُ زَائِدٍ عَلَى مُوجِبِ التَّخْيِيرِ وَلَا مَا قِيلَ اخْتِيَارُ الْأُمَةِ الْمُعْتَقَةِ الْفُرْقَةُ يَلْزَمُ الزَّوْجَ بِدُونِ عِلْمِهِ وَفِيهِ إلْزَامٌ لِأَنَّهُ غَيْرُ زَائِدٍ عَلَى مُوجِبِ نِكَاحٍ مَنْ لَهُ الْخِيَارُ أَوْ هُوَ مَرْضِيٌّ بِهِ بِالْإِقْدَامِ عَلَى سَبَبِهِ، وَلَا مَا قِيلَ اخْتِيَارُ الْمَالِكِ رَفَعَ عَقْدَ الْفُضُولِيِّ يَلْزَمُ الْعَاقِدَيْنِ بِلَا عِلْمٍ، وَفِيهِ إلْزَامٌ عَلَيْهِمَا لِأَنَّهُ امْتِنَاعٌ عَنِ الْعَقْدِ لَا إلْزَامٌ مِنْهُ، وَلَا مَا قِيلَ الطَّلَاقُ يَلْزَمُ الْعِدَّةَ عَلَى الْمَرْأَةِ وَإِنْ لَمْ تَعْلَمْ لِأَنَّهُ لَا ضَرَرَ فِي الْعِدَّةِ أَوْ لِكَوْنِهِ بِإِجَابِ الشَّرْعِ نَصًّا دُونَ الطَّلَاقِ، بِخِلَافِ الضَّرَرِ الْمَذْكُورِ فِي خِيَارِ الشَّرْطِ فَإِنَّهُ زَائِدٌ عَلَى مُوجِبِ خِيَارِ الشَّرْطِ وَهُوَ الرَّدُّ أَوْ الْإِجَازَةُ، وَهُوَ غَيْرُ مَرْضِيٍّ بِهِ مِنْ جَانِبِ الْآخَرِ فَلَا يَلْزَمُهُ إِلَّا بِعِلْمِهِ (قَوْلُهُ وَلَوْ كَانَ فَسَخَ فِي حَالِ غَيْبَةِ صَاحِبِهِ) يُشِيرُ إِلَى أَنَّ الشَّرْطَ هُوَ الْعِلْمُ دُونَ الْحُضُورِ، وَلَيْسَ الْمُرَادُ بِقَوْلِهِ " كُنِّي " الْكِتَابَةَ الْاِصْطِلَاحِيَّةَ لِأَرْبَابِ الْبَلَاغَةِ لَكِنَّ الْمُرَادَ بِهِ مَا اسْتَرَّ بِهِ الْمُرَادُ.

قَالَ: (وَإِذَا مَاتَ مَنْ لَهُ الْخِيَارُ بَطَلَ خِيَارُهُ وَلَمْ يَنْتَقِلْ إِلَى وَرَثَتِهِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يُوْرَثُ عَنْهُ؛ لِأَنَّهُ حَقٌّ لَا زِمَ ثَابِتٌ فِي الْبَيْعِ فَيَجْرِي فِيهِ الْإِرْثُ كَخِيَارِ الْعَيْبِ وَالتَّعْيِينِ. وَلَنَا أَنَّ الْخِيَارَ لَيْسَ إِلَّا مَشِيئَةً وَإِرَادَةً وَلَا يَتَصَوَّرُ انْتِقَالُهُ، وَالْإِرْثُ فِيمَا يَقْبَلُ الْاِنْتِقَالَ. بِخِلَافِ خِيَارِ الْعَيْبِ؛ لِأَنَّ الْمُوْرَثَ اسْتَحَقَّ الْمَبِيعَ سَلِيمًا فَكَذَا الْوَارِثُ، فَأَمَّا نَفْسُ الْخِيَارِ لَا يُوْرَثُ، وَأَمَّا خِيَارُ التَّعْيِينِ يَثْبُتُ لِلْوَارِثِ ابْتِدَاءً لَا خِتِلَاطَ مِلْكِهِ بِمِلْكِ الْغَيْرِ لَا أَنْ يُوْرَثَ الْخِيَارُ.

الشرح:

قَالَ (وَإِذَا مَاتَ مَنْ لَهُ الْخِيَارُ بَطَلَ خِيَارُهُ) إِذَا مَاتَ مَنْ لَهُ الْخِيَارُ سَوَاءً كَانَ الْبَائِعُ أَوْ الْمُشْتَرِي أَوْ غَيْرُهُمَا سَقَطَ الْخِيَارُ وَلَزِمَ الْبَيْعُ، بِخِلَافِ مَا إِذَا مَاتَ مَنْ عَلَيْهِ الْخِيَارُ فَإِنَّهُ بَاقٍ بِالْإِجْمَاعِ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: إِذَا مَاتَ مَنْ لَهُ الْخِيَارُ انْتَقَلَ الْخِيَارُ إِلَى وَارِثِهِ لِأَنَّهُ حَقٌّ ثَابِتٌ لَا زِمَ فِي الْبَيْعِ فَيَجْرِي فِيهِ الْإِرْثُ كَخِيَارِ الْعَيْبِ وَكَخِيَارِ تَعْيِينِ الْمَبِيعِ بِأَنْ اشْتَرَى أَحَدَ الثَّوْنَيْنِ عَلَى أَنَّهُ بِالْخِيَارِ يَأْخُذُ أُيْهُمَا شَاءَ.

وَلَنَا أَنَّ الْخِيَارَ لَا يَقْبَلُ الْإِنْتِقَالَ لِأَنَّهُ لَيْسَ إِلَّا مَشِئَةً وَإِرَادَةً وَهُمَا عَرْضَانِ،
وَالْعَرْضُ لَا يَقْبَلُ الْإِنْتِقَالَ، وَالْإِرْثُ فِيمَا يَقْبَلُ الْإِنْتِقَالَ لِأَنَّهُ خِلَافَةٌ عَنِ الْمَوْرَثِ يَنْقَلُ
الْأَعْيَانُ إِلَى الْوَارِثِ، وَهَذَا مَعْقُولٌ لَا مُعَارِضَ لَهُ مِنَ الْمُنْقُولِ فَيَكُونُ مَعْمُولًا بِهِ لَا يُقَالُ:
قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «مَنْ تَرَكَ مَالًا أَوْ حَقًّا فَلَوْرَثْتَهُ» وَالْخِيَارُ حَقٌّ فَيَكُونُ لَوْرَثْتَهُ،
لَأَنَّ الْمُرَادَ بِهِ حَقٌّ قَابِلٌ لِلْإِنْتِقَالِ بِدَلِيلِ قَوْلِهِ «فَلَوْرَثْتَهُ» عَلَى مَا مَرَّ، وَالْخِيَارُ لَيْسَ كَذَلِكَ.
قِيلَ: الْمَالَكِيَّةُ صِفَةٌ تَنْتَقِلُ مِنَ الْمَوْرُوثِ إِلَيْهِ فِي الْأَعْيَانِ فَهَلَا يَكُونُ الْخِيَارُ كَذَلِكَ.
وَأُجِيبَ بِأَنَّ الْمُنْتَقِلَ هُوَ الْعَيْنُ وَتَقِلُ الْمَالَكِيَّةُ ضِمْنِيًّا. قِيلَ: فَلْيَكُنْ خِيَارُ الشَّرْطِ
كَذَلِكَ بِأَنَّهُ يَنْتَقِلُ الْمَبِيعُ مِنَ الْمَوْرَثِ إِلَى الْوَارِثِ ثُمَّ الْخِيَارُ يَتَّبِعُهُ ضِمْنًا. وَأُجِيبَ بِأَنَّ الْخِيَارَ
لَيْسَ مِنْ لَوَازِمِ الْمَبِيعِ بَلِ الْأَصْلُ عَدَمُهُ، وَكَمْ مِنْ مَبِيعٍ لَا خِيَارَ فِيهِ، بِخِلَافِ الْمَمْلُوكِ فَإِنَّهُ
يَسْتَلْزِمُ مَالَكِيَّةَ مَالِكٍ، وَفِيهِ نَظَرٌ فَإِنَّ الْكَلَامَ فِي الْمَبِيعِ بِشَرْطِ الْخِيَارِ لَا فِي مُطْلَقِهِ، وَالْخِيَارُ
يَلْزِمُهُ، وَالصَّوَابُ أَنْ يُقَالَ: الْغَرَضُ الْأَصْلِيُّ مِنْ ثَقُلِ الْأَعْيَانِ مِلْكِيَّتُهَا، وَلَيْسَ الْخِيَارُ فِي
الْمَبِيعِ بِشَرْطِ الْخِيَارِ كَذَلِكَ، فَلَا يَلْزِمُهُ مِنَ الْإِنْتِقَالِ مَا هُوَ الْغَرَضُ الْأَصْلِيُّ ائْتِقَالَ مَا لَيْسَ
كَذَلِكَ. فَإِنْ قِيلَ: الْقِصَاصُ يَنْتَقِلُ مِنَ الْمَوْرَثِ إِلَى الْوَارِثِ بِذَاتِهِ مِنْ غَيْرِ تَبَعِيَّةِ الْعَيْنِ
فَلْيَكُنْ الْخِيَارُ كَذَلِكَ.

أُجِيبَ بِأَنَّهُ ثَبَتَ لِلْوَارِثِ ابْتِدَاءً لِأَنَّهُ شَرِعٌ لِلتَّشْفِي، وَهُمَا فِي ذَلِكَ سَيَّانٍ، إِلَّا أَنَّ
الْمَوْرَثَ مُتَقَدِّمٌ فَإِذَا مَاتَ زَالَ التَّقَدُّمُ وَثَبَتَ لِلْوَارِثِ بِمَا ثَبَتَ لِلْمَوْرَثِ: أَعْنِي التَّشْفِي،
وَالْخِيَارُ يَثْبُتُ بِالْعَقْدِ وَالشَّرْطِ، وَالْوَارِثُ لَيْسَ بِعَاقِدٍ وَلَا شَارِطٍ. لَا يُقَالُ: الْبَيْعُ بِشَرْطِ
الْخِيَارِ غَيْرُ لَازِمٍ فَيَوْرَثُ كَذَلِكَ لَا بِطَرِيقِ الثَّقُلِ فَلَا يَنْفِيهِ مَا ذَكَرْتُمْ لِأَنَّ كَلَامَنَا مَعَ مَنْ
يَقُولُ بِالثَّقُلِ، وَمَا ذَكَرْنَا يَدُلُّ عَلَى اتِّفَاقِهِ وَلَوْ التَّزَمَ مُلْتَزِمٌ مَا ذَكَرْتُمْ قُلْنَا: الْبَيْعُ بِشَرْطِ
الْخِيَارِ غَيْرُ لَازِمٍ فِي حَقِّ الْعَاقِدِ أَوْ فِي حَقِّ الْوَارِثِ، وَالْأَوَّلُ مُسْلَمٌ وَلَا كَلَامَ فِيهِ، وَالثَّانِي
عَيْنُ النَّزَاعِ (قَوْلُهُ بِخِلَافِ خِيَارِ الْعَيْبِ) جَوَابٌ عَمَّا قَاسَ عَلَيْهِ.

وَتَقْرِيرُهُ لَا يُسْلَمُ أَنَّهُ بِطَرِيقِ الثَّقُلِ بَلِ الْمَوْرَثُ اسْتَحَقَّ الْمَبِيعَ سَلِيمًا، فَكَذَا الْوَارِثُ
فَكَانَ ذَلِكَ ثَقُلًا فِي الْأَعْيَانِ دُونَ الْخِيَارِ، وَذَلِكَ لِأَنَّ سَبَبَ خِيَارِ الْعَيْبِ اسْتِحْقَاقُ
الْمُطَالَبَةِ بِتَسْلِيمِ الْجُزْءِ الْفَائِتِ لِأَنَّ ذَلِكَ الْجُزْءَ مِنَ الْمَالِ مُسْتَحَقٌّ لِلْمُشْتَرِي بِالْعَقْدِ، فَإِذَا
طَالَبَ الْبَائِعَ بِالتَّسْلِيمِ وَعَجَزَ عَنِ التَّسْلِيمِ فَسُخِيَ الْعَقْدُ لِأَجْلِهِ، وَقَدْ وَجَدَ هَذَا الْمَعْنَى فِي

حَقُّ الْوَارِثِ لِأَنَّهُ يَخْلُفُ الْمُشْتَرِيَ فِي مِلْكِ ذَلِكَ الْحِزْمِ، بِخِلَافِ خِيَارِ الشَّرْطِ فَإِنَّ السَّبَبَ وَهُوَ الشَّرْطُ لَا يُوجَدُ فِي حَقِّ الْوَارِثِ، وَكَذَا خِيَارُ التَّعِينِ لَا يَنْتَقِلُ بَلْ الْخِيَارُ سَقَطَ بِالْمَوْتِ، لَكِنَّ الْوَارِثَ وَرَثَ الْمَبِيعِ وَهُوَ مَجْهُولٌ فَتَبَتَ لَهُ خِيَارُ التَّعِينِ، وَكَمَنْ اخْتَلَطَ مَالُهُ بِمَالِ رَجُلٍ تَبَتَ لَهُ خِيَارُ التَّعِينِ، وَهَذَا الْخِيَارُ غَيْرُ ذَلِكَ الْخِيَارِ، أَلَا تَرَى أَنَّ الْمَوْرَثَ كَانَ لَهُ أَنْ يَفْسَخَ قَوْلَهُ وَكَانَ خِيَارُهُ مُؤَقَّتًا، وَالْوَارِثُ لَيْسَ لَهُ الْفَسْخُ وَلَيْسَ خِيَارُهُ بِمُؤَقَّتٍ.

قَالَ (وَمَنْ اشْتَرَى شَيْئًا وَشَرَطَ الْخِيَارَ لغيرِهِ فَأَيُّهُمَا أَجَازَ الْخِيَارَ وَأَيُّهُمَا نَقَضَ انْتَقَضَ) وَأَصْلُ هَذَا أَنَّ اشْتِرَاطَ الْخِيَارِ لغيرِهِ جَائِزٌ اسْتِحْسَانًا، وَفِي الْقِيَاسِ لَا يَجُوزُ وَهُوَ قَوْلُ زُفَرٍ: لِأَنَّ الْخِيَارَ مِنْ مَوَاجِبِ الْعَقْدِ وَأَحْكَامِهِ، فَلَا يَجُوزُ اشْتِرَاؤُهُ لغيرِهِ كَاشْتِرَاطِ الثَّمَنِ عَلَى غَيْرِ الْمُشْتَرِي... وَلَنَا أَنَّ الْخِيَارَ لغيرِ الْعَاقِدِ لَا يَتَّبِتُ إِلَّا بِطَرِيقِ النِّيَابَةِ عَنِ الْعَاقِدِ فَيَقْدَرُ الْخِيَارُ لَهُ اقْتِضَاءٌ ثُمَّ يُجْعَلُ هُوَ نَائِبًا عَنْهُ تَصَحِيحًا لِتَصَرُّفِهِ، وَعِنْدَ ذَلِكَ يَكُونُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الْخِيَارُ، فَأَيُّهُمَا أَجَازَ جَازَ، وَأَيُّهُمَا نَقَضَ انْتَقَضَ (وَلَوْ أَجَازَ أَحَدُهُمَا وَفَسَخَ الْآخَرُ يُعْتَبَرُ السَّابِقُ) لَوْجُودِهِ فِي زَمَانٍ لَا يُزَاحِمُهُ فِيهِ غَيْرُهُ، وَلَوْ خَرَجَ الْكَلَامَانِ مِنْهُمَا مَعًا يُعْتَبَرُ تَصَرُّفُ الْعَاقِدِ فِي رِوَايَةٍ وَتَصَرُّفُ الْفَاسِخِ فِي أُخْرَى. وَجِهَ الْأَوَّلُ أَنَّ تَصَرُّفَ الْعَاقِدِ أَقْوَى؛ لِأَنَّ النَّائِبَ يَسْتَفِيدُ الْوِلَايَةَ مِنْهُ. وَجِهَ الثَّانِي أَنَّ الْفَسْخَ أَقْوَى؛ لِأَنَّ الْمَجَازَ يَلْحَقُهُ الْفَسْخُ وَالْمَفْسُوخُ لَا تَلْحَقُهُ الْإِجَازَةُ، وَلَمَّا مَلَكَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا التَّصَرُّفَ رَجَحْنَا بِحَالِ التَّصَرُّفِ. وَقِيلَ الْأَوَّلُ قَوْلُ مُحَمَّدٍ وَالثَّانِي قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ، وَاسْتِخْرَاجُ ذَلِكَ مِمَّا إِذَا بَاعَ الْوَكِيلُ مِنْ رَجُلٍ وَالْمُوَكَّلُ مِنْ غَيْرِهِ مَعًا؛ فَمُحَمَّدٌ يُعْتَبَرُ فِيهِ تَصَرُّفُ الْمُوَكَّلِ، وَأَبُو يُوسُفَ يُعْتَبَرُ هُمَا.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ اشْتَرَى وَشَرَطَ الْخِيَارَ لغيرِهِ) تَقْرِيرُ كَلَامِهِ: وَمَنْ اشْتَرَى وَشَرَطَ الْخِيَارَ لغيرِهِ جَازَ حَذْفُهُ لِدَلَالَةِ قَوْلِهِ فَأَيُّهُمَا أَجَازَ جَازَ: يَعْنِي مِنَ الْمُشْتَرِي وَذَلِكَ الْغَيْرُ عَلَى الْمَحْذُوفِ، وَاشْتِرَاطُ الْخِيَارِ لِلغَيْرِ لَا يَجُوزُ فِي الْقِيَاسِ وَهُوَ قَوْلُ زُفَرٍ، لِأَنَّ الْخِيَارَ إِذَا شُرِطَ فِي الْعَقْدِ صَارَ حَقًّا مِنْ حُقُوقِهِ وَاجِبًا مِنْ وَاجِبَاتِهِ بِمُقْتَضَى الشَّرْطِ الْمُسَوِّغِ شَرْعًا، وَمَا كَانَ مِنْ مَوَاجِبِ الْعَقْدِ لَا يَجُوزُ اشْتِرَاؤُهُ عَلَى غَيْرِ الْعَاقِدِ كَاشْتِرَاطِ الثَّمَنِ عَلَى غَيْرِ

المُشْتَرِي أَوْ اشْتَرَا تَسْلِيمِهِ عَلَى غَيْرِهِ أَوْ اشْتَرَا تِ الْمَلِكِ لغيرِهِ، لَكِنَّ الْعُلَمَاءَ الثَّلَاثَةَ اسْتَحْسَنُوا جَوَازَهُ لِأَنَّ الْحَاجَةَ قَدْ تَدْعُو إِلَى اشْتِرَا خِيَارٍ لِلْأَجْنَبِيِّ لَكُونِهِ أَعْرَفَ بِالْمَبِيعِ أَوْ بِالْعَقْدِ فَصَارَ كَالِاخْتِيجِ إِلَى نَفْسِ الْخِيَارِ. وَطَرِيقُ ذَلِكَ أَنْ يَثْبُتَ بِطَرِيقِ الثَّبَاتِ عَنِ الْعَاقِدِ اقْتِضَاءٌ، إِذْ لَا وَجْهَ لِإِثْبَاتِهِ لِلغَيْرِ أَصْلًا فَيُجْعَلُ كَأَنَّهُ شَرْطُهُ لِنَفْسِهِ وَجُعِلَ الْأَجْنَبِيُّ نَائِبًا عَنْهُ فِي التَّصَرُّفِ تَصَحِيحًا لَهُ بِقَدْرِ الْإِمْكَانِ، وَفِيهِ بَحْثٌ مِنْ وَجْهَيْنِ: أَحَدُهُمَا: أَنَّ شَرْطَ الْاِقْتِضَاءِ أَنْ يَكُونَ الْمُقْتَضَى أَذْنَى مِنْزِلَةً مِنَ الْمُقْتَضَى، أَلَا تَرَى أَنَّ مَنْ قَالَ لِعَبْدٍ لَهُ حَنْتٌ فِي يَمِينِهِ كَفَرُ عَنْ يَمِينِكَ بِالمَالِ لَا يَكُونُ ذَلِكَ تَحْرِيرًا اقْتِضَاءً لِأَنَّ التَّحْرِيرَ أَقْوَى مِنْ تَصَرُّفِ التَّكْفِيرِ لَكُونِهِ أَصْلًا فَلَا يَثْبُتُ تَبَعًا لِفَرْعِهِ، وَلَا خَفَاءً أَنَّ الْعَاقِدَ أَعْلَى مَرْتَبَةً فَكَيْفَ يَثْبُتُ الْخِيَارُ لَهُ اقْتِضَاءً.

وَالثَّانِي أَنَّ اشْتِرَا خِيَارٍ لِلغَيْرِ لَوْ جَازَ اقْتِضَاءً تَصَحِيحًا لَجَازَ اشْتِرَا وَجُوبِ الثَّمَنِ عَلَى الْغَيْرِ بِطَرِيقِ الْكِفَالَةِ بِأَنَّ يَجِبَ الثَّمَنُ عَلَى الْعَاقِدِ أَوَّلًا ثُمَّ عَلَى الْغَيْرِ كِفَالَةً عَنْهُ كَذَلِكَ. وَأَجِيبَ عَنْ الْأَوَّلِ بِأَنَّ الِاعْتِبَارَ لِلْمَقَاصِدِ، وَالْغَيْرُ هُوَ الْمَقْصُودُ بِاشْتِرَا الْخِيَارِ فَكَانَ هُوَ الْأَصْلُ نَظَرًا إِلَى الْخِيَارِ وَالْعَاقِدِ أَصْلٌ مِنْ حَيْثُ التَّمْلُكُ لَا مِنْ حَيْثُ الْخِيَارُ فَلَا يَلْزَمُ ثُبُوتُ الْأَصْلِ بِتَبَعِيَّةِ فَرْعِهِ.

وَأَمَّا التَّحْرِيرُ فَإِنَّهُ الْأَصْلُ فِي وَجُوبِ الْكِفَارَةِ الْمَالِيَةِ فَلَا يَثْبُتُ تَبَعًا لِفَرْعِهِ. وَعَنْ الثَّانِي بِأَنَّ الدَّيْنَ لَا يَجِبُ عَلَى الْكَفِيلِ فِي الصَّحِيحِ بَلْ هِيَ التِّزَامُ الْمَطَالِبَةِ، وَالْمَذْكُورُ هَاهُنَا هُوَ الثَّمَنُ عَلَى الْأَجْنَبِيِّ وَثُبُوتُ الْمُقْتَضَى لِتَصَحِيحِ الْمُقْتَضَى، وَلَوْ صَحَّتْ الْكِفَالَةُ بِطَرِيقِ الْاِقْتِضَاءِ كَانَ مُبْطَلًا لِلْمُقْتَضَى وَعَادَ عَلَى مَوْضُوعِهِ بِالنَّقْضِ. فَإِنْ قِيلَ: فَلْيَكُنْ بِطَرِيقِ الْحَوَالَةِ فَإِنَّ الْحَوَالَةَ فِيهَا الْمَطَالِبَةُ بِالدَّيْنِ. فَالجَوَابُ أَنَّ الْمُشْتَرِي أَصْلٌ فِي وَجُوبِ الثَّمَنِ عَلَيْهِ فَلَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ تَابِعًا لِفَرْعِهِ وَهُوَ الْمُحَالُ عَلَيْهِ (وَإِذَا ثَبَتَ الْخِيَارُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فَأَيُّهُمَا أَجَازَ جَازَ وَأَيُّهُمَا نَقَضَ انْتَقَضَ) وَلَوْ اخْتَلَفَ فَعُلُومًا فِي الْإِجَازَةِ وَالتَّقْضِ أُعْتَبِرَ السَّابِقُ لَعَدِمَ مَا يُرَاحِمُهُ (وَلَوْ خَرَجَ الْكَلَامَانِ مَعًا اخْتَلَفَتِ الرِّوَايَةُ) فَفِي رِوَايَةِ يُونُسَ الْمَبْسُوطِ (يُعْتَبَرُ تَصَرُّفُ الْعَاقِدِ) فَسَخَا كَانَ أَوْ إِجَازَةً (و) فِي رِوَايَةِ مَا دُونَ الْمَبْسُوطِ يُعْتَبَرُ (تَصَرُّفُ الْفَسْخِ) سَوَاءً كَانَ مِنَ الْعَاقِدِ أَوْ مِنْ غَيْرِهِ (وَجْهٌ) الْقَوْلُ (الْأَوَّلُ) أَنَّ تَصَرُّفَ الْعَاقِدِ أَقْوَى وَالْأَقْوَى: يُقَدَّمُ عَلَى غَيْرِهِ، وَفَقَهُ ذَلِكَ أَنَّ تَصَرُّفَ النَّائِبِ إِنَّمَا

يُحْتَاجُ إِلَيْهِ عِنْدَ انْتِفَاءِ تَصَرُّفِ الْمُتَوَبِّ، وَأَمَّا عِنْدَ وُجُودِهِ فَلَا احتِجَاجَ إِلَيْهِ. وَاسْتَشْكَلَ بِمَا إِذَا وَكَّلَ رَجُلًا آخَرَ بِطَلَاقِ امْرَأَتِهِ لِلْسِّنَةِ فَطَلَقَهَا الْوَكِيلُ وَالْمُوَكَّلُ مَعًا فَإِنَّ الْوَاقِعَ طَلَاقُ أَحَدِهِمَا لَا بَعَيْنَهُ.

وَأُجِيبَ بِأَنَّ التَّرْجِيحَ يُحْتَاجُ إِلَيْهِ عِنْدَ تَنَافِي الْفَعْلَيْنِ كَالْفَسْخِ وَالْإِجَازَةِ، وَأَمَّا إِذَا اتَّحَدَا فَالْمَطْلُوبُ حَاصِلٌ بِذَوْنِهِ فَلَا حَاجَةَ إِلَيْهِ. (وَوَجْهُ) الْقَوْلِ (الثَّانِي) أَنَّ الْفَسْخَ أَوْلَى لِأَنَّ الْمَجَازَ يُلْحَقُهُ الْفَسْخُ) كَمَا لَوْ أَجَازَ وَالْمَبِيعُ هَلَكَ عِنْدَ الْبَائِعِ (وَالْمَفْسُوخُ لَا تُلْحَقُهُ الْإِجَازَةُ) فَإِنَّ الْعَقْدَ إِذَا انْفَسَخَ بِهِلَاكِ الْمَبِيعِ عِنْدَ الْبَائِعِ لَا تُلْحَقُهُ الْإِجَازَةُ، وَلَا خَفَاءَ فِي قُوَّةِ مَا يَطْرُقُ عَلَى غَيْرِهِ فَيُزِيلُهُ عَلَى مَا لَيْسَ كَذَلِكَ، وَتَوْقُضَ بِمَا إِذَا لَاقَى مَنْ لَهُ الْخِيَارُ غَيْرُهُ فَتَنَاقَضَا الْمَبِيعُ ثُمَّ هَلَكَ الْمَبِيعُ عِنْدَ الْمُشْتَرِي قَبْلَ قَبْضِ الْبَائِعِ بِحُكْمِ الْإِقَالَةِ فَإِنَّ عَلَى الْمُشْتَرِي الثَّمَنَ إِنْ كَانَ الْخِيَارُ لَهُ، وَالْقِيَمَةَ إِنْ كَانَ لِلْبَائِعِ فَكَانَ ذَلِكَ فَسْخًا لِلْفَسْخِ وَهُوَ إِجَازَةٌ لِلْمَفْسُوخِ.

وَأُجِيبَ بِأَنَّ الْكَلَامَ فِي أَنَّ الْإِجَازَةَ لَا تُلْحَقُ الْمَفْسُوخَ وَمَا ذَكَرْتُمْ فَسْخًا لَا إِجَازَةً (وَقِيلَ الْأَوَّلُ قَوْلُ مُحَمَّدٍ، وَالثَّانِي قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ) فِي الْمَسْطُوطِ. قِيلَ وَالثَّانِي أَصَحُّ، وَلَعَلَّ قَوْلَهُ وَلَمَّا مَلَكَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا التَّصَرُّفَ رَجَحْنَا بِحَالِ التَّصَرُّفِ إِشَارَةً إِلَى ذَلِكَ: يَعْنِي لَمَّا كَانَ كُلُّ مِنْهُمَا أَصْلًا فِي التَّصَرُّفِ مِنْ وَجْهِ: الْعَاقِدُ مِنْ حَيْثُ التَّمَلُّكُ وَالْأَجْنَبِيُّ مِنْ حَيْثُ شَرْطُ الْخِيَارِ لَهُ لَمْ يَتَرَجَّحْ الْأَمْرُ مِنْ حَيْثُ التَّصَرُّفُ فَرَجَحْنَا مِنْ حَيْثُ حَالُ التَّصَرُّفِ. لَا يُقَالُ: الْفَسْخُ وَالْإِجَازَةُ مِنْ تَوَابِعِ الْخِيَارِ فَكَانَ الْقِيَاسُ تَرْجِيحَ تَصَرُّفِ مَنْ لَهُ الْخِيَارُ لِأَنَّ جِهَةَ تَمَلُّكِ الْعَقْدِ عَارِضَتُهُ فِي ذَلِكَ (قَوْلُهُ وَاسْتَخْرَجَ ذَلِكَ) يَعْنِي أَنَّ الْمُسْتَوْبَ إِلَيْهِمَا لَيْسَ بِمَنْقُولٍ عَنْهُمَا (و) إِنَّمَا (أُسْتَخْرَجَ بِمَا إِذَا بَاعَ الْوَكِيلُ مِنْ أَحَدٍ وَالْمُوَكَّلُ مِنْ غَيْرِهِ مَعًا، فَ مُحَمَّدٌ يَعْتَبِرُ فِيهِ تَصَرُّفَ الْمُوَكَّلِ، وَأَبُو يُوسُفَ يَعْتَبِرُ تَصَرُّفَهُمَا) وَيُجْعَلُ الْعَبْدُ مُشْتَرَكًا بَيْنَهُمَا بِالنِّصْفِ وَيُخَيَّرُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنَ الشَّرِيكَيْنِ، إِنْ شَاءَ أَخَذَ النِّصْفَ بِنِصْفِ الثَّمَنِ، وَإِنْ شَاءَ نَقَضَ الْبَيْعَ. وَوَجْهُ الاسْتِخْرَاجِ أَنَّ تَصَرُّفَ الْفَاسِخِ أَقْوَى عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ مِنْ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ أَنَّهُ لَمْ يُرَجَّحْ تَصَرُّفُ الْمَالِكِ كَمَا رَجَحَهُ مُحَمَّدٌ، فَلَمَّا لَمْ يُرَجَّحْ تَصَرُّفُ الْمَالِكِ ظَهَرَ أَنَّ ذَلِكَ فِي مَسْأَلَةِ بَيْعِ الْمُوَكَّلِ وَالْوَكِيلِ يَكُونُ الْعَبْدُ بَيْنَ الْمُشْتَرَيْنِ بِالنِّصْفِ، فَلَمَّا لَمْ يَثْبُتِ الرَّجْحَانُ هُنَاكَ لِتَصَرُّفِ الْمَالِكِ

لَمَالِكِيَّتِهِ وَالرُّجْحَانُ ثَابِتٌ هُنَا لِتَصَرُّفِ الْفَسْخِ فِي نَفْسِهِ لَمَّا ذَكَرْنَا أَنَّهُ وَارِدٌ عَلَى الْإِجَازَةِ لَا عَلَى الْعَكْسِ رَجَحْنَا بِحَالِ التَّصَرُّفِ وَهُوَ تَصَرُّفُ الْفَسْخِ لِأَنَّهُ لَا مُعَارِضَ لِهَذَا الرُّجْحَانِ بَعْدَ مُسَاوَاةِ تَصَرُّفِ الْمَالِكِ مَعَ تَصَرُّفِ غَيْرِ الْمَالِكِ فَقُلْنَا بِهِ، كَذَا فِي النَّهَائَةِ.

وَهُوَ كَلَامٌ لَا وَضُوحَ فِيهِ لِأَنَّ عَدَمَ رُجْحَانِ تَصَرُّفِ الْمَالِكِ لِمَالِكِيَّتِهِ هُنَا لَا يَسْتَلِزُّمُ رُجْحَانِ الْفَسْخِ هُنَا وَلَا يَدُلُّ عَلَيْهِ، نَعَمْ هُوَ يَدُلُّ عَلَى تَرْجِيحِ الْفَسْخِ عَلَى الْإِجَازَةِ لَا عَلَى وَجْهِ الاسْتِخْرَاجِ، وَلَعَلَّ الْأَوْضَحَ فِي وَجْهِ ذَلِكَ أَنْ يُقَالَ: الْوَكِيلُ مِنَ الْمُوَكَّلِ هُنَاكَ بِمَنْزِلَةِ الْأَجْنَبِيِّ مِنَ الْعَاقِدِ هَاهُنَا فِي كَوْنِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَسْتَفِيدُ الْوِلَايَةَ مِنْ غَيْرِهِ فَيَتَرَجَّحُ تَصَرُّفُ الْعَاقِدِ مِنْ مُحَمَّدٍ كَتَرَجَّحَ تَصَرُّفُ الْمُوَكَّلِ مِنْهُ وَتُرِكَ تَرْجِيحُ تَصَرُّفِ الْمَالِكِ مِنْ أَبِي يُوسُفَ، وَاعْتَبَرَاهُمَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ لَا يُنْظَرُ إِلَى أَحْوَالِ الْمُتَصَرِّفِينَ لِتَسَاوِيهِمَا فِيهِ فَبَقِيَ النَّظَرُ فِي حَالِ التَّصَرُّفِ نَفْسِهِ، وَالْفَسْخُ أَقْوَى لَمَّا ذَكَرْنَا.

قَالَ (وَمَنْ بَاعَ عَبْدَيْنِ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ عَلَى أَنَّهُ بِالْخِيَارِ فِي أَحَدِهِمَا ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ فَالْبَيْعُ فَاسِدٌ، وَإِنْ بَاعَ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِخَمْسِمِائَةٍ عَلَى أَنَّهُ بِالْخِيَارِ فِي أَحَدِهِمَا بِعَيْنِهِ جَازَ الْبَيْعُ) وَالْمَسْأَلَةُ عَلَى أَرْبَعَةِ أَوْجُهٍ: أَحَدُهَا أَنْ لَا يُفْصَلُ الثَّمَنُ وَلَا يُعَيَّنُ الَّذِي فِيهِ الْخِيَارُ وَهُوَ الْوَجْهُ الْأَوَّلُ فِي الْكِتَابِ وَفَسَادُهُ لِحَالَةِ الثَّمَنِ وَالْبَيْعِ؛ لِأَنَّ الَّذِي فِيهِ الْخِيَارُ كَالْخَارِجِ عَنِ الْعَقْدِ، إِذِ الْعَقْدُ مَعَ الْخِيَارِ لَا يَنْعَقِدُ فِي حَقِّ الْحُكْمِ فَبَقِيَ الدَّخِلُ فِيهِ أَحَدُهُمَا وَهُوَ غَيْرُ مَعْلُومٍ. وَالْوَجْهُ الثَّانِي أَنْ يُفْصَلُ الثَّمَنُ وَيُعَيَّنَ الَّذِي فِيهِ الْخِيَارُ وَهُوَ الْمَذْكُورُ ثَانِيًا فِي الْكِتَابِ، وَإِنَّمَا جَازَ؛ لِأَنَّ الْمُبِيعَ مَعْلُومٌ وَالثَّمَنُ مَعْلُومٌ، وَقَبُولُ الْعَقْدِ فِي الَّذِي فِيهِ الْخِيَارُ وَإِنْ كَانَ شَرْطًا لِانْعِقَادِ الْعَقْدِ فِي الْآخِرِ وَلَكِنْ هَذَا غَيْرُ مُكْسِدٍ لِلْعَقْدِ لِكَوْنِهِ مَحَلًّا لِلْبَيْعِ كَمَا إِذَا جُمِعَ بَيْنَ قَيْنٍ وَمُدَبِّرٍ. وَالثَّلَاثُ أَنْ يُفْصَلُ وَلَا يُعَيَّنَ. وَالرَّابِعُ أَنْ يُعَيَّنَ وَلَا يُفْصَلُ، فَالْعَقْدُ فَاسِدٌ فِي الْوَجْهَيْنِ: إِمَّا لِحَالَةِ الْمُبِيعِ أَوْ لِحَالَةِ الثَّمَنِ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ بَاعَ عَبْدَيْنِ بِأَلْفٍ) هَذِهِ الْمَسْأَلَةُ عَلَى أَرْبَعَةِ أَوْجُهٍ لِأَنَّ فِيهَا تَفْصِيلَ الثَّمَنِ وَتَعْيِينَ مَنْ فِيهِ الْخِيَارُ فِيمَا أَنْ لَا يَحْصُلَا أَوْ حَصَلَا جَمِيعًا، أَوْ حَصَلَ التَّفْصِيلُ دُونَ التَّعْيِينِ، أَوْ الْعَكْسُ مِنْ ذَلِكَ. فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ بِأَنَّ بَاعَ عَبْدَيْنِ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ عَلَى أَنَّهُ بِالْخِيَارِ فِي أَحَدِهِمَا ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ فَسَدَ الْبَيْعُ لِحَالَةِ الْمُبِيعِ وَالثَّمَنِ وَجَهَالَةِ أَحَدِهِمَا مُفْسِدَةٌ

فَجَهَاتُهُمَا أَوَّلَى، وَذَلِكَ لِأَنَّ الَّذِي فِيهِ الْخِيَارُ كَالْخَارِجِ عَنِ الْعَقْدِ إِذَا الْعَقْدُ مَعَ الْخِيَارِ لَا يَنْعَقِدُ فِي حَقِّ الْحُكْمِ فَكَانَ الدَّخِلُ فِي الْعَقْدِ أَحَدُهُمَا وَهُوَ غَيْرُ مَعْلُومٍ وَمَا هُوَ كَذَلِكَ فَتَمَنُّهُ مِثْلُهُ.

وَإِنْ كَانَ الثَّانِي وَهُوَ أَنْ يَبِيعَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِخَمْسِمِائَةٍ عَلَى أَنَّهُ بِالْخِيَارِ فِي أَحَدِهِمَا بَعِيْنُهُ جَازَ الْبَيْعُ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنَ الْمَبِيعِ وَالْتَمَنَ مَعْلُومٌ، فَإِنْ قِيلَ: الْعَبْدُ الَّذِي فِيهِ الْخِيَارُ غَيْرُ دَاخِلٍ فِي الْحُكْمِ وَقَبُولُ الْعَقْدِ فِيهِ شَرْطٌ لَصِحَّةِ الْعَقْدِ الْآخِرِ وَهُوَ شَرْطٌ مُفْسِدٌ كَقَبُولِ الْحُرِّ فِي عَقْدِ الْقَنْ إِذَا جَمَعَ بَيْنَهُمَا فِي الْبَيْعِ.

أَجَابَ الْمُصَنِّفُ بِأَنَّ ذَلِكَ غَيْرُ مُفْسِدٍ لِلْعَقْدِ لَكُونَ مَنْ فِيهِ الْخِيَارُ مَحَلًّا لِلْبَيْعِ فَكَانَ دَاخِلًا فِي الْعَقْدِ وَإِنْ لَمْ يَدْخُلْ فِي الْحُكْمِ، فَصَارَ كَمَا إِذَا جَمَعَ بَيْنَ قَنْ وَمُدَبِّرٍ فِي الْبَيْعِ، فَإِنَّ الْمُدَبِّرَ مَحَلٌّ لِلْبَيْعِ فَلَمْ يَكُنْ شَرْطٌ قَبُولُ الْعَقْدِ فِيهِ مُفْسِدًا لِلْعَقْدِ فِي الْآخِرِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا جَمَعَ بَيْنَ حُرٍّ وَقَنْ فَإِنَّ الْحُرَّ لَيْسَ بِمَحَلِّ الْبَيْعِ أَصْلًا فَلَمْ يَكُنْ دَاخِلًا فِي الْعَقْدِ وَلَا فِي الْحُكْمِ. وَلِقَائِلِ أَنْ يَقُولَ: فِي الْجُمْلَةِ هُوَ شَرْطٌ لَا يَقْتَضِيهِ الْعَقْدُ فَكَانَ مُفْسِدًا.

وَالْجَوَابُ أَنَّهُ لَيْسَ فِيهِ نَفْعٌ لِأَحَدٍ الْعَاقِدَيْنِ وَلَا لِلْمَعْقُودِ عَلَيْهِ فَلَا يَكُونُ مُفْسِدًا. وَلَهُ لِمَطْنَةِ فَضْلٍ تَأْمُلُ مِنْكَ فَاحْطِطْ. وَإِنْ كَانَ الثَّالِثُ مِثْلُ أَنْ يَقُولَ بَعْنَهُمَا بِأَلْفٍ، كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِخَمْسِمِائَةٍ عَلَى أَنِّي بِالْخِيَارِ فِي أَحَدِهِمَا فَالْبَيْعُ فَاسِدٌ أَيْضًا لَجَهَالَةِ الْمَبِيعِ، وَإِنْ كَانَ الرَّابِعُ فَلَجَهَالَةِ الثَّمَنِ.

فَإِنْ قِيلَ: لَوْ كَانَ عَدَمُ التَّفْصِيلِ مُفْسِدًا لِلْعَقْدِ فِي الْآخِرِ لَفَسَدَ فِي الْقَنْ إِذَا جَمَعَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْمُدَبِّرِ أَوْ أُمِّ الْوَلَدِ وَلَمْ يُفَصَّلِ الثَّمَنُ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ عَدَمَ التَّفْصِيلِ مُفْسِدٌ إِذَا أَدَّى إِلَى الْبَيْعِ بِالْحِصَّةِ ابْتِدَاءً فِيمَا إِذَا مَنَعَ عَنْ انْعِقَادِ الْعَقْدِ فِي حَقِّ الْحُكْمِ مَانِعٌ كَشَرْطِ الْخِيَارِ فَإِنَّهُ يَجْعَلُ الْعَقْدَ فِيمَا شَرْطُ فِيهِ الْخِيَارُ فِي حَقِّ الْحُكْمِ كَالْمَعْدُومِ، فَلَوْ انْعَقَدَ فِي حَقِّ الْآخِرِ انْعَقَدَ بِالْحِصَّةِ ابْتِدَاءً وَهِيَ مَجْهُولَةٌ، وَلَيْسَ فِيمَا إِذَا جَمَعَ بَيْنَ الْقَنْ وَالْمُدَبِّرِ مَا يَمْنَعُ عَنْ انْعِقَادِهِ فِي حَقِّ الْحُكْمِ، وَلِهَذَا لَوْ قَضَى الْقَاضِي بِجَوَازِهِ نَفَذَ فَكَانَ قِسْمَةُ الثَّمَنِ فِي الْبَقَاءِ صِبَاْنَةً لِحَقِّ مُحْتَرَمٍ عِنْدَ فُسْخِ الْعَقْدِ عَلَى الْمُدَبِّرِ وَأُمِّ الْوَلَدِ لَا ابْتِدَاءً بِالْحِصَّةِ.

قَالَ (وَمَنْ اشْتَرَى ثَوْبَيْنِ عَلَى أَنْ يَأْخُذَ أَيُّهُمَا شَاءَ بِعَشْرَةٍ وَهُوَ بِالْخِيَارِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ فَهُوَ

جَائِزٌ، وَكَذَا الثَّلَاثَةُ، فَإِنْ كَانَتْ أَرْبَعَةً أَثَوَابٍ فَالْبَيْعُ فَاسِدٌ وَالْقِيَاسُ أَنْ يَفْسُدَ الْبَيْعُ فِي الْكُلِّ لَجَهَالَةِ الْمُبِيعِ، وَهُوَ قَوْلُ زُفَرٍ وَالشَّافِعِيِّ. وَجَهُ الْإِسْتِحْسَانِ أَنْ شَرَعَ الْخِيَارَ لِلْحَاجَةِ إِلَى دَفْعِ الْغَبَنِ لِيُخْتَارَ مَا هُوَ الْأَرْفَقُ وَالْأَوْفَقُ، وَالْحَاجَةُ إِلَى هَذَا النَّوعِ مِنَ الْبَيْعِ مُتَحَقِّقَةٌ؛ لِأَنَّهُ يَحْتَاجُ إِلَى اخْتِيَارٍ مَنْ يَتَّقُ بِهِ أَوْ اخْتِيَارٍ مَنْ يَشْتَرِيهِ لِأَجَلِهِ، وَلَا يُمْكِنُهُ الْبَائِعُ مِنَ الْحَمْلِ إِلَيْهِ إِلَّا بِالْبَيْعِ فَكَانَ فِي مَعْنَى مَا وَرَدَ بِهِ الشَّرْعُ، غَيْرَ أَنَّ هَذِهِ الْحَاجَةَ تَنْدَفِعُ بِالثَّلَاثِ لَوْجُودِ الْجَبْدِ وَالْوَسْطِ وَالرَّدِيِّ فِيهَا، وَالْجَهَالَةُ لَا تُفْضِي إِلَى الْمُنَازَعَةِ فِي الثَّلَاثَةِ لِتَعْيِينِ مَنْ لَهُ الْخِيَارُ، وَكَذَا فِي الْأَرْبَعِ، إِلَّا أَنَّ الْحَاجَةَ إِلَيْهَا غَيْرُ مُتَحَقِّقَةٍ وَالرُّخْصَةُ ثُبُوتُهَا بِالْحَاجَةِ وَكَوْنُ الْجَهَالَةِ غَيْرِ مُفْضِيَةٍ إِلَى الْمُنَازَعَةِ فَلَا تَثْبُتُ بِأَحَدِهِمَا. ثُمَّ قِيلَ: يُشْتَرَطُ أَنْ يَكُونَ فِي هَذَا الْعَقْدِ خِيَارُ الشَّرْطِ مَعَ خِيَارِ التَّعْيِينِ، وَهُوَ الْمَذْكُورُ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ. (وَقِيلَ لَا يُشْتَرَطُ وَهُوَ الْمَذْكُورُ فِي الْجَامِعِ الْكَبِيرِ)، فَيَكُونُ ذِكْرُهُ عَلَى هَذَا الْإِعْتِبَارِ وَفَاقًا لَا شَرْطًا؛ وَإِذَا لَمْ يَذْكُرْ خِيَارَ الشَّرْطِ لَا بُدَّ مِنْ تَوْقِيتِ خِيَارِ التَّعْيِينِ بِالثَّلَاثِ عِنْدَهُ وَبِمُدَّةٍ مَعْلُومَةٍ أَيْتُهَا كَانَتْ عِنْدَهُمَا. ثُمَّ ذَكَرَ فِي بَعْضِ النُّسَخِ اشْتَرَى ثَوْبَيْنِ وَفِي بَعْضِهَا اشْتَرَى أَحَدَ الثَّوْبَيْنِ وَهُوَ الصَّحِيحُ؛ لِأَنَّ الْمُبِيعَ فِي الْحَقِيقَةِ أَحَدُهُمَا وَالْآخَرُ أَمَانَةٌ، وَالْأَوَّلُ تَجَوُّزٌ وَاسْتِعَارَةٌ. وَلَوْ هَلَكَ أَحَدُهُمَا أَوْ تَعَيَّبَ لَزِمَهُ الْبَيْعُ فِيهِ بِثَمَنِهِ وَتَعَيَّنَ الْآخَرُ لِلْأَمَانَةِ لَامْتِنَاعِ الرَّدِّ بِالتَّعْيِبِ، وَلَوْ هَلَكَ جَمِيعًا مَعَ يَلِزَمُهُ نِصْفُ ثَمَنِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لِشُيُوعِ الْبَيْعِ وَالْأَمَانَةِ فِيهِمَا. وَلَوْ كَانَ فِيهِ خِيَارُ الشَّرْطِ لَهُ أَنْ يَرُدَّهُمَا جَمِيعًا. وَلَوْ مَاتَ مَنْ لَهُ الْخِيَارُ فَلَوَارِثِهِ أَنْ يَرُدَّ أَحَدَهُمَا؛ لِأَنَّ الْبَاقِيَ خِيَارُ التَّعْيِينِ لِلَاخْتِلَاطِ، وَلِهَذَا لَا يَتَوَقَّفُ فِي حَقِّ الْوَارِثِ. وَأَمَّا خِيَارُ الشَّرْطِ لَا يُوْرَثُ وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ مِنْ قَبْلُ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ اشْتَرَى ثَوْبَيْنِ عَلَى أَنْ يَأْخُذَ أُيْهُمَا شَاءَ) وَمَنْ قَالَ اشْتَرَيْتُ أَحَدَ هَذَيْنِ الثَّوْبَيْنِ عَلَى أَنْ لِي أَنْ أَخْذَ أُيْهُمَا شِئْتُ بِعَشْرَةِ دَرَاهِمٍ إِلَى ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ فَالْبَيْعُ جَائِزٌ اسْتِحْسَانًا، وَكَذَا الْأَثَوَابُ الثَّلَاثَةُ، وَأَمَّا إِذَا كَانَتْ الْأَثَوَابُ أَرْبَعَةً فَالْبَيْعُ فَاسِدٌ، وَالْقِيَاسُ أَنْ يَفْسُدَ الْبَيْعُ فِي الْاِثْنَيْنِ وَالثَّلَاثَةِ فَسَادُهُ فِي الْأَرْبَعَةِ لِأَنَّ الْمُبِيعَ أَحَدُ الْأَثَوَابِ غَيْرُ مُعَيَّنٍ فَهُوَ مَجْهُولٌ جَهَالَةُ مُفْضِيَةٍ إِلَى النَّزَاعِ لَتَفَاوُتِهَا فِي نَفْسِهَا، وَمَا كَانَ كَذَلِكَ فَهُوَ مُفْسِدٌ لِلْبَيْعِ وَهُوَ قَوْلُ زُفَرٍ وَالشَّافِعِيِّ رَحِمَهُمَا اللَّهُ.

وَجْهَ الاستِحْسَانِ أَنَّهُ فِي مَعْنَى مَا وَرَدَ فِيهِ الشَّرْعُ وَهُوَ خِيَارُ الشَّرْطِ فَجَازَ إلْحَاقًا بِهِ، وَيَبَيِّنُ ذَلِكَ أَنَّ شَرْعَ خِيَارِ الشَّرْطِ لِلْحَاجَةِ إِلَى دَفْعِ الْغَبْنِ لِيَخْتَارَ مَا هُوَ الْأَوْفَقُ لَهُ وَالْأَوْفَقُ وَالْحَاجَةُ إِلَى هَذَا النَّوعِ مِنَ الْبَيْعِ مُتَحَقِّقَةٌ، لِأَنَّهُ رُبَّمَا (يَحْتَاجُ إِلَى اخْتِيَارٍ مَنْ يَتَّقُ بِهِ) لَخْبَرَتِهِ أَوْ اخْتِيَارٍ مَنْ يَشْتَرِيهِ لِأَجَلِهِ كَأَمْرَاتِهِ وَبَيْتِهِ (وَالْبَائِعُ لَا يُمَكِّنُهُ مِنَ الْحَمْلِ إِلَيْهِ إِلَّا بِالْبَيْعِ) فَكَانَ بِاعْتِبَارِ الْحَاجَةِ (فِي مَعْنَى مَا وَرَدَ بِهِ الشَّرْعُ) وَلَا تُسَلِّمُ أَنَّ (الْجَهَالََةَ تُفْضِي إِلَى الْمُنَازَعَةِ) لِأَنَّهُ لَمَّا اشْتَرَطَ الْخِيَارَ لِنَفْسِهِ اسْتَبَدَّ بِالتَّعْيِينِ فَلَمْ يَتَّقِ لَهُ مُنَازَعَةً فَكَانَ عِلَّةُ جَوَازِهِ مُرَكَّبَةٌ مِنَ الْحَاجَةِ وَعَدَمِ كَوْنِ الْجَهَالََةِ تُفْضِي إِلَى الْمُنَازَعَةِ، فَأَمَّا عَدَمُ الْمُنَازَعَةِ فَإِنَّهُ نَائِبٌ بِاشْتِرَاطِ الْخِيَارِ لِنَفْسِهِ سَوَاءً كَانَتْ الْأَنْوَابُ ثَلَاثَةً أَوْ أَكْثَرَ، وَأَمَّا الْحَاجَةُ فَإِنَّمَا تَتَحَقَّقُ فِي الثَّلَاثَةِ لَوْجُودِ الْجَيِّدِ وَالْوَسْطِ وَالرَّدِيءِ فِيهِ، وَالزَّائِدُ يَقَعُ مُكْرَّرًا غَيْرَ مُحْتَاجٍ إِلَيْهِ فَاتَّقَى عَنْهُ جُزْءُ الْعِلَّةِ، وَالْحُكْمُ لَا يَثْبُتُ إِلَّا بِتَمَامِ عَلَيْهِ، وَاعْلَمْ أَنَّ مُحَمَّدًا رَحِمَهُ اللَّهُ ذَكَرَ هَذِهِ الْمَسْأَلَةَ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ وَفِي الْمَأْذُونِ وَقَالَ وَهُوَ بِالْخِيَارِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ.

وَذَكَرَ فِي الْجَامِعِ الْكَبِيرِ وَسَكَتَ عَنْ ذَلِكَ. وَعَلَى ذَلِكَ اخْتَلَفَ الْمَشَائِخُ فِيهِ؛ فَقَالَ أَكْثَرُهُمْ: لَا يَصِحُّ الْعَقْدُ مَا لَمْ يَشْتَرَطِ الْخِيَارَ لِنَفْسِهِ وَقَتًا مَعْلُومًا ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ فَمَا دُونَهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَزِيَادَةً عَلَى ذَلِكَ فِي قَوْلِهِمَا، وَهُوَ اخْتِيَارُ شَمْسِ الْأَيْمَةِ السَّرْحَسِيِّ. وَقَالَ بَعْضُهُمْ: يَصِحُّ الْعَقْدُ وَإِنْ لَمْ يَذْكُرِ الزِّيَادَةَ، وَذَكَرَهَا فِيمَا ذَكَرَ كَانَ اتِّفَاقًا لَا قَصْدًا وَهُوَ اخْتِيَارُ فَخْرِ الْإِسْلَامِ حُجَّةِ الْأَوَّلِينَ أَنَّ جَوَازَهُ بِطَرِيقِ الْإِلْحَاقِ بِمَوْضِعِ السُّنَّةِ فَلَا يَصِحُّ بِدُونِهِ، وَفِيهِ نَظَرٌ لِأَنَّ عَدَمَ انْفِكَافِ الْمُلْحَقِ عَنِ الْمُلْحَقِ بِهِ لَيْسَ بِشَرْطٍ فِي الْإِلْحَاقِ، كَمَا أَنَّ الْقَضَاءَ وَالْكَفَّارَةَ يَحْتَاجَانِ إِلَى الْأَكْلِ وَالشُّرْبِ عَامِدًا فِي رَمَضَانَ مِنْ جِمَاعٍ مَعَ أَنَّ النَّصَّ إِنَّمَا وَرَدَ بِهِ، وَحُجَّةُ الْآخَرِينَ أَنَّ خِيَارَ التَّعْيِينِ مِمَّا لَا يَتَوَقَّفُ فَلَا يَتَعَلَّقُ جَوَازُ الْعَقْدِ بِتَمَلُّكِ الزِّيَادَةِ، وَمَعْنَاهُ أَنَّ الْعَقْدَ فِي خِيَارِ التَّعْيِينِ مَعَ خِيَارِ الشَّرْطِ لَازِمٌ فِي غَيْرِ عَيْنٍ مِنْ غَيْرِ تَوْقِيتٍ عَلَى الْأَيَّامِ الثَّلَاثَةِ.

وَأَمَّا إِذَا كَانَ مِنْ غَيْرِ ذِكْرِ خِيَارِ الشَّرْطِ فَلَا بُدَّ مِنْهُ، وَهَذَا لِأَنَّ الْحَالَ لَا يَخْلُو إِمَّا أَنْ يَذْكُرَ خِيَارَ الشَّرْطِ مَعَ خِيَارِ التَّعْيِينِ أَوْ لَا، فَإِنْ لَمْ يَذْكُرْ فَلَا بُدَّ مِنْ تَوْقِيتِ خِيَارِ التَّعْيِينِ بِالثَّلَاثَةِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ، وَبِمُدَّةٍ مَعْلُومَةٍ أَيْ مُدَّةٍ كَانَتْ عِنْدَهُمَا كَمَا فِي الْمُلْحَقِ بِهِ.

فَإِنْ قِيلَ: يَتَّبِعِي أَنْ لَا يَحْجُوزَ خِيَارُ التَّعِينِ فِي الرَّائِدِ عَلَى الثَّلَاثَةِ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ
لَأَنَّهُ أَخَذَ بِالْقِيَاسِ فِي قَوْلِهِ إِنْ لَمْ يَنْقُذِ الثَّمَنَ إِلَى أَرْبَعَةِ أَيَّامٍ فَلَا يَبِيعُ بَيْنَهُمَا. أُجِيبَ بِأَنْ
قَوْلُهُ إِنْ لَمْ يَنْقُذِ الثَّمَنَ إِلَى أَرْبَعَةِ أَيَّامٍ تَعْلِيقٌ فَلَا يُلْحَقُ بِخِيَارِ الشَّرْطِ فَلَا يَكُونُ الْأَثَرُ
الْوَارِدُ فِي خِيَارِ الشَّرْطِ وَارِدًا فِيهِ، بِخِلَافِ خِيَارِ التَّعِينِ فَإِنَّهُ مِنْ جِنْسِ خِيَارِ الشَّرْطِ
لَأَنَّ فِي كُلِّ مِنْهُمَا خِيَارًا بَعِيرَ حَرْفِ التَّعْلِيقِ، فَكَانَ الْأَثَرُ الْوَارِدُ فِي خِيَارِ الشَّرْطِ وَارِدًا
فِيهِ (وَلَوْ هَلَكَ أَحَدُهُمَا أَوْ تَعَيَّبَ لَزِمَ الْبَيْعُ فِيهِ بِثَمَنِهِ وَتَعَيَّنَ الْآخَرُ لِلْأَمَانَةِ) حَتَّى إِذَا هَلَكَ
الْآخَرُ بَعْدَ هَلَكَ الْأَوَّلِ أَوْ تَعَيَّبَ لَا يَلْزِمُ عَلَيْهِ مِنْ قِيمَتِهِ شَيْءٌ، وَهَذَا لِأَنَّ الْمَعِيبَ مُمْتَنِعُ
الرَّدِّ لِأَنَّ رَدَّهُ إِنَّمَا يَكُونُ إِذَا لَمْ يَتَّعِنْ مَبِيعًا وَهُوَ فِي دَعْوَاهُ ذَلِكَ مُتَّهَمٌ فَكَانَ التَّعَيُّبُ
اخْتِيَارًا دَلَالَةً. فَإِنْ قِيلَ: قَبْضُ الْآخَرِ لَا يَكُونُ أَقْلُ مِنَ الْمَقْبُوضِ عَلَى سَوَمِ الشَّرَاءِ وَهَذَا
تَجِبُ الْقِيَمَةُ عِنْدَ الْهَلَكَ، أُجِيبَ بِأَنَّهُ أَقْلُ مِنْ ذَلِكَ لِأَنَّ الْمَقْبُوضَ عَلَى سَوَمِ الشَّرَاءِ
مَقْبُوضٌ عَلَى جِهَةِ الْبَيْعِ، وَهَذَا لَيْسَ كَذَلِكَ لِأَنَّهُ لَمْ يَقْبُضْ الْآخَرَ لِيَشْتَرِيهِ وَقَدْ قَبَضَهُ
بِإِذْنِ الْمَالِكِ فَكَانَ أَمَانَةً. فَإِنْ قِيلَ: كَيْفَ انْعَكَسَ حُكْمُ الْمَسْأَلَةِ فِيمَا إِذَا طَلَّقَ الرَّجُلُ
إِحْدَى امْرَأَتَيْهِ أَوْ اغْتَقَى أَحَدَ عَبْدَيْهِ فَمَاتَتْ إِحْدَاهُمَا فَإِنَّ الْبَاقِيَةَ تَتَّعِنُ لِلطَّلَاقِ دُونَ
الْهَالِكَةِ، وَكَذَلِكَ فِي الْعَتَاقِ، وَأُجِيبَ بِأَنَّ الْمَرْأَةَ إِذَا أَشْرَفَتْ عَلَى الْهَلَكَ خَرَجَتْ عَنْ
مَحَلَّةِ وَقُوعِ الطَّلَاقِ فَتَعَيَّنَتْ الْبَاقِيَةُ لَذَلِكَ، وَالتَّوْبُ إِذَا أَشْرَفَ عَلَيْهِ خَرَجَ عَنْ مَحَلَّةِ
الرَّدِّ لِتَعَيُّبِهِ فَتَعَيَّنَ لَكُونِهِ مَبِيعًا، وَلَوْ هَلَكَ جَمِيعًا مَعَ لَزِمَهُ نِصْفُ ثَمَنِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا
لِعَدَمِ أَوْلَوِيَّةِ أَحَدِهِمَا لَكُونِهِ مَبِيعًا فَشَاعَ الْبَيْعُ وَالْأَمَانَةُ فِيهِمَا وَأَمَّا إِذَا ذَكَرَ خِيَارُ الشَّرْطِ،
فَيُثْبِتُ لَهُ خِيَارُ الشَّرْطِ، وَخِيَارُ التَّعِينِ لَا يَتَوَقَّفُ عَلَى الْأَيَّامِ فَلَهُ أَنْ يَرُدَّهُمَا بِخِيَارِ
الشَّرْطِ فِي الْأَيَّامِ الثَّلَاثَةِ لِأَنَّهُ أَمِينٌ فِي أَحَدِهِمَا فَيَرُدُّهُ بِحُكْمِ الْأَمَانَةِ، وَفِي الْآخَرِ مُشْتَرٍ
قَدْ شَرَطَ الْخِيَارَ لِنَفْسِهِ فَيَتِمَّكُنْ مِنْ رَدِّهِ، فَإِذَا مَضَتْ الْأَيَّامُ بَطَلَ خِيَارُ الشَّرْطِ فَلَا يَمْلِكُ
رَدَّهُمَا وَبَقِيَ لَهُ خِيَارُ التَّعِينِ فَيَرُدُّ أَحَدَهُمَا، وَإِنْ اخْتَارَ أَحَدَهُمَا لَزِمَهُ ثَمَنُهُ لِأَنَّهُ عَيْنُ
الْمَبِيعِ فِيهِ وَلَزِمَهُ وَكَانَ فِي الْآخَرِ أَمِينًا، فَإِنْ ضَاعَ عِنْدَهُ بَعْدَ ذَلِكَ لَمْ يَضْمَنْ.

وَلَوْ مَاتَ الْمُشْتَرِي فِي الْأَيَّامِ الثَّلَاثَةِ بَطَلَ خِيَارُ الشَّرْطِ، وَبَقِيَ لِلْوَارِثِ خِيَارُ
التَّعِينِ فَلَهُ أَنْ يَرُدَّ أَحَدَهُمَا، أَمَّا بَطْلَانُ خِيَارِ الشَّرْطِ فَلَمَّا تَقَدَّمَ مِنْ أَنَّهُ لَا يَوْرَثُ، وَأَمَّا
بَقَاءُ خِيَارِ التَّعِينِ فَلَاخْتِلَافٍ مِلْكِهِ بِمِلْكِ الْغَيْرِ.

فَإِنْ قِيلَ: هَلْ لِعُمُومِ قَوْلِهِ مَنْ لَهُ الْخِيَارُ فَائِدَةٌ؟ قُلْتُ: كَأَنَّهُ إِشَارَةٌ إِلَى أَنَّ خِيَارَ التَّعْيِينِ قَدْ يَكُونُ لِلْبَائِعِ، فَإِنَّ الْكَرْخِيَّ ذَكَرَ فِي مُخْتَصَرِهِ أَنَّهُ يَجُوزُ اسْتِحْسَانًا. قَالُوا: وَإِلَيْهِ أَشَارَ مُحَمَّدٌ فِي الْمَأْذُونِ لِأَنَّ هَذَا يَبْعُ يَجُوزُ مَعَ خِيَارِ الْمُشْتَرِي فَيَجُوزُ مَعَ خِيَارِ الْبَيْعِ قِيَاسًا عَلَى خِيَارِ الشَّرْطِ، وَذَكَرَ فِي الْمَجْرَدِ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ لِأَنَّ هَذَا الْبَيْعَ مَعَ خِيَارِ الْمُشْتَرِي إِثْمًا جُوزَ بِخِلَافِ الْقِيَاسِ بِاعْتِبَارِ الْحَاجَةِ إِلَى اخْتِيَارِ مَا هُوَ الْأَرْفَقُ بِحَضْرَةِ مَنْ يَقَعُ الشِّرَاءُ لَهُ، وَهَذَا الْمَعْنَى لَا يَتَأَتَّى فِي جَانِبِ الْبَائِعِ لِأَنَّهُ لَا حَاجَةَ لَهُ إِلَى اخْتِيَارِ الْأَرْفَقِ، إِذِ الْمَبِيعُ كَانَ مَعَهُ قَبْلَ الْبَيْعِ، فَيَرُدُّ جَانِبَ الْبَائِعِ إِلَى مُقْتَضَى الْقِيَاسِ، وَلَمْ يَذْكُرْهُ مُحَمَّدٌ لَا فِي يُنَوِّعُ الْأَصْلَ وَلَا فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ، وَتَبَيَّنَ مِمَّا ذَكَرْنَا أَنَّ الْمَبِيعَ أَحَدُ الثَّوْنَيْنِ وَالْآخَرُ أَمَانَةٌ، وَالتَّرَكِيبُ الدَّالُّ عَلَى ذَلِكَ حَقِيقَةٌ:

وَمَنْ اشْتَرَى أَحَدَ الثَّوْنَيْنِ، وَقَدْ اخْتَلَفَ نُسْخُ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ كَمَا ذَكَرَهُ الْمُصَنِّفُ، فَفِي بَعْضِهَا اشْتَرَى أَحَدَ الثَّوْنَيْنِ وَلَا يَحْتَاجُ إِلَى مَعْدَرَةٍ، وَفِي بَعْضِهَا ثَوْنَيْنِ وَهُوَ مَجَازٌ، وَأُبْنَتْهَا فَخَرُ الْإِسْلَامِ وَقَالَ فِي وَجْهِ الْمَجَازِ إِنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لَمَّا احْتَمَلَ أَنْ يَكُونَ مَبِيعًا قَالَ: اشْتَرَى ثَوْنَيْنِ وَقَالَ غَيْرُهُ هُوَ مِنْ بَابِ إِطْلَاقِ اسْمِ الْكُلِّ عَلَى الْبَعْضِ كَمَا فِي قَوْلِهِ تَعَالَى ﴿سَخَّرْجُ مِنْهَا اللَّوْلُؤَ وَالْمَرْجَانُ﴾ [الرحمن: ٢٢] أَضَافَ الْخُرُوجَ إِلَيْهِمَا وَإِنْ كَانَ يَخْرُجُ مِنْ أَحَدِهِمَا.

قَالَ (وَمَنْ اشْتَرَى دَارًا عَلَى أَنَّهُ بِالْخِيَارِ فَبِيعَتْ دَارٌ أُخْرَى بِجَنْبِهَا فَأَخَذَهَا بِالشُّفْعَةِ فَهُوَ رِضًا)؛ لِأَنَّ طَلَبَ الشُّفْعَةِ يَدُلُّ عَلَى اخْتِيَارِهِ الْمَلِكَ فِيهَا؛ لِأَنَّهُ مَا ثَبَتَ إِلَّا لِدَفْعِ ضَرَرِ الْجَوَارِ وَذَلِكَ بِالِاسْتِدَامَةِ فَيَتَضَمَّنُ ذَلِكَ سَقُوطَ الْخِيَارِ سَابِقًا عَلَيْهِ فَيُثَبِّتُ الْمَلِكُ مِنْ وَقْتِ الشِّرَاءِ فَيَتَبَيَّنُ أَنَّ الْجَوَارَ كَانَ ثَابِتًا، وَهَذَا التَّقْرِيرُ يُحْتَاجُ إِلَيْهِ لِمَذْهَبِ أَبِي حَنِيفَةَ خَاصَّةً.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ اشْتَرَى دَارًا عَلَى أَنَّهُ بِالْخِيَارِ) رَجُلٌ اشْتَرَى دَارًا بِخِيَارِ الشَّرْطِ (فَبِيعَتْ دَارٌ أُخْرَى بِجَانِبِهَا فِي مَدَّةِ الْخِيَارِ فَأَخَذَهَا بِالشُّفْعَةِ فَذَلِكَ الْأَخْذُ رِضًا) يَسْقُطُ بِهِ الْخِيَارُ لِأَنَّ أَخْذَهُ بِطَلَبِ الشُّفْعَةِ وَطَلَبُهُ الشُّفْعَةَ دَلِيلٌ عَلَى اخْتِيَارِ الْمَلِكِ، لِأَنَّ طَلَبَ الشُّفْعَةِ لَا يَثْبُتُ إِلَّا لِدَفْعِ ضَرَرِ الْجَوَارِ، وَالْجَوَارُ يَثْبُتُ بِاسْتِدَامَةِ الْمَلِكِ، وَاسْتِدَامَةُ الْمَلِكِ تَقْتَضِي الْمَلِكَ وَلَا مَلِكَ مَعَ الْخِيَارِ فَيَسْقُطُ الْخِيَارُ، وَيَثْبُتُ الْمَلِكُ مِنْ وَقْتِ الشِّرَاءِ فَكَانَ الْجَوَارُ

ثَابِتًا عِنْدَ بَيْعِ الدَّارِ الثَّانِيَةِ وَهُوَ مُوجِبُ الشُّفْعَةِ، وَهَذَا التَّقْرِيرُ يُحْتَاجُ إِلَيْهِ لِمَذْهَبِ أَبِي حَنِيفَةَ خَاصَّةً لِأَنَّ خِيَارَ الْمُشْتَرِي يَمْنَعُ دُخُولَ الْمِيعِ فِي مِلْكِهِ وَلَا بُدَّ مِنْهُ لاسْتِحْقَاقِ الشُّفْعَةِ، وَأَمَّا عِنْدَهُمَا فَإِنَّ الْمِيعَ يَدْخُلُ فِي مِلْكِهِ فَيَجُوزُ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ بِالشُّفْعَةِ وَيَسْقُطَ بِذَلِكَ خِيَارُهُ، لِأَنَّ الشُّفْعَةَ لِنَفْعِ ضَرَرِ الْجَارِ الدَّخِيلِ وَالْإِنْسَانُ لَا يَدْفَعُ ضَرَرَ الْجَارِ فِي دَارٍ يُرِيدُ رَدَّهَا. قَالَ شَمْسُ الْأُئِمَّةِ: أَمَّا وَجُوبُ الشُّفْعَةِ لِلْمُشْتَرِي فَوَاضِحٌ عَلَى مَذْهَبِهِمَا لِأَنَّهُ مَالِكٌ لِلدَّارِ الْمِيعَةِ، وَأَمَّا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ فَلَأَنَّهُ صَارَ أَحَقَّ بِالتَّصَرُّفِ فِيهَا وَذَلِكَ يَكْفِيهِ لاسْتِحْقَاقِ الشُّفْعَةِ بِهَا كَالْمَأْذُونِ الْمُسْتَعْرِقِ بِالذِّينِ وَالْمُكَاتَبِ إِذَا بَيْعَتْ دَارٌ بِحَنْبٍ دَارِهِمَا فَإِنَّهُمَا يَسْتَحِقُّانِ الشُّفْعَةَ وَإِنْ لَمْ يَمْلِكَا رَقَبَةً دَارِهِمَا، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ الْخِيَارُ لِلْبَائِعِ لِأَنَّ الْمُشْتَرِي لَمْ يَصِرْ أَحَقَّ بِالتَّصَرُّفِ فِيهَا.

وَلَوْ اشْتَرَى دَارًا لَمْ يَرَهَا فَبِيعَتْ بِجَنْبِهَا دَارٌ أُخْرَى فَآخَذَ بِالشُّفْعَةِ لَمْ يَسْقُطْ خِيَارُ الرُّوِيَةِ لِأَنَّهُ لَمْ يَسْقُطْ بِصَرِيحِ الْإِسْقَاطِ بِدُونِ الرُّوِيَةِ فَكَذَا بِدَلَالَتِهِ وَسَيَاتِي.

قَالَ (وَإِذَا اشْتَرَى الرَّجُلَانِ عَبْدًا عَلَى أَنَّهُمَا بِالْخِيَارِ فَرَضِيَ أَحَدُهُمَا فَلَيْسَ لِلْآخَرِ أَنْ يَرُدَّهُ) عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: لَهُ أَنْ يَرُدَّهُ، وَعَلَى هَذَا الْخِلَافِ خِيَارُ الْعَيْبِ وَخِيَارُ الرُّوِيَةِ، لَهُمَا أَنْ إِثْبَاتِ الْخِيَارِ لَهُمَا إِثْبَاتُهُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فَلَا يَسْقُطُ بِإِسْقَاطِ صَاحِبِهِ لَمَّا فِيهِ مِنْ إِبْطَالِ حَقِّهِ.

وَلَهُ أَنْ الْمِيعَ خَرَجَ عَنْ مِلْكِهِ غَيْرَ مَعِيْبٍ بِعَيْبِ الشَّرِكَةِ، فَلَوْ رَدَّهُ أَحَدُهُمَا رَدَّهُ مَعِيْبًا بِهِ وَفِيهِ الْإِزَامُ ضَرَرٍ زَائِدٍ، وَلَيْسَ مِنْ ضَرُورَةِ إِثْبَاتِ الْخِيَارِ لَهُمَا الرِّضَا بِرَدِّ أَحَدِهِمَا لِتَصَوُّرِ اجْتِمَاعِهِمَا عَلَى الرَّدِّ.

الشرح:

قَالَ (وَإِذَا اشْتَرَى الرَّجُلَانِ عَبْدًا عَلَى أَنَّهُمَا بِالْخِيَارِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ فَرَضِيَ أَحَدُهُمَا دُونَ الْآخَرِ فَلَيْسَ لِلْآخَرِ أَنْ يَرُدَّهُ) عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ، وَقَالَا: لَهُ أَنْ يَرُدَّهُ، وَكَذَا إِذَا اشْتَرِيَاهُ وَرَضِيَ أَحَدُهُمَا بِعَيْبٍ فِيهِ، وَكَذَا لَوْ اشْتَرِيَاهُ وَلَمْ يَرِيَاهُ ثُمَّ رَأِيَاهُ (لَهُمَا أَنْ إِثْبَاتُ الْخِيَارِ لَهُمَا إِثْبَاتُ الْخِيَارِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا) وَكُلُّ مَا هُوَ ثَابِتٌ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لَا يَسْقُطُ بِإِسْقَاطِ صَاحِبِهِ لَمَّا فِيهِ مِنْ إِبْطَالِ حَقِّهِ. وَفِيهِ نَظَرٌ لِأَنَّا لَا نُسَلِّمُ أَنَّ إِثْبَاتَ الْخِيَارِ لَهُمَا إِثْبَاتٌ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا، أَلَا تَرَى أَنَّ مَنْ وَكَّلَ وَكِيلَيْنِ أَثْبَتَ الْوَكَالَةَ لَهُمَا وَلَيْسَ

لأحدهما أن يتصرف دون الآخر. وله أن المبيع خرج عن ملكه غير معيب بعيب الشركة لأن الشركة في الأعيان المجتمعة عيب فإن البائع قبل البيع كان متمكنا من الانتفاع متى شاء، وبعده إذا رد البعض لا يتمكن إلا مهابأة، والخيار يثبت نظرا لمن هو له على وجه لا يلحق الضرر منه بغيره، وإنما قيد الضرر بالرائد لأن في امتناع الرد ضررا أيضا للرائد، لكن لما لم يكن من الغير بل لعجزه عن إيجاد شرط الرد كان دون الأول، فإن الضرر الحاصل من الغير أقطع وأفجع من الحاصل من نفسه.

فإن قيل: ينعى منهما رضا منه لعيب التبعض. أجيب بأنه إن سلم فهو رضا به في ملكهما لا في ملك نفسه. فإن قيل: حصل العيب في يد البائع بفعله لأن تفرق الملك إنما هو بالعقد قبل القبض قلنا: بل حصل بفعل المشتري برد نصفه، والمشتري إذا عيب المفقود عليه في يد البائع ليس له أن يرده بحكم خياره، لكن هذا العيب بعرض الزوال لمساعدة الآخر على الرد فإذا امتنع ظهر عمله (قوله) وليس من ضرورة إثبات الخيار جواب لهما.

وتقريره أن إثبات الخيار لهما ليس عين الرضا برد أحدهما وهو ظاهر، ولا الرضا برد أحدهما لازم من لوازم إثبات الخيار لهما لتصور الانفكاك بتصور اجتماعهما على الرد، فلا يلزم من إثبات الخيار لهما الرضا برد أحدهما.

قال (ومن باع عبدا على أنه خباز أو كاتب وكان بخلافه فالمشتري بالخيار إن شاء أخذه بجميع الثمن وإن شاء ترك) لأن هذا وصف مرغوب فيه فيستحق في العقد بالشرط، ثم فواته يوجب التخيير لأنه ما رضي به دونه، وهذا يرجع إلى اختلاف النوع لقلية التفاوت في الأغراض، فلا يفسد العقد بعدمه بمنزلة وصف الذكورة والأنوثة في الحيوانات وصار كفوات وصف السلامة، وإذا أخذه أخذه بجميع الثمن؛ لأن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن لكونها تابعة في العقد على ما عرفت.

الشرح:

قال (ومن باع عبدا على أنه خباز أو كاتب) رجل اشترى عبدا على أنه خباز أو كاتب فكان بخلافه بأن لم يعلم من الخبز والكتابة ما يسمى به الفاعل خبازا أو كاتباً فهو بالخيار بين أخذه بجميع الثمن وبين رده إذا لم يمتنع الرد بسبب من

الأسباب، فإن امتنع بذلك رجع المشتري على البائع بحصته من الثمن في ظاهر الرواية يقوم العبد كاتباً أو خبازاً على أدنى ما يطلق عليه الاسم إذ هو المستحق بمطلق الشرط لا النهاية في ذلك كما في وصف السلامة المستحق بمطلق العقد ويقوم غير كاتب وخباز فينظر إلى تفاوت ما بينهما فيرجع عليه بذلك، أما رده فلأن هذا الوصف وصف مرغوب فيه وهو ظاهر، وهو احتراز عما ليس بمرغوب فيه كما إذا باع على الله أغور فإذا هو سليم فإنه لا يوجب الخيار، وكل ما هو وصف مرغوب فيه يستحق في العقد بالشرط لأنه لرُجوعه إلى صفة الثمن أو الثمن كان ملائماً للعقد، ألا ترى أنه لو كان موجوداً في المبيع لدخل في العقد بلا ذكر فلا يكون مفسداً له، وتوقض بما إذا باع شاة على أنها حامل أو على أنها تحلب كذا فإن البيع فيه وفي أمثاله فاسد والوصف مرغوب فيه.

وأجيب بأن ذلك ليس بوصف بل اشتراط مقدار من المبيع مجهول وضّم المعلوم إلى المجهول يصير الكل مجهولاً، ولهذا لو شرط أنها حلوب أو لبون لا يفسد لكونه وصفاً مرغوباً فيه ذكره الطحاوي، سلمناه لكنه مجهول ليس في وسع البائع تحصيله ولا إلى معرفته سبيل، بخلاف ما نحن فيه فإن له أن يأمره بالخبز والكتابة فيظهر حاله، وأما انتفاخ البطن فقد يكون من ربح، وعلى تقدير كونه ولذا لا نعلم حياته وموته ولا سبيل إلى معرفته، وإذا ثبت ذلك فقوائمه يوجب التخيير لأن المشتري ما رضي بالمبيع دون ذلك الوصف فيتخير ولا يفسد العقد لأن هذا الاختلاف أي الذي يكون من حيث فوات الوصف المرغوب فيه هنا راجع إلى اختلاف النوع لقلة التفاوت في الأغراض فلا يفسد العقد بعدم ذلك الوصف.

كما إذا اشترى شاة على أنها نعجة فإذا هي حمل فصار الأصل أن الاختلاف الحاصل بالوصف إن كان مما يوجب التفاوت الفاحش في الأغراض كان راجعاً إلى الجنس، كما إذا باع عبداً فإذا هي جارية ويفسد به العقد، وإن كان مما لا يوجهه كان راجعاً إلى النوع كما ذكرنا من المثال فلا يفسده، لكنه يوجب التخيير لفوات وصف السلامة، وأما أخذه بجميع الثمن فلأن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن لكونها تابعة في العقد تدخل من غير ذكر على ما عرفت فيما تقدم، والله أعلم.

بَابُ خِيَارِ الرُّوْيَةِ

قَالَ (وَمَنْ اشْتَرَى شَيْئًا لَمْ يَرَهُ فَالْبَيْعُ جَائِزٌ، وَلَهُ الْخِيَارُ إِذَا رَأَاهُ، إِنْ شَاءَ أَخَذَهُ) بِجَمِيعِ الثَّمَنِ (وَإِنْ شَاءَ رَدَّهُ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا يَصِحُّ الْعَقْدُ أَصْلًا؛ لِأَنَّ الْمَبِيعَ مَجْهُولٌ. وَلَنَا قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «مَنْ اشْتَرَى شَيْئًا لَمْ يَرَهُ فَلَهُ الْخِيَارُ إِذَا رَأَاهُ»^(١)؛ وَلِأَنَّ الْجَهَالَتَ بَعْدَ الرُّوْيَةِ لَا تُفْضِي إِلَى الْمُنَازَعَةِ، لِأَنَّهُ لَوْ لَمْ يُوَافِقْهُ يَرُدُّهُ، فَصَارَ كَجَهَالَتِ الْوَصْفِ فِي الْمَعَايِنِ الْمَشَارِ إِلَيْهِ.

الشرح:

(بَابُ خِيَارِ الرُّوْيَةِ): قَدَّمَ خِيَارَ الرُّوْيَةِ عَلَى خِيَارِ الْعَيْبِ لَكَوْنِهِ أَقْوَى مِنْهُ، إِذْ كَانَ تَأْثِيرُهُ فِي مَنَعَ تَمَامِ الْبَيْعِ وَتَأْثِيرُ خِيَارِ الْعَيْبِ فِي مَنَعَ لُزُومِ الْحُكْمِ، قَالَ الْقُدُورِيُّ: مَنْ اشْتَرَى شَيْئًا لَمْ يَرَهُ فَالْبَيْعُ جَائِزٌ، مَعْنَاهُ أَنْ يَقُولَ الرَّجُلُ لغيرِهِ بَعْتُكَ الثَّوبَ الَّذِي فِي كُمِّي هَذَا وَصِفْتُهُ كَذَا أَوْ الذَّرَّةَ الَّتِي فِي كُمِّي هَذِهِ وَصِفْتُهَا كَذَا أَوْ لَمْ يَذْكُرِ الصِّفَةَ أَوْ يَقُولُ بَعْتُ مِنْكَ هَذِهِ الْجَارِيَةَ الْمُتَقَبَّةَ فَإِنَّهُ جَائِزٌ عِنْدَنَا، وَلَهُ الْخِيَارُ إِذَا رَأَاهُ، وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ لَا يَجُوزُ وَكَذَا الْعَيْبُ الْغَائِبُ الْمَشَارُ إِلَى مَكَانِهِ وَلَيْسَ فِي ذَلِكَ الْمَكَانِ بِذَلِكَ الْأَسْمِ غَيْرُ مَا سَمِيَ وَالْمَكَانُ مَعْلُومٌ بِاسْمِهِ وَالْعَيْنُ مَعْلُومَةٌ. قَالَ صَاحِبُ الْأَسْرَارِ: لِأَنَّ كَلَامَنَا فِي عَيْنٍ هُوَ بِحَالٍ لَوْ كَانَتْ الرُّوْيَةُ حَاصِلَةً لَكَانَ الْبَيْعُ جَائِزًا: أَيْ بِالْإِجْمَاعِ.

قَالَ الشَّافِعِيُّ: الْمَبِيعُ مَجْهُولٌ وَالْمَجْهُولُ لَا يَصِحُّ بَيْعُهُ كَالْبَيْعِ بِالرَّقْمِ (وَلَنَا قَوْلُهُ ﷺ «مَنْ اشْتَرَى شَيْئًا لَمْ يَرَهُ فَلَهُ الْخِيَارُ إِذَا رَأَاهُ») وَهُوَ نَصٌّ فِي الْبَابِ فَلَا يُتْرَكُ بِلَا مُعَارَضٍ، فَإِنْ قِيلَ: هُوَ مُعَارَضٌ بِحَدِيثِ حَكِيمِ بْنِ حَزَامٍ وَهُوَ أَنَّهُ قَالَ: قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «لَا تَبِيعَ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ» وَالْمُرَادُ مَا لَيْسَ بِمَرْتَبِي لِلْمُشْتَرِي لِإِجْمَاعِنَا عَلَى أَنَّ الْمُشْتَرِي إِذَا كَانَ قَدْ رَأَاهُ فَالْعَقْدُ جَائِزٌ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ حَاضِرًا عِنْدَ الْعَقْدِ.

قُلْنَا: بَلِ الْمُرَادُ النَّهْيُ عَنْ بَيْعِ مَا لَيْسَ فِي مِلْكِهِ بِدَلِيلِ قِصَّةِ الْحَدِيثِ، فَإِنَّ «حَكِيمَ بْنَ حَزَامٍ» قَالَ يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنَّ الرَّجُلَ يَطْلُبُ مِنِّي سِلْعَةً لَيْسَتْ عِنْدِي فَأَبِيعُهَا مِنْهُ ثُمَّ أَدْخُلُ السُّوقَ فَأَسْتَجِدُّهَا فَأَشْتَرِبُهَا فَأَسْلُمُهَا إِلَيْهِ، فَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: لَا تَبِيعَ مَا لَيْسَ

عِنْدَكَ»^(١) وَقَدْ أَجْمَعْنَا عَلَى أَنَّهُ لَوْ بَاعَ عَيْنًا مَرِيئًا لَمْ يَمْلِكْهُ ثُمَّ مَلَكَهُ فَلَمْ يَجْزُ؟ وَذَلِكَ دَلِيلٌ وَاضِحٌ عَلَى أَنَّ الْمُرَادَ بِهِ مَا لَيْسَ فِي مِلْكِهِ، وَالْمَقُولُ وَهُوَ أَنَّ الْجَهَالََةَ بَعْدَ الرُّؤْيَةِ لَا تُقْضِي إِلَى الْمُنَازَعَةِ مَعَ وُجُودِ الْخِيَارِ، فَإِنَّهُ إِذَا لَمْ يُوَافَقْهُ رَدُّهُ وَلَا نِزَاعٌ ثَمَّةَ يَقْتَضِي خِيَارَهُ، وَإِنَّمَا أَفْضَتْ إِلَيْهَا لَوْ قُلْنَا بِإِبْرَامِ الْعَقْدِ وَلَمْ يَقُلْ بِهِ فَصَارَ ذَلِكَ كَجَهَالََةِ الْوَصْفِ فِي الْمَعَانِي الْمُشَارِ إِلَيْهِ بِأَنَّهُ اشْتَرَى ثَوْبًا مُشَارًا إِلَيْهِ غَيْرَ مَعْلُومٍ عَدَدُ ذُرْعَانِهِ فَإِنَّهُ يَجُوزُ لَكُونِهِ مَعْلُومَ الْعَيْنِ، وَإِنْ كَانَ ثَمَّةَ جَهَالََةٍ لَكُونِهَا لَا تُقْضِي إِلَى الْمُنَازَعَةِ، وَعَوْرُضَ بَأَنِّ الْبَيْعِ نَوْعَانِ: يَنْعُ عَيْنٍ، وَيَنْعُ دَيْنٍ، وَطَرِيقُ الْمَعْرِفَةِ فِي الثَّانِي هُوَ الْوَصْفُ وَفِي الْأَوَّلِ الْمُشَاهَدَةُ، ثُمَّ مَا هُوَ طَرِيقٌ إِلَى الثَّانِي إِذَا تَرَخَى عَنْ حَالَةِ الْعَقْدِ فَسَدَ الْعَقْدُ، وَكَذَلِكَ مَا هُوَ طَرِيقٌ إِلَى الْأَوَّلِ وَهُوَ الْمُشَاهَدَةُ إِذَا تَرَخَى فَسَدَ. وَأَجِيبَ بِأَنَّ الْمُعَارَضَةَ سَاقِطَةٌ لِأَنَّ السَّلْمَ إِنَّمَا لَا يَجُوزُ عِنْدَ تَرْكِ الْوَصْفِ لِإِفْضَاءِ الْجَهَالََةِ إِلَى الْمُنَازَعَةِ وَمَا نَحْنُ فِيهِ لَيْسَ كَذَلِكَ

(وَكَذَا إِذَا قَالَ رَضِيتُ ثُمَّ رَأَهُ أَنَّهُ يَرُدُّهُ) لِأَنَّ الْخِيَارَ مُعْلَقٌ بِالرُّؤْيَةِ لَمَّا رَوَيْنَا فَلَا يَثْبُتُ قَبْلُهَا، وَحَقُّ الْفَسْخِ قَبْلَ الرُّؤْيَةِ بِحُكْمِ أَنَّهُ عَقْدٌ غَيْرُ لَازِمٍ لَا يَمُقْتَضَى الْحَدِيثُ، وَلِأَنَّ الرِّضَا بِالشَّيْءِ قَبْلَ الْعِلْمِ بِأَوْصَافِهِ لَا يَتَحَقَّقُ فَلَا يُعْتَبَرُ قَوْلُهُ رَضِيتُ قَبْلَ الرُّؤْيَةِ بِخِلَافِ قَوْلِهِ رَدَّدْتُ.

الشرح:

(قَوْلُهُ وَكَذَا إِذَا قَالَ) تَفْرِيعٌ عَلَى مَسْأَلَةِ الْقُدُورِيِّ: يَعْنِي كَمَا أَنَّ لَهُ الْخِيَارَ إِذَا لَمْ يَقُلْ رَضِيتُ فَكَذَا إِذَا قَالَ ذَلِكَ وَلَمْ يَرَهُ ثُمَّ رَأَهُ، لِأَنَّ الْخِيَارَ مُعْلَقٌ بِالرُّؤْيَةِ بِالْحَدِيثِ الَّذِي رَوَيْنَاهُ وَالْمُعْلَقُ بِالشَّيْءِ لَا يَثْبُتُ قَبْلَهُ لَوْلَا يَلْزَمُ وُجُودُ الْمَشْرُوطِ بِدُونِ الشَّرْطِ، وَلِأَنَّهُ لَوْ لَزِمَ الْعَقْدُ بِالرِّضَا قَبْلَ الرُّؤْيَةِ لَزِمَ امْتِنَاعُ الْخِيَارِ عِنْدَهَا، وَهُوَ ثَابِتٌ بِالنَّصِّ عِنْدَهَا فَمَا أَدَّى إِلَى إِبْطَالِهِ فَهُوَ بَاطِلٌ (قَوْلُهُ وَحَقُّ الْفَسْخِ) جَوَابُ سُؤَالِ تَقْرِيرِهِ: لَوْ لَمْ يَكُنْ لَهُ الْخِيَارُ قَبْلَ الرُّؤْيَةِ لَمَّا كَانَ لَهُ حَقُّ الْفَسْخِ قَبْلَ الرُّؤْيَةِ لِأَنَّهُ مِنْ نَتَائِجِ ثُبُوتِ الْخِيَارِ لَهُ كَالْقَبُولِ فَكَانَ مُعْلَقًا بِهَا فَلَا يُوجَدُ قَبْلَهَا.

وَتَقْرِيرُ الْجَوَابِ أَنَّ حَقَّ الْفَسْخِ بِحُكْمِ أَنَّهُ عَقْدٌ غَيْرُ لَازِمٍ لِأَنَّهُ لَمْ يَقَعْ مُتَبَرِّمًا

فَجَازَ فَسَخَهُ لَوْهَاءَ فِيهِ، أَلَا تَرَى أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنَ الْعَاقِدَيْنِ فِي عَقْدِ الْوَدِيعَةِ وَالْعَارِيَةِ وَالْوَكَالَةِ يَمْلِكُ الْفَسْخَ بِاعْتِبَارِ عَدَمِ لُزُومِ الْعَقْدِ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ خِيَارٌ لَا شَرْطًا وَلَا شَرْعًا، بِخِلَافِ الرِّضَا فَإِنَّهُ ثَابِتٌ بِمُقْتَضَى الْحَدِيثِ فَلَا يَجُوزُ إِثْبَاتُهُ عَلَى وَجْهِ يُؤَدِّي إِلَى بَطْلَانِهِ كَمَا مَرَّ آنفًا، وَفِيهِ نَظَرٌ لِأَنَّ عَدَمَ لُزُومِ هَذَا الْعَقْدِ بِاعْتِبَارِ الْخِيَارِ فَهُوَ مَلْزُومٌ لِلْخِيَارِ وَالْخِيَارُ مُعْلَقٌ بِالرُّوْيَةِ لَا يُوجَدُ بِدُونِهَا فَكَذَا مَلْزُومُهُ لِأَنَّ مَا هُوَ شَرْطُ الْإِجَارَةِ فَهُوَ شَرْطٌ لِلْمَلْزُومِ (قَوْلُهُ وَلِأَنَّ الرِّضَا بِالشَّيْءِ) جَوَابُ سَوْأَلٍ آخَرَ، وَتَحْقِيقُهُ أَنَّ الْإِمْضَاءَ لِلرِّضَا وَالرِّضَا بِالشَّيْءِ (لَا يَتَحَقَّقُ قَبْلَ الْعِلْمِ بِأَوْصَافِهِ) لِأَنَّ الرِّضَا اسْتِحْسَانُ الشَّيْءِ وَاسْتِحْسَانُ مَا لَمْ يُعْلَمْ مَا يُحْسِنُهُ غَيْرُ مُتَصَوِّرٍ. وَأَمَّا الْفَسْخُ فَإِنَّمَا هُوَ لِعَدَمِ الرِّضَا، وَهُوَ لَا يَحْتَاجُ إِلَى مَعْرِفَةِ الْمُحْسِنَاتِ.

لَا يُقَالُ: عَدَمُ الرِّضَا لاسْتِقْبَاحِ الشَّيْءِ وَاسْتِقْبَاحُ مَا لَمْ يُعْلَمْ مَا يُقْبَحُهُ غَيْرُ مُتَصَوِّرٍ، لِأَنَّ عَدَمَ الرِّضَا قَدْ يَكُونُ بِاعْتِبَارِ مَا بَدَأَ لَهُ مِنْ انْتِفَاءِ احْتِيَاجِهِ إِلَى الْمَبِيعِ أَوْ ضَيَاعِ ثَمَنِهِ أَوْ اسْتِعْلَائِهِ فَلَا يَلْزَمُ الْاسْتِقْبَاحُ. ذَكَرَ فِي التُّحْفَةِ أَنَّ جَوَازَ الْفَسْخِ قَبْلَ الرُّوْيَةِ لَا رِوَايَةَ فِيهِ، وَلَكِنَّ الْمَشَايخِ اخْتَلَفُوا؛ فَقَالَ بَعْضُهُمْ: لَا يَصِحُّ قِيَاسًا عَلَى الْإِجَارَةِ، وَقَالَ بَعْضُهُمْ: يَصِحُّ دُونَ الْإِجَارَةِ وَهُوَ مُخْتَارُ الْمُصَنِّفِ.

قَالَ: (وَمَنْ بَاعَ مَا لَمْ يَرَهُ فَلَا خِيَارَ لَهُ) وَكَانَ أَبُو حَنِيفَةَ يَقُولُ: أَوَّلًا لَهُ الْخِيَارُ اعْتِبَارًا بِخِيَارِ الْعَيْبِ وَخِيَارِ الشَّرْطِ وَهَذَا؛ لِأَنَّ لُزُومَ الْعَقْدِ بِتَمَامِ الرِّضَا زَوَالًا وَثُبُوتًا وَلَا يَتَحَقَّقُ ذَلِكَ إِلَّا بِالْعِلْمِ بِأَوْصَافِ الْمَبِيعِ، وَذَلِكَ بِالرُّوْيَةِ فَلَمْ يَكُنِ الْبَائِعُ رَاضِيًا بِالزَّوَالِ. وَوَجْهُ الْقَوْلِ الْمَرْجُوعِ إِلَيْهِ أَنَّهُ مُعْلَقٌ بِالشَّرَاءِ لِمَا رَوَيْنَا فَلَا يَثْبُتُ دُونَهُ. وَرَوِيَ أَنَّ عُثْمَانَ بْنَ عَفَّانَ بَاعَ أَرْضًا لَهُ بِالْبَصْرَةِ مِنْ طَلْحَةَ بْنِ عُبَيْدِ اللَّهِ فَقِيلَ لَطَلْحَةَ: إِنَّكَ قَدْ غُبِنْتَ، فَقَالَ: لِي الْخِيَارُ؛ لِأَنِّي اشْتَرَيْتُ مَا لَمْ أَرَهُ. وَقِيلَ لِعُثْمَانَ: إِنَّكَ قَدْ غُبِنْتَ، فَقَالَ: لِي الْخِيَارُ؛ لِأَنِّي بَعْتُ مَا لَمْ أَرَهُ. فَحَكَّمَا بَيْنَهُمَا جُبَيْرُ بْنُ مُطْعِمٍ. فَقَضَى بِالْخِيَارِ لَطَلْحَةَ، وَكَانَ ذَلِكَ بِمَحْضَرٍ مِنَ الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ بَاعَ مَا لَمْ يَرَهُ) مَنْ وَرِثَ شَيْئًا فَبَاعَهُ قَبْلَ الرُّوْيَةِ صَحَّ الْبَيْعُ وَلَا خِيَارَ لَهُ عِنْدَنَا. وَكَانَ أَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ يَقُولُ أَوَّلًا: لَهُ الْخِيَارُ اعْتِبَارًا بِخِيَارِ الْعَيْبِ فَإِنَّهُ لَا

يَخْتَصُّ بِجَانِبِ الْمُشْتَرِي، بَلْ إِذَا وَجَدَ الْبَائِعُ الثَّمَنَ زَيْفًا فَهُوَ بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ جَوْرُهُ وَإِنْ شَاءَ رَدُّهُ كَالْمُشْتَرِي وَإِذَا وَجَدَ الْمَبِيعَ مَعِيًّا، لَكِنَّ الْعَقْدَ لَا يَنْفَسِخُ بِرَدِّ الثَّمَنِ وَيَنْفَسِخُ بِرَدِّ الْمَبِيعِ لِأَنَّهُ أَصْلُ دُونِ الثَّمَنِ، وَبِخِيَارِ الشَّرْطِ فَإِنَّهُ يَصِحُّ مِنَ الْجَانِبَيْنِ كَمَا تَقَدَّمَ (وَهَذَا) أَيْ الْخِيَارُ لِلْبَائِعِ إِنَّمَا هُوَ بِاعْتِبَارِ (أَنْ لُزِمَ الْعَقْدُ بِتَمَامِ الرِّضَا زَوَالًا) أَيْ مِنْ جِهَةِ الْبَائِعِ (وَيُبَوِّثًا) أَيْ مِنْ جِهَةِ الْمُشْتَرِي (وَتَمَامُ الرِّضَا لَا يَتَحَقَّقُ إِلَّا بِالْعِلْمِ بِأَوْصَافِ الْمَبِيعِ وَذَلِكَ بِالرُّوْيَةِ) فَإِنَّ بِالرُّوْيَةِ يَحْصُلُ بِالاطِّلَاعِ عَلَى دَقَائِقِ لَا تَحْصُلُ بِالْعِبَارَةِ (فَلَمْ يَكُنْ الْبَائِعُ رَاضِيًا بِالزُّوَالِ) فَيَكُونُ الْعَقْدُ غَيْرَ لَازِمٍ مِنْ جِهَتِهِ فَلَهُ الْفَسْخُ.

(وَجَهَ الْقَوْلِ الْمَرْجُوعُ إِلَيْهِ أَنَّهُ مُعْلَقٌ بِالشَّرَاءِ فَلَا يَثْبُتُ دُونُهُ) كَمَا تَقَدَّمَ. فَإِنْ قِيلَ: الْبَائِعُ مِثْلُ الْمُشْتَرِي فِي الْاِحْتِيَاجِ لِتَمَامِ الرِّضَا فَيُلْحَقُ بِهِ ذَلَالَةٌ. أُجِيبَ بِأَنَّهُمَا لَيْسَا بِسَبَبَيْنِ فِيهِ، لِأَنَّ الرَّدَّ مِنْ جَانِبِ الْمُشْتَرِي بِاعْتِبَارِ أَنَّهُ كَانَ يَظُنُّهُ خَيْرًا مِمَّا اشْتَرَى فَيَرُدُّهُ لِفَوَاتِ الْوَصْفِ الْمَرْغُوبِ فِيهِ، وَالْبَائِعُ لَوْ رَدَّ لَرَدُّهُ بِاعْتِبَارِ أَنَّ الْمَبِيعَ أَزِيدَ مِمَّا ظَنَّ فَصَارَ كَمَا لَوْ بَاعَ عَبْدًا بِشَرْطِ أَنَّهُ مَعِيبٌ فَإِذَا هُوَ صَحِيحٌ لَمْ يَثْبُتْ لِلْبَائِعِ خِيَارٌ، وَإِذَا لَمْ يَكُنْ فِي مَعْنَاهُ لَا يُلْحَقُ بِهِ، قِيلَ الْمُعْلَقُ بِالشَّرْطِ يُوجَدُ قَبْلَ وَجُودِ الشَّرْطِ بِسَبَبٍ آخَرَ وَهَاهُنَا وَجَدَ الْقِيَاسُ عَلَى الْمُشْتَرِي وَالْخِيَارَيْنِ فَلْيَجُزْ مِنَ الْبَائِعِ.

وَأُجِيبَ بِأَنَّهُ ثَابِتٌ بِالنَّصِّ غَيْرُ مَعْقُولٍ الْمَعْنَى فَلَا يَجُوزُ فِيهِ الْقِيَاسُ، سَلَمْنَاهُ لَكِنَّ الْقِيَاسَ عَلَى مُخَالَفَةِ الْإِجْمَاعِ بَاطِلٌ، وَتَحْكِيمُ جُبَيْرِ بْنِ عُثْمَانَ وَطَلْحَةَ كَانَ بِمَحْضَرِ مِنَ الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ أَجْمَعِينَ وَلَمْ يُنْكِرْهُ أَحَدٌ فَكَانَ إِجْمَاعًا عَلَى مَا ذَكَرَ فِي الْمَثْنِ فَبَطَلَ الْإِلْحَاقُ ذَلَالَةً وَقِيَاسًا، وَلِهَذَا رَجَعَ أَبُو حَنِيفَةَ حِينَ بَلَغَهُ الْحَدِيثُ.

ثُمَّ خِيَارُ الرُّوْيَةِ غَيْرُ مُؤَقَّتٍ بَلْ يَبْقَى إِلَى أَنْ يُوْجَدَ مَا يُبْطِلُهُ، وَمَا يُبْطِلُ خِيَارَ الشَّرْطِ مِنْ تَعْيِبٍ أَوْ تَصَرُّفٍ يُبْطِلُ خِيَارَ الرُّوْيَةِ، ثُمَّ إِنْ كَانَ تَصَرُّفًا لَا يُمْكِنُ رَفْعُهُ كَالْإِعْتِاقِ وَالتَّدْبِيرِ أَوْ تَصَرُّفًا يُوجِبُ حَقًّا لِلْغَيْرِ كَالْبَيْعِ الْمُطْلَقِ وَالرَّهْنِ وَالْإِجَارَةَ يُبْطِلُهُ قَبْلَ الرُّوْيَةِ وَبَعْدَهَا؛ لِأَنَّهُ لَمَّا لَزِمَ تَعَدُّرُ الْفَسْخِ فَبَطَلَ الْخِيَارُ وَإِنْ كَانَ تَصَرُّفًا لَا يُوجِبُ حَقًّا لِلْغَيْرِ كَالْبَيْعِ بِشَرْطِ الْخِيَارِ، وَالْمَسَاوِمَةِ وَالْهَبَةِ مِنْ غَيْرِ تَسْلِيمٍ لَا يُبْطِلُهُ قَبْلَ الرُّوْيَةِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَرْبُو عَلَى صَرِيحِ الرِّضَا وَيُبْطِلُهُ بَعْدَ الرُّوْيَةِ لَوْجُودِ ذَلَالَةِ الرِّضَا.

الشرح:

قَالَ (ثُمَّ خِيَارُ الرُّوْيَةِ غَيْرُ مُوقَّتٍ) قِيلَ خِيَارُ الرُّوْيَةِ يُوقَّتُ بِوَقْتِ إِمْكَانِ الْفَسْخِ بَعْدَ الرُّوْيَةِ، حَتَّى لَوْ وَقَعَ بَصَرُهُ عَلَيْهِ وَلَمْ يَفْسَخْ سَقَطَ حَقُّهُ لِأَنَّهُ خِيَارٌ تَعْلَقُ بِالْإِطْلَاعِ عَلَى حَالِ الْمَبِيعِ فَأَشْبَهَ الرَّدَّ بِالْعَيْبِ. وَالْأَصَحُّ عِنْدَنَا أَنَّهُ بَاقٍ مَا لَمْ يُوجَدْ مَا يُبْطِلُهُ لِأَنَّهُ ثَبَتَ حُكْمًا لِانْعِدَامِ الرِّضَا فَيَبْقَى إِلَى أَنْ يُوجَدْ مَا يُبْطِلُ عَدَمَ الرِّضَا، ثُمَّ مَا يُبْطِلُ خِيَارَ الشَّرْطِ مِنْ تَعْيِبٍ أَوْ تَصَرُّفٍ يُبْطِلُ خِيَارَ الرُّوْيَةِ.

وَلَمْ يَذْكُرْ مَا يُبْطِلُ خِيَارَ الشَّرْطِ فِي بَابِهِ. وَالضَّابِطُ فِي ذَلِكَ أَنَّ الْمُشْتَرِيَ بِالْخِيَارِ إِذَا فَعَلَ فِي الْمَبِيعِ مَا يُمْتَحَنُ بِهِ مَرَّةً وَيَحِلُّ فِي غَيْرِ الْمَلِكِ بِحَالٍ لَا يَكُونُ ذَلِكَ دَلِيلَ الْاِخْتِيَارِ، وَإِلَّا لَبَطَلَتْ فَائِدَةُ الْخِيَارِ لِأَنَّهَا إِمْكَانُ الرَّدِّ عِنْدَ عَدَمِ الْمُوَافَقَةِ بَعْدَ الْامْتِحَانِ، فَإِنَّ لَزِمَهُ الْبَيْعُ بِفِعْلٍ مَا يُمْتَحَنُ بِهِ أَوَّلَ مَرَّةٍ فَاتَتْ فَائِدَةُ الْخِيَارِ. وَيُعْلَمُ مِنْ هَذَا أَنَّهُ إِذَا فَعَلَ مَا لَا يُمْتَحَنُ بِهِ أَوْ يُمْتَحَنُ بِهِ لَكِنَّهُ لَا يَحِلُّ فِي غَيْرِ الْمَلِكِ بِحَالٍ أَوْ يُمْتَحَنُ بِهِ وَيَحِلُّ فِي غَيْرِ الْمَلِكِ لَكِنْ فَعَلَهُ مَرَّةً ثَانِيَةً كَانَ دَلِيلَ الْاِخْتِيَارِ، فَعَلَى هَذَا إِذَا اشْتَرَى جَارِيَةً لِلْخِدْمَةِ بِالْخِيَارِ فَاسْتَخْدَمَهَا مَرَّةً لَمْ يُبْطِلْ خِيَارَهُ لِأَنَّهُ مِمَّا يُمْتَحَنُ بِهِ وَيَحِلُّ فِي غَيْرِ الْمَلِكِ فِي الْجُمْلَةِ، فَلَوْ اسْتَخْدَمَهَا مَرَّةً ثَانِيَةً فِي ذَلِكَ النَّوعِ مِنَ الْخِدْمَةِ كَانَ اخْتِيَارًا لِلْمَلِكِ لَعَدَمِ الْحَاجَةِ إِلَيْهَا وَلِحُصُولِ الْامْتِحَانِ بِالْأَوَّلَى، وَلَوْ وَطَّئَهَا بَطَلْ خِيَارُهُ لِأَنَّهُ وَإِنْ كَانَ مِمَّا يُمْتَحَنُ بِهِ لِأَنَّ صَلَاحَهَا لِلوْطْءِ قَدْ لَا يُعْلَمُ بِالنَّظَرِ، لَكِنْ لَا يَحِلُّ الْوْطْءُ فِي غَيْرِ الْمَلِكِ فَكَانَ اخْتِيَارًا لَهُ. قِيلَ: يُشْكَلُ عَلَى هَذَا الْكَلْمِ مَسْأَلَتَانِ: إِحْدَاهُمَا: أَنَّهُ لَوْ اشْتَرَى دَارًا لَمْ يَرَهَا فَبِيعَتْ بِجَنْبِهَا دَارًا فَأَخَذَهَا بِالشُّفْعَةِ لَمْ يُبْطِلْ خِيَارَ الرُّوْيَةِ فِي ظَاهِرِ الرُّوَايَةِ وَبَطَلْ خِيَارَ الشَّرْطِ. وَالثَّانِيَةُ إِذَا عَرَضَ الْمَبِيعَ بِشَرْطِ الْخِيَارِ عَلَى الْبَيْعِ بَطَلْ خِيَارَ الشَّرْطِ وَلَا يُبْطِلُ خِيَارَ الرُّوْيَةِ.

وَالْمَسْأَلَتَانِ فِي فِتَاوَى قَاضِي خَانَ. وَأُجِيبَ بَأَنَّ الْأَصْلَ فِيهِمَا هُوَ أَنَّ خِيَارَ الرُّوْيَةِ لَا يُبْطِلُ بَصَرِيحَ الرِّضَا قَبْلَ الرُّوْيَةِ لَمَّا ذَكَرْنَا فَلَا يُبْطِلُ بِدَلِيلِ الرِّضَا بِالطَّرِيقِ الْأَوَّلَى لِأَنَّهُ دُونُهُ. ثُمَّ الْأَخْذُ بِالشُّفْعَةِ وَالْعَرَضُ عَلَى الْبَيْعِ دَلِيلُ الرِّضَا فَلِذَلِكَ لَا يَعْمَلَانِ فِي إِبْطَالِ خِيَارِ الرُّوْيَةِ، وَفِيهِ نَظَرٌ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِدَافِعٍ. وَالْحَقُّ أَنَّ الْإِشْكَالَ لَيْسَ بِوَارِدٍ لِأَنَّهُ قَالَ: وَمَا يُبْطِلُ خِيَارَ الشَّرْطِ مِنْ تَعْيِبٍ أَوْ تَصَرُّفٍ يُبْطِلُ خِيَارَ الرُّوْيَةِ، وَهُوَ لَيْسَ بِكُلِّيٍّ مُطْلَقٍ بَلْ

مُقَيَّدٌ بِأَنْ يَكُونَ تَعْيِيًّا أَوْ تَصَرُّفًا: يَغْنِي فِي الْمَبِيعِ، وَالْأَخْذُ بِالشُّفْعَةِ وَالْعَرْضُ عَلَى الْبَيْعِ لَيْسَا مِنْهُمَا فَلَا يَكُونَانِ وَارِدَيْنِ. ثُمَّ التَّصَرُّفُ الَّذِي يُبْطِلُ خِيَارَ الرُّوْيَةِ عَلَى ضَرْبَيْنِ: تَصَرُّفٌ يُبْطِلُهُ قَبْلَ الرُّوْيَةِ وَبَعْدَهَا، وَتَصَرُّفٌ لَا يُبْطِلُهُ قَبْلَ الرُّوْيَةِ وَيُبْطِلُهُ بَعْدَهَا.

فَأَمَّا الْأَوَّلُ فَهُوَ الَّذِي لَا يُمَكِّنُ رَفْعُهُ كَالِإِعْتَاقِ وَالتَّذْبِيرِ، أَوْ الَّذِي يُوجِبُ حَقًّا لِلْغَيْرِ كَالْبَيْعِ الْمَطْلُوقِ عَنْ خِيَارِ الشَّرْطِ، وَالبَيْعِ بِخِيَارِ الشَّرْطِ لِلْمُشْتَرِي وَالرَّهْنِ وَالْإِجَارَةِ، وَهَذَا لِأَنَّ هَذَا التَّصَرُّفَ يَعْتَمِدُ الْمَلِكُ وَمِلْكُ الْمُتَصَرِّفِ فِي الْعَيْنِ قَائِمٌ فَصَادَفَ الْمَحَلَّ وَنَفَذَ وَبَعْدَ نَفْوْذِهِ لَا يَقْبَلُ الْفَسْخُ وَالرَّفْعُ فَتَعَذَّرَ الْفَسْخُ وَبَطَلَ الْخِيَارُ ضَرُورَةً، وَكَذَلِكَ تَعَلَّقَ حَقُّ الْغَيْرِ مَانِعٌ مِنَ الْفَسْخِ فَيُبْطِلُ الْخِيَارَ، حَتَّى لَوْ افْتَكَّ الرَّهْنُ أَوْ مَضَتْ مُدَّةُ الْإِجَارَةِ أَوْ رَدَّ الْمُشْتَرَى عَلَيْهِ بِخِيَارِ الشَّرْطِ ثُمَّ رَأَاهُ لَا يَكُونُ لَهُ الرَّدُّ. وَفِيهِ بَحْثٌ مِنْ وَجْهَيْنِ: أَحَدُهُمَا مَا قِيلَ إِنَّ بُطْلَانَ الْخِيَارِ قَبْلَ الرُّوْيَةِ مُخَالَفٌ لِحُكْمِ النَّصِّ الَّذِي رَوَيْنَاهُ. وَالثَّانِي أَنَّ هَذِهِ التَّصَرُّفَاتِ إِمَّا أَنْ تَكُونَ صَرِيحَ الرِّضَا أَوْ دَلَالَتُهُ، وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لَا يُبْطِلُ الْخِيَارَ قَبْلَ الرُّوْيَةِ فَكَيْفَ أُبْطِلَتْهُ؟ وَأَجِيبَ عَنْ الْأَوَّلِ بِأَنَّ ذَلِكَ فِيمَا أُمِكنَ الْعَمَلُ بِحُكْمِ النَّصِّ، وَهَذِهِ التَّصَرُّفَاتُ لَصُدُورِهَا عَنْ أَهْلِهَا مُضَافَةً إِلَى مَحَلِّهَا انْعَقَدَتْ صَحِيحَةً، وَبَعْدَ صِحَّتِهَا لَا يُمَكِّنُ رَفْعُهَا فَيَسْقُطُ الْخِيَارُ ضَرُورَةً.

وَعَنْ الثَّانِي بِأَنَّ دَلَالََةَ الرِّضَا لَا تَرْتَبُو عَلَى صَرِيحِهِ إِذَا لَمْ تَكُنْ مِنْ ضَرُورَاتِ صَرِيحٍ آخَرَ، وَهَاهُنَا هَذِهِ الدَّلَالَةُ مِنْ ضَرُورَةِ صِحَّةِ التَّصَرُّفَاتِ الْمَذْكُورَةِ وَالْقَوْلُ بِصِحَّتِهَا مَعَ انْتِفَاءِ اللَّازِمِ مُحَالٌ. وَأَمَّا الثَّانِي فَهُوَ الَّذِي لَا يُوجِبُ حَقًّا لِلْغَيْرِ كَالْبَيْعِ بِشَرْطِ الْخِيَارِ لِنَفْسِهِ وَالْمَسَاوِمَةِ وَالْهَبَةِ مِنْ غَيْرِ تَسْلِيمٍ لَا يُبْطِلُ الْخِيَارَ قَبْلَ الرُّوْيَةِ لِأَنَّهُ لَا يَرْتَبُو عَلَى صَرِيحِ الرِّضَا: أَيْ لَا يَزِيدُ عَلَيْهِ، وَصَرِيحُ الرِّضَا لَا يُبْطِلُهُ قَبْلَ الرُّوْيَةِ فَدَلَالَتُهُ أُولَى: يَعْنِي إِذَا لَمْ يَكُنْ مِنْ ضَرُورَاتِ الْغَيْرِ وَيُبْطِلُهُ بَعْدَهَا لَوْجُودِ الدَّلَالَةِ مَعَ عَدَمِ الْمَانِعِ

(قَالَ: وَمَنْ نَظَرَ إِلَى وَجْهِ الصَّبْرَةِ، أَوْ إِلَى ظَاهِرِ الثُّوبِ مَطْوِيًّا أَوْ إِلَى وَجْهِ الْجَارِيَةِ أَوْ إِلَى وَجْهِ الدَّابَّةِ وَكَفَلَهَا فَلَا خِيَارَ لَهُ) وَالْأَصْلُ فِي هَذَا أَنَّ رُويَةَ جَمِيعِ الْمَبِيعِ غَيْرُ مَشْرُوطٍ لَتَعَذُّرِهِ فَيَكْتَفِي بِرُويَةٍ مَا يَدُلُّ عَلَى الْعِلْمِ بِالْمَقْصُودِ. وَلَوْ دَخَلَ فِي الْبَيْعِ أَشْيَاءُ فَإِنْ كَانَ لَا تَتَفَاوَتْ أَحَادُهَا كَالْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ، وَعَلَامَتُهُ أَنْ يَعْرِضَ بِالنَّمُودَجِ يَكْتَفِي بِرُويَةٍ وَاحِدَةٍ مِنْهَا إِلَّا إِذَا كَانَ الْبَاقِي أَرَادَ مِمَّا رَأَى فَحِينَئِذٍ يَكُونُ لَهُ الْخِيَارُ. وَإِنْ كَانَ

تَتَفَاوَتْ أَحَادُهَا كَالثِّيَابِ وَالِدَوَابِّ لَا بُدَّ مِنْ رُؤْيَيْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهَا، وَالْجَوْزُ وَالْبَيْضُ مِنْ هَذَا الْقَبِيلِ فِيمَا ذَكَرَهُ الْكَرْخِيُّ، وَكَانَ يَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ مِثْلَ الْحِنْطَةِ وَالشَّعِيرِ لَكُونِهَا مُتَقَارِبَتَيْنِ إِذَا ثَبَتَ هَذَا فَنَقُولُ: النَّظَرُ إِلَى وَجْهِ الصُّبْرَةِ كَافٍ؛ لِأَنَّهُ يَعْرِفُ وَصْفَ الْبَقِيَّةِ؛ لِأَنَّهُ مَكِيلٌ يُعْرَضُ بِالنَّمُودَجِ، وَكَذَا النَّظَرُ إِلَى ظَاهِرِ الثُّوبِ مِمَّا يَعْلَمُ بِهِ الْبَقِيَّةُ إِلَّا إِذَا كَانَ فِي طَبَقِهِ مَا يَكُونُ مَقْصُودًا كَمَوْضِعِ الْعِلْمِ، وَالْوَجْهُ هُوَ الْمَقْصُودُ فِي الْإِدْمِي، وَهُوَ وَالْكَفْلُ فِي الدَّوَابِّ فَيُعْتَبَرُ رُؤْيَا الْمَقْصُودِ وَلَا يُعْتَبَرُ رُؤْيَا غَيْرِهِ. وَشَرَطَ بَعْضُهُمْ رُؤْيَا الْقَوَائِمِ. وَالْأَوَّلُ هُوَ الْمَرْوِيُّ عَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ. وَفِي شَاةِ اللَّحْمِ لَا بُدَّ مِنَ الْجَسِّ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ وَهُوَ اللَّحْمُ يَعْرِفُ بِهِ. وَفِي شَاةِ الْقَنْيَةِ لَا بُدَّ مِنْ رُؤْيَا الضَّرْعِ. وَفِيمَا يُطْعَمُ لَا بُدَّ مِنَ الدُّوقِ لِأَنَّ ذَلِكَ هُوَ الْمَعْرَفُ لِلْمَقْصُودِ.

الشرح:

(قَالَ وَمَنْ نَظَرَ إِلَى وَجْهِ الصُّبْرَةِ) اعْلَمْ أَنَّ الْمَبِيعَ إِمَّا أَنْ يَكُونَ شَيْئًا وَاحِدًا أَوْ أَشْيَاءَ مُتَعَدِّدَةً، وَالثَّانِي إِمَّا أَنْ يَكُونَ مُتَفَاوِتَ الْآحَادِ أَوْ لَا، فَذَلِكَ أَقْسَامُ ثَلَاثَةٌ، فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ فَلَيْسَ رُؤْيَا الْجَمِيعِ شَرَطًا لِبُطْلَانِ خِبَارِ الرُّؤْيَةِ، لِأَنَّ رُؤْيَا الْجَمِيعِ قَدْ تَكُونُ مُتَعَدِّدَةً كَمَا إِذَا كَانَ عَبْدًا أَوْ جَارِيَةً فَإِنَّ فِي رُؤْيَا جَمِيعِ بَدَنِيهِمَا رُؤْيَا عَوْرَتَيْهِمَا، وَذَلِكَ فِي الْعَبْدِ لَا يَجُوزُ أَصْلًا فُسِّخَ الْعَقْدُ أَوْ لَمْ يُفْسَخْ، وَفِي الْأَمَةِ لَوْ فُسِّخَ الْعَقْدُ بِخِيَارِ الرُّؤْيَةِ بَعْدَ رُؤْيَا عَوْرَتَيْهَا كَانَ النَّظَرُ فِي عَوْرَتَيْهَا وَاقِعًا فِي غَيْرِ الْمَلِكِ لِأَنَّ الْعَقْدَ ارْتَفَعَ بِالْفُسْخِ مِنْ أَصْلِهِ فَصَارَ كَأَنَّهُ لَمْ يَكُنْ فَكَانَ النَّظَرُ الْوَاقِعُ حَرَامًا، وَكَذَا إِذَا كَانَ الْمَبِيعُ ثَوْبًا مَطْوًيًا فَإِنَّ الْبَائِعَ يَتَضَرَّرُ بِانْكِسَارِ ثَوْبِهِ بِالطَّيِّ وَالنَّشْرِ فَيُكْتَفَى بِرُؤْيَا مَا يَدُلُّ عَلَى الْعِلْمِ بِالْمَقْصُودِ عَلَى حَسَبِ اخْتِلَافِ الْمَقَاصِدِ.

وَإِنْ كَانَ الثَّانِي كَالثِّيَابِ وَالِدَوَابِّ وَالْبَيْضِ وَالْجَوْزِ فِيمَا ذَكَرَهُ الْكَرْخِيُّ فَلَا بُدَّ مِنْ رُؤْيَا كُلِّ وَاحِدٍ، لِأَنَّ رُؤْيَا الْبَعْضِ لَا تُعَرِّفُ الْبَاقِي لَتَفَاوُتٍ فِي آحَادِهِ. وَإِنْ كَانَ الثَّلَاثُ كَالْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ وَالْعَدَدِيِّ الْمُتَقَارِبِ وَالْجَوْزِ وَالْبَيْضِ عَلَى مَا مَالَ إِلَيْهِ الْمُصَنِّفُ يُكْتَفَى بِرُؤْيَا وَاحِدٍ مِنْهُمَا، لِأَنَّ بِرُؤْيَا الْبَعْضِ يُعَرِّفُ الْبَاقِي لَعَدَمِ التَّفَاوُتِ، وَعِلَامَةُ عَدَمِ التَّفَاوُتِ أَنْ يُعْرَضَ بِالنَّمُودَجِ إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْبَاقِي أَرْدَأَ مِنْهَا، فَعَلَى هَذَا إِذَا نَظَرَ إِلَى وَجْهِ الصُّبْرَةِ بَطَلَ الْخِيَارُ لِأَنَّهُ يَعْرِفُ الْبَاقِي لِأَنَّهُ مَكِيلٌ يُعْرَضُ بِالنَّمُودَجِ وَالنَّظَرُ إِلَى ظَاهِرِ

الثَّوبِ مَطْوِيًّا مِمَّا يُعَرَّفُ الْبَقِيَّةَ إِلَّا أَنْ يَكُونَ فِي طَيِّهِ مَا كَانَ مَقْصُودًا كَمَوْضِعِ الْعِلْمِ وَإِذَا نَظَرَ إِلَى وَجْهِهِ الْأَدَمِيِّ بَطَلَ الْخِيَارُ لِأَنَّهُ هُوَ الْمَقْصُودُ بِهِ فِي الْعَبْدِ وَالْأَمَةِ وَسَائِرِ الْأَعْضَاءِ تَبَعًا لَهُ، أَلَا تَرَى أَنَّ تَفَاوُتَ الْقِيَمَةِ بِتَفَاوُتِ الْوَجْهِ مَعَ التَّسَاوِي فِي سَائِرِ الْأَعْضَاءِ، وَإِذَا نَظَرَ إِلَى الْوَجْهِ أَوْ الْكِفْلِ فِي الدَّابَّةِ بَطَلَ الْخِيَارُ لِأَنَّهُمَا مَقْصُودَانِ فِي الدَّوَابِّ.

هَذَا هُوَ الْمَرْوِيُّ عَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ. وَشَرَطَ بَعْضُهُمْ رُؤْيَا الْقَوَائِمِ لِأَنَّهَا مَقْصُودَةٌ فِي الدَّوَابِّ، فَإِنْ كَانَ الْمَكِيلُ وَالْمُوزُونُ وَالْعَدَدِيُّ الْمُتَقَارِبُ فِي وَعَاءَيْنِ فَرَأَاهَا فِي أَحَدِهِمَا فَإِنْ كَانَ مَا فِي الْآخَرِ مِثْلَ مَا رَأَى أَوْ فَوْقَهُ بَطَلَ الْخِيَارُ، وَإِنْ كَانَ دُونَهُ فَهُوَ عَلَى الْخِيَارِ، لَكِنْ إِذَا رَدَّ رَدَّ الْكُلِّ لَثَلَا تَتَفَرَّقُ الصَّفَقَةُ، وَإِذَا اشْتَرَى شَاءَ فِيمَا أَنْ تَكُونَ لِلْحِمِّ أَوْ لِلْقَنَبَةِ أَيْ الدَّرِّ وَالنَّسْلِ، فَفِي الْأَوَّلِ لَا بُدَّ مِنَ الْجَسِّ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ إِنَّمَا يُعَرَّفُ بِهِ، وَفِي الثَّانِي لَا بُدَّ مِنْ رُؤْيَا الضَّرْعِ، وَفِي الْمَطْعُومَاتِ لَا بُدَّ مِنَ الذَّوْقِ لِأَنَّهُ الْمَعْرُوفُ لِلْمَقْصُودِ.

(قَالَ وَإِنْ رَأَى صَحْنَ الدَّارِ فَلَا خِيَارَ لَهُ وَإِنْ لَمْ يُشَاهِدْ بَيُوتَهَا) وَكَذَلِكَ إِذَا رَأَى خَارِجَ الدَّارِ أَوْ رَأَى أَشْجَارَ الْبُسْتَانِ مِنْ خَارِجٍ. وَعِنْدَ زُهْرٍ لَا بُدَّ مِنْ دُخُولِ دَاخِلِ الْبُيُوتِ، وَالْأَصَحُّ أَنَّ جَوَابَ الْكِتَابِ عَلَى وَفَاقِ عَادَتِهِمْ فِي الْأُبْنِيَّةِ، فَإِنَّ دُورَهُمْ لَمْ تَكُنْ مُتَفَاوِتَةً يَوْمِيًّا، فَأَمَّا الْيَوْمُ فَلَا بُدَّ مِنَ الدُّخُولِ فِي دَاخِلِ الدَّارِ لِلتَّفَاوُتِ، وَالنَّظَرُ إِلَى الظَّاهِرِ لَا يُوقِعُ الْعِلْمَ بِالْدَاخِلِ.

الشرح:

(قَالَ: وَمَنْ رَأَى صَحْنَ الدَّارِ فَلَا خِيَارَ لَهُ) رُؤْيَا صَحْنِ الدَّارِ أَوْ خَارِجِهَا وَرُؤْيَا أَشْجَارِ الْبُسْتَانِ مِنْ خَارِجٍ تُسْقَطُ خِيَارُ الرُّؤْيَا.

لأنَّ كُلَّ جُزْءٍ مِنْ أَجْزَائِهَا مُتَعَدِّرُ الرُّؤْيَا كَمَا تَحْتَ السَّرْرِ وَيَنْ الْخِيَطَانِ مِنَ الْجَذُوعِ وَالْأَسْطُورَاتِ وَحَيْثُ سَقَطَ شَرَطُ رُؤْيَا الْكُلِّ فَأَقَمْنَا رُؤْيَا مَا هُوَ الْمَقْصُودُ مِنَ الدَّارِ مَقَامَ رُؤْيَا الْكُلِّ، فَإِذَا كَانَ فِي الدَّارِ بَيْتَانِ شَتَوِيَّانِ وَبَيْتَانِ صَيْفِيَّانِ يُشْتَرَطُ رُؤْيَا الْكُلِّ كَمَا يُشْتَرَطُ رُؤْيَا صَحْنِ الدَّارِ وَلَا يُشْتَرَطُ رُؤْيَا الْمَطْبَخِ وَالْمَزْبَلَةِ وَالْعُلُوِّ إِلَّا فِي بَلَدٍ يَكُونُ الْعُلُوُّ مَقْصُودًا كَمَا فِي سَمَرْقَنْدَ.

وَقَالَ زُفَرٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: وَهُوَ قَوْلُ ابْنِ أَبِي لَيْلَى: لَا بُدَّ مِنْ دُخُولِ دَاخِلِ الْبُيُوتِ وَالْأَصْحَحُ أَنَّ جَوَابَ الْكِتَابِ: أَيْ الْقُدُورِيِّ عَلَى وِفَاقِ عَادَتِهِمْ بِالْكُوفَةِ أَوْ بَعْدَادَ فِي الْأُبْنِيَّةِ، فَإِنَّهَا تَخْتَلِفُ بِالضِّيْقِ وَالسَّعَةِ، وَفِيمَا وَرَاءَ ذَلِكَ يَكُونُ كَصَفَقَةِ وَاحِدَةٍ، وَهَذَا يَصِيرُ مَعْلُومًا بِالنَّظَرِ إِلَى جُذْرَانِهَا مِنْ خَارِجٍ، فَأَمَّا الْيَوْمُ يُرِيدُ بِهِ دِيَارَهُمْ فَلَا بُدَّ مِنَ الدُّخُولِ فِي دَاخِلِ الدَّارِ لِلتَّمَاوُتِ فِي مَالِيَةِ الدُّورِ بِقِلَّةِ مَرَافِقِهَا وَكَثْرَتِهَا، فَالنَّظَرُ إِلَى الظَّاهِرِ لَا يُوقِعُ الْعِلْمَ بِالْبَاطِنِ وَهَذِهِ نُكْتَةُ زُفَرٍ.

قَالَ (وَنَظَرَ الْوَكِيلُ كَنَظَرَ الْمُشْتَرِي حَتَّى لَا يَرُدُّهُ إِلَّا مِنْ عَيْبٍ، وَلَا يَكُونُ نَظَرُ الرُّسُولِ كَنَظَرِ الْمُشْتَرِي، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَقَالَا: هُمَا سَوَاءٌ، وَلَهُ أَنْ يَرُدَّهُ) قَالَ مَعْنَاهُ الْوَكِيلُ بِالْقَبْضِ، فَأَمَّا الْوَكِيلُ بِالشَّرَاءِ فَرُؤْيِيَّتُهُ تُسْقِطُ الْخِيَارَ بِالْإِجْمَاعِ، لَهُمَا أَنَّهُ تَوَكَّلَ بِالْقَبْضِ دُونَ إِسْقَاطِ الْخِيَارِ فَلَا يَمْلِكُ مَا لَمْ يَتَوَكَّلْ بِهِ وَصَارَ كَخِيَارِ الْعَيْبِ وَالشَّرْطِ وَالْإِسْقَاطِ قَصْدًا. وَلَهُ أَنَّ الْقَبْضَ نَوْعَانِ: تَامٌّ وَهُوَ أَنْ يَقْبِضَهُ وَهُوَ يَرَاهُ. وَنَاقِصٌ، وَهُوَ أَنْ يَقْبِضَهُ مَسْتَوْرًا وَهَذَا؛ لِأَنَّهُ تَمَامُهُ بِتَمَامِ الصَّفَقَةِ وَلَا تَتِمُّ مَعَ بَقَاءِ خِيَارِ الرُّؤْيَةِ وَالْمَوْكَلُ مَلِكُهُ بِنَوْعِيهِ، فَكَذَا الْوَكِيلُ. وَمَتَى قَبِضَ الْمَوْكَلُ وَهُوَ يَرَاهُ سَقَطَ الْخِيَارُ فَكَذَا الْوَكِيلُ لِإِطْلَاقِ التَّوَكُّلِ. وَإِذَا قَبِضَهُ مَسْتَوْرًا انْتَهَى التَّوَكُّلُ بِالنَّاقِصِ مِنْهُ فَلَا يَمْلِكُ إِسْقَاطَهُ قَصْدًا بَعْدَ ذَلِكَ، بِخِلَافِ خِيَارِ الْعَيْبِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْنَعُ تَمَامَ الصَّفَقَةِ فَيَتِمُّ الْقَبْضُ مَعَ بَقَائِهِ، وَخِيَارُ الشَّرْطِ عَلَى هَذَا الْخِلَافِ. وَلَوْ سَلِمَ هَالِكُ الْمَوْكَلُ لَا يَمْلِكُ التَّامُّ مِنْهُ فَإِنَّهُ لَا يَسْقُطُ بِقَبْضِهِ؛ لِأَنَّهُ اخْتِيَارٌ وَهُوَ الْمَقْصُودُ بِالْخِيَارِ يَكُونُ بَعْدَهُ، فَكَذَا لَا يَمْلِكُهُ وَكِيلُهُ، وَبِخِلَافِ الرُّسُولِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ شَيْئًا وَإِنَّمَا إِلَيْهِ تَبْلِيغُ الرِّسَالَةِ وَهَذَا لَا يَمْلِكُ الْقَبْضَ، وَالتَّسْلِيمَ إِذَا كَانَ رَسُولًا فِي الْبَيْعِ.

الشرح:

قَالَ (وَنَظَرَ الْوَكِيلُ كَنَظَرَ الْمُشْتَرِي) قِيلَ صُورَةُ التَّوَكُّلِ أَنْ يَقُولَ الْمُشْتَرِي لغيرِهِ كُنْ وَكِيلًا عَنِّي فِي قَبْضِ الْمَبِيعِ أَوْ وَكَلْتُكَ بِذَلِكَ. وَصُورَةُ الْإِرْسَالِ أَنْ يَقُولَ كُنْ رَسُولًا عَنِّي أَوْ أَرْسَلْتُكَ أَوْ أَمَرْتُكَ بِقَبْضِهِ.

وَقِيلَ لَا فَرْقَ بَيْنَ الْوَكِيلِ وَالرُّسُولِ فِيمَا إِذَا قَالَ أَمَرْتُكَ بِقَبْضِهِ إِذَا نَظَرَ الْوَكِيلُ بِالْقَبْضِ إِلَى الْمَبِيعِ وَقَبْضُهُ يُسْقِطُ خِيَارَ الْمُشْتَرِي فَلَا يَرُدُّهُ إِلَّا بِعَيْبٍ عَلِمَهُ الْوَكِيلُ أَوْ لَمْ

يَعْلَمُ. وَقَالَ الْفَقِيه أَبُو جَعْفَرٍ: إِذَا كَانَ عَيِّبًا يَعْلَمُهُ الْوَكِيلُ يَجِبُ أَنْ يَنْطُلْ خِيَارُ الْعَيْبِ بِالْقَبْضِ إِلَيْهِ، فَإِذَا نَظَرَ الرَّسُولُ وَقَبَضَهُ لَا يَسْقُطُ خِيَارُ الْمُشْتَرِي فَلَهُ أَنْ يَرُدَّهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: نَظَرُ الرَّسُولِ لَا يَسْقُطُ بِالِاتِّفَاقِ، وَنَظَرُ الْوَكِيلِ كَنَظَرِهِ فَهُمَا سَوَاءٌ فِي عَدَمِ سَقُوطِ خِيَارِ الْمُشْتَرِي وَلَهُ أَنْ يَرُدَّهُ وَلَمَّا كَانَتْ رَوَايَةُ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ مُطْلَقَةً فِي الْوَكِيلِ وَالْوَكِيلُ بِالشِّرَاءِ لَيْسَ حُكْمُهُ كَذَلِكَ فَسَرَّ الْمُصَنِّفُ بِقَوْلِهِ مَعْنَاهُ الْوَكِيلُ بِالْقَبْضِ. فَأَمَّا الْوَكِيلُ بِالشِّرَاءِ فَرُؤْيِيَّتُهُ تُسْقِطُ الْخِيَارَ بِالِاجْتِمَاعِ لِأَنَّ حُقُوقَ الْعَقْدِ تَرْجِعُ إِلَيْهِ (هُمَا أَنَّهُ تَوَكَّلَ) أَيْ قَبْلَ الْوَكَالَةِ (بِالْقَبْضِ دُونَ إِسْقَاطِ الْخِيَارِ) وَمَا لَمْ يَتَوَكَّلْ بِهِ لَا يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ فِيهِ وَكَالَةً (فَلَا يَمْلِكُ) إِسْقَاطَ الْخِيَارِ لِأَنَّهُ تَصَرَّفَ فِيهَا لَمْ يَتَوَكَّلْ بِهِ فَصَارَ كَمَنْ اشْتَرَى شَيْئًا ثُمَّ وَكَّلَ وَكَيْلًا بِقَبْضِهِ فَقَبَضَ الْوَكِيلُ مَعِيًّا رَأْيًا عَيْنِي لَمْ يَسْقُطْ خِيَارُ الْعَيْبِ لِلْمُوَكَّلِ، وَكَمَنْ اشْتَرَى بِخِيَارِ الشَّرْطِ وَوَكَّلَ بِقَبْضِهِ فَقَبَضَهُ لَمْ يَسْقُطْ خِيَارُ الشَّرْطِ لِلْمُوَكَّلِ، وَكَمَا إِذَا وَكَّلَ بِقَبْضِ الْمَبِيعِ فَقَبَضَهُ مُسْتَوْرًا ثُمَّ رَأَاهُ الْوَكِيلُ فَأَسْقَطَ الْخِيَارَ قَصْدًا لَا يَسْقُطُ خِيَارُ الْمُوَكَّلِ. وَذَلِيلُ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ مَبْنِيٌّ عَلَى مُقَدِّمَةِ هِيَ (أَنَّ الْقَبْضَ عَلَى تَوْعِينٍ: تَأْمٌ وَهُوَ أَنْ يَقْبِضَهُ وَهُوَ يَرَاهُ، وَنَاقِصٌ وَهُوَ أَنْ يَقْبِضَهُ وَهُوَ مُسْتَوْرٌ) (قَوْلُهُ وَهَذَا) إِشَارَةٌ إِلَى تَنَوُّعِهِ بِالتَّوَعِينِ، وَبَيَانُهُ (أَنَّ تَمَامَ الْقَبْضِ بِتَمَامِ الصَّفَقَةِ وَلَا تَتِمُّ) الصَّفَقَةُ (مَعَ بَقَاءِ خِيَارِ الرُّؤْيَةِ) لِأَنَّ تَمَامَهَا تَنْهَايَهَا فِي الزُّرُومِ بِحَيْثُ لَا يَرْتَدُّ إِلَّا بِرِضَاهُ أَوْ قَضَاءٍ، وَخِيَارُ الرُّؤْيَةِ وَالشَّرْطِ يَمْنَعَانِ عَنْ ذَلِكَ، وَإِذَا ظَهَرَ هَذَا قُلْنَا: الْمُوَكَّلُ مَلِكُ الْقَبْضِ بِتَوْعِينِهِ، وَكُلُّ مَنْ مَلَكَهُ بِتَوْعِينِهِ مَلَكَهُ وَكَيْلُهُ كَذَلِكَ عِنْدَ إِطْلَاقِ التَّوَكِيلِ عَمَلًا بِإِطْلَاقِهِ. فَإِنْ قِيلَ: لَا تُسَلِّمُ ذَلِكَ فَإِنَّ الْوَكِيلَ إِذَا قَبَضَهُ قَبْضًا نَاقِصًا ثُمَّ رَأَاهُ أَسْقَطَ الْخِيَارَ قَصْدًا لَمْ يَسْقُطْ وَالْمُوَكَّلُ لَوْ فَعَلَ ذَلِكَ يَسْقُطُ الْخِيَارُ فَلَيْسَ الْوَكِيلُ كَالْمُوَكَّلِ فِي الْقَبْضِ النَّاقِصِ لَا مَحَالَةَ.

أَجَابَ الْمُصَنِّفُ رَحِمَهُ اللَّهُ بِأَنَّ الْوَكِيلَ إِذَا قَبَضَهُ مُسْتَوْرًا انْتَهَى التَّوَكِيلُ بِالْقَبْضِ النَّاقِصِ فَبَقِيَ أَجْنَبِيًّا فَلَا يَمْلِكُ إِسْقَاطَهُ، وَفِي هَذَا الْجَوَابِ تَعَرُّضٌ إِلَى رَدِّ قِيَاسِهِمَا عَلَى الْإِسْقَاطِ الْقَصْدِيِّ، وَإِلَى رَدِّ قَوْلِهِمَا دُونَ إِسْقَاطِ الْخِيَارِ. وَتَقْرِيرُهُ أَنَّهُ لَمْ يَتَوَكَّلْ بِإِسْقَاطِ الْخِيَارِ قَصْدًا أَوْ ضَمِنًا وَالْأَوَّلُ مُسَلَّمٌ، وَلَكِنَّ إِسْقَاطَ الْخِيَارِ فِي الْقَبْضِ التَّامِّ يَثْبُتُ لِلْوَكِيلِ فِي ضَمْنِ التَّوَكَّلِ بِهِ وَهُوَ الْقَبْضُ حَتَّى لَوْ رَأَى قَبْلَ الْقَبْضِ لَمْ يَسْقُطْ بِهِ الْخِيَارُ، بِخِلَافِ

الموكل، وكم من شيء يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا. والثاني ممنوع فإن من توكل بشيء توكل بما يثمه لأن ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب وقوله (بخلاف خيار العيب) جواب عن قولهما فصار كخيار العيب فإنه لا يمنع تمام الصفقة حيث لا يرتد به إلا برضا أو قضاء، وما لم يمنع تمام الصفقة لا يمنع تمام القبض ولهذا ملك رد المبيع خاصة بعد القبض، ولم يجعل تفرقا للصفقة لأن تفرق الصفقة قبل تمامها ممنوع، ولما لم يمنع هاهنا دل أنها كانت تامة، وهو من موصحات ذلك أن خيار العيب لثبوت حق المطالبة بالجزء الفائت وذلك للموكل ولم يصدر التوكيل بالقبض لإسقاطه ولا يستلزمه فلا يملكه الوكيل.

وخيار الشرط لا يصلح مقيسا عليه لأنه على هذا الخلاف ذكر القدوري أن من اشترى شيئا على أنه بالخيار فوكل وكلا بقبضه بعدما رآه فهو على هذا الخلاف، ولو سلم بقاء الخيار فالموكل لا يملك القبض التام لأن تمامه بتمام الصفقة ولا تتم الصفقة مع بقاء خيار الشرط، والخيار لا يسقط بقبضه لأن الاختيار وهو المقصود بالخيار لا يكون إلا بعد القبض فكذا وكيله، وقيد بالتام لأن الموكل يملك التاقص فإن القبض مع بقاء الخيار ناقص كما أنه قبل الرؤية ناقص، والرسل ليس كالوكيل فإن إتمام ما أرسل به ليس إليه وإنما إليه تبليغ الرسالة كالرسل بالعقد فإنه لا يملك القبض والتسليم.

قال (وبيع الأعمى وشراؤه جائز وله الخيار إذا اشترى) لأنه اشترى ما لم يره وقد قررناه من قبل (ثم يسقط خياره بجسه المبيع إذا كان يعرف بالجس، ويشمه إذا كان يعرف بالشم، ويذوقه إذا كان يعرف بالذوق) كما في البصير (ولا يسقط خياره في العقار حتى يوصف له) لأن الوصف يقام مقام الرؤية كما في السلم. وعن أبي يوسف رحمه الله أنه إذا وقف في مكان لو كان بصيرا لراه وقال: قد رضيت سقط خياره، لأن التشبه يقام مقام الحقيقة في موضع العجز كتحرير الشفتين يقام مقام القراءة في حق الأخرس في الصلاة، وأجراء موسى مقام الحلق في حق من لا شعر له في الحج. وقال الحسن: يوكل وكيله بقبضه وهو يراه وهذا أشبه بقول أبي حنيفة لأن رؤية الوكيل كروية الموكل على ما مر آنفا.

الشرح:

قَالَ (وَيَبِيعُ الْأَعْمَى وَشِرَاؤُهُ جَائِزٌ) يَبِيعُ الْأَعْمَى وَشِرَاؤُهُ جَائِزٌ عِنْدَنَا (وَلَهُ الْخِيَارُ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: إِنْ كَانَ بَصِيرًا فَعَمِي فَكَذَا الْجَوَابُ، وَإِنْ كَانَ أَكْمَهُ فَلَا يَجُوزُ يَبِيعُهُ وَلَا شِرَاؤُهُ أَصْلًا لِأَنَّهُ لَا عِلْمَ لَهُ بِالْأَلْوَانِ وَالصِّفَاتِ، وَهُوَ مُحْجُوجٌ بِمُعَامَلَةِ النَّاسِ الْعُمَيَّانِ مِنْ غَيْرِ نَكِيرٍ، وَبِأَنَّ مِنْ أَصْلِهِ أَنَّ مَنْ لَا يَمْلِكُ الشِّرَاءَ بِنَفْسِهِ لَا يَمْلِكُ الْأَمْرَ بِهِ لغيرِهِ، فَإِذَا احتَاجَ الْأَعْمَى إِلَى مَا يَأْكُلُ وَلَا يَتِمَكَّنُ مِنْ شِرَاءِ الْمَأْكُولِ وَلَا التَّوَكُّلِ بِهِ مَاتَ جُوعًا وَفِيهِ مِنَ الْقُبْحِ مَا لَا يَخْفَى.

وَلَنَا (أَنَّهُ اشْتَرَى مَا لَمْ يَرَهُ، وَمَنْ اشْتَرَى شَيْئًا لَمْ يَرَهُ فَلَهُ الْخِيَارُ بِالْحَدِيثِ وَقَدْ قَرَّرْنَاهُ مِنْ قَبْلُ) وَفِيهِ نَظَرٌ لِأَنَّ قَوْلَهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ " لَمْ يَرَهُ سَلْبٌ " وَهُوَ يَقْتَضِي تَصَوُّرَ الْإِجْبَابِ وَهُوَ إِنَّمَا يَكُونُ فِي الْبَصِيرِ، وَالْأَوَّلَى أَنْ يُسْتَدَلَّ عَلَى ذَلِكَ بِمَا ذَكَرْنَا مِنْ مُعَامَلَةِ النَّاسِ الْعُمَيَّانِ مِنْ غَيْرِ نَكِيرٍ فَإِنَّ ذَلِكَ أَصْلٌ فِي الشَّرْعِ بِمَنْزِلَةِ الْإِجْمَاعِ، وَيَسْقُطُ خِيَارُهُ بِمُبَاشَرَةٍ مَا هُوَ سَبَبُ الْعِلْمِ بِالْمَقْصُودِ، فَإِنْ كَانَ الْمَبِيعُ مِمَّا يُعْلَمُ بِمَسِّهِ فَخِيَارُهُ يَسْقُطُ بِجَسِّهِ، وَإِنْ كَانَ مِمَّا يُعْلَمُ بِالنَّمِّ فَبِشْمِهِ وَبَذَوْفِهِ فِي الْمَذْوَقاتِ. وَأَمَّا إِذَا كَانَ شَجَرًا أَوْ ثَمَرًا عَلَى شَجَرٍ أَوْ عَقَارًا فَإِنَّ خِيَارَهُ لَا يَسْقُطُ حَتَّى يُوصَفَ لَهُ لِأَنَّ الْوَصْفَ يُقَامُ مَقَامَ الرُّؤْيَةِ كَمَا فِي السَّلَامِ.

وَقَالَ بَعْضُ أَئِمَّةِ بَلْخِي: يَمَسُّ الْحَائِطَ وَالْأَشْجَارَ، فَإِذَا بَاشَرَ بِسَبَبِ الْعِلْمِ أَوْ وَصِفَ لَهُ أَوْ وَصِفَ وَمَسَّ وَقَالَ رَضِيَتْ سَقَطَ الْخِيَارُ. وَرَوَى عَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ إِذَا وَقَفَ فِي مَكَانٍ لَوْ كَانَ الْوَاقِفُ بَصِيرًا لَرَأَهُ وَقَدْ قَالَ رَضِيَتْ سَقَطَ خِيَارُهُ، لِأَنَّ التَّشْبِيهَ يَقُومُ مَقَامَ الْحَقِيقَةِ فِي مَوْضِعِ الْعَجْزِ كَتَحْرِيكِ الشَّفَتَيْنِ وَإِجْرَاءِ الْمَوْسَى فِي حَقِّ الْآدَمِيِّ وَالْأَصْلَحُ، وَإِطْلَاقُ الرُّوَايَةِ يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ يَقُولُ بِذَلِكَ مِنْ غَيْرِ اشْتِرَاطِ الْوَصْفِ.

قَالَ مُحَمَّدٌ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ: قَالَ أَبُو يُوسُفَ فِي الْأَعْمَى: يَشْتَرِي الشَّيْءَ لَمْ يَرَهُ فَيَقُولُ قَدْ رَضِيَتْ قَالَ: لَهُ أَنْ يَرُدَّهُ، وَإِنْ كَانَ فِي مَكَانٍ لَوْ كَانَ بَصِيرًا لَرَأَهُ ثُمَّ قَالَ قَدْ رَضِيَتْهُ لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَرُدَّهُ. وَقَالَ الْفَقِيهُ: قَالَ بَعْضُهُمْ: يُوقَفُ فِي مَكَانٍ لَوْ كَانَ بَصِيرًا لَرَأَهُ وَمَعَ ذَلِكَ يُوصَفُ لَهُ، وَهَذَا أَحْسَنُ الْأَقْوَالِ، قَالَ: وَبِهِ نَأْخُذُ. وَقَالَ الْحَسَنُ: يُوَكَّلُ وَكِيلًا يَقْبِضُهُ وَهُوَ يَرَاهُ.

وَهَذَا أَشْبَهُ بِقَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ، لِأَنَّ رُؤْيَةَ الْوَكِيلِ بِالْقَبْضِ كَرُؤْيَةِ الْمُوَكَّلِ كَمَا تَقَدَّمَ. وَلَوْ وَصِفَ لَهُ فَقَالَ رَضِيتُ ثُمَّ أَبْصَرَ فَلَا خِيَارَ لَهُ لِأَنَّ الْعَقْدَ قَدْ تَمَّ وَسَقَطَ الْخِيَارُ فَلَا يَعُودُ. وَلَوْ اشْتَرَى بِصِيرًا ثُمَّ عَمِيَ انْتَقَلَ الْخِيَارُ إِلَى الصَّفَةِ لِأَنَّ النَّاقِلَ لِلْخِيَارِ مِنَ النَّظَرِ إِلَى صِفَةِ الْعَجْزِ، وَقَدْ اسْتَوَى فِي ذَلِكَ كَوْنُهُ أَعْمَى وَقْتَ الْعَقْدِ وَصَيْرُورَتُهُ أَعْمَى بَعْدَ الْعَقْدِ قَبْلَ الرُّؤْيَةِ.

قَالَ (وَمَنْ رَأَى أَحَدَ الثَّوَيْنِ فَاشْتَرَاهُمَا ثُمَّ رَأَى الْآخَرَ جَازَ لَهُ أَنْ يَرُدَّهُمَا) لِأَنَّ رُؤْيَةَ أَحَدِهِمَا لَا تَكُونُ رُؤْيَةَ الْآخَرِ لِلتَّفَاوُتِ فِي الثِّيَابِ فَبَقِيَ الْخِيَارُ فِيهِمَا لَمْ يَرَهُ، ثُمَّ لَا يَرُدُّهُ وَحْدَهُ بَلْ يَرُدُّهُمَا كَيْ لَا يَكُونَ تَفْرِيقًا لِلصَّفَقَةِ قَبْلَ التَّمَامِ، وَهَذَا؛ لِأَنَّ الصَّفَقَةَ لَا تَتِمُّ مَعَ خِيَارِ الرُّؤْيَةِ قَبْلَ الْقَبْضِ وَبَعْدَهُ، وَلِهَذَا يَتِمَكَّنُ مِنَ الرَّدِّ بِغَيْرِ قَضَاءٍ وَلَا رِضَا وَيَكُونُ فُسْخًا مِنَ الْأَصْلِ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ رَأَى أَحَدَ الثَّوَيْنِ فَاشْتَرَاهُمَا) قَدْ تَقَدَّمَ أَنَّ فِي الْجَمْعِ بَيْنَ الْأَشْيَاءِ الْمُتَّفَاوِتَةِ الْآحَادِ فِي الْبَيْعِ رُؤْيَةً بَعْضُهَا لَا يُعْرِفُ الْبَاقِيَ بَلْ لَا بُدَّ مِنْ رُؤْيَةِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهَا، وَعَلَى هَذَا إِذَا رَأَى أَحَدَ الثَّوَيْنِ فَاشْتَرَاهُمَا ثُمَّ رَأَى الْآخَرَ فَلَهُ الْخِيَارُ، لَكِنْ لَا يَرُدُّ الَّذِي رَأَاهُ وَحْدَهُ، بَلْ يَرُدُّهُمَا إِنْ شَاءَ كَيْ لَا يَلْزَمَ تَفْرِيقُ الصَّفَقَةِ قَبْلَ التَّمَامِ، وَقَدْ تَقَدَّمَ لَنَا مَعْنَى تَمَامِ الصَّفَقَةِ، وَأَنَّهَا لَا تَتِمُّ مَعَ خِيَارِ الرُّؤْيَةِ قَبْلَ الْقَبْضِ وَبَعْدَهُ، وَلَكُونِهَا غَيْرَ تَامَةٍ يَتِمَكَّنُ الْمُشْتَرِي مِنَ الرَّدِّ بِغَيْرِ قَضَاءٍ وَلَا رِضَا فَيَكُونُ الرَّدُّ فُسْخًا مِنَ الْأَصْلِ لِعَدَمِ الْعِلْمِ بِصِفَاتِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ.

فَإِنَّ تَفْرِيقَ الصَّفَقَةِ مِنْهُيٌّ عَنْهُ لَمَّا جَاءَ فِي الْحَدِيثِ «نَهَى النَّبِيُّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ عَنْ تَفْرِيقِ الصَّفَقَةِ» قِيلَ: تَفْرِيقُ الصَّفَقَةِ مِنْهُيٌّ عَنْهُ وَهُوَ يَقْتَضِي رَدَّهُمَا جَمِيعًا إِنْ شَاءَ، وَقَوْلُهُ ﷺ «مَنْ اشْتَرَى شَيْئًا لَمْ يَرَهُ» الْحَدِيثُ يُدَلُّ عَلَى أَنَّ لَهُ أَنْ يَرُدَّ الَّذِي لَمْ يَرَهُ وَحْدَهُ، فَمَا وَجْهُ تَرْجِيحِ حَدِيثِ التَّهْنِي عَلَى الْمُجِيزِ؟ وَأُجِيبَ بِأَنَّ مُوَجِبَ النَّهْيِ مُطَرِّدٌ فِي جَمِيعِ صُورِهِ، وَمُوجِبُ الْمُجِيزِ لَيْسَ كَذَلِكَ فَإِنَّهُ لَا يَمْلِكُ الرَّدَّ إِذَا تَعَيَّبَ أَوْ أَعْتَقَ أَحَدَ الْعَبْدَيْنِ أَوْ دَبْرَهُ وَالْمُطَرِّدُ رَاجِحٌ وَبِأَنَّهُ مُحَرَّمٌ وَالْمُحَرَّمُ رَاجِحٌ عَلَى الْمُبِيحِ، أَوْ لِأَنَّهُ مُتَأَخَّرٌ عَنِ الْمُبِيحِ لِثَلَا يَلْزَمُ تَكْرِيرُ النَّسْخِ وَبِأَنَّ الرَّدَّ كَمَا كَانَ غَيْرَ مُمَكِّنٍ؛ لِأَنَّ رَدَّ

أَحَدِ الثَّوَيْنِ لَا يَكُونُ رَدًّا لِأَنَّهُ اشْتَرَى ثَوَيْنِ لَا أَحَدَهُمَا، وَالرَّدُّ إِنَّمَا يَصِحُّ أَنْ لَوْ كَانَ ذَلِكَ الْمَرْدُودُ عَلَى الْحَالَةِ الْأُولَى قَبْلَ التَّهْيِ عَنْ تَفْرِيقِهَا مُطْلَقًا، وَقَدْ قِيدْتُمْ بِمَا قَبْلَ التَّمَامِ فَيَكُونُ مَتْرُوكَ الظَّاهِرِ، وَمِثْلُهُ مَرْجُوحٌ. وَالْجَوَابُ أَنَّ التَّهْيَ إِنَّمَا هُوَ عَنْ التَّفْرِيقِ وَالتَّقْيِيدِ بِمَا قَبْلَ التَّمَامِ بِالْقِيَاسِ عَلَى ابْتِدَاءِ الصَّفَقَةِ، فَإِنَّهُ إِذَا أَوْجَبَ الْبَيْعُ فِي شَيْئَيْنِ لَا يَمْلِكُ الْمُشْتَرِي الْقَبُولَ فِي أَحَدِهِمَا لَمَّا فِيهِ مِنَ الْإِضْرَارِ بِالْبَائِعِ لِحَرَيَانِ الْعَادَةِ فِيمَا بَيْنَ النَّاسِ بِضَمِّ الرَّدِيِّ إِلَى الْجَيِّدِ تَرْوِيحًا لَهُ بِالْجَيِّدِ، فَإِذَا عَلِمَ أَنَّ الْمَانِعَ مِنْ رَدِّ أَحَدِهِمَا تَفْرِيقُ الصَّفَقَةِ قَبْلَ التَّمَامِ يَنْدَفِعُ مَا اسْتَشْكَلَ بِالِاسْتِحْقَاقِ، فَإِنْ مَنْ اشْتَرَى ثَوَيْنِ فَاسْتَحَقَّ أَحَدُهُمَا لَا يَرُدُّ الْبَاقِي، وَفِيمَا نَحْنُ فِيهِ إِذَا رَدَّ أَحَدُهُمَا فَلَا بُدَّ مِنْ رَدِّ الْآخَرِ أَيْضًا لِأَنَّ فِيمَا نَحْنُ فِيهِ رَدَّ أَحَدِهِمَا يُوجِبُ تَفْرِيقَ الصَّفَقَةِ قَبْلَ التَّمَامِ لِأَنَّهَا لَا تَتِمُّ مَعَ بَقَاءِ خِيَارِ الرُّوْيَةِ.

وَفِي فَصْلِ الْاسْتِحْقَاقِ لَمْ تَتَفَرَّقْ عَلَى الْمُشْتَرِي قَبْلَ التَّمَامِ بَلْ تَمَّتْ فِيمَا كَانَ مِلْكُ الْبَائِعِ غَيْرَ مَعِيبٍ بِعَيْبِ الشَّرِكَةِ، حَتَّى لَوْ كَانَ الْمَبِيعُ عَبْدًا وَاحِدًا فَاسْتَحَقَّ بَعْضُهُ كَانَ لَهُ رَدُّ الْبَاقِي كَمَا فِي خِيَارِ الرُّوْيَةِ وَالشَّرْطِ لِأَنَّ الشَّرِكَةَ فِي الْأَعْيَانِ الْمُجْتَمِعَةِ عَيْبٌ وَالْمُشْتَرِي لَمْ يَرْضَ بِهِ، لَكِنْ فِي صُورَةِ الْاسْتِحْقَاقِ لَهُ وَلَايَةُ رَدِّ الْبَاقِي لَدَفْعِ ضَرَرٍ يَلْزَمُ الْمُشْتَرِي، فَإِنْ شَاءَ رَضِيَ وَإِنْ شَاءَ رَدَّ. وَفِي خِيَارِ الرُّوْيَةِ عَلَيْهِ رَدُّ الْآخَرِ لَدَفْعِ ضَرَرٍ يَلْزَمُ الْبَائِعَ.

وَمَنْ مَاتَ وَلَهُ خِيَارُ الرُّوْيَةِ بَطَلَ خِيَارُهُ لِأَنَّهُ لَا يَجْرِي فِيهِ الْإِرْثُ عِنْدَنَا، وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ فِي خِيَارِ الشَّرْطِ (وَمَنْ رَأَى شَيْئًا ثُمَّ اشْتَرَاهُ بَعْدَ مُدَّةٍ، فَإِنْ كَانَ عَلَى الصَّفَقَةِ الَّتِي رَأَاهُ فَلَا خِيَارَ لَهُ) لِأَنَّ الْعِلْمَ بِأَوْصَافِهِ حَاصِلٌ لَهُ بِالرُّوْيَةِ السَّابِقَةِ، وَبِفَوَاتِهِ يَثْبُتُ الْخِيَارُ إِلَّا إِذَا كَانَ لَا يَعْلَمُهُ مَرِيئُهُ لَعَدَمِ الرِّضَا بِهِ (وَإِنْ وَجَدَهُ مُتَغَيِّرًا فَلَهُ الْخِيَارُ) لِأَنَّ تِلْكَ الرُّوْيَةَ لَمْ تَقَعْ مُعْلَمَةً بِأَوْصَافِهِ فَكَأَنَّهُ لَمْ يَرَهُ، وَإِنْ اخْتَلَفَا فِي التَّغْيِيرِ فَالْقَوْلُ لِلْبَائِعِ لِأَنَّ التَّغْيِيرَ حَادِثٌ وَسَبَبُ الزُّوْمِ ظَاهِرٌ، إِلَّا إِذَا بَعْدَتْ الْمُدَّةُ عَلَى مَا قَالُوا لِأَنَّ الظَّاهَرَ شَاهِدٌ لِلْمُشْتَرِي، بِخِلَافِ مَا إِذَا اخْتَلَفَا فِي الرُّوْيَةِ لِأَنَّهَا أَمْرٌ حَادِثٌ وَالْمُشْتَرِي يُنْكِرُهُ فَيَكُونُ الْقَوْلُ قَوْلَهُ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ مَاتَ وَلَهُ خِيَارُ الرُّوْيَةِ بَطَلَ خِيَارُهُ) قَدْ تَقَدَّمَ أَنَّ خِيَارَ الشَّرْطِ لَا يَقْبَلُ الْإِنْتِقَالَ لِأَنَّهُ مَشِئَةٌ، وَهُوَ عَرَضٌ وَالْعَرَضُ لَا يَنْتَقِلُ وَالْإِرْثُ فِيمَا يَنْتَقِلُ، فَكَذَا خِيَارُ

الرؤية، وَقَدْ ذَكَرْنَا الْبَحْثَ فِي خِيَارِ الشَّرْطِ مُسْتَوْفَى فَلَا يُحْتَاجُ إِلَى إِعَادَتِهِ.
 قَالَ (وَمَنْ رَأَى شَيْئًا ثُمَّ اشْتَرَاهُ بَعْدَ مُدَّةٍ، فَإِنْ كَانَ عَلَى تِلْكَ الصِّفَةِ الَّتِي رَأَاهُ
 عَلَيْهَا سَقَطَ الْخِيَارُ لِأَنَّ الْعِلْمَ بِأَوْصَافِهِ حَاصِلٌ لَهُ بِتِلْكَ الرُّؤْيَا السَّابِقَةِ، وَبِفَوَاتِ الْعِلْمِ
 بِالْأَوْصَافِ يَثْبُتُ الْخِيَارُ، فَيَنْبَغِي الْعِلْمُ بِالْأَوْصَافِ وَثُبُوتُ الْخِيَارِ مُنَافَاةٌ، وَيَثْبُتُ أَحَدُ
 الْمُتَنَافِيَيْنِ وَهُوَ الْعِلْمُ بِالْأَوْصَافِ بِتِلْكَ الرُّؤْيَا فَيَنْتَفِي الْآخَرُ وَهُوَ ثُبُوتُ الْخِيَارِ إِلَّا إِذَا كَانَ
 لَا يَعْلَمُ أَنَّهُ هُوَ الَّذِي رَأَاهُ كَمَا إِذَا اشْتَرَى ثَوْبًا مَلْفُوفًا كَانَ رَأَاهُ مِنْ قَبْلُ، وَهُوَ لَا يَعْلَمُ
 أَنَّ الْمُشْتَرِي ذَلِكَ الْمَرْثِي فَإِنَّ لَهُ الْخِيَارَ حِينَئِذٍ لِعَدَمِ الرِّضَا بِهِ، وَإِنَّمَا اسْتَنْتَى هَذِهِ الصُّورَةَ
 لِدَفْعِ مَا عَسَى أَنْ يُتَوَهَّمُ أَنَّ عِلَّةَ انْتِفَاءِ ثُبُوتِ الْخِيَارِ هُوَ الْعِلْمُ بِالْأَوْصَافِ، وَهَاهُنَا لَمَّا
 كَانَ الْمَبِيعُ مَرْتَبًا مِنْ قَبْلُ لَمْ يَتَغَيَّرْ عَنْهَا كَانَ الْعِلْمُ بِهَا حَاصِلًا فَلَا يَكُونُ لَهُ الْخِيَارُ، وَذَلِكَ
 لِأَنَّ الْأَمْرَ وَإِنْ كَانَ كَذَلِكَ لَكِنْ شَرْطُهُ الرِّضَا بِهِ وَحِينَئِذٍ لَمْ يَعْلَمْ أَنَّهُ مَرْتَبِي لَمْ يَرْضَ بِهِ
 فَكَانَ لَهُ الْخِيَارُ وَإِنْ وَجَدَهُ مُتَغَيِّرًا فَلَهُ الْخِيَارُ لِأَنَّ تِلْكَ الرُّؤْيَا لَمْ تَقَعْ مُعْلَمَةً بِأَوْصَافِهِ
 فَكَأَنَّهُ لَمْ يَرَهُ، وَإِنْ اخْتَلَفَا فِي التَّغْيِيرِ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْبَائِعِ مَعَ يَمِينِهِ، لِأَنَّ التَّغْيِيرَ حَادِثٌ لَأَنَّهُ
 إِنَّمَا يَكُونُ بَعِيبٍ أَوْ تَبَدُّلٍ هَيْئَةً وَكُلٌّ مِنْهُمَا عَارِضٌ وَالْمُشْتَرِي يَدَّعِيهِ وَالْبَائِعُ مُنْكَرٌ
 وَمُتَمَسِّكٌ بِالْأَصْلِ، لِأَنَّ سَبَبَ لُزُومِ الْعَقْدِ وَهُوَ رُؤْيَا جُزْءٍ مِنَ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ، وَقِيلَ هُوَ
 الرُّؤْيَا السَّابِقَةُ، وَقِيلَ هُوَ الْبَيْعُ الْبَاتُ الْخَالِي عَنِ الشُّرُوطِ الْمُفْسِدَةِ ظَاهِرًا، وَالْأَصْلُ لُزُومُ
 الْعَقْدِ، وَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُنْكَرِ مَعَ يَمِينِهِ وَالْيَمِينَةُ بَيِّنَةٌ مُدَّعِي الْعَارِضِ (قَوْلُهُ إِلَّا إِذَا بَعْدَتْ الْمُدَّةُ
 عَلَى مَا قَالُوا) أَيُّ الْمُتَأَخِّرُونَ اسْتِثْنَاءٌ مِنْ قَوْلِهِ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْبَائِعِ فَإِنَّهُ حِينَئِذٍ يَكُونُ الْقَوْلُ
 قَوْلُ الْمُشْتَرِي، لِأَنَّ الظَّاهِرَ يَشْهَدُ لَهُ، فَإِنَّ الشَّيْءَ يَتَغَيَّرُ بِطُولِ الزَّمَانِ، وَمَنْ يَشْهَدُ لَهُ
 الظَّاهِرُ فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ، وَإِلَيْهِ مَالُ شَمْسِ الْأُمَّةِ السَّرَخْسِيَّ وَقَالَ: أَرَأَيْتَ لَوْ كَانَتْ جَارِيَةً
 شَابَةً رَأَاهَا فَاشْتَرَاهَا بَعْدَ ذَلِكَ بَعِشْرِينَ سَنَةً وَزَعَمَ الْبَائِعُ أَنَّهَا لَمْ تَتَغَيَّرْ كَانَ يُصَدَّقُ
 عَلَى ذَلِكَ.

وَقَوْلُهُ (بِخِلَافِ مَا إِذَا اخْتَلَفَا فِي الرُّؤْيَا) مُتَّصِلٌ بِقَوْلِهِ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْبَائِعِ: يَعْنِي
 إِذَا اخْتَلَفَ الْبَائِعُ وَالْمُشْتَرِي فِي رُؤْيَا الْمُشْتَرِي فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُشْتَرِي لِأَنَّ الْبَائِعَ يَدَّعِي
 عَلَيْهِ الْعِلْمَ بِالصِّفَاتِ وَأَنَّهُ حَادِثٌ، وَالْمُشْتَرِي مُنْكَرٌ فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ الْيَمِينِ.
 قَالَ (وَمَنْ اشْتَرَى عِدْلَ زُطِّيٍّ وَلَمْ يَرَهُ فَبَاعَ مِنْهُ ثَوْبًا أَوْ وَهَبَهُ وَسَلَّمَهُ لَمْ يَرُدَّ شَيْئًا

مِنْهَا إِلَّا مِنْ عَيْبٍ، وَكَذَلِكَ خِيَارُ الشَّرْطِ؛ لِأَنَّهُ تَعَذَّرَ الرَّدُّ فِيمَا خَرَجَ عَنْ مِلْكِهِ، وَفِي رَدِّ مَا بَقِيَ تَفْرِيقُ الصَّفَقَةِ قَبْلَ التَّمَامِ؛ لِأَنَّ خِيَارَ الرُّوْيَةِ وَالشَّرْطِ يَمْنَعَانِ تَمَامَهَا، بِخِلَافِ خِيَارِ الْعَيْبِ لِأَنَّ الصَّفَقَةَ تَتِمُّ مَعَ خِيَارِ الْعَيْبِ بَعْدَ الْقَبْضِ وَإِنْ كَانَتْ لَا تَتِمُّ قَبْلَهُ وَفِيهِ وَضْعُ الْمَسْأَلَةِ. فَلَوْ عَادَ إِلَيْهِ بِسَبَبٍ هُوَ فَسَخٌ فَهُوَ عَلَى خِيَارِ الرُّوْيَةِ، كَذَا ذَكَرَهُ شَمْسُ الْأَثِمَةِ السَّرْحَسِيُّ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ لَا يَعُودُ بَعْدَ سَقُوطِهِ كَخِيَارِ الشَّرْطِ، وَعَلَيْهِ اعْتِمَادُ الْقُدُورِيِّ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ اشْتَرَى عَدْلَ زُطِّيٍّ) الْعَدْلُ بِالْكَسْرِ الْمِثْلُ، وَمِنْهُ عَدْلُ الْمَتَاعِ. وَالزُّطُّ: جِيلٌ مِنَ الْهِنْدِ يُنْسَبُ إِلَيْهِمُ الثِّيَابُ الزُّطِّيَّةُ. وَمَنْ اشْتَرَى عَدْلَ زُطِّيٍّ وَلَمْ يَرَهُ وَقَبَضَهُ فَبَاعَ مِنْهُ ثَوْبًا، كَذَا لَفْظُ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ. وَهُوَ مُرَادُ الْمُصَنِّفِ لِأَنَّهُ لَوْ لَمْ يَقْبِضْ لَمْ يَصِحَّ تَصْرِفُهُ فِيهِ بَيْنَ أَوْ هَبَةٍ، فَإِذَا قَبَضَهُ فَبَاعَ مِنْهُ ثَوْبًا أَوْ وَهَبَهُ وَسَلَّمَهُ لَمْ يَرُدَّ شَيْئًا مِنْهَا: أَيُّ مِنَ الثِّيَابِ الزُّطِّيَّةِ إِلَّا مِنْ عَيْبٍ.

ذَكَرَ الضَّمِيرُ فِي قَوْلِهِ وَلَمْ يَرَهُ وَغَيْرِهِ نَظْرًا إِلَى الْعَدْلِ، وَأَنَّ فِي قَوْلِهِ مِنْهَا نَظْرًا إِلَى الثِّيَابِ، فَإِنَّهُ إِذَا بَاعَ مِنْهُ ثَوْبًا لَمْ يَبْقَ عَدْلًا بَلْ ثِيَابًا مِنَ الْعَدْلِ، وَكَذَا إِذَا اشْتَرَى عَدْلَ زُطِّيٍّ بِخِيَارِ الشَّرْطِ فَقَبَضَهُ وَبَاعَ ثَوْبًا مِنْهُ أَوْ وَهَبَ وَذَلِكَ لِأَنَّ الرَّدَّ تَعَذَّرَ فِيمَا خَرَجَ مِنْ مِلْكِهِ، وَفِي رَدِّ مَا بَقِيَ تَفْرِيقُ الصَّفَقَةِ قَبْلَ التَّمَامِ لِأَنَّ الْخِيَارَيْنِ يَمْنَعَانِ تَمَامَهَا كَمَا مَرَّ.

وَأَمَّا خِيَارُ الْعَيْبِ فَإِنَّهُ لَا يَمْنَعُ تَمَامَهَا بَعْدَ الْقَبْضِ، وَفِيهِ وَضْعُ مُحَمَّدٍ الْمَسْأَلَةَ لِأَنَّهُ لَوْ كَانَ قَبْلَ الْقَبْضِ لَمَا جَازَ التَّصْرِفُ فِيهِ (فَلَوْ عَادَ) الثَّوْبُ الَّذِي بَاعَهُ (إِلَى الْمُشْتَرِي بِسَبَبٍ هُوَ فَسَخٌ) بِأَنْ رَدَّ الْمُشْتَرِي الثَّانِي بِالْعَيْبِ بِالْقَضَاءِ أَوْ رَجَعَ فِي الْهَبَةِ فَهُوَ أَيُّ الْمُشْتَرِي الْأَوَّلُ أَوْ الْوَاهِبُ عَلَى خِيَارِهِ، فَجَازَ أَنْ يَرُدَّ الْكُلَّ بِخِيَارِ الرُّوْيَةِ لِارْتِفَاعِ الْمَانِعِ مِنَ الْأَصْلِ وَهُوَ تَفْرِيقُ الصَّفَقَةِ (كَذَا ذَكَرَهُ شَمْسُ الْأَثِمَةِ السَّرْحَسِيُّ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّ خِيَارَ الرُّوْيَةِ لَا يَعُودُ بَعْدَ سَقُوطِهِ) لِأَنَّ السَّاقِطَ لَا يَعُودُ (كَخِيَارِ الشَّرْطِ وَعَلَيْهِ اعْتِمَادُ الْقُدُورِيِّ).

بَابُ خِيَارِ الْعَيْبِ

(وَإِذَا أَطْلَعَ الْمُشْتَرِي عَلَى عَيْبٍ فِي الْمَبِيعِ) فَهُوَ بِالْخِيَارِ، إِنْ شَاءَ أَخَذَهُ بِجَمِيعِ الثَّمَنِ، وَإِنْ شَاءَ رَدَّهُ لَأَنَّ مُطْلَقَ الْعَقْدِ يَقْتَضِي وَصْفَ السَّلَامَةِ، فَعِنْدَ قَوَاتِهِ يَتَخَيَّرُ كَيْ لَا يَتَضَرَّرَ بِلُزُومِ مَا لَا يَرْضَى بِهِ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُمَسِّكَهُ وَيَأْخُذَ التَّقْصَانَ؛ لِأَنَّ الْأَوْصَافَ لَا يُقَابِلُهَا شَيْءٌ مِنَ الثَّمَنِ فِي مُجَرَّدِ الْعَقْدِ؛ وَلِأَنَّهُ لَمْ يَرْضَ بِزَوَالِهِ عَنْ مِلْكِهِ بِأَقْلٍ مِنَ الْمُسَمًّى فَيَتَضَرَّرُ بِهِ، وَدَفَعَ الضَّرَرَ عَنِ الْمُشْتَرِي مُمَكِّنَ بِالرَّدِّ بِدُونِ تَضَرُّرِهِ، وَالْمُرَادُ عَيْبٌ كَانَ عِنْدَ الْبَائِعِ وَلَمْ يَرَهُ الْمُشْتَرِي عِنْدَ الْبَيْعِ وَلَا عِنْدَ الْقَبْضِ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ رِضًا بِهِ.

الشرح:

(بَابُ خِيَارِ الْعَيْبِ): أَخَرَّ خِيَارَ الْعَيْبِ لِأَنَّهُ يَمْنَعُ اللَّزُومَ بَعْدَ التَّمَامِ، وَإِضَافَةَ الْخِيَارِ إِلَى الْعَيْبِ مِنْ قِبَلِ إِضَافَةِ الشَّيْءِ إِلَى سَبَبِهِ. إِذَا أَطْلَعَ الْمُشْتَرِي عَلَى عَيْبٍ فِي الْمَبِيعِ فَهُوَ بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ أَخَذَهُ بِجَمِيعِ الثَّمَنِ، وَإِنْ شَاءَ رَدَّهُ لَأَنَّ مُطْلَقَ الْعَقْدِ يَقْتَضِي وَصْفَ السَّلَامَةِ: أَيُّ سَلَامَةِ الْمُعْقُودِ عَلَيْهِ عَنِ الْعَيْبِ لَمَّا رُويَ «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ اشْتَرَى مِنْ عَدَاءِ بْنِ خَالِدِ بْنِ هُوَذَةَ عَبْدًا وَكَتَبَ فِي عَهْدَتِهِ هَذَا مَا اشْتَرَى مُحَمَّدٌ رَسُولُ اللَّهِ مِنَ الْعَدَاءِ بْنِ خَالِدِ بْنِ هُوَذَةَ عَبْدًا لَا دَاءَ وَلَا غَائِلَةَ وَلَا خِيَنَةَ يَبِيعُ الْمُسْلِمُ مِنَ الْمُسْلِمِ» وَتَفْسِيرُ الدَّاءِ فِيهِمَا رَوَاهُ الْحَسَنُ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ الْمَرَضُ فِي الْجَوْفِ وَالْكَبِدِ وَالرَّئَةِ فَإِنَّ الْمَرَضَ مَا يَكُونُ فِي سَائِرِ الْبَدَنِ وَالدَّاءُ مَا يَكُونُ فِي الْجَوْفِ وَالْكَبِدِ وَالرَّئَةِ. وَفِيهِمَا رُويَ عَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ قَالَ: الدَّاءُ الْمَرَضُ، وَالْغَائِلَةُ مَا تُكُونُ مِنْ قِبَلِ الْأَفْعَالِ كَالْإِبَاقِ وَالسَّرْقَةِ، وَالْخِيَنَةُ هِيَ الْإِسْتِحْقَاقُ، وَقِيلَ هِيَ الْجُنُونُ، وَفِي هَذَا تَنْصِيصٌ عَلَى أَنَّ الْبَيْعَ يَقْتَضِي سَلَامَةَ الْمَبِيعِ عَنِ الْعَيْبِ، وَوَصَفُ السَّلَامَةِ يَفُوتُ بِوُجُودِ الْعَيْبِ، فَعِنْدَ قَوَاتِهِ يَتَخَيَّرُ لَأَنَّ الرِّضَا دَاخِلٌ فِي حَقِيقَةِ الْبَيْعِ، وَعِنْدَ قَوَاتِهِ يَنْتَفِي الرِّضَا فَيَتَضَرَّرُ بِلُزُومِ مَا لَا يَرْضَى بِهِ. فَإِنْ قِيلَ: تَقْرِيرُ كَلَامِهِ عَلَى الْوَجْهِ الْمَذْكُورِ يَسْتَلْزِمُ انْتِفَاءَ الْبَيْعِ، لِأَنَّ مُطْلَقَ الْعَقْدِ إِذَا اقْتَضَى وَصْفَ السَّلَامَةِ كَانَ مُسْتَلْزِمًا لَهُ، فَإِذَا فَاتَ اللَّازِمُ انْتَفَى الْمُلْزُومُ.

فَالْجَوَابُ أَنَّ الْمُطْلَقَ يَنْصَرِفُ إِلَى الْكَامِلِ وَهُوَ الْعَقْدُ اللَّازِمُ، وَمِنْ انْتِفَائِهِ لَا يَلْزَمُ انْتِفَاءُ الْعَقْدِ (وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُمَسِّكَهُ وَيَأْخُذَ التَّقْصَانَ) لِأَنَّ الْفَائِتَ وَصَفٌ، إِذَا الْعَيْبُ إِمَّا أَنْ يَكُونَ بِمَا يُوْجِبُ قَوَاتَ جُزْءٍ مِنَ الْمَبِيعِ أَوْ بَعْضِهِ مِنْ حَيْثُ الظَّاهِرُ كَالْعَمَى وَالْعَوَرِ

وَالشَّلُّ وَالزَّمَانَةُ وَالْأَصْبَحُ النَّاقِصَةُ وَالسَّنُّ السَّوْدَاءُ وَالسَّنُّ السَّاقِطَةُ، وَإِنَّمَا أَنْ يَكُونَ بِمَا يُوجِبُ النُّقْصَانَ مَعْنَى لَا صُورَةَ كَالسُّعَالِ الْقَدِيمِ وَارْتِفَاعِ الْحَيْضِ فِي زَمَانِهِ وَالزُّنَا وَالذَّفَرِ وَالْبَحْرِ فِي الْحَارِيَةِ وَفِي ذَلِكَ كُلِّهِ فَوَاتُ وَصْفٍ وَالْأَوْصَافُ لَا يُقَابِلُهَا شَيْءٌ مِنَ الثَّمَنِ، لِأَنَّ الثَّمَنَ إِنَّمَا أَنْ يُقَابَلَ بِالْوَصْفِ وَالْأَصْلُ أَوْ بِالْأَوَّلِ دُونَ الثَّانِي أَوْ بِالْعَكْسِ، لَا سَبِيلَ إِلَى الْأَوَّلِ وَالثَّانِي لَمَّا يُؤَدِّي إِلَى مُزَاحِمَةِ التَّبَعِ الْأَصْلُ فَتَعَيَّنَ الثَّلَاثُ (قَوْلُهُ فِي مُجَرَّدِ الْعَقْدِ) احْتِرَازًا عَمَّا إِذَا كَانَتْ الْأَوْصَافُ مَقْصُودَةً بِالتَّنَاقُلِ كَمَا تَقَدَّمَ (قَوْلُهُ وَلَا أَنَّهُ لَمْ يَرْضَ بِزَوَالِهِ) دَلِيلٌ آخَرُ عَلَى عَدَمِ جَوَازِ إِمْسَاكِهِ بِأَخْذِ النُّقْصَانِ أَيْ قِيَمَتِهِ أَوْ أَرْضِهِ. وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ الْبَائِعَ لَمْ يَرْضَ بِزَوَالِ الْمَبِيعِ عَنْ مِلْكِهِ بِأَقْلٍ مِنَ الْمُسَمَّى، وَفِي إِمْسَاكِهِ وَأَخْذِ النُّقْصَانِ زَوَالُهُ بِالْأَقْلِ فَلَمْ يَكُنْ مَرْضِيَّهُ، وَعَدَمُ رِضَا الْبَائِعِ بِزَوَالِ الْمَبِيعِ مُتَنَافٍ لَوْجُودِ الْبَيْعِ فَيَكُونُ إلْزَامًا عَلَى الْبَائِعِ بِلَا بَيْعٍ، وَفِيهِ مِنَ الضَّرَرِ مَا لَا يَخْفَى، وَالْمُشْتَرِي وَإِنْ كَانَ يَتَضَرَّرُ بِالْعَيْبِ أَيْضًا لَكِنْ يُمَكِّنُ تَذَارُكُهُ بَرْدَ الْمَبِيعِ بِدُونِ مَضَرَّةٍ فَلَا ضَرُورَةَ فِي أَخْذِ النُّقْصَانِ. قِيلَ: الْبَائِعُ إِذَا بَاعَ مَعِيْبًا فَإِذَا هُوَ سَلِيمٌ الْبَائِعُ يَتَضَرَّرُ لَمَّا أَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُ نَقَصَ الثَّمَنَ عَلَى ظَنِّ أَنَّهُ مَعِيْبٌ وَلَا خِيَارَ لَهُ. وَعَلَى هَذَا فَالْوَاجِبُ إِنَّمَا شُمُولُ الْخِيَارِ لِهَمَا أَوْ عَدَمُهُ لِهَمَا.

وَأُجِيبَ بِأَنَّ الْمَبِيعَ كَانَ فِي يَدِ الْبَائِعِ وَتَصَرُّفُهُ وَمُمَارَسَتُهُ طُولَ زَمَانِهِ فَأُنْزِلَ عَالِمًا بِصِفَةِ مِلْكِهِ فَلَا يَكُونُ لَهُ الْخِيَارُ وَإِنْ ظَهَرَ بِخِلَافِهِ. وَأَمَّا الْمُشْتَرِي فَإِنَّهُ مَا رَأَى الْمَبِيعَ، فَلَوْ أَلْزَمْنَا الْعَقْدَ مَعَ الْعَيْبِ تَضَرَّرَ مِنْ غَيْرِ عِلْمٍ حَصَلَ لَهُ فَيَثْبُتُ لَهُ الْخِيَارُ، ثُمَّ الْمُرَادُ مِنَ الْعَيْبِ الْمَوْجِبِ لِلْخِيَارِ عَيْبٌ كَانَ عِنْدَ الْبَائِعِ وَلَمْ يَرَهُ الْمُشْتَرِي عِنْدَ الْبَيْعِ وَلَا عِنْدَ الْقَبْضِ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ: أَيْ رُؤْيَا الْعَيْبِ عِنْدَ إِحْدَى الْحَالَيْنِ رِضًا بِالْعَيْبِ دَلَالَةً

قَالَ (وَكُلُّ مَا أَوْجَبَ نَقْصَانَ الثَّمَنِ فِي عَادَةِ التُّجَّارِ فَهُوَ عَيْبٌ)؛ لِأَنَّ التَّضَرُّرَ بِنُقْصَانِ الْمَالِيَّةِ، وَذَلِكَ بِإِنْتِقَاصِ الْقِيَمَةِ وَالْمَرْجِعُ فِي مَعْرِفَتِهِ عُرْفُ أَهْلِهِ.

الشرح:

قَالَ (وَكُلُّ مَا أَوْجَبَ نَقْصَانَ الثَّمَنِ) الْعَيْبُ مَا يَخْلُو عَنْهُ أَصْلُ الْفِطْرَةِ السَّلِيمَةِ. وَذَكَرَ الْمُصَنِّفُ رَحِمَهُ اللَّهُ ضَابِطَةً كُلِّيَّةً يُعْلَمُ بِهَا الْعُيُوبُ الْمَوْجِبَةُ لِلْخِيَارِ عَلَى سَبِيلِ الْإِجْمَالِ فَقَالَ (وَكُلُّ مَا أَوْجَبَ نَقْصَانَ الثَّمَنِ فِي عَادَةِ التُّجَّارِ فَهُوَ عَيْبٌ لِأَنَّ التَّضَرُّرَ

بِنُقْصَانِ الْمَالِيَّةِ) وَنُقْصَانُ الْمَالِيَّةِ (بِائْتِقَاصِ الْقِيَمَةِ، فَالْتَقْصُ بِائْتِقَاصِ الْقِيَمَةِ وَالْمَرْجِعُ فِي مَعْرِفَتِهِ عُرْفُ أَهْلِهِ).

(وَالْإِبَاقُ وَالْبَوْلُ فِي الْفِرَاشِ وَالسَّرِقَةُ فِي الصَّغِيرِ عَيْبٌ مَا لَمْ يَبْلُغْ، فَإِذَا بَلَغَ فَلَيْسَ ذَلِكَ بِعَيْبٍ حَتَّى يُعَاوِدَهُ بَعْدَ الْبُلُوغِ) وَمَعْنَاهُ: إِذَا ظَهَرَتْ عِنْدَ الْبَائِعِ فِي صِغَرِهِ ثُمَّ حَدَّثَتْ عِنْدَ الْمُشْتَرِي فِي صِغَرِهِ فَلَهُ أَنْ يَرُدَّهُ؛ لِأَنَّهُ عَيْنُ ذَلِكَ، وَإِنْ حَدَّثَتْ بَعْدَ بُلُوغِهِ لَمْ يَرُدَّهُ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُهُ، وَهَذَا؛ لِأَنَّ سَبَبَ هَذِهِ الْأَشْيَاءِ يَخْتَلِفُ بِالصَّغَرِ وَالْكِبَرِ، فَالْبَوْلُ فِي الْفِرَاشِ فِي الصَّغَرِ لَضَعْفِ الْمُنَانَةِ، وَبَعْدَ الْكِبَرِ لِدَاءٍ فِي بَاطِنِهِ، وَالْإِبَاقُ فِي الصَّغَرِ لِحُبِّ اللَّعِبِ وَالسَّرِقَةُ لِقِلَّةِ الْمَبَالَاةِ، وَهُمَا بَعْدَ الْكِبَرِ لِحُبِّ الْبَاطِنِ، وَالْمُرَادُ مِنَ الصَّغِيرِ مَنْ يَعْقِلُ، فَأَمَّا الَّذِي لَا يَعْقِلُ فَهُوَ ضَالٌّ لَا أَبَقَ فَلَا يَتَحَقَّقُ عَيْبًا.

الشرح:

قَالَ (وَالْإِبَاقُ وَالْبَوْلُ فِي الْفِرَاشِ وَالسَّرِقَةُ عَيْبٌ فِي الصَّغِيرِ) الَّذِي يَعْقِلُ إِذَا أَبَقَ مِنْ مَوْلَاهُ مَا دُونَ السَّرِقِ مِنَ الْمَصْرِ إِلَى الْقَرْيَةِ أَوْ بِالْعَكْسِ، فَذَلِكَ عَيْبٌ لِأَنَّهُ يُفَوِّتُ الْمَنَافِعَ عَلَى الْمَوْلَى، وَالسَّرِقُ وَمَا دُونُهُ فِيهِ سَوَاءٌ، فَلَوْ أَبَقَتْ الْجَارِيَةُ مِنَ الْغَاصِبِ إِلَى مَوْلَاهَا فَلَيْسَ بِإِبَاقٍ، وَإِنْ أَبَقَتْ مِنْهُ وَلَمْ تُرْجِعْ إِلَى مَوْلَاهَا عَالِمَةً بِمَنْزِلِهِ وَتَقْوَى عَلَى الرُّجُوعِ إِلَيْهِ فَهُوَ عَيْبٌ، وَإِنْ فَاتَ أَحَدُهُمَا فَلَيْسَ بِعَيْبٍ، وَإِذَا بَالَ فِي الْفِرَاشِ وَهُوَ مُمَيِّزٌ يَأْكُلُ وَحْدَهُ وَيَشْرَبُ وَحْدَهُ فَكَذَلِكَ، وَإِذَا سَرَقَ دِرْهَمًا مِنْ مَوْلَاهُ أَوْ مِنْ غَيْرِهِ فَكَذَلِكَ لِإِخْلَافِهَا بِالْمَقْصُودِ لِأَنَّهُ لَا يَأْمَنُهُ عَلَى مَالِهِ وَيَشُقُّ عَلَيْهِ حِفْظُ مَالِهِ عَلَى الدَّوَامِ وَتُقْطَعُ يَدُهُ فِي سَرِقَةِ مَالٍ غَيْرِهِ فَيَكُونُ عَيْبًا بِلَا تَفْرِقَةٍ بَيْنَ الْمَوْلَى وَغَيْرِهِ إِلَّا فِي الْمَأْكُولَاتِ لِلأَكْلِ، فَإِنْ سَرَقَهَا مِنْ مَوْلَاهَا لَيْسَتْ بِعَيْبٍ، فَإِذَا وَجِدَتْ هَذِهِ الْأَشْيَاءَ مِنَ الصَّغِيرِ عِنْدَ الْبَائِعِ وَالْمُشْتَرِي فِي حَالِ صِغَرِهِ فَهُوَ عَيْبٌ يُرَدُّ بِهِ، وَإِذَا وَجِدَتْ عِنْدَهُمَا فِي حَالِ كِبَرِهِ فَكَذَلِكَ. وَأَمَّا إِذَا اخْتَلَفَ فَكَانَ عِنْدَ الْبَائِعِ فِي صِغَرِهِ وَعِنْدَ الْمُشْتَرِي فِي كِبَرِهِ فَلَا يُرَدُّ بِهِ لِأَنَّ سَبَبَ هَذِهِ الْأَشْيَاءِ مُخْتَلِفٌ بِالصَّغَرِ وَالْكِبَرِ عَلَى مَا قَالَ فِي الْكِتَابِ.

قَالَ (وَالْجُنُونُ فِي الصَّغَرِ عَيْبٌ أَبَدًا) وَمَعْنَاهُ: إِذَا جُنَّ فِي الصَّغَرِ فِي يَدِ الْبَائِعِ ثُمَّ عَاوَدَهُ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي فِيهِ أَوْ فِي الْكِبَرِ يَرُدُّهُ؛ لِأَنَّهُ عَيْنُ الْأَوَّلِ، إِذِ السَّبَبُ فِي الْحَالَيْنِ مُتَّحِدٌ وَهُوَ فَسَادُ الْبَاطِنِ، وَلَيْسَ مَعْنَاهُ أَنَّهُ لَا يَشْتَرِطُ الْمَعَاوَدَةُ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَادِرٌ

عَلَى إِزَالَتِهِ وَإِنْ كَانَ قَلَمًا يَزُولُ فَلَا بُدَّ مِنَ الْمَعَاوَدَةِ لِلرَّدِّ.

الشرح:

قَالَ (وَالْجُنُونُ فِي الصَّغَرِ غَيْبٌ أَبَدًا) مَعْنَاهُ: أَنَّ الْجُنُونَ فَارَقَ الْغُيُوبَ الْمَذْكُورَةَ فِي عَدَمِ اشْتِرَاطِ اتِّحَادِ الْحَالَتَيْنِ، لِأَنَّ السَّبَبَ فِي الْحَالَتَيْنِ وَاحِدٌ وَهُوَ فَسَادُ الْبَاطِنِ، فَإِذَا جُنَّ فِي يَدِ الْبَائِعِ فِي صِغَرِهِ يَوْمًا أَوْ سَاعَةً ثُمَّ عَاوَدَهُ عِنْدَ الْمُشْتَرِي فِي كِبَرِهِ يُرَدُّ بِهِ، وَلَيْسَ مَعْنَاهُ أَنَّ الْمَعَاوَدَةَ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي بِشَرْطِ كَمَا مَالَ إِلَيْهِ شَمْسُ الْأُئِمَّةِ الْحُلَوَانِيِّ وَشَيْخُ الْإِسْلَامِ، وَهُوَ رَوَايَةُ الْمُتَّقَى بِنَاءً عَلَى أَنَّ أَثَارَهُ لَا تَرْتَفِعُ، وَذَلِكَ تَبَيَّنَ فِي حَمَالِقِ عَيْنَيْهِ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَادِرٌ عَلَى إِزَالَتِهِ بَحِثٌ لَا يَبْقَى مِنْ أَثَرِهِ شَيْءٌ، وَالْأَصْلُ فِي الْعَقْدِ اللَّزُومِ فَلَا يَثْبُتُ وَلَا يَةُ الرَّدِّ إِلَّا بِالْمَعَاوَدَةِ وَهُوَ الْمَذْكُورُ فِي الْأَصْلِ وَالْجَامِعِ الْكَبِيرِ.

(قَالَ: وَالْبَخْرُ وَالذَّهْرُ غَيْبٌ فِي الْجَارِيَةِ): لِأَنَّ الْمَقْصُودَ قَدْ يَكُونُ الاسْتِفْرَاشُ وَطَلَبُ الْوَلَدِ وَهُمَا يُخْلَانِ بِهِ، وَلَيْسَ بِغَيْبٍ فِي الْغَلَامِ؛ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ الْإِسْتِخْدَامَ وَلَا يُخْلَانِ بِهِ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ مِنْ دَاءٍ؛ لِأَنَّ الدَّاءَ غَيْبٌ (وَالزَّنَا وَوَلَدُ الزَّنَا غَيْبٌ فِي الْجَارِيَةِ دُونَ الْغَلَامِ)؛ لِأَنَّهُ يُخْلُ بِالْمَقْصُودِ فِي الْجَارِيَةِ وَهُوَ الاسْتِفْرَاشُ وَطَلَبُ الْوَلَدِ، وَلَا يُخْلُ بِالْمَقْصُودِ فِي الْغَلَامِ وَهُوَ الْإِسْتِخْدَامُ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ الزَّنَا عَادَةً لَهُ عَلَى مَا قَالُوا؛ لِأَنَّ اتِّبَاعَهُنَّ يُخْلُ بِالْخِدْمَةِ.

الشرح:

قَالَ (وَالذَّفَرُ وَالْبَخْرُ غَيْبٌ فِي الْجَارِيَةِ) الذَّفَرُ: رَائِحَةٌ مُؤَذِيَةٌ تَجِيءُ مِنَ الْإِبْطِ، وَالذَّفَرُ بِالذَّالِ الْمُعْجَمَةِ: شِدَّةُ الرَّائِحَةِ طَبِيعَةً كَانَتْ أَوْ كَرِهَةً، وَمِنْهُ مِسْكٌ أَذْفَرُ وَإِبْطٌ ذَفْرَاءُ وَهُوَ مُرَادُ الْفُقَهَاءِ مِنْ قَوْلِهِمُ الذَّفَرُ غَيْبٌ فِي الْجَارِيَةِ، وَهَكَذَا فِي الرِّوَايَةِ. وَالْبَخْرُ: تَنْثُنُ رَائِحَةِ الْفَمِ، كُلُّ مِنْهَا غَيْبٌ فِي الْجَارِيَةِ لِلْإِخْلَالِ بِمَا عَسَى يَكُونُ مَقْصُودًا وَهُوَ الاسْتِفْرَاشُ، وَلَيْسَ بِغَيْبٍ فِي الْغَلَامِ لِأَنَّهُ لَا يُخْلُ بِالْخِدْمَةِ الْمَقْصُودَةِ مِنْهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ فَاحِشًا لَا يَكُونُ فِي النَّاسِ مِثْلُهُ.

لِأَنَّهُ حِينَئِذٍ يَكُونُ مِنْ دَاءٍ وَالذَّاءُ نَفْسُهُ يَكُونُ غَيْبًا، وَالزَّنَا وَوَلَدُ الزَّنَا غَيْبٌ فِي الْجَارِيَةِ دُونَ الْغَلَامِ، لِأَنَّ الْأَوَّلَ يُخْلُ بِالْإِسْتِفْرَاشِ وَالثَّانِي بِطَلَبِ الْوَلَدِ، فَإِنَّ الْوَلَدَ يُعَيَّرُ بِزَنَاءِ أُمِّهِ وَلَيْسَا بِمُخْلَيْنِ فِي الْمَقْصُودِ مِنَ الْغَلَامِ وَهُوَ الْإِسْتِخْدَامُ، إِلَّا أَنْ يَتَكَرَّرَ ذَلِكَ مِنْهُ عَلَى مَا قَالَ الْمَشَايِخُ فَإِنَّهُ يَصِيرُ عَادَةً وَيُحْتَاجُ إِلَى اتِّبَاعِهِنَّ وَهُوَ مُخْلٌ بِالْخِدْمَةِ.

قَالَ (وَالْكُفْرُ عَيْبٌ فِيهِمَا)؛ لَأَنَّ طَبَعَ الْمُسْلِمِ يَنْفِرُ عَنْ صُحْبَتِهِ؛ وَلِأَنَّهُ يَمْتَنِعُ صَرْفُهُ فِي بَعْضِ الْكَفَّارَاتِ فَتَخْتَلُ الرُّغْبَةُ، فَلَوْ اشْتَرَاهُ عَلَى أَنَّهُ كَافِرٌ فَوَجَدَهُ مُسْلِمًا لَا يَرُدُّهُ؛ لِأَنَّهُ زَوَالَ الْعَيْبِ. وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ يَرُدُّهُ؛ لَأَنَّ الْكَافِرَ يُسْتَعْمَلُ فِيمَا لَا يُسْتَعْمَلُ فِيهِ الْمُسْلِمُ، وَفَوَاتُ الشَّرْطِ بِمَنْزِلَةِ الْعَيْبِ.

الشرح:

قَالَ (وَالْكُفْرُ عَيْبٌ فِيهِمَا) الْكُفْرُ عَيْبٌ فِي الْجَارِيَةِ وَالْغَلَامِ لَأَنَّ طَبَعَ الْمُسْلِمِ يَنْفِرُ عَنْ صُحْبَتِهِ، وَالْثُفْرَةُ عَنْ الصُّحْبَةِ تُؤَدِّي إِلَى قِلَةِ الرُّغْبَةِ وَهِيَ تُؤَثِّرُ فِي تَقْصَانِ الثَّمَنِ فَيَكُونُ عَيْبًا، وَلِأَنَّهُ يَمْتَنِعُ صَرْفُهُ عَنْ كَفَّارَةِ الْقَتْلِ بِالْإِثْقَاقِ، وَعَنْ كَفَّارَتِي الْيَمِينِ وَالظُّهَارِ عِنْدَ بَعْضٍ فَيَحِلُّ بِالرُّغْبَةِ، فَإِنْ اشْتَرَاهُ عَلَى أَنَّهُ مُسْلِمٌ فَوَجَدَهُ كَافِرًا فَلَا شُبْهَةَ فِي الرَّدِّ، فَإِنْ اشْتَرَاهُ عَلَى أَنَّهُ كَافِرٌ فَوَجَدَهُ مُسْلِمًا لَمْ يَرُدَّ عِنْدَنَا لِأَنَّهُ زَوَالَ الْعَيْبِ وَزَوَالَ الشَّيْءِ لَا يَكُونُ إِيَّاهُ، كَمَا إِذَا اشْتَرَى مَعِيًا فَإِذَا هُوَ سَلِيمٌ، فَعَلَى هَذَا ذَكَرَ الْكُفْرَ فِيمَا اشْتَرَاهُ عَلَى أَنَّهُ كَافِرٌ لِلْبَرَاءَةِ عَنْ عَيْبِ الْكُفْرِ لَا لِلشَّرْطِ بِأَنَّهُ يُوجَدُ فِيهِ هَذَا الْوَصْفُ الْقَبِيحُ لَا مَحَالَةَ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يَرُدُّ بِهِ لِأَنَّهُ قَاتَ شَرْطَ مَرْغُوبٍ، لَأَنَّ الْأَوَّلَى بِالْمُسْلِمِ أَنْ يَسْتَعِيدَ الْكَافِرَ وَكَانَ السَّلَفُ يَسْتَعِيدُونَ الْعُلُوجَ. وَالْجَوَابُ أَنَّ هَذَا أَمْرٌ رَاجِعٌ إِلَى الدِّيَانَةِ وَلَا عِبْرَةَ بِهِ فِي الْمُعَامَلَاتِ.

(قَالَ: فَلَوْ كَانَتِ الْجَارِيَةُ بِالْعَقَّةِ لَا تَحِيضُ أَوْ هِيَ مُسْتَحَاضَةٌ فَهُوَ عَيْبٌ)؛ لَأَنَّ ارْتِفَاعَ الدَّمِّ وَاسْتِمْرَارَهُ عَلَامَةُ الدَّاءِ، وَيُعْتَبَرُ فِي الارتفاعِ أَقْصَى غَايَةِ الْبُلُوغِ وَهُوَ سَبْعَ عَشْرَةَ سَنَةً فِيهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَيَعْرِفُ ذَلِكَ بِقَوْلِ الْأَمَةِ فَتَرُدُّ إِذَا انْضَمَّ إِلَيْهِ نُكُولُ الْبَائِعِ قَبْلَ الْقَبْضِ وَبَعْدَهُ وَهُوَ الْمَصْحِيحُ.

الشرح:

فَلَوْ كَانَتِ الْجَارِيَةُ بِالْعَقَّةِ لَا تَحِيضُ بِأَنَّ ارْتِفَاعَ عَنْهَا فِي أَقْصَى غَايَةِ الْبُلُوغِ وَهُوَ سَبْعَ عَشْرَةَ سَنَةً فِيهَا عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ وَادَّعَى الْمُشْتَرِي بَعْدَ ثَلَاثَةِ أَشْهُرٍ مِنْ وَقْتِ الشِّرَاءِ فِيمَا رُوِيَ عَنْ أَبِي يُوسُفَ أَوْ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرٍ فِيمَا رُوِيَ عَنْ مُحَمَّدٍ أَوْ سِتِّينَ فِيمَا رُوِيَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ وَزَفَرَ رَحِمَهُمُ اللَّهُ أَنَّهَا لَمْ تَحِضْ لِحَبْلِ بِهَا أَوْ لِدَاءِ كَانَ ذَلِكَ عَيْبًا تَرُدُّ بِهِ، وَالْمَرْجِعُ فِي الْحَبْلِ قَوْلُ النِّسَاءِ.

وَيُكْفَى بِقَوْلِ امْرَأَةٍ وَاحِدَةٍ فِي حَقِّ سَمَاعِ الْخُصُومَةِ، وَفِي الدَّاءِ قَوْلُ الْأَطْبَاءِ يُقْبَلُ فِيهِ قَوْلُ عَدْلَيْنِ. وَقَالَ أَبُو الْمُعِينِ: يَكْفِي قَوْلُ عَدْلٍ وَاحِدٍ مِنْهُمْ. وَقَيَّدْنَا بِأَنْ تَكُونَ الدَّعْوَةُ بَعْدَ الْمُدَّةِ الْمَذْكُورَةِ، لِأَنَّهُ إِذَا ادَّعَى فِي مُدَّةٍ قَصِيرَةٍ لَا يَلْزَمُ الْقَاضِي الْإِصْغَاءَ إِلَى ذَلِكَ، وَبِأَنْ تَكُونَ دَعْوَاهُ مُشْتَمِلَةً عَلَى انْضِمَامِ الْحَبْلِ إِلَى انْقِطَاعِ الْحَيْضِ، أَوْ عَلَى انْضِمَامِ الدَّاءِ إِلَيْهِ لِأَنَّ الارتفاعَ بِدُونِ هَذَيْنِ الْأَمْرَيْنِ لَا يُعَدُّ عَيْبًا، وَكَذَا إِذَا بَلَغَتْ الْمُدَّةُ الْمَذْكُورَةُ وَحَاضَتْ وَلَمْ يَنْقَطِعْ كَانَ ذَلِكَ عَيْبًا، لِأَنَّ ارتفاعَ الدَّمِّ واستمرارَهُ علامةُ الدَّاءِ، لِأَنَّ الْعَادَةَ فِي التِّي خُلِقَتْ عَلَى السَّلَامَةِ الْحَيْضُ فِي أَوَانِهِ وَالْمَعَاوَدَةُ عَلَى وَجْهِ لَا يَدُومُ، فَإِذَا جَاوَزَتْ أَقْصَى الْعَدَدِ وَهُوَ سَبْعَةُ عَشْرَةِ سَنَةً وَلَمْ تَحْضْ أَوْ حَاضَتْ وَلَمْ يَنْقَطِعْ كَانَ ذَلِكَ لَدَاءً فِي بَطْنِهَا وَالدَّاءُ عَيْبٌ، وَيُعرفُ ذَلِكَ: أَيْ الارتفاعُ والاستمرارُ بقَوْلِ الْأُمَةِ، فَإِنْ أَنْكَرَ الْبَائِعُ ذَلِكَ لَا تُرَدُّ عَلَيْهِ إِلَّا بِحُجَّةٍ، وَلَا يُقْبَلُ فِيهِ قَوْلُ الْأُمَةِ وَحْدَهَا فَيَسْتَحْلِفُ الْبَائِعُ، فَإِنْ نَكَلَ تُرَدُّ عَلَيْهِ بِنُكُولِهِ سَوَاءً كَانَ قَبْلَ الْقَبْضِ أَوْ بَعْدَهُ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ، وَهُوَ الصَّحِيحُ لِأَنَّ شَهَادَةَ النِّسَاءِ فِيمَا لَا يَطْلُعُ عَلَيْهِ الرِّجَالُ مُقْبُولَةٌ فِي تَوَجُّهِ الْخُصُومَةِ فَقَطُّ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهَا تُرَدُّ قَبْلَ الْقَبْضِ بِقَوْلِ الْأُمَةِ وَبِشَهَادَةِ النِّسَاءِ لِأَنَّ الْعَقْدَ قَبْلَ الْقَبْضِ لَمْ يَتَأَكَّدْ فَجَازَ أَنْ يُفْسَخَ بِشَهَادَتِهِنَّ

(قَالَ: وَإِذَا حَدَّثَ عِنْدَ الْمُشْتَرِي عَيْبٌ فَاطْلَعَ عَلَى عَيْبٍ كَانَ عِنْدَ الْبَائِعِ فَلَهُ أَنْ يَرْجِعَ بِالنَّقْصَانِ وَلَا يَرُدُّ الْمَبِيعَ؛ لِأَنَّ فِي الرَّدِّ إِضْرَارًا بِالْبَائِعِ؛ لِأَنَّهُ خَرَجَ عَنْ مِلْكِهِ سَلَامًا، وَيَعُودُ مَعِيْبًا فَامْتَنَعَ، وَلَا بُدَّ مِنْ دَفْعِ الضَّرَرِ عَنْهُ فَتَعَيَّنَ الرَّجُوعُ بِالنَّقْصَانِ إِلَّا أَنْ يَرْضَى الْبَائِعُ أَنْ يَأْخُذَهُ بِعَيْبِهِ؛ لِأَنَّهُ رَضِيَ بِالضَّرَرِ.

الشرح:

(قَالَ: وَإِذَا حَدَّثَ عِنْدَ الْمُشْتَرِي عَيْبٌ) إِذَا حَدَّثَ عِنْدَ الْمُشْتَرِي عَيْبٌ بِأَفَةِ سَمَاوِيَّةٍ أَوْ غَيْرِهَا ثُمَّ اطَّلَعَ عَلَى عَيْبٍ كَانَ عِنْدَ الْبَائِعِ فَلَهُ أَنْ يَرْجِعَ بِنَقْصَانِ الْعَيْبِ بِأَنْ يُقَوِّمَ الْمَبِيعَ سَلِيمًا عَنِ الْعَيْبِ الْقَدِيمِ وَمَعِيْبًا بِهِ فَمَا كَانَ بَيْنَهُمَا مِنْ عَشْرِ أَوْ ثَمْنٍ أَوْ سُدُسٍ أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ يَرْجِعُ بِهِ عَلَيْهِ (وَلَا يَرُدُّ الْمَبِيعَ لِأَنَّ فِي الرَّدِّ إِضْرَارًا بِالْبَائِعِ) بِخُرُوجِ الْمَبِيعِ مِنْ مِلْكِهِ سَلِيمًا مِنَ الْعَيْبِ الْحَادِثِ وَعَوْدِهِ إِلَيْهِ مَعِيْبًا بِهِ وَإِلِضْرَارًا مُمْتَنِعٍ (وَلَا بُدَّ مِنْ دَفْعِ الضَّرَرِ عَنْهُ) أَيْ عَنِ الْبَائِعِ، وَيَجُوزُ أَنْ يَعُودَ إِلَى الْمُشْتَرِي لِأَنَّهُ أَيْضًا يَنْضَرَّرُ

بِالْعَيْبِ، لِأَنَّ مُطْلَقَ الْعَقْدِ يَقْتَضِي السَّلَامَةَ، وَالرُّجُوعُ طَرِيقٌ صَالِحٌ لِلدَّفْعِ فَتَعَيَّنَ مَدْفَعًا، إِلَّا أَنْ يَرْضَى الْبَائِعُ أَنْ يَأْخُذَهُ بِعَيْبِهِ الْحَادِثِ لِأَنَّهُ رَضِيَ بِالضَّرَرِ، وَالرِّضَا إِسْقَاطُ لِحَقِّهِ كَمَا أَنَّ لِلْمُشْتَرِي أَنْ يَرْضَى أَنْ يَأْخُذَهُ بِعَيْبِهِ الْقَدِيمِ. فَإِنْ قِيلَ: أَيْنَ قَوْلُكُمْ الْأَوْصَافُ لَا يُقَابِلُهَا شَيْءٌ مِنَ الثَّمَنِ.

أُجِيبَ بِأَنَّهَا إِذَا صَارَتْ مَقْصُودَةً بِالتَّنَاوُلِ حَقِيقَةً أَوْ حُكْمًا كَانَ لَهَا حِصَّةٌ مِنَ الثَّمَنِ، وَهَاهُنَا كَذَلِكَ كَمَا مَرَّ.

قَالَ (وَمَنْ اشْتَرَى ثَوْبًا فَقَطَعَهُ فَوَجَدَ بِهِ عَيْبًا رَجَعَ بِالْعَيْبِ)؛ لِأَنَّهُ امْتَنَعَ الرَّدَّ بِالْقَطْعِ فَإِنَّهُ عَيْبٌ حَادِثٌ (فَإِنْ قَالَ الْبَائِعُ: أَنَا أَقْبَلُهُ كَذَلِكَ كَانَ لَهُ ذَلِكَ)؛ لِأَنَّ الْامْتِنَاعَ لِحَقِّهِ وَقَدْ رَضِيَ بِهِ (فَإِنْ بَاعَهُ الْمُشْتَرِي لَمْ يَرْجِعْ بِشَيْءٍ)؛ لِأَنَّ الرَّدَّ غَيْرُ مُمْتَنِعٍ بِرِضَا الْبَائِعِ فَيَصِيرُ هُوَ بِالْبَيْعِ حَاسِبًا لِلْمَبِيعِ فَلَا يَرْجِعُ بِالنَّقْصَانِ (فَإِنْ قَطَعَ الثَّوبَ وَخَاطَهُ أَوْ صَبَّغَهُ أَحْمَرَ، أَوْ لَتَّ السُّوَيْقَ بِسَمَنِ ثُمَّ أَطْلَعَ عَلَى عَيْبٍ رَجَعَ بِنَقْصَانِهِ) لَا مَتْنَاعَ الرَّدِّ بِسَبَبِ الزِّيَادَةِ؛ لِأَنَّهُ لَا وَجْهَ إِلَى الْفَسْخِ فِي الْأَصْلِ بِدُونِهَا؛ لِأَنَّهَا لَا تَنْفَكُ عَنْهُ، وَلَا وَجْهَ إِلَيْهِ مَعَهَا؛ لِأَنَّ الزِّيَادَةَ لَيْسَتْ بِمَبِيعَةٍ فَا مَتْنَعٌ أَصْلًا (وَلَيْسَ لِلْبَائِعِ أَنْ يَأْخُذَهُ)؛ لِأَنَّ الْامْتِنَاعَ لِحَقِّ الشَّرْعِ لَا لِحَقِّهِ (فَإِنْ بَاعَهُ الْمُشْتَرِي بَعْدَمَا رَأَى الْعَيْبَ رَجَعَ بِالنَّقْصَانِ) لِأَنَّ الرَّدَّ مُمْتَنِعٌ أَصْلًا قَبْلَهُ فَلَا يَكُونُ بِالْبَيْعِ حَاسِبًا لِلْمَبِيعِ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ اشْتَرَى ثَوْبًا فَقَطَعَهُ) وَمَنْ اشْتَرَى ثَوْبًا فَقَطَعَهُ (فَوَجَدَهُ مَعِيًا رَجَعَ بِالْعَيْبِ لَا مَتْنَاعَ الرَّدِّ بِالْقَطْعِ) الَّذِي هُوَ عَيْبٌ حَادِثٌ. لَا يُقَالُ: الْبَائِعُ يَتَضَرَّرُ بِرَدِّهِ مَعِيًا وَالْمُشْتَرِي بِعَدَمِ رَدِّهِ، فَكَانَ الْوَاجِبُ تَرْجِيحُ جَانِبِ الْمُشْتَرِي فِي دَفْعِ الضَّرَرِ لِأَنَّ الْبَائِعَ غَرَّهُ بِتَدْلِيسِ الْعَيْبِ.

لَأَنَّا نَقُولُ: الْمَعْصِيَةُ لَا تَمْنَعُ عِصْمَةَ الْمَالِ كَالْعَاصِبِ إِذَا صَبَّغَ الْمَعْصُوبَ فَكَانَ فِي شَرْعِ الرُّجُوعِ بِالْعَيْبِ نَظَرٌ لِهَمَّا، وَفِي إلْزَامِ الرَّدِّ بِالْعَيْبِ الْحَادِثِ إِضْرَارٌ لِلْبَائِعِ لَا لِفِعْلِهِ بَاشَرَةٌ، وَفِي عَدَمِ الرَّدِّ وَإِنْ كَانَ إِضْرَارًا بِالْمُشْتَرِي لَكِنْ لِعَجْزِهِ بِمَا بَاشَرَهُ فَكَانَا سَوَاءً فَاعْتَبِرْ مَا هُوَ أَنْظَرُ لِهَمَّا، إِلَّا إِذَا قَالَ الْبَائِعُ أَنَا أَقْبَلُهُ كَذَلِكَ فَإِنَّ لَهُ ذَلِكَ لِأَنَّ الْامْتِنَاعَ عَنِ الرَّدِّ كَانَ لِحَقِّهِ وَقَدْ رَضِيَ بِهِ فَكَانَ إِسْقَاطًا لِحَقِّهِ. فَإِنْ قِيلَ: مَا الْفَرْقُ بَيْنَ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ

وَيَنْ مَا إِذَا اشْتَرَى بَعِيرًا فَتَحَرَهُ فَلَمَّا شَقَّ بَطْنَهُ وَجَدَ أَمْعَاءَهُ فَاسِدَةً فَإِنَّهُ لَا يَرْجِعُ فِيهِ
بِنُقْصَانِ الْعَيْبِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ.

أَجِيبَ بَأَنَّ التَّحَرَّ إِفْسَادٌ لِلْمَالِيَّةِ لَصَبْرُورَةِ الْبَعِيرِ بِهِ عُرْضَةُ لِلتَّنَنِ وَالْفَسَادِ، وَلِهَذَا لَا
تُقْطَعُ يَدُ السَّارِقِ بِسَرِقَتِهِ فَيَحْتَلُّ مَعْنَى قِيَامِ الْمَبِيعِ، فَإِنْ بَاعَهُ الْمُشْتَرِي يَعْنِي بَعْدَ الْقَطْعِ ثُمَّ
عَلِمَ بِالْعَيْبِ لَمْ يَرْجِعْ بِشَيْءٍ لِأَنَّهُ جَازَ أَنْ يَقُولَ الْبَائِعُ كُنْتُ أَقْبَلُهُ كَذَلِكَ فَلَمْ يَكُنْ الرَّدُّ
مُتَمَتِّعًا بِرِضَا الْبَائِعِ، فَإِنَّ الْمُشْتَرِي يَصِيرُ بِالْعَيْبِ حَاسِبًا الْمَبِيعَ وَلَا رُجُوعَ بِاللنُقْصَانِ إِذْ
ذَلِكَ لِإِمْكَانِ رَدِّ الْمَبِيعِ وَأَخْذِ الثَّمَنِ لَوْلَا الْبَيْعُ، وَلَوْ قُطِعَ الثَّوْبُ وَخَاطَهُ أَوْ صَبَّغَهُ أَحْمَرُ أَوْ
لَتَّ السَّوِيْقُ بِسَمْنٍ ثُمَّ أُطْلِعَ عَلَى عَيْبٍ رَجَعَ بِنُقْصَانِ الْعَيْبِ لِأَنَّ الرَّدَّ قَدْ اِمْتَنَعَ بِسَبَبِ
الزِّيَادَةِ، لِأَنَّ الْفَسْخَ إِمَّا أَنْ يَرِدَ عَلَى الْأَصْلِ بِذَوْنِ الزِّيَادَةِ أَوْ عَلَيْهِ مَعَهَا وَلَا سَبِيلَ إِلَى
شَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ .

أَمَّا الْأَوَّلُ فَلَأَنَّهَا لَا تَنْفَكُ عَنْهُ. وَأَمَّا الثَّانِي فَلَأَنَّ الزِّيَادَةَ لَيْسَتْ بِمَبِيعَةٍ وَالْفَسْخُ لَا
يَرُدُّ إِلَّا عَلَى مَحَلِّ الْعَقْدِ وَالْإِمْتِنَاعُ بِسَبَبِ الزِّيَادَةِ فِي حَقِّ الشَّرْعِ لِكَوْنِهِ رَبًّا فَلَيْسَ لِلْبَائِعِ
أَنْ يَقُولَ أَنَا أَخَذْتُهُ فَتَعَيَّنَ الرَّجُوعُ بِالْعَيْبِ دَفْعًا لِلضَّرَرِ. وَلَا يُشْكَلُ بِالزِّيَادَةِ الْمُتَّصِلَةِ
الْمُتَوَلِّدَةِ مِنَ الْبَيْعِ كَالسَّمَنِ وَالْجَمَالِ فَإِنَّهَا لَا تَمْنَعُ الرَّدَّ بِالْعَيْبِ لِأَنَّ فَسْخَ الْعَقْدِ فِي
الزِّيَادَةِ مُمَكِّنٌ تَبَعًا لِلأَصْلِ لِأَنَّ الزِّيَادَةَ هُنَا تَمَحَّضَتْ تَبَعًا لِلأَصْلِ بِاعْتِبَارِ التَّوَلَّدِ. بِخِلَافِ
الصَّنْعِ وَالْخِيَاطَةِ.

وَأَعْلَمُ أَنَّ الزِّيَادَةَ إِمَّا مُتَّصِلَةٌ أَوْ مُنْفَصِلَةٌ، وَكُلُّ مِنْهُمَا إِمَّا مُتَوَلِّدَةٌ مِنَ الْمَبِيعِ أَوْ غَيْرُ
مُتَوَلِّدَةٍ. فَالْمُتَّصِلَةُ الْمُتَوَلِّدَةُ مِنَ الْمَبِيعِ كَالْجَمَالِ وَالْحُسْنِ لَا تَمْنَعُ الرَّدَّ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ،
وَغَيْرُ الْمُتَوَلِّدَةِ كَالصَّنْعِ وَالْخِيَاطَةِ تَمْنَعُ عَنْهُ بِالْإِتِّفَاقِ، وَالْمُنْفَصِلَةُ الْمُتَوَلِّدَةُ كَالْوَلَدِ وَالشَّمْرِ
تَمْنَعُ مِنْهُ لَمَّا مَرَّ مِنَ التَّغْلِيلِ، وَغَيْرُ الْمُتَوَلِّدَةِ كَالْكَسْبِ لَا تَمْنَعُ، لَكِنَّ طَرِيقَ ذَلِكَ أَنْ
يُفْسَخَ الْعَقْدُ فِي الْأَصْلِ دُونَ الزِّيَادَةِ وَتُسَلَّمَ الزِّيَادَةُ لِلْمُشْتَرِي مَجَانًّا، بِخِلَافِ الْوَلَدِ.

وَالْفَرْقُ بَيْنَهُمَا أَنَّ الْكَسْبَ لَيْسَ بِمَبِيعٍ بِحَالٍ مَا لِأَنَّهُ تَوَلَّدَ مِنَ الْمَنَافِعِ، وَالْمَنَافِعُ غَيْرُ
الْأَعْيَانِ وَلِهَذَا كَانَتْ مَنَافِعُ الْحُرَّةِ مَالًا، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ الْحُرُّ مَالًا وَالْوَلَدُ مُتَوَلَّدٌ مِنَ الْمَبِيعِ
فَيَكُونُ لَهُ حُكْمُ الْمَبِيعِ، فَلَا يَجُوزُ أَنْ تُسَلَّمَ لَهُ مَجَانًّا لَمَّا فِيهِ مِنَ الرَّبَا، فَإِنْ بَاعَ الْمُشْتَرِي
الثَّوْبَ الْمَخِيطَ أَوْ الثَّوْبَ الْمَصْبُوغَ بِالْحُمْرَةِ أَوْ السَّوِيْقَ الْمَلْتَوْتَ بِالسَّمْنِ بَعْدَ مَا رَأَى

الْعَيْبَ رَجَعَ بِالنُّقْصَانِ لِأَنَّ الرَّدَّ كَانَ مُمْتَنِعًا قَبْلَ الْبَيْعِ فَلَا يَكُونُ الْمُشْتَرِي بِالْبَيْعِ حَابِسًا بِالْمَبِيعِ، وَلَوْ كَانَ الْبَيْعُ قَبْلَ الْخِيَاطَةِ كَانَ حَابِسًا، وَالْأَصْلُ فِي ذَلِكَ أَنَّ كُلَّ مَوْضِعٍ يَكُونُ الْمَبِيعُ قَائِمًا فِيهِ عَلَى مِلْكِ الْمُشْتَرِي وَيُمْكِنُهُ الرَّدُّ بِرِضَا الْبَائِعِ، فَإِنْ أَخْرَجَهُ عَنْ مِلْكِهِ لَا يَرْجِعُ بِنُقْصَانِ الْعَيْبِ، وَكُلُّ مَوْضِعٍ يَكُونُ الْمَبِيعُ قَائِمًا فِيهِ عَلَى مِلْكِ الْمُشْتَرِي وَيُمْكِنُهُ الرَّدُّ وَإِنْ رَضِيَ بِهِ الْبَائِعُ، فَإِنْ أَخْرَجَهُ عَنْ مِلْكِهِ رَجَعَ بِنُقْصَانِ الْعَيْبِ

وَعَنْ هَذَا (قُلْنَا: إِنْ مَنْ اشْتَرَى ثَوْبًا فَقَطَعَهُ لِبَاسًا لَوْلَدِهِ الصَّغِيرِ وَخَاطَهُ ثُمَّ أَطْلَعَ عَلَى عَيْبٍ لَا يَرْجِعُ بِالنُّقْصَانِ، وَلَوْ كَانَ الْوَلَدُ كَبِيرًا يَرْجِعُ؛ لِأَنَّ التَّمْلِيكَ حَصَلَ فِي الْأَوَّلِ قَبْلَ الْخِيَاطَةِ، وَفِي الثَّانِي بَعْدَهَا بِالتَّسْلِيمِ إِلَيْهِ).

الشرح:

(وَعَنْ هَذَا) أَيُّ عَمَّا قُلْنَا إِنْ الْمُشْتَرِي مَتَى كَانَ حَابِسًا لِلْمَبِيعِ لَا يَرْجِعُ بِنُقْصَانِ الْعَيْبِ وَمَتَى لَمْ يَكُنْ حَابِسًا يَرْجِعُ (قُلْنَا: إِنْ مَنْ اشْتَرَى ثَوْبًا فَقَطَعَهُ لِبَاسًا لَوْلَدِهِ الصَّغِيرِ وَخَاطَهُ ثُمَّ أَطْلَعَ عَلَى عَيْبٍ لَمْ يَرْجِعْ بِالنُّقْصَانِ) لِأَنَّ التَّمْلِيكَ حَصَلَ قَبْلَ الْخِيَاطَةِ، لِأَنَّهُ لَمَّا قَطَعَهُ لِبَاسًا لَهُ كَانَ وَاهِبًا لَهُ وَقَابِضًا لِأَجَلِهِ فَتَمَّ الْهَبُ بِنَفْسِ الْإِبْجَابِ وَقَامَتْ يَدُهُ مَقَامَ يَدِ الصَّغِيرِ.

فَالْقَطْعُ عَيْبٌ حَادِثٌ وَلِلْمُشْتَرِي الرَّجُوعُ بِالنُّقْصَانِ وَلِلْبَائِعِ أَنْ يَقُولَ أَنَا أَقْبَلُهُ كَذَلِكَ، لَكِنْ بِاعْتِبَارِ أَنَّ الْقَطْعَ لِلْوَلَدِ الصَّغِيرِ وَهُوَ تَمْلِيكَ لَهُ صَارَ حَابِسًا لِلْمَبِيعِ فَيَمْتَنِعُ الرَّجُوعُ بِالْعَيْبِ، وَهَذِهِ نَظِيرُ مَا إِذَا بَاعَ بَعْدَ الْقَطْعِ قَبْلَ الْخِيَاطَةِ، وَعَلَى هَذَا ذَكَرَ الْخِيَاطَةَ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ لَيْسَ بِمُحْتَاجٍ إِلَيْهِ إِلَّا أَنَّهُ ذَكَرَهَا بِمُقَابَلَةِ الصُّورَةِ الثَّانِيَةِ (وَلَوْ كَانَ الْوَلَدُ كَبِيرًا رَجَعَ بِنُقْصَانِ الْعَيْبِ) لِأَنَّ الْقَطْعَ عَيْبٌ حَادِثٌ، فَلِلْمُشْتَرِي الرَّجُوعُ بِالْعَيْبِ وَبِالْخِيَاطَةِ امْتَنَعَ الرَّجُوعُ حَقًّا لِلشَّرْعِ بِسَبَبِ الزِّيَادَةِ، فَبِالتَّمْلِيكِ وَالتَّسْلِيمِ بَعْدَ ذَلِكَ لَا يَكُونُ حَابِسًا لِلْمَبِيعِ لِامْتِنَاعِ الرَّدِّ قَبْلَهُ، وَهَذِهِ نَظِيرُ مَا إِذَا بَاعَهُ بَعْدَ الْخِيَاطَةِ وَالصَّغِيرِ وَاللَّتْ.

قَالَ (وَمَنْ اشْتَرَى عَبْدًا فَأَعْتَقَهُ أَوْ مَاتَ عِنْدَهُ ثُمَّ أَطْلَعَ عَلَى عَيْبٍ رَجَعَ بِنُقْصَانِهِ) أَمَّا الْمَوْتُ؛ فَلِأَنَّ الْمَلِكَ يَنْتَهِي بِهِ وَالْامْتِنَاعُ حُكْمِيٌّ لَا يَفْعَلُهُ، وَأَمَّا الْإِعْتَاقُ فَالْقِيَاسُ فِيهِ أَنْ لَا يَرْجِعُ؛ لِأَنَّ الْامْتِنَاعَ يَفْعَلُهُ فَصَارَ كَالْقَتْلِ، وَفِي الْاسْتِحْسَانِ: يَرْجِعُ؛ لِأَنَّ الْعِتْقَ إِنِّهَاءُ الْمَلِكِ؛ لِأَنَّ الْأَدَمِيَّ مَا خُلِقَ فِي الْأَصْلِ مَحَلًّا لِلْمَلِكِ، وَإِنَّمَا يَثْبُتُ الْمَلِكُ فِيهِ مُوقِفًا إِلَى

الإعتاق فكان إنهاء فصارت كالموت، وهذا؛ لأن الشيء يتقرر بانتهائه فيجعل كأن الملك باقٍ والردّ متعذر. والتدبير والاستيلاء بمنزلة؛ لأنه تعذر النقل مع بقاء المحل بالأمر الحكمي (وإن اعتقه على مال لم يرجع بشيء) لأنه حبس بدله وحبس البدل كحبس المبدل. وعن أبي حنيفة رحمه الله: أنه يرجع؛ لأنه إنهاء للملك وإن كان بعوض.

الشرح:

قال: ومن اشترى عبداً فأعتقه (أو مات عنده ثم أطلع على عيب يرجع بالتقصان أمّا الموت فلأن الملك ينتهي به) أي يتم، وكل ما انتهى فقد لزم لامتناع الردّ حينئذ، وفيه إضرار للمشتري بما ليس بفعله وهو الموت فيرجع بالتقصان دفعا للضرر. فإن قيل: قوله (والامتناع حكمي لا بفعله) يدل على أن الامتناع إذا كان بفعله لا يرجع بالتقصان وهو منقوض بما إذا صبح الثوب أحمر فإنه امتنع الردّ بفعله ويوجب الرجوع بالعيب.

أجيب بأن امتناع الردّ هناك بسبب وجود زيادة في المبيع بسبب ذلك الفعل فكان الامتناع لحق الشرع وهو شبهة الربا. وردّ بأنه حينئذ يجب أن يقول: والامتناع حكمي لا بفعله الذي لا يوجب الزيادة، والحق أن يقال في الجواب عدم الردّ في الصبح بما حصل من فعله من وجود الزيادة في المبيع لا بفعله، وأمّا الإعتاق فالتقياس فيه أن لا يرجع لأن الامتناع بفعله وذلك يمنع الرجوع، لأنه لما اكتسب بسبب تعذر الردّ كان حابسا حكما فكأنه في يده يحبسه ويريد الرجوع فصار كالقتل وفي الاستحسان: يرجع لأن العتق إنهاء للملك لأن الآدمي ما خلف في الأصل محلا للملك، وإنما يثبت الملك فيه مؤقتا إلى وقت الإعتاق والموت إلى وقت ينتهي بانتهائه، فكان الإعتاق إنهاء كالموت (قوله وهذا) أي جواز الرجوع بتقصان العيب عند الانتهاء لأن الشيء يتقرر بانتهائه فيجعل كأن الملك باقٍ والردّ فصار حابسا، ألا ترى أن الولاء يثبت بالعنق والولاء أثر من آثار الملك فبقاؤه كبقاء أصل الملك (والتدبير والاستيلاء بمنزلة الإعتاق) لأن النقل إلى ملك البائع تعذر بالردّ بالأمر الحكمي مع بقاء المحل والملك.

فإن قيل: كيف يكونان كالإعتاق وهو منه دونهما فالجواب أن الإنهاء يحتاج

إِلَيْهِ لِتَقْرِيرِ الْمَلِكِ بِجَعْلِ مَا لَمْ يَكُنْ كَاتِبًا، وَهَاهُنَا مُتَقَرَّرٌ فَلَا حَاجَةَ إِلَيْهِ (وَإِنْ أَعْتَقَهُ عَلَى مَالٍ) أَوْ كَاتِبَهُ

(فَإِنْ قَتَلَ الْمُشْتَرِيَ الْعَبْدَ أَوْ كَانَ طَعَامًا فَأَكَلَهُ لَمْ يَرْجِعْ بِشَيْءٍ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَمَّا الْقَتْلُ فَالْمَذْكُورُ ظَاهِرُ الرِّوَايَةِ وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ يَرْجِعُ) لِأَنْ قَتَلَ الْمَوْلَى عَبْدَهُ لَا يَتَعَلَّقُ بِهِ حُكْمٌ دُنْيَاوِيٌّ فَصَارَ كَالْمَوْتِ حَتْفَ أَنْفِهِ فَيَكُونُ إِنْهَاءً. وَوَجْهُ الظَّاهِرِ أَنَّ الْقَتْلَ لَا يُوْجَدُ إِلَّا مَظْمُونًا، وَإِنَّمَا يَسْقُطُ الضَّمَانُ هَاهُنَا بِاعْتِبَارِ الْمَلِكِ فَيَصِيرُ كَالْمُسْتَفِيدِ بِهِ عَوْضًا، بِخِلَافِ الْإِعْتَاقِ؛ لِأَنَّهُ لَا يُوْجِبُ الضَّمَانَ لَا مَحَالَةً كِإِعْتَاقِ الْمُعْسِرِ عَبْدًا مُشْتَرَكًا، وَأَمَّا الْأَكْلُ فَعَلَى الْخِلَافِ، فَعِنْدَهُمَا يَرْجِعُ وَعِنْدَهُ لَا يَرْجِعُ اسْتِحْسَانًا، وَعَلَى هَذَا الْخِلَافِ إِذَا لَيْسَ التُّوبُ حَتَّى تَحْرُقَ لَهُمَا أَنَّهُ صَنَعَ فِي الْمَبِيعِ مَا يَقْصُدُ بِشِرَائِهِ وَيُعْتَادُ فِعْلُهُ فِيهِ فَأَشْبَهَ الْإِعْتَاقَ. وَلَهُ أَنَّهُ تَعَذَّرَ الرَّدُّ بِفِعْلِ مَظْمُونٍ مِنْهُ فِي الْمَبِيعِ فَأَشْبَهَ الْمَبِيعَ وَالْقَتْلَ، وَلَا مُعْتَبَرٌ بِكَوْنِهِ مَقْصُودًا؛ أَلَا يَرَى أَنَّ الْمَبِيعَ مِمَّا يَقْصُدُ بِالشِّرَاءِ ثُمَّ هُوَ يَمْنَعُ الرَّجُوعَ، فَإِنْ أَكَلَ بَعْضُ الطَّعَامِ ثُمَّ عَلِمَ بِالْعَيْبِ فَكَذَا الْجَوَابُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ؛ لِأَنَّ الطَّعَامَ كَثِيرٌ وَاحِدٌ فَصَارَ كَبَيْعِ الْبَعْضِ، وَعِنْدَهُمَا أَنَّهُ يَرْجِعُ بِتُقْصَانِ الْعَيْبِ فِي الْكُلِّ، وَعَنْهُمَا أَنَّهُ يَرُدُّ مَا بَقِيَ؛ لِأَنَّهُ لَا يَضُرُّهُ التَّبْعِيضُ.

الشرح:

(لَمْ يَرْجِعْ بِشَيْءٍ) لِأَنَّهُ حَبَسَ بَدَلَهُ، وَحَبَسَ الْبَدَلَ كَحَبْسِ الْمُبْدَلِ. وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ يَرْجِعُ لِأَنَّ الْإِعْتَاقَ إِنْهَاءُ الْمَلِكِ وَإِنْ كَانَ بَعُوضٌ لِأَنَّ الْمَالَ فِيهِ لَيْسَ بِأَمْرِ أَصْلِيٍّ بَلْ مِنَ الْعَوَارِضِ وَلِهَذَا يَثْبُتُ الْوَلَاءُ بِهِ، وَإِنْ قَتَلَ الْمُشْتَرِيَ الْعَبْدَ الْمَبِيعَ ثُمَّ أَطْلَعَ عَلَى عَيْبٍ لَمْ يَرْجِعْ بِتُقْصَانِ الْعَيْبِ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ، وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يَرْجِعُ، وَذَكَرَ فِي الْيَنَابِيعِ قَوْلَ مُحَمَّدٍ مَعَهُ لِأَنَّ قَتْلَ الْمَوْلَى عَبْدَهُ لَا يَتَعَلَّقُ بِهِ حُكْمٌ دُنْيَاوِيٌّ فَيَفِيدُ بَدَلًا كَالْقِصَاصِ وَالِدِّيَّةِ فَصَارَ كَالْمَوْتِ بِمَرَضٍ عَلَى فِرَاشِهِ وَقَدْ تَقَدَّمَ حُكْمُهُ.

وَجْهُ الظَّاهِرِ أَنَّ الْقَتْلَ لَا يُوْجَدُ إِلَّا مَظْمُونًا لِقَوْلِهِ ﷺ «لَيْسَ فِي الْإِسْلَامِ دَمٌ مُفْرَجٌ» أَيْ مُبْطَلٌ، وَسَقُوطُ الْقِصَاصِ وَالِدِّيَّةِ عَنِ الْمَوْلَى فِي قَتْلِ عَبْدِهِ إِنَّمَا هُوَ بِاعْتِبَارِ الْمَلِكِ فَصَارَ كَالْمُسْتَفِيدِ بِالْمَلِكِ عَوْضًا، بِخِلَافِ الْإِعْتَاقِ فَإِنَّهُ لَيْسَ بِمُوجِبٍ لِلضَّمَانِ فِي غَيْرِ الْمَلِكِ مُطْلَقًا لِعَدَمِ تَفْوِذِهِ، وَمِنْ أَحَدِ الشَّرِيكَيْنِ إِذَا كَانَ مُعْسِرًا فَقَدْ تَخَلَّفَ عَنِ الضَّمَانِ فَلَمْ يَصِرْ بِهِ

مُسْتَفْضِيًا فَيَمْنَعُ الرُّجُوعَ، وَإِذَا كَانَ الْمَبِيعُ طَعَامًا فَأَكَلَهُ أَوْ ثَوْبًا فَلَبِسَهُ حَتَّى تَخْرُقَ لَا يَرْجِعُ
عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ اسْتِحْسَانًا، وَعِنْدَهُمَا يَرْجِعُ لِأَنَّهُ فَعَلَ بِالْمَبِيعِ مَا يُقْصَدُ بِشِرَائِهِ وَيُعْتَادُ فَعَلُهُ فِيهِ
فَأَشْبَهَ الْإِعْتَاقَ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ الرَّدَّ تَعَذَّرَ بِفِعْلِ مَضْمُونٍ مِنَ الْمُشْتَرِي فِي الْمَبِيعِ
كَمَا إِذَا بَاعَ أَوْ قَتَلَ، وَذَلِكَ لِأَنَّ الْأَكْلَ وَاللَّبْسَ مُوجِبٌ لِلضَّمَانِ فِي مِلْكِ الْغَيْرِ، وَبِاعْتِبَارِ
مِلْكِهِ اسْتَفَادَ الْبَرَاءَةَ فَذَلِكَ بِمَنْزِلَةِ عَوْضٍ سَلِمَ لَهُ.

وَالْجَوَابُ عَنْ قَوْلِهِمَا إِنَّهُ لَا مُعْتَبَرَ بِكَوْنِهِ مَقْصُودًا لِأَنَّ الْبَيْعَ مِمَّا يُقْصَدُ بِالشِّرَاءِ ثُمَّ
هُوَ يَمْنَعُ الرُّجُوعَ بِالْإِتْفَاقِ وَإِنْ أَكَلَ بَعْضُهُ ثُمَّ عَلِمَ بِالْعَيْبِ، فَكَذَا الْجَوَابُ عِنْدَ أَبِي
حَنِيفَةَ لِأَنَّ الطَّعَامَ كَشْيءٍ وَاحِدٍ فَصَارَ كَبَيْعِ الْبَعْضِ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا
اللَّهُ رَوَايَتَانِ: فِي رِوَايَةٍ يَرْجِعُ بِنُقْصَانِ الْعَيْبِ فِي الْكُلِّ لِأَنَّ الطَّعَامَ فِي حُكْمِ شَيْءٍ وَاحِدٍ
فَلَا يُرَدُّ بَعْضُهُ بِالْعَيْبِ وَأَكْلُ الْكُلِّ عِنْدَهُمَا لَا يَمْنَعُ الرُّجُوعَ بِالْعَيْبِ فَأَكْلُ الْبَعْضِ أَوْلَى.
وَفِي رِوَايَةٍ: يُرَدُّ مَا بَقِيَ لِأَنَّهُ لَا يَضُرُّهُ التَّبْعِيضُ فَهُوَ قَادِرٌ عَلَى الرَّدِّ فِي الْبَعْضِ كَمَا قَبَضَهُ
وَيَرْجِعُ بِنُقْصَانِ الْعَيْبِ فِيمَا أَكَلَهُ.

وَفِي بَيْعِ الْبَعْضِ عَنْهُمَا رَوَايَتَانِ: فِي إِحْدَاهُمَا لَا يَرْجِعُ بِشَيْءٍ كَمَا هُوَ قَوْلُ أَبِي
حَنِيفَةَ وَهُوَ الْمَذْكُورُ هَاهُنَا لِأَنَّ الطَّعَامَ شَيْءٌ وَاحِدٌ فَبَيْعُ الْبَعْضِ فِيهِ كَبَيْعِ الْكُلِّ. وَفِي
الْأُخْرَى يُرَدُّ مَا بَقِيَ لِأَنَّهُ لَا يَضُرُّهُ التَّبْعِيضُ وَلَكِنْ لَا يَرْجِعُ بِنُقْصَانِ الْعَيْبِ فِيمَا بَاعَ
اعْتِبَارًا لِلْبَعْضِ بِالْكُلِّ.

(قَالَ: وَمَنْ اشْتَرَى بَيْضًا أَوْ بَطِيخًا أَوْ قِنَاءً أَوْ خِيَارًا أَوْ جَوْزًا فَكَسَرَهُ فَوَجَدَهُ فَاسِدًا
فَإِنْ لَمْ يَنْتَفِعْ بِهِ رَجَعَ بِالثَّمَنِ كُلِّهِ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمَالٍ فَكَانَ الْبَيْعُ بَاطِلًا، وَلَا يُعْتَبَرُ فِي
الْجَوْزِ صَلَاحُ قِشْرِهِ عَلَى مَا قِيلَ لِأَنَّ مَالِيَّتَهُ بِاعْتِبَارِ اللَّبِّ (وَإِنْ كَانَ يَنْتَفِعُ بِهِ مَعَ فَسَادِهِ
لَمْ يَرُدَّهُ)؛ لِأَنَّ الْكَسْرَ عَيْبٌ حَادِثٌ (و) لَكِنَّهُ (يَرْجِعُ بِنُقْصَانِ الْعَيْبِ) دَفْعًا لِلضَّرَرِ بِقَدْرِ
الْإِمْكَانِ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: يَرُدُّهُ؛ لِأَنَّ الْكَسْرَ يَتَسَلِطُ عَلَيْهِ. قُلْنَا: التَّسْلِيطُ عَلَى الْكَسْرِ
فِي مِلْكِ الْمُشْتَرِي لَا فِي مِلْكِهِ فَصَارَ كَمَا إِذَا كَانَ ثَوْبًا فَقَطَعَهُ، وَلَوْ وَجَدَ الْبَعْضَ فَاسِدًا
وَهُوَ قَلِيلٌ جَازَ الْبَيْعُ اسْتِحْسَانًا؛ لِأَنَّهُ لَا يَخْلُو عَنْ قَلِيلٍ فَاسِدٍ. وَالْقَلِيلُ مَا لَا يَخْلُو عَنْهُ
الْجَوْزُ عَادَةً كَالْوَاحِدِ وَالْاِثْنَيْنِ فِي الْمِائَةِ، وَإِنْ كَانَ الْفَاسِدُ كَثِيرًا لَا يَجُوزُ وَيَرْجِعُ بِكُلِّ
الثَّمَنِ؛ لِأَنَّهُ جَمَعَ بَيْنَ الْمَالِ وَغَيْرِهِ فَصَارَ كَالْجَمْعِ بَيْنَ الْحَرِّ وَالْعَبْدِ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ اشْتَرَى يَبِضًا أَوْ بَطِيخًا) إِذَا اشْتَرَى يَبِضًا أَوْ بَطِيخًا (أَوْ قِثَاءً أَوْ جَوْزًا) أَوْ شَيْئًا مِنَ الْفَوَاكِهِ (فَكَسَرَهُ) غَيْرَ عَالِمٍ بِعَيْبِهِ (فَوَجَدَ الْكُلَّ فَاسِدًا) بَأَن كَانَ مُنْتِنًا أَوْ مُرًّا أَوْ خَالِيًا بِحَيْثُ لَا يَصْلُحُ لِأَكْلِ النَّاسِ وَلَا لَعَلْفِ الدَّوَابِّ وَلَمْ يَتَنَاوَلْ مِنْهُ شَيْئًا بَعْدَ مَا ذَاقَهُ (فَلَهُ أَنْ يَرْجِعَ بِالثَّمَنِ كُلِّهِ) لِأَنَّهُ تَبَيَّنَ بِالْكَسْرِ أَنَّهُ لَيْسَ بِمَالٍ إِذَا الْمَالُ مَا يُنْتَفَعُ بِهِ إِمَّا فِي الْحَالِ وَإِمَّا فِي الْمَالِ وَالْمَذْكُورُ لَيْسَ كَذَلِكَ، وَتَفْطِنُ مِنَ الْقِيُودِ بِأَضْدَادِهَا، فَإِنَّهُ إِذَا كَسَرَهُ عَالِمًا بِعَيْبِهِ صَارَ رَاضِيًا.

وَإِذَا صَلَحَ لِأَكْلِ بَعْضِ النَّاسِ أَوْ الدَّوَابِّ أَوْ وَجَدَهُ قَلِيلَ اللَّبِّ كَانَ مِنَ الْعُيُوبِ لَا مِنَ الْفَسَادِ، وَإِنْ تَنَاوَلْ مِنْهُ شَيْئًا بَعْدَ مَا ذَاقَهُ صَارَ رَاضِيًا، وَإِذَا لَمْ يَكُنْ مَالًا لَا يَكُونُ مَحَلًّا لِلْبَيْعِ فَيَكُونُ بَاطِلًا. فَإِنْ قِيلَ: التَّغْلِيلُ صَحِيحٌ فِي الْيَبِضِ لِأَن قِشْرَهُ لَا قِيَمَةَ لَهُ، وَأَمَّا الْجَوْزُ فَرُبَّمَا يَكُونُ لِقِشْرِهِ قِيَمَةٌ فِي مَوْضِعٍ يُسْتَعْمَلُ اسْتِعْمَالُ الْحَطَبِ لِعِزَّتِهِ فَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ الْعَقْدُ صَحِيحًا فِي الْقِشْرِ بِحَصَّتِهِ لِمُصَادَفَتِهِ الْمَحَلَّ وَيَرْجِعُ عَلَى الْبَائِعِ بِحَصَّةِ اللَّبِّ كَمَا ذَهَبَ إِلَيْهِ بَعْضُ مَشَايخِنَا. أَجَابَ الْمُصَنِّفُ بِقَوْلِهِ وَلَا يُعْتَبَرُ فِي الْجَوْزِ صَلَاحُ قِشْرِهِ عَلَى مَا قِيلَ، لِأَنَّ مَالِيَّةَ الْجَوْزِ قَبْلَ الْكَسْرِ بِاعْتِبَارِ اللَّبِّ دُونَ الْقِشْرِ، وَإِذَا كَانَ اللَّبُّ بِحَيْثُ لَا يُنْتَفَعُ بِهِ لَمْ يُوجَدْ مَحَلُّ الْبَيْعِ فَيَقَعُ بَاطِلًا فَيَرُدُّ الْقِشْرُ وَيَرْجِعُ بِكُلِّ الثَّمَنِ، وَعَلَى هَذَا إِذَا كَانَ الْمَبِيعُ يَبِضَ التَّعَامَةِ فَوَجَدَهَا بِالْكَسْرِ مَذْرُوعَةً ذَكَرَ بَعْضُ الْمَشَايخِ أَنَّهُ يَرْجِعُ بِنُقْصَانِ الْعَيْبِ، وَهَذَا الْفَصْلُ يَجِبُ أَنْ يَكُونَ بِلَا خِلَافٍ لِأَنَّ مَالِيَّةَ يَبِضِ التَّعَامَةِ قَبْلَ الْكَسْرِ بِاعْتِبَارِ الْقِشْرِ وَمَا فِيهِ جَمِيعًا، وَإِذَا كَانَ مِمَّا يُنْتَفَعُ بِهِ فِي الْجُمْلَةِ لَمْ يَرُدَّهُ لِتَعْيِبِهِ بِالْكَسْرِ الْحَادِثِ لَكِنَّهُ يَرْجِعُ بِنُقْصَانِ الْعَيْبِ دَفْعًا لِلضَّرَرِ بِقَدْرِ الْإِمْكَانِ مِنَ الْجَانِبَيْنِ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: يَرُدُّهُ لِأَن الْكَسْرَ وَإِنْ كَانَ عَيِّبًا حَادِثًا لَكِنَّهُ بِتَسْلِيْطِهِ. قُلْنَا: التَّسْلِيْطُ عَلَى الْكَسْرِ فِي مِلْكِ الْمُشْتَرِي لَا فِي مِلْكِ الْبَائِعِ لِأَنَّ الْبَائِعَ لَمْ يَبِيعْهُ فَلَمْ يَكُنْ التَّسْلِيْطُ إِلَّا فِي مِلْكِ الْمُشْتَرِي، وَذَلِكَ هَدَرٌ لَعَدَمِ وَلَايَتِهِ عَلَيْهِ فَصَارَ كَمَا إِذَا بَاعَ ثَوْبًا فَقَطَعَهُ ثُمَّ وَجَدَهُ مَعِيْبًا فَإِنَّهُ يَرْجِعُ بِالنُّقْصَانِ بِالْإِجْمَاعِ وَإِنْ حَصَلَ التَّسْلِيْطُ مِنْهُ لَكَوْنِهِ هَدَرًا، وَلَوْ وَجَدَ الْبَعْضُ فَاسِدًا فَالْفَاسِدُ إِمَّا أَنْ يَكُونَ قَلِيلًا كَأَثْنَيْنِ فِي الْمِائَةِ أَوْ كَثِيرًا كَمَا فَوْقَهُ. فَفِي

الأوّل جازَ البيعُ استحسانًا وليسَ له أنْ يُخَصِّمَ البائعَ لأجلِهِ لَأَنَّهُ عِنْدَ الإِقْدَامِ عَلَى الْعَقْدِ الظَّاهِرِ مِنْ حَالِهِ الرِّضَا بِالْمُعْتَادِ وَالْجَوْزُ فِي الْعَادَةِ لَا يَخْلُو عَنْ هَذَا.
وَفِي الثَّانِي لَا يَجُوزُ وَيَرْجِعُ بِكُلِّ الثَّمَنِ لَأَنَّهُ جَمَعَ بَيْنَ الْمَالِ وَغَيْرِهِ، وَذَلِكَ مُفْسِدٌ لِلْعَقْدِ كَالْجَمْعِ بَيْنَ الْحُرِّ وَالْقَنِّ.

(قَالَ: وَمَنْ بَاعَ عَبْدًا فَبَاعَهُ الْمُشْتَرِي ثُمَّ رَدَّ عَلَيْهِ بَعِيْبٍ فَإِنْ قَبِلَ بِقَضَاءِ الْقَاضِي بِإِقْرَارٍ أَوْ بَيِّنَةٍ أَوْ بِإِبَاءٍ يَمِينٍ لَهُ أَنْ يَرُدَّهُ عَلَى بَائِعِهِ؛ لَأَنَّهُ فَسَخَ مِنَ الْأَصْلِ فَجَعَلَ الْبَيْعَ كَأَنْ لَمْ يَكُنْ غَايَةً الْأَمْرُ أَنَّهُ أَنْكَرَ قِيَامَ الْعَيْبِ لَكِنَّهُ صَارَ مُكَذِّبًا شَرْعًا بِالْقَضَاءِ، وَمَعْنَى الْقَضَاءِ بِالْإِقْرَارِ أَنَّهُ أَنْكَرَ الْإِقْرَارَ فَاقْتَبَتِ بِالْبَيِّنَةِ، وَهَذَا بِخِلَافِ الْوَكِيلِ بِالْبَيْعِ إِذَا رَدَّ عَلَيْهِ بَعِيْبٍ بِالْبَيِّنَةِ حَيْثُ يَكُونُ رَدًّا عَلَى الْمُوَكَّلِ؛ لِأَنَّ الْبَيْعَ هُنَاكَ وَاحِدٌ وَالْمَوْجُودُ هَاهُنَا بَيْعَانِ، فَيُفْسَخُ الثَّانِي وَالْأَوَّلُ لَا يَنْفَسَخُ (وَإِنْ قَبِلَ بِغَيْرِ قَضَاءِ الْقَاضِي لَيْسَ لَهُ أَنْ يَرُدَّهُ)؛ لَأَنَّهُ بَيْعٌ جَدِيدٌ فِي حَقِّ ثَالِثٍ وَإِنْ كَانَ فَسَخًا فِي حَقِّهِمَا وَالْأَوَّلُ ثَالِثُهُمَا (وَفِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ: وَإِنْ رَدَّ عَلَيْهِ بِإِقْرَارِهِ بِغَيْرِ قَضَاءِ بَعِيْبٍ لَا يَحْدُثُ مِثْلُهُ لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يُخَصِّمَ الَّذِي بَاعَهُ) وَبِهَذَا يَتَبَيَّنُ أَنَّ الْجَوَابَ فِيمَا يَحْدُثُ مِثْلُهُ وَفِيمَا لَا يَحْدُثُ سَوَاءٌ. وَفِي بَعْضِ رَوَايَاتِ الْبُيُوعِ: إِنْ كَانَ فِيمَا لَا يَحْدُثُ مِثْلُهُ يَرْجِعُ بِالنَّقْصَانِ لِلتَّيَقُّنِ بِقِيَامِ الْعَيْبِ عِنْدَ الْبَائِعِ الْأَوَّلِ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ بَاعَ عَبْدًا فَبَاعَهُ الْمُشْتَرِي) وَمَنْ بَاعَ عَبْدًا فَبَاعَهُ الْمُشْتَرِي (ثُمَّ رَدَّ عَلَيْهِ بَعِيْبٍ ف) إِمَّا (أَنْ قَبِلَ بِقَضَاءِ الْقَاضِي) أَوْ بِغَيْرِ قَضَائِهِ، فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ فِيمَا أَنْ يَكُونَ بِإِقْرَارٍ، وَمَعْنَى الْقَضَاءِ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ أَنَّ الْخَصْمَ ادَّعَى عَلَى الْمُشْتَرِي الْإِقْرَارَ بِالْعَيْبِ وَالْمُشْتَرِي أَنْكَرَ ذَلِكَ فَاقْتَبَتِ الْخَصْمُ بِالْبَيِّنَةِ، وَإِمَّا احْتِيجَ إِلَى هَذَا التَّأْوِيلِ لَأَنَّهُ إِذَا لَمْ يُنْكِرْ إِقْرَارَهُ لَا يَكُونُ الرَّدُّ مُحْتَاجًا إِلَى الْقَضَاءِ بَلْ يُرَدُّ عَلَيْهِ بِإِقْرَارِهِ بِالْعَيْبِ، وَحَيْثُ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَرُدَّهُ عَلَى بَائِعِهِ لَأَنَّهُ إِقَالَةٌ وَإِمَّا أَنْ يَكُونَ (بَيِّنَةً أَوْ بِإِبَاءٍ يَمِينٍ) وَفِي كُلِّ ذَلِكَ لَهُ أَنْ يَرُدَّهُ عَلَى بَائِعِهِ (لَأَنَّهُ فَسَخَ مِنَ الْأَصْلِ فَجَعَلَ الْبَيْعَ الثَّانِي كَالْمَعْدُومِ) وَالْبَيْعُ الْأَوَّلُ قَائِمٌ فَلَهُ الْخَصُومَةُ وَالرَّدُّ بِالْعَيْبِ (قَوْلُهُ غَايَةُ الْأَمْرِ) إِشَارَةٌ إِلَى جَوَابِ زُفَرٍ عَمَّا قَالَ: إِذَا جَحَدَ الْعَيْبَ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَدَّعِيَ عَلَى الْبَائِعِ الْأَوَّلِ أَنْ بِهِ عَيْبًا لَكُونِ كَلَامِهِ مُتَنَاقِضًا.

وَوَجْهُهُ أَنَّ غَايَةَ أَمْرِ الْمُشْتَرِي إِنْكَارُهُ قِيَامَ الْعَيْبِ، لَكِنَّهُ لَمَّا صَارَ مُكَذِّبًا شَرْعًا

بِقَضَاءِ الْقَاضِي ارْتَفَعَتِ الْمُنَاقَضَةُ وَصَارَ كَمَنْ اشْتَرَى شَيْئًا وَأَقْرَأَ أَنَّ الْبَائِعَ بَاعَ مَلِكَ نَفْسِهِ ثُمَّ جَاءَ إِنْسَانٌ وَاسْتَحَقَّهُ بِالْبَيِّنَةِ لَا يَبْطُلُ حَقُّهُ فِي الرُّجُوعِ عَلَى الْبَائِعِ بِالثَّمَنِ (قَوْلُهُ وَهَذَا بِخِلَافِ الْوَكِيلِ) إِشَارَةٌ إِلَى الْجَوَابِ عَمَّا يُقَالُ إِذَا رُدَّ الْمَبِيعُ بِعَيْبٍ عَلَى الْوَكِيلِ بِالْبَيِّنَةِ كَانَ ذَلِكَ رَدًّا عَلَى الْمُوَكَّلِ، وَفِيمَا نَحْنُ فِيهِ الرَّدُّ عَلَى الْمُشْتَرِي لَيْسَ رَدًّا عَلَى الْبَائِعِ.

وَوَجْهُهُ أَنَّ الْبَيْعَ فِي صُورَةِ الْوَكِيلِ يَبْعُ وَاحِدٌ فَرَدُّهُ عَلَى الْوَكِيلِ رَدُّ عَلَى الْمُوَكَّلِ، وَفِيمَا نَحْنُ فِيهِ يَبْعَانِ وَبَرَدٌ أَحَدُهُمَا لَا يَرْتَدُّ الْآخَرُ، وَإِنْ كَانَ الثَّانِي فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَرُدَّهُ لِأَنَّهُ إِقَالَةٌ وَهِيَ بَيْعٌ جَدِيدٌ فِي حَقِّ ثَالِثٍ وَالْبَائِعُ الْأَوَّلُ ثَالِثُهُمَا هَذَا إِذَا رَدَّ الْمُشْتَرِي الثَّانِي عَلَى الْأَوَّلِ بَعْدَ الْقَبْضِ وَأَمَّا إِذَا كَانَ قَبْلَ الْقَبْضِ فَلَا فَرْقَ بَيْنَ مَا إِذَا كَانَ الرَّدُّ بِقَضَاءٍ أَوْ بغيرِهِ، لِأَنَّ الرَّدَّ قَبْلَ الْقَبْضِ بِالْعَيْبِ فَنُسَخَ مِنَ الْأَصْلِ فِي حَقِّ الْكُلِّ فَصَارَ كَالرَّدِّ بِخِيَارِ الشَّرْطِ أَوْ بِخِيَارِ الرُّوْيَةِ، وَصَرَّحَ بِذِكْرِ وَضْعِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ لِيَتَبَيَّنَ أَنَّ الْجَوَارِ فِي عَيْبٍ لَا يَحْدُثُ مِثْلُهُ كَالْأَصْبَحِ الزَّائِدَةِ أَوْ النَّاقِصَةِ، وَفِي عَيْبٍ يَحْدُثُ مِثْلُهُ كَالْقُرُوحِ وَالْأَمْرَاضِ سَوَاءً، وَإِنْ كَانَ قَدْ يُتَوَهَّمُ أَنَّ الْعَيْبَ إِذَا كَانَ مِمَّا لَا يَحْدُثُ وَقَدْ رَدَّهُ بِغَيْرِ قَضَاءٍ فَلَهُ أَنْ يَرُدَّهُ عَلَى بَائِعِهِ لَتَيَقْنَهُ بِوُجُودِهِ فِي يَدِ الْبَائِعِ وَهُوَ الَّذِي ذُكِرَ فِي بَعْضِ رَوَايَاتِ يُبُوعِ الْأَصْلِ، وَالصَّحِيحُ رَوَايَةُ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ لِأَنَّ الرَّدَّ بِغَيْرِ قَضَاءٍ إِقَالَةٌ تَعْتَمِدُ التَّرَاضِيَّ فَيَكُونُ بِمَنْزِلَةِ بَيْعٍ جَدِيدٍ فِي حَقِّ غَيْرِهِمَا وَهُوَ الْبَائِعُ الْأَوَّلُ فَلَا يَعُودُ الْمَلِكُ الْمُسْتَفَادُ مِنْ جِهَةِ الْبَائِعِ الْأَوَّلِ لِيُخَاصِمَهُ.

(قَالَ: وَمَنْ اشْتَرَى عَبْدًا فَقَبَضَهُ فَادَّعَى عَيْبًا لَمْ يُجْبَرْ عَلَى دَفْعِ الثَّمَنِ حَتَّى يَخْلَفَ الْبَائِعُ أَوْ يُقِيمَ الْمُشْتَرِي بَيِّنَةً) لِأَنَّهُ أَنْكَرَ وَجُوبَ دَفْعِ الثَّمَنِ حَيْثُ أَنْكَرَ تَعَيَّنَ حَقُّهُ بِدَعْوَى الْعَيْبِ، وَدَفْعُ الثَّمَنِ أَوْ لَا لِيَتَعَيَّنَ حَقُّهُ بِإِزَاءِ تَعَيَّنِ الْمَبِيعِ؛ وَلِأَنَّهُ لَوْ قُضِيَ بِالْدَّفْعِ فَلَعَلَّهُ يَظْهَرُ الْعَيْبُ فَيَنْتَقِضُ الْقَضَاءُ فَلَا يَقْضِي بِهِ صَوْتًا لِقَضَائِهِ (فَإِنْ قَالَ الْمُشْتَرِي شُهُودِي بِالشَّامِ اسْتَحْلَفَ الْبَائِعَ وَدَفَعَ الثَّمَنَ) يَعْنِي إِذَا حَلَفَ وَلَا يُنْتَظَرُ حُضُورُ الشُّهُودِ؛ لِأَنَّ فِي الْإِنْظَارِ ضَرَرًا بِالْبَائِعِ، وَلَيْسَ فِي الدَّفْعِ كَثِيرُ ضَرَرٍ بِهِ؛ لِأَنَّهُ عَلَى حُجَّتِهِ، أَمَّا إِذَا تَكَلَّمَ الزِّمَ الْعَيْبُ؛ لِأَنَّهُ حُجَّةٌ فِيهِ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ اشْتَرَى عَبْدًا فَقَبَضَهُ فَادَّعَى عَيْبًا لَمْ يُجْبَرْ عَلَى دَفْعِ الثَّمَنِ حَتَّى يَخْلَفَ الْبَائِعُ أَوْ يُقِيمَ الْمُشْتَرِي الْبَيِّنَةَ) فَإِنْ حَلَفَ الْبَائِعُ دَفَعَ إِلَيْهِ الثَّمَنَ، وَإِنْ أَقَامَ الْمُشْتَرِي الْبَيِّنَةَ

فَهُوَ إِنْ شَاءَ يَدْفَعُ الثَّمَنَ أَوْ الْمِيعَ.

وَأَسْتَشْكَلُ هَذِهِ الْعِبَارَةَ لِأَنَّهُ جَعَلَ غَايَةَ عَدَمِ الْإِجْبَارِ إِمَّا يَمِينَ الْبَائِعِ أَوْ يَمِينَةَ الْمُشْتَرِي، وَذَلِكَ بِالنَّسْبَةِ إِلَى الْأُولَى صَحِيحٌ، لِأَنَّ بِالْيَمِينِ يَتَوَجَّهُ الْإِجْبَارُ، وَبِالنَّسْبَةِ إِلَى الثَّانِي لَيْسَ بِصَحِيحٍ لِأَنَّ بِإِقَامَةِ الْبَيِّنَةِ يَسْتَمِرُّ عَدَمُ الْإِجْبَارِ لَا يَنْتَهِي بِهِ.

وَأَجَابُوا بِأَوْجُهُ: بَأَنَّهُ مِنْ بَابٍ: عَلَفَتْهَا تَبْنَا وَمَاءً بَارِدًا تَقْدِيرُهُ وَسَقَيْتَهَا مَاءً بَارِدًا، وَبَأَنَّ يُجْعَلُ الْكَلَامُ مُتَضَمِّنًا لِلْفِظِ عَامٌّ يَنْدَرِجُ تَحْتَهُ الْعَايَتَانِ فَيَقَالُ لَمْ يُجْبَرْ عَلَى دَفْعِ الثَّمَنِ حَتَّى يَظْهَرَ وَجْهُ الْحُكْمِ: أَيْ حُكْمُ الْإِجْبَارِ أَوْ حُكْمُ عَدَمِ الْإِجْبَارِ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنَ الْحَلْفِ وَإِقَامَةِ الْبَيِّنَةِ حُكْمٌ مِنَ الْأَحْكَامِ، وَهَذَا مِثْلُ قَوْلِ مَنْ قَالَ فِي قَوْلِهِ عَلَفَتْهَا تَبْنَا أَنَّهُ بِمَعْنَى أَطْعَمْتُهَا، فَإِنَّهُ يُسْتَعْمَلُ فِي السَّقْيِ كَمَا يُسْتَعْمَلُ فِي الطَّعْمِ فِي مَعْنَى الشُّرْبِ، قَالَ تَعَالَى ﴿وَمَنْ لَمْ يَطْعَمْهُ فَإِنَّهُ مِنِّي﴾ [البقرة: ٢٤٩] أَيْ وَمَنْ لَمْ يَشْرَبْهُ وَبَأَنَّ الْإِنتِظَارَ مُسْتَلَزِمٌ لِعَدَمِ الْإِجْبَارِ، وَذِكْرُ اللَّازِمِ وَإِرَادَةُ الْمَلْزُومِ كِنَايَةٌ. وَالْحَقُّ أَنَّ الْأَسْتَشْكَالَ إِنَّمَا هُوَ بِالنَّظَرِ إِلَى مَفْهُومِ الْغَايَةِ وَهُوَ لَيْسَ بِلَازِمٍ (قَوْلُهُ لِأَنَّهُ أَنْكَرَ وَجُوبَ دَفْعِ الثَّمَنِ) تَعْلِيلٌ لِعَدَمِ الْإِجْبَارِ لِأَنَّ الْمُشْتَرِيَّ أَنْكَرَ وَجُوبَ دَفْعِ الثَّمَنِ لِأَنَّهُ أَنْكَرَ تَعْيِينَ حَقِّهِ بِدَعْوَى الْعَيْبِ، وَإِنْكَارُ تَعْيِينِ الْحَقِّ إِنْكَارٌ عِلَّةٍ وَجُوبِ دَفْعِ الثَّمَنِ، لِأَنَّ وَجُوبَ دَفْعِ الثَّمَنِ أَوَّلًا لَيْسَ إِلَّا لِتَعْيِينِ حَقِّ الْبَائِعِ بِإِزَاءِ تَعْيِينِ الْمِيعِ فَحَيْثُ أَنْكَرَ تَعْيِينَ حَقِّهِ فِي الْمِيعِ لِأَنَّ حَقِّهِ فِي السَّلِيمِ فَقَدْ أَنْكَرَ عِلَّةَ وَجُوبِ دَفْعِ الثَّمَنِ أَوَّلًا وَفِي إِنْكَارِ الْعِلَّةِ إِنْكَارُ الْمَعْلُولِ فَاتْتَصَبَ خَصْمًا وَلَا بُدَّ حِينَئِذٍ مِنْ حُجَّةٍ، وَهِيَ إِمَّا بَيِّنَةٌ أَوْ يَمِينُ الْبَائِعِ.

فَإِنْ قِيلَ: فِي هَذَا التَّعْلِيلِ فَسَادُ الْوَضْعِ لِأَنَّ صِفَةَ الْإِنْكَارِ تَقْتَضِي إِسْنَادَ الْيَمِينِ إِلَيْهِ لَا إِقَامَةَ الْبَيِّنَةِ بِالْحَدِيثِ. فَالْجَوَابُ الْإِعْتِبَارُ بِالْمَعْنَى لَا بِالصُّورَةِ، وَهُوَ فِيهِ مُدَّعٍ يَدْعِي مَا يُوجِبُ دَفْعَ الثَّمَنِ أَوَّلًا وَإِنْ كَانَ فِي الصُّورَةِ مُنْكَرًا (قَوْلُهُ وَلَئِنْ لَوْ قَضَى بِالْدَّفْعِ) دَلِيلٌ آخَرُ يَتَضَمَّنُ جَوَابَ مَا قَبْلَ الْمَوْجِبِ لِلْجَبْرِ وَهُوَ الْبَيْعُ مَعَ الْقَبْضِ مُتَحَقِّقٌ، وَمَا ادَّعَاهُ الْمُشْتَرِي مِنَ الْعَيْبِ مَوْهُومٌ، وَالْمَوْهُومُ لَا يُعَارِضُ الْمُتَحَقِّقَ. وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ مَا ادَّعَاهُ الْمُشْتَرِي وَإِنْ كَانَ مَوْهُومًا لَكِنْ يَجِبُ عَلَى الْقَاضِي اعْتِبَارُهُ صَوْتًا لِقَضَائِهِ عَنِ النَّقْضِ، فَإِنَّهُ إِذَا قَضَى بِالْدَّفْعِ فَلَعَلَّهُ يَظْهَرُ الْعَيْبُ فَيَنْتَقِضُ الْقَضَاءُ.

قَالَ (فَإِنْ قَالَ الْمُشْتَرِي شُهُودِي بِالشَّامِ) إِذَا طُلِبَ مِنَ الْمُشْتَرِي إِقَامَةُ الْبَيِّنَةِ عَلَى مَا

ادَّعَاهُ فَقَالَ شُهُودِي بِالشَّامِ عَيْبٌ (أَسْتَحْلِفَ الْبَائِعُ) فَإِنْ حَلَفَ دَفَعَ إِلَيْهِ الثَّمَنُ لِأَنَّهُ فِي الْإِنْتَظَارِ ضَرَرًا بِالْبَائِعِ. فَإِنْ قِيلَ: فِي الزَّامِ الْمُشْتَرِي دَفَعَ الثَّمَنَ ضَرَرٌ لَهُ أَيْضًا. أَجَابَ الْمُصَنِّفُ بِقَوْلِهِ (وَلَيْسَ فِي دَفْعِ الثَّمَنِ كِبِيرُ ضَرَرٍ بِهِ لِأَنَّهُ عَلَى حُجَّتِهِ) يَعْنِي هُوَ بِسَبِيلِ مَنْ إِقَامَةِ الْبَيِّنَةِ عِنْدَ حُضُورِ شُهُودِهِ. وَفِيهِ بَحْثٌ مِنْ وَجْهَيْنِ: الْأَوَّلُ مَا قِيلَ فِي بَقَاءِ الْمُشْتَرِي عَلَى حُجَّتِهِ بَطْلَانُ قَضَاءِ الْقَاضِي وَقَدْ تَقَدَّمَ بَطْلَانُهُ. وَالثَّانِي أَنَّ الْإِنْتَظَارَ وَإِقَامَةَ الْحُجَّةِ بَعْدَ الدَّفْعِ مُؤَقَّتَانِ بِحُضُورِ الشُّهُودِ فَكَيْفَ كَانَ أَحَدُهُمَا ضَرَرًا وَالْآخَرُ دُونَهُ؟ وَالْجَوَابُ عَنْ الْأَوَّلِ أَنَّ الْقَاضِي هَاهُنَا قَدْ قَضَى بِإِدَاءِ الثَّمَنِ إِلَى حِينَ حُضُورِ الشُّهُودِ لَا مُطْلَقًا فَلَا يَلْزَمُ الْبَطْلَانُ. وَعَنْ الثَّانِي بَأَنَّهُ فِي دَعْوَى عَيْبَةِ الشُّهُودِ مُتَّهَمٌ. لِحَوَازِ أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ مُمَاطَلَةً فَلَا يُسْمَعُ قَوْلُهُ فِي حَقِّ غَيْرِهِ، وَإِذَا طَلَبَ الْمُشْتَرِي يَمِينَ الْبَائِعِ فَتَكَلَّلَ أَلْزَمَ الْعَيْبَ لِأَنَّ التُّكُولَ حُجَّةٌ فِي ثُبُوتِ الْعَيْبِ.

قِيلَ هُوَ اخْتِرَازٌ عَنْ التُّكُولِ فِي الْحُدُودِ وَالْقِصَاصِ بِالْإِجْمَاعِ وَعَنْ التُّكُولِ فِي الْأَشْيَاءِ السَّتَةِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ.

(قَالَ: وَمَنْ اشْتَرَى عَبْدًا فَأَدْعَى إِبَاقًا لَمْ يُحْلَفِ الْبَائِعُ حَتَّى يُقِيمَ الْمُشْتَرِي الْبَيِّنَةَ أَنَّهُ أَبَقَ عِنْدَهُ) وَالْمُرَادُ التَّحْلِيفُ عَلَى أَنَّهُ لَمْ يَأْبَقْ عِنْدَهُ؛ لِأَنَّ الْقَوْلَ وَإِنْ كَانَ قَوْلُهُ وَلَكِنْ إِنْكَارُهُ إِنَّمَا يُعْتَبَرُ بَعْدَ قِيَامِ الْعَيْبِ بِهِ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي وَمَعْرِفَتِهِ بِالْحُجَّةِ (فَإِذَا أَقَامَهَا حَلَفَ بِاللَّهِ لَقَدْ بَاعَهُ وَسَلَّمَهُ إِلَيْهِ وَمَا أَبَقَ عِنْدَهُ قَطُّ) كَذَا قَالَ فِي الْكِتَابِ، وَإِنْ شَاءَ حَلَفَهُ بِاللَّهِ مَا لَهُ حَقُّ الرَّدِّ عَلَيْكَ مِنَ الْوَجْهِ الَّذِي يَدْعِي أَوْ بِاللَّهِ مَا أَبَقَ عِنْدَكَ قَطُّ أَمَا لَا يُحْلَفُ بِاللَّهِ لَقَدْ بَاعَهُ وَمَا بِهِ هَذَا الْعَيْبُ وَلَا بِاللَّهِ لَقَدْ بَاعَهُ وَسَلَّمَهُ وَمَا بِهِ هَذَا الْعَيْبُ؛ لِأَنَّ فِيهِ تَرْكَ النَّظَرِ لِلْمُشْتَرِي؛ لِأَنَّ الْعَيْبَ قَدْ يَحْدُثُ بَعْدَ الْبَيْعِ قَبْلَ التَّسْلِيمِ وَهُوَ مُوجِبٌ لِلرَّدِّ، وَالْأَوَّلُ ذُهُولُ عَنْهُ وَالثَّانِي يُوهِمُ تَعَلُّقَهُ بِالشَّرْطَيْنِ فَيَتَأَوَّلُهُ فِي الْيَمِينِ عِنْدَ قِيَامِهِ وَهَتَا التَّسْلِيمِ دُونَ الْبَيْعِ، وَلَوْ لَمْ يَجِدِ الْمُشْتَرِي بَيِّنَةً عَلَى قِيَامِ الْعَيْبِ عِنْدَهُ وَارَادَ تَحْلِيفَ الْبَائِعِ مَا يَعْلَمُ أَنَّهُ أَبَقَ عِنْدَهُ يُحْلَفُ عَلَى قَوْلِهِمَا.

وَاخْتَلَفَ الْمَشَايِخُ عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ لَهُمَا أَنَّ الدَّعْوَى مُعْتَبَرَةٌ حَتَّى يَتَرْتَّبَ عَلَيْهَا الْبَيِّنَةُ فَكَذَا يَتَرْتَّبُ التَّحْلِيفُ. وَلَهُ عَلَى مَا قَالَهُ الْبَعْضُ أَنَّ الْحَلْفَ يَتَرْتَّبُ عَلَى دَعْوَى صَحِيحَةٍ، وَلَيْسَتْ تَصِحُّ إِلَّا مِنْ خَصْمٍ وَلَا يَصِيرُ خَصْمًا فِيهِ إِلَّا بَعْدَ قِيَامِ

العيب. وَإِذَا تَكَلَّمَ عَنِ الْيَمِينِ عِنْدَهُمَا يَحْلِفُ ثَانِيًا لِلرَّدِّ عَلَى الْوَجْهِ الَّذِي قَدَّمَاهُ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ اشْتَرَى عَبْدًا فَادَّعَى إِبَاقًا) إِذَا ادَّعَى الْمُشْتَرِي إِبَاقَ الْعَبْدِ الْمُشْتَرَى وَكَذَّبَهُ الْبَائِعُ فَالْقَاضِي لَا يَسْمَعُ دَعْوَى الْمُشْتَرِي حَتَّى يَثْبُتَ وَجُودُ الْعَيْبِ عِنْدَهُ، فَإِنْ أَقَامَ بَيِّنَةٌ أَنَّهُ أَبْقَى عِنْدَهُ يَسْمَعُ دَعْوَاهُ وَقَالَ الْبَائِعُ هَلْ كَانَ عِنْدَكَ هَذَا الْعَيْبُ فِي الْحَالَةِ الَّتِي كَانَتْ عِنْدَ الْمُشْتَرِي فَإِنْ قَالَ نَعَمْ رَدَّهُ عَلَيْهِ إِنْ لَمْ يَدَّعِ الرِّضَا أَوْ الْإِبْرَاءَ، وَإِنْ أَنْكَرَ وَجُودَهُ عِنْدَهُ أَوْ ادَّعَى اخْتِلَافَ الْحَالَةِ قَالَ الْقَاضِي لِلْمُشْتَرِي أَلَمْ يَبَيِّنْ فَإِنْ أَقَامَهَا عَلَيْهِ رَدَّهُ عَلَيْهِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ بَيِّنَةٌ وَطَلَبَ الْيَمِينَ يُسْتَحْلَفُ أَنَّهُ لَمْ يَأْبُقْ عِنْدَهُ، وَإِنَّمَا لَمْ يَحْلِفْ قَبْلَ إِقَامَةِ الْمُشْتَرِي الْبَيِّنَةَ لِأَنَّ الْقَوْلَ وَإِنْ كَانَ قَوْلُ الْبَائِعِ لَكُونَهُ مُنْكَرًا لَكِنْ إِنْكَارُهُ إِنَّمَا يُعْتَبَرُ بَعْدَ قِيَامِ الْعَيْبِ بِهِ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي، لِأَنَّ السَّلَامَةَ أَصْلُ وَالْعَيْبُ عَارِضٌ، وَمَعْرِفَتُهُ إِنَّمَا لَا تَكُونُ بِالْحُجَّةِ، وَفِيهِ بَحْثٌ مِنْ وَجْهَيْنِ: أَحَدُهُمَا أَنَّ الْبَيِّنَةَ إِنَّمَا تُقْبَلُ مِنَ الْمُدَّعِي وَالْمُشْتَرِي فِي هَذِهِ الصُّورَةِ لَيْسَ بِمُدَّعٍ، بَلْ فِيمَا إِذَا ادَّعَى الْعَيْبَ فِي يَدِ الْبَائِعِ. وَالثَّانِي أَنَّ سَلَامَةَ الدِّمَمِ عَنِ الدِّينِ أَصْلُ وَالشُّغْلُ بِهِ عَارِضٌ، كَمَا أَنَّ السَّلَامَةَ عَنِ الْعَيْبِ أَصْلُ وَالْعَيْبُ عَارِضٌ، فَأَيُّ فَرْقٍ بَيْنَ مَا نَحْنُ فِيهِ وَبَيْنَ مَا إِذَا ادَّعَى عَلَى آخَرَ دَيْنًا فَالْإِنْكَارُ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ ذَلِكَ، فَإِنَّ الْقَاضِي يَسْمَعُ دَعْوَاهُ وَيَأْمُرُ الْخَصْمَ بِالْجَوَابِ، وَإِنْ لَمْ يَثْبُتْ قِيَامُ الدِّينِ فِي الْحَالِ وَأُجِيبَ عَنِ الْأَوَّلِ بِأَنَّ إِقَامَةَ هَذِهِ الْبَيِّنَةِ مِنْ ثَمَّةِ إِقَامَةِ الْبَيِّنَةِ عَلَى أَنَّ الْعَيْبَ كَانَ عِنْدَ الْبَائِعِ لَعَدَمِ تَمَكُّنِهِ مِنْ تِلْكَ إِلَّا بِهَذِهِ فَكَانَتْ مِنَ الْمُدَّعِي بِهَذَا الْاعتِبَارِ، وَعَنِ الثَّانِي بِأَنَّ قِيَامَ الدِّينِ فِي الْحَالِ لَوْ كَانَ شَرْطًا لِاسْتِمَاعِ الْخُصُومَةِ لَمْ يَتَوَسَّلْ الْمُدَّعِي إِلَى إِحْيَاءِ حَقِّهِ لِأَنَّهُ رُبَّمَا لَا يَكُونُ لَهُ بَيِّنَةٌ، أَوْ كَانَتْ لَهُ بَيِّنَةٌ لَكِنْ لَا يَقْدِرُ عَلَى إِقَامَتِهَا لَمَوْتِ أَوْ غَيْبَةِ، بِخِلَافِ مَا نَحْنُ فِيهِ لِأَنَّ تَوَسُّلَ الْمُشْتَرِي إِلَى إِحْيَاءِ حَقِّهِ مُمَكِّنٌ لِأَنَّ الْعَيْبَ إِذَا كَانَ مِمَّا يُعَايَنُ وَيُشَاهَدُ أَمْكَنَ إِثْبَاتُهُ بِالتَّعَرُّفِ عَنْ آثَارِهِ، وَإِنْ لَمْ يُعَرَفْ بِالْآثَارِ أَمْكَنَ التَّعَرُّفُ عَنْهُ بِالرُّجُوعِ إِلَى الْأَطِبَّاءِ وَالْقَوَائِلِ، وَإِذَا ظَهَرَ هَذَا فَإِذَا أَقَامَ الْمُشْتَرِي الْبَيِّنَةَ حَلَفَ الْبَائِعُ عَلَى الْبَيِّنَاتِ بِاللَّهِ لَقَدْ بَاعَهُ وَسَلَّمَهُ إِلَيْهِ وَمَا أَبْقَى عِنْدَهُ قَطُّ، كَذَا ذَكَرَ فِي الْمَبْسُوطِ.

وَقِيلَ الْمُرَادُ بِالْكِتَابِ هَاهُنَا الْجَامِعُ الصَّغِيرُ، وَإِنْ شَاءَ حَلَفَهُ بِاللَّهِ مَا لَهُ حَقُّ الرَّدِّ

عَلَيْكَ مِنَ الْوَجْهِ الَّذِي يُدْعَى أَوْ بِاللَّهِ مَا أَبَقَ عِنْدَكَ قَطُّ، وَلَا يَخْلَفُ بِاللَّهِ لَقْدَ بَاعَهُ وَمَا بِهِ هَذَا الْعَيْبُ لِأَنَّ هَذَا الْعَيْبَ قَدْ يَكُونُ بَعْدَ الْبَيْعِ قَبْلَ التَّسْلِيمِ وَهُوَ مُوجِبٌ لِلرَّدِّ، وَفِي ذَلِكَ غَفْلَةٌ عَنْ هَذَا الْمَعْنَى، وَبِهِ يَتَضَرَّرُ الْمُشْتَرِي، وَكَذَلِكَ لَا يَخْلَفُ بِاللَّهِ لَقْدَ بَاعَهُ وَسَلَّمَهُ وَمَا بِهِ هَذَا الْعَيْبُ لِأَنَّهُ يُوْهِمُ تَعَلُّقَهُ بِالشَّرْطَيْنِ جَمِيعًا، وَلِحَوَازِ أَنْ يَحْدُثَ الْعَيْبُ بَعْدَ الْبَيْعِ قَبْلَ التَّسْلِيمِ وَيَكُونُ غَرَضُ الْبَائِعِ عَدَمَ وَجُودِ الْعَيْبِ فِي الْحَالَيْنِ جَمِيعًا، فَفِي وَجُودِهِ فِي أَحَدِهِمَا يَكُونُ بَارًّا لِأَنَّ الْكُلَّ يَنْتَفِي بِإِثْنَاءِ جُزْئِهِ وَبِهِ يَتَضَرَّرُ الْمُشْتَرِي. وَإِنَّمَا قَالَ يُوْهِمُ تَعَلُّقَهُ بِالشَّرْطَيْنِ جَمِيعًا إِشَارَةً إِلَى أَنَّ تَأْوِيلَ الْبَائِعِ ذَلِكَ فِي يَمِينِهِ لَيْسَ بِصَحِيحٍ، وَلَكِنَّهُ يُوْهِمُ لِدَلَالَةِ مَا ذَكَرَ لِأَنَّ شَمْسَ الْأُيُومِ ذَكَرَ هَذِهِ الْعِبَارَةَ فِي التَّحْلِيلِ وَقَالَ: إِلَّا أَنَّهُمْ قَالُوا: النَّظَرُ لِلْمُشْتَرِي يَنْعَدِمُ إِذَا اسْتَحْلَفَهُ بِهَذِهِ الصِّفَةِ.

وَذَكَرَ الْوَجْهَ الْمَذْكُورَ ثُمَّ قَالَ: وَالْأَصَحُّ عِنْدِي الْأَوَّلُ لِأَنَّ الْبَائِعَ يَنْفِي الْعَيْبَ عِنْدَ الْبَيْعِ وَالتَّسْلِيمِ فَلَا يَكُونُ بَارًّا فِي يَمِينِهِ إِذَا لَمْ يَكُنْ الْعَيْبُ مُنْتَفِيًّا فِي الْحَالَيْنِ جَمِيعًا، وَعَلَى هَذَا فَلِقَائِلُ أَنْ يَقُولَ فِي عِبَارَةِ الْمُصَنِّفِ تَسَامُحٌ لِأَنَّهُ قَالَ (أَمَّا لَا يَخْلَفُ بِاللَّهِ لَقْدَ بَاعَهُ وَسَلَّمَهُ وَمَا بِهِ هَذَا الْعَيْبُ) وَعَلَّلَهُ (بِأَنَّهُ يُوْهِمُ تَعَلُّقَهُ بِالشَّرْطَيْنِ فَيَتَأَوَّلُهُ) وَقَالُوا: إِنَّمَا قَالَ يُوْهِمُ لِأَنَّ ذَلِكَ التَّأْوِيلَ لَيْسَ بِصَحِيحٍ فَإِذَا لَمْ يَكُنْ التَّأْوِيلُ صَحِيحًا كَانَ التَّحْلِيلُ بِهِ جَائِزًا. وَهُوَ يُنَاقِضُ قَوْلَهُ لَا يَخْلَفُ إِلَّا إِذَا حُمِلَ النَّفْيُ عَلَى الْوَجْهِ الْأَخْوَطِ فَيَسْتَقِيمُ. فَإِنْ قِيلَ: الْإِبَاقُ فِعْلُ الْغَيْرِ وَالتَّحْلِيلُ عَلَى فِعْلِ الْغَيْرِ إِنَّمَا يَكُونُ عَلَى الْعِلْمِ دُونَ الْبَيِّنَاتِ. فَالْجَوَابُ أَنَّ الِاسْتِحْلَافَ عَلَى فِعْلِ نَفْسِهِ فِي الْمَعْنَى وَهُوَ تَسْلِيمُ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ سَلِيمًا كَمَا التَّزَمَهُ.

وَقِيلَ التَّحْلِيلُ عَلَى فِعْلِ الْغَيْرِ إِنَّمَا يَكُونُ عَلَى الْعِلْمِ إِذَا ادَّعَى الَّذِي يَخْلَفُ أَنَّهُ لَا عِلْمَ لَهُ بِذَلِكَ، أَمَّا إِذَا ادَّعَى أَنَّ لِي عِلْمًا بِذَلِكَ فَيَخْلَفُ عَلَى الْبَيِّنَاتِ لِادِّعَائِهِ الْعِلْمَ بِذَلِكَ، فَإِنْ لَمْ يَجِدِ الْمُشْتَرِي بَيِّنَةً عَلَى قِيَامِ الْعَيْبِ عِنْدَهُ وَأَرَادَ تَحْلِيلَ الْبَائِعِ بِاللَّهِ مَا يَعْلَمُ أَنَّهُ أَبَقَ عِنْدَ الْمُشْتَرِي هَلْ لَهُ ذَلِكَ أَوْ لَا قِيلَ لَهُ ذَلِكَ عَلَى قَوْلِهِمَا. وَاخْتَلَفَ الْمَشَايِخُ عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَهُوَ الْمَذْكُورُ فِي التَّوَادِرِ ذَكَرَهُ الطَّحَاوِيُّ وَهُوَ مُحْتَارٌ الْمُصَنِّفُ، وَقِيلَ لَا خِلَافَ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ (لَهُمَا أَنَّ الدَّعْوَى مُعْتَبَرَةٌ لِأَنَّهُ يَتَرْتَّبُ عَلَيْهَا الْبَيِّنَةُ) وَكُلُّ مَا يَتَرْتَّبُ عَلَيْهِ الْبَيِّنَةُ (يَتَرْتَّبُ) عَلَيْهِ (التَّحْلِيلُ) بِالِاسْتِقْرَاءِ وَالْأَبْيَ حَنِيفَةَ عَلَى قَوْلِ مَنْ يَقُولُ

لَا تَحْلِفَ عَلَى مَذْهَبِهِ أَنْ الْحَلْفَ يَتَرْتَّبُ عَلَى دَعْوَى صَحِيحَةٍ، وَلَا تَصِحُّ الدَّعْوَى إِلَّا مِنْ خَصْمٍ، وَلَا يَصِيرُ الْمُدَّعِي وَهُوَ الْمُشْتَرِي هَاهُنَا خَصْمًا إِلَّا بَعْدَ قِيَامِ الْعَيْبِ بِالْحُجَّةِ الشَّرْعِيَّةِ وَقَدْ عَجَزَ عَنْهَا، وَلَا تُسَلِّمُ أَنْ كُلُّ مَا يَتَرْتَّبُ عَلَيْهِ الْبَيِّنَةُ يَتَرْتَّبُ عَلَيْهِ التَّحْلِيفُ؛ فَإِنْ دَعْوَى الْوَكَالَةِ يَتَرْتَّبُ عَلَيْهَا الْبَيِّنَةُ دُونَ التَّحْلِيفِ، وَالْبَيِّنَةُ لَا تَسْتَلْزِمُ الدَّعْوَى فَضْلًا عَنْ صِحَّتِهَا بَلْ قَدْ تَقَوُّمُ عَلَى مَا لَا دَعْوَى فِيهِ أَصْلًا كَمَا فِي الْحُدُودِ، بِخِلَافِ التَّحْلِيفِ.

وَالْفَرْقُ أَنَّ التَّحْلِيفَ شَرِيعٌ لِقَطْعِ الْخُصُومَةِ فَكَانَ مُقْتَضِيًا سَابِقَةَ الْخَصْمِ وَأَنْ يَكُونَ الْمُشْتَرِي هُنَا خَصْمًا إِلَّا بَعْدَ إِبْتَاتِ قِيَامِ الْعَيْبِ فِي يَدِهِ وَلَمْ يَثْبُتْ كَمَا تَقَدَّمَ، وَأَمَّا الْبَيِّنَةُ هَاهُنَا فَمَشْرُوعَةٌ لِإِبْتَاتِ كَوْنِهِ خَصْمًا فَلَا تَسْتَلْزِمُ كَوْنَهُ خَصْمًا (وَإِذَا نَكَلَ عَنْ الْيَمِينِ عِنْدَهُمَا يَحْلِفُ ثَانِيًا لِلرَّدِّ) عَلَى الْبَيِّنَاتِ (عَلَى الْوَجْهِ الَّذِي قَدَّمَاهُ) عَلَى مَا تَقَدَّمَ.

قَالَ ﷺ: إِذَا كَانَتْ الدَّعْوَى فِي إِبَاقِ الْكَبِيرِ يَحْلِفُ مَا أَبَقَ مِنْذُ بَلَغَ مَبْلَغَ الرِّجَالِ؛ لِأَنَّ الْإِبَاقَ فِي الصَّغَرِ لَا يُوجِبُ رَدَّهُ بَعْدَ الْبُلُوغِ.

الشرح:

قَالَ الْمُصَنِّفُ (إِذَا كَانَتْ الدَّعْوَى فِي إِبَاقِ الْكَبِيرِ يَحْلِفُ مَا أَبَقَ مِنْذُ بَلَغَ مَبْلَغَ الرِّجَالِ لِأَنَّ الْإِبَاقَ فِي الصَّغَرِ لَا يُوجِبُ رَدَّهُ بَعْدَ الْبُلُوغِ) لَمَّا تَقَدَّمَ، فَلَوْ حَلَفَ مُطْلَقًا كَانَ تَرْكُ النَّظَرِ فِي حَقِّ الْبَائِعِ، لِأَنَّهُ إِذَا أَبَقَ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي بَعْدَ الْبُلُوغِ وَقَدْ كَانَ أَبَقَ عِنْدَ الْبَائِعِ فِي حَالَةِ الصَّغَرِ وَمِثْلُ هَذَا الْإِبَاقِ غَيْرُ مُوجِبٍ لِلرَّدِّ اِمْتِنَعَ الْبَائِعُ عَنْ الْيَمِينِ حَذَرًا عَنْ الْيَمِينِ الْكَاذِبَةِ فَيَقْضَى عَلَيْهِ بِالرَّدِّ لِنُكُولِهِ وَيَتَضَرَّرُ بِهِ.

(قَالَ: وَمَنْ اشْتَرَى جَارِيَةً وَتَقَابَضَا فَوَجَدَ بِهَا عَيْبًا فَقَالَ الْبَائِعُ: بَعْتُكَ هَذِهِ وَأُخْرَى مَعَهَا وَقَالَ الْمُشْتَرِي: بَعْتَنِيهَا وَحَدَّاهَا فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُشْتَرِي)؛ لِأَنَّ الْاِخْتِلَافَ فِي مِقْدَارِ الْمَقْبُوضِ فَيَكُونُ الْقَوْلُ لِلْقَابِضِ كَمَا فِي الْغَصْبِ (وَكَذًا إِذَا اتَّفَقَا عَلَى مِقْدَارِ الْمَبِيعِ وَاخْتَلَفَا فِي الْمَقْبُوضِ) لَمَّا بَيَّنَّا.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ اشْتَرَى جَارِيَةً وَتَقَابَضَا) وَمَنْ اشْتَرَى جَارِيَةً وَتَقَابَضَ الْمُتَبَايعَانِ الثَّمَنَ وَالْمَبِيعَ (فَوَجَدَ) الْمُشْتَرِي (بِهَا عَيْبًا) فَأَرَادَ الْبَائِعُ تَخْصِيصَ الثَّمَنِ عَلَى تَقْدِيرِ الرَّدِّ (فَقَالَ

البائع بعثك هذه وأخرى معها وقال المشتري بعثنيها وحدها فالقول قول المشتري، لأن الاختلاف في مقدار المقبوض والقول فيه قول القابض) لأنه أعرف بما قبض كما في العصب) فإنه إذا اختلف الغاصب والمقبوض منه فقال المقبوض منه غصبت مني غلامين وقال الغاصب غلاماً واحداً فالقول قول الغاصب لأنه القابض (وكذا إذا اختلفا على مقدار المبيع واختلفا في المقبوض) في مقداره بأن كان المبيع جاريتين ثم اختلفا فقال البائع قبضتهما وقال المشتري ما قبضت إلا إحداهما فالقول قول المشتري (لما بينا) أن في الاختلاف في مقدار المقبوض القول قول القابض، بل هاهنا أولى لأن كون المبيع شيئين أمانة ظاهرة على أن المقبوض كذلك لأن العقد عليهما سبب مطلقاً لقبضهما، ومع ذلك كان القول قول القابض فهاهنا أولى.

قال (ومن اشترى عبيدين صفقة واحدة فقبض أحدهما وجد بالآخر عيباً فإنه يأخذهما أو يدعهما)؛ لأن الصفقة تتم بقبضهما فيكون تفريقها قبل التمام وقد ذكرناه، وهذا؛ لأن القبض له شبه بالعقد فالتفريق فيه كالتفريق في العقد ولو وجد بالمقبوض عيباً اختلفوا فيه. ويروى عن أبي يوسف رحمه الله أنه يردّه خاصة، والأصح أنه يأخذهما أو يردّهما؛ لأن تمام الصفقة تعلق بقبض المبيع وهو اسم للكل فصار كحبس المبيع لما تعلق زواله باستيفاء الثمن لا يزول دون قبض جميعه (ولو قبضهما ثم وجد) بأحدهما عيباً يردّه خاصة خلافاً لزهر. هو يقول: فيه تفريق الصفقة ولا يعرى عن ضرر؛ لأن العادة جرت بضم الجيد إلى الرديء فأشبه ما قبل القبض وخيار الرؤية والشرط. ولنا أنه تفريق الصفقة بعد التمام؛ لأن القبض تتم الصفقة في خيار العيب وفي خيار الرؤية والشرط لا تتم به على ما مر، ولهذا لو استحق أحدهما ليس له أن يردّ الآخر.

الشرح:

قال (ومن اشترى عبيدين صفقة واحدة) رجل قال لآخر بعثك هذين العبدَيْنِ بألف درهم فقبل (وقبض أحدهما) وهو سليم (فوجد بالآخر عيباً) ليس له أن يردّ المبيع خاصة (بل يأخذهما أو يدعهما) جميعاً (لأن الصفقة تتم بقبضهما) لما أن تصرف المشتري في المبيع قبل القبض لا يصح لعدم تمام الصفقة حينئذ، وما تتم بقبضه

الصَّفَقَةُ لَا تَتِمُّ بِقَبْضِ بَعْضِهِ لِتَوَقُّفِهِ عَلَى قَبْضِ الْكُلِّ إِذَا ذَاكَ، فَالتَّفْرِيقُ قَبْلَ قَبْضِهِمَا تَفْرِيقٌ (قَبْلَ التَّمَامِ) وَهُوَ لَا يَجُوزُ (لَمَّا ذَكَّرْنَا) يَعْنِي قُبِيلَ بَابِ خِيَارِ الْعَيْبِ بِقَوْلِهِ لِأَنَّ الصَّفَقَةَ تَتِمُّ مَعَ خِيَارِ الْعَيْبِ بَعْدَ الْقَبْضِ وَإِنْ كَانَتْ لَا تَتِمُّ قَبْلَهُ (وَهَذَا) أَيُّ التَّفْرِيقِ فِي الْقَبْضِ لَا يَجُوزُ (لِأَنَّ الْقَبْضَ شَبَّهَ بِالْعَقْدِ) مِنْ حَيْثُ إِنَّ الْقَبْضَ يُثْبِتُ مِلْكَ التَّصَرُّفِ وَمِلْكَ الْيَدِ، كَمَا أَنَّ الْعَقْدَ يُثْبِتُ مِلْكَ الرَّقَبَةِ، وَالْعَرَضُ مِنْ مِلْكَ الرَّقَبَةِ مِلْكَ التَّصَرُّفِ وَمِلْكَ الْيَدِ (فَالْتَّفْرِيقُ فِي الْقَبْضِ كَالْتَّفْرِيقِ فِي الْعَقْدِ) وَلَوْ قَالَ بَعْتُ مِنْكَ هَذَيْنِ الْعَبْدَيْنِ فَقَالَ قَبِلْتُ أَحَدَهُمَا لَمْ يَصِحَّ فَكَذَا هَذَا.

قَالَ (وَلَوْ وَجَدَ بِالْمَقْبُوضِ عَيْبًا اخْتَلَفُوا فِيهِ) إِذَا وَجَدَ الْمُشْتَرِي بِالْمَقْبُوضِ عَيْبًا، قَالُوا فِي شُرُوحِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ: اخْتَلَفَ الْمَشَايخُ فِيهِ، وَكَلَامُ الْمُصَنِّفِ يُشِيرُ إِلَى أَنَّ الْاِخْتِلَافَ بَيْنَ الْعُلَمَاءِ، فَإِنَّهُ قَالَ (وَيُرْوَى عَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يَرُدُّهُ خَاصَّةً). وَوَجْهُهُ أَنَّ الصَّفَقَةَ تَامَّةٌ فِي حَقِّ الْمَقْبُوضِ فَبِالنَّظَرِ إِلَيْهِ لَا يَلْزَمُ تَفْرِيقُ الصَّفَقَةِ (وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ) لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ (لِأَنَّ تَمَامَ الصَّفَقَةِ بِقَبْضِ الْمَبِيعِ وَهُوَ اسْمٌ لِلْكُلِّ فَهُوَ كَحَبْسِ الْمَبِيعِ) لِأَجْلِ الثَّمَنِ فَإِنَّهُ لَا يَزُولُ بِقَبْضِ بَعْضِ الثَّمَنِ لِتَعَلُّقِهِ بِالْكُلِّ اعْتِبَارًا لِأَحَدِ الْبَدَلَيْنِ بِالْآخِرِ (وَلَوْ قَبْضُهُمَا ثُمَّ وَجَدَ بِأَحَدِهِمَا عَيْبًا لَهُ أَنْ يَرُدَّهُ خَاصَّةً) وَقَالَ زُفَرٌ: لَا فَرْقَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ مَا تَقَدَّمَ لِأَنَّ فِيهِ تَفْرِيقَ الصَّفَقَةِ (وَلَا يَعْرِى عَنْ ضَرَرٍ إِذِ الْعَادَةُ جَرَتْ بِضَمِّ الْجَيِّدِ إِلَى الرَّدِيِّ فَأَشْبَهَ مَا قَبْلَ الْقَبْضِ) بِجَامِعِ دَفْعِ الضَّرَرِ (وَأَشْبَهَ خِيَارَ الرُّوْيَةِ وَالشَّرْطِ) وَلَنَا أَنَّهُ إِذَا قَبْضُهُمَا جَمِيعًا فَقَدْ تَمَّتِ الصَّفَقَةُ وَالتَّفْرِيقُ بَعْدَهُ غَيْرُ ضَائِرٍ، بِخِلَافِ خِيَارِ الرُّوْيَةِ وَالشَّرْطِ فَإِنَّ الصَّفَقَةَ لَا تَتِمُّ بِالْقَبْضِ فِيهِمَا عَلَى مَا مَرَّ فِي خِيَارِ الرُّوْيَةِ أَنَّ الصَّفَقَةَ لَا تَتِمُّ مَعَ خِيَارِ الرُّوْيَةِ قَبْلَ الْقَبْضِ وَبَعْدَهُ، وَخِيَارُ الْعَيْبِ لَا يَمْنَعُ تَمَامَ الصَّفَقَةِ لَوْجُودِ تَمَامِ الرِّضَا مِنَ الْمُشْتَرِي عِنْدَ الْقَبْضِ عَلَى صِفَةِ السَّلَامَةِ كَمَا أَوْجَبَهُ الْعَقْدُ.

وَالْأَصْلُ صِفَةُ السَّلَامَةِ فَكَانَتْ الصَّفَقَةُ تَامَّةً بِظَاهِرِ الْعَقْدِ، وَتَضَرَّرُ الْبَائِعُ إِنَّمَا لَزِمَ مِنْ تَذْلِيلِهِ فَلَا يَلْزَمُ الْمُشْتَرِي. لَا يُقَالُ: لَوْ كَانَ كَذَلِكَ لَزِمَ التَّمَكُّنُ مِنْ رَدِّ الْمَعِيبِ قَبْلَ قَبْضِهِمَا أَيْضًا لَوْجُودِ التَّذْلِيلِ مِنْهُ، لِأَنَّهُ يَسْتَلْزِمُ التَّفْرِيقَ قَبْلَ التَّمَامِ وَأَنَّهُ لَا يَجُوزُ. قِيلَ هَذَا الْاِخْتِلَافُ فِي شَيْئَيْنِ يُمَكِّنُ إِفْرَادَ أَحَدِهِمَا بِالِائْتِنَاعِ كَالْعَبْدَيْنِ. وَأَمَّا إِذَا لَا يُمَكِّنُ كَزَوْجِي الْخُفِّ وَمِصْرَاعِي الْبَابِ فَإِنَّهُ يَرُدُّهُمَا أَوْ يُمَسِّكُهُمَا، حَتَّى لَوْ كَانَ الْمَبِيعُ ثَوْرَيْنِ

قَدْ أَلْفَ أَحَدُهُمَا بِالْآخِرِ بَحِثْ لَا يَعْمَلُ بِذُوْنِهِ لَا يُمَكِّنُ رَدُّ الْمَعِيبِ خَاصَّةً (قَوْلُهُ وَهَذَا) أَيُّ وَلَأنَّ الصَّفَقَةَ تَتِمُّ بَعْدَ الْقَبْضِ وَلَا تَتِمُّ قَبْلَهُ (لَوْ أُسْتَحَقَّ أَحَدُ الْعَبْدَيْنِ) بَعْدَ قَبْضِهِمَا (لَيْسَ لِلْمُشْتَرِي أَنْ يَرُدَّ الْآخَرَ) بَلِ الْعَقْدُ قَدْ لَزِمَ فِيهِ لِأَنَّهُ تَفْرِيقٌ بَعْدَ التَّمَامِ.

(قَالَ: وَمَنْ اشْتَرَى شَيْئًا مِمَّا يُكَالُ أَوْ يُوزَنُ فَوَجَدَ بَعْضُهُ عَيْبًا رَدَّهُ كُلَّهُ أَوْ أَخَذَهُ كُلَّهُ) وَمُرَادُهُ بَعْدَ الْقَبْضِ؛ لِأَنَّ الْمَكِيلَ إِذَا كَانَ مِنْ جِنْسٍ وَاحِدٍ فَهُوَ كَشْيءٍ وَاحِدٍ؛ أَلَا يَرَى أَنَّهُ يُسَمَّى بِاسْمِ وَاحِدٍ وَهُوَ الْكُرُّ وَنَحْوُهُ. وَقِيلَ هَذَا إِذَا كَانَ فِي وَعَاءٍ وَاحِدٍ، فَإِذَا كَانَ فِي وَعَاءَيْنِ فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ عَبْدَيْنِ حَتَّى يَرُدَّ الْوَعَاءَ الَّذِي وَجَدَ فِيهِ الْعَيْبَ دُونَ الْآخَرِ. (وَلَوْ أُسْتَحَقَّ بَعْضُهُ فَلَا خِيَارَ لَهُ فِي رَدِّ مَا بَقِيَ)؛ لِأَنَّهُ لَا يَضُرُّهُ التَّبْعِيضُ، وَالْإِسْتِحْقَاقُ لَا يَمْنَعُ تَمَامَ الصَّفَقَةِ؛ لِأَنَّ تَمَامَهَا بِرِضَا الْعَاقِدِ لَا بِرِضَا الْمَالِكِ، وَهَذَا إِذَا كَانَ بَعْدَ الْقَبْضِ، أَمَّا لَوْ كَانَ قَبْلَ الْقَبْضِ فَلَهُ أَنْ يَرُدَّ مَا بَقِيَ لِتَفَرُّقِ الصَّفَقَةِ قَبْلَ التَّمَامِ. قَالَ (وَإِنْ كَانَ ثَوْبًا فَلَهُ الْخِيَارُ)؛ لِأَنَّ التَّشْقِيقَ فِيهِ عَيْبٌ وَقَدْ كَانَ وَقْتُ الْبَيْعِ حَيْثُ ظَهَرَ الْإِسْتِحْقَاقُ، بِخِلَافِ الْمَكِيلِ وَالْمُوزُونِ.

الشرح:

(قَالَ: وَمَنْ اشْتَرَى شَيْئًا مِمَّا يُكَالُ أَوْ يُوزَنُ) تَفْرِيقُ الصَّفَقَةِ لَا يَجُوزُ إِذَا كَانَ قَبْلَ الْقَبْضِ فِي سَائِرِ الْأَعْيَانِ، وَبَعْدَهُ يَجُوزُ فِي غَيْرِ الْمَكِيلِ وَالْمُوزُونِ، وَأَمَّا فِيهِمَا فَلَا يَجُوزُ إِذَا كَانَ الْجِنْسُ وَاحِدًا سَوَاءً كَانَ فِي وَعَاءٍ وَاحِدٍ أَوْ فِي وَعَاءَيْنِ عَلَى اخْتِيَارِ الْمَشَايخِ. وَقِيلَ إِذَا كَانَ فِي وَعَاءَيْنِ فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ عَبْدَيْنِ يَجُوزُ رَدُّ الْمَعِيبِ خَاصَّةً لِأَنَّهُ يَرُدُّهُ عَلَى الْوَجْهِ الَّذِي خَرَجَ مِنْ ضَمَانِ الْبَائِعِ. وَوَجْهُ الْأُظْهَرِ أَنَّهُ إِذَا كَانَ مِنْ جِنْسٍ وَاحِدٍ فَهُوَ كَشْيءٍ وَاحِدٍ اسْمًا وَحُكْمًا.

أَمَّا الْأَوَّلُ فَلَأَنَّهُ يُسَمَّى بِاسْمِ وَاحِدٍ كَكُرٍّ وَقَفِيرٍ وَنَحْوِهِمَا، وَأَمَّا الثَّانِي فَلَأَنَّ الْمَالِيَّةَ وَالتَّقْوَمَ فِيهِمَا بِاعْتِبَارِ الْاجْتِمَاعِ، لِأَنَّ الْحَبَّةَ بِإِنْفِرَادِهَا لَيْسَتْ لَهَا صِفَةُ التَّقْوَمِ وَهَذَا لَا يَجُوزُ بَيْنَهُمَا وَجَعْلُ رُؤْيَا بَعْضُهَا كَرُؤْيَا كُلِّهَا كَالثَوْبِ الْوَاحِدِ، وَفِي الثَّوْبِ الْوَاحِدِ إِذَا وَجَدَ بَعْضُهُ مَعِيبًا لَيْسَ لَهُ إِلَّا رَدُّ الْكُلِّ أَوْ إِسْكَاهُ، لِأَنَّ رَدَّ الْجُزْءِ الْمَعِيبِ فِيهِ يَسْتَلْزِمُ شَرَكَةَ الْبَائِعِ وَالْمُشْتَرِي وَهِيَ فِي الْأَعْيَانِ الْمُجْتَمِعَةِ عَيْبٌ، فَرَدُّ الْمَعِيبِ خَاصَّةً رَدُّ بَعْضٍ زَائِدٍ وَلَيْسَ لَهُ ذَلِكَ. فَإِنْ قِيلَ: لَوْ كَانَ كَذَلِكَ وَجَبَ أَنْ يَكُونَ لَهُ رَدُّ الْبَاقِي إِذَا أُسْتَحَقَّ

الْبَعْضُ بَعْدَ الْقَبْضِ كَمَا فِي الثُّوبِ الْوَاحِدِ وَهُوَ بَاطِلٌ بِالْإِجْمَاعِ. فَالْجَوَابُ أَنَّهُ عَلَى إِحْدَى الرُّوَايَتَيْنِ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ سَاقِطٌ، وَعَلَى الْأُخْرَى إِنَّمَا لَزِمَ الْعَقْدُ فِي الْبَاقِي وَلَمْ يَنْقُ لَهُ خِيَارُ الرَّدِّ فِيهِ لَأَنَّهُ لَا يَضُرُّهُ التَّبْعِيُّضُ، لِأَنَّ اسْتِحْقَاقَ الْبَعْضِ لَا يُوجِبُ عَيْبًا فِي الْمُسْتَحَقِّ وَغَيْرِهِ لِأَنَّهُمَا فِي الْمَالِيَّةِ سَوَاءٌ، وَالْإِنْتِفَاعُ بِالْبَاقِي مُمَكِّنٌ، وَمَا لَا يُوجِبُ عَيْبًا فِي الْمَالِيَّةِ وَالْإِنْتِفَاعِ لَا يُوجِبُ ضَرَرًا بِخِلَافِ مَا لَوْ وَجَدَ بِالْبَعْضِ عَيْبًا وَمِيزَةً لِرَدِّهِ لِأَنَّ تُمَيِّزَ الْعَيْبِ مِنْ غَيْرِ الْعَيْبِ يُوجِبُ زِيَادَةَ عَيْبٍ، بِخِلَافِ الثُّوبِ الْوَاحِدِ فَإِنَّ التَّبْعِيضَ يَضُرُّهُ وَالشَّرَكَةَ عَيْبٌ فِيهِ زَائِدٌ فَلَمْ يَنْقُ إِلَّا رَدُّ الْكُلِّ أَوْ إِمْسَاكُهُ (قَوْلُهُ وَالْإِسْتِحْقَاقُ) يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ جَوَابَ سُؤَالٍ.

تَقْرِيرُهُ انْتِفَاءُ الْخِيَارِ فِي رَدِّ مَا بَقِيَ يَسْتَلْزِمُ تَفْرِيقَ الصَّفَقَةِ قَبْلَ التَّمَامِ لِأَنَّ تَمَامَهَا بِالرِّضَا وَالْمُسْتَحَقِّ لَمْ يَكُنْ رَاضِيًا وَتَوَجَّهَتْ أَنَّ الْإِسْتِحْقَاقَ لَا يَمْنَعُ تَمَامَ الصَّفَقَةِ لِأَنَّ تَمَامَهَا بِرِضَا الْعَاقِدِ لَا بِرِضَا الْمَالِكِ، لِأَنَّ الْعَقْدَ حَقَّ الْعَاقِدِ فَتَمَامُهُ يَسْتَدْعِي تَمَامَ رِضَاهُ وَبِالْإِسْتِحْقَاقِ لَا يَنْعَدِمُ ذَلِكَ، وَلِهَذَا قُلْنَا فِي الصَّرْفِ وَالسَّلَمِ إِذَا أَجَارَ الْمُسْتَحَقُّ بَعْدَمَا افْتَرَقَ بَقِيَ الْعَقْدُ صَحِيحًا، فَعَلِمَ أَنَّ تَمَامَ الْعَقْدِ يَسْتَدْعِي تَمَامَ رِضَا الْعَاقِدِ لَا الْمَالِكِ (وَهَذَا) أَيْ كَوْنُ الْإِسْتِحْقَاقِ لَا يُوجِبُ خِيَارَ الرَّدِّ إِذَا كَانَ بَعْدَ الْقَبْضِ، وَأَمَّا إِذَا كَانَ قَبْلَهُ فَلَهُ أَنْ يَرُدَّ الْبَاقِيَ لِتَفَرُّقِ الصَّفَقَةِ قَبْلَ التَّمَامِ، وَهَذَا يُرْشِدُكَ إِلَى أَنَّ تَمَامَ الصَّفَقَةِ يَحْتَاجُ إِلَى رِضَا الْعَاقِدِ وَقَبْضِ الْمَبِيعِ، وَانْتِفَاءُ أَحَدِهِمَا يُوجِبُ عَدَمَ تَمَامِهَا، وَإِنْ كَانَ الْمَبِيعُ ثُوبًا وَاحِدًا وَقَدْ قَبِضَهُ الْمُشْتَرِي ثُمَّ اسْتَحَقَّ بَعْضُ الثُّوبِ فَلِلْمُشْتَرِي الْخِيَارُ فِي رَدِّ مَا بَقِيَ، لِأَنَّ التَّشْقِيقَ فِي الثُّوبِ عَيْبٌ لَأَنَّهُ يَضُرُّ فِي مَالِيَّتِهِ وَالْإِنْتِفَاعُ بِهِ. فَإِنْ قِيلَ: حَدَثَ بِالْإِسْتِحْقَاقِ عَيْبٌ جَدِيدٌ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي وَمِثْلُهُ يَمْنَعُ الرَّدَّ بِالْعَيْبِ.

أَجَابَ الْمُصَنِّفُ بِقَوْلِهِ (وَقَدْ كَانَ وَقْتُ الْبَيْعِ) يَعْنِي أَنَّهُ لَيْسَ بِحَادِثٍ فِي يَدِهِ بَلْ كَانَ فِي يَدِ الْبَائِعِ حَيْثُ ظَهَرَ الْإِسْتِحْقَاقُ فَلَا يَكُونُ مَانِعًا، بِخِلَافِ الْمَكِيلِ وَالْمُوزُونِ فَإِنَّ التَّشْقِيقَ لَيْسَ بِعَيْبٍ فِيهِمَا حَيْثُ لَا يَضُرُّ، وَتَنَبَّهَ لِكَلَامِ الْمُصَنِّفِ تَجِدُ حُكْمَ الْعَيْبِ وَالْإِسْتِحْقَاقِ سَيِّئِينَ قَبْلَ الْقَبْضِ فِي جَمِيعِ الصُّوَرِ: أَعْنِي فِيمَا يُكَالُ أَوْ يُوزَنُ أَوْ غَيْرَهُمَا. أَمَّا الْعَيْبُ فَظَاهِرٌ، وَأَمَّا الْإِسْتِحْقَاقُ فَلَقَوْلُهُ أَمَّا إِذَا كَانَ ذَلِكَ قَبْلَ الْقَبْضِ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَرُدَّ الْبَاقِيَ لِتَفَرُّقِ الصَّفَقَةِ قَبْلَ التَّمَامِ، وَتَجِدُ حُكْمَهُمَا بَعْدَ الْقَبْضِ كَذَلِكَ إِلَّا فِي الْمَكِيلِ

وَالْمُوزُونِ لِأَنَّهُ ذُكِرَ فِي الْعَبْدَيْنِ وَلِهَذَا لَوْ أُسْتَحِقَّ أَحَدُهُمَا لَيْسَ لَهُ أَنْ يَرُدَّ الْآخَرَ، وَقَالَ فِي الْمَكِيلِ وَالْمُوزُونِ رَدُّهُ كُلُّهُ أَوْ أَخَذَهُ، وَمُرَادُهُ بَعْدَ الْقَبْضِ. ثُمَّ قَالَ: وَلَوْ أُسْتَحِقَّ الْبَعْضُ لَا خِيَارَ لَهُ فِي رَدِّ مَا بَقِيَ.

(قَالَ: وَمَنْ اشْتَرَى جَارِيَةً فَوَجَدَ بِهَا قُرْحًا فَدَاوَاهُ أَوْ كَانَتْ دَابَّةً فَرَكِبَهَا فِي حَاجَةٍ فَهُوَ رِضًا؛) لَأَنَّ ذَلِكَ دَلِيلُ قَصْدِهِ الْاسْتِبْقَاءَ بِخِلَافِ خِيَارِ الشَّرْطِ؛ لِأَنَّ الْخِيَارَ هُنَاكَ لِلَاخْتِبَارِ وَأَنَّهُ بِالِاسْتِعْمَالِ فَلَا يَكُونُ الرُّكُوبُ مُسْقِطًا (وَإِنْ رَكِبَهَا لِيرُدَّهَا عَلَى بَائِعِهَا أَوْ لِيَسْقِيَهَا أَوْ لِيَشْتَرِيَ لَهَا عِلْفًا فَلَيْسَ بِرِضًا) أَمَّا الرُّكُوبُ لِلرَّدِّ؛ فَلَأَنَّهُ سَبَبُ الرَّدِّ وَالْجَوَابُ فِي السَّقْيِ وَاشْتِرَاءِ الْعِلْفِ مَحْمُولٌ عَلَى مَا إِذَا كَانَ لَا يَجِدُ بُدًّا مِنْهُ، إِمَّا لِصُعُوبَتِهَا أَوْ لِعَجْزِهِ أَوْ لَكَوْنِ الْعِلْفِ فِي عِدْلِ وَاحِدٍ، وَأَمَّا إِذَا كَانَ يَجِدُ بُدًّا مِنْهُ لِانْعِدَامِ مَا ذَكَرْنَاهُ يَكُونُ رِضًا.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ اشْتَرَى جَارِيَةً فَوَجَدَ بِهَا قُرْحًا فَدَاوَاهُ الْمُشْتَرِي) جُرْحُ الْجَارِيَةِ الْمُشْتَرَاةِ وَرُكُوبُ الدَّابَّةِ فِي حَاجَتِهِ عُدٌّ رِضًا بِالْعَيْبِ لِأَنَّ ذَلِكَ دَلِيلُ قَصْدِ الْاسْتِبْقَاءِ لِأَنَّ الدَّوَاءَ إِزَالَةُ الْعَيْبِ وَهِيَ تَمْنَعُ الرَّدَّ. لِأَنَّ تَقْيِضَهُ وَهُوَ قِيَامُ الْعَيْبِ شَرْطُ التَّمَكُّنِ مِنَ الرَّدِّ فَكَانَتْ دَلِيلُ قَصْدِ الْإِمْسَاكِ، وَدَلِيلُ الشَّيْءِ فِي الْأُمُورِ الْبَاطِنَةِ يَقُومُ مَقَامَهُ فَلَا يَتِمَكَّنُ مِنَ الرَّدِّ بِذَلِكَ الْعَيْبِ، وَلَهُ ذَلِكَ بَعِيْبٍ آخَرَ لِأَنَّ الرِّضَا بِعَيْبٍ لَا يَسْتَلْزِمُ رِضَاهُ بغيرِهِ.

وَكَذَلِكَ الرُّكُوبُ لِحَاجَتِهِ، بِخِلَافِ خِيَارِ الشَّرْطِ لِأَنَّهُ لِلَاخْتِبَارِ، وَالْاِخْتِبَارُ بِالرُّكُوبِ فَلَا يَكُونُ مُسْقِطًا (وَإِنْ رَكِبَهَا لِيرُدَّهَا عَلَى بَائِعِهَا أَوْ لِيَسْقِيَهَا أَوْ لِيَشْتَرِيَ لَهَا عِلْفًا فَلَيْسَ ذَلِكَ بِرِضًا، أَمَّا الرُّكُوبُ لِلرَّدِّ فَلَا فَرْقَ) فِيهِ يَبَيِّنُ أَنَّ يَكُونُ لَهُ مِنْهُ بُدٌّ أَوْ لَا، لِأَنَّ فِي الرُّكُوبِ ضَبْطَ الدَّابَّةِ وَهُوَ أَحْفَظُ لَهَا مِنْ خُدُوثِ عَيْبٍ آخَرَ، وَأَمَّا لِلْسَّقْيِ وَالْعِلْفِ فَمَحْمُولٌ عَلَى مَا إِذَا لَمْ يَجِدْ مِنْهُ بُدًّا لِصُعُوبَةِ الدَّابَّةِ لَكَوْنِهَا شَمُوسًا، أَوْ لِعَجْزِهِ عَنْ الْمَشْيِ لِضَعْفٍ أَوْ كِبَرٍ، أَوْ لَكَوْنِ الْعِلْفِ فِي عِدْلِ وَاحِدٍ، أَمَّا إِذَا وَجَدَ مِنْهُ بُدٌّ لِانْعِدَامِ الْأَوَّلَيْنِ أَوْ لَكَوْنِ الْعِلْفِ فِي عِدْلَيْنِ وَرَكِبَ كَانَ الرُّكُوبُ رِضًا، لِأَنَّ حَمْلَهُ حِينَئِذٍ مُمَكِّنٌ بِدُونِ الرُّكُوبِ.

قَالَ (وَمَنْ اشْتَرَى عَبْدًا قَدْ سَرَقَ وَلَمْ يَعْلَمْ بِهِ فَقَطَعَ عِنْدَ الْمُشْتَرِي لَهُ أَنْ يَرُدَّهُ

وَيَأْخُذُ الثَّمَنَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَقَالَا: يَرْجِعُ بِمَا بَيْنَ قِيمَتِهِ سَارِقًا إِلَى غَيْرِ سَارِقٍ (وَعَلَى هَذَا الْخِلَافِ إِذَا قُتِلَ بِسَبَبٍ وَجِدَ فِي يَدِ الْبَائِعِ. وَالْحَاصِلُ أَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الْإِسْتِحْقَاقِ عِنْدَهُ وَبِمَنْزِلَةِ الْعَيْبِ عِنْدَهُمَا. لَهُمَا أَنَّ الْمَوْجُودَ فِي يَدِ الْبَائِعِ سَبَبُ الْقَطْعِ وَالْقَتْلِ وَأَنَّهُ لَا يُنَافِي الْمَالِيَّةَ فَتَنْفُذُ الْعَقْدِ فِيهِ لَكِنَّهُ مُتَعَيِّبٌ فَيَرْجِعُ بِنُقْصَانِهِ عِنْدَ تَعَذُّرِ رَدِّهِ وَصَارَ كَمَا إِذَا اشْتَرَى جَارِيَةً حَامِلًا فَمَاتَتْ فِي يَدِهِ بِالْوِلَادَةِ فَإِنَّهُ يَرْجِعُ بِفَضْلِ مَا بَيْنَ قِيمَتِهَا حَامِلًا إِلَى غَيْرِ حَامِلٍ. وَلَهُ أَنَّ سَبَبَ الْوُجُوبِ فِي يَدِ الْبَائِعِ وَالْوُجُوبُ يُفْضِي إِلَى الْوُجُودِ فَيَكُونُ الْوُجُودُ مُضَافًا إِلَى السَّبَبِ السَّابِقِ، وَصَارَ كَمَا إِذَا قُتِلَ الْمَغْضُوبُ أَوْ قُطِعَ بَعْدَ الرَّدِّ بِجَنَائِيَةٍ وَجِدَتْ فِي يَدِ الْغَاصِبِ، وَمَا ذُكِرَ مِنَ الْمَسَالَةِ مَمْنُوعٌ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ اشْتَرَى عَبْدًا قَدْ سَرَقَ وَلَمْ يَعْلَمْ بِهِ إِنْ رَجُلٌ اشْتَرَى عَبْدًا قَدْ سَرَقَ وَلَمْ يَعْلَمْ بِهِ الْمُشْتَرِي لَا وَقْتُ الْعَقْدِ وَلَا وَقْتُ الْقَبْضِ فَقَطْعُ عِنْدَهُ فَلَهُ أَنْ يَرُدَّهُ وَيَأْخُذَ الثَّمَنَ كُلَّهُ، وَلَهُ أَنْ يُنْسِكَهُ وَيَرْجِعَ بِنِصْفِ الثَّمَنِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: إِنَّهُ يَقُومُ سَارِقًا وَغَيْرَ سَارِقٍ فَيَرْجِعُ بِفَضْلِ مَا بَيْنَهُمَا مِنَ الثَّمَنِ، وَعَلَى هَذَا الْخِلَافِ إِذَا قُتِلَ بِسَبَبٍ كَانَ فِي يَدِ الْبَائِعِ مِنَ الْقَتْلِ الْعَمْدِ أَوْ الرَّدَّةِ: لَهُمَا أَنَّ الْمَوْجُودَ فِي يَدِ الْبَائِعِ سَبَبُ الْقَطْعِ أَوْ الْقَتْلِ وَهُوَ لَا يُنَافِي الْمَالِيَّةَ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ مَاتَ تَقَرَّرَ الثَّمَنُ عَلَى الْمُشْتَرِي وَتَصَرَّفَهُ فِيهِ نَافِذٌ فَتَكُونُ الْمَالِيَّةُ بَاقِيَةً فَيَنْفُذُ الْعَقْدُ فِيهِ لِأَنَّهُ يَعْتَمِدُهَا لَكِنَّهُ مُتَعَيِّبٌ لِأَنَّ مُبَاحَ الْيَدِ أَوْ الدَّمِ لَا يُشْتَرَى كَالسَّالِمِ لِأَنَّهُ أَشَدُّ مِنَ الْمَرَضِ الَّذِي هُوَ عَيْبٌ بِالْإِجْمَاعِ، وَالْمَيْعُ الْمُتَعَيِّبُ عِنْدَ تَعَذُّرِ الرَّدِّ يَرْجِعُ فِيهِ بِنُقْصَانِهِ، وَهَاهُنَا قَدْ تَعَذَّرَ الرَّدُّ. أَمَّا فِي صُورَةِ الْقَتْلِ فَظَاهِرٌ، وَأَمَّا فِي صُورَةِ الْقَطْعِ فَلَأَنَّ الْإِسْتِيفَاءَ وَقَعَ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي وَهُوَ غَيْرُ الْوُجُوبِ فَكَانَ كَعَيْبٍ حَدَثَ فِي يَدِهِ، وَمِثْلُهُ مَانِعٌ مِنَ الرَّدِّ بِعَيْبٍ سَابِقٍ كَمَا تَقَدَّمَ فَيَرْجِعُ بِالنُّقْصَانِ، كَمَا إِذَا اشْتَرَى جَارِيَةً حَامِلًا وَلَمْ يَعْلَمْ بِالحَمْلِ وَقْتُ الشِّرَاءِ وَالْقَبْضِ فَمَاتَتْ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي بِالْوِلَادَةِ فَإِنَّهُ يَرْجِعُ بِفَضْلِ مَا بَيْنَ قِيمَتِهَا حَامِلًا وَمَا بَيْنَ قِيمَتِهَا غَيْرِ حَامِلٍ. وَلَهُ أَنَّ سَبَبَ الْوُجُوبِ فِي يَدِ الْبَائِعِ وَسَبَبُ الْوُجُوبِ يُفْضِي إِلَى الْوُجُوبِ وَالْوُجُوبُ يُفْضِي إِلَى الْوُجُودِ فَيَكُونُ الْوُجُودُ مُضَافًا إِلَى السَّبَبِ السَّابِقِ فَصَارَ كَالْمُسْتَحَقِّ، وَالْمُسْتَحَقُّ لَا يَتَنَاوَلُهُ الْعَقْدُ فَيَنْتَقِضُ الْقَبْضُ مِنَ الْأَصْلِ لَعَدَمِ مُصَادَقَةِ الْعَقْدِ مَحَلَّهُ، أَوْ لِأَنَّهُ بَاعَ مَقْطُوعَ الْيَدِ

فَيَرْجِعُ بِجَمِيعِ الثَّمَنِ إِنْ رَدَّهُ، كَمَا لَوْ أُسْحِقَ بَعْضُ الْعَبْدِ فَرَدَّهُ وَصَارَ كَمَا إِذَا غَصَبَ عَبْدًا فَقَتَلَ الْعَبْدَ عِنْدَ الْغَاصِبِ رَجُلًا عَمْدًا فَرَدَّهُ عَلَى الْمَوْلَى فَأَقْصَصَ مِنْهُ فِي يَدِهِ، فَإِنْ الْغَاصِبُ يَضْمَنُ قِيَمَتَهُ كَمَا لَوْ قُتِلَ فِي يَدِ الْغَاصِبِ. وَالْجَوَابُ عَنْ مَسْأَلَةِ الْحَمْلِ أَنَّهَا مَمْنُوعَةٌ فَإِنْ ذَلِكَ قَوْلُهَا.

وَأَمَّا عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ فَالْمُشْتَرِي يَرْجِعُ عَلَى الْبَائِعِ بِكُلِّ الثَّمَنِ إِذَا مَاتَتْ مِنَ الْوِلَادَةِ كَمَا هُوَ مَذْهَبُهُ فِيمَا إِذَا أَقْصَصَ مِنَ الْعَبْدِ الْمُشْتَرَى، وَلَكِنْ سَلَمْنَا فَنَقُولُ: ثُمَّ سَبَبُ الْمَوْتِ هُوَ الْمَرَضُ الْمُتْلَفُ وَهُوَ حَصَلَ عِنْدَ الْمُشْتَرِي، وَعَنْ قَوْلِهِمَا سَبَبُ الْقَتْلِ لَا يُنَافِي الْمَالِيَّةُ بِأَنَّهُ كَذَلِكَ لَكِنْ اسْتِحْقَاقُ النَّفْسِ بِسَبَبِ الْقَتْلِ وَالْقَتْلُ مُتْلَفٌ لِلْمَالِيَّةِ فِي هَذَا الْمَحَلِّ لِأَنَّهُ يَسْتَلْزِمُهُ فَكَانَ بِمَعْنَى عِلَّةِ الْعِلَّةِ وَهِيَ تَقَامُ مَقَامَ الْعِلَّةِ فِي الْحُكْمِ، فَمِنْ هَذَا الْوَجْهِ سَارَتْ الْمَالِيَّةُ كَأَنَّهَا هِيَ الْمُسْتَحَقَّةُ، وَأَمَّا إِذَا مَاتَ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي فَتَقَرَّرَ الثَّمَنُ عَلَيْهِ لِأَنَّهُ لَمْ يَتِمَّ اسْتِحْقَاقُ فِي حُكْمِ الاسْتِيفَاءِ فَلِهَذَا هَلَكَ فِي ضَمَانِ الْمُشْتَرِي، وَإِذَا قُتِلَ فَقَدْ تَمَّ اسْتِحْقَاقُ، وَلَا يَبْعُدُ أَنْ يَظْهَرَ اسْتِحْقَاقُ فِي حُكْمِ الاسْتِيفَاءِ دُونَ غَيْرِهِ كَمِلْكَ مَنْ لَهُ الْقِصَاصُ فِي نَفْسٍ مَنْ عَلَيْهِ الْقِصَاصُ لَا يَظْهَرُ إِلَّا فِي حُكْمِ الاسْتِيفَاءِ، حَتَّى لَوْ قُتِلَ مَنْ عَلَيْهِ الْقِصَاصُ خَطَأً كَانَتْ الدِّيَّةُ لَوَرِثَتِهِ دُونَ مَنْ لَهُ الْقِصَاصُ.

وَلَوْ سَرَقَ فِي يَدِ الْبَائِعِ ثُمَّ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي فَقُطِعَ بِهِمَا عِنْدَهُمَا يَرْجِعُ بِالنُّقْصَانِ كَمَا ذَكَرْنَا. وَعِنْدَهُ لَا يَرُدُّهُ بِدُونِ رِضَا الْبَائِعِ لِلْعَيْبِ الْحَادِثِ وَيَرْجِعُ بِرُبْعِ الثَّمَنِ، وَإِنْ قَبِلَهُ الْبَائِعُ فَبِثَلَاثَةِ الْأَرْبَاعِ؛ لِأَنَّ الْيَدَ مِنَ الْأَدْمِيِّ نِصْفُهُ وَقَدْ تَلَفَتْ بِالْجِنَايَتَيْنِ وَفِي إِحْدَاهُمَا رُجُوعٌ فَيَتَنَصَّفُ؛ وَلَوْ تَدَاوَلَتْهُ الْأَيْدِي ثُمَّ قُطِعَ فِي يَدِ الْأَخِيرِ رَجَعَ الْبَاعَةُ بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضٍ عِنْدَهُ كَمَا فِي اسْتِحْقَاقِ، وَعِنْدَهُمَا يَرْجِعُ الْأَخِيرُ عَلَى بَائِعِهِ وَلَا يَرْجِعُ بَائِعُهُ عَلَى بَائِعِهِ؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الْعَيْبِ. وَقَوْلُهُ (فِي الْكِتَابِ وَلَمْ يَعْلَمْ الْمُشْتَرِي) يُفِيدُ عَلَى مَذْهَبِهِمَا؛ لِأَنَّ الْعِلْمَ بِالْعَيْبِ رِضًا بِهِ، وَلَا يُفِيدُ عَلَى قَوْلِهِ فِي الصَّحِيحِ؛ لِأَنَّ الْعِلْمَ بِالْإِسْتِحْقَاقِ لَا يَمْنَعُ الرَّجُوعَ.

الشرح:

قَالَ (وَلَوْ سَرَقَ فِي يَدِ الْبَائِعِ ثُمَّ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي إلخ) إِذَا كَانَ الْعَبْدُ الْمَبِيعُ سَرَقَ فِي يَدِ الْبَائِعِ ثُمَّ سَرَقَ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي فَقُطِعَ بِهِمَا عِنْدَهُمَا يَرْجِعُ بِالنُّقْصَانِ كَمَا

ذَكَرْنَاهُ آتِفًا. وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ لَا يَرُدُّهُ إِلَّا بِرِضَا الْبَائِعِ بِالْعَيْبِ الْحَادِثِ وَهُوَ الْقَطْعُ
 بِالسَّرِقَةِ الْحَادِثَةِ عِنْدَهُ؛ ثُمَّ الْأَمْرُ لَا يَخْلُو مِنْ أَنْ يَقْبَلَهُ الْبَائِعُ كَذَلِكَ وَأَنْ لَا يَقْبَلَ، فَإِنْ لَمْ
 يَقْبَلْهُ يَرْجِعُ الْمُشْتَرِي عَلَى الْبَائِعِ بِرُبْعِ الثَّمَنِ لِأَنَّهَا قُطِعَتْ بِالسَّبَبَيْنِ فَيَرْجِعُ بِمَا يُقَابِلُ
 نِصْفَ الْبَيْدِ، وَإِنْ قَبِلَ يَرْجِعُ بِثَلَاثَةِ أَرْبَاعِ الثَّمَنِ لِأَنَّ الْيَدَ نِصْفُ الْآدَمِيِّ وَتَلَفَتْ
 بِالْجِنَايَتَيْنِ، وَفِي إِحْدَاهُمَا الرُّجُوعُ عَلَى الْبَائِعِ فَيُقَسَّمُ النِّصْفُ عَلَيْهِمَا بِنِصْفَيْنِ وَالنِّصْفُ
 الْآخَرُ يَرْجِعُ فِيهِ عَلَى الْبَائِعِ فَيَرُدُّهُ الْعَبْدُ عَلَيْهِ. فَإِنْ قِيلَ: إِذَا حَدَثَ عِنْدَ الْمُشْتَرِي عَيْبٌ ثُمَّ
 أُطْلِعَ عَلَى عَيْبٍ كَانَ عِنْدَ الْبَائِعِ فَقَبِلَهُ الْبَائِعُ كَذَلِكَ رَجَعَ الْمُشْتَرِي عَلَيْهِ بِجَمِيعِ الثَّمَنِ
 فَلَمْ يَكُنْ هُنَا كَذَلِكَ؟ أُجِيبَ بِأَنَّ هَذَا عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ نَظَرًا إِلَى جَرَيَانِهِ مَجْرَى
 الْاسْتِحْقَاقِ، وَمَا ذَكَرْتُمْ لَا يَتَصَوَّرُ فِيهِ. فَإِنْ قِيلَ: أَلَا تَذْكُرُونَ مَا تَقَدَّمَ أَنَّ حُكْمَ الْعَيْبِ
 وَالْاسْتِحْقَاقِ يَسْتَوِيَانِ قَبْلَ الْقَبْضِ وَبَعْدَهُ فِي غَيْرِ الْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ فَمَا الَّذِي أَوْجَبَ
 الْاِخْتِلَافَ هَاهُنَا بَيْنَهُمَا؟ قُلْنَا: بَلَى لَكِنْ لَيْسَ كَلَامُنَا الْآنَ فِيهِمَا بَلْ فِيمَا يَكُونُ بِمَنْزِلَةِ
 الْاسْتِحْقَاقِ وَالْمَعِيبِ، وَمَا يُنْزَلُ مَنْزِلَةَ الشَّيْءِ لَا يَلْزَمُ أَنْ يُسَاوِيَهُ فِي جَمِيعِ الْأَحْكَامِ
 فَعَسَى يَكْفِي شَبَهًا بَيْنَ مَا نَحْنُ فِيهِ، وَالْاسْتِحْقَاقُ كَوْنُ الْعَقْدِ غَيْرَ مُتَنَاوِلٍ لِبُتْقِصَ
 الْقَبْضِ مِنَ الْأَصْلِ لَمَّا مَرَّ آتِفًا. قَالَ: وَلَوْ تَذَاوَلْتُهُ الْأَيْدِي: يَعْنِي بَعْدَ وُجُودِ السَّرِقَةِ مِنْ
 الْعَبْدِ فِي يَدِ الْبَائِعِ. إِذَا تَذَاوَلْتُهُ الْأَيْدِي بِالْبَيَاعَاتِ ثُمَّ قُطِعَ الْعَبْدُ فِي يَدِ الْآخِرِ تَرَجَعَ
 الْبَاعَةُ وَهُوَ جَمْعُ بَائِعٍ كَالْحَاكَةِ جَمْعُ حَائِكٍ بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضٍ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ كَمَا فِي
 الْاسْتِحْقَاقِ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَتِهِ، وَعِنْدَهُمَا يَرْجِعُ الْآخِرُ عَلَى بَائِعِهِ وَلَا يَرْجِعُ بَائِعُهُ عَلَى بَائِعِهِ
 كَمَا فِي الْعَيْبِ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَتِهِ، وَهَذَا لِأَنَّ الْمُشْتَرِي الْآخِرَ لَمْ يَصِرْ حَابِسًا حَيْثُ لَمْ يَبْعَهُ،
 وَلَا كَذَلِكَ الْآخَرُونَ فَإِنَّ الْبَيْعَ يَمْنَعُ الرُّجُوعَ لِنُقْصَانِ الْعَيْبِ لَمَّا تَقَدَّمَ (قَوْلُهُ وَقَوْلُهُ فِي
 الْكِتَابِ) أَيُّ قَوْلٍ مُحَمَّدٌ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ (وَلَمْ يَعْلَمْ الْمُشْتَرِي يُفِيدُ عَلَى مَذْهَبِهِمَا لِأَنَّ)
 هَذَا يَجْرِي مَجْرَى الْعَيْبِ عِنْدَهُمَا وَالْعِلْمُ بِالْعَيْبِ رِضًا بِهِ، وَلَا يُفِيدُ عَلَى مَذْهَبِ أَبِي
 حَنِيفَةَ فِي الصَّحِيحِ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الْاسْتِحْقَاقِ وَالْعِلْمُ بِهِ لَا يَمْنَعُ الرُّجُوعَ.

وَقَوْلُهُ (فِي الصَّحِيحِ) احْتِرَازٌ عَمَّا رُوِيَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ لَا يَرْجِعُ لِأَنَّ حِلَّ الدَّمِ
 مِنْ وَجْهِهِ كَالْاسْتِحْقَاقِ وَمِنْ وَجْهِهِ كَالْعَيْبِ حَتَّى لَا يَمْنَعَ صِحَّةَ الْبَيْعِ فَلَشَبَهَهُ
 بِالْاسْتِحْقَاقِ قُلْنَا عِنْدَ الْجَهْلِ بِهِ يَرْجِعُ بِجَمِيعِ الثَّمَنِ، وَلَشَبَهَهُ بِالْعَيْبِ قُلْنَا لَا يَرْجِعُ عِنْدَ

الْعِلْمُ بِشَيْءٍ، لِأَنَّهُ إِذَا جُعِلَ هَذَا كَالِاسْتِحْقَاقِ لِدَفْعِ الضَّرَرِ عَنِ الْمُشْتَرِي وَقَدْ اُنْدَفَعَ
حِينَ عِلْمِهِ بِهِ وَاشْتَرَاهُ. وَقَالَ شَمْسُ الْأُيُمَةِ: إِذَا اشْتَرَاهُ وَهُوَ يَعْلَمُ بِجُلِّ دَمِهِ فِيهِ أَصَحُّ
الرَّوَايَتَيْنِ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ يَرْجِعُ بِالثَّمَنِ أَيْضًا إِذَا قُتِلَ عِنْدَهُ لِأَنَّ هَذَا بِمَنْزِلَةِ الْاسْتِحْقَاقِ.
وَقَالَ فَخْرُ الْإِسْلَامِ: الصَّحِيحُ أَنَّ الْجَهْلَ وَالْعِلْمَ سَوَاءٌ لِأَنَّهُ مِنْ قَبِيلِ الْاسْتِحْقَاقِ، وَالْعِلْمُ
بِالْاسْتِحْقَاقِ لَا يَمْنَعُ الرُّجُوعَ.

قِيلَ فِيهِ نَظَرٌ، لِأَنَّا سَلَمْنَا أَنَّ الْعِلْمَ بِالْاسْتِحْقَاقِ لَا يَمْنَعُ الرُّجُوعَ، لَكِنْ لَا نُسَلِّمُ
أَنَّ الْعِلْمَ بِالْعَيْبِ لَا يَمْنَعُ الرُّجُوعَ، وَهَذَا عَيْبٌ لِأَنَّهُ مُوجِبٌ لِنَقْصَانِ الثَّمَنِ، وَلَكِنَّهُ
أَجْرِي مَجْرَى الْاسْتِحْقَاقِ وَنُزْلَ مَنْزِلَتِهِ لَا حَقِيقَتَهُ، لِأَنَّ فِي حَقِيقَتِهِ يَبْطُلُ الْبَيْعُ وَيَرْجِعُ
بِجَمِيعِ الثَّمَنِ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا سَوَاءٌ كَانَ عَالِمًا بِذَلِكَ أَوْ جَاهِلًا قَبْلَ الْقَبْضِ أَوْ بَعْدَهُ،
وَهُنَا لَا يَبْطُلُ الْبَيْعُ. وَالْجَوَابُ أَنَّ كَوْنَهَا أَصَحَّ أَوْ صَحِيحًا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ مِنْ حَيْثُ
صِحَّةُ النُّقْلِ وَشَهْرَتُهُ فَلَا يُرَدُّ السُّؤَالُ، وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ مِنْ حَيْثُ الدَّلِيلُ.

وَقَوْلُهُ فِي النَّظَرِ وَهَذَا عَيْبٌ مَمْنُوعٌ لِأَنَّهُمْ صَرَّحُوا أَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الْعَيْبِ أَوْ أَنَّهُ عَيْبٌ
مِنْ وَجْهِهِ، وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ فَلَا يَلْزَمُ أَنْ يَكُونَ حُكْمُهُ حُكْمَ الْعَيْبِ مِنْ كُلِّ وَجْهِهِ، وَقَدْ
تَرَجَّحَ جَانِبُ الْاسْتِحْقَاقِ بِالْأَدْلَالِ الْمُتَقَدِّمَةِ فَأَجْرِي مَجْرَاهُ

(قَالَ: وَمَنْ بَاعَ عَبْدًا وَشَرَطَ الْبَرَاءَةَ مِنْ كُلِّ عَيْبٍ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَرُدَّهُ بِعَيْبٍ وَإِنْ لَمْ
يُسَمِّ الْعُيُوبَ بَعْدَهَا) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا تَصِحُّ الْبَرَاءَةُ بِنَاءً عَلَى مَذْهَبِهِ أَنَّ الْإِبْرَاءَ عَنْ
الْحَقُوقِ الْمَجْهُولَةِ لَا يَصِحُّ. هُوَ يَقُولُ: إِنَّ فِي الْإِبْرَاءِ مَعْنَى التَّمْلِيكِ حَتَّى يَرْتَدَّ بِالرَّدِّ
وَتَمْلِيكِ الْمَجْهُولِ لَا يَصِحُّ. وَلَنَا أَنَّ الْجَهَالَتَ فِي الْإِسْقَاطِ لَا تُفْضِي إِلَى الْمُنَازَعَةِ وَإِنْ كَانَ
فِي ضَمَنِهِ التَّمْلِيكِ لَعَدَمِ الْحَاجَةِ إِلَى التَّسْلِيمِ فَلَا تَكُونُ مُفْسِدَةً، وَيَدْخُلُ فِي هَذِهِ الْبَرَاءَةِ
الْعَيْبُ الْمَوْجُودُ وَالْحَادِثُ قَبْلَ الْقَبْضِ فِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَا يَدْخُلُ
فِيهِ الْحَادِثُ وَهُوَ قَوْلُ زُفَرٍ رَحِمَهُ اللَّهُ: لِأَنَّ الْبَرَاءَةَ تَتَنَاوَلُ الثَّابِتَ. وَلَا بِي يُوسُفَ أَنَّ الْغَرَضَ
الْإِزَامُ الْعَقْدَ بِإِسْقَاطِ حَقِّهِ عَنْ صِفَةِ السَّلَامَةِ وَذَلِكَ بِالْبَرَاءَةِ عَنِ الْمَوْجُودِ وَالْحَادِثِ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ بَاعَ عَبْدًا وَشَرَطَ الْبَرَاءَةَ مِنْ كُلِّ عَيْبٍ) الْبَيْعُ بِشَرَطِ الْبَرَاءَةِ عَنْ كُلِّ
عَيْبٍ صَحِيحٌ سَمِيَ الْعُيُوبَ وَعَدَدَهَا أَوْ لَا عِلْمَهُ الْبَائِعُ أَوْ لَمْ يَعْلَمْهُ وَقَفَ عَلَيْهِ الْمُشْتَرِي

أَوْ لَمْ يَقِفْ أَشَارَ إِلَيْهِ أَوْ لَا مَوْجُودًا كَانَ عِنْدَ الْعَقْدِ وَالْقَبْضِ أَوْ حَدَثَ بَعْدَ الْعَقْدِ قَبْلَ الْقَبْضِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ فِي رِوَايَةٍ.

وَقَالَ مُحَمَّدٌ: لَا يَدْخُلُ الْحَادِثُ قَبْلَ الْقَبْضِ وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ أَبِي يُوسُفَ وَهُوَ قَوْلُ زُفَرٍ وَالشَّافِعِيِّ وَمَالِكٍ. وَقَالَ زُفَرٌ: إِذَا كَانَ مَجْهُولًا صَحَّ الْبَيْعُ وَفَسَدَ الشَّرْطُ (وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا تَصِحُّ الْبَرَاءَةُ مِنْ كُلِّ عَيْبٍ) مَا لَمْ يَقُلْ مِنْ عَيْبٍ كَذَا وَمِنْ عَيْبٍ كَذَا. وَكَانَ ابْنُ أَبِي لَيْلَى يَقُولُ: لَا تَصِحُّ الْبَرَاءَةُ مِنَ الْعَيْبِ مَعَ التَّسْمِيَةِ مَا لَمْ يَرَهُ الْمُشْتَرِي.

وَقَدْ جَرَتْ هَذِهِ الْمَسْأَلَةُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ أَبِي حَنِيفَةَ فِي مَجْلِسِ أَبِي جَعْفَرٍ الدَّوَانِيقِيِّ، فَقَالَ لَهُ أَبُو حَنِيفَةَ: أَرَأَيْتَ لَوْ بَاعَ جَارِيَةً فِي الْمَآتِيٍّ مِنْهَا عَيْبٌ أَكَانَ يَجِبُ عَلَى الْبَائِعِ أَنْ يُرِيَ الْمُشْتَرِيَ ذَلِكَ الْمَوْضِعَ مِنْهَا؟ أَرَأَيْتَ لَوْ أَنَّ بَعْضَ حَرَمِ أَمِيرِ الْمُؤْمِنِينَ بَاعَ عَبْدًا بِرَأْسِ ذَكَرِهِ بَرَصٌ أَكَانَ يَلْزِمُهُ أَنْ يُرِيَ الْمُشْتَرِيَ ذَلِكَ؟ وَمَا زَالَ حَتَّى أَفْحَمَهُ وَضَحَكَ الْخَلِيفَةُ مِمَّا صَنَعَ بِهِ. الشَّافِعِيُّ يَقُولُ: إِذَا بَاعَ بِشَرْطِ الْبَرَاءَةِ مِنْ كُلِّ عَيْبٍ فَالْبَيْعُ فَاسِدٌ، وَفِي قَوْلٍ آخَرَ لَهُ: الْبَيْعُ صَحِيحٌ وَالشَّرْطُ بَاطِلٌ بِنَاءً عَلَى مَذْهَبِهِ أَنَّ الْإِبْرَاءَ عَنِ الْحُقُوقِ الْمَجْهُولَةِ لَا تَصِحُّ، لِأَنَّ فِي الْإِبْرَاءِ مَعْنَى التَّمْلِكِ، وَلِهَذَا لَوْ أَبْرَأَ الْمُدْيُونُ عَنْ دَيْنِهِ فَرَدَّ الْإِبْرَاءُ لَمْ يَصِحَّ الْإِبْرَاءُ، وَتَمْلِكُ الْمَجْهُولَ لَا يَصِحُّ.

وَلَنَا أَنَّ الْإِبْرَاءَ إِسْقَاطٌ لَا تَمْلِكُ لَأَنَّهُ لَا يَصِحُّ تَمْلِكُ الْعَيْنِ بِهَذِهِ اللَّفْظَةِ وَيَصِحُّ الْإِبْرَاءُ بِإِسْقَاطِ عَنْكَ ذَنْبِي، وَلَأَنَّهُ يَتِمُّ بِلا قَبُولٍ وَالتَّمْلِكُ لَا يَتِمُّ بِدُونِهِ، وَإِلِسْقَاطُ لَا تُفْضِي الْجَهَالَةَ فِيهِ إِلَى الْمُنَازَعَةِ لِأَنَّ الْجَهَالَةَ إِنَّمَا أَبْطَلَتْ التَّمْلِكَاتِ لِفَوَاتِ التَّسْلِيمِ الْوَاجِبِ بِالْعَقْدِ وَهُوَ لَا يُتَصَوَّرُ فِي الْإِسْقَاطِ فَلَا يَكُونُ مُبْطَلًا لَهُ، وَلِهَذَا جَازَ طَلَاقُ نِسَائِهِ وَإِعْتَاقُ عَبِيدِهِ وَهُوَ لَا يَذَرِي عَدَدَهُمْ. وَقَوْلُهُ (وَإِنْ كَانَ فِي ضَمْنِهِ التَّمْلِكُ) إِشَارَةٌ إِلَى الْجَوَابِ عَنْ قَوْلِهِ يَرْتَدُّ بِالرَّدِّ. وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ ذَلِكَ لَمَّا فِيهِ مِنْ مَعْنَى التَّمْلِكِ ضَمْنًا، وَهُوَ لَا يُؤْتَرُ فِي فَسَادِ مَا قُلْتَاهُ لَأَنَّا بَيَّنَّا أَنَّ مَحْضَ التَّمْلِكِ لَا يَبْطُلُ بِجَهَالَةِ لَا تُقَوِّتُ التَّسْلِيمَ، كَمَا إِذَا بَاعَ قَفِيزًا مِنْ صُبْرَةٍ فَلَانَ لَا يَبْطُلُ الْإِسْقَاطُ الَّذِي فِيهِ مَعْنَى التَّمْلِكِ، وَالْمُسْقَاطُ مُتَلَاشٍ لَا يَحْتَاجُ إِلَى التَّسْلِيمِ أَوَّلَى. وَوَجْهُ قَوْلِ مُحَمَّدٍ إِنَّ الْبَرَاءَةَ تَتَنَاوَلُ الثَّابِتَ حَالِ الْبَرَاءَةِ لِأَنَّ مَا يُحْبَسُ مَجْهُولٌ لَا يُعْلَمُ أَيُّ حَدَثٍ أَمْ لَا وَأَيُّ مِقْدَارٍ يَحْدُثُ وَالثَّابِتُ لَيْسَ كَذَلِكَ فَلَا يَتَنَاوَلُهُ. وَأَبُو يُوسُفَ يَقُولُ: الْغَرَضُ مِنَ الْإِبْرَاءِ إلزامُ

العَقْدُ بِإِسْقَاطِ حَقِّ الْمُشْتَرِي عَنْ صِفَةِ السَّلَامَةِ لِيَقْدَرَ عَلَى التَّسْلِيمِ الْوَاجِبِ بِالْعَقْدِ وَذَلِكَ بِالْبَرَاءَةِ عَنِ الْمَوْجُودِ وَالْحَادِثِ. فَإِنْ قِيلَ: لَوْ نَصَّ بِالْحَادِثِ فَقَالَ بَعْتُ بِشَرْطِ الْبَرَاءَةِ عَنْ كُلِّ عَيْبٍ أَوْ مَا يَحْدُثُ فَالْبَيْعُ فَاسِدٌ بِالْإِجْمَاعِ، وَالْحُكْمُ الَّذِي يَفْسُدُ تَنْصِيصُهُ كَيْفَ يَدْخُلُ فِي مُطْلَقِ الْبَرَاءَةِ؟ قُلْنَا لَا تُسَلِّمُ الْإِجْمَاعُ فَإِنَّهُ ذُكِرَ فِي الذَّخِيرَةِ أَنَّهُ يَصِحُّ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ خِلَافًا لِمُحَمَّدٍ، سَلَمَتَاهُ وَلَكِنَّ الْفَرْقَ لِأَنَّ ظَاهِرَ لَفْظِهِ هَاهُنَا يَتَنَاوَلُ الْعُيُوبَ الْمَوْجُودَةَ ثُمَّ يَدْخُلُ فِيهَا مَا يَحْدُثُ قَبْلَ الْقَبْضِ تَبَعًا، وَقَدْ يَدْخُلُ فِي التَّصَرُّفِ تَبَعًا مَا لَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ مَقْصُودًا. وَالْجَوَابُ عَنْ قَوْلِهِ إِنَّ مَا يَحْدُثُ مَجْهُولٌ أَنْ مِثْلَهُ مِنَ الْجَهَالَةِ غَيْرُ مَانِعٍ فِي الْإِسْقَاطِ كَمَا تَقَدَّمَ (قَوْلُهُ وَيَدْخُلُ فِي هَذِهِ الْبَرَاءَةِ) احْتِرَازٌ عَمَّا لَوْ قَالَ بَعْتُ هَذَا الْعَبْدَ عَلَى أَلِّي بَرِيءٌ مِنْ كُلِّ عَيْبٍ بِهِ فَإِنَّهُ لَا يَبْرَأُ عَنِ الْحَادِثِ بِالْإِجْمَاعِ لِأَنَّهُ لَمَّا قَالَ بِهِ اقْتَصَرَ عَلَى الْمَوْجُودِ.

بَابُ الْبَيْعِ الْفَاسِدِ

الشرح:

(بَابُ الْبَيْعِ الْفَاسِدِ): تَأْخِيرُ غَيْرِ الصَّحِيحِ عَنِ الصَّحِيحِ لَعَلَّهُ غَيْرُ مُحْتَاجٍ إِلَى تَنْبِيهِ، وَلُقِبَ الْبَابُ بِالْفَاسِدِ وَإِنْ كَانَ مُشْتَمِلًا عَلَيْهِ وَعَلَى الْبَاطِلِ لِكَثْرَةِ وَقُوعِهِ بِتَعَدُّدِ أَسْبَابِهِ. وَالْبَاطِلُ هُوَ مَا لَا يَكُونُ صَحِيحًا أَصْلًا وَوَصْفًا، وَالْفَاسِدُ هُوَ مَا لَا يَصِحُّ وَصْفًا، وَكُلُّ مَا أَوْرَثَ خِلَالَ فِي رُكْنِ الْمَبِيعِ فَهُوَ مُبْطِلٌ، وَمِمَّا أَوْرَثَهُ فِي غَيْرِهِ كَالْتَّسْلِيمِ وَالتَّسْلِيمِ الْوَاجِبِينَ بِهِ وَالِانْتِفَاعِ الْمَقْصُودِ مِنْهُ وَعَدَمِ الْإِطْلَاقِ عَنْ شَرْطٍ لَا يَقْتَضِيهِ وَغَيْرِ ذَلِكَ فَهُوَ مُفْسِدٌ، وَعَلَى هَذَا تُفَصَّلُ الْمَسَائِلُ الْمَذْكُورَةُ فِي الْكِتَابِ فَيُقَالُ: الْبَيْعُ بِالْمِئْتَةِ لُغَةً وَهُوَ الَّذِي مَاتَ حَتْفَ أَثْنِهِ، وَالْدَّمُ وَالْحُرُّ بَاطِلٌ لِانْعِدَامِ الرُّكْنِ وَهُوَ مُبَادَلَةُ الْمَالِ بِالْمَالِ بِالْتَّرَاضِي، لِأَنَّ هَذِهِ الْأَشْيَاءَ لَا تُعَدُّ مَا لَا عِنْدَ أَحَدٍ مِمَّنْ لَهُ دِينَ سَمَويٌّ.

وَأَمَّا قَيْدُنَا بِقَوْلِنَا لُغَةً لِتَخْرُجَ الْمُخَوِّفَةُ وَأَمْنَالُهَا كَالْمَجْرُوحَةِ بِالْمَذْبُوحَةِ فِي غَيْرِ الْمَذْبَحِ فَإِنَّ ذَلِكَ عِنْدَهُمْ بِمَنْزِلَةِ الذَّبِيحَةِ عِنْدَنَا، وَلِهَذَا إِذَا بَاعُوا ذَلِكَ فِيمَا يَبْتَغِيهِمْ جَارَ. ذَكَرَهُ الْمُصَنِّفُ فِي التَّجْنِيسِ وَإِنْ كَانَ مِئْتَةً عِنْدَنَا، بِخِلَافِ الْمِئْتَةِ حَتْفَ أَثْنِهِ فَإِنَّ بَيْعَهُ فِيمَا يَبْتَغِيهِمْ لَا يَجُوزُ لِأَنَّهَا لَيْسَتْ بِمَالٍ عِنْدَهُمْ، وَعَلَى هَذَا يَكُونُ قَوْلُهُ فَالْبَيْعُ فَاسِدٌ فَالِلَامُ الْاسْتِعْرَاقُ عَلَى عُمُومِهِ فِي بَيَاعَاتِ الْمُسْلِمِينَ وَغَيْرِهِمْ وَالْبَيْعُ بِالْحَمْرِ وَالْخَنْزِيرِ فَاسِدٌ

لَوْجُودِ حَقِيقَتِهِ وَهِيَ مُبَادَلَةُ الْمَالِ بِالْمَالِ، فَإِنَّهُ أَيْ الْمَذْكُورُ مِنَ الْخَمْرِ وَالْخَنِزِيرِ مَالٌ مُتَقَوِّمٌ عِنْدَ بَعْضِ أَهْلِ الْكُفْرِ.

وَأَيْمًا أَوْلَيْنَا بِذَلِكَ لِأَنَّهُ مَالٌ عِنْدَنَا بِلا خِلَافٍ لَكِنَّهُ لَيْسَ بِمُتَقَوِّمٍ؛ لِأَنَّ الشَّرْعَ أَبْطَلَ تَقَوُّمَهَا فِي حَقِّ الْمُسْلِمِينَ لِثَلَا يَتَمَوَّلُوهَا كَمَا أَبْطَلَ قِيَمَةَ الْجَوْدَةِ بِإِنْفِرَادِهَا فِي حَقِّ الْمَكِيلِ وَالْمُوزُونِ، وَلَوْ أَرَادَ بِقَوْلِهِ عِنْدَ بَعْضِ الْمُسْلِمِينَ لَمْ يَحْتَجْ إِلَى تَأْوِيلٍ لَكِنَّهُ خِلَافُ الظَّاهِرِ.

(وَإِذَا كَانَ أَحَدُ الْعَوَاضِينَ أَوْ كِلَاهُمَا مُحَرَّمًا فَالْبَيْعُ فَاسِدٌ كَالْبَيْعِ بِالْمَيْتَةِ وَالْدَّمِ وَالْخَنِزِيرِ وَالْخَمْرِ، وَكَذَا إِذَا كَانَ غَيْرَ مَمْلُوكٍ كَالْحُرِّ) قَالَ : هَذِهِ فُصُولُ جَمْعِهَا، وَفِيهَا تَفْصِيلُ نُبَيِّنُهُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى فَتَقُولُ: الْبَيْعُ بِالْمَيْتَةِ وَالْدَّمِ بَاطِلٌ، وَكَذَا بِالْحُرِّ لِانْعِدَامِ رُكْنِ الْبَيْعِ وَهُوَ مُبَادَلَةُ الْمَالِ بِالْمَالِ، فَإِنَّ هَذِهِ الْأَشْيَاءَ لَا تُعَدُّ مَالًا عِنْدَ أَحَدٍ وَالْبَيْعُ بِالْخَمْرِ وَالْخَنِزِيرِ فَاسِدٌ لَوْجُودِ حَقِيقَةِ الْبَيْعِ وَهُوَ مُبَادَلَةُ الْمَالِ بِالْمَالِ فَإِنَّهُ مَالٌ عِنْدَ الْبَعْضِ وَالْبَاطِلُ لَا يُفِيدُ مِلْكَ التَّصَرُّفِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَالْبَاطِلُ لَا يُفِيدُ مِلْكَ التَّصَرُّفِ) كَأَنَّهُ إِشَارَةٌ إِلَى الْفَرْقِ بَيْنَ الْبَاطِلِ وَالْفَاسِدِ، وَالْبَاطِلُ لَا يُفِيدُ مِلْكَ التَّصَرُّفِ وَمَا لَا يُفِيدُ مِلْكَ التَّصَرُّفِ لَا يُفِيدُ مِلْكَ الرِّقَّةِ فَالْبَاطِلُ لَا يُفِيدُ مِلْكَ الرِّقَّةِ.

وَلَوْ هَلَكَ الْمَبِيعُ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي فِيهِ يَكُونُ أَمَانَةٌ عِنْدَ بَعْضِ الْمَشَايِخِ لِأَنَّ الْعَقْدَ غَيْرُ مُعْتَبَرٍ فَتَبْقَى الْقَبْضُ بِإِذْنِ الْمَالِكِ وَعِنْدَ الْبَعْضِ يَكُونُ مَضْمُونًا لِأَنَّهُ لَا يَكُونُ أَدْنَى حَالًا مِنَ الْقَبْضِ عَلَى سَوْمِ الشَّرَاءِ. وَقِيلَ الْأَوَّلُ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَالثَّانِي قَوْلُهُمَا كَمَا فِي بَيْعِ أُمِّ الْوَلَدِ وَالْمُتَبَرِّ عَلَى مَا نُبَيِّنُهُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى، وَالْفَاسِدُ يُفِيدُ الْمِلْكَ عِنْدَ اتِّصَالِ الْقَبْضِ بِهِ وَيَكُونُ الْمَبِيعُ مَضْمُونًا فِي يَدِ الْمُشْتَرِي فِيهِ. وَفِيهِ خِلَافُ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ وَسَنَبَيْنُهُ بَعْدَ هَذَا. وَكَذَا بَيْعُ الْمَيْتَةِ وَالْدَّمِ وَالْحُرِّ بَاطِلٌ لِأَنَّهُمَا لَيْسَتْ أَمْوَالًا فَلَا تَكُونُ مَحِلًّا لِلْبَيْعِ.

الشرح:

(وَلَوْ هَلَكَ الْمَبِيعُ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي فِي الْبَاطِلِ يَكُونُ أَمَانَةٌ عِنْدَ بَعْضِ الْمَشَايِخِ) أَبِي أَحْمَدَ الطَّوَاوَيْسِيِّ وَهُوَ رِوَايَةُ الْحَسَنِ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ نَصَّ عَلَى ذَلِكَ فِي السِّيَرِ الْكَبِيرِ،

نَقَلَهُ أَبُو الْمَعِينِ فِي شَرْحِ الْجَامِعِ الْكَبِيرِ (لَأَنَّ الْعَقْدَ) بَاطِلٌ وَالْبَاطِلُ (غَيْرُ مُعْتَبَرٍ) وَالْقَبْضُ بِإِذْنِ الْمَالِكِ فَيَكُونُ أَمَانَةً (وَعِنْدَ بَعْضِ آخَرٍ) شَمْسُ الْأُيُومِ السَّرْحَسِيَّ وَهُوَ رِوَايَةُ ابْنِ سِمَاعَةَ عَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ (يَكُونُ مَضْمُونًا لِأَنَّهُ لَا يَكُونُ أَذْنَى حَالًا مِنْ الْمَقْبُوضِ عَلَى سَوَمِ الشَّرَاءِ) لَوْ جُودَ صُورَةُ الْعِلَةِ هَاهُنَا دُونَ الْمَقْبُوضِ عَلَى سَوَمِ الشَّرَاءِ وَفِيهِ الْقِيَمَةُ فَكَذَلِكَ هَاهُنَا؛ وَالْمَقْبُوضُ عَلَى سَوَمِ الشَّرَاءِ هُوَ أَنْ يُسَمَّى الثَّمَنَ فَيَقُولُ أَذْهَبَ بِهَذَا فَإِنْ رَضِيَتْهُ اشْتَرَيْتَهُ بِعَشْرَةٍ.

أَمَّا إِذَا لَمْ يُسَمَّ الثَّمَنُ فَذَهَبَ بِهِ فَهَلْكَ عِنْدَهُ لَا يَضْمَنُ، نَصٌّ عَلَيْهِ الْفَقِيهُ أَبُو الْلَيْثِ فِي الْعِيُونِ. قِيلَ وَعَلَيْهِ الْفَتَاوَى. وَقَالَ مُحَمَّدُ بْنُ سَلَمَةَ الْبَلْخِيُّ (الْأَوَّلُ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَالثَّانِي قَوْلُهُمَا كَمَا فِي يَتِّعُ أُمُّ الْوَلَدِ وَالْمُدَبِّرُ عَلَى مَا تُبَيِّنُهُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى، وَالْفَاسِدُ يُفِيدُ الْمَلِكَ عِنْدَ اتِّصَالِ الْقَبْضِ بِهِ) أَيْ إِذَا كَانَ ذَلِكَ الْقَبْضُ بِإِذْنِ الْمَالِكِ بِاتِّفَاقِ الرُّوَايَاتِ، وَأَمَّا إِذَا قَبِضَهُ بَعْدَ الْإِفْتِرَاقِ عَنِ الْمَجْلِسِ بِغَيْرِ إِذْنِ الْبَائِعِ ذَكَرَ فِي الْمَأْذُونِ أَنَّهُ لَا يَمْلِكُ. قَالُوا: ذَلِكَ مَحْمُولٌ عَلَى مَا إِذَا كَانَ الثَّمَنُ شَيْئًا لَا يَمْلِكُهُ الْبَائِعُ بِالْقَبْضِ كَالْخَمْرِ وَالْخِنْزِيرِ، وَأَمَّا إِذَا كَانَ شَيْئًا يَمْلِكُهُ فَقَبْضُ الثَّمَنِ مِنْهُ يَكُونُ إِذْنًا بِالْقَبْضِ.

فَإِنْ قِيلَ: لَوْ أَفَادَ ذَلِكَ الْمَلِكُ لِحَازَ لِلْمُشْتَرِي وَطْءَ جَارِيَةٍ اشْتَرَاهَا شَرَاءً فَاسِدًا وَجَازَ أَخَذَ الشُّفْعَةَ لِلشُّفْعِ فِي الدَّارِ الْمُشْتَرَاةِ بِشَرَاءٍ فَاسِدٍ وَيَحِلُّ أَكْلُ طَعَامٍ اشْتَرَاهُ كَذَلِكَ لِأَنَّ الْمَلِكَ مُطْلَقٌ لَهُ لَكِنْ لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ. فَالْجَوَابُ أَنَّ مَا لَمْ يَحِلَّ وَطْؤُهَا وَأَكْلُهَا لَمْ تُثْبِتْ الشُّفْعَةُ فِيمَا ذَكَرْتَ لِأَنَّ فِي الْإِشْتِعَالِ بِالْوَطْءِ وَالْأَكْلِ إِعْرَاضًا عَنِ الرَّدِّ، وَفِي الْقَضَاءِ بِالشُّفْعَةِ تَقْرِيرَ الْفَسَادِ وَتَأْكِيدَهُ فَلَا يَجُوزُ.

وَأَعْلَمُ أَنَّ الْمَشَايخَ اخْتَلَفُوا فِي مَبْنَى جَوَازِ التَّصَرُّفِ لِلْمُشْتَرِي فِي الْمَشْتَرَى بِشَرَاءٍ فَاسِدٍ: فَذَهَبَ الْعَرَاقِيُّونَ إِلَى أَنَّهُ مَبْنِيٌّ عَلَى تَسْلِيْطِ الْبَائِعِ عَلَى ذَلِكَ لَا عَلَى مِلْكِ الْعَيْنِ، وَاسْتَدْلُوا بِالْمَسَائِلِ الْمَذْكُورَةِ. قَالُوا لَوْ مَلَكَ الْعَيْنَ لَمَلَكَ الْأُمُورَ الْمَذْكُورَةَ وَلَمْ يَمْلِكْهَا.

وَذَهَبَ مَشَايِخُ بَلْخِي إِلَى أَنَّ جَوَازَ التَّصَرُّفِ بِنَاءً عَلَى مِلْكِ الْعَيْنِ. وَاسْتَدْلُوا بِمَا إِذَا اشْتَرَى دَارًا بِشَرَاءٍ فَاسِدٍ وَقَبِضَهَا فَبِيعَ بِجَنْبِهَا دَارًا أُخْرَى فَلِلْمُشْتَرِي أَنْ يَأْخُذَهُ بِالشُّفْعَةِ لِنَفْسِهِ. وَلَوْ اشْتَرَى جَارِيَةً بِشَرَاءٍ فَاسِدٍ وَقَبِضَهَا ثُمَّ رَدَّهَا عَلَى الْبَائِعِ وَجَبَ عَلَيْهِ

الاستبراء ولو باع الأب أو الوصي عبدًا يتيماً بيعاً فاسداً وقبضه المشتري ثم أعتقه جاز عتقه، ولو كان عتقه على وجه التسليط لما جاز لأن عتقهما أو تسليطهما على العتق لا يجوز فعلم بهذه الأحكام أنه يملك العين.

وأجابوا عن المسائل المذكورة بما ذكرنا قبل وهو الأصح. وإذا كان مفيداً للملك عند اتصال القبض به كان المبيع مضموناً في يد المشتري فيه: أي في البيع الفاسد، وفيه خلاف الشافعي وسنبيته بعد هذا في أول الفصل الذي يلي هذا الباب (قوله وكذا ينع الميعة) يعني كما أن البيع بهذه الأشياء باطل فكذا ينع هذه الأشياء لأنها ليست أموالاً فلا تكون محلاً للبيع، وأما ينع الخمر والخنزير فلا يخلو إما أن يكون بالدين كالدراهم والدنانير أو بالعين، فإن كان الأول فالبيع باطل لا يفيد ملك الخمر ولا ما يقابلها. وإن كان الثاني فالبيع فاسد لا يفيد ملك الخمر ويفيد ملك ما يقابلها من البدل بالقبض.

ووجه الفرق بين الصورتين أن الخمر مال وكذا الخنزير عند أهل الذمة إلا أنه غير متقوم: أي غير معزز يقابله قيمة لأن الشرع أمر بإهاتته وترك إعزازه، وما أمر الشرع بترك إعزازه لا يكون معزوزاً فلا يكون متقوماً، وفي تملكه بالعقد مقصود: أي يجعله مبيعاً إعزازاً له وهو خلاف المأمور به.

وبيانه ما ذكره بقوله وهذا لأنه متى اشتراها بالدرهم والدنانير فالدرهم غير مقصود لكونها وسيلة لما أنها تجب في الذمة وإنما المقصود الخمر، وفي جعله كذلك خلاف المأمور به فيسقط التقوم أصلاً لئلا يفضي إلى خلاف المأمور به. وحينئذ يكون البيع باطلاً، بخلاف ما إذا اشترى الثوب بالخمر لأن مشتري الثوب يجعله مبيعاً وإنما يقصد تملك الثوب بوسيلة الخمر، وفيه إعزاز للثوب دون الخمر فلم يكن ذكرها لنفسها بل لغيرها وليس في ذلك إعزازها ولا خلاف ما أمر به فلا يكون باطلاً وفسدت التسمية ووجب قيمة الثوب دون الخمر، وكذا إذا باع الخمر بالثوب يكون البيع فاسداً، وإن وقع الخمر مبيعاً والثوب ثمناً بدخول البائع لكونه مقايضة وفيها كل من العوضين يكون ثمناً وثمرناً، فلما كان في الخمر جهة الثمنية رجح جانب الفساد على جانب البطلان صوتاً للتصرف عن البطلان بقدر الإمكان.

وَأَمَّا بَيْعُ الْخَمْرِ وَالْخِنْزِيرِ إِنْ كَانَ قُوبِلَ بِالذَّيْنِ كَالدَّرَاهِمِ وَالذَّنَانِيرِ فَالْبَيْعُ بَاطِلٌ، وَإِنْ كَانَ قُوبِلَ بَعَيْنٍ فَالْبَيْعُ فَاسِدٌ حَتَّى يَمْلِكَ مَا يُقَابِلُهُ وَإِنْ كَانَ لَا يَمْلِكُ عَيْنَ الْخَمْرِ وَالْخِنْزِيرِ. وَوَجْهُ الْفَرْقِ أَنَّ الْخَمْرَ مَالٌ وَكَذَا الْخِنْزِيرُ مَالٌ عِنْدَ أَهْلِ الذِّمَّةِ إِلَّا أَنَّهُ غَيْرُ مُتَقَوِّمٍ لَمَّا أَنَّ الشَّرْعَ أَمَرَ بِإِهْلَائِهِ وَتَرْكِ إِعْزَازِهِ، وَفِي تَمْلِكِهِ بِالْعَقْدِ مَقْصُودًا إِعْزَازٌ لَهُ، وَهَذَا لِأَنَّهُ مَتَى اشْتَرَاهُمَا بِالدَّرَاهِمِ فَالدَّرَاهِمُ غَيْرُ مَقْصُودَةٍ؛ لَكُونِهَا وَسِيلَةً لَمَّا أَنَّهَا تَجِبُ فِي الذِّمَّةِ، وَإِنَّمَا الْمَقْصُودُ الْخَمْرُ فَسَقَطَ التَّقَوُّمُ أَصْلًا، بِخِلَافِ مَا إِذَا اشْتَرَى الثَّوْبَ بِالْخَمْرِ لِأَنَّ الْمُشْتَرِيَ لِلثَّوْبِ إِنَّمَا يَقْصِدُ تَمْلِكَ الثَّوْبِ بِالْخَمْرِ. وَفِيهِ إِعْزَازٌ لِلثَّوْبِ دُونَ الْخَمْرِ فَبَقِيَ ذِكْرُ الْخَمْرِ مُعْتَبَرًا فِي تَمْلِكِ الثَّوْبِ لَا فِي حَقِّ نَفْسِ الْخَمْرِ حَتَّى فَسَدَتْ التَّسْمِيَةُ وَوَجِبَتْ قِيَمَةُ الثَّوْبِ دُونَ الْخَمْرِ، وَكَذَا إِذَا بَاعَ الْخَمْرَ بِالثَّوْبِ لِأَنَّهُ لَا يُعْتَبَرُ شِرَاءُ الثَّوْبِ بِالْخَمْرِ لَكُونِهِ مُقَابِلَةً.

قَالَ (وَبَيْعُ أُمِّ الْوَلَدِ وَالْمُدَبَّرِ وَالْمُكَاتَبِ فَاسِدٌ) وَمَعْنَاهُ بَاطِلٌ لِأَنَّ اسْتِحْقَاقَ الْعِتْقِ قَدْ ثَبَتَ لِأُمِّ الْوَلَدِ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «أَعْتَقَهَا وَلَدُهَا» وَسَبَبُ الْحُرِّيَةِ انْعِقَادُ فِي الْمُدَبَّرِ فِي الْحَالِ لِبُطْلَانِ الْأَهْلِيَّةِ بَعْدَ الْمَوْتِ، وَالْمُكَاتَبُ اسْتَحَقَّ يَدًا عَلَى نَفْسِهِ لِأَنَّهُ لَا زِمَةَ فِي حَقِّ الْمَوْتَى، وَلَوْ ثَبَتَ لِلْمَلِكِ بِالْبَيْعِ لِبُطْلَانِ ذَلِكَ كُلُّهُ فَلَا يَجُوزُ، وَتَوَرَضِي الْمُكَاتَبِ بِالْبَيْعِ فَفِيهِ رِوَايَتَانِ، وَالْأَوَّلُ الْجَوَازُ، وَالْمُرَادُ الْمُدَبَّرُ الْمَطْلُوقُ دُونَ الْمُقَيَّدِ، وَفِي الْمَطْلُوقِ خِلَافُ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ فِي الْعِتَاقِ.

الشرح:

قَالَ (وَبَيْعُ أُمِّ الْوَلَدِ وَالْمُدَبَّرِ وَالْمُكَاتَبِ فَاسِدٌ) أَيُّ بَاطِلٌ، وَإِنَّمَا فَسَرُهُ بِذَلِكَ لِأَنَّهُ يُتَوَهَّمُ أَنَّهُ يُفِيدُ الْمَلِكَ بِاتِّصَالِ الْقَبْضِ وَالْأَمْرِ بِخِلَافِهِ، وَالذَّلِيلُ عَلَى ذَلِكَ مَا ذَكَرَهُ بِقَوْلِهِ لِأَنَّ اسْتِحْقَاقَ الْعِتْقِ قَدْ ثَبَتَ إِنْخِ، وَتَحْقِيقُهُ أَنَّ بَيْنَ اسْتِحْقَاقِ الْعِتْقِ وَثُبُوتِ الْمَلِكِ بِالْبَيْعِ مُنَافَاةٌ لِأَنَّ اسْتِحْقَاقَهُ عِبَارَةٌ عَنْ جِهَةِ حُرِّيَّةٍ لَا يَدْخُلُ عَلَيْهَا الْإِبْطَالُ وَثُبُوتُ الْمَلِكِ يُبْطِلُهُمَا، وَأَحَدُ الْمُتَنَافِيَيْنِ وَهُوَ الْاسْتِحْقَاقُ ثَابِتٌ لِقَوْلِهِ ﷺ «أَعْتَقَهَا وَلَدُهَا» فَيَتَنَفَّى الْآخَرُ. لَا يُقَالُ: وَهُوَ مَتْرُوكُ الظَّاهِرِ لِأَنَّهُ يُوجِبُ حَقِيقَةَ الْعِتْقِ وَأَنْتُمْ تَحْمِلُونَهُ عَلَى حَقِّهِ فَلَا يَصْلُحُ دَلِيلًا لِأَنَّ الْمَجَازَ مُرَادٌ بِالْإِجْمَاعِ.

وَكَذَلِكَ الْمُنَافَاةُ ثَابِتَةٌ بَيْنَ انْعِقَادِ سَبَبِ الْحُرِّيَّةِ فِي حَقِّ الْمُدَبَّرِ فِي الْحَالِ وَبَيْنَ

بُتِيَ الْمَلِكُ بِالْبَيْعِ لَتَنَافِي لِلْوَارِثِ لَأَنَّ الْمَلِكَ مَعَ الْحُرِّيَّةِ لَا يَجْتَمِعَانِ، فَكَذَلِكَ سَبَبُ الْحُرِّيَّةِ وَالْبَيْعِ وَأَحَدُ الْمُتَنَافِيَيْنِ وَهُوَ سَبَبُ الْحُرِّيَّةِ ثَابِتٌ فِي الْحَالِ، لِأَنَّهُ لَوْ لَمْ يَكُنْ ثَابِتًا فِي الْحَالِ لَكَانَ إِذَا غَيَّرَ ثَابِتٌ مُطْلَقًا أَوْ ثَابِتًا بَعْدَ الْمَوْتِ، وَالْأَوَّلُ بَاطِلٌ لِأَنَّهُ يَسْتَلْزِمُ إِهْمَالَ لَفْظِ الْمُتَكَلِّمِ الْعَاقِلِ الْبَالِغِ وَالْإِعْمَالُ أَوَّلَى، وَكَذَلِكَ الثَّانِي لِأَنَّ مَا بَعْدَ الْمَوْتِ حَالٌ بِطُلَانِ الْأَهْلِيَّةِ.

فَمَتَى قُلْنَا إِنَّهُ يَنْعَقِدُ سَبَبًا بَعْدَ الْمَوْتِ احْتِجْنَا إِلَى بَقَاءِ الْأَهْلِيَّةِ، وَالْمَوْتُ يُنَافِيهَا فَدَعَتْ الضَّرُورَةُ إِلَى الْقَوْلِ بِانْعِقَادِ التَّدْبِيرِ سَبَبًا فِي الْحَالِ وَتَأَخَّرَ الْحُكْمُ إِلَى مَا بَعْدَ الْمَوْتِ. وَكَذَلِكَ يَبَيِّنُ اسْتِحْقَاقُ الْمَكَاتِبِ يَدًا عَلَى نَفْسِهِ لَازِمَةً فِي حَقِّ الْمَوْلَى وَيَبَيِّنُ بُتُوتِ الْمَلِكِ مُنَافَاةً، لَكِنَّ اسْتِحْقَاقَ الْيَدِ اللَّازِمَةِ فِي حَقِّ الْمَوْلَى ثَابِتَةٌ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ فَسْخَ الْكِتَابَةِ يَدُونَ رِضَا الْمَكَاتِبِ فَيَنْتَفِي الْآخَرُ، وَإِنَّمَا قَيَّدَ بِقَوْلِهِ فِي حَقِّ الْمَوْلَى لِأَنَّهَا غَيْرُ لَازِمَةٍ فِي حَقِّ الْمَكَاتِبِ لِقُدْرَتِهِ عَلَى فَسْخِهَا بِتَعْجِيزِهِ نَفْسَهُ.

فَإِنْ قِيلَ: لَوْ بَطَلَ يَبْعُ هَؤُلَاءِ لَكَانَ كَيْبَعُ الْحُرِّ وَحِينَئِذٍ بَطَلَ يَبْعُ الْقِنِّ الْمَضْمُونِ إِلَيْهِمْ فِي الْبَيْعِ كَالْمَضْمُونِ إِلَى الْحُرِّ وَالْأَمْرُ بِخِلَافِهِ.

فَالْجَوَابُ أَنَّ يَبْعَ الْحُرِّ بَاطِلٌ ابْتِدَاءً وَبَقَاءً لِعَدَمِ مَحَلِّيَةِ الْبَيْعِ أَصْلًا بِبُتُوتِ حَقِيقَةِ الْحُرِّيَّةِ، وَيَبْعُ هَؤُلَاءِ بَاطِلٌ بَقَاءً لِحَقِّ الْحُرِّيَّةِ لَا ابْتِدَاءً لِعَدَمِ حَقِيقَتِهَا، وَالْفَرْقُ بَيْنَهُمَا بَيِّنٌ وَهَذَا جَازٌ يَبْعُ أُمُّ الْوَلَدِ وَالْمُدَبِّرُ وَالْمَكَاتِبُ مِنْ أَنْفُسِهِمْ، وَلَوْ قَضَى الْقَاضِي بِذَلِكَ نَفَذَ قَضَاؤُهُ، وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ دَخَلُوا فِي الْبَيْعِ ابْتِدَاءً لَكُونَهُمْ مَحَلًّا لَهُ فِي الْجُمْلَةِ ثُمَّ خَرَجُوا مِنْهُ لِتَعَلُّقِ حَقِّهِمْ بِبَقْيِ الْقِنِّ بِحِصَّتِهِ مِنَ الثَّمَنِ، وَالْبَيْعُ بِالْحِصَّةِ بَقَاءً جَائِزٌ بِخِلَافِ الْحُرِّ فَإِنَّهُ لَمَّا لَمْ يَدْخُلْ لِعَدَمِ الْمَحَلِّيَةِ لَزِمَ الْبَيْعُ بِالْحِصَّةِ ابْتِدَاءً وَأَنَّهُ بَاطِلٌ عَلَى مَا يَجِيءُ. قَالَ (وَلَوْ رَضِيَ الْمَكَاتِبُ بِالْبَيْعِ فِيهِ رَوَاتَانِ وَالْأَظْهَرُ الْجَوَازُ الْخ) لِأَنَّ عَدَمَهُ كَانَ لِحَقِّهِ، فَلَمَّا اسْقَطَ حَقَّهُ بِرِضَا أَنْفَسَخَتْ الْكِتَابَةُ وَجَازَ الْبَيْعُ.

وَرَوِيَ فِي التَّوَادِرِ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ. وَالْمَرَادُ مِنَ الْمُدَبِّرِ هُوَ الْمُطْلَقُ دُونَ الْمُقَيَّدِ بِالتَّقْسِيرِ الْمَارِّ فِي التَّدْبِيرِ، وَفِي الْمُطْلَقِ خِلَافُ الشَّافِعِيِّ. وَقَدْ تَقَدَّمَ فِيهِ

قَالَ (وَإِنْ مَاتَتْ أُمُّ الْوَلَدِ أَوْ الْمُدَبِّرُ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: عَلَيْهِ قِيمَتُهُمَا) وَهُوَ رَوَايَةٌ عَنْهُ لُهُمَا أَنَّهُ مَقْبُوضٌ بِجِهَةِ الْبَيْعِ فَيَكُونُ مَضْمُونًا عَلَيْهِ

كَسَائِرِ الْأَمْوَالِ، وَهَذَا لِأَنَّ الْمُدَبِّرَ وَأُمَّ الْوَلَدِ يَدْخُلَانِ تَحْتَ الْبَيْعِ حَتَّى يَمْلِكَ مَا يُضْمُّ إِلَيْهِمَا فِي الْبَيْعِ، بِخِلَافِ الْمُكَاتَّبِ لِأَنَّهُ فِي يَدِ نَفْسِهِ فَلَا يَتَحَقَّقُ فِي حَقِّهِ الْقَبْضُ وَهَذَا الضَّمَانُ بِهِ وَلَهُ أَنْ جِهَةَ الْبَيْعِ إِنَّمَا تُلْحَقُ بِحَقِيقَتِهِ فِي مَحَلٍّ يَقْبَلُ الْحَقِيقَةَ وَهُمَا لَا يَقْبَلَانِ حَقِيقَةَ الْبَيْعِ فَصَارَا كَالْمُكَاتَّبِ، وَلَيْسَ دُخُولُهُمَا فِي الْبَيْعِ فِي حَقِّ أَنْفُسِهِمَا، وَإِنَّمَا ذَلِكَ لِثَبُوتِ حُكْمِ الْبَيْعِ فِيمَا ضُمَّ إِلَيْهِمَا فَصَارَ كَمَا لِ الْمَشْتَرِي لَا يَدْخُلُ فِي حُكْمِ عَقْدِهِ بِانْفِرَادِهِ، وَإِنَّمَا يَثْبُتُ حُكْمُ الدُّخُولِ فِيمَا ضُمَّ إِلَيْهِ، كَذَا هَذَا.

الشرح:

وَإِنْ مَاتَتْ أُمُّ الْوَلَدِ أَوْ الْمُدَبِّرُ فِي يَدِ الْمَشْتَرِي فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَقَالَا: يَجِبُ عَلَيْهِ قِيمَتُهُمَا وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ. وَهَذَا لَيْسَ عَلَى ظَاهِرِهِ بَلِ الرَّاوِيَانِ عَنْهُ فِي حَقِّ الْمُدَبِّرِ.

رَوَى الْمُعْلَى عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ يَضْمَنُ قِيمَةَ الْمُدَبِّرِ بِالْبَيْعِ كَمَا يَضْمَنُ بِالْغَضَبِ، وَأَمَّا فِي حَقِّ أُمِّ الْوَلَدِ فَأَتَّفَقَتِ الرِّوَايَاتُ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهَا لَا تَضْمَنُ بِالْبَيْعِ وَالْغَضَبِ لِأَنَّهَا لَا تَقُومُ لِمَالِيَّتِهَا.

وَالْفَرْقُ لِأَبِي حَنِيفَةَ بَيْنَ ضَمَانِ الْغَضَبِ فِي الْمُدَبِّرِ وَضَمَانِ بَيْعِهِ فِي غَيْرِ رِوَايَةٍ الْمُعْلَى أَنَّ ضَمَانَ الْبَيْعِ وَإِنْ أَشْبَهَ ضَمَانَ الْغَضَبِ مِنْ حَيْثُ الدُّخُولُ فِي ضَمَانِهِ بِالْقَبْضِ، لَكِنْ لَا بُدَّ مِنْ اعْتِبَارِ جِهَةَ الْبَيْعِ لِأَنَّ الْمَلِكَ إِنَّمَا يَثْبُتُ بِهِذَا الْاعْتِبَارِ، فَإِذَا لَمْ يَكُنْ مَحَلًّا لِلْبَيْعِ انْهَدَرَتْ هَذِهِ الْجِهَةُ فَبَقِيَ قَبْضًا بِإِذْنِ الْمَالِكِ فَلَا يَجِبُ الضَّمَانُ.

لَهُمَا أَنَّهُ أَيْ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِنَ الْمُدَبِّرِ وَأُمِّ الْوَلَدِ مَقْبُوضٌ بِجِهَةِ الْبَيْعِ، لِأَنَّ الْمُدَبِّرَ وَأُمَّ الْوَلَدِ يَدْخُلَانِ تَحْتَ الْعَقْدِ حَتَّى يَمْلِكَ بِالضَّمِّ إِلَيْهِمَا فِي الْبَيْعِ كَمَا مَرَّ آتِفًا، وَمَا هُوَ كَذَلِكَ فَهُوَ مَضْمُونٌ كَسَائِرِ الْأَمْوَالِ الْمَقْبُوضَةِ عَلَى سَوْمِ الشَّرَاءِ. فَإِنْ قِيلَ: لَوْ كَانَ الدُّخُولُ تَحْتَ الْبَيْعِ وَتَمَلَّكَ مَا يُضْمُّ إِلَيْهِ مُوجِبًا لِلضَّمَانِ لَكَانَ فِي الْمُكَاتَّبِ كَذَلِكَ. أَجَابَ بِقَوْلِهِ بِخِلَافِ الْمُكَاتَّبِ لِأَنَّهُ فِي يَدِ نَفْسِهِ فَلَا يَتَحَقَّقُ فِي حَقِّهِ الْقَبْضُ وَهَذَا الضَّمَانُ بِالْقَبْضِ وَتَحْقِيقُهُ أَنَّ الْمَدَارَ هُوَ الْقَبْضُ لَا الدُّخُولُ فِي الْعَقْدِ وَتَمَلُّكُ الْمَضْمُونِ.

وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ جِهَةَ الْبَيْعِ إِنَّمَا تُوجِبُ الضَّمَانَ فِي الْأَمْوَالِ الْحَاقَا بِحَقِيقَتِهِ فِي مَحَلٍّ يَقْبَلُ الْحَقِيقَةَ، وَهُمَا: أَيْ أُمُّ الْوَلَدِ وَالْمُدَبِّرُ لَا يَقْبَلَانِ حَقِيقَةَ الْبَيْعِ فَلَا تُلْحَقُ الْجِهَةُ

بَهَا فَصَارَا كَالْمُكَاتِبِ فِي كَوْنِهِ غَيْرَ قَابِلٍ لِلْحَقِيقَةِ (قَوْلُهُ وَلَيْسَ دُخُولُهُمَا) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِمَا يَدْخُلَانِ تَحْتَ الْبَيْعِ، وَمَعْنَاهُ أَنَّ فَائِدَةَ الدُّخُولِ لَا تَنْتَحِصِرُ فِي نَفْسِ الدَّاخِلِ لِحَوَازِ أَنْ تَكُونَ عَائِدَةً إِلَى غَيْرِهِ كَثُبُوتِ حُكْمِ الْبَيْعِ فِيمَا ضُمَّ إِلَيْهِمَا، وَلَيْسَ ذَلِكَ بِمُسْتَبْعَدٍ بَلْ لَهُ تَظْيِيرٌ فِي الشَّرْعِ وَهُوَ مَا إِذَا بَاعَ عَبْدًا مَعَ عَبْدٍ الْمُشْتَرِي مِنَ الْمُشْتَرِي فَإِنَّهُ يُقَسَّمُ الثَّمَنُ عَلَى قِيَمَتَيْهِمَا فَيَأْخُذُ الْمُشْتَرِي عَبْدَ الْبَائِعِ بِحِصَّتِهِ مِنَ الثَّمَنِ فَيَصِحُّ الْبَيْعُ فِي حَقِّ عَبْدٍ الْبَائِعِ فَكَذَلِكَ هَذَا.

قَالَ (وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ السَّمَكِ قَبْلَ أَنْ يُصْطَادَ) لِأَنَّهُ بَاعَ مَا لَا يَمْلِكُهُ (وَلَا فِي حَظِيرَةٍ إِذَا كَانَ لَا يُؤْخَذُ إِلَّا بِصَيْدٍ) لِأَنَّهُ غَيْرُ مَقْدُورٍ التَّسْلِيمِ، وَمَعْنَاهُ إِذَا أَخَذَهُ ثُمَّ أَلْقَاهُ فِيهَا لَوْ كَانَ يُؤْخَذُ مِنْ غَيْرِ حِيلَةٍ جَازَ، إِلَّا إِذَا اجْتَمَعَتْ فِيهَا بِأَنْفُسِهَا وَلَمْ يُسَدَّ عَلَيْهَا الْمَدْخَلُ لَعَدِمَ الْمَلِكُ.

الشرح:

قَالَ (وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ السَّمَكِ فِي الْمَاءِ قَبْلَ أَنْ يُصْطَادَ) يَبْعُ السَّمَكِ قَبْلَ الْإِصْطِيَادِ يَبْعُ مَا لَا يَمْلِكُهُ الْبَائِعُ فَلَا يَجُوزُ، وَإِذَا اصْطَادَهُ ثُمَّ أَلْقَاهُ فِي الْحَظِيرَةِ فَلَا يَخْلُو إِمَّا أَنْ تَكُونَ صَغِيرَةً أَوْ كَبِيرَةً لَا يُمَكِّنُ الْأَخْذُ مِنْهَا إِلَّا بِتَكْلُفٍ وَاحْتِيَالٍ، فَإِنْ كَانَتْ كَبِيرَةً لَا يَجُوزُ لِأَنَّهُ غَيْرُ مَقْدُورٍ التَّسْلِيمِ، وَإِنْ كَانَتْ صَغِيرَةً جَازَ لِأَنَّهُ بَاعَ مَقْدُورَ التَّسْلِيمِ، وَإِذَا سَلَّمَهَا إِلَى الْمُشْتَرِي فَلَهُ خِيَارُ الرُّوْيَةِ وَإِنْ رَأَاهَا فِي الْمَاءِ لِأَنَّ السَّمَكَ يَتَفَاوَتْ خَارِجَ الْمَاءِ فَصَارَ كَأَنَّهُ اشْتَرَى مَا لَمْ يَرَهُ (قَوْلُهُ إِلَّا إِذَا اجْتَمَعَتْ) اسْتِثْنَاءٌ مِنْ قَوْلِهِ جَازَ: يَعْنِي الْحَظِيرَةَ إِذَا كَانَتْ صَغِيرَةً تُؤْخَذُ مِنْ غَيْرِ حِيلَةٍ جَازَ إِلَّا إِذَا اجْتَمَعَتْ فِيهَا بِأَنْفُسِهَا وَلَمْ يُسَدَّ عَلَيْهَا الْمَدْخَلُ فَإِنَّهُ لَا يَجُوزُ لَعَدِمَ الْمَلِكُ، وَهُوَ اسْتِثْنَاءٌ مُنْقَطِعٌ لِكَوْنِهِ غَيْرَ مُسْتَثْنَى مِنَ الْمَأْخُودِ الْمُلْقَى فِي الْحَظِيرَةِ وَالْمُجْتَمِعُ بِنَفْسِهِ لَيْسَ بِدَّاخِلٍ فِيهِ، وَفِيهِ إِشَارَةٌ إِلَى أَنَّهُ لَوْ سَدَّ صَاحِبُ الْحَظِيرَةِ عَلَيْهَا مَلِكُهَا، أَمَّا بِمَجْرَدِ الْاجْتِمَاعِ فِي مَلِكِهِ فَلَا، كَمَا لَوْ بَاضَ الطَّيْرُ فِي أَرْضِ إِنْسَانٍ أَوْ فَرَحَتْ فَإِنَّهُ لَا يَمْلِكُ لَعَدِمَ الْإِحْرَازَ. لَا يُشْكَلُ بِمَا إِذَا عَسَلَ النُّحْلُ فِي أَرْضِهِ فَإِنَّهُ يَمْلِكُهُ بِمَجْرَدِ اتِّصَالِهِ بِمَلِكِهِ مِنْ غَيْرِ أَنْ يُحْرَزَهُ أَوْ يُهَيَّئَ لَهُ مَوْضِعًا، لِأَنَّ الْعَسَلَ إِذَا ذَاكَ قَائِمٌ بِأَرْضِهِ عَلَى وَجْهِ الْقَرَارِ فَصَارَ كَالشَّجَرِ النَّائِبِ فِيهَا، بِخِلَافِ بَيْضِ الطَّيْرِ وَفَرَحِهَا وَالسَّمَكِ الْمُجْتَمِعِ بِنَفْسِهِ فَإِنَّهَا لَيْسَتْ فِيهَا عَلَى وَجْهِ الْقَرَارِ.

قَالَ (وَلَا يَبِيعُ الطَّيْرُ فِي الْهَوَاءِ) لِأَنَّهُ غَيْرُ مَمْلُوكٍ قَبْلَ الْأَخْذِ، وَكَذَا لَوْ أَرْسَلَهُ مِنْ يَدِهِ لِأَنَّهُ غَيْرُ مَقْدُورٍ التَّسْلِيمِ.

الشرح:

قَالَ (وَلَا) يَجُوزُ (يَبِيعُ الطَّيْرُ فِي الْهَوَاءِ) يَبِيعُ الطَّيْرُ عَلَى ثَلَاثَةِ أَوْجُهٍ: الْأَوَّلُ يَبِيعُهُ فِي الْهَوَاءِ قَبْلَ أَنْ يَصْطَادَهُ وَهُوَ لَا يَجُوزُ لِعَدَمِ الْمِلْكِ. وَالثَّانِي يَبِيعُهُ بَعْدَ أَنْ أَخَذَهُ وَأَرْسَلَهُ مِنْ يَدِهِ وَهُوَ أَيْضًا لَا يَجُوزُ لِأَنَّهُ غَيْرُ مَقْدُورٍ التَّسْلِيمِ. وَالثَّلَاثُ يَبِيعُ طَيْرٌ يَذْهَبُ وَيَجِيءُ كَالْحِمَامِ وَهُوَ أَيْضًا لَا يَجُوزُ فِي الظَّاهِرِ. وَذَكَرَ فِي فِتَاوَى قَاضِي خَانَ وَإِنْ بَاعَ طَيْرًا لَهُ يَطِيرُ فِي الْهَوَاءِ إِنْ كَانَ دَاجِنًا يَعُودُ إِلَى يَتِّهِ وَيَقْدِرُ عَلَى أَخْذِهِ مِنْ غَيْرِ تَكْلُفٍ جَازَ يَبِيعُهُ وَإِلَّا فَلَا

قَالَ (وَلَا يَبِيعُ الْحَمْلُ وَلَا النَّتَاجُ) «لِنَهْيِ النَّبِيِّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ عَنْ بَيْعِ الْحَبْلِ وَحَبْلِ الْحَبْلَةِ»^(١) وَلَأنَّ فِيهِ غَرَرًا.

الشرح:

(وَلَا) يَجُوزُ (يَبِيعُ الْحَمْلُ) أَيُّ الْجَنِينِ (وَلَا نِتَاجُ الْحَمْلِ) وَهُوَ حَبْلُ الْحَمْلِ، وَقَدْ «نَهَى النَّبِيُّ ﷺ عَنْ بَيْعِ الْحَبْلِ وَحَبْلِ الْحَبْلِ». وَالنَّتَاجُ فِي الْأَصْلِ مَصْدَرٌ تَنَجَّتْ النَّاقَةُ بِالضَّمِّ وَلَكِنْ أُرِيدَ بِهِ الْمَتَّوِجُ هَاهُنَا.

وَالْحَبْلُ مَصْدَرٌ حَبَلَتِ الْمَرْأَةُ حَبَلًا فَهِيَ حُبْلَى فَسُمِّيَ بِهِ الْمَحْمُولُ كَمَا سُمِّيَ بِالْحَمْلِ، وَإِنَّمَا دَخَلَتْ عَلَيْهِ الثَّاءُ إِشْعَارًا لِمَعْنَى الْأُتُوَّةِ فِيهِ. قِيلَ مَعْنَاهُ: أَنْ يَبِيعَ مَا سَوْفَ يَحْمِلُهُ الْجَنِينُ إِنْ كَانَ أُثْنَى، وَكَانُوا فِي الْجَاهِلِيَّةِ يَعْتَادُونَ ذَلِكَ فَأَبْطَلَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ وَلَأنَّ فِيهِ غَرَرًا وَهُوَ مَا طُوِيَ عَنْكَ عِلْمُهُ. قَالَ الْمُعَرَّبُ فِي الْحَدِيثِ: «نَهَى عَنْ بَيْعِ الْغَرَرِ»: وَهُوَ الْخَطَرُ الَّذِي لَا يَدْرِي أَيْكُونُ أَمْ لَا كَيْبَعِ السَّمَكِ فِي الْمَاءِ وَالطَّيْرِ فِي الْهَوَاءِ.

(وَلَا اللَّبَنُ فِي الضَّرْعِ لِلْغَرَرِ) فَعَسَاهُ انْتِفَاحٌ، وَلَأنَّهُ يُنَازَعُ فِي كَيْفِيَّةِ الْحَلَبِ، وَرُبَّمَا يَزْدَادُ فَيَخْتَلِطُ الْمَبِيعُ بِغَيْرِهِ.

(١) ذكره الهيثمي في مجمع الزوائد (١٠٤/٤) وعزاه للطبراني في الكبير والبخاري.

الشرح:

قَالَ (وَلَا اللَّبَنُ فِي الضَّرْعِ لِلْعَرَرِ إِنْ) وَيَبْعُ اللَّبَنُ فِي الضَّرْعِ لَا يَجُوزُ لَوْجُوهِ ثَلَاثَةِ لِلْعَرَرِ: لَجَوَازِ أَنْ يَكُونَ الضَّرْعُ مُتَّفَخًا يُطْنُ لَبَنًا وَالْعَرَرُ مِنْهِي عَنْهُ، وَلِلنَّزَاعِ فِي كَيْفِيَّةِ الْحَلَبِ فَإِنَّ الْمُشْتَرِيَّ يَسْتَقْصِي فِي الْحَلَبِ وَالْبَائِعُ يُطَالِبُهُ بِأَنْ يَتْرَكَ دَاعِيَةَ اللَّبَنِ وَلَآئِذَا يَزْدَادُ سَاعَةً فَسَاعَةً وَالْبَيْعُ لَمْ يَتَنَاوَلَ الزِّيَادَةَ لِعَدَمِهَا عِنْدَهُ فَيَخْتَلِطُ الْمَبِيعُ بِغَيْرِهِ، وَاخْتِلَاطُ الْمَبِيعِ بِمَا لَيْسَ بِمَبِيعٍ مِنْ مِلْكِ الْبَائِعِ عَلَى وَجْهِ يَتَعَذَّرُ تَمْيِيزُهُ مُبْطِلٌ لِلْبَيْعِ.

قَالَ (وَلَا الصُّوفُ عَلَى ظَهْرِ الْغَنَمِ) لِأَنَّهُ مِنْ أَوْصَافِ الْحَيَوَانَ، وَلَآئِذَا يَنْبَتُ مِنْ أَسْفَلٍ فَيَخْتَلِطُ الْمَبِيعُ بِغَيْرِهِ، بِخِلَافِ الْقَوَائِمِ؛ لِأَنَّهَا تَزِيدُ مِنْ أَعْلَى، وَبِخِلَافِ الْقَصِيلِ لِأَنَّهُ يُمَكِّنُ قَلْعَهُ، وَالْقَطْعُ فِي الصُّوفِ مُتَعَيَّنٌ فَيَقَعُ التَّنَازُعُ فِي مَوْضِعِ الْقَطْعِ، وَقَدْ صَحَّ «أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ نَهَى عَنْ بَيْعِ الصُّوفِ عَلَى ظَهْرِ الْغَنَمِ، وَعَنْ لَبَنِ فِي ضَرْعٍ، وَعَنْ سَمَنِ فِي لَبَنِ» ^(١) وَهُوَ حُجَّةٌ عَلَى أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي هَذَا الصُّوفِ حَيْثُ جَوَّزَ بَيْعَهُ فِيمَا يَرَوِي عَنْهُ.

الشرح:

وَيَبْعُ الصُّوفُ عَلَى ظَهْرِ الْغَنَمِ لَا يَجُوزُ لَوْجَهَيْنِ لِأَنَّهُ مِنْ بَابِ أَوْصَافِ الْحَيَوَانَ لِأَنَّ مَا هُوَ مُتَّصِلٌ بِالْحَيَوَانَ فَهُوَ وَصْفٌ مَحْضٌ، بِخِلَافِ مَا يَكُونُ مُتَّصِلًا بِالشَّجَرِ فَإِنَّهُ عَيْنُ مَالٍ مَقْصُودٍ مِنْ وَجْهِ فَيَجُوزُ بَيْعُهُ، وَلَآئِذَا يَنْبَتُ مِنْ أَسْفَلٍ فَيَخْتَلِطُ الْمَبِيعُ بِغَيْرِهِ وَهُوَ مُبْطِلٌ كَمَا مَرَّ.

فَإِنْ قِيلَ: الْقَوَائِمُ مُتَّصِلَةٌ بِالشَّجَرِ وَجَازَ بَيْعُهَا.

أَجَابَ بِأَنَّهَا تَزِيدُ مِنْ أَعْلَاهَا فَلَا يَلْزَمُ الْاِخْتِلَاطُ، حَتَّى لَوْ رَبَطْتُ خَيْطًا فِي أَعْلَاهَا وَتَرَكْتُ أَيَّامًا يَبْقَى الْخَيْطُ أَسْفَلَ مِمَّا فِي رَأْسِهَا الْآنَ، وَالْأَعْلَى مِلْكُ الْمُشْتَرِي، وَمَا وَقَعَ مِنَ الزِّيَادَةِ وَقَعَ فِي مِلْكِهِ. أَمَّا الصُّوفُ فَإِنَّ ثَمُوهُ مِنْ أَسْفَلِهِ، فَإِنْ خَضَبَ الصُّوفَ عَلَى ظَهْرِ الشَّاةِ ثُمَّ تَرِكَ حَتَّى تَمَّا فَالْمَخْضُوبُ يَبْقَى عَلَى رَأْسِهِ لَا فِي أَصْلِهِ. فَإِنْ قِيلَ: الْقَصِيلُ كَالصُّوفِ وَجَازَ بَيْعُهُ. أَجَابَ بِأَنَّ الْقَصِيلَ وَإِنْ أُمَكِّنَ وَقُوعُ التَّنَازُعِ

(١) أخرجه الدارقطني (١٤/٣) رقم (٤٠)، والبيهقي في السنن الكبرى (١٠٨٥٧).

فِيهِ مَنْ حَيْثُ الْقَطْعُ لَا يُمَكِّنُ وَقُوْعُهُ مِنْ حَيْثُ الْقَطْعُ يَقْلَعُ، وَأَمَّا الْقَطْعُ فِي الصُّوفِ فَمُتَعَيِّنٌ إِذْ لَمْ يُعْهَدْ فِيهِ الْقَلْعُ: أَيُّ التَّنْفُ فَبَعْدَ ذَلِكَ يَقَعُ التَّنَازُعُ فِي مَوْضِعِ الْقَطْعِ، وَقَدْ صَحَّ " أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ «نَهَى عَنْ بَيْعِ الصُّوفِ عَلَى ظَهْرِ الْغَنَمِ وَعَنْ لَبَنِ فِي ضَرْعٍ وَعَنْ سَمَنِ فِي لَبَنِ» وَهُوَ حُجَّةٌ عَلَى أَبِي يُوسُفَ فِيمَا يُرَوَى عَنْهُ مِنْ جَوَازِ بَيْعِ الصُّوفِ عَلَى ظَهْرِ الْغَنَمِ.

قَالَ (وَجِذْعٌ فِي سَقْفٍ وَذِرَاعٌ مِنْ ثَوْبٍ ذَكَرَا الْقَطْعَ أَوْ لَمْ يَذْكُرَاهُ) لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُ التَّسْلِيمُ إِلَّا بِضَرَرٍ، بِخِلَافِ مَا إِذَا بَاعَ عَشْرَةَ دَرَاهِمٍ مِنْ نُقْرَةٍ فَضْطَةً لِأَنَّهُ لَا ضَرَرَ فِي تَبْعِيضِهِ، وَلَوْ لَمْ يَكُنْ مُعَيَّنًا لَا يَجُوزُ لَمَّا ذَكَرْنَا وَلِلْجَهَالَةِ أَيْضًا، وَلَوْ قَطَعَ الْبَائِعُ الذِّرَاعَ أَوْ قَلَعَ الْجِذْعَ قَبْلَ أَنْ يَفْسَخَ الْمُشْتَرِي يَعُودُ صَحِيحًا لَزَوَالِ الْمُسَدِّ، بِخِلَافِ مَا إِذَا بَاعَ الثَّوْبَ فِي الثَّمَرِ أَوْ الْبَذَرِ فِي الْبُطِيخِ حَيْثُ لَا يَكُونُ صَحِيحًا. وَإِنْ شَقَّهُمَا وَأَخْرَجَ الْمُبِيعَ لَأَنَّ فِي وُجُودِهِمَا احْتِمَالًا، أَمَّا الْجِذْعُ فَمُعَيَّنٌ مَوْجُودٌ.

الشرح:

قَالَ (وَجِذْعٌ فِي سَقْفٍ) إِذَا بَاعَ جِذْعًا فِي سَقْفٍ أَوْ ذِرَاعًا مِنْ ثَوْبٍ: يَعْنِي ثَوْبًا يَضُرُّهُ التَّبْعِيضُ كَالْقَمِيصِ لَا الْكَرْبَاسِ فَالْبَيْعُ لَا يَجُوزُ ذَكَرَ الْقَطْعَ أَوْ لَا، لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُهُ التَّسْلِيمُ إِلَّا بِضَرَرٍ لَمْ يُوْجِبْهُ الْعَقْدُ، وَمِثْلُهُ لَا يَكُونُ لَازِمًا فَيَتِمَكَّنُ مِنَ الرُّجُوعِ وَتَتَحَقَّقُ الْمُنَازَعَةُ، بِخِلَافِ مَا لَمْ يَكُنْ فِي التَّبْعِيضِ مَضَرَّةٌ كَبَيْعِ عَشْرَةِ دَرَاهِمٍ مِنْ نُقْرَةٍ فَضْطَةً وَذِرَاعٍ مِنْ كَرْبَاسٍ فَإِنَّ بَيْعَهُ جَائِزٌ لَانْتِفَاءِ الْعِلَةِ (وَلَوْ لَمْ يَكُنِ الْجِذْعُ مُعَيَّنًا لَا يَجُوزُ لِلزُّوْمِ الضَّرَرُ وَلِلْجَهَالَةِ أَيْضًا).

وَلَوْ قَطَعَ الْبَائِعُ الذِّرَاعَ أَوْ قَلَعَ الْجِذْعَ قَبْلَ أَنْ يَفْسَخَ الْمُشْتَرِي عَادَ الْبَيْعُ صَحِيحًا لَزَوَالِ الْمُسَدِّ وَهُوَ الضَّرَرُ (وَلَوْ بَاعَ الثَّوْبَ أَوْ الثَّمَرِ أَوْ الْبِزْرَ فِي الْبُطِيخِ لَمْ يَصَحَّ وَإِنْ شَقَّهُمَا وَأَخْرَجَ الْمُبِيعَ لَأَنَّ فِي وُجُودِهِمَا احْتِمَالًا) أَيُّ هُوَ شَيْءٌ مُعَيَّبٌ وَهُوَ فِي غِلَافِهِ فَلَا يَجُوزُ بَيْعُهُ. فَإِنْ قِيلَ: يَبِيعُ الْحِنْطَةَ فِي سُبُلِهَا وَأَمْنَالِهَا يَبِيعُ مَا فِي وَجُودِهِ احْتِمَالٌ فَإِنَّهُ شَيْءٌ مُعَيَّبٌ فِي غِلَافِهِ وَهُوَ جَائِزٌ.

أُجِيبَ بِأَنَّ جَوَازَهُ بِاعْتِبَارِ صِحَّةِ انْطِلَاقِ اسْمِ الْمُبِيعِ عَلَيْهِ وَعَلَى مَا يَتَّصِلُ بِهِ، فَإِنَّ الْحِنْطَةَ إِذَا بِيعَتْ فِي سُبُلِهَا إِثْمًا يُقَالُ بَعْتُ هَذِهِ الْحِنْطَةَ فَلَمَذْكُورُ صَرِيحًا هُوَ الْمَعْقُودُ

عَلَيْهِ فَصَحَّ الْعَقْدُ إِعْمَالًا لِتَصْحِيحِ لَفْظِهِ، وَأَمَّا بَزْرُ الْبَطِيخِ وَتَوَى التَّمْرِ وَحَبُّ الْقُطْنِ فَاسْمُ الْمَبِيعِ وَهُوَ الْبِزْرُ وَالتَّوَى وَالْحَبُّ لَا يَنْطَلِقُ عَلَيْهِ، إِذْ لَا يُقَالُ هَذَا بَزْرٌ وَتَوَى وَحَبٌّ بَلْ يُقَالُ هَذَا بَطِيخٌ وَتَمْرٌ وَقُطْنٌ، فَلَمْ يَكُنْ الْمَبِيعُ مَذْكُورًا، وَمَا هُوَ الْمَذْكُورُ فَلَيْسَ بِمَبِيعٍ، وَهَذَا عَلَى قَوْل مَنْ يَرَى تَخْصِصَ الْعِلَةِ وَاضِحٌ وَطَرِيقٌ مَنْ لَا يَرَى ذَلِكَ عُرِفَ فِي أَصُولِ الْفَقْهِ.

وَقَوْلُهُ (أَمَّا الْجِدْعُ فَعَيْنٌ مَوْجُودَةٌ) إِشَارَةٌ إِلَى إِيْتِمَامِ الْفَرْقِ بَيْنَ الْبِزْرِ وَالتَّوَى وَالْجِدْعِ الْمُعَيَّنِ فِي السَّقْفِ بِأَنَّ الْجِدْعَ مُعَيَّنٌ مَوْجُودٌ إِذِ الْفَرْضُ فِيهِ وَالْبِزْرُ وَالتَّوَى لَيْسَ كَذَلِكَ. فَإِنْ قِيلَ: إِذَا بَاعَ جِلْدَ الشَّاةِ الْمَعْبِيَةِ قَبْلَ الذَّبْحِ لَا يَجُوزُ، وَلَوْ ذَبَحَ الشَّاةَ وَسَلَخَ جِلْدَهَا وَسَلَّمَهُ لَا يَنْقَلِبُ الْبَيْعُ جَائِزًا وَإِنْ كَانَ الْجِلْدُ عَيْنًا مَوْجُودًا كَالْجِدْعِ فِي السَّقْفِ، وَكَذَا يَبِيعُ كَرِشَهَا وَأَكَارِعَهَا.

أُجِيبَ بِأَنَّ الْمَبِيعَ وَإِنْ كَانَ مَوْجُودًا فِيهِ لَكِنَّهُ مُتَّصِلٌ بِغَيْرِهِ اتِّصَالُ خَلْقَةٍ فَكَانَ تَابِعًا لَهُ، فَكَانَ الْعَجْزُ عَنِ التَّسْلِيمِ هُنَاكَ مَعْنَى أَصْلِيًّا لَا أَنَّهُ أُعْتَبِرَ عَاجِزًا حُكْمًا لَمَّا فِيهِ مِنْ إِفْسَادِ شَيْءٍ غَيْرِ مُسْتَحَقٍّ بِالْعَقْدِ، وَأَمَّا الْجِدْعُ فَإِنَّهُ عَيْنٌ مَالٍ فِي نَفْسِهِ، وَإِنَّمَا يَثْبُتُ الْإِتِّصَالُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ غَيْرِهِ بِعَارِضٍ فِعْلِ الْعِبَادِ، وَالْعَجْزُ عَنِ التَّسْلِيمِ حُكْمِيٌّ لَمَّا فِيهِ مِنْ إِفْسَادِ بِنَاءٍ غَيْرِ مُسْتَحَقٍّ بِالْعَقْدِ، فَإِذَا قُلِعَ وَالتَّرَمَ الضَّرَرُ زَالَ الْمَانِعُ فَيَجُوزُ، وَحِينَئِذٍ يَجِبُ تَخْصِصُ الْعِلَةِ وَطَرِيقٌ مَنْ لَا يَرَى بِهِ كَمَا تَقَدَّمَ.

قَالَ (وَضَرْبَةُ الْقَانِصِ) وَهُوَ مَا يَخْرُجُ مِنَ الصَّيْدِ بِضَرْبِ الشَّبَكَةِ مَرَّةً لِأَنَّهُ مَجْهُولٌ

وَلَأَن فِيهِ غَرَرًا.

الشرح:

قَالَ (وَضَرْبَةُ الْقَانِصِ) الْقَانِصُ الصَّائِدُ، يُقَالُ قَنَصَ إِذَا صَادَ. وَضَرْبَةُ الْقَانِصِ مَا يَخْرُجُ مِنَ الصَّيْدِ بِضَرْبِ الشَّبَكَةِ. يُقَالُ ضَرْبَ الشَّبَكَةِ عَلَى الطَّائِرِ أَلْقَاهَا، وَمِنْهُ نَهَى عَنْ ضَرْبِهِ. وَفِي تَهْذِيبِ الْأَزْهَرِيِّ عَنْ ضَرْبَةِ الْعَائِصِ وَهُوَ الْعَوَاصُ عَلَى اللَّالِئِ وَهُوَ أَنْ يَقُولَ لِلتَّاجِرِ أَغْوَصُ لَكَ غَوْصَةً فَمَا أَخْرَجْتَ فَهُوَ لَكَ بِكَذَا، وَالْمَعْنَى فِيهِمَا وَاحِدٌ وَهُوَ أَنَّهُ مَجْهُولٌ وَأَنَّ فِيهِ غَرَرًا لِأَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ لَا يَدْخُلَ فِي الشَّبَكَةِ شَيْءٌ مِنَ الصَّيْدِ وَأَنْ لَا يُخْرَجَ مِنَ الْغَوْصَةِ شَيْئًا.

قَالَ (وَبَيْعُ الْمَزَابِنَةِ، وَهُوَ بَيْعُ الثَّمَرِ عَلَى النَّخِيلِ بِتَمَرٍ مَجْدُودٍ مِثْلَ كَيْلِهِ خَرْصًا) «لَأَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ نَهَى عَنِ الْمَزَابِنَةِ وَالْمُحَاقَلَةِ» فَالْمَزَابِنَةُ مَا ذَكَرْنَا، وَالْمُحَاقَلَةُ بَيْعُ الْحِنْطَةِ فِي سُبُلِهَا بِحِنْطَةٍ مِثْلَ كَيْلِهَا خَرْصًا؛ وَلَأَنَّهُ بَاعَ مَكِيلًا بِمَكِيلٍ مِنْ جِنْسِهِ فَلَا تَجُوزُ بِطَرِيقِ الْخَرْصِ كَمَا إِذَا كَانَا مَوْضُوعَيْنِ عَلَى الْأَرْضِ، وَكَذَا الْعِنَبُ بِالزَّيْبِ عَلَى هَذَا.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: يَجُوزُ فِيمَا دُونَ خَمْسَةِ أَوْسُقٍ «لَأَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ نَهَى عَنِ الْمَزَابِنَةِ وَرَخَّصَ فِي الْعَرَايَا وَهُوَ أَنْ يُبَاعَ بِخَرْصِهَا تَمَرًا فِيمَا دُونَ خَمْسَةِ أَوْسُقٍ». قُلْنَا: الْعَرِيَّةُ: الْعَطِيَّةُ لُغَةً، وَتَأْوِيلُهُ أَنْ يَبِيعَ الْمُعَرَّى لَهُ مَا عَلَى النَّخِيلِ مِنَ الْمُعَرَّى بِتَمَرٍ مَجْدُودٍ، وَهُوَ بَيْعٌ مَجَازًا لَأَنَّهُ لَمْ يَمْلِكْهُ فَيَكُونُ بُرًّا مُبْتَدَأً.

الشرح:

قَالَ (وَبَيْعُ الْمَزَابِنَةِ) الرَّفْعُ فِيهِ وَالْجَرُّ وَالرَّفْعُ فِيمَا تَقَدَّمَ جَائِزٌ، وَالْمَزَابِنَةُ وَهُوَ يَبِيعُ الثَّمَرَ بِالتَّاءِ الْمُثَلَّثَةِ عَلَى النَّخْلِ بِتَمَرٍ بِالتَّاءِ الْمُثَنَّى مَجْدُودَةً مِثْلُ كَيْلٍ مَا عَلَى النَّخْلِ مِنَ الثَّمَرِ حَرَزًا وَظَنًّا لَا حَقِيقًا، لَأَنَّهُ لَوْ كَانَ مِثْلُهُ كَيْلًا حَقِيقًا لَمْ يَنْبَغِ مَا عَلَى الرَّأْسِ تَمَرًا بَلْ تَمَرًا مَجْدُودًا كَالَّذِي يُقَابَلُهُ مِنَ الْمَجْدُودِ لَا يَجُوزُ "لَأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ" «نَهَى عَنْ بَيْعِ الْمَزَابِنَةِ وَالْمُحَاقَلَةِ» وَالْمُحَاقَلَةُ بَيْعُ الْحِنْطَةِ فِي سُبُلِهَا بِحِنْطَةٍ مِثْلَ كَيْلِهَا خَرْصًا، وَلَأَنَّهُ بَاعَ مَكِيلًا بِمَكِيلٍ مِنْ جِنْسِهِ فَلَا يَجُوزُ خَرْصًا لِأَنَّهُ فِيهِ شُبْهَةُ الرِّبَا الْمُلْحَقَةِ بِالْحَقِيقَةِ فِي التَّحْرِيمِ، كَمَا لَوْ كَانَا مَوْضُوعَيْنِ عَلَى الْأَرْضِ وَبَاعَ أَحَدُهُمَا بِالْآخَرِ خَرْصًا، وَيَبِيعُ الْعِنَبَ بِالزَّيْبِ عَلَى هَذَا. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يَجُوزُ فِيمَا دُونَ خَمْسَةِ أَوْسُقٍ وَلَا يَجُوزُ فِيمَا زَادَ عَلَى خَمْسَةِ أَوْسُقٍ، وَلَهُ فِي مِقْدَارِ خَمْسَةِ أَوْسُقٍ قَوْلَانِ اسْتَدَلَّ بِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى عَنْ بَيْعِ الْمَزَابِنَةِ وَرَخَّصَ فِي الْعَرَايَا، وَفَسَّرَهَا بِأَنْ يُبَاعَ الثَّمَرُ الَّذِي عَلَى رَأْسِ النَّخْلِ بِخَرْصِهَا تَمَرًا فِيمَا دُونَ خَمْسَةِ أَوْسُقٍ، وَأَنَّ الضَّمِيرَ فِي قَوْلِهِ بِخَرْصِهَا عَلَى أَنَّهُ جَمْعُ الثَّمَرَةِ. قُلْنَا بِالْقَوْلِ بِالْمَوْجِبِ وَهُوَ أَنْ يَقُولَ: سَلَمْنَا أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ رَخَّصَ فِي الْعَرَايَا فَإِنَّ فِي الْأَحَادِيثِ الدَّالَّةِ عَلَى ذَلِكَ كَثْرَةً لَا يُمكنُ مَنَعُهَا، لَكِنْ لَيْسَ حَقِيقَةً مَعْنَاهَا مَا ذَكَرْتُمْ بَلْ مَعْنَاهَا الْعَطِيَّةُ لُغَةً.

وَتَأْوِيلُهَا أَنْ يَهَبَ الرَّجُلُ ثَمَرَةَ نَخْلَةٍ مِنْ بُسْتَانِهِ لِرَجُلٍ ثُمَّ يَشْقُ عَلَى الْمُعَرَّى

دُخُولُ الْمُعْرَى لَهُ فِي بُسْتَانِهِ كُلِّ يَوْمٍ لِكَوْنِ أَهْلِهِ فِي الْبُسْتَانِ وَلَا يَرْضَى مِنْ نَفْسِهِ خُلْفَ الْوَعْدِ وَالرَّجُوعَ فِي الْهَبَةِ فَيُعْطِيهِ مَكَانَ ذَلِكَ ثَمَرًا مَجْدُودًا بِالْخَرْصِ لِيُدْفَعَ ضَرَرُهُ عَنْ نَفْسِهِ وَلَا يَكُونُ مُخْلَفًا لَوَعْدِهِ، وَبِهِ نَقُولُ لِأَنَّ الْمُؤْهُوبَ لَمْ يَصِرْ مِلْكًا لِلْمُؤْهُوبِ لَهُ مَا دَامَ مُتَّصِلًا بِمِلْكِ الْوَاهِبِ، فَمَا يُعْطِيهِ مِنَ الثَّمَرِ لَا يَكُونُ عِوَضًا بَلْ هِبَةٌ مُبْتَدَأَةٌ، وَيُسَمَّى نَيْعًا مَجَازًا لِأَنَّهُ فِي الصُّورَةِ عِوَضٌ يُعْطِيهِ لِلتَّحَرُّزِ عَنْ خُلْفِ الْوَعْدِ، وَأَتَّفَقَ أَنَّ ذَلِكَ كَانَ فِيمَا دُونَ خَمْسَةِ أَوْسُقٍ فَظَنَّ الرَّاوي أَنَّ الرُّخْصَةَ مَقْصُورَةٌ عَلَى هَذَا فَنَقَلَ كَمَا وَقَعَ عِنْدَهُ. وَفِيهِ بَحْثٌ مِنْ وَجْهَيْنِ: الْأَوَّلُ أَنَّهُ جَاءَ فِي حَدِيثِ زَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ رضي الله عنه «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ نَهَى عَنْ بَيْعِ الثَّمَرِ بِالثَّمَرِ وَرَخَّصَ فِي الْعَرَايَا» فَسَيَأْتِيهِ يَدُلُّ عَلَى أَنَّ الْمُرَادَ بِالْعَرَايَا بَيْعَ ثَمَرٍ بِثَمَرٍ.

وَالثَّانِي أَنَّهُ جَاءَ فِي حَدِيثِ جَابِرِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ بِلَفْظِ الْاسْتِثْنَاءِ إِلَّا الْعَرَايَا، وَالْأَصْلُ حَمْلُ الْاسْتِثْنَاءِ عَلَى الْحَقِيقَةِ، وَالْاسْتِثْنَاءُ مِنَ الْبَيْعِ حَقِيقَةٌ يَنْبَغُ لَوْجُوبُ دُخُولِهِ فِي الْمُسْتَنْثَى مِنْهُ. وَالْجَوَابُ عَنْ الْأَوَّلِ أَنَّ الْقُرْآنَ فِي النَّظْمِ لَا يُوجِبُ الْقُرْآنَ فِي الْحُكْمِ. وَعَنْ الثَّانِي أَنَّهُ عَلَى ذَلِكَ التَّقْدِيرِ يُنَافِي قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ الْمَشْهُورَ «الثَّمَرُ بِالثَّمَرِ مِثْلًا بِمِثْلٍ» وَالْمَشْهُورُ قَاضٍ عَلَيْهِ.

قَالَ (وَلَا يَجُوزُ الْبَيْعُ بِإِلْقَاءِ الْحَجَرِ وَالْمَلَامَسَةِ وَالْمُنَابَذَةِ). وَهَذِهِ بَيُوعٌ كَانَتْ فِي الْجَاهِلِيَّةِ، وَهُوَ أَنْ يَتَرَاوَضَ الرَّجُلَانِ عَلَى سِلْعَةٍ أَوْ يَتَسَاوَمَانِ، فَإِذَا لَمَسَهَا الْمُشْتَرِي أَوْ نَبَذَهَا إِلَيْهِ الْبَائِعُ أَوْ وَضَعَ الْمُشْتَرِي عَلَيْهَا حَصَاةً لَزِمَ الْبَيْعُ؛ فَالْأَوَّلُ بَيْعُ الْمَلَامَسَةِ وَالثَّانِي الْمُنَابَذَةُ، وَالثَّلَاثُ إِلْقَاءُ الْحَجَرِ، «وَقَدْ نَهَى عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ عَنْ بَيْعِ الْمَلَامَسَةِ وَالْمُنَابَذَةِ» ^(١) وَلَئِنْ فِيهِ تَعْلِيلًا بِالْخَطَرِ.

الشرح:

قَالَ (وَلَا يَجُوزُ الْبَيْعُ بِإِلْقَاءِ الْحَجَرِ) سَامَ الْبَائِعِ السِّلْعَةَ: أَيَّ عَرَضَهَا وَذَكَرَ ثَمَنَهَا، وَسَامَهَا الْمُشْتَرِي بِمَعْنَى اسْتَمَاتَهَا. يَنْبَغُ الْمَلَامَسَةُ هُوَ أَنْ يَتَسَاوَمَ الرَّجُلَانِ فِي السِّلْعَةِ فَيَلْمِسُهَا الْمُشْتَرِي يَدِهِ فَيَكُونُ ذَلِكَ ابْتِيعًا لَهَا رَضِيَ مَالُكُهَا بِذَلِكَ أَوْ لَمْ يَرْضَ. وَيَنْبَغُ

الْمُنَابَذَةُ هُوَ أَنْ يَتَرَاوَضَ الرَّجُلَانِ عَلَى السَّلْعَةِ فَيُحِبُّ مَالَكُهَا إِلْزَامَ الْمُسَاوَمِ لَهُ عَلَيْهَا إِيَّاهَا فَيَنْبِذُهَا إِلَيْهِ فَيَلْزِمُهُ بِذَلِكَ وَلَا يَكُونُ لَهُ رَدُّهَا عَلَيْهِ.

وَيَبِيعُ الْإِقَاءَ الْحَجَرَ هُوَ أَنْ يَتَسَاوَمَ الرَّجُلَانِ عَلَى السَّلْعَةِ فَإِذَا وَضَعَ الطَّالِبُ لَشْرَائِهَا حَصَاةً عَلَيْهَا تَمَّ الْبَيْعُ فِيهَا عَلَى صَاحِبِهَا وَلَمْ يَكُنْ لَصَاحِبِهَا ارْتِجَاعٌ فِيهَا. وَهَذِهِ كَانَتْ يُبَوِّعُ فِي الْجَاهِلِيَّةِ فَتَهَى عَنْهَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ. وَعِبَارَةُ الْكِتَابِ تُشِيرُ إِلَى أَنَّ الْمُنْهَى عَنْهُ بَيْعُ الْمُلَامَسَةِ وَالْمُنَابَذَةِ وَيَبِيعُ الْإِقَاءَ الْحَجَرَ مُلْحَقٌ بِهِمَا لِأَنَّهُ فِي مَعْنَاهُمَا، وَلِأَنَّ فِيهِ تَعْلِيقًا بِالْخَطَرِ وَالتَّمْلِيكَاتِ لَا تَحْتَمِلُهُ لِأَدَائِهِ إِلَى مَعْنَى الْقِمَارِ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ أَنْ يَقُولَ الْبَائِعُ لِلْمُشْتَرِي: أَيُّ ثَوْبٍ أَلْقَيْتَ عَلَيْهِ الْحَجَرَ فَقَدْ بَعْتَهُ، وَأَيُّ ثَوْبٍ لَمَسْتَهُ بِيَدِكَ فَقَدْ بَعْتَهُ، وَأَيُّ ثَوْبٍ تَبَذْتَهُ إِلَيَّ فَقَدْ اشْتَرَيْتَهُ.

قَالَ (وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ ثَوْبٍ مِنْ ثَوْبَيْنِ) لَجَهَالَةِ الْمَبِيعِ؛ وَلَوْ قَالَ: عَلَى أَنَّهُ بِالْخِيَارِ فِي أَنْ يَأْخُذَ أَيُّهُمَا شَاءَ جَازَ الْبَيْعُ اسْتِحْسَانًا، وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ بِفُرُوعِهِ.

الشرح:

(وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ ثَوْبٍ مِنْ ثَوْبَيْنِ) لَجَهَالَةِ الْمَبِيعِ، إِلَّا أَنْ يَقُولَ عَلَى أَنَّكَ بِالْخِيَارِ أَنْ تَأْخُذَ أَيُّهُمَا شِئْتَ فَإِنَّهُ يَجُوزُ اسْتِحْسَانًا، وَقَدْ تَقَدَّمَ الْكَلَامُ فِيهِ.

قَالَ (وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ الْمَرَاعِي وَلَا إِجَارَتُهَا) الْمُرَادُ الْكَلَاءُ، أَمَّا الْبَيْعُ فَلِأَنَّهُ وَرَدَ عَلَى مَا لَا يَمْلِكُهُ لاشْتِرَاكِ النَّاسِ فِيهِ بِالْحَدِيثِ، وَأَمَّا الْإِجَارَةُ فَلِأَنَّهَا عُقِدَتْ عَلَى اسْتِهْلَاكِ عَيْنِ مُبَاحٍ، وَلَوْ عُقِدَتْ عَلَى اسْتِهْلَاكِ عَيْنٍ مَمْلُوكَةٍ بِأَنْ اسْتَأْجَرَ بَقْرَةً لِيَشْرَبَ لَبَنُهَا لَا يَجُوزُ فَهَذَا أَوَّلِي.

الشرح:

قَالَ (وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ الْمَرَاعِي وَلَا إِجَارَتُهَا) وَالْمُرَادُ بِهِ الْكَلَاءُ وَهُوَ مَا لَيْسَ لَهُ سَاقٌ مِنَ الْحَشِيشِ، كَذَا رُوِيَ عَنْ مُحَمَّدٍ، وَقِيلَ مَا لَيْسَ لَهُ سَاقٌ وَمَا لَهُ سَاقٌ فَهُوَ كَلَاءٌ، وَإِنَّمَا فَسَّرَ الْمَرَاعِي بِذَلِكَ لِأَنَّ لَفْظَ الْمَرْعَى يَقَعُ عَلَى مَوْضِعِ الرَّعْيِ وَهُوَ الْأَرْضُ وَعَلَى الْكَلَاءِ وَعَلَى مَصْدَرِ رَعَى، وَلَوْ لَمْ يُفَسَّرْ بِذَلِكَ لَتَوَهَّمُ أَنْ يَبِيعَ الْأَرْضَ وَإِجَارَتَهَا لَا يَجُوزُ، وَهُوَ غَيْرُ صَحِيحٍ لِأَنَّ بَيْعَ الْأَرْضِ وَإِجَارَتَهَا صَحِيحٌ سَوَاءٌ كَانَ فِيهَا الْكَلَاءُ أَوْ لَمْ يَكُنْ، أَمَّا عَدَمُ جَوَازِ بَيْعِ الْكَلَاءِ غَيْرِ الْمُحَرَّرِ فَلِأَنَّهُ غَيْرُ مَمْلُوكٍ لاشْتِرَاكِ النَّاسِ فِيهِ بِالْحَدِيثِ،

وَهُوَ قَوْلُهُ ﷺ «النَّاسُ شُرَكَاءُ فِي ثَلَاثٍ: الْمَاءِ، وَالْكَلَاءِ، وَالتَّارِ» وَمَا هُوَ غَيْرُ مَمْلُوكٍ لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ. وَمَعْنَى شَرِكْتِهِمْ فِيهَا أَنَّ لَهُمُ الْإِثْتِفَاعَ بِضَوَائِهَا وَالْإِصْطِلَاءَ بِهَا وَالشُّرْبَ وَسَقَى الدَّوَابِّ وَالْإِسْتِقَاءَ مِنَ الْآبَارِ وَالْحَيَاضِ الْمَمْلُوكَةِ وَالْأَنْهَارِ الْمَمْلُوكَةِ مِنَ الْأَرْضِ الْمَمْلُوكَةِ وَالْإِحْشَاشَ مِنَ الْأَرْضِ الْمَمْلُوكَةِ، وَلَكِنْ لَهُ أَنْ يَمْنَعَ مِنَ الدُّخُولِ فِي أَرْضِهِ، فَإِنْ مَنَعَ كَانَ لغيرِهِ أَنْ يَقُولَ لَهُ إِنَّ لِي فِي أَرْضِكَ حَقًّا، فِيمَا أَنْ تُوصِّلَنِي إِلَى حَقِّي أَوْ تَحْتِشَّهُ فَتَدْفَعَهُ إِلَيَّ أَوْ تَدْعَنِي أَخْذَهُ، كَتُوبٍ لِرَجُلٍ وَقَعَ فِي دَارِ إِنْسَانٍ هَذَا إِذَا تَبَتَّ ظَاهِرًا، وَأَمَّا إِذَا أَثَبَّتَهُ صَاحِبُ الْأَرْضِ بِالسَّقْيِ فِيهِ اخْتِلَافُ الرَّوَايَةِ.

وَذَكَرَ فِي الْمِحِيطِ وَالذَّخِيرَةِ وَالنَّوَازِلِ أَنَّ صَاحِبَهَا يَمْلِكُهُ وَلَيْسَ لِأَحَدٍ أَنْ يَأْخُذَهُ بِغَيْرِ إِذْنِهِ فَجَازَ بَيْعُهُ. وَذَكَرَ الْقُدُورِيُّ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ لِأَنَّ الشَّرِكََةَ فِي الْكَلَاءِ ثَابِتَةٌ بِالنَّصِّ، وَإِنَّمَا تَنْقَطِعُ بِالْحِيَازَةِ وَسَوْفَ الْمَاءِ إِلَى أَرْضِهِ لَيْسَ بِحِيَازَةٍ لِلْكَلَاءِ فَبَقِيَ عَلَى الشَّرِكََةِ فَلَا يَجُوزُ بَيْعُهُ، وَأَمَّا عَدَمُ جَوَازِ الْإِجَارَةِ فَلَمَعْنَيْنِ: أَحَدُهُمَا وَقُوعُ الْإِجَارَةِ فِي عَيْنِ غَيْرِ مَمْلُوكَةٍ.

وَالثَّانِي أَنْعَادُهَا عَلَى اسْتِهْلَاكِ عَيْنِ مُبَاحٍ وَأَنْعَادُهَا عَلَى اسْتِهْلَاكِ عَيْنِ مَمْلُوكَةٍ بِأَنْ اسْتَأْجَرَ بَقْرَةً لِيَشْرَبَ لَبَنَهَا لَا يَصْبَحُ، فَعَلَى اسْتِهْلَاكِ عَيْنِ مُبَاحٍ أَوَّلَى، وَذَلِكَ لِأَنَّ الْمُسْتَحَقَّ بِعَقْدِ الْإِجَارَةِ عَلَى الْآجِرِ الْمَنَافِعُ لَا الْأَعْيَانُ إِلَّا إِذَا كَانَتْ الْأَعْيَانُ آلَةً لِإِقَامَةِ الْعَمَلِ الْمُسْتَحَقَّ بِالْإِجَارَةِ كَالصَّنْعِ فِي اسْتِجَارِ الصَّبَاغِ وَاللَّبَنِ فِي اسْتِجَارِ الظُّفْرِ لِكُونِهِ آلَةً لِلْحَضَانَةِ وَالظُّفُورَةِ، وَلَمْ يَذْكُرْ أَنَّ إِجَارَةَ الْكَلَاءِ وَقَعَتْ فَاسِدَةً أَوْ بَاطِلَةً، وَذَكَرَ فِي الشُّرْبِ أَنَّهَا فَاسِدَةٌ حَتَّى يَمْلِكَ الْآجِرُ الْأَجْرَةَ بِالْقَبْضِ وَيَنْفَذَ عَثْقَهُ فِيهَا.

قَالَ (وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ النَّحْلِ) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: يَجُوزُ إِذَا كَانَ مُحَرَّرًا، وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ لِأَنَّهُ حَيَوَانٌ مُنْتَفَعٌ بِهِ حَقِيقَةً وَشَرْعًا فَيَجُوزُ بَيْعُهُ وَإِنْ كَانَ لَا يُؤْكَلُ كَالْبَعْلِ وَالْحِمَارِ.

وَلَهُمَا أَنَّهُمَا مِنَ الْهَوَامِّ فَلَا يَجُوزُ بَيْعُهُ كَالزَّنَابِيرِ وَالْإِثْتِفَاعُ بِمَا يَخْرُجُ مِنْهُ لَا بِعَيْنِهِ فَلَا يَكُونُ مُنْتَفَعًا بِهِ قَبْلَ الْخُرُوجِ، حَتَّى لَوْ بَاعَ كَوَاوِرَةً فِيهَا عَسَلَ بِمَا فِيهَا مِنَ النَّحْلِ يَجُوزُ تَبَعًا لَهُ، كَذَا ذَكَرَهُ الْكَرْخِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ.

الشرح:

قَالَ (وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ النَّحْلِ) قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَأَبُو يُوسُفَ: لَا يَجُوزُ بَيْعُ النَّحْلِ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: يَجُوزُ إِذَا كَانَ مُحَرَّرًا: أَيَّ مَجْمُوعًا وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ لِأَنَّهُ حَيَوَانٌ مُتَنَفِّعٌ بِهِ حَقِيقَةً بِاسْتِيفَاءِ مَا يَحْدُثُ مِنْهُ، وَشَرْعًا لِعَدَمِ مَا يَمْنَعُ عَنْهُ شَرْعًا، وَكُلُّ مَا هُوَ كَذَلِكَ يَجُوزُ بَيْعُهُ وَكَوْنُهُ غَيْرَ مَأْكُولِ اللَّحْمِ لَا يُنَافِيهِ كَالْبُغْلِ وَالْحِمَارِ. وَلَهُمَا أَنَّهُ مِنَ الْهَوَامِّ وَهِيَ الْمَخُوفَةُ مِنَ الْأَحْنَاشِ لَا يَجُوزُ بَيْعُهَا. قَالَ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ: أَرَأَيْتَ إِنْ وَجَدَ بِهَا عَيْبًا بِكُمْ يَرُدُّهَا، وَفِيهِ إِشَارَةٌ إِلَى أَنَّ النَّحْلَ لَا قِيمَةَ لَهَا وَلَا رَغْبَةً فِي عَيْنِهَا (قَوْلُهُ) وَالِاتِّفَاعُ بِمَا يَخْرُجُ مِنْهُ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ حَيَوَانٌ مُتَنَفِّعٌ بِهِ: يَعْنِي لَا يُسَلَّمُ أَنَّهُ مُتَنَفِّعٌ بِهِ بِعَيْنِهِ، بَلِ الْإِتِّفَاعُ بِمَا سَيَحْدُثُ مِنْهُ وَذَلِكَ مَعْدُومٌ فِي الْحَالِ. قِيلَ قَوْلُهُ لَا بِعَيْنِهِ اخْتِرَازٌ عَنْ الْمُهْرِ وَالْجَحْشِ فَإِنَّهُمَا وَإِنْ كَانَا لَا يُتَنَفَّعُ بِهِمَا فِي الْحَالِ لَكِنْ يُتَنَفَّعُ بِهِمَا فِي الْمَالِ بِأَعْيَانِهِمَا، وَفِيهِ بُعْدٌ لَخُرُوجِهِمَا بِقَوْلِهِ يَخْرُجُ مِنْهُ، وَإِذَا كَانَ الْإِتِّفَاعُ بِمَا يَخْرُجُ فَقَبْلَ خُرُوجِهِ لَا يَكُونُ مُتَنَفِّعًا بِهِ، حَتَّى لَوْ كَانَ مِنْهُ مَا يَخْرُجُ مِنْهُ بِأَنْ بَاعَ كِبَارَةً بِضَمِّ الْكَافِ وَكَسْرِهَا وَهِيَ مَعْسَلُ النَّحْلِ إِذَا سُويَ مِنْ طِينٍ فِيهَا عَسَلٌ بِمَا فِيهَا مِنَ النَّحْلِ يَجُوزُ تَبْعًا لَهُ. كَذَا ذَكَرَ الْكَرْخِيُّ فِي مُخْتَصَرِهِ.

وَقَالَ الْقُدُورِيُّ فِي شَرْحِهِ لِهَذَا الْمُخْتَصَرِ: وَأَمَّا إِذَا بَاعَ الْعَسَلَ مَعَ النَّحْلِ فَالْعَقْدُ يَقَعُ عَلَى الْعَسَلِ وَيَدْخُلُ النَّحْلُ عَلَى طَرِيقِ التَّبَعِ وَإِنْ لَمْ يَجْزُ إِفْرَادُهُ بِالْبَيْعِ كَالشَّرْبِ وَالطَّرِيقِ. ثُمَّ قَالَ: وَقَدْ حُكِيَ عَنْ أَبِي الْحَسَنِ الْكَرْخِيِّ أَنَّهُ كَانَ يُنْكِرُ هَذِهِ الطَّرِيقَةَ وَيَقُولُ: إِنَّمَا يَدْخُلُ فِي الْبَيْعِ عَلَى طَرِيقِ التَّبَعِ مَا هُوَ مِنْ حُقُوقِ الْمَبِيعِ وَأَتْبَاعِهِ وَالنَّحْلُ لَيْسَ مِنْ حُقُوقِ الْعَسَلِ، إِلَّا أَنَّهُ ذَكَرَ فِي جَامِعِهِ هَذَا التَّغْلِيلَ بِعَيْنِهِ عَنْ أَبِي يُوسُفَ.

(وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ دُودِ الْقَرْعِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ) لِأَنَّهُ مِنَ الْهَوَامِّ، وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ يَجُوزُ إِذَا ظَهَرَ فِيهِ الْقَرْعُ تَبْعًا لَهُ. وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ يَجُوزُ كَيْفَمَا كَانَ لَكُونُهُ مُتَنَفِّعًا بِهِ (وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ بَيْضَةِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَعِنْدَهُمَا يَجُوزُ) لِمَكَانِ الضَّرُورَةِ. وَهَيْلُ أَبُو يُوسُفَ مَعَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ كَمَا فِي دُودِ الْقَرْعِ وَالْحَمَامِ إِذَا عَلِمَ عَدَدَهَا وَأَمَكَنَ تَسْلِيمَهَا جَازَ بَيْعُهَا لِأَنَّهُ مَالٌ مَقْدُورُ التَّسْلِيمِ.

الشرح:

قَالَ (وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ دُودِ الْقَزِّ وَيَبِضُهُ) وَهُوَ الْبِزْرُ الَّذِي يَكُونُ مِنْهُ الدُّودُ لَا يَجُوزُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ لِأَنَّهُ مِنْ الْهَوَاءِ وَيَبِضُهُ مِمَّا لَا يُنْتَفَعُ بِهِ بَعِيْنُهُ بَلْ بِمَا سَيَحْدُثُ مِنْهُ وَهُوَ مَعْدُومٌ فِي الْحَالِ.

وَجَازَ عِنْدَ مُحَمَّدٍ لِكَوْنِهِ مُنْتَفَعًا بِهِ وَلِمَكَانِ الضَّرُورَةِ فِي بَيْعِهِ، قِيلَ وَعَلَيْهِ الْفَتْوَى، وَأَجَازَ أَبُو يُوسُفَ بَيْعَ دُودِ الْقَزِّ إِذَا ظَهَرَ فِيهِ الْقَزُّ تَبَعًا لَهُ كَبَيْعِ النَّحْلِ مَعَ الْعَسَلِ وَيَبِضُهُ مُطْلَقًا لِمَكَانِ الضَّرُورَةِ، وَثَقُلَ عَنْهُ أَنَّهُ مَعَ أَبِي حَنِيفَةَ كَمَا فِي دُودِهِ، وَهَذِهِ الْعِبَارَةُ تُشِيرُ إِلَى أَنَّ أَبَا حَنِيفَةَ إِنَّمَا لَمْ يُجِزْ بَيْعَهُ بِانْفِرَادِهِ، فَأَمَّا إِذَا كَانَ تَبَعًا فَيَجُوزُ، وَالْحَمَامُ إِذَا عَلِمَ عَدَدُهَا وَأَمَكْنَ تَسْلِيمُهَا جَازَ الْبَيْعُ لِأَنَّهُ مَالٌ مَقْدُورُ التَّسْلِيمِ وَكَانَ مَوْضِعُ ذِكْرِهِ عِنْدَ قَوْلِهِ وَلَا يَبِيعُ الطَّيْرُ فِي الْهَوَاءِ، وَإِنَّمَا ذَكَرَهَا هُنَا تَبَعًا لِمَا ذَكَرَهُ الصَّدْرُ الشَّهِيدُ فِي شَرْحِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ لِأَنَّهُ وَضَعَهُ ثَمَّةً كَذَلِكَ.

(وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ الْآبِقِ) لِنَهْيِ النَّبِيِّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ عَنْهُ وَلِأَنَّهُ لَا يَقْدَرُ عَلَى تَسْلِيمِهِ (إِلَّا أَنْ يَبِيعَهُ مِنْ رَجُلٍ زَعَمَ أَنَّهُ عِنْدَهُ) لِأَنَّ الْمَنْهِيَّ عَنْهُ بَيْعُ آبِقٍ مُطْلَقٍ وَهُوَ أَنْ يَكُونَ آبِقًا فِي حَقِّ الْمُتَعَاقِدَيْنِ وَهَذَا غَيْرُ آبِقٍ فِي حَقِّ الْمُشْتَرِي؛ وَلِأَنَّهُ إِذَا كَانَ عِنْدَ الْمُشْتَرِي انْتَفَى الْعَجْزُ عَنِ التَّسْلِيمِ وَهُوَ الْمَانِعُ، ثُمَّ لَا يَصِيرُ قَابِضًا بِمُجَرَّدِ الْعَقْدِ إِذَا كَانَ فِي يَدِهِ وَكَانَ أَشْهَدَ عِنْدَهُ أَخَذَهُ لِأَنَّهُ أَمَانَةٌ عِنْدَهُ وَقَبْضُ الْأَمَانَةِ لَا يَنْبَغُ عَنْ قَبْضِ الْبَيْعِ، وَلَوْ كَانَ لَمْ يُشْهَدْ يَجِبُ أَنْ يَصِيرَ قَابِضًا لِأَنَّهُ قَبْضُ غَضَبٍ، لَوْ قَالَ هُوَ عِنْدَ فُلَانٍ فَبِعَهُ مِنِّي فَبَاعَهُ لَا يَجُوزُ لِأَنَّهُ آبِقٌ فِي حَقِّ الْمُتَعَاقِدَيْنِ وَلِأَنَّهُ لَا يَقْدَرُ عَلَى تَسْلِيمِهِ.

وَلَوْ بَاعَ الْآبِقُ ثُمَّ عَادَ مِنَ الْإِبَاقِ لَا يَتِمُّ ذَلِكَ الْعَقْدُ؛ لِأَنَّهُ وَقَعَ بِاطِّلَالٍ لَانْعِدَامِ الْمَحْلِيَّةِ كَبَيْعِ الطَّيْرِ فِي الْهَوَاءِ وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ يَتِمُّ الْعَقْدُ إِذَا لَمْ يُفْسَخْ لِأَنَّ الْعَقْدَ انْعَقَدَ لِقِيَامِ الْمَالِيَّةِ وَالْمَانِعِ قَدْ ارْتَفَعَ وَهُوَ الْعَجْزُ عَنِ التَّسْلِيمِ، كَمَا إِذَا أَبَقَ بَعْدَ الْبَيْعِ، وَهَكَذَا يُرَوَى عَنْ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ.

الشرح:

قَالَ (وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ الْآبِقِ) يَبِيعُ الْآبِقِ الْمُطْلَقِ لَا يَجُوزُ لِمَا ذَكَرَ مُحَمَّدٌ فِي الْأَصْلِ بِقَوْلِهِ «بَلَّغْنَا عَنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ أَنَّهُ نَهَى عَنْ بَيْعِ الْعَرَرِ وَعَنْ بَيْعِ الْعَبْدِ الْآبِقِ» وَلِأَنَّهُ غَيْرُ

مَقْدُورِ التَّسْلِيمِ، وَالْآبِقُ الَّذِي لَا يَكُونُ مُطْلَقًا وَهُوَ الَّذِي لَا يَكُونُ آبِقًا فِي حَقِّ أَحَدٍ
 الْمُتَعَاقِدَيْنِ جَازَ يَبْعُهُ كَمَنْ بَاعَهُ مِنْ رَجُلٍ يَزْعُمُ أَنَّهُ عِنْدَهُ لِأَنَّ الْمَنْهِيَّ عَنْهُ يَبْعُ الْمُطْلَقَ مِنْهُ،
 وَهَذَا غَيْرُ آبِقٍ فِي حَقِّ الْمُشْتَرِي فَيَنْتَفِي الْعَجْزُ عَنِ التَّسْلِيمِ الْمَانِعِ مِنَ الْجَوَازِ ثُمَّ هَلْ يَصِيرُ
 قَابِضًا بِمَجَرَّدِ الْعَقْدِ أَوْ لَا، إِنْ كَانَ قَبْضُهُ لِنَفْسِهِ يَصِيرُ قَابِضًا عَقَبَ الشَّرَاءِ بِالِاتِّفَاقِ؛
 وَإِنْ قَبْضُهُ لِلرَّدِّ، فَإِمَّا أَنْ يَشْهَدَ عَلَى ذَلِكَ أَوْ لَا، فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ لَا يَصِيرُ قَابِضًا لِأَنَّهُ
 أَمَانَةٌ عِنْدَهُ، حَتَّى لَوْ هَلَكَ قَبْلَ الْوُصُولِ إِلَى الْمَوْلَى هَلَكَ مِنْ مَالِ الْمَوْلَى (وَقَبْضُ الْأَمَانَةِ لَا
 يَتَوَبُّ عَنْ قَبْضِ الْبَيْعِ) لِأَنَّ قَبْضَ الضَّمَانِ أَقْوَى لِتَأْكِيدِهِ بِاللُّزُومِ وَالْمِلْكِ، أَمَّا اللَّزُومُ فَلَأَنَّ
 الْمُشْتَرِي لَوْ امْتَنَعَ عَنْ قَبْضِ الْمَبِيعِ أُجْبِرَ عَلَيْهِ وَبَعْدَ الْقَبْضِ لَيْسَ لِلْبَائِعِ فَسْخُوهُ، بِخِلَافِ
 الْأَمَانَةِ. وَأَمَّا الْمِلْكُ فَلَأَنَّ الضَّمَانَ يُثْبِتُ الْمِلْكُ مِنَ الْحَاثِنَيْنِ عَلَى مَا هُوَ الْأَصْلُ. بِخِلَافِ
 قَبْضِ الْهَبَةِ.

وَإِنْ كَانَ الثَّانِي يَجِبُ أَنْ يَصِيرَ قَابِضًا لِأَنَّهُ قَبْضُ غَضَبٍ وَهُوَ قَبْضُ ضَمَانٍ وَهُوَ
 قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ. وَذَكَرَ الْإِمَامُ التُّمْرَتَاشِيُّ أَنَّهُ لَا يَصِيرُ قَابِضًا عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ،
 وَقَوْلُ الْمُصَنِّفِ يَجِبُ أَنْ يَصِيرَ قَابِضًا كَأَنَّهُ إِشَارَةٌ إِلَى أَنَّهُ يَلْزَمُ أَبَا يُوسُفَ الْقَوْلُ بِكَوْنِهِ
 قَابِضًا نَظَرًا إِلَى الْقَاعِدَةِ. وَلَوْ قَالَ الْمُشْتَرِي هُوَ عِنْدَ فُلَانٍ فَبِعَهُ مِنِّي فَبَاعَهُ لَا يَجُوزُ لِكَوْنِهِ
 آبِقًا فِي حَقِّ الْمُتَعَاقِدَيْنِ وَغَيْرِ مَقْدُورِ التَّسْلِيمِ، إِذَا الْبَائِعُ لَا يَقْدِرُ عَلَى تَسْلِيمِ مَا لَيْسَ فِي
 يَدِهِ، وَلَوْ بَاعَ الْآبِقُ ثُمَّ عَادَ مِنَ الْإِبَاقِ هَلْ يَتِمُّ ذَلِكَ الْعَقْدُ أَوْ يَحْتَاجُ إِلَى عَقْدٍ جَدِيدٍ؟
 فِيهِ ظَاهِرُ الرَّوَايَةِ وَبِهِ أَخَذَ مَشَايِخُ بَلْخِي أَنْ ذَلِكَ الْعَقْدُ لَا يَتِمُّ وَيَحْتَاجُ إِلَى عَقْدٍ جَدِيدٍ
 لَوْقُوعِهِ بَاطِلًا، فَإِنْ جُزِيَ الْمَحَلُّ الْقُدْرَةَ عَلَى التَّسْلِيمِ وَقَدْ فَاتَ وَقْتُ الْعَقْدِ فَانْعَدَمَ الْمَحَلُّ
 فَصَارَ كَمَا إِذَا بَاعَ الطَّيْرَ فِي الْهَوَاءِ ثُمَّ أَخَذَهُ وَسَلَّمَهُ فِي الْمَجْلِسِ. وَعُورِضَ بِأَنَّ الْإِعْتِقَاقَ
 يَجُوزُ. وَلَوْ فَاتَ الْمَحَلُّ لَمَّا جَازَ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ الْإِعْتِقَاقَ يُبْطِلُ الْمِلْكَ وَهُوَ يُلَاقِهُ النَّوَى
 بِالْإِبَاقِ، بِخِلَافِ الْبَيْعِ فِيهِ فَإِنَّهُ إِثْبَاتِي، وَالنَّوَى يُنَاقِضُهُ.

وَرَوَى عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الْعَقْدَ يَتِمُّ إِذَا لَمْ يُفْسَخْ، وَالْبَائِعُ إِنْ امْتَنَعَ عَنْ تَسْلِيمِهِ
 وَالْمُشْتَرِي عَنْ قَبْضِهِ أُجْبِرَ عَلَى ذَلِكَ لِأَنَّ الْعَقْدَ قَدْ انْعَقَدَ لِقِيَامِ الْمَالِيَّةِ لِأَنَّ مَالِ الْمَوْلَى لَا
 يَزُولُ بِالْإِبَاقِ وَهَذَا جَازٌ إِعْتَاقُهُ وَتَدْبِيرُهُ، وَالْمَانِعُ وَهُوَ الْعَجْزُ عَنِ التَّسْلِيمِ قَدْ ارْتَفَعَ
 فَتَحَقَّقَ الْمُقْتَضَى وَانْتَفَى الْمَانِعُ فَيَجُوزُ وَصَارَ كَمَا إِذَا أَبَقَ الْعَبْدُ بَعْدَ الْبَيْعِ، وَهَكَذَا يُرَوَى

عَنْ مُحَمَّدٍ وَبِهِ أَخَذَ الْكَرْخِيُّ وَجَمَاعَةٌ مِنْ مَشَايخِنَا. وَأَمَّا إِذَا رَفَعَهُ الْمُشْتَرِي إِلَى الْقَاضِي وَطَلَبَ مِنْهُ التَّسْلِيمَ وَعَجَزَ الْبَائِعُ عَنْهُ وَفَسَخَ الْعَقْدَ بَيْنَهُمَا ثُمَّ ظَهَرَ الْعَبْدُ فَإِنَّهُ يَحْتَاجُ إِلَى بَيْعٍ جَدِيدٍ.

قَالَ (وَلَا يَبْعُ لَبْنٍ امْرَأَةً فِي قَدَحٍ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ يَجُوزُ بَيْعُهُ لِأَنَّهُ مَشْرُوبٌ طَاهِرٌ، وَلَنَا أَنَّهُ جُزْءُ الْآدَمِيِّ وَهُوَ بِجَمِيعِ أَجْزَائِهِ مُكْرَمٌ مَصُونٌ عَنِ الْإِبْتِدَالِ بِالْبَيْعِ، وَلَا فَرْقَ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ بَيْنَ لَبْنِ الْحُرَّةِ وَالْأَمَةِ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ يَجُوزُ بَيْعُ لَبْنِ الْأَمَةِ لِأَنَّهُ يَجُوزُ إِيْرَادُ الْعَقْدِ عَلَى نَفْسِهَا فَكَذَا عَلَى جُزْئِهَا. قُلْنَا: الرِّقُّ قَدْ حُلَّ نَفْسِهَا، هَآمَّا اللَّبْنُ فَلَا رِقَّ فِيهِ لِأَنَّهُ يَخْتَصُّ بِمَحَلِّ يَتَحَقَّقُ فِيهِ الْقُوَّةُ الَّتِي هِيَ ضِدُّهُ وَهُوَ الْحَيُّ وَلَا حَيَاةَ فِي اللَّبْنِ.

الشرح:

قَالَ (وَلَا لَبْنٍ امْرَأَةً فِي قَدَحٍ) قِيدَ بِقَوْلِهِ فِي قَدَحٍ لَدَفْعِ مَا عَسَى أَنْ يُتَوَهَّمَنَّ أَنَّ بَيْعَهُ فِي الضَّرْعِ لَا يَجُوزُ كَسَائِرِ الْأَبَانِ الْحَيَوَانَاتِ، وَفِي الْقَدَحِ يَجُوزُ فَقَالَ: إِنَّهُ لَا يَجُوزُ فِي قَدَحٍ. وَجَوَزَ الشَّافِعِيُّ بَيْعَهُ لِأَنَّهُ مَشْرُوبٌ طَاهِرٌ وَيَبْعُ مِثْلَهُ جَائِزٌ كَسَائِرِ الْأَبَانِ، وَعَقَّبَ بِقَوْلِهِ طَاهِرًا احْتِرَازًا عَنِ الْخَمْرِ فَإِنَّهَا لَيْسَتْ بِطَاهِرَةٍ. وَلَنَا أَنَّهُ جُزْءُ الْآدَمِيِّ لِأَنَّ الشَّرْعَ أَثَبَتَ حُرْمَةَ الرِّضَاعِ لِمَعْنَى الْبَعْضِيَّةِ، وَجُزْءُ الْآدَمِيِّ لَيْسَ بِمَالٍ لِأَنَّ النَّاسَ لَا يَتَمَوَّلُونَهُ وَمَا لَيْسَ بِمَالٍ لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ. وَعَوْرَضَ بِأَنَّهُ لَوْ كَانَ جُزْءُ الْآدَمِيِّ لَكَانَ مَضْمُونًا بِالْإِثْلَافِ كَبَقِيَّةِ أَجْزَاءِ الْآدَمِيِّ.

أُجِيبَ بِأَنَّا لَا نُسَلِّمُ أَنَّ الْأَجْزَاءَ تُضْمَنُ بِالْإِثْلَافِ بَلِ الْمَضْمُونُ مَا انْتَقَصَ مِنَ الْأَصْلِ، أَلَا تَرَى أَنَّ الْجُرْحَ إِذَا اتَّصَلَ بِهِ الْبُرْءُ يَسْقُطُ الضَّمَانُ وَكَذَا السِّنُّ إِذَا نَبَتَتْ (قَوْلُهُ وَهُوَ) أَيُّ الْآدَمِيِّ بِجَمِيعِ أَجْزَائِهِ مُكْرَمٌ يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ دَلِيلًا آخَرَ وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ الْآدَمِيَّ بِجَمِيعِ أَجْزَائِهِ مُكْرَمٌ مَصُونٌ عَنِ الْإِبْتِدَالِ، وَمَا يَرِدُ عَلَيْهِ الْبَيْعُ لَيْسَ بِمُكْرَمٍ وَلَا مَصُونٍ عَنِ الْإِبْتِدَالِ، وَلَا فَرْقَ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ بَيْنَ لَبْنِ الْحُرَّةِ وَالْأَمَةِ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يَجُوزُ بَيْعُ لَبْنِ الْأَمَةِ لِأَنَّهُ يَجُوزُ إِيْرَادُ الْبَيْعِ عَلَى نَفْسِهَا فَيَجُوزُ عَلَى جُزْئِهَا عِتْبَارًا لِلْجُزْءِ بِالْكُلِّ. وَالْجَوَابُ أَنَّهُ اعْتِبَارٌ مَعَ وُجُودِ الْفَارِقِ فَلَا يَجُوزُ. وَيَبْقَى أَنَّ الرِّقَّ حُلُّ نَفْسِهَا وَمَا حُلَّ فِيهِ الرِّقُّ جَازَ بَيْعُهُ، وَأَمَّا اللَّبْنُ فَلَا رِقَّ فِيهِ لِأَنَّ الرِّقَّ يَخْتَصُّ بِمَحَلِّ الْقُوَّةِ الَّتِي هِيَ

ضِدُّ الرِّقِّ: يَعْني العِتْقَ، وَهُوَ أَيْ الْمَحْلُ هُوَ الْحَيُّ، وَمَعْنَاهُ أَكْثَمُهُمَا صِفَتَانِ يَتَعَاقَبَانِ عَلَى مَوْضِعٍ وَاحِدٍ فَهُمَا ضِدَّانِ، وَإِذَا لَا حَيَاةَ فِي اللَّبَنِ لَا يَرِدُ عَلَيْهِ الرِّقُّ وَلَا الْعِتْقُ لِانْتِفَاءِ الْمَوْضُوعِ. وَالْجَوَابُ عَنْ قَوْلِهِ مَشْرُوبٌ طَاهِرٌ أَنَّ الْمُرَادَ بِهِ كَوْنُهُ مَشْرُوبًا مُطْلَقًا أَوْ فِي حَالِ الضَّرُورَةِ، وَالْأَوَّلُ مَمْنُوعٌ. فَإِنَّهُ إِذَا اسْتَعْنَى عَنْهُ حَرَّمَ شُرْبُهُ. وَالثَّانِي مُسَلَّمٌ لِأَنَّهُ غِذَاءٌ فِي تَرْبِيَةِ الصَّغَارِ لِأَجْلِ الضَّرُورَةِ فَإِنَّهُمْ لَا يَتَرَبُّونَ إِلَّا بِلَبَنِ الْجَنَسِ عَادَةً، وَلَكِنْ لَا يَذُلُّ ذَلِكَ عَلَى كَوْنِهِ مَا لَا كَالْمَيْتَةِ تَكُونُ غِذَاءً عِنْدَ الضَّرُورَةِ وَلَيْسَتْ بِمَا لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ.

قَالَ (وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ شَعْرِ الْخِنْزِيرِ) لِأَنَّهُ نَجِسُ الْعَيْنِ فَلَا يَجُوزُ بَيْعُهُ إِهَانَةً لَهُ، وَيَجُوزُ الْإِنْتِفَاعُ بِهِ لِلْخَرْزِ لِلضَّرُورَةِ فَإِنَّ ذَلِكَ الْعَمَلَ لَا يَتَأْتِي بِدُونِهِ، وَيُوجَدُ مَبَاحُ الْأَصْلِ فَلَا ضَرُورَةَ إِلَى الْبَيْعِ، وَلَوْ وَقَعَ فِي الْمَاءِ الْقَلِيلِ أَفْسَدَهُ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ. وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ لَا يُفْسِدُهُ لِأَنَّهُ إِطْلَاقُ الْإِنْتِفَاعِ بِهِ دَلِيلُ طَهَارَتِهِ وَلِأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ الْإِطْلَاقَ لِلضَّرُورَةِ فَلَا يَظْهَرُ إِلَّا فِي حَالَةِ الْاسْتِعْمَالِ وَحَالَةِ الْوُقُوعِ ثَغَايِرَهَا.

الشرح:

قَالَ (وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ شَعْرِ الْخِنْزِيرِ لِأَنَّهُ نَجِسُ الْعَيْنِ) وَنَجِسُ الْعَيْنِ لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ إِهَانَةً لَهُ، وَيَجُوزُ الْإِنْتِفَاعُ بِهِ لِلْخَرْزِ لِلضَّرُورَةِ لِأَنَّهُ غَيْرُهُ لَا يَعْمَلُ عَمَلَهُ. فَإِنْ قِيلَ: إِذَا كَانَ كَذَلِكَ وَجَبَ أَنْ يَجُوزَ بَيْعُهُ. أَجَابَ بِأَنَّهُ يُوجَدُ مَبَاحُ الْأَصْلِ فَلَا ضَرُورَةَ إِلَى بَيْعِهِ، وَعَلَى هَذَا قِيلَ: إِذَا كَانَ لَا يُوجَدُ إِلَّا بِالْبَيْعِ جَارَ بَيْعِهِ لَكِنْ الثَّمَنُ لَا يَطِيبُ لِلْبَائِعِ. وَقَالَ أَبُو الْيَتِّ: إِنْ كَانَتْ الْأَسَاكِفَةُ لَا يَجِدُونَ شَعَرَ الْخِنْزِيرِ إِلَّا بِالشَّرَاءِ يَنْبَغِي أَنْ يَجُوزَ لَهُمُ الشَّرَاءُ، وَلَوْ وَقَعَ فِي الْمَاءِ أَفْسَدَهُ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ لِأَنَّهُ إِطْلَاقُ لِلضَّرُورَةِ وَلَا ضَرُورَةَ إِلَّا فِي حَالَةِ الْاسْتِعْمَالِ وَحَالَةِ الْوُقُوعِ غَيْرِ حَالَةِ الْاسْتِعْمَالِ.

وَقَالَ مُحَمَّدٌ: لَا يُفْسِدُهُ لِأَنَّهُ إِطْلَاقُ الْإِنْتِفَاعِ بِهِ دَلِيلُ طَهَارَتِهِ، وَوُقُوعُ الطَّاهِرِ فِي الْمَاءِ لَا يُنَجِّسُهُ، وَكَانَ الْمُصَنِّفُ اخْتَارَ قَوْلَ أَبِي يُوسُفَ حَيْثُ أَخْرَهُ، قِيلَ: هَذَا إِذَا كَانَ مَتَوَفَاً، وَأَمَّا الْمَجْزُورُ فَطَاهِرٌ كَذَا فِي الثَّمَرَاتِ وَقَاضِي خَانَ.

(وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ شُعُورِ الْإِنْسَانِ وَلَا الْإِنْتِفَاعُ بِهَا) لِأَنَّ الْأَدَمِيَّ مُكْرَمٌ لَا مُبْتَدَلٌ فَلَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ شَيْءٌ مِنْ أَجْزَائِهِ مَهَانًا وَمُبْتَدَلًا وَقَدْ قَالَ: عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «لَعَنَ اللَّهُ

الوَاصِلَةَ وَالْمُسْتَوْصِلَةَ»^(١) الْحَدِيثُ، وَإِنَّمَا يُرَخَّصُ فِيهَا يُتَّخَذُ مِنَ الْوَبَرِ فَيَزِيدُ فِي قُرُونِ
النِّسَاءِ وَذَوَائِبِهِنَّ.

الشرح:

قَالَ (وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ شُعُورِ الْإِنْسَانِ إِخْ) يَبْعُ شُعُورِ الْآدَمِيِّينَ وَالْإِنْتِفَاعُ بِهَا لَا
يَجُوزُ. وَعَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ يَجُوزُ الْإِنْتِفَاعُ بِهَا اسْتِدْلَالًا بِمَا رَوِيَ «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ حِينَ خَلَقَ
رَأْسَهُ قَسَمَ شَعْرَهُ بَيْنَ أَصْحَابِهِ فَكَانُوا يَتَبَرَّكُونَ بِهِ» وَلَوْ كَانَ نَجَسًا لَمَا فَعَلَهُ، إِذِ النَّجَسُ
لَا يُتَبَرَّكُ بِهِ. وَجَهُ الظَّاهِرِ أَنَّ الْآدَمِيَّ مُكْرَمٌ غَيْرُ مُبْتَدَلٍ، وَمَا هُوَ كَذَلِكَ لَا يَجُوزُ أَنْ
يَكُونَ شَيْءٌ مِنْ أَجْزَائِهِ مُبْتَدَلًا مُهَانًا وَفِي الْبَيْعِ وَالْإِنْتِفَاعِ ذَلِكَ، وَيُؤَيِّدُ ذَلِكَ قَوْلُهُ ﷺ:
«لَعَنَ اللَّهُ الْوَاصِلَةَ وَالْمُسْتَوْصِلَةَ» وَالْوَاصِلَةُ مَنْ تَصِلُ الشَّعْرَ، وَالْمُسْتَوْصِلَةُ مَنْ يُفَعَّلُ بِهَا
ذَلِكَ. فَإِنْ قِيلَ: جَعَلَ الْمُصَنِّفُ رَحِمَهُ اللَّهُ يَبْعُ شَعْرَ الْخَنْزِيرِ إِعْزَازًا فِيهَا تَقَدَّمَ وَجَعَلَ شَعْرَ
الْآدَمِيِّ إِهَانَةً لَهُ وَالْبَيْعُ حَقِيقَةٌ وَاحِدَةٌ فَكَيْفَ يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ مُوجِبًا لِأَمْرَيْنِ مُتَنَافِيَيْنِ.

وَأُجِيبَ بِأَنَّ الْبَيْعَ مُبَادَلَةٌ فَلَا بُدَّ فِيهِ مِنَ الْمَبِيعِ، فَإِنْ كَانَ مِمَّا حَقَرَهُ الشَّرْعُ فَبَيْعُهُ
وَمُبَادَلَتُهُ بِمَا لَمْ يُحَقِّرْهُ إِعْزَازٌ لَهُ فَلَا يَجُوزُ لِإِفْضَائِهِ إِلَى إِعْزَازِ مَا حَقَرَهُ الشَّرْعُ، وَإِنْ كَانَ
مِمَّا كَرَّمَهُ وَعَظَّمَهُ فَبَيْعُهُ وَمُبَادَلَتُهُ بِمَا لَيْسَ كَذَلِكَ إِهَانَةٌ لَهُ فَلَا يَجُوزُ لِإِفْضَائِهِ إِلَى تَحْقِيرِ
مَا عَظَّمَهُ الشَّرْعُ فَلَيْسَ ذَلِكَ مِنَ الْبَيْعِ فِي شَيْءٍ، وَإِنَّمَا هُوَ مِنْ وَصْفِ الْمَحَلِّ شَرْعًا، ثُمَّ
إِنْ عَدِمَ جَوَازَهُمَا لَيْسَ لِلنَّجَاسَةِ عَلَى الصَّحِيحِ أَنَّ شَعْرَ غَيْرِ الْإِنْسَانِ لَا يَنْجُسُ بِالْمَزَايِلَةِ
فَشَعْرُهُ وَهُوَ طَاهِرٌ أَوَّلَى، وَلَآنَ فِي تَنَافُرِ الشُّعُورِ ضَرُورَةٌ وَهِيَ تُنَافِي النَّجَاسَةَ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: نَجَسٌ لِحُرْمَةِ الْإِنْتِفَاعِ بِهِ، وَهُوَ مَحْجُوجٌ بِالضَّرُورَةِ، وَلَا بَأْسَ
بِاتِّخَاذِ الْقَرَامِيلِ وَهِيَ مَا يُتَّخَذُ مِنَ الْوَبَرِ لَزِيدٍ فِي قُرُونِ النِّسَاءِ: أَيُّ فِي أَصُولِ شَعْرِهِنَّ
بِالتَّكْثِيرِ وَفِي ذَوَائِبِهِنَّ بِالتَّطْوِيلِ.

قَالَ (وَلَا يَبْعُ جُلُودَ الْمَيْتَةِ قَبْلَ أَنْ تُدْبَغَ) لِأَنَّهُ غَيْرُ مُنْتَفَعٍ بِهِ، قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ
وَالسَّلَامُ «لَا تَتَنَفَّعُوا مِنَ الْمَيْتَةِ بِأَهَابٍ»^(٢) وَهُوَ اسْمٌ لَغَيْرِ الْمَدْبُوغِ عَلَى مَا عُرِفَ فِي كِتَابِ
الصَّلَاةِ (وَلَا بَأْسَ بِبَيْعِهَا وَالْإِنْتِفَاعِ بِهَا بَعْدَ الدِّبَاغِ) لِأَنَّهَا قَدْ طَهِّرَتْ بِالدِّبَاغِ، وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ

(١) أخرجه البخاري (٥٩٣٧)، ومسلم في اللباس والزينة (حديث ١١٩).

(٢) سبق تحريجه.

فِي كِتَابِ الصَّلَاةِ (وَلَا بَأْسَ بِبَيْعِ عِظَامِ الْمَيِّتَةِ وَعَصَبِهَا وَصُوفِهَا وَقَرْنِهَا وَشَعْرِهَا وَوَبَرِّهَا وَالْإِنْتِفَاعِ بِذَلِكَ كُلِّهِ)؛ لِأَنَّهَا طَاهِرَةٌ لَا يُحِلُّهَا الْمَوْتُ؛ لِعَدَمِ الْحَيَاةِ وَقَدْ قَرَّرْنَاهُ مِنْ قَبْلُ. وَالْفِيلُ كَالْخِنْزِيرِ نَجِسٌ الْعَيْنِ عِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ وَعِنْدَهُمَا بِمَنْزِلَةِ السَّبَاعِ حَتَّى يُبَاعَ عَظْمُهُ وَيَنْتَفَعَ بِهِ.

الشرح:

وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ جُلُودِ الْمَيِّتَةِ قَبْلَ أَنْ تُدْبَغَ لِأَنَّهُ غَيْرُ مُنْتَفَعٍ بِهَا لِنَجَاسَتِهَا. قَالَ ﷺ «لَا تَتَّفَعُوا مِنَ الْمَيِّتَةِ بِإِهَابٍ» وَهُوَ اسْمٌ لَغَيْرِ الْمَذْبُوعِ، كَذَا رُوِيَ عَنِ الْخَلِيلِ وَقَدْ مَرَّ فِي كِتَابِ الصَّلَاةِ. فَإِنْ قِيلَ: نَجَاسَتُهَا مُجَاوِرَةٌ بِاتِّصَالِ الرُّسُومَاتِ وَمِثْلُ ذَلِكَ يَجُوزُ بَيْعُهُ كَالثُّوبِ النَّجِسِ.

أُجِيبَ بِأَنَّهَا خَلْفِيَّةٌ فَمَا لَمْ يُزَالِ بِالدَّبَاغِ فَهِيَ كَعَيْنِ الْجِلْدِ، بِخِلَافِ نَجَاسَةِ الثُّوبِ. فَإِنْ قِيلَ: قَوْلُهُ ﷺ «لَا تَتَّفَعُوا» وَهُوَ يَقْتَضِي الْمَشْرُوعِيَّةَ فَمَنْ أَيْنَ الْجَوَازُ؟ فَالْجَوَابُ أَنَّهُ نَهَى عَنِ الْأَفْعَالِ الْحَسِيَّةِ وَهُوَ يُفِيدُهُ، طَالَعَ التَّقْرِيرُ تَطْلُعَ عَلَيْهِ (وَلَا بَأْسَ بِبَيْعِهَا وَالْإِنْتِفَاعِ بِهَا بَعْدَ الدَّبَاغِ لِأَنَّهَا طَهَّرَتْ بِهِ) لِأَنَّ تَأْثِيرَهُ فِي إِزَالَةِ الرُّطُوبَاتِ كَالذَّكَاءِ وَالْجِلْدِ يَطْهَرُ بِهَا فَيَطْهَرُ بِالدَّبَاغِ. وَلَا بَأْسَ بِبَيْعِ عِظَامِ الْمَيِّتَةِ وَعَصَبِهَا وَصُوفِهَا وَقَرْنِهَا وَشَعْرِهَا وَوَبَرِّهَا وَالْإِنْتِفَاعِ بِذَلِكَ كُلِّهِ لِأَنَّهَا طَاهِرَةٌ لَا يُحِلُّهَا الْمَوْتُ لِعَدَمِ الْحَيَاةِ، وَقَدْ تَقَدَّمَ فِي كِتَابِ الصَّلَاةِ (وَالْفِيلُ كَالْخِنْزِيرِ نَجِسٌ الْعَيْنِ عِنْدَ مُحَمَّدٍ) اِغْتِبَارًا بِهِ فِي حُرْمَةِ اللَّحْمِ وَغَيْرِهَا.

قَالَ لَا تَفْعَ عَلَيْهِ الرِّكَاءُ، وَإِذَا دُبِغَ جِلْدُهُ لَمْ يَطْهَرُ. وَعِنْدَهُمَا بِمَنْزِلَةِ السَّبَاعِ يُبَاعُ عَظْمُهُ لِأَنَّهُ يُنْتَفَعُ بِهِ بِالرُّكُوبِ وَالْحَمْلِ وَغَيْرِ ذَلِكَ، فَلَمْ يَكُنْ نَجِسَ الْعَيْنِ بَلْ كَانَ كَالْكَلْبِ وَسَائِرِ السَّبَاعِ. قَالُوا: يَبْعُ عَظْمُهُ إِذَا يَجُوزُ إِذَا لَمْ تَكُنْ عَلَيْهِ دُسُومَةٌ، وَأَمَّا إِذَا كَانَتْ فَهُوَ نَجِسٌ فَلَا يَجُوزُ بَيْعُهُ.

قَالَ (وَإِذَا كَانَ السُّفْلُ لِرَجُلٍ وَعُلُوُّهُ لِآخَرَ فَسَقَطَا أَوْ سَقَطَ الْعُلُوُّ وَحَدَهُ فَبَاعَ صَاحِبُ الْعُلُوِّ عُلُوُّهُ لَمْ يَجُزْ) لِأَنَّ حَقَّ التَّعْلِي لَيْسَ بِمَالٍ لِأَنَّ الْمَالَ مَا يُمَكِّنُ إِحْرَارَهُ وَالْمَالُ هُوَ الْمَحِلُّ لِلْبَيْعِ، بِخِلَافِ الشَّرْبِ حَيْثُ يَجُوزُ بَيْعُهُ تَبَعًا لِلْأَرْضِ بِاتِّفَاقِ الرُّوَايَاتِ.

وَمُفْرَدًا فِي رِوَايَةٍ، وَهُوَ اخْتِيَارُ مَشَايِخِ بَلْخِي رَحِمَهُمُ اللَّهُ لِأَنَّهُ حَظٌّ مِنَ الْمَاءِ وَلِهَذَا يُضْمَنُ بِالْإِتْلَافِ وَلَهُ قِسْطٌ مِنَ الثَّمَنِ عَلَى مَا نَذَرَهُ فِي كِتَابِ الشَّرْبِ.

الشرح:

قَالَ (وَإِذَا كَانَ السُّفْلُ لِرَجُلٍ وَعُلُوُّهُ لِآخَرَ فَسَقَطَا أَوْ سَقَطَ الْعُلُوُّ وَخَذَهُ فَبَاعَ صَاحِبُ الْعُلُوِّ غُلُوَّهُ لَمْ يَجُزْ) لِأَنَّ حَقَّ التَّعْلِي لَيْسَ بِمَالٍ لَعَدَمِ إِمْكَانِ إِحْرَارِهِ (وَالْمَالُ هُوَ الْمَحَلُّ لِلْبَيْعِ) فَإِنْ قِيلَ: الشَّرْبُ حَقُّ الْأَرْضِ وَلِهَذَا قَالَ فِي كِتَابِ الشَّرْبِ: إِذَا اشْتَرَى أَرْضًا لَمْ يَكُنْ لَهُ شَرْبٌ فَيَنْبَغِي أَنْ لَا يَجُوزَ. أَجَابَ بِقَوْلِهِ بِخِلَافِ الشَّرْبِ حَيْثُ يَجُوزُ بَيْعُهُ تَبَعًا لِلْأَرْضِ بِاتِّفَاقِ الرُّوَايَاتِ. وَمُفْرَدًا فِي رِوَايَةٍ وَهُوَ اخْتِيَارُ مَشَايِخِ بَلْخِي لِأَنَّهُ حَظٌّ مِنَ الْمَاءِ لَوْجُوبِ الضَّمَانِ بِالْإِثْلَافِ، فَإِنْ مَنْ سَقَى أَرْضَ نَفْسِهِ بِمَاءٍ غَيْرِهِ يَضْمَنُ، وَلِأَنَّ لَهُ حَظًّا مِنَ الثَّمَنِ ذَكَرَهُ فِي كِتَابِ الشَّرْبِ. قَالَ فِي شَاهِدَيْنِ شَهِدَ أَحَدُهُمَا بِشِرَاءِ أَرْضٍ بِشَرِبِهَا بِأَلْفٍ وَالْآخَرُ بِشِرَائِهَا بِأَلْفٍ وَلَمْ يَذْكُرِ الشَّرْبَ لَمْ تُقْبَلْ لِأَنَّهُمَا اخْتَلَفَا فِي ثَمَنِ الْأَرْضِ لِأَنَّ بَعْضَ الثَّمَنِ يُقَابَلُ الشَّرْبَ، وَإِنَّمَا لَمْ يَجُزْ بَيْعُ الشَّرْبِ وَخَذَهُ فِي ظَاهِرِ الرُّوَايَةِ لِلْجَهَالَةِ لَا بِاعْتِبَارِ أَنَّهُ لَيْسَ بِمَالٍ، بِخِلَافِ بَيْعِهِ مَعَهَا تَبَعًا لَزَوَالِهَا بِاعْتِبَارِ التَّبَعِيَّةِ.

قَالَ (وَبَيْعُ الطَّرِيقِ وَهَبْتُهُ جَائِزٌ وَبَيْعُ مَسِيلِ الْمَاءِ وَهَبْتُهُ بَاطِلٌ) وَالْمَسَائِلُ تَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ: بَيْعُ رَقَبَةِ الطَّرِيقِ وَالْمَسِيلِ، وَبَيْعُ حَقِّ الْمُرُورِ وَالتَّسْيِيلِ. فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ فَوَجْهُ الْفَرْقِ بَيْنَ الْمَسَائِلَيْنِ أَنَّ الطَّرِيقَ مَعْلُومٌ لِأَنَّ لَهُ طُولًا وَعَرْضًا مَعْلُومًا، وَأَمَّا الْمَسِيلُ فَمَجْهُولٌ لِأَنَّهُ لَا يَدْرَى قَدْرُ مَا يَشغَلُهُ مِنَ الْمَاءِ وَإِنْ كَانَ الثَّانِي فَفِي بَيْعِ حَقِّ الْمُرُورِ رِوَايَتَانِ وَوَجْهُ الْفَرْقِ عَلَى إِحْدَاهُمَا بَيْنُهُ وَبَيْنَ حَقِّ التَّسْيِيلِ أَنَّ حَقَّ الْمُرُورِ مَعْلُومٌ لَتَعَلُّقِهِ بِمَحَلٍّ مَعْلُومٍ وَهُوَ الطَّرِيقُ، أَمَّا الْمَسِيلُ عَلَى السَّطْحِ فَهُوَ تَظْيِيرُ حَقِّ التَّعْلِي وَعَلَى الْأَرْضِ مَجْهُولٌ لْجَهَالَةِ مَحَلِّهِ. وَوَجْهُ الْفَرْقِ بَيْنَ حَقِّ الْمُرُورِ وَحَقِّ التَّعْلِي عَلَى إِحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ أَنَّ حَقَّ التَّعْلِي يَتَعَلَّقُ بِعَيْنٍ لَا تَبْقَى وَهُوَ الْبِنَاءُ فَأَشْبَهَ الْمَنَافِعَ، أَمَّا حَقُّ الْمُرُورِ يَتَعَلَّقُ بِعَيْنٍ تَبْقَى وَهُوَ الْأَرْضُ فَأَشْبَهَ الْأَعْيَانَ.

الشرح:

قَالَ (وَبَيْعُ الطَّرِيقِ وَهَبْتُهُ جَائِزٌ) يَبْغِي رَقَبَةَ الطَّرِيقِ وَهَبْتُهُ جَائِزٌ لِكَوْنِهِ مَعْلُومًا بِطَوْلِهِ وَعَرْضِهِ إِنْ بَيَّنَّ ذَلِكَ وَهُوَ ظَاهِرٌ، وَإِلَّا قُدِّرَ بِعَرْضِ بَابِ الدَّارِ الْعُظْمَى، وَهُوَ مُشَاهِدٌ مُحْسُوسٌ لَا يَقْبَلُ التَّرَاغُ.

وَبَيْعُ رَقَبَةِ الْمَسِيلِ مِنْ حَيْثُ هُوَ مَسِيلٌ وَهَبْتُهُ إِذَا لَمْ يُبَيَّنَّ الطُّولُ وَالْعَرْضُ لَا يَجُوزُ

لِلجَهَالَةِ حَيْثُ لَا يَذَرِي قَدَرًا مَا يَشْعَلُهُ الْمَاءُ، وَالْقَيْدُ الْأَوَّلُ لِإِخْرَاجِ بَيْعِ رَقَبَتِهِ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ نَهَرَ فَإِنَّهُ أَرْضٌ مَمْلُوكَةٌ جَازَ بَيْعُهَا. ذَكَرَهُ شَمْسُ الْأُئِمَّةِ السَّرْحَسِيُّ. وَالثَّانِي لِإِخْرَاجِ بَيْعِهِ مِنْ حَيْثُ هُوَ مَسِيلٌ إِذَا بَيَّنَّ حُدُودَهُ وَمَوْضِعَهُ فَإِنَّهُ جَائِزٌ أَيْضًا. ذَكَرَهُ قَاضِي خَانُ.

وَهَذَا أَحَدُ مُحْتَمَلِي الْمَسْأَلَةِ، وَيَبِيعُ حَقَّ الْمُرُورِ وَهُوَ حَقُّ التَّطَرُّقِ دُونَ رَقَبَةِ الْأَرْضِ جَائِزٌ فِي رِوَايَةِ ابْنِ سَمَاعَةَ، وَجُعِلَ فِي كِتَابِ الْقِسْمَةِ لِحَقِّ الْمُرُورِ قِسْطًا مِنَ الثَّمَنِ حَيْثُ قَالَ: دَارَ بَيْنَ رَجُلَيْنِ فِيهَا طَرِيقٌ لِرَجُلٍ آخَرَ لَيْسَ لَهُ مَنَعُهُمَا مِنَ الْقِسْمَةِ وَيَتْرُكُ لِلطَّرِيقِ مِقْدَارَ بَابِ الدَّارِ الْعُظْمَى لِأَنَّهُ لَا حَقَّ لَهُ فِي غَيْرِ الطَّرِيقِ، فَإِنْ بَاعُوا الدَّارَ وَالطَّرِيقَ بِرِضَاهُمَا يَضْرِبُ صَاحِبُ الْأَصْلِ بِثُلُثِي ثَمَنِ الطَّرِيقِ وَصَاحِبُ الْمَرِّ بِثُلُثِ الثَّمَنِ لِأَنَّ صَاحِبَ الدَّارِ اثْنَانِ وَصَاحِبُ الْمَرِّ وَاحِدٌ، وَقِسْمَةُ الطَّرِيقِ تَكُونُ عَلَى عَدَدِ الرُّعُوسِ لِأَنَّ صَاحِبَ الْقَلِيلِ يُسَاوِي صَاحِبَ الْكَثِيرِ فِي الِاتِّفَاعِ، فَقَدْ جُعِلَ لِحَقِّ الْمُرُورِ قِسْطًا مِنَ الثَّمَنِ وَهُوَ مِمَّا يَدُلُّ عَلَى جَوَازِ الْبَيْعِ، وَفِي رِوَايَةِ الزِّيَادَاتِ: لَا يَجُوزُ، وَصَحَّحَهُ الْفَقِيهُ أَبُو الْلَيْثِ لِأَنَّهُ حَقٌّ مِنَ الْحُقُوقِ وَيَبِيعُ الْحُقُوقُ بِالْإِنْفِرَادِ لَا يَجُوزُ. وَيَبِيعُ التَّسْيِيلُ وَهُوَ حَقُّ الْمَسِيلِ لَا يَجُوزُ، وَهَذَا مُحْتَمَلُهُمَا الْآخَرُ. وَإِذَا عُرِفَ هَذَا، فَإِنْ كَانَ الْمُرَادُ الْمُحْتَمَلُ الْأَوَّلُ فَالْفَرْقُ بَيْنَهُمَا بِالْعِلْمِ وَالْجَهْلِ كَمَا مَرَّ أُنْفَاءً، وَإِنْ كَانَ الْمُحْتَمَلُ الثَّانِي فَعَلَى رِوَايَةِ الزِّيَادَاتِ لَا يَحْتَاجُ إِلَى الْفَرْقِ لَشُمُولِ عَدَمِ الْجَوَازِ.

وَأَمَّا عَلَى رِوَايَةِ ابْنِ سَمَاعَةَ فَالْفَرْقُ بَيْنَهُمَا أَنَّ حَقَّ الْمُرُورِ مَعْلُومٌ لِتَعَلُّقِهِ بِمَحَلِّ مَعْلُومٍ إِمَّا بِالْبَيَانِ أَوْ التَّقْدِيرِ كَمَا مَرَّ وَهُوَ الطَّرِيقُ، وَأَمَّا الْمَسِيلُ فِيمَا أَنْ يَكُونَ عَلَى السَّطْحِ أَوْ عَلَى الْأَرْضِ، وَالْأَوَّلُ حَقُّ التَّعْلِي وَهُوَ لَيْسَ بِمَالٍ وَلَا مُتَعَلِّقًا بِهِ مَعَ كَوْنِهِ مَجْهُولًا لِاخْتِلَافِ التَّسْيِيلِ بِقِلَةِ الْمَاءِ وَكَثَرَتِهِ، وَالثَّانِي مَجْهُولٌ فَعَادَ إِلَى الْفَرْقِ فِي الْمُحْتَمَلِ الْأَوَّلِ.

وَهَذِهِ الرِّوَايَةُ: أُعْنِيَ رِوَايَةَ ابْنِ سَمَاعَةَ فِي جَوَازِ بَيْعِ حَقِّ الْمُرُورِ ثُلُجِيٍّ إِلَى الْفَرْقِ بَيْنَهُ وَبَيْنَ التَّعْلِي، وَالْفَرْقُ بَيْنَهُمَا مَا ذَكَرَهُ بِقَوْلِهِ إِنَّ حَقَّ التَّعْلِي تَعَلُّقُ بَعِيْنٍ لَا تَبْقَى وَهُوَ الْبِنَاءُ فَاشْتَبَهَ الْمَنَافِعَ وَعَقْدَ الْبَيْعِ لَا يَرُدُّ عَلَيْهَا، أَمَّا حَقُّ الْمُرُورِ فَيَتَعَلَّقُ بِعَيْنٍ تَبْقَى وَهُوَ الْأَرْضُ فَاشْتَبَهَ الْأَعْيَانَ وَالْبَيْعُ يَرُدُّ عَلَيْهَا، فَظَهَرَ مِنْ هَذَا أَنَّ مَحَلَّ الْبَيْعِ إِمَّا الْأَعْيَانَ الَّتِي هِيَ أَمْوَالٌ أَوْ حَقٌّ يَتَعَلَّقُ بِهَا. وَفِيهِ نَظَرٌ لِأَنَّ السُّكْنَى مِنَ الدَّارِ مَثَلًا حَقٌّ يَتَعَلَّقُ بِعَيْنٍ تَبْقَى هُوَ مَالٌ وَلَا يَجُوزُ بَيْعُهُ.

قَالَ (وَمَنْ بَاعَ جَارِيَةً فَإِذَا هُوَ غُلَامٌ) فَلَا بَيْعَ بَيْنَهُمَا، بِخِلَافِ مَا إِذَا بَاعَ كَبِشًا فَإِذَا هُوَ نَعَجَةٌ حَيْثُ يَنْعَقِدُ الْبَيْعُ وَيَتَخَيَّرُ. وَالْفَرْقُ يَنْبَنِي عَلَى الْأَصْلِ الَّذِي ذَكَرْنَاهُ فِي النِّكَاحِ لِمُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ وَهُوَ أَنَّ الْإِشَارَةَ مَعَ التَّسْمِيَةِ إِذَا اجْتَمَعَتَا فِي مُخْتَلَفِي الْجِنْسِ يَتَعَلَّقُ الْعَقْدُ بِالْمُسَمَّى وَيَبْطُلُ لَانْعِدَامِهِ، وَفِي مُتَّحِدِي الْجِنْسِ يَتَعَلَّقُ بِالْمُشَارِ إِلَيْهِ وَيَنْعَقِدُ لَوْجُودِهِ وَيَتَخَيَّرُ لِفَوَاتِ الْوَصْفِ كَمَنْ اشْتَرَى عَبْدًا عَلَى أَنَّهُ خَبَازٌ فَإِذَا هُوَ كَاتِبٌ، وَفِي مَسْأَلَتِنَا الذَّكَرُ وَالْأُنْثَى مِنْ بَنِي آدَمَ جِنْسَانِ لِلتَّفَاوُتِ فِي الْأَغْرَاضِ، وَفِي الْحَيَوَانَاتِ جِنْسٌ وَاحِدٌ لِلتَّقَارُبِ فِيهَا وَهُوَ الْمُعْتَبَرُ فِي هَذَا دُونَ الْأَصْلِ كَالْخَلِّ وَالْدُّبْسِ جِنْسَانِ. وَالْوَذَارِيُّ وَالزَّنْدَنِيجِيُّ عَلَى مَا قَالُوا جِنْسَانِ مَعَ اتِّحَادِ أَصْلِهِمَا.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ بَاعَ جَارِيَةً فَإِذَا هُوَ غُلَامٌ) اعْلَمْ أَنَّ الذَّكَرَ وَالْأُنْثَى قَدْ يَكُونَانِ جِنْسَيْنِ لِفُحْشِ التَّفَاوُتِ بَيْنَهُمَا، وَقَدْ يَكُونَانِ جِنْسًا وَاحِدًا لِقِلَّتِهِ، فَالْغُلَامُ وَالْجَارِيَةُ جِنْسَانِ لِأَنَّ الْغُلَامَ يَصْلُحُ لَخِدْمَةِ خَارِجِ الْبَيْتِ كَالْتَّجَارَةِ وَالزَّرَاعَةِ وَغَيْرِهِمَا وَالْجَارِيَةُ لَخِدْمَةِ دَاخِلِ الْبَيْتِ كَالِاسْتِفْرَاشِ وَالِاسْتِيلَادِ لِلَّذِينَ لَمْ يَصْلُحْ لُهُمَا الْغُلَامُ بِالْكُلِّيَّةِ، وَالْكَبِشُ وَالنَّعْجَةُ جِنْسٌ وَاحِدٌ لِأَنَّ الْغَرَضَ الْكُلِّيَّ مِنَ الْحَيَوَانَاتِ الْأَكْلُ وَالرُّكُوبُ وَالْحَمْلُ وَالذَّكَرُ وَالْأُنْثَى فِي ذَلِكَ سَوَاءٌ، فَالْمُعْتَبَرُ فِي اخْتِلَافِ الْجِنْسِ وَاتِّحَادِهِ تَفَاوُتُ الْأَغْرَاضِ دُونَ الْأَصْلِ كَالْخَلِّ وَالْدُّبْسِ فَإِنَّهُمَا جِنْسَانِ مَعَ اتِّحَادِ أَصْلِهِمَا لِعَظَمِ التَّفَاوُتِ.

وَالْوَذَارِيُّ بِكَسْرِ الْوَاوِ وَفَتْحِهَا: ثَوْبٌ مَنَسُوبٌ إِلَى وَذَارَ قَرْيَةٍ بِسَمَرْقَنْدَ، وَالزَّنْدَنِيجِيُّ ثَوْبٌ مَنَسُوبٌ إِلَى زَنْدَنَةَ: قَرْيَةٍ بِخَارَى جِنْسَانِ مُخْتَلِفَانِ عَلَى مَا قَالَ الْمَشَايِخُ فِي شُرُوحِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ. وَإِذَا عُرِفَ هَذَا فَإِذَا وَقَعَتِ الْإِشَارَةُ عَلَى مَبِيعِ ذَكَرٍ بِتَّسْمِيَةٍ، فَإِنْ كَانَ ذَلِكَ مِمَّا يَكُونُ الذَّكَرُ وَالْأُنْثَى فِيهِ جِنْسَيْنِ كَبَنِي آدَمَ فَالْعَقْدُ يَتَعَلَّقُ بِالْمُسَمَّى وَيَبْطُلُ بِانْعِدَامِهِ. وَإِذَا قَالَ بَعْتُكَ هَذِهِ الْجَارِيَةَ فَإِذَا هِيَ غُلَامٌ يَبْطُلُ الْبَيْعُ لِفَوَاتِ التَّسْمِيَةِ الَّتِي هِيَ أُبْلَغُ فِي التَّعْرِيفِ مِنَ الْإِشَارَةِ، فَإِنَّ التَّسْمِيَةَ لِبَيَانِ الْمَاهِيَةِ يَعْنِي مَوْصُوفًا بِصِفَةٍ، وَالْإِشَارَةُ لَتَّعْرِيفِ الذَّاتِ يَعْنِي مُجَرَّدًا عَنْ بَيَانِ صِفَةٍ، وَالْأُبْلَغُ فِي التَّعْرِيفِ أَقْوَى، وَإِنْ كَانَ مِمَّا يَكُونَانِ جِنْسًا وَاحِدًا فَالْعَقْدُ يَتَعَلَّقُ بِالْمُشَارِ إِلَيْهِ وَيَنْعَقِدُ لَوْجُودِهِ، لِأَنَّ الْعِبْرَةَ إِذْ ذَاكَ لِلْإِشَارَةِ لَا لِلتَّسْمِيَةِ، لِأَنَّ مَا سُمِّيَ وَجَدَ فِي الْمُشَارِ إِلَيْهِ فَصَارَ حَقُّ التَّسْمِيَةِ

مَقْضِيًّا بِالْمُشَارِ إِلَيْهِ، وَقَدْ ذَكَرْنَا تَمَامَ ذَلِكَ فِي كِتَابِ النِّكَاحِ فِي تَعْلِيمِ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ: إِذَا بَاعَ كَبْشًا فَإِذَا هُوَ نَعْجَةٌ صَحَّ الْبَيْعُ لَكِنَّهُ يَتَخَيَّرُ لِفَوَاتِ الْوَصْفِ الْمَرْغُوبِ، فَإِنَّهُ إِذَا خَرَجَ عَنْ كَوْنِهِ مُعَرَّفًا جُعِلَ لِلتَّرْغِيبِ حَذَرًا عَنِ الْإِلْغَاءِ فَصَارَ كَمَنْ اشْتَرَى عَبْدًا عَلَى أَنَّهُ خَبَّازٌ فَإِذَا هُوَ كَاتِبٌ فَهُوَ بِالْخِيَارِ.

وَقَدْ يُشِيرُ كَلَامُ الْمُصَنِّفِ إِلَى ثُبُوتِ خِيَارِ الْمُشْتَرِي عِنْدَ فَوَاتِ الْوَصْفِ مِنْ غَيْرِ تَقْيِيدٍ بِكَوْنِهِ أَتَقَصَّ، لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ صِفَةَ الْخَبْزِ لَا تُرْبُو عَلَى الْكِتَابَةِ. وَقَدْ ذَكَرَ صَاحِبُ الْمَحِيطِ وَالْعَتَائِبِ كَذَلِكَ. وَقَالَ فَخْرُ الْإِسْلَامِ وَأَخُوهُ صَدْرُ الْإِسْلَامِ وَالصَّدْرُ الشَّهِيدُ: إِنَّ الْمَوْجُودَ إِنْ كَانَ أَتَقَصَّ مِنَ الْمَشْرُوطِ الْفَائِتِ كَانَ لَهُ الْخِيَارُ، وَإِنْ كَانَ زَائِدًا فَهُوَ لِلْمُشْتَرِي.

وَنَصَّ الْكَرْخِيُّ عَلَى ذَلِكَ فِي مُخْتَصَرِهِ، وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا وَجْهٌ. أَمَّا الْأَوَّلُ فَلِأَنَّ الْمُشْتَرِي قَدْ يَكُونُ مُحْتَاجًا إِلَى خَبَّازٍ فَيُلْزَمُ الْكَاتِبُ يَتَضَرَّرُ فَلَا يَتِمُّ مِنْهُ الرِّضَا. وَأَمَّا الثَّانِي فَلَمَّا تَقَدَّمَ أَنَّ الْمُشْتَرِي إِذَا وَجَدَ الثُّوبَ الْمُسَمَّى عَشْرَةَ تِسْعَةً خَيْرٌ، وَإِنْ وَجَدَ أَحَدَ عَشَرَ فَهُوَ لَهُ بِلا خِيَارٍ.

قَالَ (وَمَنْ اشْتَرَى جَارِيَةً بِأَلْفِ دِرْهَمٍ حَالَةً أَوْ نَسِيئَةً فَقَبَضَهَا ثُمَّ بَاعَهَا مِنَ الْبَائِعِ بِخَمْسِمِائَةٍ قَبْلَ أَنْ يَنْقُذَ الثَّمَنَ الْأَوَّلَ لَا يَجُوزُ الْبَيْعُ الثَّانِي) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: يَجُوزُ لِأَنَّ الْمَلِكَ قَدْ تَمَّ فِيهَا بِالْقَبْضِ فَصَارَ الْبَيْعُ مِنَ الْبَائِعِ وَمِنْ غَيْرِهِ سَوَاءً وَصَارَ كَمَا لَوْ بَاعَ بِمِثْلِ الثَّمَنِ الْأَوَّلِ أَوْ بِالزِّيَادَةِ أَوْ بِالْعَرَضِ. وَلَنَا قَوْلُ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا: لَتِلْكَ الْمَرْأَةُ وَقَدْ بَاعَتْ بِسِتْمِائَةٍ بَعْدَمَا اشْتَرَتْ بِثَمَانِمِائَةٍ بِسَمَاءَ شَرِيتَ وَاشْتَرَيْتَ، أَبْلَغِي زَيْدَ بْنَ أَرْقَمَ أَنَّ اللَّهَ تَعَالَى أَبْطَلَ حُجَّةَ وَجْهَهُ مَعَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ إِنْ لَمْ يَتُبْ^(١)؛ وَلِأَنَّ الثَّمَنَ لَمْ يَدْخُلْ فِي ضَمَانِهِ فَإِذَا وَصَلَ إِلَيْهِ الْمُبِيعُ وَوَقَعَتِ الْمَقَاصِدُ بَقِيَ لَهُ فَضْلُ خَمْسِمِائَةٍ وَذَلِكَ بِلا عَوْضٍ، بِخِلَافِ مَا إِذَا بَاعَ بِالْعَرَضِ لِأَنَّ الْفَضْلَ إِنَّمَا يَظْهَرُ عِنْدَ الْمَجَانَسَةِ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ اشْتَرَى جَارِيَةً بِأَلْفِ دِرْهَمٍ مَنْ اشْتَرَى شَيْئًا بِأَلْفِ دِرْهَمٍ (حَالَةً أَوْ نَسِيئَةً فَقَبَضَهُ ثُمَّ بَاعَهُ مِنَ الْبَائِعِ بِخَمْسِمِائَةٍ قَبْلَ تَقْدِ الثَّمَنِ) فَالْبَيْعُ الثَّانِي فَاسِدٌ خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ. هُوَ يَقُولُ: الْمَلِكُ قَدْ تَمَّ فِيهِ بِالْقَبْضِ وَالتَّصَرُّفِ فِيهِ جَائِزٌ مَعَ غَيْرِ الْبَائِعِ فَكَذَا

(١) أخرجه الدارقطني (٥٢/٣) رقم (٢١١)، والبيهقي في السنن الكبرى (١٠٧٩٩).

مَعَهُ، وَصَارَ كَمَا لَوْ بَاعَ بِمِثْلِ الثَّمَنِ الْأَوَّلِ أَوْ بِالزِّيَادَةِ عَلَى الثَّمَنِ الْأَوَّلِ أَوْ بِالْعَرَضِ وَقِيمَتُهُ أَقَلُّ مِنَ الْأَلْفِ. وَحَاصِلُ ذَلِكَ أَنَّ شِرَاءَ مَا بَاعَ لَا يَخْلُو مِنْ أَوْجُهُ: إِمَّا أَنْ يَكُونَ مِنَ الْمُشْتَرِي بِلَا وَاسِطَةٍ أَوْ بِوَاسِطَةٍ شَخْصٍ آخَرَ.

وَالثَّانِي جَائِزٌ بِالِاتِّفَاقِ مُطْلَقًا: أَغْنَى سَوَاءٌ اشْتَرَى بِالثَّمَنِ الْأَوَّلِ أَوْ بِالنَّقْصِ أَوْ بِكَثْرٍ أَوْ بِالْعَرَضِ. وَالْأَوَّلُ إِمَّا أَنْ يَكُونَ بِأَقَلِّ أَوْ بِغَيْرِهِ، وَالثَّانِي بِأَقْسَامِهِ جَائِزٌ بِالِاتِّفَاقِ. وَالْأَوَّلُ هُوَ الْمُخْتَلَفُ فِيهِ. فَالْشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ جَوَّزَهُ قِيَاسًا عَلَى الْأَقْسَامِ الْبَاقِيَةِ، وَبِمَا إِذَا بَاعَ مِنْ غَيْرِ الْبَائِعِ فَإِنَّهُ جَائِزٌ أَيْضًا بِالِاتِّفَاقِ، وَتَحْنُ لَمْ تُجَوِّزْهُ بِالْأَثَرِ وَالْمَعْقُولِ.

أَمَّا الْأَثَرُ فَمَا قَالَ مُحَمَّدٌ: حَدَّثَنَا أَبُو حَنِيفَةَ يَرْفَعُهُ إِلَى عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا: أَنَّ امْرَأَةً سَأَلَتْهَا فَقَالَتْ: إِنِّي اشْتَرَيْتُ مِنْ زَيْدِ بْنِ أَرْقَمَ جَارِيَةً بِثَمَانِمِائَةِ دِرْهَمٍ إِلَى الْعَطَاءِ ثُمَّ بَعْتَهَا مِنْهُ بِسِتِّمِائَةِ دِرْهَمٍ قَبْلَ مَحَلِّ الْأَجَلِ، فَقَالَتْ عَائِشَةُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا: بِئْسَمَا شَرَيْتَ وَبِئْسَمَا اشْتَرَيْتَ، أَبْلَغِي زَيْدَ بْنَ أَرْقَمَ أَنَّ اللَّهَ أَبْطَلَ حَجَّهَ وَجِهَادَهُ مَعَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ إِنْ لَمْ يَتَّبِ، فَأَتَاهَا زَيْدُ بْنُ أَرْقَمَ مُعْتَذِرًا، فَتَلَتْ عَلَيْهِ قَوْلَهُ تَعَالَى ﴿فَمَنْ جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِنْ رَبِّهِ فَانْتَهَى فَلَهُ مَا سَلَفَ﴾ [البقرة: ٢٧٥] وَوَجْهُ الاسْتِدْلَالِ أَنَّهَا جَعَلَتْ جَزَاءَ مُبَاشَرَةِ هَذَا الْعَقْدِ بُطْلَانَ الْحَجِّ وَالْجِهَادِ مَعَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَأَجْزِيَةُ الْأَفْعَالِ لَا تُعْلَمُ بِالرَّأْيِ فَكَانَ مَسْمُوعًا مِنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَالْعَقْدُ الصَّحِيحُ لَا يُجَازَى بِذَلِكَ فَكَانَ فَاسِدًا، وَأَنَّ زَيْدًا اعْتَذَرَ إِلَيْهَا وَهُوَ ذَلِيلٌ عَلَى كَوْنِهِ مَسْمُوعًا لِأَنَّ فِي الْمُجْتَهِدَاتِ كَانَ بَعْضُهُمْ يُخَالِفُ بَعْضًا وَمَا كَانَ أَحَدُهُمَا يَعْتَذِرُ إِلَى صَاحِبِهِ. وَفِيهِ بَحْثٌ لَجَوَازِ أَنْ يُقَالَ: إِنْ لَمْ يَتَّبِ لَمْ يَتَّبِ، فَالْحَاقُّ الْوَعِيدُ لَكَوْنِ الْبَيْعِ إِلَى الْعَطَاءِ وَهُوَ أَجَلٌ مَجْهُولٌ.

وَالْجَوَابُ أَنَّهُ ثَبَتَ مِنْ مَذْهَبِهَا جَوَازُ الْبَيْعِ إِلَى الْعَطَاءِ وَهُوَ مَذْهَبُ عَلِيٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فَلَا يَكُونُ كَذَلِكَ، وَلَئِنْ كَرِهَتْ الْعَقْدَ الثَّانِي حَيْثُ قَالَتْ: بِئْسَ مَا شَرَيْتَ مَعَ عَرَائِهِ عَنْ هَذَا الْمَعْنَى، فَلَا يَكُونُ لَذَلِكَ بَلْ لَأَنْهُمَا تَطَرُّقًا بِهِ إِلَى الثَّانِي. فَإِنْ قِيلَ: الْقَبْضُ غَيْرُ مَذْكُورٍ فِي الْحَدِيثِ فَيُمْكِنُ أَنْ يَكُونَ الْوَعِيدُ لِلتَّصَرُّفِ فِي الْمَبِيعِ قَبْلَ قَبْضِهِ. أُجِيبَ بِأَنَّ تَلَاوُحَهَا آيَةَ الرَّبِّ دَلِيلٌ عَلَى أَنَّهُ لِلرَّبِّ لَا لَعَدَمِ الْقَبْضِ. فَإِنْ قِيلَ: الْوَعِيدُ قَدْ لَا يَسْتَلِزُّمُ الْفَسَادَ كَمَا فِي تَفْرِيقِ الْوَلَدِ عَنِ الْوَالِدِ بِالْبَيْعِ فَإِنَّهُ جَائِزٌ مَعَ وُجُودِ الْوَعِيدِ. أُجِيبَ بِأَنَّ الْوَعِيدَ لَيْسَ لِلْبَيْعِ ثَمَّةٌ بَلْ لِنَفْسِ التَّفْرِيقِ، حَتَّى لَوْ فُرِّقَ بَدُونِ الْبَيْعِ كَانَ الْوَعِيدُ لَاحِقًا.

وَأَمَّا الثَّانِي فَهُوَ مَا قَالَ إِنَّ الثَّمَنَ لَمْ يَدْخُلْ فِي ضَمَانِ الْبَائِعِ لِعَدَمِ الْقَبْضِ، فَإِذَا وَصَلَ إِلَيْهِ الْمَبِيعُ وَوَقَعَتِ الْمُقَاصَّةُ بَيْنَ الثَّمَنِ بَقِيَ لَهُ فَضْلُ خَمْسِمِائَةٍ بِلا عَوْضٍ وَهُوَ رَبًّا فَلَا يَجُوزُ بِخِلَافٍ مَا إِذَا بَاعَهُ مِنْ غَيْرِهِ لِأَنَّ الرَّبْحَ لَا يَحْصُلُ لِلْبَائِعِ، وَبِخِلَافٍ مَا إِذَا اشْتَرَاهُ الْبَائِعُ بِوَاسِطَةِ مُشْتَرٍ آخَرَ لِأَنَّهُ لَمْ يَعُدْ إِلَيْهِ الْمُسْتَفَادُ مِنْ جِهَتِهِ لِأَنَّ اخْتِلَافَ الْأَسْبَابِ بِمَنْزِلَةِ اخْتِلَافِ الْأَعْيَانِ، وَبِخِلَافٍ مَا إِذَا اشْتَرَى بِالثَّمَنِ الْأَوَّلِ لِعَدَمِ الرَّبَا، وَبِخِلَافٍ مَا إِذَا اشْتَرَى بِأَكْثَرِ فَإِنَّ الرَّبْحَ هُنَاكَ يَحْصُلُ لِلْمُشْتَرِي وَالْمَبِيعُ قَدْ دَخَلَ فِي ضَمَانِهِ، وَبِخِلَافٍ مَا إِذَا بَاعَ بِالْعَرُوضِ لِأَنَّ الْفَضْلَ إِنَّمَا يَظْهَرُ عِنْدَ الْمُجَاسَسَةِ، وَبِخِلَافٍ مَا إِذَا تَعَيَّبَ الْمَبِيعُ عِنْدَ الْمُشْتَرِي ثُمَّ اشْتَرَاهُ الْبَائِعُ بِأَقْلٍ مِنَ الثَّمَنِ الْأَوَّلِ لِأَنَّ التَّقْصَانَ يُجْعَلُ فِي مُقَابِلَةِ الْجُزْءِ الْفَائِتِ الَّذِي احْتَبَسَ عِنْدَ الْمُشْتَرِي، وَبِخِلَافٍ مَا إِذَا اشْتَرَى بِدَنَانِيرَ قِيمَتِهَا أَقْلُ مِنَ الثَّمَنِ الْأَوَّلِ قِيَاسًا، وَهُوَ قَوْلُ زُفَرٍ لِأَنَّ رَبًّا الْفَضْلَ لَا يَتَحَقَّقُ بَيْنَ الدَّرَاهِمِ وَالْدَنَانِيرِ، وَفِي الْاسْتِحْسَانِ لَا يَجُوزُ لِأَنَّهُمَا مِنْ حَيْثُ الثَّمَنِ كَالشَّيْءِ الْوَاحِدِ فَيُثَبَّتُ فِيهِ شُبْهَةُ الرَّبْحِ.

قَالَ (وَمَنْ اشْتَرَى جَارِيَةً بِخَمْسِمِائَةٍ ثُمَّ بَاعَهَا وَآخَرَى مَعَهَا مِنَ الْبَائِعِ قَبْلَ أَنْ يَنْقُدَ الثَّمَنَ بِخَمْسِمِائَةٍ فَالْبَيْعُ جَائِزٌ فِي الَّتِي لَمْ يَشْتَرِهَا مِنَ الْبَائِعِ وَيَبْطُلُ فِي الْآخَرَى) لِأَنَّهُ لَا بُدَّ أَنْ يَجْعَلَ بَعْضَ الثَّمَنِ بِمُقَابِلَةِ الَّتِي لَمْ يَشْتَرِهَا مِنْهُ فَيَكُونُ مُشْتَرِيًا لِلْآخَرَى بِأَقْلٍ مِمَّا بَاعَ وَهُوَ فَاسِدٌ عِنْدَنَا، وَلَمْ يُوْجَدْ هَذَا الْمَعْنَى فِي صَاحِبَيْهَا وَلَا يَشِيعُ الْفَسَادُ لِأَنَّهُ ضَعِيفٌ فِيهَا لَكُونِهِ مُجْتَهِدًا فِيهِ أَوْ لِأَنَّهُ بِاعْتِبَارِ شُبْهَةِ الرَّبَا، أَوْ لِأَنَّهُ طَارِئٌ؛ لِأَنَّهُ يَظْهَرُ بِانْقِسَامِ الثَّمَنِ أَوْ الْمُقَاصَّةِ فَلَا يَسْرِي إِلَى غَيْرِهَا.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ اشْتَرَى جَارِيَةً بِخَمْسِمِائَةٍ) هَذِهِ مِنْ فُرُوعِ الْمَسْأَلَةِ الْمُتَقَدِّمَةِ لِأَنَّهَا مَبْنِيَّةٌ عَلَى شِرَاءِ مَا بَاعَ بِأَقْلٍ مِمَّا بَاعَ قَبْلَ نَقْدِ الثَّمَنِ، وَلِهَذَا لَمْ يَجْزِ الْبَيْعُ فِي الَّتِي اشْتَرَاهَا مِنَ الْبَائِعِ، وَبَيَانُهُ مَا قَالَ لِأَنَّهُ لَا بُدَّ أَنْ يَجْعَلَ بَعْضَ الثَّمَنِ بِمُقَابِلَةِ الَّتِي لَمْ يَشْتَرِهَا مِنْهُ فَيَكُونُ مُشْتَرِيًا لِلْآخَرَى بِأَقْلٍ مِمَّا بَاعَ، وَقَدْ تَقَدَّمَ فَسَادُهُ. وَتَوْقِصُ بِمَا إِذَا بَاعَهُمَا بِأَلْفٍ وَخَمْسِمِائَةٍ فَإِنَّ الْبَيْعَ فَاسِدٌ.

ذَكَرَهَا فِي جَامِعِهِمَا الْعُلَمَانِ فِي الْإِثْقَانِ شَمْسُ الْأَيْمَةِ وَفَخَرُ الْإِسْلَامِ، وَلَوْ كَانَ

الفساد في المسألة الموضوعية في الكتاب كما ذكرتم لما فسد البيع لأن عند القسمة يُصيب كل واحد منهما أكثر من خمسمائة فلا يجري فيه الأصل المذكور. أجب بأن الفساد لتعدد جهات الجواز.

وبيانه أن لو جعلناه بإزاء ما باعها ألفا جاز، وإن جعلنا ألفا وجبة جاز وهلم جرا، وليس البعض بالحمل عليه أولى من بعض فامتنع الجواز، وفيه نظر لأن إضافة الفساد إلى تعدد جهات الجواز يشبه الفساد في الوضع فلا تكون صحيحة، على أنه معارض بأن تجعل الجارية التي لم يشتريها منه في مقابلة مائة ومائتين وثلاثمائة أو أقل أو أكثر فتعدد جهات الجواز. وليس البعض أولى، وبأن كل جهة تصلح أن تكون علة للجواز. فاعتبار الجهات في مقابلة جهة الجواز مريحة عليها ترجيحاً بكثرة الأدلة وهو لا يجوز على ما عرف. والأولى أن يقال: جهات الجواز تقتضيه وجهات الفساد تقتضيه، والترجيح هنا للمفسد ترجيحاً للمحرم، ولا يسري الفساد منها إلى غير المشتراة لأن الفساد ضعيف فيها لأمر: إما لأنه مجتهد فيه بخلاف الشافعي المتقدم وفيه نظر، أما أولاً فلأن كونه مجتهداً فيه إن كان لخلاف الشافعي فلا يكاد يصح لأن خلاف الشافعي كان بعد وضع المسألة فكيف توضع المسألة بناءً على شيء لم يقع بعد، ولأن أبا حنيفة رحمه الله أبطل إسلام القوهية في القوهية والمروية مع أن فساد العقد بسبب الجنسية مجتهد فيه، فإنه لو أسلم قوهياً في قوهي جاز عند الشافعي، ومع ذلك تعدى فساد ذلك إلى المقرين به وهو إسلام القوهي في المروي، وإما لأن الفساد في المشتراة باعتبار شبهة الربا، فلو اعتبرناها في التي ضمت إليها كان ذلك اعتباراً لشبهة الشبهة وهي غير معتبرة، وبيانه أن في المشتراة شبهة الربا أن في المسألة الأولى إنما لم يصح شراء ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن لشبهة الربا، لأن الألف وإن وجب للبائع بالعقد الأول لكنها على شرف السقوط لاحتمال أن يجد المشتري بها عيباً فيردّها فيسقط الثمن عن المشتري وبالبائع الثاني يقع الأمن عنه فيصير البائع بالعقد الثاني مشترياً ألفاً بخمسمائة من هذا الوجه، والشبهة ملحقة بالحقيقة في باب الربا، وإما لأن الفساد طارئ لوجهين:

أحدهما: أنه قابل الثمن بالجارتين وهي مقابلة صحيحة، إذ لم يشترط فيها أن

يَكُونُ بِإِزَاءِ مَا بَاعَهُ أَقْلُ مِنَ الثَّمَنِ الْأَوَّلِ، لَكِنْ بَعْدَ ذَلِكَ انْقَسَمَ الثَّمَنُ عَلَى قِيمَتَيْهِمَا فَصَارَ الْبَعْضُ بِإِزَاءِ مَا بَاعَ وَالْبَعْضُ بِإِزَاءِ مَا لَمْ يُبْعَ فَفَسَدَ الْبَيْعُ فِيمَا بَاعَ.

وَلَا شَكَّ فِي كَوْنِهِ طَارِئًا فَلَا يَتَعَدَّى إِلَى الْأُخْرَى. وَلَا يُشْكَلُ بِمَا إِذَا جَمَعَ بَيْنَ عَبْدٍ وَمُدَبِّرٍ وَبَاعَهُمَا صَفَقَةً وَاحِدَةً فَإِنَّ الْمُسْئِدَ مُقَارِنٌ لِأَنْ قَبُولُ كُلِّ مِنْهُمَا شَرْطُ لَصِحَّةِ الْعَقْدِ فِي الْآخَرِ، وَالْعَقْدُ جَائِزٌ فِي الْعَبْدِ لِأَنْ شَمْسُ الْأُيُومَةِ قَدْ قَالَ الْبَيْعُ فِي الْمُدَبِّرِ غَيْرُ فَاسِدٍ، وَلِهَذَا لَوْ أَجَارَ الْقَاضِي بَيْعَهُ جَازَ، وَلَكِنَّهُ غَيْرُ نَافِذٍ لِحَقِّ الْمُدَبِّرِ وَذَلِكَ لِمَعْنَى فِيهِ لَا فِي الْعَقْدِ فَلِهَذَا لَا يَتَعَدَّى إِلَى الْآخَرِ.

وَالثَّانِي: الْمُقَاصَّةُ فَإِنَّهُ لَمَّا بَاعَهَا بِالْفِ نُمَّ اشْتَرَاهَا قَبْلَ تَقْدِ الثَّمَنِ بِخَمْسِمِائَةٍ فَتَقَاصًا خَمْسِمِائَةٍ بِخَمْسِمِائَةٍ مِثْلَهَا بَقِيَ لِلْبَائِعِ خَمْسِمِائَةُ أُخْرَى مَعَ الْجَارِيَةِ، وَالْمُقَاصَّةُ تَقَعُ عَقِيبَ وَجُوبِ الثَّمَنِ عَلَى الْبَائِعِ بِالْعَقْدِ الثَّانِي فَيَفْسُدُ عِنْدَهَا وَذَلِكَ لَا شَكَّ فِي طَرْدِهِ فَلَا يَسْرِي إِلَى غَيْرِهَا.

قَالَ (وَمَنْ اشْتَرَى زَيْتًا عَلَى أَنْ يَزِنَهُ بِظَرْفِهِ فَيَطْرَحَ عَنْهُ مَكَانَ كُلِّ ظَرْفٍ خَمْسِينَ رَطَلًا فَهُوَ فَاسِدٌ، وَلَوْ اشْتَرَى عَلَى أَنْ يَطْرَحَ عَنْهُ بِوَزْنِ الظَّرْفِ جَازًا؛ لِأَنَّ الشَّرْطَ الْأَوَّلَ لَا يَقْتَضِيهِ الْعَقْدُ وَالثَّانِي يَقْتَضِيهِ. قَالَ (وَمَنْ اشْتَرَى سَمْنًا فِي زَقٍّ فَرَدَّ الظَّرْفَ وَهُوَ عَشْرَةُ أَرْطَالٍ) فَقَالَ الْبَائِعُ الزَّقُّ غَيْرُ هَذَا وَهُوَ خَمْسَةُ أَرْطَالٍ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُشْتَرِي، لِأَنَّهُ إِنْ أُعْتَبِرَ اخْتِلَافًا فِي تَعْيِينِ الزَّقِّ الْمَقْبُوضِ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْقَائِضِ ضَمِينًا كَانَ أَوْ أَمِينًا، وَإِنْ أُعْتَبِرَ اخْتِلَافًا فِي السَّمَنِ فَهُوَ فِي الْحَقِيقَةِ اخْتِلَافٌ فِي الثَّمَنِ فَيَكُونُ الْقَوْلُ قَوْلُ الْمُشْتَرِي؛ لِأَنَّهُ يُنْكِرُ الزِّيَادَةَ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ اشْتَرَى زَيْتًا عَلَى أَنْ يَزِنَهُ بِظَرْفِهِ إلخ) اشْتَرَى زَيْتًا عَلَى أَنْ يَزِنَهُ وَيَطْرَحَ عَنْهُ مَكَانَ كُلِّ ظَرْفٍ خَمْسِينَ رَطَلًا فَهُوَ فَاسِدٌ، فَإِنَّهُ شَرْطٌ مَا لَا يَقْتَضِيهِ الْعَقْدُ، فَإِنَّ مُقْتَضَاهُ أَنْ يُطْرَحَ عَنْهُ دُونَ الظَّرْفِ مَا يُوجَدُ وَعَسَى يَكُونُ وَزْنُهُ أَقْلُ مِنَ ذَلِكَ أَوْ أَكْثَرُ فَشَرْطُ مِقْدَارٍ مُعَيَّنٍ مُخَالَفٌ لِمُقْتَضَاهُ، وَإِنْ اشْتَرَى عَلَى أَنْ يَزِنَ وَيَطْرَحَ عَنْهُ بِوَزْنِ الظَّرْفِ جَازَ لِكَوْنِهِ مُوَافِقًا لِمُقْتَضَاهُ. قَالَ (وَمَنْ اشْتَرَى سَمْنًا فِي زَقٍّ إلخ) وَمَنْ اشْتَرَى سَمْنًا فِي زَقٍّ وَرَدَّ الظَّرْفَ فَوَزَنَ فَجَاءَ عَشْرَةُ أَرْطَالٍ فَقَالَ الْبَائِعُ الزَّقُّ غَيْرُ هَذَا

وَهُوَ خَمْسَةُ أَرْطَالٍ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُشْتَرِي، لِأَنَّ هَذَا الْاِخْتِلَافَ إِذَا مَا أَنْ يُعْتَبَرَ فِي تَعْيِينِ الزَّقِّ الْمَقْبُوضِ أَوْ فِي مِقْدَارِ السَّمْنِ، فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ فَالْمُشْتَرِي قَابِضٌ (وَالْقَوْلُ قَوْلُ الْقَابِضِ ضَمِينًا) كَانَ كَالْعَاصِبِ (أَوْ أَمِينًا) كَالْمُودِعِ، وَإِنْ كَانَ الثَّانِي فَهُوَ فِي الْحَقِيقَةِ اِخْتِلَافٌ فِي الثَّمَنِ (فَيَكُونُ الْقَوْلُ لِلْمُشْتَرِي لِأَنَّهُ يُنْكِرُ الزِّيَادَةَ) وَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُنْكَرِ مَعَ يَمِينِهِ. فَإِنْ قِيلَ: الْاِخْتِلَافُ فِي الثَّمَنِ يُوجِبُ التَّحَالُفَ فَمَا وَجْهُ الْعُدُولِ إِلَى الْحَلْفِ؟ أَجِيبَ بِأَنَّهُ يُوجِبُهُ إِذَا كَانَ قَصْدًا وَهَذَا ضَمْنِيٌّ لَوْ قُوعِهِ فِي ضَمْنِ الْاِخْتِلَافِ فِي الزَّقِّ. وَالْفَقْهُ فِيهِ أَنَّ الْاِخْتِلَافَ الْاِبْتِدَائِيَّ فِي الثَّمَنِ إِنَّمَا يُوجِبُ التَّحَالُفَ ضَرُورَةً أَنْ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُدَّعٍ عَقْدًا آخَرَ، وَأَمَّا الْاِخْتِلَافُ بِنَاءً عَلَى اِخْتِلَافِهِمَا فِي الزَّقِّ فَلَا يُوجِبُ اِخْتِلَافَهُمَا فِي الْعَقْدِ فَلَا يُوجِبُهُ.

قَالَ: (وَإِذَا أَمَرَ الْمُسْلِمُ نَصْرَانِيًّا بِبَيْعِ خَمْرٍ أَوْ شِرَائِهَا فَفَعَلَ جَازَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَقَالَ لَا يَجُوزُ: عَلَى الْمُسْلِمِ) وَعَلَى هَذَا الْخِلَافِ الْخَنْزِيرُ، وَعَلَى هَذَا تَوْكِيلُ الْمُحْرَمِ غَيْرَهُ بِبَيْعِ صَيْدِهِ. لُهُمَا أَنْ الْمُوَكَّلَ لَا يَلِيهِ فَلَا يُؤْلِيهِ غَيْرُهُ؛ وَلَأَنَّ مَا يَثْبُتُ لِلْوَكِيلِ يَنْتَقِلُ إِلَى الْمُوَكَّلِ فَصَارَ كَأَنَّهُ بَاشَرَهُ بِنَفْسِهِ فَلَا يَجُوزُ. وَلَأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنْ الْعَاقِدَ هُوَ الْوَكِيلُ بِأَهْلِيَّتِهِ وَوَلَايَتِهِ، وَانْتَقَالَ الْمَلِكُ إِلَى الْأَمْرِ أَمْرٌ حُكْمِيٌّ فَلَا يَمْتَنِعُ بِسَبَبِ الْإِسْلَامِ كَمَا إِذَا وَرَثَهُمَا، ثُمَّ إِنْ كَانَ خَمْرًا يُخْلَلُهَا وَإِنْ كَانَ خِنْزِيرًا يُسَيِّبُهُ.

الشرح:

قَالَ (وَإِذَا أَمَرَ الْمُسْلِمُ نَصْرَانِيًّا بِبَيْعِ خَمْرٍ أَوْ شِرَائِهَا فَفَعَلَ جَازَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ خِلَافًا لَهُمَا) وَحُكْمُ التَّوَكِيلِ فِي الْخِنْزِيرِ وَتَوْكِيلُ الْمُحْرَمِ حَلَالًا بِبَيْعِ صَيْدِهِ عَلَى هَذَا الْخِلَافِ قَالَا: الْمُوَكَّلُ لَا يَلِي هَذَا التَّصَرُّفَ فَلَا يُؤْلِي غَيْرُهُ كَتَوْكِيلِ الْمُسْلِمِ مَجُوسِيًّا بِتَزْوِيجِ مَجُوسِيَّةٍ.

وَلَأَنَّ مَا يَثْبُتُ لِلْوَكِيلِ يَنْتَقِلُ إِلَى الْمُوَكَّلِ فَصَارَ كَأَنَّهُ بَاشَرَهُ بِنَفْسِهِ، وَلَوْ بَاشَرَهُ بِنَفْسِهِ لَمْ يَحْزُ فَكَذَا التَّوَكِيلُ بِهِ. وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: الْمُعْتَبَرُ فِي هَذَا الْبَابِ أَهْلِيَّتَانِ: أَهْلِيَّةُ الْوَكِيلِ وَأَهْلِيَّةُ الْمُوَكَّلِ، فَالْأُولَى أَهْلِيَّةُ الْعَاقِدِ وَهِيَ أَهْلِيَّةُ التَّصَرُّفِ فِي الْمَأْمُورِ بِهِ وَلِلنَّصْرَانِيِّ ذَلِكَ، وَالثَّانِيَةُ أَهْلِيَّةُ ثُبُوتِ الْحُكْمِ لَهُ وَلِلْمُوَكَّلِ ذَلِكَ حُكْمًا لِلْعَقْدِ لِفَلَا يَلْزَمُ انْفِكَائُ الْمَلْزُومِ عَنِ الْاِلْزَامِ، أَلَا تَرَى إِلَى صِحَّةِ ثُبُوتِ مِلْكِ الْخَمْرِ لِلْمُسْلِمِ إِرْتِنًا إِذَا أَسْلَمَ

مُورَثُهُ النَّصْرَانِيُّ وَمَاتَ عَنْ خَمْرٍ وَخَنْزِيرٍ.

لَا يُقَالُ: الْوَارِثَةُ أَمْرٌ جَبْرِيٌّ وَالتَّوَكُّلُ اخْتِيَارِيٌّ فَأَنَّى يَتَشَابَهُانِ، لِأَنَّ ثُبُوتَ الْحُكْمِ: أَغْنَى الْمَلِكُ لِلْمُوكَّلِ بَعْدَ تَحَقُّقِ الْعِلَّةِ: أَغْنَى مُبَاشَرَةَ الْوَكِيلِ جَبْرِيًّا كَذَلِكَ تَثْبُتُ بِدُونِ اخْتِيَارِهِ كَمَا فِي الْمَوْتِ، أَلَا تَرَى أَنَّ الْمَأْذُونَ لَهُ النَّصْرَانِيُّ إِذَا اشْتَرَى خَمْرًا يَثْبُتُ الْمَلِكُ فِيهَا لِمَوْلَاهُ الْمُسْلِمِ بِالِاتِّفَاقِ، وَإِذَا ثَبَّتَ الْأَهْلِيَّتَانِ لَمْ يَمْتَنِعِ الْعَقْدُ بِسَبَبِ الْإِسْلَامِ لِأَنَّهُ جَالِبٌ لَا سَالِبٌ، ثُمَّ الْمُوكَّلُ بِهِ إِنْ كَانَ خَمْرًا حَلَلَهَا، وَإِنْ كَانَ خَنْزِيرًا سَيِّئُهُ، لَكِنْ قَالُوا: هَذِهِ الْوَكَالَةُ مَكْرُوهَةٌ أَشَدَّ كَرَاهَةً، وَقَوْلُهُمَا الْمُوكَّلُ لَا يَلِيهِ فَلَا يُؤْلِيهِ غَيْرُهُ مَنَقُوضٌ بِالْوَكِيلِ بِشِرَاءِ عَبْدٍ بَعِيْنِهِ إِذَا وَكَّلَ آخَرَ بِشِرَائِهِ لِنَفْسِهِ فَإِنَّهُ يَثْبُتُ الْمَلِكُ لِلْوَكِيلِ الْأَوَّلِ وَهُوَ بِنَفْسِهِ لَا يَلِي الشِّرَاءَ لِنَفْسِهِ وَبِالْقَاضِي إِذَا أَمَرَ ذِمِّيًّا بِبَيْعِ خَمْرٍ أَوْ خَنْزِيرٍ خَلْفَهُ ذِمِّيٌّ آخَرُ وَهُوَ لَا يَلِي التَّصَرُّفَ بِنَفْسِهِ، وَبِالذِّمِّيِّ إِذَا أَوْصَى مُسْلِمٌ وَقَدْ تَرَكَهُمَا فَإِنَّ الْوَصِيَّ يُوكَّلُ ذِمِّيًّا بِالْبَيْعِ وَالْقِسْمَةِ وَهُوَ لَا يَلِي ذَلِكَ بِنَفْسِهِ.

وَالْقِيَاسُ عَلَى تَرْوِيجِ الْمُجُوسِيِّ مَذْفُوعٌ، فَإِنَّ حُقُوقَ الْعَقْدِ فِي النِّكَاحِ تَرْجِعُ إِلَى الْمُوكَّلِ وَالْوَكِيلِ سَفِيرٌ لَا غَيْرُ.

قَالَ (وَمَنْ بَاعَ عَبْدًا عَلَى أَنْ يُعْتِقَهُ الْمُشْتَرِي أَوْ يُدَبِّرَهُ أَوْ يُكَاتِبَهُ أَوْ أَمَةً عَلَى أَنْ يَسْتَوْلِدَهَا فَالْبَيْعُ فَاسِدٌ)؛ لِأَنَّ هَذَا بَيْعٌ وَشَرْطٌ وَقَدْ نَهَى النَّبِيُّ ﷺ عَنْ بَيْعٍ وَشَرْطٍ^(١). ثُمَّ جُمِلَتْ الْمَذْهَبُ فِيهِ أَنْ يُقَالَ: كُلُّ شَرْطٍ يَقْتَضِيهِ الْعَقْدُ كَشَرْطِ الْمَلِكِ لِلْمُشْتَرِي لَا يُفْسِدُ الْعَقْدَ لثُبُوتِهِ بِدُونِ الشَّرْطِ، وَكُلُّ شَرْطٍ لَا يَقْتَضِيهِ الْعَقْدُ وَفِيهِ مَنَفْعَةٌ لِأَحَدِ الْمُتَعَاقِدِينَ أَوْ لِلْمَعْقُودِ عَلَيْهِ وَهُوَ مِنْ أَهْلِ الْاسْتِحْقَاقِ يُفْسِدُهُ كَشَرْطِ أَنْ لَا يَبِيعَ الْمُشْتَرِي الْعَبْدَ الْمُبِيعَ؛ لِأَنَّ فِيهِ زِيَادَةً عَارِيَةً عَنِ الْعَوَضِ فَيُؤَدِّي إِلَى الرِّبَا، أَوْ؛ لِأَنَّهُ يَقَعُ بِسَبَبِهِ الْمُنَازَعَةُ فَيَعْرِى الْعَقْدُ عَنْ مَقْصُودِهِ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مُتَعَارِفًا؛ لِأَنَّ الْعُرْفَ قَاضٍ عَلَى الْقِيَاسِ، وَلَوْ كَانَ لَا يَقْتَضِيهِ الْعَقْدُ وَلَا مَنَفْعَةٌ فِيهِ لِأَحَدٍ لَا يُفْسِدُهُ وَهُوَ الظَّاهِرُ مِنَ الْمَذْهَبِ كَشَرْطِ أَنْ لَا يَبِيعَ الْمُشْتَرِي الدَّائِبَةَ الْمُبِيعَةَ لِأَنَّهُ انْعَدَمَتِ الْمَطْلَبَةُ فَلَا يُؤَدِّي إِلَى الرِّبَا، وَلَا إِلَى الْمُنَازَعَةِ. إِذَا ثَبَّتَ هَذَا فَنَقُولُ: إِنَّ هَذِهِ الشَّرُوطَ لَا يَقْتَضِيهَا الْعَقْدُ؛ لِأَنَّ قَضِيَّتَهُ الْإِطْلَاقُ فِي التَّصَرُّفِ وَالْتَّخْيِيرُ لَا الْإِلْزَامَ حَتْمًا، وَالشَّرْطُ يَقْتَضِي ذَلِكَ وَفِيهِ مَنَفْعَةٌ لِلْمَعْقُودِ

(١) أخرجه أبو داود (٣٤٠٤)، والنسائي (٤٣١٦)، والترمذي (١٢٣٤).

عَلَيْهِ، وَالشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ وَإِنْ كَانَ يُخَالِفُنَا فِي الْعِتْقِ وَيَقْسِيهِ عَلَى بَيْعِ الْعَبْدِ نَسَمَتْ
فَالْحُجَّةُ عَلَيْهِ مَا ذَكَرْنَاهُ، وَتَفْسِيرُ الْمُبِيعِ نَسَمَتْ أَنْ يُبَاعَ مِمَّنْ يَعْلَمُ أَنَّهُ يُعْتَقُّ لَا أَنْ
يَشْتَرِطَ فِيهِ، فَلَوْ أَعْتَقَهُ الْمُشْتَرِي بَعْدَ مَا اشْتَرَاهُ بِشَرْطِ الْعِتْقِ صَحَّ الْبَيْعُ حَتَّى يَجِبَ عَلَيْهِ
الثَّمَنُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَقَالَا: يَبْقَى فَاسِدًا حَتَّى يَجِبَ عَلَيْهِ الْقِيَمَةُ؛ لِأَنَّ الْبَيْعَ
قَدْ وَقَعَ فَاسِدًا فَلَا يَنْقَلِبُ جَائِزًا كَمَا إِذَا تَلَفَ بِوَجْهِ آخَرَ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ
شَرْطَ الْعِتْقِ مِنْ حَيْثُ ذَاتِهِ لَا يُلَاثِمُ الْعَقْدَ عَلَى مَا ذَكَرْنَاهُ، وَلَكِنْ مِنْ حَيْثُ حُكْمِهِ
يُلَاثِمُهُ؛ لِأَنَّهُ مِنْهُ لِلْمَلِكِ وَالشَّيْءُ بِانْتِهَائِهِ يَنْتَقِرُ، وَلِهَذَا لَا يَمْنَعُ الْعِتْقُ الرَّجُوعَ بِتُقْصَانِ
الْعَيْبِ، فَإِذَا تَلَفَ مِنْ وَجْهِ آخَرَ لَمْ تَتَحَقَّقِ الْمَلَاءَمَةُ فَيَنْتَقِرُ الْفَسَادُ، وَإِذَا وَجِدَ الْعِتْقُ
تَحَقَّقَتِ الْمَلَاءَمَةُ فَيَرْجِعُ جَانِبُ الْجَوَازِ فَكَانَ الْحَالُ قَبْلَ ذَلِكَ مَوْهُوًّا. قَالَ (وَكَذَلِكَ لَوْ بَاعَ
عَبْدًا عَلَى أَنْ يَسْتَحْدِمَهُ الْبَائِعُ شَهْرًا أَوْ دَارًا عَلَى أَنْ يَسْكُنَهَا أَوْ عَلَى أَنْ يُقْرِضَهُ الْمُشْتَرِي
دِرْهَمًا أَوْ عَلَى أَنْ يُهْدِيَ لَهُ هَدِيَّةً)؛ لِأَنَّهُ شَرْطٌ لَا يَقْتَضِيهِ الْعَقْدُ وَفِيهِ مَنَفْعَةٌ لِأَحَدٍ
الْمُتَعَاقِدِينَ؛ وَلِأَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ نَهَى عَنْ بَيْعِ وَسَلْفٍ؛ وَلِأَنَّهُ لَوْ كَانَ الْخِدْمَةُ
وَالسُّكْنَى يُقَابِلُهُمَا شَيْءٌ مِنَ الثَّمَنِ يَكُونُ إِجَارَةً فِي بَيْعٍ، وَلَوْ كَانَ لَا يُقَابِلُهُمَا يَكُونُ إِعَارَةً
فِي بَيْعٍ. «وَقَدْ نَهَى النَّبِيُّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ عَنْ صَفَقَتَيْنِ فِي صَفَقَةٍ».

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ بَاعَ عَبْدًا عَلَى أَنْ يُعْتَقَهُ الْمُشْتَرِي) شَرَعَ فِي بَيَانِ الْفَسَادِ الْوَاقِعِ فِي
الْعَقْدِ بِسَبَبِ الشَّرْطِ وَذَكَرَ أَصْلًا جَامِعًا لَفُرُوعِ أَصْحَابِنَا. وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ الشَّرْطَ يَنْقَسِمُ أَوَّلًا
إِلَى مَا يَقْتَضِيهِ الْعَقْدُ وَهُوَ الَّذِي يُفِيدُ مَا يَثْبُتُ بِمُطْلَقِ الْعَقْدِ كَشَرْطِ الْمَلِكِ لِلْمُشْتَرِي
وَشَرْطِ تَسْلِيمِ الثَّمَنِ أَوْ الْمُبِيعِ، وَإِلَى مَا لَا يَقْتَضِيهِ وَهُوَ مَا كَانَ بِخِلَافِ ذَلِكَ، وَهَذَا
يَنْقَسِمُ إِلَى مَا كَانَ مُتَعَارَفًا وَإِلَى مَا لَيْسَ كَذَلِكَ، وَهَذَا يَنْقَسِمُ إِلَى مَا فِيهِ مَنَفْعَةٌ لِأَحَدٍ
الْمُتَعَاقِدِينَ وَإِلَى مَا لَيْسَ فِيهِ ذَلِكَ، وَهَذَا يَنْقَسِمُ إِلَى مَا فِيهِ مَنَفْعَةٌ لِلْمَعْقُودِ عَلَيْهِ وَهُوَ مِنْ
أَهْلِ الاسْتِحْقَاقِ وَإِلَى مَا هُوَ بِخِلَافِهِ، فَفِي الْقِسْمِ الْأَوَّلِ جَازَ الْبَيْعُ وَالشَّرْطُ يَزِيدُهُ وَكَادَهُ.
لَا يُقَالُ: نَهَى النَّبِيُّ ﷺ عَنْ بَيْعٍ وَشَرْطٍ وَهُوَ بِإِطْلَاقِهِ يَقْتَضِي عَدَمَ جَوَازِهِ لِأَنَّهُ فِي
الْحَقِيقَةِ لَيْسَ بِشَرْطٍ حَيْثُ أَفَادَ مَا أَفَادَهُ الْعَقْدُ الْمُطْلَقُ. وَفِي الْأَوَّلِ مِنَ الْقِسْمِ الثَّانِي وَهُوَ مَا
كَانَ مُتَعَارَفًا كَبَيْعِ النَّعْلِ مَعَ شَرْطِ التَّشْرِيكِ كَذَلِكَ، لِأَنَّ الثَّابِتَ بِالْعُرْفِ قَاضٍ عَلَى الْقِيَاسِ.
لَا يُقَالُ: فَسَادُ الْبَيْعِ شَرْطٌ ثَابِتٌ بِالْحَدِيثِ وَالْعُرْفِ لَيْسَ بِقَاضٍ عَلَيْهِ، لِأَنَّهُ

مَعْلُولٌ بِوُقُوعِ النَّزَاعِ الْمَخْرَجِ لِلْعَقْدِ عَنِ الْمَقْصُودِ بِهِ وَهُوَ قَطْعُ الْمَنَازَعَةِ وَالْعُرْفُ يَنْفِي
النَّزَاعَ فَكَانَ مُوَافِقًا لِمَعْنَى الْحَدِيثِ، فَلَمْ يَنْقُ مِنْ الْمَوَانِعِ إِلَّا الْقِيَاسُ عَلَى مَا لَا عُرْفَ فِيهِ
بِجَمَاعٍ كَوْنِهِ شَرْطًا، وَالْعُرْفُ قَاضٍ عَلَيْهِ، وَفِيمَا إِذَا لَمْ يَكُنْ مُتَعَارَفًا وَفِيهِ مَنَفْعَةٌ لِأَحَدِ
الْمُتَعَاقِدَيْنِ كَبَيْعِ عَبْدٍ بِشَرْطِ اسْتِخْدَامِ الْبَائِعِ مُدَّةً يَكُونُ الْعَقْدُ فَاسِدًا لَوْجْهَيْنِ لِأَنَّ فِيهِ
زِيَادَةٌ عَارِيَّةٌ عَنِ الْعَوَضِ، لِأَنَّهُمَا لَمَّا قَصَدَا الْمُقَابَلَةَ بَيْنَ الْمَبِيعِ وَالثَّمَنِ خَلَا الشَّرْطُ عَنْ
الْعَوَضِ وَهُوَ الرَّبَا. لَا يُقَالُ: لَا تُطْلَقُ الزِّيَادَةُ إِلَّا عَلَى الْمُجَانِسِ لِلْمَزِيدِ عَلَيْهِ وَالْمَشْرُوطُ
مَنَفْعَةٌ فَكَيْفَ يَكُونُ رَبًّا لِأَنَّهُ مَالٌ جَازٍ أَخَذَ الْعَوَضَ عَلَيْهِ وَلَمْ يُعَوِّضْ عَنْهُ بِشَيْءٍ فَكَانَ
رَبًّا، وَلَئِنَّهُ يَقَعُ بِسَبَبِهِ الْمَنَازَعَةُ فِي مَقْصُودِهِ فَيَعْرِى الْعَقْدُ عَنْ مَقْصُودِهِ مِنْ قَطْعِ النَّزَاعِ لَمَّا
عُرِفَ فِي بَيَانِ أَسْبَابِ الشَّرَائِعِ وَفِيمَا إِذَا كَانَ فِيهِ مَنَفْعَةٌ لِلْمَعْقُودِ عَلَيْهِ كَشَرْطِ أَنْ لَا
يَبِيعَ الْمُشْتَرِي الْعَبْدَ الْمَبِيعَ، فَإِنَّ الْعَبْدَ يُعْجَبُ أَنْ لَا تَتَدَاوَلَهُ الْأَيْدِي وَتَمَامُ الْعَقْدِ بِالْمَعْقُودِ
عَلَيْهِ، حَتَّى لَوْ زَعَمَ أَنَّهُ حُرٌّ كَانَ الْبَيْعُ بَاطِلًا فَاشْتِرَاطُ مَنَفْعَتِهِ كَاشْتِرَاطِ مَنَفْعَةِ أَحَدِ
الْمُتَعَاقِدَيْنِ فَهُوَ فَاسِدٌ بِالْوَجْهَيْنِ، وَفِيمَا إِذَا لَمْ يَكُنْ فِيهِ مَنَفْعَةٌ لِأَحَدٍ فَالْبَيْعُ صَحِيحٌ
وَالشَّرْطُ بَاطِلٌ، كَشَرْطِ أَنْ لَا يَبِيعَ الدَّائِبَةُ الْمَبِيعَةَ لِأَنَّهُ لَا مُطَالَبَ لَهُ بِهَذَا الشَّرْطِ فَلَا
يُؤَدِّي إِلَى الرَّبَا وَلَا إِلَى الْمَنَازَعَةِ، فَكَانَ الشَّرْطُ لَعْوًا وَهُوَ ظَاهِرُ الْمَذْهَبِ.

وَفِي رِوَايَةٍ عَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يَنْطَلُ الْبَيْعُ بِهِ، نَصٌّ عَلَيْهِ فِي آخِرِ الْمَزَارَعَةِ لَتَضَرُّرِ
الْمُشْتَرِي بِهِ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ يَتَعَذَّرُ عَلَيْهِ التَّصَرُّفُ فِي مِلْكِهِ، وَالشَّرْطُ الَّذِي فِيهِ ضَرَرٌ
كَالشَّرْطِ الَّذِي فِيهِ مَنَفْعَةٌ لِأَحَدِ الْمُتَعَاقِدَيْنِ. وَالْجَوَابُ أَنَّ الْمُعْتَبَرَ الْمَطَالِبَةَ وَهِيَ تَتَوَجَّهُ
بِالْمَنَفْعَةِ فِي الشَّرْطِ دُونَ الضَّرَرِ. وَإِذَا ثَبَتَ هَذَا ظَهَرَ أَنَّ بَيْعَ الْعَبْدِ بِشَرْطِ أَنْ يُعْتَقَهُ
الْمُشْتَرِي أَوْ يُدْبِرَهُ أَوْ يُكَاتِبَهُ أَوْ أَمَةً عَلَى أَنْ يَسْتَوْلِدَهَا الْمُشْتَرِي فَاسِدٌ لِأَنَّهَا شُرُوطٌ لَا
يَقْتَضِيهَا الْعَقْدُ وَفِيهَا مَنَفْعَةٌ لِلْمَعْقُودِ عَلَيْهِ، لِأَنَّ قَضِيَّتَهُ الْإِطْلَاقُ فِي التَّصَرُّفِ وَالتَّخْيِيرِ لَا
الْإِلْزَامَ، وَالشَّرْطُ يَقْتَضِي الْإِلْزَامَ حَقًّا، وَالْمَنَافَاةُ بَيْنَهُمَا ظَاهِرَةٌ وَلَيْسَ أَحَدُهُمَا مِنَ الْعَقْدِ
وَالشَّرْطِ أَوَّلَى بِالْعَمَلِ مِنَ الْآخَرِ فَعَمَلُنَا بِهِمَا، وَقُلْنَا إِنَّهُ فَاسِدٌ وَالْفَاسِدُ مَا يَكُونُ مَشْرُوعًا
بِأَصْلِهِ غَيْرَ مَشْرُوعٍ بِوَصْفِهِ فَبِالنَّظَرِ إِلَى وُجُودِ رُكْنِ الْعَقْدِ كَانَ مَشْرُوعًا، وَبِالنَّظَرِ إِلَى
عُرُوضِ الشَّرْطِ كَانَ غَيْرَ مَشْرُوعٍ فَكَانَ فَاسِدًا.

وَلَا خِلَافَ فِي هَذِهِ الْجُمْلَةِ بَيْنَنَا وَبَيْنَ الشَّافِعِيِّ إِلَّا فِي الْبَيْعِ بِشَرْطِ الْعِتْقِ فِي قَوْلِ

فَإِنَّهُ يُجَوِّزُهُ وَيَقِيسُهُ عَلَى بَيْعِ الْعَبْدِ نَسَمَةً، وَفَسَرَهُ فِي الْمَبْسُوطِ بِالْبَيْعِ بِشَرْطِ الْعِتْقِ، وَفَسَرَهُ الْمُصَنِّفُ بِأَنْ يُبَاعَ مِمَّنْ يُعْلَمُ أَنَّهُ يُعْتَقُهُ لَا أَنْ يَشْتَرِطَ فِيهِ، فَإِنْ كَانَ تَفْسِيرُهُ عِنْدَ الشَّافِعِيِّ مَا ذَكَرَهُ الْمُصَنِّفُ صَحَّ قَوْلُهُ يَقِيسُهُ لَأَنَّهُمَا غَيْرَانِ فَيَصِحُّ قِيَاسُ أَحَدِهِمَا عَلَى الْآخَرِ إِنْ ظَهَرَ جَامِعٌ، وَإِنْ كَانَ تَفْسِيرُهُ عِنْدَهُ مَا ذَكَرَهُ فِي الْمَبْسُوطِ فَلَا بُدَّ أَنْ يُفَسَّرَ قَوْلُ الْمُصَنِّفِ يَقِيسُهُ بِلِحَقِّهِ بِدَلَالَةِ النَّصِّ لَوْلَا يَلْزَمُ قِيَاسُ الشَّيْءِ عَلَى نَفْسِهِ.

وَيَبَيِّنُ الْحَاقِقُ بِالْإِلَاحَةِ أَنَّ بَيْعَ الْعَبْدِ نَسَمَةً عَلَى ذَلِكَ التَّفْسِيرِ ثَبَتَ بِحَدِيثِ بَرِيرَةَ، إِذْ جَاءَتْ إِلَى عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا تَسْتَعِينُهَا فِي الْمَكَاتِبَةِ فَقَالَتْ: إِنْ شِئْتُ عَدَدَهَا لِأَهْلِكَ وَأَعْتَقْتُكَ، فَرَضَيْتُ بِذَلِكَ فَاشْتَرَاهَا وَأَعْتَقْتُهَا. وَإِنَّمَا اشْتَرَتْهَا بِشَرْطِ الْعِتْقِ وَقَدْ أَجَازَ ذَلِكَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ، وَغَيْرُهَا فِي مَعْنَاهَا فِي هَذَا الشَّرْطِ فَالْحَقُّ بِهِ دَلَالَةٌ وَإِنَّمَا عَبَّرَ الْمُصَنِّفُ عَنِ الدَّلَالَةِ بِالْقِيَاسِ لِأَنَّهَا عِنْدَ الشَّافِعِيِّ قِيَاسٌ جَلِيٌّ عَلَى مَا عُرِفَ فِي الْأُصُولِ، وَالْحُجَّةُ عَلَيْهِ مَا ذَكَرْنَاهُ مِنَ الْحَدِيثِ وَالْمَقُولِ. فَالْحَدِيثُ «نَهَى النَّبِيُّ ﷺ عَنْ بَيْعِ وَشَرْطِ». رَوَاهُ أَبُو حَنِيفَةَ عَنْ عَمْرِو بْنِ شُعَيْبٍ عَنْ أَبِيهِ عَنْ جَدِّهِ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ.

وَالْمَقُولُ مَا ذَكَرْنَاهُ مِنْ وَقُوعِ الْمُنَازَعَةِ بِسَبَبِ ذَلِكَ الشَّرْطِ وَكَوْنِهِ مُخَالَفًا لِمُقْتَضَى الْعَقْدِ. وَالْجَوَابُ عَنْ حَدِيثِ بَرِيرَةَ أَنَّ تَفْسِيرَ النَّسَمَةِ مَا ذَكَرْنَاهُ وَلَيْسَ فِيهِ اشْتِرَاطُ الْعِتْقِ فِي الْعَقْدِ. وَعَائِشَةُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا اشْتَرَتْ بَرِيرَةَ مُطْلَقًا وَوَعَدَتْ لَهَا أَنْ تُعْتَقَ لِتَرْضَى بِذَلِكَ، فَإِنْ بَيْعَ الْمَكَاتِبَةِ لَا يُجَوِّزُ بِدُونِ رِضَاهَا. النَّسَمَةُ مِنْ نَسِيمِ الرِّيحِ، وَسُمِّيَتْ بِهَا النَّفْسُ، وَانْتَصَابَ قَوْلُهُ نَسَمَةً عَلَى الْحَالِ عَلَى مَعْنَى مُعْرَضًا لِلْعِتْقِ.

وَإِنَّمَا صَحَّ هَذَا لِأَنَّهُ لَمَّا كَثُرَ ذِكْرُهَا فِي بَابِ الْعِتْقِ خُصُوصًا فِي قَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «فَكَ رَقَبَةً وَأَعْتَقَ نَسَمَةً» صَارَتْ كَأَنَّهَا اسْمٌ لِمَا هُوَ بَعْضُ الْعِتْقِ فَعُومِلَتْ مُعَامَلَةً الْأَسْمَاءِ الْمُتَضَمِّنَةِ لِمَعْنَى الْأَفْعَالِ. كَذَا فِي الْمَغْرِبِ. فَإِنْ وَفَى بِالشَّرْطِ وَأَعْتَقَ بَعْدَ مَا اشْتَرَاهُ صَحَّ الْبَيْعُ وَيَجِبُ الثَّمَنُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَالَا: يَبْقَى فَاسِدًا كَمَا كَانَ فَوَجَبَتْ عَلَيْهِ الْقِيَمَةُ لِأَنَّ الْبَيْعَ قَدْ وَقَعَ فَاسِدًا فَلَا يَنْقَلِبُ جَائِزًا. كَمَا إِذَا تَلَفَ بَوْجَهَ آخَرَ كَالْقَتْلِ وَالْمَوْتِ وَالْبَيْعِ، وَكَمَا إِذَا بَاعَ بِشَرْطِ التَّذْيِيرِ وَالِاسْتِيلَادِ وَالْكِتَابَةِ وَقَدْ وَفَى الْمُشْتَرِي بِمَا شَرَطَ أَوْ لَمْ يَفِ فَإِنَّهُ مَضْمُونٌ بِالْقِيَمَةِ اعْتِبَارًا لِحَقِيقَةِ الْحُرِّيَةِ بِحَقِّ الْحُرِّيَةِ (وَلَا بِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ شَرْطَ الْعِتْقِ مِنْ حَيْثُ ذَاتُهُ لَا يُلَاقِ الْعَقْدَ عَلَى مَا ذَكَرْنَاهُ) مِنْ تَقْيِيدِ

التَّصَرُّفُ بِهِ الْمُغَايِرُ لِلإِطْلَاقِ (وَلَكِنْ مِنْ حَيْثُ حُكْمُهُ يُلَاعِظُهُ لِأَنَّهُ مِنْهُ لِلْمَلِكِ وَالْمَنْهِيُّ لِلشَّيْءِ مُقَرَّرٌ لَهُ، أَلَا تَرَى أَنَّ الْعِنَقَ لَا يَمْنَعُ الرُّجُوعَ بِنُقْصَانِ الْعَيْبِ) فَبِالنَّظَرِ إِلَى الْجِهَتَيْنِ تَوَقَّفَتْ الْحَالُ بَيْنَ بَقَائِهِ فَاسِدًا كَمَا كَانَ وَبَيْنَ أَنْ يَنْقَلِبَ جَائِزًا بِوُجُودِ الشَّرْطِ (فَإِذَا وَجَدَ فَقَدْ تَحَقَّقَتْ الْمُلَاءَمَةُ فَيَرْجِعُ جَانِبُ الْجَوَازِ) عَمَلًا بِالذَّلِيلَيْنِ. وَتَأْمَلْ حَقَّ التَّأْمُلِ تَخْلُصُ مِنْ وَرْطَةِ شُبْهَةٍ لَا تَكَادُ تَنْحَلُّ، وَهِيَ أَنَّ هَذَا الشَّرْطَ فِي نَفْسِهِ إِمَّا أَنْ يَكُونَ فَاسِدًا أَوْ لَا، فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ فَتَحْقِيقُهُ يُقَرِّرُ الْفَسَادَ لَكُلِّ يَلْزَمَ فَسَادُ الْوَضْعِ، وَإِنْ كَانَ الثَّانِي كَانَ الْعَقْدُ بِهِ فِي الْإِبْتِدَاءِ جَائِزًا، وَذَلِكَ لِأَنَّهُ فَاسِدٌ مِنْ حَيْثُ الذَّاتُ وَالصُّورَةُ لِعَدَمِ الْمُلَاءَمَةِ جَائِزٍ مِنْ حَيْثُ الْحُكْمُ، فَقُلْنَا بِالْفَسَادِ فِي الْإِبْتِدَاءِ عَمَلًا بِالذَّاتِ وَالصُّورَةِ.

وَبِالْجَوَازِ عِنْدَ الْوَفَاءِ عَمَلًا بِالْحُكْمِ وَالْمَعْنَى، وَلَمْ نَعْكِسْ لِأَنَّا لَمْ نَجِدْ جَائِزًا يَنْقَلِبُ فَاسِدًا وَوَجَدْنَا فَاسِدًا يَنْقَلِبُ جَائِزًا كَالْبَيْعِ بِالرَّقْمِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا أُلْفَهُ بِوَجْهِ آخَرَ فَإِنَّهُ لَمْ يَنْقَلِبْ جَائِزًا لِعَدَمِ تَحَقُّقِ الشَّرْطِ وَالْكَلَامِ فِيهِ فَتَقَرَّرَ الْفَسَادُ. وَبِخِلَافِ التَّنْذِيرِ وَالِاسْتِيلَادِ وَالْكِتَابَةِ. فَإِنَّ الْمَلِكَ لَا يَنْتَهِي بِهَا بِتَقْيِينِ لِحْتِمَالِ الْقَضَاءِ الْقَاضِي بِجَوَازِ بَيْعِ الْمُدَبَّرِ وَأَمُّ الْوَلَدِ، وَالْمُكَاتَّبُ مُخَيَّرٌ فِي الْإِجَازَةِ، وَالْإِنْهَاءُ إِمَّا يَتَحَقَّقُ إِذَا وَقَعَ الْأَمْنُ عَنِ الزَّوَالِ مِنْ مَلِكٍ الْمُشْتَرِي إِلَى مَلِكٍ غَيْرِهِ كَمَا فِي الْإِعْتَاقِ وَالْمَوْتِ. قَالَ (وَكَذَلِكَ إِذَا بَاعَ عَبْدًا عَلَى أَنْ يَسْتَعْدِمَهُ الْبَائِعُ شَهْرًا (إِلخ) الْبَيْعُ بِهَذِهِ الشُّرُوطِ فَاسِدٌ، لِأَنَّهَا شُرُوطٌ لَا يَقْتَضِيهَا الْعَقْدُ وَفِيهِ مَنَفَعَةٌ لِأَحَدِ الْمُتَعَاقِدَيْنِ، وَلَمْ يُسْتَدَلَّ بِالْحَدِيثِ لِأَنَّ الْمُرَادَ بِهِ هَذَا الْمَذْكُورُ.

وَإِمَّا قَالَ عَلَى أَنْ يُقْرِضَهُ الْمُشْتَرِي دِرْهَمًا احْتِرَازًا عَمَّا إِذَا قَالَ بَعْتُكَ هَذِهِ الدَّارَ عَلَى أَنْ يُقْرِضَنِي فَلَانَ الْأَجْنَبِيُّ أَلْفَ دِرْهَمٍ فَقَبِلَهُ الْمُشْتَرِي صَحَّ الْبَيْعُ لِأَنَّهَا لَمْ تَلْزَمْ الْأَجْنَبِيَّ لَا ضَمَانًا عَنِ الْمُشْتَرِي لِأَنَّهَا لَيْسَتْ فِي ذِمَّتِهِ فَيَتَحَمَّلُهَا الْكَفِيلُ، وَلَا زِيَادَةً فِي الثَّمَنِ لِأَنَّهُ لَمْ يَقُلْ عَلَى أَلْفِي ضَامِنٌ، بِخِلَافِ اشْتِرَاطِ الْإِقْرَاضِ عَلَى الْمُشْتَرِي "لَأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ «نَهَى عَنْ بَيْعِ وَسَلَفٍ» وَأَيْضًا اشْتِرَاطُ الْخِدْمَةِ وَالسُّكْنَى يَسْتَلْزِمُ صَفَقَتَيْنِ فِي صَفَقَةٍ^(١) كَمَا ذَكَرَهُ فِي الْمُتَنِ.

قَالَ (وَمَنْ بَاعَ عَيْنًا عَلَى أَنْ لَا يُسَلِّمَهَا إِلَى رَأْسِ الشَّهْرِ فَالْبَيْعُ فَاسِدٌ؛ لِأَنَّ الْأَجَلَ فِي الْمُبَّيعِ الْعَيْنِ بَاطِلٌ فَهِيَ كَوْنُ شَرْطًا فَاسِدًا، وَهَذَا؛ لِأَنَّ الْأَجَلَ شَرْعٌ تَرْفِيهَا فَيَلْبِقُ بِالْذُّيُونِ دُونَ الْأَعْيَانِ.

(١) أخرجه أحمد (٣٩٨/١)، وانظر نصب الراية (٤٦/٤).

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ بَاعَ عَيْنًا عَلَى أَنْ لَا يُسَلِّمَهَا إِلَى رَأْسِ الشَّهْرِ إلخ) الْأَجَلُ فِي الْمَبِيعِ الْعَيْنِ بَاطِلٌ لِإِفْضَائِهِ إِلَى تَخْصِيلِ الْحَاصِلِ فَإِنَّهُ شُرِعَ تَرْفِيهَا فِي تَخْصِيلِهِ بِأَسْعَ الْمُدَّةِ، فَإِذَا كَانَ الْمَبِيعُ أَوْ الثَّمَنُ حَاصِلًا كَانَ الْأَجَلُ لِتَخْصِيلِ الْحَاصِلِ، وَإِنَّمَا قِيدَ بِالْعَيْنِ احْتِرَازًا عَنِ السَّلَمِ فَإِنْ تَرَكَ أَجَلَ فِيهِ مُفْسِدٌ لِلْحَاجَةِ إِلَى التَّخْصِيلِ.

قَالَ (وَمَنْ اشْتَرَى جَارِيَةً إِلَّا حَمَلَهَا فَالْبَيْعُ فَاسِدٌ) وَالْأَصْلُ أَنَّ مَا لَا يَصِحُّ إِفْرَادُهُ بِالْعَقْدِ لَا يَصِحُّ اسْتِثْنَاؤُهُ مِنَ الْعَقْدِ، وَالْحَمْلُ مِنْ هَذَا الْقَبِيلِ، وَهَذَا؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ أَطْرَافِ الْحَيَوَانِ لِاتِّصَالِهِ بِهِ خِلْقَتَهُ وَبَيْعُ الْأَصْلِ يَتَنَاوَلُهُمَا فَالْإِسْتِثْنَاءُ يَكُونُ عَلَى خِلَافِ الْمَوْجِبِ فَلَا يَصِحُّ فَيَصِيرُ شَرْطًا فَاسِدًا، وَالْبَيْعُ يَبْطُلُ بِهِ وَالْكِتَابَةُ وَالْإِجَارَةُ وَالرَّهْنُ بِمَنْزِلَةِ الْبَيْعِ؛ لِأَنَّهَا تُبْطِلُ الشُّرُوطَ الْفَاسِدَةَ، غَيْرَ أَنَّ الْمَفْسِدَ فِي الْكِتَابَةِ مَا يَتِمَّكُنُ فِي صُلْبِ الْعَقْدِ مِنْهَا، وَالْهَيْئَةُ وَالصَّدَقَةُ وَالنِّكَاحُ وَالْخُلْعُ وَالصَّلْحُ عَنْ دَمِ الْعَمْدِ لَا تُبْطِلُ بِاسْتِثْنَاءِ الْحَمْلِ، بَلْ يَبْطُلُ الْإِسْتِثْنَاءُ؛ لِأَنَّ هَذِهِ الْعُقُودَ لَا تُبْطِلُ الشُّرُوطَ الْفَاسِدَةَ، وَكَذَا الْوَصِيَّةُ لَا تُبْطِلُ بِهِ، لَكِنْ يَصِحُّ الْإِسْتِثْنَاءُ حَتَّى يَكُونَ الْحَمْلُ مِيرَاثًا وَالْجَارِيَةُ وَصِيَّةً؛ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ أُخْتُ الْمِيرَاثِ وَالْمِيرَاثَ يَجْرِي فِيهِمَا فِي الْبَطْنِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا اسْتِثْنَى خِدْمَتَهَا؛ لِأَنَّ الْمِيرَاثَ لَا يَجْرِي فِيهَا.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ اشْتَرَى جَارِيَةً إِلَّا حَمَلَهَا إلخ). ذَكَرَ فِي هَذَا الْمَوْضِعِ الْعَقْدَ الْمُسْتَثْنَى مِنْهُ وَهُوَ ثَلَاثَةُ أَقْسَامٍ: الْأُولَى مَا فَسَدَ فِيهِ الْعَقْدُ وَالْإِسْتِثْنَاءُ وَالثَّانِي مَا صَحَّ فِيهِ الْعَقْدُ وَبَطُلَ الْإِسْتِثْنَاءُ. وَالثَّالِثُ مَا صَحَّ فِيهِ كِلَاهُمَا.

أَمَّا الْأَوَّلُ فَكَالْبَيْعِ وَالْإِجَارَةِ وَالْكِتَابَةِ وَالرَّهْنِ، فَإِذَا بَاعَ جَارِيَةً إِلَّا حَمَلَهَا أَوْ آجَرَ ذَارِهِ عَلَى جَارِيَةٍ إِلَّا حَمَلَهَا أَوْ رَهَنَ جَارِيَةً إِلَّا حَمَلَهَا أَوْ كَاتَبَ عَبْدَهُ عَلَى جَارِيَةٍ إِلَّا حَمَلَهَا فَسَدَ الْعَقْدُ لِأَنَّهَا عُقُودٌ تُبْطِلُ بِالشُّرُوطِ الْفَاسِدَةِ، لِأَنَّ غَيْرَ الْبَيْعِ فِي مَعْنَاهُ مَنْ حَيْثُ إِنَّهَا مُعَاوَضَةٌ وَالْبَيْعُ يَبْطُلُ بِالشُّرُوطِ الْفَاسِدَةِ لَمَّا تَقَدَّمَ، فَكَذَا مَا فِي مَعْنَاهُ، وَالْإِسْتِثْنَاءُ يَصِيرُ شَرْطًا فَاسِدًا فِيهَا فَيُفْسِدُهَا، وَذَلِكَ لَمَّا ذَكَرَهُ مِنَ الْأَصْلِ فِيهِ أَنَّ مَا لَا يَصِحُّ إِفْرَادُهُ بِالْعَقْدِ لَا يَصِحُّ اسْتِثْنَاؤُهُ مِنَ الْعَقْدِ، وَالْحَمْلُ مِنْ هَذَا الْقَبِيلِ وَقَدْ تَقَدَّمَ فِي أَوَّلِ الْبَيُوعِ، وَهَذَا لِأَنَّ الْحَمْلَ بِمَنْزِلَةِ أَطْرَافِ الْحَيَوَانِ لِاتِّصَالِهِ بِهِ يَتَّقِلُ بِاتِّقَالِهِ وَيَقْرُ

بِقَرَارِهِ وَيَبْعُ الْأَصْلَ يَتَنَاولُهُ. فَلَا اسْتِنَاءَ يَكُونُ عَلَى خِلَافِ الْمَوْجِبِ لِدَلَالَتِهِ عَلَى أَنَّ الْمُسْتَنَى مَقْصُودٌ وَدَلَالَةُ الْعَقْدِ عَلَى أَنَّ الْحَمْلَ تَابِعٌ فَيَصِيرُ ذِكْرُهُ شَرْطًا فَاسِدًا (قَوْلُهُ غَيْرَ أَنَّ الْمَفْسِدَ فِي الْكِتَابَةِ) اسْتِنَاءٌ مِنْ قَوْلِهِ لِأَنَّهَا تَبْطُلُ بِالشَّرْطِ الْفَاسِدَةِ، وَمَعْنَاهُ أَنَّ الشَّرْطَ الْفَاسِدَ فِي الْكِتَابَةِ إِمَّا يَكُونُ مُفْسِدًا لَهَا إِذَا كَانَ مُتِمِّكًا فِي صُلْبِ الْعَقْدِ مِنْهَا كَالْكِتَابَةِ عَلَى الْخَمْرِ وَالْخَزِيرِ أَوْ عَلَى قِيَمَتِهِ حَيْثُ دَخَلَ فِي الْبَدَلِ.

وَأَمَّا إِذَا لَمْ يَكُنْ فِي صُلْبِهِ كَمَا إِذَا شَرَطَ عَلَى الْمُكَاتَبِ أَنْ لَا يَخْرُجَ مِنَ الْكُوفَةِ فَلَهُ أَنْ يَخْرُجَ وَالْعَقْدُ صَحِيحٌ لِأَنَّ الْكِتَابَةَ تُشَبِّهُ الْبَيْعَ انْتِهَاءً لِأَنَّهُ مَالٌ فِي حَقِّ الْمَوْلَى وَلَا تَصِحُّ إِلَّا بِبَدَلٍ مَعْلُومٍ وَتَحْتَمِلُ الْفَسْخَ ابْتِدَاءً وَتُشَبِّهُ النِّكَاحَ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ لَيْسَ بِمَالٍ فِي حَقِّ نَفْسِهِ، وَلَا تَحْتَمِلُ الْفَسْخَ بَعْدَ تَمَامِ الْمَقْصُودِ فَالْحَقْنَاهُ بِالْبَيْعِ فِي شَرْطٍ تُمْكِنُ فِي صُلْبِ الْعَقْدِ وَبِالنِّكَاحِ فِيمَا لَمْ يَتِمَّ فِيهِ. وَأَمَّا الثَّانِي فَكَالْهِبَةِ وَالصَّدَقَةِ وَالنِّكَاحِ وَالْخُلْعِ وَالصُّلْحِ عَنْ دَمِ الْعَمْدِ فَإِنَّهَا لَا تَبْطُلُ بِالشَّرْطِ الْفَاسِدِ لِأَنَّ الْفَسَادَ بِاعْتِبَارِ إِفْضَائِهِ إِلَى الرِّبَا، وَذَلِكَ لَا يَتَحَقَّقُ إِلَّا فِي الْمَعَاوَضَاتِ، وَهَذِهِ تَبَرُّعَاتٌ وَإِسْقَاطَاتٌ وَالْهِبَةُ وَإِنْ كَانَتْ مِنْ قَبِيلِ التَّمْلِيكَاتِ لَكِنَّا عَرَفْنَا بِالنَّصِّ أَنَّ الشَّرْطَ الْفَاسِدَ لَا يُفْسِدُهَا، فَإِنَّهُ ﷺ أَجَازَ الْعُمَرَى وَأَبْطَلَ شَرْطَهُ لِلْمَعْمَرِ حَتَّى يَصِيرَ لَوَرْتَةِ الْمُوهُوبِ لَهُ لَا لَوَرْتَةِ الْمُعْمَرِ إِذَا شَرِطَ عَوْدَهُ فَيَصِحُّ الْعَقْدُ وَيَبْطُلُ الْاسْتِنَاءُ.

وَأَمَّا الثَّلَاثُ فَكَالْوَصِيَّةِ إِذَا أَوْصَى بِجَارِيَتِهِ لِرَجُلٍ وَاسْتَنَى حَمْلَهَا فَإِنَّهُ يَصِحُّ، وَالْجَارِيَةُ وَصِيَّةٌ وَالْحَمْلُ مِيرَاثٌ. أَمَّا عَدَمُ بَطْلَانِ الْوَصِيَّةِ فَلِأَنَّهَا لَيْسَتْ مِنَ الْمَعَاوَضَاتِ حَتَّى تَبْطُلَ بِالشَّرْطِ الْفَاسِدِ. وَأَمَّا صِحَّةُ الْاسْتِنَاءِ فَلَمَّا ذُكِرَ أَنَّ الْوَصِيَّةَ أُخْتُ الْمِيرَاثِ وَالْمِيرَاثُ يَجْرِي فِيمَا فِي الْبَطْنِ لِأَنَّهُ عَيْنٌ. بِخِلَافِ مَا إِذَا اسْتَنَى خِدْمَتَهَا لِأَنَّ الْمِيرَاثَ لَا يَجْرِي فِيهَا لِأَنَّهَا لَيْسَتْ بِعَيْنٍ، وَذَكَرَ ضَمِيرُ الْخِدْمَةِ عَلَى تَأْوِيلِ الْمَذْكُورِ وَاعْتَرَضَ عَلَى قَوْلِهِ الْأَصْلُ فِيهِ أَنَّ مَا لَا يَصِحُّ إِفْرَادُهُ بِالْعَقْدِ لَا يَصِحُّ اسْتِنَاؤُهُ مِنَ الْعَقْدِ أَنَّهُ يَلْزَمُ مِنْ ذَلِكَ أَنَّ مَا يَصِحُّ إِفْرَادُهُ بِالْعَقْدِ يَصِحُّ اسْتِنَاؤُهُ. وَالْخِدْمَةُ فِي الْوَصِيَّةِ مِمَّا يَصِحُّ إِفْرَادُهُ بِالْعَقْدِ بَأَنِّ قَالَ أَوْصَيْتُ بِخِدْمَةِ هَذِهِ الْجَارِيَةِ لِفُلَانٍ فَوَجَبَ أَنْ يَصِحَّ اسْتِنَاؤُهُ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ هَذَا الْعَكْسَ غَيْرُ لَازِمٍ؛ وَلَكِنْ سُلِمَ فَلَا يُسَلَمُ أَنَّ الْوَصِيَّةَ عَقْدٌ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ يَصِحُّ قَبُولُ الْمُوصَى لَهُ بَعْدَ مَوْتِ الْمُوصِي وَيَدْخُلُ الْمُوصَى بِهِ فِي مِلْكِ وَرْتَةِ الْمُوصَى لَهُ بِدُونِ

القبول بأن مات الموصي له قبل القبول فلا يتناول له لفظ العقد مطلقاً. ولقائل أن يقول: اعتبرتم الوصية عقداً وعكستم الأصل المذكور في الوصية بالجارية واستثناء الحمل حيث جعلتم الاستثناء في الحمل صحيحاً لصحة إفراده بالعقد ولم تعتبروا ذلك في الوصية بالجارية، واستثناء الخدمة مع صحة إفراده بالعقد، فما الفرق بينهما؟ والجواب أننا ما منعنا العكس وجوباً، وإنما منعنا لزومه. والفرق بينهما أن تصحيح الاستثناء يقتضي بقاء المستثنى لوارث الموصي. فما صلح أن يكون موروثاً كالحمل صححناه وما لم يصلح كالخدمة منعناه.

قال (ومن اشترى ثوباً على أن يقطعه البائع ويخيطة قميصاً أو قباءاً فالبائع فاسد)؛ لأنه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين؛ ولأنه يصير صفقة في صفقة على ما مر (ومن اشترى نعلاً على أن يحدوها البائع قال أو يشرکہا فالبائع فاسد) قال رضي الله عنه: ما ذكره جواب القياس، ووجهه ما بينا، وفي الاستحسان: يجوز للتعامل فيه فصار كصبيغ الثوب، وللتعامل جوازنا الاستصناع.

الشرح:

قال (ومن اشترى ثوباً على أن يقطعه البائع إلخ) قد تقدم وجه ذلك فلا نعيده، قال هاهنا صفقة في صفقة وفيما تقدم صفقتين في صفقة وكأنهما سواء، يشير إليه قوله على ما مر وقيل قال هناك صفقتين لأن فيه احتمال الإجارة، والعارية هاهنا صفقة إذ ليس فيه احتمال العارية.

قال (ومن اشترى نعلاً) هذا النعل بالمثل قطعاً به فهي تسمية الشيء باسم ما يتول إليه إذ الصرم هو الذي يقطع بالمثل، وشرك النعل وضع عليها الشراك وهو سيرها الذي على ظهر القدم، فمن اشترى صبراً واشترط أن يحدوه أو نعلاً على أن يشرکہا البائع فالبائع فاسد في القياس. ووجهه ما بيناه أنه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين.

وفي الاستحسان: يجوز للتعامل، والتعامل قاض على القياس لكونه إجماعاً فعلياً كصبيغ الثوب، فإن القياس لا يجوز استتجار الصباغ لصبيغ الثوب لأن الإجارة عقد على المنافع لا الأعيان وفيه عقد على العين وهو الصبغ لا الصبيغ وحده لكن جواز التعامل

جَوَازُ الاسْتِصْنَاعِ.

قَالَ (وَالْبَيْعُ إِلَى الثَّيْرُوزِ وَالْمَهْرَجَانِ وَصَوْمِ النَّصَارَى وَفِطْرِ الْيَهُودِ إِذَا لَمْ يَعْرِفِ الْمُتَبَايِعَانِ ذَلِكَ فَاسِدٌ لَجَهَالَةِ الْأَجَلِ) وَهِيَ مُفْضِيَّةٌ إِلَى الْمَنَازَعَةِ فِي الْبَيْعِ لَا بِتَأْجِيلِهَا عَلَى الْمَاكْسَةِ إِلَّا إِذَا كَانَا يَعْرِفَانِهِ لَكَوْنِهِ مَعْلُومًا عِنْدَهُمَا، أَوْ كَانَ التَّأْجِيلُ إِلَى فِطْرِ النَّصَارَى بَعْدَمَا شَرَعُوا فِي صَوْمِهِمْ؛ لِأَنَّ مُدَّةَ صَوْمِهِمْ مَعْلُومَةٌ بِالْأَيَّامِ فَلَا جَهَالَتهُ فِيهِ.

الشرح:

(وَالْبَيْعُ إِلَى الثَّيْرُوزِ) مُعَرَّبٌ تَوْرُوزٌ أَوَّلُ يَوْمٍ مِنَ الرَّبِيعِ (وَالْمَهْرَجَانِ) مُعَرَّبٌ مَهْرَكَانَ يَوْمٌ فِي طَرَفِ الْخَرِيفِ (وَصَوْمُ النَّصَارَى وَفِطْرُ الْيَهُودِ) وَمَعْنَاهُ تَأْجِيلُ الثَّمَنِ إِلَى هَذِهِ الْأَيَّامِ فَاسِدٌ إِذَا لَمْ يَعْرِفِ الْمُتَبَايِعَانِ مَقْدَارَ ذَلِكَ الزَّمَانِ (لَجَهَالَةِ الْأَجَلِ) الْمَفْضِيَّةُ إِلَى النَّزَاعِ لِابْتِنَاءِ الْمُبَايَعَةِ عَلَى الْمَاكْسَةِ أَيْ الْمَجَادَلَةِ فِي التَّقْصَانِ. وَالْمَاكْسَةُ مَوْجُودَةٌ فِي الْمُبَايَعَةِ إِلَى هَذَا الْأَجَلِ فَتَكُونُ الْجَهَالَةُ فِيهِ مُفْضِيَّةً إِلَى النَّزَاعِ وَمِثْلُهَا يُفْسِدُ الْبَيْعَ (وَإِنْ كَانَا يَعْرِفَانِ ذَلِكَ لَكَوْنِهِ مَعْلُومًا عِنْدَهُمَا أَوْ كَانَ التَّأْجِيلُ إِلَى فِطْرِ النَّصَارَى بَعْدَمَا شَرَعُوا فِي صَوْمِهِمْ) جَازٌ (لِأَنَّ مُدَّةَ صَوْمِهِمْ بِالْأَيَّامِ مَعْلُومَةٌ) وَهِيَ خَمْسُونَ يَوْمًا فَلَا جَهَالَتهُ.

قَالَ (وَلَا يَجُوزُ الْبَيْعُ إِلَى قُدُومِ الْحَاجِّ)، وَكَذَلِكَ إِلَى الْحَصَادِ وَالْدِّيَاسِ وَالْقِطَافِ وَالْجِرَازِ؛ لِأَنَّهَا تَتَقَدَّمُ وَتَتَأَخَّرُ، وَلَوْ كَفَلَ إِلَى هَذِهِ الْأَوْقَاتِ جَازًا؛ لِأَنَّ الْجَهَالَتهُ الْيَسِيرَةَ مُتَحَمِّلَةٌ فِي الْكِفَالَةِ وَهَذِهِ الْجَهَالَةُ يَسِيرَةٌ مُسْتَدْرَكَةٌ لِاخْتِلَافِ الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُمْ فِيهَا وَلِأَنَّهُ مَعْلُومُ الْأَصْلِ؛ أَلَا يَرَى أَنَّهَا تَحْتَمِلُ الْجَهَالَتهُ فِي أَصْلِ الدِّينِ بِأَنْ تُكْفَلَ بِمَا ذَابَ عَلَى فُلَانٍ فِيهِ الْوَصْفِ أَوَّلَى، بِخِلَافِ الْبَيْعِ فَإِنَّهُ لَا يَحْتَمِلُهَا فِي أَصْلِ الثَّمَنِ، فَكَذَا فِي وَصْفِهِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا بَاعَ مُطْلَقًا ثُمَّ أَجَلَ الثَّمَنَ إِلَى هَذِهِ الْأَوْقَاتِ حَيْثُ جَازًا؛ لِأَنَّ هَذَا تَأْجِيلٌ فِي الدِّينِ وَهَذِهِ الْجَهَالَةُ فِيهِ مُتَحَمِّلَةٌ بِمَنْزِلَةِ الْكِفَالَةِ، وَلَا كَذَلِكَ اشْتِرَاطُهُ فِي أَصْلِ الْعَقْدِ؛ لِأَنَّهُ يَبْطُلُ بِالشَّرْطِ الْفَاسِدِ.

الشرح:

قَالَ (وَلَا يَجُوزُ الْبَيْعُ إِلَى قُدُومِ الْحَاجِّ إلخ) الْحَصَادُ يَفْتَحُ الْحَاءُ وَكَسْرُهَا قَطْعُ الزُّرُوعِ، وَالْدِّيَاسُ أَنْ يُوطَأَ الْمَحْصُودُ بِقَوَائِمِ الدُّوَابِّ مِنَ الدَّوْسِ وَهُوَ شِدَّةُ وَطْءِ الشَّيْءِ بِالْقَدَمِ، وَالْقِطَافُ بِكَسْرِ الْقَافِ قَطْعُ الْعِنَبِ مِنَ الْكَرْمِ وَالْفَتْحُ فِيهِ لُغَةٌ، وَالْجِرَازُ قَطْعُ

الصُّوفِ وَالنَّحْلِ وَالزَّرْعِ وَالشَّعْرِ وَالتَّبَعِ إِلَى وَقْتِ قُدُومِ الْحَاجِّ وَإِلَى هَذِهِ الْأَوْقَاتِ غَيْرُ جَائِزٍ لِلْجَهَالَةِ الْمُضْطَّيَّةِ إِلَى التَّرَاجُعِ بِتَقَدُّمِ هَذِهِ الْأَوْقَاتِ وَتَأَخُّرِهَا، وَالْكَفَالَةُ إِلَى هَذِهِ الْأَوْقَاتِ جَائِزَةٌ (لَأَنَّ الْجَهَالََةَ الْيَسِيرَةَ مُتَحَمِّلَةٌ فِي الْكَفَالَةِ، أَلَا تَرَى أَنَّهَا تَحْتَمِلُ الْجَهَالََةَ فِي أَصْلِ الدِّينِ بِأَنْ يَكْفُلَ بِمَا ذَابَ عَلَى فُلَانٍ فِيهِ وَصْفِهِ أَوَّلِي) لَكُونَ الْأَصْلُ أَقْوَى مِنْ الْوَصْفِ (وَهَذِهِ الْجَهَالَةُ يَسِيرَةٌ لِاخْتِلَافِ الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ فِيهَا) فَعَائِشَةُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا كَانَتْ تُجِيزُ الْبَيْعَ إِلَى الْعَطَاءِ وَإِنْ احْتَمَلَ التَّقَدُّمُ وَالتَّأَخُّرُ لَكُونَهَا يَسِيرَةً، وَابْنُ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا مَنَعَهُ وَتَحَنُّنُ أَحَدُنَا بِقَوْلِهِ، وَهَذَا قَدْ يُشِيرُ إِلَى أَنَّ الْجَهَالََةَ الْيَسِيرَةَ مَا كَانَتْ فِي التَّقَدُّمِ وَالتَّأَخُّرِ، وَالْفَاحِشَةُ مَا كَانَ فِي الْوُجُودِ كَهُبُوبِ الرِّيحِ مَثَلًا، وَالْبَيْعُ لَمَّا لَمْ يَكُنْ مُحْتَمِلًا لِلْجَهَالَةِ فِي أَصْلِ الثَّمَنِ لَمْ يَكُنْ مُحْتَمِلًا لَهَا فِي وَصْفِهِ. وَرَدُّ بَأَنَّهُ لَا يَلْزَمُ مِنْ عَدَمِ تَحْمُلِ أَصْلِ الثَّمَنِ عَدَمُ تَحْمُلِ وَصْفِهِ لِأَنَّ الْأَصْلَ أَقْوَى إِذْ هُوَ يُوجَدُ بِدُونِ الْوَصْفِ الْخَاصِّ دُونَ عَكْسِهِ.

وَأُجِيبَ بِأَنَّ الْمَانِعَ مِنْ تَحْمُلِ أَصْلِ الثَّمَنِ الْجَهَالََةُ هُوَ إِفْضَاؤُهَا إِلَى التَّرَاجُعِ وَهُوَ مَوْجُودٌ فِي جَهَالَةِ الْوَصْفِ فَيَمْنَعُهُ. وَإِذَا بَاعَ مُطْلَقًا ثُمَّ أَجَلَ الثَّمَنَ إِلَى هَذِهِ الْأَوْقَاتِ صَحَّ لَكُونِهِ تَأْجِيلَ الدِّينِ (وَهَذِهِ الْجَهَالَةُ مُتَحَمِّلَةٌ فِيهِ بِمَنْزِلَةِ الْكَفَالَةِ) لَعَدَمِ ابْتِنَائِهِ عَلَى الْمُمَاكَسَةِ، وَلَا كَذَلِكَ اشْتِرَاطُهُ فِي أَصْلِ الْعَقْدِ (لَأَنَّهُ يَفْسُدُ بِالشَّرْطِ الْفَاسِدِ)

(وَلَوْ بَاعَ إِلَى هَذِهِ الْأَجَالِ ثُمَّ تَرَاضِيًا بِإِسْقَاطِ الْأَجَلِ قَبْلَ أَنْ يَأْخُذَ النَّاسُ فِي الْحَصَادِ وَالذِّيَّاسِ وَقَبْلَ قُدُومِ الْحَاجِّ جَازَ الْبَيْعُ أَيْضًا. وَقَالَ زُفَرٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَا يَجُوزُ؛ لِأَنَّهُ وَقَعَ فَاسِدًا فَلَا يَنْقَلِبُ جَائِزًا وَصَارَ كِاسْقَاطِ الْأَجَلِ فِي النِّكَاحِ إِلَى أَجَلٍ) وَلَنَا أَنَّ الْفُسَادَ لِلْمُنَازَعَةِ وَقَدْ ارْتَفَعَ قَبْلَ تَقَرُّرِهِ وَهَذِهِ الْجَهَالَةُ فِي شَرْطِ زَائِدٍ لَا فِي صُلْبِ الْعَقْدِ فَيُمْكِنُ إِسْقَاطُهُ، بِخِلَافِ مَا إِذَا بَاعَ الدَّرْهَمَ بِالدَّرْهَمَيْنِ ثُمَّ أَسْقَطَا الدَّرْهَمَ الزَّائِدَ؛ لِأَنَّ الْفُسَادَ فِي صُلْبِ الْعَقْدِ، وَبِخِلَافِ النِّكَاحِ إِلَى أَجَلٍ؛ لِأَنَّهُ مُتَعَةٌ وَهُوَ عَقْدٌ غَيْرُ عَقْدِ النِّكَاحِ، وَقَوْلُهُ فِي الْكِتَابِ ثُمَّ تَرَاضِيًا خَرَجَ وَفَاقًا؛ لِأَنَّ مَنْ لَهُ الْأَجَلُ يَسْتَبِيدُ بِإِسْقَاطِهِ؛ لِأَنَّهُ خَالِصُ حَقِّهِ.

الشرح:

(وَلَوْ بَاعَ إِلَى هَذِهِ الْأَجَالِ) أَعْنِي التَّيَرُورَ وَالْمَهْرَجَانَ إِلَى آخِرِ مَا ذَكَرْنَا مِنْ الْقِطَافِ وَالْجِزَارِ ثُمَّ تَرَاضِيًا بِإِسْقَاطِ الْأَجَلِ قَبْلَ تَحَقُّقِ هَذِهِ الْأَوْقَاتِ انْقَلَبَ الْبَيْعُ

جائزاً، خلافاً لزفر رحمه الله.

وهو يقول: انعقد فاسداً فلا يتقلب جائزاً كإسقاط الأجل في النكاح: يعني على أصلكم. وأما على قول زفر فالنكاح إلى أجل جائز والشرط باطل كما تقدم في النكاح، وهو استدلال من جانب زفر بما لم يقل به وليس على ما ينبغي، وقد قررناه في التقرير وقلنا الفساد للمنازعة، والمنازعة إنما تتحقق عند حلول الأجل، فإذا أسقطه ارتفع المفسد قبل تقريره فيعود جائزاً. فإن قيل: الجهالة تقرر في ابتداء العقد فلا يفيد سقوطها كما إذا باع الدرهم بالدرهمين ثم أسقط الدرهم الزائد. أجاب بأن هذه الجهالة في شرط زائد وهو الأجل لا في صلب العقد فيمكن إسقاطه، بخلاف ما ذكرت فإن الفساد فيه في صلب العقد. واعترض بأنه إذا نكح بغير شهود ثم أشهد بعد النكاح فإنه لا يتقلب جائزاً وليس الفساد في صلب العقد.

فإذا باع إلى أن يهب الريح ثم أسقط الأجل لا يتقلب جائزاً. وأجيب عن الأول بأن الفساد فيه لعدم الشرط فهو قوي كما لو كان في صلب العقد، ألا ترى أن من صلى بغير طهارة ثم تطهر لم يتقلب صلاته جائزة، وعن الثاني بأن هبوب الريح ليس بأجل لأن الأجل ما يكون منتظراً والهبوب قد يكون متصلاً بكلامه قوله وبخلاف النكاح) جواب عن قياس زفر على النكاح. وتقريره أننا قد قلنا إن العقد الفاسد قد يتقلب جائزاً قبل تقرير المفسد، ولم نقل إن عقداً يتقلب عقداً آخر، والنكاح إلى أجل متعة وهي عقد غير عقد النكاح فلا يتقلب نكاحاً (قوله في الكتاب) أي القدوري ثم تراضياً خرج وفقاً لأن من له الأجل يستبد بإسقاطه لأنه خالص حقه.

قال (ومن جمع بين حر وعبد أو شاة ذكيت وميتة بطل البيع فيهما) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: إن سمى لكل واحد منهما ثمناً جاز في العبد والشاة الذكيت (وإن جمع بين عبد ومدبر أو بين عبده وعبد غيره صح البيع في العبد بحصته من الثمن) عند علمائنا الثلاثة، وقال زفر رحمه الله: فسد فيهما، ومتروك التسمية عامداً كالميتة، والمكاتب وأم الولد كالمدبر له الاعتبار بالفصل الأول، إذ محلية البيع منتفية بالإضافة إلى الكل ولهما أن الفساد بقدر المفسد فلا يتعدى إلى القن، كمن جمع بين الأجنبية وأخته في النكاح، بخلاف ما إذا لم يسَمِ ثمن

كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا؛ لِأَنَّهُ مَجْهُولٌ وَلَأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَهُوَ الْفَرْقُ بَيْنَ الْفَصْلَيْنِ أَنْ الْحُرَّ لَا يَدْخُلُ تَحْتَ الْعَقْدِ أَصْلًا؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمَالٍ وَالْبَيْعُ صَفَقَةٌ وَاحِدَةٌ فَكَانَ الْقَبُولُ فِي الْحُرِّ شَرْطًا لِلْبَيْعِ فِي الْعَبْدِ وَهَذَا شَرْطٌ فَاسِدٌ، بِخِلَافِ النِّكَاحِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَبْطُلُ بِالشَّرْطِ الْفَاسِدَةِ، وَأَمَّا الْبَيْعُ فِي هَؤُلَاءِ مَوْقُوفٌ وَقَدْ دَخَلُوا تَحْتَ الْعَقْدِ لِقِيَامِ الْمَالِيَّةِ وَلِهَذَا يَنْفُذُ فِي عَبْدٍ الْغَيْرِ بِإِجَازَتِهِ، وَفِي الْمَكَاتِبِ بِرِضَاهُ فِي الْأَصَحِّ، وَفِي الْمُدَبَّرِ بِقَضَاءِ الْقَاضِي، وَكَذَا فِي أُمِّ الْوَلَدِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمُ اللَّهُ، إِلَّا أَنَّ الْمَالِكَ بِاسْتِحْقَاقِهِ الْمَبِيعَ وَهَؤُلَاءِ بِاسْتِحْقَاقِهِمْ أَنْفُسَهُمْ رَدُّوا الْبَيْعَ فَكَانَ هَذَا إِشَارَةً إِلَى الْبَقَاءِ، كَمَا إِذَا اشْتَرَى عَبْدَيْنِ وَهَلَكَ أَحَدُهُمَا قَبْلَ الْقَبْضِ، وَهَذَا لَا يَكُونُ شَرْطُ الْقَبُولِ فِي غَيْرِ الْمَبِيعِ وَلَا بَيْعًا بِالْحَصْصَةِ ابْتِدَاءً وَلِهَذَا لَا يُشْتَرَطُ بَيَانُ ثَمَنِ كُلِّ وَاحِدٍ فِيهِ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ جَمَعَ بَيْنَ حُرٍّ وَعَبْدٍ أَوْ شَاةٍ ذَكِيَّةٍ وَمَيْتَةٍ الْخ) إِذَا جَمَعَ فِي الْبَيْعِ بَيْنَ حُرٍّ وَعَبْدٍ أَوْ شَاةٍ ذَكِيَّةٍ وَمَيْتَةٍ بَطَلَ الْبَيْعُ فِيهِمَا مُطْلَقًا أَغْنَى سَوَاءُ فَصَلَّ الثَّمَنُ أَوْ لَمْ يُفْصَلْ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: إِنْ سَمِيَ لِكُلِّ وَاحِدٍ ثَمَنًا مِثْلُ أَنْ يَقُولَ اشْتَرَيْتُهُمَا بِأَلْفِ دِرْهَمٍ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا خَمْسُمِائَةٍ جَازَ الْعَقْدُ فِي الْعَبْدِ وَالذَّكِيَّةِ (وَإِنْ جَمَعَ بَيْنَ عَبْدٍ وَمُدَبَّرٍ أَوْ بَيْنَ عَبْدِهِ وَعَبْدٍ غَيْرِهِ صَحَّ الْعَقْدُ فِي الْعَبْدِ بِحَصْصَتِهِ مِنَ الثَّمَنِ عِنْدَهُمْ خِلَافًا لِزُفَرٍ رَحِمَهُ اللَّهُ فِيهِمَا) أَيُّ فِي الْعَبْدِ وَالْمُدَبَّرِ. أَوْ فِي الْجَمْعَيْنِ جَمِيعًا (وَمَتْرُوكُ التَّسْمِيَةِ عَامِدًا كَالْمَيْتَةِ وَالْمَكَاتِبِ وَأُمُّ الْوَلَدِ كَالْمُدَبَّرِ)، فَإِنْ قِيلَ: مَتْرُوكُ التَّسْمِيَةِ مُجْتَهَدٌ فِيهِ فَصَارَ كَالْمُدَبَّرَةِ فَيَجِبُ جَوَازُ بَيْعِهِ مَعَ الْمَذْكُورِ كَبَيْعِ الْقَنْ مَعَ الْمُدَبَّرِ. أُجِيبَ بِأَنَّهُ لَيْسَ بِمُجْتَهَدٍ فِيهِ بَلْ خَطَأٌ بَيْنَ لِمُخَالَفَةِ الدَّلِيلِ الظَّاهِرِ وَهُوَ قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿فَكُلُّوا مِمَّا ذُكِّرَ اسمُ اللَّهِ عَلَيْهِ﴾ [الأنعام: ١١٨] حَتَّى أَنْ الْقَاضِي إِذَا قَضَى بِحِلِّهِ لَا يَنْفُذُ الْقَضَاءُ فَكَانَ بِمَنْزِلَةِ مَنْ جَمَعَ بَيْنَ الْحُرِّ وَالْعَبْدِ فِي الْبَيْعِ (لِزُفَرٍ الْاِعْتِبَارُ بِالْفَصْلِ) الْأَوَّلِ: يَعْنِي بَيْنَ الْحُرِّ وَالْعَبْدِ بِجَمَاعٍ انْتِفَاءِ الْمَحَلِّيَةِ فِي حَقِّ الْجَمِيعِ.

وَلَأَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: إِذَا سَمِيَ لِكُلِّ ثَمَنًا أَنْ الْفَسَادَ بِقَدْرِ الْمُسْفِدِ إِذَا الْحُكْمُ يَثْبُتُ بِقَدْرِ دَلِيلِهِ وَالْمُسْفِدُ فِي الْحُرِّ كَوْنُهُ لَيْسَ بِمَحَلٍّ لِلْبَيْعِ وَهُوَ مُخْتَصٌّ بِهِ دُونَ الْقَنْ فَلَا يَتَعَدَّاهُ كَمَا إِذَا جَمَعَ بَيْنَ الْأَجْنَبِيَّةِ وَأُخْتِهِ فِي عَقْدِ النِّكَاحِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا لَمْ يُسَمَّ ثَمَنٌ

كُلِّ وَاحِدٍ لِأَنَّ تَمَنَّ الْعَبْدِ مَجْهُولٌ. وَلَأَيِّ حَنِيفَةٍ رَحِمَهُ اللَّهُ وَهُوَ الْفَرْقُ بَيْنَ فَصْلِ الْحُرِّ وَالْمُدَبِّرِ مَعَ الْقَنْ أَنْ الْحُرَّ لَا يَدْخُلُ تَحْتَ الْعَقْدِ أَصْلًا لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمَالٍ وَالْبَيْعُ صَفَقَةٌ وَاحِدَةٌ بِدَلِيلٍ أَنَّ الْمُشْتَرِيَّ لَا يَمْلِكُ قَوْلَ الْعَقْدِ فِي أَحَدِهِمَا دُونَ الْآخَرِ، وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ كَانَ قَبُولُ الْعَقْدِ فِيمَا لَا يَصِحُّ فِيهِ الْعَقْدُ شَرْطًا لَصِحَّةِ الْعَقْدِ فِيمَا يَصِحُّ فِيهِ فَكَانَ شَرْطًا فَاسِدًا، وَفِيهِ نَظَرٌ. أَمَّا أَوَّلًا فَلَأَنَّهُ إِذَا بَيَّنَّ تَمَنَّ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا كَانَتْ الصَّفَقَةُ مُتَّفَرِّعَةً وَحِينَئِذٍ لَا يَكُونُ قَوْلُ الْعَقْدِ فِي الْحُرِّ شَرْطًا لِلْبَيْعِ فِي الْعَبْدِ.

وَأَمَّا ثَانِيًا فَلَأَنَّ الشَّرْطَ الْفَاسِدَ هُوَ مَا يَكُونُ فِيهِ مَنَفَعَةٌ لِأَحَدِ الْمُتَعَاقِدَيْنِ أَوْ لِلْمَعْقُودِ عَلَيْهِ حَتَّى يَكُونَ فِي مَعْنَى الرَّبَا، وَلَيْسَ فِي قَبُولِ الْعَقْدِ فِي الْحُرِّ مَنَفَعَةٌ لِأَحَدِهِمَا وَلَا لِلْمَعْقُودِ عَلَيْهِ فَلَا يَكُونُ شَرْطًا فَاسِدًا. وَأَمَّا ثَالثًا فَلَأَنَّ قَبُولَ الْعَقْدِ فِي الْحُرِّ إِذَا يَكُونُ شَرْطًا لِقَبُولِ الْعَقْدِ فِي الْعَبْدِ إِذَا صَحَّ الْإِجَابُ فِيهِمَا لَثَلَا يَتَضَرَّرُ الْبَائِعُ بِقَبُولِ الْعَقْدِ فِي أَحَدِهِمَا دُونَ الْآخَرِ وَلَمْ يُوجَدْ فِيمَا نَحْنُ فِيهِ فَصَارَ كَالْجَمْعِ بَيْنَ الْعَبْدِ وَالْمُدَبِّرِ وَأُجِيبَ عَنِ الْأَوَّلِ بِأَنَّ الصَّفَقَةَ مُتَّحِدَةً فِي مِثْلِهِ إِذَا لَمْ يُكْرَرْ الْبَيْعُ أَوْ الشِّرَاءُ، وَقَدْ تَقَدَّمَ فِي أَوَّلِ الْيُبُوعِ.

وَعَنِ الثَّانِي بِأَنَّ فِي قَبُولِ الْعَقْدِ فِي الْحُرِّ مَنَفَعَةً لِلْبَائِعِ، فَإِنَّهُ إِذَا بَاعَهُمَا بِأَلْفٍ وَالْحُرَّ لَيْسَ بِمَالٍ يُقَابَلُهُ بِدَلٍّ فَكَأَنَّهُ قَالَ بَعْتُ هَذَا الْعَبْدَ بِخَمْسِمِائَةٍ عَلَى أَنْ يُسَلَّمَ إِلَيَّ خَمْسِمِائَةٍ أُخْرَى فَيُتَّفَعُ بِفَضْلِ خَالَ عَنِ الْعَوَضِ فِي الْبَيْعِ وَهُوَ الرَّبَا. وَعَنِ الثَّلَاثِ بِأَنَّ الْإِجَابَ إِذَا صَحَّ فِيهَا صَحَّ الْعَقْدُ وَالشَّرْطُ جَمِيعًا فَلَا يَكُونُ فِيمَا نَحْنُ فِيهِ، وَإِذَا ظَهَرَ هَذَا ظَهَرَ الْفَرْقُ بَيْنَ الْفَصْلَيْنِ وَتَمَّ جَوَابُ زُفَرٍ عَنِ التَّسْوِيَةِ بَيْنَهُمَا (قَوْلُهُ بِخِلَافِ النِّكَاحِ) جَوَابٌ عَنِ قِيَاسِهِمَا عَلَى النِّكَاحِ بِأَنَّ النِّكَاحَ لَا يَبْطُلُ بِالشَّرْطِ الْفَاسِدِ، بِخِلَافِ الْبَيْعِ.

وَقَوْلُهُ أَمَّا الْبَيْعُ فِي هَؤُلَاءِ مُتَّصِلٌ بِقَوْلِهِ لِأَنَّ الْحُرَّ لَا يَدْخُلُ تَحْتَ الْعَقْدِ، وَأَرَادَ بِهِؤُلَاءِ الْمُدَبِّرَ وَالْمُكَاتَّبَ وَأُمَّ الْوَلَدِ وَعَبْدَ الْغَيْرِ فَإِنَّهُمْ دَخَلُوا تَحْتَ الْعَقْدِ لِقِيَامِ الْمَالِيَةِ فَإِنَّهَا بِاعْتِبَارِ الرِّقِّ وَالتَّقْوِيمِ وَهُمَا مَوْجُودَانِ (قَوْلُهُ وَلِهَذَا يُنْفَذُ) يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ تَوْضِيحًا لِقَوْلِهِ مَوْقُوفٌ، فَإِنَّ الْبَيْعَ فِي عَبْدٍ غَيْرِ مَوْقُوفٍ عَلَى إِجَارَتِهِ، وَفِي الْمُكَاتَّبِ عَلَى رِضَاهُ فِي أَصَحِّ الرُّوَايَتَيْنِ، وَفِي الْمُدَبِّرِ عَلَى قَضَاءِ الْقَاضِي، وَكَذَا إِذَا قَضَى الْقَاضِي بِجَوَازِ بَيْعِ أُمِّ

الْوَلَدُ تَفَدَّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ خِلَافًا لِمُحَمَّدٍ بِنَاءً عَلَى أَنَّ
الْإِجْمَاعَ اللاحقَ يَرْفَعُ الاختلافَ السَّابِقَ عِنْدَهُ فَيَكُونُ الْقَضَاءُ عَلَى خِلَافِ الْإِجْمَاعِ فَلَا
يَتَفَدَّى، وَعِنْدَهُمَا لَا يَرْفَعُ فَيَكُونُ الْقَضَاءُ فِي فَصْلِ مُجْتَهِدٍ فِيهِ فَيَتَفَدَّى فَقَدْ عُرِفَ ذَلِكَ فِي
أُصُولِ الْفَقْهِ.

فَإِنْ قِيلَ: كَيْفَ يَصِحُّ قَوْلُهُ مَوْقُوفٌ وَقَدْ قَالَ فِي أَوَّلِ الْبَابِ وَيَنْعَى أُمُّ الْوَلَدِ وَالْمُدَبِّرُ
وَالْمُكَاتِبُ بَاطِلٌ؟ فَالْجَوَابُ أَنَّهُ بَاطِلٌ إِذَا لَمْ يُجَزَّ الْمُكَاتِبُ وَلَمْ يَقْضِ الْقَاضِي بِجَوَازِ يَنْعَى
الْمُدَبِّرِ وَأُمُّ الْوَلَدِ يَدُلُّ عَلَى ذَلِكَ تَمَامُ كَلَامِهِ هُنَاكَ، وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ تَوْضِيحًا لِقِيَامِ
الْمَالِيَّةِ، فَإِنَّ الْإِجَازَةَ وَقَضَاءَ الْقَاضِي لَا يَتَفَدَّى فِي غَيْرِ مَحَلِّهِ، وَإِذَا تَفَدَّى هَاهُنَا عَرَفْنَا الْمَحَلِّيَّةَ
فِيهَا وَلَا مَحَلَّ لِلْبَيْعِ إِلَّا بِقِيَامِ الْمَالِيَّةِ فَعَرَفْنَا أَنَّهُمْ دَخَلُوا فِي الْعَقْدِ فَكَانَ الْوَاجِبُ أَنْ لَا
يَكُونَ الْعَقْدُ فِيهِمْ فَاسِدًا، إِلَّا أَنْ الْمَالِكُ بِاسْتِحْقَاقِهِ الْمَبِيعَ وَهَؤُلَاءِ بِاسْتِحْقَاقِهِمْ أَنْفُسَهُمْ
رَدُّوا الْبَيْعَ. وَهَذَا أَيْ الرَّدُّ بِالِاسْتِحْقَاقِ لَا يَكُونُ إِلَّا فِي الْبَقَاءِ، فَكَانَ كَمَا إِذَا اشْتَرَى
عَبْدَيْنِ وَهَلَكَ أَحَدُهُمَا قَبْلَ الْقَبْضِ بَقِيَ الْعَقْدُ فِي الْبَاقِي بِحِصَّتِهِ مِنَ الثَّمَنِ بَقَاءً فَلَمْ يَمْنَعْ
مِنَ الصَّحَّةِ، وَهَذَا أَيْ الْجَمْعُ بَيْنَ الْقَنْ وَأَحَدِ الْمَذْكُورَيْنِ لَا يَكُونُ شَرْطًا لِلْقَبُولِ فِي غَيْرِ
الْمَبِيعِ وَلَا يَنْعَى بِالْحِصَّةِ ابْتِدَاءً بَعْدَمَا ثَبَتَ دُخُولُهُمْ فِي الْمَبِيعِ، وَلِهَذَا لَا يُشْتَرَطُ حَالَةُ الْعَقْدِ
يَبَانَ ثَمَنٍ كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْعَبْدِ وَالْمُدَبِّرِ فِيهِ: أَيْ فِيمَا إِذَا جَمَعَ بَيْنَ الْقَنْ وَالْمُدَبِّرِ

فصل في أحكامه

(وَإِذَا قَبِضَ الْمُشْتَرِي الْمَبِيعَ فِي الْبَيْعِ الْفَاسِدِ بِأَمْرِ الْبَائِعِ وَفِي الْعَقْدِ عَوْضَانِ كُلِّ
وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَالٌ مَلَكَ الْمَبِيعَ وَلَزِمَتْهُ قِيمَتُهُ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَا يَمْلِكُهُ وَإِنْ
قَبِضَهُ؛ لِأَنَّهُ مَحْظُورٌ فَلَا يَنَالُ بِهِ نِعْمَةُ الْمَلِكِ؛ وَلِأَنَّ النِّهْيَ نَسَخَ لِلْمَشْرُوعِيَّةِ لِلتَّضَادِّ، وَلِهَذَا
لَا يُفِيدُهُ قَبْضُ الْقَبْضِ، وَصَارَ كَمَا إِذَا بَاعَ بِالْمَيْتَةِ أَوْ بَاعَ الْخَمْرَ بِالدَّرَاهِمِ. وَلَنَا أَنْ رُكْنَ
الْبَيْعِ صَدَرَ مِنْ أَهْلِهِ. مُضَافًا إِلَى مَحَلِّهِ فَوَجَبَ الْقَوْلُ بِإِنْعِقَادِهِ، وَلَا خَفَاءَ فِي الْأَهْلِيَّةِ
وَالْمَحَلِّيَّةِ. وَرُكْنُهُ: مُبَادَلَةُ الْمَالِ بِالْمَالِ، وَفِيهِ الْكَلَامُ وَالنِّهْيُ يَقَرَّرُ الْمَشْرُوعِيَّةَ عِنْدَنَا
لِاقتِضَائِهِ التَّصَوُّورَ فَتَنْفُسُ الْبَيْعِ مَشْرُوعٌ، وَبِهِ تَنَالُ نِعْمَةُ الْمَلِكِ وَإِنَّمَا الْمَحْظُورُ مَا يَجَاوِرُهُ
كَمَا فِي الْبَيْعِ وَقْتَ النَّدَاءِ، وَإِنَّمَا لَا يَثْبُتُ الْمَلِكُ قَبْلَ الْقَبْضِ كَي لَا يُؤَدِّيَ إِلَى تَقْرِيرِ
الْفَسَادِ الْمُجَاوِرِ إِذْ هُوَ وَاجِبُ الرُّفْعِ بِالِاسْتِرْدَادِ فَبِالِامْتِنَاعِ عَنِ الْمَطَالَبَةِ أَوَّلَى، وَلِأَنَّ السَّبَبَ

قَدْ ضَعُفَ لِمَكَانِ اقْتِرَانِهِ بِالْقَبِيحِ فَيُشْتَرَطُ اعْتِضَادُهُ بِالْقَبْضِ فِي إِفَادَةِ الْحُكْمِ بِمَنْزِلَةِ
الْهَبَةِ، وَالْمَيْتَةِ لَيْسَتْ بِمَالٍ فَانْعَدَمَ الرُّكْنُ، وَلَوْ كَانَ الْخَمْرُ مُثْمَنًا فَقَدْ خَرَجْنَا وَهِيَ
آخِرٌ وَهُوَ أَنَّ فِي الْخَمْرِ الْوَاجِبَ هُوَ الْقِيَمَةُ وَهِيَ تَصْلُحُ ثَمَنًا لَا مُثْمَنًا. ثُمَّ شَرَطَ أَنْ يَكُونَ
الْقَبْضُ بِإِذْنِ الْبَائِعِ وَهُوَ الظَّاهِرُ، إِلَّا أَنَّهُ يَكْتَفِي بِهِ دَلَالَةٌ كَمَا إِذَا قَبِضَهُ فِي مَجْلِسِ الْعَقْدِ
اسْتِحْسَانًا، وَهُوَ الصَّحِيحُ؛ لِأَنَّ الْبَيْعَ تَسْلِيطٌ مِنْهُ عَلَى الْقَبْضِ، فَإِذَا قَبِضَهُ بِحَضْرَتِهِ قَبْلَ
الْاِفْتِرَاقِ وَلَمْ يَنْهَهُ كَانَ بِحُكْمِ التَّسْلِيطِ السَّابِقِ، وَكَذَا الْقَبْضُ فِي الْهَبَةِ فِي مَجْلِسِ
الْعَقْدِ يَصِحُّ اسْتِحْسَانًا، وَشَرَطَ أَنْ يَكُونَ فِي الْعَقْدِ عَوْضَانِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَالٌ
لِيَتَحَقَّقَ رُكْنُ الْبَيْعِ وَهُوَ مُبَادَلَةُ الْمَالِ فَيَخْرُجُ عَلَيْهِ الْبَيْعُ بِالْمَيْتَةِ وَالْدَّمِ وَالْحُرِّ وَالرَّيْحِ
وَالْبَيْعِ مَعَ نَفْسِ الثَّمَنِ، وَقَوْلُهُ لَزِمَتُهُ قِيَمَتُهُ، فِي ذَوَاتِ الْقِيَمِ، فَأَمَّا فِي ذَوَاتِ الْأَمْثَالِ
فَيَلْزِمُهُ الْمِثْلُ؛ لِأَنَّهُ مَضْمُونٌ بِنَفْسِهِ بِالْقَبْضِ فَشَابَهُ الْغَضَبُ، وَهَذَا؛ لِأَنَّ الْمِثْلَ صُورَةٌ وَمَعْنَى
أَعْدَلَ مِنَ الْمِثْلِ مَعْنَى.

الشرح:

(فَصْلٌ فِي أَحْكَامِهِ) وَإِذَا قَبِضَ الْمُشْتَرِي الْمَبْعُوعَ. لَمَّا كَانَ حُكْمُ الشَّيْءِ لَكُونِهِ أَثَرًا
ثَابِتًا بِهِ يَعْقِبُهُ ذِكْرُ أَحْكَامِ الْبَيْعِ الْفَاسِدِ عَقِيبُهُ، وَالْبَيْعُ عِنْدَنَا يَنْقَسِمُ بِاعْتِبَارِ غَيْرِ مَا مَرَّ إِلَى
صَحِيحٍ وَفَاسِدٍ وَبَاطِلٍ وَمَوْقُوفٍ، وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ إِلَى صَحِيحٍ وَبَاطِلٍ لَا غَيْرَ (وَإِذَا قَبِضَ
الْمُشْتَرِي الْمَبْعُوعَ فِي الْبَيْعِ الْفَاسِدِ بِأَمْرِ الْبَائِعِ) يَعْنِي بِإِذْنِهِ (وَفِي الْعَقْدِ عَوْضَانِ مَالَانِ
مَلِكِ الْمَبْعُوعِ وَلَزِمَتُهُ الْقِيَمَةُ) ذَكَرَ الْقَبْضَ لَتَرْتَّبِ الْأَحْكَامُ عَلَيْهِ، وَذَكَرَ الْبَيْعَ الْفَاسِدَ لِأَنَّ
الْبَاطِلَ لَا يُفِيدُ شَيْئًا وَإِنْ اتَّصَلَ بِهِ الْقَبْضُ وَأَمْرُ الْبَائِعِ، يَعْنِي بِهِ: الْإِذْنُ فِي الْقَبْضِ أَعْمُ
مِنْ كَوْنِهِ صَرِيحًا أَوْ دَلَالَةً، وَالْمَعْنَى بِدَلَالَةِ الْإِذْنِ هُوَ أَنْ يَقْبِضَهُ عَقِيبَ الْعَقْدِ بِحَضْرَةِ
الْبَائِعِ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ بِحَضْرَةِ الْبَائِعِ لَمْ يَمْلِكْهُ بِخِلَافِ الصَّرِيحِ فَإِنَّهُ يُفِيدُ مُطْلَقًا، وَقَدْ أَنْ
يَكُونَ فِي الْعَقْدِ عَوْضَانِ مَالَانِ لِفَائِدَةِ سَنَدُكُرْهَا.

وَقَوْلُهُ مَلِكِ الْمَبْعُوعِ هُوَ قَوْلُ عَامَّةِ الْمَشَائِخِ سِوَى أَهْلِ الْعِرَاقِ فَإِنَّهُمْ يَقُولُونَ الْمَبْعُوعُ
فِي الْبَيْعِ الْفَاسِدِ مَمْلُوكٌ التَّصَرُّفِ لَا مَمْلُوكُ الْعَيْنِ وَقَدْ تَقَدَّمَ الْكَلَامُ فِيهِ (وَقَالَ الشَّافِعِيُّ
رَحِمَهُ اللَّهُ: الْقَبْضُ فِي الْبَيْعِ الْفَاسِدِ لَا يُفِيدُ الْمَلِكَ لِأَنَّهُ مَحْظُورٌ) وَالْمَحْظُورُ (لَا تُنَالُ بِهِ
نِعْمَةُ الْمَلِكِ) لِأَنَّ الْمُنَاسَبَةَ بَيْنَ الْأَسْبَابِ وَالْمُسَبِّبَاتِ لَا بُدَّ مِنْهَا وَلِأَنَّ النَّهْيَ نَسْخَ

لِلْمَشْرُوعِيَّةِ (لِلتَّضَادِّ) بَيْنَ النَّهْيِ وَالْمَشْرُوعِيَّةِ إِذِ النَّهْيُ يَقْتَضِي الْقَبْحَ وَالْمَشْرُوعِيَّةُ تَقْتَضِي الْحُسْنَ وَيَتَّبَعُهُمَا مُنَافَاةٌ وَالْمَنْسُوخُ الْمَشْرُوعِيَّةُ لَا يُفِيدُ حُكْمًا شَرْعِيًّا (وَلِهَذَا لَا يُفِيدُهُ قَبْلُ الْقَبْضِ وَصَارَ كَمَا إِذَا بَاعَ الْحَمْرَ بِالْدَّرَاهِمِ) أَوْ الدَّنَانِيرِ أَوْ بِالْمِثَّةِ وَقَبْضُهَا الْمُشْتَرِي فَإِنَّهُ لَا يُفِيدُ الْمِلْكَ. وَلَنَا أَنَّ الْبَيْعَ الْفَاسِدَ مَشْرُوعٌ بِأَصْلِهِ، لِأَنَّ رُكْنَ الْبَيْعِ وَهُوَ مُبَادَلَةُ الْمَالِ بِالْمَالِ بِطَرِيقِ الْاِكْتِسَابِ بِالْإِتْرَاضِ صَدَرَ مِنْ أَهْلِهِ.

إِذِ الْكَلَامُ فِي أَنَّ لَا خِلَلَ فِي الْعَاقِدَيْنِ مُضَافًا إِلَى مَحَلِّهِ كَذَلِكَ، وَكُلُّ بَيْعٍ كَانَ كَذَلِكَ يُفِيدُ الْمِلْكَ فَهَذَا الْبَيْعُ يُفِيدُهُ. لَا يُقَالُ قَدْ يَكُونُ النَّهْيُ مَانِعًا عَنْ ذَلِكَ، لِأَنَّ النَّهْيَ يُقَرَّرُ الْمَشْرُوعِيَّةُ عِنْدَنَا لَا قِصَاصَهُ التَّصَوُّرَ لِيَكُونَ النَّهْيُ عَمَّا يَتَكَوَّنُ لِيَكُونَ الْعَبْدُ مُبْتَلَى بَيْنَ أَنْ يَتْرَكَ بِاخْتِيَارِهِ فَيُنَابَ وَيَبْنَى أَنْ يَأْتِيَ بِهِ فَيَعَاقَبَ عَلَيْهِ. فَفَقَسُ الْبَيْعُ مَشْرُوعٌ وَبِهِ تُنَالُ نِعْمَةُ الْمِلْكِ. لَكِنْ لَا بُدَّ فِيهِ مِنْ قُبْحٍ مُفْتَضَى النَّهْيِ فَجَعَلْنَاهُ فِي وَصْفِهِ مُجَاوِرًا كَمَا فِي الْبَيْعِ وَقَتَ النَّدَاءِ عَمَلًا بِالْوَجْهَيْنِ، وَقَدْ قَرَّرْنَا هَذَا فِي التَّفْهِيمِ عَلَى وَجْهِ أَمٍّ.

وَاعْتَرِضَ بِأَنَّ الْمَحْظُورَ فِي الْبَيْعِ وَقَتَ النَّدَاءِ مُجَاوِرٌ، وَأَمَّا فِي الْمُتَنَازَعِ فِيهِ فَهُوَ مِنْ قَبِيلِ مَا اتَّصَلَ بِهِ وَصْفًا فَلَا يَكُونُ قَوْلُهُ كَمَا فِي الْبَيْعِ وَقَتَ النَّدَاءِ صَحِيحًا، وَأَيْضًا الْحُكْمُ هُنَاكَ الْكَرَاهَةُ وَفِي الْمُتَنَازَعِ فِيهِ الْفَسَادُ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ غَرَضَ الْمُصَنِّفِ مِنْ ذِكْرِ الْمُجَاوِرَةِ بَيَانُ أَنَّ الْمَحْظُورَ لَيْسَ لَمَعْنَى فِي عَيْنِ الْمَنْهِيِّ عَنْهُ كَمَا زَعَمَهُ الْخَصْمُ. وَالْمُجَاوِرُ جَمْعًا وَاتِّصَلَ وَصْفًا سَيَّانَ فِي ذَلِكَ وَبِأَنَّ غَرَضَهُ أَنَّ حُكْمَ الْمَنْهِيِّ عَنْهُ لَيْسَ الْبُطْلَانُ كَمَا يَدَّعِيهِ الْخَصْمُ وَالْكَرَاهَةُ وَالْفَسَادُ يَشْتَرِكَانِ فِي عَدَمِ الْبُطْلَانِ. طَالَعَ التَّحْقِيرُ تَطَّلَعُ عَلَى ذَلِكَ.

(قَوْلُهُ وَإِنَّمَا لَا يَثْبُتُ الْمِلْكُ قَبْلَ الْقَبْضِ كَيْ لَا يُؤَدِّيَ إِلَى تَقْرِيرِ الْفَسَادِ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ وَلِهَذَا لَا يُفِيدُ قَبْلَ الْقَبْضِ، وَتَقْرِيرُ ذَلِكَ أَنَّهُ لَوْ ثَبَتَ الْمِلْكُ قَبْلَ الْقَبْضِ لَوْجُوبُ تَسْلِيمِ الثَّمَنِ وَوَجِبَ عَلَى الْبَائِعِ تَسْلِيمُ الْمَبِيعِ لِأَنَّهُمَا مِنْ مَوَاجِبِ الْعَقْدِ فَيَتَقَرَّرُ الْفَسَادُ وَهُوَ لَا يَجُوزُ لِأَنَّهُ وَاجِبُ الرَّفْعِ بِالِاسْتِرْدَادِ، وَكُلُّ مَا هُوَ وَاجِبُ الرَّفْعِ بِالِاسْتِرْدَادِ لَا يَجُوزُ تَقْرِيرُهُ، وَإِذَا كَانَ وَاجِبُ الرَّفْعِ الْاسْتِرْدَادُ: يَعْنِي إِذَا كَانَ الْمَبِيعُ مَقْبُوضًا فَلَا يُكُونُ وَاجِبُ الرَّفْعِ بِالِامْتِنَاعِ عَنْ مُطَالَبَةِ أَحَدِ الْمُتَعَاقِدَيْنِ أَوَّلَى لِكَوْنِهِ أَسْهَلُ لِسَلَامَتِهِ عَنْ الْمُطَالَبَةِ وَالْإِحْضَارِ وَالتَّسْلِيمِ وَالتَّسْلِيمِ. ثُمَّ الرَّفْعُ بِالِاسْتِرْدَادِ. وَعُورِضَ بِأَنَّهُ لَوْ لَمْ يُفِيدِ الْمِلْكُ قَبْلَ الْقَبْضِ لَمْ يُفِدْهُ بَعْدَهُ، لِأَنَّ كُلَّ مَا يَمْنَعُ عَنْ ثُبُوتِ الْمِلْكِ بِالْبَيْعِ قَبْلَ الْقَبْضِ

يَمْنَعُ بَعْدَهُ كَخِيَارِ الشَّرْطِ، وَبِأَنَّهُ لَوْ أَفَادَ بَعْدَ الْقَبْضِ كَانَ تَقْرِيرًا لِلْفَسَادِ.
وَالْجَوَابُ عَنِ الْأَوَّلِ أَنَّهُ مَمْنُوعٌ وَإِلَّا لَزِمَ أَنْ يَكُونَ الشَّيْءُ مَعَ غَيْرِهِ كَالشَّيْءِ لَا
مَعَ غَيْرِهِ وَهُوَ مُحَالٌ، وَخِيَارُ الشَّرْطِ إِنَّمَا اسْتَوَى فِيهِ الْقَبْضُ وَعَدَمُهُ لِأَنَّهُ ثُبُوتُ الْمَلِكِ فِيهِ
مُعْلَقٌ بِسُقُوطِ الْخِيَارِ مَعْنَى، لِأَنَّهُ يَقُولُ عَلَى أُنْيِ بِالْخِيَارِ. وَالْمُعْلَقُ بِالشَّرْطِ مَعْدُومٌ قَبْلَ
وُجُودِهِ. وَتَعْلُقُهُ بِالشَّرْطِ لَمْ يَخْتَلَفْ بَيْنَ وُجُودِ الْقَبْضِ وَعَدَمِهِ، فَلَمْ يَلْزَمْ أَنْ يَكُونَ
الشَّيْءُ مَعَ غَيْرِهِ كَالشَّيْءِ لَا مَعَ غَيْرِهِ لِأَنَّهُ الشَّرْطُ أَهْدَرَ الْغَيْرِ: أَغْنَى الْقَبْضُ. وَعَنِ الثَّانِي
أَنَّ تَقْرِيرَ الْفَسَادِ بَعْدَ الْقَبْضِ يَثْبُتُ فِي ضِمْنِ الضَّمَانِ، فَإِنَّ الْقَبْضَ يُوجِبُ الضَّمَانَ فَإِنْ
لَمْ يَنْتَقِلِ الْمَلِكُ مِنَ الْمَضْمُونِ لَهُ إِلَى الضَّامِنِ لاجْتِمَاعِ الْبَدَلَانِ فِي مَلِكٍ شَخْصٍ وَاحِدٍ وَهُوَ
لَا يَجُوزُ. وَالضَّمَنِيَّاتُ لَا مُعْتَبَرٌ بِهَا (قَوْلُهُ وَلِأَنَّ السَّبَبَ) دَلِيلٌ آخَرُ عَلَى إِفَادَةِ الْبَيْعِ
الْفَاسِدِ الْمَلِكَ بَعْدَ الْقَبْضِ.

وَوَجْهُهُ أَنَّ السَّبَبَ: يَعْنِي الْبَيْعَ الْفَاسِدَ (قَدْ ضَعُفَ لِمَكَانِ اقْتِرَانِهِ بِالْقَبْضِ فَيَشْتَرِطُ
اعْتِمَادُهُ بِالْقَبْضِ فِي إِفَادَةِ الْحُكْمِ) لِأَنَّ لِلْقَبْضِ شَبَهًا بِالْإِجَابِ فَصَارَ كَأَنَّ إِجَابَ الْبَيْعِ
الْفَاسِدِ اِزْدَادَ قُوَّةً فِي نَفْسِهِ فَهُوَ كَالِهَيْبَةِ فِي احْتِيَاجِهِ إِلَى مَا يُعَصِّدُهُ الْعَقْدُ مِنَ الْقَبْضِ
(قَوْلُهُ وَالْمِثَّةُ لَيْسَتْ بِمَالٍ) جَوَابٌ عَنْ قِيَاسِ الْخَصْمِ الْمُتَنَازِعِ فِيهِ عَلَى الْبَيْعِ بِالْمِثَّةِ.
وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ الْمِثَّةَ لَيْسَتْ بِمَالٍ وَمَا لَيْسَ بِمَالٍ لَا يَجُوزُ فِيهِ الْبَيْعُ لِفَوَاتِ رُكْنِهِ، وَلَوْ كَانَ
الْخَمْرُ مِثْمَنًا وَهُوَ مَا إِذَا اشْتَرَى الْخَمْرَ بِالدَّرَاهِمِ فَقَدْ خَرَجْنَا: يَعْنِي فِي أَوَائِلِ الْبَيْعِ
الْفَاسِدِ وَأَرَادَ بِهِ مَا قَالَهُ، وَأَمَّا بَيْعُ الْخَمْرِ وَالْخَزِيرِ إِنْ كَانَ بِالذَّيْنِ كَالدَّرَاهِمِ وَالذَّنَانِيرِ
فَالْبَيْعُ بَاطِلٌ وَلَا يَلْزَمُ مِنْ بُطْلَانِ الْبَيْعِ فِيمَا إِذَا كَانَ الْخَمْرُ مِثْمَنًا بُطْلَانُ الْبَيْعِ فِي الْمُتَنَازِعِ
فِيهِ وَفِي شَيْءٍ آخَرَ: أَيُّ دَلِيلٍ آخَرَ سِوَى مَا ذَكَرْنَا هُنَاكَ وَهُوَ أَنَّ الْعَقْدَ الْوَاقِعَ عَلَى
الْخَمْرِ يُوجِبُ الْقِيَمَةَ لَا عَيْنَ الْخَمْرِ لِأَنَّ الْمُسْلِمَ مَمْنُوعٌ عَنْ تَسْلِيمِ الْخَمْرِ وَتَسْلِيمِهَا، فَلَوْ
قُلْنَا بِإِعْقَادِ الْبَيْعِ فِي الصُّورَةِ الْمَذْكُورَةِ لَجَعَلْنَا الْقِيَمَةَ مِثْمَنًا لِأَنَّ كُلَّ عَيْنٍ يُقَابِلُهُ الدَّرَاهِمُ
أَوْ الذَّنَانِيرُ فِي الْبَيْعِ هُوَ مِثْمَنٌ لَتَعْيِينِ الدَّرَاهِمِ وَالذَّنَانِيرِ لِلثَّمَنِ خِلْقَةً وَشَرْعًا.

وَلَا عَهْدَ لَنَا بِذَلِكَ فِي صُورَةٍ مِنْ صَوَرِ الْبَيَاعَاتِ فَالْقَوْلُ بِهِ تَغْيِيرٌ لِلْمَشْرُوعِ
فَحَكَمْنَا بِبُطْلَانِهِ (قَوْلُهُ ثُمَّ شَرِطَ أَنْ يَكُونَ الْقَبْضُ بِإِذْنِ الْبَائِعِ) إِشَارَةٌ إِلَى صِحَّةِ الْإِذْنِ
بِالدَّلَالَةِ، كَمَا إِذَا قَبَضَهُ بِمَجْلِسِ الْعَقْدِ بِحَضْرَتِهِ قَبْلَ الْإِفْتِرَاقِ وَلَمْ يَنْهَهُ فَإِنَّهُ يَصِحُّ

استَحْسَانًا (قَوْلُهُ وَهُوَ الصَّحِيحُ) اخْتِرَازَ عَمَّا ذَكَرَهُ صَاحِبُ الْإِيضَاحِ، وَسَمَّاهُ الرُّوَايَةَ الْمَشْهُورَةَ فَقَالَ: وَمَا قَبْضُهُ بِغَيْرِ إِذْنِ الْبَائِعِ فِي الْبَيْعِ الْفَاسِدِ فَهُوَ كَمَا لَمْ يُقْبَضْ، وَهَذِهِ الرُّوَايَةُ هِيَ الْمَشْهُورَةُ. وَجْهُ الصَّحِيحِ أَنَّ الْبَيْعَ تَسْلِيطٌ مِنْهُ عَلَى الْقَبْضِ، فَإِذَا قَبْضُهُ بِحَضْرَتِهِ قَبْلَ الْإِفْتِرَاقِ وَلَمْ يَنْتَهَ كَانَ بِحُكْمِ التَّسْلِيطِ السَّابِقِ فَيُكْتَفَى بِهِ، وَعَلَى هَذَا الْقَبْضِ فِي الْهَبَةِ فِي مَجْلِسِ الْعَقْدِ يَصِحُّ اسْتِحْسَانًا، وَعَلَى رَوَايَةِ صَاحِبِ الْإِيضَاحِ يَحْتَاجُ إِلَى الْفَرْقِ بَيْنَ الْهَبَةِ وَالْبَيْعِ الْفَاسِدِ، وَذَلِكَ بِأَنَّ الْعَقْدَ إِذَا وَقَعَ فَاسِدًا لَمْ يَتَضَمَّنْ تَسْلِيطًا عَلَى الْقَبْضِ لِأَنَّ التَّسْلِيطَ لَوْ ثَبَتَ إِنَّمَا يَثْبُتُ بِمُقْتَضَاهُ شَرْعًا وَالْفَاسِدُ يَجِبُ إِعْدَامُهُ فَلَمْ يَثْبُتِ الْمُقْتَضَى وَهُوَ التَّسْلِيطُ عَلَى الْقَبْضِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا وَهَبَ فَإِنَّهُ يَكُونُ تَسْلِيطًا عَلَى الْقَبْضِ اسْتِحْسَانًا مَا دَامَ فِي الْمَجْلِسِ، لِأَنَّ التَّصَرُّفَ وَقَعَ صَحِيحًا فَجَازَ أَنْ يَكُونَ تَسْلِيطًا بِمُقْتَضَاهُ، وَإِنَّمَا يَتَوَقَّفُ عَلَى الْمَجْلِسِ لِأَنَّ الْقَبْضَ رُكْنٌ فِي بَابِ الْهَبَةِ وَأَنَّهُ يُنْزَلُ مَنَزِلَةُ الْقَبُولِ فِي حَقِّ الْحُكْمِ، فَكَمَا أَنَّ الْقَبُولَ يَتَوَقَّفُ عَلَى الْمَجْلِسِ فَكَذَا التَّسْلِيطُ عَلَى الْقَبْضِ يَتَوَقَّفُ عَلَيْهِ، وَشَرِطُ أَنْ يَكُونَ فِي الْعَقْدِ عَوْضَانِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَالٌ لِيَتَحَقَّقَ رُكْنُ الْبَيْعِ وَهُوَ مُبَادَلَةُ الْمَالِ بِالْمَالِ، فَيَخْرُجُ عَنْ هَذَا الْأَشْرَاطِ الْبَيْعُ بِالْمَيْتَةِ وَالْدِّمِ وَالْحُرِّ وَالرَّيْحِ الَّتِي تَهْبُ وَالْبَيْعُ مَعَ نَفْيِ الثَّمَنِ وَيُجْعَلُ الْكُلُّ بَاطِلًا لِعَدَمِ الْمَالِيَّةِ فِي هَذِهِ الْأَشْيَاءِ سِوَاءَ كَانَتْ ثَمَنًا أَوْ مَثْمَنًا، لَكِنْ ذَكَرَ جِهَةٌ الْأَثْمَانَ لِيُعْلَمَ أَهْأَا إِذَا كَانَتْ مَبِيعَةً كَانَ الْبَيْعُ أَوَّلَى بِالْبُطْلَانِ. وَقَوْلُهُ أَيُّ قَوْلِ الْقُدُورِيِّ لَزِمَتْهُ قِيمَتُهُ: مَعْنَاهُ إِذَا كَانَ الْمَبِيعُ مِنْ ذَوَاتِ الْقِيمِ كَالْحَيَوَانَ وَالْعَدَدِيَّاتِ الْمُتَفَاوِيَةِ، فَأَمَّا فِي ذَوَاتِ الْأَمْثَالِ كَالْمَكِيلَاتِ وَالْمَوْزُونَاتِ وَالْعَدَدِيَّاتِ الْمُتَقَارِبَةِ فَيَجِبُ الْمِثْلُ لِأَنَّهُ مَضْمُونٌ بِنَفْسِهِ بِالْقَبْضِ فَشَابَهُ الْعَصَبُ، وَالْحُكْمُ فِي الْعَصَبِ كَذَلِكَ بِنَاءً عَلَى أَنَّ الْمِثْلَ صُورَةٌ وَمَعْنَى أَعْدَلُ مِنَ الْمِثْلِ مَعْنَى فَلَا يُعْدَلُ عَنْهُ إِلَّا إِذَا تَعَذَّرَ.

قَالَ (وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْمُتَعَاقِدِينَ فَسَخُهُ) رَفْعًا لِلْفَسَادِ، وَهَذَا قَبْلَ الْقَبْضِ ظَاهِرٌ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُفِدْ حُكْمَهُ فَيَكُونُ الْفَسْخُ امْتِنَاعًا مِنْهُ، وَكَذَا بَعْدَ الْقَبْضِ إِذَا كَانَ الْفَسَادُ فِي صُلْبِ الْعَقْدِ لِقُوَّتِهِ، وَإِنْ كَانَ الْفَسَادُ بِشَرَطِ زَائِدٍ فَلَمَنْ لَهُ الشَّرْطُ ذَلِكَ دُونَ مَنْ عَلَيْهِ لِقُوَّةِ الْعَقْدِ، إِلَّا أَنَّهُ لَمْ تَتَحَقَّقْ الْمَرَاضَاةُ فِي حَقِّ مَنْ لَهُ الشَّرْطُ. قَالَ (فَإِنْ بَاعَهُ الْمُشْتَرِي فَعَدَّ بَيْعَهُ)؛ لِأَنَّهُ مَلَكَهُ فَمَلَكَ التَّصَرُّفَ فِيهِ وَسَقَطَ حَقُّ الْاسْتِرْدَادِ لِتَعَلُّقِ حَقِّ الْعَبْدِ بِالثَّانِي

وَنَقِضَ الْأَوَّلُ لِحَقِّ الشَّرْعِ وَحَقِّ الْعَبْدِ مُقَدِّمَ لِحَاجَتِهِ وَلِأَنَّ الْأَوَّلَ مَشْرُوعٌ بِأَصْلِهِ دُونَ وَصْفِهِ، وَالثَّانِي مَشْرُوعٌ بِأَصْلِهِ وَوَصْفِهِ فَلَا يُعَارِضُهُ مُجَرَّدُ الْوَصْفِ؛ وَلِأَنَّهُ حَصَلَ بِتَسْلِيطٍ مِنْ جِهَةِ الْبَائِعِ، بِخِلَافِ تَصَرُّفِ الْمُشْتَرِي فِي الدَّارِ الْمَشْفُوعَةِ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا حَقُّ الْعَبْدِ وَيَسْتَوِيَانِ فِي الْمَشْرُوعِيَّةِ وَمَا حَصَلَ بِتَسْلِيطٍ مِنَ الشَّفِيعِ.

الشرح:

قَالَ (وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْمُتَعَاقِدَيْنِ فَسْخُوهُ رَفْعًا لِلْفَسَادِ إِنْ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْ مُتَعَاقِدَيْ الْبَيْعِ الْفَاسِدُ لَهُ فَسْخُ الْبَيْعِ رَفْعًا لِلْفَسَادِ سَوَاءً كَانَ قَبْلَ الْقَبْضِ أَوْ بَعْدَهُ، أَمَّا إِذَا كَانَ قَبْلَ الْقَبْضِ فَلَمَّا تَقَدَّمَ أَنَّهُ لَمْ يُفْذَ الْحُكْمَ فَكَانَ الْفَسْخُ امْتِنَاعًا مِنْ أَنْ يُفِيدَ الْحُكْمَ، وَأَمَّا إِذَا كَانَ بَعْدَهُ فَلَا يَخْلُو إِمَّا أَنْ يَكُونَ الْفَسَادُ فِي صُلْبِ الْعَقْدِ: أَيِ لِمَعْنَى فِي أَحَدِ الْبَدَلَيْنِ كَبَيْعِ دِرْهَمٍ بِدِرْهَمَيْنِ وَبَيْعِ ثَوْبٍ بِخَمْرٍ، أَوْ لَشَرْطٍ فَاسِدٍ زَائِدٍ كَاشْتِرَاطِ مَا يَنْتَفِعُ بِهِ أَحَدُ الْمُتَعَاقِدَيْنِ وَالْبَيْعِ إِلَى التَّيْرُوزِ وَالْمَهْرَجَانِ وَنَحْوِ ذَلِكَ، فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ كَانَ لِكُلِّ مِنْهُمَا فَسْخُوهُ بِحَضْرَةِ صَاحِبِهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ لِقُوَّةِ الْفَسَادِ. وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ بِحَضْرَتِهِ وَغَيْبَتِهِ. وَإِنْ كَانَ الثَّانِي فَلِكُلِّ مِنْهُمَا ذَلِكَ إِذَا كَانَ قَبْلَ الْقَبْضِ، وَأَمَّا إِذَا كَانَ بَعْدَهُ فَلِلَّذِي لَهُ الشَّرْطُ أَنْ يَفْسُخَهُ بِحَضْرَةِ صَاحِبِهِ إِذَا كَانَ الْمَبِيعُ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي عَلَى حَالِهِ لَمْ يَزِدْ وَلَمْ يَنْقُصْ.

وَأَمَّا إِذَا لَمْ يَكُنْ كَذَلِكَ فَفِيهِ تَفْصِيلٌ يُطْلَبُ فِي شَرْحِ الطَّحَاوِيِّ، قِيلَ الْمَذْكُورُ فِي الْكِتَابِ قَوْلُ مُحَمَّدٍ. وَوَجْهُهُ مَا ذَكَرَهُ أَنَّ الْعَقْدَ قَوِيًّا فَكَانَ الْوَاجِبُ أَنْ لَا يَكُونَ لِأَحَدِ الْمُتَعَاقِدَيْنِ حَقُّ الْفَسْخِ لَكِنِّ الرِّضَا لَمْ يَتَحَقَّقْ فِي حَقِّ مَنْ لَهُ الشَّرْطُ فَلَهُ أَنْ يَفْسُخَهُ، وَأَمَّا عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْمُتَعَاقِدَيْنِ حَقُّ الْفَسْخِ لِأَنَّهُ مُسْتَحَقٌّ حَقًّا لِلشَّرْعِ فَاتَّقَى الزُّوْمَ عَنِ الْعَقْدِ، وَفِي الْعَقْدِ الْغَيْرِ الْإِلَازِمِ يَتِمَكَّنُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنَ الْمُتَعَاقِدَيْنِ مِنْ فُسْخِهِ، كَذَا فِي الذَّخِيرَةِ وَالْإِيضَاحِ وَالْكَافِي، فَإِنْ بَاعَ الْمُشْتَرِي الْمَقْبُوضَ بِالشَّرَاءِ الْفَاسِدِ نَفَذَ بَيْعُهُ لِأَنَّهُ مَلَكَهُ بِالْقَبْضِ، وَكُلُّ مَنْ مَلَكَ بِالْقَبْضِ شَيْئًا يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ فِيهِ، سَوَاءً كَانَ تَصَرُّفًا لَا يَحْتَمِلُ النِّقْضَ كَالْإِعْتِاقِ وَالتَّذْيِيرِ، أَوْ يَحْتَمِلُهُ كَالْبَيْعِ وَالْهِبَةِ. وَرَدَّ بِأَنَّ الْمَبِيعَ لَوْ كَانَ مَأْكُولًا لَمْ يَحِلَّ أَكْلُهُ، وَلَوْ كَانَتْ جَارِيَةً لَمْ يَحِلَّ وَطْؤُهَا ذَكَرَهُ فِي شَرْحِ الطَّحَاوِيِّ، فَلَمْ يَمْلِكِ التَّصَرُّفَ مُطْلَقًا.

وَأُجِيبَ بِالْمَنْعِ.

فَإِنَّ مُحَمَّدًا نَصَّ فِي كِتَابِ الاسْتِحْسَانِ عَلَى حِلِّ تَنَاوُلِهِ قَالَ لِأَنَّ الْبَائِعَ سَلَطَهُ عَلَى ذَلِكَ. وَذَكَرَ شَمْسُ الْأَيْمَةِ الْحُلَوَانِيُّ: يُكْرَهُ الْوِطْءُ وَلَا يَحْرُمُ، فَاَلْمَذْكُورُ فِي شَرْحِ الطَّحَاوِيِّ يُحْمَلُ عَلَى عَدَمِ الطَّيِّبِ، وَلَكِنْ سَلِمَ فَالْوِطْءُ مِمَّا لَا يُسْتَبَاحُ بِصَرِيحِ التَّسْلِيطِ فَبِدَلَالَتِهِ أَوَّلَى، وَجَوَازُ التَّصَرُّفِ بِاعْتِبَارِ أَصْلِ الْمَلِكِ وَهُوَ يَنْفَكُ عَنْ صِفَةِ الْحِلِّ. وَإِذَا كَانَ الْبَيْعُ نَافِذًا سَقَطَ حَقُّ ارْتِدَادِ الْبَائِعِ لِتَعَلُّقِ حَقِّ الْعَبْدِ؟ وَهُوَ الْمُشْتَرِي الثَّانِي بِالْبَيْعِ الثَّانِي وَتَقْضَى الْبَيْعُ الْأَوَّلُ لِحَقِّ الشَّرْعِ. وَإِذَا اجْتَمَعَ حَقُّ الشَّرْعِ وَحَقُّ الْعَبْدِ يُقَدَّمُ حَقُّ الْعَبْدِ لِحَاجَتِهِ وَغَنَى الشَّرْعِ، وَفِيهِ بَحْثٌ لِأَنَّ التَّصَرُّفَ إِنْ كَانَ إِجَارَةً أَوْ تَزْوِيجًا لَمْ يَسْقُطْ حَقُّ اسْتِرْدَادِهِ، وَكَذَا إِذَا مَاتَ الْمُشْتَرِي وَوَرِثَ وَارِثُهُ الْمُشْتَرِي وَإِنْ تَعَلَّقَ بِذَلِكَ حَقُّ الْعَبْدِ فَكَانَ ذَلِكَ تَحْكُمًا. وَأُجِيبَ عَنْ الْأَوَّلِ بِأَنَّ الْإِجَارَةَ عَقْدٌ ضَعِيفٌ يَفْسُخُ بِالْأَعْدَارِ وَفَسَادُ الشَّرَاءِ عُذْرٌ فِي فَسْخِهَا كَمَا يَأْتِي، وَلَمْ يَذْكُرْ مُحَمَّدٌ مَنْ يَفْسُخُهَا.

وَذَكَرَ فِي النُّوَادِرِ أَنَّ الْقَاضِيَ يَفْسُخُهَا، وَالتَّزْوِيجُ يُشْبِهُ الْإِجَارَةَ لَوُرُودِهِ عَلَى الْمَنْفَعَةِ، وَالْبَيْعُ يَرُدُّ عَلَى مِلْكِ الرِّقَبَةِ وَالْفَسْخُ كَذَلِكَ، فَتَعَلُّقُ حَقِّ الزَّوْجِ بِالْمَنْفَعَةِ لَا يَمْنَعُ الْفَسْخَ عَلَى الرِّقَبَةِ وَالنِّكَاحِ عَلَى حَالِهِ قَائِمٌ. وَعَنْ الثَّانِي بِأَنَّ مِلْكَ الْوَارِثِ فِي حُكْمِ عَيْنٍ مَا كَانَ لِلْمُورُوثِ وَهَذَا يَرُدُّ بِالْعَيْبِ وَيَرُدُّ عَلَيْهِ، وَذَلِكَ الْمَلِكُ كَانَ مُسْتَحَقَّ التَّقْضَى فَاتَّقَلَّ إِلَى الْوَارِثِ كَذَلِكَ، حَتَّى لَوْ مَاتَ الْبَائِعُ كَانَ لَوَارِثِهِ أَنْ يَسْتَرِدَّ الْمَبِيعَ مِنَ الْمُشْتَرِي بِحُكْمِ الْفَسَادِ، وَهَذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا أَوْصَى الْمُشْتَرِي بِالْمُشْتَرَى لِشَخْصٍ ثُمَّ مَاتَ حَيْثُ لَمْ يَبْقَ لِلْبَائِعِ حَقُّ الاسْتِرْدَادِ مِنَ الْمُوصَى لَهُ لِأَنَّ الْمُوصَى لَهُ بِمَنْزِلَةِ الْمُشْتَرِي الثَّانِي فِي ثُبُوتِ مِلْكٍ مُتَّحِدٍ لَهُ سَبَبُ اخْتِيَارِيٍّ لَيْسَ فِي حُكْمِ عَيْنٍ مَا كَانَ لِلْمُوصَى وَهَذَا لَا يَرُدُّ بِالْعَيْبِ.

فَإِنْ قِيلَ: قَوْلُهُمْ إِذَا اجْتَمَعَ الْحَقَّانِ يُقَدَّمُ حَقُّ الْعَبْدِ مَقْضُومٌ بِمَا إِذَا كَانَ فِي يَدِ حَالِلٍ صَيِّدٌ ثُمَّ أُحْرِمَ فَإِنَّهُ يَجِبُ عَلَيْهِ إِرسَالُهُ وَفِيهِ تَقْدِيمُ حَقِّ الشَّرْعِ. أُجِيبَ بِأَنَّ الْوَاجِبَ فِيهِ الْجَمْعُ بَيْنَ الْحَقَّيْنِ لِإِمْكَانِهِ أَنَّهُ بِالْإِرسَالِ فِي مَوْضِعٍ لَا يَضِيعُ مِلْكُهُ لَا التَّرْجِيحُ فَإِنَّهُ إِنَّمَا يُصَارُ إِلَيْهِ إِذَا امْتَنَعَ الْجَمْعُ (قَوْلُهُ وَلِأَنَّ الْأَوَّلَ) دَلِيلٌ آخَرُ عَلَى سُقُوطِ حَقِّ اسْتِرْدَادِ الْبَائِعِ. وَوَجْهُهُ أَنَّ الْبَيْعَ الْأَوَّلَ مَشْرُوعٌ بِأَصْلِهِ دُونَ وَصْفِهِ لَمَّا تَقَدَّمَ مِنْ مَعْرِفَةِ مَا هِيَ الْفَاسِدُ عِنْدَنَا، وَالْبَيْعُ الثَّانِي مَشْرُوعٌ بِأَصْلِهِ وَوَصْفِهِ إِذْ لَا خَلَلَ فِيهِ لَا فِي

رُكْنِهِ وَلَا فِي عَوَارِضِهِ فَلَا يُعَارِضُهُ مُجَرَّدُ الْوَصْفِ.

وَحَاصِلُهُ أَنَّ الْفَاسِدَ لَا يُعَارِضُ الصَّحِيحَ (قَوْلُهُ وَلَا أَنَّهُ حَصَلَ بِتَسْلِيطٍ مِنْ جِهَةِ الْبَائِعِ) دَلِيلٌ آخَرُ عَلَى ذَلِكَ، وَمَعْنَاهُ أَنَّ الْبَيْعَ الثَّانِيَّ حَصَلَ بِتَسْلِيطِ الْبَائِعِ الْأَوَّلِ حَيْثُ كَانَ الْقَبْضُ بِإِذْنِهِ، فَاسْتِرْدَادُهُ نَقْضُ مَا تَمَّ مِنْ جِهَتِهِ وَذَلِكَ بَاطِلٌ. وَتَوْقِضُ بِاسْتِرْدَادِهِ قَبْلَ وَجُودِ الْبَيْعِ الثَّانِي فَإِنَّهُ نَقْضُ مَا تَمَّ مِنْ جِهَتِهِ. وَالْجَوَابُ أَنَّا لَا نُسَلِّمُ التَّمَامَ فِيهِ، فَإِنَّ كُلًّا مِنَ الْمُتَعَاقِدَيْنِ يَمْلِكُ الْفَسْخَ فَأَيُّنَ التَّمَامُ، فَإِذَا بَاعَ الْمُشْتَرِي فَقَدْ انْتَهَى مِلْكُهُ وَهَذَا لَا يَمْلِكُ الْفَسْخَ وَالْمُنْهِي مُقَرَّرٌ. وَإِذَا تَقَرَّرَ فَقَدْ تَمَّ وَلَمْ يَكُنْ ذَلِكَ إِلَّا مِنْهُ ابْتِدَاءً فَيَكُونُ الْاسْتِرْدَادُ نَقْضًا لِمَا تَمَّ مِنْ جِهَتِهِ (قَوْلُهُ بِخِلَافِ تَصَرُّفِ الْمُشْتَرِي) جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ لَوْ كَانَ تَعَلَّقَ حَقُّ الْغَيْرِ بِالْمُشْتَرِي مَانِعًا عَنْ نَقْضِ التَّصَرُّفِ لَمْ يَنْقُضْ تَصَرُّفَاتِ الْمُشْتَرِي فِي الدَّارِ الْمَشْفُوعَةِ مِنَ الْبَيْعِ وَالْهَبَةِ وَالْبِنَاءِ وَغَيْرِهَا لَتَعَلَّقَ حَقُّهَا بِهَا لَكِنْ لِلشَّفِيعِ أَنْ يَنْقُضَهَا. وَتَوْجِيهِ الْجَوَابِ مَا قَالِ إِنْ كُلُّ وَاحِدٍ مِنَ حَقِّ الْمُشْتَرِي وَالشَّفِيعِ حَقُّ الْعَبْدِ وَيَسْتَوِيَانِ فِي الْمَشْرُوعَةِ فَيَجُوزُ نَقْضُ أَحَدِهِمَا لِلآخَرِ بِدَلِيلِ يَنْقُضِيهِ.

وَحَاصِلُهُ أَنَّ تَعَلَّقَ حَقُّ الْغَيْرِ إِنَّمَا يَمْنَعُ النُّقْضَ إِذَا كَانَ فِي مُقَابَلَتِهِ مَا هُوَ مَرْجُوحٌ عِنْدَهُ، وَأَمَّا إِذَا كَانَ مَا هُوَ رَاجِحٌ فَلَا يَمْنَعُ وَحَقُّ الشَّفِيعِ رَاجِحٌ لِأَنَّهُ عِنْدَ صِحَّةِ الْأَخْذِ تَحَوَّلَ الصَّفَقَةُ إِلَيْهِ فَتَبْقَى تَصَرُّفَاتُ الْمُشْتَرِي بِلا سَدِّ فَيَنْقُضُ، وَلِأَنَّهُ مَا حَصَلَ التَّسْلِيطُ مِنْ جِهَةِ الشَّفِيعِ لِيَكُونَ نَقْضُهُ نَقْضًا لِمَا تَمَّ مِنْ جِهَتِهِ، وَهَذَا لِأَنَّ التَّسْلِيطَ إِنَّمَا يَثْبُتُ بِالِإِذْنِ أَوْ بِإِبْثَابِ الْمَلِكِ الْمُطْلَقِ لِلتَّصَرُّفِ وَلَمْ يُوجَدْ مِنَ الشَّفِيعِ شَيْءٌ مِنْ ذَلِكَ

قَالَ (وَمَنْ اشْتَرَى عَبْدًا بِخَمْرٍ أَوْ خِنْزِيرٍ فَقَبَضَهُ وَأَعْتَقَهُ أَوْ بَاعَهُ أَوْ وَهَبَهُ وَسَلَّمَهُ فَهُوَ جَائِزٌ وَعَلَيْهِ الْقِيَمَةُ) لَمَّا ذَكَرْنَا أَنَّهُ مِلْكُهُ بِالْقَبْضِ فَتَنْفُذُ تَصَرُّفَاتِهِ، وَبِالْإِعْتَاقِ قَدْ هَلَكَ فَتَلَزَمَ الْقِيَمَةُ، وَبِالْبَيْعِ وَالْهَبَةِ انْقَطَعَ الْاسْتِرْدَادُ عَلَى مَا مَرَّ، وَالْكِتَابَةُ وَالرَّهْنُ تَطْيِيرُ الْبَيْعِ؛ لِأَنَّهُمَا لَازِمَانِ. إِلَّا أَنَّهُ يَعُودُ حَقُّ الْاسْتِرْدَادِ بِعَجْزِ الْمَكَاتِبِ وَفَكَ الرَّهْنُ لِرُزَالِ الْمَانِعِ. وَهَذَا بِخِلَافِ الْإِجَارَةِ؛ لِأَنَّهَا تُفْسَخُ بِالْأَعْدَارِ، وَرَفْعِ الْفَسَادِ عُدْرًا؛ وَلِأَنَّهَا تَتَعَقَّدُ شَيْئًا فَشَيْئًا فَيَكُونُ الرَّدُّ امْتِنَاعًا.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ اشْتَرَى عَبْدًا بِخَمْرٍ أَوْ خِنْزِيرٍ فَقَبَضَهُ إلخ) وَمَنْ اشْتَرَى عَبْدًا بِخَمْرٍ أَوْ

خَنْزِيرٍ فَقَبَضَهُ يِاذَنِ الْبَائِعِ وَأَعْتَقَهُ أَوْ بَاعَهُ بَيْعًا صَحِيحًا وَأَعَادَ لَفْظَ الْبَيْعِ كَرَاهَةً أَنْ يُغَيَّرَ لَفْظُ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ لَوْ تَرَكَهُ (أَوْ وَهَبَهُ وَسَلَّمَهُ فَهُوَ) أَيُّ مَا فَعَلَ مِنْ هَذِهِ التَّصَرُّفَاتِ (جَائِزٌ وَعَلَيْهِ الْقِيَمَةُ) أَمَّا جَوَازُهُ فَ (لَمَّا ذَكَرْنَا أَنَّهُ مَلَكَهُ بِالْقَبْضِ) وَالْمَلِكُ مُطْلَقُ التَّصَرُّفِ فَيَنْفُذُ، وَأَمَّا وَجُوبُ الْقِيَمَةِ فَلَمَّا تَقَدَّمَ أَنَّهُ مَضْمُونٌ بِنَفْسِهِ بِالْقَبْضِ فَشَابَهُ الْعَصَبُ (وَبِالْإِعْتِاقِ قَدْ هَلَكَ) فَصَارَ كَمَعْصُوبٍ هَلَكَ وَفِيهِ الْقِيَمَةُ (وَبِالْهَبَةِ) وَالتَّسْلِيمِ (وَالْبَيْعِ) انْقَطَعَ حَقُّ الاسْتِرْدَادِ عَلَى مَا مَرَّ أَنْفَاءً مِنْ قَوْلِهِ لَتَعْلُقَ حَقَّ الْعَبْدِ بِالثَّانِي (وَالْكِتَابَةِ وَالرَّهْنِ) تَطْيِيرُ الْبَيْعِ لَأَنَّهُمَا لَازِمَانِ فَإِنَّ الرَّهْنَ إِذَا اتَّصَلَ بِالْقَبْضِ صَارَ لَازِمًا فِي حَقِّ الرَّاهِنِ كَالْكِتَابَةِ فِي حَقِّ الْمَوْلَى (إِلَّا أَنْ حَقَّ الاسْتِرْدَادِ يَعُودُ بِعَجْزِ الْمُكَاتِبِ وَفَكُّ الرَّهْنِ لَزُوَالِ الْمَانِعِ) وَهُوَ تَعْلُقُ حَقَّ الْعَبْدِ.

قِيلَ وَلَيْسَ لَتَخْصِيصِهِمَا فِي عَوْدِ الاسْتِرْدَادِ فَائِدَةٌ زَائِدَةٌ. فَإِنَّهُ نَابِتٌ فِي جَمِيعِ الصُّوَرِ إِذَا نَقُضَ التَّصَرُّفَاتِ. حَتَّى لَوْ رُدَّ الْمَبِيعُ بِعَيْبٍ قَبْلَ الْقَضَاءِ بِالْقِيَمَةِ أَوْ رَجَعَ الْوَاهِبُ فِي هَبْتِهِ عَادَ لِلْبَائِعِ وَلَايَةُ الاسْتِرْدَادِ لِعَوْدِ قَلْبِهِ مِلْكِهِ إِلَيْهِ، ثُمَّ عَوْدُ حَقِّ الاسْتِرْدَادِ فِي جَمِيعِ الصُّوَرِ إِلَّا مَا يَكُونُ إِذَا لَمْ يَقْضَ عَلَى الْمُشْتَرِي بِالْقِيَمَةِ، وَأَمَّا إِذَا كَانَ بَعْدَ الْقَضَاءِ بِذَلِكَ فَقَدْ تَحَوَّلَ الْحَقُّ إِلَى الْقِيَمَةِ فَلَا يَعُودُ إِلَى الْعَيْنِ كَمَا إِذَا قَضِيَ عَلَى الْعَائِبِ بِقِيَمَةِ الْمَعْصُوبِ الْأَبْقَى ثُمَّ عَادَ (قَوْلُهُ وَهَذَا) أَيُّ انْقِطَاعِ الاسْتِرْدَادِ بِالتَّصَرُّفَاتِ الْمَذْكُورَةِ (بِخِلَافِ الْإِجَارَةِ) فَإِنَّ حَقَّ الاسْتِرْدَادِ فِيهَا لَا يَنْقَطِعُ لَمَّا ذَكَرْنَا (أَنَّهَا تُنْفَسَخُ بِالْأَعْذَارِ، وَرَفَعُ الْفَسَادِ مِنْ أَقْوَى الْأَعْذَارِ وَلَآئِهَا تُنْعَقِدُ شَيْئًا فَشَيْئًا فَيَكُونُ الرَّدُّ امْتِنَاعًا) وَلَعَلَّ فِي الْجَوَابَيْنِ إِشَارَةً إِلَى الْمَذْهَبَيْنِ فِيهَا.

قَالَ (وَلَيْسَ لِلْبَائِعِ فِي الْبَيْعِ الْفَاسِدِ أَنْ يَأْخُذَ الْمَبِيعَ حَتَّى يَرُدَّ الثَّمَنُ)؛ لِأَنَّ الْمَبِيعَ مُقَابِلَ بِهِ فَيَصِيرُ مَحْبُوسًا بِهِ كَالرَّهْنِ (وَإِنْ مَاتَ الْبَائِعُ فَالْمُشْتَرِي أَحَقُّ بِهِ حَتَّى يَسْتَوْفِيَ الثَّمَنَ)؛ لِأَنَّهُ يُقَدِّمُ عَلَيْهِ فِي حَيَاتِهِ، فَكَذَا عَلَى وَرَثَتِهِ وَغَرَمَائِهِ بَعْدَ وَفَاتِهِ كَالرَّاهِنِ ثُمَّ إِنْ كَانَتْ دَرَاهِمُ الثَّمَنِ قَائِمَةً يَأْخُذُهَا بِعَيْنِهَا؛ لِأَنَّهَا تَتَعَيَّنُ فِي الْبَيْعِ الْفَاسِدِ، وَهُوَ الْأَصَحُّ؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الْعَصَبِ، وَإِنْ كَانَتْ مُسْتَهْلَكَةً أَخَذَ مِثْلَهَا لَمَّا بَيَّنَّا.

الشرح:

قَالَ (وَلَيْسَ لِلْبَائِعِ فِي الْبَيْعِ الْفَاسِدِ أَنْ يَأْخُذَ الْمَبِيعَ حَتَّى يَرُدَّ الثَّمَنُ) قَالَ فِي

النَّهَآيَةِ: أَيِ الْقِيَمَةِ الَّتِي أَخَذَهَا مِنَ الْمُشْتَرِي وَلَيْسَ بِوَاضِحٍ، بَلِ الْمُرَادُ بِهِ مَا أَخَذَهُ الْبَائِعُ فِي مُقَابَلَةِ الْمَبِيعِ عَرْضًا كَانَ أَوْ تَقْدَا ثَمَنًا كَانَ أَوْ قِيَمَةً. وَهَذَا الْحُكْمُ ثَابِتٌ فِي الْإِجَارَةِ الْفَاسِدَةِ أَيْضًا وَغَيْرِهَا (فَيَصِيرُ الْمَبِيعُ مَحْبُوسًا بِالْمَقْبُوضِ) فَكَانَ لَهُ وَلَايَةٌ أَنْ لَا يَدْفَعَ الْمَبِيعُ إِلَى أَنْ يَأْخُذَ الثَّمَنَ مِنَ الْبَائِعِ كَمَا فِي الرَّهْنِ، لَكِنَّهُ يُفَارِقُهُ مِنْ وَجْهِ آخَرَ وَهُوَ أَنَّ الرَّهْنَ مَضمُونٌ بِقَدْرِ الدَّيْنِ لَا غَيْرُ، وَهَاهُنَا الْمَبِيعُ مَضمُونٌ بِجَمِيعِ قِيَمَتِهِ كَمَا فِي الْعَصَبِ (وَأِنْ مَاتَ الْبَائِعُ فَالْمُشْتَرِي أَحَقُّ بِهِ حَتَّى يَسْتَوْفِيَ الثَّمَنَ لِأَنَّهُ يُقَدَّمُ عَلَيْهِ حَالِ حَيَاتِهِ) لَمَّا تَقَدَّمَ مِنْ أَنْ لِلْمُشْتَرِي حَقٌّ مَنَعَ الْبَائِعَ مِنَ الْمَبِيعِ إِلَى أَنْ يَأْخُذَ مَا أَدَّى إِلَيْهِ، وَكُلُّ مَنْ يُقَدَّمُ عَلَيْهِ حَالِ حَيَاتِهِ يُقَدَّمُ عَلَى غُرْمَائِهِ وَوَرَثَتِهِ بَعْدَ وَفَاتِهِ كَالْمُرْتَهِنِ، فَإِنَّ الرَّاهِنَ إِذَا مَاتَ وَلَهُ وَرَثَةٌ وَغُرْمَاءُ فَالْمُرْتَهِنُ أَحَقُّ بِالرَّهْنِ مِنَ الْوَرَثَةِ وَالْغُرْمَاءِ حَتَّى يَسْتَوْفِيَ الدَّيْنِ (ثُمَّ إِنْ كَانَتْ دَرَاهِمُ الثَّمَنِ قَائِمَةً يَأْخُذُهَا بَعِينُهَا لِأَنَّهَا) فِيهِ (تَتَّعَيْنُ) بِالتَّعْيِينِ عَلَى رِوَايَةِ أَبِي سُلَيْمَانَ (وَهُوَ الْأَصَحُّ) وَعَلَى رِوَايَةِ أَبِي حَفْصٍ لَا تَتَّعَيْنُ، وَالْقَبْضُ الْفَاسِدُ وَهُوَ دَرَاهِمُ بِدَرَاهِمٍ إِلَى أَجَلٍ فِي تَعْيِينِ الْمَقْبُوضِ لِلرَّدِّ عَلَى الرُّوَايَتَيْنِ، وَجْهُهُ رِوَايَةُ أَبِي حَفْصٍ الْإِعْتِبَارُ بِالْبَيْعِ الصَّحِيحِ. وَوَجْهُهُ رِوَايَةُ أَبِي سُلَيْمَانَ مَا ذَكَرَهُ الْمُصَنِّفُ أَنَّ الثَّمَنَ فِي يَدِ الْبَائِعِ بِمَنْزِلَةِ الْمَعْصُوبِ فِي كَوْنِهِمَا مَقْبُوضَيْنِ لَا عَلَى وَجْهِ مَشْرُوعٍ.

وَقِيلَ فِي حُكْمِ التَّقْضِ وَالْإِسْتِرْدَادِ وَالْدَرَاهِمِ الْمَعْصُوبَةِ تَتَّعَيْنُ لِلرَّدِّ يَجِبُ رَدُّ عَيْنِهَا إِذَا كَانَتْ قَائِمَةً (وَأِنْ كَانَتْ مُسْتَهْلَكَةً أَخَذَ مِثْلَهَا لَمَّا بَيَّنَّا) أَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الْمَعْصُوبِ وَالْحُكْمُ فِيهِ كَذَلِكَ. وَذَكَرَ فِي الْفَوَائِدِ الظَّاهِرَةِ أَنَّ الْمَبِيعَ يُبَاعُ لِحَقِّ الْمُشْتَرِي. فَإِنْ فَضَلَ شَيْءٌ يُصْرَفُ إِلَى الْغُرْمَاءِ كَمَا فِي بَيْعِ الرَّهْنِ بِالْأَيْدِي.

قَالَ (وَمَنْ بَاعَ دَارًا بَيْعًا فَاسِدًا فَبَنَاهَا الْمُشْتَرِي فَعَلَيْهِ قِيَمَتُهَا) عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَرَوَاهُ يَعْقُوبُ عَنْهُ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ ثُمَّ شَكَ بَعْدَ ذَلِكَ فِي الرُّوَايَةِ. (وَقَالَا: يُنْقَضُ الْبِنَاءُ وَتُرَدُّ الدَّارُ) وَالْغَرَسُ عَلَى هَذَا الْإِخْتِلَافِ. لَهَا أَنْ حَقُّ الشَّفِيعِ أَوْضَعُ مِنْ حَقِّ الْبَائِعِ حَتَّى يَحْتَاجُ فِيهِ إِلَى الْقَضَاءِ وَيَبْطُلُ بِالتَّأْخِيرِ، بِخِلَافِ حَقِّ الْبَائِعِ، ثُمَّ أَوْضَعُ الْحَقَّيْنِ لَا يَبْطُلُ بِالْبِنَاءِ فَاقْوَاهُمَا أُولَى، وَلَهُ أَنْ الْبِنَاءُ وَالْغَرَسُ مِمَّا يُقْصَدُ بِهِ الدَّوَامُ وَقَدْ حَصَلَ بِتَسْلِيطٍ مِنْ جِهَةِ الْبَائِعِ فَيَنْقَطِعُ حَقُّ الْإِسْتِرْدَادِ كَالْبَيْعِ، بِخِلَافِ حَقِّ الشَّفِيعِ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُوْجَدْ مِنْهُ التَّسْلِيطُ وَلِهَذَا لَا يَبْطُلُ بِهَبَةِ الْمُشْتَرِي وَبَيْعِهِ فَكَذَا بَيْنَائِهِ وَشَكَ يَعْقُوبُ

فِي حِفْظِ الرُّوَايَةِ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَقَدْ نَصَّ مُحَمَّدٌ عَلَى الْاِخْتِلَافِ فِي كِتَابِ الشُّفْعَةِ فَإِنَّ حَقَّ الشُّفْعَةِ مَبْنِيٌّ عَلَى انْقِطَاعِ حَقِّ الْبَائِعِ بِالْبِنَاءِ وَثُبُوتِهِ عَلَى الْاِخْتِلَافِ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ بَاعَ دَارًا بَيْنَعًا فَاسِدًا فَبَنَاهَا الْمُشْتَرِي فَعَلَيْهِ قِيمَتُهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: يَنْقُضُ الْبِنَاءُ وَثَرْدُ الدَّارِ) وَكَذَا إِذَا اشْتَرَى أَرْضًا وَغَرَسَ فِيهَا. وَذُكِرَ فِي الْإِبْضَاحِ أَنَّ قَوْلَ أَبِي يُوسُفَ هَذَا هُوَ قَوْلُهُ الْأَوَّلُ وَقَوْلُهُ آخِرًا مَعَ أَبِي حَنِيفَةَ (لَهُمَا أَنَّ حَقَّ الشُّفْعِ أَوْضَعُ مِنْ حَقِّ الْبَائِعِ لِأَنَّهُ يَحْتَاجُ فِيهِ إِلَى الْقَضَاءِ) أَوْ الرِّضَا (وَيُنْطَلُ بِالتَّأْخِيرِ) وَلَا يُورَثُ (بِخِلَافِ حَقِّ الْبَائِعِ) فَإِنَّهُ لَا يَحْتَاجُ إِلَى ذَلِكَ، وَقَدْ تَقَدَّمَ أَنَّ الْبَائِعَ بَيْنَعًا فَاسِدًا إِذَا مَاتَ كَانَ لَوَرَثَتِهِ الْاسْتِرْدَادُ، وَالْأَضْعَفُ إِذَا لَمْ يَنْطَلُ بِشَيْءٍ فَلَا أَقْوَى لَا يَنْطَلُ بِهِ وَهُوَ بِدِيهِ، وَحَقُّ الشُّفْعِ لَا يَنْطَلُ الْبِنَاءُ وَالْغَرْسُ فَحَقُّ الْبَائِعِ كَذَلِكَ (وَلَأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الْبِنَاءَ وَالْغَرْسَ حَصَلَ لِلْمُشْتَرِي بِتَسْلِيْطٍ مِنْ جِهَةِ الْبَائِعِ) وَكُلُّ مَا هُوَ كَذَلِكَ (يَنْقُطِعُ بِهِ حَقُّ الْاسْتِرْدَادِ كَالْبَيْعِ) الْحَاصِلُ مِنَ الْمُشْتَرِي (بِخِلَافِ الشُّفْعِ إِذِ التَّسْلِيْطُ لَمْ يُوْجَدْ مِنْهُ) وَهَذَا لَوْ وَهَبَهَا الْمُشْتَرِي لَمْ يَنْطَلُ حَقُّ الشُّفْعِ، وَكَذَا لَوْ بَاعَهَا مِنْ آخَرٍ فَإِنَّهُ يَأْخُذُ بِالشُّفْعَةِ بِالْبَيْعِ الثَّانِي بِالثَّمَنِ أَوْ بِالْأَوَّلِ بِالْقِيَمَةِ وَإِنْ كَانَ لَا شُفْعَةَ فِي الْبَيْعِ الْفَاسِدِ لِأَنَّ حَقَّ الْبَائِعِ قَدْ انْقَطَعَ هَاهُنَا، وَعَلَى هَذَا صَارَ حَقُّ الشُّفْعِ لِعَدَمِ التَّسْلِيْطِ مِنْهُ أَقْوَى مِنْ حَقِّ الْبَائِعِ لَوْجُودِهِ مِنْهُ، وَهَذَا التَّقْرِيرُ يُبَيِّنُكَ أَنَّ قَوْلَهُ مِمَّا يُقْصَدُ بِهِ الدَّوَامُ لَا مَدْخَلُ لَهُ فِي الْحُجَّةِ. قِيلَ: وَإِنَّمَا أَدْخَلَهُ فِيهَا إِشَارَةً إِلَى الْاِحْتِرَازِ عَنِ الْإِجَارَةِ، فَإِنَّ الْبِنَاءَ وَالْغَرْسَ بِالْإِجَارَةِ لَا يُقْصَدُ بِهِمَا الدَّوَامُ، وَلَعَلَّهُ ذَكَرَهُ لِأَنَّهُ يَلْحَقُهُ بِالْبَيْعِ فِي كَوْنِهِ مِنْهُيًا مُقَرَّرًا لِأَنَّهُ لَمَّا قُصِدَ بِهِ الدَّوَامُ أَشْبَهَ الْبَيْعَ فَكَانَ مِنْهُيًا لِلْمَلِكِ فَيَنْقُطِعُ بِهِ حَقُّ الْاسْتِرْدَادِ كَالْبَيْعِ، وَإِذَا ثَبَتَ هَذَا كَانَ لِلشُّفْعِ أَنْ يَأْخُذَ بِالشُّفْعَةِ لَانْقِطَاعِ حَقِّ الْبَائِعِ فِي الْاسْتِرْدَادِ بِالْبِنَاءِ لَصَيْرُورَتِهِ حِينَئِذٍ بِمَنْزِلَةِ الْبَيْعِ الصَّحِيحِ فَيَنْقُضُ الشُّفْعُ بِنَاءَ الْمُشْتَرِي. وَاعْتَرِضَ بَأَنَّهُ إِذَا وَجِبَ نَقْضُ الْبِنَاءِ لِحَقِّ الشُّفْعِ وَفِيهِ تَقْرِيرُ الْعَقْدِ الْفَاسِدِ وَجِبَ نَقْضُهُ لِحَقِّ الْبَائِعِ بِالطَّرِيقِ الْأَوَّلِ لِأَنَّهُ فِيهِ إِعْدَامُ الْفَاسِدِ. وَإِذَا تَوَمَّلَ مَا ذُكِرَ فَلَيْسَ بِوَارِدٍ، إِذْ الْبَائِعُ مُسَلِّطٌ دُونَ الشُّفْعِ، وَلَا يَلْزَمُ مِنْ نَقْضِهِ لِمَنْ لَيْسَ بِمُسَلِّطٍ نَقْضُهُ مُسَلِّطٍ فَاتَّفَقَتْ الْأَوَّلِيَّةُ وَبَطَلَتْ الْمَلَاذِمَةُ.

واعترض أيضا بأنه إذا نُقِضَ البناءُ لحقَّ الشَّفيعُ وجبَ عودُ حقِّ البائعِ في الاستردادِ لوجودِ المُقْتَضَى وهو العَقْدُ الفاسِدُ وانقضاءُ المانعِ وهو البناءُ، كما إذا باعَ المشتريَ شراءً فاسداً يَبْعَا صَحِيحًا ورُدَّ عَلَيْهِ المَبِيعُ بما هو فسَخٌ.

وأجيبَ بوجودِ مانعٍ آخرَ فإنَّ المانعَ من الاستردادِ إمَّا يَنْتَفِي بِعَدِّ ثُبُوتِ الملكِ للشَّفيعِ وأَنَّهُ مانعٌ آخرٌ من الاستردادِ، وهذا لأنَّ التَّقْضِ إمَّا وجبَ ضَرُورَةً إِنْقَاءِ حَقِّ الشَّفيعِ فَصَارَ التَّقْضُ مُقْتَضَى صَحَّةِ التَّسْلِيمِ إِلَى الشَّفيعِ فَلَمْ يَجْزُ أَنْ يَثْبُتَ الْمُقْتَضَى عَلَى وَجْهِ يَطْلُ بِهِ الْمُقْتَضَى وَهُوَ التَّسْلِيمُ إِلَى الشَّفيعِ. رُويَ وَجُوبُ الْقِيَمَةِ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ وَيَعْقُوبَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ، ثُمَّ شَكَّ بَعْدَ ذَلِكَ فِي حِفْظِ الرَّوَايَةِ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ لَا فِي مَذْهَبِهِ. وَالذَّلِيلُ عَلَى أَنَّ مَذْهَبَهُ ذَلِكَ تَنْصِصُ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ عَلَى الْاِخْتِلَافِ فِي كِتَابِ الشُّفْعَةِ أَنَّ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ لِلشَّفيعِ الشُّفْعَةُ فِي هَذِهِ الدَّارِ الَّتِي اشْتَرَاهَا الْمُشْتَرِي شِرَاءً فَاسِداً وَبَنَى فِيهَا أَوْ غَرَسَ، وَعِنْدَهُمَا لَا شُفْعَةَ لِلشَّفيعِ فِيهَا وَحَقُّ اسْتِحْقَاقِ الشُّفْعَةِ مَبْنِيٌّ عَلَى انْقِطَاعِ حَقِّ الْبَائِعِ فِي الْاِسْتِرْدَادِ بِالْبِنَاءِ وَالْغَرْسِ وَثُبُوتُهُ مُخْتَلَفٌ فِيهِ، فَمَنْ قَالَ بِثُبُوتِهِ قَالَ بِانْقِطَاعِ حَقِّ الْبَائِعِ، وَمَنْ قَالَ بِانْتِفَائِهِ قَالَ بِعَدَمِ انْقِطَاعِ حَقِّ الْبَائِعِ لِأَنَّ وُجُودَ الْمَلْزُومِ بِدُونِ لَازِمِهِ مُحَالٌ، وَعَلَى هَذَا فَمَنْ حَفِظَ مَذْهَبَ أَبِي حَنِيفَةَ فِي ثُبُوتِ الشُّفْعَةِ لَا يَشْكُ فِي مَذْهَبِهِ فِي انْقِطَاعِ حَقِّ الْبَائِعِ فِي الْاِسْتِرْدَادِ فَلَمْ يَبْقَ الشَّكُّ إِلَّا فِي رِوَايَتِهِ عَنْهُ لِمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمُ اللَّهُ. قَالَ شَمْسُ الْأُيُمَةِ السَّرْحَسِيُّ: هَذِهِ الْمَسْأَلَةُ هِيَ الْمَسْأَلَةُ الثَّلَاثَةُ الَّتِي جَرَتْ الْمُحَاوَرَةُ فِيهَا بَيْنَ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ قَالَ أَبُو يُوسُفَ: مَا رَوَيْتَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ يَأْخُذُ قِيَمَتَهَا، وَإِنَّمَا رَوَيْتَ لَكَ أَنَّ يُنْقَضَ الْبِنَاءُ.

وَقَالَ مُحَمَّدٌ: بَلْ رَوَيْتَ لِي عَنْهُ أَنَّهُ يَأْخُذُ قِيَمَتَهَا، وَهَذَا كَمَا تَرَى يُشِيرُ إِلَى أَنَّ الشَّكَّ كَانَ فِي الرَّوَايَةِ حَيْثُ لَمْ يَقُلْ مَذْهَبُ أَبِي حَنِيفَةَ كَذَا، وَإِنَّمَا قَالَ مَا رَوَيْتَ وَفِيهِ تَأْمُلٌ. وَلَمَّا كَانَ هَذَا الْمَوْضِعُ مُحْتَاجًا إِلَى تَوْكِيدِ كَرَّرَ الْمُصَنِّفُ قَوْلَهُ (شَكَّ يَعْقُوبُ فِي الرَّوَايَةِ) وَفِي كَلَامِهِ نَوْعُ انْغِلَاقٍ لِأَنَّهُ قَالَ: رَوَاهُ يَعْقُوبُ عَنْهُ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ، وَالرَّوَايِ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ عَنْهُ مُحَمَّدٌ لِأَنَّهُ تَصْنِيفُهُ، إِلَّا إِذَا أُريدَ بِالْجَامِعِ الصَّغِيرِ الْمَسَائِلُ الَّتِي رَوَاهَا يَعْقُوبُ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ لِمُحَمَّدٍ.

قَالَ (وَمَنْ اشْتَرَى جَارِيَةً بَيْعًا فَاسِداً وَتَقَابَضَا فَبَاعَهَا وَرَبِحَ فِيهَا تَصَدَّقَ بِالرَّبِيحِ

وَيَطِيبُ لِلْبَائِعِ مَا رَجَحَ فِي الثَّمَنِ) وَالْفَرْقُ أَنَّ الْجَارِيَةَ مِمَّا يَتَعَيَّنُ فَيَتَعَلَقُ الْعَقْدُ بِهَا فَيَتِمَّ كُنُ الْخُبْتُ فِي الرَّيْحِ، وَالْدَّرَاهِمُ وَالْدَّنَانِيرُ لَا يَتَعَيَّنَانِ عَلَى الْعَقْدِ فَلَمْ يَتَعَلَقِ الْعَقْدُ الثَّانِي بِعَيْنِهَا فَلَمْ يَتِمَّ كُنُ الْخُبْتُ فَلَا يَجِبُ التَّصَدُّقُ، وَهَذَا فِي الْخُبْتُ الَّذِي سَبَبُهُ فَسَادُ الْمَلِكِ، أَمَّا الْخُبْتُ لَعَدَمِ الْمَلِكِ فَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ يَشْمَلُ النَّوعَيْنِ لَتَعَلُّقِ الْعَقْدِ فِيمَا يَتَعَيَّنُ حَقِيقَةً، وَفِيمَا لَا يَتَعَيَّنُ شُبْهَةً مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ يَتَعَلَقُ بِهِ سَلَامَةً الْمُبِيعِ أَوْ تَقْدِيرُ الثَّمَنِ، وَعِنْدَ فَسَادِ الْمَلِكِ تَنْقَلِبُ الْحَقِيقَةُ شُبْهَةً وَالشُّبْهَةُ تَنْزِلُ إِلَى شُبْهَةِ الشُّبْهَةِ، وَالشُّبْهَةُ هِيَ الْمُعْتَبَرَةُ دُونَ النَّازِلِ عَنْهَا. قَالَ (وَكَذَلِكَ إِذَا ادَّعَى عَلَى آخَرَ مَا لَا فَقْضَاهُ إِيَّاهُ، ثُمَّ تَصَادَقَا أَنَّهُ لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ شَيْءٌ وَقَدْ رَجَحَ الْمُدَّعِي فِي الدَّرَاهِمِ يَطِيبُ لَهُ الرَّيْحُ)؛ لِأَنَّ الْخُبْتُ لِفَسَادِ الْمَلِكِ هَاهُنَا؛ لِأَنَّ الدَّيْنَ وَجَبَ بِالتَّسْمِيَةِ ثُمَّ أُسْتَحِقَّ بِالتَّصَادُقِ، وَبَدَلُ الْمُسْتَحَقِّ مَمْلُوكٌ فَلَا يَعْمَلُ فِيمَا لَا يَتَعَيَّنُ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ اشْتَرَى جَارِيَةً يَبْعًا فَاسِدًا وَتَقَابَضَا) اعْلَمْ أَنَّ الْأَمْوَالَ عَلَى نَوْعَيْنِ: نَوْعٌ لَا يَتَعَيَّنُ فِي الْعَقْدِ كَالدَّرَاهِمِ وَالْدَّنَانِيرِ، وَنَوْعٌ يَتَعَيَّنُ كَخِلَافَهُمَا وَالْخُبْتُ أَيْضًا عَلَى نَوْعَيْنِ: خُبْتُ لِفَسَادِ الْمَلِكِ، وَخُبْتُ لَعَدَمِ الْمَلِكِ. فَأَمَّا الْأَوَّلُ فَإِنَّهُ يُؤَثِّرُ فِيمَا يَتَعَيَّنُ دُونَ مَا لَا يَتَعَيَّنُ. وَالثَّانِي يُؤَثِّرُ فِيهِمَا جَمِيعًا.

وَإِذَا ظَهَرَ هَذَا فَمَنْ اشْتَرَى جَارِيَةً يَبْعًا فَاسِدًا وَتَقَابَضَا فَبَاعَهَا وَرَجَحَ فِيهَا تَصَدَّقَ بِالرَّيْحِ وَإِنْ اشْتَرَى الْبَائِعُ بِالثَّمَنِ شَيْئًا وَرَجَحَ فِيهِ طَابَ لَهُ الرَّيْحُ لِأَنَّ الْجَارِيَةَ مِمَّا يَتَعَيَّنُ بِالتَّعَيَّنِ فَيَتَعَلَقُ الْعَقْدُ بِهَا وَيُؤَثِّرُ الْخُبْتُ فِي الرَّيْحِ وَالْدَّرَاهِمُ وَالْدَّنَانِيرُ لَا يَتَعَيَّنَانِ فَلَمْ يَتَعَلَقِ الْعَقْدُ الثَّانِي بِعَيْنِهَا فَلَمْ يُؤَثِّرِ الْخُبْتُ فِيهِ لِأَنَّهُ لِفَسَادِ الْمَلِكِ لَا لَعَدَمِهِ، وَمَعْنَى التَّعَيَّنِ فِيهَا أَنَّهُ لَوْ أَشَارَ إِلَيْهَا وَقَالَ اشْتَرَيْتُ مِنْكَ هَذَا الْعَبْدَ بِهَذِهِ الدَّرَاهِمِ كَانَ لَهُ أَنْ يَتْرُكَهَا وَيَدْفَعَ إِلَى الْبَائِعِ غَيْرَهَا لَمَّا أَنَّ الثَّمَنَ يَجِبُ فِي ذِمَّةِ الْمُشْتَرِي لَا يَتَعَلَقُ بِعَيْنِ تِلْكَ الدَّرَاهِمِ الْمُشَارِ إِلَيْهَا فِي الْبِيعَاتِ، وَهَذَا إِنَّمَا يَسْتَفِيمُ عَلَى الرُّوَايَةِ الصَّحِيحَةِ، وَهِيَ أَنَّهَا لَا تَتَعَيَّنُ لَا عَلَى الْأَصَحِّ وَهِيَ الَّتِي تَقَدَّمَتْ أَنَّهَا تَتَعَيَّنُ فِي الْبَيْعِ الْفَاسِدِ لِأَنَّهَا بِمَنْزِلَةِ الْمُغْصُوبِ.

وَمَنْ غَضَبَ جَارِيَةً وَبَاعَهَا بَعْدَ ضَمَانِ قِيمَتِهَا فَرَجَحَ فِيهَا أَوْ غَضَبَ دَرَاهِمَ وَأَدَّى ضَمَانَهَا وَاشْتَرَى بِهَا شَيْئًا وَبَاعَهُ وَرَجَحَ فِيهِ تَصَدَّقَ بِالرَّيْحِ فِي الْفَصْلَيْنِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ

يَتَّعِينَ، كَمَا إِذَا اشْتَرَى عَبْدًا بِجَارِيَةٍ وَأَعْتَقَهُ فَاسْتَحَقَّتْ الْجَارِيَةُ فَإِنَّ الْعَتَقَ نَافِذٌ، لَوْ لَمْ يَكُنْ بَدَلُ الْمُسْتَحَقِّ مَمْلُوكًا لَمَا نَفَذَ لَامْتِنَاعِهِ فِي غَيْرِ الْمَلِكِ بِالنَّصِّ، فَإِذَا كَانَ مَا لَا يَتَّعِينَ أَوَّلَى، لَكِنَّهُ يُفْسِدُ الْمَلِكُ إِذَا اسْتَحَقَّ قَصْدًا فِي مُقَابِلِهِ لَا فِيهِ، فَلَوْ كَانَ فِيهِ كَانَ بَاطِلًا وَالْحَبْثُ لِفَسَادِ الْمَلِكِ لَا يَعْمَلُ فِيْمَا لَا يَتَّعِينَ.

فَصْلٌ فِيْمَا يُكْرَهُ

قَالَ (وَنَهَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنِ النَّجْشِ) وَهُوَ أَنْ يَزِيدَ فِي الثَّمَنِ وَلَا يُرِيدُ الشِّرَاءَ لِيُرْغَبَ غَيْرُهُ وَقَالَ «لَا تَنَاجَشُوا»^(١). قَالَ (وَعَنِ السُّومِ عَلَى سَوْمٍ غَيْرِهِ) قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «لَا يَسْتَمِ الرَّجُلُ عَلَى سَوْمِ أَخِيهِ وَلَا يَخْطُبُ عَلَى خُطْبَةِ أَخِيهِ»^(٢)؛ وَلَأنَّ فِي ذَلِكَ إِحْشَاءً وَإِضْرَارًا، وَهَذَا إِذَا تَرَاضَى الْمُتَعَاقِدَانِ عَلَى مَبْلَغٍ ثَمَنًا فِي الْمَسَاوِمَةِ، فَأَمَّا إِذَا لَمْ يَرْكَنْ أَحَدُهُمَا إِلَى الْآخَرِ فَهُوَ بَيْعٌ مَنْ يَزِيدُ وَلَا بَأْسَ بِهِ عَلَى مَا نَذَرَهُ، وَمَا ذَكَرْنَاهُ مَحْمَلُ النَّهْيِ فِي النِّكَاحِ أَيْضًا. قَالَ (وَعَنِ تَلْقَى الْجَلْبِ) وَهَذَا إِذَا كَانَ يَضُرُّ بِأَهْلِ الْبَلَدِ فَإِنْ كَانَ لَا يَضُرُّ فَلَا بَأْسَ بِهِ، إِلَّا إِذَا لَبَسَ السَّعْرَ عَلَى الْوَارِدِينَ فَحِينَئِذٍ يُكْرَهُ لِمَا فِيهِ مِنَ الْغُرْرِ وَالضَّرَرِ.

الشرح:

(فَصْلٌ فِيْمَا يُكْرَهُ): قِيلَ الْمَكْرُوهُ أَدْنَى دَرَجَةٍ مِنَ الْفَاسِدِ، وَلَكِنْ هُوَ شُعْبَةٌ فَلِذَلِكَ الْحَقُّ بِهِ وَأُخِّرَ عَنْهُ، وَلَعَلَّ تَحْقِيقَ ذَلِكَ مَا ذُكِرَ فِي أَصُولِ الْفِقْهِ أَنَّ الْقُبْحَ إِذَا كَانَ لِأَمْرِ مُجَاوِرٍ كَانَ مَكْرُوهًا، وَإِذَا كَانَ بِوَصْفٍ مُتَّصِلٍ كَانَ فَاسِدًا وَقَدْ قَرَّرْنَاهُ فِي التَّقْرِيرِ (وَنَهَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنِ النَّجْشِ) بِفَتْحَيْنِ (وَهُوَ أَنْ يَزِيدَ الرَّجُلُ فِي الثَّمَنِ وَلَا يُرِيدُ الشِّرَاءَ لِيُرْغَبَ غَيْرُهُ) وَيَجْرِي فِي النِّكَاحِ وَغَيْرِهِ حَيْثُ قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «لَا تَنَاجَشُوا» أَيُّ لَا تَفْعَلُوا ذَلِكَ وَسَبَبُ ذَلِكَ إِيقَاعُ رَجُلٍ فِيهِ بِأَزِيدَ مِنَ الثَّمَنِ وَهُوَ خِدَاعٌ وَالْخِدَاعُ قَبِيحٌ جَاوَرَ هَذَا الْبَيْعَ فَكَانَ مَكْرُوهًا، وَظَهَرَ مِنْ هَذَا أَنَّ الرَّاغِبَ فِي السَّلْعَةِ إِذَا طَلَبَهَا مِنْ صَاحِبِهَا بِاتِّقَاصٍ مِنْ ثَمَنِهَا فَزَادَ شَخْصًا لَا يُرِيدُ الشِّرَاءَ إِلَى مَا بَلَغَ ثَمَامَ قِيمَتِهَا لَا يَكُونُ مَكْرُوهًا لِاتِّقَافِ الْخِدَاعِ (وَنَهَى عَنِ السُّومِ عَلَى سَوْمٍ غَيْرِهِ) قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ

(١) أخرجه البخاري في البيوع باب ٦٤، ومسلم في البيوع حديث (١١).

(٢) أخرجه البخاري (٢١٣٩)، ومسلم في البيوع (حديث ٧).

وَالسَّلَامُ «لَا يَسْتَأْمُ الرَّجُلُ عَلَى سَوْمِ أَخِيهِ وَلَا يَخْطُبُ عَلَى خِطْبَةِ أَخِيهِ» وَهُوَ نَهْيٌ فِي مَعْنَى النَّهْيِ فَيُفِيدُ الْمَشْرُوعِيَّةَ.

وَصُورَتُهُ أَنْ يَتَسَاوَمَ الرَّجُلَانِ عَلَى السَّلْعَةِ وَالْبَائِعُ وَالْمُشْتَرِي رَضِيًا بِذَلِكَ وَلَمْ يَعْقِدَا عَقْدَ الْبَيْعِ حَتَّى دَخَلَ آخَرُ عَلَى سَوْمِهِ فَإِنَّهُ يَجُوزُ، لَكِنَّهُ يُكْرَهُ لِاشْتِمَالِهِ عَلَى الْإِيحَاشِ وَالْإِضْرَارِ وَهُمَا قَبِيحَانِ يَنْفَكَانِ عَنِ الْبَيْعِ فَكَانَ مَكْرُوهًا إِذَا جَنَحَ الْبَائِعُ إِلَى الْبَيْعِ بِمَا طَلَبَ بِهِ الْأَوَّلُ مِنَ الثَّمَنِ، وَكَذَلِكَ فِي النِّكَاحِ. أَمَّا إِذَا لَمْ يَجْنَحْ فَلَا بَأْسَ بِذَلِكَ لِأَنَّهُ يَبِيعُ مَنْ يَزِيدُ. وَقَدْ رَوَى أَنَسٌ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ بَاعَ قَدْحًا وَحَلَسًا يَبِيعُ مَنْ يَزِيدُ». قَالَ: وَعَنْ ثَلَاثِي الْجَلْبِ: أَيِ وَتَهَى عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ عَنْ ثَلَاثِي الْجَلْبِ: أَيِ الْمَجْلُوبِ.

وَصُورَتُهُ الْمَصْرِيُّ أُخْبِرَ بِمَجِيءِ قَافِلَةٍ بِمِيرَةٍ فَتَلَقَّاهُمْ وَاشْتَرَى الْجَمِيعَ وَأَدْخَلَهُ الْمَصْرَ لِبَيْعِهِ عَلَى مَا أَرَادَ فَذَلِكَ لَا يَخْلُو إِمَّا أَنْ يَضُرَّ بِأَهْلِ الْبَلَدِ أَوْ لَا، وَالثَّانِي لَا يَخْلُو مِنْ أَنْ يُلْبَسَ السَّعَرُ عَلَى الْوَارِدِينَ أَوْ لَا، فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ بِأَنْ كَانَ أَهْلُ الْمَصْرِ فِي قَحْطٍ وَضَيْقٍ فَهُوَ مَكْرُوهٌ بِاعْتِبَارِ قُبْحِ التَّضْيِيقِ الْمَجَاوِرِ الْمُتَّفَكُّ، وَإِنْ كَانَ الثَّانِي فَقَدْ لَبَسَ السَّعَرُ عَلَى الْوَارِدِينَ فَقَدْ غَرَّ وَضُرَّ وَهُوَ قَبِيحٌ فَيُكْرَهُ، وَإِلَّا فَلَا بَأْسَ بِذَلِكَ.

قَالَ (وَعَنْ بَيْعِ الْحَاضِرِ لِلْبَادِي) فَقَدْ قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «يَبِيعُ الْحَاضِرُ لِلْبَادِي» وَهَذَا إِذَا كَانَ أَهْلُ الْبَلَدِ فِي قَحْطٍ وَعَوَزٍ، وَهُوَ أَنْ يَبِيعَ مِنْ أَهْلِ الْبَدْوِ طَمَعًا فِي الثَّمَنِ الْعَالِي لِمَا فِيهِ مِنَ الْإِضْرَارِ بِهِمْ أَمَّا إِذَا لَمْ يَكُنْ كَذَلِكَ فَلَا بَأْسَ بِهِ لِانْعِدَامِ الضَّرْرِ. قَالَ: (وَالْبَيْعُ عِنْدَ أَذَانِ الْجُمُعَةِ) قَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿وَذَرُوا الْبَيْعَ﴾ [الجمعة: ٩] ثُمَّ فِيهِ إِخْلَالٌ بِوَأَجِبِ السَّعْيِ عَلَى بَعْضِ الْوُجُوهِ، وَقَدْ ذَكَرْنَا الْأَذَانَ الْمُعْتَبَرَ فِيهِ فِي كِتَابِ الصَّلَاةِ. قَالَ (وَكُلُّ ذَلِكَ يُكْرَهُ) لِمَا ذَكَرْنَا، وَلَا يَفْسُدُ بِهِ الْبَيْعُ؛ لِأَنَّ الْفَسَادَ فِي مَعْنَى خَارِجٍ زَائِدٍ لَا فِي صُلْبِ الْعَقْدِ وَلَا فِي شَرَائِطِ الصَّحْتِ. قَالَ (وَلَا بَأْسَ بِبَيْعِ مَنْ يَزِيدُ) وَتَقْسِيرُهُ مَا ذَكَرْنَا. وَقَدْ صَحَّ «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ بَاعَ قَدْحًا وَحَلَسًا بِبَيْعِ مَنْ يَزِيدُ»^(١)؛ وَلِأَنَّهُ يَبِيعُ الْفُقَرَاءَ وَالْحَاجَّةَ مَاسَةً إِلَى نَوْعِ مِنْهُ.

(١) أخرجه أبو داود (١٦٤١)، وابن ماجه (٢١٩٨)، والترمذي (١٢١٨).

الشرح:

(قَالَ وَيَبِيعُ الْحَاضِرُ لِلْبَادِي) أَيُّ وَنَهَى عَلَيْهِ الصَّلَاةَ وَالسَّلَامُ عَنْ بَيْعِ الْحَاضِرِ لِلْبَادِي فَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةَ وَالسَّلَامُ «لَا يَبِيعُ حَاضِرٌ لِلْبَادِي» وَصُورَتُهُ الرَّجُلُ لَهُ طَعَامٌ لَا يَبِيعُهُ لِأَهْلِ الْمَصْرِ وَيَبِيعُهُ مِنْ أَهْلِ الْبَادِيَةِ بِشَمَنِ غَالٍ، فَلَا يَخْلُو إِمَّا أَنْ يَكُونَ أَهْلُ الْمَصْرِ فِي سَعَةٍ لَا يَتَضَرَّرُونَ بِذَلِكَ أَوْ فِي قَحْطٍ يَتَضَرَّرُونَ، فَإِنْ كَانَ الثَّانِي فَهُوَ مَكْرُوهٌ، وَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ فَلَا بَأْسَ بِذَلِكَ. وَعَلَى هَذَا تَكُونُ اللَّامُ لِلْبَادِي بِمَعْنَى مَنْ. وَقِيلَ فِي صُورَتِهِ نَظَرًا إِلَى اللَّامِ أَنْ يَتَوَلَّى الْمَصْرِيُّ الْبَيْعَ لِأَهْلِ الْبَادِيَةِ لِيُعَالِيَ فِي الْقِيَمَةِ. قَالَ (وَالْبَيْعُ عِنْدَ أَذَانِ الْجُمُعَةِ) أَيُّ وَنَهَى عَلَيْهِ الصَّلَاةَ وَالسَّلَامُ عَنْ الْبَيْعِ عِنْدَ أَذَانِ الْجُمُعَةِ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿وَذَرُوا الْبَيْعَ﴾ وَتَسْمِيَّتُهُ مِنْهُنَّ بِاعْتِبَارِ مَعْنَاهُ لَا بِاعْتِبَارِ الصَّيْغَةِ (قَوْلُهُ ثُمَّ فِيهِ) بَيَانٌ لِلْقُبْحِ الْمُجَاوِرِ، فَإِنَّ الْبَيْعَ قَدْ يُجْلُ بِوَاجِبِ السَّعْيِ إِذْ قَعَدَا أَوْ وَقَفَا يَتَبَايَعَانِ، وَأَمَّا إِذَا تَبَايَعَا يَمْشِيَانِ فَلَا إِخْلَالَ فَيَصِحُّ بِلا كَرَاهَةٍ. وَقَدْ تَقَدَّمَ فِي كِتَابِ الصَّلَاةِ أَنَّ الْمُعْتَبَرَ فِي ذَلِكَ هُوَ الْأَذَانُ الْأَوَّلُ إِذَا كَانَ بَعْدَ الزَّوَالِ (وَكُلُّ ذَلِكَ) أَيُّ الْمَذْكُورِ مِنْ أَوَّلِ الْفَصْلِ إِلَى هُنَا مَكْرُوهٌ لِمَا ذَكَرْنَا لَا فَاسِدٌ، لَأَنَّ الْفَسَادَ: أَيُّ الْقُبْحَ لِأَمْرِ خَارِجٍ زَائِدٍ: أَيُّ مُجَاوِرٍ، وَلَيْسَ فِي صُلْبِ الْعَقْدِ وَلَا فِي شَرَائِطِ الصَّحَّةِ وَتُفَسَّرُ بَيْعٌ مَنْ يَزِيدُ، وَرَوَى أَنَسُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَدْ مَرَّ آتِفًا (نَوْعٌ مِنْهُ) أَيُّ هَذَا الَّذِي يَشْرَعُ فِيهِ نَوْعٌ مِنَ الْبَيْعِ الْمَكْرُوهِ.

قَالَ (وَمَنْ مَلَكَ مَمْلُوكَيْنِ صَغِيرَيْنِ أَحَدَهُمَا ذُو رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنَ الْآخَرِ لَمْ يَفْرُقْ بَيْنَهُمَا، وَكَذَلِكَ إِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا كَبِيرًا) وَالْأَصْلُ فِيهِ قَوْلُهُ ﷺ «مَنْ فَرَّقَ بَيْنَ وَالِدَةٍ وَوَلَدِهَا فَرَّقَ اللَّهُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ أَحَبَّتِهِ يَوْمَ الْقِيَامَةِ»^(١). وَوَهَبَ النَّبِيُّ ﷺ لِعَلِيِّ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُ غُلَامَيْنِ أَخَوَيْنِ صَغِيرَيْنِ ثُمَّ قَالَ لَهُ: مَا فَعَلَ الْغُلَامَانِ؟ فَقَالَ: بَعْتُ أَحَدَهُمَا، فَقَالَ: أَذْرِكُ أَذْرِكُ، وَيُرَوَّى: رُدُّهُ رُدُّهُ^(٢)؛ وَلَأَنَّ الصَّغِيرَ يَسْتَأْنَسُ بِالصَّغِيرِ وَبِالْكَبِيرِ وَالْكَبِيرُ يَتَعَاهَدُهُ فَكَانَ فِي بَيْعِ أَحَدِهِمَا قَطْعُ الْاسْتِنَاسِ، وَالنُّعْ مِنْ التَّعَاهُدِ وَفِيهِ تَرْكُ الْمَرْحَمَةِ عَلَى الصَّغَارِ، وَقَدْ أَوْعَدَ عَلَيْهِ ثُمَّ الْمَنْعُ مَعْلُولٌ بِالْقَرَابَةِ الْمَحْرَمَةِ لِلنِّكَاحِ حَتَّى لَا يَدْخُلَ فِيهِ مَحْرَمٌ غَيْرُ قَرِيبٍ وَلَا قَرِيبٌ غَيْرُ مَحْرَمٍ، وَلَا يَدْخُلُ فِيهِ الزَّوْجَانِ حَتَّى جَاَزَ

(١) أخرجه الترمذي في البيوع باب ٥٢، والسير باب ١٧.

(٢) أخرجه الترمذي (١٢٨٤)، وابن ماجه (٢٢٤٩)، والدارقطني (٦٦/٣) رقم (٢٥٠).

التفريق بينهما؛ لأن النص وردَ بخلاف القياس فيقتصر على مؤدبه، ولا بد من اجتماعهما في ملكه لما ذكرنا، حتى لو كان أحد الصغيرين له والآخر لغيره لا بأس ببيع واحد منهما، ولو كان التفريق بحق مستحق لا بأس به كدفع أحدهما بالجناية ويعه بالدن ورده بالعيب؛ لأن المنظور إليه دفع الضرر عن غيره لا الإضرار به.

قال (فإن فرق كره له ذلك وجاز العقد) وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يجوز في قرابة الولاد ويجوز في غيرها. وعنه أنه لا يجوز في جميع ذلك لما روينا، فإن الأمر بالإدراك والرد لا يكون إلا في البيع الفاسد.

ولهما أن ركن البيع صدر من أهله في محله، وإنما الكراهة لعمى مجاور فشابه كراهة الاستيلاء (وإن كانا كبيرين فلا بأس بالتفريق بينهما)؛ لأنه ليس في معنى ما ورد به النص، وقد صح «أنه عليه الصلاة والسلام فرق بين مارية وسيرين وكانتا أمتين أختين».

الشرح:

ومن ملك صغيرين أو صغيراً وكبيراً أحدهما ذو رحم محرم من الآخر كره له أن يفرق بينهما قبل البلوغ لقوله ﷺ «من فرق بين والدته وولدها فرق الله بينه وبين أحبه يوم القيامة» قوله (وهب) معطوف على قوله عليه الصلاة والسلام من حيث المعنى، لأن تقريره والأصل فيه ما قال عليه الصلاة والسلام «وهب النبي ﷺ لعلّي غلامين أخوين صغيرين ثم قال له: ما فعل الغلامان؟ فقال: بعتهما، فقال: أدرك أدرك».

ويروى: أرذذ أرذذ». ووجه الاستدلال بالأول هو الوعيد، وبالتالي تكرر الأمر بالإدراك والرد، والوعيد جاء للتفريق والأمر بالإدراك على بيع أحدهما وهو تفريق ولم يتعرض للبيع، فقلنا بكراهة البيع لإفضائه إلى التفريق وهو مجاور ينفك عنه لجواز أن يقع ذلك بالهبة، والمعنى المؤثر في ذلك استئناس الصغير بالصغير والكبير، وتعاهد الكبير للصغير، وفي بيع أحدهما قطع الاستئناس والمنع من التعاهد، وفي ترك المرحمة على الصغار، وقد أوعد النبي ﷺ على ذلك بقوله ﷺ «من فرق بين والدته وولدها فرق الله بينه وبين أحبه يوم القيامة» إن كان المراد ترك المرحمة تركها

بالتفريق، وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ الْمُرَادُ فِي قَطْعِ الْاسْتِنَاسِ وَالْمَنْعِ مِنَ التَّعَاهُدِ وَتَرْكِ الْمَرْحَمَةِ
وَذَلِكَ مُتَوَعَّدٌ بِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «مَنْ لَمْ يَرْحَمْ صَغِيرًا» ثُمَّ الْمَنْعُ عَنِ التَّفْرِيقِ
إِنَّمَا هُوَ بِاعْتِبَارِ اسْتِنَاسٍ وَتَعَاهُدٍ يَحْصُلُ بِالْقَرَابَةِ الْمَحْرَمَةِ لِلنِّكَاحِ بِأَنْ يَكُونَ أَحَدُهُمَا ذَا
رَحِمٍ مُحْرَمٌ مِنَ الْآخَرِ كَمَا ذَكَرْنَا فِي صَدْرِ الْكَلَامِ بِلَا ضَرَرٍ لِلْمَوْلَى أَوْ الصَّغِيرِ قَصْدًا
فَلَا يَدْخُلُ مُحْرَمٌ غَيْرُ قَرِيبٍ وَلَا قَرِيبٌ غَيْرُ مُحْرَمٍ وَلَا مَا لَا مَحْرَمِيَّةَ بَيْنَهُمَا أَصْلًا، حَتَّى
لَوْ كَانَ أَحَدُهُمَا أَخًا رِضَاعِيًّا لِلْآخَرِ أَوْ كَانَ أُمَةً وَالْآخَرُ ابْنَهَا رِضَاعًا أَوْ كَانَ أَحَدُهُمَا
وَلَدَ عَمٍّ أَوْ خَالَ أَوْ كَانَ أَحَدُهُمَا زَوْجَ الْآخَرِ جَارَ التَّفْرِيقِ بَيْنَهُمَا لِأَنَّ النَّصَّ النَّافِيَّ وَرَدَ
بِخِلَافِ الْقِيَاسِ، لِأَنَّ الْقِيَاسَ يَقْتَضِي جَوَازَ التَّفْرِيقِ بِوُجُودِ الْمَلِكِ الْمُطْلَقِ لِلتَّصَرُّفِ مِنْ
الْجَمْعِ وَالتَّفْرِيقِ كَمَا فِي الْكَبِيرَيْنِ، وَكُلُّ مَا وَرَدَ مِنَ النَّصِّ بِخِلَافِ الْقِيَاسِ يَقْتَضِرُ عَلَى
مَوْرِدِهِ وَمَوْرِدُهُ الْوَالِدَةُ وَلَوْلَاهَا وَالْأَخَوَانِ. قِيلَ: فِي كَلَامِ الْمُصَنِّفِ تَنَاقُضٌ، لِأَنَّهُ عُلِّلَ
بِقَوْلِهِ وَلَأنَّ الصَّغِيرَ يَسْتَأْنِسُ بِالصَّغِيرِ، وَقَالَ: ثُمَّ الْمَنْعُ مَعْلُولٌ بِالْقَرَابَةِ الْمَحْرَمَةِ لِلنِّكَاحِ، ثُمَّ
قَالَ: لِأَنَّ النَّصَّ وَرَدَ بِخِلَافِ الْقِيَاسِ، وَمَا كَانَ كَذَلِكَ لَا يَكُونُ مَعْلُولًا فَجَاءَ التَّنَاقُضُ.
وَالْجَوَابُ مَا أَشْرَفْنَا إِلَيْهِ فِي تَفْسِيرِ كَلَامِهِ أَنَّ مَنَاطَ حُكْمِ الْمَنْعِ عَنِ التَّفْرِيقِ إِنَّمَا هُوَ
اسْتِنَاسٌ وَتَعَاهُدٌ يَحْصُلُ بِالْقَرَابَةِ الْمَحْرَمَةِ لِلنِّكَاحِ بِدُونِ ضَرَرٍ لِلْمَوْلَى أَوْ الصَّغِيرِ قَصْدًا
فَهُوَ بَيَانٌ لِمَا عَسَى يَجُوزُ بِهِ إِلْحَاقُ الْغَيْرِ بِالذَّلَالَةِ إِذَا سَاوَاهُ، لَا بَيَانٌ الْوَصْفِ الْجَامِعِ بَيْنَ
الْمَقِيسِ وَالْمَقِيسِ عَلَيْهِ، فَلَا تَنَاقُضَ بَيْنَ قَوْلِهِ مَعْلُولٌ عَلَى هَذَا التَّفْسِيرِ وَبَيْنَ قَوْلِهِ وَرَدَ
بِخِلَافِ الْقِيَاسِ. وَإِذَا ظَهَرَ هَذَا تَبَيَّنَ أَنَّهُ لَيْسَ فِي الْقَرَابَةِ وَالْمَحْرَمِيَّةِ، وَلَا مَا فِيهِ ضَرَرٌ مَا
يُسَاوِي الْقَرَابَةَ الْمَحْرَمَةَ لِلنِّكَاحِ وَمَا لَا ضَرَرَ فِيهِ حَتَّى يُلْحَقَ بِهَا. فَلَا يُرَدُّ مَا قِيلَ فِي
الْكُتُبِ لَوْ كَانَ مَنَعُ التَّفْرِيقِ مَعْلُولًا بِالْقَرَابَةِ الْمَحْرَمَةِ لِلنِّكَاحِ لَمَّا جَارَ التَّفْرِيقُ عِنْدَ وُجُودِ
هَذِهِ الْعِلَّةِ، لَكِنَّهُ جَارَ فِي سَبْعَةِ مَوَاضِعَ وَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا صَغِيرًا فَكَانَتْ الْعِلَّةُ مَنْقُوضَةً
وَلَزِمَ التَّرَاؤُ الْقَوْلَ بِتَخْصِيصِ الْعِلَلِ الْفَاسِدَةِ عِنْدَ عَامَّةِ الْمَشَائِخِ.

وَالأَوَّلُ مِنَ الْمَوَاضِعِ السَّبْعَةِ مَا إِذَا صَارَ أَحَدُهُمَا فِي مِلْكِهِ إِلَى حَالٍ لَا يُمَكِّنُهُ بَيْعُهُ
كَمَا إِذَا ذُبِرَهُ أَوْ اسْتَوْلَدَهُ إِنْ كَانَتْ أُمَةً فَإِنَّهُ لَا بَأْسَ بِبَيْعِ الْآخَرِ وَإِنْ حَصَلَ التَّفْرِيقُ.
وَالثَّانِي إِذَا جَنَى أَحَدُهُمَا جَنَایَةَ نَفْسٍ أَوْ مَالٍ فَإِنَّ لِلْمَوْلَى أَنْ يَدْفَعَ وَفِيهِ تَفْرِيقٌ مَعَ أَنَّهُ
مُخَيَّرٌ بَيْنَ الدَّفْعِ وَالْفِدَاءِ، وَلَهُ وَلَايَةُ الْمَنْعِ عَنِ الْبَيْعِ بِأَدَاءِ الْقِيَمَةِ. وَالثَّلَاثُ إِذَا كَانَ الْمَالِكُ

حَرِيًّا جَازَ لِلْمُسْلِمِ شِرَاءَ أَحَدِهِمَا، وَكَمَا يُكْرَهُ التَّفْرِيقُ بِالْبَيْعِ يُكْرَهُ بِالشَّرَاءِ.
وَالرَّابِعُ إِذَا مَلَكَ صَغِيرًا وَكَبِيرَيْنِ جَازَ بَيْعُ أَحَدِ الْكَبِيرَيْنِ اسْتِحْسَانًا وَإِنْ لَزِمَ
التَّفْرِيقُ. وَالْخَامِسُ إِذَا اشْتَرَاهُمَا وَوَجَدَ بِأَحَدِهِمَا عَيْبًا كَانَ لَهُ رَدُّ الْمَعِيبِ فِي ظَاهِرِ
الرُّوَايَةِ وَلَزِمَ التَّفْرِيقُ وَالسَّادِسُ جَازَ إِعْتَاقُ أَحَدِهِمَا عَلَى مَالٍ أَوْ غَيْرِهِ وَهُوَ تَفْرِيقُ.
وَالسَّابِعُ إِذَا كَانَ الصَّغِيرُ مُرَاهِقًا جَازَ بَيْعُهُ بِرِضَاهُ وَرِضَا أُمِّهِ وَلَزِمَ التَّفْرِيقُ. وَإِذَا تَأَمَّلْتَ
مَا مُهِدَ لَكَ آتِفًا ظَهَرَ لَكَ عَدَمُ وُرُودِهَا فَإِنْ مَا خَلَا الْأَخِيرَيْنِ يَشْتَمِلُ عَلَى الضَّرَرِ، أَمَّا
الْأَوَّلُ فَلَأَنْ يَبْعَ أَحَدَهُمَا لَمَّا امْتَنَعَ لِمَعْنَى شَرْعِيٍّ لَوْ مَنَعَ عَنْ بَيْعِ الْآخَرِ تَضَرَّرَ الْمَوْلَى
وَالْمَنْظُورُ إِلَيْهِ دَفْعُ الضَّرَرِ عَنْ غَيْرِهِ لَا الْإِضْرَارُ بِهِ.

لَا يُقَالُ: الْمَنَعُ عَنْ تَصَرُّفِ التَّفْرِيقِ مَعَ وُجُودِ الْمَلِكِ الْمَطْلُوقِ لَهُ أَضْرَارٌ فَكَيْفَ
تُحْمَلُ لِأَنَّهُ لَوْ لَمْ يَتَحَمَّلْ ذَلِكَ لَزِمَ إِهْمَالُ الْحَدِيثِ. وَأَمَّا الثَّانِي فَلَأَنَّهُ لَوْ لَزِمَ الْمَوْلَى
الْفِدَاءَ بِذُنُونِ اخْتِيَارِهِ تَضَرَّرَ. وَأَمَّا الثَّالِثُ فَلَأَنْ مَنَعَ التَّفْرِيقِ لَدَفَعَ الضَّرَرَ عَنْ الصَّغِيرِ وَلَوْ
مَنَعَ الْمُسْلِمُ مِنْ شِرَائِهِ تَضَرَّرَ الصَّغِيرُ قَصْدًا وَعَادَ عَلَى مَوْضُوعِهِ بِالنَّقْضِ، فَإِنْ الْحَرْبِيُّ
يُدْخِلُهُمَا دَارَ الْحَرْبِ فَيَنْشَأُ فِيهَا، وَضَرَرَ ذَلِكَ ظَاهِرٌ فِي الدُّنْيَا لِعَرَضِيَّةِ الْأَسْرِ وَالْقَتْلِ
وَفِي الْآخِرَةِ، لَأَنَّ ظَاهِرَ مَنْ يَنْشَأُ مِنْ صِغَرِهِ يَنْتَهِي أَنْ يَكُونَ عَلَى دِينِهِمْ. وَأَمَّا الرَّابِعُ
فَلَأَنَّ مَنَعَ بَيْعِ أَحَدِ الْكَبِيرَيْنِ مَعَ دَفْعِ ضَرَرِ الصَّغِيرِ بِالْآخَرِ إِضْرَارٌ لِلْمَوْلَى. وَأَمَّا الْخَامِسُ
فَجَوَّازُ التَّفْرِيقِ فِيهِ مَمْنُوعٌ عَلَى مَا رَوَى عَنْ أَبِي يُوسُفَ. وَعَلَى ظَاهِرِ الرُّوَايَةِ إِنَّمَا جَازَ
لَأَنَّ رَدَّ السَّالِمِ عَنْ الْعَيْبِ حَرَامٌ مِنْ كُلِّ وَجْهِ، وَفِي الْإِزَامِ الْمَعِيبِ إِضْرَارٌ لِلْمُشْتَرِي فَيَتَعَيَّنُ
رَدُّهُ دَفْعًا لِلْإِضْرَارِ عَنْهُ. وَأَمَّا فِي السَّادِسِ فَلَأَنَّ الْإِعْتَاقَ هُوَ عَيْنُ الْجَمْعِ بِأَكْمَلِ الْوُجُوهِ،
لَأَنَّ الْمُعْتَقَ أَوْ الْمَكْتُوبَ صَارَ أَحَقَّ بِنَفْسِهِ فَيَدُورُ هُوَ حَيْثُمَا دَارَ أَخُوهُ وَيَتَعَاهَدُ أُمُورَهُ عَلَى
مَا أَرَادَ، وَلَا اعْتِبَارَ بِخُرُوجِهِ عَنْ مِلْكِهِ بَعْدَمَا حَصَلَ الْمَعْنَى الْمَوْجِبُ فِي إِبْقَائِهِمَا جَمِيعًا
مَعَ زِيَادَةِ وَصْفٍ وَهِيَ اسْتِدَادُهُ بِنَفْسِهِ.

وَأَمَّا فِي السَّابِعِ فَلَأَنَّ الْمَنَعَ عَنْ التَّفْرِيقِ لِلْإِحْزَارِ عَنْ الضَّرَرِ بِهِمَا فَلَمَّا رَضِيََا
بِالتَّفْرِيقِ انْدَفَعَ الضَّرَرُ، فَفِيمَا عَدَا الْأَخِيرَيْنِ ضَرَرٌ فَلَا يَكُونُ فِي مَعْنَى مَا لَا ضَرَرَ فِيهِ مِنْ
كُلِّ وَجْهِ فَيُلْحَقُ بِهِ.

وَأَمَّا السَّادِسُ فَلَا تَفْرِيقَ فِيهِ، وَأَمَّا السَّابِعُ فَمِنْ قِيلِ إِسْقَاطِ الْحَقِّ، ثُمَّ لَا بُدَّ مِنْ

اجْتَمَاعِهِمَا فِي مَلِكٍ شَخْصٍ وَاحِدٍ حَتَّى لَوْ كَانَ أَحَدُهُمَا لَهُ وَالْآخَرُ لغيرِهِ لَا بَأْسَ بِبَيْعِ أَحَدِهِمَا لِأَنَّ التَّفْرِيقَ لَا يَتَحَقَّقُ فِيهِ وَذَكَرَ الْغَيْرَ مُطْلَقًا لِيَتَنَاوَلَ كُلُّ مَنْ كَانَ غَيْرُهُ سَوَاءً كَانَ الْغَيْرُ ابْنًا صَغِيرًا لَهُ أَوْ كَبِيرًا وَهُمَا فِي مُؤْتَتِهِ أَوْ لَا وَسَوَاءً كَانَ زَوْجَتَهُ أَوْ مُكَاتَّبَتَهُ، وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ أَحَدِهِمَا مِنْ أَحَدٍ هَؤُلَاءِ إِذَا كَانَا فِي مِلْكِهِ لِحُصُولِ التَّفْرِيقِ بِذَلِكَ (قَوْلُهُ وَلَوْ كَانَ التَّفْرِيقُ بِحَقِّ مُسْتَحَقٍّ) تَقْدَمُ تَقْرِيرُهُ فِي أَثْنَاءِ الْأَسْئَلَةِ وَجَوَابِهَا. وَرَوَى عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ قَالَ: إِذَا جَتَى أَحَدُهُمَا أَنَّهُ يُسْتَحَبُّ الْفِدَاءُ لِأَنَّهُ مُخَيَّرٌ بَيْنَ أَنْ يَدْفَعَ أَوْ يَفْدِيَ فَكَانَ الْفِدَاءُ أَوَّلَى.

قَالَ (فَإِنْ فَرَّقَ كُرْهًا ذَلِكَ وَجَارَ الْعَقْدُ إلخ) فَإِنْ فَرَّقَ كُرْهًا ذَلِكَ، وَإِطْلَاقُ التَّفْرِيقِ يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ مَكْرُوهٌ سَوَاءً كَانَ بِالْبَيْعِ أَوْ الْقِسْمَةِ فِي الْمِيرَاثِ أَوْ الْغَنَائِمِ أَوْ الْهَبَةِ أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ وَالْبَيْعُ جَائِزٌ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ فِي قَرَابَةِ الْوِلَادِ لِقَوَّتِهَا وَضَعْفِ غَيْرِهَا. وَعَنْهُ لَا يَجُوزُ فِي جَمِيعِ ذَلِكَ لَمَا رَوَيْنَا مِنْ «قَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لَعَلِّي أَذْرِكُ أَذْرِكَ وَلَزَيْدُ بْنُ حَارِثَةَ أُرْدُدُ أُرْدُدُ» فَإِنَّ الْأَمْرَ بِالْإِذْرَاكِ وَالرَّدِّ لَا يَكُونُ إِلَّا فِي الْبَيْعِ الْفَاسِدِ. وَلَهُمَا أَنْ رُكْنَ الْبَيْعِ صَدَرَ مِنْ أَهْلِهِ مُضَافًا إِلَى مَحَلِّهِ، وَالْكَرَاهَةُ لِمَعْنَى مُجَاوِرٍ وَهُوَ الْوَحْشَةُ الْحَاصِلَةُ بِالتَّفْرِيقِ فَكَانَ كَالْبَيْعِ وَقْتَ النَّدَاءِ وَهُوَ مَكْرُوهٌ لَا فَاسِدٌ كَالْأَسْتِيَامِ.

وَالْجَوَابُ عَنْ الْحَدِيثِ أَنَّهُ مَحْمُولٌ عَلَى طَلَبِ الْإِفَالَةِ أَوْ بَيْعِ الْآخَرِ مِمَّنْ بَاعَ مِنْهُ أَحَدُهُمَا (قَوْلُهُ وَإِنْ كَانَا كَبِيرَيْنِ فَلَا بَأْسَ بِالتَّفْرِيقِ بَيْنَهُمَا) لِأَنَّهُ لَيْسَ فِي مَعْنَى مَا وَرَدَ بِهِ النَّصُّ يُشِيرُ إِلَى أَنَّ مُرَادَهُ فِيمَا تَقْدَمُ الْإِلْحَاقُ بِدَلَالَةِ النَّصِّ كَمَا قَرَّرْنَاهُ، وَقَدْ صَحَّ «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ فَرَّقَ بَيْنَ مَارِيَةَ وَسِيرِينَ وَكَانَتَا أُمَّتَيْنِ أُخْتَيْنِ» رَوَى «أَنَّ أَمِيرَ الْقِبْطِ أَهْدَى إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ جَارِيَتَيْنِ أُخْتَيْنِ وَبَغْلَةً، فَكَانَ يَرْكَبُ الْبَغْلَةَ بِالْمَدِينَةِ وَاتَّخَذَ إِحْدَى الْجَارِيَتَيْنِ سُرِّيَّةً فَوَلَدَتْ لَهُ إِبْرَاهِيمَ وَهِيَ مَارِيَةُ، وَوَهَبَ الْآخَرَى لِحَسَّانَ بْنِ ثَابِتٍ وَكَانَ اسْمُهَا سِيرِينَ» بِالسَّيْنِ الْمُهْمَلَةِ ذَكَرَهُ ابْنُ عَبْدِ الْبَرِّ فِي كِتَابِ الْأَسْتِيعَابِ، وَهَذَا كُلُّهُ إِذَا كَانَ الْمَالِكُ مُسْلِمًا حُرًّا كَانَ أَوْ مُكَاتَّبًا أَوْ مَأْذُونًا لَهُ، وَأَمَّا إِذَا كَانَ كَافِرًا فَلَا يُكْرَهُ التَّفْرِيقُ لِأَنَّ مَا فِيهِ مِنَ الْكُفْرِ أَعْظَمُ وَالْكَفَّارُ غَيْرُ مُخَاطَبٍ بِالشَّرَائِعِ.

بَابُ الْإِقَالَةِ

(الْإِقَالَةُ جَائِزَةٌ فِي الْبَيْعِ بِمِثْلِ الثَّمَنِ الْأَوَّلِ) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «مَنْ أَقَالَ نَادِمًا بَيْعَتَهُ أَقَالَ اللَّهُ عَثْرَتَهُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ»^(١) وَلَأَنَّ الْعَقْدَ حَقَّهُمَا فَيَمْلِكَانِ رَفْعَهُ دَفْعًا لِحَاجَتِهِمَا (فَإِنْ شَرَطَا أَكْثَرَ مِنْهُ أَوْ أَقَلَّ فَالْشَّرْطُ بَاطِلٌ وَيَرُدُّ مِثْلَ الثَّمَنِ الْأَوَّلِ). وَالْأَصْلُ أَنَّ الْإِقَالَةَ فَسَخٌ فِي حَقِّ الْمُتَعَاقِدَيْنِ بَيْعٌ جَدِيدٌ فِي حَقِّ غَيْرِهِمَا إِلَّا أَنْ لَا يُمَكِّنَ جَعْلُهُ فَسَخًا فَتَبْطُلُ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ هُوَ بَيْعٌ إِلَّا أَنْ لَا يُمَكِّنَ جَعْلُهُ بَيْعًا فَيُجْعَلُ فَسَخًا إِلَّا أَنْ لَا يُمَكِّنَ فَتَبْطُلُ. وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ هُوَ فَسَخٌ إِلَّا إِذَا تَعَذَّرَ جَعْلُهُ فَسَخًا فَيُجْعَلُ بَيْعًا إِلَّا أَنْ لَا يُمَكِّنَ فَتَبْطُلُ. لِمُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ اللَّفْظَ لِلْفَسَخِ وَالرُّفْعِ. وَمِنْهُ يُقَالُ: أَقْلَنِي عَثْرَاتِي فَتَوَفَّرَ عَلَيْهِ قَضِيَّتُهُ. وَإِذَا تَعَذَّرَ يُحْمَلُ عَلَى مُحْتَمَلِهِ وَهُوَ الْبَيْعُ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ بَيْعٌ فِي حَقِّ الثَّالِثِ؛ وَلِأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ مُبَادَلَةٌ الْمَالِ بِالْمَالِ بِالتَّرَاضِي. وَهَذَا هُوَ حَدُّ الْبَيْعِ وَلِهَذَا يَبْطُلُ بِهَلَاكِ السَّلْعَةِ وَيَرُدُّ بِالْعَيْبِ وَتَثَبُّتِ بِهِ الشُّفْعَةُ وَهَذِهِ أَحْكَامُ الْبَيْعِ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ اللَّفْظَ يُنْبِئُ عَنِ الرُّفْعِ وَالْفَسَخِ كَمَا قُلْنَا، وَالْأَصْلُ إِعْمَالُ الْأَلْفَافِ فِي مُقْتَضِيَّاتِهَا الْحَقِيقِيَّةِ، وَلَا يُحْتَمَلُ ابْتِدَاءُ الْعَقْدِ لِيُحْمَلَ عَلَيْهِ عِنْدَ تَعَذُّرِهِ؛ لِأَنَّهُ ضِدُّهُ وَاللَّفْظُ لَا يُحْتَمَلُ ضِدُّهُ فَتَعَيَّنَ الْبُطْلَانُ، وَكَوْنُهُ بَيْعًا فِي حَقِّ الثَّالِثِ أَمْرٌ ضَرُورِيٌّ؛ لِأَنَّهُ يَثْبُتُ بِهِ مِثْلُ حُكْمِ الْبَيْعِ وَهُوَ الْمِلْكُ لَا مُقْتَضَى الصَّيْغَةِ، إِذْ لَا وِلَايَةَ لَهُمَا عَلَى غَيْرِهِمَا، إِذَا ثَبَتَ هَذَا نَقُولُ: إِذَا شَرَطَ الْأَكْثَرَ فَالْإِقَالَةُ عَلَى الثَّمَنِ الْأَوَّلِ لَتَعَذُّرِ الْفَسَخِ عَلَى الزِّيَادَةِ، إِذْ رَفَعُ مَا لَمْ يَكُنْ ثَابِتًا مُحَالٌ فَيَبْطُلُ الشَّرْطُ؛ لِأَنَّ الْإِقَالَةَ لَا تَبْطُلُ بِالشُّرُوطِ الْفَاسِدَةِ، بِخِلَافِ الْبَيْعِ؛ لِأَنَّ الزِّيَادَةَ يُمَكِّنُ اثْبَاتَهَا فِي الْعَقْدِ فَيَتَحَقَّقُ الرِّبَا أَوْ لَا يُمَكِّنُ اثْبَاتَهَا فِي الرُّفْعِ، وَكَذَا إِذَا شَرَطَ الْأَقْلَ لَمَّا بَيَّنَّاهُ إِلَّا أَنْ يَحْدُثَ فِي الْمُبْعِ عَيْبٌ فَحِينَئِذٍ جَازَتْ الْإِقَالَةُ بِالْأَقْلِ؛ لِأَنَّ الْحَصْطَ يُجْعَلُ بِإِزَاءِ مَا فَاتَ بِالْعَيْبِ، وَعِنْدَهُمَا فِي شَرْطِ الزِّيَادَةِ يَكُونُ بَيْعًا؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ هُوَ الْبَيْعُ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ جَعْلُهُ بَيْعًا مُمَكِّنٌ فَإِذَا زَادَ كَانَ قَاصِدًا بِهَذَا ابْتِدَاءَ الْبَيْعِ، وَكَذَا فِي شَرْطِ الْأَقْلِ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ؛ لِأَنَّهُ هُوَ الْأَصْلُ عِنْدَهُ، وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ

(١) أخرجه أبو داود (٣٤٦٠)، وابن ماجه (٢١٩٩)، وأحمد (٢٥٢/٢). وانظر نصب الراية

رَحِمَهُ اللَّهُ هُوَ فَسَخَ بِالثَّمَنِ الْأَوَّلِ لَا سَكُوتَ عَنْ بَعْضِ الثَّمَنِ الْأَوَّلِ، وَلَوْ سَكَتَ عَنِ الْكُلِّ وَأَقَالَ يَكُونُ فَسَخًا فَهَذَا أَوَّلِي، بِخِلَافِ مَا إِذَا زَادَ، وَإِذَا دَخَلَهُ عَيْبٌ فَهُوَ فَسَخٌ بِالْأَقْلِ لَمَّا بَيَّنَّاهُ.

الشرح:

(بَابُ الْإِقَالَةِ): (الْإِقَالَةُ) الْخِلَاصُ عَنْ خَبَثِ الْبَيْعِ الْفَاسِدِ وَالْمَكْرُوهِ. لَمَّا كَانَ بِالْفَسَخِ كَانَ لِلْإِقَالَةِ تَعَلُّقٌ خَاصٌّ بِهِمَا فَأَعْقَبَ ذِكْرَهَا إِيَّاهُمَا، وَهِيَ مِنَ الْقِيلِ لَا مِنَ الْقَوْلِ، وَالْهَمْزَةُ لِلْسَّلْبِ كَمَا ذَهَبَ إِلَيْهِ بَعْضٌ بِدَلِيلِ قُلْتُ الْبَيْعُ بِكُسْرِ الْقَافِ وَهِيَ جَائِزَةٌ لِقَوْلِهِ ﷺ «مَنْ أَقَالَ نَادِمًا بَيْعَتَهُ أَقَالَ اللَّهُ عَثْرَتَهُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ» نَدَبَ ﷺ إِلَيْهَا بِمَا يُوجِبُ التَّخْرِيطَ عَلَيْهَا مِنَ الثَّوَابِ إِخْبَارًا أَوْ ادِّعَاءً، وَكِلَاهُمَا لَا يَكُونُ إِلَّا لِمَشْرُوعٍ، وَلَأَنَّ الْعَقْدَ حَقُّهُمَا وَكُلُّ مَا هُوَ حَقُّهُمَا يَمْلِكَانِ رَفْعَهُ لِحَاجَتِهِمَا، وَشَرْطُهَا أَنْ تَكُونَ بِالثَّمَنِ الْأَوَّلِ (فَإِنْ شَرَطَا أَكْثَرَ مِنْهُ أَوْ أَقْلَ فَالشَّرْطُ بَاطِلٌ وَيُرَدُّ مِثْلُ الثَّمَنِ الْأَوَّلِ وَالْأَصْلُ فِي ذَلِكَ أَنَّ الْإِقَالَةَ فَسَخٌ فِي حَقِّ الْمُتَعَاقِدَيْنِ) وَلِهَذَا بَطُلَ مَا نَطَقَا بِهِ مِنَ الزِّيَادَةِ عَلَى الثَّمَنِ الْأَوَّلِ وَالتَّقْصَانِ مِنْهُ.

وَلَوْ بَاعَ الْبَائِعُ الْمَبِيعَ مِنَ الْمُشْتَرِي قَبْلَ أَنْ يَسْتَرِدَّهُ مِنْهُ جَازَ وَلَوْ كَانَ يَبِيعًا لَمَّا جَازَ لِكَوْنِهِ قَبْلَ الْقَبْضِ يَبِيعًا جَدِيدًا فِي حَقِّ غَيْرِهِمَا وَلِهَذَا تَجِبُ الشُّفْعَةُ لِلشَّفِيعِ فِيمَا إِذَا بَاعَ دَارًا فَسَلَّمَ الشُّفْعَةَ ثُمَّ تَقَايَلَا وَعَادَ الْمَبِيعُ إِلَى مَلِكِ الْبَائِعِ، وَلَوْ كَانَ فَسَخًا فِي حَقِّ غَيْرِهِمَا لَمْ يَكُنْ لَهُ ذَلِكَ، وَشَرْطُ التَّقَابُضِ إِذَا كَانَ الْبَيْعُ صَرَفًا فَكَانَتْ فِي حَقِّ الشَّرِيعَةِ يَبِيعًا جَدِيدًا.

وَهَذَا لِأَنَّ لَفْظَهَا يُنْبِئُ عَنِ الْفَسَخِ كَمَا سَنَذْكُرُهُ، وَمَعْنَاهَا يُنْبِئُ عَنِ الْبَيْعِ لِكَوْنِهَا مُبَادَلَةً الْمَالِ بِالْمَالِ بِالتَّرَاضِي، وَجَعَلَهَا فَسَخًا أَوْ يَبِيعًا فَقَطُّ إِهْمَالًا لِأَحَدِ الْجَانِبَيْنِ وَإِعْمَالُهُمَا وَلَوْ بَوَّجَهُ أَوَّلِي، فَجَعَلْنَاهَا مِنْ حَيْثُ اللَّفْظُ فَسَخًا فِي حَقِّ الْمُتَعَاقِدَيْنِ لِقِيَامِهِ بِهِمَا فَتَعَيَّنَ أَنْ تَكُونَ يَبِيعًا فِي حَقِّ غَيْرِهِمَا، فَإِنْ تَعَذَّرَ فَجَعَلَهَا فَسَخًا بَطَلَتْ كَمَا إِذَا وَلَدَتْ الْمَبِيعَةُ بَعْدَ الْقَبْضِ وَلَدًا فَإِنَّ الزِّيَادَةَ الْمُتَفَصِّلَةَ تَمْنَعُ فَسَخَ الْعَقْدِ حَقًّا لِلشَّرْعِ. وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ هِيَ يَبِيعٌ إِلَّا أَنْ يَتَعَذَّرَ جَعَلَهَا يَبِيعًا، كَمَا إِذَا تَقَايَلَا فِي الْمُنْقُولِ قَبْلَ الْقَبْضِ فَيُجْعَلُ فَسَخًا إِلَّا إِنْ تَعَذَّرَ جَعَلَهَا فَسَخًا فَتَبْطُلُ، كَمَا إِذَا تَقَايَلَا فِي الْعُرُوضِ الْمَبِيعَةِ بِالذَّرَاهِمِ بَعْدَ هَلَاكِهَا وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ هُوَ فَسَخٌ إِلَّا إِذَا تَعَذَّرَ ذَلِكَ، كَمَا إِذَا

تَقَايَلًا بِأَكْثَرِ مِنَ الثَّمَنِ الْأَوَّلِ فَيُجْعَلُ بَيْنَهُمَا إِذَا تَعَذَّرَ ذَلِكَ فَتَبْطُلُ كَمَا فِي صُورَةِ بَيْعِ
الْعَرَضِ بِالْذَرَاهِمِ بَعْدَ هَلَاكِهِ. اسْتَدَلَّ مُحَمَّدٌ بِالْمَعْنَى اللَّغَوِيَّةِ فَقَالَ: إِنَّ اللَّفْظَ لِلْفَسْخِ
وَالدَّفْعِ: يَعْنِي أَنَّ حَقِيقَةَ ذَلِكَ يُقَالُ فِي الدُّعَاءِ أَقْلَنِي عَثْرَتِي، وَإِذَا أُمِكنَ الْعَمَلُ بِالْحَقِيقَةِ
لَا يُصَارُ إِلَى الْمَجَازِ فَيُعْمَلُ بِهَا، وَإِذَا تَعَذَّرَ يُحْمَلُ عَلَى مُحْتَمَلِهِ وَهُوَ الْبَيْعُ لِأَنَّهُ بَيْنَهُمَا فِي
حَقِّ نَالِثٍ.

وَاسْتَدَلَّ أَبُو يُوسُفَ بِمَعْنَاهُ فَإِنَّهُ مُبَادَلَةُ الْمَالِ بِالْمَالِ بِالتَّرَاضِي وَلَيْسَ الْبَيْعُ إِلَّا ذَلِكَ،
وَاعْتَصَدَ بِثُبُوتِ أَحْكَامِ الْبَيْعِ مِنْ بُطْلَانِهَا بِهَلَاكِ السَّلْعَةِ وَالرَّدِّ بِالْعَيْبِ وَثُبُوتِ الشُّفْعَةِ.
وَعُورِضَ بَأَنَّهُ لَوْ كَانَتْ بَيْنَهُمَا أَوْ مُحْتَمَلَةً لَهُ لَأَنْعَقَدَ الْبَيْعُ بِلَفْظِ الْإِقَالَةِ وَلَيْسَ كَذَلِكَ.
وَأُجِيبَ بِمَنْعِ بُطْلَانِ الْإِقَالَةِ عَلَى الْمَرْوِيِّ عَنْ بَعْضِ الْمَشَايخِ، وَبِالْفَرْقِ بَعْدَ التَّسْلِيمِ بَأَنَّهُ
إِذَا قَالَ ابْتِدَاءً أَقْلَنْتُكَ الْعَقْدَ فِي هَذَا الْعَبْدِ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ وَلَمْ يَكُنْ بَيْنَهُمَا عَقْدٌ أَصْلًا تَعَذَّرَ
تَصْحِيحُهَا بَيْنَهُمَا لِأَنَّ الْإِقَالَةَ إِنَّمَا أُضِيفَتْ إِلَى مَا لَا وَجُودَ لَهُ فَتَبْطُلُ فِي مَخْرَجِهَا، وَمَا
نَحْنُ فِيهِ لَيْسَ كَذَلِكَ لِأَنَّهَا أُضِيفَتْ إِلَى مَا لَهُ وَجُودٌ: أَعْنِي بِهِ سَابِقَةَ الْعَقْدِ قَبْلُهَا فَلَمْ
يَلْزَمْ مِنْ إِرَادَةِ الْمَجَازِ مِنَ اللَّفْظِ فِي مَوْضِعِ لَوْجُودِ الدَّلَالَةِ عَلَى مَا أَرَادَ مِنَ الْمَجَازِ إِرَادَةُ
الْمَجَازِ فِي سَائِرِ الصُّوَرِ عِنْدَ عَدَمِ دَلَالَةِ الدَّلِيلِ عَلَى الْمَجَازِ، وَفِيهِ نَظَرٌ مِنْ وَجْهَيْنِ:
أَحَدُهُمَا أَنَّهُ يُفْهَمُ مِنْهُ أَنَّ أَبَا يُوسُفَ يَجْعَلُ الْإِقَالَةَ بَيْنَهُمَا مَجَازًا وَذَلِكَ مَصِيرٌ إِلَى الْمَجَازِ مَعَ
إِمْكَانِ الْعَمَلِ بِالْحَقِيقَةِ وَهُوَ لَا يَجُوزُ.

وَالثَّانِي أَنَّ قَوْلَهُ أَقْلَنْتُكَ الْعَقْدَ فِي هَذَا الْعَبْدِ مَعْنَاهُ عَلَى ذَلِكَ التَّقْدِيرِ بَعَثْتُكَ هَذَا
الْعَبْدَ، وَذَلِكَ يَفْتَضِي نَفْيَ سَابِقَةِ الْعَقْدِ. وَاسْتَدَلَّ أَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ اللَّفْظَ يُنْبِئُ عَنْ
الْفَسْخِ وَالرَّفْعِ كَمَا قُلْنَا فَهُوَ حَقِيقَةٌ فِيهِ، وَالْأَصْلُ إِعْمَالُ الْأَلْفَاظِ فِي حَقَائِقِهَا، فَإِنْ تَعَذَّرَ
ذَلِكَ صِيرَ إِلَى الْمَجَازِ إِنْ أُمِكنَ وَإِلَّا بَطَلَا، وَهَاهُنَا لَمْ يُمَكِّنْ أَنْ يُجْعَلَ مَجَازًا عَنْ ابْتِدَاءِ
الْعَقْدِ لِأَنَّهُ لَا يَحْتَمِلُهُ لَكُونُهَا ضِدَّهُ، وَاسْتِعَارَةُ أَحَدِ الضَّدَّيْنِ لِلآخَرِ لَا تَجُوزُ كَمَا عَرِفَ
فِي مَوْضِعِهِ.

فَإِنْ قِيلَ: الْإِقَالَةُ بَيْنَهُمَا جَدِيدٌ فِي حَقِّ الثَّالِثِ وَلَوْ لَمْ يُحْتَمَلِ الْبَيْعُ لَمْ يَكُنْ ذَلِكَ.
أَجَابَ الْمُصَنِّفُ بِأَنَّ ذَلِكَ لَيْسَ بِطَرِيقِ الْمَجَازِ، إِذِ الثَّابِتُ بِالْمَجَازِ ثَابِتٌ بِقَضِيَّةِ الصِّعَةِ،
وَهَذَا لَيْسَ كَذَلِكَ إِذْ لَا وِلَايَةَ لَهُمَا عَلَى غَيْرِهِمَا لِيَكُونَ لَفْظُهُمَا عَامِلًا فِي حَقِّهِ، بَلْ هُوَ

أَمْرٌ ضَرُورِيٌّ، لِأَنَّهُ لَمَّا ثَبَتَ مِثْلُ حُكْمِ الْبَيْعِ وَهُوَ الْمَلِكُ لِلْبَائِعِ تَبَدَّلَ ظَاهِرُهُ مُوجِبِهِ فِي حَقِّ ثَالِثٍ ذَوْنُهُمَا لَامْتِنَاعِ ثُبُوتِ الضَّدَّتَيْنِ فِي مَحَلٍّ وَاحِدٍ، وَتَقْرِيرُهُ بِوَجْهِ الْبَسْطِ أَنَّ الْبَيْعَ وَضَعَ لِإِثْبَاتِ الْمَلِكِ قَصْدًا، وَزَوَالَ الْمَلِكِ مِنْ ضَرُورَاتِهِ، وَالْإِقَالَةُ وَضَعَتْ لِإِزَالَةِ الْمَلِكِ وَإِبْطَالِهِ، وَثُبُوتُ الْمَلِكِ لِلْبَائِعِ مِنْ ضَرُورَاتِهِ، فَيُثْبِتُ الْمَلِكُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فِيمَا كَانَ لَصَاحِبِهِ كَمَا يَثْبُتُ فِي الْمُبَايَعَةِ، فَاعْتَبِرَ مُوجِبُ الصَّيْغَةِ فِي حَقِّ الْمُتَعَاقِدَيْنِ لِأَنَّ لُهُمَا وَلَايَةً عَلَى أَنْفُسِهِمَا فَتَعَيَّنَ اعْتِبَارُ الْحُكْمِ فِي حَقِّ غَيْرِهِمَا لِأَنَّهُ لَيْسَ لُهُمَا وَلَايَةً عَلَى غَيْرِهِمَا.

وَوَجْهٌ آخَرُ أَنَّ الْمُدَّعَى أَنْ كَوْنَ الْإِقَالَةِ بَيِّنًا جَدِيدًا فِي حَقِّ ثَالِثٍ لَيْسَ مُفْتَضًى الصَّيْغَةِ لِأَنَّ كَوْنَهَا فَسْخًا بِمُقْتَضَاهَا، فَلَوْ كَانَ كَوْنُهَا بَيِّنًا كَذَلِكَ لَزِمَ الْجَمْعُ بَيْنَ الْحَقِيقَةِ وَالْمَجَازِ وَهُوَ مُحَالٌ، وَالْجَوَابُ لِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ عَمَّا اسْتَدَلَّ بِهِ أَبُو يُوسُفَ مِنْ ثُبُوتِ الْأَحْكَامِ مَا قِيلَ: الشَّارِعُ يُبَدِّلُ الْأَحْكَامَ فَلَا يُغَيِّرُ الْحَقَائِقَ فَإِنَّهُ أَخْرَجَ دَمَ الْإِسْتِحَاضَةِ عَنْ كَوْنِهِ حَدَثًا، وَفَسَادُ الْإِقَالَةِ عِنْدَ هَلَاكِ الْمَبِيعِ وَثُبُوتُ حَقِّ الشُّفْعَةِ مِنَ الْأَحْكَامِ فَجَازَ أَنْ يُغَيَّرَ وَيُثْبِتَ فِي ضِمَنِ الْإِقَالَةِ، وَأَمَّا الْإِقَالَةُ فَمِنْ الْحَقَائِقِ فَلَا يُخْرِجُهَا عَنْ حَقِيقَتِهَا الَّتِي هِيَ الْفَسْخُ، إِذَا ثَبَتَ هَذَا: أَيُّ مَا ذُكِرَ مِنَ الْأَصْلِ نَقُولُ: إِذَا شَرِطَ الْأَكْثَرُ فَالْإِقَالَةُ عَلَى الثَّمَنِ الْأَوَّلِ لِتَعَذُّرِ الْفَسْخِ عَلَى الزِّيَادَةِ لِأَنَّ فَسْخَ الْعَقْدِ عِبَارَةٌ عَنْ رَفْعِهِ عَلَى الْوَصْفِ الَّذِي كَانَ قَبْلَهُ، وَالْفَسْخُ عَلَى الزِّيَادَةِ لَيْسَ كَذَلِكَ لِأَنَّ فِيهِ رَفْعَ مَا لَمْ يَكُنْ ثَابِتًا وَهُوَ مُحَالٌ فَيَبْطُلُ الشَّرْطُ لَا الْإِقَالَةُ لِأَنَّهَا لَا تَبْطُلُ بِالشَّرُوطِ الْفَاسِدَةِ، لِأَنَّ الشَّرْطَ يُشْبِهُ الرِّبَا لِأَنَّ فِيهِ نَفْعًا لِأَحَدِ الْمُتَعَاقِدَيْنِ وَهُوَ مُسْتَحَقٌّ بِعَقْدِ الْمَعَاوَضَةِ خَالَ عَنْ الْعَوَضِ، وَالْإِقَالَةُ تُشْبِهُ الْبَيْعَ مِنْ حَيْثُ الْمَعْنَى فَكَانَ الشَّرْطُ الْفَاسِدُ فِيهَا شُبْهَةً الشُّبْهَةِ فَلَا يُؤَثِّرُ فِي صِحَّةِ الْإِقَالَةِ كَمَا لَا يُؤَثِّرُ فِي صِحَّةِ الْبَيْعِ، بِخِلَافِ الْبَيْعِ فَإِنَّ الزِّيَادَةَ فِيهِ إِثْبَاتٌ مَا لَمْ يَكُنْ بِالْعَقْدِ فَيَسْتَحِقُّ الرِّبَا، وَلَئِنْ فِي الشَّرْطِ شُبْهَةُ الرِّبَا وَهِيَ مُعْتَبَرَةٌ، وَكَذَا إِذَا شَرِطَ الْأَقْلَ مِنَ الثَّمَنِ الْأَوَّلِ لَمَّا بَيَّنَّا مِنْ أَنَّ رَفْعَ مَا لَمْ يَكُنْ ثَابِتًا مُحَالًا، وَالتَّقْصَانُ لَمْ يَكُنْ ثَابِتًا فَرَفْعُهُ يَكُونُ مُحَالًا إِلَّا أَنْ يَحْدُثَ فِي الْمَبِيعِ عَيْبٌ فَجَازَتْ الْإِقَالَةُ بِالْأَقْلَ لِأَنَّ الْحَطَّ يُجْعَلُ بِإِزَاءِ مَا فَاتَ بِالْعَيْبِ.

وَصُورَةُ هَذِهِ الْمَسَائِلِ الثَّلَاثِ: مَا إِذَا اشْتَرَى جَارِيَةً بِأَلْفٍ دِرْهَمٍ وَتَقَايَلَا بِأَلْفٍ دِرْهَمٍ صَحَّتْ الْإِقَالَةُ، وَإِنْ تَقَايَلَا بِأَلْفٍ وَخَمْسِمِائَةٍ صَحَّتْ بِالْأَلْفِ وَلَعَا ذِكْرُ الْبَاقِي،

وإن تقايلا بألف إلا مائة، فإن لم يدخلها عيبٌ صحَّتْ بألفٍ ولغا التَّقْصُصُ ووجِبَ على
البائع ردُّ الألفِ على المشتري، وإن دخلها عيبٌ صحَّتْ الإقالةُ بما شرطَ ويَصِيرُ
المخطوطُ بإزاءِ تَقْصَانِ العيبِ، لأنَّهُ لما احْتَبَسَ عِنْدَ الْمُشْتَرِي جزءٌ مِنَ المبيعِ جازَ أنْ
يَحْتَسِبَ عِنْدَ البائعِ جزءٌ مِنَ الثَّمَنِ، وجَوَابُ الكِتَابِ مُطْلَقٌ عَنْ أنْ يَكُونَ الحَطُّ بِمِقْدَارِ
حِصَّةِ العيبِ أَوْ أَكْثَرَ بِمِقْدَارِ مَا يَتَعَايَنُ النَّاسُ فِيهِ أَوْ لَا.

وَقَالَ بَعْضُ الْمَشَائِخِ: تَأْوِيلُ الْمَسْأَلَةِ ذَلِكَ هَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَعِنْدَهُمَا
فِي شَرْطِ الزِّيَادَةِ يَكُونُ بَيْعًا لِأَنَّ الْأَصْلَ هُوَ الْبَيْعُ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ وَإِنْ
كَانَتْ فُسْخًا، لَكِنَّهُ فِي الزِّيَادَةِ غَيْرُ مُمَكِّنٍ وَجَعَلَهَا بَيْعًا مُمَكِّنًا، فَإِذَا زَادَ تَعَذَّرَ الْعَمَلُ
بِالْحَقِيقَةِ فَيُصَارُ إِلَى الْمَجَازِ صَوْنًا لِكَلَامِ الْعُقَلَاءِ عَنِ الْإِلْعَاءِ.

وَلَا فَرْقَ فِي الزِّيَادَةِ وَالتَّقْصَانِ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ لِأَنَّ الْأَصْلَ عِنْدَهُ هُوَ الْبَيْعُ، وَعِنْدَ
مُحَمَّدٍ الْفُسْخُ مُمَكِّنٌ فِي فَصْلِ التَّقْصَانِ لِأَنَّهُ لَوْ سَكَتَ عَنْ جَمِيعِ الثَّمَنِ وَأَقَالَ كَانَ
فُسْخًا فَهَذَا أَوَّلِي، وَاعْتَرَضَ بَأَنَّ كَوْنَهُ فُسْخًا إِذَا سَكَتَ عَنْ كُلِّ الثَّمَنِ إِمَّا أَنْ يَكُونَ
عَلَى مَذْهَبِهِ خَاصَّةً أَوْ عَلَى الْإِتْفَاقِ، وَالْأَوَّلُ رَدُّ الْمُخْتَلَفِ عَلَى الْمُخْتَلَفِ، وَالثَّانِي غَيْرُ
نَاهِضٍ لِأَنَّ أَبَا يُوسُفَ إِمَّا يَجْعَلُهُ فُسْخًا لَامْتِنَاعِ جَعْلِهِ بَيْعًا لِإِتْفَاءِ ذِكْرِ الثَّمَنِ، بِخِلَافِ
صُورَةِ التَّقْصَانِ. فَإِنَّ فِيهَا مَا يَصْلُحُ ثَمَنًا. فَإِذَا دَخَلَ عَيْبٌ فَهُوَ فُسْخٌ بِالْأَقْل: يَعْنِي
بِالْإِتْفَاقِ، لَمَّا بَيَّنَّا أَنَّ الْحَطَّ يُجْعَلُ بِإِزَاءِ مَا فَاتَ بِالْعَيْبِ.

وَلَوْ أَقَالَ بِغَيْرِ جِنْسِ الثَّمَنِ الْأَوَّلُ فَهُوَ فُسْخٌ بِالثَّمَنِ الْأَوَّلِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ
اللَّهُ وَيَجْعَلُ التَّسْمِيَةَ لِعَوَا عِنْدَهُمَا بَيْعٌ لَمَّا بَيَّنَّا، وَلَوْ وَلَدَتْ الْمُبِيعَةُ وَلَدًا ثُمَّ تَقَايَلَا فَالْإِقَالَةُ
بَاطِلَةٌ عِنْدَهُ لِأَنَّ الْوَلَدَ مَانِعٌ مِنَ الْفُسْخِ، وَعِنْدَهُمَا تَكُونُ بَيْعًا وَالْإِقَالَةُ قَبْلَ الْقَبْضِ فِي
الْمَنْقُولِ، وَغَيْرِهِ فَسْخٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ كَذَا عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ
رَحِمَهُ اللَّهُ فِي الْمَنْقُولِ لَتَعَذُّرِ الْبَيْعِ، وَفِي الْعَقَارِ يَكُونُ بَيْعًا عِنْدَهُ لِإِمْكَانِ الْبَيْعِ، فَإِنْ بَاعَ
الْعَقَارَ قَبْلَ الْقَبْضِ جَائِزٌ عِنْدَهُ.

الشرح:

وَلَوْ أَقَالَ بِغَيْرِ جِنْسِ الثَّمَنِ الْأَوَّلِ فَهُوَ فُسْخٌ بِالثَّمَنِ الْأَوَّلِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ
وَيُجْعَلُ التَّسْمِيَةُ لِعَوَا، وَعِنْدَهُمَا بَيْعٌ لَمَّا بَيَّنَّا مِنْ وَجْهِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فِي فَصْلِ الزِّيَادَةِ.

وَلَوْ وَلَدَتْ الْمِيعَةَ ثُمَّ تَقَايَلَا بَطَلَتْ الْإِقَالَةُ عِنْدَهُ لِأَنَّ الْوَلَدَ مَانِعٌ مِنَ الْفَسْخِ، هَذَا إِذَا وَلَدَتْ بَعْدَ الْقَبْضِ، أَمَّا إِذَا وَلَدَتْ قَبْلَهُ فَالْإِقَالَةُ صَحِيحَةٌ عِنْدَهُ.

وَحَاصِلُهُ مَا ذَكَرَهُ فِي الذَّخِيرَةِ أَنَّ الْجَارِيَةَ إِذَا أَزْدَادَتْ ثُمَّ تَقَايَلَا، فَإِنْ كَانَ قَبْلَ الْقَبْضِ صَحَّتْ الْإِقَالَةُ سَوَاءً كَانَتْ الزِّيَادَةُ مُتَّصِلَةً كَالسَّمَنِ وَالْجَمَالِ أَوْ مُنْفَصِلَةً كَالْوَلَدِ وَالْأَرُشِ وَالْعُفْرِ، لِأَنَّ الزِّيَادَةَ قَبْلَ الْقَبْضِ لَا تَمْنَعُ الْفَسْخَ مُنْفَصِلَةً كَانَتْ أَوْ مُتَّصِلَةً، وَإِنْ كَانَتْ الزِّيَادَةُ بَعْدَ الْقَبْضِ، إِنْ كَانَتْ مُنْفَصِلَةً فَالْإِقَالَةُ بَاطِلَةٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ لِأَنَّهُ لَا يُصَحِّحُهَا إِلَّا فُسْخًا وَقَدْ تَعَذَّرَ حَقًّا لِلشَّرْعِ، وَإِنْ كَانَتْ مُتَّصِلَةً فَهِيَ صَحِيحَةٌ عِنْدَهُ لِأَنَّهُ لَا تَمْنَعُ الْفَسْخَ بَرِضًا مَنْ لَهُ الْحَقُّ فِي الزِّيَادَةِ بِطُلَانِ حَقِّهِ فِيهَا، وَالتَّقَايُلُ دَلِيلُ الرِّضَا فَأَمَّا كَيْفَ تُصَحِّحُهَا فُسْخًا، وَالْإِقَالَةُ فِي الْمَنْقُولِ قَبْلَ الْقَبْضِ فَسُخٌ بِالِاتِّفَاقِ لَا مَتْنَاعَ الْبَيْعِ، وَأَمَّا فِي غَيْرِهِ كَالْعَقَارِ فَإِنَّهُ فَسُخٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ، وَأَمَّا عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ فَيَنْبَغُ لِحَوَازِ الْمِيعَةِ فِي الْعَقَارِ قَبْلَ الْقَبْضِ عِنْدَهُ.

(قَالَ وَهَلَاكُ الثَّمَنِ لَا يَمْنَعُ صِحَّةَ الْإِقَالَةِ وَهَلَاكُ الْمِيعَةِ يَمْنَعُ مِنْهَا) لِأَنَّ رَفْعَ الْبَيْعِ يَسْتَدْعِي قِيَامَهُ وَهُوَ قَائِمٌ بِالْبَيْعِ دُونَ الثَّمَنِ (فَإِنْ هَلَكَ بَعْضُ الْمِيعَةِ جَازَتْ الْإِقَالَةُ فِي الْبَاقِي)؛ لِقِيَامِ الْبَيْعِ فِيهِ، وَإِنْ تَقَايَضَا تَجَوَّزَ الْإِقَالَةُ بَعْدَ هَلَاكِ أَحَدِهِمَا وَلَا تَبْطُلُ بِهِمَا أَحَدُهُمَا لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَبِيعٌ فَكَانَ الْمِيعَةُ بَاقِيًا، وَاللَّهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ

الشرح:

قَالَ (وَهَلَاكُ الثَّمَنِ لَا يَمْنَعُ صِحَّةَ الْإِقَالَةِ إلخ) هَلَاكُ الثَّمَنِ لَا يَمْنَعُ صِحَّةَ الْإِقَالَةِ. وَهَلَاكُ الْمِيعَةِ يَمْنَعُ مِنْهَا لِأَنَّ رَفْعَ الْبَيْعِ يَسْتَدْعِي قِيَامَ الْبَيْعِ، فَإِنْ رَفَعَ الْمَعْدُومُ مُحَالَ وَقِيَامَ الْبَيْعِ بِالْمِيعَةِ دُونَ الثَّمَنِ لِأَنَّ الْأَصْلَ هُوَ الْمِيعَةُ وَلِهَذَا شَرَطَ وَجُودَهُ عِنْدَ الْبَيْعِ، بِخِلَافِ الثَّمَنِ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الْوَصْفِ وَلِهَذَا جَازَ الْعَقْدُ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَوْجُودًا كَمَا عُرِفَ فِي الْأَصُولِ. وَلَوْ هَلَكَ بَعْضُ الْمِيعَةِ جَازَتْ الْإِقَالَةُ فِي الْبَاقِي لِقِيَامِ الْمِيعَةِ فِيهِ، وَلَوْ تَقَايَضَا جَازَتْ الْإِقَالَةُ بَعْدَ هَلَاكِ أَحَدِهِمَا: أَيْ أَحَدِ الْعَوْضَيْنِ ابْتِدَاءً بِأَنَّ تَبَايَعًا عَبْدًا بِجَارِيَةٍ فَهَلَكَ الْعَبْدُ فِي يَدِ بَائِعِ الْجَارِيَةِ ثُمَّ أَقَالَ الْبَيْعَ فِي الْجَارِيَةِ وَجَبَ رَدُّ قِيَمَةِ الْعَبْدِ، وَلَا تَبْطُلُ بِهِمَا أَحَدُهُمَا بَعْدَ وَجُودِهِمَا لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَبِيعٌ فَكَانَ الْبَيْعُ قَائِمًا، أَمَّا إِذَا كَانَ أَحَدُهُمَا هَالِكًا وَقَتِ الْإِقَالَةُ وَالْآخَرُ قَائِمًا وَصَحَّتْ الْإِقَالَةُ ثُمَّ هَلَكَ الْقَائِمُ قَبْلَ

الرَّدُّ فَقَدْ بَطَلَتْ الْإِقَالَةُ، وَلَا يُشْكَلُ بِالْمُقَايِضَةِ فَإِنَّهَا لَا تَبْقَى إِذَا هَلَكَ أَحَدُ الْعَوَضَيْنِ قَبْلَ الْقَبْضِ أَوْ كَانَ أَحَدُهُمَا هَالِكًا وَقَتَ الْبَيْعِ فَإِنَّهَا لَا تَصِحُّ، مَعَ أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فِي مَعْنَى الْآخَرِ لِأَنَّ الْإِقَالَةَ وَإِنْ كَانَ لَهَا حُكْمُ الْبَيْعِ لَكِنَّهَا لَيْسَتْ بِبَيْعٍ عَلَى الْحَقِيقَةِ فَتَجُوزُ بَعْدَ هَلَاكِ الْعَوَضَيْنِ، بِخِلَافِ الْمُقَايِضَةِ فَإِنَّهَا بَيِّعٌ عَلَى الْحَقِيقَةِ، وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْعَوَضَيْنِ جِهَةٌ كَوْنُهُ مَبِيعًا فَأُلْحِقَ بِالْبَيْعِ مِنْ كُلِّ وَجْهِ، وَهَلَاكُ الْمَبِيعِ مِنْ كُلِّ وَجْهِ مُبْطِلٌ لِلْعَقْدِ إِذَا كَانَ قَبْلَ الْقَبْضِ، وَإِنَّمَا قَيَّدَ بِهَلَاكِ أَحَدِهِمَا لِأَنَّ هَلَاكَهُمَا جَمِيعًا مُبْطِلٌ لِلْإِقَالَةِ، بِخِلَافِ التَّصَارُفِ فَإِنَّ هَلَاكَ الْبَدَلَيْنِ جَمِيعًا فِيهِ غَيْرُ مَانِعٍ عَنِ الْإِقَالَةِ، مَعَ أَنَّ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْعَوَضَيْنِ فِيهِ حُكْمُ الْمَبِيعِ وَالتَّمَنِّي كَمَا فِي الْمُقَايِضَةِ، لِأَنَّهُمَا لَمَّا لَمْ يَتَّعِنَا لَمْ تَتَعَلَقِ الْإِقَالَةُ بِأَعْيَانِهِمَا لَوْ كَانَا قَائِمَيْنِ بَلْ رُدُّ الْمَقْبُوضِ وَرُدُّ مِثْلِهِ سَيَّانٍ، فَصَارَ هَلَاكُهُمَا كَقِيَامِهِمَا، وَفِي الْمُقَايِضَةِ تَعَلَّقَتْ بِأَعْيَانِهِمَا قَائِمَيْنِ فَمَتَى هَلَكَ لَمْ يَبْقَ شَيْءٌ مِنَ الْمَقْضُودِ عَلَيْهِ رُدُّ الْإِقَالَةِ عَلَيْهِ. وَاعْلَمْ أَنَّ الْإِقَالَةَ تَصِحُّ بِلَفْظَيْنِ: أَحَدُهُمَا يُعَبَّرُ بِهِ عَنِ الْمُسْتَقْبَلِ نَحْوُ أَنْ يَقُولَ أَقْلَنِي فَيَقُولَ الْآخَرُ أَقَلْتُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ.

وَقَالَ مُحَمَّدٌ: لَا تَصِحُّ إِلَّا بِلَفْظَيْنِ يُعَبَّرُ بِهِمَا عَنِ الْمَاضِي مِثْلُ أَنْ يَقُولَ أَقَلْتُ الْبَيْعَ فَيَقُولَ الْآخَرُ قَبِلْتُ اعْتِبَارًا بِالْبَيْعِ. وَلَهُمَا أَنَّ الْإِقَالَةَ لَا تَكُونُ إِلَّا بَعْدَ نَظَرٍ وَتَأْمُلٍ فَلَا يَكُونُ قَوْلُهُ أَقْلَنِي مُسَاوِمَةً بَلْ كَانَ تَحْقِيقًا لِلتَّصَرُّفِ كَمَا فِي النِّكَاحِ وَبِهِ فَارَقَ الْبَيْعَ.

بَابُ الْمُرَابَحَةِ وَالتَّوْلِيَةِ

قَالَ (الْمُرَابَحَةُ نَقْلُ مَا مَلَكَهُ بِالْعَقْدِ الْأَوَّلِ بِالتَّمَنِّي الْأَوَّلِ مَعَ زِيَادَةِ رِبْحٍ، وَالتَّوْلِيَةُ نَقْلُ مَا مَلَكَهُ بِالْعَقْدِ الْأَوَّلِ بِالتَّمَنِّي الْأَوَّلِ مِنْ غَيْرِ زِيَادَةِ رِبْحٍ) وَالبَيْعَانِ جَائِزَانِ؛ لِاسْتِجْمَاعِ شَرَائِطِ الْجَوَازِ، وَالْحَاجَةُ مَاسَّةٌ إِلَى هَذَا النَّوعِ مِنَ الْبَيْعِ؛ لِأَنَّ الْغَيْبِيَّ الَّذِي لَا يَهْتَدِي فِي التَّجَارَةِ يَحْتَاجُ إِلَى أَنْ يَعْتَمِدَ فِعْلَ الذَّكِيِّ الْمُهْتَدِي وَتَطْيِيبُ نَفْسِهِ بِمِثْلِ مَا اشْتَرَى وَبِزِيَادَةِ رِبْحٍ فَوَجِبَ الْقَوْلُ بِجَوَازِهِمَا، وَلِهَذَا كَانَ مَبْنَاهُمَا عَلَى الْأَمَانَةِ وَالْإِحْتِرَازِ عَنِ الْخِيَانَةِ وَعَنِ شُبُهَتَيْهَا، وَقَدْ صَحَّ «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ لَمَّا أَرَادَ الْهَجْرَةَ ابْتِغَاءَ أَبِي بَكْرٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ بِعِيرَيْنِ فَقَالَ لَهُ النَّبِيُّ ﷺ: وَلَنِي أَحَدُهُمَا، فَقَالَ: هُوَ لَكَ بِغَيْرِ شَيْءٍ، فَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: أَمَّا بِغَيْرِ تَمَنٍّ فَلَا»^(١).

(١) قال الزيلعي في نصب الراية (٦٣/٤): غريب، وأخرجه البخاري (٣٩٠٥) عن عائشة رضي

الشرح:

(بَابُ الْمُرَابَحَةِ وَالتَّوَلِيَةِ): لَمَّا فَرَعَ مِمَّا يَتَعَلَّقُ بِالْأَصْلِ وَهُوَ الْمَبِيعُ مِنَ الْبُيُوعِ
الْلاَزِمَةِ وَغَيْرِ الْلاَزِمَةِ وَمَا يَرَفَعُهُمَا شَرَعَ فِي بَيَانِ الْأَنْوَاعِ الَّتِي تَتَعَلَّقُ بِالثَّمَنِ مِنَ الْمُرَابَحَةِ
وَالْتَّوَلِيَةِ وَغَيْرِهِمَا، وَقَدْ ذَكَرْنَا فِي أَوَّلِ الْبُيُوعِ وَوَعَدْنَا تَفْصِيلَهَا وَهَذَا مَوْضِعُهُ. وَعَرَفَ
الْمُرَابَحَةَ بِنَقْلِ مَا مَلَكَهُ بِالْعَقْدِ الْأَوَّلِ بِالثَّمَنِ الْأَوَّلِ مَعَ زِيَادَةِ رِبْحٍ. وَاعْتَرَضَ عَلَيْهِ بِأَنَّهُ غَيْرُ
مُطَرِّدٍ وَلَا مُنْعَكِسٍ.

أَمَّا الْأَوَّلُ فَلَأَنَّ مَنْ اشْتَرَى دَنَانِيرَ بِالدَّرَاهِمِ مُرَابَحَةً لَا يَجُوزُ بَيْنَ الدَّنَانِيرِ
مُرَابَحَةً مَعَ صِدْقِ التَّعْرِيفِ عَلَيْهِ. وَأَمَّا الثَّانِي فَلَأَنَّ الْمَعْصُوبَ الْآبِقَ إِذَا عَادَ بَعْدَ الْقَضَاءِ
بِالْقِيَمَةِ عَلَى الْغَاصِبِ جَازَ بَيْعُهُ مِنَ الْغَاصِبِ مُرَابَحَةً، وَالتَّعْرِيفُ لَيْسَ بِصَادِقٍ عَلَيْهِ لِأَنَّهُ
لَا عَقْدَ فِيهِ، وَبِأَنَّهُ مُشْتَمِلٌ عَلَى إِبْهَامٍ يَجِبُ عَنْهُ خُلُوعُ التَّعْرِيفِ، وَذَلِكَ لِأَنَّ قَوْلَهُ بِالثَّمَنِ
الْأَوَّلِ إِمَّا أَنْ يُرَادَ بِهِ عَيْنُ الثَّمَنِ الْأَوَّلِ أَوْ مِثْلُهُ، لَا سَبِيلَ إِلَى الْأَوَّلِ لِأَنَّ عَيْنَ الثَّمَنِ الْأَوَّلِ
صَارَ مِلْكًا لِلْبَائِعِ الْأَوَّلِ فَلَا يَكُونُ عَيْنُهُ مُرَادًا فِي الْبَيْعِ الثَّانِي، وَلَا إِلَى الثَّانِي لِأَنَّهُ لَا
يَخْلُو إِمَّا أَنْ يُرَادَ الْمِثْلُ مِنْ حَيْثُ الْجِنْسُ أَوْ الْمَقْدَارُ، وَالْأَوَّلُ لَيْسَ بِشَرْطٍ لَمَّا ذَكَرَ فِي
الْإِيضَاحِ وَالْمَحِيطِ أَنَّهُ إِذَا بَاعَهُ مُرَابَحَةً فَإِنْ كَانَ مَا اشْتَرَاهُ بِهِ لَهُ مِثْلٌ جَازَ سَوَاءً جَعَلَ
الرَّبْحَ مِنْ جِنْسِ رَأْسِ الْمَالِ الدَّرَاهِمِ مِنَ الدَّرَاهِمِ أَوْ مِنْ غَيْرِ الدَّرَاهِمِ مِنَ الدَّنَانِيرِ أَوْ عَلَى
الْعَكْسِ إِذَا كَانَ مَعْلُومًا يَجُوزُ بِهِ الشِّرَاءُ لِأَنَّ الْكُلَّ ثَمَنٌ.

وَالثَّانِي يَقْتَضِي أَنْ لَا يُضْمَ إِلَى رَأْسِ الْمَالِ أَجْرُهُ الْقَصَارِ وَالصَّبَاغِ وَالطَّرَازِ وَغَيْرِهَا
لَأَنَّهَا لَيْسَتْ بِثَمَنِ فِي الْعَقْدِ الْأَوَّلِ، عَلَى أَنَّ الثَّمَنَ لَيْسَ بِشَرْطٍ فِي الْمُرَابَحَةِ أَصْلًا، فَإِنَّهُ لَوْ
مَلَكَ ثَوْبًا بِهَبَةٍ أَوْ وَصِيَّةً فَقَوْمُهُ ثُمَّ بَاعَهُ مُرَابَحَةً عَلَى تِلْكَ الْقِيَمَةِ جَازَ، وَالْمَسْأَلَةُ فِي الْمَبْسُوطِ.
قِيلَ: فَعَلَى هَذَا الْأَوَّلَى أَنْ يُقَالَ نَقْلُ مَا مَلَكَهُ مِنَ السَّلْعِ بِمَا قَامَ عَنْدهُ.

وَالْجَوَابُ عَنْ الْأَوَّلِ أَنَّا لَا نُسَلِّمُ صِدْقَ التَّعْرِيفِ عَلَيْهِ، فَإِنَّهُ إِذَا لَمْ يُجْزِ الْبَيْعُ لَا
يَصْدُقُ عَلَيْهِ النَّقْلُ. وَعَنْ الثَّانِي بَأَنَّ الْمُرَادَ بِالْعَقْدِ أَعْمٌ مِنْ أَنْ يَكُونَ ابْتِدَاءً أَوْ انْتِهَاءً، وَإِذَا
قَضَى الْقَاضِي بِالْقِيَمَةِ عَادَ ذَلِكَ عَقْدًا حَتَّى لَا يَقْدَرَ الْمَالِكُ عَلَى رَدِّ الْقِيَمَةِ وَأَخَذَ

الْمَعْصُوبِ، وَالْمُرَادُ بِالْمِثْلِ هُوَ الْمِثْلُ فِي الْمَقْدَارِ، وَالْعَادَةُ جَرَتْ بِالْحَاقِ مَا يَزِيدُ فِي الْمَبِيعِ أَوْ قِيمَتِهِ إِلَى رَأْسِ الْمَالِ فَكَانَ مِنْ جُمْلَةِ الثَّمَنِ الْأَوَّلِ عَادَةً، وَإِذَا لَمْ يَكُنِ الثَّمَنُ نَفْسُهُ مُرَادًا يُجْعَلُ مَجَازًا عَمَّا قَامَ عِنْدَهُ مِنْ غَيْرِ خِيَاةٍ فَتَدْخُلُ فِيهِ مَسْأَلَةُ الْمَبْسُوطِ، وَإِنَّمَا عَبَّرَ عَنْهُ بِالثَّمَنِ لِكَوْنِهِ الْعَادَةُ الْغَالِبَةُ فِي الْمُرَابَحَاتِ فَيَكُونُ مِنْ بَابِ تَرْكِ الْحَقِيقَةِ لِلْعَادَةِ (قَوْلُهُ وَالتَّوَلِيَّةُ نَقْلٌ مَا مَلَكَهُ بِالْعَقْدِ الْأَوَّلِ بِالثَّمَنِ الْأَوَّلِ مِنْ غَيْرِ زِيَادَةِ رِبْحٍ) يَرُدُّ عَلَيْهِ مَا كَانَ يَرُدُّ عَلَى الْمُرَابَحَةِ مِنْ حَيْثُ لَفْظُ الْعَقْدِ وَالثَّمَنِ الْأَوَّلِ، وَالْجَوَابُ (وَالْبَيْعَانِ جَائِزَانِ) لَا اسْتِجْمَاعَ شَرَائِطِ الْجَوَازِ.

وَلَتَعَامَلَ النَّاسُ مِنْ غَيْرِ إِنْكَارٍ وَلِمَسَاسِ الْحَاجَةِ، لِأَنَّ الْعَبِيَّ الَّذِي لَا يَهْتَدِي فِي التَّجَارَةِ وَالصِّفَّةَ كَاشِفَةً يَحْتَاجُ إِلَى أَنْ يَعْتَمِدَ عَلَى فِعْلِ الذَّكِيِّ الْمُهْتَدِي وَتَطْيِبُ نَفْسُهُ بِمِثْلِ مَا اشْتَرَاهُ وَبِزِيَادَةِ رِبْحٍ، وَقَدْ صَحَّتِ التَّوَلِيَّةُ مِنَ النَّبِيِّ ﷺ كَمَا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ فَوَجِبَ الْقَوْلُ بِجَوَازِهِمَا لَوْجُودِ الْمُقْتَضِيِّ وَانْتِفَاءِ الْمَانِعِ (وَلِهَذَا) أَيُّ لِلْإِحْتِيَاجِ إِلَى الْإِعْتِمَادِ كَانَ مَبْنًى الْمَبِيعِينَ: أَيُّ بِنَاؤُهُمَا عَلَى الْأَمَانَةِ وَالْإِحْتِرَازِ عَنِ الْخِيَاةِ وَشَبَّهَهَا، وَأَكَّدَ بِقَوْلِهِ وَالْإِحْتِرَازَ عَنِ الْخِيَاةِ وَأَصَابَ لِقِتْضَاءِ الْمَقَامِ ذَلِكَ، وَعَنْ هَذَا لَمْ تَصِحَّ الْمُرَابَحَةُ وَالتَّوَلِيَّةُ فِيمَا إِذَا كَانَ الثَّمَنُ الْأَوَّلُ مِنْ ذَوَاتِ الْقِيمِ لِأَنَّ الْمُعَادَلَةَ وَالْمُمَازَلَةَ فِي ذَوَاتِ الْقِيمِ إِنَّمَا تُعْرَفُ بِالْحَزَرِ وَالظَّنِّ فَكَانَ فِيهِ شُبْهَةٌ عَدَمِ الْمُمَازَلَةِ بِشُبْهَةِ الْخِيَاةِ كَمَا لَمْ تُجْزِ الْمُجَازَفَةُ فِي الْأَمْوَالِ الرُّبُوءَةِ لَذَلِكَ، وَكُلُّ مَا حَرَّمَ حَرَمٌ مَا يُشَبِّهُهُ لِأَنَّ الْحَرَمَةَ مِمَّا يُحْتَاطُ فِيهِ.

قَالَ (وَلَا تَصِحُّ الْمُرَابَحَةُ وَالتَّوَلِيَّةُ حَتَّى يَكُونَ الْعِوَضُ مِمَّا لَهُ مِثْلٌ؛ لِأَنَّهُ إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ مِثْلٌ لَوْ مَلَكَهُ مَلَكَهُ بِالْقِيمَةِ وَهِيَ مَجْهُولَةٌ (وَلَوْ كَانَ الْمُشْتَرِي بَاعَهُ مُرَابَحَةً مِمَّنْ يَمْلِكُ ذَلِكَ الْبَدَلُ وَقَدْ بَاعَهُ بِرِبْحٍ دَرَاهِمٍ أَوْ بِشَيْءٍ مِنَ الْمَكِيلِ مَوْصُوفٍ جَازٍ) لِأَنَّهُ يَقْدِرُ عَلَى الْوَفَاءِ بِمَا التَزَمَ (وَإِنْ بَاعَهُ بِرِبْحٍ الْإِلَ يَزِيدُهُ لَا يَجُوزُ) لِأَنَّهُ بَاعَهُ بِرَأْسِ الْمَالِ وَبِبَعْضِ قِيمَتِهِ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ مِنْ ذَوَاتِ الْأَمْثَالِ، (وَيَجُوزُ أَنْ يُضَيَّفَ إِلَى رَأْسِ الْمَالِ أَجْرَةَ الْقَصَّارِ وَالطَّرَازِ وَالصَّبْغِ وَالْقَتْلِ وَأَجْرَةَ حَمَلِ الطَّعَامِ) لِأَنَّ الْعُرْفَ جَارٍ بِالْحَاقِ هَذِهِ الْأَشْيَاءُ بِرَأْسِ الْمَالِ فِي عَادَةِ التَّجَارِ؛ وَلِأَنَّ كُلَّ مَا يَزِيدُ فِي الْمَبِيعِ أَوْ فِي قِيمَتِهِ يَلْحَقُ بِهِ هَذَا هُوَ الْأَصْلُ، وَمَا عَدَدَنَاهُ بِهَذِهِ الصِّفَةِ؛ لِأَنَّ الصَّبْغَ وَأَخَوَاتِهِ يَزِيدُ فِي الْعَيْنِ وَالْحَمَلُ يَزِيدُ فِي الْقِيمَةِ إِذِ الْقِيمَةُ تَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ الْمَكَانِ (وَيَقُولُ قَامَ عَلَيَّ بِكَذَا وَلَمْ يَقُلْ اشْتَرَيْتَهُ بِكَذَا) كَي لَا يَكُونَ كَاذِبًا وَسَوْقُ الْغَنَمِ بِمَنْزِلَةِ الْحَمَلِ، بِخِلَافِ أَجْرَةِ الرَّاعِي وَكَرَاءِ بَيْتِ الْحِفْظِ؛ لِأَنَّهُ

لَا يَزِيدُ فِي الْعَيْنِ وَالْمَعْنَى، وَبِخِلَافِ أَجْرَةِ التَّعْلِيمِ لِأَنَّ ثُبُوتَ الزِّيَادَةِ لَمَعْنَى فِيهِ وَهُوَ حَدَاقَتُهُ.

الشرح:

قَالَ (وَلَا تَصِحُّ الْمُرَابَحَةُ وَالتَّوَلُّيَةُ حَتَّى يَكُونَ الْعَوَضُ مِمَّا لَهُ مِثْلُ الْخ) لَا تَصِحُّ الْمُرَابَحَةُ وَالتَّوَلُّيَةُ فِي ذَوَاتِ الْقِيمِ لَمَّا ذَكَرْنَا آتِفًا أَنَّ مَبْنَاهُمَا عَلَى الْإِحْتِرَازِ عَنِ الْحَيَاةِ وَشَبْهَيْهَا وَالْإِحْتِرَازُ عَنِ الْحَيَاةِ فِي الْقِيمَيَّاتِ إِنْ أُمِكنَ، وَقَدْ لَا يُمَكِّنُ عَنْ شَبْهَيْهَا لِأَنَّ الْمُشْتَرِيَ لَا يَشْتَرِي الْمَبِيعَ إِلَّا بِقِيَمَةٍ مَا وَقَعَ فِيهِ مِنَ الثَّمَنِ، إِذْ لَا يُمَكِّنُ دَفْعَ عَيْنِهِ حَيْثُ لَمْ يَمْلِكْهُ وَلَا دَفْعَ مِثْلِهِ إِذْ الْفَرَضُ عَدَمُهُ فَتَعَيَّنَتِ الْقِيَمَةُ وَهِيَ مَجْهُولَةٌ تُعْرَفُ بِالْخَزَرِ وَالظَّنِّ فَيَتِمَكِّنُ فِيهِ شَبْهَةُ الْحَيَاةِ، إِلَّا إِذَا كَانَ الْمُشْتَرِي بَاعَهُ مُرَابَحَةً مِمَّنْ مَلَكَ ذَلِكَ الْبَدَلُ مِنَ الْبَائِعِ الْأَوَّلِ بِسَبَبٍ مِنَ الْأَسْبَابِ فَإِنَّهُ يَشْتَرِيهِ مُرَابَحَةً بِرِبْحٍ مَعْلُومٍ مِنْ دَرَاهِمٍ أَوْ شَيْءٍ مِنَ الْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ الْمُوصُوفِ لِإِقْتِدَارِهِ عَلَى الْوَفَاءِ بِمَا التَّزَمَ.

وَأَمَّا إِذَا اشْتَرَاهُ بِرِبْحٍ دَه يَزِدُهُ مِثْلًا: أَيُّ رِبْحٍ مِقْدَارِ دِرْهَمٍ عَلَى عَشْرَةِ دَرَاهِمٍ، فَإِنْ كَانَ الثَّمَنُ الْأَوَّلُ عِشْرِينَ دِرْهَمًا كَانَ الرَّبْحُ دِرْهَمَيْنِ وَإِنْ كَانَ ثَلَاثِينَ كَانَ ثَلَاثَةَ دَرَاهِمٍ فَإِنَّهُ لَا يَجُوزُ لِأَنَّهُ اشْتَرَاهُ بِرَأْسِ الْمَالِ، وَبِعِضِّ قِيَمَتِهِ لِأَنَّهُ لَيْسَ مِنْ ذَوَاتِ الْأَمْثَالِ فَصَارَ الْبَائِعُ بَائِعًا لِلْمَبِيعِ بِذَلِكَ الثَّمَنِ الْقِيَمِيِّ كَالثُّوبِ مِثْلًا أَوْ بِجُزْءٍ مِنْ أَحَدِ عَشَرَ جُزْءًا مِنَ الثُّوبِ وَالْجُزْءُ الْحَادِي عَشَرَ لَا يُعْرَفُ إِلَّا بِالْقِيَمَةِ وَهِيَ مَجْهُولَةٌ فَلَا يَجُوزُ، ثُمَّ الثَّمَنُ الْأَوَّلُ إِنْ كَانَ نَقْدَ الْبَلَدِ فَالرَّبْحُ يَنْصَرِفُ إِلَيْهِ، وَإِنْ كَانَ غَيْرُهُ فَلَا يَخْلُو إِمَّا أَنْ يُطْلَقَ الرَّبْحُ أَوْ يُنْسَبَ إِلَى رَأْسِ الْمَالِ، فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ كَمَا إِذَا قَالَ بَعْتُكَ بِالْعَشْرَةِ وَرِبْحُ دِرْهَمٍ فَالرَّبْحُ مِنْ نَقْدِ الْبَلَدِ، وَإِنْ كَانَ الثَّانِي كَقَوْلِهِ بَعْتُكَ بِرِبْحِ الْعَشْرَةِ أَوْ دَه يَزِدُهُ فَالرَّبْحُ مِنْ جِنْسِ الثَّمَنِ الْأَوَّلِ لِأَنَّهُ عَرَفَهُ بِالنِّسْبَةِ إِلَيْهِ فَكَانَ عَلَى صِفَتِهِ، وَيَجُوزُ أَنْ يُضَيَّفَ إِلَى رَأْسِ الْمَالِ أَجْرَةُ الْقِصَارِ وَالصَّبْغِ وَالطَّرَازِ وَالْفَتْلِ وَأُجْرَةُ حَمْلِ الطَّعَامِ، لِأَنَّ الْعُرْفَ جَارٍ بِالْحَاقِ هَذِهِ الْأَشْيَاءِ بِرَأْسِ الْمَالِ فِي عَادَةِ الثُّجَّارِ، لِأَنَّ كُلَّ مَا يَزِيدُ فِي الْمَبِيعِ أَوْ فِي قِيَمَتِهِ يُلْحَقُ بِهِ.

هَذَا هُوَ الْأَصْلُ وَهَذِهِ الْأَشْيَاءُ تَزِيدُ فِي ذَلِكَ، فَالصَّبْغُ وَأَخَوَاتُهُ يَزِيدُ فِي الْعَيْنِ وَالْحَمْلُ يَزِيدُ فِي الْقِيَمَةِ لِأَنَّهَا تَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ الْمَكَانِ فَيُلْحَقُ بِهِ، وَيَقُولُ قَامَ عَلَيَّ بِكَذَا وَلَا يَقُولُ اشْتَرَيْتَهُ بِكَذَا كَيْ لَا يَكُونَ كَاذِبًا لِأَنَّ الْقِيَامَ عَلَيْهِ عِبَارَةٌ عَنِ الْحُصُولِ بِمَا غَرِمَ

وَقَدْ غَرِمَ فِيهِ الْقَدَرُ الْمُسَمَّى. وَإِذَا بَاعَ بِالرَّقْمِ يَقُولُ رَقْمُهُ كَذَا فَأَنَا أَيْعُهُ مُرَابِحَةٌ وَسَوْفُ الْعَنْمِ بِمَنْزِلَةِ الْحَمْلِ، بِخِلَافِ أُجْرَةِ الرَّاعِي وَكَرَاءِ يَتِّ الْحِفْظِ لِأَنَّهُ لَا يَزِيدُ فِي الْعَيْنِ وَلَا فِي الْقِيَمَةِ، وَبِخِلَافِ أُجْرَةِ التَّعْلِيمِ، فَإِذَا أَنْفَقَ عَلَى عَبْدِهِ فِي تَعْلَمِ عَمَلٍ مِنَ الْأَعْمَالِ دَرَاهِمَ لَمْ يُلْحَقْهَا بِرَأْسِ الْمَالِ لِأَنَّ الزِّيَادَةَ الْحَاصِلَةَ فِي الْمَالِيَّةِ بِاعْتِبَارِ مَعْنَى فِي التَّعْلَمِ وَهُوَ الْحَذُّ وَالذِّكَاءُ لَا بِمَا أَنْفَقَ عَلَى الْمُعَلِّمِ، وَعَلَى هَذِهِ أُجْرَةُ الطَّيِّبِ وَالرَّائِضِ وَالْبَيْطَارِ وَجُعِلَ الْآبِقُ وَالْحَجَّامُ وَالْخُتَّانُ.

(هَذَا أَنْطَلَعَ الْمُشْتَرِي عَلَى خِيَانَةٍ فِي الْمُرَابِحَةِ فَهُوَ بِالْخِيَارِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ إِنْ شَاءَ أَخَذَهُ بِجَمِيعِ الثَّمَنِ وَإِنْ شَاءَ تَرَكَهُ وَإِنْ أَنْطَلَعَ عَلَى خِيَانَةٍ فِي التَّوْلِيَةِ أَسْقَطَهَا مِنَ الثَّمَنِ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ: يَحْطُ فِيهِمَا، وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: يُخَيَّرُ فِيهِمَا) لِمُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ الْاعْتِبَارَ لِلتَّسْمِيَةِ؛ لَكُونِهِ مَعْلُومًا، وَالتَّوْلِيَةُ وَالْمُرَابِحَةُ تَرْوِجُ وَتَرْغِيبُ فَيَكُونُ وَصْفًا مَرْغُوبًا فِيهِ كَوَصْفِ السَّلَامَةِ فَيَتَخَيَّرُ بِفَوَاتِهِ، وَلَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ الْأَصْلَ فِيهِ كَوْنُهُ تَوْلِيَةً وَمُرَابِحَةً وَلِهَذَا يَنْعَقِدُ بِقَوْلِهِ وَلَيْتَكَ بِالثَّمَنِ الْأَوَّلِ أَوْ بَعَثَكَ مُرَابِحَةً عَلَى الثَّمَنِ الْأَوَّلِ إِذَا كَانَ ذَلِكَ مَعْلُومًا فَلَا بُدَّ مِنَ الْبِنَاءِ عَلَى الْأَوَّلِ وَذَلِكَ بِالْحِطِّ، غَيْرَ أَنَّهُ يَحْطُ فِي التَّوْلِيَةِ قَدْرُ الْخِيَانَةِ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ وَفِي الْمُرَابِحَةِ مِنْهُ وَمِنَ الرَّبْحِ، وَلَأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ لَوْ لَمْ يَحْطُ فِي التَّوْلِيَةِ لَا تَبْقَى تَوْلِيَةٌ؛ لِأَنَّهُ يَزِيدُ عَلَى الثَّمَنِ الْأَوَّلِ فَيَتَغَيَّرُ التَّصَرُّفُ فَتَعَيْنُ الْحِطُّ وَفِي الْمُرَابِحَةِ لَوْ لَمْ يَحْطُ تَبْقَى مُرَابِحَةً وَإِنْ كَانَ يَتَفَاوَتُ الرَّبْحُ فَلَا يَتَغَيَّرُ التَّصَرُّفُ فَأَمَكَّنَ الْقَوْلُ بِالتَّخْيِيرِ، فَلَوْ هَلَكَ قَبْلَ أَنْ يَرُدَّهُ أَوْ حَدَثَ فِيهِ مَا يَمْنَعُ الْفَسْخَ يَلْزَمُهُ جَمِيعُ الثَّمَنِ فِي الرُّوَايَاتِ الظَّاهِرَةِ؛ لِأَنَّهُ مُجَرَّدُ خِيَارٍ لَا يُقَابِلُهُ شَيْءٌ مِنَ الثَّمَنِ كَخِيَارِ الرُّؤْيَةِ وَالشَّرْطِ، بِخِلَافِ خِيَارِ الْعَيْبِ؛ لِأَنَّهُ الْمُطَالَبَةُ بِتَسْلِيمِ الْفَائِثِ فَيَسْقُطُ مَا يُقَابِلُهُ عِنْدَ عَجْزِهِ.

الشرح:

فَإِنْ أَنْطَلَعَ الْمُشْتَرِي عَلَى خِيَانَةٍ فِي الْمُرَابِحَةِ إِمَّا بِالْبَيِّنَةِ أَوْ بِإِقْرَارِ الْبَائِعِ أَوْ بِنُكُولِهِ عَنِ الْيَمِينِ (فَهُوَ بِالْخِيَارِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ إِنْ شَاءَ أَخَذَهُ بِجَمِيعِ الثَّمَنِ وَإِنْ شَاءَ تَرَكَهُ، وَإِنْ أَنْطَلَعَ عَلَى خِيَانَةٍ فِي التَّوْلِيَةِ أَسْقَطَهَا مِنَ الثَّمَنِ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: يَحْطُ فِيهِمَا) أَيُّ فِي الْمُرَابِحَةِ وَالتَّوْلِيَةِ (وَقَالَ مُحَمَّدٌ: يُخَيَّرُ فِيهِمَا) لِمُحَمَّدٍ أَنَّ الْاعْتِبَارَ لِلتَّسْمِيَةِ لِأَنَّ الثَّمْنَ

يَجِبُ أَنْ يَكُونَ مَعْلُومًا وَلَا يُعْلَمُ لَا بِالتَّسْمِيَةِ.

وَإِذَا كَانَ الْاِخْتِيَارُ لَهَا يَتَعَلَّقُ الْعَقْدُ بِالْمُسَمَّى (وَالْتَوَلِيَّةُ وَالْمُرَابَحَةُ تَرْغِيبٌ وَتَرْوِيجٌ فَيَكُونُ وَصْفًا مَرْغُوبًا فِيهِ كَوَصْفِ السَّلَامَةِ) وَفَوَائِهِ يُوجِبُ التَّخْيِيرَ (وَلَأَبِي يُوسُفَ أَنَّ الْأَصْلَ فِي هَذَا الْعَقْدِ كَوْنُهُ مُرَابَحَةً وَتَوَلِيَّةً) لَا التَّسْمِيَةَ، وَهَذَا لَوْ قَالَ وَلَيْتَكَ بِالثَّمَنِ الْأَوَّلِ أَوْ بَعَثَكَ مُرَابَحَةً عَلَى الثَّمَنِ الْأَوَّلِ وَالْحَالُ أَنَّهُ مَعْلُومٌ وَاقْتَصَرَ عَلَى التَّسْمِيَةِ صَحَّ الْعَقْدُ، وَالتَّسْمِيَةُ كَالْتَفْسِيرِ فَإِذَا ظَهَرَتِ الْحَيَاةُ بَطَلَتْ صِلَا حَيَّتْهَا لِذَلِكَ فَبَقِيَ ذِكْرُ الْمُرَابَحَةِ وَالتَّوَلِيَّةِ فَلَا بُدَّ مِنْ بِنَاءِ الْعَقْدِ الثَّانِي عَلَى الْأَوَّلِ فَيَحْطُ الْحَيَاةُ فِي الْفَصْلَيْنِ جَمِيعًا، غَيْرَ أَنَّهُ يُحْطُ فِي التَّوَلِيَّةِ قَدْرُ الْحَيَاةِ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ وَهُوَ ظَاهِرٌ وَفِي الْمُرَابَحَةِ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ وَالرَّيْحِ جَمِيعًا.

كَمَا إِذَا اشْتَرَى ثَوْبًا بِعَشْرَةِ عَلَى رِبْحٍ خَمْسَةِ ثُمَّ ظَهَرَ الثَّمَنُ الْأَوَّلُ ثَمَانِيَةً يُحْطُ قَدْرُ الْحَيَاةِ مِنَ الْأَصْلِ وَهُوَ دِرْهَمَانِ، وَيَحْطُ مِنَ الرَّيْحِ دِرْهَمًا فَيَأْخُذُ الثَّوْبَ بِاثْنَيْ عَشَرَ دِرْهَمًا (وَلَأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ لَوْ لَمْ يُحْطْ فِي التَّوَلِيَّةِ لَا تَبْقَى تَوَلِيَّةٌ) لِأَنَّهَا تَكُونُ بِالثَّمَنِ الْأَوَّلِ وَهَذَا لَيْسَ كَذَلِكَ، لَكِنْ لَا يَجُوزُ أَنْ لَا تَبْقَى تَوَلِيَّةٌ لَوْلَا يَتَغَيَّرُ التَّصَرُّفُ فَيَتَعَيَّنُ الْحِطُّ، وَفِي الْمُرَابَحَةِ لَوْ لَمْ يُحْطُ تَبْقَى مُرَابَحَةٌ كَمَا كَانَتْ مِنْ غَيْرِ تَغْيِيرِ الصَّرْفِ لَكِنْ يَتَفَاوَتُ الرَّيْحُ فَيَتَخَيَّرُ بِذَلِكَ لِفَوَاتِ الرِّضَا، فَلَوْ هَلَكَ الْمِيعُ قَبْلَ أَنْ يَرُدَّهُ أَوْ اسْتَهْلَكَهُ أَوْ حَدَثَ فِيهِ مَا يَمْنَعُ الْفَسْخَ فِي بَيْعِ الْمُرَابَحَةِ، فَمَنْ قَالَ بِالْحِطِّ كَانَ لَهُ الْحِطُّ (وَمَنْ قَالَ بِالْفَسْخِ لَزِمَهُ جَمِيعُ الثَّمَنِ فِي الرُّوَايَاتِ الظَّاهِرَةِ لِأَنَّهُ مُجَرَّدُ خِيَارٍ لَا يُقَابَلُهُ شَيْءٌ مِنَ الثَّمَنِ كَخِيَارِ الشَّرْطِ وَالرُّوِيَةِ) وَقَدْ تَعَذَّرَ الرَّدُّ بِالْهَلَاكِ أَوْ غَيْرِهِ فَيَسْقُطُ خِيَارُهُ، بِخِلَافِ خِيَارِ الْعَيْبِ حَيْثُ لَا يَجِبُ كُلُّ الثَّمَنِ بَلْ يَنْقُصُ مِنْهُ مِقْدَارُ الْعَيْبِ لِأَجْلِ الْعَيْبِ لِأَنَّ الْمُسْتَحَقَّ لِلْمُسْتَشْتَرِي ثَمَّةَ الْمَطَالَبَةِ بِتَسْلِيمِ الْجُزْءِ الْفَائِتِ فَسَقَطَ مَا يُقَابَلُهُ عِنْدَ الْعَجْزِ عَنْ تَسْلِيمِهِ، وَقَيَّدَ بِالرُّوَايَاتِ الظَّاهِرَةِ اخْتِرَازًا عَمَّا رُوِيَ عَنْ مُحَمَّدٍ فِي غَيْرِ رِوَايَةِ الْأَصُولِ أَنَّهُ يُفْسَخُ الْبَيْعُ عَلَى الْقِيَمَةِ إِنْ كَانَتْ أَقَلَّ مِنَ الثَّمَنِ دَفْعًا لِلضَّرَرِ عَنِ الْمُسْتَشْتَرِي.

قَالَ (وَمَنْ اشْتَرَى ثَوْبًا فَبَاعَهُ بِرِبْحٍ ثُمَّ اشْتَرَاهُ، فَإِنْ بَاعَهُ مُرَابَحَةً طَرَحَ عَنْهُ كُلُّ رِبْحٍ كَانَ قَبْلَ ذَلِكَ، فَإِنْ كَانَ اسْتَغْرَقَ الثَّمَنُ لَمْ يَبِعْهُ مُرَابَحَةً، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَقَالَ: يَبِيعُهُ مُرَابَحَةً عَلَى الثَّمَنِ الْأَخِيرِ). صَوْرَتُهُ: إِذَا اشْتَرَى ثَوْبًا بِعَشْرَةٍ وَبَاعَهُ

بِخَمْسَةِ عَشَرَ ثُمَّ اشْتَرَاهُ بِعَشْرَةٍ فَإِنَّهُ يَبِيعُهُ مُرَابِحَةً بِخَمْسَةٍ وَيَقُولُ قَامَ عَلَيَّ بِخَمْسَةٍ، وَلَوْ اشْتَرَاهُ بِعَشْرَةٍ وَبَاعَهُ بِعِشْرِينَ مُرَابِحَةً ثُمَّ اشْتَرَاهُ بِعَشْرَةٍ لَا يَبِيعُهُ مُرَابِحَةً أَصْلًا، وَعِنْدَهُمَا يَبِيعُهُ مُرَابِحَةً عَلَى الْعَشْرَةِ فِي الْفَصْلَيْنِ، لِهَذَا أَنَّ الْعَقْدَ الثَّانِيَّ عَقْدٌ مُتَجَدِّدٌ مُنْقَطِعُ الْأَحْكَامِ عَنِ الْأَوَّلِ فَيَجُوزُ بِنَاءُ الْمُرَابِحَةِ عَلَيْهِ، كَمَا إِذَا تَخَلَّلَ ثَالِثٌ، وَلَآبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ شُبُهَةَ حُصُولِ الرَّيْحِ بِالْعَقْدِ الثَّانِي تَابِتَةٌ، لِأَنَّهُ يَتَأَكَّدُ بِهِ بَعْدَمَا كَانَ عَلَى شَرَفِ السَّقُوطِ بِالظُّهُورِ عَلَى عَيْبِ الشُّبُهَةِ كَالْحَقِيقَةِ فِي بَيْعِ الْمُرَابِحَةِ احْتِيَاطًا وَلِهَذَا لَمْ تَجْزِ الْمُرَابِحَةُ فِيمَا أَخَذَ بِالصُّلْحِ لَشُبُهَةِ الْحَطِيطَةِ فَيَصِيرُ كَأَنَّهُ اشْتَرَى خَمْسَةً وَتَوْبًا بِعَشْرَةٍ فَيُطْرَحُ عَنْهُ خَمْسَةٌ، بِخِلَافِ مَا إِذَا تَخَلَّلَ ثَالِثٌ؛ لِأَنَّ التَّأَكُّدَ حَصَلَ بِغَيْرِهِ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ اشْتَرَى تَوْبًا فَبَاعَهُ بِرَبْحٍ) الْكَلَامُ فِي وَضْعِ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ وَصُورَتِهَا ظَاهِرٌ وَإِنَّمَا الْكَلَامُ فِي دَلِيلِهَا (قَالَا: الْعَقْدُ الثَّانِي عَقْدٌ مُتَجَدِّدٌ مُنْقَطِعُ الْأَحْكَامِ عَنِ الْأَوَّلِ) وَهُوَ ظَاهِرٌ، وَكُلُّ مَا هُوَ كَذَلِكَ يَجُوزُ بِنَاءُ الْمُرَابِحَةِ عَلَيْهِ كَمَا إِذَا تَخَلَّلَ ثَالِثٌ بِأَنْ اشْتَرَى مِنْ مُشْتَرِي مُشْتَرِيهِ (وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ شُبُهَةُ حُصُولِ الرَّيْحِ) الْحَاصِلُ بِالْعَقْدِ الْأَوَّلِ تَابِتَةٌ (بِالْعَقْدِ الثَّانِي لِأَنَّهُ كَانَ عَلَى شَرْطِ السَّقُوطِ) بِأَنْ يُرَدَّ عَلَيْهِ بِعَيْبٍ، فَإِذَا اشْتَرَاهُ مِنَ الْمُشْتَرِي تَأَكَّدَ مَا كَانَ عَلَى شَرْطِ السَّقُوطِ.

وَلِلتَّأَكُّدِ فِي بَعْضِ الْمَوَاضِعِ حُكْمُ الْإِيجَابِ كَمَا لَوْ شَهِدُوا عَلَى رَجُلٍ بِالطَّلَاقِ قَبْلَ الدُّخُولِ ثُمَّ رَجَعُوا ضَمِنُوا نِصْفَ الْمَهْرِ لِتَأَكُّدِ مَا كَانَ عَلَى شَرَفِ السَّقُوطِ، وَإِذَا كَانَتْ شُبُهَةُ الْحُصُولِ تَابِتَةً صَارَ كَأَنَّهُ اشْتَرَى بِالْعَقْدِ الثَّانِي تَوْبًا وَخَمْسَةَ دَرَاهِمَ بِعَشْرَةٍ، فَالْخَمْسَةُ بِإِزَاءِ الْخَمْسَةِ وَالتَّوْبُ بِخَمْسَةٍ فَيَبِيعُهُ مُرَابِحَةً عَلَى خَمْسَةِ احْتِرَازًا عَنْ شُبُهَةِ الْخِيَانَةِ فَإِنَّهَا كَحَقِيقَتِهَا احْتِيَاطًا فِي بَيْعِ الْمُرَابِحَةِ، وَلِهَذَا لَوْ كَانَ لِرَجُلٍ عَلَى آخِرِ عَشْرَةٍ دَرَاهِمَ فَصَالِحُهُ مِنْهَا عَلَى تَوْبٍ لَا يَبِيعُ التَّوْبَ مُرَابِحَةً عَلَى الْعَشْرَةِ لِأَنَّ الصُّلْحَ مَبْنَاهُ عَلَى التَّحْجُوزِ وَالْحَطِيطَةِ.

وَلَوْ وَجَدَ الْحَطُّ حَقِيقَةً مَا جَازَ الْبَيْعُ مُرَابِحَةً، فَكَذَا إِذَا تَمَكَّنَتْ الشُّبُهَةُ. وَعُورِضَ بَأَنَّهُ لَوْ كَانَ كَذَلِكَ مَا جَازَ الشِّرَاءُ بِعَشْرَةٍ فِيمَا إِذَا بَاعَهُ بِعِشْرِينَ لِأَنَّهُ يَصِيرُ فِي الشِّرَاءِ الثَّانِي كَأَنَّهُ اشْتَرَى تَوْبًا وَعَشْرَةً بِعَشْرَةٍ فَكَانَ فِيهِ شُبُهَةُ الرِّبَا وَهُوَ حُصُولُ التَّوْبِ بِلا عِوَضٍ.

وَأُجِيبَ بِأَنَّ التَّأْكِيدَ لَهُ شُبْهَةُ الْإِيجَابِ فِي حَقِّ الْعِبَادِ اخْتِرَازًا عَنْ الْحَيَاةِ عَلَى مَا ذَكَرْنَا لَا فِي حَقِّ الشَّرْعِ، وَشَرْعِيَّتُهُ جَوَازُ الْمُرَابَحَةِ لِمَعْنَى رَاجِعٍ إِلَى الْعِبَادِ فَيُؤَثَّرُ التَّأْكِيدُ فِي الْمُرَابَحَةِ. وَأَمَّا جَوَازُ الْبَيْعِ وَعَدَمُهُ فِي شُبْهَةِ الرُّبَا فَحَقُّ الشَّرْعِ فَلَا يَكُونُ لِلتَّأْكِيدِ فِيهِ شُبْهَةُ الْإِيجَابِ، كَذَا نُقِلَ مِنْ فَوَائِدِ الْعَلَامَةِ حُمَيْدِ الدِّينِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا تَخَلَّلَ ثَالِثٌ لَأَنَّ التَّأْكِيدَ حَصَلَ بغيرِهِ وَلَمْ يُسْتَفَدْ رِبْحُ الْأَوَّلِ بِالشَّرَاءِ الثَّانِي فَانْتَفَتِ الشُّبْهَةُ.

قَالَ (وَإِذَا اشْتَرَى الْعَبْدُ الْمَأْذُونُ لَهُ فِي التِّجَارَةِ ثَوْبًا بِعَشْرَةِ وَعَلَيْهِ دَيْنٌ يُحِيطُ بِرَقَبَتِهِ فَبَاعَهُ مِنَ الْمَوْلَى بِخَمْسَةِ عَشَرَ فَإِنَّهُ يَبِيعُهُ مُرَابِحَةً عَلَى عَشْرَةٍ، وَكَذَلِكَ إِنْ كَانَ الْمَوْلَى اشْتَرَاهُ فَبَاعَهُ مِنَ الْعَبْدِ) لَأَنَّ فِي هَذَا الْعَقْدِ شُبْهَةَ الْعَدَمِ بِجَوَازِهِ مَعَ الْمُنَافِي فَاعْتَبِرَ عَدَمًا فِي حُكْمِ الْمُرَابَحَةِ وَبَقِيَ الْإِعْتِبَارُ لِلأَوَّلِ فَيَصِيرُ كَأَنَّ الْعَبْدَ اشْتَرَاهُ لِلْمَوْلَى بِعَشْرَةٍ فِي الْفَصْلِ الْأَوَّلِ، وَكَأَنَّهُ يَبِيعُهُ لِلْمَوْلَى فِي الْفَصْلِ الثَّانِي فَيَعْتَبَرُ الثَّمَنُ الْأَوَّلُ.

الشرح:

قَالَ (وَإِذَا اشْتَرَى الْعَبْدُ الْمَأْذُونُ) وَإِذَا اشْتَرَى الْعَبْدُ الْمَأْذُونُ (لَهُ فِي التِّجَارَةِ ثَوْبًا بِعَشْرَةٍ) وَالْحَالُ أَنَّهُ مَدْيُونٌ بِدَيْنٍ يُحِيطُ بِرَقَبَتِهِ فَبَاعَهُ مِنَ الْمَوْلَى بِخَمْسَةِ عَشَرَ فَإِنَّ الْمَوْلَى يَبِيعُهُ مُرَابِحَةً عَلَى عَشْرَةٍ (وَكَذَا إِنْ كَانَ الْمَوْلَى اشْتَرَاهُ وَبَاعَهُ مِنَ الْعَبْدِ لَأَنَّ فِي هَذَا الْعَقْدِ) أَيُّ بَيْعِ الْعَبْدِ مِنَ الْمَوْلَى وَعَكْسِهِ شُبْهَةُ الْعَدَمِ لِجَوَازِهِ مَعَ الْمُنَافِي وَهُوَ تَعَلُّقُ حَقِّ الْمَوْلَى بِمَالِ الْعَبْدِ، وَقَبْلَ كَوْنِ الْعَبْدِ مَلِكًا لِلْمَوْلَى وَلِهَذَا كَانَ لَهُ أَنْ يَقْضِيَ الدِّينَ وَيَتَفَرَّدَ بِكَسْبِ عَبْدِهِ فَصَارَ كَالْبَائِعِ مِنْ نَفْسِهِ فَاعْتَبِرَ عَدَمًا فِي حُكْمِ الْمُرَابَحَةِ لَوْجُوبِ الْإِخْتِرَازِ فِيهَا عَنْ شُبْهَةِ الْحَيَاةِ، وَإِذَا عُدِمَ الْبَيْعُ الثَّانِي لَا يَبِيعُهُ مُرَابِحَةً عَلَى الثَّمَنِ الْمَذْكُورِ فِيهِ وَإِنَّمَا يَبِيعُهُ عَلَى الثَّمَنِ الْمَذْكُورِ فِي الْأَوَّلِ، وَإِنَّمَا قَيَّدَ بِالْثَمَنِ الْمَحِيطِ بِرَقَبَتِهِ، لِأَنَّهُ لَوْ لَمْ يَكُنْ عَلَى الْعَبْدِ دَيْنٌ فَبَاعَ مِنْ مَوْلَاهُ شَيْئًا لَمْ يَصَحَّ لِأَنَّهُ لَا يُفِيدُ لِلْمَوْلَى شَيْئًا لَمْ يَكُنْ لَهُ قَبْلَ الْبَيْعِ لَا مِلْكُ الرَّقَبَةِ وَلَا مِلْكُ التَّصَرُّفِ، هَكَذَا قَيَّدَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي الْأَصْلِ، وَكَذَا فَخْرُ الْإِسْلَامِ وَالصَّدْرُ الشَّهِيدُ وَقَاضِي خَانَ، وَلَمْ يَقْيِدْهُ الطَّحَاوِيُّ وَالْعَتَائِي، وَالْحَقُّ قَيَّدَهُ لَمَّا ذَكَرْنَا.

قَالَ (وَإِذَا كَانَ مَعَ الْمُضَارِبِ عَشْرَةُ دَرَاهِمَ بِالنِّصْفِ فَاشْتَرَى ثَوْبًا بِعَشْرَةِ وَبَاعَهُ مِنْ رَبِّ الْمَالِ بِخَمْسَةِ عَشَرَ فَإِنَّهُ يَبِيعُهُ مُرَابِحَةً بِاِثْنَيْ عَشَرَ وَنِصْفٍ) لَأَنَّ هَذَا الْبَيْعَ وَإِنْ قُضِيَ

بِجَوَازِهِ عِنْدَنَا عِنْدَ عَدَمِ الرِّبْحِ خِلَافًا لَزُفْرِ رَحِمَهُ اللَّهُ مَعَ أَنَّهُ اشْتَرَى مَالَهُ بِمَالِهِ لَمَّا فِيهِ مِنْ اسْتِفَادَةٍ وَلَايَةِ التَّصَرُّفِ وَهُوَ مَقْصُودٌ وَالْإِنْعِقَادُ يَتَّبِعُ الْفَائِدَةَ فَفِيهِ شُبْهَةُ الْعَدَمِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ وَكَيْلٌ عَنْهُ فِي الْبَيْعِ الْأَوَّلِ مِنْ وَجْهِ فَاعْتِبِرَ الْبَيْعُ الثَّانِي عَدَمًا فِي حَقِّ نِصْفِ الرِّبْحِ.

الشرح:

قَالَ (وَإِنْ كَانَ مَعَ الْمَضَارِبِ عَشْرَةٌ دَرَاهِمَ بِالنِّصْفِ) إِذَا كَانَ مَعَ الْمَضَارِبِ عَشْرَةٌ دَرَاهِمَ بِالنِّصْفِ (فَاشْتَرَى ثَوْبًا بِعَشْرَةٍ وَبَاعَهُ مِنْ رَبِّ الْمَالِ بِخَمْسَةِ عَشَرَ فَإِنَّهُ يَبِيعُهُ مُرَابِحَةً بِأَثْنِي عَشَرَ وَنِصْفٍ) لِأَنَّ مَبْنَى هَذَا الْبَيْعِ عَلَى الْإِحْتِرَازِ عَنِ الْخِيَانَةِ وَشُبْهَتِهَا وَفِي بَيْعِهِ مُرَابِحَةً عَلَى خَمْسَةِ عَشَرَ شُبْهَةً خِيَانَةً (لِأَنَّ هَذَا الْبَيْعَ) أَيَّ بَيْعِ الثَّوْبِ مِنْ رَبِّ الْمَالِ وَإِنْ حُكِمَ بِجَوَازِهِ عِنْدَنَا عِنْدَ عَدَمِ الرِّبْحِ خِلَافًا لَزُفْرِ فِيهِ شُبْهَةُ الْعَدَمِ. وَجْهٌ قَوْلُ زُفْرِ أَنَّ الْبَيْعَ مُبَادَلَةً الْمَالِ بِالْمَالِ، وَهُوَ إِثْمًا يَتَحَقَّقُ بِمَالٍ غَيْرِهِ لَا بِمَالٍ نَفْسِهِ فَلَا يَكُونُ الْبَيْعُ مَوْجُودًا وَوَجْهٌ الْجَوَازُ عِنْدَنَا اشْتِمَالُهُ عَلَى الْفَائِدَةِ فَإِنْ فِيهِ اسْتِفَادَةٌ وَلَايَةُ التَّصَرُّفِ لِأَنَّ بِالتَّسْلِيمِ إِلَى الْمَضَارِبِ انْقَطَعَتْ وَلَايَةُ رَبِّ الْمَالِ عَنْ مَالِهِ فِي التَّصَرُّفِ فِيهِ، فَبِالْشِّرَاءِ مِنَ الْمَضَارِبِ يَحْصُلُ لَهُ وَلَايَةُ التَّصَرُّفِ وَهُوَ مَقْصُودٌ.

وَإِذَا كَانَ مُشْتَمِلًا عَلَى الْفَائِدَةِ يَنْعَقِدُ لِأَنَّ الْإِنْعِقَادَ يَتَّبِعُ الْفَائِدَةَ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ إِذَا جَمَعَ بَيْنَ عَبْدِهِ وَعَبْدٍ غَيْرِهِ فَاشْتَرَاهُمَا صَفَقَةً وَاحِدَةً جَازَ الْبَيْعُ فِيهِمَا وَدَخَلَ عَبْدُهُ فِي عَقْدِهِ لِفَائِدَةِ انْقِسَامِ الثَّمَنِ، وَأَمَّا أَنْ فِيهِ شُبْهَةُ الْعَدَمِ فَلَمَّا ذَكَرْنَا مِنْ تَعْلِيلِ زُفْرِ، وَقَدْ اسْتَوْضَحَهُ الْمُصَنِّفُ بِقَوْلِهِ: أَلَا تَرَى أَنَّهُ يَعْنِي الْمَضَارِبَ وَكَيْلٌ عَنْ رَبِّ الْمَالِ فِي الْبَيْعِ الْأَوَّلِ مِنْ وَجْهِ، وَعَلَى هَذَا وَجَبَ أَنْ لَا يَجُوزَ الْبَيْعُ بَيْنَهُمَا كَمَا لَا يَجُوزُ الْبَيْعُ بَيْنَ الْمُوَكَّلِ وَوَكِيلِهِ فِيمَا وَكَلَهُ فِيهِ، وَإِذَا كَانَ فِيهِ شُبْهَةُ الْعَدَمِ كَانَ الْبَيْعُ الثَّانِي كَالْمَعْدُومِ فِي حَقِّ نِصْفِ الرِّبْحِ لِأَنَّ ذَلِكَ حَقُّ رَبِّ الْمَالِ فَيَحْطُ عَنِ الثَّمَنِ اخْتِرَازًا عَنْ شُبْهَةِ الْخِيَانَةِ وَلَا شُبْهَةَ فِي أَصْلِ الثَّمَنِ وَهُوَ عَشْرَةٌ وَلَا فِي نَصِيبِ الْمَضَارِبِ فَيَبِيعُ مُرَابِحَةً عَلَى ذَلِكَ.

قَالَ (وَمَنْ اشْتَرَى جَارِيَةً فَأَعَوَّرَتْ أَوْ وَطَّنَهَا وَهِيَ ثَيِّبٌ يَبِيعُهَا مُرَابِحَةً وَلَا يُبَيِّنُ) لِأَنَّهُ لَمْ يَحْتَسِبْ عِنْدَهُ شَيْئًا يُقَابَلُهُ الثَّمَنُ؛ لِأَنَّ الْأَوْصَافَ تَابِعَةٌ لَا يُقَابَلُهَا الثَّمَنُ، وَهَذَا لَوْ فَاتَتْ قَبْلَ التَّسْلِيمِ لَا يَسْقُطُ شَيْءٌ مِنَ الثَّمَنِ.

وَكَذَا مَنَافِعُ الْبُضْعِ لَا يُقَابَلُهَا الثَّمَنُ، وَالْمَسْأَلَةُ فِيمَا إِذَا لَمْ يُنْقِصْهَا الْوُطْءُ، وَعَنْ

أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي الْفَصْلِ الْأَوَّلِ أَنَّهُ لَا يَبِيعُ مِنْ غَيْرِ بَيَانٍ، كَمَا إِذَا احْتَبَسَ بِفِعْلِهِ وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ (هَأَمَّا إِذَا فَقَّا عَيْنَهَا بِنَفْسِهِ أَوْ فَقَّاها أَجْنَبِيٌّ فَأَخَذَ أَرْضَهَا لَمْ يَبِعْهَا مُرَابِحَةً حَتَّى يُبَيِّنَ) لِأَنَّهُ صَارَ مَقْصُودًا بِالْإِتْلَافِ فَيُقَابِلُهَا شَيْءٌ مِنَ الثَّمَنِ، وَكَذَا إِذَا وَطَّئَهَا وَهِيَ بِكَرٍّ لَأَنَّ الْعُدْرَةَ جُزْءٌ مِنَ الْعَيْنِ يُقَابِلُهَا الثَّمَنُ وَقَدْ حَبَسَهَا.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ اشْتَرَى جَارِيَةً سَلِيمَةً فَأَعْوَرَتْ عِنْدَ الْمُشْتَرِي) بِأَفَةِ سَمَويَّةٍ أَوْ بِفِعْلِ الْجَارِيَةِ نَفْسِهَا (أَوْ وَطَّئَهَا وَهِيَ تَيْبٌ) وَلَمْ يَنْقُصْهَا الْوِطْءُ (جَارَ لَهُ أَنْ يَبِيعَ مُرَابِحَةً وَلَا يَجِبُ عَلَيْهِ الْبَيَانُ) لَعَدَمِ احْتِبَاسِ مَا يُقَابِلُهُ الثَّمَنُ لَمَّا تَقَدَّمَ أَنَّ الْأَوْصَافَ لَا يُقَابِلُهَا شَيْءٌ مِنَ الثَّمَنِ (قَوْلُهُ وَلِهَذَا) تَوْضِيحٌ لِقَوْلِهِ لِأَنَّهُ لَمْ يَحْتَسِبْ عِنْدَهُ شَيْءٌ يُقَابِلُهُ الثَّمَنُ، وَلِهَذَا لَوْ فَاتَتْ الْعَيْنُ قَبْلَ التَّسْلِيمِ إِلَى الْمُشْتَرِي لَا يَسْقُطُ شَيْءٌ مِنَ الثَّمَنِ، وَكَذَلِكَ مَنَافِعُ الْبُضْعِ إِذَا لَمْ يَنْقُصْهَا الْوِطْءُ لَا يُقَابِلُهَا شَيْءٌ مِنَ الثَّمَنِ. وَعَوْرُضٌ بِأَنَّ مَنَافِعَ الْبُضْعِ بِمَنْزِلَةِ الْجُزْءِ بِدَلِيلِ أَنَّ الْمُشْتَرِي إِذَا وَطَّئَهَا ثُمَّ وَجَدَ بِهَا عَيْبًا لَمْ يَتِمَّكَّنْ مِنَ الرَّدِّ وَإِنْ كَانَ تَيْبًا، وَمَا ذَلِكَ إِلَّا بِاعْتِبَارِ أَنَّ الْمُسْتَوْفَى مِنَ الْوِطْءِ بِمَنْزِلَةِ احْتِبَاسِ جُزْءٍ مِنَ الْمَبِيعِ عِنْدَ الْمُشْتَرِي. وَأُجِيبَ بِأَنَّ عَدَمَ جَوَازِ الرَّدِّ بِاعْتِبَارِ أَنَّهُ إِنْ رَدَّهَا. فَإِمَّا أَنْ يَرُدَّهَا، مَعَ الْعُقْرِ أَوْ بِدُونِهِ، لَا سَبِيلَ إِلَى الْأَوَّلِ لِأَنَّ الْفَسْخَ يَرُدُّ عَلَى مَا يَرُدُّ عَلَيْهِ الْعَقْدُ وَالْعَقْدُ لَمْ يَرُدُّ عَلَى الزِّيَادَةِ فَالْفَسْخُ لَا يَرُدُّ عَلَيْهَا، وَلَا إِلَى الثَّانِي لِأَنَّهَا تَعُودُ إِلَى قَدِيمِ مِلْكِ الْبَائِعِ وَيُسَلِّمُ الْوِطْءُ لِلْمُشْتَرِي مَجَّانًا وَالْوِطْءُ يَسْتَلْزِمُ الْعُقْرَ عِنْدَ سَقُوطِ الْعُقْرِ لَا بِاعْتِبَارِ احْتِبَاسِ جُزْءٍ مِنَ الْمَبِيعِ (وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ لَا يَبِيعُ فِي الْفَصْلِ الْأَوَّلِ) أَيُّ فِي صُورَةِ الْأَعْوَرَارِ (مِنْ غَيْرِ بَيَانٍ) كَمَا إِذَا احْتَسِبَ بِفِعْلِهِ وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ بِنَاءً عَلَى مَذْهَبِهِ أَنَّ لِلْأَوْصَافِ حِصَّةً مِنَ الثَّمَنِ مِنْ غَيْرِ فَضْلِ بَيْنَ مَا كَانَ التَّعْيِبُ بِأَفَةِ سَمَويَّةٍ أَوْ بِصُنْعِ الْعِبَادِ (وَأَمَّا إِذَا فَقَّا عَيْنَهَا) رَاجِعٌ إِلَى أَوَّلِ الْمَسْأَلَةِ.

وَفِي بَعْضِ النُّسخِ قُلْنَا: فَيَكُونُ جَوَابًا لِقَوْلِ أَبِي يُوسُفَ وَالشَّافِعِيِّ رَحِمَهُمَا اللَّهُ: يَعْني إِذَا فَقَّا الْمُشْتَرِي عَيْنَهَا (بِنَفْسِهِ أَوْ فَقَّاها أَجْنَبِيٌّ) سَوَاءً كَانَ بِأَمْرِ الْمُشْتَرِي أَوْ بِغَيْرِهِ وَجَبَ الْبَيَانُ عِنْدَ الْبَيْعِ مُرَابِحَةً لِأَنَّهُ صَارَ مَقْصُودًا بِالْإِتْلَافِ، أَمَّا إِذَا كَانَ بِأَمْرِ الْمُشْتَرِي فَلَا لَّهُ كِفَعُ الْمُشْتَرِي بِنَفْسِهِ، وَأَمَّا إِذَا كَانَ بِغَيْرِ أَمْرِهِ فَلَا لَّهُ جِنَايَةٌ تُوجِبُ ضَمَانَ التَّقْصَانِ

عَلَيْهِ فَيَكُونُ الْمُشْتَرَى حَاسِبًا بَدَلَ جُزْءٍ مِنَ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ فَيَمْتَنِعُ الْمُرَابِحَةُ بِدُونِ الْبَيَانِ. وَعِبَارَةُ الْمُصَنَّفِ تَذَلُّ بِالتَّنْصِصِ عَلَى اخْتِذِ أَرْضِهَا وَهُوَ الْمَذْكُورُ فِي لَفْظِ مُحَمَّدٍ فِي أَصْلِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ. وَقَالَ فِي النِّهَايَةِ: كَانَ ذِكْرُ الْأَرْضِ وَقَعَ اتِّفَاقًا، لِأَنَّهُ لَمَّا فَقَا الْأَجَنِّيُّ وَجَبَ عَلَيْهِ ضَمَانُ الْأَرْضِ وَوُجُوبُ ضَمَانِ الْأَرْضِ سَبَبٌ لِأَخْذِ الْأَرْضِ فَأَخَذَ حُكْمَهُ، ثُمَّ قَالَ: وَالذَّلِيلُ عَلَى هَذَا إِطْلَاقُ مَا ذَكَرَهُ فِي الْمَبْسُوطِ مِنْ غَيْرِ تَعَرُّضٍ لِأَخْذِ الْأَرْضِ، وَذَكَرَ نَقْلَ الْمَبْسُوطِ كَذَلِكَ (وَكَذَا إِنْ وَطَّئَهَا وَهِيَ بِكَرٍّ) لَا يَبِيعُهَا مُرَابِحَةً إِلَّا بِالْبَيَانِ (لَأَنَّ الْعُدْرَةَ جُزْءٌ مِنَ الْعَيْنِ يُقَابِلُهَا الثَّمَنُ وَقَدْ حَسَبَهَا) فَلَا بُدَّ مِنَ الْبَيَانِ.

(وَلَوْ اشْتَرَى ثَوْبًا فَأَصَابَهُ قَرْضُ فَأَرِ أَوْ حَرَقُ نَارٍ يَبِيعُهُ مُرَابِحَةً مِنْ غَيْرِ بَيَانٍ، وَلَوْ تَكَسَّرَ بِنَشْرِهِ وَطَّيَّهِ لَا يَبِيعُهُ مُرَابِحَةً حَتَّى يُبَيِّنَ) وَالْمَعْنَى مَا بَيَّنَّاهُ.

الشرح:

(وَلَوْ اشْتَرَى ثَوْبًا فَأَصَابَهُ قَرْضُ فَأَرِ) بِالْقَافِ مِنْ قَرْضِ الثَّوبِ بِالْمَقْرَاضِ: إِذَا قَطَعَهُ، وَنَصَّ أَبُو الْيُسْرِ عَلَى أَنَّهُ بِالْفَاءِ (أَوْ حَرَقُ نَارٍ) جَازَ أَنْ (يَبِيعَهُ مُرَابِحَةً مِنْ غَيْرِ بَيَانٍ) لِأَنَّ الْأَوْصَافَ تَابِعَةٌ لَا يُقَابِلُهَا الثَّمَنُ (وَلَوْ تَكَسَّرَ) الثَّوبُ (بِنَشْرِهِ وَطَّيَّهِ لَا يَبِيعُهُ مُرَابِحَةً) بِلَا بَيَانٍ لِأَنَّهُ صَارَ مَقْصُودًا بِالْإِثْلَافِ. وَقَوْلُهُ (وَالْمَعْنَى مَا بَيَّنَّاهُ) إِشَارَةٌ إِلَى هَذَيْنِ الدَّلِيلَيْنِ.

قَالَ (وَمَنْ اشْتَرَى غُلَامًا بِأَلْفِ دِرْهَمٍ نَسِيتُهُ فَبَاعَهُ بِرَبِيعِ مِائَةٍ وَلَمْ يُبَيِّنْ فَعَلِمَ الْمُشْتَرَى، فَإِنْ شَاءَ رَدُّهُ، وَإِنْ شَاءَ قَبْلُ): لِأَنَّ لِلْأَجَلِ شَبَهًا بِالْمَبِيعِ؛ أَلَا يَرَى أَنَّهُ يُزَادُ فِي الثَّمَنِ لِأَجْلِ الْأَجَلِ، وَالشُّبُهَةُ فِي هَذَا مُلْحَقَةٌ بِالْحَقِيقَةِ فَصَارَ كَأَنَّهُ اشْتَرَى شَيْئَيْنِ وَبَاعَ أَحَدَهُمَا مُرَابِحَةً بِثَمَنِهَا، وَالْإِقْدَامُ عَلَى الْمُرَابِحَةِ يُوجِبُ السَّلَامَةَ عَنْ مِثْلِ هَذِهِ الْخِيَاثَةِ، فَإِذَا ظَهَرَتْ يُخَيَّرُ كَمَا فِي الْعَيْبِ (وَإِنْ اسْتَهْلَكَهُ ثُمَّ عَلِمَ لَزِمَهُ بِأَلْفٍ وَمِائَةٍ): لِأَنَّ الْأَجَلَ لَا يُقَابِلُهُ شَيْءٌ مِنَ الثَّمَنِ، قَالَ: (فَإِنْ كَانَ وَلَاهُ إِيَّاهُ وَلَمْ يُبَيِّنْ رَدُّهُ إِنْ شَاءَ؛ لِأَنَّ الْخِيَاثَةَ فِي التَّوَلِيَةِ مِثْلُهَا فِي الْمُرَابِحَةِ؛ لِأَنَّهُ بِنَاءٌ عَلَى الثَّمَنِ الْأَوَّلِ) (وَإِنْ كَانَ اسْتَهْلَكَهُ ثُمَّ عَلِمَ لَزِمَهُ بِأَلْفٍ حَالَتِ) لَمَّا ذَكَرْنَاهُ، وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ يَرُدُّ الْقِيَمَةَ وَيَسْتَرِدُّ كُلَّ الثَّمَنِ، وَهُوَ نَظِيرُ مَا إِذَا اسْتَوْفَى الزُّيُوفَ مَكَانَ الْحِيَادِ وَعَلِمَ بَعْدَ الْإِتِّفَاقِ، وَسَيَاتِيكَ مِنْ بَعْدِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى، وَقِيلَ يَقُومُ بِثَمَنِ حَالٍ وَبِثَمَنِ مُؤَجَّلٍ فَيَرْجِعُ بِفَضْلِ مَا بَيْنَهُمَا، وَلَوْ لَمْ يَكُنِ الْأَجَلُ مَشْرُوطًا فِي الْعَقْدِ وَلَكِنَّهُ مُنْجَمٌ مُعْتَادٌ قِيلَ لَا بُدَّ مِنْ بَيَانِهِ؛ لِأَنَّ الْمَعْرُوفَ

كَالْمَشْرُوطِ، وَقِيلَ يَبِيعُهُ وَلَا يُبَيِّنُهُ؛ لِأَنَّ التَّمَنَّ حَالٌ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ اشْتَرَى غُلَامًا بِأَلْفٍ دِرْهَمٍ نَسِيئَةً فَبَاعَهُ بِرِبْحٍ مِائَةٍ وَلَمْ يُبَيِّنْ) ذَلِكَ لِلْمُشْتَرِي (فَعَلِمَ الْمُشْتَرِي، فَإِنْ شَاءَ رَدُّهُ، وَإِنْ شَاءَ قَبِلَ لِأَنَّ لِلْأَجَلِ شَبْهًا بِالْمَبِيعِ) فَإِنَّهُ يَزَادُ فِي التَّمَنِ لِأَجْلِ الْأَجَلِ، وَالشُّبْهَةُ فِي هَذَا الْبَابِ مُلْحَقَةٌ بِالْحَقِيقَةِ فَصَارَ كَأَنَّهُ اشْتَرَى شَيْئَيْنِ وَبَاعَ أَحَدَهُمَا مُرَابِحَةً بِتَمَنِهِمَا.

وَالْمُرَابِحَةُ تُوجِبُ الْإِحْتِرَازَ عَنْ مِثْلِ هَذِهِ الْحَيَاةِ. وَتُوقُضُ بِأَنَّ الْعُلَامَ السَّلِيمَ الْأَعْضَاءَ يَزَادُ فِي تَمَنِهِ لِأَجْلِ سَلَامَةِ الْأَعْضَاءِ بِالنَّسْبَةِ إِلَى غَيْرِ السَّلِيمِ، وَإِذَا فَاتَتْ سَلَامَةُ الْأَعْضَاءِ لَمْ يَجِبِ الْبَيَانُ عَلَى الْبَائِعِ كَمَا مَرَّ فِي مَسْأَلَةِ اعْوَرَارِ الْعَيْنِ. وَأُجِيبُ أَنَّ الزِّيَادَةَ هُنَاكَ لَيْسَتْ مَنْصُوصًا عَلَيْهَا لِأَنَّهَا فِي مُقَابَلَةِ السَّلَامَةِ، وَمَا نَحْنُ فِيهِ هُوَ أَنْ يَقُولَ إِنْ أَجَلْتَنِي مُدَّةً كَذَا فَتَمَنُّهُ يَكُونُ كَذَا بِزِيَادَةِ مَقْدَارٍ فَتَثْبُتُ زِيَادَةُ التَّمَنِ فِي الْأَجَلِ بِالشَّرْطِ، وَلَا يَثْبُتُ ذَلِكَ فِي سَلَامَةِ الْأَعْضَاءِ، وَسَيُشِيرُ الْمُصَنِّفُ إِلَى هَذَا بِقَوْلِهِ وَلَوْ لَمْ يَكُنِ الْأَجَلُ مَشْرُوطًا فِي الْعَقْدِ، وَإِنْ هَلَكَ الْمَبِيعُ أَوْ اسْتَهْلَكَهُ ثُمَّ عَلِمَ لِرَمِّهِ بِأَلْفٍ وَمِائَةٍ، لِأَنَّ الْأَجَلَ لَا يُقَابَلُهُ شَيْءٌ مِنَ التَّمَنِ: يَعْنِي فِي الْحَقِيقَةِ، وَلَكِنْ فِيهِ شُبْهَةٌ الْمُقَابَلَةِ، فَبَاعْتِبَارِ شُبْهَةِ الْحَيَاةِ كَانَ لَهُ الْفَسْخُ إِنْ كَانَ الْمَبِيعُ قَائِمًا، فَإِمَّا أَنْ يَسْقُطَ شَيْءٌ مِنَ التَّمَنِ بَعْدَ الْهَلَاكِ فَلَا، وَإِلَّا لَكَانَ مَا فَرَضْنَاهُ شُبْهَةً حَقِيقَةً وَذَلِكَ خُلْفٌ بَاطِلٌ.

قَالَ (وَإِنْ كَانَ وَلَاهُ إِيَّاهُ) يَعْنِي أَنَّ التَّوَلِيَةَ كَالْمُرَابِحَةِ فِيمَا إِذَا عَلِمَ الْمُشْتَرِي أَنَّهُ كَانَ اشْتَرَاهُ بِأَجَلٍ وَبَاعَهُ إِيَّاهُ مِنْ غَيْرِ بَيَانٍ فَكَانَ لِلْمُشْتَرِي الْخِيَارُ، لِأَنَّ التَّوَلِيَةَ فِي وَجُوبِ الْإِحْتِرَازِ عَنْ شُبْهَةِ الْحَيَاةِ كَالْمُرَابِحَةِ لِكَوْنِهِ بِنَاءً عَلَى التَّمَنِ الْأَوَّلِ بِلا زِيَادَةٍ وَلَا نُقْصَانٍ (وَإِنْ كَانَ) اسْتَهْلَكَهُ ثُمَّ عَلِمَ بِالْحَيَاةِ (لِرَمِّهِ بِأَلْفٍ حَالَةً لَمَّا ذَكَرْنَا) أَنَّ الْأَجَلَ لَا يُقَابَلُهُ شَيْءٌ مِنَ التَّمَنِ حَقِيقَةً (وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يَرُدُّ الْقِيَمَةَ وَيَسْتَرُدُّ كُلَّ التَّمَنِ، وَهُوَ نَظِيرُ مَا إِذَا اسْتَوْفَى الزُّيُوفَ مَكَانَ الْجِيَادِ وَعَلِمَ بَعْدَ الْإِتْفَاقِ وَسَيَأْتِيكَ مِنْ بَعْدُ فِي مَسَائِلِ) مَثْوَرَةٍ قُبِيلَ كِتَابِ الصَّرْفِ.

وَقَالَ الْفَقِيهَ أَبُو اللَّيْثِ: رُوِيَ عَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ قَالَ: لِلْمُشْتَرِي أَنْ يَرُدَّ قِيَمَتَهُ وَيَسْتَرُدَّ التَّمَنَ لِأَنَّ الْقِيَمَةَ قَامَتْ مَقَامَهُ، وَهَذَا عَلَى أَصْلِهِ فِي التَّحَالُفِ مُسْتَقِيمٌ، فَإِنَّهُ أَقَامَ

الْقِيَمَةَ مَقَامَهُ، وَقِيلَ هُوَ قَوْلُ أَبِي جَعْفَرٍ الْبَلْخِيِّ (يُقَوْمُ بِثَمَنِ حَالٍ وَبِثَمَنِ مُؤَجَّلٍ، فَيَرْجِعُ بِفَضْلِ مَا بَيْنَهُمَا، وَلَوْ لَمْ يَكُنْ الْأَجَلُ مَشْرُوطًا فِي الْعَقْدِ لَكُنْهُ مُنْجَمًا) مُعْتَادٌ كَعَادَةِ بَعْضِ الْبِلَادِ يَشْتَرُونَ بِنَقْدٍ وَيُسَلِّمُونَ الثَّمَنَ بَعْدَ شَهْرٍ أَوْ جُمْلَةً أَوْ مُنْجَمًا، قِيلَ لَا بُدَّ مِنْ بَيَانِهِ لِأَنَّ الْمَعْرُوفَ كَالْمَشْرُوطِ، وَقِيلَ لَا يَجِبُ بَيَانُهُ لِأَنَّ الثَّمَنَ حَالٌ.

قَالَ (وَمَنْ وَلَّى رَجُلًا شَيْئًا بِمَا قَامَ عَلَيْهِ وَلَمْ يَعْلَمْ الْمُشْتَرِي بِكَمَ قَامَ عَلَيْهِ فَالْبَيْعُ فَاسِدٌ) لَجَهَالَةِ الثَّمَنِ (فَإِنْ أَعْلَمَهُ الْبَائِعُ، يَعْنِي فِي الْمَجْلِسِ فَهُوَ بِالْخِيَارِ، إِنْ شَاءَ أَخَذَهُ وَإِنْ شَاءَ تَرَكَهُ) لِأَنَّ الْفَسَادَ لَمْ يَتَقَرَّرْ، فَإِذَا حَصَلَ الْعِلْمُ فِي الْمَجْلِسِ جُعِلَ كَابْتِدَاءِ الْعَقْدِ وَصَارَ كَتَأْخِيرِ الْقَبُولِ إِلَى آخِرِ الْمَجْلِسِ وَبَعْدَ الْإِفْتِرَاقِ قَدْ تَقَرَّرَ فَلَا يَقْبَلُ الْإِصْلَاحُ، وَنَظِيرُهُ بَيْعُ الشَّيْءِ بِرَقْمِهِ إِذَا عُلِمَ فِي الْمَجْلِسِ، وَإِنَّمَا يَتَخَيَّرُ؛ لِأَنَّ الرِّضَا لَمْ يَتِمَّ قَبْلَهُ لَعَدَمِ الْعِلْمِ فَيَتَخَيَّرُ كَمَا فِي خِيَارِ الرُّوْيَةِ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ وَلَّى رَجُلًا شَيْئًا بِمَا قَامَ عَلَيْهِ إلخ) إِذَا قَالَ وَلَيْتَكَ هَذَا بِمَا قَامَ عَلَيَّ يُرِيدُ بِهِ مَا اشْتَرَاهُ بِهِ مَعَ مَا لَحَقَهُ مِنَ الْمَوْنِ كَالصَّبْغِ وَالْقَتْلِ وَغَيْرِ ذَلِكَ وَلَمْ يَعْلَمْ الْمُشْتَرِي بِكَمَ قَامَ عَلَيْهِ (فَالْبَيْعُ فَاسِدٌ لَجَهَالَةِ الثَّمَنِ، فَإِنْ أَعْلَمَهُ الْبَائِعُ فِي الْمَجْلِسِ) صَحَّ الْبَيْعُ وَيُخَيَّرُ الْمُشْتَرِي (إِنْ شَاءَ أَخَذَهُ وَإِنْ شَاءَ تَرَكَهُ) أَمَّا الصَّحَّةُ فَلِأَنَّ الْفَسَادَ لَمْ يَتَقَرَّرْ بَعْدَ فَكَّانِ فَسَادًا يَحْتَمِلُ الصَّحَّةَ، فَإِذَا حَصَلَ الْعِلْمُ فِي الْمَجْلِسِ جُعِلَ كَابْتِدَاءِ الْعَقْدِ لِأَنَّ سَاعَاتِ الْمَجْلِسِ كَسَاعَةِ وَاحِدَةٍ، وَصَارَ كَتَأْخِيرِ الْقَبُولِ إِلَى آخِرِ الْمَجْلِسِ وَبَعْدَ الْإِفْتِرَاقِ تَقَرَّرَ. وَالْفَسَادُ الْمُتَقَرَّرُ لَا يَقْبَلُ الْإِصْلَاحُ، وَنَظِيرُهُ الْبَيْعُ بِالرَّقْمِ فِي صِحَّتِهِ بِالْبَيَانِ فِي الْمَجْلِسِ وَتَقَرَّرَ فَسَادُهُ بَعْدَهُ فِيهِ. وَأَمَّا خِيَارُ الْمُشْتَرِي فَلِلْخَلَلِ فِي الرِّضَا لِأَنَّهُ لَا يَتَحَقَّقُ قَبْلَ مَعْرِفَةِ مِقْدَارِ الثَّمَنِ كَمَا لَا يَتَحَقَّقُ قَبْلَ الرُّوْيَةِ لِلْجَهْلِ بِالصِّفَاتِ فَكَانَ فِي مَعْنَى خِيَارِ الرُّوْيَةِ فَأُلْحِقَ بِهِ.

فصل

وَمَنْ اشْتَرَى شَيْئًا مِمَّا يُنْقَلُ وَيُحَوَّلُ لَمْ يَجْزْ لَهُ بَيْعُهُ حَتَّى يَقْبِضَهُ، لِأَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ نَهَى عَنِ بَيْعِ مَا لَمْ يُقْبَضْ^(١) وَلِأَنَّهُ فِيهِ غَرَرٌ أَنْفَسَاخُ الْعَقْدِ عَلَى اعْتِبَارِ الْهَلَاكِ.

(١) أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ (٣٤٩٩)، وَاحْمَدُ (١٩١/٥)، وَالْحَاكِمُ فِي الْمُسْتَدْرَكِ (٤٠/٢).

الشرح:

(فصل): وَجْهٌ إِبْرَادِ الْفَصْلِ ظَاهِرٌ لِأَنَّ الْمَسَائِلَ الْمَذْكُورَةَ فِيهِ لَيْسَتْ مِنْ بَابِ الْمُرَابَحَةِ. وَوَجْهٌ ذِكْرُهَا فِي بَابِ الْمُرَابَحَةِ الْاسْتِطْرَادُ بِاعْتِبَارِ تَقْيِيدِهَا بِقَيْدِ زَائِدٍ عَلَى الْبَيْعِ الْمُجَرَّدِ عَنِ الْأَوْصَافِ كَالْمُرَابَحَةِ وَالتَّوَلِيَةِ. قَالَ (وَمَنْ اشْتَرَى شَيْئًا مِمَّا يُنْقَلُ) نَقْلًا حَسِيًّا (و) هُوَ الْمُرَادُ بِقَوْلِهِ (يُحَوَّلُ) فَسَرُهُ بِذَلِكَ لَعَلَّا يُتَوَهَّمُ أَنَّهُ احْتِرَازٌ عَنِ الْمُدَبَّرِ (لَمْ يَجْزُ لَهُ أَنْ يَبِيعَهُ حَتَّى يَقْبِضَهُ لِأَنَّهُ ﷺ) (نَهَى عَنْ بَيْعِ مَا لَمْ يُقْبَضْ) وَهُوَ بِإِطْلَاقِهِ حُجَّةٌ عَلَى مَالِكٍ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي تَخْصِيصِ ذَلِكَ بِالطَّعَامِ وَلَا تَمَسُّكَ لَهُ بِمَا رَوَى عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أَنَّهُ ﷺ قَالَ «إِنْ اشْتَرَى أَحَدُكُمْ طَعَامًا فَلَا يَبِيعُهُ حَتَّى يَقْبِضَهُ» وَفِي رِوَايَةٍ «حَتَّى يَسْتَوْفِيَهُ» فَإِنَّ تَخْصِيصَ الطَّعَامِ يَدُلُّ عَلَى أَنَّ الْحُكْمَ فِيمَا عَدَاهُ بِخِلَافِهِ، لِأَنَّ ابْنَ عَبَّاسٍ قَالَ: وَأَحْسَبُ كُلَّ شَيْءٍ مِثْلَ الطَّعَامِ. وَذَلِكَ دَلِيلٌ عَلَى أَنَّ التَّخْصِيصَ لَمْ يَكُنْ مُرَادًا وَكَانَ ذَلِكَ مَعْرُوفًا بَيْنَ الصَّحَابَةِ.

حَدَّثَ الطَّحَاوِيُّ فِي شَرْحِ الْأَثَارِ مُسْنَدًا إِلَى ابْنِ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أَنَّهُ قَالَ: ابْتِغَتْ زَيْتًا فِي السُّوقِ، فَلَمَّا اسْتَوْفَيْتَهُ لَقِينِي رَجُلٌ فَأَعْطَانِي بِهِ رِبْحًا حَسَنًا، فَأَرَدْتُ أَنْ أَضْرِبَ عَلَى يَدِهِ، فَأَخَذَ رَجُلٌ مِنْ خَلْفِي بِذِرَاعِي، فَالْتَفَتُ فَإِذَا زَيْدٌ بُنْ ثَابِتٍ فَقَالَ: لَا تَبِعْهُ حَيْثُ ابْتِغَتْهُ حَتَّى تَحُوزَهُ إِلَى رَحْلِكَ، فَإِنَّ «رَسُولَ اللَّهِ ﷺ» نَهَى عَنْ ابْتِياعِ السَّلْعِ حَيْثُ ابْتِغَاءٌ حَتَّى تَحُوزَهَا التُّجَّارُ إِلَى رِحَالِهِمْ» وَإِنَّمَا قَيْدُ الْبَيْعِ وَلَمْ يَقُلْ لَمْ يَجْزُ لَهُ التَّصَرُّفُ لِبَيْعِهِ عَلَى الْإِتِّفَاقِ، فَإِنَّ الْهَبَةَ وَالصَّدَقَةَ جَائِزَةٌ عِنْدَ مُحَمَّدٍ، وَإِنْ كَانَ قَبْلَ الْقَبْضِ قَالَ كُلُّ تَصَرُّفٍ لَا يَتِمُّ إِلَّا بِالْقَبْضِ فَإِنَّهُ جَائِزٌ فِي الْمَبِيعِ قَبْلَ الْقَبْضِ إِذَا سَلَطَهُ عَلَى قَبْضِهِ فَقَبْضُهُ، لِأَنَّ تَمَامَ هَذَا الْعَقْدِ لَا يَكُونُ إِلَّا بِالْقَبْضِ وَالْمَانِعُ زَائِلٌ عِنْدَ ذَلِكَ.

بِخِلَافِ الْبَيْعِ وَالْإِجَارَةِ فَإِنَّهُ يَلْزَمُ بِنَفْسِهِ. وَالْجَوَابُ أَنَّ الْبَيْعَ أَسْرَعَ نَفَادًا مِنَ الْهَبَةِ بِدَلِيلِ أَنَّ الشُّيُوعَ فِيمَا يَحْتَمِلُ الْقِسْمَةَ يَمْنَعُ تَمَامَ الْهَبَةِ دُونَ الْبَيْعِ، ثُمَّ الْبَيْعُ فِي الْمَبِيعِ قَبْلَ الْقَبْضِ لَا يَجُوزُ لِأَنَّهُ تَمْلِكُ الْعَيْنَ مَا مَلَكَهُ فِي حَالِ قِيَامِ الْعَرَرِ فِي مِلْكِهِ فَالْهَبَةُ أَوْلَى (قَوْلُهُ وَلَئِنْ فِيهِ غَرَرٌ انْفِسَاخُ الْعَقْدِ) اسْتِدْلَالٌ بِالْمَعْقُولِ، وَتَقْرِيرُهُ: فِي الْبَيْعِ قَبْلَ الْقَبْضِ غَرَرٌ انْفِسَاخُ الْعَقْدِ الْأَوَّلِ عَلَى تَقْدِيرِ هَلَاكِ الْمَبِيعِ فِي يَدِ الْبَائِعِ، وَالْعَرَرُ غَيْرُ جَائِزٍ «لِأَنَّهُ ﷺ» نَهَى عَنْ بَيْعِ الْعَرَرِ. وَالْعَرَرُ: مَا طَوِيَ عَنْكَ عِلْمُهُ وَقَدْ تَقَدَّمَ. وَاعْتَرِضَ بِأَنَّ غَرَرَ الْانْفِسَاخِ بَعْدَ

القبض أيضًا متوهم على تقدير ظهور الاستحقاق وليس بمانع. ولا يدفع بأن عدم ظهور الاستحقاق أصل لأن عدم الهلاك كذلك فاستويًا. وأجيب بأن عدم جوازه قبل القبض ثبت بالنص على خلاف القياس لثبوت الملك المطلق للتصرف المطلق بقوله تعالى ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ وليس ما بعد القبض في معناه لأن فيه غرر الانفساخ بالهلاك والاستحقاق، وفيما بعد القبض غرره بالاستحقاق خاصة فلم يلحق به.

(ويجوز بيع العقار قبل القبض عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله. وقال محمد رحمه الله: لا يجوز) رجوعًا إلى إطلاق الحديث واعتبارًا بالمنقول وصار كالإجارة، ولهما أن ركن البيع صدر من أهله في محله، ولا غرر فيه؛ لأن الهلاك في العقار نادر، بخلاف المنقول، والغرر المنتهي عنه غرر انفساخ العقد، والحديث معلول به عملاً بدلائل الجواز والإجارة، قيل على هذا الخلاف؛ ولو سلم فالمعقود عليه في الإجارة المنافع وهلاكها غير نادر.

الشرح:

ويجوز بيع العقار قبل القبض عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد: لا يجوز رجوعًا إلى إطلاق الحديث واعتبارًا بالمنقول بجامع عدم القبض فيهما وصار كالإجارة فإنها في العقار لا تجوز قبل القبض والجامع اشتمالهما على ربح ما لم يضمن، فإن المقصود من البيع الربح وربح ما لم يضمن منهي عنه شرعًا، والنهي يقتضي الفساد فيكون البيع فاسدًا قبل القبض لأنه لم يدخل في ضمانه كما في الإجارة ولهما أن ركن البيع صدر من أهله لكونه بالغًا عاقلًا غير محجور عليه (في محله) لأنه محل مملوك له، وذلك يقتضي الجواز، والمانع وهو الغرر معدوم فيه لأنه باعتبار الهلاك وهو في العقار نادر فيه فصح العقد لوجود مقتضي وانقضاء المانع، بخلاف المنقول فإن المانع فيه موجود، ومنع انقضاء المانع في العقار فإنه غرر الانفساخ، وقد يوجد بالرد بالعيب.

وأجيب بأنه لا يصح لأنه إذا جاز البيع فيه قبل القبض صار ملكًا للمشتري، وحينئذ لا يملك المشتري الأول الرد، وفيه نظر لأنه إن رد عليه بقضاء القاضي عاد له الرد. والأولى أن يقال: كلامنا في غرر الانفساخ وما ذكرتم غرر الفسخ، وإذا كان

الهِلَاكُ فِي الْعَقَارِ نَادِرًا كَانَ غَرَرُ انْفِسَاخِ الْعَقْدِ الْمُنْهِي عَنْهُ مُتَتَفِيًا. وَالْحَدِيثُ مَعْلُومٌ بِهِ فَلَمْ يَدْخُلْ فِيهِ الْعَقَارُ فَجَازَ يَبْعُهُ قَبْلَ الْقَبْضِ عَمَلًا بِدَلِيلِ الْجَوَازِ مِنَ الْكِتَابِ وَالسُّنَّةِ وَالْإِجْمَاعِ، وَاعْتَرَضَ بِأَنَّهُ تَعْلِيلٌ فِي مَوْضِعِ النَّصِّ وَهُوَ مَا رَوِيَ «أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ نَهَى عَنْ يَبْعِ مَا لَمْ يُقْبَضْ» وَهُوَ عَامٌّ.

والتَّعْلِيلُ فِي مَوْضِعِ النَّصِّ غَيْرُ مَقْبُولٍ. وَأُجِيبَ أَنَّهُ عَامٌّ دَخَلَهُ الْخُصُوصُ لِإِجْمَاعِنَا عَلَى جَوَازِ التَّصَرُّفِ فِي الثَّمَنِ وَالصَّدَاقِ قَبْلَ الْقَبْضِ، وَمِثْلُ هَذَا الْعَامُّ يَجُوزُ تَخْصِيصُهُ بِالْقِيَاسِ فَتَحْمِلُهُ عَلَى الْمَنْقُولِ، كَذَا فِي الْمُبْسُوطِ، وَفِيهِ بَحْثٌ لَأَنَّ الْمُرَادَ بِالْحَدِيثِ التَّهْنِ عَنْ يَبْعِ مَيْعٍ لَمْ يُقْبَضْ بِدَلِيلِ حَدِيثِ حَكِيمِ بْنِ حِرَامٍ «إِذَا ابْتَعْتَ شَيْئًا فَلَا تَبِعْهُ حَتَّى تَقْبِضَ» سَلَمْنَا أَنَّهُ نَهَى عَنْ يَبْعِ مَا لَمْ يُقْبَضْ مِنْ مِلْكِهِ الَّذِي ثَبَتَ بِسَبَبٍ مِنَ الْأَسْبَابِ، لَكِنَّ الْإِجْمَاعَ لَا يَصْلُحُ تَخْصِيصًا، سَلَمْنَا صِلَاحِيَّتَهُ لَذَلِكَ، لَكِنَّ التَّخْصِيصَ لَيَّانَ أَنَّهُ لَمْ يَدْخُلْ فِي الْعَامِّ بَعْدَ احْتِمَالِهِ تَنَاوُلُهُ، وَإِذَا كَانَ الْحَدِيثُ مَعْلُومًا بِغَرَرِ الْانْفِسَاخِ لَا يَحْتَمِلُ تَنَاوُلَ مَا لَيْسَ فِيهِ ذَلِكَ، إِذْ الشَّيْءُ لَا يَحْتَمِلُ تَنَاوُلَ مَا يُنَافِيهِ تَنَاوُلًا فَرْدِيًّا وَاعْلَمْ أَنِّي أَذْكُرُ لَكَ مَا سَنَحَ لِي فِي هَذَا الْمَوْضِعِ بِتَوْفِيقِ اللَّهِ تَعَالَى عَلَى وَجْهِهِ يَنْدَفِعُ بِهِ جَمِيعُ ذَلِكَ وَهُوَ أَنْ يُقَالَ: الْأَصْلُ أَنْ يَكُونَ يَبْعُ الْمَنْقُولِ وَغَيْرِ الْمَنْقُولِ قَبْلَ الْقَبْضِ جَائِزًا لِعُمُومِ قَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ لَكِنَّهُ خَصَّ مِنْهُ الرُّبَا بِدَلِيلِ مُسْتَقِلِّ مُقَارِنِ وَهُوَ قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ وَالْعَامُّ الْمَخْصُوصُ يَجُوزُ تَخْصِيصُهُ بِخَبَرِ الْوَاحِدِ، وَهُوَ مَا رَوِيَ «أَنَّهُ نَهَى عَنْ يَبْعِ مَا لَمْ يُقْبَضْ»، ثُمَّ لَا يَخْلُو إِمَّا أَنْ يَكُونَ مَعْلُومًا بِغَرَرِ الْانْفِسَاخِ أَوْ لَا، فَإِنْ كَانَ فَقَدْ ثَبَتَ الْمَطْلُوبُ حَيْثُ لَا يَتَنَاوَلُ الْعَقَارَ.

وَأِنْ لَمْ يَكُنْ وَقَعَ التَّعَارُضُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ مَا رَوِيَ فِي السُّنَنِ مُسْتَدًّا إِلَى الْأَعْرَاجِ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ «نَهَى عَنْ يَبْعِ الْغَرَرِ» وَبَيْنَهُ وَبَيْنَ أَدْلَةِ الْجَوَازِ وَذَلِكَ يَسْتَلْزِمُ التَّرْكَ، وَجَعَلَهُ مَعْلُومًا بِذَلِكَ إِعْمَالًا لِثُبُوتِ التَّوْفِيقِ حِينَئِذٍ، وَالْإِعْمَالُ مُتَعَيَّنٌ لَا مَحَالَةَ. وَكَمَا لَمْ يَتَنَاوَلِ الْعَقَارَ لَمْ يَتَنَاوَلِ الصَّدَاقَ وَبَدَلَ الْحَلْعِ، وَيَكُونُ مُخْتَصًّا بِعَقْدِ يَنْفَسَخُ بِهِلَاكِ الْمَعْوُضِ قَبْلَ الْقَبْضِ.

هَذَا وَاللَّهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ (قَوْلُهُ وَالْإِجَارَةُ) جَوَابٌ عَنْ قِيَاسِ مُحَمَّدٍ صُورَةَ النَّزَاعِ عَلَى الْإِجَارَةِ وَتَقْرِيرُهُ أَنَّهَا لَا تَصْلُحُ مَقِيسًا عَلَيْهَا لِأَنَّهَا عَلَى الْاِخْتِلَافِ. قَالَ فِي

الإيضاح: مَا لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ قَبْلَ الْقَبْضِ لَا تَجُوزُ إِجَارَتُهُ، لِأَنَّ صِحَّةَ الْإِجَارَةِ بِمِلْكِ الرَّقَبَةِ، فَإِذَا مَلَكَ التَّصَرُّفَ فِي الْأَصْلِ وَهُوَ الرَّقَبَةُ مَلَكَ فِي التَّابِعِ وَقِيلَ: لَا يَجُوزُ بِلَا خِلَافٍ وَهُوَ الصَّحِيحُ، لِأَنَّ الْمَنَافِعَ بِمَنْزِلَةِ الْمَنْقُولِ، وَالْإِجَارَةُ تَمْلِكُ الْمَنَافِعَ فَيَمْتَنِعُ جَوَازُهَا كَبَيْعِ الْمَنْقُولِ.

قَالَ (وَمَنْ اشْتَرَى مَكِيلًا مَكَايِلَةً أَوْ مَوْزُونًا مُوَازِنَةً فَاصْكَلَهُ أَوْ أَثَرَهُ ثُمَّ بَاعَهُ مَكَايِلَةً أَوْ مُوَازِنَةً لَمْ يَجْزْ لِلْمُشْتَرَى مِنْهُ أَنْ يَبِيعَهُ وَلَا أَنْ يَأْكُلَهُ حَتَّى يُعِيدَ الْكَيْلَ وَالْوَزْنَ) «لِأَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ نَهَى عَنِ بَيْعِ الطَّعَامِ حَتَّى يَجْرِيَ فِيهِ صَاعَانِ: صَاعُ الْبَائِعِ، وَصَاعُ الْمُشْتَرَى»^(١)؛ وَلِأَنَّهُ يُحْتَمَلُ أَنْ يَزِيدَ عَلَى الْمَشْرُوطِ وَذَلِكَ لِلْبَائِعِ وَالتَّصَرُّفُ فِي مَالٍ الْغَيْرِ حَرَامٌ فَيجِبُ التَّحَرُّزُ عَنْهُ، بِخِلَافِ مَا إِذَا بَاعَهُ مُجَازِفَةً، لِأَنَّ الزِّيَادَةَ لَهُ، وَبِخِلَافِ مَا إِذَا بَاعَ الثُّوبَ مُذَارَعَةً؛ لِأَنَّ الزِّيَادَةَ لَهُ إِذَا الدَّرْعُ وَصَفَ فِي الثُّوبِ، بِخِلَافِ الْقَدْرِ، وَلَا مُعْتَبَرٌ بِكَيْلِ الْبَائِعِ قَبْلَ الْبَيْعِ وَإِنْ كَانَ بِحَضْرَةِ الْمُشْتَرَى؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ صَاعُ الْبَائِعِ وَالْمُشْتَرَى وَهُوَ الشَّرْطُ، وَلَا بِكَيْلِهِ بَعْدَ الْبَيْعِ بِغَيْبَةِ الْمُشْتَرَى؛ لِأَنَّ الْكَيْلَ مِنْ بَابِ التَّسْلِيمِ؛ لِأَنَّ بِهِ يَصِيرُ الْمَبِيعُ مَعْلُومًا وَلَا تَسْلِيمَ إِلَّا بِحَضْرَتِهِ، وَلَوْ كَالَهُ الْبَائِعُ بَعْدَ الْبَيْعِ بِحَضْرَةِ الْمُشْتَرَى فَقَدْ قِيلَ لَا يُكْتَفَى بِهِ لظَاهِرِ الْحَدِيثِ، فَإِنَّهُ أُعْثِرَ صَاعَيْنِ وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ يُكْتَفَى بِهِ؛ لِأَنَّ الْمَبِيعَ صَارَ مَعْلُومًا بِكَيْلٍ وَاحِدٍ وَتَحَقَّقَ مَعْنَى التَّسْلِيمِ، وَمَحْمَلُ الْحَدِيثِ اجْتِمَاعُ الصَّفَقَتَيْنِ عَلَى مَا تُبَيِّنُ فِي بَابِ السَّلَامِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى، وَلَوْ اشْتَرَى الْمَعْدُودَ عَدًّا فَهُوَ كَالْمَذْرُوعِ فِيمَا يُرَوَّى عَنْهُمَا لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمَالِ الرَّبَا، وَكَالْمَوْزُونِ فِيمَا يُرَوَّى عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ لِأَنَّهُ لَا تَحِلُّ لَهُ الزِّيَادَةُ عَلَى الْمَشْرُوطِ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ اشْتَرَى مَكِيلًا مَكَايِلَةً أَوْ مَوْزُونًا مُوَازِنَةً إلخ) إِذَا اشْتَرَى الْمَكِيلَ وَالْمَوْزُونَ كَالْخِنْطَةِ وَالشَّعِيرِ وَالسَّمْنِ وَالْحَدِيدِ وَأَرَادَ التَّصَرُّفَ فَذَلِكَ عَلَى أَرْبَعَةِ أَقْسَامٍ: اشْتَرَى مَكَايِلَةً وَبَاعَ مَكَايِلَةً، أَوْ اشْتَرَى مُجَازِفَةً وَبَاعَ كَذَلِكَ، أَوْ اشْتَرَى مَكَايِلَةً وَبَاعَ مُجَازِفَةً، أَوْ بِالْعَكْسِ مِنْ ذَلِكَ. فَفِي الْأَوَّلِ لَمْ يَجْزْ لِلْمُشْتَرَى مِنَ الْمُشْتَرَى الْأَوَّلِ أَنْ يَبِيعَهُ حَتَّى يُعِيدَ الْكَيْلَ لِنَفْسِهِ كَمَا كَانَ الْحُكْمُ فِي حَقِّ الْمُشْتَرَى الْأَوَّلِ كَذَلِكَ

(١) أخرجه ابن ماجه (٢٢٢٨)، وابن أبي شيبة في المصنف (١٩٧/٧)، والدارقطني (٨/٣).

لأن النبي ﷺ «نَهَى عَنْ بَيْعِ الطَّعَامِ حَتَّى يَجْرِيَ بِهِ صَاعَانِ صَاعُ الْبَائِعِ، وَصَاعُ الْمُشْتَرِي» وَلَئِنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنْ يَزِيدَ عَلَى الْمَشْرُوطِ وَذَلِكَ لِلْبَائِعِ. وَالتَّصَرُّفُ فِي مَالِ الْغَيْرِ حَرَامٌ فَيَجِبُ التَّحَرُّزُ عَنْهُ وَهُوَ بَتَرَكِ التَّصَرُّفِ، وَهَذِهِ الْعِلَّةُ مَوْجُودَةٌ فِي الْمَوْزُونِ فَكَانَ مِثْلُهُ. وَفِي الثَّانِي لَا يَحْتَاجُ إِلَى الْكِيلِ لِعَدَمِ الْإِفْتِقَارِ إِلَى تَعْيِينِ الْمِقْدَارِ.

وَفِي الثَّلَاثِ لَا يَحْتَاجُ الْمُشْتَرِي الثَّانِي إِلَى كَيْلٍ لَئِنَّهُ لَمَّا اشْتَرَاهُ مُجَازَفَةً مَلَكَ جَمِيعَ مَا كَانَ مُشَارًا إِلَيْهِ فَكَانَ مُتَصَرِّفًا فِي مَلَكَ نَفْسِهِ. قَالَ الْمُصَنِّفُ (لأن الزيادة له) وَاعْتَرَضَ بِأَنَّ الزِّيَادَةَ لَا تُتَصَوَّرُ فِي الْمُجَازَفَةِ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ مِنَ الْجَائِزِ أَنَّهُ اشْتَرَى مَكِيلًا مُكَائِلَةً فَاكْتَالَهُ عَلَى أَنَّهُ عَشْرَةُ أَقْفَرَةٍ مَثَلًا ثُمَّ بَاعَهُ مُجَازَفَةً فَإِذَا هُوَ اثْنَا عَشَرَ فِي الْوَاقِعِ فَيَكُونُ زِيَادَةً عَلَى الْمَكِيلِ الَّذِي اشْتَرَاهُ الْمُشْتَرِي الْأَوَّلُ وَفِيهِ مِنَ التَّمَحُّلِ مَا تَرَى. وَقِيلَ الْمُرَادُ الزِّيَادَةُ الَّتِي كَانَتْ فِي ذَهْنِ الْبَائِعِ، وَذَلِكَ بِأَنَّهُ بَاعَ مُجَازَفَةً وَفِي ذَهْنِهِ أَنَّهُ مِائَةٌ فَفَيزِ فَإِذَا هُوَ زَائِدٌ عَلَى مَا ظَنَّهُ فَالزَّائِدُ لِلْمُشْتَرِي.

وَيَجُوزُ أَنْ يُجْعَلَ مِنْ بَابِ الْغَرَضِ، وَمَعْنَاهُ أَنَّ الْمَانِعَ مِنَ التَّصَرُّفِ هُوَ احْتِمَالُ الزِّيَادَةِ، وَلَوْ فُرِضَ فِي الْمُجَازَفَةِ زِيَادَةٌ كَانَتْ لِلْمُشْتَرِي حَيْثُ لَمْ يَقَعْ الْعَقْدُ مُكَائِلَةً فَهَذَا الْمَانِعُ عَلَى تَقْدِيرِ وُجُودِهِ لَمْ يَمْنَعْ التَّصَرُّفَ عَلَى تَقْدِيرِ عِلْمِهِ أَوَّلَى، وَيَجُوزُ فَرَضُ الْمَحَالِ إِذَا تَعَلَّقَ بِهِ غَرَضٌ كَقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿إِنْ تَدْعُوهُمْ لَا يَسْمَعُوا دُعَاءَكُمْ وَلَوْ سَمِعُوا مَا اسْتَجَابُوا لَكُمْ﴾ [فاطر: ١٤] وَفِي الرَّابِعِ يَحْتَاجُ إِلَى كَيْلٍ وَاحِدٍ، إِمَّا كَيْلَ الْمُشْتَرِي أَوْ كَيْلَ الْبَائِعِ بِحَضْرَتِهِ لِأَنَّ الْكِيلَ شَرْطٌ لِحَوَازِ التَّصَرُّفِ فِيمَا يَبِيعُ مُكَائِلَةً لِمَكَانِ الْحَاجَةِ إِلَى تَعْيِينِ الْمِقْدَارِ الْوَاقِعِ مَبِيعًا، وَأَمَّا الْمُجَازَفَةُ فَلَا يَحْتَاجُ إِلَيْهِ لَمَّا ذَكَرْنَا. فَإِنْ قِيلَ: النَّهْيُ عَنْ بَيْعِ الطَّعَامِ إِلَى الْغَايَةِ الْمَذْكُورَةِ يَتَنَاوَلُ الْأَقْسَامَ الْأَرْبَعَةَ فَمَا وَجْهُ تَخْصِيصِهِ بِمَا فِي الْكِتَابِ؟ فَالْجَوَابُ أَنَّهُ مَعْلُولٌ بِاحْتِمَالِ الزِّيَادَةِ عَلَى الْمَشْرُوطِ وَذَلِكَ بِمَا يُتَصَوَّرُ إِذَا يَبِيعُ مُكَائِلَةً فَلَمْ يَتَنَاوَلْ مَا عَدَاهُ.

وَرَدَّ بِأَنَّهُ دَعَا مُجَرَّدَةً. وَأُجِيبَ بِأَنَّ التَّقْصِيَّ عَنْ عَهْدَةِ ذَلِكَ بِأَنَّهُ يُقَالُ: قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ يَقْتَضِي جَوَازَهُ مُطْلَقًا وَهُوَ مَخْصُوصٌ بِآيَةِ الرِّبَا فَجَازَ تَخْصِيصُهُ بِخَبَرِ الْوَاحِدِ، وَفِيهِ ذِكْرُ جَرَيَانِ الصَّاعَيْنِ، وَلَيْسَ ذَلِكَ إِلَّا لِتَعْيِينِ الْمِقْدَارِ وَتَعْيِينِ الْمِقْدَارِ إِمَّا يَحْتَاجُ إِلَيْهِ عِنْدَ تَوْهَمِ زِيَادَةٍ أَوْ نُقْصَانٍ فَكَانَ فِي النَّصِّ مَا يَدُلُّ عَلَى

أَنَّهُ مَعْلُولٌ بِذَلِكَ وَهُوَ فِي الْمَجَازَفَةِ مَعْدُومٌ فَكَانَ جَائِزًا بِلا كَيْلٍ، ثُمَّ فِي قَوْلِهِ اشْتَرَى مَكِيلًا إِشَارَةً إِلَى أَنَّهُ لَوْ مَلَكَهُ بِهِيَّةٌ أَوْ إِرْثٌ أَوْ وَصِيَّةٌ جَازَ التَّصَرُّفُ فِيهِ قَبْلَ الْكَيْلِ بِالْبَيْعِ وَغَيْرِهِ، وَكَذَا لَوْ وَقَعَ ثَمَنًا كَمَا سَيَأْتِي وَحُكْمُ بَيْعِ الثَّوْبِ مُدَارَعَةٌ حُكْمُ الْمَجَازَفَةِ فِي الْمَكِيلِ لِأَنَّ الزِّيَادَةَ لَهُ، إِذِ الذَّرْعُ وَصَفٌ فِي الثَّوْبِ فَلَمْ يَكُنْ هُنَاكَ احْتِمَالُ الزِّيَادَةِ فَلَمْ تَكُنْ فِي مَعْنَى مَا وَرَدَ بِهِ النَّصُّ لِتَلَحُّقِ بِهِ، بِخِلَافِ الْقَدْرِ فَإِنَّهُ مَبِيعٌ لَا وَصَفٌ، وَلَا مُعْتَبَرٌ بِكَيْلِ الْبَائِعِ وَهُوَ الْمُشْتَرِي الْأَوَّلُ قَبْلَ الْبَيْعِ وَإِنْ كَانَ بِحَضْرَةِ الْمُشْتَرِي الثَّانِي لِأَنَّ الشَّرْطَ صَاعُ الْبَائِعِ وَالْمُشْتَرِي وَهَذَا لَيْسَ كَذَلِكَ وَلَا بِكَيْلِهِ بَعْدَ الْبَيْعِ بَعِيَّةُ الْمُشْتَرِي لِأَنَّ الْكَيْلَ مِنْ بَابِ التَّسْلِيمِ إِذِ الْمَبِيعُ يَصِيرُ بِهِ مَعْلُومًا وَلَا تَسْلِيمَ إِلَّا بِحَضْرَتِهِ.

وَلَوْ كَالَهُ الْبَائِعُ بَعْدَ الْبَيْعِ بِحَضْرَةِ الْمُشْتَرِي فَقَدْ قِيلَ لَا يُكْفَى بِهِ لظَاهِرِ الْحَدِيثِ فَإِنَّهُ اعْتَبَرَ صَاعَيْنِ وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ يُكْفَى بِهِ لِأَنَّ الْمَبِيعَ صَارَ مَعْلُومًا بِكَيْلِ وَاحِدٍ وَتَحَقَّقَ مَعْنَى التَّسْلِيمِ وَانْتَفَى احْتِمَالُ الزِّيَادَةِ، وَمَحْمَلُ الْحَدِيثِ اجْتِمَاعُ الصَّفَقَتَيْنِ عَلَى مَا سَيَأْتِي فِي بَابِ السَّلَمِ أَنَّ مَنْ أَسْلَمَ فِي كُرٍّ فَلَمَّا حَلَّ الْأَجَلَ اشْتَرَى الْمُسْلِمُ إِلَيْهِ مِنْ رَجُلٍ كُرًّا أَوْ أَمَرَ رَبُّ الْمَالِ بِقَبْضِهِ لَمْ يَكُنْ قَبْضًا، وَإِنْ أَمَرَهُ أَنْ يَقْبِضَهُ لَهُ ثُمَّ يَقْبِضَهُ لِنَفْسِهِ فَاتَّخَذَهُ لَهُ ثُمَّ اتَّخَذَهُ لِنَفْسِهِ جَازٌ لِأَنَّهُ اجْتَمَعَتِ الصَّفَقَتَانِ بِشَرْطِ الْكَيْلِ فَلَا بُدَّ مِنَ الْكَيْلِ مَرَّتَيْنِ.

وَأَعْلَمُ أَنَّ فِي كَلَامِ الْمُصَنِّفِ رَحِمَهُ اللَّهُ إِبْهَامَ التَّنَاقُصِ، وَذَلِكَ لِأَنَّهُ وَضَعَ الْمَسْأَلَةَ أَوَّلًا فِيمَا إِذَا كَانَ الْعَقْدَانِ بِشَرْطِ الْكَيْلِ. وَاسْتَدَلَّ عَلَى وَجُوبِ جَرَيَانِ الصَّاعَيْنِ بِالْحَدِيثِ، ثُمَّ ذَكَرَ فِي آخِرِ الْمَسْأَلَةِ أَنَّ الصَّحِيحَ أَنْ يُكْفَى بِالْكَيلِ الْوَاحِدِ وَهُوَ يَفْتَضِي أَنْ يَكُونَ وَضْعُ الْمَسْأَلَةِ فِيمَا يَكُونُ عَقْدًا وَاحِدًا بِشَرْطِ الْكَيْلِ، لَمَّا أَنَّ الْاِكْتِفَاءَ بِالْكَيلِ الْوَاحِدِ فِي الصَّحِيحِ مِنَ الرُّوَايَةِ إِنَّمَا هُوَ فِي الْعَقْدِ الْوَاحِدِ بِشَرْطِ الْكَيْلِ. وَأَمَّا إِذَا وَجَدَ الْعَقْدَ بِشَرْطِ الْكَيْلِ فَلَا اكْتِفَاءَ بِالْكَيلِ الْوَاحِدِ فِيهِمَا لَيْسَ بِصَحِيحٍ مِنَ الرُّوَايَةِ، بَلِ الْجَوَابُ فِيهِ عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الرُّوَايَةِ وَجُوبُ الْكَيْلَيْنِ. وَدَفَعَهُ بِأَنْ يَكُونَ الْمُرَادُ بِالْبَائِعِ فِي قَوْلِهِ وَلَوْ كَالَهُ الْبَائِعِ الْمُشْتَرِي الْأَوَّلُ وَبِالْمُشْتَرِي هُوَ الثَّانِي وَبِالْبَيْعِ هُوَ الْبَيْعُ الثَّانِي، وَمَعْنَاهُ أَنَّ الْمُشْتَرِي إِذَا بَاعَ مَكَايِلَةً وَكَالَهُ بِحَضْرَةِ مُشْتَرِيهِ يُكْفَى بِذَلِكَ لَمَّا ذَكَرْنَا مِنْ الدَّلِيلِ، وَيَذُلُّ عَلَى ذَلِكَ قَوْلُهُ وَمَحْمَلُ الْحَدِيثِ اجْتِمَاعُ الصَّفَقَتَيْنِ فَإِنَّهُ يَذُلُّ عَلَى أَنْ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ اجْتِمَاعُ الصَّفَقَتَيْنِ غَيْرُ مَنْظُورٍ إِلَيْهِ، فَكَأَنَّهُ يَقُولُ: الْحَدِيثُ دَلِيلٌ عَلَى

وَجُوبِ الصَّاعَيْنِ فِيمَا إِذَا اجْتَمَعَتِ الصَّفَقَتَانِ كَمَا فِي أَوَّلِ الْمَسْأَلَةِ وَمَا سَيَأْتِي فِي بَابِ السَّلَمِ. وَأَمَّا فِيمَا نَحْنُ فِيهِ فَلَا.

هَذَا وَإِذَا نَظَرْنَا إِلَى التَّغْلِيلِ وَهُوَ قَوْلُهُ وَلَائِهِ يَحْتَمِلُ أَنْ يَزِيدَ عَلَى الْمَشْرُوطِ وَذَلِكَ لِلْبَائِعِ يَقْتَضِي أَنْ يُكْتَفَى بِالْكَيْلِ الْوَاحِدِ فِي أَوَّلِ الْمَسْأَلَةِ أَيْضًا كَمَا ذَكَرْنَا. وَلَوْ ثَبَتَ أَنَّ وَجُوبَ الْكَيْلَيْنِ عَزِيمَةٌ وَالْاِكْتِفَاءُ بِالْكَيْلِ الْوَاحِدِ رُخْصَةٌ أَوْ قِيَاسٌ أَوْ اسْتِحْسَانٌ لَكَانَ ذَلِكَ مَدْفَعًا جَارِيًا عَلَى الْقَوَانِينِ لَكِنْ لَمْ أَظْفَرْ بِذَلِكَ. وَلَوْ اشْتَرَى الْمَعْدُودَ عَدًّا فَهُوَ كَالْمَذْرُوعِ فِيمَا يُرْوَى عَنْ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ. وَهُوَ رَوَايَةٌ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمَالِ الرَّبَا، وَلِهَذَا جَازَ بَيْعُ الْوَاحِدِ بِالْاِثْنَيْنِ فَكَانَ كَالْمَذْرُوعِ. وَحُكْمُهُ قَدْ مَرَّ أَنَّهُ لَا يَحْتَاجُ إِلَى إِعَادَةِ الذَّرْعِ إِذَا بَاعَ مَزَارَعَةً. وَكَالْمُوزُونِ فِيمَا يُرْوَى عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ وَهُوَ قَوْلُ الْكَرْحِيِّ لِأَنَّهُ لَا تَحِلُّ الزِّيَادَةُ، أَلَا تَرَى أَنَّ مَنْ اشْتَرَى جَوْزًا عَلَى أَهْأَ أَلْفَ فَوَجَدَهَا أَكْثَرَ لَمْ تَسْلَمْ لَهُ الزِّيَادَةُ، وَلَوْ وَجَدَهَا أَقَلَّ يَسْتَرِدُّ حِصَّةَ التَّقْصَانِ كَالْمُوزُونِ فَلَا بُدَّ لِحَوَازِ التَّصَرُّفِ مِنَ الْعَدِّ كَالْمُوزُونِ فِي الْمُوزُونِ.

قَالَ (وَالْتَصَرُّفُ فِي الثَّمَنِ قَبْلَ الْقَبْضِ جَائِزٌ لِقِيَامِ الْمُطْلَقِ وَهُوَ الْمَلِكُ وَلَيْسَ فِيهِ غَرَرُ الْانْفِسَاخِ بِالْهَلَاكِ لِعَدَمِ تَعَيُّنِهَا بِالتَّعْيِينِ، بِخِلَافِ الْمَبِيعِ، قَالَ (وَيَجُوزُ لِلْمُشْتَرِي أَنْ يَزِيدَ لِلْبَائِعِ فِي الثَّمَنِ وَيَجُوزُ لِلْبَائِعِ أَنْ يَزِيدَ لِلْمُشْتَرِي فِي الْمَبِيعِ، وَيَجُوزُ أَنْ يَحْطَ مِنَ الثَّمَنِ وَيَتَعَلَّقُ الْاِسْتِحْقَاقُ بِجَمِيعِ ذَلِكَ) فَالزِّيَادَةُ وَالْحَطُّ يُلْتَحِقَانِ بِأَصْلِ الْعَقْدِ عِنْدَنَا، وَعِنْدَ زُفَرٍ وَالشَّافِعِيِّ رَحِمَهُمُ اللَّهُ لَا يَصِحَّانِ عَلَى اعْتِبَارِ الْاِلْتِحَاقِ، بَلْ عَلَى اعْتِبَارِ ابْتِدَاءِ الصَّلَةِ، لَهُمَا أَنَّهُ لَا يُمْكِنُ تَصْحِيحُ الزِّيَادَةِ ثَمَّنًا؛ لِأَنَّهُ يُصَيِّرُ مِلْكَهُ عِوَضَ مِلْكِهِ فَلَا يُلْتَحِقُ بِأَصْلِ الْعَقْدِ، وَكَذَا الْحَطُّ؛ لِأَنَّ كُلَّ الثَّمَنِ صَارَ مُقَابِلًا بِكُلِّ الْمَبِيعِ فَلَا يُمْكِنُ إِخْرَاجُهُ فَصَارَ بَرًّا مُبْتَدَأً، وَلَنَا أَنَّهُمَا بِالْحَطِّ وَالزِّيَادَةِ يُغَيِّرَانِ الْعَقْدَ مِنْ وَصْفِ مَشْرُوعٍ إِلَى وَصْفِ مَشْرُوعٍ وَهُوَ كَوْنُهُ رَابِحًا أَوْ خَاسِرًا أَوْ عَدْلًا، وَلَهُمَا وَلَايَةُ الرِّفْعِ فَأَوْلَى أَنْ يَكُونَ لَهُمَا وَلَايَةُ التَّغْيِيرِ، وَصَارَ كَمَا إِذَا أَسْقَطَا الْخِيَارَ أَوْ شَرَطَاهُ بَعْدَ الْعَقْدِ، ثُمَّ إِذَا صَحَّ يُلْتَحِقُ بِأَصْلِ الْعَقْدِ؛ لِأَنَّ وَصْفَ الشَّيْءِ يَقُومُ بِهِ لَا بِنَفْسِهِ، بِخِلَافِ حَطِّ الْكُلِّ؛ لِأَنَّهُ تَبْدِيلٌ لِأَصْلِهِ لَا تَغْيِيرٌ لَوْصِفِهِ فَلَا يُلْتَحِقُ بِهِ، وَعَلَى اعْتِبَارِ الْاِلْتِحَاقِ لَا تَكُونُ الزِّيَادَةُ عِوَضًا عَنْ مِلْكِهِ، وَيُظْهَرُ حُكْمُ الْاِلْتِحَاقِ فِي التَّوْلِيَةِ وَالْمُرَابَحَةِ حَتَّى يَجُوزَ عَلَى الْكُلِّ فِي الزِّيَادَةِ وَيُبَاشِرَ

على الباقي في الحط وفي الشفعة حتى يأخذ بما بقي في الحط، وإنما كان للشفيع أن يأخذ بدون الزيادة لما في الزيادة من إبطال حقه الثابت فلا يملكه، ثم الزيادة لا تصح بعد هلاك المبيع على ظاهر الرواية؛ لأن المبيع لم يبق على حاله يصح الاعتياض عنه والشيء يثبت ثم يستند، بخلاف الحط لأنه بحال يمكن إخراج البدل عما يقابله فيلتحق بأصل العقد استناداً.

الشرح:

قال (والتصرف في الثمن قبل القبض جائز) سواء كان ممّا لا يتعين كالنقد أو ممّا يتعين كالمكيل والموزون، حتى لو باع إبلاً بدراهم أو بكر من الحنطة جاز أن يأخذ بدله شيئاً آخر. قال ابن عمر رضي الله عنهما: «كُنَّا نَبِيعُ الْإِبِلَ فِي الْبَيْعِ فَنَأْخُذُ مَكَانَ الدَّرَاهِمِ الدَّنَائِرَ وَمَكَانَ الدَّنَائِرِ الدَّرَاهِمَ، وَكَانَ يُجَوِّزُهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ» ولأن المطلق للتصرف وهو الملك قائم والمانع وهو غرر الانفساخ بالهلاك منتفٍ لعدم تعينها بالتعيين أي في النقود بخلاف المبيع.

قال (ويجوز للمشتري أن يزيد البائع في الثمن) إذا اشترى عيناً بمائة ثم زاد عشرة مثلاً أو باع عيناً بمائة ثم زاد على المبيع شيئاً أو حطّ بغض الثمن جاز، والاستحقاق يتعلّق بكل ذلك فيملك البائع حبس المبيع حتى يستوفي الأصل والزيادة، ولا يملك المشتري مطالبة المبيع من البائع حتى يدفعهما إليه.

ويستحقّ المشتري مطالبة المبيع كله بتسليم ما بقي بعد الحط ويتعلّق الاستحقاق بجميع ذلك يعني الأصل والزيادة. فإذا استحقّ المبيع يرجع المشتري على البائع بهما، وإذا جاز ذلك فالزيادة والحط يلتحقان بأصل العقد عندنا. وعند زفر والشافعي لا يصحان على اعتبار الالتحاق، بل على اعتبار ابتداء الصلة أي الهبة ابتداءً لا تتم إلا بالتسليم. لهما أنه لا يمكن تصحيح الزيادة ثمناً لأن هذا التصحيح يصير ملكه عوضاً عنه لأن المشتري ملك المبيع بالعقد المسمى ثمناً. فالزيادة في الثمن تكون في مقابلة ملك نفسه وهو المبيع وذلك لا يجوز، وفي الحط الثمن كله مقابل بكل المبيع فلا يمكن إخراجهُ عن ذلك فصار برأ مبتدأ. ولنا أن البائع والمشتري بالحط والزيادة غير العقد بتراضيهما من وصف مشروع إلى وصف مشروع، لأن البيع المشروع خاسر

وَرَابِعٌ وَعَدْلٌ، وَالزِّيَادَةُ فِي الثَّمَنِ تَجْعَلُ الْخَاسِرَ عَدْلًا وَالْعَدْلَ رَابِعًا، وَالْحَطُّ يَجْعَلُ الرَّابِعَ عَدْلًا وَالْعَدْلَ خَاسِرًا وَذَلِكَ الزِّيَادَةُ فِي الْمَبِيعِ، وَلَهُمَا وَلَايَةُ التَّصَرُّفِ بِرَفْعِ أَصْلِ الْعَقْدِ بِالْإِقَالَةِ، فَأُولَى أَنْ يَكُونَ لَهُمَا وَلَايَةُ التَّغْيِيرِ مِنْ وَصْفٍ إِلَى وَصْفٍ لِأَنَّ التَّصَرُّفَ فِي صِفَةِ الشَّيْءِ أَهْوَنُ مِنَ التَّصَرُّفِ فِي أَصْلِهِ وَصَارَ كَمَا إِذَا كَانَ لِأَحَدِ الْعَاقِدَيْنِ أَوْ لَهُمَا خِيَارُ الشَّرْطِ فَاسْقَطًا أَوْ شَرْطَاهُ بَعْدَ الْعَقْدِ فَصَحَّ إِلْحَاقُ الزِّيَادَةِ بَعْدَ تَمَامِ الْعَقْدِ، وَإِذَا صَحَّ يَلْتَحِقُ بِأَصْلِ الْعَقْدِ لِأَنَّ الزِّيَادَةَ فِي الثَّمَنِ كَالْوَصْفِ لَهُ، وَوَصْفُ الشَّيْءِ يَقُومُ بِذَلِكَ الشَّيْءِ لَا بِنَفْسِهِ، فَالزِّيَادَةُ تَقُومُ بِالثَّمَنِ لَا بِنَفْسِهَا.

فَإِنْ قِيلَ: لَوْ كَانَ حَطُّ الْبَعْضِ صَحِيحًا لَكَانَ حَطُّ الْكُلِّ كَذَلِكَ اعْتِبَارًا لِلْكُلِّ بِالْبَعْضِ. أَجَابَ الْمُصَنِّفُ بِالْفَرْقِ بِقَوْلِهِ بِخِلَافِ حَطِّ الْكُلِّ لِأَنَّهُ تَبْدِيلٌ بِأَصْلِهِ لَا تَغْيِيرٌ بِوَصْفِهِ، لِأَنَّ عَمَلَ الْحَطِّ فِي إِخْرَاجِ الْقَدْرِ الْمَحْطُوطِ مِنْ أَنْ يَكُونَ ثَمَنًا فَالشَّرْطُ فِيهِ قِيَامُ الثَّمَنِ وَذَلِكَ فِي حَطِّ الْبَعْضِ لَوْجُودِ مَا يَصْلُحُ ثَمَنًا. وَأَمَّا حَطُّ الْجَمِيعِ فَتَبْدِيلٌ لِلْعَقْدِ، لِأَنَّهُ إِمَّا أَنْ يَبْقَى يَبْعَا بَاطِلًا لِعَدَمِ الثَّمَنِ حِينَئِذٍ وَقَدْ عَلِمْتَ أَنَّهُمَا لَمْ يَقْصِدَا ذَلِكَ أَوْ يَصِيرَ هَبَةً وَقَدْ كَانَ قَصْدُهُمَا التَّجَارَةَ فِي الْمَبِيعِ دُونَ الْهَبَةِ فَلَا يَلْتَحِقُ بِأَصْلِ الْعَقْدِ لَوْجُودِ الْمَانِعِ، وَلَا يَلْزَمُ مِنْ عَدَمِ الْإِلْتِحَاقِ لِمَانِعٍ عَدَمُهُ لَا لِمَانِعٍ فَيَلْتَحِقُ حَطُّ الْبَعْضِ بِأَصْلِ الْعَقْدِ، وَعَلَى اعْتِبَارِ الْإِلْتِحَاقِ لَا تَكُونُ الزِّيَادَةُ عَوَضًا عَنْ مِلْكِهِ.

وَيَظْهَرُ حُكْمُ الْإِلْتِحَاقِ فِي التَّوَلِيَةِ وَالْمُرَابَحَةِ حَتَّى تَجُوزَ عَلَى الْكُلِّ فِي الزِّيَادَةِ، وَعَلَى الْبَاقِي فِي الْحَطِّ فَإِنَّ الْبَائِعَ إِذَا حَطَّ بَعْضَ الثَّمَنِ عَنِ الْمُشْتَرِي وَالْمُشْتَرِي قَالَ لِآخَرَ وَلَيْتَكَ هَذَا الشَّيْءَ وَقَعَ عَقْدُ التَّوَلِيَةِ عَلَى مَا بَقِيَ مِنَ الثَّمَنِ بَعْدَ الْحَطِّ فَكَانَ الْحَطُّ بَعْدَ الْعَقْدِ مُلْتَحِقًا بِأَصْلِ الْعَقْدِ كَانَ الثَّمَنُ فِي ابْتِدَاءِ الْعَقْدِ هُوَ ذَلِكَ الْمِقْدَارُ وَكَذَلِكَ فِي الزِّيَادَةِ، وَيَظْهَرُ حُكْمُهُ أَيْضًا فِي الشُّفْعَةِ حَتَّى يَأْخُذَ الشَّفِيعُ بِمَا بَقِيَ فِي الْحَطِّ (قَوْلُهُ) وَإِنَّمَا كَانَ لِلشَّفِيعِ جَوَابُ سُؤَالِ مُقَدَّرٍ تَقْدِيرُهُ لَوْ كَانَتْ الزِّيَادَةُ مُلْتَحِقَةً بِأَصْلِ الْعَقْدِ لَأَخَذَ الشَّفِيعُ بِالزِّيَادَةِ كَمَا لَوْ كَانَتْ فِي ابْتِدَاءِ الْعَقْدِ.

وَتَقْرِيرُ الْجَوَابِ: إِنَّمَا كَانَ لِلشَّفِيعِ أَنْ يَأْخُذَ بِذَوْنِ الزِّيَادَةِ لِأَنَّ حَقَّهُ تَعَلُّقُ بِالْعَقْدِ الْأَوَّلِ، وَفِي الزِّيَادَةِ إِبْطَالٌ لَهُ، وَلَيْسَ لَهُمَا وَلَايَةُ عَلَى إِبْطَالِ حَقِّ الْغَيْرِ بَرَأضِيهِمَا وَهَذَا كُلُّهُ إِذَا كَانَ الْمَبِيعُ قَائِمًا. وَأَمَّا بَعْدَ هَلَاكِهِ فَلَا تَصِحُّ الزِّيَادَةُ فِي الثَّمَنِ عَلَى ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ

لأن المبيع لم يبقَ على حالة يصحُّ الاعتياضُ عنه. إذ الاعتياضُ إنما يكونُ في موجودٍ والشَّيءُ يثبتُ ثمَّ يستندُ ولم تثبتِ الزيادةُ لعدمِ ما يُقابلهُ فلا تستندُ، بخلافِ الخطِّ لأنه بحالٍ يُمكنُ إخراجُ البدلِ عما يُقابلهُ لكونه إسقاطاً وإسقاطاً لا يستلزمُ ثبوتَ ما يُقابلهُ فيثبتُ الخطُّ في الحالِ ويلتحقُ بأصلِ العقدِ استناداً.

روى الحسنُ بنُ زيادٍ عن أبي حنيفةٍ أنه تصحُّ زيادةُ الثمنِ بعدَ هلاكِ المبيعِ. ووجهه أن يجعلَ المعقودَ عليه قائماً تقديراً وتُجعلَ الزيادةُ تغييراً كما جعلَ قائماً إذا أطلعَ المشتريَ على عيبٍ كانَ قبلَ الهلاكِ حيثُ يرجعُ بنقصانِ العيبِ، وهذا لأنَّ قيامَ العقدِ بالعاقدين لا بالمحلِّ، واشترطَ المحلَّ لإثباتِ الملكِ أو إبقائه بطريقِ التجددِ فلم يكنْ لإيفاءِ العقدِ في حقه فائدةً، فأما فيما وراءَ ذلكَ ففيه فائدةٌ فتبقى والزيادةُ في المبيعِ جائزةٌ لأنها تثبتُ في مقابلةِ الثمنِ وهو قائمٌ ويكونُ لها حصةٌ من الثمنِ، حتى لو هلكَ قبلَ القبضِ سقطَ بحصتها شيءٌ من الثمنِ.

قال (ومن باعَ بثمنٍ حالٍ ثمَّ أجله أجلاً معلوماً صارَ مؤجلاً)؛ لأنَّ الثمنَ حقهُ فلهُ أن يؤخره تيسيراً على من عليه، ألا ترى أنه يملكُ إبراءه مطلقاً فكذا مؤقتاً، ولو أجله إلى أجلٍ مجهولٍ إن كانت الجاهلةُ متفاحشةً كهبوبِ الرياحِ لا يجوزُ، وإن كانت متقاربةً كالحصادِ والدياسِ يجوزُ؛ لأنه بمنزلةِ الكفالةِ وقد ذكرناه من قبل. قال (وكلُّ دينٍ حالٍ إذا أجله صاحبه صارَ مؤجلاً)؛ لما ذكرنا (إلا القرضُ) فإن تأجيله لا يصحُّ؛ لأنه إعارَةٌ وصلةٌ في الابتداءِ حتى يصحَّ بلفظةِ الإعارَةِ، ولا يملكه من لا يملكُ التبرُّعَ كالوصيِّ والصبيِّ ومعاوضةً في الانتهاءِ، فعلى اعتبارِ الابتداءِ لا يلزمُ التأجيلُ فيه كما في الإعارَةِ، إذ لا جبرَ في التبرُّعِ، وعلى اعتبارِ الانتهاءِ لا يصحُّ؛ لأنه يصيرُ بيعَ الدراهمِ بالدراهمِ نسيئةً وهو ربا، وهذا بخلافِ ما إذا أوصى أن يقرضَ من ماله ألفَ درهمٍ فلانا إلى سنَةٍ حيثُ يلزمُ الورثةُ من ثلثه أن يقرضوه ولا يطالبوه قبلَ المدَّةِ؛ لأنه وصيةٌ بالتبرُّعِ بمنزلةِ الوصيةِ بالخدمةِ والسكنى فيلزمُ حقاً للموصي، والله تعالى أعلمُ

الشرح:

قال (ومن باعَ بثمنٍ حالٍ) ثمَّ أجله أجلٌ معلومٌ إذا باعَ شيئاً بثمنٍ حالٍ ثمَّ أجله لا يخلو من أن يكونَ الأجلُ معلوماً أو مجهولاً، فإن كانَ الأولُ صحَّ وصارَ مؤجلاً. وقال

زَفَرُ: لَا يَلْحَقُ الْأَجَلَ بِالْعَقْدِ، وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ لِأَنَّهُ دَيْنٌ فَلَا يَتَأَجَّلُ كَالْقَرْضِ.

وَلَنَا أَنَّ الثَّمَنَ حَقُّهُ فَجَازَ أَنْ يَتَصَرَّفَ فِيهِ بِالتَّأْجِيلِ رَفَقًا بِمَنْ عَلَيْهِ، وَلَأَنَّ التَّأْجِيلَ إِبْتِاثُ بَرَاءَةٍ مُؤَقَّتَةٍ إِلَى حُلُولِ الْأَجَلِ، وَهُوَ يَمْلِكُ الْبَرَاءَةَ الْمُطْلَقَةَ بِالْإِبْرَاءِ عَنِ الثَّمَنِ فَلَأَنَّ يَمْلِكُ الْبَرَاءَةَ الْمُؤَقَّتَةَ أَوَّلَى، وَإِنْ كَانَ الثَّانِي فَلَا يَخْلُو إِمَّا أَنْ تَكُونَ الْجَهَالَةُ فَاحْشَةً أَوْ يَسِيرَةً، فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ كَمَا إِذَا أَجَّلَهُ إِلَى هُبُوبِ الرِّيحِ وَنُزُولِ الْمَطَرِ لَا يَجُوزُ، وَإِنْ كَانَ الثَّانِي كَالْحَصَادِ وَالْدِّيَاسِ جَازَ كَالْكَفَالَةِ، لِأَنَّ الْأَجَلَ لَمْ يُشْتَرِطْ فِي عَقْدِ الْمَعَاوَضَةِ فَصَحَّ مَعَ الْجَهَالَةِ الْيَسِيرَةِ بِخِلَافِ الْبَيْعِ (وَقَدْ ذَكَرْتَاهُ مِنْ قَبْلُ) يَعْنِي فِي أَوَاخِرِ الْبَيْعِ الْفَاسِدِ قَالَ (وَكُلُّ دَيْنٍ حَالٌ إِذَا أَجَّلَهُ صَاحِبُهُ صَارَ مُؤَجَّلًا) كُلُّ دَيْنٍ حَالٌ يَتَأَجَّلُ صَاحِبِهِ يَصِيرُ مُؤَجَّلًا (لَمَّا ذَكَرْتَاهُ) أَنَّهُ حَقُّهُ، لَكِنَّ الْقَرْضَ لَا يَصِحُّ تَأْجِيلُهُ.

وَهَذَا لِأَنَّ الْقَرْضَ فِي الْإِبْتِدَاءِ صِلَةٌ وَإِعَارَةٌ فَهُوَ بِهَذَا الْاعْتِبَارِ مِنَ التَّبَرُّعَاتِ، وَلِهَذَا يَصِحُّ بِلَفْظِ الْإِعَارَةِ (وَلَا يَمْلِكُهُ مَنْ لَا يَمْلِكُ التَّبَرُّعَ كَالْوَصِيِّ وَالصَّبِيِّ، وَمَعَاوَضَةٌ فِي الْإِثْمَاءِ) لِأَنَّ الْوَاجِبَ بِالْقَرْضِ رَدُّ الْمَثَلِ لَا رَدُّ الْعَيْنِ (فَعَلَى اعْتِبَارِ الْإِبْتِدَاءِ لَا يَصِحُّ) أَيُّ لَا يَلْزَمُ التَّأْجِيلُ فِيهِ (كَمَا فِي الْإِعَارَةِ إِذْ لَا جَبْرَ وَعَلَى اعْتِبَارِ الْإِثْمَاءِ لَا يَصِحُّ لِأَنَّهُ يَصِيرُ بَيْعَ الدَّرَاهِمِ بِالْأَرَاهِمِ نَسِيئَةً وَهُوَ رَبَا) وَهَذَا يَقْتَضِي فَسَادَ الْقَرْضِ لَكِنْ نَدَبَ الشَّرْعُ إِلَيْهِ، وَأَجْمَعَ الْأُمَّةُ عَلَى جَوَازِهِ فَاعْتَمَدْنَا عَلَى الْإِبْتِدَاءِ وَقُلْنَا بِجَوَازِهِ بِلَا لُزُومٍ (وَتَوْقُضَ بِمَا إِذَا أَوْصَى أَنْ يُقْرَضَ مِنْ مَالِهِ أَلْفَ دِرْهَمٍ فَلَانَا إِلَى سَنَةٍ) فَإِنَّهُ قَرْضٌ مُؤَجَّلٌ وَأَجَلُهُ لَازِمٌ.

(حَيْثُ يَلْزَمُ مِنْ ثَلَاثَةِ أَنْ يُقْرَضَ وَلَا يُطَالَبُ) إِلَى سَنَةٍ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ ذَلِكَ مِنْ بَابِ الْوَصِيَّةِ بِالتَّبَرُّعِ كَالْوَصِيَّةِ بِالْخِدْمَةِ وَالسُّكْنَى فِي كَوْنِهِمَا وَصِيَّةٌ بِالتَّبَرُّعِ بِالْمَنَافِعِ وَيَلْزَمُ فِي الْوَصِيَّةِ مَا لَا يَلْزَمُ فِي غَيْرِهَا، أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ أَوْصَى بِشَمْرَةٍ بُسْتَانِهِ لَفَلَانَ صَحَّ وَلَزِمَ وَإِنْ كَانَتْ مَعْدُومَةً وَقَتِ الْوَصِيَّةِ فَكَذَلِكَ يَلْزَمُ التَّأْجِيلُ فِي الْقَرْضِ حَتَّى لَا يَجُوزَ لِلرَّوْنَةِ مَطَالَبَةُ الْمُوصَى لَهُ بِالْإِسْتِرْدَادِ قَبْلَ السَّنَةِ حَقًّا لِلْمُوصِي، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

بَابُ الرِّبَا

قَالَ الرَّبَا مُحَرَّمٌ فِي كُلِّ مَكِيلٍ أَوْ مَوْزُونٍ إِذَا بَاعَ بِجِنْسِهِ مُتَفَاضِلًا فَالْعِلَّةُ عِنْدَنَا الْكَيلُ مَعَ الْجِنْسِ وَالْوَزْنُ مَعَ الْجِنْسِ. قَالَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: وَيُقَالُ الْقَدْرُ مَعَ الْجِنْسِ وَهُوَ أَشْمَلُ. وَالْأَصْلُ فِيهِ الْحَدِيثُ الْمَشْهُورُ وَهُوَ قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «الْحِنْطَةُ بِالْحِنْطَةِ

فِي الرُّهْدِ؟ قَالَ قَدْ صَنَّفْتُ كِتَابَ الْبُيُوعِ، وَمُرَادُهُ بَيَّنْتُ فِيهِ مَا يَحِلُّ وَيَحْرُمُ، وَلَيْسَ الرُّهْدُ إِلَّا الاجْتِنَابُ مِنَ الْحَرَامِ وَالرَّغْبَةُ فِي الْحَلَالِ.

وَالرَّبَا فِي اللُّغَةِ هُوَ الزِّيَادَةُ، مِنْ رَبَا الْمَالُ: أَيُّ زَادَ، وَيُنْسَبُ فَيُقَالُ رَبَوِيٌّ بِكَسْرِ الرَّاءِ، وَمِنْهُ الْأَشْيَاءُ الرَّبَوِيَّةُ، وَفَتَحَ الرَّاءِ خَطَأً ذَكَرَهُ فِي الْمَغْرِبِ. وَفِي الْأَصْطِلَاحِ: هُوَ الْفَضْلُ الْخَالِي عَنِ الْعَوَضِ الْمَشْرُوطِ فِي الْبَيْعِ. قَالَ (الرَّبَا مُحَرَّمٌ فِي كُلِّ مَكِيلٍ أَوْ مَوْزُونٍ) أَيُّ حُكْمُ الرَّبَا وَهُوَ حُرْمَةُ الْفَضْلِ وَالنَّسِيبَةِ جَارٍ فِي كُلِّ مَا يُكَالُ أَوْ يُوزَنُ إِذَا بَاعَ بِمَكِيلٍ أَوْ مَوْزُونٍ مِنْ جَنْسِهِ (فَالْعِلَّةُ) أَيُّ لَوْجُوبِ الْمُمَاتِلَةِ هُوَ (الْكَيْلُ مَعَ الْجَنْسِ أَوْ الْوَزْنُ مَعَ الْجَنْسِ) قَالَ الْمُصَنِّفُ (وَيُقَالُ الْقَدْرُ مَعَ الْجَنْسِ وَهُوَ أَشْمَلُ) لِأَنَّهُ يَتَنَاوَلُهُمَا وَلَيْسَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِإِفْرَادِهِ يَتَنَاوَلُ الْآخَرَ.

(وَالْأَصْلُ فِيهِ الْحَدِيثُ الْمَشْهُورُ) الَّذِي تَلَقَّيْتُهُ الْعُلَمَاءُ بِالْقَبُولِ (وَهُوَ قَوْلُهُ: ﷺ «الْحِنْطَةُ بِالْحِنْطَةِ مَثَلًا بِمِثْلِ يَدَا بَيْدٍ وَالْفَضْلُ رَبًّا» وَعَدَّ الْأَشْيَاءَ السِّتَةَ الْحِنْطَةَ وَالشَّعِيرَ وَالتَّمْرَ وَالْمِلْحَ وَالذَّهَبَ وَالْفِضَّةَ عَلَى هَذَا الْمَثَالِ) وَمَدَارُهُ عَلَى عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ وَعُبَادَةَ بْنِ الصَّامِتِ وَأَبِي سَعِيدٍ الْخُدْرِيِّ وَمُعَاوِيَةَ بْنِ أَبِي سُفْيَانَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ.

وَرُوي بِرَوَاتَيْنِ بِالرَّفْعِ " مِثْلٌ بِمِثْلِ " وَبِالنَّصْبِ " مَثَلًا بِمِثْلِ " وَمَعْنَى الْأَوَّلِ يَبْعُ الْحِنْطَةَ حُذِفَ الْمُضَافُ وَأُقِيمَ الْمُضَافُ إِلَيْهِ مَقَامَهُ وَأُعْرِبَ بِإِعْرَابِهِ وَمِثْلُ خَبْرِهِ، وَمَعْنَى الثَّانِي يَبْعُوا التَّمْرَ مَثَلًا بِمِثْلِ، وَالْمُرَادُ بِالْمُمَاتِلَةِ الْمُمَاتِلَةُ مِنْ حَيْثُ الْكَيْلُ بِذَلِكَ مَا رُوي " كَيْلًا بِكَيْلٍ " وَكَذَلِكَ فِي الْمَوْزُونِ " وَزَنًا بِوَزْنٍ " فَيَكُونُ الْمُرَادُ بِهِ مَا يَدْخُلُ تَحْتَ الْكَيْلِ وَالْوَزْنِ لَا مَا يَنْطَلِقُ عَلَيْهِ اسْمُ الْحِنْطَةِ، فَإِنَّ يَبْعُ حَبَّةً مِنْ حِنْطَةٍ بِحَبَّةٍ مِنْهَا لَا يَجُوزُ لِعَدَمِ التَّقْوِيمِ مَعَ صِدْقِ الْأَسْمِ عَلَيْهِ، وَيَخْرُجُ مِنْهُ الْمُمَاتِلَةُ مِنْ حَيْثُ الْجَوْدَةُ وَالرِّدَاءَةُ بِذَلِكَ حَدِيثُ عُبَادَةَ بْنِ الصَّامِتِ «جِيْدُهَا وَرَدِيْتُهَا سَوَاءً»، وَكَلَامُ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ يُفَسِّرُ بَعْضُهُ بَعْضًا.

فَإِنْ قِيلَ: تَقْدِيرُ يَبْعُوا يُوجِبُ الْبَيْعَ وَهُوَ مُبَاحٌ. أُجِيبُ بِأَنَّ الْوُجُوبَ مَصْرُوفٌ إِلَى الصِّفَةِ كَقَوْلِكَ مِتُّ وَأَنْتَ شَهِيدٌ، وَلَيْسَ الْمُرَادُ الْأَمْرُ بِالْمَوْتِ وَلَكِنْ بِالْكُونِ عَلَى صِفَةِ الشُّهْدَاءِ إِذَا مَاتَ، وَكَذَلِكَ الْمُرَادُ الْأَمْرُ بِكَوْنِ الْبَيْعِ عَلَى صِفَةِ الْمُمَاتِلَةِ (قَوْلُهُ: يَدَا بَيْدٍ) الْمُرَادُ بِهِ عِنْدَنَا عَيْنٌ بَعِيْنٌ. وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ قَبْضٌ بِقَبْضٍ (قَوْلُهُ: وَالْفَضْلُ رَبًّا) الْفَضْلُ مِنْ حَيْثُ الْكَيْلُ حَرَامٌ عِنْدَنَا وَعِنْدَهُ فَضْلٌ ذَاتِ أَحَدِهِمَا عَلَى الْآخَرِ حَرَامٌ (وَالْحُكْمُ مَعْلُولٌ

بِاجْتِمَاعِ الْقَائِسِينَ) اخْتِرَارًا عَنْ قَوْلِ دَاوُدَ مِنَ الْمُتَأَخِّرِينَ وَعُثْمَانَ الْبُتِّيَّ مِنَ الْمُتَقَدِّمِينَ إِنَّ الْحُكْمَ مَقْصُورٌ عَلَى الْأَشْيَاءِ السَّتَةِ، وَالنَّصُّ غَيْرُ مَعْلُولٍ (لَكِنَّ الْعِلَّةَ عِنْدَنَا مَا ذَكَرْنَا) مِنَ الْقَدْرِ وَالْجِنْسِ (وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ الطَّعْمُ فِي الْمَطْعُومَاتِ وَالثَّمْنِيَّةُ فِي الْأَثْمَانِ وَالْجِنْسِيَّةُ شَرْطٌ) لَعَمَلِ الْعِلَّةِ عَمَلَهَا حَتَّى لَا تَعْمَلَ الْعِلَّةُ الْمَذْكُورَةُ عِنْدَهُ إِلَّا عِنْدَ وُجُودِ الْجِنْسِيَّةِ، وَحِينَئِذٍ لَا يَكُونُ لَهَا أَثَرٌ فِي تَحْرِيمِ النِّسَاءِ، فَلَوْ أَسْلَمَ هَرَوِيًّا فِي هَرَوِيٍّ جَارَ عِنْدَهُ وَعِنْدَنَا لَمْ يَجْزُ لَوْجُودِ أَحَدٍ وَصَفَى الْعِلَّةَ، وَسَيَأْتِي (وَالْمَسَاوَاةُ مُخْلَصٌ) يُتَخَلَّصُ بِهَا عَنْ الْحَرَمَةِ لِأَنَّهُ: أَيُّ الشَّارِعِ نَصَّ عَلَى شَرْطَيْنِ التَّفَاضُلِ وَالْمِثَالَةِ لِأَنَّهُ قَالَ «يَدَا يَدٌ مِثْلًا بِمِثْلِ» مَنْصُوبَانِ عَلَى الْحَالِ وَالْأَحْوَالِ شُرُوطٌ، هَذَا فِي رَوَايَةِ النَّصْبِ، وَفِي رَوَايَةِ الرُّفْعِ يُقَالُ مَعْنَاهُ عَلَى النَّصْبِ إِلَّا أَنَّهُ عَدَلَ إِلَى الرُّفْعِ لِلدَّلَالَةِ عَلَى الثَّبُوتِ.

(وَكُلُّ ذَلِكَ) أَيُّ كُلِّ مِنَ الشَّرْطَيْنِ (يُشْعَرُ بِالْعِزَّةِ وَالْخَطَرِ كَالشَّهَادَةِ فِي النِّكَاحِ) فَإِذَا كَانَ عَزِيزًا خَطِيرًا (يُعْلَلُ بِعِلَّةٍ مُنَاسِبٍ إِظْهَارِ الْخَطَرِ وَالْعِزَّةِ وَهُوَ الطَّعْمُ) فِي الْمَطْعُومَاتِ (لِبَقَاءِ الْإِنْسَانِ بِهِ، وَالثَّمْنِيَّةُ فِي الْأَثْمَانِ لِبَقَاءِ الْأَمْوَالِ الَّتِي هِيَ مَنَاطُ الْمَصَالِحِ بِهَا وَلَا أَثَرَ لِلْجِنْسِيَّةِ فِي ذَلِكَ) أَيُّ فِي إِظْهَارِ الْخَطَرِ وَالْعِزَّةِ (فَجَعَلْنَاهُ شَرْطًا) وَالْحَاصِلُ أَنَّ الْعِلَّةَ إِنَّمَا تُعْرَفُ بِالتَّائِيرِ، وَلِلطَّعْمِ وَالثَّمْنِيَّةِ أَثَرٌ كَمَا ذَكَرْنَاهُ، وَلَيْسَ لِلْجِنْسِيَّةِ أَثَرٌ، لَكِنَّ الْعِلَّةَ لَا تَكْمُلُ إِلَّا عِنْدَ وُجُودِ الْجِنْسِ فَكَانَ شَرْطًا لِأَنَّ الْحُكْمَ يَدُورُ مَعَ الشَّرْطِ وَجُودًا عِنْدَهُ وَلَا وَجُوبًا بِهِ.

(وَلَنَا أَنَّ الْحَدِيثَ أَوْجَبَ الْمِثَالَةَ شَرْطًا فِي الْبَيْعِ) بِقَوْلِهِ مِثْلًا بِمِثْلِ لَمَّا مَرَّ أَنَّهُ حَالٌ بِمَعْنَى مُمَانِلًا، وَالْأَحْوَالُ شُرُوطٌ (و) وَجُوبُ الْمِثَالَةِ (هُوَ الْمَقْصُودُ بِسَوْقِ الْحَدِيثِ) لِأَحَدٍ مَعَانِ ثَلَاثَةٍ (لِتَحْقِيقِ مَعْنَى الْبَيْعِ فَإِنَّهُ يُبْنَى عَنْ التَّقَابُلِ) وَهُوَ ظَاهِرٌ لَكُونِهِ مُبَادَلَةً وَالتَّقَابُلُ يَحْصُلُ بِالْمِثَالِ، لِأَنَّهُ لَوْ كَانَ أَحَدُهُمَا أَتَقَصَّ مِنَ الْآخَرِ لَمْ يَحْصُلِ التَّقَابُلُ مِنْ كُلِّ وَجْهِ (أَوْ صِيَانَةً لِأَمْوَالِ النَّاسِ عَنْ التَّوَيُّ) لِأَنَّ أَحَدَ الْبَدَلَيْنِ إِذَا كَانَ أَتَقَصَّ مِنَ الْآخَرِ كَانَ التَّبَادُلُ مُضِيْعًا لِفَضْلٍ مَا فِيهِ الْفَضْلُ (أَوْ تَثْمِيمًا لِلْفَائِدَةِ بِاتِّصَالِ التَّسْلِيمِ بِهِ) أَيُّ بِالْمِثَالِ: يَعْنِي أَنَّ فِي التَّقْدِيرِ لَكُونَهُمَا لَا يَتَعَيَّنَانِ بِالتَّعْيِينِ شَرْطَتْ الْمِثَالَةَ قَبْضًا بَعْدَ مِثَالَةِ كُلِّ مِنْهُمَا لِلْآخِرِ لِتَثْمِيمِ فَائِدَةِ الْعَقْدِ وَهُوَ ثُبُوتُ الْمَلِكِ، وَفِيهِ نَظَرٌ لِأَنَّهُ خَارِجٌ عَنِ الْمَقْصُودِ، إِذِ الْمَقْصُودُ بَيَانُ وَجُوبِ الْمِثَالَةِ بَيْنَ الْعَوْضَيْنِ قَدْرًا لَا

يَبَانَ الْمُمَاطِلَةُ مِنْ حَيْثُ الْقَبْضُ. وَالْأَوَّلَى أَنْ يُقَالَ: لَوْ لَمْ يَكُنْ أَحَدُ الْعَوَظَيْنِ مُمَاطِلًا لِلْآخَرِ لَمْ تَتِمَّ الْفَائِدَةُ بِالْقَبْضِ؛ لِأَنَّهُ إِذَا كَانَ أَحَدُهُمَا أَتَقَصُّ يَكُونُ نَفْعًا فِي حَقِّ أَحَدِ الْمُتَعَاقِدَيْنِ وَضَرَرًا فِي حَقِّ الْآخَرِ، وَإِذَا كَانَ مِثْلًا لِلْآخَرِ يَكُونُ نَفْعًا فِي حَقِّهِمَا فَتَكُونُ الْفَائِدَةُ أَتَمَّ بَعْدَ الْقَبْضِ لِكَوْنِهِ نَفْعًا فِي حَقِّهِمَا جَمِيعًا. وَلِقَائِلِ أَنْ يَقُولَ: هَذِهِ الْأَوْجُهُ الثَّلَاثَةُ الْمَذْكُورَةُ لِاشْتِرَاطِ التَّمَاتِلِ مِمَّا يَجِبُ تَحَقُّقُهُ فِي سَائِرِ الْبَيَاعَاتِ لِأَنَّهَا لَا تَنفَكُ عَنِ التَّقَابُلِ وَصِيَانَةِ الْأَمْوَالِ النَّاسِ عَنِ التَّوَيِّ وَتَتَمِيمُ الْفَائِدَةَ مِمَّا يَجِبُ فَيَجِبُ التَّمَاتِلُ فِي الْجَمِيعِ لِفَلَا تَتَخَلَفَ الْعِلَةُ عَنِ الْمَعْلُولِ. وَالْجَوَابُ أَنَّ مُوجِبَهَا فِي الرَّبَا هُوَ النَّصُّ، وَالْوُجُوهُ الْمَذْكُورَةُ حِكْمَتُهُ لَا عِلَّتُهُ لِيَتَصَوَّرَ التَّخَلُّفُ.

وَإِذَا تَبَيَّنَ اشْتِرَاطُ الْمُمَاطِلَةِ لَزِمَ عِنْدَ فَوَاتِهِ حُرْمَةُ الرَّبَا لِأَنَّ الْمَشْرُوطَ يَنْتَفِي عِنْدَ انْتِفَاءِ شَرْطِهِ. وَلِقَائِلِ أَنْ يَقُولَ: إِنَّمَا تَلَزَمَ حُرْمَةُ الرَّبَا عِنْدَ فَوَاتِ شَرْطِ الْحَلِّ إِنْ لَمْ تُوجَدْ الْوَاسِطَةُ بَيْنَ الْحَلِّ وَالْحُرْمَةِ، وَهُوَ مَمْنُوعٌ لِأَنَّ الْكَرَاهَةَ وَاسِطَةٌ بَيْنَ الْحَلِّ وَالْحُرْمَةِ. وَيُمْكِنُ أَنْ يُجَابَ عَنْهُ بِأَنَّ الْمُرَادَ بِالْحُرْمَةِ مَا هُوَ حَرَامٌ لِعَيْنِهِ وَهُوَ بِمَعْنَى الْكَرَاهَةِ، فَعِنْدَ انْتِفَاءِ الْحَلِّ يَثْبُتُ الْحَرَامُ لِعَيْنِهِ وَقَدْ قَرَّرْتَاهُ فِي التَّقْرِيرِ عَلَى وَجْهِ أَتَمَّ فَلْيُطْلَبْ ثَمَّةَ (قَوْلُهُ: وَالْمُمَاطِلَةُ بَيْنَ الشَّيْئَيْنِ) بَيَانُ عَلَيْهِ الْقَدَرِ وَالْجِنْسِ لَوْجُوبِ الْمُمَاطِلَةِ بَيْنَ الشَّيْئَيْنِ وَذَلِكَ لِأَنَّ الْمُمَاطِلَةَ بَيْنَ الشَّيْئَيْنِ (بِاعْتِبَارِ الصُّورَةِ وَالْمَعْنَى) وَهُوَ وَاضِحٌ (وَالْمَعْيَارِ يَسُوَّى الذَّاتِ) أَيْ الصُّورَةَ (وَالْجِنْسِيَّةُ يَسُوَّى الْمَعْنَى) فَإِنَّ كَيْلًا مِنْ بُرٍّ يُسَاوِي كَيْلًا مِنْ دُرٍّ مِنْ حَيْثُ الْقَدَرُ وَالصُّورَةُ لَا مِنْ حَيْثُ الْمَعْنَى، وَكَذَلِكَ قَفِيزُ حِنْطَةٍ يَقْفِيزُ شَعِيرٌ يَتَسَاوِيَانِ صُورَةً لَا مَعْنَى. وَلِقَائِلِ أَنْ يَقُولَ: قَدْ تَبَيَّنَ أَنَّ الْمُمَاطِلَةَ شَرْطٌ لَجَوَازِ الْبَيْعِ فِي الرُّبُوبِيَّاتِ، وَعَلَّلْتُمُوهَا بِالْقَدَرِ وَالْجِنْسِ فَكَانَ ذَلِكَ تَعْلِيلًا لِإِثْبَاتِ الشَّرْطِ وَذَلِكَ بَاطِلٌ. وَالْجَوَابُ أَنَّ التَّعْلِيلَ لِلشَّرْطِ لَا يَجُوزُ لِإِثْبَاتِهِ ابْتِدَاءً.

وَأَمَّا بِطَرِيقِ التَّعَدِّيَةِ مِنْ أَصْلٍ فَيَجُوزُ عِنْدَ جُمْهُورِ الْأَصُولِيِّينَ، وَهُوَ اخْتِيَارُ الْإِمَامِ الْمُحَقِّقِ فَخَرِ الْإِسْلَامِ وَصَاحِبِ الْمِيزَانِ وَمَا نَحْنُ فِيهِ كَذَلِكَ؛ لِأَنَّ النَّصَّ أَوْجَبَ الْمُمَاطِلَةَ فِي الْأَشْيَاءِ السَّتَةِ شَرْطًا فَاتَّبَعْنَاهُ فِي غَيْرِهَا تَعَدِّيَةً فَكَانَ جَائِزًا، فَإِذَا تَبَيَّنَ وَجُوبُ الْمُمَاطِلَةِ شَرْطًا وَهِيَ بِالْكَيْلِ وَالْجِنْسِ (يُظْهَرُ الْفَضْلُ عَلَى ذَلِكَ، فَيَتَحَقَّقُ الرَّبَا لِأَنَّ الرَّبَا هُوَ الْفَضْلُ الْمُسْتَحَقُّ لِأَحَدِ الْمُتَعَاقِدَيْنِ فِي الْمَعَاوَضَةِ الْخَالِيَةِ عَنِ عَوَظٍ شَرْطُ فِيهِ) أَيْ فِي الْعَقْدِ قَالَ

(وَلَا يُعْتَبَرُ الْوَصْفُ) يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ جَوَابُ سُؤَالٍ تَقْرِيرُهُ أَنَّ الْمِثْلَةَ كَمَا تَكُونُ بِالْقَدْرِ وَالْجِنْسِ تَكُونُ بِالْوَصْفِ.

وَتَقْرِيرُ الْجَوَابِ: وَلَا يُعْتَبَرُ الْوَصْفُ لِأَنَّهُ لَا يُعَدُّ تَفَاوُثًا عَرَفًا، فَإِنْ اسْتَوَتْ الذَّاتَانِ صُورَةً وَمَعْنَى تَسَاوِيًا فِي الْمَالِيَّةِ، وَالْفَضْلُ مِنْ حَيْثُ الْجَوْدَةُ سَاقَطُ الْعِبْرَةِ فِي الْمَكِيلَاتِ لِأَنَّ النَّاسَ لَا يَعُدُّونَ ذَلِكَ إِلَّا مِنْ بَابِ الْيَسِيرِ، وَفِيهِ نَظَرٌ؛ لِأَنَّهُ لَوْ كَانَ كَذَلِكَ لَمَا تَفَاضَلَا فِي الْقِيَمَةِ فِي الْعُرْفِ (أَوْ لِأَنَّ فِي اعْتِبَارِهِ سَدَّ بَابِ الْبِيَاعَاتِ) لِأَنَّ الْحِنْطَةَ لَا تَكُونُ مِثْلًا لِلْحِنْطَةِ مِنْ كُلِّ وَجْهِ، وَالْمُرَادُ الْبِيَاعَاتُ فِي الرُّبُوبِيَّاتِ لَا مُطْلَقُ الْبِيَاعَاتِ؛ لِأَنَّ فِي اعْتِبَارِ الْجَوْدَةِ فِي الرُّبُوبِيَّاتِ لَيْسَ سَدَّ بَابِ مُطْلَقِ الْبِيَاعَاتِ أَوْ لِقَوْلِهِ ﷺ «جَيِّدُهَا وَرَدِيئُهَا سَوَاءٌ» قَالَ (وَالطَّعْمُ وَالثَّمِينَةُ) جَوَابٌ عَنْ جَعْلِهِ الطَّعْمُ وَالثَّمِينَةُ عِلَّةً لِلْحُرْمَةِ، وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ ذَلِكَ فَاسِدٌ؛ لِأَنَّهُمَا يَفْتَضِيَانِ خِلَافَ مَا أُضِيفَ إِلَيْهِمَا؛ لِأَنَّهُمَا لَمَّا كَانَا مِنْ أَعْظَمِ وَجْهِهِ الْمَنَافِعِ كَانَ السَّبِيلُ فِيهِ الْإِطْلَاقُ لَشِدَّةِ الْحَاجَةِ دُونَ التَّضْيِيقِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّ الْحَاجَةَ إِذَا اشْتَدَّتْ أَثَرَتْ فِي إِبَاحَةِ الْحَرَامِ حَالَةَ الْاضْطِرَّارِ فَكَيْفَ تُؤَثِّرُ حُرْمَةُ الْمُبَاحِ، بَلِ سُنَّةُ اللَّهِ جَرَتْ فِي التَّوَسُّعِ فِيمَا كَثُرَ إِلَيْهِ الْاِحْتِيَاجُ كَالْهَوَاءِ وَالْمَاءِ وَعَلْفِ الدَّوَابِّ وَغَيْرِ ذَلِكَ، وَعَلَى هَذَا فَلَا أَصْلَ فِي هَذِهِ الْأُمُورِ جَوَازُ الْبَيْعِ بِشَرْطِ الْمُسَاوَةِ وَالْفَسَادِ لَوْجُودِ الْمُفْسِدِ، فَلَا تَكُونُ الْمُسَاوَةُ مُخْلَصًا عَنْ الْحُرْمَةِ.

إِذَا ثَبَتَ هَذَا نَقُولُ إِذَا: بَيْعُ الْمَكِيلِ أَوْ الْمَوْزُونِ بِجَنْسِهِ مِثْلًا بِمِثْلِ جَازَ الْبَيْعُ فِيهِ لَوْجُوبِ شَرْطِ الْجَوَازِ، وَهُوَ الْمِثْلَةُ فِي الْمَعْيَارِ؛ أَلَا تَرَى إِلَى مَا يُرَوَى مَكَانَ قَوْلِهِ، مِثْلًا بِمِثْلِ كَيْلًا بِكَيْلٍ، وَفِي الذَّهَبِ بِالذَّهَبِ وَزَنًا بِوزنٍ (وَإِنْ تَفَاضَلَا لَمْ يَجُزْ) لِتَحَقُّقِ الرُّبَا وَلَا يَجُوزُ (بَيْعُ الْجَيِّدِ بِالرَّدِيِّءِ مِمَّا فِيهِ الرُّبَا إِلَّا مِثْلًا بِمِثْلِ) لِإِهْذَارِ التَّفَاوُثِ فِي الْوَصْفِ (وَيَجُوزُ بَيْعُ الْحَفْنَةِ بِالْحَفْنَتَيْنِ وَالتَّفَاحَةِ بِالتَّفَاحَتَيْنِ) لِأَنَّ الْمُسَاوَةَ بِالْمَعْيَارِ وَلَمْ يَوْجَدْ فَلَمْ يَتَحَقَّقِ الْفَضْلُ.

وَلِهَذَا كَانَ مَضْمُونًا بِالْقِيَمَةِ عِنْدَ الْإِتْلَافِ. وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ الْعِلَّةُ هِيَ الطَّعْمُ وَلَا مُخْلَصٌ وَهُوَ الْمُسَاوَةُ فَيَحْرُمُ، وَمَا دُونَ نِصْفِ الصَّاعِ فَهُوَ فِي حُكْمِ الْحَفْنَةِ لِأَنَّهُ لَا تَقْدِيرَ فِي الشَّرْعِ بِمَا دُونَهُ، وَلَوْ تَبَايَعَا مَكِيلًا أَوْ مَوْزُونًا غَيْرَ مَطْعُومٍ بِجَنْسِهِ مُتَفَاضِلًا كَالْجِصِّ وَالْحَبِيدِ لَا يَجُوزُ عِنْدَنَا لَوْجُودِ الْقَدْرِ وَالْجِنْسِ. وَعِنْدَهُ يَجُوزُ لِعَدَمِ الطَّعْمِ وَالثَّمِينَةِ.

الشرح:

(وَإِذَا ثَبَتَ مَا ذَكَرْنَا مِنْ تَقْرِيرِ الْأَصْلِ مِنَ الْجَانِبَيْنِ نَقُولُ: إِذَا بَاعَ الْمَكِيلُ أَوْ الْمَوْزُونُ بِجِنْسِهِ مِثْلًا بِمِثْلِ) أَيْ كَيْلًا بِكَيْلٍ أَوْ وَزَنًا بِوَزَنٍ (جَازَ الْبَيْعُ) لَوْجُودِ الْمُقْتَضِي وَهُوَ الْمُبَادَلَةُ الْمَعْهُودَةُ فِي الْعُقُودِ مَعَ وُجُودِ شَرْطِهِ وَهُوَ الْمُمَاثَلَةُ فِي الْمِيعَارِ كَمَا وَرَدَ فِي الْمَرْوِيِّ، وَإِنْ تَفَاضَلَ لَمْ يَجْزُ لَتَحَقُّقِ الرِّبَا بِإِنْتِفَاءِ الشَّرْطِ، وَالْجَوْدَةُ سَاقِطَةٌ فَلَا يَجُوزُ بَيْعُ الْجَيِّدِ بِالرَّدِيِّ إِلَّا مُتَمَاثِلًا. قَالَ (وَيَجُوزُ بَيْعُ الْحَفَنَةِ بِالْحَفْنَتَيْنِ) أَيْ وَمِمَّا يَتَرْتَّبُ عَلَى الْأَصْلِ الْمَذْكُورِ جَوَازُ بَيْعِ الْحَفَنَةِ بِالْحَفْنَتَيْنِ وَالتَّفَاحَةِ بِالتَّفَاحَتَيْنِ؛ لِأَنَّ عَدَمَ الْجَوَازِ بِتَحَقُّقِ الْفَضْلِ وَتَحَقُّقِ الْفَضْلِ يَظْهَرُ بَعْدَ وُجُودِ الْمُسَاوَةِ وَالْمُسَاوَةِ بِالْكَيْلِ، وَلَا كَيْلَ فِي الْحَفَنَةِ وَالْحَفْنَتَيْنِ فَتَنْتَفِي الْمُمَاثَلَةُ فَيَنْتَفِي تَحَقُّقُ الْفَضْلِ، وَاسْتَوْضَحَ ذَلِكَ بِقَوْلِهِ (وَلِهَذَا) أَيْ وَلِأَنَّ الْحَفَنَةَ وَالْحَفْنَتَيْنِ لَمْ تَدْخُلْ تَحْتَ الْمِيعَارِ الشَّرْعِيِّ وَلِهَذَا (كَانَ مَضْمُونًا بِالْقِيَمَةِ عِنْدَ الْإِثْلَافِ) لَا مِثْلَهَا، فَلَوْ بَقِيَتْ مَكِيلَةً أَوْ مَوْزُونَةً لَوَجَبَ مِثْلُهَا فَإِنَّ الْمَكِيلَاتِ وَالْمَوْزُونَاتِ كُلَّهَا مِنْ ذَوَاتِ الْأَمْثَالِ دُونَ الْقِيَمِ، وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ لَا يَجُوزُ؛ لِأَنَّ عِلَّةَ الْحَرَمَةِ وَهُوَ الطَّعْمُ وَقَدْ وَجَدَتْ وَالْمُخْلَصُ الْمُسَاوَةُ وَلَمْ تُوجَدْ، وَعَلَى هَذَا لَا يَجُوزُ عِنْدَهُ بَيْعُ حَفَنَةٍ بِحَفْنَةٍ وَتَفَاحَةٍ بِتَفَاحَةٍ لَوْجُودِ الطَّعْمِ وَعَدَمِ الْمُسَوِيَّ، وَمَا دُونَ نَصْفِ صَاعٍ فَهُوَ فِي حُكْمِ الْحَفَنَةِ؛ فَلَوْ بَاعَ خُمْسَ حَفَنَاتٍ مِنَ الْحِنْطَةِ بِسِتِّ حَفَنَاتٍ مِنْهَا وَهُمَا لَمْ يَبْلُغَا حَدَّ نَصْفِ الصَّاعِ جَازَ الْبَيْعُ عِنْدَنَا؛ لِأَنَّهُ لَا تَقْدِيرَ فِي الشَّرْعِ بِمَا دُونُهُ. وَأَمَّا إِذَا كَانَ أَحَدُ الْبَدَلَيْنِ بَلَغَ حَدَّ نَصْفِ الصَّاعِ وَالْآخَرُ لَمْ يَبْلُغْ فَلَا يَجُوزُ كَذَا فِي الْمَبْسُوطِ، وَمِنْ ذَلِكَ مَا (إِذَا تَبَايَعَا مَكِيلًا أَوْ مَوْزُونًا غَيْرَ مَطْعُومٍ بِجِنْسِهِ مُتَفَاضِلًا كَالْجَلِصِّ وَالْحَدِيدِ) فَإِنَّهُ لَا يَجُوزُ عِنْدَنَا لَوْجُودِ الْقَدْرِ وَالْجِنْسِ، وَعِنْدَهُ يَجُوزُ لِعَدَمِ الطَّعْمِ وَالثَّمِينَةِ.

قَالَ (وَإِذَا عُدِمَ الْوَصْفَانِ الْجِنْسُ وَالْمَعْنَى الْمَضْمُونُ إِلَيْهِ حَلُّ التَّفَاضُلِ وَالنِّسَاءِ) لِعَدَمِ الْعِلَةِ الْمَحْرَمَةِ وَالْأَصْلِ فِيهِ الْإِبَاحَةُ. وَإِذَا وَجِدَا. حَرَّمَ التَّفَاضُلُ وَالنِّسَاءُ لَوْجُودِ الْعِلَةِ. وَإِذَا وَجِدَ أَحَدُهُمَا وَعُدِمَ الْآخَرُ حَلُّ التَّفَاضُلِ وَحَرَّمَ النِّسَاءُ مِثْلَ أَنْ يُسَلَّمَ هَرَوِيًّا فِي هَرَوِيٍّ أَوْ حِنْطَةً فِي شَعِيرٍ، فَحَرَمَتْهُمَا رِبَا الْفَضْلِ بِالْوَصْفَيْنِ وَحَرَمَتْهُمَا بِأَحَدِهِمَا. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: الْجِنْسُ بِإِنْفِرَادِهِ لَا يُحَرِّمُ النِّسَاءَ لِأَنَّ النَّقْدِيَّةَ وَعَدَمَهَا لَا يَثْبُتُ إِلَّا شُبْهَةُ الْفَضْلِ،

وَحَقِيقَةُ الْفَضْلِ غَيْرُ مَانِعٍ فِيهِ حَتَّى يَجُوزَ بَيْعُ الْوَاحِدِ بِالْاِثْنَيْنِ فَالشُّبْهَةُ أُولَى. وَلَنَا أَنَّهُ مَالُ الرَّبَا مِنْ وَجْهِ نَظَرًا إِلَى الْقَدْرِ أَوِ الْجِنْسِ وَالتَّقْدِيرِ أَوْجَبَتْ فَضْلًا فِي الْمَالِيَّةِ فَتَحَقَّقَ شُبْهَةُ الرَّبَا وَهِيَ مَانِعَةٌ كَالْحَقِيقَةِ، إِلَّا أَنَّهُ إِذَا أَسْلَمَ النُّقُودُ فِي الزُّعْفَرَانِ وَنَحْوِهِ يَجُوزُ، وَإِنْ جَمَعَهُمَا الْوِزْنَ لِأَنَّهُمَا لَا يَتَّفِقَانِ فِي صِفَةِ الْوِزْنِ، فَإِنَّ الزُّعْفَرَانَ يُوزَنُ بِالْأَمْنَاءِ وَهُوَ مَثْمَنٌ يَتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِينِ، وَالنُّقُودُ تُوزَنُ بِالسَّنَجَاتِ وَهُوَ ثَمَنٌ لَا يَتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِينِ. وَلَوْ بَاعَ بِالنُّقُودِ مُوَازَنَةً وَقَبْضَهَا صَحَّ التَّصَرُّفُ فِيهَا قَبْلَ الْوِزْنِ، وَفِي الزُّعْفَرَانِ وَأَشْبَاهِهِ لَا يَجُوزُ، فَإِذَا اخْتَلَفَا فِيهِ صُورَةٌ وَمَعْنَى وَحُكْمًا لَمْ يَجْمَعُهُمَا الْقَدَرُ مِنْ كُلِّ وَجْهِ فَتَنْزِلُ الشُّبْهَةُ فِيهِ إِلَى شُبْهَةِ الشُّبْهَةِ وَهِيَ غَيْرُ مُعْتَبَرَةٍ.

الشرح:

قَالَ: (فَإِذَا عَدِمَ الْوَصْفَانِ) إِذَا ثَبَتَ أَنَّ عِلَّةَ الْحُرْمَةِ شَيْئَانِ، فَمَا أَنْ يُوجَدَا أَوْ يَعْذَمَا أَوْ يُوجَدَ أَحَدُهُمَا دُونَ الْآخَرِ، فَالْأَوَّلُ مَا تَقَدَّمَ، وَالثَّانِي يَظْهَرُ عِنْدَهُ حُلُّ التَّفَاضُلِ وَالنِّسَاءِ لِعَدَمِ الْعِلَّةِ الْمُحَرِّمَةِ، وَتَحْقِيقُهُ مَا أَشَارَ إِلَيْهِ بِقَوْلِهِ (وَالْأَصْلُ فِيهِ الْإِبَاحَةُ) يَعْنِي إِذَا كَانَتْ أَصْلًا وَقَدْ تَرَكْتَ لَوْجُودِ الْعِلَّةِ الَّتِي هِيَ الْقَدَرُ، وَالْجِنْسُ يَظْهَرُ عِنْدَ عَدَمِهِمَا لَا أَنَّ الْعَدَمَ يُثَبِتُ شَيْئًا، فَإِذَا وَجَدَ أَحَدُهُمَا وَعَدِمَ الْآخَرُ حُلُّ التَّفَاضُلِ وَحَرَمُ النِّسَاءِ (مِثْلُ أَنْ يُسَلَّمَ هَرَوِيًّا فِي هَرَوِيٍّ أَوْ حِنْطَةً فِي شَعِيرٍ، فَحُرْمَةُ الْفَضْلِ بِالْوَصْفَيْنِ وَحُرْمَةُ النِّسَاءِ بِأَحَدِهِمَا) حَتَّى لَوْ بَاعَ عَبْدًا بَعْدَ إِلَى أَجَلٍ لَا يَجُوزُ لَوْجُودِ الْجِنْسِيَّةِ وَعِنْدَهُ يَجُوزُ (وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: الْجِنْسُ بِإِنْفِرَادِهِ لَا يُحَرِّمُ النِّسَاءَ؛ لِأَنَّ التَّقْدِيرَ وَعَدَمَهَا لَا يَثْبُتُ إِلَّا شُبْهَةُ الْفَضْلِ) بِالِاتِّفَاقِ (وَحَقِيقَةُ الْفَضْلِ غَيْرُ مَانِعٍ) مِنَ الْجَوَازِ فِي الْجِنْسِ حَتَّى جَازَ بَيْعُ الْهَرَوِيِّ بِالْهَرَوِيِّينَ وَالْعَبْدَ بِالْعَبْدَيْنِ (فَالشُّبْهَةُ أُولَى) قِيلَ لَيْسَ فِي تَخْصِيصِ الْجِنْسِ بِالذِّكْرِ فِي عَدَمِ تَحْرِيمِ النِّسَاءِ زِيَادَةٌ فَائِدَةٌ.

فَإِنَّ الْقَدَرَ عِنْدَهُ كَذَلِكَ، فَإِنَّهُ يَجُوزُ إِسْلَامُ الْمَوْزُونَاتِ فِي الْمَوْزُونَاتِ كَالْحَدِيدِ وَالرِّصَاصِ. وَيُمْكِنُ أَنْ يُقَالَ: إِنَّمَا خَصَّصَهُ بِالذِّكْرِ؛ لِأَنَّ الْحُكْمَ وَهُوَ حُرْمَةُ النِّسَاءِ إِنَّمَا لَمْ يَوْجَدَ عِنْدَهُ فِي صُورَةِ الْجِنْسِ، وَأَمَّا فِي صُورَةِ الْقَدْرِ فَقَدْ يَوْجَدُ، فَإِنَّهُ لَا يَجُوزُ بَيْعُ الذَّهَبِ بِالْفِضَّةِ نَسِيئَةً وَكَذَا بَيْعُ الْحِنْطَةِ بِالشَّعِيرِ، وَإِنْ كَانَ عِلَّةُ ذَلِكَ عِنْدَهُ غَيْرَ الْقَدْرِ وَهُوَ أَنَّ التَّقَابُضَ شَرْطٌ فِي الصَّرْفِ وَيَبِيعُ الطَّعَامَ عِنْدَهُ. وَلَنَا مَا قَالَ الْمُصَنِّفُ رَحِمَهُ اللَّهُ

مِنْ أَنَّهُ مَالُ الرَّبِّاءِ مِنْ وَجْهِ وَتَحْقِيقُهُ مَا ثَبَتَ أَنَّ فِي بَابِ الرَّبِّاءِ حَقِيقَةً وَشُبْهَةً لَا نِزَاعَ فِي ذَلِكَ، وَالشُّبْهَةُ إِذَا انْفَرَدَتْ عَنِ الْحَقِيقَةِ تَحْتَاجُ إِلَى مَحَلٍّ وَعِلَّةٍ كَالْحَقِيقَةِ، وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ مَحَلُّهَا وَعِلَّتُهَا مَحَلُّ الْحَقِيقَةِ وَعِلَّتُهَا، وَإِلَّا لَكَانَتْ حَقِيقَةً أَوْ مُقَارِنَةً لَهَا وَهُوَ خِلَافُ الْفَرَضِ فَلَا بُدَّ مِنْ شُبْهَةٍ مَحَلٍّ وَشُبْهَةٍ عِلَّةٍ، وَمَا يَجْرِي فِيهِ الرَّبِّاءُ النَّسِيبَةُ مَالُ الرَّبِّاءِ مِنْ وَجْهِ نَظَرًا إِلَى أَنَّ الْقَدَرَ يَجْمَعُهُمَا كَمَا فِي الْحِنْطَةِ مَعَ الشَّعِيرِ أَوْ الْجَنْسِ كَالْهَرَوِيِّ مَعَ الْهَرَوِيِّ إِذَا كَانَ أَحَدُهُمَا نَقْدًا وَالْآخَرُ نَسِيبَةً وَكُلُّ عِلَّةٍ ذَاتُ وَصْفَيْنِ مُؤَثِّرَيْنِ لَا يَتِمُّ نَصَابُ الْعِلَّةِ إِلَّا بِهِمَا فَلِكُلِّ مِنْهُمَا شُبْهَةُ الْعِلَّةِ وَشُبْهَةُ الْعِلَّةِ تُثَبِّتُ بِهَا شُبْهَةُ الْحُكْمِ وَالتَّقْدِيرِ أَوْجَبَتْ فَضْلًا فِي الْمَالِيَّةِ، فَتَحَقَّقُ شُبْهَةُ الرَّبِّاءِ فِي مَحَلٍّ صَالِحٍ بِعِلَّةٍ صَالِحَةٍ لَهَا وَشُبْهَةُ الرَّبِّاءِ مَانِعَةٌ كَالْحَقِيقَةِ، وَفِيهِ بَحْثٌ مِنْ وَجْهَيْنِ:

أَحَدُهُمَا مَا قِيلَ إِنَّ كَوْنَهُ مِنْ مَالِ الرَّبِّاءِ مِنْ وَجْهِ شُبْهَةٍ وَكَوْنُ التَّقْدِيرِ أَوْجَبَتْ فَضْلًا شُبْهَةً فَصَارَ شُبْهَةُ الشُّبْهَةِ، وَالشُّبْهَةُ هِيَ الْمُعْتَبَرَةُ دُونَ النَّازِلِ عَنْهَا. وَالثَّانِي أَنَّ كَوْنَ شُبْهَةِ الرَّبِّاءِ كَالْحَقِيقَةِ إِمَّا أَنْ يَكُونَ مُطْلَقًا أَوْ فِي مَحَلِّ الْحَقِيقَةِ، وَالْأَوَّلُ مَمْنُوعٌ وَالثَّانِي مُسَلَّمٌ، لَكِنَّهَا كَانَتْ جَائِزَةً فِيمَا نَحْنُ فِيهِ فَيَجِبُ أَنْ تَكُونَ الشُّبْهَةُ كَذَلِكَ.

وَالْجَوَابُ عَنِ الْأَوَّلِ أَنَّ الشُّبْهَةَ الْأُولَى فِي الْمَحَلِّ وَالثَّانِيَةَ فِي الْحُكْمِ. وَتَمَّةُ شُبْهَةٍ أُخْرَى وَهِيَ الَّتِي فِي الْعِلَّةِ وَشُبْهَةُ الْعِلَّةِ وَالْمَحَلِّ تُثَبِّتُ بِهَا شُبْهَةُ الْحُكْمِ لَا شُبْهَةُ الشُّبْهَةِ. وَعَنِ الثَّانِي أَنَّ الْقِسْمَةَ غَيْرُ حَاصِرَةٍ بَلِ الشُّبْهَةُ مَانِعَةٌ فِي مَحَلِّ الشُّبْهَةِ وَهُوَ مَا ذَكَرْنَا، كَمَا أَنَّ الْحَقِيقَةَ مَانِعَةٌ فِي مَحَلِّهَا إِذَا وَجَدَتْ الْعِلَّةَ بِكَمَالِهَا. فَإِنْ قِيلَ: مَا بَالُ الْمُصَنِّفِ رَحِمَهُ اللَّهُ لَمْ يَسْتَدِلَّ لِلْجَانِبَيْنِ بِالْأَحَادِيثِ الَّتِي تَدُلُّ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا، كَمَا اسْتَدَلَّ بَعْضُ الشَّارِحِينَ بِمَا رُوِيَ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَمْرٍو بْنِ الْعَاصِ «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ جَهَرَ جَيْشًا فَأَمَرَنِي أَنْ أَشْتَرِيَ بَعِيرًا يَبْعِرُنِي إِلَى أَجَلٍ» لِلشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ وَبِمَا رَوَى أَبُو دَاوُدَ فِي السُّنَنِ عَنْ النَّبِيِّ ﷺ «أَنَّهُ نَبِيٌّ عَنِ الْحَيَوَانِ بِالْحَيَوَانِ نَسِيبَةً» لَنَا.

فَالْجَوَابُ أَنَّ جَهَالََةَ التَّارِيخِ وَتَطَرُّقَ الْإِحْتِمَالَاتِ لِلتَّأْوِيلِ مَنَعَاهُ عَنْ ذَلِكَ. فَإِنْ قِيلَ: إِجْمَاعُ الصَّحَابَةِ عَلَى حُرْمَةِ النِّسَاءِ فَكَانَ الاسْتِدْلَالُ بِهِ أَوَّلُ مِنَ الْمَذْكُورِ فِي الْكِتَابِ. فَالْجَوَابُ أَنَّ الْخَصْمَ إِنْ سَلَّمَ الْإِجْمَاعَ فَلَهُ أَنْ يَقُولَ إِنَّهُمْ أَجْمَعُوا عَلَى النِّسَاءِ فِي كَمَالِ الْعِلَّةِ لَا فِي شُبْهَتِهَا. وَقَوْلُهُ: (إِلَّا أَنَّهُ إِذَا أُسْلِمَ) اسْتِثْنَاءٌ مِنْ قَوْلِهِ فَإِذَا وَجِدَ

أَحَدُهُمَا وَعَدِمَ الْآخَرُ حَلَّ التَّفَاضُلِ وَحَرَمَ التَّسَاءُ فَإِنَّ ذَلِكَ يَمْتَضِي عَدَمَ إِسْلَامِ التَّقْوَدِ فِي الزَّعْفَرَانِ لَوْجُودِ الْوَزْنِ كإِسْلَامِ الْحَدِيدِ فِي الصُّفْرِ فَاسْتُنِيَ الزَّعْفَرَانُ وَنَحْوَهُ كَالْقُطْنِ وَالْحَدِيدِ؛ لِأَنَّهُ وَإِنْ جَمَعَهُمَا الْوَزْنُ لَكِنَّهُمَا يَخْتَلِفَانِ فِي صِفَةِ الْوَزْنِ وَمَعْنَاهُ وَحُكْمِهِ. أَمَّا الْأَوَّلُ فَلَأَنَّ الزَّعْفَرَانَ يُوزَنُ بِالْأَمْنَاءِ وَالتَّقْوَدِ بِالصَّنَجَاتِ وَهِيَ مُعَرَّبَةٌ سَنَكُ تَرَزُونِ.

وَيُقَالُ عَنِ الْفَرَاءِ أَنَّ السَّيْنَ أَفْصَحُ، وَيُقَالُ عَنْ ابْنِ السَّكَيْتِ الصَّنَجَاتُ وَلَا يُقَالُ بِالسَّيْنِ. وَأَمَّا الثَّانِي فَلَأَنَّ الزَّعْفَرَانَ مُثَمَّنٌ يَتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِينِ وَالتَّقْوَدُ ثَمَنٌ لَا يَتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِينِ. وَأَمَّا الثَّلَاثُ فَلَأَنَّهُ لَوْ بَاعَ بِالتَّقْوَدِ مُوَازَنَةً بَأَن يَقُولُ اشْتَرَيْتَ هَذَا الزَّعْفَرَانَ بِهَذَا التَّقْدِ الْمُشَارِ إِلَيْهِ عَلَى أَنَّهُ عَشْرَةُ دَنَانِيرَ مَثَلًا فَقَبِضْهُ الْبَائِعُ صَحَّ التَّصَرُّفُ فِيهِ قَبْلَ الْوَزْنِ. وَلَوْ بَاعَ الزَّعْفَرَانَ بِشَرْطِ أَنَّهُ مَتَوَانَ مَثَلًا وَقَبْلَهُ الْمُشْتَرِي لَيْسَ لَهُ أَنْ يَتَصَرَّفَ فِيهِ حَتَّى يُعِيدَ الْوَزْنَ (وَإِذَا اخْتَلَفَا فِي الْوَزْنِ صُورَةً وَمَعْنَى وَحُكْمًا لَمْ يَجْمَعْهُمَا الْقَدْرُ مِنْ كُلِّ وَجْهِ فَتَنْزِلُ الشُّبْهَةُ فِيهِ إِلَى شُبْهَةِ الشُّبْهَةِ) فَإِنَّ الْمَوْزُونَيْنِ إِذَا اتَّفَقَا فَاثْمَنُ الشُّبْهَةِ، فَإِذَا لَمْ يَتَّفَقَا كَانَ ذَلِكَ لِشُبْهَةِ الْوَزْنِ وَالْوَزْنُ وَحْدَهُ شُبْهَةٌ فَكَانَ ذَلِكَ شُبْهَةَ الشُّبْهَةِ (وَهِيَ غَيْرُ مُعْتَبَرَةٍ) لَا يُقَالُ: لَمْ يَخْرُجَا بِذَلِكَ عَنْ كَوْنِهِمَا مَوْزُونَيْنِ فَقَدْ جَمَعَهُمَا الْوَزْنُ؛ لِأَنَّ انْطِلَاقَ الْوَزْنِ عَلَيْهِمَا حِينَئِذٍ لِلاشْتِرَاكِ اللَّفْظِيِّ لَيْسَ إِلَّا، وَهُوَ لَا يُفِيدُ الْإِتِّحَادَ بَيْنَهُمَا فَصَارَ كَأَنَّ الْوَزْنَ لَمْ يَجْمَعْهُمَا حَقِيقَةً. وَفِي عِبَارَةِ الْمُصَنِّفِ رَحِمَهُ اللَّهُ تَسَامُحٌ، فَإِنَّهُ قَالَ: فَإِذَا اخْتَلَفَا صُورَةً وَلَمْ يَخْتَلَفَا صُورَةً، وَلِهَذَا قَالَ شَمْسُ الْأَيْمَةِ: بَلْ نَقُولُ اتَّفَاقُهُمَا فِي الْوَزْنِ صُورَةً لَا مَعْنَى وَحُكْمًا، إِلَّا إِذَا حُمِلَ قَوْلُهُ:

صُورَةً عَلَى أَنَّ مَعْنَاهُ صِفَةً كَمَا قَالَ فِي أَوَّلِ التَّغْلِيلِ فِي صِفَةِ الْوَزْنِ فَذَلِكَ اعْتِبَارٌ زَائِدٌ عَلَى مَا ذَكَرَهُ شَمْسُ الْأَيْمَةِ. وَقَالَ الْعِرَاقِيُّونَ فِي وَجْهِ ذَلِكَ: إِنَّمَا جَازَ؛ لِأَنَّ الشَّرْعَ رَخَّصَ فِي السَّلَمِ وَالْأَصْلُ فِي رَأْسِ الْمَالِ هُوَ التَّقْوَدُ، فَلَوْ لَمْ يُجَوِّزْ لَوْجُودَ أَحَدِ الْوَصْفَيْنِ لَا تَسُدُّ بَابَ السَّلَمِ فِي الْمَوْزُونَاتِ عَلَى مَا هُوَ الْأَصْلُ وَالْغَالِبُ، فَأَثَّرَ شَرْعُ الرُّخْصَةِ فِي التَّجْوِيزِ، وَهَذَا ظَاهِرٌ مِنَ الْفَرْقِ. قَالَ شَمْسُ الْأَيْمَةِ وَلَكِنَّ هَذَا كَلَامٌ مَنْ يُجَوِّزُ تَخْصِيصَ الْعِلَلِ وَلَسْنَا نَقُولُ بِهِ.

قَالَ (وَكُلُّ شَيْءٍ نَصَّ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَلَى تَحْرِيمِ التَّفَاضُلِ فِيهِ كَيْلًا فَهُوَ مَكِيلٌ أَبَدًا، وَإِنْ تَرَكَ النَّاسُ الْكَيْلَ فِيهِ مِثْلَ الْحِنْطَةِ وَالشَّعِيرِ وَالتَّمْرِ وَالْمِلْحِ وَكُلُّ مَا نَصَّ عَلَى

تَحْرِيمِ التَّفَاضُلِ فِيهِ وَزَنًا فَهُوَ مَوْزُونٌ أَبَدًا، وَإِنْ تَرَكَ النَّاسُ الْوَزْنَ فِيهِ مِثْلُ الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ) لَأَنَّ النَّصَّ أَقْوَى مِنَ الْعُرْفِ وَالْأَقْوَى لَا يُتْرَكُ بِالْأَدْنَى (وَمَا لَمْ يُنْصَ عَلَيْهِ فَهُوَ مَحْمُولٌ عَلَى عَادَاتِ النَّاسِ) لِأَنَّهَا دَلَالَةٌ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يُعْتَبَرُ الْعُرْفُ عَلَى خِلَافِ الْمَنْصُوصِ عَلَيْهِ أَيْضًا لِأَنَّ النَّصَّ عَلَى ذَلِكَ لَمَّا كَانَ الْعَادَةُ فَكَانَتْ هِيَ الْمَنْظُورُ إِلَيْهَا وَقَدْ تَبَدَّلَتْ، فَعَلَى هَذَا لَوْ بَاعَ الْحِنْطَةَ بِجِنْسِهَا مُتَسَاوِيًا وَزَنًا، أَوِ الذَّهَبَ بِجِنْسِهِ مُتَمَاثِلًا كَيْلًا لَا يَجُوزُ عِنْدَهُمَا، وَإِنْ تَعَارَفُوا ذَلِكَ لَتَوَهُمُ الْفَضْلَ عَلَى مَا هُوَ الْمِيعَارُ فِيهِ، كَمَا إِذَا بَاعَ مُجَازَفَةً إِلَّا أَنَّهُ يَجُوزُ الْإِسْلَامُ فِي الْحِنْطَةِ وَتَحَوُّهَا وَزَنًا لَوْجُودِ الْإِسْلَامِ فِي مَعْلُومٍ. قَالَ (وَكُلُّ مَا يُنْسَبُ إِلَى الرُّطْلِ فَهُوَ وَزَنِيٌّ) مَعْنَاهُ مَا يُبَاعُ بِالْأَوَاقِي لِأَنَّهَا قُدِّرَتْ بِطَرِيقِ الْوَزْنِ حَتَّى يُحْتَسَبَ مَا يُبَاعُ بِهَا وَزَنًا، بِخِلَافِ سَائِرِ الْمَكَايِلِ، وَإِذَا كَانَ مَوْزُونًا فَلَوْ بَاعَ بِمِكْيَالٍ لَا يُعْرِفُ وَزَنَهُ بِمِكْيَالٍ مِثْلِهِ لَا يَجُوزُ لَتَوَهُمُ الْفَضْلَ فِي الْوَزْنِ بِمَنْزِلَةِ الْمَجَازَفَةِ.

الشرح:

(قَالَ وَكُلُّ شَيْءٍ نَصَّ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَلَى تَحْرِيمِ التَّفَاضُلِ فِيهِ كَيْلًا) كَالْحِنْطَةِ وَالشَّعِيرِ وَالْتَّمْرِ وَالْمِلْحِ فَهُوَ مَكِيلٌ أَبَدًا وَإِنْ تَرَكَ النَّاسُ الْكَيْلَ فِيهِ وَكُلُّ مَا نَصَّ عَلَى التَّحْرِيمِ فِيهِ وَزَنًا) كَالذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ (فَهُوَ مَوْزُونٌ أَبَدًا)؛ لِأَنَّ النَّصَّ أَقْوَى مِنَ الْعُرْفِ لِكُونِهِ حُجَّةً عَلَى مَنْ تَعَارَفَ وَعَلَى مَنْ لَمْ يَتَعَارَفْ، وَالْعُرْفُ لَيْسَ بِحُجَّةٍ إِلَّا عَلَى مَنْ تَعَارَفَ بِهِ.

وَالْأَقْوَى لَا يُتْرَكُ بِالْأَدْنَى (وَمَا لَمْ يُنْصَ عَلَيْهِ فَهُوَ مَحْمُولٌ عَلَى عَادَاتِ النَّاسِ؛ لِأَنَّهَا) أَيْ عَادَاتِ النَّاسِ (دَلَالَةٌ) عَلَى جَوَازِ الْحُكْمِ فِيمَا وَقَعَتْ عَلَيْهِ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «مَا رَأَاهُ الْمُسْلِمُونَ حَسَنًا فَهُوَ عِنْدَ اللَّهِ حَسَنٌ» (وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ اعْتِبَارُ الْعُرْفِ عَلَى خِلَافِ الْمَنْصُوصِ عَلَيْهِ أَيْضًا؛ لِأَنَّ النَّصَّ عَلَى ذَلِكَ) أَيْ عَلَى الْكَيْلِ فِي الْمَكِيلِ وَالْوَزْنِ فِي الْمَوْزُونِ فِي ذَلِكَ الْوَقْتِ إِنَّمَا كَانَ لِلْعَادَةِ فِيهِ، فَكَانَ الْمَنْظُورُ إِلَيْهِ هُوَ الْعَادَةُ فِي ذَلِكَ الْوَقْتِ وَقَدْ تَبَدَّلَتْ فَجَبِبُ أَنْ يَثْبُتَ الْحُكْمُ عَلَى وِفَاقِ ذَلِكَ (وَعَلَى ذَلِكَ لَوْ بَاعَ حِنْطَةً بِجِنْسِهَا مُتَسَاوِيًا وَزَنًا أَوْ ذَهَبًا بِجِنْسِهِ مُتَمَاثِلًا كَيْلًا) جَاَزَ عِنْدَهُ إِذَا تَعَارَفُوا ذَلِكَ، وَلَا يَجُوزُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ وَإِنْ تَعَارَفُوهُ لَتَوَهُمُ الْفَضْلَ عَلَى مَا هُوَ الْمِيعَارُ فِيهِ كَمَا إِذَا بَاعَ مُجَازَفَةً، لَكِنْ يَجُوزُ الْإِسْلَامُ فِي الْحِنْطَةِ

وَنَحْوَهَا وَزَنَّا عَلَى مَا اخْتَارَهُ الطَّحَاوِيُّ لَوْجُودِ الْإِسْلَامِ فِي مَعْلُومٍ.
فَإِنَّ الْمُمَازِلَةَ لَيْسَتْ بِمُعْتَبَرَةٍ فِيهِ، إِنَّمَا الْمُعْتَبَرُ هُوَ الْإِعْلَامُ عَلَى وَجْهِ يَنْفِي الْمُنَازَعَةَ
فِي التَّسْلِيمِ، وَذَلِكَ كَمَا يَحْصُلُ بِالْكَيْلِ يَحْصُلُ بِذِكْرِ الْوِزْنِ، وَذَكَرَ فِي التَّيَمَّةِ أَنَّهُ ذَكَرَ
فِي الْمَجَرَّدِ عَنْ أَصْحَابِنَا أَنَّهُ لَا يَجُوزُ فَكَانَ فِي الْمَسْأَلَةِ رَوَايَتَانِ.

قَالَ الْمُصَنِّفُ (وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يُعْتَبَرُ الْعُرْفُ عَلَى اخْتِلَافِ الْمُتَصُوصِ عَلَيْهِ
أَيْضًا؛ لِأَنَّ النَّصَّ عَلَى ذَلِكَ لِمَكَانِ الْعَادَةِ وَكَأَنَّ هِيَ الْمَنْظُورَ إِلَيْهَا وَقَدْ تَبَدَّلَتْ) أَقُولُ:
اسْتَفْرَاضُ الدَّرَاهِمِ عَدَدًا وَيَنْبَغُ الدَّقِيقُ وَزَنَّا عَلَى مَا هُوَ الْمُتَعَارَفُ فِي زَمَانِنَا يَنْبَغِي أَنْ
يَكُونَ مَبْنِيًّا عَلَى هَذِهِ الرَّوَايَةِ. قَالَ (وَكُلُّ مَا يُنْسَبُ إِلَى الرَّطْلِ فَهُوَ وَزْنِي) الرَّطْلُ
بِالْكَسْرِ وَالْفَتْحُ نِصْفُ مَنْ، وَالْأَوَاقِي جَمْعُ أَوْقِيَةٍ كَأَثْفِيَةٍ وَإِنَافٍ. قِيلَ هِيَ وَزْنُ سَبْعَةِ
مِثْقَالٍ: وَذَكَرَ فِي الصَّحَاحِ أَنَّهُ أَرْبَعُونَ دِرْهَمًا، وَالظَّاهِرُ أَنَّهَا تَخْتَلِفُ بِالزَّمَانِ وَالْمَكَانِ،
وَكُلُّ مَا يُبَاعُ بِالْأَوَاقِي فَهُوَ وَزْنِي؛ لِأَنَّهَا قُدِّرَتْ بِطَرِيقِ الْوِزْنِ، إِذْ تُعَدِّلُهَا إِنَّمَا يَكُونُ
بِالْوِزْنِ وَلِهَذَا يُحْتَسَبُ مَا يُبَاعُ بِالْأَوَاقِي وَزَنَّا، بِخِلَافِ سَائِرِ الْمَكَايِلِ مُتَّصِلٍ بِقَوْلِهِ؛ لِأَنَّهَا
قُدِّرَتْ: يَعْنِي أَنَّ سَائِرَ الْمَكَايِلِ لَوْ تُقَدَّرُ بِالْوِزْنِ فَلَا يَكُونُ لِلْوِزْنِ فِيهِ اعْتِبَارٌ، وَعَلَى هَذَا
إِذَا بَاعَ الْمَوْزُونُ بِمِكْيَالٍ لَا يُعْرَفُ وَزْنُهُ بِمِكْيَالٍ مِثْلِهِ لَا يَجُوزُ لَتَوْهُمُ الْفَضْلِ فِي الْوِزْنِ
بِمَنْزِلَةِ الْمَجَازَفَةِ، وَلَوْ كَانَ الْمَبِيعُ مَكِيلًا جَازًا. وَإِنَّمَا قِيدَ بِقَوْلِهِ بِمِكْيَالٍ لَا يُعْرَفُ وَزْنُهُ؛
لَأَنَّهُ إِذَا عُرِفَ وَزْنُهُ جَازَ.

قَالَ فِي الْمَبْسُوطِ: وَكُلُّ شَيْءٍ وَقَعَ عَلَيْهِ كَيْلُ الرَّطْلِ فَهُوَ مَوْزُونٌ، ثُمَّ قَالَ: يُرِيدُ
بِهِ الْأُدْهَانَ وَنَحْوَهَا؛ لِأَنَّ الرَّطْلَ إِنَّمَا يُعَدَّلُ بِالْوِزْنِ إِلَّا أَنَّهُ يَشْتَقُّ عَلَيْهِمْ وَزْنُ الدُّهْنِ
بِالْأَمْنَاءِ وَالسَّنَجَاتِ فِي كُلِّ وَقْتٍ؛ لِأَنَّهُ لَا يَسْتَمْسِكُ إِلَّا فِي وَعَاءٍ وَفِي وَزْنِ كُلِّ وَعَاءٍ
حَرَجٌ، فَاتَّخَذَ الرَّطْلُ فِي ذَلِكَ تَيْسِيرًا، فَعَرَفْنَا أَنَّ كُلَّ الرَّطْلِ يَبْعُ مَوْزُونٌ فَجَازَ يَبْعُ
الْمَوْزُونُ بِهِ، وَالْإِسْلَامُ فِيهِ بِذِكْرِ الْوِزْنِ.

قَالَ (وَعَقْدُ الصَّرْفِ مَا وَقَعَ عَلَى جِنْسِ الْأَثْمَانِ يُعْتَبَرُ فِيهِ قَبْضُ عَوْضِيهِ فِي
الْمَجْلِسِ) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «وَالْفِضَةُ بِالْفِضَةِ هَاءٌ وَهَاءٌ» ^(١) مَعْنَاهُ يَدًا بِيَدٍ،
وَسَبْبَيْنِ الْفِقْهِ فِي الصَّرْفِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى. قَالَ (وَمَا سِوَاهُ مِمَّا فِيهِ الرَّبَا يُعْتَبَرُ فِيهِ

(١) أخرجه البخاري في البيوع باب ٥٤، ومسلم في المساقاة حديث ٩٧.

التَّعِينُ وَلَا يُعْتَبَرُ فِيهِ التَّقَابُضُ خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ فِي بَيْعِ الطَّعَامِ). لَهُ قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ
وَالسَّلَامُ فِي الْحَدِيثِ الْمَعْرُوفِ «يَدًا بِيَدٍ» ^(١) وَلَأنَّهُ إِذَا لَمْ يُقْبَضْ فِي الْمَجْلِسِ فَيَتَعَاقَبُ
الْقَبْضُ وَلِلنَّقْدِ مَرِيَّةٌ فَتَثْبُتُ شُبْهَةُ الرَّبَا. وَلَنَا أَنَّهُ مَبِيعٌ مُتَعَيَّنٌ فَلَا يُشْتَرَطُ فِيهِ الْقَبْضُ
كَالثُوبِ، وَهَذَا لِأَنَّ الْفَائِدَةَ الْمَطْلُوبَةَ إِنَّمَا هُوَ التَّمَكُّنُ مِنَ التَّصَرُّفِ وَيَتَرْتَّبُ ذَلِكَ عَلَى
التَّعِينِ، بِخِلَافِ الصَّرْفِ لِأَنَّ الْقَبْضَ فِيهِ لِيَتَعَيَّنَ بِهِ؛ وَمَعْنَى قَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ
«يَدًا بِيَدٍ» عَيْنًا بَعَيْنٍ، وَكَذَا رَوَاهُ عِبَادَةُ بْنُ الصَّامِتِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ وَتَعَاقَبُ الْقَبْضِ لَا
يُعْتَبَرُ تَفَاوُتًا فِي الْمَالِ عُرْفًا، بِخِلَافِ النَّقْدِ وَالْمَوْجَلِ.

الشرح:

قَالَ (وَعَقْدُ الصَّرْفِ مَا وَقَعَ عَلَى جِنْسِ الْأَثْمَانِ إلخ) عَقْدُ الصَّرْفِ مَا وَقَعَ عَلَى
جِنْسِ الْأَثْمَانِ وَهِيَ النُّقُودُ يُعْتَبَرُ فِيهِ قَبْضُ عَوْضِيَّتِهِ فِي الْمَجْلِسِ. قَوْلُهُ: (يُعْتَبَرُ فِيهِ) خَبَرٌ
ثَانٍ لِقَوْلِهِ عَقْدُ الصَّرْفِ؛ وَمَعْنَى يُعْتَبَرُ يَجِبُ لِقَوْلِهِ ﷺ «الْفِصَّةُ بِالْفِصَّةِ هَاءٌ وَهَاءٌ» مَعْنَاهُ
يَدًا بِيَدٍ، وَقَدْ تَقَدَّمَ دَلَالَتُهُ عَلَى الْوُجُوبِ.

وَهَاءٌ مَمْدُودَةٌ عَلَى وَزْنِ هَاعٍ وَمَعْنَاهُ خُذْ: أَيُّ كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْمُتَعَاقِدَيْنِ يَقُولُ
لصَاحِبِهِ هَاءٌ فَيَتَقَابِضَانِ، وَفَسَّرَهُ بِقَوْلِهِ يَدًا بِيَدٍ جَرًّا إِلَى إِفَادَةِ مَعْنَى التَّعِينِ كَمَا نُبَيِّنُ (وَمَا
سِوَى جِنْسِ الْأَثْمَانِ) مِنَ الرُّبُوبِيَّاتِ (يُعْتَبَرُ فِيهِ التَّعِينُ دُونَ الْقَبْضِ خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ فِي بَيْعِ
الطَّعَامِ) أَيُّ فِي كُلِّ مَطْعُومٍ سِوَاءٍ يَبِيعُ بِجِنْسِهِ كَبَيْعِ كَرٍّ حِنْطَةً بِكَرٍّ حِنْطَةً أَوْ بغيرِ جِنْسِهِ
كَكَرٍّ حِنْطَةً بِشَعِيرٍ أَوْ ثَمَرٍ، فَإِنَّهُ إِذَا افْتَرَقَا لَا عَنْ قَبْضٍ فَسَدَ الْعَقْدُ عِنْدَهُ اسْتَدْلَ عَلَى ذَلِكَ
بِقَوْلِهِ ﷺ فِي الْحَدِيثِ الْمَعْرُوفِ «يَدًا بِيَدٍ» وَالْمُرَادُ بِهِ الْقَبْضُ؛ لِأَنَّ الْقَبْضَ يَسْتَلْزِمُهَا لَكُونِهَا
آلَةً لَهُ فِيهِ كِنَايَةً، وَبِأَنَّهُ إِذَا لَمْ يُقْبَضْ فِي الْمَجْلِسِ يَتَعَاقَبُ الْقَبْضُ وَلِلنَّقْدِ مَرِيَّةٌ. فَتَثْبُتُ شُبْهَةُ
الرَّبَا كَالْحَالِ وَالْمَوْجَلِ (وَلَنَا أَنَّهُ مَبِيعٌ مُتَعَيَّنٌ)؛ لِأَنَّهُ يَتَعَيَّنُ بِالتَّعِينِ.

وَكُلُّ مَا هُوَ مُتَعَيَّنٌ لَا يُشْتَرَطُ فِيهِ الْقَبْضُ كَالثُوبِ وَالْعَبْدِ وَالذَّابَّةِ وَغَيْرِهَا، وَهَذَا
أَيُّ عَدَمِ اشْتِرَاطِ الْقَبْضِ فِيمَا يَتَعَيَّنُ؛ لِأَنَّ الْفَائِدَةَ الْمَطْلُوبَةَ بِالْعَقْدِ إِنَّمَا هِيَ التَّمَكُّنُ مِنَ
التَّصَرُّفِ وَذَلِكَ يَتَرْتَّبُ عَلَى التَّعِينِ فَلَا يَحْتَاجُ إِلَى الْقَبْضِ. فَإِنْ قِيلَ: لَوْ كَانَ كَذَلِكَ لَمَا
وَجَبَ الْقَبْضُ فِي الصَّرْفِ.

(١) أخرجه مسلم في المساقاة (حديث ٨٠).

أَجَابَ بِقَوْلِهِ بِخِلَافِ الصَّرْفِ، فَإِنَّ الْقَبْضَ فِيهِ يَتَعَيَّنُ بِهِ فَإِنَّ النُّقُودَ لَا تَتَعَيَّنُ فِي الْعُقُودِ. قَوْلُهُ: (وَمَعْنَى قَوْلِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ) جَوَابٌ عَنْ اسْتِدْلَالِ الْخَصْمِ بِالْحَدِيثِ، فَإِنَّهُ إِذَا كَانَ مَعْنَاهُ عَيْنًا بَعَيْنٍ لَمْ يَبْقَ دَلِيلًا لَهُ عَلَى الْقَبْضِ، وَالذَّلِيلُ عَلَى ذَلِكَ مَا رَوَاهُ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ الصَّامِتِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ «عَيْنًا بَعَيْنٍ». وَوَجْهُ الدَّلَالَةِ أَنَّ اشْتِرَاطَ التَّعْيِينِ وَالْقَبْضِ جَمِيعًا الْمَذْلُولُ عَلَيْهِمَا بِالرَّوَايَتَيْنِ مُتَنَفٍ بِالْإِجْمَاعِ الْمُرَكَّبِ، أَمَّا عِنْدَنَا فَلِأَنَّ الشَّرْطَ هُوَ التَّعْيِينُ دُونَ الْقَبْضِ وَأَمَّا عِنْدَهُ فَبِالْعَكْسِ فَلَا بُدَّ مِنْ حَمْلِ أَحَدِهِمَا عَلَى الْآخَرِ. وَقَوْلُهُ: (يَدَا يَدٍ) يُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ الْمُرَادُ بِهِ الْقَبْضُ؛ لِأَنَّهُ اللَّهُ كَمَا تَقَدَّمَ، وَأَنْ يَكُونَ التَّعْيِينُ؛ لِأَنَّهُ إِمَّا يَكُونُ بِالْإِشَارَةِ بِالْيَدِ (وَقَوْلُهُ: عَيْنًا بَعَيْنٍ) مُحْكَمٌ لَا يَحْتَمِلُ غَيْرَهُ فَيَحْتَمِلُ الْمُحْتَمَلُ عَلَى الْمُحْكَمِ، وَلَا يُقَالُ لَزِمَكُمْ الْعَمَلُ بِعُمُومِ الْمُشْتَرَكِ أَوْ الْجَمْعِ بَيْنَ الْحَقِيقَةِ وَالْحَاجَازِ؛ لِأَنَّكُمْ جَعَلْتُمْ يَدَا يَدٍ بِمَعْنَى الْقَبْضِ فِي الصَّرْفِ وَبِمَعْنَى الْعَيْنِ فِي بَيْعِ الطَّعَامِ؛ لِأَنَّا نَقُولُ جَعَلْنَاهُ فِي الصَّرْفِ بِمَعْنَى الْقَبْضِ؛ لِأَنَّ التَّعْيِينَ فِيهِ لَا يَكُونُ إِلَّا بِالْقَبْضِ فَهُوَ فِي مَعْنَى الْعَيْنِ فِي الْمَحَالِّ كُلِّهَا، لَكِنْ تَعْيِينَ كُلِّ شَيْءٍ بِحَسَبِهِ.

وَيُوقَضُ بِأَنَّهُ لَوْ كَانَ بِمَعْنَى التَّعْيِينِ لَمَا شَرِطَ الْقَبْضُ فِي إِنْاءِ ذَهَبٍ بَيْعَ إِنْاءٍ مِثْلِهِ لِأَنَّهُ لَا يَلْزَمُ تَعْيِينَ الْمُعَيَّنِ، فَإِنَّ الْإِنْاءَ يَتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِينِ عِنْدَكُمْ لَكِنَّ الْقَبْضَ شَرْطٌ. وَأُجِيبَ بِأَنَّهُ وَإِنْ تَعَيَّنَ لَكِنَّهُ لَمَّا كَانَ ثَمَنًا خَلَقَةً كَانَ فِيهِ شُبْهَةٌ عَدَمِ التَّعْيِينِ، وَالشُّبْهَةُ فِي الرِّبَا كَالْحَقِيقَةِ فَاشْتَرِطَ الْقَبْضُ دَفْعًا لَهَا.

واعتُزِلَ بِأَنَّ مَا ذَكَرْتُمْ إِمَّا هُوَ عَلَى طَرِيقَتِكُمْ فِي أَنَّ الْأَثْمَانَ لَا تَتَعَيَّنُ، وَأَمَّا الشَّافِعِيُّ فَلَيْسَ بِقَائِلٍ بِهِ فَلَا يَكُونُ مُلْزَمًا. وَالْجَوَابُ أَنَّهُ ذَكَرَهُ بِطَرِيقِ الْمُبَادِي هَاهُنَا لِثُبُوتِهِ بِالذَّلَائِلِ الْمُلْزِمَةِ عَلَى مَا عُرِفَ فِي مَوْضِعِهِ (قَوْلُهُ: وَتَعَاقُبُ الْقَبْضِ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ وَلَا أَنَّهُ إِذَا لَمْ يُقْبَضْ فِي الْمَجْلِسِ. وَوَجْهُهُ الْمَانِعُ تَعَاقُبَ يُعَدُّ تَفَاوُتًا فِي الْمَالِيَّةِ عُرْفًا كَمَا فِي النَّقْدِ وَالْمَوْجَلِّ، وَمَا ذَكَرْتُمْ لَيْسَ كَذَلِكَ؛ لِأَنَّ التُّجَّارَ لَا يَفْضِلُونَ فِي الْمَالِيَّةِ بَيْنَ الْمَقْبُوضِ فِي الْمَجْلِسِ وَغَيْرِهِ بَعْدَ أَنْ يَكُونَ حَالًا مُعَيَّنًا.

قَالَ (وَيَجُوزُ بَيْعُ الْبَيْضَةِ بِالْبَيْضَتَيْنِ وَالتَّمْرَةِ بِالتَّمْرَتَيْنِ وَالْجَوْزَةِ بِالْجَوْزَتَيْنِ) لِإِعْدَامِ الْمِيعَارِ فَلَا يَتَحَقَّقُ الرِّبَا. وَالشَّافِعِيُّ يُخَالَفُنَا فِيهِ لَوْجُودِ الطَّعْمِ عَلَى مَا مَرَّ.

قَالَ (وَيَجُوزُ بَيْعُ الْفَلَسِ بِالْفَلَسَيْنِ بِأَعْيَانِهِمَا) عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ، وَقَالَ

مُحَمَّدٌ: لَا يَجُوزُ لِأَنَّ التَّمَنِيَّةَ تَثْبُتُ بِاصْطِلَاحِ الْكُلِّ فَلَا تَبْطُلُ بِاصْطِلَاحِهَا، وَإِذَا بَقِيَتْ
أَمْثَالًا لَا تَتَعَيَّنُ فَمَصَارَ كَمَا إِذَا كَانَا بِغَيْرِ أَعْيَانِهِمَا وَكَبَيْعِ الدَّرْهِمِ بِالدَّرْهَمَيْنِ. وَلَهُمَا أَنَّ
التَّمَنِيَّةَ فِي حَقِّهِمَا تَثْبُتُ بِاصْطِلَاحِهَا إِذْ لَا وَلايَةَ لِلغَيْرِ عَلَيْهِمَا فَتَبْطُلُ بِاصْطِلَاحِهَا
وَإِذَا بَطَلَتْ التَّمَنِيَّةُ تَتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِينِ وَلَا يَعُودُ وَزْنِيًّا لِبَقَاءِ الاصْطِلَاحِ عَلَى الْعَدِّ إِذْ فِي
نَقْضِهِ فِي حَقِّ الْعَدِّ فَسَادُ الْعَقْدِ فَمَصَارَ كَالْجَوْزَةِ بِالْجَوْزَتَيْنِ بِخِلَافِ النُّقُودِ لِأَنَّهَا لِلتَّمَنِيَّةِ
خِلَقَةٌ، وَبِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَا بِغَيْرِ أَعْيَانِهِمَا لِأَنَّهُ كَالَّذِي بِكَالِئِ وَكَالِئِ بِالْكَالِئِ وَقَدْ نَهَى عَنْهُ، وَبِخِلَافِ مَا
إِذَا كَانَ أَحَدُهُمَا بِغَيْرِ عَيْنِهِ لِأَنَّ الْجِنْسَ بِانْفِرَادِهِ يُحَرِّمُ النِّسَاءَ.

الشرح:

قَالَ (وَيَجُوزُ بَيْعُ الْبَيْضَةِ بِالْبَيْضَتَيْنِ إِنْ خُ) بَيْعُ الْعَدَدِيِّ الْمُتَقَارِبِ بِجِنْسِهِ مُتَفَاضِلًا
جَائِزٌ إِنْ كَانَا مَوْجُودَيْنِ لِانْعِدَامِ الْمِيعَارِ وَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا نَسِيئَةً لَا يَجُوزُ؛ لِأَنَّ الْجِنْسَ
بِانْفِرَادِهِ يُحَرِّمُ النِّسَاءَ. فَإِنْ قِيلَ: الْجَوْزُ وَالْبَيْضُ وَالتَّمْرُ جُعِلَتْ أَمْثَالًا فِي ضَمَانِ
الْمُسْتَهْلَكَاتِ فَكَيْفَ يَجُوزُ بَيْعُ الْوَاحِدِ بِالْآخَرَيْنِ؟ أَجِيبَ بِأَنَّ التَّمَاثُلَ فِي ذَلِكَ إِنَّمَا هُوَ
بِاصْطِلَاحِ النَّاسِ عَلَى إِهْذَارِ التَّفَاوُتِ فَيَعْمَلُ بِذَلِكَ فِي حَقِّهِمْ وَهُوَ ضَمَانُ الْعُدْوَانِ. وَأَمَّا
الرَّبَا فَهُوَ حَقُّ الشَّارِعِ فَلَا يَعْمَلُ فِيهِ بِاصْطِلَاحِهِمْ فَتُعْتَبَرُ الْحَقِيقَةُ وَهِيَ فِيهَا مُتَفَاوُتَةٌ صَغِيرًا
وَكَبِيرًا. وَخَالَفْنَا الشَّافِعِيَّ فِيهِ لَوْجُودِ الطَّعْمِ عَلَى مَا مَرَّ. قَالَ (وَيَجُوزُ بَيْعُ الْفَلَسِ
بِالْفَلَسَيْنِ بِأَعْيَانِهِمَا إِنْ خُ) بَيْعُ الْفَلَسِ بِجِنْسِهِ مُتَفَاضِلًا عَلَى أَوْجُهُ أَرْبَعَةٍ: بَيْعُ فَلَسٍ بِغَيْرِ
عَيْنِهِ بِفَلَسَيْنِ بِغَيْرِ أَعْيَانِهِمَا. وَبَيْعُ فَلَسٍ بِعَيْنِهِ بِفَلَسَيْنِ بِغَيْرِ أَعْيَانِهِمَا. وَبَيْعُ فَلَسٍ بِغَيْرِ عَيْنِهِ
بِفَلَسَيْنِ بِأَعْيَانِهِمَا. وَبَيْعُ فَلَسٍ بِعَيْنِهِ بِفَلَسَيْنِ بِأَعْيَانِهِمَا. وَالْكُلُّ فَاسِدٌ سِوَى الْوَجْهِ الرَّابِعِ.
أَمَّا الْأَوَّلُ فَلَأَنَّ الْفُلُوسَ الرَّائِجَةَ أَمْثَالٌ مُتَسَاوِيَةٌ قِطْعًا لِاصْطِلَاحِ النَّاسِ عَلَى إِهْذَارِ قِيَمَةِ
الْجَوْدَةِ مِنْهَا فَيَكُونُ أَحَدُ الْفَلَسَيْنِ فَضْلًا خَالِيًا عَنِ الْعَوَضِ مَشْرُوطًا فِي الْعَقْدِ وَهُوَ الرَّبَا.
وَأَمَّا الثَّانِي فَلَأَنَّهُ لَوْ جَازَ أَمْسَكَ الْبَائِعُ الْفَلَسَ الْمُعَيَّنَ وَطَلَبَ الْآخَرَ وَهُوَ فَضْلٌ خَالٍ عَنِ
الْعَوَضِ.

وَأَمَّا الثَّلَاثُ فَلَأَنَّهُ لَوْ جَازَ قَبْضُ الْبَائِعِ لِلْفَلَسَيْنِ وَرَدَّ إِلَيْهِ أَحَدُهُمَا مَكَانَ مَا
اسْتَوْجَبَهُ فِي ذِمَّتِهِ فَيَبْقَى الْآخَرُ لَهُ بِلا عَوَضٍ. وَأَمَّا الْوَجْهُ الرَّابِعُ فَجَوْزُهُ أَبُو حَنِيفَةَ وَأَبُو
يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَا يَجُوزُ؛ لِأَنَّ التَّمَنِيَّةَ فِي الْفَلَسِ تَثْبُتُ

باصطلاح الكل، وَمَا يَثْبُتُ بِاصطلاح الكل لَا يَبْطُلُ بِاصطلاحهما لَعَدَمِ وَلَايَتِهِمَا عَلَى غَيْرِهِمَا فَتَقَيَّتْ أَثْمَانًا وَهِيَ لَا تَتَّعِينُ بِالْإِتِّفَاقِ، فَلَا فَرْقَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ مَا إِذَا كَانَا بِغَيْرِ أَعْيَانِهِمَا وَصَارَ كَبَيْعِ الدَّرْهَمِ بِالدَّرْهَمَيْنِ.

وَبِهَذَا يَتَبَيَّنُ أَنَّ الْفُلُوسَ الرَّائِجَةَ مَا دَامَتْ رَائِجَةً لَا تَتَّعِينُ بِالتَّعْيِينِ حَتَّى لَوْ قُوبِلَتْ بِخِلَافِ جَنْسِهَا كَمَا إِذَا اشْتَرَى ثَوْبًا بِفُلُوسٍ مُعَيَّنَةٍ فَهَلَكَتْ قَبْلَ التَّسْلِيمِ لَمْ يَبْطُلِ الْعَقْدُ كَالذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ (وَلَهُمَا أَنَّ الثَّمَنِيَّةَ فِي حَقِّهِمَا تَثْبُتُ بِاصطلاحهما إِذْ لَا وَلَايَةَ لِعَيْرِهِمَا عَلَيْهِمَا) وَمَا ثَبَتَ بِاصطلاحهما فِي حَقِّهِمَا يَبْطُلُ بِاصطلاحهما كَذَلِكَ. وَاعْتَرَضَ عَلَيْهِ بِأَنَّهَا إِذَا كَسَدَتْ بِإِتِّفَاقِ الْكُلِّ لَا تَكُونُ ثَمَنًا بِاصطلاح الْمُتَعَاقِدَيْنِ فَيَجِبُ أَنْ لَا تَكُونَ عُرُوضًا أَيْضًا بِاصطلاحهما إِذَا كَانَ الْكُلُّ مُتَّفِقًا عَلَى ثَمَنِيَّتِهَا سِوَاهُمَا. وَأُجِيبَ بِأَنَّ الْأَصْلَ فِي الْفُلُوسِ أَنْ تَكُونَ عُرُوضًا، فَاصطلاحهما عَلَى الثَّمَنِيَّةِ بَعْدَ الْكَسَادِ عَلَى خِلَافِ الْأَصْلِ، فَلَا يَجُوزُ أَنْ تَكُونَ ثَمَنًا بِاصطلاحهما لَوْ قُوعَهُ عَلَى خِلَافِ الْأَصْلِ.

وَأَمَّا إِذَا اصْطَلَحَا عَلَى كَوْنِهِمَا عُرُوضًا كَانَ ذَلِكَ عَلَى وَفَاقِ الْأَصْلِ فَكَانَ جَائِزًا وَإِنْ كَانَ مِنْ سِوَاهُمَا مُتَّفِقِينَ عَلَى الثَّمَنِيَّةِ، وَفِيهِ نَظَرٌ؛ لِأَنَّهُ يُنَافِي قَوْلَهُ إِنَّ الثَّمَنِيَّةَ فِي حَقِّهِمَا تَثْبُتُ بِاصطلاحهما إِذْ لَا وَلَايَةَ لِلْغَيْرِ عَلَيْهِمَا. وَيُمْكِنُ أَنْ يُقَالَ: مَعْنَاهُ أَنَّ الثَّمَنِيَّةَ قَبْلَ الْكَسَادِ تَثْبُتُ بِاصطلاحهما، أَوْ بِشَرْطِ أَنْ يَكُونَ مِنْ سِوَاهُمَا مُتَّفِقِينَ عَلَى الثَّمَنِيَّةِ، وَإِذَا بَطُلَتِ الثَّمَنِيَّةُ فَلَعُودُهَا عُرُوضًا تَتَّعِينُ بِالتَّعْيِينِ. فَإِنْ قِيلَ: إِذَا عَادَتْ عُرُوضًا عَادَتْ وَزْنِيَّةً فَكَانَ يَبْعُ فُلَسٌ بِفُلَسَيْنِ وَمِنْ يَبْعُ قِطْعَةً صُغْرٍ يَقِطَعَتَيْنِ وَذَلِكَ لَا يَجُوزُ. أَجَابَ الْمُصَنِّفُ رَحِمَهُ اللَّهُ بِقَوْلِهِ وَلَا يَعُودُ وَزْنِيًّا؛ لِأَنَّهُمَا بِالْإِقْدَامِ عَلَى هَذَا الْعَقْدِ وَمُقَابَلَةِ الْوَاحِدِ بِالْأُثْنَيْنِ أَعْرَضَا عَنْ اعْتِبَارِ الثَّمَنِيَّةِ دُونَ الْعَدِّ حَيْثُ لَمْ يَرْجِعَا إِلَى الْوِزْنِ وَلَمْ يَكُنِ الْعَدُّ مَلْزُومًا لِّلثَّمَنِيَّةِ حَتَّى يَنْتَفِي بِإِتِّفَاقِهَا فَبَقِيَ مَعْدُودًا، وَاسْتَدَلَّ عَلَى بَقَاءِ الْاصطلاح فِي حَقِّ الْعَدِّ بِقَوْلِهِ إِذْ فِي تَقْضِيهِ: يَعْنِي الْاصطلاح فِي حَقِّ الْعَدِّ فَسَادَ الْعَقْدِ، وَفِيهِ نَظَرٌ؛ لِأَنَّهُ مُدْعَى الْخِصْمِ وَلَوْ ضُمَّ إِلَى ذَلِكَ وَالْأَصْلُ حَمْلُهُ عَلَى الصَّحَّةِ كَانَ لَهُ أَنْ يَقُولَ الْأَصْلُ حَمْلُ الْعَقْدِ عَلَيْهَا مُطْلَقًا أَوْ فِي غَيْرِ الرُّبُوبِيَّاتِ، وَالْأَوَّلُ مَمْنُوعٌ وَالثَّانِي لَا يُفِيدُ (قَوْلُهُ: فَصَارَ كَالْجُوزَةِ بِالْجُوزَتَيْنِ) بَيَانٌ لَانْفِكَائِ الْعَدَدِيَّةِ عَنِ الثَّمَنِيَّةِ. وَقَوْلُهُ: (بِخِلَافِ التَّقُودِ)

جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ كَيْفَ الدَّرْهَمُ بِالدَّرْهَمَيْنِ؛ لَأَنَّهَا لِلثَّمَنِ خِلَقَةٌ لَا اصْطِلَاحًا فَلَا تَبْطُلُ بِاصْطِلَاحِهِمَا.

وقوله: (وَبِخِلَافٍ) جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ كَمَا إِذْ كَانَ بَغِيرَ أَعْيَانِهِمَا فَإِنَّ ذَلِكَ لَمْ يَجْزُ لِكَوْنِهِ كَالثَّابِتِ بِكَالِيٍّ: أَيْ نَسِيئَةً بِنَسِيئَةٍ وَهُوَ مِنْهِي عَنْهُ (قَوْلُهُ: وَبِخِلَافٍ مَا إِذَا كَانَ أَحَدُهُمَا بَغِيرَ عَيْنِهِ) جَوَابٌ عَنْ الْقِسْمَيْنِ الْبَاقِيَيْنِ؛ لِأَنَّ عَدَمَ الْجَوَازِ ثَمَّةٌ بِاعْتِبَارِ أَنَّ الْجِنْسَ بِإِفْرَادِهِ يُحَرِّمُ النَّسَاءَ.

قَالَ (وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ الْحِنْطَةِ بِالذَّقِيقِ وَلَا بِالسَّوِيقِ) لِأَنَّ الْمُجَانَسَةَ بَاقِيَةً مِنْ وَجْهِ لَأَنَّهُمَا مِنْ أَجْزَاءِ الْحِنْطَةِ وَالْمَعْيَارُ فِيهِمَا الْكَيْلُ، لَكِنَّ الْكَيْلَ غَيْرُ مُسَوٍّ بَيْنَهُمَا وَبَيْنَ الْحِنْطَةِ لِاِكْتِنَازِهِمَا فِيهِ وَتَخَلُّلِ حَبَّاتِ الْحِنْطَةِ فَلَا يَجُوزُ وَإِنْ كَانَ كَيْلًا بِكَيْلٍ.

الشرح:

قَالَ (وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ الْحِنْطَةِ بِالذَّقِيقِ) بَيْعُ الْحِنْطَةِ بِالذَّقِيقِ أَوْ بِالسَّوِيقِ لَا يَجُوزُ مُتَسَاوِيًا وَلَا مُتَفَاضِلًا لِشَبْهِهِ الرَّبَا؛ لَأَنَّهَا مَكِيلَةٌ، وَالْمُجَانَسَةُ بَاقِيَةٌ مِنْ وَجْهِ؛ لَأَنَّهُمَا أَيْ الذَّقِيقُ وَالسَّوِيقُ مِنْ أَجْزَاءِ الْحِنْطَةِ؛ لِأَنَّ الطَّحْنَ لَمْ يُؤْتَرْ إِلَّا فِي تَفْرِيقِ الْأَجْزَاءِ، وَالْمُجْتَمِعُ لَا يَصِيرُ بِالتَّفْرِيقِ شَيْئًا آخَرَ زَائِلَةً مِنْ وَجْهِ؛ لِأَنَّ اخْتِلَافَ الْجِنْسِ بِاخْتِلَافِ الْأَسْمِ وَالصُّورَةِ وَالْمَعَانِي كَمَا يَبَيِّنُ الْحِنْطَةُ وَالشَّعِيرُ وَقَدْ زَالَ الْأَسْمُ وَهُوَ ظَاهِرٌ وَتَبَدَّلَتِ الصُّورَةُ وَاخْتَلَفَتِ الْمَعَانِي، فَإِنَّ مَا يَتَّبَعِي مِنَ الْحِنْطَةِ لَا يَتَّبَعِي مِنَ الذَّقِيقِ، فَإِنَّهَا تَصْلُحُ لِاتِّخَاذِ الْكِشْكِ وَالْهَرِيسَةِ وَغَيْرِهِمَا دُونَ الذَّقِيقِ وَالسَّوِيقِ.

وَرَبَا الْفَضْلُ بَيْنَ الْحِنْطَةِ وَالْحِنْطَةِ كَانَ ثَابِتًا قَبْلَ الطَّحْنِ وَبَصِيرُورَتِهِ دَقِيقًا زَالَتْ الْمُجَانَسَةُ مِنْ وَجْهِ دُونَ وَجْهِ، فَوَقَعَ الشُّكُّ فِي زَوَالِهِ وَالْيَقِينُ لَا يَزُولُ بِالشُّكِّ. فَإِنْ قِيلَ: لَا يَخْلُو إِمَّا أَنْ يَكُونَ الذَّقِيقُ حِنْطَةً أَوْ لَا، وَالثَّانِي يُوجِبُ الْجَوَازَ مُتَسَاوِيًا وَمُتَفَاضِلًا لَا مَحَالَةَ، وَالْأَوَّلُ يُوجِبُ الْجَوَازَ إِذَا كَانَ مُتَسَاوِيًا كَذَلِكَ. أَجَابَ بِأَنَّ الْمُسَاوَاةَ إِمَّا تَكُونُ بِالْكَيْلِ وَالْكَيْلُ غَيْرُ مُسَوٍّ بَيْنَهُمَا وَبَيْنَ الْحِنْطَةِ لِاِكْتِنَازِهِمَا فِيهِ وَتَخَلُّلِ حَبَّاتِ الْحِنْطَةِ فَصَارَ كَالْمُجَازَفَةِ فِي احْتِمَالِ الزِّيَادَةِ (فَلَا يَجُوزُ وَإِنْ كَانَ كَيْلًا بِكَيْلٍ) قَبْلَ حُرْمَةِ الرَّبَا حُرْمَةً تَنْتَاهِي بِالْمُسَاوَاةِ فِي الْأَصْلِ، وَعَلَى مَا ذَكَرْتُمْ فِي هَذَا الْفَرْعِ تَثْبُتُ حُرْمَةُ لَا تَنْتَاهِي فَصَارَ مِثْلَ ظَهَارِ الذَّمِّ عَلَى مَا عُرِفَ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ حُرْمَةَ الرَّبَا تَنْتَاهِي بِالْمُسَاوَاةِ

فِي الْحِنْطَةِ أَوْ فِي الشُّبْهَةِ، وَالثَّانِي مَمْنُوعٌ فَإِنَّ حُرْمَةَ النَّسَاءِ لَا تَنْتَاهِي بِالمُسَاوَاةِ، وَالْأَوَّلُ مُسَلَّمٌ لَكِنْ مَا نَحْنُ فِيهِ مِنَ الثَّانِي. وَيَجُوزُ أَنْ يُقَالَ: الْحُرْمَةُ تَنْتَاهِي بِالمُسَاوَاةِ فَلَا بُدَّ مِنْ تَحَقُّقِهَا، وَفِيمَا نَحْنُ فِيهِ لَا تَحَقُّقُ.

(وَيَجُوزُ بَيْعُ الدَّقِيقِ بِالدَّقِيقِ مُتَسَاوِيًا كَيْلًا) لَتَحَقُّقِ الشَّرْطِ

الشرح:

وَيَجُوزُ بَيْعُ الدَّقِيقِ بِالدَّقِيقِ مُتَسَاوِيًا كَيْلًا بِكَيْلٍ لَتَحَقُّقِ الشَّرْطِ وَهُوَ وَجُودُ الْمُسَوِيِّ وَمُتَسَاوِيًا وَكَيْلًا بِكَيْلٍ، قِيلَ حَالَانِ مُتَدَاخِلَانِ؛ لِأَنَّ الْعَامِلَ فِي الْأَوَّلِ بَيْعٌ وَفِي الثَّانِي مُتَسَاوِيًا، وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ مُتَرَادِفَيْنِ. وَفَائِدَةُ ذِكْرِ الثَّانِيَةِ نَفْيُ تَوَهُّمِ جَوَازِ الْمُسَاوَاةِ وَزَنَا حُكْمِي عَنِ الشَّيْخِ الْإِمَامِ أَبِي بَكْرٍ مُحَمَّدِ بْنِ الْفَضْلِ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ بَيْعَ الدَّقِيقِ بِالدَّقِيقِ إِذَا تَسَاوَيَا كَيْلًا إِمَّا يَجُوزُ إِذَا كَانَا مَكْبُوسَيْنِ.

(وَبَيْعُ الدَّقِيقِ بِالسُّوَيْقِ لَا يَجُوزُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ مُتَفَاضِلًا، وَلَا مُتَسَاوِيًا) لِأَنَّهُ لَا

يَجُوزُ بَيْعُ الدَّقِيقِ بِالمَقْلِيَةِ وَلَا بَيْعُ السُّوَيْقِ بِالحِنْطَةِ، فَكَذَا بَيْعُ أَجْزَائِهِمَا لِقِيَامِ الْمُجَانَسَةِ مِنْ وَجْهِهِ. وَعِنْدَهُمَا يَجُوزُ لِأَنَّهُمَا جِنْسَانِ مُخْتَلِفَانِ لِاخْتِلَافِ الْمَقْصُودِ. هَلْنَا: مُعْظَمُ الْمَقْصُودِ وَهُوَ التَّغْذِي يَشْمَلُهُمَا فَلَا يُبَالِي بِقَوَاتِ الْبَعْضِ كَالْمَقْلِيَةِ مَعَ غَيْرِ الْمَقْلِيَةِ وَالْعِلَكَةِ بِالمُسَوَّسَةِ.

الشرح:

وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ الدَّقِيقِ بِالسُّوَيْقِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ مُتَسَاوِيًا وَلَا مُتَفَاضِلًا؛ لِأَنَّ الدَّقِيقَ أَجْزَاءَ حِنْطَةٍ غَيْرُ مَقْلِيَةٍ وَالسُّوَيْقُ أَجْزَاؤُهَا مَقْلِيَةٌ فَكَمَا لَا يَجُوزُ بَيْعُ أَجْزَاءِ بَعْضٍ بِالْآخَرِ لِقِيَامِ الْمُجَانَسَةِ مِنْ وَجْهِهِ فَكَذَا لَا يَجُوزُ بَيْعُ أَجْزَاءِ بَعْضٍ بِأَجْزَاءِ بَعْضٍ آخَرَ. وَعِنْدَهُمَا يَجُوزُ؛ لِأَنَّهُمَا جِنْسَانِ لِاخْتِلَافِ الْمَقْصُودِ إِذْ هُوَ بِالدَّقِيقِ اتِّخَاذُ الْحَبْرِ وَالْعَصَائِدِ وَلَا يَحْصُلُ شَيْءٌ مِنْ ذَلِكَ بِالسُّوَيْقِ بَلِ الْمَقْصُودُ بِهِ أَنْ يُلْتَبَّ بِالسَّمَنِ أَوْ الْعَسَلِ أَوْ يُشْرَبَ بِالمَاءِ، وَكَذَلِكَ الْأِسْمُ «وَإِذَا اخْتَلَفَ الْجِنْسَانِ فَبِغَاوَاتِهِمَا كَيْفَ شِئْتُمْ بَعْدَ أَنْ يَكُونَ يَدَا يَدٍ». وَالْجَوَابُ أَنَّ مُعْظَمَ الْمَقْصُودِ وَهُوَ التَّغْذِي يَشْمَلُهُمَا وَقَوَاتِ الْبَعْضِ لَا يَضُرُّ كَالْمَقْلِيَةِ بِغَيْرِ الْمَقْلِيَةِ (وَالْعِلَكَةُ بِالمُسَوَّسَةِ) الَّتِي أَكَلَهَا السُّوسُ وَالْمَقْلِيَةُ هِيَ الْمَشْوِيَةُ مِنْ قَلِي يَقْلِي إِذَا شَوِيَ، وَيَجُوزُ مَقْلُوَةٌ مِنْ قَلَا يَقْلُو.

وَالْعَلَكَةُ هِيَ الْجَيْدَةُ الَّتِي تُكُونُ كَالْعَلِكِ مِنْ صَلَابَتِهَا تَمْتَدُّ مِنْ غَيْرِ انْقِطَاعٍ،
وَالسُّوسَةُ الْعَتَّةُ، وَهِيَ دُوْدَةٌ تَقَعُ فِي الصُّوفِ وَالثِّيَابِ وَالطَّعَامِ، وَمِنْهُ حِنْطَةُ مُسُوْسَةٍ
بِكُسْرِ الْوَاوِ الْمُشَدَّدَةِ.

قَالَ (وَيَجُوزُ بَيْعُ اللَّحْمِ بِالْحَيَوَانِ) عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: إِذَا
بَاعَهُ بِلَحْمٍ مِنْ جِنْسِهِ لَا يَجُوزُ إِلَّا إِذَا كَانَ اللَّحْمُ الْمُرْفُزُ أَكْثَرَ لِيَكُونَ اللَّحْمُ بِمُقَابِلَةِ مَا
فِيهِ مِنَ اللَّحْمِ وَالْبَاقِي بِمُقَابِلَةِ السَّقَطِ، إِذْ لَوْ لَمْ يَكُنْ كَذَلِكَ يَتَحَقَّقُ الرَّبَا مِنْ حَيْثُ
زِيَادَةُ السَّقَطِ أَوْ مِنْ حَيْثُ زِيَادَةُ اللَّحْمِ فَصَارَ كَالْحَلِّ بِالسَّمْسِمِ. وَلَهُمَا أَنَّهُ بَاعَ الْمَوْزُونَ بِمَا
لَيْسَ بِمَوْزُونَ، لِأَنَّ الْحَيَوَانَ لَا يُوزَنُ عَادَةً وَلَا يُمَكِّنُ مَعْرِفَتَهُ ثِقَلَهُ بِالْوِزْنِ لِأَنَّهُ يُخَفَّفُ
نَفْسَهُ مَرَّةً بِصَلَابَتِهِ وَيَنْقَلُ أُخْرَى، بِخِلَافِ تِلْكَ الْمَسْأَلَةِ لِأَنَّ الْوِزْنَ فِي الْحَالِ يُعْرَفُ قَدْرُ
الدَّهْنِ إِذَا مِيزَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الثَّجِيرِ، وَيُوزَنُ الثَّجِيرُ.

الشرح:

قَالَ (وَيَجُوزُ بَيْعُ اللَّحْمِ بِالْحَيَوَانِ) يَبْعُ اللَّحْمُ بِالْحَيَوَانِ عَلَى وَجْهِ: مِنْهَا مَا إِذَا
بَاعَهُ بِحَيَوَانٍ مِنْ غَيْرِ جِنْسِهِ كَمَا إِذَا بَاعَ لَحْمَ الْبَقَرِ بِالشَّاةِ مَثَلًا وَهُوَ جَائِزٌ بِالِاتِّفَاقِ مِنْ
غَيْرِ اعْتِبَارِ الْقِلَّةِ وَالكَثْرَةِ كَمَا فِي اللَّحْمَانِ الْمُخْتَلَفَةِ عَلَى مَا تَبَيَّنَ.

وَمِنْهَا مَا إِذَا بَاعَهُ الْحَيَوَانُ مِنْ جِنْسِهِ كَمَا إِذَا بَاعَ لَحْمَ الشَّاةِ بِالشَّاةِ لَكِنَّهَا
مَذْبُوحَةٌ مَفْصُولَةٌ عَنِ السَّقَطِ، وَهُوَ جَائِزٌ بِالِاتِّفَاقِ إِنْ كَانَا مُتَسَاوِيَيْنِ فِي الْوِزْنِ وَإِلَّا
فَلَا. وَمِنْهَا مَا إِذَا بَاعَهُ بِجِنْسِهِ مَذْبُوحًا غَيْرَ مَفْصُولٍ عَنِ السَّقَطِ وَهُوَ لَا يَجُوزُ إِلَّا أَنْ
يَكُونَ اللَّحْمُ الْمَفْصُولُ أَكْثَرَ وَهُوَ أَيْضًا بِالِاتِّفَاقِ. وَمِنْهَا مَا إِذَا بَاعَهُ بِجِنْسِهِ حَيًّا وَهُوَ
مَسْأَلَةُ الْكِتَابِ وَهُوَ جَائِزٌ عِنْدَ مُحَمَّدٍ (إِلَّا إِذَا كَانَ اللَّحْمُ الْمُرْفُزُ أَكْثَرَ لِيَكُونَ اللَّحْمُ
بِمُقَابِلَةِ مَا فِيهِ مِنَ اللَّحْمِ وَالْبَاقِي بِمُقَابِلَةِ السَّقَطِ إِذْ لَوْ لَمْ يَكُنْ كَذَلِكَ لَتَحَقَّقَ الرَّبَا) إِمَّا
(مِنْ حَيْثُ زِيَادَةُ السَّقَطِ أَوْ مِنْ حَيْثُ زِيَادَةُ اللَّحْمِ) وَالْقِيَاسُ مَعَهُ لَوْجُودُ الْجِنْسِيَّةِ بِاعْتِبَارِ
مَا فِي الضَّمَنِ (فَصَارَ كَالْحَلِّ) أَيْ الشَّيْرَجِ (بِالسَّمْسِمِ). وَلَهُمَا أَنَّهُ بَاعَ الْمَوْزُونَ بِمَا لَيْسَ
بِمَوْزُونَ؛ لِأَنَّ اللَّحْمَ مَوْزُونَ لَا مُحَالَةً، وَالْحَيَوَانَ لَا يُوزَنُ عَادَةً وَلَا يُمَكِّنُ مَعْرِفَتَهُ ثِقَلَهُ
وَحَفَّتَهُ بِالْوِزْنِ؛ لِأَنَّهُ يُخَفَّفُ نَفْسَهُ مَرَّةً وَيَنْقَلُ أُخْرَى يَضْرِبُ قُوَّةَ فِيهِ فَلَا يُدْرَى أَنَّ الشَّاةَ
خَفَفَتْ نَفْسَهَا أَوْ ثَقَلَتْ، بِخِلَافِ مَسْأَلَةِ الْحَلِّ بِالسَّمْسِمِ؛ لِأَنَّ الْوِزْنَ فِي الْحَلِّ يُعْرَفُ

قَدَرُ الدُّهْنِ إِذَا مُيزَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ التَّجِيرِ يُوزَنُ التَّجِيرُ وَهُوَ ثَقْلُهُ، وَهَذَا فِي الْحَقِيقَةِ جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ إِنَّ السُّمْسِمَ لَا يُوزَنُ عَادَةً كَالْحَيَوَانِ فَقَالَ لَكِنْ يُمَكِّنُ مَعْرِفَتَهُ بِالْوَزْنِ وَلَا كَذَلِكَ الْحَيَوَانُ.

وَالَّذِي يَظْهَرُ مِنْ ذَلِكَ أَنَّ الْوَزْنَ يَشْمَلُ الْحَلَ وَالسُّمْسِمَ عِنْدَ التَّمْيِيزِ بَيْنَ الدُّهْنِ وَالتَّجِيرِ وَلَا يَشْمَلُ اللَّحْمَ وَالْحَيَوَانَ بِحَالٍ، وَهَذَا؛ لِأَنَّ الْحَلَ وَالسُّمْسِمَ يُوزَنَانِ ثُمَّ يُمَيَّزُ التَّجِيرُ وَيُوزَنُ فَيَعْرِفُ قَدْرُ الْحَلِّ مِنَ السُّمْسِمِ، وَالْحَيَوَانُ لَا يُوزَنُ فِي الْإِبْتِدَاءِ حَتَّى إِذَا ذُبِحَ وَوُزِنَ السَّقَطُ وَهُوَ مَا لَا يُطْلَقُ عَلَيْهِ اسْمُ اللَّحْمِ كَالْجِلْدِ وَالْكَرْشِ وَالْأَمْعَاءِ وَغَيْرِهَا يُعْرِفُ بِهِ قَدْرُ اللَّحْمِ، فَكَانَ يَبِيعُ اللَّحْمَ بِهِ يَبِيعُ مَوْزُونٍ بِمَا لَيْسَ بِمَوْزُونٍ.

وَفِي ذَلِكَ اخْتِلَافُ الْجَنَسَيْنِ أَيْضًا، فَإِنَّ اللَّحْمَ غَيْرُ حَسَّاسٍ وَالْحَيَوَانُ حَسَّاسٌ مُتَحَرِّكٌ بِالْإِرَادَةِ وَالْبَيْعُ فِيهِ جَائِزٌ مُتَفَاضِلًا بَعْدَ أَنْ يَكُونَ يَدًا يَبِيدُ. فَإِنْ قِيلَ: إِذَا اخْتَلَفَ الْجَنَسَانِ وَلَمْ يَشْمَلْهُمَا الْوَزْنُ جَازَ الْبَيْعُ نَسِيئَةً وَلَيْسَ كَذَلِكَ. أُجِيبَ بِأَنَّ النَّسِيئَةَ إِنْ كَانَتْ فِي الشَّاةِ الْحَيَّةِ فَهُوَ سَلَمٌ فِي الْحَيَوَانِ، وَإِنْ كَانَتْ فِي الْبَدَلِ الْآخَرِ فَهُوَ سَلَمٌ فِي اللَّحْمِ وَكِلَاهُمَا لَا يَجُوزُ.

قَالَ (وَيَجُوزُ بَيْعُ الرُّطْبِ بِالتَّمْرِ مِثْلًا بِمِثْلِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ) وَقَالَا: لَا يَجُوزُ «لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ حِينَ سُئِلَ عَنْهُ أَوْ يَنْقُصُ إِذَا جَفَأَ فَقِيلَ نَعَمْ، فَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: لَا إِذَا»^(١) وَلَهُ أَنْ الرُّطْبُ تَمَرٌ «لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ حِينَ أَهْدَى إِلَيْهِ رُطْبًا أَوْ كُلَّ تَمَرٍ خَيْرٌ هَكَذَا»^(٢) سَمَاهُ تَمَرًا. وَبِيعُ التَّمْرِ بِمِثْلِهِ جَائِزٌ لَمَّا رَوَيْنَا، وَلَأَنَّهُ لَوْ كَانَ تَمَرًا جَازَ الْبَيْعُ بِأَوَّلِ الْحَدِيثِ، وَإِنْ كَانَ غَيْرَ تَمَرٍ فَبِآخِرِهِ، وَهُوَ قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ إِذَا اخْتَلَفَ النَّوْعَانِ فَيَبِيعُوا كَيْفَ شِئْتُمْ وَمَدَارُ مَا رَوَيْنَاهُ عَلَى زَيْدِ بْنِ عِيَّاشٍ وَهُوَ ضَعِيفٌ عِنْدَ النُّقْلَةِ.

الشرح:

قَالَ (وَيَجُوزُ بَيْعُ الرُّطْبِ بِالتَّمْرِ مِثْلًا بِمِثْلِ) يَبِيعُ الرُّطْبُ بِالتَّمْرِ مُتَفَاضِلًا لَا يَجُوزُ بِالْإِجْمَاعِ، وَمِثْلًا بِمِثْلِ جَوْزُهُ أَبُو حَنِيفَةَ خَاصَّةً (وَقَالَا: لَا يَجُوزُ لِقَوْلِهِ ﷺ فِي حَدِيثِ

(١) أخرجه أبو داود (٣٣٥٩)، والترمذي في البيوع باب ١٤، والنسائي (٤٢٣٦، ٤٢٣٧).

(٢) سبق تخريجه.

سَعْدُ بْنُ أَبِي وَقَّاصٍ حِينَ «سُئِلَ عَنْ يَبَعِ الرُّطْبِ بِالتَّمْرِ وَقَالَ أَيْتَقُصُّ إِذَا جَفَّ؟ فَقِيلَ: نَعَمْ، قَالَ: لَا إِذَا» أَيْ لَا يَجُوزُ عَلَى تَقْدِيرِ التَّقْصَانِ بِالْجَفَافِ. وَفِيهِ إِشَارَةٌ إِلَى اشْتِرَاطِ الْمِثَالَةِ فِي أَعْذَالِ الْأَحْوَالِ وَهُوَ مَا بَعْدَ الْجَفَافِ وَبِالْكَيْلِ فِي الْحَالِ لَا يُعْلَمُ ذَلِكَ (قَوْلُهُ: فَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ) هُوَ الدَّلِيلُ.

وَلِأَبِي حَنِيفَةَ الْمَنْقُولُ وَالْمَعْقُولُ. أَمَّا الْأَوَّلُ فَلَأَنَّهُ ﷺ سَمَّى الرُّطْبَ تَمْرًا حِينَ أَهْدَى رُطْبًا فَقَالَ: أَوْكُلُ تَمْرَ خَيْبَرَ هَكَذَا؟ وَيَبَعُ التَّمْرِ بِمِثْلِهِ جَائِزٌ لَمَّا رَوَيْنَا مِنَ الْحَدِيثِ الْمَشْهُورِ، وَأَمَّا الْمَعْقُولُ فَمَا رُوِيَ أَنَّ أَبَا حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ لَمَّا دَخَلَ بَعْدَادَ سُئِلَ عَنْ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ وَكَانُوا أَشِدَّاءَ عَلَيْهِ لِمُخَالَفَتِهِ الْخَبَرَ فَاحْتَجَّ بِأَنَّ الرُّطْبَ لَا يَخْلُو إِذَا كَانَ يَكُونُ تَمْرًا أَوْ لَا، فَإِنْ كَانَ تَمْرًا جَازَ الْعَقْدُ بِأَوَّلِ الْحَدِيثِ: يَعْنِي قَوْلَهُ «التَّمْرُ بِالتَّمْرِ» وَإِنْ لَمْ يَكُنْ جَازَ بِقَوْلِهِ «إِذَا اخْتَلَفَ النَّوْعَانِ فَيَبْعُوا كَيْفَ شِئْتُمْ» فَأُورِدَ عَلَيْهِ حَدِيثُ سَعْدٍ فَقَالَ: هَذَا الْحَدِيثُ دَارَ عَلَى زَيْدِ بْنِ عِيَّاشٍ وَهُوَ ضَعِيفٌ فِي الثَّقَلَةِ.

وَاسْتَحْسَنَ أَهْلُ الْحَدِيثِ مِنْهُ هَذَا الطَّعْنَ. سَلَمْنَا قُوَّتَهُ فِي الْحَدِيثِ لَكِنَّهُ خَبَرٌ وَاحِدٌ لَا يُعَارِضُ بِهِ الْمَشْهُورُ. وَاعْتَرِضَ بِأَنَّ التَّرْدِيدَ الْمَذْكُورَ يَقْتَضِي جَوَازَ يَبَعِ الْمَقْلِيَّةِ بَعْدَ الْمَقْلِيَّةِ؛ لِأَنَّ الْمَقْلِيَّةَ إِذَا كَانَ تَكُونُ حَنْطَةً فَتَجُوزُ بِأَوَّلِ الْحَدِيثِ أَوْ لَا فَتَجُوزُ بِآخِرِهِ. فَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ ذَلِكَ كَلَامٌ حَسَنٌ فِي الْمُنَاطَرَةِ لِدَفْعِ شَعْبِ الْخَصْمِ، وَالْحُجَّةُ لَا تَتِمُّ بِهِ بَلْ بِمَا بَيَّنَّا مِنْ إِبْطَالِ اسْمِ التَّمْرِ عَلَيْهِ، فَقَدْ ثَبَتَ أَنَّ التَّمْرَ اسْمٌ لِثَمَرَةٍ خَارِجَةٍ مِنَ النَّخْلِ مِنْ حَيْثُ تَنْعَقِدُ صُورَتُهَا إِلَى أَنْ تُذْرِكَ، وَالرُّطْبُ اسْمٌ لِتَنْوَعٍ مِنْهُ كَالْبَرْنِيِّ وَغَيْرِهِ، وَيَجُوزُ أَنْ يُقَالَ إِنَّهُ حَنْطَةٌ (قَوْلُهُ: فَيَجُوزُ بِأَوَّلِ الْحَدِيثِ) قُلْنَا: إِنَّمَا جَازَ أَنْ لَوْ ثَبَتَ الْمِثَالَةُ بَيْنَهُمَا كَيْلًا، وَلَا ثَبُتَ لَمَّا قِيلَ إِنَّ الْقَلِيَّ صَنْعَةٌ يُغْرَمُ عَلَيْهَا الْأَعْوَاضُ، فَصَارَ كَمَنْ بَاعَ قَفِيزًا بِقَفِيزٍ وَدَرَاهِمٍ.

لَا يُقَالُ ذَلِكَ رَاجِعٌ إِلَى التَّفَاوُتِ فِي الصِّفَةِ وَهُوَ سَاقِطٌ كَالْجَوْدَةِ؛ لِأَنَّ التَّفَاوُتَ الرَّاجِعَ إِلَى صُنْعِ اللَّهِ سَاقِطٌ بِالْحَدِيثِ. وَأَمَّا الرَّاجِعُ إِلَى صُنْعِ الْعِبَادِ فَمُعْتَبَرٌ بِذَلِيلِ اعْتِبَارِهِ بَيْنَ التَّقْدِيرِ وَالتَّسْيِئَةِ، فَكُلُّ تَفَاوُتٍ يَتَّبَعِي عَلَى صُنْعِ الْعِبَادِ فَهُوَ مُفْسِدٌ كَمَا فِي الْمَقْلِيَّةِ بَعْدَهَا وَالْحَنْطَةِ بِالذَّقِيقِ، وَكُلُّ تَفَاوُتٍ خَلَقِيٍّ فَهُوَ سَاقِطٌ الْعِبْرَةِ كَمَا فِي الرُّطْبِ وَالتَّمْرِ وَالْجَيْدِ وَالرَّدِيِّ.

قَالَ (وَكَذَا الْعِنَبُ بِالزَّيْبِ) يَعْنِي عَلَى الْخِلَافِ وَالْوَجْهَ مَا بَيَّنَّاهُ. وَقِيلَ لَا يَجُوزُ بِالِاتِّفَاقِ اعْتِبَارًا بِالْحِنْطَةِ الْمَقْلِيَّةِ بِغَيْرِ الْمَقْلِيَّةِ، وَالرُّطْبُ بِالرُّطْبِ يَجُوزُ مُتَمَاثِلًا كَيْلًا عِنْدَنَا لِأَنَّهُ بَيْعُ الثَّمَرِ بِالثَّمَرِ، وَكَذَا بَيْعُ الْحِنْطَةِ الرُّطْبَةِ أَوْ الْمَبْلُولَةِ بِمِثْلِهَا أَوْ بِالْيَابِسَةِ أَوْ الثَّمَرِ أَوْ الزَّيْبِ الْمُنْقَعِ بِالْمُنْقَعِ مِنْهُمَا مُتَمَاثِلًا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ لَا يَجُوزُ جَمِيعُ ذَلِكَ لِأَنَّهُ يُعْتَبَرُ الْمَسَاوَاةُ فِي أَعْدَلِ الْأَحْوَالِ وَهُوَ الْمَالُ، وَأَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ يَعْتَبِرُهُ فِي الْحَالِ، وَكَذَا أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ عَمَلًا بِإِطْلَاقِ الْحَدِيثِ إِلَّا أَنَّهُ تَرَكَ هَذَا الْأَصْلَ فِي بَيْعِ الرُّطْبِ بِالثَّمَرِ لِمَا رَوَيْنَاهُ لَهُمَا.

وَوَجْهُ الْفَرْقِ لِمُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ بَيْنَ هَذِهِ الْفُضُولِ وَبَيْنَ الرُّطْبِ بِالرُّطْبِ أَنَّ التَّفَاوُتَ فِيمَا يَظْهَرُ مَعَ بَقَاءِ الْبَدَلَيْنِ عَلَى الْأَسْمِ الَّذِي عُقِدَ عَلَيْهِ الْعَقْدُ، وَفِي الرُّطْبِ بِالثَّمَرِ مَعَ بَقَاءِ أَحَدِهِمَا عَلَى ذَلِكَ فَيَكُونُ تَفَاوُتًا فِي عَيْنِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ، وَفِي الرُّطْبِ بِالرُّطْبِ التَّفَاوُتُ بَعْدَ زَوَالِ ذَلِكَ الْأَسْمِ فَلَمْ يَكُنْ تَفَاوُتًا فِي الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ فَلَا يُعْتَبَرُ.

الشرح:

وَالْعِنَبُ بِالزَّيْبِ عَلَى هَذَا الْخِلَافِ بِالْوَجْهِ الْمَذْكُورِ، وَلَعَلَّهُ عَبَّرَ بِالْخِلَافِ دُونَ الْاِخْتِلَافِ إِشَارَةً إِلَى قُوَّةِ دَلِيلِ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَقِيلَ لَا يَجُوزُ بِالِاتِّفَاقِ اعْتِبَارًا بِالْحِنْطَةِ الْمَقْلِيَّةِ بِغَيْرِهَا) وَهَذِهِ الرَّوَايَةُ ثَقْوَى قَوْلِ مَنْ قَالَ الْحُجَّةُ إِنَّمَا تَتِمُّ بِإِطْلَاقِ اسْمِ الثَّمَرِ عَلَيْهِ، فَإِنَّ النَّصَّ لَمَّا وَرَدَ بِإِطْلَاقِ اسْمِ الثَّمَرِ عَلَى الرُّطْبِ جُعِلَا نَوْعًا وَاحِدًا فَجَازَ الْبَيْعُ مِثْلًا بِمِثْلٍ، وَلَمْ يَرَدْ بِإِطْلَاقِ اسْمِ الْعِنَبِ عَلَى الزَّيْبِ فَاعْتَبَرَ فِيهِ التَّفَاوُتُ الصَّنْعِيُّ الْمَفْسُدُ كَمَا فِي الْمَقْلِيَّةِ بِغَيْرِهَا، وَالرُّطْبُ بِالرُّطْبِ يَجُوزُ مُتَمَاثِلًا كَيْلًا: أَيُّ مِنْ حَيْثُ الْكَيْلُ عِنْدَنَا خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ؛ لِأَنَّهُ رَبَوِيٌّ يَتَفَاوَتُ فِي أَعْدَلِ الْأَحْوَالِ: أَعْنِي عِنْدَ الْخَفَافِ فَلَا يَجُوزُ كَالْحِنْطَةِ بِالذَّقِيقِ. وَلَنَا أَنَّهُ بَيْعُ الثَّمَرِ بِالثَّمَرِ مُتَسَاوِيًا فَكَانَ جَائِزًا وَكَذَلِكَ بَيْعُ الْحِنْطَةِ الرُّطْبَةِ بِالْحِنْطَةِ الرُّطْبَةِ أَوْ الْحِنْطَةِ الْمَبْلُولَةِ بِالْمَبْلُولَةِ أَوْ الْحِنْطَةِ الرُّطْبَةِ بِالْمَبْلُولَةِ أَوْ الْيَابِسَةِ أَوْ الثَّمَرِ الْمُنْقَعِ بِالْمُنْقَعِ أَوْ الزَّيْبِ الْمُنْقَعِ بِالْمُنْقَعِ، مِنْ أُنْقَعَ إِذَا أُلْقِيَ فِي الْحَايَةِ لِيَبْتَلُ وَتُخْرَجَ مِنْهُ الْحَلَاوَةُ جَائِزٌ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ: لَا يَجُوزُ فِي جَمِيعِ ذَلِكَ، هُوَ يُعْتَبَرُ الْمَسَاوَاةُ فِي أَعْدَلِ الْأَحْوَالِ وَهُوَ حَالُ الْخَفَافِ، وَمُفْرَعُهُ حَدِيثُ سَعْدٍ، وَأَبُو حَنِيفَةَ يَعْتَبِرُهَا فِي الْحَالِ عَمَلًا بِإِطْلَاقِ الْمَشْهُورِ، وَكَذَلِكَ

أَبُو يُوسُفَ إِلَّا أَنَّهُ تَرَكَ هَذَا الْأَصْلَ فِي بَيْعِ الرُّطْبِ بِالتَّمْرِ لِحَدِيثِ سَعْدِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ وَاحْتِاجَ مُحَمَّدٍ إِلَى الْفَرْقِ بَيْنَ هَذِهِ الْفُصُولِ: يَعْنِي بَيْعَ الْحِنْطَةِ الرُّطْبَةِ وَالْمَبْلُولَةِ إِلَى آخِرِهَا، وَبَيْنَ بَيْعِ الرُّطْبِ بِالرُّطْبِ حَيْثُ اعْتَبَرَ الْمُسَاوَاةَ فِيهَا فِي أَغْدَلِ الْأَحْوَالِ وَفِيهِ فِي الْحَالِ، وَوَجْهٌ ذَلِكَ مَا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ.

وَحَاصِلُهُ أَنَّ التَّفَاوُتَ إِذَا ظَهَرَ مَعَ بَقَاءِ الْبَدَلَيْنِ أَوْ أَحَدِهِمَا عَلَى الْأِسْمِ الَّذِي عُقِدَ عَلَيْهِ الْعَقْدُ فَهُوَ مُفْسِدٌ لَكَوْنِهِ فِي الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ، وَإِذَا ظَهَرَ بَعْدَ زَوَالِ الْأِسْمِ الَّذِي عُقِدَ عَلَيْهِ الْعَقْدُ عَنْ الْبَدَلَيْنِ فَلَيْسَ بِمُفْسِدٍ إِذَا لَمْ يَكُنْ تَفَاوُتًا فِي الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ فَلَا يَكُونُ مُعْتَبَرًا.

وَلِقَائِلُ أَنْ يَقُولَ: هَذَا إِنَّمَا يَسْتَقِيمُ إِذَا كَانَ الْعَقْدُ وَارِدًا عَلَى الْبَدَلَيْنِ بِالتَّسْمِيَةِ، وَأَمَّا إِذَا كَانَ بِالْإِشَارَةِ إِلَى الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ فَلَا؛ لِأَنَّ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ هُوَ الذَّاتُ الْمُشَارُ إِلَيْهَا وَهِيَ لَا تَبْدَلُ.

وَلَوْ بَاعَ الْبُسْرَ بِالتَّمْرِ مُتَّفَاضِلًا لَا يَجُوزُ لِأَنَّ الْبُسْرَ تَمْرٌ، بِخِلَافِ الْكُفْرَى حَيْثُ يَجُوزُ بَيْعُهُ بِمَا شَاءَ مِنَ التَّمْرِ اثْنَانِ بِوَاحِدٍ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِتَمْرٍ، فَإِنَّ هَذَا الْأِسْمَ لَهُ مِنْ أَوَّلِ مَا تَنَعَّقِدُ صُورَتُهُ لَا قَبْلَهُ، وَالْكَفْرَى عَدَدِي مُتَّفَاوِتٌ، حَتَّى لَوْ بَاعَ التَّمْرَ بِهِ نَسِيتُهُ لَا يَجُوزُ لِلجَهَالَةِ.

الشرح:

قَالَ (وَلَوْ بَاعَ الْبُسْرَ بِالتَّمْرِ إلخ) بَيْعُ الْبُسْرِ بِالتَّمْرِ مُتَّفَاضِلًا لَا يَجُوزُ؛ لِأَنَّهُ تَمْرٌ لَمَّا بَيَّنَّا أَنَّ التَّمْرَ اسْمٌ لثَمَرَةِ النَّخْلِ مِنْ أَوَّلِ مَا تَنَعَّقِدُ صُورَتُهُ وَبَيْعُهُ بِهِ مُتَّسَاوِيًا مِنْ حَيْثُ الْكَيْلُ يَدَا يَبْدُ جَائِزٌ بِالْإِجْمَاعِ، وَبَيْعُ الْكُفْرَى بِضَمِّ الْكَافِ وَفَتْحِ الْفَاءِ وَتَشْدِيدِ الرَّاءِ وَهُوَ كُمُ النَّخْلِ سُمِّيَ بِهِ؛ لِأَنَّهُ يَسْتُرُ مَا فِي جَوْفِهِ بِالتَّمْرِ جَائِزٌ مُتَّسَاوِيًا وَمُتَّفَاضِلًا يَدَا يَبْدُ؛ لِأَنَّ الْكُفْرَى لَيْسَ بِتَمْرٍ لَكَوْنِهِ قَبْلَ انْعِقَادِ الصُّورَةِ (قَوْلُهُ: وَالْكَفْرَى عَدَدِي مُتَّفَاوِتٌ) قِيلَ: هُوَ جَوَابُ سُؤَالِ تَقْرِيرِهِ لَوْ لَمْ يَكُنْ تَمْرًا لَجَازَ إِسْلَامُ التَّمْرِ فِي الْكُفْرَى لَكِنَّهُ لَمْ يَجْزُ. وَتَقْرِيرُ الْجَوَابِ أَنَّهُ عَدَدِي مُتَّفَاوِتٌ بِالصَّغَرِ وَالْكِبَرِ، وَتَفَاوُتٌ أَحَادُهُ فِي الْمَالِيَّةِ فَلَا يَجُوزُ الْإِسْلَامُ فِيهِ لِلجَهَالَةِ.

قَالَ (وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ الزَّيْتُونِ بِالزَّيْتِ وَالسَّمْسِمِ بِالشَّيْرِجِ حَتَّى يَكُونَ الزَّيْتُ وَالشَّيْرِجُ

أَكْثَرَ مِمَّا فِي الزَّيْتُونِ وَالسَّمْسِمِ فَيَكُونُ الدَّهْنُ بِمِثْلِهِ وَالزِّيَادَةُ بِالنَّجِيرِ لِأَنَّ عِنْدَ ذَلِكَ يَعْرِى عَنِ الرَّبَا إِذَا مَا فِيهِ مِنَ الدَّهْنِ مَوْزُونٌ، وَهَذَا لِأَنَّ مَا فِيهِ لَوْ كَانَ أَكْثَرَ أَوْ مُسَاوِيًا لَهُ، فَالنَّجِيرُ وَبَعْضُ الدَّهْنِ أَوْ النَّجِيرُ وَحْدَهُ فَضْلٌ، وَلَوْ لَمْ يُعْلَمَ مِقْدَارُ مَا فِيهِ لَا يَجُوزُ لَاحْتِمَالِ الرَّبَا، وَالشُّبُهَةُ فِيهِ كَالْحَقِيقَةِ، وَالْجَوُزُ بِدُهْنِهِ وَاللَّبَنُ بِسَمْنِهِ وَالْعَنْبُ بِعَصِيرِهِ وَالتَّمْرُ بِدَبْسِهِ عَلَى هَذَا الِاعْتِبَارِ. وَاخْتَلَفُوا فِي الْقُطْنِ بِغَزْلِهِ، وَالْكَرْبَاسُ بِالْقُطْنِ يَجُوزُ كَيْفَمَا كَانَ بِالْإِجْمَاعِ

الشرح:

قَالَ (وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ الزَّيْتُونِ بِالزَّيْتِ إلخ) الزَّيْتُونُ مَا يُتَّخَذُ مِنْهُ الزَّيْتُ وَالشَّيْرَجُ الدَّهْنُ الْأَيْضُ، وَيُقَالُ لِلْعَصِيرِ قَبْلَ أَنْ يَتَغَيَّرَ شَيْرَجٌ وَهُوَ تَغَرُّبُ شَيْرَةٍ، وَالْمُرَادُ بِهِ هَاهُنَا مَا يُتَّخَذُ مِنَ السَّمْسِمِ. وَاعْلَمْ أَنَّ الْمُجَانَسَةَ بَيْنَ الشَّيْئَيْنِ تَكُونُ تَارَةً بِاعْتِبَارِ الْعَيْنِ وَأُخْرَى بِاعْتِبَارِ مَا فِي الضَّمَنِ. وَلَا يُعْتَبَرُ الثَّانِي مَعَ وُجُودِ الْأَوَّلِ، وَلِهَذَا جَازَ بَيْعُ قَفِيرِ حِنْطَةٍ عَلَكَةً بِقَفِيرِ مُسَوَّسَةٍ مِنْ غَيْرِ اعْتِبَارِ مَا فِي الضَّمَنِ، وَإِذَا لَمْ يُوجَدْ الْأَوَّلُ يُعْتَبَرُ الثَّانِي، وَلِهَذَا لَمْ يَجْزِ بَيْعُ الْحِنْطَةِ بِالذَّقِيقِ وَالزَّيْتِ مَعَ الزَّيْتُونِ مِنْ هَذَا التَّوَعُّ. فَإِذَا بَاعَ أَحَدُهُمَا بِالْآخَرِ فَلَا يَخْلُو إِمَّا أَنْ تُعْلَمَ كَمِيَّةُ مَا يُسْتَخْرَجُ مِنَ الزَّيْتُونِ أَوْ لَا.

وَالثَّانِي لَا يَجُوزُ لِتَوْهَمِ الْفَضْلِ الَّذِي هُوَ كَالْحَقِّقِ فِي هَذَا الْبَابِ، وَالْأَوَّلُ إِمَّا أَنْ يَكُونَ الْمُنْفَصِلُ أَكْثَرَ أَوْ لَا. وَالثَّانِي لَا يَجُوزُ لِتَحَقُّقِ الْفَضْلِ وَهُوَ بَعْضُ الزَّيْتِ وَالنَّجِيرِ إِنْ نَقَصَ الْمُنْفَصِلُ عَنِ الْمُسْتَخْرَجِ مِنَ الزَّيْتِ وَالنَّجِيرِ وَحْدَهُ: أَيْ سَاوَاهُ عَلَى تَقْدِيرِ أَنْ يَكُونَ النَّجِيرُ ذَا قِيَمَةٍ، وَأَمَّا إِذَا لَمْ يَكُنْ كَمَا فِي الزُّبْدِ بَعْدَ إِخْرَاجِ السَّمَنِ إِذَا كَانَ السَّمْنُ الْخَالِصُ مِثْلَ مَا فِي الزُّبْدِ مِنَ السَّمَنِ فَإِنَّهُ يَجُوزُ، وَهُوَ الْمَرْوِيُّ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ، وَالْأَوَّلُ جَائِزٌ لَوْجُودِ الْمُقْتَضِي وَانْتِفَاءِ الْمَانِعِ وَالشَّيْرَجُ بِالسَّمْسِمِ وَالْجَوُزُ بِدُهْنِهِ وَاللَّبَنُ بِسَمْنِهِ وَالْعَنْبُ بِعَصِيرِهِ وَالتَّمْرُ بِدَبْسِهِ عَلَى هَذَا الِاعْتِبَارِ. وَلَقَائِلُ أَنْ يَقُولَ مَثَلًا: السَّمْسِمُ يَشْتَمِلُ عَلَى الشَّيْرَجِ وَالنَّجِيرِ، فَإِمَّا أَنْ يَكُونَ الْمَجْمُوعُ مَنْظُورًا إِلَيْهِ مِنْ حَيْثُ هُوَ كَذَلِكَ فَيَجِبُ جَوَازُ بَيْعِ الشَّيْرَجِ بِالسَّمْسِمِ مُطْلَقًا؛ لِأَنَّ الشَّيْرَجَ وَزَنِيَّ وَالسَّمْسِمَ كَيْلِيٌّ، أَوْ مِنْ حَيْثُ الْإِفْرَازُ فَيَجُوزُ بَيْعُ السَّمْسِمِ بِالسَّمْسِمِ مُتَفَاضِلًا صَرَفًا لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الدَّهْنِ وَالنَّجِيرِ إِلَى خِلَافِ جَنْسِهِ كَمَا إِذَا بَاعَ كُرَّ حِنْطَةٍ وَكُرَّ شَعِيرٍ بِثَلَاثَةِ أَكْرَارٍ

حِنْطَةً وَكُرَّ شَعِيرٍ أَوْ يَكُونُ أَحَدُهُمَا إِمَّا الدُّهْنُ أَوْ الشَّجِيرُ مَنْظُورًا إِلَيْهِ فَقَطْ، وَالثَّانِي مُتَّفَعٌ عَادَةً، وَالْأَوَّلُ يُوجِبُ أَنْ لَا يُقَابَلَ الشَّجِيرُ بِشَيْءٍ مِنَ الدُّهْنِ وَلَيْسَ كَذَلِكَ.

وَالْجَوَابُ أَنَّ الْمَنْظُورَ إِلَيْهِ هُوَ الْمَجْمُوعُ مِنْ حَيْثُ الْإِفْرَادُ، وَلَا يَلْزَمُ جَوَازُ بَيْعِ السَّمْسِمِ بِالسَّمْسِمِ مُتَّفَاضِلًا.

قَوْلُهُ: صَرَفًا لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الدُّهْنِ وَالشَّجِيرِ إِلَى خِلَافِ جِنْسِهِ. قُلْنَا: ذَلِكَ إِذَا كَانَ مُتَّفَعَيْنِ خَلْقَةً كَمَا فِي مَسْأَلَةِ الْإِقْرَارِ لظُهُورِ كَمَالِ الْجِنْسِيَّةِ حَيْثُ الدُّهْنُ وَالشَّجِيرُ لَيْسَا كَذَلِكَ. وَاخْتَلَفُوا فِي جَوَازِ بَيْعِ الْقُطْنِ بِغَزَلِهِ مُتَسَاوِيًا فَقِيلَ لَا يَجُوزُ؛ لِأَنَّ الْقُطْنَ يَنْقُصُ بِالْغَزْلِ فَهُوَ نَظِيرُ الْحِنْطَةِ بِالْدَّقِيقِ، وَقِيلَ يَجُوزُ؛ لِأَنَّ أَصْلَهُمَا وَاحِدٌ فَكِلَاهُمَا مَوْزُونٌ، وَإِنْ خَرَجَا عَنِ الْوِزْنِ أَوْ خَرَجَ أَحَدُهُمَا مِنَ الْوِزْنِ لَا بَأْسَ بِبَيْعِ وَاحِدٍ بِأُتَيْنِ، كَذَا فِي فَتَاوَى قَاضِي خَانَ. وَبَيْعُ الْغَزْلِ بِالثُّوبِ جَائِزٌ وَالْكَرْبَاسِ بِالْقُطْنِ جَائِزٌ كَيْفَمَا كَانَ بِالْإِجْمَاعِ، وَهَذَا يُخَالِفُ مَا رُوِيَ عَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّ بَيْعَ الْقُطْنِ بِالثُّوبِ لَا يَجُوزُ مُطْلَقًا.

قَالَ (وَيَجُوزُ بَيْعُ اللَّحْمَانِ الْمُخْتَلَفَةِ بَعْضُهَا بِبَعْضٍ مُتَّفَاضِلًا) وَمُرَادُهُ لَحْمُ الْإِبِلِ وَالْبَقَرِ وَالْغَنَمِ؛ فَأَمَّا الْبَقَرُ وَالْجَوَامِيسُ جِنْسٌ وَاحِدٌ، وَكَذَا الْمَعَزُ مَعَ الضَّأْنِ وَكَذَا الْعِرَابُ مَعَ الْبَخَاتِيِّ. قَالَ (وَكَذَلِكَ أَلْبَانُ الْبَقَرِ وَالْغَنَمِ) وَعَنِ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ لَا يَجُوزُ لِأَنَّهَا جِنْسٌ وَاحِدٌ لَا تَحَادٍ الْمَقْصُودِ. وَلَنَا أَنَّ الْأَصُولَ مُخْتَلَفَةٌ حَتَّى لَا يَكْمُلُ نِصَابُ أَحَدِهِمَا بِالْآخَرِ فِي الزَّكَاةِ، فَكَذَا أَجْزَاؤُهَا إِذَا لَمْ تَتَبَدَّلْ بِالصَّنْعَةِ. قَالَ (وَكَذَا خَلُّ الدَّقْلِ بِخَلِّ الْعِنَبِ) لِلاختلافِ بَيْنَ أَصْلِيهِمَا، فَكَذَا بَيْنَ مَاءَيْهِمَا وَلِهَذَا كَانَ عَصِيرَاهُمَا جِنْسَيْنِ. وَشَعْرُ الْمَعَزِ وَصُوفُ الْغَنَمِ جِنْسَانِ لِاخْتِلَافِ الْمَقَاصِدِ.

الشرح:

(قَالَ: وَيَجُوزُ بَيْعُ اللَّحْمَانِ الْخ) كُلُّ مَا يَكْمُلُ بِهِ نِصَابُ الْآخَرِ مِنَ الْحَيَوَانِ فِي الزَّكَاةِ لَا يُوصَفُ بِاخْتِلَافِ الْجِنْسِ كَالْبَقَرِ وَالْجَوَامِيسِ مُتَّفَاضِلًا. وَعَنْهُ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ، وَالْعِرَابُ وَالْبَخَاتِيُّ وَالْمَعَزُ وَالضَّأْنُ فَلَا يَجُوزُ بَيْعُ لَحْمِ أَحَدِهِمَا بِالْآخَرِ مُتَّفَاضِلًا، وَكُلُّ مَا لَا يَكْمُلُ بِهِ نِصَابُ الْآخَرِ فَهُوَ يُوصَفُ بِالْاخْتِلَافِ كَالْبَقَرِ وَالْغَنَمِ فَيَجُوزُ بَيْعُ لَحْمِ أَحَدِهِمَا بِالْآخَرِ مُتَّفَاضِلًا وَكَذَلِكَ الْأَلْبَانُ.

وَعَنْ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ الْمَقْصُودَ مِنَ اللَّحْمِ شَيْءٌ وَاحِدٌ وَهُوَ التَّغْذِي وَالتَّقْوِي
فَكَانَ الْجِنْسُ مُتَّحِدًا. وَلَنَا أَنَّهَا فُرُوعُ أَصُولٍ مُخْتَلِفَةٌ لَمَّا ذَكَرْنَا، وَاخْتِلَافُ الْأَصْلُ يُوجِبُ
اخْتِلَافَ الْفَرْعِ ضَرُورَةً كَالْأَذْهَانِ وَمَا ذَكَرَ مِنَ الْاِتِّحَادِ فِي التَّغْذِي فَذَلِكَ اِغْتِبَارُ الْمَعْنَى
الْعَامِّ كَالطَّعْمِ فِي الْمَطْعُمَاتِ وَالتَّفَكُّهِ فِي الْفَوَاكِهِ، وَالْمُعْتَبَرُ الْاِتِّحَادُ فِي الْمَعْنَى الْخَاصِّ،
وَلَا يُشْكَلُ بِالطُّيُورِ فَإِنَّ بَيْنَ لَحْمٍ بَعْضُهَا بَعْضٌ مُتَفَاضِلًا يَجُوزُ مَعَ اِتِّحَادِ الْجِنْسِ؛ لِأَنَّ
ذَاكَ بِاِغْتِبَارِ أَنَّهُ لَا يُوزَنُ عَادَةً فَلَيْسَ بِوَزْنِيٍّ وَلَا كَيْلِيٍّ فَلَمْ يَتَنَاوَلْهُ الْقَدَرُ الشَّرْعِيُّ، وَفِي
مِثْلِهِ يَجُوزُ بَيْنَ بَعْضِهِ بَعْضٌ مُتَفَاضِلًا (قَوْلُهُ: إِذَا لَمْ تَبْدَلْ بِالصَّنْعَةِ) قِيلَ مُرَادُهُ أَنَّ اِتِّحَادَ
الْأَصُولِ يُوجِبُ اِتِّحَادَ الْفُرُوعِ وَالْأَجْزَاءِ إِذَا لَمْ تَبْدَلْ بِالصَّنْعَةِ، فَإِذَا تَبَدَّلَتْ الْأَجْزَاءُ
بِالصَّنْعَةِ تَكُونُ مُخْتَلِفَةً، وَإِنْ كَانَ الْأَصْلُ مُتَّحِدًا كَالْهَرَوِيِّ وَالْمَرْوِيِّ، وَفِيهِ نَظَرٌ؛ لِأَنَّ
كَلَامَهُ فِي اخْتِلَافِ الْأَصُولِ لَا فِي اِتِّحَادِهَا، فَكَأَنَّهُ يَقُولُ: اخْتِلَافُ الْأَصُولِ يُوجِبُ
اخْتِلَافَ الْأَجْزَاءِ إِذَا لَمْ تَبْدَلْ بِالصَّنْعَةِ، وَأَمَّا إِذَا تَبَدَّلَتْ فَلَا تُوجِبُهُ، وَإِنَّمَا تُوجِبُ
الْاِتِّحَادَ، فَإِنَّ الصَّنْعَةَ كَمَا تُؤَثِّرُ فِي تَغْيِيرِ الْأَجْنَاسِ مَعَ اِتِّحَادِ الْأَصْلِ كَالْهَرَوِيِّ مَعَ الْمَرْوِيِّ
مَعَ اِتِّحَادِهِمَا فِي الْأَصْلِ وَهُوَ الْقَطْنُ كَذَلِكَ تُؤَثِّرُ فِي اِتِّحَادِهَا مَعَ اخْتِلَافِ الْأَصْلِ
كَالدَّرَاهِمِ الْمُعْشُوشَةِ الْمُخْتَلِفَةِ الْغِشِّ مِثْلَ الْحَدِيدِ وَالرَّصَاصِ إِذَا كَانَتْ الْفِضَّةُ غَالِبَةً فَإِنَّهَا
مُتَّحِدَةٌ فِي الْحُكْمِ بِالصَّنْعَةِ مَعَ اخْتِلَافِ الْأَصُولِ. قَالَ (وَكَذَا خَلُّ الدَّقْلِ بِخَلِّ الْعِنَبِ
إِلْحُ) الدَّقْلُ هُوَ أَرْدَاؤُ التَّمْرِ، وَيَبْنَعُ خَلَّهُ بِخَلِّ الْعِنَبِ مُتَفَاضِلًا جَائِزٌ يَدَا يَدٍ وَكَذَا حُكْمُ
سَائِرِ الثَّمُورِ.

وَلَمَّا كَانُوا يَجْعَلُونَ الْخَلَّ مِنَ الدَّقْلِ غَالِبًا أَخْرَجَ الْكَلَامَ عَلَى مَجْرَى الْعَادَةِ، وَإِنَّمَا
جَازَ التَّفَاضُلُ لِلْاِخْتِلَافِ بَيْنَ أَصْلَيْهِمَا وَلِهَذَا كَانَ عَصِيرَاهُمَا: يَعْنِي الدَّقْلَ وَالْعِنَبَ
جِنْسَيْنِ بِالإِجْمَاعِ (وَشَعْرُ الْمَعْرِ وَصُوفُ الْغَنَمِ جِنْسَانِ لِاخْتِلَافِ الْمَقَاصِدِ) فَجَازَ بَيْنَ
أَحَدِهِمَا بِالْآخِرِ مُتَفَاضِلًا، وَهَذَا يُشِيرُ إِلَى أَنَّ اخْتِلَافَ الْمَقْصُودِ كَالْتَّبَدُّلِ بِالصَّنْعَةِ فِي
تَغْيِيرِ الْأَجْزَاءِ مَعَ اِتِّحَادِ الْأَصْلِ، فَإِنَّ الْمَقْصُودَ هُوَ الْمَقْصُودُ فَاخْتِلَافُهُ يُوجِبُ التَّغْيِيرَ
وَاخْتِلَافُ الْمَقْصُودِ فِيهِمَا ظَاهِرٌ، فَإِنَّ الشَّعْرَ يَتَّخِذُ مِنْهُ الْحَبَالُ الصُّلْبَةَ وَالْمُسُوحُ، وَالصُّوفُ
يَتَّخِذُ مِنْهُ الْبُودُ وَالْفَافَةُ. لَا يُقَالُ: لَوْ اخْتَلَفَ الْجِنْسُ بِاخْتِلَافِ الْمَقْصُودِ لَمَّا جَازَ بَيْنَ لَبَنِ
الْبَقَرِ وَلَبَنِ الْغَنَمِ مُتَفَاضِلًا؛ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ مِنْهُمَا مُتَّحِدٌ فَكَانَ الْجِنْسُ مُتَّحِدًا؛ لِأَنَّا لَا نُسَلِّمُ

ذَلِكَ، فَإِنَّ لَبَنَ الْبَقَرِ قَدْ يَضُرُّ حِينَ لَا يَضُرُّ لَبَنُ الْغَنَمِ فَلَا يَتَّحِدُ الْقَصْدُ إِلَيْهِمَا. وَالْأَوَّلَى أَنْ يُقَالَ: قُلْنَا إِنَّ اخْتِلَافَ الْمَقْصُودِ قَدْ يُوجِبُ اخْتِلَافَ الْجِنْسِ عِنْدَ اتِّحَادِ الْأَصُولِ، وَلَمْ نَقُلْ اتِّحَادُ الْمَقْصُودِ يُوجِبُ اتِّحَادَ عِنْدَ اخْتِلَافِ الْأَصُولِ، فَلَا أَصْلُ أَنْ يُوجِبَ اخْتِلَافُ الْأَصُولِ اخْتِلَافَ الْأَجْزَاءِ وَالْفُرُوعِ إِلَّا عِنْدَ التَّبَدُّلِ بِالصَّنْعَةِ، وَأَنْ يُوجِبَ اتِّحَادُ الْأَصُولِ اتِّحَادَ الْفُرُوعِ إِلَّا عِنْدَ التَّبَدُّلِ بِالصَّنْعَةِ أَوْ اخْتِلَافُ الْمَقْصُودِ بِالْفُرُوعِ وَلَمْ يَظْهَرْ عَلَيْهِ نَقْضٌ، وَمِنْ هَذَا يَبَيِّنُ اللَّهُ مَا نَعِيَ رَاجِحٌ فَلَا يُعَارِضُهُ اتِّحَادُ الْأَصْلِ، وَيَسْقُطُ مَا قِيلَ شَعْرُ الْمَعْرِ وَصُوفُ الْغَنَمِ بِالنَّظَرِ إِلَى الْأَصْلِ جِنْسٌ وَاحِدٌ وَبِالنَّظَرِ إِلَى الْمَقْصُودِ جِنْسَانِ، وَيَبْغِي أَنْ لَا يَجُوزَ التَّفَاضُلُ بَيْنَهُمَا فِي الْبَيْعِ تَرْجِيحًا لْجَانِبِ الْحُرْمَةِ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ رَاجِحٌ.

قَالَ (وَيَجُوزُ بَيْعُ الْخُبْزِ بِالْحِنْطَةِ وَالِدَّقِيقِ مُتَفَاضِلًا) لِأَنَّ الْخُبْزَ صَارَ عَدَدِيًّا أَوْ مَوْزُونًا فَخَرَجَ مِنْ أَنْ يَكُونَ مَكِيلًا مِنْ كُلِّ وَجْهِ وَالْحِنْطَةُ مَكِيلَةٌ. وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ لَا خَيْرَ فِيهِ، وَالْفَتْوَى عَلَى الْأَوَّلِ، وَهَذَا إِذَا كَانَا نَقْدَيْنِ؛ فَإِنْ كَانَتْ الْحِنْطَةُ نَسِيئَةً جَازَ أَيْضًا، وَإِنْ كَانَ الْخُبْزُ نَسِيئَةً يَجُوزُ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَعَلَيْهِ الْفَتْوَى، وَكَذَا السَّلَمُ فِي الْخُبْزِ جَائِزٌ فِي الصَّحِيحِ، وَلَا خَيْرَ فِي اسْتِقْرَاضِهِ عَدَدًا أَوْ وَزْنًا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ لِأَنَّهُ يَتَفَاوَتُ بِالْخُبْزِ وَالْخَبَازِ وَالتَّنُّورِ وَالتَّقْدِيمِ وَالتَّأَخُّرِ. وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ يَجُوزُ بِهِمَا لِلتَّعَامِلِ، وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ يَجُوزُ وَزْنًا وَلَا يَجُوزُ عَدَدًا لِلتَّفَاوُتِ فِي أَحَادِهِ.

الشرح:

قَالَ (وَيَجُوزُ بَيْعُ الْخُبْزِ بِالْحِنْطَةِ) يَبْعُ الْخُبْزَ بِالْحِنْطَةِ وَالِدَّقِيقِ إِمَّا أَنْ يَكُونَ حَالًا كَوْنَهُمَا نَقْدَيْنِ أَوْ حَالًا كَوْنِ أَحَدِهِمَا نَقْدًا وَالْآخَرُ نَسِيئَةً، فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ جَازًا؛ لِأَنَّهُ صَارَ عَدَدِيًّا أَوْ مَوْزُونًا فَخَرَجَ عَنْ كَوْنِهِ مَكِيلًا مِنْ كُلِّ وَجْهِ وَالْحِنْطَةُ مَكِيلَةٌ فَاخْتَلَفَ الْجِنْسَانِ وَجَازَ التَّفَاضُلُ (وَعَلَيْهِ الْفَتْوَى) وَرَوِيَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ لَا خَيْرَ فِيهِ: أَيْ لَا يَجُوزُ، وَالتَّرَكِيبُ لِلْمُبَالَغَةِ فِي النَّهْيِ؛ لِأَنَّهُ نَكْرَةٌ فِي سِيَاقِ النَّفْيِ فَتَعْمُ نَفْيَ جَمِيعِ جِهَاتِ الْخَيْرِ، وَإِنْ كَانَ الثَّانِي فَلَا يَخْلُو إِمَّا أَنْ تَكُونَ الْحِنْطَةُ وَالِدَّقِيقُ نَسِيئَةً أَوْ الْخُبْزُ، فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ جَازًا؛ لِأَنَّهُ أَسْلَمَ مَوْزُونًا فِي مَكِيلٍ يُمَكِّنُ ضَبْطَ صِفَتِهِ وَمَعْرِفَةَ مِقْدَارِهِ. وَإِنْ كَانَ الثَّانِي جَازًا عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ؛ لِأَنَّهُ أَسْلَمَ فِي مَوْزُونٍ وَلَا يَجُوزُ

عِنْدَهُمَا لَمَّا نَذَرُ. قَالَ الْمُصَنِّفُ (وَالْفَتَوَى عَلَى قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ) وَهَذَا يُعْنِي عَنْ قَوْلِهِ وَكَذَا السَّلَامُ فِي الْخُبَرِ جَائِزٌ فِي الصَّحِيحِ: يَعْنِي قَوْلَ أَبِي يُوسُفَ، وَإِنَّمَا كَانَ الْفَتَوَى عَلَى ذَلِكَ لِحَاجَةِ النَّاسِ، لَكِنْ يَجِبُ أَنْ يُحْتَاطَ وَقْتُ الْقَبْضِ حَتَّى يَقْبُضَ مِنَ الْخَبَرِ الَّذِي سَمِيَ لَثَلَا يَصِيرَ اسْتِدْالًا بِالسَّلَامِ فِيهِ قَبْلَ الْقَبْضِ، وَلَا خَيْرَ فِي اسْتِقْرَاضِهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ عَدَدًا أَوْ وَزَنًا؛ لِأَنَّهُ يَتَفَاوَتُ بِالْخُبَرِ مِنْ حَيْثُ الطُّوْلُ وَالْعَرْضُ وَالْغَلْظُ وَالرَّقَّةُ، وَبِالْخُبَرِ بِاعْتِبَارِ حِذْقِهِ وَعَدَمِهِ، وَبِالْتَّوَرُّ فِي كَوْنِهِ جَدِيدًا فَيَجِيءُ خُبْرُهُ جَيِّدًا أَوْ عَتِيقًا فَيَكُونُ بِخِلَافِهِ، وَبِالْتَّقَدُّمِ وَالتَّأَخُّرِ فَإِنَّهُ فِي أَوَّلِ التَّوَرُّ لَا يَجِيءُ مِثْلُ مَا فِي آخِرِهِ، وَهَذَا هُوَ الْمَانِعُ عَنْ جَوَازِ السَّلَامِ عِنْدَهُمَا. وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ يَجُوزُ اسْتِقْرَاضُهُ عَدَدًا وَوَزَنًا، ثَرَكُ قِيَاسِ السَّلَامِ فِيهِ لِلتَّعَامُلِ، وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ يَجُوزُ وَزَنًا وَلَا يَجُوزُ عَدَدًا لِلتَّفَاوُتِ فِي أَحَادِهِ.

قَالَ (وَلَا رَبًّا بَيْنَ الْمَوْلَى وَعَبْدِهِ) لِأَنَّ الْعَبْدَ وَمَا فِي يَدِهِ مِلْكٌ لِمَوْلَاهُ فَلَا يَتَحَقَّقُ الرَّبُّ، وَهَذَا إِذَا كَانَ مَأْذُونًا لَهُ وَلَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ دَيْنٌ، فَإِنْ كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ لَا يَجُوزُ لِأَنَّ مَا فِي يَدِهِ لَيْسَ مِلْكًا الْمَوْلَى عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَعِنْدَهُمَا تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّ الْغُرَمَاءِ فَصَارَ كَالْأَجْنَبِيِّ فَيَتَحَقَّقُ الرَّبُّ كَمَا يَتَحَقَّقُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ مَكَاتِبِهِ.

الشرح:

قَالَ (وَلَا رَبًّا بَيْنَ الْمَوْلَى وَعَبْدِهِ) لَا رَبًّا بَيْنَ الْمَوْلَى وَعَبْدِهِ الْمَأْذُونِ الَّذِي لَا دَيْنَ عَلَيْهِ مُحِيطٌ بِرِقَبَتِهِ؛ لِأَنَّ الْعَبْدَ وَمَا فِي يَدِهِ مِلْكٌ لِمَوْلَاهُ فَلَا يَتَحَقَّقُ الْبَيْعُ وَلَا يَتَحَقَّقُ الرَّبُّ، فَعَدَمُ تَحَقُّقِ الرَّبِّ بَعْدَ وُجُودِ الْبَيْعِ بِحَقِيقَتِهِ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ مُشْتَمِلًا عَلَى شَرَائِطِ الرَّبِّ دَلِيلٌ عَلَى عَدَمِ جَوَازِ الْبَيْعِ (فَإِذَا كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ يَتَحَقَّقُ الرَّبُّ؛ لِأَنَّ مَا فِي يَدِهِ لَيْسَ مِلْكًا لِمَوْلَاهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَعِنْدَهُمَا) وَإِنْ كَانَ مِلْكُهُ، لَكِنْ لَمَّا (تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّ الْغُرَمَاءِ) صَارَ كَالْأَجْنَبِيِّ فَيَتَحَقَّقُ الرَّبُّ كَمَا يَتَحَقَّقُ بَيْنَ الْمَكَاتِبِ وَمَوْلَاهُ.

قَالَ (وَلَا بَيْنَ الْمُسْلِمِ وَالْحَرَبِيِّ فِي دَارِ الْحَرْبِ) خِلَافًا لِأَبِي يُوسُفَ وَالشَّافِعِيِّ رَحِمَهُمَا اللَّهُ. لُهُمَا الْإِعْتِبَارُ بِالْمُسْتَأْمَنِ مِنْهُمْ فِي دَارِنَا. وَلَنَا قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «لَا رَبًّا بَيْنَ الْمُسْلِمِ وَالْحَرَبِيِّ فِي دَارِ الْحَرْبِ» وَلَأَنَّ مَا لَهُمْ مُبَاحٌ فِي دَارِهِمْ فَبِأَيِّ طَرِيقٍ أَخَذَهُ الْمُسْلِمُ أَخَذَ مَا لَا مُبَاحًا إِذَا لَمْ يَكُنْ فِيهِ غَدَرٌ، بِخِلَافِ الْمُسْتَأْمَنِ مِنْهُمْ لِأَنَّ مَا لَهُ صَارَ مَحْظُورًا بِعَقْدِ الْأَمَانِ.

الشرح:

قَالَ (وَلَا يَبْنِي الْمُسْلِمُ وَالْحَرْبِيُّ فِي دَارِ الْحَرْبِ) لَا رَبًّا بَيْنَ الْمُسْلِمِ وَالْحَرْبِيِّ فِي دَارِ الْحَرْبِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ خِلَافًا لِأَبِي يُوسُفَ وَالشَّافِعِيِّ رَحِمَهُمَا اللَّهُ. لُهُمَا الْاِعْتِبَارُ بِالْمُسْتَأْمَنِ مِنْ أَهْلِ الْحَرْبِ فِي دَارِنَا، فَإِنَّهُ إِذَا دَخَلَ الْحَرْبِيُّ دَارِنَا بِأَمَانٍ وَبَاعَ دِرْهَمَيْنِ بِدِرْهَمٍ فَإِنَّهُ لَا يَجُوزُ فَكَذَا إِذَا دَخَلَ الْمُسْلِمُ دَارَ الْحَرْبِ وَفَعَلَ ذَلِكَ لَا يَجُوزُ بِجَمَاعٍ تَحْقِيقُ الْفَضْلُ الْخَالِي عَنِ الْعَوَضِ الْمُسْتَحَقِّ بِعَقْدِ الْبَيْعِ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ مَا رَوَى مَكْحُولٌ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ قَالَ «لَا رَبًّا بَيْنَ الْمُسْلِمِ وَالْحَرْبِيِّ فِي دَارِ الْحَرْبِ» ذَكَرَهُ مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ؛ وَلَأَنَّ مَالَ أَهْلِ الْحَرْبِ فِي دَارِهِمْ مُبَاحٌ بِالْإِبَاحَةِ الْأَصْلِيَّةِ، وَالْمُسْلِمُ الْمُسْتَأْمَنُ إِنَّمَا مُنِعَ مِنْ أَخْذِهِ لِعَقْدِ الْأَمَانِ حَتَّى لَا يَلْزَمَ الْعَدْرُ، فَإِذَا بَدَلَ الْحَرْبِيُّ مَالَهُ بِرِضَاهُ زَالَ الْمَعْنَى الَّذِي حُظِرَ لِأَجْلِهِ (قَوْلُهُ: بِخِلَافِ الْمُسْتَأْمَنِ) جَوَابٌ عَنْ قِيَاسٍ. وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ الْمُسْتَأْمَنَ مِنْهُمْ فِي دَارِنَا لَا يَحِلُّ لِأَحَدٍ أَخْذَ مَالِهِ؛ لِأَنَّهُ صَارَ مُحْظُورًا بِعَقْدِ الْأَمَانِ وَلِهَذَا لَا يَحِلُّ تَنَاوُلُهُ بَعْدَ انْقِضَاءِ الْمُدَّةِ.

بَابُ الْحَقُوقِ

(وَمَنْ اشْتَرَى مَنْزِلًا فَوْقَهُ مَنْزِلٌ فَلَيْسَ لَهُ الْأَعْلَى إِلَّا أَنْ يَشْتَرِيَهُ بِكُلِّ حَقٍّ هُوَ لَهُ أَوْ بِمَرَاهِقِهِ أَوْ بِكُلِّ قَلِيلٍ وَكَثِيرٍ هُوَ فِيهِ أَوْ مِنْهُ. وَمَنْ اشْتَرَى بَيْتًا فَوْقَهُ بَيْتٌ بِكُلِّ حَقٍّ لَمْ يَكُنْ لَهُ الْأَعْلَى، وَمَنْ اشْتَرَى دَارًا بِحُدُودِهَا فَلَهُ الْعُلُوُّ وَالْكَنِيفُ) جَمَعَ بَيْنَ الْمَنْزِلِ وَالْبَيْتِ وَالْدَّارِ، فَاسْمُ الدَّارِ يَنْتَظِمُ الْعُلُوُّ لِأَنَّهُ اسْمٌ لِمَا أُدِيرَ عَلَيْهِ الْحُدُودُ، وَالْعُلُوُّ مِنْ تَوَابِعِ الْأَصْلِ وَأَجْزَائِهِ فَيَدْخُلُ فِيهِ. وَالْبَيْتُ اسْمٌ لِمَا بَيَّنَّتْ فِيهِ، وَالْعُلُوُّ مِثْلُهُ، وَالشَّيْءُ لَا يَكُونُ تَبَعًا لِمِثْلِهِ فَلَا يَدْخُلُ فِيهِ إِلَّا بِالتَّصْيِصِ عَلَيْهِ، وَالْمَنْزِلُ بَيْنَ الدَّارِ وَالْبَيْتِ لِأَنَّهُ يَتَأْتَى فِيهِ مَرَاقِقُ السُّكْنَى مَعَ ضَرْبِ قُصُورٍ إِذَا لَا يَكُونُ فِيهِ مَنْزِلُ الدُّوَابِّ، فَلَشَبَّهَهُ بِالدَّارِ يَدْخُلُ الْعُلُوُّ فِيهِ تَبَعًا عِنْدَ ذِكْرِ التَّوَابِعِ، وَلَشَبَّهَهُ بِالْبَيْتِ لَا يَدْخُلُ فِيهِ بِدُونِهِ. وَقِيلَ فِي عُرْفِنَا يَدْخُلُ الْعُلُوُّ فِي جَمِيعِ ذَلِكَ لِأَنَّ كُلَّ مَسْكَنِ يُسَمَّى بِالْفَارِسِيَّةِ خَانَهُ وَلَا يَخْلُو عَنْ عُلُوٍّ، وَكَمَا يَدْخُلُ الْعُلُوُّ فِي اسْمِ الدَّارِ يَدْخُلُ الْكَنِيفُ لِأَنَّهُ مِنْ تَوَابِعِهِ، وَلَا تَدْخُلُ الظِّلَّةُ إِلَّا بِذِكْرِ مَا ذَكَّرْنَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ لِأَنَّهُ مَبْنِيٌّ عَلَى هَوَاءِ الطَّرِيقِ فَأَخَذَ حُكْمَهُ. وَعِنْدَهُمَا إِنْ كَانَ مِفْتَاحُهُ فِي الدَّارِ يَدْخُلُ مِنْ غَيْرِ ذِكْرِ شَيْءٍ مِمَّا ذَكَّرْنَا لِأَنَّهُ مِنْ تَوَابِعِهِ فَشَابَهُ الْكَنِيفُ.

الشرح:

(بَابُ الْحُقُوقِ) قِيلَ: كَانَ مِنْ حَقِّ مَسَائِلِ هَذَا الْبَابِ أَنْ تُذَكَّرَ فِي الْفَصْلِ الْمُتَّصِلِ بِأَوَّلِ كِتَابِ الْبَيْعِ، إِلَّا أَنَّ الْمُصَنِّفَ التَّزَمَ تَرْتِيبَ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ الْمُرْتَّبِ بِمَا هُوَ مِنْ مَسَائِلِهِ وَهُنَاكَ هَكَذَا وَقَعَ، وَكَذَا هَاهُنَا، وَلِأَنَّ الْحُقُوقَ تَوَابِعُ فَيَلِيقُ ذِكْرُهَا بَعْدَ ذِكْرِ مَسَائِلِ التَّبَوُّعِ. قَالَ (وَمَنْ اشْتَرَى مَنْزِلًا فَوْقَهُ مَنْزِلٌ) ذَكَرَ ثَلَاثَةَ أَسْمَاءٍ: الْمَنْزِلُ وَالْبَيْتُ وَالْدَّارُ، فَسَرَّهُ لِيُبينَ مَا يَتَرْتَّبُ عَلَى كُلِّ اسْمٍ مِنْهَا مِنَ الْاِحْتِيَاجِ إِلَى تَصْرِيحٍ مَا يَدُلُّ عَلَى الْمَرَافِقِ لِدُخُولِهَا وَعَدَمِهِ. قَالَ: الدَّارُ اسْمٌ لِمَا أُدِيرَ عَلَيْهِ الْحُدُودُ، وَالْبَيْتُ اسْمٌ لِمَا يُبَاتُ فِيهِ، وَالْمَنْزِلُ بَيْنَ الْبَيْتِ وَالْدَّارِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَتَأَتَّى فِيهِ مَرَافِقُ السُّكْنَى مَعَ ضَرْبِ قُصُورٍ لَعَدَمِ اشْتِمَالِهِ عَلَى مَنْزِلِ الدَّوَابِّ.

وَإِذَا عُرِفَ هَذَا فَمَنْ اشْتَرَى مَنْزِلًا فَوْقَهُ مَنْزِلٌ لَا يَدْخُلُ الْأَعْلَى فِي الْعَقْدِ إِلَّا أَنْ يَشْتَرِيَهُ، وَيُصَرِّحُ بِذِكْرِ إِحْدَى هَذِهِ الْعِبَارَاتِ الثَّلَاثِ بِأَنْ يَقُولَ: بِكُلِّ حَقٍّ هُوَ لَهُ أَوْ بِمَرَافِقِهِ، أَوْ بِكُلِّ قَلِيلٍ وَكَثِيرٍ هُوَ فِيهِ أَوْ مِنْهُ (وَمَنْ اشْتَرَى بَيْتًا فَوْقَهُ بَيْتٌ) وَذَكَرَ إِحْدَى الْعِبَارَاتِ الثَّلَاثِ (لَمْ يَدْخُلِ الْأَعْلَى. وَمَنْ اشْتَرَى دَارًا بِحُدُودِهَا) وَلَمْ يَذْكُرْ شَيْئًا مِنْ ذَلِكَ (دَخَلَ فِيهِ الْعُلُوُّ وَالْكُنُفُ) وَهَذَا؛ لِأَنَّ الدَّارَ لِمَا كَانَ اسْمًا لِمَا أُدِيرَ عَلَيْهِ الْحُدُودُ وَالْعُلُوُّ لَيْسَ بِخَارِجٍ عَنْهَا وَإِنَّمَا هُوَ مِنْ تَوَابِعِ الْأَصْلِ وَأَجْزَائِهِ دَخَلَ فِيهِ، وَالْبَيْتُ اسْمٌ لِمَا يُبَاتُ فِيهِ، وَالْعُلُوُّ مِثْلُهُ فَلَا يَدْخُلُ فِيهِ إِلَّا بِالتَّنْصِصِ بِذِكْرِهِ، وَإِلَّا لَكَانَ الشَّيْءُ تَابِعًا لِمِثْلِهِ، وَهُوَ لَا يَجُوزُ. وَلَا يُشْكِلُ بِالْمُسْتَعِيرِ، فَإِنَّ لَهُ أَنْ يُعَبَّرَ فِيْمَا لَا يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ الْمُسْتَعْمِلِ وَالْمُكَاتِبِ، فَإِنَّ لَهُ أَنْ يُكَاتَبَ؛ لِأَنَّ الْمُرَادَ بِالتَّبَعِيَّةِ هَاهُنَا أَنْ يَكُونَ الْلفْظُ الْمَوْضُوعُ لَشَيْءٍ يَتَّبِعُهُ مَا هُوَ مِثْلُهُ فِي الدُّخُولِ تَحْتَ الدَّلَالَةِ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِلَفْظٍ عَامٍّ يَتَنَاولُ الْأَفْرَادَ، إِذْ فَرَضَ الْمَسْأَلَةُ فِي مَعْلُومٍ، وَلَا مِنْ لَوَازِمِهِ، وَلَيْسَ فِي الْإِعَارَةِ وَالْكِتَابَةِ ذَلِكَ فَإِنَّ لَفْظَ الْمَعِيرِ أَعْرَثَكَ لَمْ يَتَنَاولْ عَارِيَّةَ الْمُسْتَعِيرِ أَصْلًا لَا تَبَعًا وَلَا أَصَالَةً، وَإِنَّمَا مَلَكَ الْإِعَارَةَ؛ لِأَنَّهَا تَمْلِكُ الْمَنَافِعَ.

وَمَنْ مَلَكَ شَيْئًا جَازَ أَنْ يُمْلِكَهُ لغيرِهِ، وَإِنَّمَا لَا يُمْلِكُ فِيْمَا يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ الْمُسْتَعْمِلِ حَذَرًا مِنْ وَقُوعِ التَّغْيِيرِ بِهِ، وَالْمُكَاتِبُ لِمَا أُخْتَصَّ بِمَكَاسِيهِ كَانَ أَحَقَّ بِتَصَرُّفٍ مَا يُوَصِّلُهُ إِلَى مَقْصُودِهِ وَفِي كِتَابَةِ عِنْدِهِ تَسَبُّبٌ إِلَى مَا يُوَصِّلُهُ إِلَى ذَلِكَ فَكَانَتْ جَائِزَةً.

وَأَمَّا الْمَنْزِلُ فَلَمَّا كَانَ شَبِيهَا بِكُلِّ مِنْهُمَا أَخَذَ حَظًّا مِنَ الْجَانِبَيْنِ فَلَشَبَهُهُ بِالْדَّارِ يَدْخُلُ
 الْعُلُوُّ فِيهِ تَبَعًا عِنْدَ ذِكْرِ التَّوَابِعِ، وَلَشَبَهُهُ بِالْبَيْتِ لَا يَدْخُلُ بِدُونِهِ. (وَقِيلَ فِي عُرْفِنَا يَدْخُلُ
 الْعُلُوُّ فِي جَمِيعِ ذَلِكَ) أَيُّ الدَّارِ وَالْبَيْتِ وَالْمَنْزِلِ؛ لِأَنَّ كُلَّ بَيْتٍ يُسَمَّى خَانَهُ وَلَا يَخْلُو
 عَنْ عُلُوٍّ، وَفِيهِ نَظَرٌ؛ لِأَنَّ الْخُلُوءَ وَعَدَمَهُ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَدْخَلٌ فِي الدَّلِيلِ، وَيُقَالُ مَعْنَاهُ أَنَّ
 الْبَيْتَ فِي عُرْفِنَا لَا يَخْلُو عَنْ عُلُوٍّ، وَأَنَّهُ يَدْخُلُ فِي عُرْفِنَا فَكَانَ الدَّلِيلُ الدَّالُّ مِنْ حَيْثُ
 اللَّعْنَةُ عَلَى عَدَمِ الدُّخُولِ مَثْرُوكًا بِالْعُرْفِ وَكَمَا يَدْخُلُ الْعُلُوُّ فِي اسْمِ الدَّارِ يَدْخُلُ
 الْكَنِيفُ وَهُوَ الْمُسْتَرَاخُ؛ لِأَنَّهُ مِنْ تَوَابِعِهِ، وَلَا تَدْخُلُ الظُّلَّةُ وَهُوَ السَّابَّاطُ الَّذِي يَكُونُ أَحَدُ
 طَرَفَيْهِ عَلَى الدَّارِ الْمَبِيعَةِ وَالطَّرَفُ الْآخَرُ عَلَى دَارٍ أُخْرَى أَوْ عَلَى الْأُسْطُوأَاتِ فِي السُّكَّةِ
 وَمِفْتَاحُهُ فِي الدَّارِ، كَذَا فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ لِقَاضِي خَانَ وَفِي الْمَغْرِبِ. وَقَوْلُ الْفُقَهَاءِ ظُلَّةُ
 الدَّارِ يُرِيدُونَ السُّدَّةَ الَّتِي فَوْقَ الْبَابِ إِلَّا بِذِكْرِ مَا ذَكَّرْنَا وَهُوَ قَوْلُهُ: بِكُلِّ حَقٍّ هُوَ لَهُ
 عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ؛ لِأَنَّهُ مَبْنِيٌّ عَلَى هَوَاءِ الطَّرِيقِ فَأَخَذَ حُكْمَهُ. وَعِنْدَهُمَا إِنْ كَانَ مِفْتَاحُهُ
 فِي الدَّارِ يَدْخُلُ مِنْ غَيْرِ ذِكْرِ شَيْءٍ مِمَّا ذَكَّرْنَا: يَعْنِي مِنَ الْعِبَارَاتِ الْمَذْكُورَةِ؛ لِأَنَّهُ مِنْ
 تَوَابِعِهِ فَشَابَهَ الْكَنِيفَ. وَقَوْلُهُ: إِنْ كَانَ مِفْتَاحُهُ فِي الدَّارِ يُضْعِفُ قَوْلَ قَاضِي خَانَ فِي
 تَعْرِيفِ الظُّلَّةِ؛ لِأَنَّهُ جَعَلَ الْمِفْتَاحَ فِي الدَّارِ.

قَالَ: وَمَنْ اشْتَرَى بَيْتًا فِي دَارٍ أَوْ مَنْزِلًا أَوْ مَسْكَنًا لَمْ يَكُنْ لَهُ الطَّرِيقُ إِلَّا أَنْ يَشْتَرِيَهُ
 بِكُلِّ حَقٍّ هُوَ لَهُ أَوْ بِمَرَافِقِهِ أَوْ بِكُلِّ قَلِيلٍ وَكَثِيرٍ، (وَكَذَا الشَّرْبُ وَالْمَسِيلُ) لِأَنَّهُ خَارِجُ
 الْحُدُودِ إِلَّا أَنَّهُ مِنَ التَّوَابِعِ فَيَدْخُلُ بِذِكْرِ التَّوَابِعِ، بِخِلَافِ الْإِجَارَةِ لِأَنَّهُا تُعَقَّدُ لِلانْتِفَاعِ
 فَلَا يَتَحَقَّقُ إِلَّا بِهِ، إِذَا الْمُسْتَأْجِرُ لَا يَشْتَرِي الطَّرِيقَ عَادَةً وَلَا يَسْتَأْجِرُهُ فَيَدْخُلُ تَحْصِيلًا
 لِلْمَنَافَةِ الْمَطْلُوبَةِ مِنْهُ، أَمَّا الْانْتِفَاعُ بِالْمَبِيعِ مُمَكِّنٌ بِدُونِهِ لِأَنَّ الْمُسْتَرِي عَادَةً يَشْتَرِيهِ، وَقَدْ
 يَتَجَرُّ فِيهِ فَيَبِيعُهُ مِنْ غَيْرِهِ فَحَصَلَتِ الْمَنَافَةُ، وَاللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ اشْتَرَى بَيْتًا فِي دَارٍ أَوْ مَنْزِلًا أَوْ مَسْكَنًا لَمْ يَكُنْ لَهُ الطَّرِيقُ) إِلَّا أَنْ
 يَذْكُرَ إِحْدَى الْعِبَارَاتِ الثَّلَاثِ (وَكَذَا الشَّرْبُ وَالْمَسِيلُ)؛ لِأَنَّهُ خَارِجُ الْحُدُودِ لِكُنْهِ مِنَ
 التَّوَابِعِ فَلَمْ يَدْخُلْ فِيهِ نَظَرًا إِلَى الْأَوَّلِ، وَدَخَلَ بِذِكْرِ التَّوَابِعِ: أَيُّ بِقَوْلِهِ كُلُّ حَقٍّ نَظَرًا إِلَى
 الثَّانِي (بِخِلَافِ الْإِجَارَةِ) فَإِنَّ الطَّرِيقَ تُدْخِلُ اسْتِجَارَ الدُّورِ وَالْمَسِيلِ وَالشَّرْبِ فِي

اسْتَجَارِ الْأَرْضِي وَإِنْ لَمْ تُذَكِّرْ الْحُقُوقَ وَالْمَرَافِقَ؛ لِأَنَّ الْإِجَارَةَ تُنْعَقِدُ لِتَمْلِكِ الْمَنَافِعَ، وَلِهَذَا لَا تُصَحُّ فِيمَا لَا يُنْتَفَعُ بِهِ فِي الْحَالِ كَالْأَرْضِ السَّيْحَةِ وَالْمُهْرِ الصَّغِيرِ، وَبِالْإِنْتِفَاعِ بِالْذَّارِ بِذَوْنِ الطَّرِيقِ وَبِالْأَرْضِ بِذَوْنِ الشَّرْبِ وَالْمَسِيلِ لَا يَتَحَقَّقُ إِذِ الْمُسْتَأْجِرُ لَا يَشْتَرِي الطَّرِيقَ عَادَةً وَلَا يَسْتَأْجِرُهُ فَلَا بُدَّ مِنَ الدُّخُولِ تَحْصِيلًا لِلْفَائِدَةِ الْمَطْلُوبَةِ مِنْهُ.

وَأَمَّا الْبَيْعُ فَلِتَمْلِكِ الْعَيْنَ لَا الْمَنْفَعَةَ، وَلِهَذَا يَجُوزُ بَيْعُ مَا لَا يُنْتَفَعُ بِهِ فِي الْحَالِ كَالْأَرْضِ السَّيْحَةِ وَالْمُهْرِ، وَالْإِنْتِفَاعُ بِالْمَبِيعِ مُمَكِّنٌ بِذَوْنِهِ؛ لِأَنَّ الْمُسْتَرِي يَشْتَرِي الطَّرِيقَ وَالشَّرْبَ وَالْمَسِيلَ عَادَةً، وَوَحْدَ الضَّمِيرِ لِكُلِّ وَاحِدٍ أَوْ بِتَأْوِيلِ الْمَذْكُورِ، وَقَدْ يَسْتَأْجِرُهَا أَيْضًا، وَقَدْ تَكُونُ مَقْصُودَةً لِتَجَارَةِ قَبِيلِهِ مِنْ غَيْرِهِ فَحَصَلَتِ الْفَائِدَةُ الْمَطْلُوبَةُ.

بَابُ الْأَسْتِحْقَاقِ

(وَمَنْ اشْتَرَى جَارِيَةً فَوَلَدَتْ عِنْدَهُ فَاسْتَحَقَّهَا رَجُلٌ بَيِّنَةٌ فَإِنَّهُ يَأْخُذُهَا وَوَلَدَهَا، وَإِنْ أَقَرَّ بِهَا لِرَجُلٍ لَمْ يَتَّبِعْهَا وَلَدَهَا) وَوَجْهُ الْفَرْقِ أَنَّ الْبَيِّنَةَ حُجَّةٌ مُطْلَقَةٌ فَإِنَّهَا كَأَسْمِهَا مُبَيِّنَةٌ فَيُظْهِرُ بِهَا مِلْكُهُ مِنَ الْأَصْلِ وَالْوَلَدُ كَانَ مُتَّصِلًا بِهَا فَيَكُونُ لَهُ، أَمَّا الْإِقْرَارُ حُجَّةٌ قَاصِرَةٌ يَثْبُتُ الْمِلْكُ فِي الْمَخْبَرِ بِهِ ضَرُورَةً صِحَّةَ الْإِخْبَارِ، وَقَدْ ائْتَتْ بِإِثْبَاتِهِ بَعْدَ الْإِنْفِصَالِ فَلَا يَكُونُ الْوَلَدُ لَهُ. ثُمَّ قِيلَ: يَدْخُلُ الْوَلَدُ فِي الْقَضَاءِ بِالْأُمِّ تَبَعًا، وَقِيلَ يُشْتَرِطُ الْقَضَاءُ بِالْوَلَدِ وَإِلَيْهِ تُشِيرُ الْمَسَائِلُ، فَإِنَّ الْقَاضِيَ إِذَا لَمْ يَعْلَمْ بِالزَّوَائِدِ. قَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَا تَدْخُلُ الزَّوَائِدُ فِي الْحُكْمِ، فَكَذَا الْوَلَدُ إِذَا كَانَ فِي يَدِ غَيْرِهِ لَا يَدْخُلُ تَحْتَ الْحُكْمِ بِالْأُمِّ تَبَعًا.

الشرح:

(بَابُ الْأَسْتِحْقَاقِ): ذَكَرَ هَذَا الْبَابَ عَقِيبَ بَابِ الْحُقُوقِ لِلْمُنَاسَبَةِ الَّتِي يَنْبَغُهَا لَفْظًا وَمَعْنَى. قَالَ (وَمَنْ اشْتَرَى جَارِيَةً فَوَلَدَتْ عِنْدَهُ) لَا بِاسْتِيلَادِهِ (فَاسْتَحَقَّهَا رَجُلٌ بَيِّنَةٌ فَإِنَّهُ يَأْخُذُهَا وَوَلَدَهَا) وَإِنْ أَقَرَّ الْمُسْتَرِي بِهَا لِرَجُلٍ لَمْ يَتَّبِعْهَا وَلَدَهَا. وَوَجْهُ الْفَرْقِ مَا ذَكَرَهُ أَنَّ الْبَيِّنَةَ حُجَّةٌ مُطْلَقَةٌ فِي حَقِّ النَّاسِ كَافَّةً، وَلِهَذَا إِذَا أَقَامَهَا وَلَمْ يَجْزِ الْبَيْعُ يَرْجِعُ الْمُسْتَرِي بِالْثَمَنِ عَلَى الْبَائِعِ وَتَرُدُّ جَمِيعُ الْبَاعَةِ بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضٍ فَيُظْهِرُ بِهَا مِلْكُهُ مِنَ الْأَصْلِ وَالْوَلَدُ كَانَ مُتَّصِلًا بِهَا وَيَتَفَرَّغُ عَنْهَا وَهِيَ مَمْلُوكَةٌ فَيَكُونُ لَهُ. وَأَمَّا الْإِقْرَارُ فَحُجَّةٌ قَاصِرَةٌ لَا بُدَّ مِنَ الْوَلَايَةِ عَلَى الْغَيْرِ يَثْبُتُ الْمِلْكُ فِي الْمَخْبَرِ بِهِ ضَرُورَةً صِحَّةَ

الإخبار؛ لأن الإقرار إخبار والإخبار لا بُدَّ له من مخبر به، والثابت بالضرورة يتقدَّر بقدر الضرورة وهي تندفع بإثباته بعد الانفصال فيقتصر على الحال فلا يظهر ملك المستحق من الأصل، ولهذا لا يرجع المشتري على البائع بالثمن ولا الباعة بعضهم على بعض فلا يكون الولد له؛ يعني إذا لم يدع المقر له الولد، أمّا إذا ادعى الولد كان له؛ لأن الظاهر أنّه له، كذا في النهاية نقلاً عن التمرتاشي. ثم إذا قضي بالأم للمستحق بالبيّنة هل يدخل الولد في القضاء بالأم تبعاً أم لا؟ قيل يدخل لتبعية لها، وقيل يشترط القضاء بالولد على حدة؛ لأنّه يوم القضاء منفصل عن الأم فكان مستبداً فلا بُدَّ من الحكم به، قيل وهو الأصح؛ لأن المسائل تُشير إلى ذلك. قال محمد رحمه الله: إذا قضى القاضي بالأصل ولم يعرف الزوائد لم تدخل الزوائد تحت الحكم وكذا الولد إذا كان في يد رجل غائب فالقضاء بالأم لا يكون قضاء بالولد.

قال (ومن اشترى عبداً فإذا هو حرٌ وقد قال العبد للمشتري اشترني فإنني عبد له)، فإن كان البائع حاضراً أو غائباً غيبته معروفة لم يكن على العبد شيء، وإن كان البائع لا يدرى أين هو رجع المشتري على العبد ورجع هو على البائع

الشرح:

قال (ومن اشترى عبداً فإذا هو حرٌ إلخ) رجلٌ قال لآخر اشترني فإنني عبد فاشتراه فإذا هو حرٌ فلا يخلو إما أن يكون البائع حاضراً أو غائباً غيبته معروفة (وإما أن يكون غائباً غيبته منقطعة لا يدرى أين هو) فإن كان الأول فليس له على العبد شيء، وإن كان الثاني رجع المشتري على العبد والعبد على البائع، وإن لم يقل إنني عبد ليس على العبد شيء في قولهم.

وإن ارتهن عبداً مقرباً بالعبودية فوجده حراً لم يرجع عليه على كل حال. وعن أبي يوسف رحمه الله أنّه لا يرجع فيهما لأن الرجوع بالمعوضة أو بالكفالة والموجود ليس إلا الإخبار كاذباً فصار كما إذا قال الأجنبي ذلك أو قال العبد ارتهني فإنني عبد وهي المسألة الثانية. ولهما أن المشتري شرع في الشراء معتمداً على ما أمره وإقراره أنّي عبد، إذ القول له في الحرية فيجعل العبد بالأمر بالشراء ضامناً للثمن له عند تعذر رجوعه على البائع دفعا للغرور والضرر، ولا تعذر إلا فيما لا يعرف مكانه، والبيع عقد

مُعَاوَضَةٍ فَأَمَكَنَ أَنْ يُجْعَلَ الْأَمْرُ بِهِ ضَامِنًا لِلسَّلَامَةِ كَمَا هُوَ مُوجِبُهُ، بِخِلَافِ الرُّهْنِ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمُعَاوَضَةٍ بَلْ هُوَ وَثِيقَةٌ لَا سِتِفَاءَ عَيْنِ حَقِّهِ حَتَّى يَجُوزَ الرُّهْنُ بِبَدَلِ الصَّرْفِ وَالْمُسْلَمِ فِيهِ مَعَ حُرْمَةِ الِاسْتِبدَالِ فَلَا يُجْعَلُ الْأَمْرُ بِهِ ضَامِنًا لِلسَّلَامَةِ، وَبِخِلَافِ الْأَجْنَبِيِّ لِأَنَّهُ لَا يُعْبَأُ بِقَوْلِهِ فَلَا يَتَحَقَّقُ الْغُرُورُ. وَتَطْيِيرُ مَسْأَلَتِنَا قَوْلُ الْمَوْلَى بِأَيْعُوا عَبْدِي هَذَا فَإِنِّي قَدْ أَذِنْتُ لَهُ ثُمَّ ظَهَرَ الِاسْتِحْقَاقُ فَإِنَّهُمْ يَرْجِعُونَ عَلَيْهِ بِقِيَمَتِهِ، ثُمَّ فِي وَضْعِ الْمَسْأَلَةِ ضَرْبُ إِشْكَالٍ عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ لِأَنَّ الدَّعْوَى شَرْطٌ فِي حُرِّيَةِ الْعَبْدِ عِنْدَهُ، وَالتَّنَاقُضُ يُفْسِدُ الدَّعْوَى. وَقِيلَ إِذَا كَانَ الْوَضْعُ فِي حُرِّيَةِ الْأَصْلِ فَالدَّعْوَى فِيهَا لَيْسَ بِشَرْطٍ عِنْدَهُ لِتَضَمُّنِهِ تَحْرِيمَ فَرْجِ الْأُمِّ. وَقِيلَ هُوَ شَرْطٌ لَكِنْ التَّنَاقُضُ غَيْرُ مَانِعٍ لَخَفَاءِ الْعُلُوقِ وَإِنْ كَانَ الْوَضْعُ فِي الْإِعْتَاقِ فَالتَّنَاقُضُ لَا يَمْنَعُ لِاسْتِبدَادِ الْمَوْلَى بِهِ فَصَارَ كَالْمُخْتَلَعَةِ تُقِيمُ الْبَيِّنَةُ عَلَى الطَّلَاقِ الثَّلَاثِ قَبْلَ الْخُلْعِ وَالْمَكَاتِبِ يُقِيمُهَا عَلَى الْإِعْتَاقِ قَبْلَ الْكِتَابَةِ.

الشرح:

وَإِنْ قَالَ ارْتَهَنِي فَإِنِّي عَبْدٌ فَوَجَدَهُ حُرًّا لَمْ يَرْجِعِ الْمُرْتَهِنُ عَلَى الْعَبْدِ بِحَالٍ: أَيْ سِوَاءَ كَانَ الرَّاهِنُ حَاضِرًا أَوْ غَائِبًا أَيْ غَيْبَةً كَانَتْ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ لَا يَرْجِعُ عَلَى الْعَبْدِ فِي الْبَيْعِ وَالرُّهْنِ؛ لِأَنَّ الرَّجُوعَ فِي هَذَا الْعَقْدِ إِمَّا أَنْ يَكُونَ بِالْمُعَاوَضَةِ أَوْ بِالْكَفَالَةِ وَلَيْسَ شَيْءٌ مِنْهُمَا بِمَوْجُودٍ، وَإِنَّمَا الْمَوْجُودُ هُوَ الْإِخْبَارُ كَاذِبًا فَصَارَ كَمَا إِذَا قَالَ الْأَجْنَبِيُّ ذَلِكَ أَوْ قَالَ ارْتَهَنِي فَإِنِّي عَبْدٌ وَهِيَ الْمَسْأَلَةُ الثَّانِيَةُ. وَلَهُمَا أَنْ الْمُشْتَرِيَ اعْتَمَدَ فِي شَرَايِهِ عَلَى أَمْرِهِ بِقَوْلِهِ اشْتَرَيْتَنِي وَإِقْرَارِهِ بِالْعُبُودِيَّةِ بِقَوْلِهِ فَإِنِّي عَبْدٌ إِذِ الْقَوْلُ قَوْلُهُ: فِي الْحُرِّيَةِ، فَحِينَ أَقْرَأَ بِالْعُبُودِيَّةِ غَلَبَ ظَنُّ الْمُشْتَرِيَ بِذَلِكَ وَالْمُعْتَمِدُ عَلَى الشَّيْءِ بِأَمْرِ الْغَيْرِ وَإِقْرَارِهِ مَغْرُورٌ مِنْ جِهَتِهِ وَالْغُرُورُ فِي الْمُعَاوَضَاتِ الَّتِي تَقْتَضِي سَلَامَةَ الْعَوْضِ يُجْعَلُ سَبَبًا لِلضَّمَانِ دَفْعًا لِلْغُرُورِ بِقَدْرِ الْإِمْكَانِ كَمَا فِي الْمَوْلَى إِذَا قَالَ لِأَهْلِ السُّوقِ هَذَا عَبْدِي وَقَدْ أَذِنْتُ لَهُ فِي التَّجَارَةِ فَبَايَعُوهُ فَبَايَعُوهُ وَلِحَقَّتْهُ دُيُونٌ ثُمَّ ظَهَرَ أَنَّهُ حُرٌّ فَإِنَّهُمْ يَرْجِعُونَ عَلَى الْمَوْلَى بِدُيُونِهِمْ بِقَدْرِ قِيَمَتِهِ بِحُكْمِ الْغُرُورِ، وَهَذَا غُرُورٌ وَقَعَ فِي عَقْدِ الْمُعَاوَضَةِ، وَالْعَبْدُ بَظُهُورِ حُرِّيَّتِهِ أَهْلٌ لِلضَّمَانِ فَيُجْعَلُ ضَامِنًا لِلثَّمَنِ عِنْدَ تَعَذُّرِ رُجُوعِهِ عَلَى الْبَائِعِ دَفْعًا لِلزَّرَرِ وَلَا تَعَذُّرٌ إِلَّا فِيمَا لَا يُعْرَفُ مَكَانُهُ.

(قوله: والبيع عقد معاوضة) إنما صرح به مع كونه معلوماً من قوله إن المشتري شرع في الشراء تمهيداً للجواب عن الرهن واهتماماً ببيان اختصاص موجبة الغرور للضمان بالمعاوضات ولهذا قالوا: إن الرجل إذا سأل غيره عن أمن الطريق فقال أسلك هذا الطريق فإنه آمن فسلكه فإذا فيه لصوص سلبوا أمواله لم يضمن المخبر شيئاً لما أنه غرور فيما ليس بمعاوضة، وكذلك لو قال: كل هذا الطعام فإنه غير مسموم فأكل فمات فظهر بخلافه لكونه تغريراً في غير المعاوضة، وإذا عرف هذا ظهر الفرق بين البيع والرهن فإنه ليس بمعاوضة بل هو وثيقة لاستيفاء عين حقه ولهذا جاز الرهن ببدي الصرف والمسلم فيه. وإذا هلك يقع فيه الاستيفاء، ولو كان معاوضة لكان استبدالاً برأس مال السلم أو بالمسلم فيه وهو حرام، وإذا لم يكن معاوضة لم يجعل الأمر به ضماناً للسلامة، وبخلاف الأجنبي فإنه لا معتبر بقوله فلا يتحقق الغرور.

ثم في وضع المسألة ضرب إشكال على قول أبي حنيفة رحمه الله وهو أن الدعوى شرط في حرية العبد عنده والتناقص يفسد الدعوى، والعبد بعدما قال اشتريني فأني عبد إما أن يدعي الحرية أو لا، والأول تناقض والثاني ينتفي به شرط الحرية. والجواب أن قول محمد فإذا العبد حر يحتمل حرية الأصل والحرية بعقار غارض، فإن أراد الأول فله وجهان: أحدهما ما قاله عامة المشايخ إن الدعوى ليست بشرط فيها عنده لتضمنه تحرير فرج الأم؛ لأن الشهود في شهادتهم محتاجون إلى تعيين الأم وفي ذلك تحریمها وتحریم أخواتها وبناتها، فإنه إذا كان حر الأصل كان فرج الأم على مولاه حراماً وحرمة الفرج من حقوق الله تعالى، والدعوى ليست بشرط كما في عتي الأمة، وإذا لم تكن الدعوى شرطاً لم يكن التناقض مانعاً.

والثاني ما قاله بعض المشايخ: إن الدعوى وإن كانت شرطاً في حرية الأصل أيضاً عنده لكن يقدّر في التناقص لحفاء حال العلوق، وكل ما كان مبناه على الحفاء فالتناقص فيه معفو كما نذكر، وإن أراد الثاني فله الوجه الثاني وهو أن يقال التناقص لا يمنع صحة الدعوى في العتي لبنائه على الحفاء إذ المولى يستند به، فربما لا يعلم العبد إعتاقه ثم يعلم بعد ذلك كالمختلعة تُقيم البينة على الطلقات الثلاث قبل الخلع

فَإِنَّهَا تُقْبَلُ مِنْهَا؛ لِأَنَّ الزَّوْجَ يَنْفَرِدُ بِالطَّلَاقِ فَرُبَّمَا لَمْ تَكُنْ عَالِمَةً عِنْدَ الْخُلْعِ ثُمَّ عَلِمَتْ.
وَأَمَّا قِيْدُ الثَّلَاثِ؛ لِأَنَّهُ فِيمَا دُونَهُ أَمْكَنُ أَنْ يُقِيمَ الزَّوْجُ بَيِّنَةً أَنَّهُ قَدْ تَزَوَّجَهَا بَعْدَ الطَّلَاقِ
الَّذِي أَثْبَتَتْهُ الْمَرْأَةُ بَيِّنَتِهَا قَبْلَ يَوْمٍ أَوْ يَوْمَيْنِ، وَأَمَّا فِي الثَّلَاثِ فَلَا يُمَكِّنُ ذَلِكَ، وَكَذَا
الْمَكَاتِبُ يُقِيمُهَا عَلَى الْإِعْتِقَاقِ قَبْلَ الْكِتَابَةِ. ثُمَّ الْمَرْأَةُ وَالْمَكَاتِبُ يَسْتَرِدَّانِ بَدَلَ الْخُلْعِ
وَالْكِتَابَةِ بَعْدَ إِقَامَةِ الْبَيِّنَةِ عَلَى مَا أَدْعِيَاهُ.

قَالَ (وَمَنْ ادَّعَى حَقًّا فِي دَارٍ مَعْنَاهُ حَقًّا مَجْهُولًا) فَصَالِحُهُ الَّذِي فِي يَدِهِ عَلَى مِائَةِ
دِرْهَمٍ فَاسْتَحَقَّتْ الدَّارُ إِلَّا ذِرَاعًا مِنْهَا لَمْ يَرْجِعْ بِشَيْءٍ) لِأَنَّ لِلْمُدَّعِي أَنْ يَقُولَ دَعَوَايَ فِي
هَذَا الْبَاقِي. قَالَ (وَأِنْ ادَّعَاهَا كُلَّهَا فَصَالِحُهُ عَلَى مِائَةِ دِرْهَمٍ فَاسْتَحَقَّ مِنْهَا شَيْءٌ رَجَعَ
بِحِسَابِهِ) لِأَنَّ التَّوْفِيقَ غَيْرُ مُمَكِّنٍ فَوَجَبَ الرُّجُوعُ بِبَدَلِهِ عِنْدَ قَوَاتِ سَلَامَةِ الْمُبْدَلِ، وَدَلَّتِ
الْمَسْأَلَةُ عَلَى أَنَّ الصُّلْحَ عَنِ الْمَجْهُولِ عَلَى مَعْلُومٍ جَائِزٍ لِأَنَّ الْجَهَالََةَ فِيمَا يَسْقُطُ لَا تُفْضِي
إِلَى الْمُنَازَعَةِ. وَاللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ بِالصُّوَابِ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ ادَّعَى حَقًّا فِي دَارٍ) مَنْ ادَّعَى حَقًّا مَجْهُولًا فِي دَارٍ يَبْدُ رَجُلٍ فَصَالِحُهُ
الَّذِي فِي يَدِهِ عَلَى مِائَةِ دِرْهَمٍ فَاسْتَحَقَّتْ الدَّارُ إِلَّا ذِرَاعًا مِنْهَا لَمْ يَرْجِعْ بِشَيْءٍ؛ لِأَنَّ
لِلْمُدَّعِي أَنْ يَقُولَ دَعَوَايَ فِي هَذَا الْبَاقِي، وَإِنْ ادَّعَى كُلَّهَا فَصَالِحُهُ عَلَى مِائَةِ دِرْهَمٍ فَاسْتَحَقَّ
مِنْهَا شَيْءٌ رَجَعَ بِحِسَابِهِ، إِذِ التَّوْفِيقُ غَيْرُ مُمَكِّنٍ، وَالْمِائَةُ كَانَتْ بَدَلًا عَنْ كُلِّ الدَّارِ وَلَمْ
تُسَلِّمْ فَتَقْسَمُ الْمِائَةُ؛ لِأَنَّ الْبَدَلَ يُقَسَّمُ عَلَى أَجْزَاءِ الْمُبْدَلِ (وَدَلَّتِ الْمَسْأَلَةُ عَلَى أَنَّ الصُّلْحَ
عَنِ الْمَجْهُولِ عَلَى الْمَعْلُومِ جَائِزٌ؛ لِأَنَّ الْجَهَالََةَ فِيمَا يَسْقُطُ لَا تُفْضِي إِلَى الْمُنَازَعَةِ) قَالُوا:
وَدَلَّتْ أَيْضًا عَلَى أَنَّ صِحَّةَ الدَّعْوَى لَيْسَتْ بِشَرْطٍ لَصِحَّةِ الصُّلْحِ؛ لِأَنَّ دَعْوَى الْحَقِّ فِي
الدَّارِ لَا تَصِحُّ لِلْجَهَالََةِ، وَلِهَذَا لَا تُقْبَلُ الْبَيِّنَةُ عَلَى ذَلِكَ إِلَّا إِذَا ادَّعَى إِفْرَارَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ
بِذَلِكَ فَحَيْثُ تَصَحُّ وَتُقْبَلُ الْبَيِّنَةُ.

فصل في بيع الفضولي

قَالَ (وَمَنْ بَاعَ مِلْكَ غَيْرِهِ بِغَيْرِ أَمْرِهِ فَاِلْمَالِكُ بِالْخِيَارِ، إِنْ شَاءَ أَجَازَ الْبَيْعُ؛ وَإِنْ شَاءَ
فَسَخَ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَا يَنْعَقِدُ لِأَنَّهُ لَمْ يَصْدُرْ عَنِ وِلَايَةِ شَرْعِيَّةٍ لِأَنَّهَا بِالْمَلِكِ أَوْ
بِإِذْنِ الْمَالِكِ وَقَدْ فُقِدَا، وَلَا انْعِقَادَ إِلَّا بِالْقُدْرَةِ الشَّرْعِيَّةِ. وَلَنَا أَنَّهُ تَصَرَّفَ تَمْلِيكًا وَقَدْ صَدَرَ

مِنْ أَهْلِهِ فِي مَحَلِّهِ فَوَجَبَ الْقَوْلُ بِإِنْعِقَادِهِ، إِذْ لَا ضَرَرَ فِيهِ لِلْمَالِكِ مَعَ تَخْيِيرِهِ، بَلْ فِيهِ نَفْعُهُ حَيْثُ يَكْفِي مُؤَنَّتُهُ طَلِبَ الْمُشْتَرِي وَقَرَارُ الثَّمَنِ وَغَيْرِهِ، وَفِيهِ نَفْعُ الْعَاقِدِ لَصَوْنِ كَلَامِهِ عَنِ الْإِلْغَاءِ، وَفِيهِ نَفْعُ الْمُشْتَرِي فَتَبَّتْ لِلْقُدْرَةِ الشَّرْعِيَّةِ تَحْصِيلًا لِهَذِهِ الْوُجُوهِ، كَيْفَ وَإِنَّ الْإِذْنَ ثَابِتٌ دَلَالَةً لِأَنَّ الْعَاقِلَ يَأْذُنُ فِي التَّصَرُّفِ النَّافِعِ، قَالَ (وَلَهُ الْإِجَازَةُ إِذَا كَانَ الْمَعْقُودُ عَلَيْهِ بَاقِيًا وَالْمُتَعَاقِدَانِ بِحَالِهِمَا) لِأَنَّ الْإِجَازَةَ تَصَرَّفَتْ فِي الْعَقْدِ فَلَا بُدَّ مِنْ قِيَامِهِ وَذَلِكَ بِقِيَامِ الْعَاقِدَيْنِ وَالْمَعْقُودِ عَلَيْهِ.

الشرح:

مُنَاسَبَةٌ هَذَا الْفَصْلَ لِبَابِ الْاسْتِحْقَاقِ ظَاهِرَةٌ؛ لِأَنَّ بَيْعَ الْفُضُولِيِّ صُورَةٌ مِنْ صُورِ الْاسْتِحْقَاقِ؛ لِأَنَّ الْمُسْتَحَقَّ إِنَّمَا يَسْتَحِقُّ وَيَقُولُ عِنْدَ الدَّعْوَى هَذَا مِلْكِي وَمَنْ بَاعَكَ فَإِنَّمَا بَاعَكَ بِغَيْرِ إِذْنِي فَهُوَ عَيْنُ بَيْعِ الْفُضُولِيِّ. وَالْفُضُولِيُّ بِضَمِّ الْفَاءِ لَا غَيْرُ، وَالْفُضْلُ الزِّيَادَةُ، وَقَدْ غَلَبَ جَمْعُهُ عَلَى مَا لَا خَيْرَ فِيهِ، وَقِيلَ لِمَنْ يَشْتَغِلُ بِمَا لَا يَعْنِيهِ فُضُولِيٌّ، وَهُوَ فِي اصْطِلَاحِ الْفُقَهَاءِ مَنْ لَيْسَ بِوَكِيلٍ، وَفَتَحَ الْفَاءُ خَطَأً.

قَالَ (وَمَنْ بَاعَ مِلْكًا غَيْرَهُ بِغَيْرِ أَمْرِهِ فَالْمَالِكُ بِالْخِيَارِ إلخ) وَمَنْ بَاعَ مِلْكًا غَيْرَهُ بِغَيْرِ إِذْنِهِ فَالْمَالِكُ بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ أَجَازَ الْبَيْعَ وَإِنْ شَاءَ فَسَخَّ، وَهُوَ مَذْهَبُ مَالِكٍ وَأَحْمَدَ فِي رِوَايَةٍ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ فِي الْجَدِيدِ وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ أَحْمَدَ: لَمْ يَنْعَقِدْ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَصْدُرْ عَنْ وِلَايَةٍ شَرْعِيَّةٍ؛ لِأَنَّهَا بِالْمِلْكِ أَوْ بِإِذْنِ الْمَالِكِ وَقَدْ قُفِدَا، وَمَا لَمْ يَصْدُرْ عَنْ وِلَايَةٍ شَرْعِيَّةٍ لَا يَنْعَقِدْ؛ لِأَنَّ الْإِنْعِقَادَ لَا يَكُونُ إِلَّا بِالْوِلَايَةِ الشَّرْعِيَّةِ.

وَلَنَا أَنَّهُ تَصَرَّفُ تَمْلِكٍ، وَقَدْ صَدَرَ مِنْ أَهْلِهِ وَوَقَعَ فِي مَحَلِّهِ فَوَجَبَ الْقَوْلُ بِإِنْعِقَادِهِ، أَمَّا أَنَّهُ تَصَرَّفُ تَمْلِكٍ مِنْ قِبَلِ إِضَافَةِ الْعَامِّ إِلَى الْخَاصِّ كَعِلْمِ الْفَقْهِ فَلَا نِزَاعَ فِي ذَلِكَ، وَإِنَّمَا قَالَ تَصَرَّفُ تَمْلِكٍ وَلَمْ يَقُلْ تَمْلِكٍ؛ لِأَنَّ التَّمْلِكَ مِنْ غَيْرِ الْمَالِكِ لَا يُتَصَوَّرُ. فَإِنْ قِيلَ: تَصَرَّفُ التَّمْلِكِ شَرِعٌ لِأَجْلِ التَّمْلِكِ فَإِنَّ الْمُرَادَ بِالْأَسْبَابِ الشَّرْعِيَّةِ أَحْكَامُهَا، فَإِذَا لَمْ يُفَدْ التَّصَرَّفُ التَّمْلِكِ كَانَ لَعْوًا.

فَالْجَوَابُ أَنَّ الْحُكْمَ يَثْبُتُ بِقَدْرِ دَلِيلِهِ، وَهَذَا التَّصَرُّفُ لَمَّا كَانَ مَوْقُوفًا لَمَّا نَذَرُ أَفَادَ حُكْمًا مَوْقُوفًا كَمَا أَنَّ السَّبَبَ الْبَاتَ أَفَادَ حُكْمًا بَاطِلًا أَوْ أَنَّ السَّبَبَ إِنَّمَا يَكُونُ لَعْوًا إِذَا خَلَا عَنِ الْحُكْمِ، فَأَمَّا إِذَا تَأَخَّرَ فَلَا كَمَا فِي الْبَيْعِ بِشَرَطِ الْخِيَارِ، وَأَمَّا صُدُورُهُ مِنْ

الْأَهْلُ فَلَأَنَّ أَهْلِيَّةَ التَّصَرُّفِ بِالْعَقْلِ وَالْبُلُوغِ، وَأَمَّا الْمَحَلُّ فَإِنَّ مَحَلَّ الْبَيْعِ هُوَ الْمَالُ الْمَتَقَوِّمُ، وَبِإِعْدَامِ الْمَالِكِ لِلْعَاقِدِ فِي الْمَحَلِّ لَا تَنْعَدُ الْمَالِيَّةُ وَالتَّقَوُّمُ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ إِذَا بَاعَهُ بِإِذْنِ الْمَالِكِ جَازَ، وَالْإِذْنَ لَا يَجْعَلُ غَيْرَ الْمَحَلِّ مَحَلًّا. وَأَمَّا وَجُوبُ الْقَوْلِ بِإِعْقَادِهِ فَلَأَنَّ الْحُكْمَ عِنْدَ تَحَقُّقِ الْمُقْتَضِي لَا يَمْتَنِعُ إِلَّا لِمَانِعٍ وَالْمَانِعُ مُتَنَفٍّ؛ لَأَنَّ الْمَانِعَ هُوَ الضَّرَرُ وَلَا ضَرَرَ فِي ذَلِكَ لِأَحَدٍ مِنَ الْمَالِكِ وَالْعَاقِدَيْنِ، أَمَّا الْمَالِكُ فَلَأَنَّهُ مُخَيَّرٌ بَيْنَ الْإِجَازَةِ وَالْفَسْخِ، وَلَهُ فِيهِ مَنَفْعَةٌ حَيْثُ يَكْفِي مُؤَنَةُ طَلَبِ الْمُشْتَرِي وَقَرَارِ الثَّمَنِ، وَأَمَّا الْفُضُولِيُّ فَلَأَنَّ فِيهِ صَوْنَ كَلَامِهِ عَنِ الْإِلْغَاءِ، وَأَمَّا الْمُشْتَرِي فَظَاهِرٌ فَنَبَتَتِ الْقُدْرَةُ الشَّرْعِيَّةُ تَحْصِيلًا لِهَذِهِ الْمَنَافِعِ. فَإِنْ قِيلَ: الْقُدْرَةُ بِالْمَالِكِ أَوْ بِالْإِذْنِ وَلَمْ يُوجَدَا. أَجَابَ عَنْ ذَلِكَ مُنْكَرًا بِقَوْلِهِ كَيْفَ وَأَنَّ الْإِذْنَ نَابَتْ دَلَالَةً؛ لَأَنَّ الْعَاقِلَ يَأْذَنُ فِي التَّصَرُّفِ النَّافِعِ.

فَإِنْ قِيلَ: سَلَمْنَا وَجُودَ الْمُقْتَضِي لَكِنَّ الْمَانِعَ لَيْسَ بِمُنْحَصِرٍ فِي الضَّرَرِ بَلْ عَدَمُ الْمَالِكِ مَانِعٌ شَرْعًا لِقَوْلِهِ ﷺ لِحَكِيمِ بْنِ حَزَامٍ «لَا تَبِعْ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ» وَكَذَلِكَ الْعَجْزُ عَنِ التَّسْلِيمِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّ بَيْعَ الْآبِقِ وَالطَّيْرِ فِي الْهَوَاءِ لَا يَجُوزُ مَعَ وَجُودِ الْمَالِكِ فِيهِمَا؟ فَالْجَوَابُ أَنَّ قَوْلَهُ لَا تَبِعْ نَهَى عَنِ الْبَيْعِ الْمُطْلَقِ، وَالْمُطْلَقُ يَنْصَرِفُ إِلَى الْكَامِلِ، وَالْكَامِلُ هُوَ الْبَيْعُ الْبَاتُ فَلَا اتِّصَالَ لَهُ بِمَوْضِعِ التَّرَاعٍ، وَالْقُدْرَةُ عَلَى التَّسْلِيمِ بَعْدَ الْإِجَازَةِ نَابِتَةٌ.

وَالدَّلِيلُ عَلَى ذَلِكَ مَا رَوَى الْكَرْخِيُّ فِي أَوَّلِ كِتَابِ الْوَكَالَةِ قَالَ: حَدَّثَنَا إِبْرَاهِيمُ قَالَ: حَدَّثَنَا مُحَمَّدُ بْنُ مَيْمُونٍ الْحَيَّاطُ قَالَ: حَدَّثَنَا سُفْيَانُ عَنْ شَيْبِ بْنِ غَرْقَدَةَ. قَالَ: أَخْبَرَنَا الْحَسَنُ «عَنْ عُرْوَةَ الْبَارِقِيِّ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَعْطَاهُ دِينَارًا لِيَشْتَرِيَ أَضْحِيَّةً، فَاشْتَرَى شَاتَيْنِ فَبَاعَ إِحْدَاهُمَا بِدِينَارٍ وَجَاءَ بِشَاةٍ وَدِينَارٍ، فَدَعَا النَّبِيَّ ﷺ فِي بَيْعِهِ بِالْبَرَكَةِ فَكَانَ لَوْ اشْتَرَى ثَرَابًا رِبْحَ فِيهِ» لَا يُقَالُ: عُرْوَةُ الْبَارِقِيُّ كَانَ وَكِيلًا مُطْلَقًا بِالْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ؛ لِأَنَّهُ دَعَا بِدَلِيلٍ إِذْ لَا يُمَكِّنُ إِثْبَاتُهُ بغيرِ نَقْلِ، وَالْمُنْقُولُ أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَمَرَهُ أَنْ يَشْتَرِيَ لَهُ أَضْحِيَّةً، وَلَوْ كَانَ لثَقُلَ عَلَى سَبِيلِ الْمَذْحِ لَهُ.

فَإِنْ قِيلَ: هَلْ يَجُوزُ شِرَاءُ الْفُضُولِيِّ كَيْفَ أَوْ لَا؟ أُجِيبَ بَأَنَّ فِيهِ تَفْصِيلًا، وَهُوَ أَنَّ الْفُضُولِيَّ إِنْ قَالَ بَعِ هَذَا الْعَيْنَ لِفُلَانٍ فَقَالَ الْمَالِكُ بَعْتَ فَقَالَ الْفُضُولِيُّ اشْتَرَيْتَ لِأَجَلِهِ أَوْ قَالَ الْمَالِكُ ابْتِدَاءً بَعْتَ هَذَا الْعَيْنَ لِفُلَانٍ وَقَالَ الْفُضُولِيُّ قَبِلْتَ لِأَجَلِهِ فَهُوَ عَلَى هَذَا الْخِلَافِ. وَإِنْ قَالَ اشْتَرَيْتَ مِنْكَ هَذَا الْعَيْنَ لِأَجَلٍ فَلَانٍ فَقَالَ الْمَالِكُ بَعْتَ أَوْ قَالَ الْمَالِكُ

بَعْتَ مِنْكَ هَذَا الْعَيْنَ لِأَجْلِ فُلَانٍ فَقَالَ اشْتَرَيْتَ لَا يَتَوَقَّفُ عَلَى إِجَارَةِ فُلَانٍ؛ لِأَنَّهُ وَجَدَ نَفَادًا عَلَى الْمُشْتَرِي حَيْثُ أُضِيفَ إِلَيْهِ ظَاهِرًا فَلَا حَاجَةَ إِلَى الْإِيقَافِ عَلَى رِضَا الْغَيْرِ. وَقَوْلُهُ: لِأَجْلِ فُلَانٍ يَحْتَمِلُ لِأَجْلِ رِضَاهُ وَشَفَاعَتِهِ وَغَيْرِ ذَلِكَ، بِخِلَافِ الْبَيْعِ فَإِنَّهُ لَمْ يَجِدْ نَفَادًا عَلَى غَيْرِ الْمَالِكِ وَلَمْ يَنْفُذْ عَلَى الْمَالِكِ فَاحْتِجَّ إِلَى الْإِيقَافِ عَلَى رِضَا الْغَيْرِ، وَإِلَى هَذَا الْوَجْهَ أَشَارَ الْمُصَنِّفُ بَعْدَ بَقَوْلِهِ وَالشِّرَاءُ لَا يَتَوَقَّفُ عَلَى الْإِجَارَةِ.

(قَوْلُهُ: وَلَهُ) أَيُّ لِلْمَالِكِ (الْإِجَارَةُ). اعْلَمْ أَنَّ الْفُضُولِيَّ إِذَا أُنْ بَاعَ الْعَيْنَ بِشَمْنٍ ذَنْبٍ كَالدَّرَاهِمِ وَالْدَّنَانِيرِ وَالْفُلُوسِ وَالْكَيْلِيِّ وَالْوَزْنِيِّ الْمَوْصُوفِ بِغَيْرِ عَيْنِهِ، وَإِذَا أُنْ بَاعَ بِشَمْنٍ عَيْنٍ، فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ فَلِلْمَالِكِ الْإِجَارَةُ إِذَا كَانَ الْمَعْقُودُ عَلَيْهِ بَاقِيًا وَالْمُتَعَاقدَانِ بِحَالِهِمَا، فَإِنْ أَجَارَ حَالِ قِيَامِ الْأَرْبَعَةِ جَارَ الْبَيْعُ لَمَّا ذُكِرَ أَنَّ الْإِجَارَةَ تُصَرَّفُ فِي الْعَقْدِ فَلَا بُدَّ مِنْ قِيَامِهِ وَذَلِكَ بِقِيَامِ الْعَاقِدَيْنِ وَالْمَعْقُودِ عَلَيْهِ وَكَانَتْ الْإِجَارَةُ اللَّاحِقَةُ كَالْوَكَالَةِ السَّابِقَةِ فَيَكُونُ الْبَائِعُ بِمَنْزِلَةِ الْوَكِيلِ وَالثَّمَنُ مَمْلُوكٌ لِلْمَالِكِ أَمَانَةً فِي يَدِ الْفُضُولِيِّ وَإِنْ كَانَ الثَّانِي فَيَحْتَاجُ إِلَى قِيَامِ خَمْسَةِ أَشْيَاءَ: مَا ذَكَرْنَا مِنَ الْأُمُورِ الْأَرْبَعَةِ، وَقِيَامُ ذَلِكَ الْعَرَضِ أَيْضًا.

وَالْإِجَارَةُ اللَّاحِقَةُ إِجَارَةٌ تَقْدُ بِأَنَّ يَنْقُذَ الْبَائِعُ مَا بَاعَ ثَمَنًا لَمَّا مَلَكَهُ بِالْعَقْدِ لَا إِجَارَةٌ عَقْدٌ؛ لِأَنَّ الْعَقْدَ لَا زِمَ عَلَى الْفُضُولِيِّ وَالْعَرَضُ الثَّمَنُ مَمْلُوكٌ لَهُ، وَعَلَيْهِ مِثْلُ الْمَبِيعِ إِنْ كَانَ مِثْلِيًّا، وَقِيَمَتُهُ إِنْ كَانَ قِيَمِيًّا؛ لِأَنَّ الثَّمَنَ إِذَا كَانَ عَرَضًا صَارَ الْبَائِعُ مِنْ وَجْهِ مُشْتَرِيًّا، وَالشِّرَاءُ إِذَا وَجَدَ نَفَادًا عَلَى الْعَاقِدِ لَا يَتَوَقَّفُ عَلَى الْإِجَارَةِ؛ وَكَمَا أَنَّ لِلْمَالِكِ الْفَسْخَ فَكَذَا لِكُلِّ مَنْ الْفُضُولِيِّ وَالْمُشْتَرِيَّ؛ لِأَنَّ حُقُوقَ الْعَقْدِ تَرْجِعُ إِلَى الْفُضُولِيِّ فَلَهُ أَنْ يَتَحَرَّرَ عَنِ التَّزَامِ الْعُهُدَةِ، بِخِلَافِ الْفُضُولِيِّ فِي النِّكَاحِ فَإِنَّ فُسْخَهُ قَبْلَ الْإِجَارَةِ بَاطِلٌ؛ لِأَنَّ الْحُقُوقَ لَا تَرْجِعُ إِلَيْهِ وَهُوَ فِيهِ مُعَبَّرٌ، فَإِذَا عَبَّرَ فَقَدْ انْتَهَى فَصَارَ هُوَ بِمَنْزِلَةِ الْأَجْنَبِيِّ. وَلَوْ فُسِخَتْ الْمَرْأَةُ نِكَاحُهَا قَبْلَ الْإِجَارَةِ انْفُسَخَ.

وَإِذَا أَجَارَ الْمَالِكُ كَانَ الثَّمَنُ مَمْلُوكًا لَهُ أَمَانَةً فِي يَدِهِ بِمَنْزِلَةِ الْوَكِيلِ، لِأَنَّ الْإِجَارَةَ اللَّاحِقَةَ بِمَنْزِلَةِ الْوَكَالَةِ السَّابِقَةِ، وَلِلْفُضُولِيِّ أَنْ يَفْسَخَ قَبْلَ الْإِجَارَةِ دَفْعًا لِلْحُقُوقِ عَنْ نَفْسِهِ، بِخِلَافِ الْفُضُولِيِّ فِي النِّكَاحِ لِأَنَّهُ مُعَبَّرٌ مَحْضٌ، هَذَا إِذَا كَانَ الثَّمَنُ دِينًا، فَإِنْ كَانَ عَرَضًا مُعَيَّنًا إِنَّمَا تَصِحُّ الْإِجَارَةُ إِذَا كَانَ الْعَرَضُ بَاقِيًا أَيْضًا. ثُمَّ الْإِجَارَةُ إِجَارَةٌ تَقْدُ لَا إِجَارَةٌ عَقْدٌ حَتَّى يَكُونَ الْعَرَضُ الثَّمَنُ مَمْلُوكًا لِلْفُضُولِيِّ، وَعَلَيْهِ مِثْلُ الْمَبِيعِ إِنْ كَانَ مِثْلِيًّا أَوْ قِيَمَتُهُ

إِنْ لَمْ يَكُنْ مِثْلِيًّا، لِأَنَّهُ شِرَاءٌ مِنْ وَجْهِ وَالشِّرَاءُ لَا يَتَوَقَّفُ عَلَى الْإِجَازَةِ.

(وَلَوْ هَلَكَ الْمَالِكُ) لَا يَنْفُذُ بِإِجَازَةِ الْوَارِثِ فِي الْفَصْلَيْنِ لِأَنَّهُ تَوَقَّفَ عَلَى إِجَازَةِ الْمُوَرِّثِ لِنَفْسِهِ فَلَا يَجُوزُ بِإِجَازَةِ غَيْرِهِ. وَلَوْ أَجَازَ الْمَالِكُ فِي حَيَاتِهِ وَلَا يَعْلَمُ حَالِ الْمَبِيعِ جَازَ الْمَبِيعِ فِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَوَّلًا، وَهُوَ قَوْلُ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ لَأَنَّ الْأَصْلَ بَقَاؤُهُ، ثُمَّ رَجَعَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَقَالَ: لَا يَصِحُّ حَتَّى يَعْلَمَ قِيَامَهُ عِنْدَ الْإِجَازَةِ لَأَنَّ الشَّكَّ وَقَعَ فِي شَرْطِ الْإِجَازَةِ فَلَا يَثْبُتُ مَعَ الشَّكِّ.

الشرح:

وَلَوْ هَلَكَ الْمَالِكُ لَا يَنْفُذُ بِإِجَازَةِ الْوَارِثِ فِي الْفَصْلَيْنِ: أَيِّ فِيمَا إِذَا كَانَ الثَّمَنُ دَيْنًا أَوْ عَرْضًا؛ لِأَنَّهُ تَوَقَّفَ عَلَى إِجَازَةِ الْمُوَرِّثِ لِنَفْسِهِ فَلَا يَجُوزُ لِإِجَازَةِ غَيْرِهِ. وَاسْتَشْكَلَ بِمَا إِذَا تَزَوَّجَتْ أُمَةٌ بِرَجُلٍ قَدْ وَطِنَهَا مَوْلَاهَا بِغَيْرِ إِذْنِهِ فَمَاتَ الْمَوْلَى قَبْلَ الْإِجَازَةِ وَوَرِثَهَا ابْنُهُ فَإِنَّ النِّكَاحَ تَوَقَّفَ عَلَى إِجَازَةِ الْإِبْنِ، فَإِنْ أَجَازَ صَحَّ وَإِلَّا فَلَا، فَهَذِهِ فَضُولِيَّةٌ وَتَوَقَّفَ عَمَلُهَا عَلَى إِجَازَةِ الْوَارِثِ. أُجِيبَ بِأَنَّ عَدَمَ التَّوَقُّفِ لَطَرَيَانِ الْحَلِّ الْبَاتُ عَلَى الْحَلِّ الْمَوْقُوفِ؛ لِأَنَّهُ يُنْطَلِقُ، وَهَاهُنَا لَمْ يَطْرَأْ لِلْوَارِثِ حَلٌّ بَاتٌ لَكُونِهَا مَوْطُوءَةً الْأَبِ فَيَتَوَقَّفُ دَفْعًا لِلضَّرَرِ عَنِ الْوَارِثِ إِذْ هُوَ قَائِمٌ مَقَامَ الْمُوَرِّثِ، حَتَّى لَوْ لَمْ تَكُنْ مَوْطُوءَةً الْأَبِ بَطَلَ نِكَاحُهَا.

(وَلَوْ أَجَازَ الْمَالِكُ فِي حَيَاتِهِ وَلَمْ يَعْلَمْ حَالِ الْمَبِيعِ) مِنْ حَيْثُ الْوُجُودُ وَالْعَدَمُ (جَازَ الْمَبِيعِ) فِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ أَوَّلًا وَهُوَ قَوْلُ مُحَمَّدٍ؛ لَأَنَّ الْأَصْلَ بَقَاؤُهُ، ثُمَّ رَجَعَ أَبُو يُوسُفَ وَقَالَ: لَا يَصِحُّ حَتَّى يَعْلَمَ قِيَامَهُ عِنْدَ الْإِجَازَةِ؛ لَأَنَّ الشَّكَّ وَقَعَ فِي شَرْطِ الْإِجَازَةِ، وَهُوَ قِيَامُ الْمَبِيعِ فَلَا يَثْبُتُ مَعَ الشَّكِّ. فَإِنْ قِيلَ: الشَّكُّ هُوَ مَا اسْتَوَى طَرَفَاهُ وَهَاهُنَا طَرَفُ الْبَقَاءِ رَاجِعٌ إِذْ أَصْلُ الْبَقَاءِ مَا لَمْ يُتَيَقَّنْ بِالْمَزِيلِ وَهَاهُنَا لَمْ يُتَيَقَّنْ. أُجِيبَ بِأَنَّ الْأَسْتِصْحَابَ حُجَّةٌ دَافِعَةٌ لَا مَثْبِتَةٌ، وَنَحْنُ هَاهُنَا نَحْتَاجُ إِلَى ثُبُوتِ الْمِلْكِ فِي الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ لَمَنْ وَقَعَ لَهُ الشِّرَاءُ فَلَا يَصْلُحُ فِيهِ حُجَّةٌ.

قَالَ (وَمَنْ غَصَبَ عَبْدًا فَبَاعَهُ وَأَعْتَقَهُ الْمُشْتَرِي ثُمَّ أَجَازَ الْمَوْلَى الْمَبِيعَ فَالْعِتْقُ جَائِزٌ) اسْتِحْسَانًا، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُمُ اللَّهُ: لَا يَجُوزُ لِأَنَّهُ لَا

عَتَقَ بِدُونِ الْمَلِكِ، قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «لَا عِتَقَ فِيمَا لَا يَمْلِكُ ابْنُ آدَمَ»^(١) وَالْمَوْقُوفُ لَا يُفِيدُ الْمَلِكَ، وَلَوْ ثَبَتَ فِي الْآخِرَةِ يَثْبُتُ مُسْتَنْدًا وَهُوَ ثَابِتٌ مِنْ وَجْهِ دُونَ وَجْهِ، وَالْمُصَحَّحُ لِلإِعْتَاقِ الْمَلِكُ الْكَامِلُ لَمَّا رَوَيْنَا، وَلِهَذَا لَا يَصِحُّ أَنْ يُعْتَقَ الْغَاصِبُ ثُمَّ يُؤَدَّى الضَّمَانُ، وَلَا أَنْ يُعْتَقَ الْمُشْتَرِي وَالْخِيَارُ لِلْبَائِعِ ثُمَّ يُحْيزُ الْبَائِعُ ذَلِكَ، وَكَذَا لَا يَصِحُّ بَيْعُ الْمُشْتَرِي مِنَ الْغَاصِبِ فِيمَا نَحْنُ فِيهِ مَعَ أَنَّهُ أَسْرَعُ نَفَادًا حَتَّى نَفْذَ مِنَ الْغَاصِبِ إِذَا أَدَّى الضَّمَانُ، وَكَذَا لَا يَصِحُّ إِعْتَاقُ الْمُشْتَرِي مِنَ الْغَاصِبِ إِذَا أَدَّى الْغَاصِبُ الضَّمَانُ.

وَلَهُمَا أَنْ الْمَلِكَ ثَبَتَ مَوْقُوفًا بِتَصَرُّفٍ مُطْلَقٍ مَوْضُوعٍ لِإِفَادَةِ الْمَلِكِ، وَلَا ضَرَرَ فِيهِ عَلَى مَا مَرَّ فَتَوَقَّفَ الإِعْتَاقُ مَرْتَبًا عَلَيْهِ وَيَنْفُذُ بِنَفَادِهِ فَصَارَ كإِعْتَاقِ الْمُشْتَرِي مِنَ الرَّاهِنِ وَكَإِعْتَاقِ الْوَارِثِ عَبْدًا مِنَ التَّرَكَّةِ وَهِيَ مُسْتَغْرَقَةٌ بِالْأَدْيُونِ يَصِحُّ، وَيَنْفُذُ إِذَا قَضَى الدَّيُونُ بَعْدَ ذَلِكَ، بِخِلَافِ إِعْتَاقِ الْغَاصِبِ بِنَفْسِهِ لِأَنَّ الْغَصْبَ غَيْرُ مَوْضُوعٍ لِإِفَادَةِ الْمَلِكِ، وَبِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ فِي الْبَيْعِ خِيَارُ الْبَائِعِ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمُطْلَقٍ، وَقِرَانُ الشَّرْطِ بِهِ يَمْنَعُ انْعِقَادَهُ فِي حَقِّ الْحُكْمِ أَصْلًا، وَبِخِلَافِ بَيْعِ الْمُشْتَرِي مِنَ الْغَاصِبِ إِذَا بَاعَ لِأَنَّ بِالإِجَازَةِ يَثْبُتُ لِلْبَائِعِ مِلْكٌ بَاتٌ، فَإِذَا طَرَأَ عَلَى مِلْكٍ مَوْقُوفٍ لغيرِهِ أَبْطَلَهُ، وَأَمَّا إِذَا أَدَّى الْغَاصِبُ الضَّمَانُ يَنْفُذُ إِعْتَاقُ الْمُشْتَرِي مِنْهُ كَذَا ذَكَرَهُ هِلَالٌ رَحِمَهُ اللَّهُ وَهُوَ الْأَصَحُّ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ غَصَبَ عَبْدًا فَبَاعَهُ وَأَعْتَقَهُ الْمُشْتَرِي). قِيلَ جَرَتْ هَذِهِ الْمَحَاوَرَةُ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ بَيْنَ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ حِينَ عَرَضَ عَلَيْهِ هَذَا الْكِتَابُ. قَالَ أَبُو يُوسُفَ: مَا رَوَيْتَ لَكَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الْعِتْقَ جَائِزٌ، وَإِنَّمَا رَوَيْتَ أَنَّ الْعِتْقَ بَاطِلٌ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: بَلْ رَوَيْتَ أَنَّ الْعِتْقَ جَائِزٌ. وَصُورُهَا مَا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ (وَمَنْ غَصَبَ عَبْدًا فَبَاعَهُ وَأَعْتَقَهُ الْمُشْتَرِي ثُمَّ أَجَارَ الْمَوْلَى الْبَيْعَ وَالْعِتْقَ جَازَ اسْتِحْسَانًا، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: لَا يَجُوزُ؛ لِأَنَّهُ لَا عِتْقَ بِدُونِ الْمَلِكِ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «لَا عِتَقَ فِيمَا لَا يَمْلِكُ ابْنُ آدَمَ» لَا مَلِكَ هَاهُنَا.

لِأَنَّ (الْمَوْقُوفَ لَا يُفِيدُ الْمَلِكَ) فِي الْحَالِ وَمَا يَثْبُتُ فِي الْآخِرَةِ فَهُوَ مُسْتَنْدٌ، وَهُوَ ثَابِتٌ مِنْ وَجْهِ وَذَلِكَ غَيْرُ مُصَحَّحٍ لِلإِعْتَاقِ (إِذْ الْمُصَحَّحُ لَهُ هُوَ الْمَلِكُ الْكَامِلُ) الْمُدْلُولُ

(١) أخرجه أبو داود (٢١٩٠)، والترمذي (١١٨١)، وابن ماجه (٢٠٤٧).

عَلَيْهِ بِإِطْلَاقِ مَا رَوَيْنَا، وَلَا يُشْكَلُ بِالْمُكَاتَبِ فَإِنَّ إِعْتَاقَهُ جَائِزٌ، وَلَيْسَ الْمَلِكُ فِيهِ كَامِلًا؛
لَأَنَّ مَحَلَّ الْعِتْقِ هُوَ الرِّقَّةُ وَالْمَلِكُ فِيهَا كَامِلٌ فِيهِ، وَاسْتَوْضَحَ الْمُصَنِّفُ رَحِمَهُ اللَّهُ بِفُرُوعِ
تَوْسِئِ ذَلِكَ وَهُوَ قَوْلُهُ: (وَلِهَذَا لَا يَصِحُّ أَنْ يُعْتَقَ الْعَاصِبُ ثُمَّ يُؤَدِّي الضَّمَانَ) وَهُوَ رَاجِعٌ
إِلَى قَوْلِهِ؛ لِأَنَّهُ لَا عِتْقَ بِدُونِ الْمَلِكِ.

وقوله: (وَلَا أَنْ يُعْتَقَ الْمُشْتَرِي وَالْخِيَارُ لِلْبَائِعِ ثُمَّ يُجِيزَ الْبَائِعُ) وَهُوَ رَاجِعٌ إِلَى قَوْلِهِ
وَالْمَوْقُوفُ لَا يُفِيدُ الْمَلِكَ. وقوله: (وَكَذَا لَا يَصِحُّ بَيْعُ الْمُشْتَرِي مِنَ الْعَاصِبِ) يَعْنِي أَنَّ
الْمُشْتَرِي مِنَ الْعَاصِبِ إِذَا بَاعَ مِنَ الْغَيْرِ ثُمَّ أَجَارَ الْمَالِكُ الْبَيْعَ الْأَوَّلَ لَا يَصِحُّ هَذَا الْبَيْعُ
الثَّانِي، فَكَذَا إِذَا أُعْتِقَ يَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ كَذَلِكَ مَعَ أَنْ الْبَيْعَ أَسْرَعَ نَفَادًا مِنَ الْعِتْقِ؛ أَلَا
تَرَى أَنَّ الْعَاصِبَ إِذَا بَاعَ ثُمَّ ضَمِنَ نَفَذَ بَيْعَهُ؛ وَلَوْ أُعْتِقَ ثُمَّ ضَمِنَ لَمْ يَنْفُذْ عِتْقَهُ، وَإِذَا لَمْ
يَنْفُذْ مَا هُوَ أَسْرَعَ نَفُودًا فَلَا أَنْ لَا يَنْفُذَ غَيْرُهُ أَوْلَى (قَوْلُهُ: وَكَذَا لَا يَصِحُّ إِعْتَاقُ الْمُشْتَرِي
مِنَ الْعَاصِبِ إِذَا أَدَّى الْعَاصِبُ الضَّمَانَ).

وَلَهُمَا أَنَّ الْمَلِكَ فِيهِ (تَبَتَ مَوْقُوفًا) وَالْإِعْتَاقُ يَجُوزُ أَنْ يَتَبَتَ مَوْقُوفًا عَلَى الْمَلِكِ
الْمَوْقُوفِ وَيَنْفُذُ بِنَفَادِهِ، أَمَّا أَنَّهُ تَبَتَ فَلَوْجُودِ الْمُقْتَضِي وَهُوَ التَّصَرُّفُ الْمَطْلُوقُ الْمَوْضُوعُ
لِإِفَادَةِ الْمَلِكِ وَلِإِثْبَاتِ الْمَانِعِ وَهُوَ الضَّرَرُ، وَأَمَّا أَنَّهُ مَوْقُوفٌ فَلَمَّا تَقَدَّمَ، وَأَمَّا أَنْ الْإِعْتَاقَ
يَجُوزُ أَنْ يَتَوَقَّفَ عَلَى ذَلِكَ فَبِالْقِيَاسِ عَلَى إِعْتَاقِ الْمُشْتَرِي مِنَ الرَّاهِنِ بِجَمَاعٍ كَوْنُهُ إِعْتَاقًا
فِي بَيْعِ مَوْقُوفٍ وَبِالْقِيَاسِ عَلَى إِعْتَاقِ الْوَارِثِ عَبْدًا مِنَ التَّرَكَةِ وَهِيَ مُسْتَعْرِقَةٌ بِالْذُّيُونِ
فَإِنَّهُ يَصِحُّ وَيَنْفُذُ إِذَا قَضَى الدُّيُونُ بَعْدَ ذَلِكَ بِجَمَاعٍ كَوْنُهُ إِعْتَاقًا مَوْقُوفًا فِي مَلِكٍ
مَوْقُوفٍ، وَهَذَا أَبْعَدُ مِنَ الْأَوَّلِ ذَكَرَهُ الْمُصَنِّفُ رَحِمَهُ اللَّهُ لِلِاسْتِظْهَارِ بِهِ، وَاحْتَرَزَ بِقَوْلِهِ
الْمَطْلُوقُ عَنِ الْبَيْعِ بِشَرْطِ الْخِيَارِ، وَبِقَوْلِهِ مَوْضُوعٌ لِإِفَادَةِ الْمَلِكِ عَنِ الْعَصَبِ فَإِنَّهُ لَيْسَ
بِمَوْضُوعٍ لِإِفَادَةِ الْمَلِكِ، وَعَلَى هَذَا يَخْرُجُ جَوَابُ مُحَمَّدٍ عَنِ الْمَسَائِلِ الْمَذْكُورَةِ، فَإِنَّ
إِعْتَاقَ الْعَاصِبِ إِنَّمَا لَمْ يَنْفُذْ بَعْدَ ضَمَانِ الْقِيَمَةِ؛ لِأَنَّ الْعَصَبَ غَيْرُ مَوْضُوعٍ لِإِفَادَةِ الْمَلِكِ.

قَالَ فِي التَّهْمَةِ: وَبِهَذَا التَّعْلِيلِ لَا يَتِمُّ مَا ادَّعَاهُ فَإِنَّهُ يَرُدُّ عَلَيْهِ أَنْ يُقَالَ: لِمَا كَانَ غَيْرَ
مَوْضُوعٍ لِإِفَادَةِ الْمَلِكِ وَجَبَ أَنْ لَا يَنْفُذَ بَيْعُهُ أَيْضًا عِنْدَ إِجَارَةِ الْمَالِكِ كَمَا لَا يَنْفُذُ عِتْقُهُ
عِنْدَ إِجَارَةِ الْمَالِكِ لِمَا أَنَّ كُلًّا مِنْ جَوَازِ الْبَيْعِ وَجَوَازِ الْعِتْقِ مُحْتَاجٌ إِلَى الْمَلِكِ وَالْمَلِكُ هُنَا
بِالْإِجَارَةِ، وَلَكِنْ وَجْهٌ تَمَامُ التَّعْلِيلِ فِيمَا ذَكَرَهُ فِي الْمَبْسُوطِ وَقَالَ: وَهَذَا بِخِلَافِ

الغاصب إذا أعتق ثم ضمن القيمة؛ لأن المستند به حكم الملك لا حقيقة الملك، ولهذا لا يستحق الزوائد المنفصلة وحكم الملك يكفي لنفوذ البيع دون العتق كحكم ملك المكاتب في كسبه وهاهنا الثابت للمشتري من وقت العقد حقيقة الملك ولهذا استحق الزوائد المتصلة والمنفصلة، ولو قدر في كلام المصنف مضاف: أي غير موضوع لإفادة حقيقة الملك لتساوى الكلامان على أنه ليس بوارد؛ لأن البيع لا يحتاج إلى ملك بل يكفي فيه حكم الملك والغصب يفيد.

(قوله: بخلاف ما إذا كان في البيع خيار البائع) جواب عن المسألة الثانية فإن البيع بالخيار ليس بمطلق فالسبب فيه غير تام، فإن قوله على أي بالخيار مقرون بالعقد نصاً، وقرآن الشرط بالعقد يمنع كونه سبباً قبل وجود الشرط فيعقد به أصل العقد ولكن يكون في حق الحكم كالمعلق بالشرط، والمعلق به معذوم قبله (قوله: وبخلاف بيع المشتري من الغاصب) جواب عن الثالثة. وجهه ما قال؛ لأن بالإجازة ثبت للبائع ملك بات فإذا طرأ على ملك موقوف لغيره أبطله لعدم تصور اجتماع الملك البات والموقوف على محل واحد.

وفيه بحث من وجهين: الأول أن الغاصب إذا باع ثم أذى الضمان ينقلب بيع الغاصب جائزاً وإن طرأ الملك الذي ثبت للغاصب بإداء الضمان على ملك المشتري الذي اشتري منه وهو موقوف. الثاني أن طرؤ الملك البات على الموقوف لو كان مبطلاً له لكان مانعاً عن الموقوف؛ لأن الدفع أسهل من الرفع، لكنه ليس بمانع بدليل انعقاد بيع الفضولي فإن ملك المالك بات فكان يجب أن يمنع بيع الفضولي وليس كذلك. وأجيب عن الأول بأن ثبوت الملك للغاصب ضرورة الضمان فلا يتعدى إلى إبطال حق المشتري وعن الثاني بأن البيع الموقوف غير موجود في حق المالك بل يوجد من الفضولي، والمنع إنما يكون بعد الوجود، أما المالك إذا أجاز بيع الفضولي فقد ثبت للمشتري ملك بات فأبطل الموقوف لما ذكرنا أن الملك البات والموقوف لا يجتمعان في محل واحد، وفيه نظر؛ لأن ما يكون بعد الوجود رفع لا منع، وفي الحقيقة هو مغالطة فإن كلامنا في أن طرؤ الملك البات يبطل الموقوف وليس ملك المالك طارئاً حتى يتوجه السؤال.

وَقَوْلُهُ: (أَمَّا إِذَا أَدَّى الْعَاصِبُ الضَّمَانَ) جَوَابٌ عَنِ الرَّابِعَةِ. وَتَقْرِيرُهُ: أَمَّا إِذَا أَدَّى الْعَاصِبُ الضَّمَانَ فَلَا يُسَلَّمُ أَنَّ إِعْتَاقَ الْمُشْتَرِي مِنْهُ لَا يَنْفَعُ بَلْ يَنْفَعُ، كَذَا ذَكَرَهُ هَلَالٌ فِي كِتَابِ الْوَقْفِ فَقَالَ: يَنْفَعُ وَقَفُهُ عَلَى طَرِيقَةِ الاسْتِحْسَانِ فَالْعِتْقُ أَوَّلَى. قَالَ الْمُصَنِّفُ: وَهُوَ الْأَصَحُّ، وَلِئِنْ سَلِمَ فَنَقُولُ: هُنَاكَ الْمُشْتَرِي يَمْلِكُهُ مِنْ جِهَةِ الْعَاصِبِ وَحَقِيقَةُ الْمَلِكِ لَا تَسْتَنِدُ لِلْعَاصِبِ كَمَا تَقْدَمُ فَكَيْفَ تَسْتَنِدُ لِمَنْ يَمْلِكُهُ مِنْ جِهَتِهِ فَلِهَذَا لَا يَنْفَعُ عِتْقُهُ، وَهَاهُنَا إِنَّمَا يَسْتَنِدُ الْمَلِكُ لَهُ إِلَى وَقْتِ الْعَقْدِ مِنْ جِهَةِ الْمُجِيرِ، وَالْمُجِيرُ كَانَ مَالِكًا لَهُ حَقِيقَةً فَيُمْكِنُ إِثْبَاتُ حَقِيقَةِ الْمَلِكِ لِلْمُشْتَرِي مِنْ وَقْتِ الْعَقْدِ.

قَالَ (فَإِنْ قُطِعَتْ يَدُ الْعَبْدِ فَأَخَذَ أَرْضَهَا ثُمَّ أَجَازَ الْمَوْلَى الْبَيْعَ فَالْأَرْضُ لِلْمُشْتَرِي) لِأَنَّ الْمَلِكَ قَدْ تَمَّ لَهُ مِنْ وَقْتِ الشَّرَاءِ، فَتَبَيَّنَ أَنَّ الْقَطْعَ حَصَلَ عَلَى مِلْكِهِ وَهَذِهِ حُجَّةٌ عَلَى مُحَمَّدٍ، وَالْعُدْرُ لَهُ أَنَّ الْمَلِكَ مِنْ وَجْهِ يَكْفِي لَاسْتِحْقَاقِ الْأَرْضِ كَالْمُكَاتِبِ إِذَا قُطِعَتْ يَدُهُ وَأَخَذَ الْأَرْضَ ثُمَّ رُدَّ فِي الرَّقِّ يَكُونُ الْأَرْضُ لِلْمَوْلَى، فَكَذَا إِذَا قُطِعَتْ يَدُ الْمُشْتَرِي فِي يَدِ الْمُشْتَرِي وَالْخِيَارُ لِلْبَائِعِ ثُمَّ أُجِيرَ الْبَيْعُ فَالْأَرْضُ لِلْمُشْتَرِي، بِخِلَافِ الْإِعْتَاقِ عَلَى مَا مَرَّ. (وَيَتَصَدَّقُ بِمَا زَادَ عَلَى نِصْفِ الثَّمَنِ) لِأَنَّهُ لَمْ يَدْخُلْ فِي ضَمَانِهِ أَوْ فِيهِ شُبْهَةٌ عَدَمِ الْمَلِكِ. قَالَ: فَإِنْ بَاعَهُ الْمُشْتَرِي مِنْ آخَرٍ ثُمَّ أَجَازَ الْمَوْلَى الْبَيْعَ الْأَوَّلَ لَمْ يَجْزِ الْبَيْعُ الثَّانِي لَمَّا ذَكَرْنَا، وَلَأنَّ فِيهِ غَرَرٌ الْإِنْفِسَاحَ عَلَى اعْتِبَارِ عَدَمِ الْإِجَازَةِ فِي الْبَيْعِ الْأَوَّلِ وَالْبَيْعُ يَفْسُدُ بِهِ، بِخِلَافِ الْإِعْتَاقِ عِنْدَهُمَا لِأَنَّهُ لَا يُؤَثِّرُ فِيهِ الْغَرَرُ.

الشرح:

قَالَ (فَإِنْ قُطِعَتْ يَدُ الْعَبْدِ إلخ) إِذَا قُطِعَتْ يَدُ الْعَبْدِ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي مِنَ الْعَاصِبِ وَأَخَذَ الْمُشْتَرِي أَرْضَهَا ثُمَّ أَجَازَ الْمَالِكُ الْبَيْعَ فَالْأَرْضُ لِلْمُشْتَرِي؛ لِأَنَّ الْمَلِكَ بِالْإِجَازَةِ قَدْ تَمَّ لِلْمُشْتَرِي مِنْ وَقْتِ الشَّرَاءِ؛ لِأَنَّ سَبَبَ الْمَلِكِ هُوَ الْعَقْدُ وَكَانَ تَامًا فِي نَفْسِهِ، وَلَكِنْ امْتَنَعَ بُتُ الْمَلِكِ لَهُ الْمَانِعُ وَهُوَ حَقُّ الْمَعْصُوبِ مِنْهُ، فَإِذَا ارْتَفَعَ بِالْإِجَازَةِ ثَبَتَ الْمَلِكُ مِنْ وَقْتِ السَّبَبِ لَكُونِ الْإِجَازَةِ فِي الْإِنْتِهَاءِ كَالْإِذْنِ فِي الْإِبْتِدَاءِ فَتَبَيَّنَ أَنَّ الْقَطْعَ حَصَلَ عَلَى مِلْكِهِ فَيَكُونُ الْأَرْضُ لَهُ، وَعَلَى هَذَا كُلُّ مَا حَدَثَ لِلجَارِيَةِ عِنْدَ الْمُشْتَرِي مِنْ وَلَدٍ وَكَسْبٍ فَإِنْ لَمْ يُسَلَّمِ الْمَالِكُ الْمُبْعَ أَخَذَ جَمِيعَ ذَلِكَ مَعَهَا؛ لِأَنَّ مِلْكَهُ بَقِيَ مُتَقَرَّرًا فِيهَا، وَالْكَسْبُ وَالْأَرْضُ وَالْوَلَدُ لَا يُمْلِكُ إِلَّا بِمِلْكِ الْأَصْلِ. وَاعْتَرِضَ بِمَا إِذَا غَصَبَ عَبْدًا

فَقُطِعَتْ يَدُهُ وَضَمِنَهُ الْغَاصِبُ فَإِنَّهُ لَا يَمْلِكُ الْأَرْضَ وَإِنْ مَلَكَ الْمَضْمُونُ.

وَبِالْفُضُولِيِّ إِذَا قَالَ لَامْرَأَةً أَمْرُكَ بِيَدِكَ فَطَلَقْتَ نَفْسَهَا ثُمَّ بَلَغَ الْخَبِرُ الزَّوْجَ فَأَجَازَ صَحَّ التَّفْوِيزُ دُونَ التَّطْلِيقِ وَإِنْ ثَبَتَ الْمَالِكِيَّةُ لَهَا مِنْ حِينَ التَّفْوِيزِ حُكْمًا لِلإِجَازَةِ. وَأُجِيبَ عَنْ الْأَوَّلِ بِأَنَّ الْمَلِكَ فِي الْمَعْصُوبِ ثَبَتَ ضَرُورَةً عَلَى مَا عُرِفَ وَهِيَ تَنْدَفِعُ بِثَبُوتِهِ مِنْ وَقْتِ الْأَدَاءِ فَلَا يَمْلِكُ الْأَرْضَ لَعَدَمِ حُصُولِهِ فِي مِلْكِهِ. وَعَنْ الثَّانِي بِأَنَّ الْأَصْلَ أَنَّ كُلَّ تَصَرُّفٍ تَوَقَّفَ حُكْمُهُ عَلَى شَيْءٍ يَجِبُ أَنْ يُجْعَلَ مُعْلَقًا بِالشَّرْطِ لَا سَبَبًا مِنْ وَقْتِ وُجُودِهِ لِثَلَا يَتَخَلَفَ الْحُكْمُ عَنِ السَّبَبِ إِلَّا فِيمَا لَا يَحْتَمِلُ التَّغْلِيقَ بِالشَّرْطِ كَالْبَيْعِ وَنَحْوِهِ فَإِنَّهُ يُعْتَبَرُ سَبَبًا مِنْ وَقْتِ وُجُودِهِ مُتَأَخِّرًا حُكْمُهُ إِلَى وَقْتِ الإِجَازَةِ.

فَعِنْدَهُمَا يَثْبُتُ الْمَلِكُ مِنْ وَقْتِ الْعَقْدِ وَالتَّفْوِيزِ مِمَّا يَحْتَمِلُهُ فَجَعَلَ الْمَوْجُودُ مِنْ الْفُضُولِيِّ مُعْلَقًا بِالِجَازَةِ فَعِنْدَهَا يَصِيرُ كَأَنَّهُ وَجَدَ الْآنَ فَلَا يَثْبُتُ حُكْمُهُ إِلَّا مِنْ وَقْتِ الإِجَازَةِ، وَهَذِهِ أَيْ كَوْنُ الْأَرْضِ لِلْمُشْتَرِي حُجَّةً عَلَى مُحَمَّدٍ فِي عَدَمِ تَجْوِيزِ الإِعْتَاقِ فِي الْمَلِكِ الْمَوْقُوفِ لِمَا أَنَّهُ لَوْ لَمْ يَكُنْ لِلْمُشْتَرِي شَيْءٌ مِنَ الْمَلِكِ لَمَا كَانَ لَهُ الْأَرْضُ عِنْدَ الإِجَازَةِ كَمَا فِي الْعَصَبِ حَيْثُ لَا يَكُونُ لَهُ ذَلِكَ عِنْدَ أَدَاءِ الضَّمَانِ وَالْعُذْرُ: أَيْ الْجَوَابُ لَهُ عَنْ هَذِهِ الْحُجَّةِ أَنَّ الْمَلِكَ مِنْ وَجْهِ كَافٍ لاسْتِحْقَاقِ الْأَرْضِ كَالْمُكَاتِبِ إِذَا قُطِعَتْ يَدُهُ وَأَخَذَ الْأَرْضَ ثُمَّ رَدَّ رَقِيقًا فَإِنَّ الْأَرْضَ لِلْمَوْلَى، وَكَمَا إِذَا قُطِعَتْ يَدُ الْمُشْتَرِي فِي يَدِ الْمُشْتَرِي وَالْخِيَارُ لِلْبَائِعِ ثُمَّ أَجَازَ الْبَيْعَ فَإِنَّ الْأَرْضَ لِلْمُشْتَرِي لِثَبُوتِ الْمَلِكِ مِنْ وَجْهِ، بِخِلَافِ الإِعْتَاقِ: يَعْنِي لَا يَنْفُذُ إِعْتَاقُ الْمُشْتَرِي فِيمَا إِذَا كَانَ الْخِيَارُ لِلْبَائِعِ عَلَى مَا مَرَّ، وَهُوَ قَوْلُهُ: وَبِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ فِي الْبَيْعِ خِيَارًا لِلْبَائِعِ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمُطْلَقٍ وَقِرَانُ الشَّرْطِ بِهِ يَمْنَعُ انْعِقَادَهُ، كَذَا فِي النَّهَائَةِ. وَقِيلَ بِخِلَافِ الإِعْتَاقِ مُتَعَلِّقٌ بِقَوْلِهِ إِنَّ الْمَلِكَ مِنْ وَجْهِ يَكْفِي لاسْتِحْقَاقِ الْأَرْضِ: يَعْنِي أَنَّ إِعْتَاقَ الْمُشْتَرِي مِنَ الْغَاصِبِ بَعْدَ الإِجَازَةِ لَا يَنْفُذُ عِنْدَ مُحَمَّدٍ؛ لِأَنَّ الْمَصْحَحَ لِلِإِعْتَاقِ هُوَ الْمَلِكُ الْكَامِلُ لَا الْمَلِكُ مِنْ وَجْهِ دُونَ وَجْهِ.

وَقَوْلُهُ: (عَلَى مَا مَرَّ) إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ وَالْمَصْحَحُ لِلِإِعْتَاقِ هُوَ الْمَلِكُ الْكَامِلُ وَهَذَا أَقْرَبُ، وَيَتَصَدَّقُ بِمَا زَادَ عَلَى نِصْفِ الثَّمَنِ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَدْخُلْ فِي ضَمَانِهِ؛ لِأَنَّ أَرْضَ الْيَدِ الْوَاحِدَةِ فِي الْحَرِّ نِصْفُ الدِّيَةِ. وَفِي الْعَبْدِ نِصْفُ الْقِيَمَةِ، وَالَّذِي دَخَلَ فِي ضَمَانِهِ هُوَ مَا كَانَ بِمُقَابَلَةِ الثَّمَنِ، فَمَا زَادَ عَلَى نِصْفِ الثَّمَنِ يَكُونُ رِبْحًا مَا لَمْ يُضْمَنْ أَوْ فِيهِ شُبْهَةٌ

عَدَمَ الْمَلِكِ؛ لِأَنَّ الْمَلِكَ يَثْبُتُ يَوْمَ قَطْعِ الْيَدِ مُسْتَنَدًا إِلَى وَقْتِ الْبَيْعِ، وَهُوَ ثَابِتٌ مِنْ وَجْهِ دُونَ وَجْهِ فَلَا يَطِيبُ الرَّبْحُ الْحَاصِلُ بِهِ. وَفِي الْكَافِي: إِنْ لَمْ يَكُنْ الْمَبِيعُ مَقْبُوضًا وَأَخَذَ الْأَرْضَ يَكُونُ الزَّائِدُ عَلَى نِصْفِ الثَّمَنِ رِبْحًا مَا لَمْ يُضْمَنْ؛ لِأَنَّ الْعَبْدَ قَبْلَ الْقَبْضِ لَمْ يَدْخُلْ فِي ضَمَانِهِ، وَلَوْ كَانَ أَخَذَ الْأَرْضَ بَعْدَ الْقَبْضِ فَفِيهِ شُبْهَةٌ عَدَمَ الْمَلِكِ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مُوجُودٍ حَقِيقَةً وَقَتَ الْقَطْعِ، وَإِنَّمَا يَثْبُتُ فِيهِ الْمَلِكُ بِطَرِيقِ الْاسْتِنَادِ فَكَانَ ثَابِتًا مِنْ وَجْهِ دُونَ وَجْهِ، وَهَذَا كَمَا تَرَى تَوْزِيعَ الْوَجْهَيْنِ فِي الْكِتَابِ عَلَى الْاِغْتِبَارَيْنِ.

قَالَ (فَإِنْ بَاعَهُ الْمُشْتَرِي مِنْ آخَرَ إِلَخ) بَعْثِي إِنْ بَاعَ الْمُشْتَرِي مِنَ الْغَاصِبِ مِنْ شَخْصٍ آخَرَ ثُمَّ أَجَارَ الْمَوْلَى الْبَيْعَ الْأَوَّلَ لَمْ يَجْزِ الْبَيْعُ الثَّانِي لَمَّا ذَكَرْنَا أَنَّ بِالْإِجَازَةِ يَثْبُتُ لِلْبَائِعِ مِلْكٌ بَاتٌ، وَالْمِلْكُ الْبَاتُ، إِذَا طَرَأَ عَلَى مِلْكٍ مَوْقُوفٍ لغيرِهِ أَبْطَلَهُ؛ وَلِأَنَّ فِيهِ غَرَرَ الْانْفِسَاحِ عَلَى اعْتِبَارِ عَدَمِ الْإِجَازَةِ فِي الْبَيْعِ الْأَوَّلِ وَالْبَيْعِ يَفْسُدُ بِهِ. قِيلَ هَذَا التَّغْلِيلُ شَامِلٌ لِبَيْعِ الْغَاصِبِ مِنْ مُشْتَرِيهِ وَبَيْعِ الْفُضُولِيِّ أَيْضًا؛ لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنْ يُجِيزَ الْمَالِكُ بَيْنَهُمَا وَأَنْ لَا يُجِيزَ، وَمَعَ ذَلِكَ انْعَقَدَ بَيْعُ الْغَاصِبِ وَالْفُضُولِيِّ مَوْقُوفًا. وَأُجِيبَ بِأَنَّ غَرَرَ الْانْفِسَاحِ فِي بَيْنَهُمَا عَارِضُهُ النَّفْعُ الَّذِي يَحْصُلُ لِلْمَالِكِ الْمَذْكُورِ فِيمَا تَقَدَّمَ؛ فَبِالنَّظَرِ إِلَى الْغَرَرِ يَفْسُدُ، وَبِالنَّظَرِ إِلَى النَّفْعِ وَعَدَمِ الضَّرَرِ يَجُوزُ فَقُلْنَا بِالْجَوَازِ الْمَوْقُوفِ عَمَلًا بِهِمَا. لَا يُقَالُ: الْغَرَرُ مُحَرَّمٌ فَتَرَجَّحَ؛ لِأَنَّ الصَّحَّةَ فِي الْعُقُودِ أَصْلٌ فَعَارِضَتُهُ عَلَى أَنَّ اعْتِبَارَ الْغَرَرِ مُطْلَقًا يَسْتَلْزِمُ اعْتِبَارَ الثَّرْوَةِ إِجْمَاعًا، وَهُوَ أَنْ لَا يَصِحَّ بَيْعٌ أَصْلًا لَا سِيمَا فِي الْمُنْقُولَاتِ لِاحْتِمَالِ الْفَسْخِ بَعْدَ الْاِنْعِقَادِ بِهَلَاكِ الْمَبِيعِ قَبْلَ الْقَبْضِ، وَأَمَّا غَرَرُ الْانْفِسَاحِ فِيمَا نَحْنُ فِيهِ فَسَاءَ لَمْ عَمَّا يُعَارِضُهُ إِذْ الْمُشْتَرِي الْأَوَّلُ لَمْ يَمْلِكْ حَتَّى يَطْلُبَ مُشْتَرِيًا آخَرَ فَتَجَرَّدَ الْبَيْعُ الثَّانِي عَرْضَةً لَغَرَرِ الْانْفِسَاحِ فَلَمْ يَنْعَقِدْ بِخِلَافِ الْإِعْتِقَادِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ؛ لِأَنَّهُ لَا يُؤَثِّرُ فِيهِ الْغَرَرُ؛ أَلَا تَرَى أَنَّ الْبَيْعَ قَبْلَ الْقَبْضِ فِي الْمُنْقُولَاتِ لَا يَصِحُّ لَغَرَرِ الْانْفِسَاحِ، وَالْإِعْتِقَادُ قَبْلَ الْقَبْضِ يَصِحُّ

قَالَ (فَإِنْ لَمْ يَبِعْهُ الْمُشْتَرِي فَمَاتَ فِي يَدِهِ أَوْ قُتِلَ ثُمَّ أَجَارَ الْبَيْعَ لَمْ يَجْزِ) لَمَّا ذَكَرْنَا أَنَّ الْإِجَازَةَ مِنْ شَرْطِهَا قِيَامُ الْعُقُودِ عَلَيْهِ وَقَدْ فَاتَ بِالْمَوْتِ وَكَذَا بِالْقَتْلِ، إِذْ لَا يُمَكِّنُ إِجْبَابَ الْبَدَلِ لِلْمُشْتَرِي بِالْقَتْلِ حَتَّى يُعَدَّ بَاقِيًا بِقَيَّامِ الْبَدَلِ لِأَنَّهُ لَا مِلْكَ لِلْمُشْتَرِي عِنْدَ الْقَتْلِ مِلْكًا يُقَابَلُ بِالْبَدَلِ فَتَحَقَّقَ الْفَوَاتُ، بِخِلَافِ الْبَيْعِ الصَّحِيحِ لِأَنَّ مِلْكَ الْمُشْتَرِي ثَابِتٌ

فَأَمَكَنَ إِجْبَابُ الْبَدَلِ لَهُ فَيَكُونُ الْمَبِيعُ قَائِمًا بِقِيَامِ خَلْفِهِ.

الشرح:

قَالَ (فَإِنْ لَمْ يَبِعْهُ الْمُشْتَرِي فَمَاتَ فِي يَدِهِ أَوْ قُتِلَ) أَيْ فَإِنْ لَمْ يَبِعْهُ الْمُشْتَرِي مِنَ الْعَاصِبِ فَمَاتَ فِي يَدِهِ أَوْ قُتِلَ (ثُمَّ أَجَارَ الْمَالِكُ الْبَيْعَ) أَيْ بَيَعَ الْعَاصِبُ (لَمْ يَجُزْ) بِالْإِتِّفَاقِ لَمَّا ذَكَرْنَا أَنَّ الْإِجَارَةَ مِنْ شَرْطِهَا قِيَامُ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ وَقَدْ فَاتَ بِالْمَوْتِ وَالْقَتْلِ لَا مَتْنَاعَ إِجْبَابِ الْبَدَلِ لِلْمُشْتَرِي بِالْقَتْلِ، فَلَا يُعَدُّ بَاقِيًا بَقَاءَ الْبَدَلِ؛ لِأَنَّهُ لَا مَلِكَ لِلْمُشْتَرِي عِنْدَ الْقَتْلِ مَلِكًا يُقَابَلُ بِالْبَدَلِ؛ لِأَنَّ مَلِكَهُ مَلِكٌ مَوْقُوفٌ وَهُوَ لَا يَصْلُحُ أَنْ يَكُونَ مُقَابِلًا بِالْبَدَلِ (بِخِلَافِ الْبَيْعِ الصَّحِيحِ) فَإِنَّهُ إِذَا قُتِلَ الْمَبِيعُ قَبْلَ الْقَبْضِ لَا يَنْفَسِخُ؛ (لِأَنَّ مَلِكَ الْمُشْتَرِي ثَابِتٌ بَاتٌ فَأَمَكَنَ إِجْبَابُ الْبَدَلِ فَيَكُونُ الْمَبِيعُ قَائِمًا بِقِيَامِ خَلْفِهِ) وَهُوَ الْقِيَمَةُ وَالْمُشْتَرِي بِالْخِيَارِ، فَإِنْ اخْتَارَ الْبَدَلُ كَانَ الْبَدَلُ لِلْمُشْتَرِي.

قَالَ (وَمَنْ بَاعَ عَبْدَ غَيْرِهِ بِغَيْرِ أَمْرِهِ وَأَقَامَ الْمُشْتَرِي الْبَيِّنَةَ عَلَى إِقْرَارِ الْبَائِعِ أَوْ رَبِّ الْعَبْدِ أَنَّهُ لَمْ يَأْمُرْهُ بِالْبَيْعِ وَأَرَادَ رَدَّ الْمَبِيعِ لَمْ تُقْبَلْ بَيِّنَتُهُ) لِلتَّنَاقُضِ فِي الدَّعْوَى، إِذَا إِقْدَامُ عَلَى الشِّرَاءِ إِقْرَارٌ مِنْهُ بِصِحَّتِهِ، وَالْبَيِّنَةُ مَبْنِيَّةٌ عَلَى صِحَّةِ الدَّعْوَى (وَأِنْ أَقَرَّ الْبَائِعُ بِذَلِكَ عِنْدَ الْقَاضِي) بَطُلَ الْبَيْعُ إِنْ طَلَبَ الْمُشْتَرِي ذَلِكَ، لِأَنَّ التَّنَاقُضَ لَا يَمْنَعُ صِحَّةَ الْإِقْرَارِ، وَلِلْمُشْتَرِي أَنْ يُسَاعِدَهُ عَلَى ذَلِكَ فَيَتَحَقَّقُ الْإِتِّفَاقُ بَيْنَهُمَا، فَلِهَذَا شَرْطُ طَلَبِ الْمُشْتَرِي. قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ؛ وَذَكَرَ فِي الزِّيَادَاتِ أَنَّ الْمُشْتَرِي إِذَا صَدَّقَ مُدْعِيَهُ ثُمَّ أَقَامَ الْبَيِّنَةَ عَلَى إِقْرَارِ الْبَائِعِ أَنَّهُ لِلْمُسْتَحَقِّ تُقْبَلُ. وَهَرَفُوا أَنَّ الْعَبْدَ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي. وَفِي تِلْكَ الْمَسْأَلَةِ فِي يَدِ غَيْرِهِ وَهُوَ الْمُسْتَحَقُّ، وَشَرْطُ الرُّجُوعِ بِالثَّمَنِ أَنْ لَا يَكُونَ الْعَيْنُ سَائِمًا لِلْمُشْتَرِي.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ بَاعَ عَبْدَ غَيْرِهِ بِغَيْرِ أَمْرِهِ) رَجُلٌ بَاعَ عَبْدَ غَيْرِهِ بِغَيْرِ أَمْرِهِ فَقَالَ الْمُشْتَرِي أَرَدْتُ الْبَيْعَ؛ لِأَنَّكَ بَعْتَنِي بِغَيْرِ أَمْرِ صَاحِبِهِ وَجَحَدَ الْبَائِعُ ذَلِكَ (فَأَقَامَ الْمُشْتَرِي الْبَيِّنَةَ) أَنَّ رَبَّ الْعَبْدِ أَوْ الْبَائِعُ أَقَرَّ أَنَّهُ لَمْ يَأْمُرْ الْبَائِعَ بِبَيْعِهِ (لَا تُقْبَلُ بَيِّنَتُهُ)؛ لِأَنَّهَا تَبْتَنِي عَلَى صِحَّةِ الدَّعْوَى فَإِنْ صَحَّتْ الدَّعْوَى صَحَّتْ الْبَيِّنَةُ وَإِلَّا فَلَا وَهَاهُنَا بَطَلَتْ الدَّعْوَى (لِلتَّنَاقُضِ)؛ لِأَنَّ إِقْدَامَ الْمُشْتَرِي دَلِيلٌ عَلَى صِحَّةِ الشِّرَاءِ وَأَنَّ الْبَائِعَ يَمْلِكُ الْبَيْعَ ثُمَّ دَعَاؤُهُ

بَعْدَ ذَلِكَ أَنَّهُ بَاعَ بِغَيْرِ أَمْرِ صَاحِبِهِ دَلِيلٌ عَلَى عَدَمِ صِحَّةِ الشَّرَاءِ وَأَنَّ الْبَائِعَ لَمْ يَمْلِكْ الْبَيْعَ فَحَصَلَ التَّنَاقُضُ الْمُبْطِلُ لِلدَّعْوَى الْمُسْتَلَزِمَةِ صِحَّتِهَا لِقَبُولِ الْبَيِّنَةِ.

(وَإِنْ أَقَرَّ الْبَائِعُ بِذَلِكَ) أَيِّ بِأَنَّهُ بَاعَهُ بِغَيْرِ أَمْرِهِ (بَطَلَ الْبَيْعُ) إِنْ طَلَبَ الْمُشْتَرِي ذَلِكَ؛ لِأَنَّ التَّنَاقُضَ لَا يَمْنَعُ صِحَّةَ الْإِقْرَارِ (أَلَا تَرَى أَنَّ مَنْ أَلْكَرَ شَيْئًا ثُمَّ أَقَرَّ بِهِ) صَحَّ إِقْرَارُهُ، إِلَّا أَنَّ الْإِقْرَارَ حُجَّةٌ قَاصِرَةٌ لَا يَنْفُذُ فِي حَقِّ الْغَيْرِ، فَإِذَا سَاعَدَهُ الْمُشْتَرِي عَلَى ذَلِكَ تَحَقَّقَ الْأَتْفَاقُ بَيْنَهُمَا فَجَازَ أَنْ يُنْقَضَ. وَذَكَرَ الْمُصَنِّفُ رَحِمَهُ اللَّهُ مَسْأَلَةَ الزِّيَادَاتِ نَقْضًا عَلَى مَسْأَلَةِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ. وَتَصْوِيرُهَا مَا قِيلَ: رَجُلٌ ادَّعَى عَلَى الْمُشْتَرِي بِأَنَّ ذَلِكَ الْعَبْدَ لَهُ وَصَدَّقَهُ الْمُشْتَرِي فِي ذَلِكَ ثُمَّ أَقَامَ الْبَيِّنَةَ عَلَى الْبَائِعِ أَنَّهُ أَقَرَّ بِأَنَّ الْمَبِيعَ هَذَا الْمُسْتَحَقُّ تَقْبُلُ الْبَيِّنَةِ وَإِنْ تَنَاقَضَ فِي دَعْوَاهُ.

قَالَ (وَفَرَّقُوا) أَيِ الْمَشَايِخُ بَيْنَ رَوَايَتِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ وَالزِّيَادَاتِ (بِأَنَّ الْعَبْدَ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ) أَيِّ فِي مَسْأَلَةِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ (فِي يَدِ الْمُشْتَرِي) فَيَكُونُ الْمَبِيعُ سَالِمًا لَهُ فَلَا يَثْبُتُ لَهُ حَقُّ الرُّجُوعِ بِالثَّمَنِ مَعَ سَلَامَةِ الْمَبِيعِ لَهُ؛ لِأَنَّ شَرْطَ الرُّجُوعِ بِالثَّمَنِ عَدَمُ سَلَامَةِ الْمَبِيعِ (وَفِي تِلْكَ) أَيِ مَسْأَلَةِ الزِّيَادَاتِ الْعَبْدُ الْمَبِيعُ فِي يَدِ الْمُسْتَحَقِّ فَلَا يَكُونُ الْمَبِيعُ سَالِمًا لِلْمُشْتَرِي فَيَثْبُتُ لَهُ حَقُّ الرُّجُوعِ لَوْجَدَانِ شَرْطِهِ. قِيلَ فِي هَذَا الْفَرْقِ نَظَرٌ؛ لِأَنَّ وَضَعَ الْمَسْأَلَةَ فِي الزِّيَادَاتِ أَيْضًا فِي أَنَّ الْعَبْدَ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي، وَلَكِنْ سَلَّمْنَا أَنَّهُ فِي يَدِ الْمُسْتَحَقِّ فَلَا يَلْزَمُ قَبُولُ الْبَيِّنَةِ لِبَقَاءِ التَّنَاقُضِ الْمُبْطِلِ لِلدَّعْوَى.

وَالأَوَّلَى أَنْ يُقَالَ: إِنْ الْمُشْتَرِي أَقَامَ الْبَيِّنَةَ عَلَى إِقْرَارِ الْبَائِعِ قَبْلَ الْبَيْعِ فِي مَسْأَلَةِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ فَلَمْ تَقْبَلِ التَّنَاقُضَ. وَفِي مَسْأَلَةِ الزِّيَادَاتِ أَقَامَ الْبَيِّنَةَ عَلَى الْإِقْرَارِ بَعْدَ الْبَيْعِ فَلَا يَلْزَمُ التَّنَاقُضُ فَقُبِلَتِ الْبَيِّنَةُ. قَالَ صَاحِبُ النَّهَايَةِ: وَلَمْ يَتَّضِحْ لِي فِيهِ شَيْءٌ سِوَى هَذَا بَعْدَ أَنْ تَأَمَّلْتُ فِيهِ بُرْهَةً مِنَ الدَّهْرِ، وَفِيهِ نَظَرٌ؛ لِأَنَّ التَّوْفِيقَ فِي وَضْعِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ مُمَكِّنٌ لِحَوَازِ أَنْ يَكُونَ الْمُشْتَرِي أَقْدَمَ عَلَى الشَّرَاءِ، وَلَمْ يَعْلَمْ بِإِقْرَارِ الْبَائِعِ بَعْدَمِ الْأَمْرِ ثُمَّ ظَهَرَ لَهُ ذَلِكَ بِأَنَّ قَالَ عُذُولُ: سَمِعْنَاهُ قَبْلَ الْبَيْعِ أَقَرَّ بِذَلِكَ وَيَشْهَدُونَ بِهِ، وَمِثْلُ ذَلِكَ لَيْسَ بِمَنْعٍ كَمَا تَقَدَّمَ، وَالْوَاضِحُ فِي الْفَرْقِ مَا ذَكَرَهُ الْمُصَنِّفُ عَلَى مَا قَرَّرْتَاهُ.

وَمَا قِيلَ إِنْ التَّنَاقُضَ الْمُبْطِلَ لِلدَّعْوَى بَاقٍ يُجَابُ عَنْهُ بِأَنَّ الْمُشْتَرِي غَيْرُ مُتَنَاقِضٍ مِنْ كُلِّ وَجْهِ؛ لِأَنَّهُ لَا يُنْكَرُ الْعَقْدُ أَصْلًا وَلَا مِلْكُ الثَّمَنِ لِلْبَائِعِ، فَإِنْ بَيْعَ مَالِ الْغَيْرِ

مُنْعَقِدٌ وَبَدَلُ الْمُسْتَحَقِّ مَمْلُوكٌ، وَإِنَّمَا يُنْكِرُ وَصْفَ الْعَقْدِ وَهُوَ الصَّحَّةُ وَاللُّزُومُ بَعْدَ الْإِقْرَارِ بِهِ مِنْ حَيْثُ الظَّاهِرُ فَكَانَ مُتَنَاقِضًا مِنْ وَجْهِ دُونَ وَجْهِ فَجَعَلْنَاهُ مُتَنَاقِضًا فِي مَسْأَلَةِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ؛ لِأَنَّهُ لَا يُفِيدُ فَائِدَةَ الرُّجُوعِ بِالثَّمَنِ لِسَلَامَةِ الْمَبِيعِ لَهُ إِذْ هُوَ فِي يَدِهِ وَلَمْ نَجْعَلْهُ مُتَنَاقِضًا فِي الْفَصْلِ الثَّانِي؛ لِأَنَّهُ يُفِيدُ فَائِدَةَ الرُّجُوعِ بِالثَّمَنِ لِعَدَمِ سَلَامَتِهِ لِكُونِهِ فِي يَدِ غَيْرِهِ وَكَانَ ذَلِكَ عَمَلًا بِالشَّبَهَيْنِ بِقَدْرِ الْإِمْكَانِ فَصَرَفْنَا إِلَيْهِ

قَالَ (وَمَنْ بَاعَ دَارًا لِرَجُلٍ وَأَدْخَلَهَا الْمُشْتَرِي فِي بَنَائِهِ لَمْ يَضْمَنْ الْبَائِعُ) عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَهُوَ قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ آخِرًا، وَكَانَ يَقُولُ أَوَّلًا: يَضْمَنْ الْبَائِعُ، وَهُوَ قَوْلُ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ وَهِيَ مَسْأَلَةُ غَضَبِ الْعَقَارِ وَسَنَبِّئُهُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى، وَاللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ بَاعَ دَارًا لِرَجُلٍ) قِيلَ مَعْنَاهُ: بَاعَ عَرَصَةً غَيْرَهُ بِغَيْرِ أَمْرِهِ (وَأَدْخَلَهَا الْمُشْتَرِي فِي بَنَائِهِ) قِيلَ يَعْنِي قَبْضَهَا وَإِنَّمَا قِيدَ بِالْإِدْخَالِ فِي الْبِنَاءِ اتِّفَاقًا (لَمْ يَضْمَنْ الْبَائِعُ) أَيِ قِيمَةِ الدَّارِ (عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَهُوَ قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ آخِرًا، وَكَانَ يَقُولُ أَوَّلًا يَضْمَنْ وَهُوَ قَوْلُ مُحَمَّدٍ وَهِيَ مَسْأَلَةُ غَضَبِ الْعَقَارِ) عَلَى مَا سَيَأْتِي

بَابُ السَّلَمِ

السَّلَمُ عَقْدٌ مَشْرُوعٌ بِالْكِتَابِ وَهُوَ آيَةُ الْمَدَائِنَةِ، فَقَدْ قَالَ ابْنُ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا: أَشْهَدُ أَنَّ اللَّهَ تَعَالَى أَحَلَّ السَّلَفَ الْمُضْمُونِ وَأَنْزَلَ فِيهَا أَطْوَلَ آيَةٍ فِي كِتَابِهِ، وَقَالَ قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿يَتَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ﴾ [البقرة: ٢٨٢]. وَبِالسَّلَمَةِ وَهُوَ مَا رُوِيَ «أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ نَهَى عَنْ بَيْعِ مَا لَيْسَ عِنْدَ الْإِنْسَانِ وَرَخَّصَ فِي السَّلَمِ» ^(١) وَالْقِيَاسُ وَإِنْ كَانَ يَأْبَاهُ وَلَكِنَّا تَرَكْنَاهُ بِمَا رَوَيْنَاهُ. وَوَجْهُ الْقِيَاسِ أَنَّهُ بَيْعُ الْمَعْدُومِ إِذَا مَبِيعٌ هُوَ الْمُسْلِمُ فِيهِ.

الشرح:

(بَابُ السَّلَمِ): لَمَّا فَرَّغَ مِنْ أَنْوَاعِ الْبُيُوعِ الَّتِي لَا يُشْتَرَطُ فِيهَا قَبْضُ الْعَوَضِيِّينَ أَوْ

(١) قَالَ الزَّيْلَعِيُّ فِي نَصَبِ الرَّايَةِ (٤/٨٩): غَرِيبٌ هَذَا اللَّفْظُ.

أَحَدَهُمَا شَرَعَ فِي بَيَانِ مَا يُشْتَرَطُ فِيهِ ذَلِكَ، وَقَدَّمَ السَّلَامَ عَلَى الصَّرْفِ لَكُونَ الشَّرْطِ فِيهِ قَبْضُ أَحَدِ الْعَوَظِينَ فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ الْمُرَدِّ مِنَ الْمُرْكَبِ. وَهُوَ فِي اللَّغَةِ عِبَارَةٌ عَنْ تَوْعٍ يَنْعِ مُعْجَلٍ فِيهِ الثَّمَنُ. وَفِي اصْطِلَاحِ الْفُقَهَاءِ هُوَ أَخَذُ عَاجِلٍ بِأَجَلٍ. قِيلَ فَهُوَ بِالْمَعْنَى اللَّغَوِيِّ إِلَّا أَنَّ فِي الشَّرْعِ اقْتَرَنَتْ بِهِ زِيَادَةُ شَرَائِطَ. وَرَدَّ بِأَنَّ السَّلْعَةَ إِذَا بِيَعَتْ بِثَمَنِ مُؤَجَّلٍ وَجَدَ فِيهِ هَذَا الْمَعْنَى وَلَيْسَ بِسَلَمٍ، وَلَوْ قِيلَ يَنْعِ أَجَلٍ بِعَاجِلٍ لَا تَذْفَعُ ذَلِكَ. وَرُكْنُهُ الْإِجْبَابُ وَالْقَبُولُ، بِأَنْ يَقُولَ رَبُّ السَّلَامِ لآخر أسلمت إليك عشرة دراهم في كُرِّ حِنْطَةٍ أَوْ أَسْلَفْتُ فَيَقُولَ الْآخَرُ قَبِلْتُ، وَيُسَمَّى هَذَا رَبُّ السَّلَامِ وَالْآخَرُ الْمُسْلِمَ إِلَيْهِ وَالْحِنْطَةُ الْمُسْلَمَ فِيهِ.

وَلَوْ صَدَرَ الْإِجْبَابُ مِنَ الْمُسْلِمِ إِلَيْهِ وَالْقَبُولُ مِنْ رَبِّ السَّلَامِ صَحَّ. وَشَرْطُ جَوَازِهِ سَيُذَكَّرُ فِي أَتَاءِ كَلَامِهِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى. قَالَ (السَّلَامُ عَقْدٌ مَشْرُوعٌ بِالْكِتَابِ إلخ) السَّلَامُ عَقْدٌ مَشْرُوعٌ دَلَّ عَلَى ذَلِكَ الْكِتَابُ وَالسُّنَّةُ، أَمَّا الْكِتَابُ فَقَوْلُهُ: تَعَالَى ﴿يَتَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى فَاكْتُبُوهُ﴾ مَعْنَاهُ إِذَا تَعَامَلْتُمْ بِدَيْنٍ مُؤَجَّلٍ فَاكْتُبُوهُ، وَفَائِدَةُ قَوْلِهِ مُسَمًّى الْإِعْلَامُ بِأَنْ مِنْ حَقِّ الْأَجَلِ أَنْ يَكُونَ مَعْلُومًا. وَوَجْهُ الاسْتِدْلَالِ (مَا رَوَى عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أَشْهَدُ أَنَّ اللَّهَ أَحَلَّ السَّلْفَ الْمَضْمُونِ وَأَنْزَلَ فِيهَا) أَيُّ فِي السَّلْفِ عَلَى تَأْوِيلِ الْمَدَائِنَةِ (أَطْوَلُ آيَةٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ، وَتَلَا قَوْلَهُ تَعَالَى ﴿يَتَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ﴾).

فَإِنْ قِيلَ: هَذَا اسْتِدْلَالٌ بِخُصُوصِ السَّبَبِ وَلَا مُعْتَبَرٌ بِهِ. قُلْنَا: عُمُومُ اللَّفْظِ يَتَنَاوَلُهُ فَكَانَ الاسْتِدْلَالُ بِهِ (قَوْلُهُ: الْمَضْمُونُ) صِفَةً مُقَرَّرَةً لِلْسَّلْفِ كَمَا فِي قَوْلِهِ تَعَالَى ﴿يَتَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا﴾ [المائدة: ٤٤] وَمَعْنَاهُ الْوَاجِبُ فِي الذِّمَّةِ. وَأَمَّا السُّنَّةُ (فَمَا رَوَى عَنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ «أَنَّهُ نَهَى عَنْ بَيْعِ مَا لَيْسَ عِنْدَ الْإِنْسَانِ وَرَخَّصَ فِي السَّلَامِ» وَالْقِيَاسُ يُأَيِّبُ جَوَازَهُ)؛ لِأَنَّهُ يَنْعِ الْمَعْدُومِ، إِذِ الْمَبِيعُ هُوَ الْمُسْلِمُ فِيهِ لَكِنَّا تَرَكْنَاهُ بِالنَّصِّ.

قَالَ (وَهُوَ جَائِزٌ فِي الْمَكِيلَاتِ وَالْمَوْزُونَاتِ) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «مَنْ أَسْلَمَ مِنْكُمْ فَلَيْسَ لَهُ فِي كَيْلٍ مَعْلُومٍ وَوزنٍ مَعْلُومٍ إِلَى أَجَلٍ مَعْلُومٍ»^(١).

وَالْمُرَادُ بِالْمَوْزُونَاتِ غَيْرِ الدَّرَاهِمِ وَالْدَنَانِيرِ لِأَنَّهُمَا أَثْمَانٌ، وَالْمُسْلَمُ فِيهِ لَا بُدَّ أَنْ يَكُونَ مَثْمَنًا فَلَا يَصِحُّ السَّلَامُ فِيهِمَا ثُمَّ قِيلَ يَكُونُ بَاطِلًا، وَقِيلَ يَنْعَقِدُ بَيْعًا بِثَمَنِ مُؤَجَّلٍ تَحْصِيلًا

(١) أخرجه البخاري في السلم باب ١، ٢، ٧، ومسلم في المساقاة حديث ١٢٧، ١٢٨.

لِمَقْصُودِ الْمُتَعَاقِدِينَ بِحَسَبِ الْإِمْكَانِ، وَالْعِبْرَةُ فِي الْعُقُودِ لِلْمَعَانِي وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ لِأَنَّ التَّصْحِيحَ إِنَّمَا يَجِبُ فِي مَحَلٍّ أَوْجَبَ الْعَقْدَ فِيهِ وَلَا يُمَكِّنُ ذَلِكَ. قَالَ (وَكَذَا فِي الْمَذْرُوعَاتِ) لِأَنَّهُ يُمَكِّنُ ضَبْطَهَا بِذِكْرِ الذَّرْعِ وَالصَّفَةِ وَالصَّنْعَةِ، وَلَا بُدَّ مِنْهَا لَتَرْتَفَعَ الْجَهَالَةُ فَيَتَحَقَّقُ شَرْطُ صِحَّةِ السَّلَمِ، وَكَذَا فِي الْمَعْدُودَاتِ الَّتِي لَا تَتَفَاوَتْ كَالْجُوزِ وَالْبَيْضِ، لِأَنَّ الْعَدَدِيَّ الْمُتَقَارِبَ مَعْلُومُ الْقَدْرِ مَضْبُوطُ الْوَصْفِ مَقْدُورُ التَّسْلِيمِ فَيَجُوزُ السَّلَمُ فِيهِ، وَالصَّغِيرُ وَالْكَبِيرُ فِيهِ سَوَاءٌ لِاصْطِلَاحِ النَّاسِ عَلَى إِهْدَارِ التَّفَاوُتِ، بِخِلَافِ الْبَطِيخِ وَالرُّمَّانِ لِأَنَّهُ يَتَفَاوَتْ أَحَادُهُ تَفَاوُتًا فَاحِشًا، وَيَتَفَاوَتْ الْأَحَادُ فِي الْمَالِيَّةِ يُعْرَفُ الْعَدَدِيُّ الْمُتَقَارِبُ. وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ فِي بَيْضِ النُّعَامَةِ لِأَنَّهُ يَتَفَاوَتْ أَحَادُهُ فِي الْمَالِيَّةِ، ثُمَّ كَمَا يَجُوزُ السَّلَمُ فِيهَا عَدَدًا يَجُوزُ كَيْلًا. وَقَالَ زُفَرٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَا يَجُوزُ كَيْلًا لِأَنَّهُ عَدَدِيٌّ وَلَيْسَ بِمَكِيلٍ. وَعَنْهُ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ عَدَدًا أَيْضًا لِلتَّفَاوُتِ. وَلَنَا أَنَّ الْمِقْدَارَ مَرَّةً يُعْرَفُ بِالْعَدَدِ وَتَارَةً بِالْكَيْلِ، وَإِنَّمَا صَارَ مَعْدُودًا بِالِاصْطِلَاحِ فَيَصِيرُ مَكِيلًا بِاصْطِلَاحِهِمَا وَكَذَا فِي الْفُلُوسِ عَدَدًا. وَقِيلَ هَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ. وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ لَا يَجُوزُ لِأَنَّهَا أَثْمَانٌ. وَلَهُمَا أَنَّ التَّمْنِيَّةَ فِي حَقِّهِمَا بِاصْطِلَاحِهِمَا فَتَبْطُلُ بِاصْطِلَاحِهِمَا وَلَا تَعُودُ وَزَيْنًا وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ مِنْ قَبْلُ.

الشرح:

قَالَ (وَهُوَ جَائِزٌ فِي الْمَكِيلَاتِ وَالْمُوزُونَاتِ) السَّلَمُ جَائِزٌ فِي الْمَكِيلَاتِ وَالْمُوزُونَاتِ (لِقَوْلِهِ ﷺ «مَنْ أَسْلَمَ مِنْكُمْ فَلَيْسَ لَكُمْ فِي كَيْلٍ مَعْلُومٍ وَوزنٍ مَعْلُومٍ إِلَى أَجَلٍ مَعْلُومٍ» وَالْوَجُوبُ يَنْصَرِفُ إِلَى كَوْنِهِ مَعْلُومًا وَهُوَ يَتَضَمَّنُ الْجَوَازَ لَا مَحَالَهَ. فَإِنْ قِيلَ: مَنْ أَسْلَمَ شَرْطِيَّةً وَهُوَ لَا يَقْتَضِي الْجَوَازَ كَمَا فِي قَوْلِهِ تَعَالَى «قُلْ إِنْ كَانَ لِلرَّحْمَنِ وَلَدٌ فَأَنَا أَوَّلُ الْعَبِيدِينَ» [الزخرف: ٨١] فَالْجَوَابُ أَنَّ الدَّلِيلَ قَدْ دَلَّ عَلَى وُجُودِ السَّلَمِ فِي الشَّرْعِ، وَإِنَّمَا الْحَدِيثُ يُسْتَدَلُّ بِهِ عَلَى جَوَازِهِ فِي الْمَكِيلَاتِ وَالْمُوزُونَاتِ (وَالْمُرَادُ بِالْمُوزُونَاتِ غَيْرِ الدَّرَاهِمِ وَالْدَنَانِيرِ؛ لِأَنَّهُمَا أَثْمَانٌ، وَالسَّلَمُ فِيهِ لَا يَكُونُ ثَمَنًا بَلْ يَكُونُ ثَمَنًا فَلَا يَصِحُّ السَّلَمُ فِيهِمَا. ثُمَّ قِيلَ: يَكُونُ بَاطِلًا، وَقِيلَ يَنْعَقِدُ بَيْنَا بَشَمَنْ مُؤَجَّلٍ تَحْصِيلًا لِمَقْصُودِ الْمُتَعَاقِدِينَ بِقَدْرِ الْإِمْكَانِ وَالْإِعْتِبَارِ فِي الْعُقُودِ لِلْمَعَانِي) وَالْأَوَّلُ قَوْلُ عِيْسَى بْنِ أَبَانَ، وَالثَّانِي قَوْلُ أَبِي بَكْرٍ الْأَعْمَشِ رَحِمَهُمَا اللَّهُ. وَهَذَا الْاِخْتِلَافُ فِيمَا إِذَا أَسْلَمَ حِنْطَةً أَوْ غَيْرَهَا مِنَ الْغُرُوضِ فِي الدَّرَاهِمِ وَالْدَنَانِيرِ لِيُمْكِنَ أَنْ يَجْعَلَ يَبْعَ حِنْطَةً بِدَرَاهِمٍ مُؤَجَّلَةٍ

بِنَاءٍ عَلَى أَنَّهُمَا قَصْدًا مُبَادَلَةً الْحِنْطَةِ بِالذَّرَاهِمِ، وَأَمَّا إِذَا كَانَ كِلَاهُمَا مِنَ الْأَثْمَانِ بَأَنٍ أَسْلَمَ عَشْرَةً فِي عَشْرَةِ ذَرَاهِمٍ أَوْ فِي دَنَانِيرَ فَإِنَّهُ لَا يَجُوزُ بِالْإِجْمَاعِ، وَمَا ذَكَرَهُ عِيسَى أَصَحُّ؛ لِأَنَّ التَّصْحِيحَ إِنَّمَا يَجِبُ فِي مَحَلٍّ أَوْجَبَا الْعَقْدَ فِيهِ وَهُمَا أَوْجَبَاهُ فِي الْمُسْلِمِ فِيهِ، وَهُوَ إِذَا كَانَ مِنَ الْأَثْمَانِ لَا يَصِحُّ تَصْحِيحُهُ؛ لِأَنَّهُمَا لَا تَكُونُ مُتَمَنَّا، وَتَصْحِيحُهُ فِي الْحِنْطَةِ تَصْحِيحٌ فِي غَيْرِ مَا أَوْجَبَاهُ فِيهِ فَلَا يَكُونُ صَحِيحًا.

قَالَ (وَكَذَا فِي الْمَذْرُوعَاتِ؛ لِأَنَّهُ يُمَكِّنُ ضَبْطَهَا) أَيُّ وَكَجَوَازِ السَّلَمِ فِي الْمَكِيلَاتِ وَالْمُوزُونَاتِ جَوَازُهُ فِي الْمَذْرُوعَاتِ لَكَوْنِهَا كَالْمَكِيلَاتِ وَالْمُوزُونَاتِ فِي مَنَاطِ الْحُكْمِ وَهُوَ إِمْكَانُ ضَبْطِ الصِّفَةِ وَمَعْرِفَةِ الْمَقْدَارِ لارتفاع الجهالة فجاز إلحاقها بهما. وَعَلَى هَذَا التَّقْرِيرِ سَقَطَ مَا قِيلَ الشَّيْءُ إِنَّمَا يُلْحَقُ بِغَيْرِهِ دَلَالَةً إِذَا تَسَاوَا بِمَا مِنْ جَمِيعِ الْوُجُوهِ، وَلَيْسَ الْمَذْرُوعُ مَعَ الْمَكِيلِ أَوْ الْمُوزُونِ كَذَلِكَ لِتَفَاوُتِهِمَا فِيمَا هُوَ أَعْظَمُ وَجُوهُ التَّفَاوُتِ وَهُوَ كَوْنُ الْمَذْرُوعِ قِيمِيًّا، وَهُمَا مِثْلِيًّا؛ لِأَنَّ الْمَنَاطَ هُوَ مَا ذَكَرْنَا، إِذْ الْجَهَالَةُ الْمُفْضِيَّةُ إِلَى التَّرَافُعِ بِذَلِكَ دُونَ كَوْنِهِ قِيمِيًّا أَوْ مِثْلِيًّا.

فَإِنْ قِيلَ: الدَّلَالَةُ لَا تَعْمَلُ إِذَا عَارَضَهَا عِبَارَةٌ وَقَدْ عَارَضَهَا قَوْلُهُ: «لَا تَبِعْ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ» فَإِنَّهُ عِبَارَةٌ أُخْتُصَّتْ مِنْهُ الْمَكِيلَاتُ وَالْمُوزُونَاتُ بِقَوْلِهِ «مَنْ أَسْلَمَ مِنْكُمْ» الْحَدِيثَ، فَتَبَيَّنَ مَا وَرَاءَهُمَا تَحْتَ قَوْلِهِ لَا تَبِعْ. فَالْجَوَابُ إِنَّمَا لَا تُسَلِّمُ صِلَاحِيَّةَ مَا ذَكَرْتَ لِلتَّخْصِيصِ؛ لِأَنَّ الْقِرَانَ شَرْطُ لَهُ وَهُوَ لَيْسَ بِمَوْجُودٍ، سَلَمَتَاهُ لَكِنَّهُ عَامٌّ مَخْصُوصٌ وَهُوَ دُونَ الْقِيَاسِ فَلَا يَكُونُ مُعَارِضًا لِلدَّلَالَةِ (وَكَذَا فِي الْمَعْدُودَاتِ الْمُتَقَارِبَةِ، وَهِيَ الَّتِي لَا تَتَّفَاوَتْ) آحَادَهَا (كَالْحُوزِ وَالْبَيْضِ؛ لِأَنَّ الْعَدَدِيَّ الْمُتَقَارِبَ مَعْلُومٌ مُضْبُوطٌ الْوَصْفِ مَقْدُورُ السَّلَامِ) فَكَانَ مَنَاطُ الْحُكْمِ مَوْجُودًا كَمَا فِي الْمَذْرُوعَاتِ

(فَجَازَ السَّلَامُ فِيهِ الْإِحَاقَ بِالْمَكِيلِ وَالْمُوزُونِ، وَالْكَبِيرُ وَالصَّغِيرُ سَوَاءٌ لِاصْطِلَاحِ النَّاسِ عَلَى إِهْدَارِ التَّفَاوُتِ) فَإِنَّهُ قَلَمًا يُبَاعُ جَوْزٌ بِفَلَسٍ وَآخَرُ بِفَلَسَيْنِ، وَكَذَا الْبَيْضُ (بِخِلَافِ الْبُطِيخِ وَالرُّمَّانِ؛ لِأَنَّهُ يَتَّفَاوَتْ آحَادُهُ تَفَاوُتًا فَاحِشًا) فَصَارَ الضَّابِطُ فِي مَعْرِفَةِ الْعَدَدِيِّ الْمُتَقَارِبِ عَنِ الْمُتَّفَاوِتِ تَفَاوُتَ الْآحَادِ فِي الْمَالِيَّةِ دُونَ الْأَنْوَاعِ، وَهَذَا هُوَ الْمَرْوِيُّ عَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ، وَيُؤَيِّدُ ذَلِكَ مَا رُوِيَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ السَّلَامَ لَا يَجُوزُ فِي بَيْضِ النِّعَامَةِ؛ لِأَنَّهُ يَتَّفَاوَتْ آحَادُهُ فِي الْمَالِيَّةِ. ثُمَّ كَمَا يَجُوزُ السَّلَامُ فِيهَا: أَيُّ فِي الْمَعْدُودَاتِ الْمُتَقَارِبَةِ عَدَدًا يَجُوزُ كَيْلًا. وَقَالَ زُفَرٌ: لَا يَجُوزُ؛ لِأَنَّهُ عَدَدِيٌّ لَا كَيْلِيٌّ.

وَعَنْهُ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ عَدَدٌ أَيْضًا لَوْجُودِ التَّفَاوُتِ فِي الْآحَادِ. وَلَنَا أَنَّ الْمَقْدَارَ مَرَّةً يُعْرَفُ بِالْعَدَدِ وَأُخْرَى بِالْكَيْلِ فَأَمَكَّنَ الضَّبْطُ بِهِمَا فَيَكُونُ جَائِزًا وَكَوْنُهُ مَعْدُودًا بِاصْطِلَاحِهِمَا فَجَازَ إِهْدَارُهُ، وَالْاصْطِلَاحُ عَلَى كَوْنِهِ كَيْلًا.

(قَوْلُهُ: وَكَذَا فِي الْفُلُوسِ عَدَدًا) ذَكَرَهُ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ مُطْلَقًا مِنْ غَيْرِ ذِكْرِ خِلَافٍ لِأَحَدٍ. وَقِيلَ هَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ: وَأَمَّا عِنْدَ مُحَمَّدٍ فَلَا يَجُوزُ: أَيْ لَا يَجُوزُ السَّلَامُ فِي الْفُلُوسِ؛ لِأَنَّهَا أَمَانٌ، وَالسَّلَامُ فِي الْأَمَانِ لَا يَجُوزُ. وَلَهُمَا أَنَّ التَّمَنِّيَّةَ فِي حَقِّ الْمُتَعَاقِدِينَ ثَابِتَةٌ بِاصْطِلَاحِهِمَا لِعَدَمِ وَلَايَةِ الْغَيْرِ عَلَيْهِمَا فَلَهُمَا إِبْطَالُهُمَا بِاصْطِلَاحِهِمَا، فَإِذَا بَطُلَتِ التَّمَنِّيَّةُ صَارَتْ مُثَمَّنًا تَتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِينِ فَجَازَ السَّلَامُ، وَقَدْ ذَكَرْتَاهُ فِي بَابِ الرِّبَا فِي مَسْأَلَةِ بَيْعِ الْفَلَسِ بِالْفَلَسَيْنِ.

وَمِنْ الْمَشَايخِ مَنْ قَالَ: جَوَازُ السَّلَامِ فِي الْفُلُوسِ قَوْلُ الْكُلِّ، وَهَذَا الْقَائِلُ يَحْتَاجُ إِلَى الْفَرْقِ لِمُحَمَّدٍ بَيْنَ الْبَيْعِ وَالسَّلَامِ، وَهُوَ أَنَّ كَوْنَ الْمُسْلِمِ فِيهِ مُثَمَّنًا مِنْ ضَرُورَةِ جَوَازِ السَّلَامِ، فَإِقْدَامُهُمَا عَلَى السَّلَامِ تَضَمَّنَ إِبْطَالَ الْاصْطِلَاحِ فِي حَقِّهِمَا فَعَادَ مُثَمَّنًا، وَلَيْسَ مِنْ ضَرُورَةِ جَوَازِ الْبَيْعِ كَوْنُ الْمَبِيعِ مُثَمَّنًا فَإِنَّ بَيْعَ الْأَمَانِ بَعْضُهُمَا بِبَعْضٍ جَائِزٌ، فَإِلْقَادُهُ عَلَى الْبَيْعِ لَا يَتَضَمَّنُ إِبْطَالَ الْاصْطِلَاحِ فِي حَقِّهِمَا فَبَقِيَ ثَمَنًا كَمَا كَانَ، وَفَسَدَ بَيْعُ الْوَاحِدِ بِالْأُثْنَيْنِ.

(وَلَا يَجُوزُ السَّلَامُ فِي الْحَيَوَانِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: يَجُوزُ لِأَنَّهُ يُصِيرُ مَعْلُومًا بَيَّانَ الْجِنْسِ وَالسِّنِّ وَالنَّوْعِ وَالصِّفَةِ، وَالتَّفَاوُتُ بَعْدَ ذَلِكَ يَسِيرٌ فَأَشْبَهَ الثِّيَابَ. وَلَنَا أَنَّهُ بَعْدَ ذِكْرِ مَا ذَكَرَ يَبْقَى فِيهِ تَفَاوُتٌ فَاحِشٌ فِي الْمَالِيَّةِ بِاعْتِبَارِ الْمَعَانِي الْبَاطِنَةِ فَيُفْضَى إِلَى الْمُنَازَعَةِ، بِخِلَافِ الثِّيَابِ لِأَنَّهُ مَصْنُوعُ الْعِبَادِ فَقَلَمَا يَتَفَاوَتُ الثُّوبَانِ إِذَا نُسِجَا عَلَى مَنَوَالٍ وَاحِدٍ. وَقَدْ صَحَّ «أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ نَهَى عَنِ السَّلَامِ فِي الْحَيَوَانِ» ^(١) وَيَدْخُلُ فِيهِ جَمِيعُ أَجْنَاسِهِ حَتَّى الْعَصَافِيرُ. قَالَ (وَلَا فِي أَطْرَافِهِ كَالرُّءُوسِ وَالْأَكَارِعِ) لِلتَّفَاوُتِ فِيهَا إِذْ هُوَ عَدَدِيٌّ مُتَفَاوِتٌ لَا مُقَدَّرٌ لَهَا. قَالَ (وَلَا فِي الْجُلُودِ عَدَدًا وَلَا فِي الْحَصَبِ حُرْمًا وَلَا فِي الرُّطْبَةِ جُرْزًا) لِلتَّفَاوُتِ فِيهَا، إِلَّا إِذَا عُرِفَ ذَلِكَ بِأَن بَيْنَ لَهُ طُولٌ مَا يَشْدُ بِهِ الْحُرْمَةُ أَنَّهُ شِبْرٌ أَوْ ذِرَاعٌ فَحِينَئِذٍ يَجُوزُ إِذَا كَانَ عَلَى وَجْهِهِ لَا يَتَفَاوَتُ.

(١) أخرجه الحاكم في المستدرک (٥٧/٢)، والدارمي (٧١/٣) رقم (٢٦٨).

الشرح:

(قوله: وَلَا يَجُوزُ السَّلَامُ فِي الْحَيَوَانِ) وَهُوَ لَا يَخْلُو إِمَّا أَنْ يَكُونَ مُطْلَقًا أَوْ مَوْصُوفًا، وَالْأَوَّلُ لَا يَجُوزُ بِلا خِلَافٍ، وَالثَّانِي لَا يَجُوزُ عِنْدَنَا خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ. هُوَ يَقُولُ يُمَكِّنُ ضَبْطُهُ بَيَانَ الْجِنْسِ كَالْإِبِلِ، وَالسِّنِّ كَالْجَذَعِ وَالثَّنِيِّ، وَالتَّنَوُّعِ كَالْبُخْتِ وَالْعَرَابِ، وَالصِّفَةِ كَالسَّمَنِ وَالْهَزَالِ، وَالتَّفَاوُتُ بَعْدَ ذَلِكَ سَاقِطٌ لِقَلْبِهِ فَأَشْبَهَ الثِّيَابَ، وَقَدْ ثَبَتَ «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَمَرَ عَمْرُو بْنَ الْعَاصِ أَنْ يَشْتَرِيَ بَعِيرًا بِبَعِيرَيْنِ فِي تَجْهِيزِ الْجَيْشِ إِلَى أَجْلِ. وَأَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ اسْتَقْرَضَ بَكْرًا وَقَضَاهُ رُبَاعِيًّا» وَالسَّلَامُ أَقْرَبُ إِلَى الْجَوَازِ مِنَ الْاسْتِقْرَاضِ.

وَلَنَا أَنَّ بَعْدَ ذِكْرِ الْأَوْصَافِ الَّتِي اشْتَرَطَهُ الْخَصْمُ يَبْقَى تَفَاوُتٌ فَاحِشٌ فِي الْمَالِيَّةِ بِاعْتِبَارِ الْمَعَانِي الْبَاطِنَةِ، فَقَدْ يَكُونُ فَرَسَانُ مُتَسَاوِيَانِ فِي الْأَوْصَافِ الْمَذْكُورَةِ وَيَزِيدُ ثَمَنُ أَحَدَاهُمَا زِيَادَةً فَاحِشَةً لِلْمَعَانِي الْبَاطِنَةِ فَيُفْضِي إِلَى الْمُنَازَعَةِ الْمُنَافِيَةِ لَوْضِعِ الْأَسْبَابِ، بِخِلَافِ الثِّيَابِ؛ لِأَنَّهُ مَصْنُوعُ الْعِبَادِ، فَقَلَمًا يَتَفَاوَتُ تَفَاوُتًا فَاحِشًا بَعْدَ ذِكْرِ الْأَوْصَافِ، وَشِرَاءُ الْبَعِيرِ بِبَعِيرَيْنِ كَانَ قَبْلَ نُزُولِ آيَةِ الرُّبَا أَوْ كَانَ فِي دَارِ الْحَرْبِ وَلَا رَبًّا بَيْنَ الْحَرْبِيِّ وَالْمُسْلِمِ فِيهَا، وَتَجْهِيزُ الْجَيْشِ وَإِنْ كَانَ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ فَتَقْلُ الْآلَاتِ كَانَ مِنْ دَارِ الْحَرْبِ لِعِزَّتِهَا فِي دَارِ الْإِسْلَامِ يَوْمَئِذٍ، وَلَمْ يَكُنِ الْقَرْضُ ثَابِتًا فِي ذِمَّةِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ بِدَلِيلٍ أَنَّهُ قَضَاهُ مِنْ إِبِلِ الصَّدَقَةِ، وَالصَّدَقَةُ حَرَامٌ عَلَيْهِ فَكَيْفَ يَجُوزُ أَنْ يَفْعَلَ ذَلِكَ.

(قوله: وَقَدْ صَحَّ) يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ إِشَارَةً إِلَى جَوَابِ مَا يُقَالُ: التَّفَاوُتُ الْفَاحِشُ فِي الْمَعَانِي الْبَاطِنَةِ لَا يُوجَدُ فِي الْعَصَافِيرِ وَالْحَمَامَاتِ الَّتِي تُؤْكَلُ، وَأَنَّ السَّلَامَ فِيهَا لَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ عِنْدَكُمْ. وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ عَدَمَ جَوَازِ السَّلَامِ فِي الْحَيَوَانِ لَيْسَ لِكَوْنِهِ غَيْرَ مَضْبُوطٍ فَإِنَّهُ يَجُوزُ فِي الدِّيَاجِ ذُونَ الْعَصَافِيرِ، وَلَعَلَّ ضَبْطَ الْعَصَافِيرِ بِالْوَصْفِ أَهْوَنُ مِنْ ضَبْطِ الدِّيَاجِ بَلْ هُوَ ثَابِتٌ بِالسُّنَّةِ. لَا يُقَالُ: التَّهْيُ عَنْ الْحَيَوَانِ الْمَطْلُوقِ عَنْ الْوَصْفِ وَالْمُنْتَازِعُ فِيهِ هُوَ الْمَوْصُوفُ مِنْهُ فَلَا يَتَّصِلُ بِمَحَلِّ التَّرَاعٍ؛ لِأَنَّ مُحَمَّدَ بْنَ الْحَسَنِ ذَكَرَ فِي أَوَّلِ كِتَابِ الْمُضَارَبَةِ أَنَّ ابْنَ مَسْعُودٍ ؓ دَفَعَ مَالًا مُضَارَبَةً إِلَى زَيْدِ بْنِ خَلْدَةَ فَأَسْلَمَهَا زَيْدٌ إِلَى عَتْرِيسِ بْنِ عَرْقُوبٍ فِي قَلَاصٍ مَعْلُومَةٍ، فَقَالَ ابْنُ مَسْعُودٍ: أَرَدْتُ مَا لَنَا لَا تُسَلِّمُ أَمْوَالَنَا. وَهُوَ دَلِيلٌ عَلَى أَنَّ الْمَنْعَ لَمْ يَكُنْ لِكَوْنِهِ مُطْلَقًا؛ لِأَنَّ الْقَلَاصَ كَانَتْ مَعْلُومَةً

فَكَانَ لَكُونِهِ حَيَوَانًا. لَا يُقَالُ: فِي كَلَامِ الْمُصَنِّفِ تَسَامُحٌ؛ لِأَنَّ الدَّلِيلَ الْمَذْكُورَ بِقَوْلِهِ وَلَنَا مَنَقُوضٌ بِالْعَصَافِيرِ؛ لِأَنَّ ذِكْرَ ذَلِكَ لَمْ يَكُنْ مِنْ حَيْثُ الاسْتِدْلَالُ عَلَى الْمَطْلُوبِ بَلْ مِنْ حَيْثُ جَوَابُ الْخَصْمِ، وَأَمَّا الدَّلِيلُ عَلَى ذَلِكَ فَهُوَ السُّنَّةُ.

قَالَ (وَلَا فِي أَطْرَافِهِ كَالرُّعُوسِ وَالْأَكَارِغِ) وَالْكَرَاعُ مَا دُونَ الرُّكْبَةِ مِنَ الدَّوَابِّ، وَالْأَكَارِغُ جَمْعُهَا؛ لِأَنَّهُ عَدَدِيٌّ مُتَفَاوِتٌ لَا مُقَدَّرَ لَهُ وَلَا فِي جُلُودِهِ؛ لِأَنَّهَا تُبَاعُ عَدَدًا وَهِيَ عَدَدِيَّةٌ فِيهَا الصَّغِيرُ وَالْكَبِيرُ فَيَقْضِي السَّلَامُ فِيهَا إِلَى الْمَنَازَعَةِ، وَلَا يُتَوَهَّمُ أَنَّهُ يَجُوزُ وَرَنًا لَقَيْدِهِ عَدَدًا؛ لِأَنَّ مَعْنَاهُ أَنَّهُ عَدَدِيٌّ، فَحَيْثُ لَمْ يَجَزْ عَدَدًا لَمْ يَجَزْ وَرَنًا بِطَرِيقِ الْأَوَّلِ؛ لِأَنَّهُ لَا يُوزَنُ عَادَةً. وَذَكَرَ فِي الذَّخِيرَةِ أَنَّهُ إِنْ بَيَّنَّ لِلجُلُودِ ضَرْبًا مَعْلُومًا يَجُوزُ وَذَلِكَ لِإِثْنَاءِ الْمَنَازَعَةِ حَيْثُذ (وَلَا فِي الْحَطَبِ حَرْمًا) لَكُونِهِ مَجْهُولًا مِنْ حَيْثُ طُولُهُ وَعَرْضُهُ وَغِلْظُهُ، فَإِنْ عُرِفَ ذَلِكَ جَازًا، كَذَا فِي الْمَبْسُوطِ، وَلَا فِي الرُّطْبَةِ جُرْزًا بَضْمٌ الْجِيمِ بَعْدَهَا رَاءٌ مَفْتُوحَةٌ وَرَآئِي: وَهِيَ الْقَبْضَةُ مِنَ الْقَتِّ وَنَحْوِهِ لِلتَّفَاوُتِ، إِلَّا إِذَا عُرِفَ ذَلِكَ بَيَّانٍ طُولَ مَا تُشَدُّ بِهِ الْحُزْمَةُ أَنَّهُ شِبْرٌ أَوْ ذِرَاعٌ فَإِنَّهُ يَجُوزُ إِذَا كَانَ عَلَى وَجْهِهِ لَا يَتَفَاوَتُ.

قَالَ (وَلَا يَجُوزُ السَّلَامُ حَتَّى يَكُونَ الْمُسْلِمُ فِيهِ مَوْجُودًا مِنْ حِينِ الْعَقْدِ إِلَى حِينِ الْمَحَلِّ، حَتَّى لَوْ كَانَ مُنْقَطِعًا عِنْدَ الْعَقْدِ مَوْجُودًا عِنْدَ الْمَحَلِّ أَوْ عَلَى الْعَكْسِ أَوْ مُنْقَطِعًا فِيمَا بَيْنَ ذَلِكَ لَا يَجُوزُ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: يَجُوزُ إِذَا كَانَ مَوْجُودًا وَهَتْ الْمَحَلِّ لَوْجُودِ الْقُدْرَةِ عَلَى التَّسْلِيمِ حَالٌ وَجُوبِهِ.

وَلَنَا قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «لَا تُسَلِّمُوا فِي الثَّمَارِ حَتَّى يَبْدُوَ صَلَاحُهَا»^(١) وَلَأنَّ الْقُدْرَةَ عَلَى التَّسْلِيمِ بِالتَّحْصِيلِ فَلَا بُدَّ مِنْ اسْتِمْرَارِ الْوُجُودِ فِي مُدَّةِ الْأَجَلِ لِيَتِمَّكَنَ مِنَ التَّحْصِيلِ.

الشرح:

قَالَ (وَلَا يَجُوزُ السَّلَامُ حَتَّى يَكُونَ الْمُسْلِمُ فِيهِ مَوْجُودًا) وَوُجُودُ الْمُسْلِمِ فِيهِ مِنْ حِينِ الْعَقْدِ إِلَى حُلُولِ الْأَجَلِ شَرْطُ جَوَازِ السَّلَامِ عِنْدَنَا، وَهَذَا يَنْقَسِمُ إِلَى سِتَّةِ أَقْسَامٍ: قِسْمَةٌ عَقْلِيَّةٌ حَاصِرَةٌ، وَذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ إِمَّا أَنْ يَكُونَ مَوْجُودًا مِنْ حِينِ الْعَقْدِ إِلَى الْمَحَلِّ أَوْ لَيْسَ بِمَوْجُودٍ أَصْلًا، أَوْ مَوْجُودًا عِنْدَ الْعَقْدِ دُونَ الْمَحَلِّ أَوْ بِالْعَكْسِ، أَوْ مَوْجُودًا فِيمَا

(١) أخرجه أبو داود (٣٤٦٧)، وابن ماجه (٢٢٨٤).

يَنْتَهَمَا، أَوْ مَعْدُومًا فِيمَا يَنْتَهَمَا. وَالْأَوَّلُ جَائِزٌ بِالِاتِّفَاقِ، وَالثَّانِي فَاسِدٌ بِالِاتِّفَاقِ، وَالثَّلَاثُ كَذَلِكَ، وَالرَّابِعُ فَاسِدٌ عِنْدَنَا خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ، وَالْخَامِسُ فَاسِدٌ بِالِاتِّفَاقِ، وَالسَّادِسُ فَاسِدٌ عِنْدَنَا خِلَافًا لِلْمَالِكِ وَالشَّافِعِيِّ. لَهُ عَلَى الرَّابِعِ وَهُوَ دَلِيلُهُمَا عَلَى السَّادِسِ وَجُودُ الْقُدْرَةِ عَلَى التَّسْلِيمِ حَالٌ وَجُوبُهُ. وَلَنَا قَوْلُهُ: عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «لَا تُسَلِّفُوا فِي الثَّمَارِ حَتَّى يَبْدُوَ صَلَاحُهَا» وَهُوَ حُجَّةٌ عَلَى الشَّافِعِيِّ فَإِنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ شَرَطَ لَصِحَّةِ وَجُودِ الْمُسْلِمِ فِيهِ حَالِ الْعَقْدِ؛ وَلَأَنَّ الْقُدْرَةَ عَلَى التَّسْلِيمِ إِنَّمَا تَكُونُ بِالتَّحْصِيلِ فَلَا بُدَّ مِنْ اسْتِمْرَارِ الْوُجُودِ فِي مُدَّةِ الْأَجَلِ لِيَتِمَّكَنَ مِنَ التَّحْصِيلِ، وَالْمُنْقَطِعُ وَهُوَ مَا لَا يُوْجَدُ فِي سُوقِهِ الَّذِي يُبَاعُ فِيهِ وَإِنْ وَجَدَ فِي الْيُوتِ غَيْرُ مَقْدُورٍ عَلَيْهِ بِالْاِكْتِسَابِ، وَهَذَا حُجَّةٌ عَلَيْهِمَا. وَاعْتَرَضَ بِأَنَّهُ إِذَا كَانَ عِنْدَ الْعَقْدِ مَوْجُودًا كَفَى مُؤَنَةَ الْحَدِيثِ، وَإِذَا وَجَدَ عِنْدَ الْمَحَلِّ كَانَ مَقْدُورَ التَّسْلِيمِ فَلَا مَانِعَ عَنِ الْجَوَازِ.

وَأُجِيبَ بِأَنَّ الْقُدْرَةَ إِنَّمَا تَكُونُ مَوْجُودَةً إِذَا كَانَ الْعَاقِدُ بَاقِيًا إِلَى ذَلِكَ الْوَقْتِ، حَتَّى لَوْ مَاتَ كَانَ وَقْتُ وَجُوبِ التَّسْلِيمِ عَقِيبَهُ، وَفِي ذَلِكَ شَكٌّ. وَرُدُّ بِأَنَّ الْحَيَاةَ ثَابِتَةٌ فَبَقِيَ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ عَدَمَ الْقُدْرَةِ عَلَى ذَلِكَ التَّقْدِيرِ ثَابِتٌ فَيَبْقَى. فَإِنْ قِيلَ: بَقَاءُ الْكَمَالِ فِي النَّصَابِ لَيْسَ بِشَرَطٍ فِي أَثْنَاءِ الْحَوْلِ فَلْيَكُنْ وَجُودُ الْمُسْلِمِ فِيهِ كَذَلِكَ. أُجِيبَ بِأَنَّ وَجُودَهُ كَالنَّصَابِ وَجُودُهُ لَا كَكَمَالِهِ، وَوُجُودُهُ شَرَطٌ فَوْجُودُ الْمُسْلِمِ فِيهِ كَذَلِكَ.

(وَلَوْ انْقَطَعَ بَعْدَ الْمَحَلِّ قَرَبُ السَّلْمِ بِالْخِيَارِ، إِنْ شَاءَ فَسَخَّ السَّلْمُ، وَإِنْ شَاءَ انْتَضَرَ وَجُودَهُ) لِأَنَّ السَّلْمَ قَدْ صَحَّ وَالْعَجْزُ الطَّارِئُ عَلَى شَرَفِ الزَّوَالِ فَصَارَ كِبَاقِ الْمَبِيعِ قَبْلَ الْقَبْضِ.

الشرح:

(قَوْلُهُ: وَلَوْ انْقَطَعَ بَعْدَ الْمَحَلِّ) يَعْنِي أَسْلَمَ فِي مَوْجُودِ حَالِ الْعَقْدِ وَالْمَحَلِّ ثُمَّ انْقَطَعَ فَالسَّلْمُ صَحِيحٌ عَلَى حَالِهِ، وَرَبُّ السَّلْمِ بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ فَسَخَّ الْعَقْدَ وَإِنْ شَاءَ انْتَضَرَ وَجُودَهُ (لِأَنَّ السَّلْمَ قَدْ صَحَّ وَالْعَجْزُ عَنْ التَّسْلِيمِ طَارِئٌ عَلَى شَرَفِ الزَّوَالِ فَصَارَ كِبَاقِ الْمَبِيعِ قَبْلَ الْقَبْضِ) فِي بَقَاءِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ وَالْعَجْزُ عَنْ التَّسْلِيمِ، فَإِنَّ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ فِي السَّلْمِ هُوَ الدَّيْنُ الثَّابِتُ فِي الذِّمَّةِ وَهُوَ بَاقٍ بِبَقَائِهَا كَالْعَبْدِ الْآبِقِ. وَفِي قَوْلِهِ وَالْعَجْزُ الطَّارِئُ عَلَى شَرَفِ الزَّوَالِ إِشَارَةٌ إِلَى جَوَابِ زُفَرٍ عَنْ قِيَاسِهِ الْمُنْتَازِعِ فِيهِ عَلَى هَلَاكِ

المبيع في العجز عن التسليم وفي ذلك يَطلُّ البَيْعُ فَكَذَلِكَ هَاهُنَا. وَوَجْهُهُ أَنَّ الْعَجْزَ عَنْ
التَّسْلِيمِ إِذَا كَانَ عَلَى شَرَفِ الزَّوَالِ لَا يَكُونُ كَالْعَجْزِ بِالْهَلَاكِ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مُمَكِّنِ الزَّوَالِ
عَادَةً فَكَانَ الْقِيَاسُ فَاسِدًا.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

قَالَ (وَيَجُوزُ السَّلْمُ فِي السَّمَكِ الْمَالِحِ وَزَنَا مَعْلُومًا وَضَرْبًا مَعْلُومًا) لِأَنَّهُ مَعْلُومُ الْقَدْرِ مَضْبُوطُ الْوَصْفِ مَقْدُورُ التَّسْلِيمِ إِذْ هُوَ غَيْرُ مُنْقَطِعٍ (وَلَا يَجُوزُ السَّلْمُ فِيهِ عَدَدًا) لِلتَّفَاوُتِ. قَالَ (وَلَا خَيْرَ فِي السَّلْمِ فِي السَّمَكِ الطَّرِيِّ إِلَّا فِي حِينِهِ وَزَنَا مَعْلُومًا وَضَرْبًا مَعْلُومًا) لِأَنَّهُ يَنْقَطِعُ فِي زَمَانِ الشَّتَاءِ، حَتَّى لَوْ كَانَ فِي بَلَدٍ لَا يَنْقَطِعُ يَجُوزُ مُطْلَقًا، وَإِنَّمَا يَجُوزُ وَزَنَا لَا عَدَدًا لَمَّا ذَكَّرْنَا. وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ فِي لَحْمِ الْكِبَارِ مِنْهَا وَهِيَ الَّتِي تُقَطَّعُ اعْتِبَارًا بِالسَّلْمِ فِي اللَّحْمِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ.

الشرح:

قَالَ (وَيَجُوزُ السَّلْمُ فِي السَّمَكِ الْمَالِحِ) الْخُ السَّلْمُ فِي السَّمَكِ لَا يَجُوزُ عَدَدًا طَرِيًّا كَانَ أَوْ مَالِحًا لِلتَّفَاوُتِ، وَوَزَنَا إِمَّا أَنْ يَكُونَ فِي الْمَالِحِ أَوْ الطَّرِيِّ، فَإِنْ كَانَ فِي الْمَالِحِ جَازَ فِي ضَرْبٍ مَعْلُومٍ وَوَزَنٍ مَعْلُومٍ لِكَوْنِهِ مَضْبُوطُ الْقَدْرِ وَالْوَصْفِ مَقْدُورُ التَّسْلِيمِ لِعَدَمِ انْقِطَاعِهِ. وَإِنْ كَانَ فِي الطَّرِيِّ إِنْ كَانَ فِي حِينِهِ جَازَ كَذَلِكَ، وَإِنْ كَانَ فِي غَيْرِ حِينِهِ لَمْ يَجْزْ لِكَوْنِهِ غَيْرَ مَقْدُورِ التَّسْلِيمِ حَتَّى لَوْ كَانَ فِي بَلَدٍ لَا يَنْقَطِعُ جَازَ. وَرُويَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ فِي لَحْمِ الْكِبَارِ الَّتِي تُقَطَّعُ اعْتِبَارًا بِالسَّلْمِ فِي اللَّحْمِ فِي الْاِخْتِلَافِ بِالسَّمَنِ وَالْهَزَالِ.

وَوَجْهُ الرُّوَايَةِ الْأُخْرَى أَنَّ السَّمَنَ وَالْهَزَالَ لَيْسَ بظَاهِرٍ فِيهِ فَصَارَ كَالصَّغَارِ. قِيلَ يُقَالُ سَمَكٌ مَلِيحٌ وَمَمْلُوحٌ وَلَا يُقَالُ مَالِحٌ إِلَّا فِي لُغَةٍ رَدِيئَةٍ وَهُوَ الْمُقَدَّدُ الَّذِي فِيهِ مَلْحٌ وَلَا مُعْتَبَرٌ بِقَوْلِ الرَّاجِزِ: بَصْرِيَّةٌ تَزَوَّجَتْ بَصْرِيًّا يُطْعَمُهَا الْمَالِحُ وَالطَّرِيًّا؛ لِأَنَّهُ مُؤَلَّدٌ لَا يُؤْخَذُ بِلُغَتِهِ. قَالَ الْإِمَامُ الزَّرْثُوجِيُّ: كَفَى بِذَلِكَ حُجَّةً لِلْفُقَهَاءِ.

قَالَ (وَلَا خَيْرَ فِي السَّلْمِ فِي اللَّحْمِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ. وَقَالَ: إِذَا وَصَفَ مِنَ اللَّحْمِ مَوْضِعًا مَعْلُومًا بِصِفَةٍ مَعْلُومَةٍ جَازَ) لِأَنَّهُ مُوزُونٌ مَضْبُوطُ الْوَصْفِ وَلِهَذَا يَضْمَنُ بِالْمِثْلِ. وَيَجُوزُ اسْتِقْرَاضُهُ وَزَنَا وَيَجْرِي فِيهِ رِبَا الْفَضْلِ، بِخِلَافِ لَحْمِ الطُّيُورِ لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُ وَصْفُ مَوْضِعٍ مِنْهُ. وَلَهُ أَنَّهُ مَجْهُولٌ لِلتَّفَاوُتِ فِي قِلَّةِ الْعَظْمِ وَكَثْرَتِهِ أَوْ فِي سِمَنِهِ وَهَزَالِهِ عَلَى اخْتِلَافِ فُصُولِ السَّنَةِ، وَهَذِهِ الْجِهَالَةُ مُفْضِيَةٌ إِلَى الْمَنَازَعَةِ. وَفِي مَخْلُوعِ الْعَظْمِ لَا يَجُوزُ عَلَى الْوَجْهِ الثَّانِي وَهُوَ الْأَصَحُّ، وَالتَّضْمِينُ بِالْمِثْلِ مَمْنُوعٌ. وَكَذَا الْاِسْتِقْرَاضُ، وَبَعْدَ التَّسْلِيمِ فَالْمِثْلُ أَعْدَلُ مِنَ الْقِيَمَةِ، وَلَأَنَّ الْقَبْضَ يُعَايِنُ فَيَعْرِفُ مِثْلَ

الْمَقْبُوضِ بِهِ فِي وَقْتِهِ، أَمَّا الْوَصْفُ فَلَا يُكْتَفَى بِهِ.

الشرح:

قَالَ (وَلَا خَيْرَ فِي السَّلْمِ فِي اللَّحْمِ) خَيْرٌ نَكْرَةٌ وَقَعَتْ فِي سِيَاقِ النَّفْيِ فَتَفِيدُ نَفْيَ أَنْوَاعِ الْخَيْرِ بَعْمُومِهِ، وَمَعْنَاهُ لَا يَجُوزُ عَلَى وَجْهِ الْمُبَالَغَةِ. قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: لَا يَجُوزُ السَّلْمُ فِي اللَّحْمِ، وَقَالَا: إِذَا وَصَفَ مِنْهُ مَوْضِعًا مَعْلُومًا بِصِفَةٍ مَعْلُومَةٍ جَازَ لَكُونِهِ مَوْزُونًا مَعْلُومًا كَسَائِرِ الْمَوْزُونَاتِ وَلِهَذَا يَجُوزُ ضَمَانُهُ بِالْمِثْلِ وَاسْتِقْرَاضُهُ وَزَنَا وَيَجْرِي فِيهِ رَبَا الْفَضْلِ. فَإِنْ قِيلَ: لَحْمُ الطُّيُورِ مَوْزُونٌ وَلَا يَجُوزُ فِيهِ السَّلْمُ. أَجَابَ بِقَوْلِهِ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُ وَصْفُ مَوْضِعٍ مِنْهُ، وَهَذَا يُشِيرُ إِلَى أَنَّ عَدَمَ الْجَوَازِ فِيهِ مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ، وَفِي تَعْلِيلِهِ تَأْمُلٌ؛ لِأَنَّهُ إِنْ لَمْ يُمَكِّنْ وَصْفُ مَوْضِعٍ مِنْهُ فَوْضُفَهُ مُمَكِّنٌ بِأَنْ يُسَلَّمَ فِي لَحْمِ الدَّجَاجِ مِثْلًا بَيَّانٌ سِمَنِهِ وَهَزَالِهِ وَسِنَّهُ وَمِقْدَارِهِ.

وَمِنْ الْمَشَايِخِ مَنْ حَمَلَ الْمَذْكُورَ مِنْ لَحْمِ الطُّيُورِ عَلَى طُيُورٍ لَا تُقْتَنَى وَلَا تُحْبَسُ لِلتَّوَالِدِ فَيَكُونُ الْبُطْلَانُ بِسَبَبِ أَنَّهُ أَسْلَمَ فِي الْمَنْقَطِ، وَالسَّلْمُ فِي مِثْلِهِ غَيْرُ جَائِزٍ عِنْدَهُمْ اتِّفَاقًا وَإِنْ ذَكَرَ الْوِزْنَ، فَأَمَّا فِيمَا يُقْتَنَى وَيُحْبَسُ لِلتَّوَالِدِ فَيَجُوزُ عِنْدَ الْكُلِّ؛ لِأَنَّ مَا يَقَعُ مِنَ التَّفَاوُتِ فِي اللَّحْمِ بِسَبَبِ الْعَظْمِ فِي الطُّيُورِ تَفَاوُتٌ لَا يَعْتَبِرُهُ النَّاسُ كَعَظْمِ السَّمَكِ وَإِلَيْهِ مَالُ شَيْخِ الْإِسْلَامِ، وَهَذَا يَقْوِي وَجْهَ التَّأْمُلِ. وَلَأَبْيَ حَنِيفَةَ طَرِيقَانِ: أَحَدُهُمَا أَنَّ اللَّحْمَ يَشْتَمِلُ عَلَى مَا هُوَ مَقْصُودٌ وَعَلَى مَا لَيْسَ بِمَقْصُودٍ وَهُوَ الْعَظْمُ، فَيَتَفَاوَتُ مَا هُوَ الْمَقْصُودُ بِتَفَاوُتِ مَا لَيْسَ بِمَقْصُودٍ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ تَجْرِي الْمُمَاكَسَةُ بَيْنَ الْبَائِعِ وَالْمُشْتَرِي فِي ذَلِكَ بِالتَّذْلِيلِ وَالنِّزَاعِ فَكَانَ الْمَقْصُودُ مَجْهُولًا جَهَالَةً تُفْضِي إِلَى الْمُنَازَعَةِ وَلَا تَرْتَفِعُ بَيَّانُ الْمَوْضِعِ وَالْوِزْنِ، وَهَذَا يَقْتَضِي جَوَازَهُ فِي مَنْزُوعِ الْعَظْمِ وَهُوَ مُخْتَارُ مُحَمَّدَ بْنِ شُجَاعٍ. وَالثَّانِي أَنَّ اللَّحْمَ يَشْتَمِلُ عَلَى السَّمَنِ وَالْهَزَالِ، وَمَقَاصِدُ النَّاسِ فِي ذَلِكَ مُخْتَلِفَةٌ.

وَذَلِكَ يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ فُصُولِ السَّنَةِ وَبِقِلَّةِ الْكَلَالِ وَكَثْرَتِهِ وَالسَّلْمُ لَا يَكُونُ إِلَّا مُوجَّلاً، وَلَا يُدْرَى أَنَّهُ عِنْدَ الْمَحَلِّ عَلَى أَيِّ صِفَةٍ يَكُونُ. وَهَذِهِ الْجَهَالَةُ مُفْضِيَةٌ إِلَى النَّزَاعِ وَلَا تَرْتَفِعُ بِالْوَصْفِ. وَهَذَا يَقْتَضِي عَدَمَ جَوَازِهِ فِي مَخْلُوعِ الْعَظْمِ وَهَذَا هُوَ الْأَصَحُّ (قَوْلُهُ: وَالتَّضْمِينُ بِالْمِثْلِ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِمَا وَلِهَذَا يُضْمَنُ بِالْمِثْلِ بِالْمَنْعِ، وَبَعْدَ التَّسْلِيمِ فَلِلْمِثْلِ أَعْدَلُ مِنَ الْقِيَمَةِ؛ لِأَنَّ فِيهِ رِعَايَةَ الصُّورَةِ وَالْمَعْنَى، وَالْقَبْضُ يُعَايِنُ: يَعْنِي أَنَّ

الاستفراض حالٌ فيعرف حال مثل المقبوض، ولا تُفضي الجهالة به إلى المنازعة، والمسلم فيه يعرف بالوصف ولا ترتفع الجهالة فلا يُكتفى به.

قال (ولا يجوز السلم إلا مؤجلاً) وقال الشافعي رحمه الله: يجوز حالاً لإطلاق الحديث ورخص في السلم. ولنا قوله عليه الصلاة والسلام «إلى أجل معلوم»^(١) فيما روينا، ولأنه شرع رخصة دفعاً لحاجة المفاليس فلا بد من الأجل ليقدّر على التحصيل فيه فيسلم، ولو كان قادراً على التسليم لم يوجد المرخص فبقي على النافي.

الشرح:

قال (ولا يجوز السلم إلا مؤجلاً) السلم الحال لا يجوز عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله تعالى. استدلل بإطلاق رخص في السلم. لا يقال: مطلق فيحمل على المقيد وهو قوله: عليه الصلاة والسلام «إلى أجل معلوم» لما ذكره. ولنا قوله: عليه الصلاة والسلام «من أسلم منكم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم» شرط لجواز السلم إعلام الأجل كما شرط إعلام القدر. فإن قيل: معناه من أراد سلماً مؤجلاً فليسلم إلى أجل معلوم وبه نقول، والحصر ممتنع وحديث لم يبق مفيداً فيحمل عليه المطلق.

والدليل على ذلك قوله: «في كيل معلوم ووزن معلوم» فإنه لا يجوز اجتماع الكيل والوزن في شيء واحد فكان في كيل معلوم إن كان كيلاً ووزن معلوم إن كان وزناً، فيقدر إلى أجل معلوم إن كان مؤجلاً. فالجواب أن قضية العقل كفت مؤنة التمييز فلا حاجة إلى التقدير؛ لأنه خلاف الأصل. سلمناه، ولكن لا يلزم من تحمل المحذور لضرورة تحمله لا لضرورة، ولا ضرورة في التقدير في الأجل.

لا يقال: العمل بالدليلين ضرورة فيتحمل التقدير لأجله؛ لأن قوله رخص في السلم يدل على جوازه بطريق الرخصة وهي إنما تكون لضرورة ولا ضرورة في السلم الحال. على أن سوق الكلام لبيان شروط السلم لا لبيان الأجل فليتامل؛ ولأن السلم شرع رخصة لدفع حاجة المفاليس.

إِذِ الْقِيَاسُ عَدَمُ جَوَازِ بَيْعِ مَا لَيْسَ عِنْدَ الْإِنْسَانِ، وَمَا شُرِعَ لَذَلِكَ لَا بُدَّ وَأَنْ يُثَبَّتَ عَلَى وَجْهِهِ يَنْدَفِعُ بِهِ حَاجَةُ الْمَفَالِيسِ، وَإِلَّا لَمْ يَكُنْ مُفِيدًا لِمَا شُرِعَ لَهُ، وَالسَّلَامُ الْحَالُ لَيْسَ كَذَلِكَ؛ لِأَنَّ دَفْعَ الْحَاجَةِ يَعْتمدُ الْحَاجَةُ وَالْمُسْلِمُ إِلَيْهِ إِمَّا أَنْ يَكُونَ قَادِرًا عَلَى التَّسْلِيمِ فِي الْحَالِ أَوْ لَا، فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ فَلَا حَاجَةَ فَلَا دَفْعَ فَلَا مُرْخَصَ فَبَقِيَ عَلَى النَّافِي، وَإِنْ كَانَ الثَّانِي فَلَا بُدَّ مِنَ الْأَجَلِ لِيَحْصُلَ فَيْسَلُهُمْ وَإِلَّا لَأَدَّى إِلَى التَّنَازُعِ الْمَخْرُجِ لِلْمُفْلِسِ وَعَادَ عَلَى مَوْضُوعِهِ بِالتَّقْضِي. فَإِنْ قِيلَ: لَوْ كَانَ شَرْعِيَّةُ السَّلَامِ كَمَا ذَكَرْتُمْ لَمَا جَازَ مِمَّنْ عِنْدَهُ أَكْرَارُ حِنْطَةٍ. أُجِيبَ بِأَنَّ السَّلَامَ لَا يَكُونُ إِلَّا بِأَدْنَى الثَّمَنِينِ وَهُوَ دَلِيلٌ عَلَى الْعَدَمِ، وَحَقِيقَتُهُ أَمْرٌ بَاطِنٌ لَا تَطْلُعُ عَلَيْهِ فَأَقِيمَ السَّبَبُ الظَّاهِرُ الدَّالُّ عَلَيْهِ مَقَامَهُ وَبَنِي عَلَيْهِ هَذِهِ الرُّخْصَةُ كَمَا فِي رُخْصَةِ الْمَسَافِرِ.

قَالَ (وَلَا يَجُوزُ إِلَّا بِأَجَلٍ مَعْلُومٍ) لَمَّا رَوَيْنَا، وَلَأَنَّ الْجَهَانَ فِيهِ مُفْضِيَّةٌ إِلَى الْمُنَازَعَةِ كَمَا فِي الْبَيْعِ، وَالْأَجَلُ أَذْنَاهُ شَهْرٌ وَقِيلَ ثَلَاثَةُ أَيَّامٍ، وَقِيلَ أَكْثَرُ مِنْ نِصْفِ يَوْمٍ. وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ

الشرح:

قَالَ (وَلَا يَجُوزُ إِلَّا بِأَجَلٍ مَعْلُومٍ) إِذَا ثَبَتَ اشْتِرَاطُ الْأَجَلِ فِي السَّلَامِ لَا بُدَّ مِنْ كَوْنِهِ مَعْلُومًا بِمَا رَوَيْنَا؛ وَبِالْمَعْقُولِ وَهُوَ أَنَّ الْجَهَالََةَ مُفْضِيَّةٌ إِلَى الْمُنَازَعَةِ كَمَا فِي الْبَيْعِ، فَهَذَا يُطَالِبُهُ بِمُدَّةٍ قَرِيبَةٍ وَذَلِكَ يُؤَدِّيهِ فِي بَعِيدِهَا. وَاخْتَلَفَ فِي أَدْنَى الْأَجَلِ فَقِيلَ أَذْنَاهُ شَهْرٌ اسْتِدْلَالًا بِمَسْأَلَةِ كِتَابِ الْإِيمَانِ. حَلَفَ لِيَقْضِيَنَّ دَيْنَهُ عَاجِلًا فَقَضَاهُ قَبْلَ تَمَامِ الشَّهْرِ بَرًّا فِي يَمِينِهِ، فَإِذَا كَانَ مَا دُونَ الشَّهْرِ فِي حُكْمِ الْعَاجِلِ كَانَ الشَّهْرُ وَمَا فَوْقَهُ فِي حُكْمِ الْأَجَلِ، وَقِيلَ ثَلَاثَةُ أَيَّامٍ، وَهُوَ مَا ذَكَرَهُ أَحْمَدُ بْنُ أَبِي عِمْرَانَ الْبَغْدَادِيُّ أَسْتَاذُ الطُّحَاوِيِّ عَنْ أَصْحَابِنَا اعْتِبَارًا بِخِيَارِ الشَّرْطِ وَلَيْسَ بِصَحِيحٍ؛ لِأَنَّ الثَّلَاثَةَ ثُمَّ بَيَانُ أَقْصَى الْمُدَّةِ.

فَأَمَّا أَذْنَاهُ فَغَيْرُ مُقَدَّرٍ، وَقِيلَ أَكْثَرُ مِنْ نِصْفِ يَوْمٍ؛ لِأَنَّ الْمُعَجَّلَ مَا كَانَ مَقْبُوضًا فِي الْمَجْلِسِ وَالْمُؤَجَّلُ مَا يَتَأَخَّرُ قَبْضُهُ عَنِ الْمَجْلِسِ وَلَا يَبْقَى الْمَجْلِسُ بَيْنَهُمَا فِي الْعَادَةِ أَكْثَرُ مِنْ نِصْفِ يَوْمٍ، وَبِهِ قَالَ أَبُو بَكْرٍ الرَّازِيُّ، وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ لِكَوْنِهِ مُدَّةٌ يُمَكِّنُ تَحْصِيلَ الْمُسْلِمِ فِيهَا وَلَمَّا ذَكَرْنَا مِنْ كِتَابِ الْإِيمَانِ.

(وَلَا يَجُوزُ السَّلَامُ بِمِكْيَالٍ رَجُلٍ بَعِينِهِ وَلَا بِذِرَاعٍ رَجُلٍ بَعِينِهِ) مَعْنَاهُ إِذَا لَمْ يُعْرِفْ

مِقْدَارُهُ لِأَنَّهُ تَأَخَّرَ فِيهِ التَّسْلِيمُ قَرِيبًا يَضِيعُ فَيُؤَدِّي إِلَى الْمُنَازَعَةِ وَقَدْ مَرَّ مِنْ قَبْلُ، وَلَا بُدَّ أَنْ يَكُونَ الْمِكْيَالُ مِمَّا لَا يَنْقَبِضُ وَلَا يَنْبَسِطُ كَالْقِصَاعِ مَثَلًا، فَإِنْ كَانَ مِمَّا يَنْكَبِسُ بِالْكَبْسِ كَالزُّنْبِيلِ وَالْجِرَابِ لَا يَجُوزُ لِلْمُنَازَعَةِ إِلَّا فِي قُرْبِ الْمَاءِ لِلتَّعَامُلِ فِيهِ، كَذَا رَوَى عَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ. قَالَ (وَلَا فِي طَعَامِ قَرْيَةٍ بَعِينَهَا) أَوْ ثَمَرَةٍ نَخْلَةٍ بَعِينَهَا لِأَنَّهُ قَدْ يَعْتَرِيهِ أَهْتٌ فَلَا يَقْدِرُ عَلَى التَّسْلِيمِ وَإِلَيْهِ أَشَارَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ حَيْثُ قَالَ «أَرَأَيْتَ لَوْ أَذْهَبَ اللَّهُ تَعَالَى الثَّمَرُ بِمِ يَسْتَحِلُّ أَحَدُكُمْ مَالَ أَخِيهِ؟»^(١) وَلَوْ كَانَتْ النِّسْبَةُ إِلَى قَرْيَةٍ لَبَيَّانَ الصَّفَةِ لَا بَأْسَ بِهِ عَلَى مَا قَالُوا كَالْخَشْمَرَانِي بِبُخَارَى وَالْبَسَاخِي بِفَرَغَاتَةِ.

الشرح:

قَالَ (وَلَا يَجُوزُ السَّلْمُ بِمِكْيَالِ رَجُلٍ بَعِينِهِ) لَا يَصِحُّ السَّلْمُ بِمِكْيَالِ رَجُلٍ بَعِينِهِ وَلَا بِذِرَاعِ رَجُلٍ بَعِينِهِ إِذَا لَمْ يُعْلَمْ مِقْدَارُهُ؛ لِأَنَّ التَّسْلِيمَ فِي السَّلْمِ مُتَأَخَّرٌ قَرِيبًا يَضِيعُ الْمِكْيَالُ أَوْ الذِّرَاعُ فَيُفْضَى إِلَى الْمُنَازَعَةِ، وَيُعْلَمُ مِنْ هَذَا أَنَّ الْمِكْيَالِ إِذَا كَانَ مَعْلُومَ الْقَدْرِ وَالذِّرَاعُ كَذَلِكَ أَوْ بَاعَ بِذَلِكَ الْإِنَاءِ الْمَجْهُولِ الْقَدْرِ يَدَّ يَدًا لَا بَأْسَ بِذَلِكَ لِحُصُولِ الْأَمْنِ مِنَ الْمُنَازَعَةِ، وَقَدْ مَرَّ: يَعْنِي فِي أَوَّلِ الْبُيُوعِ أَنَّ الْبَيْعَ يَدَّ يَدًا بِمِكْيَالٍ لَا يُعْرَفُ مِقْدَارُهُ يَجُوزُ؛ لِأَنَّ الْقَبْضَ يَتَعَجَّلُ فِيهِ فَيَنْدُرُ الْهَلَاكُ، لَكِنْ لَا بُدَّ أَنْ يَكُونَ الْمِكْيَالُ مِمَّا لَا يَنْقَبِضُ وَلَا يَنْبَسِطُ كَمَا إِذَا كَانَ مِنْ حَدِيدٍ أَوْ خَزَفٍ أَوْ خَشَبٍ أَوْ نَحْوِهَا.

أَمَّا إِذَا كَانَ مِمَّا يَنْكَبِسُ بِالْكَبْسِ كَالزُّنْبِيلِ بِكَسْرِ الرَّاي؛ لِأَنَّ فُعَيْلًا يَفْتَحُ الْفَاءَ لَيْسَ مِنْ أَهْلِ بَيْتِهِمْ وَالْجَوَابُ وَالْغَرَارَةُ وَالْجَوَالِقُ فَإِنَّهُ لَا يَجُوزُ لِإِفْضَائِهِ إِلَى الْمُنَازَعَةِ إِلَّا أَنْ أَبَا يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ اسْتَحْسَنَ فِي قُرْبِ الْمَاءِ وَهُوَ أَنْ يَشْتَرِيَ مِنْ سِقَاءٍ كَذَا كَذَا قُرْبَةً بِهَذِهِ الْقُرْبَةِ مِنْ مَاءٍ لِلتَّعَامُلِ.

قَالَ (وَلَا فِي طَعَامِ قَرْيَةٍ بَعِينَهَا أَوْ ثَمَرَةٍ نَخْلَةٍ بَعِينَهَا)؛ لِأَنَّ انْقِطَاعَهُ عَنْ أَيْدِي النَّاسِ بِعُرُوضِ آفَةٍ مَوْهُومٍ (فَتَنْتَفِي الْقُدْرَةُ عَلَى التَّسْلِيمِ) أَشَارَ إِلَى ذَلِكَ قَوْلُهُ: ﷺ «حِينَ سِئِلَ عَنْ السَّلْمِ فِي ثَمَرِ فَلَانٍ أَمَّا مِنْ ثَمَرِ حَاتِطٍ فَلَانٍ فَلَا، أَرَأَيْتَ لَوْ أَذْهَبَ اللَّهُ الثَّمَرَ

(١) أخرجه البخاري (٢١٩٨، ٢٢٠٨)، ومسلم في المساقاة (حديث ١٥، ١٦) من حديث أنس أن النبي ﷺ هُي عن بيع ثمر النخل حتى يزهو، فقلت لأنس: ما زهوها؟ قال: تحمر وتصفر، أرايتك إن منع الله الثمرة، ثم تستحل مال أخيك؟.

بِمَ يَسْتَحِلُّ أَحَدُكُمْ مَالَ أَخِيهِ؟» وَلَا خَفَاءَ فِي كَوْنِهِ مِنْهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ بَيِّنًا بِطَرِيقِ التَّغْلِيلِ لَعَدَمِ الْجَوَازِ فِي ثَمَرَةِ قَرْيَةٍ بَعَيْنِهَا.

وَقَوْلُهُ: مَالَ أَخِيهِ أَرَادَ بِهِ رَأْسَ الْمَالِ: أَيُّ لَوْ لَمْ تَحْصُلِ الثَّمَرَةُ فَبِأَيِّ طَرِيقٍ يَحِلُّ رَأْسُ الْمَالِ لِلْمُسْلِمِ إِلَيْهِ وَلَوْ كَانَ النَّسَبُ إِلَى قَرْيَةٍ بَعَيْنِهَا لَبَيَّنَ الصِّفَّةَ: أَيُّ لَبَيَّنَ أَنَّ صِفَةَ تِلْكَ الْحِنْطَةِ الَّتِي هِيَ الْمُسْلِمُ فِيهِ مِثْلُ صِفَةِ حِنْطَةِ تِلْكَ الْقَرْيَةِ الْمُعَيَّنَةِ كَالْخَشْمَرَانِيِّ بِخَارَى وَالْبَسَاخِيِّ بِفَرْعَانَةِ جَازَ الْعَقْدُ، فَإِنَّ تَعْيِينَ الْخَشْمَرَانِيِّ لَيْسَ بِاعْتِبَارٍ أَنْ تَكُونَ الْحِنْطَةُ مِنْهُ لَيْسَ إِلَّا، بَلْ بِاعْتِبَارٍ أَنَّ صِفَةَ الْحِنْطَةِ مِثْلًا مِثْلُ صِفَةِ حِنْطَةِ الْخَشْمَرَانِيِّ.

وَعَلَى هَذَا ظَهَرَ الْفَرْقُ بَيْنَ مَا إِذَا أَسْلَمَ فِي حِنْطَةٍ مِنْ حِنْطَةِ هَرَاةٍ وَبَيْنَ مَا إِذَا أَسْلَمَ فِي ثَوْبٍ هَرَوِيٍّ فِي جَوَازِ الثَّانِي دُونَ الْأَوَّلِ، فَإِنَّ نَسَبَةَ الثَّوْبِ إِلَى هَرَاةٍ لَبَيَّنَ جِنْسَ الْمُسْلِمِ فِيهِ لَا لَتَعْيِينَ الْمَكَانِ، فَإِنَّ الثَّوْبَ الْهَرَوِيَّ مَا يُنْسَجُ عَلَى صِفَةِ مَعْلُومَةٍ فَسَوَاءٌ نُسِجَ عَلَى تِلْكَ عَلَى الصِّفَةِ بِهَرَاةٍ أَوْ بِغَيْرِهَا يُسَمَّى هَرَوِيًّا. وَإِذَا أَتَى الْمُسْلِمُ إِلَيْهِ ثَوْبٌ نُسِجَ عَلَى تِلْكَ الصِّفَةِ فِي غَيْرِ هَرَاةٍ أُجْبِرَ رَبُّ السَّلَامِ عَلَى الْقَبُولِ، بِخِلَافِ الْحِنْطَةِ فَإِنَّ حِنْطَةَ هَرَاةٍ مَا تَبَيَّنَتْ بِأَرْضِ هَرَاةٍ وَالتَّابِتُ فِي غَيْرِهَا لَا يُنْسَبُ إِلَيْهَا وَإِنْ كَانَ بِتِلْكَ الصِّفَةِ فَكَانَ تَعْيِينًا لِلْمَكَانِ وَهُوَ مَوْهُومُ الْإِنْقِطَاعِ حَتَّى لَوْ كَانَ لَبَيَّنَ الصِّفَةَ عَادَ كَالْأَوَّلِ.

قَالَ (وَلَا يَصِحُّ السَّلَامُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ إِلَّا بِسَبْعِ شَرَائِطَ: جِنْسٌ مَعْلُومٌ) كَقَوْلِنَا حِنْطَةً أَوْ شَعِيرٌ (وَنَوْعٌ مَعْلُومٌ) كَقَوْلِنَا سَقِيَّةً أَوْ بَخْسِيَّةً (وَصِفَةٌ مَعْلُومَةٌ) كَقَوْلِنَا جَيِّدٌ أَوْ رَدِيءٌ (وَمِقْدَارٌ مَعْلُومٌ) كَقَوْلِنَا كَذَا كَيْلًا بِمِكْيَالٍ مَعْرُوفٍ وَكَذَا وَزَنًا (وَأَجَلٌ مَعْلُومٌ).

وَالْأَصْلُ فِيهِ مَا رَوَيْنَا وَالْفِقْهُ فِيهِ مَا بَيَّنَّا (وَمَعْرِفَةُ مِقْدَارِ رَأْسِ الْمَالِ إِذَا كَانَ يَتَعَلَّقُ الْعَقْدُ عَلَى مِقْدَارِهِ) كَالْمِكِيلِ وَالْمَوْزُونِ وَالْمَعْدُودِ (وَتَسْمِيَةُ الْمَكَانِ الَّذِي يُوفِيهِ فِيهِ إِذَا كَانَ لَهُ حَمْلٌ وَمُؤَنَّةٌ) وَقَالَا: لَا يَحْتَاجُ إِلَى تَسْمِيَةِ رَأْسِ الْمَالِ إِذَا كَانَ مُعَيَّنًا وَلَا إِلَى مَكَانِ التَّسْلِيمِ وَيُسَلِّمُهُ فِي مَوْضِعِ الْعَقْدِ، فَهَاتَانِ مَسْأَلَتَانِ. وَلَهُمَا فِي الْأَوَّلَى أَنَّ الْمَقْصُودَ يَحْصُلُ بِالْإِشَارَةِ فَأَشْبَهَ الثَّمَنَ وَالْأَجْرَةَ وَصَارَ كَالثَّوْبِ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ رُبَّمَا يَوْجَدُ بَعْضُهَا زَيْوْفًا وَلَا يَسْتَبْدِلُ فِي الْمَجْلِسِ، فَلَوْ لَمْ يَعْلَمْ قَدْرَهُ لَا يَدْرِي فِي كَمْ بَقِيَ أَوْ رُبَّمَا لَا يَقْدِرُ عَلَى تَحْصِيلِ الْمُسْلِمِ فِيهِ فَيَحْتَاجُ إِلَى رَدِّ رَأْسِ الْمَالِ، وَالْمَوْهُومُ فِي هَذَا الْعَقْدِ كَالْمُتَحَقِّقِ

لشَرْعِهِ مَعَ الْمُتَأَفِّي، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ رَأْسُ الْمَالِ ثَوْبًا لِأَنَّ الدَّرْعَ وَصَفَ فِيهِ لَا يَتَعَلَّقُ الْعَقْدُ عَلَى مِقْدَارِهِ.

الشرح:

قَالَ (وَلَا يَصِحُّ السَّلْمُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ إِلَّا بِسَبْعِ شَرَائِطَ) صِحَّةُ السَّلْمِ مَوْقُوفَةٌ عَلَى وُجُودِ سَبْعِ شَرَائِطَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ. وَعِنْدَهُمَا عَلَى خَمْسَةِ، فَأَمَّا الْمُتَقَرُّ عَلَيْهِ فَهُوَ أَنْ يَكُونَ فِي جَنْسٍ مَعْلُومٍ حِنْطَةً أَوْ غَيْرَهَا وَنَوْعٍ مَعْلُومٍ سَقِيَّةً أَوْ بَخْسِيَّةً. وَالبَخْسِيَّةُ خِلَافُ السَّقِيَّةِ مُنْسُوبٌ إِلَى الْبَخْسِ، وَهِيَ الْأَرْضُ الَّتِي تَسْقِيهَا السَّمَاءُ؛ لِأَنَّهَا مَبْخُوسَةٌ الْحِطُّ مِنَ الْمَاءِ. وَصِفَةُ مَعْلُومَةٍ جَيِّدَةٍ أَوْ رَدِيئَةٍ، وَمِقْدَارٌ مَعْلُومٌ عَشْرِينَ كُرًّا بِمِثَالٍ مَعْرُوفٍ أَوْ عَشْرِينَ رِطْلًا، وَأَجَلٌ مَعْلُومٌ. وَالْأَصْلُ فِي ذَلِكَ مِنَ الْمُتَقُولِ مَا رَوَيْنَا مِنْ قَوْلِهِ ﷺ «مَنْ أَسْلَمَ مِنْكُمْ» إلخ، وَمِنْ الْمَعْنَى الْفَقْهِيَّةِ مَا بَيَّنَّا أَنَّ الْجَهَالََةَ فِيهِ مُفْضِيَةٌ إِلَى النَّزَاعِ. فَأَمَّا الْمُخْتَلَفُ فِيهِ (فَمَعْرِفَةُ مِقْدَارِ رَأْسِ الْمَالِ إِنْ كَانَ مِمَّا يَتَوَقَّفُ عَلَى مِقْدَارِهِ كَالْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ وَالْمَعْدُودِ) وَتَسْمِيَةُ الْمَكَانِ الَّذِي يُوفِّيهِ فِيهِ إِذَا كَانَ لَهُ حَمْلٌ بِفَتْحِ الْحَاءِ وَمُؤَنَّةٌ وَمَعْنَاهُ مَا لَهُ ثِقَلٌ يَحْتَاجُ فِي حَمْلِهِ إِلَى ظَهْرِ أَوْ أُجْرَةٍ حَمَالٍ، فَهَذَا شَرْطَانِ لَصِحَّتِهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَهُوَ الْمَرْوِيُّ عَنْ ابْنِ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا خِلَافًا لَهَا.

قَالَا فِي الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى: إِنَّ الْمَقْصُودَ يَحْصُلُ بِالْإِشَارَةِ فَأَشْبَهَ الثَّمَنَ وَالْأُجْرَةَ: يَعْنِي إِذَا جُعِلَ الْمَكِيلُ أَوْ الْمَوْزُونُ ثَمَنَ الْمَبِيعِ أَوْ أُجْرَةَ فِي الْإِجَارَةِ وَأَشِيرَ إِلَيْهِمَا جَارَ، وَإِنْ لَمْ يُعْرَفْ مِقْدَارُهُمَا، فَكَذَا يَنْبَغِي أَنْ يُكْتَفَى بِالْإِشَارَةِ فِي رَأْسِ الْمَالِ بِجَامِعِ كَوْنِهِ بَدَلًا وَصَارَ كَمَا إِذَا كَانَ رَأْسُ الْمَالِ ثَوْبًا فَإِنَّ الْإِشَارَةَ فِيهِ تُكْفِي اتِّفَاقًا، وَإِنْ لَمْ يُعْرَفْ ذُرْعَانُهُ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ اللَّهُ رَبُّمَا يُوجَدُ بَعْضُهَا زَيْوْفًا وَلَا يُسْتَبَدَّلُ فِي الْمَجْلِسِ، فَلَوْ لَمْ يُعْلَمْ قَدْرُهُ لَا يُدْرَى فِي كَمْ بَقِيَ، وَتَحْقِيقُهُ أَنَّ جَهَالََةَ قَدْرِ رَأْسِ الْمَالِ تَسْتَلْزِمُ جَهَالََةَ الْمُسْلِمِ فِيهِ؛ لِأَنَّ الْمُسْلِمَ إِلَيْهِ يُنْفَقُ رَأْسُ الْمَالِ شَيْئًا فَشَيْئًا، وَرَبَّمَا يَجِدُ بَعْضَ ذَلِكَ زَيْوْفًا وَلَا يُسْتَبَدَّلُ فِي مَجْلِسِ الرَّدِّ فَيَبْطُلُ الْعَقْدُ بِقَدْرِ مَا رَدَّهُ. فَإِذَا لَمْ يَكُنْ مِقْدَارُ رَأْسِ الْمَالِ مَعْلُومًا لَا يُعْلَمُ فِي كَمْ أُتْقِضَ السَّلْمُ أَوْ فِي كَمْ بَقِيَ وَجَهَالََةُ الْمُسْلِمِ فِيهِ مَفْسَدَةٌ بِالْإِتِّفَاقِ فَكَذَا مَا يَسْتَلْزِمُهَا.

وَقَوْلُهُ: (أَوْ رَبَّمَا) وَجْهٌ آخَرُ لِفَسَادِهِ، وَهُوَ أَنَّ الْمُسْلِمَ إِلَيْهِ (قَدْ يَعْجِزُ عَنْ تَحْصِيلِ

المسلم فيه وليس لرب السلم حَبْذٌ إلا رأس ماله) وإذا كان مجهول المقدار تعدّر ذلك. فإن قيل: ذلك أمر موهوم لا معتبر به فيما بُني على الرخص. أجاب المصنف رحمه الله بأن (الموهوم في هذا العقد كالتحقق) لشرعه مع المتأني إذ القياس يخالفه، ألا ترى أنه لو أسلم بمكيال رجل بعينه لم يجر لتوهم هلاك ذلك المكيال وعوده إلى الجهالة لا سيما على قول من اعتبر أدنى الأجل أكثر من نصف يوم. فإن قيل: في هذا اعتبار للنازل عن الشبهة؛ لأن وجود بعض رأس المال زيوفاً فيه شبهة لاحتمال أن لا يكون كذلك وبعد الوجود الرد محتمل فقد لا يرد، وبعد الرد ترك الاستبدال في مجلس الرد أيضاً محتمل، والمعتبر هي دون النازل عنها. فالجواب ما تقدم أن المعنى من الموهوم هو ذلك، وقيل بل هذه شبهة واحدة؛ لأن كلا منهما مبني على وجوده زيفاً، والأول أظهر.

(قوله: بخلاف الثوب) جواب عما قاساه عليه من الثوب. وتقريره أن الثوب لا يتعلق العقد على مقداره (؛ لأن الدرع) في الثوب المعين (صفة) ولهذا لو وجدته زائداً على المسمى سلم له الزيادة مجاًناً، ولو وجدته ناقصاً لم يحط شيئاً من الثمن وقد تقدم، وليس كلامنا في ذلك، وإنما هو فيما يتعلق العقد على مقداره فكان قياساً مع الفارق، ولم يجب عن الثمن والأجرة؛ لأن دليله تضمن ذلك، فإن البيع والإجارة لا ينفسخان برد الثمن والأجرة وترك الاستبدال في مجلس الرد.

ومن فروع الاختلاف في معرفة مقدار رأس المال ما إذا أسلم مائة في كرو حنطة وكرو شعير ولم يبين رأس مال كل واحد منهما فإنه لا يجوز عند أبي حنيفة رحمه الله؛ لأن المائة تنقسم على الحنطة والشعير باعتبار القيمة وطريق معرفته الحرز فلا يكون مقدار رأس مال كل واحد منهما معلوماً. وعندهما يجوز؛ لأن الإشارة إلى العين تكفي لجواز العقد وقد وجدت، أو أسلم دراهم ودنانير في كرو حنطة وقد علم وزن أحدهما دون الآخر فإنه لا يجوز عنده؛ لأن مقدار أحدهما إذا كان مجهولاً بطل العقد في حصته لعدم شرط الجواز في حصته فيبطل في حصّة الآخر أيضاً لاتحاد الصفة أو لجهالة حصّة الآخر، وعندهم يجوز لوجود الإشارة.

ومن فروعه إذا أسلم في جنسين ولم يبين رأس مال كل واحد منهما، أو أسلم

جَنَسَيْنِ وَلَمْ يَبَيِّنْ مِقْدَارَ أَحَدِهِمَا. وَلَهُمَا فِي الثَّانِيَةِ أَنْ مَكَانَ الْعَقْدِ يَتَعَيَّنُ لَوْجُودِ الْعَقْدِ
 الْمَوْجِبِ لِلتَّسْلِيمِ، وَلَآئِذَا لَا يُزَاحِمُهُ مَكَانٌ آخَرُ فِيهِ فَيَصِيرُ نَظِيرُ أَوَّلِ أَوْقَاتِ الْإِمْكَانِ فِي
 الْأَوَامِرِ فَصَارَ كَالْقَرْضِ وَالْعَصْبِ. وَلَأَبَى حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ التَّسْلِيمَ غَيْرُ وَاجِبٍ فِي
 الْحَالِ فَلَا يَتَعَيَّنُ، بِخِلَافِ الْقَرْضِ وَالْعَصْبِ، وَإِذَا لَمْ يَتَعَيَّنْ فَالْجِهَاتُ فِيهِ تُقْضَى إِلَى
 الْمُنَازَعَةِ، لِأَنَّ هَيْمَ الْأَشْيَاءِ تُخْتَلَفُ بِاخْتِلَافِ الْمَكَانِ فَلَا بُدَّ مِنَ الْبَيَانِ، وَصَارَ كَجِهَاتِ
 الصِّفَةِ، وَعَنْ هَذَا قَالَ مَنْ قَالَ مِنَ الْمَشَايخِ رَحِمَهُمُ اللَّهُ إِنَّ الْاخْتِلَافَ فِيهِ عِنْدَهُ يُوجِبُ
 التَّخَالَفَ كَمَا فِي الصِّفَةِ. وَقِيلَ عَلَى عَكْسِهِ لِأَنَّ تَعَيَّنَ الْمَكَانِ قَضِيَّةُ الْعَقْدِ عِنْدَهُمَا، وَعَلَى
 هَذَا الْخِلَافِ الثَّمَنُ وَالْأَجْرَةُ وَالْقِسْمَةُ، وَصُورَتُهَا إِذَا اقْتَسَمَا دَارًا وَجَعَلَا مَعَ نَصِيبِ
 أَحَدِهِمَا شَيْئًا لَهُ حَمْلٌ وَمُؤَنَّةٌ. وَقِيلَ لَا يَشْتَرِطُ ذَلِكَ فِي الثَّمَنِ. وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ يَشْتَرِطُ إِذَا
 كَانَ مُؤْجَلًا، وَهُوَ اخْتِيَارُ شَمْسِ الْأَيْمَةِ السَّرْحَسِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ. وَعِنْدَهُمَا يَتَعَيَّنُ مَكَانُ
 الدَّارِ وَمَكَانُ تَسْلِيمِ الدَّابَّةِ لِلْإِيْفَاءِ. قَالَ (وَمَا لَمْ يَكُنْ لَهُ حَمْلٌ وَمُؤَنَّةٌ لَا يَحْتَاجُ فِيهِ إِلَى
 بَيَانِ مَكَانِ الْإِيْفَاءِ بِالْإِجْمَاعِ) لِأَنَّهُ لَا تُخْتَلَفُ هَيْمَتُهُ (وَيُوفِيهِ فِي الْمَكَانِ الَّذِي أَسْلَمَ فِيهِ)
 قَالَ ﷺ: وَهَذِهِ رَوَايَةُ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ وَالْبَيْوَعِ. وَذَكَرَ فِي الْإِجَارَاتِ أَنَّهُ يُوفِيهِ فِي أَيِّ
 مَكَانٍ شَاءَ، وَهُوَ الْأَصَحُّ لِأَنَّ الْأَمَاكِنَ كُلَّهَا سَوَاءٌ، وَلَا وَجُوبَ فِي الْحَالِ، وَلَوْ عَيْنًا مَكَانًا،
 قِيلَ لَا يَتَعَيَّنُ لِأَنَّهُ لَا يُفِيدُ، وَقِيلَ يَتَعَيَّنُ لِأَنَّهُ يُفِيدُ سَقُوطَ خَطَرِ الطَّرِيقِ، وَلَوْ عَيْنَ الْمَصْرَ
 فِيمَا لَهُ حَمْلٌ وَمُؤَنَّةٌ يَكْتَفَى بِهِ لِأَنَّهُ مَعَ تَبَايُنِ أَطْرَافِهِ كَبَقْعَةٍ وَاحِدَةٍ فِيمَا ذَكَرْنَا.

الشرح:

وَقَالَا فِي الْمَسْأَلَةِ الثَّانِيَةِ: إِنَّ مَكَانَ الْعَقْدِ يَتَعَيَّنُ لِلْإِيْفَاءِ؛ لِأَنَّ الْعَقْدَ الْمَوْجِبَ
 لِلتَّسْلِيمِ وَجَدَ فِيهِ، وَمَا كَانَ كَذَلِكَ يَتَعَيَّنُ كَمَا فِي بَيْعِ حِنْطَةٍ بَعِيْنَهَا فَإِنَّ التَّسْلِيمَ يَجِبُ
 فِي مَوْضِعِ الْعَقْدِ؛ وَلَآئِذَا لَا يُزَاحِمُهُ مَكَانٌ آخَرُ لَعَدَمِ مَا يُوجِبُهُ وَمَا هُوَ كَذَلِكَ يَتَعَيَّنُ
 كَأَوَّلِ أَوْقَاتِ الْإِمْكَانِ فِي الْأَوَامِرِ، فَإِنَّ الْجُزْءَ الْأَوَّلَ يَتَعَيَّنُ لِلْسَّبِيَّةِ لَعَدَمِ مَا يُزَاحِمُهُ، وَقَدْ
 عُرِفَ فِي مَوْضِعِهِ وَصَارَ كَالْقَرْضِ وَالْعَصْبِ فِي تَعَيَّنِ مَكَانِهِمَا لِلتَّسْلِيمِ. وَتَوْقُضُ بِمَا إِذَا
 بَاعَ طَعَامًا وَهُوَ فِي السَّوَادِ، فَإِنَّهُ رُوِيَ عَنْ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ الْمُشْتَرِيَ إِنْ كَانَ يَعْلَمُ
 مَكَانَ الطَّعَامِ فَلَا خِيَارَ لَهُ، وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ فَلَهُ الْخِيَارُ، وَلَوْ تَعَيَّنَ مَكَانُ الْبَيْعِ لِلتَّسْلِيمِ لَمَا كَانَ
 لَهُ الْخِيَارُ.

وَعُورِضَ بَأَن مَكَانَ الْعَقْدِ لَوْ تَعَيَّنَ لَبَطَلَ الْعَقْدُ بَيَّانٍ مَكَانٍ آخَرَ كَمَا فِي بَيْعِ
 الْعَيْنِ، فَإِنَّ مَنْ اشْتَرَى كُرًّا حَنْطَةً وَشَرَطَ عَلَى الْبَائِعِ الْحَمْلَ إِلَى مَنْزِلِهِ يَفْسُدُ عَقْدُهُ
 اشْتَرَاها فِي الْمَصْرِ أَوْ خَارِجَهُ بِجِنْسِهِ أَوْ بِخِلَافِ جِنْسِهِ. وَالْجَوَابُ عَنِ التَّقْضِ أَنَّ مَكَانَ
 الْبَيْعِ يَتَعَيَّنُ لِلتَّسْلِيمِ إِذَا كَانَ الْمَبِيعُ حَاضِرًا وَالْمَبِيعُ فِي السَّلَمِ حَاضِرٌ؛ لِأَنَّهُ فِي ذِمَّةِ الْمُسْلِمِ
 إِلَيْهِ وَهُوَ حَاضِرٌ فِي مَكَانِ الْعَقْدِ فَيَكُونُ الْمَبِيعُ حَاضِرًا بِحُضُورِهِ، وَفِيهِ نَظَرٌ؛ لِأَنَّ فِيهِ قَيْدًا
 لَمْ يُذَكَّرْ فِي التَّغْلِيلِ وَمِثْلُهُ يُعَدُّ انْقِطَاعًا. وَعَنْ الْمُعَارَضَةِ بَأَن التَّعْيِينَ بِالذَّلَالَةِ، فَإِذَا جَاءَ
 بِصَرِيحٍ يُخَالِفُهَا يُبْطَلُهَا، وَإِنَّمَا فَسَدَ فِي بَيْعِ الْعَيْنِ؛ لِأَنَّهُ قَابِلُ التَّمَنِّ بِالْمَبِيعِ وَالْحَمْلِ فَتَصِيرُ
 صَفْقَةً فِي صَفْقَةٍ. وَلَأَبَى حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ السَّلَمَ تَسْلِيمُهُ غَيْرٌ وَاجِبٌ فِي الْحَالِ
 لِاشْتِرَاطِ الْأَجَلِ بِالْإِتِّفَاقِ، وَكُلُّ مَا هُوَ تَسْلِيمُهُ غَيْرٌ وَاجِبٌ فِي الْحَالِ لَا يَتَعَيَّنُ مَكَانُ
 الْعَقْدِ فِيهِ لِلتَّسْلِيمِ؛ لِأَنَّ مَوْضِعَ الْإِتِّزَامِ إِنَّمَا يَتَعَيَّنُ لِلتَّسْلِيمِ بِسَبَبِ يَسْتَحِقُّ فِيهِ التَّسْلِيمَ
 بِنَفْسِ الْإِتِّزَامِ لِيَكُونَ الْحُكْمُ ثَابِتًا عَلَى طَبَقِ سَبَبِهِ، وَالسَّلَمُ لَا يَسْتَحِقُّ تَسْلِيمَهُ بِنَفْسِ
 الْإِتِّزَامِ لِكَوْنِهِ مُؤَجَّلًا، بِخِلَافِ الْقَرْضِ وَالْعَصْبِ وَالِاسْتِهْلَاكِ فَإِنَّ تَسْلِيمَهَا يُسْتَحَقُّ
 بِنَفْسِ الْإِتِّزَامِ فَيَتَعَيَّنُ مَوْضِعُهُ.

قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: أَرَأَيْتَ لَوْ عَقَدَا عَقْدَ السَّلَمِ فِي السَّفِينَةِ فِي لُجَّةِ الْبَحْرِ أَكَانَ يَتَعَيَّنُ
 مَوْضِعُ الْعَقْدِ لِلتَّسْلِيمِ عِنْدَ حُلُولِ الْأَجَلِ، هَذَا مِمَّا لَا يَقُولُهُ عَاقِلٌ. وَإِذَا ثَبَتَ أَنَّ مَكَانَ
 الْعَقْدِ لَمْ يَتَعَيَّنْ لِلْإِبْقَاءِ بَقِيَ مَكَانُ الْإِبْقَاءِ مَجْهُولًا جَهَالَةً تُفْضِي إِلَى الْمُنَازَعَةِ؛ لِأَنَّ قِيَمَ
 الْأَشْيَاءِ تَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ الْأَمَاكِنِ وَرَبُّ السَّلَمِ يُطَالِبُهُ فِي مَوْضِعٍ يُكْثَرُ فِيهِ السَّلَمُ،
 وَالْمُسْلِمُ إِلَيْهِ يُسَلِّمُهُ فِي خِلَافِ ذَلِكَ فَصَارَ كَجَهَالَةِ الصَّفَةِ فِي اخْتِلَافِ الْقِيَمِ بِاخْتِلَافِهَا
 فَلَا بُدَّ مِنَ الْبَيَانِ.

(وَعَنْ هَذَا) أَيَّ عَمَّا ذَكَرْنَا أَنَّ جَهَالَةَ الْمَكَانِ كَجَهَالَةِ الْوَصْفِ (قَالَ: مَنْ قَالَ مِنْ
 الْمَشَايِخِ إِنَّ الْاخْتِلَافَ فِي الْمَكَانِ يُوجِبُ التَّخَالَفَ) عِنْدَهُ كَالِاخْتِلَافِ فِي الْجَوْدَةِ
 وَالرَّذَاةِ فِي أَحَدِ الْبَدَلَيْنِ (وَقِيلَ عَلَى عَكْسِهِ) أَيَّ لَا يُوجِبُ التَّخَالَفَ عِنْدَهُ بَلِ الْقَوْلُ
 لِلْمُسْلِمِ إِلَيْهِ.

وَعِنْدَهُمَا يُوجِبُهُ؛ لِأَنَّ تَعَيَّنَ الْمَكَانِ قَضِيَّةُ الْعَقْدِ: أَيَّ مُقْتَضَاهُ عِنْدَهُمَا فَكَانَ
 الْاخْتِلَافُ فِي الْمَكَانِ كَالِاخْتِلَافِ فِي نَفْسِ الْعَقْدِ. وَعِنْدَهُ لَمَّا لَمْ يَكُنْ مِنْ مُقْتَضِيَاتِهِ صَارَ

بِمَنْزِلَةِ الْأَجَلِ، وَالْاِخْتِلَافُ فِيهِ لَا يُوجِبُ التَّخَالَفَ، وَعَلَى هَذَا الْخِلَافِ الثَّمَنُ وَالْأَجْرَةُ وَالْقِسْمَةُ. وَصُورَةُ الثَّمَنِ: اشْتَرَى شَيْئًا بِمَكِيلٍ أَوْ مَوْزُونٍ مَوْصُوفٍ فِي الذِّمَّةِ يُشْتَرَطُ بَيَانُ مَكَانِ الْإِيْفَاءِ عِنْدَهُ، وَعِنْدَهُمَا لَا يُشْتَرَطُ وَيَتَعَيَّنُ مَكَانُ الْعَقْدِ. وَقِيلَ إِنَّهُ لَا يُشْتَرَطُ بِالْإِتْفَاقِ، وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ.

(وَهُوَ اخْتِيَارُ شَمْسِ الْأُيَمَّةِ)؛ لِأَنَّ الثَّمَنَ مِثْلُ الْأَجْرَةِ وَهِيَ مَنْصُوصٌ عَلَيْهَا فِي كِتَابِ الْإِجَارَاتِ. وَصُورَةُ الْأَجْرَةِ: اسْتَأْجَرَ دَارًا أَوْ دَابَّةً بِمَكِيلٍ أَوْ مَوْزُونٍ مَوْصُوفٍ فِي الذِّمَّةِ يُشْتَرَطُ بَيَانُ مَكَانِ الْإِيْفَاءِ عِنْدَهُ خِلَافًا لَهَا وَيَتَعَيَّنُ فِي إِجَارَةِ الدَّارِ مَكَانُهَا، وَفِي الدَّابَّةِ تُسَلَّمُ فِي مَكَانِ تَسْلِيمِهَا. وَصُورَةُ الْقِسْمَةِ: اقْتَسَمَا دَارًا وَأَخَذَ أَحَدُهُمَا أَكْثَرَ مِنْ نَصِيبِهِ وَالتَّزَمَ فِي مُقَابَلَةِ الزَّائِدِ مَكِيلًا أَوْ مَوْزُونًا مَوْصُوفًا فِي الذِّمَّةِ يُشْتَرَطُ عِنْدَهُ بَيَانُ مَكَانِ الْإِيْفَاءِ خِلَافًا لَهَا وَيَتَعَيَّنُ مَكَانُ الْقِسْمَةِ.

قَالَ (وَمَا لَمْ يَكُنْ لَهُ حَمْلٌ وَمُؤَنَةٌ لَا يُحْتَاجُ فِيهِ إِلَى بَيَانِ مَكَانِ الْإِيْفَاءِ إلخ) وَقَدْ تَقَدَّمَ بَيَانُ مَا لَهُ حَمْلٌ وَمُؤَنَةٌ فَيَعْلَمُ مِنْ ذَلِكَ مَا لَمْ يَكُنْ لَهُ حَمْلٌ وَمُؤَنَةٌ. وَقِيلَ مَا لَمْ يَكُنْ لَهُ حَمْلٌ وَمُؤَنَةٌ هُوَ الَّذِي لَوْ أَمَرَ إِنْسَانًا بِحَمْلِهِ إِلَى مَجْلِسِ الْقَضَاءِ حَمَلُهُ مَجَانًا. وَقِيلَ هُوَ مَا يُمْكِنُ رَفْعُهُ بِيَدٍ وَاحِدَةٍ. وَاتَّفَقُوا عَلَى أَنَّ بَيَانَ مَكَانِ الْإِيْفَاءِ فِيهِ لَيْسَ بِشَرَطٍ لَصِحَّةِ السَّلَمِ لَعَدَمِ اخْتِلَافِ الْقِيَمَةِ، وَلَكِنْ هَلْ يَتَعَيَّنُ مَكَانُ الْعَقْدِ لِلْإِيْفَاءِ؟ فِيهِ رَوَايَتَانِ (فِي رَوَايَةِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ وَيُوعُ الْأَصْلِ) يَتَعَيَّنُ؛ لِأَنَّهُ مَوْضِعُ الْإِتْرَامِ فَيَرْجَحُ عَلَى غَيْرِهِ وَذَكَرَ فِي الْإِجَارَاتِ (يُوقَفُ فِي أَيِّ مَكَانٍ شَاءَ وَهُوَ الْأَصَحُّ؛ لِأَنَّ الْأَمَاكِنَ كُلَّهَا سَوَاءٌ) إِذَا الْمَالِيَّةُ لَا تَخْتَلَفُ بِاخْتِلَافِ الْأَمَاكِنِ فِيهِ.

(قَوْلُهُ: وَلَا وَجُوبَ فِي الْحَالِ) جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ يَجُوزُ أَنْ يَتَعَيَّنَ مُوَنُ الْعَقْدِ ضَرُورَةً وَجُوبَ التَّسْلِيمِ فَقَالَ التَّسْلِيمُ فِي الْحَالِ لَيْسَ بِوَاجِبٍ لِيَتَعَيَّنَ بِاعْتِبَارِهِ، فَلَوْ عَيَّنَ مَكَانًا قِيلَ لَا يَتَعَيَّنُ؛ لِأَنَّهُ لَا يُعِيدُ حَيْثُ لَا يَلْزَمُ بِنَقْلِهِ مُؤَنَةٌ، وَلَا تَخْتَلَفُ مَالِيَّتُهُ بِاخْتِلَافِ الْأَمْكَنِ: وَقِيلَ يَتَعَيَّنُ وَهُوَ الْأَصَحُّ؛ لِأَنَّهُ يُعِيدُ رَبَّ السَّلَمِ سَقُوطَ خَطَرِ الطَّرِيقِ، وَلَوْ عَيَّنَ الْمَصْرَ فِيمَا لَهُ حَمْلٌ وَمُؤَنَةٌ يُكْفَى بِهِ؛ لِأَنَّ الْمَصْرَ مَعَ تَبَايُنِ أَطْرَافِهِ كَبَقْعَةٍ وَاحِدَةٍ فِيمَا ذَكَرْنَا مِنْ أَنَّهُ لَا تَخْتَلَفُ قِيَمَتُهُ بِاخْتِلَافِ الْمَحَلَةِ. وَقِيلَ فِيمَا ذَكَرْنَا مِنَ الْمَسَائِلِ وَهِيَ السَّلَمُ وَالثَّمَنُ وَالْأَجْرَةُ وَالْقِسْمَةُ.

وَقِيلَ هَذَا إِذَا لَمْ يَكُنْ الْمَصْرُ عَظِيمًا، فَلَوْ كَانَ بَيْنَ تَوَاحِيهِ مِثْلُ فَرَسَخٍ وَلَمْ يُبَيَّنْ نَاحِيَةً مِنْهُ لَمْ يَجْزُ؛ لِأَنِّ فِيهِ جَهَالَةٌ مُفْضِيَةٌ إِلَى الْمَنَازَعَةِ.

قَالَ (وَلَا يَصِحُّ السَّلْمُ حَتَّى يَقْبِضَ رَأْسَ الْمَالِ قَبْلَ أَنْ يُفَارِقَهُ فِيهِ) أَمَّا إِذَا كَانَ مِنَ النُّقُودِ فَلَأَنَّهُ افْتِرَاقٌ عَنْ دَيْنٍ بِدَيْنٍ، وَقَدْ «نَهَى النَّبِيُّ ﷺ عَنِ الْكَالِيِّ بِالْكَالِيِّ وَإِنْ كَانَ عَيْنًا»، فَلَأَنَّ السَّلْمَ أَخَذَ عَاجِلٍ بِأَجَلٍ، إِذَا الْإِسْلَامُ وَالْإِسْلَافُ يُنْبِئَانِ عَنِ التَّعْجِيلِ فَلَا بُدَّ مِنْ قَبْضِ أَحَدِ الْعَوَاضِينَ لِيَتَحَقَّقَ مَعْنَى الْأَسْمِ، وَلَأَنَّهُ لَا بُدَّ مِنْ تَسْلِيمِ رَأْسِ الْمَالِ لِيَتَقَلَّبَ الْمُسْلِمُ إِلَيْهِ فِيهِ فَيَقْدِرُ عَلَى التَّسْلِيمِ، وَلِهَذَا قُلْنَا: لَا يَصِحُّ السَّلْمُ إِذَا كَانَ فِيهِ خِيَارُ الشَّرْطِ لهُمَا أَوْ لِأَحَدِهِمَا لِأَنَّهُ يَمْنَعُ تَمَامَ الْقَبْضِ لِكُونِهِ مَانِعًا مِنَ الْإِنْعِقَادِ فِي حَقِّ الْحُكْمِ، وَكَذَا لَا يَثْبُتُ فِيهِ خِيَارُ الرُّوْبَةِ لِأَنَّهُ غَيْرُ مُفِيدٍ، بِخِلَافِ خِيَارِ الْعَيْبِ لِأَنَّهُ لَا يَمْنَعُ تَمَامَ الْقَبْضِ

الشرح:

قَالَ (وَلَا يَصِحُّ السَّلْمُ حَتَّى يَقْبِضَ رَأْسَ الْمَالِ) مَعْنَاهُ أَنَّ السَّلْمَ لَا يَنْقَى صَحِيحًا بَعْدَ وَقُوعِهِ عَلَى الصَّحَّةِ إِذَا لَمْ يَقْبِضْ رَأْسَ الْمَالِ فِي مَكَانِ الْعَقْدِ قَبْلَ أَنْ يُفَارِقَ كُلَّ وَاحِدٍ مِنَ الْمُتَعَاقِلَيْنِ صَاحِبَهُ بَدَلًا لَا مَكَانًا، حَتَّى لَوْ مَشِيَ فَرَسَخًا قَبْلَ الْقَبْضِ لَمْ يُفْسَخْ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا عَنْ غَيْرِ قَبْضٍ، فَإِذَا افْتَرَقَا كَذَلِكَ فَسَدَ، أَمَّا إِذَا كَانَ رَأْسُ الْمَالِ مِنَ النُّقُودِ فَلَأَنَّهُ افْتِرَاقٌ عَنْ دَيْنٍ بِدَيْنٍ، وَقَدْ «نَهَى النَّبِيُّ ﷺ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ عَنِ الْكَالِيِّ بِالْكَالِيِّ»: أَيِ النَّسِيَةِ بِالنَّسِيَةِ وَإِنْ كَانَ عَيْنًا؛ فَلَأَنَّ السَّلْمَ أَخَذَ عَاجِلٍ بِأَجَلٍ، إِذَا الْإِسْلَامُ وَالْإِسْلَافُ يُنْبِئَانِ عَنِ التَّعْجِيلِ.

وَالْمُسْلِمُ فِيهِ آجِلٌ فَوَجَبَ أَنْ يَكُونَ رَأْسُ الْمَالِ عَاجِلًا لِيَكُونَ الْحُكْمُ ثَابِتًا عَلَى مَا يَقْتَضِيهِ الْأَسْمُ لُغَةً كَالصَّرْفِ وَالْكَفَالَةِ وَالْحَوَالَةِ فَإِنَّهَا عُقُودٌ ثَبَتَتْ أَحْكَامُهَا بِمُقْتَضَيَاتِ أَسْمَائِهَا لُغَةً، وَهَذَا وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ، وَالْقِيَاسُ جَوَازُهُ؛ لِأَنَّ الْعُرُوضَ تَتَعَيَّنُ فِي الْعُقُودِ فَتَرُكُ شَرْطِ التَّعْجِيلِ لَمْ يُؤَدَّ إِلَى بَيْعِ الدَّيْنِ بِالْدَّيْنِ، بِخِلَافِ الدَّرَاهِمِ؛ وَلَأَنَّهُ لَا بُدَّ مِنْ تَسْلِيمِ رَأْسِ الْمَالِ لِيَتَقَلَّبَ: أَيِ لِيَتَصَرَّفَ الْمُسْلِمُ إِلَيْهِ فِيهِ فَيَقْدِرُ عَلَى التَّسْلِيمِ (وَلِهَذَا) أَيِ وَلَا شَرَاطِ الْقَبْضِ.

(قُلْنَا لَا يَصِحُّ السَّلْمُ إِذَا كَانَ فِيهِ خِيَارُ الشَّرْطِ لهُمَا أَوْ لِأَحَدِهِمَا؛ لِأَنَّ خِيَارَ الشَّرْطِ يَمْنَعُ تَمَامَ الْقَبْضِ لِكُونِهِ مَانِعًا مِنَ الْإِنْعِقَادِ فِي حَقِّ الْحُكْمِ) وَهُوَ ثُبُوتُ الْمِلْكِ

وَالْقَبْضُ مَبْنِيٌّ عَلَيْهِ، وَمَا كَانَ مَانِعًا مِنَ الْمَبْنِيِّ عَلَيْهِ فَهُوَ مَانِعٌ عَنِ الْمَبْنِيِّ، وَكَذَا لَا يَثْبُتُ فِي السَّلَمِ خِيَارُ الرُّوْيَةِ لَكَوْنِهِ غَيْرَ مُفِيدٍ؛ لِأَنَّ فَائِدَتَهُ الْفَسْخُ عِنْدَ الرُّوْيَةِ وَالْوَاجِبُ بِعَقْدِ السَّلَمِ الدَّيْنُ وَمَا أَخَذَهُ عَيْنٌ، فَلَوْ رَدَّ الْمَأْخُودَ عَادَ إِلَى مَا فِي ذِمَّتِهِ فَيَثْبُتُ الْخِيَارُ فِيمَا أَخَذَهُ ثَانِيًا وَثَلَاثًا إِلَى مَا لَا يَتَنَاهَى، فَإِذَا لَمْ يُفِدْ فَائِدَتَهُ لَا يَجُوزُ إِبْثَائُهُ وَفِي بَيْعِ الْعَيْنِ يُفِيدُ فَائِدَتَهُ؛ لِأَنَّ الْعَقْدَ يَنْفَسِخُ عِنْدَ الرُّوْيَةِ إِذَا رَدَّ الْمَبِيعُ؛ لِأَنَّهُ رَدَّ عَيْنَ مَا تَنَاوَلَهُ الْعَقْدُ فَيَنْفَسِخُ. قِيلَ فِيهِ إِشْكَالَانِ: أَحَدُهُمَا أَنَّ الضَّمِيرَ فِي قَوْلِهِ فِيهِ إِمَّا أَنْ يُرَادَ بِهِ رَأْسُ الْمَالِ أَوْ الْمُسْلِمُ فِيهِ، لَا سَبِيلَ إِلَى الْأَوَّلِ؛ لِأَنَّ خِيَارَ الرُّوْيَةِ ثَابِتٌ فِي رَأْسِ الْمَالِ، صَرَّحَ بِهِ فِي التُّحْفَةِ وَقَالَ: لَا يَفْسُدُ بِهِ السَّلَمُ، وَلَا إِلَى الثَّانِي لِاتِّفَاءِ التَّقْرِيبِ؛ لِأَنَّهُ فِي بَيَانِ اشْتِرَاطِ قَبْضِ رَأْسِ الْمَالِ قَبْلَ الْاِفْتِرَاقِ، وَثُبُوتِ الْخِيَارِ فِي الْمُسْلِمِ فِيهِ وَعَدَمُهُ لَا مَدْخَلَ لَهُ فِي ذَلِكَ فَكَانَ أَجَنَبِيًّا. وَالثَّانِي أَنَّ الْمَبِيعَ فِي الْاِسْتِصْنَاعِ دَيْنٌ وَمَعَ ذَلِكَ لِلْمُسْتَصْنِعِ خِيَارُ الرُّوْيَةِ.

وَالْجَوَابُ عَنِ الْأَوَّلِ أَنَّهُ يُعَوَّدُ لِلْمُسْلِمِ فِيهِ وَذَكَرَهُ اسْتَطْرَادًا، وَيَجُوزُ أَنْ يُعَوَّدَ إِلَى رَأْسِ الْمَالِ، وَهُوَ إِنْ كَانَ دَيْنًا فِي الذِّمَّةِ يَتَسَلَّلُ وَلَا يُفِيدُ، وَإِنْ كَانَ عَيْنًا وَجِبَ أَنْ لَا يُفِيدَ لِإِفْضَائِهِ إِلَى التُّهْمَةِ. وَعَنِ الثَّانِي أَنَّا لَا نُسَلِّمُ أَنَّ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ فِي الْاِسْتِصْنَاعِ دَيْنٌ بَلْ هُوَ عَيْنٌ عَلَى مَا سَيَجِيءُ فِي الْاِسْتِصْنَاعِ، بِخِلَافِ خِيَارِ الْعَيْنِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْنَعُ تَمَامَ الْقَبْضِ؛ لِأَنَّ تَمَامَهُ بِتَمَامِ الصَّفَقَةِ وَتَمَامِهَا بِتَمَامِ الرِّضَا وَهُوَ مُوجُودٌ وَقْتَ الْعَقْدِ.

وَلَوْ أَسْقَطَ خِيَارَ الشَّرْطِ قَبْلَ الْاِفْتِرَاقِ وَرَأْسُ الْمَالِ قَائِمٌ جَارَ خِلَافًا لَزُفَرٍ، وَقَدْ مَرَّ

نَظِيرُهُ

الشرح:

(وَلَوْ أَسْقَطَ) رَبُّ السَّلَمِ (خِيَارَ الشَّرْطِ قَبْلَ الْاِفْتِرَاقِ) فَلَا يَخْلُو إِمَّا أَنْ يَكُونَ رَأْسُ الْمَالِ قَائِمًا أَوْ لَا، فَإِنْ كَانَ الثَّانِي لَمْ يَصِحَّ الْعَقْدُ بِالْإِسْقَاطِ؛ لِأَنَّ ابْتِدَاءَهُ بِرَأْسِ مَالٍ هُوَ دَيْنٌ لَا يَجُوزُ فَكْدًا إِتْمَامُهُ بِإِسْقَاطِ الْخِيَارِ، وَفِيهِ نَظَرٌ فَإِنَّ الْبَقَاءَ أَسْهَلُ مِنَ الْاِبْتِدَاءِ. وَالْجَوَابُ أَنَّهُ اتِّفَاقِيٌّ فَالتَّشْكِيكُ فِيهِ غَيْرُ مَسْمُوعٍ، وَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ جَارَ خِلَافًا لَزُفَرٍ وَقَدْ مَرَّ نَظِيرُهُ، وَهُوَ مَا إِذَا بَاعَ إِلَى أَجَلٍ مَجْهُولٍ ثُمَّ أَسْقَطَ الْأَجَلَ قَبْلَ الْحُلُولِ فَإِنَّهُ يَنْقَلِبُ جَائِزًا عِنْدَنَا خِلَافًا لَزُفَرٍ.

(وَجُمْلَةُ الشُّرُوطِ جَمْعُوهَا فِي قَوْلِهِمْ إِعْلَامُ رَأْسِ الْمَالِ وَتَعْجِيلُهُ وَإِعْلَامُ الْمُسْلِمِ فِيهِ وَتَأْجِيلُهُ وَبَيَانُ مَكَانِ الْإِيْفَاءِ وَالْقُدْرَةُ عَلَى تَحْصِيلِهِ، فَإِنْ أَسْلَمَ مَائَتِي دِرْهَمٍ فِي كُرٍّ حَنْطَةٍ مَائَةٍ مِنْهَا دِينَ عَلَى الْمُسْلِمِ إِلَيْهِ وَمِائَةٌ نَقْدٌ فَالْسَّلَامُ فِي حِصَّةِ الدِّينِ بَاطِلٌ لِفَوَاتِ الْقَبْضِ وَيَجُوزُ فِي حِصَّةِ النَّقْدِ) لَا سِتْجَمَاعَ شَرَائِطِهِ.

وَلَا يَشِيعُ الْفَسَادُ لِأَنَّ الْفَسَادَ طَارِئٌ، إِذَا السَّلَامُ وَقَعَ صَحِيحًا، وَلِهَذَا لَوْ نَقَدَ رَأْسَ الْمَالِ قَبْلَ الْإِفْتِرَاقِ صَحٌّ إِلَّا أَنَّهُ يَبْطُلُ بِالْإِفْتِرَاقِ لَمَّا بَيَّنَّا، وَهَذَا لِأَنَّ الدِّينَ لَا يَتَعَيَّنُ فِي الْبَيْعِ، إِلَّا تَرَى أَنَّهُمَا لَوْ تَبَايَعَا عَيْنًا بِدَيْنٍ ثُمَّ تَصَادَقَا أَنَّ لَا دِينَ لَا يَبْطُلُ الْبَيْعُ فَيَنْعَقِدُ صَحِيحًا.

الشرح:

قَالَ (وَجُمْلَةُ الشُّرُوطِ جَمْعُوهَا) جَمَعَ الْمَشَايِخُ جُمْلَةَ شُرُوطِ السَّلَامِ فِي إِعْلَامِ رَأْسِ الْمَالِ وَهُوَ مُشْتَمِلٌ عَلَى بَيَانِ جَنْسِهِ وَنَوْعِهِ وَقَدْرِهِ وَصِفَتِهِ وَفِي تَعْجِيلِهِ، وَالْمُرَادُ بِهِ التَّسْلِيمُ قَبْلَ الْإِفْتِرَاقِ كَمَا تَقَدَّمَ، وَفِي إِعْلَامِ الْمُسْلِمِ فِيهِ وَهُوَ يَشْتَمِلُ عَلَى بَيَانِ الْجَنْسِ وَالنَّوْعِ وَالصِّفَةِ وَالْقَدْرِ، وَفِي تَأْجِيلِهِ: يَعْنِي إِلَى أَجَلٍ مَعْلُومٍ، وَقَدْ تَقَدَّمَ بَيَانُ مَقْدَارِهِ، وَفِي بَيَانِ مَكَانِ الْإِيْفَاءِ كَمَا مَرَّ، وَفِي الْقُدْرَةِ عَلَى تَحْصِيلِهِ وَهُوَ أَنْ لَا يَنْقَطِعَ كَمَا بَيَّنَّا (فَإِنْ أَسْلَمَ مَائَتِي دِرْهَمٍ فِي كُرٍّ حَنْطَةٍ مَائَةٍ مِنْهَا دِينَ عَلَى الْمُسْلِمِ إِلَيْهِ وَمِائَةٌ نَقْدٌ فَالْسَّلَامُ فِي حِصَّةِ الدِّينِ بَاطِلٌ) سَوَاءً أَطْلُقَ الْمَائَتَيْنِ ابْتِدَاءً أَوْ أَضَافَ الْعَقْدَ فِي إِحْدَاهُمَا إِلَى الدِّينِ لِفَوَاتِ الْقَبْضِ. وَيَجُوزُ فِي حِصَّةِ النَّقْدِ لَا سِتْجَمَاعَ شَرَائِطِهِ، وَلَا يَشِيعُ الْفَسَادُ؛ لِأَنَّ الْفَسَادَ طَارِئٌ إِذَا السَّلَامُ وَقَعَ صَحِيحًا؛ أَمَّا إِذَا أَطْلُقَ ثُمَّ جَعَلَا الْمِائَةَ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ قِصَاصًا بِالدِّينِ فَلَا إِشْكَالَ فِي طَرُوقِهِ، كَمَا لَوْ بَاعَ عَبْدَيْنِ ثُمَّ مَاتَ أَحَدُهُمَا قَبْلَ الْقَبْضِ كَانَ الْبَاقِي مَبِيعًا بِالْحِصَّةِ الطَّارِئَةِ، وَأَمَّا إِذَا أَضَافَ إِلَى الدِّينِ ابْتِدَاءً فَكَذَلِكَ وَلِهَذَا لَوْ نَقَدَ رَأْسَ الْمَالِ قَبْلَ الْإِفْتِرَاقِ صَحٌّ، وَهَذَا؛ لِأَنَّ التَّقْوَدَ لَا تَتَعَيَّنُ فِي الْعُقُودِ إِذَا كَانَتْ عَيْنًا فَكَذَا إِذَا كَانَتْ دَيْنًا فَصَارَ الْإِطْلَاقُ وَالتَّقْيِيدُ سَوَاءً؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ تَبَايَعَا عَيْنًا بِدَيْنٍ ثُمَّ تَصَادَقَا أَنَّ لَا دِينَ لَا يَبْطُلُ الْبَيْعُ حَيْثُ لَمْ يَتَّعَيَّنِ الدِّينُ فَيَنْعَقِدِ السَّلَامُ صَحِيحًا فَيَبْطُلُ بِالْإِفْتِرَاقِ لَمَّا بَيَّنَّا أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ «نَهَى عَنِ الْكَالِيِّ بِالْكَالِيِّ».

وَقَدْ بَقِيَ بَقُولُهُ (مِائَةٌ مِنْهَا دِينَ عَلَى الْمُسْلِمِ إِلَيْهِ)؛ لِأَنَّ الدِّينَ عَلَى غَيْرِهِ يُوجِبُ شُيُوعَ الْفَسَادِ؛ لِأَنَّهَا لَيْسَتْ بِمَالٍ فِي حَقِّهَا.

قَالَ (وَلَا يَجُوزُ التَّصَرُّفُ فِي رَأْسِ مَالِ السَّلَامِ وَالْمُسْلِمِ فِيهِ قَبْلَ الْقَبْضِ) أَمَّا الْأَوَّلُ فَلَمَّا فِيهِ مِنْ تَفْوِيتِ الْقَبْضِ الْمُسْتَحَقِّ بِالْعَقْدِ. وَأَمَّا الثَّانِي فَلَأَنَّ الْمُسْلِمَ فِيهِ مَبِيعٌ وَالتَّصَرُّفُ فِي الْمَبِيعِ قَبْلَ الْقَبْضِ لَا يَجُوزُ.

الشرح:

قَالَ (وَلَا يَجُوزُ التَّصَرُّفُ فِي رَأْسِ الْمَالِ الْمُسْلِمِ فِيهِ إلخ) لَا يَجُوزُ التَّصَرُّفُ فِي رَأْسِ الْمَالِ قَبْلَ الْقَبْضِ؛ لِأَنَّهُ شَرْطُ صِحَّةِ السَّلَامِ اخْتِرَازًا عَنِ الْكَالِيِّ بِالْكَالِيِّ، فَلَوْ جَازَ التَّصَرُّفُ بِالْبَيْعِ وَالْهَبَةِ وَالْوَصِيَّةِ وَنَحْوِهَا فَاتَ الشَّرْطُ وَهُوَ مَعْنَى قَوْلِهِ فَلَمَّا فِيهِ مِنْ تَفْوِيتِ الْقَبْضِ الْمُسْتَحَقِّ بِالْعَقْدِ وَلَا فِي الْمُسْلِمِ فِيهِ كَذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ مَبِيعٌ وَالتَّصَرُّفُ فِي الْمَبِيعِ قَبْلَ الْقَبْضِ لَا يَجُوزُ، وَلَا بَأْسَ بِهِ بَعْدَهُ؛ لِأَنَّ الْمَقْبُوضَ بِعَقْدِ السَّلَامِ كَالْعَيْنِ الْمُشْتَرَى، فَرَأْسُ الْمَالِ إِنْ كَانَ مِثْلًا جَازَ أَنْ يَبِيعَ مُرَابِحَةً، وَإِنْ كَانَ قِيمِيًّا لَا يَجُوزُ إِلَّا مِمَّنْ عِنْدَهُ الثَّمَنُ. (وَلَا تَجُوزُ الشَّرِكَةُ وَالتَّوْلِيَةُ فِي الْمُسْلِمِ فِيهِ) لِأَنَّهُ تَصَرَّفَ فِيهِ.

الشرح:

(وَلَا تَجُوزُ الشَّرِكَةُ) وَهُوَ أَنْ يَشْتَرِكَ شَخْصٌ آخَرُ فِي الْمُسْلِمِ فِيهِ (و) لَا (التَّوْلِيَةُ) وَصُورُتُهَا ظَاهِرَةٌ، وَإِنَّمَا خَصَّهْمَا بِالذِّكْرِ بَعْدَمَا دَخَلَ فِي الْعُمُومِ؛ لِأَنَّهُمَا أَكْثَرُ وَقُوعًا مِنَ الْمُرَابِحَةِ وَالْوَضِيعَةِ. وَقِيلَ اخْتِرَازٌ عَنْ قَوْلِ الْبُخَارِيِّ إِنَّ التَّوْلِيَةَ جَائِزَةٌ؛ لِأَنَّهَا إِقَامَةٌ مَعْرُوفٍ فَإِنَّهُ يُؤَلِّي غَيْرَهُ مَا تَوَلَّى.

(فَإِنْ تَقَايَلَا السَّلَامَ لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَشْتَرِيَ مِنَ الْمُسْلِمِ إِلَيْهِ بِرَأْسِ الْمَالِ شَيْئًا حَتَّى يَقْبِضَهُ كُلُّهُ) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «لَا تَأْخُذْ إِلَّا سَلَمَكَ أَوْ رَأْسَ مَالِكَ» ^(١) أَيِ عِنْدَ الْفَسْخِ، وَلِأَنَّهُ أَخَذَ شَبَهًا بِالْمَبِيعِ فَلَا يَحِلُّ التَّصَرُّفُ فِيهِ قَبْلَ قَبْضِهِ، وَهَذَا لِأَنَّ الْإِقَالَاتَ بَيْعَ جَدِيدٍ فِي حَقِّ ثَالِثٍ، وَلَا يُمْكِنُ جَعْلُ الْمُسْلِمِ فِيهِ مَبِيعًا لِسُقُوطِهِ فَجَعَلَ رَأْسَ الْمَالِ مَبِيعًا لِأَنَّهُ دَيْنٌ مِثْلُهُ، إِلَّا أَنَّهُ لَا يَجِبُ قَبْضُهُ فِي الْمَجْلِسِ لِأَنَّهُ لَيْسَ فِي حُكْمِ الْإِبْتِدَاءِ مِنْ كُلِّ وَجْهِ، وَفِيهِ خِلَافٌ زُفَرٌ رَحِمَهُ اللَّهُ، وَالْحُجَّةُ عَلَيْهِ مَا ذَكَرْنَاهُ.

الشرح:

(فَإِنْ تَقَايَلَا السَّلَامَ لَمْ يَكُنْ لِرَبِّ السَّلَامِ أَنْ يَشْتَرِيَ مِنَ الْمُسْلِمِ إِلَيْهِ بِرَأْسِ الْمَالِ

(١) أخرجه أبو داود (٣٤٦٨)، وابن ماجه (٢٢٨٣).

شَيْئًا حَتَّى يَقْبِضَهُ كُلُّهُ لِقَوْلِهِ ﷺ «لَا تَأْخُذْ إِلَّا سَلَمَكَ أَوْ رَأْسَ مَالِكَ» يَغْنِي حَالَةَ الْبَقَاءِ وَعِنْدَ الْفَسْخِ، وَهَذَا نَصٌّ فِي ذَلِكَ (وَلَاغُهُ أَخَذَ شَبَّهَا بِالْمَبِيعِ)؛ لِأَنَّ الْإِقَالََةَ يَبِيعُ جَدِيدَ فِي حَقِّ ثَالِثٍ وَهُوَ الشَّرْعُ، وَالْبَيْعُ يَقْتَضِي وَجُودَ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ وَالْمُسْلِمُ فِيهِ لَا يَصْلُحُ لَذَلِكَ (لِسُقُوطِهِ) بِالْإِقَالََةِ.

(فـ) لَا بُدَّ مِنْ (جَعْلِ رَأْسِ الْمَالِ مَبِيعًا) لِيَرُدَّ عَلَيْهِ الْعَقْدُ، وَإِلَّا لَكَانَ مَا فَرَضَاهُ بَيْعًا لَمْ يَكُنْ بَيْعًا هَذَا خَلْفَ بَاطِلٍ وَهُوَ صَالِحٌ لَذَلِكَ لِكَوْنِهِ دَيْنًا مِثْلَ الْمُسْلِمِ فِيهِ، وَإِذَا أُمِكنَ أَنْ يَكُونَ الدَّيْنُ مَعْقُودًا عَلَيْهِ ابْتِدَاءً فِيمَا هُوَ يَبِيعُ مِنْ كُلِّ وَجْهِ وَهُوَ عَقْدُ السَّلَمِ فَلَا يُمَكِّنُ ذَلِكَ انْتِهَاءً فِيمَا هُوَ يَبِيعُ مِنْ وَجْهِ دُونَ وَجْهِ كَانَ أَوَّلِي، وَإِذَا ثَبَتَ شَبَّهُهُ بِالْمَبِيعِ، وَالْمَبِيعُ لَا يُتَصَرَّفُ فِيهِ قَبْلَ الْقَبْضِ فَكَذَا مَا أَشَبَّهُهُ.

فَإِنْ قِيلَ: إِذَا كَانَ كَذَلِكَ وَجَبَ قَبْضُ رَأْسِ الْمَالِ فِي الْمَجْلِسِ اعْتِبَارًا لِلانْتِهَاءِ بِالْابْتِدَاءِ: أَجَابَ بِقَوْلِهِ (؛ لِأَنَّهُ) أَيُّ؛ لِأَنَّ عَقْدَ الْإِقَالََةِ (لَيْسَ فِي حُكْمِ الْابْتِدَاءِ مِنْ كُلِّ وَجْهِ)؛ لِأَنَّهُ فِي حَقِّ الْكُلِّ وَالْإِقَالََةَ يَبِيعُ فِي حَقِّ ثَالِثٍ لَا غَيْرٍ، وَلَيْسَ مِنْ ضَرُورَةِ اشْتِرَاطِ الْقَبْضِ فِي الْأَوَّلِ اشْتِرَاطُهُ فِي الثَّانِي بِالضَّرُورَةِ، فَإِنْ ثَبَتَ بِالتَّشْبِيهِ وَهُوَ أَنَّ اشْتِرَاطَ الْقَبْضِ فِي الْابْتِدَاءِ كَانَ لِلَاخْتِرَازِ عَنِ الْكَالِيِّ بِالْكَالِيِّ وَالْمُسْلِمِ فِيهِ سَقَطَ بِالْإِقَالََةِ فَلَا يَتَحَقَّقُ فِيهِ ذَلِكَ فَلَا يُشْتَرَطُ الْقَبْضُ.

وَالْتَأَمُّلُ يُغْنِي عَنْ هَذَا السُّؤَالِ؛ لِأَنَّ رَأْسَ الْمَالِ إِذَا صَارَ مَعْقُودًا عَلَيْهِ سَقَطَ اشْتِرَاطُ قَبْضِهِ، فَالسُّؤَالُ بِوُجُوبِ قَبْضِهِ لَا يَرُدُّ، لَكِنَّ الْمُصَنِّفَ دَفَعَ وَهُمْ مَنْ عَسَى يَتَوَهَّمُ نَظْرًا إِلَى كَوْنِهِ رَأْسَ الْمَالِ وَوُجُوبُ قَبْضِهِ، وَلَوْ أَتَرَزَّ ذَلِكَ فِي مَبَرِّزِ الدَّلِيلِ عَلَى انْقِلَابِهِ مَعْقُودًا عَلَيْهِ حَيْثُ لَا يَجُوزُ قَبْضُهُ.

وَلَوْ بَقِيَ رَأْسُ الْمَالِ لَوَجَبَ كَانَ أَذَقَّ عَلَى طَرِيقَةِ قَوْلِهِ فِي أَوَّلِ الْكِتَابِ وَيَجُوزُ بِأَيِّ لِسَانٍ كَانَ سِوَى الْفَارِسِيَّةِ وَهِيَ طَرِيقَةُ قَوْلِهِ: وَلَا عَيْبَ فِيهِمْ غَيْرَ أَنْ سَيُوفَهُمْ بِهِمْ فُلُولٌ مِنْ قَرَاعِ الْكُتَّابِ قَوْلُهُ: وَفِيهِ أَيُّ فِي جَعْلِ رَأْسِ الْمَالِ بَعْدَ الْإِقَالََةِ مَبِيعًا (خِلَافُ زُفَرٍ) هُوَ يَقُولُ رَأْسُ الْمَالِ بَعْدَ الْإِقَالََةِ صَارَ دَيْنًا فِي ذِمَّةِ الْمُسْلِمِ إِلَيْهِ، فَكَمَا جَازَ الْاسْتِبْدَالُ بِسَائِرِ الدُّيُونِ جَازَ بِهَذَا الدَّيْنِ (وَالْحُجَّةُ عَلَيْهِ مَا ذَكَرْنَاهُ) مِنَ الْحَدِيثِ وَالْمَعْقُولِ.

قَالَ (وَمَنْ أَسْلَمَ فِي كُرٍّ حِنْطَةٍ فَلَمَّا حَلَّ الْأَجَلَ اشْتَرَى الْمُسْلِمُ إِلَيْهِ مِنْ رَجُلٍ كُرًّا

وَأَمَرَ رَبُّ السَّلَمِ بِقَبْضِهِ قَضَاءً لَمْ يَكُنْ قَضَاءً، وَإِنْ أَمَرَهُ أَنْ يَقْبِضَهُ لَهُ ثُمَّ يَقْبِضَهُ لِنَفْسِهِ فَكَتَالَهُ لَهُ ثُمَّ اكْتَالَهُ لِنَفْسِهِ جَازًا) لِأَنَّهُ اجْتَمَعَتِ الصَّفَقَتَانِ بِشَرْطِ الْكَيْلِ فَلَا بُدَّ مِنَ الْكَيْلِ مَرَّتَيْنِ لِنَهْيِ النَّبِيِّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ عَنْ بَيْعِ الطَّعَامِ حَتَّى يَجْرِيَ فِيهِ صَاعَانِ، وَهَذَا هُوَ مَحْمَلُ الْحَدِيثِ عَلَى مَا مَرَّ وَالسَّلَامُ وَإِنْ كَانَ سَابِقًا لَكِنْ قَبْضُ الْمُسْلِمِ فِيهِ لَاحِقٌ وَأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ ابْتِدَاءِ الْبَيْعِ لِأَنَّ الْعَيْنَ غَيْرَ الدِّينِ حَقِيقَةً. وَإِنْ جَعَلَ عَيْنُهُ فِي حَقِّ حُكْمٍ خَاصٍّ وَهُوَ حُرْمَةُ الاسْتِبدَالِ فَيَتَحَقَّقُ الْبَيْعُ بَعْدَ الشَّرَاءِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ سَلَمًا وَكَانَ قَرْضًا فَأَمَرَهُ بِقَبْضِ الْكُرِّ جَازًا لِأَنَّ الْقَرْضَ إِعَارَةٌ وَلِهَذَا يَنْعَقِدُ بِلَفْظِ الْإِعَارَةِ فَكَانَ الْمَرْدُودُ عَيْنَ الْمَاخُوذِ مُطْلَقًا حُكْمًا فَلَا تَجْتَمِعُ الصَّفَقَتَانِ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ أَسْلَمَ فِي كُرٍّ فَلَمَّا حَلَّ الْأَجَلَ إِنْ رَجُلٌ أَسْلَمَ فِي كُرٍّ مِنَ الْخِطَةِ وَهُوَ سِتُونٌ قَفِيزًا) فَلَمَّا حَلَّ الْأَجَلَ اشْتَرَى الْمُسْلِمُ إِلَيْهِ مِنْ رَجُلٍ كُرًّا وَأَمَرَ رَبُّ السَّلَمِ بِقَبْضِهِ قَضَاءً لِحَقِّهِ لَمْ يَكُنْ قَضَاءً حَتَّى لَوْ هَلَكَ الْمَقْبُوضُ فِي يَدِ رَبِّ السَّلَمِ كَانَ مِنْ مَالِ الْمُسْلِمِ إِلَيْهِ (وَإِنْ أَمَرَهُ أَنْ يَقْبِضَهُ لِأَجْلِ الْمُسْلِمِ إِلَيْهِ ثُمَّ لِنَفْسِهِ فَكَتَالَهُ لَهُ ثُمَّ اكْتَالَهُ لِنَفْسِهِ جَازًا؛ لِأَنَّهُ اجْتَمَعَتِ صَفَقَتَانِ بِشَرْطِ الْكَيْلِ) الْأُولَى صَفَقَةُ الْمُسْلِمِ إِلَيْهِ مَعَ بَائِعِهِ وَالثَّانِيَةُ صَفَقَتُهُ مَعَ رَبِّ السَّلَمِ

(فَلَا بُدَّ مِنَ الْكَيْلِ مَرَّتَيْنِ «لِنَهْيِ النَّبِيِّ ﷺ عَنْ بَيْعِ الطَّعَامِ حَتَّى يَجْرِيَ فِيهِ صَاعَانِ»، وَهَذَا هُوَ مَحْمَلُ الْحَدِيثِ عَلَى مَا مَرَّ) فِي الْفَصْلِ الْمُتَّصِلِ بِبَابِ الْمُرَابَحَةِ وَالتَّوَلِيَةِ قَالَ فِيهِ: وَمَحْمَلُ الْحَدِيثِ اجْتِمَاعُ الصَّفَقَتَيْنِ عَلَى مَا يَتَبَيَّنُ. (قَوْلُهُ: وَالسَّلَامُ وَإِنْ كَانَ سَابِقًا) جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ يَبِيعُ الْمُسْلِمُ إِلَيْهِ مَعَ رَبِّ السَّلَمِ كَانَ سَابِقًا عَلَى شِرَاءِ الْمُسْلِمِ إِلَيْهِ مِنْ بَائِعِهِ فَلَا يَكُونُ الْمُسْلِمُ إِلَيْهِ بَائِعًا بَعْدَ الشَّرَاءِ فَلَا تَتَحَقَّقُ الصَّفَقَةُ الثَّانِيَةُ لِتَدْخُلَ تَحْتَ التَّهْنِي، وَتَقْرِيرُهُ الْقَوْلُ بِمُوجِبِ الْعِلَّةِ.

سَلَمْنَا ذَلِكَ (لَكِنْ قَبْضُ الْمُسْلِمِ فِيهِ لَاحِقٌ) وَقَبْضُ الْمُسْلِمِ فِيهِ (بِمَنْزِلَةِ ابْتِدَاءِ الْبَيْعِ)؛ لِأَنَّ الْمُسْلِمَ فِيهِ دَيْنٌ فِي ذِمَّتِهِ وَالْمَقْبُوضُ عَيْنٌ، وَهُوَ غَيْرُ الدِّينِ حَقِيقَةً وَإِنْ جُعِلَ عَيْنُهُ فِي حَقِّ حُكْمٍ خَاصٍّ وَهُوَ حُرْمَةُ الاسْتِبدَالِ ضَرُورَةٌ فَلَا يَتَعَدَّى فَيَبْقَى فِيمَا وَرَاءُ كَالْبَيْعِ فَيَتَحَقَّقُ الْبَيْعُ بَعْدَ الشَّرَاءِ بِشَرْطِ الْكَيْلِ فَقَدْ اجْتَمَعَتِ الصَّفَقَتَانِ فَلَا بُدَّ مِنْ تَكَرُّرِ الْكَيْلِ.

(و) إِنْ (كَانَ) الْكُرُّ (قَرْضًا فَأَمَرَ) الْمُسْتَقْرِضُ الْمَقْرَضَ (بِقَبْضِ الْكُرِّ) فَفَعَلَ (جَازًا؛
لأنَّ الْقَرْضَ إِعَارَةً وَهَذَا يَنْعَقِدُ بِلَفْظِ الْإِعَارَةِ) وَلَوْ لَمْ يَكُنْ إِعَارَةً لَرِمَ تَمْلِكُ الشَّيْءِ
بِجَنْسِهِ نَسِيئَةً وَهُوَ رَبًّا وَهَذَا لَا يَلْزَمُ التَّأْجِيلُ فِي الْقَرْضِ؛ لِأَنَّ التَّأْجِيلَ فِي الْعَوَارِي غَيْرُ
لَازِمٍ فَيَكُونُ الْمَرْدُودُ عَيْنَ الْمَقْبُوضِ (مُطْلَقًا حُكْمًا فَلَا تَجْتَمِعُ الصَّفَقَتَانِ) وَكَذَا لَوْ
اسْتَقْرِضَ الْمُسْلِمُ إِلَيْهِ مِنْ رَجُلٍ وَأَمَرَ رَبُّ السَّلَمِ بِقَبْضِهِ يُكْتَفَى فِيهِ بِكَيْلٍ وَاحِدٍ

قَالَ (وَمَنْ أَسْلَمَ فِي كُرٍّ فَأَمَرَ رَبُّ السَّلَمِ أَنْ يَكِيلَهُ الْمُسْلِمُ إِلَيْهِ فِي غَرَائِرِ رَبِّ السَّلَمِ
فَفَعَلَ وَهُوَ غَائِبٌ لَمْ يَكُنْ قَضَاءً) لِأَنَّ الْأَمْرَ بِالْكَيْلِ لَمْ يَصِحَّ لِأَنَّهُ لَمْ يُصَادَفْ مِلْكَ الْأَمْرِ
[لِأَنَّ] حَقُّهُ فِي الدَّيْنِ دُونَ الْعَيْنِ فَصَارَ الْمُسْلِمُ إِلَيْهِ مُسْتَعِيرًا لِلْغَرَائِرِ مِنْهُ وَقَدْ جَعَلَ مِلْكَ
نَفْسِهِ فِيهَا فَصَارَ كَمَا لَوْ كَانَ عَلَيْهِ دَرَاهِمُ دَيْنٍ فَدَفَعَ إِلَيْهِ كَيْسًا لِيَزِنَهَا الْمَدْيُونُ فِيهِ لَمْ
يَصِرْ قَابِضًا. وَلَوْ كَانَتْ الْحِنِطَةُ مُشْتَرَاةً وَالْمَسَالَتُ بِحَالِهَا صَارَ قَابِضًا لِأَنَّ الْأَمْرَ قَدْ صَحَّ
حَيْثُ صَادَفَ مِلْكُهُ لِأَنَّهُ مِلْكُ الْعَيْنِ بِالْبَيْعِ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ أَمَرَهُ بِالطَّحْنِ كَانَ الطَّحْنُ
فِي السَّلَمِ لِلْمُسْلِمِ إِلَيْهِ وَفِي الشَّرَاءِ لِلْمُشْتَرِي لَصِحَّتِ الْأَمْرُ، وَكَذَا إِذَا أَمَرَهُ أَنْ يَصُبَّهُ فِي
الْبَحْرِ فِي السَّلَمِ يَهْلِكُ مِنْ مَالِ الْمُسْلِمِ إِلَيْهِ وَفِي الشَّرَاءِ مِنْ مَالِ الْمُشْتَرِي، وَيَتَقَرَّرُ الثَّمَنُ
عَلَيْهِ لَمَّا قُلْنَا، وَهَذَا يُكْتَفَى بِذَلِكَ الْكَيْلِ فِي الشَّرَاءِ فِي الصَّحِيحِ لِأَنَّهُ نَائِبٌ عَنْهُ فِي الْكَيْلِ
وَالْقَبْضِ بِالْوُفُوعِ فِي غَرَائِرِ الْمُشْتَرِي، وَلَوْ أَمَرَهُ فِي الشَّرَاءِ أَنْ يَكِيلَهُ فِي غَرَائِرِ الْبَائِعِ فَفَعَلَ
لَمْ يَصِرْ قَابِضًا لِأَنَّهُ اسْتَعَارَ غَرَائِرَهُ وَلَمْ يَقْبِضْهَا فَلَا تَصِيرُ الْغَرَائِرُ فِي يَدِهِ، فَكَذَا مَا يَقَعُ
فِيهَا، وَصَارَ كَمَا لَوْ أَمَرَهُ أَنْ يَكِيلَهُ وَيَعْزِلَهُ فِي نَاحِيَةٍ مِنْ بَيْتِ الْبَائِعِ لِأَنَّ الْبَيْتَ بِنَوَاحِيهِ
فِي يَدِهِ فَلَمْ يَصِرِ الْمُشْتَرِي قَابِضًا.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ أَسْلَمَ فِي كُرٍّ فَأَمَرَ رَبُّ السَّلَمِ إِنْ رَجُلٌ أَسْلَمَ فِي كُرٍّ فَأَمَرَ رَبُّ
السَّلَمِ أَنْ يَكِيلَهُ الْمُسْلِمُ إِلَيْهِ فِي غَرَائِرِ رَبِّ السَّلَمِ فَفَعَلَ وَهُوَ) أَيُّ رَبُّ السَّلَمِ (غَائِبٌ
لَمْ يَكُنْ) لَهُ فِي غَرَائِرِهِ طَعَامٌ فَإِنَّهُ لَا يَكُونُ (قَضَاءً) فَلَوْ هَلَكَ هَلَكٌ مِنْ مَالِ الْمُسْلِمِ إِلَيْهِ
(؛ لِأَنَّ الْأَمْرَ بِالْكَيْلِ لَمْ) يُصَادَفْ مِلْكَ الْأَمْرِ إِذْ حَقُّهُ فِي الدَّيْنِ لَا فِي الْعَيْنِ فَلَا (يَصِحُّ)
الْأَمْرُ (وَصَارَ الْمُسْلِمُ إِلَيْهِ مُسْتَعِيرًا لِلْغَرَائِرِ مِنْ رَبِّ السَّلَمِ وَقَدْ جَعَلَ مِلْكُهُ فِيهَا، فَصَارَ
كَمَا لَوْ كَانَ عَلَيْهِ دَرَاهِمُ دَيْنٍ فَدَفَعَ إِلَيْهِ كَيْسًا لِيَزِنَهَا الْمَدْيُونُ فِيهِ حَيْثُ لَمْ يَصِرْ قَابِضًا)

وَلَوْ اشْتَرَى مِنْ رَجُلٍ حَنْطَةً بِعَيْنِهَا وَدَفَعَ غَرَائِرَهُ إِلَى الْبَائِعِ وَقَالَ لَهُ اجْعَلْهَا فِيهَا فَفَعَلَ
وَالْمُشْتَرِي غَائِبٌ صَارَ قَابِضًا؛ لِأَنَّهُ مَلَكَهُ بِالشَّرَاءِ لَا مَحَالَةَ فَصَحَّ الْأَمْرُ لِمُصَادَقَتِهِ الْمَلِكَ،
وَإِذَا صَحَّ صَارَ الْبَائِعُ وَكَيْلًا عَنْهُ فِي إِمْسَاكِ الْغَرَائِرِ فَبَقِيَتْ الْغَرَائِرُ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي حُكْمًا
فَمَا وَقَعَ فِيهَا صَارَ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي.

(قَوْلُهُ: أَلَا تَرَى) تَوْضِيحٌ لَتَمْلِكُهُ بِالْبَيْعِ (فَإِنَّهُ إِذَا أَمَرَهُ بِالطَّحْنِ فِي السَّلَمِ كَانَ
الطَّحْنُ لِلْمُسْلِمِ إِلَيْهِ وَفِي الشَّرَاءِ لِلْمُشْتَرِي) وَإِذَا أَمَرَهُ أَنْ يَصُبَّهُ فِي الْبَحْرِ فِي السَّلَمِ
فَفَعَلَ هَلَكَ مِنْ مَالِ الْمُسْلِمِ إِلَيْهِ (وَفِي الشَّرَاءِ مِنْ مَالِ الْمُشْتَرِي) وَلَيْسَ ذَلِكَ إِلَّا بِاعْتِبَارِ
صِحَّةِ الْأَمْرِ وَعَدَمِهَا، وَصِحَّتُهُ مَوْقُوفَةٌ عَلَى الْمَلِكِ، فَلَوْلَا أَنَّهُ مَلَكَهُ لَمَا صَحَّ أَمْرُهُ، وَيَجُوزُ
أَنْ يَكُونَ تَوْضِيحًا لِقَوْلِهِ؛ لِأَنَّ الْأَمْرَ قَدْ صَحَّ.

(وَلِهَذَا) أَيُّ وَلَأنَّ الْأَمْرَ قَدْ صَحَّ (يُكْتَفَى بِذَلِكَ الْكَيْلُ فِي الشَّرَاءِ فِي الصَّحِيحِ؛
لِأَنَّ الْبَائِعَ نَائِبٌ عَنْهُ فِي الْكَيْلِ) فَإِنْ قِيلَ: الْبَائِعُ مُسْلِمٌ فَكَيْفَ يَكُونُ مُتَسَلِّمًا. أَجَابَ
بِقَوْلِهِ (وَالْقَبْضُ بِالْوُقُوعِ) أَيُّ وَتَحَقُّقُ الْقَبْضِ بِالْوُقُوعِ (فِي غَرَائِرِ الْمُشْتَرِي) فَلَا يَكُونُ
مُسْلِمًا وَمُتَسَلِّمًا، وَإِنَّمَا قَالَ فِي الصَّحِيحِ اخْتِرَازًا عَمَّا قِيلَ لَا يُكْتَفَى بِكَيْلٍ وَاحِدٍ تَمَسُّكًا
بِظَاهِرِ مَا رَوَى عَنْ النَّبِيِّ ﷺ «أَنَّهُ نَهَى عَنْ بَيْعِ الطَّعَامِ حَتَّى يَجْرِيَ فِيهِ صَاعَانِ صَاعُ
الْبَائِعِ وَصَاعُ الْمُشْتَرِي» وَقَدْ مَرَّ قَبْلَ بَابِ الرُّبَا.

(وَلَوْ أَمَرَ الْمُشْتَرِي الْبَائِعَ أَنْ يَكِيلَهُ فِي غَرَائِرِ الْبَائِعِ فَفَعَلَ لَمْ يَصِرْ الْمُشْتَرِي قَابِضًا؛
لِأَنَّهُ اسْتَعَارَ غَرَائِرَهُ وَلَمْ يَقْبِضْهَا فَلَمْ تَصِرْ الْغَرَائِرُ فِي يَدِهِ؛ لِأَنَّ اسْتِعَارَةَ تَبَرُّعٌ فَلَا تَتِمُّ بِدُونِ
الْقَبْضِ، فَكَذَا مَا وَقَعَ فِيهَا وَصَارَ كَمَا لَوْ أَمَرَهُ أَنْ يَكِيلَهُ وَيَعْزِلَهُ فِي نَاحِيَةٍ مِنْ بَيْتِ الْبَائِعِ؛
لِأَنَّ الْبَيْتَ بِنَوَاحِيهِ فِي يَدِهِ فَلَمْ يَصِرْ الْمُشْتَرِي قَابِضًا؛ لِأَنَّهُ مُسْتَعِيرٌ لَمْ يَقْبِضْ.

وَلَوْ اجْتَمَعَ الدِّينُ وَالْعَيْنُ وَالْغَرَائِرُ لِلْمُشْتَرِي، إِنْ بَدَأَ بِالْعَيْنِ صَارَ قَابِضًا، أَمَّا الْعَيْنُ
فَلَصِحَّتِ الْأَمْرُ فِيهِ، وَأَمَّا الدِّينُ فَلَا تَصَالَهُ بِمِلْكِهِ وَبِمِثْلِهِ يَصِيرُ قَابِضًا، كَمَنْ اسْتَقْرَضَ
حَنْطَةً وَأَمَرَهُ أَنْ يَزْرَعَهَا فِي أَرْضِهِ، وَكَمَنْ دَفَعَ إِلَى صَائِغٍ خَاتَمًا وَأَمَرَهُ أَنْ يَزِيدَهُ مِنْ
عِنْدِهِ نِصْفَ دِينَارٍ، وَإِنْ بَدَأَ بِالْأَمْرِ لَمْ يَصِرْ قَابِضًا، أَمَّا الدِّينُ فَلَعَدَمُ صِحَّةِ الْأَمْرِ، وَأَمَّا
الْعَيْنُ فَلِأَنَّهُ خَلَطَهُ بِمِلْكِهِ قَبْلَ التَّسْلِيمِ فَصَارَ مُسْتَهْلَكًا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ
فَيُنْتَقَضُ الْبَيْعُ، وَهَذَا الْخَلْطُ غَيْرُ مَرْضِيٍّ بِهِ مِنْ جِهَتِهِ لِحَوَازِ أَنْ يَكُونَ مُرَادُهُ الْبُدَاءَةُ

بِالْعَيْنِ وَعِنْدَهُمَا هُوَ بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ نَقَضَ الْبَيْعَ وَإِنْ شَاءَ شَارَكَهُ فِي الْمَخْلُوطِ لِأَنَّ
الْخَلْطَ لَيْسَ بِاسْتِهْلَاكِ عِنْدَهُمَا.

الشرح:

(قَوْلُهُ: وَلَوْ اجْتَمَعَ الدَّيْنُ وَالْعَيْنُ) صُورَتُهُ رَجُلٌ أَسْلَمَ فِي كُرٍّ حِنْطَةً فَلَمَّا حَلَّ
الْأَجَلَ اشْتَرَى مِنَ الْمُسْلِمِ إِلَيْهِ كُرًّا آخَرَ بِعَيْنِهِ وَدَفَعَ غَرَائِرَهُ إِلَيْهِ لِيَجْعَلَ الدَّيْنُ: أَيِ
الْمُسْلِمِ فِيهِ وَالْعَيْنُ وَهُوَ الْمُشْتَرِي فِيهَا فَلَا يَخْلُو الْبَائِعُ مِنْ أَنْ يَجْعَلَ فِيهَا أَوْلاً الدَّيْنِ أَوْ
الْعَيْنِ، فَإِنْ كَانَ الثَّانِي (صَارَ) الْمُشْتَرِي قَابِضًا لهُمَا جَمِيعًا، أَمَّا الْعَيْنُ فَلَصِحَّةُ الْأَمْرِ فِيهِ
لِمُصَادَفَتِهِ الْمَلِكَ فَكَانَ فِعْلُ الْمَأْمُورِ كَفَعْلِ الْأَمْرِ. وَرُدَّ "بِأَنَّهُ لَا يَصْلُحُ نَائِبًا عَنِ الْمُشْتَرِي
فِي الْقَبْضِ كَمَا لَوْ وَكَّلَهُ كَذَلِكَ نَصًّا.

وَأُجِيبَ بِأَنَّهُ ثَبَتَ ضَمَنًا وَإِنْ لَمْ يَثْبُتْ قَصْدًا. وَأَمَّا الدَّيْنُ فَلَاتَّصَالُهُ بِمِلْكِهِ بِرِضَاهُ
وَالِاتِّصَالُ بِالْمَلِكِ بِالرِّضَا يُثْبِتُ الْقَبْضَ (كَمَنْ اسْتَقْرَضَ حِنْطَةً وَأَمَرَهُ أَنْ يَزْرَعَهَا فِي
أَرْضِهِ، وَكَمَنْ دَفَعَ إِلَى صَانِعٍ خَاتَمًا وَأَمَرَهُ أَنْ يَزِيدَهُ مِنْ عِنْدِهِ نَصْفَ دِينَارٍ) وَلَا
يُشْكِلُ بِالصَّنْعِ، فَإِنَّ الصَّنْعَ وَالْبَيْعَ اتَّصَلَ بِمِلْكِ الْمُسْتَأْجِرِ، وَلَمْ يَصِرْ قَابِضًا؛ لِأَنَّ الْعَقُودَ
عَلَيْهِ فِي الْإِجَارَةِ الْفِعْلُ لَا الْعَيْنُ، وَالْفِعْلُ لَا يَتَجَاوَزُ الْفَاعِلَ فَلَمْ يَصِرْ مُتَّصِلًا بِالثُّوبِ فَلَا
يَكُونُ قَابِضًا، وَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ لَمْ يَصِرْ قَابِضًا. أَمَّا الدَّيْنُ فَلَعَدَمُ صِحَّةِ الْأَمْرِ لِعَدَمِ
مُصَادَفَتِهِ الْمَلِكَ؛ لِأَنَّ حَقَّهُ فِي الدَّيْنِ لَا فِي الْعَيْنِ وَهَذَا عَيْنٌ فَكَانَ الْمَأْمُورُ بِجَعْلِهِ فِي
الْغَرَائِرِ مُتَّصِرًا فِي مِلْكِ نَفْسِهِ فَلَا يَكُونُ فِعْلُهُ كَفَعْلِ الْأَمْرِ.

(وَأَمَّا الْعَيْنُ فَلَأَنَّهُ خَلَطَهُ بِمِلْكِهِ قَبْلَ التَّسْلِيمِ وَهُوَ اسْتِهْلَاكٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ
فَيَنْفَسِخُ الْعَقْدُ) فَإِنْ قِيلَ: الْخَلْطُ حَصَلَ بِإِذْنِ الْمُشْتَرِي فَلَا يُنْقَضُ الْبَيْعُ. أَجَابَ بِأَنَّ الْخَلْطَ
عَلَى هَذَا الْوَجْهِ مَا حَصَلَ بِإِذْنِ الْمُشْتَرِي بَلِ الْخَلْطُ عَلَى وَجْهِ يَصِيرُ بِهِ الْأَمْرُ قَابِضًا هُوَ
الَّذِي كَانَ مَأْدُونًا بِهِ، وَفِي عِبَارَةِ الْمُصَنِّفِ تَسَامُحٌ؛ لِأَنَّهُ حَكَمَ بِكَوْنِ الْخَلْطِ غَيْرَ مَرْضِيٍّ
بِهِ جَزْمًا، وَاسْتَدَلَّ بِقَوْلِهِ (لِجَوَازِ أَنْ يَكُونَ مُرَادُهُ الْبِدَاءَةُ بِالْعَيْنِ) فَيَكُونُ الدَّلِيلُ أَعَمُّ مِنَ
الْمُدَّعَى وَلَا دَلَالَةَ لِلْأَعَمِّ عَلَى الْأَخْصِ.

وَيَجُوزُ أَنْ يُقَالَ كَلَامُهُ فِي قُوَّةِ الْمَمَانَةِ فَكَأَنَّهُ قَالَ وَلَا يُسَلِّمُ أَنَّ هَذَا الْخَلْطَ غَيْرُ
مَرْضِيٍّ بِهِ (قَوْلُهُ: لِجَوَازِ) سَدَّدَ الْمَنْعَ فَاسْتَقَامَ الْكَلَامُ (وَعِنْدَهُمَا الْمُشْتَرِي بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ

فَسَخَ الْبَيْعَ وَإِنْ شَاءَ شَارَكَهُ فِي الْمَخْلُوطِ؛ لِأَنَّ الْخَلْطَ لَيْسَ بِاسْتِهْلَاكِ عِنْدَهُمَا).

قَالَ (وَمَنْ أَسْلَمَ جَارِيَةً فِي كُرٍّ حِنْطَةٍ وَقَبَضَهَا الْمُسْلِمُ إِلَيْهِ ثُمَّ تَقَايَلَا فَمَاتَتْ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي فَعَلَيْهِ قِيمَتُهَا يَوْمَ قَبْضِهَا، وَلَوْ تَقَايَلَا بَعْدَ هَلَاكِ الْجَارِيَةِ جَازًا لِأَنَّ صِحَّةَ الْإِقَالَةِ تَعْتَمِدُ بَقَاءَ الْعَقْدِ وَذَلِكَ بِقِيَامِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ، وَفِي السَّلَمِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ إِنَّمَا هُوَ الْمُسْلِمُ فِيهِ فَصَحَّتْ الْإِقَالَةُ حَالِ بَقَائِهِ، وَإِذَا جَازَ ابْتِدَاءً فَأَوْلَى أَنْ يَبْقَى انْتِهَاءً، لِأَنَّ الْبَقَاءَ أَسْهَلُ، وَإِذَا انْفَسَخَ الْعَقْدُ فِي الْمُسْلِمِ فِيهِ انْفَسَخَ فِي الْجَارِيَةِ تَبَعًا فَيَجِبُ عَلَيْهِ رَدُّهَا وَقَدْ عَجَزَ فَيَجِبُ عَلَيْهِ رَدُّ قِيمَتِهَا (وَلَوْ اشْتَرَى جَارِيَةً بِأَلْفِ دِرْهَمٍ ثُمَّ تَقَايَلَا فَمَاتَتْ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي بَطَلَتِ الْإِقَالَةُ، وَلَوْ تَقَايَلَا بَعْدَ مَوْتِهَا فَالْإِقَالَةُ بَاطِلَةٌ) لِأَنَّ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ فِي الْبَيْعِ إِنَّمَا هُوَ الْجَارِيَةُ فَلَا يَبْقَى الْعَقْدُ بَعْدَ هَلَاكِهَا فَلَا تَصِحُّ الْإِقَالَةُ ابْتِدَاءً وَلَا تَبْقَى انْتِهَاءً لِانْعِدَامِ مَحَلِّهِ، وَهَذَا بِخِلَافِ بَيْعِ الْمُقَايَضَةِ حَيْثُ تَصِحُّ الْإِقَالَةُ وَتَبْقَى بَعْدَ هَلَاكِ أَحَدِ الْعَوْضَيْنِ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَبِيعٌ فِيهِ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ أَسْلَمَ جَارِيَةً فِي كُرٍّ حِنْطَةٍ إِنْ رَجُلٌ أَسْلَمَ جَارِيَةً فِي كُرٍّ حِنْطَةٍ وَدَفَعَ الْجَارِيَةَ إِلَى الْمُسْلِمِ إِلَيْهِ ثُمَّ تَقَايَلَا فَمَاتَتْ الْجَارِيَةُ فِي يَدِ الْمُسْلِمِ إِلَيْهِ فَعَلَيْهِ قِيمَتُهَا يَوْمَ قَبْضِهَا وَلَمْ تَبْطُلِ الْإِقَالَةُ بِهَلَاكِهَا؛ لِأَنَّهُمَا لَوْ تَقَايَلَا بَعْدَ هَلَاكِ الْجَارِيَةِ كَانَتْ الْإِقَالَةُ صَحِيحَةً؛ لِأَنَّهَا تَعْتَمِدُ بَقَاءَ الْعَقْدِ وَذَلِكَ بِقِيَامِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ، وَفِي السَّلَمِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ وَهُوَ الْمُسْلِمُ فِيهِ فَصَحَّتْ الْإِقَالَةُ حَالِ بَقَائِهِ، وَإِذَا صَحَّ ابْتِدَاءً صَحَّ انْتِهَاءً؛ لِأَنَّ الْبَقَاءَ أَسْهَلُ مِنَ الْابْتِدَاءِ.

وَإِذَا انْفَسَخَ الْعَقْدُ فِي الْمُسْلِمِ فِيهِ انْفَسَخَ فِي الْجَارِيَةِ تَبَعًا فَيَجِبُ رَدُّهَا وَقَدْ عَجَزَ فَيَجِبُ عَلَيْهِ رَدُّ قِيمَتِهَا وَقَامَتْ مَقَامَ الْجَارِيَةِ، فَكَأَنَّ أَحَدَ الْعَوْضَيْنِ كَانَ قَائِمًا فَلَا يَرُدُّ مَا قِيلَ إِنَّ الْجَارِيَةَ قَدْ هَلَكَتْ، وَالْمُسْلِمُ فِيهِ سَقَطَ بِالْإِقَالَةِ فَصَارَ كَهَلَاكِ الْعَوْضَيْنِ فِي الْمُقَايَضَةِ وَهُوَ يَمْنَعُ الْإِقَالَةَ، وَقَدْ تَقَدَّمَ فِي الْإِقَالَةِ مَا يُفَرِّقُ بَيْنَ الْمُقَايَضَةِ وَبَيْنَ بَيْعِ الْجَارِيَةِ بِالذَّرَاهِمِ حَيْثُ بَطَلَتِ الْإِقَالَةُ فِي الْبَيْعِ عِنْدَ مِلَاكِهَا بَقَاءً وَابْتِدَاءً، وَمَا فِي الْكِتَابِ طَاهِرٌ لَا يَحْتَاجُ إِلَى شَرْحٍ.

قَالَ (وَمَنْ أَسْلَمَ إِلَى رَجُلٍ دَرَاهِمَ فِي كُرٍّ حِنْطَةٍ فَقَالَ الْمُسْلِمُ إِلَيْهِ شَرَطْتُ رَدِّيْنَا

وَقَالَ رَبُّ السَّلَامِ لَمْ تَشْتَرِطْ شَيْئًا فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُسْلِمِ إِلَيْهِ) لِأَنَّ رَبَّ السَّلَامِ مُتَعَنَّتٌ فِي
 إنْكَارِهِ الصَّحَّةَ لِأَنَّ الْمُسْلِمَ فِيهِ يَرْبُو عَلَى رَأْسِ الْمَالِ فِي الْعَادَةِ، وَفِي عَكْسِهِ قَالُوا: يَجِبُ أَنْ
 يَكُونَ الْقَوْلُ لِرَبِّ السَّلَامِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ لِأَنَّهُ يَدْعِي الصَّحَّةَ وَإِنْ كَانَ صَاحِبُهُ
 مُنْكَرًا. وَعِنْدَهُمَا الْقَوْلُ لِلْمُسْلِمِ إِلَيْهِ لِأَنَّهُ مُنْكَرٌ وَإِنْ أَنْكَرَ الصَّحَّةَ، وَسُنَّ قَرَرُهُ مِنْ بَعْدِ إِنْ
 شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ أَسْلَمَ إِلَى رَجُلٍ ذَرَاهِمَ فِي كُرٍّ حِنْطَةٍ إلخ) إِذَا اخْتَلَفَ الْمُتَعَاقدَانِ فِي
 صِحَّةِ السَّلَامِ، فَمَنْ كَانَ مُتَعَنَّتًا وَهُوَ الَّذِي يُنْكَرُ مَا يَنْفَعُهُ كَانَ كَلَامُهُ بَاطِلًا وَهَذَا
 بِالِاتِّفَاقِ، وَمَنْ كَانَ مُحَاصِمًا وَهُوَ الَّذِي يُنْكَرُ مَا يَضُرُّهُ كَانَ الْقَوْلُ قَوْلُهُ إِنْ ادَّعَى
 الصَّحَّةَ وَقَدْ اتَّفَقَا عَلَى عَقْدٍ وَاحِدٍ، وَإِنْ كَانَ خَصْمُهُ هُوَ الْمُنْكَرُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَالَ
 أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ الْقَوْلُ قَوْلُ الْمُنْكَرِ وَإِنْ أَنْكَرَ الصَّحَّةَ، وَعَلَى هَذَا إِذَا أَسْلَمَ رَجُلٌ فِي
 كُرٍّ حِنْطَةٍ ثُمَّ اخْتَلَفَا فَقَالَ الْمُسْلِمُ إِلَيْهِ شَرِطْتُ رَدِيًّا وَقَالَ رَبُّ السَّلَامِ لَمْ تَشْتَرِطْ شَيْئًا
 فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُسْلِمِ إِلَيْهِ؛ لِأَنَّ رَبَّ السَّلَامِ مُتَعَنَّتٌ فِي إنْكَارِهِ صِحَّةِ السَّلَامِ؛ لِأَنَّ الْمُسْلِمَ فِيهِ
 يَرْبُو عَلَى رَأْسِ الْمَالِ عَادَةً فَكَانَ الْقَوْلُ لِمَنْ يَشْهَدُ لَهُ الظَّاهِرُ، فَإِنَّهُمَا لَمَّا اتَّفَقَا عَلَى عَقْدٍ
 وَاحِدٍ وَاخْتَلَفَا فِيمَا لَا يَصِحُّ الْعَقْدُ بِدُونِهِ وَهُوَ بَيَانُ الْوَصْفِ وَالظَّاهِرِ مِنْ حَالِهِمَا مُبَاشَرَةً
 الْعَقْدِ عَلَى وَصْفِ الصَّحَّةِ دُونَ الْفَسَادِ كَانَ الظَّاهِرُ شَاهِدًا لِلْمُسْلِمِ إِلَيْهِ وَقَوْلُ مَنْ شَهِدَ
 لَهُ الظَّاهِرُ أَقْرَبُ إِلَى الصِّدْقِ.

وَفِيهِ بَحْثٌ؛ لِأَنَّا لَا نُسَلِّمُ أَنَّ الْمُسْلِمَ فِيهِ يَرْبُو عَلَى رَأْسِ الْمَالِ بَلِ الْأَمْرُ بِالْعَكْسِ
 فَإِنَّ التَّقْدِيرَ الْقَلِيلَ خَيْرٌ مِنَ النِّسْبَةِ وَإِنْ كَانَتْ كَثِيرَةً. سَلَمْنَاهُ لَكِنَّهُ يَرْبُو عَلَيْهِ إِذَا كَانَ
 جَيِّدًا. وَأَمَّا إِذَا كَانَ رَدِيًّا فَمَمْنُوعٌ. سَلَمْنَاهُ لَكِنَّهُ مُخَالَفٌ لِلْحَدِيثِ الْمَشْهُورِ، وَهُوَ قَوْلُهُ:
 عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعِي وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ» وَهُوَ بِإِطْلَاقِهِ يَقْتَضِي
 أَنْ يَكُونَ الْقَوْلُ قَوْلَ الْمُنْكَرِ وَإِنْ أَنْكَرَ الصَّحَّةَ.

وَالْجَوَابُ أَنَّ النَّاسَ مَعَ وَفُورِ عُقُولِهِمْ وَشِدَّةِ تَحَرُّزِهِمْ عَنِ الْغَبَنِ فِي الْبَيَاعَاتِ
 وَكَثْرَةِ رَغْبَتِهِمْ فِي التَّجَارَةِ الرَّابِحَةِ يُقَدِّمُونَ عَلَى السَّلَامِ مَعَ اسْتِعْنَائِهِمْ عَنِ الْمُسْلِمِ فِيهِ فِي
 الْحَالَةِ الرَّاهِنَةِ، وَذَلِكَ أَقْوَى دَلِيلٍ عَلَى رَبَا الْمُسْلِمِ فِيهِ وَإِنْ كَانَ رَدِيًّا وَالْاِعْتِبَارُ لِلْمَعَانِي

دُونَ الصُّورَةِ، فَمُنْكَرُ صِحَّةِ الصُّورَةِ وَإِنْ كَانَ مُنْكَرًا لَكِنَّهُ مُدَّعٍ فِي الْمَعْنَى فَلَا يَكُونُ الْقَوْلُ قَوْلُهُ كَالْمُودَعِ إِذَا ادَّعَى رَدَّ الْوَدِيعَةِ وَإِنْ انْعَكَسَتِ الْمَسْأَلَةُ وَهُوَ أَنْ يَدَّعِيَ رَبُّ السَّلَمِ الْوَصْفَ، وَأَنْكَرَهُ الْمُسْلِمُ إِلَيْهِ لَمْ يَذْكُرْهُ مُحَمَّدٌ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ. وَالتَّأَخَّرُونَ مِنَ الْمَشَايخِ.

(قَالُوا: يَجِبُ أَنْ يَكُونَ الْقَوْلُ لِرَبِّ السَّلَمِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ؛ لِأَنَّهُ يَدَّعِي الصَّحَّةَ وَإِنْ كَانَ صَاحِبُهُ مُنْكَرًا) وَعِنْدَهُمَا الْقَوْلُ لِلْمُسْلِمِ إِلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ مُنْكَرٌ وَإِنْ أَنْكَرَ الصَّحَّةَ (قَوْلُهُ: وَسَتَقَرُّهُ مِنْ بَعْدُ) يُرِيدُ بِهِ مَا يَذْكُرُهُ بَعْدَهُ بِخُطُوطِ الْقَوْلِ لِرَبِّ السَّلَمِ عِنْدَهُمَا، وَفِي عِبَارَتِهِ تَسَامُحٌ؛ لِأَنَّهُمَا تُسْتَعْمَلُ لِلْبَعِيدِ وَالْمُطَابِقِ وَتُقَرَّرُ.

(وَلَوْ قَالَ الْمُسْلِمُ إِلَيْهِ لَمْ يَكُنْ لَهُ أَجَلٌ وَقَالَ رَبُّ السَّلَمِ بَلْ كَانَ لَهُ أَجَلٌ فَالْقَوْلُ قَوْلُ رَبِّ السَّلَمِ) لِأَنَّ الْمُسْلِمَ إِلَيْهِ مُتَعَنَّتْ فِي إِنْكَارِهِ حَقًّا لَهُ وَهُوَ الْأَجَلُ، وَالْفَسَادُ لِعَدَمِ الْأَجَلِ غَيْرُ مُتَيَقِّنٍ لِمَكَانِ الاجْتِهَادِ فَلَا يُعْتَبَرُ النِّفْعُ فِي رَدِّ رَأْسِ الْمَالِ، بِخِلَافِ عَدَمِ الْوَصْفِ، وَفِي عَكْسِهِ الْقَوْلُ لِرَبِّ السَّلَمِ عِنْدَهُمَا لِأَنَّهُ يُنْكَرُ حَقًّا لَهُ عَلَيْهِ فَيَكُونُ الْقَوْلُ قَوْلُهُ وَإِنْ أَنْكَرَ الصَّحَّةَ كَرَبِّ الْمَالِ إِذَا قَالَ لِلْمُضَارِبِ شَرَطْتُ لَكَ نِصْفَ الرِّيحِ إِلَّا عَشْرَةَ وَقَالَ الْمُضَارِبُ لَا بَلْ شَرَطْتُ لِي نِصْفَ الرِّيحِ فَالْقَوْلُ لِرَبِّ الْمَالِ لِأَنَّهُ يُنْكَرُ اسْتِحْقَاقَ الرِّيحِ وَإِنْ أَنْكَرَ الصَّحَّةَ وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ الْقَوْلُ لِلْمُسْلِمِ إِلَيْهِ لِأَنَّهُ يَدَّعِي الصَّحَّةَ وَقَدْ اتَّفَقَا عَلَى عَقْدِ وَاحِدٍ فَكَانَا مُتَّفِقِينَ عَلَى الصَّحَّةِ ظَاهِرًا، بِخِلَافِ مَسْأَلَةِ الْمُضَارِبَةِ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِإِلَازِمٍ فَلَا يُعْتَبَرُ الْاِخْتِلَافُ فِيهِ فَيَبْقَى مُجَرَّدُ دَعْوَى اسْتِحْقَاقِ الرِّيحِ، أَمَّا السَّلَمُ فَلِإِلَازِمٍ فَصَارَ الْأَصْلُ أَنَّ مَنْ خَرَجَ كَلَامُهُ تَعَنَّتَا فَالْقَوْلُ لَصَاحِبِهِ بِالِاتِّفَاقِ، وَإِنْ خَرَجَ خُصُومَةٌ وَوَقَعَ الْاِتِّفَاقُ عَلَى عَقْدِ وَاحِدٍ فَالْقَوْلُ لِلدَّعِي الصَّحَّةَ عِنْدَهُ، وَعِنْدَهُمَا لِلْمُنْكَرِ وَإِنْ أَنْكَرَ الصَّحَّةَ.

الشرح:

وَلَوْ قَالَ الْمُسْلِمُ إِلَيْهِ لَمْ يَكُنْ لَهُ أَجَلٌ وَقَالَ رَبُّ السَّلَمِ بَلْ كَانَ لَهُ أَجَلٌ فَالْقَوْلُ قَوْلُ رَبِّ السَّلَمِ؛ لِأَنَّ الْمُسْلِمَ إِلَيْهِ مُتَعَنَّتْ فِي إِنْكَارِهِ؛ لِأَنَّهُ يُنْكَرُ مَا يَنْفَعُهُ وَهُوَ الْأَجَلُ. فَإِنْ قِيلَ: لَا يُسَلَّمُ أَنَّهُ مُتَعَنَّتْ بِإِنْكَارِهِ يَدَّعِي فَسَادَ الْعَقْدِ وَسَلَامَةَ الْمُسْلِمِ فِيهِ لَهُ وَهُوَ يَرْتَبُو عَلَى رَأْسِ الْمَالِ فِي الْعَادَةِ فَيَكُونُ الْقَوْلُ لِلْمُسْلِمِ إِلَيْهِ وَهُوَ الْقِيَاسُ. أَجَابَ الْمُصَنِّفُ (بِأَنَّ الْفَسَادَ بِلَا أَجَلٍ غَيْرُ مُتَيَقِّنٍ لَمَنْ كَانَ الْاجْتِهَادُ) فَإِنْ

السَّلَمَ الْحَالِ جَائِزٌ عِنْدَ الشَّافِعِيِّ، وَإِذَا لَمْ يَكُنْ مُتَيَقِّنًا بَعْدَهُ لَمْ يَلِزَمْ مِنْ إِنْكَارِهِ رَدُّ رَأْسِ الْمَالِ فَلَا يَكُونُ النَّفْعُ بِرَدِّ رَأْسِ الْمَالِ مُعْتَبَرًا، بِخِلَافِ عَدَمِ الْوَصْفِ وَهُوَ الْمَسْأَلَةُ الْأُولَى فَإِنَّ الْفَسَادَ بَعْدَهُ مُتَيَقِّنٌ، وَفِيهِ نَظَرٌ؛ لِأَنَّ بِنَاءَ الْمَسْأَلَةِ عَلَى خِلَافِ مُخَالَفٍ لَمْ يُوْجَدْ عِنْدَ وَضْعِهَا غَيْرُ صَحِيحٍ. فَالْأُولَى أَنْ يُقَالَ: إِنَّ الْاِخْتِلَافَ كَانَ ثَابِتًا بَيْنَ الصَّحَابَةِ إِنْ ثَبَتَ ذَلِكَ، لَيْسَ بِمُطَابِقٍ لِمَا ذَكَرَهُ صَاحِبُ النُّهَايَةِ وَغَيْرُهُ.

وَفِي عَكْسِهِ وَهُوَ أَنْ يَدَّعِيَ الْمُسْلِمُ إِلَيْهِ الْأَجَلَ وَرَبُّ السَّلَمِ يُنْكِرُهُ الْقَوْلُ لِرَبِّ السَّلَمِ عِنْدَهُمَا؛ لِأَنَّهُ يُنْكِرُ حَقًّا عَلَيْهِ وَكُلُّ مَنْ هُوَ كَذَلِكَ فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ: وَإِنْ أُنْكِرَ الصَّحَّةَ كَرَبُّ الْمَالِ إِذَا قَالَ لِلْمُضَارِبِ شَرَطْتُ لَكَ نِصْفَ الرِّيحِ إِلَّا عَشْرَةَ وَقَالَ الْمُضَارِبُ لَا بَلْ شَرَطْتُ لِي نِصْفَ الرِّيحِ فَإِنَّ الْقَوْلَ لِرَبِّ الْمَالِ؛ لِأَنَّهُ يُنْكِرُ اسْتِحْقَاقَ الرِّيحِ وَإِنْ أُنْكِرَ الصَّحَّةَ. وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ الْقَوْلُ قَوْلُ الْمُسْلِمِ إِلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ يَدَّعِي الصَّحَّةَ وَقَدْ اتَّفَقَا عَلَى عَقْدٍ وَاحِدٍ؛ لِأَنَّ السَّلَمَ عَقْدٌ وَاحِدٌ، إِذِ السَّلَمُ الْحَالُ فَاسِدٌ لَيْسَ بِعَقْدٍ آخَرَ.

وَاخْتَلَفَا فِي جَوَازِهِ وَفَسَادِهِ، وَكَانَا مُتَفَقِّعَيْنِ عَلَى الصَّحَّةِ ظَاهِرًا لَوْجَهَيْنِ: أَحَدُهُمَا أَنَّ الظَّاهِرَ مِنْ حَالِهِمَا مُبَاشَرَةُ الْعَقْدِ بِصِفَةِ الصَّحَّةِ. الثَّانِي أَنَّ الْإِقْدَامَ عَلَى الْعَقْدِ التَّزَامَ لَشَرَايِطِهِ، وَالْأَجَلَ مِنْ شَرَايِطِ السَّلَمِ فَكَانَ اتَّفَقَاهُمَا عَلَى الْعَقْدِ إِقْرَارًا بِالصَّحَّةِ، فَالْمُنْكِرُ بَعْدَهُ سَاعٍ فِي نَقْضِ مَا تَمَّ بِهِ وَإِنْكَارُهُ إِنْكَارٌ بَعْدَ الْإِقْرَارِ وَهُوَ مَرْدُودٌ بِخِلَافِ الْمُضَارَبَةِ فَإِنَّهُمَا إِذَا اخْتَلَفَا فِيهَا تَنَوَّعَ مَحَلُّ الْاِخْتِلَافِ فَإِنَّهَا إِذَا فَسَدَتْ كَانَتْ إِجَارَةً، وَإِذَا صَحَّتْ كَانَتْ شَرِكَةً، فَإِذَا اخْتَلَفَا فَالْمُدَّعِي لِلصَّحَّةِ مُدَّعٍ لِعَقْدٍ، وَالْمُدَّعِي لِلْفَسَادِ مُدَّعٍ لِعَقْدٍ آخَرَ خِلَافَهُ.

وَوَحْدَةُ الْعَقْدِ عِنْدَ الْاِخْتِلَافِ فِي الْجَوَازِ وَالْفَسَادِ تَسْتَلِزِمُ اعْتِبَارَ الْاِخْتِلَافِ الْمَوْجِبَ لِلتَّنَاقُضِ الْمَرْدُودِ لَوَحْدَةِ الْمَحَلِّ، وَعَدَمُ وَحْدَتِهِ تَسْتَلِزِمُ عَدَمَ اعْتِبَارِ الْاِخْتِلَافِ لِاِخْتِلَافِ الْمَحَلِّ. وَلَمَّا كَانَ السَّلَمُ عَقْدًا وَاحِدًا كَانَ الْاِخْتِلَافُ فِيهِ إِنْكَارًا بَعْدَ الْإِقْرَارِ وَهُوَ تَنَاقُضٌ فَلَمْ يُعْتَبَرْ الْإِنْكَارُ، وَأَمَّا الْمُضَارَبَةُ فَهِيَ لَيْسَتْ بِعَقْدٍ وَاحِدٍ عِنْدَ الْاِخْتِلَافِ فَكَانَ الْمَحَلُّ مُخْتَلَفًا وَلَا تَنَاقُضَ فِي ذَلِكَ فَلَمْ يَكُنْ الْاِخْتِلَافُ مُعْتَبَرًا فَكَانَ الْمُضَارِبُ يَدَّعِي اسْتِحْقَاقَ شَيْءٍ فِي مَالِ رَبِّ الْمَالِ وَهُوَ مُنْكِرٌ وَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُنْكِرِ.

وَعَبَّرَ الْمُصَنِّفُ رَحِمَهُ اللَّهُ عَنِ الْوَحْدَةِ بِاللُّزُومِ؛ لِأَنَّهُ بِالْفَسَادِ لَا يَتَغَلَّبُ عَقْدًا آخَرَ

وَعَنْ غَيْرِهَا بغير اللزوم لا انقلابه عقداً آخرَ عند الاختلاف. فَإِنْ قِيلَ: هَذَا الْعُذْرُ الَّذِي ذَكَرْتُمْ فِي الْمَضَارِبِ يُشْكِلُ بِمَا لَوْ قَالَ شَرَطْتُ لَكَ نِصْفَ الرَّبْحِ وَزِيَادَةَ عَشْرَةٍ، وَقَالَ الْمَضَارِبُ لَا بَلْ شَرَطْتُ لِي نِصْفَ الرَّبْحِ فَإِنَّ الْقَوْلَ لِلْمَضَارِبِ، وَكَانَ الْوَاجِبُ أَنْ لَا يُعْتَبَرَ الاختلافُ وَيَكُونُ الْقَوْلُ لِرَبِّ الْمَالِ لِإِنْكَارِهِ مَا يَدَّعِيهِ الْمَضَارِبُ فِي مَالِهِ، فَالْجَوَابُ أَنَّ الْعُذْرَ الْمَذْكُورَ كَانَ مَبْنِيًّا عَلَى انْتِفَاءِ وُرُودِ التَّفْيِ وَالْإِثْبَاتِ عَلَى مَحَلٍّ وَاحِدٍ، وَهَاهُنَا قَدْ وَرَدَ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّ رَبَّ الْمَالِ قَدْ أَثَبَتْ لَهُ بِقَوْلِهِ شَرَطْتُ لَكَ نِصْفَ الرَّبْحِ مَا يَدَّعِيهِ وَيَدَّعِي بِقَوْلِهِ وَزِيَادَةَ عَشْرَةٍ فَسَادَ الْعَقْدُ وَذَلِكَ إِنْكَارٌ بَعْدَ الْإِقْرَارِ؛ لِأَنَّ الْمَغْطُوفَ يُقَرَّرُ الْمَغْطُوفَ عَلَيْهِ.

كَمَا إِذَا شَهِدَ أَحَدُ الشَّاهِدَيْنِ بِأَلْفٍ وَالْآخَرُ بِأَلْفٍ وَخَمْسِمِائَةٍ عَلَى مَا سَيَأْتِي فَيَكُونُ التَّفْيُ وَالْإِثْبَاتُ وَرَدًا عَلَى مَحَلٍّ وَاحِدٍ وَهُوَ بَاطِلٌ فَيَكُونُ الْقَوْلُ لِمُدَّعِي الصَّحَّةِ وَهُوَ الْمَضَارِبُ كَمَا فِي السَّلَمِ، وَهَذَا الْمَحَلُّ مُخْتَصٌّ بِهَذَا الْكِتَابِ وَجَهْدُ الْمَقْلِ دُمُوعُهُ.

قَالَ (وَيَجُوزُ السَّلَمُ فِي الثِّيَابِ إِذَا بَيَّنَّ طُولًا وَعَرْضًا وَرُقْعَةً) لِأَنَّهُ أَسْلَمَ فِي مَعْلُومٍ مَقْدُورِ التَّسْلِيمِ عَلَى مَا ذَكَرْنَا، وَإِنْ كَانَ ثَوْبٌ حَرِيرٍ لَا بُدَّ مِنْ بَيَانِ وَزْنِهِ أَيْضًا لِأَنَّهُ مَقْصُودٌ فِيهِ.

الشرح:

قَالَ (وَيَجُوزُ السَّلَمُ فِي الثِّيَابِ إلخ) السَّلَمُ فِي الثِّيَابِ جَائِزٌ إِذَا بَيَّنَّ الطُّوْلَ وَالْعَرْضَ وَالرُّقْعَةَ. يُقَالُ رُقْعَةٌ هَذَا الثَّوْبِ جَيِّدَةٌ يُرَادُ غِلْظُهُ وَنَخَاتُهُ؛ لِأَنَّهُ أَسْلَمَ فِي مَعْلُومٍ مَقْدُورِ التَّسْلِيمِ، وَإِنْ كَانَ ثَوْبٌ حَرِيرٍ وَهُوَ الْمُتَّخَذُ مِنَ الْإِبْرَيْسَمِ الْمَطْبُوخِ لَا بُدَّ مِنْ بَيَانِ وَزْنِهِ أَيْضًا؛ لِأَنَّ قِيَمَةَ الْحَرِيرِ تَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ الْوِزْنِ، فَذَكَرَ الطُّوْلَ وَالْعَرْضَ لَيْسَ بِكَافٍ وَلَا ذَكَرَ الْوِزْنَ وَحْدَهُ؛ لِأَنَّ الْمُسْلِمَ إِلَيْهِ رُبَّمَا يَأْتِي وَقْتُ حُلُولِ الْأَجَلِ بِقَطْعِ حَرِيرٍ بِذَلِكَ الْوِزْنِ وَلَيْسَ ذَلِكَ بِمُرَادٍ لَا مَحَالَةَ، وَأَمَّا فِي الثِّيَابِ فَالْوِزْنُ لَيْسَ بِشَرْطٍ. وَذَكَرَ شَمْسُ الْأَيْمَةِ السَّرْحَسِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ اشْتِرَاطَ الْوِزْنِ فِي الْوَدَارِيِّ وَمَا يَخْتَلِفُ بِالنَّقْلِ وَالْخِفَّةِ.

(وَلَا يَجُوزُ السَّلَمُ فِي الْجَوَاهِرِ وَلَا فِي الْخَزَنِ) لِأَنَّ أَحَادَهَا مُتَّفَاوِتَةٌ تَفَاوُتًا فَاحِشًا

وَفِي صِغَارِ اللُّؤْلُؤِ الَّتِي تَبَاعُ وَزَنَّا يَجُوزُ السَّلَمُ لِأَنَّهُ مِمَّا يَعْلَمُ بِالْوِزْنِ

الشرح:

قَالَ (وَلَا يَجُوزُ السَّلَامُ فِي الْجَوَاهِرِ إلخ) الْعَدَدِيُّ الَّذِي تَتَفَاوَتْ أَحَادُهُ فِي الْمَالِيَّةِ كَالْجَوَاهِرِ وَاللَّائِي وَالرُّمَانِ وَالْبَطِيخِ لَا يَجُوزُ السَّلَامُ فِيهِ لِإِفْضَائِهِ إِلَى التَّزَاعِ. وَفِي الَّذِي لَا تَتَفَاوَتْ أَحَادُهُ كَالْجَوْزِ وَالْبَيْضِ جَازَ إِذَا كَانَ مِنْ جِنْسٍ وَاحِدٍ، وَفِي صِغَارِ اللُّؤْلُؤِ الَّتِي تُبَاغُ وَزَنَّا يَجُوزُ السَّلَامُ فِيهِ؛ لِأَنَّهُ مِمَّا يُعْلَمُ بِالْوِزْنِ فَلَا تَفَاوَتْ فِي الْمَالِيَّةِ.

(وَلَا بَأْسَ بِالسَّلَامِ فِي اللَّبَنِ وَالْأَجْرِ إِذَا سَمِيَ مَلْبَنًا مَعْلُومًا) لِأَنَّهُ عَدَدِيٌّ مُتَقَارِبٌ لَا سِيَّمَا إِذَا سَمِيَ الْمَلْبَنُ.

الشرح:

(وَلَا بَأْسَ بِالسَّلَامِ فِي اللَّبَنِ وَالْأَجْرِ) إِذَا اشْتَرَطَ فِيهِ مَلْبَنًا مَعْرُوفًا؛ لِأَنَّهُ إِذَا سَمِيَ الْمَلْبَنَ صَارَ التَّفَاوْتُ بَيْنَ لَبَنِ وَلَبَنِ يَسِيرًا فَيَكُونُ سَاقِطَ الْإِعْتِبَارِ فَيَلْحَقُ بِالْعَدَدِيِّ الْمُتَقَارِبِ.

قَالَ (وَكُلُّ مَا أَمَكْنَ ضَبْطُ صِفَتِهِ وَمَعْرِفَةُ مِقْدَارِهِ جَازَ السَّلَامُ فِيهِ) لِأَنَّهُ لَا يُفْضِي إِلَى الْمُنَازَعَةِ (وَمَا لَا يُضَبِّطُ صِفَتُهُ وَلَا يُعْرَفُ مِقْدَارُهُ لَا يَجُوزُ السَّلَامُ فِيهِ) لِأَنَّهُ دَيْنٌ، وَبِدُونِ الْوَصْفِ يَبْقَى مَجْهُولًا جِهَالَتُهُ تَفْضِي إِلَى الْمُنَازَعَةِ

الشرح:

قَالَ (وَكُلُّ مَا أَمَكْنَ ضَبْطُ صِفَتِهِ وَمَعْرِفَةُ مِقْدَارِهِ جَازَ السَّلَامُ فِيهِ إلخ) هَذِهِ قَاعِدَةٌ كَلِّيَّةٌ تَشْمَلُ جَمِيعَ جُزْئِيَّاتِ مَا يَجُوزُ فِيهِ السَّلَامُ وَمَا لَا يَجُوزُ فِيهِ بَحْثٌ مِنْ وَجْهَيْنِ: أَحَدُهُمَا أَنَّهُ عَكْسُهَا فَقَالَ وَمَا لَا يُضَبِّطُ صِفَتُهُ وَلَا يُعْرَفُ مِقْدَارُهُ لَا يَجُوزُ السَّلَامُ فِيهِ، وَلَا يَنْعَكِسُ قَوْلُنَا كُلُّ إِنْسَانٍ حَيَوَانٌ إِلَى كُلِّ مَا لَيْسَ بِإِنْسَانٍ لَيْسَ بِحَيَوَانٍ. وَالثَّانِي أَنَّهُ ذَكَرَ الْقَاعِدَةَ بَعْدَ ذِكْرِ الْفُرُوعِ، وَالْأَصْلُ ذِكْرُ الْقَاعِدَةِ أَوَّلًا ثُمَّ تَفْرِيعُ الْفُرُوعِ عَلَيْهَا.

وَالْجَوَابُ عَنْ الْأَوَّلِ أَنَّ جَوَازَ السَّلَامِ يَسْتَلِزِمُ إِمْكَانَ ضَبْطِ الصِّفَةِ وَمَعْرِفَةَ الْمِقْدَارِ لِقَوْلِهِ ﷺ «مَنْ أَسْلَمَ مِنْكُمْ فَلَيْسَ لَكُمْ فِي كَيْلٍ مَعْلُومٍ» الْحَدِيثُ، وَحَيْثُ كَانَ مِثْلُ قَوْلِنَا كُلُّ إِنْسَانٍ نَاطِقٌ وَهُوَ يَنْعَكِسُ إِلَى قَوْلِنَا كُلِّ مَا لَيْسَ بِإِنْسَانٍ لَيْسَ بِنَاطِقٍ. وَعَنْ الثَّانِي أَنَّ تَقْدِيمَ الْقَاعِدَةِ عَلَى الْفُرُوعِ يَلِيقُ بِوَضْعِ أَصُولِ الْفَقْهِ، وَأَمَّا فِي الْفَقْهِ فَاَلْمَقْصُودُ مَعْرِفَةُ الْمَسَائِلِ الْجُزْئِيَّةِ فَتَقْدَمُ الْفُرُوعُ ثُمَّ يُذَكَّرُ مَا هُوَ الْأَصْلُ الْجَامِعُ لِلْفُرُوعِ الْمُتَقَدِّمَةِ.

(وَلَا بَأْسَ بِالسَّلَمِ فِي طَسْتٍ أَوْ قُمْقُمَةٍ أَوْ خُفَيْنٍ أَوْ نَحْوِ ذَلِكَ إِذَا كَانَ يُعْرَفُ) لَا اسْتِجْمَاعَ شَرَائِطِ السَّلَمِ (وَإِنْ كَانَ لَا يُعْرَفُ فَلَا خَيْرَ فِيهِ) لِأَنَّهُ دَيْنٌ مَجْهُولٌ. قَالَ (وَإِنْ اسْتَصْنَعَ شَيْئًا مِنْ ذَلِكَ بِغَيْرِ أَجَلٍ جَازٍ اسْتِحْسَانًا) لِلْإِجْمَاعِ الثَّابِتِ بِالتَّعَامُلِ. وَفِي الْقِيَاسِ لَا يَجُوزُ لِأَنَّهُ بَيْعُ الْمَعْدُومِ، وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ يَجُوزُ بَيْعًا لَا عِدَّةً، وَالْمَعْدُومُ قَدْ يُعْتَبَرُ مَوْجُودًا حُكْمًا، وَالْمَعْقُودُ عَلَيْهِ الْعَيْنُ دُونَ الْعَمَلِ، حَتَّى لَوْ جَاءَ بِهِ مَفْرُوعًا لَا مِنْ صَنْعَتِهِ أَوْ مِنْ صَنْعَتِهِ قَبْلَ الْعَقْدِ فَآخَذَهُ جَازٌ، وَلَا يَتَعَيَّنُ إِلَّا بِالْاِخْتِيَارِ، حَتَّى لَوْ بَاعَهُ الصَّانِعُ قَبْلَ أَنْ يَرَاهُ الْمُسْتَصْنِعُ جَازٌ، وَهَذَا كُلُّهُ هُوَ الصَّحِيحُ. قَالَ (وَهُوَ بِالْخِيَارِ إِذَا رَأَاهُ، إِنْ شَاءَ أَخَذَهُ، وَإِنْ شَاءَ تَرَكَهُ) لِأَنَّهُ اشْتَرَى شَيْئًا لَمْ يَرَهُ وَلَا خِيَارَ لِلصَّانِعِ، كَذَا ذَكَرَهُ فِي الْمَبْسُوطِ وَهُوَ الْأَصَحُّ، لِأَنَّهُ بَاعَ مَا لَمْ يَرَهُ. وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ لَهُ الْخِيَارَ أَيْضًا لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُهُ تَسْلِيمُ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ إِلَّا بِضَرَرٍ وَهُوَ قَطْعُ الصَّرْمِ وَغَيْرِهِ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ لَا خِيَارَ لَهُمَا. أَمَّا الصَّانِعُ فَلَمَّا ذَكَرْنَا وَأَمَّا الْمُسْتَصْنِعُ فَلَأَنَّ فِي إِثْبَاتِ الْخِيَارِ لَهُ إِضْرَارًا بِالصَّانِعِ لِأَنَّهُ رَبُّمَا لَا يَشْتَرِيهِ غَيْرُهُ بِمِثْلِهِ وَلَا يَجُوزُ فِيمَا لَا تَعَامُلَ فِيهِ لِلنَّاسِ كَالثِّيَابِ لِعَدَمِ الْمَجُوزِ وَفِيمَا فِيهِ تَعَامُلٌ إِنَّمَا يَجُوزُ إِذَا أَمَكَنَ إِعْلَامُهُ بِالْوَصْفِ لِيُمْكِنَ التَّسْلِيمُ، وَإِنَّمَا قَالَ بِغَيْرِ أَجَلٍ لِأَنَّهُ لَوْ ضَرَبَ الْأَجَلَ فِيمَا فِيهِ تَعَامُلٌ يَصِيرُ سَلَمًا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ خِلَافًا لَهُمَا، وَلَوْ ضَرَبَهُ فِيمَا لَا تَعَامُلَ فِيهِ يَصِيرُ سَلَمًا بِالِاتِّفَاقِ. لَهُمَا أَنَّ اللَّفْظَ حَقِيقَةً لِلْاسْتِصْنَاعِ فَيُحَافِظُ عَلَى قَضِيَّتِهِ وَيَحْمِلُ الْأَجَلَ عَلَى التَّعْجِيلِ، بِخِلَافِ مَا لَا تَعَامُلَ فِيهِ لِأَنَّهُ اسْتِصْنَاعٌ فَاسِدٌ فَيَحْمِلُ عَلَى السَّلَمِ الصَّحِيحِ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ دَيْنٌ يَحْتَمِلُ السَّلَمَ، وَجَوَازُ السَّلَمِ بِإِجْمَاعٍ لَا شُبْهَةَ فِيهِ وَفِي تَعَامُلِهِمُ الْاسْتِصْنَاعُ نَوْعٌ شُبْهَةٌ فَكَانَ الْحَمْلُ عَلَى السَّلَمِ أَوْلَى، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

الشرح:

(وَلَا بَأْسَ بِالسَّلَمِ فِي طَسْتٍ أَوْ قُمْقُمٍ أَوْ خُفَيْنٍ أَوْ نَحْوِ ذَلِكَ إِذَا اجْتَمَعَ فِيهَا شَرَائِطُ السَّلَمِ، وَإِلَّا فَلَا خَيْرَ فِيهِ) أَيُّ لَا يَجُوزُ؛ لِأَنَّ الْجَوَازَ خَيْرٌ فَيَنْتَفِي. قَالَ (وَإِنْ اسْتَصْنَعَ شَيْئًا مِنْ ذَلِكَ بِغَيْرِ ذِكْرِ الْأَجَلِ جَازٌ) لِخُلُوعِ الْاسْتِصْنَاعِ هُوَ أَنْ يَجِيءَ إِنْسَانٌ إِلَى صَانِعٍ فَيَقُولُ اصْنَعْ لِي شَيْئًا صَوْرَتُهُ كَذَا وَقَدْرُهُ كَذَا بِكَذَا دِرْهَمًا وَيُسَلِّمُ إِلَيْهِ جَمِيعَ الدَّرَاهِمِ أَوْ بَعْضَهَا أَوْ لَا يُسَلِّمُ، وَهُوَ لَا يَخْلُو إِمَّا أَنْ يَكُونَ فِيمَا فِيهِ تَعَامُلٌ، وَإِلَيْهِ أَشَارَ بِقَوْلِهِ شَيْئًا مِنْ ذَلِكَ: أَيُّ مِمَّا تَقَدَّمَ مِنْ طَسْتٍ وَقُمْقُمٍ وَخُفَيْنٍ أَوْ لَا.

وَالثَّانِي لَا يَجُوزُ قِيَاسًا وَاسْتِحْسَانًا كَمَا سَيَجِيءُ وَالْأَوَّلُ يَجُوزُ اسْتِحْسَانًا وَالْقِيَاسُ يَقْتَضِي عَدَمَ جَوَازِهِ؛ لِأَنَّهُ يَنْبَغُ الْمَعْدُومُ، وَقَدْ نَهَى ﷺ عَنِ يَنْبَغِ مَا لَيْسَ عِنْدَ الْإِنْسَانِ وَرَخَّصَ فِي السَّلَامِ، وَهَذَا لَيْسَ بِسَلَامٍ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُضْرَبْ لَهُ أَجَلٌ، إِلَيْهِ أَشَارَ قَوْلُهُ: بِغَيْرِ أَجَلٍ.

وَجَهُّ الاسْتِحْسَانِ الْإِجْمَاعُ الثَّابِتُ بِالتَّعَامُلِ، فَإِنَّ النَّاسَ فِي سَائِرِ الْأَعْصَارِ تَعَارَفُوا الْاسْتِصْنَاعَ فِيمَا فِيهِ تَعَامُلٌ مِنْ غَيْرِ تَكْيِيرٍ، وَالْقِيَاسُ يُتْرَكُ بِمِثْلِهِ كَدْخُولِ الْحَمَامِ، وَلَا يُشْكَلُ بِالْمُزَارَعَةِ فَإِنَّ فِيهَا لِلنَّاسِ تَعَامُلًا، وَهِيَ فَاسِدَةٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ؛ لِأَنَّ الْخِلَافَ فِيهَا كَانَ ثَابِتًا فِي الصَّدْرِ الْأَوَّلِ دُونَ الْاسْتِصْنَاعِ.

وَاخْتَلَفُوا فِي جَوَازِهِ هَلْ هُوَ يَنْبَغُ أَوْ عِدَّةٌ، وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ يَنْبَغُ لَا عِدَّةٌ، وَهُوَ مَذْهَبُ عَامَّةِ مَشَايِخِنَا، وَكَانَ الْحَاكِمُ الشَّهِيدُ يَقُولُ: هُوَ مُوَاعِدَةٌ يَنْعَقِدُ الْعَقْدُ بِالتَّعَاطِي إِذَا جَاءَ بِهِ مَفْرُوعًا، وَلِهَذَا يُثْبِتُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الْخِيَارَ. وَجَهُّ الْعَامَّةِ أَنَّهُ سَمَّاهُ فِي الْكِتَابِ يَنْبَغًا وَأَثَبَتْ فِيهِ خِيَارَ الرُّوْيَةِ، وَذَكَرَ الْقِيَاسُ وَالْاسْتِحْسَانُ وَلَئِنَّهُ يَجُوزُ فِيمَا فِيهِ تَعَامُلٌ لَا فِيمَا لَا تَعَامُلَ فِيهِ، كَمَا إِذَا طَلَبَ مِنَ الْحَائِكِ أَنْ يَنْسِجَ لَهُ ثَوْبًا يَغْزُلُ مِنْ عِنْدِهِ أَوْ الْخِيَاطُ أَنْ يَخِيطَ لَهُ قَمِيصًا بِكَرْبَاسٍ مِنْ عِنْدِهِ، وَالْمُوَاعِدَةُ تَجُوزُ فِي الْكُلِّ، وَتُبَيِّنُ الْخِيَارَ لِكُلِّ مِنْهُمَا لَا يَدُلُّ عَلَى الْمُوَاعِدَةِ، أَلَا تَرَى أَنَّهُمَا إِذَا تَبَايَعَا عَرْضًا بَعْرَضٍ وَلَمْ يَرَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَا اشْتَرَاهُ فَإِنَّ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الْخِيَارَ وَهُوَ يَنْبَغُ مَحْضٌ لَا مَحَالَةَ.

فَإِنْ قِيلَ: كَيْفَ يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ يَنْبَغًا وَالْمَعْدُومُ لَا يَصْلُحُ أَنْ يَكُونَ مِيعًا. أَجَابَ (بِأَنَّ الْمَعْدُومَ قَدْ يُعْتَبَرُ مَوْجُودًا حُكْمًا) كَالثَّاسِي لِلتَّسْمِيَةِ عِنْدَ الذَّبْحِ، فَإِنَّ التَّسْمِيَةَ جَعَلَتْ مَوْجُودَةً لِعُذْرِ التَّسْيَانِ، وَالطَّهَارَةَ لِلْمُسْتَحَاضَةِ جَعَلَتْ مَوْجُودَةً لِعُذْرِ جَوَازِ الصَّلَوَاتِ لِقَلَا تَنْضَاعَفَ الْوَاجِبَاتُ، فَكَذَلِكَ الْمُسْتَصْنَعُ الْمَعْدُومُ جَعَلَ مَوْجُودًا حُكْمًا لِلتَّعَامُلِ. فَإِنْ قِيلَ: إِنَّمَا يَصِحُّ ذَلِكَ أَنْ لَوْ كَانَ الْمَعْقُودُ عَلَيْهِ هُوَ الْعَيْنُ الْمُسْتَصْنَعُ وَالْمَعْقُودُ عَلَيْهِ هُوَ الصَّنْعُ. أَجَابَ (بِأَنَّ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ هُوَ الْعَيْنُ دُونَ الْعَمَلِ، حَتَّى لَوْ جَاءَ بِهِ مَفْرُوعًا لَا مِنْ صَنْعَتِهِ أَوْ مِنْ صَنْعَتِهِ قَبْلَ الْعَقْدِ فَأَخَذَهُ جَارٌ) وَفِيهِ نَفْيٌ لِقَوْلِ أَبِي سَعِيدٍ الْبَرْدَعِيِّ فَإِنَّهُ يَقُولُ: الْمَعْقُودُ عَلَيْهِ هُوَ الْعَمَلُ؛ لِأَنَّ الْاسْتِصْنَاعَ طَلَبُ الصَّنْعِ وَهُوَ الْعَمَلُ.

وَعُورِضَ بِأَنَّهُ لَوْ كَانَ يَنْبَغًا لَمَا بَطَلَ بِمَوْتِ أَحَدٍ الْمُتَعَاقِدَيْنِ لَكِنَّهُ يَبْطُلُ بِمَوْتِ

أَحَدَهُمَا، ذَكَرَهُ فِي جَامِعِ قَاضِي خَانَ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ لِلْأَسْتِصْنَاعِ شَبَهَا بِالْإِجَارَةِ مِنْ حَيْثُ إِنَّ فِيهِ طَلَبَ الصَّنْعِ وَهُوَ الْعَمَلُ، وَشَبَهَا بِالْبَيْعِ مِنْ حَيْثُ إِنَّ الْمَقْصُودَ مِنْهُ الْعَيْنُ الْمُسْتَصْنَعُ، فَلَشَبَهِهِ بِالْإِجَارَةِ قُلْنَا يَبْطُلُ بِمَوْتِ أَحَدِهِمَا وَلَشَبَهِهِ بِالْبَيْعِ وَهُوَ الْمَقْصُودُ أَجْرَيْنَا فِيهِ الْقِيَاسَ وَالْأَسْتِحْسَانَ وَأَثَبْنَا خِيَارَ الرُّوْيَةِ وَلَمْ نُوجِبْ تَعْجِيلَ الثَّمَنِ فِي مَجْلَسِ الْعَقْدِ كَمَا فِي الْبَيْعِ.

فَإِنْ قِيلَ: أَيُّ فَرْقٍ بَيْنَ هَذَا وَبَيْنَ الصَّبَاغِ، فَإِنَّ فِي الصَّنْعِ الْعَمَلَ وَالْعَيْنَ كَمَا فِي الْأَسْتِصْنَاعِ، وَذَلِكَ إِجَارَةٌ مُحَضَّةٌ. أُجِيبَ بِأَنَّ الصَّنْعَ أَصْلٌ وَالصَّبْغُ آتُهُ فَكَانَ الْمَقْصُودُ فِيهِ الْعَمَلُ وَذَلِكَ إِجَارَةٌ وَرَدَتْ عَلَى الْعَمَلِ فِي عَيْنِ الْمُسْتَأْجِرِ، وَهَاهُنَا الْأَصْلُ هُوَ الْعَيْنُ الْمُسْتَصْنَعُ الْمَمْلُوكُ لِلصَّانِعِ فَيَكُونُ بَيْعًا، وَلَمَّا لَمْ يَكُنْ لَهُ وَجُودٌ مِنْ حَيْثُ وَصْفُهُ إِلَّا بِالْعَمَلِ أَشَبَّهُهُ بِالْإِجَارَةِ فِي حُكْمٍ وَاحِدٍ لَا غَيْرُ.

(وَلَا يَتَعَيَّنُ) الْمُسْتَصْنَعُ (إِلَّا بِاخْتِيَارِ) الْمُسْتَصْنِعِ (حَتَّى) لَوْ بَاعَهُ الصَّانِعُ قَبْلَ أَنْ يَرَاهُ الْمُسْتَصْنَعُ جَازَ وَهَذَا كُلُّهُ) أَيُّ كَوْنُهُ بَيْعًا لَا عِدَّةَ، وَكَوْنُ الْمَقْصُودِ عَلَيْهِ هُوَ الْعَيْنُ دُونَ الْعَمَلِ، وَعَدَمُ تَعَيُّنِهِ إِلَّا بِاخْتِيَارِهِ (هُوَ الصَّحِيحُ) وَهُوَ اخْتِرَازٌ عَمَّا قِيلَ فِي كُلِّ مِنْهَا عَلَى خِلَافِ ذَلِكَ.

قَالَ (وَهُوَ بِالْخِيَارِ) إِنْ شَاءَ أَخَذَهُ وَإِنْ شَاءَ تَرَكَهُ (إِلخ) أَيُّ الْمُسْتَصْنَعُ بَعْدَ الرُّوْيَةِ بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ أَخَذَهُ وَإِنْ شَاءَ تَرَكَهُ؛ لِأَنَّهُ اشْتَرَى مَا لَمْ يَرَهُ وَمَنْ هُوَ كَذَلِكَ فَلَهُ الْخِيَارُ كَمَا تَقَدَّمَ وَلَا خِيَارَ لِلصَّانِعِ، كَذَا ذَكَرَهُ فِي الْمَبْسُوطِ، فَيُجْبَرُ عَلَى الْعَمَلِ؛ لِأَنَّهُ بَائِعٌ بَاعَ مَا لَمْ يَرَهُ وَمَنْ هُوَ كَذَلِكَ لَا خِيَارَ لَهُ، وَهُوَ الْأَصَحُّ بِنَاءً عَلَى جَعْلِهِ بَيْعًا لَا عِدَّةَ. وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ لَهُ الْخِيَارَ أَيْضًا إِنْ شَاءَ فَعَلَ وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ دَفْعًا لِلضَّرَرِ عَنْهُ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُهُ تَسْلِيمُ الْمَقْصُودِ عَلَيْهِ إِلَّا بِضَرَرٍ وَهُوَ قَطْعُ الصَّرْمِ وَإِثْلَافُ الْخِطِّ.

وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ لَا خِيَارَ لِهَمَّا. أَمَّا الصَّانِعُ فَلَمَّا ذَكَرْنَا أَوَّلًا، وَأَمَّا الْمُسْتَصْنَعُ فَلَأَنَّ الصَّانِعَ أَتْلَفَ مَالَهُ بِقَطْعِ الصَّرْمِ وَغَيْرِهِ لِيَصِلَ إِلَى بَدَلِهِ، فَلَوْ ثَبَتَ لَهُ الْخِيَارُ تَضَرَّرَ الصَّانِعُ؛ لِأَنَّ غَيْرَهُ لَا يَشْتَرِيهِ بِمَثَلِهِ، أَلَا تَرَى أَنَّ الْوَاعِظَ إِذَا اسْتَصْنَعَ مِثْرًا وَلَمْ يَأْخُذْهُ فَالْعَامِيُّ لَا يَشْتَرِيهِ أَصْلًا. فَإِنْ قِيلَ: الضَّرَرُ حَصَلَ بِرِضَاهُ فَلَا يَكُونُ مُعْتَبَرًا.

أُجِيبَ بِجَوَازِ أَنْ يَكُونَ الرِّضَا عَلَى ظَنٍّ أَنَّ الْمُسْتَصْنَعَ مَجْبُورٌ عَلَى الْقَبُولِ فَلَمَّا

عَلِمَ اخْتِيَارَهُ عَدَمَ رِضَاهُ. فَإِنْ قِيلَ: ذَلِكَ لَجَهْلٍ مِنْهُ وَهُوَ لَا يَصْلُحُ عُذْرًا فِي دَارِ الْإِسْلَامِ. أَجِيبَ بِأَنَّ خِيَارَ الْمُسْتَصْنِعِ اخْتِيَارُ بَعْضِ الْمُتَأَخِّرِينَ مِنْ أَصْحَابِنَا وَلَمْ يَجِبْ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْمُسْلِمِينَ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ عِلْمُ أَقْوَالِ جَمِيعِ الْمُجْتَهِدِينَ، وَإِنَّمَا الْجَهْلُ لَيْسَ بِعُذْرٍ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ فِي الْفَرَائِضِ الَّتِي لَا بُدَّ لِإِقَامَةِ الدِّينِ مِنْهَا لَا فِي حِيَازَةِ اجْتِهَادِ جَمِيعِ الْمُجْتَهِدِينَ، وَفِيهِ نَظَرٌ؛ لِأَنَّ غَيْرَ الْأَبِّ وَالْجَدِّ إِذَا زَوَّجَ الصَّغِيرَةَ بَحْرُثُمْ ثُمَّ بَلَغَتْ فَإِنَّ لَهَا خِيَارَ الْبُلُوغِ، فَإِنْ سَكَتَتْ لَجَهْلِهَا بِأَنَّ لَهَا الْخِيَارَ بَطَلَ خِيَارُهَا؛ لِأَنَّ الْجَهْلَ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ لَيْسَ بِعُذْرٍ مَعَ أَنَّهُ لَيْسَ مِنَ الْفَرَائِضِ الَّتِي لَا بُدَّ لِإِقَامَةِ الدِّينِ مِنْهَا، وَلَا يَجُوزُ الِاسْتِصْنَاعُ فِيمَا لَا تَعَامُلُ فِيهِ كَمَا ذَكَرْنَا مِنَ الثِّيَابِ وَالْقُمُصَانِ إِبْقَاءَ لَهُ عَلَى الْقِيَاسِ السَّالِمِ عَنْ مُعَارَضَةِ الِاسْتِحْسَانِ بِالْإِجْمَاعِ.

وَقَوْلُهُ: بَغَيْرِ أَجَلٍ فِي أَوَّلِ الْمَسْأَلَةِ اخْتِرَازُ عَمَّا إِذَا ضُرِبَ لَهُ أَجَلٌ فِيمَا فِيهِ تَعَامُلٌ فَإِنَّهُ حِينَئِذٍ يَكُونُ سَلَمًا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ خِلَافًا لَهَا. وَأَمَّا إِذَا ضُرِبَ الْأَجَلُ فِيمَا لَا تَعَامُلُ فِيهِ فَإِنَّهُ يَصِيرُ سَلَمًا بِالِاتِّفَاقِ، وَالْمُرَادُ بِضَرْبِ الْأَجَلِ مَا ذَكَرَهُ عَلَى سَبِيلِ الِاسْتِمْهَالِ، أَمَّا الْمَذْكُورُ عَلَى سَبِيلِ الِاسْتِعْجَالِ بِأَنَّ قَالَ عَلَى أَنْ يَفْرُغَ غَدًا أَوْ بَعْدَ غَدٍ لَا يُصِيرُهُ سَلَمًا؛ لِأَنَّ ذِكْرَهُ حِينَئِذٍ لِلْفَرَاغِ لَا لِتَأْخِيرِ الْمُطَالَبَةِ بِالتَّسْلِيمِ وَيُخْشَى عَنْ الْهِنْدَوَانِيِّ أَنَّ ذِكْرَ الْمُدَّةِ إِنْ كَانَ مِنْ قَبْلِ الْمُسْتَصْنِعِ فَهُوَ لِلِاسْتِعْجَالِ فَلَا يَصِيرُ بِهِ سَلَمًا.

وَإِنْ كَانَ مِنْ قَبْلِ الصَّانِعِ فَهُوَ سَلَمٌ؛ لِأَنَّهُ يَذْكُرُهُ عَلَى سَبِيلِ الِاسْتِمْهَالِ، وَفِيمَا إِذَا صَارَ سَلَمًا يُعْتَبَرُ شَرَائِطُ السَّلَامِ الْمَذْكُورَةِ لَهَا فِي الْخِلَافَةِ أَنَّ اللفظَ حَقِيقَةً فِي الِاسْتِصْنَاعِ، وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ ذِكْرَ الِاسْتِصْنَاعِ يَقْتَضِي أَنْ لَا يَكُونَ سَلَمًا؛ لِأَنَّ اللفظَ حَقِيقَةً فِيهِ وَهُوَ مُمَكِّنُ الْعَمَلِ، وَذِكْرُ الْأَجَلِ يَقْتَضِي أَنْ يَكُونَ سَلَمًا لَكِنَّهُ لَيْسَ بِمُحَكَّمٍ فِيهِ بَلْ يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ لِلتَّعْجِيلِ، وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ فَقَدْ اجْتَمَعَ الْمُحَكَّمُ وَالْمُحْتَمَلُ فَيَحْتَمِلُ الثَّانِي عَلَى الْأَوَّلِ (بِخِلَافِ مَا لَا تَعَامُلُ فِيهِ فَإِنَّهُ اسْتِصْنَاعٌ فَاسِدٌ فَيَحْتَمِلُ عَلَى السَّلَامِ الصَّحِيحِ، وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ دَيْنٌ يَحْتَمِلُ السَّلَامُ)

وَتَقْرِيرُهُ: لَا يُسَلَّمُ أَنَّ اللفظَ مُحَكَّمٌ فِي الِاسْتِصْنَاعِ، فَإِنْ ذَكَرَ الْأَجَلَ أَذْخَلَهُ فِي حَيْزِ الْإِحْتِمَالِ، وَإِذَا كَانَ مُحْتَمَلًا لِلْأَمْرَيْنِ كَانَ حَمْلُهُ عَلَى السَّلَامِ أَوْلَى؛ لِأَنَّ جَوَازَهُ بِالْإِجْمَاعِ بِلَا شُبْهَةٍ فِيهِ (وَفِي تَعَامُلِهِمُ الِاسْتِصْنَاعُ نَوْعٌ شُبْهَةٌ) يُرِيدُ بِهِ أَنَّ فِي فِعْلٍ

الصَّحَابَةُ فِي تَعَامُلِهِمُ الِاسْتِصْنَاعُ شُبْهَةٌ؛ وَلِأَنَّ السَّلَامَ ثَابِتٌ بِآيَةِ الْمَدَائِنَةِ وَالسَّنَةِ دُونَ الِاسْتِصْنَاعِ

مَسَائِلُ مَنْثُورَةٌ

قَالَ (وَيَجُوزُ بَيْعُ الْكَلْبِ وَالْفَهْدِ وَالسَّبَاعِ، الْمُعْلَمُ وَغَيْرُ الْمُعْلَمِ فِي ذَلِكَ سَوَاءٌ) وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ بَيْعُ الْكَلْبِ الْعَقُورِ لِأَنَّهُ غَيْرُ مُنْتَفَعٍ بِهِ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا يَجُوزُ بَيْعُ الْكَلْبِ، لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «إِنَّ مِنَ السُّحْتِ مَهْرَ الْبَغِيِّ وَثَمَنَ الْكَلْبِ»^(١) وَلِأَنَّهُ نَجَسُ الْعَيْنِ وَالنَّجَاسَةُ تُشْعِرُ بِهَوَانِ الْمَحَلِّ وَجَوَازُ الْبَيْعِ يُشْعِرُ بِإِعْزَازِهِ فَكَانَ مُنْتَفِعِيًّا. وَلَنَا «أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ نَهَى عَنْ بَيْعِ الْكَلْبِ إِلَّا كَلْبَ صَيْدٍ أَوْ مَاشِيَةٍ» وَلِأَنَّهُ مُنْتَفَعٌ بِهِ حِرَاسَةً وَاصْطِيَادًا فَكَانَ مَا لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ، بِخِلَافِ الْهَوَامِّ الْمُؤْذِيَةِ؛ لِأَنَّهُ لَا يُنْتَفَعُ بِهَا، وَالْحَدِيثُ مَحْمُولٌ عَلَى الْإِبْتِدَاءِ قَلْعًا لَهُمْ عَنِ الْاِقْتِنَاءِ وَلَا تُسَلَّمُ نَجَاسَةُ الْعَيْنِ، وَلَوْ سَلِمَ فَيَحْرُمُ التَّنَاوُلُ دُونَ الْبَيْعِ. وَقَالَ (وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ الْخَمْرِ وَالْخَنزِيرِ) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ إِنَّ الَّذِي حَرَّمَ شَرِبَهَا حَرَّمَ بَيْعَهَا وَآكَلَ ثَمَنِهَا^(٢) وَلِأَنَّهُ لَيْسَ بِمَالٍ فِي حَقِّهَا، وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ..

الشرح:

(مَسَائِلُ مَنْثُورَةٌ): أَيُّ هَذِهِ مَسَائِلُ مِنْ كِتَابِ الْبُيُوعِ ثُرَتْ عَنْ أَهْلِهَا وَلَمْ تُذَكَّرْ ثَمَّةً فَاسْتَدْرَكَتْ بِذِكْرِهَا هَاهُنَا. قَالَ (وَيَجُوزُ بَيْعُ الْكَلْبِ وَالْفَهْدِ وَالسَّبَاعِ) بَيْعُ الْكَلْبِ وَكُلِّ ذِي نَابٍ مِنَ السَّبَاعِ جَائِزٌ مُعْلَمًا كَانَ أَوْ غَيْرَ مُعْلَمٍ فِي رِوَايَةِ الْأَصْلِ، أَمَّا الْكَلْبُ الْمُعْلَمُ فَلَا شَكَّ فِي جَوَازِ بَيْعِهِ؛ لِأَنَّهُ آلَةُ الْحِرَاسَةِ وَالِاصْطِيَادِ فَيَكُونُ مَحَلًّا لِلْبَيْعِ؛ لِأَنَّهُ مُنْتَفَعٌ بِهِ حَقِيقَةً وَشَرْعًا فَيَكُونُ مَالًا.

وَأَمَّا غَيْرُ الْمُعْلَمِ فَلِأَنَّهُ يُمَكِّنُ أَنْ يُنْتَفَعَ بِهِ بِغَيْرِ الْاصْطِيَادِ، فَإِنْ كُلُّ كَلْبٍ يَحْفَظُ بَيْتَ صَاحِبِهِ وَيَمْنَعُ الْأَجَانِبَ عَنِ الدُّخُولِ فِي بَيْتِهِ وَيُخْبِرُ عَنِ الْجَائِي بِنَبَاحِهِ فَسَاوَى الْمُعْلَمِ فِي الْإِنْتِفَاعِ بِهِ (وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّ بَيْعَ الْكَلْبِ الْعَقُورِ) أَيُّ الْجَارِحِ (لَا يَجُوزُ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مُنْتَفَعٍ بِهِ) وَلِأَنَّهُ ﷺ نَهَى عَنْ إِمْسَاكِهِ وَأَمَرَ بِقَتْلِهِ. قُلْنَا: كَانَ قَبْلَ وُرُودِ الرُّخْصَةِ

(١) أخرجه البخاري (٢٢٣٧)، ومسلم في المساقاة (حديث ٣٩). وانظر نصب الراية (١٠٢/٤).

(٢) أخرجه مسلم في المساقاة (حديث ٨٦).

فِي اقْتِنَاءِ الْكَلْبِ لِلصَّيْدِ أَوْ لِلْمَاشِيَةِ أَوْ لِلزَّرْعِ (وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا يَجُوزُ بَيْعُ الْكَلْبِ؛ لِقَوْلِهِ ﷺ «إِنَّ مِنَ السُّخْتِ مَهْرَ الْبَغِيِّ وَتَمَنَ الْكَلْبِ») السُّخْتُ: هُوَ الْحَرَامُ.

وَالْبَغِيُّ: الزَّانِيَةُ فَعِيلٌ بِسَعْتَى فَاعِلٍ وَتَرَكَّ التَّاءَ إلْحَاقًا بِفَعِيلٍ بِمَعْنَى مَفْعُولٍ كَقَوْلِهِمْ مِلْحَقَةً جَدِيدًا. (وَلَأَنَّهُ تَجَسُّ الْعَيْنِ) بِدَلَالَةِ نَجَاسَةِ سُورِهِ فَإِنَّهُ مُتَوَلَّدٌ مِنَ اللَّحْمِ، وَمَا كَانَ كَذَلِكَ لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ؛ لِأَنَّ النِّجَاسَةَ تُشْعِرُ بِهَوَانِ الْمَحَلِّ، وَجَوَازُ الْبَيْعِ بِإِعْزَازِهِ فَكَانَا مُتَنَافِسِينَ وَالنِّجَاسَةُ ثَابِتَةٌ فَكَانَ الْبَيْعُ مُتَنَفِيًا.

(وَلَنَا أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ «نَهَى عَنْ بَيْعِ الْكَلْبِ إِلَّا كَلْبَ صَيْدٍ أَوْ مَاشِيَةٍ») وَهِيَ الَّتِي تُخْرُسُ الْمَوَاشِيَ. وَاعْتَرَضَ بِأَنَّ الدَّلِيلَ أَحْصَى مِنَ الْمُدَّعَى، فَإِنَّ الْمُدَّعَى جَوَازُ بَيْعِ الْكِلَابِ مُطْلَقًا، وَالدَّلِيلُ يَدُلُّ عَلَى جَوَازِ بَيْعِ كَلْبِ الصَّيْدِ وَالْمَاشِيَةِ لَا غَيْرُ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ ذِكْرَهُ لِإِبْطَالِ شُمُولِ الْعَدَمِ الَّذِي هُوَ مُدَّعَى الْخِصْمِ، وَأَمَّا إِثْبَاتُ الْمُدَّعَى فَثَابِتٌ بِحَدِيثِ ذِكْرِهِ فِي الْأَسْرَارِ بِرَوَايَةِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَمْرٍو بْنِ الْعَاصِ ﷺ أَنَّهُ قَالَ: «قَضَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فِي كَلْبٍ بِأَرْبَعِينَ دِرْهَمًا» مِنْ غَيْرِ تَخْصِيصِهِ بِنَوْعٍ.

وَفِيهِ نَظَرٌ؛ لِأَنَّ الطَّحَاوِيَّ حَدَّثَ فِي شَرْحِ الْأَثَارِ عَنْ يُونُسَ عَنْ ابْنِ وَهْبٍ عَنْ ابْنِ جُرَيْجٍ عَنْ عَمْرٍو بْنِ شُعَيْبٍ عَنْ أَبِيهِ عَنْ جَدِّهِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَمْرٍو «أَنَّهُ قَضَى فِي كَلْبٍ صَيْدٍ قَتَلَهُ رَجُلٌ بِأَرْبَعِينَ دِرْهَمًا» وَهَذَا مَخْصُوصٌ بِنَوْعٍ كَمَا تَرَى. وَقِيلَ الْأَسْتِدْلَالُ يَدُلُّ عَلَى جَوَازِ بَيْعِ الْكَلْبِ الْمَعْلَمِ وَغَيْرِ الْمَعْلَمِ سِوَى الْعَقُورِ، وَالْحَدِيثُ يَدُلُّ عَلَى الْأَوَّلِ وَالثَّانِي مُلْحَقٌ بِهِ دَلَالَةً (وَلَأَنَّهُ مُتَنَفِّعٌ بِهِ حِرَاسَةً وَاصْطِيَادًا) لَفٌّ وَكُشْرٌ (فَكَانَ مَا لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ).

وَاعْتَرَضَ بَوَجْهَيْنِ: أَحَدُهُمَا أَنَّ الْإِنْتِفَاعَ بِمَنَافِعِ الْكَلْبِ لَا بَعِيْنَهُ، وَذَلِكَ لَا يَدُلُّ عَلَى مَالِيَّةِ عَيْنِهِ كَالْأَدَمِيِّ يُتَنَفَّعُ بِمَنَافِعِهِ بِالْإِجَارَةِ وَهُوَ لَيْسَ بِمَالٍ. وَالثَّانِي أَنَّ شَعْرَ الْخَنَزِيرِ يَتَنَفَّعُ بِهِ الْأَسَاكِفَةُ وَلَيْسَ بِمَالٍ. وَأُجِيبَ عَنْ الْأَوَّلِ بِأَنَّ الْإِنْتِفَاعَ بِمَنَفَعَةِ الْكَلْبِ يَقَعُ تَبَعًا لِمَلِكِ الْعَيْنِ لَا قَصْدًا فِي الْمَنَفَعَةِ: أَلَا تَرَى أَنَّهُ يُورَثُ وَالْمَنَفَعَةُ وَحْدَهَا لَا تُورَثُ فَجَرَى مَجْرَى الْإِنْتِفَاعِ بِمَنَافِعِ الْعَبْدِ وَالْأَمَةِ وَجَمِيعِ مَا لَا يُؤْكَلُ لِحْمُهُ. وَعَنْ الثَّانِي بِأَنَّ الْخَنَزِيرَ مُحَرَّمُ الْعَيْنِ شَرْعًا فَتَبَتِ الْحُرْمَةُ فِي كُلِّ جُزْءٍ وَسَقَطَ التَّقْوُمُ وَالْإِبَاحَةُ لَظَرُورَةٍ الْخَرْزُ لَا تَدُلُّ عَلَى رَفْعِ الْحُرْمَةِ فِيمَا عَدَاهَا كِبَاحَةِ لِحْمِهِ حَالَةَ الْمَخْمَصَةِ، وَإِذَا تَبَتَّ أَنَّ

مَنَاطُ الْحُكْمِ الْإِثْفَاعُ ثَبَتَ فِي الْفَهْدِ وَالْتِمِرِ وَالذُّبِ، بِخِلَافِ الْهَوَامِّ الْمُؤَذِيَةِ كَالْحَيَاتِ وَالْعَقَارِبِ وَالزَّنَابِيرِ؛ لِأَنَّهَا لَا يُتَنَفَّعُ بِهَا.

(قَوْلُهُ: وَالْحَدِيثُ مَحْمُولٌ) جَوَابٌ عَنْ اسْتِدْلَالِ الشَّافِعِيِّ بِالْحَدِيثِ الْمَرْوِيِّ، وَتَقْرِيرُهُ مَا رُوِيَ عَنْ إِبْرَاهِيمَ أَنَّهُ قَالَ: رُوِيَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ «أَنَّهُ رَخَّصَ فِي ثَمَنِ كَلْبِ الصَّيِّدِ» وَذَلِكَ دَلِيلٌ عَلَى تَقَدُّمِ نَهْيِ أَتَشِخْ، فَإِنَّهُمْ كَانُوا أَلْفُوا اقْتِنَاءَ الْكِلَابِ، وَكَانَتْ تُؤْذِي الضِّيْفَانَ وَالْعُرَبَاءَ فَهَوُوا عَنْ اقْتِنَائِهَا فَشَقَّ ذَلِكَ عَلَيْهِمْ فَأَمَرُوا بِقَتْلِ الْكِلَابِ وَهَوُوا عَنْ بَيْعِهَا تَحْقِيقًا لِلزَّجْرِ عَنِ الْعَادَةِ الْمَأْلُوفَةِ، ثُمَّ رَخَّصَ لَهُمْ بَعْدَ ذَلِكَ فِي ثَمَنِ مَا يَكُونُ مُتَنَفِّعًا بِهِ مِنَ الْكِلَابِ. فَالْحَدِيثُ الَّذِي رَوَاهُ هُوَ الَّذِي كَانَ فِي الْإِبْتِدَاءِ، وَيَجُوزُ أَنْ يُقَالَ: الْحَدِيثُ مُشْتَرَكُ الْإِلْزَامِ؛ لِأَنَّهُ قَالَ ثَمَنُ الْكَلْبِ وَالثَّمَنُ فِي الْحَقِيقَةِ لَا يَكُونُ إِلَّا فِي الْمُبَايَعَةِ.

(قَوْلُهُ: وَلَا نُسَلِّمُ نَجَاسَةَ الْعَيْنِ) جَوَابٌ عَنْ اسْتِدْلَالِهِ بِالْمَقُولِ بِالْمَنْعِ، فَإِنَّ تَمْلِكَهُ فِي حَالَةِ الْإِخْتِيَارِ يَجُوزُ بِأَهْلِيَّةٍ وَالْوَصِيَّةِ وَلَيْسَ نَجَسُ الْعَيْنِ كَذَلِكَ، وَلَوْ سَلِمَ فَيَحْرُمُ التَّنَاوُلُ دُونَ الْبَيْعِ كَالسَّرْقَيْنِ عِنْدَنَا عَلَى مَا سَيَجِيءُ.

قَالَ (وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ الْخَمْرِ وَالْخِنْزِيرِ إلخ) بَيْعُ الْخَمْرِ وَالْخِنْزِيرِ لِلْمُسْلِمِ غَيْرُ جَائِزٍ: يَعْنِي أَنَّهُ بَاطِلٌ، وَتَقَدَّمَ وَقَوْعُهُمَا مَبِيعًا وَثَمَنًا وَمَا يَتَرْتَّبُ عَلَى ذَلِكَ فِي الْبُيُوعِ. وَاسْتَدْلَلَ بِقَوْلِهِ ﷺ «إِنَّ الَّذِي حَرَّمَ شَرْبُهَا حَرَّمَ بَيْعَهَا وَأَكْلَ ثَمَنِهَا» قَالَ مُحَمَّدٌ فِي كِتَابِ الْأَثَارِ: أَخْبَرَنَا أَبُو حَنِيفَةَ قَالَ: حَدَّثَنَا مُحَمَّدُ بْنُ قَيْسٍ «أَنَّ رَجُلًا مِنْ ثَقِيفٍ يُكْنَى أَبَا عَامِرٍ كَانَ يُهْدِي لِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ كُلَّ عَامٍ رَاوِيَةً مِنْ خَمْرٍ، فَأَهْدَى إِلَيْهِ فِي الْعَامِ الَّذِي حُرِّمَتْ رَاوِيَةٌ كَمَا كَانَ يُهْدِي، فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ: يَا أَبَا عَامِرٍ إِنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَدْ حَرَّمَ الْخَمْرَ فَلَا حَاجَةَ لَنَا بِخَمْرِكَ، قَالَ: فَخَذَهَا يَا رَسُولَ اللَّهِ فَبِعَهَا وَاسْتَعِنَ بِثَمَنِهَا عَلَى حَاجَتِكَ، فَقَالَ لَهُ النَّبِيُّ ﷺ: يَا أَبَا عَامِرٍ إِنَّ الَّذِي حَرَّمَ شَرْبَهَا حَرَّمَ بَيْعَهَا وَأَكْلَ ثَمَنِهَا».

قَالَ (وَأَهْلُ الذِّمَّةِ فِي الْبَيَاعَاتِ كَالْمُسْلِمِينَ) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ فِي ذَلِكَ الْحَدِيثِ «فَاعْلَمَهُمْ أَنَّ لَهُمْ مَا لِلْمُسْلِمِينَ وَعَلَيْهِمْ مَا عَلَى الْمُسْلِمِينَ»^(١) وَلَا تُنْهَمُ مُكَلَّفُونَ

(١) قَالَ الزَّيْلَعِيُّ فِي نَسَبِ الرَّايَةِ (٤/١٠٦): لَا نَعْرِفُهُ، وَلَمْ يَتَقَدَّمْ فِي هَذَا الْمَعْنَى إِلَّا حَدِيثُ مُعَاذٍ وَهُوَ فِي كِتَابِ الزَّكَاةِ، وَحَدِيثُ بَرِيدَةَ، وَهُوَ فِي كِتَابِ السَّيْرِ، وَلَيْسَ فِيهِمَا ذَلِكَ.

مُحْتَاجُونَ كَالْمُسْلِمِينَ. قَالَ (إِلَّا فِي الْخَمْرِ وَالْخَنزِيرِ خَاصَّةً) فَإِنَّ عَقْدَهُمْ عَلَى الْخَمْرِ كَعَقْدِ الْمُسْلِمِ عَلَى الْعَصِيرِ، وَعَقْدُهُمْ عَلَى الْخَنزِيرِ كَعَقْدِ الْمُسْلِمِ عَلَى الشَّاةِ؛ لِأَنَّهَا أَمْوَالٌ فِي اعْتِقَادِهِمْ، وَنَحْنُ أَمِيرْنَا بِأَنْ تَتْرُكَهُمْ وَمَا يَعْتَقِدُونَ. دَلَّ عَلَيْهِ قَوْلُ عُمَرَ: وَلَوْ هُمْ بَيْعَهَا وَخَذُوا الْعُسْرَ مِنْ أَمَانِهَا.

الشرح:

قَالَ (وَأَهْلُ الذِّمَّةِ فِي الْبَيَاعَاتِ كَالْمُسْلِمِينَ) قَالَ مُحَمَّدٌ فِي الْأَصْلِ: لَا يَجُوزُ بَيْنَ أَهْلِ الذِّمَّةِ الرِّبَا وَلَا يَبْعُ الْحَيَوَانَ بِالْحَيَوَانِ نَسِيئَةً، وَلَا يَجُوزُ السَّلَامُ بَيْنَهُمْ فِي الْحَيَوَانِ وَالذَّرْهَمِ بِالذَّرْهَمَيْنِ يَدًا بِيَدٍ وَلَا نَسِيئَةً وَلَا الصَّرْفُ نَسِيئَةً وَلَا الذَّهَبُ بِالذَّهَبِ إِلَّا مِثْلًا بِمِثْلٍ يَدًا بِيَدٍ، وَكَذَا كُلُّ مَا يُكَالُ أَوْ يُوزَنُ إِذَا كَانَ صِنْفًا وَاحِدًا، هُمْ فِي الْبَيْعِ بِمَنْزِلَةِ أَهْلِ الْإِسْلَامِ. وَاسْتَدَلَّ الْمُصَنِّفُ رَحِمَهُ اللَّهُ عَلَى ذَلِكَ بِقَوْلِهِ ﷺ فِي ذَلِكَ الْحَدِيثِ «فَاعْلَمُوهُمْ أَنَّ لَهُمْ مَا لِلْمُسْلِمِينَ وَعَلَيْهِمْ مَا عَلَى الْمُسْلِمِينَ».

وَلَا تُهْمُ مُكَلَّفُونَ يَعْنِي بِالْعَامَلَاتِ بِالْإِتِّفَاقِ مُحْتَاجُونَ إِلَى مَا تَبَقَّى بِهِ نَفْسُهُمْ كَالْمُسْلِمِينَ وَلَا تَبَقَّى الْأَنْفُسُ إِلَّا بِالطَّعَامِ وَالشَّرَابِ وَالْكِسْوَةِ وَالسُّكْنَى وَلَا تَحْصُلُ هَذِهِ الْأَشْيَاءُ إِلَّا بِمُبَاشَرَةِ الْأَسْبَابِ الْمَشْرُوعَةِ، وَمِنْهَا الْبَيْعُ فَيَكُونُ مَشْرُوعًا فِي حَقِّهِمْ كَمَا فِي حَقِّ الْمُسْلِمِينَ، إِلَّا الْخَمْرَ وَالْخَنزِيرَ فَإِنَّ عَقْدَهُمْ عَلَيْهِمَا كَالْعَقْدِ عَلَى الْعَصِيرِ وَالشَّاةِ فِي كَوْنِهِمَا أَمْوَالًا مُتَقَوِّمَةً فِي اعْتِقَادِهِمْ وَنَحْنُ أَمِيرْنَا أَنْ تَتْرُكَهُمْ وَمَا يَعْتَقِدُونَ، دَلَّ عَلَى ذَلِكَ قَوْلُ عُمَرَ ﷺ لِعَمَالِهِ حِينَ حَضَرُوا إِلَيْهِ وَقَالَ لَهُمْ: يَا هَؤُلَاءِ إِنَّهُ بَلَغَنِي أَنَّكُمْ تَأْخُذُونَ فِي الْجَزِيَةِ الْمَيْتَةِ وَالْخَنزِيرِ وَالْخَمْرِ، فَقَالَ بِلَالٌ: أَجَلُ إِنَّهُمْ يَفْعَلُونَ ذَلِكَ، فَقَالَ: فَلَا تَفْعَلُوا ذَلِكَ، وَلَكِنْ وَلُوا أَرْبَابَهَا يَبْعَهَا ثُمَّ خَذُوا الثَّمَنَ مِنْهُمْ.

قَالَ (وَمَنْ قَالَ لغيره بَيْعَ عَبْدِكَ مِنْ فُلَانٍ بِأَلْفٍ دِرْهَمٍ عَلَى أَنِّي ضَامِنٌ لَكَ خَمْسَمِائَةٍ مِنَ الثَّمَنِ سِوَى الْأَلْفِ فَفَعَلَ فَهُوَ جَائِزٌ وَيَأْخُذُ الْأَلْفَ مِنَ الْمُشْتَرِي وَالْخَمْسَمِائَةَ مِنَ الضَّامِنِ، وَإِنْ كَانَ لَمْ يَقُلْ مِنَ الثَّمَنِ جَازَ الْبَيْعُ بِأَلْفٍ وَلَا شَيْءَ عَلَى الضَّمِينِ) وَأَصْلُهُ أَنَّ الزِّيَادَةَ فِي الثَّمَنِ وَالْمِثْمَنِ جَائِزٌ عِنْدَنَا، وَتَلْتَحِقُ بِأَصْلِ الْعَقْدِ خِلَافًا لِرُفْرُ وَالشَّافِعِيِّ لِأَنَّهُ تَغْيِيرٌ لِلْعَقْدِ مِنْ وَصْفٍ مَشْرُوعٍ إِلَى وَصْفٍ مَشْرُوعٍ وَهُوَ كَوْنُهُ عَدَلًا أَوْ خَاسِرًا أَوْ رَابِحًا، ثُمَّ قَدْ لَا يَسْتَفِيدُ الْمُشْتَرِي بِهَا شَيْئًا بِأَنْ زَادَ فِي الثَّمَنِ وَهُوَ يُسَاوِي

الْمَبِيعِ بِذَوْنِهَا فَيَصِحُّ اشْتِرَاطُهَا عَلَى الْأَجْنَبِيِّ كَبَدَلِ الْخُلْعِ لَكِنْ مِنْ شَرْطِهَا الْمُقَابَلَةُ تَسْمِيَةً وَصُورَةً، فَإِذَا قَالَ مِنَ الثَّمَنِ وَجِدَ شَرْطُهَا فَيَصِحُّ، وَإِذَا لَمْ يَقُلْ لَمْ يَوْجَدْ فَلَمْ يَصِحَّ.

الشرح:

(قَوْلُهُ: وَمَنْ قَالَ لِعَبْدِهِ بَعِ عَبْدَكَ مِنْ فُلَانٍ) صَوْرَتُهُ أَنْ يَطْلُبَ إِنْسَانٌ مِنْ آخَرٍ شِرَاءَ عَبْدِهِ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ وَهُوَ لَا يَبِيعُ إِلَّا بِأَلْفٍ وَخَمْسِمِائَةٍ وَالْمُشْتَرِي لَا يَرْغَبُ فِيهِ إِلَّا بِأَلْفٍ فَيَجِيءُ آخَرُ وَيَقُولُ لصَاحِبِ الْعَبْدِ بَعِ عَبْدَكَ هَذَا مِنْ هَذَا الرَّجُلِ بِأَلْفٍ عَلَى أَنِّي ضَامِنٌ لَكَ خَمْسِمِائَةٍ مِنَ الثَّمَنِ سِوَى الْأَلْفِ فَهُوَ جَائِزٌ وَيَأْخُذُ الْأَلْفَ مِنَ الْمُشْتَرِي وَالْخَمْسِمِائَةَ مِنَ الضَّامِنِ، وَإِنْ لَمْ يَقُلْ مِنَ الثَّمَنِ جَازَ الْبَيْعُ بِأَلْفٍ وَلَا شَيْءَ عَلَى الضَّامِنِ. وَالْفَرْقُ بَيْنَهُمَا مَا ذَكَرَهُ بِنَاءً عَلَى الْأَصْلِ الْمَارِّ (أَنَّ الزِّيَادَةَ فِي الثَّمَنِ وَالْمُثَمِّنِ جَائِزَةٌ عِنْدَنَا وَتُلْتَحَقُ بِأَصْلِ الْعَقْدِ خِلَافًا لِرُفْرٍ وَالشَّافِعِيِّ رَحِمَهُمَا اللَّهُ؛ لِأَنَّهُ) أَيُّ الْإِلْحَاقِ.

(تَعْيِيرٌ لِلْعَقْدِ مِنْ وَصْفٍ مَشْرُوعٍ إِلَى وَصْفٍ مَشْرُوعٍ وَهُوَ كَوْنُهُ عَدْلًا أَوْ خَاسِرًا أَوْ رَابِحًا ثُمَّ قَدْ لَا يَسْتَفِيدُ الْمُشْتَرِي بِتِلْكَ الزِّيَادَةِ شَيْئًا بِأَنَّ زَادَ فِي الثَّمَنِ وَهُوَ يُسَاوِي الْمَبِيعَ بِذَوْنِهَا) فَصَارَ الْفَضْلُ فِي ذَلِكَ كَبَدَلِ الْخُلْعِ فِي كَوْنِهِ لَا يَدْخُلُ فِي مِلْكِ الْمَرْأَةِ فِي مُقَابَلَتِهِ شَيْءٌ فَجَازَ اشْتِرَاطُهَا عَلَى الْأَجْنَبِيِّ كَهَوٍّ، لَكِنْ لَا بُدَّ مِنَ تَسْمِيَةِ الزِّيَادَةِ لِتَحَقُّقِ الْمُقَابَلَةِ صُورَةً وَإِنْ فَاتَتْ مَعْنَى لِيَخْرُجَ عَنْ حَيْزِ الْحُرْمَةِ، فَإِذَا قَالَ مِنَ الثَّمَنِ وَجِدَ الشَّرْطُ فَيَصِحُّ، وَإِذَا لَمْ يَقُلْ صَارَ ذِكْرُ خَمْسِمِائَةٍ مِنَ الضَّامِنِ رِشْوَةً مِنْهُ عَلَى الْبَيْعِ بِمَا سَمِيََا مِنَ الْمَالِ، وَالرِّشْوَةُ حَرَامٌ لَا تُلْزَمُ بِالضَّمَانِ.

وَأَعْتَرَضَ بِأَوْجُهُ: الْأَوَّلُ كَيْفَ يَجِبُ شَيْءٌ مِنَ الثَّمَنِ عَلَيْهِ وَلَمْ يَدْخُلْ فِي مِلْكِهِ شَيْءٌ مِنَ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ. الثَّانِي لَوْ كَانَ خَمْسِمِائَةٍ ثَمَنًا لَتَوَجَّهَتْ الْمُطَالَبَةُ بِهَا عَلَى الْمُشْتَرِي وَيَتَحَمَّلُ عَنْهُ الضَّامِنُ وَلَمْ تَتَوَجَّهْ عَلَيْهِ بِالِاتِّفَاقِ. الثَّالِثُ أَنَّ أَصْلَ الثَّمَنِ لَا يَجُوزُ أَنْ يَجِبَ عَلَى الْأَجْنَبِيِّ وَالْمَبِيعِ لِعَبْدِهِ فَكَذَلِكَ الزِّيَادَةُ، وَالْفِكْرُ الصَّائِبُ فِي أَصْلِ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ يُعْنِي عَنْ هَذِهِ الْأَسْئَلَةِ وَالْجَوَابِ عَنْهَا، وَلَا بَأْسَ بِتَكَرُّرِ ذَلِكَ لِلتَّحْقِيقِ، فَإِنْ وَرُودَ السُّؤَالُ إِذَا كَانَ لِعُمُوضٍ فَهُمْ أَصْلُ الْكَلَامِ فَجَوَابُهُ تَكَرُّرُهُ، وَذَلِكَ أَنَّا قَدْ بَيَّنَّا أَنَّ فَضُولَ الثَّمَنِ قَدْ تَسْتَعْنِي عَنْ أَنْ تُقَابَلَ بِالْمَالِ جُزْءًا فَجُزْءًا فَجَازَ أَنْ يَكُونَ بَعْضُ الثَّمَنِ خَالِيًا عَمَّا يُقَابَلُهُ مِنَ الْبَدَلِ، كَالزِّيَادَةِ فِي الثَّمَنِ إِذَا كَانَ الْمَبِيعُ يُسَاوِي الثَّمَنَ بِلا زِيَادَةٍ فَتَكُونُ

الرَّيَادَةُ عَلَى الْمُشْتَرِي ثَابِتَةٌ بَلَا بَدَلٍ.

وَمِثْلُ ذَلِكَ يَجُوزُ أَنْ يَثْبُتَ عَلَى الْأَجْنَبِيِّ كَبَدَلِ الْخُلْعِ، وَإِذَا جَارَ ذَلِكَ بَطَلَ مِنْهُ التَّرَمُّهُ لَا غَيْرُ، وَالْمَلْتَرَمُ فِيمَا نَحْنُ فِيهِ الْأَجْنَبِيُّ فَلَا يَتَوَجَّهُ الطَّلَبُ عَلَى الْمُشْتَرِي وَظَهَرَ الْفَرْقُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ أَصْلِ الثَّمَنِ، فَإِنْ أَصْلُ الثَّمَنِ لَا بُدَّ وَأَنْ يُقَابِلَهُ شَيْءٌ مِنَ الْمَالِ فَلَا يَكُونُ كَالرَّيَادَةِ، وَحِينَئِذٍ لَا يَلْزَمُ مِنْ عَدَمِ جَوَازِ وَجُوبِهِ عَلَى الْغَيْرِ عَدَمُ جَوَازِ مَا لَا يَلْزَمُ وَجُوبُ شَيْءٍ فِي مُقَابَلَتِهِ. وَقَعَ فِي الْكِتَابِ وَالْخُمْسُمِائَةِ بِالْأَلْفِ وَاللَّامِ فِي الْمُضَافِ دُونَ الْمُضَافِ إِلَيْهِ، وَقِيلَ لَا خِلَافَ فِي امْتِنَاعِهِ. وَقَالَ ابْنُ عُصْفُورٍ: بَعْضُ الْكِتَابِ يُجِيزُونَ ذَلِكَ وَهُوَ قَلِيلٌ جَدًّا، وَقِيلَ إِذَا وَرَدَ مِثْلُ هَذَا يَنْبَغِي أَنْ لَا يُعْتَقَدَ إِضَافَةُ الْخُمْسَةِ بَلِ الْجُرِّ فِي الْمُضَافِ إِلَيْهِ عَلَى حَذْفِ مُضَافٍ: أَيِ الْخُمْسِ خُمْسُمِائَةٍ.

قَالَ (وَمَنْ اشْتَرَى جَارِيَةً وَلَمْ يَقْبِضْهَا حَتَّى زَوَّجَهَا فَوُطِئَتْهَا الزَّوْجُ فَالِنِّكَاحُ جَائِزٌ لَوْجُودِ سَبَبِ الْوِلَايَةِ، وَهُوَ الْمَلِكُ فِي الرِّقَبَةِ عَلَى الْكَمَالِ وَعَلَيْهِ الْمَهْرُ. (وَهَذَا قَبْضٌ) لِأَنَّ وَطْءَ الزَّوْجِ حَصَلَ بِتَسْلِيطٍ مِنْ جِهَتِهِ فَصَارَ فِعْلُهُ كَفِعْلِهِ (إِنْ لَمْ يَطَّأَهَا فَلَيْسَ بِقَبْضٍ) وَالْقِيَاسُ أَنْ يَصِيرَ قَابِضًا؛ لِأَنَّهُ تَعْيِيبٌ حُكْمِيٌّ فَيُعْتَبَرُ بِالتَّعْيِيبِ الْحَقِيقِيِّ. وَجِهَةُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّ فِي الْحَقِيقِيِّ اسْتِيلَاءَ عَلَى الْمَحَلِّ وَبِهِ يَصِيرُ قَابِضًا وَلَا كَذَلِكَ الْحُكْمِيُّ فَاهْتَرَقَا.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ اشْتَرَى جَارِيَةً وَلَمْ يَقْبِضْهَا حَتَّى زَوَّجَهَا إلخ) رَجُلٌ اشْتَرَى جَارِيَةً وَلَمْ يَقْبِضْهَا حَتَّى زَوَّجَهَا بِرَجُلٍ فَوُطِئَتْهَا الزَّوْجُ جَارَ النِّكَاحِ (لَوْجُودِ سَبَبِ الْوِلَايَةِ) لِلنِّكَاحِ وَهُوَ الْمَلِكُ فِي الرِّقَبَةِ عَلَى الْكَمَالِ وَمَا ثَمَّةُ مَانِعٍ عَنِ الْجَوَازِ؛ لِأَنَّ الْمَنْعَ عَنِ التَّصَرُّفِ فِي الْمَبِيعِ قَبْلَ الْقَبْضِ إِمَّا يَكُونُ عَنْ تَصَرُّفٍ يَنْفَسِخُ بِهَلَاكِ الْمَبِيعِ قَبْلَ الْقَبْضِ كَمَا تَقَدَّمَ وَالنِّكَاحُ لَيْسَ كَذَلِكَ. وَهَذَا التَّزْوِيجُ يَكُونُ قَبْضًا؛ لِأَنَّ الْوُطْءَ لَمَّا كَانَ بِتَسْلِيطٍ مِنْ جِهَةِ الْمُشْتَرِي كَانَ فِعْلُهُ كَفِعْلِهِ (وَإِنْ لَمْ يَطَّأَهَا) الزَّوْجُ (فَلَيْسَ) أَيِ مُجَرَّدُ التَّزْوِيجِ (قَبْضًا) اسْتِحْسَانًا.

وَفِي الْقِيَاسِ هُوَ قَبْضٌ وَهُوَ رَوَايَةٌ عَنْ أَبِي يُوسُفَ، حَتَّى إِنْ هَلَكَتْ بَعْدَ ذَلِكَ هَلَكَتْ مِنْ مَالِ الْمُشْتَرِي؛ لِأَنَّ التَّزْوِيجَ عَيْبٌ حُكْمِيٌّ، حَتَّى لَوْ وَجَدَهَا الْمُشْتَرِي ذَاتَ

زَوْجَ كَانَ لَهُ أَنْ يَرُدَّهَا، وَالْمُشْتَرِي إِذَا عَيَّبَ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ صَارَ قَابِضًا فَصَارَ كَالْإِعْتَاقِ
وَالْتَذِيرِ وَالتَّعْيِيبِ الْحَقِيقِيِّ كَقَطْعِ الْيَدِ وَفَقْدِ الْعَيْنِ. وَجَهُ الاستِحْسَانِ أَنَّ فِي التَّعْيِيبِ
الْحَقِيقِيِّ اسْتِيلَاءَ عَلَى الْمَحَلِّ بِاتِّصَالِ فِعْلٍ مِنْهُ إِلَيْهِ وَبِهِ يَصِيرُ قَابِضًا، وَلَيْسَ ذَلِكَ فِي
الْحُكْمِيِّ فَلَا يَصِيرُ قَابِضًا، وَالْإِعْتَاقُ وَالتَّذِيرُ إِثْلَافٌ لِلْمَالِيَةِ وَإِنْهَاءٌ لِلْمِلْكِ وَلِهَذَا يُثْبِتُ لَهُ
الْوَلَاءُ وَمِنْ ضَرُورَتِهِ أَنْ يَصِيرَ قَابِضًا.

قَالَ (وَمَنْ اشْتَرَى عَبْدًا فَعَابَ فَأَقَامَ الْبَائِعُ الْبَيِّنَةَ أَنَّهُ بَاعَهَا إِيَّاهُ، فَإِنْ كَانَتْ غَيْبَتُهُ
مَعْرُوفَةً لَمْ يَبِعْ فِي دَيْنِ الْبَائِعِ) لِأَنَّهُ يُمْكِنُ إِصْصَالُ الْبَائِعِ إِلَى حَقِّهِ بِدُونِ الْبَيْعِ، وَفِيهِ
إِبْطَالُ حَقِّ الْمُشْتَرِي (وَأِنْ لَمْ يَدْرِ أَيْنَ هُوَ بَيْعَ الْعَبْدِ وَأَوْفَى الثَّمَنَ) لِأَنَّ مِلْكَ الْمُشْتَرِي ظَهَرَ
بِإِقْرَارِهِ فَيُظْهَرُ عَلَى الْوَجْهِ الَّذِي أَقَرَّ بِهِ مَشْغُولًا بِحَقِّهِ، وَإِذَا تَعَذَّرَ اسْتِيفَاؤُهُ مِنَ الْمُشْتَرِي
يَبِيعُهُ الْقَاضِي فِيهِ كَالرَّاهِنِ إِذَا مَاتَ وَالْمُشْتَرِي إِذَا مَاتَ مُفْلِسًا وَالْمَبِيعُ لَمْ يَقْبِضْ، بِخِلَافِ
مَا بَعْدَ الْقَبْضِ؛ لِأَنَّ حَقَّهُ لَمْ يَبْقَ مُتَعَلِّقًا بِهِ، ثُمَّ إِنْ فَضَلَ شَيْءٌ يُمْسِكُ لِلْمُشْتَرِي؛ لِأَنَّهُ بَدَلُ
حَقِّهِ وَإِنْ نَقَصَ يَتَّبَعُ هُوَ أَيْضًا. قَالَ (فَإِنْ كَانَ الْمُشْتَرِي اثْنَيْنِ فَعَابَ أَحَدُهُمَا فَلِلْحَاضِرِ أَنْ
يَدْفَعَ الثَّمَنَ كُلَّهُ وَيَقْبِضَهُ، وَإِذَا حَضَرَ الْآخَرُ لَمْ يَأْخُذْ نَصِيبَهُ حَتَّى يَنْقُذَ شَرِيكَهُ الثَّمَنَ
كُلَّهُ وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: إِذَا دَفَعَ الْحَاضِرُ الثَّمَنَ كُلَّهُ لَمْ
يَقْبِضْ إِلَّا نَصِيبَهُ وَكَانَ مُتَطَوِّعًا بِمَا أَدَّى عَنْ صَاحِبِهِ) لِأَنَّهُ قَضَى دَيْنَ غَيْرِهِ بِغَيْرِ أَمْرِهِ
فَلَا يَرْجِعُ عَلَيْهِ وَهُوَ أَجَنِيٌّ عَنْ نَصِيبِ صَاحِبِهِ فَلَا يَقْبِضُهُ. وَلَهُمَا أَنَّهُ مُضْطَرٌّ فِيهِ لِأَنَّهُ لَا
يُمْكِنُهُ الْإِنْتِفَاعُ بِنَصِيبِهِ إِلَّا بِأَدَاءِ جَمِيعِ الثَّمَنِ؛ لِأَنَّ الْبَيْعَ صَفَقَةً وَاحِدَةً، وَلَهُ حَقُّ الْحَبْسِ
مَا بَقِيَ شَيْءٌ مِنْهُ، وَالْمُضْطَرُّ يَرْجِعُ كَمُعِيرِ الرُّهْنِ، وَإِذَا كَانَ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ عَلَيْهِ كَانَ لَهُ
حَقُّ الْحَبْسِ عَنْهُ إِلَى أَنْ يَسْتَوْفِيَ حَقَّهُ كَالْوَكِيلِ بِالشَّرَاءِ إِذَا قَضَى الثَّمَنَ مِنْ مَالِ نَفْسِهِ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ اشْتَرَى عَبْدًا فَعَابَ الْمُشْتَرِي إِيَّاهُ) رَجُلٌ اشْتَرَى مَتَقُولًا فَعَابَ
الْمُشْتَرِي قَبْلَ قَبْضِ الْمَبِيعِ وَلَمْ يَنْقُذْ الثَّمَنَ وَطَلَبَ الْبَائِعُ مِنَ الْقَاضِي يَبِيعَ الْعَبْدَ بِثَمَنِهِ لَمْ
يُلْتَفَتْ إِلَى ذَلِكَ حَتَّى يُقِيمَ الْبَيِّنَةَ دَفْعًا لِلتُّهْمَةِ، فَإِذَا أَقَامَهَا فَلَا يَخْلُو إِمَّا أَنْ تَكُونَ الْعَبْتَةُ
مَعْرُوفَةً أَوْ لَا، فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ لَمْ يَبِيعْهُ فِي الدَّيْنِ؛ لِأَنَّ وُصُولَ الْبَائِعِ إِلَى حَقِّهِ بِدُونِ الْبَيْعِ
مُمْكِنٌ وَفِي الْبَيْعِ إِبْطَالُ حَقِّ الْمُشْتَرِي.

وَإِنْ كَانَ الثَّانِي بَاعَ الْعَبْدَ وَأَدَّى الثَّمَنَ؛ لِأَنَّ مِلْكَ الْمُشْتَرِي ظَهَرَ بِإِقْرَارِ الْبَائِعِ فَيُظْهِرُ عَلَى الْوَجْهِ الَّذِي أَقَرَّ بِهِ وَقَدْ أَقَرَّ بِهِ مَشْغُولًا بِحَقِّهِ فَيَعْتَبَرُ كَذَلِكَ، وَهَذَا؛ لِأَنَّ الْعَبْدَ فِي يَدِهِ وَالْقَوْلُ: قَوْلُ الْإِنْسَانِ فِيمَا فِي يَدِهِ، فَلَوْ ادَّعَى الْمَلِكُ كَانَ مَسْمُوعًا، وَلَوْ أَقَرَّ بِهِ لغيره كَامِلًا صَحَّ بِحُكْمِ الْيَدِ، فَكَذَا إِذَا أَقَرَّ بِهِ نَاقِصًا مَشْغُولًا بِحَقِّهِ وَيُثْبِتُ الْمَلِكُ لَهُ نَاقِصًا عَلَى وَجْهِ يَقْتَضِيهِ الاسْتِيفَاءُ وَقَدْ تَعَذَّرَ فَيَبِيعُهُ الْقَاضِي فِيهِ، كَالرَّاهِنِ إِذَا مَاتَ فَإِنَّ الْمُرْتَهَنَ أَحَقُّ بِالْمَرْهُونِ يُبَاعُ فِي دَيْنِهِ إِنْ تَعَذَّرَ الاسْتِيفَاءُ.

وَالْمُشْتَرِي إِذَا مَاتَ قَبْلَ قَبْضِ الْمَبِيعِ مُفْلِسًا فَإِنَّ الْمَبِيعَ يُبَاعُ فِي ثَمَنِهِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا قَبَضَ الْمُشْتَرِي الْمَبِيعَ فَإِنَّ يَتَنَ الْبَائِعَ لَمْ تُقْبَلْ؛ لِأَنَّ حَقَّهُ لَمْ يَبْقَ مُتَعَلِّقًا بِهِ بَلْ هُوَ دَيْنٌ فِي ذِمَّةِ الْمُشْتَرِي فَتَكُونُ الْبَيِّنَةُ لِإِبْطَالِ الدَّيْنِ وَالْإِبْطَالُ عَلَى الْغَائِبِ مُمْتَنِعٌ عِنْدَنَا. وَفِيهِ بَحْثٌ مِنْ أَوْجُهِ:

الْأَوَّلُ: أَنَّ إِقَامَةَ الْبَيِّنَةِ عَلَى الْغَائِبِ لَا تَجُوزُ؛ لِأَنَّهَا تَعْتَمِدُ انْكَارَ الْخَصْمِ وَذَلِكَ مِنَ الْغَائِبِ مَجْهُولٌ.

الثَّانِي: أَنَّ الْقَوْلَ بِجَوَازِ الْبَيْعِ قَوْلُ بِجَوَازِ التَّصَرُّفِ فِي الْمَبِيعِ قَبْلَ الْقَبْضِ وَقَدْ تَقَدَّمَ بَطْلَانُهُ.

الثَّالِثُ: أَنَّ ذَلِكَ يُفْضِي إِلَى الْقَضَاءِ عَلَى الْغَائِبِ بِزَوَالِ الْمَلِكِ وَهُوَ لَا يَجُوزُ، وَفِي ذَلِكَ لَا فَرْقَ بَيْنَ كَوْنِهِ مَقْبُوضًا وَغَيْرَ مَقْبُوضٍ فَالْتَّفَرُّقَةُ بَيْنَهُمَا تَحْكُمُ. وَالْجَوَابُ عَنْ الْأَوَّلِ أَنَّ إِقَامَةَ الْبَيِّنَةِ كَمَا ذَكَرْنَا لِنَفْيِ التُّهْمَةِ لَا لِلْقَضَاءِ، وَإِنَّمَا الْقَاضِي يَقْضِي بِمُوجِبِ إِقْرَارِ الْمُقَرَّرِ بِمَا فِي يَدِهِ، وَفِي ذَلِكَ لَا يُحْتَاجُ إِلَى انْكَارِ الْخَصْمِ.

وَعَنْ الثَّانِي مِنْ وَجْهَيْنِ: أَحَدُهُمَا قَوْلُ بَعْضِ الْمَشَائِخِ إِنَّ الْقَاضِيَّ يُنْصَبُ مَنْ يَقْبِضُ الْعَبْدَ لِلْمُشْتَرِي ثُمَّ يَبِيعُ؛ لِأَنَّ بَيْعَ الْقَاضِي كَبَيْعِ الْمُشْتَرِي فَلَا يَجُوزُ قَبْلَ الْقَبْضِ. وَرَدَّ بِأَنَّ الْمُشْتَرِي لَيْسَ لَهُ أَنْ يَقْبِضَهُ قَبْلَ تَقَدُّمِ الثَّمَنِ فَكَذَا مَنْ يُجْعَلُ وَكِيلًا عَنْهُ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ ذَلِكَ حَقُّ الْبَائِعِ وَقَدْ يُتَسَامَحُ بِتَأْخِيرِهِ. وَالثَّانِي أَنَّ الْبَيْعَ هَاهُنَا غَيْرُ مَقْصُودٍ، وَإِنَّمَا الْمَقْصُودُ النَّظَرُ لِلْبَائِعِ إِحْيَاءَ لِحَقِّهِ وَالْبَيْعُ يَحْصُلُ ضِمْنًا، وَيَجُوزُ أَنْ يَثْبُتَ ضِمْنًا مَا لَا يَثْبُتُ قَضَاءً. وَعَنْ الثَّالِثِ مَا ذَكَرْنَا أَنَّ هَذَا لَيْسَ قَضَاءً عَلَى الْغَائِبِ، وَإِنَّمَا هُوَ قَضَاءٌ عَلَى الْحَاضِرِ بِالْإِقْرَارِ بِمَا فِي يَدِهِ، وَذَلِكَ إِنَّمَا يَكُونُ إِذَا لَمْ يَقْبِضْهُ الْمُشْتَرِي، فَأَمَّا إِذَا

قَبْضُهُ فَلَا يَكُونُ ذَلِكَ، وَحَيْثُ ظَهَرَ الْفَرْقُ وَانْدَفَعَ التَّحَكُّمُ.

(ثُمَّ إِذَا بَاعَهُ، فَإِنْ فَضَّلَ شَيْءٌ يُمَسِّكُ لِلْمُشْتَرِي؛ لِأَنَّهُ بَدَلُ حَقِّهِ، وَإِنْ نَقَصَ يَتَّبِعُ هُوَ) أَيْ يَتَّبِعُ الْبَائِعُ الْمُشْتَرِي، فَإِنْ كَانَ الْمُشْتَرِي اثْنَيْنِ فَعَابَ أَحَدَهُمَا فَالْحَاضِرُ لَا يَمْلِكُ قَبْضَ نَصِيْبِهِ حَتَّى يَنْقُذَ جَمِيعَ الثَّمَنِ، فَإِذَا نَقَدَهُ أُجْبِرَ الْبَائِعُ عَلَى قَبُولِ نَصِيْبِ الْغَائِبِ وَتَسْلِيمِ نَصِيْبِ الْغَائِبِ مِنَ الْعَبْدِ إِلَى الْحَاضِرِ، وَإِذَا حَضَرَ الْغَائِبُ فَلِلْحَاضِرِ أَنْ يَرْجِعَ عَلَيْهِ بِمَا نَقَدَهُ لِأَجْلِهِ، وَلَهُ أَنْ يَحْسِبَ نَصِيْبَهُ حَتَّى يَسْتَوْفِيَ مَا نَقَدَهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ. وَقَالَ أَبُو يُوْسُفَ: لَا يُجْبَرُ الْبَائِعُ عَلَى قَبُولِ نَصِيْبِ الْغَائِبِ مِنَ الثَّمَنِ.

وَلَوْ قِيلَ لَا يُجْبَرُ عَلَى تَسْلِيمِ نَصِيْبِهِ مِنَ الْعَبْدِ وَالْحَاضِرُ لَا يَقْبِضُ إِلَّا نَصِيْبَهُ مُهَيَّأَةً لَا غَيْرُ، فَإِذَا قَبِضَ الْحَاضِرُ الْعَبْدَ لَمْ يَرْجِعْ عَلَى الْغَائِبِ إِذَا حَضَرَ بِمَا نَقَدَهُ لِأَجْلِهِ، وَلَيْسَ لَهُ حَقُّ الْحَبْسِ عَلَى ذَلِكَ (وَكَانَ مُتَطَوِّعًا بِمَا أَدَّى عَنْ صَاحِبِهِ)؛ لِأَنَّهُ قَضَى دَيْنَهُ بِغَيْرِ أَمْرِهِ وَلَا رُجُوعٍ فِي ذَلِكَ (وَهُوَ أَجْنَبِيٌّ عَنْ نَصِيْبِ صَاحِبِهِ) فَلَيْسَ لَهُ الْقَبْضُ وَلَهُمَا أَنَّهُ مُضْطَرٌّ فِيهِ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُهُ الْإِنْتِفَاعُ بِنَصِيْبِهِ إِلَّا بِأَدَاءِ جَمِيعِ الثَّمَنِ لِاتِّحَادِ الصَّفَقَةِ، وَلَكَوْنِ الْبَائِعِ لَهُ حَقُّ الْحَبْسِ مَا بَقِيَ شَيْءٌ مِنْهُ وَالْمُضْطَرُّ يَرْجِعُ كَمُعِيرِ الرَّهْنِ) فَإِنْ مَنْ أَعَارَ شَيْئًا رَجُلًا لِيَرْهَنَهُ فَرَهَنَهُ ثُمَّ أَفْلَسَ الرَّاهِنُ وَهُوَ الْمُسْتَعِيرُ أَوْ غَابَ فَافْتَكَّهُ الْمُعِيرُ فَإِنَّهُ يَرْجِعُ عَلَى الرَّاهِنِ بِمَا أَدَّى وَإِنْ كَانَ ذَلِكَ قَضَاءً دَيْنٍ الْغَيْرِ بِغَيْرِ أَمْرِهِ لَا ضْطِرَّارِهِ فِي الْقَضَاءِ.

وَهَذَا مِمَّا لَا يُنْكَرُ فَإِنَّ لِلضَّرُورَاتِ أَحْكَامًا. فَإِنْ قِيلَ: لَوْ كَانَ التَّغْلِيلُ بِالِاضْطِرَّارِ صَحِيحًا لَمَا اخْتَلَفَ الْحُكْمُ بَيْنَ حَالَةِ حُضُورِ الشَّرِيكِ وَغَيْبَتِهِ، فَإِنَّهُ لَا يَقْدِرُ عَلَى الْإِنْتِفَاعِ بِنَصِيْبِهِ إِلَّا بَعْدَ نَقْدِ صَاحِبِهِ. فَالْجَوَابُ أَنَّ الْاضْطِرَّارَ فِي حَالَةِ حُضُورِهِ مَقْهُودٌ لِإِمْكَانِ أَنْ يُخَاصِمَهُ إِلَى الْحَاكِمِ لِيَنْقُذَ نَصِيْبَهُ مِنَ الثَّمَنِ فَيَتِمَّكَنَ هُوَ مِنْ قَبْضِ نَصِيْبِهِ مِنَ الْعَبْدِ بِخِلَافِ حَالِ غَيْبَتِهِ.

وَعَلَى هَذَا ظَهَرَ الْفَرْقُ بَيْنَ مَا نَحْنُ فِيهِ وَبَيْنَ مَا إِذَا اسْتَأْجَرَ دَارًا فَعَابَ أَحَدَهُمَا قَبْلَ نَقْدِ الْأَجْرَةِ لِصَاحِبِ الدَّارِ فَتَقَدَّ الْحَاضِرُ كُلُّ الْأَجْرَةِ فَإِنَّهُ يَكُونُ مُتَبَرِّعًا بِالِاجْتِمَاعِ لِكَوْنِهِ غَيْرَ مُضْطَرٍّ فِي نَقْدِ نَصِيْبِ صَاحِبِهِ مِنَ الْأَجْرَةِ إِذْ لَيْسَ لِلْأَجْرِ حَبْسُ الدَّارِ لِاسْتِيفَاءِ الْأَجْرَةِ. كَذَا ذَكَرَهُ الْإِمَامُ الثُّمَرْتَاشِيُّ (وَإِذَا ثَبَتَ لَهُ حَقُّ الرُّجُوعِ كَانَ لَهُ حَقُّ

الْحَبْسِ حَتَّى يَسْتَوْفِيَ حَقَّهُ كَالْوَكِيلِ بِالشَّرَاءِ إِذَا قَضَى الثَّمَنَ مِنْ مَالِ نَفْسِهِ عَلَى مَا سَيَجِيءُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

قَالَ (وَمَنْ اشْتَرَى جَارِيَةً بِأَلْفٍ مِثْقَالِ ذَهَبٍ وَفِضَّةٍ فَهُمَا نِصْفَانِ) لِأَنَّهُ أَضَافَ الْمِثْقَالَ إِلَيْهِمَا عَلَى السَّوَاءِ فَيَجِبُ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا خَمْسُمِائَةِ مِثْقَالٍ لَعَدَمِ الْأُولَوِيَّةِ، وَبِمِثْلِهِ لَوْ اشْتَرَى جَارِيَةً بِأَلْفٍ مِنَ الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ يَجِبُ مِنَ الذَّهَبِ مِثْقَالٌ وَمِنَ الْفِضَّةِ دِرَاهِمٌ وَزَنْ سَبْعَةً لِأَنَّهُ أَضَافَ الْأَلْفَ إِلَيْهِمَا فَيَنْصَرِفُ إِلَى الْوِزْنِ الْمَعْهُودِ فِي كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ اشْتَرَى جَارِيَةً بِأَلْفٍ مِثْقَالِ ذَهَبٍ وَفِضَّةٍ إلخ) رَجُلٌ اشْتَرَى جَارِيَةً فَقَالَ اشْتَرَيْتَهَا بِأَلْفٍ مِثْقَالِ ذَهَبٍ وَفِضَّةٍ صَحَّ وَيَجِبُ عَلَيْهِ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا خَمْسُمِائَةِ مِثْقَالٍ (لِأَنَّهُ أَضَافَ الْمِثْقَالَ إِلَيْهِمَا عَلَى السَّوَاءِ)؛ لِأَنَّهُ عَطَفَ عَلَى الْمُضَافِ إِلَيْهِ، وَهُوَ عَطَفَ مَعَ الْإِفْتِقَارِ وَالْعَطْفُ مَعَ الْإِفْتِقَارِ يُوجِبُ الشَّرَكَةَ، وَلَيْسَ لِأَحَدِهِمَا أُولَوِيَّةٌ عَلَى الْآخَرِ فَيَجِبُ التَّسَاوِي. قِيلَ وَكَانَ الْوَاجِبُ أَنْ يُقَيَّدَ الْمُصَنَّفُ بِالْجَوْدَةِ أَوْ الرَّدَاءَةِ أَوْ الْوَسْطِ؛ لِأَنَّ النَّاسَ لَا يَتَّبَاعُونَ بِالتَّبَرِّ، وَلَا بُدَّ مِنْ بَيَانِ الصِّفَةِ قَطْعًا لِلْمُنَازَعَةِ وَلِهَذَا قَيَّدَهُ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ بِهَا فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ وَيُبَوِّعُ الْأَصْلَ. وَيَجُوزُ أَنْ يُقَالَ تَرَكَهُ لِكَوْنِهِ مَعْلُومًا مِنْ أَوَّلِ كِتَابِ الْبُيُوعِ أَنَّ ذَلِكَ لَا بُدَّ مِنْهُ.

وَلَوْ قَالَ اشْتَرَيْتَ مِنْكَ هَذِهِ الْجَارِيَةَ بِأَلْفٍ مِنَ الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ وَجَبَ الْمِشَارَكَةُ كَمَا فِي الْأَوَّلِ لِلْعَطْفِ، إِلَّا أَنَّهُ يَجِبُ مِنَ الذَّهَبِ مِثْقَالٌ خَمْسُمِائَةِ مِثْقَالٍ وَمِنَ الْفِضَّةِ دِرَاهِمٌ خَمْسُمِائَةِ دِرَاهِمٍ كُلُّ عَشْرَةٍ وَزَنْ سَبْعَةً؛ لِأَنَّهُ هُوَ الْمُتَعَارَفُ فِي وَزْنِ الدَّرَاهِمِ. وَلِقَائِلِ أَنْ يَقُولَ: النَّظَرُ إِلَى الْمُتَعَارَفِ يَفْتَضِي أَنْ يَنْصَرِفَ إِلَى مَا هُوَ الْمُتَعَارَفُ فِي الْبَلَدِ الَّذِي وَقَعَ فِيهِ الْعَقْدُ.

قَالَ (وَمَنْ لَهُ عَلَى آخَرٍ عَشْرَةُ دِرَاهِمٍ جِيَادَ فَقَضَاهُ زَيْوْفًا وَهُوَ لَا يَعْلَمُ فَأَنْفَقَهَا أَوْ هَلَكَتْ فَهُوَ قَضَاءٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: يَرُدُّ مِثْلَ زَيْوْفِهِ وَيَرْجِعُ بِدِرَاهِمِهِ) لِأَنَّ حَقَّهُ فِي الْوَصْفِ مَرْعِيٌّ كَهَوِّهِ فِي الْأَصْلِ، وَلَا يُمَكِّنُ رِعَايَتَهُ بِإِجَابِ ضَمَانِ الْوَصْفِ لِأَنَّهُ لَا قِيمَةَ لَهُ عِنْدَ الْمُقَابَلَةِ بِجِنْسِهِ فَوَجَبَ الْمَصِيرُ إِلَى مَا قُلْنَا.

وَلَهُمَا أَنَّهُ مِنْ جِنْسٍ حَقُّهُ. حَتَّى لَوْ تَجَوَّزَ بِهِ فِيمَا لَا يَجُوزُ الْإِسْتِبْدَالُ جَازَ فَيَقَعُ بِهِ

الاستيفاء ولا يبقَى حقُّه إلا في الجودة، ولا يمكن تداركها بإيجاب ضمانها لما ذكرنا، وكذا بإيجاب ضمان الأصل لأنه إيجاب له عليه ولا نظير له.

الشرح:

قال (ومن له على آخر عشرة دراهم جياذ إلخ) رجل له على رجل عشرة دراهم جياذ (فقضاء زيوفا والقباض لم يعلم فألفقها أو هلكت فهو قضاء عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله. وقال أبو يوسف: يرد مثل زيوفا ويرجع عليه بالجياذ؛ لأنَّ حقَّه في الوصف مرعي) من حيث الجودة، كما أنَّ حقَّه مرعي في الأصل من حيث القدر، فلو نقص عن كمية حقَّه رجع عليه بمقداره فكذا إذا نقص في كميته، ولا يمكن رعايته بإيجاب ضمان الوصف منفردا لعدم انفكاكه وهدره عند المقابلة بجنسه فوجب المصير إلى ما قلنا. ولأبي حنيفة ومحمد أنَّ المقبوض من جنس حقَّه بدليل أنَّه لو تجوز به فيما لا يجوز الاستبدال كالصرف والسلم جاز فكان الاستيفاء من حيث الأصل بالمقبوض حاصلا، فلم يبقَ حقُّه إلا في الجودة وتداركها منفردة بإيجاب ضمانها غير ممكن شرعا لما ذكرنا أنَّها عند المقابلة بالجنس هدر ولا عقلا لعدم تصور الانفكاك، ولا بإيجاب ضمان الأصل؛ لأنَّ المضمون حينئذ هو الأصل، والفرض أنَّه من حيث الأصل مستوفٍ لإيجاب الضمان باعتبارِه إيجاب عليه له، ولا نظير له في الشرع. واعتراض بوجهين: أحدهما أنَّ إيجاب الضمان على الرجل لنفسه لا يجوز إذا لم يَفِدْ وهاهنا يفيدُ فصار ككسب المأذون له المذيون فإنه مضمون على المولى وإن كان ملكا له حتى لو اشترى صحَّ. والثاني أنَّ المقصود الأصلي هو إحياء حقِّ صاحبه ووجوب الضمان له عليه ضمني فلا يُعتبر. والجواب عن الأول أنَّ الفائدة ثمة إتما هي للغرماء فكان تضمين الشخص لغيره بخلاف ما نحن فيه. وعن الثاني أنَّ الوصف تابع فلا يجوز أن يكون الأصل تابعا له.

قال (وإذا أفرخ طير في أرض رجل فهو لمن أخذه) وكذا إذا باض فيها (وكذا إذا تكس فيها ظبي) لأنه مباح سبقت يده إليه ولأنَّه صيد وإن كان يؤخذ بغير حيلة والصيْد لمن أخذه، وكذا البيض؛ لأنه أصل الصيد ولهذا يجب الجزاء على المحرم بكسره أو شيه، وصاحب الأرض لم يعد أرضه فصار كتصبي شبكي للجفاف وكذا إذا دخل

الصَّيْدُ دَارِهِ أَوْ وَقَعَ مَا نُثِرَ مِنَ السُّكْرِ وَالذَّرَاهِمِ فِي ثِيَابِهِ مَا لَمْ يَكْفُهُ أَوْ كَانَ مُسْتَعِدًّا لَهُ،
بِخِلَافِ مَا إِذَا عَسَلَ النَّحْلُ فِي أَرْضِهِ لِأَنَّهُ عُدَّ مِنْ أَنْزَالِهِ فَيَمْلِكُهُ تَبَعًا لِأَرْضِهِ كَالشَّجَرِ
الثَّابِتِ فِيهَا وَالثَّرَابِ الْمُجْتَمِعِ فِي أَرْضِهِ بِجَرَيَانِ الْمَاءِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

الشرح:

قَالَ (وَإِذَا أَفْرَخَ طَيْرٌ فِي أَرْضِ رَجُلٍ إِنْ) إِذَا أَفْرَخَ طَيْرٌ فِي أَرْضِ رَجُلٍ وَلَمْ
يُعِدَّهَا لِدَلِّكَ لَمْ يَمْلِكْهُ (فَهُوَ لَمْ أَخْذَهُ، وَكَذَا إِذَا بَاضَ فِيهَا أَوْ تَكَسَّرَ فِيهَا ظَنِّي) وَفِي
بَعْضِ النُّسخ: تَكَسَّرَ فِيهَا ظَنِّي (لَأَنَّهُ مُبَاحٌ سَبَقَتْ يَدُهُ إِلَيْهِ) فَيَمْلِكُهُ (وَلَأَنَّهُ حِينَئِذٍ صَيْدٌ
وَالصَّيْدُ لَمْ أَخْذَهُ) بِالْحَدِيثِ، وَكَوْنُهُ يُؤْخَذُ بِغَيْرِ حِيلَةٍ لَا يُخْرِجُهُ عَنْ الصَّيْدِيَّةِ كَصَيْدِ
الْكَسْرِ رِجْلُهُ بِأَرْضِ الْإِنْسَانِ فَإِنَّهُ لِلْأَخِذِ دُونَ صَاحِبِ الْأَرْضِ وَالتَّكْسُّرُ: التَّسْتُرُ، وَمَعْنَاهُ
فِي الْأَصْلِ دَخَلَ فِي الْكَتَاسِ وَهُوَ مَوْضِعُ الظَّنِّي، وَمَعْنَى تَكَسَّرَ انْكَسَرَ رِجْلُهُ، وَقِيدَ
بِذَلِكَ حَتَّى لَوْ كَسَرَهُ أَحَدٌ فَهُوَ لَهُ (وَالْبَيْضُ فِي مَعْنَى الصَّيْدِ؛ لِأَنَّهُ أَصْلُهُ وَلِهَذَا يَجِبُ
الْجَزَاءُ عَلَى الْمُحَرِّمِ بِكَسَرِهِ أَوْ شَيْءٍ).

(قَوْلُهُ: وَصَاحِبُ الْأَرْضِ لَمْ يُعِدَّ أَرْضَهُ لِدَلِّكَ) إِشَارَةٌ إِلَى أَنَّهُ لَوْ أَعَدَّهَا لِدَلِّكَ بِأَنْ
حَفَرَهَا لَيَقَعَ فِيهَا أَوْ يَغَيِّرَ ذَلِكَ مِمَّا يُصَادُّ بِهِ كَانَ لَهُ، فَأَمَّا إِذَا لَمْ يُعِدَّهَا فَهِيَ كَشَبَكَةٍ
نُصِبَتْ لِلْجَفَافِ فَتَقَعَلُ بِهَا صَيْدٌ فَهُوَ لِلْأَخِذِ، وَكَذَا إِذَا دَخَلَ الصَّيْدُ دَارَهُ أَوْ وَقَعَ مَا نُثِرَ
مِنَ السُّكْرِ وَالذَّرَاهِمِ فِي ثِيَابِهِ مَا لَمْ يَكْفُهُ أَيْ يَضُمُّهُ إِلَى نَفْسِهِ (أَوْ كَانَ مُسْتَعِدًّا لَهُ،
بِخِلَافِ مَا إِذَا عَسَلَ النَّحْلُ فِي أَرْضِهِ) فَإِنَّ الْعَسَلَ لَصَاحِبِهَا (لَأَنَّهُ عُدَّ مِنْ أَنْزَالِهِ) أَيْ مِنْ
أَنْزَالِ الْأَرْضِ بِتَأْوِيلِ الْمَكَانِ؛ جَمْعُ نُزُلٍ: وَهُوَ الزِّيَادَةُ وَالْفَضْلُ مِنْهُ، وَالْفَرْقُ بَيْنَهُمَا أَنَّ
الْعَسَلَ صَارَ قَائِمًا بِأَرْضِهِ عَلَى وَجْهِ الْقَرَارِ فَصَارَ تَابِعًا لَهَا (كَالشَّجَرِ الثَّابِتِ فِيهَا وَالثَّرَابِ
الْمُجْتَمِعِ بِجَرَيَانِ الْمَاءِ) بِخِلَافِ الصَّيْدِ، وَاللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ.

كِتَابُ الصَّرْفِ

قَالَ (الصَّرْفُ هُوَ الْبَيْعُ إِذَا كَانَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْ عَوَضِيهِ مِنْ جِنْسِ الْأَثْمَانِ) سُمِّيَ بِهِ لِلْحَاجَةِ إِلَى النُّقْلِ فِي بَدَلِيهِ مِنْ يَدٍ إِلَى يَدٍ. وَالصَّرْفُ هُوَ النُّقْلُ وَالرُّدُّ لُغَةً، أَوْ لِأَنَّهُ لَا يُطْلَبُ مِنْهُ إِلَّا الزِّيَادَةُ إِذْ لَا يُنْتَفَعُ بِعَيْنِهِ، وَالصَّرْفُ هُوَ الزِّيَادَةُ لُغَةً كَذَا قَالَه الْخَلِيلُ وَمِنْهُ سُمِّيَتِ الْعِبَادَةُ النَّافِلَةُ صَرَفًا. قَالَ (فَإِنْ بَاعَ فِضَّةً بِفِضَّةٍ أَوْ ذَهَبًا بِذَهَبٍ لَا يَجُوزُ إِلَّا مِثْلًا بِمِثْلٍ وَإِنْ اخْتَلَفَا فِي الْجَوْدَةِ وَالصِّيَاغَةِ) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «الذَّهَبُ بِالذَّهَبِ مِثْلًا بِمِثْلٍ وَزَنًا بِوَزْنٍ يَدًا بِيَدٍ وَالْفُضْلُ رَبًّا» الْحَدِيثُ. وَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «جَيِّدُهَا وَرَدِيئُهَا سَوَاءٌ» وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ فِي الْبُيُوعِ..

الشرح:

الصَّرْفُ بَيْعٌ خَاصٌّ، وَهُوَ الَّذِي يَكُونُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنَ الْعَوَضَيْنِ مِنْ جِنْسِ الْأَثْمَانِ، وَقَدْ تَقَدَّمَ مَا يَدُلُّ عَلَى تَأْخِيرِهِ عَلَى السَّلَامِ فِي أَوَّلِ السَّلَامِ، وَسُمِّيَ هَذَا الْعَقْدُ صَرَفًا لِأَحَدِ الْمَعْنَيْنِ: إمَّا (لِلْحَاجَةِ إِلَى النُّقْلِ فِي بَدَلِيهِ مِنْ يَدٍ إِلَى يَدٍ. وَالصَّرْفُ هُوَ النُّقْلُ وَالرُّدُّ لُغَةً، وَإِمَّا؛ لِأَنَّهُ لَا يُطْلَبُ بِهِ إِلَّا الزِّيَادَةُ) يَعْنِي لَا يُطْلَبُ بِهَذَا الْعَقْدِ إِلَّا زِيَادَةٌ تَحْصُلُ فِيمَا يُقَابَلُهَا مِنَ الْجَوْدَةِ وَالصِّيَاغَةِ، إِذِ التَّقْوُدُ لَا يُنْتَفَعُ بِعَيْنِهَا كَمَا يُنْتَفَعُ بِغَيْرِهَا مِمَّا يُقَابَلُهَا مِنَ الْمَطْعُومِ وَالْمَلْبُوسِ وَالْمَرْكُوبِ، فَلَوْ لَمْ يُطْلَبُ بِهِ الزِّيَادَةُ وَالْعَيْنُ حَاصِلَةٌ فِي يَدِهِ مَا كَانَ فِيهِ فَائِدَةٌ أَصْلًا فَلَا يَكُونُ مَشْرُوعًا، وَقَدْ ذَلَّ عَلَى مَشْرُوعِيَّتِهِ قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ [البقرة: ٢٧٥]، وَقَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «الذَّهَبُ بِالذَّهَبِ» الْحَدِيثُ، وَإِذَا كَانَ الْمَطْلُوبُ بِهِ الزِّيَادَةَ (وَالصَّرْفُ هُوَ الزِّيَادَةُ لُغَةً، كَذَا قَالَه الْخَلِيلُ) نَاسَبَ أَنْ يُسَمَّى صَرَفًا (وَمِنْهُ) أَيُّ مِنْ كَوْنِ الصَّرْفِ هُوَ الزِّيَادَةُ لُغَةً (سُمِّيَتِ الْعِبَادَةُ النَّافِلَةُ صَرَفًا) قَالَ ﷺ «مَنْ اتَّمَى إِلَى غَيْرِ أَبِيهِ لَا يَقْبَلُ اللَّهُ مِنْهُ صَرَفًا وَلَا عَدْلًا» وَالْعَدْلُ هُوَ الْفَرَضُ، سُمِّيَ بِهِ لِكَوْنِهِ أَدَاءُ الْحَقِّ إِلَى الْمُسْتَحِقِّ.

وَشَرْطُهُ عَلَى الْإِجْمَالِ: التَّقَابُضُ قَبْلَ الْإِفْتِرَاقِ بَدَنًا، وَأَنْ لَا يَكُونَ فِيهِ خِيَارٌ وَلَا تَأْجِيلٌ. وَأَقْسَامُهُ ثَلَاثَةٌ: بَيْعُ الذَّهَبِ بِالذَّهَبِ، وَبَيْعُ الْفِضَّةِ بِالْفِضَّةِ، وَبَيْعُ أَحَدِهِمَا بِالْآخَرِ. قَالَ (فَإِنْ بَاعَ فِضَّةً بِفِضَّةٍ إِنْ بَاعَ رَجُلٌ فِضَّةً بِفِضَّةٍ أَوْ ذَهَبًا بِذَهَبٍ لَا يَجُوزُ إِلَّا مِثْلًا بِمِثْلٍ، وَإِنْ اخْتَلَفَا فِي الْجَوْدَةِ وَالصِّيَاغَةِ بِأَنْ يَكُونَ أَحَدُهُمَا أَجْوَدَ مِنْ

الْآخِرَ أَوْ أَحْسَنَ صِيَاغَةً لِقَوْلِهِ ﷺ «الذَّهَبُ بِالذَّهَبِ مَثَلًا بِمِثْلِ» الْحَدِيثَ، وَالْمُرَادُ بِهِ الْمُمَاتِلَةُ فِي الْقَدْرِ لَا فِي الصِّفَةِ لِقَوْلِهِ ﷺ «جَيِّدُهَا وَرَدِيئُهَا سَوَاءٌ» وَقَدْ ذَكَرَ ذَلِكَ فِي كِتَابِ الْبُيُوعِ فِي بَابِ الرَّبَا.

حَدَّثَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي أَوَّلِ كِتَابِ الصَّرْفِ فِي الْأَصْلِ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ عَنْ الْوَلِيدِ بْنِ سَرِيعٍ عَنْ أَنَسِ بْنِ مَالِكٍ قَالَ: أَتَى عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ ﷺ بِإِنَاءٍ كُسِرَ وَإِنِّي قَدْ أَحْكَمْتُ صِيَاغَتَهُ، فَبَعَثَنِي بِهِ لِأُبَيِّعَهُ، فَأَعْطَيْتُ بِهِ وَزَنَتْهُ وَزِيَادَةٌ فَذَكَرْتُ ذَلِكَ لِعُمَرَ فَقَالَ: أَمَّا الزِّيَادَةُ فَلَا.

قَالَ (وَلَا بُدَّ مِنْ قَبْضِ الْعَوَضَيْنِ قَبْلَ الْإِفْتِرَاقِ) لَمَّا رَوَيْنَا، وَلِقَوْلِ عُمَرَ ﷺ: وَإِنْ اسْتَنْظَرْتُكَ أَنْ يَدْخُلَ بَيْتُهُ فَلَا تُنْظَرُهُ، وَلِأَنَّهُ لَا بُدَّ مِنْ قَبْضِ أَحَدِهِمَا لِيُخْرَجَ الْعَقْدُ عَنْ الْكَالِيِّ بِالْكَالِيِّ ثُمَّ لَا بُدَّ مِنْ قَبْضِ الْآخَرِ تَحْقِيقًا لِلْمُسَاوَاةِ فَلَا يَتَحَقَّقُ الرَّبَا، وَلِأَنَّ أَحَدَهُمَا لَيْسَ بِأَوَّلَى مِنَ الْآخَرِ فَوَجِبَ قَبْضُهُمَا سَوَاءً كَانَا يَتَعَيَّنَانِ كَالْمَصُوغِ أَوْ لَا يَتَعَيَّنَانِ كَالْمَضْرُوبِ أَوْ يَتَعَيَّنُ أَحَدُهُمَا وَلَا يَتَعَيَّنُ الْآخَرُ لِإِطْلَاقِ مَا رَوَيْنَا، وَلِأَنَّهُ إِنْ كَانَ يَتَعَيَّنُ فَفِيهِ شُبْهَةٌ عَدَمِ التَّعَيُّنِ لِكَوْنِهِ ثَمَنًا خَلَقَتْهُ فَيُشْتَرَطُ قَبْضُهُ اعْتِبَارًا لِلشُّبْهَةِ فِي الرَّبَا، وَالْمُرَادُ مِنْهُ الْإِفْتِرَاقُ بِالْأَبْدَانِ، حَتَّى لَوْ ذَهَبَا عَنِ الْمَجْلِسِ يَمْشِيَانِ مَعًا فِي جِهَةٍ وَاحِدَةٍ أَوْ نَامَا فِي الْمَجْلِسِ أَوْ أَعْمِيَ عَلَيْهِمَا لَا يَبْطُلُ الصَّرْفُ لِقَوْلِ ابْنِ عُمَرَ ﷺ: وَإِنْ وَثَبَ مِنْ سَطْحٍ فَثَبَ مَعَهُ، وَكَذَا الْمُعْتَبَرُ مَا ذَكَرْنَاهُ فِي قَبْضِ رَأْسِ مَالِ السَّلَمِ، بِخِلَافِهِ خِيَارِ الْمُخَيَّرَةِ لِأَنَّهُ يَبْطُلُ بِالْإِعْرَاضِ فِيهِ.

الشرح:

قَالَ (وَلَا بُدَّ مِنْ قَبْضِ الْعَوَضَيْنِ قَبْلَ الْإِفْتِرَاقِ) قَبْضُ عَوَضِ الصَّرْفِ قَبْلَ الْإِفْتِرَاقِ بِالْأَبْدَانِ وَاجِبٌ بِالْمَنْقُولِ وَهُوَ (مَا رَوَيْنَا مِنْ قَوْلِهِ «يَدًا بِيَدٍ» وَقَوْلُ عُمَرَ ﷺ: وَإِنْ اسْتَنْظَرْتُكَ أَنْ يَدْخُلَ بَيْتُهُ فَلَا تُنْظَرُهُ) وَهُوَ فِي الدَّلَالَةِ عَلَى وَجُوبِ الْقَبْضِ كَمَا تَرَى. وَبِالْمَنْقُولِ وَهُوَ (أَنَّهُ لَا بُدَّ مِنْ قَبْضِ أَحَدِهِمَا إِخْرَاجًا لِلْعَقْدِ عَنِ الْكَالِيِّ بِالْكَالِيِّ وَذَلِكَ يَسْتَلْزِمُ قَبْضَ الْآخَرِ تَحْقِيقًا لِلْمُسَاوَاةِ نَفْيًا لِتَحَقُّقِ الرَّبَا).

(قَوْلُهُ: فِي الْكِتَابِ فَلَا يَتَحَقَّقُ الرَّبَا) قِيلَ هُوَ مَنْصُوبٌ بِجَوَابِ النَّفْيِ وَهُوَ قَوْلُهُ: ثُمَّ لَا بُدَّ (قَوْلُهُ: وَلِأَنَّ أَحَدَهُمَا) دَلِيلٌ آخَرُ، وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ أَحَدَ الْعَوَضَيْنِ لَيْسَ أَوَّلَى بِالْقَبْضِ

مِنَ الْآخِرِ فَيَجِبُ قَبْضُهُمَا مَعًا (وَلَا فَرْقَ فِي ذَلِكَ مَا كَانَا يَتَعَيَّنَانِ كَالْمَصُوغِ أَوْ لَا يَتَعَيَّنَانِ كَالْمَضْرُوبِ أَوْ يَتَعَيَّنُ أَحَدُهُمَا دُونَ الْآخَرِ لِإِطْلَاقِ مَا رَوَيْنَا) وَهُوَ قَوْلُهُ: عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «الذَّهَبُ بِالذَّهَبِ» الْحَدِيثَ، وَهُوَ يَتَنَاوَلُ الْمَصُوغَ وَغَيْرَهُ (قَوْلُهُ: وَلَئِنَّهُ إِنْ كَانَ يَتَعَيَّنُ إِنْ جَوَابُ عَمَّا يُقَالُ بَيْعُ الْمَضْرُوبِ بِالْمَضْرُوبِ بِلَا قَبْضٍ لَا يَصِحُّ؛ لِأَنَّهُ كَالْيِّ بِكَالِيٍّ، وَيَبْعُ الْمَصُوغَ بِالْمَصُوغِ لَيْسَ كَذَلِكَ لَتَعَيُّنِهِ بِالتَّعَيُّنِ. وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ الْمَصُوغَ وَإِنْ كَانَ يَتَعَيَّنُ فَفِيهِ شُبْهَةٌ عَدَمِ التَّعَيُّنِ لَكَوْنِهِ ثَمَّنًا خِلَقَةً فَيَشْتَرِطُ قَبْضُهُ اعْتِبَارًا لِلشُّبْهَةِ فِي الرِّبَا.

فَإِنْ قِيلَ: فَعَلَى هَذَا التَّقْرِيرِ يَلْزَمُ فِي بَيْعِ الْمَضْرُوبِ بِالْمَصُوغِ نَسِيئَةٌ شُبْهَةٌ الشُّبْهَةِ؛ لِأَنَّ فِي بَيْعِ الْمَضْرُوبِ بِالْمَضْرُوبِ نَسِيئَةً شُبْهَةَ الْفَضْلِ، فَإِذَا بَاعَ مَضْرُوبٌ بِمَصُوغٍ نَسِيئَةً وَهُوَ مِمَّا يَتَعَيَّنُ كَانَ بِالْظُّرِّ إِلَى كَوْنِهِ خُلِقَ ثَمَّنًا شُبْهَةً عَدَمِ التَّعَيُّنِ وَتِلْكَ شُبْهَةٌ زَائِدَةٌ عَلَى الشُّبْهَةِ الْأُولَى وَالشُّبْهَةُ هِيَ الْمُعْتَبَرَةُ دُونَ النَّازِلِ عَنْهَا. أُجِيبَ بِأَنَّ عَدَمَ الْجَوَازِ فِي الْمَضْرُوبِ نَسِيئَةً بِقَوْلِهِ «يَدَا يَبِيدُ» لَا بِالشُّبْهَةِ؛ لِأَنَّ الْحُكْمَ فِي مَوْضِعِ النَّصِّ مُضَافٌ إِلَيْهِ لَا إِلَى الْعِلَةِ فَتَكُونُ الْحُرْمَةُ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ بِاعْتِبَارِ الشُّبْهَةِ (وَالْمُرَادُ بِالْإِفْتِرَاقِ مَا يَكُونُ بِالْأَبْدَانِ حَتَّى لَوْ مَشْيًا مَعًا إِلَى جِهَةٍ وَاحِدَةٍ أَوْ نَامَا فِي الْمَجْلِسِ أَوْ أَعْمَى عَلَيْهِمَا لَا يَنْطَلُ الصَّرْفُ لِقَوْلِ ابْنِ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا: وَإِنْ وَتَبَ مِنْ سَطْحٍ فِتْبَ مَعَهُ) وَقِصَّتُهُ مَا رَوَى عَنْ أَبِي جَبَلَةَ.

قَالَ: سَأَلْتُ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا فَقُلْتُ: إِنَّا نَقْدُمُ أَرْضَ الشَّامِ وَمَعَنَا الْوَرَقُ الثَّقَالُ الثَّانِفَةُ وَعِنْدَهُمُ الْوَرَقُ الْكَاسِدَةُ فَنَبْتَاعُ وَرَقَهُمُ الْعَشْرَةَ بِتِسْعَةٍ وَنَصْفٍ، فَقَالَ: لَا تَفْعَلْ، وَلَكِنْ بَعْ وَرَقَكَ بِذَهَبٍ وَاشْتَرِ وَرَقَهُمُ بِالذَّهَبِ، وَلَا تُفَارِقْهُ حَتَّى تَسْتَوْفِيَ، وَإِنْ وَتَبَ مِنْ سَطْحٍ فِتْبَ مَعَهُ. وَفِيهِ دَلِيلٌ عَلَى أَنَّ الْمُفْتِيَ إِذَا بَيَّنَّ جَوَابَ مَا سُئِلَ عَنْهُ لَا بَأْسَ أَنْ يُبَيِّنَ لِلسَّائِلِ الطَّرِيقَ الْمُحْصِلَ لِمَقْصُودِهِ مَعَ التَّحَرُّزِ عَنِ الْحَرَامِ، وَلَا يَكُونُ ذَلِكَ مِمَّا هُوَ مَذْمُومٌ مِنْ تَعْلِيمِ الْحِيلِ. وَقَيَّدَ مَشْيُهُمَا بِجِهَةٍ وَاحِدَةٍ؛ لِأَنَّهُ لَوْ مَشْيًا إِلَى جِهَتَيْنِ يُوجِبُ تَفَرُّقَ الْأَبْدَانِ، وَهَذَا الْمَذْكُورُ مِنَ التَّفَرُّقِ هُوَ الْمُعْتَبَرُ فِي قَبْضِ رَأْسِ مَالِ السَّلَمِ (قَوْلُهُ: بِخِلَافِ خِيَارِ الْمُخَيَّرَةِ) يَرْجِعُ إِلَى قَوْلِهِ لَمْ يَنْطَلُ الصَّرْفُ يُرِيدُ أَنْ مَشْيَ الْمُخَيَّرَةِ مَعَ زَوْجِهَا وَإِنْ كَانَ إِلَى جِهَةٍ وَاحِدَةٍ يُنْطَلُ خِيَارُهَا؛ لِأَنَّهُ يَنْطَلُ بِالْإِعْرَاضِ.

(وَإِنْ بَاعَ الذَّهَبَ بِالْفِضَّةِ جَازَ التَّفَاضُلُ) لَعَدَمِ الْمُجَانَسَةِ (وَوَجِبَ التَّقَابُضُ) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «الذَّهَبُ بِالْوَرَقِ رَبًّا إِلَّا هَاءَ وَهَاءَ» (فَإِنْ افْتَرَقَا فِي الصَّرْفِ قَبْلَ قَبْضِ الْعَوْضَيْنِ أَوْ أَحَدِهِمَا بَطَلَ الْعَقْدُ) لِفَوَاتِ الشَّرْطِ وَهُوَ الْقَبْضُ وَلِهَذَا لَا يَصِحُّ شَرْطُ الْخِيَارِ فِيهِ وَلَا الْأَجَلُ لِأَنَّ بِأَحَدِهِمَا لَا يَبْقَى الْقَبْضُ مُسْتَحَقًّا وَبِالْثَّانِي يَفُوتُ الْقَبْضُ الْمُسْتَحَقُّ، إِلَّا إِذَا أُسْقِطَ الْخِيَارُ فِي الْمَجْلِسِ فَيَعُودُ إِلَى الْجَوَازِ لِارْتِفَاعِهِ قَبْلَ تَقَرُّرِهِ وَفِيهِ خِلَافٌ زُفَرَ رَحِمَهُ اللَّهُ.

الشرح:

(وَإِنْ بَاعَ الذَّهَبَ بِالْفِضَّةِ جَازَ التَّفَاضُلُ لَعَدَمِ الْمُجَانَسَةِ وَوَجِبَ التَّقَابُضُ لِقَوْلِهِ ﷺ «الذَّهَبُ بِالْوَرَقِ رَبًّا إِلَّا هَاءَ وَهَاءَ») عَلَى وَزْنِ هَاعَ بِمَعْنَى خُذْ وَمِنْهُ قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿هَآؤُمْ أَقْرَأُ وَكِتَابِي﴾ [الحاقة: ١٩] (قَوْلُهُ: فَإِنْ افْتَرَقَا فِي الصَّرْفِ) مُتَعَلِّقٌ بِقَوْلِهِ وَلَا بُدَّ مِنْ قَبْضِ الْعَوْضَيْنِ: يَعْنِي لِبَقَاءِ الْعَقْدِ، فَإِنْ افْتَرَقَا قَبْلَ قَبْضِ الْعَوْضَيْنِ أَوْ أَحَدِهِمَا بَطَلَ الْعَقْدُ لِفَوَاتِ شَرْطِ الْبَقَاءِ وَهَذَا صَحِيحٌ، بِخِلَافِ قَوْلِ مَنْ يَقُولُ إِنَّ الْقَبْضَ شَرْطُ الْمَصَحَّةِ، فَإِنَّ شَرْطَ الشَّيْءِ يَسْبِقُهُ وَالْقَبْضُ إِنَّمَا هُوَ بَعْدَ الْعَقْدِ.

وَمَا أُجِيبَ بِهِ بِأَنَّ شَرْطَ الْجَوَازِ مَا يُشْتَرَطُ مُقَارِنًا لِحَالَةِ الْعَقْدِ، إِلَّا أَنَّ اشْتِرَاطَ الْقَبْضِ مُقَارِنًا لِحَالَةِ الْعَقْدِ مِنْ حَيْثُ الْحَقِيقَةُ غَيْرُ مُمَكِّنٍ مِنْ غَيْرِ تَرَاضٍ لِمَا فِيهِ مِنْ إِبْتِاتِ الْيَدِ عَلَى مَالِ الْغَيْرِ بِغَيْرِ رِضَاهُ، فَعَلَقْنَا الْجَوَازَ بِقَبْضٍ يُوجَدُ فِي الْمَجْلِسِ؛ لِأَنَّ لِمَجْلِسِ الْعَقْدِ حُكْمَ حَالَةِ الْعَقْدِ كَمَا فِي الْإِجَابِ وَالْقَبُولِ، فَصَارَ الْقَبْضُ الْمَوْجُودُ بَعْدَ الْعَقْدِ فِي مَجْلِسِهِ كَالْمَوْجُودِ وَقْتَ الْعَقْدِ حُكْمًا، وَلَوْ كَانَ مَوْجُودًا وَقْتَ الْعَقْدِ مِنْ حَيْثُ الْحَقِيقَةُ كَانَ شَرْطُ الْجَوَازِ، فَكَذَا إِذَا كَانَ مَوْجُودًا حُكْمًا فَعَلَى مَا تَرَى فِيهِ مِنَ التَّمَحُّلِ مَعَ حُصُولِ الْمَقْصُودِ بِجَعْلِهِ شَرْطَ الْبَقَاءِ (وَلِهَذَا) أَيْ وَلِأَنَّ الْإِفْتِرَاقَ بِلَا قَبْضٍ مُبْطِلٌ (لَا يَصِحُّ شَرْطُ الْخِيَارِ فِي الصَّرْفِ وَلَا الْأَجَلُ) بِأَنَّ يَقُولُ اشْتَرَيْتَ هَذَا الدِّينَارَ بِهَذِهِ الدَّرَاهِمِ عَلَى أَنِّي بِالْخِيَارِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ أَوْ قَالَ إِلَى شَهْرٍ؛ (لَأَنَّ بِالْخِيَارِ لَا يَبْقَى الْقَبْضُ مُسْتَحَقًّا) لَمَنْعِهِ الْمِلْكَ (وَبِالْأَجَلِ يَفُوتُ الْقَبْضُ الْمُسْتَحَقُّ) وَالْفَرْقُ بَيْنَ الْعِبَارَتَيْنِ أَنَّ فِي الْخِيَارِ يَتَأَخَّرُ الْقَبْضُ إِلَى زَمَانٍ سُقُوطِهِ فَلَمْ يَكُنْ فِي الْحَالِ مُسْتَحَقًّا وَفِي الْأَجَلِ ذَكَرَ فِي الْعَقْدِ مَا يُنَافِي الْقَبْضَ، وَذَكَرُ مَنَافِي الشَّيْءِ مَفُوتٌ لَهُ، كَذَا قِيلَ، وَكَأَنَّهُ رَاجِعٌ إِلَى أَنَّ فِي الْأَوَّلِ

اسْتَحْقَاقَ الْقَبْضِ فَائَتْ.

وَفِي الثَّانِي الْقَبْضُ الْمُسْتَحَقُّ شَرْعًا فَائَتْ (قَوْلُهُ: إِلَّا إِذَا أُسْقِطَ فِي الْمَجْلِسِ) يَعْنِي مِنْهُمَا إِنْ كَانَ الْخِيَارُ لهُمَا أَوْ مِمَّنْ لَهُ ذَلِكَ (فَيَعُودُ إِلَى الْجَوَازِ لَارْتِفَاعِهِ قَبْلَ تَقَرُّرِهِ) اسْتَحْسَانًا خِلَافًا لَزَفَرٍ رَحِمَهُ اللَّهُ وَهُوَ الْقِيَاسُ، وَإِنْ أُسْقِطَ الْأَجَلُ فَكَذَلِكَ، وَإِنْ أُسْقِطَ أَحَدُهُمَا فَكَذَلِكَ فِي ظَاهِرِ الرَّوَايَةِ.

وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّ صَاحِبَ الْأَجَلِ إِذَا أُسْقِطَ الْأَجَلُ لَمْ يَصِحَّ حَتَّى يَرْضَى صَاحِبُهُ، وَالْفَرْقُ يُعْرَفُ فِي شَرْحِ الْقُدُورِيِّ لِمُخْتَصَرِ الْكَرْخِيِّ، وَقَيْدَ بَشْرَطِ الْخِيَارِ؛ لِأَنَّ خِيَارَ الْعَيْبِ وَالرُّوْيَةِ يَثْبُتَانِ فِي الصَّرْفِ كَمَا فِي سَائِرِ الْعُقُودِ، إِلَّا أَنَّ خِيَارَ الرُّوْيَةِ لَا يَثْبُتُ إِلَّا فِي الْعَيْنِ لَا الدِّينِ فَإِنَّهُ لَا فَائِدَةَ فِي رَدِّهِ بِالْخِيَارِ إِذِ الْعَقْدُ لَا يَنْفَسِخُ بِرَدِّهِ وَإِنَّمَا يَرْجِعُ بِمِثْلِهِ، وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ الْمَقْبُوضُ مِثْلَ الْمَرْدُودِ أَوْ ذُوئُهُ فَلَا يُفِيدُ الرَّدَّ فَائِدَةً.

قَالَ (وَلَا يَجُوزُ التَّصَرُّفُ فِي ثَمَنِ الصَّرْفِ قَبْلَ قَبْضِهِ، حَتَّى يُوْبَعَ دِينَارًا بِعَشْرَةِ دَرَاهِمٍ وَلَمْ يَقْبِضْ الْعَشْرَةَ حَتَّى اشْتَرَى بِهَا ثَوْبًا فَالْبَيْعُ فِي الثَّوْبِ فَاسِدٌ) لِأَنَّ الْقَبْضَ مُسْتَحَقًّا بِالْعَقْدِ حَقًّا لِلَّهِ تَعَالَى، وَفِي تَجْوِيزِهِ قَوَاتُهُ، وَكَانَ يَنْبَغِي أَنْ يَجُوزَ الْعَقْدُ فِي الثَّوْبِ كَمَا نُقِلَ عَنْ زُفَرٍ، لِأَنَّ الدَّرَاهِمَ لَا تَتَعَيَّنُ فَيَنْصَرِفُ الْعَقْدُ إِلَى مُطْلَقِهَا، وَلَكِنَّا نَقُولُ: الثَّمَنُ فِي بَابِ الصَّرْفِ مَبِيعٌ لِأَنَّ الْبَيْعَ لَا بُدَّ لَهُ مِنْهُ وَلَا شَيْءَ سِوَى الثَّمَنِ فَيَجْعَلُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَبِيعًا لَعَدَمِ الْأَوَلَوِيَّةِ وَبَيْعِ الْمَبِيعِ قَبْلَ الْقَبْضِ لَا يَجُوزُ، وَلَيْسَ مِنْ ضَرُورَةِ كَوْنِهِ مَبِيعًا أَنْ يَكُونَ مُتَعَيَّنًا كَمَا فِي الْمُسْلِمِ فِيهِ.

الشرح:

قَالَ (وَلَا يَجُوزُ التَّصَرُّفُ فِي ثَمَنِ الصَّرْفِ قَبْلَ قَبْضِهِ إلخ) التَّصَرُّفُ فِي ثَمَنِ الصَّرْفِ قَبْلَ قَبْضِهِ لَا يَجُوزُ، فَإِذَا بَاعَ دِينَارًا بِعَشْرَةِ دَرَاهِمٍ، وَلَمْ يَقْبِضْ الْعَشْرَةَ حَتَّى اشْتَرَى بِهَا ثَوْبًا فَسَدَ الْبَيْعُ فِي الثَّوْبِ لِقَوَاتِ الْقَبْضِ الْمُسْتَحَقِّ بِالْعَقْدِ حَقًّا لِلَّهِ تَعَالَى إِذِ الرَّبَا حَرَامٌ حَقًّا لِلَّهِ، وَالْقِيَاسُ يَقْتَضِي جَوَازَهُ كَمَا نُقِلَ عَنْ زُفَرٍ؛ لِأَنَّ الدَّرَاهِمَ لَا تَتَعَيَّنُ عَيْنًا كَانَتْ أَوْ دَيْنًا فَيَنْصَرِفُ الْعَقْدُ إِلَى مُطْلَقِ الدَّرَاهِمِ، إِذِ الْإِطْلَاقُ وَالْإِضَافَةُ إِلَى بَدَلِ الصَّرْفِ إِذْ ذَاكَ سَوَاءٌ، وَإِنَّمَا قَالَ عَنْ زُفَرٍ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ مِنْ مَذْهَبِهِ كَمَذْهَبِ الْعُلَمَاءِ الثَّلَاثَةِ، وَلَكِنَّا نَقُولُ: الثَّمَنُ فِي بَابِ الصَّرْفِ مَبِيعٌ؛ لِأَنَّ الصَّرْفَ يَبِيعُ وَلَا بُدَّ فِيهِ مِنْ مَبِيعٍ

وَمَا تَمَّةٌ سِوَى الثَّمَنِ وَلَيْسَ أَحَدُهُمَا أَوْلَى بِكَوْنِهِ مَبِيعًا فَيَجْعَلُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَبِيعًا مِنْ وَجْهِ وَثَمَنًا مِنْ وَجْهِ وَإِنْ كَانَا ثَمَنَيْنِ خِلَقَةً، وَبَيْعُ الْمَبِيعِ قَبْلَ الْقَبْضِ لَا يَجُوزُ كَمَا فَعَلْنَا فِي الْمَقَايِضَةِ، وَاعْتَبَرْنَا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ثَمَنًا مِنْ وَجْهِ مَبِيعًا مِنْ وَجْهِ ضَرُورَةَ انْعِقَادِ الْبَيْعِ وَإِنْ كَانَ كُلُّ وَاحِدٍ مَبِيعًا حَقِيقَةً.

قِيلَ لَا نُسَلِّمُ عَدَمَ الْأَوَّلِيَّةِ فَإِنَّ مَا دَخَلَهُ الْبَاءُ أَوْلَى بِالْثَمَنِ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ ذَلِكَ فِي الْأَثْمَانِ الْجَعْلِيَّةِ كَالْمَكِيلَاتِ وَالْمُوزُونَاتِ الَّتِي هِيَ غَيْرُ الدَّرَاهِمِ وَالْذَّنَانِيرِ إِذَا كَانَتْ دَيْنًا فِي الذِّمَّةِ لَا فِي الْأَثْمَانِ الْخَلْقِيَّةِ.

قَالَ (وَلَيْسَ مِنْ ضَرُورَةِ كَوْنِهِ) جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ لَوْ كَانَ بَدَلُ الصَّرْفِ مَبِيعًا وَجَبَ أَنْ يَكُونَ مُتَعَيَّنًا، فَقَالَ كَوْنُهُ مَبِيعًا لَا يَسْتَلْزِمُ التَّعْيِينَ، فَإِنَّ الْمُسْلِمَ فِيهِ مَبِيعٌ بِالْإِتِّفَاقِ وَلَيْسَ بِمُتَعَيَّنٍ.

وَعُورِضٌ بِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لَوْ كَانَ مَبِيعًا لَا يُشْتَرَطُ قِيَامُ الْمَلِكِ فِيهِمَا وَقْتُ الْعَقْدِ وَلَيْسَ كَذَلِكَ، فَإِنَّهُ لَوْ بَاعَ دِينَارًا بِدَرَاهِمٍ وَلَيْسَا فِي مِلْكِهِمَا فَاسْتَقْرَضَا فِي الْمَجْلِسِ وَافْتَرَقَا عَنْ قَبْضِ صَحٍّ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ الدَّرَاهِمَ وَالْذَّنَانِيرَ حَالَةَ الْعَقْدِ ثَمَنٌ مِنْ كُلِّ وَجْهِ، وَإِنَّمَا أُعْتَبِرَ مُثْمَنًا بَعْدَ الْعَقْدِ لَضَرُورَةِ الْعَقْدِ فَيَجْعَلُ مُثْمَنًا بَعْدَهُ ثَمَنًا قَبْلَهُ فَلَا يُشْتَرَطُ وُجُودُهُ قَبْلَهُ.

قَالَ (وَيَجُوزُ بَيْعُ الذَّهَبِ بِالْفِضَّةِ مُجَازَفَةً) لِأَنَّ الْمُسَاوَاةَ غَيْرَ مَشْرُوطَةٍ فِيهِ وَلَكِنْ يُشْتَرَطُ الْقَبْضُ فِي الْمَجْلِسِ لَمَّا ذَكَرْنَا، بِخِلَافِ بَيْعِهِ بِجِنْسِهِ مُجَازَفَةً لَمَّا فِيهِ مِنْ احْتِمَالِ الرِّبَا.

الشرح:

قَالَ (وَيَجُوزُ بَيْعُ الذَّهَبِ بِالْفِضَّةِ مُجَازَفَةً) إِذَا كَانَ الصَّرْفُ بِغَيْرِ الْجِنْسِ صَحًّا مُجَازَفَةً؛ لِأَنَّ الْمُسَاوَاةَ فِيهِ غَيْرُ مَشْرُوطَةٍ، لَكِنَّ الْقَبْضَ شَرْطٌ؛ لِقَوْلِهِ ﷺ «الذَّهَبُ بِالْوَرَقِ رَبًّا إِلَّا هَاءَ وَهَاءَ» وَهُوَ وَالْمَعْقُولُ الْمُتَقَدِّمُ مُرَادًا بِقَوْلِهِ لَمَّا ذَكَرْنَا، بِخِلَافِ بَيْعِهِ بِجِنْسِهِ مُجَازَفَةً فَإِنَّهُ لَا يَجُوزُ إِذَا لَمْ يَعْرِفِ الْمُتَعَاقِدَانِ قَدْرَهُمَا وَإِنْ كَانَا مُتَسَاوَيْنِ فِي الْوِزْنِ فِي الْوَاقِعِ؛ لِأَنَّ الْعِلْمَ بِتَسَاوِيهِمَا حَالَةَ الْعَقْدِ شَرْطٌ صِحَّتِهِ؛ لِأَنَّ الْفَضْلَ حِينَئِذٍ مَوْهُومٌ وَالْمَوْهُومُ فِي هَذَا الْبَابِ كَالْمُتَحَقِّقِ، وَالتَّبَيُّ ﷺ لَمْ يُرِدْ الْمُمَاتِلَةَ فِي عِلْمِ اللَّهِ؛ لِأَنَّهُ لَا سَبِيلَ

إِلَى ذَلِكَ، وَإِنَّمَا أَرَادَ الْمُمَائِلَةَ فِي عِلْمِ الْعَاقِدَيْنِ وَلَمْ تُوجَدْ؛ وَإِنْ لَمْ تُوجَدْ، فَإِنْ كَانَا وَزَنَّا فِي الْمَجْلِسِ وَعِلْمًا فِي الْمَجْلِسِ تَسَاوَيْهُمَا كَانَ الْقِيَاسُ أَنْ لَا يَجُوزَ لَوْفُوعِ الْعَقْدِ فَاسِدًا فَلَا يَنْقَلِبُ جَائِزًا لَكِنَّهُمْ اسْتَحْسَنُوا جَوَازَهُ؛ لِأَنَّ سَاعَاتِ الْمَجْلِسِ كَسَاعَةِ وَاحِدَةٍ. وَقَالَ زُفَرٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: إِذَا عُرِفَ التَّسَاوِي بِالْوِزْنِ جَازَ سَوَاءٌ كَانَ فِي الْمَجْلِسِ أَوْ بَعْدَهُ؛ لِأَنَّ الشَّرْطَ هُوَ الْمُمَائِلَةُ وَالْفَرَضُ وَجُودُهَا فِي الْوَاقِعِ. وَالْجَوَابُ مَا قُلْنَا إِنَّ الْمُرَادَ بِهَا مَا هُوَ فِي عِلْمِهِمَا.

قَالَ (وَمَنْ بَاعَ جَارِيَةً قِيمَتَهَا أَلْفُ مِثْقَالٍ فِضَّةً وَفِي عُنُقِهَا طَوْقٌ فِضَّةٌ قِيمَتُهُ أَلْفُ مِثْقَالٍ بِأَلْفِي مِثْقَالٍ فِضَّةً وَنَقَدَ مِنَ الثَّمَنِ أَلْفَ مِثْقَالٍ ثُمَّ افْتَرَقَا فَالَّذِي نَقَدَ ثَمَنَ الْفِضَّةِ) لِأَنَّ قَبْضَ حِصَّةِ الطَّوْقِ وَاجِبٌ فِي الْمَجْلِسِ لِكَوْنِهِ بَدَلُ الصَّرْفِ، وَالظَّاهِرُ مِنْهُ الْإِتْيَانُ بِالْوَاجِبِ (وَكَذَا لَوْ اشْتَرَاهَا بِأَلْفِي مِثْقَالٍ أَلْفَ نَسِيئَةٍ وَأَلْفٍ نَقْدًا فَالْثَّقَدُ ثَمَنُ الطَّوْقِ) لِأَنَّ الْأَجَلَ بَاطِلٌ فِي الصَّرْفِ جَائِزٌ فِي بَيْعِ الْجَارِيَةِ، وَالْمُبَاشَرَةُ عَلَى وَجْهِ الْجَوَازِ وَهُوَ الظَّاهِرُ مِنْهُمَا (وَكَذَلِكَ إِنْ بَاعَ سَيْفًا مُحَلًى بِمِائَةِ دِرْهَمٍ وَحَلِيَّتُهُ خَمْسُونَ فَدَفَعَ مِنَ الثَّمَنِ خَمْسِينَ جَازَ الْبَيْعُ وَكَانَ الْمَقْبُوضُ حِصَّةَ الْفِضَّةِ وَإِنْ لَمْ يُبَيِّنْ ذَلِكَ لَمَّا بَيَّنَّا، وَكَذَلِكَ إِنْ قَالَ: خُذْ هَذِهِ الْخَمْسِينَ مِنَ ثَمَنِيهَا) لِأَنَّ الْاِثْنَيْنِ قَدْ يُرَادُ بِذِكْرِهِمَا الْوَاحِدُ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿تَخْرِجُ مِنْهَا اللَّوْلُؤَ وَالْمَرْجَانَ﴾ [الرحمن: ٢٢] وَالْمُرَادُ أَحَدُهُمَا فَيُحْمَلُ عَلَيْهِ لظَاهِرِ حَالِهِ (فَإِنْ لَمْ يَتَقَابَضَا حَتَّى افْتَرَقَا بَطَلَ الْعَقْدُ فِي الْحَلِيَّةِ) لِأَنَّهُ صَرَفٌ فِيهَا (وَكَذَا فِي السَّيْفِ إِنْ كَانَ لَا يَتَخَلَّصُ إِلَّا بِضَرَرٍ) لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُ تَسْلِيمَهُ بِدُونِ الضَّرَرِ وَلِهَذَا لَا يَجُوزُ إِفْرَادُهُ بِالْبَيْعِ كَالْجِدْعِ فِي السَّقْفِ (وَإِنْ كَانَ يَتَخَلَّصُ بِغَيْرِ ضَرَرٍ جَازَ الْبَيْعُ فِي السَّيْفِ وَبَطَلَ فِي الْحَلِيَّةِ) لِأَنَّهُ أَمَكَّنَ إِفْرَادَهُ بِالْبَيْعِ فَصَارَ كَالطَّوْقِ وَالْجَارِيَةِ، وَهَذَا إِذَا كَانَتْ الْفِضَّةُ الْمُفْرَدَةُ أَزِيدَ مِمَّا فِيهِ، فَإِنْ كَانَتْ مِثْلَهُ أَوْ أَقَلَّ مِنْهُ أَوْ لَا يَدْرِي لَا يَجُوزُ الْبَيْعُ لِلرَّبَا أَوْ لَاحْتِمَالِهِ، وَجِهَتُ الصَّحَّةِ مِنْ وَجْهِ وَجِهَتِ الْفَسَادِ مِنْ وَجْهَيْنِ فَتَرَجَّحَتْ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ بَاعَ جَارِيَةً قِيمَتَهَا أَلْفُ مِثْقَالٍ فِضَّةً إلخ) الْجَمْعُ بَيْنَ الثُّنُودِ وَغَيْرِهَا فِي الْبَيْعِ لَا يُخْرِجُ الثُّنُودَ عَنْ كَوْنِهَا صَرَفًا بِمَا يُقَابَلُهَا مِنَ الثَّمَنِ بَاعَ جَارِيَةً قِيمَتَهَا أَلْفُ

مِثْقَالِ فِضَّةٍ وَفِي عُنُقِهَا طَوْقُ فِضَّةٍ فِيهِ أَلْفُ مِثْقَالٍ بِأَلْفِي مِثْقَالٍ وَتَقْدَرُ مِنَ الثَّمَنِ أَلْفُ مِثْقَالٍ ثُمَّ افْتَرَقَا فَالَّذِي تَقْدَرُ ثَمَنُ الْفِضَّةِ؛ لِأَنَّ قَبْضَ حِصَّةِ الطَّوْقِ فِي الْمَجْلِسِ وَاجِبٌ حَقًّا لِلشَّرْعِ لِكَوْنِهِ بَدَلُ الصَّرْفِ، وَقَبْضُ ثَمَنِ الْجَارِيَةِ لَيْسَ بِوَاجِبٍ وَلَا مُعَارَضَةً بَيْنَ الْوَاجِبِ وَغَيْرِهِ، وَالظَّاهِرُ مِنْ حَالِ الْمُسْلِمِ الْإِثْنَانِ بِالْوَجِبِ تَفْرِيعًا لِلذَّمَّةِ، كَمَا إِذَا تَرَكَ سَجْدَةً صَلَاتِيَّةً وَسَهَا أَيْضًا ثُمَّ أَتَى بِسَجْدَتَيْ السَّهْوِ وَسَلَّمْ تُصَرَّفُ إِحْدَى سَجْدَتَيْ السَّهْوِ إِلَى الصَّلَاتِيَّةِ، وَإِنْ لَمْ يَتَوَهَّأْ لِيَكُونَ الْإِثْنَانُ بِهَا عَلَى وَجْهِ الصَّحَّةِ، وَكَذَا لَوْ اشْتَرَاهَا بِأَلْفِي مِثْقَالِ أَلْفِ نَسِيئَةٍ وَأَلْفُ تَقْدَرُ فَالتَّقْدَرُ ثَمَنُ الطَّوْقِ؛ لِأَنَّ الْأَجَلَ بَاطِلٌ فِي الصَّرْفِ جَائِزٌ فِي بَيْعِ الْجَارِيَةِ، وَالظَّاهِرُ مِنْ حَالِهِمَا الْمُبَاشَرَةُ عَلَى وَجْهِ الْجَوَازِ، وَكَذَا لَوْ بَاعَ سَيْفًا مُحَلًى بِمِائَةِ دِرْهَمٍ وَحَلِيَّتُهُ خَمْسُونَ وَدَفَعَ مِنَ الثَّمَنِ خَمْسِينَ فَإِنْ دَفَعَ سَاكِنًا عَنْهُمَا جَازَ الْبَيْعُ وَكَانَ الْمَقْبُوضُ حِصَّةَ الْحِلْيَةِ لَمَّا بَيَّنَّا أَنَّ الظَّاهَرَ الْإِثْنَانُ بِالْوَجِبِ، وَإِنْ صَرَّحَ بِذِكْرِهِمَا فَكَذَلِكَ؛ لِأَنَّ الْاِثْنَيْنِ قَدْ يُرَادُ بِذِكْرِهِمَا الْوَاحِدُ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿يَخْرُجُ مِنْهُمَا أَلَلُّوْهُ وَالْمَرْجَاتُ﴾ [الرَّحْمَنُ: ٢٢] وَإِنَّمَا يَخْرُجَانِ مِنْ أَحَدِهِمَا فَيُحْمَلُ عَلَيْهِ بِقَرِينَةِ الْحَالِ، وَإِنْ قَالَ عَنْ ثَمَنِ الْحِلْيَةِ خَاصَّةً فَلَا كَلَامَ فِيهِ، وَإِنْ قَالَ عَنْ ثَمَنِ السَّيْفِ خَاصَّةً وَقَالَ الْآخَرُ نَعَمْ أَوْ لَا وَتَفَرَّقَا عَلَى ذَلِكَ أَتَقَبُضَ الْبَيْعُ فِي الْحِلْيَةِ؛ لِأَنَّ التَّرْجِيحَ بِالِاسْتَحْقَاقِ عِنْدَ الْمُسَاوَاةِ فِي الْعَقْدِ وَالْإِضَافَةِ، وَلَا مُسَاوَاةَ بَعْدَ تَصْرِيحٍ مِنَ الْقَوْلِ قَوْلُهُ: إِنَّ الْمَدْفُوعَ ثَمَنُ السَّيْفِ، فَإِنْ لَمْ يَتَقَابِضَا شَيْئًا حَتَّى افْتَرَقَا بَطَلَ الْعَقْدُ فِي الْحِلْيَةِ؛ لِأَنَّهُ صَرَفٌ فِيهَا.

وَأَمَّا فِي السَّيْفِ فَإِنْ كَانَ لَا يَتَخَلَّصُ إِلَّا بِضَرَرٍ فَكَذَلِكَ لَعَدِمَ إِمْكَانُ التَّسْلِيمِ بِذَوْنِهِ، وَلِهَذَا لَا يَجُوزُ إِفْرَادُهُ بِالْبَيْعِ كَالْجَذْعِ فِي السَّقْفِ وَإِنْ كَانَ يَتَخَلَّصُ بِلا ضَرَرٍ جَازَ فِي السَّيْفِ وَبَطَلَ فِي الْحِلْيَةِ؛ لِأَنَّهُ أَمْكَنُ إِفْرَادُهُ بِالْبَيْعِ فَصَارَ كَالطَّوْقِ وَالْجَارِيَةِ (قَوْلُهُ: وَهَذَا إِذَا كَانَتْ الْفِضَّةُ الْمُفْرَدَةُ) يَعْنِي الثَّمَنَ (أَزِيدَ مِمَّا فِيهِ) أَيُّ الْمَبِيعِ تَعْمِيمٌ لِلْكَلَامِ؛ لِأَنَّ فَرَضَ الْمَسْأَلَةِ أَنَّ الْحِلْيَةَ خَمْسُونَ وَالثَّمَنَ مِائَةً فَكَانَ ذِكْرُهُ مُسْتَعْنَى عَنْهُ لَكِنَّهُ عَمَّمَ الْكَلَامَ لِبَيَانِ الْأَقْسَامِ الْآخِرِ وَهِيَ أَرْبَعَةٌ: الْأَوَّلُ أَنْ يَكُونَ وَزْنُ الْفِضَّةِ الْمُفْرَدَةِ أَزِيدَ مِنْ وَزْنِ الْفِضَّةِ الَّتِي مَعَ غَيْرِهَا، وَهُوَ جَائِزٌ؛ لِأَنَّ مَقْدَارَهَا يُقَابَلُهَا وَالرَّائِدُ يُقَابَلُ الْغَيْرَ فَلَا يُفْضِي إِلَى الرَّبَا. وَالثَّانِي أَنْ يَكُونَ وَزْنُ الْمُفْرَدَةِ مِثْلَ الْمُنْظَمَةِ وَهُوَ غَيْرُ جَائِزٍ؛ لِأَنَّهُ رَبَا؛

لأن الفضل رباً سواءً كان من جنسها أو من غير جنسها.

والثالث أن تكون المفردة أقل وهو أوضح والرابع أن لا يدرى مقدارها وهو فاسد لعدم العلم بالمساواة عند العقد وتوهم الفضل خلافاً لزفر فإن الأصل هو الجواز والمفسد هو الفضل الخالي عن العوض، فإن لم يعلم به حكم بجوازه. والجواب أن ما لا يدرى يجوز في الواقع أن يكون مثلاً وأن يكون أقل وأن يكون زائداً، فإن كان زائداً جاز وإلا فسد فتعددت جهة الفساد فترجحت. واعترض بأن كل جهة منهما علة للفساد فلا تصلح للترجيح. وأجاب شمس الأئمة الكردي رحمه الله بأن مراده أنه إذا كان أحدهما يكفي للحكم فما ظنك بهما لا الترجيح الحقيقي إذ لا تعارض بين المفسد والمصحح فيما يلحق الشبهة فيه بالحقيقة.

قال (ومن باع إناء فضي ثم افترقا وقد قبض بعض ثمنه بطل البيع فيما لم يقبض وصح فيما قبض وكان الإناء مشتركاً بينهما) لأنه صرف كله فصح فيما وجد شرطه وبطل فيما لم يوجد والفساد طارئ لأنه يصح ثم يبطل بالافتراق فلا يشيع. قال (ولو استحق بعض الإناء فالمشتري بالخيار إن شاء أخذ الباقي بحصته وإن شاء رده) لأن الشركة عيب في الإناء. (ومن باع قطعة نقرة ثم استحق بعضها أخذ ما بقي بحصتها ولا خيار له) لأنه لا يضره التبعض.

الشرح:

قال (ومن باع إناء فضة ثم افترقا إلخ) ومن باع إناء فضة بفضة أو بذهب وقبض بعض الثمن دون بعض وافترقا بطل البيع فيما لم يقبض ثمنه وصح فيما قبض واشتركا في الإناء؛ لأنه صرف كله وقد وجد شرط بقاء العقد في بعض دون بعض فصح: أي بقي صحيحاً في بعض وبطل في آخر، وهذا بناء على أن القبض في المجلس شرط البقاء على الجواز فيكون الفساد طارئاً فلا يشيع. لا يقال: على هذا يلزم تفريق الصفقة وذلك فاسد؛ لأن تفريق الصفقة قبل تمامها لا يجوز، وهاهنا الصفقة تامة فلا يكون مانعاً وقد تقدم معنى تمام الصفقة. قال (ولو استحق بعض الإناء إلخ) أي ولو استحق بعض الإناء في هذه المسألة فالمشتري بالخيار إن شاء أخذ الباقي بحصته وإن شاء رده؛ لأن الإناء تعيب بعيب الشركة إذ الشركة في الأعيان المجتمعة

تُعَدُّ عَيْبًا لِاتِّقَاصِهَا بِالتَّبْعِيضِ، وَكَانَ ذَلِكَ بَعِيرَ صُنْعِهِ فَيَتَحَيَّرُ، بِخِلَافِ صُورَةِ الْاِفْتِرَاقِ فَإِنَّ الْعَيْبَ حَدَثَ بِصُنْعٍ مِنْهُ وَهُوَ الْاِفْتِرَاقُ لَا عَنْ قَبْضٍ.

قَالَ (وَإِنْ بَاعَ قِطْعَةً نُقْرَةً إلخ) الْمُرَادُ بِالنُّقْرَةِ قِطْعَةً فَضَّةً مُدَابَّةً. فَإِضَافَةُ الْقِطْعَةِ إِلَى النُّقْرَةِ مِنْ بَابِ إِضَافَةِ الْعَامِّ إِلَى الْخَاصِّ. وَإِذَا بَاعَ قِطْعَةً نُقْرَةً بِذَهَبٍ أَوْ فَضَّةً ثُمَّ اسْتَحَقَّ بَعْضُهَا أَخَذَ مَا بَقِيَ بِحِصَّتِهَا وَلَا خِيَارَ لَهُ؛ لِأَنَّ الشَّرِكَةَ فِيهَا لَيْسَتْ بِعَيْبٍ؛ لِأَنَّ التَّبْعِيضَ لَا يَضُرُّهُ بِخِلَافِ الْإِنَاءِ.

قَالَ (وَمَنْ بَاعَ دِرْهَمَيْنِ وَدِينَارًا بِدِرْهَمٍ وَدِينَارَيْنِ جَارَ الْبَيْعِ وَجُعِلَ كُلُّ جِنْسٍ بِخِلَافِهِ) وَقَالَ زُهْرٌ وَالشَّافِعِيُّ رَحِمَهُمَا اللَّهُ: لَا يَجُوزُ وَعَلَى هَذَا الْخِلَافِ إِذَا بَاعَ كُرَّ شَعِيرٍ وَكُرَّ حِنْطَةٍ بِكُرِّيٍّ شَعِيرٍ وَكُرِّيٍّ حِنْطَةٍ: وَلَهُمَا أَنْ فِي الصَّرْفِ إِلَى خِلَافِ الْجِنْسِ تَغْيِيرٌ تَصْرِفُهُ لِأَنَّهُ قَابِلُ الْجُمْلَةِ بِالْجُمْلَةِ، وَمِنْ قَضِيَّتِهِ الْاِنْقِسَامُ عَلَى الشُّيُوعِ لَا عَلَى التَّعْيِينِ، وَالتَّغْيِيرُ لَا يَجُوزُ وَإِنْ كَانَ فِيهِ تَصْحِيحُ التَّصْرِفِ، كَمَا إِذَا اشْتَرَى قَلْبًا بِعَشْرَةٍ وَثَوْبًا بِعَشْرَةٍ ثُمَّ بَاعَهُمَا مُرَابِحَةً لَا يَجُوزُ.

وَإِنْ أَمَكْنَ صَرْفَ الرَّبْحِ إِلَى الثُّوبِ، وَكَذَا إِذَا اشْتَرَى عَبْدًا بِأَلْفٍ دِرْهَمٍ ثُمَّ بَاعَهُ قَبْلَ نَقْدِ الثَّمَنِ مِنَ الْبَائِعِ مَعَ عَبْدٍ آخَرَ بِأَلْفٍ وَخَمْسِمِائَةٍ لَا يَجُوزُ فِي الْمَشْتَرَى بِأَلْفٍ وَإِنْ أَمَكْنَ تَصْحِيحُهُ بِصَرْفِ الْأَلْفِ إِلَيْهِ. وَكَذَا إِذَا جَمَعَ بَيْنَ عَبْدِهِ وَعَبْدٍ غَيْرِهِ وَقَالَ بِعْتُكَ أَحَدَهُمَا لَا يَجُوزُ وَإِنْ أَمَكْنَ تَصْحِيحُهُ بِصَرْفِهِ إِلَى عَبْدِهِ. وَكَذَا إِذَا بَاعَ دِرْهَمًا وَثَوْبًا بِدِرْهَمٍ وَثَوْبٍ وَاهْتَرَقَا مِنْ غَيْرِ قَبْضٍ فَسَدَ الْعَقْدُ فِي الدَّرْهَمَيْنِ وَلَا يُصْرَفُ الدَّرْهَمُ إِلَى الثُّوبِ لَمَّا ذَكَرْنَا. وَلَنَا أَنَّ الْمُقَابَلَةَ الْمُطْلَقَةَ تَحْتَمِلُ مُقَابَلَةَ الْفَرْدِ بِالْفَرْدِ كَمَا فِي مُقَابَلَةِ الْجِنْسِ بِالْجِنْسِ، وَأَنَّهُ طَرِيقٌ مُتَعَيَّنٌ لَتَصْحِيحِهِ فَيُحْمَلُ عَلَيْهِ تَصْحِيحًا لَتَصْرِفِهِ، وَفِيهِ تَغْيِيرٌ وَصْفِهِ لَا أَصْلَهُ لِأَنَّهُ يَبْقَى مُوجِبُهُ الْأَصْلِيُّ وَهُوَ ثُبُوتُ الْمَلِكِ فِي الْكُلِّ بِمُقَابَلَةِ الْكُلِّ، وَصَارَ هَذَا كَمَا إِذَا بَاعَ نِصْفَ عَبْدٍ مُشْتَرَكٍ بَيْنَهُ وَبَيْنَ غَيْرِهِ يَتَصْرَفُ إِلَى تَصْبِيهِ تَصْحِيحًا لَتَصْرِفِهِ بِخِلَافِ مَا عُدَّ مِنَ الْمَسَائِلِ. أَمَّا مَسْأَلَةُ الْمُرَابِحَةِ فَلَأَنَّهُ يَصِيرُ تَوَلِيَّةً فِي الْقَلْبِ بِصَرْفِ الرَّبْحِ كُلِّهِ إِلَى الثُّوبِ. وَالطَّرِيقُ فِي الْمَسْأَلَةِ الثَّانِيَةِ غَيْرُ مُتَعَيَّنٍ لِأَنَّهُ يُمْكِنُ صَرْفُ الزِّيَادَةِ عَلَى الْأَلْفِ إِلَى الْمَشْتَرَى. وَفِي الثَّلَاثَةِ أَضْيِيفَ الْبَيْعِ إِلَى الْمُنْكَرِ وَهُوَ لَيْسَ بِمَحَلٍّ لِلْبَيْعِ وَالْمُعَيَّنُ ضِدُّهُ. وَفِي الْأَخِيرَةِ الْعَقْدُ اِنْعَقَدَ صَحِيحًا وَالْفُسَادُ فِي حَالَةِ الْبَقَاءِ وَكَلَامُنَا فِي الْاِبْتِدَاءِ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ بَاعَ دِرْهَمَيْنِ وَدِينَارًا بِدِرْهَمٍ وَدِينَارَيْنِ جَازَ الْبَيْعُ إِنْ رَجُلٌ بَاعَ دِرْهَمَيْنِ وَدِينَارًا بِدِرْهَمٍ وَدِينَارَيْنِ جَازَ الْبَيْعُ وَجُعِلَ كُلُّ جِنْسٍ بِخِلَافِهِ، وَقَالَ زُفَرٌ وَالشَّافِعِيُّ رَحِمَهُمَا اللَّهُ: لَا يَجُوزُ، وَعَلَى هَذَا إِذَا بَاعَ كُرٌّ شَعِيرٍ وَكُرٌّ حِنْطَةٍ بِكُرِّيٍّ شَعِيرٍ وَكُرِّيٍّ حِنْطَةٍ، وَالْأَصْلُ أَنَّ الْأَمْوَالَ الرَّبَوِيَّةَ الْمُخْتَلَفَةَ الْجِنْسِ إِذَا اشْتَمَلَ عَلَيْهَا الصَّفَقَةُ، وَكَانَ فِي صَرْفِ الْجِنْسِ إِلَى الْجِنْسِ فَسَادُ الْمُبَادَلَةِ يَصْرِفُ كُلُّ جِنْسٍ مِنْهَا إِلَى خِلَافِ جِنْسِهَا عِنْدَ الْعُلَمَاءِ الثَّلَاثَةِ تَصْحِيحًا لِلْعَقْدِ خِلَافًا لَهَا، قَالَا: إِنْ فِي الصَّرْفِ إِلَى خِلَافِ الْجِنْسِ تَغْيِيرٌ تَصْرِفُهُ؛ لِأَنَّهُ قَابِلُ الْجُمْلَةِ بِالْجُمْلَةِ، وَمِنْ قَضِيَّةِ التَّقَابُلِ الْإِنْقِسَامُ عَلَى الشُّيُوعِ لَا عَلَى التَّعْيِينِ، وَمَعْنَى الشُّيُوعِ هُوَ أَنْ يَكُونَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْبَدَلَيْنِ حَظٌّ مِنْ جُمْلَةِ الْآخَرِ، وَالدَّلِيلُ عَلَى ذَلِكَ الْوُقُوعُ فَإِنَّهُ إِذَا اشْتَرَى قَلْبًا: أَيْ سَوَارًا بَعَشْرَةَ وَتَوْبًا بَعَشْرَةَ ثُمَّ بَاعَهُمَا مُرَابَحَةً لَا يَجُوزُ، وَإِنْ أَمَكْنَ صَرْفُ الرَّبْحِ إِلَى الثُّوبِ، وَكَذَا إِذَا اشْتَرَى عَبْدًا بِأَلْفٍ ثُمَّ بَاعَهُ مَعَ عَبْدٍ آخَرَ قَبْلَ نَقْدِ الثَّمَنِ مِنَ الْبَائِعِ بِأَلْفٍ وَخَمْسِمِائَةٍ لَا يَجُوزُ فِي الْمَشْتَرَى بِأَلْفٍ وَإِنْ أَمَكْنَ تَصْحِيحُهُ لَصَرْفِ الْأَلْفِ إِلَيْهِ، وَكَذَا إِذَا جَمَعَ بَيْنَ عَبْدِهِ وَعَبْدٍ غَيْرِهِ فَقَالَ بَعْتُكَ أَحَدَهُمَا لَا يَجُوزُ وَإِنْ أَمَكْنَ تَصْحِيحُهُ بِصَرْفِهِ إِلَى عَبْدِهِ، وَكَذَا إِذَا بَاعَ دِرْهَمًا وَتَوْبًا بِدِرْهَمٍ وَتَوْبٍ فَافْتَرَقَا مِنْ غَيْرِ قَبْضٍ فَسَدَ الْبَيْعُ فِي الدَّرْهَمِ وَلَا يُصْرَفُ إِلَى الثُّوبِ، وَلَيْسَ ذَلِكَ كُلُّهُ إِلَّا لَمَّا ذَكَرْنَا أَنَّ قَضِيَّةَ هَذِهِ الْمُقَابَلَةِ الْإِنْقِسَامُ عَلَى الشُّيُوعِ دُونَ التَّعْيِينِ، فَالتَّعْيِينُ تَغْيِيرٌ وَالتَّغْيِيرُ لَا يَجُوزُ.

وَلَمَّا أَنَّ الْمُقَابَلَةَ الْمُطْلَقَةَ تَحْتَمِلُ مُقَابَلَةَ الْفَرْدِ بِالْفَرْدِ فَكَانَ جَائِزَ الْإِرَادَةِ فَيَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ مُرَادًا، أَمَّا أَنَّهُ جَائِزُ الْإِرَادَةِ فَلَأَنَّ كُلَّ مُطْلَقٍ يَحْتَمِلُ الْمُقَيَّدَ لَا مَحَالَةَ، وَلِهَذَا إِذَا بَاعَ كُرٌّ حِنْطَةً بِكُرِّيٍّ فَسَدَ؛ لِأَنَّ الْكُرَّ قَابِلُ الْكُرِّ وَفَضْلُ الْآخَرِ. وَأَمَّا وَجُوبُ أَنْ يَكُونَ مُرَادًا فَلِأَنَّهُ طَرِيقٌ مُتَعَيَّنٌ لِتَصْحِيحِ الْعَقْدِ فَيَجِبُ سُلُوكُهُ، وَلَكِنْ مُنِعَ تَعْيِينُهُ لِذَلِكَ بِإِمْكَانٍ أَنْ يَكُونَ دِرْهَمٌ مِنَ الدَّرْهَمَيْنِ بِمُقَابَلَةِ دِرْهَمٍ وَالدَّرْهَمُ الْآخَرُ بِمُقَابَلَةِ دِينَارٍ مِنَ الدِّينَارَيْنِ وَالدِّينَارُ بِمُقَابَلَةِ الدِّينَارِ الْآخَرَ. قُلْنَا: هَذَا غَلَطٌ؛ لِأَنَّا مَا أَرَدْنَا مِنَ الطَّرِيقِ إِلَّا الصَّرْفَ إِلَى خِلَافِ الْجِنْسِ عَلَى أَيْ وَجْهِ كَانَ.

عَلَى أَنْ فِيمَا ذَكَرْتُمْ تَغْيِيرَاتٌ كَثِيرَةٌ وَمَا هُوَ أَقْلُ تَغْيِيرًا مُتَعَيَّنًا. وَالْجَوَابُ عَنْ قَوْلِهِمَا

إِنَّ فِي الصَّرْفِ إِلَى خِلَافِ الْجِنْسِ تَغْيِيرَ تَصَرُّفِهِ أَنْ يُقَالَ فِيهِ تَغْيِيرٌ وَصَفِ التَّصَرُّفِ أَوْ أَصْلِهِ، وَالْأَوَّلُ مُسَلَّمٌ وَلَا يُسَلَّمُ أَنَّهُ مَانِعٌ عَنِ الْجَوَازِ، وَالثَّانِي مَمْنُوعٌ؛ لِأَنَّ مُوجِبَهُ الْأَصْلِيَّ وَهُوَ ثُبُوتُ الْمِلْكِ فِي الْكُلِّ بِمُقَابَلَةِ الْكُلِّ بَاقٍ عَلَى حَالِهِ لَمْ يَتَغَيَّرْ وَصَارَ هَذَا كَمَا إِذَا بَاعَ نَصْفَ عَبْدٍ مُشْتَرَكٍ بَيْنَهُ وَبَيْنَ غَيْرِهِ يَنْصَرِفُ إِلَى نَصِيبِهِ تَصَحِيحًا لِتَصَرُّفِهِ، وَإِنْ كَانَ فِي ذَلِكَ تَغْيِيرٌ وَصَفِ التَّصَرُّفِ مِنَ الشَّيْءِ إِلَى مُعَيَّنٍ لَمَّا كَانَ أَصْلُ التَّصَرُّفِ وَهُوَ ثُبُوتُ الْمِلْكِ فِي النِّصْفِ بَاقِيًا ثُمَّ أَجَابَ عَنِ الْمَسَائِلِ الْمُسْتَشْهَدِ بِهَا.

أَمَّا الْأَوَّلَى: أَعْنِي مَسْأَلَةَ الْمُرَابَحَةِ فَيَقُولُ؛ لِأَنَّهُ يَصِيرُ تَوَلِيَّةً فِي الْقَلْبِ بِصَرَفِ الرِّبْحِ كُلِّهِ إِلَى التُّوبِ، وَلَا يَخْلُو مِنْ أَنْ يَكُونَ مُرَادُهُ أَنَّهُ تَغْيِيرٌ فِي الْأَصْلِ أَوْ غَيْرُ ذَلِكَ؛ فَإِنْ كَانَ الثَّانِي فَلَمْ يُبَيِّنْهُ، وَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ فَهُوَ مَمْنُوعٌ لَمَّا تَقَدَّمَ فِي بَابِ زِيَادَةِ الثَّمَنِ وَالثَّمَنِ أَنْ الْإِتِّقَالَ مِنَ الزِّيَادَةِ إِلَى التَّقْصَانِ تَغْيِيرُ الْعَقْدِ مِنْ وَصَفِ مَشْرُوعٍ إِلَى وَصَفِ مَشْرُوعٍ، وَلَعَلَّهُ يَجُوزُ أَنْ يُقَالَ إِنَّ ذَلِكَ فِي الْمُسَاوَمَةِ، أَمَّا إِذَا صَرَّحًا بِذِكْرِ الْمُرَابَحَةِ فَالتَّغْيِيرُ إِلَى التَّوَلِيَّةِ فِي أَصْلِ الْعَقْدِ لَا فِي وَصْفِهِ، وَأَمَّا الثَّانِيَةُ فَيَقُولُ وَالطَّرِيقُ فِي الْمَسْأَلَةِ الثَّانِيَةِ غَيْرُ مُتَعَيِّنٍ؛ لِأَنَّهُ يُمَكِّنُ صَرَفُ الزِّيَادَةِ عَلَى الْأَلْفِ لِلْمُشْتَرِي، وَقَدْ تَقَدَّمَتْ هَذِهِ الْمَسْأَلَةُ فِي شِرَاءِ مَا بَاعَ بِأَقْلٍ مِمَّا بَاعَ قَبْلَ نَقْدِ الثَّمَنِ، وَأَمَّا الثَّلَاثَةُ فَلِأَنَّهُ أَضِيفَ الْبَيْعُ إِلَى الْمُنْكَرِ وَالْمُنْكَرُ لَيْسَ بِمَحَلٍّ لِلْبَيْعِ، وَالْمُعَيَّنُ ضِدُّهُ وَالشَّيْءُ لَا يَتَنَاوَلُ ضِدَّهُ.

وَأَمَّا فِي الْأَخِيرَةِ فَإِنَّ الْعَقْدَ قَدْ انْعَقَدَ صَحِيحًا وَفَسَدَ حَالَةَ الْبَقَاءِ بِالْإِفْتِرَاقِ بِلَا قَبْضٍ، وَكَلَامُنَا فِي الْإِبْتِدَاءِ: يَعْنِي أَنَّ الصَّرْفَ إِلَى خِلَافِ الْجِنْسِ لَصِحَّةِ الْعَقْدِ ابْتِدَاءً وَهُوَ فِي الْإِبْتِدَاءِ صَحِيحٌ.

قَالَ (وَمَنْ بَاعَ أَحَدَ عَشَرَ دِرْهَمًا بِعَشْرَةِ دَرَاهِمٍ وَدِينَارٍ جَارَ الْبَيْعِ وَتَكُونُ الْعَشْرَةُ بِمِثْلِهَا وَالْدِّينَارُ بِدِرْهَمٍ) لِأَنَّ شَرْطَ الْبَيْعِ فِي الدَّرَاهِمِ التَّمَاثُلُ عَلَى مَا رَوَيْنَا، فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ أَرَادَ بِهِ ذَلِكَ فَهَبَقِيَ الدَّرْهَمُ بِالدِّينَارِ وَهُمَا جِنْسَانِ وَلَا يُعْتَبَرُ التَّسَاوِي فِيهِمَا.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ بَاعَ أَحَدَ عَشَرَ دِرْهَمًا بِعَشْرَةِ دَرَاهِمٍ وَدِينَارٍ إلخ) الْمَسْأَلَةُ الْمُتَقَدِّمَةُ كَانَ الْبَدَلَانِ فِيهَا جَنْسَيْنِ مِنَ الْأَمْوَالِ الرِّبَوِيَّةِ وَفِي هَذِهِ أَحَدُهُمَا وَهِيَ صَحِيحَةٌ كَالْأَوَّلَى، وَتَكُونُ الْعَشْرَةُ بِمِثْلِهَا وَالْدِّينَارُ بِالدَّرْهَمِ؛ لِأَنَّ شَرْطَ الصَّرْفِ التَّمَاثُلُ لَمَّا رَوَيْنَا

مِنَ الْحَدِيثِ الْمَشْهُورِ وَهُوَ مَوْجُودٌ ظَاهِرًا، إِذِ الظَّاهِرُ مِنْ حَالِ الْبَائِعِ إِرَادَةُ هَذَا التَّوَعُّعِ مِنَ الْمُقَابَلَةِ حَمَلًا عَلَى الصَّلَاحِ، وَهُوَ الْإِقْدَامُ عَلَى الْعَقْدِ الْجَائِزِ دُونَ الْفَاسِدِ.

(وَلَوْ تَبَايَعَا فَضَّةً بِفَضَّةٍ أَوْ ذَهَبًا بِذَهَبٍ وَأَحَدُهُمَا أَقَلُّ وَمَعَ أَقْلِهِمَا شَيْءٌ آخَرَ تَبْلُغُ قِيَمَتُهُ بَاقِيَ الْفَضَّةِ جَازَ الْبَيْعُ مِنْ غَيْرِ كَرَاهِيَةٍ، وَإِنْ لَمْ تَبْلُغْ فَمَعَ الْكَرَاهَةِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ قِيَمَةٌ كَالثَّرَابِ لَا يَجُوزُ الْبَيْعُ) لِتَحَقُّقِ الرَّبَا إِذَا الزِّيَادَةُ لَا يُقَابِلُهَا عِوَضٌ فَيَكُونُ رَبًّا.

الشرح:

قَالَ (وَلَوْ تَبَايَعَا فَضَّةً بِفَضَّةٍ إلخ) وَلَوْ بَاعَ عَشْرَةَ دَرَاهِمَ وَشَيْئًا مَعَهُ بِخَمْسَةِ عَشَرَ دِرْهَمًا، فَإِمَّا أَنْ يَكُونَ لَهُ قِيَمَةٌ أَوْ لَا، وَالْأَوَّلُ إِمَّا أَنْ تَبْلُغَ قِيَمَتُهُ الْفَضَّةَ أَوْ لَا، فَإِنْ كَانَ مِمَّا لَا قِيَمَةَ لَهُ كَالثَّرَابِ مَثَلًا لَا يَجُوزُ الْبَيْعُ؛ لِأَنَّ الزِّيَادَةَ لَمْ يُقَابِلْهَا عِوَضٌ فَتَحَقَّقَ الرَّبَا وَإِنْ كَانَتْ قِيَمَتُهُ تَبْلُغُ الْفَضَّةَ كَثُوبٌ يُسَاوِي خَمْسَةَ جَازَ بِهَا كَرَاهَةً، وَإِنْ لَمْ تَبْلُغْ فَهُوَ جَائِزٌ مَعَ الْكَرَاهَةِ كَكَفٍّ مِنْ زَيْبٍ أَوْ جَوَزةٍ أَوْ يِيْضَةٍ. وَالْكَرَاهَةُ، إِمَّا؛ لِأَنَّهُ احْتِيَالٌ لِسُقُوطِ الرَّبَا فَيَصِيرُ كَبَيْعِ الْعَيْنَةِ فِي أَخْذِ الزِّيَادَةِ بِالْحِيلَةِ، وَإِمَّا؛ لِأَنَّهُ يُفْضَى إِلَى أَنْ يَأْلَفَ النَّاسُ فَيَسْتَعْمِلُوا ذَلِكَ فِيمَا لَا يَجُوزُ. فَإِنْ قِيلَ: فَالْمَسْأَلَةُ الْمُتَقَدِّمَةُ مُشْتَمِلَةٌ عَلَى مَا ذَكَرْتُ وَلَمْ تَذْكُرْ فِيهَا الْكَرَاهَةَ. أُجِيبَ بِأَنَّهُ إِنْ لَمْ يَذْكُرْهَا؛ لِأَنَّهُ وَضَعَ الْمَسْأَلَةَ فِيمَا إِذَا كَانَ الدِّينَارُ الرَّائِدُ بِمُقَابَلَةِ الدَّرْهَمِ وَقِيَمَةُ الدِّينَارِ تَبْلُغُ قِيَمَةَ الدَّرْهَمِ وَلَا تَزِيدُ، وَعَلَى هَذَا يَكُونُ الدِّينَارُ غَيْرَ الْمُصْطَلَحِ وَهُوَ مَا تَكُونُ قِيَمَتُهُ عَشْرَةَ دَرَاهِمَ. وَالْحَقُّ أَنَّ السُّؤَالَ سَاقِطٌ؛ لِأَنَّ الْكَرَاهَةَ إِنْ مَا هِيَ لِلْإِحْتِيَالِ لِسُقُوطِ رَبَا الْفَضْلِ وَهُوَ لَا يَتَحَقَّقُ فِي الْمَسْأَلَةِ الْمُتَقَدِّمَةِ؛ لِأَنَّ فِيهَا الظَّاهِرَ مِنْ حَالِهَا إِرَادَةُ الْمُبَادَلَةِ، بِخِلَافِ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ، فَإِنْ إِرَادَةُ الْمُبَادَلَةِ بَيْنَ حَفْنَةٍ مِنْ زَيْبٍ وَالْفَضَّةِ الرَّائِدَةِ لَيْسَتْ بِظَاهِرَةٍ

قَالَ (وَمَنْ كَانَ لَهُ عَلَى آخَرَ عَشْرَةَ دَرَاهِمَ قَبَاعَهُ الَّذِي عَلَيْهِ الْعَشْرَةُ دِينَارًا بِعَشْرَةِ دَرَاهِمَ وَدَفَعَ الدِّينَارَ وَتَقَاصًا الْعَشْرَةَ بِالْعَشْرَةِ فَهُوَ جَائِزٌ) وَمَعْنَى الْمَسْأَلَةِ إِذَا بَاعَ بِعَشْرَةِ مُطْلَقَةٍ. وَوَجْهُهُ أَنَّهُ يَجِبُ بِهَذَا الْعَقْدِ ثَمَنٌ يَجِبُ عَلَيْهِ تَعْيِينُهُ بِالْقَبْضِ لَمَّا ذَكَرْنَا، وَالَّذِينَ لَيْسَ بِهِذِهِ الصِّفَةِ فَلَا تَقَعُ الْمُقَاصَةُ بِنَفْسِ الْمَبِيعِ لِعَدَمِ الْمُجَانَسَةِ، فَإِذَا تَقَاصًا يَتَضَمَّنُ ذَلِكَ فَسَخَ الْأَوَّلَ وَالْإِضَافَةَ إِلَى الدِّينِ، إِذْ لَوْلَا ذَلِكَ يَكُونُ اسْتِبْدَالًا بِبَدَلِ الصَّرْفِ، وَفِي الْإِضَافَةِ إِلَى الدِّينِ تَقَعُ الْمُقَاصَةُ بِنَفْسِ الْعَقْدِ عَلَى مَا ثَبِيَتْهُ، وَالْفَسْخُ قَدْ يَثْبُتُ بِطَرِيقِ الْاِقْتِضَاءِ

كَمَا إِذَا تَبَايَعَا بِأَلْفٍ ثُمَّ بِأَلْفٍ وَخَمْسِمِائَةٍ، وَزُفِرَ يُخَالَفُنَا فِيهِ لِأَنَّهُ لَا يَقُولُ بِالْاِقْتِصَاءِ، وَهَذَا إِذَا كَانَ الدِّينُ سَابِقًا. فَإِنْ كَانَ لَاحِقًا فَكَذَلِكَ فِي أَصَحِّ الرُّوَايَتَيْنِ لِتَضَمُّنِهِ انْفِسَاخَ الْأَوَّلِ وَالْإِضَافَةِ إِلَى دَيْنٍ قَائِمٍ وَقَدْ تَحْوِيلَ الْعَقْدِ فَكَفَى ذَلِكَ لِلْجَوَازِ.

الشرح:

(قَوْلُهُ: وَمَنْ كَانَ لَهُ عَلَى آخِرَ عَشْرَةِ دَرَاهِمٍ الْخ) مَسْأَلَةٌ يَتَبَيَّنُ بِهَا بَيْعُ التَّقَدُّ بِالْدَّيْنِ وَهُوَ عَلَى ثَلَاثَةِ أَقْسَامٍ: لِأَنَّهُ إمَّا أَنْ يَكُونَ سَابِقًا أَوْ مُقَارِنًا أَوْ لَاحِقًا، فَإِنْ كَانَ سَابِقًا وَقَدْ أَضَافَ إِلَيْهِ الْعَقْدَ كَمَا إِذَا كَانَ لَهُ عَلَى آخِرَ عَشْرَةِ دَرَاهِمٍ فَبَاعَهُ الَّذِي عَلَيْهِ الْعَشْرَةُ دِينَارًا بِالْعَشْرَةِ الَّذِي عَلَيْهِ فَإِنَّهُ يَجُوزُ بِلَا خِلَافٍ وَسَقَطَتِ الْعَشْرَةُ عَنْ ذِمَّةِ مَنْ هُوَ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ مَلَكَهَا بَدَلًا عَنِ الدِّينَارِ. غَايَةُ مَا فِي الْبَابِ أَنَّ هَذَا عَقْدُ صَرْفٍ وَفِي الصَّرْفِ يُشْتَرَطُ قَبْضُ أَحَدِ الْعَوْضَيْنِ احْتِرَازًا عَنِ الْكَالِيِّ بِالْكَالِيِّ.

وَيُشْتَرَطُ قَبْضُ الْآخَرِ احْتِرَازًا عَنِ الرَّبَا وَذَلِكَ؛ لِأَنَّ قَبْضَ أَحَدِ الْبَدَلَيْنِ حَصَلَ الْأَمْنُ عَنِ خَطَرِ الْهَلَاكِ، فَلَوْ لَمْ يَقْبِضِ الْآخَرُ كَانَ فِيهِ خَطَرُ الْهَلَاكِ؛ لِأَنَّ الدَّيْنَ فِي مَعْنَى التَّادِي فَيَلْزِمُ الرَّبَا، وَهَذَا مَعْدُومٌ فِيمَا نَحْنُ فِيهِ؛ لِأَنَّ الدِّينَارَ تَقْدُّ وَبَدَلُهُ وَهُوَ الْعَشْرَةُ سَقَطَ عَنِ بَائِعِ الدِّينَارِ حَيْثُ سَلِمَ لَهُ فَلَمْ يَنْقُ لَهُ خَطَرُ الْهَلَاكِ. وَحَاصِلُهُ أَنَّ تَعْيِينَ أَحَدِ الْبَدَلَيْنِ بَعْدَ الْقَبْضِ الْآخَرِ لِلْاِحْتِرَازِ عَنِ الرَّبَا، وَلَا رَبَا فِي دَيْنٍ يَسْقُطُ وَإِنَّمَا هُوَ فِي دَيْنٍ يَقَعُ الْخَطَرُ فِي عَاقِبَتِهِ، وَإِنْ كَانَ مُقَارِنًا بَانَ أَطْلُقَ الْعَقْدَ وَلَمْ يُضَفْ إِلَى الْعَشْرَةِ الَّتِي عَلَيْهِ وَقَعَ الدِّينَارُ، فِيمَا أَنْ يَتَقَابِضَا أَوْ لَا، فَإِنْ كَانَ الثَّانِي لَمْ تَقَعِ الْمَقَاصَةُ مَا لَمْ يَتَقَابِضَا بِالْإِجْمَاعِ، وَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ جَارَ وَوَقَعَتِ الْمَقَاصَةُ اسْتِحْسَانًا، وَالْقِيَاسُ يَنْفِيهِ، وَبِهِ قَالَ زُفِرٌ رَحِمَهُ اللَّهُ؛ لِأَنَّهُ أُسْتَبْدِلَ بَدَلُ الصَّرْفِ وَهُوَ لَا يَجُوزُ كَمَا لَوْ أَخَذَ بَدَلُ الصَّرْفِ عَرْضًا.

وَوَجْهُ الاسْتِحْسَانِ أَنَّهُ يَجِبُ بِهِذَا الْعَقْدُ ثَمَنٌ وَاجِبُ التَّعْيِينِ بِالْقَبْضِ لَمَّا ذَكَرْنَا مِنْ وَجُوبِ قَبْضِ الْعَوْضَيْنِ قَبْلَ الْاِفْتِرَاقِ بِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «يَدَا بَيْدَ» وَالدَّيْنُ لَيْسَ بِهِذِهِ الصِّفَةِ فَلَا تَقَعُ الْمَقَاصَةُ بِنَفْسِ الْعَقْدِ لِعَدَمِ الْمُجَانَسَةِ بَيْنَ الْعَيْنِ وَالدَّيْنِ؛ لِأَنَّ بَدَلُ الصَّرْفِ وَاجِبُ التَّعْيِينِ بِالْقَبْضِ وَالدَّيْنُ قَدْ سَبَقَ وَجُوبُهُ، لَكِنُهُمَا إِذَا أَقْدَمَا عَلَى الْمَقَاصَةِ بَرَأضِيهِمَا لَا بُدَّ ثَمَّةَ مِنْ تَصْحِيحٍ وَلَا صِحَّةَ لَهَا مَعَ بَقَاءِ عَقْدِ الصَّرْفِ فَتَجْعَلُ الْمَقَاصَةُ مُتَضَمِّنَةً لِمَنْسُخِ الْأَوَّلِ، وَالْإِضَافَةُ إِلَى الدَّيْنِ الَّذِي كَانَ عَلَيْهِ ضَرُورَةٌ إِذْ لَوْ لَا ذَلِكَ

كَانَ اسْتِبْدَالًا بِبَدَلِ الصَّرْفِ وَهُوَ لَا يَجُوزُ، وَعَلَى هَذَا كَانَ الْفَسْخُ ثَابِتًا بِالْاِقْتِضَاءِ، وَلَهُمَا ذَلِكَ؛ لِأَنَّ لَهُمَا فَسْخَ أَصْلِ الْعَقْدِ فَكَانَ لَهُمَا تَغْيِيرُ وَصْفِ الْعَقْدِ مَعَ بَقَاءِ أَصْلِهِ بِالطَّرِيقِ الْأُولَى، وَهُوَ تَطْيِيرُ مَا إِذَا تَبَايَعَا بِالْفِ ثُمَّ بِالْفِ وَخَمْسِمِائَةٍ. وَفِيهِ بَحْثٌ مِنْ أَوْجُهُ: الْأَوَّلُ أَنَّ عَدَمَ الْمُجَانَسَةِ بَيْنَ الْعَيْنِ وَالذَّيْنِ لَوْ مَنَعَ الْمُقَاصَّةَ لَمَا وَقَعَتْ إِذَا أُضِيفَ الْعَقْدُ إِلَى الذَّيْنِ السَّابِقِ.

الثَّانِي أَنَّ الثَّابِتَ بِالْاِقْتِضَاءِ يَجِبُ أَنْ يَثْبُتَ عَلَى وَجْهِ لَا يَبْطُلُ بِهِ الْمُقْتَضِي، وَإِذَا ثَبَتَ الْفَسْخُ الْمُقْتَضِي بَطَلَ الْمُقْتَضَى وَهُوَ الْمُقَاصَّةُ؛ لِأَنَّهُ يَقْتَضِي قِيَامَ الْعَشْرَةِ الثَّابِتَةِ بِالْعَقْدِ وَقَدْ فَاتَ الْفَسْخُ. الثَّالِثُ أَنَّ الْعَقْدَ لَوْ فُسِخَ لِلْمُقَاصَّةِ وَجِبَ قَبْضُ الدِّينَارِ عَلَى الْبَائِعِ بِحُكْمِ الْإِقَالَةِ؛ لِأَنَّ لِقَالَةَ الصَّرْفِ حُكْمَ الصَّرْفِ. وَالْجَوَابُ عَنِ الْأَوَّلِ مَا أَشَارَ إِلَيْهِ الْمُصَنِّفُ رَحِمَهُ اللَّهُ بِقَوْلِهِ (وَفِي الْإِضَافَةِ إِلَى الذَّيْنِ) يَعْنِي الْمَعْهُودَ (تَقَعُ الْمُقَاصَّةُ بِنَفْسِ الْعَقْدِ عَلَى مَا ثَبَتَتْهُ) وَعَنِ الثَّانِي بَأَنَّ الْمُقَاصَّةَ تَقْتَضِي قِيَامَ الْعَقْدِ وَهُوَ مَوْجُودٌ؛ لِأَنَّهُمَا لَمَّا أَبْطَلَا عَقْدَ الصَّرْفِ صَارَا كَأَنَّهُمَا عَقْدًا عَقْدًا جَدِيدًا فَتَصَحَّحَ الْمُقَاصَّةُ بِهِ.

وَعَنِ الثَّالِثِ بَأَنَّ الْإِقَالَةَ ضَمْنِيَّةٌ تُثْبِتُ فِي ضَمَنِ الْمُقَاصَّةِ فَجَارَ أَنْ لَا يَثْبُتَ لِلْمَثَلِ هَذِهِ الْإِقَالَةُ حُكْمُ الْبَيْعِ، وَزُفِرَ رَحِمَهُ اللَّهُ حَيْثُ لَمْ يَقُلْ بِالْاِقْتِضَاءِ لَمْ يُوَافِقْهُمْ فِي الْمَسْأَلَةِ فَتَعَيَّنَ لَهُ وَجْهُ الْقِيَاسِ، فَإِنْ قِيلَ: لَمْ تَرَكَ الْمُصَنِّفُ رَحِمَهُ اللَّهُ الْاسْتِدْلَالَ بِحَدِيثِ ابْنِ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا وَهُوَ مَا رُوِيَ أَنَّهُ قَالَ لِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ «إِنِّي أَكْرِي إِبِلًا بِالْبَيْعِ إِلَى مَكَّةَ بِالذَّرَاهِمِ فَأَخَذَ مَكَانَهَا دَنَانِيرَ، أَوْ قَالَ بِالْعَكْسِ، فَقَالَ ﷺ: لَا بَأْسَ بِذَلِكَ إِذَا افْتَرَقْتُمَا وَلَيْسَ بَيْنَكُمَا عَمَلٌ»

فَالْجَوَابُ أَنَّهُ يَدُلُّ عَلَى الْمُقَاصَّةِ، وَلَيْسَ فِيهِ دَلَالَةٌ عَلَى أَنََّّهُمَا كَانَا يُضَيِّفَانِ الْعَقْدَ إِلَى الذَّيْنِ الْأَوَّلِ أَوْ إِلَى مُطْلَقِهِ فَلَمْ يَكُنْ قَاطِعًا حَتَّى يَلْتَزِمَهُ زُفْرُ وَإِنْ كَانَ لَاحِقًا بِأَنْ اشْتَرَى دِينَارًا بِعَشْرَةِ دَرَاهِمٍ وَقَبْضَ الدِّينَارِ ثُمَّ إِنْ مُشْتَرَى الدِّينَارِ بَاعَ ثَوْبًا مِنْ بَائِعِ الدِّينَارِ بِعَشْرَةِ دَرَاهِمٍ ثُمَّ أَرَادَ أَنْ يَتَقَاصَّ فِيهِ رَوَاتَانِ.

فِي رِوَايَةِ أَبِي سُلَيْمَانَ وَهِيَ الَّتِي اخْتَارَهَا فَخْرُ الْإِسْلَامِ، وَقَالَ الْمُصَنِّفُ: فِي أَصَحِّ الرِّوَايَتَيْنِ تَقَعُ الْمُقَاصَّةُ، وَفِي رِوَايَةِ أَبِي حَفْصٍ وَاخْتَارَهَا شَمْسُ الْأُيُومِ وَقَاضِي خَانَ: لَا تَقَعُ الْمُقَاصَّةُ؛ لِأَنَّ الذَّيْنَ لَاحِقَ، وَالتَّبَيُّ ﷺ جَوَزَ الْمُقَاصَّةَ فِي ذَيْنِ سَابِقِ بِحَدِيثِ ابْنِ عُمَرَ

رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا. وَوَجْهُ الْأَصَحِّ أَنَّ قَصْدَهُمَا الْمُقَاصَّةَ يَتَضَمَّنُ الْإِنْفِسَاحَ الْأَوَّلَ وَالْإِضَافَةَ إِلَى دَيْنٍ قَائِمٍ وَقَدْ تَحْوِيلَ الْعَقْدِ فَيَكُونُ الدَّيْنُ حِينَئِذٍ سَابِقًا عَلَى الْمُقَاصَّةِ هَذَا هُوَ الْمَوْعُودُ مِنَ الْجَوَابِ عَنِ السُّؤَالِ الْأَوَّلِ وَهُوَ لَيْسَ بِدَافِعٍ كَمَا تَرَى إِلَّا إِذَا أُضِيفَ أَنَّ الْقِيَاسَ يَقْتَضِي أَنْ لَا تَقَعَ الْمُقَاصَّةُ بَيْنَ الدَّيْنِ وَالْعَيْنِ أَصْلًا لِعَدَمِ الْمُجَانَسَةِ، إِلَّا أَنَّهُ أُسْتَحْسِنَ ذَلِكَ بِالْأَثَرِ، وَيُقَوَّى هَذَا الْوَجْهَ أَنَّ الدَّيْنَ لَا يَتَّعِنُ بِالتَّعِينِ كَمَا تَقَدَّمَ، فَالْمُطْلَقُ وَالْمُقَيَّدُ مِنْهُ سَوَاءٌ، وَقَدْ وَقَعَتِ الْمُقَاصَّةُ إِذَا أُضِيفَ إِلَى الدَّيْنِ السَّابِقِ بِالِاتِّفَاقِ فَكَذَا بِاللَّاحِقِ بَعْدَ فسخِ الْعَقْدِ الْأَوَّلِ، وَإِلَّا لَكَانَ الدَّيْنُ يَتَّعِنُ بِالتَّعِينِ وَذَلِكَ خُلْفٌ؛ أَوْ يُقَالُ الْمُرَادُ بِعَدَمِ الْمُجَانَسَةِ عَدَمُ كَوْنِهِمَا مُوجِبِي عَقْدٍ وَاحِدٍ، فَإِذَا أُضِيفَ إِلَى الدَّيْنِ السَّابِقِ تَجَانَسًا، وَإِذَا أُضِيفَ إِلَى دَيْنٍ مُقَارِنٍ عَدَمُ الْمُجَانَسَةِ بَيْنَ الْعَيْنِ وَالدَّيْنِ السَّابِقِ وَإِنَّمَا الْمُجَانَسَةُ حِينَئِذٍ بَيْنَهُمَا، وَبَيْنَ الدَّيْنِ الْمُقَارِنِ وَهَذَا أَوْضَحُّ.

قَالَ (وَيَجُوزُ بَيْعُ دِرْهَمٍ صَحِيحٍ وَدِرْهَمِي غَلَّةٍ بِدِرْهَمَيْنِ صَحِيحَيْنِ وَدِرْهَمٍ غَلَّةٍ) وَالْغَلَّةُ مَا يَرُدُّهُ بَيْتُ الْمَالِ وَيَأْخُذُهُ التُّجَّارُ. وَوَجْهُهُ تَحَقُّقُ الْمَسَاوَةِ فِي الْوِزْنِ وَمَا عُرِفَ مِنْ سَقُوطِ اعْتِبَارِ الْجَوْدَةِ.

الشرح:

قَالَ (وَيَجُوزُ بَيْعُ دِرْهَمٍ صَحِيحٍ وَدِرْهَمِي غَلَّةٍ الْخ) الْغَلَّةُ مِنَ الدَّرَاهِمِ هِيَ الْمَقْطَعَةُ الَّتِي فِي الْقِطْعَةِ مِنْهَا قِيرَاطٌ أَوْ طَسُوجٌ أَوْ خَبَّةٌ فَيَرُدُّهَا بَيْتُ الْمَالِ لَا لِرِبَاقَتِهَا بَلْ لَكُونِهَا قِطْعًا وَيَأْخُذُهَا التُّجَّارُ وَيَبْعُ دِرْهَمٍ صَحِيحٍ وَدِرْهَمِي غَلَّةٍ بِدِرْهَمَيْنِ صَحِيحَيْنِ وَدِرْهَمٍ غَلَّةٍ جَائِزٌ لَوْجُودِ الْمُقْتَضِي وَانْتِفَاءِ الْمَانِعِ. أَمَّا الْأَوَّلُ فَلِصُدُورِهِ عَنْ أَهْلِهِ فِي مَحَلِّهِ مَعَ وُجُودِ شَرْطِهِ وَهُوَ الْمَسَاوَةُ، وَأَمَّا الثَّانِي فَلِأَنَّ الْمَانِعَ أَنْ تُصَوَّرَ هَاهُنَا فِي الْجَوْدَةِ وَهِيَ سَاقِطَةٌ الْعِبْرَةُ عِنْدَ الْمَقَابِلَةِ بِالْجِنْسِ.

قَالَ (وَإِذَا كَانَ الْغَالِبُ عَلَى الدَّرَاهِمِ الْفِضَّةُ فَهِيَ فِضَّةٌ، وَإِذَا كَانَ الْغَالِبُ عَلَى الدَّنَانِيرِ الذَّهَبُ فَهِيَ ذَهَبٌ، وَيُعْتَبَرُ فِيهِمَا مِنْ تَحْرِيمِ التَّفَاضُلِ مَا يُعْتَبَرُ فِي الْحَيَادِ حَتَّى لَا يَجُوزَ بَيْعُ الْخَالِصَةِ بِهَا وَلَا يَبْعُ بَعْضُهَا بِبَعْضٍ إِلَّا مُتَسَاوِيًا فِي الْوِزْنِ. وَكَذَا لَا يَجُوزُ الْاسْتِقْرَاضُ بِهَا إِلَّا وَزْنًا) لِأَنَّ النُّقُودَ لَا تَخْلُو عَنْ قَلِيلِ غِشٍّ عَادَةً لِأَنَّهَا لَا تَنْطَبِعُ إِلَّا مَعَ الْغِشِّ، وَقَدْ يَكُونُ الْغِشُّ خَلْقِيًّا كَمَا فِي الرَّدِيِّ مِنْهُ فَيُلْحَقُ الْقَلِيلُ بِالرَّدَاءَةِ، وَالْجَيِّدُ

وَالرَّدِيءُ سَوَاءٌ (وَإِنْ كَانَ الْغَالِبُ عَلَيْهِمَا الْغِشُّ فَلَيْسَ فِي حُكْمِ الدَّرَاهِمِ وَالْدَّنَانِيرِ) اِعْتِبَارًا
لِلْغَالِبِ، فَإِنْ اشْتَرَى بِهَا فِضَّةً خَالِصَةً فَهُوَ عَلَى الْوُجُوهِ الَّتِي ذَكَرْنَاهَا فِي حِلْيَةِ السَّيْفِ.

الشرح:

قَالَ (وَإِنْ كَانَ الْغَالِبُ عَلَى الدَّرَاهِمِ الْفِضَّةُ فَهِيَ دَرَاهِمُ إِنْ لَمْ يَكُنْ الْأَصْلُ أَنْ تُنْقُوذَ لَا
تَخْلُو عَنْ قَلِيلِ غِشٍّ خَلْقَةً أَوْ عَادَةً؛ فَلأَوَّلُ كَمَا فِي الرَّدِيِّ، وَالثَّانِي مَا يُخْلَطُ لِلْإِطْبَاقِ
فَالْتِمَاسُ بِدُونِهِ تَنَفُّتٌ، وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ يُعْتَبَرُ الْغَالِبُ؛ لِأَنَّهُ الْمَغْلُوبُ فِي مُقَابَلَةِ الْغَالِبِ
كَالْمُسْتَهْلَكِ، فَإِذَا كَانَ الْغَالِبُ عَلَى الدَّرَاهِمِ وَالْدَّنَانِيرِ الْفِضَّةُ وَالذَّهَبُ كَانَا فِي حُكْمِ الْفِضَّةِ
وَالذَّهَبِ يُعْتَبَرُ فِيهِمَا مِنْ تَحْرِيمِ التَّفَاضُلِ مَا يُعْتَبَرُ فِي الْحِيَادِ فَلَا يَجُوزُ بَيْعُ الْخَالِصِ بِهَا وَلَا
بَيْعُ بَعْضِهَا بِبَعْضٍ وَلَا اسْتِقْرَاضُ بِهَا إِلَّا مُتَسَاوِيًا فِي الْوِزْنِ (وَإِنْ كَانَ الْغَالِبُ عَلَيْهِمَا
الْغِشُّ فَلَيْسَ فِي حُكْمِ الدَّرَاهِمِ وَالْدَّنَانِيرِ) فَإِنْ اشْتَرَى بِهَا إِنْسَانٌ فِضَّةً خَالِصَةً، فَإِنْ
كَانَتْ الْفِضَّةُ الْخَالِصَةُ مِثْلَ تِلْكَ الْفِضَّةِ الَّتِي فِي الدَّرَاهِمِ الْمُشْتَوِشَةِ أَوْ أَقْلٍ أَوْ لَا يُدْرَى فَالْبَيْعُ
فَاسِدٌ، وَإِنْ كَانَتْ أَكْثَرَ صَحَّ وَهِيَ الْوُجُوهُ الْمَذْكُورَةُ فِي حِلْيَةِ السَّيْفِ.

(وَإِنْ بَاعَتْ بِجِنْسِهَا مُتَفَاضِلًا جَازَ صَرَفًا لِلْجِنْسِ إِلَى خِلَافِ الْجِنْسِ) فَهِيَ فِي
حُكْمِ شَيْئَيْنِ فِضَّةٍ وَصُفْرِ وَلَكِنَّهُ صَرَفٌ حَتَّى يُشْتَرَطَ الْقَبْضُ فِي الْمَجْلِسِ لَوْجُودِ الْفِضَّةِ
مِنَ الْجَانِبَيْنِ، فَإِذَا شُرِطَ الْقَبْضُ فِي الْفِضَّةِ يُشْتَرَطُ فِي الصُّفْرِ لِأَنَّهُ لَا يَتَمَيَّزُ عَنْهُ إِلَّا
بِضَرَرٍ. قَالَ ﷺ: وَمَشَابِيحُنَا رَحِمَهُمُ اللَّهُ لَمْ يُفْتَوْا بِجَوَازِ ذَلِكَ فِي الْعِدَالِي وَالْغَطَارِفَةِ لِأَنَّهَا
أَعَزُّ الْأَمْوَالِ فِي دِيَارِنَا، فَلَوْ أُبِيحَ التَّفَاضُلُ فِيهِ يَنْفَتَحُ بَابُ الرِّبَا، ثُمَّ إِنْ كَانَتْ تَرْجُ
بِالْوِزْنِ فَالْتَّبَاعُ وَالْاسْتِقْرَاضُ فِيهَا بِالْوِزْنِ، وَإِنْ كَانَتْ تَرْجُ بِالْعَدِّ فَبِالْعَدِّ، وَإِنْ كَانَتْ
تَرْجُ بِهِمَا فَبِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لِأَنَّ الْمُعْتَبَرَ هُوَ الْمُعْتَادُ فِيهِمَا إِذَا لَمْ يَكُنْ فِيهِمَا نَصٌّ، ثُمَّ هِيَ
مَا دَامَتْ تَرْجُ تَكُونُ أَمَانًا لَا تَتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِينِ، وَإِذَا كَانَتْ لَا تَرْجُ فَهِيَ سَلْعَةٌ تَتَعَيَّنُ
بِالتَّعْيِينِ، وَإِذَا كَانَتْ يَتَقَبَّلُهَا الْبَعْضُ دُونَ الْبَعْضِ فَهِيَ كَالزُّيُوفِ لَا يَتَعَلَّقُ الْعَقْدُ بِعَيْنِهَا
بَلْ بِجِنْسِهَا زُيُوفًا إِنْ كَانَ الْبَائِعُ يَعْلَمُ بِحَالِهَا لِتَحَقُّقِ الرِّضَا مِنْهُ، وَبِجِنْسِهَا مِنَ الْحِيَادِ إِنْ
كَانَ لَا يَعْلَمُ لِعَدَمِ الرِّضَا مِنْهُ.

الشرح:

(وَإِنْ بَاعَتْ بِجِنْسِهَا مُتَفَاضِلًا جَازَ صَرَفًا لِلْجِنْسِ إِلَى خِلَافِ الْجِنْسِ وَهِيَ فِي

حُكْمِ فِضَّةٍ وَصُفْرِ (قَوْلُهُ: وَلَكِنَّهُ صَرَفٌ) جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ إِذَا صُرِفَ الْجِنْسُ إِلَى خِلَافِ الْجِنْسِ فَلَا يَكُونُ صَرَفًا فَلَا يَبْقَى التَّقَابُضُ شَرْطًا.

وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ صَرَفَ الْجِنْسِ إِلَى خِلَافِ جِنْسِهِ ضَرُورَةٌ صِحَّةُ الْعَقْدِ، وَالثَّابِتُ بِالضَّرُورَةِ لَا يَتَعَدَّى فَبَقِيَ الْعَقْدُ فِيمَا وَرَاءَ ذَلِكَ صَرَفًا (وَاشْتِرَاطُ الْقَبْضِ فِي الْمَجْلِسِ لَوْجُودِ الْفِضَّةِ مِنَ الْجَانِبَيْنِ. وَإِذَا شَرَطَ الْقَبْضَ فِي الْفِضَّةِ يُشْتَرَطُ فِي الصُّفْرِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَتَمَيَّزُ عَنْهُ إِلَّا بِضَرَرٍ) وَهَذَا يُشِيرُ إِلَى أَنَّ الْاسْتِهْلَاكَ إِنَّمَا يَتَحَقَّقُ عِنْدَ عَدَمِ التَّمْيِيزِ قَالَ الْمُصَنِّفُ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَمَشَائِخُنَا) يُرِيدُ بِهِ عُلَمَاءَ مَا وَرَاءَ النَّهْرِ (لَمْ يُفْتُوا بِجَوَازِ ذَلِكَ) يَعْنِي التَّفَاضُلَ (فِي الْعَدَالِ وَالْعَطَافَةِ) أَيِ الدَّرَاهِمِ الْغَطْرِيفَةِ وَهِيَ الْمُنْسُوبَةُ إِلَى غَطْرِيفِ بْنِ عَطَاءِ الْكَنْدِيِّ أَمِيرِ خُرَاسَانَ أَيَّامَ الرَّشِيدِ، وَقِيلَ هُوَ خَالَ هَارُونَ الرَّشِيدِ (لَأَنَّهَا أَعَزُّ الْأَمْوَالِ فِي دِيَارِنَا، فَلَوْ أُبِيحَ التَّفَاضُلُ فِيهِ) أَيِ لَوْ أُفْتِيَ بِإِبَاحَتِهِ (تَدَرَّجُوا إِلَى الْفِضَّةِ وَالذَّهَبِ بِالْقِيَاسِ) ثُمَّ الْمُعْتَبَرُ فِي الْمَعَامَلَاتِ بِهَا الْمُعْتَادُ (فَإِنْ كَانَتْ تَرْوُجُ بِالْوَزْنِ كَانَ التَّبَاعُ وَالِاسْتِقْرَاضُ فِيهَا بِالْوَزْنِ).

وَإِنْ كَانَتْ تَرْوُجُ بِالْعَدِّ فَهَمَّا فِيهَا بِالْعَدِّ، وَإِنْ كَانَتْ تَرْوُجُ بِهِمَا فَبِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا حَيْثُ لَمْ يَكُنْ مَنْصُوصًا عَلَيْهَا، ثُمَّ هِيَ مَا دَامَتْ تَرْوُجُ تَكُونُ أَثْمَانًا لَا تَتَّعَيْنُ بِالتَّعْيِينِ) فَإِنْ هَلَكَتْ قَبْلَ التَّسْلِيمِ لَا يَبْطُلُ الْعَقْدُ بَيْنَهُمَا وَيَجِبُ عَلَيْهِ مِثْلُهُ (وَإِذَا كَانَتْ لَا تَرْوُجُ فَهِيَ سِلْعَةٌ تَتَّعَيْنُ بِالتَّعْيِينِ) كَالرَّصَاصِ وَالسُّتُوفَةِ وَيَبْطُلُ الْعَقْدُ بِهَلَاكِهَا قَبْلَ التَّسْلِيمِ إِذَا عَلِمَ الْمُتَعَاقدَانِ حَالَ الدَّرَاهِمِ وَيَعْلَمُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنَّ صَاحِبَهُ يَعْلَمُ، وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ أَوْ لَمْ يَعْلَمْ أَحَدُهُمَا أَوْ عَلِمَا وَلَكِنْ لَمْ يَعْلَمْ كُلُّ مِنْهُمَا أَنَّ صَاحِبَهُ يَعْلَمُ فَإِنَّ الْبَيْعَ يَتَعَلَّقُ بِالدَّرَاهِمِ الرَّائِجَةِ فِي ذَلِكَ الْبَلَدِ الَّذِي عَلَيْهَا مَعَامَلَاتُ النَّاسِ دُونَ الْمُشَارِ إِلَيْهِ (وَإِنْ كَانَتْ يَقْبَلُهَا الْبَعْضُ دُونَ الْبَعْضِ فَهِيَ كَالزُّيُوفِ لَا يَتَعَلَّقُ الْعَقْدُ بِعَيْنِهَا بَلْ بِجِنْسِهَا زُيُوفًا) إِنْ عَلِمَ الْبَائِعُ خَاصَّةً؛ لِأَنَّهُ رَضِيَ بِجِنْسِ الزُّيُوفِ، وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ تَعَلَّقَ الْعَقْدُ بِجِنْسِهَا مِنْ الْجِيَادِ لَعَدَمِ الرِّضَا مِنْهُ بِالزُّيُوفِ.

(وَإِذَا اشْتَرَى بِهَا سِلْعَةً فَكَسَدَتْ وَتَرَكَ النَّاسُ الْمَعَامَلَةَ بِهَا بَطَلَ الْبَيْعُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ: عَلَيْهِ قِيمَتُهَا يَوْمَ الْبَيْعِ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: قِيمَتُهَا آخِرُ مَا تَعَامَلَ النَّاسُ بِهَا) لَهُمَا أَنَّ الْعَقْدَ قَدْ صَحَّ إِلَّا أَنَّهُ تَعَذَّرَ التَّسْلِيمُ بِالْكَسَادِ وَأَنَّهُ

لَا يُوجِبُ الْفَسَادَ، كَمَا إِذَا اشْتَرَى بِالرُّطْبِ فَأَنْقَطَعَ أَوَانُهُ. وَإِذَا بَقِيَ الْعَقْدُ وَجَبَتِ الْقِيَمَةُ، لَكِنْ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَهَتْ الْبَيْعَ لِأَنَّهُ مَضْمُونٌ بِهِ، وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ يَوْمَ الانْقِطَاعِ لِأَنَّهُ أَوَانُ الْإِنْتِقَالِ إِلَى الْقِيَمَةِ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ الثَّمَنَ يَهْلِكُ بِالْكَسَادِ؛ لِأَنَّ الثَّمَنِيَّةَ بِالْإِصْطِلَاحِ وَمَا بَقِيَ فَيَبْقَى بَيْعًا بِلَا ثَمَنٍ فَيَبْطُلُ، وَإِذَا بَطَلَ الْبَيْعُ يَجِبُ رَدُّ الْمُبْعِ إِنْ كَانَ قَائِمًا وَقِيَمَتُهُ إِنْ كَانَ هَالِكًا كَمَا فِي الْبَيْعِ الْفَاسِدِ.

الشرح:

(وَإِذَا اشْتَرَى بِهَا سَلْعَةً ثُمَّ كَسَدَتْ قَبْلَ التَّقْدِ فَتَرَكَ النَّاسُ الْمُعَامَلَةَ بِهَا بَطَلَ الْعَقْدُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: لَمْ يَبْطُلْ وَعَلَيْهِ قِيَمَتُهَا، لَكِنْ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ قِيَمَتُهُ يَوْمَ الْبَيْعِ، وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ آخَرُ مَا تَعَامَلُ النَّاسُ بِهَا) وَالْمُصَنَّفُ فَسَّرَ الْكَسَادَ بِتَرَكَ النَّاسِ الْمُعَامَلَةَ بِهَا، وَلَمْ يَذْكُرْ أَنَّهُ فِي كُلِّ الْبِلَادِ أَوْ فِي الْبَلَدِ الَّذِي وَقَعَ فِيهِ الْعَقْدُ. وَنَقَلَ عَنْ عِيُونَ الْمَسَائِلِ أَنَّ عَدَمَ الرَّوَاجِ إِنَّمَا يُوجِبُ فُسَادَ الْبَيْعِ إِذَا كَانَ لَا يَرُوجُ فِي جَمِيعِ الْبُلْدَانِ؛ لِأَنَّهُ حِينَئِذٍ يَصِيرُ هَالِكًا وَيَبْقَى الْبَيْعُ بِلَا ثَمَنٍ، وَأَمَّا إِذَا كَانَ لَا يَرُوجُ فِي هَذِهِ الْبَلَدَةِ وَيَرُوجُ فِي غَيْرِهَا لَا يَفْسُدُ الْبَيْعُ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَهْلِكْ لَكِنَّهُ تَعَبٌّ، فَكَانَ لِلْبَائِعِ الْخِيَارُ إِنْ شَاءَ قَالَ أُعْطِيَ مِثْلَ التَّقْدِ الَّذِي وَقَعَ عَلَيْهِ الْبَيْعُ وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ قِيَمَةَ ذَلِكَ دَنَانِيرَ. قَالُوا: وَمَا ذَكَرَ فِي الْعِيُونِ يَسْتَقِيمُ عَلَى قَوْلِ مُحَمَّدٍ، وَأَمَّا عَلَى قَوْلِهِمَا فَلَا يَسْتَقِيمُ، وَيَنْبَغِي أَنْ يُكْتَفَى بِالْكَسَادِ فِي تِلْكَ الْبَلَدَةِ بِنَاءً عَلَى اخْتِلَافِهِمْ فِي بَيْعِ الْفَلَسِ بِالْفَلَسِيِّينَ. عِنْدَهُمَا يَجُوزُ اعْتِبَارًا لِإِصْطِلَاحِ بَعْضِ النَّاسِ، وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ لَا يَجُوزُ اعْتِبَارًا لِإِصْطِلَاحِ الْكُلِّ، فَالْكَسَادُ يَجِبُ أَنْ يَكُونَ عَلَى هَذَا الْقِيَاسِ أَيْضًا (لَهُمَا أَنَّ الْعَقْدَ قَدْ صَحَّ) لَوْجُودِ رُكْنِهِ فِي مَحَلِّهِ مِنْ غَيْرِ مَانِعٍ شَرْعِيٍّ (إِلَّا أَنَّهُ تَعَذَّرَ التَّسْلِيمُ بِالْكَسَادِ، وَذَلِكَ لَا يُوجِبُ الْفَسَادَ كَمَا إِذَا اشْتَرَى بِالرُّطْبِ فَأَنْقَطَعَ، وَإِذَا بَقِيَ الْعَقْدُ قَالَ أَبُو يُوسُفَ: وَجَبَتِ الْقِيَمَةُ يَوْمَ الْبَيْعِ؛ لِأَنَّهُ مَضْمُونٌ بِالْبَيْعِ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ: قِيَمَتُهُ يَوْمَ الْإِنْقِطَاعِ: أَيُّ الْكَسَادِ؛ لِأَنَّهُ انْتَقَلَ الْحَقُّ مِنْهُ إِلَى الْقِيَمَةِ فِي ذَلِكَ الْيَوْمِ.

وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الثَّمَنَ يَهْلِكُ بِالْكَسَادِ؛ لِأَنَّ الدَّرَاهِمَ الَّتِي غَلَبَ غَشُّهَا إِنَّمَا جُعِلَتْ ثَمَنًا بِالْإِصْطِلَاحِ، فَإِذَا تَرَكَ النَّاسُ الْمُعَامَلَةَ بِهَا بَطَلَ، وَإِذَا بَطَلَ الثَّمَنِيَّةُ بَقِيَ بَيْعًا بِلَا ثَمَنٍ وَهُوَ بَاطِلٌ لَا يُقَالُ: الْعَقْدُ تَنَاوَلَ عَيْنَهَا وَهُوَ بَاقٍ بَعْدَ الْكَسَادِ وَهُوَ مَقْدُورٌ

التَّسْلِيمُ؛ لَأَنَّا نَقُولُ: إِنَّ الْعَقْدَ تَنَاوَلَهَا بِصِفَةِ الثَّمَنِ؛ لِأَنَّهَا مَا دَامَتْ رَاجِعَةً فَهِيَ ثَبَتَتْ دَيْنًا فِي الذِّمَّةِ، وَبِالْكَسَادِ يَنْعَدَمُ مِنْهَا صِفَةُ الثَّمَنِ، وَصِفَةُ الثَّمَنِ فِي الْفُلُوسِ وَالْدَّرَاهِمِ الْمَعْشُوشَةِ الَّتِي غَلَبَ غِشُّهَا كَصِفَةِ الْمَالِيَّةِ فِي الْأَعْيَانِ؛ وَلَوْ انْعَدَمَتْ الْمَالِيَّةُ بِهَلَاكِ الْمَبِيعِ قَبْلَ الْقَبْضِ أَوْ بِتَخَمُّرِ الْعَصِيرِ فَسَدَ الْبَيْعُ فَكَذَا هَذَا.

وَالْجَوَابُ عَنِ الرُّطْبِ أَنَّ الرُّطْبَ مَرَجُو الْحُصُولِ فِي الْعَامِ الثَّانِي غَالِبًا فَلَمْ يَكُنْ هَالِكًا مِنْ كُلِّ وَجْهٍ فَلَمْ يَطُلْ، لَكِنَّهُ يَتَخَيَّرُ بَيْنَ الْفَسْخِ وَالصَّبْرِ إِلَى أَنْ يَحْصُلَ.

أَمَّا الْكَسَادُ فِي الدَّرَاهِمِ الْمَعْشُوشَةِ الَّتِي غَلَبَ عَلَيْهَا غِشُّهَا فَهَلَاكُ الثَّمَنِ عَلَى وَجْهِهِ لَا يُرْجَى الْوُصُولُ إِلَى ثَمَنِهَا فِي ثَانِي الْحَالِ؛ لِأَنَّ الْكَسَادَ أَصْلِيَّ وَالشَّيْءُ إِذَا رَجَعَ إِلَى أَصْلِهِ فَلَمَّا يَتَّقِلْ عَنْهُ، وَإِذَا بَطَلَ الْبَيْعُ فَإِنْ لَمْ يَكُنِ الْمَبِيعُ مَقْبُوضًا فَلَا حُكْمَ لِهَذَا الْبَيْعِ أَصْلًا، وَإِنْ كَانَ مَقْبُوضًا فَإِنْ كَانَ قَائِمًا وَجَبَ رَدُّهُ بَعِيْنِهِ، وَإِنْ كَانَ هَالِكًا أَوْ مُسْتَهْلَكًا، فَإِنْ كَانَ مِثْلًا وَجَبَ رَدُّ مِثْلِهِ، وَإِنْ كَانَ قِيمِيًّا وَجَبَ رَدُّ قِيَمَتِهِ كَمَا فِي الْبَيْعِ الْفَاسِدِ، هَذَا حُكْمُ الْكَسَادِ وَحُكْمُ الْانْقِطَاعِ عَنْ أَيْدِي النَّاسِ كَذَلِكَ وَإِلَيْهِ أَشَارَ الْمُصَنِّفُ رَحِمَهُ اللَّهُ بِقَوْلِهِ وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ يَوْمَ الْانْقِطَاعِ وَإِنْ كَانَ صَدَرَ الْبَحْثُ بِالْكَسَادِ. وَأَمَّا إِذَا غَلَبَتْ بَارِزِيَادِ الْقِيَمَةِ أَوْ تَقَصَّتِ الْقِيَمَةُ بِالرُّخْصِ فَلَا مُعْتَبَرَ بِذَلِكَ فَالْبَيْعُ عَلَى حَالِهِ وَيُطَالَبُ بِالدَّرَاهِمِ بِذَلِكَ الْعِبَارِ الَّذِي كَانَ وَقْتُ الْبَيْعِ.

قَالَ (وَيَجُوزُ الْبَيْعُ بِالْفُلُوسِ) لِأَنَّهَا مَالٌ مَعْلُومٌ، فَإِنْ كَانَتْ نَافِقَةً جَازَ الْبَيْعُ بِهَا وَإِنْ لَمْ تَتَّعِينَ لِأَنَّهَا أَتَمَانٌ بِالْإِصْطِلَاحِ، وَإِنْ كَانَتْ كَاسِدَةً لَمْ يَجْزِ الْبَيْعُ بِهَا حَتَّى يُعَيَّنَهَا لِأَنَّهَا سِلْعٌ فَلَا بُدَّ مِنْ تَعْيِينِهَا (وَإِذَا بَاعَ بِالْفُلُوسِ النَّافِقَةَ ثُمَّ كَسَدَتْ بَطَلَ الْبَيْعُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ خِلَافًا لَهُمَا) وَهُوَ تَطْيِيرُ الْاِخْتِلَافِ الَّذِي بَيَّنَّاهُ.

الشرح:

قَالَ (وَيَجُوزُ الْبَيْعُ بِالْفُلُوسِ إلخ) الْبَيْعُ بِالْفُلُوسِ جَائِزٌ؛ لِأَنَّهُ مَالٌ مَعْلُومٌ: أَيْ مَعْلُومٌ قَدْرُهُ وَوَصْفُهُ، وَإِنَّمَا قَالَ كَذَلِكَ إِشَارَةً إِلَى وَجُوبِ بَيَانِ الْمَقْدَارِ وَالْوَصْفِ أَوْ الْإِشَارَةِ إِلَيْهِ، ثُمَّ إِنَّمَا إِنَّمَا أَنْ تَكُونَ نَافِقَةً أَوْ كَاسِدَةً حَالَةَ الْعَقْدِ، فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ جَازَ الْبَيْعُ وَإِنْ لَمْ تُعَيَّنْ؛ لِأَنَّهَا أَتَمَانٌ بِالْإِصْطِلَاحِ، فَالْمُشْتَرِي بِهَا لَا يُجْبَرُ عَلَى دَفْعِ مَا عَيْنَ بَلْ هُوَ مُخَيَّرٌ بَيْنَ دَفْعِ ذَلِكَ وَدَفْعِ مِثْلِهِ وَإِنْ هَلَكَ ذَلِكَ لَمْ يَنْفَسَخِ الْعَقْدُ، وَإِنْ كَانَ الثَّانِي فَلَا بُدَّ لِحَوَازِ

الْبَيْعِ بِهَا مِنَ التَّعِينِ؛ لِأَنَّهَا سِلْعٌ.

وَإِذَا بَاعَ بِالْفُلُوسِ النَّافِقَةُ ثُمَّ كَسَدَتْ فَهُوَ عَلَى الْخِلَافِ الَّذِي بَيَّنَّاهُ فِي كَسَادِ الدَّرَاهِمِ الْمَعْشُوشَةِ قَبْلَ نَقْدِهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ بَطْلُ الْبَيْعِ خِلَافًا لَهَا. قَالَ الشَّارِحُونَ: هَذَا الَّذِي ذَكَرَهُ الْقُدُورِيُّ مِنَ الْاِخْتِلَافِ مُخَالَفًا لِمَا فِي الْمَبْسُوطِ وَالْأَسْرَارِ وَشَرَحَ الطُّحَاوِيُّ حَيْثُ ذَكَرَ بُطْلَانَ الْبَيْعِ عِنْدَ كَسَادِ الْفُلُوسِ فِي هَذِهِ الْكُتُبِ مِنْ غَيْرِ خِلَافٍ بَيْنَ أَصْحَابِنَا الثَّلَاثَةِ. وَذَكَرُوا نَقْلَ الْكُتُبِ الْمَذْكُورَةِ وَلَيْسَ فِيهِ سِوَى السُّكُوتِ عَنْ بَيَانِ الْاِخْتِلَافِ إِلَّا مَا نُقِلَ عَنِ الْأَسْرَارِ وَهُوَ مَا قِيلَ فِيهِ: إِذَا اشْتَرَى شَيْئًا بِفُلُوسٍ فِي الذِّمَّةِ فَكَسَدَتْ قَبْلَ الْقَبْضِ بَطْلُ الشِّرَاءِ عِنْدَنَا، وَقَالَ زُفَرٌ لَا يَبْطُلُ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ تَحْتَ الْكَسَادِ إِلَّا الْعَجْزُ عَنِ تَسْلِيمِهِ، وَالْعَقْدُ لَا يَبْطُلُ بِالْعَجْزِ عَنِ تَسْلِيمِ الْبَدَلِ كَمَا لَوْ أَبَقَ الْعَبْدُ وَكَمَا لَوْ أَسْلَمَ فِي الرُّطْبِ فَانْقَطَعَ أَوَانُهُ، وَهَذَا بَظَاهِرِ قَوْلِهِ عِنْدَنَا وَإِنْ دَلَّ عَلَى الْاِتِّفَاقِ، لَكِنَّ الدَّلِيلَ الْمَذْكُورَ لِرُفْرُوحِ رَحِمَهُ اللَّهُ يَمْتَنِعُهُ؛ لِأَنَّ دَلِيلَهُمَا فِي كَسَادِ الدَّرَاهِمِ الْمَعْشُوشَةِ حَيْثُ قَالَا: الْكَسَادُ لَا يُوجِبُ الْفَسَادَ فَجَعَلَهُ مُفْسِدًا هَاهُنَا يُفْضِي إِلَى التَّحَكُّمِ إِلَّا إِذَا ظَهَرَ مَعْنَى فَقْهِيٍّ يَعْتَمِدُ عَلَيْهِ فِي الْفَرْقِ بَيْنَهُمَا وَلَمْ أَظْفَرْ بِذَلِكَ.

(وَلَوْ اسْتَقْرَضَ فُلُوسًا نَافِقَةً فَكَسَدَتْ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ يَجِبُ عَلَيْهِ مِثْلُهَا) لِأَنَّهُ إِعَارَةٌ، وَمُوجِبُهُ رَدُّ الْعَيْنِ مَعْنَى وَالْثُمْنِيَّةِ فَضْلٌ فِيهِ إِذَا الْقَرْضُ لَا يَخْتَصُّ بِهِ. وَعِنْدَهُمَا تَجِبُ قِيمَتُهَا لِأَنَّهُ لَمَّا بَطَلَ وَصْفُ الثَّمْنِيَّةِ تَعَذَّرَ رَدُّهَا كَمَا قَبِضَ فَيَجِبُ رَدُّ قِيمَتِهَا، كَمَا إِذَا اسْتَقْرَضَ مِثْلِيًّا فَانْقَطَعَ، لَكِنْ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ يَوْمَ الْقَبْضِ، وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ يَوْمَ الْكَسَادِ عَلَى مَا مَرَّ مِنْ قَبْلُ، وَأَصْلُ الْاِخْتِلَافِ فِيمَنْ غَضِبَ مِثْلِيًّا فَانْقَطَعَ، وَقَوْلُ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنْظَرُ لِلْجَانِبَيْنِ، وَقَوْلُ أَبِي يُوسُفَ أَيْسَرُ.

الشرح:

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ: وَلَوْ اسْتَقْرَضَ فُلُوسًا فَكَسَدَتْ إِذَا اسْتَقْرَضَ فُلُوسًا فَكَسَدَتْ يَجِبُ عَلَيْهِ رَدُّ مِثْلِهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ (؛ لِأَنَّهُ) أَيُّ اسْتِقْرَاضٍ الْمِثْلِيِّ (إِعَارَةٌ) كَمَا أَنَّ إِعَارَتَهُ قَرْضٌ (وَمُوجِبُ اسْتِقْرَاضِ الْمِثْلِيِّ رَدُّ عَيْنِهِ مَعْنَى) وَبِالنَّظَرِ إِلَى كَوْنِهِ عَارِيَّةً يَجِبُ رَدُّ عَيْنِهِ حَقِيقَةً، لَكِنْ لَمَّا كَانَ قَرْضًا وَالاِئْتِمَاعُ بِهِ إِمَّا يَكُونُ بِإِثْلَافٍ عَيْنِهِ فَاتَّ رَدُّ عَيْنِهِ حَقِيقَةً فَيَجِبُ رَدُّ عَيْنِهِ مَعْنَى وَهُوَ الْمِثْلُ وَيُجْعَلُ بِمَعْنَى الْعَيْنِ حَقِيقَةً؛ لِأَنَّهُ لَوْ لَمْ

يُجْعَلُ كَذَلِكَ لَزِمَ مُبَادَلَةُ الشَّيْءِ بِجِنْسِهِ نَسِيئَةً وَهُوَ لَا يَجُوزُ فَإِنْ قِيلَ: كَيْفَ يَكُونُ الْمِثْلِيُّ بِمَعْنَى الْعَيْنِ وَقَدْ فَاتَ وَصْفُ الثَّمَنَِّةِ وَإِنَّمَا كَانَ بِمَعْنَى الْعَيْنِ أَنْ لَوْ رُدَّ مِثْلُهُ حَالُ كَوْنِهِ نَافِقًا أَجَابَ الْمُصَنِّفُ رَحِمَهُ اللَّهُ (بِأَنَّ الثَّمَنَِّةَ فَضْلٌ) فِيهِ أَيْ فِي الْقَرْضِ إِذَا الْقَرْضُ لَا يُخْبِصُ بِهِ: أَيْ بِمَعْنَى الثَّمَنَِّةِ، وَمَعْنَاهُ أَنَّ الثَّمَنَِّةَ لَيْسَتْ عَيْنَ الْقَرْضِ وَهُوَ ظَاهِرٌ وَلَا لَازِمًا مِنْ لَوَازِمِهِ فَجَازَ أَنْ يَنْفَكُ الْقَرْضُ عَنِ الثَّمَنَِّةِ وَيُجْعَلَ الْاسْتِقْرَاضُ مِنْ حَيْثُ كَوْنُهُ مِنْ ذَوَاتِ الْأَمْثَالِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّ الْاسْتِقْرَاضَ جَائِزٌ فِي كُلِّ مَكِيلٍ وَمَوْزُونٍ أَوْ عَدَدِيٍّ مُتَقَارِبٍ وَبِالْكَسَادِ لَمْ يَخْرُجْ عَنْ كَوْنِهِ مِنْ ذَوَاتِ الْأَمْثَالِ، بِخِلَافِ الْبَيْعِ؛ لِأَنَّ دُخُولَهَا فِي الْعَقْدِ فِيهِ بِصِفَةِ الثَّمَنَِّةِ وَقَدْ فَاتَ ذَلِكَ بِالْكَسَادِ.

وَتَحْقِيقُهُ أَنَّ الْمِثْلَ الْمَحْرَدَ عَنِ الثَّمَنَِّةِ أَقْرَبُ إِلَى الْعَيْنِ مِنَ الْقِيَمَةِ فَلَا يُصَارُ إِلَيْهَا مَا دَامَ مُمَكِّنًا (وَعِنْدَهُمَا تَجِبُ قِيَمَتُهَا؛ لِأَنَّهُ لَمَّا بَطَلَ وَصْفُ الثَّمَنَِّةِ تَعَذَّرَ رَدُّهَا كَمَا قَبِضَ) وَلَيْسَ الْمِثْلُ الْمَحْرَدُ عَنْهَا فِي مَعْنَاهَا (فَيَجِبُ رَدُّ قِيَمَتِهَا كَمَا إِذَا اسْتَقْرَضَ مِثْلًا فَأَنْقَطَعَ، لَكِنْ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ يَوْمَ الْقَبْضِ وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ يَوْمَ الْكَسَادِ عَلَى مَا مَرَّ مِنْ قَبْلُ، وَأَصْلُ الْاِخْتِلَافِ) يَعْنِي بَيْنَ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ (فِيمَنْ غَضِبَ مِثْلًا فَأَنْقَطَعَ) فَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ تَجِبُ الْقِيَمَةُ يَوْمَ الْغَضَبِ، وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ يَوْمَ الْاِنْقِطَاعِ وَسَيَجِيءُ (وَقَوْلُ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنْظِرْ لِلْمُقْرِضِ وَلِلْمُسْتَقْرِضِ؛ لِأَنَّ عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ يَجِبُ رَدُّ الْمِثْلِ وَهُوَ كَاسِدٌ وَفِيهِ ضَرَرٌ بِالْمُقْرِضِ، وَعَلَى قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ تَجِبُ الْقِيَمَةُ يَوْمَ الْقَبْضِ، وَلَا شَكَّ أَنَّ قِيَمَةَ يَوْمَ الْقَبْضِ أَكْثَرُ مِنْ قِيَمَةِ يَوْمِ الْاِنْقِطَاعِ وَهُوَ ضَرَرٌ بِالْمُسْتَقْرِضِ فَكَانَ قَوْلُ مُحَمَّدٍ أَنْظِرْ لِلْحَاجَتَيْنِ (وَقَوْلُ أَبِي يُوسُفَ أَيْسَرُ)؛ لِأَنَّ قِيَمَتَهُ يَوْمَ الْقَبْضِ مَعْلُومَةٌ لِلْمُقْرِضِ وَالْمُسْتَقْرِضِ وَسَائِرِ النَّاسِ، وَقِيَمَةُ يَوْمِ الْاِنْقِطَاعِ تَشْتَبِهُ عَلَى النَّاسِ وَيَخْتَلِفُونَ فِيهَا فَكَانَ قَوْلُهُ أَيْسَرَ.

قَالَ (وَمَنْ اشْتَرَى شَيْئًا بِنِصْفِ دِرْهَمٍ فُلُوسٍ جَازَ وَعَلَيْهِ مَا يُبَاعُ بِنِصْفِ دِرْهَمٍ مِنَ الْفُلُوسِ) وَكَذَا إِذَا قَالَ بَدَانِقٍ فُلُوسٍ أَوْ بِقِيرَاطٍ فُلُوسٍ جَازَ. وَقَالَ زُهْرِيٌّ لَا يَجُوزُ فِي جَمِيعِ ذَلِكَ لِأَنَّهُ اشْتَرَى بِالْفُلُوسِ وَأَنَّهُ تَقَدَّرَ بِالْعَدَدِ لَا بِالدَّانِقِ وَالْدِرْهَمِ فَلَا بُدَّ مِنْ بَيَانِ عَدَدِهَا، وَتَحْنُ نَقُولُ: مَا يُبَاعُ بِالدَّانِقِ وَنِصْفُ الدِّرْهَمِ مِنَ الْفُلُوسِ مَعْلُومٌ عِنْدَ النَّاسِ وَالْكَلَامُ فِيهِ فَأَعْنَى عَنْ بَيَانِ الْعَدَدِ. وَلَوْ قَالَ بِدِرْهَمٍ فُلُوسٍ أَوْ بِدِرْهَمِيٍّ فُلُوسٍ فَكَذَا عِنْدَ

أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ لَأَنْ مَا يُبَاعُ بِالدَّرْهَمِ مِنَ الْفُلُوسِ مَعْلُومٌ وَهُوَ الْمُرَادُ لَا وَزَنُ الدَّرْهَمِ مِنَ الْفُلُوسِ. وَعَنْ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ بِالدَّرْهَمِ وَيَجُوزُ فِيهِمَا دُونَ الدَّرْهَمِ، لَأَنَّ فِي الْعَادَةِ الْمُبَايَعَةَ بِالْفُلُوسِ فِيهِمَا دُونَ الدَّرْهَمِ فَصَارَ مَعْلُومًا بِحُكْمِ الْعَادَةِ، وَلَا كَذَلِكَ الدَّرْهَمُ قَالُوا: وَقَوْلُ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَصَحُّ لَا سِيَّمَا فِي دِيَارِنَا.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ اشْتَرَى شَيْئًا بِنِصْفِ دِرْهَمٍ فُلُوسٍ جَارِ الْخ) رَجُلٌ قَالَ اشْتَرَيْتَ هَذَا بِنِصْفِ دِرْهَمٍ فُلُوسٍ: يَعْنِي أَنَّ ذَلِكَ النِّصْفَ مِنَ الدَّرَاهِمِ فُلُوسٌ لَا نُقْرَةُ، وَذَلِكَ مَعْلُومٌ عِنْدَ النَّاسِ وَقَتَ الْعَقْدِ جَارٌ وَيَجِبُ عَلَيْهِ الْوَقَاءُ بِذَلِكَ الْقَدْرِ مِنَ الْفُلُوسِ، وَكَذَا إِذَا قَالَ بِذَانِقِ فُلُوسٍ وَهُوَ سُدُسُ الدَّرْهَمِ جَارٌ أَوْ بِقِرَاطِ فُلُوسٍ.

وَقَالَ زُفَرٌ: لَا يَجُوزُ؛ لِأَنَّهُ اشْتَرَى بِالْفُلُوسِ وَهِيَ مَعْدُودَةٌ وَنِصْفُ دِرْهَمٍ ذَانِقٌ وَقِرَاطٌ مِنْهُ مُوزُونَةٌ، وَذَكَرَهَا لَا يُعْنِي عَنْ بَيَانِ الْعَدَدِ فَبَقِيَ الثَّمَنُ مَجْهُولًا وَهُوَ مَانِعٌ عَنِ الْجَوَازِ.

وَقُلْنَا: فَرَضَ الْمَسْأَلَةَ فِيهِمَا إِذَا كَانَ مَا يُبَاعُ بِنِصْفِ دِرْهَمٍ مِنَ الْفُلُوسِ مَعْلُومًا مِنْ حَيْثُ الْعَدَدُ فَكَانَ مُعْنِيًا عَنْ ذِكْرِ الْعَدَدِ، وَإِذَا زَادَ عَلَى الدَّرْهَمِ جَوْزُهُ أَبُو يُوسُفَ بَنَاءً عَلَى كَوْنِهِ مَعْلُومًا، وَفَصَّلَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ بَيْنَ مَا دُونَ الدَّرْهَمِ وَمَا فَوْقَهُ، فَجُوزَ فِيهِمَا دُونَ الدَّرْهَمِ خَاصَّةً؛ لِأَنَّ فِي الْعَادَةِ الْمُبَايَعَةَ بِالْفُلُوسِ فِيهِمَا دُونَ الدَّرْهَمِ فَكَانَ مَعْلُومًا بِحُكْمِ الْعَادَةِ، وَلَا كَذَلِكَ الدَّرْهَمُ. قَالُوا: وَالْأَصَحُّ قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ لَا سِيَّمَا فِي دِيَارِنَا عَلَى عَدَمِ الْمُنَازَعَةِ لَكَوْنِهِ مَعْلُومًا وَلَا اشْتِرَاكَ الْعُرْفِ.

قَالَ (وَمَنْ أَعْطَى صِيرَفِيًا دِرْهَمًا وَقَالَ أَعْطَيْتَنِي بِنِصْفِهِ فُلُوسًا وَبِنِصْفِهِ نِصْفًا إِلَّا حَبَّةً جَارَ الْبَيْعِ فِي الْفُلُوسِ وَيَطْلُ فِيهِمَا بَقِيَّ عِنْدَهُمَا) لَأَنَّ بَيْعَ نِصْفِ دِرْهَمٍ بِالْفُلُوسِ جَائِزٌ وَبَيْعُ النِّصْفِ بِنِصْفِ إِلَّا حَبَّةً رَبَا فَلَا يَجُوزُ (وَعَلَى قِيَاسِ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ بَطْلُ فِي الْكُلِّ) لَأَنَّ الصِّفْقَةَ مُتَّحِدَةٌ وَالْفَسَادُ قَوِيٌّ فَيَشْبَعُ وَقَدْ مَرَّ نَظِيرُهُ، وَكَوْ كَرَّرَ لَفْظَ الْإِعْطَاءِ كَانَ جَوَابُهُ كَجَوَابِهِمَا هُوَ الصَّحِيحُ لِأَنَّهُمَا بَيَعَانِ (وَلَوْ قَالَ أَعْطَيْتَنِي نِصْفَ دِرْهَمٍ فُلُوسًا وَنِصْفًا إِلَّا حَبَّةً جَارَ) لِأَنَّهُ قَابِلُ الدَّرْهَمِ بِمَا يُبَاعُ مِنَ الْفُلُوسِ بِنِصْفِ دِرْهَمٍ وَبِنِصْفِ دِرْهَمٍ إِلَّا حَبَّةً فَيَكُونُ نِصْفُ دِرْهَمٍ إِلَّا حَبَّةً بِمِثْلِهِ وَمَا وَرَاءَهُ يِزَاءُ الْفُلُوسِ. قَالَ ﷺ: وَفِي أَكْثَرِ نُسَخِ الْمُخْتَصَرِ ذَكَرَ الْمَسْأَلَةَ الثَّانِيَةَ، وَاللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

الشرح:

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَمَنْ أُعْطِيَ صَيْرَفًا دِرْهَمًا إلخ) هَذِهِ ثَلَاثُ مَسَائِلَ: الْأُولَى أَنْ يُعْطِيَ دِرْهَمًا كَبِيرًا وَيَقُولُ أُعْطِنِي بِنِصْفِهِ فُلُوسًا وَبِنِصْفِهِ نِصْفًا: أَيُّ دِرْهَمًا صَغِيرًا وَزَنَّهُ نِصْفُ دِرْهَمٍ كَبِيرٍ إِلَّا حَبَّةَ جَزَارٍ الْبَيْعِ فِي الْفُلُوسِ وَبَطَلَ فِيمَا بَقِيَ عِنْدَهُمَا؛ لِأَنَّهُ قَابِلُ نِصْفِ الدِّرْهَمِ بِالْفُلُوسِ وَلَا مَانِعَ فِيهِ عَنِ الْجَوَازِ وَقَابِلُ النِّصْفِ بِنِصْفِ إِلَّا حَبَّةً وَهُوَ رَبَا فَلَا يَجُوزُ، وَعَلَى هَذَا قِيَاسُ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ بَطَلَ فِي الْكُلِّ لِاتِّحَادِ الصَّفَقَةِ وَقُوَّةِ الْفَسَادِ لِكَوْنِهِ مُجْمَعًا عَلَيْهِ فَيُشْبِعُ، كَمَا إِذَا جَمَعَ بَيْنَ حُرٍّ وَعَبْدٍ وَبَاعَهُمَا صَفَقَةً وَاحِدَةً، وَعِبَارَةُ الْكِتَابِ تَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ لَا نَصَّ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ.

وَالثَّانِيَةُ إِنْ تَكَرَّرَ لَفْظُ الْإِعْطَاءِ وَالْمَسْأَلَةِ بِحَالِهَا فَالْحُكْمُ أَنَّ الْعَقْدَ فِي حِصَّةِ الْفُلُوسِ جَائِزٌ بِالْإِجْمَاعِ؛ لِأَنَّهُ عَقْدَانِ. وَقَسَادُ أَحَدِهِمَا لَا يُوجِبُ فَسَادَ الْآخَرِ كَمَا لَوْ قَالَ بَغْنِي بِنِصْفِ هَذِهِ الْأَلْفِ عَبْدًا وَبِنِصْفِهَا دَلًّا مِنَ الْخَمْرِ، فَإِنَّ الْبَيْعَ فِي الْعَبْدِ صَحِيحٌ وَفِي الْخَمْرِ فَاسِدٌ وَلَمْ يَشَعْ الْفَسَادُ لَتَفْرِقَةِ الصَّفَقَةِ. وَحُكِيَ عَنِ الْفَقِيهِ أَبِي جَعْفَرٍ الْهِنْدَوَانِيِّ وَالْفَقِيهِ الْمُطَفِّرِ بْنِ الْمِيَانِ وَالشَّيْخِ الْإِمَامِ شَيْخِ الْإِسْلَامِ أَنَّ الْعَقْدَ لَا يَصَحُّ هَاهُنَا أَيْضًا وَإِنْ كَرَّدَ لَفْظُ الْإِعْطَاءِ لِاتِّحَادِ الصَّفَقَةِ. فَإِنَّ قَوْلَهُ أُعْطِنِي مُسَاوَمَةً وَتَكَرَّرَ لَا يَتَكَرَّرُ الْبَيْعُ، وَهَذَا؛ لِأَنَّهُ بِذِكْرِ الْمُسَاوَمَةِ لَا يَتَعَقَّدُ الْبَيْعُ، فَإِنْ مَنْ قَالَ بَغْنِي فَقَالَ بَعْتُكَ لَا يَتَعَقَّدُ الْبَيْعُ مَا لَمْ يَقُلْ الْآخَرَ اشْتَرَيْتَ، وَإِذَا كَانَ لَا يَتَعَقَّدُ بِذِكْرِ الْمُسَاوَمَةِ فَكَيْفَ يَتَكَرَّرُ بِتَكَرَّرِهَا؟ قِيلَ وَالْأَوَّلُ هُوَ الصَّحِيحُ وَهُوَ اخْتِيَارُ الْمُصَنِّفِ رَحِمَهُ اللَّهُ.

وَالثَّلَاثَةُ أَنْ يَقُولَ: أُعْطِنِي نِصْفَ دِرْهَمٍ فُلُوسٍ. وَفِي بَعْضِ النُّسخِ فُلُوسًا بَدَلًا عَنْ نِصْفٍ وَنِصْفًا إِلَّا حَبَّةَ جَزَارٍ، وَالْفَرْقُ بَيْنَهُمَا وَبَيْنَ الْأُولَى أَنَّهُ لَمْ يُكَرَّرْ لَفْظُ بِنِصْفِهِ بَلْ قَابِلُ الدِّرْهَمِ بِمَا يُبَاعُ مِنَ الْفُلُوسِ وَبِنِصْفِ دِرْهَمٍ وَبِنِصْفِ دِرْهَمٍ إِلَّا حَبَّةً فَيَكُونُ نِصْفَ دِرْهَمٍ إِلَّا حَبَّةً بِمِثْلِهِ وَالْبَاقِي بِإِزَاءِ الْفُلُوسِ. قَالَ الْمُصَنِّفُ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَفِي أَكْثَرِ النُّسخِ الْمُخْتَصَرِ ذِكْرُ الْمَسْأَلَةِ الثَّانِيَةِ) أَرَادَ قَوْلَهُ أُعْطِنِي نِصْفَ دِرْهَمٍ فُلُوسٍ وَنِصْفًا إِلَّا حَبَّةً وَهِيَ الثَّلَاثَةُ فِيمَا ذَكَرْنَا، يُرِيدُ بِذَلِكَ أَنَّ الْمَسْأَلَةَ الْأُولَى لَيْسَتْ بِمَذْكُورَةٍ فِي أَكْثَرِ النُّسخِ الْمُخْتَصَرِ. قَالَ أَبُو نَصْرِ الْأَقْطَعُ فِي شَرْحِهِ لِلْمُخْتَصَرِ: وَهُوَ غَلَطٌ مِنَ النَّاسِخِ، وَاللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ.

كِتَابُ الْكَفَالَةِ

الْكَفَالَةُ: هِيَ الضَّمُّ لُغَةً، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا﴾ [آل عمران: ٣٧] ثُمَّ قِيلَ:

هِيَ ضَمُّ الدِّمَةِ إِلَى الدِّمَةِ فِي الْمَطَالِبَةِ، وَقِيلَ فِي الدِّينِ، وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ.

الشرح:

(كِتَابُ الْكَفَالَةِ): عَقَبَ الْيُوعَ بِذِكْرِ الْكَفَالَةِ؛ لِأَنَّهَا تُكُونُ فِي الْبَيَاعَاتِ غَالِبًا، وَلِأَنَّهَا إِذَا كَانَتْ بِأَمْرٍ كَانَ فِيهَا مَعْنَى الْمُعَاوَضَةِ انْتِهَاءً فَنَاسَبَ ذِكْرُهَا عَقِبَ الْيُوعِ الَّتِي هِيَ مُعَاوَضَةٌ (وَالْكَفَالَةُ فِي اللُّغَةِ: هِيَ الضَّمُّ. قَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا﴾) أَيُّ ضَمِّهَا إِلَى نَفْسِهِ، وَقُرِئَ بِتَشْدِيدِ الْفَاءِ وَنَصَبِ زَكَرِيَّا: أَيُّ جَعَلَهُ كَافِلًا لَهَا وَضَامِنًا لِمَصَالِحِهَا (وَفِي الشَّرِيعَةِ: ضَمُّ ذِمَّةٍ إِلَى ذِمَّةٍ فِي الْمَطَالِبَةِ وَقِيلَ فِي الدِّينِ، وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ؛ لِأَنَّ الْكَفَالَةَ كَمَا تَصِحُّ بِالْمَالِ تَصِحُّ بِالنَّفْسِ وَلَا دَيْنَ ثَمَّةً وَكَمَا تَصِحُّ بِالدِّينِ تَصِحُّ بِالْأَعْيَانِ الْمَضْمُونَةِ لِنَفْسِهَا كَمَا سَيَجِيءُ وَلِأَنَّهُ لَوْ تَبَتِ الدِّينُ فِي ذِمَّةِ الْكَفِيلِ وَلَمْ يَزُرْ الْأَصِيلُ صَارَ الدِّينُ الْوَاحِدُ دَيْنَيْنِ، وَعُورِضَ بِمَا إِذَا وَهَبَ رَبُّ الدِّينِ ذِمَّتَهُ لِلْكَفِيلِ فَإِنَّهُ يَصِحُّ وَيَرْجِعُ بِهِ الْكَفِيلُ عَلَى الْأَصِيلِ وَلَوْ لَمْ يَصِرْ الدِّينُ عَلَيْهِ لَمَا مَلَكَ كَمَا قَبْلَ الْكَفَالَةِ؛ لِأَنَّ تَمْلِيكَ الدِّينِ مِنْ غَيْرِ مَنْ عَلَيْهِ الدِّينُ لَا يَجُوزُ.

وَأُجِيبَ بِأَنَّ رَبَّ الدِّينِ لَمَّا وَهَبَهُ لِلْكَفِيلِ صَحَّ فَجَعَلْنَا الدِّينَ عَلَيْهِ حِينَئِذٍ لِمُضْرُورَةٍ تَصَحِّحُ التَّصَرُّفَ وَجَعَلْنَاهُ فِي حُكْمِ دَيْنَيْنِ، وَأَمَّا قَبْلَ ذَلِكَ فَلَا ضَرُورَةَ فَلَا يُجْعَلُ فِي حُكْمِ دَيْنَيْنِ

قَالَ (الْكَفَالَةُ ضَرِيحَانُ: كِفَالَةٌ بِالنَّفْسِ، وَكَفَالَةٌ بِالْمَالِ. فَالْكَفَالَةُ بِالنَّفْسِ جَائِزَةٌ وَالْمَضْمُونُ بِهَا إِحْضَارُ الْمَكْفُولِ بِهِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَا يَجُوزُ لِأَنَّهُ كَفَلَ بِمَا لَا يَقْدِرُ عَلَى تَسْلِيمِهِ، إِذْ لَا قُدْرَةَ لَهُ عَلَى نَفْسِ الْمَكْفُولِ بِهِ، بِخِلَافِ الْكَفَالَةِ بِالْمَالِ لِأَنَّ لَهُ وَلَايَةً عَلَى مَالِ نَفْسِهِ. وَلَنَا قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «الزَّعِيمُ غَارِمٌ» ^(١) وَهَذَا يُفِيدُ مَشْرُوعِيَّةَ الْكَفَالَةِ بِنَوْعِهِ، وَلِأَنَّهُ يَقْدِرُ عَلَى تَسْلِيمِهِ بِطَرِيقِهِ بِأَنْ يَعْلَمَ الطَّالِبُ مَكَانَهُ فَيُخْلِي بَيْنَهُ وَبَيْنَهُ أَوْ يَسْتَعِينُ بِأَعْوَانِ الْقَاضِي فِي ذَلِكَ وَالْحَاجَةُ مَاسَّةٌ إِلَيْهِ، وَقَدْ أَمَكَّنَ

(١) أخرجه أبو داود (٣٥٦٥)، والترمذي في البيوع باب ٣٩، وأحمد (٢٧٦/٥)، (٢٩٣). وانظر نصب الراية (٤/ ١١٥).

تَحَقُّقُ مَعْنَى الْكَفَالَةِ وَهُوَ الضَّمُّ فِي الْمَطَالِبَةِ فِيهِ.

الشرح:

قَالَ (الْكَفَالَةُ ضَرْبَانِ إِنْج) الْكَفَالَةُ ضَرْبَانِ: كَفَالَةُ النَّفْسِ وَكَفَالَةُ بِأَمَالٍ، فَالْكَفَالَةُ بِالنَّفْسِ جَائِزَةٌ عِنْدَنَا وَالْمُضْمُونُ بِهَا إِحْضَارُ الْمَكْفُولِ بِهِ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا يَجُوزُ؛ لِأَنَّهُ كِفْلٌ بِمَا لَا يَقْدَرُ عَلَى تَسْلِيمِهِ؛ لِأَنَّهُ رَقَبَانِيٌّ مِثْلُهُ لَا يَنْقَادُ لَهُ لِيُسَلِّمَهُ؛ وَلِأَنَّهُ لَا قُدْرَةَ لَهُ عَلَى نَفْسِ الْمَكْفُولِ بِهِ شَرْعًا. أَمَّا إِذَا كَانَ بَعِيرٌ أَمْرُهُ فَظَاهِرٌ، وَأَمَّا إِذَا كَانَ بِأَمْرِهِ فَلَأَنَّ أَمْرَهُ بِالْكَفَالَةِ لَا يَثْبُتُ لَهُ عَلَيْهِ وَلَايَةٌ فِي نَفْسِهِ لِيُسَلِّمَهُ، كَمَا أَنَّ أَمْرَهُ بِالْكَفَالَةِ بِأَمَالٍ لَا يَثْبُتُ لَهُ عَلَيْهِ وَلَايَةٌ لِيُؤَدِّيَ أَمَالُ الْمَكْفُولِ عَنْهُ، بِخِلَافِ الْكَفَالَةِ بِأَمَالٍ؛ لِأَنَّ لَهُ وَلَايَةَ عَلَى مَالِ نَفْسِهِ وَلَنَا قَوْلُهُ: «الرَّعِيمُ غَارِمٌ» أَيُّ الْكَفِيلِ ضَامِنٌ. وَوَجْهُ الاسْتِدْلَالِ أَنَّهُ بِإِطْلَاقِهِ يُفِيدُ مَشْرُوعِيَّةَ الْكَفَالَةِ بِنَوْعِهَا.

لَا يُقَالُ: هُوَ مُشْتَرِكٌ فِي الْإِلْزَامِ؛ لِأَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ حُكِمَ فِيهِ بِصِحَّةِ الْكَفَالَةِ الَّتِي يَلْزَمُ فِيهَا الْغَرْمُ عَلَى الْكَفِيلِ. وَالْكَفِيلُ بِالنَّفْسِ لَا يَعْرَمُ شَيْئًا؛ لِأَنَّ الْغَرْمَ يُبْنَى عَنْ لُزُومٍ مَا يَضُرُّ وَهُوَ مَوْجُودٌ فِي الْكَفَالَةِ بِالنَّفْسِ؛ لِأَنَّهُ يَلْزَمُ الْكَفِيلَ الْإِحْضَارُ وَهُوَ يَتَضَرَّرُ بِهِ (قَوْلُهُ: وَلِأَنَّهُ يَقْدَرُ عَلَى تَسْلِيمِهِ) جَوَابٌ عَمَّا قَالَ الْخَصْمُ كِفْلٌ بِمَا لَا يَقْدَرُ عَلَى تَسْلِيمِهِ.

وَتَقْرِيرُهُ أَنَّا لَا نُسَلِّمُ أَنَّهُ لَا يَقْدَرُ عَلَى تَسْلِيمِهِ (قَوْلُهُ: إِذْ لَا قُدْرَةَ لَهُ عَلَى نَفْسِ الْمَكْفُولِ بِهِ) مَمْنُوعٌ فَإِنَّ قُدْرَةَ كُلِّ شَيْءٍ بِحَسَبِهِ وَهُوَ يَقْدَرُ أَنْ يُعْلِمَ الطَّالِبَ مَكَانَهُ وَيُخْلِي بَيْنَهُ وَيَبْنِيهِ أَوْ يَسْتَعِينُ بِأَعْوَانِ الْقَاضِي، عَلَى أَنْ قَوْلُهُ لَا قُدْرَةَ لَهُ عَلَى نَفْسِ الْمَكْفُولِ بِهِ شَرْعًا مَبْنِيٌّ عَلَى عَدَمِ جَوَازِ الْكَفَالَةِ فَلَا يَصْلُحُ دَلِيلًا لَهُ (قَوْلُهُ: وَالْحَاجَةُ مَاسَةً) اسْتَظْهَرًا بَعْدَ مَنَعِ الدَّلِيلِ وَذَلِكَ؛ لِأَنَّ مَعْنَى الْكَفَالَةِ وَهُوَ الضَّمُّ فِي الْمَطَالِبَةِ قَدْ تَحَقَّقَ فِيهِ وَالْمَانِعُ مُتَّفِقٌ لَمَّا ذَكَرْنَا، وَالْحَاجَةُ وَهِيَ إِحْيَاءُ حُقُوقِ الْعِبَادِ مَاسَةً فَلَمْ يَبْقَ الْقَوْلُ بِعَدَمِ الْجَوَازِ إِلَّا تَعْتَنَّا وَعِنَادًا.

قَالَ (وَتَتَعَقَّدُ إِذَا قَالَ تَكْفَلْتُ بِنَفْسِ فُلَانٍ أَوْ بِرَقَبَتِهِ أَوْ بِرُوحِهِ أَوْ بِجَسَدِهِ أَوْ بِرَأْسِهِ وَكَذَا بِبَدَنِهِ وَبَوَجْهِهِ) لِأَنَّ هَذِهِ الْأَلْفَافَ يُعْبَرُ بِهَا عَنِ الْبَدَنِ إِمَّا حَقِيقَةً أَوْ عُرْفًا عَلَى مَا مَرَّ فِي الطَّلَاقِ، كَذَا إِذَا قَالَ بِنِصْفِهِ أَوْ بِثُلُثِهِ أَوْ بِجُزْءٍ مِنْهُ لِأَنَّ النَّفْسَ الْوَاحِدَةَ فِي حَقِّ

الْكَفَالَةِ لَا تَتَجَزَّأُ فَكَانَ ذِكْرُ بَعْضِهَا شَائِعًا كَذِكْرِ كُلِّهَا، بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ تَكْفَلْتُ بِيَدِ
فُلَانٍ أَوْ بِرِجْلِهِ لِأَنَّهُ لَا يُعْبَرُ بِهِمَا عَنِ الْبَدَنِ حَتَّى لَا تَصِحَّ إِضَافَةُ الطَّلَاقِ إِلَيْهِمَا وَفِيمَا
تَقَدَّمَ تَصِحُّ (وَكَذَا إِذَا قَالَ ضَمِنْتَهُ) لِأَنَّهُ تَصْرِيحٌ بِمُوجِبِهِ (أَوْ قَالَ) هُوَ (عَلِيٌّ) لِأَنَّهُ صِيغَةُ
الِاتِّزَامِ (أَوْ قَالَ إِلَيَّ) لِأَنَّهُ فِي مَعْنَى عَلَيَّ فِي هَذَا الْمَقَامِ. قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ (وَمَنْ
تَرَكَ مَا لَا فَلَوْرَثَتِهِ، وَمَنْ تَرَكَ كَلًا أَوْ عِيَالًا فَإِلَيَّ) ^(١) (وَكَذَا إِذَا قَالَ أَنَا زَعِيمٌ بِهِ أَوْ قَبِيلٌ
بِهِ) لِأَنَّ الزَّعَامَةَ هِيَ الْكَفَالَةُ وَقَدْ رَوَيْنَا فِيهِ. وَالْقَبِيلُ هُوَ الْكَفِيلُ، وَلِهَذَا سُمِّيَ الصِّكُّ قُبَالَةً،
بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ أَنَا ضَامِنٌ لِمَعْرِفَتِهِ لِأَنَّهُ التَّزَمَ الْمَعْرِفَةَ دُونَ الْمَطَالَبَةِ.

الشرح:

قال: (وَتَتَعَقَّدُ إِذَا قَالَ تَكْفَلْتُ بِنَفْسِ فُلَانٍ إلخ) لَمَّا فَرَعَ مِنْ أَنْوَاعِ الْكَفَالَةِ شَرَعَ
فِي ذِكْرِ الْأَلْفَاظِ الْمُسْتَعْمَلَةِ فِيهَا، وَهِيَ فِي ذَلِكَ عَلَى قِسْمَيْنِ: قِسْمٌ يُعْبَرُ بِهِ عَنِ الْبَدَنِ
حَقِيقَةً كَقَوْلِهِ تَكْفَلْتُ بِنَفْسِ فُلَانٍ أَوْ بِجَسَدِهِ أَوْ بِيَدَيْهِ، وَقِسْمٌ يُعْبَرُ عَنْهُ عُرْفًا كَقَوْلِهِ
تَكْفَلْتُ بَوَجْهِهِ وَبِرَأْسِهِ وَبِرَقَبَتِهِ.

فَإِنَّ كَلًا مِنْهَا مَخْصُوصٌ بِعُضْوٍ خَاصٍّ فَلَا يَشْمَلُ الْكُلَّ حَقِيقَةً لَكِنَّهُ يَشْمَلُهُ
بِطَرِيقِ الْعُرْفِ، وَكَذَا إِذَا عَبَّرَ بِجُزْءٍ شَائِعٍ كَنَصَفٍ أَوْ ثُلُثٍ؛ لِأَنَّ النَّفْسَ الْوَاحِدَةَ فِي حَقِّ
الْكَفَالَةِ لَا تَتَجَزَّأُ، فَكَانَ ذِكْرُ بَعْضِهَا شَائِعًا كَذِكْرِ كُلِّهَا كَمَا مَرَّ فِي الطَّلَاقِ مِنْ صِحَّةِ
إِضَافَتِهِ إِلَيْهِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ تَكْفَلْتُ بِيَدِ فُلَانٍ أَوْ بِرِجْلِهِ؛ لِأَنَّهُ لَا يُعْبَرُ بِهِمَا عَنِ
الْبَدَنِ حَتَّى لَا تَصِحَّ إِضَافَةُ الطَّلَاقِ إِلَيْهِمَا، وَكَذَا تَتَعَقَّدُ إِذَا قَالَ ضَمِنْتَهُ؛ لِأَنَّهُ صَرِيحٌ
بِمُوجِبِ عَقْدِ الْكَفَالَةِ، وَكَذَا إِذَا قَالَ عَلَيَّ؛ لِأَنَّهُ صِيغَةُ الْإِتِّزَامِ، وَكَذَا إِذَا قَالَ إِلَيَّ؛ لِأَنَّهُ
فِي مَعْنَى عَلَيَّ، فِي هَذَا الْمَقَامِ قَالَ ﷺ «مَنْ تَرَكَ مَا لَا فَلَوْرَثَتِهِ، وَمَنْ تَرَكَ كَلًا أَوْ عِيَالًا
فَإِلَيَّ» وَالْكَلُّ: الْيَتِيمُ، وَالْعِيَالُ: مَنْ يَعُولُ: أَيُّ يُنْفِقُ عَلَيْهِ وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ عَطْفَ تَفْسِيرٍ
فَيَكُونُ الْمُرَادُ بِهِمَا الْعِيَالُ، وَكَذَا إِذَا قَالَ أَنَا زَعِيمٌ بِهِ؛ لِأَنَّ الزَّعَامَةَ هِيَ الْكَفَالَةُ، وَقَدْ
رَوَيْنَا فِيهِ أَوْ قَبِيلٌ؛ لِأَنَّ الْقَبِيلَ هُوَ الْكَفِيلُ وَلِهَذَا سُمِّيَ الصِّكُّ قُبَالَةً، بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ
أَنَا ضَامِنٌ لَكَ لِمَعْرِفَةِ فُلَانٍ؛ لِأَنَّهُ التَّزَمَ الْمَعْرِفَةَ دُونَ الْمَطَالَبَةِ. وَذَكَرَ فِي الْمُسْتَقَى أَنَّهُ إِذَا قَالَ

(١) أخرجه البخاري (٦٧٦٣)، ومسلم في الفرائض (حديث ١٧)، وانظر نصب الراية

أَنَا ضَامِنٌ لَكَ لِمَعْرِفَةِ فُلَانٍ فَهُوَ كِفَالَةٌ عَلَى قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ، وَعَلَى هَذَا مُعَامَلَةُ النَّاسِ.
 قَالَ (فَإِنْ شَرَطَ فِي الْكِفَالَةِ بِالنَّفْسِ تَسْلِيمَ الْمَكْفُولِ بِهِ فِي وَقْتٍ بَعَيْنِهِ لِرِمَّةٍ
 إِحْضَارُهُ إِذَا طَالَبَهُ فِي ذَلِكَ الْوَقْتِ) وَفَاءً بِمَا التَّزَمَهُ، فَإِنْ أَحْضَرَهُ وَإِلَّا حَبَسَهُ الْحَاكِمُ
 لَا مِتْنَاعِهِ عَنْ إِيْفَاءِ حَقٍّ مُسْتَحَقٍّ عَلَيْهِ، وَلَكِنْ لَا يَحْبِسُهُ أَوَّلَ مَرَّةٍ لَعَلَّهُ مَا دَرَى لِمَاذَا يَدْعِي.
 وَلَوْ غَابَ الْمَكْفُولُ بِنَفْسِهِ أَمَهْلُهُ الْحَاكِمُ مُدَّةَ ذَهَابِهِ وَمَجِيئِهِ، فَإِنْ مَضَتْ وَلَمْ يُحْضِرْهُ
 يَحْبِسُهُ لِتَحَقُّقِ امْتِنَاعِهِ عَنْ إِيْفَاءِ الْحَقِّ. قَالَ (وَكَذَا إِذَا ارْتَدَّ وَالْعِيَاذُ بِاللَّهِ وَلِحَقٍّ بِدَارِ
 الْحَرْبِ) وَهَذَا لِأَنَّهُ عَاجَزٌ فِي الْمُدَّةِ فَيَنْظَرُ كَالَّذِي أُعْسِرَ، وَلَوْ سَلِمَهُ قَبْلَ ذَلِكَ بَرِيٌّ لِأَنَّهُ
 الْأَجَلَ حَقُّهُ فَيَمْلِكُ إِسْقَاطُهُ كَمَا فِي الدِّينِ الْمُؤَجَّلِ. قَالَ (وَإِذَا أَحْضَرَهُ وَسَلِمَهُ فِي مَكَانٍ
 يَقْدِرُ الْمَكْفُولُ لَهُ أَنْ يُخَاصِمَهُ فِيهِ مِثْلُ أَنْ يَكُونَ فِي مِصْرٍ بَرِيٌّ الْكَفِيلُ مِنَ الْكِفَالَةِ) لِأَنَّهُ
 أَتَى بِمَا التَّزَمَهُ وَحَصَلَ الْمَقْصُودُ بِهِ، وَهَذَا لِأَنَّهُ مَا التَّزَمَ التَّسْلِيمَ إِلَّا مَرَّةً. قَالَ (وَإِذَا كَفَلَ
 عَلَى أَنْ يُسَلِّمَهُ فِي مَجْلِسِ الْقَاضِي فَسَلِمَهُ فِي السُّوقِ بَرِيٌّ) لِحُصُولِ الْمَقْصُودِ، وَقِيلَ فِي
 زَمَانِنَا: لَا يَبْرَأُ لَأَنَّ الظَّاهِرَ الْمَعَاوَنَةَ عَلَى الْاِمْتِنَاعِ لَا عَلَى الْإِحْضَارِ فَكَانَ التَّقْيِيدُ مُفِيداً
 (وَإِنْ سَلِمَهُ فِي بَرِيَّةٍ لَمْ يَبْرَأَ) لِأَنَّهُ لَا يَقْدِرُ عَلَى الْمُخَاصِمَةِ فِيهَا فَلَمْ يَحْصُلِ الْمَقْصُودُ،
 وَكَذَا إِذَا سَلِمَهُ فِي سَوَادٍ لِعَدَمِ قَاضٍ يَفْصِلُ الْحُكْمَ فِيهِ، وَلَوْ سَلِمَ فِي مِصْرٍ آخَرَ غَيْرِ
 الْمِصْرِ الَّذِي كَفَلَ فِيهِ بَرِيٌّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ لِلْقُدْرَةِ عَلَى الْمُخَاصِمَةِ فِيهِ. وَعِنْدَهُمَا لَا يَبْرَأُ
 لِأَنَّهُ قَدْ تَكُونُ شُهُودُهُ فِيمَا عَيْنَهُ. وَلَوْ سَلِمَهُ فِي السَّجْنِ وَقَدْ حَبَسَهُ غَيْرُ الطَّالِبِ لَا يَبْرَأُ
 لِأَنَّهُ لَا يَقْدِرُ عَلَى الْمُخَاصِمَةِ فِيهِ.

الشرح:

قَالَ (فَإِنْ شَرَطَ فِي الْكِفَالَةِ بِالنَّفْسِ تَسْلِيمَ الْمَكْفُولِ بِهِ فِي وَقْتٍ بَعَيْنِهِ لِرِمَّةٍ
 إِحْضَارُهُ إِذَا طَالَبَهُ فِي ذَلِكَ الْوَقْتِ وَفَاءً بِمَا التَّزَمَهُ، فَإِنْ أَحْضَرَهُ بَرِيٌّ ذِمَّتُهُ، وَإِنْ لَمْ
 يُحْضِرْهُ يَسْتَعْجَلُ فِي حَبْسِهِ لَعَلَّهُ مَا دَرَى لِمَا يَدْعِي) فَإِذَا عَلِمَ ذَلِكَ وَامْتَنَعَ، فِيمَا أَنْ
 يَكُونَ لِعَجْزٍ أَوْ مَعَ قُدْرَةٍ، فَإِنْ كَانَ الثَّانِي حَبَسَهُ الْحَاكِمُ، وَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ فِيمَا أَنْ يَعْلَمَ
 مَكَانَهُ أَوْ لَا، فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ أَمَهْلُهُ الْحَاكِمُ مُدَّةَ ذَهَابِهِ وَمَجِيئِهِ، فَإِنْ مَضَتْ الْمُدَّةُ وَلَمْ
 يُحْضِرْهُ حَبَسَهُ لِتَحَقُّقِ امْتِنَاعِهِ عَنْ إِيْفَاءِ الْحَقِّ، وَإِنْ كَانَ الثَّانِي فَالطَّالِبُ إِنَّمَا أَنْ يُوَافِقَهُ
 عَلَى ذَلِكَ أَوْ لَا، فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ سَقَطَتِ الْمَطَالَبَةُ عَنِ الْكَفِيلِ لِلْحَالِ حَتَّى يُعْرِفَ مَكَانَهُ

لِتَصَادُقَهُمَا عَلَى الْعَجْزِ عَنِ التَّسْلِيمِ لِلْحَالِ، وَإِنْ كَانَ الثَّانِي فَقَالَ الْكَفِيلُ لَا أَعْرِفُ مَكَانَهُ وَقَالَ الطَّالِبُ تَعْرِفُهُ، فَإِنْ كَانَتْ لَهُ خُرْجَةٌ مَعْرُوفَةٌ يَخْرُجُ مَعَهَا إِلَى مَوْضِعٍ مَعْلُومٍ لِلتَّجَارَةِ فِي كُلِّ وَقْتٍ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الطَّالِبِ وَيُؤْمَرُ الْكَفِيلُ بِالذَّهَابِ إِلَى ذَلِكَ الْمَوْضِعِ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ شَاهِدٌ لَهُ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ ذَلِكَ مَعْرُوفًا مِنْهُ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْكَفِيلِ؛ لِأَنَّهُ مُتَمَسِّكٌ بِالْأَصْلِ وَهُوَ الْجَهْلُ بِالْمَكَانِ وَمُنْكَرُ لُزُومِ الْمَطَالَبَةِ إِثْبَاهُ.

وَقَالَ بَعْضُهُمْ: لَا يُلْتَفَتُ إِلَى قَوْلِ الْكَفِيلِ وَيَحْبِسُهُ الْحَاكِمُ إِلَى أَنْ يَظْهَرَ عَجْزُهُ؛ لِأَنَّ الْمَطَالَبَةَ كَانَتْ مُتَوَجِّهَةً عَلَيْهِ فَلَا يُصَدَّقُ عَلَى إِسْقَاطِهَا عَنْ نَفْسِهِ بِمَا يَقُولُ، فَإِنْ أَقَامَ الطَّالِبُ بَيِّنَةً أَنَّهُ فِي مَوْضِعٍ كَذَا أَمَرَ الْكَفِيلَ بِالذَّهَابِ إِلَيْهِ وَإِحْضَارِهِ اعْتِبَارًا لِلثَّابِتِ بِالْبَيِّنَةِ بِالثَّابِتِ مُعَايَنَةً. قَالَ (وَإِذَا أَحْضَرَهُ وَسَلَّمَهُ فِي مَكَانٍ إلخ) إِذَا أَحْضَرَ الْكَفِيلُ الْمَكْفُولَ بِنَفْسِهِ وَسَلَّمَهُ فِي مَكَانٍ يَقْدِرُ الْمَكْفُولُ لَهُ أَنْ يُخَاصِمَهُ مِثْلَ أَنْ يَكُونَ فِي مِصْرٍ بَرِيءَ الْكَفِيلِ؛ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ بِالْكَفَالَةِ بِالنَّفْسِ هُوَ الْمَحَاكِمَةُ عِنْدَ الْقَاضِي، فَإِذَا سَلَّمَهُ فِي مِثْلَ ذَلِكَ الْمَكَانِ حَصَلَ الْمَقْصُودُ فَبَرِيءَ الْكَفِيلُ؛ لِأَنَّهُ مَا التَزَمَ التَّسْلِيمَ إِلَّا مَرَّةً وَاحِدَةً وَقَدْ حَصَلَ ذَلِكَ بِمَا قُلْنَا، وَإِنْ كَفَلَ عَلَى أَنْ يُسَلَّمَهُ فِي مَجْلِسِ الْقَاضِي فَسَلَّمَهُ فِي السُّوقِ بَرِيءٌ لِحُصُولِ الْمَقْصُودِ وَهُوَ الْقُدْرَةُ عَلَى الْمَحَاكِمَةِ.

وَقَالَ شَمْسُ الْأَيْمَةِ السَّرْحَسِيُّ: الْمُتَأَخَّرُونَ مِنْ مَشَايِخِنَا قَالُوا هَذَا بِنَاءٌ عَلَى عَادَتِهِمْ فِي ذَلِكَ الْوَقْتِ. أَمَّا فِي زَمَانِنَا إِذَا شَرَطَ التَّسْلِيمَ فِي مَجْلِسِ الْقَضَاءِ لَا يَبْرَأُ بِالتَّسْلِيمِ فِي غَيْرِ ذَلِكَ الْمَجْلِسِ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ الْمَعَاوَنَةُ عَلَى الْإِمْتِنَاعِ لِعَلْبَةِ أَهْلِ الْفِسْقِ وَالْفَسَادِ لَا عَلَى الْإِحْضَارِ وَالتَّقْيِيدِ بِمَجْلِسِ الْقَاضِي مُفِيدٌ، وَإِنْ سَلَّمَهُ فِي بَرِيَّةٍ لَمْ يَبْرَأْ لِعَدَمِ الْمَقْصُودِ وَهُوَ الْقُدْرَةُ عَلَى الْمَحَاكِمَةِ وَكَذَا إِذَا سَلَّمَ فِي سَوَادٍ لِعَدَمِ قَاضٍ يَفْصِلُ الْحُكْمَ وَإِنْ سَلَّمَهُ فِي مِصْرٍ غَيْرِ الْمِصْرِ الَّذِي كَفَلَ فِيهِ بَرِيءٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ لِلْقُدْرَةِ عَلَى الْمُخَاصِمَةِ فِيهِ، وَعِنْدَهُمَا لَا يَبْرَأُ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يَكُونُ شَهُودُهُ فِيمَا عَيْنُهُ فَالتَّسْلِيمُ لَا يُفِيدُ الْمَقْصُودَ. وَالْجَوَابُ أَنَّ شَهُودَهُ كَمَا يُتَوَهَّمُ أَنْ يَكُونَ فِيمَا عَيْنُهُ يُتَوَهَّمُ أَنْ يَكُونَ فِيمَا سَلَّمَهُ فِيهِ، فَتَعَارَضَ الْمَوْهُومَانِ وَبَقِيَ التَّسْلِيمُ مُتَحَقِّقًا مِنَ الْكَفِيلِ عَلَى الْوَجْهِ الَّذِي التَزَمَهُ فَبَرِيءٌ، وَهَذَا؛ لِأَنَّ الْمُعْتَبَرَ تَمَكُّنُهُ مِنْ أَنْ يُحْضَرَهُ مَجْلِسَ الْقَاضِي إِمَّا لِيُثْبِتَ الْحَقُّ عَلَيْهِ أَوْ يَأْخُذَ مِنْهُ كَفِيلًا وَقَدْ حَصَلَ.

وَقِيلَ هَذَا اخْتِلَافُ عَصْرِ وَأَوَانٍ، فَإِنْ أَبَا حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ كَانَ فِي الْقَرْنِ الثَّانِي وَقَدْ شَهِدَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ لِأَهْلِهِ بِالصَّدَقِ فَكَانَتْ الْعَلْبَةُ لِأَهْلِ الصَّلَاحِ وَالْقُضَاةُ لَا يَرْعُبُونَ إِلَى الرِّشْوَةِ، وَعَامِلُ كُلِّ مِصْرٍ مُنْقَادٌ لِأَمْرِ الْخَلِيفَةِ فَلَا يَقَعُ التَّفَاوُتُ بِالتَّسْلِيمِ إِلَيْهِ فِي ذَلِكَ الْمِصْرِ أَوْ فِي مِصْرٍ آخَرَ، ثُمَّ تَغَيَّرَ الْحَالُ بَعْدَ ذَلِكَ فِي زَمَنِ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ فَظَهَرَ الْفَسَادُ وَالْمِيلُ مِنَ الْقُضَاةِ إِلَى اخْتِارِ الرِّشْوَةِ، فَقَيَّدَ التَّسْلِيمَ بِالْمِصْرِ الَّذِي كَفَلَ لَهُ فِيهِ دَفْعًا لِلضَّرَرِ عَنِ الطَّالِبِ. وَلَوْ سَلِمَهُ فِي السَّجْنِ، فَإِنْ كَانَ الْحَاسِ هُوَ الطَّالِبُ بَرِيءٌ، وَإِنْ كَانَ غَيْرُهُ لَمْ يَبْرَأْ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَقْدِرْ عَلَى الْمَحَاكَمَةِ فِيهِ. وَذَكَرَ فِي الْوَاقِعَاتِ: رَجُلٌ كَفَلَ بِنَفْسِ رَجُلٍ وَهُوَ مَحْبُوسٌ فَلَمْ يَقْدِرْ أَنْ يَأْتِيَ بِهِ الْكَفِيلُ لَا يُحْبِسُ الْكَفِيلُ؛ لِأَنَّهُ عَجَزَ عَنِ إِحْضَارِهِ، وَلَوْ كَفَلَ بِهِ وَهُوَ مُطْلَقٌ ثُمَّ حَبَسَ حَبْسَ الْكَفِيلِ حَتَّى يَأْتِيَ بِهِ؛ لِأَنَّهُ حَالَ مَا كَفَلَ قَادِرٌ عَلَى الْإِثْبَانِ بِهِ.

قَالَ (وَإِذَا مَاتَ الْمَكْفُولُ بِهِ بَرِيءُ الْكَفِيلِ بِالنَّفْسِ مِنَ الْكَفَالَةِ) لِأَنَّهُ عَجَزَ عَنِ إِحْضَارِهِ، وَلِأَنَّهُ سَقَطَ الْحُضُورُ عَنِ الْأَصِيلِ فَيَسْقُطُ الْإِحْضَارُ عَنِ الْكَفِيلِ، وَكَذَا إِذَا مَاتَ الْكَفِيلُ لِأَنَّهُ لَمْ يَبْقَ قَادِرًا عَلَى تَسْلِيمِ الْمَكْفُولِ بِنَفْسِهِ وَمَالِهِ لَا يَصْلُحُ لِإِفَاءِ هَذَا الْوَاجِبِ بِخِلَافِ الْكَفِيلِ بِالْمَالِ. وَلَوْ مَاتَ الْمَكْفُولُ لَهُ فَلِلْوَصِيِّ أَنْ يُطَالِبَ الْكَفِيلَ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فَلِوَارِثِهِ لِقِيَامِهِ مَقَامَ الْمَيِّتِ.

الشرح:

قَالَ (وَإِذَا مَاتَ الْمَكْفُولُ بِهِ بَرِيءُ الْكَفِيلُ مِنَ الْكَفَالَةِ بِالنَّفْسِ) بَقَاءُ الْكَفَالَةِ بِالنَّفْسِ بَقَاءُ الْكَفِيلِ وَالْمَكْفُولِ بِهِ وَمَوْتُهُمَا أَوْ مَوْتُ أَحَدِهِمَا مُسْقُطٌ لَهَا، أَمَّا إِذَا مَاتَ الْمَكْفُولُ بِهِ فَلَا نَّ الْكَفِيلَ عَجَزَ عَنِ إِحْضَارِهِ وَلِأَنَّهُ سَقَطَ الْحُضُورُ عَنِ الْأَصِيلِ فَيَسْقُطُ الْإِحْضَارُ عَنِ الْكَفِيلِ، وَأَمَّا إِذَا مَاتَ الْكَفِيلُ فَلِأَنَّهُ عَجَزَ عَنِ تَسْلِيمِ الْمَكْفُولِ بِنَفْسِهِ لَا مَحَالَةَ. فَإِنْ قِيلَ: فَلْيُؤَدِّ الدَّيْنَ مِنْ مَالِهِ، أَجَابَ بِأَنْ مَالَهُ لَا يَصْلُحُ لِإِفَاءِ هَذَا الْوَاجِبِ وَهُوَ إِحْضَارُ الْمَكْفُولِ بِهِ وَتَسْلِيمُهُ إِلَى الْمَكْفُولِ لَهُ لَا أَصَالَه وَهُوَ ظَاهِرٌ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَلْتَزِمَ الْمَالُ، وَلَا نِيَابَتَهُ؛ لِأَنَّهُ لَا يَتَوَبَّعُ عَنِ النَّفْسِ، بِخِلَافِ الْكَفِيلِ بِالْمَالِ فَإِنَّ الْكَفَالَةَ لَا تَبْطُلُ بِمَوْتِهِ؛ لِأَنَّ مَالَهُ يَصْلُحُ نَائِبًا، إِذَا الْمَقْصُودُ إِفَاءُ حَقِّ الْمَكْفُولِ لَهُ بِالْمَالِ وَمَالُ الْكَفِيلِ صَالِحٌ لِلذَّكَاءِ فَيُؤْخَذُ مِنْ تَرْكِهِ ثُمَّ تُرْجِعُ وَرَثَتُهُ بِذَلِكَ عَلَى الْمَكْفُولِ عَنْهُ إِذَا كَانَتْ الْكَفَالَةُ

بِأَمْرِهِ كَمَا فِي حَالَةِ الْحَيَاةِ. وَإِذَا مَاتَ الْمَكْفُولُ لَهُ فَلِلْوَصِيِّ أَنْ يُطَالِبَ الْكَفِيلَ إِنْ كَانَ لَهُ وَصِيٌّ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فَلَوَارِثِهِ أَنْ يَفْعَلَ ذَلِكَ لِقِيَامِ كُلِّ مِنْهُمَا مَقَامَ الْمَيِّتِ.

قَالَ (وَمَنْ كَفَلَ بِنَفْسٍ آخَرَ وَلَمْ يَقُلْ إِذَا دَفَعْتَ إِلَيْكَ فَأَنَا بَرِيءٌ فَدَفَعَهُ إِلَيْهِ فَهُوَ بَرِيءٌ) لِأَنَّهُ مُوجِبُ التَّصَرُّفِ فَيُثْبِتُ بِدُونِ التَّنْصِيسِ عَلَيْهِ، وَلَا يُشْتَرَطُ قَبُولُ الطَّالِبِ التَّسْلِيمَ كَمَا فِي قَضَاءِ الدَّيْنِ، وَلَوْ سَلِمَ الْمَكْفُولُ بِهِ نَفْسَهُ مِنْ كِفَالَتِهِ صَحَّ لِأَنَّهُ مُطَالِبٌ بِالْخُصُومَةِ فَكَانَ لَهُ وَلَايَةُ الدَّفْعِ، وَكَذَا إِذَا سَلِمَهُ إِلَيْهِ وَكِيلَ الْكَفِيلِ أَوْ رُسُولَهُ لِقِيَامِهِمَا مَقَامَهُ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ كَفَلَ بِنَفْسٍ آخَرَ إلخ) وَمَنْ كَفَلَ بِنَفْسٍ آخَرَ بِالْإِضَافَةِ وَلَمْ يَقُلْ فَإِذَا دَفَعْتَ إِلَيْكَ فَأَنَا بَرِيءٌ فَدَفَعَهُ إِلَيْهِ بَرِيءٌ؛ لِأَنَّهُ يَعْنِي الْبَرَاءَةَ وَذَكَرَهُ لِتَذْكِيرِ الْخَبَرِ وَهُوَ الْمُوجِبُ، وَمَعْنَاهُ الْكَفَالَةُ بِالنَّفْسِ مُوجِبُهَا الْبَرَاءَةُ عِنْدَ التَّسْلِيمِ وَقَدْ وَجَدَ، وَالتَّنْصِيسُ عَلَى الْمُوجِبِ عِنْدَ حُصُولِ الْمُوجِبِ لَيْسَ بِشَرْطٍ كَثُبُوتِ الْمَلِكِ بِالشِّرَاءِ فَإِنَّهُ يُثْبِتُ بِلا شَرْطٍ؛ لِأَنَّهُ مُوجِبُ التَّصَرُّفِ، وَكُلُّ الاسْتِمْتَاعِ فَإِنَّهُ يُثْبِتُ بِالنِّكَاحِ الصَّحِيحِ لَكُونِهِ مُوجِبُهُ وَكَذَا فِي سَائِرِ الْمُوجِبَاتِ.

وَقَالَ فِي النِّهَايَةِ: لِأَنَّهُ مُوجِبُ التَّصَرُّفِ: أَيُّ؛ لِأَنَّ دَفْعَ الْمَكْفُولِ بِهِ إِلَى الْمَكْفُولِ لَهُ مُوجِبُ تَصَرُّفِ الْكَفَالَةِ بِالنَّفْسِ، وَالْمُوجِبَاتُ تُثْبِتُ بِالتَّصَرُّفِ بِدُونِ ذِكْرِهَا صَرِيحًا، وَلَيْسَ بِشَيْءٍ؛ لِأَنَّ الْكَلَامَ فِي أَنَّ الْبَرَاءَةَ تَحْصُلُ بِدُونِ التَّنْصِيسِ لَا دَفْعَ الْمَكْفُولِ بِهِ إِلَى الْمَكْفُولِ لَهُ.

قَالَ الْفَقِيهُ أَبُو الْلَيْثِ فِي شَرْحِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ: إِنَّمَا أوردَ هَذَا التَّفْهِي الْاِشْتِيَاءَ؛ لِأَنَّ تَسْلِيمَ النَّفْسِ مُحْتَاجٌ إِلَيْهِ وَقْتًا بَعْدَ وَقْتٍ حَتَّى يَصِلَ إِلَيْهِ حَقُّهُ، فَلَعَلَّ الطَّالِبَ يَقُولُ مَا لَمْ أَسْتَوْفِ حَقِّي مِنَ الْمَطْلُوبِ لَا يَبْرَأُ الْكَفِيلُ، وَلَكِنْ يُقَالُ لَهُ قَدْ أَوْجَبَ عَلَى نَفْسِهِ التَّسْلِيمَ وَلَمْ يَذْكُرْ التَّكَرَّارَ إِذَا وَجَدَ التَّسْلِيمَ، وَلَا يُشْتَرَطُ قَبُولُ الطَّالِبِ التَّسْلِيمَ كَمَا فِي قَضَاءِ الدَّيْنِ؛ لِأَنَّ الْكَفِيلَ يُبْرَأُ نَفْسَهُ بِإِقْيَاءِ عَيْنِ مَا التَّرَمَّ فَلَا يَتَوَقَّفُ عَلَى قَبُولِ صَاحِبِهِ، فَلَوْ تَوَقَّفَ لَرُبَّمَا امْتَنَعَ عَنْ ذَلِكَ إِنْقَاءَ لِحَقِّ نَفْسِهِ فَيَتَضَرَّرُ بِهِ الْكَفِيلُ وَالضَّرَرُ مَدْفُوعٌ بِقَدْرِ الْإِمْكَانِ، وَلَوْ سَلِمَ الْأَصِيلُ نَفْسَهُ عَنْ كِفَالَتِهِ: أَيُّ كِفَالَةِ الْكَفِيلِ وَقَالَ دَفَعْتَ إِلَيْكَ

نَفْسِي مِنْ كَفَالَةِ فَلَانٍ بَرِّئَ الْكَفِيلُ وَصَارَ كَتْسَلِيمَهُ الْكَفِيلُ؛ لِأَنَّ الْمَكْفُولَ بِهِ مُطَالِبٌ بِالْخُصُومَةِ، وَفِي بَعْضِ النُّسخِ بِالْحُضُورِ مِنْ جِهَةِ الْكَفِيلِ إِذَا طُولَبَ بِهِ فَهُوَ يُبَرِّئُ نَفْسَهُ عَنْ ذَلِكَ بِهَذَا التَّسْلِيمِ، لَكِنْ إِذَا قَالَ دَفَعْتُ نَفْسِي مِنْ كَفَالَةِ فَلَانٍ؛ لِأَنَّ تَسْلِيمَ النَّفْسِ عَلَى الْمَكْفُولِ بِهِ وَاجِبٌ مِنْ جِهَتَيْنِ: مِنْ جِهَةِ نَفْسِهِ، وَمِنْ جِهَةِ الْكَفِيلِ، فَلَمْ يُصَرِّحْ بِقَوْلِهِ مِنْ كَفَالَةِ فَلَانٍ لَمْ يَقَعْ التَّسْلِيمُ مِنْ جِهَةِ الْكَفِيلِ فَلَا يَبْرَأُ، وَعَلَى هَذَا فَمَا ذَكَرَ فِي النِّهَايَةِ مِنْ قَوْلِهِ؛ لِأَنَّهُ مُطَالِبٌ بِالْخُصُومَةِ: أَيُّ؟ لِأَنَّ الْمَكْفُولَ بِهِ مُطَالِبٌ بِالْحُضُورِ فَلَا يَكُونُ تَسْلِيمُ نَفْسِهِ إِلَى الطَّالِبِ مُتَبَرِّعًا فِيهِ نَظَرًا؛ لِأَنَّهُ لَا يَلْزَمُ مِنْ انْتِفَاءِ التَّبرُّعِ وَقُوعُهُ عَنْ الْكَفِيلِ لِيَبْرَأَ بِهِ؛ لِأَنَّ ثَمَّةَ جِهَةٍ أُخْرَى كَمَا يَبَيَّنَّا؛ وَلِأَنَّهُ يَسْتَلْزِمُ أَنْ يَبْرَأَ الْكَفِيلُ وَإِنْ لَمْ يَقُلْ عَنْ كَفَالَةِ فَلَانٍ وَهُوَ خِلَافُ مَا فِي الْمَبْسُوطِ وَالشَّامِلِ وَغَيْرِهِمَا، وَتَسْلِيمُ وَكِيلِ الْكَفِيلِ وَرَسُولِهِ لِقِيَامِهِمَا مَقَامَهُ كَتْسَلِيمِهِ.

قَالَ (وَإِنْ تَكْفَّلَ بِنَفْسِهِ عَلَى أَنَّهُ إِنْ لَمْ يُؤَافِ بِهِ إِلَى وَقْتٍ كَذَا فَهُوَ ضَامِنٌ لَهَا عَلَيْهِ وَهُوَ أَلْفٌ فَلَمْ يُحْضِرْهُ إِلَى ذَلِكَ الْوَقْتِ لَزِمَهُ ضَمَانُ الْمَالِ) لِأَنَّ الْكَفَالَةَ بِالْمَالِ مُعْلَقَةٌ بِشَرْطِ عَدَمِ الْمَوَافَاةِ، وَهَذَا التَّعْلِيقُ صَحِيحٌ، فَإِذَا وَجِدَ الشَّرْطَ لَزِمَهُ الْمَالُ (وَلَا يَبْرَأُ عَنِ الْكَفَالَةِ بِالنَّفْسِ) لِأَنَّ وَجُوبَ الْمَالِ عَلَيْهِ بِالْكَفَالَةِ لَا يَنْفِي الْكَفَالَةَ بِنَفْسِهِ إِذْ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لِلتَّوَثُّقِ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا تَصِحُّ هَذِهِ الْكَفَالَةُ لِأَنَّهُ تَعْلِيقُ سَبَبٍ وَجُوبِ الْمَالِ بِالْخَطَرِ فَأَشْبَهَ الْبَيْعَ. وَلَنَا أَنَّهُ يُشْبِهُ الْبَيْعَ وَيُشْبِهُ النَّذْرَ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ التِّزَامُ. فَقُلْنَا: لَا يَصِحُّ تَعْلِيقُهُ بِمُطْلَقِ الشَّرْطِ كَهُبوبِ الرِّيحِ وَنَحْوِهِ. وَيَصِحُّ بِشَرْطِ مُتَعَارَفٍ عَمَلًا بِالشَّبْهَيْنِ وَالتَّعْلِيقُ بِعَدَمِ الْمَوَافَاةِ مُتَعَارَفٌ.

الشرح:

قَالَ (وَإِنْ تَكْفَّلَ بِنَفْسِهِ عَلَى أَنَّهُ إِنْ لَمْ يُؤَافِ بِهِ إِلَى وَقْتٍ كَذَا إلخ) رَجُلٌ قَالَ إِنْ لَمْ أُؤَافِ بِفُلَانٍ إِلَى شَهْرٍ فَهُوَ ضَامِنٌ لَهَا عَلَيْهِ وَهُوَ أَلْفٌ فَلَمْ يُحْضِرْهُ فِي الْوَقْتِ الْمَذْكُورِ ضَمِنَ الْمَالِ وَافَاةً: أَيُّ آتَاهُ مِنَ الْوَفَاءِ، وَقَيَّدَ بِقَوْلِهِ لَهَا عَلَيْهِ، وَهُوَ مُقَيَّدٌ؛ لِأَنَّهُ إِنْ لَمْ يَقُلْهُ لَمْ يَلْزَمِ الْكَفِيلُ شَيْءٌ عِنْدَ عَدَمِ الْمَوَافَاةِ عَلَى قَوْلِ مُحَمَّدٍ خِلَافًا لُهُمَا، وَبِقَوْلِهِ وَهُوَ أَلْفٌ وَهُوَ غَيْرُ مُقَيَّدٍ؛ لِأَنَّهُ إِذَا قَالَ فَعَلَى مَالِكٍ عَلَيْهِ وَلَمْ يُسَمِّ الْكَمِّيَّةَ جَارًا؛ لِأَنَّ جَهَالََةَ الْمَكْفُولِ بِهِ لَا تَمْنَعُ صِحَّةَ الْكَفَالَةِ لِابْتِنَائِهَا عَلَى التَّوَسُّعِ، وَلِهَذَا لَوْ قَالَ كَفَلْتُ لَكَ بِمَا أَذْرَكَكَ فِي

هَذِهِ الْجَارِيَةِ الَّتِي اشْتَرَيْهَا مِنْ ذَلِكَ صَحَّتْ، وَكَذَلِكَ الْكَفَالَةُ بِالشُّجَّةِ صَحِيحَةٌ مَعَ أَنَّهَا لَمْ تُعْلَمْ هَلْ تَبْلُغُ النَّفْسَ أَوْ لَا. ثُمَّ الْحُكْمُ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ شَيْئَانِ: أَحَدُهُمَا صِحَّةُ الْكَفَالَةِ وَفِيهِ خِلَافُ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ.

وَالثَّانِي عَدَمُ بُطْلَانِ الْكَفَالَةِ بِالنَّفْسِ عِنْدَ أَدَاءِ مَا تَكْفُلُ بِهِ مِنَ الْمَالِ بَعْدَ وُجُودِ الشَّرْطِ. وَالدَّلِيلُ عَلَى الْأَوَّلِ قَوْلُهُ: لِأَنَّ الْكَفَالَةَ بِالْمَالِ: يَعْنِي فِي هَذِهِ الصُّورَةِ مُعْلَقَةً بِشَرْطِ عَدَمِ الْمَوْافَاةِ، وَهُوَ ظَاهِرٌ لِتَصْرِيحِهِ بِذِكْرِ كَلِمَةِ الشَّرْطِ، وَهَذَا التَّغْلِيْقُ يُرِيدُ بِهِ تَغْلِيْقَ الْكَفَالَةِ بِالْمَالِ بَعْدَ الْمَوْافَاةِ صَحِيحٌ؛ لِأَنَّهُ شَرْطٌ مُتَعَارَفٌ. وَسَنَذْكُرُ أَنَّ تَغْلِيْقَ الْكَفَالَةِ بِشَرْطِ مُتَعَارَفٍ صَحِيحٌ، فَإِذَا صَحَّ التَّغْلِيْقُ وَوُجِدَ الشَّرْطُ لَزِمَهُ الْمَالُ. وَعَلَى الثَّانِي قَوْلُهُ: لِأَنَّ وُجُوبَ الْمَالِ عَلَيْهِ بِالْكَفَالَةِ لَا يُنَافِي الْكَفَالَةَ بِنَفْسِهِ، وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ الْكَفَالَةَ بِالنَّفْسِ لَمَّا تَحَقَّقَتْ حَقًّا لِلْمَكْفُولِ لَهُ لَا تَبْطُلُ إِلَّا بِمَا يُنَافِيهَا مِنَ التَّسْلِيمِ أَوْ إِبْرَاءٍ أَوْ مَوْتٍ.

وَلَيْسَتْ الْكَفَالَةُ بِالْمَالِ مُنَافِيَةً لَهَا لِاجْتِمَاعِهَا؛ وَلِأَنَّ كُلًّا مِنْهُمَا لِلتَّوَثُّقِ فَلَا تُبْطَلُهَا وَكَيْفَ تُبْطَلُهَا وَقَدْ يَكُونُ لَهُ عَلَيْهِ مُطَالَبَاتٌ أُخْرَى وَإِبْطَالُهَا يُفْضِي إِلَى الضَّرَرِ بِالْمَكْفُولِ لَهُ وَهُوَ مَدْفُوعٌ. وَعَوْرَضَ بِأَنَّ الْكَفَالَةَ بِالْمَالِ تُثَبِّتُ بَدَلًا عَنِ الْكَفَالَةِ بِالنَّفْسِ، وَوُجُوبُ الْبَدَلِ يُنَافِي وَجُوبَ الْمُبْدَلِ مِنْهُ كَمَا فِي خِصَالِ الْكَفَّارَةِ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ بَدَلَيْتِهَا مَمْنُوعَةٌ، فَإِنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَشْرُوعٌ لِلتَّوَثُّقِ كَمَا مَرَّ كْكَفَالَةِ بِالنَّفْسِ بَعْدَ مِثْلِهَا وَبِأَنَّ اجْتِمَاعَهَا صَحِيحٌ وَالْوَفَاءُ بِهِمَا إِذَا ذَاكَ وَاجِبٌ، بِخِلَافِ خِصَالِ الْكَفَّارَةِ عَلَى الصَّحِيحِ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: هَذِهِ الْكَفَالَةُ: أَيُّ الْمُعْلَقَةِ بِالشَّرْطِ لَا تُصَحُّ؛ لِأَنَّهُ أَيُّ تَغْلِيْقِ الْكَفَالَةِ تَغْلِيْقُ سَبَبٍ وَجُوبِ الْمَالِ بِالْخَطَرِ فَأَشْبَهَ الْبَيْعَ فِي لُزُومِ الْمَالِ بِالْعَوَضِ بِالرَّجُوعِ عَلَى الْأَصِيلِ إِذَا كَانَ بِأَمْرِهِ وَتَغْلِيْقُ سَبَبٍ وَجُوبِ الْمَالِ بِالْخَطَرِ فِي الْبَيْعِ لَا يَجُوزُ فَكَذَا هَاهُنَا. الْجَوَابُ أَنَّا لَا نُسَلِّمُ أَنَّ فِيهِ تَغْلِيْقَ سَبَبٍ وَجُوبِ الْمَالِ بِالْخَطَرِ؛ لِأَنَّ الْكَفَالَةَ عِنْدَنَا التِّزَامَ الْمُطَالِبَةَ لَا التِّزَامَ الْمَالِ.

سَلَمْنَاهُ، وَلَكِنْ أَشْبَهَ الْبَيْعَ مُطْلَقًا أَوْ مِنْ وَجْهِ، وَالْأَوَّلُ مَمْنُوعٌ وَالثَّانِي يُفِيدُ الْمَطْلُوبَ؛ لِأَنَّهُ يُشْبِهُ الْبَيْعَ مِنْ وَجْهِ كَمَا مَرَّ، وَيُشْبِهُ التَّذَرُّعَ مِنْ حَيْثُ الْإِلْتِزَامُ، فَشَبَّهَ الْبَيْعَ يَقْتَضِي أَنَّ لَا يَجُوزُ التَّغْلِيْقُ بِالشَّرْطِ كُلِّهَا، وَشَبَّهَ التَّذَرُّعَ يَقْتَضِي جَوَازَ ذَلِكَ وَإِعْمَالُ

الشَّهَيْنِ أُولَى، فَقُلْنَا: لَا يَصِحُّ تَعْلِيْقُهُ بِشَرْطٍ غَيْرِ مُتَعَارَفٍ كَهَوْبِ الرِّيحِ وَنَحْوِهِ، وَيَصِحُّ بِشَرْطٍ مُتَعَارَفٍ عَمَلًا بِهِمَا، وَالتَّعْلِيْقُ بِعَدَمِ الْمُوَافَاةِ مُتَعَارَفٌ فَإِنَّ النَّاسَ تَعَارَفُوا تَعْلِيْقَ الْكَفَالَةِ بِالْمَالِ بِعَدَمِ الْمُوَافَاةِ بِالنَّفْسِ وَرَغَبْتُهُمْ فِي ذَلِكَ أَكْثَرُ مِنْ رَغَبَتِهِمْ فِي مُجَرِّدِ الْكَفَالَةِ بِالنَّفْسِ.

قَالَ (وَمَنْ كَفَلَ بِنَفْسِ رَجُلٍ وَقَالَ إِنْ لَمْ يُؤَافِ بِهِ غَدًا فَعَلَيْهِ الْمَالُ، فَإِنْ مَاتَ الْمَكْفُولُ عَنْهُ ضَمِنَ الْمَالُ) لِتَحْقِيقِ الشَّرْطِ وَهُوَ عَدَمُ الْمُوَافَاةِ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ كَفَلَ بِنَفْسِ رَجُلٍ إلخ) وَمَنْ كَفَلَ بِنَفْسِ رَجُلٍ وَقَالَ إِنْ لَمْ يُؤَافِ بِهِ غَدًا فَعَلَيْهِ الْمَالُ، فَإِنْ مَاتَ الْمَكْفُولُ عَنْهُ ضَمِنَ الْمَالُ لِتَحْقِيقِ الشَّرْطِ وَهُوَ عَدَمُ الْمُوَافَاةِ، وَهَذِهِ مَسْأَلَةُ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ، فَهِيَ وَإِنْ وَافَقَتْ مَسْأَلَةَ الْقُدُورِيِّ الْمَذْكُورَةَ فِي أَنَّ كِلَا مِنْهُمَا وَجَبَ عَلَيْهِ الْمَالُ بِعَدَمِ الْمُوَافَاةِ بِالشَّرْطِ لَكِنَّهُ عَدِمَهَا هَاهُنَا بِالْمَوْتِ وَفِيمَا تَقَدَّمَتْ بَعِيْرُهُ فَذَكَرَهَا بَيَانًا لَعَدَمِ التَّفَرُّقَةِ بَيْنَ عَدَمِ الْمُوَافَاةِ بِالْمَوْتِ وَبَعِيْرِهِ، وَفِيهِ شَبْهَةٌ قَوِيَّةٌ وَهِيَ أَنَّ الْكَفَالَةَ بِالنَّفْسِ إِذَا سَقَطَتْ وَجَبَ أَنْ يَسْقُطَ مَا يَتَرْتَّبُ عَلَيْهَا مِنَ الْكَفَالَةِ بِالْمَالِ لَكَوْنِهَا كَالْتَّأَكُّيدِ لَهَا لَيْسَتْ مَقْصُودَةً.

وَلِهَذَا إِذَا وَافَى بِالنَّفْسِ لَمْ يَلْزِمُهُ الْمَالُ وَقَدْ سَقَطَتْ إِذَا سَقَطَتْ الْأُولَى بِالْإِبْرَاءِ فَيَجِبُ أَنْ تَسْقُطَ فِيمَا نَحْنُ فِيهِ؛ لِأَنَّ الْأُولَى سَقَطَتْ بِالْمَوْتِ لَمَّا تَقَدَّمَ أَنَّ الْكَفِيلَ بِالنَّفْسِ يَبْرَأُ بِمَوْتِ الْمَكْفُولِ بِهِ إِلَّا لَزِمَ أَنْ يَكُونَ مَا فَرَضْنَاهُ تَأَكُّيدًا لِلْغَيْرِ مَقْصُودًا بِالذَّاتِ وَذَلِكَ خُلْفٌ بَاطِلٌ. وَأَجَابَ الْإِمَامُ ظَهِيْرُ الدِّينِ رَحِمَهُ اللهُ فِي فَوَائِدِهِ بِأَنَّ الْإِبْرَاءَ وَضِعَ لْفَسْخِ الْكَفَالَةِ وَالْمَوْتِ لَمْ يُوضَعْ لَهُ، فَبِالْإِبْرَاءِ تَنْفَسَخُ الْكَفَالَةُ مِنْ كُلِّ وَجْهِ، وَبِالْمَوْتِ تَنْفَسَخُ فِيمَا يَرْجِعُ إِلَى الْمَطَالَبَةِ بِتَسْلِيمِ النَّفْسِ ضَرْوَرَةً عَجَزَ الْكَفِيلُ عَنِ التَّسْلِيمِ الْمُسْتَحَقِّ بِعَقْدِ الْكَفَالَةِ؛ لِأَنَّ الْمُسْتَحَقَّ بِهِ تَسْلِيمٌ يَقَعُ ذَرِيعَةً إِلَى الْخِصَامِ وَهُوَ عَاجِزٌ عَنْ مِثْلِ هَذَا التَّسْلِيمِ.

وَلَا ضَرْوَرَةَ إِلَى الْقَوْلِ بِإِنْفِسَاخِهَا فِي حَقِّ الْكَفَالَةِ بِالْمَالِ؛ لِأَنَّ عَدَمَ الْمُوَافَاةِ مَعَ الْعَجْزِ عَنِ تَسْلِيمِ النَّفْسِ يَتَحَقَّقُ، هَذَا مَا ذَكَرَهُ، وَلَا يَلْزِمُ ضَرْوَرَةَ التَّأَكُّيدِ مَقْصُودًا؛ لِأَنَّ الْمُؤَكَّدَ لَمْ يَسْقُطْ بِالنِّسْبَةِ إِلَيْهِ فَهُوَ تَأَكُّيدٌ كَمَا كَانَ، فَإِنْ قِيلَ: إِذَنْ يَتَضَرَّرُ الْكَفِيلُ وَهُوَ مَدْفُوعٌ. قُلْنَا: الْإِلْتِرَازُ مِنْهُ غَيْرُ مَدْفُوعٍ، وَقَدْ أُلْتِزِمَ حَيْثُ يُثَبَّنَ بِاحْتِمَالِ الْمَوْتِ وَلَمْ

يَسْتَنْ. فَإِنْ قِيلَ: تَرَكَ الاسْتِنَاءَ ظَنًّا مِنْهُ أَنْ بِالْمَوْتِ تَنْفَسِحُ الْكَفَالَةُ بِالنَّفْسِ فَكَذَا مَا يَتَرْتَّبُ عَلَيْهَا. قُلْنَا: دَعَوَى مِنْهُ عَلَى خِلَافِ إِطْلَاقِ لَفْظِهِ فِي إِنْ لَمْ يُؤَافِ فَلَا يُفِيدُهُ فِي إِضْرَارِ غَيْرِهِ.

قَالَ (وَمَنْ ادَّعى عَلَى آخَرَ مِائَةَ دِينَارٍ بَيْنَهَا أَوْ لَمْ يُبَيِّنْهَا حَتَّى تَكْفُلَ بِنَفْسِهِ رَجُلٌ عَلَى أَنَّهُ إِنْ لَمْ يُؤَافِ بِهِ غَدًا فَعَلَيْهِ الْمِائَةُ فَلَمْ يُؤَافِ بِهِ غَدًا فَعَلَيْهِ الْمِائَةُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: إِنْ لَمْ يُبَيِّنْهَا حَتَّى تَكْفُلَ بِهِ رَجُلٌ ثُمَّ ادَّعى بَعْدَ ذَلِكَ لَمْ يَلْتَقِ إِلَى دَعْوَاهُ) لِأَنَّهُ عُلِقَ مَا لَا مُطْلَقًا بِخَطَرٍ: أَلَا يَرَى أَنَّهُ لَمْ يَنْسِبْهُ إِلَى مَا عَلَيْهِ، وَلَا تَصِحُّ الْكَفَالَةُ عَلَى هَذَا الْوَجْهِ وَإِنْ بَيَّنَّهَا وَلَئِنْ لَمْ تَصِحَّ الدَّعْوَى مِنْ غَيْرِ بَيَانٍ فَلَا يَجِبُ إِحْضَارُ النَّفْسِ، وَإِذَا لَمْ يَجِبْ لَا تَصِحُّ الْكَفَالَةُ بِالنَّفْسِ فَلَا تَصِحُّ بِالْمَالِ لِأَنَّهُ بِنَاءٌ عَلَيْهِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا بَيَّنَّ. وَلَهُمَا أَنْ الْمَالَ ذِكْرٌ مُعَرَّفًا فَيَنْصَرِفُ إِلَى مَا عَلَيْهِ، وَالْعَادَةُ جَرَتْ بِالْإِجْمَالِ فِي الدَّعَاوَى فَتَصِحُّ الدَّعْوَى عَلَى اعْتِبَارِ الْبَيَانِ، فَإِذَا بَيَّنَّ التَّحَقُّقَ الْبَيَانَ بِأَصْلِ الدَّعْوَى فَتَبَيَّنَ صِحَّةُ الْكَفَالَةِ الْأُولَى فَيَتَرْتَّبُ عَلَيْهَا الثَّانِيَةُ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ ادَّعى عَلَى آخَرَ مِائَةَ دِينَارٍ إلخ) وَمَنْ ادَّعى عَلَى آخَرَ مِائَةَ دِينَارٍ وَبَيَّنَّهَا بِأَنَّهَا جَيِّدَةٌ أَوْ رَدِيئَةٌ هِنْدِيَّةٌ أَوْ مِصْرِيَّةٌ أَوْ لَمْ يُبَيِّنْهَا حَتَّى تَكْفُلَ بِنَفْسِهِ رَجُلٌ عَلَى أَنَّهُ إِنْ لَمْ يُؤَافِ بِهِ غَدًا فَعَلَيْهِ الْمِائَةُ فَطَلَبَهُ وَلَمْ يُؤَافِ بِهِ غَدًا فَعَلَيْهِ الْمِائَةُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ آخَرًا.

وَقَالَ مُحَمَّدٌ: إِنْ لَمْ يُبَيِّنْهَا حَتَّى تَكْفُلَ بِهِ ثُمَّ ادَّعى بَعْدَ الْكَفَالَةِ مِائَةَ مَوْصُوفَةٍ بِصِفَةٍ لَا تُسْمَعُ دَعْوَاهُ فَلَا يَقْدِرُ الْمُدَّعى عَلَى مُطَالَبَةِ الْكَفِيلِ بِالْكَفَالَةِ، وَذَلِكَ لَوْجَهَيْنِ: أَحَدُهُمَا أَنَّ الْكَفِيلَ عُلِقَ فِي كِفَالَتِهِ مَا لَا مُطْلَقًا عَنْ النَّسْبَةِ حَيْثُ لَمْ يَنْسِبْهُ إِلَى مَا عَلَيْهِ بِأَمْرٍ مُتَرَدِّدٍ قَدْ يَكُونُ وَقَدْ لَا يَكُونُ وَهُوَ عَدَمُ الْمُوَافَاةِ بِالْمُدَّعى عَلَيْهِ غَدًا، وَلَا تَصِحُّ الْكَفَالَةُ عَلَى هَذَا الْوَجْهِ وَإِنْ بَيَّنَّهَا لِاحْتِمَالِ أَنَّهُ لَمْ يَلْتَزِمِ الْمَالَ الَّذِي هُوَ عَلَى الْمُدَّعى عَلَيْهِ، بَلِ التَّزَمَ مَا التَّزَمَهُ عَلَى وَجْهِ الرِّشْوَةِ لِتَرْكِ الْمُدَّعى عَلَيْهِ فِي الْحَالِ، وَهَذَا الْوَجْهُ مَسْئُوبٌ إِلَى الشَّيْخِ الْإِمَامِ أَبِي مَنْصُورٍ الْمَازَرِيْدِيِّ، وَهُوَ كَمَا تَرَى يَقْتَضِي أَنْ لَا تَصِحُّ الْكَفَالَةُ وَإِنْ بَيَّنَّ الْمَالَ وَبِهِ صَرَّحَ الْمُصَنِّفُ. وَالثَّانِي أَنَّ الدَّعْوَى بِلا بَيَانٍ غَيْرُ صَحِيحَةٍ،

فَلَمْ يَجِبْ إِخْضَارُ النَّفْسِ وَحَيْثُ لَا تَصِحُّ الْكَفَالَةُ بِالنَّفْسِ فَلَا يَصِحُّ مَا يَتَّبِعُ عَلَيْهَا، وَهَذَا مَنْسُوبٌ إِلَى الشَّيْخِ الْإِمَامِ أَبِي الْحَسَنِ الْكَرْخِيِّ، وَهُوَ يَقْتَضِي الصَّحَّةَ إِذَا كَانَ الْمَالُ مَعْلُومًا عِنْدَ الدَّعْوَى.

وَهُمَا أَنَّ الْمَالَ ذَكَرَهُ مُعَرِّفًا؛ لِأَنَّهُ قَالَ: فَعَلِيَ الْمَالَةَ فَيَنْصَرَفُ إِلَى مَا عَلَيْهِ وَتَكُونُ النَّسَبَةُ مَوْجُودَةً فَخَرَجَ عَنْ كَوْنِهِ رَشْوَةً، فَكَانَ الْمَالُ مَعْلُومًا وَالدَّعْوَى صَحِيحَةً فَصَحَّتْ الْكَفَالَةُ بِالنَّفْسِ وَالْكَفَالَةُ بِالْمَالِ لَكَوْنِهَا مَبْنِيَّةٌ عَلَى الْأُولَى. وَهَذِهِ التَّكْنَةُ فِي مُقَابَلَةِ التَّكْنَةِ الْأُولَى لِمُحَمَّدٍ، وَقَوْلُهُ: وَالْعَادَةُ جَرَتْ فِي مُقَابَلَةِ الثَّانِيَةِ. وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ الْمَالَ إِذَا لَمْ يَكُنْ مَعْلُومًا لَا بَأْسَ بِذَلِكَ؛ لِأَنَّ الْعَادَةَ جَرَتْ بِالْإِجْمَالِ فِي الدَّعَاوَى فِي غَيْرِ مَجْلِسِ الْقَضَاءِ دَفْعًا لِحِيلِ الْخُصُومِ وَالْيَبَانِ عِنْدَ الْحَاجَةِ فِي مَجْلِسِ الْقَضَاءِ فَتَصِحُّ الدَّعْوَى عَلَى اعْتِبَارِ الْيَبَانِ، فَإِذَا بَيَّنَّ التَّحَقُّقَ الْيَبَانُ بِأَصْلِ الدَّعْوَى فَكَأَنَّهُ أَرَادَ بِالْمَالَةِ الْمُطْلَقَةَ فِي الْإِبْتِدَاءِ الْمَالَةَ الَّتِي يَدْعِيهَا وَيَنْهَى فِي الْآخِرَةِ، وَعَلَى هَذَا صَحَّتْ الْكَفَالَةُ بِالنَّفْسِ وَالْمَالِ جَمِيعًا، وَيَكُونُ الْقَوْلُ قَوْلُهُ فِي هَذَا الْيَبَانِ؛ لِأَنَّهُ يَدْعِي صِحَّةَ الْكَفَالَةِ.

قَالَ (وَلَا تَجُوزُ الْكَفَالَةُ بِالنَّفْسِ فِي الْحُدُودِ وَالْقِصَاصِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ) مَعْنَاهُ: لَا يُجْبَرُ عَلَيْهَا عِنْدَهُ، وَقَالَ: يُجْبَرُ فِي حَدِّ الْقَذْفِ لِأَنَّ فِيهِ حَقَّ الْعَبْدِ وَفِي الْقِصَاصِ لِأَنَّهُ خَالِصُ حَقِّ الْعَبْدِ فَيَلِيقُ بِهِمَا الْاسْتِثْنَاءُ كَمَا فِي التَّعْزِيرِ، بِخِلَافِ الْحُدُودِ الْخَالِصَةِ لِلَّهِ تَعَالَى. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «لَا كَفَالَةَ فِي حَدِّ مَنْ غَيْرِ فَصْلٍ»^(١) وَلِأَنَّ مَبْنَى الْكُلِّ عَلَى الدَّرَةِ فَلَا يَجِبُ فِيهَا الْاسْتِثْنَاءُ، بِخِلَافِ سَائِرِ الْحَقُوقِ لِأَنَّهَا لَا تَنْدَرِي بِالشُّبُهَاتِ فَيَلِيقُ بِهَا الْاسْتِثْنَاءُ كَمَا فِي التَّعْزِيرِ (وَلَوْ سَمَحَتْ نَفْسُهُ بِهِ يَصِحُّ بِالْإِجْمَاعِ) لِأَنَّهُ أَمَكَنَ تَرْتِيبَ مُوجِبِهِ عَلَيْهِ لِأَنَّهُ تَسْلِيمُ النَّفْسِ فِيهَا وَاجِبٌ فَيُطَالَبُ بِهِ الْكَفِيلُ فَيَتَحَقَّقُ الضَّمُّ. قَالَ (وَلَا يُحْبَسُ فِيهَا حَتَّى يَشْهَدَ شَاهِدَانِ مَسْثُورَانِ أَوْ شَاهِدٌ عَدْلٌ يَعْرِفُهُ الْقَاضِي) لِأَنَّ الْحَبْسَ لِلتَّهْمَةِ هَاهُنَا، وَالتَّهْمَةُ تَثْبُتُ بِأَحَدٍ شَطْرِي الشَّهَادَةِ: إِمَّا الْعَدَدُ أَوْ الْعَدَالَةُ، بِخِلَافِ الْحَبْسِ فِي بَابِ الْأَمْوَالِ لِأَنَّهُ أَقْصَى عُقُوبَةٍ فِيهِ فَلَا يَتَّبَعُ إِلَّا بِحُجَّتٍ كَامِلَةٍ. وَذَكَرَ فِي كِتَابِ آدَبِ الْقَاضِي أَنَّ عَلَى قَوْلِهِمَا لَا يُحْبَسُ فِي الْحُدُودِ وَالْقِصَاصِ بِشَهَادَةِ الْوَاحِدِ لِحُصُولِ الْاسْتِثْنَاءِ بِالْكَفَالَةِ.

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (١١٤١٧)، وانظر نصب الراية (٤/ ١١٩).

الشرح:

قَالَ (وَلَا تَجُوزُ الْكَفَالَةُ بِالنَّفْسِ إلخ) مَنْ تَوَجَّهَ عَلَيْهِ الْحَدُّ أَوْ الْقِصَاصُ إِذَا طَالَبَ مِنْهُ كَفِيلٌ بِنَفْسِهِ بِأَنْ يُحْضِرَهُ فِي مَجْلِسِ الْقَضَاءِ لِإثْبَاتِ مَا يَدَّعِي الْمُدَّعَى عَلَيْهِ فَاِمْتَنَعَ عَنْ إعْطَائِهِ لَا يُجْبَرُ عَلَيْهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ، وَعَلَى هَذَا يَكُونُ مَعْنَى قَوْلِهِ وَلَا تَجُوزُ الْكَفَالَةُ لَا يَجُوزُ إِجْبَارُ الْكَفَالَةِ بِحَذْفِ الْمُضَافِ وَإِسْتَادِ الْجَوَازِ إِلَى الْكَفَالَةِ مَجَازٌ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُمَا اللَّهُ: يُجْبَرُ فِي حَدِّ الْقَذْفِ؛ لِأَنَّ فِيهِ حَقَّ الْعَبْدِ فَيُجْبَرُ عَلَيْهَا كَمَا فِي سَائِرِ حُقُوقِهِمْ وَفِي الْقِصَاصِ؛ لِأَنَّهُ خَالِصٌ حَقُّ الْعَبْدِ؛ أَيْ؛ لِأَنَّ الْمُغْلَبَ فِيهِ حَقُّ الْعَبْدِ عَلَى الْخُلُوصِ لَمَّا عُرِفَ أَنَّ الْقِصَاصَ مُشْتَمِلٌ عَلَى الْحَقِّينِ وَحَقُّ الْعَبْدِ غَالِبٌ، وَلَيْسَ تَفْسِيرُ الْجَبْرِ هَاهُنَا الْحَبْسُ بَلْ الْأَمْرُ بِالْمُلَازِمَةِ بِأَنْ يَدُورَ الطَّالِبُ مَعَ الْمَطْلُوبِ أَيْنَمَا دَارَ كَيْ لَا يَتَغَيَّبَ، فَإِذَا انْتَهَى إِلَى بَابِ دَارِهِ وَأَرَادَ الدُّخُولَ يَسْتَأْذِنُهُ الطَّالِبُ فِي الدُّخُولِ فَإِنْ أَذِنَ لَهُ يَدْخُلُ مَعَهُ وَيَسْكُنُ حَيْثُ سَكَنَ إِنْ لَمْ يَأْذَنْ لَهُ بِالدُّخُولِ يُجْلِسُهُ عَلَى بَابِ دَارِهِ وَيَمْنَعُهُ مِنَ الدُّخُولِ، بِخِلَافِ الْحُدُودِ الْخَالِصَةِ لِلَّهِ كَحَدِّ الزُّنَا وَشُرْبِ الْخَمْرِ حَيْثُ لَا تَجُوزُ الْكَفَالَةُ بِهَا وَإِنْ طَابَتْ نَفْسُ الْكَفِيلِ بِهِ سَوَاءً أَعْطَاهُ قَبْلَ إِقَامَةِ الْبَيِّنَةِ أَوْ بَعْدَهَا.

أَمَّا قَبْلَ إِقَامَتِهَا فَلَأَنَّ أَحَدًا لَمْ يَسْتَحِقَّ عَلَيْهِ حُضُورَ مَجْلِسِ الْحُكْمِ بِسَبَبِ الدَّعْوَى؛ لِأَنَّهُ لَا تُسْمَعُ دَعْوَى أَحَدٍ فِي الزُّنَا وَشُرْبِ الْخَمْرِ فَهَذَا لَمْ يَكْفُلْ بِحَقٍّ وَاجِبٍ عَلَى الْأَصْلِ؛ وَبَعْدَ إِقَامَةِ الْبَيِّنَةِ قَبْلَ التَّعْدِيلِ يُحْبَسُ وَبِهِ يَحْصُلُ الْاسْتِثْنَاءُ فَلَا حَاجَةَ إِلَى أَخْذِ الْكَفِيلِ (وَلَأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ قَوْلُهُ: ﷺ «لَا كَفَالَةَ فِي حَدِّ» مِنْ غَيْرِ فَضْلٍ) يَعْنِي بَيْنَ مَا هُوَ حَقُّ الْعَبْدِ مِنْهُ وَبَيْنَ مَا هُوَ خَالِصٌ حَقُّ اللَّهِ، قِيلَ هَذَا مِنْ كَلَامِ شُرَيْحٍ لَا مِنْ كَلَامِ النَّبِيِّ ﷺ.

ذَكَرَهُ الْخَصَّافُ فِي أَدَبِ الْقَاضِي عَنْ شُرَيْحٍ. وَقَالَ الصَّدْرُ الشَّهِيدُ فِي أَدَبِ الْقَاضِي: رُوِيَ هَذَا الْحَدِيثُ مَرْفُوعًا إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ (وَلَأَنَّ مَبْنَى الْحُدُودِ وَالْقِصَاصِ عَلَى الدَّرءِ فَلَا يَجِبُ فِيهَا الْاسْتِثْنَاءُ بِالتَّكْفِيلِ) فَإِنْ قِيلَ: حُبْسُ بِإِقَامَةِ شَاهِدٍ عَدْلٍ وَمَعْنَى الْاسْتِثْنَاءِ فِي الْحَبْسِ أَتَمُّ مِنْ أَخْذِ الْكَفِيلِ. أُجِيبَ بِأَنَّ الْحَبْسَ لِلتَّهْمَةِ عَلَى مَا يُذَكَّرُ لَا لِلْاسْتِثْنَاءِ (بِخِلَافِ سَائِرِ الْحُقُوقِ؛ لِأَنَّهَا لَا تُنْذَرُ بِالشُّبُهَاتِ فَيَلِيقُ بِهَا

الاستيثاق كما في التعزير) فَإِنَّهُ مُحْضٌ حَقُّ الْعَبْدِ يَسْقُطُ بِإِسْقَاطِهِ وَيُثْبِتُ مَعَ الشُّبُهَاتِ بِالشَّهَادَةِ عَلَى الشَّهَادَةِ وَيُخْلَفُ فِيهِ فَيُجْبَرُ الْمَطْلُوبُ عَلَى إعْطَاءِ الْكَفِيلِ فِيهِ كَمَا فِي الْأَمْوَالِ (وَلَوْ سَمَحَتْ نَفْسُهُ) أَيُّ لَوْ تَبَرَّعَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ بِإِعْطَاءِ الْكَفِيلِ لِلطَّلَّابِ مِنْ غَيْرِ جَبْرِ عَلَيْهِ فِي الْقِصَاصِ (وَحَدُّ الْقَذْفِ صَحَّ بِالْإِجْمَاعِ؛ لِأَنَّهُ أَمَكْنُ تَرْيِبُ مُوجِبِهِ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ تَسْلِيمُ النَّفْسِ فِيهِمَا وَاجِبٌ فَيُطَالَبُ بِهِ الْكَفِيلُ وَيَتَحَقَّقُ مَعْنَى الْكَفَالَةِ وَهُوَ الضَّمُّ) وَالْحَقُّ الْإِمَامُ الْمُحِبُّوهُ حَدَّ السَّرِقَةِ بِحَدِّ الْقَذْفِ عَلَى الْمَذْهَبَيْنِ.

قَالَ (وَلَا يُحْبَسُ فِيهَا حَتَّى يَشْهَدَ شَاهِدَانِ إِنْ لَمْ يَلْبِسْ الْحَاكِمُ فِي الْحُدُودِ مَنْ وَجَبَتْ عَلَيْهِ، وَفِي بَعْضِ النُّسخِ فِيهِمَا: أَيُّ فِي حَدِّ الْقَذْفِ وَالْقِصَاصِ حَتَّى يَشْهَدَ شَاهِدَانِ مَسْتُورَانِ أَوْ شَاهِدٌ عَدْلٌ يَعْرِفُهُ: أَيُّ يَعْرِفُ الْحَاكِمُ كَوْنَهُ عَدْلًا؛ لِأَنَّ الْحَبْسَ هَاهُنَا لِلتُّهْمَةِ: أَيُّ لَتُّهُمَةِ الْفَسَادِ لَا لِإثباتِ الْمُدَّعَى؛ لِأَنَّهُ يَحْتَاجُ إِلَى حُجَّةٍ كَامِلَةٍ وَالتُّهْمَةُ تُثْبِتُ بِأَحَدِ شَطْرَيِ الشَّهَادَةِ إِمَّا الْعَدَدُ أَوْ الْعَدَالَةُ؛ لِأَنَّ الْحَبْسَ لِلتُّهْمَةِ مِنْ بَابِ دَفْعِ الْفَسَادِ وَهُوَ مِنْ بَابِ الدِّيَانَاتِ وَالدِّيَانَاتُ تُثْبِتُ بِأَحَدِ شَطْرَيْهَا. وَقَدْ رُوِيَ «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ حَبَسَ رَجُلًا بِالتُّهْمَةِ» بِخِلَافِ الْحَبْسِ فِي بَابِ الْأَمْوَالِ؛ لِأَنَّهُ أَقْصَى عُقُوبَةٍ فِيهِ فَلَا يَثْبِتُ إِلَّا بِحُجَّةٍ كَامِلَةٍ.

وَحَاصِلُ الْفَرْقِ أَنَّ مَا كَانَ الْحَبْسُ فِيهِ أَقْصَى عُقُوبَةٍ كَمَا فِي الْأَمْوَالِ إِذَا ثَبَّتَتْ وَعَدَمُ مُوجِبَاتِ السَّقُوطِ وَامْتِنَاعُ عَنِ الْإِيْفَاءِ لَا يُحْبَسُ فِيهِ إِلَّا بِحُجَّةٍ كَامِلَةٍ، وَمَا كَانَ أَقْصَى الْعُقُوبَةِ فِيهِ غَيْرَ الْحَبْسِ كَالْحُدُودِ وَالْقِصَاصِ فَإِنَّ الْأَقْصَى فِيهَا الْقَتْلُ أَوْ الْقَطْعُ أَوْ الْجَلْدُ حَازَ الْحَبْسِ قَبْلَ ثُبُوتِهِ لِلتُّهْمَةِ. وَلِقَائِلُ أَنْ يَقُولَ: الْحَبْسُ لِلتُّهْمَةِ قَبْلَ ثُبُوتِ الْمُدَّعَى بِالْحُجَّةِ يُنَافِي الدَّرءَ بِالشُّبُهَاتِ، وَالدَّرءُ ثَابِتٌ بِقَوْلِهِ ﷺ «ادْرَأُوا الْحُدُودَ بِالشُّبُهَاتِ» وَبِالْإِجْمَاعِ عَلَى ذَلِكَ فَيَسْتَفِي الْحَبْسُ لِلتُّهْمَةِ، وَيُمْكِنُ أَنْ يُجَابَ عَنْهُ بِأَنْ يُحْمَلَ قَوْلُهُمْ لِلتُّهْمَةِ عَلَى أَنَّ الْمُرَادَ بِهِ اتِّهَامُ الْحَاكِمِ أَيْضًا بِالتَّهَاؤُنِ فِيهِ، وَيَبَيِّنُهُ أَنَّ الدَّرءَ مَأْمُورٌ بِهِ وَالتَّرْكُ وَالتَّهَاؤُنُ حَرَامٌ لِإِفْضَائِهِ إِلَى فَسَادِ الْعَالَمِ الَّذِي شَرَعَ الْحُدُودُ لِدَفْعِهِ، فَإِذَا وَجَدَ أَحَدُ شَطْرَيِ الشَّهَادَةِ وَلَمْ يَحْبِسْهُ الْحَاكِمُ أَتَاهُمْ بِأَنَّهُ مُتَّهَانٌ فِي ذَلِكَ وَهُوَ قَادِحٌ فِي عَدَالَتِهِ، وَالْإِيْفَاءُ مِنْ أَمْثَالِهِ مَأْمُورٌ بِهِ فَيُحْبَسُ بِأَحَدِ شَطْرَيِ الشَّهَادَةِ إِذَا اتَّهَمَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ بِالْفَسَادِ دَفْعًا لِلتُّهْمَةِ عَنِ الْحَاكِمِ، وَالْحَبْسُ مِنَ النَّبِيِّ ﷺ فِي ذَلِكَ وَقَعَ تَعْلِيمًا لِلجَوَازِ

حَيْثُ لَمْ يَكُنِ النَّبِيُّ ﷺ مِمَّنْ يَتَّهَمُ بِذَلِكَ، ثُمَّ إِذَا سَمِعَ الْحُجَّةَ الْكَامِلَةَ تُحِيلُ لِلدَّرءِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ. وَذَكَرَ فِي كِتَابِ أَدَبِ الْقَاضِي لَا يُحْبَسُ فِي الْحُدُودِ وَالْقِصَاصِ بِشَهَادَةِ الْوَاحِدِ عِنْدَهُمَا؛ لِأَنَّهُ أَخَذَ الْكَفِيلَ لَمَّا جَازَ عِنْدَهُمَا جَازَ أَنْ يَسْتَوْثِقَ بِهِ فَيَسْتَعْنَى عَنِ الْحَبْسِ.

وَقِيلَ مَعْنَى كَلَامِهِ أَنَّ فِي الْحَبْسِ فِي الْحُدُودِ وَالْقِصَاصِ عَنْهُمَا رِوَايَتَيْنِ: فِي رِوَايَةٍ يُحْبَسُ وَلَا يُكْفَلُ، وَفِي رِوَايَةٍ أُخْرَى عَكْسُهُ لِحُصُولِ الْاسْتِثْنَاءِ بِأَحَدِهِمَا، وَفِي ذَلَالَةِ كَلَامِهِ عَلَى ذَلِكَ خَفَاءٌ لَا مَحَالَةَ.

قَالَ (وَالرَّهْنُ وَالْكَفَالَةُ جَائِزَانِ فِي الْخَرَاجِ) لِأَنَّهُ دَيْنٌ مُطَالَبٌ بِهِ مُمَكِّنُ الْاسْتِيفَاءِ فَيُمْكِنُ تَرْتِيبُ مُوجِبِ الْعَقْدِ عَلَيْهِ فِيهِمَا.

الشرح:

قَالَ (وَالرَّهْنُ وَالْكَفَالَةُ جَائِزَانِ فِي الْخَرَاجِ) أُرِيدَ هَذِهِ الْمَسْأَلَةُ هَاهُنَا دَفْعًا لَمَّا عَسَى يُتَوَهَّمُ أَنَّ أَخَذَ الْكَفِيلَ عَنِ الْخَرَاجِ لَا يَصِحُّ لِكَوْنِهِ فِي حُكْمِ الصَّلَاةِ دُونَ الدُّيُونِ الْمُطْلَقَةِ فَإِنَّ صِحَّةَ الْكَفَالَةِ تَقْتَضِي دَيْنًا مُطَالَبًا بِهِ مُطْلَقًا وَالْخَرَاجُ كَذَلِكَ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ يُحْبَسُ بِهِ وَيُمْنَعُ وَجُوبُ الزَّكَاةِ وَيُلَازِمُ مَنْ عَلَيْهِ لِأَجَلِهِ فَصَحَّتْ الْكَفَالَةُ عَنْهُ، وَإِنَّمَا قِيلَ مُطْلَقًا يَعْنِي فِي الْحَيَاةِ وَالْمَمَاتِ احْتِرَازًا عَنِ الزَّكَاةِ فَإِنَّهَا يُطَالَبُ بِهَا، أَمَّا فِي الْأَمْوَالِ الظَّاهِرَةِ فَالْمُطَالَبُ هُوَ الْإِمَامُ، وَأَمَّا فِي الْبَاطِنَةِ فَمَلَاكُهَا لِكَوْنِهِمْ ثَوَابِ الْإِمَامِ، وَالْكَفَالَةُ بِهَا لَا تَجُوزُ؛ لِأَنَّهَا غَيْرُ مُطَالَبٍ بِهَا بَعْدَ الْمَوْتِ، وَلَمَّا كَانَ الرَّهْنُ تَوْثِيقًا كَالْكَفَالَةِ اسْتَطْرَدَّ بِذِكْرِهِ فِي بَابِ الْكَفَالَةِ، فَقَوْلُهُ: (لَأَنَّهُ دَيْنٌ مُطَالَبٌ بِهِ) إِشَارَةٌ إِلَى صِحَّةِ الْكَفَالَةِ، فَإِنَّ كُلَّ دَيْنٍ صَحِيحٍ نَصَحُ الْمُطَالَبَةِ بِهِ فِي الْحَيَاةِ، وَالْمَمَاتِ نَصَحُ الْكَفَالَةِ بِهِ بِالْإِسْتِقْرَاءِ وَلَوْجُودِ مَا شَرَعَ الْكَفَالَةَ لِأَجَلِهِ فِيهِ. وَقَوْلُهُ: (مُمَكِّنُ الْاسْتِيفَاءِ) إِشَارَةٌ إِلَى صِحَّةِ الرَّهْنِ فَإِنَّهَا تَعْتَمِدُ إِمَّا كَانَ الْاسْتِيفَاءُ لِكَوْنِهِ تَوْثِيقًا بِجَانِبِ الْاسْتِيفَاءِ فَيَتَرْتَّبُ مُوجِبُ الْعَقْدِ فِي الرَّهْنِ وَالْكَفَالَةِ عَلَيْهِ. قِيلَ فِي كَلَامِ الْمُصَنِّفِ لَفٌ وَشَرٌّ مُشَوَّشٌ وَلَا بُعْدَ فِي قَصْدِهِ ذَلِكَ.

قَالَ (وَمَنْ أَخَذَ مِنْ رَجُلٍ كَفِيلًا بِنَفْسِهِ ثُمَّ ذَهَبَ فَآخَذَ مِنْهُ كَفِيلًا آخَرَ فَهَمَّا كَفِيلَانِ) لِأَنَّ مُوجِبَهُ التَّزَامُ الْمُطَالَبَةِ وَهِيَ مُتَعَدِّدَةٌ وَالْمَقْصُودُ التَّوَثُّقُ، وَبِالْثَّانِيَةِ يَزْدَادُ التَّوَثُّقُ فَلَا يَتَنَافَيَانِ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ أَخَذَ مِنْ رَجُلٍ كَفِيلًا بِنَفْسِهِ الْخ) تَعَدُّدُ الْكَفَالَةِ عَنْ شَخْصٍ وَاحِدٍ صَحِيحٌ كَفَلُوا جُمْلَةً أَوْ عَلَى التَّعاقُبِ؛ لِأَنَّ مُوجِبَ عَقْدِ الْكَفَالَةِ التَّزَامُ الْمَطَالِبَةِ: أَيْ أَنَّ يَلْتَزِمَ الْكَفِيلُ ضَمَّ ذِمَّتِهِ إِلَى ذِمَّةِ الْأَصِيلِ فِي الْمَطَالِبَةِ بِأَنْ يَكُونَ مَطْلُوبًا بِإِحْضَارِ الْمَكْفُولِ عَنْهُ كَمَا أَنَّهُ مَطْلُوبٌ بِالْحُضُورِ بِنَفْسِهِ، وَلِهَذَا قُلْنَا: إِنَّ إِبْرَاءَ الْكَفِيلِ لَا يَرْتَدُّ بِرَدِّهِ لِرُجُوعِهِ إِلَى الزَّامِ مَنْ لَهُ الطَّلَبُ عَلَى الطَّلَبِ وَهُوَ خُلْفٌ بَاطِلٌ، وَالْمَقْصُودُ بِشَرْعِ الْكَفَالَةِ التَّوْتُّقُ وَبِالْثَّانِيَةِ يَرْدَادُ التَّوْتُّقُ، وَمَا يُرَادُ بِهِ الشَّيْءُ لَا يُنَافِيهِ الْيَقِينُ فَكَانَ الْمُتَقَضِّي لِحَوَازِهِ مَوْجُودًا وَالْمَانِعُ مُتَقَيًّا، فَالْقَوْلُ بِامْتِنَاعِهِ قَوْلٌ بِلا دَلِيلٍ، وَإِذَا صَحَّتِ الثَّانِيَةُ لَمْ يَبْرَأِ الْأَوَّلُ؛ لِأَنَّا إِنَّمَا صَحَّحْنَاهَا لِيَرْدَادِ التَّوْتُّقِ، فَلَوْ بَرَأَ الْأَوَّلُ مَا زَادَ إِلَّا مَا نَقَصَ فَمَا فَرَضْنَاهُ زِيَادَةً لَمْ يَكُنْ زِيَادَةً هَذَا خُلْفٌ بَاطِلٌ.

وَقَالَ ابْنُ أَبِي لَيْلَى: يَبْرَأُ الْكَفِيلُ الْأَوَّلُ؛ لِأَنَّ التَّسْلِيمَ لِمَا وَجَبَ عَلَى الثَّانِي فَلَوْ بَقِيَ وَاجِبًا عَلَى الْأَوَّلِ كَانَ وَاجِبًا فِي مَوْضِعَيْنِ وَهُوَ بِنَاءٌ عَلَى أَصْلِهِ أَنَّ الْكَفِيلَ إِذَا كَفَلَ بِالذِّينِ بَرَأَ الْمَطْلُوبُ فَكَذَلِكَ هَاهُنَا. وَالْجَوَابُ أَنَّ ذَلِكَ يُخَالِفُ الْحَقِيقَةَ اللَّغَوِيَّةَ وَالْأَصْلَ مُوَافَقَتَهَا وَيُفْضِي إِلَى عَدَمِ التَّفَرُّقَةِ بَيْنَ الْكَفَالَةِ وَالْحَوَالَةِ فَإِنَّ فِيهَا يَبْرَأُ الْمُحِيلُ وَذَلِكَ بَاطِلٌ، ثُمَّ إِذَا أَسْلَمَ أَحَدُ الْكَفِيلَيْنِ نَفْسَ الْأَصِيلِ إِلَى الطَّالِبِ بَرَأَ ذُونَ صَاحِبِهِ.

(وَأَمَّا الْكَفَالَةُ بِالْمَالِ فَجَائِزَةٌ مَعْلُومًا كَانَ الْمَكْفُولُ بِهِ أَوْ مَجْهُولًا إِذَا كَانَ دَيْنًا

صَحِيحًا مِثْلُ أَنْ يَقُولَ تَكْفَلْتُ عَنْهُ بِأَلْفٍ أَوْ بِمَا لَكَ عَلَيْهِ أَوْ بِمَا يُدْرِكُكَ فِي هَذَا الْبَيْعِ) لِأَنَّ مَبْنَى الْكَفَالَةِ عَلَى التَّوَسُّعِ فَيَتَحَمَّلُ فِيهَا الْجَهَالَةَ، وَعَلَى الْكَفَالَةِ بِالدَّرَكِ إِجْمَاعٌ وَكَفَى بِهِ حُجَّةٌ، وَصَارَ كَمَا إِذَا كَفَلَ لِشَخْصَةٍ صَحَّتْ الْكَفَالَةُ وَإِنْ أُحْثِمَتِ السَّرِيَّةُ وَالْاِقْتِصَارُ وَشَرَطَ أَنْ يَكُونَ دَيْنًا صَحِيحًا وَمُرَادُهُ أَنْ لَا يَكُونَ بَدَلُ الْكِتَابَةِ، وَسَيَأْتِيكَ فِي مَوْضِعِهِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

الشرح:

قَالَ (وَأَمَّا الْكَفَالَةُ بِالْمَالِ فَجَائِزَةٌ الْخ) لَمَّا فَرَّغَ مِنَ الْكَفَالَةِ بِالنَّفْسِ شَرَعَ فِي بَيَانِ الْكَفَالَةِ بِالْمَالِ، وَهِيَ جَائِزَةٌ سِوَاءَ كَانَ مَعْلُومًا كَقَوْلِهِ تَكْفَلْتُ عَنْهُ بِأَلْفٍ، أَوْ مَجْهُولًا كَقَوْلِهِ تَكْفَلْتُ عَنْهُ بِمَا لَكَ عَلَيْهِ أَوْ بِمَا يُدْرِكُكَ فِي هَذَا الْبَيْعِ: يَعْنِي مِنَ الضَّمَانِ بَعْدَ

أَنْ كَانَ دَيْنًا صَحِيحًا؛ لِأَنَّ مَبْنَى الْكَفَالَةِ عَلَى التَّوَسُّعِ فَإِنَّهَا تَبْرُعُ ابْتِدَاءً فَيَتَحَمَّلُ فِيهَا جَهَالَةُ الْمَكْفُولِ بِهِ بِسِيرَةٍ وَغَيْرَهَا بَعْدَ أَنْ كَانَتْ مُتَعَارَفَةً.

وَقَوْلُهُ: (وَعَلَى الْكَفَالَةِ بِالْدَّرَكِ) يَفْتَحُ الرَّاءُ وَسُكُونُهَا وَهُوَ التَّبِعَةُ دَلِيلٌ عَلَى جَوَازِهَا بِالْمَجْهُولِ، وَفِيهِ إِشَارَةٌ إِلَى نَفْيِ قَوْلِ مَنْ يَقُولُ إِنَّ الضَّمَانَ بِالْمَجْهُولِ لَا يَصِحُّ؛ لِأَنَّهُ التَّزَامُ مَالٍ فَلَا يَصِحُّ مَجْهُولًا كَالْتَّمَنِ فِي التَّبْعِ. وَقُلْنَا الضَّمَانُ بِالْدَّرَكِ صَحِيحٌ بِالْإِجْمَاعِ وَهُوَ ضَمَانُ الْمَجْهُولِ، وَصَارَ الْكَفَالَةُ بِمَالِ مَجْهُولٍ كَالْكَفَالَةِ بِشَجَّةٍ أَيْ شَجَّةٍ كَانَتْ إِذَا كَانَتْ خَطَأً فَإِنَّهَا صَحِيحَةٌ، وَإِنْ كَانَتْ بِمَجْهُولٍ لَاحْتِمَالِ السَّرَايَةِ وَالْاِقْتِصَارِ.

وَأَيْمًا قِيلَ خَطَأً؛ لِأَنَّهَا إِذَا كَانَتْ عَمْدًا وَقَدْ سَرَتْ وَكَانَتْ الشَّجَّةُ بِآلَةٍ جَارِحَةٍ فَإِنَّهَا تُوجِبُ الْقِصَاصَ وَالْكَفَالَةُ بِهِ لَا تَصِحُّ. وَلَمَّا مَرَّ ذَلِكَ فِي كَلَامِهِ لَمْ يَحْتَجْ إِلَى التَّقْيِيدِ بِهِ (وَشَرِطُ أَنْ يَكُونَ الْمَكْفُولُ بِهِ دَيْنًا صَحِيحًا) وَفَسَّرَهُ بِأَنْ لَا يَكُونَ بَدَلُ الْكِتَابَةِ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِدَيْنٍ صَحِيحٍ، إِذِ الدَّيْنُ الصَّحِيحُ هُوَ الَّذِي لَهُ مُطَالِبٌ مِنْ جِهَةِ الْعِبَادِ حَقًّا لِنَفْسِهِ، وَالْمَطْلُوبُ لَا يَقْدِرُ عَلَى إِسْقَاطِهِ مِنْ ذِمَّتِهِ إِلَّا بِالْإِيفَاءِ، وَبَدَلُ الْكِتَابَةِ لَيْسَ كَذَلِكَ لِاقْتِدَارِ الْمُكَاتَّبِ أَنْ يُسْقِطَ الْبَدَلَ بِتَعْجِيزِهِ نَفْسَهُ. وَقِيلَ لِأَنَّ الْمَوْلَى لَا يَجِبُ لَهُ عَلَى عَبْدِهِ شَيْءٌ فَيُطَالَبُ بِهِ.

قَالَ (وَالْمَكْفُولُ لَهُ بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ طَالِبُ الَّذِي عَلَيْهِ الْأَصْلُ وَإِنْ شَاءَ طَالِبُ كَفِيلِهِ) لِأَنَّ الْكَفَالَةَ ضَمُّ الدَّيْنِ إِلَى الدَّيْنِ فِي الْمَطَالَبَةِ وَذَلِكَ يَقْتَضِي قِيَامَ الْأَوَّلِ لَا الْبَرَاءَةَ عَنْهُ، إِلَّا إِذَا شَرِطَ فِيهِ الْبَرَاءَةَ فَحِينَئِذٍ تَتَعَقَّدُ حَوَالَةٌ اِعْتِبَارًا لِلْمَعْنَى، كَمَا أَنَّ الْحَوَالَةَ بِشَرْطِ أَنْ لَا يَبْرَأَ بِهَا الْمُحِيلُ تَكُونُ كَفَالَةً (وَلَوْ طَالِبَ أَحَدَهُمَا لَهُ أَنْ يُطَالِبَ الْآخَرَ وَلَهُ أَنْ يُطَالِبَهُمَا) لِأَنَّ مُقْتَضَاهُ الضَّمُّ، بِخِلَافِ الْمَالِكِ إِذَا اخْتَارَ تَضْمِينَ أَحَدِ الْغَاصِبَيْنِ لِأَنَّ اخْتِيَارَهُ أَحَدَهُمَا يَتَضَمَّنُ التَّمْلِيكَ مِنْهُ فَلَا يُمْكِنُهُ التَّمْلِيكَ مِنَ الثَّانِي، أَمَّا الْمَطَالَبَةُ بِالْكَفَالَةِ لَا تَتَضَمَّنُ التَّمْلِيكَ فَوُضِعَ الْفَرْقُ

الشرح:

قَالَ (وَالْمَكْفُولُ لَهُ بِالْخِيَارِ إلخ) الْمَكْفُولُ لَهُ مُخَيَّرٌ بَيْنَ أَنْ يُطَالِبَ الَّذِي عَلَيْهِ الْأَصْلُ: أَيْ الدَّيْنُ وَيُسَمَّى الدَّيْنُ أَصْلًا؛ لِأَنَّ الْمَطَالَبَةَ مَبْنِيَّةٌ عَلَيْهِ، فَإِنَّ مُطَالَبَةَ الدَّيْنِ بغيرِ

دَيْنٍ غَيْرُ مُتَصَوِّرٍ فَكَانَتْ الْمُطَالَبَةُ فَرَعًا، وَهَذَا التَّخْيِيرُ بِنَاءٌ عَلَى مَا تَقَدَّمَ أَنَّ الْكَفَالَةَ ضَمُّ دِمَّةٍ إِلَى دِمَّةٍ فِي الْمُطَالَبَةِ وَذَلِكَ يَفْتَضِي قِيَامَ الْأَوَّلِ لَا الْبَرَاءَةَ عَنْهَا إِلَّا إِذَا شَرَطَتْ الْبَرَاءَةَ فَتَصِيرُ حَوَالَةً اعْتِبَارًا لِلْمَعْنَى، كَمَا أَنَّ الْحَوَالَةَ بِشَرَطِ أَنْ لَا يَبْرَأَ الْمُحِيلُ تَكُونُ كِفَالَةً، فَعَلَى هَذَا لَهُ أَنْ يُطَالَبَهُمَا جَمِيعًا جُمْلَةً وَمُتَعَاقِبًا، بِخِلَافِ الْمَالِكِ إِذَا اخْتَارَ أَحَدَ الْعَاصِيَيْنِ: أَيُّ الْعَاصِبِ وَغَاصِبِ الْعَاصِبِ، فَإِنَّهُ إِذَا اخْتَارَ تَضْمِينَ أَحَدِهِمَا لَا يَقْدِرُ عَلَى تَضْمِينِ الْآخَرِ؛ لِأَنَّ اخْتِيَارَهُ أَحَدَهُمَا يَتَضَمَّنُ التَّمْلِيكَ إِذَا قَضَى الْقَاضِي بِذَلِكَ فَلَا يَتِمَّكَنُ مِنَ التَّمْلِيكِ مِنَ الثَّانِي. أَمَّا الْمُطَالَبَةُ بِالْكَفَالَةِ فَلَا تَتَضَمَّنُ التَّمْلِيكَ.

قَالَ (وَيَجُوزُ تَعْلِيْقُ الْكَفَالَةِ بِالشَّرْطِ) مِثْلُ أَنْ يَقُولَ مَا بَاعْتَ فَلَانًا فَعَلِيَّ أَوْ مَا ذَابَ لَكَ عَلَيْهِ فَعَلِيَّ أَوْ مَا غَصَبَكَ فَعَلِيَّ. وَالْأَصْلُ فِيهِ قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿وَلَمَنْ جَاءَ بِهِ جَمْلٌ بَعِيرٌ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾ [يوسف: ١٧٢] وَالْإِجْمَاعُ مُنْعَقِدٌ عَلَى صِحَّةِ ضَمَانِ الدَّرَكِ، ثُمَّ الْأَصْلُ أَنَّهُ يَصِحُّ تَعْلِيْقُهَا بِشَرَطِ مُلَائِمِ لَهَا مِثْلُ أَنْ يَكُونَ شَرَطًا لَوْجُوبِ الْحَقِّ كَقَوْلِهِ إِذَا اسْتَحَقَّ الْمُبِيعُ، أَوْ لِإِمْكَانِ الْاسْتِيفَاءِ مِثْلُ قَوْلِهِ إِذَا قَدِمَ زَيْدٌ وَهُوَ مَكْفُولٌ عَنْهُ، أَوْ لَتَعَذُّرِ الْاسْتِيفَاءِ مِثْلُ قَوْلِهِ إِذَا غَابَ عَنِ الْبَلَدَةِ، وَمَا ذَكَرَ مِنَ الشَّرْطِ فِي مَعْنَى مَا ذَكَرْنَاهُ، هَأَمَّا لَا يَصِحُّ التَّعْلِيْقُ بِمُجَرَّدِ الشَّرْطِ كَقَوْلِهِ إِنْ هَبَّتِ الرِّيحُ أَوْ جَاءَ الْمَطَرُ وَكَذَا إِذَا جَعَلَ وَاحِدٌ مِنْهُمَا أَجَلًا، إِلَّا أَنَّهُ تَصِحُّ الْكَفَالَةُ وَيَجِبُ الْمَالُ حَالًا لِأَنَّ الْكَفَالَةَ لَمَّا صَحَّ تَعْلِيْقُهَا بِالشَّرْطِ لَا تَبْطُلُ بِالشَّرْطِ الْفَاسِدَةِ كَالطَّلَاقِ وَالْعَتَاقِ.

الشرح:

قَالَ (وَيَجُوزُ تَعْلِيْقُ الْكَفَالَةِ بِالشَّرْطِ إلخ) يَجُوزُ تَعْلِيْقُ الْكَفَالَةِ بِشَرَطِ مُلَائِمِ، مِثْلُ أَنْ يَكُونَ شَرَطًا لَوْجُوبِ الْحَقِّ كَقَوْلِهِ إِذَا اسْتَحَقَّ الْمُبِيعُ أَوْ لِإِمْكَانِ الْاسْتِيفَاءِ مِثْلُ أَنْ يَقُولَ: إِذَا قَدِمَ زَيْدٌ وَهُوَ الْمَكْفُولُ عَنْهُ أَوْ لَتَعَذُّرِ الْاسْتِيفَاءِ مِثْلُ قَوْلِهِ إِذَا غَابَ عَنِ الْبَلَدَةِ أَوْ إِذَا مَاتَ وَلَمْ يَدْعُ شَيْئًا أَوْ إِذَا حَلَّ مَا لَكَ عَلَيْهِ وَلَمْ يُوفَّ بِهِ فَعَلِيَّ. وَلَا يَجُوزُ بِشَرَطِ مُجَرَّدِ عَنِ الْمُلَاقَمَةِ كَقَوْلِهِ إِنْ هَبَّتِ الرِّيحُ أَوْ جَاءَ الْمَطَرُ، وَقَدْ بَكَوْنِ زَيْدٍ مَكْفُولًا عَنْهُ؛ لِأَنَّهُ إِذَا كَانَ أَجْنَبِيًّا كَانَ التَّعْلِيْقُ بِهِ كَمَا فِي هُبُوبِ الرِّيحِ.

وَاسْتَدَلَّ بِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَلَمَنْ جَاءَ بِهِ جَمْلٌ بَعِيرٌ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾ فَإِنْ مُنَادِي يُوسُفَ عَلَيْهِ السَّلَامُ عَلَقَ الْإِلْتِزَامَ بِالْكَفَالَةِ بِسَبَبِ وَجُوبِ الْمَالِ هُوَ الْمَجِيءُ بِصُورَةٍ

الملك، وَكَانَ نِدَاؤُهُ بِأَمْرِ يُوسُفَ عَلَيْهِ السَّلَامُ، وَشَرِيعَةً مِّن قِبَلِنَا شَرِيعَةً لَّنَا إِذَا قَصَّهَا اللَّهُ وَرَسُولُهُ مِنْ غَيْرِ إِنْكَارٍ.

وَفِيهِ بَحْثٌ مِّن وَجْهَيْنِ: أَحَدُهُمَا مَا قَالَ بَعْضُ الشَّافِعِيَّةِ إِنَّ هَذِهِ الْآيَةَ مَحْمُولَةٌ عَلَى بَيَانِ الْعِمَالَةِ لِمَنْ يَأْتِي بِهِ لَا لِبَيَانِ الْكِفَالَةِ، فَهُوَ كَقَوْلِ مَنْ أَبَقَ عَبْدُهُ مَنْ جَاءَ بِهِ فَلَهُ عَشْرَةٌ فَلَا يَكُونُ كِفَالَةً؛ لِأَنَّ الْكِفَالَةَ إِنَّمَا تَكُونُ إِذَا التَزَمَ عَنْ غَيْرِهِ وَهَاهُنَا قَدْ التَزَمَ عَنْ نَفْسِهِ. وَالثَّانِي أَنَّ الْآيَةَ مَتْرُوكَةٌ الظَّاهِرِ؛ لِأَنَّهَا تَشْتَمِلُ عَلَى جِهَالَةِ الْمَكْفُولِ لَهُ وَهِيَ تُبْطِلُ الْكِفَالَةَ.

وَالْجَوَابُ عَنْ الْأَوَّلِ أَنَّ الزَّعِيمَ حَقِيقَةً فِي الْكِفَالَةِ وَالْعَمَلُ بِهَا مَهْمَا أُمِنَ وَاجِبٌ فَكَانَ مَعْنَاهُ وَاللَّهُ أَعْلَمُ أَنْ يَقُولَ الْمُتَادِي لِلْغَيْرِ: إِنَّ الْمَلِكَ يَقُولُ ﴿وَلَمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾ [يوسف: ٧٢] بِذَلِكَ فَيَكُونُ ضَامِنًا عَنْ الْمَلِكِ لَا عَنْ نَفْسِهِ فَتَتَحَقَّقُ حَقِيقَةُ الْكِفَالَةِ. وَعَنْ الثَّانِي بَأَنَّ فِي الْآيَةِ أَمْرَيْنِ: ذِكْرُ الْكِفَالَةِ مَعَ جِهَالَةِ الْمَكْفُولِ لَهُ، وَإِضَافَتُهَا إِلَى سَبَبِ الْوُجُوبِ، وَعَدَمُ جَوَازِ أَحَدِهِمَا بِدَلِيلٍ لَا يَسْتَلْزِمُ عَدَمَ جَوَازِ الْآخَرِ. فَإِنَّ قُلْتَ: مَا الْفَرْقُ بَيْنَ جِهَالَةِ الْمَكْفُولِ بِهِ وَجِهَالَةِ الْمَكْفُولِ عَنْهُ وَجِهَالَةِ الْمَكْفُولِ لَهُ، فَإِنَّ الْأَوَّلَى لَا تَمْنَعُ الْجَوَازَ أَصْلًا، وَالثَّانِيَةُ تَمْنَعُهُ إِذَا كَانَتْ الْكِفَالَةُ مُضَافَةً كَقَوْلِهِ تَكَفَّلْتُ بِمَا بَايَعْتُ أَحَدًا مِنَ النَّاسِ، وَالثَّلَاثَةُ تَمْنَعُهُ مُطْلَقًا؟ فَالْجَوَابُ أَنَّ الْأَوَّلَى مَنصُوصٌ عَلَى جَوَازِهَا؛ لِأَنَّهُ قَالَ تَعَالَى حِمْلُ بَعِيرٍ وَهُوَ غَيْرُ مَعْلُومٍ؛ لِأَنَّهُ يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ الْبَعِيرِ فَلَمْ تَمْنَعْ مُطْلَقًا، وَالثَّانِيَةُ إِنَّمَا تَمْنَعُهُ لِأَجْلِ الْإِضَافَةِ لَا لِلْجِهَالَةِ فَإِنَّ الْكِفَالَةَ الْمُضَافَةَ إِلَى الْمُسْتَقْبَلِ يَأْتِي الْقِيَاسُ جَوَازًا عَلَى مَا يَأْتِي، وَإِنَّمَا جُوزَتْ اسْتِحْسَانًا لِلتَّعَامُلِ، وَالتَّعَامُلُ فِيمَا إِذَا كَانَ الْمَكْفُولُ مِنْهُ مَعْلُومًا فَالْمَجْهُولُ بَاقٍ عَلَى أَصْلِ الْقِيَاسِ.

وَالثَّلَاثَةُ إِنَّمَا تَمْنَعُهُ مُطْلَقًا؛ لِأَنَّ الْكِفَالَةَ فِي حَقِّ الطَّالِبِ بِمَنْزِلَةِ الْبَيْعِ حَتَّى لَا تَصِحَّ مِنْ غَيْرِ قَبُولِ الطَّالِبِ، وَفِي حَقِّ الْمَطْلُوبِ بِمَنْزِلَةِ الطَّلَاقِ وَالْعَتَاقِ حَتَّى تَصِحَّ مِنْ غَيْرِ قَبُولِهِ كَمَا يَصِحُّ الطَّلَاقُ وَالْعَتَاقُ مِنْ غَيْرِ قَبُولِ أَصْلًا وَإِذَا كَانَ بِمَنْزِلَةِ الْبَيْعِ فِي حَقِّ الطَّالِبِ كَانَتْ جِهَالَةُ الطَّالِبِ مَانِعَةً جَوَازًا كَمَا أَنَّ جِهَالَةَ الْمُشْتَرِي مَانِعَةٌ مِنَ الْبَيْعِ بِخِلَافِ جَانِبِ الْمَطْلُوبِ فَإِنَّ جِهَالَتَهُ لَا تَمْنَعُ كَمَا أَنَّ جِهَالَةَ الْمُعْتَقِ لَا تَمْنَعُ جَوَازَ الْعِتْقِ، وَهَذَا هُوَ الْمَوْعُودُ بِقَوْلِنَا عَلَى مَا يَأْتِي (قَوْلُهُ: وَكَذَا إِذَا جَعَلَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَجَلًا) أَيْ

كَمَا لَا يَصِحُّ تَعْلِيْقُ الْكَفَالَةِ بِهُبُوبِ الرِّيحِ وَمَجِيءِ الْمَطَرِ كَذَا لَا يَصِحُّ جَعْلُهُمَا أَجَلًا
لِلْكَفَالَةِ وَفِي كَلَامِهِ نَظَرٌ مِنْ أَوْجِهٍ: الْأَوَّلُ أَنَّ قَوْلَهُ لَا يَصِحُّ التَّعْلِيْقُ يَفْتَضِي نَفْيَ جَوَازِ
التَّعْلِيْقِ لَا نَفْيَ جَوَازِ الْكَفَالَةِ مَعَ أَنَّ الْكَفَالَةَ لَا تَجُوزُ. الثَّانِي أَنَّ قَوْلَهُ وَكَذَا إِذَا جَعَلَ
مَعْطُوفٌ عَلَى قَوْلِهِ فَأَمَّا لَا يَصِحُّ فَيَكُونُ تَقْدِيرُهُ وَكَذَا لَا يَصِحُّ إِذَا جَعَلَ.

وَلَا يَخْلُو إِمَّا أَنْ يَكُونَ فَاعِلٌ يَصِحُّ هُوَ التَّعْلِيْقُ أَوْ الْكَفَالَةُ إِذَا لَمْ يَذْكُرْ ثَالِثًا.
وَالْأَوَّلُ لَا يَجُوزُ إِذْ لَا مَعْنَى لِقَوْلِهِ وَكَذَا لَا يَصِحُّ التَّعْلِيْقُ إِذَا جَعَلَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا
أَجَلًا. وَالثَّانِي كَذَلِكَ لِقَوْلِهِ بَعْدَهُ إِلَّا أَنَّهُ تَصِحُّ الْكَفَالَةُ. وَالثَّالِثُ أَنَّ الدَّلِيلَ لَا يُطَابِقُ
الْمَذْلُولَ؛ لِأَنَّ الْمَذْلُولَ بُطْلَانُ الْأَجَلِ مَعَ صِحَّةِ الْكَفَالَةِ وَالدَّلِيلُ صِحَّةُ تَعْلِيْقِهَا بِالشَّرْطِ
وَعَدَمُ بُطْلَانِهَا بِالشَّرْطِ الْفَاسِدَةِ. وَمَعَ ذَلِكَ فَلَيْسَ بِمُسْتَقِيمٍ؛ لِأَنَّهَا تَبْطُلُ بِالشَّرْطِ
الْمَحْضِ وَهُوَ أَوَّلُ الْمَسْأَلَةِ. وَيُمْكِنُ أَنْ يُجَابَ عَنْ الْأَوَّلِ بِأَنَّ حَاصِلَ الْكَلَامِ نَفْيُ جَوَازِ
الْكَفَالَةِ الْمُعْلَقَةِ بِهِمَا، وَالْمَجْمُوعُ يَنْتَفِي بِانْتِفَاءِ جُزْئِهِ.

لَا يُقَالُ: نَفْيُ الْكَفَالَةِ الْمُوجَّهَةِ كَنَفْيِ الْمُعْلَقَةِ وَلَا تَنْتَفِي الْكَفَالَةُ بِانْتِفَاءِ الْأَجَلِ؛ لِأَنَّ
الْإِجَابَ الْمُعْلَقَ نَوْعٌ، إِذْ التَّعْلِيْقُ يُخْرِجُ الْعِلَّةَ عَنِ الْعِلِّيَّةِ كَمَا عُرِفَ فِي مَوْضِعِهِ وَالْأَجَلُ
عَارِضٌ بَعْدَ الْعَقْدِ فَلَا يَلْزَمُ مِنْ انْتِفَائِهِ انْتِفَاءُ مَعْرُوضِهِ، وَقَدْ تَقَدَّمَ فِي الصَّرْفِ مَا يُقَارِبُهُ
إِنْ كَانَ عَلَى ذِكْرِ مِنْكَ. وَعَنْ الثَّانِي بِأَنَّ فَاعِلَ يَصِحُّ الْمَقْدَّرُ هُوَ الْأَجَلُ، وَتَقْدِيرُهُ: وَكَذَا
لَا يَصِحُّ التَّعْلِيْقُ لَا يَصِحُّ الْأَجَلُ إِذَا جَعَلَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَجَلًا. وَعَنْ الثَّالِثِ بِأَنَّ الْمُرَادَ
بِالتَّعْلِيْقِ بِالشَّرْطِ الْأَجَلُ مَجَازًا بِقَرِينَةِ قَوْلِهِ (وَيَجِبُ الْمَالُ حَالًا) وَتَقْدِيرُهُ؛ لِأَنَّ الْكَفَالَةَ لَمَّا
صَحَّ تَأْجِيلُهَا بِأَجَلٍ مُتَعَارَفٍ لَمْ تَبْطُلْ بِالْأَجَالِ الْفَاسِدَةِ كَالْطَّلَاقِ وَالْعَنَاقِ، وَيُجَوِّزُ
الْمَجَازَ عَدَمَ الثُّبُوتِ فِي الْحَالِ فِي كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا.

(فَإِنْ قَالَ تَكَلَّمْتُ بِمَا لَكَ عَلَيْهِ فَقَامَتِ الْبَيِّنَةُ بِأَلْفٍ عَلَيْهِ ضَمِنَهُ الْكَفِيلُ) لِأَنَّ الثَّابِتَ
بِالْبَيِّنَةِ كَالثَّابِتِ مُعَايَنَةً فَيَتَحَقَّقُ مَا عَلَيْهِ فَيَصِحُّ الضَّمَانُ بِهِ (وَإِنْ لَمْ تَقُمْ الْبَيِّنَةُ فَالْقَوْلُ
قَوْلُ الْكَفِيلِ مَعَ يَمِينِهِ فِي مِقْدَارِ مَا يَعْتَرِفُ بِهِ) لِأَنَّهُ مُنْكَرٌ لِلزِّيَادَةِ (فَإِنْ اعْتَرَفَ الْمَكْفُولُ
عَنْهُ بِأَكْثَرٍ مِنْ ذَلِكَ لَمْ يُصَدَّقْ عَلَى كَفِيلِهِ) لِأَنَّهُ إِقْرَارٌ عَلَى الْغَيْرِ وَلَا وِلَايَةٌ لَهُ عَلَيْهِ
(وَيُصَدَّقُ فِي حَقِّ نَفْسِهِ) لِوِلَايَتِهِ عَلَيْهَا.

الشرح:

(فَإِنْ قَالَ تُكْفَلْتُ بِمَا لَكَ عَلَيْهِ فَقَامَتِ الْبَيِّنَةُ بِالْفِ ضَمِنَهُ الْكَفِيلُ؛ لِأَنَّ الثَّابِتَ بِالْبَيِّنَةِ كَالثَّابِتِ مُعَايَنَةً) وَلَوْ عَايَنَ مَا عَلَيْهِ وَكَفَلَ عَنْهُ لَزِمَهُ مَا عَلَيْهِ فَكَذَلِكَ إِذَا ثَبَتَ بِالْبَيِّنَةِ فَصَحَّ الضَّمَانُ بِهِ (وَإِنْ لَمْ تَقُمْ الْبَيِّنَةُ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْكَفِيلِ مَعَ يَمِينِهِ فِي مِقْدَارِ مَا يَعْتَرَفُ بِهِ؛ لِأَنَّهُ مُنْكَرٌ لِلزِّيَادَةِ) وَإِنَّمَا كَانَ الْقَوْلُ قَوْلُهُ؛ لِأَنَّهُ مَالٌ مَجْهُولٌ لَزِمَهُ بِقَوْلِهِ فَصَارَ كَمَا إِذَا أَقَرَّ بِشَيْءٍ مَجْهُولٍ، وَإِنَّمَا كَانَ مَعَ يَمِينِهِ؛ لِأَنَّ مَنْ جَعَلَ الْقَوْلَ قَوْلُهُ فِيمَا كَانَ هُوَ خَصْمًا فِيهِ وَالشَّيْءُ مِمَّا يَصِحُّ بِذَلِكَ كَانَ الْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ كَالْمَدْعَى عَلَيْهِ بِالْمَالِ، وَإِلَيْهِ أَشَارَ بِقَوْلِهِ: لِأَنَّهُ مُنْكَرٌ لِلزِّيَادَةِ (فَإِنْ اعْتَرَفَ الْمَكْفُولُ عَنْهُ بِأَكْثَرِ مِمَّا أَقَرَّ بِهِ لَمْ يُصَدَّقْ عَلَى كَفِيلِهِ؛ لِأَنَّهُ إِقْرَارٌ عَلَى الْغَيْرِ وَلَا وِلَايَةٌ لَهُ عَلَيْهِ وَيُصَدَّقُ فِي حَقِّ نَفْسِهِ لَوْلَايَتِهِ عَلَيْهَا) كَالْمَرِيضِ إِذَا أَقَرَّ فِي مَرَضِ الْمَوْتِ بِصَحِّ إِقْرَارُهُ فِي حَقِّ نَفْسِهِ وَلَا يَصِحُّ فِي حَقِّ غُرَمَاءِ دُيُونِ الصَّحَّةِ حَيْثُ يُقَدَّمُونَ عَلَى الْمُقَرَّلِ فِي حَالَةِ الْمَرَضِ.

قَالَ (وَتَجُوزُ الْكَفَالَةُ بِأَمْرِ الْمَكْفُولِ عَنْهُ وَبِغَيْرِ أَمْرِهِ) لِإِطْلَاقِ مَا رَوَيْنَا وَلِأَنَّهُ التَّزَامُ الْمَطْلَبَةُ وَهُوَ تَصَرُّفٌ فِي حَقِّ نَفْسِهِ وَفِيهِ نَفْعٌ لِلطَّالِبِ وَلَا ضَرَرٌ فِيهِ عَلَى الْمَطْلُوبِ بِثُبُوتِ الرَّجُوعِ إِذْ هُوَ عِنْدَ أَمْرِهِ وَقَدْ رَضِيَ بِهِ (فَإِنْ كَفَلَ بِأَمْرِهِ رَجَعَ بِمَا آدَى عَلَيْهِ) لِأَنَّهُ قَضَى دَيْنَهُ بِأَمْرِهِ (وَإِنْ كَفَلَ بِغَيْرِ أَمْرِهِ لَمْ يَرْجِعْ بِمَا يُؤَدِّيهِ) لِأَنَّهُ مُتَبَرِّعٌ بِأَدَائِهِ، وَقَوْلُهُ رَجَعَ بِمَا آدَى مَعْنَاهُ إِذَا آدَى مَا ضَمِنَهُ، أَمَا إِذَا آدَى خِلَافَهُ رَجَعَ بِمَا ضَمِنَ لِأَنَّهُ مَلِكُ الدَّيْنِ بِالْأَدَاءِ فَتَنَزَّلَ مَنْزِلَتُ الطَّالِبِ، كَمَا إِذَا مَلَكَهُ بِالْهَبَةِ أَوْ بِالْإِثْرِ، وَكَمَا إِذَا مَلَكَهُ الْمُحْتَالُ عَلَيْهِ بِمَا ذَكَرْنَا فِي الْحَوَالِ، بِخِلَافِ الْمَأْمُورِ بِقَضَاءِ الدَّيْنِ حَيْثُ يَرْجِعُ بِمَا آدَى؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَجِبْ عَلَيْهِ شَيْءٌ حَتَّى يَمْلِكَ الدَّيْنَ بِالْأَدَاءِ، وَبِخِلَافِ مَا إِذَا صَالَحَ الْكَفِيلُ الطَّالِبَ عَنِ الْأَلْفِ عَلَى خَمْسِمِائَةٍ لِأَنَّهُ إِسْقَاطٌ فَصَارَ كَمَا إِذَا أَبْرَأَ الْكَفِيلَ.

الشرح:

قَالَ (وَتَجُوزُ الْكَفَالَةُ بِأَمْرِ الْمَكْفُولِ عَنْهُ وَبِغَيْرِ أَمْرِهِ) (لِخ) الْكَفَالَةُ بِأَمْرِ الْمَكْفُولِ عَنْهُ وَهُوَ أَنْ يَقُولَ اضْمَنْ عَنِّي أَوْ تُكْفَلْ عَنِّي وَبِغَيْرِ أَمْرِهِ سَيَّانٍ فِي الْجَوَازِ؛ لِأَنَّ الدَّلِيلَ الدَّالَّ عَلَى جَوَازِهَا وَهُوَ قَوْلُهُ: ﴿الزَّعِيمُ غَارِمٌ﴾ وَأَمْثَالُهُ لَا يَفْصِلُ بَيْنَ كَوْنِهَا بِأَمْرِهِ أَوْ بِغَيْرِهِ؛ وَلِأَنَّ الْكَفَالَةَ التَّزَامُ أَنْ يُطَالِبَ بِمَا عَلَى الْغَيْرِ، وَذَلِكَ تَصَرُّفٌ فِي حَقِّ نَفْسِهِ،

وَكُلُّ مَا هُوَ تَصَرَّفٌ فِي النَّفْسِ فَهُوَ لَازِمٌ إِذَا لَمْ يَتَضَرَّرْ بِهِ غَيْرُهُ، وَغَيْرُ الْمُتَصَرَّفِ هُنَا هُوَ الطَّالِبُ وَالْمَطْلُوبُ فَقَطُّ وَالطَّالِبُ غَيْرُ مُتَضَرَّرٍ بَلْ مُتَنَفِّعٌ لَا مَحَالَةَ، وَالْمَطْلُوبُ إِنْ تَضَرَّرَ فَإِنَّمَا يَتَضَرَّرُ بِالرُّجُوعِ عَلَيْهِ، وَذَلِكَ لَا يَكُونُ إِلَّا عِنْدَ الْأَمْرِ، فَمَا لَمْ يَأْمُرْ لَمْ يَتَضَرَّرْ، وَإِنْ أَمَرَ فَقَدْ رَضِيَ.

وَالضَّرَرُ الْمَرَضُ غَيْرُ ضَائِرٍ فَتَبَيَّنَ أَنَّ الْكَفَالََةَ بِنَوْعِهَا مِمَّا يَفْتَضِيهَا الْمُقْتَضِي مَعَ انْتِفَاءِ الْمَانِعِ وَكُلُّ مَا هُوَ كَذَلِكَ فَالْقَوْلُ بِجَوَازِهِ وَاجِبٌ. ثُمَّ إِنْ كَفَلَ بِأَمْرِهِ رَجَعَ بِمَا أَدَّى عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ قَضَى دَيْنَ غَيْرِهِ بِأَمْرِهِ، وَمَنْ قَضَى دَيْنَ غَيْرِهِ بِأَمْرِهِ يَرْجِعُ عَلَيْهِ، وَلَا يُتَقَضُّ بِمَا إِذَا كَانَ الْمَكْفُولُ عَنْهُ صَبِيًّا مُحْجُورًا عَلَيْهِ أَوْ عَبْدًا كَذَلِكَ وَأَمْرُ الْكَفِيلِ فَإِنَّهُ إِذَا أَدَّى لَا يَرْجِعُ عَلَى الصَّبِيِّ أَصْلًا وَلَا عَلَى الْعَبْدِ مَا دَامَ رَقِيقًا؛ لِأَنَّ الْمُرَادَ بِالْأَمْرِ مَا هُوَ مُعْتَبَرٌ شَرْعًا وَمَا ذَكَرْتُمْ لَيْسَ كَذَلِكَ، وَلَا بِمَا إِذَا قَالَ لِغَيْرِهِ أَدِّ عَنِّي زَكَاةَ مَالِي أَوْ أَطْعِمْ عَنِّي عَشْرَةَ مَسَاكِينٍ فَقَدْ أَدَّى دَيْنَ غَيْرِهِ بِأَمْرِهِ وَلَا يَرْجِعُ عَلَيْهِ مَا لَمْ يَقُلْ الْأَمْرُ عَلَى أَنِّي ضَامِنٌ؛ لِأَنَّ الْمُرَادَ بِالذَّيْنِ هُوَ الذَّيْنُ الصَّحِيحُ وَمَا ذَكَرْتُمْ لَيْسَ كَذَلِكَ عَلَى مَا تَقَدَّمَ، وَإِنْ كَفَلَ بِغَيْرِ أَمْرِهِ لَمْ يَرْجِعْ؛ لِأَنَّهُ مُتَبَرِّعٌ بِأَدَائِهِ وَالمُتَبَرِّعُ لَا يَرْجِعُ. وَقَالَ مَالِكٌ: الْكَفِيلُ إِذَا أَدَّى رَجَعَ سَوَاءً كَفَلَ بِأَمْرِهِ أَوْ بِغَيْرِ أَمْرِهِ؛ لِأَنَّ الطَّالِبَ بِالْاِسْتِيفَاءِ مَلِكُ الْمَالِ مِنَ الْكَفِيلِ أَوْ أَقَامَهُ مَقَامَ نَفْسِهِ فِي اسْتِيفَاءِ الْمَالِ مِنَ الْأَصِيلِ. وَالْجَوَابُ أَنَّ تَمْلِيكَ الذَّيْنِ مِنْ غَيْرِ مَنْ عَلَيْهِ الذَّيْنُ لَا يَجُوزُ، وَإِذَا كَفَلَ بِأَمْرِهِ فَبِنَفْسِ الْكَفَالََةِ؛ كَمَا يَجِبُ الْمَالُ لِلطَّالِبِ عَلَى الْكَفِيلِ يَجِبُ لِلْكَفِيلِ عَلَى الْأَصِيلِ وَلَكِنَّهُ يُؤَخَّرُ إِلَى آدَائِهِ، وَهَذَا لَا يَكُونُ عِنْدَ كِفَالَتِهِ بِغَيْرِ أَمْرِهِ (قَوْلُهُ: رَجَعَ بِمَا أَدَّى) اعْلَمْ أَنَّ الْكَفِيلَ يَمْلِكُ الْمَكْفُولَ بِهِ فِي فُصُولٍ: مِنْهَا الْأَدَاءُ إِلَى صَاحِبِ الذَّيْنِ، وَمِنْهَا هَبْتُهُ إِيَّاهُ، وَمِنْهَا إِرْثُهُ لَهُ، وَمِنْهَا صَلَاحُهُ إِيَّاهُ عَلَى جَنْسٍ آخَرَ فَأَمَّا الْفَصْلُ الْأَوَّلُ فَعَلَى تَوْعِينٍ: أَحَدُهُمَا أَنْ يَكُونَ أَدَّى مَا ضَمِنَ وَفِيهِ الرُّجُوعُ بِمَا أَدَّى؛ لِأَنَّهُ أَدَّى مِثْلَ مَا ضَمِنَ. وَالثَّانِي أَنْ يَقُولَ أَدَّى خِلَافَ مَا ضَمِنَ كَمَا إِذَا أَدَّى زَيْوْفًا بَدَلَ مَا ضَمِنَ مِنَ الْجِيَادِ وَيَجُوزُ لَهُ ذَلِكَ أَوْ بِالْعَكْسِ مِنْ ذَلِكَ، وَفِيهِ الرُّجُوعُ بِمَا ضَمِنَ لَا بِمَا أَدَّى.

قَالَ الْمُصَنِّفُ (؛ لِأَنَّهُ مَلِكُ الذَّيْنِ بِالْأَدَاءِ فَتَزُلْ مَنَزِلَةُ الطَّالِبِ) وَالطَّالِبُ لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يُطَالَبَهُ إِلَّا بِمَا فِي ذِمَّتِهِ فَكَذَا مَنْ نُزِلَ مَنَزِلَتُهُ، وَقَاسَ ذَلِكَ عَلَى فَصْلِ الْهَبَةِ، وَهُوَ أَنْ

يَهَبُ الْمَكْفُولُ لَهُ الدِّينَ الَّذِي فِي ذِمَّةِ الْمَكْفُولِ عَنْهُ لِلْكَفِيلِ فَإِنَّ الْكَفِيلَ يَمْلِكُهُ وَيَرْجِعُ عَلَى الْأَصِيلِ بِمَا ضَمِنَ، وَعَلَى فَصْلِ الْمِيرَاثِ وَهُوَ أَنْ يَمُوتَ الْمَكْفُولُ لَهُ وَيَرِثُهُ الْكَفِيلُ فَإِنَّهُ يَمْلِكُ الدِّينَ وَيَرْجِعُ بِمَا ضَمِنَ لِقِيَامِهِ مَقَامَ الطَّالِبِ.

وَفِيهِ بَحْثٌ مِنْ وَجْهَيْنِ: أَحَدُهُمَا أَنَّ هِبَةَ الدِّينِ لِلْكَفِيلِ تَمْلِكُ الدِّينَ مِنْ غَيْرِ مَنْ عَلَيْهِ الدِّينُ إِذْ الْكَفَالَةُ ضَمُّ ذِمَّةٍ إِلَى ذِمَّةٍ فِي الْمَطَالَبَةِ لَا فِي الدِّينِ. وَالثَّانِي أَنَّ الْهِبَةَ وَالْمِيرَاثَ الْمَمْلُوكَ وَاحِدٌ لَا تَعَدُّ فِيهِ وَهُوَ مَا ضَمِنَ، وَأَمَّا فِي الْأَدَاءِ بِخِلَافِ مَا ضَمِنَ فَقَدْ تَعَدَّدَ الْأَمْرُ وَلَا يَلْزَمُ مِنَ الرَّجُوعِ بِمَا ضَمِنَ فِيمَا تَعَيَّنَ الرَّجُوعُ بِهِ فِيمَا تَعَدَّدَ: أَعْنِي مَا أَدَّى وَمَا ضَمِنَ. وَالْجَوَابُ عَنْ الْأَوَّلِ بِوَجْهَيْنِ: أَحَدُهُمَا أَنَّ تَمْلِكَ الدِّينِ مِنْ غَيْرِ مَنْ عَلَيْهِ الدِّينُ يَصِحُّ اسْتِحْسَانًا إِذَا وَهَبَهُ وَأَذِنَ لَهُ فِي الْقَبْضِ فَقَبْضُهُ، وَهَذَا؛ لِأَنَّ ذَلِكَ إِنَّمَا لَا يَصِحُّ؛ لِأَنَّهُ تَمْلِكُ مَا لَا يَقْدِرُ عَلَى تَسْلِيمِهِ.

وَإِذَا أَدِنَ لَهُ بِالْقَبْضِ صَارَ كَأَنَّهُ أَخْرَجَهُ مِنَ الْكَفَالَةِ وَوَكَّلَهُ بِالْقَبْضِ فَقَبْضُهُ ثُمَّ وَهَبَهُ إِيَّاهُ، وَحِينَئِذٍ يَكُونُ تَمْلِكُ الدِّينَ مِمَّنْ عَلَيْهِ الدِّينُ وَهُوَ جَائِزٌ. وَالثَّانِي أَنَّ الْكَفَالَةَ ضَمُّ ذِمَّةٍ إِلَى ذِمَّةٍ فِي الْمَطَالَبَةِ إِذَا لَمْ يَكُنْ هُنَاكَ ضَرُورَةٌ، وَأَمَّا إِذَا كَانَتْ فَيَجُوزُ أَنْ يُجْعَلَ فِي الدِّينِ وَهَاهُنَا قَدْ وَجَدَتْ الضَّرُورَةُ؛ لِأَنَّ الْهِبَةَ مَوْضُوعَةٌ لِلْمَلِكِ وَمِنْ ضَرُورَةٍ ذَلِكَ أَنْ يُجْعَلَ الدِّينُ فِي ذِمَّةِ الْكَفِيلِ حَتَّى يَتَمْلِكَ مَا عَلَيْهِ لَا مَا عَلَى غَيْرِهِ وَأَمْكَنَ ذَلِكَ؛ لِأَنَّ لَهُ وَلَايَةَ نَقْلِ الدِّينِ إِلَيْهِ بِإِحَالَةِ الدِّينِ عَلَيْهِ فَأَمْكَنَ أَنْ يُجْعَلَ ذَلِكَ مُقْتَضَى تَصَرُّفِهِمَا، وَهَذَا يُرْشِدُكَ إِلَى الْفَرْقِ بَيْنَ إِبْرَاءِ الدِّينِ وَهَيْبَتِهِ لَهُ فِي أَنْ الْإِبْرَاءَ لَا يَرْتَدُّ بِالرَّدِّ وَالْهِبَةُ تَرْتَدُّ بِهِ، فَإِنَّ الْإِبْرَاءَ إِسْقَاطُ مَحْضٍ كَالْعَتَاقِ وَالطَّلَاقِ يَكْفِي مُؤَنَّتُهُ بِوُجُوبِ الْمَطَالَبَةِ وَذَلِكَ مَوْجُودٌ فَلَا يَرْتَدُّ بِالرَّدِّ، وَالْهِبَةُ لَمَّا كَانَتْ تَمْلِكُكَ اقْتَضَتْ مَلِكًا مَقْدُورَ التَّسْلِيمِ وَذَلِكَ فِي غَيْرِ مَنْ عَلَيْهِ الدِّينُ غَيْرِ مُتَصَوِّرٍ فَمَسَّتْ الْحَاجَةُ إِلَى نَقْلِ الدِّينِ لِيَصِحَّ التَّمْلِكُ وَالتَّمْلِكُ يَرْتَدُّ بِالرَّدِّ، فَكَمَا لَوْ وَهَبَ الدِّينُ مِنَ الْأَصِيلِ صَحَّ الرَّدُّ فَكَذَا مِنَ الْكَفِيلِ.

وَعَنْ الثَّانِي بِأَنَّ التَّشْبِيهَ إِنَّمَا هُوَ فِي نُزُولِ الْكَفِيلِ مَنَزَلَةَ الطَّالِبِ ذَلِكَ مَوْجُودٌ فِي الْجَمِيعِ ثُمَّ إِذَا نُزِّلَ مَنَزَلَتُهُ، وَالطَّالِبُ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَطْلُبَ إِلَّا مَا ضَمِنَ لَهُ فَكَذَا مَنْ نُزِّلَ مَنَزَلَتُهُ وَقَاسَ ذَلِكَ عَلَى صُورَةِ الْحَوَالَةِ وَهُوَ أَنْ يُحِيلَ الْمَدْيُونُونَ طَالِبَهُ عَلَى رَجُلٍ لَيْسَ لَهُ عَلَيْهِ دَيْنٌ وَأَدَّى الْمَحَالُ عَلَيْهِ ذَلِكَ، بِخِلَافِ مَا ضَمِنَ فَإِنَّ الْمَحَالَّ عَلَيْهِ يَرْجِعُ عَلَى

المَحِيل بِمَا ضَمِنَ لَا بِمَا أَدَّى؛ لِأَنَّهُ مَلَكَ الدَّيْنَ بِالْأَدَاءِ فَنَزَلَ مَنْزِلَةُ الطَّالِبِ.
 (قَوْلُهُ: بِمَا ذَكَرْنَا فِي الْحَوَالَةِ) قِيلَ يُرِيدُ بِهِ حَوَالَةَ كِفَايَةِ الْمُتَنَهِّي (قَوْلُهُ: بِخِلَافِ
 الْمَأْمُورِ بِقَضَاءِ الدَّيْنِ) جَوَابُ دَخَلُ تَقْرِيرُهُ: الْكَفِيلُ لَا يَرْجِعُ إِلَّا إِذَا أَدَّى بِأَمْرِ الْمَكْفُولِ
 عَنْهُ، وَحِينَئِذٍ لَا فَرْقَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْمَأْمُورِ بِقَضَاءِ الدَّيْنِ وَالْمَأْمُورُ يَرْجِعُ بِمَا أَدَّى فَكَذَلِكَ
 الْكَفِيلُ، وَتَوَجُّهُهُ أَنْ يُقَالَ الْمَأْمُورُ بِقَضَاءِ الدَّيْنِ لَمْ يَجِبْ لَهُ عَلَى الْأَمْرِ شَيْءٌ حَيْثُ لَمْ
 يُلْزَمْ بِالْكَفَالَةِ فَلَا يُمْلِكُ الدَّيْنَ بِالْأَدَاءِ حَتَّى يُنْزَلَ مَنْزِلَةُ الطَّالِبِ فَيَرْجِعُ بِمَا ضَمِنَ، وَإِنَّمَا
 الرَّجُوعُ بِحُكْمِ الْأَمْرِ بِالْأَدَاءِ فَلَا بُدَّ مِنْ اعْتِبَارِهِمَا، فَلَوْ أَدَّى الزُّيُوفُ عَلَى الْحِيَادِ وَيَجُوزُ
 لَهُ ذَلِكَ رَجَعَ بِهَا دُونَ الْحِيَادِ؛ لِأَنَّ أَدَاءَ الْمَأْمُورِ بِهِ لَمْ يُوْجَدْ، وَإِنْ عَكَسَ فَكَذَلِكَ؛ لِأَنَّ
 الْأَمْرَ لَمْ يُوْجَدْ فِي حَقِّ الزِّيَادَةِ فَكَانَ مُتَبَرِّعًا بِهَا، وَعَلَى هَذَا فَقَوْلُهُ: رَجَعَ بِمَا أَدَّى
 بِإِطْلَاقِهِ فِيهِ تَسَامُحٌ، وَأَمَّا إِذَا صَالَحَ الْكَفِيلُ رَبَّ الدَّيْنِ فَهُوَ عَلَى تَوْعِينٍ: أَحَدُهَا أَنْ
 يُصَالِحَهُ عَلَى أَقَلِّ مِنَ الدَّيْنِ كَمَا إِذَا صَالَحَ عَنْ الْأَلْفِ عَلَى خَمْسِمِائَةٍ وَفِيهِ يَرْجِعُ بِمَا
 أَدَّى لَا بِمَا ضَمِنَ؛ لِأَنَّهُ إِسْقَاطُ فَكَانَ إِبْرَاءً فِيمَا وَرَاءَ بَدَلِ الصُّلْحِ، وَفِيهِ لَا يَرْجِعُ الْكَفِيلُ
 عَلَى الْمَكْفُولِ عَنْهُ عَلَى مَا يَذْكُرُهُ.

وَالثَّانِي أَنْ يُصَالِحَهُ عَلَى جِنْسٍ لآخرَ وَفِيهِ تَمْلُكُ الدَّيْنِ فَيَرْجِعُ بِمَا ضَمِنَ وَسَيَأْتِي
 قَال (وَلَيْسَ لِلْكَفِيلِ أَنْ يُطَالِبَ الْمَكْفُولَ عَنْهُ بِالْمَالِ قَبْلَ أَنْ يُؤَدِّيَ عَنْهُ) لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُهُ
 قَبْلَ الْأَدَاءِ، بِخِلَافِ الْوَكِيلِ بِالشَّرَاءِ حَيْثُ يَرْجِعُ قَبْلَ الْأَدَاءِ لِأَنَّهُ انْعَقَدَ بَيْنَهُمَا مُبَادَلَةٌ
 حُكْمِيَّةٌ. قَال (فَإِنْ لُوْزِمَ بِالْمَالِ كَانَ لَهُ أَنْ يُلَازِمَ الْمَكْفُولَ عَنْهُ حَتَّى يُخْلَصَهُ) وَكَذَا إِذَا
 حُسِسَ كَانَ لَهُ أَنْ يَحْبِسَهُ لِأَنَّهُ لِحَقِّهِ مَا لِحَقِّهِ مِنْ جِهَتِهِ فَيُعَامِلُهُ بِمِثْلِهِ

الشرح:

قَالَ (وَلَيْسَ لِلْكَفِيلِ أَنْ يُطَالِبَ الْمَكْفُولَ عَنْهُ بِالْمَالِ) الْكَفِيلُ بِالْمَالِ لَيْسَ لَهُ أَنْ
 يُطَالِبَ الْمَكْفُولَ بِهِ عَنْهُ قَبْلَ أَنْ يُؤَدِّيَ عَنْهُ؛ لِأَنَّ الْمَوْجِبَ لِلْمُطَالَبَةِ هُوَ التَّمْلِكُ وَهُوَ لَا
 يَمْلِكُهُ قَبْلَ الْأَدَاءِ فَاتَّفَقَ الْمَوْجِبُ، بِخِلَافِ الْوَكِيلِ بِالشَّرَاءِ حَيْثُ يَرْجِعُ قَبْلَ الْأَدَاءِ؛ لِأَنَّ
 الْمَوْجِبَ قَدْ وَجَدَ فِي حَقِّهِ حَيْثُ انْعَقَدَ بَيْنَهُمَا: أَيْ بَيْنَ الْمُوَكَّلِ وَالْوَكِيلِ مُبَادَلَةٌ حُكْمِيَّةٌ،
 وَلِهَذَا وَجَبَ التَّحَالُفُ إِذَا اخْتَلَفَا فِي مَقْدَارِ الثَّمَنِ، وَلِلْوَكِيلِ وَلَايَةُ حَسَنِ الْمُشْتَرِي عَنْ
 الْمُوَكَّلِ لِأَجْلِ الثَّمَنِ كَالْبَائِعِ، وَالْمُبَادَلَةُ تُوجِبُ الْمِلْكَ الْمَوْجِبَ لِحَوَازِ الْمُطَالَبَةِ. قَالَ (فَإِنْ

لَوْزِمَ بِالْمَالِ (لِخ) إِذَا لَوْزِمَ الْكَفِيلُ لَهُ أَنْ يُلَازِمَ الْمَكْفُولَ عَنْهُ إِذَا لَمْ يَكُنْ لِلْمَكْفُولِ عَنْهُ مِثْلُ الدَّيْنِ فِي ذِمَّةِ الْكَفِيلِ؛ لِأَنَّهُ هُوَ الَّذِي أَوْفَعَهُ فِي هَذِهِ الْوَرُطَةِ فَعَلَيْهِ خَلَاصُهُ، وَكَذَا إِذَا حَبَسَهُ كَانَ لَهُ أَنْ يَحْبِسَهُ إِذَا كَانَتْ الْكَفَالَةُ بِأَمْرِهِ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ لَا يَتَعَلَّقُ لَهُ حَقٌّ عَلَى الْأَصِيلِ قَبْلَ الْأَدَاءِ. وَقُلْنَا هُوَ مُورِطٌ فَعَلَيْهِ الْخَلَاصُ.

(وَإِذَا أَبْرَأَ الطَّالِبُ الْمَكْفُولَ عَنْهُ أَوْ اسْتَوْفَى مِنْهُ بَرِئَ الْكَفِيلُ) لِأَنَّ بَرَاءَةَ الْأَصِيلِ تُوجِبُ بَرَاءَةَ الْكَفِيلِ لِأَنَّ الدَّيْنَ عَلَيْهِ فِي الصَّحِيحِ (وَإِنْ أَبْرَأَ الْكَفِيلُ لَمْ يَبْرَأِ الْأَصِيلُ عَنْهُ) لِأَنَّهُ تَبَعَ، وَلِأَنَّ عَلَيْهِ الْمَطَالِبَةَ وَبَقَاءَ الدَّيْنِ عَلَى الْأَصِيلِ بِدُونِهِ جَائِزٌ (وَكَذَا إِذَا أَخَّرَ الطَّالِبُ عَنِ الْأَصِيلِ فَهُوَ تَأْخِيرٌ عَنِ الْكَفِيلِ، وَلَوْ أَخَّرَ عَنِ الْكَفِيلِ لَمْ يَكُنْ تَأْخِيرًا عَنِ الَّذِي عَلَيْهِ الْأَصْلُ) لِأَنَّ التَّأْخِيرَ إِبْرَاءً مُوقَّتً فَيُعْتَبَرُ بِالإِبْرَاءِ الْمُؤَبَّدِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَفَلَ بِالْمَالِ الْحَالِ مُؤَجَّلًا إِلَى شَهْرٍ فَإِنَّهُ يَتَأَجَّلُ عَنِ الْأَصِيلِ لِأَنَّهُ لَا حَقَّ لَهُ إِلَّا الدَّيْنُ حَالٌ وَجُودِ الْكَفَالَةِ فَصَارَ الْأَجَلُ دَاخِلًا فِيهِ، أَمَا هَاهُنَا فَخِلَافُهُ.

الشرح:

فَإِذَا أَبْرَأَ الطَّالِبُ الْمَكْفُولَ عَنْهُ أَوْ اسْتَوْفَى دَيْنَهُ بَرِئَ الْكَفِيلُ؛ لِأَنَّهُ أَبْرَأَ الْأَصِيلِ، وَإِبْرَاءُ الْأَصِيلِ يَسْتَلْزِمُ إِبْرَاءَ الْكَفِيلِ؛ لِأَنَّ الْمَطَالِبَةَ بِوُجُودِ الدَّيْنِ وَقَدْ سَقَطَ بِالإِبْرَاءِ فَلَمْ يَبْقَ الْمَطَالِبَةُ عَلَى الْأَصِيلِ وَهُوَ ظَاهِرٌ، وَلَا عَلَى الْكَفِيلِ؛ لِأَنَّ الدَّيْنَ لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ فِي الصَّحِيحِ وَلَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ إِلَّا الْمَطَالِبَةُ وَقَدْ انْتَهَتْ بِانْتِهَاءِ عِلَّتِهَا.

وَقَوْلُهُ: فِي الصَّحِيحِ احْتِرَازٌ عَنْ قَوْلِ بَعْضِ الْمَشَايخِ بِوُجُوبِ أَصْلِ الدَّيْنِ فِي ذِمَّةِ الْكَفِيلِ أَيْضًا عَلَى مَا تَقَدَّمَ. وَلَا يُتَوَهَّمُ أَنَّ عَلَى ذَلِكَ الْقَوْلِ بَرَاءَةَ الْأَصِيلِ لَا تُوجِبُ بَرَاءَةَ الْكَفِيلِ، فَإِنَّ ذَلِكَ بِالْإِجْمَاعِ. وَيُعْلَلُ بِأَنَّ الْكَفَالَةَ لَا تُكُونُ إِلَّا فِيمَا هُوَ مَضْمُونٌ عَلَى الْأَصِيلِ، وَقَدْ سَقَطَ الضَّمَانُ عَنِ الْأَصِيلِ بِالْأَدَاءِ أَوْ الإِبْرَاءِ فَيَسْقُطُ عَنِ الْكَفِيلِ أَيْضًا؛ لِأَنَّ وَجُوبَ الضَّمَانِ عَلَى الْكَفِيلِ فَرَعٌ وَجُوبِهِ عَلَى الْأَصِيلِ وَلَمْ يَبْقَ ذَلِكَ فَلَا يَبْقَى هَذَا.

فَإِنْ قِيلَ: قَوْلُهُمْ بَرَاءَةُ الْأَصِيلِ تُوجِبُ بَرَاءَةَ الْكَفِيلِ مَنقُوضٌ بِمَا إِذَا شَرِطَ بَرَاءَةُ الْأَصِيلِ فِي ابْتِدَاءِ الْكَفَالَةِ فَإِنَّ بَرَاءَةَ الْأَصِيلِ فِيهِ مَوْجُودَةٌ وَلَمْ تُوجِبْ بَرَاءَةَ الْكَفِيلِ. قُلْنَا: لَا نَقْضَ فِي ذَلِكَ، فَإِنَّا قُلْنَا إِنَّ بَرَاءَةَ الْأَصِيلِ تُوجِبُ بَرَاءَةَ الْكَفِيلِ، وَإِذَا شَرِطَ بَرَاءَةُ

الأصيل في ابتداء الكفالة لم يبق هناك كفيل، بل الباقي إذ ذاك محال عليه، ولم نقل بأن براءة الأصيل توجب براءة المحال عليه (وإن أبرأ الطالب الكفيل لم يبرأ الأصيل)؛ لأن على الكفيل المطالبة دون أصل الدين، وسقوط المطالبة عنه لا توجب سقوط أصل الدين؛ لأن بقاء الدين على الأصيل بدون الطلب أو بدون الكفيل جائز؛ ألا ترى أنه لو مات الكفيل ما سقط الدين عن الأصيل (وإن أصر الطالب عن الأصيل فهو تأخير عن كفيله، وإن أصر عن كفيله لا يكون تأخيرًا عن الأصيل؛ لأن التأخير إبراء مؤقت) لإسقاط المطالبة إلى غاية (فيعتبر بالإبراء المؤبد) ورد بأن هذا اعتبار مع عدم التساوي وهو باطل، ألا ترى أن الكفيل لو رد الإبراء المؤبد لم يرتد بالرد بل ثبت الإبراء وتسقط عنه المطالبة، ولو رد الإبراء المؤقت ارتد بالرد ووجب عليه أداء ما ضمنه حالا. والجواب أن اعتبار شيء بغيره لا يستلزم التساوي بينهما من كل وجه وإلا لا يبقى الاعتبار.

نعم يحتاج إلى ذكر فارق عند من يقول بجوازهم بين قبول أحدهما الرد دون الآخر، وهو ما ذكروه أن الإبراء المؤبد إسقاط محض في حق الكفيل لا تملك فيه حيث لم يكن عليه إلا مجرد مطالبة، والإسقاط المحض لا يقبل الرد كإسقاط الخیار، وأما الإبراء المؤقت فهو تأخير مطالبة ليس فيه إسقاط ولهذا يعود بعد الأجل، والتأخير قابل للرد. (قوله: بخلاف ما إذا كفّل) يجوز أن يكون جواب دخل. تقريره لا نسلم أن التأخير عن الكفيل لا يكون تأخيرًا عن الأصيل، فإن الكفيل إذا كفّل بالمال الحال مؤجلًا إلى شهر فإنه يكون تأخيرًا عن الأصيل.

وجه ذلك أنه ليس بتأخير عن الكفيل بل هو تأخير لأصل الدين؛ لأنه لما شرط التأجيل في ابتداء الكفالة، ولم يكن حينئذ حق للطالب سوى الدين؛ لأن المطالبة الحاصلة بالكفالة لم تثبت بعد تعيين تأخيرها، وإذا كان تأخير أصل الدين وهو في ذمة الأصيل تأخر عنه وعن الكفيل جميعًا. (أما هاهنا) أي فيما إذا حل بعد الكفالة فإنما كان للتأخير المطالبة الحاصلة بالكفالة ولا يلزم من ذلك تأخير أصل الدين.

قال (فإن صالح الكفيل رب المال عن الألف على خمسمائة فقد برئ الكفيل والذي عليه الأصل) لأنه أضاف الصلح إلى الألف الدين وهي على الأصيل فبرئ عن

خَمْسِمِائَةٍ لِأَنَّهُ إِسْقَاطٌ وَيَرَاءُتُهُ تَوْجِبُ بَرَاءَةِ الْكَفِيلِ، ثُمَّ بَرِئًا جَمِيعًا عَنْ خَمْسِمِائَةٍ بِأَدَاءِ الْكَفِيلِ، وَيَرْجِعُ الْكَفِيلُ عَلَى الْأَصِيلِ بِخَمْسِمِائَةٍ إِنْ كَانَتْ الْكَفَالَةُ بِأَمْرِهِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا صَالَحَ عَلَى جِنْسٍ آخَرَ لِأَنَّهُ مُبَادَلَةٌ حُكْمِيَّةٌ فَمَلَكُهُ فَيَرْجِعُ بِجَمِيعِ الْأَلْفِ، وَكَوْ كَانَ صَالِحُهُ عَمَّا اسْتَوْجَبَ بِالْكَفَالَةِ لَا يَبْرَأُ الْأَصِيلُ؛ لِأَنَّهُ هَذَا إِبْرَاءُ الْكَفِيلِ عَنِ الْمَطَالِبَةِ.

الشرح:

قَالَ (فَإِنْ صَالَحَ الْكَفِيلُ رَبَّ الْمَالِ الْخ) مُصَالِحَةُ الْكَفِيلِ رَبَّ الْمَالِ عَلَى أَقَلِّ مِنْ قَدْرِ الدَّيْنِ بِجِنْسِهِ عَلَى أَرْبَعَةِ أَوْجُهٍ: هُوَ أَنْ يُشْتَرَطَ بَرَاءَتُهُمَا جَمِيعًا، أَوْ بَرَاءَةُ الْمَطْلُوبِ خَاصَّةً، أَوْ بَرَاءَةُ الْكَفِيلِ خَاصَّةً، أَوْ لَمْ يُشْتَرَطْ شَيْءٌ مِنْ ذَلِكَ. فَفِي الْأَوَّلِ وَالثَّانِي بَرِئًا جَمِيعًا، وَفِي الثَّلَاثِ بَرِئَ الْكَفِيلُ عَنْ خَمْسِمِائَةٍ لَا غَيْرُ وَالْأَلْفُ بِحَالِهِ عَلَى الْأَصِيلِ وَالطَّالِبُ بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ أَخَذَ جَمِيعَ دَيْنِهِ مِنَ الْأَصِيلِ وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ خَمْسِمِائَةً مِنَ الْكَفِيلِ وَخَمْسِمِائَةً مِنَ الْأَصِيلِ وَيَرْجِعُ الْكَفِيلُ عَلَى الْأَصِيلِ بِمَا أَدَّى إِنْ كَانَ الصُّلْحُ وَالْكَفَالَةُ بِأَمْرِهِ. وَفِي الرَّابِعِ وَهُوَ مَسْأَلَةُ الْكِتَابِ، فَإِنْ قَالَ الْكَفِيلُ لِلطَّالِبِ صَاحِبُكَ عَنْ الْأَلْفِ عَلَى خَمْسِمِائَةٍ وَلَمْ يَزِدْ عَلَى ذَلِكَ بَرِئًا جَمِيعًا عَنْ خَمْسِمِائَةٍ؛ لِأَنَّهُ إِضَافَةٌ الصُّلْحِ إِلَى الْأَلْفِ إِضَافَةٌ إِلَى مَا عَلَى الْأَصِيلِ حَيْثُ لَمْ يَكُنْ عَلَى الْكَفِيلِ سِوَى الْمَطَالِبَةِ فَيَبْرَأُ الْأَصِيلُ مِنْ ذَلِكَ.

وَبَرَاءَتُهُ تَوْجِبُ بَرَاءَةَ الْكَفِيلِ لَمَّا تَقَدَّمَ ثُمَّ بَرِئًا جَمِيعًا عَنْ خَمْسِمِائَةٍ بِأَدَاءِ الْكَفِيلِ وَيَرْجِعُ الْكَفِيلُ عَلَى الْأَصِيلِ بِمَا أَدَّى؛ لِأَنَّهُ أَوْفَى هَذَا الْقَدْرَ بِأَمْرِهِ، وَإِنْ قَالَ صَاحِبُكَ عَمَّا اسْتَوْجَبَ بِالْكَفَالَةِ كَانَ فَسْخًا لِلْكَفَالَةِ لَا إِسْقَاطًا لِأَصْلِ الدَّيْنِ فَيَأْخُذُ الطَّالِبُ خَمْسِمِائَةً مِنَ الْكَفِيلِ إِنْ شَاءَ وَالْبَاقِي مِنَ الْأَصِيلِ وَيَرْجِعُ الْكَفِيلُ عَلَى الْأَصِيلِ بِمَا أَدَّى وَمُصَالِحَتُهُ إِيَّاهُ، بِخِلَافِ الْجِنْسِ تَمْلِيكَ لِأَصْلِ الدَّيْنِ مِنْهُ بِالْمُبَادَلَةِ فَيَرْجِعُ بِجَمِيعِ الْأَلْفِ.

وَأَعْتَرِضَ بِأَنَّهُ يَلْزَمُ تَمْلِيكَ الدَّيْنِ مِنْ غَيْرِ مَنْ عَلَيْهِ الدَّيْنُ وَذَلِكَ لَا يَجُوزُ. وَأُجِيبَ بِأَنَّهُ جَعَلَ الدَّيْنِ فِي ذِمَّةِ الْكَفِيلِ لِتَصِيرِ الدَّانِيَرِ بَدَلًا مِنَ الدَّيْنِ وَيَكُونُ تَمْلِيكَ الدَّيْنِ مِمَّنْ عَلَيْهِ الدَّيْنُ وَتَكُونُ الْبَرَاءَةُ مَشْرُوطَةً لِلْكَفِيلِ فَيَرْجِعُ عَلَى الْأَصِيلِ؛ لِأَنَّ بَرَاءَةَ الْكَفِيلِ لَا تَوْجِبُ بَرَاءَةَ الْأَصِيلِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا صَالَحَ عَلَى خَمْسِمِائَةٍ حَيْثُ لَا يُمَكِّنُ أَنْ تَكُونَ خَمْسِمِائَةً بَدَلًا عَنْ الْأَلْفِ لِكُونِهِ رَبًّا فَيَبْقَى الدَّيْنُ فِي ذِمَّةِ الْأَصِيلِ وَالْبَرَاءَةُ مَشْرُوطَةٌ لَهُ،

وَبَرَاءَتُهُ تُوجِبُ بَرَاءَةَ الْكَفِيلِ فَيَبْرَأُ عَنْ خَمْسِمِائَةٍ وَيَرْجِعُ الْكَفِيلُ عَلَى الْأَصِيلِ بِخَمْسِمِائَةٍ إِذَا كَفَلَ بِأَمْرِهِ كَمَا ذَكَرْنَا.

قَالَ (وَمَنْ قَالَ لَكَفِيلٍ ضَمِنَ لَهُ مَا لَا قَدْ بَرِئْتَ إِلَيَّ مِنَ الْمَالِ رَجَعَ الْكَفِيلُ عَلَى الْمَكْفُولِ عَنْهُ) مَعْنَاهُ بِمَا ضَمِنَ لَهُ بِأَمْرِهِ لِأَنَّ الْبَرَاءَةَ الَّتِي ابْتَدَأُوهَا مِنَ الْمَطْلُوبِ وَانْتَهَاؤَهَا إِلَى الطَّالِبِ لَا تَكُونُ إِلَّا بِالْإِيْفَاءِ، فَيَكُونُ هَذَا إِقْرَارًا بِالْأَدَاءِ فَيَرْجِعُ (وَإِنْ قَالَ أَبرَأْتُكَ لَمْ يَرْجِعِ الْكَفِيلُ عَلَى الْمَكْفُولِ عَنْهُ) لِأَنَّهُ بَرَاءَةٌ لَا تَنْتَهِي إِلَى غَيْرِهِ وَذَلِكَ بِالْإِسْقَاطِ فَلَمْ يَكُنْ إِقْرَارًا بِالْإِيْفَاءِ. وَلَوْ قَالَ بَرِئْتَ قَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ هُوَ مِثْلُ الثَّانِي لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ الْبَرَاءَةَ بِالْأَدَاءِ إِلَيْهِ وَالْإِبْرَاءَ فَيَتَبَيَّنُ الْأَدْنَى إِذَا لَا يَرْجِعُ الْكَفِيلُ بِالشُّكِّ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ: هُوَ مِثْلُ الْأَوَّلِ لِأَنَّهُ أَقْرَبُ بَرَاءَةً ابْتَدَأُوهَا مِنَ الْمَطْلُوبِ وَإِلَيْهِ الْإِيْفَاءُ دُونَ الْإِبْرَاءِ. وَقِيلَ فِي جَمِيعِ مَا ذَكَرْنَا إِذَا كَانَ الطَّالِبُ حَاضِرًا يَرْجِعُ فِي الْبَيَانِ إِلَيْهِ لِأَنَّهُ هُوَ الْمُجْمَلُ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ قَالَ لَكَفِيلٍ ضَمِنَ لَهُ مَا لَا إلخ) ذَكَرَ هَاهُنَا ثَلَاثَ مَسَائِلَ تَتَعَلَّقُ بِالْإِبْرَاءِ: إِحْدَاهَا مَا ذُكِرَ فِيهِ ابْتِدَاءُ الْبَرَاءَةِ مِنَ الْمَطْلُوبِ وَانْتِهَائُهَا إِلَى الطَّالِبِ، وَالثَّانِيَةُ أَنْ يُذَكَّرَ ابْتَدَأُوهَا مِنَ الطَّالِبِ، وَالثَّلَاثَةُ بِالْعَكْسِ. فَالْأَوَّلُ أَنْ يَقُولَ لَكَفِيلٍ ضَمِنَ لَهُ بِأَمْرِهِ مَا لَا قَدْ بَرِئْتَ إِلَيَّ مِنَ الْمَالِ، وَفِيهَا يَرْجِعُ الْكَفِيلُ عَلَى الْأَصِيلِ لَمَّا ذُكِرَ أَنَّ الْبَرَاءَةَ الَّتِي يَكُونُ ابْتَدَأُوهَا مِنَ الْمَطْلُوبِ: أَيْ الْكَفِيلِ وَانْتِهَائُهَا إِلَى الطَّالِبِ لَا تَكُونُ إِلَّا بِالْإِيْفَاءِ، فَكَانَ بِمَنْزِلَةِ أَنْ يَقُولَ دَفَعْتُ إِلَيَّ الْمَالِ أَوْ قَبَضْتَهُ مِنْكَ وَهُوَ إِقْرَارٌ بِالْقَبْضِ فَلَا يَكُونُ لِرَبِّ الدَّيْنِ مُطَالَبَةٌ مِنَ الْكَفِيلِ وَلَا مِنَ الْأَصِيلِ وَيَرْجِعُ الْكَفِيلُ عَلَى الْأَصِيلِ.

وَالثَّانِيَةُ أَنْ يَقُولَ أَبرَأْتُكَ وَفِيهَا لَا رُجُوعَ لِلْكَفِيلِ عَلَى الْأَصِيلِ وَلَكِنْ لِرَبِّ الدَّيْنِ أَنْ يَطْلُبَ مَالَهُ مِنَ الْأَصِيلِ؛ لِأَنَّ مَا دَلَّ عَلَيْهِ اللفظُ بَرَاءَةٌ لَا تَنْتَهِي إِلَى غَيْرِهِ، وَذَلِكَ بِالْإِسْقَاطِ فَلَا يَكُونُ إِقْرَارًا بِالْإِيْفَاءِ وَهَاتَانِ بِالْإِتِّفَاقِ. وَالثَّلَاثَةُ أَنْ يَقُولَ بَرِئْتَ وَلَا يَزِيدُ عَلَيْهِ فَقَدْ اخْتَلَفَ فِيهِ. قَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: هُوَ مِثْلُ أَنْ يَقُولَ أَبرَأْتُكَ؛ لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ الْبَرَاءَةَ بِالْأَدَاءِ وَالْبَرَاءَةَ بِالْإِبْرَاءِ، وَالثَّانِيَةُ أَذْنَاهُمَا فَتَبَيَّنَ (قَوْلُهُ: وَلَا يَرْجِعُ الْكَفِيلُ بِالشُّكِّ) يَحْجُوزُ أَنْ يَكُونَ دَلِيلًا آخَرَ، وَتَوَجَّيْهِهُ أَنْ يُقَالَ تَيَقَّنَّا بِحُصُولِ الْبَرَاءَةِ بِأَيِّ الْأَمْرَيْنِ كَانَ وَشَكَّكْنَا فِي الرُّجُوعِ؛ لِأَنَّ الْبَرَاءَةَ إِنْ كَانَتْ بِالْأَدَاءِ رَجَعَ الْكَفِيلُ، وَإِنْ كَانَتْ بِالْإِبْرَاءِ

لَمْ يَرْجِعْ فَلَا يَرْجِعْ بِالشُّكِّ.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: هُوَ مِثْلُ أَنْ يَقُولَ بَرِئْتُ إِلَيْ؛ لِأَنَّهُ أَقَرَّ بِرَّاءَةً ابْتِدَآؤُهَا مِنْ الْمَطْلُوبِ، فَإِنَّهُ ذَكَرَ حَرْفَ الْخَطَابِ وَهُوَ التَّاءُ وَذَلِكَ إِنَّمَا يَكُونُ بِفِعْلٍ يُضَافُ إِلَيْهِ عَلَى الْخُصُوصِ كَمَا إِذَا قِيلَ قُمْتُ وَقَعَدْتُ مَثَلًا وَهُوَ فِيمَا نَحْنُ فِيهِ الْإِيْفَاءُ؛ لِأَنَّهُ يَضَعُ الْمَالَ بَيْنَ يَدَيِ الطَّالِبِ وَيُخْلِي بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْمَالِ فَتَقَعُ الْبِرَّاءَةُ وَإِنْ لَمْ يُوجَدْ مِنَ الطَّالِبِ صُنْعٌ؛ فَأَمَّا الْبِرَّاءَةُ بِالْإِبْرَاءِ فَمِمَّا لَا يُوجَدْ بِفِعْلِ الْكَفِيلِ لَا مَحَالَةَ. وَقِيلَ أَبُو حَنِيفَةَ مَعَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ، وَكَأَنَّ الْمُصَنِّفَ اخْتَارَهُ فَأَخْرَجَهُ وَهُوَ أَقْرَبُ الْإِحْتِمَالَيْنِ فَالْمَصِيرُ إِلَيْهِ أَوَّلِي. وَقِيلَ فِي جَمِيعِ مَا ذَكَرْنَا إِذَا كَانَ الطَّالِبُ حَاضِرًا يَرْجِعُ فِي الْبَيَانِ إِلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ هُوَ الْمُجْمَلُ، وَأَمَّا إِذَا كَانَ غَائِبًا فَلَا اسْتِدْلَالَ عَلَى الْوُجُوهِ الْمَذْكُورَةِ. وَاعْتَرَضَ بَوَجهَيْنِ: أَحَدُهُمَا هُوَ أَنَّ الْمُجْمَلَ مَا لَا يُمَكِّنُ الْعَمَلَ بِهِ إِلَّا بَيَانُ الْمُجْمَلِ، وَقَدْ ظَهَرَ مِمَّا ذَكَرْنَا أَنَّ الْعَمَلَ بِهِ مُمَكِّنٌ.

وَالثَّانِي أَنَّ حُكْمَ الْمُجْمَلِ التَّوَقُّفُ قَبْلَ الْبَيَانِ، وَهَاهُنَا قَدْ اتَّفَقُوا عَلَى الْعَمَلِ فِي الْوُجْهِ الْأَوَّلِ وَالثَّانِي بِالْإِثْبَاتِ وَالتَّنْفِي فَكَيْفَ يَكُونُ مُجْمَلًا مَعَ انْتِفَاءٍ لَزِمِهِ. وَأَجِيبَ بِأَنَّ قَوْلَهُ بَرِئْتُ إِلَيْ وَإِنْ كَانَ بِمَنْزِلَةِ الصَّرِيحِ فِي حَقِّ إِيْفَاءٍ لِلْكَفِيلِ وَقَبْضِ الطَّالِبِ مِنْ حَيْثُ الِاسْتِدْلَالَ لَكِنَّهُ لَيْسَ بِصَّرِيحٍ فِيهِ بَلْ هُوَ قَابِلٌ لِلِاسْتِعَارَةِ بِأَنَّ يُقَالَ بَرِئْتُ إِلَيْ؛ لِأَنِّي أَبْرَأُكَ، وَإِنْ كَانَ بَعِيدًا عَنِ الِاسْتِعْمَالِ. وَمَا ذَكَرُوهُ فِي تَعْلِيلِ الْوُجْهِ الثَّلَاثَةِ اسْتِدْلَالِي لَا صَّرِيحٍ فِي الْإِيْفَاءِ وَغَيْرِ الْإِيْفَاءِ فَكَانَ الْعَمَلُ بِهِ عِنْدَ الْعَجْزِ عَنِ الْعَمَلِ بِالنَّصِّ، فَلَمَّا أُمَكِّنَ الْعَمَلَ بِصَّرِيحِ الْبَيَانِ مِنَ الطَّالِبِ فِي ذَلِكَ سَقَطَ الْعَمَلُ بِالِاسْتِدْلَالَ وَإِنْ كَانَ وَاضِحًا فِي دَلَالَتِهِ عَلَى الْمُرَادِ، وَكَوْنُهُ غَيْرَ صَّرِيحٍ فِي الْإِيْفَاءِ وَالْإِبْرَاءِ هُوَ الَّذِي سَوَّغَ اسْتِعْمَالَ لَفْظِ الْمُجْمَلِ، وَالرُّجُوعُ إِلَى بَيَانِ الطَّالِبِ صَرِيحًا وَقَدْ حَضَرَهُ لِيَكُونَ الْعَمَلُ بِهِ عَمَلًا بِدَلِيلٍ لَا شُبْهَةَ فِيهِ، وَهَذَا تَطْوِيلٌ لَا طَائِلَ تَحْتَهُ إِنْ كَانَ الْمُرَادُ بِالْمُجْمَلِ الْمُجْمَلُ الْإِصْطِلَاحِي، وَإِنْ كَانَ الْمُرَادُ بِهِ الْمُجْمَلُ اللَّغَوِيَّ وَهُوَ مَا كَانَ فِيهِ إِنْهَامٌ فَالْخَطْبُ إِذَا يَهُونُ هَوْنًا.

قَالَ (وَلَا يَجُوزُ تَعْلِيلُ الْبِرَّاءَةِ مِنَ الْكِفَالَةِ بِالشَّرْطِ) لَمَّا فِيهِ مِنْ مَعْنَى التَّمْلِيكِ كَمَا فِي سَائِرِ الْبِرَّاءَاتِ. وَيُرْوَى أَنَّهُ يَصِحُّ لِأَنَّ عَلَيْهِ الْمُطَابَقَةَ دُونَ الدِّينِ فِي الصَّحِيحِ فَكَانَ

إِسْقَاطًا مَحْضًا كَالطَّلَاقِ، وَلِهَذَا لَا يَرْتَدُّ الْإِبْرَاءُ عَنِ الْكَفِيلِ بِالرَّدِّ بِخِلَافِ إِبْرَاءِ الْأَصِيلِ.

الشرح:

قَالَ (وَلَا يَجُوزُ تَعْلِيْقُ الْبَرَاءَةِ مِنَ الْكَفَالَةِ بِالشَّرْطِ إلخ) تَعْلِيْقُ الْبَرَاءَةِ مِنَ الْكَفَالَةِ بِالشَّرْطِ مِثْلُ أَنْ يَقُولَ إِذَا جَاءَ غَدًا فَأَلْتِ بَرِيءًا مِنَ الْكَفَالَةِ لَا يَجُوزُ؛ لِأَنَّهَا لَيْسَتْ بِإِسْقَاطِ مَحْضٍ لَمَّا فِيهِ مِنْ مَعْنَى التَّمْلِيكِ كَمَا فِي سَائِرِ الْبَرَاءَاتِ، وَالتَّعْلِيْقُ إِنَّمَا يَصِحُّ فِي الْإِسْقَاطِ الْمَحْضِ. وَرَدَّ بِمَا لَوْ كَفَلَ بِالْمَالِ وَبِالنَّفْسِ وَقَالَ إِنْ وَأَفَيْتُكَ بِهِ غَدًا فَأَنَا بَرِيءٌ مِنَ الْمَالِ فَوَافَاهُ مِنَ الْغَدِ فَهُوَ بَرِيءٌ مِنَ الْمَالِ فَقَدْ جُوزَ تَعْلِيْقُ الْبَرَاءَةِ عَنِ الْكَفَالَةِ بِالْمَالِ بِمُوَافَاةِ الْمَكْفُولِ بِهِ، وَالْمَسْأَلَةُ فِي الْإِبْضَاحِ. وَيُرْوَى أَنَّهُ يَصِحُّ؛ لِأَنَّهَا إِسْقَاطُ مَحْضٍ كَالطَّلَاقِ؛ لِأَنَّ عَلَى الْكَفِيلِ الْمُطَالَبَةَ دُونَ الدَّيْنِ عَلَى الصَّحِيحِ، وَلِهَذَا لَا يَرْتَدُّ الْإِبْرَاءُ عَنِ الْكَفِيلِ بِالرَّدِّ بِخِلَافِ إِبْرَاءِ الْأَصِيلِ وَالْإِسْقَاطِ الْمَحْضِ يَصِحُّ تَعْلِيْقُهُ.

وَقِيلَ فِي وَجْهِ اخْتِلَافِ الرَّوَائِيَيْنِ إِنَّ عَدَمَ الْجَوَازِ إِنَّمَا هُوَ إِذَا كَانَ الشَّرْطُ شَرْطًا مَحْضًا لَا مَنْفَعَةً لِلطَّلَابِ فِيهِ أَصْلًا كَقَوْلِهِ إِذَا جَاءَ غَدًا وَنَحْوُهُ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مُتَعَارَفٍ فِيمَا بَيْنَ النَّاسِ، كَمَا لَا يَجُوزُ تَعْلِيْقُ الْكَفَالَةِ بِشَرْطٍ لَيْسَ لِلنَّاسِ فِيهِ تَعَامُلٌ، فَأَمَّا إِذَا كَانَ بِشَرْطٍ فِيهِ نَفْعٌ لِلطَّلَابِ وَلَهُ تَعَامُلٌ فَتَعْلِيْقُ الْبَرَاءَةِ بِهِ صَحِيحٌ كَالْمَسْأَلَةِ الْمَنْقُولَةِ مِنَ الْإِبْضَاحِ فَإِنَّ الطَّلَابَ لَهُ فِيهِ نَفْعٌ لَمَّا فِيهِ مِنْ إِبْرَاءِ بَعْضٍ وَاسْتِيفَاءِ بَعْضٍ وَمِثْلُهُ مُتَعَامِلٌ؛ أَلَا تَرَى أَنَّ صَاحِبَ الدَّيْنِ إِذَا قَالَ عَجَّلْ خَمْسِمِائَةً عَلَى أَنِّي أَبْرَأُكَ مِنَ الْبَاقِي كَانَ صَحِيحًا، وَإِنْ عُلِقَ الْبَرَاءَةُ عَلَى الْبَعْضِ بِتَعْجِيلِ الْبَعْضِ فَرَوَايَةُ عَدَمِ الْجَوَازِ مَحْمُولَةٌ عَلَى مَا إِذَا كَانَ الشَّرْطُ شَرْطًا مَحْضًا غَيْرَ مُتَعَامِلٍ وَرَوَايَةُ الْجَوَازِ عَلَى مَا يُقَابَلُهُ.

قَالَ (وَكُلُّ حَقٍّ لَا يُمَكِّنُ اسْتِيفَاؤُهُ مِنَ الْكَفِيلِ لَا تَصِحُّ الْكَفَالَةُ بِهِ كَالْحُدُودِ وَالْقِصَاصِ) مَعْنَاهُ بِنَفْسِ الْحَدِّ لَا بِنَفْسِ مَنْ عَلَيْهِ الْحَدُّ لِأَنَّهُ يَتَعَذَّرُ إِيْجَابُهُ عَلَيْهِ، وَهَذَا لِأَنَّ الْعُقُوبَةَ لَا تَجْرِي فِيهَا النَّيَابَةُ.

الشرح:

قَالَ (وَكُلُّ حَقٍّ لَا يُمَكِّنُ اسْتِيفَاؤُهُ مِنَ الْكَفِيلِ لَا تَصِحُّ الْكَفَالَةُ بِهِ إلخ) ذَكَرَ صَاطِبًا لَمَّا لَا تَصِحُّ الْكَفَالَةُ بِهِ. وَمَعْنَى قَوْلِهِ لَا يُمَكِّنُ لَا يَصِحُّ؛ لِأَنَّ إِمْكَانَ الضَّرْبِ أَوْ حَزَّ الرِّقَبَةِ لَيْسَ بِمُنْتَفٍ لَا مَحَالَةَ لَكِنَّهُ لَا يَصِحُّ شَرْعًا، وَعَبَّرَ عَنْهُ بِعَدَمِ الْإِمْكَانِ مُبَالِغَةً

فِي نَفْيِ الصَّحَّةِ، فَإِذَا كَفَلَ رَجُلٌ عَنْ آخَرَ بِمَا عَلَيْهِ مِنَ الْحَدِّ وَالْقِصَاصِ لَمْ تَصِحَّ كِفَالَتُهُ حَيْثُ لَا يَصِحُّ الِاسْتِيفَاءُ مِنْهُ؛ لِأَنَّ الِاسْتِيفَاءَ يَعْتَمِدُ الْإِجَابَ عَلَيْهِ وَهُوَ مُتَعَذِّرٌ. إِذِ الْوُجُوبُ عَلَيْهِ، إِمَّا أَنْ يَكُونَ أَصَالَةً وَالْفَرْضُ خِلَافُهُ، أَوْ نِيَابَةً وَهِيَ لَا تَجْرِي فِي الْعُقُوبَاتِ.

قَالُوا:؛ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ هُوَ الرَّجْرُ وَهُوَ بِالْإِقَامَةِ عَلَى النَّائِبِ لَا يَحْصُلُ وَفِيهِ تَشْكِيكٌ، وَهُوَ أَنَّ الرَّجْرَ إِمَّا أَنْ يَكُونَ لِلْجَانِي بِأَنْ لَا يَعُودَ إِلَى مِثْلِ مَا فَعَلَ أَوْ لغيرِهِ، فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ فَقَدْ لَا يَحْصُلُ الْمَقْصُودُ كَمَا تَرَى بَعْضُ الْمُتَهْتِكِينَ يَعُودُونَ إِلَى الْجِنَايَةِ وَإِنْ كَانَ الثَّانِي فَقَدْ يَحْصُلُ الْمَقْصُودُ بِالْإِقَامَةِ عَلَى النَّائِبِ هَذَا فِي الْحُدُودِ وَأَمَّا فِي الْقِصَاصِ فَلِأَوَّلٍ مُتَنَفٍ قَطْعًا لِعَدَمِ تَصَوُّرِهِ بَعْدَ الْمَوْتِ أَصْلًا لَا مَحَالَةً. وَالثَّانِي كَمَا فِي الْحَدِّ وَلَعَلَّ الِاسْتِدْلَالَ عَلَى ذَلِكَ بِالْإِجْمَاعِ أَوَّلِي، فَإِنَّهُ لَمْ يَرَوْا عَنْ أَحَدٍ مِنْ أَهْلِهِ خِلَافٌ فِي جَرَيَانِهَا فِي الْعُقُوبَاتِ فَيَكُونُ التَّشْكِيكُ حِينَئِذٍ تَشْكِيكًا فِي الْمُسْلِمَاتِ وَهُوَ غَيْرُ مَسْمُوعٍ.

قَالَ (وَإِذَا تَكَفَّلَ عَنِ الْمُشْتَرِي بِالثَّمَنِ جَارَ) لِأَنَّهُ دَيْنٌ كَسَائِرِ الدُّيُونِ (وَإِنْ تَكَفَّلَ عَنِ الْبَائِعِ بِالْمَبِيعِ لَمْ تَصِحَّ) لِأَنَّهُ عَيْنٌ مَضْمُونٌ بِغَيْرِهِ وَهُوَ الثَّمَنُ وَالْكَفَالَةُ بِالْأَعْيَانِ الْمَضْمُونَةِ وَإِنْ كَانَتْ تَصِحُّ عِنْدَنَا خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ، لَكِنْ بِالْأَعْيَانِ الْمَضْمُونَةِ بِنَفْسِهَا كَالْمَبِيعِ بَيْعًا فَاسِدًا وَالْمَقْبُوضِ عَلَى سَوْمِ الشَّرَاءِ وَالْمَغْضُوبِ، لَا بِمَا كَانَ مَضْمُونًا بِغَيْرِهِ كَالْمَبِيعِ وَالرَّهُونِ، وَلَا بِمَا كَانَ أَمَانَةً كَالْوَدِيعَةِ وَالْمُسْتَعَارِ وَالْمُسْتَأْجَرَ وَمَالَ الْمُضَارَبَةِ وَالشَّرِكَةِ. وَلَوْ كَفَلَ بِتَسْلِيمِ الْمَبِيعِ قَبْلَ الْقَبْضِ أَوْ بِتَسْلِيمِ الرَّهْنِ بَعْدَ الْقَبْضِ إِلَى الرَّاهِنِ أَوْ بِتَسْلِيمِ الْمُسْتَأْجَرَ إِلَى الْمُسْتَأْجِرِ جَارَ لِأَنَّهُ التَّزَمَ فِعْلًا وَاجِبًا.

الشرح:

قَالَ (وَإِذَا تَكَفَّلَ عَنِ الْمُشْتَرِي بِالثَّمَنِ جَارَ إلخ) الْكَفَالَةُ بِالثَّمَنِ عَنِ الْمُشْتَرِي جَائِزَةٌ بِلَا خِلَافٍ؛ لِأَنَّهُ دَيْنٌ صَحِيحٌ كَسَائِرِ الدُّيُونِ، وَعَلَى هَذَا يَكُونُ ذِكْرُهُ تَمْهِيدًا لَذِكْرِ الْكَفَالَةِ بِالْمَبِيعِ وَالْأَعْيَانِ الْمَذْكُورَةِ بَعْدَهُ. وَاعْلَمْ أَنَّ الْأَعْيَانَ بِالنِّسْبَةِ إِلَى جَوَازِ الْكَفَالَةِ بِهَا تُنْقَسِمُ بِالْقِسْمَةِ الْأَوَّلِيَّةِ إِلَى مَا هُوَ أَمَانَةٌ لَا يُضْمَنُ كَالْوَدِيعَةِ وَالْمُسْتَعَارِ وَالْمُسْتَأْجَرَ وَمَالَ الْمُضَارَبَةِ وَالشَّرِكَةِ، وَإِلَى مَا هُوَ مَضْمُونٌ.

ثُمَّ الْمَضْمُونُ يَنْقَسِمُ إِلَى مَا هُوَ مَضْمُونٌ بغيرِهِ كَالْمَبِيعِ وَالْمَرْهُونِ، وَإِلَى مَا هُوَ مَضْمُونٌ بِنَفْسِهِ كَالْمَبِيعِ يَبْعًا فَاسِدًا وَالْمَقْبُوضُ عَلَى سَوْمِ الشَّرَاءِ وَالْمَعْصُوبُ وَالْكَفَالَةُ بِهَا كُلُّهَا إِمَّا أَنْ تَكُونَ بِذَوَاتِهَا أَوْ بِتَسْلِيمِهَا، فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ لَمْ تَصِحَّ الْكَفَالَةُ فِيمَا يَكُونُ أَمَانَةً أَوْ مَضْمُونًا بِالْغَيْرِ، وَتَصِحُّ فِيمَا يَكُونُ مَضْمُونًا بِنَفْسِهِ عِنْدَنَا خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ، فَعَلَى هَذَا لَا تَجُوزُ الْكَفَالَةُ بِالْمَبِيعِ عَنِ الْبَائِعِ بِأَنْ يَقُولَ الْكَفِيلُ لِلْمُشْتَرِي إِنْ هَلَكَ الْمَبِيعُ فَعَلَيَّْ بَدَلُهُ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مَضْمُونٍ بغيرِهِ وَهُوَ الثَّمَنُ، وَلَا بِالْمَرْهُونِ؛ لِأَنَّهُ مَضْمُونٌ بِالذَّيْنِ، وَلَا الْوَدِيعَةِ وَالْمُسْتَعَارِ وَالْمُسْتَأْجَرِ؛ لِأَنَّهَا أَمَانَةٌ. وَتَجُوزُ فِي الْمَبِيعِ يَبْعًا فَاسِدًا وَالْمَقْبُوضُ عَلَى سَوْمِ الشَّرَاءِ وَالْمَعْصُوبُ. وَيَجِبُ عَلَى الْكَفِيلِ تَسْلِيمُ الْعَيْنِ مَا دَامَ قَائِمًا، وَتَسْلِيمُ قِيمَتِهِ عِنْدَ الْهَلَاكِ؛ لِأَنَّهَا أَعْيَانٌ مَضْمُونَةٌ بَعَيْنِهَا، وَمَعْنَى ذَلِكَ أَنْ تَجِبَ قِيمَتُهَا عِنْدَ الْهَلَاكِ، وَمَا لَمْ تَجِبْ قِيمَتُهُ عِنْدَ الْهَلَاكِ فَهُوَ مَضْمُونٌ بغيرِهِ كَمَا مَرَّ، وَمَنْعَ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ الْكَفَالَةَ بِالْأَعْيَانِ مُطْلَقًا بِنَاءً عَلَى أَصْلِهِ أَنَّ مُوجِبَ الْكَفَالَةِ التَّرَامُ أَصْلُ الذَّيْنِ فِي الذِّمَّةِ فَكَانَ مَحَلُّهَا الذُّيُونُ دُونَ الْأَعْيَانِ، وَأَنَّ شَرْطَ صِحَّتِهَا قُدْرَةُ الْكَفِيلِ عَلَى الْإِيفَاءِ مِنْ عِنْدِهِ وَذَلِكَ يُتَصَوَّرُ فِي الذُّيُونِ دُونَ الْأَعْيَانِ. وَقُلْنَا بِنَاءً عَلَى أَصْلِنَا إِنْ الْكَفَالَةُ ضَمُّ ذِمَّةٍ إِلَى ذِمَّةٍ فِي الْمَطَالَبَةِ، وَالْمَطَالَبَةُ تَقْتَضِي أَنْ يَكُونَ الْمَطْلُوبُ مَضْمُونًا عَلَى الْأَصِيلِ لَا مَحَالَةَ، وَالْأَمَانَاتُ لَيْسَتْ كَذَلِكَ، وَالْمَضْمُونُ بغيرِهِ كَالْمَبِيعِ الْمَضْمُونُ بِالثَّمَنِ، وَالْمَرْهُونُ الْمَضْمُونُ بِالذَّيْنِ وَالْقِيمَةِ غَيْرُ مَضْمُونٍ عَلَى الْأَصِيلِ حَتَّى لَوْ هَلَكَ الْمَبِيعُ فِي يَدِ الْبَائِعِ سَقَطَ الثَّمَنُ وَانْفَسَخَ الْعَقْدُ، وَلَوْ هَلَكَ الرَّهْنُ فِي يَدِ الْمُرْتَهِنِ صَارَ مُسْتَوْفِيًا لَدَيْنِهِ وَلَا تَلْزَمُهُ مُطَالَبَتُهُ فَلَا تُتَصَوَّرُ الْكَفَالَةُ، وَإِنْ كَانَ الثَّانِي: أُعْنِيَ الْكَفَالَةُ بِتَسْلِيمِ الْأَعْيَانِ الْمَذْكُورَةِ، فَمَا كَانَ مَضْمُونًا بغيرِهِ كَالْمَبِيعِ إِذَا كَفَلَ بِتَسْلِيمِهِ قَبْلَ قَبْضِهِ بَعْدَ تَقْدِ الثَّمَنِ، وَالْمَرْهُونُ إِذَا كَفَلَ عَنِ الْمُرْتَهِنِ بِتَسْلِيمِهِ إِلَى الرَّاهِنِ بَعْدَ اسْتِيفَاءِ الْمُرْتَهِنِ الذَّيْنَ جَازَ.

وَذَكَرَ فِي الذَّخِيرَةِ أَنَّ الْكَفَالَةَ عَنِ الْمُرْتَهِنِ لِلرَّاهِنِ لَا تَصِحُّ سِوَاءَ حَصَلَتْ الْكَفَالَةُ بِعَيْنِ الرَّهْنِ أَوْ بِرَدِّهِ حَتَّى قَضَى الذَّيْنِ، وَلَعَلَّ مَحْمَلَهُ اخْتِلَافُ الرُّوَايَتَيْنِ، فَإِنْ هَلَكَ الْمَبِيعُ فَلَا شَيْءَ عَلَى الْكَفِيلِ؛ لِأَنَّ الْعَقْدَ قَدْ انْفَسَخَ وَوَجِبَ عَلَى الْبَائِعِ رَدُّ الثَّمَنِ، وَالْكَفِيلُ لَا يَضْمَنُ الثَّمَنَ، وَإِنْ هَلَكَ الرَّهْنُ عِنْدَ الْمُرْتَهِنِ فَكَذَلِكَ؛ لِأَنَّ عَيْنَ الرَّهْنِ إِنْ كَانَ بِمِقْدَارِ الذَّيْنِ أَوْ زَائِدًا عَلَيْهِ وَالزِّيَادَةُ عَلَيْهِ مِنْ مَالِيَّتِهِ كَانَ أَمَانَةً فِي يَدِ الْمُرْتَهِنِ وَلَا ضَمَانَ فِيهَا.

وَمَا كَانَ أَمَانَةً فَإِنْ كَانَ غَيْرَ وَاجِبِ التَّسْلِيمِ كَالْوَدِيعَةِ وَمَالَ الْمُضَارَبَةِ وَالشَّرِكَةَ فَإِنْ الْوَاجِبَ فِيهَا عَدَمُ الْمَنْعِ عِنْدَ الطَّلَبِ لَا التَّسْلِيمِ، وَلَا تَجُوزُ الْكَفَالَةُ بِتَسْلِيمِهِ لِعَدَمِ وَجُوبِهِ، كَمَا لَا تَجُوزُ بَعَيْنُهَا، وَإِنْ كَانَ وَاجِبَ التَّسْلِيمِ كَالْمُسْتَأْجَرِ بِفَتْحِ الْجِيمِ إِذَا ضَمِنَ رَجُلٌ تَسْلِيمَهُ إِلَى الْمُسْتَأْجَرِ كَمَنْ اسْتَأْجَرَ دَابَّةً وَعَجَّلَ الْأَجْرَ وَلَمْ يَقْبِضْهَا وَكَفَلَ لَهُ بِذَلِكَ كَفِيلٌ صَحَّتْ الْكَفَالَةُ وَالْكَفِيلُ مُوَاخِذٌ بِتَسْلِيمِهَا مَا دَامَتْ حَيَّةً فَإِنْ هَلَكَتْ فَلَيْسَ عَلَى الْكَفِيلِ شَيْءٌ؛ لَأَنَّ الْإِجَارَةَ انْفُسَخَتْ وَخَرَجَ الْأَصِيلُ عَنْ كَوْنِهِ مُطَالِبًا بِتَسْلِيمِهَا، وَإِنَّمَا عَلَيْهِ رَدُّ الْأَجْرِ وَالْكَفِيلُ مَا كَفَلَ بِهِ، وَتَرَكَ الْمُصَنَّفُ رَحِمَهُ اللَّهُ ذِكْرَ الْمُسْتَعَارِ كَمَا تَرَكَ ذِكْرَ الْوَدِيعَةِ إِشَارَةً إِلَى عَدَمِ جَوَازِهِ، وَأُظْهِرَ تَابِعَ شَمْسِ الْأُئِمَّةِ السَّرْحَسِيِّ فِي ذَلِكَ فَإِنَّهُ قَالَ: الْكَفَالَةُ بِتَسْلِيمِ الْعَارِيَّةِ بَاطِلَةٌ، قِيلَ وَهَذَا لَيْسَ بِصَوَابٍ، فَقَدْ نَصَّ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي الْجَامِعِ أَنَّ الْكَفَالَةَ بِتَسْلِيمِ الْعَارِيَّةِ صَحِيحَةٌ، وَفِيهِ نَظَرٌ؛ لَأَنَّ شَمْسَ الْأُئِمَّةِ لَيْسَ بِمَمْنٍ لَمْ يَطَّلِعْ عَلَى الْجَامِعِ بَلْ لَعَلَّهُ قَدْ أَطْلَعَ عَلَى رِوَايَةِ أَقْوَى مِنْ ذَلِكَ فَاخْتَارَهَا (قَوْلُهُ: لِأَنَّهُ التَّزَمَ فَعَلًا وَاجِبًا) دَلِيلٌ لِمَا ذَكَرَهُ، وَفِيهِ إِشَارَةٌ إِلَى التَّفَرُّقَةِ بَيْنَ مَا يَكُونُ وَاجِبَ التَّسْلِيمِ وَمَا لَا يَكُونُ. كَمَا فَصَّلْنَاهُ.

قَالَ (وَمَنْ اسْتَأْجَرَ دَابَّةً لِلْحَمْلِ عَلَيْهَا، فَإِنْ كَانَتْ بِعَيْنِهَا لَا تَصِحُّ الْكَفَالَةُ بِالْحَمْلِ) لِأَنَّهُ عَاجِزٌ عَنْهُ (وَإِنْ كَانَتْ بِغَيْرِ عَيْنِهَا جَازَتْ الْكَفَالَةُ) لِأَنَّهُ يُمَكِّنُهُ الْحَمْلُ عَلَى دَابَّةٍ نَفْسِهِ وَالْحَمْلُ هُوَ الْمُسْتَحَقُّ (وَكَذَا مِنْ اسْتَأْجَرِ عَبْدًا لِلْخِدْمَةِ فَكَفَلَ لَهُ رَجُلٌ بِخِدْمَتِهِ فَهُوَ بَاطِلٌ) لِمَا بَيَّنَّا.

الشرح:

(قَوْلُهُ: وَمَنْ اسْتَأْجَرَ دَابَّةً لِلْحَمْلِ) عَلِمَ أَنَّ مَنْ اسْتَأْجَرَ دَابَّةً مُعَيَّنَةً لِلْحَمْلِ فَكَفَلَ بِتَسْلِيمِهَا رَجُلٌ صَحَّتْ لِمَا تَقَدَّمَ آتِفًا، وَإِنْ اسْتَأْجَرَ غَيْرَ مُعَيَّنَةٍ لِلْحَمْلِ فَكَفَلَ رَجُلٌ بِالْحَمْلِ فَكَذَلِكَ؛ لَأَنَّ الْمُسْتَحَقَّ هُوَ الْحَمْلُ وَهُوَ قَادِرٌ عَلَيْهِ بِالْحَمْلِ عَلَى دَابَّةٍ نَفْسِهِ، وَإِنْ اسْتَأْجَرَهَا مُعَيَّنَةً لِلْحَمْلِ فَكَفَلَ بِالْحَمْلِ لَمْ يَصِحَّ قَالَ الْمُصَنَّفُ (لِأَنَّهُ) أَيُّ الْكَفِيلِ (عَاجِزٌ عَنْهُ) أَيُّ عَنْ الْحَمْلِ عَلَى الدَّابَّةِ الْمُعَيَّنَةِ؛ لَأَنَّ الدَّابَّةَ الْمُعَيَّنَةَ لَيْسَتْ فِي مِلْكِهِ، وَالْحَمْلُ عَلَى دَابَّةٍ نَفْسِهِ لَيْسَ بِحَمْلٍ عَلَى تِلْكَ الدَّابَّةِ، وَفِيهِ نَظَرٌ؛ لَأَنَّ عَدَمَ الْقُدْرَةِ مِنْ حَيْثُ كَوْنُهُ مِلْكُ الْغَيْرِ لَوْ مَنَعَ صِحَّتْهَا لِمَا صَحَّتْ بِالْأَعْيَانِ مُطْلَقًا كَمَا ذَهَبَ إِلَيْهِ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ

اللَّهُ، وَاسْتَدَلَّ بِهِ عَلَى عَدَمِ جَوَازِهَا فِي الْأَعْيَانِ مُطْلَقًا، وَمَا ذَكَرَ فِي الْإِيضَاحِ جَوَابًا لِلشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ، وَهُوَ قَوْلُهُ: تَسْلِيمُ مَا التَزَمَهُ مُتَصَوِّرٌ فِي الْأَعْيَانِ الْمَضْمُونَةِ فِي الْجُمْلَةِ فَصَحَّ التَزَامُ؛ لِأَنَّ مَا يَلْزَمُهُ بَعْدَهُ يُعْتَبَرُ فِيهِ التَّصَوُّرُ غَيْرُ دَافِعٍ؛ لِأَنَّ تَسْلِيمَ مَا التَزَمَهُ مُتَصَوِّرٌ فِي الْجُمْلَةِ فَكَانَ الْوَاجِبُ صَحَّتْهَا فِيمَا نَحْنُ فِيهِ أَيْضًا (وَكَذَا إِذَا اسْتَأْجَرَ عَبْدًا بَعِيْنَهُ لِلْخِدْمَةِ فَكَفَلَ لَهُ رَجُلٌ بِخِدْمَتِهِ لَمْ تَصِحَّ لَمَّا بَيَّنَّا) أَنَّهُ عَاجِزٌ عَمَّا كَفَلَ بِهِ.

قَالَ (وَلَا تَصِحُّ الْكِفَالَةُ إِلَّا بِقَبُولِ الْمَكْفُولِ لَهُ فِي الْمَجْلِسِ) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ آخِرًا: يَجُوزُ إِذَا بَلَغَهُ أَجَازَ، وَلَمْ يَشْتَرِطْ فِي بَعْضِ النُّسخِ الْإِجَازَةَ، وَالْخِلَافُ فِي الْكِفَالَةِ بِالنَّفْسِ وَالْمَالِ جَمِيعًا. لَهُ أَنَّهُ تَصَرَّفُ التَّزَامِ فَيَسْتَبْدُ بِهِ الْمُتَزِمُ، وَهَذَا وَجْهٌ هَذِهِ الرَّوَايَةُ عَنْهُ.

وَوَجْهُ التَّوَقُّفِ مَا ذَكَرْنَاهُ فِي الْفُضُولِيِّ فِي النِّكَاحِ. وَلَهُمَا أَنْ فِيهِ مَعْنَى التَّمْلِيكِ وَهُوَ تَمْلِيكُ الْمَطَالِبَةِ مِنْهُ فَيَقُومُ بِهِمَا جَمِيعًا وَالْمَوْجُودُ شَطْرُهُ فَلَا يَتَوَقَّفُ عَلَى مَا وَرَاءَ الْمَجْلِسِ (إِلَّا فِي مَسْأَلَةٍ وَاحِدَةٍ وَهِيَ أَنْ يَقُولَ الْمَرِيضُ لَوَارِثِهِ تَكْفُلْ عَنِّي بِمَا عَلَيَّ مِنَ الدِّينِ فَكَفَلَ بِهِ مَعَ غَيْبَةِ الْغُرَمَاءِ جَازَ) لِأَنَّ ذَلِكَ وَصِيَّةٌ فِي الْحَقِيقَةِ وَلِهَذَا تَصِحُّ وَإِنْ لَمْ يُسَمِّ الْمَكْفُولَ لَهُمْ، وَلِهَذَا قَالُوا: إِنَّمَا تَصِحُّ إِذَا كَانَ لَهُ مَالٌ أَوْ يُقَالُ إِنَّهُ قَائِمٌ مَقَامَ الطَّالِبِ لِحَاجَتِهِ إِلَيْهِ تَفْرِيفًا لِدِمَّتِهِ وَفِيهِ نَفْعُ الطَّالِبِ فَصَارَ كَمَا إِذَا حَضَرَ بِنَفْسِهِ، وَإِنَّمَا يَصِحُّ بِهَذَا اللَّفْظِ، وَلَا يَشْتَرِطُ الْقَبُولُ لِأَنَّهُ يُرَادُ بِهِ التَّحْقِيقُ دُونَ الْمُسَاوَمَةِ ظَاهِرًا فِي هَذِهِ الْحَالَةِ فَصَارَ كَالْأَمْرِ بِالنِّكَاحِ، وَلَوْ قَالَ الْمَرِيضُ ذَلِكَ لِأَجْنَبِيٍّ اخْتَلَفَ الْمَشَايخُ فِيهِ.

الشرح:

قَالَ (وَلَا تَصِحُّ الْكِفَالَةُ إِلَّا بِقَبُولِ الْمَكْفُولِ لَهُ فِي الْمَجْلِسِ إلخ) لَا تَصِحُّ الْكِفَالَةُ إِلَّا بِقَبُولِ الْمَكْفُولِ لَهُ فِي الْمَجْلِسِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ وَهُوَ قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ أَوَّلًا، وَقَالَ آخِرًا: تَجُوزُ إِذَا أَجَازَ حِينَ بَلَغَهُ، وَلَمْ يَشْتَرِطْ فِي بَعْضِ النُّسخِ الْإِجَازَةَ. قِيلَ: أَيْ نُسَخَ كِفَالَةِ الْمَبْسُوطِ. وَفِيهِ ثَنُويَّةٌ بِأَنَّ نُسَخَ كِفَالَةِ الْمَبْسُوطِ لَمْ تَتَعَدَّدْ وَإِنَّمَا هِيَ نُسَخَةٌ وَاحِدَةٌ، فَالْمَوْجُودُ فِي بَعْضِهَا دُونَ بَعْضٍ يَدُلُّ عَلَى تَرْكِهِ فِي بَعْضٍ أَوْ زِيَادَتِهِ فِي آخَرَ، وَذَكَرَ فِي الْإِيضَاحِ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: يَجُوزُ، ثُمَّ قَالَ: وَذَكَرَ قَوْلُهُ فِي الْأَصْلِ فِي مَوْضِعَيْنِ، فَشَرَطَ الْإِجَازَةَ فِي أَحَدِهِمَا دُونَ الْآخَرِ، وَعَلَى هَذَا يَجُوزُ أَنْ

يَكُونُ تَقْدِيرُ كَلَامِهِ فِي بَعْضِ مَوَاضِعِ نُسْخِ الْمَبْسُوطِ، وَهَذَا الْخِلَافُ ثَابِتٌ بَيْنَهُمْ فِي الْكَفَالَةِ بِالنَّفْسِ وَالْمَالِ جَمِيعًا. لِأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي وَجْهِ الرِّوَايَةِ الَّتِي لَمْ تَشْتَرِطِ الْإِجَازَةَ فِيهَا أَنَّهُ تَصَرَّفُ التِّزَامِ وَهُوَ ظَاهِرٌ، وَكُلُّ مَا هُوَ كَذَلِكَ يَسْتَبْدُ بِهِ الْمُلتَزِمُ كَالْإِقْرَارِ وَالنَّذْرِ فَهَذَا يَسْتَبْدُ بِهِ الْمُلتَزِمُ وَمُنِعَ كَوْنُهُ التِّزَامًا فَقَطْ، وَبِأَنَّ الْإِقْرَارَ إِخْبَارٌ عَنْ وَاجِبٍ سَابِقٍ وَالْإِخْبَارُ يَتِمُّ بِالْمُخْبِرِ وَالنَّذْرُ مِنَ الْعِبَادَاتِ، وَمَنْ لَهُ الْعِبَادَاتُ لَا يَشْتَرِطُ قَبُولُهُ لَعَدَمِ الْعِلْمِ بِهِ.

وَلَهُ فِي وَجْهِ رِوَايَةِ التَّوَقُّفِ عَلَى الْإِجَازَةِ مَا ذَكَرْنَا فِي الْفُضُولِيِّ فِي النِّكَاحِ وَهُوَ أَنْ يُجْعَلَ كَلَامُ الْوَاحِدِ كَالْعَقْدِ التَّامِّ فَيَتَوَقَّفُ عَلَى مَا وَرَاءَ الْمَجْلِسِ؛ لِأَنَّهُ لَا ضَرَرَ فِي هَذَا التَّوَقُّفِ عَلَى أَحَدٍ، وَمَنْعَ عَدَمِ الضَّرَرِ بِجَوَازِ رَفْعِ الْأَمْرِ إِلَى قَاضٍ يَرَى بَرَاءَةَ الْأَصِيلِ عَنْ حَقِّ الطَّالِبِ، كَمَا هُوَ مَذْهَبُ بَعْضِ الْعُلَمَاءِ فِي أَنَّ الْكَفَالَةَ إِذَا صَحَّتْ بَرَأَ الْأَصِيلُ وَفِي ذَلِكَ ضَرَرٌ عَلَى الطَّالِبِ. وَلَهُمَا أَنَّ فِي عَقْدِ الْكَفَالَةِ مَعْنَى التَّمْلِكِ؛ لِأَنَّ فِيهِ تَمْلِكُ الْمُطَالَبَةِ مِنَ الطَّالِبِ فَلَا يَتِمُّ بَعْدَ الْإِيجَابِ إِلَّا بِالْقَبُولِ، وَالْمَوْجُودُ شَطْرُ الْعَقْدِ فَلَا يَتَوَقَّفُ عَلَى مَا وَرَاءَ الْمَجْلِسِ، وَعَلَى هَذَا لَوْ قَبِلَهُ عَنِ الطَّالِبِ فُضُولِي تَوَقَّفَ عَلَى إِجَازَتِهِ لَوْجُودِ شَطْرِيهِ.

قَالَ (إِلَّا فِي مَسْأَلَةٍ وَاحِدَةٍ إلخ) اسْتِثْنَاءٌ مِنْ قَوْلِهِ لَا تَصِحُّ الْكَفَالَةُ إِلَّا بِقَبُولِ الْمَكْفُولِ لَهُ فَكَأَنَّهُ قَالَ: لَا يَصِحُّ ذَلِكَ عِنْدَهُمَا إِلَّا فِي مَسْأَلَةٍ وَاحِدَةٍ اسْتِحْسَانًا. وَالْقِيَاسُ عَدَمُهَا لَمَّا مَرَّ أَنَّ الطَّالِبَ غَيْرُ حَاضِرٍ فَلَا يَتِمُّ الضَّمَانُ إِلَّا بِقَبُولِهِ، وَلِأَنَّ الصَّحِيحَ لَوْ قَالَ ذَلِكَ لَوَرَّثَتْهُ أَوْ لِأَجْنَبِيٍّ لَمْ يَصِحَّ فَكَذَا الْمَرِيضُ. وَلِلْاسْتِحْسَانِ وَجْهَانِ: أَحَدُهُمَا أَنْ يُقَالَ إِذَا قَالَ الْمَرِيضُ لَوَارِثِهِ تَكْفُلْ عَنِّي بِمَا عَلَيَّ مِنَ الدَّيْنِ فَكَأَنَّهُ قَالَ أَوْفِ عَنِّي دَيْنِي وَذَلِكَ وَصِيَّةٌ فِي الْحَقِيقَةِ وَلِهَذَا يَصِحُّ وَإِنْ لَمْ يُسَمَّ الْمَكْفُولُ لَهُمْ، وَقَدْ تَقَدَّمَ أَنَّ جَهْلَةَ الْمَكْفُولِ لَهُ تُفْسِدُ الْكَفَالَةَ.

وَلِهَذَا قَالَ الْمَشَايخُ: إِنَّمَا تَصِحُّ هَذِهِ الْكَفَالَةُ إِذَا كَانَ لَهُ مَالٌ عِنْدَ الْمَوْتِ تَصَحُّحًا لِمَعْنَى الْوَصِيَّةِ، وَإِذَا كَانَ فِي مَعْنَاهَا لَا يَكُونُ الْقَبُولُ فِي الْمَجْلِسِ شَرْطًا. قِيلَ فِي كَلَامِ الْمُصَنِّفِ تَسَامُحٌ؛ لِأَنَّهُ فِي مَعْنَى الْوَصِيَّةِ لَا أَنَّهُ وَصِيَّةٌ مِنْ كُلِّ وَجْهِ؛ لِأَنَّهُ لَوْ كَانَ كَذَلِكَ لَمَا اخْتَلَفَ الْحُكْمُ بَيْنَ حَالَةِ الصَّحَّةِ وَالْمَرَضِ. وَقَدْ ذَكَرَ فِي الْمَبْسُوطِ أَنَّ هَذَا لَا يَصِحُّ فِي

حَالَةَ الصَّحَّةِ وَلَيْسَ كَذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ قَالَ: لِأَنَّ ذَلِكَ وَصِيَّةٌ فِي الْحَقِيقَةِ، وَمِثْلُ هَذِهِ الْعِبَارَةِ تُسْتَعْمَلُ عِنْدَ الْمُحْصِلِينَ فِيمَا إِذَا دَلَّ لَفْظٌ بِظَاهِرِهِ عَلَى مَعْنَى وَإِذَا نَظَرَ فِي مَعْنَاهُ يُتَوَلَّى إِلَى مَعْنَى آخَرَ، وَحِينَئِذٍ لَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يَقُولَ فِي مَعْنَى الْوَصِيَّةِ أَوْ وَصِيَّةٌ فِي الْحَقِيقَةِ. وَالثَّانِي أَنْ يُقَالَ إِنَّ الْمَرِيضَ قَائِمٌ مَقَامَ الطَّالِبِ لِحَاجَتِهِ إِلَيْهِ: أَيُّ إِلَى قِيَامِهِ مَقَامَهُ لَوْجُودِ مَا يَقْتَضِيهِ مِنْ نَفْعِ الْمَرِيضِ بِتَفْرِيعِ ذِمَّتِهِ وَانْتِفَاءِ الْمَانِعِ بِوُجُودِ مَا يُنَافِيهِ مِنْ نَفْعِ الطَّالِبِ فَصَارَ كَأَنَّ الطَّالِبَ قَدْ حَضَرَ بِنَفْسِهِ وَقَالَ لِلوَارِثِ تَكْفُلْ عَنْ أَيْكَ لِي. فَإِنْ قِيلَ: قِيَامُهُ مَقَامَ الطَّالِبِ وَحُضُورُهُ بِنَفْسِهِ لَيْسَ مَحَلُّ التَّزَاوُعِ وَإِنَّمَا هُوَ اشْتِرَاطُ الْقَبُولِ وَهُوَ لَيْسَ بِشَرْطِ هَاهُنَا.

أَجَابَ الْمُصَنِّفُ بِقَوْلِهِ (وَإِنَّمَا يَصِحُّ بِهَذَا اللَّفْظِ وَلَا يُشْتَرَطُ الْقَبُولُ؛ لِأَنَّهُ يُرَادُ بِهِ التَّحْقِيقُ) أَيُّ الْمَرِيضُ يُرِيدُ بِقَوْلِهِ تَكْفُلْ عَنِّي تَحْقِيقَ الْكَفَالَةِ لَا الْمُسَاوَمَةَ نَظَرًا إِلَى ظَاهِرِ حَالَتِهِ الَّتِي هُوَ عَلَيْهَا فَصَارَ كَالْأَمْرِ بِالنِّكَاحِ كَقَوْلِ الرَّجُلِ لَامْرَأَةٍ زَوْجِي نَفْسَكَ فَقَالَتْ زَوَّجْتُ فَإِنَّ ذَلِكَ بِمَنْزِلَةِ قَوْلِهِمَا زَوَّجْتُ وَقَبِلْتُ، وَظَاهِرُ قَوْلِهِ وَلَا يُشْتَرَطُ صَرِيحُ الْقَبُولِ يَدُلُّ عَلَى سُقُوطِهِ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ وَهُوَ الْمُنَاسِبُ لِلِاسْتِثْنَاءِ، وَتَمَثِيلُهُ بِالْأَمْرِ بِالنِّكَاحِ يَدُلُّ عَلَى قِيَامِ لَفْظٍ وَاحِدٍ مَقَامَهُمَا، وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَا مُسْلِكَيْنِ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ. قَالَ (وَلَوْ قَالَ الْمَرِيضُ ذَلِكَ لِأَجَنِّي اخْتَلَفَ الْمَشَايخُ إلخ) إِذَا قَالَ الْمَرِيضُ لِأَجَنِّي تَكْفُلْ عَنِّي بِمَا عَلَيَّ مِنَ الدِّينِ فَفَعَلَ الْأَجَنِّي ذَلِكَ اخْتَلَفَ الْمَشَايخُ؛ فَمِنْهُمْ مَنْ لَمْ يُصَحِّحْ ذَلِكَ؛ لِأَنَّ الْأَجَنِّيَّ غَيْرَ مُطَالَبٍ بِقَضَاءِ دَيْنِهِ لَا فِي الْحَيَاةِ وَلَا بَعْدَ مَوْتِهِ بِدُونِ الْإِتِمَامِ فَكَانَ الْمَرِيضُ وَالصَّحِيحُ فِي حَقِّهِ سَوَاءً، وَلَوْ قَالَ الصَّحِيحُ ذَلِكَ لِأَجَنِّي أَوْ لَوَارِثِهِ لَمْ يَصِحَّ بِدُونِ قَبُولِ الْمَكْفُولِ لَهُ، فَكَذَا الْمَرِيضُ.

وَمِنْهُمْ مَنْ صَحَّحَهُ؛ لِأَنَّ الْمَرِيضَ قَصَدَ بِهِ النَّظَرَ لِنَفْسِهِ وَالْأَجَنِّيَّ إِذَا قَضَى دَيْنَهُ بِأَمْرِهِ يَرْجِعُ فِي تَرْكِهِ فَيَصِحُّ هَذَا مِنَ الْمَرِيضِ عَلَى أَنْ يُجْعَلَ قَائِمًا مَقَامَ الطَّالِبِ لِتَضْيِيقِ الْحَالِ عَلَيْهِ بِمَرَضِ الْمَوْتِ كَمَا تَقَدَّمَ، وَمِثْلُ ذَلِكَ لَا يُوْجَدُ مِنَ الصَّحِيحِ فَتَرَكْنَاهُ عَلَى الْقِيَاسِ أَوْ عَلَى أَنَّهُ بِطَرِيقِ الْوَصِيَّةِ كَمَا هُوَ الْوَجْهُ الْآخَرُ مِنَ الْإِسْتِحْسَانِ، وَلِهَذَا جَازَ مَعَ جِهَالَةِ الْمَكْفُولِ لَهُ، وَجَوَازُ ذَلِكَ فِي الْمَرَضِ لِلضَّرُورَةِ لَا يَسْتَلْزِمُ الْجَوَازَ مِنَ الصَّحِيحِ لَعَدَمِهَا.

قَالَ (وَإِذَا مَاتَ الرَّجُلُ وَعَلَيْهِ دَيُونٌ وَلَمْ يَتْرِكْ شَيْئًا فَتَكْفُلْ عَنْهُ رَجُلٌ لِلغُرَمَاءِ لَمْ تَصِحَّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ، وَقَالَا: تَصِحُّ) لِأَنَّهُ كَفَلَ بِدَيْنِ ثَابِتٍ لِأَنَّهُ وَجِبَ لِحَقِّ

الطَّالِبِ، وَلَمْ يُوجَدْ الْمُسْقُطُ وَلِهَذَا يَبْقَى فِي حَقِّ أَحْكَامِ الْآخِرَةِ، وَلَوْ تَبَرَّعَ بِهِ إِنْسَانٌ يَصِحُّ، وَكَذَا يَبْقَى إِذَا كَانَ بِهِ كَفِيلٌ أَوْ مَالٌ. وَلَهُ أَنَّهُ كَفَلَ بِدَيْنٍ سَاقِطٍ لِأَنَّ الدَّيْنَ هُوَ الْفِعْلُ حَقِيقَةً وَلِهَذَا يُوصَفُ بِالْوُجُوبِ. لَكِنَّهُ فِي الْحُكْمِ مَالٌ لِأَنَّهُ يَقُولُ إِلَيْهِ فِي الْمَالِ وَقَدْ عَجَزَ بِنَفْسِهِ وَبَخَلْفِهِ فَفَاتَ عَاقِبَةُ الْاسْتِيفَاءِ فَيَسْقُطُ ضَرُورَةً، وَالتَّبَرُّعُ لَا يَعْتَمِدُ قِيَامَ الدَّيْنِ، وَإِذَا كَانَ بِهِ كَفِيلٌ أَوْ لَهُ مَالٌ فَخَلَفَهُ أَوْ الْإِفْضَاءُ إِلَى الْأَدَاءِ بَاقٍ.

الشرح:

قَالَ (وَإِذَا مَاتَ الرَّجُلُ وَعَلَيْهِ دُيُونٌ إلخ) إِذَا مَاتَ الْمَدْيُونُ مُفْلِسًا وَلَمْ يَكُنْ عَنْهُ كَفِيلٌ فَكَفَلَ عَنْهُ بِدَيْنِهِ إِنْسَانٌ وَارِثًا كَانَ أَوْ أَجَنِيًّا لَمْ تَصِحَّ الْكَفَالَةُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ، وَقَالَا: هِيَ صَحِيحَةٌ وَهُوَ قَوْلُ الْأَئِمَّةِ الثَّلَاثَةِ. وَلَهُمَا أَنَّ الْكَفِيلَ قَدْ كَفَلَ بِدَيْنٍ صَحِيحٍ ثَابِتٍ فِي ذِمَّةِ الْأَصِيلِ، وَكُلُّ كَفَالَةٍ هَذَا شَأْنُهَا فَهِيَ صَحِيحَةٌ بِالِاتِّفَاقِ فَهَذِهِ صَحِيحَةٌ. وَإِنَّمَا قُلْنَا كَفَلَ بِدَيْنٍ صَحِيحٍ ثَابِتٍ؛ لِأَنَّ كَوْنَهُ دَيْنًا صَحِيحًا هُوَ الْمَفْرُوضُ، وَثُبُوتُهُ إِمَّا أَنْ يَكُونَ بِالنَّسَبَةِ إِلَى الدُّنْيَا أَوْ الْآخِرَةِ.

لَا كَلَامَ فِي ثُبُوتِهِ وَبَقَائِهِ فِي حَقِّ أَحْكَامِ الْآخِرَةِ، وَأَمَّا فِي حَقِّ أَحْكَامِ الدُّنْيَا فَهُوَ ثَابِتٌ أَيْضًا؛ لِأَنَّهُ وَجَبَ لِحَقِّ الطَّالِبِ بِلَا خِلَافٍ، وَمَا وَجَبَ لَا يَنْتَقِي إِلَّا بِإِبْرَاءٍ مِنْ لَهُ الْحَقُّ أَوْ بِأَدَاءٍ مِنْ عَلَيْهِ أَوْ بِفَسْخِ سَبَبِ الْوُجُوبِ وَالْمَفْرُوضُ عَدَمُ ذَلِكَ كُلِّهِ، فَدَعْوَى سُقُوطِهِ دَعْوَى مُجَرَّدَةٍ عَنِ الدَّلِيلِ، وَمِمَّا يَدُلُّ عَلَى ثُبُوتِهِ فِي حَقِّ أَحْكَامِ الدُّنْيَا أَنَّهُ لَوْ تَبَرَّعَ بِهِ إِنْسَانٌ صَحَّ، وَلَوْ بَرَى الْمُفْلِسُ بِالْمَوْتِ عَنِ الدَّيْنِ لَمَا حَلَّ لِمَالِكِهِ الْأَخْذَ مِنَ الْمُتَبَرِّعِ، وَإِذَا كَانَ بِهِ كَفِيلٌ أَوْ لَهُ مَالٌ فَإِنَّ الدَّيْنَ بَاقٍ بِالِاتِّفَاقِ، فَدَلَّ عَلَى أَنَّ الْمَوْتَ لَا يُغَيِّرُ وَصْفَ الثُّبُوتِ، وَمِمَّا يَدُلُّ عَلَى ذَلِكَ أَنَّ الْمُشْتَرِيَّ لَوْ مَاتَ مُفْلِسًا قَبْلَ أَدَاءِ الثَّمَنِ لَمْ يَبْطُلِ الْعَقْدُ؛ وَلَوْ هَلَكَ الثَّمَنُ الَّذِي هُوَ دَيْنٌ عَلَيْهِ بِمَوْتِهِ مُفْلِسًا لَبْطُلَ الْعَقْدُ كَمَنْ اشْتَرَى بِفُلُوسٍ فِي الذَّمَّةِ فَكَسَدَتْ قَبْلَ الْقَبْضِ بَطَلَ الْعَقْدُ بِهَلَاكِ الثَّمَنِ، وَلَمَّا لَمْ يَبْطُلْ هَاهُنَا عَلِمَ أَنَّ الدَّيْنَ بَاقٍ عَلَيْهِ فِي أَحْكَامِ الدُّنْيَا. وَلَأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ الدَّيْنَ سَاقِطٌ؛ لِأَنَّ الدَّيْنَ هُوَ الْفِعْلُ حَقِيقَةً وَكُلُّ فِعْلٍ يَقْتَضِي الْقُدْرَةَ، وَالْقُدْرَةُ إِنَّمَا تَكُونُ بِنَفْسِهِ أَوْ بِخَلْفِهِ وَقَدْ انْتَفَتْ بِاتِّفَاقِهِمَا فَانْتَفَى الدَّيْنُ ضَرُورَةً، وَمَعْنَى قَوْلِهِ الدَّيْنُ هُوَ الْفِعْلُ حَقِيقَةً أَنَّ الْمَقْصُودَ الْفَائِدَةَ الْحَاصِلَةَ مِنْهُ هُوَ فِعْلُ الْأَدَاءِ وَالِدَّلِيلُ عَلَى ذَلِكَ وَصَفُهُ

بِالْوُجُوبِ، يُقَالُ دَيْنٌ وَاجِبٌ كَمَا يُقَالُ الصَّلَاةُ وَاجِبَةٌ، وَالْوَصْفُ بِالْوُجُوبِ حَقِيقَةٌ إِنَّمَا هُوَ فِي الْأَفْعَالِ.

فَإِنْ قُلْتَ: لَزِمَ حِينَئِذٍ قِيَامُ الْعَرَضِ بِالْعَرَضِ وَهُوَ غَيْرُ جَائِزٍ بِاتِّفَاقٍ مُتَكَلِّمِي أَهْلِ السُّنَّةِ فَعَلَيْكَ بِمَا ذَكَرْنَا مِنَ الْجَوَابِ فِي التَّقْرِيرِ فِي بَابِ صِفَةِ الْحُسْنِ لِلْمَأْمُورِ بِهِ، وَإِنْ قُلْتَ فَقَدْ يُقَالُ الْمَالُ وَاجِبٌ أَجَابَ الْمُصَنِّفُ بِقَوْلِهِ (لَكِنَّهُ) أَيُّ الدَّيْنِ (فِي الْحُكْمِ مَالٌ)؛ لِأَنَّ تَحَقُّقَ ذَلِكَ الْفِعْلِ فِي الْخَارِجِ لَيْسَ إِلَّا بِتَمْلِكِ طَائِفَةٍ مِنَ الْمَالِ، فَوَصَفُ الْمَالِ بِالْوُجُوبِ؛ لِأَنَّ الْأَدَاءَ الْمَوْصُوفَ بِهِ يَقُولُ إِلَيْهِ فِي الْمَالِ فَكَانَ وَصْفًا مَجَازِيًّا، فَإِنْ قُلْتَ: الْعَجْزُ بِنَفْسِهِ وَبِخَلْفِهِ يَذُلُّ عَلَى تَعَذُّرِ الْمَطَالِبَةِ مِنْهُ وَذَلِكَ لَا يَسْتَلْزِمُ بُطْلَانَ الدَّيْنِ فِي نَفْسِهِ كَمَنْ كَفَلَ عَنْ عَبْدٍ مَعْجُورٍ أَقْرَبَ بَدَيْنٍ فَإِنَّهَا تَصِحُّ، وَإِنْ تَعَذَّرَ الْمَطَالِبَةُ فِي حَالَةِ الرَّقِّ.

قُلْنَا: غَلَطَ بَعْدَ التَّفَرُّقَةِ بَيْنَ ذِمَّةٍ صَالِحَةٍ لَوُجُوبِ الْحَقِّ عَلَيْهَا ضَعُفَتْ بِالرَّقِّ وَبَيْنَ ذِمَّةٍ خَرِبَتْ بِالْمَوْتِ وَلَمْ يَبْقَ أَهْلًا لِلْوُجُوبِ عَلَيْهَا، وَهَذَا التَّقْرِيرُ كَمَا تَرَى يُشِيرُ إِلَى أَنَّ الْمُصَنِّفَ ذَكَرَ دَلِيلَ أَبِي حَنِيفَةَ بِطَرِيقِ الْمَعَارِضَةِ وَلَوْ أَخْرَجَهُ إِلَى سَبِيلِ الْمُمَانَعَةِ بَأَنَّهُ يَقُولُ لَا تُسَلِّمُ أَنَّ الدَّيْنَ ثَابِتٌ بَلْ هُوَ سَاقِطٌ، وَسَيَذْكُرُ السَّنَدَ بِقَوْلِهِ فَإِنَّ الدَّيْنَ هُوَ الْفِعْلُ كَانَ أَحْذَقَ فِي وُجُوهِ النَّظَرِ عَلَى مَا لَا يَخْفَى عَلَى الْمُحْصِلِينَ وَتَبَّهَ لَهُذِهِ التُّكْنَةُ وَاسْتَعْنِ عَنْ إِعَادَتِهَا فِيمَا هُوَ نَظِيرُهُ فِيمَا سَيَأْتِي.

(قَوْلُهُ: وَالتَّبَرُّعُ لَا يَعْتَمِدُ قِيَامَ الدَّيْنِ) جَوَابٌ عَمَّا قَالَا وَلَوْ تَبَرَّعَ بِهِ إِنْسَانٌ صَحَّ يَعْنِي أَنَّ التَّبَرُّعَ لَا يَعْتَمِدُ قِيَامَ الدَّيْنِ، فَإِنَّ مَنْ قَالَ لِفُلَانٍ عَلَيَّ أَلْفُ دِرْهَمٍ وَأَنَا كَفِيلٌ بِهِ صَحَّتْ الْكَفَالَةُ وَعَلَيْهِ أَدَاؤُهُ وَإِنْ لَمْ يُوجَدْ الدَّيْنُ أَصْلًا؛ وَلِأَنَّ بُطْلَانَ الدَّيْنِ إِنَّمَا هُوَ فِي حَقِّ الْمَيْتِ لَا الْمُسْتَحِقِّ؛ لِأَنَّ الْمَوْتَ يُخْرِجُ مَنْ قَامَ بِهِ عَنِ الْمَحَلِّيَّةِ، وَإِذَا كَانَ بَاقِيًا فِي حَقِّ الْمُسْتَحِقِّ حَلَّ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ بِدَيْنِهِ مَا تَبَرَّعَ بِهِ الْغَيْرُ، وَعَلَى هَذَا لَا يَبْطُلُ الْبَيْعُ بِمَوْتِ الْمُشْتَرِي مُفْلَسًا لِبَقَائِهِ فِي حَقِّ الْبَائِعِ، فَإِنَّ السَّقُوطَ فِي حَقِّ الْمَيْتِ لِمُضَرَّةٍ فَوَتْ الْمَحَلَّ فَلَا يَتَعَدَّى إِلَى غَيْرِهِ، بِخِلَافِ الْفُلُوسِ إِذَا كَسَدَتْ فَإِنَّ الْمَلِكَ قَدْ بَطَلَ فِي حَقِّ الْمُشْتَرِي فَلِذَلِكَ انْتَقَضَ الْعَقْدُ (قَوْلُهُ: وَإِذَا كَانَ بِهِ كَفِيلٌ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِمَا وَكَذَا يَبْقَى إِذَا كَانَ بِهِ كَفِيلٌ أَوْ لَهُ مَالٌ. وَيَبَيِّنُهُ أَنَّ الْقُدْرَةَ شَرْطُ الْفِعْلِ إِمَّا بِنَفْسِ الْقَادِرِ أَوْ بِخَلْفِهِ، وَإِذَا كَانَ

بِهِ كَفِيلٌ أَوْ لَهُ مَالٌ، فَإِنْ انْتَفَى الْقَادِرُ فَخَلَفَهُ وَهُوَ الْوَكِيلُ أَوْ الْمَالُ فِي حَقِّ بَقَاءِ الدَّيْنِ بَاقٍ (قَوْلُهُ: أَوْ الْإِفْضَاءُ) عَلَى مَا هُوَ السَّمَاعُ وَعَلَيْهِ أَكْثَرُ النُّسخِ نُزْلُ، وَكَأَنَّهُ قَالَ الْكَفِيلُ وَالْمَالُ إِنْ لَمْ يَكُونَا خَلَفَيْنِ فَالْإِفْضَاءُ (إِلَى الْأَدَاءِ) بِوُجُودِهِمَا (بَاقٍ) بِخِلَافِ مَا إِذَا عَدِمَا، وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ فِي الْكَلَامِ لَفٌّ وَتَشْرُ. وَتَقْدِيرُهُ فَخَلَفَهُ وَهُوَ الْوَكِيلُ أَوْ الْإِفْضَاءُ إِلَى مَا يُفْضِي إِلَى الْأَدَاءِ وَهُوَ الْمَالُ بَاقٍ، وَعَلَى هَذَا يُشْتَرَطُ فِي الْقُدْرَةِ، إِمَّا نَفْسُ الْقَادِرِ أَوْ خَلَفُهُ أَوْ مَا يُفْضِي إِلَى الْأَدَاءِ، وَقَدْ وَقَعَ فِي بَعْضِ النُّسخِ إِذْ الْإِفْضَاءُ عَلَى وَجْهِ التَّغْلِيلِ لِقَوْلِهِ فَخَلَفَهُ، وَعَلَى هَذَا يَكُونُ تَقْدِيرُ الْكَلَامِ فَخَلَفَهُ بَاقٍ حَذْفُهُ لِدَلَالَةِ الْمَذْكُورِ عَلَيْهِ كَمَا فِي قَوْلِهِ: نَحْنُ بِمَا عِنْدَنَا وَأَنْتَ بِمَا عِنْدَكَ رَاضٍ، وَالرَّأْيُ مُخْتَلَفٌ وَمَعْنَاهُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنَ الْكَفِيلِ وَالْمَالِ خَلَفٌ لِلْمَيِّتِ؛ لِأَنَّ رَجَاءَ الْأَدَاءِ مِنْهُمَا بَاقٍ، فَإِنَّ الْخَلْفَ مَا بِهِ يَحْصُلُ كِفَايَةُ أَمْرِ الْأَصْلِ عِنْدَ عَدَمِهِ وَهُمَا كَذَلِكَ فَكَأَنَّا خَلَفَيْنِ، وَفِيهِ مَا تَرَى مِنْ التَّكْلُفِ مَعَ الْعُتْبَةِ عَنْهُ بِالْأُولَى.

فَإِنْ قِيلَ: إِنْ اسْتَدَلَّ الْخَصْمُ بِإِطْلَاقِ قَوْلِهِ ﷺ «الرَّعِيمُ غَارِمٌ» فَإِنَّهُ لَا يُفْصَلُ بَيْنَ الْحَيِّ وَالْمَيِّتِ، وَبِمَا رُوِيَ «أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أُتِيَ بِجَنَازَةِ أَنْصَارِيٍّ لِيُصَلِّيَ عَلَيْهِ فَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: فَهَلْ عَلَى صَاحِبِكُمْ دَيْنٌ؟ فَقَالُوا: نَعَمْ دِرْهَمَانِ أَوْ دِينَارَانِ، فَاِمْتَنَعَ مِنَ الصَّلَاةِ عَلَيْهِ وَقَالَ: صَلُّوا عَلَى صَاحِبِكُمْ، فَقَامَ عَلَيَّ أَوْ أَبُو قَتَادَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا عَلَى اخْتِلَافِ الرَّوَّائِيْنِ وَقَالَ هُمَا عَلَيَّ يَا رَسُولَ اللَّهِ، فَصَلَّى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ»

وَلَوْ لَمْ تَصِحَّ الْكِفَالَةُ عَنِ الْمَيِّتِ الْمُفْلِسِ لَمَا صَلَّى عَلَيْهِ بَعْدَهَا كَمَا امْتَنَعَ قَبْلَهَا فَمَاذَا يَكُونُ جَوَابُ أَبِي حَنِيفَةَ عَنْ ذَلِكَ؟ فَالْجَوَابُ أَنَّ قَوْلَهُ «الرَّعِيمُ غَارِمٌ» يَدُلُّ عَلَى أَنَّ الْكَفِيلَ يَعْرِفُ مَا كَفَلَ بِهِ، وَالْكَلامُ فِي كَفِيلِ الْمَيِّتِ الْمُفْلِسِ هَلْ هُوَ زَعِيمٌ أَوْ لَا، وَأَمَّا حَدِيثُ الْأَنْصَارِيِّ فَإِنَّهُ يُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ مِنْ عَلِيٍّ أَوْ أَبِي قَتَادَةَ إِقْرَارًا بِكِفَالَةِ سَابِقَةٍ، فَإِنَّ لَفْظَ الْإِقْرَارِ وَالْإِثْنَاءِ فِيهِمَا سَوَاءٌ وَلَا عُمُومَ لِحِكَايَةِ الْحَالِ. وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ وَعْدًا بِالتَّبَرُّعِ وَنَحْنُ نَقُولُ بِجَوَازِهِ بِدَلِيلِ مَا رُوِيَ «أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ كَانَ يَقُولُ لَعَلِّي: مَا فَعَلَ الدِّينَارَانِ؟ حَتَّى قَالَ يَوْمًا قَضَيْتُهُمَا فَقَالَ: الْآنَ بَرَدَتْ عَلَيْهِ جِلْدَتُهُ» وَلَمْ يُجْبِرْهُ عَلَى الْأَدَاءِ، وَلَوْ كَانَ كِفَالَةُ لِأَجْبِرَهُ عَلَى ذَلِكَ. وَالْحَقُّ أَنَّ مَنْ قَالَ بَأَنَّ الْكِفَالَةَ ضَمُّ دِمَّةٍ إِلَى دِمَّةٍ لَزِمَهُ الْقَوْلُ بِإِطْلَانِ الْكِفَالَةِ عَنِ الْمَيِّتِ الْمُفْلِسِ لِعَدَمِ مَا

يُضْمُّ إِلَيْهِ وَجَاحِدُهُ مُتَسَاهِلٌ حَيْثُ لَمْ يَثْبُتْ مِنَ الشَّرْعِ جَعْلُ الذِّمَّةِ الْمَعْدُومَةِ مَوْجُودَةً، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

قَالَ (وَمَنْ كَفَلَ عَنْ رَجُلٍ بِأَلْفٍ عَلَيْهِ بِأَمْرِهِ فَقَضَاهُ الْأَلْفَ قَبْلَ أَنْ يُعْطِيَهُ صَاحِبُ الْمَالِ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ فِيهَا) لِأَنَّهُ تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّ الْقَابِضِ عَلَى احْتِمَالِ قَضَائِهِ الدَّيْنَ فَلَا يَجُوزُ الْمُطَالَبَةُ مَا بَقِيَ هَذَا الْإِحْتِمَالُ، كَمَنْ عَجَّلَ زَكَاتَهُ وَدَفَعَهَا إِلَى السَّاعِي، وَلِأَنَّهُ مَلَكَهُ بِالْقَبْضِ عَلَى مَا تَذَكَّرُ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ الدَّفْعُ عَلَى وَجْهِ الرِّسَالَةِ لِأَنَّهُ تَمَحَّضَ أَمَانَتُهُ فِي يَدِهِ (وَأِنْ رَجَعَ الْكَفِيلُ فِيهِ فَهُوَ لَا يَتَصَدَّقُ بِهِ) لِأَنَّهُ مَلَكَهُ حِينَ قَبْضِهِ، أَمَّا إِذَا قَضَى الدَّيْنَ فَظَاهِرٌ، وَكَذَا إِذَا قَضَى الْمَطْلُوبُ بِنَفْسِهِ وَثَبَّتَ لَهُ حَقُّ الاسْتِرْدَادِ لِأَنَّهُ وَجَبَ لَهُ عَلَى الْمَكْفُولِ عَنْهُ مِثْلُ مَا وَجَبَ لِلطَّالِبِ عَلَيْهِ، إِلَّا أَنَّهُ أَخَّرَتْ الْمُطَالَبَةُ إِلَى وَقْتِ الْأَدَاءِ فَتَزَلَّ مَنْزِلَةُ الدَّيْنِ الْمُؤَجَّلِ، وَلِهَذَا لَوْ أَبْرَأَ الْكَفِيلُ الْمَطْلُوبَ قَبْلَ آدَائِهِ يَصِحُّ، فَكَذَا إِذَا قَبْضَهُ يَمْلِكُهُ إِلَّا أَنْ فِيهِ نَوْعٌ خُبْتُ نُبَيْتُهُ فَلَا يُعْمَلُ مَعَ الْمَلِكِ فِيمَا لَا يَتَعَيَّنُ وَقَدْ قَرَّرْنَاهُ فِي الْبُيُوعِ

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ كَفَلَ عَنْ رَجُلٍ بِأَلْفٍ إلخ) رَجُلٌ كَفَلَ عَنْ رَجُلٍ بِأَمْرِهِ بِأَلْفٍ عَلَيْهِ فَقَضَى الْأَصِيلُ الْكَفِيلَ الْأَلْفَ قَبْلَ أَنْ يُعْطِيَ الْكَفِيلُ الْأَلْفَ صَاحِبَ الْمَالِ، فَلَا يَخْلُو إِمَّا أَنْ يَكُونَ قَضَاهُ عَلَى وَجْهِ الْاِقْتِضَاءِ بِأَنْ دَفَعَ الْمَالُ إِلَيْهِ وَقَالَ إِنِّي لَا أَمْنُ مِنْ أَنْ يَأْخُذَ الطَّالِبُ مِنْكَ حَقَّهُ فَخَذَهَا قَبْلَ أَنْ تُؤَدِّيَ قَبْضَهُ أَوْ عَلَى وَجْهِ الرِّسَالَةِ وَهُوَ أَنْ يَقُولَ الْأَصِيلُ لِلْكَفِيلِ خُذْ هَذَا الْمَالِ وَادْفَعْ إِلَى الطَّالِبِ، فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ فَلَيْسَ لِلْأَصِيلِ أَنْ يَرْجِعَ فِيهَا: أَيْ فِي الْأَلْفِ الْمَدْفُوعِ، وَأَنَّهُ بِاعْتِبَارِ الدَّرَاهِمِ؛ لِأَنَّهُ تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّ الْقَابِضِ، وَهُوَ الْكَفِيلُ عَلَى احْتِمَالِ قَضَائِهِ الدَّيْنِ فَمَا لَمْ يَنْطَلِ هَذَا الْإِحْتِمَالُ بِأَدَاءِ الْأَصِيلِ بِنَفْسِهِ حَقُّ الطَّالِبِ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَسْتَرِدَّه؛ لِأَنَّ الدَّفْعَ إِذَا كَانَ لَعَرَضٍ لَا يَجُوزُ الاسْتِرْدَادُ فِيهِ مَا دَامَ بَاقِيًا لَلَا يَكُونُ سَعْيًا فِي نَقْضِ مَا أَوْجَبَهُ، وَهَذَا كَمَنْ عَجَّلَ الزَّكَاةَ وَدَفَعَهَا إِلَى السَّاعِي؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَسْتَرِدَّهَا؛ لِأَنَّ الدَّفْعَ كَانَ لَعَرَضٍ وَهُوَ أَنْ يَصِيرَ زَكَاةً بَعْدَ الْحَوْلِ، فَمَا دَامَ الْإِحْتِمَالُ بَاقِيًا لَيْسَ لَهُ الرَّجُوعُ؛ وَلِأَنَّ الْكَفِيلَ مَلَكَهُ بِالْقَبْضِ عَلَى مَا تَذَكَّرَهُ، وَإِنْ كَانَ الثَّانِي فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَسْتَرِدَّه أَيْضًا؛ لِأَنَّهُ تَعَلَّقَ بِالْمُؤَدَّى حَقُّ الطَّالِبِ وَالْمَطْلُوبُ يَنْطَلِ ذَلِكَ بِاسْتِرْدَادِهِ فَلَا يَقْدِرُ عَلَيْهِ لَكِنُّهُ لَمْ يَمْلِكْهُ؛ لِأَنَّهُ تَمَحَّضَ فِي يَدِهِ

أَمَانَةً، فَإِنْ تَصَرَّفَ الْكَفِيلُ فِيمَا قَبَضَهُ عَلَى وَجْهِ الْاِقْتِضَاءِ وَرَبِحَ فِيهِ فَالرَّبِيحُ لَهُ لَا يَجِبُ عَلَيْهِ التَّصَدُّقُ بِهِ؛ لِأَنَّهُ مَلَكَهُ حِينَ قَبَضَهُ، وَالرَّبِيحُ الْحَاصِلُ مِنْ مِلْكِهِ طَيِّبٌ لَهُ لَا مَحَالَةَ.

وَأَيْمًا قُلْنَا إِنَّهُ مَلَكَهُ حِينَ قَبَضَهُ؛ لِأَنَّ قَضَاءَ الدَّيْنِ إِمَّا أَنْ يَحْصُلَ مِنَ الْكَفِيلِ أَوْ مِنَ الْأَصِيلِ، فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ فَظَاهِرٌ؛ لِأَنَّهُ قَبَضَ مَا وَجَبَ لَهُ فَيَمْلِكُهُ مِنْ حِينَ قَبَضَهُ كَمَنْ قَبَضَ الدَّيْنَ الْمُؤَجَّلَ مُعَجَّلًا، وَإِنْ كَانَ الثَّانِي فَلَائُهُ وَجَبَ لِلْكَفِيلِ عَلَى الْمَكْفُولِ عَنْهُ مِثْلُ مَا وَجَبَ لِلطَّالِبِ عَلَى الْكَفِيلِ. قَالَ فِي النِّهَايَةِ: وَذَلِكَ؛ لِأَنَّ الْكَفَالَهَ تُوجِبُ دَيْنَيْنِ: دَيْنًا لِلطَّالِبِ عَلَى الْكَفِيلِ وَدَيْنًا لِلْكَفِيلِ عَلَى الْمَكْفُولِ عَنْهُ، لَكِنَّ دَيْنَ الطَّالِبِ حَالٌ وَدَيْنَ الْكَفِيلِ مُؤَجَّلٌ إِلَى وَقْتِ الْأَدَاءِ مِنْ حَيْثُ تَأْخِيرُ مُطَالَبَتِهِ بِمَا وَجَبَ لَهُ عَلَى الْمَكْفُولِ عَنْهُ إِلَى مَا بَعْدَ الْأَدَاءِ، وَلِهَذَا لَوْ أَخَذَ الْكَفِيلُ مِنَ الْأَصِيلِ رَهْنًا بِهَذَا الْمَالِ صَحَّ بِمَنْزِلَةِ مَا لَوْ أَخَذَ رَهْنًا بِدَيْنٍ مُؤَجَّلٍ، وَلَوْ أُبْرَأَ الْكَفِيلُ الْأَصِيلُ قَبْلَ الْأَدَاءِ إِلَى الطَّالِبِ مِنَ الدَّيْنِ أَوْ وَهَبَهُ مِنْهُ يَجُوزُ، حَتَّى لَوْ أَدَّاهُ الْكَفِيلُ إِلَى الطَّالِبِ بَعْدَ ذَلِكَ لَمْ يَرْجِعْ بِهِ عَلَى الْأَصِيلِ.

وَقَالَ: كَذَا ذَكَرَهُ الْإِمَامُ قَاضِي خَانُ وَالْإِمَامُ الْمُحْتَوِي، وَهَذَا مُوَافِقٌ لِبَعْضِ عِبَارَةِ الْكِتَابِ ظَاهِرًا، وَالْمَسَائِلُ الْمُسْتَشْهَدُ بِهَا، وَلَكِنْ لَا يُوَافِقُ مَا تَقَدَّمَ مِنْ أَنَّ الصَّحِيحَ أَنَّ الْكَفَالَهَ ضَمُّ دِمَّةٍ إِلَى دِمَّةٍ فِي الْمُطَالَبَةِ، فَإِنَّهُ عَلَى هَذَا التَّقْدِيرِ الْكَفَالَهَ تُوجِبُ لِلْكَفِيلِ عَلَى الْأَصِيلِ مِنَ الْمُطَالَبَةِ مِثْلُ مَا وَجَبَ لِلطَّالِبِ عَلَى الْأَصِيلِ مِنَ الْمُطَالَبَةِ، إِلَّا أَنَّ مُطَالَبَةَ الطَّالِبِ حَالَةٌ وَمُطَالَبَةُ الْكَفِيلِ أُخِّرَتْ إِلَى وَقْتِ الْأَدَاءِ، فَتَزُولُ مَا وَجَبَ لِلْكَفِيلِ عَلَى الْأَصِيلِ مِنَ الْمُطَالَبَةِ مَنْزِلَةَ الدَّيْنِ الْمُؤَجَّلِ، وَلِهَذَا: أَيُّ لَكُونِهِ نَازِلًا مَنْزِلَتَهُ لَوْ أُبْرَأَ الْكَفِيلُ الْمَطْلُوبَ قَبْلَ أَدَائِهِ صَحَّ، وَكَذَا إِذَا أَخَذَ رَهْنًا أَوْ وَهَبَهُ مِنْهُ، وَإِلَى هَذَا ذَهَبَ بَعْضُ الشَّارِحِينَ وَجَعَلَ ضَمِيرَ عَلَيْهِ لِلْمَكْفُولِ عَنْهُ، وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ لِلْكَفِيلِ وَالْمَعْنَى بِحَالِهِ: أَيُّ الْكَفَالَهَ تُوجِبُ لِلْكَفِيلِ عَلَى الْأَصِيلِ مِنَ الْمُطَالَبَةِ مِثْلُ مَا تُوجِبُ لِلطَّالِبِ عَلَى الْكَفِيلِ مِنَ الْمُطَالَبَةِ، وَفِيهِ مِنَ التَّمَحُّلِ مَا تَرَى مِنْ تَنْزِيلِ الْمُطَالَبَةِ مَنْزِلَةَ الدَّيْنِ الْمُؤَجَّلِ وَتَمْلِكُهُ مَا قَبَضَ بِمُحَرَّدٍ مَا لَهُ مِنَ الْمُطَالَبَةِ مِنْ أَنَّ الْمُطَالَبَةَ لَا تَسْتَلْزِمُ الْمِلْكَ كَالْوَكِيلِ بِالْخُصُومَةِ أَوْ الْقَبْضِ فَإِنَّ لَهُ الْمُطَالَبَةَ وَلَا يَمْلِكُ مَا قَبَضَ.

وَلَعَلَّ الصَّوَابَ أَنْ يَكُونَ تَوْجِيهٌ كَلَامِهِ؛ لِأَنَّهُ وَجِبَ لِلْكَفِيلِ عَلَى الْمَكْفُولِ عَنْهُ مِنْ الدَّيْنِ مِثْلُ مَا وَجِبَ لِلطَّالِبِ عَلَى الْمَكْفُولِ عَنْهُ لَا عَلَى الْكَفِيلِ، وَحِينَئِذٍ لَا مُنَافَاةَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ مَا تَقَدَّمَ أَنَّ الْكَفَالَهَ ضَمُّ ذِمَّةٍ إِلَى ذِمَّةٍ فِي الْمَطَالِبَةِ؛ لِأَنَّ النَّسْبَةَ إِلَى الطَّالِبِ لَيْسَ عَلَى الْكَفِيلِ إِلَّا الْمَطَالِبَةُ، وَأَمَّا أَنْ يَكُونَ لِلْكَفِيلِ ذَيْنٌ عَلَى الْمَكْفُولِ عَنْهُ مِثْلُ ذَيْنِ الطَّالِبِ فَلَا يُنَافِي ذَلِكَ فَيَكُونُ الْوَاجِبُ عِنْدَ الْكَفَالَهَ ذَيْتَيْنِ وَثَلَاثَ مُطَالِبَاتٍ: ذَيْنِ وَمُطَالِبَةُ خَالَيْنِ لِلطَّالِبِ عَلَى الْأَصِيلِ، وَمُطَالِبَةُ فَقَطْ لَهُ عَلَى الْكَفِيلِ بِنَاءً عَلَى أَنَّ الْكَفَالَهَ ضَمُّ ذِمَّةٍ إِلَى ذِمَّةٍ فِي الْمَطَالِبَةِ، وَذَيْنِ وَمُطَالِبَةُ لِلْكَفِيلِ عَلَى الْأَصِيلِ، إِلَّا أَنَّ الْمَطَالِبَةَ مُتَأَخِّرَةٌ إِلَى وَقْتِ الْأَدَاءِ فَيَكُونُ ذَيْنُ الْكَفِيلِ مُؤَجَّلًا، وَلِهَذَا لَيْسَ لَهُ أَنْ يُطَالِبَهُ قَبْلَ الْأَدَاءِ كَمَا تَقَدَّمَ. فَإِنْ قِيلَ: فَمَا مَعْنَى قَوْلِهِ فَتَزَلْ مِثْلُ الدَّيْنِ الْمُؤَجَّلِ وَهُوَ مُؤَجَّلٌ؟ قُلْنَا: مَعْنَاهُ فَتَزَلْ هَذَا الدَّيْنُ الْمُؤَجَّلُ مِثْلُ ذَيْنِ مُؤَجَّلٍ لَمْ يَكُنْ بِالْكَفَالَهَ، وَفِي ذَلِكَ إِذَا قَبَضَهُ مُعَجَّلًا مَلَكَهُ، فَكَذَا هُنَا، هَذَا مَا سَنَحَ لِي، وَاللَّهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ إِلَّا أَنْ فِيهِ: أَيْ فِي الرَّبْحِ الْحَاصِلِ لِلْكَفِيلِ بِتَصْرِفِهِ فِي الْمَقْبُوضِ عَلَى وَجْهِ الْاِقْتِضَاءِ وَقَدْ أَدَّى الْأَصِيلُ الدَّيْنَ نَوْعُ خُبْثٍ عَلَى مَذْهَبِ أَبِي حَنِيفَةَ بَيْنَهُ فِي مَسْأَلَةِ الْكَفَالَهَ بِالْكَرِّ وَالْخُبْثُ لَا يَعْمَلُ مَعَ الْمَلِكِ فِيمَا لَا يَتَعَيَّنُ؛ وَقَدْ قَرَّرْنَاهُ فِي الْبُيُوعِ فِي آخِرِ فُصْلٍ أَحْكَامُ الْبَيْعِ الْفَاسِدِ. وَأَمَّا إِذَا قَضَاهُ الْكَفِيلُ فَلَا خُبْثَ فِيهِ أَصْلًا فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا. وَإِذَا قَبَضَهُ عَلَى وَجْهِ الرِّسَالَةِ فَالرَّبْحُ لَا يَطِيبُ لَهُ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ؛ لِأَنَّهُ رِبْحٌ مِنْ أَصْلِ خَبِيثٍ، وَفِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ يَطِيبُ؛ لِأَنَّ الْخَرَاجَ بِالضَّمَانِ أَصْلُهُ الْمُدْغُ إِذَا تَصَرَّفَ فِي الْوَدِيعَةِ وَرِبْحٌ فَإِنَّهُ عَلَى الْاِخْتِلَافِ.

(وَلَوْ كَانَتْ الْكَفَالَهُ بِكَرٍّ حَنْطَلَةٍ فَقَبَضَهَا الْكَفِيلُ فَبَاعَهَا وَرِبْحٌ فِيهَا فَالرَّبْحُ لَهُ فِي الْحُكْمِ) لَمَّا بَيَّنَّا أَنَّهُ مَلَكُهُ (قَالَ: وَأَحَبُّ إِلَيَّ أَنْ يَرُدَّهُ عَلَى الَّذِي قَضَاهُ الْكَرُّ وَلَا يَجِبُ عَلَيْهِ فِي الْحُكْمِ) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي رَوَايَةِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُمَا اللَّهُ: هُوَ لَهُ وَلَا يَرُدُّهُ عَلَى الَّذِي قَضَاهُ وَهُوَ رَوَايَةٌ عَنْهُ، وَعَنْهُ أَنَّهُ يَتَصَدَّقُ بِهِ. لَهُمَا أَنَّهُ رِبْحٌ فِي مِلْكِهِ عَلَى الْوَجْهِ الَّذِي بَيَّنَّاهُ فَيَسْلَمُ لَهُ. وَلَهُ أَنَّهُ تَمَكَّنَ الْخُبْثُ مَعَ الْمَلِكِ، إِمَّا لِأَنَّهُ سَبِيلٌ مِنَ الْاِسْتِرْدَادِ بِأَنْ يَقْضِيَهُ بِنَفْسِهِ، أَوْ لِأَنَّهُ رَضِيَ بِهِ عَلَى اعْتِبَارِ قَضَاءِ الْكَفِيلِ، فَإِذَا قَضَاهُ بِنَفْسِهِ لَمْ يَكُنْ رَاضِيًا بِهِ وَهَذَا الْخُبْثُ يَعْمَلُ فِيمَا يَتَعَيَّنُ فَيَكُونُ سَبِيلُهُ

التَّصَدُّقُ فِي رِوَايَةٍ، وَيَرُدُّهُ عَلَيْهِ فِي رِوَايَةٍ لَأَنَّ الْخُبْثَ لِحَقَّهُ، وَهَذَا أَصَحُّ لَكِنَّهُ اسْتِحْبَابٌ لَا جَبْرَ لَأَنَّ الْحَقَّ لَهُ.

الشرح:

قَالَ (وَلَوْ كَانَتْ الْكَفَالَةُ بِكُرِّ حِنْطَةٍ إلخ) مَا مَرَّ كَانَ فِي حُكْمِ الرِّبْحِ فِيمَا لَا يَتَعَيَّنُ، أَمَّا إِذَا كَانَتْ الْكَفَالَةُ فِيمَا يَتَعَيَّنُ كَكُرِّ مِنْ حِنْطَةٍ قَبْضُهَا الْكَفِيلُ مِنَ الْأَصِيلِ قَبْلَ أَنْ يُؤَدِّيَ إِلَى الطَّالِبِ وَتَصَرَّفَ فِيهَا وَرَبِحَ فَالرِّبْحُ لَهُ فِي الْقَضَاءِ لَمَّا بَيَّنَّا أَنَّهُ مِلْكُهُ. قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: وَأَحَبُّ إِلَيَّ أَنْ يَرُدَّهُ عَلَى الَّذِي قَضَاهُ: يَعْنِي الْمَكْفُولُ عَنْهُ وَلَا يَجِبُ ذَلِكَ فِي الْحُكْمِ، وَهَذَا رِوَايَةُ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ.

وَفِي رِوَايَةِ كِتَابِ الْبُيُوعِ عَنْهُ: الرِّبْحُ لَهُ لَا يَتَّصِدَّقُ بِهِ وَلَا يَرُدُّهُ عَلَى الْأَصِيلِ، وَبِهِ أَخَذَ أَبُو يُونُسَ وَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُمَا اللَّهُ وَفِي رِوَايَةِ كِتَابِ الْكَفَالَةِ عَنْهُ أَنَّهُ لَا يَطِيبُ لَهُ وَيَتَّصَدَّقُ بِهِ وَجْهٌ رِوَايَةِ كِتَابِ الْبُيُوعِ وَهُوَ دَلِيلُهُمَا أَنَّهُ رِبْحٌ فِي مِلْكِهِ عَلَى الْوَجْهِ الَّذِي بَيَّنَّا، وَمَنْ رِبْحٌ فِي مِلْكِهِ يُسَلِّمُ لَهُ الرِّبْحُ. وَوَجْهٌ رِوَايَةِ كِتَابِ الْكَفَالَةِ أَنَّهُ تَمَكَّنَ الْخُبْثُ مَعَ الْمَلِكِ لِأَحَدِ الْوَجْهَيْنِ: إِمَّا؛ لِأَنَّ الْأَصِيلَ بِسَبِيلٍ مِنَ الْاسْتِرْدَادِ عَلَى تَقْدِيرِ أَنْ يَقْضِيَ الْكُرَّ بِنَفْسِهِ، وَإِنْ كَانَ كَذَلِكَ كَانَ الرِّبْحُ حَاصِلًا فِي مِلْكٍ مُتَرَدِّدٍ بَيْنَ أَنْ يُقَرَّ وَأَنْ لَا يُقَرَّ، وَمِثْلُ ذَلِكَ مِلْكٌ قَاصِرٌ وَلَوْ عَدِمَ الْمَلِكُ أَصْلًا كَانَ خَبِيثًا، فَإِذَا كَانَ قَاصِرًا تَمَكَّنَ فِيهِ شُبْهَةُ الْخُبْثِ. وَإِمَّا؛ لِأَنَّهُ رَضِيَ بِهِ أَنْ يَكُونَ الْمُدْفُوعُ مِلْكًا لِلْكَفِيلِ عَلَى اعْتِبَارِ قَضَائِهِ فَإِذَا قَضَاهُ الْأَصِيلُ بِنَفْسِهِ لَمْ يَكُنْ رَاضِيًا بِهِ فَتَمَكَّنَ فِيهِ الْخُبْثُ، وَهَذَا الْخُبْثُ: أَيُّ الَّذِي يَكُونُ مَعَ الْمَلِكِ يَعْمَلُ فِيمَا يَتَعَيَّنُ وَهُوَ رَاجِعٌ إِلَى أَوَّلِ الْكَلَامِ، وَتَقْرِيرُهُ تَمَكَّنَ الْخُبْثُ مَعَ الْمَلِكِ وَكُلُّ خُبْثٍ تَمَكَّنَ مَعَ الْمَلِكِ يَعْمَلُ فِيمَا يَتَعَيَّنُ لَمَّا تَقَدَّمَ فِي الْبُيُوعِ، فَهَذَا الْخُبْثُ يَعْمَلُ فِي الْكُرِّ؛ لِأَنَّهُ مِمَّا يَتَعَيَّنُ وَالْخُبْثُ سَبِيلُهُ التَّصَدُّقُ فَيَتَّصَدَّقُ بِهِ. وَوَجْهٌ رِوَايَةِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ أَنَّ الْخُبْثَ لِحَقِّهِ: أَيُّ لِحَقِّ الَّذِي قَضَاهُ، فَإِذَا رُدَّ إِلَيْهِ وَصَلَ الْحَقُّ إِلَى مُسْتَحَقِّهِ، وَهَذَا أَصَحُّ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ لِلْمَكْفُولِ عَنْهُ لَكِنَّهُ اسْتِحْبَابٌ لَا جَبْرٌ؛ فَإِذَا رُدَّ عَلَيْهِ فَإِنْ كَانَ فَقِيرًا طَابَ لَهُ، وَإِنْ كَانَ غَنِيًّا فَفِيهِ رِوَايَتَانِ.

قَالَ الْإِمَامُ فَخْرُ الْإِسْلَامِ: وَالْأَشْبَهُ أَنْ يَطِيبَ لَهُ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا رُدَّ عَلَيْهِ بِاعْتِبَارِ أَنَّهُ حَقُّهُ، هَذَا إِذَا قَبْضَهُ عَلَى وَجْهِ الْاِقْتِضَاءِ، وَإِذَا قَبْضَهُ عَلَى وَجْهِ الرِّسَالَةِ فَعَلَى مَا تَقَدَّمَ مِنْ

الاختلاف فيما لا يتعين عند أبي حنيفة ومحمد لا يطيب الربح للكفيل، وعند أبي يوسف رحمه الله يطيب.

قال (ومن كفّل عن رجل بألف عليه بأمره الأصيل أن يتعين عليه حريراً ففعل فالشراء للكفيل والربح الذي ربحه البائع فهو عليه) ومعناه الأمر ببيع العينة مثل أن يستقرض من تاجر عشرة فيتأبى عليه ويبيع منه ثوباً يساوي عشرة بخمسة عشر مثلاً رغبةً في ثل الزيادة لبيعه المستقرض بعشرة ويتحمل عليه خمسة؛ سمي به لما فيه من الإعراض عن الدين إلى العين، وهو مكروه لما فيه من الإعراض عن مبرة الإقراض مطاوعة مذموم البخل. ثم قيل: هذا ضمان لما يخسر المشتري نظراً إلى قوله عليّ وهو فاسد وليس بتوكيل وقيل هو توكيل فاسد؛ لأن الحرير غير متعين، وكذا الثمن غير متعين لجهالة ما زاد على الدين، وكيفما كان فالشراء للمشتري وهو الكفيل والربح؛ أي الزيادة عليه لأنه العاقد.

الشرح:

قال (ومن كفّل عن رجل بألف إلخ) إذا أمر الأصيل الكفيل أن يعامل إنساناً بطريق العينة، وفسره المصنف بأن يستقرض من تاجر عشرة فيتأبى عليه ويبيع منه ثوباً يساوي عشرة بخمسة عشر مثلاً رغبةً في ثل الزيادة لبيعه المشتري المستقرض بعشرة ويتحمل خمسة ففعل الكفيل ذلك فالشراء واقع له والربح الذي ربحه البائع عليه لا على الأصيل.

وسمي هذا البيع عينة لما فيه من الإعراض عن الدين إلى العين، وهو مكروه؛ لأن فيه الإعراض عن مبرة الإقراض مطاوعة للبخل الذي هو مذموم، وكان الكره حصل من المجموع، فإن الإعراض عن الإقراض ليس بمكروه، والبخل الحاصل من طلب الربح في التجارات كذلك، وإلا لكانت المراجعة مكروهة، وإلا لزم الربح للكفيل دون الأصيل؛ لأنه إما كفالة فاسدة على ما قيل نظراً إلى قوله عليّ فإنه كلمة ضمان لكفه فاسد؛ لأن الكفالة والضمان إنما يصح بما هو مضمون على الأصيل والخسران ليس بمضمون على أحد فلا يصح ضمانه، كرجل قال لآخر بع متاعك في هذا السوق على أن كل وصيعة وخسران يصيبك فأنا ضامن به لك فإنه غير صحيح، وأما وكالة

فَاسِدَةٌ نَظَرًا إِلَى قَوْلِهِ تَعَيَّنَ: يَعْنِي اشْتَرَى لِي حَرِيرًا يُعِينُهُ ثُمَّ بَعَهُ بِالنَّقْدِ بِأَقْلٍ مِنْهُ وَأَقْصَى دِينِي، وَفَسَادُهَا بِاعْتِبَارِ أَنَّ الْحَرِيرَ غَيْرُ مُتَعَيَّنٍ: أَيُّ غَيْرُ مَعْلُومِ الْمِقْدَارِ وَالثَّمَنِ كَذَلِكَ.

فَإِنْ قِيلَ: الدَّيْنُ مَعْلُومٌ وَالْمَأْمُورُ بِهِ هُوَ مِقْدَارُهُ فَكَيْفَ يَكُونُ الثَّمَنُ مَجْهُولًا؟

أَجَابَ بِقَوْلِهِ الْجَهَالَةُ مَا زَادَ عَلَى الدَّيْنِ فَإِنَّهُ دَاخِلٌ فِي الثَّمَنِ، وَإِذَا فَسَدَتْ الْكَفَالَةُ أَوْ الْوَكَالَةُ كَانَ الْمُشْتَرَى لِلْمُشْتَرِي وَهُوَ الْكَفِيلُ وَالرَّبْحُ: أَيُّ الزِّيَادَةُ عَلَى الدَّيْنِ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ هُوَ الْعَاقِدُ. وَمِنْ النَّاسِ مَنْ صَوَّرَ لِلْعَيْنَةِ صُورَةً أُخْرَى وَهُوَ أَنْ يَجْعَلَ الْمُقْرَضَ وَالْمُسْتَقْرَضَ يَنْهَمَا ثَالِثًا فِي الصُّورَةِ الَّتِي ذَكَرَهَا فِي الْكِتَابِ فَيَبِيعُ صَاحِبُ الثُّوبِ الثُّوبَ بِاِثْنَيْ عَشَرَ مِنَ الْمُسْتَقْرَضِ ثُمَّ إِنْ الْمُسْتَقْرَضُ يَبِيعُهُ مِنَ الثَّالِثِ بَعَشْرَةَ وَيُسَلِّمُ الثُّوبَ إِلَيْهِ ثُمَّ يَبِيعُ الثَّالِثُ الثُّوبَ مِنَ الْمُقْرَضِ بَعَشْرَةَ وَيَأْخُذُ مِنْهُ عَشْرَةَ وَيَدْفَعُهُ إِلَى الْمُسْتَقْرَضِ فَتَنْدَعِجُ حَاجَتُهُ، وَإِنَّمَا تَوْسَطًا بَثَلْتُ اخْتِرَازًا عَنْ شِرَاءِ مَا بَاعَ بِأَقْلٍ مِمَّا بَاعَ قَبْلَ نَقْدِ الثَّمَنِ. وَمِنْهُمْ مَنْ صَوَّرَ بَعْضُ ذَلِكَ وَهُوَ مَذْمُومٌ اخْتَرَعَهُ أَكَلَةُ الرِّبَا، وَقَدْ ذَمَّهُمْ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بِذَلِكَ فَقَالَ «إِذَا تَبَايَعْتُمْ بِالْعَيْنِ وَأَتَّبَعْتُمْ أَذْنَابَ الْبَقَرِ ذَلَلْتُمْ وَظَهَرَ عَلَيْكُمْ عَدُوَّتُكُمْ» وَقِيلَ: إِيَّاكَ وَالْعَيْنَةَ فَإِنَّهَا لَعِينَةٌ.

قَالَ (وَمَنْ كَفَلَ عَنْ رَجُلٍ بِمَا ذَابَ لَهُ عَلَيْهِ أَوْ بِمَا قَضَى لَهُ عَلَيْهِ فَعَابَ الْمَكْفُولُ عَنْهُ فَأَقَامَ الْمُدَّعِي الْبَيِّنَةَ عَلَى الْكَفِيلِ بِأَنْ لَهُ عَلَى الْمَكْفُولِ عَنْهُ أَلْفَ دِرْهَمٍ لَمْ تُقْبَلْ بَيِّنَتُهُ) لِأَنَّ الْمَكْفُولَ بِهِ مَالٌ مَقْضِيٌّ بِهِ وَهَذَا فِي لَفْظَةِ الْقَضَاءِ ظَاهِرٌ، وَكَذَا هِيَ الْأُخْرَى لِأَنَّ مَعْنَى ذَابَ تَقَرَّرَ وَهُوَ بِالْقَضَاءِ أَوْ مَالٌ يَقْضَى بِهِ وَهَذَا مَاضٍ أُرِيدَ بِهِ الْمُسْتَأْنَفُ كَقَوْلِهِ: أَطَالَ اللَّهُ بِقَاءِكَ فَالدَّعْوَى مُطْلَقٌ عَنْ ذَلِكَ فَلَا تَصِحُّ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ كَفَلَ عَنْ رَجُلٍ بِمَا ذَابَ لَهُ عَلَيْهِ إلخ) رَجُلٌ كَفَلَ عَنْ رَجُلٍ بِمَا ذَابَ لَهُ عَلَيْهِ أَوْ بِمَا قَضَى لَهُ عَلَيْهِ فَعَابَ الْمَكْفُولُ عَنْهُ فَأَقَامَ الْمُدَّعِي الْبَيِّنَةَ عَلَى الْكَفِيلِ أَنْ لَهُ عَلَى الْمَكْفُولِ عَنْهُ أَلْفَ دِرْهَمٍ لَمْ تُقْبَلْ الْبَيِّنَةُ حَتَّى يَحْضُرَ الْمَكْفُولُ عَنْهُ؛ لِأَنَّ قَبُولَهَا يَعْتمِدُ صِحَّةَ الدَّعْوَى، وَدَعْوَاهُ هَذِهِ غَيْرُ صَحِيحَةٍ لَعَدَمِ مُطَابَقَتِهَا بِالْمَكْفُولِ بِهِ وَذَلِكَ؛ لِأَنَّ الْمَالَ الْمَكْفُولَ بِهِ إِمَّا مَالٌ مَقْضِيٌّ بِهِ عَلَى الْأَصِيلِ لِلدَّلَالَةِ مَا قَضَى بِصَرَاحَةٍ عِبَارَتِهِ وَدَلَالَةِ مَا ذَابَ بِاسْتِزَامِهِ عَلَى ذَلِكَ فَإِنَّ مَعْنَى ذَابَ تَقَرَّرَ، وَالتَّقَرُّرُ إِنَّمَا هُوَ بِالْقَضَاءِ وَالدَّعْوَى

مُطْلَقٌ عَنْ ذَلِكَ فَلَا مُطَابَقَةَ بَيْنَهُمَا، وَإِنَّمَا مَالٌ يُقْضَى بِهِ يُجْعَلُ لَفْظُ الْمَاضِي بِمَعْنَى الْمُسْتَقْبَلِ كَقَوْلِهِ: أَطَالَ اللَّهُ بَقَاءَكَ فَهُوَ وَإِنْ كَانَ ضَعِيفًا؛ لِأَنَّ إِرَادَةَ مَعْنَى الْمُسْتَقْبَلِ مِنْ لَفْظِ الْمَاضِي خِلَافُ الظَّاهِرِ لَا يُصَارُ إِلَيْهِ إِلَّا لِنُكْتَةِ تَعَلُّقِ بَعْلِمِ الْبَلَاغَةِ غَيْرُ مُطَابِقٍ لِدَعْوَاهُ لِإِطْلَاقِهَا وَتُفِيدُ الْمَكْفُولَ بِهِ، حَتَّى قِيلَ إِنَّ ادَّعَى عَلَى الْكَفِيلِ أَنَّ قَاضِي بَلَدٍ كَذَبَ قَضَى لَهُ عَلَى الْأَصِيلِ بَعْدَ عَقْدِ الْكَفَالَةِ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ وَأَقَامَ عَلَى ذَلِكَ بَيِّنَةً قُبِلَتْ بَيِّنَتُهُ لَوْجُودِ الْمُطَابَقَةِ حِينَئِذٍ، وَالشَّارِحُونَ ذَهَبُوا فِي تَعْلِيلِ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ إِلَى أَنَّ الْمَكْفُولَ بِهِ مَالٌ قُضِيَ أَوْ يُقْضَى بِهِ بَعْدَ الْكَفَالَةِ وَالْمُدَّعِي يَدَّعِي أَلْفًا يَصِحُّ أَنْ يَكُونَ قَبْلَ عَقْدِ الْكَفَالَةِ وَبَعْدَهُ فَلَا يَدْخُلُ تَحْتَ الْكَفَالَةِ بِالشَّكِّ.

وَلَيْسَ فِي لَفْظِ الْمُصَنَّفِ مَا يَدُلُّ عَلَى ذَلِكَ أَصْلًا كَمَا تَرَى، وَالتَّعْلِيلُ بِدُونِ ذَلِكَ صَحِيحٌ؛ لِأَنَّ الْمَكْفُولَ بِهِ إِنَّمَا مَالٌ مَقْضِيٌّ وَلَمْ يَدَّعِهِ، أَوْ مَالٌ يُقْضَى بِهِ وَمَعَ غَيْبَةِ الْأَصِيلِ لَا يَصِحُّ لِكَوْنِهِ قَضَاءً عَلَى الْعَائِبِ فَلَا تَكُونُ الدَّعْوَى صَحِيحَةً فَلَا تُقْبَلُ الْبَيِّنَةُ.

(وَمَنْ أَقَامَ الْبَيِّنَةَ أَنَّ لَهُ عَلَى فُلَانٍ كَذَا وَأَنَّ هَذَا كَفِيلٌ عَنْهُ بِأَمْرِهِ فَإِنَّهُ يُقْضَى بِهِ عَلَى الْكَفِيلِ وَعَلَى الْمَكْفُولِ عَنْهُ، وَإِنْ كَانَتْ الْكَفَالَةُ بِغَيْرِ أَمْرِهِ يُقْضَى عَلَى الْكَفِيلِ خَاصَّةً) وَإِنَّمَا تُقْبَلُ لِأَنَّ الْمَكْفُولَ بِهِ مَالٌ مُطْلَقٌ، بِخِلَافِ مَا تَقَدَّمَ، وَإِنَّمَا يَخْتَلَفُ بِالْأَمْرِ وَعَدَمِهِ لِأَنَّهُمَا يَتَغَايَرَانِ، لِأَنَّ الْكَفَالَةَ بِأَمْرِ تَبَرُّعٍ ابْتِدَاءً وَمُعَاوَضَةً انْتِهَاءً، وَبِغَيْرِ أَمْرِ تَبَرُّعٍ ابْتِدَاءً وَانْتِهَاءً، فَبِدَعْوَاهُ أَحَدَهُمَا لَا يُقْضَى لَهُ بِالْآخَرِ، وَإِذَا قُضِيَ بِهَا بِالْأَمْرِ ثَبَتَ أَمْرُهُ، وَهُوَ يَتَضَمَّنُ الْإِقْرَارَ بِالْمَالِ فَيَصِيرُ مَقْضِيًّا عَلَيْهِ، وَالْكَفَالَةُ بِغَيْرِ أَمْرِهِ لَا تَمَسُّ جَانِبَهُ لِأَنَّهُ تَعَمُّدٌ صَحِيحُهَا قِيَامُ الدَّيْنِ فِي زَعَمِ الْكَفِيلِ فَلَا يَتَعَدَّى إِلَيْهِ، وَفِي الْكَفَالَةِ بِأَمْرِهِ يَرْجِعُ الْكَفِيلُ بِمَا آدَى عَلَى الْأَمْرِ. وَقَالَ زُفَرٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَا يَرْجِعُ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا أَنْكَرَ فَقَدْ ظَلَمَ فِي زَعَمِهِ فَلَا يَظْلَمُ غَيْرَهُ وَتَحْنُ نَقُولُ صَارَ مُكْذِبًا شَرْعًا فَبَطَلَ مَا زَعَمَهُ.

الشرح:

وَمَنْ أَقَامَ الْبَيِّنَةَ أَنَّ لَهُ عَلَى فُلَانٍ أَلْفَ دِرْهَمٍ، وَأَنَّ هَذَا كَفِيلٌ عَنْهُ بِأَمْرِهِ قُضِيَ بِهِ عَلَى الْحَاضِرِ وَالْعَائِبِ جَمِيعًا، وَإِنْ ادَّعَى الْكَفَالَةَ بِغَيْرِ أَمْرِهِ قُضِيَ بِهِ عَلَى الْحَاضِرِ خَاصَّةً وَهَاهُنَا يُحْتَاجُ إِلَى ثَلَاثَةِ فُرُوقٍ ذَكَرَ الْمُصَنَّفُ مِنْهَا اثْنَيْنِ: أَحَدُهُمَا أَنَّ الْبَيِّنَةَ قُبِلَتْ هَاهُنَا دُونَ مَا تَقَدَّمَ؛ لِأَنَّ الْمَكْفُولَ بِهِ هَاهُنَا مَالٌ مُطْلَقٌ عَنْ التَّوَصِيْفِ لِكَوْنِهِ مَقْضِيًّا بِهِ أَوْ

يُقْضَى بِهِ فَكَانَتْ الدَّعْوَى مُطَابِقَةً لِلْمُدْعَى بِهِ فَصَحَّتْ وَقُبِلَتْ الْبَيِّنَةُ لِابْتِنَائِهَا عَلَى دَعْوَى صَحِيحَةٍ، بِخِلَافِ مَا تَقَدَّمَ كَمَا مَرَّ.

وَمِنْ الْفَرْقِ بَيْنَهُمَا أَنَّ هُنَاكَ لَوْ صَدَّقَهُ فَقَالَ قَدْ كَفَلْتُ لَكَ بِمَا ذَابَ لَكَ عَلَيْهِ: أَيْ بِمَا قُضِيَ لَكَ عَلَيْهِ وَلَكِنْ لَيْسَ لَكَ عَلَيْهِ شَيْءٌ لَمْ يَلْزَمَهُ شَيْءٌ مِنَ الْمَالِ، وَهَاهُنَا لَوْ قَالَ كَفَلْتُ لَكَ عَنْهُ بِالْفِ دَرَاهِمٍ لَكِنْ لَيْسَ لَكَ شَيْءٌ لَمْ يُلْتَفَتْ إِلَيْهِ. وَالثَّانِي الْفَرْقُ بَيْنَ الْكَفَالَةِ بِأَمْرٍ وَالْكَفَالَةِ بِغَيْرِ أَمْرٍ مَعَ أَنَّ الْقَضَاءَ عَلَى الْغَائِبِ لَا يَجُوزُ فَكَانَ الْوَاجِبُ عَدَمُ التَّفْرِقَةِ فِي أَنْ لَا يَكُونَ الْكَفِيلُ خَصْمًا عَنِ الْأَصِيلِ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ بِأَمْرٍ وَبَيْنَ أَنْ يَكُونَ بِغَيْرِهِ. وَوَجْهُ ذَلِكَ مَا ذَكَرَهُ بِقَوْلِهِ؛ لِأَنَّهُمَا يَتَغَايَرَانِ؛ لِأَنَّ الْكَفَالَةَ بِأَمْرِهِ تَبْرُعُ ابْتِدَاءً وَمُعَاوَضَةً انْتِهَاءً وَبِعَـيْرِ أَمْرِهِ تَبْرُعُ ابْتِدَاءً وَانْتِهَاءً، وَكُلُّ مَا كَانَا كَذَلِكَ فَهُمَا غَيْرَانِ لَا مَحَالَةَ، وَإِذَا ثَبَتَ ذَلِكَ فَبَدَعُوَاهُ أَحَدَهُمَا لَا يُقْضَى لَهُ بِالْآخِرِ؛ لِأَنَّ الْحَاكِمَ إِنَّمَا يَقْضِي بِالسَّبَبِ الَّذِي يَدَّعِيهِ الْمُدَّعِي؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ ادَّعَى الْمَلِكُ بِالشَّرَاءِ لَا يَجُوزُ لَهُ الْقَضَاءُ بِالْهَبَةِ وَإِنْ كَانَ حُكْمُهُمَا وَاحِدًا وَهُوَ الْمَلِكُ، فَإِذَا ادَّعَى الْمُدَّعِي الْكَفَالَةَ بِالْأَمْرِ وَقَضَى بِالْكَفَالَةِ بِالْأَمْرِ بَيِّنَةٌ ثَبَتَ أَمْرُهُ بِحُجَّةٍ كَامِلَةٍ، وَالْأَمْرُ بِالْكَفَالَةِ يَتَضَمَّنُ الْإِقْرَارَ بِالْمَالِ فَيَصِيرُ مُقْضِيًا عَلَيْهِ، فَلَوْ حَضَرَ الْغَائِبُ بَعْدَ ذَلِكَ لَا يَحْتَاجُ إِلَى إِقَامَةِ الْبَيِّنَةِ عَلَيْهِ، وَإِذَا ادَّعَاهَا بِغَيْرِ أَمْرِهِ فَإِنَّهَا لَا تَمَسُّ جَانِبَ الْغَائِبِ، إِذْ لَيْسَ مِنْ ضَرُورَةٍ وَجُوبِ الْمَالِ عَلَى الْكَفِيلِ وَجُوبُهُ عَلَى الْأَصِيلِ؛ لِأَنَّهُ: أَيْ الشَّأْنُ أَنَّ هِمَّةَ الْكَفَالَةِ بِغَيْرِ أَمْرٍ تَعْتَمِدُ قِيَامَ الدَّيْنِ فِي زَعْمِ الْكَفِيلِ، حَتَّى لَوْ قَالَ لِفُلَانٍ عَلَى فُلَانٍ أَلْفُ دَرَاهِمٍ وَأَنَا بِهِ كَفِيلٌ وَجَبَ الْمَالُ عَلَيْهِ، وَإِنْ لَمْ يَجِبْ عَلَى الْأَصِيلِ شَيْءٌ فَلَا يَتَعَدَّى الدَّيْنُ عَنِ الْكَفِيلِ إِلَى الْأَصِيلِ.

وَالْفَرْقُ الثَّلَاثُ بَيْنَ مَا نَحْنُ فِيهِ مِنَ الْمَسْأَلَةِ وَبَيْنَ مَا إِذَا أَبْهَمَ فَادَّعَى عَلَى رَجُلٍ أَنَّهُ كَفَلَ لَهُ عَنْ فُلَانٍ بِكُلِّ مَالٍ لَهُ قَبْلَهُ وَلَمْ يُفَسِّرْ، وَأَقَامَ عَلَى ذَلِكَ بَيِّنَةٌ أَنَّ لَهُ عَلَى الْغَائِبِ أَلْفَ دَرَاهِمٍ كَانَتْ لَهُ قَبْلَ الْكَفَالَةِ فَإِنَّهُ يُقْضَى بِهَا عَلَى الْكَفِيلِ وَالْأَصِيلِ سَوَاءً ادَّعَى الْكَفَالَةَ بِأَمْرٍ أَوْ بِغَيْرِهِ. وَوَجْهُهُ أَنَّ الْحَاضِرَ إِنَّمَا يَتَنَصَّبُ خَصْمًا عَنِ الْغَائِبِ إِذَا لَمْ يُمْكِنْ إِثْبَاتُ مَا يَدَّعِي عَلَى الْحَاضِرِ إِلَّا بِإِثْبَاتِ مَا يَدَّعِي عَلَى الْغَائِبِ، وَالْكَفَالَةُ إِذَا كَانَتْ بِمَعْلُومٍ أُمْكِنَ الْقَضَاءُ عَلَيْهِ بِدُونِ الْقَضَاءِ عَلَى الْأَصِيلِ؛ لِأَنَّهُ مَعْلُومٌ وَمَعْرُوفٌ بِذَاتِهِ، وَإِذَا كَانَتْ بِمَجْهُولٍ لَا تَصِحُّ مَا لَمْ يَكُنْ عَلَى الْأَصِيلِ؛ لِأَنَّ الْمَجْهُولَ يَحْتَاجُ إِلَى

التَّعْرِيفُ، وَالتَّعْرِيفُ إِنَّمَا يَحْصُلُ بِمَا كَانَ عَلَى الْأَصِيلِ فَيَصِيرُ كَأَنَّهُ قَالَ إِنْ كَانَ لَكَ عَلَى فُلَانٍ مَالٌ فَأَنَا كَفِيلٌ فَأَتْبَعْتُهُ الْمُدَّعِيَّ، وَسَيَأْتِي تَمَامُ ذَلِكَ

(قَوْلُهُ: وَفِي الْكَفَالَةِ بِأَمْرِ) يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ فَرَقًا آخَرَ بَيْنَ مَا إِذَا أَقَامَ الْبَيِّنَةُ عَلَى الْكَفَالَةِ بِأَمْرٍ وَبَيْنَ مَا إِذَا أَقَامَ عَلَيْهَا بغيره، فَإِنَّ الثَّابِتَ بِالْبَيِّنَةِ كَالثَّابِتِ عَيْنًا، وَلَوْ ثَبَتَتْ الْكَفَالَةُ بِالْأَمْرِ عَيْنًا رَجَعَ الْكَفِيلُ بِمَا أَدَّى عَلَى الْأَصِيلِ فَكَذَا إِذَا ثَبَتَتْ بِالْبَيِّنَةِ وَقَالَ زُفْرٌ: لَمَّا أَنْكَرَ الْكَفِيلُ الْكَفَالَةَ فَقَدْ زَعَمَ أَنَّ الطَّالِبَ ظَلَمَهُ وَالْمُظْلَمُ لَا يَظْلُمُ غَيْرَهُ.

وَقُلْنَا: لَمَّا قَضَى الْقَاضِي عَلَيْهِ صَارَ مُكَذِّبًا شَرْعًا فَبَطَلَ مَا زَعَمَهُ؛ كَمَنْ اشْتَرَى شَيْئًا وَأَقْرَبُ بَأْسُ الْبَائِعِ بِأَعْيُنِ الْمَلِكِ نَفْسَهُ ثُمَّ جَاءَ إِنْسَانٌ وَاسْتَحَقَّه بِالْبَيِّنَةِ لَا يَبْطُلُ حَقُّهُ فِي الرُّجُوعِ بِالْبَيِّنَةِ عَلَى الْبَائِعِ بِالْتَّمَنِ؛ لِأَنَّ الشَّرْعَ كَذَّبَهُ فِي زَعْمِهِ. وَتَوَقَّضَ بِمَا قَالَ مُحَمَّدٌ فِيمَنْ اشْتَرَى عَبْدًا فَبَاعَهُ وَرَدَّ عَلَيْهِ بَعِيبَ الْبَيِّنَةِ بَعْدَمَا أُنْكَرَ الْعَيْبَ بِهِ ثُمَّ أَرَادَ أَنْ يَرُدَّهُ عَلَى بَائِعِهِ لَمْ يَكُنْ لَهُ ذَلِكَ عِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ خِلَافًا لِأَبِي يُوسُفَ حَيْثُ لَمْ يَبْطُلْ زَعْمُهُ مَعَ أَنَّ الْقَاضِيَّ لَمَّا قَضَى عَلَيْهِ بِالرَّدِّ بِالْعَيْبِ كَذَّبَهُ فِي زَعْمِهِ وَأُجِيبَ بِأَنَّهُ إِنَّمَا لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَرُدَّهُ عَلَى بَائِعِهِ؛ لِأَنَّ قَوْلَهُ لَا عَيْبَ فِيهِ نَفْيٌ لِلْعَيْبِ فِي الْحَالِ وَالْمَاضِي وَالْقَاضِي إِنَّمَا كَذَّبَهُ فِي قِيَامِ الْعَيْبِ عِنْدَ الْبَيْعِ الثَّانِي دُونَ الْأَوَّلِ؛ لِأَنَّ قِيَامَ الْعَيْبِ عِنْدَ الْبَيْعِ الْأَوَّلِ لَيْسَ بِشَرْطٍ لِلرَّدِّ عَلَى الثَّانِي فَافْتَرَقَا.

قَالَ (وَمَنْ بَاعَ دَارًا وَكَفَلَ رَجُلًا عَنْهُ بِالدَّرَكِ فَهُوَ تَسْلِيمٌ) لِأَنَّ الْكَفَالَةَ لَوْ كَانَتْ مَشْرُوعَةً فِي الْبَيْعِ فَتَمَامُهُ بِقَبُولِهِ، ثُمَّ بِالْأَعْيُنِ يَسْعَى فِي تَقْضِي مَا تَمَّ مِنْ جِهَتِهِ، وَإِنْ لَمْ تَكُنْ مَشْرُوعَةً فِيهِ فَالْمُرَادُ بِهَا أَحْكَامُ الْبَيْعِ وَتَرْغِيبُ الْمُشْتَرِي فِيهِ إِذْ لَا يَرْغَبُ فِيهِ دُونَ الْكَفَالَةِ فَتَنْزِلُ مَنْزِلَةَ الْإِقْرَارِ بِمِلْكِ الْبَائِعِ. قَالَ (وَلَوْ شَهِدَ وَخْتَمَ وَلَمْ يَكْفُلْ لَمْ يَكُنْ تَسْلِيمًا وَهُوَ عَلَى دَعْوَاهُ) لِأَنَّ الشَّهَادَةَ لَا تَكُونُ مَشْرُوعَةً فِي الْبَيْعِ وَلَا هِيَ بِإِقْرَارِ الْمَلِكِ لِأَنَّ الْبَيْعَ مَرَّةً يُوْجَدُ مِنَ الْمَالِكِ وَتَارَةً مِنْ غَيْرِهِ، وَلَعَلَّهُ كَتَبَ الشَّهَادَةَ لِيَحْفَظَ الْحَادِثَةَ بِخِلَافِ مَا تَقَدَّمَ، قَالُوا: إِذَا كَتَبَ فِي الصِّكِّ بَاعَ وَهُوَ يَمْلِكُهُ أَوْ يَبِيعَا بَأْتًا نَافِذًا وَهُوَ كَتَبَ شَهِدَ بِذَلِكَ فَهُوَ تَسْلِيمٌ، إِلَّا إِذَا كَتَبَ الشَّهَادَةَ عَلَى إِقْرَارِ الْمُتَعَاقِدِينَ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ بَاعَ دَارًا وَكَفَلَ عَنْهُ رَجُلًا بِالدَّرَكِ إلخ) وَمَنْ بَاعَ دَارًا وَكَفَلَ رَجُلًا

عَنْهُ بِالذَّرَكِ وَهُوَ التَّبَعَةُ عَلَى مَا مَرَّ، وَالْمَرَادُ قَبُولُ رَدِّ الثَّمَنِ عِنْدَ اسْتِحْقَاقِ الْمَبِيعِ فَهُوَ تَسْلِيمٌ: أَيْ تَصْدِيقٌ مِنَ الْكَفِيلِ بِأَنَّ الدَّارَ مِلْكُ الْبَائِعِ، فَلَوْ ادَّعَى الدَّارَ بَعْدَ ذَلِكَ لِنَفْسِهِ عَلَى الْمُشْتَرِي لَا تُسْمَعُ دَعْوَاهُ؛ لِأَنَّ الْكَفَالَهَ إِمَّا أَنْ تَكُونَ مَشْرُوطَةً فِي الْبَيْعِ أَوْ لَا، فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ وَهُوَ شَرْطُ مُلَائِمَتِ الْعَقْدِ إِذَا الدَّرَكُ يَثْبُتُ بِلاَ شَرْطِ كَفَالَةٍ وَالشَّرْطُ يَزِيدُهُ وَكَادَةَ فَتَمَامُ الْبَيْعِ إِمَّا يَكُونُ بِقَبُولِ الْكَفِيلِ فَكَأَنَّهُ هُوَ الْمَوْجِبُ لِلْعَقْدِ، فَالِدَّعْوَى بَعْدَ ذَلِكَ مِنْهُ سَعْيٌ فِي نَقْضِ مَا تَمَّ مِنْ جِهَتِهِ وَهُوَ بَاطِلٌ، وَلِهَذَا لَوْ كَانَ الْكَفِيلُ شَفِيعًا بَطَلَتْ شَفَعَتُهُ وَبُطْلَانُ السَّعْيِ فِي نَقْضِ مَا تَمَّ مِنْ جِهَتِهِ مِنْ مُسْلِمَاتِ هَذَا الْفَنِّ لَا يُقْبَلُ التَّشْنِيكُ بِالْإِقَالَةِ وَنَحْوَهَا فَإِنَّهَا صَحِيحَةٌ، وَإِنْ كَانَ طَلِبُهَا سَعْيًا فِي نَقْضِ مَا تَمَّ مِنْ جِهَةِ الطَّالِبِ عَلَى أَنَّ الْمَرَادَ بِالنَّقْضِ مَا يَكُونُ بغيرِ رِضَا الْخَصْمِ وَالْإِقَالَةُ لَيْسَتْ كَذَلِكَ فَهِيَ فَسْخٌ لَا نَقْضٌ.

وَإِنْ كَانَ الثَّانِي فَاَلْمَرَادُ بِالْكَفَالَةِ أَحْكَامُ الْبَيْعِ وَتَرْغِيبُ الْمُشْتَرِي لِاحْتِمَالِ أَنْ لَا يَرْغَبَ الْمُشْتَرِي فِي شِرَاءِ الْمَبِيعِ مَخَافَةَ الاسْتِحْقَاقِ فَتَكْفُلُ تَسْكِينًا لِقَلْبِهِ فَصَارَ كَأَنَّهُ قَالَ اشْتَرِ هَذَا الدَّارَ وَلَا تُبَالِ فَإِنَّهَا مِلْكُ الْبَائِعِ، فَإِنْ أَذْرَكَكَ دَرَكٌ فَأَنَا ضَامِنٌ، وَذَلِكَ إِقْرَارٌ بِمِلْكِ الْبَائِعِ، وَمَنْ أَقْرَأَ بِمِلْكِ الْبَائِعِ لَا تَصِحُّ دَعْوَاهُ بَعْدَ ذَلِكَ، وَإِمَّا قَالَ فَتُرَلَّ مَنْزِلَةُ الْإِقْرَارِ؛ لِأَنَّهُ يُتَوَلَّى إِلَيْهِ فِي الْمَعْنَى. قَالَ (وَلَوْ شَهِدَ وَخَتَمَ الْخ) لَوْ شَهِدَ الشَّاهِدُ عَلَى بَيْعِ الدَّارِ وَخَتَمَ شَهَادَتَهُ بِأَنْ كَتَبَ اسْمُهُ فِي الصِّكِّ وَجَعَلَ اسْمَهُ تَحْتَ رِصَاصِ مَكْتُوبًا وَوَضَعَ عَلَيْهِ نَفْسَ خَاتَمِهِ حَتَّى لَا يَجْرِيَ عَلَيْهِ التَّزْوِيرُ وَالتَّبْدِيلُ، كَذَا ذَكَرَهُ شَمْسُ الْأُيُمَةِ الْحُلَوَانِيُّ وَلَمْ يَكْفُلْ لَمْ يَكُنْ ذَلِكَ تَسْلِيمًا وَهُوَ عَلَى دَعْوَاهُ قَبْلَ قَوْلِهِ وَخَتَمَ وَقَعَ اتِّفَاقًا بِاعْتِبَارِ عُرْفِ كَانَ فِي زَمَانِهِمْ وَلَمْ يَبْقَ فِي زَمَانِنَا، فَإِنَّ الْحُكْمَ لَا يَتَفَاوَتُ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ فِيهِ خَتَمٌ أَوْ لَا، فَإِنْ ادَّعَى لِنَفْسِهِ تُسْمَعُ دَعْوَاهُ وَتُقْبَلُ شَهَادَتُهُ لغيرِهِ أَيْضًا؛ لِأَنَّ الشَّهَادَةَ لَا تَكُونُ مَشْرُوطَةً فِي الْبَيْعِ لِعَدَمِ الْمُلَائِمَةِ وَلَا هِيَ بِإِقْرَارِ بِالْمِلْكِ؛ لِأَنَّ الْبَيْعَ تَارَةً يُوجَدُ مِنَ الْمِلْكِ وَأُخْرَى مِنْ غَيْرِهِ، فَالشَّهَادَةُ عَلَى أَنَّهُ بَاعَ لَا تَكُونُ إِقْرَارًا بِأَنَّهُ بَاعَ مِلْكُهُ، وَلَعَلَّهُ إِمَّا كَتَبَ الشَّهَادَةَ لِيَحْفَظَ الْحَادِثَةَ، بِخِلَافِ مَا تَقَدَّمَ مِنْ ضَمَانِ الدَّرَكِ فَإِنَّهُ إِقْرَارٌ بِالْمِلْكِ لِمَا تَقَدَّمَ.

قَالَ مَشَايخُنَا: مَا ذَكَرَ أَنَّ الشَّهَادَةَ عَلَى الْبَيْعِ لَا تَكُونُ تَسْلِيمًا مَحْمُولًا عَلَى مَا

إِذَا لَمْ يَكْتُبْ فِي الصَّكِّ مَا يُوجِبُ صِحَّةَ الْبَيْعِ وَتَقَاذَهُ، مِثْلُ أَنْ يَكُونَ الْمَكْتُوبُ فِيهِ بَاعٌ أَوْ جَرَى الْبَيْعِ بَيْنَ فُلَانٍ وَفُلَانٍ فَشَهِدَ عَلَى ذَلِكَ، وَكَتَبَ شَهِدَ فُلَانُ الْبَيْعِ أَوْ جَرَى الْبَيْعِ بِمَشْهَدِي، وَأَمَّا إِذَا كَتَبَ فِيهِ مَا يُوجِبُ صِحَّتَهُ وَتَقَاذَهُ مِثْلُ أَنْ يَقُولَ بَاعَ فُلَانٌ كَذَا وَهُوَ يَمْلِكُهُ، وَكَتَبَ الشَّاهِدُ شَهِدَ بِذَلِكَ فَإِنَّهُ تَسْلِيمٌ فَلَا تَصِحُّ دَعْوَاهُ إِلَّا أَنْ يَشْهَدَ عَلَى إِقْرَارِ الْمُتَعَاذِلَيْنِ فَإِنَّهُ لَيْسَ بِتَسْلِيمٍ وَإِنْ كَانَ الْمَكْتُوبُ فِي الصَّكِّ مَا يَدُلُّ عَلَى الصَّحَّةِ وَالتَّقَاذِ.

فصل في الضمان

قَالَ (وَمَنْ بَاعَ لِرَجُلٍ ثَوْبًا وَضَمِنَ لَهُ الثَّمَنَ أَوْ مُضَارِبٌ ضَمِنَ ثَمَنَ مَتَاعٍ رَبَّ الْمَالِ فَالضَّمَانُ بَاطِلٌ) لِأَنَّ الْكَفَالَةَ التِّزَامَ الْمَطَالِبَةَ وَهِيَ إِلَيْهِمَا فَيَصِيرُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ضَامِنًا لِنَفْسِهِ، وَلِأَنَّ الْمَالَ أَمَانَةٌ فِي أَيْدِيهِمَا وَالضَّمَانُ تَغْيِيرٌ لِحُكْمِ الشَّرْعِ فَيَرُدُّ عَلَيْهِ كَاشْتِرَاؤُهُ عَلَى الْمَوَدَعِ وَالْمُسْتَعِيرِ (وَكَذَا رَجُلَانِ بَاعَا عَبْدًا صَفْقَةً وَاحِدَةً وَضَمِنَ أَحَدُهُمَا لِصَاحِبِهِ حِصَّتَهُ مِنَ الثَّمَنِ) لِأَنَّهُ لَوْ صَحَّ الضَّمَانُ مَعَ الشَّرِكَةِ يَصِيرُ ضَامِنًا لِنَفْسِهِ، وَلَوْ صَحَّ فِي نَصِيبِ صَاحِبِهِ خَاصَّةً يُؤَدِّي إِلَى قِسْمَةِ الدَّيْنِ قَبْلَ قَبْضِهِ وَلَا يَجُوزُ ذَلِكَ، بِخِلَافِ مَا إِذَا بَاعَا بِصَفْقَتَيْنِ لِأَنَّهُ لَا شَرِكَةَ؛ أَلَا تَرَى أَنَّ لِلْمُشْتَرِي أَنْ يَقْبَلَ نَصِيبَ أَحَدِهِمَا وَيَقْبِضَ إِذَا نَقَدَ ثَمَنَ حِصَّتِهِ وَإِنْ قَبِلَ الْكُلَّ.

الشرح:

(فصل في الضمان): (وَمَنْ بَاعَ لِرَجُلٍ ثَوْبًا إلخ) الضمان والكفالة في هذا الباب يمتنع واحد، ولما كان مسائل الجامع الصغير وردت بلفظ الضمان فصلها لتغاير في اللفظ. وأعلم أن كل من رجع إليه حقوق العقد لا يصح منه التزام مطالبة ما يجب به؛ فمن وكل رجلا ببيع ثوب ففعل وضمن له الثمن فالضمان باطل، وكذا المضارب إذا باع من المتاع شيئا وضمن لرب المال؛ لأن الكفالة التزام المطالبة، وهو ظاهر مما تقدم والمطالبة إليهما: أي إلى الوكيل والمضارب؛ لأن حق القبض للوكيل بجهة الأصالة في البيع بناء على ما هو الأصل أن حقوق العقد ترجع إلى الوكيل، حتى لو حلف المشتري ما للموكل عليه شيء كان باراً في يمينه، ولو حلف ما للوكيل عليه شيء كان خائناً، وكذا المضارب، وإذا كان كذلك فلو صح الضمان لزم أن يكون الشخص ضامناً

لنفسه وفساده لا يخفى، ولا يتوهم التصحيح باختلاف الجهة فإنه أمرٌ اعتباري لا يظهر عند الخصومة؛ ولأن المال أمانة في أيدي الوكيل والمضارب وهو ظاهر، فلو صح ضمانهما لكنا ضامتين فما فرضناه أميناً لم يكن أميناً، وذلك خلف باطل فيكون الضمان تعبيراً لحكم الشرع وليس للعبد ذلك لنزعه إلى الشركة في الربويّة، وقد قرّرنا بطلان ذلك في التقرير تقريراً تاماً.

فبرّد عليه كاشتراط الضمان على المودع والمستعير، فإنهما لو ضمنا الوديعة والعارية للمودع والمعير لم يجز لذلك. ولقائل أن يقول: الوكالة بائرها مشروعة والكفالة كذلك فلم لا يجوز أن يكون المال أمانة بأيديهما إذا لم يضمنّا، فأما إذا ضمنا فيكون ذلك رفعاً للأمانة إلى الضمان وتحوّلاً من حكم شرعي إلى حكم شرعي فصار كما إذا باع بألف ثم باع بألف وخمسمائة. والجواب أن رفع الأمانة إنما يكون بطلان الوكالة لثلاث يتخلف المعلول عن علته، وبطلانها حينئذٍ إنما يكون ضرورة صحة الكفالة، والكفالة هاهنا بمنزلة الفرع للوكالة؛ لأنه كفل بما وجب بالوكالة فلا يجوز أن تُصحح على وجه يطل به أصلها، بخلاف مسألة البيع فإن الثاني ليس فرعاً للأول. وكذلك إذا باع رجلان عبداً صفقة واحدة وضمن أحدهما لصاحبه حصته من الثمن لم يصح؛ لأنه إن صح، فإن كان بحصته من الثمن شائعاً صار ضامناً لنفسه وقد تقدّم فساده، وإن صح في نصيبه مفرزاً أدى إلى قسمة الدين قبل قبضه، وذلك لا يجوز؛ لأن القسمة إفراز، وذلك إما أن يكون حساً أو بوصفٍ مميزٍ وكلاهما فيما في الذمة من الدين غير متصور.

وذكر في الفوائد الظهيرية في تعليله؛ لأن ما يستحق بنصيب أحدهما فلا آخر أن يشاركه فيه إذا كان مالا بدليل أن أحدهما لو اشترى بنصيبه منه شيئاً كان للآخر ولاية المشاركة، ولو صح الضمان فما يؤديه الضامن يكون بينه وبين المضمون له فكان له أن يرجع بنصفه على الشريك، فإذا رجع بطل حكم الأداء في مقدار ما وقع فيه الرجوع ويصير كائناً ما أدى إلا الباقي فكان للضامن أن يرجع بنصف الباقي ثم وثم إلى أن لا يبقى شيء، فهذا معنى قول مشايخنا إن في تجويز هذا الضمان ابتداءً بطلاله انتهاءً فقلنا بطلانه ابتداءً، ولا معنى لما قيل في تعليل هذه المسائل لو صح الضمان إما

أَنْ يَصِحَّ بِنَصْفٍ شَائِعٍ أَوْ بِنَصْفٍ هُوَ نَصِيبُ شَرِيكِهِ؛ لِأَنَّ الضَّمَانَ يُضَافُ إِلَى نَصِيبِ شَرِيكِهِ فَكَيْفَ يَصِحُّ شَائِعًا.

وَقَوْلُهُ: وَلَا وَجْهَ إِلَى الثَّانِي لَمَّا فِيهِ مِنْ قِسْمَةِ الدَّيْنِ قَبْلَ الْقَبْضِ لَا مَعْنَى لِهَذَا أَيْضًا لِإِعْقَادِ الإِجْمَاعِ عَلَى أَنَّ أَحَدَهُمَا لَوْ اشْتَرَى بِنَصِيبِهِ مِنَ الدَّيْنِ يَحْجُوزُ وَلَيْسَ فِيهِ مَعْنَى الْقِسْمَةِ، فَكَذَا إِذَا ضَمِنَ أَحَدُهُمَا بِنَصِيبِ صَاحِبِهِ، وَلَكِنَّ التَّغْوِيلَ عَلَى مَا ذَكَرْنَا نَقْلَهُ صَاحِبُ النِّهَايَةِ وَغَيْرُهُ، وَفِيهِ نَظَرٌ؛ لِأَنَّ قَوْلَهُ فَإِذَا رَجَعَ بَطَلَ حُكْمُ الْأَدَاءِ فِي مِقْدَارِ مَا وَقَعَ فِيهِ الرُّجُوعُ إِنَّمَا يَصِحُّ أَنْ لَوْ كَانَ الرُّجُوعُ بِاعْتِبَارِ نَقْضِ مَا أَدَّى وَهُوَ مَمْنُوعٌ، بَلْ هُوَ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ اسْتِيفَاءٌ لَمَّا يَسْتَحِقُّهُ عَلَيْهِ وَلَمْ يَتَّقَ لَهُ حَقٌّ فِيمَا بَقِيَ بِهَذَا الْإِعْتِبَارِ فَلَا يَرْجِعُ فِيهِ. وَقَوْلُهُ: لِأَنَّ الضَّمَانَ يُضَافُ إِلَى نَصِيبِ شَرِيكِهِ فَكَيْفَ يَصِحُّ شَائِعًا.

يُجَابُ عَلَيْهِ بِأَنْ نَصِيبَ الشَّرِيكِ وَهُوَ النِّصْفُ مَثَلًا لَهُ اعْتِبَارَانِ اعْتِبَارُ نَصْفِ شَائِعٍ فِي كُلِّ جُزْءٍ مِنْ أَجْزَاءِ الثَّمَنِ وَاعْتِبَارُ نَصْفِ مُفَرِّزٍ فِي بَعْضِ أَفْرَادِهِ لَا تَعْلُقُ لَهُ بِالْبَاقِي مِنَ الْأَفْرَادِ وَلَا خَفَاءَ فِي اخْتِلَافِهِمَا وَتَغَايُرِهِمَا فَتَرُكُ ذَلِكَ نَقْصٌ فِي التَّعَقُّلِ، وَقَوْلُهُ: لَا مَعْنَى لِهَذَا أَيْضًا لِإِعْقَادِ الإِجْمَاعِ إلخ. يُجَابُ عَنْهُ بِأَنَّهُ إِنَّمَا تَلَزَمَ الْقِسْمَةُ فِيهِ؛ لِأَنَّ مَا اشْتَرَى أَحَدُهُمَا بِنَصِيبِهِ وَقَعَ عَلَى الشَّرِكَةِ وَلِهَذَا كَانَ لِلْآخَرِ أَنْ يُشَارِكَهُ، بِخِلَافِ مَا إِذَا بَاعَا صَفْقَتَيْنِ بِأَنْ سَمَّى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ثَمَنًا لِنَفْسِهِ ثُمَّ ضَمِنَ أَحَدُهُمَا الْآخَرَ بِنَصِيبِهِ فَإِنَّ الضَّمَانَ صَحِيحٌ لَامْتِيَارٍ نَصِيبِ كُلِّ مِنْهُمَا عَنْ نَصِيبِ الْآخَرِ؛ لِأَنَّهُ لَا شَرِكَةَ ثَمَّةً؛ لِأَنَّهَا تَكُونُ بِاتِّحَادِ الصَّفَقَةِ وَالْفَرْضِ خِلَافَهُ. وَاسْتَوْضَحَ بِقَوْلِهِ أَلَا تَرَى أَنَّ لِلْمُشْتَرِي أَنْ يَقْبَلَ نَصِيبَ أَحَدِهِمَا وَيَرُدُّ الْآخَرَ.

وَلَهُ أَنْ يَقْبُضَ نَصِيبَ أَحَدِهِمَا إِذَا نَقَدَ ثَمَنَ حِصَّتِهِ وَإِنْ كَانَ قَبْلَ الْكُلِّ، وَلَوْ اتَّحَدَتِ الصَّفَقَةُ لَمْ يَكُنْ لَهُ ذَلِكَ

قَالَ (وَمَنْ ضَمِنَ عَنْ آخَرَ خَرَجَهُ وَتَوَائِبُهُ وَقِسْمَتُهُ فَهُوَ جَائِزٌ. أَمَّا الْخَرَجُ فَقَدْ ذَكَرْنَاهُ وَهُوَ) يُخَالِفُ الزُّكَاةَ، لِأَنَّهَا مُجَرَّدُ فِعْلٍ وَلِهَذَا لَا تُؤَدَّى بَعْدَ مَوْتِهِ مِنْ تَرِكَّتِهِ إِلَّا بِوَصِيَّةٍ. وَأَمَّا التَّوَائِبُ، فَإِنْ أُرِيدَ بِهَا مَا يَكُونُ بِحَقِّ كَكْرِي النَّهْرِ الْمُشْتَرَكِ وَأَجْرُ الْحَارِسِ وَالْمُوَظَّفِ لِتَجْهِيزِ الْجَيْشِ وَفِدَاءِ الْأَسَارَى وَغَيْرِهَا جَازَتْ الْكَفَالَةُ بِهَا عَلَى الْإِتْفَاقِ، وَإِنْ أُرِيدَ بِهَا مَا لَيْسَ بِحَقٍّ كَالْحَبَايَاتِ فِي زَمَانِنَا فَفِيهِ اخْتِلَافُ الْمَشَايخِ رَحِمَهُمُ اللَّهُ، وَمِمَّنْ

يَمِيلُ إِلَى الصَّحَّةِ الْإِمَامُ عَلِيُّ الْبَزْدَوِيُّ، وَأَمَّا الْقِسْمَةُ فَقَدْ قِيلَ: هِيَ النَّوَائِبُ بِعَيْنِهَا أَوْ حِصَّةٌ مِنْهَا وَالرَّوَايَةُ بَأْوٍ، وَقِيلَ هِيَ النَّائِبَةُ الْمُوظَّفَةُ الرَّائِبَةُ، وَالْمُرَادُ بِالنَّوَائِبِ مَا يَنْوِبُهُ غَيْرُ رَاتِبٍ وَالْحُكْمُ مَا بَيَّنَّاهُ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ ضَمِنَ عَنْ آخَرَ خَرَجَهُ وَنَوَائِبَهُ وَقِسْمَتَهُ فَهُوَ جَائِزٌ إلخ) الضَّمَانُ عَنْ الْخَرَاجِ وَالتَّوَائِبِ وَالْقِسْمَةِ جَائِزٌ. أَمَّا الْخَرَاجُ فَقَدْ تَقَدَّمَ فِي قَوْلِهِ مِنْ قَبْلُ وَالرَّهْنُ وَالْكَفَالَةُ جَائِزَانِ فِي الْخَرَاجِ. قِيلَ وَالْمُرَادُ بِهِ الْمُوظَّفُ وَهُوَ الْوَاجِبُ فِي الذِّمَّةِ بِأَنْ يُوظَّفَ الْإِمَامُ فِي كُلِّ سَنَةٍ عَلَى مَالٍ عَلَى مَا يَرَاهُ دُونَ الْمَقَاسِمَةِ وَهِيَ الَّتِي يَقْسِمُ الْإِمَامُ مَا يَخْرُجُ مِنَ الْأَرْضِ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ فِي مَعْنَى الدِّينِ لَعْدَمِ وَجُوبِهِ فِي الذِّمَّةِ، وَقَدْ تَقَدَّمَ فِي هَذَا الشَّرْحِ مَا يُفَرِّقُ بِهِ بَيْنَ الْخَرَاجِ وَالزَّكَاةِ.

وَذَكَرَ الْمُصَنِّفُ رَحِمَهُ اللَّهُ فَرْقًا آخَرَ بِقَوْلِهِ وَهُوَ يُخَالِفُ الزَّكَاةَ؛ لِأَنَّهَا مُجَرَّدُ فِعْلٍ، إِذِ الْوَاجِبُ فِيهَا تَمْلِكُ مَالٍ مِنْ غَيْرِ أَنْ يَكُونَ بَدَلًا عَنْ شَيْءٍ، وَالْمَالُ آتَاهُ وَلِهَذَا لَا تُؤَدَّى بَعْدَ مَوْتِهِ إِلَّا بِالْوَصِيَّةِ، وَأَمَّا التَّوَائِبُ فَقَدْ يُرَادُ بِهَا مَا يَكُونُ بِحَقٍّ وَقَدْ يُرَادُ بِهَا مَا لَيْسَ بِحَقٍّ، وَالْأَوَّلُ كَكُرِّي الْأَنْهَارِ الْمُشْتَرَكَةِ وَأَجْرِ الْحَارِسِ لِلْمَحَلَّةِ وَمَا وَظَّفَ الْإِمَامُ لِتَجْهِيزِ الْجَيْشِ وَفِدَاءِ الْأَسَارَى، بِأَنْ احْتِجَّ إِلَى تَجْهِيزِ الْجَيْشِ لِقِتَالِ الْمُشْرِكِينَ أَوْ إِلَى فِدَاءِ أَسْرَى الْمُسْلِمِينَ وَلَمْ يَكُنْ فِي بَيْتِ الْمَالِ مَالٌ فَوُظَّفَ مَالًا عَلَى النَّاسِ لَذَلِكَ، وَالضَّمَانُ فِيهِ جَائِزٌ بِالِاتِّفَاقِ لَوْجُوبِ أَذَانِهِ عَلَى كُلِّ مُسْلِمٍ أَوْجَبَهُ الْإِمَامُ عَلَيْهِ لَوْجُوبِ طَاعَتِهِ فِيمَا يَجِبُ النَّظَرُ لِلْمُسْلِمِينَ.

وَالثَّانِي كَالْجَبَايَاتِ فِي زَمَانِنَا وَهِيَ الَّتِي يَأْخُذُهَا الظُّلْمَةُ فِي زَمَانِنَا ظُلْمًا كَالْقَبْجَرِ فَفِيهِ اخْتِلَافُ الْمَشَائِخِ. قَالَ بَعْضُهُمْ: لَا يَصِحُّ الضَّمَانُ بِهَا؛ لِأَنَّ الْكَفَالَةَ شَرَعَتْ لِلتَّرَامِ الْمُطَالِبَةِ بِمَا عَلَى الْأَصِيلِ شَرْعًا وَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ هَاهُنَا شَرْعًا، وَقَالَ بَعْضُهُمْ: يَصِحُّ وَمِمَّنْ يَمِيلُ إِلَيْهِ الْإِمَامُ الْبَزْدَوِيُّ يُرِيدُ فَخْرَ الْإِسْلَامِ رَحِمَهُ اللَّهُ؛ لِأَنَّ صَدَرَ الْإِسْلَامِ مِمَّنْ مَالٌ إِلَى عَدَمِ صِحَّتِهَا.

قَالَ فَخْرُ الْإِسْلَامِ: وَأَمَّا التَّوَائِبُ فَهِيَ مَا يَلْحَقُهُ مِنْ جَهَةِ السُّلْطَانِ مِنْ حَقٍّ أَوْ بَاطِلٍ أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ مِمَّا يَنْوِبُهُ صَحَّتْ الْكَفَالَةُ بِهَا؛ لِأَنَّهَا دُيُونٌ فِي حُكْمِ تَوَجُّهِ الْمُطَالِبَةِ

بها. وَالْعِبْرَةُ فِي الْكَفَالَةِ لِلْمُطَالَبَةِ؛ لِأَنَّهَا شُرِعَتْ لِاتِّزَامِهَا، وَلِهَذَا قُلْنَا: إِنْ مَنْ قَامَ بِتَوَزِيعِ هَذِهِ التَّوَائِبِ عَلَى الْمُسْلِمِينَ بِالْقِسْطِ وَالْعَدَالَةِ كَانَ مَأْجُورًا وَإِنْ كَانَ مِنْ جِهَةِ الَّذِي يَأْخُذُ بَاطِلًا، وَلِهَذَا قُلْنَا: إِنْ مَنْ قَضَى نَائِبُهُ غَيْرَهُ بِإِذْنِهِ يَرْجِعُ بِهِ عَلَيْهِ مِنْ غَيْرِ شَرْطِ الرُّجُوعِ اسْتِحْسَانًا بِمَنْزِلَةِ ثَمَنِ الْمِيعِ. قَالَ شَمْسُ الْأُيُمَةِ: هَذَا إِذَا أَمَرَهُ بِهِ لَا عَنْ إِكْرَاهٍ، أَمَّا إِذَا كَانَ مُكْرَهًا فِي الْأَمْرِ فَلَا يُعْتَبَرُ أَمْرُهُ فِي الرُّجُوعِ.

أَمَّا قَوْلُهُ: وَقَسَمْتُهُ فَقَدْ ذَكَرَ عَنْ أَبِي بَكْرٍ بْنِ سَعِيدٍ أَنَّهُ قَالَ: وَقَعَ هَذَا الْحَرْفُ غَلْطًا؛ لِأَنَّ الْقِسْمَةَ مَصْدَرٌ وَالْمَصْدَرُ فِعْلٌ وَهَذَا الْفِعْلُ غَيْرُ مَضْمُونٍ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ الْقِسْمَةَ قَدْ تَجِيءُ بِمَعْنَى النَّصِيبِ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿وَنَتَّبِعُهُمْ أَنْ أَلْمَاءَ قِسْمَةً بَيْنَهُمْ﴾ [القمر: ٢٨] وَالْمَرَادُ النَّصِيبُ. وَكَانَ الْفَقِيهُ أَبُو جَعْفَرٍ الْهِنْدَوَانِيُّ يَقُولُ مَعْنَاهُ أَنَّ أَحَدَ الشَّرِيكَيْنِ إِذَا طَلَبَ الْقِسْمَةَ مِنْ صَاحِبِهِ وَافْتَتَحَ الْآخَرُ عَنْ ذَلِكَ فَضَمِنَ إِنْسَانٌ لِيَقُومَ مَقَامَهُ فِي الْقِسْمَةِ جَازَ ذَلِكَ؛ لِأَنَّ الْقِسْمَةَ وَاجِبَةٌ عَلَيْهِ. وَقَالَ بَعْضُهُمْ: مَعْنَاهُ إِذَا اقْتَسَمَا ثُمَّ مَنَعَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ قِسْمَ صَاحِبِهِ فَتَكُونُ الرُّوَايَةُ عَلَى هَذَا قِسْمَهُ بِالضَّمِيرِ لَا بِالنَّاءِ، وَقَدْ عَلِمْتُ أَنَّ الْقِسْمَةَ بِالنَّاءِ تَجِيءُ بِمَعْنَى الْقَسْمِ بِلَا نَاءٍ.

وَقَالَ بَعْضُهُمْ: هِيَ التَّوَائِبُ بِعَيْنِهَا، وَقَدْ ذَكَرَ تَفْسِيرَ التَّوَائِبِ بِحَقٍّ وَبِغَيْرِهِ وَعَلَى هَذَا فَذَكَرَهُ بِالْوَاوِ لِلْيَتَانِ مِنْ بَابِ الْعَطْفِ لِلتَّفْسِيرِ أَوْ حِصَّةً مِنْهَا: أَيُّ مِنَ التَّوَائِبِ: يَعْنِي إِذَا قَسَمَ الْإِمَامُ مَا يَنْتَوِبُ الْعَامَّةُ نَحْوَ مِائَةِ كَرِي التَّهَرُّ الْمَشْتَرَكِ فَأَصَابَ وَاحِدًا شَيْءٌ مِنْ ذَلِكَ فَحَبُّ أَذَاؤُهُ فَكَفَّلَ بِهِ رَجُلٌ صَحَّتْ الْكَفَالَةُ بِالْإِجْمَاعِ. قِيلَ: وَلَكِنْ كَانَ يَنْبَغِي أَنْ يَذَكَرَ الرُّوَايَةُ عَلَى هَذَا التَّفْرِيرِ وَقَسَمْتُهُ بِالْوَاوِ لِيَكُونَ عَطْفُ الْخَاصِّ عَلَى الْعَامِّ كَمَا فِي قَوْلِهِ تَعَالَى ﴿مَنْ كَانَ عَدُوًّا لِلَّهِ وَمَلَائِكَتِهِ وَرُسُلِهِ وَجِبْرِيلَ وَمِيكَالَ﴾ [البقرة: ٩٨] فَأَشَارَ الْمُصَنِّفُ رَحِمَهُ اللَّهُ إِلَى أَنَّ الرُّوَايَةَ بِأَوٍ عَلَى تَقْدِيرِ أَنْ تَكُونَ الْقِسْمَةُ حِصَّةً مِنَ التَّوَائِبِ؛ لِأَنَّ الْقِسْمَةَ إِذَا كَانَتْ حِصَّةً مِنْهَا فَهُوَ مَحَلٌّ أَوْ، وَأَمَّا إِذَا كَانَتْ هِيَ التَّوَائِبُ بِعَيْنِهَا فَهُوَ مَحَلُّ الْوَاوِ لَمَّا مَرَّ.

وَقِيلَ هِيَ النَّائِبَةُ الْمُوْطَافَةُ الرَّائِبَةُ، وَالْمَرَادُ مِنَ التَّوَائِبِ مَا يُنَوِّبُهُ غَيْرُ رَاتِبٍ. قِيلَ: وَمِمَّنْ قَالَ بِهَذَا الْقَوْلِ الْإِمَامُ فَخْرُ الْإِسْلَامِ، وَالْحُكْمُ مَا بَيَّنَّاهُ: يَعْنِي جَوَازَ الْكَفَالَةِ فِيمَا كَانَ بِحَقٍّ بِالِاتِّفَاقِ، وَاخْتِلَافِ الْمَشَايِخِ فِيمَا كَانَ بِغَيْرِ حَقٍّ.

(وَمَنْ قَالَ لآخرَ لك عليّ مائةٌ إلى شهرٍ وقال المقرُّ له هيَ حالتي، فالتقول قولُ المدعي، ومن قال ضمنت لك عن فلانٍ مائةٌ إلى شهرٍ وقال المقرُّ له هيَ حالتي فالتقول قولُ الضامن. ووجهُ الفرقِ أن المقرَّ أقرَّ بالدين. ثم ادعى حقاً لنفسه وهو تأخيرُ المطالبةِ إلى أجلٍ وفي الكفالةِ ما أقرَّ بالدينِ لأنه لا دينَ عليه في الصحيح، وإنما أقرَّ بمجرّدِ المطالبةِ بعدَ الشهرِ، ولأنَّ الأجلَ في الديونِ عارضٌ حتّى لا يثبتَ إلا بشرطٍ فكان القولُ قولَ من أنكرَ الشرطَ كما في الخيارِ، أمّا الأجلُ في الكفالةِ فنوعٌ منها حتّى يثبتَ من غيرِ شرطٍ بأن كانَ مؤجلاً على الأصيل، والشافعي رحمه الله ألحقَ الثاني بالأول، وأبو يوسف رحمه الله فيما يروى عنه ألحقَ الأولَ بالثاني والفرقُ قد أوضحناه.

الشرح:

قال (وَمَنْ قَالَ لآخرَ لك عليّ مائةٌ إلى شهرٍ إلخ) وَمَنْ قَالَ لآخرَ لك عليّ مائةٌ إلى شهرٍ فقال المقرُّ له هيَ حالتي فالتقول قولُ المدعي لكونها حالة؛ وإن قال ضمنت لك عن فلانٍ مائةٌ إلى شهرٍ وقال المقرُّ له هيَ حالتي فالتقول قولُ الضامن. وروى عن أبي يوسف إبراهيم بن يوسف أن القولَ فيهما للمقرِّ له. وقال الشافعي: القولُ فيهما للمقرِّ. له أن الدينَ نوعان: حالٌّ ومؤجلٌ فإذا أقرَّ بالمؤجلِ فقد أقرَّ بأحدِ النوعين فالتقولُ قولُهُ: اعتباراً بالكفالة. وأجيب بفسادِ الاعتبار؛ لأنَّ الأجلَ في الدينِ عارضٌ كما سيأتي. ولأبي يوسف أنَّهما تصادقا على وجوبِ المالِ ثم ادعى أحدهما الأجلَ على صاحبه فلا يصدقُ فيه إلا بحجةٍ اعتباراً بالإقرارِ بالدينِ.

وأجيب بما أجاب به الشافعي. ووجهُ الفرقِ بينهما أن المقرَّ أقرَّ بالدينِ مدعياً حقاً لنفسه وهو تأخيرُ المطالبةِ إلى أجلٍ فكانَ ثمةَ إقرارٍ على نفسه ودعوى على غيره، والأولُ مقبولٌ والثاني يحتاجُ إلى برهان، فإذا عجزَ عنه كانَ القولُ للمتكبر. وفي الكفالةِ ما أقرَّ بالدينِ؛ لأنه ليسَ عليه دينٌ في الصحيح كما تقدّم، وإنما أقرَّ بمجرّدِ المطالبةِ بعدَ الشهرِ فوضّحَ الفرقُ بينهما.

ولقائل أن يقول: هبْ أنه لا دينَ عليه فيقرُّ به أليسَ أنه قد أقرَّ بالمطالبةِ فللخصمِ أن يقول: أقرَّ بالمطالبةِ مدعياً حقاً لنفسه وهو تأخيرُها إلى أجلٍ فكانَ ثمةَ إقرارٍ على نفسه إلى آخرِ ما ذكرتم فلا يتمُّ الفرقُ، وعلى تقديرِ تمامه فهو معارضٌ بأن يقال: الكفالةُ لما كانت

التزام المطالبة في الحال وجب أن لا يثبت الأجل عند دعواه الكفيل؛ لأنه إذا ثبت بطلت الكفالة، وفيه من التناقض ما لا يخفى. والجواب أن المصنف ذكر الفرق الأول إقناعاً جدلياً لدفع الخصم في المجلس، وذكر الثاني لمن له زيادة استبصار في الاستقصاء على ما يذكر، وأن الكفالة التزام المطالبة أعم من كونها في الحال أو في المستقبل.

والثاني موجود فيما نحن فيه فلا مناقضة (قوله: ولأن الأجل في الديون عارض) هو الفرق الثاني، ومعناه على أن ما لا يثبت بشيء إلا بشرط كان من عوارضه، وما يثبت له بدونه كان ذاتياً له وهو حسن؛ لأننا لو قطعنا النظر عن وجود الشرط لم يثبت له ذلك فكان عارضاً، والأجل في الديون بهذه المثابة؛ لأن ثمن البياعات والمهور وقيم المثلفات حالة لا يثبت الأجل فيها إلا بالشرط وفي الكفالة ليس كذلك فإنه يثبت مؤجلاً من غير شرط إذا كان مؤجلاً على الأصيل فكان الأجل ذاتياً لبعض الكفالة منوعاً له كالتأطيق المتنوع لبعض الحيوان.

وهذا أفصى ما يتصور في الفقه من الدقة في إظهار المآخذ وإذا كان الأجل في الديون عارضاً لا يثبت إلا بشرط كان القول قول من أنكره مع اليمين كما في شرط الخيار، وإذا كان في الكفالة ذاتياً كان إقراره بنوع منها فلا يحكم بغيره فكان القول قوله. ووقع في المتن والشافعي الحق الثاني بالأول، وأبو يوسف فيما يروى عنه الحق الأول بالثاني، والعكس هو المشهور من مذهبيهما. فمن الشارحين من حمّله على الروايتين عن كل واحد منهما، ومنهم من حمّله على الغلط من التاسخ ولعله أظهر.

قال (ومن اشترى جارية فكفل له رجل بالدرك فاستحققت لم يأخذ الكفيل حتى يقضى له بالثمن على البائع) لأن بمجرد الاستحقاق لا ينتقض البيع على ظاهر الرواية ما لم يقض له بالثمن على البائع فلم يجب له على الأصيل رد الثمن فلا يجب على الكفيل، بخلاف القضاء بالحرية لأن البيع يبطل بها لعدم المحلّة فيرجع على البائع والكفيل. وعن أبي يوسف أنه يبطل البيع بالاستحقاق، فعلى قياس قوله يرجع بمجرد الاستحقاق وموضعه أوائل الزيادات في ترتيب الأصل.

الشرح:

(قوله: ومن اشترى جارية وكفل له رجل بالدرك إلخ) ومن اشترى جارية

وَكَفَلَ لَهُ رَجُلٌ بِالدَّرَكِ وَقَدْ تَقَدَّمَ مَعْنَاهُ فَاسْتَحَقَّتْ الْجَارِيَةُ لَمْ يَأْخُذْ الْمُشْتَرِي الْكَفِيلَ
بِالثَّمَنِ حَتَّى يَقْضِيَ لَهُ عَلَى الْبَائِعِ بَرْدُ الثَّمَنِ؛ لِأَنَّ احْتِمَالَ الْإِجَازَةِ مِنَ الْمُسْتَحَقِّ ثَابِتٌ
وَبُيُوتُهُ يَمْنَعُ أَنْ يَأْخُذَ الْكَفِيلُ بِالثَّمَنِ؛ لِأَنَّ بِمُجَرَّدِ قَضَاءِ الْقَاضِي بَيُوتِ الْاسْتِحْقَاقِ
لِلْمُسْتَحَقِّ لَا يُنْتَقَضُ الْبَيْعُ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ مَا لَمْ يَقْضَ لَهُ بَرْدُ الثَّمَنِ عَلَيْهِ، فَلَوْ كَانَ
الثَّمَنُ عَبْدًا فَأَعْتَقَهُ بَائِعُ الْجَارِيَةِ بَعْدَ حُكْمِ الْقَاضِي لِلْمُسْتَحَقِّ نَفَذَ إِعْتَاقُهُ وَإِذَا لَمْ يُنْتَقَضْ
لَمْ يَجِبْ الثَّمَنُ عَلَى الْأَصِيلِ، وَإِذَا لَمْ يَجِبْ عَلَى الْأَصِيلِ لَمْ يَجِبْ عَلَى الْكَفِيلِ، وَإِنَّمَا
قَالَ عَلَى ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ اخْتِرَازًا عَمَّا قَالَ أَبُو يُوسُفَ فِي الْأَمَالِيِّ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ الْكَفِيلُ قَبْلَ
أَنْ يَقْضِيَ لَهُ عَلَى الْبَائِعِ؛ لِأَنَّ الضَّمَانَ قَدْ تَوَجَّهَ عَلَى الْبَائِعِ وَوَجِبَ لِلْمُشْتَرِي مُطَالَبَتُهُ،
فَكَذَلِكَ يَجِبُ عَلَى الْكَفِيلِ. فَإِنْ قِيلَ: فَإِذَا قَضَى الْحَاكِمُ بِالْحُرِّيَةِ فَبِمُجَرَّدِ الْقَضَاءِ بِهَا
يُثْبِتُ لِلْمُشْتَرِي حَقَّ الرُّجُوعِ فَمَا الْفَرْقُ بَيْنَهُمَا وَيَنْ الْاسْتِحْقَاقِ؟

وَأَجَابَ الْمُصَنِّفُ بِقَوْلِهِ بِخِلَافِ الْقَضَاءِ بِالْحُرِّيَةِ؛ لِأَنَّ الْبَيْعَ يَبْطُلُ بِهَا لِعَدَمِ الْمَحَلِّيَةِ
فَيَرْجِعُ الْمُشْتَرِي عَلَى الْبَائِعِ وَكَفِيلِهِ إِنْ شَاءَ وَمَوْضِعُهُ أَوَائِلُ الزِّيَادَاتِ فِي تَرْتِيبِ الْأَصْلِ،
أَرَادَ بِتَرْتِيبِ الْأَصْلِ تَرْتِيبَ مُحَمَّدٍ، فَإِنَّهُ افْتَتَحَ كِتَابَ الزِّيَادَاتِ بِبَابِ الْمَادُّونِ مُخَالَفًا
لِتَرْتِيبِ سَائِرِ الْكُتُبِ تَبَرُّكًا بِمَا أَمْلَى بِهِ أَبُو يُوسُفَ، فَإِنَّ مُحَمَّدًا أَخَذَ مَا أَمْلَى وَيَنْ أَبُو
يُوسُفَ بَابًا بِأَبَا وَجَعَلَهُ أَصْلًا، وَزَادَ عَلَيْهِ مِنْ عِنْدِهِ مَا يُتِمُّ بِهِ تِلْكَ الْأَبْوَابَ فَكَانَ أَصْلُ
الْكِتَابِ مِنْ تَصْنِيفِ أَبِي يُوسُفَ وَزِيَادَاتِهِ مِنْ تَصْنِيفِ مُحَمَّدٍ وَلِذَلِكَ سَمَّاهُ كِتَابَ
الزِّيَادَاتِ، وَكَانَ ابْتِدَاءُ إِمْلَاءِ أَبِي يُوسُفَ فِي هَذَا الْكِتَابِ مِنْ بَابِ الْمَادُّونِ وَلَمْ يُغَيِّرْهُ
مُحَمَّدٌ تَبَرُّكًا بِهِ، ثُمَّ رَبَّهَا الرَّعْفَرَانِيُّ عَلَى هَذَا التَّرْتِيبِ الَّذِي هِيَ عَلَيْهِ الْيَوْمَ.

(وَمَنْ اشْتَرَى عَبْدًا فَضَمَّنَ لَهُ رَجُلٌ بِالْعَهْدَةِ فَالضَّمَانُ بَاطِلٌ) لِأَنَّ هَذِهِ اللَّفْظَةَ
مُشْتَبِهَةٌ قَدْ تَقَعُ عَلَى الصِّكِّ الْقَدِيمِ وَهُوَ مِلْكُ الْبَائِعِ فَلَا يَصِحُّ ضَمَانُهُ، وَقَدْ تَقَعُ عَلَى
الْعَقْدِ وَعَلَى حَقْوَقِهِ وَعَلَى الدَّرَكِ وَعَلَى الْخِيَارِ، وَلِكُلِّ ذَلِكَ وَجْهٌ فَتَعَدَّرَ الْعَمَلُ بِهَا،
بِخِلَافِ الدَّرَكِ لِأَنَّهُ اسْتَعْمِلَ فِي ضَمَانِ الْاسْتِحْقَاقِ عُرْفًا، وَلَوْ ضَمَّنَ الْخِلَاصَ لَا يَصِحُّ
عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ لِأَنَّهُ عِبَارَةٌ عَنْ تَخْلِيصِ الْمَبِيعِ وَتَسْلِيمِهِ لَا مَحَالَةَ وَهُوَ غَيْرُ
قَادِرٍ عَلَيْهِ، وَعِنْدَهُمَا هُوَ بِمَنْزِلَةِ الدَّرَكِ وَهُوَ تَسْلِيمُ الْبَيْعِ أَوْ قِيمَتِهِ فَصَحَّ.

الشرح:

(وَمَنْ اشْتَرَى عَبْدًا فَضَمَّنَ لَهُ رَجُلٌ بِالْعَهْدَةِ فَالضَّمَانُ بَاطِلٌ) ذَكَرَ هَاهُنَا ثَلَاثَ مَسَائِلَ: الْأُولَى ضَمَانُ الْعَهْدَةِ وَقَالَ إِنَّهُ بَاطِلٌ وَلَمْ يَحْكُ خِلَافًا. وَالثَّانِيَةُ ضَمَانُ الدَّرَكِ وَهُوَ صَحِيحٌ بِالِاتِّفَاقِ. وَالثَّلَاثَةُ ضَمَانُ الْخِلَاصِ. وَقَدْ اخْتَلَفُوا فِيهِ فَأَمَّا بُطْلَانُ الْأُولَى فَلَأَنَّ هَذِهِ اللَّفْظَةَ مُشْتَبِهَةٌ لِاشْتِرَاكِ وَقَعَ فِي اسْتِعْمَالِهَا فَإِنَّهَا تَقَعُ عَلَى الصِّكِّ الْقَدِيمِ الَّذِي عِنْدَ الْبَائِعِ وَهُوَ مِلْكُ الْبَائِعِ غَيْرُ مَضْمُونٍ عَلَيْهِ، وَمَا لَيْسَ بِمَضْمُونٍ عَلَى الْأَصِيلِ لَا تَصِحُّ الْكَفَالَةُ بِهِ وَقَدْ تَقَعُ عَلَى الْعَقْدِ؛ لِأَنَّهَا مَأْخُوذَةٌ مِنَ الْعَهْدِ، وَالْعَهْدُ وَالْعَقْدُ وَاحِدٌ، وَقَدْ تَقَعُ عَلَى حُقُوقِ الْعَقْدِ؛ لِأَنَّهَا مِنْ ثَمَرَاتِ الْعَقْدِ، وَقَدْ تَقَعُ عَلَى الدَّرَكِ وَهُوَ الرُّجُوعُ بِالثَّمَنِ عَلَى الْبَائِعِ عِنْدَ الْاسْتَحْقَاقِ، وَعَلَى خِيَارِ الشَّرْطِ كَمَا جَاءَ فِي الْحَدِيثِ «عَهْدَةُ الرَّقِيقِ ثَلَاثَةُ أَيَّامٍ» أَيْ خِيَارُ الشَّرْطِ فِيهِ، وَلِكُلِّ ذَلِكَ وَجْهٌ يَجُوزُ الْحَمْلُ بِهِ عَلَيْهِ فَصَارَ مِنْهُمَا تَعَذُّرُ الْعَمَلِ بِهِ.

وَأَمَّا جَوَازُ الثَّانِي: أَيْ ضَمَانُ الدَّرَكِ فَإِنَّ الْعُرْفَ فِيهِ اسْتِعْمَالُهُ فِي ضَمَانِ الْاسْتَحْقَاقِ فَصَارَ مُبَيَّنًّا لَهُ فَوَجَبَ الْعَمَلُ بِهِ. وَأَمَّا الثَّلَاثُ فَأَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ قَالَ: هُوَ عِبَارَةٌ عَنْ تَخْلِيصِ الْمَبِيعِ وَتَسْلِيمِهِ لَا مَحَالَةَ: أَيْ عَلَى كُلِّ حَالٍ وَتَقْدِيرٍ وَهُوَ التَّزَامُ مَا لَا يَقْدَرُ عَلَى الْوَفَاءِ بِهِ؛ لِأَنَّهُ إِنْ ظَهَرَ مُسْتَحِقًّا فَرُبَّمَا لَا يُسَاعِدُهُ الْمُسْتَحَقُّ، أَوْ حُرًّا فَلَا يَقْدِرُ مُطْلَقًا، وَالتَّزَامُ مَا لَا يَقْدَرُ عَلَى الْوَفَاءِ بِهِ بَاطِلٌ، وَهُمَا جَعَلَاهُ بِمَنْزِلَةِ الدَّرَكِ تَصْحِيحًا لِلضَّمَانِ وَهُوَ تَسْلِيمُ الْمَبِيعِ إِنْ قَدَرَ عَلَيْهِ أَوْ تَسْلِيمُ الثَّمَنِ إِنْ عَجَزَ عَنْهُ وَضَمَانُ الدَّرَكِ صَحِيحٌ. وَأُجِيبَ أَنَّ فَرَاغَ الذِّمَّةِ أَصْلٌ فَلَا تَشْتَغَلُ بِالشَّكِّ وَالِاحْتِمَالِ، ذَكَرَ أَبُو زَيْدٍ فِي شُرُوطِهِ أَنَّ أَبَا حَنِيفَةَ وَأَبَا يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ كَانَا يَكْتُبَانِ فِي الشَّرْطِ: فَمَا أَدْرَكَ فَلَانُ بْنُ فَلَانٍ فَعَلَى فَلَانٍ خِلَاصُهُ أَوْ رُدُّ الثَّمَنِ، فَهَذَا يُشِيرُ إِلَى أَنَّ بُطْلَانَ الضَّمَانِ إِنَّمَا كَانَ بِالْخِلَاصِ مُتَّفَرِّدًا، أَمَّا إِذَا انْضَمَّ إِلَيْهِ رُدُّ الثَّمَنِ فَهُوَ جَائِزٌ.

قِيلَ وَعَلَى هَذَا فِي كَلَامِ الْمُصَنِّفِ نَظَرٌ؛ لِأَنَّ الْوَاجِبَ عِنْدَ الْعَجْزِ عَنْ تَسْلِيمِ الْمَبِيعِ إِنَّمَا هُوَ الثَّمَنُ لَا الْقِيَمَةُ، وَهُوَ مَدْفُوعٌ بِأَنَّ الْمُرَادَ بِهِ الثَّمَنُ مَجَازًا شَهْرَةً أَمْرِهِ مُتَعَذِّرَةٌ وَبَلَاغَةُ التَّرْكِيبِ بِاسْتِعْمَالِ الْمَجَازِ فِيمَا لَا يَلْتَبِسُ فَضِيلَةً، هَذَا مَا يَدُلُّ عَلَيْهِ كَلَامُ الْمُصَنِّفِ. وَذَكَرَ الصَّدْرُ الشَّهِيدُ فِي أَدَبِ الْقَاضِي لِلْخَصَّافِ أَنَّ تَفْسِيرَ الْخِلَاصِ وَالْدَّرَكِ

وَالْعَهْدَةُ وَاحِدَةٌ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ، وَهُوَ تَفْسِيرُ الدَّرَكِ، وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّ
الْخِلَافَ فِي الْعَهْدَةِ أَيْضًا ثَابِتٌ. وَذَكَرَ فِي الْفَوَائِدِ الظَّهْرِيَّةِ: وَأَمَّا ضَمَانُ الْعَهْدَةِ فَقَدْ
ذَكَرَ هُنَا: أَيُّ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ أَنَّهُ بَاطِلٌ وَلَمْ يَحْكُ خِلَافًا. وَذَكَرَ بَعْضُ مَشَايخِنَا أَنَّ
عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ضَمَانُ الْعَهْدَةِ ضَمَانُ الدَّرَكِ، وَهُوَ خِلَافٌ مَا ذَكَرَهُ الْمُصَنِّفُ فَكَأَنَّهُ
اعْتَمَدَ عَلَى مَا فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ وَذَكَرَ بَطْلَانَهُ مِنْ غَيْرِ ذِكْرِ خِلَافٍ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ
بِالصَّوَابِ.

بَابُ كِفَالَةِ الرَّجُلَيْنِ

(وَإِذَا كَانَ الدَّيْنُ عَلَى اثْنَيْنِ وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا كَفِيلٌ عَنْ صَاحِبِهِ كَمَا إِذَا
اشْتَرَى عَبْدًا بِأَلْفِ دِرْهَمٍ وَكَفَلَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَنْ صَاحِبِهِ فَمَا أَدَّى أَحَدُهُمَا لَمْ يَرْجِعْ
عَلَى شَرِيكِهِ حَتَّى يَزِيدَ مَا يُوَدِّيهِ عَلَى النِّصْفِ فَيَرْجِعَ بِالزِّيَادَةِ) لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فِي
النِّصْفِ أَصِيلٌ وَفِي النِّصْفِ الْآخَرَ كَفِيلٌ، وَلَا مُعَارَضَةَ بَيْنَ مَا عَلَيْهِ بِحَقِّ الْأَصَالَةِ
وَبِحَقِّ الْكَفَالَةِ، لِأَنَّ الْأَوَّلَ دَيْنٌ وَالثَّانِي مُطَالَبَةٌ، ثُمَّ هُوَ تَائِعٌ لِلأَوَّلِ فَيَقَعُ عَنِ الْأَوَّلِ، وَفِي
الزِّيَادَةِ لَا مُعَارَضَةَ فَيَقَعُ عَنِ الْكَفَالَةِ، وَلِأَنَّهُ لَوْ وَقَعَ فِي النِّصْفِ عَنْ صَاحِبِهِ فَيَرْجِعُ عَلَيْهِ
فَلصَاحِبِهِ أَنْ يَرْجِعَ لِأَنَّ آدَاءَ نَائِيهِ كَأَدَائِهِ فَيُوَدِّي إِلَى الدَّوْرِ

الشرح:

(بَابُ كِفَالَةِ الرَّجُلَيْنِ): لَمَّا فَرَّغَ مِنْ ذِكْرِ كِفَالَةِ الْوَاحِدِ ذَكَرَ كِفَالَةَ الْاِثْنَيْنِ لَمَّا أَنَّ
الْاِثْنَيْنِ بَعْدَ الْوَاحِدِ طَبْعًا فَأَخَّرَ وَضْعًا لِيُنَاسِبَ الْوَضْعُ الطَّبْعَ. قَالَ (وَإِذَا كَانَ الدَّيْنُ عَلَى
اِثْنَيْنِ وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا كَفِيلٌ عَنْ صَاحِبِهِ إلخ) إِذَا اشْتَرَى الرَّجُلَانِ عَبْدًا بِأَلْفٍ فَالْتَمَسْنَا
دَيْنَ عَلَيْهِمَا لَا مَحَالَةَ، فَإِنْ كَفَلَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَنْ صَاحِبِهِ فَمَا أَدَّى أَحَدُهُمَا لَمْ
يَرْجِعْ عَلَى شَرِيكِهِ حَتَّى يَزِيدَ الْمُؤَدَّى عَلَى النِّصْفِ فَيَرْجِعَ بِالزِّيَادَةِ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْ
الشَّرِيكَيْنِ فِي النِّصْفِ أَصِيلٌ وَفِي النِّصْفِ الْآخَرَ كَفِيلٌ، وَكُلُّ مَنْ كَانَ فِي النِّصْفِ
أَصِيلًا وَفِي النِّصْفِ الْآخَرَ كَفِيلًا فَمَا أَدَّى إِلَى تَمَامِ النِّصْفِ كَانَ عَمَّا عَلَيْهِ بِحَقِّ الْأَصَالَةِ
صَرَفًا إِلَى أَقْوَى مَا عَلَيْهِ؛ كَمَا لَوْ اشْتَرَى ثَوْبًا وَعَشْرَةَ دَرَاهِمَ بَعِثَرَيْنِ دِرْهَمًا فَتَقَدَّ فِي
الْمَجْلَسِ عَشْرَةٌ جَعَلَ الْمُنْقُودَ ثَمَنَ الصَّرْفِ؛ لِأَنَّ الْوَاجِبَ بِهِ أَقْوَى لِحَاجَتِهِ إِلَى الْقَبْضِ فِي
الْمَجْلَسِ، وَمَا عَلَيْهِ بِحَقِّ الْأَصَالَةِ أَقْوَى؛ لِأَنَّهُ دَيْنٌ، وَمَا عَلَيْهِ بِحَقِّ الْكَفَالَةِ مُطَالَبَةٌ لَا دَيْنٌ،

وَهِيَ تَابِعَةٌ لِلدَّيْنِ لَا تَبْتَائُهَا عَلَى الدَّيْنِ، فَإِنَّ الْمَطَالِبَةَ بِالْدَّيْنِ بِدُونِ الدَّيْنِ غَيْرُ مُتَصَوِّرَةٍ فَلَا يُعَارِضُهُ، بَلْ يَتَرَجَّحُ الدَّيْنُ عَلَيْهَا وَيَنْصَرِفُ الْمَصْرُوفُ إِلَيْهِ إِلَى تَمَامِ النِّصْفِ، وَفِي الزِّيَادَةِ عَلَيْهِ لَا مُعَارَضَةَ إِنْ لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ فِيهَا بِحَقِّ الْأَصَالَةِ شَيْءٌ فَانْتَفَى الْمُعَارَضَةُ بِانْتِفَاءِ أَحَدِ الْمُتَعَارِضِينَ، وَفِي النِّصْفِ كَانَ انْتِفَاؤُهَا لَكُونَ أَحَدَهُمَا رَاجِحًا لَا لَا انْتِفَاءَهُ

(قَوْلُهُ: وَلَائِهْ) دَلِيلٌ آخَرُ عَلَى ذَلِكَ أَوْرَدَهُ بِقِيَاسِ الْخُلْفِ، فَإِنَّهُ جَعَلَ نَقِيضَ الْمُدْعَى وَهُوَ الرُّجُوعُ عَلَى صَاحِبِهِ مُسْتَلْزِمًا لِمَحَالٍ وَهُوَ رُجُوعُ صَاحِبِهِ عَلَيْهِ الْمُسْتَلْزِمُ لِلدَّوْرِ فَإِنَّهُ قَالَ: لَوْ وَقَعَ فِي النِّصْفِ عَنْ صَاحِبِهِ فَيَرْجِعُ عَلَيْهِ فَلصَاحِبِهِ أَنْ يَرْجِعَ عَلَيْهِ، لَكِنْ لَيْسَ لَصَاحِبِهِ أَنْ يَرْجِعَ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ يُؤَدِّي إِلَى الدَّوْرِ فَلَمْ يَقَعْ فِي النِّصْفِ عَنْ صَاحِبِهِ لِيَرْجِعَ عَلَيْهِ. وَقَوْلُهُ: (لَأَنَّ أَدَاءَ نَائِبِهِ كَأَدَائِهِ) بَيَانٌ لِلْمُلَازِمَةِ. وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ صَاحِبَ الْمُؤَدَّى يَقُولُ لَهُ أَنْتَ أَدَيْتَهُ عَنِّي بِأَمْرِي فَيَكُونُ ذَلِكَ كَأَدَائِي، وَلَوْ أَدَيْتَ بِنَفْسِي كَانَ لِي أَنْ أَجْعَلَ الْمُؤَدَّى عَنْكَ، فَإِنْ رَجَعْتُ عَلَيَّ وَأَنَا كَفِيلٌ عَنْكَ فَأَنَا أَجْعَلُهُ عَنْكَ فَأَرْجِعُ عَلَيْكَ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ الَّذِي أَدَيْتَهُ عَنِّي فَهُوَ أَدَائِي فِي التَّقْدِيرِ، فَلَوْ أَدَيْتَ حَقِيقَةً رَجَعْتُ عَلَيْكَ فِي تَقْرِيرِ أَدَائِي كَذَلِكَ، وَالشَّرِيكَ الْآخَرُ يَقُولُ مِثْلَ مَا قَالَ فَأَدَى إِلَى الدَّوْرِ وَلَمْ يَكُنْ فِي الرُّجُوعِ فَائِدَةٌ فَجَعَلْنَا الْمُؤَدَّى عَنْ نَصِيبِهِ خَاصَّةً إِلَى تَمَامِ النِّصْفِ لِيَنْقَطِعَ الدَّوْرُ، بِخِلَافِ الزِّيَادَةِ عَلَى النِّصْفِ، فَإِنَّهُ لَوْ رَجَعَ عَلَى شَرِيكِهِ بِذَلِكَ لَمْ يَكُنْ لَشَرِيكِهِ أَنْ يَرْجِعَ عَلَيْهِ، إِذْ لَيْسَ عَلَى الشَّرِيكَ بِحُكْمِ الْأَصَالَةِ إِلَّا النِّصْفُ فَيَقْيِدُ الرُّجُوعُ.

(وَإِذَا كَفَلَ رَجُلَانِ عَنْ رَجُلٍ بِمَالٍ عَلَى أَنْ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا كَفِيلٌ عَنْ صَاحِبِهِ فَكُلُّ شَيْءٍ آدَاهُ أَحَدُهُمَا رَجَعَ عَلَى شَرِيكِهِ بِنِصْفِهِ قَلِيلًا كَانَ أَوْ كَثِيرًا) وَمَعْنَى الْمَسْأَلَةِ فِي الصَّحِيحِ أَنْ تَكُونَ الْكَفَالَةُ بِالْكُلِّ عَنِ الْأَصِيلِ وَبِالْكُلِّ عَنِ الشَّرِيكِ وَالْمَطَالِبَةُ مُتَعَدِّدَةٌ فَتَجْتَمِعُ الْكَفَالَتَانِ عَلَى مَا مَرَّ وَمُوجِبُهَا التِّزَامُ الْمَطَالِبَةِ فَتَصِحُّ الْكَفَالَةُ عَنِ الْكَفِيلِ كَمَا تَصِحُّ الْكَفَالَةُ عَنِ الْأَصِيلِ وَكَمَا تَصِحُّ الْحَوَالَةُ مِنَ الْمُحْتَالِ عَلَيْهِ. وَإِذَا عُرِفَ هَذَا فَمَا آدَاهُ أَحَدُهُمَا وَقَعَ شَائِعًا عَنْهُمَا إِذْ الْكُلُّ كِفَالَةٌ فَلَا تَرْجِيحُ لِلْبَعْضِ عَلَى الْبَعْضِ بِخِلَافِ مَا تَقَدَّمَ فَيَرْجِعُ عَلَى شَرِيكِهِ بِنِصْفِهِ وَلَا يُؤَدِّي إِلَى الدَّوْرِ لِأَنَّ قَضِيَّتَهُ الْاسْتِوَاءُ، وَقَدْ حَصَلَ بِرُجُوعِ أَحَدِهِمَا بِنِصْفٍ مَا آدَى فَلَا يَنْتَقِضُ بِرُجُوعِ الْآخَرِ عَلَيْهِ، بِخِلَافِ مَا تَقَدَّمَ، ثُمَّ يَرْجِعَانِ عَلَى الْأَصِيلِ لِأَنَّهُمَا آدَيَا عَنْهُ أَحَدُهُمَا بِنَفْسِهِ وَالْآخَرُ بِنَائِبِهِ (وَإِنْ شَاءَ رَجَعَ

بِالْجَمِيعِ عَلَى الْمَكْفُولِ عَنْهُ) لِأَنَّهُ كَفَلَ بِجَمِيعِ الْمَالِ عَنْهُ بِأَمْرِهِ. قَالَ (وَإِذَا أَبْرَأَ رَبُّ الْمَالِ أَحَدَهُمَا أَخَذَ الْآخَرَ بِالْجَمِيعِ لِأَنَّ إِبْرَاءَ الْكَفِيلِ لَا يُوجِبُ بَرَاءَةَ الْأَصِيلِ فَبَقِيَ الْمَالُ كُلُّهُ عَلَى الْأَصِيلِ وَالْآخَرَ كَفِيلٌ عَنْهُ بِكُلِّهِ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ وَلِهَذَا يَأْخُذُهُ بِهِ.

الشرح:

(وَإِذَا كَفَلَ رَجُلَانِ عَنْ رَجُلٍ بِمَالٍ عَلَى أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا كَفِيلٌ عَنْ صَاحِبِهِ) بِكُلِّ الْمَالِ وَعَنْ الْأَصِيلِ كَذَلِكَ، فَاجْتَمَعَ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْكَفِيلَيْنِ كَفَالَتَانِ كَفَالَةٌ عَنْ الْأَصِيلِ وَكَفَالَةٌ عَنْ الْكَفِيلِ وَتَعَدَّدَتِ الْمَطَالِبَةُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُطَالِبَةٌ لَهُ عَلَى الْأَصِيلِ وَآخَرَى عَلَى الْكَفِيلِ فَصَحَّ الْكَفَالَةُ عَنْ الْكَفِيلِ؛ لِأَنَّ مُوجِبَ الْكَفَالَةِ التَّزَامُ الْمَطَالِبَةُ وَعَلَى الْكَفِيلِ مُطَالِبَتُهُ فَتَصَحَّ الْكَفَالَةُ عَنْ الْكَفِيلِ كَمَا تَصَحُّ عَنْ الْأَصِيلِ، وَكَمَا تَصَحُّ حَوَالَةُ الْمُحْتَالَ عَلَيْهِ بِمَا تَزَمَ عَلَى آخَرَ وَهُوَ مَعْنَى قَوْلِهِ وَمَعْنَى الْمَسْأَلَةِ فِي الصَّحِيحِ (وَكُلُّ شَيْءٍ أَذَاهُ أَحَدُهُمَا رَجَعَ عَلَى شَرِيكِهِ بِنَصْفِهِ قَلِيلًا كَانَ الْمُؤَدَّى أَوْ كَثِيرًا)؛ لِأَنَّ مَا أَذَى أَحَدَهُمَا وَقَعَ شَائِعًا عَنْهُمَا إِذِ الْكُلُّ كَفَالَةٌ فَلَا تُرْجِعُ لِلْبَعْضِ عَلَى الْبَعْضِ، بِخِلَافِ مَا تَقَدَّمَ فَإِنَّ الْأَصَالََةَ فِي النِّصْفِ رَاجِحَةٌ بَعْدَ صُورَةِ الْمُعَارَضَةِ بَيْنَهَا وَبَيْنَ الْكَفَالَةِ، وَإِذَا وَقَعَ شَائِعًا رَجَعَ عَلَى شَرِيكِهِ بِنَصْفِهِ وَلَا يُؤَدَّى إِلَى الدَّوْرِ؛ لِأَنَّ قَضِيَّتَهُ الْإِسْتِوَاءُ وَقَدْ حَصَلَ بِرُجُوعِ أَحَدِهِمَا بِنَصْفِ مَا أَذَى فَلَا يُنْتَقَضُ بِرُجُوعِ الْآخَرِ عَلَيْهِ، بِخِلَافِ مَا تَقَدَّمَ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لَمْ يَلْتَزِمِ جَمِيعَ الْمَالِ بِحُكْمِ الْكَفَالَةِ، بَلِ التَّزَمَ نِصْفَ الْمَالِ بِشِرَائِهِ بِنَفْسِهِ وَنِصْفَهُ بِكَفَالَتِهِ عَنْ شَرِيكِهِ، وَجَعَلَ الْمُؤَدَّى عَنْ الْكَفَالَةِ يُؤَدَّى إِلَى الدَّوْرِ كَمَا تَقَدَّمَ، وَإِنَّمَا قَالَ فِي الصَّحِيحِ لِيَتَأَيَّ الْفُرُوعُ الْمَبْنِيَّةُ عَلَى ذَلِكَ فَإِنَّهُ قَالَ (ثُمَّ يَرْجِعَانِ عَلَى الْأَصِيلِ؛ لِأَنَّهُمَا أَذَيَا عَنْهُ أَحَدُهُمَا بِنَفْسِهِ وَالْآخَرُ بِنَائِبِهِ) وَلَوْ لَمْ يَكُنْ كُلُّ مِنْهُمَا كَفِيلًا عَنْ الْأَصِيلِ كَانَ الرَّجُوعُ عَلَيْهِ لِمَنْ كَفَلَ عَنْهُ لَا لِهَذَا.

وَقَالَ (وَإِنْ شَاءَ) يَعْنِي مَنْ أَذَى مِنْهُمَا شَيْئًا (رَجَعَ بِالْجَمِيعِ عَلَى الْمَكْفُولِ عَنْهُ؛ لِأَنَّهُ كَفَلَ عَنْهُ بِجَمِيعِ الْمَالِ بِأَمْرِهِ) وَلَوْ كَانَ أَحَدُهُمَا كَفِيلًا عَنْ الْكَفِيلِ فَقَطْ لَمْ يَكُنْ لَهُ رُجُوعٌ عَلَى الْأَصِيلِ. وَقَالَ (وَإِذَا أَبْرَأَ رَبُّ الْمَالِ أَحَدَهُمَا أَخَذَ الْآخَرَ بِالْجَمِيعِ؛ لِأَنَّ إِبْرَاءَ الْكَفِيلِ لَا يُوجِبُ بَرَاءَةَ الْأَصِيلِ، فَبَقِيَ الْمَالُ كُلُّهُ عَلَى الْأَصِيلِ وَالْآخَرَ كَفِيلٌ عَنْهُ بِكُلِّهِ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ) مِنْ قَوْلِهِ أَنْ تَكُونَ الْكَفَالَةُ بِالْكَفِيلِ وَالْآخَرَ كَفِيلٌ عَنْهُ بِكُلِّهِ وَهُوَ ظَاهِرٌ.

قَالَ (وَإِذَا افْتَرَقَ الْمُتَفَاوِضَانِ فَلَأَصْحَابِ الدُّيُونِ أَنْ يَأْخُذُوا أَيُّهُمَا شَاءُوا بِجَمِيعِ الدَّيْنِ) لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا كَفِيلٌ عَنِ صَاحِبِهِ عَلَى مَا عُرِفَ فِي الشَّرِكَةِ (وَلَا يَرْجِعُ أَحَدُهُمَا عَلَى صَاحِبِهِ حَتَّى يُؤَدِّيَ أَكْثَرَ مِنَ النِّصْفِ) لَمَّا مَرَّ مِنَ الْوَجْهَيْنِ فِي كِفَالَةِ الرَّجُلَيْنِ.

الشرح:

قَالَ (وَإِذَا افْتَرَقَ الْمُتَفَاوِضَانِ فَلَأَصْحَابِ الدُّيُونِ أَنْ يَأْخُذُوا أَيُّهُمَا شَاءُوا بِجَمِيعِ الدَّيْنِ الْخ) إِذَا افْتَرَقَ الْمُتَفَاوِضَانِ وَعَلَيْهِمَا دَيْنٌ فَلَأَصْحَابِهِ أَنْ يَأْخُذُوا أَيُّهُمَا شَاءُوا بِجَمِيعِ ذَلِكَ، فَإِنْ أَدَّى أَحَدُهُمَا شَيْئًا لَمْ يَرْجِعْ عَلَى شَرِيكِهِ بِشَيْءٍ حَتَّى يَزِيدَ الْمُؤَدَّى عَلَى النِّصْفِ فَيَرْجِعُ بِالرِّيَاذَةِ؛ لِأَنَّهَا تَنْعَقِدُ عَلَى الْكِفَالَةِ بِمَا كَانَ مِنْ ضَمَانِ التِّجَارَةِ، وَحِينَئِذٍ كَانَ لِلْغُرَمَاءِ أَنْ يُطَالِبُوا أَيُّهُمَا شَاءُوا بِجَمِيعِ الدَّيْنِ؛ لِأَنَّ الْكِفَالَةَ تَثْبُتُ بِعَقْدِ الْمُفَاوِضَةِ قَبْلَ الْإِفْتِرَاقِ فَلَا تَبْطُلُ بِالْإِفْتِرَاقِ، فَإِذَا طَلَبُوا أَحَدَهُمَا وَأَخَذُوا الدَّيْنَ مِنْهُ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ عَلَى صَاحِبِهِ حَتَّى يُؤَدِّيَ أَكْثَرَ مِنَ النِّصْفِ لَمَّا مَرَّ مِنَ الْوَجْهَيْنِ فِي كِفَالَةِ الرَّجُلَيْنِ.

قَالَ (وَإِذَا كُوتِبَ الْعَبْدَانِ كِتَابَةً وَاحِدَةً وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا كَفِيلٌ عَنِ صَاحِبِهِ فَكُلُّ شَيْءٍ آدَاهُ أَحَدُهُمَا رَجَعَ عَلَى صَاحِبِهِ بِنِصْفِهِ) وَوَجْهُهُ أَنَّ هَذَا الْعَقْدَ جَائِزٌ اسْتِحْسَانًا، وَطَرِيقُهُ أَنْ يُجْعَلَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَصِيلًا فِي حَقِّ وَجُوبِ الْأَلْفِ عَلَيْهِ فَيَكُونُ عِتْقُهُمَا مُعْلَقًا بِأَدَائِهِ وَيُجْعَلَ كَفِيلًا بِالْأَلْفِ فِي حَقِّ صَاحِبِهِ، وَسَنَذْكُرُهُ فِي الْمَكَاتِبِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى، وَإِذَا عُرِفَ ذَلِكَ فَمَا آدَاهُ أَحَدُهُمَا رَجَعَ بِنِصْفِهِ عَلَى صَاحِبِهِ لاسْتِوَائِهِمَا، وَلَوْ رَجَعَ بِالْكَلِّ لَا تَتَحَقَّقُ الْمُسَاوَاةُ. قَالَ (وَلَوْ لَمْ يُؤَدِّ شَيْئًا حَتَّى أَعْتَقَ الْمَوْلَى أَحَدَهُمَا جَازَ الْعِتْقُ لِمُصَادَفَتِهِ مِلْكَهُ وَبَرَأَى عَنِ النِّصْفِ لِأَنَّهُ مَا رَضِيَ بِالتِّزَامِ الْمَالِ إِلَّا لِيَكُونَ الْمَالُ وَسِيلَةً إِلَى الْعِتْقِ وَمَا بَقِيَ وَسِيلَةً فَيَسْقُطُ وَيَبْقَى النِّصْفُ عَلَى الْآخَرِ؛ لِأَنَّ الْمَالَ فِي الْحَقِيقَةِ مُقَابِلُ بَرَقَبَتِهِمَا. وَإِنَّمَا جُعِلَ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا احْتِيَالًا لِتَصْحِيحِ الضَّمَانِ، وَإِذَا جَاءَ الْعِتْقُ اسْتَغْنَى عَنْهُ فَاعْتَبِرَ مُقَابِلًا بِرَقَبَتَيْهِمَا فَلِهَذَا يَنْتَصِفُ، وَلِلْمَوْلَى أَنْ يَأْخُذَ بِحِصَّةِ الَّذِي لَمْ يُعْتَقِ أَيُّهُمَا شَاءَ الْمُعْتَقَ بِالْكَفَالَةِ وَصَاحِبَهُ بِالْأَصَالَةِ، وَإِنْ أَخَذَ الَّذِي أَعْتَقَ رَجَعَ عَلَى صَاحِبِهِ بِمَا يُؤَدِّي لِأَنَّهُ مُؤَدَّ عَنْهُ بِأَمْرِهِ، وَإِنْ أَخَذَ الْآخَرُ لَمْ يَرْجِعْ عَلَى الْمُعْتَقِ بِشَيْءٍ لِأَنَّهُ أَدَّى عَنِ نَفْسِهِ وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

الشرح:

قَالَ (وَإِذَا كُتِبَ الْعَبْدَانِ كِتَابَةً وَاحِدَةً إلخ) وَإِذَا كُتِبَ الْعَبْدَانِ كِتَابَةً وَاحِدَةً بَأَنَّ قَالَ الْمَوْلَى كَاتِبْتُكُمَا عَلَى أَلْفٍ (إِلَى كَذَا وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا كَفِيلٌ عَنْ صَاحِبِهِ) صَحَّ ذَلِكَ اسْتِحْسَانًا وَالْقِيَاسُ بِخِلَافِهِ؛ لِأَنَّهُ شَرَطَ فِيهِ كِفَالَةَ الْمُكَاتَّبِ، وَالْكَفَالَةُ بَدَلُ الْكِتَابَةِ وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى انْفِرَادِهِ بَاطِلٌ، فَعِنْدَ الْجَمَاعَةِ أَوَّلَى أَنْ يَكُونَ بَاطِلًا. أَمَّا بُطْلَانُ كِفَالَةِ الْمُكَاتَّبِ فَلَأَنَّ الْكَفَالَةَ تَبَرُّعٌ، وَالْمُكَاتَّبُ لَا يَمْلِكُهُ، وَأَمَّا بُطْلَانُ الْكَفَالَةِ بِبَدَلِ الْكِتَابَةِ فَلَمَّا مَرَّ مِنْ أَنَّهَا تَقْتَضِي دَيْنًا صَحِيحًا وَبَدَلُ الْكِتَابَةِ لَيْسَ كَذَلِكَ. وَوَجْهُ الاسْتِحْسَانِ أَنْ يُجْعَلَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهَا أَصِيلًا فِي حَقِّ وَجُوبِ الْأَلْفِ عَلَيْهِ وَيَكُونَ عِثْقُهُمَا مُعْلَقًا بِأَدَائِهِ: أَيُّ بِأَدَاءِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا كَأَنَّهُ قَالَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا إِنْ أَدَيْتِ الْأَلْفَ فَأَنْتِ حُرٌّ، وَهَذَا وَأَنْ يُجْعَلَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا كَفِيلًا بِالْأَلْفِ عَنْ صَاحِبِهِ كَمَا سَنَذْكُرُهُ فِي الْمُكَاتَّبِ، وَهَذَا إِنَّمَا يَسْتَقِيمُ إِذَا كَانَتْ الْكِتَابَةُ وَاحِدَةً وَلِهَذَا قِيدَ بِهَا، وَأَمَّا إِذَا اخْتَلَفَتِ الْكِتَابَتَانِ فَإِنَّ عِثْقَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا تَعْلُقَ بِمَالٍ عَلَى حِدَةٍ فَتَعَذَّرَ تَصْحِيحُهُ بِهَذَا الطَّرِيقِ.

وَإِذَا عُرِفَ ذَلِكَ عُرِفَ اسْتَوَاؤُهُمَا فِي الْوُجُوبِ عَلَيْهِمَا لاسْتَوَائِهِمَا فِي الْعِلَةِ: أَعْنِي الْكَفَالَةَ فَكَانَ كُلُّ الْبَدَلِ مَضْمُونًا عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا وَلِهَذَا لَا يَعْتَقُ وَاحِدٌ مِنْهُمَا مَا لَمْ يُؤَدَّ جَمِيعَ الْبَدَلِ، فَمَا أَذَاهُ أَحَدُهُمَا رَجَعَ بِنَصْفِهِ عَلَى صَاحِبِهِ لاسْتَوَائِهِمَا، وَلَوْ رَجَعَ بِالْكُلِّ أَوْ لَمْ يَرْجَعْ بِشَيْءٍ لَانْتَفَتِ الْمُسَاوَاةُ، وَلَوْ لَمْ تُؤَدَّ شَيْئًا حَتَّى أُعْتِقَ الْمَوْلَى أَحَدُهُمَا صَحَّ الْعِثْقُ لِمُصَادَفَةِ الْعِثْقِ مِلْكُهُ وَبَرَأَ الْمُعْتَقُ عَنِ النِّصْفِ؛ لِأَنَّهُ مَا رَضِيَ بِالْمَالِ إِلَّا لِيَكُونَ وَسِيلَةً إِلَى الْعِثْقِ وَلَمْ يَبْقَ وَسِيلَةً فَيَسْقُطُ النِّصْفُ وَيَبْقَى النِّصْفُ عَلَى الْآخَرِ؛ لِأَنَّ الْمَالَ فِي الْحَقِيقَةِ مُقَابِلٌ بِرَقَبَتَيْهِمَا حَتَّى يَكُونَ مُوزَعًا مُنْقَسِمًا عَلَيْهِمَا، وَإِنَّمَا جُعِلَ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا احْتِيَالًا لِتَصْحِيحِ الضَّمَانِ فَكَانَ ضَرُورِيًّا لَا يَتَعَدَّى غَيْرَ مَوْضِعِهَا. وَإِذَا أُعْتِقَ اسْتَعْنَى عَنْهُ وَانْتَفَى الضَّرُورَةُ فَاعْتَبِرَ مُقَابِلًا بِرَقَبَتَيْهِمَا وَلِهَذَا يَنْصَفُ. وَعَوْرَضَ بَأَنَّهُ إِذَا كَانَ مُقَابِلًا بِهِمَا كَانَ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَعْضُهُ فَيَجِبُ أَنْ لَا يَصِحَّ الرَّجُوعُ مَا لَمْ يَزِدْ الْمُؤَدَّى عَلَى النِّصْفِ لثَلَا يَلْزَمَ الدَّوْرُ كَمَا مَرَّ.

وَأُجِيبَ بِأَنَّ الرَّجُوعَ بِنِصْفٍ مَا أَدَّى إِنَّمَا هُوَ لِلتَّحَرُّزِ عَنْ تَفْرِيقِ الصَّفَقَةِ عَلَى

المولى؛ لأن المؤدى لو وقع عن المؤدى على الخصوص برئ بأدائه عن نصيبه وعتق؛ لأن المكاتب إذا أدى ما عليه من بدل الكتابة عتق، والمولى شرط عليهما أن يؤدبا جميعا ويعتقا جميعا فكان في التخصيص إضرار للمولى بتفريق الصفة فأوقعنا المؤدى عنهما جميعا، وإذا بقي النصف على الآخر فللمولى أن يأخذ به أيهما شاء، وأما المعتق فبالكفالة، وأما صاحبه فبالأصالة: قيل أخذ المعتق بالكفالة تصحيح للكفالة ببدل الكتابة وهي باطلة. وأجابوا بأن كل واحد منهما كان مطالبا بجميع الألف والباقي بعض ذلك فيبقى على تلك الصفة؛ لأن البقاء يكون على وفق الثبوت، فإن أخذ الذي أعتقه رجع على صاحبه بما أدى؛ لأنه أداه عنه بأمره، وإن أخذ صاحبه لم يرجع عليه بشيء؛ لأنه أدى عن نفسه

بَابُ كَفَالَةِ الْعَبْدِ وَعَنْهُ

(وَمَنْ ضَمِنَ عَنْ عَبْدٍ مَا لَا يَجِبُ عَلَيْهِ حَتَّى يَعْتِقَ وَلَمْ يُسَمَّ حَالًا وَلَا غَيْرَهُ فَهُوَ حَالٌ) لأن المال حال عليه لوجود السبب وقبول الذمة، إلا أنه لا يطالب لعسريته، إذ جميع ما في يده ملك المولى ولم يرض بتعلقه به والكفيل غير معسر، فصار كما إذا كفّل عن غائب أو مفلس، بخلاف الدين المؤجل لأنه متأخر بمؤخر، ثم إذا أدى رجع على العبد بعد العتق لأن الطالب لا يرجع عليه إلا بعد العتق، فكذا الكفيل لقيامه مقامه.

الشرح:

(بَابُ كَفَالَةِ الْعَبْدِ وَعَنْهُ): حق هذا الباب التأخير؛ لأن العبد متأخر عن الحر، إما لشرفه وإما؛ لأن الأصل في بني آدم هو الحرية، ووضع ترتبه يقتضي تقديم كفالة العبد في البحث، ولكن اعتبر كون الواو للجمع المطلق وفيه ما فيه. قال (وَمَنْ ضَمِنَ عَنْ عَبْدٍ مَا لَا يَجِبُ عَلَيْهِ إلخ) قوله: لا يجب عليه صفة لمالا. وجواب المسألة قوله: فهو حال وعدل عن عبارة محمد رحمه الله في الجامع الصغير، وهي قول محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في العبد الذي يستهلك المال الذي لا يجب عليه حتى يعتق فضمنه رجل ولم يسم حالا ولا غير حال إلى عبارته في الكتاب؛ لأن عبارة محمد تحتاج إلى تأويل، فإن العبد إذا استهلك المال عيانا يؤخذ به في الحال. قال فخر الإسلام: مراده إذا أقر بالاستهلاك وكذبه المولى. وقال بعضهم: مراده العبد المحجور

عَلَيْهِ الْبَالُغُ إِذَا أَوْدَعَ مَالًا فَاسْتَهْلَكَهُ فَإِنَّهُ لَا يُؤَاخَذُ بِهِ فِي الْحَالِ بَلْ بَعْدَ الْإِعْتِقَاقِ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ.

وَأَمَّا عِبَارَتُهُ فِي الْكِتَابِ وَهُوَ قَوْلُهُ: وَمَنْ ضَمِنَ عَنْ عَبْدٍ مَالًا لَا يَجِبُ عَلَيْهِ حَتَّى يَعْتَقُ وَلَمْ يُسَمَّ حَالًا وَلَا غَيْرُهُ فَلَا يَحْتَاجُ إِلَى شَيْءٍ لَتَنَاوُلَهَا مَا إِذَا أَقْرَأَ الْعَبْدُ بِاسْتِهْلَاكِهِ لِلْحَالِ، وَكَذَبَهُ الْمَوْلَى أَوْ أَقْرَضَهُ إِنْسَانٌ أَوْ بَاعَهُ وَهُوَ مُحْجُورٌ أَوْ وَطِئَ امْرَأَةً بِشَبْهَةٍ بَغَيْرِ إِذْنِ الْمَوْلَى أَوْ أَوْدَعَهُ إِنْسَانٌ فَاسْتَهْلَكَهُ فَإِنَّهُ لَا يُؤَاخَذُ بِذَلِكَ كُلُّهُ لِلْحَالِ، أَمَّا صِحَّةُ الْكَفَالَةِ فِي هَذِهِ الْوُجُوهِ فَلَأَنَّهُ كَفَلَ بِمَالٍ مَضْمُونٍ عَلَى الْأَصِيلِ مَقْدُورِ التَّسْلِيمِ لِلْكَفِيلِ فَتَصَحُّ كَمَا فِي سَائِرِ الدِّيُونِ سَوَاءً كَانَتْ فِي ذِمَّةِ الْمَلِيِّ أَوْ الْمُفْلِسِ، وَأَمَّا كَوْنُهَا حَالًا فَلَأَنَّ الْمَالَ عَلَى الْعَبْدِ الْمَكْفُولِ عَنْهُ حَالٌ لَوْجُودِ السَّبَبِ وَقَبُولِ الذِّمَّةِ، لَكِنْ لَا يُطَالَبُ لَوْجُودِ الْمَانِعِ عَنِ الْمُطَالَبَةِ وَهُوَ الْعُسْرَةُ، إِذْ جَمِيعُ مَا فِي يَدِهِ مِلْكُ الْمَوْلَى وَلَمْ يَرْضَ بِتَعَلُّقِ الدَّيْنِ بِمِلْكِهِ، وَهَذَا الْمَانِعُ غَيْرُ مُتَحَقِّقٍ فِي حَقِّ الْكَفِيلِ؛ لَأَنَّهُ غَيْرُ مُعْسِرٍ فَيَجِبُ الْعَمَلُ بِالْمُقْتَضَى وَصَارَ كَالْكَفَالَةِ عَنْ غَائِبٍ تَصَحُّ، وَيُؤْخَذُ بِهِ الْكَفِيلُ حَالًا وَإِنْ عَجَزَ الطَّالِبُ عَنْ مُطَالَبَةِ الْأَصِيلِ، وَكَالْكَفَالَةِ عَنْ مُفْلِسٍ بِتَشْدِيدِ اللَّامِ فَإِنَّهَا تَصَحُّ وَيُؤْخَذُ بِهِ الْكَفِيلُ فِي الْحَالِ، وَإِنْ كَانَ فِي حَقِّ الْأَصِيلِ مُتَأَخِّرًا إِلَى الْمَيْسَرَةِ. فَإِنْ قِيلَ: إِذَا لَمْ يُؤْخَذْ مِنَ الْعَبْدِ إِلَّا بَعْدَ الْعِتْقِ فَلَمْ يُمْكِنْ هَذَا بِمَنْزِلَةِ دَيْنٍ مُؤَجَّلٍ حَتَّى لَا يُؤْخَذَ الْكَفِيلُ أَيْضًا إِلَّا بَعْدَ الْأَجَلِ؟.

أَجَابَ بِقَوْلِهِ بِخِلَافِ الدَّيْنِ الْمَوْجَّلِ؛ لَأَنَّهُ مُتَأَخِّرٌ بِمُؤَخَّرٍ: يَعْنِي أَنَّ الدَّيْنَ ثَمَّةٌ تَأَخَّرَ عَنِ الْأَصِيلِ بِمُؤَخَّرٍ: أَيْ بِأَمْرٍ يُوجِبُ التَّأَخِيرَ وَهُوَ التَّأَجُّلُ لَا بِمَانِعٍ يَمْنَعُ عَنِ الْمُطَالَبَةِ بَعْدَ وَجُوبِهِ حَالًا، وَقَدْ التَزَمَ الْكَفِيلُ ذَلِكَ فَلَزِمَهُ مُؤَجَّلًا، ثُمَّ إِذَا أَدَّى الْكَفِيلُ رَجَعَ عَلَى الْعَبْدِ بَعْدَ الْعِتْقِ؛ لِأَنَّ الطَّالِبَ لَا يَرْجِعُ عَلَيْهِ إِلَّا بَعْدَ الْعِتْقِ، فَكَذَا الْكَفِيلُ لِقِيَامِهِ مَقَامَهُ.

(وَمَنْ ادَّعَى عَلَى عَبْدٍ مَالًا وَكَفَلَ لَهُ رَجُلٌ بِنَفْسِهِ فَمَاتَ الْعَبْدُ بَرِيءَ الْكَفِيلِ) لِبَرَاءَةِ الْأَصِيلِ كَمَا إِذَا كَانَ الْمَكْفُولُ عَنْهُ بِنَفْسِهِ حُرًّا.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ ادَّعَى عَلَى عَبْدٍ مَالًا إلخ) الْكَفَالَةُ بِالنَّفْسِ لَا تَتَفَاوَتُ بَيْنَ مَا إِذَا كَانَ

الْمَكْفُولُ بِنَفْسِهِ حُرًّا أَوْ عَبْدًا فَإِنَّهُ بِمَوْتِهِ يَبْرَأُ الْكَفِيلُ لِبَرَاءَةِ الْأَصِيلِ كَمَا لَوْ كَانَ حُرًّا، وَذَكَرَ هَذِهِ تَمْهِيدًا لِلَّتِي بَعْدَهَا وَلِيَّانِ الْفَرْقِ بَيْنَهُمَا.

قَالَ (فَإِنْ ادَّعَى رَقَبَةَ الْعَبْدِ فَكَفَلَ بِهِ رَجُلٌ فَمَاتَ الْعَبْدُ فَأَقَامَ الْمُدَّعِي الْبَيِّنَةَ أَنَّهُ كَانَ لَهُ ضَمِنَ الْكَفِيلُ قِيَمَتَهُ) لِأَنَّ عَلَى الْمَوْلَى رَدَّهَا عَلَى وَجْهِ يَخْلُفُهَا قِيَمَتُهَا، وَقَدْ التَزَمَ الْكَفِيلُ ذَلِكَ وَبَعْدَ الْمَوْتِ تَبَقَى الْقِيَمَةُ وَاجِبَةً عَلَى الْأَصِيلِ فَكَذَا عَلَى الْكَفِيلِ، بِخِلَافِ الْأَوَّلِ.

الشرح:

(فَإِنْ ادَّعَى رَقَبَةَ الْعَبْدِ عَلَى ذِي الْيَدِ فَكَفَلَ بِهِ رَجُلٌ فَمَاتَ الْعَبْدُ فَأَقَامَ الْمُدَّعِي الْبَيِّنَةَ أَنَّ الْعَبْدَ كَانَ لَهُ ضَمِنَ الْكَفِيلُ قِيَمَتَهُ؛ لِأَنَّ عَلَى الْمَوْلَى رَدَّ الرَقَبَةِ عَلَى وَجْهِ يَخْلُفُهَا الْقِيَمَةَ) عِنْدَ الْعَجْزِ عَنْ رَدِّهَا، وَإِذَا وَجَبَ ضَمَانُ الْقِيَمَةِ عَلَى الْأَصِيلِ وَجَبَ عَلَى الْكَفِيلِ؛ لِأَنَّهُ التَزَمَ الْمَطَالَبَةَ بِمَا عَلَى الْأَصِيلِ، وَقَدْ اتَّفَقَ الضَّمَانُ فِي حَقِّ الْأَصِيلِ إِلَى الْقِيَمَةِ فَكَذَا فِي حَقِّ الْكَفِيلِ، بِخِلَافِ الْأَوَّلِ: أَيْ الضَّمَانِ الْأَوَّلِ؛ لِأَنَّ مَحَلَّ مَا التَزَمَهُ وَهُوَ الْعَبْدُ قَدْ فَاتَ وَسَقَطَ عَنِ الْعَبْدِ تَسْلِيمُ نَفْسِهِ فَكَذَا عَنْ كَفِيلِهِ، وَإِنَّمَا قِيَدُهُ بِإِقَامَةِ الْبَيِّنَةِ اخْتِرَازًا عَمَّا إِذَا ثَبَتَ الْمِلْكُ لَهُ بِإِقْرَارِ ذِي الْيَدِ أَوْ بِنُكُولِهِ عَنِ الْيَمِينِ حَيْثُ تَقْضِي بِقِيَمَةِ الْعَبْدِ الْمَيِّتِ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ، وَلَا يَلْزَمُ الْكَفِيلُ؛ لِأَنَّ الْإِقْرَارَ حُجَّةً قَاصِرَةً إِلَّا إِذَا أَقَرَّ الْكَفِيلُ بِمَا أَقَرَّ بِهِ الْأَصِيلُ.

قَالَ (وَإِذَا كَفَلَ الْعَبْدُ عَنْ مَوْلَاهُ بِأَمْرِهِ فَعَتَقَ فَأَدَّاهُ أَوْ كَانَ الْمَوْلَى كَفَلَ عَنْهُ فَأَدَّاهُ بَعْدَ الْعِتْقِ لَمْ يَرْجِعْ وَاحِدٌ مِنْهُمَا عَلَى صَاحِبِهِ) وَقَالَ زُهْرِي: يَرْجِعُ، وَمَعْنَى الْوَجْهِ الْأَوَّلِ أَنْ لَا يَكُونَ عَلَى الْعَبْدِ دَيْنٌ حَتَّى تَصِحَّ كِفَالَتُهُ بِالْمَالِ عَنِ الْمَوْلَى إِذَا كَانَ بِأَمْرِهِ، أَمَّا كِفَالَتُهُ عَنِ الْعَبْدِ فَتَصِحُّ عَلَى كُلِّ حَالٍ. لَهُ أَنَّهُ تَحَقَّقَ الْمَوْجِبُ لِلرُّجُوعِ وَهُوَ الْكِفَالَةُ بِأَمْرِهِ وَالْمَانِعُ وَهُوَ الرِّقُّ قَدْ زَالَ. وَلَنَا أَنَّهَا وَقَعَتْ غَيْرَ مُوجِبَةٍ لِلرُّجُوعِ لِأَنَّ الْمَوْلَى لَا يَسْتَوْجِبُ عَلَى عَبْدِهِ دَيْنًا وَكَذَا الْعَبْدُ عَلَى مَوْلَاهُ، فَلَا تَتَقَلَّبُ مُوجِبَةٌ أَبَدًا كَمَنْ كَفَلَ عَنْ غَيْرِهِ بِغَيْرِ أَمْرِهِ فَأَجَازَهُ.

الشرح:

قَالَ (وَإِذَا كَفَلَ الْعَبْدُ عَنْ مَوْلَاهُ بِأَمْرِهِ إلخ) إِذَا كَفَلَ الْعَبْدُ عَنْ مَوْلَاهُ بِأَمْرِهِ فَالْحَالُ لَا يَخْلُو إِمَّا أَنْ يَكُونَ عَلَيْهِ دَيْنٌ مُسْتَعْرِقٌ أَوْ لَا، فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ لَمْ تَصِحَّ كِفَالَتُهُ

لِحَقِّ الْغُرْمَاءِ وَإِنْ كَانَ بِإِذْنِ الْمَوْلَى، وَإِنْ كَانَ الثَّانِي صَحَّتْ إِنْ كَانَتْ بِأَمْرِهِ؛ لِأَنَّ مَالِيَّتَهُ لِمَوْلَاهُ فَلَهُ أَنْ يَجْعَلَهَا بِالذَّيْنِ بِالرَّهْنِ وَالْإِقْرَارِ بِالذَّيْنِ، وَإِذَا كَفَلَ الْمَوْلَى عَنْ عَبْدِهِ فَهِيَ صَحِيحَةٌ سَوَاءٌ كَانَتْ بِالنَّفْسِ أَوْ الْمَالِ مَدْيُونًا كَانَ الْعَبْدُ أَوْ غَيْرَ مَدْيُونٍ، فَإِذَا صَحَّتْ الْكَفَالَةُ وَأَدَّى الْعَبْدُ مَا كَفَلَ بِهِ بَعْدَ عِتْقِهِ أَوْ أَدَّى الْمَوْلَى ذَلِكَ بَعْدَ عِتْقِ عَبْدِهِ لَمْ يَرْجِعْ وَاحِدٌ مِنْهُمَا عَلَى صَاحِبِهِ. وَقَالَ زُفَرٌ: يَرْجِعُ؛ لِأَنَّ الْمَوْجِبَ لِلرُّجُوعِ وَهُوَ الْكَفَالَةُ بِالْأَمْرِ تَحَقُّقَ وَالْمَانِعِ وَهُوَ الرِّقُّ قَدْ زَالَ وَقُلْنَا: هَذِهِ الْكَفَالَةُ قَدْ انْعَقَدَتْ غَيْرَ مُوجِبَةٍ لِلرُّجُوعِ؛ لِأَنَّ الْعَبْدَ لَا يَسْتَوْجِبُ عَلَى مَوْلَاهُ دَيْنًا إِذَا لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ دَيْنٌ مُسْتَعْرَقٌ، وَكَذَا الْمَوْلَى لَا يَسْتَوْجِبُ عَلَى عَبْدِهِ دَيْنًا بِحَالٍ، وَكُلُّ كَفَالَةٍ تَنْعَقِدُ غَيْرَ مُوجِبَةٍ لِلرَّدِّ لَا تَنْقَلِبُ مُوجِبَةً أَبَدًا كَمَنْ كَفَلَ عَنْ غَيْرِهِ بِغَيْرِ أَمْرِهِ فَبَلَّغَهُ فَأَجَازَ فَإِنَّ الْكَفِيلَ بَعْدَ الْأَدَاءِ لَا يَرْجِعُ عَلَى الْأَصِيلِ بِشَيْءٍ لَذَلِكَ. وَتَوْقُضُ بِأَنَّ الرَّاهِنَ إِذَا أَعْتَقَ الْعَبْدَ الْمَرْهُونَ وَهُوَ مُعْسِرٌ وَسَعَى الْعَبْدُ فِي الدَّيْنِ فَإِنَّهُ يَرْجِعُ بِهِ عَلَى الْمَوْلَى مَعَ أَنَّ الْعَبْدَ هُنَاكَ لَا يَسْتَوْجِبُ دَيْنًا عَلَى مَوْلَاهُ. وَأُجِيبَ بِأَنَّهُ مُعَالِطَةٌ فَإِنَّ كَلَامَنَا فِي أَنَّ الْعَبْدَ لَا يَسْتَوْجِبُ عَلَى مَوْلَاهُ دَيْنًا وَفِيمَا ذَكَرْتَ الْحُرُّ يَسْتَوْجِبُ دَيْنًا؛ لِأَنَّ اسْتِحْبَابَ الدَّيْنِ عَلَيْهِ إِنَّمَا هُوَ بَعْدَ الْعِتْقِ لِكَوْنِهِ غَيْرَ مُطَالَبٍ بِهِ قَبْلَ الْعِتْقِ فَلَا يَكُونُ مِمَّا نَحْنُ فِيهِ

(وَلَا تَجُوزُ الْكَفَالَةُ بِمَالِ الْكِتَابَةِ حُرًّا تَكْفُلُ بِهِ أَوْ عَبْدًا) لِأَنَّهُ دَيْنٌ ثَبَتَ مَعَ الْمُنَافِي فَلَا يَظْهَرُ فِي حَقِّ صِحَّةِ الْكَفَالَةِ، وَلِأَنَّهُ لَوْ عَجَزَ نَفْسَهُ سَقَطَ، وَلَا يُمَكِّنُ اثْبَاتُهُ عَلَى هَذَا الْوَجْهِ فِي ذِمَّةِ الْكَفِيلِ، وَإِثْبَاتُهُ مُطْلَقًا يُنَافِي مَعْنَى الضَّمِّ لِأَنَّ مِنْ شَرْطِهِ الْإِتِّحَادَ، وَبَدَلُ السَّعَايَةِ كَمَالِ الْكِتَابَةِ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ لِأَنَّهُ كَالْمُكَاتَبِ عِنْدَهُ.

الشرح:

وَلَا تَجُوزُ الْكَفَالَةُ عَنِ الْمُكَاتَبِ بِمَالِ الْكِتَابَةِ تَكْفُلُ بِهِ حُرًّا أَوْ عَبْدًا، وَإِنَّمَا قَالَ بِمَالِ الْكِتَابَةِ دُونَ بَدَلِ الْكِتَابَةِ لِيَتَنَاولَ الْبَدَلُ، وَكُلُّ دَيْنٍ يَكُونُ لِلْمَوْلَى عَلَيْهِ أَيْضًا غَيْرَ بَدَلِ الْكِتَابَةِ، أَمَّا فِي بَدَلِ الْكِتَابَةِ فَلِأَنَّهُ دَيْنٌ غَيْرُ مُسْتَقَرٍّ لثُبُوتِهِ مَعَ الْمُنَافِي وَهُوَ الرِّقُّ فَإِنَّ الْمُكَاتَبَ عَبْدٌ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ دِرْهَمٌ فَكَانَ الْقِيَاسُ أَنْ لَا يَصِحَّ إِجْبَابُ بَدَلِ الْكِتَابَةِ عَلَيْهِ لَمَّا ذَكَرْنَا أَنَّ الْمَوْلَى لَا يَسْتَوْجِبُ عَلَى عَبْدِهِ شَيْئًا مِنَ الْمَالِ لَكِنْ تُرِكَ الْقِيَاسُ بِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾ [النور: ٣٣] وَكُلُّ مَا ثَبَتَ مَعَ الْمُنَافِي كَانَ غَيْرَ

مُسْتَقَرٌّ: أَي ثَابِتًا مِنْ وَجْهِ دُونَ وَجْهِ فَلَا يَظْهَرُ فِي حَقِّ صِحَّةِ الْكَفَالَةِ لاقْتِضَائِهَا دَيْنًا مُسْتَقَرًّا؛ لِأَنَّهَا لِتَوْثِيقِ الْمُطَالَبَةِ، وَإِذَا كَانَ غَيْرَ مُسْتَقَرٍّ جَازَ أَنْ يَسْقُطَ بِغَيْرِ اخْتِيَارِ الطَّالِبِ فَلَمْ يَنْقُ لِلْكَفَالَةِ فَائِدَةٌ، بَلْ قَدْ تَكُونُ هُزُؤًا وَلَعِبًا.

(قَوْلُهُ: وَلَآئِهٖ) دَلِيلٌ آخَرُ عَلَى عَدَمِ اسْتِقْرَارِهِ، فَإِنَّهُ إِذَا عَجَزَ نَفْسَهُ سَقَطَ الدَّيْنُ وَالْمُسْتَقَرُّ مِنَ الدَّيْنِ مَا لَا يَسْقُطُ إِلَّا بِالْأَدَاءِ أَوْ الْإِبْرَاءِ. وَقَوْلُهُ: (وَلَا يُمَكِّنُ إِنْثَابَهُ) دَلِيلٌ آخَرُ عَلَى الْمُدْعَى وَهُوَ عَدَمُ صِحَّةِ الْكَفَالَةِ بِبَدْلِ الْكِتَابَةِ، وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ الْكَفَالَةَ إِنْ صَحَّتْ بِهِ فَلَا يَخْلُو إِمَّا أَنْ يَكُونَ ثُبُوتُهُ عَلَى الْكَفِيلِ عَلَى وَجْهِ ثُبُوتِهِ عَلَى الْأَصِيلِ وَهُوَ أَنْ يَسْقُطَ بِتَعْجِيزِ الْكَفِيلِ نَفْسُهُ كَمَا يَسْقُطُ بِتَعْجِيزِ الْأَصِيلِ نَفْسُهُ أَوْ مُطْلَقًا وَلَا سَبِيلَ إِلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا.

أَمَّا الْأَوَّلُ فَظَاهِرٌ؛ لِأَنَّ الْأَصِيلَ بِتَعْجِيزِ نَفْسِهِ يُرَدُّ رَقِيقًا لِمَوْلَاهُ كَمَا كَانَ وَالْكَفِيلُ لَيْسَ كَذَلِكَ. وَأَمَّا الثَّانِي فَلَفَوَاتِ شَرْطِ الضَّمِّ الَّذِي هُوَ رُكْنُ الْكَفَالَةِ؛ لِأَنَّ مِنْ شَرْطِهِ الْإِتِّحَادَ فِي صِفَةِ الْوَاجِبِ بِالْكَفَالَةِ تَحْقِيقًا لِمَعْنَى الضَّمِّ وَتَفْهِيمًا لِلزِّيَادَةِ عَلَى الْمُلتَزِمِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّ الدَّيْنَ لَوْ كَانَ عَلَى الْأَصِيلِ مُؤَجَّلًا كَانَ عَلَى الْكَفِيلِ كَذَلِكَ فِي الْكَفَالَةِ الْمُطْلَقَةِ، وَلَوْ كَانَ جَيِّدًا أَوْ زَيْنًا عَلَى الْأَصِيلِ كَانَ عَلَى الْكَفِيلِ كَذَلِكَ، وَالْمُطْلَقُ غَيْرُ مُتَّحِدٍ مَعَ الْمُقَيَّدِ، فَلَوْ أَلَزَمَتْهُ مُطْلَقًا لَزِمَ الْإِزَامُ الزِّيَادَةَ عَلَى مَا أُلتَزِمَ وَهُوَ غَيْرُ جَائِزٍ، وَأَمَّا فِي غَيْرِ بَدْلِ الْكِتَابَةِ فَلَائِهٖ إِذَا عَجَزَ نَفْسَهُ يَسْقُطُ عَنْهُ بَفْسَخِ الْكِتَابَةِ سُقُوطُ بَدْلِهَا لِابْتِنَائِهَا عَلَيْهَا، إِذْ لَوْلَاهَا لَمْ يَسْتَوْجِبِ الْمَوْلَى عَلَيْهِ شَيْئًا (وَبَدَلُ السَّعَايَةِ كَمَالُ الْكِتَابَةِ) فِي عَدَمِ جَوَازِ الْكَفَايَةِ بِهِ لِلْمَوْلَى (عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ لِكُونِهِ دَيْنًا غَيْرَ مُسْتَقَرٍّ لثُبُوتِهِ مَعَ الْمُنَافِي) لَمَّا أَنَّ أَحْكَامَ الْمُسْتَسْعَى أَحْكَامُ الْعَبْدِ عِنْدَهُ مِنْ عَدَمِ قَبُولِ الشَّهَادَةِ وَتَرْوُجِ الْمَرَاتِنِ وَتَنْصِيفِ الْحُدُودِ وَغَيْرِهِمَا. وَعَلَى قَوْلِهِمَا تَصَحُّ؛ لِأَنَّ بَدْلَ الْكِتَابَةِ لَمْ يَكُنْ مُسْتَقَرًّا لِسُقُوطِهِ بِالتَّعْجِيزِ وَهُوَ فِي السَّعَايَةِ لَا يَتَحَقَّقُ فَكَانَ كَالْحُرِّ الْمَدْيُونِ، وَاللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

كِتَابُ الْحَوَالَةِ

الشرح:

(كِتَابُ الْحَوَالَةِ): الْحَوَالَةُ تُنَاسِبُ الْكَفَالَةَ مِنْ حَيْثُ إِنَّ فِيهَا التَّزَامًا بِمَا عَلَى الْأَصِيلِ كَمَا فِي الْكَفَالَةِ، وَلِهَذَا جَازَ اسْتِعَارَةُ كُلِّ مِنْهُمَا لِلآخَرِ إِذَا اشْتَرَطَ مُوجِبُ إِحْدَاهُمَا لِلْأُخْرَى عِنْدَ ذِكْرِ الْأُخْرَى، لَكِنَّهُ آخَرُ الْحَوَالَةِ؛ لِأَنَّهَا تَتَضَمَّنُ بَرَاءَةَ الْأَصِيلِ، وَالْبَرَاءَةُ تَقْفُو الْكَفَالَةَ فَكَذَا مَا يَتَضَمَّنُهَا. وَالْحَوَالَةُ فِي اللُّغَةِ هِيَ النَّقْلُ وَحُرُوفُهَا كَيْفَمَا تَرَكَّبَتْ دَارَتْ عَلَى مَعْنَى النَّقْلِ وَالزَّوَالِ. وَفِي اصطلاح الفقهاء تَحْوِيلُ الدَّيْنِ مِنْ ذِمَّةِ الْأَصِيلِ إِلَى ذِمَّةِ الْمُحْتَالَ عَلَيْهِ عَلَى سَبِيلِ التَّوَقُّعِ بِهِ. وَأَمَّا شَرْطُهَا فَسَدُّكُرُهُ فِي أَثْنَاءِ الْكَلَامِ، وَكَذَا حُكْمُهَا وَأَنْوَاعُهَا.

قَالَ (وَهِيَ جَائِزَةٌ بِالْدَّيُونِ) قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «مَنْ أَحِيلَ عَلَى مَلِيٍّ فَلْيَتَّبِعْ»^(١) وَلَأَنَّهُ التَّزَمَ مَا يَقْدِرُ عَلَى تَسْلِيمِهِ فَتَصِحُّ كَالْكَفَالَةِ، وَإِنَّمَا اخْتَصَّتْ بِالْدَّيُونِ لِأَنَّهَا تُنْبِئُ عَنِ النَّقْلِ وَالتَّحْوِيلِ، وَالتَّحْوِيلُ فِي الدَّيْنِ لَا فِي الْعَيْنِ.

الشرح:

قَالَ (وَهِيَ جَائِزَةٌ بِالْدَّيُونِ إلخ) الْحَوَالَةُ جَائِزَةٌ بِالْدَّيُونِ دُونَ الْأَعْيَانِ، أَمَّا الْجَوَازُ فَيَدُلُّ عَلَيْهِ النَّقْلُ وَالْعَقْلُ. أَمَّا الْأَوَّلُ فَمَا رَوَى أَبُو دَاوُدَ فِي السُّنَنِ وَقَالَ: حَدَّثَنَا الْقَعْنَبِيُّ عَنْ مَالِكٍ عَنْ أَبِي الزُّنَادِ عَنْ الْأَعْرَجِ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ «مَطْلُ الْغَنِيِّ ظُلْمٌ، وَإِذَا أُتْبِعَ أَحَدُكُمْ عَلَى مَلِيٍّ فَلْيَتَّبِعْ» وَقَالَ التِّرْمِذِيُّ فِي جَامِعِهِ بَعْدَ مَا رَوَى الْحَدِيثَ بِإِسْنَادِهِ إِلَى أَبِي هُرَيْرَةَ: حَدِيثُ أَبِي هُرَيْرَةَ حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ، وَمَعْنَاهُ: إِذَا أَحِيلَ أَحَدُكُمْ عَلَى مَلِيٍّ فَلْيَحْتَلِ.

أَمَرَ بِالِاتِّبَاعِ وَالِاتِّبَاعُ بِسَبَبٍ لَيْسَ بِمَشْرُوعٍ وَلَا يَكُونُ مَأْمُورًا بِهِ مِنَ الشَّارِعِ فَدَلَّ عَلَى جَوَازِهَا. وَأَمَّا الثَّانِي فَلَأَنَّهُ قَادِرٌ عَلَى إِيفَاءِ مَا التَّزَمَهُ وَهُوَ ظَاهِرٌ، وَذَلِكَ يُوجِبُ الْجَوَازَ كَالْكَفَالَةِ، وَأَمَّا اخْتِصَاصُهَا بِالْدَّيُونِ فَلِأَنَّهَا تُنْبِئُ عَنِ التَّحْوِيلِ لَمَّا ذَكَرْنَا، وَالتَّحْوِيلُ فِي الدَّيْنِ لَا فِي الْعَيْنِ. وَتَقْرِيرُهُ الْحَوَالَةُ تَحْوِيلُ شَرْعِيٍّ، وَالتَّحْوِيلُ الشَّرْعِيُّ إِنَّمَا يُتَصَوَّرُ فِي مُحَوَّلٍ شَرْعِيٍّ وَهُوَ الدَّيْنُ؛ لِأَنَّهُ وَصَفُ شَرْعِيٍّ فِي الذِمَّةِ يَظْهَرُ أَثَرُهُ عِنْدَ

(١) أخرجه البخاري (٢٢٨٧)، ومسلم في المساقاة (٣٤). وانظر نصب الراية (٤/ ١٢٩).

المطالبة فجاز أن يعتبره الشرع في ذمة شخص آخر بالتزامه.
وأما العين إذا كان في محل محسوساً فلا يمكن أن يعتبر في محل آخر ليس هو فيه؛ لأن الحس يكذبه فلا يتحقق فيه إلا الثقل الحسي، وليس ذلك مما نحن فيه.
قال (وتصح الحوالة برضا المحيل والمحتمل والمحتمل عليه) أما المحتمل فلأن الدين حقه وهو الذي ينتقل بها والذمم متفاوتة فلا بد من رضاه، وأما المحتمل عليه فلأنه يلزمه الدين ولا لزوم بدون التزامه، وأما المحيل فالحوالة تصح بدون رضاه ذكره في الزيادات لأن التزام الدين من المحتمل عليه تصرف في حق نفسه وهو لا يتضرر به بل فيه نفعه لأنه لا يرجع عليه إذا لم يكن بأمره.

الشرح:

قال (وتصح برضا المحيل والمحتمل والمحتمل عليه إلخ) شرط صحة الحوالة رضا المحتمل؛ لأن الدين حقه، وهو أي الدين ينتقل بالحوالة والذمم متفاوتة فلا بد من رضاه، ولا خلاف في ذلك لأحد من أهل العلم، وأما رضا المحتمل عليه فهو شرط عندنا. وقال الشافعي: إن كان للمحيل دين عليه فلا يشترط، وبه قال مالك وأحمد؛ لأنه محل التصرف فلا يشترط رضاه، كما لو باع عبداً فإنه لا يشترط رضاه؛ لأن الحق للمحيل عليه فله أن يستوفيه بنفسه وبغيره كما لو وكل في الاستيفاء، وأما إذا لم يكن للمحيل دين عليه فيشترط رضاه بالإجماع، وقلنا إنه إزاء الدين ولا لزوم بدون الالتزام. لا يقال: إزاء الحاكم بالبينة على المنكر إزاء بدون الالتزام؛ لأن الحكم إظهاراً للالتزام لا إزاء، وأما رضا المحيل فقد شرطه القدوري وعسى يعلل بأن ذوي المروات قد يأنفون بتحمل غيرهم ما عليهم من الدين فلا بد من رضاهم.

وذكر في الزيادات أن الحوالة تصح بدون رضاه؛ لأن التزام الدين من المحال عليه تصرف في حق نفسه، والمحيل لا يتضرر به بل فيه نفعه؛ لأن المحال عليه لا يرجع عليه إذا لم يكن بأمره قبل، وعلى هذا تكون فائدة اشتراط الرجوع عليه إذا كانت بأمره. وقيل: لعل موضوع ما ذكر في القدوري أن يكون للمحيل على المحتمل عليه دين بقدر ما يقبل الحوالة، فإنها حينئذ تكون إسقاطاً لمطالبة المحيل عن المحال عليه فلا تصح إلا برضاه.

وَالظَّاهِرُ أَنَّ الْحَوَالَهَ قَدْ يَكُونُ ابْتِدَاؤُهَا مِنَ الْمُحِيلِ وَقَدْ يَكُونُ مِنَ الْمُحْتَالِ عَلَيْهِ، وَالْأَوَّلُ إِحَالَةٌ وَهُوَ فِعْلٌ اخْتِيَارِيٌّ لَا يَتَصَوَّرُ بِدُونِ الْإِرَادَةِ وَالرِّضَا، وَهُوَ وَجْهٌ رِوَايَةٍ الْقُدُورِيِّ، وَالثَّانِي اخْتِيَالٌ يَتِمُّ بِدُونِ إِرَادَةِ الْمُحِيلِ بِإِرَادَةِ الْمُحْتَالِ عَلَيْهِ وَرِضَا. وَهُوَ وَجْهٌ رِوَايَةِ الزِّيَادَاتِ، وَعَلَى هَذَا اشْتِرَاطُهُ مُطْلَقًا كَمَا ذَهَبَ إِلَيْهِ الْأَيْمَةُ الثَّلَاثَةُ بِنَاءً عَلَى أَنَّ إِيفَاءَ الْحَقِّ حَقَّهُ فَلَهُ إِيفَاؤُهُ مِنْ حَيْثُ شَاءَ مِنْ غَيْرِ قَسَمٍ عَلَيْهِ بِتَعْيِينِ بَعْضِ الْجِهَاتِ أَوْ عَدَمِ اشْتِرَاطِهِ مُطْلَقًا كَمَا ذَهَبَ إِلَيْهِ بَعْضُ الشَّارِحِينَ بِنَاءً عَلَى رِوَايَةِ الزِّيَادَاتِ لَيْسَ عَلَى مَا يَنْبَغِي.

قَالَ (وَإِذَا تَمَّتِ الْحَوَالَةُ بِرِيٍّ الْمُحِيلِ مِنَ الدِّينِ بِالْقَبُولِ) وَقَالَ زُفَرٌ: لَا يَبْرَأُ اعْتِبَارًا بِالْكَفَالَةِ، إِذْ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَقْدٌ تَوَثَّقِي، وَلَنَا أَنَّ الْحَوَالَهَ لِلنَّقْلِ لُغَةً، وَمِنْهُ حَوَالَةُ الْغِرَاسِ وَالِدِّينُ مَتَى انْتَقَلَ عَنِ الذِّمَّةِ لَا يَبْقَى فِيهَا. أَمَّا الْكَفَالَةُ فَلِلضَّمِّ وَالْأَحْكَامِ الشَّرْعِيَّةِ عَلَى وَفَاقِ الْمَعَانِي اللَّغَوِيَّةِ وَالتَّوَثُّقِ بِاخْتِيَارِ الْأَمَلِ وَالْأَحْسَنِ فِي الْقَضَاءِ، وَإِنَّمَا يُجْبَرُ عَلَى الْقَبُولِ إِذَا نَقَدَ الْمُحِيلُ لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ عَوْدَ الْمُطَالَبَةِ إِلَيْهِ بِالنَّوَى فَلَمْ يَكُنْ مُتَبَرِّعًا.

الشرح:

قَالَ (وَإِذَا تَمَّتِ الْحَوَالَةُ بِرِيٍّ الْمُحِيلِ مِنَ الدِّينِ بِالْقَبُولِ إلخ) إِذَا تَمَّتِ الْحَوَالَةُ بِرُكْنَيْهَا وَشَرْطُهَا كَانَ حُكْمُهَا بَرَاءَةُ الْمُحِيلِ مِنَ الدِّينِ، وَقَوْلُهُ: بِالْقَبُولِ مُتَعَلِّقٌ بِقَوْلِهِ إِذَا تَمَّتِ الْحَوَالَةُ، وَالْمُرَادُ بِهِ رِضَا مَنْ رِضَاهُ شَرْطٌ فِيهَا عَلَى مَا تَقَدَّمَ، وَقَوْلُهُ: مِنَ الدِّينِ اخْتِيَارٌ مِنْهُ لَمَّا هُوَ الصَّحِيحُ مِمَّا اخْتَلَفَ فِيهِ مَشَايخُنَا، فَإِنَّ مِنْهُمْ مَنْ ذَهَبَ إِلَى أَنَّهَا تُوجِبُ بَرَاءَةَ ذِمَّةِ الْمُحِيلِ عَنِ الْمُطَالَبَةِ وَالدِّينِ جَمِيعًا، وَمِنْهُمْ مَنْ ذَهَبَ إِلَى أَنَّهَا تُوجِبُ بَرَاءَتَهَا عَنِ الْمُطَالَبَةِ، وَمَنْشَأُ ذَلِكَ ذَكَرَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ أَحْكَامًا تَدُلُّ عَلَى الْقَوْلَيْنِ، فَمِمَّا يَدُلُّ عَلَى الْأَوَّلِ مَا قَالَ: إِنَّ الْمُحْتَالَ إِذَا وَهَبَ الدِّينَ مِنَ الْمُحِيلِ أَوْ أُبْرَأَهُ مِنَ الدِّينِ بَعْدَ الْحَوَالَةِ لَا تَصِحُّ هِبَتُهُ وَلَا إِبْرَاؤُهُ، وَلَوْ بَقِيَ الدِّينُ فِي ذِمَّتِهِ وَجَبَ أَنْ تَصِحَّ، وَلَوْ أُبْرَأَ الْمُحَالُ عَلَيْهِ أَوْ وَهَبَ الدِّينَ مِنْهُ صَحَّ، وَهَذَا يَقْتَضِي تَحْوِيلَ الدِّينِ إِلَى ذِمَّةِ الْمُحَالِ عَلَيْهِ وَبَرَاءَةِ الْمُحِيلِ عَنْهُ. وَمِمَّا يَدُلُّ عَلَى الثَّانِي أَنَّ الْمُحْتَالَ إِذَا أُبْرَأَ الْمُحَالُ عَلَيْهِ صَحَّ وَلَا يَرْتَدُّ بِالرَّدِّ كِبَرَاءِ الْكَفِيلِ.

وَلَوْ انْتَقَلَ أَصْلُ الدِّينِ إِلَى الْمُحَالِ عَلَيْهِ وَجَبَ أَنْ يَرْتَدَّ بِرَدِّهِ، كَمَا لَوْ أُبْرَأَ الْمُحِيلُ قَبْلَ

الْحَوَالَةِ وَالْأَصِيلُ فِي الْكَفَالَةِ، فَإِنَّ الْإِبْرَاءَ حَيْثُ يَكُونُ تَمْلِيكَ الدَّيْنِ مِمَّنْ عَلَيْهِ الدَّيْنُ، وَالتَّمْلِيكَ يَرْتَدُّ بِالرَّدِّ. وَمِنْهَا أَنَّ الْمُحِيلَ إِذَا تَقَدَّ مَا لِلْمُحْتَالَ يُجْبِرُ الْمُحْتَالَ عَلَى الْقَبُولِ، وَلَوْ انْتَقَلَ الدَّيْنُ بِالْحَوَالَةِ يَكُونُ الْمُحِيلُ مُتَبَرِّعًا فِي تَقَدِّ الْمَالِ كَالْأَجَنِيِّ، وَالْأَجَنِيُّ إِذَا تَبَرَّعَ بِقَضَاءِ الدَّيْنِ لَا يُجْبِرُ رَبُّ الْمَالِ لَا تَصِحُّ لِبَرَاءَتِهِ بِالْحَوَالَةِ، وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ عَلَى قَبُولِهِ. قَالُوا: وَالْأَوَّلُ هُوَ الصَّحِيحُ؛ لِأَنَّهُ تَصَرَّفَ فِي تَحْوِيلِ الدَّيْنِ فَيَجِبُ تَحْوِيلُهُ. وَقِيلَ الْأَوَّلُ قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ وَالثَّانِي قَوْلُ مُحَمَّدٍ، وَالْفَائِدَةُ تَظْهَرُ، فَالرَّاهِنُ إِذَا أَحَالَ الْمُرْتَهَنَ بِالَدَّيْنِ هَلْ يُسْتَرَدُّ؛ فَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ يُسْتَرَدُّ كَمَا لَوْ أَبْرَأَ عَنِ الدَّيْنِ، وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ لَا يُسْتَرَدُّ كَمَا لَوْ أَجَلَ الدَّيْنِ بَعْدَ الرَّهْنِ، وَفِيمَا إِذَا أَبْرَأَ الطَّالِبُ الْمُحِيلَ بَعْدَ الْحَوَالَةِ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ تَصَحُّ لِبَقَاءِ الدَّيْنِ فِي ذِمَّتِهِ، إِذَا التَّحَوَّلَ بِهَا هُوَ الْمُطَالِبَةُ لَا غَيْرُ.

لَا يُقَالُ: مَا ذَكَرَهُ الْمُصَنِّفُ يَدُلُّ عَلَى وَجْهِ ثَالِثٍ وَهُوَ الْبَرَاءَةُ عَنِ الدَّيْنِ دُونَ الْمُطَالِبَةِ حَيْثُ لَمْ يَتَعَرَّضْ لَذِكْرِهَا؛ لِأَنَّ انْتِقَالَ الدَّيْنِ بِهَا مُطَالِبَةٌ يَسْتَلْزِمُ وُجُودَ الْمَلْزُومِ بِلَا لَزِمٍ وَهُوَ مُمْتَنِعٌ فَانْتَفَى بِذِكْرِ الدَّيْنِ عَنِ الْمُطَالِبَةِ لِاسْتِلْزَامِهَا إِيَّاهُ. وَقَالَ زُفَرٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَا يَبْرَأُ؛ لِأَنَّ الْحَوَالَةَ كَالْكَفَالَةِ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَقْدٌ تَوَثَّقَ فِيهِ الْكَفَالَةُ لَا يَبْرَأُ فَكَذَا فِي الْحَوَالَةِ. وَقَالَ ابْنُ أَبِي لَيْلَى: وَثَقِلَ ذَلِكَ عَنْ مَالِكٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ: الْكَفَالَةُ كَالْحَوَالَةِ لَمَّا ذَكَرْنَا، وَفِي الْحَوَالَةِ يَبْرَأُ فَكَذَا فِي الْكَفَالَةِ، وَجَوَابُهُمَا وَاحِدٌ وَهُوَ أَنَّ الْحُكْمَ غَيْرُ مُضَافٍ إِلَى مَا ذَكَرْتُمُ مِنَ الْمُشْتَرَكِ بَلْ إِلَى الْفَارِقِ وَهُوَ اخْتِصَاصُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِمَفْهُومٍ خِلَافَ مَفْهُومِ الْآخَرِ لُغَةً، فَإِنَّ الْحَوَالَةَ لِلثَّقَلِ لُغَةً، وَمِنْهُ حَوَالَةُ الْغَرَسِ، وَإِذَا حَصَلَ نَقْلُ الدَّيْنِ عَنِ الذِّمَّةِ لَا يَنْتَقِي فِيهَا. أَمَّا الْكَفَالَةُ فَلِلضَّمِّ وَهُوَ يَقْتَضِي بِنَاءَ مَا يُضَمُّ إِلَيْهِ، وَالْأَصْلُ مُوَافَقَةُ الْأَحْكَامِ الشَّرْعِيَّةِ لِلْمَعَانِي اللُّغَوِيَّةِ، وَاعْتَرِضَ بِالْحَوَالَةِ بِغَيْرِ أَمْرِ الْمُحِيلِ فَإِنَّهَا حَوَالَةٌ صَحِيحَةٌ كَمَا مَرَّ، وَلَا نَقْلَ فِيهَا وَلَا تَحْوِيلَ وَهُوَ نَقْضٌ إِجْمَالِيٌّ. وَالْجَوَابُ أَنَّا لَا نُسَلِّمُ أَنَّ لَا نَقْلَ فِيهَا فَإِنَّهَا بَعْدَ أَذَاءِ الدَّيْنِ ظَاهِرُ التَّحْقِيقِ وَلِهَذَا لَا يَنْبَغِي عَلَى الْمُحِيلِ شَيْءٌ

(قَوْلُهُ: وَالتَّوَثُّقُ بِاخْتِيَارِ الْأَمْثَلِ) جَوَابٌ لَزُفَرٍ، وَتَقْرِيرُهُ سَلَمْنَا أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَقْدٌ تَوَثَّقَ، لَكِنَّ بَرَاءَةَ الْمُحِيلِ لَا تُنَافِيهِ؛ لِأَنَّ التَّوَثُّقَ يَتَحَقَّقُ مَعَهَا بِاخْتِيَارِ الْأَمْثَلِ: أَيْ الْأَفْذَرِ عَلَى الْإِيفَاءِ لِبُسُوطَةِ سَعَةِ ذَاتِ الْيَدِ، وَالْأَحْسَنِ قَضَاءً بِأَنْ يُؤْفِيَهُ بِالْأَجُودِ بِلَا

مُطَاطَلَةٌ وَهُوَ فِي الْحَقِيقَةِ تَنْزُلٌ فِي الْجَوَابِ بِالْقَوْلِ بِالْمُوجِبِ. وَقَوْلُهُ: (وَإِنَّمَا يُجْبَرُ عَلَى الْقَبُولِ) جَوَابُ نَقْضِ يَرُدُّ عَلَى قَوْلِهِ وَالْأَحْكَامُ الشَّرْعِيَّةُ عَلَى وِفَاقِ الْمَعَانِي اللَّغَوِيَّةِ، وَتَقْرِيرُهُ لَوْ صَحَّ ذَلِكَ لَا تَقْتَلِ الدِّينُ مِنَ الْمُحِيلِ وَصَارَ أَجَنَبِيًّا مِنْهُ، فَإِذَا نَقَدَهُ كَانَ الْوَاجِبُ أَنْ لَا يُجْبَرَ الْمُحْتَالُ عَلَى الْقَبُولِ: أَيْ لَا يَنْزِلُ مَنْزِلَةُ الْقَابِضِ إِذَا ارْتَفَعَتْ الْمَوَانِعُ بَيْنَ الْمُحْتَالِ وَالْمُنْقُودِ لِكَوْنِ الْمُحِيلِ إِذْ ذَاكَ مُتَبَرِّعًا كَالْأَجَنَبِيِّ، وَبِأَدَاءِ الْأَجَنَبِيِّ الْمُتَبَرِّعِ لَا يُجْبَرُ الطَّالِبُ عَلَى الْقَبُولِ، وَتَقْرِيرُ الْجَوَابِ لَا تُسَلِّمُ أَنَّ الْمُحِيلَ مُتَبَرِّعٌ فِي التَّقْدِ وَإِنَّمَا يَكُونُ مُتَبَرِّعًا كَالْأَجَنَبِيِّ إِنْ لَوْ لَمْ يَحْتَمِلْ عَوْدَ الْمَطَالَبَةِ إِلَيْهِ بِالتَّوَيِّ وَهُوَ يَحْتَمِلُ فَلَا يَكُونُ مُتَبَرِّعًا.

قَالَ (وَلَا يَرْجِعُ الْمُحْتَالُ عَلَى الْمُحِيلِ إِلَّا أَنْ يَتَوَيَّ حَقُّهُ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَا يَرْجِعُ وَإِنْ تَوَيَّ لِأَنَّ الْبَرَاءَةَ حَصَلَتْ مُطْلَقَةً فَلَا تَعُودُ إِلَّا بِسَبَبٍ جَدِيدٍ. وَلَنَا أَنَّهَا مُقَيَّدَةٌ بِسَلَامَةِ حَقِّهِ لَهُ إِذْ هُوَ الْمَقْصُودُ، أَوْ تَنْفَسِيخُ الْحَوَالَةِ لِفَوَاتِهِ لِأَنَّهُ قَابِلٌ لِلْفَسْخِ فَصَارَ كَوَصْفِ السَّلَامَةِ فِي الْمُبِيعِ. قَالَ (وَالْتَوَيَّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَحَدَ الْأَمْرَيْنِ: إِمَّا أَنْ يَجْحَدَ الْحَوَالَةَ وَيَحْلِفَ وَلَا بَيِّنَةً لَهُ عَلَيْهِ، أَوْ يَمُوتَ مُفْلِسًا) لِأَنَّ الْعَجْزَ عَنِ الْوُصُولِ يَتَحَقَّقُ بِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا وَهُوَ النَّوَى فِي الْحَقِيقَةِ (وَقَالَا هَذَا الْوَجْهَانِ. وَوَجْهٌ ثَالِثٌ وَهُوَ أَنْ يَحْكُمَ الْحَاكِمُ بِإِفْلَاسِهِ حَالَ حَيَاتِهِ) وَهَذَا بِنَاءٌ عَلَى أَنَّ الْإِفْلَاسَ لَا يَتَحَقَّقُ بِحُكْمِ الْقَاضِي عِنْدَهُ خِلَافًا لَهُمَا، لِأَنَّ مَالَ اللَّهِ غَادٍ وَرَائِحٌ.

الشرح:

قَالَ (وَلَمْ يَرْجِعِ الْمُحْتَالُ عَلَى الْمُحِيلِ إِلَّا أَنْ يَتَوَيَّ حَقُّهُ إِنْ عَطْفٌ عَلَى قَوْلِهِ بَرَى الْمُحِيلُ: أَيْ إِذَا تَمَّتْ الْحَوَالَةُ بِالْقَبُولِ بَرَى الْمُحِيلُ وَلَمْ يَرْجِعِ الْمُحْتَالُ عَلَى الْمُحِيلِ بِشَيْءٍ إِلَّا أَنْ يَتَوَيَّ حَقُّهُ عَلَى مَا يَأْتِي مِنْ مَعْنَى التَّوَيَّ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ لَا يَرْجِعُ وَإِنْ تَوَيَّ؛ لِأَنَّ بَرَاءَةَ الْمُحِيلِ حَصَلَتْ مُطْلَقَةً: أَيْ عَنْ شَرْطِ الرُّجُوعِ عَلَى الْمُحِيلِ عِنْدَ التَّوَيَّ، وَهُوَ ظَاهِرٌ حَيْثُ لَمْ يَكُنْ ثَمَّةَ مَا يَدُلُّ عَلَى التَّقْيِيدِ، وَكُلُّ مَا كَانَ كَذَلِكَ لَا يَعُودُ إِلَّا بِسَبَبٍ جَدِيدٍ كَمَا فِي الْإِبْرَاءِ.

وَتَأْيِيدَ بِمَا رُوِيَ عَنْ ابْنِ الْمُسَيَّبِ أَنَّهُ كَانَ لَهُ عَلَى عَلِيٍّ رضي الله عنه دَيْنٌ فَأَحَالَهُ بِهِ عَلَى آخَرَ فَمَاتَ الْمُحْتَالُ عَلَيْهِ فَقَالَ ابْنُ الْمُسَيَّبِ: اخْتَرْتُ عَلِيًّا فَقَالَ أُبْعِدْكَ اللَّهُ فَأَبْعَدَهُ بِمُجَرَّدِ

احْتِيَالَهُ وَلَمْ يُجَزْ لَهُ الرُّجُوعُ. قُلْنَا: الْبَرَاءَةُ حَصَلَتْ مُطْلَقَةً لَفْظًا أَوْ مُطْلَقًا، وَالثَّانِي مَمْنُوعٌ وَالْأَوَّلُ مُسَلَّمٌ، لَكِنْ لَا يُفِيدُكُمْ لِحَوَازِ أَنْ تَكُونَ مُقَيَّدَةً بِدَلَالَةِ الْحَالِ أَوْ الْعُرْفِ أَوْ الْعَادَةِ فَتَقُولُ: إِنَّهَا حَصَلَتْ مُقَيَّدَةً بِسَلَامَةِ حَقِّهِ لَهُ وَإِنْ كَانَتْ مُطْلَقَةً لَفْظًا بِدَلَالَةِ الْحَالِ؛ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ مِنْ شَرْعِ الْحَوَالَةِ التَّوَصُّلُ إِلَى اسْتِيفَاءِ الْحَقِّ مِنَ الْمَحَلِّ الثَّانِي لَا نَفْسُ الْوُجُوبِ؛ لِأَنَّ الدِّمَّ لَا تَخْتَلِفُ فِي الْوُجُوبِ، وَإِنَّمَا تَخْتَلِفُ بِالنِّسْبَةِ إِلَى الْإِيْفَاءِ فَصَارَتْ سَلَامَةُ الْحَقِّ مِنَ الْمَحَلِّ الثَّانِي كَالْمَشْرُوطِ فِي الْعَقْدِ الْأَوَّلِ لِكَوْنِهِ هُوَ الْمَطْلُوبُ، فَإِذَا فَاتَ الشَّرْطُ عَادَ الْحَقُّ إِلَى الْمَحَلِّ الْأَوَّلِ فَصَارَ وَصْفُ السَّلَامَةِ فِي حَقِّ الْمَحَالِّ بِهِ كَوَصْفِ السَّلَامَةِ فِي الْمَبِيعِ بِأَنْ اشْتَرَى شَيْئًا فَهَلَكَ قَبْلَ الْقَبْضِ فَإِنَّهُ يَنْفَسَخُ الْعَقْدُ وَيَعُودُ حَقُّهُ فِي الثَّمَنِ، وَإِنْ لَمْ يَشْتَرِ ذَلِكَ لَفْظًا لَمَّا أَنَّ وَصْفَ السَّلَامَةِ مُسْتَحَقٌّ لِلْمُشْتَرِي، وَهَذَا يُشِيرُ إِلَى أَنَّ الْحَوَالَةَ تَنْفَسَخُ وَيَعُودُ الدِّينُ وَهُوَ عِبَارَةٌ بَعْضُ الْمَشَايِخِ.

وَقَوْلُهُ: أَوْ تَنْفَسَخُ الْحَوَالَةُ لِفَوَاتِهِ أَيْ لِفَوَاتِ الْمَقْصُودِ وَهُوَ السَّلَامَةُ؛ لِأَنَّهُ قَابِلٌ لِلنَّفْسِخِ، حَتَّى لَوْ تَرَضَيْتَا عَلَى فُسْخِ الْحَوَالَةِ انْفُسَخَتْ، وَكُلُّ مَا هُوَ قَابِلٌ لَهُ إِذَا فَاتَ الْمَقْصُودُ مِنْهُ يَنْفَسَخُ، كَالْمُشْتَرِي إِذَا وَجَدَ الْمَبِيعَ مَعِيًّا وَاخْتَارَ رَدَّهُ فَإِنَّهُ يَنْفَسَخُ الْبَيْعُ وَيُعَادُ الثَّمَنُ وَإِنْ لَمْ يُشْتَرِ ذَلِكَ فِي الْعَقْدِ لَمَّا مَرَّ إِشَارَةً إِلَى عِبَارَةِ آخَرِينَ مِنْهُمْ، وَهُوَ يُشِيرُ إِلَى أَنَّ الْحَوَالَةَ تَنْفَسَخُ وَيُعَادُ الدِّينُ عَلَى الْمُحِيلِ، فَالْمُصَنِّفُ رَحِمَهُ اللَّهُ جَمَعَ بَيْنَ طَرِيقَيْ الْمَشَايِخِ رَحِمَهُمُ اللَّهُ، وَاسْتَخْدَمَ قَوْلُهُ فَصَارَ كَوَصْفِ السَّلَامَةِ فِي الْمَبِيعِ فِيهِمَا بِمَعْنَيْنِ مُخْتَلَفَيْنِ، وَيُؤَيِّدُ مَا ذَهَبْنَا إِلَيْهِ مَا رَوَى عَنْ عُثْمَانَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَالَ: إِذَا تَوَى الْمَالُ عَلَى الْمَحَالِّ عَلَيْهِ عَادَ الدِّينُ عَلَى الْمُحِيلِ كَمَا كَانَ، وَلَا تَوَى عَلَى مَالٍ مُسْلِمٍ. وَلَمْ يُعْرِفْ فِي ذَلِكَ مُخَالَفَ فَحَلَّ مَحَلَّ الْإِجْمَاعِ.

وَعُورِضَ بِأَنَّ الْمَحَالَّ وَقْتَ الْحَوَالَةِ مُخَيَّرٌ بَيْنَ أَنْ يَقْبَلَ الْحَوَالَةَ فَيَتَقَبَّلَ حَقَّهُ إِلَى ذِمَّةِ الْمَحَالِّ عَلَيْهِ وَيَبْنَى أَنْ يَأْبَاهَا بِإِقْبَاءِ لِحَقِّهِ فِي ذِمَّةِ الْمُحِيلِ، وَكُلُّ مُخَيَّرٍ بَيْنَ شَيْئَيْنِ إِذَا اخْتَارَ أَحَدَهُمَا تَعَيَّنَ عَلَيْهِ وَلَا يَعُودُ إِلَى الْآخَرِ كَالْمَعْصُوبِ مِنْهُ إِذَا اخْتَارَ تَضَمُّنَ أَحَدِ الْعَاصِبَيْنِ ثُمَّ تَوَى مَا عَلَيْهِ لَمْ يَرْجِعْ عَلَى الْآخَرِ بِشَيْءٍ، وَكَالْمَوْلَى إِذَا أَعْتَقَ عَبْدَهُ الْمَدْيُونُ فَاخْتَارَ الْغُرْمَاءُ اسْتِسْعَاءَ الْعَبْدِ ثُمَّ تَوَى عَلَيْهِمْ ذَلِكَ لَمْ يَرْجِعُوا عَلَى الْمَوْلَى بِشَيْءٍ. وَالْجَوَابُ أَنَّ قَوْلَهُ إِذَا اخْتَارَ أَحَدَهُمَا تَعَيَّنَ عَلَيْهِ إِمَّا أَنْ يُرِيدَ بِهِ شَيْئَيْنِ: أَحَدُهُمَا

أَصْلٌ، وَالْآخَرُ خَلْفٌ عَنْهُ، أَوْ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَصْلٌ، فَإِنْ كَانَ الثَّانِي فَلَيْسَ مِمَّا نَحْنُ فِيهِ فِقْيَاسُهُ عَلَيْهِ فَاسِدٌ، وَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ فَلَا تُسَلِّمُ أَنَّهُ إِذَا اخْتَارَ أَحَدُهُمَا تَعَيَّنَ، بَلْ إِذَا اخْتَارَ الْخَلْفَ وَلَمْ يَحْصُلِ الْمَقْصُودُ كَانَ لَهُ الرَّجُوعُ إِلَى الْأَصْلِ؛ لِأَنَّ اخْتِيَارَ الْخَلْفِ وَتَرْكَ الْأَصْلِ لَمْ يَكُنْ لِلتَّوْتُقِ، فإِضَافَةُ إِثْوَاءِ الْحَقِّ إِلَى وَصْفِ يَفْتَضِي ثُبُوتَهُ فَاسِدَةً فِي الْوَضْعِ.

قَالَ (وَالْتَوَى عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَحَدُ الْأَمْرَيْنِ إِنْ خُيِّرَ تَوَى الْمَالُ إِذَا تَلَفَ. وَهُوَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ يَتَحَقَّقُ بِأَحَدِ الْأَمْرَيْنِ: إِمَّا أَنْ يَحْضَرَ الْمَحَالُ عَلَيْهِ الْحَوَالَةُ فَيُخْلَفُ وَلَا يَبْنَى لِلْمَحَالِ وَلَا لِلْمَحِيلِ عَلَى الْمَحَالِ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ حِينَئِذٍ لَا يَقْدِرُ عَلَى مُطَالَبَتِهِ، وَإِمَّا أَنْ يَمُوتَ مُفْلِسًا؛ لِأَنَّ الْعَجْزَ عَلَى الْوُصُولِ إِلَى الْحَقِّ وَهُوَ التَّوَى فِي الْحَقِيقَةِ يَتَحَقَّقُ بِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا. أَمَّا فِي الْأَوَّلِ فَلَمَّا ذَكَرْنَا. وَأَمَّا فِي الثَّانِي فَلَأَنَّهُ لَمْ يَبْقَ ذِمَّةٌ يَتَعَلَّقُ بِهَا الْحَقُّ فَسَقَطَ عَنِ الْمَحَالِ عَلَيْهِ وَتَبَتَ لِلْمَحْتَالِ الرَّجُوعُ عَلَى الْمَحِيلِ؛ لِأَنَّ بَرَاءَةَ الْمَحِيلِ كَانَتْ بَرَاءَةً ثَقُلَ وَاسْتِيفَاءُ لَا بَرَاءَةَ إِسْقَاطَ، فَلَمَّا تَعَذَّرَ الْاسْتِيفَاءُ وَجَبَ الرَّجُوعُ، وَقَالَا: هَذَا مِنْ وَجْهٍ ثَالِثٍ وَهُوَ أَنْ يَحْكُمَ الْحَاكِمُ بِإِفْلَاسِهِ بِالشُّهُودِ حَالَ حَيَاتِهِ، وَهَذَا الْاِخْتِلَافُ بِنَاءً عَلَى أَنَّ الْإِفْلَاسَ بِتَفْلِيسِ الْحَاكِمِ عِنْدَهُ لَا يَتَحَقَّقُ خِلَافًا لِهَذَا.

قَالَ: التَّوَى هُوَ الْعَجْزُ عَنِ الْوُصُولِ إِلَى الْحَقِّ وَقَدْ حَصَلَ هَاهُنَا؛ لِأَنَّهُ عَجَزَ عَنِ اسْتِيفَاءِ حَقِّهِ فَصَارَ كَمُوتِ الْمَحَالِ عَلَيْهِ، وَقَالَ: عَجَزَ عَنِ ذَلِكَ عَجْزًا يُتَوَهَّمُ ارْتِفَاعُهُ بِحُدُوثِ الْمَالِ؛ لِأَنَّ مَالَ اللَّهِ غَادٍ وَرَائِحٌ، وَقَدْ تَقَدَّمَ مَعْنَاهُ فِي الْكِفَاءَةِ فَلَمْ يَكُنْ كَالْمُوتِ. وَلَوْ مَاتَ الْمَحَالُ عَلَيْهِ فَقَالَ الْمُحْتَالُ مَاتَ مُفْلِسًا وَقَالَ الْمَحِيلُ بِخِلَافِهِ ذَكَرَ فِي الْمَيْسُوطِ. وَعَنِ الشَّافِعِيِّ أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ الطَّالِبِ مَعَ يَمِينِهِ عَلَى عِلْمٍ؛ لِأَنَّهُ مُتَمَسِّكٌ بِالْأَصْلِ وَهُوَ الْعُسْرَةُ، يُقَالُ أَفْلَسَ الرَّجُلُ إِذَا صَارَ ذَا فَلَسٍ بَعْدَ أَنْ كَانَ ذَا دِرْهَمٍ وَدِينَارٍ فَاسْتَعْمَلَ مَكَانَ افْتَقَرٍ، وَقَلَسَهُ الْقَاضِي: أَيُّ قَضَى بِإِفْلَاسِهِ حِينَ ظَهَرَ لَهُ حَالُهُ كَذَا فِي الطَّلَبَةِ.

قَالَ (وَإِذَا طَالِبَ الْمُحْتَالُ عَلَيْهِ الْمَحِيلَ بِمِثْلِ مَالِ الْحَوَالَةِ فَقَالَ الْمَحِيلُ أَحَلَّتْ بِيَدَيْنِ لِي عَلَيْكَ لَكَ يَقْبَلُ قَوْلُهُ وَكَانَ عَلَيْهِ مِثْلُ الدِّينِ) لِأَنَّ سَبَبَ الرَّجُوعِ قَدْ تَحَقَّقَ وَهُوَ قَضَاءُ دَيْنِهِ بِأَمْرِهِ إِلَّا أَنَّ الْمَحِيلَ يَدْعِي عَلَيْهِ دَيْنًا وَهُوَ يُنْكِرُ وَالْقَوْلُ لِلْمُنْكَرِ، وَلَا تَكُونُ الْحَوَالَةُ إِقْرَارًا مِنْهُ بِالْأَمْرِ عَلَيْهِ لِأَنَّهَا قَدْ تَكُونُ بِدُونِهِ.

الشرح:

قَالَ (وَإِذَا طَالِبُ الْمُحْتَالِ عَلَيْهِ الْمُحِيلُ إِنْخَ) إِذَا طَالِبُ الْمُحْتَالِ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَالِ الْحَوَالَةِ مُدْعِيًا قَضَاءَ دَيْنِهِ مِنْ مَالِهِ فَقَالَ الْمُحِيلُ أَحَلَّتْ بَدَيْنِي لِي عَلَيْكَ لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُ: وَيَجِبُ عَلَيْهِ مِثْلُ الدَّيْنِ؛ لِأَنَّ سَبَبَ الرُّجُوعِ وَهُوَ قَضَاءُ دَيْنِهِ بِأَمْرِهِ قَدْ تَحَقَّقَ بِإِقْرَارِهِ إِلَّا أَنَّهُ يَدْعِي عَلَيْهِ دَيْنًا وَهُوَ يُنْكِرُ، وَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُنْكَرِ وَالْبَيِّنَةُ لِلْمُحِيلِ، فَإِنْ أَقَامَهَا بَطُلَ حَقُّ الْمُحْتَالِ عَلَيْهِ فِي الرُّجُوعِ.

فَإِنْ قِيلَ: لَمْ لَا يَجُوزُ أَنْ تَكُونَ الْحَوَالَةُ إِقْرَارًا مِنْهُ بِالْدَّيْنِ عَلَيْهِ؟ أَجَابَ بِقَوْلِهِ: لِأَنَّهَا قَدْ تَكُونُ بِدُونِهِ: أَيْ الْحَوَالَةُ قَدْ تَكُونُ بِدُونِ الدَّيْنِ الْمُحَالِ عَلَيْهِ فَيَجُوزُ انْفِكَائُهَا عَنْهُ وَحِينَئِذٍ يَكُونُ التَّقْيِيدُ بِالْدَّيْنِ تَقْيِيدًا بِلا دَلِيلٍ.

قَالَ (وَإِذَا طَالِبُ الْمُحِيلِ الْمُحْتَالِ بِمَا أَحَالَهُ بِهِ فَقَالَ إِنَّمَا أَحَلَّتْكَ لَتَقْبِضَهُ لِي وَقَالَ الْمُحْتَالُ لَا بَلْ أَحَلَّتَنِي بِدَيْنٍ كَانَ لِي عَلَيْكَ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُحِيلِ) لِأَنَّ الْمُحْتَالَ يَدْعِي عَلَيْهِ الدَّيْنِ وَهُوَ يُنْكِرُ وَلَفْظَةُ الْحَوَالَةِ مُسْتَعْمَلَةٌ فِي الْوَكَالَةِ فَيَكُونُ الْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ.

الشرح:

(وَإِذَا طَالِبُ الْمُحِيلِ الْمُحْتَالِ بِمَا أَحَالَهُ بِهِ فَقَالَ إِنَّمَا أَحَلَّتْكَ لَتَقْبِضَهُ لِي وَقَالَ الْمُحْتَالُ بَلْ أَحَلَّتَنِي بِدَيْنٍ لِي عَلَيْكَ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُحِيلِ) فَإِنْ قِيلَ: الْحَوَالَةُ حَقِيقَةٌ فِي نَقْلِ الدَّيْنِ وَدَعْوَى الْمُحِيلِ أَنَّهُ أَحَالَهُ لِيَقْبِضَهُ لَهُ خِلَافَ الْحَقِيقَةِ بِلا دَلِيلٍ أَجَابَ بِقَوْلِهِ وَلَفْظُ الْحَوَالَةِ وَمَعْنَاهُ أَنْ دَعْوَاهُ تِلْكَ دَعْوَى مَا هُوَ مِنْ مُحْتَمَلَاتِ لَفْظِهِ وَهُوَ الْوَكَالَةُ فَإِنَّ لَفْظَ الْحَوَالَةِ يُسْتَعْمَلُ فِيهَا مَجَازًا لَمَّا فِي الْوَكَالَةِ مِنْ نَقْلِ التَّصَرُّفِ مِنَ الْمُوَكَّلِ إِلَى الْوَكِيلِ، فَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ مُرَادُهُ مِنْ لَفْظِ ذَلِكَ فَيَصَدَّقُ لَكِنَّهُ مَعَ يَمِينِهِ؛ لِأَنَّ فِي ذَلِكَ نَوْعَ مُخَالَفَةٍ لِلظَّاهِرِ.

قَالَ (وَمَنْ أودَعَ رَجُلًا أَلْفَ دِرْهَمٍ وَأَحَالَ بِهَا عَلَيْهِ آخَرَ فَهُوَ جَائِزٌ لِأَنَّهُ أَقْدَرُ عَلَى الْقَضَاءِ، فَإِنْ هَلَكْتَ بَرِيءٌ) لَتَقْيِيدِهَا بِهَا، فَإِنَّهُ مَا التَزَمَ الْأَدَاءَ إِلَّا مِنْهَا، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَتْ مُقَيَّدَةً بِالْمَغْصُوبِ لِأَنَّ الصَّوَاتَ إِلَى خُلْفٍ كَلَّا صَوَاتٍ، وَقَدْ تَكُونُ الْحَوَالَةُ مُقَيَّدَةً بِالْدَّيْنِ أَيْضًا، وَحُكْمُ الْمُقَيَّدَةِ فِي هَذِهِ الْجُمْلَةِ أَنْ لَا يَمْلِكُ الْمُحِيلُ مُطَالَبَةَ الْمُحْتَالِ عَلَيْهِ لِأَنَّهُ تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّ الْمُحْتَالِ عَلَى مِثَالِ الرِّهْنِ وَإِنْ كَانَ أَسْوَأَ لِلغُرَمَاءِ بَعْدَ مَوْتِ الْمُحِيلِ، وَهَذَا لِأَنَّهُ لَوْ

بَقِيَ لَهُ مُطَالَبَتُهُ فَيَأْخُذُهُ مِنْهُ لِبَطَلَتِ الْحَوَالَةُ وَهِيَ حَقُّ الْمُحْتَالِ. بِخِلَافِ الْمُطْلَقَةِ لِأَنَّهُ لَا تَعْلُقُ لِحَقِّهِ بِهِ بَلْ بِذِمَّتِهِ فَلَا تَبْطُلُ الْحَوَالَةُ بِأَخْزِ مَا عَلَيْهِ أَوْ عِنْدَهُ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ أَوْدَعَ رَجُلًا أَلْفَ دِرْهَمٍ إلخ) اعْلَمْ أَنَّ الْحَوَالَةَ عَلَى تَوْعَيْنٍ: مُقَيَّدَةٍ، وَمُطْلَقَةٍ. فَالْمُقَيَّدَةُ عَلَى تَوْعَيْنٍ: أَحَدُهُمَا أَنْ يُقَيَّدَ الْمُحِيلُ الْحَوَالَةَ بِالْعَيْنِ الَّذِي لَهُ فِي يَدِ الْمُحَالِ عَلَيْهِ الْوَدِيعَةُ أَوْ الْعَصَبِ. وَالثَّانِي أَنْ يُقَيَّدَهَا بِالذَّيْنِ الَّذِي لَهُ عَلَى الْمُحَالِ عَلَيْهِ. وَالْمُطْلَقَةُ وَهِيَ أَنْ يُرْسِلَهَا إِرْسَالًا لَا يُقَيَّدَهَا بِدَيْنٍ لَهُ عَلَى الْمُحَالِ عَلَيْهِ وَلَا بِعَيْنٍ لَهُ فِي يَدِهِ وَإِنْ كَانَ لَهُ ذَلِكَ عَلَيْهِ أَوْ فِي يَدِهِ أَوْ أَنْ يُحِيلَ عَلَى رَجُلٍ لَيْسَ لَهُ عَلَيْهِ دَيْنٌ وَلَا لَهُ فِي يَدِهِ عَيْنٌ أَيْضًا عَلَى تَوْعَيْنٍ حَالَةٍ وَمُؤَجَّلَةٍ.

فَالْحَالَةُ هِيَ أَنْ يُحِيلَ الْمُدْيُونُ الطَّالِبَ عَلَى رَجُلٍ بِأَلْفِ حَالَةٍ فَإِنَّهَا تَكُونُ عَلَى الْمُحَالِ عَلَيْهِ كَذَلِكَ؛ لِأَنَّهَا لِتَحْوِيلِ الدَّيْنِ مِنَ الْأَصِيلِ فَيَتَحَوَّلُ عَلَى الصِّفَةِ الَّتِي عَلَى الْأَصِيلِ وَالْفَرَضُ أَنَّهَا كَانَتْ عَلَى الْأَصِيلِ حَالَةً فَكَذَا عَلَى الْمُحَالِ عَلَيْهِ، وَلَيْسَ لِلْمُحَالِ عَلَيْهِ أَنْ يَرْجِعَ عَلَى الْأَصِيلِ قَبْلَ الْأَدَاءِ لَكِنَّهُ يَفْعَلُ بِهِ مَا فَعَلَ بِهِ كَمَا تَقَدَّمَ فِي الْكِفَالَةِ. وَالْمُؤَجَّلَةُ هُوَ أَنْ يَكُونَ الدَّيْنُ عَلَى الْأَصِيلِ مُؤَجَّلًا فَيُحِيلُ مُؤَجَّلًا عَلَى الْمُحَالِ عَلَيْهِ بِذَلِكَ الْأَجَلِ فَإِنَّ الْمَالَ يَكُونُ عَلَى الْمُحَالِ عَلَيْهِ إِلَى ذَلِكَ الْأَجَلِ؛ لِأَنَّهُ قَبْلَهَا كَذَلِكَ. إِذَا عُرِفَ هَذَا.

فَقَوْلُهُ: وَمَنْ أَوْدَعَ رَجُلًا أَلْفَ دِرْهَمٍ وَأَحَالَ بِهَا عَلَيْهِ آخَرَ فَهُوَ جَائِزٌ لِبَيَانِ جَوَازِ الْحَوَالَةِ الْمُقَيَّدَةِ بِالْعَيْنِ الَّتِي فِي يَدِ الْمُحَالِ عَلَيْهِ وَدِيعَةٍ. وَقَوْلُهُ:؛ لِأَنَّهُ أَقْدَرُ عَلَى الْقَضَاءِ دَلِيلُ جَوَازِهِ، وَذَلِكَ لَوْجْهِينِ: أَحَدُهُمَا أَنَّ الْأَدَاءَ مِنْهَا يَتَحَقَّقُ مِنْ عَيْنٍ حَقٌّ الْمُحِيلِ وَحَيْثُ لَا يَصْنَعُ عَلَيْهِ الْأَدَاءَ فَكَانَ أَقْدَرُ. وَالثَّانِي أَنَّ الْوَدِيعَةَ حَاصِلَةٌ بِعَيْنِهَا لَا تَحْتَاجُ إِلَى كَسْبِ وَالذَّيْنِ قَدْ يَحْتَاجُ إِلَيْهِ، وَإِذَا كَانَ أَقْدَرُ عَلَى الْقَضَاءِ كَانَ أَوْلَى بِالْجَوَازِ فَكَانَتْ جَائِزَةً بِالذَّيْنِ، فَلَأَنْ تَكُونَ جَائِزَةً بِالْعَيْنِ أَجْدَرُ، فَإِنْ هَلَكَتْ الْوَدِيعَةُ بِرِيءِ الْمُودِعِ وَهُوَ الْمُحَالُ عَلَيْهِ، وَلَيْسَ لِلْمُحَالِ شَيْءٌ عَلَيْهِ لِتَقْيِيدِهَا بِهَا: أَيْ لِتَقْيِيدِ الْحَوَالَةِ الْوَدِيعَةِ؛ لِأَنَّهُ مَا التَزَمَ الْأَدَاءَ إِلَّا مِنْهَا فَيَتَعَلَّقُ بِهَا وَيَبْطُلُ بِهَلَاكِهَا كَالرُّكَاءَةِ الْمُتَعَلِّقَةِ بِنَصَابِ مُعَيَّنٍ. وَقَوْلُهُ: بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَتْ مُقَيَّدَةً بِالْمَعْصُوبِ بِأَنْ كَانَ الْأَلْفُ مَعْصُوبًا عِنْدَ الْمُحَالِ عَلَيْهِ، وَقَيَّدَ الْحَوَالَةَ بِهَا بَيَانُ جَوَازِهَا بِالْعَيْنِ الْمَعْصُوبَةِ، وَأَنَّهَا إِذَا هَلَكَتْ لَا يَبْرَأُ الْعَاصِبُ؛

لأنَّ الْمَعْصُوبَ إِذَا هَلَكَ وَجَبَ عَلَى الْعَاصِبِ مِثْلُهُ إِنْ كَانَ مِثْلًا وَقِيمَتُهُ إِنْ كَانَ قِيمِيًّا فَكَانَ الْفَوَاتُ بِهَلَاكِهِ فَوَاتًا إِلَى خَلْفٍ، وَذَلِكَ كَلَّا فَوَاتَ فَكَانَ بَاقِيًا حُكْمًا.

وَقَوْلُهُ: وَقَدْ تَكُونُ الْحَوَالَةُ مُقَيَّدَةً بِالذَّيْنِ أَيْضًا بَيَانٌ لَجَوَازِهَا مُقَيَّدَةً بِالذَّيْنِ كَمَا إِذَا كَانَ لِرَجُلٍ عَلَى آخَرٍ أَلْفٌ دِرْهَمٍ وَلِلْمَدْيُونِ عَلَى آخَرَ كَذَلِكَ، وَأَحَالُ الْمَدْيُونِ الطَّالِبُ بَدْيَتِهِ عَلَى مَدْيُونِهِ بِأَلْفٍ عَلَى أَنْ يُؤَدِّيَهُ مِنَ الْأَلْفِ الَّتِي لِلْمَطْلُوبِ عَلَيْهِ فَإِنَّهَا جَائِزَةٌ، وَحُكْمُ الْحَوَالَةِ الْمُقَيَّدَةِ فِي هَذِهِ الْجُمْلَةِ وَهِيَ الْحَوَالَةُ الْمُقَيَّدَةُ بِالْعَيْنِ وَدِيْعَةٌ كَانَتْ أَوْ غَصْبًا وَبِالذَّيْنِ أَنْ لَا يَمْلِكُ الْمُحِيلُ مُطَالَبَةَ الْمُحَالِ عَلَيْهِ بِذَلِكَ الْعَيْنِ أَوْ الذَّيْنِ الَّذِي قُيِّدَتْ الْحَوَالَةُ بِهِ بَعْدَهَا؛ لِأَنَّهُ تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّ الْمُحْتَالِ فَإِنَّهُ إِنَّمَا رَضِيَ بِنَقْلِ حَقِّهِ إِلَى الْمُحَالِ عَلَيْهِ بِشَرْطٍ أَوْ يُوقِي حَقَّهُ مِمَّا لِلْمُحِيلِ عَلَيْهِ أَوْ يَبْدِيهِ فَتَعَلَّقَ بِهِ حَقُّ اسْتِيفَائِهِ، وَأَخَذَ الْمُحِيلُ ذَلِكَ يَنْطَلُ هَذَا الْحَقُّ فَلَا يَتِمَكَّنُ مِنْ أَخْذِهَا. وَلَوْ دَفَعَهَا الْمُوْدَعُ أَوْ غَيْرَهَا إِلَى الْمُحِيلِ ضَمَنَ؛ لِأَنَّهُ اسْتَهْلَكَ مَحَلًا مَشْغُولًا بِحَقِّ الْغَيْرِ عَلَى مِثَالِ الرَّهْنِ، فَإِنَّ الرَّاهِنَ بَعْدَمَا رَهَنَ الْعَيْنَ لَمْ يَبْقَ لَهُ حَقُّ الْأَخْذِ مِنْ يَدِ الْمُرْتَهِنِ لَقَلَّا يَنْطَلُ حَقُّ الْمُرْتَهِنِ.

وَقَوْلُهُ: وَإِنْ كَانَ أَسْوَةٌ لِلْغُرْمَاءِ إِشَارَةٌ إِلَى حُكْمٍ آخَرَ يُخَالِفُ حُكْمَ الْحَوَالَةِ حُكْمُ الرَّهْنِ بَعْدَمَا اتَّفَقَا فِي عَدَمِ بَقَاءِ حُكْمِ الْأَخْذِ لِلْمُحِيلِ وَالرَّاهِنِ، وَهُوَ أَنَّ الْحَوَالَةَ إِذَا كَانَتْ مُقَيَّدَةً بِالْعَيْنِ أَوْ الذَّيْنِ وَعَلَى الْمُحِيلِ دُيُونٌ كَثِيرَةٌ وَمَاتَ وَلَمْ يَتْرُكْ شَيْئًا سِوَى الْعَيْنِ الَّذِي لَهُ يَبْدِي الْمُحَالِ عَلَيْهِ أَوْ الذَّيْنِ الَّذِي عَلَيْهِ فَاَلْمُحَالُ أَسْوَةٌ لِلْغُرْمَاءِ بَعْدَ مَوْتِهِ خِلَافًا لَزُفْرِ رَحِمَةِ اللَّهِ، وَهُوَ الْقِيَاسُ؛ لِأَنَّ دَيْنَ غُرْمَاءِ الْمُحِيلِ تَعَلَّقَ بِمَالِ الْمُحِيلِ وَهُوَ صَارَ أَجْنَبِيًّا مِنْ هَذَا الْمَالِ وَلِهَذَا لَا يَكُونُ لَهُ أَنْ يَأْخُذَهُ فِي حَالِ حَيَاتِهِ فَكَذَا بَعْدَ وَفَاتِهِ؛ وَلِأَنَّ الْمُحَالِ كَانَ أَسْبَقَ تَعَلُّقًا بِهَذَا الْمَالِ لَتَعَلُّقِهِ فِي صِحَّتِهِ وَحَقُّ الْغُرْمَاءِ لَمْ يَتَعَلَّقْ فِي صِحَّتِهِ فَيَقْدَمُ الْمُحَالُ عَلَى غَيْرِهِ كَالْمُرْتَهِنِ. قُلْنَا: الْعَيْنُ الَّتِي يَبْدِي الْمُحَالُ عَلَيْهِ لِلْمُحِيلِ وَالذَّيْنُ الَّذِي لَهُ عَلَيْهِ لَمْ يَصِرْ مَمْلُوكًا لِلْمُحَالِ بَعْدَ الْحَوَالَةِ لَا يَدًا وَهُوَ ظَاهِرٌ، وَلَا رَقَبَةً؛ لِأَنَّ الْحَوَالَةَ مَا وُضِعَتْ لِلتَّمْلِكِ وَإِنَّمَا وُضِعَتْ لِلتَّقْلِ فَتَكُونُ بَيْنَ الْغُرْمَاءِ وَأَمَّا الْمُرْتَهِنُ فَإِنَّهُ مَلِكُ الْمَرْهُونِ يَدًا وَحَسْبًا فَتَبَتَ لَهُ نَوْعُ اخْتِصَاصٍ بِالْمَرْهُونِ شَرْعًا لَمْ يَثْبُتْ لَغَيْرِهِ فَلَا يَكُونُ لَغَيْرِهِ أَنْ يُشَارِكَهُ فِيهِ.

(قَوْلُهُ: وَهَذَا) إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ أَنْ لَا يَمْلِكُ الْمُحِيلُ، وَتَقْرِيرُهُ مَا ذَكَرْنَاهُ آنَفًا،

وَقَوْلُهُ: بِخِلَافِ الْمُطْلَقَةِ لِبَيَانِ الْحَوَالَةِ الْمُطْلَقَةِ وَأَنَّهَا لَا تَبْطُلُ بِأَخْذِ الْمُحِيلِ مَا لَهُ عِنْدَ الْمُحَالِ عَلَيْهِ مِنَ الْعَيْنِ أَوْ عَلَيْهِ مِنَ الدِّينِ؛ لِأَنَّ الضَّمِيرَ لِلشَّانِ لَا تَعْلُقُ لِحَقِّ الْمُحَالِ بِهِ: أَيْ بِمَا عِنْدَ الْمُحَالِ عَلَيْهِ أَوْ عَلَيْهِ، بَلْ يَتَعْلَقُ حَقُّهُ بِذِمَّةِ الْمُحَالِ عَلَيْهِ وَفِي الذِّمَّةِ سَعَةٌ فَأَخْذُ مَا لَهُ عِنْدَهُ أَوْ عَلَيْهِ لَا يُبْطِلُ الْحَوَالَةَ، وَعَلَى هَذَا لَيْسَ لِلْمُودَعِ وَالْعَاصِبِ أَنْ يُؤَدِّيَ دَيْنَ الْمُحَالِ مِنَ الْوَدِيعَةِ وَالْعَصَبِ، وَلِلْمُحِيلِ أَنْ يَأْخُذَهُمَا مَعَ بَقَاءِ الْحَوَالَةِ كَمَا كَانَتْ.

قَالَ (وَيُكْرَهُ السَّفَاتِجُ وَهِيَ قَرْضٌ اسْتَفَادَ بِهِ الْمُقْرِضُ سُقُوطَ خَطَرِ الطَّرِيقِ) وَهَذَا نَوْعٌ نَفَعٌ أُسْتَفِيدَ بِهِ وَقَدْ «نَهَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنْ قَرْضٍ جَرَّ نَفْعًا».

الشرح:

قَالَ (وَيُكْرَهُ السَّفَاتِجُ إلخ) السَّفَاتِجُ جَمْعُ سَفْتَجَةٍ بَضْمُ السَّيْنِ وَفَتْحُ التَّاءِ فَارِسِيٌّ مُعَرَّبٌ، أَصْلُهُ سَفْتَهُ يُقَالُ لِلشَّيْءِ الْمُحْكَمِ، وَسُمِّيَ هَذَا الْقَرْضُ بِهِ لِإِحْكَامِ أَمْرِهِ. وَصُورُهَا أَنْ يَدْفَعَ إِلَى تَاجِرٍ مَالًا قَرْضًا لِيَدْفَعَهُ إِلَى صَدِيقِهِ، وَقِيلَ هُوَ أَنْ يُقْرِضَ إِنْسَانًا مَالًا لِيَقْضِيَهُ الْمُسْتَقْرِضُ فِي بَلَدٍ يُرِيدُهُ الْمُقْرِضُ وَإِنَّمَا يَدْفَعُهُ عَلَى سَبِيلِ الْقَرْضِ لَا عَلَى سَبِيلِ الْأَمَانَةِ لِيَسْتَفِيدَ بِهِ سُقُوطَ خَطَرِ الطَّرِيقِ، وَهُوَ نَوْعٌ نَفَعٌ أُسْتَفِيدَ بِالْقَرْضِ، وَقَدْ نَهَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنْ قَرْضٍ جَرَّ نَفْعًا. وَقِيلَ: هَذَا إِذَا كَانَتْ الْمَنْفَعَةُ مَشْرُوطَةً؛ وَأَمَّا إِذَا لَمْ تَكُنْ فَلَا بَأْسَ بِذَلِكَ. ثُمَّ قِيلَ: إِنَّمَا أُوْرَدَ هَذِهِ الْمَسْأَلَةُ فِي هَذَا الْمَوْضِعِ؛ لِأَنَّهَا مُعَامَلَةٌ فِي الدُّيُونِ كَالْكَفَالَةِ وَالْحَوَالَةِ فَإِنَّهَا مُعَامَلَةٌ أَيْضًا فِي الدُّيُونِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

كِتَابُ آدَبِ الْقَاضِي

الشرح:

(كِتَابُ آدَبِ الْقَاضِي): لَمَّا كَانَ أَكْثَرُ الْمُنَازَعَاتِ يَقَعُ فِي الْبَيْعَاتِ وَالذُّيُونِ عَقِبَهَا بِمَا يَقْطَعُهَا وَهُوَ قَضَاءُ الْقَاضِي، وَالْقَاضِي يَحْتَاجُ إِلَى خِصَالٍ حَمِيدَةٍ يَصْلُحُ بِهَا لِلْقَضَاءِ، وَهَذَا الْكِتَابُ لِبَيَانِ ذَلِكَ. وَالْأَدَبُ اسْمٌ يَقَعُ عَلَى كُلِّ رِيَاضَةٍ مَحْمُودَةٍ لِذَلِكَ يَتَخَرَّجُ بِهَا الْإِنْسَانُ فِي فَضِيلَةٍ مِنَ الْفَضَائِلِ قَالَ أَبُو زَيْدٍ. وَيَجُوزُ أَنْ يُعْرَفَ بِأَنَّهُ مَلَكَ تَعْصِمُ مَنْ قَامَتْ بِهِ عَمَّا يَشِينُهُ وَلَا شَكَّ أَنَّ الْقَضَاءَ بِالْحَقِّ مِنْ أَقْوَى الْفَرَائِضِ وَأَشْرَفِ الْعِبَادَاتِ بَعْدَ الْإِيمَانِ بِاللَّهِ تَعَالَى أَمَرَ اللَّهُ بِهِ كُلَّ مُرْسَلٍ حَتَّى خَاتَمَ الرُّسُلَ مُحَمَّدًا صَلَوَاتُ اللَّهِ عَلَيْهِمْ أَجْمَعِينَ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿إِنَّا أَنْزَلْنَا التَّوْرَةَ فِيهَا هُدًى وَنُورٌ تَحْكُمُ بِهَا النَّبِيُّونَ﴾

[المائدة: ٤٤] وَقَالَ: ﴿وَأَنِ احْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ﴾ [المائدة: ٤٩].
 قَالَ (وَلَا تَصِحُّ وَلَايَةُ الْقَاضِي حَتَّى يَجْتَمَعَ فِي الْمَوْلَى شَرَائِطُ الشَّهَادَةِ وَيَكُونَ مِنْ أَهْلِ الْاجْتِهَادِ) أَمَّا الْأَوَّلُ فَلَأَنَّ حُكْمَ الْقَضَاءِ يُسْتَقَى مِنْ حُكْمِ الشَّهَادَةِ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِنْ بَابِ الْوَلَايَةِ، فَكُلُّ مَنْ كَانَ أَهْلًا لِلشَّهَادَةِ يَكُونُ أَهْلًا لِلْقَضَاءِ وَمَا يُشْتَرَطُ لِأَهْلِيَّةِ الشَّهَادَةِ يُشْتَرَطُ لِأَهْلِيَّةِ الْقَضَاءِ^(١).

الشرح:

قَالَ (وَلَا تَصِحُّ وَلَايَةُ الْقَاضِي إلخ) لَا تَصِحُّ وَلَايَةُ الْقَاضِي حَتَّى يَجْتَمَعَ فِي الْمَوْلَى بِلَفْظِ اسْمِ الْمَفْعُولِ، وَاخْتَارَهُ عَلَى التَّوَلَّى بِلَفْظِ اسْمِ الْفَاعِلِ إِشَارَةً إِلَى أَنَّ الْقَاضِيَ يَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ قَاضِيًا بِتَوَلِّيهِ غَيْرِهِ لَا بِطَلْبِهِ التَّوَلِّيَّ شَرَائِطُ الشَّهَادَةِ مِنَ الْإِسْلَامِ وَالْحُرِّيَّةِ وَالْعَقْلِ وَالْبُلُوغِ، وَيَكُونُ: أَيُّ الْمَوْلَى مِنْ أَهْلِ الْاجْتِهَادِ. أَمَّا الْأَوَّلُ: يَعْنِي اشْتِرَاطَ شَرَائِطِ الشَّهَادَةِ فَلَأَنَّ حُكْمَ الْقَضَاءِ يُسْتَقَى: أَيُّ يُسْتَفَادُ مِنْ حُكْمِ الشَّهَادَةِ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنَ الْقَضَاءِ وَالشَّهَادَةِ مِنْ بَابِ الْوَلَايَةِ وَهِيَ تَنْفِيذُ الْقَوْلِ عَلَى الْغَيْرِ شَاءَ أَوْ أَبَى، وَكُلُّ مَا يُسْتَفَادُ حُكْمُهُ مِنَ الْوَلَايَةِ مِنْ حُكْمِ الشَّهَادَةِ فَيُشْتَرَطُ لَهُ شَرَائِطُ الشَّهَادَةِ؛ لِأَنَّ وَلَايَةَ الْقَضَاءِ لَمَّا كَانَتْ أَعَمُّ أَوْ أَكْمَلُ مِنَ وَلَايَةِ الشَّهَادَةِ أَوْ مُرْتَبَةٌ عَلَيْهَا كَانَتْ أَوْلَى بِاشْتِرَاطِهَا، وَرُبَّمَا لَوْحُ الْمُصَنِّفِ بِقَوْلِهِ فَيُسْتَقَى اسْتِعَارَةً لِلِاسْتِفَادَةِ إِلَى ذَلِكَ، وَعَلَى هَذَا كُلُّ مَا كَانَ مُتَأَهِّلًا لِلشَّهَادَةِ كَانَ أَهْلًا لِلْقَضَاءِ وَبِالْعَكْسِ فَالْفَاسِقُ أَهْلٌ لِلْقَضَاءِ لِأَهْلِيَّتِهِ لِلشَّهَادَةِ، حَتَّى لَوْ قُلِدَ جَارَ، إِلَّا أَنَّهُ لَا يَنْبَغِي أَنْ يُقْلَدَ؛ لِأَنَّهُ لَا يُؤْتَمَنُ فِي أَمْرِ الدِّينِ لِقِلَّةِ مُبَالَاتِهِ فِيهِ كَمَا فِي حُكْمِ الشَّهَادَةِ فَإِنَّهُ لَا يَنْبَغِي أَنْ يَقْبَلَ الْقَاضِي شَهَادَتَهُ.

وَالْفَاسِقُ أَهْلٌ لِلْقَضَاءِ حَتَّى لَوْ قُلِدَ يَصِحُّ، إِلَّا أَنَّهُ لَا يَنْبَغِي أَنْ يُقْلَدَ كَمَا فِي حُكْمِ الشَّهَادَةِ فَإِنَّهُ لَا يَنْبَغِي أَنْ يَقْبَلَ الْقَاضِي شَهَادَتَهُ، وَلَوْ قَبِلَ جَارَ عِنْدَنَا.

الشرح:

وَلَوْ قَبِلَ جَارَ عِنْدَنَا بِنَاءً عَلَى أَنَّ الْعَدَالَهَ لَيْسَتْ مِنْ شَرَائِطِ الشَّهَادَةِ نَظَرًا إِلَى أَهْلِ ذَلِكَ الْعَصْرِ الَّذِي شَهِدَ لَهُمْ ﷺ بِالْخَيْرِيَّةِ، وَإِلَى ظَاهِرِ حَالِ الْمُسْلِمِ فِي غَيْرِهِمْ.

(١) أخرجه أبو داود (٣٥٨٢)، وأحمد (١/ ١١١، ١٤٩)، والحاكم في المستدرک (٩٣/٤). وانظر نصب الرأية (١٣٢/٤).

وَلَوْ كَانَ الْقَاضِي عَدْلًا فَفَسَقَ بِأَخْذِ الرُّشْوَةِ أَوْ غَيْرِهِ لَا يَنْعَزِلُ وَيَسْتَحِقُّ الْعَزْلَ، وَهَذَا هُوَ ظَاهِرُ الْمَذْهَبِ وَعَلَيْهِ مَشَايخُنَا رَحِمَهُمُ اللَّهُ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: الْفَاسِقُ لَا يَجُوزُ قَضَاؤُهُ كَمَا لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ عِنْدَهُ، وَعَنْ عُلَمَائِنَا الثَّلَاثَةِ رَحِمَهُمُ اللَّهُ فِي التَّوَادُرِ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ قَضَاؤُهُ. وَقَالَ بَعْضُ الْمَشَايخِ رَحِمَهُمُ اللَّهُ: إِذَا قُلِدَ الْفَاسِقُ ابْتِدَاءً يَصِحُّ، وَلَوْ قُلِدَ وَهُوَ عَدْلٌ يَنْعَزِلُ بِالْفِسْقِ لِأَنَّهُ الْمُقْلَدُ اعْتَمَدَ عَدَالَتَهُ فَلَمْ يَكُنْ رَاضِيًا بِتَقْلِيدِهِ دُونَهَا.

الشرح:

وَلَوْ كَانَ عَدْلًا فَفَسَقَ بِأَخْذِ الرُّشْوَةِ بَضْمِ الرَّاءِ وَكَسْرِهَا وَهِيَ مَعْرُوفَةٌ أَوْ غَيْرَهَا مِثْلُ الرِّثَا وَشَرْبِ الْخَمْرِ لَا يَنْعَزِلُ إِذَا لَمْ يُشْتَرَطِ الْعَزْلُ عِنْدَ التَّقْلِيدِ بَتَعَاطِي الْمَحْرَمِ وَيَسْتَحِقُّ الْعَزْلَ فَيَعَزَلُهُ مَنْ لَهُ الْأَمْرُ، وَهَذَا يَقْتَضِي نَفْذَ أَحْكَامِهِ فِيمَا ارْتَشَى فِيهِ وَفِي غَيْرِهِ مَا لَمْ يُعَزَلْ، وَإِلَيْهِ أَشَارَ الْإِمَامُ الْبَزْذَوِيُّ. وَقَوْلُهُ: وَهَذَا إِشَارَةٌ إِلَى أَنَّ اسْتِحْقَاقَ الْعَزْلِ دُونَ الْعَزْلِ وَهُوَ ظَاهِرُ الْمَذْهَبِ.

وَرَوَيْ عَنْ الْكَرْخِيِّ أَنَّهُ يَنْعَزِلُ بِالْفِسْقِ وَهُوَ اخْتِيَارُ الطَّحَاوِيِّ وَعَلِيٍّ الرَّازِيِّ صَاحِبِ أَبِي يُوسُفَ وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ إِشَارَةً إِلَى ذَلِكَ وَإِلَى مَا تَقَدَّمَ مِنْ جَوَازِ تَقْلِيدِ الْفَاسِقِ الْقَضَاءُ فَإِنَّ اخْتِيَارَ الطَّحَاوِيِّ أَنَّ الْفَاسِقَ إِذَا قُلِدَ الْقَضَاءُ لَا يَصِيرُ قَاضِيًا، وَالْأَوَّلُ أَظْهَرُ لِقَوْلِهِ وَعَنْ عُلَمَائِنَا الثَّلَاثَةِ رَحِمَهُمُ اللَّهُ فِي التَّوَادُرِ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ قَضَاؤُهُ، وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ فَإِنَّهُ لَا يَجُوزُ قَضَاؤُهُ عِنْدَهُ كَمَا لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ عِنْدَهُ وَقِيلَ هَذَا بِنَاءً عَلَى أَنَّ الْإِيمَانَ يَزِيدُ وَيَنْقُصُ، فَإِنَّ الْأَعْمَالَ مِنَ الْإِيمَانِ عِنْدَهُ، فَإِذَا فَسَقَ فَقَدْ انْقَصَ إِيمَانُهُ (وَقَالَ بَعْضُ الْمَشَايخِ إِنَّهُ إِذَا قُلِدَ الْفَاسِقُ يَصِحُّ، وَلَوْ قُلِدَ وَهُوَ عَدْلٌ فَفَسَقَ يَنْعَزِلُ بِهِ؛ لِأَنَّ الْمُقْلَدَ اعْتَمَدَ عَدَالَتَهُ فِي تَقْلِيدِهِ فَلَا يَكُونُ رَاضِيًا بِتَقْلِيدِهِ دُونَهَا) فَكَانَ التَّقْلِيدُ مَشْرُوطًا بِبَقَاءِ الْعَدَالَةِ فَيَنْتَفِي بِانْتِفَائِهَا، وَاعْتَرَضَ بِأَنَّ قَوْلَ الْفُقَهَاءِ الْبَقَاءُ أَسْهَلُ مِنَ الْإِبْتِدَاءِ يُنَافِي جَوَازَ التَّقْلِيدِ مَعَ الْفِسْقِ ابْتِدَاءً، وَالْعَزْلُ بِالْفِسْقِ الطَّارِئِ، وَالْأَوَّلُ نَابِتٌ؛ لِأَنَّهُ مِنْ مُسَلِّمَاتِ هَذَا الْفَنِّ يَنْبَنِي عَلَيْهِ أَحْكَامٌ كَثِيرَةٌ كَبَقَاءِ النِّكَاحِ بِلا شُهُودٍ وَامْتِنَاعِهِ ابْتِدَاءً بِدُونِهَا.

وَجَوَازِ الشُّيُوعِ فِي الْهَبَةِ بَقَاءً لَا ابْتِدَاءً، فَيَنْتَفِي الثَّانِي وَهُوَ ثُبُوتُ الْقَضَاءِ بِالْفِسْقِ ابْتِدَاءً وَالْعَزْلُ بِالْفِسْقِ الطَّارِئِ. وَالْجَوَابُ يُؤْخَذُ مِنَ الدَّلِيلِ الْمَذْكُورِ وَهُوَ أَنَّ التَّقْلِيدَ كَانَ مُعْلَقًا بِالشَّرْطِ، فَإِنَّ تَعْلِيْقَ الْقَضَاءِ وَالْإِمَارَةِ بِالشَّرْطِ جَائِزٌ بِدَلِيلِ مَا رَوِيَ «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ

بَعَثَ جَيْشًا وَأَمَرَ عَلَيْهِمْ زَيْدَ بْنِ حَارِثَةَ ثُمَّ قَالَ: إِنَّ قَتْلَ زَيْدٍ فَجَعْفَرُ أَمِيرُكُمْ، وَإِنْ قَتَلَ جَعْفَرُ فَعَبْدُ اللَّهِ بْنُ رَوَاحَةَ أَمِيرُكُمْ» وَكَذَلِكَ تَغْلِيْقُ عَزْلُ الْقَاضِي بِالشَّرْطِ جَائِزٌ ذَكَرَهُ فِي بَابِ مَوْتِ الْخَلِيفَةِ مِنْ شَرْحِ أَدَبِ الْقَاضِي، وَالْمَعْلُوقُ بِالشَّرْطِ يَنْتَفِي بِإِثْنَائِهِ. وَالْفَرْقُ بَيْنَ الْقَضَاءِ وَالْإِمَامَةِ وَالْإِمَارَةِ فِي أَنَّ الْإِمَامَ أَوْ الْأَمِيرَ إِذَا كَانَ عَدْلًا وَقَتَ التَّقْلِيدِ ثُمَّ فَسَقَ لَا يَخْرُجُ عَنِ الْإِمَامَةِ وَالْإِمَارَةِ أَنَّ مَبْنَى الْإِمَارَةِ عَلَى السُّلْطَنَةِ وَالْقَهْرِ وَالْعَلِيَّةِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّ مِنَ الْأُمَرَاءِ مَنْ قَدْ غَلَبَ وَجَارَ وَأَجَازُوا أَحْكَامَهُ وَالصَّحَابَةُ تَقْلُدُوا الْأَعْمَالِ مِنْهُ وَصَلُّوا خَلْفَهُ. وَأَمَّا مَبْنَى الْقَضَاءِ فَإِنَّهُ عَلَى الْعَدَالَةِ وَالْأَمَانَةِ، وَإِذَا بَطَلَتِ الْعَدَالَةُ بَطَلَ الْقَضَاءُ ضَرُورَةً.

وَهَلْ يَصْلُحُ الْفَاسِقُ مُفْتِيًّا؟ قِيلَ لَا لِأَنَّهُ مِنْ أُمُورِ الدِّينِ وَخَبَرُهُ غَيْرُ مَقْبُولٍ فِي الدِّيَانَاتِ، وَقِيلَ يَصْلُحُ لِأَنَّهُ يَجْتَهِدُ كُلَّ الْجَهْدِ فِي إِصَابَةِ الْحَقِّ حَذَارِ النَّسْبَةِ إِلَى الْخَطِيئَةِ، وَأَمَّا الثَّانِي فَالصَّحِيحُ أَنَّ أَهْلِيَّةَ الاجْتِهَادِ شَرْطُ الْأُولَوِيَّةِ.

الشرح:

(وَالْفَاسِقُ هَلْ يَصْلُحُ مُفْتِيًّا؟ قِيلَ لَا؛ لِأَنَّهُ مِنْ أُمُورِ الدِّينِ، وَالْفَاسِقُ لَا يُؤْتَمَنُ عَلَيْهَا، وَقِيلَ يَصْلُحُ؛ لِأَنَّهُ يُخَافُ أَنْ يُنْسَبَ إِلَى الْخَطِيئَةِ فَلَا يَتْرُكُ الصَّوَابَ. وَأَمَّا الثَّانِي) يَعْنِي اشْتِرَاطَ الاجْتِهَادِ لِلْقَضَاءِ. فَإِنَّ لَفْظَ الْقُدُورِيِّ يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ شَرْطُ صِحَّةِ التَّوَلِيَّةِ لَوْفُوعِهِ فِي سِيَاقِ لَا يَصِحُّ، وَقَدْ ذَكَرَ مُحَمَّدٌ فِي الْأَصْلِ أَنَّ الْمُقْلَدَ لَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ قَاضِيًّا، لَكِنَّ (الصَّحِيحَ أَنَّ أَهْلِيَّةَ الاجْتِهَادِ شَرْطُ الْأُولَوِيَّةِ) قَالَ الْخَصَّافُ: الْقَاضِي يَقْضِي بِاجْتِهَادِهِ نَفْسِهِ إِذَا كَانَ لَهُ رَأْيٌ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ رَأْيٌ وَسَأَلَ فَقِيهًا أَخَذَ بِقَوْلِهِ.

فَأَمَّا تَقْلِيدُ الْجَاهِلِ فَصَحِيحٌ عِنْدَنَا خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ، وَهُوَ يَقُولُ: إِنَّ الْأَمْرَ بِالْقَضَاءِ يَسْتَدْعِي الْقُدْرَةَ عَلَيْهِ وَلَا قُدْرَةَ دُونَ الْعِلْمِ. وَلَنَا أَنَّهُ يُمْكِنُهُ أَنْ يَقْضِيَ بِفَتْوَى غَيْرِهِ، وَمَقْصُودُ الْقَضَاءِ يَحْصُلُ بِهِ وَهُوَ إِيصَالُ الْحَقِّ إِلَى مُسْتَحِقِّهِ.

الشرح:

(قَوْلُهُ: فَأَمَّا تَقْلِيدُ الْجَاهِلِ فَصَحِيحٌ عِنْدَنَا) يُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ مُرَادُهُ بِالْجَاهِلِ الْمُقْلَدُ؛ لِأَنَّهُ ذَكَرَهُ فِي مُقَابَلَةِ الْمُجْتَهِدِ وَسَمَّاهُ جَاهِلًا بِالنَّسْبَةِ إِلَى الْمُجْتَهِدِ وَهُوَ الْمُنَاسِبُ لِسِيَاقِ الْكَلَامِ، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ الْمُرَادُ بِهِ مَنْ لَا يَحْفَظُ شَيْئًا مِنْ أَقْوَالِ الْفُقَهَاءِ وَهُوَ

النَّاسِبُ لِسِيَاقِ الْكَلَامِ وَهُوَ قَوْلُهُ: (خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ) فَإِنَّهُ عَلَّلَ لَهُ بِقَوْلِهِ (إِنَّ الْأَمْرَ بِالْقَضَاءِ يَسْتَدْعِي الْقُدْرَةَ عَلَيْهِ وَلَا قُدْرَةَ دُونَ الْعِلْمِ) وَلَمْ يَقُلْ دُونَ الْجَهْدِ وَشَبَّهَ بِالتَّحَرِّيِّ، فَإِنَّ الْإِنْسَانَ لَا يَصِلُ إِلَى الْمَقْصُودِ لِتَحَرِّيِّ غَيْرِهِ بِالِاتِّفَاقِ، فَلَوْ صَلَّى بِتَحَرِّيِّ غَيْرِهِ لَمْ يُعْتَبَرِ ذَلِكَ.

وَالأَوَّلُ هُوَ الظَّاهِرُ (وَلَنَا أَنَّهُ يُمَكِّنُهُ أَنْ يَقْضِيَ بِفَتْوَى غَيْرِهِ؛ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ مِنَ الْقَضَاءِ هُوَ أَنْ يَصِلَ الْحَقُّ إِلَى الْمُسْتَحَقِّ) وَذَلِكَ كَمَا يَحْصُلُ بِاجْتِهَادِ نَفْسِهِ يَحْصُلُ مِنَ الْمُقْلَدِ إِذَا قَضَى بِفَتْوَى غَيْرِهِ، وَيُؤَيِّدُهُ مَا ذَكَرَهُ أَحْمَدُ بْنُ حَنْبَلٍ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي مُسْنَدِهِ عَنْ عَلِيٍّ عليه السلام قَالَ «أُنْفِذَنِي رَسُولُ اللَّهِ ﷺ إِلَى الْيَمَنِ وَأَنَا حَدِيثُ السَّنِّ، فَقُلْتُ: تُنْفِذْنِي إِلَى قَوْمٍ يَكُونُ بَيْنَهُمْ أَحْدَاثٌ وَلَا عِلْمَ لِي بِالْقَضَاءِ؟ فَقَالَ: إِنَّ اللَّهَ تَعَالَى سَيَهْدِي لِسَانَكَ وَيُثَبِّتُ قَلْبَكَ، فَمَا شَكَّكَ فِي قَضَاءِ بَيْنَ اثْنَيْنِ بَعْدَ ذَلِكَ» فَإِنَّهُ يَدُلُّ عَلَى أَنَّ الْجَهْدَ لَيْسَ بِشَرْطِ الْجَوَازِ؛ لِأَنَّ عَلِيًّا حِينَئِذٍ لَمْ يَكُنْ مِنْ أَهْلِ الْجَهْدِ.

وَيَنْبَغِي لِلْمُقْلَدِ أَنْ يَخْتَارَ مَنْ هُوَ الْأَقْدَرُ وَالْأَوْلَى لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «مَنْ قَدَرَ إِنْسَانًا عَمَلًا وَفِي رَعِيَّتِهِ مَنْ هُوَ أَوْلَى مِنْهُ فَقَدْ خَانَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَجَمَاعَتَهُ الْمُسْلِمِينَ»^(١).

الشرح:

(نَعَمْ يَنْبَغِي لِلْمُقْلَدِ أَنْ يَخْتَارَ الْأَقْدَرَ وَالْأَوْلَى لِقَوْلِهِ ﷺ " «مَنْ قَدَرَ إِنْسَانًا عَمَلًا وَفِي رَعِيَّتِهِ مَنْ هُوَ أَوْلَى مِنْهُ فَقَدْ خَانَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَجَمَاعَتَهُ الْمُسْلِمِينَ») وَهُوَ حَدِيثٌ ثَبَتَ بِنَقْلِ الْعُدُولِ، فَلَا يُلْتَفَتُ إِلَى مَا قِيلَ إِنَّهُ خَارِجٌ عَنِ الْمُدُونَاتِ، فَإِنَّهُ طَعَنَ بِأَدْلِيلٍ فَلَا يُقْلَدُ الْمُقْلَدُ عِنْدَ وُجُودِ الْمُجْتَهِدِ الْعَدْلِ.

وَفِي حَدِّ الْجَهْدِ كَلَامٌ عُرِفَ فِي أَصُولِ الْفِقْهِ. وَحَاصِلُهُ أَنْ يَكُونَ صَاحِبُ حَدِيثٍ لَهُ مَعْرِفَةٌ بِالْفِقْهِ لِيَعْرِفَ مَعَانِيَ الْأَثَارِ أَوْ صَاحِبُ فِقْهِ لَهُ مَعْرِفَةٌ بِالْحَدِيثِ لئَلَّا يَشْتَغَلَ بِالْقِيَاسِ فِي الْمَنْصُوصِ عَلَيْهِ وَقِيلَ أَنْ يَكُونَ مَعَ ذَلِكَ صَاحِبُ قَرِيحَةٍ يَعْرِفُ بِهَا عَادَاتِ النَّاسِ لِأَنَّ مِنَ الْأَحْكَامِ مَا يَبْتَنِي عَلَيْهَا.

(١) أخرجه الحاكم في المستدرک (٩٢/٤)، وابن عدي في الكامل (٣٥٢/٢)، وانظر نصب الرأية (١٣٤/٤).

الشرح:

(قوله: وفي حدِّ الاجتهاد) إشارة إلى معنى الاجتهاد إجمالاً، فإنَّ بيانه تفصيلاً موضعُه أصولُ الفقه وقد ذكرناه في التقرير مفصلاً (وحاصل ذلك أن يكون المجتهد صاحب حديث له معرفة بالفقه ليُعرف معاني الآثار أو صاحب فقه له معرفة بالحديث لئلا يشتغل بالقياس في المنصوص عليه) والفرق بين العبارتين تير (وقيل أن يكون مع ذلك) أي مع ما ذكرنا من أحد الأمرين (صاحب فريضة) أي طبيعة جيدة خالصة من التشكيكات المكدرية يتنقل من المطالب إلى المبادئ، ومنها إلى المطالب بسرعة يُرتب المطلوب على ما يصلح أن يكون سبباً له من عرف أو عادة، فإن من الأحكام ما يبتني عليها مخالفاً للقياس كدخول الحمام وتعاطي العجين وغير ذلك.

قال (ولا بأس بالدخول في القضاء لمن يثق بنفسه أن يؤدي فرضه) لأن الصحابة رضي الله عنهم تقلدوه وكفى بهم قدوة، ولأنه فرض كفاية لكونه أمراً بالمعروف.

الشرح:

قال (ولا بأس بالدخول في القضاء إلخ) ولا بأس بالدخول في القضاء لمن يثق بنفسه أنه إذا تولاه وقام بما هو فريضة وهو الحق؛ لأن القضاء بالحق فرض أمر به الأنبياء، قال الله تعالى ﴿يَدَاوُدُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ﴾ [ص: ٢٦] وقال لنبينا ﷺ ﴿إِنَّا أَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ﴾ [النساء: ١٠٥] فمن وثق بنفسه أنه يؤدي هذا الفرض فلا بأس بالدخول فيه؛ لأن الصحابة رضي الله عنهم تقلدوه وكفى بهم قدوة؛ ولأنه فرض كفاية لكونه أمراً بالمعروف ونهياً عن المنكر، واعترض بأن الدخول في فرض الكفاية إن لم يكن واجباً فلا أقل من التذنب كما في صلاة الجنائز وغيرها. وأجيب بأنه كذلك إلا أن فيه خطراً الوقوع في المحظور فكان به بأس.

قال (ويكره الدخول فيه لمن يخاف العجز عنه ولا بأس على نفسه الحيف فيه) كي لا يصير شرطاً لمباشرته القبيح، وكره بعضهم الدخول فيه مختاراً لقوله عليه الصلاة والسلام «من جعل على القضاء فكأنما ذبح بغير سكين»^(١) والصحيح أن الدخول

(١) أخرجه أبو داود (٣٥٧١، ٣٥٧٢)، والترمذي (١٣٢٥)، وانظر نصب الراية (٤/ ١٣٧).

فِيهِ رُخْصَةٌ طَمَعًا فِي إِقَامَةِ الْعَدْلِ وَالْتِرْكُ عَزِيمَةٌ فَلَعَلَّهُ يُخْطِئُ ظَنُّهُ وَلَا يُوفِّقُ لَهُ أَوْ لَا يُعِينُهُ عَلَيْهِ غَيْرُهُ، وَلَا بُدَّ مِنَ الْإِعَانَةِ إِلَّا إِذَا كَانَ هُوَ أَهْلًا لِلْقَضَاءِ دُونَ غَيْرِهِ فَحِينَئِذٍ يُفْتَرَضُ عَلَيْهِ التَّقَلُّدُ صِيَانَةً لِحَقُوقِ الْعِبَادِ وَإِخْلَاءً لِلْعَالَمِ عَنِ الْفَسَادِ.

الشرح:

قَالَ (وَيُكْرَهُ الدُّخُولُ فِيهِ لَمَنْ يَخَافُ الْعَجْزَ إلخ) مَنْ خَافَ الْعَجْزَ عَنْ أَدَاءِ فَرْضِ الْقَضَاءِ وَلَا يَأْمَنُ عَلَى نَفْسِهِ الْخَيْفَ وَهُوَ الْجَوْرُ فِيهِ كُرَهُ لَهُ الدُّخُولُ فِيهِ كَيْلًا يَصِيرَ الدُّخُولُ فِيهِ شَرْطًا: أَيْ وَسِيلَةً إِلَى مُبَاشَرَةِ الْقَبِيحِ، وَهُوَ الْخَيْفُ فِي الْقَضَاءِ، وَإِنَّمَا عَبَّرَ بِلَفْظِ الشَّرْطِ؛ لِأَنَّ أَكْثَرَ مَا يَقَعُ مِنَ الْخَيْفِ إِنَّمَا هُوَ بِالْمِيلِ إِلَى حُطَامِ الدُّنْيَا بِأَخْذِ الرِّشَاءِ، وَفِي الْعَالِبِ يَكُونُ ذَلِكَ مَشْرُوطًا بِمَقْدَارٍ مُعَيَّنٍ مِثْلُ أَنْ يَقُولَ لِي عَلَى فُلَانٍ أَوْ لَهُ عَلَيَّ مُطَالَبَةٌ بِكَذَا فَإِنْ قَضَيْتَ لِي فَلَكَ كَذَا، وَكَرَهُ بَعْضُ الْعُلَمَاءِ أَوْ بَعْضُ السَّلَفِ الدُّخُولَ فِيهِ مُخْتَارًا سَوَاءً وَتَقَوُّوا أَنْفُسَهُمْ أَوْ خَافُوا عَلَيْهَا، وَفَسَّرَ الْكَرَاهَةَ هَاهُنَا بِعَدَمِ الْجَوَازِ.

قَالَ الصَّدْرُ الشَّهِيدُ فِي أَدَبِ الْقَاضِي: وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ لَا يَجُوزُ الدُّخُولُ فِيهِ إِلَّا مُكْرَهًا؛ أَلَا تَرَى أَنَّ أَبَا حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ دُعِيَ إِلَى الْقَضَاءِ ثَلَاثَ مَرَّاتٍ فَأَبَى حَتَّى ضُرِبَ فِي كُلِّ مَرَّةٍ ثَلَاثِينَ سَوْطًا، فَلَمَّا كَانَ فِي الْمَرَّةِ الثَّلَاثَةِ قَالَ: حَتَّى أَسْتَشِيرَ أَصْحَابِي، فَاسْتَشَارَ أَبَا يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ فَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: لَوْ تَقَلَّدْتَ لَنَفَعْتَ النَّاسَ، فَنَظَرَ إِلَيْهِ أَبُو حَنِيفَةَ نَظَرَ الْمُغْضَبِ وَقَالَ: أَرَأَيْتَ لَوْ أُمِرْتُ أَنْ أُعْبِرَ الْبَحْرَ سَبَاحَةً أَكُنْتُ أَقْدِرُ عَلَيْهِ وَكَأَنِّي بِكَ قَاضِيًا، وَكَذَا دُعِيَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ إِلَى الْقَضَاءِ فَأَبَى حَتَّى قُبِدَ وَحُبِسَ فَاضْطُرَّ ثُمَّ تَقَلَّدَ. وَاسْتَدَلَ الْمُصَنِّفُ عَلَى ذَلِكَ بِقَوْلِهِ ﷺ «مَنْ جَعَلَ عَلَى الْقَضَاءِ فَكَأَلَّمَا دُبِحَ بِغَيْرِ سَكِينٍ» رَوَاهُ أَبُو هُرَيْرَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

وَذَكَرَ الصَّدْرُ الشَّهِيدُ فِي أَدَبِ الْقَاضِي وَجَهَ تَشْبِيهِ الْقَضَاءِ بِالذَّبْحِ بِغَيْرِ سَكِينٍ قَالَ:؛ لِأَنَّ السَّكِينَ يُؤْتَرُ فِي الظَّاهِرِ وَالْبَاطِنِ جَمِيعًا، وَالذَّبْحُ بِغَيْرِ سَكِينٍ يُؤْتَرُ فِي الْبَاطِنِ بِإِزْهَاقِ الرُّوحِ وَلَا يُؤْتَرُ فِي الظَّاهِرِ، وَوَبَالَ الْقَضَاءِ لَا يُؤْتَرُ فِي الظَّاهِرِ فَإِنْ ظَاهِرُهُ جَاءَ وَعَظْمَتُهُ لَكِنْ فِي بَاطِنِهِ هَلَكَ. وَكَانَ شَمْسُ الْأَئِمَّةِ الْحُلَوَانِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ يَقُولُ: لَا يَنْبَغِي لِأَحَدٍ أَنْ يَزْدَرِيَ هَذَا اللَّفْظَ كَيْ لَا يُصِيبَهُ مَا أَصَابَ ذَلِكَ الْقَاضِي، فَقَدْ حُكِيَ أَنَّ قَاضِيًا

رَوِيَ لَهُ هَذَا الْحَدِيثُ فَازْدَرَاهُ وَقَالَ: كَيْفَ يَكُونُ هَذَا، ثُمَّ دَعَا فِي مَجْلِسِهِ بِمَنْ يُسَوِّي شَعْرَهُ، فَجَعَلَ الْحَلَاقُ يَخْلُقُ بَعْضَ الشَّعْرِ مِنْ تَحْتِ ذَقْنِهِ إِذْ عَطَسَ فَأَصَابَهُ الْمَوْسَى وَأَلْقَى رَأْسَهُ بَيْنَ يَدَيْهِ. ثُمَّ قَالَ الْمُصَنِّفُ (وَالصَّحِيحُ أَنَّ الدُّخُولَ فِيهِ رُخْصَةٌ طَمَعًا فِي إِقَامَةِ الْعَدْلِ).

رَوَى الْحَسَنُ عَنْ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ أَنَّهُ إِذَا قُلِدَ مِنْ غَيْرِ مَسْأَلَةٌ لَا بَأْسَ بِهِ وَقَالَ (التَّرُكُ عَزِيمَةٌ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يُخْطِئُ ظَنُّهُ) فِيمَا اجْتَهَدَ (وَلَا يُوفَّقُ لَهُ) إِذَا كَانَ مُجْتَهِدًا (أَوْ لَا يُعِينُهُ عَلَيْهِ غَيْرُهُ وَلَا بُدَّ مِنَ الْإِعَانَةِ) إِنْ كَانَ غَيْرَ مُجْتَهِدٍ. وَقَالَ شَمْسُ الْأَئِمَّةِ السَّرْحَسِيِّ فِي شَرْحِ أَدَبِ الْقَاضِي لِلْحَصَافِ: دَخَلَ فِي الْقَضَاءِ قَوْمٌ صَالِحُونَ وَاجْتَنَبَهُ قَوْمٌ صَالِحُونَ؛ وَتَرَكَ الدُّخُولَ فِيهِ أَصْلَحُ وَأَسْلَمُ لِدِينِهِ؛ لِأَنَّهُ يَلْتَزِمُ أَنْ يَقْضِيَ بِحَقٍّ وَلَا يَذْهَبَ أَيْقَدِرُ عَلَى الْوَفَاءِ بِهِ أَوْ لَا، وَفِي تَرْكِ الدُّخُولِ صِيَانَةٌ نَفْسِهِ، وَهَذَا إِذَا كَانَ فِي الْبَلَدِ غَيْرُهُ مَنْ يَصْلُحُ لِلْقَضَاءِ (فَأَمَّا إِذَا كَانَ هُوَ الْأَهْلُ دُونَ غَيْرِهِ فَحِينَئِذٍ يُفْتَرَضُ عَلَيْهِ الدُّخُولُ صِيَانَةً لِحُقُوقِ الْعِبَادِ) فِي حَقِّهِمْ (وَإِخْلَاءَ لِلْعَالَمِ عَنِ الْفَسَادِ) فِي الْحُدُودِ وَالْقِصَاصِ، فَإِذَا كَانَ فِي الْبَلَدِ قَوْمٌ يَصْلَحُونَ لِلْقَضَاءِ فَاِمْتَنَعَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ عَنِ الدُّخُولِ فِيهِ أَتَمُّوا إِنْ كَانَ السُّلْطَانُ بِحَيْثُ لَا يَفْصِلُ بَيْنَهُمْ وَإِلَّا فَلَا، وَلَوْ اِمْتَنَعَ الْكُلُّ حَتَّى قُلِدَ جَاهِلٌ اشْتَرَكُوا فِي الْإِثْمِ لِأَدَائِهِ إِلَى تَضْيِيعِ أَحْكَامِ اللَّهِ تَعَالَى.

قَالَ (وَيَنْبَغِي أَنْ لَا يَطْلُبَ الْوِلَايَةَ وَلَا يَسْأَلَهَا) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «مَنْ طَلَبَ الْقَضَاءَ وَكُلَّ إِلَى نَفْسِهِ وَمَنْ أُجْبِرَ عَلَيْهِ نَزَلَ عَلَيْهِ مَلَكَ يُسَدِّدُهُ»^(١) وَلِأَنَّ مَنْ طَلَبَهُ يَعْتَمِدُ عَلَى نَفْسِهِ فَيَحْرُمُ، وَمَنْ أُجْبِرَ عَلَيْهِ يَتَوَكَّلُ عَلَى رَبِّهِ فَيِلَهُمْ.

الشرح:

قَالَ (وَيَنْبَغِي أَنْ لَا يَطْلُبَ الْوِلَايَةَ وَلَا يَسْأَلَهَا إلخ) مَنْ صَلَحَ لِلْقَضَاءِ يَنْبَغِي أَنْ لَا يَطْلُبَ الْوِلَايَةَ بَقَلْبِهِ وَلَا يَسْأَلَهَا بِلِسَانِهِ لَمَا رَوَى أَنَسُ بْنُ مَالِكٍ رضي الله عنه مِنْ قَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «مَنْ طَلَبَ الْقَضَاءَ وَكُلَّ إِلَى نَفْسِهِ، وَمَنْ أُجْبِرَ عَلَيْهِ نَزَلَ عَلَيْهِ مَلَكَ يُسَدِّدُهُ» وَكُلَّ بِالْتَّخْفِيفِ: أَيُّ فُوضَ أَمْرُهُ إِلَيْهَا، وَمَنْ فُوضَ أَمْرُهُ إِلَى نَفْسِهِ لَمْ يَهْتَدِ إِلَى الصَّوَابِ؛

(١) أخرجه أبو داود (٣٥٧٨)، والترمذي (١٣٢٣)، وابن ماجه (٢٣٠٩). وانظر نصب الراية

لأنَّ النَّفْسَ أَمَّارَةٌ بِالسُّوءِ؛ لِأَنَّ مَنْ طَلَبَ الْقَضَاءَ فَقَدْ اعْتَمَدَ فَفَهَهُ وَوَرَعَهُ رَذَكَاهُ
وَأُعْجِبَ فَيَحْرَمُ التَّوْفِيقَ، وَيَنْبَغِي أَنْ لَا يَشْتَغِلَ الْمَرْءُ بِطَلَبِ مَا لَوْ نَالَ يَحْرُمُ بِهِ وَإِذَا أُكْرِهَ
عَلَيْهِ فَقَدْ اعْتَصَمَ بِحَبْلِ اللَّهِ مَكْسُورَ الْقَلْبِ بِالْإِكْرَاهِ عَلَى مَا لَا يُحِبُّهُ وَيَرْضَاهُ وَتَوَكَّلَ
عَلَيْهِ ﴿وَمَنْ يَتَوَكَّلْ عَلَى اللَّهِ فَهُوَ حَسْبُهُ﴾ [الطلاق: ٣] فَيَلْهُمُ الرُّشْدَ وَالتَّوْفِيقَ.

(ثُمَّ يَجُوزُ التَّقْلُدُ مِنَ السُّلْطَانِ الْجَائِرِ كَمَا يَجُوزُ مِنَ الْعَادِلِ) لِأَنَّ الصَّحَابَةَ
رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ تَقَلَّدُوهُ مِنْ مُعَاوِيَةَ ؓ وَالْحَقُّ كَانَ بِيَدِ عَلِيٍّ ؓ فِي نَوْبَتِهِ، وَالتَّابِعِينَ
تَقَلَّدُوهُ مِنَ الْحَجَّاجِ وَكَانَ جَائِزًا إِلَّا إِذَا كَانَ لَا يُمْكِنُهُ مِنَ الْقَضَاءِ بِحَقٍّ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ لَا
يَحْصُلُ بِالتَّقْلُدِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ يُمْكِنُهُ.

الشرح:

(قَوْلُهُ: ثُمَّ يَجُوزُ التَّقْلُدُ) تَفْرِيعٌ عَلَى مَسْأَلَةِ الْقُدُورِيِّ يَتَبَيَّنُ أَنَّهُ لَا فَرْقَ فِي جَوَازِ
التَّقْلُدِ لِأَهْلِهِ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ الْمَوْلَى عَادِلًا أَوْ جَائِرًا، فَكَمَا جَازَ مِنَ السُّلْطَانِ الْعَادِلِ جَازَ
مِنَ الْجَائِرِ، وَهَذَا؛ لِأَنَّ الصَّحَابَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ تَقَلَّدُوا الْقَضَاءَ مِنْ مُعَاوِيَةَ وَكَانَ الْحَقُّ
مَعَ عَلِيٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا فِي نَوْبَتِهِ، ذَلَّ عَلَى ذَلِكَ حَدِيثُ عَمَّارِ بْنِ يَاسِرٍ، وَإِنَّمَا قَيَّدَ
بِقَوْلِهِ (فِي نَوْبَتِهِ) اخْتِرَازًا عَمَّا يَقُولُهُ الرُّوَافِضُ إِنَّ الْحَقَّ مَعَ عَلِيٍّ ؓ فِي نَوْبَةِ أَبِي بَكْرٍ
وَعُمَرَ وَعُثْمَانَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ أَجْمَعِينَ، وَلَيْسَ الْأَمْرُ كَمَا قَالُوا، بَلْ أَجْمَعَ الْأُمَّةُ مِنْ
أَهْلِ الْحَلِّ وَالْعَقْدِ عَلَى صِحَّةِ خِلَافَةِ الْخُلَفَاءِ قَبْلَهُ وَمَوْضِعُهُ بَابُ الْإِمَامَةِ فِي أُصُولِ
الْكَلَامِ، وَعُلَمَاءُ السَّلَفِ وَالتَّابِعِينَ تَقَلَّدُوهُ مِنَ الْحَجَّاجِ وَجَوْرُهُ مَشْهُورٌ فِي الْآفَاقِ.
وَقَوْلُهُ: (إِلَّا إِذَا كَانَ لَا يُمْكِنُهُ مِنَ الْقَضَاءِ) اسْتِثْنَاءٌ مِنْ قَوْلِهِ يَجُوزُ التَّقْلُدُ مِنَ السُّلْطَانِ
الْجَائِرِ، فَإِنَّهُ إِذَا كَانَ لَا يُمْكِنُهُ مِنَ الْقَضَاءِ (لَا يَحْصُلُ الْمَقْصُودُ بِالتَّقْلُدِ) فَلَا فَائِدَةَ لَتَقْلُدِهِ
(بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ يُمْكِنُهُ)

قَالَ (وَمَنْ قُلَّدَ الْقَضَاءَ يُسَلِّمُ إِلَيْهِ دِيْوَانُ الْقَاضِي الَّذِي كَانَ قَبْلَهُ) وَهُوَ الْخَرَائِطُ
الَّتِي فِيهَا السَّجَلَاتُ وَغَيْرُهَا، لِأَنَّهَا وُضِعَتْ فِيهَا لَتَكُونَ حُجَّةً عِنْدَ الْحَاجَةِ فَتَجْعَلُ فِي يَدِ
مَنْ لَهُ وِلَايَةُ الْقَضَاءِ. ثُمَّ إِنْ كَانَ الْبَيَاضُ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ فَظَاهِرٌ، وَكَذَا إِذَا كَانَ مِنْ مَالِ
الْخُصُومِ فِي الصَّحِيحِ لِأَنَّهُمْ وَضَعُوهَا فِي يَدِهِ لِعَمَلِهِ وَقَدْ انْتَقَلَ إِلَى الْمَوْلَى، وَكَذَا إِذَا
كَانَ مِنْ مَالِ الْقَاضِي هُوَ الصَّحِيحُ لِأَنَّهُ اتَّخَذَهُ تَدْيِنًا لَا تَمْوَلًا، وَيَبْعَثُ أَمِينَيْنِ لِيَقْبِضَاهَا

بِحَضْرَةِ الْمَعْرُوفِ أَوْ أَمِينِهِ وَيَسْأَلَانِهِ شَيْئًا فَشَيْئًا، وَيَجْعَلَانِ كُلُّ نَوْعٍ مِنْهَا فِي خَرِيطَةٍ كَيْ لَا يَشْتَبِهَ عَلَى الْمَوْلَى، وَهَذَا السُّؤَالُ لِكَشْفِ الْحَالِ لَا لِلإِلْزَامِ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ قُلِدَ الْقَضَاءُ يُسَلَّمُ إِلَيْهِ دِيْوَانُ الْقَاضِي الَّذِي كَانَ قَبْلَهُ إِنْ كَانَ قَبْلَهُ مَنْ تَوَلَّى الْقَضَاءَ بَعْدَ عَزْلِ آخَرٍ تَسَلَّمَ دِيْوَانُ الْقَاضِي الَّذِي كَانَ قَبْلَهُ، وَالْدِيْوَانُ هُوَ الْخَرَائِطُ الَّتِي فِيهَا السَّجَلَاتُ وَغَيْرُهَا مِنَ الْمَحَاضِرِ وَالصُّكُوكِ وَكِتَابِ نَصَبِ الْأَوْصِيَاءِ وَتَقْدِيرِ النِّفَقَاتِ؛ لِأَنَّهَا: أَيْ السَّجَلَاتُ وَغَيْرُهَا إِنَّمَا وَضِعَتْ فِي الْخَرَائِطِ لِتَكُونَ حُجَّةً عِنْدَ الْحَاجَةِ فَتُجْعَلَ فِي يَدِ مَنْ لَهُ وَلَايَةُ الْقَضَاءِ وَإِلَّا لَا تُفِيدُ، وَسَمَّاها حُجَّةً وَإِنْ لَمْ يَكُنِ الْكِتَابُ مُنْفَرِدًا عَنِ التَّذْكِيرِ وَالْيَبْنَةِ حُجَّةً؛ لِأَنَّهَا تُتَوَلَّى إِلَيْهَا بِالتَّذْكِيرِ. ثُمَّ الْبَيَاضُ: أَيْ الَّذِي كُتِبَ فِيهِ الْحَادِثَةُ وَرَقًا كَانَ أَوْ رَقًا لَا يَخْلُو عَنْ أُمُورٍ ثَلَاثَةً: إِمَّا أَنْ يَكُونَ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ، أَوْ مِنْ مَالِ الْخُصُومِ، أَوْ مِنْ مَالِ الْقَاضِي الْأَوَّلِ؛ فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ فَوَجْهُ تَسْلِيمِ الْقَاضِي إِيَّاهُ ظَاهِرٌ، وَكَذَا إِذَا كَانَ مِنْ مَالِ الْخُصُومِ فِي الصَّحِيحِ؛ لِأَنَّهُمْ وَضَعُوهَا فِي يَدِهِ لِعَمَلِهِ وَقَدْ انْتَقَلَ إِلَى الْمَوْلَى، وَكَذَا إِنْ كَانَ مِنْ مَالِ الْقَاضِي هُوَ الصَّحِيحُ؛ لِأَنَّهُ اتَّخَذَهُ تَدْنِيًا لَا تَمُولًا.

وَقَوْلُهُ: فِي الصَّحِيحِ فِي الصُّورَتَيْنِ احْتِرَازٌ عَمَّا قَالَهُ بَعْضُ الْمَشَايِخِ إِنْ الْبَيَاضَ إِذَا كَانَ مِنْ مَالِ الْخُصُومِ أَوْ مَالِ الْقَاضِي لَا يُجْبَرُ الْمَعْرُوفُ عَلَى دَفْعِهِ؛ لِأَنَّهُ مَلَكَهُ أَوْ وَهَبَ لَهُ، وَلَكِنْ الصَّحِيحُ فِيهِمَا مَا ذُكِرَ (قَوْلُهُ: وَيَبْعَثُ أَمِينَيْنِ) بَيَانٌ لِكَيْفِيَّةِ التَّسْلِيمِ وَهُوَ أَنْ يَبْعَثَ الْمُتَوَلَّى رَجُلَيْنِ مِنْ ثِقَاتِهِ وَهُوَ أَحْوَطُ، وَالْوَاحِدُ يَكْفِي (فَيَقْبِضَاهَا بِحَضْرَةِ الْمَعْرُوفِ أَوْ أَمِينِهِ يَسْأَلَانِهِ شَيْئًا فَشَيْئًا وَيَجْعَلَانِ كُلُّ نَوْعٍ فِي خَرِيطَةٍ عَلَى حِدَةٍ كَيْ لَا يَشْتَبِهَ عَلَى الْمَوْلَى) وَهَذَا؛ لِأَنَّ السَّجَلَاتُ وَغَيْرَهَا لَمَّا كَانَتْ مَوْضُوعَةً فِي الْخَرَائِطِ يَدِ الْمَعْرُوفِ رَبَّمَا لَا يَشْتَبِهَ عَلَيْهِ مَا يَحْتَاجُ إِلَيْهِ وَقَتَ الطَّلَبِ، وَأَمَّا الْمَوْلَى فَلَمْ يَتَقَدَّمْ لَهُ عَهْدٌ بِذَلِكَ، فَإِنْ تَرَكْتَ مُجْتَمَعَةً تَشْتَبِهَ عَلَى الْمَوْلَى فَلَا يَتَّصِلُ إِلَى الْمَقْصُودِ وَقَتَ الْحَاجَةِ أَوْ يَتَعَسَّرُ عَلَيْهِ ذَلِكَ (وَهَذَا السُّؤَالُ) أَيْ سُّؤَالُ الْمَعْرُوفِ (لِكَشْفِ الْحَالِ لَا لِلإِلْزَامِ) فَإِنَّهُ بِالْعَزْلِ التَّحَقُّقُ بِوَاحِدٍ مِنَ الرَّعَايَا فَلَا يَكُونُ قَوْلُهُ حُجَّةً، وَمَتَى قَبِضًا ذَلِكَ يَخْتِمَانِ عَلَى ذَلِكَ احْتِرَازًا عَنِ الزِّيَادَةِ.

قِيلَ قَوْلُهُ: وَهَذَا السُّؤَالُ لِكَشْفِ الْحَالِ يَدُلُّ عَلَى أَنَّ السُّؤَالَ بِمَعْنَى الِاسْتِعْلَامِ

وَهُوَ يَتَعَدَّى إِلَى الْمَفْعُولِ الثَّانِي بَعْنَ وَهُنَا لَيْسَ كَذَلِكَ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ الْمَفْعُولَ الثَّانِيَّ مَحْذُوفٌ وَتَقْدِيرُهُ وَيَسْأَلَانِ الْمَعْرُوفَ عَنْ أَحْوَالِ السَّجَلَاتِ وَغَيْرِهَا. وَقَوْلُهُ: شَيْئًا فَشَيْئًا مَنْصُوبٌ بِعَامِلٍ مُضْمَرٍ يَدُلُّ عَلَيْهِ قَوْلُهُ: وَيَسْأَلَانِهِ: أَيُّ يَسْأَلَانِ شَيْئًا فَشَيْئًا عَنْهَا، وَلَيْسَ بِشَيْءٍ؛ لِأَنَّ الْكَلَامَ فِي الثَّانِي كَالْكَلَامِ فِي الْأَوَّلِ، وَالْأَوَّلُ أَنْ يُجْعَلَ حَالًا بِمَعْنَى مُفَصَّلًا كَمَا فِي قَوْلِهِ تَبَيَّنَتْ لَهُ حِسَابُهُ بِأَبَا بَابًا.

قَالَ (وَيَنْظُرُ فِي حَالِ الْمَحْبُوسِينَ) لِأَنَّهُ نُصِّبَ نَاطِرًا (فَمَنْ اعْتَرَفَ بِحَقِّ الزَّمَمِ إِيَّاهُ) لِأَنَّ الْإِقْرَارَ مُلْزِمٌ (وَمَنْ أَنْكَرَ لَمْ يَقْبَلْ قَوْلَ الْمَعْرُوفِ عَلَيْهِ إِلَّا بَيِّنَةً) لِأَنَّهُ بِالْعَزْلِ التَّحَقُّقُ بِالرَّعَايَا، وَشَهَادَةُ الْفَرْدِ لَيْسَتْ بِحُجَّةٍ لَا سِيَّمَا إِذَا كَانَتْ عَلَى فِعْلٍ نَفْسِهِ (فَإِنْ لَمْ تَقُمْ بَيِّنَةٌ لَمْ يُعْجَلْ بِتَخْلِيَّتِهِ حَتَّى يُنَادَى عَلَيْهِ وَيَنْظُرَ فِي أَمْرِهِ) لِأَنَّ فِعْلَ الْقَاضِي الْمَعْرُوفِ حَقٌّ ظَاهِرٌ فَلَا يُعْجَلُ كَي لَا يُؤَدِّيَ إِلَى إِبْطَالِ حَقِّ الْغَيْرِ.

الشرح:

قَالَ (وَيَنْظُرُ الْمَوْلَى فِي حَالِ الْمَحْبُوسِينَ) بِأَنَّ يَبْعَثَ إِلَى الْحَبْسِ مَنْ يُخَصِّصُهُمْ وَيَأْتِيهِ بِأَسْمَائِهِمْ وَيَسْأَلُ الْمَحْبُوسِينَ عَنْ سَبَبِ حَبْسِهِمْ (لِأَنَّهُ نُصِّبَ نَاطِرًا) لِأُمُورِ الْمُسْلِمِينَ، وَقَوْلُ الْمَعْرُوفِ لَيْسَ بِحُجَّةٍ لَمَّا تَقَدَّمَ فَلَا بُدَّ مِنَ التَّفَحُّصِ عَنْ أَحْوَالِهِمْ فَيَجْمَعُ بَيْنَهُمْ وَيَبَيِّنُ خُصُومِيَّتَهُمْ (فَمَنْ اعْتَرَفَ بِحَقِّ الزَّمَمِ إِيَّاهُ) وَحَبَسَهُ إِذَا طَلَبَ الْخَصْمُ ذَلِكَ؛ لِأَنَّ الْإِقْرَارَ وَلِيَ الْوَاجِدِ يُحِلُّ عَرْضَهُ وَعَقُوبَتَهُ: أَيُّ حَبْسَهُ (وَمَنْ أَنْكَرَ) مَا يُوجِبُ الْحَبْسَ (لَمْ يَقْبَلْ قَوْلُ الْمَعْرُوفِ إِلَّا بِالْبَيِّنَةِ) لَمَّا تَقَدَّمَ أَنَّهُ صَارَ كَوَاحِدٍ مِنَ الرَّعَايَا، وَشَهَادَةُ الْفَرْدِ غَيْرُ مَقْبُولَةٍ لَا سِيَّمَا إِذَا كَانَتْ عَلَى فِعْلٍ نَفْسِهِ (فَإِنْ قَامَتِ الْبَيِّنَةُ بِالْحَقِّ وَالْقَاضِي يَعْرِفُ عَدَالَةَ الشُّهُودِ رَدَّهُمْ إِلَى الْحَبْسِ لِقِيَامِ الْحُجَّةِ، وَإِنْ لَمْ يَعْرِفْهُمْ يَسْأَلُ عَنْ الشُّهُودِ فَإِنْ عُدُّوْا فَكَذَلِكَ) (وَإِنْ لَمْ تَقُمْ بَيِّنَةٌ) أَوْ لَمْ يَحْضُرْ خَصْمُهُ وَادَّعَى الْمَحْبُوسُ أَنْ لَا خَصْمَ لَهُ وَهُوَ مَحْبُوسٌ بِغَيْرِ حَقٍّ (لَمْ يُعْجَلْ بِتَخْلِيَّتِهِ حَتَّى يُنَادَى عَلَيْهِ) أَيَّامًا إِذَا جَلَسَ يَقُولُ الْمُنَادِي إِنَّ الْقَاضِيَّ يَقُولُ مَنْ كَانَ يُطَالَبُ فَلَانَ بَنَ فَلَانَ الْمَحْبُوسَ الْفُلَانِيَّ خَصْمَهُ فَلْيَحْضُرْ، فَإِنْ حَضَرَ وَإِلَّا فَمَنْ رَأَى الْقَاضِيَّ أَنْ يُطْلَقَهُ، فَإِنْ لَمْ يَحْضُرْ لِرَجُلٍ مِنْهُمْ خَصْمٌ أَخَذَ مِنْهُ كَفِيلًا بِنَفْسِهِ وَأُطْلِقَهُ؛ لِأَنَّ فِعْلَ الْمَعْرُوفِ حَقٌّ ظَاهِرٌ فَلَا يُعْجَلُ بِالتَّخْلِيَةِ وَيَسْتَظْهَرُ أَمْرُهُ كَي لَا يُؤَدِّيَ إِلَى إِبْطَالِ حَقِّ الْغَيْرِ لِحَوَازِ أَنْ يَكُونَ لَهُ خَصْمٌ غَائِبٌ يَدَّعِي عَلَيْهِ إِذَا حَضَرَ. وَالْفَرْقُ لِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي أَخْذِ

الكَفِيلُ هُنَا وَبَيْنَ مَسْأَلَةِ قِسْمَةِ التَّرِكَةِ بَيْنَ الْوَرَثَةِ حَيْثُ لَا يَأْخُذُ هُنَاكَ كَفِيلًا عَلَى مَا سَبَّحِيَّءُ أَنْ فِي مَسْأَلَةِ الْقِسْمَةِ الْحَقُّ لِلْوَارِثِ الْحَاضِرِ ثَابِتٌ بَيِّنٌ وَفِي بُتُوته لغيره شكٌ فَلَا يَجُوزُ تَأْخِيرُ الْمُحَقِّقِ لِأَمْرِ مَوْهُومٍ.

وَأَمَّا هَاهُنَا فَإِنَّ الْحَقَّ لِلْغَائِبِ ثَابِتٌ بَيِّنٌ نَظَرًا إِلَى ظَاهِرِ حَالِ الْمَعْزُولِ لَكُنْهُ مَجْهُولٌ فَلَا تَكُونُ الْكَفَالَةُ لِأَمْرِ مَوْهُومٍ وَقِيلَ أَخْذُ الْكَفِيلِ هَاهُنَا أَيْضًا عَلَى الْخِلَافِ فَلَا يَحْتَاجُ إِلَى فَرْقٍ. وَذَكَرَ فِي الْمَحِيطِ: الصَّحِيحُ أَنْ أَخْذَ الْكَفِيلِ هَاهُنَا بِالِاتِّفَاقِ، فَالْفَرْقُ الْمَذْكُورُ يَكُونُ مُحْتَاجًا إِلَيْهِ، وَإِنْ قَالَ: لَا كَفِيلَ لِي أَوْ لَا أُعْطِيَ كَفِيلًا، فَإِنَّهُ لَمْ يَجِبْ عَلَيَّ شَيْءٌ تَأْدَى عَلَيْهِ شَهْرًا ثُمَّ خَلَاهُ؛ لِأَنَّ طَلَبَ الْكَفِيلِ كَانَ احْتِيَاطًا، فَإِذَا امْتَنَعَ احْتِاطَ بِوَجْهِ آخَرَ وَهُوَ يَحْصُلُ بِاللَّدَاءِ عَلَيْهِ شَهْرًا.

(وَيَنْظُرُ فِي الْوَدَائِعِ وَارْتِفَاعِ الْوُقُوفِ فَيَعْمَلُ فِيهِ عَلَى مَا تَقُومُ بِهِ الْبَيِّنَةُ أَوْ يَعْتَرِفُ بِهِ مَنْ هُوَ فِي يَدِهِ) لِأَنَّ كُلَّ ذَلِكَ حُجَّةٌ.

الشرح:

(وَيَنْظُرُ الْمَوْلَى فِي الْوَدَائِعِ وَارْتِفَاعِ الْوُقُوفِ)؛ لِأَنَّهُ تُصَبَّ نَظَرًا فِي أُمُورِ النَّاسِ (فَيَعْمَلُ فِي الْمَذْكُورِ عَلَى) حَسَبِ (مَا تَقُومُ بِهِ الْبَيِّنَةُ أَوْ بِاعْتِرَافِ مَنْ هُوَ بِيَدِهِ)؛ لِأَنَّهُ لَا بُدَّ لِعَمَلِهِ مِنْ حُجَّةٍ (وَكُلُّ ذَلِكَ حُجَّةٌ).

(وَلَا يَقْبَلُ قَوْلَ الْمَعْزُولِ) لَمَّا بَيَّنَّا (إِلَّا أَنْ يَعْتَرِفَ الَّذِي هُوَ فِي يَدِهِ أَنَّ الْمَعْزُولَ سَلَمَهَا إِلَيْهِ فَيَقْبَلُ قَوْلَهُ فِيهَا) لِأَنَّهُ ثَبَتَ بِإِقْرَارِهِ أَنَّ الْيَدَ كَانَتْ لِلْقَاضِي فَيَصِحُّ إِقْرَارُ الْقَاضِي كَأَنَّهُ فِي يَدِهِ فِي الْحَالِ، إِلَّا إِذَا بَدَأَ بِالْإِقْرَارِ لِغَيْرِهِ ثُمَّ أَقْرَبَ بِتَسْلِيمِ الْقَاضِي فَيَسْلَمُ مَا فِي يَدِهِ إِلَى الْمُقَرَّرِ لَهُ الْأَوَّلُ لِسَبْقِ حَقِّهِ وَيُضْمَنُ قِيَمَتَهُ لِلْقَاضِي بِإِقْرَارِهِ الثَّانِي وَيَسْلَمُ إِلَى الْمُقَرَّرِ لَهُ مِنْ جِهَةِ الْقَاضِي.

الشرح:

(وَلَا يَقْبَلُ قَوْلَ الْمَعْزُولِ فِيهِ) لَمَّا مَرَّ غَيْرَ مَرَّةٍ إِلَّا أَنْ يَعْتَرِفَ ذُو الْيَدِ أَنَّ الْمَعْزُولَ سَلَمَهَا إِلَيْهِ فَيَقْبَلُ فِيهَا قَوْلَ الْمَعْزُولِ؛ لِأَنَّهُ بِإِقْرَارِ ذِي الْيَدِ ثَبَتَ أَنَّ الْيَدَ كَانَتْ لِلْمَعْزُولِ فَيَصِحُّ إِقْرَارُ الْمَعْزُولِ بِهِ كَأَنَّهُ بِيَدِهِ لِلْحَالِ (وَلَوْ كَانَ بِيَدِهِ عَيْنًا صَحَّ إِقْرَارُهُ بِهِ، فَكَذَا إِذَا كَانَ يَدِ مَوْدَعِهِ؛ لِأَنَّ يَدَ الْمَوْدَعِ كَيَدِ الْمَوْدِعِ) (إِلَّا إِذَا بَدَأَ ذُو الْيَدِ بِالْإِقْرَارِ لِغَيْرِ مَنْ أَقْرَبَ لَهُ

القاضي فَإِنَّهُ يُسَلِّمُ إِلَى الْمُقَرَّرِ لَهُ الْأَوَّلَ لِسَبْقِ حَقِّهِ ثُمَّ يَضْمَنُ قِيَمَتَهُ لِلْقَاضِي بِإِقْرَارِهِ الثَّانِي وَيُسَلِّمُ إِلَى الْمُقَرَّرِ لَهُ مِنْ جِهَةِ الْقَاضِي

وَالْحَاصِلُ أَنَّ هَذِهِ الْمَسْأَلَةَ عَلَى خَمْسَةِ أَوْجُهٍ: وَذَلِكَ؛ لِأَنَّ مَنْ يَدِهِ الْمَالُ إِمَّا أَنْ يُقَرَّرَ بِشَيْءٍ مِمَّا أَقَرَّ بِهِ الْمُعْزُولُ أَوْ يَجْحَدَ كُلَّهُ، فَإِنْ كَانَ الثَّانِي فَاَلْقَوْلُ قَوْلُهُ: وَلَا يَجِبُ بِقَوْلِ الْمُعْزُولِ عَلَيْهِ شَيْءٌ؛ وَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ فَإِمَّا أَنْ يَقُولَ دَفَعَهُ الْقَاضِي إِلَيَّ وَهُوَ لِفُلَانِ بْنِ فُلَانٍ مَنْ أَقَرَّ لَهُ الْقَاضِي وَهُوَ الْمَذْكُورُ فِي الْكِتَابِ أَوَّلًا بِتَعْلِيلِهِ وَإِمَّا أَنْ يَقُولَ دَفَعَهُ الْقَاضِي إِلَيَّ وَلَا أُدْرِي لِمَنْ هُوَ وَحُكْمُهُ كَحُكْمِ الْمَذْكُورِ فِي الْكِتَابِ وَالتَّعْلِيلُ كَتَعْلِيلِهِ، وَإِمَّا أَنْ يَقُولَ دَفَعَهُ إِلَيَّ الْقَاضِي الْمُعْزُولُ وَهُوَ لِفُلَانٍ غَيْرٍ مَنْ أَقَرَّ لَهُ الْقَاضِي وَحُكْمُهُ مَا تَقَدَّمَ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا بَدَأَ بِالِدَّفْعِ مِنَ الْقَاضِي فَقَدْ أَقَرَّ بِالْيَدِ لَهُ فَصَارَ كَأَنَّ الْمَالِ فِي يَدِهِ لَمَّا مَرَّ؛ ثُمَّ أَقَرَّ أَنَّهُ لِفُلَانٍ وَهُوَ لَا يَصِحُّ، وَإِمَّا أَنْ يَقُولَ هُوَ لِفُلَانٍ غَيْرٍ مَنْ أَقَرَّ لَهُ الْقَاضِي وَدَفَعَهُ إِلَيَّ الْقَاضِي وَهُوَ الْمَذْكُورُ فِي الْكِتَابِ آخِرًا وَحُكْمُهُ أَنَّ الْمَالُ يُسَلِّمُ إِلَى الْمُقَرَّرِ لَهُ أَوَّلًا لِسَبْقِ حَقِّهِ ثُمَّ يَضْمَنُ مِثْلَهُ لِلْقَاضِي بِإِقْرَارِهِ الثَّانِي وَيُسَلِّمُ إِلَى الْمُقَرَّرِ لَهُ مِنْ جِهَةِ الْقَاضِي إِنْ كَانَ مِثْلًا وَقِيَمَتُهُ إِنْ كَانَ قِيَمِيًّا، وَهَذَا؛ لِأَنَّ إِقْرَارَهُ الْأَوَّلَ لَمَّا صَحَّ وَجَبَ تَسْلِيمُ الْمَالِ إِلَى الْمُقَرَّرِ لَهُ.

وَإِذَا قَالَ بَعْدَ ذَلِكَ دَفَعَهُ إِلَيَّ الْقَاضِي وَهُوَ يَقُولُ لِفُلَانٍ آخَرَ فَقَدْ أَقَرَّ أَنَّ الْيَدَ كَانَتْ لِلْقَاضِي، وَإِقْرَارِهِ لغيرِ مَنْ أَقَرَّ لَهُ الْقَاضِي أَثْلَفَ الْمَالِ عَلَى مَنْ أَقَرَّ لَهُ الْقَاضِي فَكَانَ ضَامِنًا لِلْمِثْلِ أَوْ الْقِيَمَةِ.

كَذَا نَقَلَ صَاحِبُ النَّهَائَةِ وَغَيْرُهُ عَنِ الصَّدْرِ الشَّهِيدِ وَغَيْرِهِ. وَفِيهِ نَظَرٌ لِأَنَّ الْإِقْرَارَ الْأَوَّلَ إِمَّا أَنْ يُبْطَلَ مَا بَعْدَهُ أَوْ لَا، وَعَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ التَّقْدِيرَيْنِ يَلْزَمُ التَّسْوِيَةُ بَيْنَ مَا بَدَأَ دُو الْيَدِ بِالِدَّفْعِ مِنَ الْقَاضِي وَبَيْنَ مَا بَدَأَ بِالْإِقْرَارِ لِلْغَيْرِ لَشُمُولِ الضَّمَانِ أَوْ لَشُمُولِ الْعَدَمِ، وَلَمْ أَرَأْ أَحَدًا ذَكَرَ الضَّمَانَ لِلْمُقَرَّرِ لَهُ ثَانِيًا فِي الْوَجْهِ الرَّابِعِ. وَيُمْكِنُ أَنْ يُجَابَ عَنْهُ بِأَنَّ الْإِقْرَارَ الْأَوَّلَ إِنْ كَانَ بِالْيَدِ يَخْتَارُ إِبْطَالُ مَا بَعْدَهُ وَإِلَّا فَلَا، وَذَلِكَ؛ لِأَنَّ الْإِقْرَارَ مِمَّنْ لَا يَدَ لَهُ لَصُدُورِهِ عَنِ الْأَجْنَبِيِّ عَنِ الْمُقَرَّرِ بِهِ فَاسِدٌ، فَإِذَا أَقَرَّ بِالْيَدِ الشَّخْصُ ثُمَّ أَقَرَّ بَعْدَهُ بِالْمَلِكِ لِغَيْرِهِ بَطَلَ إِقْرَارُهُ الثَّانِي لَصُدُورِهِ عَمَّنْ لَا يَمْلِكُهُ وَإِذَا أَقَرَّ بِالْمَلِكِ لِغَيْرِهِ بِمَا فِي يَدِهِ صَحَّ إِقْرَارُهُ ثُمَّ بِالْإِقْرَارِ بِالْيَدِ لِغَيْرِهِ يُرِيدُ أَنْ يُبْطَلَ الْأَوَّلَ وَلَيْسَ لَهُ ذَلِكَ لَكُونِهِ إِقْرَارًا فِي حَقِّ غَيْرِهِ وَلَكِنَّهُ يُسْمَعُ فِي حَقِّ الْمُوَدِّعِ لَكُونِهِ إِقْرَارًا عَلَى نَفْسِهِ بِإِثْلَافِ حَقِّهِ بِإِقْرَارِهِ

لغيره في وقت يُسمع منه ذلك، والله أعلم.

قال (ويجلس للحكم جلوساً ظاهراً في المسجد) كي لا يشتبه مكانه على الغرباء وبعض المقيمين، والمسجد الجامع أولى لأنه أشهر. وقال الشافعي رحمه الله: يكره الجلوس في المسجد للقضاء لأنه يحضره المشرك وهو نجس بالنص والحائض وهي ممنوعة عن دخوله. ولنا قوله عليه الصلاة والسلام «إنما بُنيت المساجد لذكر الله تعالى والحكم». «وكان رسول الله ﷺ يفصل الخصومة في معتكفه» وكذا الخلفاء الراشدون كانوا يجلسون في المساجد لفصل الخصومات، ولأن القضاء عبادة فيجوز إقامتها في المسجد كالصلاة. ونجاسة المشرك في اعتقاده لا في ظاهره فلا يمنع من دخوله، والحائض تخبر بحالتها فيخرج القاضي إليها أو إلى باب المسجد أو يبعث من يفصل بينها وبين خصمها كما إذا كانت الخصومة في الدابة. ولو جلس في داره لا بأس به ويأذن للناس بالدخول فيها، ويجلس معه من كان يجلس قبل ذلك لأن في جلوسه وحده ثممة.

الشرح:

قال (ويجلس للحكم جلوساً ظاهراً في المسجد إلخ) الحاكم يجلس للقضاء جلوساً ظاهراً في المسجد كي لا يتستر مكانه عن الغرباء وبعض المقيمين. ورؤي عن أبي حنيفة رحمه الله أنه قال: والمسجد الجامع أولى؛ لأنه أشهر وأرفع بالناس. قال الإمام عليّ الزدوي: هذا إذا كان الجامع في وسط البلدة، وأما إذا كان في طرف منها يختار مسجداً في وسطها كي لا يلحق بعض الخصوم زيادة مشقة بالذهاب إليها. وقال الشافعي رحمه الله: يكره الجلوس في المسجد لفصل الخصومة؛ لأنه يحضره المشرك وهو نجس لقوله تعالى ﴿إِنَّمَا الْمُشْرِكُونَ نَجَسٌ﴾ [التوبة: ٢٨] ويحضره الحائض وهي ممنوعة عن الدخول في المسجد. وفصل مالك بين ما كان الحاكم في المسجد فيتقدم إليه الخصمان وبين الذهاب إليه لفصل الخصومة، ولم يكره الأول وكره الثاني. ولنا ما رؤي أنه ﷺ قال «إنما بُنيت المساجد لذكر الله تعالى والحكم» وكان رسول الله ﷺ يفصل الخصومة في معتكفه وكذا الخلفاء الراشدون كانوا يجلسون في المساجد لفصل الخصومات، ولأن القضاء بالحق من أشرف العبادات فيجوز في

الْمَسَاجِدِ كَالصَّلَاةِ (قَوْلُهُ: وَنَجَاسَةُ الْمُشْرِكِ) جَوَابٌ عَنْ دَلِيلِ الشَّافِعِيِّ.
وَتَقْرِيرُهُ: نَجَاسَةُ الْمُشْرِكِ فِي اعْتِقَادِهِ لَا فِي ظَاهِرِهِ فَإِنَّهُ ثَبَتَ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ كَانَ
يُنْزَلُ الْوُفُودُ فِي الْمَسْجِدِ (فَلَا يُمْنَعُ مِنْ دُخُولِهِ) إِذْ لَا يُصِيبُ الْأَرْضَ مِنْهُ شَيْءٌ
(وَالْحَائِضُ تُخْبِرُ بِحَالِهَا فَيَخْرُجُ الْقَاضِي إِلَيْهَا أَوْ إِلَى بَابِ الْمَسْجِدِ أَوْ يَبْعَثُ الْقَاضِي مَنْ
يَفْصِلُ بَيْنَهَا وَيَبْنِي خَصْمَهَا) كَمَا إِذَا كَانَتْ الْخُصُومَةُ فِي الدَّابَّةِ. فَإِنْ قِيلَ: يَجُوزُ أَنْ
تَكُونَ الْحَائِضُ غَيْرَ مُسْلِمَةٍ لَا تَعْتَقِدُ حُرْمَةَ الدُّخُولِ فِي الْمَسْجِدِ فَتُخْبِرُ عَنْ حَالِهَا.

قُلْنَا: الْكُفَّارُ لَيْسُوا بِمُخَاطَبِينَ بِفُرُوعِ الشَّرَائِعِ فَلَا بَأْسَ بِدُخُولِهَا (وَلَوْ جَلَسَ
الْقَاضِي فِي دَارِهِ لَا بَأْسَ بِذَلِكَ) قَالَ الْإِمَامُ فَخَرُ الْإِسْلَامِ: إِذَا كَانَتْ دَارُهُ فِي وَسْطِ
الْبَلَدَةِ كَمَا تَقَدَّمَ فِي الْمَسْجِدِ، فَإِذَا جَلَسَ فِيهَا يَأْذَنُ لِلنَّاسِ فِي الدُّخُولِ إِلَيْهَا؛ لِأَنَّ لِكُلِّ
أَحَدٍ حَقًّا فِي مَجْلِسِهِ (وَيَجْلِسُ مَعَهُ مَنْ كَانَ يَجْلِسُ مَعَهُ لَوْ كَانَ فِي الْمَسْجِدِ) حَتَّى
يَكُونَ أَبْعَدَ مِنَ التُّهْمَةِ (إِذَا فِي الْجُلُوسِ وَحْدَهُ تُهُمَةٌ) الظُّلْمُ وَأَخَذَ الرُّشُوءَ.

قَالَ (وَلَا يَقْبَلُ هَدِيَّةً إِلَّا مِنْ ذِي رَحِمٍ مَحْرَمٍ أَوْ مِنْ جَرَتْ عَادَتُهُ قَبْلَ الْقَضَاءِ
بِمُهَادَاتِهِ) لِأَنَّ الْأَوَّلَ صِلَةُ الرَّحِمِ وَالثَّانِي لَيْسَ لِلْقَضَاءِ بَلْ جَرَى عَلَى الْعَادَةِ، وَفِيمَا وَرَاءَ
ذَلِكَ يَصِيرُ أَكْلًا بِقَضَائِهِ، حَتَّى لَوْ كَانَتْ لِلْقَرِيبِ خُصُومَةٌ لَا يَقْبَلُ هَدِيَّتَهُ، وَكَذَا إِذَا زَادَ
الْمُهْدِي عَلَى الْمُعْتَادِ أَوْ كَانَتْ لَهُ خُصُومَةٌ لِأَنَّهُ لِأَجْلِ الْقَضَاءِ فَيَتَحَامَاهُ.

الشرح:

قَالَ (وَلَا يَقْبَلُ: هَدِيَّةً إِلَّا مِنْ ذِي رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنْهُ إلخ) الْحَاكِمُ لَا يَقْبَلُ الْهَدِيَّةَ إِلَّا مِنْ
ذِي رَحِمٍ مَحْرَمٍ لَهُ أَوْ مِنْ جَرَتْ عَادَتُهُ بِالْمُهَادَاةِ قَبْلَ الْقَضَاءِ. أَمَّا أَنَّهُ لَا يَقْبَلُ الْهَدِيَّةَ فَلَأَنَّهُ
مِنْ جَوَالِبِ الْقَضَاءِ إِذَا لَمْ يَكُنْ عَلَى صِفَةِ الْمُسْتَشْنَى وَهُوَ حَرَامٌ، وَالْأَصْلُ فِي ذَلِكَ مَا رَوَى
الْبُخَارِيُّ بِإِسْنَادِهِ إِلَى عُرْوَةَ بْنِ الزُّبَيْرِ عَنْ أَبِي حُمَيْدٍ السَّاعِدِيِّ «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ اسْتَعْمَلَ
رَجُلًا مِنَ الْأَزْدِ يُقَالُ لَهُ ابْنُ الثُّلَيْبَةِ عَلَى الصَّدَقَةِ فَلَمَّا قَدِمَ قَالَ: هَذَا لَكُمْ وَهَذَا أُهْدِيَ
لِي، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: فَهَلَا جَلَسَ فِي بَيْتِ أَبِيهِ أَوْ بَيْتِ أُمِّهِ فَيَنْظُرُ أَيُّهُدَى لَهُ أَمْ لَا»
وَاسْتَعْمَلَ عُمَرُ ﷺ أَبَا هُرَيْرَةَ ﷺ فَقَدِمَ بِمَالٍ فَقَالَ: مِنْ أَيْنَ لَكَ هَذَا؟ فَقَالَ: تَنَاجَتْ
الْخِيُولُ وَتَلَا حَقَّتْ الْهَدَايَا، فَقَالَ: أَيُّ عَدُوِّ اللَّهِ هَلَا قَعَدْتَ فِي بَيْتِكَ فَتَنْظُرُ أَيُّهُدَى إِلَيْكَ
أَمْ لَا؟ فَأَخَذَ ذَلِكَ مِنْهُ وَجَعَلَهُ فِي بَيْتِ الْمَالِ.

فَعَرَفْنَا أَنَّ قَبُولَ الْهَدِيَّةِ مِنَ الرُّشْوَةِ إِذَا كَانَ بِهَذِهِ الصِّفَةِ. وَأَمَّا الْقَبُولُ مِنْ ذِي رَحِمٍ مَحْرَمٍ وَلَا خُصُومَةٍ لَهُ فَإِنَّهُ مِنْ جَوَالِبِ الْقَرَابَةِ، وَهُوَ مَنْدُوبٌ إِلَى صِلَةِ الرَّحِمِ وَفِي الرَّدِّ مَعْنَى الْقَطِيعَةِ وَهُوَ حَرَامٌ. وَلَفْظُ الْكِتَابِ أَعْمٌ مِنْ أَنْ يَكُونَ بَيْنَهُمَا مُهَادَاةٌ قَبْلَ الْقَضَاءِ وَأَنْ لَا يَكُونَ. وَعِبَارَةُ النَّهَايَةِ تَدُلُّ عَلَى أَنَّ الْمُهَادَاةَ بَيْنَهُمَا قَبْلَ الْقَضَاءِ شَرْطُ قَبُولِهَا كَالْأَجْنَبِيِّ، وَأَمَّا الْقَبُولُ مِنْ جَرَتْ عَادَتُهُ قَبْلَ الْقَضَاءِ بِمُهَادَاتِهِ وَلَمْ يَزِدْ فَإِنَّهُ لَيْسَ بِأَكْلٍ عَلَى الْقَضَاءِ بَلْ هُوَ جَرَى عَلَى الْعَادَةِ حَيْثُ لَمْ يَزِدْ عَلَى الْمُعْتَادِ وَلَيْسَ لَهُ خُصُومَةٌ. وَالْحَاصِلُ أَنَّ الْمُهْدِيَّ لِلْقَاضِي إِمَّا أَنْ يَكُونَ ذَا خُصُومَةٍ أَوْ لَا، وَالْأَوَّلُ لَا يَجُوزُ قَبُولُ هَدِيَّتِهِ مُطْلَقًا: أَيْ سَوَاءً كَانَ قَرِيبًا أَوْ مُهَادِيًا قَبْلَ الْقَضَاءِ أَوْ لَمْ يَكُنْ. وَالثَّانِي إِمَّا أَنْ يَكُونَ قَرِيبًا أَوْ مِنْ جَرَتْ لَهُ الْعَادَةُ بِذَلِكَ أَوْ لَا، وَالثَّانِي كَذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ أَكْلٌ بِالْقَضَاءِ فَيَتَحَامَاهُ، وَالْأَوَّلُ يَجُوزُ قَبُولُهُ إِنْ لَمْ يَزِدْ مِنْ لَهُ الْعَادَةُ عَلَى الْمُعْتَادِ.

وَقَالَ الْإِمَامُ فَخْرُ الْإِسْلَامِ: إِنْ زَادَ عَلَى الْمُعْتَادِ عِنْدَمَا اِزْدَادَ مَا لَا يَقْدَرُ مَا زَادَ فِي الْمَالِ لَا بَأْسَ بِقَبُولِهِ، ثُمَّ إِنْ أَخَذَ الْقَاضِي مَا لَيْسَ لَهُ أَخْذُهُ مَاذَا يَصْنَعُ بِهِ؟ اخْتَلَفَ الْمَشَائِخُ فَبَعْضُهُمْ قَالُوا: يَضَعُ فِي يَتِّ الْمَالِ، وَعَامَّتُهُمْ قَالُوا: يَرُدُّهَا عَلَى أَرْبَابِهَا إِنْ عَرَفَهُمْ، وَإِلَيْهِ أَشَارَ فِي السَّيْرِ الْكَبِيرِ وَإِنْ لَمْ يَعْرِفَهُمْ أَوْ يَعْرِفَهُمْ إِلَّا أَنَّ الرَّدَّ يَتَعَذَّرُ لِبُعْدِهِمْ يَضَعُهَا فِي يَتِّ الْمَالِ، وَحُكْمُهُ حُكْمُ اللَّقْطَةِ، وَإِنَّمَا يَضَعُهَا فِي يَتِّ الْمَالِ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا أُهْدِيَ إِلَيْهِ لِعَمَلِهِ وَهُوَ فِي هَذَا الْعَمَلِ نَائِبٌ عَنِ الْمُسْلِمِينَ فَكَانَتْ الْهَدَايَا مِنْ حَيْثُ الْمَعْنَى لَهُمْ.

وَلَا يَحْضُرُ دَعْوَةٌ إِلَّا أَنْ تَكُونَ عَامَّةً لِأَنَّ الْخَاصَّةَ لِأَجْلِ الْقَضَاءِ فَيُتَّهَمُ بِالْإِجَابَةِ بِخِلَافِ الْعَامَّةِ، وَيَدْخُلُ فِي هَذَا الْجَوَابِ قَرِيبُهُ وَهُوَ قَوْلُهُمَا. وَعَنْ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ يُجِيبُهُ وَإِنْ كَانَتْ خَاصَّةً كَالْهَدِيَّةِ، وَالْخَاصَّةُ مَا لَوْ عَلِمَ الْمُضِيفُ أَنَّ الْقَاضِي لَا يَحْضُرُهَا لَا يَتَّخِذُهَا.

الشرح:

(وَلَا يَحْضُرُ الْقَاضِي دَعْوَةً إِلَّا أَنْ تَكُونَ عَامَّةً) قِيلَ وَهِيَ مَا تَكُونُ فَوْقَ الْعَشْرَةِ وَمَا دُونَهُ خَاصَّةً، وَقِيلَ دَعْوَةُ الْعُرْسِ وَالْحَتَانِ عَامَّةٌ وَمَا سِوَى ذَلِكَ خَاصَّةٌ، وَذَكَرَ الْمُصَنِّفُ أَنَّ الدَّعْوَةَ الْخَاصَّةَ هِيَ مَا لَوْ عَلِمَ الْمُضِيفُ أَنَّ الْقَاضِي لَا يَحْضُرُهَا لَا يَتَّخِذُهَا، وَهُوَ اخْتِيَارُ شَمْسِ الْأَيْمَةِ السَّرْحَسِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ، وَإِطْلَاقُ لَفْظِ الْقُدُورِيِّ لَا يَفْصِلُ بَيْنَ

الْقَرِيبَ وَغَيْرِهِ، وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: إِنَّهُ يُجِيبُ دَعْوَةَ الْقَرِيبِ وَإِنْ كَانَتْ خَاصَّةً كَالْهَدِيَّةِ، وَقِيلَ فِي الْفَرْقِ لِهَمَّا بَيْنَ الضِّيَافَةِ وَالْهَدِيَّةِ حَيْثُ جَوَازًا قَبُولُ هَدِيَّةٍ ذِي الرَّحِمِ الْمَحْرَمِ وَلَمْ يُجَوَزًا حُضُورَ دَعْوَتِهِ أَنْ مَا قَالُوا فِي الضِّيَافَةِ مَحْمُولٌ عَلَى قَرِيبٍ لَمْ يَكُنْ بَيْنَهُمَا دَعْوَةٌ وَلَا مُهَادَاةٌ قَبْلَ الْقَضَاءِ وَإِنَّمَا أُحْدِثَ بَعْدَهُ، وَمَا ذَكَرُوا فِي الْهَدِيَّةِ مَحْمُولٌ عَلَى مَا إِذَا كَانَ بَيْنَهُمَا مُهَادَاةٌ قَبْلَ الْقَضَاءِ صَلَةٌ لِلرَّحِمِ. وَذَكَرَ صَدْرُ الْإِسْلَامِ أَبُو الْيُسْرِ: إِذَا كَانَتْ الدَّعْوَةُ عَامَّةً، وَالْمُضِيفُ خَصْمٌ يَنْبَغِي أَنْ لَا يُجِيبَ الْقَاضِي دَعْوَتَهُ، وَإِنْ كَانَتْ عَامَّةً؛ لِأَنَّهُ يُؤَدِّي إِلَى إِبْدَاءِ الْخَصْمِ الْآخَرَ أَوْ إِلَى التُّهْمَةِ.

قَالَ (وَيَشْهَدُ الْجَنَازَةَ وَيَعُودُ الْمَرِيضَ) لِأَنَّ ذَلِكَ مِنْ حُقُوقِ الْمُسْلِمِينَ، قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «لِلْمُسْلِمِ عَلَى الْمُسْلِمِ سِتَّةُ حُقُوقٍ»^(١) وَعَدَّ مِنْهَا هَذَيْنِ.

الشرح:

قَالَ (وَيَشْهَدُ الْجَنَازَةَ وَيَعُودُ الْمَرِيضَ إلخ) الْحَاكِمُ يَشْهَدُ الْجَنَازَةَ وَيَعُودُ الْمَرِيضَ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ مِنْ حُقُوقِ الْمُسْلِمِ. قَالَ ﷺ «لِلْمُسْلِمِ عَلَى الْمُسْلِمِ سِتَّةُ حُقُوقٍ» رَوَى أَبُو أَيُّوبَ ﷺ قَالَ سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ يَقُولُ «لِلْمُسْلِمِ عَلَى الْمُسْلِمِ سِتُّ خِصَالٍ وَاجِبَةٌ، إِنْ تَرَكَ شَيْئًا مِنْهَا فَقَدْ تَرَكَ حَقًّا وَاجِبًا عَلَيْهِ: إِذَا دَعَا أَنْ يُجِيبَهُ، وَإِذَا مَرَضَ أَنْ يَعُودَهُ، وَإِذَا مَاتَ أَنْ يَحْضُرَهُ، وَإِذَا لَقِيَهِ أَنْ يُسَلِّمَ عَلَيْهِ، وَإِذَا اسْتَنْصَحَهُ أَنْ يَنْصَحَهُ، وَإِذَا عَطَسَ أَنْ يُشَمِّتَهُ» كَذَا فِي تَنْبِيهِ الْعَافِلِينَ

(وَلَا يُضَيِّفُ أَحَدَ الْخَصْمَيْنِ دُونَ خَصْمِهِ) لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى عَنْ ذَلِكَ، وَلَئِنْ فِيهِ تُهُمَةٌ. قَالَ (وَإِذَا حَضَرَ سَوَى بَيْنَهُمَا فِي الْجُلُوسِ وَالْإِقْبَالِ) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «إِذَا أَبْتَلَى أَحَدُكُم بِالْقَضَاءِ فَلْيَسُؤْ بَيْنَهُمَا فِي الْمَجْلِسِ وَالْإِشَارَةِ وَالنَّظَرِ»^(٢).

(وَلَا يُسَارُ أَحَدُهُمَا وَلَا يُشِيرُ إِلَيْهِ وَلَا يَلْقُهُ حُجَّةً) لِلتُّهْمَةِ وَلَئِنْ فِيهِ مَكْسَرَةٌ لِقَلْبِ الْآخَرِ فَيَتَرَكُ حَقَّهُ (وَلَا يَضْحَكُ فِي وَجْهِ أَحَدِهِمَا) لِأَنَّهُ يَجْتَرِئُ عَلَى خَصْمِهِ (وَلَا يُمَارِجُهُمْ وَلَا وَاحِدًا مِنْهُمْ) لِأَنَّهُ يَذْهَبُ بِمَهَابَةِ الْقَضَاءِ.

(١) أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ (١٢٤٠)، وَمُسْلِمٌ فِي السَّلَامِ (٤، ٥). وَانْظُرْ نَصْبَ الرَّايَةِ (٤ / ١٤٦).

(٢) أَخْرَجَ الطَّبْرَانِيُّ فِي الْكَبِيرِ كَمَا أَشَارَ إِلَى ذَلِكَ الْهَيْثُمِيُّ فِي مَجْمَعِ الزَّوَائِدِ (٤ / ١٩٤).

الشرح:

(وَلَا يُضَيِّفُ أَحَدَ الْخَصْمَيْنِ؛ لِأَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ نَهَى عَنْ ذَلِكَ) رُوِيَ عَنْ عَلِيٍّ عليه السلام أَنَّهُ قَالَ: «نَهَانَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَنْ نُضَيِّفَ الْخَصْمَ إِلَّا أَنْ يَكُونَ خَصْمُهُ مَعَهُ» (وَلَأَنَّ الضِّيَافَةَ وَالْحُلُوةَ تُورِثُ التُّهْمَةَ) قَالَ (وَإِذَا حَضَرَ سَوَى بَيْنَهُمَا إِمَّا إِذَا حَضَرَ الْخَصْمَانِ بَيْنَ يَدَيِ الْقَاضِي فَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا مِنْ وَلَاهُ وَالْآخَرُ فَقِيرًا أَوْ كَانَا أَبَا وَابْنًا يُسَوِّي بَيْنَهُمَا فِي الْمَجْلِسِ فَيَجْلِسَانِ بَيْنَ يَدَيْهِ عَلَى الْأَرْضِ؛ لِأَنَّهُ لَوْ أَجْلَسَهُمَا فِي جَانِبٍ وَاحِدٍ كَانَ أَحَدُهُمَا أَقْرَبَ إِلَى الْقَاضِي فَتَفُوتُ التَّسْوِيَةُ، وَلَوْ أَجْلَسَ أَحَدَهُمَا عَنْ يَمِينِهِ وَالْآخَرَ عَنْ يَسَارِهِ فَكَذَلِكَ لِفَضْلِ الْيَمِينِ، وَإِنْ خَاصَمَ رَجُلُ السُّلْطَانِ إِلَى الْقَاضِي فَجَلَسَ السُّلْطَانُ مَعَ الْقَاضِي فِي مَجْلِسِهِ وَالْخَصْمُ عَلَى الْأَرْضِ يَقُومُ الْقَاضِي مِنْ مَكَانِهِ وَيُجْلِسُ الْخَصْمَ فِيهِ وَيَقْعُدُ عَلَى الْأَرْضِ ثُمَّ يَقْضِي بَيْنَهُمَا كَيْ لَا يَكُونَ مُفْضَلًا لِأَحَدِ الْخَصْمَيْنِ عَلَى الْآخَرِ، وَفِيهِ دَلِيلٌ عَلَى أَنَّ الْقَاضِي يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَحْكُمَ عَلَى مَنْ وَلَاهُ، وَكَذَلِكَ يُسَوِّي بَيْنَهُمَا فِي الْإِقْبَالِ وَهُوَ التَّوَجُّهُ وَالنَّظَرُ. وَالْأَصْلُ فِيهِ قَوْلُهُ: ﷺ «إِذَا أُبْتُلِيَ أَحَدُكُمْ بِالْقَضَاءِ فَلْيُسَوِّ بَيْنَهُمْ فِي الْمَجْلِسِ وَالْإِشَارَةِ وَالنَّظَرِ» قَالَ (وَلَا يُسَارُّ أَحَدَهُمَا وَلَا يُشِيرُ إِلَيْهِ) لَا يُكَلِّمُ الْقَاضِي أَحَدَ الْخَصْمَيْنِ سِرًّا وَلَا يُشِيرُ إِلَيْهِ لَا بِيَدِهِ وَلَا بِرَأْسِهِ وَلَا بِحَاجِبِهِ (وَلَا يَلْقَنُهُ حُجَّةً وَلَا يَضْحَكُ فِي وَجْهِهِ؛ لِأَنَّ فِي ذَلِكَ كُلِّهِ تُّهْمَةً) وَعَلَيْهِ الْإِحْتِرَازُ عَنْهَا (وَلَأَنَّ فِيهِ مَكْسَرَةً لِقَلْبِ الْآخَرِ فَيُنْحِيهِ عَنْ طَلَبِ حَقِّهِ فَيَتْرُكُهُ) وَفِيهِ اجْتِرَاءٌ مَنْ فَعَلَ بِهِ ذَلِكَ عَلَى خَصْمِهِ (وَلَا يُمَارِحُهُمْ وَلَا وَاحِدًا مِنْهُمْ؛ لِأَنَّهُ يَذْهَبُ بِمَهَابَةِ الْقَضَاءِ) وَيَنْبَغِي أَنْ يُقِيمَ بَيْنَ يَدَيْهِ رَجُلًا يَمْنَعُ النَّاسَ عَنِ التَّقَدُّمِ بَيْنَ يَدَيْهِ فِي غَيْرِ وَقْتِهِ وَيَمْنَعُهُمْ عَنْ إِسَاءَةِ الْأَدَبِ، وَيُقَالُ لَهُ صَاحِبُ الْمَجْلِسِ وَالشَّرْطِ وَالْعَرِيفِ وَالْجُلُوزِ مِنَ الْجُلُوزَةِ وَهِيَ الْمَنْعُ، وَيَكُونُ مَعَهُ سَوَاطِيفُ يَجْلِسُ الْخَصْمَيْنِ بِمَقْدَارِ ذِرَاعَيْنِ مِنَ الْقَاضِي وَيَمْنَعُ مِنْ رَفْعِ الصَّوْتِ فِي الْمَجْلِسِ.

قَالَ (وَيُكْرَهُ تَلْقِيْنُ الشَّاهِدِ) وَمَعْنَاهُ أَنْ يَقُولَ لَهُ أَتَشْهَدُ بِكَذَا وَكَذَا، وَهَذَا لِأَنَّهُ إِعَانَةٌ لِأَحَدِ الْخَصْمَيْنِ فَيُكْرَهُ كَتَلْقِيْنِ الْخَصْمِ. وَاسْتَحْسَنَهُ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي غَيْرِ مَوْضِعٍ التُّهْمَةِ لِأَنَّ الشَّاهِدَ قَدْ يَحْصُرُ لِمَهَابَةِ الْمَجْلِسِ فَكَانَ تَلْقِيْنُهُ إِحْيَاءً لِلْحَقِّ بِمَنْزِلَةِ الْإِشْخَاصِ وَالتَّكْفِيلِ.

الشرح:

قَالَ (وَيُكْرَهُ تَلْقِينُ الشَّاهِدِ إلخ) تَلْقِينُ الشَّاهِدِ وَهُوَ أَنْ يَقُولَ الْقَاضِي مَا يَسْتَفِيدُ بِهِ الشَّاهِدُ عِلْمًا بِمَا يَتَعَلَّقُ بِالشَّهَادَةِ مِثْلُ أَنْ يَقُولَ أَتَشْهَدُ بِكَذَا وَكَذَا مَكْرُوهٌ؛ لِأَنَّهُ إِعَانَةٌ لِأَحَدِ الْخَصْمَيْنِ فَيُكْرَهُ كَتْلَقِينَ الْخَصْمِ، وَهُوَ قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ الْأَوَّلِ، ثُمَّ رَجَعَ وَاسْتَحْسَنَ التَّلْقِينَ رُخْصَةً فِي غَيْرِ مَوْضِعِ التُّهْمَةِ؛ لِأَنَّ الْقَضَاءَ مَشْرُوعٌ لِإِحْيَاءِ حُقُوقِ النَّاسِ، وَقَدْ يُحْصَرُ الشَّاهِدُ عَنِ الْبَيَانِ لِمَهَابَةِ مَجْلِسِ الْقَاضِي فَكَانَ فِي التَّلْقِينَ إِحْيَاءٌ لِلْحُقُوقِ بِمَنْزِلَةِ الْإِشْخَاصِ وَالتَّكْفِيلِ، وَأَمَّا فِي مَوْضِعِ التُّهْمَةِ مِثْلُ إِنْ ادَّعَى الْمُدَّعِي أَلْفًا وَخَمْسَمِائَةَ وَالْمُدَّعَى عَلَيْهِ يُنْكِرُ خَمْسَمِائَةَ وَشَهِدَا الشَّاهِدَانِ بِالْأَلْفِ فَالْقَاضِي إِنْ قَالَ يُحْتَمَلُ أَنَّهُ أَبْرَأَهُ مِنَ الْخَمْسَمِائَةِ وَاسْتَفَادَ الشَّاهِدُ عِلْمًا بِذَلِكَ وَوَفَّقَ فِي شَهَادَتِهِ كَمَا وَفَّقَ الْقَاضِي فَهَذَا لَا يَجُوزُ بِالْإِتِّفَاقِ. وَتَأْخِيرُ قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ يُشِيرُ إِلَى اخْتِيَارِ الْمُصَنِّفِ رَحِمَهُ اللَّهُ وَالْإِشْخَاصُ هُوَ إِرْسَالُ الرَّاجِلِ لِإِحْضَارِ الْخَصْمِ

فصل في الحبس

قَالَ (وَإِذَا ثَبَتَ الْحَقُّ عِنْدَ الْقَاضِي وَطَلَبَ صَاحِبُ الْحَقِّ حَبْسَ غَرِيمِهِ لَمْ يُعَجَّلْ بِحَبْسِهِ وَأَمْرُهُ بِدَفْعِ مَا عَلَيْهِ) لِأَنَّ الْحَبْسَ جَزَاءُ الْمُطَاعِلَةِ فَلَا بُدَّ مِنْ ظَهْوَرِهَا، وَهَذَا إِذَا ثَبَتَ الْحَقُّ بِإِقْرَارِهِ لِأَنَّهُ لَمْ يَعْرِفْ كَوْنَهُ مُطَاعِلًا فِي أَوَّلِ الْوَهْلَةِ فَلَعَلَّهُ طَمِعَ فِي الْإِمْهَالِ فَلَمْ يَسْتَصْحِبِ الْمَالَ، فَإِذَا امْتَنَعَ بَعْدَ ذَلِكَ حَبْسَهُ لظَهْوَرِ مَطْلِهِ، أَمَّا إِذَا ثَبَتَ بِالْبَيِّنَةِ حَبْسَهُ كَمَا ثَبَتَ لظَهْوَرِ الْمُطَّلِ بِإِنْكَارِهِ. قَالَ (فَإِنْ امْتَنَعَ حَبْسَهُ فِي كُلِّ دَيْنٍ لَزِمَهُ بَدَلًا عَنْ مَالٍ حَصَلَ فِي يَدِهِ كَتَمَنِ الْمَبِيعِ أَوْ التَّزَمَهُ بِعَقْدِ كَالْمَهْرِ وَالْكَفَالَةِ) لِأَنَّهُ إِذَا حَصَلَ الْمَالُ فِي يَدِهِ ثَبَتَ غِنَاهُ بِهِ، وَإِقْدَامُهُ عَلَى التَّزَامِهِ بِاخْتِيَارِهِ دَلِيلُ يَسَارِهِ إِذْ هُوَ لَا يَلْتَزِمُ إِلَّا مَا يَقْدِرُ عَلَى أَدَائِهِ، وَالْمُرَادُ بِالْمَهْرِ مُعْجَلُهُ دُونَ مُؤَجَّلِهِ. قَالَ (وَلَا يَحْبِسُهُ فِيمَا سِوَى ذَلِكَ إِذَا قَالَ إِنِّي فَقِيرٌ إِلَّا أَنْ يُثَبِتَ غَرِيمُهُ أَنْ لَهُ مَالًا فِيَحْبِسُهُ) لِأَنَّهُ لَمْ تَوْجَدْ دَلَالَةً لِيَسَارِ فَيَكُونُ الْقَوْلُ قَوْلَ مَنْ عَلَيْهِ الدَّيْنُ، وَعَلَى الْمُدَّعِي إِثْبَاتُ غِنَاهُ، وَيُرَوَّى أَنَّ الْقَوْلَ لَمَنْ عَلَيْهِ الدَّيْنُ فِي جَمِيعِ ذَلِكَ لِأَنَّ الْأَصْلَ هُوَ الْعُسْرَةُ.

وَيُرَوَّى أَنَّ الْقَوْلَ لَهُ إِلَّا فِيمَا بَدَلَهُ مَالٌ. وَفِي التَّفَقُّعِ الْقَوْلُ قَوْلُ الزَّوْجِ إِنَّهُ مُعْسِرٌ، وَفِي إِعْتَاقِ الْعَبْدِ الْمُشْتَرَكِ الْقَوْلُ لِلْمُعْتِقِ، وَالْمَسْأَلَتَانِ تَوْذِيَانِ الْقَوْلَيْنِ الْأَخِيرَيْنِ،

والتخريج على ما قال في الكتاب أنه ليس بدين مطلق بل هو صِلَةٌ حَتَّى تَسْقُطَ النِّفَقَةُ بِالمَوْتِ عَلَى الاتِّفَاقِ، وَكَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ ضَمَانُ الإِعْتِاقِ، ثُمَّ فِيمَا كَانَ الْقَوْلُ قَوْلَ الْمُدْعَى إِنَّ لَهُ مَالًا، أَوْ ثَبِتَ ذَلِكَ بِالْبَيِّنَةِ فِيمَا كَانَ الْقَوْلُ قَوْلَ مَنْ عَلَيْهِ يَحْبِسُهُ شَهْرَيْنِ أَوْ ثَلَاثَةً ثُمَّ يَسْأَلُ عَنْهُ فَالْحَبْسُ لظُهُورِ ظَلَمِهِ فِي الْحَالِ، وَإِنَّمَا يَحْبِسُهُ مُدَّةً لِيُظْهَرَ مَالُهُ لَوْ كَانَ يُخْفِيهِ فَلَا بُدَّ مِنْ أَنْ تَمْتَدَّ الْمُدَّةُ لِيُفِيدَ هَذِهِ الْفَائِدَةَ فَقَدَرَهُ بِمَا ذَكَرَهُ، وَيُرْوَى غَيْرُ ذَلِكَ مِنَ التَّقْدِيرِ بِشَهْرٍ أَوْ أَرْبَعَةٍ إِلَى سِتَّةِ أَشْهُرٍ. وَالصَّحِيحُ أَنَّ التَّقْدِيرَ مُفَوَّضٌ إِلَى رَأْيِ الْقَاضِي لِاخْتِلَافِ أَحْوَالِ الْأَشْخَاصِ فِيهِ. قَالَ (فَإِنْ لَمْ يَظْهَرْ لَهُ مَالٌ خَلِيَ سَبِيلَهُ) يَعْنِي بَعْدَ مَضِيِّ الْمُدَّةِ لِأَنَّهُ اسْتَحَقَّ النُّظْرَةَ إِلَى الْمَيْسَرَةِ فَيَكُونُ حَبْسُهُ بَعْدَ ذَلِكَ ظُلْمًا. وَلَوْ قَامَتِ الْبَيِّنَةُ عَلَى إِفْلَاسِهِ قَبْلَ الْمُدَّةِ ثَقُبَ فِي رِوَايَةٍ، وَلَا ثَقُبَ فِي رِوَايَةٍ، وَعَلَى الثَّانِيَةِ عَامَّةُ الْمُشَايِخِ رَحِمَهُمُ اللهُ قَالَ فِي الْكِتَابِ خَلِيَ سَبِيلَهُ وَلَا يَحُولُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ غُرْمَائِهِ، وَهَذَا كَلَامٌ فِي الْمُلَازِمَةِ وَسَنَذْكُرُهُ فِي كِتَابِ الْحَجَرِ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَى.

الشرح:

(فصل في الحبس): لَمَّا كَانَ الْحَبْسُ مِنْ أَحْكَامِ الْقَضَاءِ وَتَعَلَّقَ بِهِ أَحْكَامٌ أُفْرَدَتْ فِي فَصْلِ عَلَى حِدَةٍ وَهُوَ مَشْرُوعٌ بِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ﴾ [المائدة: ٣٣] فَإِنَّ الْمُرَادَ بِهِ الْحَبْسُ، وَبِالْسُّنَّةِ وَهُوَ مَا رُوِيَ «أَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ حَبَسَ رَجُلًا بِالثُّمَّةِ» خَلَا أَنَّهُ لَمْ يَكُنْ فِي زَمَانِ النَّبِيِّ ﷺ وَأَبِي بَكْرٍ وَعُمَرُ وَعُثْمَانُ رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ سَجْنٌ، وَكَانَ يُحْبَسُ فِي الْمَسْجِدِ أَوْ الدَّهْلِيزِ حَيْثُ أُمْكُنَ، وَلَمَّا كَانَ زَمَنُ عَلِيٍّ ﷺ أَحْدَثَ السَّجْنَ بَنَاهُ مِنْ قَصَبٍ وَسَمَّاهُ نَافِعًا فَتَقَبَّهَ اللَّصُوفُ فَبَنَى سَجْنًا مِنْ مَدَرٍ فَسَمَّاهُ مَخِيصًا؛ وَلِأَنَّ الْقَاضِيَّ نُصِبَ لِإِيصَالِ الْحُقُوقِ إِلَى مُسْتَحِقِّهَا فَإِنْ امْتَنَعَ الْمَطْلُوبُ مِنْ أَدَاءِ حَقِّ الطَّالِبِ لَمْ يَكُنْ لِلْقَاضِي بُدٌّ مِنْ أَنْ يُجْبِرَهُ عَلَى الْأَدَاءِ، وَلَا خِلَافَ أَنْ لَا جَبْرَ بِالضَّرْبِ فَيَكُونُ بِالْحَبْسِ أَوْلَى. قَالَ (وَإِذَا ثَبِتَ الْحَقُّ عِنْدَ الْقَاضِي وَطَلَبَ صَاحِبُ الْحَقِّ حَبْسَ غَرَمِهِ إلخ) إِذَا ثَبِتَ الْحَقُّ عِنْدَ الْقَاضِي وَطَلَبَ صَاحِبُ الْحَقِّ حَبْسَ غَرَمِهِ فَلَا يَخْلُو إِمَّا أَنْ يَثْبِتَ بِالْإِقْرَارِ أَوْ بِالْبَيِّنَةِ، فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ لَمْ يُعْجَلْ بِالْحَبْسِ وَأَمْرُهُ بِدَفْعِ مَا عَلَيْهِ؛ لِأَنَّ الْحَبْسَ جَزَاءُ الْمُطَاةَةِ فَلَا بُدَّ مِنْ ظُهُورِهَا، وَإِذَا ثَبِتَ الْحَقُّ بِإِقْرَارِهِ لَمْ يَظْهَرَ كَوْنُهُ مُطَاطَلًا فِي أَوَّلِ الْأَمْرِ؛ لِأَنَّ مِنْ حُجَّتِهِ أَنْ يَقُولَ ظَنَنْتُ أَنَّكَ تُمَهِّلُنِي فَلَمْ أُسْتَصْحَبِ الْمَالُ فَإِنْ

أُيِّتَ أَوْفَيْكَ حَقُّكَ، فَإِنْ اِمْتَنَعَ بَعْدَ ذَلِكَ فَقَدْ ظَهَرَ مَطْلُهُ فَيُحْبَسُ، وَإِنْ كَانَ الثَّانِي حَبْسَهُ كَمَا سَبَقَ لظُهُورِ الْمَاطِلَةِ بِإِنْكَارِهِ. وَرُويَ عَنْ شَمْسِ الْأَيْمَةِ السَّرْحَسِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ عَكْسُ ذَلِكَ.

وَوَجْهُهُ أَنَّ الدِّينَ إِذَا تَبَتَّ بِالْبَيِّنَةِ كَانَ لَهُ أَنْ يَعْتَذِرَ وَيَقُولَ مَا عَلِمْتَ لَهُ دَيْنًا عَلَيَّ فَإِذَا عَلِمْتَ الْآنَ لَا أَتَوَانِي فِي قَضَائِهِ، وَلَا يُمَكِّنُهُ مِثْلُ هَذَا الْاعْتِدَارِ فِي فَصْلِ الْإِقْرَارِ، وَالْمَالُ غَيْرُ مُقَدَّرٍ فِي حَقِّ الْحَبْسِ يُحْبَسُ فِي الدَّرْهَمِ وَمَا دُونَهُ؛ لِأَنَّ مَانِعَ ذَلِكَ ظَالِمٌ فَيَجَازَى بِهِ، وَالْمَحْبُوسُ فِي الدِّينِ لَا يَخْرُجُ لِمَجِيءِ رَمَضَانَ وَالْفِطْرِ وَالْأَضْحَى وَالْجُمُعَةِ وَصَلَاةٍ مَكْتُوبَةٍ وَحَجَّةٍ فَرِيضَةٍ وَحُضُورِهِ جَنَازَةِ بَعْضِ أَهْلِهِ وَمَوْتِ وَالِدِهِ وَوَلَدِهِ إِذَا كَانَ ثَمَّةَ مَنْ يُكْفَنُهُ وَيُعَسَّلُهُ؛ لِأَنَّ حُقُوقَ الْمَيِّتِ تَصِيرُ مُقَامَةً بَعْضُهَا، وَفِي الْخُرُوجِ تَقْوِيَةُ حَقِّ الطَّالِبِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا لَمْ يَكُنْ ذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ لَزِمَ الْقِيَامُ بِحَقِّ الْوَالِدَيْنِ.

وَلَيْسَ فِي هَذَا الْقَدْرِ مِنَ الْخُرُوجِ كَثِيرٌ ضَرَرٌ لِلطَّالِبِ، وَإِنْ مَرِضَ وَلَهُ خَادِمٌ لَا يَخْرُجُ؛ لِأَنَّهُ شَرَعَ لِيُضَجَرَ قَلْبُهُ فَيَتَسَارَعَ إِلَى قَضَاءِ الدِّينِ وَبِالْمَرَضِ يَزْدَادُ الضَّجَرُ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ خَادِمٌ أَخْرَجُوهُ؛ لِأَنَّهُ إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ مَنْ يُمَرِّضُهُ رَبَّمَا يَمُوتُ بِسَبَبِهِ وَهُوَ لَيْسَ بِمُسْتَحَقٍّ عَلَيْهِ، وَلَوْ احتَاجَ إِلَى الْجَمَاعِ دَخَلَتْ عَلَيْهِ زَوْجَتُهُ أَوْ جَارِيَتُهُ فَيَطَوُّهُمَا حَيْثُ لَا يَطْلُعُ عَلَيْهِ أَحَدٌ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مَمْنُوعٍ عَنْ قَضَاءِ شَهْوَةِ الْبَطْنِ فَكَذَا شَهْوَةُ الْفَرْجِ.

وَقِيلَ الْوَطْءُ لَيْسَ مِنْ أَصُولِ الْحَوَائِجِ فَيَجُوزُ أَنْ يُمْنَعَ بِخِلَافِ الطَّعَامِ، وَلَا يُمْنَعُ مِنْ دُخُولِ أَهْلِهِ وَجِيرَانِهِ عَلَيْهِ لِيُشَاوِرَهُمْ فِي قَضَاءِ الدِّينِ وَيُمنَعُونَ مِنْ طُولِ الْمُكْثِ عِنْدَهُ. قَالَ (فَإِنْ اِمْتَنَعَ حَبْسَهُ فِي كُلِّ دَيْنٍ لَزِمَهُ بَدَلًا إلخ) فَإِنْ اِمْتَنَعَ الْعَرِيمُ عَنْ أَدَاءِ مَا عَلَيْهِ حَبْسَهُ إِذَا طَلَبَ الْخَصْمُ ذَلِكَ كَمَا مَرَّ وَلَا يَسْأَلُهُ عَنْ غَنَاهُ وَفَقْرِهِ فَإِنْ ادَّعَى الْإِعْسَارَ وَأَنْكَرَهُ الْمُدَّعِي اِخْتَلَفَ الْمَشَايخُ فِي قَبُولِ دَعْوَاهُ، فَقَالَ بَعْضُهُمْ: كُلُّ دَيْنٍ لَزِمَهُ بِعَقْدِ كَالثَّمَنِ وَالْمَهْرِ وَالْكَفَالَةِ فَالْقَوْلُ فِيهِ قَوْلُ الْمُدَّعِي، وَقَدْ ذَكَرَ الْقُدُورِيُّ هَذَا الْقَوْلَ بِقَوْلِهِ حَبْسَهُ فِي كُلِّ دَيْنٍ لَزِمَهُ بَدَلًا عَنْ مَالٍ حَصَلَ فِي يَدِهِ كَتَمَنِ الْمَبِيعِ أَوْ التَّزَمَهُ بِعَقْدِ كَالْمَهْرِ وَالْكَفَالَةِ، وَاسْتَدَلَّ الْمُصَنِّفُ عَلَى ذَلِكَ بِقَوْلِهِ؛ لِأَنَّهُ إِذَا حَصَلَ الْمَالُ فِي يَدِهِ تَبَتَّ غَنَاهُ بِهِ وَزَوَالُهُ عَنْ الْمِلْكِ مُحْتَمَلٌ وَالثَّابِتُ لَا يُتْرَكُ بِالْمُحْتَمَلِ، وَبِقَوْلِهِ وَإِقْدَامُهُ عَلَى التَّزَامِهِ بِاخْتِيَارِهِ دَلِيلُ يَسَارِهِ إِذْ هُوَ لَا يَلْتَزِمُ إِلَّا بِمَا يَقْدِرُ عَلَى أَدَائِهِ، وَهَذَا يُوجِبُ التَّسْوِيَةَ بَيْنَ

مَا كَانَ بَدَلًا عَنْ مَالٍ وَبَيْنَ مَا لَمْ يَكُنْ وَيَخْرُجُ عَنْهُ مَا لَمْ يَكُنْ ذِتًّا مُطْلَقًا كَالْتَّفَقَةِ
وغيرها كما سنذكره، والمراد بالمهر معجله دون مؤجله؛ لأن العادة جرت بتسليم
المعجل فكان إقدامه على النكاح دليلًا على قدرته.

قال القدوري (ولا يحبسهُ فيما سوى ذلك) يعني ضمان الغصب وأرض
الجنابات (إذا قال إني فقير)؛ لأنه لم توجد دلالة اليسار فيكون القول قول المدعى عليه
(إلا أن يثبت المدعى أن له مالا بيّنه فيحسبه. وروى الخفاف عن أصحابنا رحمهم
الله أن القول قول المدعى عليه في جميع ذلك) أي فيما كان بدلا عن مال وما لم يكن
(لأن الأصل هو العسرة) إذ الآدمي يولد ولا مال له، والمدعي يدعي عارضا، والقول
قول من تمسك بالأصل حتى يظهر خلافه فكان القول قول المدعي مع يمينه (ويروى
أن القول قوله: إلا فيما بدله مال) وهو مروى عن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما
الله؛ لأنه عرف دخول شيء في ملكه وزواله محتمل فكان القول للمدعي، وما لم
يكن بدله مالا كالمهر وبدل الخلع وما أشبه ذلك فالقول فيه قول المدعى عليه؛ لأنه لم
يدخل في ملكه شيء ولم يعرف قدرته على القضاء فبقي متمسكا بالأصل وهو
العسرة، فذلك ثلاثة أقوال.

وفي المسألة قولان آخران: أحدهما أن كل ما كان سبيله سبيل البر والصلة
فالقول فيه قول المدعى عليه كما في نفقة المحارم. والآخر أن يحكم الرّي إن كان
رّي الفقراء كان القول له، وإن كان رّي الأغنياء كان القول للمدعي إلا في أهل العلم
والأشراف كالعلوية والعباسية فإنهم يتكلفون في الرّي مع حاجتهم حتى لا يذهب ماء
وجههم فلا يكون الرّي فيهم دليل اليسار. وقوله: (وفي النفقة) بيان لما هو المحفوظ
من الرواية. ذكر في كتاب النكاح أن المرأة إذا ادعت على زوجها أنه مؤسر وادعت
نفقة المؤسرين وادعى الزوج أنه مفسر وعليه نفقة المعسرين فالقول قول الزوج.

وفي كتاب العتاق أن أحد الشريكين إذا اعتق نصيبه من العبد وزعم أنه مفسر
كان القول قوله، وهاتان مسألتان محفوظتان تؤيدان القولين الأخيرين. أمّا تأييدهما
للذي كان القول فيه لمن عليه في جميع ذلك فلائذ جعل القول قول الزوج والمولى مع
أنهما باشرا عقد النكاح والإعتاق، فلو كان الصحيح ما ذكر أولا كان القول قول

المرأة والشريك الساكت في دعوى اليسار، وأما تأييدهما للذي كان القول لمن عليه إلا فيما بدله مال فلائته لما لم يكن بدل المهر وبدل ضمان الإعتاق مالا يجعل القول قول من عليه، فعلم أن الصحيح هو القولان الأخيران.

وقوله: (والتخريج على ما قال في الكتاب) يعني القُدوري جواب عن المسألتين نُصرة للمذكور فيه، وتقريره أنه: أي الثقة على تأويل الإنفاق ليس بدين مطلق بل فيه معنى الصلة. ولهذا تسقط بالموت بالإنفاق، وقد تقدم أن الدين الصحيح هو ما لا يسقط إلا بإبراء من له أو بإيفاء من عليه، وكذا ضمان الإعتاق عند أبي حنيفة رحمه الله، وحينئذ لا يراد نقضا على ما في الكتاب وهو قوله: حسبه في كل دين لزمه بدلا عن مال أو التزمه بعقد؛ لأن المراد بالدين هو المطلق منه إذ به يحصل الاستدلال على القدرة؛ لأنه إذا علم أنه لا يحصل الخلاص منه في حياته ومماته من جهته إلا بالإيفاء وأقدم عليه دل على أنه قادر عليه، ثم فيما كان القول فيه قول المدعي أن له مالا أو ثبت ذلك عليه بالبيينة فيما إذا كان القول قول من عليه يحبس الحاكم شهرين أو ثلاثة ثم يسأل جيرانه وأهل خبرته عن يساره وإعساره. أما الحبس فليظهر ظلمه بالمطل في الحال، وأما توقيته فلائته لإظهار ماله إن كان يخفيه فلا بد من مدة ليفيد هذه الفائدة فقدّر بما ذكر، ويروى غير التقدير بشهرين أو ثلاثة أشهر بشهر وهو اختيار الطحاوي؛ لأن ما دونه عاجل والشهر أجل. قال شمس الأئمة الحلواني: وهو أرفق الأقاويل في هذا الباب. وروى الحسن عن أبي حنيفة أربعة أشهر إلى ستة أشهر، والصحيح أن شيئا من ذلك ليس بتقدير لازم، بل هو مفوض إلى رأي القاضي لاختلاف أحوال الأشخاص فيه، فمن الناس من يضجر في السجن في مدة قليلة ومنهم من لا يضجر كثير ضجر بمقدار تلك المدة التي ضجر الآخر، فإن وقع في رأيه أن هذا الرجل يضجر بهذه المدة ويظهر المال إن كان له ولم يظهر سأل عن حاله بعد ذلك، فإن سأل عنه فقامت بيينة على عسرتة أخرجه القاضي من الحبس ولا يحتاج في البيينة إلى لفظة الشهادة والعدد، بل إذا أخبر بذلك ثقة عمل بقوله، والاثنان أحوط إذا لم يكن حال منازعة، أما إذا كانت كما إذا ادعى المطلوب الإعسار والطالب اليسار فلا بد من إقامة البيينة، فإن شهد شاهدان أنه معسر خلى سبيله، وليس هذا شهادة على

التَّغْيِي؛ لِأَنَّ الْإِعْسَارَ بَعْدَ الْيَسَارِ أَمْرٌ حَادِثٌ فَتَكُونُ الشَّهَادَةُ بِأَمْرِ حَادِثٍ لَا بِالتَّغْيِي، وَإِنْ اسْتَحْلَفَ الْمَطْلُوبُ الطَّالِبَ عَلَى أَنَّهُ لَا يَعْرِفُ أَنَّهُ مُعَدَّمٌ حَلْفُهُ الْقَاضِي، فَإِنْ تَكَلَّ أَطْلَقَهُ وَإِنْ حَلَفَ أَبَدَ الْحَبْسَ. وَقَالَ شَيْخُ الْإِسْلَامِ: هَذَا السُّؤَالُ مِنَ الْقَاضِي عَنْ حَالِ الْمَدْيُونِ بَعْدَ مَا حَبَسَهُ اخْتِيَاظًا، وَلَيْسَ بِوَاجِبٍ؛ لِأَنَّ الشَّهَادَةَ بِالْإِعْسَارِ شَهَادَةٌ بِالتَّغْيِي وَهِيَ لَيْسَتْ بِحُجَّةٍ فَلِلْقَاضِي أَنْ يَمْعَلَ بِرَأْيِهِ، وَلَكِنْ لَوْ سَأَلَ كَانَ أَحْوَطَ. قِيلَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ قَبْلَ الْبَيِّنَةِ عَلَى الْيَسَارِ وَهُوَ لَا يَثْبُتُ إِلَّا بِالْمَلِكِ وَتَعَذَّرَ الْقَضَاءُ بِهِ؛ لِأَنَّ الشُّهُودَ لَمْ يَشْهَدُوا بِمِقْدَارِهِ وَلَمْ يَقْبَلْ فِيمَا إِذَا أَتَى الْمُشْتَرِي جَوَارَ السَّفِينَةِ وَأُكْرَ مِلْكُهُ فِي الدَّارِ الَّتِي يَدُهُ فِي جَنْبِ الدَّارِ الْمُشْتَرَاةِ فَأَقَامَ الشَّفِيعُ بَيِّنَةً أَنَّ لَهُ نَصِيبًا فِي هَذِهِ الدَّارِ، وَلَمْ يُبَيِّنُوا مِقْدَارَ نَصِيبِهِ فَإِنَّ الْقَاضِي لَا يَقْضِي بِهِذِهِ الْبَيِّنَةِ فَمَا الْفَرْقُ بَيْنَهُمَا؟ وَأُجِيبَ بِأَنَّ الشَّاهِدَ عَلَى الْيَسَارِ شَاهِدٌ عَلَى قُدْرَتِهِ عَلَى قَضَاءِ الدَّيْنِ، وَالْقُدْرَةُ عَلَيْهِ إِنَّمَا تَكُونُ بِمِلْكِ مِقْدَارِ الدَّيْنِ فَيَثْبُتُ بِهِذِهِ الشَّهَادَةُ قَدْرُ الْمَلِكِ لَكُونَ قَدَرَ الدَّيْنِ مَعْلُومًا فِي نَفْسِهِ. أَمَّا الشَّاهِدُ عَلَى النَّصِيبِ فَلَيْسَ بِشَاهِدٍ عَلَى شَيْءٍ مَعْلُومٍ؛ لِأَنَّ الْقَلِيلَ وَالكَثِيرَ فِي اسْتِحْقَاقِ الشُّفْعَةِ سَوَاءٌ فَوَضَحَ الْفَرْقَ بَيْنَهُمَا.

قَالَ (فَإِنْ لَمْ يَظْهَرْ لَهُ مَالٌ خَلَى سَبِيلَهُ إِنْ) فَإِنْ لَمْ يَظْهَرْ لِلْمَحْبُوسِ مَالٌ بَعْدَ مُضِيِّ الْمُدَّةِ الَّتِي رَأَاهَا الْقَاضِي بِرَأْيِهِ أَوْ بَعْدَ مُضِيِّ الْمُدَّةِ الَّتِي اخْتَارَهَا بَعْضُ الْمَشَايِخَ كَشَهْرِ أَوْ شَهْرَيْنِ أَوْ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ عَلَى مَا تَقَدَّمَ خَلَى سَبِيلَهُ؛ لِأَنَّهُ اسْتَحَقَّ النَّظْرَةَ إِلَى الْمَيْسَرَةِ لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَإِنْ كَانَتْ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ﴾ [البقرة: ٢٨٠] فَكَانَ الْحَبْسُ بَعْدَهُ ظُلْمًا. وَفِي بَعْضِ الشُّرُوحِ جَعَلَ قَوْلُهُ يَعْنِي بَعْدَ مُضِيِّ الْمُدَّةِ مُتَعَلِّقًا بِقَوْلِهِ خَلَى سَبِيلَهُ فَقَالَ الْمَفْهُومُ مِنْ كَلَامِهِ أَنَّهُ لَا يُخْلِيهِ مَا لَمْ تَمْضِ الْمُدَّةُ، وَلَيْسَ كَذَلِكَ فَإِنَّ أَصْحَابَنَا ذَكَرُوا فِي نُسْخِ أَدَبِ الْقَاضِي وَقَالُوا: وَإِذَا ثَبَتَ إِعْسَارُهُ أَخْرَجَهُ مِنَ الْحَبْسِ، وَعَلَى مَا ذَكَرْنَا لَا يَرُدُّ عَلَيْهِ شَيْءٌ مِنْ ذَلِكَ (وَلَوْ قَامَتِ الْبَيِّنَةُ عَلَى إِفْلَاسِهِ قَبْلَ مُضِيِّ الْمُدَّةِ) بِأَنَّ أَحَبَّ وَاحِدٍ ثَقَّةً أَوْ اثْنَانِ أَوْ شَهِدَ بِذَلِكَ شَاهِدَانِ أَنَّهُ مُفْلَسٌ مُعَدَّمٌ لَا نَعْلَمُ لَهُ مَالًا سِوَى كِسْوَتِهِ الَّتِي عَلَيْهِ وَتِيَابِ لَيْلِهِ وَقَدْ اخْتَبَرْنَا أَمْرَهُ سِرًّا وَعَلَانِيَةً فَبِهِ رَوَايَتَانِ (تُقْبَلُ فِي رِوَايَةٍ وَلَا تُقْبَلُ فِي رِوَايَةٍ وَعَلَيْهَا عَامَّةُ الْمَشَايِخِ)

وَإِنْ كَانَ ذَلِكَ قَبْلَ الْحَبْسِ؛ فَعَنْ مُحَمَّدٍ فِيهِ رَوَايَتَانِ: فِي رِوَايَةٍ لَا يَحْبِسُهُ وَبِهِ

كَانَ يَفْتِي الشَّيْخُ الْجَلِيلُ أَبُو بَكْرٍ مُحَمَّدُ بْنُ الْفَضْلِ وَهُوَ قَوْلُ إِسْمَاعِيلَ بْنِ حَمَّادِ بْنِ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُمُ اللَّهُ. وَفِي أُخْرَى وَعَلَيْهَا عَامَّةُ مَشَايِخِ مَا وَرَاءَ النَّهْرِ أَنَّهُ يَحْبِسُهُ وَلَا يَلْتَفِتُ إِلَى هَذِهِ الْبَيِّنَةِ؛ لِأَنَّهَا عَلَى التَّنْفِي فَلَا تُقْبَلُ إِلَّا إِذَا تَأَيَّدَتْ بِمُؤَيَّدٍ وَقَبْلَ الْحَبْسِ مَا تَأَيَّدَتْ، فَإِذَا حُبِسَ وَمَضَتْ مُدَّةٌ فَقَدْ تَأَيَّدَتْ بِهِ إِذَا الظَّاهِرُ أَنَّ الْقَادِرَ عَلَى خُلَاصِ نَفْسِهِ مِنْ مَرَارَةِ الْحَبْسِ لَا يَتَحَمَّلُهَا (قَالَ فِي الْكِتَابِ) أَيْ الْقُدُورِيُّ (خَلَى سَبِيلَهُ وَلَا يَحُولُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ غُرْمَائِهِ وَهَذَا الْكَلَامُ) يَعْنِي الْمَنْعَ عَنْ مُلَازِمَةِ الْمَدْيُونِ بَعْدَ إِخْرَاجِهِ مِنَ الْحَبْسِ (فِي الْمُلَازِمَةِ) هَلْ لِلطَّلَابِ ذَلِكَ أَوْ لَا (وَسَنَذْكُرُهُ فِي بَابِ الْحَجْرِ بِسَبَبِ الدِّينِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى).

وَفِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ: رَجُلٌ أَقْرَأَ عِنْدَ الْقَاضِي بِدَيْنٍ فَإِنَّهُ يَحْبِسُهُ ثُمَّ يَسْأَلُ عَنْهُ، فَإِنْ كَانَ مُوسِرًا أَبَدَ حَبْسَهُ، وَإِنْ كَانَ مُعْسِرًا خَلَى سَبِيلَهُ، وَمُرَادُهُ إِذَا أَقْرَأَ عِنْدَ غَيْرِ الْقَاضِي أَوْ عِنْدَهُ مَرَّةً وَظَهَرَتْ مُمَاطَلَتُهُ وَالْحَبْسُ أَوَّلًا وَمُدَّتُهُ قَدْ بَيَّنَّاهُ فَلَا نُعِيدُهُ.

الشرح:

(وَذَكَرَ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ: رَجُلٌ أَقْرَأَ عِنْدَ الْقَاضِي بِدَيْنٍ فَإِنَّهُ يَحْبِسُهُ ثُمَّ يَسْأَلُ عَنْهُ فَإِنْ كَانَ مُوسِرًا أَبَدَ حَبْسَهُ، وَإِنْ كَانَ مُعْسِرًا خَلَى سَبِيلَهُ) وَهَذَا بَظَاهِرِهِ يُنَاقِضُ مَا ذَكَرَ فِي أَوَّلِ الْفَصْلِ أَنَّ الْحَقَّ إِذَا ثَبَتَ بِالْإِقْرَارِ لَا يَحْبِسُهُ أَوَّلَ وَهَلَةٍ فَيَحْتَاجُ إِلَى تَأْوِيلٍ فَلِهَذَا ذَكَرَ الْمُصَنِّفُ تَأْوِيلَهُ بِقَوْلِهِ (وَمُرَادُهُ) أَيْ مُرَادُ مُحَمَّدٍ (إِذَا أَقْرَأَ عِنْدَ غَيْرِ الْقَاضِي أَوْ عِنْدَهُ مَرَّةً قَبْلَ ذَلِكَ فَظَهَرَتْ مُمَاطَلَتُهُ) وَهَذِهِ الرَّوَايَةُ تُصْلِحُ أَنْ تَكُونَ مُعْتَمَدَ شَمْسِ الْأَثِمَةِ السَّرْحَسِيِّ فِيمَا ثَقُلَ عَنْهُ مِنَ الْعَكْسِ كَمَا تَقَدَّمَ فِي أَوَّلِ الْفَصْلِ، أَوْ يُحْمَلُ عَلَى اخْتِلَافِ الرَّوَايَتَيْنِ لَكِنَّ الظَّاهِرَ هُوَ التَّأْوِيلُ (قَوْلُهُ: وَالْحَبْسُ أَوَّلًا) يَعْنِي أَنَّ الْمَذْكُورَ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ مِنَ الْحَبْسِ أَوَّلًا وَمُدَّتُهُ عَلَى مَا بَيَّنَّا لَيْسَ فِيهِ مُخَالَفَةٌ لِمَا بَيَّنَّاهُ فَيَحْتَاجُ إِلَى ذِكْرِهِ لَهَا فَلَا نُعِيدُهُ.

قَالَ (وَيُحْبَسُ الرَّجُلُ فِي نَفَقَةِ زَوْجَتِهِ) لِأَنَّهُ ظَالِمٌ بِالْإِمْتِنَاعِ (وَلَا يُحْبَسُ وَالِدٌ فِي دَيْنِ وَلَدِهِ) لِأَنَّهُ نَوْعٌ عَقُوبَةٍ فَلَا يَسْتَحِقُّهُ الْوَلَدُ عَلَى الْوَالِدِ كَالْحُدُودِ وَالْقِصَاصِ (إِلَّا إِذَا امْتَنَعَ مِنَ الْإِنْفَاقِ عَلَيْهِ) لِأَنَّ فِيهِ إِحْيَاءَ لَوْلَدِهِ، وَلِأَنَّهُ لَا يُتَدَارَكُ لِسُقُوطِهَا بِمُضِيِّ الزَّمَانِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

الشرح:

قَالَ (وَيُحْبَسُ الرَّجُلُ فِي تَفَقُّةِ زَوْجَتِهِ إِنْ لَمْ يَفْقَهُ زَوْجَتَهُ أَوْ اصْطَلَحًا عَلَى مِقْدَارٍ وَلَمْ يُنْفِقْ عَلَيْهَا وَرَفَعَتْ إِلَى الْحَاكِمِ حَبْسَهُ لظُهُورِ ظُلْمِهِ بِالامْتِنَاعِ) (وَلَا يُحْبَسُ وَالِدٌ فِي دَيْنِ وَلَدِهِ؛ لِأَنَّهُ نَوْعٌ عُقُوبَةٌ فَلَا يَسْتَحِقُّهُ الْوَلَدُ عَلَى وَالِدِهِ كَالْحَدِّ وَالْقِصَاصِ) قَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿فَلَا تَقُلْ لَهُمَا أَفْوَاحًا وَلَا تَنْهَرُهُمَا وَقُلْ لَهُمَا قَوْلًا كَرِيمًا﴾ (٢٤) وَأَخْفِضْ لَهُمَا جَنَاحَ الذَّلِيلِ مِنَ الرَّحْمَةِ ﴿[الإسراء: ٢٣-٢٤]﴾ (إِلَّا إِذَا امْتَنَعَ مِنَ الْإِنْفَاقِ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّ فِيهِ إِحْيَاءَ وَلَدِهِ) وَفِي تَرْكِهِ سَعْيٍ فِي هَلَاكِهِ. وَيَجُوزُ أَنْ يُحْبَسَ الْوَالِدُ لِقَصْدِهِ إِثْلَافَ مَالِ الْوَلَدِ (وَلِأَنَّ التَّفَقُّةَ تَسْقُطُ بِمُضِيِّ الزَّمَانِ فَلَا يُمَكِّنُ تَذَارُكُهَا) وَسَائِرُ الدُّيُونِ لَمْ تَسْقُطْ بِهِ فَافْتَرَقَا، وَكَذَا لَا يُحْبَسُ الْمَوْلَى لِعَبْدِهِ إِذَا لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ دَيْنٌ، فَإِنْ كَانَ حُبْسٌ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لِحَقِّ الْعُرْمَاءِ، وَكَذَا الْعَبْدُ لِمَوْلَاهُ؛ لِأَنَّهُ لَا يَسْتَوْجِبُ عَلَيْهِ دَيْنًا، وَكَذَا الدَّيْنُ مُكَاتِبَةً إِذَا كَانَ مِنْ جِنْسٍ يَدُلُّ الْكِتَابَةَ لَوْفُوعِ الْمُقَاصَّةِ، وَإِذَا كَانَ مِنْ غَيْرِ جِنْسِهِ لَا تَقَعُ الْمُقَاصَّةُ، وَالْمُكَاتِبُ فِي حَقِّ أَكْسَابِهِ بِمَنْزِلَةِ الْحُرِّ فَيُحْبَسُ الْمَوْلَى لِأَجْلِهِ، وَكَذَا الْمُكَاتِبُ لَدَيْنِ الْكِتَابَةِ لِتَمَكُّنِهِ مِنْ إِسْقَاطِهِ فَلَا يَكُونُ بِالْمَنْعِ ظَالِمًا وَيُحْبَسُ فِي غَيْرِهِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَتِمَكَّنُ مِنَ الْفَسْخِ بِسَبَبِ ذَلِكَ الدَّيْنِ وَهُوَ ظَاهِرُ الرُّوَايَةِ. وَقِيلَ تَجِبُ التَّسْوِيَةُ بَيْنَهُمَا؛ لِأَنَّهُ مُتِمَكِّنٌ مِنْ تَعْجِيزِ نَفْسِهِ فَيَسْقُطُ بِهِ الدَّيْنُ عَنْهُ كَدَيْنِ الْكِتَابَةِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

بَابُ كِتَابِ الْقَاضِي إِلَى الْقَاضِي

قَالَ (وَيَقْبَلُ كِتَابُ الْقَاضِي إِلَى الْقَاضِي فِي الْحُقُوقِ إِذَا شَهِدَ بِهِ عِنْدَهُ) لِلْحَاجَةِ عَلَى مَا نُبَيِّنُ (فَإِنْ شَهِدُوا عَلَى خَصْمٍ حَاضِرٍ حَكَمَ بِالشَّهَادَةِ) لَوْجُودِ الْحُجَّةِ (وَكَتَبَ بِحُكْمِهِ) وَهُوَ الْمَدْعُو سَجِلًا (وَإِنْ شَهِدُوا بِهِ بِغَيْرِ حَضَرَةِ الْخَصْمِ لَمْ يَحْكَمْ) لِأَنَّ الْقَضَاءَ عَلَى الْغَائِبِ لَا يَجُوزُ (وَكَتَبَ بِالشَّهَادَةِ) لِيَحْكُمَ الْمَكْتُوبُ إِلَيْهِ بِهَا وَهَذَا هُوَ الْكِتَابُ الْحُكْمِيُّ، وَهُوَ نَقْلُ الشَّهَادَةِ فِي الْحَقِيقَةِ، وَيَخْتَصُّ بِشَرَائِطَ نَذْكُرُهَا إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى، وَجَوَازُهُ لِسَاسِ الْحَاجَةِ لِأَنَّ الْمَدْعِيَ قَدْ يَتَعَدَّرُ عَلَيْهِ الْجَمْعُ بَيْنَ شُهُودِهِ وَخَصْمِهِ فَأَشْبَهَ الشَّهَادَةَ عَلَى الشَّهَادَةِ. وَقَوْلُهُ فِي الْحُقُوقِ يَنْدَرِجُ تَحْتَهُ الدَّيْنُ وَالتَّكَاحُ وَالنَّسَبُ وَالْمَغْصُوبُ وَالْأَمَانَةُ الْمَجْهُودَةُ وَالْمُضَارَبَةُ الْمَجْهُودَةُ لِأَنَّ كُلَّ ذَلِكَ بِمَنْزِلَةِ الدَّيْنِ، وَهُوَ يُعْرَفُ بِالْوَصْفِ لَا

يُحْتَاجُ فِيهِ إِلَى الْإِشَارَةِ، وَيُقْبَلُ فِي الْعَقَارِ أَيْضًا لِأَنَّ التَّعْرِيفَ فِيهِ بِالتَّحْدِيدِ.

الشرح:

(بَابُ كِتَابِ الْقَاضِي إِلَى الْقَاضِي): أوردَ هَذَا الْبَابَ بَعْدَ فَصْلِ الْحَبْسِ؛ لِأَنَّ هَذَا مِنْ عَمَلِ الْقَضَاءِ أَيْضًا، إِلَّا أَنَّ السَّجْنَ يَتِمُّ بِقَاضٍ وَاحِدٍ وَهَذَا بِاثْنَيْنِ، وَالْوَاحِدُ قَبْلَ الْاِثْنَيْنِ، وَالْقِيَاسُ يَأْبَى جَوَازَ الْعَمَلِ بِهِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَكُونُ أَقْوَى مِنْ عِبَارَتِهِ، وَلَوْ حَضَرَ بِنَفْسِهِ مَجْلِسَ الْمَكْتُوبِ إِلَيْهِ وَعَبَّرَ بِلِسَانِهِ عَمَّا فِي الْكِتَابِ لَمْ يَعْمَلْ بِهِ الْقَاضِي فَكَيْفَ بِالْكِتَابِ وَفِيهِ شُبُهَةٌ التَّزْوِيرِ إِذِ الْخَطُّ يُشْبِهُ الْخَطَّ وَالْخَاتَمُ الْخَاتَمَ إِلَّا أَنَّهُ جَوَّزَ لِحَاجَةِ النَّاسِ لَمَّا رَوَى أَنَّ عَلِيًّا عليه السلام جَوَّزَهُ كَذَلِكَ وَعَلَيْهِ أَجْمَعَ الْفُقَهَاءُ.

قَالَ (وَيُقْبَلُ كِتَابُ الْقَاضِي إِلَى الْقَاضِي فِي الْحُقُوقِ إلخ) يُقْبَلُ كِتَابُ الْقَاضِي إِلَى الْقَاضِي فِي حُقُوقٍ ثَبَتَتْ بِالشُّبُهَاتِ دُونَ مَا يَنْدَرِي بِهَا إِذَا شُهِدَ بِهِ بَضَمُّ الشَّيْنِ عِنْدَ الْمَكْتُوبِ إِلَيْهِ لِلْحَاجَةِ، وَهُوَ نَوْعَانِ: الْمُسَمَّى سَجَلًا، وَالْمُسَمَّى الْكِتَابُ الْحُكْمِي، وَذَلِكَ؛ لِأَنَّ الشُّهُودَ إِمَّا أَنْ يَشْهَدُوا عَلَى خَصْمٍ أَوْ لَا، وَتَنْكِيرُهُ يُشِيرُ إِلَى أَنَّهُ لَيْسَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ إِذْ لَوْ كَانَ إِيَّاهُ لَمَّا أُحْتِجَ إِلَى الْكِتَابِ، وَالْكِتَابُ لَا بُدَّ مِنْهُ لَثَلَا يَقَعَ الْقَضَاءُ عَلَى الْعَائِبِ، فَالْمُرَادُ بِهِ كُلُّ مَا يُمَكِّنُ أَنْ يَكُونَ خَصْمًا، فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ حَكَمَ بِالشَّهَادَةِ لَوْجُودِ الْحُجَّةِ وَكُتِبَ بِحُكْمِهِ وَهُوَ الْمَدْعُوُّ سَجَلًا؛ لِأَنَّ السَّجْلَ لَا يَكُونُ إِلَّا عِنْدَ الْحُكْمِ.

وَأِنْ كَانَ الثَّانِي لَمْ يَحْكَمْ؛ لِأَنَّهُ قَضَاءٌ عَلَى الْعَائِبِ وَهُوَ عِنْدَنَا لَا يَجُوزُ، وَكُتِبَ بِالشَّهَادَةِ لِيَحْكَمْ بِهَا الْمَكْتُوبُ إِلَيْهِ وَهُوَ الْكِتَابُ الْحُكْمِي. وَالْفَرْقُ بَيْنَهُمَا أَنَّ الْأَوَّلَ إِذَا وَصَلَ إِلَى الْمَكْتُوبِ إِلَيْهِ لَيْسَ لَهُ إِلَّا التَّنْفِيزُ وَافَقَ رَأْيُهُ أَوْ خَالَفَهُ لِاتِّصَالِ الْحُكْمِ بِهِ، وَأَمَّا الثَّانِي فَإِنْ وَافَقَهُ نَفَذَهُ وَإِلَّا فَلَا لِعَدَمِ اتِّصَالِ الْحُكْمِ بِهِ، وَقَدْ يُشِيرُ إِلَى ذَلِكَ قَوْلُهُ: وَهُوَ نَقْلُ الشَّهَادَةِ فِي الْحَقِيقَةِ وَتَخْتَصُّ بِشَرَائِطٍ مِنْهَا الْعُلُومُ الْخَمْسَةُ، وَهِيَ أَنْ تَكُونَ مِنْ مَعْلُومٍ إِلَى مَعْلُومٍ فِي مَعْلُومٍ لِمَعْلُومٍ عَلَى مَعْلُومٍ، وَسَنَذْكُرُ مَا عَدَاهَا إِنْ شَاءَ اللَّهُ.

(قَوْلُهُ: وَجَوَّازُهُ) هُوَ الْمَوْعُودُ بِقَوْلِهِ عَلَى مَا بُيِّنَ، وَهُوَ يُشِيرُ إِلَى أَنَّ جَوَّازَهُ ثَابِتٌ بِمُشَابَهَتِهِ لِلشَّهَادَةِ عَلَى الشَّهَادَةِ لِاتِّحَادِ الْمَنَاطِ وَهُوَ تَعَدُّ الْجَمْعِ بَيْنَ الشُّهُودِ وَالْخَصْمِ، فَكَمَا جَوَّزَ الشَّهَادَةَ عَلَى الشَّهَادَةِ لِإِحْيَاءِ حُقُوقِ الْعِبَادِ فَكَذَا جَوَّزَ الْكِتَابَ لَذَلِكَ، وَلَا يُرَادُ بِالْمُشَابَهَةِ الْقِيَاسُ لَمَّا تَقَدَّمَ أَنَّهُ مُخَالَفٌ لِلْقِيَاسِ فَيُرَادُ بِهِ الْإِتِّحَادُ فِي مَنَاطِ

الاستِحْسَان. (وَقَوْلُهُ): يَغْنِي الْقُدُورِيُّ (فِي الْحَقُوقِ يَنْدَرِجُ تَحْتَهُ الدِّينُ وَالنِّكَاحُ وَالنَّسَبُ وَالْمَغْصُوبُ) وَالْأَمَانَةُ الْمَجْهُودَةُ (وَالْمُضَارَبَةُ الْمَجْهُودَةُ؛ لِأَنَّ كُلَّ ذَلِكَ بِمَنْزِلَةِ الدِّينِ) وَالِدِّينُ يَجُوزُ فِيهِ الْكِتَابُ فَكَذَا فِيمَا كَانَ فِي مَنْزِلَتِهِ (قَوْلُهُ: وَهُوَ يُعْرِفُ) أَيُّ الدِّينِ (يُعْرِفُ بِالْوَصْفِ) يُشِيرُ إِلَى ثَلَاثَةِ أَشْيَاءَ: إِلَى أَنَّ الدِّينَ إِنَّمَا يَجُوزُ فِيهِ الْكِتَابُ؛ لِأَنَّهُ يُعْرِفُ بِالْوَصْفِ لَا يَحْتَاجُ إِلَى الْإِشَارَةِ، وَإِلَى أَنَّ مَا يَحْتَاجُ فِيهِ إِلَى الْإِشَارَةِ لَا يَجُوزُ فِيهِ الْكِتَابُ، وَإِلَى أَنَّ الْأُمُورَ الْمَذْكُورَةَ بِمَنْزِلَةِ الدِّينِ فِي أَنَّهَا تُعْرِفُ بِالْوَصْفِ لَا تَحْتَاجُ إِلَى الْإِشَارَةِ. وَاعْتَرَضَ بِأَنَّ مَا سِوَى الدِّينِ يَحْتَاجُ إِلَيْهَا فَإِنَّ الشَّاهِدَ يَحْتَاجُ إِلَى الْإِشَارَةِ إِلَى الرَّجُلِ وَالْمَرْأَةِ فِي دَعْوَى النِّكَاحِ مِنَ الْجَانِبَيْنِ وَكَذَلِكَ فِي الْبَاقِي فَكَانَتْ بِمَنْزِلَةِ الثِّيَابِ وَالْحَيَوَانِ، وَكِتَابُ الْقَاضِي إِلَى الْقَاضِي لَا يَجُوزُ فِيهَا فِي ظَاهِرِ الرُّوَايَةِ.

وَأُجِيبَ بِأَنَّ الْإِشَارَةَ إِلَى الْخَصْمِ شَرْطٌ فِيمَا ذَكَرْتُ وَهُوَ لَيْسَ بِمُدْعَى بِهِ إِنَّمَا هُوَ نَفْسُ النِّكَاحِ وَالْأَمَانَةِ وَغَيْرِ ذَلِكَ مِمَّا هُوَ مِنَ الْأَفْعَالِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّ الْإِشَارَةَ إِلَى الدَّائِنِ وَالْمُدْيُونِ لَا بُدَّ مِنْهَا عِنْدَ دَعْوَى الدِّينِ وَلَيْسَ ذَلِكَ بِمَنْعٍ بِالْإِجْمَاعِ (وَيُقْبَلُ كِتَابُ الْقَاضِي إِلَى الْقَاضِي فِي الْعَقَارِ أَيْضًا؛ لِأَنَّ التَّعْرِيفَ فِيهِ بِالتَّحْدِيدِ) وَكَذَلِكَ لَا يَحْتَاجُ إِلَى الْإِشَارَةِ.

وَلَا يُقْبَلُ فِي الْأَعْيَانِ الْمُنْقُولَةِ لِلْحَاجَةِ إِلَى الْإِشَارَةِ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ يُقْبَلُ فِي الْعَبْدِ دُونَ الْأَمَةِ لَعَلِّيَةِ الْإِبَاقِ فِيهِ دُونَهَا. وَعَنْهُ أَنَّهُ يُقْبَلُ فِيهِمَا بِشَرَائِطَ تُعْرِفُ فِي مَوْضِعِهَا. وَعَنْ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ يُقْبَلُ فِي جَمِيعِ مَا يُنْقَلُ وَيُحْوَلُ وَعَلَيْهِ الْمُتَأَخَّرُونَ.

الشرح:

(وَلَا يُقْبَلُ فِي الْأَعْيَانِ الْمُنْقُولَةِ لِلْحَاجَةِ إِلَيْهَا) عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ وَلِهَذَا لَمْ يُجَوِّزَاهُ فِي الْعَبِيدِ وَالْجَوَارِي (وَأَسْتَحْسَنَ أَبُو يُوسُفَ فِي الْعَبِيدِ دُونَ الْإِمَاءِ لَعَلِّيَةِ الْإِبَاقِ فِي الْعَبْدِ دُونَ الْأَمَةِ) فَإِنَّ الْعَبْدَ يَخْدُمُ خَارِجَ الْبَيْتِ غَالِبًا فَيَقْدَرُ عَلَى الْإِبَاقِ فَتَمَسُّ الْحَاجَةُ إِلَى الْكِتَابِ بِخِلَافِ الْأَمَةِ فَإِنَّهَا تَخْدُمُ دَاخِلَ الْبَيْتِ غَالِبًا (وَعَنْهُ) أَيُّ عَنْ أَبِي يُوسُفَ (أَنَّهُ يُقْبَلُ فِيهِمَا بِشَرَائِطَ تُعْرِفُ فِي مَوْضِعِهَا) يَعْنِي الْكُتُبَ الْمَبْسُوطَةَ كَالْمَبْسُوطِ وَشُرُوحِ أَدَبِ الْقَاضِي.

وَصِفَةُ ذَلِكَ بُخَارِيٌّ أَبَقَ عَبْدٌ لَهُ إِلَى سَمَرْقَنْدَ مَثَلًا فَأَخَذَهُ سَمَرْقَنْدِيٌّ وَشُهُودُ الْمَوْلَى يُبْخَارَى فَطَلَبَ مِنْ قَاضِي بُخَارَى أَنْ يَكْتُبَ بِشَهَادَةِ شُهُودِهِ عِنْدَهُ يُجِيبُ إِلَى ذَلِكَ وَيَكْتُبُ: شَهِدَ عِنْدِي فُلَانٌ وَفُلَانٌ أَنَّ الْعَبْدَ الَّذِي مِنْ صِفَتِهِ كَيْتٌ وَكَيْتٌ مَلِكُ فُلَانِ الْمُدَّعِي وَهُوَ الْيَوْمَ بِسَمَرْقَنْدَ بِيَدِ فُلَانٍ بَعِيرٍ حَقٌّ وَيُشْهَدُ عَلَى كِتَابِهِ شَاهِدَيْنِ وَيَعْلَمُهُمَا مَا فِيهِ وَيُرْسَلُهُمَا إِلَى سَمَرْقَنْدَ، فَإِذَا انْتَهَى إِلَى الْمَكْتُوبِ إِلَيْهِ يَحْضُرُ الْعَبْدَ مَعَ مَنْ هُوَ بِيَدِهِ يَشْهَدَانِ عِنْدَهُ عَلَيْهِ بِالْكِتَابِ وَبِمَا فِيهِ فَتَقْبَلُ شَهَادَتُهُمَا وَيُفْتَحُ الْكِتَابُ وَيُدْفَعُ الْعَبْدُ إِلَى الْمُدَّعِي وَلَا يَقْضَى لَهُ بِهِ؛ لِأَنَّ شَهَادَةَ شَاهِدَيْنِ الْمَلِكِ لَمْ تُكُنْ بِحَضْرَةِ الْعَبْدِ وَيَأْخُذُ كَفِيلًا مِنَ الْمُدَّعِي بِنَفْسِ الْعَبْدِ وَيَجْعَلُ فِي عُنُقِ الْعَبْدِ خَاتَمًا مِنْ رِصَاصٍ كَي لَا يَتَّهَمَ الْمُدَّعِي بِالسَّرِقَةِ، وَيَكْتُبُ كِتَابًا إِلَى قَاضِي بُخَارَى وَيُشْهَدُ شَاهِدَيْنِ عَلَى كِتَابِهِ وَخَتَمِهِ وَعَلَى مَا فِي الْكِتَابِ، فَإِذَا وَصَلَ إِلَى قَاضِي بُخَارَى وَشَهِدَا بِالْكِتَابِ وَخَتَمِهِ أَمَرَ الْمُدَّعِي بِإِعَادَةِ شُهُودِهِ لِيَشْهَدُوا بِالْإِشَارَةِ إِلَى الْعَبْدِ أَنَّهُ حَقُّهُ وَمَلِكُهُ، فَإِذَا شَهِدُوا بِذَلِكَ قَضَى لَهُ بِالْعَبْدِ وَكُتِبَ إِلَى ذَلِكَ الْقَاضِي بِمَا ثَبَتَ عِنْدَهُ لِيَبْرَأَ كَفِيلُهُ.

وَفِي رِوَايَةٍ عَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّ قَاضِي بُخَارَى لَا يَقْضِي لِلْمُدَّعِي بِالْعَبْدِ؛ لِأَنَّ الْخَصْمَ غَائِبٌ، وَلَكِنْ يَكْتُبُ كِتَابًا آخَرَ إِلَى قَاضِي سَمَرْقَنْدَ فِيهِ مَا جَرَى عِنْدَهُ وَيُشْهَدُ شَاهِدَيْنِ عَلَى كِتَابِهِ وَخَتَمِهِ وَمَا فِيهِ وَيَبْعَثُ بِالْعَبْدِ إِلَى سَمَرْقَنْدَ حَتَّى يَقْضِيَ لَهُ بِحَضْرَةِ الْمُدَّعِي عَلَيْهِ، فَإِذَا وَصَلَ الْكِتَابُ إِلَيْهِ يَفْعَلُ ذَلِكَ وَيَبْرَأُ الْكَفِيلُ، وَصِفَةُ الْكِتَابِ فِي الْجَوَارِي صِفَتُهُ فِي الْعَبِيدِ غَيْرَ أَنَّ الْقَاضِي لَا يَدْفَعُ الْحَارِيَّةَ إِلَى الْمُدَّعِي وَلَكِنَّهُ يَبْعَثُ بِهَا مَعَهُ عَلَى يَدِ أَمِينٍ لثَلَا يَطَّأَهَا قَبْلَ الْقَضَاءِ بِالْمَلِكِ زَاعِمًا أَنَّهَا مَلِكُهُ.

وَلَكِنْ أَبُو حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُمَا اللَّهُ قَالَا: هَذَا اسْتِحْسَانٌ فِيهِ بَعْضُ قُبْحٍ، فَإِنَّهُ إِذَا دَفَعَ إِلَيْهِ الْعَبْدَ يَسْتَعْمِلُهُ قَهْرًا وَيَسْتَعْمِلُهُ فَيَأْكُلُ مِنْ غَلَّتِهِ قَبْلَ الْقَضَاءِ بِالْمَلِكِ وَرُبَّمَا يَظْهَرُ الْعَبْدُ لغيرِهِ؛ لِأَنَّ الْحَلِيَّةَ وَالصِّفَةَ تَشْتَبِهَانِ فَإِنَّ الْمُخْتَلَفَيْنِ قَدْ يَتَّفِقَانِ فِي الْحُلِيِّ وَالصِّفَاتِ فَلَا أَخْذَ بِالْقِيَاسِ أَوَّلَى (وَعَنْ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ يُقْبَلُ فِي جَمِيعِ مَا يُنْقَلُ وَيُحَوَّلُ وَعَلَيْهِ الْمُتَأَخَّرُونَ) وَهُوَ مَذْهَبُ مَالِكٍ وَأَحْمَدَ وَالشَّافِعِيِّ فِي قَوْلٍ.

قَالَ (وَلَا يَقْبَلُ الْكِتَابُ إِلَّا بِشَهَادَةِ رَجُلَيْنِ أَوْ رَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ) لِأَنَّ الْكِتَابَ يُشْبِهُ الْكِتَابَ فَلَا يَثْبُتُ إِلَّا بِحُجَّتٍ تَامَةٍ وَهَذَا لِأَنَّهُ مُلْزَمٌ فَلَا بُدَّ مِنَ الْحُجَّةِ، بِخِلَافِ كِتَابِ

الاستئمان من أهل الحرب لأنه ليس بمُلزم، وبخلاف رسول القاضي إلى المزكي
ورسوله إلى القاضي لأن الإلزام بالشهادة لا بالتركية.

الشرح:

قَالَ (وَلَا يُقْبَلُ الْكِتَابُ إِلَّا بِشَهَادَةِ رَجُلَيْنِ إِنْ لَا يُقْبَلُ كِتَابُ الْقَاضِي إِلَى الْقَاضِي إِلَّا بِحُجَّةٍ تَامَّةٍ شَهَادَةِ رَجُلَيْنِ أَوْ رَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ، أَمَّا اشْتِرَاطُ الْحُجَّةِ فَلَاكُهُ مُلْزِمٌ وَلَا الْإِزَامُ بِدُونِهَا، وَأَمَّا قَبُولُ رَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ فَلَاكُهُ حَقٌّ لَا يَسْقُطُ بِالشُّبُهَاتِ وَهُوَ مِمَّا يُطْلَعُ عَلَيْهِ فَيُقْبَلُ فِيهِ شَهَادَةُ النِّسَاءِ مَعَ الرِّجَالِ كَمَا فِي سَائِرِ الْحُقُوقِ، وَكَانَ الشَّعْبِيُّ يَقُولُ بِجَوَازِ كِتَابِ الْقَاضِي إِلَى الْقَاضِي بِغَيْرِ بَيِّنَةٍ قِيَاسًا عَلَى كِتَابِ أَهْلِ الْحَرْبِ.

وَأَجَابَ الْمُصَنِّفُ بِقَوْلِهِ بِخِلَافِ كِتَابِ الْإِسْتِئْمَانِ: يَعْنِي إِذَا جَاءَ مِنْ مَلِكٍ أَهْلُ الْحَرْبِ فِي طَلَبِ الْأَمَانِ فَإِنَّهُ مَقْبُولٌ بِغَيْرِ بَيِّنَةٍ، حَتَّى لَوْ أَمَّنَهُ الْإِمَامُ صَحَّ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمُلْزِمٍ، فَإِنَّ لِلْإِمَامِ رَأْيًا فِي الْأَمَانِ وَتَرْكِهِ، وَبِخِلَافِ رَسُولِ الْقَاضِي إِلَى الْمَزْكِيِّ وَعَكْسِهِ فَإِنَّهُ يُقْبَلُ بِغَيْرِ بَيِّنَةٍ؛ لِأَنَّ الْإِزَامَ عَلَى الْحَاكِمِ لَيْسَ بِالتَّرْكِيَةِ بَلْ هُوَ بِالشَّهَادَةِ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ قَضَى بِالشَّهَادَةِ بِلَا تَرْكِكِ صَحَّ، وَقَوْلُهُ: وَبِخِلَافِ رَسُولِ الْقَاضِي إِلَى الْمَزْكِيِّ قِيلَ قَدْ يُشِيرُ إِلَى أَنَّ رَسُولَ الْقَاضِي إِلَى الْقَاضِي غَيْرُ مُعْتَبَرٍ أَصْلًا فِي حَقِّ لُزُومِ الْقَضَاءِ عَلَيْهِ بِبَيِّنَةٍ وَبِغَيْرِهَا، وَالْقِيَاسُ يُقْتَضِي اتِّحَادَ كِتَابِهِ وَرَسُولِهِ فِي الْقَبُولِ كَمَا فِي الْبَيْعِ فَإِنَّهُ كَمَا يَنْعَقِدُ بِكِتَابِهِ يَنْعَقِدُ بِرَسُولِهِ أَوْ اتِّحَادُهُمَا فِي عَدَمِهِ؛ لِأَنَّ الْقِيَاسَ يَأْبَى جَوَازَهُمَا، وَفُرَّقَ بَيْنَهُمَا بِوَجْهَيْنِ: أَحَدُهُمَا زُرُودُ الْأَثَرِ فِي جَوَازِ الْكِتَابِ وَإِجْمَاعُ التَّابِعِينَ عَلَى الْكِتَابِ دُونَ الرُّسُولِ فَتَقِيَ عَلَى الْقِيَاسِ.

وَالثَّانِي أَنَّ الْكِتَابَ كَالْخَطَابِ وَالْكِتَابُ وَجَدَ مِنْ مَوْضِعِ الْقَضَاءِ فَكَانَ كَالْخَطَابِ مِنْ مَوْضِعِ الْقَضَاءِ فَيَكُونُ حُجَّةً، وَأَمَّا الرُّسُولُ فَقَائِمٌ مَقَامَ الْمُرْسَلِ، وَالْمُرْسَلُ فِي هَذَا الْمَوْضِعِ لَيْسَ بِقَاضٍ، وَقَوْلُ الْقَاضِي فِي غَيْرِ مَوْضِعٍ قَضَائِهِ كَقَوْلِ وَاحِدٍ مِنَ الرِّعَايَا.

قَالَ (وَيَجِبُ أَنْ يَقْرَأَ الْكِتَابَ عَلَيْهِمْ لِيَعْرِفُوا مَا فِيهِ أَوْ يَعْلَمَهُمْ بِهِ) لِأَنَّهُ لَا شَهَادَةَ بِدُونِ الْعِلْمِ (ثُمَّ يَخْتِمُهُ بِحَضْرَتِهِمْ وَيُسَلِّمُهُ إِلَيْهِمْ) كَي لَا يُتَوَهَّمِ التَّغْيِيرُ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ، لِأَنَّ عِلْمَ مَا فِي الْكِتَابِ وَالْخَتْمَ بِحَضْرَتِهِمْ شَرْطٌ، وَكَذَا حِفْظُ مَا فِي

الكِتَابِ عِنْدَهُمَا وَلِهَذَا يُدْفَعُ إِلَيْهِمْ كِتَابٌ آخَرُ غَيْرُ مَخْتُومٍ لِيَكُونَ مَعَهُمْ مُعَاوَنَةً عَلَى حِفْظِهِمْ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ آخَرًا: شَيْءٌ مِنْ ذَلِكَ لَيْسَ بِشَرْطٍ، وَالشَّرْطُ أَنْ يُشْهَدَهُمْ أَنْ هَذَا كِتَابُهُ وَخَتَمُهُ وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّ الْخَتَمَ لَيْسَ بِشَرْطٍ أَيْضًا فَسَهْلٌ فِي ذَلِكَ لَمَّا أَبْتَلَى بِالْقَضَاءِ وَلَيْسَ الْخَبَرُ كَالْمَعَايِنَةِ. وَاخْتَارَ شَمْسُ الْأُكَيْمَةِ السَّرْحَسِيَّ رَحِمَهُ اللَّهُ قَوْلَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ. قَالَ (وَإِذَا وَصَلَ إِلَى الْقَاضِي لَمْ يَقْبَلْهُ إِلَّا بِحَضْرَةِ الْخَصْمِ) لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ آدَاءِ الشَّهَادَةِ فَلَا بُدَّ مِنْ حُضُورِهِ، بِخِلَافِ سَمَاعِ الْقَاضِي الْكَاتِبِ لِأَنَّهُ لِلنَّقْلِ لَا لِلْحُكْمِ.

قَالَ (فَإِذَا سَلِمَهُ الشُّهُودُ إِلَيْهِ نَظَرَ إِلَى خَتَمِهِ، فَإِذَا شَهِدُوا أَنَّهُ كِتَابُ فُلَانٍ الْقَاضِي سَلِمَهُ إِلَيْنَا فِي مَجْلِسِ حُكْمِهِ وَقَرَأَهُ عَلَيْنَا وَخَتَمَهُ فَتَحَهُ الْقَاضِي وَقَرَأَهُ عَلَى الْخَصْمِ وَالزَّمَهُ مَا فِيهِ) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ: إِذَا شَهِدُوا أَنَّهُ كِتَابُهُ وَخَاتَمُهُ قَبْلَهُ عَلَى مَا مَرَّ، وَلَمْ يُشْتَرَطْ فِي الْكِتَابِ ظُهُورُ الْعِدَالَةِ لِلْفَتْحِ، وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ يَفْضُ الْكِتَابَ بَعْدَ ثُبُوتِ الْعِدَالَةِ، كَذَا ذَكَرَهُ الْخَصَافُ رَحِمَهُ اللَّهُ لِأَنَّهُ رُبَّمَا يُحْتَاجُ إِلَى زِيَادَةِ الشُّهُودِ وَإِنَّمَا يُمْكِنُهُمْ آدَاءُ الشَّهَادَةِ بَعْدَ قِيَامِ الْخَتَمِ، وَإِنَّمَا يَقْبَلُهُ الْمَكْتُوبُ إِلَيْهِ إِذَا كَانَ الْكَاتِبُ عَلَى الْقَضَاءِ، حَتَّى لَوْ مَاتَ أَوْ عَزَلَ أَوْ لَمْ يَبْقَ أَهْلًا لِلْقَضَاءِ قَبْلَ وُصُولِ الْكِتَابِ لَا يَقْبَلُهُ لِأَنَّهُ التَّحَقُّ بِوَاحِدٍ مِنَ الرِّعَايَا، وَلِهَذَا لَا يَقْبَلُ إِخْبَارُهُ قَاضِيًا آخَرَ فِي غَيْرِ عَمَلِهِ أَوْ فِي غَيْرِ عَمَلِهِمَا، وَكَذَا لَوْ مَاتَ الْمَكْتُوبُ إِلَيْهِ إِلَّا إِذَا كَتَبَ إِلَى فُلَانِ بْنِ فُلَانٍ قَاضِي بَلَدَةٍ كَذَا وَإِلَى كُلِّ مَنْ يَصِلُ إِلَيْهِ مِنْ قُضَاةِ الْمُسْلِمِينَ لِأَنَّهُ غَيْرُهُ صَارَ تَبَعًا لَهُ وَهُوَ مُعَرَّفٌ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَتَبَ ابْتِدَاءً إِلَى كُلِّ مَنْ يَصِلُ إِلَيْهِ عَلَى مَا عَلَيْهِ مَشَايخُنَا رَحِمَهُمُ اللَّهُ لِأَنَّهُ غَيْرُ مُعَرَّفٍ، وَلَوْ كَانَ مَاتَ الْخَصْمُ يَنْفُذُ الْكِتَابُ عَلَى وَارِثِهِ لِقِيَامِهِ مَقَامَهُ.

الشرح:

قَالَ (وَيَجِبُ أَنْ يَقْرَأَ الْكِتَابَ عَلَيْهِمْ لِيَعْرِفُوا مَا فِيهِ إِنْ شَرَطَ أَبُو حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُمَا اللَّهُ عِلْمَ مَا فِي الْكِتَابِ وَحِفْظَهُ وَالْخَتَمَ بِحَضْرَةِ الشُّهُودِ، وَلِهَذَا يَجِبُ أَنْ يَقْرَأَ الْكَاتِبُ كِتَابَهُ عَلَيْهِمْ لِيَعْرِفُوا مَا فِيهِ أَوْ يُعْلَمَهُمْ بِهِ؛ لِأَنَّهُمْ إِنْ لَمْ يَعْلَمُوا مَا فِيهِ كَانَتْ شَهَادَتُهُمْ بِلَا عِلْمٍ وَهِيَ بَاطِلَةٌ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿إِلَّا مَنْ شَهِدَ بِالْحَقِّ وَهُمْ

يَعْلَمُونَ ﴿ [الزخرف: ٨٦] وَيَخْتِمُهُ بِحَضْرَتِهِمْ وَيُسَلِّمُهُ إِلَى الشُّهُودِ كَيْ لَا يُتَوَهَّمِ
التَّغْيِيرُ إِذَا كَانَ بَعِيرِ خَتْمٍ أَوْ يَدِ الْخَصْمِ وَهَذَا قَوْلُهُمَا. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: إِنَّهُ يَدْفَعُ
الْكِتَابَ إِلَى الطَّالِبِ وَهُوَ الْمُدَّعِي وَيَدْفَعُ إِلَيْهِمْ كِتَابًا آخَرَ غَيْرَ مَخْتُومٍ لِيَكُونَ مَعَهُمْ
مُعَاوَنَةً عَلَى حِفْظِهِمْ، فَإِنْ فَاتَ شَيْءٌ مِنَ الْأُمُورِ الْمَذْكُورَةِ لَا يُقْبَلُ الْكِتَابُ عِنْدَهُمَا.
وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ آخِرًا: شَيْءٌ مِنْ ذَلِكَ لَيْسَ بِشَرْطٍ، بَلْ إِذَا أَشْهَدَهُمُ الْقَاضِي أَنَّ
هَذَا كِتَابُهُ وَخَتَمَهُ فَشَهِدُوا عَلَى الْكِتَابِ وَالْخَتْمِ عِنْدَ الْقَاضِي الْمَكْتُوبِ إِلَيْهِ كَانَ كَافِيًا.
وَعَنْهُ أَنَّ الْخَتْمَ لَيْسَ بِشَرْطٍ أَيْضًا سَهْلٌ فِي ذَلِكَ لَمَّا أُثْبِتَ بِالْقَضَاءِ، وَإِنَّمَا قَالَ آخِرًا؛ لِأَنَّ
قَوْلَهُ الْأَوَّلَ مِثْلُ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ. وَاخْتَارَ شَمْسُ الْأُيُمَةِ السَّرْحَسِيُّ
قَوْلَ أَبِي يُوسُفَ تَيْسِيرًا عَلَى النَّاسِ.

قَالَ (وَإِذَا وَصَلَ إِلَى الْقَاضِي لَمْ يَقْبَلْهُ إِلَّا بِحَضْرَةِ الْخَصْمِ الْخ) لَمَّا فَرَغَ مِنْ بَيَانِ
الْأَحْكَامِ الْمُتَعَلِّقَةِ بِجَانِبِ الْقَاضِي الْكِتَابِ شَرَعَ فِي بَيَانِ الْأَحْكَامِ الْمُتَعَلِّقَةِ بِجَانِبِ
الْمَكْتُوبِ إِلَيْهِ، فَإِذَا وَصَلَ الْكِتَابُ إِلَيْهِ لَمْ يَقْبَلْهُ إِلَّا بِحَضْرَةِ الْخَصْمِ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ بِمَنْزِلَةِ آدَاءِ
الشَّهَادَةِ، وَذَلِكَ لَا يَكُونُ إِلَّا بِمَحْضَرِ الْخَصْمِ، فَكَذَلِكَ هَذَا، بِخِلَافِ سَمَاعِ الْقَاضِي
الْكِتَابِ فَإِنَّهُ جَازَ بِغَيْبَةِ الْخَصْمِ؛ لِأَنَّ سَمَاعَهُ لَيْسَ لِلْحُكْمِ بَلْ لِلتَّنْقُلِ فَكَانَ جَائِزًا وَإِنْ
كَانَ بَعِيْتَهُ.

وَقَالَ فِي شَرْحِ الْأَقْطَعِ: وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: يَقْبَلُهُ مِنْ غَيْرِ حُضُورِ الْخَصْمِ؛ لِأَنَّ
الْكِتَابَ يَخْتَصُّ بِالْمَكْتُوبِ إِلَيْهِ فَكَانَ لَهُ أَنْ يَقْبَلَهُ، وَالْحُكْمُ بَعْدَ ذَلِكَ يَقَعُ بِمَا عَلِمَهُ مِنْ
الْكِتَابِ فَاعْتَبِرَ حُضُورُ الْخَصْمِ عِنْدَ الْحُكْمِ بِهِ. قَالَ (فَإِذَا سَلَّمَهُ الشُّهُودُ إِلَيْهِ الْخ) إِذَا سَلَّمَ
الشُّهُودُ الْكِتَابَ إِلَى الْمَكْتُوبِ إِلَيْهِ نَظَرَ إِلَى خَتْمِهِ، فَإِذَا شَهِدُوا أَنَّ هَذَا كِتَابُ فُلَانٍ
الْقَاضِي سَلَّمَهُ إِلَيْنَا فِي مَجْلِسِ حُكْمِهِ وَقَرَأَهُ عَلَيْنَا وَخَتَمَهُ فَتَحَهُ الْقَاضِي وَقَرَأَهُ عَلَى
الْخَصْمِ وَأَلْزَمَهُ بِمَا فِيهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: إِذَا شَهِدُوا أَنَّهُ كِتَابُ فُلَانٍ وَخَاتَمُهُ قَبْلَهُ وَفَتَحَهُ لَمَّا مَرَّ أَنَّهُ لَمْ
يَشْتَرِطْ شَيْئًا مِنْ ذَلِكَ، وَلَمْ يَشْتَرِطْ فِي الْقُدُورِيِّ ظُهُورَ الْعَدَالَةِ لِلْفَتْحِ حَيْثُ لَمْ يَقُلْ فَإِذَا
شَهِدُوا وَعَدُّلُوا. قَالَ الْمُصَنِّفُ: وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ يَفْضُ الْكِتَابَ: أَيْ يَفْتَحُهُ بَعْدَ الْعَدَالَةِ، كَذَا
ذَكَرَهُ الْخَصَافُ؛ لِأَنَّهُ إِذَا لَمْ تَظْهَرْ الْعَدَالَةُ رَبُّمَا احتاج المدعي إلى أن يزيد في شهوده،

وَأَمَّا يُمَكِّنُهُمْ أَدَاءُ الشَّهَادَةِ بَعْدَ قِيَامِ الْحْتَمِ لِيَشْهَدُوا أَنَّ هَذَا كِتَابُ فُلَانِ الْقَاضِي وَخَتْمُهُ، فَأَمَّا إِذَا فَكَّ الْحَائِمُ فَلَا يُمَكِّنُهُمْ ذَلِكَ، وَهَذَا يَرَى أَنَّهُ دَوْرٌ ظَاهِرٌ، فَإِنَّ الْمُدَّعِيَ إِنَّمَا يَحْتَاجُ إِلَى زِيَادَةِ الشُّهُودِ إِذَا كَانَتْ الْعَدَالَةُ شَرْطًا وَلَمْ تَظْهَرْ، فَأَمَّا إِذَا لَمْ تَكُنْ شَرْطًا فَكَمَا أَدَّوْا الشَّهَادَةَ جَازَ فَضُّهَا فَلَا يُحْتَاجُ إِلَى زِيَادَةِ شُهُودٍ.

وَالْجَوَابُ أَنَّا لَا نُسَلِّمُ أَنَّهُ لَا يُحْتَاجُ إِلَى زِيَادَةِ شُهُودٍ بَعْدَ الْفَتْحِ بَلْ يُحْتَاجُ إِلَيْهَا إِذَا طَعَنَ الْخَصْمُ وَلَا بُدَّ لَهُمْ مِنَ الشَّهَادَةِ عَلَى الْحْتَمِ وَذَلِكَ بَعْدَ الْفَتْحِ غَيْرُ مُمَكِّنٍ، وَقَدْ اسْتَدَلَّ عَلَى ذَلِكَ بِأَنَّ فَكَّ الْحَائِمِ نَوْعُ عَمَلٍ بِالْكِتَابِ، وَالْكِتَابُ لَا يُعْمَلُ بِهِ مَا لَمْ تَظْهَرْ عَدَالَةُ الشُّهُودِ عَلَى الْكِتَابِ، وَفِيهِ نَظَرٌ؛ لِأَنَّ فَكَّ الْحَائِمِ عَمَلٌ لِلْكِتَابِ لَا بِهِ، وَلَعَلَّ الْأَصَحَّ مَا قَالَهُ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ مِنْ تَجْوِيزِ الْفَتْحِ عِنْدَ شَهَادَةِ الشُّهُودِ بِالْكِتَابِ وَالْحْتَمِ مِنْ غَيْرِ تَعَرُّضٍ لِعَدَالَةِ الشُّهُودِ، كَذَا نَقَلَهُ الصَّدْرُ الشَّهِيدُ فِي الْمُغْنِيِّ. وَالْمَكْتُوبُ إِلَيْهِ إِنَّمَا يَقْبَلُ الْكِتَابَ إِذَا كَانَ الْكَاتِبُ عَلَى الْقَضَاءِ حَتَّى لَوْ مَاتَ أَوْ عُزِلَ أَوْ خَرَجَ عَنْ أَهْلِيَّةِ الْقَضَاءِ بِجُنُونٍ أَوْ إِعْمَاءٍ أَوْ فَسَقٍ إِذَا تَوَلَّى وَهُوَ عَدْلٌ ثُمَّ فَسَقَ عَلَى مَا مَرَّ مِنْ قَوْلِ بَعْضِ الْمَشَائِخِ قَبْلَ وَصُولِ الْكِتَابِ أَوْ بَعْدَ الْوُصُولِ قَبْلَ الْقِرَاءَةِ بَطَلَ الْكِتَابُ.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ فِي الْأَمَانِيِّ: يُعْمَلُ بِهِ، وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُمَا اللَّهُ؛ لِأَنَّ كِتَابَ الْقَاضِي إِلَى الْقَاضِي بِمَنْزِلَةِ الشَّهَادَةِ عَلَى الشَّهَادَةِ؛ لِأَنَّهُ بَكْتَابِهِ يَنْقُلُ شَهَادَةَ الَّذِينَ شَهِدُوا عِنْدَهُ بِالْحَقِّ إِلَى الْمَكْتُوبِ إِلَيْهِ وَالتَّنْقُلُ قَدْ تَمَّ بِالْكِتَابِ فَكَانَ بِمَنْزِلَةِ شُهُودِ الْفُرُوعِ إِذَا مَاتُوا بَعْدَ أَدَاءِ الشَّهَادَةِ قَبْلَ الْقَضَاءِ وَأَنَّهُ لَا يَمْنَعُ الْقَضَاءَ. وَلَنَا الْقَوْلُ بِالْمَوْجِبِ وَهُوَ أَنَّ الْكَاتِبَ وَإِنْ كَانَ نَاقِلًا إِلَّا أَنَّ هَذَا التَّنْقُلَ لَهُ حُكْمُ الْقَضَاءِ بِدَلِيلِ أَنَّهُ لَا يَصِحُّ إِلَّا مِنْ الْقَاضِي وَلَمْ يُشْتَرَطْ فِيهِ الْعَدَدُ وَلَفْظَةُ الشَّهَادَةِ، وَوَجَبَ عَلَى الْكَاتِبِ هَذَا التَّنْقُلُ لِسَمَاعِ الْبَيْتَةِ، وَمَا وَجَبَ عَلَى الْقَاضِي بِسَمَاعِ الْبَيْتَةِ قَضَاءً لَكِنَّهُ غَيْرُ تَامٍ؛ لِأَنَّ تَمَامَهُ بِوُجُوبِ الْقَضَاءِ عَلَى الْمَكْتُوبِ إِلَيْهِ، وَلَا يَجِبُ الْقَضَاءُ عَلَيْهِ قَبْلَ وَصُولِهِ إِلَيْهِ وَقَبْلَ قِرَاءَتِهِ عَلَيْهِ فَبَطَلَ كَمَا فِي سَائِرِ الْأَقْضِيَةِ إِذَا مَاتَ الْقَاضِي قَبْلَ إِتْمَامِهَا.

وَاسْتَدَلَّ الْمُصَنِّفُ بِقَوْلِهِ؛ لِأَنَّهُ التَّحَقُّقُ بِوَاحِدٍ مِنَ الرَّعَايَا وَلِهَذَا لَا يَقْبَلُ إِخْبَارُ قَاضٍ آخَرَ فِي غَيْرِ عَمَلِهِ أَوْ فِي غَيْرِ عَمَلِهِمَا، وَهَذَا ظَاهِرٌ فِيمَا إِذَا عُزِلَ، أَمَا فِي الْمَوْتِ أَوْ فِي الْخُرُوجِ عَنْ الْأَهْلِيَّةِ فَلَيْسَ بِظَاهِرٍ؛ لِأَنَّ الْمَيِّتَ وَالْمَجْنُونِ لَا يُلْتَحَقَانِ بِوَاحِدٍ مِنَ الرَّعَايَا،

وَيُمْكِنُ أَنْ يُقَالَ: يُعْلَمُ ذَلِكَ بِالْأُولَى، وَذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ إِذَا كَانَ حَيًّا وَعَلَى أَهْلِيَّةِ الْقَضَاءِ لَمْ يَبْقَ كَلَامُهُ حُجَّةً، فَلَا أَنْ لَا يَبْقَى بَعْدَ الْمَوْتِ أَوْ الْخُرُوجِ عَنْ الْأَهْلِيَّةِ أُولَى، وَكَذَا لَوْ مَاتَ الْمَكْتُوبُ إِلَيْهِ بَطَلَ كِتَابُهُ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يَعْمَلُ بِهِ مَنْ كَانَ قَائِمًا مَقَامَهُ فِي الْقَضَاءِ كَمَا لَوْ قَالَ وَإِلَى كُلِّ مَنْ يَصِلُ إِلَيْهِ مِنْ قُضَاةِ الْمُسْلِمِينَ. وَلَنَا أَنَّ الْقَاضِيَ الْكَاتِبَ اعْتَمَدَ عَلَى عِلْمِ الْأَوَّلِ وَأَمَانَتِهِ، وَالْقُضَاةُ يَتَّفِقُونَ فِي آدَاءِ الْأَمَانَةِ، فَصَارُوا كَالْأَمْنَاءِ فِي الْأَمْوَالِ، وَهُنَاكَ قَدْ لَا يُعْتَمَدُ عَلَى كُلِّ أَحَدٍ، فَكَذَا هَاهُنَا إِلَّا إِذَا صَرَّحَ بِاعْتِمَادِهِ عَلَى الْكُلِّ بَعْدَ تَعْرِيفِ وَاحِدٍ مِنْهُمْ بِقَوْلِهِ إِلَى فُلَانٍ بِنِ فُلَانٍ قَاضِي بَلَدٍ كَذَا وَإِلَى كُلِّ مَنْ يَصِلُ إِلَيْهِ مِنْ قُضَاةِ الْمُسْلِمِينَ؛ لِأَنَّهُ أَمَّا هُوَ شَرْطٌ وَهُوَ أَنْ يَكُونَ مِنْ مَعْلُومٍ إِلَى مَعْلُومٍ ثُمَّ صَيَّرَ غَيْرَهُ تَبَعًا لَهُ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَتَبَ ابْتِدَاءً مِنْ فُلَانٍ بِنِ فُلَانٍ قَاضِي بَلَدٍ كَذَا إِلَى كُلِّ مَنْ يَصِلُ إِلَيْهِ مِنْ قُضَاةِ الْمُسْلِمِينَ فَإِنَّهُ لَا يَصِحُّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقِيلَ الظَّاهِرُ أَنَّ مُحَمَّدًا مَعَهُ؛ لِأَنَّهُ مِنْ مَعْلُومٍ إِلَى مَجْهُولٍ، وَالْعِلْمُ فِيهِ شَرْطٌ كَمَا مَرَّ وَهُوَ رَدُّ لِقَوْلِ أَبِي يُوسُفَ فِي جَوَازِهِ، فَإِنَّهُ حِينَ أُبْتِلِيَ بِالْقَضَاءِ وَسَّعَ كَثِيرًا تَسْهِيلًا لِلأَمْرِ عَلَى النَّاسِ (وَلَوْ مَاتَ الْحَصْنُ يَنْفُذَ الْكِتَابُ عَلَى وَرَثَتِهِ لِقِيَامِهِمْ مَقَامَهُ) سَوَاءٌ كَانَ تَارِيخُ الْكِتَابِ قَبْلَ مَوْتِ الْمَطْلُوبِ أَوْ بَعْدَهُ.

(وَلَا يَقْبَلُ كِتَابُ الْقَاضِي إِلَى الْقَاضِي فِي الْحُدُودِ وَالْقِصَاصِ) لِأَنَّ فِيهِ شُبُهَةً الْبَدَلِيَّةِ فَصَارَ كَالشَّهَادَةِ عَلَى الشَّهَادَةِ، وَلِأَنَّ مَبْنَاهُمَا عَلَى الْإِسْقَاطِ وَفِي قَبُولِهِ سَعْيٌ فِي إِثْبَاتِهِمَا.

الشرح:

(وَلَا يَقْبَلُ كِتَابُ الْقَاضِي إِلَى الْقَاضِي فِي الْحُدُودِ وَالْقِصَاصِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ فِي قَوْلِهِ: يُقْبَلُ؛ لِأَنَّ الْاعْتِمَادَ عَلَى الشُّهُودِ (وَلَنَا أَنَّ فِيهِ شُبُهَةً الْبَدَلِيَّةِ فَصَارَ كَالشَّهَادَةِ عَلَى الشَّهَادَةِ) وَهِيَ غَيْرُ مَقْبُولَةٍ فِيهِمَا (وَلِأَنَّ مَبْنَاهُمَا عَلَى الْإِسْقَاطِ وَفِي قَبُولِهِ سَعْيٌ فِي إِثْبَاتِهِمَا).

فَصْلٌ آخِرُ

(وَيَجُوزُ قَضَاءُ الْمَرَأَةِ فِي كُلِّ شَيْءٍ إِلَّا فِي الْحُدُودِ وَالْقِصَاصِ) اعْتِبَارًا بِشَهَادَتِهَا.

وَقَدْ مَرَّ الْوَجْهُ.

الشرح:

(فصل آخر): قال في النّهاية: قد ذكرنا أن كتاب القاضي إذا كان سجلاً اتصل به قضاؤه يجب على القاضي المكتوب إليه إمضاؤه إذا كان في محل مجتهد فيه، بخلاف الكتاب الحكمي فإن الرأي له في التنفيذ والرد، فلذلك احتاج إلى بيان تعداد محل الاجتهاد بذكر أصل يجمعها، وهذا الفصل لبيان ذلك وما يلحق به، وهذا يدل على أن الفصل من تمة كتاب القاضي إلى القاضي، لكن قوله آخر ينافي ذلك؛ لأنه ليس في ذلك الباب فصل قبل هذا حتى يقول فصل آخر. والأولى أن يجعل هذا فصلاً آخر في أدب القاضي، فإنه تقدم فصل الحبس وهذا فصل آخر.

قال (ويجوز قضاء المرأة في كل شيء إلا في الحدود والقصاص إلخ) قضاء المرأة جائز عندنا في كل شيء إلا في الحدود والقصاص اعتباراً بشهادتها، وقد مر الوجه: أي في أول أدب القاضي أن حكم القضاء يستقضى من حكم الشهادة؛ لأن كل واحد منهما من باب الولاية، فكل من كان من أهل الشهادة يكون أهلاً للقضاء وهي أهل للشهادة في غير الحدود والقصاص فهي أهل للقضاء في غيرهما. قيل أراد به ما مر قبل بخطوط من قوله؛ لأن فيه شبهة البدلية فإنه يدل على أن ما فيه شبهة البدلية لا يعتبر فيهما، وشهادتها كذلك كما سيجيء وقضاؤها مستفاد من شهادتها.

(وليس للقاضي أن يستخلف على القضاء إلا أن يفوض إليه ذلك) لأنه قلد القضاء دون التقليد به فصار كتوكيل الوكيل، بخلاف المأمور بإقامة الجماعة حيث يستخلف لأنه على شرف الفوات لتوقيته فكان الأمر به إذناً بالاستخلاف دلالة ولا كذلك القضاء. ولو قضى الثاني بمحض من الأول أو قضى الثاني فأجاز الأول جاز كما في الوكالة، وهذا لأنه حضره رأي الأول وهو الشرط، وإذا فوض إليه يملكه فيصير الثاني نائباً عن الأصل حتى لا يملك الأول عزله إلا إذا فوض إليه العزل هو الصحيح.

الشرح:

(وليس للقاضي أن يستخلف على القضاء) بعذر وبغيره (إلا أن يفوض إليه ذلك؛ لأنه قلد القضاء دون التقليد به) أي بالقضاء (فصار كالوكيل) لا يجوز له

التوكيل إلا إذا فوض إليه ذلك (بخلاف المأمور بإقامة الجمعة حيث) يجوز له أن (يستخلف؛ لأن أداء الجمعة على شرف القوات لتوقيته) بوقت يفوت الأداء بانقضائه (فكان الأمر به من الخليفة إذنا له بالاستخلاف دلالة) لكن إنما يجوز إذا كان ذلك الغير سمع الخطبة؛ لأنها من شرائط افتتاح الجمعة فلو افتتح الأول الصلاة ثم سبقه الحدث فاستخلف من لم يشهدها جاز؛ لأن المستخلف بان لا مفتتح. واعترض بمن أفسد صلاته ثم افتتح بهم الجمعة فإنه جائز، وهو مفتتح في هذه الحالة لم يشهد الخطبة. وأجيب بأنه لما صح شروعه في الجمعة وصار خليفة للأول التحق بمن شهد الخطبة. وأرى أن إلحاقه بالباقي لتقدم شروعه في تلك الصلاة أولى فتأمل.

(قوله: ولا كذلك القضاء) أي ليس القضاء كالجمعة؛ لأنه غير موقت بوقت يفوت بالتأخير عند العذر، فمن أذن بالجمعة مع علمه أنه قد يعرض له عارض يمنع من أدائها في الوقت فقد رضي بالاستخلاف بخلاف القضاء (فلو) فرضنا أنه استخلف، و (قضى الثاني بمحضر من الأول أو قضى الثاني) عند غيبة الأول (فأجازه الأول جاز) إذا كان من أهل القضاء (كما في الوكالة) فإن الوكيل إذا لم يؤذن له بالتوكيل فوكل وتصرف بحضرة الأول أو أجازه الأول جاز.

(قوله: (لأنه حضره رأي الأول) يصلح دليلا للمسألتين، أما في هذه المسألة فلأن الخليفة رضي بقضاء حضره رأي القاضي وقت نفوذه لاعتماده على علمه وعمله، والحكم الذي حضره القاضي أو أجازه قضاء حضره رأي القاضي فيكون راضيا به، وأما في الوكالة فسيجيء في كتاب الوكالة، قيل الإذن في الابتداء كالإجازة في الانتهاء فلم اختلفا في الجواز وعدمه. وأجيب بالمنع فإن البقاء أسهل من الابتداء وأن الحكم الذي أذن له القاضي به في الابتداء قضاء لم يحضره رأي القاضي وكان رضا الخليفة بتولية القاضي مقيدا به. (قوله: وإذا فوض إليه يملكه) أي إذا قال الخليفة للقاضي ول من شئت كان له أن يوily غيره (فيصير الثاني نائبا عن الأصل حتى لا يملك الأول عزله؛ لأنه صار قاضيا من جهة الخليفة فلا يملك الأول عزله إلا أن يقول واستبدل من شئت فيملك الأول عزله، وهذا بناء على أن أمر القاضي لا يتعدى إلى غير ما فوض إليه، فإذا قال الخليفة ول من شئت واقتصر على ذلك كان أمرا له

بِالتَّوَلِّيَةِ، وَالْعَزْلُ خِلَافُهُ، وَإِذَا أَضَافَ إِلَى ذَلِكَ وَاسْتَبْدَلَ مَنْ شِئْتَ كَانَ أَمْرًا لَهُ بِهِمَا فَكَانَا لَهُ، فَإِذَا قَالَ الْخَلِيفَةُ لِرَجُلٍ جَعَلْتُكَ قَاضِي الْقَضَاةِ كَانَ إِذْنًا بِالِاسْتِخْلَافِ وَالْعَزْلِ دَلَالَةً؛ لِأَنَّ قَاضِي الْقَضَاةِ هُوَ الَّذِي يَتَصَرَّفُ فِي الْقَضَاةِ تَقْلِيدًا وَعَزْلًا، كَذَا فِي الذَّخِيرَةِ. قِيلَ مَا الْفَرْقُ بَيْنَ الْوَصِيِّ وَالْقَاضِي فَإِنَّ كُلًّا مِنْهُمَا مُفَوَّضٌ إِلَيْهِ مِنْ جِهَةِ الْغَيْرِ وَالْوَصِيُّ يَمْلِكُ التَّفْوِيزَ إِلَى غَيْرِهِ تَوْكِيلًا وَإِيصَاءً؛ وَأُجِيبَ بِأَنَّ أَوَانَ وَجُوبِ الْوَصَايَةِ مَا بَعْدَ الْمَوْتِ، وَقَدْ يَعْجِزُ الْوَصِيُّ عَنِ الْجَرْيِ عَلَى مُوجِبِ الْوَصَايَةِ وَلَا يُمَكِّنُهُ الرُّجُوعُ إِلَى الْمَوْصِي فَيَكُونُ الْمَوْصَى لَهُ رَاضِيًا بِاسْتِعَانَتِهِ بِغَيْرِهِ، وَلَا كَذَلِكَ الْقَضَاءُ. وَقِيلَ الْقَاضِي يَمْلِكُ التَّوْكِيلَ وَالْإِيصَاءَ وَلَا يَمْلِكُ التَّقْلِيدَ، وَالتَّعْلِيلُ الْمَذْكُورُ فِي التَّقْلِيدِ يَجْرِي فِيهِمَا. وَأُجِيبَ بِأَنَّ الْمُقْلَدَ يَفْعَلُ مَا لَا يَفْعَلُهُ الْوَكِيلُ وَالْوَصِيُّ فَيَكُونُ تَوَقُّعُ الْفَسَادِ فِي الْقَضَاءِ أَكْثَرَ.

قَالَ (وَإِذَا رُفِعَ إِلَى الْقَاضِي حُكْمٌ حَاكِمٌ أَمْضَاهُ إِلَّا أَنْ يُخَالَفَ الْكِتَابَ أَوْ السُّنَّةَ أَوْ الإِجْمَاعَ بِأَنْ يَكُونَ قَوْلًا لَا دَلِيلَ عَلَيْهِ. وَفِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ: وَمَا اخْتَلَفَ فِيهِ الْفُقَهَاءُ فَقَضَى بِهِ الْقَاضِي ثُمَّ جَاءَ قَاضٍ آخَرُ يَرَى غَيْرَ ذَلِكَ أَمْضَاهُ) وَالْأَصْلُ أَنَّ الْقَضَاءَ مَتَى لَاقَى فَصْلًا مُجْتَهِدًا فِيهِ يَنْفِذُهُ وَلَا يَرُدُّهُ غَيْرُهُ، لِأَنَّ اجْتِهَادَ الثَّانِي كَاجْتِهَادِ الْأَوَّلِ، وَقَدْ يُرْجَحُ الْأَوَّلُ بِاتِّصَالِ الْقَضَاءِ بِهِ فَلَا يَنْقُضُ بِمَا هُوَ دُونُهُ.

الشرح:

قَالَ (وَإِذَا رُفِعَ إِلَى الْقَاضِي حُكْمٌ حَاكِمٌ أَمْضَاهُ إلخ) إِذَا تَقَدَّمَ رَجُلٌ إِلَى قَاضٍ، وَقَالَ حَكَمَ عَلَيَّ فَلَانَ الْقَاضِي بِكَذَا وَكَذَا نَفَّذَهُ إِنْ لَمْ يَكُنْ مُخَالَفًا لِلْكِتَابِ كَالْحُكْمِ بِحِلِّ مَثْرُوكِ التَّسْمِيَةِ عَمْدًا فَإِنَّهُ مُخَالَفٌ لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَلَا تَأْكُلُوا مِمَّا لَمْ يَذْكُرْ أَسْمُهُ اللَّهُ عَلَيْهِ﴾ [الأنعام: ١٢١] أَوْ السُّنَّةِ: أَيِ الْمَشْهُورَةِ كَالْحُكْمِ بِحِلِّ الْمُطَلَّقةِ ثَلَاثًا لِلزَّوْجِ الْأَوَّلِ بِمُجَرَّدِ النِّكَاحِ بِدُونِ إِصَابَةِ الزَّوْجِ الثَّانِي، فَإِنَّ اشْتِرَاطَ الدُّخُولِ ثَابِتٌ بِحَدِيثِ الْعُسَيْلَةِ، وَقَدْ ذَكَرْتَاهُمَا فِي التَّقْرِيرِ عَلَى مَا يَنْبَغِي، أَوْ الإِجْمَاعَ كَالْحُكْمِ بِطُلَانِ قَضَاءِ الْقَاضِي فِي الْمُجْتَهِدِ فِيهِ، أَوْ يَكُونُ قَوْلًا لَا دَلِيلَ عَلَيْهِ قِيلَ كَمَا إِذَا مَضَى عَلَى الدِّينِ سُنُونَ فَحَكَمَ بِسُقُوطِ الدِّينِ عَمَّنْ عَلَيْهِ لِتَأْخِيرِ الْمُطَالَبَةِ فَإِنَّهُ لَا دَلِيلَ شَرْعِيٍّ يَدُلُّ عَلَى ذَلِكَ. وَفِي بَعْضِ النُّسخِ بِأَنْ يَكُونَ وَهُوَ تَعْلِيلٌ لِلِاسْتِثْنَاءِ فَكَأَنَّهُ يَقُولُ عَدَمُ تَنْفِيذِهِ إِذَا كَانَ مُخَالَفًا لِلدَّلِيلِ الْمَذْكُورَةِ بِسَبَبِ أَنْ يَكُونَ قَوْلًا بِلَا دَلِيلٍ.

وَفِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ: وَمَا اخْتَلَفَ فِيهِ الْفُقَهَاءُ فَقَضَى بِهِ الْقَاضِي ثُمَّ جَاءَ قَاضٍ آخَرُ يَرَى غَيْرَ ذَلِكَ أَمْضَاهُ. وَفِيهِ فَائِدَتَانِ: أَحَدَاهُمَا أَنَّهُ قَيَّدَ بِالْفُقَهَاءِ إِشَارَةً إِلَى أَنَّ الْقَاضِي إِذَا لَمْ يَعْلَمْ بِمَوْضِعِ الاجْتِهَادِ فَاتَّفَقَ قَضَاؤُهُ بِمَوْضِعِ الاجْتِهَادِ لَا يُنْفِذُهُ الْمَرْفُوعُ إِلَيْهِ عَلَى قَوْلِ الْعَامَّةِ كَذَا فِي الذَّخِيرَةِ. وَالثَّانِيَةُ أَنَّهُ قَيَّدَ بِقَوْلِهِ يَرَى غَيْرَ ذَلِكَ إِشَارَةً إِلَى أَنَّ الْحُكْمَ إِذَا لَمْ يَكُنْ مُخَالَفًا لِلأَدْلَةِ الْمَذْكُورَةِ يَنْفُذُ سَوَاءً كَانَ مُوَافِقًا لِرَأْيِهِ أَوْ مُخَالَفًا، فَإِنَّهُ إِذَا نَفَذَهُ وَهُوَ مُخَالَفٌ لِرَأْيِهِ فَفِيمَا يُوَافِقُهُ أَوَّلَى، وَرَوَايَةُ الْقُدُورِيِّ سَاكِنَةٌ عَنِ الْفَائِدَتَيْنِ جَمِيعًا.

(وَالْأَصْلُ) فِي تَنْفِيذِ الْقَاضِي مَا يُرْفَعُ إِلَيْهِ إِذَا لَمْ يَكُنْ مُخَالَفًا لِلأَدْلَةِ الْمَذْكُورَةِ (أَنَّ) الْقَضَاءَ مَتَى لَاقَى فَصْلًا مُجْتَهِدًا فِيهِ يَنْفُذُ وَلَا يَرُدُّ غَيْرُهُ؛ لِأَنَّ اجْتِهَادَ الثَّانِي كَاجْتِهَادِ الْأَوَّلِ فِي أَنْ كُلًّا مِنْهُمَا يَحْتَمِلُ الْخَطَأَ (وَقَدْ تَرَجَّحَ الْأَوَّلُ بِاتِّصَالِ الْقَضَاءِ بِهِ فَلَا يُنْقَضُ بِمَا دُونُهُ) دَرَجَةً وَهُوَ مَا لَمْ يَتَّصِلِ الْقَضَاءُ بِهِ. وَلِقَائِلِ أَنْ يَقُولَ: الْقَضَاءُ فِي الْمُجْتَهِدِ فِيهِ مُتَفَرِّعٌ عَلَى رَأْيِ الْمُجْتَهِدِ فَكَيْفَ يَصْلُحُ الْفَرْعُ مُرَجِّحًا لِأَصْلِهِ. وَيُمْكِنُ أَنْ يُجَابَ عَنْهُ بِأَنَّ الْفَرْعَ لَا يَصْلُحُ مُرَجِّحًا لِأَصْلِهِ مِنْ حَيْثُ هُوَ مِنْهُ أَوْ مُطْلَقًا. وَالثَّانِي مَمْنُوعٌ فَإِنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ مُرَجِّحًا لِأَصْلِهِ مِنْ حَيْثُ بَقَاءُ الْأَصْلِ عِنْدَ وُجُودِ مَا يَرْفَعُهُ مِنْ أَصْلٍ بِلَا فَرْعٍ، إِذِ الشَّيْءُ الْمُسَاوِي لِلشَّيْءِ فِي الْقُوَّةِ لَا يَرْفَعُ مَا يُسَاوِيهِ فِيهَا مَعَ شَيْءٍ آخَرَ، وَالْأَوَّلُ مُسَلَّمٌ وَلَيْسَ الْكَلَامُ فِيهِ، وَيُؤَيِّدُهُ مَا رَوَى عَنْ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّهُ لَمَّا شَعَلَهُ أَشْعَالُ الْمُسْلِمِينَ اسْتَعَانَ بِزَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، فَقَضَى زَيْدٌ بَيْنَ رَجُلَيْنِ ثُمَّ لَقِيَ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَحَدَ الْخَصْمَيْنِ فَقَالَ: إِنَّ زَيْدًا قَضَى عَلَيَّ يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ، فَقَالَ لَهُ عُمَرُ: لَوْ كُنْتُ لَقَضَيْتُ لَكَ، فَقَالَ: مَا يَمْنَعُكَ يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ السَّاعَةَ؟ فَأَقْضِ لِي فَقَالَ عُمَرُ: لَوْ كَانَ هُنَا نَصٌّ آخَرُ لَقَضَيْتُ لَكَ، وَلَكِنْ هَاهُنَا رَأْيِي وَالرَّأْيُ مُشْتَرَكٌ.

(وَلَوْ قَضَى فِي الْمُجْتَهِدِ فِيهِ مُخَالَفًا لِرَأْيِهِ نَاسِيًا لِمَنْهَبِهِ نَفَذَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ، وَإِنْ كَانَ عَامِدًا فَفِيهِ رَوَايَتَانِ) وَوَجْهُ النِّفَادِ أَنَّهُ لَيْسَ بِخَطَأٍ بَيِّقِينَ، وَعِنْدَهُمَا لَا يَنْفُذُ فِي الْوَجْهَيْنِ لِأَنَّهُ قَضَى بِمَا هُوَ خَطَأٌ عِنْدَهُ وَعَلَيْهِ الْفَتْوَى، ثُمَّ الْمُجْتَهِدُ فِيهِ أَنْ لَا يَكُونَ مُخَالَفًا لَمَّا ذَكَرْنَا. وَالْمُرَادُ بِالسُّنَنِ الْمَشْهُورَةِ مِنْهَا وَفِيمَا اجْتَمَعَ عَلَيْهِ الْجُمْهُورُ لَا يُعْتَبَرُ مُخَالَفَةُ الْبَعْضِ وَذَلِكَ خِلَافٌ وَلَيْسَ بِاخْتِلَافٍ وَالْمُعْتَبَرُ الْاِخْتِلَافُ فِي الصَّدْرِ الْأَوَّلِ.

الشرح:

(وَلَوْ قَضَى الْقَاضِي فِي الْمُجْتَهِدِ فِيهِ مُخَالَفًا لِرَأْيِهِ نَاسِيًا لِمَذْهَبِهِ نَفَذَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ، وَإِنْ كَانَ عَامِدًا فِيهِ رَوَاتَانِ. وَوَجْهُ النَّفَازِ) وَهُوَ دَلِيلُ النَّسَبِ أَيْضًا بِطَرِيقِ الْأَوَّلِ (أَنَّهُ لَيْسَ بِخَطِئٍ يَبْقَيْنِ) لِكُونِهِ مُجْتَهِدًا فِيهِ، وَمَا هُوَ كَذَلِكَ فَالْحُكْمُ بِهِ نَافِذٌ كَعَامَّةِ الْمُجْتَهِدَاتِ. وَوَجْهٌ عَدَمُهُ أَنَّهُ زَعَمَ فُسَادَ قَضَائِهِ وَهُوَ مُؤَاخَذٌ بِزَعْمِهِ (وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُمَا اللَّهُ: لَا يَنْفِذُ فِي الْوَجْهَيْنِ؛ لِأَنَّهُ قَضَى بِمَا هُوَ خَطَأً عِنْدَهُ) فَيَعْمَلُ بِهِ بِزَعْمِهِ قَالَ الْمُصَنِّفُ (وَعَلَيْهِ الْفَتْوَى)

قال (ثُمَّ الْمُجْتَهِدُ فِيهِ أَنْ مَا لَا يَكُونُ مُخَالَفًا لِمَا ذَكَرْنَا) لَمَّا ذَكَرْنَا أَنَّ حُكْمَ الْحَاكِمِ فِي مَحَلِّ مُجْتَهِدٍ فِيهِ مَاضٍ أَرَادَ أَنْ يُبَيِّنَ الْمُجْتَهِدَ فِيهِ فَقَالَ ثُمَّ الْمُجْتَهِدُ فِيهِ لَا يَكُونُ مُخَالَفًا لِمَا ذَكَرْنَا مِنَ الْكِتَابِ وَالسُّنَّةِ الْمَشْهُورَةِ وَالْإِجْمَاعِ فَإِذَا حَكَمَ حَاكِمٌ بِخِلَافِ ذَلِكَ وَرَفَعَ إِلَى آخَرَ لَمْ يَنْفِذْهُ بَلْ يُنْطَلِّهُ حَتَّى لَوْ نَفَذَهُ ثُمَّ رَفَعَ إِلَى قَاضٍ ثَالِثٍ نَقَضَ؛ لِأَنَّهُ بَاطِلٌ وَضَلَالٌ، وَالْبَاطِلُ لَا يَجُوزُ عَلَيْهِ الْاعْتِمَادُ، بِخِلَافِ الْمُجْتَهِدِ فِيهِ فَإِنَّهُ إِذَا رَفَعَ إِلَى الثَّانِي نَفَذَهُ كَمَا مَرَّ، فَإِنْ نَقَضَهُ فَرَفَعَ إِلَى ثَالِثٍ فَإِنَّهُ يَنْفِذُ الْقَضَاءَ الْأَوَّلَ وَيُنْطَلِّ الثَّانِي؛ لِأَنَّ الْأَوَّلَ كَانَ فِي مَحَلِّ الْاجْتِهَادِ وَهُوَ نَافِذٌ بِالْإِجْمَاعِ، وَالثَّانِي مُخَالَفٌ لِلْإِجْمَاعِ وَمُخَالَفُ الْإِجْمَاعِ بَاطِلٌ لَا يَنْفِذُ، وَالْمُرَادُ مِنْ مُخَالَفَةِ الْكِتَابِ مُخَالَفَةُ نَصِّ الْكِتَابِ الَّذِي لَمْ يَخْتَلَفِ السَّلَفُ فِي تَأْوِيلِهِ كَقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَلَا تَنكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾ [النساء: ٢٢] فَإِنَّ السَّلَفَ اتَّفَقُوا عَلَى عَدَمِ جَوَازِ تَزْوُجِ امْرَأَةِ الْأَبِ وَجَارِيَتِهِ الَّتِي وَطَّهَهَا الْأَبُ، فَلَوْ حَكَمَ حَاكِمٌ بِجَوَازِ ذَلِكَ نَقَضَهُ مَنْ رَفَعَ إِلَيْهِ (وَالْمُرَادُ بِالسُّنَّةِ الْمَشْهُورَةِ مِنْهَا) كَمَا ذَكَرْنَا (وَالْمُرَادُ بِالْمُجْمَعِ عَلَيْهِ مَا اجْتَمَعَ عَلَيْهِ الْجُمْهُورُ) أَيْ جُلُّ النَّاسِ وَأَكْثَرُهُمْ (وَمُخَالَفَةُ الْبَعْضِ غَيْرُ مُعْتَبَرَةٍ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ خِلَافٌ لَا اخْتِلَافٌ) فَعَلَى هَذَا إِذَا حَكَمَ الْحَاكِمُ عَلَى خِلَافِ مَا عَلَيْهِ الْأَكْثَرُ كَانَ حُكْمُهُ عَلَى خِلَافِ الْإِجْمَاعِ نَقَضَهُ مَنْ رَفَعَ إِلَيْهِ، وَيَنْبَغِي أَنْ يُحْمَلَ كَلَامُ الْمُصَنِّفِ هَذَا عَلَى مَا إِذَا كَانَ الْوَاحِدُ الْمُخَالَفُ مِمَّنْ لَمْ يُسَوِّغْ اجْتِهَادَهُ ذَلِكَ كَقَوْلِ ابْنِ عَبَّاسٍ فِي جَوَازِ رَبَا الْفَضْلِ فَإِنَّهُ لَمْ يُسَوِّغْ لَهُ أَحَدٌ ذَلِكَ فَلَمْ يَتَّبِعْهُ وَأَنْكَرُوا عَلَيْهِ، فَإِذَا حَكَمَ حَاكِمٌ بِجَوَازِ ذَلِكَ وَجَبَ نَقْضُهُ؛ لِأَنَّ الْإِجْمَاعَ مُنْعَقِدٌ عَلَى الْحُرْمَةِ بِدُونِهِ فَأَمَّا إِذَا سَوِّغَ لَهُ ذَلِكَ لَمْ يَنْعَقِدِ الْإِجْمَاعُ

بِدُونِهِ كَقَوْلِ ابْنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا فِي اشْتِرَاطِ حَجَبِ الْأُمِّ مِنَ الثَّلَاثِ إِلَى السُّدُسِ بِالْجَمْعِ مِنَ الْإِخْوَةِ وَفِي إِعْطَائِهَا ثُلْثَ الْجَمِيعِ بَعْدَ فَرَضِ أَحَدِ الزَّوْجَيْنِ، فَإِنْ حَكَمَ بِهِ حَاكِمٌ لَمْ يَكُنْ مُخَالَفًا لِلْإِجْمَاعِ، وَهَذَا هُوَ الْمُخْتَارُ عِنْدَ شَمْسِ الْأُيُمَةِ، وَلَعَلَّهُ اخْتِيَارُ الْمُصَنِّفِ وَلَا يُحْمَلُ عَلَى قَوْلٍ مَنْ يَرَى أَنَّ خِلَافَ الْأَقْلِ غَيْرُ مَانِعٍ لِانْعِقَادِهِ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِصَحِيحٍ عِنْدَ عَامَّةِ الْعُلَمَاءِ.

(قَوْلُهُ: وَالْمُعْتَبَرُ الْاِخْتِلَافُ فِي الصَّدْرِ الْأَوَّلِ) مَعْنَاهُ أَنَّ الْاِخْتِلَافَ الَّذِي يَجْعَلُ الْمَحَلَّ مُجْتَهِدًا فِيهِ هُوَ الْاِخْتِلَافُ الَّذِي كَانَ بَيْنَ الصَّحَابَةِ وَالتَّابِعِينَ لَا الَّذِي يَقَعُ بَعْدَهُمْ، وَعَلَى هَذَا إِذَا حَكَمَ الشَّافِعِيُّ أَوْ الْمَالِكِيُّ بِرَأْيِهِ بِمَا يُخَالِفُ رَأْيَ مَنْ تَقَدَّمَ عَلَيْهِ مِنَ الصَّدْرِ الْأَوَّلِ وَرَفَعَ ذَلِكَ إِلَى حَاكِمٍ لَمْ يَرِ ذَلِكَ كَانَ لَهُ أَنْ يَنْقُضَهُ.

قَالَ (وَكُلُّ شَيْءٍ قَضَى بِهِ الْقَاضِي فِي الظَّاهِرِ بِتَحْرِيمٍ فَهُوَ فِي الْبَاطِنِ كَذَلِكَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ) وَكَذَا إِذَا قَضَى بِإِحْلَالٍ، وَهَذَا إِذَا كَانَتْ الدَّعْوَى بِسَبَبٍ مُعَيَّنٍ وَهِيَ مَسْأَلَةُ قَضَاءِ الْقَاضِي فِي الْعُقُودِ وَالْفُسُوحِ بِشَهَادَةِ الزُّورِ وَقَدْ مَرَّتْ فِي النِّكَاحِ.

الشرح:

قَالَ (وَكُلُّ شَيْءٍ قَضَى بِهِ الْقَاضِي فِي الظَّاهِرِ بِتَحْرِيمٍ إلخ) كُلُّ مَا قَضَى بِهِ الْقَاضِي بِتَحْرِيمِهِ فِي الظَّاهِرِ: أَيْ فِيمَا بَيَّنَّا فَهُوَ فِي الْبَاطِنِ: أَيْ عِنْدَ اللَّهِ حَرَامٌ، وَكَذَا إِذَا قَضَى بِإِحْلَالٍ لَكِنْ بِشَرْطٍ أَنْ تَكُونَ الدَّعْوَى بِسَبَبٍ مُعَيَّنٍ كَنِكَاحٍ أَوْ نَيْعٍ أَوْ طَلَاقٍ أَوْ عَتَاقٍ لَا فِي الْأُمْلَاكِ الْمُرْسَلَةِ وَهِيَ مَسْأَلَةُ قَضَاءِ الْقَاضِي فِي الْعُقُودِ وَالْفُسُوحِ بِشَهَادَةِ الزُّورِ، فَمِنْ الْعُقُودِ مَا إِذَا ادَّعَى عَلَى امْرَأَةٍ نِكَاحًا وَأُكْرِتَ فَأَقَامَ عَلَيْهَا شَاهِدِي زُّورٍ وَقَضَى الْقَاضِي بِالنِّكَاحِ بَيْنَهُمَا حَلَّ لِلرَّجُلِ وَطُؤَهَا وَحَلَّ لِلْمَرْأَةِ التَّمَكُّنُ مِنْهُ عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَهُوَ قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ الْأَوَّلِ خِلَافًا لِمُحَمَّدٍ وَزُفَرٍ وَالشَّافِعِيِّ وَهُوَ قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ الْآخِرِ، وَكَذَا إِذَا ادَّعَتْ عَلَى رَجُلٍ وَأُكْرِرَ.

وَمِنْهَا مَا إِذَا قَضَى بِالْبَيْعِ بِشَهَادَةِ الزُّورِ سَوَاءً كَانَتْ الدَّعْوَى مِنْ جِهَةِ الْمُشْتَرِي مِثْلَ أَنْ قَالَ بَعْتَنِي هَذِهِ الْجَارِيَةَ أَوْ مِنْ جِهَةِ الْبَائِعِ مِثْلَ أَنْ يَقُولَ اشْتَرَيْتَ مِنِّي هَذِهِ الْجَارِيَةَ فَإِنَّهُ يَحِلُّ لِلْمُشْتَرِي وَطُؤُهَا فِي الْوَجْهَيْنِ جَمِيعًا سَوَاءً كَانَ الْقَضَاءُ بِالنِّكَاحِ بِحُضُورٍ مَنْ يَصْلُحُ شَاهِدًا فِيهِ وَبِالْبَيْعِ بِثَمَنِ الْجَارِيَةِ أَوْ بِأَقْلٍ مِمَّا يَتَعَانُنُ فِيهِ النَّاسُ أَوْ

لَا عِنْدَ بَعْضِ الْمَشَايخِ؛ لِأَنَّ الشَّهَادَةَ شَرْطٌ لِإِنْشَاءِ النِّكَاحِ قَصْدًا وَالْإِنْشَاءُ هَاهُنَا يَثْبُتُ اقْتِضَاءً فَلَا تُشْتَرَطُ الشَّهَادَةُ وَأَنَّ الْبَيْعَ بَعْثُنِ فَاحِشٍ مُبَادَلَةً وَلِهَذَا يَمْلِكُهُ الْعَبْدُ الْمَأْدُونُ لَهُ وَالْمُكَاتَّبُ وَإِنْ لَمْ يَمْلِكَا التَّبَرُّعَ فَكَانَ كَسَائِرِ الْمُبَادَلَاتِ.

وَقَالَ بَعْضُهُمْ: إِنَّمَا يَثْبُتُ النِّكَاحُ وَالْبَيْعُ إِذَا كَانَ الْقَضَاءُ بِمَحْضَرٍ مِنَ الشُّهُودِ؛ لِأَنَّهَا شَرْطُ صِحَّةِ الْعَقْدِ وَلَمْ يَكُنِ الْبَيْعُ بَعْثُنِ فَاحِشٍ؛ لِأَنَّ الْقَاضِيَ يَصِيرُ مُنْشَأً وَإِنَّمَا يَصِيرُ مُنْشَأً فِيمَا لَهُ وَلَايَةُ الْإِنْشَاءِ وَلَيْسَ لَهُ وَلَايَةُ الْبَيْعِ بَعْثُنِ فَاحِشٍ؛ لِأَنَّهُ تَبَرُّعٌ. وَمِنْ الْفُسُوحِ مَا إِذَا ادَّعَى أَحَدُ الْمُتَعَاقِدَيْنِ فُسْخَ الْعَقْدِ فِي الْجَارِيَةِ وَأَقَامَ شَاهِدَيْنِ زُورٍ فَفَسَخَ الْقَاضِي حَلَ لِلْبَائِعِ وَطُوهَا. وَمِنْهَا مَا إِذَا ادَّعَتْ عَلَى زَوْجِهَا أَنَّهُ طَلَقَهَا ثَلَاثًا وَأَقَامَتْ شَاهِدَيْنِ زُورٍ وَقَضَى الْقَاضِي بِالْفُرْقَةِ وَتَزَوَّجَتْ بِزَوْجٍ آخَرَ بَعْدَ الْقَضَاءِ الْعِدَّةِ حَلَّ لِلزَّوْجِ الثَّانِي وَطُوهَا ظَاهِرًا وَبَاطِنًا عَلِمَ أَنَّ الزَّوْجَ الْأَوَّلَ لَمْ يُطْلَقْهَا بِأَنَّ كَانَ أَحَدُ الشَّاهِدَيْنِ أَوْ لَمْ يَعْلَمْ بِذَلِكَ، وَقَالَا: إِنْ كَانَ عَالِمًا بِحَقِيقَةِ الْحَالِ لَا يَحِلُّ لَهُ ذَلِكَ الْوَطْءُ؛ لِأَنَّ الْفُرْقَةَ عِنْدَهُمَا لَمْ تَقَعْ بَاطِنًا، وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ بِهَا حَلَّ لَهُ ذَلِكَ، وَأَمَّا الزَّوْجُ الْأَوَّلُ فَلَا يَحِلُّ لَهُ الْوَطْءُ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ آخِرًا وَإِنْ كَانَتْ الْفُرْقَةُ لَمْ تَقَعْ بَاطِنًا؛ لِأَنَّهُ لَوْ فَعَلَ ذَلِكَ كَانَ زَانِيًا عِنْدَ النَّاسِ فَيَحْدُوثُهُ. وَذَكَرَ شَيْخُ الْإِسْلَامِ أَنَّ عَلَى قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ الْآخَرَ يَحِلُّ وَطُوهَا سِرًّا؛ وَعَلَى قَوْلِ مُحَمَّدٍ يَحِلُّ لِلأَوَّلِ وَطُوهَا مَا لَمْ يَدْخُلْ بِهَا الثَّانِي، فَإِذَا دَخَلَ بِهَا لَا يَحِلُّ سِوَاءَ عِلْمِ الثَّانِي بِحَقِيقَةِ الْحَالِ أَوْ لَمْ يَعْلَمْ.

قَالَ (وَلَا يَقْضِي الْقَاضِي عَلَى غَائِبٍ إِلَّا أَنْ يَحْضُرَ مَنْ يَقُومُ مَقَامَهُ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: يَجُوزُ لَوْجُودِ الْحُجَّةِ وَهِيَ الْبَيِّنَةُ فَظَهَرَ الْحَقُّ. وَلَنَا أَنَّ الْعَمَلَ بِالشَّهَادَةِ لِقَطْعِ الْمُنَازَعَةِ، وَلَا مُنَازَعَةَ دُونَ الْإِنْكَارِ وَلَمْ يُوْجَدْ، وَلِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ الْإِقْرَارَ وَالْإِنْكَارَ مِنَ الْخَصْمِ فَيَشْتَبِهُ وَجْهَ الْقَضَاءِ لِأَنَّ أَحْكَامَهُمَا مُخْتَلِفَةٌ، وَلَوْ أَنْكَرَ ثُمَّ غَابَ فَكَذَلِكَ لِأَنَّ الشَّرْطَ قِيَامُ الْإِنْكَارِ وَقَدْ قَضَى الْقَضَاءُ، وَفِيهِ خِلَافُ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ، وَمَنْ يَقُومُ مَقَامَهُ قَدْ يَكُونُ نَائِبًا بِإِنَابَتِهِ كَالْوَكِيلِ أَوْ بِإِنَابَةِ الشَّرْعِ كَالْوَصِيِّ مِنْ جِهَةِ الْقَاضِي، وَقَدْ يَكُونُ حُكْمًا بِأَنَّ كَانَ مَا يَدْعِي عَلَى الْغَائِبِ سَبَبًا لِمَا يَدْعِيهِ عَلَى الْحَاضِرِ وَهَذَا فِي غَيْرِ صُورَةٍ فِي الْكُتُبِ، أَمَّا إِذَا كَانَ شَرْطًا لِحَقِّهِ فَلَا مُعْتَبَرَ بِهِ فِي جَعْلِهِ خَصْمًا عَنِ الْغَائِبِ وَقَدْ عُرِفَ تَمَامُهُ فِي الْجَامِعِ.

الشرح:

قَالَ (وَلَا يَقْضِي الْقَاضِي عَلَى غَائِبٍ إِلَّا الْقَضَاءُ عَلَى الْغَائِبِ وَلَهُ عِنْدَنَا لَا يَجُوزُ إِلَّا إِذَا حَضَرَ مَنْ يَقُومُ مَقَامَهُ وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: إِنْ غَابَ عَنِ الْبَلَدِ أَوْ عَنْ مَجْلِسِ الْحُكْمِ وَاسْتَرَّ فِي الْبَلَدِ جَارًا، وَإِلَّا لَا يَصِحُّ فِي الْأَصَحِّ؛ لِأَنَّ فِي الْاسْتِئْثَارِ تَضْيِيعًا لِلْحُقُوقِ دُونَ غَيْرِهِ، وَاسْتَدَلَّ بِأَنَّ ثُبُوتَ الْقَضَاءِ بِوُجُودِ الْحُجَّةِ وَهِيَ الْبَيِّنَةُ، فَإِذَا وَجِدَتْ ظَهَرَ الْحَقُّ فَيَحِلُّ لِلْقَاضِي الْعَمَلُ بِمُقْتَضَاهَا، وَلَنَا أَنَّ الْعَمَلَ بِالشَّهَادَةِ لِقَطْعِ الْمُنَازَعَةِ؛ لِأَنَّ الشَّهَادَةَ خَبَرٌ يَحْتَمِلُ الصِّدْقَ وَالْكَذِبَ، وَلَا يَجُوزُ بِنَاءُ الْحُكْمِ عَلَى الدَّلِيلِ الْمُحْتَمَلِ إِلَّا أَنَّ الشَّرْعَ جَعَلَهُ حُجَّةَ ضَرُورَةٍ قَطْعِ الْمُنَازَعَةِ، وَلِهَذَا إِذَا كَانَ الْخَصْمُ حَاضِرًا وَأَقْرَبَ بِالْحَقِّ لَا حَاجَةَ إِلَيْهَا وَلَا مُنَازَعَةَ إِلَّا بَعْدَ الْإِنْكَارِ وَلَمْ يُوجَدْ، فَإِنْ قَالَ قَدْ عَمِلْتُمْ بِالشَّهَادَةِ بِدُونِ الْإِنْكَارِ إِذَا حَضَرَ الْخَصْمُ وَسَكَتَ.

وَأُجِيبَ بِأَنَّ الشَّرْعَ أَنْزَلَهُ مُتَكِرًّا حَمَلًا لِأَمْرِهِ عَلَى الصَّلَاحِ، إِذَا ظَاهَرَ مِنْ حَالِ الْمُسْلِمِ أَنْ لَا يَسْكُتَ إِنْ كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ أَوْ رَفَعَا لظُلْمِهِ إِنْ أَرَادَ بِسُكُوتِهِ تَوْقِيفَ حَالِ الْمُدَّعِي عَنْ سَمَاعِ الْحُجَّةِ فَكَانَ الْإِنْكَارُ مَوْجُودًا حُكْمًا، وَإِنْ قَالَ سَلَمْنَا أَنْ لَا مُنَازَعَةَ إِلَّا بِالْإِنْكَارِ لَكِنَّهُ مَوْجُودٌ ظَاهِرًا فِيمَا نَحْنُ فِيهِ فَإِنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ الْإِقْرَارِ، إِذَا الْأَصْلُ فِي الْيَدِ الْمَلِكُ.

قُلْنَا: مِمَّنْوَغٌ، فَإِنَّ الظَّاهِرَ مِنْ حَالِهِ الْإِقْرَارُ؛ لِأَنَّ الْمُدَّعِيَّ صَادِقَ ظَاهِرِ الْوُجُودِ مَا يَصْرِفُهُ عَنِ الْكَذِبِ مِنَ الْعَقْلِ وَالِدِّينِ فَهُوَ لَا يَتْرُكُ الْإِقْرَارَ لِعَقْلِهِ وَدِينِهِ أَيْضًا. وَإِنْ قَالَ لَوْ أَنْكَرْتُ ثُمَّ غَابَ كَانَ الْوَاجِبُ سَمَاعُ الْحُجَّةِ وَلَيْسَ كَذَلِكَ. قُلْنَا إِذَا كَانَتْ شَرْطًا فَالْمُلَازِمَةُ مِمَّنْوَغَةٌ؛ لِأَنَّ وُجُودَ الشَّرْطِ لَا يَسْتَلْزِمُ وُجُودَ الْمَشْرُوطِ، وَسَيَأْتِي لَهُ جَوَابٌ آخَرُ. وَإِنْ قَالَ وَقَفَ الْحُكْمُ عَلَى حُضُورِ الْخَصْمِ غَيْرِ مُفِيدٍ بَعْدَ ظُهُورِ الْحَقِّ بِالْبَيِّنَةِ؛ لِأَنَّهُ إِنْ حَضَرَ فَأَقْرَبَ لِرِمَتْ الدَّعْوَى وَإِنْ أَنْكَرَ فَكَذَلِكَ. فَالْجَوَابُ بِأَنَّ التَّزَاغَ فِي ظُهُورِ الْحَقِّ بِالْبَيِّنَةِ فَإِنَّهُ عِنْدَنَا لَا يَظْهَرُ بِهَا إِلَّا بِالتَّزَاغِ وَبِأَنَّهُ مُفِيدٌ لاحتِمَالِ أَنْ يَطْعَنَ فِي الشُّهُودِ وَيُثْبِتَهُ أَوْ يُسَلِّمَ الدَّعْوَى وَيَدَّعِي الْأَدَاءَ وَيُثْبِتَهُ، أَوْ يُقَرَّرَ قَبْلَ الْقَضَاءِ بِالْبَيِّنَةِ فَيَبْطُلَ الْحُكْمُ بِالْبَيِّنَةِ، وَوُقُوعُ ذَلِكَ بَعْدَ الْحُكْمِ مُمَكِّنٌ وَفِيهِ إِبْطَالُهُ، وَصَوْنُ الْحُكْمِ عَنِ الْبُطْلَانِ مِنْ أَجْلِ الْفَوَائِدِ.

(قَوْلُهُ: وَلَئِنَّهُ يُحْتَمَلُ الْإِقْرَارُ إِلَّا) دَلِيلٌ آخَرٌ عَلَى الْمَطْلُوبِ، وَالضَّمِيرُ لِلشَّأْنِ،

وَيَجُوزُ أَنْ يَتَنَازَعَانَ وَيَشْتَبِهَ فِي وَجْهِ الْقَضَاءِ وَأَعْمَلَ الثَّانِي؛ وَمَعْنَاهُ أَنَّ الشَّانَ يَحْتَمِلُ
 الْإِقْرَارَ وَالْإِنْكَارَ، أَوْ وَجْهَ الْقَضَاءِ يَحْتَمِلُهُمَا مِنَ الْخَصْمِ فَيَشْتَبِهُ عَلَى الْحَاكِمِ وَجْهُ
 الْقَضَاءِ؛ لِأَنَّ أَحْكَامَهُمَا مُخْتَلِفَةٌ، فَإِنَّ حُكْمَ الْقَضَاءِ بِالْبَيِّنَةِ وَجُوبُ الضَّمَانِ عَلَى الشُّهُودِ
 عِنْدَ الرُّجُوعِ وَيَظْهَرُ فِي الزَّوَائِدِ الْمُتَّصِلَةِ وَالْمُنْفَصِلَةِ، وَقَدْ تَقَدَّمَ فِي أَوَّلِ بَابِ الاسْتِحْقَاقِ
 مِنَ الْبُيُوعِ أَنَّ الرَّجُلَ إِذَا اشْتَرَى جَارِيَةً فَوَلَدَتْ عِنْدَهُ فَاسْتَحَقَّهَا رَجُلٌ بِالْبَيِّنَةِ فَإِنَّهُ
 يَأْخُذُهَا وَوَلَدَهَا، وَإِنْ أَقْرَبَ بِهَا الرَّجُلُ لَمْ يَأْخُذْ وَلَدَهَا؛ لِأَنَّ الْبَيِّنَةَ حُجَّةٌ مُطْلَقَةٌ كَاسْمِهَا
 مُبَيَّنَةٌ فَيَظْهَرُ مِلْكُ الْجَارِيَةِ مِنَ الْأَصْلِ فَيَكُونُ الْوَلَدُ مُتَفَرِّعًا عَنْ جَارِيَةٍ مَمْلُوكَةٍ لِلْمُسْتَحَقِّ
 وَلِهَذَا تُرْجِعُ الْبَاعَةُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ، بِخِلَافِ الْحُكْمِ بِالْإِقْرَارِ فَإِنَّهُ حُجَّةٌ قَاصِرَةٌ لِانْعِدَامِ
 الْوِلَايَةِ عَلَى الْغَيْرِ وَهَذَا لَا يَرْجِعُ الْبَاعَةُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ، فَإِنْ اسْتَدَلَّ الْخَصْمُ بِقَوْلِهِ
 عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعِي» فَإِنَّهُ لَا يَفْصِلُ بَيْنَ كَوْنِ الْخَصْمِ حَاضِرًا أَوْ
 غَائِبًا، أَوْ بِحَدِيثِ هِنْدٍ حَيْثُ قَالَتْ «يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنَّ أَبَا سُفْيَانَ رَجُلٌ شَحِيحٌ لَا يُعْطِينِي
 مَا يَكْفِينِي وَوَلَدِي، فَقَالَ: خُذِي مِنْ مَالِ أَبِي سُفْيَانَ مَا يَكْفِيكَ وَوَلَدُكَ بِالْمَعْرُوفِ»
 فَقَدْ قَضَى عَلَيْهِ بِالنَّفَقَةِ وَهُوَ غَائِبٌ أَجَبْنَاهُ عَنْ الْحَدِيثِ الْأَوَّلِ بِأَنَّهُ يَدُلُّ عَلَى أَنَّ مَنْ ادَّعَى
 شَيْئًا فَعَلَيْهِ إِقَامَةُ الْبَيِّنَةِ، وَهُوَ مَعَ كَوْنِهِ مَتْرُوكَ الظَّاهِرِ؛ لِأَنَّ الْخَصْمَ إِذَا أَقْرَأَ لَيْسَ عَلَى
 الْمُدَّعِي إِقَامَةُ الْبَيِّنَةِ لَيْسَ بِمَحَلٍّ لِلتَّرَاخُ، وَإِنَّمَا التَّرَاخُ فِي أَنَّ الْقَاضِيَ هَلْ يَجُوزُ لَهُ أَنْ
 يَحْكُمَ عَلَى الْغَائِبِ أَوْ لَا، وَلَيْسَ فِيهِ مَا يَدُلُّ عَلَى نَفْيٍ أَوْ إِبْتِائِ، وَقَدْ قَامَ الدَّلِيلُ عَلَى
 نَفْيِهِ وَهُوَ قَوْلُهُ: ﷺ لَعَلِّي حِينَ بَعَثْتُهُ إِلَى الْيَمَنِ «لَا تَقْضِ لِأَحَدٍ الْخَصْمَيْنِ بِشَيْءٍ حَتَّى
 تَسْمَعَ كَلَامَ الْآخَرِ، فَإِنَّكَ إِذَا سَمِعْتَ كَلَامَ الْآخَرِ عَلِمْتَ كَيْفَ تَقْضِي» رَوَاهُ
 التِّرْمِذِيُّ وَقَالَ: هَذَا حَدِيثٌ حَسَنٌ.

وَعَنْ حَدِيثِ هِنْدٍ بِأَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ كَانَ عَالِمًا بِاسْتِحْقَاقِ النَّفَقَةِ عَلَى أَبِي
 سُفْيَانَ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهَا لَمْ تُقِمِ الْبَيِّنَةَ (قَوْلُهُ: لَوْ أَنْكَرْتُ ثُمَّ غَابَ فَكَذَلِكَ) يَعْني لَا يَقْضِي
 الْقَاضِيَ فِي غَيْبَتِهِ وَإِنْ وُجِدَ مِنْهُ الْإِنْكَارُ، وَكَذَا إِذَا أَنْكَرَ وَسَمِعْتَ الْبَيِّنَةَ ثُمَّ غَابَ قَبْلَ
 الْقَضَاءِ؛ (لَأَنَّ الشَّرْطَ قِيَامُ الْإِنْكَارِ وَقْتَ الْقَضَاءِ)؛ لِأَنَّ الْبَيِّنَةَ إِنَّمَا تَصِيرُ حُجَّةً بِالْقَضَاءِ
 وَهُوَ الْجَوَابُ الْمَوْعُودُ بِقَوْلِنَا سَيَأْتِي (وَفِيهِ خِلَافُ أَبِي يُوسُفَ) فَإِنَّهُ يَقُولُ: الشَّرْطُ
 الْإِصْرَارُ عَلَى الْإِنْكَارِ إِلَى وَقْتِ الْقَضَاءِ وَهُوَ ثَابِتٌ بَعْدَ غَيْبَتِهِ بِالِاسْتِصْحَابِ.

وَأُجِيبَ بِأَنَّ الْاِسْتِصْحَابَ يَصْلُحُ لِلرَّفْعِ لَا لِلْإِثْبَاتِ. قَالَ (وَمَنْ يَقُومُ مَقَامَهُ الْخ) لَمَّا ذَكَرَ أَنَّ الْقَضَاءَ عَلَى الْغَائِبِ لَا يَجُوزُ إِلَّا أَنْ يَحْضُرَ مَنْ يَقُومُ مَقَامَهُ يَنْ ذَلِكَ. وَأَعْلَمُ أَنَّ قِيَامَ الْحَاضِرِ مَقَامَ الْغَائِبِ إِمَّا أَنْ يَكُونَ بِفِعْلٍ فَاعِلٍ أَوْ يَكُونَ حُكْمًا شَرْعِيًّا. وَالْأَوَّلُ إِمَّا أَنْ يَكُونَ الْفَاعِلُ هُوَ الْغَائِبُ كَمَا إِذَا وَكَّلَ شَخْصًا وَهُوَ ظَاهِرٌ أَوْ الْقَاضِي كَمَا إِذَا أَقَامَ وَصِيًّا مِنْ جِهَتِهِ. وَالثَّانِي إِمَّا أَنْ يَكُونَ مَا يَدَّعِي بِهِ عَلَى الْغَائِبِ سَبَبًا لَازِمًا لَمَّا يَدَّعِي بِهِ عَلَى الْحَاضِرِ أَوْ شَرْطًا لِحَقِّهِ، فَإِنْ كَانَ سَبَبًا لَازِمًا سَوَاءً كَانَ الْمُدَّعَى وَاحِدًا كَمَا إِذَا ادَّعَى دَارًا فِي يَدِ رَجُلٍ أَنَّهَا مِلْكُهُ وَأَنْكَرَ ذُو الْيَدِ فَأَقَامَ الْمُدَّعَى بَيِّنَةً أَنَّ الدَّارَ دَارُهُ اشْتَرَاهَا مِنْ فُلَانٍ الْغَائِبِ وَهُوَ يَمْلِكُهَا فَإِنَّ الْمُدَّعَى وَهُوَ الدَّارُ شَيْءٌ وَاحِدٌ، وَمَا ادَّعَى عَلَى الْغَائِبِ وَهُوَ الشِّرَاءُ سَبَبٌ لثُبُوتِ مَا يَدَّعِي عَلَى الْحَاضِرِ؛ لِأَنَّ الشِّرَاءَ مِنَ الْمَالِكِ سَبَبٌ لِلْمِلْكِ لَا مَحَالَةَ، أَوْ شَيْئَيْنِ مُخْتَلَفَيْنِ، كَمَا إِذَا شَهِدَ شَاهِدَانِ لِرَجُلٍ عَلَى رَجُلٍ بِحَقٍّ مِنْ الْحُقُوقِ فَقَالَ الْمَشْهُودُ عَلَيْهِ هُمَا عَبْدًا فُلَانٍ الْغَائِبِ فَأَقَامَ الْمَشْهُودُ لَهُ بَيِّنَةً أَنَّ فُلَانًا الْغَائِبَ أَعْتَقَهُمَا وَهُوَ يَمْلِكُهُمَا تُقْبَلُ هَذِهِ الشَّهَادَةُ.

وَالْمُدَّعَى شَيْئَانِ: الْمَالُ عَلَى الْحَاضِرِ وَالْعِتْقُ عَلَى الْغَائِبِ، وَالْمُدَّعَى عَلَى الْغَائِبِ سَبَبُ الْمُدَّعَى عَلَى الْحَاضِرِ لَا مَحَالَةَ؛ لِأَنَّ وِلَايَةَ الشَّهَادَةِ لَا تَنفَكُ عَنِ الْعِتْقِ بِحَالٍ فَالْقَضَاءُ فِيهِمَا عَلَى الْحَاضِرِ قَضَاءٌ عَلَى الْغَائِبِ، وَالْحَاضِرُ يَنْتَصِبُ خَصْمًا عَنِ الْغَائِبِ؛ لِأَنَّ الْمُدَّعَى شَيْءٌ وَاحِدٌ فِي الْأَوَّلِ أَوْ كَشَيْءٍ وَاحِدٍ فِي الثَّانِي لِعَدَمِ الْاِتِّفَاقِ، فَإِذَا حَضَرَ الْغَائِبُ وَأَنْكَرَ لَا يُلْتَفَتُ إِلَى إِنْكَارِهِ وَلَا يُحْتَاجُ إِلَى إِعَادَةِ الْبَيِّنَةِ، وَلَهُمَا نَظَائِرُ فِي الْكُتُبِ الْمَبْسُوطَةِ، وَالْمُصَنَّفِ لَمْ يَتَعَرَّضْ إِلَّا لِلْسَّبَبِ، وَأَمَّا أَنْ يَكُونَ الْمُدَّعَى شَيْئًا وَاحِدًا أَوْ شَيْئَيْنِ مُخْتَلَفَيْنِ فَلَمْ يَتَعَرَّضْ لَهُ لِحُصُولِ الْمَقْصُودِ بِالسَّبَبِ اللَّازِمِ، فَإِنَّ الشَّيْءَ إِذَا ثَبَتَ ثَبَتَ بِلَوَازِمِهِ، وَقَدْ دَنَا السَّبَبُ بِقَوْلِنَا لَازِمًا احْتِرَازًا عَمَّا إِذَا كَانَ سَبَبًا فِي وَقْتٍ دُونَ وَقْتٍ.

فَإِنَّ الْحَاضِرَ فِيهِ لَا يَنْتَصِبُ خَصْمًا عَنِ الْغَائِبِ، كَمَا إِذَا قَالَ رَجُلٌ لَامْرَأَةٍ رَجُلٍ غَائِبٍ إِنَّ زَوْجَكَ فُلَانًا الْغَائِبَ وَكَلَّنِي أَنْ أَحْمِلَكَ إِلَيْهِ، فَقَالَتْ: إِنَّهُ كَانَ قَدْ طَلَّقَنِي ثَلَاثًا وَأَقَامَتْ عَلَى ذَلِكَ بَيِّنَةً قُبِلَتْ بَيِّنَتُهَا فِي حَقِّ قِصْرِ يَدِ الْوَكِيلِ عَنْهَا لَا فِي حَقِّ إِبْثَاتِ الطَّلَاقِ عَلَى الْغَائِبِ، حَتَّى إِذَا حَضَرَ وَأَنْكَرَ الطَّلَاقَ يَجِبُ عَلَيْهَا إِعَادَةُ الْبَيِّنَةِ؛ لِأَنَّ

الْمُدَّعَى عَلَى الْغَائِبِ، وَهُوَ الطَّلَاقُ لَيْسَ بِسَبَبٍ لَازِمٍ لثُبُوتِ مَا يُدَّعَى عَلَى الْحَاضِرِ وَهُوَ قِصْرُ يَدِهِ، فَإِنَّ الطَّلَاقَ مَتَى تَحَقَّقَ قَدْ لَا يُوجِبُ قِصْرَ يَدِ الْوَكِيلِ بَأَن لَمْ يَكُنْ وَكِيلًا بِالْحَمْلِ قَبْلَ الطَّلَاقِ، وَقَدْ يُوجِبُ بَأَن كَانَ وَكِيلًا بِالْحَمْلِ قَبْلَ الطَّلَاقِ فَكَانَ الْمُدَّعَى عَلَى الْغَائِبِ سَبَبًا لثُبُوتِ الْمُدَّعَى عَلَى الْحَاضِرِ مِنْ وَجْهِ دُونَ وَجْهِ، فَقُلْنَا: يَقْضِي بِقِصْرِ الْيَدِ دُونَ الطَّلَاقِ عَمَلًا بِهِمَا.

فَإِنْ قِيلَ: كَلَامُ الْمُصَنِّفِ سَاكِتٌ عَنْ هَذَا الْقَيْدِ قُلْتُ: اكْتَفَى بِالِطَّلَاقِ لَصَرْفِ الْمُطْلَقِ إِلَى الْكَامِلِ عَنِ التَّقْيِيدِ، وَإِنْ كَانَ أَغْنَى مَا يُدَّعَى بِهِ عَلَى الْغَائِبِ شَرْطًا لِحَقِّهِ، أَيْ لِحَقِّ الْمُدَّعَى عَلَى الْحَاضِرِ كَمَنْ قَالَ لَامْرَأَتِهِ إِنْ طَلَّقَ فَلَانَّ امْرَأَتُهُ فَأَنْتِ طَالِقٌ فَادَّعَتْ امْرَأَةُ الْحَالِفِ عَلَيْهِ أَنْ فَلَانًا طَلَّقَ امْرَأَتَهُ وَأَقَامَتْ عَلَى ذَلِكَ بَيِّنَةً قَالَ الْمُصَنِّفُ: فَلَا مُعْتَبَرَ بِهِ فِي جَعْلِهِ خَصْمًا عَنِ الْغَائِبِ وَهُوَ قَوْلُ عَامَّةِ الْمَشَائِخِ؛ لِأَنَّ بَيِّنَتَهَا عَلَى فَلَانِ الْغَائِبِ لَا تَصِحُّ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ ابْتِدَاءُ الْقَضَاءِ عَلَى الْغَائِبِ. وَقَالَ الْإِمَامُ فَخْرُ الْإِسْلَامِ وَشَمْسُ الْأُئِمَّةِ الْأَوْزَجَنْدِيُّ إِنَّ الْبَيِّنَةَ تُقْبَلُ وَيُجْعَلُ الْحَاضِرُ خَصْمًا عَنِ الْغَائِبِ كَمَا فِي السَّبَبِ؛ لِأَنَّ دَعْوَى الْمُدَّعَى كَمَا تَتَوَقَّفُ عَلَى السَّبَبِ تَتَوَقَّفُ عَلَى الشَّرْطِ.

لَا يُقَالُ: الْمُعْتَبَرُ هُوَ السَّبَبُ اللَّازِمُ وَالتَّوَقُّفُ فِيهِ أَكْثَرُ لِكُونِهِ مِنَ الْجَانِبَيْنِ؛ لِأَنَّ الْمُعْتَبَرَ تَوَقَّفُ مَا يُدَّعَى عَلَى الْحَاضِرِ عَلَى مَا يُدَّعَى عَلَى الْغَائِبِ وَهُوَ فِي الشَّرْطِ مَوْجُودٌ. وَأَخْرَجَ الْمُصَنِّفُ الْمُسَخَّرَ مِنْ جِهَةِ الْقَاضِي وَهُوَ مَنْ يُنْصَبُّ وَكِيلًا عَنِ الْغَائِبِ لِيَسْتَمَعَ الْخُصُومَةَ عَلَيْهِ بِقَوْلِهِ كَالْوَصِيِّ مِنْ جِهَةِ الْقَاضِي؛ لِأَنَّ كَلَامَهُ فِيمَنْ يَقُومُ مَقَامَ الْغَائِبِ وَالْمُسَخَّرُ لَا يَقُومُ مَقَامَهُ، ذَكَرَهُ فِي الذَّخِيرَةِ وَهُوَ إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ فِيهِ فَكَأَنَّهُ اخْتَارَهُ.

قَالَ (وَيُقْرِضُ الْقَاضِي أَمْوَالَ الْيَتَامَى وَيَكْتَبُ ذِكْرَ الْحَقِّ) لِأَنَّ فِي الْإِقْرَاضِ مَصْلَحَتَهُمْ لِبَقَاءِ الْأَمْوَالِ مَحْفُوظَةً مَضْمُونَةً، وَالْقَاضِي يَقْدِرُ عَلَى الْاسْتِخْرَاجِ وَالتَّكْتَابَةِ لِيَحْفَظَهُ (وَإِنْ أَقْرَضَ الْوَصِيُّ ضَمِنَ) لِأَنَّهُ لَا يَقْدِرُ عَلَى الْاسْتِخْرَاجِ، وَالْأَبُ بِمَنْزِلَةِ الْوَصِيِّ فِي أَصَحِّ الرَّوَايَتَيْنِ لِعَجْزِهِ عَنِ الْاسْتِخْرَاجِ.

الشرح:

قَالَ (وَيُقْرِضُ الْقَاضِي أَمْوَالَ الْيَتَامَى إلخ) لِلْقَاضِي أَنْ يُقْرِضَ أَمْوَالَ الْيَتَامَى وَيَكْتَبُ الصَّكَّ لِأَجْلِ تَذَكُّرِ الْحَقِّ وَهُوَ الْإِقْرَاضُ؛ لِأَنَّ فِي إِقْرَاضِ أَمْوَالِهِمْ مَصْلَحَتَهُمْ

لِبَقَائِهَا مَحْفُوظَةٌ فَإِنَّ الْقَاضِيَّ لِكَثْرَةِ أَشْغَالِهِ قَدْ يَعْجُزُ عَنِ الْحِفْظِ بِنَفْسِهِ وَبِالْوَدِيعَةِ إِنْ حَصَلَ الْحِفْظُ لَمْ تَكُنْ مَضْمُونَةً بِأَهْلَاكَ فَلَمْ تَكُنْ مَضْمُونَةً، وَبِالْقَرْضِ تَصِيرُ مَحْفُوظَةٌ مَضْمُونَةً فَيُقْرِضُهَا. فَإِنْ قِيلَ: نَعَمْ هُوَ كَذَلِكَ لَكِنْ لَمْ يُؤْمَنْ التَّوَى لِحُجُودِ الْمُسْتَقْرِضِ، أَجَابَ بِقَوْلِهِ وَالْقَاضِي يَقْدِرُ عَلَى الْإِسْتِخْرَاجِ لَكَوْنِهِ مَعْلُومًا لَهُ وَبِالْكِتَابَةِ يَحْصُلُ الْحِفْظُ وَيَتَنَفَّى النَّسِيَانُ، بِخِلَافِ الْوَصِيِّ فَإِنَّهُ لَيْسَ لَهُ أَنْ يُقْرِضَ، فَإِنْ فَعَلَ ضَمِنَ؛ لِأَنَّ الْحِفْظَ وَالضَّمَانَ وَإِنْ كَانَا مَوْجُودَيْنِ بِالإِقْرَاضِ لَكِنْ مَخَافَةَ التَّوَى بَاقِيَةً لَعَدَمِ قُدْرَتِهِ عَلَى الْإِسْتِخْرَاجِ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ كُلُّ قَاضٍ يَعْدِلُ وَلَا كُلُّ بَيِّنَةٍ تَعْدِلُ، وَالْأَبُ كَالْوَصِيِّ فِي أَصَحِّ الرُّوَايَتَيْنِ؛ لِأَنَّهُ عَاجِزٌ عَنِ الْإِسْتِخْرَاجِ، وَهُوَ اخْتِبَارُ الْإِمَامِ فَخَرِ الْإِسْلَامِ وَالصَّدْرِ الشَّهِيدِ وَالْعَتَّابِيِّ، وَفِي رِوَايَةٍ: يَجُوزُ لَهُ ذَلِكَ؛ لِأَنَّ وَلَايَةَ الْأَبِ تَعْمُ الْمَالِ وَالنَّفْسَ كَوَلَايَةِ الْقَاضِي، وَشَفَقَتُهُ تَمْنَعُ مِنْ تَرْكِ النَّظَرِ لَهُ، وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ يُقْرِضُهُ مِمَّنْ يَأْمَنُ جُحُودَهُ، وَإِنْ أَخَذَهُ الْأَبُ قَرْضًا لِنَفْسِهِ فَالْقِرَاضُ يَجُوزُ. وَرَوَى الْحَسَنُ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ

بَابُ التَّحْكِيمِ

(وَإِذَا حَكَمَ رَجُلَانِ رَجُلًا فَحَكَمَ بَيْنَهُمَا وَرَضِيَا بِحُكْمِهِ جَانِ) لِأَنَّ لَهُمَا وَلَايَةً عَلَى أَنْفُسِهِمَا فَصَحَّ تَحْكِيمُهُمَا وَيَنْفَعُ حُكْمُهُ عَلَيْهِمَا، وَهَذَا إِذَا كَانَ الْمُحَكَّمُ بِصِفَةِ الْحَاكِمِ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الْقَاضِي فِيهِمَا بَيْنَهُمَا فَيُشْتَرَطُ أَهْلِيَّةُ الْقَضَاءِ، وَلَا يَجُوزُ تَحْكِيمُ الْكَافِرِ وَالْعَبْدِ وَالذَّمِّيِّ وَالْمَحْدُودِ فِي الْقَدْرِ وَالْفَاسِقِ وَالصَّبِيِّ لَانْعِدَامِ أَهْلِيَّةِ الْقَضَاءِ اعْتِبَارًا بِأَهْلِيَّةِ الشَّهَادَةِ وَالْفَاسِقِ إِذَا حَكَمَ يَحِبُّ أَنْ يَجُوزَ عِنْدَنَا كَمَا مَرَّ فِي الْمَوْلَى (وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْمُحَكَّمَيْنِ أَنْ يَرْجِعَ مَا لَمْ يَحْكَمْ عَلَيْهِمَا) لِأَنَّهُ مُقَلَّدٌ مِنْ جِهَتَيْهِمَا فَلَا يَحْكُمُ إِلَّا بِرِضَاهُمَا جَمِيعًا (وَإِذَا حَكَمَ لَزِمَهُمَا) لَصُدُورِ حُكْمِهِ عَنْ وَلَايَةِ عَلَيْهِمَا (وَإِذَا رَفَعَ حُكْمَهُ إِلَى الْقَاضِي فَوَافَقَ مَذْهَبَهُ أَمْضَاهُ) لِأَنَّهُ لَا فَائِدَةَ فِي نَقْضِهِ ثُمَّ فِي إِبْرَامِهِ عَلَى ذَلِكَ الْوَجْهِ (وَإِنْ خَالَفَهُ أَبْطَلَهُ) لِأَنَّ حُكْمَهُ لَا يَلْزَمُهُ لَعَدَمِ التَّحْكِيمِ مِنْهُ.

الشرح:

(بَابُ التَّحْكِيمِ): هَذَا بَابٌ مِنْ فُرُوعِ الْقَضَاءِ، وَتَأْخِيرُهُ مِنْ حَيْثُ إِنَّ الْمُحَكَّمِ أَدْنَى مَرْتَبَةٍ مِنَ الْقَاضِي لِإِقْتِصَارِ حُكْمِهِ عَلَى مَنْ رَضِيَ بِحُكْمِهِ وَعُمُومِ وَلَايَةِ الْقَاضِي. وَهُوَ مَشْرُوعٌ بِالْكِتَابِ وَالْإِجْمَاعِ، أَمَّا الْكِتَابُ فَقَوْلُهُ: تَعَالَى فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ

وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا وَالصَّحَابَةُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ كَانُوا مُجْتَمِعِينَ عَلَى جَوَازِ التَّحْكِيمِ (وَإِذَا حَكَمَ رَجُلَانِ رَجُلًا لِيَحْكُمَ بَيْنَهُمَا وَرَضِيَا بِحُكْمِهِ جَازًا؛ لِأَنَّ لَهُمَا وَلَايَةً عَلَى أَنْفُسِهِمَا فَيَصِحُّ تَحْكِيمُهُمَا وَإِذَا حَكَمَ لَزِمَهُمَا) لَصُدُورِ حُكْمِهِ عَنْ وَلَايَةِ عَلَيْهِمَا (وَهَذَا إِذَا كَانَ الْمُحَكَّمُ بِصِفَةِ الْحَاكِمِ الْمَوْلَى؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَتِهِ فِيمَا بَيْنَهُمَا)

وَاعْتَرَضَ بِأَنَّهُ لَوْ كَانَ كَذَلِكَ لَمَا وَقَعَتِ الْفُرْقَةُ بَيْنَهُمَا فِي حَقِّ التَّغْلِيْقِ وَالْإِضَافَةِ إِلَى الْمُسْتَقْبَلِ عَلَى قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ لَكِنَّهَا وَقَعَتْ فَإِنَّهُمَا جَائِزَانِ فِي الْقَضَاءِ دُونَ التَّحْكِيمِ عِنْدَهُ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ التَّحْكِيمَ صَلَاحٌ مَعْنَى حَيْثُ لَا يَثْبُتُ إِلَّا بِتَرَاضِيِ الْخَصْمَيْنِ وَالْمَقْصُودُ بِهِ قَطْعُ الْمُنَازَعَةِ وَالصُّلْحُ لَا يُعْلَقُ وَلَا يُضَافُ، بِخِلَافِ الْقَضَاءِ وَالْإِمَارَةِ؛ لِأَنَّهُ تَفْوِيضٌ (وَإِذَا كَانَ الْمُحَكَّمُ بِمَنْزِلَةِ الْحَاكِمِ) أُشْطِرَ لَهُ أَهْلِيَّةُ الْقَضَاءِ (فَلَوْ حَكَمَا امْرَأَةً فِيمَا يَثْبُتُ بِالشُّبُهَاتِ جَازًا؛ لِأَنَّهَا مِنْ أَهْلِ الشَّهَادَةِ فِيهَا).

قَالَ (وَلَا يَجُوزُ تَحْكِيمُ الْكَافِرِ وَالْعَبْدِ إلخ) قَدْ تَقَدَّمَ أَنَّ أَهْلِيَّةَ الْقَضَاءِ بِأَهْلِيَّةِ الشَّهَادَةِ فَمَنْ لَيْسَ فِيهِ ذَلِكَ لَا يُقْلَدُ حَاكِمًا وَلَا مُحَكَّمًا، فَلَا يَجُوزُ تَحْكِيمُ الْكَافِرِ وَالْعَبْدِ وَالذَّمِّيِّ إِنْ حَكَمَهُ الْمُسْلِمُونَ، وَإِنْ حَكَمَهُ أَهْلُ الذَّمَّةِ جَازًا؛ لِأَنَّهُ مِنْ أَهْلِ الشَّهَادَةِ فِيمَا بَيْنَهُمْ، وَتَرَاضِيهِمَا عَلَيْهِ فِي حَقِّهِمَا كَتَقْلِيدِ السُّلْطَانِ إِيَّاهُ، وَتَقْلِيدِ الذَّمِّيِّ لِيَحْكُمَ بَيْنَ أَهْلِ الذَّمَّةِ صَحِيحٌ دُونَ الْإِسْلَامِ، فَكَذَا تَحْكِيمُهُ، وَالْمَحْدُودُ فِي الْقَذْفِ وَإِنْ تَابَ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ مِنْ أَهْلِ الشَّهَادَةِ عِنْدَنَا كَمَا سَيَأْتِي، وَالْفَاسِقُ وَالصَّيِّ لِعَدَمِ أَهْلِيَّةِ الشَّهَادَةِ فِيهِمَا لَكِنْ إِذَا حَكَمَ الْفَاسِقُ يَجِبُ أَنْ يَجُوزَ عِنْدَنَا كَمَا مَرَّ فِي أَوَّلِ أَدَبِ الْقَاضِي أَنْ الْفَاسِقُ لَا يَنْبَغِي أَنْ يُقْلَدَ الْقَضَاءُ، وَلَوْ قُلِدَ جَازًا وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْمُحَكَّمَيْنِ أَنْ يَرْجِعَ قَبْلَ أَنْ يَحْكُمَ عَلَيْهِمَا؛ لِأَنَّهُ مُقْلَدٌ مِنْ جِهَتَيْهِمَا لَا تَفَاقُهِمَا عَلَى ذَلِكَ (فَلَا يَحْكُمُ إِلَّا بِرِضَاهُمَا جَمِيعًا)؛ لِأَنَّ مَا كَانَ وَجُودُهُ مِنْ شَيْئَيْنِ لَا بُدَّ لَهُ مِنْ وَجُودِهِمَا، وَأَمَّا عَدَمُهُ فَلَا يُحْتَاجُ إِلَى عَدَمِهِمَا بَلْ يَعْدَمُ بِعَدَمِ أَحَدِهِمَا، وَعَلَى هَذَا يَسْقُطُ مَا قِيلَ يَنْبَغِي أَنْ لَا يَصِحَّ الْإِخْرَاجُ إِلَّا بِاتِّفَاقِهِمَا أَيْضًا.

فَإِنْ قِيلَ: إِخْرَاجُ أَحَدِهِمَا سَعْيٌ فِي نَقْضِ مَا تَمَّ مِنْ جِهَتِهِ. قُلْنَا: مَا تَمَّ الْأَمْرُ وَإِنَّمَا التَّمَامُ بَعْدَ الْحُكْمِ وَلَا نَقْضَ حِينَئِذٍ فَإِنَّهُ لَا رُجُوعَ لَوَاحِدٍ مِنْهُمَا لِلزُّومِ الْحُكْمِ بِصُدُورِهِ عَنْ وَلَايَةِ عَلَيْهِمَا كَالْقَاضِي إِذَا قَضَى ثُمَّ عَزَلَهُ السُّلْطَانُ فَإِنَّهُ لَا زِمَ (وَإِذَا رُفِعَ

حُكْمُهُ إِلَى حَاكِمٍ فَوَافَقَ مَذْهَبَهُ أَمْضَاهُ؛ لِأَنَّهُ إِذَا نَقَضَهُ لَمْ يَحْكَمْ إِلَّا بِذَلِكَ فَ (لَا فَائِدَةَ فِي نَقْضِهِ ثُمَّ فِي إِبْرَامِهِ عَلَى ذَلِكَ الْوَجْهِ) وَفَائِدَةُ إِبْرَامِهِ أَنَّهُ لَوْ رُفِعَ إِلَى حَاكِمٍ يُخَالِفُ مَذْهَبَهُ لَمْ يَتِمَّكُنْ مِنْ نَقْضِهِ، وَلَوْ لَمْ يَتِمَّكُنْ لَتَمَكَّنْ؛ لِأَنَّ إِمْنَاضَ الْأَوَّلِ بِمَنْزِلَةِ حُكْمٍ نَفْسِهِ (وَلِإِنْ خَالَفَهُ أَبْطَلَهُ؛ لِأَنَّ حُكْمَ الْمُحْكَمِ لَا يَلْزِمُ الْحَاكِمَ لِعَدَمِ التَّحْكِيمِ مِنْهُ) بِخِلَافِ حُكْمِ الْحَاكِمِ كَمَا تَقَدَّمَ فَلِأَنَّهُ لَا يُبْطَلُهُ الثَّانِي وَإِنْ خَالَفَ مَذْهَبَهُ لِعُمُومِ وَلَايَتِهِ فَكَانَ قَضَاؤُهُ حُجَّةً فِي حَقِّ الْكُلِّ فَلَا يَجُوزُ لِقَاضٍ آخَرَ أَنْ يَرُدَّهُ.

(وَلَا يَجُوزُ التَّحْكِيمُ فِي الْحُدُودِ وَالْقِصَاصِ) لِأَنَّهُ لَا وَلَايَةَ لَهُمَا عَلَى دَمِهِمَا وَلِهَذَا لَا يَمْلِكَانِ الْإِبَاحَةَ فَلَا يُسْتَبَاحُ بِرِضَاهُمَا قَالُوا: وَتَخْصِيصُ الْحُدُودِ وَالْقِصَاصِ يَدُلُّ عَلَى جَوَازِ التَّحْكِيمِ فِي سَائِرِ الْمُجْتَهَدَاتِ كَالطَّلَاقِ وَالنِّكَاحِ وَغَيْرِهِمَا، وَهُوَ صَحِيحٌ إِلَّا أَنَّهُ لَا يُفْتَى بِهِ، وَيُقَالُ يَحْتَاجُ إِلَى حُكْمِ الْمَوْلَى دَفْعًا لَتَجَاسُرِ الْعَوَامِّ وَإِنْ حَكَمَاهُ فِي دَمٍ خَطِئَ فَقَضَى بِالذِّيَّةِ عَلَى الْعَاقِلَةِ لَمْ يَنْفُذْ حُكْمُهُ لِأَنَّهُ لَا وَلَايَةَ لَهُ عَلَيْهِمْ إِذْ لَا تَحْكِيمَ مِنْ جِهَتِهِمْ. وَلَوْ حَكَمَ عَلَى الْقَاتِلِ بِالذِّيَّةِ فِي مَالِهِ رَدَّهُ الْقَاضِي وَيَقْضِي بِالذِّيَّةِ عَلَى الْعَاقِلَةِ لِأَنَّهُ مُخَالَفٌ لِرَأْيِهِ وَمُخَالَفٌ لِلنَّصِّ أَيْضًا إِلَّا إِذَا ثَبَتَ الْقَتْلُ بِإِقْرَارِهِ لِأَنَّ الْعَاقِلَةَ لَا تَعْقِلُهُ (وَيَجُوزُ أَنْ يَسْمَعَ الْبَيِّنَةَ وَيَقْضِيَ بِالنُّكُولِ وَكَذَا بِالْإِقْرَارِ) لِأَنَّهُ حُكْمٌ مُوَافِقٌ لِلشَّرْعِ، وَلَوْ أَخْبَرَ بِإِقْرَارِ أَحَدِ الْخَصْمَيْنِ أَوْ بَعْدَالَتِ الشُّهُودِ وَهُمَا عَلَى تَحْكِيمِهِمَا يَقْبَلُ قَوْلُهُ لِأَنَّ الْوَلَايَةَ قَائِمَةٌ وَلَوْ أَخْبَرَ بِالْحُكْمِ لَا يَقْبَلُ قَوْلُهُ لَانْقِضَاءِ الْوَلَايَةِ كَقَوْلِ الْمَوْلَى بَعْدَ الْعَزْلِ.

الشرح:

قَالَ (وَلَا يَجُوزُ التَّحْكِيمُ فِي الْحُدُودِ وَالْقِصَاصِ إلخ) لَا يَجُوزُ التَّحْكِيمُ فِي الْحُدُودِ الْوَاجِبَةِ حَقًّا لِلَّهِ تَعَالَى بِاتِّفَاقِ الرُّوَايَاتِ؛ لِأَنَّ الْإِمَامَ هُوَ الْمُتَعَيَّنُ لاسْتِفَائِهَا، وَأَمَّا فِي حَدِّ الْقَذْفِ وَالْقِصَاصِ فَقَدْ اخْتَلَفَتِ الْمَشَايِخُ، قَالَ شَمْسُ الْأُئِمَّةِ: مِنْ أَصْحَابِنَا مَنْ قَالَ التَّحْكِيمُ فِي حَدِّ الْقَذْفِ وَالْقِصَاصِ جَائِزٌ. وَذَكَرَ فِي الذَّخِيرَةِ عَنْ صَلَاحِ الْأَصْلِ أَنَّ التَّحْكِيمَ فِي الْقِصَاصِ جَائِزٌ؛ لِأَنَّ الِاسْتِفَاءَ إِلَيْهِمَا وَهُمَا مِنْ حُقُوقِ الْعِبَادِ فَيَجُوزُ التَّحْكِيمُ كَمَا فِي الْأَمْوَالِ. وَذَكَرَ الْخَصَافُ أَنَّ التَّحْكِيمَ لَا يَجُوزُ فِي الْحُدُودِ وَالْقِصَاصِ، وَاخْتَارَهُ الْمُصَنِّفُ وَاسْتَدَلَّ بِقَوْلِهِ؛ لِأَنَّهُ لَا وَلَايَةَ لَهُمَا عَلَى دَمِهِمَا وَلِهَذَا لَا يَمْلِكَانِ الْإِبَاحَةَ، وَهُوَ دَلِيلُ الْقِصَاصِ وَلَمْ يَذْكُرْ دَلِيلَ الْحُدُودِ.

وَقَالُوا فِي ذَلِكَ:؛ لَأَنْ حُكْمَ الْمُحَكَّمِ لَيْسَ بِحُجَّةٍ فِي حَقِّ غَيْرِ الْمُحَكَّمِينَ فَكَانَتْ فِيهِ شُبْهَةٌ وَالْحُدُودُ وَالْقِصَاصُ لَا تُسْتَوْفَى بِالشُّبْهَاتِ، وَهَذَا كَمَا تَرَى أَشْمَلُ مِنْ تَغْلِيلِ الْمُصَنِّفِ (قَوْلُهُ: وَقَالُوا) أَيُّ قَالَ الْمُتَأَخِّرُونَ مِنْ مَشَايخِنَا (وَتَخْصِيصُ الْقُدُورِيِّ الْحُدُودَ وَالْقِصَاصَ يَذُلُّ عَلَى جَوَازِ التَّحْكِيمِ فِي سَائِرِ الْمُجْتَهَدَاتِ) كَالْكِنَايَاتِ فِي جَعْلِهَا رَجْعِيَّةً وَالطَّلَاقِ الْمُضَافِ وَهُوَ الظَّاهِرُ عَنْ أَصْحَابِنَا (وَهُوَ صَحِيحٌ) لَكِنَّ الْمَشَايخَ امْتَنَعُوا عَنْ الْفَتَوَى بِذَلِكَ، قَالَ شَمْسُ الْأُيُمَّةِ الْحُلَوَانِيُّ: مَسْأَلَةُ حُكْمِ الْمُحَكَّمِ تُعْلَمُ وَلَا يُفْتَى بِهَا، وَكَانَ يَقُولُ: ظَاهِرُ الْمَذْهَبِ أَنَّهُ يَجُوزُ إِلَّا أَنَّ الْإِمَامَ الْأُسْتَاذَ أَبَا عَلِيٍّ التَّسْفِيَّ كَانَ يَقُولُ: يُكْتَمُ هَذَا الْفَصْلُ وَلَا يُفْتَى بِهِ كَيْ لَا يَتَطَرَّقَ الْجَهَالُ إِلَى ذَلِكَ فَيُؤَدِّيَ إِلَى هَدْمِ مَذْهَبِنَا. وَإِنْ حَكَمَاهُ فِي دَمٍ خَطِئًا لَا يَنْفُذُ إِلَّا فِي صُورَةٍ؛ لِأَنَّهُ إِمَّا أَنْ يَحْكُمَ بِالذِّبَّةِ عَلَى الْعَاقِلَةِ أَوْ فِي مَالِ الْقَاتِلِ، فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ لَمْ يَنْفُذْ حُكْمُهُ؛ لِأَنَّهُ لَا وِلَايَةَ لَهُ عَلَيْهِمْ إِذْ لَا تَحْكِيمَ مِنْ جِهَتِهِمْ. وَحُكْمُ الْحَكَمِ لَا يَنْفُذُ عَلَى غَيْرِ الْمُحَكَّمِينَ، وَإِنْ كَانَ الثَّانِي رَدَّهُ الْقَاضِي وَيَقْضِي بِالذِّبَّةِ عَلَى الْعَاقِلَةِ؛ لِأَنَّهُ يُخَالِفُ رَأْيَهُ وَمُخَالَفٌ لِنَصِّ حَدِيثِ حَمَلِ بْنِ مَالِكٍ " قَوْمُوا فِدْوَهُ " كَمَا سَيَأْتِي فِي كِتَابِ الْمَعَاقِلِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

(قَوْلُهُ: إِلَّا إِذَا ثَبَتَ) اسْتِثْنَاءٌ مِنْ قَوْلِهِ رَدُّهُ الْقَاضِي: أَيُّ رَدُّ قَضَائِهِ بِالذِّبَّةِ فِي مَالِهِ إِلَّا إِذَا ثَبَتَ الْقَتْلُ بِإِقْرَارِهِ؛ لِأَنَّ الْعَاقِلَةَ لَا تَعْقِلُهُ، وَأَمَّا أُرُوشُ الْجَرَاحَاتِ فَإِنْ كَانَتْ بِحَيْثُ لَا تَحْمِلُهَا الْعَاقِلَةُ وَتَجِبُ فِي مَالِ الْجَانِي بَأَنْ كَانَ دُونَ أُرُوشِ الْمَوْضِحَةِ وَهُوَ خَمْسُمِائَةِ دِرْهَمٍ وَثَبَتَ ذَلِكَ بِالْإِقْرَارِ وَالتَّكْوِيلِ أَوْ كَانَ عَمْدًا وَقَضَى عَلَى الْجَانِي جَازًا؛ لِأَنَّهُ لَا يُخَالِفُ حُكْمَ الشَّرْعِ وَقَدْ رَضِيَ الْجَانِي بِحُكْمِهِ عَلَيْهِ فَيَجُوزُ، وَإِنْ كَانَتْ بِحَيْثُ تَحْمِلُهَا الْعَاقِلَةُ بَأَنْ كَانَتْ خَمْسُمِائَةِ فَصَاعِدًا وَقَدْ ثَبَتَ الْجَنَائِيَّةُ بِالْبَيِّنَةِ وَكَانَتْ خَطِئًا لَا يَجُوزُ قَضَاؤُهُ بِهَا أَصْلًا؛ لِأَنَّهُ إِنْ قَضَى بِهَا عَلَى الْجَانِي خَالَفَ حُكْمَ الشَّرْعِ، وَإِنْ قَضَى عَلَى الْعَاقِلَةِ فَالْعَاقِلَةُ لَمْ يَرْضَوْا بِحُكْمِهِ (قَوْلُهُ: وَيَجُوزُ أَنْ يَسْمَعَ الْبَيِّنَةَ) يَعْنِي أَنَّهُ لَمَّا صَارَ حَكَمًا عَلَيْهِمَا بِتَسْلِيطِهِمَا جَازَ أَنْ يَسْمَعَ الْبَيِّنَةَ (وَيَقْضِي بِالتَّكْوِيلِ وَكَذَا بِالْإِقْرَارِ؛ لِأَنَّهُ حُكْمٌ مُوَافِقٌ لِلشَّرْعِ، وَإِذَا أَحْبَرَ الْمُحَكَّمُ بِإِقْرَارِ أَحَدِ الْخَصْمَيْنِ) بَأَنْ يَقُولَ لِأَحَدِهِمَا اعْتَرَفْتُ عِنْدِي لِهَذَا بِكَذَا

(أَوْ بَعْدَالَةِ الشُّهُودِ) مِثْلُ أَنْ يَقُولَ قَامَتْ عِنْدِي عَلَيْكَ بَيِّنَةٌ لِهَذَا بِكَذَا فَعُدُّوْا

عِنْدِي وَقَدْ أَلَزَمْتُكَ ذَلِكَ وَحَكَمْتُ بِهِ لِهَذَا عَلَيْكَ فَأَنْكَرَ الْمُقْضِي عَلَيْهِ أَنْ يَكُونَ أَقَرُّ عِنْدَهُ بِشَيْءٍ أَوْ قَامَتْ عَلَيْهِ بَيِّنَةٌ بِشَيْءٍ لَمْ يَلْتَفِتْ إِلَى قَوْلِهِ وَقَضَى الْقَاضِي وَتَفَذَ؛ لِأَنَّ الْمُحَكَّمَ يَمْلِكُ إِشْأَاءَ الْحُكْمِ عَلَيْهِ بِذَلِكَ (إِذَا كَانَ عَلَى تَحْكِيمِهِمَا) فَيَمْلِكُ الْإِخْبَارَ كَالْقَاضِي الْمَوْلَى إِذَا قَالَ فِي قَضَائِهِ لِإِنْسَانٍ قَضَيْتُ عَلَيْكَ لِهَذَا بِإِقْرَارِكَ أَوْ بَيِّنَةٍ قَامَتْ عِنْدِي عَلَى ذَلِكَ (فَإِنَّهُ يُصَدِّقُ فِي ذَلِكَ) وَلَا يَلْتَفِتُ إِلَى إِنْكَارِ الْمُقْضِي عَلَيْهِ فَكَذًا هَاهُنَا (وَأِنْ أَخْبَرَ بِالْحُكْمِ) مِثْلُ أَنْ يَقُولَ الْمُحَكَّمُ كُنْتُ حَكَمْتُ عَلَيْكَ لِهَذَا بِكَذَا (لَمْ يُصَدِّقْ)؛ لِأَنَّهُ إِذَا حَكَمَ صَارَ مَعْرُوْلًا وَلَا يُقْبَلُ قَوْلُهُ: إِنِّي حَكَمْتُ بِكَذَا كَالْقَاضِي الْمَوْلَى إِذَا قَالَ بَعْدَ عَزْلِهِ حَكَمْتُ بِكَذَا.

(وَحُكْمُ الْحَاكِمِ لِأَبَوِيهِ وَزَوْجَتِهِ وَوَلَدِهِ بَاطِلٌ وَالْمَوْلَى وَالْمُحَكَّمُ فِيهِ سَوَاءٌ) وَهَذَا لِأَنَّهُ لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ لِهَؤُلَاءِ لِمَا كَانَ التَّهْمَةُ فَكَذَلِكَ لَا يَصِحُّ الْقَضَاءُ لَهُمْ، بِخِلَافِ مَا إِذَا حَكَمَ عَلَيْهِمْ لِأَنَّهُ تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ عَلَيْهِمْ لَانْتِفَاءِ التَّهْمَةِ فَكَذَلِكَ الْقَضَاءُ، وَلَوْ حَكَمَا رَجُلَيْنِ لَا بُدَّ مِنْ اجْتِمَاعِهِمَا لِأَنَّهُ أَمْرٌ يَحْتَاجُ فِيهِ إِلَى الرَّأْيِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

الشرح:

(وَحُكْمُ الْحَاكِمِ لِأَبَوِيهِ وَوَلَدِهِ وَزَوْجَتِهِ بَاطِلٌ)؛ لِأَنَّ أَهْلِيَّةَ الشَّهَادَةِ شَرْطٌ لِلْقَضَاءِ وَالشَّهَادَةُ لِهَؤُلَاءِ غَيْرُ مَقْبُولَةٍ فَكَذَلِكَ الْحُكْمُ (وَلَا فَرْقَ فِي ذَلِكَ بَيْنَ الْمَوْلَى وَالْمُحَكَّمِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا حَكَمَ عَلَيْهِمْ؛ لِأَنَّ الشَّهَادَةَ عَلَيْهِمْ مَقْبُولَةٌ لِعَدَمِ التَّهْمَةِ، فَكَذَلِكَ الْقَضَاءُ. وَإِذَا حَكَمَا رَجُلَيْنِ جَازَ وَلَا بُدَّ مِنْ اجْتِمَاعِهِمَا؛ لِأَنَّهُ أَمْرٌ يَحْتَاجُ إِلَى الرَّأْيِ) فَلَوْ حَكَمَ أَحَدُهُمَا لَا يَجُوزُ؛ لِأَنَّهُمَا إِنَّمَا رَضِيَا بِرَأْيِهِمَا وَرَأْيُ الْوَاحِدِ لَيْسَ كَرَأْيِ الثَّنَى، وَلَا يُصَدِّقَانِ عَلَى ذَلِكَ الْحُكْمِ بَعْدَ الْقِيَامِ مِنْ مَجْلِسِ الْحُكْمِ حَتَّى يَشْهَدَ عَلَى ذَلِكَ غَيْرُهُمَا؛ لِأَنَّهُمَا بَعْدَ الْقِيَامِ انْعَزَلَا فَصَارَا كَسَائِرِ الرِّعَايَا فَلَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُمَا عَلَى فِعْلِ بَاشَرَاهُ.

مَسَائِلُ شَتَّى مِنْ كِتَابِ الْقَضَاءِ

قَالَ (وَإِذَا كَانَ عَلُوٌّ لِرَجُلٍ وَسُفْلٌ لِآخَرَ فَلَيْسَ لِصَاحِبِ السُّفْلِ أَنْ يَتَدَفَّعَ فِيهِ وَتَدَا وَلَا يَنْقُبَ فِيهِ كَوَّةً عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ) مَعْنَاهُ بِغَيْرِ رِضَا صَاحِبِ الْعُلُوِّ (وَقَالَا: يَصْنَعُ مَا لَا يَضُرُّ بِالْعُلُوِّ) وَعَلَى هَذَا الْخِلَافِ إِذَا أَرَادَ صَاحِبُ الْعُلُوِّ أَنْ يَبْنِيَ عَلَى عُلُوِّهِ. قِيلَ مَا

حُكِيَ عَنْهُمَا تَفْسِيرٌ لِقَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ فَلَا خِلَافَ وَقِيلَ الْأَصْلُ عِنْدَهُمَا الْإِبَاحَةُ
لَأَنَّهُ تَصَرَّفَ فِي مِلْكِهِ وَالْمِلْكُ يَقْتَضِي الْإِطْلَاقَ وَالْحُرْمَةُ بِعَارِضِ الضَّرَرِ فَإِذَا أَشْكَلَ لَمْ
يَجْزِ الْمَنْعُ وَالْأَصْلُ عِنْدَهُ الْحَظَرُ لِأَنَّهُ تَصَرَّفَ فِي مَحَلٍّ تَعَلَّقَ بِهِ حَقٌّ مُحْتَرَمٌ لِلغَيْرِ كَحَقِّ
الْمُرْتَهَنِ وَالْمُسْتَأْجِرِ وَالْإِطْلَاقُ بِعَارِضٍ فَإِذَا أَشْكَلَ لَا يَزُولُ الْمَنْعُ عَلَى أَنَّهُ لَا يُعْرَى عَنْ نَوْعِ
ضَرَرٍ بِالْعُلُومِ مِنْ تَوْهِينٍ بِنَاءٍ أَوْ تَقْضِيهِ فَيُمنَعُ عَنْهُ.

الشرح:

(مَسَائِلُ شَتَّى مِنْ كِتَابِ الْقَضَاءِ): مَسَائِلُ شَتَّى: أَيُّ مُتَفَرِّقَةٍ مِنْ شَتَّى تَشْتِيَتَا:
إِذَا فَرَّقَ. ذَكَرَ فِي آخِرِ كِتَابِ أَذْبِ الْقَاضِي مَسَائِلُ مِنْهُ كَمَا هُوَ ذَأْبُ الْمُصَنِّفِينَ أَنْ
يَذْكُرُوا فِي آخِرِ الْكِتَابِ مَسَائِلُ تَتَعَلَّقُ بِمَا قَبْلَهَا اسْتِذْرَاكًا لِمَا فَاتَ مِنَ الْكِتَابِ
وَيُتَرَجِّمُونَهُ بِمَسَائِلِ شَتَّى أَوْ مَثْوَرَةٍ أَوْ مُتَفَرِّقَةٍ. قِيلَ وَعَلَى هَذَا كَانَ الْقِيَاسُ أَنْ يُؤَخَّرَهَا
إِلَى آخِرِ كِتَابِ الْقَضَاءِ. وَيُمْكِنُ أَنْ يُجَابَ عَنْهُ بِأَنَّهُ ذَكَرَ بَعْدَهَا الْقَضَاءَ بِالْمَوَارِيثِ
وَالرَّحِمِ وَإِنَّهُ لَجَدِيرٌ بِالتَّأْخِيرِ لَا مَحَالَةَ (وَإِذَا كَانَ عُلُوٌّ لِرَجُلٍ وَسُفْلٌ لِآخَرَ فَلَيْسَ
لصَاحِبِ السُّفْلِ أَنْ يَتَدَفَّعَ فِيهِ وَتَدَا وَلَا أَنْ يَنْقَبَ فِيهِ كَوَّةٌ بِغَيْرِ رِضَا صَاحِبِ الْعُلُوِّ) وَلَيْسَ
لصَاحِبِ الْعُلُوِّ أَنْ يَنْبِيَّ عَلَى عُلُوِّهِ وَلَا أَنْ يَضَعَ عَلَيْهِ جَذْعًا لَمْ يَكُنْ لَهُ وَلَا يُحْدِثُ
كَيْفًا إِلَّا بِرِضَا صَاحِبِ السُّفْلِ (عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ).

وَقَالَا: جَازَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنْ يَصْنَعَ مَا لَا يَضُرُّ بِهِ، وَقِيلَ هَذَا تَفْسِيرٌ لِقَوْلِ أَبِي
حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ) يَعْنِي أَنْ أَبَا حَنِيفَةَ إِنَّمَا مَنَعَ عَمَّا مَنَعَ إِذَا كَانَ مُضِرًّا، وَأَمَّا إِذَا لَمْ يَكُنْ
مُضِرًّا فَلَا يُمنَعُ كَمَا هُوَ قَوْلُهُمَا فَكَانَ جَوَازُ التَّصَرُّفِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فِيمَا لَا يَتَضَرَّرُ
بِهِ الْآخَرُ فَصَلَا مُجْمَعًا عَلَيْهِ؛ لِأَنَّ التَّصَرُّفَ حَصَلَ فِي مِلْكِهِ فَيَكُونُ الْمَنْعُ بَعْلَةَ الضَّرَرِ
لصَاحِبِهِ.

(وَقِيلَ) لَيْسَ ذَلِكَ بِتَفْسِيرٍ لَهُ وَإِنَّمَا الْأَصْلُ عِنْدَهُمَا الْإِبَاحَةُ؛ لِأَنَّهُ تَصَرَّفَ فِي
مِلْكِهِ وَالْمِلْكُ يَقْتَضِي الْإِطْلَاقَ) فَلَا يُمنَعُ عَنْهُ إِلَّا بِعَارِضِ الضَّرَرِ، فَإِذَا لَمْ يَكُنْ ضَرَرٌ لَمْ
يُمنَعُ (بِالْإِتِّفَاقِ، وَ) إِنَّمَا تَظْهَرُ ثَمَرَةُ الْخِلَافِ (إِذَا أَشْكَلَ) فَعِنْدَهُمَا (لَمْ يَجْزِ الْمَنْعُ)؛ لِأَنَّ
الْإِطْلَاقَ يَبْقِيَانِ وَالْيَقِينُ لَا يَزُولُ بِالشَّكِّ (وَالْأَصْلُ عِنْدَهُ الْحَظَرُ؛ لِأَنَّهُ تَصَرَّفَ فِي مَحَلٍّ
تَعَلَّقَ بِهِ حَقٌّ مُحْتَرَمٌ لِلغَيْرِ، وَهُوَ) صَاحِبُ الْعُلُوِّ؛ لِأَنَّ قَرَارَهُ عَلَيْهِ وَلِهَذَا يُمنَعُ مِنَ الْهَدْمِ

اتِّفَاقًا، وَتَعْلَقَ حَقُّ الْغَيْرِ بِمِلْكِهِ بِمَنْعِ الْمَالِكِ مِنَ التَّصَرُّفِ كَمَا مُنِعَ حَقُّ الْمُرْتَهِنِ وَالْمُسْتَأْجِرِ الْمَالِكَ عَنِ التَّصَرُّفِ فِي الْمَرْهُونِ وَالْمُسْتَأْجِرِ (وَالْإِطْلَاقُ بِعَارِضٍ) وَهُوَ الرِّضَا بِهِ دُونَ عَدَمِ الضَّرَرِ فَتَأَمَّلْ (فَإِذَا أَشْكَلَ لَا يَزُولُ الْمَنْعُ) لَمَّا ذَكَرْنَا

(قَوْلُهُ: عَلَى أَنَّهُ لَا يَعْزَى عَنْ تَوَعُّدِ ضَرَرٍ بِالْعُلُوِّ مِنْ تَوْهِينِ بِنَاءٍ أَوْ تَقْضِيهِ فَيُمنَعُ عَنْهُ) اسْتَظْهَرَ عَلَى الْمَنْعِ لِإِفَادَةِ مَا قَبْلَهُ ذَلِكَ.

قَالَ (وَإِذَا كَانَتْ زَائِعَةً مُسْتَطِيلَةً تَنْشَعِبُ مِنْهَا زَائِعَةٌ مُسْتَطِيلَةٌ وَهِيَ غَيْرُ نَافِذَةٍ فَلَيْسَ لِأَهْلِ الزَّائِعَةِ الْأُولَى أَنْ يَفْتَحُوا بَابًا فِي الزَّائِعَةِ الْقُصْوَى) لِأَنَّ فَتْحَهُ لِلْمُرُورِ وَلَا حَقَّ لَهُمْ فِي الْمُرُورِ إِذْ هُوَ لِأَهْلِهَا خُصُوصًا حَتَّى لَا يَكُونَ لِأَهْلِ الْأُولَى فِيهَا بَيْعٌ فِيهَا حَقُّ الشُّفْعَةِ، بِخِلَافِ النَّافِذَةِ لِأَنَّ الْمُرُورَ فِيهَا حَقُّ الْعَامَّةِ. قِيلَ الْمَنْعُ مِنَ الْمُرُورِ لَا مِنْ فَتْحِ الْبَابِ لِأَنَّهُ رَفَعَ بَعْضَ جِدَارِهِ. وَالْأَصَحُّ أَنَّ الْمَنْعَ مِنَ الْفَتْحِ لِأَنَّ بَعْدَ الْفَتْحِ لَا يُمكنُهُ الْمَنْعُ مِنَ الْمُرُورِ فِي كُلِّ سَاعَةٍ. وَلِأَنَّهُ عَسَاهُ يَدَّعِي الْحَقَّ فِي الْقُصْوَى بِتَرْكِيبِ الْبَابِ (وَإِنْ كَانَتْ مُسْتَدِيرَةً قَدْ لَزِقَ طَرَفَاهَا فَلَهُمْ أَنْ يَفْتَحُوا) بَابًا لِأَنَّ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ حَقَّ الْمُرُورِ فِي كُلِّهَا إِذْ هِيَ سَاحَةٌ مُشْتَرَكَةٌ وَلِهَذَا يَشْتَرِكُونَ فِي الشُّفْعَةِ إِذَا بَاعَتْ دَارٌ مِنْهَا.

الشرح:

قَالَ (وَإِذَا كَانَتْ زَائِعَةً مُسْتَطِيلَةً إلخ) سَكَّةٌ طَوِيلَةٌ غَيْرُ نَافِذَةٍ تَنْشَعِبُ عَنْ يَمِينِهَا أَوْ يَسَارِهَا مِثْلَهَا عَلَى هَذِهِ الصُّورَةِ: لَيْسَ لِأَهْلِ الزَّائِعَةِ الْأُولَى أَنْ يَفْتَحُوا بَابًا فِي الزَّائِعَةِ الْقُصْوَى؛ لِأَنَّ فَتْحَ الْبَابِ لِلْمُرُورِ، وَلَا حَقَّ لَهُمْ فِي الْمُرُورِ؛ لِأَنَّ الْمُرُورَ فِيهَا لِأَهْلِهَا خَاصَّةً لِكُونِهَا غَيْرُ نَافِذَةٍ بِمَنْزِلَةِ دَارٍ بَيْنَ قَوْمٍ لَيْسَ لِأَحَدٍ أَنْ يَفْتَحَ بَابًا بِغَيْرِ إِذْنِهِمْ فَكَذَا هَذَا؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ بَاعَتْ دَارٌ فِي تِلْكَ السَّكَّةِ الْقُصْوَى لَيْسَ لِأَهْلِ السَّكَّةِ الْعُظْمَى أَنْ يَأْخُذُوا بِالشُّفْعَةِ؛ لِأَنَّ تِلْكَ السَّكَّةَ لَهُمْ خَاصَّةً، بِخِلَافِ النَّافِذَةِ؛ لِأَنَّ الْمُرُورَ فِيهَا حَقُّ الْعَامَّةِ. ثُمَّ قِيلَ الْمَنْعُ مِنَ الْمُرُورِ لَا مِنْ فَتْحِ الْبَابِ؛ لِأَنَّ الْفَتْحَ رَفَعَ بَعْضَ جِدَارِهِ. وَلَهُ أَنْ يَرْفَعَ جَمِيعَ جِدَارِهِ بِالْهَذْمِ فَرَفَعَ بَعْضَهُ أَوَّلَى، وَلِهَذَا لَوْ فَتَحَ كُوَّةً أَوْ بَابًا لِلِاسْتِضَاءَةِ دُونَ الْمُرُورِ لَمْ يُمنَعُ، وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ يُمنَعُ مِنَ الْفَتْحِ؛ لِأَنَّ بَعْدَ الْفَتْحِ لَا يُمكنُهُ الْمَنْعُ مِنَ الْمُرُورِ فِي كُلِّ سَاعَةٍ؛ وَلِأَنَّهُ إِذَا فَعَلَ ذَلِكَ وَتَقَادَمَ الْعَهْدُ رَبُّمَا يَدَّعِي الْحَقَّ فِي الْقُصْوَى بِتَرْكِيبِ الْبَابِ وَيَكُونُ الْقَوْلُ قَوْلُهُ مِنْ هَذَا الْوَجْهِ فَيُمنَعُ، وَكَلَامُ الْمُصَنِّفِ لَيْسَ

فِيهِ مَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّ الرَّائِعَةَ الْأُولَى غَيْرُ نَافِذَةٍ، وَقَدْ صَرَّحَ بِذَلِكَ الْإِمَامُ التُّمَرْتَاشِيُّ وَالْفَقِيهُ أَبُو اللَّيْثِ، إِلَّا إِذَا جَعَلْتَ الضَّمِيرَ مَوْضُوعًا مَوْضِعَ اسْمِ الْإِشَارَةِ حَتَّى يَكُونَ تَقْدِيرُهُ وَذَلِكَ غَيْرُ نَافِذَةٍ فَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ حَالًا مِنَ الرَّائِعَتَيْنِ جَمِيعًا؛ لِأَنَّ الْإِشَارَةَ بِذَلِكَ إِلَى الْمُتَنَّى وَالْجَمْعِ صَحِيحَةٌ فَيَكُونُ مِنْ قِبَلِ قَوْلِهِ تَعَالَى ﴿قُلْ أَرَأَيْتُمْ إِنْ أَخَذَ اللَّهُ سَمْعَكُمْ وَأَبْصَرَكُمْ وَخَمَّ عَلَى قُلُوبِكُمْ مِّنْ إِلَهِ غَيْرِ اللَّهِ يَأْتِيَكُمْ بِهِ﴾ [الأنعام: ٤٦] أَيْ بِذَلِكَ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، وَإِنْ كَانَتْ الرَّائِعَةُ الْقُصْوَى مُسْتَدِيرَةً قَدْ لَزِقَ طَرَفَاهَا: يَعْنِي سَكَّةَ فِيهَا اغْوِجَاجٌ حَتَّى بَلَغَ اغْوِجَاجُهَا رَأْسَ السَّكَّةِ وَالسَّكَّةُ غَيْرُ نَافِذَةٍ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمُ أَنْ يَفْتَحَ بَابَهُ فِي أَيْ مَوْضِعٍ شَاءَ؛ لِأَنَّهَا سَكَّةٌ وَاحِدَةٌ إِذْ هِيَ سَاحَةٌ مُشْتَرَكَةٌ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ حَقُّ الْمُرُورِ فِي كُلِّهَا، وَلِهَذَا يَشْتَرِكُونَ فِي الشُّفْعَةِ إِذَا بَاعَتْ دَارٌ مِنْهَا بِهَذِهِ الصُّورَةِ قَالَ (وَمَنْ ادَّعَى فِي دَارٍ دَعْوَى وَأَنْكَرَهَا الَّذِي هِيَ فِي يَدِهِ ثُمَّ صَالَحَهُ مِنْهَا فَهُوَ جَائِزٌ وَهِيَ مَسْأَلَةُ الصُّلْحِ عَلَى الْإِنْكَارِ) وَسَتَذَكَّرُهَا فِي الصُّلْحِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى، وَالْمُدَّعِي وَإِنْ كَانَ مَجْهُولًا فَالصُّلْحُ عَلَى مَعْلُومٍ عَنْ مَجْهُولٍ جَائِزٌ عِنْدَنَا لِأَنَّهُ جَهَالَةٌ فِي السَّاقِطِ فَلَا تُفْضِي إِلَى الْمُنَازَعَةِ عَلَى مَا مَرَّ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ ادَّعَى فِي دَارٍ دَعْوَى وَأَنْكَرَهَا الَّذِي هِيَ فِي يَدِهِ إلخ) دَارٌ بِيَدِ رَجُلٍ ادَّعَى عَلَيْهِ آخَرُ أَنْ لَهُ فِيهَا حَقًّا. وَأَنْكَرَ ذُو الْيَدِ ثُمَّ صَالَحَ مِنْهَا جَارَ الصُّلْحِ وَهِيَ مَسْأَلَةُ الصُّلْحِ عَلَى الْإِنْكَارِ، وَسَيَأْتِي الْكَلَامُ فِيهِ فِي الصُّلْحِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى. فَإِنْ قِيلَ كَيْفَ يَصِحُّ الصُّلْحُ مَعَ جَهَالَةِ الْمُدَّعَى وَمَعْلُومِيَّةُ مَقْدَارِهِ شَرْطُ صِحَّةِ الدَّعْوَى؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ ادَّعَى عَلَى إِنْسَانٍ شَيْئًا لَمْ تَصِحَّ دَعْوَاهُ. أَجَابَ بِأَنَّ الْمُدَّعَى وَإِنْ كَانَ مَجْهُولًا فَالصُّلْحُ عَلَى مَعْلُومٍ عَنْ مَجْهُولٍ جَائِزٌ عِنْدَنَا؛ لِأَنَّهُ جَهَالَةٌ فِي السَّاقِطِ، وَالْجَهَالَةُ فِيهِ لَا تُفْضِي إِلَى الْمُنَازَعَةِ وَالْمَانِعُ مِنْهَا مَا أَفْضَى إِلَيْهَا.

وَلَقَائِلُ أَنْ يَقُولَ: جَهَالَةُ الْمُدَّعَى إِمَّا أَنْ تَكُونَ مَانِعَةً صِحَّةِ الدَّعْوَى أَوْ لَا، فَإِنْ كَانَ الثَّانِي صَحَّ دَعْوَى مَنْ ادَّعَى عَلَى إِنْسَانٍ شَيْئًا لَكِنَّهَا لَمْ تَصِحَّ، ذَكَرَهُ فِي النَّهْيَةِ نَاقِلًا عَنْ الْفَوَائِدِ الظَّهِيرِيَّةِ وَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ لَمَّا جَارَ الصُّلْحُ فِيمَا نَحْنُ فِيهِ لَجَهَالَةِ الْمُدَّعَى لَكِنَّهُ صَحِيحٌ. وَالْجَوَابُ بِاخْتِيَارِ الشَّقِّ الْأَوَّلِ، وَلَا يَلَزِمُ عَدَمُ جَوَازِ الصُّلْحِ فِيمَا نَحْنُ فِيهِ؛

لأنَّ صَحَّةَ الدَّعْوَى لَيْسَتْ بِشَرْطٍ لَصَحَّةِ الصُّلْحِ؛ لِأَنَّهُ لِقَطْعِ الشَّعْبِ وَالْخِصَامِ وَذَلِكَ يَتَحَقَّقُ بِالْبَاطِلِ كَمَا يَتَحَقَّقُ بِالْحَقِّ غَايَةُ مَا فِي الْبَابِ أَنَّ الْحَاكِمَ يَقُولُ لِلْمُدَّعِي دَعْوَاكَ فَاسِدَةٌ لَا يَتَرْتَّبُ عَلَيْهَا شَيْءٌ وَيُمْكِنُهُ إِزَالَةُ الْفَسَادِ بِإِعْلَامِ مِقْدَارٍ مِمَّا يَدَّعِي فَلَا يَكُونُ رَدُّهُ مُفِيدًا.

قَالَ (وَمَنْ ادَّعَى دَارًا فِي يَدِ رَجُلٍ أَنَّهُ وَهَبَهَا لَهُ فِي وَقْتٍ كَذَا فَسُئِلَ الْبَيِّنَةُ فَقَالَ جَحَدَنِي الْهَبَةُ فَاشْتَرَيْتَهَا مِنْهُ وَأَقَامَ الْمُدَّعِي الْبَيِّنَةَ عَلَى الشِّرَاءِ قَبْلَ الْوَقْتِ الَّذِي يَدَّعِي فِيهِ الْهَبَةَ لَا تُقْبَلُ بَيِّنَتُهُ) لظُهُورِ التَّنَاقُضِ إِذْ هُوَ يَدَّعِي الشِّرَاءَ بَعْدَ الْهَبَةِ وَهُمْ يَشْهَدُونَ بِهِ قَبْلَهَا، وَلَوْ شَهِدُوا بِهِ بَعْدَهَا تُقْبَلُ لَوْضُوحِ التَّوْفِيقِ، وَلَوْ كَانَ ادَّعَى الْهَبَةَ ثُمَّ أَقَامَ الْبَيِّنَةَ عَلَى الشِّرَاءِ قَبْلَهَا وَلَمْ يَقُلْ جَحَدَنِي الْهَبَةَ فَاشْتَرَيْتَهَا لَمْ تُقْبَلْ أَيْضًا ذَكَرَهُ فِي بَعْضِ النُّسخِ لِأَنَّ دَعْوَى الْهَبَةِ إِقْرَارَ مِنْهُ بِالْمِلْكِ لِلوَاهِبِ عِنْدَهَا، وَدَعْوَى الشِّرَاءِ رُجُوعَ عَنْهُ فَعَدُّ مُنَاقِضًا، بِخِلَافِ مَا إِذَا ادَّعَى الشِّرَاءَ بَعْدَ الْهَبَةِ لِأَنَّهُ تَقَرَّرَ مِلْكُهُ عِنْدَهَا.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ ادَّعَى دَارًا فِي يَدِ رَجُلٍ إِخ) إِذَا ادَّعَى دَارًا فِي يَدِ رَجُلٍ أَنَّهُ وَهَبَهَا لَهُ مِنْذُ شَهْرَيْنِ مَثَلًا وَسَلَّمَهَا إِلَيْهِ وَإِنَّمَا مَلَكُهُ بِطَرِيقِ الْهَبَةِ وَالتَّسْلِيمِ وَجَحَدَ دَعْوَاهُ ذُو الْيَدِ فَسُئِلَ الْبَيِّنَةُ فَقَالَ لِي بَيِّنَةٌ تَشْهَدُ عَلَى الشِّرَاءِ؛ لِأَنِّي طَلَبْتُ مِنْهُ فَجَحَدَنِي الْهَبَةُ فَاضْطَرَرْتُ إِلَى شِرَائِهَا مِنْهُ فَاشْتَرَيْتَهَا مِنْهُ وَأَشْهَدْتُ عَلَيْهِ وَأَقَامَ الْبَيِّنَةُ عَلَى الشِّرَاءِ، فَإِنْ شَهِدَتْ عَلَى الشِّرَاءِ قَبْلَ الْوَقْتِ الَّذِي يَدَّعِي فِيهِ الْهَبَةَ لَا تُقْبَلُ لظُهُورِ التَّنَاقُضِ مِنْ وَجْهَيْنِ: أَحَدُهُمَا مَنْ حَيْثُ إِنَّ الْمُدَّعِي ادَّعَى الشِّرَاءَ بَعْدَ الْهَبَةِ حَيْثُ قَالَ جَحَدَنِي الْهَبَةَ فَاشْتَرَيْتَهَا مِنْهُ، وَالْفَاءُ لِلتَّعْقِيبِ وَالشُّهُودُ شَهِدُوا بِشِرَاءِ قَبْلَهَا فَكَانَتْ الشَّهَادَةُ مُخَالَفَةً لِلدَّعْوَى. وَالثَّانِي مَنْ حَيْثُ الدَّعْوَى نَفْسُهَا إِنْ ثَبَتَ مُوجِبُ الشَّهَادَةِ وَهُوَ تَقَدُّمُ وَقْتِ الشِّرَاءِ عَلَى وَقْتِ الْهَبَةِ؛ لِأَنَّهُ حِينَئِذٍ يَكُونُ قَائِلًا وَهَبَ لِي هَذِهِ الدَّارَ وَكَانَتْ مِلْكًا لِي بِالشِّرَاءِ قَبْلَ الْهَبَةِ فَكَيْفَ يَثْبُتُ الْمِلْكُ بِالْهَبَةِ بَعْدَ ثَبُوتِهِ بِالشِّرَاءِ، وَإِنْ شَهِدُوا بِالشِّرَاءِ بَعْدَ الْوَقْتِ الَّذِي ادَّعَى فِيهِ الْهَبَةَ قُبِلَتْ شَهَادَتُهُمْ لَوْضُوحِ التَّوْفِيقِ.

وَوَقَعَ فِي بَعْضِ النُّسخِ وَهُمْ يَشْهَدُونَ بِهِ قَبْلَهُ: أَيُّ قَبْلَ عَقْدِ الْهَبَةِ أَوْ وَقْتَهَا، وَفِي بَعْضِهَا قَبْلَهَا: أَيُّ قَبْلَ الْهَبَةِ، وَكَذَا فِي قَوْلِهِ وَلَوْ شَهِدُوا بِهِ بَعْدَهُ، وَلَوْ كَانَ الْمُدَّعِي ادَّعَى

الهِبَةُ ثُمَّ أَقَامَ الْبَيْتَةَ عَلَى الشَّرَاءِ قَبْلَ عَقْدِ الْهِبَةِ أَوْ وَقْتُهَا وَلَمْ يَقُلْ جَحَدَنِي الْهِبَةُ فَاشْتَرَيْتَهَا مِنْهُ لَمْ تُقْبَلْ أَيْضًا؛ لِأَنَّ دَعْوَى الْهِبَةِ إِقْرَارٌ مِنْهُ بِالْمِلْكِ لِلْوَاهِبِ عِنْدَ الْهِبَةِ وَدَعْوَى الشَّرَاءِ قَبْلَهَا رُجُوعٌ مِنْهُ فَعَدُّ مُنَاقِضًا. وَأَمَّا إِذَا ادَّعَى الشَّرَاءَ بَعْدَ الْهِبَةِ قُبِلَتْ؛ لِأَنَّهُ يُقَرَّرُ مِلْكَ الْوَاهِبِ عِنْدَهَا فَلَيْسَ بِمُنَاقِضٍ.

قِيلَ يَنْبَغِي أَنْ لَا تُقْبَلَ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ أَيْضًا؛ لِأَنَّهُ ادَّعَى شِرَاءً بَاطِلًا؛ لِأَنَّهُ ادَّعَى شِرَاءً مَا مَلَكَهُ بِالْهِبَةِ. وَأُجِيبَ بِأَنَّهُ لَمَّا جَحَدَ الْهِبَةَ فَقَدْ فَسَخَهَا مِنَ الْأَصْلِ وَتَوَقَّفَ الْفَسْخُ فِي حَقِّ الْمُدَّعِي عَلَى رِضَاهُ، فَإِذَا أَقْدَمَ عَلَى الشَّرَاءِ مِنْهُ فَقَدْ رَضِيَ بِذَلِكَ الْفَسْخِ فِيمَا يَنْتَهَمَا فَأَنْفَسَخَتْ الْهِبَةُ بِتَرَاضِيهِمَا وَاشْتَرَى مَا لَا يَمْلِكُهُ فَكَانَ صَحِيحًا.

(وَمَنْ قَالَ لآخر اشتريت مني هذه الجارية فَأَنْكَرَ الْآخَرُ إِنْ أَجْمَعَ الْبَائِعُ عَلَى تَرْكِ الْخُصُومَةِ وَسِعَهُ أَنْ يَطَّاهَا) لِأَنَّ الْمُشْتَرِيَّ لَمَّا جَحَدَهُ كَانَ فَسْخًا مِنْ جِهَتِهِ، إِذِ الْفَسْخُ يَثْبُتُ بِهِ كَمَا إِذَا تَجَاحَدَا فَإِذَا عَزَمَ الْبَائِعُ عَلَى تَرْكِ الْخُصُومَةِ ثُمَّ الْفَسْخُ، وَبِمُجَرَّدِ الْعَزْمِ إِنْ كَانَ لَا يَثْبُتُ الْفَسْخُ فَقَدْ اقْتَرَنَ بِالْفِعْلِ وَهُوَ إِمْسَاكُ الْجَارِيَةِ وَنَقْلُهَا وَمَا يُضَاهِيهِ، وَلِأَنَّهُ لَمَّا تَعَدَّرَ اسْتِيفَاءُ الثَّمَنِ مِنَ الْمُشْتَرِي فَاتَ رِضَا الْبَائِعِ فَيَسْتَبْدُ بِفَسْخِهِ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ قَالَ لآخر اشتريت مني هذه الجارية إلخ) رَجُلٌ قَالَ لآخر اشتريت مني هذه الجارية فَأَنْكَرَهُ إِنْ أَجْمَعَ عَلَى تَرْكِ الْخُصُومَةِ: أَيُّ عَزَمَ بِقَلْبِهِ، وَقِيلَ أَنْ يَشْهَدَ بِلِسَانِهِ عَلَى الْعَزْمِ بِالْقَلْبِ أَنْ لَا يُخَاصِمَ مَعَهُ وَسِعَهُ: أَيُّ حَلَّ لَهُ أَنْ يَطَّاهَا الْجَارِيَةَ؛ لِأَنَّ الْمُشْتَرِيَّ لَمَّا جَحَدَ الْعَقْدَ كَانَ ذَلِكَ فَسْخًا مِنْ جِهَتِهِ إِذِ الْفَسْخُ يَثْبُتُ بِهِ؛ لِأَنَّ الْجُحُودَ إِنْكَارًا لِلْعَقْدِ مِنَ الْأَصْلِ، وَالْفَسْخُ رَفْعٌ لَهُ مِنَ الْأَصْلِ فَيَتَلَقَّيَانِ بَقَاءً فَجَازَ أَنْ يَقُومَ أَحَدُهُمَا مَقَامَ الْآخَرِ كَمَا لَوْ تَجَاحَدَا فَإِنَّهُ يُجْعَلُ فَسْخًا لَا مَحَالَةَ، فَإِذَا عَزَمَ الْبَائِعُ عَلَى تَرْكِ الْخُصُومَةِ ثُمَّ الْفَسْخُ مِنَ الْجَانِبَيْنِ. قِيلَ لَوْ جَازَ قِيَامُ الْجُحُودِ وَالْعَزْمِ عَلَى تَرْكِ الْخُصُومَةِ مَقَامَ الْفَسْخِ لَجَازَ لَامْرَأَةٍ جَحَدَ زَوْجُهَا النِّكَاحَ وَعَزَمَتْ عَلَى تَرْكِ الْخُصُومَةِ أَنْ تَتَزَوَّجَ بِزَوْجٍ آخَرَ إِقَامَةً لَهَا مَقَامَ الْفَسْخِ، لَكِنْ لَيْسَ لَهَا ذَلِكَ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ الشَّيْءَ يَقُومُ مَقَامَ غَيْرِهِ إِذَا احْتَمَلَ الْمَحَلُّ ذَلِكَ الْغَيْرَ بِالضَّرُورَةِ، وَالنِّكَاحُ لَا يَحْتَمِلُ الْفَسْخَ بَعْدَ الزُّرْمِ فَكَيْفَ يَقُومُ غَيْرُهُ مَقَامَهُ بِخِلَافِ الْبَيْعِ.

فَإِنْ قِيلَ: مُجَرَّدُ الْعَزْمِ قَدْ لَا يَثْبُتُ بِهِ الْحُكْمُ كَعَزْمٍ مَنْ لَهُ شَرْطُ الْخِيَارِ عَلَى الْفَسْخِ فَإِنَّ الْعَقْدَ لَا يَنْفَسَخُ بِمُجَرَّدِهِ تَنْزِلُ الْمُصَنَّفُ فِي الْجَوَابِ فَقَالَ: وَبِمُجَرَّدِ الْعَزْمِ إِنْ كَانَ لَا يَثْبُتُ بِهِ الْفَسْخُ فَقَدْ افْتَرَنَ الْعَزْمُ بِالْفِعْلِ وَهُوَ إِمْسَاكُ الْجَارِيَةِ وَنَقْلُهَا مِنْ مَوْضِعِ الْخُصُومَةِ إِلَى بَيْتِهِ وَمَا يُضَاهِيهِ كَالِاسْتِخْدَامِ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لَا يَحِلُّ بِذَوْنِ الْفَسْخِ فَتَحَقَّقَ الْإِنْفِسَاخُ لَوْجُودِ الْفَسْخِ مِنْهُمَا دَلَالَةً، وَبِهِ يَنْدَفِعُ مَا قَالَ زُفَرٌ إِنَّهُ لَا يَحِلُّ لَهُ وَطُوعُهَا؛ لِأَنَّ الْبَائِعَ مَتَى بَاعَهَا مِنَ الْمُشْتَرِي بَقِيَتْ عَلَى مِلْكِهِ مَا لَمْ يَبِعْهَا أَوْ يَتَقَايَلَا وَلَمْ يُوجَدْ ذَلِكَ؛ لِأَنَّ التَّقَايِلَ مَوْجُودٌ دَلَالَةً.

(قَوْلُهُ: وَلَا لَكُمْ) دَلِيلٌ آخَرُ فَإِنَّ الْمُشْتَرِي لَمَّا جَحَدَ الْعَقْدَ تَعَذَّرَ اسْتِيفَاءُ الثَّمَنِ مِنْهُ، وَلَمَّا تَعَذَّرَ فَاتَ رِضَا الْبَائِعِ، وَقَوَائِهِ يُوجِبُ الْفَسْخَ لِفَوَاتِ رُكْنِ الْبَيْعِ فَيَسْتَقِلُّ بِفَسْخِهِ فَيَجْعَلُ عَزْمَهُ فُسْخًا عَلَى مَا مَرَّ. وَالْفَرْقُ بَيْنَ الدَّلِيلَيْنِ أَنَّ الْإِنْفِسَاخَ كَانَ فِي الْأَوَّلِ مُتْرَكًا عَلَى الْفَسْخِ مِنَ الْجَانِبَيْنِ وَجَعَلَ جُحُودَهُ فُسْخًا مِنْ جَانِبِهِ، وَالْعَزْمُ عَلَى تَرْكِ الْخُصُومَةِ مِنْ جَانِبِ الْبَائِعِ، وَفِي الثَّانِي يَتَرْتَّبُ عَلَى الْفَسْخِ مِنْ جَانِبِ الْبَائِعِ بِاسْتِدَادِهِ.

قَالَ: (وَمَنْ أَقْرَأَهُ قَبْضَ مِنْ فُلَانٍ عَشْرَةَ دَرَاهِمَ ثُمَّ ادَّعَى أَنَّهَا زِيُوفٌ صَدَقَ) وَفِي بَعْضِ النُّسخِ اقْتَضَى، وَهُوَ عِبَارَةٌ عَنِ الْقَبْضِ أَيْضًا. وَوَجْهُهُ أَنَّ الزُّيُوفَ مِنْ جِنْسِ الدَّرَاهِمِ إِلَّا أَنَّهَا مَعِيْبَةٌ، وَلِهَذَا لَوْ تَجَوَّزَ بِهِ فِي الصَّرْفِ وَالسَّلَمِ جَازَ، وَالْقَبْضُ لَا يَخْتَصُّ بِالْحِيَادِ فَيُصَدَّقُ لِأَنَّهُ أَنْكَرَ قَبْضَ حَقِّهِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا أَقْرَأَهُ قَبْضَ الْحِيَادِ أَوْ حَقَّهُ أَوْ الثَّمَنَ أَوْ اسْتَوْفَى لِإِقْرَارِهِ بِقَبْضِ الْحِيَادِ صَرِيحًا أَوْ دَلَالَةً فَلَا يُصَدَّقُ وَالنَّبَهْرَجَةُ كَالزُّيُوفِ وَفِي السُّوْقَةِ لَا يُصَدَّقُ لِأَنَّهُ لَيْسَ مِنْ جِنْسِ الدَّرَاهِمِ، حَتَّى لَوْ تَجَوَّزَ بِهِ فِيمَا ذَكَرْنَا لَا يَجُوزُ. وَالزُّيُوفُ مَا زَيْفُهُ بَيْتُ الْمَالِ، وَالنَّبَهْرَجَةُ مَا يَرُدُّهُ التُّجَارُ، وَالسُّوْقَةُ مَا يَغْلِبُ عَلَيْهِ الْفِشُّ

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ أَقْرَأَهُ قَبْضَ مِنْ فُلَانٍ عَشْرَةَ دَرَاهِمَ إلخ) وَمَنْ أَقْرَأَهُ قَبْضَ مِنْ فُلَانٍ عَشْرَةَ دَرَاهِمَ قَرْضًا أَوْ ثَمَنَ سِلْعَةٍ لَهُ عِنْدَهُ أَوْ غَيْرَ ذَلِكَ ثُمَّ قَالَ إِنَّهُ زِيُوفٌ صَدَّقَ سَوَاءً كَانَ مَفْضُولًا أَوْ مَوْضُولًا ذَلَّ عَلَى ذَلِكَ دَلَالَةً ثُمَّ فِي الْكِتَابِ وَالتَّصْرِيحُ بِهِ فِي غَيْرِهِ. وَفِي بَعْضِ نُسَخِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ وَقَعَ فِي مَوْضِعِ قَبْضٍ اقْتَضَى وَالْمَعْنَى هَاهُنَا وَاحِدٌ وَالْحُكْمُ فِيهِمَا سَوَاءً. وَوَجْهُهُ ذَلِكَ أَنَّ الزُّيُوفَ مِنْ جِنْسِ الدَّرَاهِمِ إِلَّا أَنَّهَا مَعِيْبَةٌ، بِذَلِكَ

أَنَّهُ لَوْ تَجَوَّزَ بِهِ فِيمَا لَا يَجُوزُ الاسْتِدْلَالُ فِي بَدَلِهِ كَالصَّرْفِ وَالسَّلَمِ جَارٍ، وَلَوْ لَمْ يَكُنْ مِنْ جِنْسِهَا كَانَ التَّجَوُّزُ اسْتِبْدَالًا وَهُوَ فِيهِمَا لَا يَجُوزُ كَمَا تَقَدَّمَ. فَإِنْ قِيلَ: الْإِقْرَارُ بِالْقَبْضِ يَسْتَلْزِمُ الْإِقْرَارَ بِقَبْضِ الْحَقِّ وَهُوَ الْجِيَادُ حَمَلًا لِحَالِهِ عَلَى مَا لَهُ حَقُّ قَبْضِهِ لَا مَا لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ؛ وَلَوْ أَقَرَّ بِقَبْضِ حَقِّهِ ثُمَّ ادَّعَى أَنَّهُ زُيُوفٌ لَمْ يُسْمَعْ مِنْهُ، فَكَذَا هَذَا.

أَجَابَ الْمُصَنِّفُ بِقَوْلِهِ وَالْقَبْضُ لَا يَخْتَصُّ بِالْجِيَادِ وَهُوَ مَنَعٌ لِلْمَلَاذِمَةِ، وَقَوْلُهُ: حَمَلًا لِحَالِهِ عَلَى مَا لَهُ حَقُّ قَبْضِهِ مُسَلَّمٌ، وَالزُّيُوفُ لَهُ حَقُّ قَبْضِهِ؛ لِأَنَّهُ دُونَ حَقِّهِ، وَإِنَّمَا الْمَنُوعُ مِنَ الْقَبْضِ مَا يَزِيدُ عَلَى حَقِّهِ، وَإِذَا لَمْ يَكُنِ الْقَبْضُ مُخْتَصًّا بِالْجِيَادِ فَلَا إِقْرَارَ بِهِ لَا يَسْتَلْزِمُ الْإِقْرَارَ بِقَبْضِ الْجِيَادِ فِدْعَاوَهُ الزُّيُوفُ لَمْ يَكُنْ مُتَنَاقِضًا بَلْ هُوَ مُنْكَرٌ قَبْضِ حَقِّهِ، وَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُنْكَرِ بِالْيَمِينِ، وَالتَّبَهُّرُجَةُ كَالزُّيُوفِ لَكُونِهَا مِنْ جِنْسِ الدَّرَاهِمِ لَمَّا تَقَدَّمَ.

وَعُلِمَ مِنْ هَذَا أَنَّهُ لَوْ أَقَرَّ بِالْجِيَادِ وَهُوَ حَقُّهُ أَوْ بِحَقِّهِ أَوْ بِالثَّمَنِ أَوْ بِالْأَسْتِيفَاءِ ثُمَّ ادَّعَى كَوْنَ الْمَقْبُوضِ زُيُوفًا أَوْ تَبَهُّرُجَةً لَمْ يُصَدَّقْ لِإِقْرَارِهِ بِقَبْضِ الْجِيَادِ صَرِيحًا فِي الْأَوَّلِ وَدَلَالَةً فِي الْبَاقِي؛ لِأَنَّ حَقَّهُ فِي الْجِيَادِ، وَالثَّمَنُ جِيَادٌ وَالْأَسْتِيفَاءُ يَدُلُّ عَلَى التَّمَامِ وَلَا تَمَامَ دُونَ الْحَقِّ فَكَانَ فِي دَعْوَاهُ الزُّيُوفَ مُتَنَاقِضًا. وَمِنْ هَذَا ظَهَرَ الْفَرْقُ بَيْنَ هَذَا وَبَيْنَ مَا إِذَا ادَّعَى عَيْبًا فِي الْمَبِيعِ عَلَى الْبَائِعِ وَأَنْكَرَهُ. فَإِنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ الْبَائِعِ لَا الْمُشْتَرِي الَّذِي أَنْكَرَ قَبْضَ حَقِّهِ؛ لِأَنَّ الْمُشْتَرِيَّ أَقَرَّ بِقَبْضِ حَقِّهِ وَهُوَ الْمَعْقُودُ عَلَيْهِ ثُمَّ ادَّعَى لِنَفْسِهِ حَقَّ الرَّدِّ عَلَى الْبَائِعِ وَهُوَ مُنْكَرٌ فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ: فَكَانَ مِنَ الْقَبِيلِ الثَّانِي: أَعْنِي الْمَقَرَّ بِقَبْضِ الْحَقِّ فَلَا يَرُدُّ نَقْضًا عَلَى الْقَبِيلِ الْأَوَّلِ.

قَالَ صَاحِبُ النَّهَائَةِ: جَمَعَ بَيْنَ هَذِهِ الْمَسَائِلِ الْأَرْبَعِ فِي الْجَوَابِ بِأَنَّهُ لَا يُصَدَّقُ وَلَيْسَ الْحُكْمُ فِيهَا عَلَى السَّوَاءِ، فَإِنَّهُ إِذَا أَقَرَّ أَنَّهُ قَبَضَ الدَّرَاهِمَ الْجِيَادَ ثُمَّ ادَّعَى أَنَّهَا زُيُوفٌ فَإِنَّهُ لَا يُصَدَّقُ لَا مَفْصُولًا وَلَا مَوْصُولًا، وَفِيمَا بَقِيَ لَا يُصَدَّقُ مَفْصُولًا وَلَكِنْ يُصَدَّقُ مَوْصُولًا. وَالْفَرْقُ هُوَ أَنَّ فِي قَوْلِهِ قَبِضْتُ مَا لِي عَلَيْهِ أَوْ حَقِّي عَلَيْهِ جُعِلَ مُقَرًّا بِقَبْضِ الْقَدْرِ وَالْجُودَةِ بِلَفْظٍ وَاحِدٍ، فَإِذَا اسْتَشْنَى الْجُودَةَ فَقَدْ اسْتَشْنَى الْبَعْضَ مِنَ الْجُمْلَةِ فَصَحَّ، كَمَا لَوْ قَالَ لِفُلَانٍ عَلَيَّ أَلْفٌ إِلَّا مِائَةً؛ فَأَمَّا إِذَا قَالَ قَبِضْتُ عَشْرَةَ جِيَادًا فَقَدْ أَقَرَّ بِالْوَزْنِ بِلَفْظٍ عَلَى حِدَةٍ وَبِالْجُودَةِ بِلَفْظٍ عَلَى حِدَةٍ، فَإِذَا قَالَ إِلَّا أَنَّهَا زُيُوفٌ فَقَدْ اسْتَشْنَى الْكُلَّ مِنَ الْكُلِّ فِي حَقِّ الْجُودَةِ وَذَلِكَ بَاطِلٌ، كَمَنْ قَالَ لِفُلَانٍ عَلَيَّ مِائَةُ دِرْهَمٍ وَدِينَارٌ

إِلَّا دِينَارًا كَانَ الاسْتِثْنَاءُ بَاطِلًا، وَإِنْ ذَكَرَهُ مَوْصُولًا كَذَا هَاهُنَا.

(قَوْلُهُ: وَفِي السُّتُوفَةِ لَا يُصَدَّقُ) يَعْنِي لَوْ ادَّعَاهَا بَعْدَ الْإِقْرَارِ بِقَبْضِ الْعَشْرَةِ لَمْ يُصَدَّقْ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ مِنْ جِنْسِ الدَّرَاهِمِ، حَتَّى لَوْ تَجَوَّزَ بِهِ فِي الصَّرْفِ وَالسَّلَمِ لَمْ يَجْزُ فَكَانَ مُتَنَاقِضًا فِي دَعْوَاهُ. قَالَ صَاحِبُ النَّهَائَةِ: ذَكَرَ هَذَا الْحُكْمُ مُطْلَقًا وَلَيْسَ كَذَلِكَ. وَنَقَلَ عَنِ الْمُسَوِّطِ فِي آخِرِ كِتَابِ الْإِقْرَارِ مَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ إِنْ ادَّعَى الرِّصَاصَ بَعْدَ الْإِقْرَارِ بِقَبْضِ الدَّرَاهِمِ، إِنْ كَانَ مَفْصُولًا لَمْ يُسْمَعْ، وَإِنْ كَانَ مَوْصُولًا لَا يُسْمَعُ. وَالسُّتُوفَةُ أَقْرَبُ إِلَى الدَّرَاهِمِ مِنَ الرِّصَاصِ، فَإِذَا كَانَ الْحُكْمُ فِي الرِّصَاصِ ذَلِكَ فَفِي السُّتُوفَةِ أَوْلَى وَكَانَ الْاِغْتِرَاضَيْنِ وَقَعَا لِدُهُولِ عَنِ التَّدْفِيقِ فِي كَلَامِ الْمُصَنِّفِ، فَإِنَّ كَلَامَهُ فِيمَا إِذَا قَالَ مَفْصُولًا بِدَلَالَةِ قَوْلِهِ ثُمَّ ادَّعَى فَإِنَّهُ لِلتَّرَاحِي، وَلَا نِزَاعَ فِي غَيْرِ الزُّيُوفِ وَالتَّبَهْرَجَةِ أَنَّهُ إِذَا ادَّعَاهُ لَا يَقْبَلُ مَفْصُولًا، وَأَمَّا أَنَّهُ هَلْ يَقْبَلُ مَوْصُولًا أَوْ لَا لَمْ يُصَرِّحْ بِذِكْرِهِ اعْتِمَادًا عَلَى أَنَّهُ لَمَّا كَانَ بَيَانُ تَغْيِيرٍ وَهُوَ لَا يَقْبَلُ مَفْصُولًا وَيُقْبَلُ مَوْصُولًا، وَذَكَرُ أَحَدَ الْجَانِبَيْنِ فَهَمَّ الْجَانِبَ الْآخَرَ. بَقِيَ الْكَلَامُ فِيمَا إِذَا أَقْرَبَ بِالدَّرَاهِمِ الْجِيَادِ وَادَّعَى أَنَّهَا زُّيُوفٌ فَإِنَّهُ لَا يَقْبَلُ مَفْصُولًا وَلَا مَوْصُولًا كَمَا تَقَدَّمَ.

وَيَجَابُ عَنْ ذَلِكَ بِأَنَّ الْمَنْعَ هُنَاكَ عَنْ قَبُولِ الْمَوْصُولِ إِنَّمَا هُوَ بِاعْتِبَارِ عَارِضٍ وَهُوَ لَزُومُ اسْتِثْنَاءِ الْكُلِّ مِنَ الْكُلِّ كَمَا مَرَّ، لَا مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ بَيَانُ تَغْيِيرٍ إِنْ صَحَّ ذَلِكَ عَنْ الْأَصْحَابِ أَوْ عَنْ الْمَشَايِخِ وَقَدْ اخْتَارَهُ الْمُصَنِّفُ، فَإِنَّهُ مَا عَزَاهُ إِلَى شَيْءٍ مِنَ النَّسَخِ، وَتَمَثِيلُهُ بِاسْتِثْنَاءِ الدِّينَارِ قَدْ لَا يَنْهَضُ؛ لِأَنَّ الْجَوْدَةَ وَصَفَ لَا يَصِحُّ اسْتِثْنَاؤُهُ فَكَأَنَّهُ لَمْ يَسْتَنْ، ثُمَّ فَسَّرَ الزُّيُوفَ بِمَا زَيْفُهُ يَبْتَ الْمَالُ: أَيُّ رَدُّهُ، وَالتَّبَهْرَجَةَ بِمَا يَرُدُّهُ التَّجَارُ، وَلَعَلَّهُ أَرَادَ مِنَ الزَّيْفِ، وَالسُّتُوفَةُ مَا يَغْلِبُ عَلَيْهِ الْغِشُّ، قِيلَ هُوَ مُعَرَّبٌ سَتُو وَهِيَ أَرْدُءُ مِنَ التَّبَهْرَجَةِ حَتَّى خَرَجَ مِنْ جِنْسِ الدَّرَاهِمِ.

قَالَ (وَمَنْ قَالَ لِأَخْرَكَ لَكَ عَلَيَّ أَلْفَ دِرْهَمٍ فَقَالَ لَيْسَ لِي عَلَيْكَ شَيْءٌ ثُمَّ قَالَ فِي مَكَانِهِ بَلْ لِي عَلَيْكَ أَلْفُ دِرْهَمٍ فَلَيْسَ عَلَيْهِ شَيْءٌ) لِأَنَّ إِقْرَارَهُ هُوَ الْأَوَّلُ وَقَدْ ارْتَدَّ بِرَدِّ الْمُقَرَّرِ لَهُ، وَالثَّانِي دَعْوَى فَلَا بُدَّ مِنَ الْحُجَّةِ أَوْ تَصْدِيقِ خَصْمِهِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ لِغَيْرِهِ اشْتَرَيْتُ وَأَنْكَرَ الْآخَرُ لَهُ أَنْ يُصَدِّقَهُ، لِأَنَّ أَحَدَ الْمُتَعَاقِدَيْنِ لَا يَتَفَرَّدُ بِالْفَسْخِ كَمَا لَا يَتَفَرَّدُ بِالْعَقْدِ، وَالْمَعْنَى أَنَّهُ حَقُّهُمَا فَبَقِيَ الْعَقْدُ فَعَمِلَ التَّصْدِيقُ، أَمَّا الْمُقَرَّرُ لَهُ يَتَفَرَّدُ بِرَدِّ الْإِقْرَارِ فَاهْتَرَقَا.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ قَالَ لآخرَ لك علي ألف درهم إلخ) اعلم أن الإقرار إما أن يكون بما يحتمل الإبطال أو بما لا يحتمله، فإن كان الأول فإما أن يستقل المقر بإثباته أو لا، والأول يرتد برّد المقر له مستقلاً بذلك كما أن المقر يستقل بإثباته، والثاني يحتاج إلى تصديق خصمه، فعلى هذا إذا قال لآخر لك علي ألف درهم فقال ليس لي عليك شيء. ثم قال في مكانه بل لي عليك ألف درهم فليس عليه شيء؛ لأن المقر أقر بما يحتمل الإبطال وهو مستقل بإثبات ما أقر به لا محالة، وقد رده المقر له فيرتد. وقوله: بل لي عليك ألف درهم غير مفيد؛ لأنه دعوى فلا بد لها من حجة: أي بينة أو تصديق الخصم حتى لو صدقه المقر ثانياً لزمه المال استحساناً.

وإذا قال اشتريت مني هذا العبد فأذكر له أن يصدقه بعد ذلك؛ لأن إقراره وإن كان بما يحتمل الإبطال لكن المقر لم يستقل بإثباته فلا يتفرّد أحد العاقدين بالفسخ كما لا يتفرّد بالعقد: يعني المقر له لا يتفرّد بالرد، كما أن المقر لا يتفرّد بإثباته، والمعنى أنه أحقهما فبقي العقد فعمل التصديق، بخلاف الأول فإن أحدهما يتفرّد بالإثبات فيتفرّد الآخر بالرد.

قلت: إن عزم المقر على ترك الخصومة وجب أن لا يفیده التصديق بعد الإنكار، فإن الفسخ قد تم، ولهذا لو كانت جارية حل وطؤها كما تقدّم، ويجوز أن يقال إن قوله ثم قال في مكانه إشارة إلى الجواب عن ذلك فإن العزم والنقل كأنما دليل الفسخ، وبه سقط ما قال في الكافي ذكر في الهداية أن أحد العاقدين لا يتفرّد بالفسخ وذكر قبله ولأنه لما تعذر استيفاء الثمن من المشتري فات رضا البائع فيستبد بفسخه، والتوفيق بين كلاميه صعب، وذلك؛ لأنه قال لما تعذر استيفاء الثمن يستبد، وهاهنا لما أقر المشتري في مكانه بالشراء لم يتعذر الاستيفاء فلا يستبد بالفسخ وإن كان الثاني، كما إذا أقر بنسب عبده من إنسان فكذب المقر له ثم ادّعا المقر لنفسه فإنه لا يثبت منه النسب عند أبي حنيفة رحمه الله؛ لأن الإقرار بالنسب إقرار بما لا يحتمل الإبطال فلا يرتد بالرد وإن وافقه المقر على ذلك.

قَالَ (وَمَنْ ادعى على آخرَ ما لا فقال ما كان لك علي شيء قط فأقام المدعي

الْبَيِّنَةُ عَلَى الْإِبْرَاءِ وَاقَامَ هُوَ الْبَيِّنَةُ عَلَى الْقَضَاءِ فَبِلَتْ بَيِّنَتُهُ) وَكَذَلِكَ عَلَى الْإِبْرَاءِ. وَقَالَ زُفَرٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَا تُقْبَلُ لَأَنَّ الْقَضَاءَ يَتَلَوُ الْوُجُوبَ وَقَدْ أَنْكَرَهُ فَيَكُونُ مُنَاقِضًا. وَلَنَا أَنَّ التَّوْفِيقَ مُمَكِّنٌ لَأَنَّ غَيْرَ الْحَقِّ قَدْ يُقْضَى وَيَبْرَأُ مِنْهُ دَفْعًا لِلْخُصُومَةِ وَالشَّعْبِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ يُقَالُ قُضِيَ بِبَاطِلٍ وَقَدْ يُصَالِحُ عَلَى شَيْءٍ فَيُثْبِتُ ثُمَّ يُقْضَى، وَكَذَا إِذَا قَالَ لَيْسَ لَكَ عَلَيَّ شَيْءٌ قَطُّ لَأَنَّ التَّوْفِيقَ أَظْهَرَ (وَلَوْ قَالَ مَا كَانَ لَكَ عَلَيَّ شَيْءٌ قَطُّ وَلَا أَعْرِفُكَ لَمْ تُقْبَلْ بَيِّنَتُهُ عَلَى الْقَضَاءِ) وَكَذَا عَلَى الْإِبْرَاءِ لَتَعَذَّرَ التَّوْفِيقُ لِأَنَّهُ لَا يَكُونُ بَيْنَ اثْنَيْنِ، أَخَذَ وَإِعْطَاءَ وَقَضَاءَ وَاقْتِضَاءَ وَمُعَامَلَةً بِدُونِ الْمَعْرِفَةِ. وَذَكَرَ الْقُدُورِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ تُقْبَلُ أَيْضًا لَأَنَّ الْمُحْتَاجِبَ أَوْ الْمُخْذَرَةَ قَدْ يُؤْذَى بِالشَّعْبِ عَلَى بَابِهِ فَيَأْمُرُ بَعْضُ وَكَلَالِهِ بِإِرْضَائِهِ وَلَا يَعْرِفُهُ ثُمَّ يَعْرِفُهُ بَعْدَ ذَلِكَ فَأَمَكَّنَ التَّوْفِيقُ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ ادَّعَى عَلَى آخَرَ مَالًا إلخ) إِذَا ادَّعَى عَلَى آخَرَ مَالًا فَقَالَ مَا كَانَ لَكَ عَلَيَّ شَيْءٌ قَطُّ، وَمَعْنَاهُ نَفَى الْوُجُوبِ عَلَيْهِ فِي الْمَاضِي عَلَى سَبِيلِ الاسْتِعْرَاقِ فَأَقَامَ الْمُدَّعِي الْبَيِّنَةَ عَلَى مَا ادَّعَاهُ وَأَقَامَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ الْبَيِّنَةَ أَنَّهُ قَضَاهُ أَوْ عَلَى الْإِبْرَاءِ فَبِلَتْ بَيِّنَتُهُ. وَقَالَ زُفَرٌ: وَهُوَ قَوْلُ ابْنِ أَبِي لَيْلَى: إِنَّهَا لَا تُقْبَلُ؛ لَأَنَّ الْقَضَاءَ يَتَلَوُ الْوُجُوبَ، وَقَدْ أَنْكَرَهُ فَكَانَ مُنَاقِضًا فِي دَعْوَاهُ، وَقَبُولُ الْبَيِّنَةِ يَفْتَضِي دَعْوَى صَحِيحَةٍ. وَلَنَا أَنَّ التَّوْفِيقَ مُمَكِّنٌ؛ لَأَنَّ غَيْرَ الْحَقِّ قَدْ يُقْضَى وَيُبرَأُ مِنْهُ دَفْعًا لِلْخُصُومَةِ وَالشَّعْبِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ يُقَالُ قُضِيَ بِبَاطِلٍ كَمَا يُقَالُ قُضِيَ بِحَقٍّ، وَقَدْ يُصَالِحُ عَلَى شَيْءٍ فَيُثْبِتُ ثُمَّ يُقْضَى، وَكَذَا إِذَا قَالَ لَيْسَ لَكَ عَلَيَّ شَيْءٌ وَالْمَسْأَلَةُ بِحَالِهَا؛ لَأَنَّ التَّوْفِيقَ أَظْهَرَ؛ لَأَنَّ لَيْسَ لِنَفْيِ الْحَالِ، فَإِذَا أَقَامَ الْمُدَّعِي الْبَيِّنَةَ عَلَى الْمُدَّعَى بِهِ وَالْمُدَّعَى عَلَيْهِ عَلَى الْقَضَاءِ أَوْ الْإِبْرَاءِ قَبْلَ زَمَانِ الْحَالِ لَمْ يَتَصَوَّرْ تَنَاقُضٌ أَصْلًا.

قَالُوا: ذَلَّتِ الْمَسْأَلَةُ عَلَى قَبُولِ الْبَيِّنَةِ عِنْدَ امْتِكَانِ التَّوْفِيقِ مِنْ غَيْرِ دَعْوَاهُ، وَاسْتَدَلَّ الْخِصَافُ لِمَسْأَلَةِ الْكِتَابِ بِفَضْلِ دَعْوَى الْفَصَاصِ وَالرَّقِّ فَقَالَ: أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ ادَّعَى عَلَى رَجُلٍ دَمَ عَمْدٍ فَلَمَّا ثَبَتَ عَلَيْهِ أَقَامَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ الْبَيِّنَةَ عَلَى الْإِبْرَاءِ وَالْعَفْوِ أَوْ الصُّلْحِ مَعَهُ عَلَى مَالٍ قُبِلَتْ، وَكَذَا لَوْ ادَّعَى رَقَبَةً جَارِيَةً فَأَلْكَرَتْ وَأَقَامَ الْبَيِّنَةَ عَلَى رَقَبَتِهَا ثُمَّ أَقَامَتْ هِيَ بَيِّنَةً عَلَى أَنَّهُ أَعْتَقَهَا أَوْ كَاتَبَهَا عَلَى أَلْفٍ وَأَنَّهَا أَدَّتْ الْأَلْفَ إِلَيْهِ قُبِلَتْ؛ وَلَوْ

قَالَ مَا كَانَ لَكَ عَلَيَّ شَيْءٌ قَطُّ وَلَا أَعْرِفُكَ أَوْ مَا أَشْبَهَ كَقَوْلِهِ وَلَا رَأَيْتُكَ وَلَا جَرَى بَيْنِي وَبَيْنَكَ مُخَالَطَةً وَالْمَسْأَلَةُ بِحَالِهَا لَمْ تُقْبَلْ بَيْنَتُهُ عَلَى الْقَضَاءِ وَكَذَا عَلَى الْإِبْرَاءِ لَتَعْدُرِ التَّوْفِيقِ إِذْ لَا يَكُونُ بَيْنَ اثْنَيْنِ أَخْذٌ وَإِعْطَاءٌ وَقَضَاءٌ وَاقْتِضَاءٌ وَمُعَامَلَةٌ بِلَا خُلْطَةٍ وَمَعْرِفَةٍ. وَذَكَرَ الْقُدُورِيُّ عَنْ أَصْحَابِنَا أَنَّهُ أَيْضًا تُقْبَلُ؛ لِأَنَّ الْمُحْتَاجِبَ أَوْ الْمُخْدَرَةَ قَدْ يُؤْذَى بِالشَّعْبِ عَلَى بَابِهِ فَيَأْمُرُ بَعْضُ وَكَلَالِهِ بِإِرْضَائِهِ وَلَا يَعْرِفُهُ ثُمَّ يَعْرِفُهُ بَعْدَ ذَلِكَ فَكَانَ التَّوْفِيقُ مُمَكِّنًا. قَالُوا: وَعَلَى هَذَا إِذَا كَانَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ مِمَّنْ يَتَوَلَّى الْأَعْمَالِ بِنَفْسِهِ لَا تُقْبَلُ بَيْنَتُهُ، وَقِيلَ تُقْبَلُ الْبَيِّنَةُ عَلَى الْإِبْرَاءِ فِي هَذَا الْفَصْلِ بِاتِّفَاقِ الرُّوَايَاتِ؛ لِأَنَّهُ يَتَحَقَّقُ بِلَا مَعْرِفَةٍ.

قَالَ (وَمَنْ ادَّعَى عَلَى آخَرَ أَنَّهُ بَاعَهُ جَارِيَتَهُ فَقَالَ لَمْ أَبْعَاهَا مِنْكَ قَطُّ فَأَقَامَ الْمُشْتَرِي الْبَيِّنَةَ عَلَى الشِّرَاءِ فَوَجَدَ بِهَا أَصْبُعًا زَائِدَةً فَأَقَامَ الْبَائِعُ الْبَيِّنَةَ أَنَّهُ بَرِئَ إِلَيْهِ مِنْ كُلِّ عَيْبٍ لَمْ تُقْبَلْ بَيْنَتُ الْبَائِعِ) وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهَا تُقْبَلُ اعْتِبَارًا بِمَا ذَكَرْنَا. وَوَجْهُ الظَّاهِرِ أَنَّ شَرْطَ الْبَرَاءَةِ تَغْيِيرُ الْعَقْدِ مِنْ اقْتِضَاءِ وَصْفِ السَّلَامَةِ إِلَى غَيْرِهِ فَيَسْتَدْعِي وَجُودَ الْبَيْعِ وَقَدْ أَنْكَرَهُ فَكَانَ مُنَاقِضًا، بِخِلَافِ الدِّينِ لِأَنَّهُ قَدْ يُقْضَى وَإِنْ كَانَ بَاطِلًا عَلَى مَا مَرَّ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ ادَّعَى عَلَى آخَرَ أَنَّهُ بَاعَهُ جَارِيَتَهُ هَذِهِ إِخْ) وَمَنْ ادَّعَى عَلَى آخَرَ أَنَّهُ بَاعَهُ جَارِيَتَهُ هَذِهِ فَقَالَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ لَمْ أَبْعَاهَا مِنْكَ قَطُّ فَأَقَامَ الْمُدَّعِي الْبَيِّنَةَ عَلَى الشِّرَاءِ فَوَجَدَ بِهَا عَيْبًا لَمْ يَحْدُثْ مِثْلُهُ فِي مِثْلِ تِلْكَ الْمُدَّةِ كَالْأَصْبُعِ الزَّائِدَةِ وَأَرَادَ رَدَّهَا عَلَى الْبَائِعِ فَأَقَامَ الْبَيِّنَةَ عَلَى أَنَّهُ بَرِئَ إِلَيْهِ مِنْ كُلِّ عَيْبٍ لَمْ تُقْبَلْ بَيْنَتُهُ. ذَكَرَهَا فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ وَلَمْ يَحْكُ خِلَافًا. وَالْخِصَافُ أَثْبَتَهُ عَنْ أَبِي يُوسُفَ، وَأَشَارَ إِلَيْهِ الْمُصَنِّفُ بِقَوْلِهِ وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهَا تُقْبَلُ اعْتِبَارًا بِمَا ذَكَرْنَا مِنْ صُورَةِ الدِّينِ، فَإِنَّهُ لَوْ أَنْكَرَهُ أَصْلًا ثُمَّ أَقَامَ الْبَيِّنَةَ عَلَى الْقَضَاءِ أَوْ الْإِبْرَاءِ قُبِلَتْ؛ لِأَنَّ غَيْرَ الْحَقِّ قَدْ يُقْضَى فَاُمْكِنَ التَّوْفِيقُ، فَكَذَلِكَ يَجُوزُ هَاهُنَا أَنْ يَقُولَ: لَمْ يَكُنْ بَيْنَنَا بَيْعٌ لَكِنَّهُ لَمَّا ادَّعَى عَلَيَّ الْبَيْعَ سَأَلْتُهُ أَنْ يُبَرِّتَنِي مِنَ الْعَيْبِ فَأَبْرَأَنِي. وَجْهُ الظَّاهِرِ أَنَّ شَرْطَ الْبَرَاءَةِ تَغْيِيرُ الْعَقْدِ مِنْ اقْتِضَاءِ وَصْفِ السَّلَامَةِ إِلَى غَيْرِهِ، وَذَلِكَ يَقْتَضِي وَجُودَ أَصْلِ الْعَقْدِ؛ لِأَنَّ الصِّفَّةَ بِدُونِ الْمَوْصُوفِ غَيْرُ

مُتَّصِرَةٌ وَهُوَ قَدْ أَثَرَهُ فَكَانَ مُنَاقِضًا، بِخِلَافِ مَسْأَلَةِ الدِّينِ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يُقْضَى وَإِنْ كَانَ بَاطِلًا عَلَى مَا مَرَّ.

قَالَ (ذَكَرُ حَقِّ كُتِبَ فِي أَسْفَلِهِ وَمَنْ قَامَ بِهَذَا الذِّكْرِ الْحَقِّ فَهُوَ وَلِيُّ مَا فِيهِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى، أَوْ كُتِبَ فِي شِرَاءٍ فَعَلَى فُلَانٍ خَلَاصُ ذَلِكَ وَتَسْلِيمُهُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى بَطْلَ الذِّكْرِ كُلُّهُ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ. وَقَالَا: إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى هُوَ عَلَى الْخَلَاصِ وَعَلَى مَنْ قَامَ بِذِكْرِ الْحَقِّ، وَقَوْلُهُمَا اسْتِحْسَانٌ ذَكَرَهُ فِي الْإِقْرَارِ) لِأَنَّ الِاسْتِثْنَاءَ يَنْصَرِفُ إِلَى مَا يَلِيهِ لِأَنَّ الذِّكْرَ لِلِاسْتِثْنَاءِ، وَكَذَا الْأَصْلُ فِي الْكَلَامِ الِاسْتِبْدَادُ وَلَهُ أَنَّ الْكُلَّ كَشَيْءٍ وَاحِدٍ بِحُكْمِ الْعَطْفِ فَيَنْصَرِفُ إِلَى الْكُلِّ كَمَا فِي الْكَلِمَاتِ الْمَعْطُوفَةِ مِثْلَ قَوْلِهِ عَبْدُهُ حُرٌّ وَأَمْرَأَتُهُ طَالِقٌ وَعَلَيْهِ الْمَشْيُ إِلَى بَيْتِ اللَّهِ تَعَالَى إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى؛ وَلَوْ تَرَكَ فَرَجَةً قَالُوا: لَا يَلْتَحِقُ بِهِ وَيَصِيرُ كَفَاصِلِ السُّكُوتِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

الشرح:

قَالَ (ذَكَرُ حَقِّ كُتِبَ فِي أَسْفَلِهِ إلخ) إِذَا أَقَرَّ عَلَى نَفْسِهِ وَكُتِبَ صَكًّا وَكُتِبَ فِي آخِرِهِ: وَمَنْ قَامَ بِهَذَا الذِّكْرِ الْحَقِّ فَهُوَ وَلِيُّ مَا فِيهِ، وَأَرَادَ بِذَلِكَ مَنْ أَخْرَجَ هَذَا الصَّكَّ وَطَلَبَ مَا فِيهِ مِنَ الْحَقِّ فَلَهُ وَلَايَةُ ذَلِكَ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى أَوْ كُتِبَ فِي كِتَابِ شِرَاءٍ مَا أُدْرِكَ فِيهِ فُلَانًا مِنْ دَرَكٍ فَعَلَى فُلَانٍ خَلَاصُهُ وَتَسْلِيمُهُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى بَطْلَ الذِّكْرِ كُلُّهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ، وَقَالَا: الِاسْتِثْنَاءُ يَنْصَرِفُ إِلَى قَوْلِهِ عَلَى فُلَانٍ خَلَاصُهُ وَإِلَى مَنْ قَامَ بِذِكْرِ الْحَقِّ وَالشِّرَاءِ صَحِيحٌ، وَالْمَالُ الْمَقْرُوبُ بِهِ لَازِمٌ؛ لِأَنَّهُ اسْتِثْنَاءٌ، وَالِاسْتِثْنَاءُ يَنْصَرِفُ إِلَى مَا يَلِيهِ؛ لِأَنَّهُ لِلِاسْتِثْنَاءِ وَالتَّوَكُّيدِ وَصَرَفُهُ إِلَى الْجَمِيعِ مُبْطَلٌ، فَمَا فُرِضَ لِلِاسْتِثْنَاءِ لَمْ يَكُنْ لَهُ، هَذَا خُلْفٌ بَاطِلٌ، وَلِأَنَّ الْأَصْلَ فِي الْكَلَامِ الِاسْتِبْدَادُ فَلَا يَكُونُ مَا فِي الصَّكِّ بَعْضُهُ مُرْتَبِطًا بِبَعْضٍ فَيَنْصَرِفُ الِاسْتِثْنَاءُ إِلَى مَا يَلِيهِ وَهَذَا اسْتِحْسَانٌ.

وَالْجَوَابُ أَنَّ الذِّكْرَ لِلِاسْتِثْنَاءِ مُطْلَقًا، أَوْ إِذَا لَمْ يَكُتُبْ فِي آخِرِهِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى، وَالثَّانِي مُسَلَّمٌ وَلَا كَلَامَ فِيهِ، وَالْأَوَّلُ عَيْنُ التَّرَاعُ، وَالْأَصْلُ فِي الْكَلَامِ الِاسْتِبْدَالُ إِذَا لَمْ يُوجَدْ مَا يَدُلُّ عَلَى خِلَافِهِ وَقَدْ وَجِدَ ذَلِكَ وَهُوَ الْعَطْفُ، وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ الْكُلَّ فِيمَا نَحْنُ فِيهِ كَشَيْءٍ وَاحِدٍ بِحُكْمِ الْعَطْفِ فَيَنْصَرِفُ إِلَى الْكُلِّ، كَمَا لَوْ قَالَ عَبْدُهُ حُرٌّ وَأَمْرَأَتُهُ طَالِقٌ وَعَلَيْهِ الْمَشْيُ إِلَى بَيْتِ اللَّهِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى فَإِنَّهُ يَنْصَرِفُ إِلَى

الجميع، هذا إذا كُتِبَ الاستثناء متصلاً من غير فُرْجَةٍ بَيَّاضٍ لِيَصِيرَ بِمَنْزِلَةِ الْإِصْطِلَاقِ فِي الْكَلَامِ، وَأَمَّا إِذَا تَرَكَ فُرْجَةً قِيلَ قَوْلُهُ وَمَنْ قَامَ بِهَذَا الذِّكْرِ فَقَدْ قَالُوا لَا يُلْتَحَقُ بِهِ وَيَصِيرُ كَفَاصِلِ السُّكُوتِ.

وَفَائِدَةُ كِتَابِهِ وَمَنْ قَامَ بِهَذَا الذِّكْرِ فِي الشَّرْطِ إِثْبَاتُ الرِّضَا مِنَ الْمُقَرَّرِ بِتَوْكِيلٍ مَنْ يُوَكِّلُهُ الْمُقَرَّرُ لَهُ بِالْخُصُومَةِ مَعَهُ عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ، فَإِنَّ التَّوْكِيلَ بِالْخُصُومَةِ عِنْدَهُ مِنْ غَيْرِ رِضَا الْخَصْمِ لَا يَصِحُّ بِلاَ ضَرُورَةٍ، وَكَوْنُهُ تَوْكِيلًا مَجْهُولًا لَيْسَ بِضَائِرٍ؛ لِأَنَّهُ فِي الْإِسْقَاطِ، فَإِنَّ لِلْمُقَرَّرِ أَنْ لَا يَرْضَى بِتَوْكِيلِ الْمُقَرَّرِ لَهُ مَنْ يُخَاصِمُ مَعَهُ لَمَّا يَلْحَقُهُ مِنْ زِيَادَةِ الضَّرَرِ بِتَفَاوُتِ النَّاسِ فِي الْخُصُومَةِ، فَإِذَا رَضِيَ فَقَدْ أَسْقَطَ حَقَّهُ، وَإِسْقَاطُ الْحَقِّ مَعَ الْجَهَالَةِ جَائِزٌ كَمَا تَقَدَّمَ. وَقِيلَ هُوَ لِلَاخْتِرَازِ عَنْ قَوْلِ ابْنِ أَبِي لَيْلَى؛ لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ التَّوْكِيلُ بِالْخُصُومَةِ مِنْ غَيْرِ رِضَا الْخَصْمِ، إِلَّا إِذَا رَضِيَ بِوَكَالَةِ وَكِيلٍ مَجْهُولٍ لَا عَنْ مَذْهَبِ أَبِي حَنِيفَةَ فَإِنَّ الرِّضَا بِالْوَكَالَةِ الْمَجْهُولَةِ عِنْدَهُ لَا يَتَّبِعُ فَوْجُودَهُ كَعَدَمِهِ.

فصل في القضاء بالمواريث

قَالَ (وَإِذَا مَاتَ نَصْرَانِيٌّ فَجَاءَتْ أَمْرَأَتُهُ مُسْلِمَةً وَقَالَتْ أَسْلَمْتُ بَعْدَ مَوْتِهِ وَقَالَتْ الْوَرَثَةُ أَسْلَمْتُ قَبْلَ مَوْتِهِ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْوَرَثَةِ) وَقَالَ زُهْرٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: الْقَوْلُ قَوْلُهَا لِأَنَّ الْإِسْلَامَ حَادِثٌ فَيُضَافُ إِلَى أَقْرَبِ الْأَوْقَاتِ. وَلَنَا أَنَّ سَبَبَ الْحِرْمَانِ ثَابِتٌ فِي الْحَالِ فَيُثَبِّتُ فِيهَا مَضَى تَحْكِيمًا لِلْحَالِ كَمَا فِي جَرَيَانِ مَاءِ الطَّاحُونَةِ؛ وَهَذَا ظَاهِرٌ نَعْتِبْرُهُ لِلدَّفْعِ؛ وَمَا ذَكَرَهُ يَعْتَبَرُهُ لِلْإِسْتِحْقَاقِ؛ وَلَوْ مَاتَ الْمُسْلِمُ وَلَهُ أَمْرَأَةٌ نَصْرَانِيَّةٌ فَجَاءَتْ مُسْلِمَةً بَعْدَ مَوْتِهِ وَقَالَتْ أَسْلَمْتُ قَبْلَ مَوْتِهِ وَقَالَتْ الْوَرَثَةُ أَسْلَمْتُ بَعْدَ مَوْتِهِ فَالْقَوْلُ قَوْلُهُمْ أَيْضًا، وَلَا يُحْكَمُ الْحَالُ لِأَنَّ الظَّاهِرَ لَا يَصْلُحُ حُجَّةً لِلْإِسْتِحْقَاقِ وَهِيَ مُحْتَاجَةٌ إِلَيْهِ، أَمَّا الْوَرَثَةُ فَهُمْ الدَّافِعُونَ وَيَشْهَدُ لَهُمْ ظَاهِرُ الْحُدُوثِ أَيْضًا.

الشرح:

(فصل في القضاء بالمواريث): قَدْ تَقَدَّمَ لَنَا الْكَلَامُ فِيْمَا يُوجِبُ تَأْخِيرَ هَذَا الْفَصْلِ إِلَى هَذَا الْمَوْضِعِ. قَالَ (وَإِذَا مَاتَ النَّصْرَانِيٌّ فَجَاءَتْ أَمْرَأَتُهُ مُسْلِمَةً إلخ) ذَكَرَ مَسْأَلَتَيْنِ مِمَّا يَتَعَلَّقُ إِثْبَاتُهُ بِاسْتِصْحَابِ الْحَالِ وَهُوَ الْحُكْمُ بِثُبُوتِ أَمْرِ فِي وَقْتِ بِنَاءٍ عَلَى ثُبُوتِهِ فِي وَقْتٍ آخَرَ. وَهُوَ عَلَى تَوْعِينٍ: أَحَدُهُمَا أَنْ يُقَالَ كَانَ ثَابِتًا فِي الْمَاضِي فَيَكُونُ ثَابِتًا فِي

الْحَالِ كَحَيَاةِ الْمَفْقُودِ. وَالثَّانِي أَنْ يُقَالَ هُوَ ثَابِتٌ فِي الْحَالِ فَيُحَكَّمُ بِثُبُوتِهِ فِي الْمَاضِي كَجَرَيَانِ مَاءِ الطَّاحُونَةِ كَمَا سَنَذْكُرُهُ، وَهُوَ حُجَّةٌ دَافِعَةٌ لَا مُثَبِّتَةٌ عِنْدَنَا كَمَا عُرِفَ فِي أُصُولِ الْفَقْهِ فَإِذَا مَاتَ النَّصْرَانِيُّ فَجَاءَتْ امْرَأَتُهُ مُسْلِمَةً وَقَالَتْ أَسْلَمْتُ بَعْدَ مَوْتِهِ وَقَالَتْ الْوَرَثَةُ أَسْلَمْتُ قَبْلَ مَوْتِهِ فَالْقَوْلُ لِلْوَرَثَةِ.

وَقَالَ زُفَرٌ: الْقَوْلُ قَوْلُهَا؛ لِأَنَّ الْإِسْلَامَ حَدَثٌ بِالِاتِّفَاقِ، وَالْحَادِثُ يُضَافُ إِلَى أَقْرَبِ الْأَوْقَاتِ لَذَلِكَ. وَلَنَا أَنْ سَبَبَ الْحَرَمَانِ ثَابِتٌ فِي الْحَالِ لِاخْتِلَافِ الدِّينَيْنِ، وَكُلُّ مَا هُوَ ثَابِتٌ فِي الْحَالِ يَكُونُ ثَابِتًا فِيمَا مَضَى تَحْكِيمًا لِلْحَالِ: أَيُّ بِاسْتِصْحَابِ الْحَالِ كَمَا فِي جَرَيَانِ مَاءِ الطَّاحُونَةِ إِذَا اخْتَلَفَ فِيهِ الْمُتَعَاقِدَانِ بَعْدَ مَضِيِّ مُدَّةٍ فَإِنَّهُ يُحَكَّمُ فِي الْحَالِ، فَإِنْ كَانَ الْمَاءُ جَارِيًا فِي الْحَالِ كَانَ الْقَوْلُ لِلْآجِرِ وَهُوَ صَاحِبُ الطَّاحُونَةِ، وَإِنْ كَانَ مُنْقَطِعًا كَانَ الْقَوْلُ لِلْمُسْتَأْجِرِ.

قَوْلُهُ: وَهَذَا يَعْنِي تَحْكِيمَ الْحَالِ أَوْ الْحَالِ (ظَاهِرٌ نَعْتِيرُهُ لَدَفْعِ اسْتِحْقَاقِهَا الْمِيرَاثَ) وَهُوَ صَحِيحٌ (وَهُوَ) أَغْنَى زُفَرٌ (يَعْتَبِرُهُ لِلِاسْتِحْقَاقِ) وَهُوَ لَيْسَ بِصَحِيحٍ عِنْدَنَا، وَفِيهِ نَظَرٌ؛ لِأَنَّ زُفَرَ لَمْ يَجْعَلْ اسْتِحْقَاقَهَا لِلْمِيرَاثِ بِالْحَالِ بَلْ بَانَ الْأَصْلُ فِي الْحَادِثِ الْإِضَافَةُ إِلَى أَقْرَبِ الْأَوْقَاتِ، وَيَجُوزُ أَنْ يُجَابَ بِأَنَّ ذَلِكَ أَيْضًا ظَاهِرٌ، وَالظَّاهِرُ اسْتِصْحَابًا كَانَ أَوْ غَيْرَهُ لَا يُعْتَبَرُ لِلِاسْتِحْقَاقِ عَلَى أَنَّهُ يَسْتَلْزِمُ الْعَمَلَ بِالِاسْتِصْحَابِ كَمَا سَيُظْهِرُ (وَلَوْ) مَاتَ الْمُسْلِمُ وَلَهُ امْرَأَةٌ نَصْرَانِيَّةٌ فَجَاءَتْ مُسْلِمَةً بَعْدَ مَوْتِهِ وَقَالَتْ أَسْلَمْتُ قَبْلَ مَوْتِهِ وَقَالَتْ الْوَرَثَةُ أَسْلَمْتُ بَعْدَ مَوْتِهِ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْوَرَثَةِ أَيْضًا وَلَا يُحَكَّمُ الْحَالُ؛ لِأَنَّ تَحْكِيمَهُ يُؤَدِّي إِلَى جَعْلِهِ حُجَّةً لِلِاسْتِحْقَاقِ الَّذِي هِيَ مُحْتَاجَةٌ إِلَيْهِ وَهُوَ لَا يَصْلُحُ لَذَلِكَ، وَبِهَذَا الْقَدْرِ يَتِمُّ الدَّلِيلُ. وَقَوْلُهُ: (أَمَّا الْوَرَثَةُ فَهُمْ الدَّافِعُونَ) إِمَّا فِي الْأَوَّلَى فَلَأَنَّ نَصْرَانِيَّةَ امْرَأَةِ النَّصْرَانِيِّ كَانَتْ ثَابِتَةً فِيمَا مَضَى ثُمَّ جَاءَتْ مُسْلِمَةً وَادَّعَتْ إِسْلَامًا حَدَاثًا؛ فَبِالنَّظَرِ إِلَى مَا كَانَتْ فِيمَا مَضَى وَالْأَصْلُ فِيهِ أَنْ يَبْقَى هُوَ مِنَ التَّنَوُّعِ الْأَوَّلِ، وَبِالنَّظَرِ إِلَى مَا هُوَ مَوْجُودٌ فِي الْحَالِ.

وَالْأَصْلُ فِيهِ أَنْ يَكُونَ مَوْجُودًا فِيمَا مَضَى هُوَ مِنَ التَّنَوُّعِ الثَّانِي، فَلَوْ اعْتَبَرْنَا الْأَوَّلَ حَتَّى كَانَ الْقَوْلُ قَوْلُهَا كَانَ اسْتِصْحَابُ الْحَالِ مُثَبَّتًا وَهُوَ بَاطِلٌ فَاعْتَبَرْنَا الثَّانِي لِيَكُونَ

دَافِعًا فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ. وَأَمَّا فِي الثَّانِيَةِ فَلَأَنَّ نَصْرَانِيَّتَهَا كَانَتْ ثَابِتَةً وَالْإِسْلَامُ حَادِثٌ، فَالْتِّظَرُّ إِلَى النَّصْرَانِيَّةِ يَفْتَضِي بَقَاءَهَا إِلَى مَا بَعْدَ الْمَوْتِ، وَالتَّظَرُّ إِلَى الْإِسْلَامِ يَفْتَضِي أَنْ يَكُونَ ثَابِتًا قَبْلَ مَوْتِهِ، فَلَوْ اعْتَبَرْتَاهُ لَزِمَ أَنْ يَكُونَ الْحَالُ مُثَبَّتًا وَهُوَ لَا يَصْلُحُ فَاعْتَبَرْنَا الْأَوَّلَ لِيَكُونَ دَافِعًا وَالْوَرْتَةَ هُمْ الدَّافِعُونَ فَيُفِيدُهُمُ اسْتِدْلَالُ بِهِ.

وَقَوْلُهُ: (وَيَشْهَدُ لَهُمْ) دَلِيلٌ آخَرُ وَهُوَ أَنَّ الْإِسْلَامَ حَادِثٌ وَالْحَادِثُ يُضَافُ إِلَى أَقْرَبِ الْأَوْقَاتِ. فَإِنْ قِيلَ: إِنْ كَانَ ظَاهِرُ الْحُدُوثِ مُعْتَبَرًا فِي الدَّلَالَةِ كَانَ ظَاهِرُ زُفْرِ فِي الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى مُعَارِضًا لِلْاِسْتِصْحَابِ وَيَحْتَاجُ إِلَى مُرْجَحٍ وَالْأَصْلُ عَدَمُهُ. فَالْجَوَابُ أَنَّهُ مُعْتَبَرٌ فِي الدَّفْعِ لَا فِي الْإِثْبَاتِ، وَزُفْرٌ يَعْتَبَرُهُ لِلْإِثْبَاتِ. وَتَوْقُضٌ بِنَقْضِ إِجْمَالِيٍّ وَهُوَ أَنْ مَا ذَكَرْتُمْ عَلَى أَنَّ الْاِسْتِصْحَابَ لَا يَصْلُحُ لِلْإِثْبَاتِ لَوْ كَانَ صَحِيحًا بِجَمِيعِ مُقَدِّمَاتِهِ لَمَا قُضِيَ بِالْأَجْرِ عَلَى الْمُسْتَأْجِرِ إِذَا كَانَ مَاءُ الطَّاحُونَةِ جَارِيًا عِنْدَ الْاِخْتِلَافِ؛ لِأَنَّهُ اسْتِدْلَالٌ بِهِ لِلْإِثْبَاتِ الْأَجْرِ.

وَالْجَوَابُ أَنَّهُ اسْتِدْلَالٌ لِلدَّفْعِ مَا يَدَّعِي الْمُسْتَأْجِرُ عَلَى الْآجِرِ مِنْ بُتُوبِ الْعَيْبِ الْمَوْجِبِ لِسُقُوطِ الْأَجْرِ، وَأَمَّا بُتُوبُ الْأَجْرِ فَإِنَّهُ بِالْعَقْدِ السَّابِقِ الْمَوْجِبِ لَهُ فَيَكُونُ دَافِعًا لَا مُوجِبًا، وَاعْتَبِرْ هَذَا وَاسْتَغْنِ عَمَّا فِي النَّهَايَةِ مِنَ التَّطْوِيلِ.

قَالَ (وَمَنْ مَاتَ وَلَهُ فِي يَدِ رَجُلٍ أَرْبَعَةُ آلَافٍ دِرْهَمٍ وَدِيعَةٌ فَقَالَ الْمُسْتَوْدَعُ هَذَا ابْنُ الْمَيْتِ لَا وَارِثَ لَهُ غَيْرُهُ فَإِنَّهُ يَدْفَعُ الْمَالَ إِلَيْهِ) لِأَنَّهُ أَقْرَأُ أَنَّ مَا فِي يَدِهِ حَقُّ الْوَارِثِ خِلَافَةً فَصَارَ كَمَا إِذَا أَقْرَأَ أَنَّ حَقَّ الْمَوْرَثِ وَهُوَ حَيٌّ أَصَالَةً، بِخِلَافِ مَا إِذَا أَقْرَأَ لِرَجُلٍ أَنَّهُ وَكَيْلُ الْمَوْدَعِ بِالْقَبْضِ أَوْ أَنَّهُ اشْتَرَاهُ مِنْهُ حَيْثُ لَا يُؤْمَرُ بِالدَّفْعِ إِلَيْهِ لِأَنَّهُ أَقْرَأَ بِقِيَامِ حَقِّ الْمَوْدَعِ إِذْ هُوَ حَيٌّ فَيَكُونُ إِقْرَارًا عَلَى مَالِ الْغَيْرِ، وَلَا كَذَلِكَ بَعْدَ مَوْتِهِ، بِخِلَافِ الْمَدْيُونِ إِذَا أَقْرَأَ بِتَوْكِيلِ غَيْرِهِ بِالْقَبْضِ لِأَنَّ الدِّيُونَ تُقْضَى بِأَمْثَالِهَا فَيَكُونُ إِقْرَارًا عَلَى نَفْسِهِ فَيُؤْمَرُ بِالدَّفْعِ إِلَيْهِ (فَلَوْ قَالَ الْمَوْدَعُ لَأَخَّرَ هَذَا ابْنَهُ أَيْضًا وَقَالَ الْأَوَّلُ لَيْسَ لَهُ ابْنٌ غَيْرِي قُضِيَ بِالْمَالِ لِلأَوَّلِ) لِأَنَّهُ لَمَّا صَحَّ إِقْرَارُهُ لِلأَوَّلِ انْقَطَعَ يَدُهُ عَنِ الْمَالِ فَيَكُونُ هَذَا إِقْرَارًا عَلَى الْأَوَّلِ فَلَا يَصِحُّ إِقْرَارُهُ لِلثَّانِي، كَمَا إِذَا كَانَ الْأَوَّلُ ابْنًا مَعْرُوفًا، وَلِأَنَّهُ حِينَ أَقْرَأَ لِلأَوَّلِ لَا مُكَذِّبَ لَهُ فَصَحَّ، وَحِينَ أَقْرَأَ لِلثَّانِي لَهُ مُكَذِّبٌ فَلَمْ يَصَحَّ.

الشرح:

قال (وَمَنْ مَاتَ وَلَهُ فِي يَدِ رَجُلٍ أَرْبَعَةُ آلَافٍ دِرْهَمٍ وَدِيعَةٌ إِنْ رَجُلٍ مَاتَ وَلَهُ فِي يَدِ رَجُلٍ أَرْبَعَةُ آلَافٍ دِرْهَمٍ وَدِيعَةٌ فَأَقْرَ الْمُوْدَعُ لِرَجُلٍ أَنَّهُ ابْنُ الْمَيْتِ لَا وَارِثَ لَهُ غَيْرُهُ يَفْضِي الْحَاكِمُ عَلَيْهِ بِدَفْعِهِ إِلَى الْمُقَرَّ لَهُ؛ لِأَنَّهُ أَقْرَ أَنْ مَا فِي يَدِهِ حَقُّ الْوَارِثِ وَمِلْكُهُ خِلَافَةٌ. وَمَنْ أَقْرَ بِمِلْكٍ شَخْصٍ عِنْدَهُ وَجَبَ دَفْعُهُ إِلَيْهِ كَمَا إِذَا أَقْرَ أَنَّهُ حَقُّ الْمُوْرَثِ وَهُوَ حَقُّ أَصَالَةٍ، بِخِلَافِ مَا إِذَا أَقْرَ لِرَجُلٍ أَنَّهُ وَكِيْلُ الْمُوْدَعِ بِالْقَبْضِ أَوْ أَنَّهُ اشْتَرَاهُ مِنْهُ حَيْثُ لَا يُؤْمَرُ بِالْدَفْعِ؛ لِأَنَّهُ أَقْرَ بَقِيَامِ حَقِّ الْمُوْدَعِ لِكُونِهِ حَيًّا فَيَكُونُ إِقْرَارًا عَلَى مَالِ الْغَيْرِ. وَلِقَائِلِ أَنْ يَقُولَ: كَانَ الْوَاجِبُ فِي الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى أَنْ لَا يُؤْمَرُ بِالْدَفْعِ لِحَوَازِ قِيَامِ حَقِّ الْمَيْتِ فِي الْمَالِ بِاعْتِبَارِ مَا يُوجِبُ قِيَامَهُ فِيهِ لِحَاجَتِهِ إِلَيْهِ كَالَّذِينَ وَغَيْرِهِ: فَإِنَّ خِلَافَةَ الْوَارِثِ مُتَأَخِّرَةٌ عَنْ ذَلِكَ.

وَالْجَوَابُ أَنْ اسْتِحْقَاقَ الْوَارِثِ ثَبَتَ بِإِقْرَارِهِ يَبْقَيْنِ، وَمَا يُوجِبُ قِيَامَ حَقِّ الْمَيْتِ فِي الْمَالِ مُتَوَهِّمٌ فَلَا يُؤَخَّرُ الْيَقِينُ بِهِ، فَإِذَا امْتَنَعَ فِي الْوَدِيعَةِ حَتَّى هَلَكَتْ هَلْ يَضْمَنُ أَوْ لَا؟ قِيلَ يَضْمَنُ، وَقِيلَ لَا يَضْمَنُ، وَكَانَ يَنْبَغِي أَنْ يَضْمَنَ؛ لِأَنَّ الْمَنْعَ مِنْ وَكِيْلِ الْمُوْدَعِ فِي زَعْمِهِ كَالْمَنْعِ مِنَ الْمُوْدَعِ وَفِي الْمَنْعِ عَنْهُ يَضْمَنُ فَكَذًا مِنْ وَكِيْلِهِ، وَإِنْ سَلِمَهَا هَلْ لَهُ أَنْ يَسْتَرْدَّهَا؟

قِيلَ لَا يَمْلِكُ ذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ يَصِيرُ سَاعِيًّا فِي نَقْضِ مَا تَمَّ مِنْ جِهَتِهِ، بِخِلَافِ الْمَدْيُونِ إِذَا أَقْرَ بِتَوَكِيْلِ غَيْرِهِ بِالْقَبْضِ حَيْثُ يُؤْمَرُ بِالْدَفْعِ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ فِيهِ إِقْرَارٌ عَلَى الْغَيْرِ، بَلِ الْإِقْرَارُ فِيهِ عَلَى نَفْسِهِ؛ لِأَنَّ الدَّيُونَ تُقْضَى بِأَمْثَالِهَا، وَلَوْ أَقْرَ الْمُوْدَعُ بَعْدَ الْإِقْرَارِ الْأَوَّلِ لِرَجُلٍ آخَرَ بَأَنَّهُ أَيْضًا ابْنُ الْمَيْتِ وَأَنْكَرَهُ الْأَوَّلُ بِأَنْ قَالَ لَيْسَ لَهُ ابْنٌ غَيْرِي قُضِيَ بِالْمَالِ لِلأَوَّلِ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا صَحَّ إِقْرَارُهُ لِلأَوَّلِ فِي وَقْتٍ لَا مُزَاحِمَ لَهُ انْقَطَعَ يَدُهُ عَنِ الْمَالِ، فَالْإِقْرَارُ الثَّانِي يَكُونُ إِقْرَارًا عَلَى الْأَوَّلِ فَلَا يَصِحُّ كَمَا إِذَا كَانَ الْأَوَّلُ ابْنًا مَعْرُوفًا؛ وَلَئِنْ حِينَ أَقْرَ لِلأَوَّلِ لَمْ يُكْذِبْ أَحَدٌ فَصَحَّ إِقْرَارُهُ، وَحِينَ أَقْرَ لِلثَّانِي كَذَبَهُ الْأَوَّلُ فَلَا يَصِحُّ. وَاعْتَرَضَ بِأَنْ تُكَذِّبَ غَيْرِهِ يَنْبَغِي أَنْ لَا يُؤْتَرَفَ فِي إِقْرَارِهِ فَيَجِبُ عَلَيْهِ ضَمَانُ نِصْفِ مَا أَدَّى لِلأَوَّلِ. وَأَجَابُوا بِالتَّزَامِ ذَلِكَ إِذَا دَفَعَ الْجَمِيعَ بِلا قَضَاءٍ كَالَّذِي أَقْرَ بِتَسْلِيمِ الْوَدِيعَةِ مِنَ الْقَاضِي بَعْدَ مَا أَقْرَ لَغَيْرٍ مَنْ أَقْرَ لَهُ الْقَاضِي وَقَدْ تَقَدَّمَ فِي آدَبِ الْقَاضِي، وَأَمَّا إِذَا كَانَ الدَّفْعُ

بِقَضَاءِ كَانَ فِي الْإِفْرَارِ الثَّانِي مُكَذَّبًا شَرْعًا فَلَا يَلْزَمُهُ الْإِفْرَارُ بِهِ

قَالَ (وَإِذَا قُسِمَ الْمِيرَاثُ بَيْنَ الْغُرَمَاءِ وَالْوَرَثَةِ فَإِنَّهُ لَا يُؤْخَذُ مِنْهُمْ كَفِيلٌ وَلَا مِنْ وَارِثٍ وَهَذَا شَيْءٌ احْتِطَّ بِهِ بَعْضُ الْقَضَاةِ وَهُوَ ظَلَمٌ) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ، وَقَالَ: يُؤْخَذُ الْكَفِيلُ، وَالْمَسْأَلَةُ فِيمَا إِذَا ثَبَتَ الدِّينُ وَالْإِرْثُ بِالشَّهَادَةِ وَلَمْ يَقُلِ الشَّهَوْدُ لَا نَعْلَمُ لَهُ وَارِثًا غَيْرَهُ. لَهُمَا أَنَّ الْقَاضِي نَاطِرٌ لِلْغَيْبِ، وَالظَّاهِرُ أَنَّ فِي التَّرِكَةِ وَارِثًا غَائِبًا أَوْ غَرِيمًا غَائِبًا، لِأَنَّ الْمَوْتَ هَدَّ يَقَعُ بَعَثَةً فَيَحْتَاطُ بِالْكَفَالَةِ. كَمَا إِذَا دَفَعَ الْآبِقُ وَالْمَلْقَطَةُ إِلَى صَاحِبِهِ وَأَعْطَى امْرَأَةً الْغَائِبِ النُّفَقَةَ مِنْ مَالِهِ.

وَأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ حَقَّ الْحَاضِرِ ثَابِتٌ قَطْعًا، أَوْ ظَاهِرًا فَلَا يُؤْخَرُ لِحَقِّ مَوْهُومٍ إِلَى زَمَانٍ التَّكْفِيلِ كَمَنْ أَثْبَتَ الشَّرَاءَ مِمَّنْ فِي يَدِهِ أَوْ أَثْبَتَ الدِّينَ عَلَى الْعَبْدِ حَتَّى يَبِيعَ فِي دِينِهِ لَا يَكْفُلُ، وَلِأَنَّ الْمَكْفُولَ لَهُ مَجْهُولٌ فَصَارَ كَمَا إِذَا كَفَلَ لِأَحَدِ الْغُرَمَاءِ بِخِلَافِ النُّفَقَةِ لِأَنَّ حَقَّ الزَّوْجِ ثَابِتٌ وَهُوَ مَعْلُومٌ. وَأَمَّا الْآبِقُ وَالْمَلْقَطَةُ فَفِيهِ رِوَايَتَانِ، وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ عَلَى الْخِلَافِ. وَقِيلَ إِنْ دَفَعَ بِعَلَامَةِ الْمَلْقَطَةِ أَوْ إِفْرَارِ الْعَبْدِ يَكْفُلُ بِالْإِجْمَاعِ لِأَنَّ الْحَقَّ غَيْرُ ثَابِتٍ، وَلِهَذَا كَانَ لَهُ أَنْ يُمْنَعَ. وَقَوْلُهُ ظَلَمٌ: أَيَّ مِيلٍ عَنْ سَوَاءِ السَّبِيلِ، وَهَذَا يَكْشِفُ عَنْ مَذْهَبِهِ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ الْمُجْتَهِدَ يُخْطِئُ وَيُصِيبُ لَا كَمَا ظَنَّهُ الْبَعْضُ.

الشرح:

قَالَ (وَإِذَا قُسِمَ الْمِيرَاثُ بَيْنَ الْغُرَمَاءِ إلخ) إِذَا حَضَرَ رَجُلٌ وَادَّعَى دَارًا فِي يَدٍ آخَرَ أَلْهَافًا كَانَتْ لِأَبِيهِ مَاتَ وَتَرَكَهَا مِيرَاثًا لَهُ؛ فَإِمَّا أَنْ يُقَرَّ بِهِ ذُو الْيَدِ أَوْ لَا، فَإِنْ كَانَ الثَّانِي وَأَقَامَ عَلَى ذَلِكَ بَيِّنَةٌ فَهُوَ عَلَى ثَلَاثَةِ أَوْجُهٍ: أَحَدُهَا أَنَّهُمْ قَالُوا تَرَكَهَا مِيرَاثًا لَوَرِثَتِهِ وَلَمْ يَعْرِفُوهُمْ وَلَا عَدَدَهُمْ وَفِيهِ لَا تُقْبَلُ الشَّهَادَةُ وَلَا يُدْفَعُ إِلَيْهِ شَيْءٌ حَتَّى يُقِيمَ بَيِّنَةٌ عَلَى عَدَدِ الْوَرَثَةِ؛ لِأَنَّهُمْ مَا لَمْ يَشْهَدُوا عَلَى ذَلِكَ لَمْ يَعْرِفْ نَصِيبُ هَذَا الْوَاحِدِ مِنْهُمْ، وَالْقَضَاءُ بِالْمَجْهُولِ مُتَعَذَّرٌ. وَالثَّانِي أَنَّهُمْ شَهِدُوا أَنَّهُ ابْنُهُ وَوَارِثُهُ لَا نَعْرِفُ لَهُ وَارِثًا غَيْرَهُ، وَفِيهِ يَقْضِي الْحَاكِمُ بِجَمِيعِ التَّرِكَةِ مِنْ غَيْرِ تَلَوُّمٍ وَهَاتَانِ بِالِاتِّفَاقِ. وَالثَّلَاثُ أَنَّهُمْ إِذَا شَهِدُوا أَنَّهُ ابْنُ فُلَانٍ مَالِكِ هَذِهِ الدَّارِ وَلَمْ يَشْهَدُوا عَلَى عَدَدِ الْوَرَثَةِ وَلَمْ يَقُولُوا فِي شَهَادَتِهِمْ لَا نَعْرِفُ لَهُ وَارِثًا غَيْرَهُ، فَإِنَّ الْقَاضِي يَتَلَوَّمُ زَمَانًا عَلَى قَدَرِ مَا يَرَى. وَقَدَّرَ الطَّحَاوِيُّ مُدَّةَ التَّلَوُّمِ بِالْحَوْلِ، فَإِنْ حَضَرَ وَارِثٌ غَيْرُهُ قُسِمَتْ فِيمَا بَيْنَهُمْ،

وَأِنْ لَمْ يَحْضُرْ دَفَعَ الدَّارَ إِلَيْهِ إِنْ كَانَ الْحَاضِرُ مِمَّنْ لَا يُحْجَبُ حَرَمَانًا كَالْأَبِ وَالْإِبْنِ، فَإِنْ كَانَ مِمَّنْ يُحْجَبُ بغيرِهِ كَالْجَدِّ وَالْأَخِ فَإِنَّهُ لَا يَدْفَعُ إِلَيْهِ، وَإِنْ كَانَ مِمَّنْ يُحْجَبُ نَفْسَانًا كَالزَّوْجِ وَالزَّوْجَةِ يَدْفَعُ إِلَيْهِ أَوْفَرَ التَّصْيِينِ وَهُوَ النِّصْفُ والرُّبْعُ عِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ، وَأَقْلُهُمَا وَهُوَ الرُّبْعُ وَالثُّمْنُ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ، وَقَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ مُضْطَرَبٌ، فَإِذَا كَانَ مِمَّنْ لَا يُحْجَبُ وَدَفَعَتِ الدَّارُ إِلَيْهِ هَلْ يُؤْخَذُ مِنْهُ كَفِيلٌ بِمَا دَفَعَ إِلَيْهِ؟ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَا يُؤْخَذُ وَتَسَبَّ الْقَائِلُ بِهِ إِلَى الظُّلْمِ. قِيلَ أَرَادَ بِهِ ابْنُ أَبِي لَيْلَى وَقَالَا: لَهُ ذَلِكَ وَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ يُؤْخَذُ الْكَفِيلُ بِالِاتِّفَاقِ لَكُونَ الْإِقْرَارِ حُجَّةً قَاصِرَةً.

لَهُمَا أَنْ الْقَاضِيَ نَاطِرٌ لِلْغَيْبِ وَلَا نَظَرَ بِتَرْكِ الْاِحْتِيَاطِ فِي اخْتِذِ الْكَفِيلِ فَيَحْتَاطُ الْقَاضِي بِأَخْذِهِ، كَمَا إِذَا دَفَعَ الْقَاضِي الْعَبْدَ الْآبِقَ وَاللُّقْطَةَ إِلَى رَجُلٍ أَثْبَتَ عِنْدَهُ أَنَّهُ صَاحِبُهُ فَإِنَّهُ يَأْخُذُ مِنْهُ كَفِيلًا، وَكَمَا لَوْ أُعْطِيَ نَفَقَةَ امْرَأَةِ الْعَائِبِ إِذَا اسْتَنْفَقَتْ فِي غَيْبَتِهِ وَلَهُ عِنْدَ إِنْسَانٍ وَدِيعَةٌ يُقَرَّ بِهَا الْمَوْدَعُ وَبِقِيَامِ النِّكَاحِ فَإِنَّهُ يَفْرَضُ لَهَا النِّفَقَةَ وَيَأْخُذُ مِنْهَا كَفِيلًا. وَلَأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ حَقَّ الْحَاضِرِ ثَابِتٌ قَطْعًا إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَارِثٌ آخَرُ يَبْقِي، أَوْ ظَاهِرًا إِنْ كَانَ لَهُ وَارِثٌ آخَرٌ فِي الْوَاقِعِ لَمْ يَظْهَرْ عِنْدَ الْحَاكِمِ فَإِنَّهُ لَيْسَ بِمُكْلَفٍ بِإِظْهَارِهِ بَلْ بِمَا ظَهَرَ عِنْدَهُ مِنَ الْحُجَّةِ، فَكَانَ الْعَمَلُ بِالظَّاهِرِ وَاجِبًا عَلَيْهِ، وَالثَّابِتُ قَطْعًا أَوْ ظَاهِرًا لَا يُؤْخَرُ لِمَوْهُومٍ كَمَنْ أَثْبَتَ الشِّرَاءَ مِنْ ذِي الْيَدِ أَوْ أَثْبَتَ الدَّيْنَ عَلَى الْعَبْدِ حَتَّى يَبْعَ فِيهِ فَإِنَّهُ يَدْفَعُ الْمِيعَ إِلَى الْمُشْتَرِي وَالِدَّيْنَ إِلَى الْمُدَّعِي مِنْ غَيْرِ كَفِيلٍ، وَإِنْ كَانَ حُضُورُ مُشْتَرٍ آخَرَ قَبْلَهُ وَغَرِمَ آخَرَ فِي حَقِّ الْعَبْدِ مَتَوَهَّمًا فَلَا يُؤْخَرُ حَقُّ الْحَاضِرِ لِحَقِّ مَوْهُومٍ إِلَى زَمَانِ التَّكْفِيلِ.

(قَوْلُهُ: وَلَأنَّ الْمَكْفُولَ لَهُ) دَلِيلٌ آخَرُ عَلَى عَدَمِ جَوَازِ اخْتِذِ الْكَفِيلِ، وَذَلِكَ لِمَا تَقَدَّمَ أَنَّ جَهَالَ الْمَكْفُولِ لَهُ تَمْنَعُ صِحَّةَ الْكِفَالَةِ وَهَاهُنَا الْمَكْفُولُ لَهُ مَجْهُولٌ فَلَا يَصِحُّ كَمَا لَوْ كَفَلَ لِأَحَدِ الْعُرَمَاءِ. فَإِنْ قِيلَ: إِذَا أَقَرَّ بِهِ ذُو الْيَدِ يُؤْخَذُ مِنْهُ كَفِيلٌ بِالِاتِّفَاقِ كَمَا تَقَدَّمَ وَذَلِكَ كِفَالَةٌ لِمَجْهُولٍ. أَجِيبَ بِأَنَّهُ إِذَا أَقَرَّ بِهِ لَمْ يَبْقَ لَهُ فِيهِ مِلْكٌ وَلَمْ يُثْبِتْ لِلْمُقَرَّرِ لَهُ بِحُجَّةٍ كَامِلَةٍ فَكَانَ مَظْنَةً أَنَّ ثَمَّةَ مَالِكًا لَا مَحَالَةَ، وَأَقْلُ ذَلِكَ يُثْبِتُ الْمَالُ وَهُوَ مَعْلُومٌ فَكَانَ التَّكْفِيلُ لَهُ. وَنَقَلَ التُّمْرَتَاشِيُّ فِيهِ خِلَافًا فَإِنْ ثَبَتَ فَلَا إِشْكَالَ. لَا يَقَالُ: الْحَاكِمُ

يَأْخُذُ الْكَفِيلَ لِنَفْسِهِ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِخَصْمٍ وَلَا لِلْمَيِّتِ؛ لِأَنَّ الْكَفَالَهَ لَتَوْثِيقِ الْمَطَالِبَةِ كَمَا مَرَّ وَهِيَ مِنَ الْمَيِّتِ غَيْرُ مُتَصَوَّرَةٍ. وَعُورِضَ بِأَنَّ الْقَاضِيَ يَتَلَوَّمُ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ بِالْإِجْمَاعِ عَلَى مَا يَرَاهُ، وَفِي ذَلِكَ تَأْخِيرٌ لِحَقِّ تَابِتٍ قَطْعًا أَوْ ظَاهِرًا كَمَا ذَكَرْتُمْ لِحَقِّ مَوْهُومٍ فَدَلَّ عَلَى أَنَّ التَّأْخِيرَ جَائِزٌ.

وَأُجِيبَ بِأَنَّ التَّلَوَّمُ لَيْسَ لِلْحَقِّ الْمَوْهُومِ، بَلْ إِنَّمَا هُوَ أَمْرٌ يَفْعَلُهُ الْقَاضِي لِنَفْسِهِ اخْتِيَاظًا فِي طَلَبِ زِيَادَةِ مَا يَدُلُّ عَلَى نَفْيِ شَرِيكِ الْحَاضِرِ فِي الْإِسْتِحْقَاقِ بَحِثُ يَقُومُ مَقَامَ قَوْلِ الشُّهُودِ لَا وَارِثَ لَهُ غَيْرُهُ فِي الدَّلَالَةِ عَلَى ذَلِكَ، فَإِنَّ هَذِهِ الزِّيَادَةَ مِنَ الشُّهُودِ لَيْسَتْ بِشَهَادَةٍ؛ لِأَنَّ الشَّهَادَةَ عَلَى النَّفْيِ بَاطِلَةٌ بَلْ خَبَرٌ يُسْتَأْنَسُ بِهِ عَلَى نَفْيِ الشَّرِيكِ، وَالتَّلَوَّمُ مِنَ الْقَاضِي يَقُومُ مَقَامَهُ فِي إِفَادَةِ ذَلِكَ فِي حَقِّهِ وَلَيْسَ ثَمَّةَ طَلَبُ شَيْءٍ زَائِدٍ مِنَ الْمُسْتَحَقِّ، بِخِلَافِ طَلَبِ الْكَفَالَةِ. وَقَوْلُهُ: (بِخِلَافِ التَّفَقُّةِ) جَوَابٌ عَمَّا اسْتَشْهَدَ بِهِ مِنْ الْمَسَائِلِ، أَمَّا مَسْأَلَةُ التَّفَقُّةِ فَلَأَنَّ التَّكْفِيلَ فِيهَا لِحَقِّ تَابِتٍ وَهُوَ مَا يَأْخُذُهُ الْحَاكِمُ مِنَ الْمَالِ مِنْ مُودَعِ الزَّوْجِ وَالْمَكْفُولُ لَهُ وَهُوَ الزَّوْجُ مَعْلُومٌ أَيْضًا فَصَحَّتْ الْكَفَالَةُ (وَأَمَّا الْآبِقُ وَاللُّقْطَةُ فَفِي كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا رَوَايَتَانِ) قَالَ فِي رِوَايَةٍ: لَا أَحِبُّ أَنْ يَأْخُذَ مِنْهُ كَفِيلًا، وَقَالَ فِي رِوَايَةٍ: أَحِبُّ أَنْ يَأْخُذَ مِنْهُ كَفِيلًا، قَالُوا فِي شُرُوحِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ: وَالصَّحِيحُ أَنَّ الرِّوَايَةَ الْأُولَى قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ فَلَا يَصِحُّ الْقِيَاسُ حِينَئِذٍ.

وَقَالَ الْعَتَائِبِيُّ (إِنْ دَفَعَ الْعَبْدَ بِإِقْرَارِهِ إِلَى الْمُدَّعِي وَاللُّقْطَةَ بِإِخْبَارِ الْمُدَّعِي عَنْ عِلَاقَةٍ فِيهِ يَكْفُلُ بِالْإِجْمَاعِ) قَالَ الْمُصَنِّفُ (؛ لِأَنَّ الْحَقَّ غَيْرُ تَابِتٍ) وَلِهَذَا كَانَ لَهُ أَنْ يَمْنَعَ قَوْلُهُ: وَقَوْلُهُ) أَيُّ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ (ظُلْمٌ: أَيُّ مِثْلٍ عَنْ سَوَاءِ السَّبِيلِ) إِنَّمَا ذَكَرَهُ تَمْهِيدًا لِمَا ذَكَرَهُ يَقُولُهُ (وَهَذَا) أَيُّ إِطْلَاقِ الظُّلْمِ عَلَى الْمُجْتَهِدِ فِيهِ (يَكْشِفُ عَنْ مَذْهَبِ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ الْمُجْتَهِدَ يُخْطِئُ وَيُصِيبُ) وَيُفَرِّقُ أَنَّ مَذْهَبَ أَصْحَابِنَا الْمُتَقَدِّمِينَ بَرَاءً عَنْ مَذْهَبِ أَهْلِ الْإِعْتِرَازِ فِي أَنَّ كُلَّ مُجْتَهِدٍ مُصِيبٌ، وَادْعَائِهِمْ أَنَّ ذَلِكَ مَذْهَبُ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَصْحَابِهِ رَحِمَهُمُ اللَّهُ وَقَدْ قَرَّرْنَا ذَلِكَ فِي التَّقْرِيرِ بِعَوْنِ اللَّهِ تَعَالَى مُسْتَوْفَى.

قَالَ (وَإِذَا كَانَتْ الدَّارُ فِي يَدِ رَجُلٍ وَأَقَامَ الْآخَرُ الْبَيْتَةَ أَنَّ أَبَوَهُ مَاتَ وَتَرَكَهَا مِيرَاثًا بَيْنَهُ وَبَيْنَ أَخُوهِ فَلَانَ الْغَائِبِ قُضِيَ لَهُ بِالنِّصْفِ وَتَرَكَ النِّصْفَ الْآخَرَ فِي يَدِ الَّذِي هِيَ فِي يَدِهِ وَلَا يَسْتَوْثِقُ مِنْهُ بِكَفِيلٍ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَالَا: إِنْ كَانَ الَّذِي هِيَ فِي يَدِهِ

جَاحِدًا أَخَذَ مِنْهُ وَجَعَلَ فِي يَدِ أَمِينٍ.

وإن لم يجحد ترك في يده (لهما أن الجاحد خائن فلا يترك المال في يده، بخلاف المقر لأنه أمين. وله أن القضاء وقع للميت مقصودا واحتمال كونه مختار الميت ثابت فلا تنقض يده كما إذا كان مقرا وجحوده قد ارتفع بقضاء القاضي، والظاهر عدم الجحود في المستقبل لصيرورة الحادثة معلومة له وللقاضي، ولو كانت الدعوى في منقول فقد قيل يؤخذ منه بالاتفاق لأنه يحتاج فيه إلى الحفظ والنزع أبلغ فيه، بخلاف العقار لأنها محصنة بنفسها ولهذا يملك الوصي بيع المنقول على الكبير الغائب دون العقار، وكذا حكم وصي الأم والأخ والعم على الصغير. وقيل المنقول على الخلاف أيضا، وقول أبي حنيفة رحمه الله فيه أظهر لحاجته إلى الحفظ، وإنما لا يؤخذ الكفيل لأنه إنشاء خصومة والقاضي إنما نصب لقطعها لا لإنشائها، وإذا حضر الغائب لا يحتاج إلى إعادة البيعة ويسلم النصف إليه بذلك القضاء لأن أحد الورثة ينتصب خصما عن الباقيين فيما يستحق له وعليه ديناً كان أو عينا لأن المقتضي له وعليه إنما هو الميت في الحقيقة وواحد من الورثة يصلح خليفة عنه في ذلك، بخلاف الاستيفاء لنفسه لأنه عامل فيه لنفسه فلا يصلح نائباً عن غيره، ولهذا لا يستوفي إلا نصيبه وصار كما إذا قامت البيعة بين الميت، إلا أنه إنما يثبت استحقاق الكل على أحد الورثة إذا كان الكل في يده. ذكره في الجامع لأنه لا يكون خصما بدون اليد فيقتصر القضاء على ما في يده.

الشرح:

قال (وإذا كانت الدار في يد رجل إلخ) دار في يد رجل أقام آخر البيعة أن أباه مات وتركها ميراثا بينه وبين أخوه فلأن الغائب قضى له بالنصف وترك النصف الآخر في يد ذي اليد ولا يؤخذ من ذي اليد كفيل، وهذا: أي ترك النصف الآخر في يد من في يده عند أبي حنيفة رحمه الله، وأما عدم الاستيناق بالكفيل هاهنا فبالإجماع، وقالوا: من في يده الدار إن كان جاحدا أخذ منه النصف الآخر وجعل في يد أمين وإلا ترك في يده؛ لأن الجاحد خائن والخائن لا يترك مال الغير في يده والمقر أمين فيجوز أن يترك المال بيده. ولأبي حنيفة أن القضاء وقع للميت مقصودا نُقضى

مِنْهُ دُيُونُهُ وَتَنْفُذُ وَصَايَاهُ وَمَنْ وَقَعَ لَهُ الْقَضَاءُ يُعْتَبَرُ فِيمَنْ الْمَقْضِيُّ بِيَدِهِ كَوْنُهُ مُخْتَارًا لَهُ وَهُوَ ثَابِتٌ فِيمَا نَحْنُ فِيهِ فَلَا تُنْقَضُ يَدُهُ مِنْهُ هُوَ غَيْرُ مُخْتَارٍ لَهُ، وَإِنَّمَا قَالَ وَاحْتِمَالُ كَوْنِهِ؛ لِأَنَّ كَوْنَ الْمَالِ بِيَدِهِ هُوَ بِاخْتِيَارِ الْمَلِكِ لَيْسَ بِقَطْعِيٍّ، وَاحْتِمَالُ ذَلِكَ يُفِيدُ الْمَطْلُوبَ فَانْكُفِي بِهِ كَمَا إِذَا كَانَ مِنْ يَدِهِ مُقَرًّا فَإِنَّهُ إِنَّمَا يُتْرَكُ الْبَاقِي بِيَدِهِ كَذَلِكَ (قَوْلُهُ: وَجُحُودُهُ) جَوَابٌ عَمَّا ذَكَرَاهُ.

وَوَجْهُهُ أَنَّ الْحَيَاةَ بِالْجُحُودِ إِمَّا أَنْ تُكُونَ بِاعْتِبَارِ مَا مَضَى أَوْ مَا سَيَأْتِي، وَالْأَوَّلُ قَدْ ارْتَفَعَ بِقَضَاءِ الْقَاضِي فَكَذَا لَازِمُهُ. وَالثَّانِي ظَاهِرُ الْعَدَمِ؛ لِأَنَّ الْحَادِثَةَ لَمَّا صَارَتْ مَعْلُومَةً لِلْقَاضِي وَلَكِنْ بِيَدِهِ ذَلِكَ، وَكُتِبَتْ فِي الْخَرِيطَةِ الظَّاهِرُ أَنْ لَا يَجْحَدَ فِي الْمُسْتَقْبَلِ لِعِلْمِهِ بِعَدَمِ الْفَائِدَةِ.

لَا يُقَالُ: مَوْتُ الْقَاضِي وَالشُّهُودِ وَنِسَائِهِمَا لِلْحَادِثَةِ وَاحْتِرَاقُ الْخَرِيطَةِ أُمُورٌ مُحْتَمَلَةٌ فَكَانَ الْجُحُودُ مُحْتَمَلًا؛ لِأَنَّ ذَلِكَ نَادِرٌ وَالتَّادِرُ لَا حُكْمَ لَهُ (وَلَوْ كَانَتْ الدُّعْوَى فِي مَنْقُولٍ) وَالْمَسْأَلَةُ بِحَالِهَا فَقَدْ قِيلَ يُنَزَعُ مِنْ يَدِهِ (النَّصْفُ الْآخَرُ) (بِالِاتِّفَاقِ) وَالْفَرْقُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْعَقَارِ أَنَّ الْمَنْقُولَ يُحْتَاجُ فِيهِ إِلَى الْحِفْظِ، وَمَا يُحْتَاجُ فِيهِ إِلَى الْحِفْظِ فَالْتَّزَعُ أُبْلِغَ فِيهِ، أَمَّا أَنَّهُ يُحْتَاجُ فِيهِ إِلَى الْحِفْظِ فَلِأَنَّهُ لَيْسَ بِمُخَصَّنٍ بِنَفْسِهِ لِقَبُولِ الْإِتْقَالِ مِنْ مَحَلٍّ إِلَى مَحَلٍّ، أَوْ مَا أَنَّ التَّزَعُ أُبْلِغَ فِيهِ فَلِأَنَّ التَّزَعُ أُبْلِغَ فِي الْحِفْظِ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا جَحَدَهُ مِنْ يَدِهِ رَبُّمَا يَتَصَرَّفُ لِحَيَاتِهِ أَوْ لِرَعْمِهِ أَنَّهُ مَلَكُهُ، وَإِذَا نَزَعَهُ الْحَاكِمُ وَوَضَعَهُ فِي يَدِ أَمِينٍ كَانَ هُوَ عَدْلًا ظَاهِرًا فَكَانَ الْمَالُ بِهِ مَحْظُوظًا (بِخِلَافِ الْعَقَارِ فَإِنَّهَا مُخَصَّصَةٌ بِنَفْسِهَا وَهَذَا يَمْلِكُ الْوَصِيُّ يَبِيعُ الْمَنْقُولَ عَلَى الْكَبِيرِ الْعَائِبِ دُونَ الْعَقَارِ، وَكَذَا وَصِيُّ الْأُمِّ وَالْأَخِ وَالْعَمِّ عَلَى الصَّغِيرِ) وَإِنَّمَا خَصَّصَهُمْ بِالذِّكْرِ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ لَهُمْ وَلَايَةُ التَّصَرُّفِ وَلَهُمْ وَلَايَةُ الْحِفْظِ وَهَذَا مِنْ بَابِهِ.

(وَمِنْ الْمَشَايِخِ مَنْ قَالَ الْمَنْقُولُ أَيْضًا عَلَى الْخِلَافِ وَقَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ فِيهِ أَظْهَرُ) بِنَاءً عَلَى مَا ذَكَرْتُمَا مِنْ حَاجَتِهِ إِلَى الْحِفْظِ، فَإِذَا تَرَكَ فِي يَدِهِ كَانَ مَضْمُونًا عَلَيْهِ، وَلَوْ أَخَذَ مِنْهُ لَمْ يَكُنْ مَضْمُونًا عَلَى الَّذِي يَضَعُهُ الْقَاضِي فِي يَدِهِ فَكَانَ التَّرْكَ أُبْلِغَ فِي الْحِفْظِ وَلَعَلَّ هَذَا هُوَ الظَّاهِرُ؛ لِأَنَّ مَا قِيلَ إِنَّهُ لَمَّا جَحَدَ مِنْ فِي يَدِهِ رَبُّمَا يَتَصَرَّفُ لِحَيَاتِهِ أَوْ لِرَعْمِهِ أَنَّهُ مَلَكُهُ سَاقِطًا لِعِبْرَةِ نَظَرًا إِلَى مَا تَقَدَّمَ مِنْ عِلْمِ الْقَاضِي وَطَائِفَةٍ مِنَ النَّاسِ

وَكِتَابَتِهِ فِي الْخَرِيطَةِ. وَذَلِكَ تَابِتٌ مُقْتَضٍ ثُبُوتِ الْخِلَافِ فِي الْعَقَارِ فَسَقَطَ الْفَرْقُ.
 (قَوْلُهُ: وَإِنَّمَا لَمْ يُؤْخَذَ الْكَفِيلُ) رَاجِعٌ إِلَى قَوْلِهِ وَلَا يَسْتَوْتِقُ مِنْهُ بِكَفِيلٍ. وَمَعْنَاهُ
 أَخَذَ الْكَفِيلَ إِشْأَاءُ خُصُومَةٍ؛ لِأَنَّ مَنْ يَبْدِيهِ الْبَاقِي قَدْ لَا تَسْمَحُ نَفْسُهُ بِإِعْطَائِهِ وَالْقَاضِي
 يُطَالِبُهُ بِهِ فَيُنْشِئُ الْخُصُومَةَ وَالْقَاضِي لَمْ يُنْصَبْ لِإِشْأَائِهَا بَلْ لِقَطْعِهَا.
 فَإِنْ قِيلَ: هَبْ أَنَّ الْقَاضِي لَمْ يُنْصَبْ لَذَلِكَ فَلْيَكُنْ الْخُصْمُ هُوَ الْحَاضِرُ يُطَالِبُهُ
 بِالْكَفِيلِ وَالْقَاضِي يَقْطَعُهَا بِحُكْمِهِ بِإِعْطَائِهِ. قُلْتُ: يُجْعَلُ تَرْكِيبُ الدَّلِيلِ هَكَذَا طَلَبُ
 الْكَفِيلِ هَاهُنَا إِشْأَاءُ خُصُومَةٍ هُوَ مَشْرُوعٌ لِقَطْعِ الْخُصُومَةِ وَرَفْعِهَا فَمَا فَرَضَتْهُ رَافِعًا
 لَشَيْءٍ كَانَ مُنْشَأً لَهُ هَذَا خُلْفٌ. (قَوْلُهُ: وَإِذَا حَضَرَ الْغَائِبُ) اخْتَلَفَ الْمَشَايخُ فِي وَجُوبِ
 إِعَادَةِ الْبَيِّنَةِ إِذَا حَضَرَ، فَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ بِذَلِكَ عَلَى قِيَاسِ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ فِي الْقِصَاصِ إِذَا
 أَقَامَ الْحَاضِرُ الْبَيِّنَةَ عَلَى أَنَّهُ قَتَلَ أَبَاهُ عَمْدًا ثُمَّ حَضَرَ الْغَائِبُ فَإِنَّهُ يَحْتَاجُ إِلَى إِعَادَتِهَا،
 وَمِنْهُمْ مَنْ نَفَاهُ وَهُوَ اخْتِيَارُ الْمُصَنِّفِ.

قَالَ الْإِمَامُ فَخْرُ الْإِسْلَامِ: وَهُوَ الْأَصَحُّ؛ (لِأَنَّ أَحَدَ الْوَرَثَةِ يَنْتَصِبُ خَصْمًا عَنْ
 الْبَاقِينَ فِيمَا يَسْتَحِقُّ لِلْمَيِّتِ مُطْلَقًا وَعَلَيْهِ) إِنْ كَانَ الْكُلُّ يَبْدِيهِ كَمَا سَجَّيْءٌ (دَيْنًا كَانَ أَوْ
 عَيْنًا؛ لِأَنَّ الْمَقْضِيَّ لَهُ وَعَلَيْهِ فِي الْحَقِيقَةِ إِنَّمَا هُوَ الْمَيِّتُ) لَمَّا ذَكَرْنَا (وَوَاحِدًا مِنَ الْوَرَثَةِ
 يَصْلُحُ خَلِيفَةً عَنْهُ فِي ذَلِكَ) كَالْوَكِيلَيْنِ بِالْخُصُومَةِ إِذَا غَابَ أَحَدُهُمَا كَانَ لِلْآخَرِ أَنْ
 يُخَاصِمَ، وَلِهَذَا قُلْنَا: إِذَا ادَّعَى رَجُلٌ عَلَى أَحَدِهِمْ دَيْنًا عَلَى الْمَيِّتِ وَأَقَامَ عَلَيْهِ الْبَيِّنَةَ
 يَثْبُتُ فِي حَقِّ الْكُلِّ، وَكَذَا إِذَا ادَّعَى أَحَدُهُمْ دَيْنًا لِلْمَيِّتِ عَلَى رَجُلٍ وَأَقَامَ عَلَيْهِ الْبَيِّنَةَ
 يَثْبُتُ فِي حَقِّ الْكُلِّ.

فَإِنْ قِيلَ: لَوْ صَلَحَ أَحَدُهُمْ لِلْخِلَافَةِ لَكَانَ كَالْمَيِّتِ وَجَزَّازَ لَهُ اسْتِيفَاءُ الْجَمِيعِ
 كَالْمَيِّتِ لَكِنْ لَا يَذْفَعُ إِلَيْهِ سِوَى نَصِيْبِهِ بِالْإِجْمَاعِ. أَجَابَ بِقَوْلِهِ (بِخِلَافِ اسْتِيفَاءِ
 لِنَفْسِهِ؛ لِأَنَّهُ عَامِلٌ فِيهِ لِنَفْسِهِ فَلَا يَصْلُحُ أَنْ يَكُونَ نَائِبًا عَنْ غَيْرِهِ) وَلِقَائِلِ أَنْ يَقُولَ:
 فَلْيَكُنْ عَامِلًا لِنَفْسِهِ فِي نَصِيْبِهِ وَنَائِبًا عَنْ غَيْرِهِ فِيمَا زَادَ وَلَا مَحْظُورَ فِيهِ. وَجَوَابُهُ أَنْ
 السَّائِلَ قَالَ: لَكِنْ لَا يَذْفَعُ إِلَيْهِ سِوَى نَصِيْبِهِ بِالْإِجْمَاعِ، وَمَا كَانَ كَذَلِكَ لَا يَقْبَلُ
 التَّشْكِيكَ، وَقَوْلُهُ: (وَصَارَ كَمَا إِذَا قَامَتِ الْبَيِّنَةُ بِدَيْنِ الْمَيِّتِ) أَيُّ بِدَيْنِ الْمَيِّتِ أَوْ عَلَيْهِ
 كَمَا ذَكَرْنَاهُ بَيَانٌ لِقَوْلِهِ وَوَاحِدًا مِنَ الْوَرَثَةِ يَصْلُحُ خَلِيفَةً عَنْهُ وَتَقْرِيرُهُ مَا مَرَّ وَقَوْلُهُ: (إِلَّا

أَنَّهُ اسْتِنَاءٌ مِنْ قَوْلِهِ؛ لِأَنَّ أَحَدَ الْوَرَثَةِ يَنْتَصِبُ خَصْمًا إِلَى قَوْلِهِ لَهُ وَعَلَيْهِ: يَعْني أَنَّهُ لَوْ ادَّعَى أَحَدٌ عَلَى أَحَدٍ الْوَرَثَةَ دَيْنًا عَلَى الْمَيِّتِ يَكُونُ خَصْمًا عَنْ جَمِيعِ الدَّيْنِ إِنْ كَانَ جَمِيعُ الثَّرَكَةِ بِيَدِهِ، ذَكَرَهُ فِي الْجَامِعِ وَإِلَّا كَانَ خَصْمًا عَمَّا فِي يَدِهِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَكُونُ خَصْمًا بِذُنُونِ الْيَدِ فَيَقْتَصِرُ الْقَضَاءُ عَلَى مَا فِي يَدِهِ.

قَالَ (وَمَنْ قَالَ مَالِي فِي الْمَسَاكِينِ صَدَقَةً فَهُوَ عَلَى مَا فِيهِ الزُّكَاةُ، وَإِنْ أَوْصَى بِثُلُثِ مَالِهِ فَهُوَ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ) وَالْقِيَاسُ أَنْ يُلْزَمَهُ التَّصَدُّقُ بِالْكُلِّ، وَبِهِ قَالَ زُهْرٌ رَحِمَهُ اللَّهُ لِعُمُومِ اسْمِ الْمَالِ كَمَا فِي الْوَصِيَّةِ. وَجَهُ الْإِسْتِحْسَانِ أَنْ يُجَابَ الْعَبْدُ مُعْتَبَرٌ بِإِجَابِ اللَّهِ تَعَالَى فَيَنْصَرِفُ إِجَابُهُ إِلَى مَا أَوْجَبَ الشَّارِعُ فِيهِ الصَّدَقَةَ مِنَ الْمَالِ.

أَمَّا الْوَصِيَّةُ فَأَخْتُ الْمِيرَاثِ لِأَنَّهَا خِلَافَةٌ كَهَيِّ فَلَا يَخْتَصُّ بِمَالٍ دُونَ مَالٍ، وَلِأَنَّ الظَّاهِرَ التَّزَامُ الصَّدَقَةِ مِنْ فَاضِلِ مَالِهِ وَهُوَ مَالُ الزُّكَاةِ، أَمَّا الْوَصِيَّةُ تَقَعُ فِي حَالِ الْإِسْتِفْنَاءِ فَيَنْصَرِفُ إِلَى الْكُلِّ وَتَدْخُلُ فِيهِ الْأَرْضُ الْعُشْرِيَّةُ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ لِأَنَّهَا سَبَبُ الصَّدَقَةِ، إِذْ جِهَتُ الصَّدَقَةِ فِي الْعُشْرِيَّةِ رَاجِحَةٌ عِنْدَهُ، وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ لَا تَدْخُلُ لِأَنَّهَا سَبَبُ الْمُؤَنَةِ، إِذْ جِهَتُ الْمُؤَنَةِ رَاجِحَةٌ عِنْدَهُ، وَلَا تَدْخُلُ أَرْضُ الْخَرَاجِ بِالإِجْمَاعِ لِأَنَّهُ يَتِمَحُّضُ مُؤَنَةٌ. وَلَوْ قَالَ مَا أَمْلَكُهُ صَدَقَةً فِي الْمَسَاكِينِ فَقَدْ قِيلَ يَتَنَاولُ كُلُّ مَالٍ لِأَنَّهُ أَعَمُّ مِنْ لَفْظِ الْمَالِ. وَالْمَقْيَدُ إِجَابُ الشَّرْعِ وَهُوَ مُخْتَصٌّ بِلَفْظِ الْمَالِ فَلَا مُخَصَّصَ فِي لَفْظِ الْمَلِكِ فَبَقِيَ عَلَى الْعُمُومِ، وَالصَّحِيحُ أَنَّهُمَا سَوَاءٌ لِأَنَّ الْمُتَلَزِمَ بِاللَّفْظَيْنِ الْفَاضِلُ عَنْ الْحَاجَةِ عَلَى مَا مَرَّ (ثُمَّ إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ سِوَى مَا دَخَلَ تَحْتَ الْإِجَابِ يُمَسِّكُ مِنْ ذَلِكَ قُوَّتَهُ، ثُمَّ إِذَا أَصَابَ شَيْئًا تَصَدَّقَ بِمِثْلِ مَا أَمْسَكَ) لِأَنَّ حَاجَتَهُ هَذِهِ مُقَدَّمَةٌ وَلَمْ يَقْدِرْ مُحَمَّدٌ بِشَيْءٍ لِاخْتِلَافِ أَحْوَالِ النَّاسِ فِيهِ.

وَقِيلَ الْمُحْتَرَفُ يُمَسِّكُ قُوَّتَهُ لِيَوْمٍ وَصَاحِبُ الْغَلَةِ لَشَهْرٍ وَصَاحِبُ الضِّيَاعِ لِسَنَةٍ عَلَى حَسَبِ التَّفَاوُتِ فِي مُدَّةِ وَصُولِهِمْ إِلَى الْمَالِ، وَعَلَى هَذَا صَاحِبُ التَّجَارَةِ يُمَسِّكُ بِقَدْرِ مَا يَرْجِعُ إِلَيْهِ مَالُهُ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ قَالَ مَالِي فِي الْمَسَاكِينِ صَدَقَةً إلخ) رَجُلٌ قَالَ مَالِي فِي الْمَسَاكِينِ صَدَقَةً وَجَبَ عَلَيْهِ أَنْ يَتَصَدَّقَ بِجَمِيعِ مَا يَمْلِكُهُ مِنْ أَجْناسِ الْأَمْوَالِ الَّتِي تَجِبُ فِيهَا

الرَّكَاءُ كَالْتَّقْدِينِ وَالسَّوَائِمِ وَأَمْوَالِ التَّجَارَةِ بَلَغَ النَّصَابُ أَوْ لَا؛ لِأَنَّ الْمُعْتَبَرَ هُوَ جِنْسُ مَالِ الرَّكَاءِ وَالْقَلِيلُ مِنْهُ، وَلِهَذَا قَالُوا إِذَا نَذَرَ أَنْ يَتَصَدَّقَ بِمَالِهِ وَعَلَيْهِ دَيْنٌ يُحِيطُ بِمَالِهِ لَزِمَهُ التَّصَدُّقُ بِهِ، فَإِنْ قَضَى بِهِ دَيْنُهُ لَزِمَهُ التَّصَدُّقُ بِقَدْرِهِ عِنْدَ تَمْلُكِهِ؛ لِأَنَّ الْمُعْتَبَرَ جِنْسُ مَا تَجِبُ فِيهِ الرَّكَاءُ، وَإِنْ لَمْ تَجِبِ الرَّكَاءُ وَلَا يَجِبُ التَّصَدُّقُ بِالْأَمْوَالِ الَّتِي لَا تَجِبُ فِي جِنْسِهَا الرَّكَاءُ كَالْعَقَارِ وَالرَّقِيقِ وَأَثَانِ الْمَنَازِلِ وَتِيَابِ الْبِدَلَةِ وَغَيْرِ ذَلِكَ.

(وَإِنْ أَوْصَى بِثُلْثِ مَالِهِ فَهُوَ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ وَالْقِيَاسُ) فِي الْأَوَّلِ أَيْضًا (أَنْ يَقَعَ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ كَمَا قَالَ بِهِ زُفَرٌ)؛ لِأَنَّ اسْمَ الْمَالِ عَامٌّ يَتَنَاوَلُ الْجَمِيعَ. (وَجَهُ الْاسْتِحْسَانِ أَنَّ إِيحَابَ الْعَبْدِ مُعْتَبَرٌ بِإِيحَابِ اللَّهِ) إِذْ لَيْسَ لِلْعَبْدِ وَلَايَةٌ إِلَّا بِإِيحَابِ مُسْتَبِدِّهِ بِهِ لَثَلَا يَنْزِعَ إِلَى الشَّرِكَةِ وَإِيحَابِ الشَّرْعِ فِي الْمَالِ مِنَ الصَّدَقَاتِ مُضَافًا إِلَى أَمْوَالٍ خَاصَّةٍ، فَكَذَا إِيحَابُ الْعَبْدِ، وَلَا يَرُدُّ الِاعْتِكَافُ حَيْثُ لَمْ يُوجِبْ فِي الشَّرْعِ مِنْ جِنْسِهِ شَيْءٌ، وَهُوَ مُعْتَبَرٌ؛ لِأَنَّهُ لَبِثَ فِي مَسْجِدِ جَمَاعَةٍ عِبَادَةً وَهُوَ مِنْ جِنْسِ الْوُقُوفِ بِعَرَفَاتٍ، أَوْ؛ لِأَنَّهُ فِي مَعْنَى الصَّلَاةِ؛ لِأَنَّهُ لَا يُنْتَظَرُ أَوْقَاتُ الصَّلَاةِ، وَلِهَذَا أُخْتَصَّ بِمَسْجِدِ جَمَاعَةٍ، وَالْمُنْتَظَرُ لِلصَّلَاةِ كَأَنَّهُ فِي الصَّلَاةِ (أَمَّا الْوَصِيَّةُ فَهِيَ أُخْتُ الْمِيرَاثِ؛ لِأَنَّهَا خِلَافَةٌ كَالْوَرَاثَةِ) مِنْ حَيْثُ إِنَّهُمَا يُثْبِتَانِ الْمَلَكَ بَعْدَ الْمَوْتِ (وَلَا يَخْتَصُّ الْمِيرَاثُ بِمَالٍ دُونَ مَالٍ) فِي الشَّرْعِ فَكَذَا الْوَصِيَّةُ (قَوْلُهُ: وَلِأَنَّ الظَّاهِرَ) دَلِيلٌ آخَرُ: يَعْنِي أَنَّ الظَّاهِرَ مِنْ حَالِ النَّاذِرِ (التَّزَامُ الصَّدَقَةِ مِنْ فَاضِلِ مَالِهِ وَهُوَ مَالُ الرَّكَاءِ)؛ لِأَنَّ الْحَيَاةَ مَطْنَةُ الْحَاجَةِ إِلَى مَا تَقُومُ بِهِ حَوَائِجُهُ الْأَصْلِيَّةُ فَيَخْتَصُّ النَّذَرُ بِمَالِ الرَّكَاءِ.

(أَمَّا الْوَصِيَّةُ فَإِنَّهَا تَقَعُ فِي حَالِ الْاسْتِعْنَاءِ عَنِ الْأَمْوَالِ فَتَنْصَرِفُ إِلَى الْكُلِّ، وَالْأَرْضُ الْعُشْرِيَّةُ تَدْخُلُ فِي النَّذَرِ وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ؛ لِأَنَّهَا سَبَبُ الصَّدَقَةِ إِذْ جَهَةُ الصَّدَقَةِ عِنْدَهُ رَاجِحَةٌ) فِي الْعُشْرِ فَصَارَتْ الْأَرْضُ الْعُشْرِيَّةُ كَأَمْوَالِ التَّجَارَةِ؛ لِأَنَّهَا مِنْ جِنْسِ الْأَمْوَالِ الَّتِي تَجِبُ فِيهَا الصَّدَقَةُ (وَلَا تَدْخُلُ عِنْدَ مُحَمَّدٍ).

وَذَكَرَ الْإِمَامُ التُّمَرْتَاشِيُّ قَوْلَ أَبِي حَنِيفَةَ مَعَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ (؛ لِأَنَّهُ) أَيُّ الْأَرْضِ الْعُشْرِيَّةِ وَالتَّذْكِيرُ لِتَذْكِيرِ الْخَبَرِ (سَبَبُ الْمُؤْنَةِ إِذْ جَهَةُ الْمُؤْنَةِ رَاجِحَةٌ عِنْدَهُ) فَصَارَتْ مِثْلَ عَبْدٍ خَدَمَهُ (وَأَمَّا الْأَرْضُ الْخَرَاجِيَّةُ فَلَا تَدْخُلُ بِالْإِجْمَاعِ؛ لِأَنَّهُ يَتَمَحَّضُ مُؤْنَةً)؛ لِأَنَّ مَصْرَفَهُ الْمَقَاتِلَةَ وَفِيهِمُ الْأَغْنِيَاءُ (وَلَوْ قَالَ مَا أَمْلَكُ صَدَقَةً فِي الْمَسَاكِينِ فَقَدْ

قِيلَ يَتَنَاولُ كُلِّ مَالٍ زَكَاةً أَوْ غَيْرَهُ وَهُوَ رَوَايَةُ أَبِي يُوسُفَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ، ذَكَرَهَا فِي الْأَمْثَالِ؛ لِأَنَّ مَا أَمْلَكَ أَعَمُّ مِنْ مَالِي؛ لِأَنَّ الْمَلِكَ يُطْلَقُ عَلَى الْمَالِ وَغَيْرِهِ، يُقَالُ مَلِكُ النَّكَاحِ وَمَلِكُ الْقِصَاصِ وَمَلِكُ النَّفَقَةِ، وَالْمَالُ لَا يُطْلَقُ عَلَى مَا لَيْسَ بِمَالٍ، وَإِذَا كَانَ أَعَمُّ يَنْصَرِفُ إِلَى غَيْرِ أَمْوَالِ الزَّكَاةِ أَيْضًا إظهارًا لِرِيَادَةِ عُمُومِهِ. فَإِنْ قِيلَ: الصَّدَقَةُ بِالْأَمْوَالِ مُقَيَّدَةٌ فِي الشَّرْعِ بِأَمْوَالِ الزَّكَاةِ فَرِيَادَةُ التَّعْمِيمِ خُرُوجٌ عَنِ الِاعْتِبَارِ الْوَاجِبِ الرَّعَايَةِ.

أَجَابَ (بأنَّ الْمُقَيَّدَ بِإِجَابِ الشَّرْعِ وَهُوَ مُخْتَصٌّ بِلَفْظَةِ الْمَالِ وَلَا مُخْتَصَّصٌ فِي لَفْظَةِ الْمَلِكِ فَيَبْقَى عَلَى الْعُمُومِ) وَفِيهِ نَظَرٌ؛ لِأَنَّهُ حِينَئِذٍ لَا يَكُونُ إِجَابُ الْعَبْدِ مُعْتَبَرًا بِإِجَابِ الشَّرْعِ (وَالصَّحِيحُ أَنَّهُمَا) أَيْ لَفْظُ مَالِي وَمَا أَمْلَكَ (سَوَاءً) فِيمَا نَحْنُ فِيهِ فَيَخْتَصِّانِ بِالْأَمْوَالِ الزَّكَاةِيَّةِ، وَهُوَ اخْتِيَارُ الْإِمَامِ شَمْسِ الْأُيْمَةِ السَّرْحَسِيِّ (؛ لِأَنَّ الْمُتَلَتِّمَ بِاللَّفْظَيْنِ الْفَاضِلَ عَنِ الْحَاجَةِ).

قَالَ فِي النَّهَايَةِ: إِنَّ قَوْلَهُ (عَلَى مَا مَرَّ) إِشَارَةٌ إِلَى مَا ذَكَرَ مِنْ وَجْهِ الاسْتِحْسَانِ بِقَوْلِهِ إِنَّ إِجَابَ الْعَبْدِ مُعْتَبَرٌ بِإِجَابِ اللَّهِ تَعَالَى وَلَيْسَ بِوَاضِحٍ؛ لِأَنَّهُ أَبْطَلَ ذَلِكَ الْوَجْهَ بِقَوْلِهِ وَالْمُقَيَّدُ بِإِجَابِ الشَّرْعِ وَهُوَ لَفْظُ الْمَالِ، وَلَعَلَّهُ إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ وَلَأنَّ الظَّاهِرَ التَّزَامُ الصَّدَقَةِ مِنْ فَاضِلِ مَالِهِ وَقَدْ قَرَّرْنَاهُ مِنْ قَبْلُ فَارْجِعْ إِلَيْهِ (ثُمَّ إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ سِوَى مَا دَخَلَ تَحْتَ الْإِجَابِ يُمَسِّكُ مِنْ ذَلِكَ قُوَّتُهُ؛ لِأَنَّ حَاجَتَهُ هَذِهِ مُقَدَّمَةٌ) إِذْ لَوْ لَمْ يُمَسِّكْ لاحتَاجَ أَنْ يَسْأَلَ النَّاسَ مِنْ يَوْمِهِ وَقِيحٌ أَنْ يَتَصَدَّقَ بِمَالِهِ وَيَسْأَلَ النَّاسَ مِنْ يَوْمِهِ (ثُمَّ إِذَا أَصَابَ شَيْئًا تَصَدَّقَ بِمَا أَمْسَكَ وَلَمْ يُبَيِّنْ مُحَمَّدٌ) فِي الْمُسَوِّطِ (مِقْدَارَ مَا يُمَسِّكُ لِاخْتِلَافِ أَحْوَالِ النَّاسِ فِيهِ) بِكَثَرَةِ الْعِيَالِ وَقِلَّتِهَا (وَقِيلَ الْمُحْتَرَفُ يُمَسِّكُ قُوَّتَ يَوْمِهِ؛ لِأَنَّ يَدَهُ تَصِلُ إِلَى مَا يُنْفَقُ يَوْمًا فَيَوْمًا (وَصَاحِبُ الْعَلَةِ) وَهُوَ صَاحِبُ الدُّورِ وَالْحَوَانِيتِ وَالْبُيُوتِ الَّتِي يُؤَجَّرُهَا الْإِنْسَانُ (لَشَهْرٍ) لِأَنَّ يَدَهُ تَصِلُ إِلَى مَا يُنْفَقُ شَهْرًا فَشَهْرًا (صَاحِبُ الصِّيَاعِ لِسَنَةٍ؛ لِأَنَّ يَدَ الدَّهْقَانِ تَصِلُ إِلَى مَا يُنْفَقُ سَنَةً فَسَنَةً (وَصَاحِبُ التَّجَارَةِ يُمَسِّكُ بِقَدْرِ مَا يَرْجِعُ إِلَيْهِ مَالُهُ) وَفِي إِبْرَادِ مَسْأَلَةِ التَّنْذِرِ فِيمَا نَحْنُ فِيهِ مِنْ فَضْلِ الْقَضَاءِ فِي الْمَوَارِيثِ نَظَرٌ، وَلَعَلَّهُ ذَكَرَهَا بِاعْتِبَارِ الْفَرْقِ بَيْنَهُمَا وَبَيْنَ الْوَصِيَّةِ الَّتِي هِيَ أَخْتُ الْمِيرَاثِ.

قَالَ (وَمَنْ أَوْصَى إِلَيْهِ وَلَمْ يَعْلَمْ الْوَصِيَّةَ حَتَّى بَاعَ شَيْئًا مِنَ التَّرَكَةِ) فَهُوَ وَصِيٌّ
وَالْبَيْعُ جَائِزٌ، وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ الْوَكِيلِ حَتَّى يَعْلَمَ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ
فِي الْفَصْلِ الْأَوَّلِ أَيْضًا لَأَنَّ الْوَصَايَةَ إِنَابَةً بَعْدَ الْمَوْتِ فَتُعْتَبَرُ بِالْإِنَابَةِ قَبْلَهُ وَهِيَ الْوَكَالَةُ.
وَوَجْهُ الْفَرْقِ عَلَى الظَّاهِرِ أَنَّ الْوَصَايَةَ خِلَافَةٌ لِإِضَافَتِهَا إِلَى زَمَانٍ بَطْلَانِ الْإِنَابَةِ فَلَا
يَتَوَقَّفُ عَلَى الْعِلْمِ كَمَا فِي تَصْرِفِ الْوَارِثِ. أَمَّا الْوَكَالَةُ فَإِنَابَةٌ لِقِيَامِ وَلَايَةِ الْمُنُوبِ عَنْهُ
فَيَتَوَقَّفُ عَلَى الْعِلْمِ، وَهَذَا لِأَنَّهُ لَوْ تَوَقَّفَ لَا يَفُوتُ النَّظَرُ لِقَدْرَةِ الْمُوَكَّلِ، وَفِي الْأَوَّلِ يَفُوتُ
لِعَجْزِ الْمُوصِي (وَمَنْ أَعْلَمَهُ مِنَ النَّاسِ بِالْوَكَالَةِ يَجُوزُ تَصْرِفُهُ) لِأَنَّهُ إِثْبَاتٌ حَقٌّ لَا إِزَامٌ
أَمْرٍ. قُلْ (وَلَا يَكُونُ النَّهْيُ عَنِ الْوَكَالَةِ حَتَّى يَشْهَدَ عِنْدَهُ شَاهِدَانِ أَوْ رَجُلٌ عَدْلٌ) وَهَذَا عِنْدَ
أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ، وَقَالَا: هُوَ وَالْأَوَّلُ سَوَاءٌ لِأَنَّهُ مِنَ الْمَعَامَلَاتِ وَبِالْوَاحِدِ فِيهَا كِفَايَةٌ.
وَلَهُ أَنَّهُ خَبَرٌ مُلْزِمٌ فَيَكُونُ شَهَادَةُ مَنْ وَجِهَ فَيُشْتَرَطُ أَحَدُ شَطْرَيْهَا وَهُوَ الْعَدَدُ أَوْ
الْعَدَالَةُ، بِخِلَافِ الْأَوَّلِ، وَبِخِلَافِ رَسُولِ الْمُوَكَّلِ لِأَنَّ عِبَارَتَهُ كَعِبَارَةِ الْمُرْسِلِ لِلْحَاجَةِ إِلَى
الْإِرْسَالِ، وَعَلَى هَذَا الْخِلَافِ إِذَا أَخْبَرَ الْمُؤَلَى بِجِنَايَةِ عَبْدِهِ وَالشَّفِيعِ وَالْبَكْرِ وَالْمُسْلِمِ الَّذِي
لَمْ يُهَاجِرِ إِلَيْنَا.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ أَوْصَى إِلَيْهِ وَلَمْ يَعْلَمْ إلخ) وَجْهٌ إِيرَادِ مَسْأَلَةِ الْوَكِيلِ فِي فَصْلِ الْقَضَاءِ
فِي الْمَوَارِيثِ مَا ذَكَرْنَا آنِفًا. وَمَنْ أَوْصَى إِلَيْهِ وَلَمْ يَعْلَمْ بِالْوَصَايَةِ حَتَّى بَاعَ شَيْئًا مِنَ
التَّرَكَةِ فَهُوَ وَصِيٌّ وَيَبْعُهُ جَائِزٌ، وَإِذَا وَكَّلَ وَلَمْ يَعْلَمْ بِالْوَكَالَةِ حَتَّى بَاعَ لَمْ يَجْزُ يَبْعُهُ.
وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ اعْتَبَرَ الْأَوَّلَ بِالثَّانِي؛ لِأَنَّ وَصْفَ الْإِنَابَةِ: أَيُّ النَّيَابَةِ جَامِعٌ، فَإِنَّ
الْوَصَايَةَ إِنَابَةً بَعْدَ الْمَوْتِ وَالْوَكَالَةَ إِنَابَةً قَبْلَهُ، وَكَمَا لَمْ يَجْزُ تَصْرِفُ الْوَكِيلِ قَبْلَ الْعِلْمِ لَمْ
يَجْزُ تَصْرِفُ الْوَصِيِّ قَبْلَهُ.

وَوَجْهُ الْفَرْقِ بَيْنَهُمَا عَلَى ظَاهِرِ الرُّوَايَةِ أَنَّ الْوَصَايَةَ خِلَافَةٌ لَا نِيَابَةٌ؛ لِأَنَّهَا مُضَافَةٌ
إِلَى زَمَانٍ بَطْلَانِ النَّيَابَةِ، وَالْخِلَافَةُ لَا تَتَوَقَّفُ عَلَى الْعِلْمِ فِي التَّصْرِيفِ كَمَا إِذَا تَصَرَّفَ
الْوَارِثُ بِالْبَيْعِ وَلَمْ يَعْلَمْ بِمَوْتِ الْمُورِثِ فَإِنَّهُ صَحِيحٌ، بِخِلَافِ الْوَكَالَةِ فَإِنَّهَا إِنَابَةٌ لِقِيَامِ
وَلَايَةِ الْمُسْتَنْبِ، وَالْإِنَابَةُ تَتَوَقَّفُ عَلَى الْعِلْمِ؛ لِأَنَّهَا لَوْ تَوَقَّفَتْ عَلَيْهِ لَمْ يَفُتِ النَّظَرُ لِقَدْرَةِ
الْمُوَكَّلِ، وَفِي الْأَوَّلِ لَوْ تَوَقَّفَتْ عَلَى عِلْمِهِ فَاتَ لِعَجْزِ الْمُوصِي.

فَإِنْ قِيلَ: إِذَا قَالَ لِرَجُلٍ اشْتَرِ عَبْدِي مِنْ فُلَانٍ وَلَمْ يَعْلَمْ بِهَذَا الْقَوْلِ فُلَانٌ وَبَاعَ عَبْدَهُ صَحَّ مِنْ غَيْرِ تَوْقُفٍ عَلَى عِلْمِهِ. أُجِيبَ بَأَنَّهُ عَلَى الرَّوَّائِيَيْنِ وَوَجْهُ الْفَرْقِ عَلَى رِوَايَةِ الْجَوَازِ أَنَّهُ تَبَتَّ ضِمْنًا، وَالْكَلَامُ فِي الْوَكَالَةِ يَثْبُتُ قَصْدًا، وَهَذَا كَمَا إِذَا قَالَ بَايَعُوا عَبْدِي وَلَمْ يَعْلَمْ بِهِ الْعَبْدُ فَإِنَّ فِيهِ رِوَايَتَيْنِ فِي إِحْدَاهُمَا صَحَّ تَصَرُّفُهُ وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ بِالِإِذْنِ لثُبُوتِهِ ضِمْنًا، فَإِذَا تَبَتَّ أَنَّ عِلْمَ الْوَكِيلِ بِالْوَكَالَةِ شَرْطُ صِحَّةِ التَّصَرُّفِ فَلَا بُدَّ مِنْ إِعْلَامٍ، فَمَنْ أَعْلَمَهُ مِنَ النَّاسِ بِذَلِكَ سَوَاءٌ كَانَ بِالْعَا مُسْلِمًا عَدْلًا أَوْ عَلَى أَضْدَادِ ذَلِكَ بَعْدَمَا كَانَ مُمَيِّزًا جَازَ تَصَرُّفُهُ؛ لِأَنَّهُ إِبْتِاثٌ حَقٌّ لَا إِلْزَامُ أَمْرٍ: أَيُّ إِطْلَاقٍ مَحْضٌ لَا يَشْتَمِلُ عَلَى شَيْءٍ مِنَ الْإِلْزَامِ، وَمَا كَانَ كَذَلِكَ فَقَوْلُ الْوَاحِدِ فِيهِ كَافٍ.

وَأَمَّا النَّهْيُ عَنِ الْوَكَالَةِ فَلَا يَثْبُتُ حَتَّى يَشْهَدَ عَنْهُ شَاهِدَانِ أَوْ رَجُلٌ عَدْلٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ، وَقَالَا: هُوَ وَالْأَوَّلُ سَوَاءٌ؛ لِأَنَّهُ مِنْ جِنْسِ الْمُعَامَلَاتِ، وَجِنْسُهَا يَثْبُتُ بِخَبَرِ الْوَاحِدِ الْفَاسِقِ كَالْوَكَالَةِ وَإِذْنِ الْعَبْدِ فِي التَّجَارَةِ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ خَيْرٌ مُلْزِمٌ، أَمَّا أَنَّهُ خَيْرٌ فَلَأَنَّهُ كَلَامٌ يَحْتَمِلُ الْكَذِبَ يَحْصُلُ بِهِ الْإِعْلَامُ، وَأَمَّا أَنَّهُ مُلْزِمٌ فَلَأَنَّهُ يَنْفِي جَوَازَ التَّصَرُّفِ بَعْدَهُ، وَمَا كَانَ كَذَلِكَ فَهُوَ مَعْنَى الشَّهَادَةِ مِنْ وَجْهِ؛ لِأَنَّهُ بِالنَّظَرِ إِلَى كَوْنِهِ خَيْرًا كَالْخَبَرِ بِالتَّوَكُّلِ وَالِإِذْنِ وَغَيْرِهِمَا لَيْسَ فِي مَعْنَاهَا، وَبِالنَّظَرِ إِلَى مَا فِيهِ مِنْ نَوْعِ الْإِلْزَامِ كَانَ فِي مَعْنَاهَا فَيُشْتَرِطُ أَحَدُ شَطْرَيْ الشَّهَادَةِ وَهُوَ الْعَدَدُ أَوْ الْعَدَالَةُ عَمَلًا بِالْوَجْهَيْنِ، بِخِلَافِ الْأَوَّلِ فَإِنَّهُ لَمَّا لَمْ يَكُنْ فِيهِ الْإِلْزَامُ أَصْلًا لَمْ يَكُنْ فِي مَعْنَاهَا أَصْلًا فَلَمْ يُشْتَرِطْ فِيهِ شَيْءٌ مِنْ ذَلِكَ، وَبِخِلَافِ رَسُولِ الْمُوَكَّلِ فَإِنَّهُ لَا يُشْتَرِطُ فِيهِ أَيْضًا شَيْءٌ مِنْ ذَلِكَ؛ لِأَنَّ عِبَارَتَهُ كَعِبَارَةِ الْمُرْسِلِ لِلْحَاجَةِ إِلَى الْإِرْسَالِ، إِذْ رَبُّمَا لَا يَتَّفِقُ لِكُلِّ أَحَدٍ فِي كُلِّ وَقْتٍ بِالْبَلِّغِ عَدْلٌ يُرْسَلُهُ إِلَى وَكِيلِهِ (قَوْلُهُ: وَعَلَى هَذَا الْخِلَافِ) يَعْنِي الَّذِي ذَكَرَهُ بَيْنَ أَبِي حَنِيفَةَ وَصَاحِبَيْهِ فِي اشْتِرَاطِ أَحَدِ شَطْرَيْهَا فِيمَا فِيهِ الْإِلْزَامُ الْمَسَائِلُ الْمَذْكُورَةُ.

قَالَ فِي النَّهَايَةِ إِنَّهَا سِتُّ مَسَائِلَ ثَلَاثٌ مِنْهَا ذَكَرَهَا مُحَمَّدٌ فِي الْمَبْسُوطِ وَاثْنَانِ ذَكَرَهُمَا فِي التَّوَادِرِ، وَالسَّادِسَةُ قَاسَمَهَا الْمَشَايِخُ عَلَيْهَا، وَالْمُصَنِّفُ تَرَكَ مِنْهَا مَسْأَلَةً. أَمَّا الْأُولَى فَهِيَ الَّتِي ذَكَرْنَاهَا مِنْ عَزْلِ الْوَكِيلِ. وَالثَّانِيَةُ عَلَى تَرْتِيبِ الْمَبْسُوطِ الْعَبْدُ الْمَأْذُونُ إِذَا أَخْبَرَهُ وَاحِدٌ بِالْحَجَرِ مِنْ تَلْقَاءِ نَفْسِهِ وَهُوَ عَدْلٌ أَوْ اثْنَانِ تَبَتَّ الْحَجَرُ صُدِّقَ الْعَبْدُ أَوْ كَذَبَ، وَإِنْ كَانَ فَاسِقًا وَكَذَّبَهُ تَبَتَّ عَنْدَهُمَا خِلَافًا لَهُ وَكَيْدٌ بِتَلْقَاءِ نَفْسِهِ؛ لِأَنَّ حُكْمَ

الرَّسُولُ حُكْمُ مُرْسَلِهِ كَمَا مَرَّ، وَهَذِهِ الْمَسْأَلَةُ لَمْ يَذْكُرْهَا الْمُصَنِّفُ هَاهُنَا.
وَالثَّالِثَةُ الْعَبْدُ الْجَانِي إِذَا أَخْبَرَ الْمَوْلَى بِجَنَائِهِ اثْنَانِ أَوْ وَاحِدًا عَدْلٌ فَتَصَرَّفَ فِيهِ
بَعْدَهُ بَعْنَقٍ أَوْ بَيْعٍ كَانَ اخْتِيَارًا مِنْهُ لِلْفِدَاءِ، وَإِنْ أَخْبَرَهُ فَاسِقٌ وَصَدَّقَهُ فَكَذَلِكَ، وَإِلَّا
فَعَلَى الْاِخْتِلَافِ عِنْدَهُ لَا يَكُونُ اخْتِيَارًا خِلَافًا لَهَا.

وَأَوَّلَى التَّوَادِرِ الْمُسْلِمُ الَّذِي لَمْ يُهَاجِرْ إِذَا أَخْبَرَهُ اثْنَانِ أَوْ عَدْلٌ بِمَا عَلَيْهِ مِنَ
الْفَرَائِضِ لِرِمْتِهِ وَبَرَكْهَا يَجِبُ عَلَيْهِ الْقَضَاءُ، وَإِنْ أَخْبَرَهُ فَاسِقٌ وَكَذَّبَهُ فَعَلَى الْاِخْتِلَافِ،
وَشَمْسُ الْأَئِمَّةِ السَّرْحَسِيِّ جَعَلَهُ رَسُولُ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَالْزَمَهُ.

وَتَانِيهَا الشَّفِيعُ إِذَا أَخْبَرَهُ اثْنَانِ أَوْ عَدْلٌ بِالْبَيْعِ فَسَكَتَ سَقَطَتْ، وَإِنْ أَخْبَرَهُ
فَاسِقٌ بِهِ وَكَذَّبَهُ فَعَلَى الْاِخْتِلَافِ. وَالسَّادِسَةُ إِذَا بَلَغَ الْبِكْرُ تَرْوِيجُ الْوَلِيِّ فَسَكَتَتْ فَإِنْ
أَخْبَرَهَا اثْنَانِ أَوْ عَدْلٌ كَانَ رِضًا بِلا خِلَافٍ، وَإِنْ أَخْبَرَهَا فَاسِقٌ فَعَلَى الْاِخْتِلَافِ.

قَالَ (وَإِذَا بَاعَ الْقَاضِي أَوْ أَمِينُهُ عَبْدًا لِلْغُرَمَاءِ وَأَخَذَ الْمَالَ فَضَاعَ وَأَسْتَحَقَّ الْعَبْدُ لِمَ
يَضْمَنُ) لِأَنَّ أَمِينَ الْقَاضِي قَائِمٌ مَقَامَ الْقَاضِي وَالْقَاضِي مَقَامَ الْإِمَامِ وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ لَا
يَلْحَقُهُ ضَمَانٌ كَي لَا يَتَقَاعَدُ عَنْ قَبُولِ هَذِهِ الْأَمَانَةِ فَيُضَيِّعَ الْحَقُوقَ وَيَرْجِعَ الْمُشْتَرِي
عَلَى الْغُرَمَاءِ، لِأَنَّ الْبَيْعَ وَاقِعٌ لَهُمْ فَيَرْجِعُ عَلَيْهِمْ عِنْدَ تَعَذُّرِ الرَّجُوعِ عَلَى الْعَاقِدِ، كَمَا إِذَا
كَانَ الْعَاقِدُ مَحْجُورًا عَلَيْهِ وَكَهَذَا يُبَاعُ بِطَلَبِهِمْ (وَإِنْ أَمَرَ الْقَاضِي الْوَصِيَّ بِبَيْعِهِ لِلْغُرَمَاءِ
ثُمَّ أَسْتَحَقَّ أَوْ مَاتَ قَبْلَ الْقَبْضِ وَضَاعَ الْمَالَ رَجَعَ الْمُشْتَرِي عَلَى الْوَصِيِّ) لِأَنَّهُ عَاقِدٌ نِيَابَةً
عَنِ الْمَيِّتِ وَإِنْ كَانَ بِإِقَامَةِ الْقَاضِي عَنْهُ فَصَارَ كَمَا إِذَا بَاعَهُ بِنَفْسِهِ.

قَالَ (وَرَجَعَ الْوَصِيُّ عَلَى الْغُرَمَاءِ) لِأَنَّهُ عَامِلٌ لَهُمْ، وَإِنْ ظَهَرَ لِلْمَيِّتِ مَالٌ يَرْجِعُ
الْغَرِيمُ فِيهِ بِدَيْنِهِ. قَالُوا: وَيَجُوزُ أَنْ يُقَالَ يَرْجِعُ بِالْمَالَةِ الَّتِي غَرِمَهَا أَيْضًا لِأَنَّهُ لِحَقِّهِ فِي
أَمْرِ الْمَيِّتِ، وَالْوَارِثُ إِذَا بَاعَ لَهُ بِمَنْزِلَةِ الْغَرِيمِ لِأَنَّهُ إِذَا لَمْ يَكُنْ فِي التَّرَكَةِ دَيْنٌ كَانَ الْعَاقِدُ
عَامِلًا لَهُ.

الشرح:

قَالَ (وَإِذَا بَاعَ الْقَاضِي أَوْ أَمِينُهُ عَبْدًا لِلْغُرَمَاءِ) إِذَا بَاعَ الْقَاضِي أَوْ أَمِينُهُ عَبْدًا لِلْمَيِّتِ
لَأَجْلِ أَصْحَابِ الدُّيُونِ (وَقَبْضَ الثَّمَنِ فَضَاعَ الثَّمَنُ وَأَسْتَحَقَّ الْعَبْدُ لِمَ يَضْمَنُ) الْعَاقِدُ وَهُوَ
الْقَاضِي أَوْ أَمِينُهُ ؛ لِأَنَّ أَمِينَ الْقَاضِي قَائِمٌ مَقَامَ الْقَاضِي وَالْقَاضِي قَائِمٌ مَقَامَ الْإِمَامِ، وَالْإِمَامُ

لَا يَضْمَنُ كَيْ لَا يَتَقَاعَدَ عَنْ قَبُولِ هَذِهِ الْأَمَانَةِ فَتَضَيِّعَ الْحُقُوقَ وَيَرْجِعَ الْمُشْتَرِي عَلَى الْغُرَمَاءِ؛ لِأَنَّ الْبَيْعَ وَقَعَ لَهُمْ وَلِهَذَا يُبَاعُ بِطَلَبِهِمْ) وَمَنْ وَقَعَ لَهُ الْبَيْعُ يَرْجِعُ عَلَيْهِ الْمُشْتَرِي إِذَا تَعَذَّرَ الرَّجُوعُ عَلَى الْعَاقِدِ (كَمَا إِذَا كَانَ الْعَاقِدُ صَبِيًّا مَحْجُورًا أَوْ عَبْدًا (مَحْجُورًا عَلَيْهِ) وَهَاهُنَا قَدْ تَعَذَّرَ الرَّجُوعُ عَلَى الْعَاقِدِ لَمَّا ذَكَرْنَا فَيَرْجِعُ الْمُشْتَرِي عَلَى الْغُرَمَاءِ.

(فَإِنْ أَمَرَ الْقَاضِي الْوَصِيَّ بِبَيْعِ الْعَبْدِ لِلْغُرَمَاءِ ثُمَّ أُسْتُحِقَّ أَوْ مَاتَ قَبْلَ الْقَبْضِ وَضَاعَ الثَّمَنُ رَجَعَ الْمُشْتَرِي عَلَى الْوَصِيِّ لِأَنَّهُ عَاقِدٌ نِيَابَةً) فَإِنْ أَوْصَى إِلَيْهِ الْمَيْتُ فَظَاهِرٌ، وَإِنْ أَقَامَهُ الْقَاضِي فَكَذَلِكَ لِأَنَّ الْقَاضِيَّ إِنَّمَا أَقَامَهُ نَائِبًا عَنِ الْمَيْتِ لَا عَنْ نَفْسِهِ، وَعَقْدُ النَّائِبِ كَعَقْدِ الْمُتَوَبِّعِ عَنْهُ (فَصَارَ كَمَا إِذَا بَاعَهُ) الْمَيْتُ (بِنَفْسِهِ) فِي حَيَاتِهِ وَفِي ذَلِكَ كَانَ يَرْجِعُ الْمُشْتَرِي عَلَيْهِ فَهَذَا هُنَا يَرْجِعُ عَلَى مَنْ قَامَ مَقَامَهُ (ثُمَّ يَرْجِعُ الْوَصِيُّ عَلَى الْغُرَمَاءِ لِأَنَّهُ عَامِلٌ لَهُمْ وَإِنْ ظَهَرَ لِلْمَيْتِ مَالٌ يَرْجِعُ الْغَرِيمُ فِيهِ بِدَيْنِهِ) أَيْ يَأْخُذُ دَيْنَهُ مِنْ ذَلِكَ وَهَلْ يَرْجِعُ بِمَا غَرِمَ لِلْوَصِيِّ فِي ذَلِكَ الْمَالِ فِيهِ اخْتِلَافٌ.

(قَالُوا: يَجُوزُ أَنْ يَرْجِعَ بِذَلِكَ أَيْضًا لِأَنَّ هَذَا الضَّمَانَ لِحَقِّهِ فِي أَمْرِ الْمَيْتِ) وَقِيلَ لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ لِأَنَّهُ إِنَّمَا ضَمِنَ مَنْ حَيْثُ إِنَّ الْعَقْدَ وَقَعَ لَهُ فَلَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ عَلَى غَيْرِهِ وَالْوَارِثُ إِذَا بَاعَ لَهُ كَانَ بِمَنْزِلَةِ الْغَرِيمِ لِأَنَّهُ إِذَا لَمْ يَكُنْ فِي الثَّرِكَةِ دَيْنٌ كَانَ الْعَاقِدُ عَامِلًا لَهُ).

فَصْلٌ آخَرُ

(وَإِذَا قَالَ الْقَاضِي قَدْ قَضَيْتَ عَلَى هَذَا بِالرَّجْمِ فَارْجُمُهُ أَوْ بِالْقَطْعِ فَاقْطَعْهُ أَوْ بِالضَّرْبِ فَاضْرِبْهُ وَسِعْكَ أَنْ تَفْعَلَ) وَعَنْ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ رَجَعَ عَنْ هَذَا وَقَالَ: لَا تَأْخُذْ بِقَوْلِهِ حَتَّى تُعَايِنَ الْحُجَّةَ، لِأَنَّ قَوْلَهُ يَحْتَمِلُ الْفَلْطَ وَالْخَطَأَ وَالتَّدَارُكَ غَيْرَ مُمَكِّنٍ، وَعَلَى هَذِهِ الرُّوَايَةِ لَا يُقْبَلُ كِتَابُهُ. وَاسْتَحْسَنَ الْمَشَائِخُ هَذِهِ الرُّوَايَةَ لِفَسَادِ حَالِ أَكْثَرِ الْقَضَاةِ فِي زَمَانِنَا إِلَّا فِي كِتَابِ الْقَاضِي لِلْحَاجَةِ إِلَيْهِ. وَجَهُ ظَاهِرِ الرُّوَايَةِ أَنَّهُ أَخْبَرَ عَنْ أَمْرِ يَمْلِكُ إِنْشَاءَهُ فَيُقْبَلُ لَخُلُوهُ عَنِ التُّهْمَةِ، وَلِأَنَّ طَاعَةَ أُولِي الْأَمْرِ وَاجِبَةٌ وَفِي تَصْدِيقِهِ طَاعَةٌ وَقَالَ الْإِمَامُ أَبُو مَنْصُورٍ رَحِمَهُ اللَّهُ: إِنْ كَانَ عَدْلًا عَالِمًا يُقْبَلُ قَوْلُهُ لِانْعِدَامِ تُّهْمَةِ الْخَطَا وَالْخِيَانَةِ، وَإِنْ كَانَ عَدْلًا جَاهِلًا يُسْتَفْسَرُ، فَإِنْ أَحْسَنَ التَّفْسِيرَ وَجَبَ تَصْدِيقُهُ وَإِلَّا فَلَا، وَإِنْ كَانَ جَاهِلًا فَاسِقًا أَوْ عَالِمًا فَاسِقًا لَا يُقْبَلُ إِلَّا أَنْ يُعَايِنَ سَبَبَ الْحُكْمِ لِتُّهْمَةِ الْخَطَا وَالْخِيَانَةِ.

الشرح:

(فصل آخر): جَمَعَ فِي هَذَا الْفَصْلِ مَسَائِلَ مُتَفَرِّقَةً يَجْمَعُهُمَا أَصْلٌ وَاحِدٌ يَتَعَلَّقُ بِكِتَابِ الْقَضَاءِ، وَهُوَ أَنَّ قَوْلَ الْقَاضِي بِانْفِرَادِهِ قَبْلَ الْعَزْلِ وَبَعْدَهُ مَقْبُولٌ أَوَّلًا. قَالَ (وَإِذَا قَالَ الْقَاضِي قَدْ قَضَيْتُ إلخ) إِذَا قَالَ الْقَاضِي قَدْ قَضَيْتُ عَلَى هَذَا بِالرَّجْمِ فَارْجُمُهُ أَوْ بِالْقَطْعِ فَاقْطَعْهُ أَوْ بِالضَّرْبِ فَاضْرِبْهُ وَسَعَكَ أَنْ تَفْعَلَ ذَلِكَ، وَهُوَ ظَاهِرُ الرِّوَايَةِ، وَعَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ رَجَعَ عَنْ هَذَا وَقَالَ: لَا تَأْخُذْ بِقَوْلِهِ مَا لَمْ تَكُنِ الشَّهَادَةُ بِحَضْرَتِكَ، وَهُوَ رِوَايَةُ ابْنِ سِمَاعَةَ عَنْهُ؛ لِأَنَّ قَوْلَهُ يَحْتَمِلُ الْغَلْطَ وَالتَّذَارُكَ غَيْرَ مُمَكِّنٍ. وَاسْتَحْسَنَ الْمُشَايِخُ هَذِهِ الرِّوَايَةَ لِفَسَادِ حَالِ قُضَاةِ زَمَانِنَا، وَهِيَ تَقْتَضِي أَنْ لَا يُقْبَلَ كِتَابُهُ أَيْضًا، إِلَّا أَنَّهُمْ تَرَكَوْهَا فِيهِ لِلْحَاجَةِ إِلَيْهِ. وَجَهٌ ظَاهِرُ الرِّوَايَةِ أَنَّ الْقَاضِي أَخْبَرَ عَمَّا يَمْلِكُ إِشْأَاءَهُ؛ لِأَنَّ الْمُتَوَلَّى يَتِمَكَّنُ مِنْ إِشْأَاءِ الْقَضَاءِ، وَمَنْ يَتِمَكَّنُ مِنَ الْإِشْأَاءِ عَمَّا أَخْبَرَ بِهِ لَمْ يَتَّهَمْ فِي خَبَرِهِ، وَفِيهِ بَحْثٌ وَهُوَ أَنَّهُ مُتِمَكِّنٌ مِنْ ذَلِكَ بِحُجَّةٍ أَوْ بِدُونِهَا.

وَالثَّانِي مَمْنُوعٌ، وَالْأَوَّلُ يَجُزُّ إِلَى غَيْرِ ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ مِنْ مُعَايِنَةِ الْحُجَّةِ، وَلِأَنَّ الْقَاضِي مِنْ أُولِي الْأَمْرِ وَطَاعَةُ أُولِي الْأَمْرِ وَاجِبَةٌ وَفِي تَصَدِيقِهِ طَاعَتُهُ فَيَجِبُ تَصَدِيقُهُ، وَظَاهِرُ الرِّوَايَةِ يَدُلُّ عَلَى جَوَازِ الْاعْتِمَادِ عَلَى قَوْلِهِ مِنْ غَيْرِ اسْتِفْسَارٍ، وَقَالُوا بِهِ إِذَا كَانَ الْقَاضِي عَدْلًا فَتَقْبَلُهَا، وَعَلَى هَذَا تَنَاقَى الْأَقْسَامُ الْعَقْلِيَّةُ كَمَا قَالَ الْإِمَامُ أَبُو مَنْصُورٍ، فَإِنْ كَانَ عَدْلًا عَالِمًا يُقْبَلُ قَوْلُهُ؛ لِعَدَمِ تَهْمَةِ الْخَطِإِ لِعِلْمِهِ وَالْحَيَاةِ لِعَدَالَتِهِ، وَهَذَا الْقِسْمُ لَا يَحْتَاجُ إِلَى الْاسْتِفْسَارِ بِالِاتِّفَاقِ، وَإِنْ كَانَ عَدْلًا جَاهِلًا يَسْتَفْسَرُ عَنْ قَضَائِهِ لِبَقَاءِ تَهْمَةِ الْخَطِإِ، فَإِنْ أَحْسَنَ تَفْسِيرَ الْقَضَاءِ بِأَنْ فَسَّرَ عَلَى وَجْهِ اقْتِضَاءِ الشَّرْعِ مِثْلَ أَنْ يَقُولَ مِثْلًا اسْتَفْسَرْتُ الْمُقَرَّرَ بِالزُّنَا كَمَا هُوَ الْمَعْرُوفُ فِيهِ وَحَكَمْتُ عَلَيْهِ بِالرَّجْمِ وَتَبَتَ عِنْدِي بِالْحُجَّةِ أَنَّهُ أَخَذَ نَصَابًا مِنْ حِرْزٍ لَا شُبْهَةَ فِيهِ، وَأَنَّهُ قَتَلَ عَمْدًا بِلا شُبْهَةٍ وَجَبَ تَصَدِيقُهُ وَقَبُولُ قَوْلِهِ، وَإِلَّا فَلَا؛ لِأَنَّهُ رَبَّمَا يَظُنُّ بِسَبَبِ جَهْلِهِ غَيْرَ الدَّلِيلِ ذَلِيلًا أَوْ الشُّبْهَةَ غَيْرَ دَارَتِهِ، وَإِنْ كَانَ جَاهِلًا فَاسِقًا أَوْ عَالِمًا فَاسِقًا لَا يُقْبَلُ إِلَّا أَنْ يُعَايِنَ سَبَبَ الْحُكْمِ لِتَهْمَةِ الْخَطِإِ فِي الْجَهْلِ وَالْحَيَاةِ فِي الْفِسْقِ.

قَالَ (وَإِذَا عَزَلَ الْقَاضِي فَقَالَ لِرَجُلٍ أَخَذْتُ مِنْكَ أَلْفًا وَدَفَعْتُهَا إِلَى فُلَانٍ قَضَيْتُ بِمَا عَلَيْكَ فَقَالَ الرَّجُلُ أَخَذْتُهَا ظُلْمًا فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْقَاضِي، وَكَذَا لَوْ قَالَ قَضَيْتُ بِقَطْعِ يَدِكَ فِي حَقِّ هَذَا إِذَا كَانَ الَّذِي قُطِعَتْ يَدُهُ وَالَّذِي أَخَذَ مِنْهُ الْمَالَ مُقَرَّرِينَ أَنَّهُ فَعَلَ ذَلِكَ وَهُوَ قَاضٍ)

وَوَجْهُهُ أَنَّهُمَا لَمَّا تَوَافَقَا أَنَّهُ فَعَلَ ذَلِكَ فِي قَضَائِهِ كَانَ الظَّاهِرُ شَاهِدًا لَهُ إِذِ الْقَاضِي لَا يَقْضِي بِالْجَوْرِ ظَاهِرًا (وَلَا يَمِينُ عَلَيْهِ) لِأَنَّهُ ثَبَتَ فِعْلُهُ فِي قَضَائِهِ بِالتَّصَادُقِ وَلَا يَمِينُ عَلَى الْقَاضِي. (وَلَوْ أَقَرَّ الْقَاطِعُ وَالْأَخِذُ بِمَا أَقَرَّ بِهِ الْقَاضِي لَا يَضْمَنُ أَيْضًا) لِأَنَّهُ فَعَلَهُ فِي حَالِ الْقَضَاءِ وَدَفَعُ الْقَاضِي صَحِيحٌ كَمَا إِذَا كَانَ مُعَايِنًا (وَلَوْ زَعَمَ الْمَقْطُوعُ يَدَهُ أَوْ الْمَأْخُوذُ مَالَهُ أَنَّهُ فَعَلَ قَبْلَ التَّقْلِيدِ أَوْ بَعْدَ الْعَزْلِ فَالْقَوْلُ لِلْقَاضِي أَيْضًا) هُوَ الصَّحِيحُ لِأَنَّهُ أَسْنَدَ فِعْلَهُ إِلَى حَالَتِهِ مَعْهُودَةٍ مُنَافِيَةٍ لِلضَّمَانِ فَصَارَ كَمَا إِذَا قَالَ طَلَّقْتَ أَوْ أَعْتَقْتَ وَأَنَا مَجْنُونٌ وَالْجُنُونُ مِنْهُ كَانَ مَعْهُودًا (وَلَوْ أَقَرَّ الْقَاطِعُ أَوْ الْأَخِذُ فِي هَذَا الْفَصْلِ بِمَا أَقَرَّ بِهِ الْقَاضِي بِضْمَانٍ) لِأَنَّهُمَا أَقَرَّا بِسَبَبِ الضَّمَانِ، وَقَوْلُ الْقَاضِي مَقْبُولٌ فِي دَفْعِ الضَّمَانِ عَنْ نَفْسِهِ لَا فِي إِبْطَالِ سَبَبِ الضَّمَانِ عَلَى غَيْرِهِ، بِخِلَافِ الْأَوَّلِ لِأَنَّهُ ثَبَتَ فِعْلُهُ فِي قَضَائِهِ بِالتَّصَادُقِ (وَلَوْ كَانَ الْمَالُ فِي يَدِ الْأَخِذِ قَائِمًا وَقَدْ أَقَرَّ بِمَا أَقَرَّ بِهِ الْقَاضِي وَالْمَأْخُوذُ مِنْهُ الْمَالُ صَدَقَ الْقَاضِي فِي أَنَّهُ فَعَلَهُ فِي قَضَائِهِ أَوْ ادَّعَى أَنَّهُ فَعَلَهُ فِي غَيْرِ قَضَائِهِ يُؤْخَذُ مِنْهُ) لِأَنَّهُ أَقَرَّ أَنَّ الْيَدَ كَانَتْ لَهُ فَلَا يُصَدَّقُ فِي دَعْوَى تَمْلِكِهِ إِلَّا بِحُجَّتِهِ، وَقَوْلُ الْمَعْرُوفِ فِيهِ لَيْسَ بِحُجَّتِهِ.

الشرح:

قَالَ (وَإِذَا عَزَلَ الْقَاضِي فَقَالَ لِرَجُلٍ (لِخ) لَمَّا فَرَغَ مِنْ بَيَانِ مَا يُخْبِرُ بِهِ الْقَاضِي مِنْ قَضَائِهِ فِي زَمَنِ وَلَايَتِهِ شَرَعَ فِي بَيَانِ ذَلِكَ بَعْدَ عَزْلِهِ، فَإِذَا أَخْبَرَ الْقَاضِي الْمَقْضِيَّ عَلَيْهِ بَعْدَ الْعَزْلِ بِمَا قَضَى وَأَسْنَدَ إِلَى حَالِ وَلَايَتِهِ فَلَا يَخْلُو إِمَّا أَنْ يُصَدِّقَهُ فِيمَا قَالَ فَلَا كَلَامَ فِيهِ أَوْ يُكَذِّبُهُ فِي حَقِيقَتِهِ وَيُصَدِّقُهُ فِي كَوْنِهِ فِي زَمَنِ الْوِلَايَةِ أَوْ يُكَذِّبُهُ فِيهِ، فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ فَالْقَوْلُ لِلْقَاضِي بِلا خِلَافٍ، وَإِنْ كَانَ الثَّانِي فَكَذَلِكَ فِي الصَّحِيحِ. فَعَلَى هَذَا إِذَا قَالَ لِرَجُلٍ أَخَذْتَ مِنْكَ أَلْفًا وَدَفَعْتَهَا إِلَى فُلَانٍ قَضَيْتَ بِهَا عَلَيْكَ وَقَالَ لآخر قَضَيْتَ بِقَطْعِ يَدِكَ فِي حَقِّ فَقَالَ الْمَأْخُوذُ مِنْهُ الْمَالُ وَالْمَقْطُوعُ يَدَهُ فَعَلْتَ ذَلِكَ فِي حَالِ قَضَائِكَ ظَلَمًا فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْقَاضِي؛ لِأَنَّهُمَا لَمَّا تَوَافَقَا أَنَّهُ فَعَلَ ذَلِكَ فِي قَضَائِهِ كَانَ الظَّاهِرُ شَاهِدًا لَهُ إِذِ الْقَاضِي لَا يَقْضِي بِالْجَوْرِ ظَاهِرًا وَالْقَوْلُ لِمَنْ يَشْهَدُ لَهُ الظَّاهِرُ؛ لِأَنَّهُ ثَبَتَ فِعْلُهُ فِي قَضَائِهِ بِالتَّصَادُقِ، وَلَا يَمِينُ عَلَى الْقَاضِي؛ لِأَنَّهُ إِجَابَتَهَا عَلَيْهِ يُفْضِي إِلَى تَعْطِيلِ أُمُورِ النَّاسِ بِامْتِنَاعِ الدُّخُولِ فِي الْقَضَاءِ. وَفِي هَذِهِ الصُّورَةِ لَوْ أَقَرَّ الْقَاطِعُ أَوْ الْأَخِذُ بِمَا أَقَرَّ بِهِ الْقَاضِي لَا يَضْمَنُ أَيْضًا؛

لأنَّ فعله في حال القضاء ودفع القاضي وأمره بالشئ صحيح كما إذا كان دفعه المال إلى الآخذ معينا في حال القضاء فإنه لا يضمن الآخذ حينئذ فكذلك هاهنا، وكذا إذا كان أمره بالقطع معينا في حال القضاء وإن قال المأخوذ ماله والمقطوع يده فعلت ذلك قبل التقليد أو بعد العزل فالقول أيضا للقاضي في الصحيح؛ لأن القاضي أَسَدَ فعله إلى حالة منافية للضمان لما مرَّ أن حالة القضاء تنافي الضمان فالقاضي بذلك الإسناد منكراً والقول للمنكر فصار إسناد القاضي هاهنا كإسناد من عهد منه الجنون إذا قال طلقت أو اعتقت وأنا مجنون إذا كان ذلك منه معلوماً بين الناس فإن القول قوله: حتى لا يقع الطلاق والعناق لإضافته إلى حالة منافية للإيقاع، وإنما قال هو الصحيح احترازاً عما قال شمس الأئمة السرخسي إن القول قول المدعي في هذه الصورة بناءً على أن المنازعة إذا وقعت في الماضي تحكم الحال، وفي هذه الحال فعله موجب للضمان عليه، وهو بهذا الإسناد يدعي ما يسقط الضمان عنه، وأما في الأولى فقد تصادفاً أنه فعله وهو قاض وذلك غير موجب للضمان عليه ظاهراً؛ لأن الأصل أن يكون قضاؤه حقاً، ولكن في عامة نسخ الجامع الصغير ما ذكرنا أن القول للقاضي.

(ولو أقر القاطع والآخذ في هذا الفصل بما أقر به القاضي ضمناً؛ لأنهما أقرّا بسبب الضمان، وقول القاضي مقبول في دفع الضمان عن نفسه لا في إبطال سبب الضمان على غيره، بخلاف الأولى؛ لأنه ثبت فعله في قضاؤه بالتصادق لا يقال: الآخذ والقاطع في الصورة الثانية أسندا الفعل إلى حالة منافية للضمان فكان الواجب أن لا يضمن كالقاضي؛ لأن جهة الضمان راجحة؛ لأن إقرار الرجل على نفسه بسبب الضمان حجة قطعية، وقضاء القاضي حجة ظاهرة، والظاهر لا يعارض القطعي، وهذا يقتضي وجوب الضمان على القاضي أيضاً لكن ذلك يؤدي إلى تضييع الحقوق بالامتناع عن الدخول في القضاء مخافة الضمان.

(ولو كان المال باقياً في يد الآخذ وأقر بما أقر به القاضي أخذ منه المال) سواء صدقه المأخوذ منه المال في أنه فعله في قضاؤه أو ادعى أنه فعله في غير قضاؤه؛ لأن الآخذ أقر أن اليد كانت للمأخوذ منه فلا يصدق في دعوى تملكه إلا بحجة، وقول المعزول ليس بحجة فيه لكونه شهادة فرد والله أعلم.

كِتَابُ الشَّهَادَاتِ

(قَالَ: الشَّهَادَةُ فَرَضٌ تَلْزَمُ الشُّهُودَ وَلَا يَسَعُهُمْ كِتْمَانُهَا إِذَا طَالَ بِهِمُ الْمُدَّعِي) لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا﴾ [البقرة: ٢٨٢] وَقَوْلُهُ تَعَالَى ﴿وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ﴾ [البقرة: ٢٨٣] وَإِنَّمَا يُشْتَرَطُ طَلَبُ الْمُدَّعِي لِأَنَّهَا حَقُّهُ فَيَتَوَقَّفُ عَلَى طَلَبِهِ كَسَائِرِ الْحُقُوقِ.

الشرح:

(كِتَابُ الشَّهَادَاتِ): إيرادُ هَذَا الْكِتَابِ عَقِيبَ كِتَابِ أَدَبِ الْقَاضِي ظَاهِرُ الْمُنَاسَبَةِ، إِذِ الْقَاضِي فِي قَضَائِهِ يَحْتَاجُ إِلَى شَهَادَةِ الشُّهُودِ عِنْدَ انْكَارِ الْخَصْمِ. وَمِنْ مَحَاسِنِ الشَّهَادَةِ بِالْحَقِّ أَنَّهَا مَأْمُورٌ بِهَا، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿كُونُوا قَوَّامِينَ لِلَّهِ شُهَدَاءَ بِالْقِسْطِ﴾ [المائدة: ٨] فَلَا بُدَّ مِنْ حُسْنِهِ. وَهِيَ فِي اللَّغَةِ عِبَارَةٌ عَنِ الْإِخْبَارِ بِصِحَّةِ الشَّيْءِ عَنْ مُشَاهَدَةٍ وَعَيَانٍ، وَلِهَذَا قَالُوا إِنَّهَا مُشْتَقَّةٌ مِنَ الْمُشَاهَدَةِ الَّتِي تُنبِئُ عَنِ الْمَعَايِنَةِ. وَفِي اصْطِلَاحِ أَهْلِ الْفَقْهِ: عِبَارَةٌ عَنِ إِخْبَارٍ صَادِقٍ فِي مَجْلِسِ الْحُكْمِ بِلَفْظِ الشَّهَادَةِ فَلَا إِخْبَارَ كَالْجَنَسِ يَشْمَلُهَا وَالْأَخْبَارُ الْكَاذِبَةُ. وَقَوْلُهُ: صَادِقٌ يُخْرِجُ الْكَاذِبَةَ وَقَوْلُهُ: فِي مَجْلِسِ الْحُكْمِ بِلَفْظِ الشَّهَادَةِ يُخْرِجُ الْأَخْبَارَ الصَّادِقَةَ غَيْرَ الشَّهَادَاتِ.

وَسَبَبُ تَحْمِلِهَا مَعَايِنَةً مَا يَتَحَمَّلُهَا لَهُ وَمُشَاهَدَاتُهُ بِمَا يَخْتَصُّ بِمُشَاهَدَتِهِ مِنَ السَّمَاعِ فِي الْمَسْمُوعَاتِ وَالْإِنْبَارِ فِي الْمُبْصَرَاتِ وَنَحْوِ ذَلِكَ. وَسَبَبُ أَدَائِهَا إِذَا طَلَبَ الْمُدَّعِي مِنْهُ الشَّهَادَةَ، أَوْ خَوْفُ فَوْتِ حَقِّ الْمُدَّعِي إِذَا لَمْ يَعْلَمْ الْمُدَّعِي كَوْنَهُ شَاهِدًا.

وَشَرْطُهَا: الْعَقْلُ الْكَامِلُ وَالضَّبْطُ وَالْوِلَايَةُ وَالْقُدْرَةُ عَلَى التَّمْيِيزِ بَيْنَ الْمُدَّعِي وَالْمُدَّعَى عَلَيْهِ، وَالْإِسْلَامُ إِنْ كَانَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ مُسْلِمًا.

وَحُكْمُهَا: وَجُوبُ الْحُكْمِ عَلَى الْحَاكِمِ بِمُقْتَضَاهَا، وَالْقِيَاسُ لَا يَقْتَضِي ذَلِكَ لَاحْتِمَالِ الْكَذِبِ، لَكِنْ لَمَّا شَرَطَ الْعَدَالَةَ لِيَتَرَجَّحَ جَانِبُ الصِّدْقِ وَوَرَدَتْ النُّصُوصُ بِالِاسْتِشْهَادِ جُعِلَتْ مُوجِبَةً. قَالَ (الشَّهَادَةُ فَرَضٌ تَلْزَمُ الشُّهُودَ إلخ) أَذَاءُ الشَّهَادَةِ فَرَضٌ يَلْزَمُ الشُّهُودَ بِحَيْثُ لَا يَسَعُهُمْ كِتْمَانُهُ أَكَّدَ الْفَرَضَ بِوَصْفَيْنِ وَهُوَ الزُّوْمُ وَعَدَمُ سَعَةِ الْكِتْمَانِ دَلَالَةً عَلَى تَأْكِيدِهِ، وَشَرَطَ مُطَالَبَةَ الْمُدَّعِي تَحْقِيقًا لِسَبَبِ الْأَذَاءِ عَلَى مَا مَرَّ،

وَاسْتَدَلَّ بِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا﴾ [البقرة: ٢٨٢] أَيْ لِيُقِيمُوا الشَّهَادَةَ أَوْ لِيَتَحَمَّلُواهَا، وَسَمُّوا شُهَدَاءَ بِاعْتِبَارِ مَا تُقُولُ إِلَيْهِ، وَهُوَ بظَاهِرِهِ يَدُلُّ عَلَى النَّهْيِ عَنِ الْإِبَاءِ عِنْدَ الدَّعْوَةِ، وَبِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ﴾ [البقرة: ٢٨٣] وَهُوَ بظَاهِرِهِ يَدُلُّ عَلَى النَّهْيِ عَنِ كِتْمَانِهَا عَلَى وَجْهِ الْمُبَالَغَةِ، وَالنَّهْيُ عَنِ أَحَدِ التَّقْيِيزِينَ وَهُوَ الْكِتْمَانُ يَسْتَلْزِمُ ثُبُوتَ التَّقْيِيزِ الْآخَرَ لِكُلِّ يَرْتَفِعُ التَّقْيِيزَانِ، فَإِذَا كَانَ الْكِتْمَانُ مِنْهِيًّا عَنْهُ كَانَ الْإِعْلَانُ ثَابِتًا وَهُوَ يُسَاوِي الْإِظْهَارَ فَيَكُونُ ثَابِتًا، وَثُبُوتُهُ بِالْأَدَاءِ وَمَا لَمْ يَجِبْ لَا يَثْبُتُ فَكَانَ إِظْهَارُ الْأَدَاءِ وَاجِبًا.

قَالَ فِي النَّهْيَةِ: النَّهْيُ عَنِ الشَّيْءِ لَا يَكُونُ أَمْرًا بِضِدِّهِ إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ ضِدٌّ وَاحِدٌ، وَأَمَّا إِذَا كَانَ فَهُوَ أَمْرٌ بِهِ كَالنَّهْيِ عَنِ الْكِتْمَانِ عَمَّا فِي الْأَرْحَامِ فَإِنَّهُ أَمْرٌ بِضِدِّهِ، وَلَيْسَ بِالصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ لَمَّا عُرِفَ فِي أَصُولِ الْفَقْهِ (وَإِنَّمَا يُشْتَرِطُ طَلَبُ الْمُدَّعِي؛ لِأَنَّهَا حَقُّهُ فَيَتَوَقَّفُ عَلَى طَلَبِهِ كَسَائِرِ الْحُقُوقِ) وَتَوْقُضَ بِمَا إِذَا عَلِمَ الشَّاهِدُ الشَّهَادَةَ وَلَمْ يَعْلَمْ بِهَا الْمُدَّعِي وَيَعْلَمُ الشَّاهِدُ أَنَّهُ إِنْ لَمْ يَشْهَدْ يَضِيعُ حَقُّهُ فَإِنَّهُ يَجِبُ عَلَيْهِ الشَّهَادَةُ وَلَا طَلَبَ ثَمَّةَ.

وَالْجَوَابُ أَنَّهُ الْحَقُّ بِالْمَطْلُوبِ دَلَالَةٌ، فَإِنَّ الْمَوْجِبَ لِلْأَدَاءِ عِنْدَ الطَّلَبِ إِحْيَاءُ الْحَقِّ وَهُوَ فِيمَا ذَكَرْتُمْ مَوْجُودٌ فَكَانَ فِي مَعْنَاهُ فَأَلْحَقَ بِهِ. لَا يُقَالُ: قَدْ مَرَّ أَنَا أَنْ طَلَبَ الْمُدَّعِي سَبَبٌ لِأَدَاءِ الشَّهَادَةِ وَهُوَ خِلَافُ مَا ذَكَرَهُ الْمُصَنِّفُ بِقَوْلِهِ وَإِنَّمَا يُشْتَرِطُ طَلَبُ الْمُدَّعِي فَإِنَّهُ يَدُلُّ عَلَى أَنَّ طَلَبَهُ شَرْطٌ وَهُوَ غَيْرُ السَّبَبِ؛ لِأَنَّ مَعْنَى كَلَامِهِ وَإِنَّمَا يُشْتَرِطُ وَجُوبُ سَبَبِ الْأَدَاءِ وَهُوَ طَلَبُ الْمُدَّعِي، فَالطَّلَبُ سَبَبٌ وَوُجُودُهُ شَرْطٌ فَلَا مُخَالَفَةَ حَيْثُذ.

فَإِنْ قُلْتَ: أَمَّا تَجْعَلُهُ شَرْطًا وَقَوْلُهُ تَعَالَى ﴿وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا﴾ [البقرة: ٢٨٢] ﴿وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ﴾ سَبَبًا.

قُلْتَ: نَعَمْ؛ لِأَنَّهُ حِطَابٌ وَضَعَ يَدُلُّ عَلَى سَبَبِيَّةِ غَيْرِهِ كَقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿أَقِمِ الصَّلَاةَ لِدُلُوكِ الشَّمْسِ﴾ [الإسراء: ٧٨].

(وَالشَّهَادَةُ فِي الْحُدُودِ يُخَيَّرُ فِيهَا الشَّاهِدُ بَيْنَ السِّرِّ وَالْإِظْهَارِ) لِأَنَّهُ بَيْنَ حِسْبَتَيْنِ إِقَامَةِ الْحَدِّ وَالتَّوَقُّيِ عَنِ الْهَتَكِ (وَالسِّرُّ أَفْضَلُ) لِقَوْلِهِ ﷺ لِلَّذِي شَهِدَ عِنْدَهُ «لَوْ سَتَرْتَهُ بِثُوبِكَ لَكَانَ خَيْرًا لَكَ»^(١) وَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «مَنْ سَتَرَ عَلَى مُسْلِمٍ سَتَرَ اللَّهُ عَلَيْهِ

(١) أخرجه أبو داود (٤٣٧٧)، والنسائي في الكبرى (٧٢٧٤)، وانظر نصب الراية (٤/ ١٥٨).

فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ^(١) وَفِيمَا نُقِلَ مِنَ تَلْقِينِ الدَّرِّ عَنِ النَّبِيِّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ وَأَصْحَابِهِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ دَلَالَةً ظَاهِرَةً عَلَى أَفْضَلِيَةِ السِّتْرِ^(٢) (إِلَّا أَنَّهُ يَجِبُ أَنْ يَشْهَدَ بِأَمَالٍ فِي السَّرِقَةِ فَيَقُولُ: أَخَذَ) إِحْيَاءَ لِحَقِّ الْمَسْرُوقِ مِنْهُ (وَلَا يَقُولُ سَرَقَ) مُحَافَظَةً عَلَى السِّتْرِ، وَلَأنَّهُ لَوْ ظَهَرَتِ السَّرِقَةُ لَوَجِبَ الْقَطْعُ وَالضَّمَانُ لَا يُجَامَعُ الْقَطْعُ فَلَا يَحْصُلُ إِحْيَاءُ حَقِّهِ.

الشرح:

قَالَ: (وَالشَّهَادَةُ فِي الْحُدُودِ يُخَيَّرُ فِيهَا الشَّاهِدُ بَيْنَ السِّتْرِ وَالْإِظْهَارِ إِنْ الشَّاهِدُ فِي الْحُدُودِ يُخَيَّرُ بَيْنَ أَنْ يَسْتَرَّ وَأَنْ يُظْهَرَ؛ لِأَنَّهُ مُخَيَّرٌ بَيْنَ أَنْ يَشْهَدَ حِسْبَةَ اللَّهِ فَيَقَامَ عَلَيْهِ الْحَدُّ، وَبَيْنَ أَنْ يَتَوَقَّى عَنْ هَتِكَ الْمُسْلِمِ حِسْبَةَ اللَّهِ، وَالسِّتْرُ أَفْضَلُ نَقْلًا وَعَقْلًا، أَمَّا الْأَوَّلُ فَقَوْلُهُ: ﷺ لِلَّذِي شَهِدَ عِنْدَهُ وَهُوَ رَجُلٌ يُقَالُ لَهُ هُزَالُ الْأُسْلَمِيِّ: لَوْ سَتَرْتَهُ بِثَوْبِكَ وَفِي رِوَايَةٍ بَرْدَانِكَ لَكَانَ خَيْرًا لَكَ» وَقَوْلُهُ: ﷺ: «مَنْ سَتَرَ عَلَى مُسْلِمٍ سَتَرَ اللَّهُ عَلَيْهِ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ» وَمَا رُوِيَ مِنَ تَلْقِينِ الدَّرِّ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ وَأَصْحَابِهِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ فَإِنَّ فِيهَا دَلَالَةً ظَاهِرَةً عَلَى أَفْضَلِيَةِ السِّتْرِ.

قِيلَ: الْأَخْبَارُ مُعَارِضَةٌ لِإِطْلَاقِ الْكِتَابِ وَإِعْمَالُهَا تَسْخُجٌ لِإِطْلَاقِهِ، وَهُوَ لَا يَجُوزُ بِخَبَرِ الْوَاحِدِ، وَأُجِيبَ بِأَنَّ الْآيَةَ مَحْمُولَةٌ عَلَى الْمَدَائِنَةِ لِنَزُولِهَا فِيهَا، وَرَدٌّ بِأَنَّ الْاِعْتِبَارَ لِعُمُومِ اللَّفْظِ لَا لخصوصِ السَّبَبِ.

وَالْحَقُّ أَنْ يُقَالَ: الْقَدْرُ الْمُشْتَرَكُ فِيمَا نُقِلَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ وَأَصْحَابِهِ فِي السِّتْرِ وَالْدَّرِّ مُتَوَاتِرٌ فِي الْمَعْنَى فَجَازَتْ الزِّيَادَةُ بِهِ.

وَقِيلَ إِنَّ الْخَبَرَ الْأَوَّلَ وَرَدَّ فِي مَاعِزٍ وَحِكَايَتُهُ مَشْهُورَةٌ يَجُوزُ الزِّيَادَةُ بِهِ، وَفِيهِ نَظَرٌ؛ لِأَنَّ شُهْرَةَ حِكَايَةِ مَاعِزٍ لَا تَسْتَلِزُّ شُهْرَةَ الْخَبَرِ الْوَارِدِ فِيهَا بِالسِّتْرِ، وَأَمَّا الثَّانِي فَلَأَنَّ السِّتْرَ وَالْكَثْمَانَ إِنَّمَا يَحْرُمُ لَخَوْفِ فَوَاتِ حَقِّ الْمُحْتَاجِ إِلَى الْأَمْوَالِ وَاللَّهُ تَعَالَى غَنِيٌّ عَنِ الْعَالَمِينَ، وَلَيْسَ ثَمَّةَ خَوْفٍ فَوَاتِ الْحَقِّ فَبَقِيَ صِيَانَةُ عَرَضِ أَخِيهِ الْمُسْلِمِ، وَلَا شَكٌّ فِي فَضْلِ ذَلِكَ.

(١) أخرجه البخاري ومسلم عن أبي هريرة مرفوعا: (من ستر مسلما ستره الله في الدنيا والآخرة، والله في عون العبد ما كان في عون أخيه)، وتقدم في الحدود، وانظر نصب الراية (٤/ ١٦٤).

(٢) أخرجه أبو داود (٢٥٩٧)، والنسائي (٤٨٧٧). وانظر نصب الراية (٤/ ١٦٠).

(قَوْلُهُ: إِلَّا أَنَّهُ يَجِبُ أَنْ يَشْهَدَ) اسْتِنَاءٌ مِنْ قَوْلِهِ يُخَيَّرُ، وَهُوَ مُنْقَطِعٌ؛ لِأَنَّ الشَّهَادَةَ بِالْمَالِ لَيْسَتْ بِذَاخِلَةٍ فِي الشَّهَادَةِ فِي الْحُدُودِ، وَإِنَّمَا يَجِبُ ذَلِكَ؛ لِأَنَّ فِيهَا إِحْيَاءَ حَقِّ الْمَسْرُوقِ مِنْهُ فَيَقُولُ أَخَذَ وَلَا يَقُولُ سَرَقَ (مُحَافَظَةً عَلَى السِّرِّ)؛ وَلِأَنَّهُ يَبَيِّنُ أَمْرَيْنِ لَا يَجْتَمِعَانِ الْقَطْعُ وَالضَّمَانُ، وَأَحَدُهُمَا حَقُّ اللَّهِ تَعَالَى وَالْآخَرُ حَقُّ الْعَبْدِ، وَالسِّرُّ الْكُلِّيُّ إِبْطَالُ لُحْمَا وَفِيهِ تَضْيِيعُ حَقِّ الْعَبْدِ فَلَا يَجُوزُ. وَالْإِقْدَامُ عَلَى إظهارِ السَّرِقَةِ تَرْجِيحُ حَقِّ اللَّهِ الْعِنِيِّ عَلَى حَقِّ الْعَبْدِ الْمُحْتَاجِ وَهُوَ لَا يَجُوزُ فَتَعَيَّنَ الشَّهَادَةُ عَلَى الْمَالِ دُونَ السَّرِقَةِ.

(وَالشَّهَادَةُ عَلَى مَرَاتِبٍ: مِنْهَا الشَّهَادَةُ فِي الزَّنا يُعْتَبَرُ فِيهَا أَرْبَعَةٌ مِنَ الرِّجَالِ) لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَالَّتِي يَأْتِيَنَّ الْفَاحِشَةَ مِنْ نِسَائِكُمْ فَاسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِنْكُمْ﴾ [النساء: ١٥] وَلِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ﴾ [النور: ٤] (وَلَا تُقْبَلُ فِيهَا شَهَادَةُ النِّسَاءِ) لِحَدِيثِ الزُّهْرِيِّ رضي الله عنه: «مَضَتْ السُّنَّةُ مِنْ لَدُنْ رَسُولِ اللَّهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ وَالْخَلِيفَتَيْنِ مِنْ بَعْدِهِ أَنَّ لَا شَهَادَةَ لِلنِّسَاءِ فِي الْحُدُودِ وَالْقِصَاصِ، وَلِأَنَّ فِيهَا شُبُهَةَ الْبَدَلِيَّةِ لِقِيَامِهَا مَقَامَ شَهَادَةِ الرِّجَالِ فَلَا تُقْبَلُ فِيمَا يَنْدَرِي بِالشُّبُهَاتِ

الشرح:

قَالَ: (وَالشَّهَادَةُ عَلَى مَرَاتِبٍ) رَتَّبَهَا الشَّرْعُ عَلَى مَا عَلِمَ فِيهَا مِنَ الْحِكْمَةِ، فَمِنْهَا الشَّهَادَةُ بِالزَّنا يُعْتَبَرُ فِيهَا أَرْبَعَةٌ مِنَ الرِّجَالِ لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَالَّتِي يَأْتِيَنَّ الْفَاحِشَةَ مِنْ نِسَائِكُمْ فَاسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِنْكُمْ﴾ وَلِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ﴾ وَلَفْظُ أَرْبَعَةٍ نَصٌّ فِي الْعَدَدِ وَالذُّكُورَةِ وَأَمَّا الْإِسْلَامُ وَالْعَقْلُ وَالْعَدَالَةُ فَقَدْ تَقَدَّمَ اشْتِرَاطُهَا.

وَأَمَّا اشْتِرَاطُ الْأَرْبَعَةِ فِيهِ دُونَ الْقَتْلِ الْعَمْدِ وَغَيْرِهِ فَالظَّاهِرُ مِنْهُ أَنَّ اللَّهَ تَعَالَى يُحِبُّ السِّرَّ عَلَى عِبَادِهِ وَلَا يَرْضَى بِإِسَاعَةِ الْفَاحِشَةِ (وَلَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ النِّسَاءِ لِحَدِيثِ الزُّهْرِيِّ: «مَضَتْ السُّنَّةُ مِنْ لَدُنْ رَسُولِ اللَّهِ صلى الله عليه وسلم وَالْخَلِيفَتَيْنِ يَعْنِي أَبِي بَكْرٍ وَعُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا مِنْ بَعْدِهِ أَنَّ لَا شَهَادَةَ لِلنِّسَاءِ فِي الْحُدُودِ وَالْقِصَاصِ» وَتَخْصِيصُهُمَا بِالذِّكْرِ لَمَّا وَرَدَ فِي حَقِّهِمَا مِنْ قَوْلِهِ صلى الله عليه وسلم «اقْتُلُوا بِاللَّذِينَ مِنْ بَعْدِي أَبِي بَكْرٍ وَعُمَرَ» (وَلِأَنَّ فِي شَهَادَتِهِنَّ شُبُهَةَ الْبَدَلِيَّةِ لِقِيَامِهَا مَقَامَ شَهَادَةِ الرِّجَالِ) فِي غَيْرِ الْحُدُودِ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ﴾ عَلَى سِيَاقِ قَوْلِهِ تَعَالَى ﴿فَمَنْ لَمْ يَحْجِدْ فَصِيَامٌ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ﴾

[البقرة: ١٩٦] وَإِنَّمَا قَالَ شُبْهَةُ الْبَدَلِيَّةِ؛ لِأَنَّ حَقِيقَتَهَا إِنَّمَا تَكُونُ فِيمَا امْتَنَعَ الْعَمَلُ بِالْبَدَلِ مَعَ إِمْكَانِ الْأَصْلِ كَالْآيَةِ الثَّانِيَةِ، وَلَيْسَ شَهَادَتُهُنَّ كَذَلِكَ فَإِنَّهَا جَائِزَةٌ مَعَ إِمْكَانِ الْعَمَلِ بِشَهَادَةِ الرَّجُلَيْنِ، وَإِذَا كَانَ فِيهَا شُبْهَةُ الْبَدَلِيَّةِ (فَلَا تُقْبَلُ فِيمَا يَنْدَرِي بِالشُّبُهَاتِ).
(وَمِنْهَا الشَّهَادَةُ بِبَقِيَّةِ الْحُدُودِ وَالْقِصَاصِ تُقْبَلُ فِيهَا شَهَادَةُ رَجُلَيْنِ) لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ﴾ [البقرة: ٢٨٢] (وَلَا تُقْبَلُ فِيهَا شَهَادَةُ النِّسَاءِ) لَمَّا ذَكَرْنَا.

الشرح:

(وَمِنْهَا الشَّهَادَةُ بِبَقِيَّةِ الْحُدُودِ) كَحَدِّ الشُّرْبِ وَالسَّرَقَةِ وَحَدِّ الْقَذْفِ (وَالْقِصَاصِ) تُقْبَلُ فِيهَا شَهَادَةُ رَجُلَيْنِ لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ﴾ فَإِنَّهُ بَعُومُهُ يَتَنَاوَلُ الْمَطْلُوبَ وَغَيْرُهُ لَمَّا مَرَّ مِنْ عُمُومِ اللَّفْظِ، وَهُوَ نَصٌّ فِي بَيَانِ الْعَدَدِ وَالذَّكُورَةِ وَالْبُلُوغِ خَلَا أَنَّ بَابَ الزَّنا خَرَجَ بِمَا تَلَوْنَا فَبَقِيَ الْبَاقِي عَلَى تَنَاوُلِهِ (قَوْلُهُ: وَلَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ النِّسَاءِ) يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ جَوَابًا عَمَّا يُقَالُ، فَلَا آيَةَ هَذِهِ عُقِبَتْ بِقَوْلِهِ ﴿فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، وَلَيْسَتْ شَهَادَتُهُنَّ فِيهَا مَقْبُولَةٌ.
وَوَجْهُهُ أَنَّ الْقِرَانَ فِي النَّظْمِ لَا يُوجِبُ الْقِرَانَ فِي الْحُكْمِ، وَلِئِنْ أَوْجَبَ فَعَدَمُ قَبُولِهِ لَمَّا ذَكَرْنَا مِنْ حَدِيثِ الزُّهْرِيِّ وَشُبْهَةِ الْبَدَلِيَّةِ فِي شَهَادَتَيْهِ.
فَإِنْ قُلْتَ: مَا مَسْلُكُ الْحَدِيثِ مِنَ الْآيَةِ هَهُنَا أُنْخَصِصُ أَمْ نَسْخُ. قُلْتَ: مَسْلُكُهُ مِنْهَا مَسْلُكُ آيَةِ شَهَادَةِ الزَّنا مِنْ هَذِهِ، وَهُوَ إِمَّا التَّخْصِيسُ إِنْ ثَبَتَتْ الْمُقَارَنَةُ أَوْ النَّسْخُ.
وَقَوْلُ الزُّهْرِيِّ: مَضَتْ السُّنَّةُ مِنْ لَدُنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَالْخَلِيفَتَيْنِ يَدُلُّ عَلَى تَلْقِيَةِ الصِّدْرِ الْأَوَّلِ بِالْقَبُولِ فَكَانَ مَشْهُورًا تَجُوزُ الزِّيَادَةُ بِهِ.

(قَالَ: وَمَا سِوَى ذَلِكَ مِنَ الْحَقُوقِ يُقْبَلُ فِيهَا شَهَادَةُ رَجُلَيْنِ أَوْ رَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ سِوَا مَا كَانَ الْحَقُّ مَالًا أَوْ غَيْرَ مَالٍ مِثْلُ النِّكَاحِ وَالطَّلَاقِ وَالْعَتَاقِ وَالْعِدَّةِ وَالْحَوَالَةِ وَالْوَقْفِ وَالصِّلَحِ (وَالْوَكَاةِ وَالْوَصِيَّةِ) وَالْهَبَةِ وَالْإِقْرَارِ وَالْإِبْرَاءِ وَالْوَلَدِ وَالْوِلَادِ وَالنَّسَبِ وَنَحْوِ ذَلِكَ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ النِّسَاءِ مَعَ الرَّجَالِ إِلَّا فِي الْأَمْوَالِ وَتَوَابِعِهَا لِأَنَّ الْأَصْلَ فِيهَا عَدَمُ الْقَبُولِ لِنَقْصَانِ الْعَقْلِ وَاخْتِلَالِ الضُّبْطِ وَقُصُورِ الْوِلَايَةِ

فَإِنَّهَا لَا تَصْلُحُ لِلْإِمَارَةِ وَلِهَذَا لَا تُقْبَلُ فِي الْحُدُودِ، وَلَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ الْأَرْبَعِ مِنْهُمْ وَحَدَهُنَّ إِلَّا أَنَّهَا قُبِلَتْ فِي الْأَمْوَالِ ضَرُورَةً، وَالنِّكَاحِ أَعْظَمُ خَطَرًا وَأَقْلُّ وَفُوعًا فَلَا يُلْحَقُ بِمَا هُوَ أَدْنَى خَطَرًا وَآكْثَرُ وُجُودًا.

وَلَنَا أَنَّ الْأَصْلَ فِيهَا الْقَبُولُ لَوْجُودِ مَا يُبْتَنَى عَلَيْهِ أَهْلِيَّةُ الشَّهَادَةِ وَهُوَ الْمَشَاهِدَةُ وَالضَّبْطُ وَالْأَدَاءُ، إِذْ بِالْأَوَّلِ يَحْصُلُ الْعِلْمُ لِلشَّاهِدِ، وَبِالثَّانِي يَبْقَى، وَبِالثَّلَاثِ يَحْصُلُ الْعِلْمُ لِلْقَاضِي وَلِهَذَا يُقْبَلُ إِخْبَارُهَا فِي الْأَخْبَارِ، وَتُقْصَانُ الضَّبْطُ بِزِيَادَةِ التَّسْيَانِ انْجَبَرَ بِضَمِّ الْأُخْرَى إِلَيْهَا فَلَمْ يَبْقَ بَعْدَ ذَلِكَ إِلَّا الشُّبُهَةُ فَلِهَذَا لَا تُقْبَلُ فِيمَا يَنْدَرِي بِالشُّبُهَاتِ، وَهَذِهِ الْحُقُوقُ تَثْبُتُ مَعَ الشُّبُهَاتِ وَعَدَمُ قَبُولِ الْأَرْبَعِ عَلَى خِلَافِ الْقِيَاسِ كَي لَا يَكْثُرُ خُرُوجُهُنَّ.

الشرح:

قَالَ: (وَمَا سِوَى ذَلِكَ مِنَ الْحُقُوقِ إلخ) وَمَا سِوَى الْمُرْتَبَتَيْنِ مِنَ بَقِيَّةِ الْحُقُوقِ (مَا لَا كَانَ أَوْ غَيْرُهُ كَالنِّكَاحِ وَالطَّلَاقِ وَالْوَكَّالَةِ وَالْوَصِيَّةِ) أَيُّ الْوَصَايَةِ؛ لِأَنَّهُ فِي تَعْدَادِ غَيْرِ الْمَالِ (وَنَحْوِ ذَلِكَ) يَعْنِي الْعَتَاقَ تُقْبَلُ فِيهَا شَهَادَةُ رَجُلَيْنِ أَوْ رَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ بِمَا تَلَوْنَا (وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ النِّسَاءِ مَعَ الرِّجَالِ إِلَّا فِي الْأَمْوَالِ وَتَوَابِعِهَا) كَالْإِعَارَةِ وَالْإِجَارَةِ وَالْكَفَالَةِ وَالْأَجَلِ وَشَرْطِ الْخِيَارِ.

وَاسْتَدَلَّ بِأَنَّ الْأَصْلَ فِي شَهَادَتِهِنَّ عَدَمُ الْقَبُولِ لِنُقْصَانِ الْعَقْلِ وَاخْتِلَالِ الضَّبْطِ وَقُصُورِ الْوِلَايَةِ فَإِنَّهَا لَا تَصْلُحُ لِلْإِمَارَةِ (وَلِهَذَا) أَيُّ وَلَأنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ الْقَبُولِ (لَا تُقْبَلُ فِي الْحُدُودِ وَلَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ الْأَرْبَعِ مِنْهُمْ وَحَدَهُنَّ إِلَّا أَنَّهَا مُسْتَنَاءَةٌ مِنْ ذَلِكَ الْأَصْلِ فِي الْأَمْوَالِ ضَرُورَةً إَحْيَاءَ حُقُوقِ الْعِبَادِ) لِكَثْرَةِ وَفُوعِهَا وَذُنُوبِ خَطَرِهَا فَلَا يُلْحَقُ بِهَا مَا هُوَ أَعْظَمُ خَطَرًا وَأَقْلُّ وَجُودًا كَالنِّكَاحِ وَالطَّلَاقِ وَالرَّجْعَةِ وَالْإِسْلَامِ وَالرَّدَّةِ وَالْبُلُوغِ وَالْوِلَايَةِ وَالْعِدَّةِ وَالْجَرْحِ وَالتَّعْدِيلِ وَالْعَفْوِ عَنِ الْقِصَاصِ (وَلَنَا أَنَّ الْأَصْلَ فِيهَا الْقَبُولُ لَوْجُودِ مَا يُبْتَنَى عَلَيْهِ أَهْلِيَّةُ الشَّهَادَةِ وَهُوَ الْمَشَاهِدَةُ) الَّتِي يَحْصُلُ بِهَا الْعِلْمُ وَالضَّبْطُ الَّذِي يَبْقَى بِهِ الْعِلْمُ إِلَى وَقْتِ الْأَدَاءِ وَالْأَدَاءِ الَّذِي يَحْصُلُ بِهِ الْعِلْمُ لِلْقَاضِي (وَلِهَذَا) أَيُّ وَلِكونِ الْقَبُولِ أَصْلًا فِيهَا (قَبْلَ إِخْبَارِهَا فِي الْأَخْبَارِ) وَلِقَائِلِ أَنْ يَقُولَ: مَا ذَكَرْتُمْ مِمَّا يُبْتَنَى عَلَيْهِ أَهْلِيَّةُ الشَّهَادَةِ إِمَّا أَنْ يَكُونَ عِلَّةً لَهَا أَوْ شَرْطًا، لَا سَبِيلَ إِلَى الْأَوَّلِ؛ لِأَنَّ أَهْلِيَّتَهَا بِالْحُرِّيَةِ

وَالْإِسْلَامَ وَالْبُلُوغَ وَالْمُشَاهَدَةَ وَالضَّبْطَ وَالْأَدَاءَ لَيْسَتْ بَعْلَةٌ لَذَلِكَ لَا جَمْعًا وَلَا فُرَادَى. وَالثَّانِي كَذَلِكَ لَعَدَمِ تَوْفُقِهَا عَلَيْهَا كَذَلِكَ لَا جَمْعًا وَلَا فُرَادَى، عَلَى أَنَّهُ لَا يَلْزَمُ مِنْ وُجُودِهِ وَجُودَ الْمَشْرُوطِ. وَالْجَوَابُ أَنَّ أَهْلِيَّةَ الشَّهَادَةِ هَيْئَةٌ شَرْعِيَّةٌ تَحْصُلُ بِمَجْمُوعِ مَا ذَكَرَ مِنَ الْحُرِّيَّةِ وَالْإِسْلَامِ وَالْبُلُوغِ.

وَأَمَّا الْمُشَاهَدَةُ وَالضَّبْطُ وَالْأَدَاءُ فَلَيْسَتْ بَعْلَةٌ لَهَا. وَإِنَّمَا هِيَ عِلَّةٌ لِأَهْلِيَّةِ قَبُولِهَا. فَإِنَّا لَوْ فَرَضْنَا وَجُودَ أَهْلِيَّةِ الشَّهَادَةِ بِالْإِسْلَامِ وَالْبُلُوغِ وَالْحُرِّيَّةِ وَالذِّكُورَةِ أَيْضًا وَفَاتَهُ أَحَدُ الْأُمُورِ الْمَذْكُورَةِ الْمُشَاهَدَةُ أَوْ الضَّبْطُ أَوْ الْأَدَاءُ إِذَا أَدَّى بِغَيْرِ لَفْظَةِ الشَّهَادَةِ لَمْ تُقْبَلْ شَهَادَتُهُ.

وَإِنْ كَانَتْ عِلَّةً اسْتَلْزَمَ وَجُودُهَا وَجُودَ مَعْلُولِهَا وَهُوَ الْقَبُولُ، وَعَلَى هَذَا يُقَدَّرُ فِي كَلَامِ الْمُصَنِّفِ مُضَافٌ: أَيُّ أَهْلِيَّةٍ قَبُولِ الشَّهَادَةِ (قَوْلُهُ: وَتُقْصَانُ الضَّبْطِ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِ الشَّافِعِيِّ وَاخْتِلَالِ الضَّبْطِ.

وَتَوْجِيهِهُ أَنْ يُقَالَ: إِنَّ ذَلِكَ بَعْدَ التَّسْلِيمِ انْجَبَرَ بِضَمِّ الْأُخْرَى إِلَيْهَا فَلَمْ يَبْقَ بَعْدَ ذَلِكَ إِلَّا شُبْهَةُ الْبَدَلِيَّةِ فَلَا تُقْبَلُ فِيْمَا يَنْدَرِي بِالشُّبُهَاتِ وَتُقْبَلُ فِيْمَا يَثْبُتُ بِهَا. وَهَذِهِ الْحُقُوقُ الْمَذْكُورَةُ مِنَ النِّكَاحِ وَغَيْرِهِ مِمَّا يَثْبُتُ بِهَا. أَمَّا النِّكَاحُ وَالطَّلَاقُ فَظَاهِرٌ لِثُبُوتِهِمَا مَعَ الْهَزْلِ، وَأَمَّا الْوَكَالَةُ وَالْإِيصَاءُ وَالْأُمُوالُ فَإِنَّهُ يَجْرِي فِيهَا كِتَابُ الْقَاضِي إِلَى الْقَاضِي وَالشَّهَادَةُ عَلَى الشَّهَادَةِ، وَذَلِكَ أَمَارَةٌ ثُبُوتِهَا مَعَ الشُّبْهَةِ فَلِذَلِكَ ثُبُتُ بِشَهَادَةِ النَّسَاءِ مَعَ الرِّجَالِ، وَلَمْ يَذْكَرْ الْجَوَابُ عَنْ قَوْلِهِ لِنُقْصَانِ الْعَقْلِ، وَلَا عَنْ قَوْلِهِ لِقُصُورِ الْوِلَايَةِ.

وَالْجَوَابُ عَنْ الْأَوَّلِ: أَنَّهُ لَا نُقْصَانَ فِي عَقْلِهِنَّ فِيْمَا هُوَ مَنَاطُ التَّكْلِيفِ. وَيَبَيَّنُ ذَلِكَ أَنَّ لِلنَّفْسِ الْإِنْسَانِيَّةِ أَرْبَعَ مَرَاتِبَ:

الأولى: اسْتِعْدَادُ الْعَقْلِ وَيُسَمَّى الْعَقْلَ الْهَيُولَانِيَّ وَهُوَ حَاصِلٌ لِجَمِيعِ أَفْرَادِ الْإِنْسَانِ فِي مَبْدَأِ فِطْرَتِهِمْ.

والثَّانِيَّةُ: أَنْ تَحْصُلَ الْبَدِيهِيَّاتُ بِاسْتِعْمَالِ الْحَوَاسِّ فِي الْجُرُئِيَّاتِ فَيَتَهَيَّأُ لِكِتْسَابِ الْفِكْرِيَّاتِ بِالْفِكْرِ، وَيُسَمَّى الْعَقْلَ بِالْمَلَكَةِ وَهُوَ مَنَاطُ التَّكْلِيفِ.

والثَّالِثَةُ: أَنْ تَحْصُلَ النَّظَرِيَّاتُ الْمَفْرُوعُ عَنْهَا مَتَى شَاءَ مِنْ غَيْرِ افْتِقَارٍ إِلَى اكْتِسَابِ

وَهُوَ يُسَمَّى الْعَقْلُ بِالْفِعْلِ.

وَالرَّابِعَةُ: هُوَ أَنْ يَسْتَحْضِرَهَا وَيَلْتَفِتَ إِلَيْهَا مُشَاهِدَةً وَيُسَمَّى الْعَقْلُ الْمُسْتَفَادَ، وَلَيْسَ فِيمَا هُوَ مَنَاطُ التَّكْلِيفِ وَهُوَ الْعَقْلُ بِالْمَلَكَةِ فِيهِنَّ نُقْصَانٌ بِمُشَاهَدَةِ حَالِهِنَّ فِي تَحْصُلِ الْبَدِيهَاتِ بِاسْتِعْمَالِ الْحَوَاسِّ فِي الْجَزْئِيَّاتِ وَبِالْتَنَبُّهِ إِنْ نَسِيَتْ، فَإِنَّهُ لَوْ كَانَ فِي ذَلِكَ نُقْصَانٌ لَكَانَ تَكْلِيفُهُنَّ دُونَ تَكْلِيفِ الرِّجَالِ فِي الْأَرْكَانِ وَلَيْسَ كَذَلِكَ، وَقَوْلُهُ: «هُنَّ» نَاقِصَاتُ عَقْلٍ» الْمُرَادُ بِهِ الْعَقْلُ بِالْفِعْلِ وَلِذَلِكَ لَمْ يَصْلُحْنَ لِلْوِلَايَةِ وَالْخِلَافَةِ وَالْإِمَارَةِ، وَبِهَذَا ظَهَرَ الْجَوَابُ عَنِ الثَّانِي أَيْضًا فَتَأَمَّلْ (قَوْلُهُ: وَعَدَمُ قَبُولِ الْأَرْبَعِ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ وَلَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ الْأَرْبَعِ. وَوَجْهُهُ أَنَّ الْقِيَاسَ يَقْتَضِي قَبُولَ ذَلِكَ أَيْضًا لَكِنَّهُ تَرَكَ ذَلِكَ كَيْ لَا يَكْثُرَ خُرُوجُهُنَّ.

قَالَ (وَتُقْبَلُ فِي الْوِلَاةِ وَالْبَكَارَةِ وَالْعُيُوبِ بِالنِّسَاءِ فِي مَوْضِعٍ لَا يَطْلُعُ عَلَيْهِ الرِّجَالُ شَهَادَةَ امْرَأَةٍ وَاحِدَةٍ) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «شَهَادَةُ النِّسَاءِ جَائِزَةٌ فِيمَا لَا يَسْتَطِيعُ الرِّجَالُ النَّظَرَ إِلَيْهِ» وَالْجَمْعُ الْمَحَلَّى بِالْأَلْفِ وَاللَّامِ يُرَادُ بِهِ الْجِنْسُ فَيَتَنَاوَلُ الْأَقْلَ. وَهُوَ حُجَّةٌ عَلَى الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي اشْتِرَاطِ الْأَرْبَعِ، وَلَأَنَّهُ إِنَّمَا سَقَطَتْ الذُّكُورَةُ لِيَخْفَ النَّظَرُ لِأَنَّ نَظَرَ الْجِنْسِ إِلَى الْجِنْسِ أَخْفُ فَكَذَا يَسْقُطُ اعْتِبَارُ الْعَدَدِ إِلَّا أَنَّ الْمُثْنَى وَالثَّلَاثَ أَحَوِّطُ لِمَا فِيهِ مِنْ مَعْنَى الْإِلْزَامِ (ثُمَّ حُكِمَ فِي الْوِلَاةِ شَرْحَانَهُ فِي الطَّلَاقِ) وَأَمَّا حُكْمُ الْبَكَارَةِ فَإِنْ شَهِدَ أَنَّهَا بَكَرٌ يُؤْجَلُ فِي الْعَيْنِ سَنَةً وَيُفْرَقُ بَعْدَهَا لِأَنَّهَا تَأَيَّدَتْ بِمُؤَيِّدٍ إِذِ الْبَكَارَةُ أَصْلٌ، وَكَذَا فِي رَدِّ الْمُبِيعَةِ إِذَا اشْتَرَاهَا بِشَرْطِ الْبَكَارَةِ.

فَإِنْ قُلْنَا: إِنَّهَا تَبَيَّنَ يَحْلِفُ الْبَائِعُ لِيَنْضَمَّ نُكُولُهُ إِلَى قَوْلِهِنَّ وَالْعَيْبُ يَثْبُتُ بِقَوْلِهِنَّ فَيَحْلِفُ الْبَائِعُ، وَأَمَّا شَهَادَتُهُنَّ عَلَى اسْتِهْلَالِ الصَّبِيِّ لَا تُقْبَلُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي حَقِّ الْإِرْثِ لِأَنَّهُ مِمَّا يَطْلُعُ عَلَيْهِ الرِّجَالُ إِلَّا فِي حَقِّ الصَّلَاةِ لِأَنَّهَا مِنْ أُمُورِ الدِّينِ. وَعِنْدَهُمَا تُقْبَلُ فِي حَقِّ الْإِرْثِ أَيْضًا لِأَنَّهُ صَوْتُ عِنْدَ الْوِلَاةِ وَلَا يَحْضُرُهَا الرِّجَالُ عَادَةً فَصَارَ كَشَهَادَتِهِنَّ عَلَى نَفْسِ الْوِلَاةِ

الشرح:

قَالَ (وَتُقْبَلُ فِي الْوِلَاةِ وَالْبَكَارَةِ) أُخْتُصَّ قَبُولُ شَهَادَةِ امْرَأَةٍ وَاحِدَةٍ بِالْوِلَاةِ وَالْبَكَارَةِ وَالْعُيُوبِ بِالنِّسَاءِ فِي مَوْضِعٍ لَا يَطْلُعُ عَلَيْهِ الرِّجَالُ لَا تُقْبَلُ فِي غَيْرِهَا فَهُوَ

قَصْرُ إِفْرَادٍ قَصْرُ الْمَوْصُوفِ عَلَى الصِّفَةِ لَا عَكْسُهُ كَمَا فَهَمَ صَاحِبُ النَّهَائَةِ. وَاعْتَرَضَ بِقَبُولِ شَهَادَةِ رَجُلٍ وَاحِدٍ فِيهَا لِقَوْلِهِ ﷺ «شَهَادَةُ النِّسَاءِ جَائِزَةٌ فِيمَا لَا يَسْتَطِيعُ الرَّجُلُ النَّظَرَ إِلَيْهِ».

وَوَجْهُ الاسْتِدْلَالِ أَنَّ الْأَلْفَ وَاللَّامَ إِذَا دَخَلَ الْجَمْعُ وَلَمْ يَكُنْ ثَمَّةَ مَعَهُودٍ يَنْصَرِفُ إِلَى الْجِنْسِ فَيَتَنَاوَلُ الْوَاحِدَةَ فَمَا فَوْقَهَا عَلَى مَا عُرِفَ فِي مَوْضِعِهِ. وَهُوَ حُجَّةٌ عَلَى الشَّافِعِيِّ فِي اشْتِرَاطِ الْأَرْبَعِ بِنَاءً عَلَى أَنَّ كُلَّ امْرَأَتَيْنِ تَقُومَانِ مَقَامَ رَجُلٍ وَاحِدٍ فِي الشَّهَادَاتِ.

قَوْلُهُ: (وَلَائِهِ) دَلِيلٌ مَعْقُولٌ لَنَا.

وَوَجْهُهُ أَنَّ الذُّكُورَةَ سَقَطَتْ بِالِاتِّفَاقِ لِيَخْفَ النَّظَرُ؛ لِأَنَّ نَظَرَ الْجِنْسِ أَخْفُ وَفِي اسْتِقَاطِ الْعَدَدِ تَخْفِيفُ النَّظَرِ فَيَصَارُ إِلَيْهِ، إِلَّا أَنَّ الْمُثْنَى وَالْمُثَلَّثَ أَحْوَطُ لِمَا فِيهِ مِنْ مَعْنَى الْإِلْزَامِ وَاعْتَرَضَ بِأَنَّ فِي هَذَا التَّعْلِيلِ نَوْعَ مُنَاقَضَةٍ؛ لِأَنَّهُ لَوْ كَانَ جَوَازُ الْاِكْتِفَاءِ بِنَظَرِ الْوَاحِدَةِ لَخَفَ نَظَرُهَا لَمَا كَانَ نَظَرُ الْاِثْنَيْنِ وَالثَلَاثِ أَحْوَطَ مِنْ نَظَرِ الْوَاحِدَةِ.

وَالْجَوَابُ أَنَّ يُقَالُ: خَفَ النَّظَرُ ثُجُوبُ عَدَمِ وُجُودِ اعْتِبَارِ الْعَدَدِ، وَمَعْنَى الْإِلْزَامِ يَقْتَضِي وُجُوبَهُ فَعَمِلْنَا بِهِمَا وَقُلْنَا بَعْدَ الْوُجُوبِ وَالْجَوَازِ اخْتِيَاطًا (ثُمَّ حُكْمُهَا) أَيُّ حُكْمِ شَهَادَةِ امْرَأَةٍ وَاحِدَةٍ فِي الْوِلَادَةِ (شَرَحْنَاهُ فِي الطَّلَاقِ) يَعْنِي فِي بَابِ ثُبُوتِ النَّسَبِ حَيْثُ قَالَ: وَإِذَا تَزَوَّجَ الرَّجُلُ امْرَأَةً فَجَاءَتْ بِوَلَدٍ لَسِتَّةَ أَشْهُرٍ فَصَاعِدًا فَجَحَدَ الزَّوْجُ الْوِلَادَةَ ثَبَّتُ الْوِلَادَةَ بِشَهَادَةِ امْرَأَةٍ وَاحِدَةٍ، وَإِنْ قَالَ لَامْرَأَتِهِ إِذَا وَلَدَتْ فَأَلَّتْ طَالِقٌ فَشَهِدَتْ امْرَأَةٌ عَلَى الْوِلَادَةِ لَمْ تَطْلُقْ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَقَالَا: تَطْلُقُ.

وَإِنْ كَانَ الزَّوْجُ قَدْ أَمَرَ بِالْحَبْلِ طَلَّقَتْ مِنْ غَيْرِ شَهَادَةِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ: يَعْنِي ثَبَّتُ الْوِلَادَةَ بِقَوْلِ امْرَأَتِهِ وَعِنْدَهُمَا يُشْتَرَطُ شَهَادَةُ الْقَابِلَةِ، وَأَمَّا حُكْمُ الْبِكَارَةِ فَإِنَّهَا سَوَاءٌ كَانَتْ مَهِيرَةً أَوْ مَبِيعَةً لَا بُدَّ مِنْ نَظَرِ النِّسَاءِ إِلَيْهَا لِلْحَاجَةِ إِلَى فَصْلِ الْخُصُومَةِ بَيْنَهُمَا، فَإِذَا نَظَرْنَ إِلَيْهَا وَشَهِدْنَ فِيمَا أَنْ تَتَأَيَّدَ شَهَادَتُهُنَّ بِمُؤَيِّدٍ أَوْ لَا، فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ كَانَتْ شَهَادَتُهُنَّ حُجَّةً، وَإِنْ كَانَ الثَّانِي لَا بُدَّ أَنْ يَنْضَمَّ إِلَيْهَا مَا يُؤَيِّدُهَا، فَعَلَى هَذَا إِذَا شَهِدْنَ بِأَنَّهَا بَكْرٌ فَإِنْ كَانَتْ مَهِيرَةً تُوَجَّلُ فِي الْعَيْنِ سَنَةً وَيُفَرَّقُ بَعْدَهُ؛ لِأَنَّ شَهَادَتَهُنَّ تَأَيَّدَتْ بِالْأَصْلِ وَهُوَ الْبِكَارَةُ، وَإِنْ كَانَتْ مَبِيعَةً بِشَرَطِ الْبِكَارَةِ فَلَا يَمِينُ عَلَى الْبَائِعِ

لذلك وَلَمُقْتَضَى الْبَيْعِ وَهُوَ الزُّورُ، وَإِنْ قُلْنَا إِنَّهَا يَبْبُ يَحْلِفُ الْبَائِعُ لِيَنْضَمَّ لِكَوْلِهِ إِلَى قَوْلِهِنَّ؛ لِأَنَّ الْفَسْخَ قَوِيٌّ وَشَهَادَتُهُنَّ حُجَّةٌ ضَعِيفَةٌ لَمْ تَتَأَيَّدْ بِمُؤَيِّدٍ فَيَحْلِفُ بَعْدَ الْقَبْضِ بِاللَّهِ لَقَدْ سَلَمْتَهَا بِحُكْمِ الْبَيْعِ وَهِيَ بَكْرٌ وَقَبْلَهُ بِاللَّهِ لَقَدْ بَعَثَهَا وَهِيَ بَكْرٌ، فَإِنْ حَلَفَ لِرِمِّ الْمُشْتَرِي وَإِنْ تَكَلَّ تَرُدُّ عَلَيْهِ.

فَإِنْ قِيلَ: شَهَادَةُ النِّسَاءِ حُجَّةٌ فِيمَا لَا يَطْلُعُ عَلَيْهِ الرَّجَالُ فَيَجِبُ بِالرَّدِّ بِقَوْلِهِنَّ وَالتَّحْلِيفُ تَرْكُ الْعَمَلِ بِالْحَدِيثِ. أَجَابَ بِأَنَّ الْعَيْبَ يَثْبُتُ بِقَوْلِهِنَّ يَعْنِي فِي حَقِّ سَمَاعِ الدَّعْوَى وَالتَّحْلِيفِ فَإِنَّ الْمُشْتَرِي إِذَا ادَّعَى عَيْبًا فِي الْمَبِيعِ لَا بُدَّ لَهُ مِنْ إِبْتِاثِ قِيَامِهِ بِهِ فِي الْحَالِ لِيُثْبِتَ لَهُ وَلَايَةُ التَّحْلِيفِ، وَإِلَّا كَانَ الْقَوْلُ لِلْبَائِعِ لَتَمَسُّكِهِ بِالْأَصْلِ. فَإِذَا قُلْتُ: إِنَّهَا يَبْبُ ثَبَتَ الْعَيْبُ فِي الْحَالِ وَعَمِلَ بِالْحَدِيثِ ثُمَّ يَحْلِفُ الْبَائِعُ عَلَى أَنَّهُ لَمْ يَكُنْ بِهَا ذَلِكَ الْعَيْبُ فِي الْوَقْتِ الَّذِي كَانَتْ فِي يَدِهِ.

وَأَمَّا شَهَادَتُهُنَّ عَلَى اسْتِهْلَالِ الصَّبِيِّ فَبِى حَقِّ الْإِرْثِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ غَيْرُ مَقْبُولَةٍ؛ لِأَنَّ اسْتِهْلَالَ صَوْتِ الصَّبِيِّ عِنْدَ الْوِلَادَةِ وَهُوَ مِمَّا يَطْلُعُ عَلَيْهِ الرَّجَالُ فَلَا تَكُونُ شَهَادَتُهُنَّ فِيهِ حُجَّةً لَكِنَّهَا فِي حَقِّ الصَّلَاةِ مَقْبُولَةٌ؛ لِأَنَّهُ مِنْ أُمُورِ الدِّينِ وَشَهَادَتُهُنَّ فِيهَا حُجَّةٌ كَشَهَادَتِهِنَّ عَلَى هِلَالِ رَمَضَانَ. وَعِنْدَهُمَا فِي حَقِّ الْإِرْثِ أَيْضًا مَقْبُولَةٌ؛ لِأَنَّهُ صَوْتٌ عِنْدَ الْوِلَادَةِ وَالرَّجَالُ لَا يَحْضُرُهَا عَادَةً فَصَارَ كَشَهَادَتِهِنَّ عَلَى نَفْسِ الْوِلَادَةِ. وَالْجَوَابُ أَنَّ الْمُعْتَبَرَ فِي ذَلِكَ إِمْكَانُ الْإِطْلَاعِ وَلَا شَكَّ فِي ذَلِكَ فَلَا مُعْتَبَرَ بِشَهَادَتِهِنَّ، وَنَفْسُ الْوِلَادَةِ هُوَ انْفِصَالُ الْوَلَدِ عَنِ الْأُمِّ وَذَلِكَ لَا يُشَارِكُ الرَّجَالُ فِيهِ النِّسَاءَ.

قَالَ (وَلَا بُدَّ فِي ذَلِكَ كُلِّهِ مِنَ الْعَدَالَةِ وَلَفْظَةِ الشَّهَادَةِ، فَإِنْ لَمْ يَذْكُرِ الشَّاهِدُ لَفْظَةَ الشَّهَادَةِ وَقَالَ أَعْلَمُ أَوْ أَتَيَقَّنُ لَمْ تُقْبَلْ شَهَادَتُهُ) أَمَّا الْعَدَالَةُ فَلَقَوْلُهُ تَعَالَى ﴿مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ﴾ وَلَقَوْلُهُ تَعَالَى ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَى عَدْلٍ مِّنْكُمْ﴾ [الطلاق: ٢] وَلِأَنَّ الْعَدَالَةَ هِيَ الْمُعِينَةُ لِلصِّدْقِ، لِأَنَّ مَنْ يَتَعَاطَى غَيْرَ الْكَذِبِ قَدْ يَتَعَاطَى.

وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ الْفَاسِقَ إِذَا كَانَ وَجِيهًا فِي النَّاسِ ذَا مَرْوَةِ تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ لِأَنَّهُ لَا يُسْتَأْجَرُ لَوَجَاهَتِهِ وَيَمْتَنِعُ عَنِ الْكَذِبِ لِمَرْوَتِهِ، وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ، إِلَّا أَنَّ الْقَاضِيَ لَوْ حُضِرَ بِشَهَادَةِ الْفَاسِقِ يَصِحُّ عِنْدَنَا.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَا يَصِحُّ، وَالْمَسْأَلَةُ مَعْرُوفَةٌ. وَأَمَّا لَفْظَةُ الشَّهَادَةِ فَلَأَنَّ

التَّصَوُّصَ نَطَقَتْ بِاشْتِرَاطِهَا إِذِ الْأَمْرُ فِيهَا بِهِذِهِ اللَّفْظَةِ، وَلَأَنَّ فِيهَا زِيَادَةَ تَوْحِيدٍ، فَإِنَّ قَوْلَهُ أَشْهَدُ مِنَ الْفَاطِمَةِ الْيَمِينِ كَقَوْلِهِ أَشْهَدُ بِاللَّهِ فَكَانَ الْاِمْتِنَاعُ عَنِ الْكُذِبِ بِهِذِهِ اللَّفْظَةِ أَشَدَّ.

وقوله في ذلك كله إشارة إلى جميع ما تقدم حتى يشترط العدالة، ولفظة الشهادة في شهادة النساء في الولادة وغيرها هو الصحيح لأنها شهادة لما فيه من معنى الإنزام حتى اختص بمجلس القضاء ولهذا يشترط فيه الحرية والإسلام (قال أبو حنيفة رحمه الله: يقتصر الحاكم على ظاهر العدالة في المسلم ولا يسأل عن حال الشهود حتى يطعن الخصم) لقوله عليه الصلاة والسلام «المسلمون عدول بعضهم على بعض، إلا محدوداً في قذف» ومثل ذلك مروى عن عمر رضي الله عنه، ولأن الظاهر هو الانزجار عما هو محرم دينه، وبالظاهر كفاية إذ لا وصول إلى القطع.

الشرح:

(قال ولا بد في ذلك كله من العدالة إلخ) لا بد في المال وغيره مع ما ذكرنا من شروط الشهادة العدالة وهي كون حسنات الرجل أكثر من سيئاته، وهذا يتناول الاجتناب عن الكبائر وترك الإصرار على الصغائر (ولفظه الشهادة) حتى لو قال الشاهد عند الشهادة أعلم أو أتيقن لم يقبل شهادته في تلك الحادثة في ذلك الوقت (أما اشتراط العدالة فلقوله تعالى ﴿مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ﴾ والفاسق لا يكون مرضياً لقوله تعالى ﴿وَأَشْهَدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ (ولأن الشهادة حجة باعتبار الصدق و (العدالة هي المعينة للصدق) فهي علة الحجية وما سواها معدّات)؛ لأن من يتعاطى غير الكذب دينه (فقد يتعاطاه أيضاً).

وعن أبي يوسف أن الفاسق إذا كان وجيهاً أي ذا قدر وشرف (في الناس ذا مروءة) أي إنسانية والهمزة وتشديد الواو فيها لغتان (تقبل) شهادته؛ لأنه لا يستأجر لوجهاته ويمتنع عن الكذب لمروءته، (والأول) يعني عدم قبول شهادة الفاسق مطلقاً ووجهها ذا مروءة كان أو لا (أصح)؛ لأن قبولهما إكرام للفاسق ونحن أمرنا بخلاف ذلك، قال ﷺ «إذا لقيت الفاسق فالقه بوجه مكفهر» والمعلن بالفسق لا مروءة له (لكن القاضي لو قضى بشهادة الفاسق صح عندنا، وأما لفظ الشهادة فلأن التصوص نطقت باشتراطها إذ الأمر فيها بهذه اللفظة) قال الله تعالى: ﴿وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ﴾،

﴿وَأَشْهَدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٨٢] ﴿وَأَسْتَشْهَدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ﴾ وَقَالَ ﷺ «إِذَا عَلِمْتَ مِثْلَ الشَّمْسِ فَاشْهَدْ وَإِلَّا فَدَعْ» (وَلَأَنْ فِي لَفْظَةِ الشَّهَادَةِ زِيَادَةٌ تَوْكِيدٌ) لِدَلَالَتِهَا عَلَى الْمَشَاهِدَةِ (وَلَأَنْ قَوْلُهُ أَشْهَدُ مِنْ أَلْفَاظِ الْيَمِينِ فَكَانَ الْاِمْتِنَاعُ عَنْ الْكَذِبِ بِهَذَا اللَّفْظِ أَشَدُّ) وَهُوَ الْمَقْصُودُ بِخِلَافِ لَفْظِ التَّكْبِيرِ فِي الْاِفْتِتَاحِ فَإِنَّهُ لِلتَّعْظِيمِ فَيَجُوزُ تَبْدِيلُ مَا هُوَ أَصْرَحُ فِيهِ بِهِ (قَوْلُهُ: فِي ذَلِكَ كُلِّهِ) يُرِيدُ بِهِ مَا وَقَعَ فِي الْمُخْتَصَرِ مِنْ قَوْلِهِ وَلَا بُدَّ فِي ذَلِكَ: أَيْ فِي جَمِيعِ مَا تَقَدَّمَ حَتَّى يُشْتَرَطَ الْعَدَالَةُ.

وَلَفْظَةُ الشَّهَادَةِ فِي شَهَادَةِ النِّسَاءِ فِي الْوِلَادَةِ وَغَيْرِهَا هُوَ الصَّحِيحُ؛ لِأَنَّهُ شَهَادَةٌ لَمَّا تَقَدَّمَ أَنَّ فِيهِ مَعْنَى الْإِلْزَامِ حَتَّى أُخْتَصَّ بِمَجْلِسِ الْقَضَاءِ وَاشْتَرَطَ فِيهِ الْحُرِّيَّةُ وَالْإِسْلَامُ. وَقَوْلُهُ: هُوَ الصَّحِيحُ اخْتِرَازٌ عَنْ قَوْلِ الْعِرَاقِيِّينَ فَإِنَّهُمْ لَا يَشْتَرِطُونَ فِيهَا لَفْظَةَ الشَّهَادَةِ، فَإِذَا أَقَامَ الْمُدَّعِي الشُّهُودَ فَلَا يَخْلُو إِمَّا أَنْ يَطْعَنَ الْخَصْمُ أَوْ لَا، فَإِنْ كَانَ الثَّانِي قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ: يَقْتَصِرُ الْحَاكِمُ عَلَى ظَاهِرِ الْعَدَالَةِ فِي الْمُسْلِمِ وَلَا يَسْأَلُ عَنْ الشُّهُودِ حَتَّى يَطْعَنَ الْخَصْمُ لِقَوْلِهِ ﷺ «الْمُسْلِمُونَ عُذُولٌ بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضٍ إِلَّا مَخْذُودًا فِي قَذْفٍ» وَرَوِيَ مِثْلُ ذَلِكَ عَنْ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ؛ وَلَأَنَّ الظَّاهِرَ هُوَ الْاِتِّجَارُ عَمَّا هُوَ مُحَرَّمٌ فِي دِينِهِ وَبِالظَّاهِرِ كِفَايَةٌ.

فَإِنْ قِيلَ: الظَّاهِرُ يَكْفِي لِلدَّفْعِ لَا لِلْاِسْتِحْقَاقِ، وَهَهُنَا يَثْبُتُ لِلْمُدَّعِي اسْتِحْقَاقُ الْمُدَّعَى بِهِ بِإِقَامَةِ الْبَيِّنَةِ.

فَالْجَوَابُ مَا أَشَارَ إِلَيْهِ بِقَوْلِهِ إِذْ لَا وُصُولَ إِلَى الْقَطْعِ، وَيَبَيِّنُهُ أَنَّهُ لَوْ لَمْ يَكْتَفِ بِالظَّاهِرِ لَاحْتِجَاجٌ إِلَى التَّرَكُّبِ وَقَبُولُ قَوْلِ الْمُرْكَبِيِّ فِي التَّعْدِيلِ أَيْضًا عَمَلٌ بِالظَّاهِرِ لَمَّا أَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ قَوْلَ الْمُرْكَبِيِّ صِدْقٌ فَالْكَلَامُ فِيهِ كَالْأَوَّلِ وَهَلُمَّ جَرًّا، وَيَدُورُ أَوْ يَتَسَلَّلُ.

وَيَجُوزُ أَنْ يُقَالَ: بِالظَّاهِرِ هَاهُنَا أُعْتَبِرَ لِلرَّفْعِ لَا لِلْاِسْتِحْقَاقِ، وَيَبَيِّنُ ذَلِكَ أَنَّ دَعْوَى الْمُدَّعِي وَإِنْكَارَ الْخَصْمِ تَعَارَضَا، وَشَهَادَةُ الشُّهُودِ وَبَرَاءَةُ الذِّمَّةِ كَذَلِكَ، وَبِظَاهِرِ الْعَدَالَةِ ائْتَدَعَ مُعَارَضَةُ الذِّمَّةِ فَكَانَ دَافِعًا.

(إِلَّا فِي الْحُدُودِ وَالْقِصَاصِ فَإِنَّهُ يَسْأَلُ عَنِ الشُّهُودِ) لِأَنَّهُ يَحْتَاطُ لِإِسْقَاطِهَا فَيُشْتَرَطُ الْاِسْتِقْصَاءُ فِيهَا، وَلَأَنَّ الشُّبُهَةَ فِيهَا دَارِئَةٌ، وَإِنْ طَعَنَ الْخَصْمُ فِيهِمْ سَأَلَ عَنْهُمْ لِأَنَّهُ تَقَابُلُ الظَّاهِرِ اِنْ يَسْأَلُ طَلِبًا لِلتَّرْجِيحِ (وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُمَا اللَّهُ: لَا بُدَّ

أَنْ يَسْأَلَ عَنْهُمْ فِي السِّرِّ وَالْعَلَانِيَةِ فِي سَائِرِ الْحُقُوقِ) لَأَنَّ الْقَضَاءَ مَبْنَاهُ عَلَى الْحُجَّةِ وَهِيَ شَهَادَةُ الْعُدُولِ فَيَتَعَرَّفُ عَنِ الْعَدَالَةِ، وَفِيهِ صَوْنُ قَضَائِهِ عَنِ الْبُطْلَانِ. وَقِيلَ هَذَا اخْتِلَافُ عَصْرِ وَزَمَانٍ وَالْفَتْوَى عَلَى قَوْلِهِمَا فِي هَذَا الزَّمَانِ.

الشرح:

(قَوْلُهُ: إِلَّا فِي الْحُدُودِ وَالْقِصَاصِ) اسْتِثْنَاءٌ مِنْ قَوْلِهِ وَلَا يَسْأَلُ عَنِ الشُّهُودِ حَتَّى يَطْعَنَ الْخَصْمُ، إِلَّا فِي الْحُدُودِ وَالْقِصَاصِ فَإِنَّهُ يَسْأَلُ عَنِ الشُّهُودِ لِأَنَّهُ يَحْتَالُ لِإِسْقَاطِهَا فَيَشْتَرِطُ الْاِسْتِقْصَاءَ فِيهَا؛ وَلَأَنَّ الشُّبُهَةَ فِيهَا دَارِئَةٌ فَيَسْأَلُ عَنْهَا عَسَى يَطْلُعَ عَلَى مَا يَسْقُطُ بِهِ ذَلِكَ، وَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ يَسْأَلُ عَنْهُمْ بِالِاتِّفَاقِ؛ لَأَنَّ ظَاهِرَ حَالِ الْمُسْلِمِ فِي الشُّهُودِ مُعَارِضٌ بِحَالِ الْخَصْمِ إِذَا طَعَنَ فِيهِمْ، فَإِنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ الْمُسْلِمَ لَا يَكْذِبُ بِالطَّعْنِ عَلَى مُسْلِمٍ لِأَجْلِ حُطَامِ الدُّنْيَا فَيَحْتَاجُ الْقَاضِي حِينَئِذٍ إِلَى التَّرْجِيحِ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: لَا بُدَّ أَنْ يَسْأَلَ عَنْهُمْ فِي السِّرِّ وَالْعَلَانِيَةِ فِي جَمِيعِ الْحُقُوقِ؛ لَأَنَّ مَبْنَى الْقَضَاءِ عَلَى الْحُجَّةِ وَهِيَ شَهَادَةُ الْعُدُولِ فَلَا بُدَّ مِنَ التَّعَرُّفِ عَنِ الْعَدَالَةِ، وَفِي السُّؤَالِ صَوْنُ الْقَضَاءِ عَنِ الْبُطْلَانِ عَلَى تَقْدِيرِ ظُهُورِ الشُّهُودِ عَيْبًا أَوْ كُفْرًا (وَقِيلَ هَذَا) الْاِخْتِلَافُ (اِخْتِلَافُ عَصْرِ وَزَمَانٍ)؛ لَأَنَّ أَبَا حَنِيفَةَ أَجَابَ فِي زَمَانِهِ وَكَانَ الْعَالِبُ مِنْهُمْ عُذُولًا. وَهُمَا أَجَابَا فِي زَمَانِهِمَا وَقَدْ تَغَيَّرَ النَّاسُ وَكَثُرَ الْفَسَادُ، وَلَوْ شَاهَدَ ذَلِكَ أَبُو حَنِيفَةَ لَقَالَ بِقَوْلِهِمَا. وَلِهَذَا قَالَ (وَالْفَتْوَى عَلَى قَوْلِهِمَا فِي هَذَا الزَّمَانِ)

قَالَ (ثُمَّ التَّرَكُّيَّةُ فِي السِّرِّ أَنْ يَبْعَثَ الْمُسْتَوْرَةَ إِلَى الْمَعْدُلِ فِيهَا النَّسَبُ وَالْحَلِيُّ وَالْمُصْلَى وَيُرَدُّهَا الْمَعْدُلُ) كُلُّ ذَلِكَ فِي السِّرِّ كَيْ لَا يَظْهَرَ فَيُخْدَعُ أَوْ يُقْصَدَ (وَفِي الْعَلَانِيَةِ لَا بُدَّ أَنْ يَجْمَعَ بَيْنَ الْمَعْدُلِ وَالشَّاهِدِ) لِنَتَقِي شُبُهَةً تَعْدِيلَ غَيْرِهِ، وَقَدْ كَانَتْ الْعَلَانِيَةُ وَحْدَهَا فِي الصَّدْرِ الْأَوَّلِ، وَوَقَعَ الْاِكْتِفَاءُ بِالسِّرِّ فِي زَمَانِنَا تَحَرُّرًا عَنِ الْفِتْنَةِ. وَيُرَوَّى عَنْ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ: تَرَكِيَّةُ الْعَلَانِيَةِ بِلَاءٌ وَفِتْنَةٌ. ثُمَّ قِيلَ: لَا بُدَّ أَنْ يَقُولَ الْمَعْدُلُ هُوَ عَدْلٌ جَائِزُ الشَّهَادَةِ لِأَنَّ الْعَبْدَ قَدْ يُعَدُّ، وَقِيلَ يَكْتَفِي بِقَوْلِهِ هُوَ عَدْلٌ لِأَنَّ الْحُرِّيَّةَ ثَابِتَةً بِالْأَمْرِ وَهَذَا أَصَحُّ.

الشرح:

قَالَ: (ثُمَّ التَّرَكُّيَّةُ فِي السِّرِّ إلخ) اعْلَمْ أَنَّ التَّرَكُّيَّةَ عَلَى نَوْعَيْنِ تَرَكُّيَّةٌ فِي السِّرِّ

وَتَرْكِيةٌ فِي الْعَلَانِيَةِ. فَالْأَوَّلَى (أَنْ يَبْعَثَ الْقَاضِي الْمَسْتُورَةَ) وَهِيَ الرُّقْعَةُ الَّتِي يَكْتُبُهَا الْقَاضِي وَيَبْعَثُهَا سِرًّا بِيَدِ أَمِينِهِ إِلَى الْمُرَكَّبِيِّ سُمِّيَتْ بِهَا؛ لِأَنَّهَا تُسْتَرُّ عَنْ نَظَرِ الْعَوَامِّ (إِلَى الْمُعَدَّلِ) مَكْتُوبًا (فِيهَا التَّسْبُ وَالْحُلَى) بِضَمِّ الْحَاءِ وَكَسْرِهَا جَمْعُ حَلِيَةِ الْإِنْسَانِ صِفَتُهُ وَمَا يُرَى مِنْهُ مِنْ لَوْنٍ وَغَيْرِهِ (وَالْمُصْلَى) أَيُّ مَسْجِدِ الْمَحَلَّةِ حَتَّى يَعْرِفَهُ الْمُعَدَّلُ، وَيَنْبَغِي أَنْ يَبْعَثَ إِلَى مَنْ كَانَ عَدْلًا يُمَكِّنُ الْاعْتِمَادَ عَلَى قَوْلِهِ وَصَاحِبِ خَبْرَةٍ بِالنَّاسِ بِالِاخْتِلَاطِ بِهِمْ يَعْرِفُ الْعَدْلُ مِنْ غَيْرِهِ، وَلَا يَكُونُ طَمَاعًا وَلَا فَقِيرًا يَتَوَهَّمُ خِدَاعَهُ بِالْمَالِ، وَفَقِيهًا يَعْرِفُ أَسْبَابَ الْجَرْحِ وَالتَّعْدِيلِ مِنْ جِيرَانِهِ وَأَهْلِ سُوقِهِ، فَمَنْ عَرَفَهُ بِالْعَدَالَةِ يَكْتُبُ تَحْتَ اسْمِهِ فِي كِتَابِ الْقَاضِي إِلَيْهِ عَدْلٌ جَائِزُ الشَّهَادَةِ، وَمَنْ عَرَفَهُ بِالْفِسْقِ لَا يَكْتُبُ شَيْئًا اخْتِرَازًا عَنِ الْهَتِكِ، أَوْ يَقُولُ: اللَّهُ يَعْلَمُ إِلَّا إِذَا عَدَّلَهُ غَيْرُهُ وَخَافَ أَنَّهُ لَوْ لَمْ يُصَرِّحْ بِذَلِكَ يَقْضِي الْقَاضِي بِشَهَادَتِهِ فَحَيْثُذُ يُصَرِّحُ بِذَلِكَ، وَمَنْ لَمْ يَعْرِفَهُ بِعَدَالَةٍ أَوْ فِسْقٍ يَكْتُبُ تَحْتَ اسْمِهِ مَسْتُورٌ وَيُرَدُّهَا الْمُعَدَّلُ إِلَى الْحَاكِمِ وَيَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ كُلُّ ذَلِكَ سِرًّا كَيْ لَا يَظْهَرَ فَيُخَذَّعَ أَوْ يَقْصِدَ الْخِدَاعَ. وَالثَّانِيَةُ أَنْ يَجْمَعَ الْحَاكِمُ بَيْنَ الْمُعَدَّلِ وَالشَّاهِدِ فَيَقُولُ الْمُعَدَّلُ هَذَا الَّذِي عَدَّلْتُهُ يُشِيرُ إِلَى الشَّاهِدِ لِتَنْتَفِي شُبْهَةِ تَعْدِيلِ غَيْرِهِ، فَإِنَّ الشَّخْصَيْنِ قَدْ يَتَّفَقَانِ فِي الْأِسْمِ وَالتَّسْبِيَةِ؛ وَقَدْ كَانَتْ التَّرَكِّيَّةُ بِالْعَلَانِيَةِ وَخَذَهَا فِي عَهْدِ الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ؛ لِأَنَّ الْقَوْمَ كَانُوا صُلَحَاءَ وَالْمُعَدَّلُ مَا كَانَ يَتَوَقَّى عَنِ الْجَرْحِ لَعَدَمِ مُقَابَلَتِهِمُ الْجَارِحَ بِالْأَذَى (وَوَقَعَ الْاِكْتِفَاءُ بِالسَّرِّ فِي زَمَانِنَا)؛ لِأَنَّ الْعَلَانِيَةَ بِلَاءٌ وَفِتْنَةٌ لِمُقَابَلَتِهِمُ الْجَارِحَ بِالْأَذَى (يُرَوَى عَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ قَالَ: تَرْكِيةُ الْعَلَانِيَةِ بِلَاءٌ وَفِتْنَةٌ).

ثُمَّ قِيلَ: لَا بُدَّ لِلْمُعَدَّلِ أَنْ يَقُولَ هُوَ عَدْلٌ جَائِزُ الشَّهَادَةِ؛ لِأَنَّ الْعَبْدَ قَدْ يُعَدَّلُ، وَقِيلَ يُكْتَفَى بِقَوْلِهِ هُوَ عَدْلٌ؛ لِأَنَّ الْحُرِّيَّةَ ثَابِتَةٌ بِالذَّارِ.

قَالَ الْمُصَنِّفُ (وَهَذَا أَصَحُّ)؛ لِأَنَّ فِي زَمَانِنَا كُلِّ مَنْ نَشَأَ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ كَانَ الظَّاهِرُ مِنْ حَالِهِ الْحُرِّيَّةَ وَلِهَذَا لَا يَسْأَلُ الْقَاضِي عَنْ إِسْلَامِهِ وَحُرِّيَّتِهِ وَإِنَّمَا يَسْأَلُ عَنْ عَدَالَتِهِ. قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ عَلَى طَرِيقَةِ قَوْلِهِ فِي الْمَزَارَعَةِ مِنَ التَّخْرِيجِ عَلَى قَوْلِ مَنْ يَقُلُ بِالسُّؤَالِ إِذَا سَأَلَ لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ هُمْ عُذُولٌ إِلَّا أَنَّهُمْ أَخْطَئُوا أَوْ نَسُوا، وَيُقْبَلُ إِذَا قَالَ صَدَقُوا أَوْ هُمْ عُذُولٌ صَدَقَ؛ لِأَنَّهُ اعْتَرَفَ بِالْحَقِّ.

قَالَ (وَفِي قَوْلِ مَنْ رَأَى أَنْ يَسْأَلَ عَنِ الشُّهُودِ لَمْ يَقْبَلْ قَوْلَ الْخَصْمِ إِنَّهُ عَدْلٌ) مَعْنَاهُ

قَوْلُ الْمُدْعَى عَلَيْهِ وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ أَنَّهُ يَجُوزُ تَرْكِيبُهُ، لَكِنْ عِنْدَ مُحَمَّدٍ يَضُمُّ تَرْكِيبَةَ الْآخَرِ إِلَى تَرْكِيبِهِ لِأَنَّ الْعَدَدَ عِنْدَهُ شَرْطٌ.

وَوَجْهُ الظَّاهِرِ أَنَّ فِي زَعْمِ الْمُدْعَى وَشُهُودِهِ أَنَّ الْخَصَمَ كَاذِبٌ فِي إنْكَارِهِ مُبْطِلٌ فِي إصرَارِهِ فَلَا يَصْلُحُ مُعَدَّلًا، وَمَوْضُوعُ الْمَسْأَلَةِ إِذَا قَالَ هُمْ عُدُولٌ إِلَّا أَنَّهُمْ أَخْطَأُوا أَوْ نَسُوا، أَمَّا إِذَا قَالَ صَدَقُوا أَوْ هُمْ عُدُولٌ صَدَقَتْ فَقَدْ اعْتَرَفَ بِالْحَقِّ.

الشرح:

(وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ أَنَّهُ يَجُوزُ تَرْكِيبُهُ لَكِنْ عِنْدَ مُحَمَّدٍ يَضُمُّ تَرْكِيبَةَ آخَرَ إِلَى تَرْكِيبِهِ؛ لِأَنَّ الْعَدَدَ شَرْطٌ عِنْدَهُ) هَذَا إِذَا كَانَ عَدَلًا يَصْلُحُ مُزَكِّيًا، فَإِنْ كَانَ فَاسِقًا أَوْ مَسْتُورًا وَسَكَتَ عَنْ جَوَابِ الْمُدْعَى وَلَمْ يَجْحَدْهُ فَلَمَّا شَهِدُوا عَلَيْهِ قَالَ هُمْ عُدُولٌ لَا يَصِحُّ هَذَا التَّعْدِيلُ؛ لِأَنَّ الْعَدَالَهَ شَرْطٌ فِي الْمُزَكِّيِّ عِنْدَ الْكُلِّ (وَوَجْهُ ظَاهِرِ الرَّوَايَةِ أَنَّ فِي زَعْمِ الْمُدْعَى وَشُهُودِهِ أَنَّ الْخَصَمَ كَاذِبٌ فِي إنْكَارِهِ مُبْطِلٌ فِي إصرَارِهِ فَلَا يَصْلُحُ مُعَدَّلًا) لَاشْتِرَاطُ الْعَدَالَةِ فِيهِ بِالِاتِّفَاقِ.

وَلِفَائِلٍ أَنْ يَقُولَ: تَعْدِيلُ الْخَصَمِ إِقْرَارٌ مِنْهُ بِبُيُوتِ الْحَقِّ عَلَيْهِ فَكَانَ مَقْبُولًا؛ لِأَنَّ الْعَدَالَهَ لَيْسَتْ بِشَرْطٍ فِي الْمَقْرَرِ بِالِاتِّفَاقِ.

وَالْجَوَابُ أَنَّ الْمُصَنِّفَ قَالَ (وَمَوْضُوعُ الْمَسْأَلَةِ إِذْ قَالَ هُمْ عُدُولٌ إِلَّا أَنَّهُمْ أَخْطَأُوا أَوْ نَسُوا) وَمِثْلُهُ لَيْسَ بِإِقْرَارٍ بِالْحَقِّ، وَفِيهِ نَظَرٌ؛ لِأَنَّ هَذَا الْكَلَامَ مُشْتَمِلٌ عَلَى الْإِقْرَارِ وَغَيْرِهِ فَيُصَدَّقُ فِي الْإِقْرَارِ عَلَى نَفْسِهِ وَيَرُدُّ الْغَيْرَ لِلتَّهْمَةِ. وَالْجَوَابُ أَنَّهُ لَا إِقْرَارَ فِيهِ بِالنِّسْبَةِ إِلَى مَا عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ نَسَبَهُمْ فِي ذَلِكَ إِلَى الْخَطِإِ وَالنَّسْيَانِ فَأَنَّى يَكُونُ إِقْرَارًا.

(وَإِذَا كَانَ رَسُولُ الْقَاضِي الَّذِي يَسْأَلُ عَنْ الشُّهُودِ وَاحِدًا جَازًا وَالْآثَنَانِ أَفْضَلُ) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ.

وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَا يَجُوزُ إِلَّا اثْنَانِ، وَالْمُرَادُ مِنْهُ الْمُزَكِّيُّ، وَعَلَى هَذَا الْخِلَافِ رَسُولُ الْقَاضِي إِلَى الْمُزَكِّيِّ وَالْمُتَرْجِمُ عَنِ الشَّاهِدِ لَهُ أَنَّ التَّرْكِيبَةَ فِي مَعْنَى الشَّهَادَةِ لِأَنَّ وِلَايَةَ الْقَضَاءِ تَتَّبِعِي عَلَى ظُهُورِ الْعَدَالَةِ وَهُوَ بِالتَّرْكِيبَةِ فَيُشْتَرَطُ فِيهِ الْعَدَدُ كَمَا تُشْتَرَطُ الْعَدَالَةُ فِيهِ، وَتُشْتَرَطُ الذِّكُورَةُ فِي الْمُزَكِّيِّ وَالْحُدُودُ وَالْقِصَاصُ. وَلَهُمَا أَنَّهُ لَيْسَ فِي مَعْنَى الشَّهَادَةِ وَلِهَذَا لَا يُشْتَرَطُ فِيهِ لَفْظَةُ الشَّهَادَةِ وَمَجْلِسُ الْقَضَاءِ، وَاشْتِرَاطُ

الْعَدَدِ أَمْرٌ حُكْمِيٌّ فِي الشَّهَادَةِ فَلَا يَتَعَدَّاهَا

الشرح:

قَالَ (وَإِذَا كَانَ رَسُولُ الْقَاضِي الَّذِي يَسْأَلُ عَنْ الشُّهُودِ) بِلَفْظِ الْمَبْنِيِّ لِلْمَفْعُولِ (وَاحِدًا جَازَ وَالْأَثَانِ أَفْضَلَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ.

وَقَالَ مُحَمَّدٌ: لَا يَجُوزُ إِلَّا أَثْنَانِ) ذَكَرَ فِي شَرْحِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ أَنَّ الْمُرَادَ بِالرَّسُولِ هَاهُنَا هُوَ الْمُزَكِّيُّ، وَلَا شَكَّ فِي ذَلِكَ إِذَا كَانَ الْفِعْلُ مَبْنِيًّا لِلْمَفْعُولِ (وَعَلَى هَذَا الْخِلَافِ رَسُولُ الْقَاضِي إِلَى الْمُزَكِّيِّ) وَرَسُولُ الْمُزَكِّيِّ إِلَى الْقَاضِي (وَالْمُتَرَجِّمُ عَنْ الشَّاهِدِ. لِمُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ التَّرَكِّيَّةَ فِي مَعْنَى الشَّهَادَةِ؛ لِأَنَّ وَلَايَةَ الْقَضَاءِ تُبْتَنَى عَلَى ظُهُورِ الْعَدَالَةِ وَالْعَدَالَةُ بِالتَّرَكِّيَّةِ) فَوَلَايَةُ الْقَضَاءِ تُبْتَنَى عَلَى ظُهُورِ التَّرَكِّيَّةِ، وَإِذَا كَانَتْ فِي مَعْنَاهَا (يُشْتَرَطُ فِيهَا شَرَائِطُهَا مِنَ الْعَدَدِ وَغَيْرِهِ كَمَا أُشْتَرِطَ الْعَدَالَةُ وَيُشْتَرَطُ الذُّكُورَةُ فِيهِ فِي الْحُدُودِ) وَالْأَرْبَعَةُ فِي تَرْكِيَّةِ شُهُودِ الزَّانَا (وَلَهُمَا أَنَّهُ لَيْسَ فِي مَعْنَى الشَّهَادَةِ وَلِهَذَا لَا يُشْتَرَطُ فِيهِ لَفْظَةُ الشَّهَادَةِ وَمَجْلِسُ الْقَضَاءِ) فَلَا يُشْتَرَطُ فِيهِ مَا أُشْتَرِطَ فِيهَا، سَلَمْنَا ذَلِكَ لَكِنْ أُشْتَرِطَ الْعَدَدُ فِي الشَّهَادَةِ أَمْرٌ حُكْمِيٌّ ثَبَتَ بِالنَّصِّ عَلَى خِلَافِ الْقِيَاسِ، لِأَنَّ الْقِيَاسَ لَا يَقْتَضِي ذَلِكَ لِبَقَاءِ احْتِمَالِ الْكَذِبِ فِيهَا؛ لِأَنَّ انْقِطَاعَهُ إِنَّمَا يَكُونُ بِالتَّوَاتُرِ وَرُجْحَانِ الصَّدْقِ إِنَّمَا هُوَ بِالْعَدَالَةِ لَا الْعَدَدِ كَمَا فِي رَوَايَةِ الْإِخْبَارِ فَلَمْ يُثَبِّتْ بِالْعَدَدِ الْمَشْرُوطِ لَا الْعِلْمُ وَلَا الْعَمَلُ لَكِنْ تَرَكْنَا ذَلِكَ بِالنَّصِّ دَلَالَةً عَلَى الْعَدَدِ فَلَا يَتَعَدَّاهَا إِلَى التَّرَكِّيَّةِ.

فَإِنْ قِيلَ: فَتَلَحُّقُ بِهَا بِالدَّلَالَةِ وَمُوَافَقَةُ الْقِيَاسِ لَيْسَتْ بِشَرْطٍ فِيهَا. فَالْجَوَابُ أَنَّهُ إِنَّمَا الْحَقُّ لَوْ كَانَ فِي مَعْنَاهُ مِنْ كُلِّ وَجْهِ وَلَيْسَ كَذَلِكَ بِالِاتِّفَاقِ فَتَعَذَّرَ الْإِلْحَاقُ وَالتَّعَدُّيَةُ جَمِيعًا. (وَلَا يُشْتَرَطُ أَهْلِيَّةُ الشَّهَادَةِ فِي الْمُزَكِّيِّ فِي تَرْكِيَّةِ السَّرِّ) حَتَّى صَلَحَ الْعَبْدُ مُزَكِّيًّا، فَأَمَّا فِي تَرْكِيَّةِ الْعِلَانِيَةِ فَهُوَ شَرْطٌ، وَكَذَا الْعَدَدُ بِالْإِجْمَاعِ عَلَى مَا قَالَهُ الْخَصَافُ رَحِمَهُ اللَّهُ لَاخْتِصَاصِهَا بِمَجْلِسِ الْقَضَاءِ. قَالُوا: يُشْتَرَطُ الْأَرْبَعَةُ فِي تَرْكِيَّةِ شُهُودِ الزَّانَا عِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ.

الشرح:

(قَالَ: وَلَا يُشْتَرَطُ أَهْلِيَّةُ الشَّهَادَةِ إِلَّا فِي تَرْكِيَّةِ السَّرِّ لَا يُشْتَرَطُ فِي الْمُزَكِّيِّ فِيهَا أَهْلِيَّةُ الشَّهَادَةِ فَصَلَحَ الْعَبْدُ مُزَكِّيًّا لِمَوْلَاهُ وَغَيْرِهِ وَالْوَالِدُ لَوْلَدِهِ وَعَكْسُهُ) (فَأَمَّا تَرْكِيَّةُ

الْعَلَانِيَةِ فَهِيَ شَرْطٌ، وَكَذَلِكَ الْعَدَدُ بِالْإِجْمَاعِ عَلَى مَا قَالَهُ الْخَصَّافُ (وَفِيهِ بَحْثٌ؛ لِأَنَّ اشْتِرَاطَ الْعَدَدِ فِي تَرْكِيبِ الْعَلَانِيَةِ يُنَافِي عَدَمَ اشْتِرَاطِ ذَلِكَ فِي تَرْكِيبِ السِّرِّ؛ لِأَنَّ الْمُرْكَبَ فِي السِّرِّ هُوَ الْمُرْكَبُ فِي الْعَلَانِيَةِ.

وَالْجَوَابُ أَنَّ الْخَصَّافَ شَرْطَ أَنْ يَكُونَ الْمُرْكَبُ فِي السِّرِّ غَيْرَ الْمُرْكَبِ فِي الْعَلَانِيَةِ فَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ الْعَدَدُ شَرْطًا فِي أَحَدِهِمَا دُونَ الْآخَرِ، وَإِلَيْهِ أَشَارَ بِقَوْلِهِ عَلَى مَا قَالَهُ الْخَصَّافُ.

قَالَ فِي الْخُلَاصَةِ: شَرْطَ الْخَصَّافُ أَنْ يَكُونَ الْمُرْكَبُ فِي الْعَلَانِيَةِ غَيْرَ الْمُرْكَبِ فِي السِّرِّ، أَمَّا عِنْدَنَا فَالَّذِي يُزَكِّيهِمْ فِي السِّرِّ يُزَكِّيهِمْ فِي الْعَلَانِيَةِ

فَصْلٌ

وَمَا يَتَحَمَّلُهُ الشَّاهِدُ عَلَى ضَرْبَيْنِ: أَحَدُهُمَا مَا يَثْبُتُ حُكْمُهُ بِنَفْسِهِ مِثْلُ الْبَيْعِ وَالْإِقْرَارِ وَالْعَصْبِ وَالْقَتْلِ وَحُكْمِ الْحَاكِمِ، فَإِذَا سَمِعَ ذَلِكَ الشَّاهِدُ أَوْ رَأَهُ وَسِعَهُ أَنْ يَشْهَدَ بِهِ وَإِنْ لَمْ يَشْهَدَ عَلَيْهِ (لَأَنَّهُ عَلِمَ مَا هُوَ الْمَوْجِبُ بِنَفْسِهِ) وَهُوَ الرُّكْنُ فِي إِطْلَاقِ الْأَدَاءِ. قَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿إِلَّا مَنْ شَهِدَ بِالْحَقِّ وَهُمْ يَعْلَمُونَ﴾ [الزخرف: ٤٣] وَقَالَ النَّبِيُّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «إِذَا عَلِمْتَ مِثْلَ الشَّمْسِ فَاشْهَدْ وَإِلَّا فَدَعْ» قَالَ (وَيَقُولُ أَشْهَدُ أَنَّهُ بَاعَ وَلَا يَقُولُ أَشْهَدَنِي) لِأَنَّهُ كَذِبٌ، وَلَوْ سَمِعَ مِنْ وَرَاءِ الْحِجَابِ لَا يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَشْهَدَ، وَلَوْ فَسَّرَ لِلْقَاضِي لَا يَقْبَلُهُ لِأَنَّ النُّعْمَةَ تُشَبِّهُ النُّعْمَةَ فَلَمْ يَحْصُلِ الْعِلْمُ إِلَّا إِذَا كَانَ دَخَلَ الْبَيْتَ وَعَلِمَ أَنَّهُ لَيْسَ فِيهِ أَحَدٌ سِوَاهُ ثُمَّ جَلَسَ عَلَى الْبَابِ وَلَيْسَ فِي الْبَيْتِ مَسْلُوكٌ غَيْرُهُ فَسَمِعَ إِقْرَارَ الدَّاخِلِ وَلَا يَرَاهُ لَهُ أَنْ يَشْهَدَ لِأَنَّهُ حَصَلَ الْعِلْمُ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ.

الشرح:

(فصل): لَمَّا فَرَّغَ مِنْ ذِكْرِ مَرَاتِبِ الشَّهَادَةِ شَرَعَ فِي بَيَانِ أَنْوَاعِ مَا يَتَحَمَّلُهُ الشَّاهِدُ. وَهُوَ عَلَى تَوْعَيْنٍ: أَحَدُهُمَا مَا يَثْبُتُ الْحُكْمُ بِنَفْسِهِ مِنْ غَيْرِ أَنْ يَحْتَاجَ إِلَى الْإِشْهَادِ مِثْلُ الْبَيْعِ وَالْإِقْرَارِ وَالْعَصْبِ وَالْقَتْلِ وَحُكْمِ الْحَاكِمِ، فَإِذَا سَمِعَ الشَّاهِدُ مَا كَانَ مِنَ الْمَسْمُوعَاتِ كَالْبَيْعِ وَالْإِقْرَارِ وَحُكْمِ الْحَاكِمِ أَوْ رَأَى مَا كَانَ مِنَ الْمُبْصَرَاتِ كَالْعَصْبِ وَالْقَتْلِ جَازَ لَهُ أَنْ يَشْهَدَ بِهِ وَإِنْ لَمْ يَشْهَدَ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ عَلِمَ مَا هُوَ الْمَوْجِبُ بِنَفْسِهِ وَهُوَ الْحَادِثَةُ بِمَا يُوجِبُهُ.

وَكُلُّ مَنْ عَلِمَ ذَلِكَ جَازَ لَهُ الْأَدَاءُ بِوُجُودِ مَا هُوَ الرُّكْنُ فِي جَوَازِ الْأَدَاءِ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿إِلَّا مَنْ شَهِدَ بِالْحَقِّ وَهُمْ يَعْلَمُونَ﴾ وَقَالَ ﷺ «إِذَا عَلِمْتَ مِثْلَ الشَّمْسِ فَاشْهَدْ وَإِلَّا فَدَعْ» قِيلَ جَعَلَ الْعِلْمُ بِالْمَوْجِبِ رُكْنًا فِي الْأَدَاءِ مُخَالَفٌ لِلنَّصِّينِ جَمِيعًا فَإِنَّهُمَا يَدْلَانِ عَلَى شَرْطِيَّتِهِ لَا عَلَى رُكْنِيَّتِهِ، إِذَا الْأَحْوَالُ شُرُوطٌ وَإِذَا مَوْضُوعَةٌ لِلشَّرْطِ. وَأَجِيبَ بِأَنَّهُ مَجَازٌ عَنِ الشَّرْطِ، وَإِنَّمَا عَبَّرَ عَنْهُ بِذَلِكَ إِشَارَةً إِلَى شِدَّةِ احْتِيَاجِ الْأَدَاءِ إِلَيْهِ. قَالَ (وَيَقُولُ أَشْهَدُ أَنَّهُ بَاعَ إِلْح) إِذَا سَمِعَ الْمُبَايَعَةَ وَلَمْ يَشْهَدْ عَلَيْهَا وَاحْتِيجَ إِلَى الشَّهَادَةِ يَقُولُ الشَّاهِدُ أَشْهَدُ أَنَّهُ بَاعَ (وَلَا يَقُولُ أَشْهَدُنِي؛ لَأَنَّهُ كَذَبٌ وَلَوْ سَمِعَ الْإِقْرَارَ مِنْ وَرَاءِ حِجَابٍ) يُحْجَبُ عَنْ رُؤْيَةِ شَخْصِ الْمُقَرَّرِ (لَا يَجُوزُ أَنْ يَشْهَدْ وَلَوْ فَسَّرَ لِلْقَاضِي) بِأَنْ قَالَ أَشْهَدُ بِالسَّمَاعِ مِنْ وَرَاءِ الْحِجَابِ (لَا يَقْبَلُهُ؛ لِأَنَّ النَّعْمَةَ) وَهُوَ الْكَلَامُ الْخَفِيُّ (تُشْبِهُ النَّعْمَةَ) وَالْمُسْتَبْهَةُ لَا يُفِيدُ الْعِلْمَ فَاتَّفَقَ الْمُطْلَقُ لِلأَدَاءِ.

وَقَوْلُهُ: (إِلَّا) إِذَا كَانَ اسْتِثْنَاءً مِنْ قَوْلِهِ لَا يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَشْهَدْ إِلَّا إِذَا كَانَ دَخَلَ الْبَيْتَ وَعَلِمَ أَنَّهُ لَيْسَ فِيهِ أَحَدٌ سِوَاهُ ثُمَّ جَلَسَ عَلَى الْبَابِ وَلَيْسَ لِلْبَيْتِ مَسْلُكٌ غَيْرُهُ فَسَمِعَ إِقْرَارَ الدَّاخِلِ وَلَا يَرَاهُ وَشَهِدَ عِنْدَهُ اثْنَانِ بَأَنَّهَا فُلَانَةٌ بِنْتُ فُلَانٍ جَازَ لَهُ أَنْ يَشْهَدْ حِينَئِذٍ، وَكَذَا إِذَا رَأَى شَخْصَ الْمُقَرَّرِ حَالَ الْإِقْرَارِ لِرُقَّةِ الْحِجَابِ، وَلَيْسَتْ رُؤْيَةُ الْوَجْهِ شَرْطًا ذَكَرَهُ فِي الذَّخِيرَةِ؛ لِأَنَّهُ حَصَلَ الْعِلْمُ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ.

(وَمِنْهُ مَا لَا يَثْبُتُ الْحُكْمُ فِيهِ بِنَفْسِهِ مِثْلُ الشَّهَادَةِ عَلَى الشَّهَادَةِ، فَإِذَا سَمِعَ شَاهِدًا يَشْهَدُ بِشَيْءٍ لَمْ يَجْزَ لَهُ أَنْ يَشْهَدْ عَلَى شَهَادَتِهِ إِلَّا أَنْ يَشْهَدَ عَلَيْهَا) لِأَنَّ الشَّهَادَةَ غَيْرَ مُوجِبَةٍ بِنَفْسِهَا، وَإِنَّمَا تَصِيرُ مُوجِبَةً بِالنُّقْلِ إِلَى مَجْلِسِ الْقَضَاءِ فَلَا بُدَّ مِنَ الْإِنَابَةِ وَالْتَحْمِيلِ وَلَمْ يُوْجَدْ (وَكَذَا لَوْ سَمِعَهُ يَشْهَدُ الشَّاهِدُ عَلَى شَهَادَتِهِ لَمْ يَسَعِ لِلْسَّمَاعِ أَنْ يَشْهَدَ) لِأَنَّهُ مَا حَمَلَهُ وَإِنَّمَا حَمَلَ غَيْرَهُ.

الشرح:

قَالَ (وَمِنْهُ مَا لَا يَثْبُتُ الْحُكْمُ فِيهِ بِنَفْسِهِ إِلْح) النَّوعُ الثَّانِي مِنَ الشَّهَادَةِ مَا لَا يَثْبُتُ الْحُكْمُ فِيهِ بِنَفْسِهِ (مِثْلُ الشَّهَادَةِ عَلَى الشَّهَادَةِ فَإِنَّهَا لَا يَثْبُتُ بِهَا الْحُكْمُ مَا لَمْ يَشْهَدْ، فَإِذَا سَمِعَ شَاهِدًا يَشْهَدُ بِشَيْءٍ لَمْ يَجْزَ لَهُ أَنْ يَشْهَدَ عَلَى شَهَادَتِهِ؛ لِأَنَّ الشَّهَادَةَ) أَيَّ شَهَادَةِ الْأُصُولِ (مُوجِبَةً بِالنُّقْلِ إِلَى مَجْلِسِ الْقَضَاءِ) وَلَا يَكُونُ النُّقْلُ إِلَّا بِالْإِنَابَةِ

والتَّحْمِيل. وَالْأَوَّلُ إِشَارَةٌ إِلَى مَذْهَبِ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ فَإِنَّهُ يَقُولُ بِطَرِيقِ التَّوَكِيلِ وَلَا تَوَكِيلَ إِلَّا بِأَمْرِ الْمُوَكَّلِ، وَالثَّانِي إِشَارَةٌ إِلَى مَذْهَبِ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ فَإِنَّهُمَا لَمْ يَجْعَلَاهُ بِطَرِيقِ التَّوَكِيلِ بَلْ بِطَرِيقِ التَّحْمِيلِ.

قَالَ الْإِمَامُ فَخْرُ الْإِسْلَامِ: أَمَّا عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ فَإِنَّ الْحُكْمَ يُضَافُ إِلَى الْفُرُوعِ، لَكِنْ تَحْمِلُهُمْ إِنَّمَا يَصِحُّ بَعْيَانِ مَا هُوَ حُجَّةٌ، وَالشَّهَادَةُ فِي غَيْرِ مَجْلِسِ الْقَاضِي لَيْسَتْ بِحُجَّةٍ فَيَجِبُ النَّقْلُ إِلَى مَجْلِسِ الْقَاضِي لِيَصِيرَ حُجَّةً فَيَتَبَيَّنُ أَنَّ التَّحْمِيلَ حَصَلَ بِمَا هُوَ حُجَّةٌ فَلَمَّا لَمْ يَكُنْ بُدٌّ مِنَ النَّقْلِ لَمْ يَكُنْ بُدٌّ مِنَ التَّحْمِيلِ، وَفِيهِ مُطَالَبَةٌ؛ لِأَنَّا سَلَمْنَا أَنَّ النَّقْلَ لَا بُدَّ مِنْهُ، وَلَكِنْ تَوَقَّفَهُ عَلَى التَّحْمِيلِ يَحْتَاجُ إِلَى بَيَانٍ، فَلَوْ سَلَكْنَا فِيهِ أَنْ نَقُولَ الشَّهَادَةُ عَلَى الشَّهَادَةِ تَحْمِيلٌ؛ لِأَنَّا لَا نَعْنِي بِهَا إِلَّا ذَلِكَ، وَلَا تَحْمِيلَ فِيمَا لَا يَشْهَدُ ثُمَّ الْبَيَانُ، وَعَلَى هَذَا إِذَا سَمِعَهُ يُشْهَدُ الشَّاهِدُ عَلَى شَهَادَتِهِ لَمْ يَسَعْ لَهُ أَنْ يَشْهَدَ؛ لِأَنَّهُ مَا حَمَلَهُ وَإِنَّمَا حَمَلَ غَيْرَهُ.

وَلَا يَحِلُّ لِلشَّاهِدِ إِذَا رَأَى خَطَأَهُ أَنْ يَشْهَدَ إِلَّا أَنْ يَتَذَكَّرَ الشَّهَادَةَ لِأَنَّ الْخَطَأَ يُشْبِهُ الْخَطَأَ فَلَمْ يَحْصُلِ الْعِلْمُ. قِيلَ هَذَا عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ. وَعِنْدَهُمَا يَحِلُّ لَهُ أَنْ يَشْهَدَ. وَقِيلَ هَذَا بِالِاتِّفَاقِ، وَإِنَّمَا الْخِلَافُ فِيمَا إِذَا وَجَدَ الْقَاضِي شَهَادَتَهُ فِي دِيْوَانِهِ أَوْ قَضِيَّتِهِ، لِأَنَّ مَا يَكُونُ فِي قِمَاطِرِهِ فَهُوَ تَحْتَ خَتَمِهِ يُؤْمَنُ عَلَيْهِ مِنَ الزِّيَادَةِ وَالنَّقْصَانِ فَحَصَلَ لَهُ الْعِلْمُ بِذَلِكَ وَلَا كَذَلِكَ الشَّهَادَةُ فِي الصَّنَكِ لِأَنَّهُ فِي يَدِ غَيْرِهِ، وَعَلَى هَذَا إِذَا تَذَكَّرَ الْمَجْلِسَ الَّذِي كَانَ فِيهِ الشَّهَادَةُ أَوْ أَخْبَرَهُ قَوْمٌ مِمَّنْ يَتَّقَى بِهِ أَنَّا شَهِدْنَا نَحْنُ وَأَنْتَ.

الشرح:

قَالَ (وَلَا يَحِلُّ لِلشَّاهِدِ إِذَا رَأَى خَطَأَهُ إِخْرَجَ الشَّاهِدُ إِذَا رَأَى خَطَأَهُ فِي صَنَكٍ وَلَمْ يَتَذَكَّرْ الْحَادِثَةَ لَا يَحِلُّ لَهُ أَنْ يَشْهَدَ)؛ لِأَنَّ الْخَطَأَ يُشْبِهُ الْخَطَأَ وَالْمُشْتَبَهَ لَا يُفِيدُ الْعِلْمَ كَمَا تَقَدَّمَ (قِيلَ: هَذَا عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ) بِنَاءً عَلَى أَنَّهُ لَا يُعْمَلُ بِالْخَطَأِ وَيُشْتَرَطُ الْحِفْظُ، وَلِهَذَا قُلْتُ رَوَاتُهُ لاشتراطه فِي الرُّوَايَةِ الْحِفْظَ مِنْ وَقْتِ السَّمَاعِ إِلَى وَقْتِ الْأَدَاءِ (وَعِنْدَهُمَا يَحِلُّ لَهُ ذَلِكَ) رُخْصَةً (وَقِيلَ هَذَا) أَيُّ عَدَمِ حِلِّ الشَّهَادَةِ (بِالِاتِّفَاقِ) وَإِنَّمَا الْخِلَافُ فِيمَا إِذَا وَجَدَ الْقَاضِي شَهَادَةَ شُهُودٍ شَهِدُوا عِنْدَهُ وَاشْتَبَهَ فِي قِمَاطِرِهِ أَيْ خَرِيطَتِهِ وَجَاءَ الْمَشْهُودُ لَهُ يَطْلُبُ الْحُكْمَ وَلَمْ يَحْفَظْهُ الْحَاكِمُ (أَوْ قَضِيَّتَهُ)

أَيَّ وَجَدَ حُكْمَهُ مَكْتُوبًا فِي خَرِيطَتِهِ كَذَلِكَ فَإِنْ أَبَا حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ لَا يَرَى جَوَازَ الْحُكْمِ بِذَلِكَ وَهُمَا جَوَازَاهُ؛ لِأَنَّ الْقَاضِيَّ لِكَثْرَةِ اشْتِغَالِهِ يَعْجِزُ عَنْ أَنْ يَحْفَظَ كُلَّ حَادِثَةٍ وَهَذَا يَكْتُبُ، وَإِنَّمَا يَحْصُلُ الْمَقْصُودُ بِالْكِتَابِ إِذَا جَازَ لَهُ الْاعْتِمَادُ عَلَيْهِ عِنْدَ النَّسِيَانِ الَّذِي لَيْسَ يُمَكِّنُ التَّحَرُّزُ عَنْهُ فَإِذَا كَانَ فِي قِمَطَرِهِ تَحْتَ خَتْمِهِ فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ لَمْ تَصِلْ إِلَيْهِ يَدٌ مُعَيَّرَةٌ، وَالْقَاضِي مَأْمُورٌ بِاتِّبَاعِ الظَّاهِرِ (وَلَا كَذَلِكَ الشَّهَادَةُ فِي الصِّكِّ؛ لِأَنَّهُ فِي يَدِ غَيْرِهِ وَعَلَى هَذَا) الْاِخْتِلَافُ (إِذَا ذَكَرَ الْمَجْلِسَ الَّذِي كَانَتْ فِيهِ الشَّهَادَةُ أَوْ أَخْبَرَهُ قَوْمٌ مِمَّنْ يَثِقُ بِهِمْ أَنَّا شَهِدْنَا نَحْنُ وَأَنْتَ) فَإِنَّهُ قِيلَ لَا يَحِلُّ لَهُ ذَلِكَ بِالْإِتِّفَاقِ، وَقِيلَ لَا يَحِلُّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ خِلَافًا لِهَذَا.

قَالَ (وَلَا يَجُوزُ لِلشَّاهِدِ أَنْ يَشْهَدَ بِشَيْءٍ لَمْ يُعَايِنَهُ إِلَّا النَّسَبَ وَالْمَوْتَ وَالنِّكَاحَ وَالِدُخُولَ وَوَلَايَةَ الْقَاضِي فَإِنَّهُ يَسَعُهُ أَنْ يَشْهَدَ بِهِذِهِ الْأَشْيَاءَ إِذَا أَخْبَرَهُ بِهَا مَنْ يَثِقُ بِهِ) وَهَذَا اسْتِحْسَانٌ.

وَالْقِيَاسُ أَنْ لَا تَجُوزَ لِأَنَّ الشَّهَادَةَ مُشْتَقَّةٌ مِنَ الْمَشَاهِدَةِ وَذَلِكَ بِالْعِلْمِ وَلَمْ يَحْصُلْ فَصَارَ كَالْبَيْعِ. وَجَهُ الاسْتِحْسَانِ أَنَّ هَذِهِ أُمُورٌ تَخْتَصُّ بِمُعَايِنَةِ أَسْبَابِهَا خَوَاصٌّ مِنَ النَّاسِ، وَيَتَعَلَّقُ بِهَا أَحْكَامٌ تَبْقَى عَلَى انْقِضَاءِ الْقُرُونِ، فَلَوْ لَمْ تُقْبَلْ فِيهَا الشَّهَادَةُ بِالنَّسَامِعِ أَدَّى إِلَى الْحَرَجِ وَتَعْطِيلِ الْأَحْكَامِ، بِخِلَافِ الْبَيْعِ لِأَنَّهُ يَسْمَعُهُ كُلُّ أَحَدٍ، وَإِنَّمَا يَجُوزُ لِلشَّاهِدِ أَنْ يَشْهَدَ بِالاشْتِهَارِ وَذَلِكَ بِالتَّوَاتُرِ أَوْ بِإِخْبَارِ مَنْ يَثِقُ بِهِ كَمَا قَالَ فِي الْكِتَابِ.

وَيُشْتَرَطُ أَنْ يُخْبَرَهُ رَجُلَانِ عَدْلَانِ أَوْ رَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ لِيَحْصُلَ لَهُ نَوْعُ عِلْمٍ. وَقِيلَ فِي الْمَوْتِ يَكْتَفِي بِإِخْبَارِ وَاحِدٍ أَوْ وَاحِدَةٍ لِأَنَّهُ قَلَمًا يُشَاهِدُ غَيْرُ الْوَاحِدِ إِذَا الْإِنْسَانُ يَهَابُهُ وَيَكْرَهُهُ فَيَكُونُ فِي اشْتِرَاطِ الْعَدَدِ بَعْضُ الْحَرَجِ، وَلَا كَذَلِكَ النَّسَبُ وَالنِّكَاحُ، وَيَنْبَغِي أَنْ يُطْلَقَ آدَاءُ الشَّهَادَةِ. أَمَّا إِذَا فُسِّرَ لِلْقَاضِي أَنَّهُ يَشْهَدُ بِالنَّسَامِعِ لَمْ تُقْبَلْ شَهَادَتُهُ كَمَا أَنَّ مُعَايِنَةَ الْيَدِ فِي الْأَمْلَاقِ تُطْلَقُ الشَّهَادَةُ، ثُمَّ إِذَا فُسِّرَ لَا تُقْبَلُ كَذَا هَذَا.

وَلَوْ رَأَى إِنْسَانًا جَلَسَ مَجْلِسَ الْقَضَاءِ يَدْخُلُ عَلَيْهِ الْخُصُومُ حَلُّ لَهُ أَنْ يَشْهَدَ عَلَى كَوْنِهِ قَاضِيًا وَكَذَا إِذَا رَأَى رَجُلًا وَامْرَأَةً يَسْكُنَانِ بَيْتًا وَيَنْبَسِطُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا إِلَى الْآخَرِ انْبِسَاطَ الْأَزْوَاجِ كَمَا إِذَا رَأَى عَيْنًا فِي يَدِ غَيْرِهِ.

وَمَنْ شَهِدَ أَنَّهُ شَهِدَ دَفَنَ فُلَانٍ أَوْ صَلَّى عَلَى جِنَازَتِهِ فَهُوَ مُعَايِنَةٌ، حَتَّى لَوْ فُسِّرَ

لِلْقَاضِي قَبْلَهُ ثُمَّ قَصَرَ الاستِثْنَاءَ فِي الْكِتَابِ عَلَى هَذِهِ الْأَشْيَاءِ الْخَمْسَةِ يَنْفِي اعْتِبَارَ التَّسَامُعِ فِي الْوَلَاءِ وَالْوَقْفِ.

وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ آخِرًا أَنَّهُ يَجُوزُ فِي الْوَلَاءِ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ النَّسَبِ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «الْوَلَاءُ لِحِمَّةٍ كَلَحِمَةِ النَّسَبِ». وَعَنْ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ يَجُوزُ فِي الْوَقْفِ لِأَنَّهُ يَبْقَى عَلَى مَرِّ الْأَعْصَارِ، إِلَّا أَنَا نَقُولُ الْوَلَاءُ يُبْتَنَى عَلَى زَوَالِ الْمَلِكِ وَلَا بُدَّ فِيهِ مِنَ الْمُعَايَنَةِ فَكُنَّا فِيهِمَا يُبْتَنَى عَلَيْهِ.

وَأَمَّا الْوَقْفُ فَالْصَّحِيحُ أَنَّهُ تُقْبَلُ الشَّهَادَةُ بِالتَّسَامُعِ فِي أَصْلِهِ دُونَ شَرَائِطِهِ، لِأَنَّهُ أَصْلُهُ هُوَ الَّذِي يَشْتَهَرُ.

الشرح:

قَالَ (وَلَا يَجُوزُ لِلشَّاهِدِ أَنْ يَشْهَدَ بِشَيْءٍ لَمْ يُعَايَنَهُ الْخ) قَدْ تَقَدَّمَ أَنَّ الْعِلْمَ شَرْطُ آدَاءِ الشَّهَادَةِ (فَلَا يَجُوزُ أَنْ يَشْهَدَ بِشَيْءٍ لَمْ يُعَايَنَهُ إِلَّا النَّسَبَ وَالْمَوْتَ وَالنِّكَاحَ وَالذُّخُولَ وَوِلَايَةَ الْقَاضِي فَإِنَّهُ يَسَعُهُ أَنْ يَشْهَدَ بِهِذِهِ الْأَشْيَاءِ إِذَا أَخْبَرَهُ بِهَا مَنْ يَثِقُ بِهِ وَهُوَ اسْتِحْسَانٌ. وَالْقِيَاسُ أَنْ لَا يَجُوزَ؛ لِأَنَّ الشَّهَادَةَ مُشْتَقَّةٌ مِنَ الْمُشَاهَدَةِ بِالِاشْتِقَاقِ الْكَبِيرِ وَقَدْ تَقَدَّمَ مَعْنَاهُ فِي أَوَّلِ الْكِتَابِ (وَذَلِكَ بِالْعِلْمِ) أَيُّ الْمُشَاهَدَةِ وَكَأَنَّهُ مِنْ بَابِ الْقَلْبِ؛ لِأَنَّ الْعِلْمَ يَكُونُ بِالْمُشَاهَدَةِ، وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ مَعْنَاهُ الْمُشَاهَدَةُ تَكُونُ بِسَبَبٍ مِنْ أَسْبَابِ الْعِلْمِ (وَلَمْ يَحْصُلْ فَصَارَ كَالْبَيْعِ) فَإِنَّهُ لَا يَجُوزُ لِلشَّاهِدِ أَنْ يَشْهَدَ بِهِ بِالسَّمَاعِ بَلْ لَا بُدَّ مِنَ الْمُشَاهَدَةِ (وَوَجْهُ الاسْتِحْسَانِ أَنَّ هَذِهِ الْأُمُورَ الْخَمْسَةَ لَوْ لَمْ تُقْبَلْ فِيهَا الشَّهَادَةُ بِالتَّسَامُعِ أَدَّى إِلَى الْحَرَجِ وَتَعْطِيلِ الْأَحْكَامِ؛ لِأَنَّهَا (أُمُورٌ تَخْتَصُّ بِمُعَايَنَةِ أَسْبَابِهَا خَوَاصُ مِنَ النَّاسِ) لَا يَطْلُعُ عَلَيْهَا إِلَّا هُمْ (وَقَدْ يَتَعَلَّقُ بِهَا أَحْكَامٌ تَبْقَى عَلَى انْقِضَاءِ الْقُرُونِ) كَالْإِرْثِ فِي النَّسَبِ وَالْمَوْتَ وَالنِّكَاحِ وَبُيُوتِ الْمَلِكِ فِي قَضَاءِ الْقَاضِي وَكَمَالِ الْمَهْرِ وَالْعِدَّةِ وَبُيُوتِ الْإِحْصَانِ وَالنَّسَبِ فِي الدُّخُولِ (فَلَوْ لَمْ تُقْبَلْ فِيهَا الشَّهَادَةُ بِالتَّسَامُعِ أَدَّى إِلَى ذَلِكَ) وَهُوَ بَاطِلٌ، بِخِلَافِ الْبَيْعِ فَإِنَّهُ مِمَّا يَسْمَعُهُ كُلُّ أَحَدٍ.

فَإِنْ قِيلَ: هَذَا الاسْتِحْسَانُ مُخَالَفٌ لِلْكِتَابِ فَإِنَّ الْعِلْمَ مَشْرُوطٌ فِي الْكِتَابِ وَلَا عِلْمَ فِيمَا نَحْنُ فِيهِ. أَجَابَ بِقَوْلِهِ (وَإِنَّمَا يَجُوزُ لِلشَّاهِدِ) يَعْنِي لَا تُسَلِّمُ أَنْ لَا عِلْمَ فِيمَا نَحْنُ فِيهِ فَإِنَّهُ إِنَّمَا يَجُوزُ لِلشَّاهِدِ (أَنْ يَشْهَدَ بِالِاشْتِهَارِ وَذَلِكَ التَّوَاتُرُ أَوْ بِإِخْبَارِ مَنْ يَثِقُ

بِهِ كَمَا قَالَ فِي الْكِتَابِ) وَيَبَيِّنُ أَنَّ الْعَدَدَ فِيمَنْ يَتَّقُ بِهِ شَرْطٌ وَهُوَ (أَنْ يُخْبِرَهُ رَجُلَانِ عَدْلَانِ أَوْ رَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ لِيَحْصُلَ لَهُ نَوْعُ عِلْمٍ) وَهَذَا عَلَى قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ، وَأَمَّا عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ فَلَا تَجُوزُ الشَّهَادَةُ مَا لَمْ يَسْمَعْ ذَلِكَ مِنَ الْعَامَّةِ بِحَيْثُ يَقَعُ فِي قَلْبِهِ صِدْقُ الْخَبَرِ، وَإِذَا تَبَيَّنَتِ الشُّهُرَةُ عِنْدَهُمَا بِخَبَرِ عَدْلَيْنِ يُشْتَرَطُ أَنْ يَكُونَ الْإِخْبَارُ بِلَفْظِ الشَّهَادَةِ عَلَى مَا قَالُوا؛ لِأَنَّهَا تُوجِبُ زِيَادَةَ عِلْمٍ شَرْعًا لَا يُوجِبُهَا لَفْظُ الْخَبَرِ (وَقِيلَ يُكْتَفَى فِي الْمَوْتِ بِإِخْبَارِ وَاحِدٍ أَوْ وَاحِدَةٍ) فَرَفُّوا جَمِيعًا بَيْنَ الْمَوْتِ وَالْأَشْيَاءِ الثَّلَاثَةِ: أَيْ النِّكَاحِ وَالْوِلَادَةِ وَتَقْلِيدِ الْإِمَامِ الْقَضَاءِ؛ لِأَنَّ الْغَالِبَ فِيهَا أَنْ تَكُونَ بَيْنَ الْجَمَاعَةِ، أَمَّا النِّكَاحُ فَإِنَّهُ لَا يَنْتَقِدُ إِلَّا بِشَهَادَةِ اثْنَيْنِ، وَالْوِلَادَةُ فَإِنَّهَا تَكُونُ بَيْنَ الْجَمَاعَةِ فِي الْغَالِبِ، وَكَذَلِكَ تَقْلِيدُ الْإِمَامِ الْقَضَاءِ.

وَأَمَّا الْمَوْتُ (فَإِنَّهُ قَلِمًا يُشَاهِدُهُ غَيْرُ الْوَاحِدِ إِذِ الْإِنْسَانُ يَهَابُهُ وَيَكْرَهُهُ فَيَكُونُ فِي اشْتِرَاطِ الْعَدَدِ بَعْضُ الْحَرَجِ) بِخِلَافِ النَّسَبِ وَالنِّكَاحِ (وَقَوْلُهُ: وَيَنْبَغِي أَنْ يُطْلَقَ أَدَاءُ الشَّهَادَةِ) بَيَانٌ لِكَيْفِيَّةِ الْأَدَاءِ، وَيَنْبَغِي أَنْ يُطْلَقَ ذَلِكَ فَيَقُولَ فِي النَّسَبِ أَشْهَدُ أَنَّ فُلَانُ بْنُ فُلَانٍ كَمَا يَشْهَدُ أَنَّ أَبَا بَكْرٍ وَعُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا ابْنَا أَبِي قُحَافَةَ وَالْخَطَّابِ وَلَمْ يُشَاهِدْ شَيْئًا مِنْ ذَلِكَ (فَأَمَّا إِذَا فَسَّرَ لِلْقَاضِي أَنَّهُ يَشْهَدُ بِالتَّسَامُعِ لَمْ تُقْبَلْ كَمَا أَنَّ مُعَايِنَةَ الْيَدِ فِي الْأَمْلاكِ تُطْلَقُ الشَّهَادَةُ وَإِذَا فَسَّرَ) بِأَنَّهُ إِنَّمَا يَشْهَدُ؛ لِأَنَّهُ رَأَاهُ فِي يَدِهِ (لَا تُقْبَلُ كَذَلِكَ هَذَا، وَلَوْ رَأَى إِنْسَانًا جَلَسَ مَجْلِسَ الْقَضَاءِ يَدْخُلُ عَلَيْهِ الْخُصُومُ حَلَّ لَهُ أَنْ يَشْهَدَ بِكَوْنِهِ قَاضِيًا) وَإِنْ لَمْ يُعَايِنِ تَقْلِيدُ الْإِمَامِ إِيَّاهُ (وَإِذَا رَأَى رَجُلًا وَامْرَأَةً يَسْكُنَانِ بَيْتًا وَيَنْبَسِطُ كُلُّ مِنْهُمَا إِلَى الْآخَرِ الْبَسَاطَ الْأَزْوَاجِ) جَازَ لَهُ أَنْ يَشْهَدَ بِأَنَّهَا امْرَأَتُهُ، فَإِنْ سَأَلَهُ الْقَاضِي هَلْ كُنْتَ حَاضِرًا؟ فَقَالَ لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ؛ لِأَنَّهُ يَحِلُّ لَهُ أَنْ يَشْهَدَ بِالتَّسَامُعِ كَمَا يَشْهَدُ بِأَمَّهَاتِ الْمُؤْمِنِينَ أَزْوَاجِ النَّبِيِّ ﷺ، فَعَلَى الرُّوْيَةِ أُولَى. وَقِيلَ لَا تُقْبَلُ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا قَالَ لَمْ يُعَايِنِ الْعَقْدَ تَبَيَّنَ لِلْقَاضِي أَنَّهُ شَهِدَ بِهِ بِالتَّسَامُعِ، وَلَوْ قَالَ أَشْهَدُ؛ لِأَنِّي سَمِعْتُ لَا تُقْبَلُ فَكَذَا هَذَا (وَمَنْ شَهِدَ أَنَّهُ شَهِدَ دَفَنَ فُلَانٍ أَوْ صَلَّى عَلَى جَنَازَتِهِ فَهُوَ مُعَايِنَةٌ حَتَّى لَوْ فَسَّرَ لِلْقَاضِي قَبْلَهُ؛ لِأَنَّهُ لَا يُدْفَنُ إِلَّا الْمَيِّتُ وَلَا يُصَلَّى إِلَّا عَلَيْهِ. وَلَوْ قَالَ نَشْهَدُ أَنْ فُلَانًا مَاتَ أَخْبَرَنَا بِذَلِكَ مَنْ نَتَقُ بِهِ جَازَتْ شَهَادَتُهُمَا هُوَ الْأَصَحُّ.

وَأَمَّا الشَّهَادَةُ عَلَى الدُّخُولِ بِالشُّهُرَةِ وَالتَّسَامُعِ فَقَدْ ذَكَرَ الْخَصَافُ أَنَّهُ يَجُوزُ؛

لأنه أمرٌ تتعلّق به أحكامٌ مشهورةٌ كما ذكرنا ففي عدم قبولها حرجٌ وتعطيلٌ. وقوله: (ثم قصر الاستثناء في الكتاب) بيان أن الشهادة بالتسامع هل هي محصورة فينا ذكر في الكتاب أو لا ففي ظاهر الرواية محصورة (وعن أبي يوسف رحمه الله آخرًا أنه يجوز في الولاء؛ لأنه بمنزلة النسب، قال ﷺ «الولاء لخمّة كلّ خمّة النسب») والشهادة على النسب بالتسامع جائزة كما مرّ فكذا على الولاء، ألا ترى أننا نشهد أن قنبرًا مولى عليٍّ وعكرمة مولى ابن عباس رضي الله عنهما وإن لم نذكر ذلك (وعن محمد أنها تقبل في الوقف؛ لأنه يبقى على مرّ الأعصار).

والجواب عن قول أبي يوسف أن الولاء يمتني على إزالة ملك اليمين ولا بدّ فيه من المعاينة؛ لأنه يحصل بكلامٍ تسمعه الناس وليس كالولادة فلا حاجة فيه إلى إقامة التسامع مقام البيّنة.

قال شمس الأئمة السرخسيّ الشهادة على العتيق بالتسامع لا تقبل بالإجماع وأما الوقف فذهب بعض المشايخ إلى أنها لا تحلّ فيه بالتسامع مطلقًا، ويدلّ عليه عبارة الكتاب.

وقال بعضهم: تقبل في أصله وهو اختيار شمس الأئمة السرخسيّ دون شرائطه؛ لأن أصله هو الذي يشتهر، ولا بدّ من بيان الجهة بأن يشهدوا أنه وقف على هذا المسجد أو المقبرة أو ما أشبهه حتى لو لم يذكروا ذلك في شهادتهم لا تقبل، كذا في الذخيرة.

قال: (ومن كان في يده شيء سوى العبد والأمة وسعك أن تشهد أنه له) لأن اليد أقصى ما يستدلّ به على الملك إذ هي مرجع الدلالة في الأسباب كلها فيكتفي بها. وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يشترط مع ذلك أن يقع في قلبه أنه له. قالوا: ويحتمل أن يكون هذا تفسيرًا لإطلاق محمد رحمه الله في الرواية فيكون شرطًا على الاتفاق.

وقال الشافعي رحمه الله: دليل الملك اليد مع التصرف، وبه قال بعض مشايخنا رحمهم الله لأن اليد متنوّعة إلى إنابة وملك. قلنا: والتصرف يتنوّع أيضًا إلى نيابة وأصالة.

ثُمَّ الْمَسْأَلَةُ عَلَى وُجُوهِ: إِنْ عَايَنَ الْمَالِكُ الْمَلِكَ حَلَّ لَهُ أَنْ يَشْهَدَ، وَكَذَا إِذَا عَايَنَ الْمَلِكُ بِحُدُودِهِ دُونَ الْمَالِكِ اسْتِحْسَانًا لِأَنَّ النَّسَبَ يَثْبُتُ بِالنَّسَامِعِ فَيَحْصُلُ مَعْرِفَتُهُ، وَإِنْ لَمْ يُعَايِنَهَا أَوْ عَايَنَ الْمَالِكُ دُونَ الْمَلِكِ لَا يَحِلُّ لَهُ.

الشرح:

(قَالَ وَمَنْ كَانَ فِي يَدِهِ شَيْءٌ لِحُ) رَجُلٌ رَأَى عَيْنًا فِي يَدٍ آخَرَ ثُمَّ رَأَاهَا فِي يَدٍ غَيْرِهِ وَالْأَوَّلُ يَدْعِي عَلَيْهِ الْمَلِكُ وَسِعَهُ أَنْ يَشْهَدَ بِأَنَّهُ لِلْمُدَّعِي؛ لِأَنَّ الْيَدَ أَقْصَى مَا يُسْتَدَلُّ بِهِ عَلَى الْمَلِكِ إِذْ هِيَ مَرْجِعُ الدَّلَالَةِ فِي الْأَسْبَابِ كُلِّهَا، فَإِنَّ الْإِنْسَانَ وَإِنْ عَايَنَ الْبَيْعَ أَوْ غَيْرَهُ مِنَ الْأَسْبَابِ لَا يَعْلَمُ مِلْكَ الْمُشْتَرِي إِلَّا بِمِلْكِ الْبَائِعِ وَمِلْكِ الْبَائِعِ لَا يَعْلَمُ إِلَّا بِالْيَدِ، وَأَقْصَى مَا يُسْتَدَلُّ بِهِ كَافٍ فِي الدَّلَالَةِ لِثَلَا يَلْزَمَ اسْتِدَادُ بَابِ الشَّهَادَةِ الْمَفْتُوحِ بِالْإِجْمَاعِ، فَإِنَّمَا إِذَا لَمْ تَجُزْ بِحُكْمِ الْيَدِ اسْتِدَادُ بَابِهَا.

وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ يُشْتَرَطُ مَعَ ذَلِكَ أَنْ يَقَعَ فِي قَلْبِهِ أَنْ لَهُ أَنْ الْأَصْلَ فِي الشَّهَادَةِ الْعِلْمُ بِالنَّصِّ وَعِنْدَ إِعْوَارِ ذَلِكَ يُصَارُ إِلَى مَا يَشْهَدُ بِهِ الْقَلْبُ (قَالُوا: وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ هَذَا) أَيُّ مَا ذُكِرَ مِنْ شَهَادَةِ الْقَلْبِ (تَفْسِيرَ إِطْلَاقِ مُحَمَّدٍ فِي الرُّوَايَةِ) وَهُوَ قَوْلُهُ: وَسَعَكَ أَنْ تَشْهَدَ أَنَّهُ لَهُ: يَعْنِي إِذَا وَقَعَ فِي الْقَلْبِ. قِيلَ لَوْ كَانَ ذَلِكَ كَافِيًا فِي الشَّهَادَةِ لَقَبِلَهَا الْقَاضِي إِذَا قَيَّدَهَا الشَّاهِدُ بِمَا اسْتَفَادَ الْعِلْمَ بِهِ مِنْ مُعَايَنَةِ الْيَدِ وَلَيْسَ كَذَلِكَ. وَأُجِيبَ بِأَنَّا جَعَلْنَا الْعِيَانَ مُجَوِّزًا لِلشَّاهِدِ أَنْ يَقْدَمَ عَلَى الشَّهَادَةِ وَذَلِكَ ثَابِتٌ لَمَّا قُلْنَا، وَأَمَّا أَنْ يَلْزَمَ الْقَاضِي الْعَمَلُ بِهِ فَلَمْ يَلْتَزِمْنَاهُ، وَلِهَذَا قُلْنَا: إِنْ الرَّجُلُ إِذَا كَانَ فِي يَدِهِ دَارٌ يَتَصَرَّفُ فِيهَا تَصَرَّفَ الْمَلِكِ يَبْعَثُ دَارَ بَجَنِبِهَا وَأَرَادَ دُونَ الْيَدِ أَنْ يَأْخُذَهَا بِالشُّفْعَةِ فَالْقَاضِي لَا يَقْضِي لَهُ عِنْدَ انْكَارِ الْمُشْتَرِي أَنْ تَكُونَ الدَّارُ مِلْكَ الشَّفِيعِ؛ لِأَنَّ الْعِيَانَ لَيْسَ سَبَبًا لِلْوُجُوبِ.

(وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: دَلِيلُ الْمَلِكِ الْيَدُ مَعَ التَّصَرُّفِ، وَبِهِ قَالَ بَعْضُ مَشَايِخِنَا) وَهُوَ الْخَصَافُ (؛ لِأَنَّ الْيَدَ مُتَنَوِّعَةً إِلَى إِنَابَةِ وَمِلْكٍ) فَلَا تُعِيدُ الْعِلْمَ فَلَا بُدَّ مِنْ ضَمِّ التَّصَرُّفِ إِلَيْهَا.

وَالْجَوَابُ أَنَّ التَّصَرُّفَ كَذَلِكَ، وَضَمُّ مُحْتَمَلٍ إِلَى مُحْتَمَلٍ يَزِيدُ الْإِحْتِمَالَ فَيَنْتَفِي الْعِلْمُ (ثُمَّ) هَذِهِ (الْمَسْأَلَةُ عَلَى وُجُوهِ) أَرْبَعَةٌ بِالْقِسْمَةِ الْعَقْلِيَّةِ؛ لِأَنَّهُ إِمَّا أَنْ يُعَايَنَ الْمَلِكُ

وَالْمَالِكُ، أَوْ لَمْ يُعَايِنَهُمَا، أَوْ عَايَنَ الْمَلِكُ دُونَ الْمَالِكِ أَوْ بِالْعَكْسِ مِنْ ذَلِكَ.
فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ بَانَ عَرَفَ الْمَالِكُ بَوَاجْهِهِ وَاسْمَهُ وَتَسْبِيَهُ وَعَرَفَ الْمَلِكُ بِحُدُودِهِ
وَحُقُوقِهِ وَرَأَاهُ فِي يَدِهِ وَوَقَعَ فِي قَلْبِهِ أَنَّهُ لَهُ حَلُّ لَهُ أَنْ يَشْهَدَ لِأَنَّهُ شَهَادَةٌ عَنْ عِلْمٍ.
وَإِنْ كَانَ الثَّانِي وَسَمِعَ مِنَ النَّاسِ أَنَّ لِفُلَانٍ بَنٍ فُلَانٍ ضَيْعَةً فِي بَلَدٍ كَذَا حُدُودُهَا
كَذَا وَكَذَا لَا يَشْهَدُ؛ لِأَنَّهُ مُجَازِفٌ فِي الشَّهَادَةِ.

وَإِنْ كَانَ الثَّالِثُ وَهُوَ إِنْ عَايَنَ الْمَلِكُ بِحُدُودِهِ يُنْسَبُ إِلَى فُلَانٍ بَنٍ فُلَانٍ الْفُلَانِيُّ
وَلَمْ يُعَايِنَهُ بَوَاجْهِهِ وَلَمْ يَعْرِفْهُ بِتَسْبِيهِ فَالْقِيَاسُ أَنْ لَا تَحِلَّ لَهُ الشَّهَادَةُ؛ لِأَنَّهَا شَهَادَةٌ بِالْمَلِكِ
لِلْمَالِكِ مَعَ جَهَالَةِ الْمُشْهُودِ لَهُ وَجَهَالَةِ الْمُشْهُودِ بِهِ تَمْنَعُ جَوَازَ الشَّهَادَةِ فَكَذَا جَهَالَةُ
الْمُشْهُودِ لَهُ.

وَفِي الاسْتِحْسَانِ يَحِلُّ؛ لِأَنَّ الْمَلِكَ مَعْلُومٌ وَالتَّسَبُّ يُثْبِتُ بِالشُّهُرَةِ وَالتَّسَامُعِ
فَكَانَتْ شَهَادَةٌ بِمَعْلُومٍ لِمَعْلُومٍ؛ أَلَا تَرَى أَنَّ صَاحِبَ الْمَلِكِ إِنْ كَانَتْ امْرَأَةً لَا تَبْرُؤُ وَلَا
تَخْرُجُ كَانَ عَتَبَارُ مُشَاهَدَتِهَا وَتَصَرُّفِهَا بِنَفْسِهَا لِحَوَازِ الشَّهَادَةِ بِالْمَلِكِ مُبْطِلًا لِحَقِّهَا وَلَا
يَجُوزُ ذَلِكَ.

وَعُورُضَ بِأَنَّهُ يَسْتَلْزِمُ الشَّهَادَةَ بِالتَّسَامُعِ فِي الْأَمْوَالِ وَهِيَ بَاطِلَةٌ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ
الشَّهَادَةَ بِالنِّسْبَةِ إِلَى الْمَالِ لَيْسَتْ بِالتَّسَامُعِ بَلْ بِالْعِيَانِ، وَالتَّسَامُعُ إِثْمًا هُوَ بِالنِّسْبَةِ إِلَى
التَّسَبُّ قَصْدًا وَهُوَ مَقْبُولٌ فِيهِ كَمَا تَقَدَّمَ، وَفِي ضَمَنِ ذَلِكَ يَثْبِتُ الْمَالُ وَالْاِعْتِبَارُ
لِلْمُتَضَمِّنِ. وَإِنْ كَانَ الرَّابِعُ فَهُوَ كَالثَّانِي لَجَهَالَةِ الْمُشْهُودِ بِهِ.

وَأَمَّا الْعَبْدُ وَالْأَمَةُ، فَإِنْ كَانَ يَعْرِفُ أَنَّهُمَا رَقِيقَانِ فَكَذَلِكَ لِأَنَّ الرَّقِيقَ لَا يَكُونُ فِي
يَدِ نَفْسِهِ، وَإِنْ كَانَ لَا يَعْرِفُ أَنَّهُمَا رَقِيقَانِ إِلَّا أَنَّهُمَا صَغِيرَانِ لَا يُعْبَرَانِ عَنْ أَنْفُسِهِمَا
فَكَذَلِكَ لِأَنَّهُ لَا يَدَّ لَهُمَا، وَإِنْ كَانَا كَبِيرَيْنِ فَكَذَلِكَ مَصْرِفُ الاستِثْنَاءِ لِأَنَّ لَهُمَا يَدًا عَلَى
أَنْفُسِهِمَا فَيُدْفَعُ يَدُ الْغَيْرِ عَنْهُمَا فَانْعَدَمَ دَلِيلُ الْمَلِكِ.

وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ يَحِلُّ لَهُ أَنْ يَشْهَدَ فِيهِمَا أَيْضًا عَتَبَارًا بِالثِّيَابِ،
وَالْفَرْقُ مَا بَيَّنَّاهُ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

الشرح:

قَوْلُهُ: (وَأَمَّا الْعَبْدُ وَالْأَمَةُ) مَرْدُودٌ إِلَى قَوْلِهِ سِوَى الْعَبْدِ وَالْأَمَةِ. وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ الرَّجُلَ

إِذَا رَأَى عَبْدًا أَوْ أَمَةً فِي يَدِ شَخْصٍ فَلَا يَخْلُو إِمَّا أَنْ يَعْرِفَ رِقَّهُمَا أَوْ لَا، فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ حَلَّ لَهُ أَنْ يَشْهَدَ أَكْثَرَهُمَا مِلْكُ مَنْ هُمَا فِي يَدِهِ؛ لِأَنَّ الرِّقِيقَ لَا يَكُونُ فِي يَدِ نَفْسِهِ، وَإِنْ كَانَ الثَّانِي فَإِمَّا أَنْ يَكُونَا صَغِيرَيْنِ لَا يُعْبَرَانِ عَنْ أَنْفُسِهِمَا أَوْ كَبِيرَيْنِ، فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ فَكَذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ لَا يَدَ لهُمَا عَلَى أَنْفُسِهِمَا، وَإِنْ كَانَ الثَّانِي وَهُوَ مَنْ يُعْبَرُ عَنْ نَفْسِهِ عَاقِلًا غَيْرَ بَالِغٍ كَانَ أَوْ بَالِغًا فَذَلِكَ مَصْرَفُ الْأَسْتِنَاءِ بِقَوْلِهِ سَوَى الْعَبْدِ وَالْأَمَةِ، فَإِنْ الْيَدُ فِي ذَلِكَ لَا تَدُلُّ عَلَى الْمِلْكِ؛ لِأَنَّهُمَا فِي أَيْدِي أَنْفُسِهِمَا وَذَلِكَ يَرْفَعُ يَدَ الْغَيْرِ عَنْهُمَا حُكْمًا، حَتَّى إِنْ الصَّبِيِّ الَّذِي يَعْمَلُ إِنْ أَقْرَّ بِالرَّقِّ عَلَى نَفْسِهِ لَغَيْرِهِ جَازَ وَيَصْنَعُ بِهِ الْمُقَرُّ لَهُ مَا يَصْنَعُ بِمُلُوكِهِ.

واعتُزَّضَ بِأَنَّ الْاِغْتِبَارَ فِي الْحُرِّيَّةِ وَالرَّقِّ لَوْ كَانَا لِتَغْيِيرِهِمَا عَنْ أَنْفُسِهِمَا لاعتُبرَ دَعْوَى الْحُرِّيَّةِ مِنْهُمَا بَعْدَ الْكِبَرِ فِي يَدِ مَنْ يَدَّعِي رِقَّهُمَا. وَأُجِيبَ بِأَنَّهُ إِمَّا لَمْ يُعْتَبَرْ ذَلِكَ لثُبُوتِ الرَّقِّ عَلَيْهِمَا لِلْمَوْلَى فِي الصَّغَرِ وَإِمَّا الْمُعْتَبَرُ بِذَلِكَ إِذَا لَمْ يَثْبُتْ لِأَحَدٍ عَلَيْهِمَا رِقٌّ. وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ قَالَ: يَحِلُّ لَهُ أَنْ يَشْهَدَ فِيهِمَا أَيْضًا اعْتِبَارًا بِالثِّيَابِ، وَكَذَا رُوِيَ عَنْ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ، فَجَعَلُوا الْيَدَ دَلِيلًا عَلَى الْمِلْكِ فِي الْكُلِّ؛ أَلَا تَرَى أَنَّ مَنْ ادَّعَى عَبْدًا أَوْ أَمَةً فِي يَدِ غَيْرِهِ وَذُو الْيَدِ يَدَّعِي لِنَفْسِهِ فَالْقَوْلُ لَذِي الْيَدِ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ شَاهِدٌ لَهُ لِقِيَامِ يَدِهِ كَمَا فِي الثِّيَابِ وَالذُّوَابِ، وَالْفَرْقُ مَا بَيْنَا وَهُوَ قَوْلُهُ؛ لِأَنَّ هُمَا يَدَا عَلَى أَنْفُسِهِمَا يَدْفَعَانِ بَهَا يَدَ الْغَيْرِ عَنْهُمَا، بِخِلَافِ الثِّيَابِ، وَاللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ.

بَابُ مَنْ تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ وَمَنْ لَا تُقْبَلُ

قَالَ: وَلَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ الْأَعْمَى. وَقَالَ زُهْرٌ رَحِمَهُ اللَّهُ وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ: تُقْبَلُ هَيْمًا يَجْرِي فِيهِ السَّمَاعُ لِأَنَّ الْحَاجَةَ فِيهِ إِلَى السَّمَاعِ وَلَا خَلَلَ فِيهِ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَالشَّافِعِيُّ رَحِمَهُمَا اللَّهُ: يَجُوزُ إِذَا كَانَ بَصِيرًا وَهَتَّ التَّحْمُلُ لِحُصُولِ الْعِلْمِ بِالْمَعَايِنَةِ، وَالْأَدَاءُ يَخْتَصُّ بِالْقَوْلِ وَلِسَانُهُ غَيْرُ مُؤَفٍّ وَالتَّعْرِيفُ يَحْصُلُ بِالنَّسْبَةِ كَمَا فِي الشَّهَادَةِ عَلَى الْمَيِّتِ. وَلَنَا أَنَّ الْأَدَاءَ يَفْتَقِرُ إِلَى التَّمْيِيزِ بِالْإِشَارَةِ بَيْنَ الْمَشْهُودِ لَهُ وَالْمَشْهُودِ عَلَيْهِ، وَلَا يُمَيِّزُ الْأَعْمَى إِلَّا بِالنَّفْعَةِ، وَفِيهِ شُبُهَةٌ يُمْكِنُ التَّحَرُّزُ عَنْهَا بِجِنْسِ الشُّهُودِ وَالنَّسْبَةِ لِتَعْرِيفِ الْغَائِبِ دُونَ الْحَاضِرِ فَصَارَ كَالْحُدُودِ وَالْقِصَاصِ. وَلَوْ

عَمِيَ بَعْدَ الْأَدَاءِ يَمْتَنِعُ الْقَضَاءُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ، لِأَنَّ قِيَامَ أَهْلِيَّةِ الشَّهَادَةِ شَرْطٌ وَقَتَ الْقَضَاءِ لَصِيرُورَتِهَا حُجَّةٌ عِنْدَهُ وَقَدْ بَطَلَتْ وَصَارَ كَمَا إِذَا خَرَسَ أَوْ جُنَّ أَوْ فَسَقَ، بِخِلَافِ مَا إِذَا مَاتُوا أَوْ غَابُوا، لِأَنَّ الْأَهْلِيَّةَ بِالمَوْتِ قَدْ انْتَهَتْ وَبِالْغَيْبَةِ مَا بَطَلَتْ.

الشرح:

(بَابُ مَنْ تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ وَمَنْ لَا تُقْبَلُ): لَمَّا فَرَعَ مِنْ بَيَانِ مَا تُسْمَعُ فِيهِ الشَّهَادَةُ وَمَا لَا تُسْمَعُ شَرَعَ فِي بَيَانِ مَنْ تُسْمَعُ مِنْهُ الشَّهَادَةُ وَمَنْ لَا تُسْمَعُ، وَقَدَّمَ ذَلِكَ عَلَى هَذَا؛ لِأَنَّهُ مَحَالُ الشَّهَادَةِ وَالْمَحَالُّ شُرُوطٌ وَالشُّرُوطُ مُقَدِّمَةٌ عَلَى الْمَشْرُوطِ، وَأَصْلُ رَدِّ الشَّهَادَةِ وَمَبْنَاهُ التُّهْمَةُ، قَالَ ﷺ «لَا شَهَادَةَ لِمُتَّهِمٍ» وَلِأَنَّهَا خَبَرٌ يَحْتَمِلُ الصِّدْقَ وَالْكَذِبَ وَحُجَّتُهُ يَتَرَجَّحُ جَانِبُ الصِّدْقِ فِيهِ وَبِالتُّهْمَةِ لَا يَتَرَجَّحُ، وَهِيَ قَدْ تَكُونُ لِمَعْنَى فِي الشَّاهِدِ كَالْفَسَقِ، فَإِنَّ مَنْ لَا يَتَزَجَّرُ عَنْ غَيْرِ الْكَذِبِ مِنْ مَحْظُورَاتِ دِينِهِ فَقَدْ لَا يَتَزَجَّرُ عَنْهُ أَيْضًا فَكَانَ مُتَّهِمًا بِالْكَذِبِ، وَقَدْ تَكُونُ لِمَعْنَى فِي الْمَشْهُودِ لَهُ مِنْ قَرَابَةِ يُتَّهَمُ بِهَا بِإِثَارِ الْمَشْهُودِ لَهُ عَلَى الْمَشْهُودِ عَلَيْهِ كَالْوِلَادَةِ وَقَدْ تَكُونُ لِحُلُلٍ فِي أَدَاءِ التَّمْيِيزِ كَالْعَمَى الْمُفْضِي إِلَى تُهْمَةِ الْغُلَطِ فِيهَا وَقَدْ تَكُونُ بِالْعَجْزِ عَمَّا جَعَلَ الشَّرْعُ دَلِيلَ صِدْقِهِ كَالْمَحْدُودِ فِي الْقَذْفِ قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿فَإِذَا لَمْ يَأْتُوا بِالشَّهَادَةِ فَأُولَئِكَ عِنْدَ اللَّهِ هُمُ الْكَاذِبُونَ﴾ [النور: ١٣].

قال: (وَلَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ الْأَعْمَى إلخ) شَهَادَةُ الْأَعْمَى إِمَّا أَنْ تَكُونَ فِي الْحُدُودِ وَالْقِصَاصِ أَوْ لَا، فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ فَلَيْسَتْ بِمَقْبُولَةٍ بِالِاتِّفَاقِ وَإِنْ كَانَ الثَّانِي فَإِمَّا أَنْ تَكُونَ فِيمَا يَجْرِي فِيهِ التَّسَامُعُ كَالنَّسَبِ وَالْمَوْتِ أَوْ لَا، فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ قُبِلَتْ عِنْدَ زُفَرٍ وَهُوَ رِوَايَةُ ابْنِ شَجَاعٍ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ، وَإِنْ كَانَ الثَّانِي، فَإِنْ كَانَ بَصِيرًا وَقَتَ التَّحْمُلِ وَالْمَشْهُودِ بِهِ غَيْرُ مَنْقُولٍ قُبِلَتْ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ وَالشَّافِعِيِّ، وَإِنْ انْتَفَى أَحَدُهُمَا لَمْ تُقْبَلْ بِالِاتِّفَاقِ.

فَالْمُعْتَبَرُ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ الْإِبْصَارُ عِنْدَ التَّحْمُلِ، وَعِنْدَهُمَا اسْتِمْرَارُهُ، حَتَّى لَوْ عَمِيَ بَعْدَ الْأَدَاءِ قَبْلَ الْقَضَاءِ امْتَنَعَ الْقَضَاءُ.

أَمَّا عَدَمُ الْقَبُولِ فِي الْحُدُودِ وَالْقِصَاصِ فَلِأَنَّهَا تَنْدَرِي بِالشُّبُهَاتِ وَالصَّوْتِ وَالتَّعْمَةِ فِي حَقِّ الْأَعْمَى يَقُومُ مَقَامَ الْمَعَايِنَةِ، وَالْحُدُودُ لَا تُثَبَّتُ بِمَا يَقُومُ مَقَامَ الْغَيْرِ.

وَأَمَّا وَجْهٌ قَوْلُ زُفَرٍ فَهُوَ أَنَّ الْحَاجَةَ فِيهِ إِلَى السَّمَاعِ وَلَا خَلَلَ فِيهِ. وَالْجَوَابُ أَنَّ مَنْ لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ فِيمَا لَا يَجْرِي فِيهِ التَّسَامُعُ لَا تُقْبَلُ فِيمَا يَجْرِي فِيهِ ذَلِكَ كَالصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ، وَسَيَأْتِي جَوَابُ آخَرٍ.

وَأَمَّا وَجْهٌ قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ وَالشَّافِعِيِّ فَهُوَ أَنَّ الْعِلْمَ بِالْمُعَايَنَةِ حَصَلَ عَنْهُ التَّحْمُلُ، وَمَنْ حَصَلَ لَهُ الْعِلْمُ بِالْمُعَايَنَةِ عِنْدَ التَّحْمُلِ صَحَّ تَحْمِيلُهُ لَا مَحَالَةَ، وَالْأَدَاءُ إِنَّمَا يَكُونُ بِالْقَوْلِ وَلَا خَلَلَ فِي الْقَوْلِ؛ لِأَنَّ لِسَانَهُ غَيْرُ مَوْفٍ فَكَانَ الْمُفْتَضِي لَصِحَّةِ التَّحْمُلِ وَالْأَدَاءِ مَوْجُودًا وَالْمَانِعُ وَهُوَ عَدَمُ التَّعْرِيفِ مُتَنَفٍّ؛ لِأَنَّ التَّعْرِيفَ يَحْصُلُ بِالنِّسْبَةِ فَصَارَ كَالشَّهَادَةِ عَلَى الْمَيِّتِ إِذَا شَهِدَا عَلَى الْمَيِّتِ بِأَنَّ لِفُلَانٍ عَلَيْهِ كَذَا مِنْ الدِّينِ فَإِنَّهَا تُقْبَلُ بِالِاتِّفَاقِ إِذَا ذَكَرَ نِسْبَتَهُ.

وَالْجَوَابُ لِأَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ أَنَّا لَا نُسَلِّمُ أَنَّ الْقَوْلَ يَسْتَبِيدُ بِتَحْصِيلِ الْأَدَاءِ بَلِ الْأَدَاءُ مُفْتَقِرٌ إِلَى التَّمْيِيزِ بِالْإِشَارَةِ بَيْنَ الْمَشْهُودِ لَهُ وَالْمَشْهُودِ عَلَيْهِ، وَلَا يُمَيِّزُ الْأَعْمَى إِلَّا بِالنِّعْمَةِ، وَفِيهِ أَيْ فِي النِّعْمَةِ بِتَأْوِيلِ الصَّوْتِ شَبْهَةٌ يُمَكِّنُ التَّحَرُّزَ عَنْهَا بِجِنْسِ الشُّهُودِ، فَإِنَّ بِالشُّهُودِ الْبُصْرَاءِ كَثْرَةً وَفِيهِمْ غُيَّةٌ عَنْ شَهَادَةِ الْأَعْمَى، وَالْمُرَادُ بِالتَّمْيِيزِ بِالْإِشَارَةِ التَّمَكُّنُ مِنْهُ لِفُلَانٍ يُتَقَضَّ بِالشَّهَادَةِ عَلَى الْغَائِبِ لِأَجْلِ كِتَابِ الْقَاضِي إِلَى الْقَاضِي فَإِنَّهَا تُقْبَلُ، وَلَا إِشَارَةَ ثَمَّةَ لَتَمَكُّنِهِمْ مِنْ ذَلِكَ عِنْدَ الْحُضُورِ، بِخِلَافِ الْأَعْمَى.

وَفِي قَوْلِهِ يُمَكِّنُ التَّحَرُّزُ إِشَارَةً إِلَى الْجَوَابِ عَنْ الْمَيِّتِ، فَإِنَّ الْإِحْتِرَازَ عَنْهُ بِجِنْسِ الشُّهُودِ غَيْرُ مُمَكِّنٍ؛ لِأَنَّ الْمُدْعِيَ وَإِنْ اسْتَكْتَرَّ مِنَ الشُّهُودِ يَحْتَاجُ إِلَى إِقَامَةِ الْأَسْمِ، وَالنِّسْبَةِ مَقَامَ الْإِشَارَةِ عِنْدَ مَوْتِ الْمَشْهُودِ عَلَيْهِ أَوْ غَيْبَتِهِ، وَإِلَى الْجَوَابِ عَمَّا يُقَالُ قَدْ اعْتَبَرْتُمْ النِّعْمَةَ مُمَيِّزَةً لِلأَعْمَى فِيمَا هُوَ أَكْثَرُ خَطَرًا مِنَ الْأَمْوَالِ وَهُوَ وَطْءُ زَوْجَتِهِ وَجَارِيَّتِهِ فَإِنَّهُ لَا يُمَيِّزُهُمَا عَنْ غَيْرِهِمَا إِلَّا بِالنِّعْمَةِ وَذَلِكَ تَنَاقُضٌ. وَتَقْرِيرُ ذَلِكَ أَنَّ الْإِحْتِرَازَ عَنْهَا بِغَيْرِهَا غَيْرُ مُمَكِّنٍ مَعَ تَحْقِيقِ الضَّرُورَاتِ، بِخِلَافِ مَا نَحْنُ فِيهِ، وَلَا نُسَلِّمُ انْتِفَاءَ الْمَانِعِ فَإِنْ انْتَفَاءَهُ بِحُصُولِ التَّعْرِيفِ بِالنِّسْبَةِ وَالتَّعْرِيفِ الْغَائِبِ دُونَ الْحَاضِرِ، وَفِيهِ إِشَارَةٌ أَيْضًا إِلَى الْجَوَابِ عَنْ الْمَيِّتِ فَصَارَ كَالْحُدُودِ وَالْقِصَاصِ فِي كَوْنِ النِّسْبَةِ غَيْرَ مُفِيدَةٍ لِلتَّعْرِيفِ.

وَأَمَّا وَجْهٌ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ لَمَنَعَ الْقَضَاءُ بِالْعَمَى الطَّارِئِ بَعْدَ الْأَدَاءِ

فَهُوَ أَنْ شَرَطَ الْقَضَاءُ قِيَامَ أَهْلِيَّةِ الشَّهَادَةِ وَقَتَ الْقَضَاءِ لَصِيرُورَةِ الشَّهَادَةِ حُجَّةً عِنْدَهُ، وَلَا قِيَامَ لَهَا بِالْعَمَى فَصَارَ كَمَا إِذَا خَرَسَ أَوْ جُنَّ أَوْ فَسَقَ، فَإِنَّهُمْ أَجْمَعُوا عَلَى أَنَّ الشَّاهِدَ إِذَا خَرَسَ أَوْ جُنَّ أَوْ ارْتَدَّ بَعْدَ الْأَدَاءِ قَبْلَ الْقَضَاءِ لَا يَقْضِي الْقَاضِي بِشَهَادَتِهِ، وَالْأَمْرُ الْكُلِّيُّ فِي ذَلِكَ أَنَّ مَا يَمْنَعُ الْأَدَاءَ يَمْنَعُ الْقَضَاءَ؛ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ مِنْ أَدَائِهَا الْقَضَاءُ وَهَذِهِ الْأَشْيَاءُ تَمْنَعُ الْأَدَاءَ بِالْإِجْمَاعِ فَتَمْنَعُ الْقَضَاءَ، وَالْعَمَى الطَّارِئُ بَعْدَ التَّحْمُلِ يَمْنَعُ الْأَدَاءَ عِنْدَهُمَا فَيَمْنَعُ الْقَضَاءَ، وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ لَا يَمْنَعُ الْأَدَاءَ فَلَا يَمْنَعُ الْقَضَاءَ (قَوْلُهُ: بِخِلَافِ مَا إِذَا مَاتُوا أَوْ غَابُوا) جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ لَا نُسَلِّمُ أَنَّ قِيَامَ الْأَهْلِيَّةِ وَقَتَ الْقَضَاءِ شَرْطٌ، فَإِنَّ الشَّاهِدَ إِذَا مَاتَ أَوْ غَابَ قَبْلَ الْقَضَاءِ لَا يَمْنَعُ الْقَضَاءَ وَلَا أَهْلِيَّةَ عِنْدَهُ. وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ الْأَهْلِيَّةَ بِالْمَوْتِ انْتَهَتْ وَالشَّيْءُ يَتَقَرَّرُ بِانْتِهَائِهِ وَبِالْعَيْبَةِ مَا بَطَلَتْ

(قَالَ وَلَا الْمَمْلُوكُ) لِأَنَّ الشَّهَادَةَ مِنْ بَابِ الْوِلَايَةِ وَهُوَ لَا يَلِي نَفْسَهُ فَأَوْلَى أَنْ لَا تَثْبُتَ

لَهُ الْوِلَايَةُ عَلَى غَيْرِهِ

الشرح:

(قَالَ وَلَا الْمَمْلُوكُ إلخ) لَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ الْمَمْلُوكِ؛ لِأَنَّ الشَّهَادَةَ وِلَايَةٌ مُتَعَدِّيَّةٌ، وَلَيْسَ لَهُ وِلَايَةٌ قَاصِرَةٌ فَأَوْلَى أَنْ لَا يَكُونَ لَهُ وِلَايَةٌ مُتَعَدِّيَّةٌ

(وَلَا الْمَحْدُودُ فِي قَذْفٍ وَإِنْ تَابَ) لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا﴾ [النور: ٤]

وَلَأَنَّهُ مِنْ تَمَامِ الْحَدِّ لِكَوْنِهِ مَانِعًا فَيَبْقَى بَعْدَ التَّوْبَةِ كَأَصْلِهِ، بِخِلَافِ الْمَحْدُودِ فِي غَيْرِ الْقَذْفِ لِأَنَّ الرَّدَّ لِلْفِسْقِ وَقَدْ ارْتَفَعَ بِالتَّوْبَةِ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تُقْبَلُ إِذَا تَابَ لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا﴾ [النور: ٥] اسْتَنْتَى التَّائِبَ. فَلَنَا: الْاسْتِثْنَاءُ يَنْصَرِفُ إِلَى مَا يَلِيهِ وَهُوَ قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ﴾ [النور: ٤] أَوْ هُوَ اسْتِثْنَاءٌ مُنْقَطِعٌ بِمَعْنَى لَكِنْ.

الشرح:

وَلَا الْمَحْدُودُ فِي قَذْفٍ وَإِنْ تَابَ لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا﴾

وَوَجْهُ الاسْتِدْلَالِ أَنَّ اللَّهَ تَعَالَى نَصَّ عَلَى الْأَبَدِ وَهُوَ مَا لَا نِهَايَةَ لَهُ، وَالتَّنْصِيبُ عَلَيْهِ يُنَافِي الْقَبُولَ فِي وَقْتٍ مَا، وَأَنْ مَعْنَى قَوْلِهِ لَهُمْ: أَيُّ لِلْمَحْدُودِينَ فِي الْقَذْفِ وَبِالتَّوْبَةِ لَمْ يَخْرُجْ عَنْ كَوْنِهِ مَحْدُودًا فِي قَذْفٍ؛ وَلَأَنَّهُ يَعْنِي رَدَّ الشَّهَادَةِ مِنْ تَمَامِ الْحَدِّ لِكَوْنِهِ مَانِعًا عَنْ الْقَذْفِ كَالْجُلْدِ وَالْحَدِّ وَهُوَ الْأَصْلُ يَبْقَى بَعْدَ التَّوْبَةِ لِعَدَمِ سُقُوطِهِ بِهَا فَكَذَا تَمَّتْهُ

اعتباراً له بالأصل (قوله: بخلاف المخدود في غير القذف) جواب عما يقال المخدود في القذف فاسق بقوله تعالى ﴿ وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ ﴾ والفاسق إذا تاب ثاب تقبل شهادته كالمخدود في غير القذف، ووجه ذلك أن رد الشهادة إن كان للفسق زال بزواله بالتوبة فقبلت كالمخدود في غير القذف، وأما إذا لم يكن كذلك كالمخدود في القذف فإنه من تمام الحد كما ذكرنا، وليس للفسق إذ الحكم الثابت له التوقف بقوله تعالى ﴿ إِنْ جَاءَ كُفْرًا فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا ﴾ [الحجرات: ٦] لا التهي عن القبول.

وقال الشافعي رحمه الله: تقبل شهادته إذا تاب لقوله تعالى ﴿ إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا ﴾ استثنى التائب والاستثناء ينصرف إلى الجميع فيكون تقيده: ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً إلا الذين تابوا. والجواب أنه منصرف إلى ما يليه وهو قوله: ﴿ وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ ﴾ وهو ليس بمعطوف على ما قبله؛ لأن ما قبله طلبى وهو إخباري.

فإن قلت: فاجعله بمعنى الطلبى ليصح كما في قوله تعالى ﴿ وَيَالِ الَّذِينَ إِحْسَنًا ﴾ [النساء: ٣٦] قلت: ياباه ضمير الفصل، فإنه يفيد حصر أحد المسندين في الآخر وهو يؤكد الإخبارية. سلمناه لكن يلزم جعل الكلمات المتعددة كالكلمة الواحدة وهو خلاف الأصل، سلمناه لكنه كان إذ ذاك جزاء فلا يرتفع بالتوبة كأصل الحد وهو تناقض ظاهر. سلمناه لكنه كان أبداً مجازاً عن مدة غير متطاولة وليس بمعهود. سلمناه لكن جعله مجازاً ليس بأولى من جعل الاستثناء منقطعاً بل جعله منقطعاً أولى دفعاً للمخدورات، وتمام العثور على هذا المبحث يقتضي مطالعة تقريرنا في تقريرنا في الاستدلالات الفاسدة.

(ولو حد الكافر في هذف ثم أسلم تقبل شهادته) لأن للكافر شهادة فكان ردها من تمام الحد، وبالإسلام حدثت له شهادة أخرى، بخلاف العبد إذا حد ثم أعتق لأنه لا شهادة للعبد أصلاً فتمام حده يرد شهادته بعد العتق.

الشرح:

قوله: (ولو حد الكافر) يعني إذا حد الكافر في قذف لم تجز شهادته بعد ذلك على الكفار، فإذا أسلم جازت شهادته مطلقاً؛ لأن للكافر شهادة على مثله، ومن له ذلك وحد في القذف كان رد شهادته من تمة حده، وبالإسلام حدثت له شهادة

مُطْلَقَةً غَيْرِ الْأُولَى فَلَا يَكُونُ الرَّدُّ مِنْ تَمَامِهَا، وَالْعَبْدُ إِذَا حُدَّ فِي الْقَذْفِ ثُمَّ أُعْتِقَ لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَكُنْ لَهُ شَهَادَةٌ إِلَّا مَا كَانَ بَعْدَ الْعِتْقِ فَجُعِلَ رَدُّهَا مِنْ تَمَامِ حَدِّهِ، وَطُولِبَ بِالْفَرْقِ بَيْنَ مُسْلِمٍ زَنَى فِي دَارِ الْحَرْبِ فَخَرَجَ إِلَى دَارِ الْإِسْلَامِ وَبَيْنَ الْعَبْدِ إِذَا حُدَّ فِي الْقَذْفِ حَيْثُ جُعِلَ الْقَذْفُ قَائِمًا فِي حَقِّهِ إِلَى حُصُولِ أَهْلِيَّةِ الشَّهَادَةِ وَلَمْ يَجْعَلِ الزُّنَا قَائِمًا إِلَى حُصُولِ نَفُوذِ الْوِلَايَةِ، وَفَرَّقَ بَيْنَهُمَا بِأَنَّ الزُّنَا لَمْ يَنْعَقِدْ مُوجِبًا فِي دَارِ الْحَرْبِ لِلْحَدِّ لَا لِنَقْطَاعِ الْوِلَايَةِ فَلَا يَنْقَلِبُ مُوجِبًا، وَالْقَذْفُ مُوجِبٌ فِي حَقِّ الْأَصْلِ فَيُوجِبُ الْوَصْفَ عِنْدَ امْتِنَانِهِ.

واعتُزِلَ عَلَى كَلَامِ الْمُصَنِّفِ بِأَنَّهُ لَا فَائِدَةَ فِي تَقْيِيدِ الْحَدِّ بِكَوْنِهِ قَبْلَ الْإِعْتِقِ؛ لِأَنَّهُ إِذَا حُدَّ بَعْدَ الْإِعْتِقِ ثُرِدُ الشَّهَادَةِ أَيْضًا لِمُلَاقَاةِ الْحَدِّ وَقَدْ قُبُولِ الشَّهَادَةِ فَأَوْجَبَ الرَّدُّ. وَأَمَّا إِذَا قَذَّفَ الْكَافِرُ مُسْلِمًا ثُمَّ أَسْلَمَ فَحُدَّ فِي حَالِ إِسْلَامٍ لَمْ تُقْبَلْ شَهَادَتُهُ، وَلَوْ حُدَّ قَبْلَ الْإِسْلَامِ قُبِلَتْ فَكَانَ ذِكْرُ الْحَدِّ قَبْلَ الْإِسْلَامِ مُفِيدًا. وَالْجَوَابُ أَنَّ فَائِدَتَهُ تَطْبِيقُ الْمَسْأَلَتَيْنِ فِي غُرُوضٍ مَا يَعْزِضُ بَعْدَ الْحَدِّ مَعَ وَقُوعِ الْاِخْتِلَافِ الْمَخْرُجِ إِلَى الْفَرْقِ. وَأَمَّا أَنَّ الشَّهَادَةَ لَا تُقْبَلُ بَعْدَ الْإِعْتِقِ كَمَا أَنَّهَا لَا تُقْبَلُ قَبْلَهُ فَلَا مُنَافَاةَ فِيهِ.

(قَالَ وَلَا شَهَادَةُ الْوَالِدِ لَوْلَدِهِ وَوَلَدِهِ وَلَدِهِ، وَلَا شَهَادَةُ الْوَلَدِ لِأَبَوَيْهِ وَأَجْدَادِهِ) وَالْأَصْلُ فِيهِ قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «لَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ الْوَلَدِ لَوَالِدِهِ وَلَا الْوَالِدِ لَوْلَدِهِ وَلَا الْمَرْأَةُ لَزَوْجِهَا وَلَا الزَّوْجُ لِمَرْأَتِهِ وَلَا الْعَبْدُ لِسَيِّدِهِ وَلَا الْمَوْلَى لِعَبْدِهِ وَلَا الْأَجِيرُ لِمَنْ اسْتَأْجَرَهُ»^(١) وَلِأَنَّ الْمَنَافِعَ بَيْنَ الْأَوْلَادِ وَالْأَبَاءِ مُتَّصِلَةٌ وَلِهَذَا لَا يَجُوزُ آدَاءُ الزَّكَاةِ إِلَيْهِمْ فَتَكُونُ شَهَادَةُ لِنَفْسِهِ مِنْ وَجْهِ أَوْ تَتِمَّكُنُ فِيهِ التُّهْمَةُ.

قَالَ الْعَبْدُ الضَّعِيفُ: وَالْمُرَادُ بِالْأَجِيرِ عَلَى مَا قَالُوا التَّلْمِيزُ الْخَاصُّ الَّذِي يَعْدُ ضَرَرَ أَسْتَاذِهِ ضَرَرَ نَفْسِهِ وَنَفْعُهُ نَفْعَ نَفْسِهِ، وَهُوَ مَعْنَى قَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «لَا شَهَادَةَ لِلْقَانِعِ بِأَهْلِ الْبَيْتِ»^(٢) وَقِيلَ الْمُرَادُ بِالْأَجِيرِ مُسَانَّتُهُ أَوْ مُشَاهِرَةً أَوْ مَيَاوَمَةً فَيَسْتَوْجِبُ الْأَجْرَ بِمَنَافِعِهِ عِنْدَ آدَاءِ الشَّهَادَةِ فَيَصِيرُ كَالْمُسْتَأْجَرِ عَلَيْهَا.

(١) قال الزيلعي في نصب الراية (١٧٢/٤): غريب.

(٢) أخرجه أبو داود (٣٦٠٠). وانظر نصب الراية (١٧٢/٤).

الشرح:

قَالَ (وَلَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ الْوَالِدِ لَوْلَدِهِ وَوَلَدٍ وَلَدِهِ، وَلَا شَهَادَةُ الْوَلَدِ لِأَبَوَيْهِ وَأَجْدَادِهِ لِقَوْلِهِ ﷺ «لَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ الْوَلَدِ لَوَالِدِهِ وَلَا الْوَالِدُ لَوْلَدِهِ وَلَا الْمَرْأَةُ لَزَوْجِهَا وَلَا الزَّوْجُ لَامْرَأَتِهِ وَلَا الْعَبْدُ لَسَيِّدِهِ وَلَا الْمَوْلَى لَعَبْدِهِ وَلَا الْأَجِيرُ لِمَنْ اسْتَأْجَرَهُ» قِيلَ: مَا فَائِدَةُ قَوْلِهِ لَسَيِّدِهِ، فَإِنَّ الْعَبْدَ لَا شَهَادَةَ لَهُ فِي حَقِّ أَحَدٍ. وَأُجِيبَ بِأَنَّهُ ذَكَرَهُ عَلَى سَبِيلِ الْأَسْطُرَادِ، فَإِنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لَمَّا عَدَّ مَوَاضِعَ التُّهْمَةِ ذَكَرَ الْعَبْدَ مَعَ السَّيِّدِ فَكَأَنَّهُ قَالَ: لَوْ قُبِلَتْ شَهَادَةُ الْعَبْدِ فِي مَوْضِعٍ مِنَ الْمَوَاضِعِ عَلَى سَبِيلِ الْفَرْضِ لَمْ تُقْبَلْ فِي حَقِّ سَيِّدِهِ؛ وَلَأَنَّ الْمَنَافِعَ بَيْنَ الْأَوْلَادِ وَالْآبَاءِ مُتَّصِلَةٌ وَلِهَذَا لَا يَجُوزُ دَفْعُ الزَّكَاةِ إِلَيْهِمْ، وَأَنْصَالُهَا يُوجِبُ أَنْ تَكُونَ الشَّهَادَةُ لِنَفْسِهِ مِنْ وَجْهِ أَوْ أَنْ يَتِمَّكَنَ فِيهِ شُبْهَةٌ.

قَالَ الْمُصَنِّفُ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَالْمُرَادُ بِالْأَجِيرِ عَلَى مَا قَالَ الْمَشَايخُ هُوَ التَّلْمِيزُ الْخَاصُّ الَّذِي يَعْدُ ضُرٌّ أَسْتَاذِهِ ضَرَرَ نَفْسِهِ وَنَفَعَهُ نَفَعَ نَفْسِهِ) قِيلَ: التَّلْمِيزُ الْخَاصُّ هُوَ الَّذِي يَأْكُلُ مَعَهُ وَفِي عِيَالِهِ وَلَيْسَ لَهُ أَجْرَةٌ مَعْلُومَةٌ، وَهُوَ مَعْنَى قَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «لَا شَهَادَةَ لِلْقَانِعِ بِأَهْلِ الْبَيْتِ» مِنَ الْقَنُوعِ؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ السَّائِلِ يَطْلُبُ مَعَاشَهُ مِنْهُمْ.

وَقِيلَ الْمُرَادُ بِهِ الْأَجِيرُ مُسَانَّهُةً أَوْ مُشَاهِرَةً، وَهُوَ الْأَجِيرُ الْوَاحِدُ فَيَسْتَوْجِبُ: أَيُّ فَإِنَّهُ إِذَا كَانَ كَذَلِكَ يَسْتَوْجِبُ الْأَجْرَ بِمَنَافِعِهِ، وَأَدَاءُ الشَّهَادَةِ مِنْ جُمْلَتِهَا فَيَصِيرُ كَالْمُسْتَأْجَرِ عَلَيْهَا، وَهُوَ اسْتِحْسَانُ تَرْكِ بِهِ وَجْهَ الْقِيَاسِ وَهُوَ قَبُولُهَا لَكُونِهَا شَهَادَةً عَدْلٍ لغيرِهِ مِنْ كُلِّ وَجْهٍ، إِذْ لَيْسَ لَهُ فِيمَا شَهِدَ فِيهِ مِلْكٌ وَلَا حَقٌّ وَلَا شُبْهَةٌ اشْتِبَاهٍ بِسَبَبِ انْتِصَالِ الْمَنَافِعِ، وَلِهَذَا جَازَ شَهَادَةُ الْأُسْتَاذِ لَهُ وَوَضْعُ الزَّكَاةِ فِيهِ، لَكِنَّ الْإِجْمَاعَ الْمُنْعَقِدَ عَلَى قَوْلِ وَاحِدٍ مِنَ السَّلَفِ حُجَّةٌ يَتْرَكُ بِهِ الْقِيَاسُ. وَأَمَّا شَهَادَةُ الْأَجِيرِ الْمُشْتَرَكِ فَمَقْبُولَةٌ؛ لِأَنَّ مَنَافِعَهُ غَيْرُ مَمْلُوكَةٍ لِأُسْتَاذِهِ، وَلِهَذَا لَهُ أَنْ يُؤَجَّرَ نَفْسُهُ مِنْ غَيْرِهِ فِي مُدَّةِ الْإِجَارَةِ.

قَالَ: (وَلَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ أَحَدِ الزَّوْجَيْنِ لِلْآخَرِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: تُقْبَلُ لِأَنَّ الْأَمْلَاقَ بَيْنَهُمَا مُتَمَيِّزَةً وَالْأَيْدِي مُتَحَيِّزَةً وَلِهَذَا يَجْرِي الْقِصَاصُ وَالْحَبْسُ بِالذَّيْنِ بَيْنَهُمَا، وَلَا مُعْتَبَرٌ بِمَا فِيهِ مِنَ النَّفْعِ لِثَبُوتِهِ ضِمْنًا كَمَا فِي الْغَرِيمِ إِذَا شَهِدَ لِمَدْيُونِهِ الْمُفْلِسِ. وَلَنَا مَا رَوَيْنَا، وَلَأَنَّ الْاِتِّفَاعَ مُتَّصِلٌ عَادَةً وَهُوَ الْمَقْصُودُ فَيَصِيرُ شَاهِدًا لِنَفْسِهِ مِنْ وَجْهِ أَوْ يَصِيرُ مِنْهُمْ، بِخِلَافِ شَهَادَةِ الْغَرِيمِ لِأَنَّهُ لَا وِلَايَةَ عَلَى الْمَشْهُودِ بِهِ.

الشرح:

قَالَ (وَلَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ أَحَدِ الزَّوْجَيْنِ لِلآخَرِ، وَقَالَ: الشَّافِعِيُّ يُقْبَلُ؛ لِأَنَّ الْأَمْلَاكَ بَيْنَهُمَا مُتَمَيِّزَةٌ وَالْأَيْدِي مُتَحَيِّزَةٌ) أَيُّ يَدُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُجْتَمِعَةٌ بِنَفْسِهَا غَيْرُ مُتَفَرِّقَةٍ فِي مِلْكِ الْآخَرِ غَيْرُ مُتَعَدِّيَةٍ إِلَيْهِ، وَلِهَذَا يُقْضَى مِنْ أَحَدِهِمَا لِلآخَرِ وَيُجْبَسُ بِدَيْنِهِ، وَكُلُّ مَنْ كَانَ كَذَلِكَ تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ فِي حَقِّ صَاحِبِهِ كَالْأَخَوَيْنِ وَأَوْلَادِ الْعَمِّ وَغَيْرِهِمْ. لَا يُقَالُ: فِي قَبُولِ شَهَادَةِ أَحَدِهِمَا لِلآخَرِ نَفْعٌ لِلشَّاهِدِ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَعْدُ نَفْعَ صَاحِبِهِ نَفْعَ نَفْسِهِ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لَيْسَ بِقَصْدِيٍّ بَلْ حَصَلَ فِي ضِمْنِ الشَّهَادَةِ فَلَا يَكُونُ مُعْتَبَرًا. كَرَبِّ الدِّينِ إِذَا شَهِدَ لِمَنْ عَلَيْهِ الدِّينُ وَهُوَ مُفْلِسٌ فَإِنَّهَا تُقْبَلُ، وَإِنْ كَانَ لَهُ فِيهِ نَفْعٌ لِحُصُولِهِ ضِمْنًا (وَلَنَا مَا رَوَيْنَا) مِنْ حَدِيثِ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا أَنَّهَا قَالَتْ «لَا تَجُوزُ شَهَادَةُ الْوَالِدِ لَوْلَدِهِ وَلَا الْوَلَدِ لَوَالِدِهِ وَلَا الْمَرْأَةُ لَزَوْجِهَا وَلَا الزَّوْجُ لَامْرَأَتِهِ» (وَلَأَنَّ الْإِنْتِفَاعَ مُتَّصِلٌ) وَلِهَذَا لَوْ وَطِئَ جَارِيَةً أَمْرَأَتَهُ وَقَالَ ظَنَنْتُ أَهْلَهَا تَحِلُّ لِي لَا يُحَدُّ (وَهُوَ) أَيُّ الْإِنْتِفَاعُ (هُوَ الْمَقْصُودُ) مِنَ الْأَمْوَالِ (فَيَصِيرُ شَاهِدًا لِنَفْسِهِ مِنْ وَجْهِ أَوْ يَصِيرُ مُتَّهِمًا) فِي شَهَادَتِهِ بِجَرِّ النَّفْعِ إِلَى نَفْسِهِ وَشَهَادَةُ الْمُتَّهِمِ مَرْدُودَةٌ (قَوْلُهُ: بِخِلَافِ شَهَادَةِ الْغَرِيمِ) جَوَابٌ عَمَّا ذَكَرَهُ الشَّافِعِيُّ.

وَوَجْهُهُ أَنَّ الْغَرِيمَ لَا وِلَايَةَ لَهُ عَلَى الْمَشْهُودِ بِهِ إِذْ هُوَ مَالُ الْمَدْيُونِ وَلَا تَصَرُّفُ لَهُ عَلَيْهِ، بِخِلَافِ الرَّجُلِ فَإِنَّهُ لِكُرْبِهِ قَوَامًا عَلَيْهَا هُوَ الَّذِي يَتَصَرَّفُ فِي مَالِهَا عَادَةً. لَا يُقَالُ: الْغَرِيمُ إِذَا ظَفَرَ بِجَنْسِ حَقِّهِ يَأْخُذْهُ؛ لِأَنَّ الظَّفَرَ أَمْرٌ مُوَهُومٌ وَحَقُّ الْأَخْذِ بِنَاءٌ عَلَيْهِ وَلَا كَذَلِكَ الزَّوْجَانِ.

(وَلَا شَهَادَةُ الْمَوْلَى لِعَبْدِهِ) لِأَنَّهُ شَهَادَةٌ لِنَفْسِهِ مِنْ كُلِّ جِهَةٍ إِذَا لَمْ يَكُنْ عَلَى الْعَبْدِ دَيْنٌ أَوْ مِنْ وَجْهِ إِنْ كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ لِأَنَّ الْحَالَ مَوْقُوفٌ مُرَاعَى (وَلَا لِمَكَاتِبِهِ) لَمَّا قُلْنَا.

الشرح:

قَالَ: (وَلَا شَهَادَةُ الْمَوْلَى لِعَبْدِهِ إِنْ) لَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ الْمَوْلَى لِعَبْدِهِ لَمَّا رَوَيْنَا؛ وَلَأَنَّ شَهَادَتَهُ لَهُ شَهَادَةٌ لِنَفْسِهِ مِنْ وَجْهِ أَوْ مِنْ كُلِّ وَجْهِ، وَذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ لَا يَخْلُو إِمَّا أَنْ يَكُونَ عَلَى الْعَبْدِ دَيْنٌ أَوْ لَا، فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ فَهِيَ لَهُ مِنْ وَجْهِ؛ لِأَنَّ الْحَالَ مَوْقُوفٌ مُرَاعَى يَنْ أَنْ يَصِيرَ الْعَبْدُ لِلْعُرْمَاءِ بِسَبَبِ يَتَعَبَّاهُمْ فِي دَيْنِهِمْ وَيَنْ أَنْ يَبْقَى لِلْمَوْلَى كَمَا كَانَ بِسَبَبِ

قَضَاءُ ذَنْبِهِ، وَإِنْ كَانَ الثَّانِي فَهِيَ لَهُ مِنْ كُلِّ وَجْهٍ؛ لِأَنَّ الْعَبْدَ وَمَا يَمْلِكُ لِمَوْلَاهُ (وَلَا) تُقْبَلُ شَهَادَةُ الْمَوْلَى (لِكَاتِبِهِ لَمَّا قُلْنَا) مِنْ كَوْنِ الْحَالِ مَوْقُوفًا مُرَاعَى؛ لِأَنَّهُ إِنْ أَدَّى بَدَلَ الْكِتَابَةِ صَارَ أَجْنَبِيًّا، وَإِنْ لَمْ يُؤَدِّ عَادَ رَقِيقًا فَكَانَتْ شَهَادَةُ لِنَفْسِهِ.

(وَلَا شَهَادَةُ الشَّرِيكِ لِشَرِيكِهِ فِيمَا هُوَ مِنْ شَرِكْتِهِمَا) لِأَنَّهُ شَهَادَةُ لِنَفْسِهِ مِنْ وَجْهِ لَاشْتِرَاكِهِمَا، وَلَوْ شَهِدَ بِمَا لَيْسَ مِنْ شَرِكْتِهِمَا تُقْبَلُ لَانْتِفَاءِ التُّهْمَةِ.

الشرح:

(وَلَا شَهَادَةُ الشَّرِيكِ لِشَرِيكِهِ فِيمَا هُوَ مِنْ شَرِكْتِهِمَا)؛ لِأَنَّهُ يَصِيرُ شَاهِدًا لِنَفْسِهِ فِي الْبَعْضِ وَذَلِكَ بَاطِلٌ، وَإِذَا بَطَلَ الْبَعْضُ بَطَلَ الْكُلُّ لَكَوْنِهَا غَيْرَ مُتَجَزِّئَةٍ إِذْ هِيَ شَهَادَةُ وَاحِدَةٍ (وَلَوْ شَهِدَ بِمَا لَيْسَ مِنْ شَرِكْتِهِمَا قُبِلَتْ لَانْتِفَاءِ التُّهْمَةِ) قِيلَ: هَذَا إِذَا كَانَا شَرِيكَيْنِ عِنَانٍ. أَمَّا إِذَا كَانَا مُتَّفَاوِضَيْنِ فَلَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ أَحَدِهِمَا لِصَاحِبِهِ إِلَّا فِي الْحُدُودِ وَالْقِصَاصِ وَالنِّكَاحِ؛ لِأَنَّ مَا عَدَاهَا مُشْتَرَكٌ بَيْنَهُمَا فَكَانَتْ شَهَادَتُهُ لِنَفْسِهِ مِنْ وَجْهِ.

(وَتُقْبَلُ شَهَادَةُ الْأَخِ لِأَخِيهِ وَعَمِّهِ) لَانْعِدَامِ التُّهْمَةِ لِأَنَّ الْأَمْلَاقَ وَمَنَافِعَهَا مُتَبَايِنَةٌ وَلَا بَسُوطَةً لِبَعْضِهِمْ فِي مَالِ الْبَعْضِ.

الشرح:

قَالَ (وَتُقْبَلُ شَهَادَةُ الْأَخِ لِأَخِيهِ إلخ) تُقْبَلُ شَهَادَةُ الْأَخِ لِأَخِيهِ وَشَهَادَةُ الرَّجُلِ لِعَمِّهِ وَلِسَائِرِ الْأَقَارِبِ غَيْرِ الْوَلَادِ لَانْتِفَاءِ التُّهْمَةِ بَتَبَايُنِ الْأَمْلَاقِ وَمَنَافِعِهَا.

قَالَ (وَلَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ الْمُخَنَّثِ) وَمُرَادُهُ الْمُخَنَّثُ هِيَ الرِّدْيَةُ مِنَ الْأَفْعَالِ لِأَنَّهُ فَاسِقٌ، فَأَمَّا الَّذِي فِي كَلَامِهِ لَيْنٌ وَفِي أَعْضَائِهِ تَكْسُرٌ فَهُوَ مَقْبُولُ الشَّهَادَةِ.

الشرح:

(وَلَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ مُخَنَّثٍ وَهُوَ فِي الْعُرْفِ مَنْ عُرِفَ بِالرِّدْيَةِ مِنَ الْأَفْعَالِ) أَيْ التَّمَكُّنِ مِنَ الْوَلَاةِ (فَأَمَّا الَّذِي فِي كَلَامِهِ لَيْنٌ وَفِي أَعْضَائِهِ تَكْسُرٌ فَهُوَ مَقْبُولُ الشَّهَادَةِ).

(وَلَا نَاحِحَةٍ وَلَا مُغْنِيَةٍ) لِأَنَّهُمَا يَرْتَكِبَانِ مُحَرَّمًا فَإِنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «نَهَى عَنِ الصَّوْتَيْنِ الْأَحْمَقَيْنِ النَّاحِحَةِ وَالْمُغْنِيَةِ»^(١) (وَلَا مُدْمِنِ الشَّرْبِ عَلَى اللَّهِ) لِأَنَّهُ ارْتَكَبَ

(١) أخرجه الترمذي (١٠٠٥)، وانظر نصب الراية (٤ / ١٧٤).

مُحَرَّمٌ دِينِهِ. (وَلَا مَنْ يَلْعَبُ بِالطُّيُورِ) لِأَنَّهُ يُورِثُ غَفْلَةً وَلِأَنَّهُ قَدْ يَقِفُ عَلَى عَوْرَاتِ النِّسَاءِ بِصُعُودِهِ عَلَى سَطْحِهِ لِطَيِّيرِ طَيْرِهِ وَفِي بَعْضِ النُّسخ: وَلَا مَنْ يَلْعَبُ بِالطُّنْبُورِ وَهُوَ الْمُغْنِي (وَلَا مَنْ يُغْنِي لِلنَّاسِ) لِأَنَّهُ يَجْمَعُ النَّاسَ عَلَى ارْتِكَابِ كَبِيرَةٍ. (وَلَا مَنْ يَأْتِي بَابًا مِنَ الْكِبَائِرِ الَّتِي يَتَعَلَّقُ بِهَا الْحَدُّ) لِلْفِسْقِ.

الشرح:

(وَلَا نَائِحَةٍ وَلَا مُغْنِيَةٍ) لَارْتِكَابِهِمَا الْمُحَرَّمَ طَمَعًا فِي الْمَالِ. وَالذَّلِيلُ عَلَى الْحَرَمَةِ «نَهَى النَّبِيُّ ﷺ عَنِ الصَّوْتَيْنِ الْأَحْمَقَيْنِ النَّائِحَةِ وَالْمُغْنِيَةِ» وَصَفَ الصَّوْتَ بِصِفَةِ صَاحِبِهِ، وَالْمُرَادُ بِالنَّائِحَةِ الَّتِي تُنَوِّحُ فِي مُصِيبَةٍ غَيْرِهَا وَاتَّخَذَتْ ذَلِكَ مَكْسَبًا. وَالتَّغْنِي لِلهُوَ مَعْصِيَةٍ فِي جَمِيعِ الْأَدْيَانِ.

قَالَ فِي الزِّيَادَاتِ: إِذَا أَوْصَى بِمَا هُوَ مَعْصِيَةٌ عِنْدَنَا وَعِنْدَ أَهْلِ الْكِتَابِ وَذَكَرَ مِنْهَا الْوَصِيَّةَ لِلْمُغْنِي وَالْمُغْنِيَّاتِ خُصُوصًا إِذَا كَانَ الْغِنَاءُ مِنَ الْمَرْأَةِ فَإِنَّ نَفْسَ رَفْعِ الصَّوْتِ مِنْهَا حَرَامٌ فَضْلًا عَنْ ضَمِّ الْغِنَاءِ إِلَيْهِ، وَلِهَذَا لَمْ يُقَيِّدْهَا هُنَا بِقَوْلِهِ لِلنَّاسِ وَقَيَّدَ بِهِ فِيمَا ذَكَرَ بَعْدَ هَذَا فِي غِنَاءِ الرَّجُلِ (وَلَا مُذْمِنِ الشُّرْبِ عَلَى اللَّهِ) لِأَنَّهُ ارْتَكَبَ مُحَرَّمَ دِينِهِ) وَالْمُرَادُ بِهِ كُلُّ مَنْ أَدْمَنَ عَلَى شَرْبِ شَيْءٍ مِنَ الْأَشْرِبَةِ الْمُحَرَّمَةِ خَمْرًا كَانَتْ أَوْ غَيْرَهَا مِثْلَ السُّكَّرِ وَتَقِيعِ الرِّيبِ وَالْمُنْصَفِ.

وَشَرَطَ الْإِدْمَانَ لِيُظْهَرَ ذَلِكَ عِنْدَ النَّاسِ، فَإِنَّ الْمُتَهَمَ بِشُرْبِ الْخَمْرِ فِي بَيْتِهِ مَقْبُولُ الشَّهَادَةِ وَإِنْ كَانَ كَبِيرَةً (وَلَا مَنْ يَلْعَبُ بِالطُّيُورِ؛ لِأَنَّهُ يُورِثُ غَفْلَةً لَا يُؤْمَنُ بِهَا عَلَى الْإِقْدَامِ عَلَى الشَّهَادَةِ مَعَ نِسْيَانِ بَعْضِ الْحَادِثَةِ) ثُمَّ هُوَ مُصِرٌّ عَلَى تَوْنِ لَعِبٍ (وَلِأَنَّهُ قَدْ يَقِفُ عَلَى عَوْرَاتِ النِّسَاءِ بِصُعُودِهِ عَلَى سَطْحِهِ لِطَيِّيرِ طَيْرِهِ) وَذَلِكَ فِسْقٌ.

فَأَمَّا إِذَا كَانَ يَسْتَأْنِسُ بِالْحَمَامِ فِي بَيْتِهِ فَهُوَ عَدْلٌ مَقْبُولُ الشَّهَادَةِ، إِلَّا إِذَا خَرَجَتْ مِنَ الْبَيْتِ فَإِنَّهَا تَأْتِي بِحَمَامَاتٍ غَيْرِهِ فَتَفْرِّخُ فِي بَيْتِهِ وَهُوَ يَبِيعُهُ وَلَا يَعْرِفُهُ مِنَ حَمَامِ نَفْسِهِ فَيَكُونُ أَكْلًا لِلْحَرَامِ.

وَفِي بَعْضِ النُّسخ: وَلَا مَنْ يَلْعَبُ بِالطُّنْبُورِ وَهُوَ الْمُغْنِي فَهُوَ مُسْتَعْنَى عَنْهُ بِقَوْلِهِ وَلَا مَنْ يُغْنِي لِلنَّاسِ فَإِنَّهُ أَعْمُ مِنْ أَنْ يَكُونَ مَعَهُ آلَةٌ هُوَ أَوْ لَا، وَإِنَّمَا لَمْ يَكْتَفِ عَنْ ذِكْرِهِ بِمَا ذَكَرَ مِنَ الْمُغْنِيَةِ؛ لِأَنَّهَا كَانَتْ عَلَى الْإِطْلَاقِ، وَهَذَا مُقَيَّدٌ بِكَوْنِهِ لِلنَّاسِ حَتَّى لَوْ كَانَ

غَنَاؤُهُ لِنَفْسِهِ لِإِزَالَةِ وَحْشَتِهِ لَا بَأْسَ بِهِ عِنْدَ عَامَّةِ الْمَشَائِخِ، وَهُوَ اخْتِيَارُ شَمْسِ الْأَيْمَةِ السَّرْحَسِيِّ، وَاخْتَارَهُ الْمُصَنِّفُ، وَعَلَّلَ بِأَنَّهُ يَجْمَعُ النَّاسَ عَلَى ارْتِكَابِ كَبِيرَةٍ. وَأَصْلُ ذَلِكَ مَا رُوِيَ عَنْ أَنَسِ بْنِ مَالِكٍ أَنَّهُ دَخَلَ عَلَى أَخِيهِ الْبَرَاءِ بْنِ مَالِكٍ وَهُوَ يَتَعَنَّى وَكَانَ مِنْ زُهَادِ الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ.

وَمِنَ الْمَشَائِخِ مَنْ كَرِهَ جَمِيعَ ذَلِكَ، وَبِهِ أَخَذَ شَيْخُ الْإِسْلَامِ خَوَاهِرُ زَادَهُ، وَحَمَلَ حَدِيثَ الْبَرَاءِ عَلَى أَنَّهُ كَانَ يُنْشِدُ الْأَشْعَارَ الْمُبَاحَةَ الَّتِي فِيهَا الْوَعْظُ وَالْحِكْمَةُ وَاسْمُ الْغِنَاءِ قَدْ يُنْطَلَقُ عَلَى ذَلِكَ. قَالَ (وَلَا مَنْ يَأْتِي بِأَبَا مِنَ الْكَبَائِرِ إلخ) مَنْ أَتَى بِشَيْءٍ مِنَ الْكَبَائِرِ الَّتِي يَتَعَلَّقُ بِهَا الْحَدُّ فَسَقَ وَسَقَطَتْ عِدَالَتُهُ، وَهَذَا بِنَاءٌ عَلَى أَنَّ الْكَبِيرَةَ أَعَمُّ مِمَّا فِيهِ حَدٌّ أَوْ قَتْلٌ.

وَقَالَ أَهْلُ الْحِجَازِ وَأَهْلُ الْحَدِيثِ: هِيَ السَّبْعُ الَّتِي ذَكَرَهَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فِي الْحَدِيثِ الْمَعْرُوفِ وَهِيَ: الْإِشْرَاكُ بِاللَّهِ، وَالْفِرَارُ مِنَ الزَّحْفِ، وَعُقُوقُ الْوَالِدَيْنِ، وَقَتْلُ النَّفْسِ بِغَيْرِ حَقٍّ، وَبَهْتُ الْمُؤْمِنِ، وَالزَّنا، وَشَرْبُ الْخَمْرِ. وَقَالَ بَعْضُهُمْ: مَا كَانَ حَرَامًا لَعَيْنِهِ فَهُوَ كَبِيرَةٌ.

قَالَ (وَلَا مَنْ يَدْخُلُ الْحَمَامَ مِنْ غَيْرِ مِئْزَرٍ) لِأَنَّهُ كَشَفَ الْعَوْرَةَ حَرَامًا.

الشرح:

(وَلَا مَنْ يَدْخُلُ الْحَمَامَ بِغَيْرِ إِزَارٍ؛ لِأَنَّهُ كَشَفَ الْعَوْرَةَ حَرَامًا).

(أَوْ يَأْكُلُ الرِّبَا أَوْ يُقَامِرُ بِالْثَرْدِ وَالشُّطْرَنْجِ). لِأَنَّهُ كُلُّ ذَلِكَ مِنَ الْكَبَائِرِ، وَكَذَلِكَ مَنْ تَفَوُّتُهُ الصَّلَاةُ لِلِاسْتِغْثَالِ بِهِمَا، فَأَمَّا مُجَرَّدُ اللَّعِبِ بِالشُّطْرَنْجِ فَلَيْسَ بِفَسْقٍ مَانِعٍ مِنَ الشَّهَادَةِ، لِأَنَّهُ لِلِاجْتِهَادِ فِيهِ مَسَاحًا. وَشَرَطَ فِي الْأَصْلِ أَنْ يَكُونَ أَكْلُ الرِّبَا مَشْهُورًا بِهِ لِأَنَّ الْإِنْسَانَ قَلَمًا يَنْجُو عَنْ مُبَاشَرَةِ الْعُقُودِ الْفَاسِدَةِ وَكُلُّ ذَلِكَ رِبَاً.

الشرح:

(وَلَا مَنْ يَأْكُلُ الرِّبَا؛ لِأَنَّهُ كَبِيرَةٌ، وَلَا مَنْ يَلْعَبُ بِالْثَرْدِ أَوْ الشُّطْرَنْجِ) إِذَا انْضَمَّ إِلَيْهِ أَحَدُ أُمُورٍ ثَلَاثَةٍ: الْقِمَارُ، أَوْ تَفَوُّتُ الصَّلَاةِ بِالِاسْتِغْثَالِ بِهِ أَوْ إِكْتِنَارُ الْأَيْمَانِ الْكَاذِبَةِ؛ لِأَنَّ هَذِهِ الْأَشْيَاءَ مِنَ الْكَبَائِرِ وَالْمُصَنِّفُ لَمْ يَذْكُرِ الثَّالِثَةَ؛ لِأَنَّ الْعَالِبَ فِيهِ الْأَوَّلَانِ، وَلَمْ يُفَرِّقْ بَيْنَ الثَّرْدِ وَالشُّطْرَنْجِ فِي شَرْطِ أَحَدِ الْأَمْرَيْنِ. وَفَرَّقَ فِي الذَّخِيرَةِ، وَجَعَلَ اللَّعِبَ

بِالتَّوَدُّ مُسْقِطًا لِلْعَدَالَةِ مُجَرَّدًا لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «مَلْعُونٌ مَنْ لَعِبَ بِالْتَّوَدِّ»
وَالْمَلْعُونُ لَا يَكُونُ عَدْلًا، وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ إِفْرَادُ قَوْلِهِ فَأَمَّا مُجَرَّدُ اللَّعِبِ بِالشَّطْرَنْجِ
فَلَيْسَ يَفْسُقُ مَانِعٌ مِنْ قَبُولِ الشَّهَادَةِ إِشَارَةً إِلَى ذَلِكَ (قَوْلُهُ:؛ لِأَنَّ لِلْاجْتِهَادِ فِيهِ مَسَاحًا)
قِيلَ:؛ لِأَنَّ مَالِكًا وَالشَّافِعِيَّ يَقُولَانِ بِحِلِّ اللَّعِبِ بِالشَّطْرَنْجِ، وَشَرَطَ أَنْ يَكُونَ أَكَلُ الرَّبَا
مَشْهُورًا بِهِ؛ لِأَنَّ الْإِنْسَانَ قَلَمًا يَنْجُو عَنْ مُبَاشَرَةِ الْعُقُودِ الْفَاسِدَةِ وَكُلُّ ذَلِكَ رَبَا، فَلَوْ
رُدَّتْ شَهَادَتُهُ إِذَا أُبْتُلِيَ بِهِ لَمْ يَبْقَ أَحَدٌ مَقْبُولِ الشَّهَادَةِ غَالِبًا، وَهَذَا بِخِلَافِ أَكَلِ مَالِ
الْيَتِيمِ فَإِنَّهُ يُسْقِطُ الْعَدَالَةَ وَإِنْ لَمْ يَشْتَهَرْ بِهِ لَعَدِمَ عُمُومُ الْبَلْوَى.

قَالَ (وَلَا مَنْ يَفْعَلُ الْأَفْعَالَ الْمُسْتَحْقَرَةَ كَالْبَوْلِ عَلَى الطَّرِيقِ وَالْأَكْلَ عَلَى
الطَّرِيقِ) لِأَنَّهُ تَارِكٌ لِلْمَرْوَةِ، وَإِذَا كَانَ لَا يَسْتَحْيِ مِنْ مِثْلِ ذَلِكَ لَا يَمْتَنِعُ عَنِ الْكُذْبِ
فَيُنْهَمُ.

الشرح:

(وَلَا مَنْ يَفْعَلُ الْأَفْعَالَ الْمُسْتَحْقَرَةَ) وَفِي نُسخَةِ الْمُحَقَّرَةِ، وَفِي أُخْرَى الْمُسْتَحْبَحَةِ،
وَفِي أُخْرَى الْمُسْتَحْفَةِ، وَفِي أُخْرَى الْمُسْحَفَةِ كُلُّهَا عَلَى اسْمِ الْمَفْعُولِ سِوَى الْمُسْحَفَةِ
بِلَفْظِ اسْمِ الْفَاعِلِ مِنَ التَّسْخِيفِ وَهُوَ التَّسْبِيَةُ إِلَى السُّخْفِ: رِقَّةُ الْعَقْلِ، مِنْ قَوْلِهِمْ تَوْبٌ
سَخِيفٌ إِذَا كَانَ قَلِيلَ الْعَزْلِ، وَصَحَّحَ صَاحِبُ الْمُعَرَّبِ هَذِهِ الْأَخِيرَةَ (كَالْبَوْلِ وَالْأَكْلِ
عَلَى الطَّرِيقِ؛ لِأَنَّ فِيهِ تَرْكُ الْمَرْوَةِ، وَإِذَا كَانَ لَا يَسْتَحْيِ مِنْ مِثْلِ ذَلِكَ) فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ (لَا
يَمْتَنِعُ عَنِ الْكُذْبِ) فَكَانَ مُتَّهَمًا.

(وَلَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ مَنْ يُظْهَرُ سَبُّ السَّلَفِ) لظُهُورِ فِسْقِهِ بِخِلَافِ مَنْ يَكْتُمُهُ.

الشرح:

وَلَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ مَنْ يُظْهَرُ سَبُّ السَّلَفِ) وَهُمْ الصَّحَابَةُ وَالتَّابِعُونَ مِنْهُمْ أَبُو
حَنِيفَةَ (لظُهُورِ فِسْقِهِ) وَقَيَّدَ بِالْإِظْهَارِ حَتَّى لَوْ اعْتَقَدَ ذَلِكَ وَلَمْ يُظْهَرْهُ فَهُوَ عَدْلٌ. رَوَى
ابْنُ سَمَاعَةَ عَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ قَالَ: لَا أَقْبَلُ شَهَادَةَ مَنْ سَبَّ أَصْحَابَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ،
وَأَقْبَلُ شَهَادَةَ مَنْ يَبْرَأُ مِنْهُمْ. وَفَرَّقُوا بَأْنَ إِظْهَارِ سَبِّهِ لَا يَأْتِي بِهِ إِلَّا الْأَسْقَاطُ السَّخْفَةُ،
وَشَهَادَةُ السَّخِيفِ لَا تُقْبَلُ، وَلَا كَذَلِكَ الْمُتَبَرِّئُ؛ لِأَنَّهُ يَعْتَقِدُ دِينًا وَإِنْ كَانَ عَلَى بَاطِلٍ
فَلَمْ يَظْهَرْ فِسْقُهُ.

(وَتَقْبَلُ شَهَادَةُ أَهْلِ الْأَهْوَاءِ إِلَّا الْخَطَائِيَّةَ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَا تُقْبَلُ لِأَنَّهُ أَغْلَظُ وَجْهَ الْفِسْقِ. وَلَنَا أَنَّهُ فَسَقَ مِنْ حَيْثُ الْإِعْتِقَادُ وَمَا أَوْقَعَهُ فِيهِ إِلَّا تَدْيِينُهُ بِهِ وَصَارَ كَمَنْ يَشْرَبُ الْمُلْتَّ أَوْ يَأْكُلُ مَتْرُوكَ التَّسْمِيَةِ عَامِدًا مُسْتَبِيحًا لِذَلِكَ، بِخِلَافِ الْفِسْقِ مِنْ حَيْثُ التَّعَاطِي. أَمَّا الْخَطَائِيَّةُ فَهُمْ مِنْ غَلَاةِ الرُّوَافِضِ يَعْتَقِدُونَ الشَّهَادَةَ لِكُلِّ مَنْ حَلَفَ عِنْدَهُمْ. وَقِيلَ يَرُونَ الشَّهَادَةَ لِشِيعَتِهِمْ وَاجِبَةً فَتَمَكَّنَتِ التُّهْمَةُ فِي شَهَادَتِهِمْ.

الشرح:

(وَتَقْبَلُ شَهَادَةُ أَهْلِ الْأَهْوَاءِ إِلَّا الْخَطَائِيَّةَ) مِنْهُمْ، وَالْهَوَى مِيلَانُ النَّفْسِ إِلَى مَا يَسْتَلْذُّ بِهِ مِنَ الشَّهَوَاتِ، وَإِنَّمَا سُمُّوا بِهِ لِمُتَابَعَتِهِمُ النَّفْسَ وَمُخَالَفَتِهِمُ السُّنَّةَ كَالْخَوَارِجِ وَالرُّوَافِضِ، فَإِنَّ أَصُولَ الْأَهْوَاءِ الْجَبْرُ وَالْقَدَرُ وَالرَّفْضُ وَالْخُرُوجُ وَالنَّشِيبُ وَالتَّعْطِيلُ، ثُمَّ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ يَفْتَرِقُ اثْنَتَيْ عَشْرَةَ فِرْقَةً.

(وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُمْ؛ لِأَنَّهُ أَغْلَظُ وَجْهَ الْفِسْقِ) إِذِ الْفِسْقُ مِنْ حَيْثُ الْإِعْتِقَادُ شَرٌّ مِنْهُ مِنْ حَيْثُ التَّعَاطِي (وَلَنَا أَنَّهُ فَسَقَ مِنْ حَيْثُ الْإِعْتِقَادُ) وَمَا هُوَ كَذَلِكَ فَهُوَ تَدْيِينٌ لَا تَرْكٌ تَدْيِينٌ، وَالْمَانِعُ مِنَ الْقَبُولِ تَرْكُ مَا يَكُونُ دِينًا فَصَارَ كَحَنْفِيٍّ شَرِبَ الْمُلْتَّ أَوْ شَافِعِيٍّ أَكَلَ مَتْرُوكَ التَّسْمِيَةِ عَامِدًا مُعْتَقِدًا إِبَاحَتَهُ فَإِنَّهُ لَا يَصِيرُ بِهِ مَرْدُودَ الشَّهَادَةِ.

وَالْخَطَائِيَّةُ قِيلَ لَهُمْ غَلَاةٌ مِنَ الرُّوَافِضِ يُنْسَبُونَ إِلَى أَبِي الْخَطَّابِ رَجُلٍ كَانَ بِالْكُوفَةِ قَتْلَهُ عِيسَى بْنُ مُوسَى وَصَلَبَهُ بِالْكِنَاسِ؛ لِأَنَّهُ كَانَ يَزْعُمُ أَنَّ عَلِيًّا الْإِلَهُ الْأَكْبَرُ وَجَعْفَرًا الصَّادِقَ الْإِلَهُ الْأَصْغَرُ. وَقِيلَ لَهُمْ قَوْمٌ يَعْتَقِدُونَ أَنَّ مَنْ ادَّعَى مِنْهُمْ شَيْئًا عَلَى غَيْرِهِ يَجِبُ أَنْ يَشْهَدَ لَهُ بِقِيَّةِ شِيعَتِهِ بِذَلِكَ، وَقِيلَ لِكُلِّ مَنْ حَلَفَ عِنْدَهُمْ تَرُدُّ شَهَادَتُهُمْ؛ لِأَنَّهُمْ كَافِرُونَ إِنْ كَانُوا كَمَا قِيلَ أَوَّلًا، وَلَتَمَكَّنِ التُّهْمَةُ فِي شَهَادَتِهِمْ إِنْ كَانُوا كَمَا قِيلَ ثَانِيًا أَوْ ثَالثًا.

قَالَ (وَتَقْبَلُ شَهَادَةُ أَهْلِ الذِّمَّةِ بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضٍ) وَإِنْ اخْتَلَفَتْ مِلَلُهُمْ. (وَقَالَ مَالِكٌ وَالشَّافِعِيُّ رَحِمَهُمَا اللَّهُ: لَا تُقْبَلُ لِأَنَّهُ فَاسِقٌ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿وَالْكَافِرُونَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾ [البقرة: ١٧٥٤]) فَيَجِبُ التَّوَقُّفُ فِي خَبَرِهِ، وَلِهَذَا لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ عَلَى الْمُسْلِمِ فَصَارَ كَالْمُرْتَدِّ. وَلَنَا مَا رَوَى أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَجَازَ شَهَادَةَ النَّصَارَى بَعْضُهُمْ

على بعض، ولأنه من أهل الولاية على نفسه وأولاده الصغار فيكون من أهل الشهادة على جنسه، والفسق من حيث الاعتقاد غير مانع لأنه يجتنب ما يعتقده محرّم دينه، والكذب محظور الأديان، بخلاف المرتد لأنه لا ولاية له، وبخلاف شهادة الذمي على المسلم لأنه لا ولاية له بالإضافة إليه، ولأنه يتقول عليه لأنه يغيظه قهره إياه، وميل الكفر وإن اختلفت فلا قهر فلا يحملهم الغيظ على التقول.

الشرح:

قال (وتقبل شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض إلخ) شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض مقبولة عندنا وإن اختلفت مللهم كاليهودي مع النصراني.
وقال ابن أبي ليلى: إن اتفقت مللهم قبلت لقوله عليه الصلاة والسلام «لا شهادة لأهل ملة على أهل ملة أخرى إلا المسلمين فشهادتهم مقبولة على أهل الملل كلها» والجواب أنه مخالف لقوله تعالى ﴿وَالَّذِينَ كَفَرُوا بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ﴾ [الأنفال: ٧٣] والمراد به الولاية دون الموالاة فإنه معطوف على قوله ﴿مَا لَكُمْ مِنَ وَلِيَّتِهِمْ مِنْ شَيْءٍ﴾ [الأنفال: ٧٢] والعطف قرينة يراعى به تناسب المعاني (وقال مالك والشافعي: لا تقبل؛ لأنه فاسق، قال الله تعالى ﴿وَالْكَافِرُونَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾) والظالم فاسق (فيجب التوقف في خبره) لقوله تعالى ﴿إِنْ جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا﴾ وصار كالمرتد ولا تقبل شهادة المرتد لجنسه وخلاف جنسه (ولنا ما روي «أن النبي ﷺ أجاز شهادة النصاري بعضهم على بعض») رواه جابر بن عبد الله وأبو موسى (ولأن الذمي من أهل الولاية على نفسه وأولاده الصغار) وكل من هو كذلك (فله أهلية الشهادة على جنسه) كالمسلمين.

فإن قيل: المسلم له أهلية على جنسه وعلى خلاف جنسه دون الذمي فبطل القياس. فالجواب أن القياس في الذمي كذلك، لكن ترك خلاف الجنس بقوله تعالى ﴿وَلَنْ تَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾ [النساء: ١٤١] واعتراض بأن الله تعالى قال ﴿مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ﴾ والكافر ليس بمرضي. والجواب أنه ليس بمرضي بالنسبة إلى الشهادة علينا أو مطلقاً. والأول مسلم وليست بمقبولة. والثاني ممتنع إذ ليس ما يمتنع رضائاً يمتنع شهادة بعضهم على بعض (قوله: والفسق من

حَيْثُ الْاِعْتِقَادُ غَيْرُ مَانِعٍ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ؛ لِأَنَّهُ فَاسِقٌ. وَتَقْرِيرُهُ: الْفَسْقُ مَانِعٌ مِنْ حَيْثُ تَعَاطَى مُحَرَّمُ الدِّينِ أَوْ مِنْ حَيْثُ الْاِعْتِقَادُ. وَالثَّانِي مَمْنُوعٌ وَالْأَوَّلُ مُسْلِمٌ، لَكِنْ فِسْقُ الْكُفْرِ لَيْسَ مِنْ بَابِهِ فَإِنَّ الْكَافِرَ يَجْتَنِبُ مُحَرَّمَ دِينِهِ.

وَاعْتَرَضَ بِأَنَّ الْاجْتِنَابَ عَنْ مَحْظُورِ الدِّينِ يُعْتَبَرُ دَلِيلًا عَلَى الْاجْتِنَابِ عَنْ الْكُذْبِ الَّذِي هُوَ مِنْ بَابِ شَهَادَةِ الزُّورِ، وَهُمْ ارْتَكَبُوا الْكُذْبَ بِإِنْكَارِ الْآيَاتِ مَعَ عِلْمِهِمْ بِحَقِيقَتِهَا، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿وَجَحَدُوا بِهَا وَاسْتَيْقَنَتْهَا أَنْفُسُهُمْ ظُلْمًا وَعُلُوًّا﴾ [النمل: ١٤] وَأُجِيبَ بِأَنَّ الْمُرَادَ بِهِ الْإِخْبَارُ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ الْمُتَوَاطُفُونَ عَلَى كِتْمَانِ بَعْثِهِ وَنُبُوَّتِهِ وَلَا شَهَادَةَ لَهُمْ عِنْدَنَا وَمِنْ بَعْدِهِمْ عَلَى أَنَّ الْحَقَّ مَا هُمْ عَلَيْهِ فَالْكُذْبُ مِنْهُمْ تَدْيِينٌ وَمُطَبَّقُونَ عَلَى كَوْنِ الْكُذْبِ عَلَى أَحَدٍ مَحْظُورٌ إِذْ هُوَ مَحْظُورُ الْأَذْيَانِ كُلِّهَا. وَقَوْلُهُ: (بِخِلَافِ الْمُرْتَدِّ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ فَصَارَ كَالْمُرْتَدِّ فَإِنَّهُ لَا وِلَايَةَ لَهُ لَا عَلَى نَفْسِهِ وَلَا عَلَى أَوْلَادِهِ وَهِيَ رُكْنُ الدَّلِيلِ.

وَقَوْلُهُ (وَبِخِلَافِ شَهَادَةِ الذَّمِّيِّ عَلَى الْمُسْلِمِ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ وَلِهَذَا لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ عَلَى الْمُسْلِمِ وَعَمَّا يُقَالُ لَوْ اسْتَلْزَمَتِ الْوِلَايَةُ أَهْلِيَّةَ الشَّهَادَةِ لَقَبِلَتْ شَهَادَةُ الذَّمِّيِّ عَلَى الْمُسْلِمِ لَوْجُودُهَا كَمَا ذَكَرْتُمْ.

وَوَجْهُهُ أَنَّ وِلَايَتَهُ بِالإِضَافَةِ إِلَى الْمُسْلِمِ مَعْدُومَةٌ، وَهُوَ كَمَا تَرَى مُنَعٌ لَوْجُودِ الْمَلْزُومِ، وَقَدْ مَرَّ لَنَا جَوَابٌ آخَرُ عَنْ هَذَا السُّؤَالِ؛ وَلَأَنَّهُ يَقُولُ عَلَيْهِ جَوَابٌ آخَرُ. وَتَقْرِيرُهُ: سَلَمْنَا أَنَّ عِلَّةَ قَبُولِ شَهَادَتِهِ وَهُوَ الْوِلَايَةُ مُتَحَقِّقَةٌ لَكِنْ الْمَانِعُ مُتَحَقِّقٌ وَهُوَ نَعِيطُهُ بِقَهْرِ الْمُسْلِمِ إِيَّاهُ فَإِنَّهُ يَحْمِلُهُ عَلَى التَّقُولِ عَلَيْهِ، بِخِلَافِ مِلَلِ الْكُفْرِ فَإِنَّهَا وَإِنْ اخْتَلَفَتْ فَلَا قَهْرَ لِبَعْضِهِمْ عَلَى بَعْضٍ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ فَلَا يَحْمِلُهُمُ الْعَيْظُ عَلَى التَّقُولِ.

قَالَ (وَلَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ الْحَرَبِيِّ عَلَى الذَّمِّيِّ) أَرَادَ بِهِ وَاللَّهُ أَعْلَمُ الْمُسْتَأْمَنُ لِأَنَّهُ لَا وِلَايَةَ لَهُ عَلَيْهِ لِأَنَّ الذَّمِّيَّ مِنْ أَهْلِ دَارِنَا وَهُوَ أَعْلَى حَالًا مِنْهُ، وَتُقْبَلُ شَهَادَةُ الذَّمِّيِّ عَلَيْهِ كَشَهَادَةِ الْمُسْلِمِ عَلَيْهِ وَعَلَى الذَّمِّيِّ (وَتُقْبَلُ شَهَادَةُ الْمُسْتَأْمَنِينَ بَعْضِهِمْ عَلَى بَعْضٍ إِذَا كَانُوا مِنْ أَهْلِ دَارٍ وَاحِدَةٍ، فَإِنْ كَانُوا مِنْ دَارَيْنِ كَالرُّومِ وَالتُّرْكِ لَا تُقْبَلُ) لِأَنَّ اخْتِلَافَ الدَّارَيْنِ يَقْطَعُ الْوِلَايَةَ وَلِهَذَا يَمْنَعُ التَّوَارُثُ، بِخِلَافِ الذَّمِّيِّ لِأَنَّهُ مِنْ أَهْلِ دَارِنَا، وَلَا كَذَلِكَ الْمُسْتَأْمَنُ.

الشرح:

قَالَ (وَلَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ الْحَرْبِيِّ عَلَى الذَّمِّيِّ إِخْ) لَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ الْحَرْبِيِّ عَلَى الذَّمِّيِّ. قَالَ الْمُصَنِّفُ (أَرَادَ بِالْحَرْبِيِّ الْمُسْتَأْمَنَ) وَإِنَّمَا قَالَ ذَلِكَ؛ لِأَنَّ شَهَادَةَ الْحَرْبِيِّ الَّذِي لَمْ يُسْتَأْمَنَ عَلَى الذَّمِّيِّ غَيْرُ مُتَصَوِّرَةٍ؛ لِأَنَّهَا تَكُونُ فِي مَجْلِسِ الْقَضَاءِ وَمِنْ شَرْطِ الْقَضَاءِ الْمَصْرُ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ. لَا يُقَالُ: يَجُوزُ أَنْ يَدْخُلَ حَرْبِيٌّ دَارَ الْإِسْلَامِ بِلَا اسْتِثْمَانٍ فَيَحْضُرَ مَجْلِسَ الْقَضَاءِ؛ لِأَنَّهُ مَأْخُوذٌ قَهْرًا فَيَصِيرُ عَبْدًا، وَلَا شَهَادَةَ لِلْعَبْدِ لِأَحَدٍ وَلَا عَلَيْهِ، وَإِنَّمَا لَمْ تُقْبَلْ شَهَادَةُ الْمُسْتَأْمَنِ عَلَى الذَّمِّيِّ؛ لِأَنَّهُ لَا وِلَايَةَ لَهُ عَلَى الذَّمِّيِّ لِكَوْنِهِ مِنْ أَهْلِ دَارِنَا وَالْمُسْتَأْمَنُ مِنْ أَهْلِ دَارِ الْحَرْبِ، وَاخْتِلَافُ الدَّارَيْنِ حُكْمًا يَقْطَعُ الْوِلَايَةَ، وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ فِي شَرْحِ رِسَالَتِنَا فِي الْفَرَائِضِ، وَعَلَى هَذَا قَوْلُهُ: وَهُوَ أَعْلَى حَالًا مِنْهُ: أَيُّ أَقْرَبُ إِلَى الْإِسْلَامِ مِنَ الْمُسْتَأْمَنِ وَلِهَذَا يُقْتَلُ الْمُسْلِمُ بِالذَّمِّيِّ دُونَ الْمُسْتَأْمَنِ اسْتَظْهَارًا عَلَى الْاِخْتِلَافِ لِتَمَامِ الدَّلِيلِ بِقَوْلِهِ؛ لِأَنَّهُ مِنْ أَهْلِ دَارِنَا وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ جُزْءَ الْعِلَةِ انْقِطَاعِ الْوِلَايَةِ فَلَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ عَلَى الذَّمِّيِّ وَتُقْبَلُ شَهَادَةُ الذَّمِّيِّ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ لِكَوْنِهِ أَعْلَى حَالًا أَقْرَبُ إِلَى الْإِسْلَامِ فَصَارَتْ شَهَادَتُهُ كَشَهَادَةِ الْمُسْلِمِ تُقْبَلُ عَلَى الذَّمِّيِّ وَالْمُسْتَأْمَنِ، وَفِيهِ نَظَرٌ؛ لِأَنَّ اخْتِلَافَ الدَّارَيْنِ حُكْمًا عِلَّةٌ مُسْتَقْلِلَةٌ فِي انْقِطَاعِ الْوِلَايَةِ بَيْنَ الْحَرْبِيِّينِ إِذَا كَانَا مِنْ دَارَيْنِ مُخْتَلَفَيْنِ وَدَخَلَا دَارِنَا مُسْتَأْمَنَيْنِ فَضُمَّ ذَلِكَ إِلَيْهِ لِلْعِلَّةِ فِي بَعْضِ الصُّوَرِ دُونَ بَعْضِ الْحُكْمِ، وَالْأَوَّلُ هُوَ الظَّاهِرُ.

فَإِنْ قُلْتُ: أَمَّا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ عِلَّةً لِقَبُولِ شَهَادَةِ الذَّمِّيِّ عَلَى الْمُسْتَأْمَنِ لَا جُزْءًا لِعِلَّةِ انْقِطَاعِ الْوِلَايَةِ. قُلْتُ: بَلَى لَكِنْ تَرْكِيبَ كَلَامِهِ لَا يُسَاعِدُهُ فَتَأْمُلْ. وَسَنَذْكُرُ الْجَوَابَ عَنْ قَبُولِ شَهَادَةِ الذَّمِّيِّ عَلَى الْمُسْتَأْمَنِ مَعَ اخْتِلَافِ الدَّارَيْنِ حُكْمًا عَلَى وَجْهِ لَا يُلْزِمُ ذَلِكَ.

قَالَ (وَتُقْبَلُ شَهَادَةُ الْمُسْتَأْمَنِينَ بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضٍ إِخْ) الْمُسْتَأْمَنُونَ فِي دَارِنَا لَا يَخْلُو إِذَا أَنْ يَكُونُوا مِنْ دَارٍ وَاحِدَةٍ أَوْ لَا، فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ قُبِلَتْ شَهَادَةُ بَعْضِهِمْ عَلَى بَعْضٍ، وَإِنْ كَانَ الثَّانِي كَالْتُرْكِ وَالرُّومِ لَمْ تُقْبَلْ؛ لِأَنَّ اخْتِلَافَ الدَّارَيْنِ يَقْطَعُ الْوِلَايَةَ كَمَا مَرَّ وَلِهَذَا يُمْنَعُ التَّوَارُثُ (قَوْلُهُ: بِخِلَافِ الذَّمِّيِّ) جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ اخْتِلَافُ الدَّارَيْنِ لَوْ قَطَعَ الْوِلَايَةَ لَمَا قُبِلَتْ شَهَادَةُ الذَّمِّيِّ عَلَى الْمُسْتَأْمَنِ لَوْجُودِهِ لَكِنَّهَا قُبِلَتْ.

وَوَجْهُهُ أَنْ يُقَالَ الذَّمِّيُّ مِنْ أَهْلِ دَارِنَا وَمَنْ هُوَ كَذَلِكَ فَلَهُ الْوِلَايَةُ الْعَامَّةُ لَشَرْفِهَا، فَكَانَ الْوَاجِبُ قَبُولُ شَهَادَةِ الذَّمِّيِّ عَلَى الْمُسْتَأْمَنِ لَوْجُودِهِ لَكِنَّهَا قُبِلَتْ. وَوَجْهُهُ أَنْ يُقَالَ الذَّمِّيُّ مِنْ أَهْلِ دَارِنَا وَمَنْ هُوَ كَذَلِكَ فَلَهُ الْوِلَايَةُ الْعَامَّةُ لَشَرْفِهَا فَكَانَ الْوَاجِبُ قَبُولُ شَهَادَةِ الذَّمِّيِّ عَلَى الْمُسْلِمِ كَعَكْسِهِ، لَكِنْ تَرَكْنَا بِالنَّصِّ كَمَا مَرَّ، وَلَا نَصَّ فِي الْمُسْتَأْمَنِ فَتَقَبَّلُ شَهَادَةُ الذَّمِّيِّ عَلَيْهِ، وَلَا كَذَلِكَ الْمُسْتَأْمَنُ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ مِنْ أَهْلِ دَارِنَا، وَفِيهِ إِشَارَةٌ إِلَى أَنَّ أَهْلَ الذِّمَّةِ إِذَا كَانُوا مِنْ دَارَيْنِ مُخْتَلَفَيْنِ قُبِلَتْ شَهَادَةُ بَعْضِهِمْ عَلَى بَعْضٍ؛ لِأَنَّهُمْ مِنْ دَارِنَا فَهِيَ تَجْمَعُهُمْ، بِخِلَافِ الْمُسْتَأْمِنِينَ.

(وَإِنْ كَانَتْ الْحَسَنَاتُ أَغْلَبُ مِنَ السَّيِّئَاتِ وَالرَّجُلُ مِمَّنْ يَجْتَنِبُ الْكِبَائِرَ قُبِلَتْ شَهَادَتُهُ وَإِنْ أَلَمْ بِمَعْصِيَةٍ) هَذَا هُوَ الصَّحِيحُ فِي حَدِّ الْعِدَالَةِ الْمُعْتَبَرَةِ، إِذْ لَا بُدَّ مِنْ تَوْقِيِ الْكِبَائِرِ كُلِّهَا وَبَعْدَ ذَلِكَ يُعْتَبَرُ الْغَالِبُ كَمَا ذَكَرْنَا، فَأَمَّا الْإِمَامُ بِمَعْصِيَةٍ لَا تَنْقَدِحُ بِهِ الْعِدَالَةُ الْمَشْرُوطَةُ فَلَا تُرَدُّ بِهِ الشَّهَادَةُ الْمَشْرُوعَةُ لِأَنَّ فِي اعْتِبَارِ اجْتِنَابِهِ الْكُلِّ سَدَّ بَابِهِ وَهُوَ مَفْتُوحٌ أَحْيَاءً لِلْحَقُوقِ.

الشرح:

قَالَ (وَإِنْ كَانَتْ الْحَسَنَاتُ أَكْثَرَ مِنَ السَّيِّئَاتِ إلخ) وَإِذَا كَانَتْ الْحَسَنَاتُ أَكْثَرَ مِنَ السَّيِّئَاتِ وَذَلِكَ بَعْدَ أَنْ يَكُونَ مِمَّا لَا يَتْرُكُ الْفَرَضَ وَيَجْتَنِبُ الْكِبَائِرَ وَالْإِصْرَارَ عَلَى الصَّغِيرَةِ كَبِيرَةً يُعْتَبَرُ غَالِبُ أَحْوَالِهِ فِي تَعَاطِي الصَّغَائِرِ. فَإِنْ كَانَ إِثْبَاتُهُ بِمَا هُوَ مَأْذُونٌ فِي الشَّرْعِ أَغْلَبَ مِنَ إِمَامِهِ بِالصَّغَائِرِ جَازَتْ شَهَادَتُهُ وَلَا تَنْقَدِحُ عِدَالَتُهُ بِالْإِمَامِ الصَّغَائِرِ لِثَلَا يُفْضَى إِلَى تَضْيِيعِ حُقُوقِ النَّاسِ بِسَدِّ بَابِ الشَّهَادَةِ الْمَفْتُوحِ لِأَحْيَائِهَا.

قَالَ (وَتَقَبَّلُ شَهَادَةَ الْأَقْلَفِ) لِأَنَّهُ لَا يُخْلُ بِالْعِدَالَةِ إِلَّا إِذَا تَرَكَهُ اسْتِخْفَافًا بِالِدِّينِ

لَأَنَّهُ لَمْ يَبْقَ بِهَذَا الصَّنِيعِ عَدَلًا

الشرح:

(وَتَقَبَّلُ شَهَادَةَ الْأَقْلَفِ وَهُوَ مَنْ لَمْ يُحْتَنَ)؛ لِأَنَّ الْخِتَانَ سُنَّةٌ عِنْدَ عُلَمَائِنَا، وَتَرْكُ السُّنَّةِ لَا يُخْلُ بِالْعِدَالَةِ إِلَّا إِذَا تَرَكَهَا اسْتِخْفَافًا بِالِدِّينِ فَإِنَّهُ لَا يَبْقَى حِينَئِذٍ عَدَلًا بَلْ مُسْلِمًا، وَأَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ لَمْ يَقْدِرْ لَهُ وَقْتًا مُعَيَّنًا، إِذْ الْمَقَادِيرُ بِالشَّرْعِ وَلَمْ يَرِدْ فِي ذَلِكَ نَصٌّ وَلَا إِجْمَاعٌ، وَالتَّأَخَّرُونَ بَعْضُهُمْ قَدَرَهُ مِنْ سَبْعِ سِنِينَ إِلَى عَشْرِ، وَبَعْضُهُمْ

اليَوْمَ السَّابِعِ مِنْ وَلَادَتِهِ أَوْ بَعْدَهُ، لَمَّا رُوِيَ أَنَّ الْحَسَنَ وَالْحُسَيْنَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا خْتَنَا
اليَوْمَ السَّابِعِ أَوْ بَعْدَ السَّابِعِ، لَكِنَّهُ شَاذٌ.

(وَالْخَصِي) لِأَنَّ عُمَرَ عليه السلام قَبِلَ شَهَادَةَ عِلْقَمَةَ الْخَصِيِّ، وَلِأَنَّهُ قَطَعَ عُضْوَ مِنْهُ ظُلْمًا
فَصَارَ كَمَا إِذَا قُطِعَتْ يَدُهُ.

الشرح:

(و) تُقْبَلُ شَهَادَةُ (الْخَصِيِّ) وَهُوَ مَنْزُوعُ الْخَصِيَّةِ؛ لِأَنَّ عُمَرَ عليه السلام قَبِلَ شَهَادَةَ عِلْقَمَةَ
الْخَصِيِّ، وَلِأَنَّهَا قُطِعَتْ ظُلْمًا فَصَارَ كَمَنْ قُطِعَتْ يَدُهُ.

(وَوَلَدَ الزَّانَا) لِأَنَّ فِسْقَ الْأَبَوَيْنِ لَا يُوجِبُ فِسْقَ الْوَلَدِ كَكُفْرِهِمَا وَهُوَ مُسْلِمٌ. وَقَالَ
مَالِكٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَا تُقْبَلُ فِي الزَّانَا لِأَنَّهُ يَجِبُ أَنْ يَكُونَ غَيْرَهُ كَمِثْلِهِ فَيُنْتَهَمُ. قُلْنَا: الْعَدْلُ لَا
يَخْتَارُ ذَلِكَ وَلَا يَسْتَحِبُّهُ، وَالْكَلَامُ فِي الْعَدْلِ.

الشرح:

(و) تُقْبَلُ شَهَادَةُ (وَلَدِ الزَّانَا)؛ لِأَنَّ فِسْقَ الْأَبَوَيْنِ لَا يَرْتَبِ عَلَيْهِ كُفْرُهُمَا وَكَفْرُهُمَا
غَيْرُ مَانِعٍ لَشَهَادَةِ الْإِبْنِ فَفَسَقُوهُمَا أَوَّلَى (وَقَالَ مَالِكٌ لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ فِي الزَّانَا؛ لِأَنَّهُ يَجِبُ
أَنْ يَكُونَ غَيْرَهُ كَمِثْلِهِ) وَالْكَافُ زَائِدَةٌ كَمَا فِي قَوْلِهِ تَعَالَى ﴿لَيْسَ كَمِثْلِهِ شَيْءٌ﴾
[الشورى: ١١] فِيهِمْ: قُلْنَا: الْكَلَامُ فِي الْعَدْلِ وَحُبُّ ذَلِكَ بِقَلْبِهِ لَيْسَ بِقَادِحٍ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ
مُؤَاخَذٍ بِهِ مَا لَمْ يَتَحَدَّثْ بِهِ، سَلَمَتَاهُ لَكِنْ لَا تُسَلَّمُ أَنَّ الْعَدْلَ يَخْتَارُ ذَلِكَ أَوْ يَسْتَحِبُّهُ.

قَالَ (وَشَهَادَةُ الْخُنْثَى جَائِزَةٌ) لِأَنَّهُ رَجُلٌ أَوْ امْرَأَةٌ وَشَهَادَةُ الْجَنَسَيْنِ مَقْبُولَةٌ بِالنَّصِّ.

الشرح:

(وَتُقْبَلُ شَهَادَةُ الْخُنْثَى؛ لِأَنَّهُ رَجُلٌ أَوْ امْرَأَةٌ وَشَهَادَةُ الْجَنَسَيْنِ مَقْبُولَةٌ بِالنَّصِّ) قَالَ
اللَّهُ تَعَالَى ﴿وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رَجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ﴾
وَيَشْهَدُ مَعَ رَجُلٍ وَامْرَأَةٍ لِلْإِحْتِيَاظِ، وَيَنْبَغِي أَنْ لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ فِي الْحُدُودِ وَالْقِصَاصِ
كَالنِّسَاءِ لِاحْتِمَالِ أَنْ يَكُونَ امْرَأَةً.

(وَشَهَادَةُ الْعَمَالِ جَائِزَةٌ) وَالْمُرَادُ عُمَالُ السُّلْطَانِ عِنْدَ عَامَّةِ الْمَشَائِخِ، لِأَنَّ نَفْسَ
الْعَمَلِ لَيْسَ بِفِسْقٍ إِلَّا إِذَا كَانُوا أَعْوَانًا عَلَى الظُّلْمِ. وَقِيلَ الْعَامِلُ إِذَا كَانَ وَجِيهًا فِي
النَّاسِ ذَا مَرْوَةٍ لَا يُجَازِفُ فِي كَلَامِهِ تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ كَمَا مَرَّ عَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ

فِي الْفَاسِقِ، لِأَنَّهُ لَوَجَاهَتِهِ لَا يَقْدُمُ عَلَى الْكَذِبِ حِفْظًا لِلْمُرُوءَةِ وَلِمَهَابَتِهِ لَا يُسْتَأْجَرُ عَلَى الشَّهَادَةِ الْكَاذِبَةِ.

الشرح:

(قَالَ وَشَهَادَةُ الْعُمَالِ جَائِزَةٌ) قَالَ فَخَرُ الْإِسْلَامِ: وَعَامَّةُ الْمَشَايخِ رَحِمَهُمُ اللَّهُ مَعْنَى قَوْلِهِ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ إِنَّهُ كَانَ يَعْنِي أَبَا حَنِيفَةَ يُجِيزُ شَهَادَةَ الْعُمَالِ عُمَالُ السُّلْطَانِ الَّذِينَ يَعِينُونَهُ فِي أَخْذِ الْحُقُوقِ الْوَاجِبَةِ كَالْخَرَاجِ وَرَكَاتِ السَّوَائِمِ؛ لِأَنَّ نَفْسَ الْعَمَلِ لَيْسَ بِفِسْقٍ، لِأَنَّ أَجْلَاءَ الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ كَانُوا عُمَّالًا وَلَا يُظَنُّ بِهِمْ فِعْلُ مَا يَقْدَحُ فِي الْعَدَالَةِ، إِلَّا إِذَا كَانُوا أَعْوَانَ السُّلْطَانِ مُعِينِينَ عَلَى الظُّلْمِ فَإِنَّهُ لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُمْ (قَوْلُهُ: وَقِيلَ الْعَامِلُ إِذَا كَانَ وَجِهًا فِي النَّاسِ ذَا مُرُوءَةٍ لَا يُجَازَفُ فِي كَلَامِهِ تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ) لَعَلَّهُ يُرِيدُ بِهِ إِذَا كَانَ عَوْنًا لَهُ عَلَى الظُّلْمِ فَإِنَّهُ إِذَا لَمْ يَكُنْ كَذَلِكَ لَمْ يُشْتَرَطْ فِيهِ ذَلِكَ، وَيَذَلُّ عَلَى ذَلِكَ تَمَثُّلُهُ بِمَا مَرَّ عَنْ أَبِي يُوسُفَ فِي الْفَاسِقِ (؛ لِأَنَّهُ لَوَجَاهَتِهِ لَا يَقْدُمُ عَلَى الْكَذِبِ حِفْظًا لِلْمُرُوءَةِ وَلِمَهَابَتِهِ لَا يُسْتَأْجَرُ عَلَى الشَّهَادَةِ الْكَاذِبَةِ) وَقِيلَ: أَرَادَ بِالْعُمَالِ الَّذِينَ يَعْمَلُونَ بِأَيْدِيهِمْ أَوْ يُؤَاجِرُونَ أَنْفُسَهُمْ؛ لِأَنَّ مِنَ النَّاسِ مَنْ قَالَ: لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُمْ، فَيَكُونُ إِبْرَادُ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ رَدًّا لِقَوْلِهِمْ؛ لِأَنَّ كَسْبَهُمْ أَطْيَبُ الْأُكْسَابِ، قَالَ ﷺ «أَفْضَلُ النَّاسِ عِنْدَ اللَّهِ مَنْ يَأْكُلُ مِنْ كَسْبِ يَدِهِ» فَالَّذِي يُوجِبُ جَرْحًا؟ قَالَ.

قَالَ (وَإِذَا شَهِدَ الرَّجُلَانِ أَنْ أَبَاهُمَا أَوْصَى إِلَى فُلَانٍ وَالْوَصِيُّ يَدْعِي ذَلِكَ فَهُوَ جَائِزٌ اسْتِحْسَانًا، وَإِنْ أَنْكَرَ الْوَصِيُّ لَمْ يَجْزُ) وَفِي الْقِيَاسِ: لَا يَجُوزُ إِنْ ادَّعَى، وَعَلَى هَذَا إِذَا شَهِدَ الْمَوْصِيُّ لَهَا بِذَلِكَ أَوْ غَرِيْمَانِ لَهَا عَلَى الْمَيِّتِ دَيْنٌ أَوْ لِلْمَيِّتِ عَلَيْهِمَا دَيْنٌ أَوْ شَهِدَ الْوَصِيَّانِ أَنَّهُ أَوْصَى إِلَى هَذَا الرَّجُلِ مَعَهُمَا.

وَجَهَ الْقِيَاسِ أَنَّهَا شَهَادَةٌ لِلشَّاهِدِ لِعَوْدِ الْمَنْفَعَةِ إِلَيْهِ. وَجَهَ الْاسْتِحْسَانِ أَنَّ الْقَاضِي وَلَايَةَ نَصَبِ الْوَصِيِّ إِذَا كَانَ طَالِبًا وَالْمَوْتُ مَعْرُوفٌ، فَيَكْفِي الْقَاضِي بِهِذِهِ الشَّهَادَةِ مُؤَنَّةَ التَّعْيِينَ لَا أَنْ يَتَبَيَّنَ بِهَا شَيْءٌ فَصَارَ كَالْقُرْعَةِ وَالْوَصِيَّانِ إِذَا أَقْرَأَ أَنَّ مَعَهُمَا ثَالِثًا يَمْلِكُ الْقَاضِي نَصَبَ ثَالِثٍ مَعَهُمَا لِعَجْزِهِمَا عَنِ التَّصَرُّفِ بِاعْتِرَافِهِمَا، بِخِلَافِهِ مَا إِذَا أَنْكَرَا وَلَمْ يَعْرِفِ الْمَوْتُ لِأَنَّهُ لَيْسَ لَهُ وَلَايَةُ نَصَبِ الْوَصِيِّ فَتَكُونُ الشَّهَادَةُ هِيَ الْمَوْجِبَةُ، وَفِي الْغَرِيْمِينَ

لِلْمَيِّتِ عَلَيْهِمَا دَيْنٌ تُقْبَلُ الشَّهَادَةُ وَإِنْ لَمْ يَكُنِ الْمَوْتُ مَعْرُوفًا لِأَنْتَهُمَا يُقْرَأُ عَلَى أَنْفُسِهِمَا
فَيُثْبِتُ الْمَوْتُ بِاعْتِرَافِهِمَا فِي حَقِّهِمَا (وَإِنْ شَهِدَا أَنَّ أَبَاهُمَا الْغَائِبَ وَكُلَّهُ بِقَبْضِ دُيُونِهِ
بِالْكُوفَةِ فَادْعَى الْوَكِيلُ أَوْ أَنْكَرَهُ لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُمَا) لِأَنَّ الْقَاضِيَ لَا يَمْلِكُ نَصْبَ الْوَكِيلِ
عَنِ الْغَائِبِ، فَلَوْ ثَبِتَ إِنَّمَا يَثْبِتُ بِشَهَادَتِهِمَا وَهِيَ غَيْرُ مُوجِبَةٍ لِمَكَانِ التَّهْمَةِ.

الشرح:

(وَإِذَا شَهِدَ الرَّجُلَانِ أَنَّ أَبَاهُمَا أَوْصَى إِلَى فُلَانٍ (إِلْح) إِذَا شَهِدَ رَجُلَانِ أَنَّ أَبَاهُمَا
أَوْصَى إِلَى فُلَانٍ أَوْ شَهِدَ الْمُوصِي لهُمَا بِذَلِكَ أَوْ شَهِدَ غَرِيمَانِ لهُمَا عَلَى الْمَيِّتِ دَيْنٌ أَوْ
شَهِدَ غَرِيمَانِ لِلْمَيِّتِ عَلَيْهِمَا دَيْنٌ أَوْ شَهِدَ وَصِيَّانِ أَنَّهُ أَوْصَى إِلَى ثَالِثٍ مَعَهُمَا فَذَلِكَ
خَمْسُ مَسَائِلَ، فَلَا يَخْلُو إِمَّا أَنْ يَكُونَ الْمَوْتُ مَعْرُوفًا وَالْوَصِيُّ رَاضِيًا أَوْ لَمْ يَكُنْ، فَإِنْ
كَانَ الثَّانِي لَمْ يَحْزُ فِي الْقِيَاسِ وَالِاسْتِحْسَانِ إِلَّا فِي الرَّابِعَةِ فَإِنَّ ظُهُورَ الْمَوْتِ لَيْسَ بِشَرْطٍ
كَمَا سَتَذْكُرُهُ وَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ جَازَ اسْتِحْسَانًا.

وَفِي الْقِيَاسِ لَا يَجُوزُ؛ لِأَنَّهَا شَهَادَةٌ مَتَّهَمٍ لِعَوْدِ الْمَنْفَعَةِ إِلَيْهِ بِنَسَبٍ مَنْ يَقُومُ بِإِحْيَاءِ
حُقُوقِهِ أَوْ فَرَاغِ دَيْنِهِ وَلَا شَهَادَةٌ لِمَتَّهَمٍ.

وَجَهُّ الاسْتِحْسَانِ أَنَّهَا لَيْسَتْ بِشَهَادَةِ حَقِيقَةٍ؛ لِأَنَّهَا مَا تُوجِبُ عَلَى الْقَاضِي مَا لَا
يَتِمَكَّنُ مِنْهُ بِدُونِهَا وَهَذِهِ لَيْسَتْ كَذَلِكَ لِتَمَكُّنِهِ مِنْ نَصْبِ الْوَصِيِّ إِذَا رَضِيَ الْوَصِيُّ
وَالْمَوْتُ مَعْرُوفٌ حِفْظًا لِأَمْوَالِ النَّاسِ عَنِ الضَّيَاعِ لَكِنْ عَلَيْهِ أَنْ يَتَأَمَّلَ فِي صِلَاحِيَّةِ مَنْ
يُنَصِّبُهُ وَأَهْلِيَّتِهِ وَهَؤُلَاءِ بِشَهَادَتِهِمْ كَفَوْهُ مُؤَنَّةُ التَّعِينِ وَلَمْ يُثْبِتُوا بِهَا شَيْئًا فَصَارَ كَالْقَرَعَةِ
فِي كَوْنِهَا لَيْسَتْ بِحُجَّةٍ بَلْ هِيَ دَافِعَةٌ مُؤَنَّةُ تَعْيِينِ الْقَاضِي.

فَإِنْ قِيلَ لَيْسَ لِلْقَاضِي نَصْبُ وَصِيٍّ ثَالِثٍ فَكَأَنَّتِ الشَّهَادَةُ مُوجِبَةً عَلَيْهِ مَا لَمْ يَكُنْ
لَهُ. أَجَابَ بِأَنَّ الْوَصِيَّيْنِ إِذَا اعْتَرَفَا بِعَجْزِهِمَا كَانَ لَهُ نَصْبُ ثَالِثٍ وَشَهَادَتُهُمَا هَاهُنَا
بِثَالِثٍ مَعَهُمَا اعْتِرَافٌ بِعَجْزِهِمَا عَنِ التَّصَرُّفِ لِعَدَمِ اسْتِقْلَالِهَا بِهِ فَكَانَ كَمَا تَقَدَّمَ
بِخِلَافِ مَا إِذَا أَنْكَرَ وَلَمْ يَعْرِفِ الْمَوْتُ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ لَهُ نَصْبُ وَلا يَةِ الْوَصِيِّ إِذْ ذَاكَ فَكَأَنَّتِ
هِيَ الْمَوْجِبَةُ إِلَّا فِي الْغَرِيمَيْنِ لَهُ عَلَيْهِمَا دَيْنٌ فَإِنَّهَا تُقْبَلُ وَإِنْ لَمْ يَعْرِفِ الْمَوْتُ؛ لِأَنََّّهُمَا
يُقْرَأُ عَلَى أَنْفُسِهِمَا بِالْمَالِ فَيُثْبِتُ الْمَوْتُ فِي حَقِّهِمَا بِاعْتِرَافِهِمَا، وَإِنْ شَهِدَا أَنَّ أَبَاهُمَا
الْغَائِبَ وَكُلَّ فَلَانًا بِقَبْضِ دُيُونِهِ بِالْكُوفَةِ لَمْ تُقْبَلْ شَهَادَتُهُمَا أَنْكَرَ الْوَكِيلُ ذَلِكَ أَوْ

ادَّعَاهُ؛ لِأَنَّ الْقَاضِيَ لَا يَمْلِكُ نَصْبَ الْوَكِيلِ عَنِ الْعَائِبِ، فَلَوْ ثَبَتَ كَانَتْ مُوجِبَةً وَالتُّهْمَةُ تُرَدُّ ذَلِكَ.

قَالَ (وَلَا يَسْمَعُ الْقَاضِي الشَّهَادَةَ عَلَى جَرْحٍ وَلَا يَحْكُمُ بِذَلِكَ) لِأَنَّ الْفِسْقَ مِمَّا لَا يَدْخُلُ تَحْتَ الْحُكْمِ لِأَنَّ لَهُ الدَّفْعَ بِالتَّوْبَةِ فَلَا يَتَحَقَّقُ الْإِلْزَامُ، وَلِأَنَّهُ هَتَكَ السِّرَّ وَالسَّتْرَ وَاجِبٌ وَالْإِشَاعَةُ حَرَامٌ، وَإِنَّمَا يُرَخِّصُ ضَرُورَةً إِحْيَاءَ الْحُقُوقِ وَذَلِكَ فِيمَا يَدْخُلُ تَحْتَ الْحُكْمِ (إِلَّا إِذَا شَهِدُوا عَلَى إِقْرَارِ الْمُدَّعِي بِذَلِكَ تُقْبَلُ) لِأَنَّ الْإِقْرَارَ مِمَّا يَدْخُلُ تَحْتَ الْحُكْمِ.

الشرح:

قَالَ (وَلَا يَسْمَعُ الْقَاضِي الشَّهَادَةَ عَلَى جَرْحٍ إلخ) الْجَرْحُ إمَّا أَنْ يَكُونَ مُجَرَّدًا أَوْ غَيْرَهُ؛ لِأَنَّهُ لَا يَخْلُو إمَّا أَنْ يَكُونَ مِمَّا يَدْخُلُ تَحْتَ حُكْمِ الْحَاكِمِ أَوْ لَا. وَالثَّانِي هُوَ الْمَفْرُودُ لِتَجَرُّدِهِ عَمَّا يَدْخُلُ تَحْتَ الْحُكْمِ، وَالْأَوَّلُ هُوَ الثَّانِي وَلَكَ أَنْ تُسَمِّيَهُ مُرَكَّبًا، فَإِذَا شَهِدَ شُهُودُ الْمُدَّعِي عَلَى الْغَرِيمِ بِشَيْءٍ وَأَقَامَ الْغَرِيمُ بَيِّنَةً عَلَى الْجَرْحِ الْمَفْرُودِ مِثْلَ إِنْ قَالُوا هُمْ فَسَقَةٌ أَوْ زُنَاةٌ أَوْ أَكَلُوا رِبَاً فَلِلْقَاضِي لَا يَسْمَعُهَا.

وَاسْتَدَلَّ الْمُصَنِّفُ بِوَجْهَيْنِ: أَحَدُهُمَا قَوْلُهُ؛ لِأَنَّ الْفِسْقَ مِمَّا لَا يَدْخُلُ تَحْتَ الْحُكْمِ لِتَمَكُّنِ الْمُقْضِي عَلَيْهِ مِنْ رَفْعِهِ بِالتَّوْبَةِ وَرَفْعِ الْإِلْزَامِ، وَسَمَاعُهَا إِنَّمَا هُوَ لِلْحُكْمِ وَالْإِلْزَامِ.

وَالثَّانِي: قِيلَ وَعَلَيْهِ الْاعْتِمَادُ أَنَّ فِي الْجَرْحِ الْمَفْرُودِ هَتَكَ السِّرَّ وَهُوَ إِظْهَارُ الْفَاحِشَةِ وَهُوَ حَرَامٌ بِالنَّصِّ فَكَانَ الشَّاهِدُ فَاسِقًا بِهِتْكَ وَاجِبِ السَّتْرِ وَتَعَاطِي إِظْهَارِ الْحَرَامِ فَلَا يَسْمَعُهَا الْحَاكِمُ.

فَإِنْ قِيلَ: مَا بِالْهَمِّ لَمْ يَجْعَلُوا مُعَدِّلِينَ فِي الْعِلَاقَةِ فَيَسْمَعُ مِنْهُمْ الْجَرْحُ الْمَفْرُودُ؟ أَجِيبَ بِأَنَّ مَنْ شَرَطَ ذَلِكَ فِي زَمَانِنَا أَنْ يَقُولَ لَا أَعْلَمُ مِنْ حَالِهِ أَوْ يَعْلَمُ الْقَاضِي بِذَلِكَ سِرًّا إِذَا سَأَلَهُ الْقَاضِي تَفَادِيًا عَنِ التَّعَادِي وَاحْتِرَازًا عَنِ إِظْهَارِ الْفَاحِشَةِ، وَلَيْسَ فِيمَا نَحْنُ فِيهِ ذَلِكَ، وَإِنَّمَا قَالَ وَلَا يَحْكُمُ بِذَلِكَ وَإِنْ كَانَ عَدَمُ السَّمَاعِ يُفِيدُهُ لِحَوَازِ أَنْ يَحْكُمَ بِذَلِكَ بَعْلِمِهِ فَقَالَ وَلَا يَحْكُمُ بَعْلِمِهِ أَيْضًا (قَوْلُهُ: إِلَّا أَنَّهُ) اسْتِثْنَاءٌ مِنْ قَوْلِهِ؛ لِأَنَّ الْفِسْقَ وَهُوَ مُنْقَطِعٌ: أَيْ لَكِنْ إِذَا شَهِدَ شُهُودُ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ عَلَى الْمُدَّعِي أَنَّهُ أَقَرَّ أَنْ شُهُودِي فَسَقَةٌ فَإِنَّهَا تُقْبَلُ (لِأَنَّ الْإِقْرَارَ مِمَّا يَدْخُلُ تَحْتَ الْحُكْمِ) وَلَمْ يُظْهِرُوا الْفَاحِشَةَ وَإِنَّمَا

حَكَّوْهَا عَنْ غَيْرِهِمْ وَهُوَ الْمُدَّعِي، وَالْحَاكِي لِإِظْهَارِهَا لَيْسَ كَمُظْهِرِهَا. وَكَذَا إِذَا شَهِدُوا بِأَنَّ الْمُدَّعِي اسْتَأْجَرَ الشُّهُودَ لَمْ يَسْمَعْهَا؛ لِأَنَّهُ جَرَحَ مُجَرَّدًا، وَضَمَّ الاسْتِئْجَارَ إِلَيْهِ لَيْسَ بِمُخْرِجٍ لَهُ عَنْ ذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ مِنْ حُقُوقِ الْعِبَادِ فَيَحْتَاجُ إِلَى خَصْمٍ يَحْكُمُ لَهُ الْحَاكِمُ وَلَا خَصْمَ فِيهِ لَكُونِهِ أَجْنَبِيًّا عَنْهُ.

قَالَ (وَلَوْ أَقَامَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ الْبَيِّنَةُ أَنَّ الْمُدَّعِي اسْتَأْجَرَ الشُّهُودَ لَمْ تُقْبَلْ) لِأَنَّهُ شَهَادَةٌ عَلَى جَرَحٍ مُجَرَّدٍ، وَالْإِسْتِئْجَارُ وَإِنْ كَانَ أَمْرًا زَائِدًا عَلَيْهِ فَلَا خَصْمَ فِي إِثْبَاتِهِ لِأَنَّ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ فِي ذَلِكَ أَجْنَبِيٌّ عَنْهُ، حَتَّىٰ لَوْ أَقَامَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ الْبَيِّنَةَ أَنَّ الْمُدَّعِي اسْتَأْجَرَ الشُّهُودَ بِعَشْرَةِ دَرَاهِمٍ لَيُؤَدُّوا الشَّهَادَةَ وَأَعْطَاهُمُ الْعَشْرَةَ مِنْ مَالِي الَّذِي كَانَ فِي يَدِهِ تُقْبَلُ لِأَنَّهُ خَصْمٌ فِي ذَلِكَ ثُمَّ يَثْبُتُ الْجَرَحُ بِنَاءً عَلَيْهِ، وَكَذَا إِذَا أَقَامَهَا عَلَى أَنِّي صَالَحْتُ الشُّهُودَ عَلَى كَذَا مِنَ الْمَالِ. وَدَفَعْتُهُ إِلَيْهِمْ عَلَى أَنْ لَا يَشْهَدُوا عَلَيَّ بِهَذَا الْبَاطِلِ وَقَدْ شَهِدُوا وَطَالِبُهُمْ بَرْدُ ذَلِكَ الْمَالِ، وَهَذَا قُلْنَا إِنَّهُ لَوْ أَقَامَ الْبَيِّنَةَ أَنَّ الشَّاهِدَ عَبْدٌ أَوْ مَحْدُودٌ فِي قَذْفٍ أَوْ شَارِبٌ خَمْرٍ أَوْ قَاذِفٌ أَوْ شَرِيكُ الْمُدَّعِي تُقْبَلُ.

الشرح:

(حَتَّىٰ لَوْ أَقَامَ الْبَيِّنَةُ أَنَّ الْمُدَّعِي اسْتَأْجَرَ الشُّهُودَ بِعَشْرَةِ دَرَاهِمٍ لَيُؤَدُّوا الشَّهَادَةَ وَأَعْطَاهُمُ الْعَشْرَةَ مِنْ مَالِي الَّذِي كَانَ فِي يَدِهِ قُبِلَتْ؛ لِأَنَّهُ خَصْمٌ فِي ذَلِكَ) فَكَانَ جَرَحًا مُرَكَّبًا فَدَخَلَ تَحْتَ الْحُكْمِ وَثَبَّتَ الْجَرَحُ بِنَاءً عَلَيْهِ (وَكَذَا إِذَا أَقَامَهَا عَلَى أَنِّي صَالَحْتُ الشُّهُودَ عَلَى كَذَا مِنَ الْمَالِ وَدَفَعْتُهُ إِلَيْهِمْ عَلَى أَنْ لَا يَشْهَدُوا عَلَيَّ بِهَذَا الزُّورِ وَقَدْ شَهِدُوا وَطَالِبُهُمْ بَرْدُ الْمَالِ) لَمَّا قُلْنَا، بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ ذَلِكَ وَلَمْ يَقُلْ دَفَعْتُهُ إِلَيْهِمْ فَإِنَّهُ جَرَحٌ مُجَرَّدٌ غَيْرُ مَسْمُوعٍ (قَوْلُهُ: وَهَذَا قِيلَ) أَيُّ وَلَمَّا قُلْنَا إِنَّهُ لَوْ أَقَامَ الْبَيِّنَةَ عَلَى جَرَحٍ فِيهِ حَقٌّ مِنْ حُقُوقِ الْعِبَادِ أَوْ مِنْ حُقُوقِ الشَّرْعِ وَلَيْسَ لَهُ ذِكْرٌ فِي الْمَثَرِ، وَقِيلَ لَمَّا قُلْنَا مِنَ الدَّلِيلَيْنِ فِي الْجَرَحِ الْمَجَرَّدِ قُلْنَا كَذَا وَهُوَ بَعِيدٌ وَكَانَ الْمُنَاسِبُ أَنْ يَقُولَ وَلِذَلِكَ وَهَذَا أَسْهَلُ، وَالْمَعْنَى إِذَا أَقَامَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ الْبَيِّنَةَ (أَنَّ الشَّاهِدَ عَبْدٌ أَوْ مَحْدُودٌ فِي قَذْفٍ أَوْ شَارِبٌ خَمْرٍ أَوْ سَارِقٌ أَوْ قَاذِفٌ أَوْ شَرِيكُ الْمُدَّعِي قُبِلَتْ)؛ لِأَنَّهُ إِثْبَاتٌ حَقٌّ يَدْخُلُ تَحْتَ الْحُكْمِ مِنْ غَيْرِ إِشَاعَةٍ فَاحِشَةٍ.

أَمَّا قَوْلُهُ: إِنَّهُ عَبْدٌ فَلَمَّا أَنَّ يَثْبُتُ الرِّقُّ وَهُوَ ضَعْفٌ حُكْمِيٌّ أَثَرُهُ فِي سَلْبِ الْوِلَايَةِ

وَهُوَ حَقُّ اللَّهِ تَعَالَى وَمَوْضِعُهُ أَصُولُ الْفَقْهِ.

وَأَمَّا قَوْلُهُ: إِنَّهُ مَحْدُودٌ فِي قَذْفٍ فَلَائِهِ تَعَلَّقَ بِهِ حُكْمٌ وَهُوَ إِكْمَالُ الْحَدِّ بِرَدِّ شَهَادَتِهِ وَهُوَ حَقُّ اللَّهِ، وَكَذَلِكَ حَدُّ الشُّرْبِ وَحَدُّ الْقَذْفِ وَحَدُّ السَّرِقَةِ.

فَإِنْ قِيلَ: فِي هَذِهِ الشَّهَادَةِ إِظْهَارُ الْفَاحِشَةِ كَمَا فِيهَا تَقَدَّمَ فَكَيْفَ سُمِعَتْ؟ فَالْجَوَابُ أَنَّ إِظْهَارَ الْفَاحِشَةِ إِذَا دَعَتْ إِلَيْهِ ضَرُورَةٌ جَائِزٌ لِقَوْلِهِ ﷺ «أَذْكُرُوا الْفَاجِرَ بِمَا فِيهِ» وَقَدْ تَحَقَّقَتْ لِإِقَامَةِ الْحَدِّ. لَا يُقَالُ: وَقَدْ تَحَقَّقَتْ فِي الْجَرْحِ الْمُجَرَّدِ أَيْضًا لِدَفْعِ الْخُصُومَةِ بِشُهُودٍ غَيْرِ مُرْضِيَةٍ عَنِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهَا تَنْدَفِعُ بِأَنْ يَقُولَ لِلْقَاضِي سِرًّا وَلَا يُظْهِرُهُ فِي مَجْلِسِ الْحُكْمِ، وَعَلَى هَذَا فِي إِقَامَةِ الْبَيِّنَةِ عَلَى ذَلِكَ اعْتِبَارَانِ: أَحَدُهُمَا: أَنْ يَكُونَ بِجَرْحِ الشَّهَادَةِ وَهُوَ غَيْرُ مَقْبُولٍ.

وَالثَّانِي: لِإِقَامَةِ الْحَدِّ وَهُوَ مَقْبُولٌ، وَمِنْ عِلَالَتِهِ عَدَمُ التَّقَادُّمِ. وَأَمَّا اثْبَاتُ الشَّرِكَةِ فَهُوَ مِنْ قِبَلِ الدَّفْعِ بِالثَّهْمَةِ كَمَا إِذَا أَقَامَ الْبَيِّنَةُ أَنَّ الشَّاهِدَ ابْنَ الْمُدَّعَى أَوْ أَبُوهُ.

قَالَ (وَمَنْ شَهِدَ وَلَمْ يَبْرَحْ حَتَّى قَالَ أَوْهَمْتُ بَعْضَ شَهَادَتِي، فَإِنْ كَانَ عَدْلًا جَازَتْ شَهَادَتُهُ) وَمَعْنَى قَوْلِهِ أَوْهَمْتُ أَيَّ أَخْطَأْتُ بِنِسْيَانٍ مَا كَانَ يَحِقُّ عَلَيَّ ذِكْرُهُ أَوْ بَزْيَادَةٍ كَانَتْ بِأَصْلِهِ.

وَوَجْهُهُ أَنَّ الشَّاهِدَ قَدْ يُبْتَلَى بِمِثْلِهِ لِمَهَابَةِ مَجْلِسِ الْقَضَاءِ فَكَانَ الْعَذْرُ وَاضِحًا فَتَقَبَّلُ إِذَا تَدَارَكَهُ فِي أَوَانِهِ وَهُوَ عَدْلٌ، بِخِلَافِ مَا إِذَا قَامَ عَنِ الْمَجْلِسِ ثُمَّ عَادَ وَقَالَ أَوْهَمْتُ، لِأَنَّهُ يُؤْهِمُ الزِّيَادَةَ مِنَ الْمُدَّعَى بِتَلْبِيسٍ وَخِيَانَةٍ فَوَجِبَ الْإِحْتِيَاظُ، وَلِأَنَّ الْمَجْلِسَ إِذَا اتَّحَدَ لِحَقِّ الْمُلْحَقِ بِأَصْلِ الشَّهَادَةِ فَصَارَ كَكَلَامِ وَاحِدٍ، وَلَا كَذَلِكَ إِذَا اخْتَلَفَ. وَعَلَى هَذَا إِذَا وَقَعَ الْغَلَطُ فِي بَعْضِ الْحُدُودِ أَوْ فِي بَعْضِ النَّسَبِ وَهَذَا إِذَا كَانَ مَوْضِعُ شُبْهَتِهِ، فَأَمَّا إِذَا لَمْ يَكُنْ فَلَا بَأْسَ بِإِعَادَةِ الْكَلَامِ أَصْلًا مِثْلُ أَنْ يَدَعَ لَفْظَةَ الشَّهَادَةِ وَمَا يَجْرِي مَجْرَى ذَلِكَ وَإِنْ قَامَ عَنِ الْمَجْلِسِ بَعْدَ أَنْ يَكُونَ عَدْلًا.

وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ أَنَّهُ يَقْبَلُ قَوْلُهُ فِي غَيْرِ الْمَجْلِسِ إِذَا كَانَ عَدْلًا، وَالظَّاهِرُ مَا ذَكَرْنَاهُ وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ شَهِدَ وَلَمْ يَبْرَحْ إلخ) وَمَنْ شَهِدَ ثُمَّ قَالَ أَوْهَمْتُ بَعْضَ شَهَادَتِي.

قَالَ فَخَرُّ الْإِسْلَامِ: أَيُّ أَخْطَأْتُ بِنِسْيَانٍ مَا يَحِقُّ عَلَيَّ ذِكْرُهُ أَوْ بَزِيَادَةٍ كَانَتْ بَاطِلَةً: يَعْنِي تَرَكْتُ مَا يَجِبُ عَلَيَّ أَوْ أَتَيْتُ بِمَا لَا يَجُوزُ لِي، فَإِمَّا أَنْ يَقُولَ ذَلِكَ وَهُوَ فِي مَجْلَسِ الْقَاضِي أَوْ بَعْدَمَا قَامَ عَنْهُ ثُمَّ عَادَ إِلَيْهِ، وَعَلَى كُلِّ مِنَ التَّقْدِيرَيْنِ إِمَّا أَنْ يَكُونَ عَدْلًا أَوْ غَيْرَهُ، وَالتَّدَارُكُ إِمَّا أَنْ يَكُونَ مَوْضِعَ شُبْهَةِ التَّلَاسِيسِ وَالتَّغْرِيرِ مِنْ أَحَدِ الْحَصَمَيْنِ أَوْ لَا، فَإِنْ كَانَ غَيْرَ عَدْلٍ رُدَّتْ شَهَادَتُهُ مُطْلَقًا: أَيُّ سَوَاءَ قَالَهُ فِي الْمَجْلَسِ أَوْ بَعْدَهُ فِي مَوْضِعِ الشُّبْهَةِ أَوْ غَيْرِهِ، وَإِنْ كَانَ عَدْلًا قُبِلَتْ شَهَادَتُهُ فِي غَيْرِ مَوْضِعِ الشُّبْهَةِ مِثْلُ أَنْ يَدَّعِيَ لَفْظَةَ الشَّهَادَةِ وَمَا يَجْرِي مَجْرَاهُ مِثْلُ أَنْ يَتْرَكَ ذِكْرَ اسْمِ الْمُدَّعِي وَالْمُدَّعَى عَلَيْهِ أَوْ الْإِشَارَةَ إِلَى أَحَدِهِمَا سَوَاءَ كَانَ فِي مَجْلَسِ الْقَضَاءِ أَوْ فِي غَيْرِهِ، وَتَدَارُكُ تَرْكِ لَفْظِ الشَّهَادَةِ إِنَّمَا يُتَصَوَّرُ قَبْلَ الْقَضَاءِ؛ إِذَا مِنْ شَرْطِ الْقَضَاءِ أَنْ يَتَكَلَّمَ الشَّاهِدُ بِلَفْظِ أَشْهَدُ وَالْمَشْرُوطُ لَا يَتَحَقَّقُ بِدُونِ الشَّرْطِ.

وَأَمَّا إِذَا كَانَ فِي مَوْضِعِ شُبْهَةِ التَّلَاسِيسِ كَمَا إِذَا شَهِدَ بِالْأَلْفِ ثُمَّ قَالَ غَلَطْتُ بَلْ هِيَ خَمْسُمِائَةٍ أَوْ بِالْعَكْسِ فَإِنَّهَا تُقْبَلُ إِذَا قَالَ فِي الْمَجْلَسِ بِجَمِيعِ مَا شَهِدَ أَوَّلًا عِنْدَ بَعْضِ الْمَشَايِخِ؛ لِأَنَّ الْمَشْهُودَ لَهُ اسْتَحَقَّ الْقَضَاءُ عَلَى الْقَضَاءِ بِشَهَادَتِهِ وَوَجَبَ قَضَاؤُهُ فَلَا يَسْقُطُ ذَلِكَ بِقَوْلِهِ أَوْهَمْتُ وَمِمَّا بَقِيَ أَوْ زَادَ عِنْدَ آخَرَيْنِ؛ لِأَنَّ الْحَادِثَ بَعْدَ الشَّهَادَةِ مِنَ الْعَدْلِ فِي الْمَجْلَسِ كَالْمَقْرُونِ بِأَصْلِهَا وَإِلَيْهِ مَالُ شَمْسِ الْأُيُمَّةِ السَّرْحَسِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ وَهَذَا التَّدَارُكُ يُمَكِّنُ أَنْ يَكُونَ قَبْلَ الْقَضَاءِ بِتِلْكَ الشَّهَادَةِ وَبَعْدَهَا.

قَالَ الْمُصَنِّفُ (وَوَجْهُهُ أَنَّ الشَّاهِدَ قَدْ يُبْتَلَى بِمِثْلِهِ لِمَهَابَةِ مَجْلَسِ الْقَضَاءِ فَكَانَ الْعُذْرُ وَاضِحًا فَيُقْبَلُ إِذَا تَدَارَكَهُ فِي أَوَانِهِ) وَهُوَ قَبْلَ الْبَرَّاحِ مِنَ الْمَجْلَسِ (وَهُوَ عَدْلٌ وَأَمَّا إِذَا كَانَ بَعْدَمَا قَامَ عَنِ الْمَجْلَسِ فَلَمْ يُقْبَلْ)؛ لِأَنَّهُ يُوْهِمُ الزِّيَادَةَ مِنَ الْمُدَّعِي بِإِطْمَاعِهِ الشَّاهِدَ بِحُطَامِ الدُّنْيَا وَالتَّقْصَانِ مِنَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ بِمِثْلِ ذَلِكَ (فَوَجَبَ الْإِحْتِيَاظُ) (قَوْلُهُ: وَلِأَنَّ الْمَجْلَسَ إِذَا اتَّحَدَ) ذَلِيلٌ آخَرُ عَلَى ذَلِكَ، وَفِيهِ إِشَارَةٌ إِلَى مَا مَالَ إِلَيْهِ شَمْسُ الْأُيُمَّةِ فَإِنَّهُ أَلْحَقَ الْمُلْحَقَ بِأَصْلِ الشَّهَادَةِ فَصَارَ كَكَلَامٍ وَاحِدٍ، وَهَذَا يُوجِبُ الْعَمَلَ بِالشَّهَادَةِ الثَّانِيَةِ فِي الزِّيَادَةِ وَالتَّقْصَانِ كَمَا ذَكَرْنَاهُ (وَعَلَى هَذَا) أَيُّ عَلَى اعْتِبَارِ الْمَجْلَسِ فِي دَعْوَى التَّوَهُّمِ (إِذَا وَقَعَ الْغَلَطُ فِي بَعْضِ الْحُدُودِ) فَذَكَرَ الشَّرْقِيُّ مَكَانَ الْغَرْبِيِّ أَوْ بِالْعَكْسِ (أَوْ فِي بَعْضِ النَّسَبِ) كَأَنَّ ذَكَرَ مُحَمَّدَ بْنَ أَحْمَدَ بْنِ عُمَرَ بَدَلَ مُحَمَّدِ بْنِ عَلِيٍّ بْنِ عُمَرَ

مَثَلًا، فَإِنْ تَدَارَكَهُ قَبْلَ الْبَرَّاحِ عَنِ الْمَجْلِسِ قُبِلَتْ وَإِلَّا فَلَا (وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ أَنَّهُ يُقْبَلُ قَوْلُهُ: فِي غَيْرِ الْمَجْلِسِ أَيْضًا فِي جَمِيعِ ذَلِكَ؛ لِأَنَّ فَرْضَ عَدَالَتِهِ يَنْفِي تَوَهُّمَ التَّلْبِيسِ وَالتَّعْرِيرِ (وَالظَّاهِرُ مَا ذَكَرْتَاهُ) أَوَّلًا مِنْ تَقْيِيدِ مَا فِيهِ شَبَهَةُ التَّعْرِيرِ بِالْمَجْلِسِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

بَابُ الْاِخْتِلَافِ فِي الشَّهَادَةِ

قَالَ (الشَّهَادَةُ إِذَا وَافَقَتِ الدَّعْوَى قُبِلَتْ، وَإِنْ خَالَفَتْهَا لَمْ تُقْبَلْ) لِأَنَّ تَقَدُّمَ الدَّعْوَى فِي حُقُوقِ الْعِبَادِ شَرْطُ قَبُولِ الشَّهَادَةِ، وَقَدْ وَجِدَتْ فِيهَا يُوَافِقُهَا وَانْعَدَمَتْ فِيهَا يُخَالَفُهَا.

الشرح:

(بَابُ الْاِخْتِلَافِ فِي الشَّهَادَةِ): تَأْخِيرُ اخْتِلَافِ الشَّهَادَةِ عَنْ اتِّفَاقِهَا مِمَّا يَقْتَضِيهِ الطَّبِيعُ لَكُونَ الْاِتِّفَاقُ أَصْلًا، وَالْاِخْتِلَافُ إِنَّمَا هُوَ بَعَارِضُ الْجَهْلِ وَالْكَذِبِ فَأَخْرَهُ وَضَعًا لِلتَّنَاسُبِ. قَالَ (الشَّهَادَةُ إِذَا وَافَقَتِ الدَّعْوَى قُبِلَتْ إِنْ خَالَفَتْهَا لَمْ تُقْبَلْ، وَقَدْ عَرَفْتَ مَعْنَى الشَّهَادَةِ، فَاعْلَمْ أَنَّ الدَّعْوَى هِيَ مُطَالَبَةٌ بِحَقٍّ فِي مَجْلِسٍ مَنْ لَهُ الْخِلَاصُ عِنْدَ ثُبُوتِهِ، وَمُوَافَقَتُهَا لِلشَّهَادَةِ هُوَ أَنْ يَتَّحِدَا نَوْعًا وَكَمًّا وَكَيْفًا وَزَمَانًا وَمَكَانًا وَفِعْلًا وَانْفِعَالًا وَوَضْعًا وَمِلْكًا وَنِسْبَةً.

فَإِنَّهُ إِذَا ادَّعَى عَلَى آخَرَ عَشْرَةَ دَنَانِيرَ وَشَهِدَ الشَّاهِدُ بَعَشْرَةَ دَرَاهِمَ، أَوْ ادَّعَى عَشْرَةَ دَرَاهِمَ وَشَهِدَ بِثَلَاثِينَ، أَوْ ادَّعَى سَرَقَةَ ثَوْبٍ أَحْمَرَ وَشَهِدَ بِأَبْيَضَ، أَوْ ادَّعَى أَنَّهُ قَتَلَ وَلِيِّهِ يَوْمَ النَّحْرِ بِالْكَوْفَةِ وَشَهِدَ بِذَلِكَ يَوْمَ الْفِطْرِ بِالْبَصْرَةِ، أَوْ ادَّعَى شَقَّ زِقِّهِ وَإِثْلَافَ مَا فِيهِ بِهِ وَشَهِدَ بِالنِّشْقَاقِ عِنْدَهُ أَوْ ادَّعَى عَقَارًا بِالْجَانِبِ الشَّرْقِيِّ مِنْ مَلِكٍ فَلَانَ وَشَهِدَ بِالْغَرْبِيِّ مِنْهُ، أَوْ ادَّعَى أَنَّهُ مَلِكُهُ وَشَهِدَ أَنَّهُ مَلِكٌ وَلَدَهُ، أَوْ ادَّعَى أَنَّهُ عَبْدُهُ وَلَدَتْهُ الْجَارِيَةُ الْفُلَانِيَّةُ وَشَهِدَ بِوِلَادَةِ غَيْرِهَا لَمْ تُكُنْ الشَّهَادَةُ مُوَافَقَةً لِلدَّعْوَى.

وَأَمَّا الْمُوَافَقَةُ بَيْنَ لَفْظَيْهِمَا فَلَيْسَتْ بِشَرْطٍ؛ أَلَا تَرَى أَنَّ الْمُدَّعِيَ يَقُولُ ادَّعَى عَلَيَّ غَرِيمِي هَذَا وَالشَّاهِدُ يَقُولُ أَشْهَدُ بِذَلِكَ، وَاسْتَدَلَّ الْمُصَنِّفُ عَلَى ذَلِكَ بِقَوْلِهِ (لِأَنَّ تَقَدُّمَ الدَّعْوَى فِي حُقُوقِ الْعِبَادِ شَرْطُ قَبُولِ الشَّهَادَةِ وَقَدْ وَجِدَتْ فِي مَا يُوَافِقُهَا وَانْعَدَمَتْ فِي مَا يُخَالَفُهَا) أَمَّا أَنْ تَقْدُمَ فِيهَا شَرْطُ لِقَوْلِهَا فَلَأَنَّ الْقَاضِيَ يُصَبِّ لِفَصْلِ الْخُصُومَاتِ فَلَا بُدَّ مِنْهَا، وَلَا نَعْنِي بِالْخُصُومَةِ إِلَّا الدَّعْوَى، وَأَمَّا وَجُودُهَا عِنْدَ الْمُوَافَقَةِ فَلَعَدَمُ مَا

يَهْدُرُهَا مِنَ التَّكْذِيبِ. وَأَمَّا عَدَمُهَا عِنْدَ الْمُخَالَفَةِ فَلَوْجُودِ ذَلِكَ؛ لِأَنَّ الشَّهَادَةَ لِتَصْدِيقِ الدَّعْوَى، فَإِذَا خَالَفَتْهَا فَقَدْ كَذَّبَتْهَا فَصَارَ وُجُودُهَا وَعَدَمُهَا سَوَاءً.

وَفِيهِ بَحْثٌ مِنْ وَجْهَيْنِ:

أَحَدُهُمَا أَنَّهُ قَالَ: تَقْدُّمُ الدَّعْوَى شَرْطُ قَبُولِ الشَّهَادَةِ وَقَدْ وَجِدَتْ فِيهَا يُوَافِقُهَا وَهُوَ مُسَلَّمٌ، وَلَكِنَّ وُجُودَ الشَّرْطِ لَا يَسْتَلْزِمُ وُجُودَ الْمَشْرُوطِ.

وَالثَّانِي: أَنَّهُ عِنْدَ الْمُخَالَفَةِ تَعَارَضَ كَلَامُ الْمُدَّعِي وَالشَّاهِدِ فَمَا الْمَرْجُحُ لَصَدِيقِ الشَّاهِدِ حَتَّى أُعْتَبِرَ دُونَ كَلَامِ الْمُدَّعِي؟ الْجَوَابُ عَنِ الْأَوَّلِ: أَنَّ عِلَّةَ قَبُولِ الشَّهَادَةِ التَّرَامُ الْحَاكِمِ سَمَاعَهَا عِنْدَ صِحَّتِهَا وَتَقْدُّمِ الدَّعْوَى شَرْطُ ذَلِكَ، فَإِذَا وَجِدَ فَقَدْ انْتَفَى الْمَانِعُ فَوَجَبَ الْقَبُولُ لَوْجُودِ الْعِلَّةِ وَانْتِفَاءِ الْمَانِعِ، لَا أَنَّ وُجُودَ الشَّرْطِ اسْتَلْزَمَ وُجُودَهُ. وَعَنْ الثَّانِي بَأَنَّ الْأَصْلَ فِي الشُّهُودِ الْعَدَالَةُ لَا سِيَّمَا عَلَى قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ، وَلَا يُشْتَرَطُ عَدَالَةُ الْمُدَّعِي لَصِحَّةِ دَعْوَاهُ فَرَجَحْنَا جَانِبَ الشُّهُودِ عَمَلًا بِالْأَصْلِ.

قَالَ (وَيُعْتَبَرُ اتِّفَاقُ الشَّاهِدَيْنِ فِي اللَّفْظِ وَالْمَعْنَى عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، فَإِنْ شَهِدَ أَحَدُهُمَا بِأَلْفٍ وَالْآخَرُ بِالْأَلْفَيْنِ لَمْ تُقْبَلِ الشَّهَادَةُ عِنْدَهُ وَعِنْدَهُمَا تُقْبَلُ عَلَى الْأَلْفِ إِذَا كَانَ الْمُدَّعِي يَدَّعِي الْأَلْفَيْنِ). وَعَلَى هَذَا الْمِائَةُ وَالْمِائَتَانِ وَالْطَّلَقَةُ وَالطَّلَقَتَانِ وَالطَّلَقَةُ وَالثَّلَاثُ. لِهُمَا اتِّفَاقًا عَلَى الْأَلْفِ أَوْ الطَّلَقَةِ وَتَفَرَّدَ أَحَدُهُمَا بِالزِّيَادَةِ فَيَثْبُتُ مَا اجْتَمَعَ عَلَيْهِ دُونَ مَا تَفَرَّدَ بِهِ أَحَدُهُمَا فَصَارَ كَالْأَلْفِ وَالْأَلْفِ وَالْخَمْسِمِائَةِ.

وَلَأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَلَّهُمَا اخْتَلَفَا لَفْظًا، وَذَلِكَ يَدُلُّ عَلَى اخْتِلَافِ الْمَعْنَى لِأَنَّهُ يُسْتَفَادُ بِاللَّفْظِ، وَهَذَا لِأَنَّ الْأَلْفَ لَا يُعْبَرُ بِهِ عَنِ الْأَلْفَيْنِ بَلْ هُمَا جُمْلَتَانِ مُتَبَايِنَتَانِ فَحَصَلَ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا شَاهِدٌ وَاحِدٌ فَصَارَ كَمَا إِذَا اخْتَلَفَ جِنْسُ الْمَالِ.

الشرح:

قَالَ (وَيُعْتَبَرُ اتِّفَاقُ الشَّاهِدَيْنِ فِي اللَّفْظِ وَالْمَعْنَى عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ إِنْ خَالَفَا فِي الْمَوَافَقَةِ بَيْنَ شَهَادَةِ الشَّاهِدَيْنِ شَرْطُ قَبُولِهَا كَمَا كَانَتْ شَرْطًا بَيْنَ الدَّعْوَى وَالشَّهَادَةِ، وَلَكِنَّهُمَا اخْتَلَفَا فِي أَنَّهَا شَرْطٌ مِنْ حَيْثُ اللَّفْظُ وَالْمَعْنَى أَوْ مِنْ حَيْثُ الْمَعْنَى خَاصَّةً، فَأَمَّا الْمَوَافَقَةُ مِنْ حَيْثُ الْمَعْنَى فَلَا بُدَّ مِنْهَا بِإِلَّا خِلَافٍ، وَاخْتِلَافُ اللَّفْظِ مِنْ حَيْثُ التَّرَادُفُ لَا يَمْنَعُ إِلَّا خِلَافٍ، وَلِهَذَا إِذَا شَهِدَ أَحَدُهُمَا بِأَلْفٍ وَالْآخَرُ بِالْعِطِيَّةِ فَهِيَ مَقْبُولَةٌ، وَأَمَّا اخْتِلَافُهُ

بِحَيْثُ يَدُلُّ بَعْضُهُ عَلَى مَذْلُولِ الْبَعْضِ الْآخِرِ بِالتَّضَمُّنِ فَقَدْ نَفَاهُ أَبُو حَنِيفَةَ وَجَوَزَاهُ (فَإِنْ شَهِدَ أَحَدُهُمَا بِالْألفِ وَالْآخَرُ بِالْفَيْنِ لَمْ تُقْبَلْ عِنْدَهُ وَقَالَا: تُقْبَلُ عَلَى الْألفِ إِذَا كَانَ الْمُدَّعِي يَدَّعِي الْفَيْنَ وَهُوَ دَيْنٌ وَعَلَى هَذَا الْمِائَةِ وَالْمِائَتَانِ وَالطَّلَاقُ وَالطَّلَاقَتَانِ وَالطَّلَاقُ وَالثَّلَاثُ) لِهَمَّا اتَّفَقَا عَلَى الْألفِ أَوْ الطَّلَاقِ وَتَفَرَّدَ أَحَدُهُمَا بِالزِّيَادَةِ وَكُلُّ مَا هُوَ كَذَلِكَ يَثْبُتُ فِيهِ الْمُتَّفَقُ عَلَيْهِ دُونَ مَا تَفَرَّدَ بِهِ أَحَدُهُمَا، كَمَا إِذَا ادَّعَى أَلْفًا وَخَمْسِمِائَةً وَشَهِدَ أَحَدُهُمَا بِالْألفِ وَالْآخَرُ بِالْألفِ وَخَمْسِمِائَةٍ عَلَى مَا سَيَجِيءُ (وَلَأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُمَا اخْتَلَفَا لَفْظًا)؛ لِأَنَّ أَحَدَهُمَا مُفْرَدٌ وَالْآخَرُ ثَنِيَّةٌ، وَاخْتِلَافُ الْأَلْفَاظِ إِفْرَادًا وَثَنِيَّةً يَدُلُّ عَلَى اخْتِلَافِ الْمَعْنَى الدَّالَّةِ هِيَ عَلَيْهَا بِالضَّرُورَةِ، وَإِنْ شَتَّ بِالثَّنِيَّةِ فَإِنَّ الْألفَ لَا يُعْبَرُ بِهِ عَنِ الْألفَيْنِ لَا حَقِيقَةً وَلَا مَجَازًا وَالْألفَانِ لَا يُعْبَرُ بِهِمَا عَنِ الْألفِ كَذَلِكَ فَكَانَ كَلَامُ كُلِّ مِنْهُمَا كَلَامًا مُبَايِنًا لِكَلَامِ الْآخَرِ (وَحَصَلَ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا شَاهِدٌ وَاحِدٌ) فَلَا يَثْبُتُ شَيْءٌ مِنْهُمَا وَصَارَ اخْتِلَافُهُمَا هَذَا كَاخْتِلَافِهِمَا فِي جِنْسِ الْمَالِ.

شَهِدَ أَحَدُهُمَا بِكُرٍّ شَعِيرٍ وَالْآخَرُ بِكُرٍّ حَنْطَةٍ، قِيلَ ذَكَرَ فِي الْمُبْسُوطِ إِذَا ادَّعَى الْفَيْنَ وَشَهِدَا بِالْألفِ قَبِلَتْ بِالِاتِّفَاقِ، وَوُجُوبُ الْمُوَافَقَةِ بَيْنَ الدَّعْوَى وَالشَّهَادَةِ كَوُجُوبِهَا بَيْنَ الشَّاهِدَيْنِ فَمَا جَوَابُ أَبِي حَنِيفَةَ عَنْ ذَلِكَ؟ وَأَجِيبَ بِأَنَّ اشْتِرَاطَ الْإِتِّفَاقِ بَيْنَهُمَا لَيْسَ حَسَبَ اشْتِرَاطِهِ بَيْنَ الشَّاهِدَيْنِ، فَإِنَّهُ لَوْ ادَّعَى الْعَصَبَ وَشَهِدَا بِالْإِفْرَاقِ بِهِ قَبِلَتْ، وَلَوْ شَهِدَ أَحَدُ الشَّاهِدَيْنِ بِالْعَصَبِ وَالْآخَرُ بِالْإِفْرَاقِ بِهِ لَمْ تُقْبَلْ.

وَلِقَائِلُ أَنْ يَقُولَ: قَدْ تَقَدَّمَ فِي ثَلَاثِينَ الشَّاهِدِ إِذَا كَانَ فِي مَوْضِعِ التُّهْمَةِ بِأَنَّ ادَّعَى أَلْفًا وَخَمْسِمِائَةً وَأَلْكَرَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ خَمْسِمِائَةً وَشَهِدَ الشَّاهِدَانِ بِالْألفِ فَالْقَاضِي يَقُولُ يُحْتَمَلُ أَنَّهُ أَبْرَأُهُ عَنْ خَمْسِمِائَةٍ وَاسْتَفَادَ الشَّاهِدُ عِلْمًا بِذَلِكَ وَوَفَّقَ فِي شَهَادَتِهِ كَمَا وَفَّقَ الْقَاضِي أَنَّهُ لَا يَجُوزُ بِالِاتِّفَاقِ وَبَيْنَ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ وَمَا نَقَلْتُ مِنَ الْمُبْسُوطِ مَا تَرَى مِنَ التَّنَافِي.

فَالْحَقُّ فِي الْجَوَابِ لِأَبِي حَنِيفَةَ أَنْ يُحْمَلَ مَا نُقِلَ عَنِ الْمُبْسُوطِ عَلَى مَا إِذَا وَفَّقَ الشَّهَادَةُ بِدَعْوَى الْإِبْرَاءِ أَوْ الْإِيْفَاءِ، وَلَا يَلْزَمُ أَبَا حَنِيفَةَ مَا إِذَا قَالَ لَهَا زَوْجُهَا طَلَّقَنِي نَفْسَكَ ثَلَاثًا فَطَلَّقْتَ وَاحِدَةً كَانَ ذَلِكَ مِنْهَا جَوَابًا فَوَقَعَتْ وَاحِدَةً، وَلَا مَا إِذَا قَالَ لَهَا أَنْتِ طَالِقٌ أَلْفًا فَإِنَّهُ يَقَعُ ثَلَاثًا؛ لِأَنَّ الْأَكْثَرَ فِي ذَلِكَ ثَابِتٌ فَيَتَضَمَّنُ الْأَقْلَ، وَلَيْسَ فِيمَا

نَحْنُ فِيهِ كَذَلِكَ؛ لَأَنَّ الْأَكْثَرَ يَشْهَدُ بِهِ وَاحِدٌ وَلَا يَثْبُتُ بِهِ شَيْءٌ.

قَالَ (وَإِذَا شَهِدَ أَحَدُهُمَا بِالْأَلْفِ وَالْآخَرُ بِالْأَلْفِ وَخَمْسِمِائَةٍ وَالْمُدَّعِي يَدَّعِي أَلْفًا وَخَمْسِمِائَةً قُبِلَتِ الشَّهَادَةُ عَلَى الْأَلْفِ) لِاتِّفَاقِ الشَّاهِدَيْنِ عَلَيْهَا لَفْظًا وَمَعْنَى، لَأَنَّ الْأَلْفَ وَالْخَمْسِمِائَةَ جُمْلَتَانِ عَطْفٌ إِحْدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَى وَالْعَطْفُ يُقَرِّرُ الْأَوَّلَ وَنَظِيرُهُ الطَّلَقَةُ وَالطَّلَقَةُ وَالنِّصْفُ وَالْمِائَةُ وَالْمِائَةُ وَالْخَمْسُونَ، بِخِلَافِ الْعَشْرَةِ وَالْخَمْسَةِ عَشَرَ لِأَنَّهُ لَيْسَ بَيْنَهُمَا حَرْفُ الْعَطْفِ فَهُوَ نَظِيرُ الْأَلْفِ وَالْأَلْفَيْنِ (وَإِنْ قَالَ الْمُدَّعِي لَمْ يَكُنْ لِي عَلَيْهِ إِلَّا الْأَلْفُ فَشَّهَادَةُ الَّذِي شَهِدَ بِالْأَلْفِ وَخَمْسِمِائَةٍ بَاطِلَةٌ) لِأَنَّهُ كَذَبَهُ الْمُدَّعِي فِي الْمَشْهُودِ بِهِ، وَكَذَا إِذَا سَكَتَ إِلَّا عَنْ دَعْوَى الْأَلْفِ لَأَنَّ التَّكْذِيبَ ظَاهِرٌ فَلَا بُدَّ مِنَ التَّوْفِيقِ، وَلَوْ قَالَ كَانَ أَصْلُ حَقِّي أَلْفٌ وَخَمْسِمِائَةٌ وَلَكِنِّي اسْتَوْفَيْتُ خَمْسِمِائَةً أَوْ أَبرَأْتُهُ عَنْهَا قُبِلَتْ لِتَوْفِيقِهِ.

الشرح:

قَالَ (وَإِذَا شَهِدَ أَحَدُهُمَا بِالْأَلْفِ وَالْآخَرُ بِالْأَلْفِ وَخَمْسِمِائَةٍ إلخ) وَلَمَّا تَقَدَّمَ أَنَّ اتِّفَاقَ الشَّاهِدَيْنِ فِي اللَّفْظِ وَالْمَعْنَى شَرْطُ الْقَبُولِ (إِذَا شَهِدَ أَحَدُهُمَا بِالْأَلْفِ وَالْآخَرُ بِالْأَلْفِ وَخَمْسِمِائَةٍ وَالْمُدَّعِي يَدَّعِي الْأَكْثَرَ قُبِلَتِ الشَّهَادَةُ عَلَى الْأَلْفِ لِاتِّفَاقِ الشَّاهِدَيْنِ عَلَيْهَا لَفْظًا وَمَعْنَى؛ لَأَنَّ الْأَلْفَ وَالْخَمْسِمِائَةَ جُمْلَتَانِ عَطْفَتْ إِحْدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَى وَالْعَطْفُ يُقَرِّرُ الْمَعْطُوفَ عَلَيْهِ) وَنَظِيرُهُ إِذَا شَهِدَ أَحَدُهُمَا بِطَّلَقَةٍ وَالْآخَرُ بِطَّلَقَةٍ وَنِصْفٍ أَوْ بِمِائَةٍ أَوْ بِمِائَةٍ وَخَمْسِينَ، بِخِلَافِ مَا إِذَا شَهِدَ أَحَدُهُمَا بِعَشْرَةٍ وَالْآخَرُ بِخَمْسَةِ عَشَرَ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بَيْنَهُمَا حَرْفُ عَطْفٍ فَصَارَا مُتَبَايِنَيْنِ كَالْأَلْفِ وَالْأَلْفَيْنِ، هَذَا إِذَا كَانَ الْمُدَّعِي يَدَّعِي الْأَكْثَرَ، وَأَمَّا إِذَا ادَّعَى الْأَقْلَ وَقَالَ (لَمْ يَكُنْ لِي إِلَّا الْأَلْفُ فَشَّهَادَةُ مَنْ شَهِدَ بِالْأَكْثَرِ بَاطِلَةٌ) لِتَّكْذِيبِهِ الْمُدَّعِي فِي الْمَشْهُودِ بِهِ فَلَمْ يَبْقَ لَهُ إِلَّا شَاهِدٌ وَاحِدٌ وَبِهِ لَا يَثْبُتُ شَيْءٌ.

فَإِنْ قِيلَ: لَمْ يُكْذِبْهُ إِلَّا فِي الْبَعْضِ فَمَا بَالُ الْقَاضِي لَا يَقْضِي عَلَيْهِ بِالْبَاقِي كَمَا قَضَى بِالْبَاقِي فِي الْإِقْرَارِ إِذَا كَذَّبَ الْمَقْرَّ فِي بَعْضٍ مَا أَقْرَبَهُ؟ أَجِيبَ بِأَنَّ تَكْذِيبَ الشَّاهِدِ تَفْسِيقٌ لَهُ وَلَا شَهَادَةَ لِلْفَاسِقِ، بِخِلَافِ الْإِقْرَارِ؛ لِأَنَّ عَدَالَةَ الْمَقْرَّ لَيْسَتْ بِشَرْطٍ فَتَفْسِيقُهُ لَا يُبْطِلُ الْإِقْرَارَ (قَوْلُهُ: وَكَذَا إِذَا سَكَتَ) يَعْنِي إِذَا ادَّعَى الْأَقْلَ وَسَكَتَ عَنْ قَوْلِهِ لَمْ يَكُنْ إِلَّا الْأَلْفُ، وَالْمَسْأَلَةُ بِحَالِهَا لَا يُقْضَى لَهُ بِشَيْءٍ (لَأَنَّ التَّكْذِيبَ ثَابِتٌ ظَاهِرًا) فَلَا تُقْبَلُ الشَّهَادَةُ بِدُونِ التَّوْفِيقِ؛ لَأَنَّ التَّصْرِيحَ بِذِكْرِ التَّوْفِيقِ فِيمَا لَا يَحْتَمِلُهُ لَا بُدَّ مِنْهُ فِي

الأصح، وعلى هذا لو قال: كَانَ أَصْلُ حَقِّي أَلْفًا وَخَمْسَمِائَةٍ وَلَكِنْ اسْتَوْفَيْتُ خَمْسَمِائَةً أَوْ أَبْرَأْتَهُ عَنْهَا قِيلَتْ لِلتَّصْرِيحِ بِالتَّوْفِيقِ.

وَعَلِمَ مِمَّا ذُكِرَ أَنَّ أَحْوَالَ مَنْ يَدَّعِي أَقْلَ الْمَالَيْنِ إِذَا اخْتَلَفَتِ الشَّهَادَةُ لَا تَخْلُو عَنْ ثَلَاثَةٍ: إِمَّا أَنْ يُكَذِّبَ الشَّاهِدَ بِالزِّيَادَةِ أَوْ يَسْكُتَ عَنِ التَّصَدِيقِ وَالتَّوْفِيقِ، أَوْ يُوَفِّقَ. وَجَوَابُ الْأَوَّلَيْنِ بَطْلَانُ الشَّهَادَةِ وَالْقَضَاءِ دُونَ الْآخَرِ.

قَالَ (وَإِذَا شَهِدَ بِالْأَلْفِ وَقَالَ أَحَدُهُمَا قَضَاءُ مِنْهَا خَمْسَمِائَةٍ قِيلَتْ شَهَادَتُهُمَا بِالْأَلْفِ) لَا تَتَّفَقُفِهِمَا عَلَيْهِ (وَلَمْ يَسْمَعْ قَوْلَهُ إِنَّهُ قَضَاءٌ) لِأَنَّهُ شَهَادَةٌ فَرَدَ (إِلَّا أَنْ يَشْهَدَ مَعَهُ آخَرٌ) وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ يَقْضَى بِخَمْسَمِائَةٍ، لِأَنَّ شَاهِدَ الْقَضَاءِ مَضْمُونُ شَهَادَتِهِ أَنْ لَا دِينَ إِلَّا خَمْسَمِائَةٍ. وَجَوَابُهُ مَا قُلْنَا.

قَالَ (وَيَنْبَغِي لِلشَّاهِدِ) إِذَا عَلِمَ بِذَلِكَ (أَنْ لَا يَشْهَدَ بِالْأَلْفِ حَتَّى يُقِرَّ الْمُدَّعِي أَنَّهُ قَبَضَ خَمْسَمِائَةً) كَيْ لَا يَصِيرَ مُعِينًا عَلَى الظُّلْمِ.

(وَفِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ: رَجُلَانِ شَهِدَا عَلَى رَجُلٍ بِقَرْضِ أَلْفٍ دِرْهَمٍ فَشَهِدَ أَحَدُهُمَا أَنَّهُ قَدْ قَضَاهَا، فَالشَّهَادَةُ جَائِزَةٌ عَلَى الْقَرْضِ) لَا تَتَّفَقُفِهِمَا عَلَيْهِ، وَتَفَرَّدَ أَحَدُهُمَا بِالْقَضَاءِ عَلَى مَا بَيَّنَّا. وَذَكَرَ الطَّحَاوِيُّ عَنْ أَصْحَابِنَا أَنَّهُ لَا تُقْبَلُ، وَهُوَ قَوْلُ زُفَرٍ رَحِمَهُ اللَّهُ لِأَنَّ الْمُدَّعِيَ أَكْذَبَ شَاهِدَ الْقَضَاءِ. قُلْنَا: هَذَا إِكْذَابٌ فِي غَيْرِ الْمَشْهُودِ بِهِ الْأَوَّلِ وَهُوَ الْقَرْضُ وَمِثْلُهُ لَا يَمْنَعُ الْقَبُولَ.

الشرح:

قَالَ (وَإِذَا شَهِدَ بِالْأَلْفِ وَقَالَ أَحَدُهُمَا قَضَاءُ مِنْهَا خَمْسَمِائَةٍ) إِذَا ادَّعَى أَلْفًا شَهِدَا بِالْأَلْفِ وَقَالَ أَحَدُهُمَا قَضَاءُ مِنْهَا خَمْسَمِائَةٍ (قِيلَتْ شَهَادَتُهُمَا بِالْأَلْفِ لَا تَتَّفَقُفِهِمَا عَلَيْهِ وَلَمْ يَسْمَعْ قَوْلَهُ: إِنَّهُ قَضَاءٌ؛ لِأَنَّهُ شَهَادَةٌ فَرَدَ إِلَّا أَنْ يَشْهَدَ مَعَهُ آخَرٌ).

فَإِنْ قِيلَ شَهَادَةٌ مِنْ شَهِدَ بِالْقَضَاءِ مُتَنَاقِضَةٌ؛ لِأَنَّهُ إِذَا قَضَاهُ خَمْسَمِائَةً لَا يَكُونُ لِلْمُدَّعِي عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ أَلْفٌ بَلْ خَمْسَمِائَةٌ لَا غَيْرُ. أَجِيبُ بِأَنَّ قَضَاءَ الدَّيْنِ إِمَّا هُوَ بِطَرِيقِ الْمُقَاصَّةِ وَذَلِكَ بِقَبْضِ الْعَيْنِ مَكَانَ الدَّيْنِ الَّذِي هُوَ غَيْرُهُ فَكَانَ قَوْلُهُ: قَضَاهُ مِنْهُمَا خَمْسَمِائَةً شَهَادَةً عَلَى الْمُدَّعِي بِقَبْضِ مَا هُوَ غَيْرُ مَا شَهِدَ بِهِ أَوَّلًا وَهُوَ الدَّيْنُ فَلَمْ يَعُدْ مُتَنَاقِضًا (وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يَقْضَى بِخَمْسَمِائَةٍ؛ لِأَنَّ شَاهِدَ الْقَضَاءِ مَضْمُونُ شَهَادَتِهِ

أَنْ لَا دَيْنَ إِلَّا خَمْسِمِائَةٍ؛ لِأَنَّ الْقَبْضَ بِطَرِيقِ التَّمْلِكِ لَمَّا أُوجِبَ الضَّمَانُ بَطَلَتْ مُطَالَبَةُ رَبِّ الدَّيْنِ غَرِمَهُ عَنْ خَمْسِمِائَةٍ، فَلَمْ يَكُنْ الدَّيْنُ إِلَّا خَمْسِمِائَةٍ، فَصَارَ كَمَا إِذَا شَهِدَ أَحَدُهُمَا بِأَلْفٍ وَالْآخَرُ بِخَمْسِمِائَةٍ، وَفِي ذَلِكَ يُقْضَى بِالْأَقْلَ كَمَا قُلْنَا فِي الْأَلْفِ وَالْأَلْفَيْنِ، إِلَّا أَنْ مُحَمَّدًا خَالَفَهُ هُنَا؛ لِأَنَّ ذَلِكَ فِيمَا تَكُونُ الشَّهَادَةُ بِالْأَقْلَ وَقَعَتْ ابْتِدَاءً وَهَذَا لَيْسَ كَذَلِكَ. ١ هـ.

(وَجَوَابُهُ مَا قُلْنَا) أَنَّهُمَا اتَّفَقَا عَلَى وَجُوبِ الْأَلْفِ وَأَنْفَرَدَ أَحَدُهُمَا بِالْقَضَاءِ وَالْقَضَاءُ يَتْلُو الْوُجُوبَ لَا مَحَالَةَ. وَعَوْرُضَ بَأَنَّ الْمُدَّعِيَ كَذَبَ مَنْ شَهِدَ بِقَضَائِهِ خَمْسِمِائَةً وَكَذْبِيهِ تَفْسِيقٌ لَهُ، وَكَيْفَ يُقْضَى بِشَهَادَتِهِ وَجَوَابُهُ سَيَأْتِي (قَوْلُهُ: وَيَنْبَغِي لِلشَّاهِدِ) يَعْنِي أَنَّ الشَّاهِدَ بِقَضَاءِ خَمْسِمِائَةٍ إِذَا عَلِمَ بِذَلِكَ لَا يَنْبَغِي أَنْ لَا يَشْهَدَ بِأَلْفٍ حَتَّى يُقَرَّ الْمُدَّعِيَ أَنَّهُ قَبْضُ خَمْسِمِائَةٍ كَيْ لَا يَصِيرَ مُعِينًا عَلَى الظُّلْمِ بَعْلِمِهِ بِدَعْوَاهُ بِغَيْرِ حَقٍّ.

(وَفِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ: رَجُلَانِ شَهِدَا عَلَى رَجُلٍ بِقَرْضِ أَلْفٍ دَرَاهِمَ فَشَهِدَ أَحَدُهُمَا أَنَّهُ قَدْ قَضَاهَا فَالشَّهَادَةُ جَائِزَةٌ عَلَى الْقَرْضِ لِاتِّفَاقِهَا عَلَيْهِ وَتَفَرُّدَ أَحَدِهِمَا بِالْقَضَاءِ) وَالْفَرْقُ بَيْنَ مَسْأَلَةِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ وَبَيْنَ مَا ذُكِرَتْ قَبْلَهَا أَنَّ فِي مَسْأَلَةِ الْجَامِعِ شَهِدَ أَحَدُ الشَّاهِدَيْنِ بِقَضَاءِ الدَّيْنِ كُلِّهِ وَفِيمَا قَبْلَهَا شَهِدَ بَعْضُهُ (وَذَكَرَ الطَّحَاوِيُّ عَنْ أَصْحَابِنَا أَنَّهُ لَا يُقْبَلُ، وَهُوَ قَوْلُ زُفَرٍ؛ لِأَنَّ الْمُدَّعِيَ أَكْذَبَ شَاهِدَ الْقَضَاءِ) وَهُوَ تَفْسِيقٌ لَهُ (قُلْنَا: هَذَا إِكْذَابٌ فِي غَيْرِ الْمَشْهُودِ بِهِ الْأَوَّلَ وَهُوَ الْقَرْضُ)؛ لِأَنَّهُ أَكْذَبَهُ فِيمَا عَلَيْهِ وَهُوَ الْقَضَاءُ وَهُوَ غَيْرُ الْأَوَّلِ لَا مَحَالَةَ، وَمِثْلُهُ لَيْسَ بِمَانِعٍ كَمَا لَوْ شَهِدَ عَلَيْهِ لِشَخْصٍ آخَرَ قَبْلَ أَنْ يَشْهَدَا لَهُ فَأَكْذَبَهُمْ. وَحَاصِلُهُ أَنَّ إِكْذَابَ الْمُدَّعِيَ لَشُهُودِهِ تَفْسِيقٌ لَهُ لِكُونِهِ اخْتِيَارِيًّا، وَأَمَّا إِكْذَابُ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ فَلَيْسَ بِتَفْسِيقٍ؛ لِأَنَّهُ لِضَرُورَةِ الدَّفْعِ عَنْ نَفْسِهِ.

قَالَ (وَإِذَا شَهِدَ شَاهِدَانِ أَنَّهُ قَتَلَ زَيْدًا يَوْمَ النَّحْرِ بِمَكَّةَ وَشَهِدَ آخَرَانِ أَنَّهُ قَتَلَهُ يَوْمَ النَّحْرِ بِالْكُوفَةِ وَاجْتَمَعُوا عِنْدَ الْحَاكِمِ لَمْ يَقْبَلِ الشَّهَادَتَيْنِ) لِأَنَّ إِحْدَاهُمَا كَاذِبَةٌ بَيِّنِينَ وَلَيْسَتْ إِحْدَاهُمَا بِأُولَى مِنَ الْآخَرَى (فَإِنْ سَبَقَتْ إِحْدَاهُمَا وَقَضَى بِهَا ثُمَّ حَضَرَتِ الْآخَرَى لَمْ تُقْبَلْ) لِأَنَّ الْأُولَى تَرَجَّحَتْ بِاتِّصَالِ الْقَضَاءِ بِهَا فَلَا تُنْتَقَضُ بِالنَّائِبَةِ.

الشرح:

قَالَ (وَإِذَا شَهِدَ شَاهِدَانِ أَنَّهُ قَتَلَ زَيْدًا يَوْمَ النَّحْرِ بِمَكَّةَ إلخ) قَدْ ذَكَرْنَا أَنَّ

اِخْتِلَافَ الشَّاهِدَيْنِ فِي الْمَكَانِ يَمْنَعُ الْقَبُولَ، فَإِذَا شَهِدَ شَاهِدَانِ أَنَّهُ قَتَلَ زَيْدًا يَوْمَ
التَّحْرِ بِمَكَّةَ وَآخَرَانِ يَقْتُلُهُ يَوْمَ التَّحْرِ بِالْكُوفَةِ قَبْلَ أَنْ يَقْضِيَ الْقَاضِي بِالْأُولَى لَمْ
يَقْبَلْهُمَا؛ لِأَنَّ إِحْدَاهُمَا كَاذِبَةٌ يَبْقَيْنِ؛ إِذِ الْعَرَضُ الْوَاحِدُ: أَعْنِي الْقَتْلَ لَا يُمَكِّنُ أَنْ يَكُونَ
فِي مَكَائِنَ وَلَيْسَتْ إِحْدَاهُمَا بِأُولَى مِنَ الْآخَرَى (فَإِنْ سَبَقَتْ إِحْدَاهُمَا وَقَضِيَ بِهَا ثُمَّ
حَضَرَتْ الْآخَرَى لَمْ تُقْبَلْ؛ لِأَنَّ الْأُولَى تَرَجَّحَتْ بِاتِّصَالِ الْقَضَاءِ بِهَا فَلَا تُنْتَفَضُ بِمَا
لَيْسَتْ مِثْلَهَا).

(وَإِذَا شَهِدَا عَلَى رَجُلٍ أَنَّهُ سَرَقَ بَقْرَةً وَاخْتَلَفَا فِي لَوْنِهَا قُطِعَ، وَإِنْ قَالَ أَحَدُهُمَا
بَقْرَةً وَقَالَ الْآخَرُ ثَوْرًا لَمْ يُقْطَعْ) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَقَالَا: لَا يُقْطَعُ فِي
الْوَجْهَيْنِ) جَمِيعًا، وَقِيلَ الْاِخْتِلَافُ فِي لَوْنَيْنِ يَتَشَابِهَانِ كَالسَّوَادِ وَالْحُمْرَةِ لَا فِي السَّوَادِ
وَالْبَيَاضِ، وَقِيلَ هُوَ فِي جَمِيعِ الْأَلْوَانِ. لَهُمَا أَنَّ السَّرِقَةَ فِي السَّوَادِ غَيْرُهَا فِي الْبَيَاضِ فَلَمْ
يَتِمَّ عَلَى كُلِّ فِعْلٍ نَصَابُ الشَّهَادَةِ وَصَارَ كَالْغَضَبِ بَلْ أُولَى، لِأَنَّ أَمْرَ الْحَدِّ أَهَمُّ وَصَارَ
كَالدُّكُورَةِ وَالْأُنْثَى. وَلَهُ أَنَّ التَّوْفِيقَ مُمَكِّنٌ لِأَنَّ التَّحْمُلَ فِي اللَّيَالِي مِنَ بَعِيدٍ وَاللَّوْنَانِ
يَتَشَابِهَانِ أَوْ يَجْتَمِعَانِ فِي وَاحِدٍ فَيَكُونُ السَّوَادُ مِنْ جَانِبٍ وَهَذَا يُبَصِّرُهُ وَالْبَيَاضُ مِنْ جَانِبٍ
آخَرَ وَهَذَا الْآخَرُ يُشَاهِدُهُ، بِخِلَافِ الْغَضَبِ لِأَنَّ التَّحْمُلَ فِيهِ بِالنَّهَارِ عَلَى قُرْبٍ مِنْهُ،
وَالدُّكُورَةُ وَالْأُنْثَى لَا يَجْتَمِعَانِ فِي وَاحِدَةٍ، وَكَذَا الْوُقُوفُ عَلَى ذَلِكَ بِالْقُرْبِ مِنْهُ فَلَا
يَشْتَبَهُ.

الشرح:

قَالَ (وَإِذَا شَهِدَا عَلَى رَجُلٍ أَنَّهُ سَرَقَ بَقْرَةً) وَقَدْ ذَكَرْنَا أَنَّ اِخْتِلَافَهُمَا فِي الْكَيْفِ
يَمْنَعُ الْقَبُولَ فَإِذَا شَهِدَا عَلَى رَجُلٍ بِسَّرِقَةِ بَقْرَةٍ (وَاخْتَلَفَا فِي لَوْنِهَا قُطِعَ) سَوَاءً كَانَ
اللَّوْنَانِ يَتَشَابِهَانِ كَالْحُمْرَةِ وَالسَّوَادِ أَوْ لَا كَالسَّوَادِ وَالْبَيَاضِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ
وَهُوَ الْأَصَحُّ.

وَقِيلَ إِنْ كَانَا يَتَشَابِهَانِ قُبِلَتْ وَإِلَّا فَلَا، وَإِنْ اِخْتَلَفَا فِي الدُّكُورَةِ وَالْأُنْثَى لَمْ
يُقْطَعْ وَقَالَا لَا يُقْطَعُ فِي الْوَجْهَيْنِ جَمِيعًا؛ لِأَنَّ سَرِقَةَ السَّوَادِ غَيْرُ سَرِقَةِ الْبَيَاضِ فَلَمْ يَتِمَّ
عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نَصَابُ الشَّهَادَةِ وَلَا قُطْعٌ بِدُونِهِ فَصَارَ كَمَا لَوْ شَهِدَا بِالْغَضَبِ،
وَالْمَسْأَلَةُ بِحَالِهَا فَإِنَّمَا لَمْ تُقْبَلْ بِالِاتِّفَاقِ، بَلْ هَذَا أُولَى؛ لِأَنَّ أَمْرَ الْحَدِّ أَهَمُّ لَكُونِهِ مِمَّا

يُنْدَرَى بِالشُّبُهَاتِ فِيهِ إِتْلَافٌ نِصْفِ الْآدَمِيِّ فَصَارَ كَالذُّكُورَةِ وَالْأُنْثَى فِي الْمَعَايِرَةِ. وَلِأَيِّ حَنِيفَةٍ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ التَّوْفِيقَ مُمَكِّنٌ؛ لِأَنَّ (التَّحْمُلَ فِي اللَّيَالِي مِنْ بَعِيدٍ) لَكُونِ السَّرِقَةِ فِيهَا غَالِبًا (وَاللَّوْنَانِ يَتَشَابِهَانِ) كَالْحُمْرَةِ وَالصُّفْرَةِ (أَوْ يَجْتَمِعَانِ) بِأَنْ تَكُونَ بَلَقَاءُ أَحَدٍ جَانِبَيْهَا أَسْوَدُ يُبْصِرُهُ أَحَدُهُمَا وَالْآخَرُ أَيْضًا يُشَاهِدُهُ الْآخَرُ، وَإِذَا كَانَ التَّوْفِيقُ مُمَكِّنًا وَجَبَ الْقَبُولُ كَمَا إِذَا اخْتَلَفَ شُهُودُ الزُّمَانِ فِي بَيْتٍ وَاحِدٍ.

وَفِيهِ بَحْثٌ مِنْ وَجْهَيْنِ: أَحَدُهُمَا: أَنَّ طَلَبَ التَّوْفِيقِ هَاهُنَا اِحْتِيَالٌ لِإِثْبَاتِ الْحَدِّ وَهُوَ الْقَطْعُ، وَالْحَدُّ يُحْتَالُ لِدَرْثِهِ لَا لِإِثْبَاتِهِ. وَالثَّانِي أَنَّ التَّوْفِيقَ وَإِنْ كَانَ مُمَكِّنًا لَيْسَ بِمُعْتَبَرٍ مَا لَمْ يُصْرِّحْ بِهِ فِيمَا ثَبَتَ بِالشُّبُهَاتِ فَكَيْفَ يُعْتَبَرُ إِمْكَانُهُ فِيمَا يُدْرَأُ بِهِ.

وَالْجَوَابُ عَنِ الْأَوَّلِ أَنَّ ذَلِكَ إِمَّا كَانَ اِحْتِيَالًا لِإِثْبَاتِهِ أَنْ لَوْ كَانَ فِي اخْتِلَافٍ مَا كَلَفَا نَقْلَهُ وَهُوَ مِنْ صُلْبِ الشَّهَادَةِ كَيِّانِ قِيَمَةِ الْمَسْرُوقِ لِيُعْلَمَ هَلْ كَانَ نَصَابًا فَيَقْطَعُ بِهِ أَوْ لَا، وَإِمَّا إِذَا كَانَ فِي اخْتِلَافٍ مَا لَمْ يُكَلَفَا نَقْلَهُ كَلَوْنِ تِيَابِ السَّارِقِ وَأُمَثَالِهِ فَاعْتِبَارُ التَّوْفِيقِ فِيهِ لَيْسَ اِحْتِيَالًا لِإِثْبَاتِ الْحَدِّ لِإِمْكَانِ ثُبُوتِهِ بِدُونِهِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُمَا لَوْ سَكَنَّا عَنْ بَيَانِ لَوْنِ الْبَقَرَةِ مَا كَلَفَهُمَا الْقَاضِي بِذَلِكَ فَتَبَيَّنَ أَنَّهُ لَيْسَ مِنْ صُلْبِ الشَّهَادَةِ وَلَمْ يُكَلَفَا نَقْلَهُ إِلَى مَجْلِسِ الْحُكْمِ، بِخِلَافِ الذُّكُورَةِ وَالْأُنْثَى فَإِنَّهُمَا يُكَلَفَانِ النُّقْلَ بِذَلِكَ؛ لِأَنَّ الْقِيَمَةَ تَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِهَا فَكَانَ اخْتِلَافًا فِي صُلْبِ الشَّهَادَةِ.

وَعَنِ الثَّانِي بَأَنَّهُ جَوَابُ الْقِيَاسِ؛ لِأَنَّ الْقِيَاسَ اعْتِبَارُ إِمْكَانِ التَّوْفِيقِ، أَوْ يُقَالُ التَّصْرِيحُ بِالتَّوْفِيقِ يُعْتَبَرُ فِيمَا كَانَ فِي صُلْبِ الشَّهَادَةِ وَإِمْكَانُهُ فِيمَا لَمْ يَكُنْ فِيهِ هَذَا، وَاللَّهُ أَعْلَمُ بِالصُّوَابِ (قَوْلُهُ: بِخِلَافِ الْعَصْبِ) جَوَابٌ عَنْ مَسْأَلَةِ الْعَصْبِ بِأَنَّ التَّحْمُلَ فِيهِ بِالنَّهَارِ إِذِ الْعَصْبُ يَكُونُ فِيهِ غَالِبًا عَلَى قُرْبٍ مِنْهُ.

وَقَوْلُهُ: (وَالذُّكُورَةُ وَالْأُنْثَى) جَوَابٌ عَمَّا اسْتَشْهَدَا بِهِ مِنَ الْاِخْتِلَافِ بِهِمَا فَإِنَّهُمَا لَا يَجْتَمِعَانِ فِي وَاحِدٍ، وَكَذَا الْوُقُوفُ عَلَى ذَلِكَ بِالْقُرْبِ مِنْهُ فَلَا يَشْتَبَهُ لِحْتَاجٍ إِلَى التَّوْفِيقِ.

قَالَ: (وَمَنْ شَهِدَ لِرَجُلٍ أَنَّهُ اشْتَرَى عَبْدًا مِنْ فُلَانٍ بِأَلْفٍ وَشَهِدَ آخَرُ أَنَّهُ اشْتَرَاهُ بِأَلْفٍ وَخَمْسِمِائَةٍ فَالشَّهَادَةُ بِاصِلَةٌ) لِأَنَّ الْمَقْصُودَ إِثْبَاتُ السَّبَبِ وَهُوَ الْعَقْدُ وَيَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ الثَّمَنِ فَاخْتَلَفَ الْمَشْهُودُ بِهِ وَلَمْ يَتِمَّ الْعَدُّ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ، وَلِأَنَّ الْمُدَّعِيَ يُكْذِبُ

أَحَدَ شَاهِدَيْهِ وَكَذَلِكَ إِذَا كَانَ الْمُدْعِي هُوَ الْبَائِعَ وَلَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يَدْعِيَ الْمُدْعِي أَقْلَ الْمَالَيْنِ
أَوْ أَكْثَرَهُمَا لَمَّا بَيَّنَّا

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ شَهِدَ لِرَجُلٍ أَنَّهُ اشْتَرَى عَبْدَ فُلَانٍ بِأَلْفٍ إِنْج) رَجُلٌ ادَّعَى عَلَى آخَرَ
أَنَّهُ بَاعَهُ هَذَا الْعَبْدَ بِأَلْفٍ أَوْ بِأَلْفٍ وَخَمْسِمِائَةٍ، وَأَكْثَرَ الْبَائِعِ ذَلِكَ فَشَهِدَ شَاهِدٌ بِأَلْفٍ
وَأَخْرُ بِأَلْفٍ وَخَمْسِمِائَةٍ فَالشَّهَادَةُ بَاطِلَةٌ؛ لِأَنَّ الْمَشْهُودَ بِهِ مُخْتَلَفٌ؛ إِذِ الْمَقْصُودُ مِنْ
دَعْوَى الْبَيْعِ قَبْلَ التَّسْلِيمِ إِبْثَاتُهُ وَهُوَ مُخْتَلَفٌ بِاخْتِلَافِ الثَّمَنِ؛ إِذِ الشِّرَاءُ بِأَلْفٍ غَيْرُهُ
بِأَلْفٍ وَخَمْسِمِائَةٍ، وَاخْتِلَافُ الْمَشْهُودِ بِهِ يَمْنَعُ قَبُولَ الشَّهَادَةِ. فَإِنْ قِيلَ: لَا تُسَلِّمُ أَنْ
الْمَقْصُودُ إِبْثَاتُ الْعَقْدِ بَلِ الْمَقْصُودُ هُوَ الْحُكْمُ وَهُوَ الْمَلِكُ وَالسَّبَبُ وَسِيلَةٌ إِلَيْهِ. أُجِيبَ بِأَنَّ
دَعْوَى السَّبَبِ الْمُعَيَّنِ دَلِيلٌ عَلَى أَنَّ ثَبُوتَهُ هُوَ الْمَقْصُودُ لِيَتَرْتَّبَ الْحُكْمُ عَلَيْهِ وَهُوَ الْمَلِكُ؛ إِذِ
لَوْ كَانَ مَقْصُودُهُ ثَبُوتُ الْمَلِكِ لَادَّعَاهُ وَهُوَ لَا يَحْتَاجُ إِلَى سَبَبٍ مُعَيَّنٍ، فَإِنَّ الشَّهَادَةَ عَلَى
الْمَلِكِ الْمَطْلُوقِ صَحِيحَةٌ فَكَانَ مَقْصُودُهُ السَّبَبُ.

فَإِنْ قِيلَ: التَّوْفِيقُ مُمَكِّنٌ لِحَوَازِ أَنْ يَكُونَ الثَّمَنُ أَوْ لَا أَلْفًا فَرَادَ فِي الثَّمَنِ وَعَرَّفَ بِهِ
أَحَدُهُمَا دُونَ الْآخَرِ. أُجِيبَ بِأَنَّ السَّيِّدَ الشَّهِيدَ أَبَا الْقَاسِمِ السَّمَرْقَنْدِيَّ ذَهَبَ إِلَى ذَلِكَ
وَقَالَ: تُقْبَلُ الشَّهَادَةُ، بِخِلَافِ مَا إِذَا شَهِدَا بِجَنْسَيْنِ كَأَلْفٍ دِرْهَمٍ وَمِائَةِ دِينَارٍ.
وَوَجْهُ مَا فِي الْكِتَابِ أَنَّ الشِّرَاءَ بِأَلْفٍ وَخَمْسِمِائَةٍ إِنَّمَا يَكُونُ إِذَا كَانَ الْأَلْفُ
وَالْخَمْسِمِائَةُ مُلَصَّقَيْنِ بِالْشِّرَاءِ، وَأَمَّا إِذَا اشْتَرَى بِأَلْفٍ دِرْهَمٍ ثُمَّ زَادَ خَمْسِمِائَةً فَلَا يُقَالُ
اشْتَرَى بِأَلْفٍ وَخَمْسِمِائَةٍ وَلِهَذَا يَأْخُذُ الشَّافِعِيُّ بِأَصْلِ الثَّمَنِ (قَوْلُهُ: وَلِأَنَّ الْمُدْعِيَ يُكَذِّبُ
أَحَدَ شَاهِدَيْهِ) دَلِيلٌ آخَرٌ عَلَى ذَلِكَ (وَكَذَا إِذَا كَانَ الْمُدْعِي هُوَ الْبَائِعِ) سَوَاءً ادَّعَى الْبَيْعَ
بِأَلْفٍ أَوْ بِأَلْفٍ وَخَمْسِمِائَةٍ لَا فَرْقَ بَيْنَهُمَا لَمَّا بَيَّنَّا أَنَّ الْمَقْصُودَ هُوَ السَّبَبُ، وَكَذَا إِذَا
كَانَتْ الدَّعْوَى فِي الْكِتَابَةِ، أَمَّا إِذَا كَانَ يَدْعِيهَا الْعَبْدُ فَلَا خَفَاءَ فِي كَوْنِ الْعَقْدِ
مَقْصُودًا، وَأَمَّا إِذَا كَانَ هُوَ الْمَوْلَى فَلِأَنَّ الْعِتْقَ لَا يَثْبُتُ قَبْلَ الْأَدَاءِ فَكَانَ الْمَقْصُودُ إِبْثَاتُ
الْعَقْدِ، وَفِيهِ نَظَرٌ لَفْظًا وَمَعْنَى.

أَمَّا الْأَوَّلُ فَلِأَنَّهُ قَالَ الْعِتْقُ لَا يَثْبُتُ قَبْلَ الْأَدَاءِ، وَذَلِكَ مُشْعِرٌ بِأَنَّ مَقْصُودَ الْمَوْلَى
هُوَ الْعِتْقُ وَالْأَدَاءُ هُوَ السَّبَبُ، وَلَيْسَ كَذَلِكَ بَلِ الْمَقْصُودُ الْبَدَلُ وَالسَّبَبُ هُوَ الْكِتَابَةُ.

وَأَمَّا الثَّانِي فَلَأَنَّ الْمَوْلَى إِذَا ادَّعَى الْكِتَابَةَ وَالْعَبْدَ مُنْكَرًا فَالشَّهَادَةُ لَا تُقْبَلُ لَتَمَكُّنِهِ مِنَ الْفَسْخِ. وَالْجَوَابُ عَنْ الْأَوَّلِ أَنَّ تَقْرِيرَهُ بَدَلُ الْعِتْقِ لَا يَثْبُتُ قَبْلَ الْأَدَاءِ وَالْأَدَاءُ لَا يَثْبُتُ بِدُونِ الْكِتَابَةِ فَكَانَ الْمَقْصُودُ هُوَ الْكِتَابَةُ. أَوْ يُقَالُ مَعْنَاهُ أَنَّ مَقْصُودَ الْمَوْلَى هُوَ الْعِتْقُ، وَالْعِتْقُ لَا يَقَعُ قَبْلَ الْأَدَاءِ، وَالْأَدَاءُ لَا يَثْبُتُ بِدُونِ الْكِتَابَةِ فَكَانَتْ هِيَ الْمَقْصُودَةَ. وَعَنْ الثَّانِي بَأَنَّ قَوْلَهُ فَالشَّهَادَةُ لَا تُقْبَلُ لَتَمَكُّنِهِ مِنَ الْفَسْخِ لَيْسَ بِصَحِيحٍ لِحَوَازِ أَنْ لَا يَخْتَارَ الْفَسْخَ وَيُخَاصِمَ لِأَدْنَى الْبَدَلَيْنِ

(وَكَذَلِكَ الْكِتَابَةُ) لِأَنَّ الْمَقْصُودَ هُوَ الْعَقْدُ إِنْ كَانَ الْمُدَّعِي هُوَ الْعَبْدَ فَظَاهِرٌ، وَكَذَا إِذَا كَانَ هُوَ الْمَوْلَى لِأَنَّ الْعِتْقَ لَا يَثْبُتُ قَبْلَ الْأَدَاءِ فَكَانَ الْمَقْصُودُ إِثْبَاتَ السَّبَبِ (وَكَذًا الْخُلْعُ وَالْإِعْتَاقُ عَلَى مَالٍ وَالصَّلْحُ عَنْ دَمِ الْعَمَدِ إِذَا كَانَ الْمُدَّعِي هُوَ الْمَرْأَةُ أَوِ الْعَبْدَ أَوِ الْقَاتِلَ) لِأَنَّ الْمَقْصُودَ إِثْبَاتُ الْعَقْدِ وَالْحَاجَةُ مَاسَّةٌ إِلَيْهِ، وَإِنْ كَانَتْ الدَّعْوَى مِنْ جَانِبِ آخَرَ فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ دَعْوَى الدَّيْنِ فِيمَا ذَكَرْنَا مِنَ الْوُجُوهِ لِأَنَّهُ ثَبَتَ الْعَفْوُ وَالْعِتْقُ وَالطَّلَاقُ بِاعْتِرَافِ صَاحِبِ الْحَقِّ فَبَقِيَ الدَّعْوَى فِي الدَّيْنِ وَفِي الرِّهْنِ، إِنْ كَانَ الْمُدَّعَى هُوَ الرِّهْنُ لَا يَقْبَلُ لِأَنَّهُ لَا حَظَّ لَهُ فِي الرِّهْنِ فَعَرِيتِ الشَّهَادَةُ عَنِ الدَّعْوَى، وَإِنْ كَانَ الْمُرْتَهِنُ فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ دَعْوَى الدَّيْنِ.

الشرح:

(وَكَذًا الْخُلْعُ وَالْإِعْتَاقُ عَلَى مَالٍ وَالصَّلْحُ عَنْ دَمِ الْعَمَدِ) أَمَّا أَنْ الْمُدَّعَى إِذَا كَانَ هُوَ الْمَرْأَةُ وَالْعَبْدَ وَالْقَاتِلَ فَلَا خَفَاءَ فِي كَوْنِ الْعَقْدِ مَقْصُودًا وَالْحَاجَةُ مَاسَّةٌ إِلَى إِثْبَاتِ الْعَقْدِ لِيُثْبِتَ الطَّلَاقُ وَالْعَتَاقُ وَالْعَفْوُ بِنَاءً عَلَيْهِ، وَإِنْ كَانَتْ الدَّعْوَى مِنْ جَانِبِ الزَّوْجِ بَأَنَّ قَالَ خَالَعْتُكَ عَلَى أَلْفٍ وَخَمْسِمِائَةٍ وَالْمَرْأَةُ تَدَّعِي الْأَلْفَ، أَوْ قَالَ مَوْلَى الْعَبْدِ أَعْتَقْتُكَ عَلَى أَلْفٍ وَخَمْسِمِائَةٍ وَالْعَبْدُ يَدَّعِي الْأَلْفَ، أَوْ قَالَ وَلِيُّ الْقِصَاصِ صَالِحُكَ بِأَلْفٍ وَخَمْسِمِائَةٍ، وَالْقَاتِلُ يَدَّعِي الْأَلْفَ فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ دَعْوَى الدَّيْنِ فِيمَا ذَكَرْنَا مِنَ الْوُجُوهِ الْمَذْكُورَةِ مِنْ أَنَّهُ تُقْبَلُ عَلَى الْأَلْفِ إِذَا ادَّعَى أَلْفًا وَخَمْسِمِائَةً بِالِاتِّفَاقِ، وَإِذَا ادَّعَى أَلْفَيْنِ لَا تُقْبَلُ عِنْدَهُ خِلَافًا لِهَمَّا، وَإِنْ ادَّعَى أَقْلَ الْمَالَيْنِ يُعْتَبَرُ الْوُجُوهُ الثَّلَاثَةُ مِنَ التَّوْفِيقِ وَالتَّكْذِيبِ وَالسُّكُوتِ عَنْهُمَا (لَأَنَّهُ يَثْبُتُ الْعَفْوُ وَالْعِتْقُ وَالطَّلَاقُ بِاعْتِرَافِ صَاحِبِ الْحَقِّ فَتَبْقَى الدَّعْوَى فِي الدَّيْنِ، وَفِي الرِّهْنِ إِنْ كَانَ الْمُدَّعَى هُوَ الرَّاهِنُ لَا تُقْبَلُ)

لَعَدَمِ الدَّعْوَى؛ لِأَنَّهُ لَمَّا لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَسْتَرِدَّ الرَّهْنَ قَبْلَ قَضَاءِ الدَّيْنِ كَانَ دَعْوَاهُ غَيْرَ مُفِيدَةٍ وَكَأَنَّ كَانَ لَمْ تَكُنْ، وَإِنْ كَانَ هُوَ الْمُرْتَهِنَ كَانَ بِمَنْزِلَةِ الدَّيْنِ يَقْضِي بِأَقْلِ الْمَالَيْنِ إِجْمَاعًا قَبْلَ عَقْدِ الرَّهْنِ بِأَلْفٍ غَيْرِهِ بِأَلْفٍ وَخَمْسِمِائَةٍ فَيَجِبُ أَنْ لَا تُقْبَلَ الْبَيِّنَةُ وَإِنْ كَانَ الْمُدَّعِي هُوَ الْمُرْتَهِنَ؛ لِأَنَّهُ كَذَبَ أَحَدَ شَاهِدَيْهِ.

وَأُجِيبَ بِأَنَّ الرَّهْنَ عَقْدٌ غَيْرُ لَازِمٍ فِي حَقِّ الْمُرْتَهِنِ حَيْثُ كَانَ لَهُ وَلَايَةُ الرَّدِّ مَتَى شَاءَ فَكَانَ فِي حُكْمِ الْعَدَمِ فَكَانَ الْاِعْتِبَارُ لِلدَّعْوَى الدَّيْنِ؛ لِأَنَّ الرَّهْنَ لَا يَكُونُ إِلَّا بِدَيْنٍ فَتُقْبَلُ الْبَيِّنَةُ كَمَا فِي سَائِرِ الدِّيُونِ وَيَثْبُتُ الرَّهْنُ بِالْأَلْفِ ضِمْنَا وَتَبَعًا لِلدَّيْنِ.

وَفِي الْإِجَارَةِ لَا يَخْلُو إِمَّا أَنْ تَكُونَ الدَّعْوَى فِي أَوَّلِ الْمُدَّةِ أَوْ بَعْدَ مُضِيِّهَا، فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ لَمْ تُقْبَلِ الشَّهَادَةُ كَمَا فِي الْبَيْعِ؛ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ اثْبَاتُ الْعَقْدِ وَقَدْ اخْتَلَفَ بِاخْتِلَافِ الْبَدَل. وَإِنْ كَانَ الثَّانِي، فِيمَا أَنْ يَكُونَ الْمُدَّعِي هُوَ الْآجِرُ أَوْ الْمُسْتَأْجِرُ، فَإِنْ كَانَ الْآجِرُ فَهُوَ دَعْوَى الدَّيْنِ يَقْضِي بِأَقْلِ الْمَالَيْنِ إِذَا ادَّعَى الْأَكْثَرُ؛ لِأَنَّ الْمُدَّةَ إِذَا انْقَضَتْ كَانَتْ الْمُنَازَعَةُ فِي وُجُوبِ الْأَجْرِ وَصَارَ كَمَنْ ادَّعَى عَلَى آخَرٍ أَلْفًا وَخَمْسِمِائَةٍ وَشَهِدَ أَحَدُهُمَا بِأَلْفٍ وَالْآخَرُ بِأَلْفٍ وَخَمْسِمِائَةٍ جَازَتْ عَلَى الْأَلْفِ، وَإِنْ شَهِدَ أَحَدُهُمَا بِأَلْفٍ وَالْآخَرُ بِالْفَيْنِ لَمْ تُقْبَلْ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ كَمَا تَقَدَّمَ خِلَافًا لُهُمَا، وَإِنْ كَانَ الْمُسْتَأْجِرُ.

قَالَ فِي النَّهَائَةِ: كَانَ ذَلِكَ اعْتِرَافًا مِنْهُ بِمَالِ الْإِجَارَةِ فَيَجِبُ عَلَيْهِ مَا اعْتَرَفَ بِهِ وَلَا حَاجَةَ إِلَى اتِّفَاقِ الشَّاهِدَيْنِ وَاخْتِلَافُهُمَا، وَهَذَا؛ لِأَنَّهُ إِنْ أَقْرَبَ بِالْأَكْثَرِ لَمْ يَتَّقَ نِزَاعًا، وَإِنْ أَقْرَبَ بِالْأَقْلَ فَلَا آجِرَ لَا يَأْخُذُ مِنْهُ بَيِّنَةُ سِوَى ذَلِكَ.

وَفِي بَعْضِ الشُّرُوحِ: فَإِنْ كَانَ الدَّعْوَى مِنَ الْمُسْتَأْجِرِ فَهَذَا دَعْوَى الْعَقْدِ بِالْإِجْمَاعِ وَهُوَ فِي مَعْنَى الْأَوَّلِ؛ لِأَنَّ الدَّعْوَى إِذَا كَانَتْ فِي الْعَقْدِ بَطَلَتْ الشَّهَادَةُ فَيُؤْخَذُ الْمُسْتَأْجِرُ بِاعْتِرَافِهِ.

وَفِي الْإِجَارَةِ إِنْ كَانَ ذَلِكَ فِي أَوَّلِ الْمُدَّةِ فَهُوَ نَظِيرُ الْبَيْعِ، وَإِنْ كَانَ بَعْدَ مُضِيِّ الْمُدَّةِ وَالْمُدَّعِي هُوَ الْآجِرُ فَهُوَ دَعْوَى الدَّيْنِ.

قَالَ (فَأَمَّا النِّكَاحُ فَإِنَّهُ يَجُوزُ بِأَلْفٍ اسْتِحْسَانًا، وَقَالَا: هَذَا بَاطِلٌ فِي النِّكَاحِ أَيْضًا) وَذَكَرَ فِي الْأَمَالِيِّ قَوْلَ أَبِي يُوسُفَ مَعَ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ. لُهُمَا أَنْ هَذَا اخْتِلَافٌ فِي الْعَقْدِ، لِأَنَّ الْمَقْصُودَ مِنَ الْجَانِبَيْنِ السَّبَبُ فَأَشْبَهَ الْبَيْعَ.

وَأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ الْمَالَ فِي النِّكَاحِ تَابِعٌ، وَالْأَصْلُ فِيهِ الْحِلُّ وَالْإِزْدِوَاجُ وَالْمِلْكُ وَلَا اخْتِلَافَ فِي مَا هُوَ الْأَصْلُ فَيُنْتَبِئُ، ثُمَّ إِذَا وَقَعَ الْاِخْتِلَافُ فِي التَّبَعِ يَقْضَى بِالْأَقْلِ لِاتِّفَاقِهِمَا عَلَيْهِ، وَيَسْتَوِي دَعْوَى أَقْلِ الْمَالَيْنِ أَوْ أَكْثَرِهِمَا فِي الصَّحِيحِ.

ثُمَّ قِيلَ: لِاخْتِلَافٍ فِيهَا إِذَا كَانَتِ الْمَرَأَةُ هِيَ الْمُدْعِيَةَ وَفِيمَا إِذَا كَانَ الْمُدْعِي هُوَ الزَّوْجُ إِجْمَاعٌ عَلَى أَنَّهُ لَا تُقْبَلُ، لِأَنَّهُ مَقْصُودُهَا قَدْ يَكُونُ الْمَالَ وَمَقْصُودُهُ لَيْسَ إِلَّا الْعَقْدُ. وَقِيلَ لِاخْتِلَافٍ فِي الْفَصْلَيْنِ وَهَذَا أَصَحُّ وَالْوَجْهُ مَا ذَكَرْنَا، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

الشرح:

قَالَ (فَأَمَّا النِّكَاحُ فَإِنَّهُ يَجُوزُ بِالْأَلْفِ اسْتِحْسَانًا) إِذَا اخْتَلَفَ الشُّهُودُ فِي النِّكَاحِ فَشَهِدَ أَحَدُهُمَا بِالْأَلْفِ وَالْآخَرُ بِالْأَلْفِ وَخَمْسِمِائَةٍ قُبِلَتْ بِالْأَلْفِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَهُوَ اسْتِحْسَانٌ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: هَذَا بَاطِلٌ فِي النِّكَاحِ أَيْضًا. وَذَكَرَ فِي الْأَمَالِي قَوْلَ أَبِي يُوسُفَ مَعَ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ. لُهُمَا أَنَّ هَذَا اخْتِلَافٌ فِي السَّبَبِ؛ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ مِنَ الْجَانِبَيْنِ هُوَ الْعَقْدُ، وَالْاِخْتِلَافُ فِي السَّبَبِ يَمْنَعُ قَبُولَ الشَّهَادَةِ كَمَا فِي الْبَيْعِ. وَأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الْمَالَ فِي النِّكَاحِ تَابِعٌ وَلِهَذَا يَصِحُّ بِلا تَسْمِيَةِ مَهْرٍ، وَيَمْلِكُ التَّصَرُّفُ فِي النِّكَاحِ مَنْ لَا يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ فِي الْمَالِ كَالْعَمِّ وَالْأَخِ، وَالْاِخْتِلَافُ فِي التَّابِعِ لَا يُوجِبُ الْاِخْتِلَافَ فِي الْأَصْلِ فَكَانَ ثَابِتًا (قَوْلُهُ: وَالْأَصْلُ فِيهِ الْحِلُّ وَالْإِزْدِوَاجُ) دَلِيلٌ آخَرُ.

وَقَرَّرِيهِ الْأَصْلُ فِي النِّكَاحِ الْحِلُّ وَالْإِزْدِوَاجُ وَالْمِلْكُ؛ لِأَنَّ شَرْعِيَّتَهُ لَذَلِكَ، وَلِزُومِ الْمَهْرِ لَصَوْنِ الْمَحَلِّ الْخَطِيرِ عَنِ الْاِبْتِدَالِ بِالتَّسْلُطِ عَلَيْهِ مَجَانًّا كَمَا عُرِفَ فِي مَوْضِعِهِ، وَلَا اخْتِلَافَ لِلشَّاهِدَيْنِ فِيهَا فَيُنْتَبِئُ الْأَصْلُ، لَكِنْ وَقَعَ الْاِخْتِلَافُ فِي التَّبَعِ وَهُوَ الْمَالُ فَيُقْضَى بِالْأَقْلِ لِاتِّفَاقِهِمَا عَلَيْهِ. وَاعْتَرَضَ عَلَيْهِ بِأَنَّهُ فِيهِ تَكْذِيبُ أَحَدِ الشَّاهِدَيْنِ.

وَأُجِيبَ بِأَنَّهُ فِيهَا لَيْسَ بِمَقْصُودٍ وَهُوَ الْمَالُ وَالتَّكْذِيبُ فِيهِ لَا يُوجِبُ التَّكْذِيبَ فِي الْأَصْلِ، وَفِيهِ نَظَرٌ فَإِنَّ مُرَادَ الْمُعْتَرِضِ لَيْسَ بِظُلَانِ الْأَصْلِ بَلْ بِظُلَانِ التَّبَعِ، وَمَعْنَى كَلَامِهِ أَنَّ يَنْطَلِ الْمَالُ الْمَذْكُورُ فِي الدَّعْوَى وَيَلْزَمُ مَهْرُ الْمَثَلِ. وَالْجَوَابُ الْمَذْكُورُ لَيْسَ بِدَافِعٍ لَذَلِكَ كَمَا تَرَى.

وَالْجَوَابُ أَنَّ الْمَالَ إِذَا لَمْ يَكُنْ مَقْصُودًا كَانَ كَالَّذَيْنِ، وَالْاِخْتِلَافُ فِيهِ بِطَرِيقِ الْعَطْفِ لَا يَمْنَعُ الْقَبُولَ بِالِاتِّفَاقِ كَمَا تَقَدَّمَ، فَالتَّشْكِيكُ فِيهِ غَيْرُ مَسْمُوعٍ.

قَالَ الْمُصَنِّفُ (وَيَسْتَوِي دَعْوَى أَقْلِ الْمَالَيْنِ أَوْ أَكْثَرِهِمَا) بِكَلِمَةٍ أَوْ بِالصَّوَابِ كَلِمَةً الْوَاوِ بِدَلَالَةِ يَسْتَوِي. وَقَوْلُهُ: (فِي الصَّحِيحِ) احْتِرَازٌ عَمَّا قَالَ بَعْضُهُمْ إِنَّهُ لَمَّا كَانَ الدَّيْنُ وَجِبَ أَنْ يَكُونَ الدَّعْوَى بِأَكْثَرِ الْمَالَيْنِ كَمَا فِي الدَّيْنِ. وَإِلَيْهِ ذَهَبَ شَمْسُ الْأُئِمَّةِ. وَوَجْهُهُ مَا فِي الْكِتَابِ أَنَّ الْمَنْظُورَ إِلَيْهِ الْعَقْدُ وَهُوَ لَا يَخْتَلَفُ بِاخْتِلَافِ الْبَدَل لِكَوْنِهِ غَيْرَ مَقْصُودٍ يَثْبُتُ فِي ضِمَنِ الْعَقْدِ فَلَا يُرَاعَى فِيهِ مَا هُوَ شَرْطٌ فِي الْمَقْصُودِ: أَعْنِي الدَّيْنِ.

وَقَالَ (ثُمَّ قِيلَ الْاِخْتِلَافُ فِيمَا إِذَا كَانَتْ الْمَرْأَةُ هِيَ الْمُدَّعِيَّةُ، فَأَمَّا إِذَا كَانَ الْمُدَّعِي هُوَ الزَّوْجُ فَلَا إِجْمَاعَ عَلَى أَنَّهَا لَا تُقْبَلُ؛ لِأَنَّ مَقْصُودَهَا قَدْ يَكُونُ الْمَالُ) بِخِلَافِ الزَّوْجِ فَإِنَّ مَقْصُودَهُ لَيْسَ إِلَّا الْعَقْدُ فَيَكُونُ الْاِخْتِلَافُ فِيهِ وَهُوَ يَمْنَعُ الْقَبُولَ (وَقِيلَ الْخِلَافُ فِي الْفَصْلَيْنِ) يَعْنِي مَا إِذَا كَانَتْ الْمَرْأَةُ تَدَّعِي وَمَا إِذَا كَانَ الزَّوْجُ يَدَّعِي (وَهَذَا أَصَحُّ)؛ لِأَنَّ الْكَلَامَ لَيْسَ فِي أَنَّ الزَّوْجَ يَدَّعِي الْعَقْدَ أَوْ الْمَالُ أَوْ الْمَرْأَةُ تَدَّعِي ذَلِكَ، وَإِنَّمَا الْكَلَامُ فِي أَنَّ الْاِخْتِلَافَ فِي الشَّهَادَةِ عَلَى مِقْدَارِ الْمَهْرِ هَلْ يُوجِبُ خِلَافًا فِي نَفْسِ الْعَقْدِ أَوْ لَا. قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: لَا يُوجِبُ ذَلِكَ. وَقَالَا يُوجِبُهُ، وَقَدْ ذَكَرَ الْمُصَنِّفُ دَلِيلَهُمَا وَإِلَيْهِ أَشَارَ بِقَوْلِهِ (وَالْوَجْهُ مَا ذَكَرْتَاهُ) وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

فصل في الشهادة على الإرث

(وَمَنْ أَقَامَ بَيِّنَةً عَلَى دَارِ أَنَّهَا كَانَتْ لِأَبِيهِ أَعَارَهَا أَوْ أودَعَهَا الَّذِي هِيَ فِي يَدِهِ فَإِنَّهُ يَأْخُذُهَا وَلَا يَكْلَفُ الْبَيِّنَةَ أَنَّهُ مَاتَ وَتَرَكَهَا مِيرَاثًا لَهُ) وَأَصْلُهُ أَنَّهُ مَتَى ثَبَتَ مِلْكُ الْمَوْرَثِ لَا يَقْضِي بِهِ لِلْوَارِثِ حَتَّى يَشْهَدَ الشُّهُودُ أَنَّهُ مَاتَ وَتَرَكَهَا مِيرَاثًا لَهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ، خِلَافًا لِأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ.

هُوَ يَقُولُ: إِنَّ مِلْكَ الْوَارِثِ مِلْكُ الْمَوْرَثِ فَصَارَتْ الشَّهَادَةُ بِالْمِلْكِ لِلْمَوْرَثِ شَهَادَةً بِهِ لِلْوَارِثِ.

وَهُمَا يَقُولَانِ: إِنَّ مِلْكَ الْوَارِثِ مُتَجَدِّدٌ فِي حَقِّ الْعَيْنِ حَتَّى يَجِبَ عَلَيْهِ الْاِسْتِبْرَاءُ فِي الْجَارِيَةِ الْمَوْرُوثَةِ، وَيَحِلُّ لِلْوَارِثِ الْغَنِيِّ مَا كَانَ صَدَقَةً عَلَى الْمَوْرَثِ الْفَقِيرِ فَلَا بُدَّ مِنَ النُّقْلِ، إِلَّا أَنَّهُ يَكْتَفِي بِالشَّهَادَةِ عَلَى قِيَامِ مِلْكِ الْمَوْرَثِ وَهَتْ الْمَوْتَ لثُبُوتِ الْاِنتِقَالِ ضَرُورَةً، وَكَذَا عَلَى قِيَامِ يَدِهِ عَلَى مَا تَذَكَّرُهُ، وَقَدْ وَجِدَتْ الشَّهَادَةُ عَلَى الْيَدِ فِي مَسَائِلِ الْكِتَابِ

لأنَّ يَدَ الْمُسْتَعِيرِ وَالْمُودِعِ وَالْمُسْتَأْجِرِ قَائِمَةٌ مَقَامَ يَدِهِ فَأَغْنَى ذَلِكَ عَنِ الْجَرِّ وَالنَّقْلِ (وإنَّ شَهِدُوا أَنَّهَا كَانَتْ فِي يَدِ فُلَانٍ مَاتَ وَهِيَ فِي يَدِهِ جَازَتْ الشَّهَادَةُ) لأنَّ الأيديَ عِنْدَ الْمَوْتِ تَنْقَلِبُ يَدَ مَلِكٍ بِوَسْطَةِ الضَّمَانِ وَالْأَمَانَةِ تَصِيرُ مَضْمُونَةً بِالتَّجْهِيلِ فَصَارَ بِمَنْزِلَةِ الشَّهَادَةِ عَلَى قِيَامِ مَلِكِهِ وَقَتَ الْمَوْتِ.

(وإنَّ قَالُوا لِرَجُلٍ حَيٍّ نَشَهِدُ أَنَّهَا كَانَتْ فِي يَدِ الْمُدَّعِي مِنْهُ شَهْرٌ لَمْ تُقْبَلْ) وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهَا تُقْبَلُ لِأَنَّ الْيَدَ مَقْصُودَةٌ كَالْمَلِكِ؛ وَلَوْ شَهِدُوا أَنَّهَا كَانَتْ مِلْكَهُ تُقْبَلُ فَكَذَا هَذَا صَارَ كَمَا إِذَا شَهِدُوا بِالْأَخْذِ مِنَ الْمُدَّعِي.

وَجَهُ الظَّاهِرِ وَهُوَ قَوْلُهُمَا أَنَّ الشَّهَادَةَ قَامَتْ بِمَجْهُولٍ لِأَنَّ الْيَدَ مُنْقَضِيَّةٌ وَهِيَ مُتَوَعَّاتٌ إِلَى مَلِكٍ وَأَمَانَةٍ وَضَمَانٍ فَتَعَذَّرَ الْقَضَاءُ بِإِعَادَةِ الْمَجْهُولِ، بِخِلَافِ الْمَلِكِ لِأَنَّهُ مَعْلُومٌ غَيْرُ مُخْتَلَفٍ، وَبِخِلَافِ الْآخِذِ لِأَنَّهُ مَعْلُومٌ وَحُكْمُهُ مَعْلُومٌ وَهُوَ جُوبُ الرَّدِّ، وَلِأَنَّ يَدَ ذِي الْيَدِ مُعَايِنٌ وَيَدُ الْمُدَّعِي مَشْهُودٌ بِهِ، وَلَيْسَ الْخَبَرُ كَالْمُعَايِنَةِ. (وإنَّ أَقْرَبَ بِذَلِكَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ دُفِعَتْ إِلَى الْمُدَّعِي) لِأَنَّ الْجَهَالَاتَ فِي الْمُقَرَّرِ بِهِ لَا تَمْنَعُ صِحَّةَ الْإِقْرَارِ (وإنَّ شَهِدَ شَاهِدَانِ أَنَّهُ أَقْرَأَ أَنَّهَا كَانَتْ فِي يَدِ الْمُدَّعِي دُفِعَتْ إِلَيْهِ) لِأَنَّ الْمَشْهُودَ بِهِ هَاهُنَا الْإِقْرَارُ وَهُوَ مَعْلُومٌ.

الشرح:

(فصلٌ في الشَّهَادَةِ عَلَى الْإِرْثِ): ذَكَرَ أَحْكَامَ الشَّهَادَةِ الْمُتَعَلِّقَةِ بِالْيَتِّ عَقِيبَ الْأَحْكَامِ الْمُتَعَلِّقَةِ بِالْأَحْيَاءِ بِحَسَبِ مُقْتَضَى الْوَاقِعِ.

وَأَعْلَمُ أَنَّ الْعُلَمَاءَ اخْتَلَفُوا فِي الشَّهَادَةِ بِالْمِيرَاثِ، هَلْ تَحْتَاجُ إِلَى الْجَرِّ وَالنَّقْلِ، وَهُوَ أَنْ يَقُولَ الشَّاهِدُ عِنْدَ الشَّهَادَةِ هَذَا الْمُدَّعِي وَارِثُ الْيَتِّ مَاتَ وَتَرَكَهَا مِيرَاثًا لَهُ أَوْ لَا. قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٌ: لَا بُدَّ مِنْهُ، خِلَافًا لِأَبِي يُوسُفَ.

هُوَ يَقُولُ: إِنَّ مَلِكَ الْمَوْرَثِ مَلِكُ الْوَارِثِ لِكُونِ الْوَرَاثَةِ خِلَافَةً وَلِهَذَا يَرُدُّ بِالْعَيْبِ وَيُرَدُّ عَلَيْهِ بِهِ، وَإِنْ كَانَ كَذَلِكَ صَارَتْ الشَّهَادَةُ بِالْمَلِكِ لِلْمَوْرَثِ شَهَادَةً بِهِ لِلْوَارِثِ.

وَهُمَا يَقُولَانِ مَلِكُ الْوَارِثِ مُتَجَدِّدٌ فِي حَقِّ الْعَيْنِ وَلِهَذَا يَجِبُ عَلَيْهِ الْاسْتِبْرَاءُ فِي الْجَارِيَةِ الْمَوْرُوثَةِ، وَيَحِلُّ الْوَارِثُ الْعِنَى مَا كَانَ صَدَقَةً عَلَى الْمَوْرَثِ الْفَقِيرِ، وَالْمُتَجَدِّدُ مُحْتَاجٌ إِلَى الثَّقَلِ لئَلَّا يَكُونَ اسْتِصْحَابُ الْحَالِ مُثْبِتًا إِلَّا أَنَّهُ يُكْتَفَى بِالشَّهَادَةِ عَلَى قِيَامِ مَلِكِ الْمَوْرَثِ وَقَتَ الْمَوْتِ لثُبُوتِ الْإِثْقَالِ حِينَئِذٍ ضَرُورَةٌ وَكَذَا عَلَى قِيَامِ يَدِهِ؛ لِأَنَّ

الْأَيْدِي عِنْدَ الْمَوْتِ تَنْقَلِبُ يَدَ مَلِكٍ بِوَاسِطَةِ الضَّمَانِ إِذِ الظَّاهِرُ مِنْ حَالِ الْمُسْلِمِ فِي ذَلِكَ الْوَقْتِ أَنْ يُسَوِّيَ أَسْبَابَهُ وَيُبَيِّنَ مَا كَانَ يَدِهِ مِنَ الْوَدَائِعِ وَالْعُصُوبِ، فَإِذَا لَمْ يُبَيِّنْ فَالظَّاهِرُ مِنْ حَالِهِ أَنْ مَا فِي يَدِهِ مِلْكُهُ فَجَعَلَ الْيَدَ عِنْدَ الْمَوْتِ دَلِيلَ الْمَلِكِ.

لَا يُقَالُ: قَدْ تَكُونُ الْيَدُ يَدَ أَمَانَةٍ وَلَا ضَمَانٍ فِيهَا لِتَنْقَلِبَ بِوَاسِطَتِهِ يَدَ مَلِكٍ؛ لِأَنَّ الْأَمَانَةَ تَصِيرُ مَضْمُونَةً بِالتَّجْهِيلِ بَأَنْ يَمُوتَ وَلَمْ يُبَيِّنْ أَنَّهَا وَدِيعَةٌ فَلَانٍ؛ لِأَنَّهُ حِينَئِذٍ تَرَكَ الْحِفْظَ وَهُوَ تَعَدُّ يُوْجِبُ الضَّمَانَ، وَإِذَا ثَبَتَ هَذَا فَمَنْ أَقَامَ بَيِّنَةً عَلَى دَارِ أَهْلِهَا لَهُ كَانَتْ لِأَهْلِهِ أَعَارَهَا أَوْ أَوْدَعَهَا الَّذِي هِيَ فِي يَدِهِ فَإِنَّهُ يَأْخُذُهَا وَلَا يُكَلِّفُ الْبَيِّنَةَ أَنَّهُ مَاتَ وَتَرَكَهَا مِيرَاثًا لَهُ بِالْإِتِّفَاقِ.

أَمَّا عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ فَلَأَنَّهُ لَا يُوجِبُ الْجِرَّ فِي الشَّهَادَةِ، وَأَمَّا عِنْدَهُمَا فَلَأَنَّ قِيَامَ الْيَدِ عِنْدَ الْمَوْتِ يُعْنِي عَنِ الْجِرِّ وَقَدْ وَجِدَتْ؛ لِأَنَّ يَدَ الْمُسْتَعِيرِ وَالْمُودِعِ يَدُ الْمُعِيرِ وَالْمُودِعِ، وَمَنْ أَقَامَ الْبَيِّنَةَ أَنَّهَا كَانَتْ فِي يَدِ فَلَانٍ مَاتَ وَهِيَ فِي يَدِهِ، فَكَذَلِكَ لَمَّا ذَكَرْنَا مِنْ انْقِلَابِ الْأَيْدِي عِنْدَ الْمَوْتِ فَصَارَ كَأَنَّهُ أَقَامَهَا عَلَى أَنَّهَا كَانَتْ مِلْكُهُ عِنْدَ مَوْتِهِ، وَمَنْ أَقَامَهَا أَنَّهَا كَانَتْ لِأَهْلِهِ وَلَمْ يَقُولُوا مَاتَ وَتَرَكَهَا مِيرَاثًا لَمْ تُقْبَلْ عِنْدَهُمَا لَعَدَمِ الْجِرِّ، وَمَا قَامَ مَقَامَهُ، وَتُقْبَلُ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ بِشَهَادَتِهِمْ بِمِلْكِ الْمَوْرَثِ.

(قَوْلُهُ: وَإِنْ قَالُوا لِرَجُلٍ حَيٍّ) مَسْأَلَةٌ أَتَى بِهَا اسْتِطْرَادًا إِذْ هِيَ لَيْسَتْ مِنْ بَابِ الْمِيرَاثِ، وَصُورَتُهَا: إِذَا كَانَتْ الدَّارُ فِي يَدِ رَجُلٍ فَادَّعَى آخَرُ أَنَّهَا لَهُ وَأَقَامَ بَيِّنَةً أَنَّهَا كَانَتْ فِي يَدِهِ لَمْ تُقْبَلْ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهَا تُقْبَلُ؛ لِأَنَّ الْيَدَ مَقْصُودَةٌ كَالْمِلْكِ، وَلَوْ شَهِدُوا أَنَّهَا كَانَتْ مِلْكُهُ قُبِلَتْ فَكَذَا هَذَا وَصَارَ كَمَا لَوْ شَهِدَا بِأَنَّ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ أَخَذَهَا مِنَ الْمُدَّعِي فَإِنَّهَا تُقْبَلُ وَتُرَدُّ الدَّارُ إِلَى الْمُدَّعِي.

وَجْهُ الظَّاهِرِ وَهُوَ قَوْلُهُمَا: إِنَّ الشَّهَادَةَ قَامَتْ بِمَجْهُولٍ؛ لِأَنَّ الْيَدَ مُنْقَضِيَّةٌ تَزُولُ بِأَسْبَابِ الزَّوَالِ فَرُبَّمَا زَالَتْ بَعْدَمَا كَانَتْ، وَكُلُّ مَا كَانَ كَذَلِكَ فَهُوَ مَجْهُولٌ، وَالْقَضَاءُ بِالْمَجْهُولِ مُتَعَدِّرٌ.

وَقَوْلُهُ: (وَهِيَ مُتَوَعَّهٌ) دَلِيلٌ آخَرُ: أَيِ الْيَدِ مُتَوَعَّهَةٌ إِلَى يَدِ مَلِكٍ وَأَمَانَةٍ وَضَمَانٍ، وَكُلُّ مَا كَانَ كَذَلِكَ فَهُوَ مَجْهُولٌ، وَالْقَضَاءُ بِإِعَادَةِ الْمَجْهُولِ مُتَعَدِّرٌ، بِخِلَافِ الْمَلِكِ؛ لِأَنَّهُ مَعْلُومٌ غَيْرُ مُخْتَلَفٍ، وَبِخِلَافِ الْأَخْذِ؛ لِأَنَّهُ مَعْلُومٌ وَحُكْمُهُ مَعْلُومٌ وَهُوَ وَجُوبُ

الرَّدُّ؛ وَلَأَنَّ يَدَ ذِي الْيَدِ مُعَايِنٌ وَيَدَ الْمُدَّعِي مَشْهُودٌ بِهِ وَالشَّهَادَةُ خَبَرٌ وَلَيْسَ الْمُخْبَرُ بِهِ لَا حُتْمًا زَوَالَهُ بَعْدَمَا كَانَتْ كَالْمُعَايِنِ الْمُحْسُوسِ عَدَمُ زَوَالِهِ (قَوْلُهُ: وَإِنْ أَقَرَّ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ) يَعْنِي إِذَا قَالَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ هَذِهِ الدَّارُ كَانَتْ فِي يَدِ هَذَا الْمُدَّعِي دُفِعَتْ إِلَيْهِ؛ لَأَنَّ الْجَهَالََةَ فِي الْمَقْرَرِّ بِهِ لَا تَمْنَعُ صِحَّةَ الْإِقْرَارِ وَكَذَا إِذَا شَهِدَ شَاهِدَانِ بِإِقْرَارِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ بِذَلِكَ دُفِعَتْ إِلَيْهِ؛ لَأَنَّ الْمَشْهُودَ بِهِ هُوَ الْإِقْرَارُ وَهُوَ مَعْلُومٌ، وَالْجَهَالََةُ فِي الْمَقْرَرِّ بِهِ وَذَلِكَ لَا يَمْنَعُ الْقَضَاءَ، كَمَا لَوْ ادَّعَى عَشْرَةَ دَرَاهِمَ فَشَهِدُوا عَلَى إِقْرَارِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ أَنَّ لَهُ عَلَيْهِ شَيْئًا جَازَتْ الشَّهَادَةُ وَيُؤْمَرُ بِالْبَيَانِ، وَاللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ.

بَابُ الشَّهَادَةِ عَلَى الشَّهَادَةِ

قَالَ (الشَّهَادَةُ عَلَى الشَّهَادَةِ جَائِزَةٌ فِي كُلِّ حَقٍّ لَا يَسْقُطُ بِالشُّبْهَةِ) وَهَذَا اسْتِحْسَانٌ لَشِدَّةِ الْحَاجَةِ إِلَيْهَا، إِذْ شَهِدَ الْأَصْلُ قَدْ يَعْجُزُ عَنْ آدَاءِ الشَّهَادَةِ لِبَعْضِ الْعَوَارِضِ، فَلَوْ لَمْ تَجُزْ الشَّهَادَةُ عَلَى الشَّهَادَةِ أَدَّى إِلَى إِتْوَاءِ الْحَقُوقِ، وَلِهَذَا جَوَّزْنَا الشَّهَادَةَ عَلَى الشَّهَادَةِ وَإِنْ كَثُرَتْ، إِلَّا أَنَّ فِيهَا شُبْهَةً مِنْ حَيْثُ الْبَدَلِيَّةُ أَوْ مِنْ حَيْثُ إِنَّ فِيهَا زِيَادَةً احْتِمَالًا، وَقَدْ أَمَكَّنَ الْاِحْتِرَازُ عَنْهُ بِجِنْسِ الشُّهُودِ فَلَا تُقْبَلُ فِيمَا تَنْدَرِيءُ بِالشُّبْهَاتِ كَالْحُدُودِ وَالْقِصَاصِ.

الشرح:

(بَابُ الشَّهَادَةِ عَلَى الشَّهَادَةِ): الشَّهَادَةُ عَلَى الشَّهَادَةِ فَرْعُ شَهَادَةِ الْأَصُولِ فَاسْتَحَقَّتْ التَّأْخِيرَ فِي الذِّكْرِ، وَجَوَّزَهَا اسْتِحْسَانًا، وَالْقِيَاسُ لَا يَقْتَضِيهِ لَأَنَّ الْأَدَاءَ عِبَادَةٌ بَدَلِيَّةٌ لَزِمَتْ الْأَصْلُ لَاحِقًا لِلْمَشْهُودِ لَهُ لِعَدَمِ الْإِجْبَارِ، وَالْإِنَابَةُ لَا تَجْرِي فِي الْعِبَادَاتِ الْبَدَلِيَّةِ إِلَّا أَنَّهُمْ اسْتَحْسَنُوا جَوَّازَهَا فِي كُلِّ حَقٍّ لَا يَسْقُطُ بِالشُّبْهَةِ لَشِدَّةِ الْاِحْتِيَاجِ إِلَيْهَا؛ لَأَنَّ الْأَصْلَ قَدْ يَعْجُزُ عَنْ آدَائِهَا لِبَعْضِ الْعَوَارِضِ، فَلَوْ لَمْ يَجُزْ لَأَدَّى إِلَى إِتْوَاءِ الْحَقُوقِ وَلِهَذَا جَوَّزَتْ وَإِنْ كَثُرَتْ: أَعْنِي الشَّهَادَةَ عَلَى الشَّهَادَةِ وَإِنْ بَعُدَتْ (إِلَّا أَنَّ فِيهَا شُبْهَةً) أَيُّ لَكِنْ فِيهَا شُبْهَةُ الْبَدَلِيَّةِ؛ لَأَنَّ الْبَدَلَ لَا يُصَارُ إِلَيْهِ إِلَّا عِنْدَ الْعَجْزِ عَنِ الْأَصْلِ وَهَذِهِ كَذَلِكَ. وَاعْتَرِضَ بِأَنَّهُ لَوْ كَانَ فِيهَا مَعْنَى الْبَدَلِيَّةِ لَمَا جَارَ الْجَمْعُ بَيْنَهُمْ لِعَدَمِ جَوَّازِهِ بَيْنَ الْبَدَلِ وَالْمُبْدَلِ، لَكِنْ لَوْ شَهِدَ أَحَدُ الشَّاهِدَيْنِ وَهُوَ أَصْلٌ وَآخَرَانِ عَلَى شَهَادَةِ شَاهِدٍ آخَرَ جَازَ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ الْبَدَلِيَّةَ إِنَّمَا هِيَ فِي الْمَشْهُودِ بِهِ، فَإِنَّ الْمَشْهُودَ بِهِ بِشَهَادَةِ الْفُرُوعِ هُوَ

شَهَادَةُ الْأُصُول، وَالْمَشْهُودُ بِهِ بِشَهَادَةِ الْأُصُولِ هُوَ مَا عَانَتْهُ مِمَّا يَدَّعِيهِ الْمُدَّعِي، وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ لَمْ تَكُنْ شَهَادَةُ الْفُرُوعِ بَدَلًا عَنْ شَهَادَةِ الْأُصُولِ فَلَمْ يَمْتَنِعْ إِنْثَامُ الْأُصُولِ بِالْفُرُوعِ، وَإِذَا تَبَيَّنَتِ الْبَدَلِيَّةُ فِيهَا لَا تُقْبَلُ فِيمَا يَسْقُطُ بِالشُّبُهَاتِ كَشَهَادَةِ النِّسَاءِ مَعَ الرِّجَالِ.

وَقَوْلُهُ (أَوْ مِنْ حَيْثُ إِنَّ فِيهَا زِيَادَةً) اِحْتِمَالِ مَعْطُوفٍ عَلَى قَوْلِهِ مِنْ حَيْثُ الْبَدَلِيَّةُ: يَعْنِي أَنَّ فِيهَا شُبُهَةً مِنْ حَيْثُ إِنَّ فِيهَا زِيَادَةً اِحْتِمَالًا، فَإِنَّ فِي شَهَادَةِ الْأُصُولِ تَهْمَةَ الْكَذِبِ لِعَدَمِ الْعِصْمَةِ، وَفِي شَهَادَةِ الْفُرُوعِ تِلْكَ التَّهْمَةُ مَعَ زِيَادَةِ تَهْمَةِ كَذِبِهِمْ مَعَ إِمْكَانِ اخْتِرَازِ بَجْنِسِ الشُّهُودِ بَأَن يَزِيدُوا فِي عَدَدِ الْأُصُولِ عِنْدَ إِشْهَادِهِمْ حَتَّى إِنْ تَعَذَّرَ إِقَامَةُ بَعْضٍ قَامَ بِهَا الْبَاقُونَ، فَلَا تُقْبَلُ فِي الْحُدُودِ وَالْقِصَاصِ.

(وَتَجُوزُ شَهَادَةُ شَاهِدَيْنِ عَلَى شَهَادَةِ شَاهِدَيْنِ). وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَا يَجُوزُ إِلَّا الْأَرْبَعُ عَلَى كُلِّ أَصْلٍ اِثْنَانِ لِأَنَّ كُلَّ شَاهِدَيْنِ قَائِمَانِ مَقَامَ شَاهِدٍ وَاحِدٍ فَصَارَا كَأَمْرَاتَيْنِ، وَلَنَا قَوْلُ عَلِيٍّ عليه السلام: لَا يَجُوزُ عَلَى شَهَادَةِ رَجُلٍ إِلَّا شَهَادَةُ رَجُلَيْنِ، وَلِأَنَّ نَقْلَ شَهَادَةِ الْأَصْلِ مِنَ الْحَقُوقِ فَهَمَّا شَهِدَا بِحَقٍّ ثُمَّ شَهِدَا بِحَقٍّ آخَرَ فَتُقْبَلُ.

الشرح:

قَوْلُهُ: (وَيَجُوزُ شَهَادَةُ شَاهِدَيْنِ) أَيُّ يَجُوزُ أَنْ يَشْهَدَ شَاهِدَانِ عَلَى شَهَادَةِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْأَصْلَيْنِ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَا يَجُوزُ إِلَّا أَنْ يَشْهَدَ عَلَى شَهَادَةِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا شَاهِدَانِ غَيْرِ اللَّذَيْنِ شَهِدَا عَلَى شَهَادَةِ الْآخَرِ فَذَلِكَ أَرْبَعٌ عَلَى كُلِّ أَصْلٍ اِثْنَانِ؛ لِأَنَّ كُلَّ شَاهِدَيْنِ قَائِمَانِ مَقَامَ وَاحِدٍ فَصَارَا كَأَمْرَاتَيْنِ لَمَّا قَامَتَا مَقَامَ رَجُلٍ وَاحِدٍ لَمْ تَكُنْ حُجَّةً الْقَضَاءِ بِشَهَادَتِهِمَا (وَلَنَا قَوْلُ عَلِيٍّ عليه السلام: لَا يَجُوزُ عَلَى شَهَادَةِ رَجُلٍ إِلَّا شَهَادَةُ رَجُلَيْنِ) فَإِنَّهُ بِإِطْلَاقِهِ يُفِيدُ الْاِكْتِفَاءَ بِاِثْنَيْنِ مِنْ غَيْرِ تَقْيِيدٍ بِأَن يَكُونَ بِإِزَاءِ كُلِّ أَصْلٍ فَرْعَانِ (وَلِأَنَّ نَقْلَ الشَّهَادَةِ) مَعْطُوفٌ عَلَى قَوْلِهِ وَلَنَا قَوْلُ عَلِيٍّ مَعْنَى، وَمَعْنَاهُ أَنَّ نَقْلَ شَهَادَةِ الْأَصْلِ حَقٌّ مِنَ الْحَقُوقِ، فَإِذَا شَهِدَا بِهَا فَقَدْ تَمَّ نِصَابُ الشَّهَادَةِ، ثُمَّ إِذَا شَهِدَا بِشَهَادَةِ الْآخَرِ شَهِدَا بِحَقٍّ آخَرَ غَيْرِ الْأَوَّلِ، بِخِلَافِ شَهَادَةِ الْمَرَاتَيْنِ فَإِنَّ النَّصَابَ لَمْ يُوجَدْ؛ لِأَنَّهُمَا بِمَنْزِلَةِ رَجُلٍ وَاحِدٍ، وَلَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ وَاحِدٍ عَلَى وَاحِدٍ خِلَافًا لِلْمَالِكِ. قَالَ: الْفَرَعُ قَائِمٌ مَقَامَ الْأَصْلِ مُعَبَّرٌ عَنْهُ بِمَنْزِلَةِ رَسُولِهِ فِي إِصْصَالِ شَهَادَتِهِ إِلَى مَجْلِسِ الْقَاضِي، فَكَأَنَّهُ حَضَرَ وَشَهِدَ بِنَفْسِهِ وَاعْتَبِرَ هَذَا بِرِوَايَةِ الْإِخْبَارِ فَإِنَّ رِوَايَةَ الْوَاحِدِ عَنْ

الوَاحِدِ مَقْبُولَةً. وَلَنَا مَا رَوَيْنَا عَنْ عَلِيٍّ عليه السلام وَهُوَ ظَاهِرُ الدَّلَالَةِ عَلَى الْمَرَادِ؛ وَلَئِنَّهُ حَقٌّ مِنَ الْحُقُوقِ فَلَا بُدَّ مِنْ نِصَابِ الشَّهَادَةِ بِخِلَافِ رِوَايَةِ الْإِخْبَارِ

(وَلَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ وَاحِدٍ عَلَى شَهَادَةِ وَاحِدٍ) لَمَّا رَوَيْنَا، وَهُوَ حُجَّةٌ عَلَى مَا لَكَ رَحِمَهُ اللَّهُ، وَلَئِنَّهُ حَقٌّ مِنَ الْحُقُوقِ فَلَا بُدَّ مِنْ نِصَابِ الشَّهَادَةِ

(وَصِفَةُ الْإِشْهَادِ أَنْ يَقُولَ شَاهِدُ الْأَصْلِ لِشَاهِدِ الْفَرْعِ: أَشْهَدُ عَلَى شَهَادَتِي أَنِّي أَشْهَدُ أَنَّ فُلَانًا بَنَ فُلَانٍ أَقَرَّ عِنْدِي بِكَذَا وَأَشْهَدُنِي عَلَى نَفْسِهِ) لِأَنَّ الْفَرْعَ كَالنَّائِبِ عَنْهُ فَلَا بُدَّ مِنَ التَّحْمِيلِ وَالتَّوَكُّيلِ عَلَى مَا مَرَّ، وَلَا بُدَّ أَنْ يَشْهَدَ كَمَا يَشْهَدُ عِنْدَ الْقَاضِي لِيَنْقُلَهُ إِلَى مَجْلِسِ الْقَضَاءِ (وَأِنْ لَمْ يَقُلْ أَشْهَدُنِي عَلَى نَفْسِهِ جَازًا) لِأَنَّ مَنْ سَمِعَ إِقْرَارَ غَيْرِهِ حَلَّ لَهُ الشَّهَادَةُ وَإِنْ لَمْ يَقُلْ لَهُ أَشْهَدُ (وَيَقُولُ شَاهِدُ الْفَرْعِ عِنْدَ الْأَدَاءِ أَشْهَدُ أَنَّ فُلَانًا أَشْهَدُنِي عَلَى شَهَادَتِهِ أَنَّ فُلَانًا أَقَرَّ عِنْدَهُ بِكَذَا وَقَالَ لِي أَشْهَدُ عَلَى شَهَادَتِي بِذَلِكَ) لِأَنَّهُ لَا بُدَّ مِنْ شَهَادَتِهِ، وَذِكْرُ شَهَادَةِ الْأَصْلِ وَذِكْرُ التَّحْمِيلِ، وَلَهَا لَفْظٌ أَطْوَلُ مِنْ هَذَا وَأَقْصَرُ مِنْهُ، وَخَيْرُ الْأُمُورِ أَوْسَطُهَا.

الشرح:

قَالَ (وَصِفَةُ الْإِشْهَادِ أَنْ يَقُولَ: شَاهِدُ الْأَصْلِ (إِلْح) لَمَّا فَرَعَ مِنْ بَيَانِ وَجْهِ مَشْرُوعِيَّتِهَا وَكَمِّيَّةِ الشُّهُودِ الْفُرُوعِ شَرَعَ فِي بَيَانِ كَيْفِيَّةِ الْإِشْهَادِ وَأَدَاءِ الْفُرُوعِ فَقَالَ: وَصِفَةُ الْإِشْهَادِ أَنْ يَقُولَ: شَاهِدُ الْأَصْلِ لِشَاهِدِ الْفَرْعِ أَشْهَدُ عَلَى شَهَادَتِي أَنِّي أَشْهَدُ أَنَّ فُلَانًا بَنَ فُلَانًا أَقَرَّ عِنْدِي بِكَذَا وَأَشْهَدُنِي عَلَى نَفْسِهِ؛ لِأَنَّ الْفَرْعَ كَالنَّائِبِ عَنِ الْأَصْلِ فَلَا بُدَّ مِنَ التَّحْمِيلِ وَالتَّوَكُّيلِ عَلَى مَا مَرَّ، وَإِنَّمَا قَالَ كَالنَّائِبِ عَنْهُ لَمَّا مَرَّ أَنَّ الْفَرْعَ لَيْسَ بِنَائِبٍ عَنِ الْأَصْلِ فِي شَهَادَتِهِ بَلْ فِي الْمَشْهُودِ بِهِ، وَلَا بُدَّ أَنْ يَشْهَدَ الْأَصْلُ عِنْدَ الْفَرْعِ كَمَا يَشْهَدُ الْأَصْلُ عِنْدَ الْقَاضِي لِيَنْقُلَهُ مِثْلَ مَا سَمِعَهُ، وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ مَعْنَاهُ كَمَا يَشْهَدُ الْفَرْعُ عِنْدَ الْقَاضِي، وَالْأَوَّلُ أَوْضَحُ لِقَوْلِهِ لِيَنْقُلَهُ إِلَى مَجْلِسِ الْقَضَاءِ، وَإِنْ لَمْ يَقُلْ الْأَصْلُ عِنْدَ التَّحْمِيلِ أَشْهَدُنِي نَفْسَهُ جَازًا؛ لِأَنَّ مَنْ سَمِعَ إِقْرَارَ غَيْرِهِ حَلَّ لَهُ الشَّهَادَةُ وَإِنْ لَمْ يَقُلْ لَهُ أَشْهَدُ.

قَالَ (وَيَقُولُ شَاهِدُ الْفَرْعِ (إِلْح) هَذَا بَيَانُ كَيْفِيَّةِ أَدَاءِ الْفُرُوعِ الشَّهَادَةَ (يَقُولُ شَاهِدُ الْفَرْعِ عِنْدَ الْأَدَاءِ أَشْهَدُ أَنَّ فُلَانًا بَنَ فُلَانًا أَشْهَدُنِي عَلَى شَهَادَتِهِ أَنَّ فُلَانًا أَقَرَّ عِنْدَهُ

بِكَذَا وَقَالَ لِي أَشْهَدُ عَلَى شَهَادَتِي بِذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ لَا بُدَّ مِنْ شَهَادَتِهِ: أَعْنِي الْفَرْعَ وَذَكَرَ شَهَادَةَ الْأَصْلِ وَذَكَرَ التَّحْمِيلَ) وَالْعِبَارَةُ الْمَذْكُورَةُ تَقِي بِذَلِكَ كُلَّهُ وَهُوَ أَوْسَطُ الْعِبَارَاتِ (وَلَهَا) أَيُّ لَشَهَادَةِ الْفُرُوعِ عِنْدَ الْأَدَاءِ (لَفْظُ أَطْوَلُ مِنْ هَذَا) وَهُوَ أَنْ يَقُولَ الْفَرْعُ عِنْدَ الْقَاضِي أَشْهَدُ أَنَّ فُلَانًا شَهِدَ عِنْدِي أَنَّ فُلَانًا عَلَى فُلَانٍ كَذَا مِنَ الْمَالِ وَأَشْهَدُنِي عَلَى شَهَادَتِهِ فَأَمَرَنِي أَنْ أَشْهَدَ عَلَى شَهَادَتِهِ وَأَنَا أَشْهَدُ عَلَى شَهَادَتِهِ بِذَلِكَ الْآنَ فَذَلِكَ تَمَانِي شَيْنَاتِ وَالْمَذْكُورُ أَوَّلًا خَمْسُ شَيْنَاتِ (وَأَقْصَرُ مِنْهُ) وَهُوَ أَنْ يَقُولَ الْفَرْعُ عِنْدَ الْقَاضِي أَشْهَدُ عَلَى شَهَادَةِ فُلَانٍ بِكَذَا وَفِيهِ شَيْنَانِ، وَلَا يُحْتَاجُ إِلَى زِيَادَةِ شَيْءٍ وَهُوَ اخْتِيَارُ الْفَقِيهِ أَبِي الْلَيْثِ وَأُسْتَاذِهِ أَبِي جَعْفَرٍ، وَهَكَذَا ذَكَرَهُ مُحَمَّدٌ فِي السِّيَرِ الْكَبِيرِ.

(وَمَنْ قَالَ أَشْهَدُنِي: فُلَانٌ عَلَى نَفْسِهِ لَمْ يَشْهَدْ السَّامِعُ عَلَى شَهَادَتِهِ حَتَّى يَقُولَ لَهُ أَشْهَدُ عَلَى شَهَادَتِي) لِأَنَّهُ لَا بُدَّ مِنَ التَّحْمِيلِ، وَهَذَا ظَاهِرٌ عِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ لِأَنَّ الْقَضَاءَ عِنْدَهُ بِشَهَادَةِ الْفُرُوعِ وَالْأَصُولِ جَمِيعًا حَتَّى اشْتَرَكُوا فِي الضَّمَانِ عِنْدَ الرُّجُوعِ، وَكَذَا عِنْدَهُمَا لِأَنَّهُ لَا بُدَّ مِنْ نَقْلِ شَهَادَةِ الْأَصُولِ لِيَصِيرَ حُجَّةً فَيُظْهَرُ تَحْمِيلُ مَا هُوَ حُجَّةٌ.

الشرح:

(وَمَنْ قَالَ أَشْهَدُنِي فُلَانٌ عَلَى نَفْسِهِ) لَمْ يَشْهَدْ السَّامِعُ عَلَى شَهَادَتِهِ حَتَّى يَقُولَ لَهُ أَشْهَدُ عَلَى شَهَادَتِي؛ لِأَنَّهُ (لَا بُدَّ مِنَ التَّحْمِيلِ) بِالِاتِّفَاقِ. أَمَّا عِنْدَ مُحَمَّدٍ فَلَأَنَّ الْقَضَاءَ عِنْدَهُ يَقَعُ بِشَهَادَةِ الْأَصُولِ وَالْفُرُوعِ حَتَّى إِذَا رَجَعُوا جَمِيعًا اشْتَرَكُوا فِي الضَّمَانِ: يَعْنِي يَتَخَيَّرُ الْمَشْهُودُ عَلَيْهِ بَيْنَ تَضْمِينِ الْأَصُولِ وَالْفُرُوعِ، وَذَلِكَ إِثْمًا يَكُونُ بِطَرِيقِ التَّوَكِيلِ وَلَا تَوَكِيلٍ إِلَّا بِأَمْرِهِ.

وَأَمَّا عِنْدَهُمَا فَلَأَنَّهُ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ بِطَرِيقِ التَّوَكِيلِ حَتَّى لَوْ أَشْهَدَ إِنْسَانًا عَلَى نَفْسِهِ ثُمَّ مَنَعَهُ مِنَ الْأَدَاءِ لَمْ يَصِحَّ مَنَعُهُ وَجَازَ لَهُ أَنْ يَشْهَدَ عَلَى شَهَادَتِهِ لَكِنْ لَا بُدَّ مِنْ نَقْلِ شَهَادَةِ الْأَصُولِ إِلَى مَجْلِسِ الْحُكْمِ لِتَصِيرَ الشَّهَادَةُ حُجَّةً فَإِنَّهَا لَيْسَتْ بِحُجَّةٍ فِي نَفْسِهَا مَا لَمْ تُنْقَلْ، وَلَا بُدَّ لِلنَّقْلِ مِنَ التَّحْمِيلِ.

وَلِقَائِلِ أَنْ يَقُولَ: كَلَامُ الْمُصَنِّفِ مُضْطَرَبٌ؛ لِأَنَّهُ جَعَلَ الْمَطْلُوبَ فِي كَلَامِهِ التَّحْمِيلِ، وَاسْتَدَلَّ عَلَيْهِ بِقَوْلِهِ؛ لِأَنَّهُ لَا بُدَّ مِنَ التَّقْلِ لِيَصِيرَ حُجَّةً وَعُطِفَ عَلَيْهِ فَيُظْهَرُ

بِالنَّصْبِ، وَذَلِكَ يَقْتَضِي أَنْ يَكُونَ التَّحْمِيلُ مِمَّا يَحْصُلُ بَعْدَ الثَّقُلِ وَالثَّقُلُ لَا يَكُونُ إِلَّا بِالتَّحْمِيلِ.

ذَكَرَ فِي الْفَوَائِدِ الظَّهِيرَةِ قَوْلَهُمْ فِي هَذَا الْمَوْضِعِ؛ لِأَنَّ الشَّهَادَةَ لَا تَكُونُ حُجَّةً إِلَّا فِي مَجْلِسِ الْقَاضِي فَلَا يَحْصُلُ الْعِلْمُ لِلْقَاضِي بِقِيَامِ الْحَقِّ بِمُجَرَّدِ شَهَادَةِ الْأَصْلِ مُزَيَّفٌ؛ لِأَنَّ الْفَرْعَ لَا يَسَعُهُ الشَّهَادَةُ عَلَى الشَّهَادَةِ، وَإِنْ كَانَ الْأَصْلُ شَهِدَ بِالْحَقِّ عِنْدَ الْقَاضِي فِي مَجْلِسِهِ فَلَا بُدَّ مِنْ طَرِيقٍ آخَرَ وَهُوَ أَنَّ الشَّهَادَةَ عَلَى الشَّهَادَةِ لَا تَجُوزُ إِلَّا بِالتَّحْمِيلِ وَالتَّوَكُّلِ.

وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ الْأَصْلَ لَهُ مَنَفَعَةٌ فِي نَقْلِ الْفَرْعِ شَهَادَتُهُ مِنْ وَجْهِهِ، وَهُوَ أَنَّ الشَّهَادَةَ مُسْتَحَقَّةٌ عَلَى الْأَصْلِ يَجِبُ عَلَيْهِ إِقَامَتُهَا وَيَأْتُمُّ بِكِتْمَانِهَا مَتَى وَجِدَ الطَّلِبُ مِمَّنْ لَهُ الْحَقُّ كَمَا لَوْ كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ.

وَمَنْ عَلَيْهِ الدَّيْنُ إِذَا تَبَرَّعَ إِنْسَانٌ بِقَضَائِهِ عَنْهُ يَجُوزُ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ بِأَمْرِهِ، فَبِاعْتِبَارِ هَذَا لَا يُشْتَرَطُ الْأَمْرُ لِصِحَّتِهَا، غَيْرَ أَنَّ فِيهَا مَضَرَّةً مِنْ حَيْثُ إِنَّهَا جَهَةٌ فِي بَطْلَانِ وَلَايَتِهِ فِي تَنْفِيذِ قَوْلِهِ عَلَى الْمَشْهُودِ عَلَيْهِ وَإِبْطَالِ وَلَايَتِهِ بِذَوْنِ أَمْرِهِ مَضَرَّةٌ فِي حَقِّهِ، فَبِاعْتِبَارِ هَذَا يُشْتَرَطُ الْأَمْرُ وَصَارَ كَمَنْ لَهُ وَلَايَةٌ فِي إِنْكَاحِ الصَّغِيرَةِ إِذَا أَنْكَحَهَا أَجْنَبِيٌّ بِغَيْرِ أَمْرِهِ لَا يَجُوزُ لِمَا فِيهِ مِنْ إِبْطَالِ الْوَلَايَةِ عَلَيْهِ، وَهَذَا كَلَامٌ حَسَنٌ لَسَدِّ الْخَلَلِ. وَأَمَّا عِبَارَةُ الْمَشَايخِ فَهِيَ مُشْكَلَةٌ لَيْسَ فِيهَا إِشْعَارٌ بِالْمَطْلُوبِ، وَقَدْ تَقَدَّمَ لَنَا فِي هَذَا الْبَحْثِ كَلَامٌ فِي أَوَّلِ الشَّهَادَاتِ بَوَجْهِ آخَرَ مُفِيدٍ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

قَالَ (وَلَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ شُهُودِ الْفَرْعِ إِلَّا أَنْ يَمُوتَ شُهُودُ الْأَصْلِ أَوْ يَغْيَبُوا مَسِيرَةَ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ فَصَاعِدًا أَوْ يَمْرَضُوا مَرَضًا لَا يَسْتَطِيعُونَ مَعَهُ حُضُورَ مَجْلِسِ الْحَاكِمِ) لِأَنَّ جَوَازَهَا لِلْحَاجَةِ، وَإِنَّمَا تُمَسُّ عِنْدَ عَجْزِ الْأَصْلِ وَبِهَذِهِ الْأَشْيَاءِ يَتَحَقَّقُ الْعَجْزُ. وَإِنَّمَا اعتَبَرْنَا السَّفَرَ لِأَنَّ الْمُعْجِزَ بَعْدَ الْمَسَافَةِ وَمُدَّةَ السَّفَرِ بَعِيدَةٌ حُكْمًا حَتَّى أُدِيرَ عَلَيْهَا عِدَّةٌ مِنَ الْأَحْكَامِ فَكَذَا سَبِيلُ هَذَا الْحُكْمِ.

وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ إِنْ كَانَ فِي مَكَانٍ لَوْ عَدَا لِأَدَاءِ الشَّهَادَةِ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يَبِيتَ فِي أَهْلِهِ صَحَّ الْإِشْهَادُ إِحْيَاءً لِحَقُوقِ النَّاسِ، قَالُوا: الْأَوَّلُ أَحْسَنُ وَالثَّانِي أَرْفَقُ وَبِهِ أَخَذَ الْفَقِيهَةُ أَبُو الْوَلِيدِ.

الشرح:

قَالَ: (وَلَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ شُهُودِ الْفَرْعِ الْخ) قَدْ تَقَدَّمَ أَنَّ مُجَوِّزَ الشَّهَادَةِ عَلَى الشَّهَادَةِ مَسَاسُ الْحَاجَةِ فَلَا تَجُوزُ مَا لَمْ يُوجَدْ وَلَا تُقْبَلُ إِلَّا أَنْ يَمُوتَ الْأُصُولُ أَوْ يَغْيُبُوا مَسِيرَةَ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ أَوْ يَمْرَضُوا مَرَضًا يَمْنَعُهُمُ الْحُضُورَ إِلَى مَجْلِسِ الْحُكْمِ؛ لِأَنَّ الْحَاجَةَ تَتَحَقَّقُ بِهَذِهِ الْأَشْيَاءِ لِعَجْزِ الْأُصُولِ عَنْ إِقَامَتِهَا، وَإِنَّمَا أُعْتَبِرَ السَّفَرُ؛ لِأَنَّ الْمَعْجَزَ بَعْدَ الْمَسَافَةِ وَمُدَّةِ السَّفَرِ بَعِيدَةٌ حُكْمًا حَتَّى أُدِيرَ عَلَيْهَا عِدَّةُ أَحْكَامٍ كَقَصْرِ الصَّلَاةِ وَالْفِطْرِ وَامْتِدَادِ الْمَسْحِ وَعَدَمِ جُوبِ الْأُضْحِيَّةِ وَالْجُمُعَةِ وَحُرْمَةِ خُرُوجِ الْمَرْأَةِ بِلَا مَحْرَمٍ أَوْ زَوْجٍ (وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ إِنْ كَانَ فِي مَكَانٍ لَوْ عَدَا لِأَدَاءِ الشَّهَادَةِ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يَبِيتَ فِي أَهْلِهِ صَحَّ لَهُ الْإِشْهَادُ) دَفْعًا لِلْحَرَجِ، وَ (إِحْيَاءُ لِحُقُوقِ النَّاسِ قَالُوا: الْأَوَّلُ) أَيُّ التَّقْدِيرِ بِثَلَاثَةِ أَيَّامٍ (أَحْسَنُ)؛ لِأَنَّ الْعَجْزَ شَرْعًا يَتَحَقَّقُ بِهِ كَمَا فِي سَائِرِ الْأَحْكَامِ الَّتِي عَدَدَتْهَا فَكَانَ مُوَافِقًا لِحُكْمِ الشَّرْعِ فَكَانَ أَحْسَنَ (وَالثَّانِي أَرْفَقُ وَبِهِ أَخَذَ الْفَقِيهَ أَبُو اللَّيْثِ) وَكَثِيرٌ مِنَ الْمَشَايخِ.

وَرُويَ عَنْ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ أَنَّهَا تُقْبَلُ وَإِنْ كَانُوا فِي الْمِصْرِ؛ لِأَنَّهُمْ يَنْقُلُونَ قَوْلَهُمْ فَكَانَ كَنْفَلٍ إِقْرَارِهِمْ.

قَالَ (فَإِنْ عَدَلَ شُهُودُ الْأَصْلِ شُهُودُ الْفَرْعِ جَازَ) لِأَنَّهُمْ مِنْ أَهْلِ التَّرَكُّبَةِ (وَكَذَا إِذَا شَهِدَ شَاهِدَانِ فَعَدَلَ أَحَدُهُمَا الْآخَرَ صَحَّ) لَمَّا قُلْنَا، غَايَةُ الْأَمْرِ أَنْ فِيهِ مَنْفَعَةٌ مِنْ حَيْثُ الْقَضَاءُ بِشَهَادَتِهِ لَكِنَّ الْعَدَلَ لَا يُتَّهَمُ بِمِثْلِهِ كَمَا لَا يُتَّهَمُ فِي شَهَادَةِ نَفْسِهِ، كَيْفَ وَأَنَّ قَوْلَهُ فِي حَقِّ نَفْسِهِ وَإِنْ رُدَّتْ شَهَادَةُ صَاحِبِهِ فَلَا تُهْمَتِ. قَالَ (وَإِنْ سَكَنُوا عَنْ تَعْدِيلِهِمْ جَازَ وَنَظَرَ الْقَاضِي فِي حَالِهِمْ) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ.

وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَا تُقْبَلُ لِأَنَّهُ لَا شَهَادَةَ إِلَّا بِالْعَدَالَةِ، فَإِذَا لَمْ يَعْرِفُوهَا لَمْ يَنْقُلُوا الشَّهَادَةَ فَلَا يَقْبَلُ. وَلَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ الْمَأْخُودَ عَلَيْهِمُ النُّقْلُ دُونَ التَّعْدِيلِ، لِأَنَّهُ قَدْ يَخْضَى عَلَيْهِمْ، وَإِذَا نَقَلُوا يَتَعَرَّفُ الْقَاضِي الْعَدَالَةَ كَمَا إِذَا حَضَرُوا بِأَنْفُسِهِمْ وَشَهِدُوا. قَالَ (وَإِنْ أَنْكَرَ شُهُودُ الْأَصْلِ الشَّهَادَةَ لَمْ تُقْبَلْ شَهَادَةُ الشُّهُودِ الْفَرْعِ) لِأَنَّ التَّحْمِيلَ لَمْ يَثْبُتْ لِلتَّعَارُضِ بَيْنَ الْخَبَرَيْنِ وَهُوَ شَرْطٌ.

الشرح:

(فَإِنْ عَدَلَ شُهُودُ الْأَصْلِ شُهُودَ الْفُرُوعِ جَازَ) وَحَاصِلُ ذَلِكَ أَنَّ الْفُرْعَيْنِ إِذَا

شَهَادًا عَلَى شَهَادَةِ أَصْلَيْنِ فَهُوَ عَلَى وَجْهِ أَرْبَعَةٍ: إِمَّا أَنْ يَعْرِفَهُمَا الْقَاضِي أَوْ لَا يَعْرِفَهُمَا، أَوْ عَرَفَ الْأَصُولَ دُونَ الْفُرُوعِ أَوْ بِالْعَكْسِ، فَإِنْ عَرَفَهُمَا بِالْعَدَالَةِ قَضَى بِشَهَادَتِهِمَا، وَإِنْ لَمْ يَعْرِفَهُمَا يَسْأَلُ عَنْهُمَا، وَإِنْ عَرَفَ الْأَصُولَ دُونَ الْفُرُوعِ يَسْأَلُ عَنْ الْفُرُوعِ، وَإِنْ عَرَفَ الْفُرُوعَ يَسْأَلُ عَنِ الْأَصُولِ، فَإِنْ عَدَلَ الْفُرُوعُ الْأَصُولُ تَثْبُتُ عَدَالَتُهُمْ بِذَلِكَ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ؛ لِأَنَّهُمْ مِنْ أَهْلِ التَّزْكِيَةِ لَكُونِهِمْ عَلَى صِفَةِ الشَّهَادَةِ.

(وَكَذًا إِذَا شَهِدَ شَاهِدَانِ فَعَدَّلَ أَحَدُهُمَا الْآخَرَ صَحَّ لِمَا قُلْنَا) إِنَّهُ مِنْ أَهْلِ التَّزْكِيَةِ، وَقَوْلُهُ: (غَايَةُ الْأَمْرِ) رَدُّ لَقَوْلٍ مَنْ يَقُولُ مِنَ الْمَشَايخِ لَا يَصِحُّ تَعْدِيلُهُ؛ لِأَنَّهُ يُرِيدُ تَنْفِيذَ شَهَادَةِ نَفْسِهِ بِهَذَا التَّعْدِيلِ فَكَانَ مُتَّهِمًا، فَأَشَارَ إِلَى رَدِّهِ بِقَوْلِهِ غَايَةُ الْأَمْرِ: أَيُّ غَايَةٍ مَا يَرِدُ فِيهِ مِنْ أَمْرِ الشُّبْهَةِ أَنْ يُقَالَ: يَتَّبِعِي أَنْ لَا يَصِحَّ تَعْدِيلُهُ؛ لِأَنَّهُ مُتَّهِمٌ بِسَبَبٍ (أَنْ فِي تَعْدِيلِهِ مَنَفْعَةٌ) لَهُ مِنْ حَيْثُ تَنْفِيذُ الْقَاضِي قَوْلَهُ عَلَى مَا شَهِدَ بِهِ (لَكِنَّ الْعَدْلَ لَا يُتَّهَمُ بِمِثْلِهِ كَمَا لَا يُتَّهَمُ فِي شَهَادَةِ نَفْسِهِ) فَإِنَّهُ يُحْتَمَلُ أَنْ يُقَالَ: إِنَّمَا شَهِدَ فِيمَا شَهِدَ لِيَصِيرَ مَقْبُولَ الْقَوْلِ فِيمَا بَيْنَ النَّاسِ عِنْدَ تَنْفِيذِ الْقَاضِي قَوْلَهُ عَلَى مُوجِبِ مَا شَهِدَ بِهِ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ شَهَادَةٌ فِيهِ فِي الْوَاقِعِ (كَيْفَ) يَكُونُ ذَلِكَ مَانِعًا وَأَنَّهُ لَيْسَ لَهُ فِي الْحَقِيقَةِ نَفْعٌ يَفُوتُ بِتَرْكِ التَّعْدِيلِ (لَأَنَّ قَوْلَهُ فِي نَفْسِهِ مَقْبُولٌ وَإِنْ رُدَّتْ شَهَادَةُ صَاحِبِهِ) حَتَّى إِذَا انْضَمَّ إِلَيْهِ غَيْرُهُ مِنَ الْعُدُولِ حَكَمَ الْقَاضِي بِشَهَادَتَيْهِمَا (فَلَا تُهْمَةُ، وَإِنْ سَكَتُوا عَنْ تَعْدِيلِهِمْ) وَقَالُوا لَا تُخْبِرُكَ (جَازَتْ) شَهَادَتُهُمْ (و) لَكِنْ (يَنْظُرُ الْقَاضِي فِي حَالِ الْأَصُولِ) بِأَنْ يَسْأَلَ مِنَ الْمُرَكِّبِينَ غَيْرِ الْفُرُوعِ (عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَقَالَ مُحَمَّدٌ: لَا تُقْبَلُ) شَهَادَةُ الْفُرُوعِ (لَأَنَّهُ لَا شَهَادَةَ إِلَّا بِالْعَدَالَةِ، فَإِذَا لَمْ يَعْرِفُوهَا لَمْ يَقْبَلُوا الشَّهَادَةَ فَلَا تُقْبَلُ).

وَلِأَبِي يُوسُفَ أَنَّ الْمَأْخُودَ عَلَيْهِمْ نَقَلَ الشَّهَادَةَ دُونَ تَعْدِيلِ الْأَصُولِ؛ لِأَنَّ التَّعْدِيلَ قَدْ يَخْفَى عَلَيْهِمْ فَإِذَا تَقَلُّوا فَقَدْ أَقَامُوا مَا وَجَبَ عَلَيْهِمْ. ثُمَّ الْقَاضِي (يَتَعَرَّفُ الْعَدَالَةَ كَمَا إِذَا حَضَرَ الْأَصُولُ بِأَنْفُسِهِمْ فَشَهِدُوا) وَإِذَا قَالُوا لَا نَعْرِفُ أَنَّ الْأَصُولَ عُدُولٌ أَوْ لَا؟ قِيلَ: ذَلِكَ وَقَوْلُهُمْ لَا تُخْبِرُكَ سَوَاءً، وَكَأَنَّهُ أَشَارَ إِلَيْهِ بِقَوْلِهِ: فَإِذَا لَمْ يَعْرِفُوهَا. وَقَالَ شَمْسُ الْأُيْمَةِ الْحُلَوَانِيُّ: لَا يَرُدُّ الْقَاضِي شَهَادَةَ الْفُرُوعِ وَيَسْأَلُ عَنِ الْأَصُولِ غَيْرَهُمَا وَهُوَ الصَّحِيحُ؛ لِأَنَّ شَاهِدَ الْأَصْلِ بَقِيَ مَسْئُورًا وَإِنْ أُنْكَرَ شُهُودُ الْأَصُولِ الشَّهَادَةَ بِأَنْ قَالُوا

مَا لَنَا فِي هَذِهِ الْحَادِثَةِ شَهَادَةٌ ثُمَّ جَاءَ الْفُرُوعُ يَشْهَدُونَ بِشَهَادَتِهِمْ (لَمْ تُقْبَلْ شَهَادَةُ شُهُودِ الْفُرْعِ؛ لِأَنَّ التَّحْمِيلَ لَمْ يَثْبُتْ بِالتَّعَارُضِ بَيْنَ خَبَرِ الْأَصُولِ وَخَبَرِ الْفُرُوعِ، وَهُوَ أَيْ التَّحْمِيلُ (شَرْطُ) صِحَّةِ شَهَادَةِ الْفُرُوعِ.

(وَإِذَا شَهِدَ رَجُلَانِ عَلَى شَهَادَةِ رَجُلَيْنِ عَلَى فُلَانَةٍ بِنْتِ فُلَانٍ الْفُلَانِيَّةِ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ، وَقَالَا أَخْبَرَانَا أَنَّهُمَا يَعْرِفَانِهَا فَجَاءَ بِامْرَأَةٍ وَقَالَا: لَا نَدْرِي أَهِيَ هَذِهِ أَمْ لَا فَإِنَّهُ يُقَالُ لِلْمُدَّعِي هَاتِ شَاهِدَيْنِ يَشْهَدَانِ أَنَّهَا فُلَانَةٌ) لِأَنَّ الشَّهَادَةَ عَلَى الْمَعْرِفَةِ بِالنَّسَبَةِ قَدْ تَحَقَّقَتْ وَالْمُدَّعِي يَدْعِي الْحَقَّ عَلَى الْحَاضِرَةِ وَلَعَلَّهَا غَيْرُهَا فَلَا بُدَّ مِنْ تَعْرِيفِهَا بِتِلْكَ النَّسَبَةِ، وَتَظْهِيرُ هَذَا إِذَا تَحَمَّلُوا الشَّهَادَةَ بِبَيْعِ مَحْدُودَةٍ بِذِكْرِ حُدُودِهَا وَشَهِدُوا عَلَى الْمُشْتَرِيِّ لَا بُدَّ مِنْ آخَرَيْنِ يَشْهَدَانِ عَلَى أَنَّ الْمَحْدُودَ بِهَا فِي يَدِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ، وَكَذَا إِذَا أَنْكَرَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ أَنَّ الْحُدُودَ الْمَذْكُورَةَ فِي الشَّهَادَةِ حُدُودُ مَا فِي يَدِهِ.

الشرح:

قَالَ (وَإِذَا شَهِدَ رَجُلَانِ عَلَى شَهَادَةِ رَجُلَيْنِ إلخ) إِذَا شَهِدَ فَرْعَانِ عَلَى شَهَادَةِ أَصْلَيْنِ (عَلَى فُلَانَةٍ بِنْتِ فُلَانٍ الْفُلَانِيَّةِ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ وَقَالَا أَخْبَرَانَا) الْأَصْلَانِ (أَنَّهُمَا يَعْرِفَانِهَا فَجَاءَ الْمُدَّعِي بِامْرَأَةٍ وَقَالَا) الْفَرْعَانِ (لَا نَعْلَمُ أَهِيَ هَذِهِ أَمْ لَا يُقَالُ لِلْمُدَّعِي هَاتِ شَاهِدَيْنِ يَشْهَدَانِ أَنَّهَا هِيَ؛ لِأَنَّ الشَّهَادَةَ عَلَى الْمَعْرِفَةِ بِالنَّسَبَةِ قَدْ تَحَقَّقَتْ وَالْمُدَّعِي يَدْعِي الْحَقَّ عَلَى الْحَاضِرَةِ وَلَعَلَّهَا غَيْرُهَا فَلَا بُدَّ مِنْ تَعْرِيفِهَا بِتِلْكَ النَّسَبَةِ. وَتَظْهِيرُ هَذَا إِذَا تَحَمَّلُوا الشَّهَادَةَ بِبَيْعِ مَحْدُودَةٍ بِذِكْرِ حُدُودِهَا وَشَهِدُوا عَلَى الْمُشْتَرِيِّ) بَعْدَمَا أَنْكَرَ أَنْ يَكُونَ الْمَحْدُودُ بِهَا فِي يَدِهِ (لَا بُدَّ مِنْ) شَاهِدَيْنِ (آخَرَيْنِ) يَشْهَدَانِ بِأَنَّ الْمَحْدُودَ بِهَا فِي يَدِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ، وَكَذَا إِذَا قَالَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ الَّذِي فِي يَدِي غَيْرُ مَحْدُودٍ بِهِذِهِ الْحُدُودِ.

قَالَ (وَكَذَا) (كِتَابُ الْقَاضِي إِلَى الْقَاضِي) لِأَنَّهُ فِي مَعْنَى الشَّهَادَةِ عَلَى الشَّهَادَةِ إِلَّا أَنَّ الْقَاضِي لِكَمَالِ دِيَانَتِهِ وَوُفُورِ وِلَايَتِهِ يَنْفَرِدُ بِالنَّقْلِ (وَلَوْ قَالُوا فِي هَذَيْنِ الْبَابَيْنِ التَّمْيِيمِ ثُمَّ لَمْ يَجْزُ حَتَّى يَنْسُبُوهَا إِلَى فَخْرِهَا) وَهِيَ الْقَبِيلَةُ الْخَاصَّةُ، وَهَذَا لِأَنَّ التَّعْرِيفَ لَا بُدَّ مِنْهُ فِي هَذَا، وَلَا يَحْصُلُ بِالنَّسَبَةِ إِلَى الْعَامَّةِ وَهِيَ عَامَّةٌ إِلَى بَنِي تَمِيمٍ لِأَنَّهُمْ قَوْمٌ لَا يُحْصَوْنَ، وَيَحْصُلُ بِالنَّسَبَةِ إِلَى الْفَخْرِ لِأَنَّهَا خَاصَّةٌ.

وَقِيلَ الْفَرَّغَانِيَّةُ نِسْبَةً عَامَّةً وَالْأَوْزَجْنِدِيَّةُ خَاصَّةٌ، (وَقِيلَ السَّمَرْقَنْدِيَّةُ وَالْبُخَارِيَّةُ

عَامَةً) وَقِيلَ إِلَى السَّكَّةِ الصَّغِيرَةِ خَاصَّةً، وَإِلَى الْمَحَلَةِ الْكَبِيرَةِ وَالْمِصْرِ عَامَةً.

ثُمَّ التَّعْرِيفُ وَإِنْ كَانَ يَتِمُّ بِذِكْرِ الْجَدِّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ خِلَافًا لِأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ عَلَى ظَاهِرِ الرِّوَايَاتِ، فَذَكَرَ الْفَخْدُ يَقُومُ مَقَامَ الْجَدِّ لِأَنَّهُ اسْمُ الْجَدِّ الْأَعْلَى فَتَنَزَّلَ مَنْزِلَةُ الْجَدِّ الْأَدْنَى، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

الشرح:

وَكَذَلِكَ (إِذَا كَتَبَ قَاضِي بَلَدٍ إِلَى آخَرَ) شَاهِدَانِ شَهِدَا عِنْدِي أَنَّ فُلَانِ بْنِ فُلَانٍ عَلَى فُلَانِ بْنِ فُلَانٍ كَذَا فَاقْضِ عَلَيْهِ بِذَلِكَ فَأَحْضَرَ الْمُدَّعِي فُلَانًا فِي مَجْلِسِ الْقَاضِي الْمَكْتُوبِ إِلَيْهِ وَدَفَعَ إِلَيْهِ الْكِتَابَ يَقُولُ الْقَاضِي هَاتِ شَاهِدَيْنِ يَشْهَدَانِ أَنَّ هَذَا الَّذِي أَحْضَرْتَهُ هُوَ فُلَانُ الْمَذْكُورُ فِي هَذَا الْكِتَابِ لَتَمَكَّنِ الْإِشَارَةَ إِلَيْهِ فِي الْقَضَاءِ، لِأَنَّهُ أَيْ كِتَابَ الْقَاضِي إِلَى الْقَاضِي (فِي مَعْنَى الشَّهَادَةِ) عَلَى الشَّهَادَةِ (إِلَّا أَنَّ الْقَاضِي لِكَمَالِ دِيَانَتِهِ وَوُفُورِ وَلَايَتِهِ يَنْفَرِدُ بِالنَّقْلِ) فَلَا يَلْزَمُ مَا قِيلَ تُمْنِيلُ كِتَابِ الْقَاضِي إِلَى الْقَاضِي بِشَهَادَةِ الْفُرُوعِ غَيْرُ مُنَاسِبٍ، إِذِ الْعَدَدُ مِنْ شَأْنِهِمْ دُونَ الْكِتَابِ؛ لِأَنَّ دِيَانَتَهُ وَوُفُورَ وَلَايَتِهِ قَامَ مَقَامَ الْعَدَدِ (وَلَوْ قَالَ الشُّهُودُ فِي هَذَيْنِ الْبَايِنِ) يَعْنِي بَابَ الشَّهَادَةِ وَبَابَ كِتَابِ الْقَاضِي (فُلَانَةُ التَّمِيمِيَّةُ) لَمْ يَجْزُ حَتَّى يَنْسُبُوهَا إِلَى فَخْدِهَا وَهِيَ الْقَبِيلَةُ الْخَاصَّةُ) يَعْنِي الَّتِي لَا خَاصَّةَ دُونَهَا.

قَالَ فِي الصَّحَاحِ الْفَخْدُ آخَرُ الْقَبَائِلِ السَّتِّ: أَوَّلُهَا الشَّعْبُ، ثُمَّ الْقَبِيلَةُ، ثُمَّ الْفَصِيلَةُ، ثُمَّ الْعِمَارَةُ، ثُمَّ الْبَطْنُ، ثُمَّ الْفَخْدُ وَقَالَ فِي غَيْرِهِ: إِنَّ الْفَصِيلَةَ بَعْدَ الْفَخْدِ؛ فَالشَّعْبُ يَفْتَحُ الشَّيْنَ يَجْمَعُ الْقَبَائِلَ، وَالْقَبَائِلُ تَجْمَعُ الْعِمَائِرَ، وَالْعِمَارَةُ بِكَسْرِ الْعَيْنِ تَجْمَعُ الْبُطُونَ، وَالْبَطْنُ يَجْمَعُ الْأَفْخَادَ، وَالْفَخْدُ بِسُكُونِ الْخَاءِ يَجْمَعُ الْفَصَائِلَ (وَهَذَا) أَيْ عَدَمُ الْجَوَازِ (لِأَنَّ التَّعْرِيفَ لَا بُدَّ مِنْهُ، وَلَا يَحْصُلُ بِالنِّسْبَةِ الْعَامَّةِ وَالتَّمِيمِيَّةِ عَامَةً) بِالنِّسْبَةِ إِلَى بَنِي تَمِيمٍ؛ لِأَنَّهُمْ قَوْمٌ لَا يُحْصَوْنَ فَكَمْ تَكُونُ بَيْنَهُمْ نِسَاءً ائْتَحَدَتْ أَسَامِيهِنَّ وَأَسَامِي آبَائِهِنَّ (وَيَحْصُلُ بِالنِّسْبَةِ إِلَى الْفَخْدِ؛ لِأَنَّهَا خَاصَّةٌ) ثُمَّ التَّعْرِيفُ وَإِنْ كَانَ يَتِمُّ بِذِكْرِ الْجَدِّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ خِلَافًا لِأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ عَلَى ظَاهِرِ الرِّوَايَاتِ، فَذَكَرَ الْفَخْدُ يَقُومُ مَقَامَ الْجَدِّ؛ لِأَنَّ الْفَخْدَ اسْمُ الْجَدِّ الْأَعْلَى فَتَنَزَّلَ مَنْزِلَةُ الْجَسَدِ الْأَدْنَى فِي النِّسْبَةِ وَهُوَ أَبُ الْأَبِ.

فَصْلٌ

(قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ: شَاهِدُ الزُّورِ أَشْهَرُهُ فِي السُّوقِ وَلَا أَعَزُّرُهُ. وَقَالَا: نُوجِعُهُ ضَرْبًا وَنَحْبِسُهُ) وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ. لُهُمَا مَا رُوِيَ عَنْ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّهُ ضَرَبَ شَاهِدَ الزُّورِ أَرْبَعِينَ سَوْطًا وَسَخَّمَ وَجْهَهُ، وَلَأنْ هَذِهِ كَبِيرَةٌ يَتَعَدَّى ضَرَرُهَا إِلَى الْعِبَادِ وَلَيْسَ فِيهَا حَدٌّ مُقَدَّرٌ فَيُعَزَّرُ. وَلَهُ أَنْ شَرِيحًا كَانَ يُشْهَرُ وَلَا يَضْرَبُ، وَلَأنْ الْإِنْجَارَ يَحْصُلُ بِالتَّشْهِيرِ فَيَكْتَفِي بِهِ، وَالضَّرْبُ وَإِنْ كَانَ مُبَالِغَةً فِي الزَّجْرِ وَلَكِنَّهُ يَقَعُ مَانِعًا عَنِ الرُّجُوعِ فَوَجِبَ التَّخْفِيفُ نَظَرًا إِلَى هَذَا الْوَجْهِ.

وَحَدِيثُ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ مَحْمُولٌ عَلَى السِّيَاسَةِ بِدَلَالَةِ التَّبْلِغِ إِلَى الْأَرْبَعِينَ وَالتَّسْخِيمِ ثُمَّ تَفْسِيرُ التَّشْهِيرِ مَنْقُولٌ عَنْ شَرِيحٍ رَحِمَهُ اللَّهُ فَإِنَّهُ كَانَ يَبْعَثُهُ إِلَى سُوقِهِ إِنْ كَانَ سُوقِيًّا، وَإِلَى قَوْمِهِ إِنْ كَانَ غَيْرَ سُوقِيٍّ بَعْدَ الْعَصْرِ أَجْمَعَ مَا كَانُوا، وَيَقُولُ: إِنْ شَرِيحًا يُقْرِئُكُمْ السَّلَامَ وَيَقُولُ: إِنَّا وَجَدْنَا هَذَا شَاهِدَ زُورٍ فَاحْذَرُوهُ وَحَذَرُوا النَّاسَ مِنْهُ. وَذَكَرَ شَمْسُ الْأَيْمَةِ السَّرْحَسِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ يُشْهَرُ عِنْدَهُمَا أَيْضًا.

وَالتَّعْزِيرُ وَالْحَبْسُ عَلَى قَدْرِ مَا يَرَاهُ الْقَاضِي عِنْدَهُمَا، وَكَيْفِيَّةُ التَّعْزِيرِ ذِكْرُنَاهُ فِي الْحُدُودِ (وَفِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ: شَاهِدَانِ أَقْرَأَا أَنَّهُمَا شَهِدَا بِزُورٍ لَمْ يَضْرَبَا وَقَالَا يُعَزَّرَانِ) وَفَائِدَتُهُ أَنَّ شَاهِدَ الزُّورِ فِي حَقِّ مَا ذَكَرْنَا مِنَ الْحُكْمِ هُوَ الْمُقَرُّ عَلَى نَفْسِهِ بِذَلِكَ، فَأَمَّا لَا طَرِيقَ إِلَى إِثْبَاتِ ذَلِكَ بِالْبَيِّنَةِ لِأَنَّهُ نَفْيٌ لِلشَّهَادَةِ وَالْبَيِّنَاتُ لِلْإِثْبَاتِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

الشرح:

(فَصْلٌ): (قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ: شَاهِدُ الزُّورِ أَشْهَرُهُ فِي السُّوقِ إلخ) شَاهِدُ الزُّورِ، وَهُوَ الَّذِي أَقَرَّ عَلَى نَفْسِهِ أَنَّهُ شَهِدَ بِالزُّورِ أَوْ شَهِدَ بِقَتْلِ رَجُلٍ فَجَاءَ حَيًّا يُعَزَّرُ، وَتَشْهِيرُهُ تَعْزِيرُهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، فَقَوْلُهُ: وَلَا أَعَزُّرُهُ: بَعْنِي لَا أَضْرِبُهُ، وَقَالَا: نُوجِعُهُ ضَرْبًا وَنَحْبِسُهُ وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ وَمَالِكٍ. لُهُمَا مَا رُوِيَ عَنْ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّهُ ضَرَبَ شَاهِدَ الزُّورِ وَسَخَّمَ وَجْهَهُ بِالْحَاءِ الْمُعْجَمَةِ، مِنَ السُّخَامِ: وَهُوَ سَوَادُ الْقَدَرِ، أَوْ بِالْحَاءِ الْمُهْمَلَةِ مِنَ الْأَسْحَمِ وَهُوَ الْأَسْوَدُ. لَا يُقَالُ: الْإِسْتِدْلَالُ بِهِ غَيْرُ مُسْتَقِيمٍ عَلَى مَذْهَبِهِمَا؛ لِأَنَّهُمَا لَا يَقُولَانِ بِجَوَازِ التَّسْخِيمِ لِكُونِهِ مُثْلَةً وَهُوَ غَيْرُ مَشْرُوعٍ، وَلَا يَبْلُغُ التَّعْزِيرُ إِلَى أَرْبَعِينَ؛ لِأَنَّ مَقْصُودَهُمَا إِثْبَاتُ مَا نَفَاهُ أَبُو حَنِيفَةَ مِنَ التَّعْزِيرِ بِالضَّرْبِ فَإِنَّهُ يَدُلُّ عَلَى أَنَّ أَصْلَ

الضَرْبِ مَشْرُوعٌ فِي تَعْزِيرِهِ، وَمَا زَادَ عَلَى ذَلِكَ كَانَ مَحْمُولًا عَلَى السِّيَاسَةِ. قَوْلُهُ: (وَلَأَنَّ هَذِهِ) أَيُّ شَهَادَةِ الزُّورِ (كَبِيرَةٌ) ثَبَتَ ذَلِكَ بِالْكِتَابِ وَهُوَ قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿فَاجْتَنِبُوا الرِّجْسَ مِنَ الْأَوْثَانِ وَاجْتَنِبُوا قَوْلَ الزُّورِ﴾ [الحج: ٣٠] وَبِالسُّنَّةِ وَهُوَ مَا رَوَى أَبُو بَكْرَةَ عَنْ أَبِيهِ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ «أَلَا أُتَبِّئُكُمْ بِكَبِيرِ الْكِبَائِرِ؟ قُلْنَا: بَلَى يَا رَسُولَ اللَّهِ، قَالَ: الْإِشْرَاكُ بِاللَّهِ، وَغُفُوقُ الْوَالِدَيْنِ، وَكَانَ مَثَكُمَا فَجَلَسَ فَقَالَ: أَلَا وَقَوْلُ الزُّورِ، وَشَهَادَةُ الزُّورِ، فَمَا زَالَ يَقُولُهَا حَتَّى قُلْتُ لَا يَسْكُتُ» (وَتَعَدَّى ضَرَرُهَا إِلَى الْعِبَادِ بِإِثْلَافِ أُمُورِهِمْ) (وَلَيْسَ فِيهِ حَدٌّ مُقَدَّرٌ فَيَعْزَرُهُ).

وَلَأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ شَرِيحًا رَحِمَهُ اللَّهُ كَانَ يُشَهَّرُ وَلَا يَضْرَبُ) وَكَانَ ذَلِكَ فِي زَمَنِ عُمَرَ وَعَلِيٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا وَالصَّحَابَةَ مُتَوَافِرَةً، وَمَا كَانَ يَخْفَى مَا يَعْمَلُهُ عَلَيْهِمْ وَسَكَنُوا عَنْهُ فَكَانَ كَالْمُرُورِيِّ عَنْهُمَا وَحَلَّ مَحَلَّ الْإِجْمَاعِ (وَلَأَنَّ الْمَقْصُودَ هُوَ الْأَنْزِجَارُ وَهُوَ يَخْصُلُ بِالتَّشْهِيرِ فَيَكْتَفَى بِهِ).

وَالضَرْبُ وَإِنْ كَانَ مُبَالَعَةً فِي الزَّجْرِ لَكِنَّهُ قَدْ يَفْعُ مَانِعًا مِنَ الرُّجُوعِ) فَإِنَّهُ إِذَا تَصَوَّرَ الضَرْبُ يَخَافُ فَلَا يَرْجِعُ وَفِيهِ تَضْيِيعٌ لِلْحُقُوقِ (فَوَجَبَ التَّخْفِيفُ مِنْ هَذَا الْوَجْهِ) وَذَلِكَ بِتَرْكِ الضَرْبِ (وَحَدِيثُ عُمَرَ ﷺ مَحْمُولٌ عَلَى السِّيَاسَةِ بِدَلَالَةِ التَّبْلِغِ إِلَى الْأَرْبَعِينَ) وَهُوَ مِنْهُيٌّ عَنْهُ. قَالَ ﷺ: «مَنْ بَلَغَ حَدًّا فِي غَيْرِ حَدٍّ فَهُوَ مِنَ الْمُعْتَدِينَ».

(و) بِدَلَالَةِ (التَّسْخِيمِ) هَذَا تَأْوِيلُ شَمْسِ الْأُئِمَّةِ، وَأَوَّلُهُ شَيْخُ الْإِسْلَامِ بَانَ الْمُرَادُ بِالتَّسْخِيمِ التَّخْجِيلُ بِالتَّفْضِيحِ وَالتَّشْهِيرِ، فَإِنَّ الْحَجَلَ يُسَمَّى مُسَوِّدًا مَجَازًا، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿وَإِذَا بُشِّرَ أَحَدُهُمْ بِالْأُنْثَىٰ ظَلَّ وَجْهُهُ مُسْوَدًّا﴾ [النحل: ٥٨]، (وَتَفْسِيرُ التَّشْهِيرِ مَا يُقَالُ عَنْ شَرِيحِ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ كَانَ يَبْعَثُ إِلَى سُوْقِهِ، إِنْ كَانَ سُوْقِيًّا، أَوْ إِلَى قَوْمِهِ إِنْ لَمْ يَكُنْ يَكُنْ سُوْقِيًّا بَعْدَ الْعَصْرِ أَجْمَعَ مَا كَانُوا) أَيُّ مُجْتَمِعِينَ، أَوْ إِلَى مَوْضِعٍ يَكُونُ أَكْثَرُ جَمْعًا لِلْقَوْمِ.

(وَيَقُولُ: إِنَّ شَرِيحًا يُقَرِّئُكُمْ السَّلَامَ وَيَقُولُ: إِنَّا وَجَدْنَا هَذَا شَاهِدَ زُورٍ فَاحْذَرُوهُ وَحَذَرُوهُ النَّاسَ).

وَذَكَرَ شَمْسُ الْأُئِمَّةِ أَنَّ عِنْدَهُمَا أَيْضًا يُشَهَّرُ، وَالْحَبْسُ وَالتَّعْزِيرُ مُقَدَّارُهُ مُفَوَّضٌ إِلَى مَا يَرَاهُ الْقَاضِي) وَلَمْ يَذْكُرِ الْمُصَنِّفُ أَنَّ هَذَا الْاِخْتِلَافَ فِيمَنْ كَانَ تَائِبًا أَوْ مُصِرًّا أَوْ

مَجْهُولُ الْحَالِ.

وَقَدْ قِيلَ إِنَّ رَجَعَ عَلَى سَبِيلِ التَّوْبَةِ وَالنَّدَمِ لَا يُعَزَّرُ مِنْ غَيْرِ خِلَافٍ، وَإِنْ رَجَعَ عَلَى سَبِيلِ الْإِصْرَارِ يُعَزَّرُ بِالضَّرْبِ مِنْ غَيْرِ خِلَافٍ، وَإِنْ لَمْ يُعْلَمْ فَعَلَى الْإِخْتِلَافِ الَّذِي قُلْنَا. ثُمَّ إِنَّهُ إِذَا تَابَ هَلْ تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ بَعْدَ ذَلِكَ أَوْ لَا؟ إِنْ كَانَ فَاسْقًا تُقْبَلُ؛ لِأَنَّ الْحَامِلَ لَهُ عَلَى الزُّورِ فَسَقُهُ وَقَدْ زَالَ بِالتَّوْبَةِ، وَمُدَّةُ ظُهُورِ التَّوْبَةِ عِنْدَ بَعْضِ الْمَشَايخِ سِتَّةَ أَشْهُرٍ، وَعِنْدَ آخَرِينَ سَنَةً.

قَالُوا: وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ مُفَوَّضٌ إِلَى رَأْيِ الْقَاضِي، وَإِنْ كَانَ مَسْتُورًا لَا تُقْبَلُ أَصْلًا، وَكَذَا إِنْ كَانَ عَدْلًا عَلَى رِوَايَةِ بَشِيرٍ عَنْ أَبِي يُوسُفَ؛ لِأَنَّ الْحَامِلَ لَهُ عَلَى ذَلِكَ غَيْرُ مَعْلُومٍ فَكَانَ الْحَالُ قَبْلَ التَّوْبَةِ وَبَعْدَهَا سَوَاءً، وَرَوَى أَبُو جَعْفَرٍ أَنَّهَا تُقْبَلُ. قَالُوا: وَعَلَيْهِ الْفَتْوَى.

قَالَ (وَفِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ) وَذَكَرَ أَنَّ فَائِدَةَ ذِكْرِ رِوَايَتِهِ هِيَ مَعْرِفَةُ شَاهِدِ الزُّورِ بِأَنَّهُ الَّذِي أَقْرَأَ عَلَى نَفْسِهِ بِذَلِكَ، فَأَمَّا إِبْتِاثُ ذَلِكَ بِالْبَيِّنَةِ فَلَيْسَ بِصَحِيحٍ؛ لِأَنَّهُ نَفْيٌ لِلشَّهَادَةِ وَالْبَيِّنَاتُ شُرِعَتْ لِلْإِبْتِاثِ، وَلَمْ يَذْكُرْ الَّذِي شَهِدَ بِقَتْلِ شَخْصٍ وَظَهَرَ حَيًّا أَوْ بِمَوْتِهِ وَكَانَ حَيًّا إِمَّا لِنُدْرَتِهِ وَإِمَّا؛ لِأَنَّهُ لَا مَحِيصَ لَهُ أَنْ يَقُولَ كَذَبْتُ أَوْ ظَنَنْتُ ذَلِكَ أَوْ سَمِعْتُ ذَلِكَ فَشَهِدْتُ وَهُمَا بِمَعْنَى كَذَبْتُ لِإِقْرَارِهِ بِالشَّهَادَةِ بِغَيْرِ عِلْمٍ فَجَعَلَ كَأَنَّهُ قَالَ ذَلِكَ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

كِتَابُ الرُّجُوعِ عَنِ الشَّهَادَةِ

(قَالَ: إِذَا رَجَعَ الشُّهُودُ عَنْ شَهَادَتِهِمْ قَبْلَ الْحُكْمِ بِهَا سَقَطَتْ) لِأَنَّ الْحَقَّ إِنَّمَا يَثْبُتُ بِالْقَضَاءِ وَالْقَاضِي لَا يَقْضِي بِكَلَامٍ مُتَنَاقِضٍ وَلَا ضَمَانٍ عَلَيْهِمَا لِأَنَّهُمَا مَا أَتَفَا شَيْئًا لَا عَلَى الْمُدَّعِي وَلَا عَلَى الْمَشْهُودِ عَلَيْهِ (فَإِنْ حَكَمَ بِشَهَادَتِهِمْ ثُمَّ رَجَعُوا لَمْ يُفْسَخِ الْحُكْمُ) لِأَنَّ آخِرَ كَلَامِهِمْ يُنَاقِضُ أَوَّلَهُ فَلَا يُنْقَضُ الْحُكْمُ بِالتَّنَاقُضِ وَلَأنَّهُ فِي الدَّلَالَةِ عَلَى الصَّدَقِ مِثْلُ الْأَوَّلِ، وَقَدْ تَرَجَّحَ الْأَوَّلُ بِاتِّصَالِ الْقَضَاءِ بِهِ (وَعَلَيْهِمْ ضَمَانٌ مَا أَتَفَوْهُ بِشَهَادَتِهِمْ) لِإِقْرَارِهِمْ عَلَى أَنْفُسِهِمْ بِسَبَبِ الضَّمَانِ، وَالتَّنَاقُضِ لَا يَمْنَعُ صِحَّةَ الْإِقْرَارِ، وَسَقَرَّرَهُ مِنْ بَعْدُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى (وَلَا يَصِحُّ الرُّجُوعُ إِلَّا بِحَضْرَةِ الْحَاكِمِ) لِأَنَّهُ فَسَخَ لِلشَّهَادَةِ فَيَخْتَصُّ بِمَا تَخْتَصُّ بِهِ الشَّهَادَةُ مِنَ الْمَجْلِسِ وَهُوَ مَجْلِسُ الْقَاضِي أَيْ قَاضٍ كَانَ، وَلَأنَّ الرُّجُوعَ تَوْبَةً وَالتَّوْبَةُ عَلَى حَسَبِ الْجِنَايَةِ، فَالسرُّ بِالسَّرِّ وَالْإِعْلَانُ بِالْإِعْلَانِ. وَإِذَا لَمْ يَصِحَّ الرُّجُوعُ فِي غَيْرِ مَجْلِسِ الْقَاضِي، فَلَوْ ادَّعَى الْمَشْهُودُ عَلَيْهِ رُجُوعَهُمَا وَأَرَادَ يَمِينَهُمَا لَا يَحْلِفَانِ، وَكَذَا لَا تُقْبَلُ بَيِّنَتُهُ عَلَيْهِمَا لِأَنَّهُ ادَّعَى رُجُوعًا بَاطِلًا، حَتَّى لَوْ أَقَامَ الْبَيِّنَةَ أَنَّهُ رَجَعَ عِنْدَ قَاضِي كَذَا وَضَمَنَهُ الْمَالُ تُقْبَلُ لِأَنَّ السَّبَبَ صَحِيحٌ.

الشرح:

(كِتَابُ الرُّجُوعِ عَنِ الشَّهَادَةِ): تَنَاسُبُ هَذَا الْكِتَابِ لِكِتَابِ الشَّهَادَاتِ، وَتَأْخِيرُهُ عَنْ فَصْلِ شَهَادَةِ الزُّورِ ظَاهِرٌ، إِذِ الرُّجُوعُ عَنْهَا يَقْتَضِي سَبْقَ وُجُودِهَا وَهُوَ مِمَّا يُعْلَمُ بِهِ كَوْنُهَا زُورًا وَهُوَ أَمْرٌ مَشْرُوعٌ مَرْغُوبٌ فِيهِ دِيَانَةٌ؛ لِأَنَّ فِيهِ خَلَاصًا مِنْ عِقَابِ الْكِبِيرَةِ، فَإِذَا رَجَعَ الشُّهُودُ عَنْ شَهَادَتِهِمْ بَأَن قَالُوا فِي مَجْلِسِ الْحُكْمِ رَجَعْنَا عَمَّا شَهِدْنَا بِهِ أَوْ شَهِدْنَا بِزُورٍ فِيمَا شَهِدْنَا، فَإِمَّا أَنْ يَكُونَ قَبْلَ الْحُكْمِ بِهَا أَوْ بَعْدَهُ، فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ سَقَطَتِ الشَّهَادَةُ عَنْ إِبْنَاتِ الْحَقِّ بِهَا عَلَى الْغَرَمِ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ إِنَّمَا يَثْبُتُ بِقَضَاءِ الْقَاضِي، وَلَا قَضَاءَ هَاهُنَا؛ لِأَنَّ الْقَاضِي لَا يَقْضِي بِكَلَامٍ مُتَنَاقِضٍ، وَلَا ضَمَانٍ عَلَيْهِمَا؛ لِأَنَّ الضَّمَانَ بِالْإِتْلَافِ، وَلَا إِتْلَافَ هَاهُنَا؛ لِأَنَّهُمَا مَا أَتَفَا شَيْئًا لَا عَلَى الْمُدَّعِي وَلَا عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ، أَمَّا عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ فَظَاهِرٌ، وَأَمَّا عَلَى الْمُدَّعِي فَلَأَنَّ الشَّهَادَةَ إِنْ كَانَتْ حَقًّا فِي الْوَاقِعِ وَرَجَعُوا عَنْهَا صَارُوا كَاتِمِينَ لِلشَّهَادَةِ وَلَا ضَمَانَ عَلَى مَنْ يَكْتُمُهَا، وَإِنْ كَانَ الثَّانِي لَمْ يُفْسَخِ الْحُكْمُ؛ لِأَنَّ الْكَلَامَ الثَّانِي يُنَاقِضُ الْأَوَّلَ، وَالْكَلامُ الْمُنَاقِضُ سَاقِطٌ

العبرة عقلاً وشرعاً فلا يُنْقَضُ بِهِ حُكْمُ الْحَاكِمِ لئَلَا يُؤَدِّيَ إِلَى التَّسْلُسِ، وَذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ لَوْ كَانَ مُعْتَبَرًا لَجَازَ أَنْ يَرْجَعَ عَنْ رُجُوعِهِ مَرَّةً بَعْدَ أُخْرَى، وَلَيْسَ لِبَعْضٍ عَلَى غَيْرِهِ تَرْجِيحٌ فَيَتَسَلَّلُ الْحُكْمُ وَفَسْخُهُ وَذَلِكَ خَارِجٌ عَنْ مَوْضُوعَاتِ الشَّرْعِ؛ وَلِأَنَّ الْكَلَامَ الْآخَرَ فِي الدَّلَالَةِ عَلَى الصِّدْقِ كَالأَوَّلِ، وَكُلُّ مَا كَانَ كَذَلِكَ سَاوَاهُ وَاحْتِيجَ فِيهِ إِلَى التَّرْجِيحِ، وَقَدْ تَرَجَّحَ الْأَوَّلُ بِاتِّصَالِ الْقَضَاءِ بِهِ فَلَا يُنْقَضُ بِهِ، وَعَلَيْهِمْ ضَمَانٌ مَا أَثْلَفُوهُ بِشَهَادَتِهِمْ لِإِقْرَارِهِمْ عَلَى أَنْفُسِهِمْ بِسَبَبِ الضَّمَانِ، فَقَضَاءُ الْقَاضِي وَإِنْ كَانَ عِلَّةً لِلتَّلَفِ لَكِنَّهُ كَاللَّجَأِ مِنْ جِهَتِهِمْ، فَكَانَ التَّسْيِيبُ مِنْهُمْ تَعْدِيًا فَيُضَافُ الْحُكْمُ إِلَيْهِمْ كَمَا فِي حَفْرِ الْبِرِّ عَلَى قَارِعَةِ الطَّرِيقِ.

فَإِنْ قِيلَ: كَلَامُهُمْ مُتَنَاقِضٌ وَذَلِكَ سَاقِطُ الْعِبَرَةِ فَعَلَامُ الضَّمَانِ؟ أَجَابَ بِقَوْلِهِ وَالتَّنَاقُضُ لَا يَمْنَعُ صِحَّةَ الْإِقْرَارِ وَوَعْدَ بَتَقَرِيرِهِ مِنْ بَعْدُ، وَاكْتَفَى عَنْ ذِكْرِ التَّعْزِيرِ فِي الْفَصْلَيْنِ بِذِكْرِهِ فِي الْفَصْلِ الْمُتَقَدِّمِ.

قَالَ (وَلَا يَصِحُّ الرُّجُوعُ إِلَّا بِحَضْرَةِ الْحَاكِمِ إِنْ رُجِعَ عَنْ الشَّهَادَةِ لَا يَصِحُّ إِلَّا بِحَضْرَةِ حَاكِمٍ سِوَاهُ كَانَ هُوَ الْأَوَّلُ أَوْ لَا؛ لِأَنَّهُ فَسَخَ لِلشَّهَادَةِ وَهُوَ مُخْتَصٌّ بِمَجْلَسِ الْحُكْمِ فَالرُّجُوعُ مُخْتَصٌّ بِهِ، وَهَذَا الدَّلِيلُ لَا يَتِمُّ إِلَّا إِذَا ثَبَتَ أَنَّ فَسَخَ الشَّهَادَةِ يَخْتَصُّ بِمَا تَخْتَصُّ بِهِ الشَّهَادَةُ وَهُوَ مَمْنُوعٌ، فَإِنَّ الرُّجُوعَ إِقْرَارٌ بِضَمَانٍ مَالِ الْمَشْهُودِ عَلَيْهِ عَلَى نَفْسِهِ بِسَبَبِ الْإِثْلَافِ بِالشَّهَادَةِ الْكَاذِبَةِ، وَالْإِقْرَارُ بِذَلِكَ لَا يَخْتَصُّ بِمَجْلَسِ الْحُكْمِ.

وَالْجَوَابُ أَنَّ الاسْتِحْقَاقَ لَا يَرْتَفِعُ مَا دَامَتِ الْحُجَّةُ بَاقِيَةً فَلَا بُدَّ مِنْ رَفْعِهَا، وَالرُّجُوعُ فِي غَيْرِ مَجْلَسِ الْحُكْمِ لَيْسَ بِرَفْعٍ لِلْحُجَّةِ؛ لِأَنَّ الشَّهَادَةَ فِي غَيْرِ مَجْلَسِهِ لَيْسَتْ بِحُجَّةٍ كَمَا مَرَّ، وَالْإِقْرَارُ بِالضَّمَانِ مُرْتَبٌّ عَلَى ارْتِفَاعِهَا أَوْ يَثْبُتُ فِي ضَمْنِهِ فَكَانَ مِنْ تَوَابِعِهِ.

لَا يُقَالُ: الْبَيِّنَةُ لَيْسَتْ بِحُجَّةٍ فِي غَيْرِ مَجْلَسِ الْحُكْمِ ابْتِدَاءً لَا بَقَاءً، وَيَجُوزُ أَنْ لَا يَكُونَ الْبَقَاءُ مَشْرُوطًا بِشَرْطِ الْابْتِدَاءِ لِكُونِهِ أَسْهَلَ مِنْهُ؛ لِأَنَّا نَقُولُ: مَجْلَسُ الْحُكْمِ مَحَلُّهَا فِي الْابْتِدَاءِ وَمَا يَرْجِعُ إِلَى الْمَحَلِّ فَلَا ابْتِدَاءَ وَالْبَقَاءُ فِيهِ سِوَاهُ كَالْمَحْرَمِيَّةِ فِي النِّكَاحِ وَوُجُودِ الْمَيْعِ فِي الْبَيْعِ فَإِنَّهُ شَرْطٌ لَصِحَّتِهِ وَصِحَّةِ الْفَسْخِ (وَلِأَنَّ الرُّجُوعَ تَوْبَةً وَالتَّوْبَةُ

عَلَى حَسَبِ الْحَيَاةِ فَالسَّرُّ بِالسَّرِّ، وَالْإِعْلَانُ بِالْإِعْلَانِ) وَشَهَادَةُ الزُّورِ جَنَائِيٌّ فِي مَجْلِسِ الْحُكْمِ فَالتَّوْبَةُ عَنْهَا تَتَقَيَّدُ بِهِ (وَإِذَا لَمْ يَصِحَّ الرَّجُوعُ فِي غَيْرِ مَجْلِسِ الْقَاضِي فَلَوْ ادَّعَى الْمَشْهُودُ عَلَيْهِ رُجُوعَهُمَا) وَأَقَامَ عَلَى ذَلِكَ بَيِّنَةٌ أَوْ عَجَزَ عَنْهَا وَأَرَادَ أَنْ يُحْلِفَ الشَّاهِدَيْنِ (لَمْ يَقْبَلِ الْقَاضِي بَيِّنَةً عَلَيْهِمَا وَلَا يُحْلِفُهُمَا)؛ لِأَنَّ الْبَيِّنَةَ وَالْيَمِينَ يَتَرْتَبَانِ عَلَى دَعْوَى صَحِيحَةٍ، وَدَعْوَى الرَّجُوعِ فِي غَيْرِ مَجْلِسِ الْحُكْمِ بَاطِلَةٌ (حَتَّى لَوْ أَقَامَ الْبَيِّنَةُ أَنَّهُ رَجَعَ عِنْدَ قَاضِي كَذَا وَضَمَّنَهُ الْمَالُ تُقْبَلُ) بَيِّنَتُهُ (لِأَنَّ السَّبَبَ صَحِيحٌ) وَالضَّمِيرُ الْمُسْتَكِنُ فِي ضَمْنِهِ يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ لِلْقَاضِي، وَمَعْنَاهُ حَكَمَ عَلَيْهِ بِالضَّمَانِ لَكِنَّهُ لَمْ يُعْطِ شَيْئًا إِلَى الْآنَ، وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ لِلْمُدَّعِي وَمَعْنَاهُ طَلَبَ مِنَ الْقَاضِي تَضْمِينَهُ، وَالْأَلْفُ وَاللَّامُ فِي قَوْلِهِ؛ لِأَنَّ السَّبَبَ بَدَلٌ مِنَ الْمُضَافِ إِلَيْهِ وَهُوَ قَبُولُ الْبَيِّنَةِ: أَيْ؛ لِأَنَّ سَبَبَ قَبُولِ الْبَيِّنَةِ صَحِيحٌ وَهُوَ دَعْوَى الرَّجُوعِ فِي مَجْلِسِ الْحُكْمِ، وَقِيلَ هُوَ الضَّمَانُ، وَمَعْنَاهُ؛ لِأَنَّ سَبَبَ الضَّمَانِ صَحِيحٌ وَهُوَ الرَّجُوعُ عِنْدَ الْحَاكِمِ، وَلَيْسَ بِصَحِيحٍ؛ لِأَنَّ الدَّعْوَى حِينَئِذٍ لَيْسَتْ مُطَابِقَةً لِلدَّلِيلِ فَإِنَّهَا قَبُولُ الْبَيِّنَةِ لَا وَجُوبُ الضَّمَانِ فَتَأَمَّلْ.

(وَإِذَا شَهِدَ شَاهِدَانِ بِمَالٍ فَحَكَمَ الْحَاكِمُ بِهِ ثُمَّ رَجَعَا ضَمِنَا الْمَالِ الْمَشْهُودَ عَلَيْهِ) لِأَنَّ التَّسْبِيبَ عَلَى وَجْهِ التَّعْدِي سَبَبُ الضَّمَانِ كَحَافِرِ الْبُئْرِ وَقَدْ سَبَبَا لِلْإِتْلَافِ تَعْدِيًّا.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَا يَضْمَنَانِ لِأَنَّهُ لَا عِبْرَةَ لِلتَّسْبِيبِ عِنْدَ وَجُودِ الْمُبَاشَرَةِ. قُلْنَا: تَعَذَّرَ إِيجَابُ الضَّمَانِ عَلَى الْمُبَاشَرِ وَهُوَ الْقَاضِي لِأَنَّهُ كَالْمَلْجِإِ إِلَى الْقَضَاءِ، وَفِي إِيجَابِهِ صَرَفُ النَّاسِ عَنْ تَقْلِيدِهِ وَتَعَذُّرُ اسْتِيفَائِهِ مِنَ الْمُدَّعِي لِأَنَّ الْحُكْمَ مَاضٍ فَاعْتَبِرَ التَّسْبِيبُ، وَإِنَّمَا يَضْمَنَانِ إِذَا قَبِضَ الْمُدَّعِي الْمَالُ دَيْنًا كَانَ أَوْ عَيْنًا، لِأَنَّ الْإِتْلَافَ بِهِ يَتَحَقَّقُ، وَلِأَنَّهُ لَا مِمَّاثِلَةَ بَيْنَ أَخَذِ الْعَيْنِ وَالزَّامِ الدِّينِ.

قَالَ (فَإِنْ رَجَعَ أَحَدُهُمَا ضَمِنَ النِّصْفَ) وَالْأَصْلُ أَنَّ الْمُعْتَبَرَ فِي هَذَا بَقَاءُ مَنْ بَقِيَ لَا رُجُوعُ مَنْ رَجَعَ وَقَدْ بَقِيَ مَنْ يَبْقَى بِشَهَادَتِهِ نِصْفُ الْحَقِّ.

الشرح:

(وَإِذَا شَهِدَ شَاهِدَانِ بِمَالٍ فَحَكَمَ بِهِ الْحَاكِمُ ثُمَّ رَجَعَا ضَمِنَا الْمَالِ لِلْمَشْهُودِ عَلَيْهِ) هَذِهِ الْمَسْأَلَةُ قَدْ عُلِمَتْ مِنْ قَوْلِهِ وَعَلَيْهِمْ ضَمَانٌ مَا أَثْلَفُوهُ بِشَهَادَتِهِمْ، إِلَّا أَنَّهُ ذَكَرَهَا لِبَيَانِ خِلَافِ الشَّافِعِيِّ وَلَمَّا يَأْتِي مِنْ رُجُوعِ بَعْضِ الشُّهُودِ دُونَ بَعْضٍ.

قَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا ضَمَانَ عَلَيْهِمَا؛ لِأَنَّهُمَا تَسْبِيَا فِي الْإِثْلَافِ، وَلَا مُعْتَبَرٌ بِهِ عِنْدَ
وُجُودِ الْمُبَاشِرِ. وَقُلْنَا وَجَبَ عَلَيْهِمَا الضَّمَانُ؛ لِأَنَّهُمَا تَسْبِيَا لِلْإِثْلَافِ عَلَى وَجْهِ التَّعَدِّي
وَذَلِكَ يُوجِبُ الضَّمَانَ إِذْ لَمْ يُمَكِّنْ إِضَافَتُهُ إِلَى الْمُبَاشِرِ، وَهَاهُنَا كَذَلِكَ؛ لِأَنَّ الْمُبَاشِرَ هُوَ
الْقَاضِي، وَإِضَافَةُ الضَّمَانِ إِلَيْهِ مُتَعَذِّرَةٌ؛ لِأَنَّهُ كَانَ كَالْمُلْجَا إِلَى الْقَضَاءِ بِشَهَادَتِهِمْ؛ لِأَنَّهُ
بِالتَّأخِيرِ يَفْسُقُ وَلَيْسَ بِمُلْجَا حَقِيقَةٍ؛ لِأَنَّ الْمُلْجَا حَقِيقَةٌ مَنْ خَافَ عَلَى نَفْسِهِ الْعُقُوبَةَ فِي
الدُّنْيَا وَالْقَاضِي لَيْسَ كَذَلِكَ؛ وَلَئِنْ فِي إِيْجَابِهِ عَلَيْهِ صَرَفَ النَّاسِ عَنْ تَقْلُدِ الْقَضَاءِ،
وَذَلِكَ ضَرَرٌ عَامٌّ فَيَتَحَمَّلُ الضَّرَرُ الْخَاصُّ لِأَجْلِهِ، وَتَعَذَّرَ اسْتِيفَاؤُهُ مِنَ الْمُدَّعِي أَيْضًا؛ لِأَنَّ
الْحُكْمَ مَاضٍ لَمَّا تَقَدَّمَ فَاعْتَبِرَ السَّبَبُ.

فَإِنْ قِيلَ: مَا بَالُ كُلِّ مِنْكُمُ وَمِنَ الشَّافِعِيِّ تَرَكَ أَصْلَهُ الْمَعْهُودَ فِي الشَّهَادَةِ بِالْقَتْلِ
ثُمَّ الرُّجُوعَ، فَإِنَّهُ إِذَا شَهِدَ شَاهِدَانِ عَلَى أَنَّهُ قَتَلَهُ عَمْدًا فَاقْتَصَرَ مِنْهُ ثُمَّ رَجَعَ فَالِدِيَّةُ
عَلَيْهِمَا فِي مَا لِهَمَّا عِنْدَكُمُ، وَمَا جَعَلْتُمُ كَالْمُبَاشِرِ حَتَّى يَجِبَ الْقِصَاصُ.

وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ يَجِبُ عَلَيْهِمَا الْقِصَاصُ، جَعَلَ الْمُسَبَّبَ كَالْمُبَاشِرِ. قُلْنَا: فَعَلُ الْمُبَاشِرِ
الِاخْتِيَارِيُّ قَطَعَ النَّسْبَةَ أَوْ صَارَ شُبْهَةً كَمَا سَيَجِيءُ، وَالشَّافِعِيُّ جَعَلَهُ مُبَاشِرًا بِمَا وَرَدَ
عَنْ عَلِيٍّ عليه السلام فِي شَاهِدِي السَّرِقَةِ إِذَا رَجَعَ: لَوْ عَلِمْتَ أَنَّكُمَا تَعْمِدُتُمَا لَقَطَعْتُ أَيْدِيَكُمَا.
وَالْجَوَابُ: أَنَّهُ كَانَ عَلَى سَبِيلِ التَّهْدِيدِ لَمَّا ثَبَتَ مِنْ مَذْهَبِهِ عليه السلام أَنَّ الْيَدَيْنِ لَا
يُقَطَّعَانِ يَدٍ وَاحِدَةٍ، وَجَازَ أَنْ يُهَدَّدَ الْإِمَامُ بِمَا لَا يَتَحَقَّقُ كَمَا قَالَ عُمَرُ عليه السلام: وَلَوْ
تَقَدَّمَتْ فِي الْمُنْعَةِ لُرُجِمَتْ، وَالْمُنْعَةُ لَا تُوجِبُ الرَّجْمَ بِالِاتِّفَاقِ، وَإِنَّمَا يَضْمَنَانِ: يَعْنِي أَنَّ
الضَّمَانَ إِنَّمَا يَجِبُ عَلَى الشَّاهِدَيْنِ إِذَا قَبِضَ الْمُدَّعِي مَا قُضِيَ لَهُ بِهِ دَيْنًا كَانَ أَوْ عَيْنًا،
وَهُوَ اخْتِيَارُ شَمْسِ الْأَثَمَةِ؛ لِأَنَّ الضَّمَانَ بِالِإِثْلَافِ، وَالْإِثْلَافُ يَتَحَقَّقُ بِالْقَبْضِ، وَفِي
ذَلِكَ لَا تَفَاوُتَ بَيْنَ الْعَيْنِ وَالْدَيْنِ؛ وَلِأَنَّ مَبْنَى الضَّمَانِ عَلَى الْمُمَاطَلَةِ وَلَا مُمَاطَلَةَ بَيْنَ أَخْذِ
الْعَيْنِ وَالزَّامِ الدَّيْنِ.

وَيَبَيَّنَ ذَلِكَ أَنَّهُمَا إِذَا أَلْزَمَا دَيْنًا بِشَهَادَتِهِمَا، فَلَوْ ضَمِنَا قَبْلَ الْأَدَاءِ إِلَى الْمُدَّعِي كَانَ
قَدْ اسْتَوْفَى مِنْهُمَا عَيْنًا بِمُقَابَلَةِ دَيْنٍ أَوْجَبًا وَلَا مُمَاطَلَةَ بَيْنَهُمَا.

وَفَرَّقَ شَيْخُ الْإِسْلَامِ بَيْنَ الْعَيْنِ وَالْدَيْنِ فَقَالَ: إِنْ كَانَ الْمَشْهُودُ بِهِ عَيْنًا فَلِلْمَشْهُودِ
عَلَيْهِ أَنْ يَضْمَنَ الشَّاهِدَ بَعْدَ الرُّجُوعِ وَإِنْ لَمْ يَقْبِضْهَا الْمُدَّعِي، وَإِنْ كَانَ دَيْنًا فَلَيْسَ لَهُ

ذَلِكَ حَتَّى يَقْبِضَهُ، وَذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ ضَمَّانُ الْإِثْلَافِ وَضَمَّانُ الْإِثْلَافِ مُقَيَّدٌ بِالْمِثْلِ، وَإِذَا كَانَ الْمَشْهُودُ بِهِ عَيْنًا فَالشَّاهِدَانِ بِشَهَادَتِهِمَا أَزَالَاهُ عَنْ مِلْكِهِ إِذَا اتَّصَلَ الْقَضَاءُ بِهَا، وَلِهَذَا لَا يَنْفَدُ فِيهِ تَصَرُّفُ الْمَشْهُودِ عَلَيْهِ بَعْدَ ذَلِكَ، فَإِزَالَةُ الْعَيْنِ عَنْ مِلْكِهِمَا بِأَخْذِ الضَّمَّانِ لَا تَنْتَفِي الْمُمَاتِلَةُ، وَإِذَا كَانَ دَيْنًا فَبِإِزَالَةِ الْعَيْنِ عَنْ مِلْكِهِمَا قَبْلَ الْقَبْضِ تَنْتَفِي الْمُمَاتِلَةُ كَمَا ذَكَرْنَا.

وَالْجَوَابُ أَنَّ الْمَلِكَ وَإِنْ تَبَتَ لِلْمَقْضِيِّ لَهُ بِالْقَضَاءِ وَلَكِنَّ الْمَقْضِيَّ عَلَيْهِ يَزْعُمُ أَنَّ ذَلِكَ بَاطِلٌ؛ لِأَنَّ الْمَالَ فِي يَدِ مِلْكِهِ فَلَا يَكُونُ لَهُ أَنْ يُضَمِّنَ الشَّاهِدَيْنِ شَيْئًا مَا لَمْ يَخْرُجِ الْمَالَ مِنْ يَدِهِ بِقَضَاءِ الْقَاضِي.

قَالَ (وَإِذَا رَجَعَ أَحَدُهُمَا ضَمِّنَ النِّصْفَ الْخ) الْمُعْتَبَرُ فِي بَابِ الرُّجُوعِ عَنْ الشَّهَادَةِ بَقَاءُ مَنْ بَقِيَ؛ لِأَنَّ وَجُوبَ الْحَقِّ فِي الْحَقِيقَةِ بِشَهَادَةِ الشَّاهِدَيْنِ وَمَا زَادَ فَهُوَ فَضْلٌ فِي حَقِّ الْقَضَاءِ، إِلَّا أَنَّ الشُّهُودَ إِذَا كَانُوا أَكْثَرَ مِنَ الْاِثْنَيْنِ يُضَافُ الْقَضَاءُ وَوُجُوبُ الْحَقِّ إِلَى الْكُلِّ لَاسْتَوَاءِ حُقُوقِهِمْ.

وَإِذَا رَجَعَ وَاحِدٌ زَالَ الْاِسْتَوَاءُ وَظَهَرَ إِضَافَةُ الْقَضَاءِ إِلَى الْمُتَنَّى وَعَلَى هَذَا إِذَا شَهِدَ اِثْنَانِ فَرَجَعَ أَحَدُهُمَا ضَمِّنَ النِّصْفَ؛ لِأَنَّهُ بَقِيَ بِشَهَادَةِ مَنْ بَقِيَ نِصْفُ الْحَقِّ. قِيلَ لَا تُسَلِّمُ ذَلِكَ، فَإِنَّ الْبَاقِيَ فَرْدٌ لَا يَصْلُحُ لِإِثْبَاتِ شَيْءٍ ابْتِدَاءً فَكَذَا بَقَاءً. وَأُجِيبَ بِأَنَّ الْبَقَاءَ أَسْهَلُ مِنَ الْاِبْتِدَاءِ فَيَجُوزُ أَنْ يَصْلُحَ فِي الْبَقَاءِ لِإِثْبَاتِ مَا لَا يَصْلُحُ فِي الْاِبْتِدَاءِ لِذَلِكَ، كَمَا فِي النَّصَابِ فَإِنَّ بَعْضَهُ لَا يَصْلُحُ فِي الْاِبْتِدَاءِ لِإِثْبَاتِ الْوُجُوبِ وَيَصْلُحُ فِي الْبَقَاءِ بِقَدْرِهِ.

(وَإِنْ شَهِدَ بِأَمَالٍ ثَلَاثَةً فَرَجَعَ أَحَدُهُمْ فَلَا ضَمَّانَ عَلَيْهِ) لِأَنَّهُ بَقِيَ مَنْ بَقِيَ بِشَهَادَتِهِ كُلُّ الْحَقِّ، وَهَذَا لِأَنَّ الْاِسْتِحْقَاقَ بَاقٍ بِالْحُجَّةِ، وَالتَّلَفُ مَتَى اسْتَحَقَّ (سَقَطَ الضَّمَّانُ فَأُولَى أَنْ يَمْتَنِعَ) فَإِنْ رَجَعَ الْآخَرُ ضَمِّنَ (الرَّاجِعَانِ نِصْفَ الْمَالِ) لِأَنَّ بَقَاءَ أَحَدِهِمْ يَبْقَى نِصْفُ الْحَقِّ.

الشرح:

(وَإِذَا شَهِدَ ثَلَاثَةً فَرَجَعَ وَاحِدٌ فَلَا ضَمَّانَ عَلَيْهِ)؛ لِأَنَّهُ بَقِيَ مَنْ بَقِيَ بِشَهَادَتِهِ كُلُّ الْحَقِّ (لِأَنَّ اسْتِحْقَاقَ الْمُدَّعِي لِلْمَشْهُودِ بِهِ بَاقٍ بِالْحُجَّةِ) الثَّامَّةُ، وَاسْتِحْقَاقُ التَّلَفِ يُسْقِطُ

الضَّمانَ فيما إذا أئلفَ إنسانَ مالَ زَيْدٍ فَقَضَى القَاضِي لَهُ عَلَى المُتْلِفِ بِالضَّمانِ ثُمَّ اسْتَحَقَّ المُتْلِفُ عَمَرُوَ وَأَخَذَ الضَّمانَ مِنَ المُتْلِفِ سَقَطَ الضَّمانُ الثَّابِتُ لَزَيْدٍ بِقَضَاءِ القَاضِي عَلَى المُتْلِفِ فَلأنَّ يَمَنَعُهُ بِطَرِيقِ الأَوَّلِ؛ لأنَّ الدَّفْعَ أَسْهَلُ مِنَ الرِّفْعِ (فإن رَجَعَ الآخَرُ ضَمِنَ الرَّاجِعَانِ نِصْفَ الحَقِّ) قِيلَ يَجِبُ أَنْ لا يَجِبَ الضَّمانُ عَلَى الرَّاجِعِ الأَوَّلِ أصلاً؛ لأنَّ المُعْتَبَرَ بقاءُ مَنْ بَقِيَ، وَبَعْدَ رُجُوعِ الأَوَّلِ كَانَ نِصابُ الشَّهادَةِ باقياً فإذا رَجَعَ الثَّانِي فَهُوَ الَّذِي أئلفَ نِصْفَ الحَقِّ فَيَقْتَصِرُ الضَّمانُ عَلَيْهِ.

وَأُجِيبَ بأنَّ الضَّمانَ عَلَى الأَوَّلِ ثابِتٌ بِطَرِيقِ التَّيْسِينِ أَوْ الاثْثَلابِ، وَذلكَ؛ لأنَّ الاسْتِحْقَاقَ كَانَ بِشَهادَتِهِمْ جَمِيعاً، ثُمَّ إذا رَجَعَ الأَوَّلُ ظَهَرَ كَذِبُهُ وَاحْتَمَلَ كَذِبُ غَيْرِهِ، فإذا رَجَعَ الثَّانِي تَيَسَّنَ أَنَّ الإِثْلافَ مِنَ الْإِبْتِدَاءِ كَانَ بِشَهادَتِهِمَا، أَوْ؛ لأنَّ القَضَاءَ كَانَ بِالشَّهادَةِ وَهِيَ مُوجُودَةٌ مِنْهُمَا فِي حَالَةٍ وَاحِدَةٍ، فَعِنْدَ رُجُوعِ الأَوَّلِ وَجَدَ الإِثْلافُ، وَلَكِنَّ المَانِعَ وَهُوَ بقاءُ النِّصابِ مَعَ إيجابِ الضَّمانِ عَلَيْهِ، فإذا رَجَعَ الثَّانِي ارْتَفَعَ المَانِعُ وَوَجِبَ الضَّمانُ بِالْمُقْتَضَى.

(وَإن شَهِدَ رَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ فَرَجَعَتِ امْرَأَةٌ ضَمِنَتْ رُبْعَ الحَقِّ) لِبَقَاءِ ثَلَاثَةِ الأَرْباعِ بِبقاءِ مَنْ بَقِيَ (وَإن رَجَعَتَا ضَمِنَتَا نِصْفَ الحَقِّ) لأنَّ بِشَهادَةِ الرِّجُلِ بَقِيَ نِصْفُ الحَقِّ (وَإن شَهِدَ رَجُلٌ وَعَشْرَةُ نِسْوَةٍ ثُمَّ رَجَعَ ثَمَانٌ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِنَ) لأنَّهُ بَقِيَ مَنْ يَبْقَى بِشَهادَتِهِ كُلُّ الحَقِّ (فإن رَجَعَتِ أُخْرَى كَانَ عَلَيْهِنَ رُبْعُ الحَقِّ) لأنَّهُ بَقِيَ النِّصْفُ بِشَهادَةِ الرِّجُلِ وَالرُّبْعُ بِشَهادَةِ البَاقِيَةِ فَبَقِيَ ثَلَاثَةُ الأَرْباعِ (وَإن رَجَعَ الرِّجُلُ وَالنِّسَاءُ فَعَلَى الرِّجُلِ سُدُسُ الحَقِّ وَعَلَى النِّسْوَةِ خَمْسَةُ أَسْدَاسِهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ وَعِنْدَهُمَا عَلَى الرِّجُلِ النِّصْفُ وَعَلَى النِّسْوَةِ النِّصْفُ) لأنَّهُنَّ وَإِنْ كَثُرْنَ يَقُومَنَّ مَقامَ رَجُلٍ وَاحِدٍ وَلَهَذَا لا تُقْبَلُ شَهادَتُهُنَّ إِلَّا بِانضِمَامِ رَجُلٍ وَاحِدٍ.

وَأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ أَنْ كُلَّ امْرَأَتَيْنِ قَامَتَا مَقامَ رَجُلٍ وَاحِدٍ، قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ فِي ثَقْصَانِ عَقْلِهِنَّ: «عَدِلْتُ شَهادَةَ اثْنَتَيْنِ مِنْهُنَّ بِشَهادَةِ رَجُلٍ وَاحِدٍ»^(١) فَصَارَ كَمَا إذا شَهِدَ بِذلكَ سِتُّ رِجالٍ ثُمَّ رَجَعُوا (وَإن رَجَعَ النِّسْوَةُ العَشْرَةُ دُونَ الرِّجُلِ كَانَ عَلَيْهِنَ نِصْفُ الحَقِّ عَلَى القَوْلَيْنِ) لَمَّا قُلْنَا.

(١) أخرجه البخاري في الحيض باب ٦ (٣٠٤)، ومسلم في الإيمان (حديث ٩٧/١٣٢) و(٨٠).

الشرح:

(وَإِنْ شَهِدَ رَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ فَرَجَعَتْ امْرَأَةٌ ضَمَنْتَ رُبْعَ الْحَقِّ لِبَقَاءِ ثَلَاثَةِ الْأَرْبَاعِ بَقَاءً مَنْ بَقِيَ وَإِنْ رَجَعَتَا ضَمَنْتَا نِصْفَ الْحَقِّ)؛ لِأَنَّ نِصْفَ الْحَقِّ بَاقٍ لَشَهَادَةِ الرَّجُلِ (وَإِذَا شَهِدَ رَجُلٌ وَعَشْرُ نِسْوَةٍ ثُمَّ رَجَعَ ثَمَانٍ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِنَ؛ لِأَنَّهُ بَقِيَ مَنْ يَبْقَى بِشَهَادَتِهِ كُلِّ الْحَقِّ، فَإِنْ رَجَعَتْ أُخْرَى كَانَ عَلَيْهِنَ رُبْعُ الْحَقِّ؛ لِأَنَّهُ بَقِيَ النِّصْفُ بِشَهَادَةِ الرَّجُلِ وَالرُّبْعُ بِشَهَادَةِ الْبَاقِيَةِ فَبَقِيَ ثَلَاثَةُ الْأَرْبَاعِ وَإِنْ رَجَعَ الرَّجُلُ وَالنِّسَاءُ جَمِيعًا فَعَلَى الرَّجُلِ سُدُسُ الْحَقِّ وَعَلَى النِّسَاءِ خَمْسَةُ أَسْدَاسِهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَعِنْدَهُمَا عَلَى الرَّجُلِ النِّصْفُ وَعَلَى النِّسَاءِ النِّصْفُ؛ لِأَنَّهُنَّ وَإِنْ كَثُرْنَ يَقُومَنَّ مَقَامَ رَجُلٍ وَاحِدٍ وَلِهَذَا لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُنَّ إِلَّا مَعَ رَجُلٍ وَاحِدٍ) فَتَعَيَّنَ لِلْقِيَامِ بِنِصْفِ الْحُجَّةِ فَلَا يَتَغَيَّرُ هَذَا الْحُكْمُ بِكَثْرَةِ النِّسَاءِ، وَإِذَا ثَبَتَ نِصْفُ الْحَقِّ بِشَهَادَتِهِ ضَمَنَهُ عِنْدَ الرَّجُوعِ (وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ كُلَّ امْرَأَتَيْنِ قَامَتَا مَقَامَ رَجُلٍ وَاحِدٍ بِالنِّصْفِ قَالَ ﷺ فِي نُقْصَانِ عَقْلِهِنَّ: «عَدَلْتُ شَهَادَةَ اثْنَتَيْنِ مِنْهُنَّ بِشَهَادَةِ رَجُلٍ وَاحِدٍ» وَإِذَا كَانَتَا كَرَجُلٍ صَارَ كَأَنَّهُ شَهِدَ بِذَلِكَ سِتَّةَ رِجَالٍ ثُمَّ رَجَعُوا) وَفِي وَجْهِ دَلَالَةِ الْحَدِيثِ عَلَى ذَلِكَ نَظَرٌ، وَإِنَّمَا تَمَّ أَنْ لَوْ قَالَ عَدَلْتُ شَهَادَةَ كُلِّ اثْنَتَيْنِ مِنْهُنَّ بِشَهَادَةِ رَجُلٍ.

وَالْجَوَابُ أَنَّهُ أُطْلِقَ وَلَمْ يُقَيَّدَ بِأَنَّ ذَلِكَ فِي الْإِبْتِدَاءِ أَوْ مُكَرَّرٌ فَكَانَ الْإِطْلَاقُ كَكَلِمَةِ كُلِّ (وَإِنْ رَجَعَ النِّسْوَةُ الْعَشْرُ دُونَ الرَّجُلِ كَانَ عَلَيْهِنَ نِصْفُ الْحَقِّ عِنْدَهُمْ جَمِيعًا لَمَّا قُلْنَا) أَنَّ الْمُعْتَبَرَ هُوَ بَقَاءُ مَنْ بَقِيَ، فَالرَّجُلُ يَبْقَى بِبَقَائِهِ نِصْفُ الْحَقِّ.

(وَلَوْ شَهِدَ رَجُلَانِ وَامْرَأَةٌ بِمَالٍ ثُمَّ رَجَعُوا فَالضَّمَانُ عَلَيْهِمَا دُونَ الْمَرَأَةِ) لِأَنَّ الْوَاحِدَةَ

لَيْسَتْ بِشَاهِدَةٍ بَلْ هِيَ بَعْضُ الشَّاهِدِ فَلَا يُضَافُ إِلَيْهِ الْحُكْمُ.

الشرح:

(وَإِنْ شَهِدَ رَجُلَانِ وَامْرَأَةٌ بِمَالٍ ثُمَّ رَجَعُوا فَالضَّمَانُ عَلَيْهِمَا دُونَ الْمَرَأَةِ؛ لِأَنَّ الْمَرَأَةَ الْوَاحِدَةَ شَطْرُ الْعِلَةِ، وَلَا يَثْبُتُ بِهِ شَيْءٌ مِنَ الْحُكْمِ فَكَانَ الْقَضَاءُ مُضَافًا إِلَى شَهَادَةِ رَجُلَيْنِ دُونَهَا فَلَا تَضْمُنُ عِنْدَ الرَّجُوعِ شَيْئًا.

(وَلَوْ شَهِدَ رَجُلَانِ وَامْرَأَةٌ بِمَالٍ ثُمَّ رَجَعُوا فَالضَّمَانُ عَلَيْهِمَا دُونَ الْمَرَأَةِ) لِأَنَّ الْوَاحِدَةَ

لَيْسَتْ بِشَاهِدَةٍ بَلْ هِيَ بَعْضُ الشَّاهِدِ فَلَا يُضَافُ إِلَيْهِ الْحُكْمُ.

الشرح:

(وَإِنْ شَهِدَ رَجُلَانِ وَامْرَأَةٌ بِمَالٍ ثُمَّ رَجَعُوا فَالضَّمَانُ عَلَيْهِمَا دُونَ الْمَرْأَةِ؛ لِأَنَّ الْمَرْأَةَ الْوَاحِدَةَ شَطْرُ الْعِلَّةِ، وَلَا يَثْبُتُ بِهِ شَيْءٌ مِنَ الْحُكْمِ فَكَانَ الْقَضَاءُ مُضَافًا إِلَى شَهَادَةِ رَجُلَيْنِ دُونَهَا فَلَا تُضْمَنُ عِنْدَ الرَّجُوعِ شَيْئًا.

قَالَ (وَإِنْ شَهِدَ شَاهِدَانِ عَلَى امْرَأَةٍ بِالنِّكَاحِ بِمِقْدَارِ مَهْرٍ مِثْلَهَا ثُمَّ رَجَعَا فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِمَا، وَكَذَلِكَ إِذَا شَهِدَا بِأَقْلٍ مِنْ مَهْرٍ مِثْلَهَا) لِأَنَّ مَنَافِعَ الْبُضْعِ غَيْرُ مُتَقَوِّمَةٍ عِنْدَ الْإِثْلَافِ لِأَنَّ التَّضْمِينَ يَسْتَدْعِي الْمُمَاثِلَةَ عَلَى مَا عُرِفَ، وَإِنَّمَا تُضْمَنُ وَتَتَقَوَّمُ بِالتَّمْلُكِ لِأَنَّهَا تَصِيرُ مُتَقَوِّمَةً ضَرُورَةً لِلْمَلِكِ إِبَانَةً لِحَظَرِ الْمَحَلِّ (وَكَذَا إِذَا شَهِدَا عَلَى رَجُلٍ يَتَزَوَّجُ امْرَأَةً بِمِقْدَارِ مَهْرٍ مِثْلَهَا) لِأَنَّهُ إِثْلَافٌ بِعَوَضٍ لَمَّا أَنَّ الْبُضْعَ مُتَقَوِّمٌ حَالَ الدُّخُولِ فِي الْمَلِكِ وَالْإِثْلَافُ بِعَوَضٍ كَلَّا إِثْلَافٍ، وَهَذَا لِأَنَّ مَبْنَى الضَّمَانِ عَلَى الْمُمَاثِلَةِ وَلَا مُمَاثِلَةَ بَيْنَ الْإِثْلَافِ بِعَوَضٍ وَبَيْنَهُ بِغَيْرِ عَوَضٍ (وَإِنْ شَهِدَا بِأَكْثَرَ مِنْ مَهْرٍ الْمِثْلِ ثُمَّ رَجَعَا ضَمِينَا الزِّيَادَةَ) لِأَنَّهُمَا أَتْلَفَاهَا مِنْ غَيْرِ عَوَضٍ.

الشرح:

قَالَ (وَإِنْ شَهِدَ شَاهِدَانِ عَلَى امْرَأَةٍ بِالنِّكَاحِ الْخ) وَإِنْ شَهِدَ عَلَى امْرَأَةٍ بِالنِّكَاحِ ثُمَّ رَجَعَا فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِمَا، سَوَاءٌ كَانَتْ الشَّهَادَةُ بِمِقْدَارِ مَهْرٍ مِثْلَهَا أَوْ بِأَقْلٍ مِنْ ذَلِكَ؛ لِأَنَّ الْمُتْلَفَ هَاهُنَا مَنَافِعُ الْبُضْعِ وَمَنَافِعُ الْبُضْعِ عِنْدَنَا غَيْرُ مَضْمُونَةٍ بِالْإِثْلَافِ؛ لِأَنَّ التَّضْمِينَ يَقْتَضِي الْمُمَاثِلَةَ بِالنَّصِّ عَلَى مَا عُرِفَ، وَلَا مُمَاثِلَةَ بَيْنَ الْعَيْنِ وَالْمَنْفَعَةِ (قَوْلُهُ: وَإِنَّمَا تَتَقَوَّمُ) جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ لَوْ لَمْ تَكُنِ الْمَنَافِعُ مُتَقَوِّمَةً لَكَانَتْ بِالتَّمْلُكِ كَذَلِكَ؛ لِأَنَّ الْخَارِجَ هُوَ عَيْنُ الدَّخْلِ فِي الْمَلِكِ، فَمِنْ ضَرُورَةِ التَّقَوُّمِ فِي إِحْدَى الْحَالَتَيْنِ تَقَوُّمُهَا فِي الْأُخْرَى لِكُنْهَا مُتَقَوِّمَةً عِنْدَ الدُّخُولِ بِالِاتِّفَاقِ.

وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهَا إِنَّمَا تُضْمَنُ وَتَتَقَوَّمُ بِالتَّمْلُكِ إِبَانَةً لِحَظَرِ الْمَحَلِّ؛ لِأَنَّهُ مَحَلٌّ خَطِيرٌ لِحُصُولِ النَّسْلِ بِهِ، وَهَذَا الْمَعْنَى لَيْسَ بِمَوْجُودٍ فِي حَالَةِ الْإِزَالَةِ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ مَشْرُوطٌ عِنْدَ التَّمْلُكِ بِمَا لَيْسَ بِمَشْرُوطٍ بِهِ عِنْدَ الْإِزَالَةِ كَالْمَشْهُودِ وَالْوَلِيِّ، وَمَوْضِعُهُ أَصُولُ الْفِقْهِ، وَقَدْ ذَكَرْنَا ذَلِكَ فِي التَّقْرِيرِ مُسْتَوْفَى بِعَوْنِ اللَّهِ وَتَأْيِيدِهِ.

وَكَذَلِكَ إِنْ شَهِدَا عَلَى زَوْجٍ يَتَزَوَّجُ امْرَأَةً بِمِقْدَارِ مَهْرٍ مِثْلَهَا؛ لِأَنَّهُ إِثْلَافٌ بِعَوَضٍ

لَمَّا ذَكَرْنَا أَنَّ الْبُضْعَ مُتَقَوِّمٌ حَالِ الدُّخُولِ فِي الْمَلِكِ وَالْإِثْلَافُ بِعَوَضٍ كَلَّا إِثْلَافَ، كَمَا لَوْ شَهِدَا بِشِرَاءِ شَيْءٍ بِمِثْلِ قِيَمَتِهِ ثُمَّ رَجَعَا لَا يَضْمَنَانِ (قَوْلُهُ: وَهَذَا؛ لِأَنَّ مَبْنَى الضَّمَانِ) مَعْنَاهُ أَنَّ الْإِثْلَافَ بِغَيْرِ عَوَضٍ مَضْمُونٌ بِالنَّصِّ وَالْإِثْلَافُ بِعَوَضٍ لَيْسَ فِي مَعْنَاهُ لَعَدَمُ الْمُمَالَةِ يَتَنَهَمَا فَلَا يُلْتَحَقُ بِهِ بِطَرِيقِ الدَّلَالَةِ (وَأِنْ شَهِدَا بِأَكْثَرَ مِنْ مَهْرٍ الثَّلَاثَةِ ثُمَّ رَجَعَا ضَمِنَا لِلزِّيَادَةِ؛ لِأَنَّهُمَا أُلْفَاهَا مِنْ غَيْرِ عَوَضٍ) وَهُوَ يُوجِبُ الضَّمَانَ.

قَالَ (وَأِنْ شَهِدَا بِبَيْعِ شَيْءٍ بِمِثْلِ الْقِيَمَةِ أَوْ أَكْثَرَ ثُمَّ رَجَعَا لَمْ يَضْمَنَا) لِأَنَّهُ لَيْسَ بِإِثْلَافٍ مَعْنَى. نَظَرًا إِلَى الْعَوَضِ (وَأِنْ كَانَ بِأَقَلِّ مِنَ الْقِيَمَةِ ضَمِنَا النُّقْصَانَ) لِأَنَّهُمَا أُلْفَا هَذَا الْجُزْءَ بِلا عَوَضٍ. وَلَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ الْبَيْعُ بَائًا أَوْ فِيهِ خِيَارُ الْبَائِعِ، لِأَنَّ السَّبَبَ هُوَ الْبَيْعُ السَّابِقُ فَيُضَافُ الْحُكْمُ عِنْدَ سَقُوطِ الْخِيَارِ إِلَيْهِ فَيُضَافُ التَّلَفُ إِلَيْهِمْ.

الشرح:

قَالَ (وَأِنْ شَهِدَا بِبَيْعِ شَيْءٍ بِمِثْلِ الْقِيَمَةِ إلخ) شَهِدَا بِأَنَّهُ بَاعَ عَبْدُهُ بِأَلْفٍ دِرْهَمٍ ثُمَّ رَجَعَا، فَإِنْ كَانَ الْأَلْفُ قِيَمَتَهُ أَوْ أَكْثَرَ لَمْ يَضْمَنَا شَيْئًا لَمَّا مَرَّ أَنَّ الْإِثْلَافَ بِعَوَضٍ كَلَّا إِثْلَافَ، وَإِنْ كَانَ قِيَمَتُهُ أَلْفَيْنِ ضَمِنَا لِلْبَائِعِ أَلْفًا؛ لِأَنَّهُمَا أُلْفَا هَذَا الْجُزْءَ الَّذِي هُوَ فِي مُقَابَلَةِ الْأَلْفِ مِنْ قِيَمَتِهِ بِلا عَوَضٍ. وَلَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ الْبَيْعُ بَائًا أَوْ فِيهِ خِيَارُ الْبَائِعِ بِأَنْ شَهِدَا بِأَقَلِّ مِنَ الْقِيَمَةِ كَالصُّورَةِ الْمَذْكُورَةِ وَبِأَنَّ الْبَائِعَ بِالْخِيَارِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ فَقَضَى الْقَاضِي بِذَلِكَ وَمَضَتْ الْمُدَّةُ وَتَقَرَّرَ الْبَيْعُ ثُمَّ رَجَعَا فَإِنَّهُمَا يَضْمَنَانِ فَضْلًا مَا بَيْنَ الْقِيَمَةِ وَالثَّمَنِ لِإِثْلَافِهِمَا الزَّائِدَ بِغَيْرِ عَوَضٍ؛ لِأَنَّ الْبَيْعَ بِالْخِيَارِ وَإِنْ كَانَ غَيْرَ مُزِيلٍ لِلْمَلِكِ وَالْبَائِعِ كَانَ مُتِمِّكُنَا مِنْ دَفْعِ الضَّرَرِ عَنْ نَفْسِهِ بِفَسْخِ الْبَيْعِ فِي الْمُدَّةِ فَحَيْثُ لَمْ يَفْعَلْ كَانَ رَاضِيًا بِهِ وَالرَّضَا يُسْقِطُ الضَّمَانَ لَكِنْ حُكْمُهُ مُضَافٌ إِلَى السَّبَبِ السَّابِقِ وَهُوَ الْبَيْعُ الْمَشْهُودُ بِهِ، وَهَذَا اسْتَحَقَّ الْمُشْتَرِي بِزَوَائِدِهِ، وَالْبَائِعُ لَمَّا كَانَ مُنْكَرًا لِأَصْلِ الْبَيْعِ لَمْ يُمَكِّنْهُ أَنْ يَتَصَرَّفَ بِحُكْمِ الْخِيَارِ، إِذِ الْعَاقِلُ يَتَحَرَّزُ عَنِ الْإِثْسَابِ إِلَى الْكُذْبِ حَسَبَ طَاقَتِهِ، فَلَوْ أَوْجَبَا الْبَيْعَ فِي الْمُدَّةِ لَمْ يَضْمَنَا شَيْئًا؛ لِأَنَّهُ أَرَادَ مِلْكَهُ بِاخْتِيَارِهِ فَلَمْ يَتَحَقَّقْ الْإِثْلَافُ.

(وَأِنْ شَهِدَا عَلَى رَجُلٍ أَنَّهُ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ قَبْلَ الدُّخُولِ بِهَا ثُمَّ رَجَعَا ضَمِنَا نِصْفَ الْمَهْرِ) لِأَنَّهُمَا أَكْثَرَا ضَمَانًا عَلَى شَرَفِ السَّقُوطِ، أَلَا تَرَى أَنَّهَا لَوْ طَاوَعَتْ ابْنَ الزَّوْجِ أَوْ ارْتَدَّتْ سَقَطَ الْمَهْرُ أَصْلًا وَلِأَنَّ الْفُرْقَةَ قَبْلَ الدُّخُولِ فِي مَعْنَى الْفَسْخِ فَيُوجِبُ سَقُوطَ جَمِيعِ الْمَهْرِ كَمَا مَرَّ فِي النِّكَاحِ، ثُمَّ يَجِبُ نِصْفُ الْمَهْرِ ابْتِدَاءً بِطَرِيقِ الْمُتَعَةِ فَكَانَ وَاجِبًا بِشَهَادَتِهِمَا.

الشرح:

وَإِنْ شَهِدَا عَلَى رَجُلٍ بِأَنَّهُ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ قَبْلَ الدُّخُولِ بِهَا ثُمَّ رَجَعَا ضَمِنَا نِصْفَ الْمَهْرِ؛ لِأَنَّهُمَا أَكَّدَا مَا كَانَ عَلَى شَرَفِ السَّقُوطِ بِالْإِتِّدَادِ أَوْ مُطَاوَعَةِ ابْنِ الزَّوْجِ، وَعَلَى الْمُؤَكَّدِ مَا عَلَى الْمَوْجِبِ لِشُبْهَةِ بِهِ، أَلَا تَرَى أَنَّ الْمُحْرِمَ إِذَا أَخَذَ صَيْدًا فَذَبَحَهُ شَخْصٌ فِي يَدِهِ فَإِنَّهُ يَجِبُ الْجَزَاءُ عَلَى الْمُحْرِمِ وَيَرْجِعُ بِهِ عَلَى الْقَاتِلِ؛ لِأَنَّهُ أَكَّدَ مَا كَانَ عَلَى شَرَفِ السَّقُوطِ بِالتَّخْلِيَةِ؛ وَلِأَنَّ الْفُرْقَةَ قَبْلَ الدُّخُولِ فِي مَعْنَى الْفَسْخِ لِعَوْدِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ وَهُوَ الْبُضْعُ إِلَى الْمَرْأَةِ كَمَا كَانَ، وَالْفَسْخُ يُوجِبُ سَقُوطَ جَمِيعِ الْمَهْرِ؛ لِأَنَّهُ يَجْعَلُ الْعَقْدَ كَأَنَّهُ لَمْ يَكُنْ، فَكَانَ وَجُوبُ نِصْفِ الْمَهْرِ عَلَى الزَّوْجِ ابْتِدَاءً بِطَرِيقِ الْمُتَعَةِ بِسَبَبِ شَهَادَتِهِمَا فَيَجِبُ الضَّمَانُ بِالرُّجُوعِ، وَإِنَّمَا قَالَ فِي مَعْنَى الْفَسْخِ؛ لِأَنَّ النِّكَاحَ بَعْدَ الزَّوْجِ لَا يَقْبَلُ الْفَسْخُ، لَكِنْ لَمَّا عَادَ كُلُّ الْمُبْدَلِ إِلَى مِلْكِهَا مِنْ غَيْرِ تَصَرُّفٍ فِيهِ أَشْبَهَ الْفَسْخَ.

قَالَ (وَإِنْ شَهِدَا أَنَّهُ أَعْتَقَ عَبْدَهُ ثُمَّ رَجَعَا ضَمِنَا قِيمَتَهُ) لِأَنَّهُمَا أَتَفَلَّأَ مَالِيَّةَ الْعَبْدِ عَلَيْهِ مِنْ غَيْرِ عَوْضٍ وَالْوَلَاءُ لِلْمُعْتَقِ لِأَنَّ الْعِتْقَ لَا يَتَحَوَّلُ إِلَيْهِمَا بِهِذَا الضَّمَانِ فَلَا يَتَحَوَّلُ الْوَلَاءُ.

الشرح:

(وَإِنْ شَهِدَا أَنَّهُ أَعْتَقَ عَبْدَهُ) فَقَضِيَ بِذَلِكَ (ثُمَّ رَجَعَا ضَمِنَا قِيمَتَهُ؛ لِأَنَّهُمَا أَتَفَلَّأَ مَالِيَّةَ الْعَبْدِ عَلَيْهِ مِنْ غَيْرِ بَدَلٍ) وَذَلِكَ يُوجِبُ الضَّمَانَ وَالْوَلَاءَ لِلْمُعْتَقِ؛ لِأَنَّ الْعِتْقَ لَا يَتَحَوَّلُ إِلَيْهِمَا بِالضَّمَانِ، فَكَذَلِكَ الْوَلَاءُ؛ لِأَنَّهُ تَابِعٌ لَهُ.

قِيلَ يَنْبَغِي أَنْ لَا يَكُونَ الْوَلَاءُ لِلْمَوْلَى؛ لِأَنَّهُ يُنْكَرُ الْعِتْقُ. وَأُجِيبَ بِأَنَّهُ مُكَذَّبٌ فِي ذَلِكَ شَرْعًا بِقَضَاءِ الْقَاضِي بِالْحُجَّةِ. وَقِيلَ لَمَّا ثَبَتَ الْوَلَاءُ ثَبَتَ الْعَوْضُ فَاتَّفَقَ الضَّمَانُ. وَأُجِيبَ بِأَنَّهُ لَا يَصْلُحُ عَوْضًا؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمَالٍ مُتَقَوِّمٍ، ثُمَّ لَا يَخْتَلَفُ الضَّمَانُ بِالْيَسَارِ وَالْإِعْسَارِ لَكَوْنِهِ ضَمَانَ إِثْلَافٍ وَإِنَّهُ لَا يَخْتَلَفُ بِذَلِكَ.

(وَإِنْ شَهِدُوا بِقِصَاصٍ ثُمَّ رَجَعُوا بَعْدَ الْقَتْلِ ضَمِنُوا الدِّيَّةَ وَلَا يُقْتَصُّ مِنْهُمْ)

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: يُقْتَصُّ مِنْهُمْ لَوْجُودِ الْقَتْلِ مِنْهُمْ تَسْبِيحًا فَأَشْبَهَ الْمَكْرَهَ بَلْ أَوْلَى، لِأَنَّ الْوَلِيَّ يُعَانُ وَالْمَكْرَهَ يُمْنَعُ. وَلَنَا أَنَّ الْقَتْلَ مُبَاشَرَةً لَمْ يَوْجَدْ، وَكَذَا تَسْبِيحًا لِأَنَّ التَّسْبِيحَ مَا يُفْضِي إِلَيْهِ غَالِبًا، وَهَاهُنَا لَا يُفْضِي لِأَنَّ الْعَفْوَ مَذْذُوبٌ، بِخِلَافِ الْمَكْرَهِ لِأَنَّهُ

يُؤْتِرُ حَيَاتَهُ ظَاهِرًا، وَلَأنَّ الْفِعْلَ الْاِخْتِيَارِيَّ مِمَّا يَقْطَعُ النَّسَبَةَ، ثُمَّ لَا أَقَلَّ مِنَ الشُّبُهَةِ وَهِيَ دَارِئَةٌ لِلْقِصَاصِ، بِخِلَافِ الْمَالِ لِأَنَّهُ يَثْبُتُ مَعَ الشُّبُهَاتِ وَالْبَاقِي يُعْرَفُ فِي الْمُخْتَلَفِ.

الشرح:

قَالَ (وَإِذَا شَهِدَا بِقِصَاصٍ ثُمَّ رَجَعَا إلَى) إِذَا شَهِدَا عَلَى رَجُلٍ بِالْقِصَاصِ فَاقْتَصَّ مِنْهُ ثُمَّ رَجَعَا ضَمِنَا الدِّيَةَ فِي مَالِهِمَا (وَلَا يُقْتَصُّ مِنْهُمَا. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يُقْتَصُّ مِنْهُمَا لَوْجُودِ الْقَتْلِ تَسْبِيًا فَاشْتَبَهَ الْمُكْرَةَ) أَيْ فَاشْتَبَهَ الْمُسَبَّبُ هَاهُنَا وَهُوَ الشَّاهِدُ الْمُكْرَةَ إِنْ كَانَ اسْمُ فَاعِلٍ، أَوْ فَاشْتَبَهَ الْقَاضِي الْمُكْرَةَ؛ لِأَنَّهُ كَالْمُلْجِإِ بِشَهَادَتِهِمَا، حَتَّى لَوْ لَمْ يَرِ الْوُجُوبَ كَفَرَ إِنْ كَانَ اسْمُ مَفْعُولٍ. وَقِيلَ أَشْبَهَ الْوَلِيَّ الْمُكْرَةَ وَهُوَ لَيْسَ بِشَيْءٍ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمُلْجِإٍ إِلَى الْقَتْلِ.

وَقَوْلُهُ: (بَلْ أُولَى) أَيْ التَّسْبِيبُ هَاهُنَا أُولَى مِنَ الْإِكْرَاهِ؛ لِأَنَّ التَّسْبِيبَ مُوجِبٌ مِنْ حَيْثُ الْإِفْضَاءُ وَالْإِفْضَاءُ هَاهُنَا أَكْثَرُ؛ لِأَنَّ الْمُكْرَةَ يُنْتَعُ عَنْ الْقَتْلِ وَلَا يُعَانُ عَلَيْهِ، وَالْوَلِيُّ يُعَانُ عَلَى الِاسْتِيفَاءِ فَكَانَ هَذَا أَكْثَرَ إِفْضَاءً، وَمَعَ ذَلِكَ يُقْتَصُّ مِنَ الْمُكْرَةِ لِلتَّسْبِيبِ فَمِنْ الشَّاهِدِ أُولَى (وَلَنَا أَنَّ الْقَتْلَ مُبَاشَرَةً لَمْ يُوجَدْ) وَهُوَ ظَاهِرٌ، وَهُوَ مُسْتَعْتَى عَنْهُ هَهُنَا؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَخْتَلَفْ فِيهِ أَحَدٌ، وَلَيْسَ لَهُ تَعَلُّقٌ بِمَا نَحْنُ فِيهِ إِلَّا أَنْ يَكُونَ لِمَاءٍ إِلَى أَنَّ الْمُبَاشَرَ لِلْقَتْلِ وَهُوَ الْوَلِيُّ لَمَّا لَمْ يَلْزِمَهُ الْقِصَاصُ فَكَيْفَ يَلْزَمُ غَيْرُهُ وَهُوَ تَكْلُفٌ بَعِيدٌ، وَكَذَا تَسْبِيًا؛ لِأَنَّ التَّسْبِيبَ إِلَى الشَّيْءِ هُوَ مَا يُفْضِي إِلَيْهِ غَالِبًا، وَمَا نَحْنُ فِيهِ لَيْسَ كَذَلِكَ؛ لِأَنَّ الْعَفْوَ مَنْدُوبٌ إِلَيْهِ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿وَأَنْ تَعَفُّوا أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى﴾ [البقرة: ٢٣٧] بِخِلَافِ الْمُكْرَةِ فَإِنَّ الْإِكْرَاهَ يُفْضِي إِلَى الْقَتْلِ غَالِبًا؛ لِأَنَّ الْمُكْرَةَ يُؤْتِرُ حَيَاتَهُ ظَاهِرًا. وَلَقَائِلُ أَنْ يَقُولَ: ظَهُورُ إِثَارِ حَيَاتِهِ إِمَّا أَنْ يَكُونَ شَرْعًا أَوْ طَبْعًا، وَالْأَوَّلُ مَمْنُوعٌ؛ لِأَنَّ الْمُسْلِمَ مَنْدُوبٌ إِلَى الصَّبْرِ عَلَى الْقَتْلِ فَصَارَ كَالْعَفْوِ عَنِ الْقِصَاصِ، وَالثَّانِي مُسْلَمٌ وَلَكِنْ مُعَارِضٌ بِطَبْعٍ وَلِيَّ الْمَقْتُولِ فَإِنَّهُ يُؤْتِرُ التَّشْمِيَّ بِالْقِصَاصِ ظَاهِرًا وَلِهَذَا تَنْزَلُ فَقَالَ (وَلَأَنَّ الْفِعْلَ الْاِخْتِيَارِيَّ) يَعْنِي سَلَمْنَا أَنْ نَمَّةً تَسْبِيًا، وَلَكِنَّ الْفِعْلَ الْاِخْتِيَارِيَّ يَقْطَعُ نِسْبَةَ ذَلِكَ الْفِعْلِ إِلَى غَيْرِهِ، وَالْفِعْلُ هَاهُنَا وَهُوَ الْقَتْلُ وَجَدَ مِنَ الْوَلِيِّ بِاِخْتِيَارِهِ الصَّحِيحِ فَقَطَعَ نِسْبَتَهُ إِلَى الشُّهُودِ. سَلَمْنَا أَنَّهُ لَا يَقْطَعُ نِسْبَتَهُ إِلَى الشُّهُودِ لَكِنْ لَا أَقَلَّ أَنْ يُوْرَثَ شُبُهَةٌ يَنْدَرِي بِهَا الْقِصَاصُ.

فَإِنْ قِيلَ: لَوْ أَوْرَثَ شُبْهَةٌ لَا تَدْفَعُ الدِّيَّةَ أَيْضًا؛ لِأَنَّهُ بَدَلَ الْقَصَاصِ. أَجَابَ بِقَوْلِهِ (بِخِلَافِ الْمَالِ؛ لِأَنَّهُ يَثْبُتُ بِالشُّبْهَاتِ) فَلَا يَلْزَمُ مِنْ سُقُوطِ مَا سَقَطَ بِالشُّبْهَاتِ سُقُوطُ مَا ثَبَتَ بِهَا، وَقَدْ تَضَمَّنَ هَذَا الدَّلِيلُ الْجَوَابَ عَنْ صُورَةِ الْإِكْرَاهِ فَإِنَّهُ لَمْ يَتَحَلَّلْ هُنَاكَ مِنَ الْمُبَاشَرَةِ فِعْلٌ اخْتِيَارِيٌّ يَقْطَعُ النَّسَبَةَ عَنِ الْمُكْرَهَةِ؛ لِأَنَّ اخْتِيَارَهُ فَاسِدٌ وَاخْتِيَارَ الْمُكْرَهَةِ صَحِيحٌ، وَالْفَاسِدُ فِي مُقَابَلَةِ الصَّحِيحِ فِي حُكْمِ الْعَدَمِ فَجُعِلَ الْمُكْرَهَةُ كَالْآلَةِ وَالْفِعْلُ الْمَوْجُودُ مِنْهُ كَالْمَوْجُودِ مِنَ الْمُكْرَهَةِ وَمَوْضِعُهُ أُصُولُ الْفَقْهِ، وَإِنْ رَجَعَ أَحَدُهُمَا فَعَلَيْهِ نِصْفُ الدِّيَّةِ، فَإِنْ رَجَعَ الْوَلِيُّ مَعَهُمَا أَوْ جَاءَ الْمَشْهُودُ بِقَتْلِهِ حَيًّا فَلَوْلِيُ الْمَقْتُولِ الْخِيَارُ بَيْنَ تَضْمِينِ الشَّاهِدَيْنِ وَتَضْمِينِ الْقَاتِلِ؛ لِأَنَّ الْقَاتِلَ مُتْلَفٌ حَقِيقَةً وَالشَّاهِدَيْنِ حُكْمًا، وَالْإِثْلَافُ الْحُكْمِيُّ فِي حُكْمِ الضَّمَانِ كَالْحَقِيقِيِّ، فَإِنْ ضَمَّنَ الْوَلِيُّ لَمْ يَرْجِعْ عَلَى الشَّاهِدَيْنِ بِشَيْءٍ؛ لِأَنَّهُ ضَمَّنَ بِفِعْلٍ بَاشَرَهُ لِنَفْسِهِ بِاخْتِيَارِهِ، وَإِنْ ضَمَّنَ الشَّاهِدَيْنِ لَمْ يَرْجِعَا عَلَى الْوَلِيِّ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ خِلَافًا لِهَمَّا. قَالَا: كَانَا عَامِلَيْنِ لِلْوَلِيِّ فَيَرْجِعَانِ عَلَيْهِ، وَقَالَ: ضَمَّنَا لِإِثْلَافِ الْمَشْهُودِ عَلَيْهِ حُكْمًا، وَالتَّلَفُ لَا يَرْجِعُ بِمَا يَضْمَنُ بِتَسْيِيهِهِ عَلَى غَيْرِهِ وَتَمَامُ ذَلِكَ بِمَا فِيهِ، وَعَلَيْهِ يُعْرَفُ فِي الْمُخْتَلَفِ تَصْنِيفُ الْفَقِيهِ أَبِي الْلَيْثِ لَا تَصْنِيفُ عِلَاءِ الدِّينِ الْعَالِمِ.

قَالَ (وَإِذَا رَجَعَ شُهُودُ الْفَرْعِ ضَمِنُوا) لِأَنَّ الشَّهَادَةَ فِي مَجْلِسِ الْقَضَاءِ صَدَرَتْ مِنْهُمْ فَكَانَ التَّلَفُ مُضَافًا إِلَيْهِمْ (وَلَوْ رَجَعَ شُهُودُ الْأَصْلِ وَقَالُوا لَمْ تُشْهِدِ شُهُودُ الْفَرْعِ عَلَى شَهَادَتِنَا فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِمْ) لِأَنَّهُمْ أَنْكَرُوا السَّبَبَ وَهُوَ الْإِشْهَادُ فَلَا يَبْطُلُ الْقَضَاءُ لِأَنَّهُ خَبَرٌ مُحْتَمَلٌ فَصَارَ كَرَجُوعِ الشَّاهِدِ، بِخِلَافِ مَا قَبْلَ الْقَضَاءِ (وَإِنْ قَالُوا أَشْهَدْنَاهُمْ وَغَلَطْنَا ضَمِنُوا وَهَذَا عِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ.

وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ لَا ضَمَانَ عَلَيْهِمْ) لِأَنَّ الْقَضَاءَ وَقَعَ بِشَهَادَةِ الْفُرُوعِ لِأَنَّ الْقَاضِيَ يَقْضِي بِمَا يُعَايِنُ مِنَ الْحُجَّةِ وَهِيَ شَهَادَتُهُمْ. وَلَهُ أَنْ الْفُرُوعَ نَقَلُوا شَهَادَةَ الْأَصُولِ فَصَارَ كَأَنَّهُمْ حَضَرُوا

الشرح:

قال: (وَإِذَا رَجَعَ شُهُودُ الْفَرْعِ ضَمِنُوا بِالِاتِّفَاقِ)؛ لِأَنَّ الشَّهَادَةَ فِي مَجْلِسِ الْحُكْمِ صَدَرَتْ مِنْهُمْ فَكَانَ التَّلَفُ مُضَافًا إِلَيْهِمْ. وَلَوْ رَجَعَ الْأَصُولُ، فِيمَا أَنْ يَقُولُوا لَمْ

تُشْهِدُ الْفُرُوعَ عَلَى شَهَادَتِنَا، أَوْ يَقُولُوا أَشْهَدُنَاهُمْ غَالِطِينَ أَوْ رَجَعْنَا عَنْ ذَلِكَ، فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ فَلَا ضَمَانَ عَلَى الْأُصُولِ بِالْإِجْمَاعِ؛ لِأَنَّهُمْ أَنْكَرُوا سَبَبَ الْإِثْلَافِ وَهُوَ الْإِشْهَادُ عَلَى شَهَادَتِهِمَا، وَلَا يَنْطُلُ الْقَضَاءُ؛ لِأَنَّ إِكْكَارَهُمْ خَبَرٌ مُحْتَمَلٌ لِلصِّدْقِ وَالْكَذِبِ فَصَارَ كَمَا لَوْ شَهِدَ الْأُصُولُ وَقَضَى بِشَهَادَتِهِمْ ثُمَّ رَجَعُوا، وَإِنْ كَانَ الثَّانِي فَكَذَلِكَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ.

وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: ضَمِنُوا (لَهُمَا أَنْ الْقَضَاءَ وَقَعَ بِشَهَادَةِ الْفُرُوعِ؛ لِأَنَّ الْقَاضِيَ يَقْضِي بِمَا يُعَايِنُ مِنَ الْحُجَّةِ) وَقَدْ عَايَنَ شَهَادَتَهُمْ، وَالْمَوْجُودُ مِنَ الْأُصُولِ شَهَادَةٌ فِي غَيْرِ مَجْلِسِ الْقَضَاءِ وَهِيَ لَيْسَتْ بِحُجَّةٍ حَتَّى تَكُونَ سَبَبًا لِلْإِثْلَافِ (وَلَهُ أَنْ الْفُرْعَيْنِ قَامَا مَقَامَ الْأَصْلَيْنِ فِي ثَقُلِ شَهَادَتِهِمَا إِلَى مَجْلِسِ الْقَاضِي) وَالْقَضَاءُ يَحْصُلُ بِشَهَادَةِ الْأَصْلَيْنِ وَلِهَذَا يُعْتَبَرُ عَدَاثُهُمَا فَصَارَا كَأَنَّهُمَا حَضَرَا بَأَنْفُسِهِمَا وَشَهِدَا ثُمَّ رَجَعَا، وَفِي ذَلِكَ يَلْزَمُهُمُ الضَّمَانُ فَكَذَا هَهُنَا.

(وَلَوْ رَجَعَ الْأُصُولُ وَالْفُرُوعُ جَمِيعًا يَجِبُ الضَّمَانُ عِنْدَهُمَا عَلَى الْفُرُوعِ لَا غَيْرَ) لِأَنَّ الْقَضَاءَ وَقَعَ بِشَهَادَتِهِمْ؛ وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ الْمَشْهُودُ عَلَيْهِ بِالْخِيَارِ، إِنْ شَاءَ ضَمِنَ الْأُصُولُ وَإِنْ شَاءَ ضَمِنَ الْفُرُوعُ، لِأَنَّ الْقَضَاءَ وَقَعَ بِشَهَادَةِ الْفُرُوعِ مِنَ الْوَجْهِ الَّذِي ذَكَرَا وَبِشَهَادَةِ الْأُصُولِ مِنَ الْوَجْهِ الَّذِي ذَكَرَ فَيَتَخَيَّرُ بَيْنَهُمَا، وَالْجِهَتَانِ مُتَغَايِرَتَانِ فَلَا يُجْمَعُ بَيْنَهُمَا فِي التَّضْمِينِ (وَإِنْ قَالَ شُهُودُ الْفُرْعِ كَذَبَ شُهُودُ الْأَصْلِ أَوْ غَلَطُوا فِي شَهَادَتِهِمْ لَمْ يَلْتَفِتْ إِلَى ذَلِكَ) لِأَنَّ مَا أَمْضِيَ مِنَ الْقَضَاءِ لَا يُنْتَقَضُ بِقَوْلِهِمْ، وَلَا يَجِبُ الضَّمَانُ عَلَيْهِمْ لِأَنَّهُمْ مَا رَجَعُوا عَنْ شَهَادَتِهِمْ إِنَّمَا شَهِدُوا عَلَى غَيْرِهِمْ بِالرُّجُوعِ.

الشرح:

(وَلَوْ رَجَعَ الْأُصُولُ وَالْفُرُوعُ جَمِيعًا) فَعِنْدَهُمَا (يَجِبُ الضَّمَانُ) عَلَى الْفُرُوعِ لَا غَيْرُ لَمَّا مَرَّ أَنَّ الْقَضَاءَ وَقَعَ بِشَهَادَتِهِمْ (وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ الْمَشْهُودُ عَلَيْهِ مُخَيَّرٌ) بَيْنَ تَضْمِينِ الْأُصُولِ وَالْفُرُوعِ عَمَلًا بِالذَّلِيلَيْنِ، وَذَلِكَ (لِأَنَّ الْقَضَاءَ وَقَعَ بِشَهَادَةِ الْفُرُوعِ مِنَ الْوَجْهِ الَّذِي ذَكَرَ) أَبُو حَنِيفَةَ وَأَبُو يُوسُفَ (وَبِشَهَادَةِ الْأُصُولِ مِنَ الْوَجْهِ الَّذِي ذَكَرَهُ مُحَمَّدٌ) وَالْعَمَلُ بِهِمَا أَوْلَى مِنْ إِهْمَالِ أَحَدِهِمَا.

فَإِنْ قِيلَ: فَلَمْ لَمْ يَجْمَعْ بَيْنَ الْجِهَتَيْنِ حَتَّى يَضْمَنَ كُلُّ فَرِيقٍ نِصْفَ الْمُتْلَفِ. أَجَابَ

بِقَوْلِهِ (وَالْجِهَتَانِ مُتَعَايِرَتَانِ)؛ لِأَنَّ شَهَادَةَ الْأَصُولِ كَانَتْ عَلَى أَصْلِ الْحَقِّ وَشَهَادَةُ الْفُرُوعِ عَلَى شَهَادَةِ الْأَصُولِ، وَلَا مُجَانَسَةَ يَنْتَهَمَا لِيُجْعَلَ الْكُلُّ فِي حُكْمِ شَهَادَةٍ وَاحِدَةٍ فَلَمْ يَتَّقْ إِلَّا أَنْ يَكُونَ الضَّمَانُ عَلَى كُلِّ فَرِيقٍ كَالْمُنْفَرِدِ عَنْ غَيْرِهِ، وَتَأْخِيرُ دَلِيلِ مُحَمَّدٍ فِي الْمَسْأَلَتَيْنِ يَدُلُّ عَلَى اخْتِيَارِ الْمُصَنِّفِ. قَوْلُ مُحَمَّدٍ (وَأِنْ قَالَ شُهُودُ الْفَرْعِ كَذَبَ شُهُودُ الْأَصْلِ أَوْ غَلَطُوا فِي شَهَادَتِهِمْ لَمْ يُلْتَفَتْ إِلَى قَوْلِهِمْ) وَلَا يَنْطُلُ بِهِ الْقَضَاءُ؛ لِأَنَّهُ خَبَرٌ مُحْتَمِلٌ وَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِمْ؛ لِأَنَّهُمْ مَا رَجَعُوا عَنْ شَهَادَتِهِمْ إِنَّمَا شَهِدُوا عَلَى غَيْرِهِمْ بِالرُّجُوعِ وَذَلِكَ لَا يُفِيدُ شَيْئًا.

قَالَ (وَأِنْ رَجَعَ الْمَرْكُونَ عَنِ التَّرْكِيبَةِ) (ضَمِنُوا) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ. وَقَالَا: لَا يَضْمَنُونَ لِأَنَّهُمْ أَثَنُوا عَلَى الشُّهُودِ خَيْرًا فَصَارُوا كَشُهُودِ الْإِحْصَانِ. وَلَهُ أَنْ التَّرْكِيبَةُ إِعْمَالٌ لِلشَّهَادَةِ، إِذِ الْقَاضِي لَا يَعْمَلُ بِهَا إِلَّا بِالتَّرْكِيبَةِ فَصَارَتْ بِمَعْنَى عِلَتِ الْعِلَةِ، بِخِلَافِ شُهُودِ الْإِحْصَانِ لِأَنَّهُ شَرْطٌ مَحْضٌ.

الشرح:

قَالَ (وَأِنْ رَجَعَ الْمَرْكُونَ عَنِ التَّرْكِيبَةِ ضَمِنُوا إلخ) إِذَا شَهِدُوا بِالزَّنَا فَرُكُوا فَرَجَمَ الْمَشْهُودُ عَلَيْهِ ثُمَّ ظَهَرَ الشُّهُودُ عَبِيدًا أَوْ كُفَّارًا، فَإِنْ ثَبَتُوا عَلَى التَّرْكِيبَةِ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِمْ؛ لِأَنَّهُمْ اعْتَمَدُوا عَلَى مَا سَمِعُوا مِنْ إِسْلَامِهِمْ وَحُرِّيَّتِهِمْ وَلَمْ يَتَبَيَّنْ كَذِبُهُمْ بِمَا أَخْبَرُوا مِنْ قَوْلِ النَّاسِ إِنَّهُمْ أَحْرَارٌ مُسْلِمُونَ وَلَا عَلَى الشُّهُودِ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَتَبَيَّنْ كَذِبُهُمْ وَلَمْ يُقْبَلْ شَهَادَتُهُمْ؛ إِذْ لَا شَهَادَةَ لِلْعَبِيدِ وَالْكَفَّارِ عَلَى الْمُسْلِمِينَ وَالذِّيَّةِ فِي نَيْتِ الْمَالِ، وَإِنْ رَجَعُوا عَنْ تَرْكِيبَتِهِمْ وَقَالُوا نَعَمَدْنَا ضَمِنُوا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ خِلَافًا لَهُمَا؛ لِأَنَّ الْمَرْكُونَ مَا أَثَبَتُوا سَبَبَ الْإِثْلَافِ؛ لِأَنَّهُ الزَّنَا وَمَا تَعَرَّضُوا لَهُ، وَإِنَّمَا أَثَنُوا عَلَى الشُّهُودِ خَيْرًا وَلَا ضَمَانَ عَلَى الْمُثْنِيِّ عَلَى الشُّهُودِ كَشُهُودِ الْإِحْصَانِ.

وَلَهُ أَنْ التَّرْكِيبَةُ إِعْمَالٌ لِلشَّهَادَةِ؛ إِذِ الْقَاضِي لَا يَعْمَلُ بِالشَّهَادَةِ إِلَّا بِالتَّرْكِيبَةِ، وَكُلُّ مَا هُوَ كَذَلِكَ فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ عِلَّةٍ مِنَ حَيْثُ التَّأْثِيرُ، وَعِلَّةُ الْعِلَّةِ كَالْعِلَّةِ فِي إِضَافَةِ الْحُكْمِ إِلَيْهَا، وَإِنَّمَا قَالَ بِمَعْنَى عِلَّةِ الْعِلَّةِ؛ لِأَنَّ الشَّهَادَةَ لَيْسَتْ بِعِلَّةٍ، وَإِنَّمَا هِيَ سَبَبٌ أَضِيفَ إِلَيْهِ الْحُكْمُ لَتَعَدُّرِ الْإِضَافَةِ إِلَى الْعِلَّةِ، بِخِلَافِ شُهُودِ الْإِحْصَانِ فَإِنَّهُ شَرْطٌ مَحْضٌ؛ لِأَنَّ الشَّهَادَةَ عَلَى الزَّنَا بِدُونِ الْإِحْصَانِ مُوجِبَةٌ لِلْعُقُوبَةِ، وَشُهُودُ الْإِحْصَانِ مَا جَعَلُوا غَيْرَ الْمَوْجِبِ مُوجِبًا.

(وَإِذَا شَهِدَ شَاهِدَانِ بِالْيَمِينِ وَشَاهِدَانِ بِوُجُودِ الشَّرْطِ ثُمَّ رَجَعُوا فَالضَّمَانُ عَلَى شُهُودِ الْيَمِينِ خَاصَّةً) لِأَنَّهُ هُوَ السَّبَبُ، وَالتَّلَفُ يُضَافُ إِلَى مُثْبِتِي السَّبَبِ دُونَ الشَّرْطِ الْمَحْضِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّ الْقَاضِيَ يَقْضِي بِشَهَادَةِ الْيَمِينِ دُونَ شُهُودِ الشَّرْطِ، وَلَوْ رَجَعَ شُهُودُ الشَّرْطِ وَحَدَّهُمُ اخْتَلَفَ الْمَشَايخُ فِيهِ. وَمَعْنَى الْمَسْأَلَةِ يَمِينُ الْعَتَاقِ وَالطَّلَاقِ قَبْلَ الدُّخُولِ.

الشرح:

قَالَ (وَإِذَا شَهِدَ شَاهِدَانِ بِالْيَمِينِ إلخ) إِذَا شَهِدَا عَلَى رَجُلٍ أَلَّهُ قَالَ لَعْنَدِهِ إِنْ دَخَلْتَ هَذِهِ الدَّارَ قَالَتْ حُرٌّ أَوْ قَالَ ذَلِكَ لِأَمْرَاتِهِ قَبْلَ الدُّخُولِ بِهَا وَشَهِدَ آخَرَانِ عَلَى دُخُولِهَا ثُمَّ رَجَعُوا جَمِيعًا فَالضَّمَانُ عَلَى شُهُودِ الْيَمِينِ خَاصَّةً، وَقَوْلُهُ: خَاصَّةً رَدُّ لِقَوْلِ زُفَرٍ رَحِمَهُ اللَّهُ فَإِنَّهُ يَقُولُ: الضَّمَانُ عَلَيْهِمْ؛ لِأَنَّ الْمَالَ تَلَفَ بِشَهَادَتِهِمَا.

وَقُلْنَا: السَّبَبُ هُوَ الْيَمِينُ لَا مَحَالَةَ، وَالتَّلَفُ يُضَافُ إِلَى السَّبَبِ دُونَ الشَّرْطِ الْمَحْضِ؛ لِأَنَّ السَّبَبَ إِذَا صَلَحَ لِإِضَافَةِ الْحُكْمِ إِلَيْهِ لَا يُصَارُ إِلَى الشَّرْطِ كَحَافِرِ الْبَيْرِ مَعَ الْمَلْقِي فَإِنَّ الضَّمَانَ عَلَيْهِ دُونَ الْحَافِرِ (قَوْلُهُ: أَلَا تَرَى) تَوْضِيحٌ لِلإِضَافَةِ إِلَى السَّبَبِ دُونَ الشَّرْطِ، فَإِنَّ الْقَاضِيَ يَسْمَعُ الشَّهَادَةَ بِالْيَمِينِ وَيُحْكَمُ بِهَا وَإِنْ لَمْ يَشْهَدْ بِالِدُّخُولِ (وَلَوْ رَجَعَ شُهُودُ الشَّرْطِ وَحَدَّهُمُ اخْتَلَفَ الْمَشَايخُ فِيهِ) وَمَالُ شَمْسِ الْأُئِمَّةِ السَّرْحَسِيِّ إِلَى عَدَمِ وَجُوبِ الضَّمَانِ عَلَى شُهُودِ الشَّرْطِ، وَفِيمَا إِذَا كَانَتْ الْيَمِينُ ثَابِتَةً بِإِقْرَارِ الْمَوْلَى وَرَجَعَ شُهُودُ الشَّرْطِ ظَنَّ بَعْضُ الْمَشَايخِ أَنَّهُمْ يَضْمَنُونَ؛ لِأَنَّ الْعِلَةَ لَا تَصْلُحُ لِإِضَافَةِ الْحُكْمِ إِلَيْهَا هَاهُنَا فَإِنَّهَا لَيْسَتْ بِتَعَدٍّ فَيُضَافُ إِلَى الشَّرْطِ خَلْفًا عَنِ الْعِلَةِ وَشَبَّهَهُ بِحَفْرِ الْبَيْرِ. قِيلَ وَهُوَ غَلَطٌ، بَلِ الصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ أَنَّ شُهُودَ الشَّرْطِ لَا يَضْمَنُونَ بِحَالٍ نَصٌّ عَلَيْهِ فِي الرِّيَاضَاتِ؛ لِأَنَّ قَوْلَهُ أَنْتَ حُرٌّ مُبَاشَرَةٌ لِإِثْلَافِ الْمَالِيَّةِ، وَعِنْدَ وُجُودِ مُبَاشَرَةِ الإِثْلَافِ يُضَافُ الْحُكْمُ إِلَى الْعِلَةِ دُونَ الشَّرْطِ سَوَاءً كَانَ بِطَرِيقِ التَّعَدِّي أَوْ لَا، بِخِلَافِ مَسْأَلَةِ الْحَفْرِ فَإِنَّ الْعِلَةَ هُنَاكَ تَقْلُ الْمَاشِي، وَلَيْسَ ذَلِكَ مِنْ مُبَاشَرَةِ الإِثْلَافِ فِي شَيْءٍ فَلِذَلِكَ جُعِلَ الإِثْلَافُ مُضَافًا إِلَى الشَّرْطِ (قَوْلُهُ: وَمَعْنَى الْمَسْأَلَةِ) يُرِيدُ بِهِ صُورَةَ الْمَسْأَلَةِ وَقَدْ قَدَّمَاهَا فِي صَدْرِ الْبَحْثِ، وَاللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ.

كِتَابُ الْوَكَاةِ

قَالَ (كُلُّ عَقْدٍ جَازٌ أَنْ يَعْقِدَهُ الْإِنْسَانُ بِنَفْسِهِ جَازٌ أَنْ يُوكِّلَ بِهِ غَيْرَهُ) لِأَنَّ الْإِنْسَانَ قَدْ يَعِجُزُ عَنِ الْمُبَاشَرَةِ بِنَفْسِهِ عَلَى اعْتِبَارِ بَعْضِ الْأَحْوَالِ فَيَحْتَاجُ إِلَى أَنْ يُوكِّلَ غَيْرَهُ فَيَكُونُ بِسَبِيلٍ مِنْهُ دَفْعًا لِلْحَاجَةِ. وَقَدْ صَحَّ «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ وَكَّلَ بِالشَّرَاءِ حَكِيمَ بْنَ حِزَامٍ^(١) وَبِالتَّرْوِيجِ عُمَرَ بْنَ أُمِّ سَلَمَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا»^(٢).

الشرح:

(كِتَابُ الْوَكَاةِ): عَقَّبَ الشَّهَادَاتِ بِالْوَكَاةِ؛ لِأَنَّ الْإِنْسَانَ لَمَّا خُلِقَ مَدَنِيًّا بِالطَّبْعِ يَحْتَاجُ فِي مَعَايِهِ إِلَى تَعَاوُضٍ وَتَعَاوُضٍ، وَالشَّهَادَاتُ مِنَ التَّعَاوُضِ وَالْوَكَاةُ مِنْهُ، وَقَدْ يَكُونُ فِيهَا التَّعَاوُضُ أَيْضًا فَصَارَتْ كَالْمُرَكَّبِ مِنَ الْمَفْرَدِ فَأَوْتَرَتْ تَأْخِيرُهَا. وَالْوَكَاةُ بِكَسْرِ الْوَاوِ وَفَتْحِهَا اسْمُ التَّوَكِيلِ مِنْ وَكَلَهُ بِكَذَا إِذَا فَوَّضَ إِلَيْهِ ذَلِكَ، وَالْوَكِيلُ هُوَ الْقَائِمُ بِمَا فُوِّضَ إِلَيْهِ كَأَنَّهُ فَعِيلٌ بِمَعْنَى مَفْعُولٍ؛ لِأَنَّهُ مَوْكُولٌ إِلَيْهِ الْأَمْرُ: أَيِ مَفُوضٌ إِلَيْهِ. وَفِي اصْطِلَاحِ الْفُقَهَاءِ عِبَارَةٌ عَنْ إِقَامَةِ الْإِنْسَانِ غَيْرَهُ مَقَامَ نَفْسِهِ فِي تَصَرُّفِ مَعْلُومٍ. وَهِيَ عَقْدٌ جَائِزٌ بِالْكِتَابِ وَهُوَ قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿فَاتَّبِعُوا أَحَدَكُمْ بِوَرِقِكُمْ هَذِهِ إِلَى الْمَدِينَةِ﴾ [الكهف: ١٩] وَلَمْ يَلْحَقَهُ التَّكْرِيرُ.

وَالسُّنَّةُ وَهُوَ مَا رَوَى «أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ وَكَّلَ حَكِيمَ بْنَ حِزَامٍ بِشِرَاءِ الْأَضْحِيَّةِ» وَبِالْإِجْمَاعِ. فَإِنَّ الْأُمَّةَ قَدْ أَجْمَعَتْ عَلَى جَوَازِهَا مِنْ لَدُنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ إِلَى يَوْمِنَا هَذَا. وَسَبَبُهَا تَعَلُّقُ الْبَقَاءِ الْمَقْدُورِ بِتَعَاطِيهَا. وَرُكْنُهَا لَفْظٌ وَكَلْتُ وَأَشْبَاهُهُ.

رَوَى بِشَرٍّ عَنْ أَبِي يُوسُفَ: إِذَا قَالَ الرَّجُلُ لَغَيْرِهِ أَحْبَبْتُ أَنْ تَبِيعَ عَبْدِي هَذَا أَوْ هَوَيْتَ أَوْ رَضِيتَ أَوْ شِئْتَ أَوْ أَرَدْتَ فَذَلِكَ تَوَكِيلٌ وَأَمْرٌ بِالْبَيْعِ. وَشَرْطُهَا أَنْ يَمْلِكَ الْمُوَكَّلُ التَّصَرُّفَ. وَيَلِزُمُهُ الْأَحْكَامُ كَمَا سَنَذْكُرُهُ. وَصِفَتُهَا أَنَّهَا عَقْدٌ جَائِزٌ يَمْلِكُ كُلُّ مَنْ الْمُوَكَّلَ وَالْوَكِيلَ الْعَزْلَ بِدُونِ رِضَا صَاحِبِهِ. وَحُكْمُهَا جَوَازُ مُبَاشَرَةِ الْوَكِيلِ مَا فُوِّضَ إِلَيْهِ. قَالَ (كُلُّ عَقْدٍ جَازٌ أَنْ يَعْقِدَهُ الْإِنْسَانُ بِنَفْسِهِ إلخ) هَذِهِ ضَابِطَةٌ يَتَبَيَّنُ بِهَا مَا يَجُوزُ

(١) أخرجه أبو داود (٣٣٨٦)، والترمذي (١٢٥٧). وانظر نصب الراية (١٩٠/٤).

(٢) أخرجه النسائي (حديث ٣٢٥٤)، وأحمد (٣١٣/٦)، والحاكم في المستدرک (١٧٨/٢)،

(٧٦/٤). وانظر نصب الراية (١٩٣/٤).

التوكيل به وما لا يجوز، فإن مبناه الاحتياج، فقد يتفق وهو عاجز عن المباشرة (فاحتاج إلى التوكيل وقد صح «أن النبي ﷺ وكل بشراء الأضحية حكيم بن حزام وبالتزويج عمر بن أم سلمة بتزويجها إياه عليه الصلاة والسلام».

واعترض على الضابطة بأنها غير مطردة ومنعكسة. أما الأول فلأن الإنسان جاز له أن يستقرض بنفسه، والتوكيل به باطل، والوكيل يعقد بنفسه، وإذا وكل غيره ولم يؤذن له في ذلك لا يجوز، والذمي إذا وكل مسلمًا في الخمر لم يجر، وجاز أن يعقد الذمي بنفسه فيها. وأما الثاني فلأن المسلم لا يجوز له عقد بيع الخمر وشرائها بنفسه، ولو وكل ذميًا بذلك جاز عند أبي حنيفة. والجواب عن الأول أن محل العقد من شروطه لكون المحال شرطًا كما عرف، وليس بموجود في التوكيل بالاستقراض؛ لأن الدراهم التي يستقرضها الوكيل ملك المقرض، والأمر بالتصرف في ملك الغير باطل. رد بأنه تقرير للتفويض لا دفع، وبأن التوكيل بالشراء جائز، وما ذكرتم موجود فيه. والجواب أنه من باب التخلّف لمانع، وقد عديم المانع في الأحكام الكلية غير لازم، وأن محل عقد الوكالة في الشراء هو الثمن وهو ملك الموكل، وفي الاستقراض الدراهم المستقرضة وهي ليست ملكة.

لا يقال هلا جعلتم المحل فيه بدلها وهو ملك الموكل؛ لأن ذلك محل التوكيل بإيفاء القرض لا بالاستقراض والمراد بقوله يعقده الإنسان بنفسه هو أن تكون مستبدًا به والوكيل ليس كذلك. والذمي جاز له توكيل المسلم والممتنع توكل المسلم عنه وليس كلامنا في ذلك لجواز أن يمنع مانع عن التوكيل وإن صح التوكيل وقد وجد المانع وهو حرمة اقترايه منها وعن الثاني بأن العكس غير لازم وليس بمقصود.

واعترض على قوله؛ لأن الإنسان قد يعجز بأنه دليل أخص من المدلول وهو جواز الوكالة فإنها جائزة وإن لم يكن ثمة عجز أصلاً. وأجيب بأن ذلك بيان حكمه الحكم وهي تراعى في الجنس لا في الأفراد، ويجوز أن يقال ذكر الخاص وأراد العام وهو الحاجة؛ لأن الحاجة للعجز حاجة خاصة وهو مجاز شائع، وحديث يكون المناط هو الحاجة وقد توجد بلا عجز.

قال (وتجوز الوكالة بالخصومة في سائر الحقوق) لما قدمنا من الحاجة إذ ليس

كُلُّ أَحَدٍ يَهْتَدِي إِلَى وُجُوهِ الْخُصُومَاتِ وَقَدْ صَحَّ أَنْ عَلِيًّا عليه السلام وَكُلَّ عَقِيلًا، وَبَعْدَمَا أَسْنُ وَكُلَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنِ جَعْفَرٍ عليه السلام (وَكَذَا بِإِيْفَائِهَا وَاسْتِيفَائِهَا إِلَّا فِي الْحُدُودِ وَالْقِصَاصِ فَإِنَّ الْوَكَالَاتِ لَا تَصِحُّ بِاسْتِيفَائِهَا مَعَ غَيْبَةِ الْمُوَكَّلِ عَنِ الْمَجْلِسِ) لِأَنَّهَا تَنْدَرِي بِالشُّبُهَاتِ وَشُبُهَتِ الْعَفْوِ ثَابِتَةً حَالِ غَيْبَةِ الْمُوَكَّلِ، بَلْ هُوَ الظَّاهِرُ لِلنَّدْبِ الشَّرْعِيِّ، بِخِلَافِ غَيْبَةِ الشَّاهِدِ لِأَنَّ الظَّاهِرَ عَدَمُ الرَّجُوعِ، وَبِخِلَافِ حَالَةِ الْحَضَرَةِ لانتفاء هذه الشُّبُهَةِ، وَلَيْسَ كُلُّ أَحَدٍ يُحْسِنُ الْاسْتِيفَاءَ.

فَلَوْ مُنِعَ عَنْهُ يَنْسُدُ بَابُ الْاسْتِيفَاءِ أَصْلًا، وَهَذَا الَّذِي ذَكَرْنَاهُ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَا تَجُوزُ الْوَكَالَاتُ بِإِثْبَاتِ الْحُدُودِ وَالْقِصَاصِ بِإِقَامَةِ الشُّهُودِ أَيْضًا) وَمُحَمَّدٌ مَعَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقِيلَ مَعَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمُ اللَّهُ، وَقِيلَ هَذَا الْاِخْتِلَافُ فِي غَيْبَتِهِ دُونَ حَضَرَتِهِ لِأَنَّ كَلَامَ الْوَكِيلِ يَنْتَقِلُ إِلَى الْمُوَكَّلِ عِنْدَ حُضُورِهِ فَصَارَ كَأَنَّهُ مُتَكَلِّمٌ بِنَفْسِهِ. لَهُ أَنَّ التَّوَكِيلَ إِنَابَةٌ وَشُبُهَةٌ النِّيَابَةِ يُتَحَرَّزُ عَنْهَا فِي هَذَا الْبَابِ (كَمَا فِي الشَّهَادَةِ عَلَى الشَّهَادَةِ وَكَمَا فِي الْاسْتِيفَاءِ) وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ الْخُصُومَةَ شَرْطٌ مُحَضٌّ لِأَنَّ الْوُجُوبَ مُضَافٌ إِلَى الْجِنَايَةِ وَالظُّهُورَ إِلَى الشَّهَادَةِ فَيَجْرِي فِيهِ التَّوَكِيلُ كَمَا فِي سَائِرِ الْحُقُوقِ.

وَعَلَى هَذَا الْخِلَافِ التَّوَكِيلُ بِالْجَوَابِ مِنْ جَانِبِ مَنْ عَلَيْهِ الْحَدُّ وَالْقِصَاصُ. وَكَلَامُ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ فِيهِ أَظْهَرُ لِأَنَّ الشُّبُهَةَ لَا تَمْنَعُ الدَّفْعَ، غَيْرَ أَنَّ إِقْرَارَ الْوَكِيلِ غَيْرُ مَقْبُولٍ عَلَيْهِ لِمَا فِيهِ مِنْ شُبُهَةِ عَدَمِ الْأَمْرِ بِهِ.

الشرح:

قَالَ (وَتَجُوزُ الْوَكَالَاتُ بِالْخُصُومَةِ فِي سَائِرِ الْحُقُوقِ إلخ) الْوَكَالَاتُ جَائِزَةٌ فِي جَمِيعِ الْحُقُوقِ بِالْخُصُومَةِ، وَكَذَا بِإِيْفَائِهَا وَاسْتِيفَائِهَا. أَمَّا بِالْخُصُومَةِ فَلَمَّا قَدَّمْنَا مِنْ تَحْقِيقِ الْحَاجَةِ، إِذْ لَيْسَ كُلُّ أَحَدٍ يَهْتَدِي إِلَى وُجُوهِ الْخُصُومَاتِ، وَقَدْ صَحَّ أَنَّ عَلِيًّا عليه السلام وَكُلَّ عَقِيلًا فِي الْخُصُومَةِ لِكُونِهِ ذَكِيًّا حَاضِرَ الْجَوَابِ، وَبَعْدَمَا أَسْنُ عَقِيلٌ وَقَرَّةٌ فَوَكَّلَ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ جَعْفَرٍ، وَأَمَّا بِإِيْفَائِهَا وَاسْتِيفَائِهَا فَلَأَنَّهُ جَازَ أَنْ يُبَاشَرَ بِنَفْسِهِ فَجَازَ أَنْ يُوَكَّلَ بِهِ إِلَّا فِي الْحُدُودِ وَالْقِصَاصِ، فَإِنَّ الْوَكَالَاتِ بِاسْتِيفَائِهَا فِي غَيْبَةِ الْمُوَكَّلِ عَنِ الْمَجْلِسِ لَا تَجُوزُ؛ لِأَنَّ الْحُدُودَ تَنْدَرِي بِالشُّبُهَاتِ بِالِاتِّفَاقِ فَلَا تُسْتَوْفَى بِمَنْ يَقُومُ مَقَامَ الْغَيْرِ لِمَا فِي ذَلِكَ مِنْ

ضَرَبَ شُبْهَةً كَمَا فِي كِتَابِ الْقَاضِي إِلَى الْقَاضِي وَالشَّهَادَةُ عَلَى الشَّهَادَةِ وَشَهَادَةُ النِّسَاءِ مَعَ الرِّجَالِ.

وَقَوْلُهُ: (وَشُبْهَةُ الْعَفْوِ) دَلِيلٌ عَلَى الْقَصَاصِ؛ لِأَنَّ الْحُدُودَ لَا يُعْفَى عَنْهَا. وَتَقْرِيرُهُ: الْقَصَاصُ يَنْدَرِي بِالشُّبُهَاتِ وَهِيَ مَوْجُودَةٌ؛ لِأَنَّ شُبْهَةَ الْعَفْوِ ثَابِتَةٌ حَالُ غِيَةِ الْمُوَكَّلِ لِحَوَازِ أَنْ يَكُونَ الْمُوَكَّلُ قَدْ عَفَا وَلَمْ يُشْعَرْ بِهِ الْوَكِيلُ، بَلِ الظَّاهِرُ هُوَ الْعَفْوُ لِلذَّنْبِ الشَّرْعِيِّ قَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿وَأَنْ تَعْفُوا أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى﴾ وَفِيهِ خِلَافُ الشَّافِعِيِّ، يَقُولُ هُوَ خَالِصُ حَقِّ الْعَبْدِ فَيَسْتَوْفِي بِالتَّوَكُّيلِ كَسَائِرِ حُقُوقِهِ دَفْعًا لِلضَّرَرِ عَنْ نَفْسِهِ.

قُلْنَا: سَائِرُ حُقُوقِهِ لَا تَنْدَرِي بِالشُّبُهَاتِ، بِخِلَافِ غِيَةِ الشَّاهِدِ: يَعْنِي يَسْتَوْفِي الْحُدُودَ وَالْقَصَاصَ عِنْدَ غِيَتِهِ؛ لِأَنَّ الشُّبْهَةَ فِي حَقِّهِ الرُّجُوعُ وَالظَّاهِرُ فِي حَقِّهِ عَدَمُ الرُّجُوعِ إِذْ الْأَصْلُ هُوَ الصَّدْقُ لَا سِيَّمَا فِي الْعُدُولِ، وَبِخِلَافِ مَا إِذَا حَضَرَ الْمُوَكَّلُ لَانْتِفَاءِ هَذِهِ الشُّبْهَةِ: أَيِ شُبْهَةِ الْعَفْوِ فَإِنَّهُ فِي حُضُورِهِ مِمَّا لَا يَخْفَى.

فَإِنْ قِيلَ: إِذَا كَانَ الْمُوَكَّلُ حَاضِرًا لَمْ يَحْتَجْ إِلَى التَّوَكُّيلِ بِالِاسْتِيفَاءِ إِذْ هُوَ يَسْتَوْفِيهِ بِنَفْسِهِ. أَجَابَ بِقَوْلِهِ: وَلَيْسَ كُلُّ أَحَدٍ يُحْسِنُ الْاسْتِيفَاءَ: يَعْنِي لِقَلَّةِ هِدَايَتِهِ أَوْ؛ لِأَنَّ قَلْبَهُ لَا يَحْتَمِلُ ذَلِكَ، فَيَجُوزُ التَّوَكُّيلُ بِالِاسْتِيفَاءِ عِنْدَ حُضُورِهِ اسْتِحْسَانًا لِقَلَّةِ يَنْسَدُّ بَابُهُ بِالنِّسْبَةِ إِلَيْهِ بِالْكُلِّيَّةِ (قَوْلُهُ: وَهَذَا الَّذِي ذَكَرْنَاهُ) يَعْنِي جَوَازَ التَّوَكُّيلِ بِإِثْبَاتِ الْحُدُودِ وَالْقَصَاصِ، فَإِنَّهُ لَمَّا قَالَ وَتَجُوزُ الْوَكَالَةُ بِالْخُصُومَةِ فِي جَمِيعِ الْحُقُوقِ وَإِيفَائِهَا وَاسْتِيفَائِهَا وَاسْتِثْنَى إِيْفَاءَ الْحُدُودِ وَالْقَصَاصِ وَاسْتِيفَاءَهُمَا بَقِيَ إِيْثَابُ الْحُدُودِ وَالْقَصَاصِ دَاخِلَةً فِي قَوْلِهِ بِالْخُصُومَةِ فِي سَائِرِ الْحُقُوقِ فَقَالَ (هَذَا الَّذِي ذَكَرْنَاهُ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ).

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَا تَجُوزُ الْوَكَالَةُ بِإِثْبَاتِ الْحُدُودِ وَالْقَصَاصِ بِإِقَامَةِ الشُّهُودِ، وَقَوْلُ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ مُضْطَرَبٌ.

وَقِيلَ: هَذَا الْاِخْتِلَافُ إِذَا كَانَ الْمُوَكَّلُ غَائِبًا أَمَّا إِذَا حَضَرَ فَلَا اخْتِلَافَ؛ لِأَنَّ كَلَامَ الْوَكِيلِ يَنْتَقِلُ إِلَى الْمُوَكَّلِ عِنْدَ حُضُورِهِ. لِأَبِي يُوسُفَ أَنَّ التَّوَكُّيلَ إِيْثَابَةٌ وَإِيْثَابَةٌ فِيهَا شُبْهَةٌ لَا مَحَالَةَ، وَهَذَا الْبَابُ مِمَّا يُحْتَزَرُ فِيهِ عَنِ الشُّبُهَاتِ كَمَا فِي الشَّهَادَةِ عَلَى الشَّهَادَةِ وَكَمَا فِي الْاسْتِيفَاءِ (وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ الْخُصُومَةَ شَرْطٌ مَحْضٌ؛ لِأَنَّ الْوُجُوبَ مُضَافٌ إِلَى الْجِنَايَةِ وَالظُّهُورُ إِلَى الشَّهَادَةِ) وَالشَّرْطُ الْمَحْضُ حَقٌّ مِنْ الْحُقُوقِ

يَجُوزُ لِلْمُوَكَّلِ مُبَاشَرَتُهُ فَيَجُوزُ التَّوَكُّيلُ بِهِ كَسَائِرِ الْحُقُوقِ لِقِيَامِ الْمُقْتَضِي وَاتِّقَاءِ الْمَانِعِ. لَا يُقَالُ: الْمَانِعُ وَهُوَ الشُّبْهَةُ مَوْجُودٌ كَمَا فِي الْاسْتِيفَاءِ، وَالشَّهَادَةُ عَلَى الشَّهَادَةِ؛ لِأَنَّهَا فِي الشَّرْطِ لَا يَصْلُحُ مَانِعًا لَعَدَمِ تَعَلُّقِهِ بِالْوُجُوبِ وَالظُّهُورِ وَالْوُجُودِ، بِخِلَافِ الْاسْتِيفَاءِ فَإِنَّهُ يَتَعَلَّقُ بِهِ الْوُجُودُ، وَبِخِلَافِ الشَّهَادَةِ عَلَى الشَّهَادَةِ فَإِنَّهُ يَتَعَلَّقُ بِهَا الظُّهُورُ، وَعَلَى هَذَا الْخِلَافِ إِذَا وَكَّلَ الْمَطْلُوبُ بِالْقَصَاصِ وَكَيْلًا بِالْجَوَابِ يَدْفَعُ مَا عَلَيْهِ.

وَكَلَامُ أَبِي حَنِيفَةَ فِيهِ أَظْهَرُ؛ لِأَنَّ الشُّبْهَةَ الْمَذْكُورَةَ عَلَى تَقْدِيرِ كَوْنِهَا مُعْتَبَرَةً لَا تَمْنَعُ الدَّفْعَ، أَلَا تَرَى أَنَّ الشَّهَادَةَ عَلَى الشَّهَادَةِ وَشَهَادَةَ النِّسَاءِ مَعَ الرِّجَالِ فِي الْعَقْرِ صَحِيحَةٌ، لَكِنَّ هَذَا الْوَكِيلَ لَوْ أَقْرَأَ فِي مَجْلِسِ الْقَضَاءِ بِوُجُوبِ الْقَصَاصِ عَلَى مُوَكَّلِهِ لَمْ يَصِحَّ اسْتِحْسَانًا، وَالْقِيَاسُ صِحَّتُهُ، لِقِيَامِهِ مَقَامَ الْمُوَكَّلِ بَعْدَ صِحَّةِ التَّوَكُّيلِ كَمَا فِي الْإِفْرَارِ بِسَائِرِ الْحُقُوقِ. وَوَجْهُ الْاسْتِحْسَانِ مَا قَالَهُ مِنْ شُبْهَةِ عَدَمِ الْأَمْرِ بِهِ.

(وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَا يَجُوزُ التَّوَكُّيلُ بِالْخُصُومَةِ إِلَّا بِرِضَا الْخَصِمِ إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْمُوَكَّلُ مَرِيضًا أَوْ غَائِبًا مَسِيرَةَ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ فَصَاعِدًا. وَقَالَا: يَجُوزُ التَّوَكُّيلُ بِغَيْرِ رِضَا الْخَصِمِ) وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ. وَلَا خِلَافَ فِي الْجَوَازِ إِنَّمَا الْخِلَافُ فِي اللَّزُومِ. لَهُمَا أَنَّ التَّوَكُّيلَ تَصَرُّفٌ فِي خَالِصِ حَقِّهِ فَلَا يَتَوَقَّفُ عَلَى رِضَا غَيْرِهِ كَالْتَّوَكُّيلِ بِتَقَاضِي الدِّيُونِ.

وَلَهُ أَنَّ الْجَوَابَ مُسْتَحَقٌّ عَلَى الْخَصِمِ وَلِهَذَا يَسْتَحْضِرُهُ، وَالنَّاسُ مُتَفَاوِثُونَ فِي الْخُصُومَةِ، فَلَوْ قُلْنَا بِلَزُومِهِ يَتَضَرَّرُ بِهِ فَيَتَوَقَّفُ عَلَى رِضَاهُ كَالْعَبْدِ الْمُشْتَرَكِ إِذَا كَاتَبَهُ أَحَدُهُمَا يَتَخَيَّرُ الْآخَرُ، بِخِلَافِ الْمَرِيضِ وَالْمَسَافِرِ لِأَنَّ الْجَوَابَ غَيْرُ مُسْتَحَقٍّ عَلَيْهِمَا هُنَاكَ، ثُمَّ كَمَا يَلْزَمُ التَّوَكُّيلَ عِنْدَهُ مِنَ الْمَسَافِرِ يَلْزَمُ إِذَا أَرَادَ السَّفَرَ لَتَحَقُّقِ الضَّرُورَةِ، وَلَوْ كَانَتِ الْمَرَأَةُ مُخَدَّرَةً لَمْ تَجِبْ عَادَتُهَا بِالْبُرُوزِ وَحُضُورِ مَجْلِسِ الْحُكْمِ قَالَ الرَّازِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: يَلْزَمُ التَّوَكُّيلَ لِأَنَّهَا لَوْ حَضَرَتْ لَا يُمْكِنُهَا أَنْ تَنْطِقَ بِحَقِّهَا لِحَيَاتِهَا فَيَلْزَمُ تَوَكُّيلُهَا. قَالَ: وَهَذَا شَيْءٌ اسْتَحْسَنَهُ الْمُتَأَخَّرُونَ.

الشرح:

قَالَ (وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: لَا يَجُوزُ التَّوَكُّيلُ بِالْخُصُومَةِ إِلَّا بِرِضَا الْخَصِمِ) اخْتَلَفَ الْفُقَهَاءُ فِي جَوَازِ التَّوَكُّيلِ بِالْخُصُومَةِ بِدُونِ رِضَا الْخَصِمِ. قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَا

يَجُوزُ التَّوَكُّيلُ بِهَا إِلَّا بِرِضَاهُ سِوَاءَ كَانَ الْمُوَكَّلُ هُوَ الْمُدَّعِي أَوْ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ إِلَّا بِالْمَرَضِ أَوْ السَّفَرِ (وَقَالَا: يَجُوزُ التَّوَكُّيلُ بِهَا مِنْ غَيْرِ رِضَا الْخَصْمِ وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ).

قَالَ الْمُصَنِّفُ (وَلَا خِلَافَ فِي الْجَوَازِ إِنَّمَا الْخِلَافُ فِي اللَّزُومِ) وَمَعْنَاهُ أَنَّهُ إِذَا وَكَّلَ مِنْ غَيْرِ رِضَاهُ وَهَلْ يَرْتَدُّ بِرَدِّهِ أَوْ لَا؟ عِنْدَهُ يَرْتَدُّ خِلَافًا لَهُمْ فَعَلَى هَذَا يَكُونُ قَوْلُهُ: لَا يَجُوزُ التَّوَكُّيلُ بِالْخُصُومَةِ إِلَّا بِرِضَا الْخَصْمِ مَجَازًا لِقَوْلِهِ وَلَا يَلْزَمُ ذِكْرُ الْجَوَازِ وَأَرَادَ اللَّزُومَ، فَإِنَّ الْجَوَازَ لَازِمٌ لِلزُّومِ فَيَكُونُ ذِكْرُ اللَّازِمِ وَأَرَادَ الْمَلْزُومَ.

وَفِيهِ نَظَرٌ؛ لِأَنَّا لَا نُسَلِّمُ أَنَّ الْجَوَازَ لَازِمٌ لِلزُّومِ عُرِفَ ذَلِكَ فِي أَصُولِ الْفِقْهِ. سَلَّمْنَاهُ لَكِنْ ذَلِكَ لَيْسَ بِمَجَازٍ. وَالْحَقُّ أَنَّ قَوْلَهُ لَا يَجُوزُ التَّوَكُّيلُ بِالْخُصُومَةِ إِلَّا بِرِضَا الْخَصْمِ فِي قُوَّةِ قَوْلِنَا التَّوَكُّيلُ بِالْخُصُومَةِ غَيْرُ لَازِمٍ، بَلْ إِنْ رَضِيَ بِهِ الْخَصْمُ صَحَّ وَإِلَّا فَلَا حَاجَةَ إِلَى قَوْلِهِ وَلَا خِلَافَ فِي الْجَوَازِ وَإِلَى التَّوَجُّهِ بِجَعْلِهِ مَجَازًا (لَهُمَا أَنَّ التَّوَكُّيلَ تَصَرُّفٌ فِي خَالصِ حَقِّهِ)؛ لِأَنَّهُ وَكَلَهُ بِالْجَوَابِ وَالْخُصُومَةُ لِدَفْعِ الْخَصْمِ عَنْ نَفْسِهِ وَذَلِكَ حَقُّهُ لَا مَحَالَةَ، وَالتَّصَرُّفُ فِي خَالصِ حَقِّهِ لَا يَتَوَقَّفُ عَلَى رِضَا غَيْرِهِ كَالْتَّوَكُّيلِ بِالتَّقَاضِي: أَيْ بِقَبْضِ الدُّيُونِ وَإِيفَائِهَا.

وَلَأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ: إِنَّا لَا نُسَلِّمُ أَنَّهُ تَصَرُّفٌ فِي خَالصِ حَقِّهِ، فَإِنَّ الْجَوَابَ مُسْتَحَقٌّ عَلَى الْخَصْمِ. وَلِهَذَا يَسْتَحْضِرُهُ فِي مَجْلِسِ الْقَاضِي، وَالْمُسْتَحَقُّ لِلْغَيْرِ لَا يَكُونُ خَالِصًا لَهُ. سَلَّمْنَا خُلُوصَهُ لَهُ لَكِنْ تَصَرُّفَ الْإِنْسَانِ فِي خَالصِ حَقِّهِ إِنَّمَا يَصِحُّ إِذَا لَمْ يَتَضَرَّرْ بِهِ غَيْرُهُ، وَهَاهُنَا لَيْسَ كَذَلِكَ؛ لِأَنَّ النَّاسَ مُتَفَاوِثُونَ فِي الْخُصُومَةِ، فَلَوْ قُلْنَا بِلَزُومِهِ لَتَضَرَّرَ بِهِ فَيَتَوَقَّفُ عَلَى رِضَاهُ كَالْعَبْدِ الْمُشْتَرَكِ إِذَا كَاتَبَهُ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ فَإِنَّهَا تَتَوَقَّفُ عَلَى رِضَا الْآخَرِ، وَإِنْ كَانَ تَصَرُّفًا فِي خَالصِ حَقِّهِ لِمَكَانٍ ضَرَرَ شَرِيكُهُ فَيَسْتَحْيِرُ بَيْنَ الْإِمْضَاءِ وَالْفَسْخِ (قَوْلُهُ: بِخِلَافِ الْمَرِيضِ) بَيَانُ وَجْهِ مُخَالَفَةِ الْمُسْتَشْنَى لِلْمُسْتَشْنَى مِنْهُ، وَذَلِكَ أَنَّ الْجَوَابَ غَيْرُ مُسْتَحَقٍّ عَلَيْهِمَا فَكَانَ خَالِصُ حَقِّهِ وَيَزَادُ جَوَابًا عَنْ التَّنَزُّلِ بِأَنَّ تَوَقُّعَ الضَّرَرِ اللَّازِمِ بِالْمَرَضِ وَالسَّفَرِ مِنْ أَقَاتِ التَّأْخِيرِ وَالْمَوْتِ أَشَدُّ مِنَ اللَّازِمِ بِتَفَاوُتِ الْجَوَابِ فَيُحْمَلُ الْأَسْهَلُ، وَالْمَرَضُ الْمَانِعُ عَنِ الْحُضُورِ هُوَ الَّذِي يَمْتَنِعُ عَنْهُ مُطْلَقًا. وَأَمَّا الْمُسْتَطِيعُ بَطْطُورِ الدَّاءِ أَوْ الْحِمَالِ فَإِذَا زَادَ مَرَضُهُ صَحَّ التَّوَكُّيلُ وَإِنْ لَمْ يَزِدْ.

قَالَ بَعْضُهُمْ: هُوَ عَلَى الْخِلَافِ، وَقَالَ بَعْضُهُمْ: لَهُ أَنْ يُوَكَّلَ وَهُوَ الصَّحِيحُ،

وإِرَادَةُ السَّفَرِ كَالسَّفَرِ فِي صِحَّةِ التَّوَكِيلِ لِتَحَقُّقِ الضَّرُورَةِ لَكِنْ لَا يُصَدَّقُ مِنْهُ دَعْوَى ذَلِكَ إِلَّا بِالنَّظَرِ إِلَى زَيْهِ وَعِدَّةِ سَفَرِهِ أَوْ بِالسُّؤَالِ عَنْ رُفَقَائِهِ كَمَا فِي فَسْخِ الْإِجَارَةِ (وَلَوْ كَانَ الْخَصْمُ امْرَأَةً مُخَدَّرَةً وَهِيَ مَنْ لَمْ تَجْرِعْ عَادَتُهَا بِالْبُرُوزِ وَحُضُورِ مَجْلِسِ الْحُكْمِ. قَالَ أَبُو بَكْرِ الرَّازِي: يَلْزَمُ التَّوَكِيلُ؛ لِأَنَّهَا لَوْ حَضَرَتْ لَمْ يُمَكِّنْهَا أَنْ تَنْطِقَ بِحَقِّهَا لِحَيَاتِهَا فَيَلْزَمُ تَوَكِيلُهَا.

قَالَ الْمُصَنِّفُ وَهَذَا شَيْءٌ اسْتَحْسَنَهُ الْمُتَأَخَّرُونَ) وَأَمَّا فِي الْأَصْلِ فَإِنَّهُ لَا فَرْقَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ بَيْنَ الرَّجُلِ وَالْمَرْأَةِ الْمُخَدَّرَةِ وَغَيْرِهَا الْبِكْرِ وَالتَّيِّبِ فِي عَدَمِ جَوَازِ الْوَكَالَةِ إِلَّا بِالْعُذْرَيْنِ الْمَذْكُورَيْنِ، وَعِنْدَهُمَا كَذَلِكَ فِي جَوَازِهَا. وَقَالَ ابْنُ أَبِي لَيْلَى: تُقْبَلُ مِنَ الْبِكْرِ دُونَ التَّيِّبِ وَالرَّجُلِ.

(قَالَ: وَمِنْ شَرْطِ الْوَكَالَةِ أَنْ يَكُونَ الْمُوَكَّلُ مِمَّنْ يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ وَتَلْزَمُهُ الْأَحْكَامُ) لِأَنَّ الْوَكِيلَ يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ مِنْ جِهَةِ الْمُوَكَّلِ فَلَا بُدَّ أَنْ يَكُونَ الْمُوَكَّلُ مَالِكًا لِيَمْلِكَهُ مِنْ غَيْرِهِ.

الشرح:

قَالَ (وَمِنْ شَرْطِ الْوَكَالَةِ أَنْ يَكُونَ الْمُوَكَّلُ مِمَّنْ يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ وَتَلْزَمُهُ الْأَحْكَامُ) قَالَ صَاحِبُ النَّهَايَةِ: إِنَّ هَذَا الْقَيْدَ وَقَعَ عَلَى قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ. وَأَمَّا عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ فَمِنْ شَرْطِهَا أَنْ يَكُونَ الْوَكِيلُ مِمَّنْ يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ؛ لِأَنَّ الْمُسْلِمَ لَا يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ فِي الْخَمْرِ، وَلَوْ وَكَّلَ بِهِ جَارَ عِنْدَهُ، وَمَنْشَأُ هَذَا التَّوَهُُّمِ أَنْ جَعَلَ اللَّامُ فِي قَوْلِهِ يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ لِلْعَهْدِ: أَيُّ يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ الَّذِي وَكَّلَ بِهِ وَأَمَّا إِذَا جُعِلَتْ لِلْجِنْسِ حَتَّى يَكُونَ مَعْنَاهُ يَمْلِكُ جِنْسَ التَّصَرُّفِ اخْتِرَازًا عَنِ الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ فَيَكُونُ عَلَى مَذْهَبِ الْكُلِّ وَهُوَ الْمُرَادُ بِدَلِيلِ قَوْلِهِ مِمَّنْ يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ حَيْثُ لَمْ يَقُلْ أَنْ يَكُونَ الْمُوَكَّلُ يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ فَإِنَّ الْأَنْسَبَ بِكَلِمَةٍ مِنْ جِنْسِ التَّصَرُّفِ (قَوْلُهُ: وَتَلْزَمُهُ الْأَحْكَامُ) يَحْتَمِلُ أَحْكَامَ ذَلِكَ التَّصَرُّفِ وَجِنْسَ الْأَحْكَامِ، فَلَاوُلَّ اخْتِرَازَ عَنِ الْوَكِيلِ إِذَا وَكَّلَ فَإِنَّهُ يَمْلِكُ ذَلِكَ التَّصَرُّفَ دُونَ التَّوَكِيلِ؛ لِأَنَّهُ لَمْ تَلْزَمُهُ الْأَحْكَامُ، وَعَلَى هَذَا يَكُونُ فِي الْكَلَامِ شَرْطَانِ. وَالثَّانِي اخْتِرَازَ عَنِ الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ وَيَكُونُ مِلْكُ التَّصَرُّفِ وَلِزُومُ الْأَحْكَامِ شَرْطًا وَاحِدًا، وَهَذَا أَصَحُّ؛ لِأَنَّ الْوَكِيلَ إِذَا أَدِنَ لَهُ بِالتَّوَكِيلِ صَحَّ

وَالْأَحْكَامُ لَا تَلْزِمُهُ.

فَإِنْ قُلْتُ: إِذَا جَعَلْتَهُمَا شَرْطًا وَاحِدًا لَزِمَكَ الْوَكِيلُ فَإِنَّهُ مِمَّنْ يَمْلِكُ جِنْسَ التَّصَرُّفِ وَيَلْزِمُهُ جِنْسُ الْأَحْكَامِ وَلَا يَجُوزُ تَوْكِيلُهُ.

قُلْتُ: غَلَطَ، فَإِنَّ وُجُودَ الشَّرْطِ لَا يَسْتَلْزِمُ وُجُودَ الْمَشْرُوطِ لَا سِيمَا مَعَ وُجُودِ الْمَانِعِ وَهُوَ فَوَاتُ رَأْيِهِ (قَوْلُهُ: لِأَنَّ الْوَكِيلَ) دَلِيلُ اشْتِرَاطِ مَا شَرَطْتَ بِهِ، وَذَلِكَ؛ لِأَنَّ الْوَكِيلَ يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ مِنْ جِهَةِ الْمُوَكَّلِ لِكَوْنِهِ نَائِبًا عَنْهُ فَيَكُونُ التَّوْكِيلُ تَمْلِكُ التَّصَرُّفِ وَتَمْلِكُ التَّصَرُّفِ مِمَّنْ لَا يَمْلِكُهُ مُحَالًا. وَلَقَائِلُ أَنْ يَقُولَ: الْوَكِيلُ يَمْلِكُ جِنْسَ التَّصَرُّفِ مِنْ جِهَةِ الْمُوَكَّلِ أَوْ التَّصَرُّفِ الَّذِي وَكَّلَ فِيهِ، وَالثَّانِي مُسْلَمٌ وَيَتَقَضَّى بِتَوْكِيلِ الْمُسْلِمِ الذَّمِّيِّ بَيْنَ الْخَمْرِ، وَالْأَوَّلُ مَمْنُوعٌ فَإِنَّهُ يَمْلِكُهُ بِأَهْلِيَّتِهِ وَلِهَذَا لَوْ تَصَرَّفَ لِنَفْسِهِ صَحَّ. وَالْجَوَابُ أَنَّ الْوَكِيلَ مِنْ حَيْثُ هُوَ وَكِيلٌ يَمْلِكُ جِنْسَ التَّصَرُّفِ مِنْ جِهَةِ الْمُوَكَّلِ عَلَى أَنَّ الْمَلِكَ يَثْبُتُ لَهُ خِلَافَةً عَنِ الْوَكِيلِ فِيمَا تَصَرَّفَ فِيهِ بِطَرِيقِ الْوَكَالَةِ وَتَصَرُّفُهُ لِنَفْسِهِ لَيْسَ بِطَرِيقِ الْوَكَالَةِ وَلَا الْكَلَامُ فِيهِ. وَلَا يُنَافِيهِ أَيْضًا لِحَوَازِ ثُبُوتِ شَيْءٍ بِأَمْرَيْنِ عَلَى الْبَدَلِ.

وَالْحَاصِلُ أَنَّ مِنْ شَرْطِ الْوَكَالَةِ أَنْ يَكُونَ الْمُوَكَّلُ مَنْ يَمْلِكُ جِنْسَ التَّصَرُّفِ وَيَمْلِكُهُ الْوَكِيلُ بِحَيْثُ يَلْزِمُهُ أَحْكَامُ مَا بَاشَرَهُ الْوَكِيلُ لِأَهْلِيَّتِهِ فِي كُلِّ فَرْدٍ فَرْدٍ، سَوَاءً كَانَ الْمُوَكَّلُ يَمْلِكُهُ أَوْ لَا لِعَارِضٍ عَرَضَ فِي بَعْضِ ذَلِكَ؛ لِأَنَّ مَبْنَاهَا عَلَى التَّوَسُّعِ.

(و) يُشْتَرَطُ أَنْ يَكُونَ (الْوَكِيلُ مِمَّنْ يَعْقِلُ الْعَقْدَ وَيَقْصِدُهُ) لِأَنَّهُ يَقُومُ مَقَامَ الْمُوَكَّلِ فِي الْعِبَارَةِ فَيُشْتَرَطُ أَنْ يَكُونَ مِنْ أَهْلِ الْعِبَارَةِ حَتَّى لَوْ كَانَ صَبِيًّا لَا يَعْقِلُ أَوْ مَجْنُونًا كَانَ التَّوْكِيلُ بَاطِلًا.

الشرح:

وَيُشْتَرَطُ أَنْ يَكُونَ الْوَكِيلُ مِمَّنْ يَعْقِلُ الْعَقْدَ أَنْ الْبَيْعَ سَالِبٌ وَالشِّرَاءَ جَالِبٌ وَيَعْرِفُ الْعَيْنَ الْيَسِيرَ وَالْعَيْنَ الْفَاحِشَ، وَهُوَ احْتِرَازٌ عَنِ الصَّبِيِّ الَّذِي لَمْ يَعْقِلِ وَالْمَجْنُونِ، وَيَقْصِدُهُ بِأَنْ لَا يَكُونَ هَازِلًا؛ لِأَنَّهُ يَقُومُ مَقَامَ الْمُوَكَّلِ فِي الْعِبَارَةِ فَلَا بُدَّ وَأَنْ يَكُونَ مِنْ أَهْلِ الْعِبَارَةِ، وَهَذَا يُشِيرُ إِلَى أَنَّ مَعْرِفَةَ الْعَيْنِ الْيَسِيرِ مِنَ الْفَاحِشِ لَيْسَتْ بِشَرْطٍ فِي صِحَّةِ التَّوْكِيلِ لَكِنْ ذَكَرَ فِي الْكِتَابِ أَنَّ ذَلِكَ شَرْطٌ، وَهُوَ مُشْكِلٌ؛ لِأَنَّهُمْ اتَّفَقُوا عَلَى أَنَّ

تَوَكَّلَ الصَّبِيُّ الْعَاقِلُ صَحِيحٌ وَمَعْرِفَةٌ أَنَّ مَا زَادَ عَلَى «دِه نيم» فِي الْمَتَاعِ وَ «دِه يازده» فِي الْحَيَوَانِ وَ «دِه دوازده» فِي الْعَقَارِ أَوْ مَا يَدْخُلُ تَحْتَ تَقْوِيمِ الْمُقَوِّمِينَ مِمَّا لَا يَطْلُعُ عَلَيْهِ أَحَدٌ إِلَّا بَعْدَ الْاِسْتِعَالِ بِعِلْمِ الْفَقْهِ.

(وَإِذَا وَكَّلَ الْحُرُّ الْعَاقِلُ الْبَالِغُ أَوْ الْمَأْذُونُ مِثْلَهُمَا جَازَ) لِأَنَّ الْمُوَكَّلَ مَالِكٌ لِلتَّصَرُّفِ وَالْوَكِيلُ مِنْ أَهْلِ الْعِبَارَةِ (وَإِنْ وَكَّلَا صَبِيًّا مَحْجُورًا يَعْقِلُ الْبَيْعَ وَالشِّرَاءَ أَوْ عَبْدًا مَحْجُورًا جَازَ، وَلَا يَتَعَلَّقُ بِهِمَا الْحُقُوقُ وَيَتَعَلَّقُ بِمُوكَّلِهِمَا) لِأَنَّ الصَّبِيَّ مِنْ أَهْلِ الْعِبَارَةِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ يَنْفُذُ تَصَرُّفَهُ بِإِذْنِ وَلِيِّهِ، وَالْعَبْدَ مِنْ أَهْلِ التَّصَرُّفِ عَلَى نَفْسِهِ مَالِكٌ لَهُ وَإِنَّمَا لَا يَمْلِكُهُ فِي حَقِّ الْمَوْلَى، وَالتَّوَكُّيلُ لَيْسَ تَصَرُّفًا فِي حَقِّهِ إِلَّا أَنَّهُ لَا يَصِحُّ مِنْهُمَا التِّزَامُ الْعَهْدِيَّةُ. أَمَّا الصَّبِيُّ لِقُصُورِ أَهْلِيَّتِهِ وَالْعَبْدُ لِحَقِّ سَيِّدِهِ فَتَلْزَمُ الْمُوَكَّلُ.

وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ الْمُشْتَرِي إِذَا لَمْ يَعْلَمْ بِحَالِ الْبَائِعِ ثُمَّ عَلِمَ أَنَّهُ صَبِيٌّ أَوْ مَجْنُونٌ لَهُ خِيَارُ الْفَسْخِ لِأَنَّهُ دَخَلَ فِي الْعَقْدِ عَلَى أَنَّ حُقُوقَهُ تَتَعَلَّقُ بِالْعَاقِلِ، فَإِذَا ظَهَرَ خِلَافُهُ يَتَخَيَّرُ كَمَا إِذَا عَثَرَ عَلَى عَيْبٍ.

الشرح:

(وَإِذَا وَكَّلَ الْحُرُّ الْبَالِغُ أَوْ الْمَأْذُونُ الْبَالِغُ مِثْلَهُمَا جَازَ) وَيُفْهَمُ جَوَازُ تَوَكُّلِ مَنْ كَانَ فَوْقَهُمَا بِطَرِيقِ الْأَوَّلَى؛ لِأَنَّ الْمُوَكَّلَ مَالِكٌ لِلتَّصَرُّفِ وَالْوَكِيلُ مِنْ أَهْلِ الْعِبَارَةِ. وَكُلُّ وَكَالَةٍ كَانَ الْمُوَكَّلُ مَالِكًا لِلتَّصَرُّفِ وَالْوَكِيلُ مِنْ أَهْلِ الْعِبَارَةِ فِيهَا صَحِيحَةً لَمَّا تَقَدَّمَ، وَإِنْ وَكَّلَ الْحُرُّ الْبَالِغُ صَبِيًّا مَحْجُورًا عَلَيْهِ، أَوْ عَبْدًا مَحْجُورًا عَلَيْهِ أَوْ فَعَلَ الْمَأْذُونُ ذَلِكَ جَازَ لِاتِّفَاءِ مَا يَمْنَعُ ذَلِكَ، أَمَّا مَنْ جَانِبِ الْمُوَكَّلِ فَظَاهِرٌ، وَأَمَّا مَنْ جَانِبِ الْوَكِيلِ فَلَأَنَّ الصَّبِيَّ مِنْ أَهْلِ الْعِبَارَةِ وَلِهَذَا يَنْفُذُ تَصَرُّفَهُ بِإِذْنِ وَلِيِّهِ وَالْعَبْدُ مِنْ أَهْلِ التَّصَرُّفِ عَلَى نَفْسِهِ مَالِكٌ لَهُ، وَإِنَّمَا لَا يَمْلِكُ فِي حَقِّ الْمَوْلَى وَالتَّوَكُّيلُ لَيْسَ تَصَرُّفًا فِي حَقِّهِ، إِلَّا أَنَّهُ لَا يَصِحُّ مِنْهُمَا التِّزَامُ الْعَهْدِيَّةُ: الصَّبِيُّ لِقُصُورِ أَهْلِيَّتِهِ وَالْعَبْدُ لِحَقِّ سَيِّدِهِ.

وَيُعْلَمُ مِنْ هَذَا التَّعْلِيلِ أَنَّ الْعَبْدَ إِذَا أُعْتِقَ لِرَمَةِ الْعَهْدَةِ؛ لِأَنَّ الْمَانِعَ مِنْ لُزُومِهَا حَقُّ الْمَوْلَى قَدْ زَالَ، وَالصَّبِيُّ إِذَا بَلَغَ لَمْ تَلْزَمْهُ؛ لِأَنَّ الْمَانِعَ قَصَرَ أَهْلِيَّتَهُ حَيْثُ لَمْ يَكُنْ مُلْزَمًا فِي حَقِّ نَفْسِهِ وَفِي هَذَا الْوَقْتِ فَلِهَذَا لَمْ يَلْزَمْهُ بَعْدَ الْبُلُوغِ، وَإِنَّمَا قَيَّدَ بِقَوْلِهِ مَحْجُورًا عَلَيْهِ فِيهِمَا إشارَةً إِلَى أَنَّهُمَا لَوْ كَانَا مَأْذُونَيْنِ تَعَلَّقَ الْحُقُوقُ بِهِمَا لَكِنْ بِتَفْصِيلٍ وَهُوَ أَنَّ الصَّبِيَّ

الْمَأْذُونِ إِذَا وَكَّلَ بِالْبَيْعِ فَبَاعَ لِرِمَّةِ الْعَهْدَةِ سَوَاءً كَانَ الثَّمَنُ حَالًا أَوْ مُؤَجَّلًا، وَإِذَا وَكَّلَ بِالشَّرَاءِ بِثَمَنِ مُؤَجَّلٍ لَمْ يَلْزِمُهُ قِيَاسًا وَاسْتِحْسَانًا بَلْ يَكُونُ عَلَى الْآمِرِ يُطَالِبُهُ الْبَائِعُ بِالثَّمَنِ؛ لِأَنَّ مَا يَلْزِمُهُ مِنَ الْعَهْدَةِ لَيْسَ بِضَمَانٍ ثَمَنٍ؛ لِأَنَّ ضَمَانَ الثَّمَنِ لَا يُفِيدُ الْمَلِكَ لِلضَّامِنِ فِي الْمُشْتَرَى، وَلَيْسَ هَذَا كَذَلِكَ إِنَّمَا هَذَا التَّزَمَ مَا لَا فِي ذِمَّتِهِ اسْتَوْجَبَ مِثْلَ ذَلِكَ عَلَى مُوَكَّلِهِ وَذَلِكَ مَعْنَى الْكِفَالَةِ، وَالصَّبِيُّ الْمَأْذُونُ يَلْزِمُهُ ضَمَانُ الثَّمَنِ وَلَا يَلْزِمُهُ ضَمَانُ الْكِفَالَةِ، وَأَمَّا إِذَا وَكَّلَ بِالشَّرَاءِ بِثَمَنِ حَالٍ فَالْقِيَاسُ أَنْ لَا يَلْزِمُهُ الْعَهْدَةُ.

وَفِي الْاسْتِحْسَانِ يَلْزِمُهُ؛ لِأَنَّ مَا التَّزَمَهُ ضَمَانُ ثَمَنِ حَيْثُ مَلَكَ الْمُشْتَرِي مِنْ حَيْثُ الْحُكْمُ، فَإِنَّهُ يَحْبِسُهُ بِالثَّمَنِ يُسْتَوْفَى مِنَ الْمُوَكَّلِ كَمَا لَوْ اشْتَرَى لِنَفْسِهِ ثُمَّ بَاعَ مِنْهُ، وَالصَّبِيُّ الْمَأْذُونُ مِنْ أَهْلِ ذَلِكَ. وَالْجَوَابُ فِي الْعَبْدِ الْمَأْذُونِ أَيْضًا عَلَى هَذَا التَّفْصِيلِ (وَعَنْ أَبِي يُونُسَ أَنَّ الْمُشْتَرِي إِذَا لَمْ يَعْلَمْ بِحَالِ الْبَائِعِ ثُمَّ عَلِمَ أَنَّهُ صَبِيٌّ أَوْ عَبْدٌ) وَفِي بَعْضِ النُّسخِ مَجْنُونٌ وَالْمَرَادُ بِهِ مَنْ يُحْنُ وَيُفِيقُ (لَهُ خِيَارُ الْفَسْخِ)؛ لِأَنَّهُ مَا رَضِيَ بِالْعَقْدِ إِلَّا عَلَى أَنَّ الْحُقُوقَ تَتَعَلَّقُ بِالْعَاقِدِ، فَإِذَا ظَهَرَ خِلَافُهُ يَتَخَيَّرُ كَمَا إِذَا عَثَرَ عَلَى عَيْبٍ لَمْ يَرْضَ بِهِ.

قَالَ (وَالْعَقْدُ الَّذِي يَعْقِدُهُ الْوُكَلَاءُ عَلَى ضَرَرَيْنِ): كُلُّ عَقْدٍ يُضَيِّفُهُ الْوَكِيلُ إِلَى نَفْسِهِ كَالْبَيْعِ وَالْإِجَارَةِ فَحُقُوقُهُ تَتَعَلَّقُ بِالْوَكِيلِ دُونَ الْمُوَكَّلِ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: تَتَعَلَّقُ بِالْمُوَكَّلِ؛ لِأَنَّ الْحُقُوقَ تَابِعَةٌ لِحُكْمِ التَّصَرُّفِ، وَالْحُكْمُ وَهُوَ الْمَلِكُ يَتَعَلَّقُ بِالْمُوَكَّلِ، فَكَذَا تَوَابِعُهُ وَصَارَ كَالرَّسُولِ وَالْوَكِيلِ بِالنِّكَاحِ. وَلَنَا أَنَّ الْوَكِيلَ هُوَ الْعَاقِدُ حَقِيقَةً؛ لِأَنَّ الْعَقْدَ يَقُومُ بِالْكَلَامِ، وَصِحَّةُ عِبَارَتِهِ لِكُونِهِ آدَمِيًّا وَكَذَا حُكْمًا؛ لِأَنَّهُ يَسْتَغْنِي عَنْ إِضَافَةِ الْعَقْدِ إِلَى الْمُوَكَّلِ، وَلَوْ كَانَ سَفِيرًا عَنْهُ لَمَا اسْتَغْنَى عَنْ ذَلِكَ كَالرَّسُولِ، وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ كَانَ أَصِيلًا فِي الْحُقُوقِ فَتَتَعَلَّقُ بِهِ وَلِهَذَا قَالَ فِي الْكِتَابِ (يُسَلِّمُ الْمَبِيعَ وَيَقْبِضُ الثَّمَنَ وَيَطَالِبُ بِالثَّمَنِ إِذَا اشْتَرَى، وَيَقْبِضُ الْمَبِيعَ وَيُخَاصِمُ فِي الْعَيْبِ وَيُخَاصِمُ فِيهِ)؛ لِأَنَّ كُلَّ ذَلِكَ مِنَ الْحُقُوقِ وَالْمَلِكُ يَثْبُتُ لِلْمُوَكَّلِ خِلَافَةً عَنْهُ، اعْتِبَارًا لِلتَّوَكِيلِ السَّابِقِ كَالْعَبْدِ يُتَّهَبُ وَيُصْطَادُّ هُوَ الصَّحِيحُ. قَالَ الْعَبْدُ الضَّعِيفُ: وَفِي مَسْأَلَةِ الْعَيْبِ تَفْصِيلٌ نَذَرَهُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

الشرح:

قَالَ (وَالْعَقْدُ الَّذِي يَعْقِدُهُ الْوُكَلَاءُ عَلَى ضَرَرَيْنِ إلخ) الْعُقُودُ الَّتِي يَعْقِدُهَا الْوُكَلَاءُ

على ضررين: ضرب يتعلّق حُقوقه بالوكيل، وآخر بالموكل. فضابطة الأول كلُّ عقد يُضيفه الوكيل إلى نفسه كالبيع والإجارة فحقوقه تتعلّق بالوكيل. وقال الشافعي: تتعلّق بالموكل لأنّ الحقوق تابعة لحكم التصرف، وحكم التصرف هو الملك يتعلّق بالموكل فكذا توابعه، واعتبره بالرّسول والوكيل في النّكاح (ولنا أنّ الوكيل هو العاقد في هذا الضّرب حقيقةً وحكمًا) أمّا حقيقة فلاّن العقد يقوم بالكلام وصحة عبارته لكونه آدميًا له أهلية الإيجاب والاستيجاب فكان العقد الواقع منه له ولغيره سواء. وأمّا حكمًا فلاّنه يستعني عن إضافة العقد إلى الموكل، بخلاف الرّسول والوكيل بالنّكاح فإنّهما لا يستعنيان عن الإضافة إليه، وإذا كان كذلك كان الوكيل أصيلاً في الحقوق فتعلّق به فلهذا قال القدوري في المختصر أو قال محمّد في المبسوط: يُسلم المبيع ويُقبض الثمن ويُطالب بالثمن إذا اشترى ويُقبض المبيع ويُخاصم في العيب ويُخاصم فيه لأنّ ذلك كله من حقوق العقد (قوله والملك يثبت للموكل خلافة) جواب عمّا قاله الشافعي إنّ الحقوق تابعة لحكم التصرف، والحكم يتعلّق بالموكل فكذا توابعه. وتقريره أنّ الملك يقع للموكل ولكنّ يعقد الوكيل على سبيل الخلافة عنه، ومعنى الخلافة أنّ يثبت الملك للموكل ابتداءً، والسبب انعقد موجباً حكمه للوكيل فكان قائماً مقامه في ثبوت الملك بالتوكيل السابق، وهذا طريقة أبي طاهر الدّباس وإليه ذهب جماعة من أصحابنا. وقال شمس الأئمة: قول أبي طاهر أصح.

وقال المصنّف: هو الصحيح. فإن قيل: قول أبي طاهر كقول الشافعي فكيف يصحّ جواباً عنه مع التزام قوله فإنّه يقول: الحكم وهو الملك يثبت للموكل فكذا الحقوق، فالجواب أنّه ليس كذلك لأنّه يقول بثبوت الملك له خلافةً والشافعي أصالة.

وتحقيق المسألة أنّ لتصرف الوكيل جهتين: جهة حصوله بعبارته، وجهة نيابته عن الموكل، وإعمالهما ولو بوجه أولى من إهمال أحدهما، فلو أثبتنا الملك والحقوق للوكيل على ما هو مقتضى القياس لحصولهما بعبارته وأهليته بطل التوكيل، ولو أثبتناهما للموكل بطل عبارته فأثبتنا الملك للموكل لأنّه الغرض من التوكيل، وإليه أشار المصنّف بقوله (اعتبار التوكيل السابق) فتعيّن الحقوق للوكيل، ويجوز أن يثبت الحكم لغير من انعقد له السبب كالعبد يقبل الهبة والصدقة ويصطاد فإن مولاه يقوم مقامه

فِي الْمَلِكِ بِذَلِكَ السَّبَبِ (قَوْلُهُ هُوَ الصَّحِيحُ) اخْتِرَازٌ عَنْ طَرِيقَةِ الْكَرْخِيِّ وَهِيَ أَنَّ الْمَلِكَ يَثْبُتُ لِلْوَكِيلِ لِتَحْقِيقِ السَّبَبِ مِنْ جِهَتِهِ ثُمَّ يَنْتَقِلُ إِلَى الْمُوَكَّلِ، وَإِنَّمَا كَانَ الْأَوَّلُ هُوَ الصَّحِيحُ لِأَنَّ الْمُشْتَرِيَ إِذَا كَانَ مَنكُوحَةً الْوَكِيلِ أَوْ قَرِيبَهُ لَا يَفْسُدُ النِّكَاحُ وَلَا يَعْتَقُ عَلَيْهِ، وَلَوْ مَلَكَ الْمُشْتَرِيَ لَكَانَ ذَلِكَ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ نَفُوذَ الْعَتَقِ يَفْتَضِي مِلْكًا مُسْتَقَرًّا. وَقَالَ فِي الزِّيَادَاتِ فِيمَنْ تَزَوَّجَ أُمَةً ثُمَّ حُرَّةً عَلَى رَقَبَتِهَا فَأَجَازَ الْمَوْلَى صَارَتْ الْأُمَةُ مَهْرًا لِلْحُرَّةِ وَلَمْ يَفْسُدِ النِّكَاحُ وَإِنْ مَلَكَهَا الزَّوْجُ لَعَدَمَ اسْتِقْرَارِ الْمَلِكِ وَمِلْكُ الْوَكِيلِ غَيْرُ مُسْتَقَرٍّ يَنْتَقِلُ فِي ثَانِي الْحَالِ فَلَا يَعْتَقُ عَلَيْهِ. وَفِيهِ نَظَرٌ لِأَنَّهُ يُخَالَفُ إِطْلَاقُ قَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «مَنْ مَلَكَ ذَا رَحِمٍ مَحْرَمٌ مِنْهُ عَتَقَ عَلَيْهِ» الْحَدِيثُ. وَقَالَ الْقَاضِي أَبُو زَيْدٍ: الْوَكِيلُ نَائِبٌ فِي حَقِّ الْحُكْمِ أَصِيلٌ فِي حَقِّ الْحَقُوقِ، فَإِنَّ الْحَقُوقَ ثَبَّتْ لَهُ ثُمَّ تَنَقَّلَ إِلَى الْمُوَكَّلِ مِنْ قَبْلِهِ، فَوَافَقَ أَبَا الْحَسَنِ فِي حَقِّ الْحَقُوقِ وَأَبَا طَاهِرٍ فِي حَقِّ الْحُكْمِ. قَالَ الصَّدْرُ الشَّهِيدُ: هَذَا حَسَنٌ.

قَالَ الْمُصَنِّفُ (وَفِي مَسْأَلَةِ الْغَيْبِ تَفْصِيلٌ نَذَرُهُ) وَأَرَادَ بِهِ مَا ذَكَرَهُ فِي بَابِ الْوَكَالَةِ بِالْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ بِقَوْلِهِ: وَإِذَا اشْتَرَى الْوَكِيلُ ثُمَّ أَطْلَعَ عَلَى غَيْبِ فَلَهُ أَنْ يَرُدَّهُ بِالْغَيْبِ مَا دَامَ الْمَبِيعُ فِي يَدِهِ، فَإِنْ سَلَّمَهُ إِلَى الْمُوَكَّلِ لَمْ يَرُدَّهُ إِلَّا بِإِذْنِهِ.

قَالَ (وَكُلُّ عَقْدٍ يُضَيِّفُهُ إِلَى مُوَكَّلِهِ كَالنِّكَاحِ وَالْخُلْعِ وَالصُّلْحِ عَنْ دَمِ الْعَمَدِ فَإِنْ حُقُوقُهُ تَتَعَلَّقُ بِالْمُوَكَّلِ دُونَ الْوَكِيلِ فَلَا يُطَالَبُ وَكِيلُ الزَّوْجِ بِالْمَهْرِ وَلَا يَلْزَمُ وَكِيلُ الْمَرْأَةِ تَسْلِيمُهَا)؛ لِأَنَّ الْوَكِيلَ فِيهَا سَفِيرٌ مَحْضٌ، أَلَا يُرَى أَنَّهُ لَا يُسْتَفْنَى عَنْ إِضَافَةِ الْعَقْدِ إِلَى الْمُوَكَّلِ، وَلَوْ أَضَافَهُ إِلَى نَفْسِهِ كَانَ النِّكَاحُ لَهُ فَصَارَ كَالرَّسُولِ، وَهَذَا؛ لِأَنَّ الْحُكْمَ فِيهَا لَا يَقْبَلُ الْفَصْلُ عَنِ السَّبَبِ؛ لِأَنَّهُ إِسْقَاطٌ فَيَتَلَاشَى فَلَا يُتَصَوَّرُ صُدُورُهُ مِنْ شَخْصٍ وَثُبُوتُ حُكْمِهِ لِغَيْرِهِ فَكَانَ سَفِيرًا.

الشرح:

قَالَ (وَكُلُّ عَقْدٍ يُضَيِّفُهُ إِلَى مُوَكَّلِهِ إلخ) هَذِهِ ضَابِطَةُ الضَّرْبِ الثَّانِي: كُلُّ عَقْدٍ يُضَيِّفُهُ الْوَكِيلُ إِلَى مُوَكَّلِهِ كَالنِّكَاحِ وَالْخُلْعِ وَالصُّلْحِ عَنْ دَمِ الْعَمَدِ فَإِنْ حُقُوقًا تَتَعَلَّقُ بِالْمُوَكَّلِ دُونَ الْوَكِيلِ فَلَا يُطَالَبُ وَكِيلُ الزَّوْجِ بِالْمَهْرِ وَلَا وَكِيلُ الْمَرْأَةِ بِتَسْلِيمِهَا لِأَنَّ الْوَكِيلَ فِيهَا سَفِيرٌ وَمُعَبَّرٌ مَحْضٌ لَعَدَمِ اسْتِعْنَائِهِ عَنْ إِضَافَتِهِ إِلَى الْمُوَكَّلِ. فَإِنَّهُ إِنْ أَضَافَهُ إِلَى

نَفْسِهِ كَانَ النِّكَاحُ لَهُ فَكَانَ كَالرَّسُولِ وَعِبَارَتُهُ عِبَارَةُ الرُّسُلِ فَكَانَ الْعَقْدُ صَدَرَ مِنْهُ، وَمَنْ صَدَرَ مِنْهُ الْعَقْدُ رَجَعَ إِلَيْهِ الْحُقُوقُ كَمَا فِي الضَّرْبِ الْأَوَّلِ.

قَالَ الْمُصَنِّفُ (وَهَذَا لِأَنَّ الْحُكْمَ فِيمَا لَا يَقْبَلُ الْفَصْلُ عَنِ السَّبَبِ، لِأَنَّهُ) يَغْنِي أَنْ السَّبَبَ فِي هَذِهِ الْعُقُودِ إِسْقَاطُ فَيْتِلَاشِي، وَمَعْنَى الْإِسْقَاطِ فِي غَيْرِ النِّكَاحِ ظَاهِرٌ. وَأَمَّا فِيهِ فَلَأَنَّ الْأَصْلَ فِي مَحَلِّ النِّكَاحِ عَدَمُ وَرُودِ الْمَلِكِ عَلَيْهِنَّ لَكُونِهِنَّ مِنْ بَنَاتِ آدَمَ كَالذُّكُورِ، إِلَّا أَنَّ الشَّرْعَ أَثْبَتَ نَوْعَ مَلِكٍ عَلَى الْحُرَّةِ بِالنِّكَاحِ ضَرُورَةَ النَّسْلِ وَفِي ذَلِكَ إِسْقَاطُ لِمَالِكِيَّتِهَا فَيْتِلَاشِي فَلَا يُتَصَوَّرُ صُدُورُهُ مِنْ شَخْصٍ وَبُيُوتُ حُكْمِهِ لغيرِهِ.

وَلِقَائِلُ أَنْ يَقُولَ: لَيْسَ الْكَلَامُ فِي نَقْلِ الْحُكْمِ بَلْ هُوَ فِي نَقْلِ الْحُقُوقِ فَمَا فَائِدَةُ قَوْلِهِ لِأَنَّ الْحُكْمَ فِيهَا لَا يَقْبَلُ الْفَصْلُ عَنِ السَّبَبِ؟ وَالْجَوَابُ أَنَّا قَدْ قُلْنَا فِي الضَّرْبِ الْأَوَّلِ إِنَّ الْحُكْمَ يَنْتَقِلُ إِلَى الْمُوَكَّلِ أَوْ يَثْبُتُ لَهُ خِلَافَةً، اعْتِبَارًا لِلتَّوَكِيلِ السَّابِقِ وَتَبَقَّى الْحُقُوقُ مُتَعَلِّقَةً بِالْوَكِيلِ اعْتِبَارًا لِعِبَارَتِهِ، وَهَهُنَا الْحُكْمُ لَا يَنْفَصِلُ عَنِ الْعِبَارَةِ لَا بِالتَّأَخِيرِ بِشَرْطِ الْخِيَارِ وَلَا بِغَيْرِهِ لَكُونِهَا لِلْإِسْقَاطِ، فَأَمَّا أَنْ يَبْقَى الْحُكْمُ لِلْوَكِيلِ أَوْ تَنْتَقِلَ الْعِبَارَةُ إِلَى الْمُوَكَّلِ، وَالْأَوَّلُ بَاطِلٌ لِأَنَّهُ يُبْطِلُ التَّوَكِيلَ وَيُنَافِي الْإِضَافَةَ إِلَى الْمُوَكَّلِ فَتَعَيَّنَ الثَّانِي، وَإِلَيْهِ أَشَارَ بِقَوْلِهِ فَكَانَ سَفِيرًا وَلِلَّهِ دَرُهُ عَلَى فَضْلِهِ وَتَنَبُّهُهُ لِلطَّائِفِ الْعِبَارَاتِ، جَزَاهُ اللَّهُ عَنْ الطَّلَبَةِ خَيْرًا.

وَالضَّرْبُ الثَّانِي مِنْ أَخَوَاتِهِ الْعِتْقُ عَلَى مَالٍ وَالْكِتَابَةُ وَالصَّلْحُ عَلَى الْإِنْكَارِ. فَأَمَّا الصَّلْحُ الَّذِي هُوَ جَارٍ مَجْرَى الْبَيْعِ فَهُوَ مِنَ الضَّرْبِ الْأَوَّلِ، وَالْوَكِيلُ بِالْهَبَةِ وَالتَّصَدِّقِ وَالْإِعَارَةِ وَالْإِيدَاعِ وَالرَّهْنِ وَالْإِقْرَاضِ سَفِيرٌ أَيْضًا؛ لِأَنَّ الْحُكْمَ فِيمَا يَثْبُتُ بِالْقَبْضِ، وَأَنَّهُ يُلَاقِي مَحَلًّا مَمْلُوكًا لِلغَيْرِ فَلَا يُجْعَلُ أَصِيلًا، وَكَذَا إِذَا كَانَ الْوَكِيلُ مِنْ جَانِبِ الْمُتَمَسِّسِ، وَكَذَا الشَّرِكَةُ وَالْمُضَارَبَةُ، إِلَّا أَنَّ التَّوَكِيلَ بِالْإِسْقَاطِ بَاطِلٌ حَتَّى لَا يَثْبُتَ الْمَلِكُ لِلْمُوَكَّلِ بِخِلَافِ الرِّسَالَةِ فِيهِ.

الشرح:

قَالَ (وَالضَّرْبُ الثَّانِي مِنْ أَخَوَاتِهِ إلخ) أَيُّ وَمِنْ أَخَوَاتِ الضَّرْبِ الثَّانِي الْعِتْقُ عَلَى مَالٍ وَالْكِتَابَةُ وَالصَّلْحُ عَلَى الْإِنْكَارِ فَيُضَيَّفُ إِلَى مُوَكَّلِهِ وَالْحُقُوقُ تَرْجِعُ إِلَيْهِ لِأَنَّهُ مِنْ الْإِسْقَاطَاتِ (وَأَمَّا الصَّلْحُ الَّذِي هُوَ جَارٍ مَجْرَى الْبَيْعِ) وَهُوَ الصَّلْحُ عَنْ إِقْرَارٍ (فَهُوَ مِنْ

الضَرْبِ الْأَوَّلِ) لِأَنَّهُ مُبَادَلَةٌ مَالٍ بِمَالٍ فَكَانَ كَالْبَيْعِ تَتَعَلَّقُ حُقُوقُهُ بِالْوَكِيلِ. وَإِذَا وَكَّلَ بِأَنْ يَهَبَ عَبْدَهُ لِفُلَانٍ أَوْ يَتَصَدَّقَ بِمَالِهِ أَوْ يُقْرِضَهُ أَوْ يُعِيرَ دَابَّتَهُ أَوْ يُودِعَ مَتَاعَهُ أَوْ يَرْهَنَهُ فَقَبْضُ الْوَكِيلِ وَفَعَلَ مَا أَمَرَهُ بِهِ جَازَ عَلَى الْمُوَكَّلِ بِإِضَافَتِهِ إِلَيْهِ مِثْلُ أَنْ يَقُولَ وَهَبَهُ لَكَ مُوَكَّلِي أَوْ رَهْنَهُ، وَلَيْسَ لِلْوَكِيلِ الرَّجُوعُ فِي الْهَبَةِ وَلَا أَنْ يَقْبِضَ الْوَدِيعَةَ وَالْعَارِيَّةَ وَالرَّهْنَ وَالْقَرْضَ مِمَّنْ عَلَيْهِ. قَالَ الْمُصَنِّفُ رَحِمَهُ اللَّهُ (لَأَنَّ الْحُكْمَ فِيهَا) يَعْنِي فِي الصُّورِ الْمَذْكُورَةِ (يُثْبِتُ الْقَبْضَ، وَالْقَبْضُ يُلَاقِي مَحَلًّا مَمْلُوكًا لِلغَيْرِ) فَالْحُكْمُ يُلَاقِي مَحَلًّا مَمْلُوكًا لِلغَيْرِ، فَقَوْلُهُ (فَلَا يُجْعَلُ أَصِيلًا) مُقْتَضَاهُ أَصِيلًا فِي الْحُكْمِ وَلَيْسَ الْكَلَامُ فِيهِ. وَيُدْفَعُ ذَلِكَ بِأَنَّ الْحُكْمَ إِذَا لَاقَى مَحَلًّا مَمْلُوكًا لِلغَيْرِ الْوَكِيلُ كَانَ ثَابِتًا لَمْ لَهُ الْمَحَلُّ وَالْحُقُوقُ فِيمَا يَثْبِتُ الْحُكْمَ بِالْعِبَارَةِ وَحَدَّهَا فِيمَا لَا يَقْبَلُ الْحُكْمُ الْإِنْفِصَالَ عَنْهَا اثْتَقَلَتْ إِلَى الْمُوَكَّلِ بِجَعْلِ الْعِبَارَةِ سِفَارَةً، ففِيمَا احتَاجَ إِلَى الْقَبْضِ أَوَّلَى لضعفِهَا فِي الْعِلْيَةِ، وَكَذَا إِذَا كَانَ الْوَكِيلُ مِنْ جَانِبِ الْمُتَمَسِّ نَحْوِ التَّوَكُّلِ بِالِاسْتِعَارَةِ أَوْ الْارْتِهَانِ أَوْ الْاسْتِيْهَابِ فَإِنَّ الْحُكْمَ وَالْحُقُوقَ تَرْجِعُ إِلَى الْمُوَكَّلِ دُونَ الْوَكِيلِ. أَمَّا إِذَا قَبِضَ الْمُوَكَّلُ فَلَا إِشْكَالَ، وَأَمَّا إِذَا قَبِضَ الْوَكِيلُ فَالْوَاجِبُ أَنْ يَثْبِتَ الْحُكْمَ لِلْمُوَكَّلِ وَتَتَعَلَّقَ الْحُقُوقُ بِالْوَكِيلِ لِاجْتِمَاعِ الْقَوْلِ وَالْقَبْضِ. وَيُدْفَعُ بِأَنَّهُ لَا بُدَّ لَهُ مِنْ إِضَافَةِ الْعَقْدِ إِلَى مُوَكَّلِهِ وَهِيَ تَجْعَلُ الْقَبْضَ لَهُ فَصَارَ كَمَا إِذَا قَبِضَهُ بِنَفْسِهِ (وَكَذَا) إِذَا وَكَّلَ بِعَقْدِ (الشَّرَكَةِ أَوْ الْمُضَارَبَةِ) كَانَتْ الْحُقُوقُ رَاجِعَةً إِلَى الْمُوَكَّلِ لِلْإِضَافَةِ (قَوْلُهُ إِلَّا أَنْ التَّوَكُّلَ بِالِاسْتِقْرَاضِ بَاطِلٌ) اسْتِنَاءً مِنْ قَوْلِهِ، وَكَذَا إِذَا كَانَ الْوَكِيلُ مِنْ جَانِبِ الْمُتَمَسِّ. وَاعْلَمْ أَنِّي أُعِيدُ لَكَ هَاهُنَا مَا ذَكَرْتُهُ فِي أَوَّلِ كِتَابِ الْوَكَالَةِ، وَأَرِيدُكَ مَا يَسَّرَ اللَّهُ ذِكْرَهُ لَكُونَ الْمَقَامَ مِنْ مَعَارِكِ الْأَرَاءِ، فَإِنْ ظَهَرَ لَكَ فَاحْمَدُ اللَّهَ، وَإِنْ سَمَحَ ذَهْنُكَ بِخِلَافِهِ فَلَا مَلُومَةَ فَإِنْ جَهَدَ الْمُقِلُّ دُمُوعُهُ: التَّوَكُّلُ بِالِاسْتِقْرَاضِ لَا يَصِحُّ لِأَنَّهُ أَمْرٌ بِالتَّصَرُّفِ فِي مَالِ الْغَيْرِ وَأَنَّهُ لَا يَجُوزُ، وَرَدَّ بِالتَّوَكُّلِ بِالشَّرَاءِ فَإِنَّهُ أَمْرٌ بِقَبْضِ الْمَبِيعِ وَهُوَ مِلْكُ الْغَيْرِ. وَأُجِيبُ بِأَنَّ مَحَلَّهُ هُوَ الثَّمَنُ فِي ذِمَّةِ الْمُوَكَّلِ وَهُوَ مِلْكُهُ. وَأُورَدَ بِأَنَّهُ هَلَا جَعَلَ مَحَلَّهُ فِي الْاسْتِقْرَاضِ الْبَدَلُ فِي ذِمَّةِ الْمُوَكَّلِ.

وَأُجِيبُ بِأَنَّ ذَلِكَ مَحَلٌّ إِبْقَاءِ الْقَرْضِ لَا الْاسْتِقْرَاضِ. وَأُورَدَ التَّوَكُّلُ بِالِاسْتِيْهَابِ وَالِاسْتِعَارَةِ فَإِنَّهُ صَحِيحٌ، وَلَا مَحَلَّ لَهُ سِوَى الْمُسْتَعَارِ وَالْمَوْهُوبِ، إِذْ لَيْسَ ثَمَنًا بَدَلًا عَلَى

المُسْتَعِيرُ أَوْ الْمُؤْهُوبُ لَهُ فَيُجْعَلُ مَحَلًّا لِلتَّوَكِيلِ. وَالْجَوَابُ أَنَّ الْمُسْتَعَارَ وَالْمُؤْهُوبَ مَحَلُّ التَّوَكِيلِ بِالْإِعَارَةِ وَالْهَبَةِ لَا الِاسْتِعَارَةَ وَالْإِثْقَابَ، وَإِنَّمَا مَحَلُّهُ فِيهِمَا عِبَارَةُ الْمُوَكَّلِ فَإِنَّهُ يَتَصَرَّفُ فِيهَا بِجَعْلِهَا مُوجِبَةً لِلْمَلِكِ عِنْدَ الْقَبْضِ بِإِقَامَةِ الْمُوَكَّلِ مَقَامَ نَفْسِهِ فِي ذَلِكَ.

فَإِنْ قِيلَ: فَلْيَكُنْ فِي الِاسْتِقْرَاضِ كَذَلِكَ. فَالْجَوَابُ أَنَّا اعْتَبَرْنَا الْعِبَارَةَ مَحَلًّا لِلتَّوَكِيلِ فِي الِاسْتِعَارَةِ وَتَحْوِهَا ضَرُورَةُ صِحَّةِ الْعَقْدِ خَلْفًا عَنْ بَدَلِ يَلْزَمُ فِي الذِّمَّةِ إِذْ لَمْ يَكُنْ فِيهَا بَدَلٌ فِي الذِّمَّةِ، فَلَوْ اعْتَبَرْنَا مَحَلًّا لَهُ فِي الِاسْتِقْرَاضِ وَفِيهِ بَدَلٌ مُعْتَبَرٌ لِلْإِيْفَاءِ فِي الذِّمَّةِ لَزِمَ اجْتِمَاعُ الْأَصْلِ وَالْخَلْفِ فِي شَخْصٍ وَاحِدٍ مِنْ جِهَةِ عَقْدٍ وَاحِدٍ وَهُوَ لَا يَجُوزُ هَذَا، وَاللَّهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ. بِخِلَافِ الرِّسَالَةِ فَإِنَّهَا تَصِحُّ فِي الِاسْتِقْرَاضِ.

قَالَ فِي الْإِيضَاحِ: التَّوَكِيلُ بِالِاسْتِقْرَاضِ لَا يَصِحُّ وَلَا يُثْبِتُ الْمَلِكُ فِيمَا اسْتَقْرَضَ لِلْأَمْرِ إِلَّا إِذَا بَلَغَ عَلَى سَبِيلِ الرِّسَالَةِ فَيَقُولُ أَرْسَلَنِي إِلَيْكَ فَلَانَّ وَيَسْتَقْرِضُ مِنْكَ، فَحِينَئِذٍ يُثْبِتُ الْمَلِكُ لِلْمُسْتَقْرِضِ: يَعْنِي الْمُرْسِلِ.

قَالَ (وَإِذَا طَالَبَ الْمُوَكَّلُ الْمُشْتَرِيَ بِالثَّمَنِ) (فَلَهُ أَنْ يَمْنَعَهُ إِيَّاهُ)؛ لِأَنَّهُ أَجَنِبِي عَنْ الْعَقْدِ وَحَقُوقِهِ لِمَا أَنَّ الْحَقُوقَ إِلَى الْعَاقِدِ (فَإِنْ دَفَعَهُ إِلَيْهِ جَازَ وَلَمْ يَكُنْ لِلْمُوَكَّلِ أَنْ يُطَالِبَهُ بِهِ ثَانِيًا)؛ لِأَنَّ نَفْسَ الثَّمَنِ الْمَقْبُوضِ حَقُّهُ وَقَدْ وَصَلَ إِلَيْهِ، وَلَا فَائِدَةَ فِي الْأَخْذِ مِنْهُ ثُمَّ الدَّفْعُ إِلَيْهِ، وَلِهَذَا لَوْ كَانَ لِلْمُشْتَرِيَ عَلَى الْمُوَكَّلِ دَيْنٌ يَقَعُ الْمَقَاصَةُ، وَلَوْ كَانَ لَهُ عَلَيْهِمَا دَيْنٌ يَقَعُ الْمَقَاصَةُ بِدَيْنِ الْمُوَكَّلِ أَيْضًا دُونَ دَيْنِ الْوَكِيلِ وَبَدَيْنِ الْوَكِيلِ إِذَا كَانَ وَحْدَهُ إِنْ كَانَ يَقَعُ الْمَقَاصَةُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ لَمَّا أَنَّهُ يَمْلِكُ الْإِبْرَاءَ عَنْهُ عِنْدَهُمَا وَلَكِنَّهُ يَضْمَنُهُ لِلْمُوَكَّلِ فِي الْفَصْلَيْنِ.

الشرح:

قَالَ (وَإِذَا طَالَبَ الْمُوَكَّلُ الْمُشْتَرِيَ بِالثَّمَنِ إِنْ) إِذَا طَالَبَ الْمُوَكَّلُ الْمُشْتَرِيَ بِالثَّمَنِ فَلَهُ أَنْ يَمْنَعَهُ إِيَّاهُ لِأَنَّهُ أَجَنِبِي عَنْ الْعَقْدِ وَحَقُوقِهِ لَمَّا تَقَدَّمَ أَنَّ الْحَقُوقَ تَرْجِعُ إِلَى الْعَاقِدِ وَلِهَذَا إِذَا نَهَاهُ الْوَكِيلُ عَنْ ذَلِكَ صَحَّ، وَإِنْ نَهَاهُ الْمُوَكَّلُ لَا يَصِحُّ، فَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ لَمْ يَجْزُ مُطَالِبَةُ الْمُوَكَّلِ إِلَّا بِإِذْنِهِ، وَمَعَ ذَلِكَ لَوْ دَفَعَ الْمُشْتَرِيَ إِلَى الْمُوَكَّلِ صَحَّ، وَلَمْ يَكُنْ لِلْمُوَكَّلِ أَنْ يُطَالِبَ بِهِ ثَانِيًا لِأَنَّ نَفْسَ الثَّمَنِ حَقُّهُ وَقَدْ وَصَلَ إِلَيْهِ فَلَا فَائِدَةَ فِي الِاسْتِرْدَادِ مِنْهُ ثُمَّ فِي الدَّفْعِ إِلَيْهِ، وَهَذَا فِي غَيْرِ الصَّرْفِ.

وَأَمَّا فِي الصَّرْفِ فَقَبْضُ الْمُوَكَّلِ لَا يَصِحُّ لِأَنَّ جَوَازَهُ بِالْقَبْضِ فَكَانَ الْقَبْضُ فِيهِ بِمَنْزِلَةِ الْإِيجَابِ وَالْقَبُولِ، وَلَوْ تَبَتَ لِلْوَكِيلِ حَقُّ الْقَبُولِ وَقَبِلَ الْمُوَكَّلُ لَمْ يَجْزُ، فَكَذَا إِذَا تَبَتَ لَهُ حَقُّ الْقَبْضِ قَوْلُهُ (وَهَذَا) تَوْضِيحُ لِقَوْلِهِ إِنَّ نَفْسَ الثَّمَنِ الْمَقْبُوضِ حَقُّهُ؛ فَإِنَّهُ لَوْ كَانَ لِلْمُشْتَرِي عَلَى الْمُوَكَّلِ دَيْنٌ وَقَعَتِ الْمَقَاصَّةُ. وَلَوْ كَانَ لَهُ عَلَيْهِمَا دَيْنٌ وَقَعَتِ بَدْنِ الْمُوَكَّلِ دُونَ الْوَكِيلِ لَكُونِ الثَّمَنِ حَقُّهُ، وَلِأَنَّ الْمَقَاصَّةَ إِِبْرَاءً بِعَوْضٍ فَيَعْتَبَرُ بِالْإِبْرَاءِ بغيرِ عَوْضٍ؛ وَلَوْ أَبْرَأَهُ جَمِيعًا بِغيرِ عَوْضٍ وَخَرَجَ الْكَلَامَانِ مَعًا بَرِيءُ الْمُشْتَرِي بِإِبْرَاءِ الْمُوَكَّلِ دُونَ الْوَكِيلِ حَتَّى لَا يَرْجِعَ الْمُوَكَّلُ عَلَى الْوَكِيلِ بِشَيْءٍ فَكَذَلِكَ هَهُنَا.

فَإِنْ قِيلَ: الْمَقَاصَّةُ لَا تَدُلُّ عَلَى كَوْنِ الثَّمَنِ حَقًّا لِلْمُوَكَّلِ فَإِنَّهَا تَقَعُ بَدْنِ الْوَكِيلِ إِذَا كَانَ لَهُ عَلَيْهِ دَيْنٌ وَحَدُّهُ. أَجَابَ بِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ الْمَقَاصَّةَ إِِبْرَاءً بِعَوْضٍ وَهُوَ مُعْتَبَرٌ بِالْإِبْرَاءِ بغيرِهِ. وَلِلْوَكِيلِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ أَنْ يُبْرِيَ الْمُشْتَرِي بِغيرِ عَوْضٍ فَكَذَا بِعَوْضٍ لَكِنَّهُ يَضْمَنُهُ لِلْمُوَكَّلِ فِي الْإِبْرَاءِ وَالْمَقَاصَّةِ، وَإِنَّمَا كَانَ لَهُ ذَلِكَ عِنْدَهُمَا لِأَنَّ الْإِبْرَاءَ إِسْقَاطُ لِحَقِّ الْقَبْضِ وَهُوَ حَقُّ الْوَكِيلِ، فَكَانَ بِالْإِبْرَاءِ مُسْقَاطًا حَقَّ نَفْسِهِ، وَفِيهِ نَظَرٌ، فَإِنَّهُ لَوْ كَانَ كَذَلِكَ لَمَا جَازَ الْإِبْرَاءُ مِنَ الْمُوَكَّلِ وَلَا تَضْمِينُ الْوَكِيلِ. الْجَوَابُ أَنَّ الثَّمَنَ حَقُّهُ فَجَازَ إِبْرَاؤُهُ فَإِنَّ الْإِبْرَاءَ مِنَ الْوَكِيلِ هُوَ ذَلِكَ، فَإِذَا أَبْرَأَهُ أَسْقَطَ حَقَّ الْقَبْضِ، وَلَيْسَ لِلْمُوَكَّلِ حَقُّ الْقَبْضِ فَيَلْزَمُ مِنْ ذَلِكَ سَقُوطُ الثَّمَنِ ضَرُورَةً، وَاسْتَدَّ عَلَى الْمُوَكَّلِ بَابُ الاسْتِيفَاءِ فَلَزِمَ الْوَكِيلُ الضَّمَانُ، كَالرَّاهِنِ يُعْتَقُ الرَّهْنُ فَإِنَّهُ يَضْمَنُ لِلْمُرْتَهِنِ الدَّيْنَ لِسَدِّهِ بَابَ الاسْتِيفَاءِ مِنْ مَالِيَةِ الْعَبْدِ عَلَيْهِ.

وَاسْتَحْسَنَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ فَقَالَ: الثَّمَنُ مِلْكُ الْمُوَكَّلِ لَا مَحَالَةَ فَلَيْسَ لغيرِهِ أَنْ يَتَصَرَّفَ فِيهِ إِلَّا بِإِذْنِهِ.

وَالْجَوَابُ الْقَوْلُ بِالْمَوْجِبِ. سَلَمْنَا أَنَّ الثَّمَنَ مِلْكُ الْمُوَكَّلِ لَكِنَّ الْقَبْضَ حَقُّ الْوَكِيلِ لَا مَحَالَةَ فَإِذَا أَسْقَطَهُ وَلَيْسَ لِلْمُوَكَّلِ قَبْضُهُ سَقَطَ الثَّمَنُ ضَرُورَةً كَمَا ذَكَرْنَا آنفًا.

قِيلَ: كَانَ الْوَاجِبُ أَنْ لَا يَجُوزَ مِنَ الْوَكِيلِ بِالْبَيْعِ بَيْعٌ يُوجِبُ مَقَاصَّةً لِأَنَّ غَرَضَ الْمُوَكَّلِ وَصُولَ الثَّمَنِ إِلَيْهِ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ فِي الْمَقَاصَّةِ وَصُولًا مُتَقَدِّمًا إِنْ كَانَتْ بَدْنِ الْمُوَكَّلِ، وَمُتَأَخِّرًا بِالضَّمَانِ إِنْ كَانَتْ بَدْنِ الْوَكِيلِ فَلَا مَانِعَ مِنَ الْجَوَازِ.

بَابُ الْوَكَالَةِ فِي الْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ

فَصْلٌ فِي الشِّرَاءِ

(قَالَ: وَمَنْ وَكَّلَ رَجُلًا بِشِرَاءِ شَيْءٍ فَلَا بُدَّ مِنْ تَسْمِيَةِ جِنْسِهِ وَصِفَتِهِ أَوْ جِنْسِهِ وَمَبْلَغِ ثَمَنِهِ) لِيَصِيرَ الْفِعْلُ الْمُوَكَّلُ بِهِ مَعْلُومًا فَيُمْكِنُهُ الْإِتِمَارُ، (إِلَّا أَنْ يُوَكَّلَهُ وَكَالَتُهُ عَامَّةً فَيَقُولُ: ابْتَغَ لِي مَا رَأَيْتَ؛ لِأَنَّهُ قَوْضُ الْأَمْرِ إِلَى رَأْيِهِ، فَأَيُّ شَيْءٍ يَشْتَرِيهِ يَكُونُ مُمْتَثِلًا. وَالْأَصْلُ فِيهِ أَنَّ الْجِهَالَتَ الْيَسِيرَةَ تَتَحَمَّلُ فِي الْوَكَالَةِ كَجِهَالَتِ الْوَصْفِ اسْتِحْسَانًا، لِأَنَّ مَبْنَى التَّوَكُّلِ عَلَى التَّوَسُّعِ؛ لِأَنَّهُ اسْتِعَانَةٌ. وَفِي اعْتِبَارِ هَذَا الشَّرْطِ بَعْضُ الْحَرَجِ وَهُوَ مَدْفُوعٌ.

الشرح:

(بَابُ الْوَكَالَةِ بِالْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ): (فَصْلٌ فِي الشِّرَاءِ): قَدَّمَ مِنْ أَبْوَابِ الْوَكَالَةِ مَا هُوَ أَكْثَرُ وَقَوْعًا وَأَمْسُ حَاجَةً وَهُوَ الْوَكَالَةُ بِالْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ. وَقَدَّمَ فَصْلَ الشِّرَاءِ لِأَنَّهُ يُبْنَى عَنْ إِبْتِاثِ الْمَلِكِ وَالْبَيْعِ يُبْنَى عَنْ إِزَالَتِهِ بَعْدَ الْإِثْبَاتِ. قَالَ (وَمَنْ وَكَّلَ رَجُلًا بِشِرَاءِ شَيْءٍ إلخ) إِذَا وَكَّلَ رَجُلًا بِشِرَاءِ شَيْءٍ بِغَيْرِ عَيْنِهِ لَا بُدَّ لَصِحَّتِهِ مِنْ تَسْمِيَةِ جِنْسِهِ وَصِفَتِهِ: أَيُّ نَوْعِهِ أَوْ جِنْسِهِ وَمَبْلَغِ ثَمَنِهِ، وَالْمُرَادُ بِالْجِنْسِ وَالتَّنَوُّعِ هَاهُنَا غَيْرُ مَا اصْطَلَحَ عَلَيْهِ أَهْلُ الْمَنْطِقِ، فَإِنَّ الْجِنْسَ عِنْدَهُمْ هُوَ الْمَقُولُ عَلَى كَثِيرِينَ مُخْتَلِفِينَ بِالْحَقِيقَةِ فِي جَوَابِ مَا هُوَ كَالْحَيَوَانِ، وَالتَّنَوُّعُ هُوَ الْمَقُولُ عَلَى كَثِيرِينَ مُتَّفِقِينَ بِالْحَقِيقَةِ فِي جَوَابِ مَا هُوَ كَالْإِنْسَانِ مَثَلًا، وَالصَّنْفُ هُوَ النَّوعُ الْمُقَيَّدُ بِقَيْدِ عَرَضِيٍّ كَالْتَّرَكِيِّ وَالْهِنْدِيِّ، وَالْمُرَادُ هَاهُنَا بِالْجِنْسِ مَا يَشْمَلُ أَصْنَافًا عَلَى اصْطِلَاحِ أَوَّلِكِ، وَبِالتَّنَوُّعِ الصَّنْفُ، فَمَنْ وَكَّلَ رَجُلًا بِشِرَاءِ شَيْءٍ فِيمَا أَنْ يَكُونَ مُعَيَّنًا أَوْ لَا، وَالْأَوَّلُ لَا حَاجَةَ فِيهِ إِلَى ذِكْرِ شَيْءٍ، وَالثَّانِي لَا بُدَّ فِيهِ مِنْ تَسْمِيَةِ جِنْسِهِ وَنَوْعِهِ مِثْلُ أَنْ يَقُولَ عَبْدًا هِنْدِيًّا، أَوْ تَسْمِيَةَ جِنْسِهِ وَمَبْلَغِ ثَمَنِهِ مِثْلُ أَنْ يَقُولَ عَبْدًا بِخَمْسِمِائَةِ دِرْهَمٍ لِيَصِيرَ الْفِعْلُ الْمُوَكَّلُ بِهِ مَعْلُومًا فَيُمْكِنُهُ الْإِتِمَارُ فَإِنْ ذَكَرَ الْجِنْسَ مُجَرَّدًا عَنْ الْوَصْفِ أَوْ الثَّمَنَ غَيْرَ مُفِيدٍ لِلْمَعْرِفَةِ فَلَا يَتِمَكَّنُ الْوَكِيلُ مِنَ الْإِثْبَانِ بِمَا أُمِرَ بِهِ.

وَاعْتَرَضَ عَلَى قَوْلِهِ لِيَصِيرَ الْفِعْلُ الْمُوَكَّلُ بِهِ مَعْلُومًا بِأَنَّ الْفِعْلَ الْمُوَكَّلَ بِهِ مَعْلُومًا وَهُوَ الشِّرَاءُ.

وَالْجَوَابُ أَنَّ الْفِعْلَ الْمُوَكَّلَ بِهِ فِي هَذَا الْقِسْمِ لَيْسَ هُوَ الشِّرَاءُ بَلْ شِرَاءُ نَوْعٍ مِنْ

جنس، وإذا لم يعلم النوع لم يعلم الفعل المضاف إليه، بخلاف القسم الآخر وهو التوكيل العام مثل أن يقول ابتع لي ما رأيت فإنه فوض الأمر إلى رأيه، فأى شيء يشتري يكون ممثلاً ويقع عن الأمر (والأصل أن الجهالة اليسيرة متحملة في باب الوكالة استحساناً) والقياس يأباه لأن التوكيل بالبيع والشراء معتبر بنفس البيع والشراء بأن يجعل الوكيل كالمشتري لنفسه ثم كالبائع من الموكل، وفي ذلك الجهالة تمنع الصحة فكذلك فيما اعتبر به.

ووجه الاستحسان ما ذكره (لأن مبنى التوكيل على التوسعة لأنه استعانة وفي اشتراط عدم الجهالة اليسيرة حرج) فلو اعتبرناه لكان ما فرضناه توسعة ضيقاً وحرَجاً، وذلك خلف باطل فلا بد من بيان الجهالة اليسيرة وغيرها لتمييز ما يفسد الوكالة عما لا يفسدها.

ف نقول: إذا بين الموكل به بجنسه ونوعه ووصفه فذاك معلوم صححت الوكالة به لا محالة، وإن ترك جميع ذلك وذكر لفظاً يدل على أجناس مختلفة فذاك مجهول لم تصح الوكالة به لا محالة. وإن بين الجنس بأن ذكر لفظاً يدل على أنواع مختلفة، فإن ضم إلى ذكره بيان النوع أو الثمن جازت وإلا فلا، وإن بين النوع ولم يبين الوصف كالجوذة وغيرها فكذلك، وعلى هذا إذا قال لآخر اشتري لي ثوباً أو دابة أو داراً فالوكالة باطلة بين الثمن أو لا للجهالة الفاحشة، فإن الدابة في الحقيقة اسم لما يدب على وجه الأرض. وفي العرف ينطلق على الخيل والبغال والحمير فقد جمع أجناساً كثيرة، وكذا الثوب لأنه يتناول الملبوس من الأطلس إلى الكساء، ولهذا لا يصح تسميته مهراً، وكذا الدار تشتمل على ما هو في معنى الأجناس لأنها تختلف اختلافاً فاحشاً باختلاف الأغراض والجيران والمرافق والمحال والبلدان فيتعذر الامتثال، لأن بذلك الثمن يوجد من كل جنس ولا يدري مراد الأمر لتفاحش الجهالة، وإلا إذا وصفها فإنها جازت لارتفاع تفاحشها بذكر الوصف والتمن.

وإذا قال اشتري لي عبداً أو جارية لا يصح لأن ذلك يشمل أنواعاً، فإن قال عبداً تركياً أو حبشياً أو مولداً وهو الذي ولد في الإسلام أو قال جارية هندية أو رومية أو فرساً أو بعلاً صححت، لأن بذكر النوع ثقل الجهالة، وكذا إذا قال عبداً بخمسمائة أو

جَارِيَةً بِالْفِ صَحَّتْ لِأَنَّ بِتَقْدِيرِ الثَّمَنِ يَصِيرُ النُّوعُ مَعْلُومًا عَادَةً فَلَا يَمْتَنِعُ الِامْتِنَالُ.
وَيُبَيِّنُ مِنْ هَذَا أَنَّهُ إِذَا ذَكَرَ النُّوعَ أَوْ الثَّمَنَ بَعْدَ ذِكْرِ الْجِنْسِ صَارَتْ الْجَهَالَةُ
يَسِيرَةً، وَإِنْ لَمْ يَذْكُرِ الصِّفَةَ: أَيِ الْجُودَةِ وَالرِّدَاءَةِ وَالسُّلْطَةِ. وَفَائِدَةُ ذِكْرِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ
يَبَيِّنُ اشْتِمَالَ لَفْظِهِ عَلَى أَجْنَاسٍ مُخْتَلَفَةٍ كَمَا أَشْرَفْنَا إِلَيْهِ.

(ثُمَّ إِنْ كَانَ اللَّفْظُ يَجْمَعُ أَجْنَاسًا أَوْ مَا هُوَ فِي مَعْنَى الْأَجْنَاسِ لَا يَصِحُّ التَّوَكُّيلُ
وَإِنْ بَيَّنَّ الثَّمَنَ؛ لِأَنَّ بِذَلِكَ الثَّمَنَ يُوجَدُ مِنْ كُلِّ جِنْسٍ فَلَا يُدْرَى مُرَادُ الْأَمْرِ لَتَفَاحُشِ
الْجَهَالَةِ (وَإِنْ كَانَ جِنْسًا يَجْمَعُ أَنْوَاعًا لَا يَصِحُّ إِلَّا بَيَانُ الثَّمَنِ أَوْ النُّوعِ)؛ لِأَنَّهُ بِتَقْدِيرِ
الثَّمَنِ يَصِيرُ النُّوعُ مَعْلُومًا، وَبِذِكْرِ النُّوعِ تَقِلُّ الْجَهَالَةُ فَلَا تَمْنَعُ الِامْتِنَالُ.

مِثَالُهُ: إِذَا وَكَلَهُ بِشِرَاءِ عَبْدٍ أَوْ جَارِيَةٍ لَا يَصِحُّ؛ لِأَنَّهُ يَشْمَلُ أَنْوَاعًا فَإِنْ بَيَّنَّ النُّوعَ
كَالْتُرْكِيِّ وَالْحَبَشِيِّ أَوْ الْهِنْدِيِّ أَوْ السَّنْدِيِّ أَوْ الْمَوْلَدِ جَزَاءً، وَكَذَا إِذَا بَيَّنَّ الثَّمَنَ لَمَّا
ذَكَرْنَاهُ، وَلَوْ بَيَّنَّ النُّوعَ أَوْ الثَّمَنَ وَلَمْ يُبَيِّنِ الصِّفَةَ وَالْجُودَةَ وَالرِّدَاءَةَ وَالسُّلْطَةَ جَزَاءً؛ لِأَنَّهُ
جَهَالَةٌ مُسْتَدْرَكَةٌ، وَمُرَادُهُ مِنَ الصِّفَةِ الْمَذْكُورَةِ فِي الْكِتَابِ النُّوعُ

(وَفِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ: وَمَنْ قَالَ لِأَخَرَ اشْتَرِ لِي ثَوْبًا أَوْ دَابَّةً أَوْ دَارًا فَالْوَكَالَةُ
بِاطِلَةٌ) لِلْجَهَالَةِ الْفَاحِشَةِ، فَإِنَّ الدَّابَّةَ فِي حَقِيقَةِ اللَّغَةِ اسْمٌ لَمَّا يَدْبُ عَلَى وَجْهِ الْأَرْضِ.
وَفِي الْعُرْفِ يُطْلَقُ عَلَى الْخَيْلِ وَالْحِمَارِ وَالْبِغْلِ فَقَدْ جَمَعَ أَجْنَاسًا، وَكَذَا الثُّوبُ؛ لِأَنَّهُ
يَتَنَاوَلُ الْمَلْبُوسَ مِنَ الْأَطْلَسِ إِلَى الْكِسَاءِ وَلِهَذَا لَا يَصِحُّ تَسْمِيَتُهُ مَهْرًا وَكَذَا الدَّارُ تَشْمَلُ
مَا هُوَ فِي مَعْنَى الْأَجْنَاسِ؛ لِأَنَّهُا تَخْتَلِفُ اخْتِلَافًا فَاحِشًا بِاخْتِلَافِ الْأَغْرَاضِ وَالْجِيرَانِ
وَالْمُرَافِقِ وَالْمَحَالِ وَالْبُلْدَانِ فَيَتَعَذَّرُ الِامْتِنَالُ (قَالَ: وَإِنْ سَمِيَ ثَمَنُ الدَّارِ وَوَصِفَ جِنْسُ الدَّارِ
وَالثُّوبِ جَزَاءً) مَعْنَاهُ نَوْعُهُ، وَكَذَا إِذَا سَمِيَ نَوْعُ الدَّابَّةِ بِأَن قَالَ حِمَارًا أَوْ نَحْوَهُ.

(قَالَ: وَمَنْ دَفَعَ إِلَى آخَرَ دَرَاهِمَ وَقَالَ اشْتَرِ لِي بِهَا طَعَامًا فَهُوَ عَلَى الْحِنْطَةِ
وَدَقِيقِهَا) اسْتِحْسَانًا. وَالْقِيَاسُ أَنْ يَكُونَ عَلَى كُلِّ مَطْعُومٍ اعْتِبَارًا لِلْحَقِيقَةِ كَمَا فِي
الْيَمِينِ عَلَى الْأَكْلِ إِذَا الطَّعَامُ اسْمٌ لَمَّا يُطْعَمُ.

وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّ الْعُرْفَ أَمْلَكَ وَهُوَ عَلَى مَا ذَكَرْنَاهُ إِذَا ذُكِرَ مَقْرُونًا بِالْبَيْعِ
وَالشِّرَاءِ وَلَا عُرْفَ فِي الْأَكْلِ فَبَقِيَ عَلَى الْوَضْعِ، وَقِيلَ إِنْ كَثُرَتْ الدَّرَاهِمُ فَعَلَى
الْحِنْطَةِ، وَإِنْ قَلَّتْ فَعَلَى الْخُبْزِ، وَإِنْ كَانَ فِيمَا بَيْنَ ذَلِكَ فَعَلَى الدَّقِيقِ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ دَفَعَ إِلَى آخَرَ دَرَاهِمَ وَقَالَ اشْتَرِ لِي بِهَا طَعَامًا إلخ) وَمَنْ دَفَعَ إِلَى آخَرَ دَرَاهِمَ وَقَالَ اشْتَرِ لِي بِهَا طَعَامًا يَقَعُ عَلَى الْحِنْطَةِ وَدَقِيقِهَا اسْتِحْسَانًا، وَالْقِيَاسُ أَنْ يَقَعُ عَلَى كُلِّ مَطْعُومٍ اعْتِبَارًا لِلْحَقِيقَةِ، كَمَا إِذَا حَلَفَ لَا يَأْكُلُ طَعَامًا إِذَا الطَّعَامُ اسْمٌ لِمَا يُطْعَمُ (وَجْهٌ الْاسْتِحْسَانُ أَنَّ الْعُرْفَ أَمْلَكَ) أَيْ أَقْوَى وَأَرْجَحُ بِالْاعْتِبَارِ مِنَ الْقِيَاسِ، وَالْعُرْفُ فِي شِرَاءِ الطَّعَامِ أَنْ يَقَعُ عَلَى الْحِنْطَةِ وَدَقِيقِهَا.

قَالُوا: هَذَا عُرْفُ أَهْلِ الْكُوفَةِ، فَإِنَّ سُوقَ الْحِنْطَةِ وَدَقِيقِهَا عِنْدَهُمْ يُسَمَّى سُوقَ الطَّعَامِ، أَمَا فِي عُرْفِ غَيْرِهِمْ فَيَنْصَرِفُ إِلَى كُلِّ مَطْعُومٍ.

قَالَ بَعْضُ مَشَايِخِ مَا وَرَاءَ النَّهْرِ: الطَّعَامُ فِي عُرْفِ دِيَارِنَا مَا يُمَكِّنُ أَكْلَهُ مِنْ غَيْرِ إِذَا مِ كَاللَّحْمِ الْمَطْبُوخِ وَالْمَشْوِيِّ وَغَيْرِ ذَلِكَ فَيَنْصَرِفُ التَّوَكُّيلُ إِلَيْهِ. وَقِيلَ إِنَّ كَثُرَتْ الدَّرَاهِمُ عَلَى الْحِنْطَةِ، وَإِنْ قَلَتْ فَهُوَ عَلَى الْخُبْزِ، وَإِنْ كَانَ بَيْنَ ذَلِكَ فَعَلَى الدَّقِيقِ، وَهَذَا بَظَاهِرِهِ يَدُلُّ عَلَى أَنَّ مَا ذَكَرَهُ أَوَّلًا مُطْلَقٌ: أَيْ سَوَاءٌ كَانَتْ الدَّرَاهِمُ قَلِيلَةً أَوْ كَثِيرَةً إِذَا وَكُلَّ بِشِرَاءِ الطَّعَامِ يَنْصَرِفُ إِلَى شِرَاءِ الْحِنْطَةِ وَدَقِيقِهَا، وَهَذَا الثَّانِي الْمُعَبَّرُ عَنْهُ بِلَفْظٍ قِيلَ مُخَالَفٌ لِلأَوَّلِ وَهُوَ قَوْلُ أَبِي جَعْفَرٍ الْهِنْدُوَانِيِّ، وَلَكِنْ ذَكَرَ فِي النَّهْيَةِ أَنَّهُ لَيْسَ بِقَوْلٍ مُخَالَفٍ لِلأَوَّلِ بَلْ هُوَ دَاخِلٌ فِي الْأَوَّلِ.

وَذَكَرَ مَا يَدُلُّ عَلَى ذَلِكَ مِنَ الْمَبْسُوطِ بِقَوْلِهِ: قَالَ فِي الْمَبْسُوطِ بَعْدَ مَا ذَكَرَ مَا قُلْنَا: ثُمَّ إِنْ قَلَتْ الدَّرَاهِمُ فَلَهُ أَنْ يَشْتَرِيَ بِهَا خُبْزًا، وَإِنْ كَثُرَتْ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَشْتَرِيَ بِهَا الْخُبْزَ لِأَنَّ ادِّخَارَهُ غَيْرُ مُمَكِّنٍ، وَإِنَّمَا يُمَكِّنُ الْادِّخَارُ فِي الْحِنْطَةِ.

وَأَقُولُ: فِي تَحْقِيقِ ذَلِكَ الْعُرْفِ يَنْصَرِفُ إِطْلَاقُ اللَّفْظِ الْمُتَنَاوِلِ لِكُلِّ مَطْعُومٍ إِلَى الْحِنْطَةِ وَدَقِيقِهَا، وَالدَّرَاهِمُ بِقِلَّتِهَا وَكَثْرَتِهَا وَسِطَّتِهَا تَعَيَّنَ أَفْرَادُ مَا عِنْتَهُ الْعُرْفُ. وَقَدْ يَعْزِضُ مَا يَتَرَجَّحُ عَلَى ذَلِكَ وَيَصْرِفُهُ إِلَى خِلَافٍ مَا حَمَلَ بِهِ عَلَيْهِ، مِثْلُ الرَّجُلِ اتَّخَذَ الْوَلِيمَةَ وَدَفَعَ دَرَاهِمَ كَثِيرَةً يَشْتَرِي بِهَا طَعَامًا فَاشْتَرَى بِهَا خُبْزًا وَقَعَ عَلَى الْوَكَالَةِ لِلْعِلْمِ بِأَنَّ الْمُرَادَ ذَلِكَ.

قَالَ (وَإِذَا اشْتَرَى الْوَكِيلُ وَقَبِضَ ثُمَّ اطَّلَعَ عَلَى عَيْبٍ فَلَهُ أَنْ يَرُدَّهُ بِالْعَيْبِ مَا دَامَ الْمَبِيعُ فِي يَدِهِ؛ لِأَنَّهُ مِنْ حَقُوقِ الْعَقْدِ وَهِيَ كُلُّهَا إِلَيْهِ (فَإِنْ سَلِمَهُ إِلَى الْمُوَكَّلِ لَمْ يَرُدَّهُ إِلَّا

بِإِذْنِهِ؛ لِأَنَّهُ انْتَهَى حُكْمُ الْوَكَالَةِ، وَلَآنَ فِيهِ إِبْطَالُ يَدِهِ الْحَقِيقِيَّةِ فَلَا يَتِمَّكُنُ مِنْهُ إِلَّا بِإِذْنِهِ، وَلِهَذَا كَانَ خَصْمًا لِمَنْ يَدْعِي فِي الْمُشْتَرَى دَعْوَى كَالشَّفِيعِ وَغَيْرِهِ قَبْلَ التَّسْلِيمِ إِلَى الْمُوَكَّلِ لَا بَعْدَهُ.

الشرح:

قَالَ (وَإِذَا اشْتَرَى الْوَكِيلُ ثُمَّ أَطْلَعَ عَلَى عَيْبٍ إِنْج) وَإِذَا اشْتَرَى الْوَكِيلُ مَا وَكَّلَ بِهِ وَقَبَضَهُ ثُمَّ أَطْلَعَ عَلَى عَيْبٍ، فَإِمَّا أَنْ يَكُونَ الْمُشْتَرَى بِيَدِهِ أَوْ دَفَعَهُ إِلَى الْمُوَكَّلِ، فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ جَازَ لَهُ أَنْ يَرُدَّهُ إِلَى الْبَائِعِ بِغَيْرِ إِذْنِ الْمُوَكَّلِ، لِأَنَّ الرَّدَّ بِالْعَيْبِ مِنْ حُقُوقِ الْعَقْدِ وَهِيَ كُلُّهَا إِلَيْهِ، وَإِنْ كَانَ الثَّانِي لَمْ يَرُدَّهُ إِلَّا بِإِذْنِهِ لِانْتِهَاءِ حُكْمِ الْوَكَالَةِ. وَلَآنَ فِي الرَّدِّ إِبْطَالُ يَدِهِ الْحَقِيقِيَّةِ فَلَا يَتِمَّكُنُ مِنْهُ إِلَّا بِإِذْنِهِ (وَلِهَذَا) أَيْ وَلَكُونَ الْحُقُوقِ كُلُّهَا إِلَيْهِ (كَانَ خَصْمًا لِمَنْ يَدْعِي فِي الْمُشْتَرَى دَعْوَى كَالشَّفِيعِ وَغَيْرِهِ) كَالْمُسْتَحَقِّ (قَبْلَ التَّسْلِيمِ إِلَى الْمُوَكَّلِ).

قَالَ (وَيَجُوزُ التَّوَكِيلُ بِعَقْدِ الصَّرْفِ وَالسَّلَمِ)؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ يَمْلِكُهُ بِنَفْسِهِ فَيَمْلِكُ التَّوَكِيلُ بِهِ عَلَى مَا مَرَّ، وَمُرَادُهُ التَّوَكِيلُ بِالْإِسْلَامِ دُونَ قَبُولِ السَّلَمِ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لَا يَجُوزُ، فَإِنَّ الْوَكِيلَ يَبِيعُ طَعَامًا فِي ذِمَّتِهِ عَلَى أَنْ يَكُونَ الثَّمَنُ لغيرِهِ، وَهَذَا لَا يَجُوزُ.

الشرح:

قَالَ (وَيَجُوزُ التَّوَكِيلُ بِعَقْدِ الصَّرْفِ وَالسَّلَمِ إِنْج) إِذَا وَكَّلَ شَخْصًا بِأَنْ يَفْعَلَ عَقْدَ الصَّرْفِ أَوْ يُسَلِّمَ فِي مَكِيلٍ مَثَلًا فَفَعَلَ جَازَ لِأَنَّهُ عَقْدٌ يَمْلِكُهُ الْمُوَكَّلُ بِنَفْسِهِ فَيَجُوزُ التَّوَكِيلُ بِهِ عَلَى مَا مَرَّ فِي أَوَّلِ كِتَابِ الْوَكَالَةِ، وَلَوْ وَكَّلَهُ بِأَنْ يَقْبَلَ السَّلَمَ لَا يَجُوزُ لِأَنَّ الْوَكِيلَ يَبِيعُ طَعَامًا فِي ذِمَّتِهِ عَلَى أَنْ يَكُونَ الثَّمَنُ لغيرِهِ، وَذَلِكَ لَا يَجُوزُ لِأَنَّ مَنْ بَاعَ مِلْكًا نَفْسَهُ الْعَيْنَ عَلَى أَنْ يَكُونَ الثَّمَنُ لغيرِهِ لَا يَجُوزُ فَكَذَلِكَ فِي الدُّيُونِ.

وَاعْتَرَضَ بِأَنْ قَبُولَ السَّلَمِ عَقْدٌ يَمْلِكُهُ الْمُوَكَّلُ فَالْوَاجِبُ أَنْ يَمْلِكَهُ الْوَكِيلُ حِفْظًا لِلْقَاعِدَةِ الْمَذْكُورَةِ عَنِ الْاِئْتِضَافِ، وَبِأَنَّ التَّوَكِيلَ بِالشَّرَاءِ جَائِزٌ لَا مَحَالَةَ، وَالثَّمَنُ يَجِبُ فِي ذِمَّةِ الْمُوَكَّلِ وَالْوَكِيلِ مُطَالَبٌ بِهِ فَلَمْ لَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ الْمَالُ الْمُسَلَّمُ إِلَيْهِ وَالْوَكِيلُ مُطَالَبٌ بِتَسْلِيمِ الْمُسَلَّمِ فِيهِ. وَأُجِيبَ عَنِ الْأَوَّلِ بِأَنَّ الْمُوَكَّلَ يَمْلِكُهُ ضَرُورَةُ دَفْعِ الْحَاجَةِ وَبِالنَّصِّ عَلَى خِلَافِ الْقِيَاسِ.

وَالثَّابِتُ بِالضَّرُورَةِ يَتَقَدَّرُ بِقَدَرِهَا فَلَا يَتَعَدَّى إِلَى جَوَازِ التَّوَكُّلِ بِهِ، وَالثَّابِتُ
بِالنَّصِّ عَلَى خِلَافِ الْقِيَاسِ يَقْتَضِرُ عَلَى مَوْرِدِ النَّصِّ، وَالنَّصُّ قَدْ وَرَدَ بِجَوَازِ قَبُولِهِ فَلَا
يَتَعَدَّى إِلَى الْأَمْرِ بِهِ.

وَعَنْ الثَّانِي بَأَنَّ كَلَامَنَا فِيمَا إِذَا كَانَ الْمُبْدَلُ فِي ذِمَّةِ شَخْصٍ وَآخَرُ يَمْلِكُ بَدْلَهُ،
وَمَا ذَكَرْتُمْ لَيْسَ كَذَلِكَ فَإِنَّ الْمُوَكَّلَ فِي الشَّرَاءِ يَمْلِكُ الْمُبْدَلُ وَيَلْزَمُ الْبَدَلُ فِي ذِمَّتِهِ.
فَإِنْ قِيلَ: فَاجْعَلِ الْمُسْلِمَ فِيهِ فِي ذِمَّةِ الْمُوَكَّلِ وَالْمَالُ لَهُ كَمَا فِي صُورَةِ الشَّرَاءِ.
فَالْجَوَابُ هُوَ الْجَوَابُ عَنْ السُّؤَالِ الْأَوَّلِ الْمَذْكُورِ آتِئًا، وَإِذَا بَطَلَ التَّوَكُّلُ كَانَ
الْوَكِيلُ عَاقِدًا لِنَفْسِهِ فَيَجِبُ الطَّعَامُ فِي ذِمَّتِهِ وَرَأْسُ الْمَالِ مَمْلُوكٌ لَهُ، فَإِذَا سَلِمَهُ إِلَى
الْأَمْرِ عَلَى وَجْهِ التَّمْلِيكِ مِنْهُ كَانَ قَرْضًا عَلَيْهِ، وَلَا فَرْقَ فِي ذَلِكَ بَيْنَ أَنْ يُضَيَّفَ الْعَقْدُ
إِلَى نَفْسِهِ أَوْ إِلَى الْأَمْرِ لِإِطْلَاقِ مَا يَدُلُّ عَلَى بَطْلَانِهِ، وَلَا بُدَّ مِنْ قَبْضٍ بَدَلَ الصَّرْفِ
وَرَأْسُ مَالِ السَّلَمِ فِي الْمَجْلَسِ، فَإِنْ قَبِضَ الْعَاقِدُ وَهُوَ الْوَكِيلُ بَدَلَ الصَّرْفِ صَحَّ قَبْضُهُ
سَوَاءً كَانَ مِمَّا يَتَعَلَّقُ بِهِ الْحُقُوقُ أَوْ مِمَّنْ لَا يَتَعَلَّقُ بِهِ كَالصَّبِيِّ وَالْعَبْدِ الْمَحْجُورِ عَلَيْهِ فَإِنْ
قَبِضَهُ صَحِيحٌ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَازِمًا

(فَإِنْ فَارَقَ الْوَكِيلُ صَاحِبَهُ قَبْلَ الْقَبْضِ بَطَلَ الْعَقْدُ) لَوْجُودِ الْإِفْتِرَاقِ مِنْ غَيْرِ
قَبْضٍ (وَلَا يُعْتَبَرُ مُفَارَقَةُ الْمُوَكَّلِ)؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِعَاقِدٍ وَالْمُسْتَحَقُّ بِالْعَقْدِ قَبْضُ الْعَاقِدِ وَهُوَ
الْوَكِيلُ فَيَصِحُّ قَبْضُهُ وَإِنْ كَانَ لَا يَتَعَلَّقُ بِهِ الْحُقُوقُ كَالصَّبِيِّ وَالْعَبْدِ الْمَحْجُورِ عَلَيْهِ،
بِخِلَافِ الرَّسُولِ؛ لِأَنَّ الرُّسَالَاتَ فِي الْعَقْدِ لَا فِي الْقَبْضِ، وَيَنْتَقِلُ كَلَامُهُ إِلَى الْمُرْسِلِ فَصَارَ
قَبْضُ الرَّسُولِ قَبْضُ غَيْرِ الْعَاقِدِ فَلَمْ يَصِحَّ.

الشرح:

(فَإِنْ فَارَقَ صَاحِبَهُ قَبْلَ الْقَبْضِ بَطَلَ الْعَقْدُ لَوْجُودِ الْإِفْتِرَاقِ مِنْ غَيْرِ قَبْضٍ) قَالَ
شَيْخُ الْإِسْلَامِ: هَذَا إِذَا كَانَ الْمُوَكَّلُ غَائِبًا عَنْ مَجْلَسِ الْعَقْدِ، وَأَمَّا إِذَا كَانَ حَاضِرًا فِيهِ
فَإِنَّ الْمُوَكَّلَ يَصِيرُ كَالصَّارِفِ بِنَفْسِهِ فَلَا يُعْتَبَرُ مُفَارَقَةُ الْوَكِيلِ. وَهَذَا مُشْكِلٌ فَإِنَّ الْوَكِيلَ
أَصِيلٌ فِي بَابِ الْبَيْعِ حَضَرَ الْمُوَكَّلُ أَوْ لَمْ يَحْضَرْ، وَمُفَارَقَةُ الْمُوَكَّلِ غَيْرُ مُعْتَبَرَةٍ لِأَنَّهُ لَيْسَ
بِعَاقِدٍ وَالْمُسْتَحَقُّ قَبْضُ الْعَاقِدِ (قَوْلُهُ بِخِلَافِ الرَّسُولِ) مُتَعَلِّقٌ بِقَوْلِهِ فَيَصِحُّ قَبْضُهُ.

وَوَقَعَ فِي بَعْضِ النُّسخِ بِخِلَافِ الرَّسُولَيْنِ: أَيُّ الرَّسُولِ فِي بَابِ الصَّرْفِ

وَالرَّسُولُ فِي بَابِ السَّلَامِ، وَلَيْسَ مَعْنَاهُ الرَّسُولُ مِنَ الْجَانِبَيْنِ فِي الصَّرْفِ وَالرَّسُولُ مِنَ الْجَانِبَيْنِ فِي السَّلَامِ: أَيُّ مِنْ جَانِبِ رَبِّ السَّلَامِ وَمِنْ جَانِبِ الْمُسْلِمِ إِلَيْهِ، لِأَنَّهُ كَمَا لَا يَجُوزُ الْوَكَالَةُ مِنْ جَانِبِ الْمُسْلِمِ إِلَيْهِ فَكَذَلِكَ الرَّسُولُ، وَمَعْنَاهُ أَنَّ الرَّسُولَ إِذَا قَبِضَ لَا يَصِحُّ الْعَقْدُ بِقَبْضِهِ (لَأَنَّ الرِّسَالَةَ فِي الْعَقْدِ لَا فِي الْقَبْضِ) وَإِلَّا لَكَانَ افْتِرَاقٌ بِلَا قَبْضٍ، وَإِذَا كَانَتْ فِيهِ يَنْتَقِلُ كَلَامُهُ إِلَى الْمُرْسَلِ فَكَانَ قَبْضُ الرَّسُولِ قَبْضٌ غَيْرُ الْعَاقِدِ فَلَمْ يَصِحَّ.

(قَالَ: وَإِذَا دَفَعَ الْوَكِيلُ بِالشَّرَاءِ الثَّمَنَ مِنْ مَالِهِ وَقَبِضَ الْمَبِيعَ فَلَهُ أَنْ يَرْجِعَ بِهِ عَلَى الْمُوَكَّلِ)، لِأَنَّهُ انْعَقَدَتْ بَيْنَهُمَا مِبَادَلَةٌ حُكْمِيَّةٌ وَلِهَذَا إِذَا اخْتَلَفَا فِي الثَّمَنِ يَتَحَالَفَانِ وَيَرُدُّ الْمُوَكَّلُ بِالْعَيْبِ عَلَى الْوَكِيلِ وَقَدْ سَلِمَ الْمُشْتَرِي لِلْمُوَكَّلِ مِنْ جِهَةِ الْوَكِيلِ فَيَرْجِعُ عَلَيْهِ وَلِأَنَّ الْحَقُوقَ لَمَّا كَانَتْ رَاجِعَةً إِلَيْهِ وَقَدْ عَلِمَهُ الْمُوَكَّلُ يَكُونُ رَاضِيًا بِدَفْعِهِ مِنْ مَالِهِ (فَإِنْ هَلَكَ الْمَبِيعُ فِي يَدِهِ قَبْلَ حَبْسِهِ هَلَكَ مِنْ مَالِ الْمُوَكَّلِ وَلَمْ يَسْقُطِ الثَّمَنُ)، لِأَنَّ يَدَهُ كَيْدِ الْمُوَكَّلِ، فَإِذَا لَمْ يَحْبَسْهُ يَصِيرُ الْمُوَكَّلُ قَابِضًا بِيَدِهِ.

الشرح:

قَالَ (وَإِذَا دَفَعَ الْوَكِيلُ بِالشَّرَاءِ الثَّمَنَ مِنْ مَالِهِ) إِذَا دَفَعَ الْوَكِيلُ بِالشَّرَاءِ الثَّمَنَ مِنْ مَالِهِ وَقَبِضَ الْمَبِيعَ لَمْ يَكُنْ مُتَبَرِّعًا فَلَهُ أَنْ يَرْجِعَ بِهِ عَلَى الْمُوَكَّلِ لِأَنَّهُ انْعَقَدَتْ بَيْنَهُمَا مِبَادَلَةٌ حُكْمِيَّةٌ: أَيُّ صَارَ الْوَكِيلُ كَالْبَائِعِ مِنَ الْمُشْتَرِي لثُبُوتِ أَمَارَتِهَا، فَإِنَّهُمَا إِذَا اخْتَلَفَا فِي مِقْدَارِ الثَّمَنِ يَتَحَالَفَانِ، وَإِذَا وَجَدَ الْمُوَكَّلُ عَيْبًا بِالْمُشْتَرَى يَرُدُّهُ عَلَى الْوَكِيلِ وَذَلِكَ مِنْ خَوَاصِّ الْمِبَادَلَةِ.

فَإِنْ قِيلَ: مَا ذَكَرْتُمْ فَرَعٌ عَلَى الْمِبَادَلَةِ فَكَيْفَ يَكُونُ دَلِيلًا عَلَيْهِ؟ قُلْنَا: الْفَرَعُ الْمُخْتَصُّ بِأَصْلِ وَجُودِهِ يَدُلُّ عَلَى وَجُودِ أَصْلِهِ فَلَا امْتِنَاعَ فِي كَوْنِهِ دَلِيلًا، وَإِنَّمَا الْمُتَمَتِّعُ كَوْنُهُ عِلَّةٌ لِأَصْلِهِ، وَإِذَا كَانَ الْمُوَكَّلُ كَالْمُشْتَرِي مِنَ الْوَكِيلِ وَقَدْ سَلِمَ لَهُ الْمُشْتَرَى مِنْ جِهَتِهِ يَرْجِعُ عَلَيْهِ (قَوْلُهُ وَلِأَنَّ الْحَقُوقَ) دَلِيلٌ آخَرُ. وَتَحْقِيقُهُ أَنَّ التَّبَرُّعَ إِنَّمَا يَتَحَقَّقُ إِذَا كَانَ الدَّفْعُ بِغَيْرِ إِذْنِ الْمُوَكَّلِ، وَالْإِذْنُ ثَابِتًا هَاهُنَا دَلَالَةٌ لِأَنَّ الْمُوَكَّلَ لَمَّا عَلِمَ أَنَّ الْحَقُوقَ تَرْجِعُ إِلَى الْوَكِيلِ وَمِنْ جُمْلَتِهَا الدَّفْعُ عَلِمَ أَنَّهُ مُطَالِبٌ بِالدَّفْعِ لِقَبْضِ الْمَبِيعِ وَكَانَ رَاضِيًا بِذَلِكَ أَمْرًا بِهِ دَلَالَةٌ. وَهَلَاكَ الْمَبِيعُ فِي يَدِ الْوَكِيلِ قَبْلَ حَبْسِهِ لَا يَسْقُطُ الرُّجُوعُ لِأَنَّ يَدَهُ كَيْدِ الْمُوَكَّلِ، فَإِذَا لَمْ يَحْبَسْ صَارَ الْمُوَكَّلُ قَابِضًا بِيَدِ الْوَكِيلِ، فَاهْلَاكَ فِي يَدِ الْوَكِيلِ

كَالْهَلَاكِ فِي يَدِ الْمُوَكَّلِ فَلَا يَبْتَطِلُ الرَّجُوعُ.

وَلِلْوَكِيلِ أَنْ يَحْبِسَهُ حَتَّى يَسْتَوْفِيَ الثَّمَنَ لَمَّا بَيَّنَّا أَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الْبَائِعِ مِنَ الْمُوَكَّلِ، وَلِلْبَائِعِ حَقُّ حَبْسِ الْمَبِيعِ لِقَبْضِ الثَّمَنِ، وَعَلَى هَذَا لَا فَصْلَ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ الْوَكِيلُ دَفَعَ الثَّمَنَ إِلَى الْبَائِعِ أَوْ لَا. وَقَالَ زُفَرٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ لِأَنَّ الْمُوَكَّلَ صَارَ قَابِضًا بِيَدِ الْوَكِيلِ فَصَارَ كَأَنَّهُ سَلَّمَهُ إِلَيْهِ.

وَالْحَبْسُ فِي السَّلَمِ غَيْرُ مُتَصَوِّرٍ، وَإِنَّمَا فِي ذَلِكَ طَرِيقَانِ: أَحَدُهُمَا أَنْ يُقَالَ التَّسْلِيمُ الْاِخْتِيَارِيُّ يُسْقِطُ حَقَّ الْحَبْسِ لِأَنَّ الْمُبَادَلَةَ تَقْتَضِي الرِّضَا، وَهَذَا التَّسْلِيمُ لَيْسَ كَذَلِكَ لِكَوْنِهِ ضَرُورِيًّا لَا يُمَكِّنُ التَّحَرُّزَ عَنْهُ لِأَنَّ الْوَكِيلَ لَا يَتَوَسَّلُ إِلَى الْحَبْسِ مَا لَمْ يَقْبِضْ، وَلَا يُمَكِّنُ أَنْ يَقْبِضَ عَلَى وَجْهِ لَا يَصِيرُ الْمُوَكَّلُ قَابِضًا فَلَا يَسْقِطُ حَقُّ الْحَبْسِ. وَالثَّانِي أَنْ يُقَالَ إِنَّ قَبْضَ الْوَكِيلِ فِي الْإِبْتِدَاءِ مُتَرَدِّدٌ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ لِتَشْمِيمِ مَقْصُودِ الْمُوَكَّلِ وَأَنْ يَكُونَ لِإِحْيَاءِ حَقِّهِ، وَإِنَّمَا يَتَبَيَّنُ أَحَدُهُمَا بِحَبْسِهِ فَكَانَ الْأَمْرُ فِيهِ مَوْقُوفًا فِي الْإِبْتِدَاءِ، إِنْ لَمْ يَحْبِسْهُ عَنْهُ عَرَفْنَا أَنَّهُ كَانَ عَامِلًا لِلْمُوَكَّلِ، وَإِنْ حَبَسَهُ كَانَ عَامِلًا لِنَفْسِهِ وَأَنَّ الْمُوَكَّلَ لَمْ يَصِرْ قَابِضًا بِقَبْضِهِ، فَإِنْ حَبَسَهُ فَهَلَكَ كَانَ مَضْمُونًا ضَمَانَ الرَّهْنِ. عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ يُعْتَبَرُ الْأَقْلُ مِنْ قِيَمَتِهِ وَمِنْ الثَّمَنِ، فَإِذَا كَانَ الثَّمَنُ خَمْسَةَ عَشَرَ مِثْلًا وَقِيَمَةُ الْبَيْعِ عَشْرَةً رَجَعَ الْوَكِيلُ عَلَى الْمُوَكَّلِ بِخَمْسَةِ.

وَضَمَانُ الْبَيْعِ عِنْدَ مُحَمَّدٍ وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ يَسْقِطُ الثَّمَنُ بِهِ، قَلِيلًا كَانَ أَوْ

كَثِيرًا.

وَضَمَانُ الْعَصَبِ عِنْدَ زُفَرٍ يَجِبُ مِثْلُهُ أَوْ قِيَمَتُهُ بِالْعَةِ مَا بَلَغَتْ، وَلَا يَرْجِعُ الْوَكِيلُ عَلَى الْمُوَكَّلِ إِنْ كَانَ ثَمَنُهُ أَكْثَرَ، وَيَرْجِعُ الْمُوَكَّلُ عَلَى الْوَكِيلِ إِنْ كَانَتْ قِيَمَتُهُ أَكْثَرَ. زُفَرٌ يَقُولُ: مَنْعُهُ حَقُّهُ بغيرِ حَقٍّ لَمَّا ذَكَرْنَا أَنَّ قَبْضَهُ قَبْضُ الْمُوَكَّلِ وَلَيْسَ لَهُ حَقُّ الْحَبْسِ فِيهِ فَصَارَ غَاصِبًا.

(وَلَهُ أَنْ يَحْبِسَهُ حَتَّى يَسْتَوْفِيَ الثَّمَنَ) لَمَّا بَيَّنَّا أَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الْبَائِعِ مِنَ الْمُوَكَّلِ. وَقَالَ

زُفَرٌ: لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ؛ لِأَنَّ الْمُوَكَّلَ صَارَ قَابِضًا بِيَدِهِ فَكَأَنَّهُ سَلَّمَهُ إِلَيْهِ فَيَسْقِطُ حَقُّ الْحَبْسِ.

فُلْنَا: هَذَا لَا يُمَكِّنُ التَّحَرُّزَ عَنْهُ فَلَا يَكُونُ رَاضِيًا بِسُقُوطِ حَقِّهِ فِي الْحَبْسِ، عَلَى أَنَّ

قَبْضَهُ مَوْقُوفٌ فَيَقَعُ لِلْمُوَكَّلِ إِنْ لَمْ يَحْبِسْهُ وَلِنَفْسِهِ عِنْدَ حَبْسِهِ (فَإِنْ حَبَسَهُ فَهَلَكَ كَانَ

مَضْمُونًا ضَمَانَ الرَّهْنِ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ وَضَمَانَ الْمُبِيعِ عِنْدَ مُحَمَّدٍ) وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَضَمَانَ الْغَصْبِ عِنْدَ زُفَرٍ رَحِمَهُ اللَّهُ؛ لِأَنَّهُ مَنَعَ بِغَيْرِ حَقٍّ، لِهَمَّا أَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الْبَائِعِ مِنْهُ فَكَانَ حَبْسُهُ لاسْتِيفَاءِ الثَّمَنِ فَيَسْقُطُ بِهِلَاكِهِ وَلَا بِأَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ مَضْمُونٌ بِالْحَبْسِ لِلْإِسْتِيفَاءِ بَعْدَ أَنْ لَمْ يَكُنْ وَهُوَ الرَّهْنُ بِعَيْنِهِ بِخِلَافِ الْمُبِيعِ؛ لِأَنَّ الْبَيْعَ يَنْفَسِخُ بِهِلَاكِهِ وَهَذَا هُنَا لَا يَنْفَسِخُ أَصْلُ الْعَقْدِ. قُلْنَا: يَنْفَسِخُ فِي حَقِّ الْمُوَكَّلِ وَالْوَكِيلِ، كَمَا إِذَا رَدَّهُ الْمُوَكَّلُ بِعَيْبٍ وَرَضِيَ الْوَكِيلُ بِهِ.

الشرح:

(وَلِهَمَّا) أَيُّ لِأَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ (أَنَّ الْوَكِيلَ بِمَنْزِلَةِ الْبَائِعِ مِنَ الْمُوَكَّلِ) كَمَا تَقَدَّمَ، وَالْبَائِعُ حَبْسُهُ إِذَا هُوَ لاسْتِيفَاءِ الثَّمَنِ، فَكَذَا حَبْسُ الْوَكِيلِ فَيَسْقُطُ الثَّمَنُ بِهِلَاكِ الْمُبِيعِ. وَاعْتَرِضَ بِأَنَّهُ لَوْ كَانَ كَذَلِكَ لَزِمَ الضَّمَانُ حَبْسَ أَوْ لَمْ يَحْبَسْ، لِأَنَّ الْمُبِيعَ مَضْمُونٌ عَلَى الْبَائِعِ وَإِنْ لَمْ يَحْبَسْ. وَأُجِيبَ بِأَنَّهُ إِذَا حَبَسَ تَعَيَّنَ أَنَّهُ بِالْقَبْضِ كَانَ عَامِلًا لِنَفْسِهِ فَتَقَوَّى جِهَةٌ كَوْنُهُ بَائِعًا فَلَزِمَ الضَّمَانُ، وَأَمَّا إِذَا لَمْ يَحْبَسْ فَقَبْضُهُ كَانَ لِمُوَكَّلِهِ فَأَشْبَهَ الرُّسُولَ فَهَلَكَ عِنْدَهُ أَمَانَةٌ وَأَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ مَضْمُونٌ بِالْحَبْسِ لِلْإِسْتِيفَاءِ بَعْدَ أَنْ لَمْ يَكُنْ لِأَنَّهُ لَمْ يَكُنْ مَضْمُونًا قَبْلَ الْحَبْسِ كَمَا تَقَدَّمَ، وَصَارَ مَضْمُونًا بَعْدَ الْحَبْسِ، وَكُلُّ مَا هُوَ كَذَلِكَ فَهُوَ مَعْنَى الرَّهْنِ لَا مَعْنَى الْبَيْعِ، فَإِنَّ الْمُبِيعَ مَضْمُونٌ قَبْلَ الْحَبْسِ بِنَفْسِ الْعَقْدِ وَهَذَا لِإِبْتَاهِ مُدْعَاهُ.

وَقَوْلُهُ (بِخِلَافِ الْمُبِيعِ) لِنَفْيِ قَوْلِهِمَا: يَغْنِي أَنْ الْمُشْتَرَى لَيْسَ كَالْمُبِيعِ هَاهُنَا لِأَنَّ الْبَيْعَ يَنْفَسِخُ بِهِلَاكِ الْمُبِيعِ، وَهَهُنَا لَا يَنْفَسِخُ أَصْلُ الْبَيْعِ: يَعْنِي الَّذِي بَيْنَ الْوَكِيلِ وَبَائِعِهِ. وَأَجَابَ الْمُصَنِّفُ بِقَوْلِهِ قُلْنَا يَنْفَسِخُ فِي حَقِّ الْمُوَكَّلِ وَالْوَكِيلِ وَإِنْ لَمْ يَنْفَسِخْ فِي حَقِّ الْبَائِعِ، وَمِثْلُهُ لَا يَمْتَنِعُ كَمَا لَوْ وَجَدَ الْمُوَكَّلُ عَيْبًا بِالْمُشْتَرَى فَرَدَّهُ وَرَضِيَ بِهِ الْوَكِيلُ فَإِنَّهُ يَلْزَمُ الْوَكِيلَ وَيَنْفَسِخُ الْعَقْدُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْمُوَكَّلِ.

قِيلَ: وَهَذَا مُعَالِطَةٌ عَلَى أَبِي يُوسُفَ، لِأَنَّهُ يُفَرِّقُ بَيْنَ هَلَاكِ الْمُبِيعِ قَبْلَ الْقَبْضِ فِي يَدِ الْبَائِعِ وَبَيْنَ هَلَاكِهِ فِي يَدِ الْوَكِيلِ بَعْدَ الْحَبْسِ، فِيهِ الْأَوَّلُ يَنْفَسِخُ الْبَيْعُ، وَفِي الثَّانِي لَا، وَالْإِنْفِسَاخُ الْبَيْعُ بَيْنَ الْوَكِيلِ وَالْمُوَكَّلِ بِالرُّدِّ بِالْعَيْبِ لَا يَدُلُّ عَلَى انْفِسَاخِهِ مِنَ الْأَصْلِ إِذَا هَلَكَ فِي يَدِ الْوَكِيلِ فَخَرَجَ الْجَوَابُ عَنْ مَوْضِعِ النَّزَاعِ، وَأَنَّهُ كَمَا تَرَى فَاسِدٌ

لأنه إذا فرض أن الوكيل بائع كان الهلاك في يده كالهلاك في يد البائع ليس بوكيل فاستويا في وجود الفسخ وبطل الفرق، بل إذا تأملت حق التأمل وجدت ما ذكر من جانب أبي يوسف غلطاً أو مغالطة، وذلك لأن البائع من الوكيل بمنزلة بائع البائع، وإذا انفسخ العقد بين المشتري وبائعه لا يلزم منه الفسخ بين البائع وبائعه فكان ذكره أحدهما.

(قال: وإذا وكله بشراء عشرة أرطال لحم بدينهم فاشتري عشرين رطلا بدينهم من لحم يباع منه عشرة أرطال بدينهم لزم الموكل منه عشرة بدينهم عند أبي حنيفة، وقال: يلزمه العشرون بدينهم) وذكر في بعض النسخ قول محمد مع قول أبي حنيفة ومحمد لم يذكر الخلاف في الأصل. لأبي يوسف أنه أمره بصرف الدرهم في اللحم وظن أن سعره عشرة أرطال، فإذا اشتري به عشرين فقد زاده خيراً وصار كما إذا وكله ببيع عبده بألف فباعه بألفين. ولأبي حنيفة أنه أمره بشراء عشرة أرطال ولم يأمره بشراء الزيادة فينفذ شراؤها عليه وشراء العشرة على الموكل بخلاف ما استشهد به؛ لأن الزيادة هناك بدل ملك الموكل فيكون له، بخلاف ما إذا اشتري ما يساوي عشرين رطلا بدينهم حيث يصير مشترياً لنفسه بالإجماع؛ لأن الأمر يتناول السمين وهذا مهزول فلم يحصل مقصود الأمر.

الشرح:

قال (وإذا وكله بشراء عشرة أرطال لحم بدينهم إلخ) وكل رجلاً بشراء عشرة أرطال لحم بدينهم فاشتري عشرين رطلا بدينهم، فيما أن يكون ذلك اللحم يباع منه عشرة أرطال بدينهم أو مما يباع منه عشرون رطلا بدينهم، فإن كان الأول لزم الموكل منه عشرة بدينهم عند أبي حنيفة. وقال: يلزمه العشرون. وذكر في بعض نسخ القدوري قول محمد مع أبي حنيفة، ومحمد لم يذكر الخلاف في الأصل: أي في وكالة المبسوط في آخر باب الوكالة بالبيع والشراء منه فقال فيه: لزم الأمر عشرة منها بدينهم والباقي للمأمور. لأبي يوسف أن الموكل أمر الوكيل بصرف الدرهم في اللحم وظن أن سعره عشرة أرطال، والوكيل لم يخالفه فيما أمره وإنما جاء ظنه مخالفاً للواقع، وليس على الوكيل من ذلك شيء لا سيما إذا

زَادَ خَيْرًا وَصَارَ كَمَا إِذَا وَكَّلَهُ بِبَيْعِ عَبْدٍ بِأَلْفِ قَبَاعَةٍ بِالْفَيْنِ.

وَلَأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ أَمَرَهُ بِشِرَاءِ عَشْرَةِ أَرْطَالٍ وَلَمْ يَأْمُرْهُ بِشِرَاءِ الزِّيَادَةِ فَظَنَّ أَنَّ ذَلِكَ الْمَقْدَارَ يُسَاوِي دَرَهَمًا وَقَدْ خَالَفَهُ فِيمَا أَمَرَهُ بِهِ فَيَنْفَذُ شِرَاؤَهَا عَلَيْهِ، وَشِرَاءُ الْعَشْرَةِ عَلَى الْمُوَكَّلِ لِأَنَّهُ إِثْبَانٌ بِالْمَأْمُورِ بِهِ. وَفِيهِ بَحْثٌ مِنْ وَجْهَيْنِ: الْأَوَّلُ يَجِبُ أَنْ لَا يُلْزَمَ الْأَمْرَ شَيْءٌ مِنْ ذَلِكَ لِأَنَّ الْعَشْرَةَ ثَبَتَتْ ضِمْنًا لِلْعِشْرِينَ إِلَّا قَصْدًا وَقَدْ وَكَّلَهُ بِشِرَاءِ عَشْرَةِ قَصْدًا، وَمِثْلُ هَذَا لَا يَجُوزُ عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ. كَمَا إِذَا قَالَ لِرَجُلٍ طَلِّقْ امْرَأَتِي وَاحِدَةً فَطَلَّقَهَا ثَلَاثًا لَا تَقَعُ وَاحِدَةٌ لِثُبُوتِهَا فِي ضِمْنِ الثَّلَاثِ. وَالْمُتَضَمِّنُ لَمْ يَثْبُتْ لِعَدَمِ التَّوَكُّلِ بِهِ فَلَا يَثْبُتُ مَا فِي ضِمْنِهِ أَيْضًا تَبَعًا لَهُ. وَالثَّانِي أَنَّهُ إِذَا أَمَرَهُ أَنْ يَشْتَرِيَ لَهُ ثَوْبًا هَرَوِيًّا بِعَشْرَةٍ فَاشْتَرَى لَهُ هَرَوِيَيْنِ بِعَشْرَةٍ، كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يُسَاوِي عَشْرَةً.

قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: لَا يَجُوزُ الْبَيْعُ فِي كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا: يَعْنِي لَا يُلْزَمُ الْأَمْرَ مِنْهُمَا شَيْءٌ، وَالْمَسْأَلَةُ كَالْمَسْأَلَةِ حَذْوِ الْقُدَّةِ بِالْقُدَّةِ.

وَأَجَابَ عَنْ الْأَوَّلِ الْإِمَامُ حَمِيدُ الدِّينِ بِأَنَّهُ فِي مَسْأَلَةِ الطَّلَاقِ وَتَوَعُّعِ الْوَاحِدَةِ ضِمْنِيٍّ، وَمَا هُوَ كَذَلِكَ لَا يَقَعُ إِلَّا فِي ضِمْنِ مَا تَضَمَّنَتْهُ، وَمَا تَضَمَّنَتْهُ لَمْ يَصِحَّ لِعَدَمِ الْأَمْرِ بِهِ فَكَذَا مَا فِي ضِمْنِهِ، وَأَمَّا فِيمَا نَحْنُ فِيهِ فَكُلُّ قَصْدِي لِأَنَّ أَجْزَاءَ الثَّمَنِ تَتَوَزَّعُ عَلَى أَجْزَاءِ الْمَبِيعِ فَلَا يَتَحَقَّقُ الضَّمْنُ فِي الشِّرَاءِ.

وَعَنْ الثَّانِي صَاحِبِ النَّهَايَةِ يَجْعَلُ اللَّحْمَ مِنْ ذَوَاتِ الْأَمْثَالِ، وَلَا تَفَاوُتَ فِي قِيَمَتِهَا إِذَا كَانَتْ مِنْ جِنْسٍ وَاحِدٍ وَصِفَةٍ وَاحِدَةٍ وَكَلَامُنَا فِيهِ، وَحِينَئِذٍ كَانَ لِلْمُوكِّلِ أَنْ يَجْعَلَ لِلْمُوكَّلِ أَيْ عَشْرَةَ شَاءَ، بِخِلَافِ الثُّوبِ فَإِنَّهُ مِنْ ذَوَاتِ الْقِيَمِ، فَالْثُّوبَانِ وَإِنْ تَسَاوَيَا فِي الْقِيَمَةِ لَكِنْ يُعْرَفُ ذَلِكَ بِالْحَزَرِ وَالظَّنِّ وَذَلِكَ لَا يُعَيِّنُ حَقَّ الْمُوكَّلِ فَيَثْبُتُ حَقُّهُ مَجْهُولًا فَلَا يَنْفَذُ عَلَيْهِ، وَإِلَى هَذَا أَشَارَ فِي التَّيْسَةِ فَقَالَ: لَأَنِّي لَا أَذْرِي أَيُّهُمَا أُعْطِيهِ بِحِصَّتِهِ مِنَ الْعَشْرَةِ لِأَنَّ الْقِيَمَةَ لَا تُعْرَفُ إِلَّا بِالْحَزَرِ وَالظَّنِّ، وَهَذَا لَا يَتِمَّشَقُ إِلَّا عَلَى طَرِيقَةٍ مَنْ جَعَلَ اللَّحْمَ مِثْلًا وَهُوَ مُخْتَارُ صَاحِبِ الْمُحِيطِ، وَأَمَّا عِنْدَ غَيْرِهِ فَلَا بُدَّ مِنْ تَعْلِيلٍ آخَرَ، وَلَعَلَّ ذَلِكَ أَنْ يُقَالَ لِلَّحْمِ أَيْضًا مِنْ ذَوَاتِ الْقِيَمِ لَكِنَّ التَّفَاوُتَ فِيهِ قَلِيلٌ إِذَا كَانَ مِنْ جِنْسٍ وَاحِدٍ مَفْرُوضِ التَّسَاوِي فِي الْقَدْرِ وَالْقِيَمَةِ وَقَدْ اخْتَلَطَ بَعْضُهُ بِبَعْضٍ، بِخِلَافِ الثُّوبِ فَإِنَّ فِي تَطَرُّقِ الْخَلَلِ فِي اخْتِمَالِ التَّسَاوِي كَثْرَةً مَادَّةً وَصُورَةً وَطُولًا

وَعَرَضًا وَرِفْعَةً وَرُقْعَةً، وَأَجَلُهُ كَوْنُهُ حَاصِلًا بِصُنْعِ الْعِبَادِ مَحَلُّ السَّهْوِ وَالنَّسْيَانِ فَلَا يَلْزَمُ تَحْمُلُهُ مِنْ تَحْمُلِ مَا هُوَ أَقْلُ خِلَالًا (قَوْلُهُ بِخِلَافِ مَا أُسْتَشْهِدُ بِهِ) جَوَابٌ عَنْ تَمْنِيلِ أَبِي يُوسُفَ الْمُتَنَازِعِ فِيهِ بِتَوَكُّيلِ بَيْعِ الْعَبْدِ بِأَلْفٍ وَيَبِيعُهُ بِالْفَيْنِ بِأَنَّ الزِّيَادَةَ هُنَاكَ بَدَلُ مَلِكِ الْمُوَكَّلِ فَتَكُونُ لَهُ. وَرَدُّ أَنَّ الدَّرْهَمَ مَلِكُ الْمُوَكَّلِ فَتَكُونُ الزِّيَادَةُ بَدَلُ مَلِكِهِ فَلَا فَرْقَ بَيْنَهُمَا حِينَئِذٍ. وَالْجَوَابُ أَنَّ الزِّيَادَةَ ثَمَّةٌ مُبْدَلٌ مِنْهُ لَا بَدَلُ فَكَانَ الْفَرْقُ ظَاهِرًا.

وَالْحَاصِلُ أَنَّ ذَلِكَ قِيَاسُ الْمَبِيعِ عَلَى الثَّمَنِ وَهُوَ فَاسِدٌ لَوْجُودِ الْفَارِقِ، وَأَقْلُ ذَلِكَ أَنَّ الْأَلْفَ الزَّائِدُ لَا يَفْسُدُ بِطُولِ الْمَكْتَبِ بِخِلَافِ اللَّحْمِ وَيَجُوزُ صَرْفُهَا إِلَى حَاجَةٍ أُخْرَى نَاجِزَةً وَقَدْ يَتَعَذَّرُ ذَلِكَ فِي اللَّحْمِ فَيَتَلَفُ.

وَأِنْ كَانَ الثَّانِي؛ كَانَ الْمُشْتَرَى لِلْمُوكِّلِ بِالْإِجْمَاعِ لَوْجُودِ الْمُخَالَفَةِ، لِأَنَّ الْأَمْرَ تَنَاولَ السَّمِينِ وَالْمُشْتَرَى هَزِيلٌ فَلَا يَحْصُلُ مَقْصُودُ الْأَمْرِ.

قَالَ (وَلَوْ وَكَّلَهُ بِشِرَاءِ شَيْءٍ بَعَيْنِهِ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَشْتَرِيَهُ لِنَفْسِهِ) لِأَنَّهُ يُؤَدِّي إِلَى تَغْيِيرِ الْأَمْرِ حَيْثُ اعْتَمَدَ عَلَيْهِ وَلِأَنَّ فِيهِ عَزْلَ نَفْسِهِ وَلَا يَمْلِكُهُ عَلَى مَا قِيلَ إِلَّا بِمَحْضَرٍ مِنَ الْمُوَكَّلِ، فَلَوْ كَانَ الثَّمَنُ مُسَمًّى فَاشْتَرَى بِخِلَافِ جِنْسِهِ أَوْ لَمْ يَكُنْ مُسَمًّى فَاشْتَرَى بِغَيْرِ الثَّقُودِ أَوْ وَكَّلَ وَكَيْلًا بِشِرَائِهِ فَاشْتَرَى الثَّانِي وَهُوَ غَائِبٌ يَثْبُتُ الْمَلِكُ لِلْمُوكِّلِ الْأَوَّلِ فِي هَذِهِ الْوُجُوهِ؛ لِأَنَّهُ خَالَفَ أَمْرَ الْأَمْرِ فَيَنْفُذُ عَلَيْهِ. وَلَوْ اشْتَرَى الثَّانِي بِحَضْرَةِ الْمُوكِّلِ الْأَوَّلِ نَفَذَ عَلَى الْمُوَكَّلِ الْأَوَّلِ؛ لِأَنَّهُ حَضَرَهُ رَأْيُهُ فَلَمْ يَكُنْ مُخَالَفًا.

الشرح:

قَالَ (وَلَوْ وَكَّلَهُ بِشِرَاءِ شَيْءٍ بَعَيْنِهِ إلخ) وَلَوْ وَكَّلَهُ بِشِرَاءِ شَيْءٍ بَعَيْنِهِ لَا يَصِحُّ لَهُ أَنْ يَشْتَرِيَهُ بِنَفْسِهِ لِأَنَّهُ يُؤَدِّي إِلَى تَغْيِيرِ الْمُسْلِمِ لِأَنَّهُ اعْتَمَدَ عَلَيْهِ وَذَلِكَ لَا يَجُوزُ وَلِأَنَّ فِيهِ عَزْلَ نَفْسِهِ عَنِ الْوَكَالَةِ وَهُوَ لَا يَمْلِكُ ذَلِكَ بِغَيْبَةِ الْمُوَكَّلِ عَلَى مَا قِيلَ لِأَنَّهُ فَسَخُ عَقْدٍ فَلَا يَصِحُّ بَدُونِ عِلْمِ صَاحِبِهِ كَسَائِرِ الْعُقُودِ، فَإِنْ اشْتَرَاهُ لِنَفْسِهِ وَالْمُوكَّلُ غَائِبٌ وَقَعَ عَنْ الْمُوَكَّلِ إِلَّا إِذَا بَاشَرَ عَلَى وَجْهِ الْمُخَالَفَةِ فَلَا بُدَّ مِنْ بَيَانِ مَا تَحْصُلُ بِهِ الْمُخَالَفَةُ، فَإِذَا سَمِيَ الثَّمَنُ فَاشْتَرَى بِخِلَافِ جِنْسٍ أَوْ لَمْ يُسَمَّ فَاشْتَرَى بِغَيْرِ الثَّقُودِ أَوْ وَكَّلَ رَجُلًا فَاشْتَرَى وَهُوَ غَائِبٌ يَثْبُتُ الْمَلِكُ فِي هَذِهِ الْوُجُوهِ لِلْمُوكِّلِ لِأَنَّهُ خَالَفَ الْأَمْرَ فَيَنْفُذُ عَلَيْهِ. أَمَّا إِذَا اشْتَرَى بِخِلَافِ جِنْسٍ مَا سَمِيَ فَظَاهِرٌ، وَكَذَا إِذَا اشْتَرَى بِغَيْرِ الثَّقُودِ لِأَنَّ الْمُتَعَارَفَ نَقْدُ

الْبَلَدِ فَالْأَمْرُ يَنْصَرِفُ إِلَيْهِ، وَكَذَا إِذَا وَكَّلَ وَكِيلًا لِأَنَّهُ مَأْمُورٌ بِأَنْ يَحْضُرَ رَأْيُهُ وَلَمْ يَتَحَقَّقْ ذَلِكَ فِي حَالِ غَيْبَتِهِ.

قيل: مَا الْفَرْقُ بَيْنَ هَذَا وَبَيْنَ الْوَكِيلِ بِنِكَاحِ امْرَأَةٍ بَعَيْنِهَا إِذَا أُنْكَحَهَا مِنْ نَفْسِهِ بِمِثْلِ الْمَهْرِ الْمَأْمُورِ بِهِ فَإِنَّهُ يَقَعُ عَنِ الْوَكِيلِ لَا عَنِ الْمَوْكَلِّ مَعَ أَنَّهُ لَمْ يُخَالَفْ فِي الْمَهْرِ الْمَأْمُورِ بِهِ:

وَأُجِيبَ بِأَنَّ النِّكَاحَ الْمَوْكَلَّ بِهِ نِكَاحٌ مُضَافٌ إِلَى الْمَوْكَلِّ وَالْمَوْجُودُ مِنْهُ لَيْسَ بِمُضَافٍ إِلَيْهِ حَيْثُ أُنْكَحَهَا مِنْ نَفْسِهِ، فَإِنَّ الْإِنِّكَاحَ مِنْ نَفْسِهِ هُوَ أَنْ يَقُولَ تَزَوَّجْتُكَ وَلَيْسَ ذَلِكَ بِمُضَافٍ إِلَى الْمَوْكَلِّ لَا مَحَالَةَ فَكَأَنَّتِ الْمُخَالَفَةُ مَوْجُودَةً فَوْقَ عَنِ الْوَكِيلِ، وَإِذَا عُرِفَ مَا بِهِ الْمُخَالَفَةُ فَمَا عَدَاهُ مُوَافَقُهُ مِثْلُ أَنْ يَشْتَرِيَ بِالْمُسَمَّى مِنَ الثَّمَنِ أَوْ بِالْثَقُودِ فِيمَا إِذَا لَمْ يُسَمَّ أَوْ إِذَا اشْتَرَى الْوَكِيلُ الثَّانِي بِحَضْرَةِ الْوَكِيلِ فَيَنْفُذُ عَلَى الْمَوْكَلِّ لِأَنَّهُ إِذَا حَضَرَ رَأْيُهُ لَمْ يَكُنْ مُخَالَفًا.

قيل: مَا الْفَرْقُ بَيْنَ التَّوَكِيلِ بِالْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ أَوْ النِّكَاحِ وَالْخُلْعِ إِذَا وَكَّلَ غَيْرَهُ فَفَعَلَ الثَّانِي بِحَضْرَةِ الْأَوَّلِ أَوْ فَعَلَ ذَلِكَ أَجَنَّبِيٌّ فَبَلَغَ الْوَكِيلُ فَأَجَارَهُ جَارًا وَبَيْنَ التَّوَكِيلِ بِالطَّلَاقِ وَالْعَتَاقِ، فَإِنَّ الْوَكِيلَ الثَّانِي إِذَا طَلَّقَ أَوْ أَعْتَقَ بِحَضْرَةِ الْأَوَّلِ لَا يَقَعُ، وَالرَّوَايَةُ فِي الذَّخِيرَةِ وَالتَّثِمَّةِ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ الْعَمَلَ بِحَقِيقَةِ الْوَكَالَةِ فِيهِمَا مُتَعَذِّرٌ لِأَنَّ التَّوَكِيلَ تَفْوِضُ الرَّأْيِ إِلَى الْوَكِيلِ، وَتَفْوِضُ الرَّأْيِ إِلَى الْوَكِيلِ إِنَّمَا يَتَحَقَّقُ فِيمَا يُحْتَاجُ فِيهِ إِلَى الرَّأْيِ، وَلَا حَاجَةَ فِيهِمَا إِذَا انْفَرَدَا عَنْ مَالٍ إِلَى الرَّأْيِ فَجَعَلْنَاهَا مَجَازًا لِلرَّسَالَةِ لِأَنَّهَا تَتَضَمَّنُ مَعْنَى الرَّسَالَةِ وَالرَّسُولُ يَنْقُلُ عِبَارَةَ الْمُرْسِلِ فَكَانَ الْمَأْمُورُ مَأْمُورًا بِنَقْلِ عِبَارَةِ الْأَمْرِ لَا بِشَيْءٍ آخَرَ، وَتَوَكَّلِ الْآخَرَ أَوْ الْإِجَارَةَ لَيْسَ مِنَ الثَّقَلِ فِي شَيْءٍ فَلَمْ يَمْلِكْهُ الْوَكِيلُ.

وَأَمَّا فِي الْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ وَغَيْرِهِمَا فَإِنَّ الْعَمَلَ بِحَقِيقَةِ الْوَكَالَةِ مُمَكِّنٌ لِأَنَّهَا يُحْتَاجُ فِيهَا إِلَى الرَّأْيِ، فَاعْتَبِرَ الْمَأْمُورُ وَكِيلًا وَالْمَأْمُورُ بِهِ حُضُورَ رَأْيِهِ وَقَدْ حَضَرَ بِحُضُورِهِ أَوْ بِإِجَارَتِهِ.

قَالَ (وَإِنْ وَكَّلَهُ بِشِرَاءِ عَبْدٍ بِغَيْرِ عَيْنِهِ: فَاشْتَرَى عَبْدًا فَهُوَ لِلْوَكِيلِ إِلَّا أَنْ يَقُولَ نَوَيْتُ الشِّرَاءَ لِلْمَوْكَلِّ أَوْ يَشْتَرِيَهُ بِمَالِ الْمَوْكَلِّ)

قَالَ: هَذِهِ الْمَسْأَلَةُ عَلَى وَجْهِ: إِنْ أَضَافَ الْعَقْدَ إِلَى دَرَاهِمِ الْآمِرِ كَانَ لِلْآمِرِ وَهُوَ الْمُرَادُ عِنْدِي بِقَوْلِهِ أَوْ يَشْتَرِيهِ بِمَالِ الْمُوَكَّلِ دُونَ النِّقْدِ مِنْ مَالِهِ؛ لِأَنَّهُ فِيهِ تَفْصِيلٌ وَخِلَافٌ، وَهَذَا بِالْإِجْمَاعِ وَهُوَ مُطْلَقٌ. وَإِنْ أَضَافَهُ إِلَى دَرَاهِمِ نَفْسِهِ كَانَ لِنَفْسِهِ حَمَلًا لِحَالِهِ عَلَى مَا يَحِلُّ لَهُ شَرْعًا أَوْ يَفْعَلُهُ عَادَةً إِذِ الشِّرَاءُ لِنَفْسِهِ بِإِضَافَةِ الْعَقْدِ إِلَى دَرَاهِمِ غَيْرِهِ مُسْتَنْكَرٌ شَرْعًا وَعُرْفًا. وَإِنْ أَضَافَهُ إِلَى دَرَاهِمِ مُطْلَقَةٍ، فَإِنْ نَوَاهَا لِلْآمِرِ فَهُوَ لِلْآمِرِ، وَإِنْ نَوَاهَا لِنَفْسِهِ فَلِنَفْسِهِ؛ لِأَنَّهُ أَنْ يَعْمَلَ لِنَفْسِهِ وَيَعْمَلَ لِلْآمِرِ فِي هَذَا التَّوَكُّيلِ، وَإِنْ تَكَادَبَا فِي النِّيَّةِ يَحْكُمُ النِّقْدُ بِالْإِجْمَاعِ؛ لِأَنَّهُ دَلَالَةٌ ظَاهِرَةٌ عَلَى مَا ذَكَرْنَا، وَإِنْ تَوَافَقَا عَلَى أَنَّهُ لَمْ تَحْضُرْهُ النِّيَّةُ قَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: هُوَ لِلْعَاقِدِ؛ لِأَنَّهُ الْأَصْلُ أَنَّ كُلَّ أَحَدٍ يَعْمَلُ لِنَفْسِهِ إِلَّا إِذَا ثَبَتَ جَعَلَهُ لغيرِهِ وَلَمْ يَثْبُتْ.

وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ: يَحْكُمُ النِّقْدُ؛ لِأَنَّهُ مَا أَوْقَعَهُ مُطْلَقًا يَحْتَمِلُ الْوَجْهَيْنِ فَيَبْقَى مَوْفُوفًا، فَمِنْ أَيِّ الْمَالَيْنِ نَقَدَ فَقَدْ فَعَلَ ذَلِكَ الْمُحْتَمَلُ لِمَالِهِ وَلِأَنَّهُ مَعَ تَصَادُقِهِمَا يَحْتَمِلُ النِّيَّةُ لِلْآمِرِ، وَفِيمَا قُلْنَا حَمَلُ حَالِهِ عَلَى الصَّلَاحِ كَمَا فِي حَالَةِ التَّكَادُبِ. وَالتَّوَكُّيلُ بِالْإِسْلَامِ فِي الطَّعَامِ عَلَى هَذِهِ الْوُجُوهِ

الشرح:

قَالَ (وَإِنْ وَكَّلُهُ بِشِرَاءِ عَبْدٍ بغير عَيْنِهِ إلخ) إِذَا وَكَّلُهُ بِشِرَاءِ عَبْدٍ بغير عَيْنِهِ فَاشْتَرَى عَبْدًا فَهُوَ لِلْوَكِيلِ إِلَّا أَنْ يَقُولَ نَوَيْتُ الشِّرَاءَ لِلْمُوَكَّلِ أَوْ يَشْتَرِيهِ بِمَالِ الْمُوَكَّلِ. وَقَوْلُهُ وَهَذَا مُحْتَمَلٌ يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ مُرَادُهُ النِّقْدُ مِنْ مَالِ الْمُوَكَّلِ، وَأَنْ تَكُونَ الْإِضَافَةُ إِلَيْهِ عِنْدَ الْعَقْدِ وَهُوَ الْمُرَادُ عِنْدَ الْمُصَنِّفِ، وَذَلِكَ لِأَنَّ هَذِهِ الْمَسْأَلَةَ عَلَى وَجْهِ؛ لِأَنَّهُ إِمَّا أَنْ يُضَيَّفَ الْعَقْدُ إِلَى مَالِ الْمُوَكَّلِ أَوْ إِلَى مَالِ نَفْسِهِ أَوْ إِلَى دَرَاهِمِ مُطْلَقَةٍ.

فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ كَانَ لِلْآمِرِ حَمَلًا لِحَالِ الْوَكِيلِ عَلَى مَا يَحِلُّ لَهُ شَرْعًا، إِذِ الشِّرَاءُ لِنَفْسِهِ بِإِضَافَةِ الْعَقْدِ إِلَى دَرَاهِمِ غَيْرِهِ مُسْتَنْكَرٌ شَرْعًا وَعُرْفًا لِكَوْنِهِ غَضَبًا لِدَرَاهِمِ الْآمِرِ. وَإِنْ كَانَ الثَّانِي كَانَ لِلْمَأْمُورِ حَمَلًا لِفَعْلِهِ عَلَى مَا يَفْعَلُهُ النَّاسُ عَادَةً لِحَرَائِقِهَا بِوُقُوعِ الشِّرَاءِ لِصَاحِبِ الدَّرَاهِمِ، وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ قَوْلُهُ حَمَلًا لِحَالِهِ عَلَى مَا يَحِلُّ لَهُ شَرْعًا أَوْ يَفْعَلُهُ عَادَةً. دَلِيلًا عَلَى الْوَجْهِ الْأَوَّلِ، وَالثَّانِي يُعْلَمُ بِالذَّلَالَةِ، فَإِنَّهُ كَمَا لَا يَحِلُّ لَهُ أَنْ يَشْتَرِيَ لِنَفْسِهِ وَيُضَيَّفَ الْعَقْدَ إِلَى غَيْرِهِ شَرْعًا فَكَذَا لَا يَحِلُّ لَهُ أَنْ يَشْتَرِيَ لغيرِهِ

وَيُضَيِّفُهُ إِلَى دَرَاهِمِ نَفْسِهِ وَالْعَادَةُ مُشْتَرَكَةٌ لَا مَحَالَةَ، وَالْأَوَّلُ أَوَّلِي لِأَنَّ بِالْأَوَّلِ يَصِيرُ غَاصِبًا دُونَ الثَّانِي فَلَا امْتِنَاعَ فِيهِ شَرْعًا.

وَإِنْ كَانَ الثَّلَاثَ فَأَمَّا إِنْ تَوَاهَا لِلْأَمْرِ فَهِيَ لَهُ، أَوْ لِنَفْسِهِ فَلِنَفْسِهِ لِأَنَّ لَهُ أَنْ يَعْمَلَ لِنَفْسِهِ وَلِغَيْرِهِ فِي هَذَا التَّوَكُّيلِ لِأَنَّهُ تَوَكُّيلٌ لَشَيْءٍ بَغَيْرِ عَيْنِهِ وَإِنْ اخْتَلَفَا فَقَالَ الْوَكِيلُ نَوَيْتُ لِنَفْسِي وَقَالَ الْمُوَكَّلُ نَوَيْتُ لِي حُكْمُ التَّقْدِ بِالْإِجْمَاعِ فَمِنْ مَالٍ مَنْ تَقَدَّ الثَّمَنُ كَانَ الْمَبِيعُ لَهُ لِأَنَّهُ دَلَالَةٌ ظَاهِرَةٌ عَلَى ذَلِكَ لَمَّا مَرَّ مِنْ حَمْلِ حَالِهِ عَلَى مَا يَحِلُّ لَهُ شَرْعًا، وَإِنْ تَوَافَقَا عَلَى أَنَّهُ لَمْ تَحْضُرْهُ النَّيَّةُ قَالَ مُحَمَّدٌ: هُوَ لِلْعَاقِدِ لِأَنَّ الْأَصْلَ أَنْ يَعْمَلَ كُلُّ أَحَدٍ لِنَفْسِهِ إِلَّا إِذَا تَبَتَّ جَعْلُهُ لِغَيْرِهِ بِالْإِضَافَةِ إِلَى مَالِهِ أَوْ بِالنِّيَّةِ لَهُ وَالْفَرْضُ عَدَمُهُ.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: يُحْكَمُ التَّقْدُ لِأَنَّ مَا أَوْفَعَهُ مُطْلَقًا يَحْتَمِلُ الْوَجْهَيْنِ، أَنْ يَكُونَ لَهُ وَلِغَيْرِهِ فَيَكُونُ مَوْفُوقًا، فَمِنْ أَيِّ الْمَالَيْنِ تَقَدَّ تَعَيَّنَ بِهِ أَحَدُ الْمُحْتَمَلَيْنِ وَلَأَنَّ مَعَ تَصَادُقِهِمَا يُحْتَمَلُ أَنَّهُ كَانَ نَوَى لِلْأَمْرِ وَنَسِيَهُ (قَوْلُهُ وَفِيمَا قُلْنَا) يَعْنِي تَحْكِيمَ التَّقْدِ (حَمْلُ حَالِهِ عَلَى الصَّلَاحِ) لِأَنَّهُ إِذَا كَانَ التَّقْدُ مِنْ مَالِ الْمُوَكَّلِ وَالشِّرَاءُ لَهُ كَانَ غَصْبًا كَمَا فِي حَالَةِ التَّكَادُبِ.

وَإِذَا عَلِمْتَ هَذِهِ الْوُجُوهَ ظَهَرَ لَكَ أَنَّ فِي التَّقْدِ مِنْ مَالِ الْمُوَكَّلِ تَفْصِيلًا إِذَا اشْتَرَى بِدَرَاهِمٍ مُطْلَقَةٍ وَلَمْ يَتَوَّجَّهْ لِنَفْسِهِ، إِنْ تَقَدَّ مِنْ دَرَاهِمِ الْمُوَكَّلِ كَانَ الشِّرَاءُ لَهُ، وَإِنْ تَقَدَّ مِنْ دَرَاهِمِ الْوَكِيلِ كَانَ لَهُ، وَإِنْ تَوَاهَا لِلْمُوَكَّلِ فَلَا مُعْتَبَرَ بِالتَّقْدِ وَخِلَافًا فِيمَا إِذَا تَصَادَقَا عَلَى أَنَّهُ لَمْ تَحْضُرْهُ النَّيَّةُ وَقَدْ الشِّرَاءُ أَنَّهُ يَقَعُ لِلْوَكِيلِ أَوْ يَحْكَمُ التَّقْدُ، وَفِي الْإِضَافَةِ إِلَى مَالِ الْمُوَكَّلِ يَقَعُ لَهُ بِالْإِجْمَاعِ وَهُوَ مُطْلَقٌ لَا تَفْصِيلَ فِيهِ فَكَانَ حَمْلُ كَلَامِ الْقُدُورِيِّ: أَوْ يَشْتَرِيهِ بِمَالِ الْمُوَكَّلِ عَلَى الْإِضَافَةِ أَوَّلِي،

وَلِهَذَا قَالَ الْمُصَنِّفُ: وَهُوَ الْمُرَادُ عِنْدِي. بَقِيَ الْكَلَامُ فِي أَنَّ الْإِضَافَةَ إِلَى أَيِّ تَقَدَّ كَانَ يَنْبَغِي أَنْ لَا تُفِيدَ شَيْئًا لِأَنَّ التَّقْوَدَ لَا تَتَعَيَّنُ بِالتَّعَيَّنِ وَأُجِيبُ عَنْ ذَلِكَ بِأَنَّا لَا نَقُولُ إِنَّ الشِّرَاءَ بِتِلْكَ الدَّرَاهِمِ يَتَعَيَّنُ، وَإِنَّمَا نَقُولُ الْوَكَالَةُ تَقْتَضِي بِهَا عَلَى مَا سَبَّحِيَّ عَنْ أَنَّهَا تَتَعَيَّنُ فِي الْوَكَالَاتِ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ هَلَكَ قَبْلَ الشِّرَاءِ بِهِ بَطَلَتْ الْوَكَالَةُ، وَإِذَا تَقَيَّدَتْ بِهَا لَمْ يَكُنْ الشِّرَاءُ بغيرها مِنْ مُوجِبَاتِ الْوَكَالَةِ قَوْلُهُ وَالتَّوَكُّيلُ بِالْإِسْلَامِ عَلَى هَذِهِ الْوُجُوهِ) إِنَّمَا خَصَّهُ بِالذِّكْرِ مَعَ اسْتِفَادَةِ حُكْمِهِ مِنَ التَّوَكُّيلِ بِالشِّرَاءِ تَفْهِيمًا لِقَوْلِ بَعْضِ

مَشَايِخَنَا، فَإِنَّهُمْ قَالُوا فِي مَسْأَلَةِ الشَّرَاءِ إِذَا تَصَادَقَا أَنَّهُ لَمْ تَحْضُرْهُ النَّيَّةُ فَالْعَقْدُ لِلْوَكِيلِ إِجْمَاعًا وَلَا يَحْكُمُ النَّقْدُ، وَإِنَّمَا الْخِلَافُ بَيْنَ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ فِي مَسْأَلَةِ التَّوَكِيلِ بِالْإِسْلَامِ، وَهَذَا الْقَائِلُ فَرَّقَ بَيْنَ مَسْأَلَةِ الشَّرَاءِ وَالسَّلَمِ عَلَى قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ بِأَنَّ لِلنَّقْدِ أَثَرًا فِي تَنْفِيذِ السَّلَمِ، فَإِنَّ الْمَفَارِقَةَ بِلَا تَقْدٍ تُبْطِلُ السَّلَمَ، فَإِذَا جُهِلَ مَنْ لَهُ الْعَقْدُ يُسْتَبَانَ بِالنَّقْدِ وَلَيْسَ الشَّرَاءُ كَذَلِكَ فَكَانَ الْعَقْدُ لِلْعَاقِدِ عَمَلًا بِقَضِيَّةِ الْأَصْلِ.

قَالَ (وَمَنْ أَمَرَ رَجُلًا بِشِرَاءِ عَبْدٍ بِأَلْفٍ فَقَالَ قَدْ فَعَلْتَ وَمَاتَ عِنْدِي وَقَالَ الْأَمْرُ اشْتَرَيْتَهُ لِنَفْسِكَ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْأَمْرِ، فَإِنْ كَانَ دَفَعَ إِلَيْهِ الْأَلْفَ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمَأْمُورِ؛ لِأَنَّ فِي الْوَجْهِ الْأَوَّلِ أَخْبَرَ عَمَّا لَا يَمْلِكُ اسْتِثْنَاءَهُ وَهُوَ الرُّجُوعُ بِالثَّمَنِ عَلَى الْأَمْرِ وَهُوَ يُنْكِرُ وَالْقَوْلُ لِلْمُنْكَرِ.

وَفِي الْوَجْهِ الثَّانِي هُوَ أَمِينٌ يُرِيدُ الْخُرُوجَ عَنْ عَهْدَةِ الْأَمَانَةِ فَيُقْبَلُ قَوْلُهُ. وَلَوْ كَانَ الْعَبْدُ حَيًّا حِينَ اخْتَلَفَا، إِنْ كَانَ الثَّمَنُ مَنْقُودًا فَالْقَوْلُ لِلْمَأْمُورِ؛ لِأَنَّهُ أَمِينٌ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَنْقُودًا فَكَذَلِكَ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ؛ لِأَنَّهُ يَمْلِكُ اسْتِثْنَاءَ الشَّرَاءِ فَلَا يَنْتَهِي فِي الْإِخْبَارِ عَنْهُ.

وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ: الْقَوْلُ لِلْأَمْرِ؛ لِأَنَّهُ مَوْضِعُ تَهْمَةٍ بِأَنِ اشْتَرَاهُ لِنَفْسِهِ، فَإِذَا رَأَى الصَّفْقَةَ خَاسِرَةً أَلْزَمَهَا الْأَمْرَ، بِخِلَافِهِ مَا إِذَا كَانَ الثَّمَنُ مَنْقُودًا؛ لِأَنَّهُ أَمِينٌ فِيهِ فَيُقْبَلُ قَوْلُهُ تَبَعًا لِدَلَالَةِ وَلَا تَمَنَّ فِي يَدِهِ هَاهُنَا، وَإِنْ كَانَ أَمْرُهُ بِشِرَاءِ عَبْدٍ بِعَيْنِهِ ثُمَّ اخْتَلَفَا وَالْعَبْدُ حَيٌّ فَالْقَوْلُ لِلْمَأْمُورِ سَوَاءً كَانَ الثَّمَنُ مَنْقُودًا أَوْ غَيْرَ مَنْقُودٍ، وَهَذَا بِالْإِجْمَاعِ؛ لِأَنَّهُ أَخْبَرَ عَمَّا يَمْلِكُ اسْتِثْنَاءَهُ، وَلَا تَهْمَةَ فِيهِ؛ لِأَنَّ الْوَكِيلَ بِشِرَاءِ شَيْءٍ بِعَيْنِهِ لَا يَمْلِكُ شِرَاءَهُ لِنَفْسِهِ بِمِثْلِ ذَلِكَ الثَّمَنِ فِي حَالِ غَيْبَتِهِ عَلَى مَا مَرَّ، بِخِلَافِهِ غَيْرِ الْمُعَيَّنِ عَلَى مَا ذَكَرْنَاهُ لِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ أَمَرَ رَجُلًا بِشِرَاءِ عَبْدٍ بِأَلْفٍ إلخ) وَمَنْ وَكَّلَ رَجُلًا بِشِرَاءِ عَبْدٍ بِأَلْفٍ فَقَالَ قَدْ فَعَلْتَ وَأَنْكَرَهُ الْمُوَكَّلُ، فَإِمَّا أَنْ يَكُونَ التَّوَكِيلُ بِشِرَاءِ عَبْدٍ مُعَيَّنٍ أَوْ غَيْرِهِ، وَالْأَوَّلُ سَيَجِيءُ، وَالثَّانِي إِمَّا أَنْ يَكُونَ الْعَبْدُ مِيتًا عِنْدَ الْاِخْتِلَافِ أَوْ حَيًّا. وَعَلَى كُلِّ مِنَ التَّقْدِيرَيْنِ فَإِمَّا أَنْ يَكُونَ الثَّمَنُ مَنْقُودًا أَوْ غَيْرَهُ، فَإِنْ كَانَ مِيتًا

وَالثَّمَنُ غَيْرُ مَنْقُودٍ فَالْقَوْلُ لِلْأَمْرِ لِأَنَّ الْمَأْمُورَ أَخْبَرَ عَمَّا لَا يَمْلِكُ اسْتِثْنَاءَ سَبَبِهِ وَهُوَ
الرُّجُوعُ بِالثَّمَنِ عَلَى الْأَمْرِ، فَإِنَّ سَبَبَ الرُّجُوعِ عَلَى الْأَمْرِ هُوَ الْعَقْدُ وَهُوَ لَا يَقْدِرُ عَلَى
اسْتِثْنَائِهِ، لِأَنَّ الْعَبْدَ مَيِّتٌ وَهُوَ لَيْسَ بِمَحَلٍّ لِلْعَقْدِ، فَكَانَ قَوْلُ الْوَكِيلِ فَعَلْتَ وَمَاتَ
عِنْدِي لِإِرَادَةِ الرُّجُوعِ عَلَى الْمُوَكَّلِ وَهُوَ مُنْكَرٌ فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ، فَقَوْلُهُ (لَا يَمْلِكُ اسْتِثْنَاءَهُ)
مَعْنَاهُ اسْتِثْنَاءُ سَبَبِهِ فَهُوَ مَجَازٌ بِالْحَذْفِ، وَقَوْلُهُ (وَهُوَ) رَاجِعٌ إِلَى "مَا" فِي عَمَّا، وَإِنْ
كَانَ الثَّمَنُ مَنْقُودًا فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمَأْمُورِ لِأَنَّهُ أَمِينٌ يُرِيدُ الْخُرُوجَ عَنْ عَهْدَةِ الْأَمَانَةِ فَيَقْبَلُ
قَوْلُهُ، وَإِنْ كَانَ حَيًّا حِينَ اخْتَلَفَا، فَإِنْ كَانَ الثَّمَنُ مَنْقُودًا فَالْقَوْلُ لِلْمَأْمُورِ لِأَنَّهُ أَمِينٌ، وَإِنْ
لَمْ يَكُنْ مَنْقُودًا فَكَذَلِكَ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ لِأَنَّهُ يَمْلِكُ اسْتِثْنَاءَ الشَّرَاءِ لَكُونَ
الْمَحَلَّ قَابِلًا فَلَا يُتَّهَمُ فِي الْإِخْبَارِ عَنْهُ.

فَإِنْ قِيلَ: إِنْ وَقَعَ الشَّرَاءُ لِلْوَكِيلِ كَيْفَ يَقَعُ بَعْدَ ذَلِكَ لِلْمُوَكَّلِ؟ أَجِيبَ بِأَنَّ تَمْلِكَ
اسْتِثْنَاءَ الشَّرَاءِ دَائِرٌ مَعَ التَّصَوُّرِ.

وَيُمْكِنُ أَنْ يَفْسَخَ الْوَكِيلُ الْعَقْدَ مَعَ بَائِعِهِ ثُمَّ يَشْتَرِيَهُ لِلْمُوَكَّلِ.

وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ الْقَوْلُ لِلْأَمْرِ لِأَنَّهُ مَوْضِعُ تَهْمَةٍ بِأَنَّهُ اشْتَرَاهُ لِنَفْسِهِ، فَإِذَا رَأَى
الصَّفَقَةَ خَاسِرَةً أَرَادَ أَنْ يُلْزِمَهَا الْأَمْرَ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ الثَّمَنُ مَنْقُودًا لِأَنَّهُ أَمِينٌ فِيهِ
فَيَقْبَلُ قَوْلُهُ تَبَعًا لِذَلِكَ: أَيْ لِلخُرُوجِ مِنْ عَهْدَةِ الْأَمَانَةِ (وَلَا تَمَنَ فِي يَدِهِ هَهُنَا) يَعْنِي فِيمَا
تَحْنُ فِيهِ حَتَّى يَكُونَ الْوَكِيلُ أَمِينًا فَيَقْبَلُ قَوْلُهُ تَبَعًا لِلخُرُوجِ عَنْ عَهْدَةِ الْأَمَانَةِ (وَإِنْ كَانَ
التَّوَكُّلُ بِشِرَاءِ عَبْدٍ بَعِيْنِهِ ثُمَّ اخْتَلَفَا وَالْعَبْدُ حَيٌّ فَالْقَوْلُ لِلْمَأْمُورِ سَوَاءً كَانَ الثَّمَنُ
مَنْقُودًا أَوْ لَا بِالْإِجْمَاعِ لِأَنَّهُ أَخْبَرَ عَمَّا يَمْلِكُ اسْتِثْنَاءَهُ) وَيُرِيدُ بِذَلِكَ الرُّجُوعَ عَلَى الْأَمْرِ
وَهُوَ مُنْكَرٌ فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ. أَمَّا عِنْدَهُمَا فَلَأَنَّهُ يَمْلِكُ اسْتِثْنَاءَهُ، وَأَمَّا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ فَلَأَنَّهُ لَا
تَهْمَةَ فِيهِ لِأَنَّ الْوَكِيلَ بِشِرَاءِ شَيْءٍ بَعِيْنِهِ لَا يَمْلِكُ شِرَاءَهُ لِنَفْسِهِ بِمِثْلِ ذَلِكَ الثَّمَنِ فِي
حَالِ غَيْبَةِ الْمُوَكَّلِ عَلَى مَا مَرَّ أَنَّ شِرَاءَ مَا وَكَّلَ بِهِ بِمِثْلِ ذَلِكَ الثَّمَنِ عَزَلُ لِنَفْسِهِ وَهُوَ
لَا يَمْلِكُهُ حَالِ غَيْبَتِهِ، بِخِلَافِ حُضُورِهِ فَإِنَّهُ لَوْ فَعَلَ ذَلِكَ جَارَ وَوَقَعَ الْمُشْتَرَى لَهُ،
بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ الْعَبْدُ غَيْرَ مُعَيَّنٍ فَإِنَّ فِيهِ التَّهْمَةَ الْمَذْكُورَةَ مِنْ جَانِبِ أَبِي حَنِيفَةَ، وَإِنْ
كَانَ الْعَبْدُ هَالِكًا وَالثَّمَنُ مَنْقُودًا فَالْقَوْلُ لِلْمَأْمُورِ لِأَنَّهُ أَمِينٌ يُرِيدُ الْخُرُوجَ عَنْ عَهْدَةِ
الْأَمَانَةِ، وَإِنْ كَانَ غَيْرَ مَنْقُودٍ فَالْقَوْلُ لِلْأَمْرِ.

(وَمَنْ قَالَ لآخر بعني هذا العبد لفلان فباعه ثم أنكر أن يكون فلان أمره ثم جاء فلان وقال أنا أمرته بذلك فإن فلانا يأخذه؛ لأن قوله السابق إقرار منه بالوكالة عنه فلا ينفعه الإنكار اللاحق). (فإن قال فلان لم أمره لم يكن له؛ لأن الإقرار يرتد برده (لا) أن يسلمه المشتري له فيكون بيعا عنه وعليه العهدة؛ لأنه صار مشتريا بالتعاطي، كمن اشترى لغيره بغير أمره حتى لزمه ثم سلمه المشتري له، ودلت المسألة على أن التسليم على وجه البيع يكفي للتعاطي وإن لم يوجد نقد الثمن، وهو يتحقق في النفيس والخسيس لاستتمام التراضي وهو المعتبر في الباب.

الشرح:

قال (وَمَنْ قَالَ لآخر بعني هذا العبد لفلان إلخ) رجل قال لآخر بعني هذا العبد لفلان: يعني لأجله فباعه منه، فلما طلبه منه فلان أبى أن يكون فلان أمره بذلك فإن فلان ولاية أخذه، لأن قوله السابق: يعني قوله لفلان إقرار منه بالوكالة عنه، والإقرار بالشئ لا يطل بالإنكار اللاحق فلا ينفعه الإنكار اللاحق. فإن قيل: قوله لفلان ليس بنص في الوكالة بل يحتمل أن يكون للشفاعة كالأجنبي طلب تسليم الشفعة من الشفيع فقال الشفيع سلمتها لك: أي لأجل شفاعتك.

قلنا: خلاف الظاهر لا يصار إليه بلا قرينة، وسؤال التسليم من الأجنبي قرينة في الشفعة وليس القرينة بموجودة فيما نحن فيه (وإن قال فلان لم أمره أنا ثم بدا له أن يأخذه لم يكن له أن يأخذه لأن الإقرار ارتد بالرد إلا أن يسلمه المشتري له) أي إلا أن يسلمه المشتري له العبد المشتري لأجله إليه، ويجوز أن يكون معناه إلا أن يسلم فلانا العبد المشتري لأجله، وفاعل يسلم ضمير يعود إلى المشتري بناء على الروايتين بكسر الراء وفتحها (فيكون بيعا وعليه العهدة) أي على فلان عهدة الأخذ بتسليم الثمن لأنه صار مشتريا بالتعاطي كالفضولي إذا اشترى لشخص ثم سلمه المشتري لأجله.

ودلت المسألة على أن التسليم على وجه البيع يكفي للتعاطي وإن لم يوجد نقد الثمن وهو يتحقق في النفيس والخسيس لوجود التراضي الذي هو ركن في باب البيع. قال (وَمَنْ أَمَرَ رجلا أن يشتري له عبيدين بأعيانهما ولم يسَم له ثمنًا فاشترى له

أَحَدَهُمَا جَازَ؛ لَأَنَّ التَّوَكِيلَ مُطْلَقٌ، وَقَدْ لَا يَتَّفِقُ الْجَمْعُ بَيْنَهُمَا فِي الْبَيْعِ (إِلَّا فِيمَا لَا يَتَغَابَنُ النَّاسُ فِيهِ)؛ لِأَنَّهُ تَوَكِيلٌ بِالشَّرَاءِ، وَهَذَا كُلُّهُ بِالْإِجْمَاعِ (وَلَوْ أَمَرَهُ بِأَنْ يَشْتَرِيَهُمَا بِالْأَلْفِ وَقِيمَتُهُمَا سَوَاءٌ، فَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ إِنْ اشْتَرَى أَحَدَهُمَا بِخَمْسِمِائَةٍ أَوْ أَقَلَّ جَازَ، وَإِنْ اشْتَرَى بِأَكْثَرٍ لَمْ يَلْزَمْ الْأَمْرُ)؛ لِأَنَّهُ قَابِلُ الْأَلْفِ بِهِمَا وَقِيمَتُهُمَا سَوَاءٌ فَيُقَسَّمُ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ دَلَالَةً، فَكَانَ أَمْرًا بِشِرَاءِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِخَمْسِمِائَةٍ ثُمَّ الشَّرَاءُ بِهِمَا مُوَافَقَةً وَبِأَقَلِّ مِنْهَا مُخَالَفَةً إِلَى خَيْرٍ وَالزِّيَادَةُ إِلَى شَرٍّ قَلَّتِ الزِّيَادَةُ أَوْ كَثُرَتْ فَلَا يَجُوزُ (إِلَّا أَنْ يَشْتَرِيَ الْبَاقِي بِبَقِيَّةِ الْأَلْفِ قَبْلَ أَنْ يَخْتَصِمَا اسْتِحْسَانًا)؛ لِأَنَّ شِرَاءَ الْأَوَّلِ قَائِمٌ وَقَدْ حَصَلَ غَرَضُهُ الْمَصْرُوحُ بِهِ وَهُوَ تَحْصِيلُ الْعَبْدَيْنِ بِالْأَلْفِ وَمَا ثَبَتَ الْإِنْقِسَامُ إِلَّا دَلَالَةً وَالصَّرِيحُ يَفُوقُهَا.

(وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُمَا اللَّهُ: إِنْ اشْتَرَى أَحَدَهُمَا بِأَكْثَرٍ مِنْ نِصْفِ الْأَلْفِ بِمَا يَتَغَابَنُ النَّاسُ فِيهِ وَقَدْ بَقِيَ مِنَ الْأَلْفِ مَا يَشْتَرَى بِمِثْلِهِ الْبَاقِي جَازَ)؛ لِأَنَّ التَّوَكِيلَ مُطْلَقٌ لِكُنْهِ يَتَّقِيْدُ بِالْمُتَعَارَفِ وَهُوَ فِيمَا هُلْنَا، وَلَكِنْ لَا بُدَّ أَنْ يَبْقَى مِنَ الْأَلْفِ بَاقِيَةٌ يَشْتَرَى بِمِثْلِهَا الْبَاقِي لِيُمْكِنَهُ تَحْصِيلُ غَرَضِ الْأَمْرِ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ أَمَرَ رَجُلًا أَنْ يَشْتَرِيَ لَهُ عَبْدَيْنِ بِأَعْيَانِهِمَا إِنْجَ) وَمَنْ أَمَرَ رَجُلًا أَنْ يَشْتَرِيَ لَهُ عَبْدَيْنِ بِأَعْيَانِهِمَا (وَلَمْ يُسَمَّ ثَمَنًا فَاشْتَرَى أَحَدَهُمَا جَازَ لِأَنَّ التَّوَكِيلَ مُطْلَقٌ) عَنْ قَيْدِ شَرَايِهِمَا مُتَّفَرِّقَيْنِ أَوْ مُجْتَمِعَيْنِ (فَقَدْ لَا يَتَّفِقُ الْجَمْعُ بَيْنَهُمَا فِي الْبَيْعِ) أَيُّ الشَّرَاءِ (إِلَّا فِيمَا لَا يَتَغَابَنُ) اسْتِثْنَاءٌ مِنْ قَوْلِهِ جَازَ: أَيُّ جَازَ شِرَاءُ أَحَدِهِمَا إِلَّا فِيمَا لَا يَتَغَابَنُ النَّاسُ فِيهِ، فَإِنَّهُ لَا يَجُوزُ لَأَنَّهُ تَوَكِيلٌ بِالشَّرَاءِ وَهُوَ لَا يَتَحَمَّلُ الْعَبْنُ الْفَاحِشَ بِالْإِجْمَاعِ، بِخِلَافِ التَّوَكِيلِ بِالْبَيْعِ فَإِنَّ أَبَا حَنِيفَةَ يُجَوِّزُ الْبَيْعَ بِغَبْنٍ فَاحِشٍ. وَلَوْ أَمَرَهُ أَنْ يَشْتَرِيَهُمَا بِالْأَلْفِ وَقِيمَتُهُمَا سَوَاءٌ.

فَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ إِنْ اشْتَرَى أَحَدَهُمَا بِخَمْسِمِائَةٍ أَوْ بِأَقَلِّ جَازَ، وَإِنْ اشْتَرَى بِأَكْثَرٍ لَمْ يَلْزَمْ الْأَمْرُ لِأَنَّهُ قَابِلُ الْأَلْفِ بِهِمَا وَقِيمَتُهُمَا سَوَاءٌ، وَكُلُّ مَا كَانَ كَذَلِكَ يُقَسَّمُ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ لَوْ قُوعَ الْأَمْرِ بِذَلِكَ دَلَالَةً فَكَانَ أَمْرًا بِشِرَاءِ كُلِّ وَاحِدٍ بِخَمْسِمِائَةٍ، ثُمَّ الشَّرَاءُ بِذَلِكَ مُوَافَقَةً وَبِأَقَلِّ مِنْهُمَا مُخَالَفَةً إِلَى خَيْرٍ، وَبِالزِّيَادَةِ مُخَالَفَةً إِلَى شَرٍّ قَلِيلَةً كَانَتْ أَوْ كَثِيرَةً، فَلَا يَجُوزُ إِلَّا

أَنْ يَشْتَرِيَ الْبَاقِيَ بِبَقِيَّةِ الْأَلْفِ قَبْلَ أَنْ يَخْتَصِمَا اسْتِحْسَانًا. وَالْقِيَاسُ أَنْ لَا يَلْزَمَ الْأَمْرَ إِذَا اشْتَرَى أَحَدُهُمَا بِأَزِيدٍ مِنْ خَمْسِمِائَةٍ، وَإِنْ قَلَّتْ الزِّيَادَةُ وَاشْتَرَى الْبَاقِيَ بِمَا بَقِيَ مِنَ الْأَلْفِ قَبْلَ الْاِخْتِصَامِ لثُبُوتِ الْمُخَالَفَةِ. وَوَجْهُ الاسْتِحْسَانِ أَنْ شِرَاءَ الْأَوَّلِ قَائِمٌ، فَإِذَا اشْتَرَى الْبَاقِيَ حَصَلَ غَرَضُهُ الْمَصْرُوحُ بِهِ وَهُوَ تَحْصِيلُ الْعَبْدَيْنِ بِالْفِ وَالْاِنْقِسَامِ بِالسُّوْيَةِ كَانَ ثَابِتًا بِطَرِيقِ الدَّلَالَةِ، وَإِذَا جَاءَ الصَّرِيحُ وَأُمِكنَ الْعَمَلُ بِهِ بَطَلَ الدَّلَالَةُ.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: إِنْ اشْتَرَى أَحَدُهُمَا بِأَكْثَرَ مِنْ نِصْفِ الْأَلْفِ بِمَا يَتَعَابَنُ النَّاسُ فِيهِ وَقَدْ بَقِيَ مِنَ الْأَلْفِ مَا يَشْتَرِي بِمِثْلِهِ الْبَاقِيَ جَازَ لِأَنَّ التَّوَكِيلَ وَإِنْ حَصَلَ مُطْلَقًا لَكِنَّهُ يَتَّقَدُ بِالْمُتَعَارَفِ وَهُوَ فِيمَا يَتَعَابَنُ فِيهِ النَّاسُ، لَكِنْ لَا بُدَّ أَنْ يَبْقَى مِنَ الْأَلْفِ مَا يَشْتَرِي بِهِ الْبَاقِيَ لِتَحْصِيلِ غَرَضِ الْأَمْرِ

قَالَ (وَمَنْ لَهُ عَلَى آخِرِ أَلْفٍ دِرْهَمٍ فَأَمَرَهُ أَنْ يَشْتَرِيَ بِهَا هَذَا الْعَبْدَ فَاشْتَرَاهُ جَازًا؛ لِأَنَّ فِي تَعْيِينِ الْمَبِيعِ تَعْيِينَ الْبَائِعِ؛ وَلَوْ عَيَّنَ الْبَائِعُ يَجُوزُ عَلَى مَا نَذَرَهُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى. قَالَ (وَإِنْ أَمَرَهُ أَنْ يَشْتَرِيَ بِهَا عَبْدًا بِغَيْرِ عَيْنِهِ فَاشْتَرَاهُ فَمَاتَ فِي يَدِهِ قَبْلَ أَنْ يَقْبِضَهُ الْأَمْرُ مَاتَ مِنْ مَالِ الْمُشْتَرِي، وَإِنْ قَبِضَهُ الْأَمْرُ فَهُوَ لَهُ) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَقَالَا: هُوَ لَا يَزِمُ لِلْأَمْرِ إِذَا قَبِضَهُ الْمَأْمُورُ) وَعَلَى هَذَا إِذَا أَمَرَهُ أَنْ يُسَلِّمَ مَا عَلَيْهِ أَوْ يَصْرِفَ مَا عَلَيْهِ. لَهُمَا أَنْ الدَّرَاهِمَ وَالْدَّنَانِيرَ لَا يَتَعَيَّنَانِ فِي الْمَعَاوِضَاتِ دَيْنًا كَانَتْ أَوْ عَيْنًا، أَلَا يَرَى أَنَّهُ لَوْ تَبَايَعَا عَيْنًا بِدَيْنٍ ثُمَّ تَصَادَقَا أَنْ لَا دَيْنَ لَا يَبْطُلُ الْعَقْدُ فَصَارَ الْإِطْلَاقُ وَالتَّقْيِيدُ فِيهِ سَوَاءً فَيَصِحُّ التَّوَكِيلُ وَيَلْزَمُ الْأَمْرُ؛ لِأَنَّ يَدَ الْوَكِيلِ كِيَدِهِ.

وَلَأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهَا تَتَعَيَّنُ فِي الْوَكَالَاتِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ قَيَّدَ الْوَكِيلُ بِالْعَيْنِ مِنْهَا أَوْ بِالْأَمْرِ مِنْهَا ثُمَّ اسْتَهْلَكَ الْعَيْنَ أَوْ أَسْقَطَ الدَّيْنَ بَطَلَتِ الْوَكَالَةُ، وَإِذَا تَعَيَّنَتْ كَانَ هَذَا تَمْلِكُ الدَّيْنِ مَنْ غَيْرَ مَنْ عَلَيْهِ الدَّيْنُ مِنْ دُونِ أَنْ يُوَكَّلَهُ بِقَبْضِهِ وَذَلِكَ لَا يَجُوزُ، كَمَا إِذَا اشْتَرَى بِدَيْنٍ عَلَى غَيْرِ الْمُشْتَرِي أَوْ يَكُونُ أَمْرًا بِصَرْفٍ مَا لَا يَمْلِكُهُ إِلَّا بِالْقَبْضِ قَبْلَهُ وَذَلِكَ بَاطِلٌ كَمَا إِذَا قَالَ أَعْطِ مَالِي عَلَيْكَ مَنْ شِئْتَ، بِخِلَافِ مَا إِذَا عَيَّنَ الْبَائِعُ؛ لِأَنَّهُ يُصِيرُ وَكِيلًا عَنْهُ فِي الْقَبْضِ ثُمَّ يَتَمَلَّكُهُ، وَبِخِلَافِ مَا إِذَا أَمَرَهُ بِالتَّصَدُّقِ؛ لِأَنَّهُ جَعَلَ الْمَالَ لِلَّهِ وَهُوَ مَعْلُومٌ. وَإِذَا لَمْ يَصِحَّ التَّوَكِيلُ نَفَذَ الشِّرَاءُ عَلَى الْمَأْمُورِ فَيَهْلِكُ مِنْ مَالِهِ إِلَّا إِذَا قَبِضَهُ الْأَمْرُ مِنْهُ لَا نَعِقَادَ الْبَيْعِ نَعَاطِيًا.

الشرح:

قال (وَمَنْ لَهُ عَلَى آخَرٍ أَلْفٌ إلخ) مَنْ لَهُ عَلَى آخَرٍ أَلْفٌ دِرْهَمٍ فَأَمْرُهُ أَنْ يَشْتَرِيَ بِهَا عَبْدًا مُعَيَّنًا صَحَّ عَلَى الْأَمْرِ وَلَزِمَهُ قَبْضُهُ وَإِنْ مَاتَ قَبْلَهُ عِنْدَ الْمَأْمُورِ، لَأَنْ فِي تَعْيِينِ الْمَبِيعِ تَعْيِينُ الْبَائِعِ، وَلَوْ عَيَّنَ الْبَائِعُ جَارَ كَمَا سَنَذْكُرُهُ، فَكَذَا إِذَا عَيَّنَ الْمَبِيعُ بِالِاتِّفَاقِ، وَإِنْ أَمْرُهُ أَنْ يَشْتَرِيَ بِهَا عَبْدًا بَغِيرَ عَيْنِهِ فَاشْتَرَاهُ، فَإِنْ قَبْضَهُ الْأَمْرُ فَهُوَ لَهُ كَذَلِكَ، وَإِنْ مَاتَ فِي يَدِ الْوَكِيلِ قَبْلَ أَنْ يَقْبِضَهُ الْأَمْرُ مَاتَ مِنْ مَالِ الْوَكِيلِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَقَالَا: هُوَ لَزِمٌ لِلْأَمْرِ إِذَا قَبْضَهُ الْمَأْمُورُ، وَعَلَى هَذَا الْخِلَافِ إِذَا أَمَرَ مَنْ عَلَيْهِ الدَّيْنُ أَنْ يُسَلِّمَ مَا عَلَيْهِ أَوْ يَصْرِفَ مَا عَلَيْهِ، فَإِنْ عَيَّنَ الْمُسْلِمَ إِلَيْهِ وَمَنْ يَعْقِدُ بِهِ عَقْدَ الصَّرْفِ صَحَّ بِالِاتِّفَاقِ، وَإِلَّا فَعَلَى الْاِخْتِلَافِ، وَإِنَّمَا خَصَّصَهُمَا بِالذِّكْرِ لِدَفْعِ مَا عَسَى يُتَوَهَّمُ أَنَّ التَّوَكِيلَ فِيهِمَا لَا يَجُوزُ لاشتراطِ الْقَبْضِ فِي الْمَجْلِسِ (لَهُمَا أَنْ الدَّرَاهِمَ وَالْدَّنَانِيرَ لَا يَتَعَيَّنَانِ فِي الْمُعَاوَضَاتِ دَيْنًا كَانَ أَوْ عَيْنًا؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُمَا لَوْ تَبَايَعَا عَيْنًا بِدَيْنٍ ثُمَّ تَصَادَقَا أَنْ لَا دَيْنَ لَا يَطْلُ الْعَقْدُ) وَمَا لَا يَتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِينِ كَانَ الْإِطْلَاقُ وَالتَّقْيِيدُ فِيهِ سَوَاءٌ فَيَصِحُّ التَّوَكِيلُ وَيَلْزَمُ الْأَمْرَ، لَأَنَّ يَدَ الْوَكِيلِ كَيْدُهُ فَصَارَ كَمَا لَوْ قَالَ تَصَدَّقْ بِمَا لِي عَلَيْكَ عَلَى الْمَسَاكِينِ.

(وَأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهَا تَتَعَيَّنُ فِي الْوَكَالَاتِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ قِيدَ الْوَكَالَةُ بِالْعَيْنِ مِنْهَا أَوْ بِالْأَدْنَى مِنْهَا ثُمَّ اسْتَهْلَكَ الْعَيْنُ أَوْ أَسْقَطَ الدَّيْنُ بَطَلَتْ) وَنَقَلَ النَّاطِقِيُّ عَنْ الْأَصْلِ أَنَّ الْوَكِيلَ بِالشَّرَاءِ إِذَا قَبِضَ الدَّنَانِيرَ مِنَ الْمُوَكَّلِ وَقَدْ أَمْرُهُ أَنْ يَشْتَرِيَ بِهَا طَعَامًا فَاشْتَرَى بِدَّنَانِيرٍ غَيْرِهَا ثُمَّ نَقَدَ دَنَانِيرَ الْمُوَكَّلِ فَالطَّعَامُ لِلْوَكِيلِ وَهُوَ ضَامِنٌ لَدَّنَانِيرِ الْمُوَكَّلِ. وَالْمَسْأَلَتَانِ تَذْلَانِ عَلَى أَنَّ التَّقْوِدَ فِي الْوَكَالَةِ تَتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِينِ، لَكِنَّ الْمَذْكُورَةَ فِي الْكِتَابِ لَا تَفْصِلُ بَيْنَ مَا قَبِلَ الْقَبْضِ وَبَعْدَهُ، وَالْأُخْرَى تَذُلُّ عَلَى أَنَّهَا بَعْدَ الْقَبْضِ تَتَعَيَّنُ وَهُوَ الْمَنْقُولُ فِي الْكُتُبِ. قَالَ فِي النِّهَايَةِ: هَذَا عَلَى قَوْلِ بَعْضِ الْمَشَايخِ بَعْدَ التَّسْلِيمِ إِلَى الْوَكِيلِ، وَأَمَّا قَبْلَ التَّسْلِيمِ إِلَيْهِ فَلَا تَتَعَيَّنُ فِي الْوَكَالَاتِ أَيْضًا بِالْإِجْمَاعِ لِأَنَّهُ ذَكَرَ فِي الذَّخِيرَةِ.

وَقَالَ: قَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي الزِّيَادَاتِ: رَجُلٌ قَالَ لِغَيْرِهِ اشْتَرِ لِي بِهَذِهِ الْأَلْفِ دِرْهَمٍ جَارِيَةً وَأَرَاهُ الدَّرَاهِمَ فَلَمْ يُسَلِّمْهَا إِلَى الْوَكِيلِ حَتَّى سُرِقَتْ الدَّرَاهِمُ، ثُمَّ

اشْتَرَى الْوَكِيلُ جَارِيَةً بِأَلْفِ دِرْهَمٍ لَزِمَ الْمُوَكَّلُ.

ثُمَّ قَالَ: وَالْأَصْلُ أَنَّ الدَّرَاهِمَ وَالْدَّنَانِيرَ لَا يَتَعَيَّنَانِ فِي الْوَكَالَاتِ قَبْلَ التَّسْلِيمِ بِلَا خِلَافٍ، لِأَنَّ الْوَكَالََةَ وَسِيلَةٌ إِلَى الشِّرَاءِ فَتُعْتَبَرُ بِنَفْسِ الشِّرَاءِ، وَالدَّرَاهِمُ وَالْدَّنَانِيرُ لَا يَتَعَيَّنَانِ فِي الشِّرَاءِ قَبْلَ التَّسْلِيمِ، فَكَذَا فِيمَا هُوَ وَسِيلَةٌ إِلَى الشِّرَاءِ. وَأَمَّا بَعْدَ التَّسْلِيمِ إِلَى الْوَكِيلِ هَلْ تَتَعَيَّنُ؟ اخْتَلَفَ الْمَشَائِخُ فِيهِ، قَالَ بَعْضُهُمْ: تَتَعَيَّنُ لَمَّا ذَكَرْنَا. وَعَامَّتُهُمْ عَلَى أَنَّهَا لَا تَتَعَيَّنُ ثُمَّ قَالَ: وَفَائِدَةُ الثَّقَلِ وَالتَّسْلِيمِ عَلَى قَوْلِ الْعَامَّةِ تَأَقَّتْ بَقَاءُ الْوَكَالََةِ بِبَقَاءِ الدَّرَاهِمِ الْمُنْقُودَةِ، وَهَذَا قَوْلٌ مِنْهُمْ تَتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِينِ لِأَنَّ الْمُرَادَ بِهِ هُوَ التَّوَقُّتُ بِبَقَائِهَا وَقَطْعُ الرُّجُوعِ عَلَى الْمُوَكَّلِ فِيمَا وَجَبَ لِلْوَكِيلِ عَلَيْهِ.

وَلِقَائِلٍ أَنْ يَقُولَ: فَعَلَى هَذَا فِي كَلَامِ الْمُصَنِّفِ نَظَرٌ، لِأَنَّهُ أَثَبَتَ قَوْلَ أَبِي حَنِيفَةَ يَقُولُ بَعْضُ الْمَشَائِخِ الَّذِينَ حَدَّثُوا بَعْدَ أَبِي حَنِيفَةَ بِمِائَتِي سَنَةٍ. وَالْجَوَابُ أَنَّ الْمُصَنِّفَ لَمْ يَتَعَرَّضْ بِأَنَّ ذَلِكَ قَوْلُ بَعْضِ الْمَشَائِخِ، فَلَعَلَّ اعْتِمَادَهُ فِي ذَلِكَ كَانَ عَلَى مَا يُقَالُ عَنْ مُحَمَّدٍ عَلَى مَا يُقَالُ عَنْهُ فِي الزِّيَادَاتِ مِنَ التَّقْيِيدِ بَعْدَ التَّسْلِيمِ. ثُمَّ قَالَ صَاحِبُ النَّهَايَةِ: إِنَّمَا قَيَّدَ بِالِاسْتِهْلَاكِ لِأَنَّ بُطْلَانَ الْوَكَالََةِ مَخْصُوصٌ بِهِ، وَقِيلَ عَنْ كُلِّ مِنَ الذَّخِيرَةِ وَقَتَاوَى قَاضِي خَانَ مَسْأَلَةٌ تُدُلُّ عَلَى ذَلِكَ.

وَرَدَّ بِأَنَّهُ مُخَالَفٌ لَمَّا ذَكَرُوا فِي شُرُوحِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ فِي هَذَا الْمَوْضِعِ حَيْثُ قَالُوا: لَوْ هَلَكَتِ الدَّرَاهِمُ الْمُسْلَمَةُ إِلَى الْوَكِيلِ بِالشِّرَاءِ بَطَلَتْ الْوَكَالََةُ، بَلْ إِنَّمَا قَيَّدَ الْمُصَنِّفُ بِذَلِكَ لِئَلَّا يُتَوَهَّمُ أَنَّ الْوَكَالََةَ لَا تُبْطَلُ إِذَا اسْتَهْلَكَ الْوَكِيلُ الدَّرَاهِمَ الْمُسْلَمَةَ إِلَيْهِ لِأَنَّهُ يَضْمَنُ الدَّرَاهِمَ فَيَقُومُ مِثْلُهَا مَقَامَهَا فَتَصِيرُ كَأَنَّ عَيْنَهَا بَاقِيَةٌ، فَذَكَرَ الْاسْتِهْلَاكَ لِبَيَانِ تَسَاوِيهِمَا فِي بُطْلَانِ الْوَكَالََةِ بِهِمَا (قَوْلُهُ وَإِذَا تَعَيَّنَتْ) هُوَ تِمَّةُ الدَّلِيلِ.

وَتَقْرِيرُهُ أَنَّهَا تَتَعَيَّنُ فِي الْوَكَالَاتِ، وَإِذَا تَعَيَّنَتْ كَانَ هَذَا تَمْلِكُ الدَّيْنِ مِنْ غَيْرِ مَنْ عَلَيْهِ الدَّيْنُ مِنْ غَيْرِ أَنْ يُوَكَّلَهُ بِالْقَبْضِ، وَذَلِكَ لَا يَجُوزُ لِعَدَمِ الْقُدْرَةِ عَلَى التَّسْلِيمِ، كَمَا إِذَا اشْتَرَى بَدِينٌ عَلَى غَيْرِ الْمُشْتَرِي بِأَنْ كَانَ لَزِيْدٌ عَلَى عَمْرٍو دَيْنٌ مَثَلًا فَاشْتَرَى زَيْدٌ مِنْ آخَرَ شَيْئًا بِذَلِكَ الدَّيْنِ الَّذِي لَهُ عَلَى عَمْرٍو فَإِنَّهُ لَا يَجُوزُ لَذَلِكَ (أَوْ يَكُونُ أَمْرًا بِصَرْفٍ) أَيُّ يَدْفَعُ (مَا لَا يَمْلِكُهُ إِلَّا بِالْقَبْضِ قَبْلَ الْقَبْضِ، وَذَلِكَ) لِأَنَّ الدَّيْنُ يُقْضَى بِأَمْنَاهَا، فَكَانَ مَا أَدَّى الْمَدْيُونُ إِلَى الْبَائِعِ أَوْ إِلَى رَبِّ الدَّيْنِ مِلْكَ الْمَدْيُونِ، وَلَا يَمْلِكُهُ

الدَّائِنُ قَبْلَ الْقَبْضِ، وَالْأَمْرُ بِدَفْعِ مَا لَيْسَ بِمِلْكِهِ (بَاطِلٌ) وَصَارَ (كَمَا إِذَا قَالَ أَعْطِ مَا لِي عَلَيْكَ مَنْ شِئْتَ) فَإِنَّهُ بَاطِلٌ لِأَنَّهُ أَمَرَ بِصَرْفِ مَا لَا يَمْلِكُهُ الْأَمْرُ إِلَّا بِالْقَبْضِ إِلَى مَنْ يَخْتَارُهُ الْمَدْيُونُ بِنَفْسِهِ (قَوْلُهُ بِخِلَافِ مَا إِذَا عَيَّنَ الْبَائِعُ) يَعْنِي بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ الْمُوَكَّلُ عَيَّنَ الْبَائِعَ أَوْ الْمُسْلِمَ إِلَيْهِ فَإِنَّ التَّوَكِيلَ صَحِيحٌ لَازِمٌ لِلْأَمْرِ (لَأَنَّهُ يَصِيرُ) الْبَائِعُ أَوَّلًا (وَكَيْلًا عَنْهُ فِي الْقَبْضِ ثُمَّ يَمْلِكُهُ) وَذَلِكَ لَيْسَ بِتَمْلِيكِ الدَّيْنِ مِنْ غَيْرِ مَنْ عَلَيْهِ الدَّيْنُ وَلَا أَمْرًا بِصَرْفِ مَا لَمْ يُقْبَضْ.

وَأَعْتَزَّضَ بِأَنَّهُ لَوْ اشْتَرَى شَيْئًا بِدَيْنٍ عَلَى آخَرَ يَتَّبِعِي أَنْ يَجُوزَ أَنْ يَجْعَلَهُ وَكَيْلًا بِالْقَبْضِ أَوْ لَا لَكُونَهُ مُعَيَّنًا. وَأُجِيبَ بِأَنْ عَدَمَ الْجَوَازِ هَاهُنَا لَكُونَهُ يَتَّبِعًا بِشَرْطٍ وَهُوَ أَداءُ الثَّمَنِ عَلَى الْغَيْرِ (قَوْلُهُ وَبِخِلَافِ) جَوَابٌ عَنْ قِيَاسِهِمَا عَلَى الْأَمْرِ بِالتَّصَدُّقِ وَلَمْ يَذْكُرْهُ فِي الْكِتَابِ وَقَدَّمَاهُ فِي سِيَاقِ دَلِيلِهِمَا وَذَلِكَ ظَاهِرٌ.

وَقَوْلُهُ (وَإِذَا لَمْ يَصِحَّ التَّوَكِيلُ) رُجُوعٌ إِلَى أَوَّلِ الْبَحْثِ: يَعْنِي لَمَّا ثَبَتَ بِالْدَّلِيلِ أَنَّ التَّوَكِيلَ بِشِرَاءِ عَبْدٍ غَيْرِ مُعَيَّنٍ لَمْ يُعْلَمْ بِائِعُهُ غَيْرُ صَحِيحٍ نَفَذَ الشِّرَاءَ عَلَى الْمَأْمُورِ، فَإِذَا هَلَكَ عِنْدَهُ هَلَكَ مِنْ مَالِهِ لَكِنْ إِذَا قَبِضَهُ الْأَمْرُ عَنْهُ انْعَقَدَ بَيْنَهُمَا بَيْعٌ بِالتَّعَاطِي، فَإِنْ هَلَكَ عِنْدَهُ هَلَكَ مِنْ مَالِهِ.

قَالَ (وَمَنْ دَفَعَ إِلَى آخَرَ أَلْفًا وَأَمَرَهُ أَنْ يَشْتَرِيَ بِهَا جَارِيَةً فَاشْتَرَاهَا فَقَالَ الْأَمْرُ اشْتَرَيْتَهَا بِخَمْسِمِائَةٍ. وَقَالَ الْمَأْمُورُ اشْتَرَيْتَهَا بِأَلْفٍ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمَأْمُورِ) وَمُرَادُهُ إِذَا كَانَتْ تُسَاوِي أَلْفًا؛ لِأَنَّهُ أَمِينٌ فِيهِ وَقَدْ ادَّعَى الْخُرُوجَ عَنْ عَهْدَةِ الْأَمَانَةِ وَالْأَمْرُ يَدَّعِي عَلَيْهِ ضَمَانَ خَمْسِمِائَةٍ وَهُوَ يُنْكِرُ، فَإِنْ كَانَتْ تُسَاوِي خَمْسِمِائَةٍ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْأَمْرِ؛ لِأَنَّهُ خَالَفَ حَيْثُ اشْتَرَى جَارِيَةً تُسَاوِي خَمْسِمِائَةٍ وَالْأَمْرُ تَنَاولَ مَا يُسَاوِي أَلْفًا فَيُضْمَنُ.

قَالَ (وَأِنْ لَمْ يَكُنْ دَفَعَ إِلَيْهِ أَلْفًا فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْأَمْرِ) أَمَّا إِذَا كَانَتْ هِيمَتُهَا خَمْسِمِائَةٍ فَلِلْمُخَالَفَةِ وَإِنْ كَانَتْ هِيمَتُهَا أَلْفًا فَمَعْنَاهُ أَنَّهُمَا يَتَحَالَفَانِ؛ لِأَنَّ الْمُوَكَّلَ وَالْمُوَكَّلَ فِي هَذَا يَنْزِلَانِ مَنْزِلَةَ الْبَائِعِ وَالْمُشْتَرِي وَقَدْ وَقَعَ الْاِخْتِلَافُ فِي الثَّمَنِ وَمُوجِبُهُ التَّحَالُفُ. ثُمَّ يُفْسَخُ الْعَقْدُ الَّذِي جَرَى بَيْنَهُمَا فَتَلْزَمُ الْجَارِيَةُ الْمَأْمُورُ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ دَفَعَ إِلَى آخَرَ أَلْفًا إلخ) رَجُلٌ دَفَعَ إِلَى آخَرَ أَلْفًا وَأَمَرَهُ أَنْ يَشْتَرِيَ

بِهَا جَارِيَةً فَاشْتَرَاهَا فَقَالَ الْأَمِيرُ اشْتَرَيْتَهَا بِخَمْسِمِائَةٍ وَقَالَ الْمَأْمُورُ اشْتَرَيْتَهَا بِأَلْفٍ
فَالْقَوْلُ لِلْمَأْمُورِ، وَمُرَادُهُ إِذَا كَانَتْ تُسَاوِي الْأَلْفَ لِأَنَّهُ أَمِينٌ فِيهِ وَقَدْ ادَّعَى الْخُرُوجَ عَنْ
عَهْدَةِ الْأَمَانَةِ، وَالْأَمِيرُ يَدَّعِي عَلَيْهِ ضَمَانَ خَمْسِمِائَةٍ وَهُوَ يُنْكِرُ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُتَكْرِ، فَإِنْ
كَانَتْ الْجَارِيَةُ تُسَاوِي خَمْسِمِائَةَ فَالْقَوْلُ لِلْأَمِيرِ لِأَنَّ الْوَكِيلَ خَالَفَ إِلَى شَرٍّ حَيْثُ اشْتَرَى
جَارِيَةً تُسَاوِي خَمْسِمِائَةَ وَالْأَمِيرُ تَنَاوَلَ مَا يُسَاوِي أَلْفًا فَيُضْمَنُ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ دَفَعَ الْأَلْفَ
إِلَيْهِ وَاخْتَلَفَا فَالْقَوْلُ لِلْأَمِيرِ، أَمَّا إِذَا كَانَتْ قِيمَتُهَا خَمْسِمِائَةَ فَلِلْمُخَالَفَةِ إِلَى شَرٍّ وَإِنْ
كَانَتْ قِيمَتُهَا أَلْفًا فَمَعْنَى قَوْلِهِ فَالْقَوْلُ لِلْأَمِيرِ يَتَحَالَفَانِ وَيَتَدَفَّعُ بِهِ مَا قِيلَ فِي شُرُوحِ
الْجَامِعِ الصَّغِيرِ أَنَّ الْجَارِيَةَ إِذَا كَانَتْ تُسَاوِي أَلْفًا وَجَبَ أَنْ يُلْزَمَ الْأَمِيرُ سَوَاءً قَالَ الْمَأْمُورُ
اشْتَرَيْتَهَا بِأَلْفٍ أَوْ بِأَقَلِّ مِنْهَا؛ لِأَنَّهُ لَمَّا اشْتَرَاهَا بِأَلْفٍ كَانَ مُوَافِقًا لِلْأَمِيرِ، وَإِنْ اشْتَرَاهَا بِأَقَلِّ
كَانَ مُخَالَفًا إِلَى خَيْرٍ وَذَلِكَ يُلْزَمُ الْأَمِيرُ، وَهَذَا لِأَنَّهُمَا فِي هَذَا أَيْ فِي هَذَا الْفَصْلِ يُنْزَلَانِ
مَنْزِلَةَ الْبَائِعِ وَالْمُشْتَرِيِ لِلْمُبَادَلَةِ الْحُكْمِيَّةِ بَيْنَهُمَا وَقَدْ وَقَعَ الْاِخْتِلَافُ فِي الثَّمَنِ وَمُوجِبُهُ
التَّحَالَفُ، فَإِذَا تَحَالَفَا فَسُخِّ الْعَقْدُ الْحُكْمِيُّ بَيْنَهُمَا وَلُزِمَ الْجَارِيَةُ الْمَأْمُورُ، وَفِيهِ مُطَالَبَةٌ
وَهِيَ أَنَّ الْوَكِيلَ إِذَا قَبَضَ الثَّمَنَ فَوَقَعَ الْاِخْتِلَافُ أُعْثِرَتِ الْمُخَالَفَةُ وَالْأَمَانَةُ، وَإِذَا لَمْ
يَقْبُضْ أُعْثِرَ فِيهِ الْمُخَالَفَةُ وَالْمُبَادَلَةُ، فَمَا الْحُكْمُ فِي ذَلِكَ؟ وَالْجَوَابُ أَنَّ فِي الْأَوَّلِ سَبَقَتْ
الْأَمَانَةُ الْمُبَادَلَةَ وَالسَّبْقُ مِنْ أَسْبَابِ التَّرْجِيحِ فَاعْثِرَتْ فِيهِ، بِخِلَافِ الثَّانِي.

قَالَ (وَلَوْ أَمَرَهُ أَنْ يَشْتَرِيَ لَهُ هَذَا الْعَبْدَ وَلَمْ يَسْمَ لَهُ ثَمَنًا فَاشْتَرَاهُ فَقَالَ الْأَمِيرُ
اشْتَرَيْتَهُ بِخَمْسِمِائَةٍ وَقَالَ الْمَأْمُورُ بِأَلْفٍ وَصَدَّقَ الْبَائِعُ الْمَأْمُورَ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمَأْمُورِ مَعَ
يَمِينِهِ) قِيلَ لَا تَحَالَفَ هَهُنَا؛ لِأَنَّهُ ارْتَفَعَ الْخِلَافُ بِتَصْدِيقِ الْبَائِعِ، إِذْ هُوَ حَاضِرٌ وَفِي
الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى هُوَ غَائِبٌ، فَاعْثِرَ الْاِخْتِلَافُ، وَقِيلَ يَتَحَالَفَانِ كَمَا ذَكَرْنَا، وَقَدْ ذَكَرَ
مُعْظَمَ يَمِينِ التَّحَالَفِ وَهُوَ يَمِينُ الْبَائِعِ وَالْبَائِعُ بَعْدَ اسْتِيفَاءِ الثَّمَنِ أَجَنْبِيٌّ عَنْهُمَا وَقَبْلَهُ
أَجَنْبِيٌّ عَنِ الْمُوَكَّلِ إِذْ لَمْ يَجِرْ بَيْنَهُمَا بَيْعٌ فَلَا يُصَدَّقُ عَلَيْهِ فَيَبْقَى الْخِلَافُ، وَهَذَا قَوْلُ
الْإِمَامِ أَبِي مَنْصُورٍ رَحِمَهُ اللَّهُ وَهُوَ أَظْهَرُ وَاللَّهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

الشرح:

قَالَ (وَلَوْ أَمَرَهُ أَنْ يَشْتَرِيَ لَهُ هَذَا الْعَبْدَ إلخ) وَإِذَا أَمَرَهُ بِشِرَاءِ عَبْدٍ مُعَيَّنٍ وَلَمْ
يَسْمَ ثَمَنًا فَاشْتَرَاهُ وَوَقَعَ الْاِخْتِلَافُ فِي الثَّمَنِ وَصَدَّقَ الْبَائِعُ الْوَكِيلَ فَالْقَوْلُ لِلْمَأْمُورِ

مَعَ يَمِينِهِ. قِيلَ لَا تَحَالَفَ هَاهُنَا وَهُوَ قَوْلُ أَبِي جَعْفَرٍ الْهَنْدَوَانِيِّ لِأَنَّهُ تَصَدِّقُ الْبَائِعِ رَفَعَ الْخِلَافَ فَيُجْعَلُ تَصَادُقُهُمَا بِمَنْزِلَةِ إِثْنَاءِ الْعَقْدِ، وَلَوْ أَشْنَأَهُ لَزِمَ الْأَمْرَ فَكَذَا هَاهُنَا، بِخِلَافِ الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى فَإِنَّ الْبَائِعَ ثَمَّةً غَائِبٌ فَاعْتَبِرَ الْاِخْتِلَافُ لَعَدَمِ مَا يَرْفَعُهُ (وَقِيلَ يَتَحَالَفَانِ كَمَا ذَكَرْنَا).

فَإِنْ قِيلَ: الْمَذْكُورُ فِيهِ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمَأْمُورِ مَعَ يَمِينِهِ وَالتَّحَالَفُ يُخَالَفُهُ. أَجَابَ بِقَوْلِهِ (وَقَدْ ذَكَرَ) يَعْنِي مُحَمَّدًا (مُعْظَمَ يَمِينِ التَّحَالَفِ وَهُوَ يَمِينُ الْبَائِعِ) لِأَنَّ الْبَائِعَ وَهُوَ الْوَكِيلُ مُدَّعٍ وَلَا يَمِينُ عَلَى الْمُدَّعِي إِلَّا فِي صُورَةِ التَّحَالَفِ. وَأَمَّا الْمُشْتَرِي وَهُوَ الْمُوَكَّلُ فَمُنْكَرٌ وَعَلَى الْمُنْكَرِ الْيَمِينُ، فَلَمَّا كَانَ يَمِينُ الْوَكِيلِ هُوَ الْمُخْتَصَّصُ بِالتَّحَالَفِ كَانَتْ أَعْظَمَ الْيَمِينَيْنِ فَإِذَا وَجَبَتْ عَلَى الْمُدَّعِي فَعَلَى الْمُنْكَرِ أُولَى (قَوْلُهُ وَالْبَائِعُ بَعْدَ اسْتِيفَاءِ الثَّمَنِ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ ارْتَفَعَ الْخِلَافُ بِتَصَدِّقِ الْبَائِعِ بِأَنَّ الْبَائِعَ بَعْدَ اسْتِيفَاءِ الثَّمَنِ أَجَنَّبِي عَنْهُمَا وَقَبْلَهُ أَجَنَّبِي عَنْ الْمُوَكَّلِ إِذْ لَا عَقْدَ يَتَّهِمَا فَلَمْ يَكُنْ كَلَامُهُ مُعْتَبَرًا فَبَقِيَ الْخِلَافُ وَالتَّحَالَفُ. قَالَ الْمُصَنِّفُ (وَهَذَا قَوْلُ الْإِمَامِ أَبِي مَنْصُورٍ وَهُوَ أَظْهَرُ) قَالَ فِي الْكَافِي: وَهُوَ الصَّحِيحُ.

فَصْلٌ فِي التَّوَكِيلِ بِشِرَاءِ نَفْسِ الْعَبْدِ

قَالَ (وَإِذَا قَالَ الْعَبْدُ لِرَجُلٍ: اشْتَرِ لِي نَفْسِي مِنَ الْمَوْلَى بِالْأَلْفِ وَدَفَعَهَا إِلَيْهِ، فَإِنْ قَالَ الرَّجُلُ لِلْمَوْلَى: اشْتَرَيْتَهُ لِنَفْسِهِ فَبَاعَهُ عَلَى هَذَا فَهُوَ حُرٌّ وَالْوَلَاءُ لِلْمَوْلَى)؛ لِأَنَّ بَيْعَ نَفْسِ الْعَبْدِ مِنْهُ إِعْتَاقٌ وَشِرَاءُ الْعَبْدِ نَفْسَهُ قَبُولُ الْإِعْتَاقِ بِبَدَلٍ وَالْمَأْمُورُ سَفِيرٌ عَنْهُ إِذْ لَا يَرْجِعُ عَلَيْهِ الْحَقُوقُ فَصَارَ كَأَنَّهُ اشْتَرَى بِنَفْسِهِ، وَإِذَا كَانَ إِعْتَاقًا أَعْقَبَ الْوَلَاءَ (وَإِنْ لَمْ يُعَيَّنْ لِلْمَوْلَى فَهُوَ عَبْدٌ لِلْمُشْتَرِي) لِأَنَّ اللفظَ حَقِيقَةً لِلْمُعَاوَضَةِ وَأَمَكَنَ الْعَمَلَ بِهَا إِذَا لَمْ يُعَيَّنْ فَيَحَافِظُ عَلَيْهَا. بِخِلَافِ شِرَاءِ الْعَبْدِ نَفْسَهُ؛ لِأَنَّ الْمَجَازَ فِيهِ مُتَعَيَّنٌ، وَإِذَا كَانَ مُعَاوَضَةً يَثْبُتُ الْمِلْكُ لَهُ (وَالْأَلْفُ لِلْمَوْلَى)؛ لِأَنَّهُ كَسَبُ عَبْدِهِ (وَعَلَى الْمُشْتَرِي أَلْفٌ مِثْلُهُ) ثَمَنًا لِلْعَبْدِ فَإِنَّهُ فِي ذِمَّتِهِ حَيْثُ لَمْ يَصِحَّ الْأَدَاءُ، بِخِلَافِ الْوَكِيلِ بِشِرَاءِ الْعَبْدِ مِنْ غَيْرِهِ حَيْثُ لَا يُشْتَرَطُ بَيَانُهُ؛ لِأَنَّ الْعَقْدَيْنِ هُنَاكَ عَلَى تَمَظُّ وَاحِدٍ، وَفِي الْحَالَيْنِ الْمُطَالِبَةُ تَتَوَجَّهُ نَحْوَ الْعَاقِدِ، أَمَّا هَاهُنَا فَأَحَدُهُمَا إِعْتَاقٌ مُعَقَّبٌ لِلْوَلَاءِ وَلَا مُطَالِبَةٌ عَلَى الْوَكِيلِ وَالْمَوْلَى عَسَاهُ لَا يَرْضَاهُ وَيَرْغَبُ فِي الْمُعَارَضَةِ الْمَحْضَةِ فَلَا بُدَّ مِنَ الْبَيَانِ.

الشرح:

لَمَّا كَانَ شِرَاءُ الْعَبْدِ نَفْسَهُ مِنْ مَوْلَاهُ إِعْتِاقًا لَهُ عَلَى مَالٍ لَمْ يَكُنْ مِنْ مَسَائِلِ فَصْلِ التَّوَكُّيلِ بِالشِّرَاءِ لَكِنَّهُ شِرَاءٌ صُورَةٌ فَنَاسَبَ أَنْ يَذْكُرَهُ فِي فَصْلِ عَلَى حِدَةٍ. وَالتَّوَكُّيلُ بِشِرَاءِ نَفْسِ الْعَبْدِ مِنْ مَوْلَاهُ عَلَى وَجْهَيْنِ: أَنْ يُوَكَّلَ الْعَبْدُ رَجُلًا لِيَشْتَرِيَهُ مِنْ مَوْلَاهُ وَهُوَ الْمَسْأَلَةُ الْأُولَى.

وَأَنْ يُوَكَّلَ الْعَبْدُ رَجُلًا لِيَشْتَرِيَ نَفْسَهُ مِنْ مَوْلَاهُ فَالْعَبْدُ فِي الْأَوَّلِ مُوَكَّلٌ وَفِي الثَّانِي وَكِيلٌ، وَكَلَامُ الْمُصَنِّفِ يَتَنَاوَلُهُمَا بِجَعْلِ الْأَلْفِ وَاللَّامِ بَدَلًا مِنَ الْمُضَافِ إِلَيْهِ، وَجَعَلَ الْمَصْدَرِ مُضَافًا إِلَى الْفَاعِلِ أَوْ الْمَفْعُولِ وَذَكَرُ أَحَدِهِمَا مَتْرُوكٌ مِثْلُ أَنْ يَقُولَ فِي تَوَكُّيلِ الْعَبْدِ رَجُلًا أَوْ فِي تَوَكُّيلِ الْعَبْدِ رَجُلٌ.

قَالَ (وَإِذَا قَالَ الْعَبْدُ لِرَجُلٍ إِنْخ) إِذَا وَكَّلَ الْعَبْدُ رَجُلًا بِأَنْ يَشْتَرِيَ لَهُ نَفْسَهُ مِنْ مَوْلَاهُ بِالْأَلْفِ دِرْهَمٍ وَدَفَعَهَا إِلَيْهِ فَلَا يَخْلُو إِمَّا أَنْ يَقُولَ الرَّجُلُ لِلْمَوْلَى اشْتَرَيْتَنِي لِنَفْسِي أَوْ لَمْ يُعَيِّنْهُ، فَإِنْ عَيَّنَّه فَبَاعَهُ الْمَوْلَى عَلَى ذَلِكَ فَهُوَ حُرٌّ وَالْوَلَاءُ لِلْمَوْلَى، أَمَّا أَنَّهُ حُرٌّ فَلَأَنَّ بَيْعَ الْعَبْدِ مِنْ نَفْسِهِ إِعْتِاقٌ عَلَى مَالٍ وَإِئْتِاقٌ عَلَى مَالٍ يَتَوَقَّفُ عَلَى وُجُودِ الْقَبُولِ مِنَ الْمُعْتَقِ وَقَدْ وَجَدَ ذَلِكَ، لِأَنَّ شِرَاءَ الْعَبْدِ نَفْسَهُ قَبُولٌ مِنْهُ لِلْعَتَقِ بِبَدَلٍ وَالْمَأْمُورُ سَفِيرٌ حَيْثُ أَضَافَ الْعَقْدَ إِلَى مُوَكَّلِهِ وَالْحَقُوقُ لَمْ تَرْجِعْ إِلَيْهِ فَصَارَ كَأَنَّ الْعَبْدَ اشْتَرَى نَفْسَهُ بِنَفْسِهِ، وَأَمَّا أَنْ الْوَلَاءَ لِلْمَوْلَى فَلَأَنَّهُ إِذَا كَانَ إِعْتِاقًا أَغْقَبَ الْوَلَاءَ لِلْمُعْتَقِ، وَإِنْ لَمْ يُعَيِّنْهُ لِلْمَوْلَى فَهُوَ عَبْدٌ لِلْمُشْتَرِي، لِأَنَّ اللَّفْظَ حَقِيقَةً لِلْمُعَاوَضَةِ وَالْحَقِيقَةُ يَجِبُ الْعَمَلُ بِهَا مَهْمَا أُمِكنَ، وَقَدْ أُمِكنَ إِذَا لَمْ يُعَيَّنْ فَيَحَافِظُ اللَّفْظَ عَلَى الْحَقِيقَةِ.

فَإِنْ قِيلَ: لَا نُسَلِّمُ أَنَّ الْعَمَلَ بِالْحَقِيقَةِ مُمَكِّنٌ لِأَنَّهُ تَوَكُّيلٌ بِشِرَاءِ شَيْءٍ بِعَيْنِهِ فَلَيْسَ لِلْوَكِيلِ أَنْ يَشْتَرِيَهُ لِنَفْسِهِ. فَالْجَوَابُ سَيِّئَاتِي بِخِلَافِ شِرَاءِ الْعَبْدِ نَفْسَهُ فَإِنَّ الْحَقِيقَةَ تَعَذَّرَتْ ثَمَّةً فَتَعَيَّنَ الْمَجَازُ، وَإِذَا كَانَ مُعَاوَضَةً يَثْبُتُ الْمِلْكُ لَهُ وَالْأَلْفُ لِلْمَوْلَى لِأَنَّهُ كَسَبُ عَبْدِهِ وَعَلَى الْمُشْتَرِي أَلْفٌ أُخْرَى ثَمًّا لِلْعَبْدِ، فَإِنَّهُ أَيْ الثَّمَنُ فِي ذِمَّةِ الْمُشْتَرِي لِأَنَّ الْأَدَاءَ لَمْ يَصِحَّ.

قَالَ فِي النِّهَايَةِ: وَهَذَا ظَاهِرٌ فِيمَا إِذَا وَقَعَ الشِّرَاءُ لِلْمُشْتَرِي، وَأَمَّا إِذَا وَقَعَ الشِّرَاءُ لِلْعَبْدِ نَفْسِهِ حَتَّى عَتَقَ هَلْ يَجِبُ عَلَى الْعَبْدِ أَلْفٌ أُخْرَى؟ قَالَ الْإِمَامُ قَاضِي خَانَ فِي

الْجَامِعِ الصَّغِيرِ: وَفِيمَا إِذَا بَيَّنَّ الْوَكِيلُ لِلْمَوْلَى أَنْ يَشْتَرِيَهُ لِلْعَبْدِ هَلْ يَجِبُ عَلَى الْعَبْدِ أَلْفُ أُخْرَى؟ لَمْ يَذْكُرْ فِي الْكِتَابِ، وَيَتَّبِعِي أَنْ يَجِبَ لِأَنَّ الْأَوَّلَ مَالُ الْمَوْلَى فَلَا يَصِحُّ بَدَلًا عَنْ مَلِكِهِ.

قُلْتُ: وَفِي كَلَامِ الْمُصَنِّفِ مَا يُشِيرُ إِلَيْهِ، فَإِنَّهُ جَعَلَ شِرَاءَ نَفْسِهِ قَبُولَهُ الْإِعْتَاقَ بَدَلًا، فَلَوْ لَمْ يَجِبْ عَلَيْهِ أَلْفُ أُخْرَى كَانَ إِعْتَاقًا بِلَا بَدَلٍ، وَهَذَا (بِخِلَافِ الْوَكِيلِ بِشِرَاءِ الْعَبْدِ مِنْ غَيْرِ الْعَبْدِ) يَعْنِي أَنْ يُوَكَّلَ أَجَنَبِيًّا بِشِرَاءِ الْعَبْدِ مِنْ مَوْلَاهُ حَيْثُ لَا يُشْتَرَطُ عَلَى الْوَكِيلِ أَنْ يَقُولَ وَقْتُ الشِّرَاءِ اشْتَرَيْتَهُ لِمُوَكَّلِي لَوْ قُوعَ الشِّرَاءِ لِلْمُوَكَّلِ، لِأَنَّ الْعَقْدَيْنِ: يَعْنِي الَّذِي يَقَعُ لَهُ وَالَّذِي لِلْمُوَكَّلِ مِنْ نَوْعٍ وَاحِدٍ وَهُوَ الْمُبَايَعَةُ، وَفِي الْحَالَيْنِ: أَيُّ حَالِ الْإِضَافَةِ إِلَى نَفْسِهِ وَالْإِضَافَةِ إِلَى مُوَكَّلِهِ تَتَوَجَّهُ الْمُطَالَبَةُ نَحْوَ الْعَاقِدِ فَلَا يَحْتَاجُ إِلَى الْبَيَانِ، أَمَّا مَا نَحْنُ فِيهِ فَإِنْ أَحَدُهُمَا إِعْتَاقٌ يَغْقُبُ الْوَلَاءَ وَلَا مُطَالَبَةٌ فِيهِ عَلَى الْوَكِيلِ لِأَنَّهُ سَفِيرٌ وَالْمَوْلَى عَسَاهُ لَا يَرْضَاهُ: أَيُّ لَا يَرْضَى الْإِعْتَاقَ لِأَنَّهُ يَغْقُبُ الْوَلَاءَ وَمُوجِبُ الْجَنَائِةِ عَلَيْهِ حَيْثُ دَرَبًا يَتَضَرَّرُ بِهِ وَالْآخَرُ مُعَاوَضَةٌ مَحْضَةٌ، وَالْمُطَالَبَةُ عَلَى الْوَكِيلِ وَالْمَوْلَى عَسَاهُ يَرْغَبُ فِي الْمُعَاوَضَةِ الْمَحْضَةِ فَلَا بُدَّ مِنَ الْبَيَانِ، وَشَبَّهَ الْمُصَنِّفُ عَسَى بِكَادَ فَاسْتَعْمَلَهُ اسْتَعْمَالَهُ.

وَقَوْلُهُ (وَلَا مُطَالَبَةٌ عَلَى الْوَكِيلِ) هُوَ رِوَايَةٌ كِتَابِ الْوَكَالَةِ فِي بَابِ الْوَكَالَةِ بِالْعِتْقِ أَنَّ الْعَبْدَ يَعْتَقُ وَالْمَالُ عَلَى الْعَبْدِ دُونَ الْوَكِيلِ.

وَذَكَرَ فِي بَابِ الْوَكَالَةِ الْمَأْذُونَ وَالْمُكَاتَبَ مِنْ كِتَابِ الْوَكَالَةِ أَنَّ الْعَبْدَ يَعْتَقُ وَالْمَالُ عَلَى الْوَكِيلِ. وَهَكَذَا ذَكَرَ فِي وَكَالَةِ الْجَامِعِ الْكَبِيرِ.

وَوَجْهُهُ أَنْ تَوَكَّلَهُ بِشِرَاءِ الْعَبْدِ لِلْعَبْدِ كَوَكَّلَهُ بِشِرَائِهِ لغيرِهِ، وَهُنَاكَ يَصِيرُ هُوَ الْمُطَالِبَ بِتَسْلِيمِ الْبَدَلِ فَكَذَا هَهُنَا.

وَوَجْهُ الْأَوَّلِ وَهُوَ الصَّحِيحُ أَنَّ الْوَكِيلَ مِنْ جَانِبِ الْعَبْدِ فِي عِتْقِهِ سَفِيرٌ فَإِنَّهُ لَا يَسْتَعْنِي عَنْ إِضَافَةِ الْعَقْدِ إِلَى الْأَمْرِ وَلَيْسَ إِلَيْهِ مِنْ قَبْضِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ شَيْءٌ فَلَا يَتَوَجَّهُ عَلَيْهِ شَيْءٌ مِنَ الْمُطَالَبَةِ بِتَسْلِيمِ الْبَدَلِ.

(وَمَنْ قَالَ لِعَبْدٍ اشْتَرِ لِي نَفْسَكَ مِنْ مَوْلَاكَ فَقَالَ لِمَوْلَاهُ بِعْنِي نَفْسِي لِفُلَانٍ بِكَذَا فَقَعَلَ فَهُوَ لِلْأَمْرِ؛ لِأَنَّ الْعَبْدَ يَصْلُحُ وَكِيلاً عَنْ غَيْرِهِ فِي شِرَاءِ نَفْسِهِ؛ لِأَنَّهُ أَجَنَبِيٌّ عَنْ

مَالِيَّتِهِ، وَالْبَيْعُ يُرَدُّ عَلَيْهِ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ مَالٌ إِلَّا أَنْ مَالِيَّتُهُ فِي يَدِهِ حَتَّى لَا يَمْلِكَ الْبَائِعُ الْحَبْسَ بَعْدَ الْبَيْعِ فَإِذَا أَضَافَهُ إِلَى الْأَمْرِ صَلَحَ فِعْلُهُ امْتِثَالًا فَيَقَعُ الْعَقْدُ لِلْأَمْرِ.
(وَأِنْ عَقَدَ لِنَفْسِهِ فَهُوَ حُرٌّ؛ لِأَنَّهُ إِعْتَاقٌ وَقَدْ رَضِيَ بِهِ الْمَوْلَى دُونَ الْمَعَاوَضَةِ، وَالْعَبْدُ وَإِنْ كَانَ وَكِيلاً بِشِرَاءِ شَيْءٍ مُعَيَّنٍ وَلَكِنَّهُ أَتَى بِجِنْسٍ تَصَرُّفٌ آخَرَ وَفِي مِثْلِهِ يَنْفَعُ عَلَى الْوَكِيلِ (وَكَذَا لَوْ قَالَ بَعْنِي نَفْسِي وَلَمْ يَقُلْ لِفُلَانٍ فَهُوَ حُرٌّ؛ لِأَنَّ الْمُطْلَقَ يَحْتَمِلُ الْوَجْهَيْنِ فَلَا يَقَعُ امْتِثَالًا بِالشَّكِّ فَيَبْقَى التَّصَرُّفُ وَاقِعًا لِنَفْسِهِ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ قَالَ لَعَبْدٍ اشْتَرِ لِي نَفْسَكَ مِنْ مَوْلَاكَ إلخ) هَذِهِ هِيَ الْمَسْأَلَةُ الثَّانِيَّةُ.
وَمَنْ وَكَّلَ عَبْدًا بِشِرَاءِ نَفْسِهِ مِنْ مَوْلَاهُ فَلَا يَخْلُو إِمَّا أَنْ يُضَيَّفَ الْعَقْدُ إِلَى مُوَكَّلِهِ أَوْ إِلَى نَفْسِهِ أَوْ أَطْلَقَ، فَإِنْ أَضَافَهُ إِلَى مُوَكَّلِهِ بَأَنَّ قَالَ بَعْنِي نَفْسِي لِفُلَانٍ بِكَذَا فَفَعَلَ الْمَوْلَى ذَلِكَ فَالْعَقْدُ أَوْ الْعَبْدُ لِلْأَمْرِ، لِأَنَّ الْعَبْدَ يَصْلُحُ وَكِيلاً عَنْ غَيْرِهِ فِي شِرَاءِ نَفْسِهِ لِأَنَّهُ أَجَنَّبِيٌّ عَنْ مَالِيَّتِهِ لِأَنَّهَا لِمَوْلَاهُ، حَتَّى لَوْ أَقَرَّ بِهَا لِعَيرِهِ لَمْ يَصَحَّ، وَلَهُ عِبَارَةٌ مُلَزِمَةٌ كَالْحُرِّ وَالْبَيْعُ يُرَدُّ عَلَيْهِ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ مَالٌ فَكَانَ تَوَكُّلُهُ بِشِرَائِهَا كَتَوَكُّلِهِ بِغَيْرِهِ مِنْ أَمْوَالِ الْمَوْلَى وَكَتَوَكُّلِ أَجَنَّبِيٍّ بِشِرَاءِ نَفْسِهِ (إِلَّا أَنْ مَالِيَّتُهُ) يَعْنِي هُوَ أَجَنَّبِيٌّ عَنْ مَالِيَّتِهِ إِلَّا أَنَّهَا بِيَدِهِ، حَتَّى لَوْ أَرَادَ الْمَوْلَى أَنْ يَحْبِسَهُ بَعْدَ الْبَيْعِ لاسْتِيفَاءِ الثَّمَنِ لَمْ يَكُنْ لَهُ ذَلِكَ لَكُونِهِ كَالْمُودِعِ إِذَا اشْتَرَى الْوَدِيعَةَ وَهِيَ بِحَضْرَتِهِ لَمْ يَكُنْ لِلْبَائِعِ اخْتِبَاسُهَا لاسْتِيفَاءِ الثَّمَنِ لَكُونِهَا مُسَلَّمَةً إِلَيْهِ.

فَإِنْ قُلْتُ: الْاِخْتِرَازُ عَنْ ذَلِكَ غَيْرُ مُمَكِّنٍ فَلَا يَصِيرُ تَسْلِيمًا يُسْقِطُ حَقَّ الْحَبْسِ كَمَا قُلْنَا فِي قَبْضِ الْوَكِيلِ إِنَّهُ لَيْسَ بِقَبْضِ الْمُوَكَّلِ حَتَّى يَثْبُتَ لِلْوَكِيلِ حَقُّ الْحَبْسِ عِنْدَنَا لَعَدَمِ الْاِخْتِرَازِ. أَجِيبُ بَأَنَّ كَوْنَ مَالِيَّةِ الْعَبْدِ فِي يَدِهِ أَمْرٌ حِسِّيٌّ لَا مَرَدَّ لَهُ، وَكَوْنُ قَبْضِ الْوَكِيلِ قَبْضَ الْمُوَكَّلِ أَمْرٌ اعْتِبَارِيٌّ فَجَازَ أَنْ لَا يُعْتَبَرَ، وَفِيهِ نَظَرٌ، فَإِنَّ مَالِيَّةَ الْعَبْدِ أَمْرٌ اعْتِبَارِيٌّ وَكَوْنُهَا بِيَدِهِ كَذَلِكَ، وَقَبْضُ الْوَكِيلِ أَمْرٌ حِسِّيٌّ لَا مَرَدَّ لَهُ فَكَانَ الْأَمْرُ بِالْعَكْسِ.

وَالصَّوَابُ أَنْ يُقَالَ: الْقَبْضُ أَمْرٌ حِسِّيٌّ إِذَا قَامَ بِمَكَانٍ لَا يُجْعَلُ فِي غَيْرِهِ إِلَّا بِالْاِعْتِبَارِ، وَجَازَ تَرْكُ الْاِعْتِبَارِ إِذَا اقْتَضَاهُ ضَرُورَةٌ، وَأَمَّا مَالِيَّةُ الْعَبْدِ فَإِنَّهَا لَا تُنْفَكُ عَنْ

نَفْسِهِ، فَإِذَا خَرَجَ نَفْسَهُ عَنِ مِلْكِ الْبَائِعِ وَمَالِيَّتِهِ لَا تَنْفَكُ سُلِمَتْ إِلَيْهِ، وَلَا حَبْسَ بَعْدَ التَّسْلِيمِ قَوْلُهُ فَإِذَا أَضَافَهُ إِلَى الْآمِرِ نَتِيجَةُ الدَّلِيلِ. وَتَقْرِيرُهُ: الْعَبْدُ يَصْلُحُ وَكَيْلًا مِنْ غَيْرِهِ فِي شِرَاءِ نَفْسِهِ لِأَنَّهُ مَالٌ، وَكُلُّ مَنْ يَصْلُحُ وَكَيْلًا عَنْ غَيْرِهِ فِي شِرَاءِ مَالٍ إِذَا أَضَافَ الْعَقْدَ إِلَى الْآمِرِ صَلَحَ فِعْلُهُ امْتِنَالًا، فَالْعَبْدُ إِذَا أَضَافَهُ إِلَى الْآمِرِ صَلَحَ فِعْلُهُ امْتِنَالًا فَيَقَعُ الْعَقْدُ لَهُ قِيَاسًا عَلَى حُرِّ تَوَكُّلٍ بِشَيْءٍ وَفَعْلُهُ.

وَقَوْلُهُ (فَفَعَلَ فَهُوَ لِلْآمِرِ) يُشِيرُ إِلَى أَنَّ الْعَقْدَ يَتِمُّ بِقَوْلِ الْمَوْلَى بَعْتَ، وَهُوَ يَخَالَفُ مَا ذَكَرَهُ فِي الْجَامِعِ مِنْ أَنَّ إِضَافَةَ الْعَقْدِ إِلَى الْمُوَكَّلِ إِذَا تُفِيدُهُ الْمِلْكُ إِذَا وَجَدَ الْإِجَابَ مِنَ الْمَوْلَى وَالْقَبُولَ مِنَ الْعَبْدِ، حَتَّى لَوْ قَالَ لِلْعَبْدِ بَعْنِي نَفْسِي مِنْ فُلَانٍ فَقَالَ بَعْتَ لَا يَتِمُّ الْعَقْدُ حَتَّى يَقُولَ الْعَبْدُ قَبِلْتُ بِنَاءً عَلَى أَنَّ الْوَاحِدَ لَا يَتَوَلَّى طَرَفِي الْعَقْدِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا اشْتَرَى لِنَفْسِهِ كَمَا يَأْتِي فَإِنَّهُ إِعْتَاقٌ عَلَى مَالٍ مُقَدَّرٍ وَالْوَاحِدُ يَتَوَلَّى طَرَفِيهِ فَيَتِمُّ بِقَوْلِ الْمَوْلَى بَعْتَ مَسْبُوقًا بِقَوْلِ الْعَبْدِ بَعْنِي نَفْسِي.

فَإِنْ قُلْتَ إِذَا أَضَافَ إِلَى الْمُوَكَّلِ فَمَنْ الْمُطَالِبُ بِالثَمَنِ؟ أَجِيبَ بِأَنَّهُ فِي ذِمَّةِ الْعَبْدِ لِكَوْنِهِ الْعَاقِدَ.

فَإِنْ قُلْتَ: قَدْ يَكُونُ مَحْجُورًا عَلَيْهِ وَمِثْلُهُ لَا تَرْجِعُ إِلَيْهِ الْحُقُوقُ. أَجِيبَ بِأَنَّ الْحَجَرَ زَالَ بِالْعَقْدِ الَّذِي بَاشَرَهُ مَعَ مَوْلَاهُ فَإِنَّ الْمُبَاشَرَةَ تَسْتَدْعِي تَصَوُّرَ صِحَّةِ الْمُبَاشَرَةِ وَهُوَ إِذَنْ، وَإِنْ أَضَافَهُ إِلَى نَفْسِهِ فَقَالَ بَعْنِي نَفْسِي مِنِّي فَقَالَ الْمَوْلَى بَعْتَ فَهُوَ حُرٌّ لِأَنَّهُ إِعْتَاقٌ لَمَّا تَقَدَّمَ وَقَدْ رَضِيَ بِهِ الْمَوْلَى دُونَ الْمَعَاوِضَةِ.

فَإِنْ قِيلَ: الْعَبْدُ وَكَيْلٌ بِشِرَاءِ شَيْءٍ بَعْنِيهِ فَكَيْفَ جَازَ لَهُ أَنْ يَشْتَرِيَ لِنَفْسِهِ؟ أَجَابَ بِقَوْلِهِ لَكِنَّهُ أَتَى بِجَنْسٍ تَصَرُّفٍ آخَرَ وَهُوَ الْإِعْتَاقُ عَلَى مَالٍ فَكَانَ مُخَالَفًا فَيَنْقُذُ عَلَيْهِ كَمَا تَقَدَّمَ، وَإِنْ أَطْلَقَ فَقَالَ بَعْنِي نَفْسِي وَلَمْ يَزِدْ عَلَى ذَلِكَ فَهُوَ حُرٌّ لِأَنَّ الْمُطْلَقَ يَحْتَمِلُ الْوَجْهَيْنِ: الْامْتِنَالِ وَغَيْرُهُ، فَلَا يُجْعَلُ امْتِنَالًا بِالشَّكِّ فَيَبْقَى التَّصَرُّفُ وَاقِعًا لِنَفْسِهِ لِأَنَّ الْأَصْلَ فِي التَّصَرُّفِ أَنْ يَقَعَ عَمَّنْ بَاشَرَهُ، وَعَوْرُضُ بَأَنَّ اللفظَ حَقِيقَةً لِلْمَعَاوِضَةِ كَمَا تَقَدَّمَ، وَإِذَا تَرَدَّدَ اللفظُ بَيْنَ أَنْ يُحْمَلَ عَلَى حَقِيقَتِهِ وَعَلَى مَجَازِهِ حُمِلَ عَلَى الْحَقِيقَةِ الْبَتَّةَ.

وَأَجِيبَ بِأَنَّ اللفظَ لِلْحَقِيقَةِ إِذَا لَمْ تَكُنْ ثَمَّةَ قَرِينَةٍ لِلْمَجَازِ وَقَدْ وَجِدَتْ فِيمَا نَحْنُ

فِيهِ وَهِيَ إِضَافَةُ الْعَبْدِ الْعَقْدَ إِلَى نَفْسِهِ فَإِنْ حَقِيقَتُهُ بِالنِّسْبَةِ إِلَيْهِ غَيْرُ مُتَّصِرَةٍ وَرَضِيَ الْمَوْلَى بِذَلِكَ، وَإِلَيْهِ أَشَارَ بِقَوْلِهِ وَقَدْ رَضِيَ بِهِ الْمَوْلَى دُونَ الْمَعَاوَضَةِ. لَا يُقَالُ: فَعَلَى هَذَا لَا يَكُونُ قَوْلُهُ لِأَنَّ الْمُطْلَقَ يَحْتَمِلُ الْوَجْهَيْنِ صَحِيحًا. لِأَنَّا نَقُولُ: الْإِحْتِمَالُ إِنَّمَا هُوَ مَنْ حَيْثُ إِطْلَاقُ اللَّفْظِ وَذَلِكَ لَا يَحْتَمِلُ الْإِنْكَارَ وَالتَّرْجِيحَ مِنْ حَيْثُ الْإِضَافَةُ إِلَى نَفْسِهِ وَهِيَ خَارِجَةٌ عَنِ مَفْهُومِ اللَّفْظِ.

فَصْلٌ فِي الْبَيْعِ

قَالَ (وَالْوَكِيلُ بِالْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ لَا يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَعْقِدَ مَعَ أَبِيهِ وَجَدِّهِ وَمَنْ لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ لَهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَالَ: يَجُوزُ بَيْعُهُ مِنْهُمْ بِمِثْلِ الْقِيَمَةِ إِلَّا مِنْ عَبْدِهِ أَوْ مَكَاتِبِهِ) لِأَنَّ التَّوَكِيلَ مُطْلَقٌ وَلَا تَهْمَةُ إِذْ الْأَمْلَاكُ مُتَبَايِنَةٌ وَالْمَنَافِعُ مُنْقَطِعَةٌ، بِخِلَافِ الْعَبْدِ؛ لِأَنَّهُ بَيْعٌ مِنْ نَفْسِهِ؛ لِأَنَّ مَا فِي يَدِ الْعَبْدِ لِلْمَوْلَى وَكَذَا لِلْمَوْلَى حَقٌّ فِي كَسْبِ الْمَكَاتِبِ وَيَنْقَلِبُ حَقِيقَةً بِالْعَجْزِ. وَلَهُ أَنْ مَوَاضِعَ التَّهْمَةِ مُسْتَثْنَاةٌ عَنِ الْوَكَالَاتِ، وَهَذَا مَوْضِعُ التَّهْمَةِ بِدَلِيلِ عَدَمِ قَبُولِ الشَّهَادَةِ وَلِأَنَّ الْمَنَافِعَ بَيْنَهُمْ مُتَّصِلَةٌ فَصَارَ بَيْعًا مِنْ نَفْسِهِ مِنْ وَجْهِ، وَالْإِجَارَةُ وَالصَّرْفُ عَلَى هَذَا الْخِلَافِ.

الشرح:

لَمَّا فَرَّغَ مِنْ بَيَانِ أَحْكَامِ الشِّرَاءِ بِأَنْوَاعِهِ ذَكَرَ أَحْكَامَ التَّوَكِيلِ بِالْبَيْعِ، وَمَا ذَكَرَ لِتَقْدِيمِ الشِّرَاءِ ثَمَّةً فَهُوَ وَجْهُ تَأْخِيرِ فَصْلِ الْبَيْعِ.

قَالَ (الْوَكِيلُ بِالْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ لَا يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَعْقِدَ مَعَ أَبِيهِ وَجَدِّهِ إلخ) إِذَا وَكَّلَ شَخْصًا بِالْبَيْعِ أَوْ الشِّرَاءِ أَوْ بِهِمَا لَا يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَعْقِدَ مَعَ مَنْ لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ لَهُ إِذَا كَانَتْ مُطْلَقَةً عَنِ التَّقْيِيدِ بِعُمُومِ الْمُسَبِّهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ بِمِثْلِ الْقِيَمَةِ (وَقَالَ: يَجُوزُ بَيْعُهُ مِنْهُمْ بِمِثْلِ الْقِيَمَةِ إِلَّا مِنْ عَبْدِهِ أَوْ مَكَاتِبِهِ) وَعِبَارَةُ الْكِتَابِ تَدُلُّ عَلَى أَنَّ الْبَيْعَ مِنْهُمْ بِغَيْرِ يَسِيرٍ لَا يَجُوزُ، وَهُوَ الْمَذْكُورُ فِي شَرْحِ الطَّحَاوِيِّ.

وَذَكَرَ فِي الذَّخِيرَةِ أَنَّ ذَلِكَ يَجُوزُ عِنْدَهُمَا فَكَانَ الْعَبْنُ الْيَسِيرُ عَلَى ذَلِكَ التَّقْدِيرِ مُلْحَقًا بِمِثْلِ الْقِيَمَةِ، وَلَا بُدَّ مِنْ تَقْرِيرِ الْأَقْوَالِ قَبْلَ الدَّلَائِلِ فَنَقُولُ: عَقْدُ الْوَكِيلِ بِالْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ مَعَ مَنْ لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ لَهُ إِنْ كَانَ بِأَكْثَرِ مِنَ الْقِيَمَةِ فِي الْبَيْعِ وَبِأَقْلٍ مِنْهَا فِي الشِّرَاءِ فَهُوَ جَائِزٌ بِلَا خِلَافٍ وَعَكْسُهُ غَيْرُ جَائِزٍ كَذَلِكَ، وَبِغَيْرِ يَسِيرٍ كَذَلِكَ عَلَى مَا

ذَكَرَ فِي الْكِتَابِ وَشَرَحَ الطَّحَاوِيُّ، وَعَلَى مَا ذَكَرَ فِي الذَّخِيرَةِ جَائِزٌ عِنْدَهُمَا، وَبِمِثْلِ الْقِيَمَةِ عِنْدَهُمَا جَائِزٌ بِاتِّفَاقِ الرُّوَايَاتِ، غَيْرُ جَائِزٍ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ فِي رِوَايَةِ الْوَكَالَةِ وَالْيُيُوعِ وَهُوَ الْمَذْكُورُ فِي الْكِتَابِ، وَفِي رِوَايَةِ الْمُضَارَبَةِ جَائِزٌ.

إِذَا عُرِفَ هَذَا فَالدَّلِيلُ عَلَى الْمَذْكُورِ فِي الْكِتَابِ فِي جَانِبَيْهِمَا قَوْلُهُ لَأَنَّ التَّوَكِيلَ مُطْلَقٌ: أَيُّ عَنِ التَّقْيِيدِ بِشَخْصٍ دُونَ آخَرَ وَالْمُطْلَقُ يُعْمَلُ بِإِطْلَاقِهِ فَكَانَ الْمُقْتَضِي مَوْجُودًا وَالْمَانِعُ مُتَنَفٍ، لَأَنَّ الْمَانِعَ هُوَ التُّهْمَةُ وَلَا تُهْمَةُ هَهُنَا، لِأَنَّهَا إِمَّا أَنْ تَكُونَ مِنْ حَيْثُ إِثَارُ الْعَيْنِ أَوْ الْمَالِيَّةِ وَلَيْسَ شَيْءٌ مِنْهُمَا بِمَوْجُودٍ.

أَمَّا الْأَوَّلُ فَلَأَنَّ الْأَمْلَاقَ مُتَبَايِنَةً حَيْثُ يَحِلُّ لِلْإِنِّ وَطْءٌ جَارِيَةٌ نَفْسِهِ وَلَوْ لَمْ يَكُنْ مِلْكُهُ مُتَبَايِنًا عَنْ مِلْكِ أَبِيهِ لَكَانَتْ جَارِيَّتُهُ مُشْتَرَكَةً، وَلَمَّا حَلَّ لَهُ وَطْأُهَا وَلَا يَحِلُّ لَهُ وَطْءٌ جَارِيَةٌ أَبِيهِ وَالْمَنَافِعُ مُنْقَطِعَةٌ فَإِنَّ تَبَايُنَ الْأَمْلَاقِ يُوجِبُ انْقِطَاعَ الْمَنَافِعِ.

وَأَمَّا الثَّانِي فَلَأَنَّ التَّقْدِيرَ بِمِثْلِ الْقِيَمَةِ يَنْفِيهِ، وَإِذَا وَجَدَ الْمُقْتَضِي وَاتَّفَقَ الْمَانِعُ وَجَبَ الْقَوْلُ بِالْجَوَازِ كَمَا فِي الْبَيْعِ مِنَ الْأَجْنَبِيِّ، وَإِنَّمَا لَمْ يَجُزْ مِنْ عَبْدِهِ: يَعْنِي الَّذِي لَا دِينَ عَلَيْهِ لِأَنَّهُ يَبْعُ مِنْ نَفْسِهِ، لَأَنَّ مَا فِي يَدِ الْعَبْدِ لِمَوْلَاهُ، وَالْبَيْعُ مِنْ نَفْسِهِ غَيْرُ جَائِزٍ لَأَنَّ الْوَاحِدَ إِذَا تَوَلَّى طَرَفَيْهِ كَانَ مُسْتَزِيدًا مُسْتَنْقِصًا قَابِضًا مُسْلِمًا مُخَاصِمًا فِي الْعَيْبِ، وَفِي ذَلِكَ مِنَ التَّقَابُلِ الَّذِي لَا يَتَحَقَّقُ قِيَامُ مُقَابِلِيهِ بِمَحَلٍّ وَاحِدٍ فِي حَالَةٍ وَاحِدَةٍ، وَكَذَا لِلْمَوْلَى حَقٌّ فِي أَكْسَابِ الْمُكَاتَبِ حَتَّى لَا تَصِحَّ تَبَرُّعَاتُهُ وَلَا تَزْوِيجُ عَبْدِهِ وَيَنْقَلِبُ حَقِيقَةً بِالْعَجْزِ فَصَارَ كَالْعَبْدِ. وَلَأَبْيَ حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ الْقَوْلُ بِالْمُوجِبِ: يَعْنِي سَلَمْنَا أَنَّ التَّوَكِيلَ مُطْلَقٌ، لَكِنَّ مَوَاضِعَ التُّهْمَةِ مُسْتَثْنَاةٌ مِنَ الْوَكَالَاتِ لِأَنَّهَا شَرَعَتْ لِلْإِعَانَةِ فَكَانَتْ مَوْضِعَ أَمَانَةٍ، وَهِيَ مَوْجُودَةٌ هَاهُنَا بِدَلِيلِ عَدَمِ قَبُولِ الشَّهَادَةِ، وَلَأَنَّ الْمَنَافِعَ يَتَنَهَمُ مُتَّصِلَةً فَصَارَ يَنْعَا مِنْ نَفْسِهِ مِنْ وَجْهِ فَكَانَ فِيهِ تُهْمَةٌ إِثَارَ الْعَيْنِ.

فَإِنْ قِيلَ: مَا الْفَرْقُ لِأَبْيَ حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي تَجْوِيزِ بَيْعِ الْمُضَارِبِ مِنْ هَؤُلَاءِ بِمِثْلِ الْقِيَمَةِ ظَهَرَ الرَّبْحُ أَوْ لَمْ يَظْهَرْ مَعَ أَنَّ لَهُ قَبْلَ ظُهُورِهِ حُكْمَ الْوَكِيلِ؟ أُجِيبَ بِأَنَّ الْمُضَارِبَ أَعْمُ تَصَرُّفًا مِنَ الْوَكِيلِ، فَقَدْ يَسْتَبْدُ بِالتَّصَرُّفِ عَلَى وَجْهِ لَا يَمْلِكُ رَبُّ الْمَالِ نَهْيَهُ، كَمَا إِذَا صَارَ الْمَالُ عُرُوضًا فَجَازَ أَنْ يَجُوزَ تَصَرُّفُهُ مَعَ هَؤُلَاءِ نَظَرًا إِلَى جِهَةِ اسْتِبْدَادِهِ، وَالْإِجَارَةُ وَالصَّرْفُ عَلَى هَذَا الْخِلَافِ، وَإِنَّمَا خَصَّصَهُمَا بِالذِّكْرِ لَأَنَّ الْإِجَارَةَ

شُرِعَتْ عَلَى خِلَافِ الْقِيَاسِ وَالصَّرْفِ مَشْرُوطٌ بِشُرُوطٍ عَرَى عَنْهَا غَيْرُهُ فَكَانَ مِمَّا يُوْهِمُ جَوَازَهُمَا مَعَ هَؤُلَاءِ، فَيُنَّ أَنْ الْحُكْمَ فِيهِمَا كَهُوَ فِيمَا سِوَاهُمَا كَذَا قِيلَ.

قَالَ (وَالْوَكِيلُ بِالْبَيْعِ يَجُوزُ بَيْعُهُ بِالْقَلِيلِ وَالكَثِيرِ وَالْعَرْضُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَقَالَ: لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ بِتُقْصَانٍ لَا يَتَغَابَنُ النَّاسُ فِيهِ، وَلَا يَجُوزُ إِلَّا بِالْأَدْرَاهِمِ وَالْأَنْفَانِيرِ؛ لِأَنَّ مُطْلَقَ الْأَمْرِ يَتَقَيَّدُ بِالْمُتَعَارَفِ؛ لِأَنَّ التَّصَرُّفَاتِ لِدَفْعِ الْحَاجَاتِ فَتَتَقَيَّدُ بِمَوَاقِعِهَا، وَالْمُتَعَارَفُ الْبَيْعُ بِثَمَنِ الْمِثْلِ وَبِالنَّقُودِ وَلِهَذَا يَتَقَيَّدُ التَّوَكِيلُ بِشِرَاءِ الْفَحْمِ وَالْجَمْدِ وَالْأُضْحِيَّةِ بِزَمَانِ الْحَاجَةِ، وَلِأَنَّ الْبَيْعَ بِغَبْنٍ فَاحِشٍ بَيْعٌ مِنْ وَجْهِ هِبَةٍ مِنْ وَجْهِ، وَكَذَا الْمَقَابِضَةُ بَيْعٌ مِنْ وَجْهِ شِرَاءٍ مِنْ وَجْهِ فَلَا يَتَنَاوَلُهُ مُطْلَقُ اسْمِ الْبَيْعِ وَلِهَذَا لَا يَمْلِكُهُ الْأَبُ وَالْوَصِيُّ.

وَلَهُ أَنَّ التَّوَكِيلَ بِالْبَيْعِ مُطْلَقٌ فَيَجْرِي عَلَى إِطْلَاقِهِ فِي غَيْرِ مَوْضِعِ التَّهْمَةِ، وَالْبَيْعُ بِالْغَبْنِ أَوْ بِالْعَيْنِ مُتَعَارَفٌ عِنْدَ شِدَّةِ الْحَاجَةِ إِلَى الثَّمَنِ وَالتَّبَرُّمِ مِنَ الْعَيْنِ، وَالْمَسَائِلُ مَمْنُوعَةٌ عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ عَلَى مَا هُوَ الْمَرْوِيُّ عَنْهُ وَأَنَّهُ بَيْعٌ مِنْ كُلِّ وَجْهِ، حَتَّى أَنْ مَنْ حَلَفَ لَا يَبِيعُ يَحْتَثُّ بِهِ، غَيْرَ أَنَّ الْأَبَ وَالْوَصِيَّ لَا يَمْلِكَانِهِ مَعَ أَنَّهُ بَيْعٌ؛ لِأَنَّ وَلَا يَتِيَهُمَا نَظَرِيَّةٌ وَلَا نَظَرٌ فِيهِ، وَالْمَقَابِضَةُ شِرَاءٌ مِنْ كُلِّ وَجْهِ وَبَيْعٌ مِنْ كُلِّ وَجْهِ لَوْجُودِ حَدِّ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا.

الشرح:

قَالَ (وَالْوَكِيلُ بِالْبَيْعِ يَجُوزُ بَيْعُهُ بِالْقَلِيلِ وَالكَثِيرِ وَالْعَرْضُ) الْوَكِيلُ بِالْبَيْعِ يَجُوزُ أَنْ يَبِيعَ بِثَمَنِ قَلِيلٍ وَكَثِيرٍ وَبِعَرْضٍ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَقَالَ: لَا يَجُوزُ بِغَبْنٍ فَاحِشٍ وَلَا بِغَيْرِ النَّقُودِ، لِأَنَّ مُطْلَقَ الْأَمْرِ يَتَقَيَّدُ بِالْمُتَعَارَفِ عُرْفًا، إِذِ التَّصَرُّفَاتُ لِدَفْعِ الْحَاجَاتِ فَتَتَقَيَّدُ بِمَوَاقِعِهَا، وَالْمُتَعَارَفُ الْبَيْعُ بِثَمَنِ الْمِثْلِ وَبِالنَّقُودِ وَلِهَذَا يَتَقَيَّدُ الْوَكِيلُ بِشِرَاءِ الْفَحْمِ بِأَيَّامِ الْبَرْدِ، وَبِالْجَمْدِ بِسُكُونِ الْمِيَمِ: مَا جَمَدَ مِنَ الْمَاءِ لَشِدَّةِ الْبَرْدِ، تَسْمِيَةً لِلْأَسْمِ بِالْمُصَدَّرِ بِأَيَّامِ الصَّيْفِ، وَبِالْأُضْحِيَّةِ بِأَيَّامِ النَّحْرِ أَوْ قَبْلَهَا، كُلُّ ذَلِكَ مِنْ تِلْكَ السَّنَةِ، حَتَّى لَوْ اشْتَرَى ذَلِكَ فِي السَّنَةِ الثَّانِيَةِ لَمْ يَلْزَمْ الْأَمْرُ، وَلِأَنَّ الْبَيْعَ بِغَبْنٍ فَاحِشٍ يَبِيعُ مِنْ وَجْهِ هِبَةٍ مِنْ وَجْهِ، وَلِهَذَا لَوْ حَصَلَ مِنَ الْمَرِيضِ كَانَ مِنَ الثَّلَثِ وَالْأَبُ وَالْوَصِيُّ لَا يَمْلِكَانِهِ، وَكَذَا الْمَقَابِضَةُ بَيْعٌ مِنْ وَجْهِ وَشِرَاءٌ مِنْ وَجْهِ لِأَنَّهُ مِنْ حَيْثُ إِنَّ فِيهِ إِخْرَاجَ

السَّلْعَةُ مِنَ الْمَلِكِ يَبِيعُ، وَمِنْ حَيْثُ إِنَّ فِيهِ تَحْصِيلَ السَّلْعَةِ فِي الْمَلِكِ شِرَاءً فَلَا يَتَنَاوَلُهُ مُطْلَقُ اسْمِ الْبَيْعِ لِأَنَّ الْمَطْلُقَ يَنْصَرِفُ إِلَى الْكَامِلِ.

وَلَأَيُّ حَنِيفَةٍ رَحِمَهُ اللَّهُ الْقَوْلُ بِالْمُوجِبِ أَيُّ سَلَمْنَا أَنَّ التَّوَكِيلَ بِالْبَيْعِ مُطْلَقٌ لَكِنَّ الْمَطْلُقَ يَجْرِي عَلَى إِطْلَاقِهِ فِي غَيْرِ مَوْضِعِ التُّهْمَةِ فَيَتَنَاوَلُ كُلُّ مَا يُطْلَقُ عَلَيْهِ الْبَيْعُ (قَوْلُهُ وَالْبَيْعُ بِالْعَيْنِ) تَنْزِيلٌ فِي الْجَوَابِ: يَعْنِي سَلَمْنَا أَنَّ الْمَطْلُقَ يَتَّقِيدُ بِالْمُتَعَارَفِ، لَكِنَّ الْبَيْعَ بِالْعَيْنِ أَوْ بِالْعَيْنِ: أَيُّ الْعَرْضِ مُتَعَارَفٌ عِنْدَ شِدَّةِ الْحَاجَةِ إِلَى الثَّمَنِ لِتِجَارَةِ رَابِحَةٍ أَوْ لَغَيْرِهَا، وَعِنْدَ التَّبَرُّمِ مِنَ الْعَيْنِ وَعِنْدَ ذَلِكَ لَا يُبَالِي بِقِلَّةِ الثَّمَنِ وَكَثْرَتِهِ، فَكَانَ الْعُرْفُ مُشْتَرَكًا لَا يَصْلُحُ دَلِيلًا لِأَحَدِ الْخَصْمَيْنِ، بَلِ الْمُنْتَازَعُ فِيهِ يَكُونُ دَاخِلًا تَحْتَ مَا يَدْعِيهِ الْخَصْمُ فَيَنْدَفِعُ نِزَاعُهُ أَوْ تَظْهَرُ مُكَابَرَتُهُ.

وَالْمَسَائِلُ الْمَذْكُورَةُ مَرْوِيَّةٌ عَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ عَلَى ذَلِكَ الْوَجْهِ. وَأَمَّا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ فَهِيَ عَلَى إِطْلَاقِهَا وَالْبَيْعُ بِالْعَيْنِ أَوْ الْعَيْنِ يَبِيعُ مِنْ كُلِّ وَجْهِ، حَتَّى أَنْ مَنْ حَلَفَ لَا يَبِيعُ يَحْنُثُ بِالْبَيْعِ بِالْعَيْنِ أَوْ الْعَيْنِ فَلَمَّا جَعَلَ هَذَا يَبِيعًا مُطْلَقًا فِي الْيَمِينِ جَعَلَ فِي الْوَكَالَةِ كَذَلِكَ.

وَاعْتَرِضَ بِأَنَّهُ لَا يَلْزَمُ مِنْ جَرَيَانِ الْعُرْفِ فِي الْيَمِينِ فِي نَوْعِ جَرَيَانِهِ فِي الْبَيْعِ فِي ذَلِكَ النَّوعِ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ حَلَفَ لَا يَأْكُلُ لَحْمًا فَأَكَلَ لَحْمًا قَدِيدًا حَنْثٌ، وَفِي التَّوَكِيلِ بِشِرَاءِ اللَّحْمِ لَوْ اشْتَرَى الْوَكِيلُ لَحْمًا قَدِيدًا وَقَعَ عَلَى الْمُشْتَرِي لَا عَلَى الْآمِرِ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ التَّوَكِيلَ بِشِرَاءِ اللَّحْمِ إِمَّا يَقَعُ عَلَى لَحْمٍ يُبَاعُ فِي الْأَسْوَاقِ. وَالْقَدِيدُ لَا يُبَاعُ فِيهَا عَادَةً فَلَا يَقَعُ التَّوَكِيلُ عَلَيْهِ، فَعَلِمَ بِهَذَا أَنَّ الْعُرْفَ قَدْ اخْتَلَفَ فِي حَقِّهِمَا فَاخْتَلَفَ الْجَوَابُ كَذَلِكَ. وَأَمَّا الْبَيْعُ بِالْعَيْنِ فَلَا يَخْرُجُ عَنْ كَوْنِهِ يَبِيعًا حَقِيقَةً وَعُرْفًا، أَمَّا حَقِيقَةُ فَظَاهِرٌ وَأَمَّا عُرْفًا فَيَقَالُ يَبِيعُ رَابِعٌ وَيَبِيعُ خَاسِرٌ.

فَإِنْ قِيلَ: لَوْ كَانَ ذَلِكَ يَبِيعًا مِنْ كُلِّ وَجْهِ لَمَلَكَهُ الْأَبُ وَالْوَصِيُّ. أَجَابَ بِقَوْلِهِ غَيْرَ أَنَّ الْأَبَ وَالْوَصِيَّ لَا يَمْلِكَانِهِ، وَمَعْنَاهُ أَنَّ كَلَامَنَا فِي الْأَمْرِ الْمَطْلُقِ بِالْبَيْعِ وَهُمَا لَيْسَا بِمَأْمُورَيْنِ. سَلَمْنَا ذَلِكَ، لَكِنَّ لَيْسَ أَمْرُهُمَا مُطْلَقًا بَلْ مُقَيَّدٌ بِشَرْطِ النَّظَرِ وَلَا نَظَرٍ فِيهِ، وَلَا نُسَلِّمُ أَنَّ الْمُقَايِضَةَ يَبِيعُ مِنْ وَجْهِ وَشِرَاءً مِنْ وَجْهِ بَلْ هِيَ يَبِيعُ مِنْ كُلِّ وَجْهِ وَشِرَاءً مِنْ كُلِّ وَجْهِ لَوْجُودِ حَدِّ كُلِّ مِنْهُمَا وَهُوَ مُبَادَلَةُ الْمَالِ بِالْمَالِ عَلَى وَجْهِ التَّرَاضِي بِطَرِيقِ

الاکْتِسَابَ کَمَا تَقَدَّمَ فِي أَوَّلِ الْبُيُوعِ. وَكُلُّ مَا صَدَقَ عَلَيْهِ هَذَا الْحَدُّ فَهُوَ يَبِيعُ مِنْ كُلِّ وَجْهِ وَشِرَاءً مِنْ كُلِّ وَجْهِ.

وَيَجُوزُ أَنْ يُقَالَ: الْبَيْعُ فِي الْحَقِيقَةِ عِبَارَةٌ عَنْ إِخْرَاجِ مِلْكِهِ مُتَوَصِّلًا بِهِ إِلَى تَحْصِيلِ مِلْكٍ غَيْرِهِ لَهُ، وَالشِّرَاءُ عِبَارَةٌ عَنْ تَحْصِيلِ مِلْكٍ غَيْرِهِ مُتَوَصِّلًا إِلَيْهِ بِإِخْرَاجِ مِلْكِهِ، وَكِلَاهُمَا صَادِقٌ عَلَى الْمُقَابِضَةِ، فَالْبَيْعُ وَالشِّرَاءُ يُطْلَقَانِ عَلَى عَقْدٍ شَرْعِيٍّ يَرُدُّ عَلَى مَجْمُوعِ مَالَيْنِ بَاعْتِبَارَيْنِ يَتَعَيَّنُ كُلُّ مِنْهُمَا بِإِطْلَاقٍ لَفْظٍ يَخُصُّهُ عَلَيْهِ، وَبِذَلِكَ يَتَمَيَّزُ الْبَائِعُ عَنِ الْمُشْتَرِي، وَالْوَكِيلُ بِالْبَيْعِ عَنِ الْوَكِيلِ بِالشِّرَاءِ، فَيَسْقُطُ مَا قِيلَ إِذَا كَانَ يَبِيعُ مِنْ كُلِّ وَجْهِ وَشِرَاءً مِنْ كُلِّ وَجْهِ فِيمَا إِذَا رَجَّحَ أَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ جَانِبَ الْبَيْعِ.

وَمَا قِيلَ إِذَا كَانَ شِرَاءً كُلُّ وَجْهِ كَانَ الْوَكِيلُ بِهِ وَكِيلًا بِالشِّرَاءِ، وَهُوَ لَا يَمْلِكُ الشِّرَاءَ بَعَيْنٍ فَاحِشٍ بِالِاتِّفَاقِ، فَكَانَ الْوَاجِبُ أَنْ لَا تَجُوزَ الْمُقَابِضَةُ إِلَّا إِذَا كَانَ مَا يُقَابَلُهُ مِنَ الْعَرْضِ مِثْلُهُ فِي الْقِيَمَةِ أَوْ بِأَقْلٍ مِنْهُ يَسِيرًا كَمَا رَوَى الْحَسَنُ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ، وَذَلِكَ لِأَنَّ الْمُوَكَّلَ أَطْلَقَ فِي تَوْكِيلِهِ الْبَيْعَ فَيَعْتَبَرُ ذَلِكَ وَيَتَرَجَّحُ جَانِبُهُ، وَيَجُوزُ لَهُ أَنْ يَبِيعَ بِمَا عَزَّ وَهَانَ، وَلَا يَلْزَمُ الْوَكِيلَ بِالصَّرْفِ فَإِنَّهُ لَا يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَبِيعَ بِالْأَقْلِ أَصْلًا لِأَنَّ مُوَكَّلَهُ لَا يَمْلِكُ ذَلِكَ بِالنَّصِّ فَكَذًا وَكِيلُهُ، فَعَلَيْكَ بِهَذَا وَتَطْبِيقِهِ عَلَى مَا فِي الْكُتُبِ مُلَاحِظًا بَعَيْنَ الْبَصِيرَةِ تَحْمَدُ الْمُتَصَدِّقَ لِتَلْفِيْقِهِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

قَالَ (وَالْوَكِيلُ بِالشِّرَاءِ يَجُوزُ عَقْدُهُ بِمِثْلِ الْقِيَمَةِ وَزِيَادَةٍ يَتَغَابَنُ النَّاسُ فِي مِثْلِهَا، وَلَا يَجُوزُ بِمَا لَا يَتَغَابَنُ النَّاسُ فِي مِثْلِهِ) لِأَنَّ التَّهْمَةَ فِيهِ مُتَحَقِّقَةٌ فَلَعَلَّهُ اشْتَرَاهُ لِنَفْسِهِ، فَإِذَا لَمْ يُؤَافِقْهُ الْحَقُّ بِغَيْرِهِ عَلَى مَا مَرَّ، حَتَّى لَوْ كَانَ وَكِيلًا بِشِرَاءِ شَيْءٍ بِعَيْنِهِ قَالُوا يَنْفُذُ عَلَى الْأَمْرِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ شِرَاءَهُ لِنَفْسِهِ، وَكَذَا الْوَكِيلُ بِالنِّكَاحِ إِذَا زَوَّجَهُ امْرَأَةً بِأَكْثَرِ مِنْ مَهْرٍ مِثْلَهَا جَازَ عِنْدَهُ؛ لِأَنَّهُ لَا بُدَّ مِنَ الْإِضَافَةِ إِلَى الْمُوَكَّلِ فِي الْعَقْدِ فَلَا تَتِمَّكُنْ هَذِهِ التَّهْمَةُ، وَلَا كَذَلِكَ الْوَكِيلُ بِالشِّرَاءِ؛ لِأَنَّهُ يُطْلَقُ الْعَقْدُ.

قَالَ: (وَالَّذِي لَا يَتَغَابَنُ النَّاسُ فِيهِ مَا لَا يَدْخُلُ تَحْتَ تَقْوِيمِ الْمُقَوِّمِينَ، وَقِيلَ فِي الْعُرُوضِ «دِه نِيم» وَفِي الْحَيَوَانَاتِ «دِه يازده» وَفِي الْعَقَارَاتِ «دِه دوازده») لِأَنَّ التَّصَرُّفَ يَكْثُرُ وَجُودُهُ فِي الْأَوَّلِ وَيَقِلُّ فِي الْأَخِيرِ وَيَتَوَسَّطُ فِي الْأَوْسَطِ وَكَثْرَةُ الْغَبَنِ لِقِلَّةِ التَّصَرُّفِ.

الشرح:

قال: (وَالْوَكِيلُ بِالشَّرَاءِ يَجُوزُ عَقْدُهُ إِنْ خُيِّرَ الْوَكِيلُ بِالشَّرَاءِ يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَشْتَرِيَ بِمَثَلِ الْقِيَمَةِ وَالْعَبْنِ الْيَسِيرِ دُونَ الْفَاحِشِ، لِأَنَّ التُّهْمَةَ فِيهِ مُتَحَقِّقَةٌ فَلَعَلَّهُ اشْتَرَاهُ لِنَفْسِهِ، فَإِذَا لَمْ يُؤَافِقْهُ أَوْ قَدْ وَجَدَهُ خَاسِرًا لِحَقِّهِ بَغْيَرِهِ عَلَى مَا مَرَّ، حَتَّى لَوْ كَانَ وَكِيلًا بِشَرَاءِ شَيْءٍ بَعَيْنِهِ قَالُوا يَنْفُذُ عَلَى الْأَمْرِ لِانْتِفَاءِ التُّهْمَةِ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ أَنْ يَشْتَرِيَهُ لِنَفْسِهِ. وَأَرَادَ بِقَوْلِهِ قَالُوا عَامَّةُ الْمَشَايِخِ رَحِمَهُمُ اللَّهُ، فَإِنَّ بَعْضَهُمْ قَالَ: يُتَحَمَّلُ فِيهِ الْعَبْنُ الْيَسِيرُ لَا الْفَاحِشُ.

وَقَالَ بَعْضُهُمْ: لَا يُتَحَمَّلُ فِيهِ الْيَسِيرُ أَيْضًا، وَكَذَا الْوَكِيلُ بِالنِّكَاحِ إِذَا زَوَّجَ مُوَكَّلَهُ امْرَأَةً بِأَكْثَرِ مِنْ مَهْرٍ مِثْلَهَا جَازَ عِنْدَهُ لِأَنَّهُ لَا بُدَّ مِنَ الْإِضَافَةِ إِلَى الْمُوَكَّلِ فِي الْعَقْدِ وَلَا تَتِمَّ كُنْ فِي هَذِهِ التُّهْمَةِ، بِخِلَافِ الْوَكِيلِ بِالشَّرَاءِ لِأَنَّهُ يُطْلَقُ الْعَقْدُ حَيْثُ يَقُولُ اشْتَرَيْتُ وَلَا يَقُولُ لِفُلَانٍ. ثُمَّ يَبَيِّنُ الْعَبْنُ الْيَسِيرَ وَالْفَاحِشَ فَقَالَ (وَالَّذِي لَا يُتَغَابَنُ فِيهِ مَا لَا يَدْخُلُ تَحْتَ تَقْوِيمِ الْمُقَوِّمِينَ) فَيَكُونُ مُقَابِلَهُ مِمَّا يُتَغَابَنُ فِيهِ.

قَالَ شَيْخُ الْإِسْلَامِ رَحِمَهُ اللَّهُ: هَذَا التَّحْدِيدُ فِيمَا لَمْ يَكُنْ لَهُ قِيَمَةٌ مَعْلُومَةٌ فِي الْبَلَدِ كَالْعَبِيدِ وَالذُّوَابِ، فَأَمَّا مَا لَهُ ذَلِكَ كَالْخَبْزِ وَاللَّحْمِ وَغَيْرِهِمَا فَزَادَ الْوَكِيلُ بِالشَّرَاءِ لَا يَنْفُذُ عَلَى الْمُوَكَّلِ، وَإِنْ قَلَّتِ الزِّيَادَةُ كَالْفَلَسِ مَثَلًا لِأَنَّ هَذَا مِمَّا لَا يَدْخُلُ تَحْتَ تَقْوِيمِ الْمُقَوِّمِينَ، إِذِ الدَّخَلُ تَحْتَهُ مَا يُحْتَاجُ فِيهِ إِلَى تَقْوِيمِهِمْ، وَلَا حَاجَةَ هَاهُنَا لِلْعِلْمِ بِهِ فَلَا يَدْخُلُ.

وَقِيلَ الْعَبْنُ الْيَسِيرُ وَهُوَ الظَّاهِرُ. وَقِيلَ الْفَاحِشُ، وَيُسَاعَدُهُ سَوَقُ الْكَلَامِ فِي الْعُرُوضِ «ده نيم» وَفِي الْحَيَوَانَاتِ «ده يازده» وَفِي الْعَقَارِ «ده دوازده» فَإِذَا كَانَ الْعَبْنُ إِلَى هَذَا الْمُبْلَغِ كَانَ يَسِيرًا لَزِمَ الْأَمْرُ، وَإِنْ زَادَ عَلَى ذَلِكَ لَزِمَ الْوَكِيلُ، وَالتَّقْدِيرُ عَلَى هَذَا الْوَجْهِ لِأَنَّ الْعَبْنَ يَزِيدُ بِقِلَّةِ التَّجَرِبَةِ وَيَنْقُصُ بِكَثْرَتِهَا، وَقِلَّتُهَا وَكَثْرَتُهَا بِقِلَّةِ وَقُوعِ التَّجَارَاتِ وَكَثْرَتِهَا، وَوُقُوعُهُ فِي الْقِسْمِ الْأَوَّلِ كَثِيرٌ وَفِي الْأَخِيرِ قَلِيلٌ وَفِي الْأَوْسَطِ مُتَوَسِّطٌ وَعَشْرَةُ دَرَاهِمٍ نَصَابٌ تَقَعُ بِهِ يَدٌ مُحْتَرَمَةٌ فَجُعِلَ أَصْلًا، وَالدَّرَاهِمُ مَالٌ يُحْبَسُ لِأَجَلِهِ فَقَدْ لَا يُتَسَامَحُ بِهِ فِي الْمَمَّاكِسَةِ فَلَمْ يُعْتَبَرْ فِيمَا كَثُرَ وَقُوعُهُ يَسِيرًا، وَالنِّصْفُ مِنَ النَّصْفَةِ فَكَانَ يَسِيرًا وَضَوْعُفَ بَعْدَ ذَلِكَ بِحَسَبِ الْوُقُوعِ، فَمَا كَانَ أَقَلَّ وَقُوعًا مِنْهُ أُعْتَبِرَ

ضِعْفُهُ، وَكَانَ أَقَلُّ مِنَ الْأَقَلِّ أُعْتَبِرَ ضِعْفُ ضِعْفِهِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

قَالَ (وَإِذَا وَكَّلَهُ بِبَيْعِ عَبْدٍ فَبَاعَ نِصْفَهُ جَازَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ)؛ لِأَنَّ اللَّفْظَ مُطْلَقٌ عَنِ قَيْدِ الْإِفْتِرَاقِ وَالْاجْتِمَاعِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ بَاعَ الْكُلَّ بِثَمَنِ النِّصْفِ يَجُوزُ عِنْدَهُ فَإِذَا بَاعَ النِّصْفَ بِهِ أَوَّلَى (وَقَالَا: لَا يَجُوزُ)؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مُتَعَارِفٍ لِمَا فِيهِ مِنْ ضَرَرِ الشَّرِكَةِ (إِلَّا أَنْ يَبِيعَ النِّصْفَ الْآخَرَ قَبْلَ أَنْ يَخْتَصِمَا)؛ لِأَنَّ بَيْعَ النِّصْفِ قَدْ يَقَعُ وَسِيلَةً إِلَى الْإِمْتِنَالِ بِأَنْ لَا يَجِدَ مَنْ يَشْتَرِيهِ جُمْلَةً فَيَحْتَاجُ إِلَى أَنْ يُفَرَّقَ، فَإِذَا بَاعَ الْبَاقِيَ قَبْلَ نَقْضِ الْبَيْعِ الْأَوَّلِ تَبَيَّنَ أَنَّهُ وَقَعَ وَسِيلَةً، وَإِذَا لَمْ يَبِيعْ ظَهَرَ أَنَّهُ لَمْ يَقَعُ وَسِيلَةً فَلَا يَجُوزُ، وَهَذَا اسْتِحْسَانٌ عِنْدَهُمَا.

الشرح:

قَالَ (وَإِذَا وَكَّلَهُ بِبَيْعِ عَبْدِهِ فَبَاعَ نِصْفَهُ الْخ) وَإِذَا وَكَّلَهُ بِبَيْعِ عَبْدِهِ فَبَاعَ نِصْفَهُ جَازَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ لِأَنَّ اللَّفْظَ مُطْلَقٌ عَنِ قَيْدِ الْإِفْتِرَاقِ وَالْاجْتِمَاعِ فَيَجْرِي عَلَى إِطْلَاقِهِ، وَاسْتَوْضَحَ بِقَوْلِهِ: أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ بَاعَ الْكُلَّ بِثَمَنِ النِّصْفِ جَازَ عِنْدَهُ، فَإِذَا بَاعَ النِّصْفَ بِهِ أَوَّلَى.

وَقَالَا: لَا يَجُوزُ لِأَنَّ التَّوَكِيلَ بِهِ يَنْصَرِفُ إِلَى الْمُتَعَارِفِ وَيَبِيعُ النِّصْفَ غَيْرَ مُتَعَارِفٍ لِمَا فِيهِ مِنْ ضَرَرِ الشَّرِكَةِ إِلَّا أَنْ يَبِيعَ النِّصْفَ الْآخَرَ قَبْلَ أَنْ يَخْتَصِمَا، لِأَنَّ بَيْعَ النِّصْفِ قَدْ يَقَعُ وَسِيلَةً إِلَى الْإِمْتِنَالِ بِأَنْ لَا يَجِدَ مَنْ يَشْتَرِيهِ جُمْلَةً فَيَحْتَاجُ إِلَى التَّفْرِيقِ، فَإِذَا بَاعَ الْبَاقِيَ قَبْلَ نَقْضِ الْبَيْعِ الْأَوَّلِ تَبَيَّنَ أَنَّهُ وَقَعَ وَسِيلَةً، وَإِنْ لَمْ يَبِيعْ ظَهَرَ أَنَّهُ لَمْ يَقَعُ وَسِيلَةً فَلَا يَجُوزُ، وَهَذَا اسْتِحْسَانٌ عِنْدَهُمَا، فَإِنْ وَكَّلَهُ بِشِرَاءِ عَبْدٍ فَاشْتَرَى نِصْفَهُ فَالشِّرَاءُ مَوْقُوفٌ بِالْإِتِّفَاقِ لِمَا ذَكَرَ مِنَ الدَّلِيلِ آتِفًا فِي التَّوَكِيلِ بِالْبَيْعِ.

وَالْفَرْقُ لِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ التَّهْمَةَ فِي الشِّرَاءِ مُتَحَقِّقَةٌ عَلَى مَا مَرَّ مِنْ قَوْلِهِ فَلَعَلَّهُ اشْتَرَاهُ لِنَفْسِهِ الْخ.

وَفَرَّقَ آخَرُ أَنَّ الْأَمْرَ فِي الْبَيْعِ يُصَادَفُ مِلْكُهُ فَيَصِحُّ فَيُعْتَبَرُ فِيهِ الْإِطْلَاقُ فَيَمْلِكُ بَيْعَ الْعَبْدِ كُلِّهِ أَوْ نِصْفِهِ، وَأَمَّا الْأَمْرُ بِالشِّرَاءِ فَإِنَّهُ صَادَفَ مِلْكَ الْغَيْرِ فَلَمْ يَصِحَّ فَلَا يُعْتَبَرُ فِيهِ التَّقْيِيدُ وَالْإِطْلَاقُ: أَيْ إِطْلَاقُ الْأَمْرِ وَتَقْيِيدُهُ فَيُعْتَبَرُ فِيهِ الْعُرْفُ، وَالْعُرْفُ فِيهِ أَنْ يَشْتَرِيَ الْعَبْدَ جُمْلَةً.

وَلَقَائِلِ أَنْ يَقُولَ: هَذَا التَّغْلِيلُ يَقْتَضِي أَنْ لَا يَصِحَّ التَّوَكُّلُ بِالشَّرَاءِ لِأَنَّ التَّوَكُّلَ
بِالشَّرَاءِ أَمْرٌ بِالشَّرَاءِ.

وَقَدْ قَالَ الْأَمْرُ بِالشَّرَاءِ صَادَفَ مِلْكَ الْغَيْرِ فَلَمْ يَصِحَّ. وَالْجَوَابُ أَنَّ الْقِيَاسَ يَقْتَضِي
ذَلِكَ، وَلَكِنَّهُ صَحَّ بِحَدِيثِ «حَكِيمِ بْنِ حِزَامٍ، فَإِنَّ النَّبِيَّ ﷺ وَكَلَهُ بِشِرَاءِ الْأُضْحِيَّةِ»،
وَإِذَا صَحَّ فَلَا بُدَّ لَهُ مِنْ مَحَلٍّ فَجَعَلْنَاهُ الثَّمَنَ الَّذِي فِي ذِمَّةِ الْمُوَكَّلِ لَكَوْنِهِ مِلْكَهُ وَصَرَفْنَاهُ
إِلَى الْمُتَعَارَفِ عَمَلًا بِالْأَدَلِّ بِقَدْرِ الْإِمْكَانِ، وَلَوْ عَمَلْنَا بِإِطْلَاقِهِ كَانَ ذَلِكَ إِبْطَالًا لِلْقِيَاسِ
وَالْعُرْفِ مِنْ كُلِّ وَجْهِ وَالْإِعْمَالِ وَلَوْ بَوَاحٍ أُولَى.

(وَأَنْ وَكَلَهُ بِشِرَاءِ عَبْدٍ فَاشْتَرَى نِصْفَهُ فَالشَّرَاءُ مَوْقُوفٌ، فَإِنْ اشْتَرَى بَاقِيَهُ لَزِمَ
الْمُوَكَّلُ)؛ لِأَنَّ شِرَاءَ الْبَعْضِ قَدْ يَقَعُ وَسِيلَةً إِلَى الْاِمْتِثَالِ بِأَنْ كَانَ مَوْرُوثًا بَيْنَ جَمَاعَةٍ
فَيَحْتَاجُ إِلَى شِرَائِهِ شَقْصًا شَقْصًا، فَإِذَا اشْتَرَى الْبَاقِيَ قَبْلَ رَدِّ الْأَمْرِ الْبَيْعُ تَبَيَّنَ أَنَّهُ وَقَعَ
وَسِيلَةً فَيَنْفُذُ عَلَى الْأَمْرِ، وَهَذَا بِالِاتِّفَاقِ. وَالْفَرْقُ لِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ فِي الشَّرَاءِ تَتَحَقَّقُ
الْثُّمَةُ عَلَى مَا مَرَّ. وَآخِرُ أَنَّ الْأَمْرَ بِالْبَيْعِ يُصَادَفُ مِلْكُهُ فَيَصِحُّ فَيُعْتَبَرُ فِيهِ إِطْلَاقُهُ وَالْأَمْرُ
بِالشَّرَاءِ صَادَفَ مِلْكَ الْغَيْرِ فَلَمْ يَصِحَّ فَلَا يُعْتَبَرُ فِيهِ التَّقْيِيدُ وَالْإِطْلَاقُ.

قَالَ (وَمَنْ أَمَرَ رَجُلًا بِبَيْعِ عَبْدِهِ فَبَاعَهُ وَقَبِضَ الثَّمَنَ أَوْ لَمْ يَقْبِضْ فَرَدَّهُ الْمُشْتَرِي
عَلَيْهِ بَعِيْبٍ لَا يَحْدُثُ مِثْلُهُ بِقَضَاءِ الْقَاضِي بِبَيِّنَةٍ أَوْ بِإِبَاءِ يَمِينٍ أَوْ بِإِقْرَارٍ فَإِنَّهُ يَرُدُّهُ عَلَى
الْأَمْرِ) لِأَنَّ الْقَاضِيَ تَيَقَّنَ بِحُدُوثِ الْعَيْبِ فِي يَدِ الْبَائِعِ فَلَمْ يَكُنْ قَضَاؤُهُ مُسْتَدِنًا إِلَى هَذِهِ
الْحُجَجِ. وَتَأْوِيلُ اشْتِرَاطِهَا فِي الْكِتَابِ أَنَّ الْقَاضِيَ يَعْلَمُ أَنَّهُ لَا يَحْدُثُ مِثْلُهُ فِي مَدَّةِ شَهْرِ
مَثَلًا لِكُنْهُ اشْتَبَهَ عَلَيْهِ تَارِيخُ الْبَيْعِ فَيَحْتَاجُ إِلَى هَذِهِ الْحُجَجِ لظُهُورِ التَّارِيخِ، أَوْ كَانَ عَيْبًا
لَا يَعْرِفُهُ إِلَّا النِّسَاءُ أَوْ الْأَطْبَاءُ، وَقَوْلُهُنَّ وَقَوْلُ الطَّبِيبِ حُجَّةٌ فِي تَوَجُّهِ الْخُصُومَةِ لَا فِي
الرَّدِّ فَيَفْتَقِرُ إِلَيْهَا فِي الرَّدِّ، حَتَّى لَوْ كَانَ الْقَاضِي عَايِنَ الْبَيْعِ وَالْعَيْبُ ظَاهِرًا لَا يَحْتَاجُ إِلَى
شَيْءٍ مِنْهَا وَهُوَ رَدُّ عَلَى الْمُوَكَّلِ فَلَا يَحْتَاجُ الْوَكِيلُ إِلَى رَدِّ وَخُصُومَةٍ.

قَالَ (وَكَذَلِكَ إِنْ رَدَّهُ عَلَيْهِ بَعِيْبٍ يَحْدُثُ مِثْلُهُ بِبَيِّنَةٍ أَوْ بِإِبَاءِ يَمِينٍ)؛ لِأَنَّ الْبَيِّنَةَ
حُجَّةٌ مُطْلَقَةٌ، وَالْوَكِيلُ مُضْطَرٌّ فِي النُّكُولِ لِبُعْدِ الْعَيْبِ عَنْ عِلْمِهِ بِاعْتِبَارِ عَدَمِ مُمَارَسَتِهِ
الْبَيْعِ فَلَزِمَ الْأَمْرُ.

قَالَ (فَإِنْ كَانَ ذَلِكَ بِإِقْرَارِهِ لَزِمَ الْمَأْمُورُ)؛ لِأَنَّ الْإِقْرَارَ حُجَّةٌ قَاصِرَةٌ وَهُوَ غَيْرُ

مُضْطَرَّ إِلَيْهِ لِإِمْكَانِهِ السُّكُوتَ وَالنُّكُولَ، إِلَّا أَنْ لَهُ أَنْ يُخَاصِمَ الْمُوَكَّلَ فَيُلْزِمُهُ بَيِّنَتِهِ أَوْ بِنُكُولِهِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ الرَّدُّ بِغَيْرِ قَضَاءٍ وَالْعَيْبُ يَحْدُثُ مِثْلَهُ حَيْثُ لَا يَكُونُ لَهُ أَنْ يُخَاصِمَ بَائِعَهُ؛ لِأَنَّهُ بَيْعٌ جَدِيدٌ فِي حَقِّ ثَالِثٍ وَالبَّائِعُ ثَالِثُهُمَا، وَالرَّدُّ بِالقَضَاءِ فَسَخُّ لِعُمُومِ وَلَايَةِ الْقَاضِي، غَيْرَ أَنَّ الْحُجَّةَ قَاصِرَةٌ وَهِيَ الْإِقْرَارُ، فَمِنْ حَيْثُ الْفَسْخُ كَانَ لَهُ أَنْ يُخَاصِمَهُ، وَمِنْ حَيْثُ الْقُصُورُ لَا يُلْزَمُ الْمُوَكَّلُ إِلَّا بِحُجَّتِهِ، وَلَوْ كَانَ الْعَيْبُ لَا يَحْدُثُ مِثْلَهُ وَالرَّدُّ بِغَيْرِ قَضَاءٍ بِإِقْرَارِهِ يُلْزَمُ الْمُوَكَّلُ مِنْ غَيْرِ خُصُومَةٍ فِي رِوَايَةٍ؛ لِأَنَّ الرَّدَّ مُتَعَيَّنٌ وَهِيَ عَامَّةُ الرِّوَايَاتِ لَيْسَ لَهُ أَنْ يُخَاصِمَهُ لَمَّا ذَكَرْنَا وَالْحَقُّ فِي وَصْفِ السَّلَامَةِ ثُمَّ يَنْتَقِلُ إِلَى الرَّدِّ ثُمَّ إِلَى الرَّجُوعِ بِالنُّقْصَانِ فَلَمْ يَتَعَيَّنِ الرَّدُّ، وَقَدْ بَيَّنَّا فِي الْكِفَايَةِ بِأَطْوَلِ مِنْ هَذَا.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ أَمَرَ رَجُلًا بِبَيْعِ عَبْدِهِ إلخ) وَمَنْ أَمَرَ رَجُلًا أَنْ يَبِيعَ عَبْدَهُ فَبَاعَهُ وَقَبَضَ الثَّمَنَ أَوْ لَمْ يَقْبِضْهُ فَرَدَّهُ الْمُشْتَرِي عَلَى الْبَائِعِ بَعِيْبٌ، فَإِمَّا أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ بِقَضَاءٍ أَوْ بِغَيْرِهِ، فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ؛ فَلَا يَحُلُوْ إِمَّا أَنْ يَكُونَ بَعِيْبٌ يَحْدُثُ مِثْلُهُ أَوْ لَمْ يَكُنْ. فَإِنْ لَمْ يَكُنْ، فَإِمَّا أَنْ يَكُونَ الْعَيْبُ ظَاهِرًا وَالْقَاضِي عَايِنَ الْبَيْعِ أَوْ لَمْ يَكُنْ، فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ لَا يَحْتَاجُ إِلَى الْحُجَّةِ مِنْ بَيِّنَةٍ أَوْ نُكُولٍ أَوْ إِقْرَارٍ لِأَنَّ الْقَاضِي يَتَقَنَّ بِحُدُوثِ الْعَيْبِ فِي يَدِ الْبَائِعِ وَعَايِنَ الْبَيْعَ فَيَعْلَمُ التَّارِيخُ وَالْعَيْبُ ظَاهِرٌ فَلَا يَحْتَاجُ لِلرَّدِّ إِلَيْهَا، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فَلَا بُدَّ مِنْهَا لَا لِلْقَضَاءِ بَلْ لِأَنَّهُ إِذَا لَمْ يُعَايِنِ الْبَيْعَ قَدْ يُشَبِّهُ تَارِيخَهُ فَيَحْتَاجُ إِلَيْهَا لظُهُورِهِ، وَقَدْ لَا يَكُونُ الْعَيْبُ ظَاهِرًا كَالْقَرْنِ فِي الْفَرْجِ وَالرَّضِ الدَّقُّ فَيَحْتَاجُ إِلَى النَّسَاءِ أَوْ الْأَطْبَاءِ فِي تَوْجُّهِ الْخُصُومَةِ، وَالرَّدُّ لَا يَثْبُتُ بِقَوْلِ النَّسَاءِ أَوْ الطَّبِيبِ فَيَحْتَاجُ إِلَى الْحُجَّةِ، وَفِي هَاتَيْنِ الصُّورَتَيْنِ الرَّدُّ عَلَى الْوَكِيلِ رَدٌّ عَلَى الْمُوَكَّلِ فَلَا يَحْتَاجُ إِلَى رَدِّ وَخُصُومَةٍ لِأَنَّ الرَّدَّ بِالقَضَاءِ فَسَخُّ لِعُمُومِ وَلَايَةِ الْقَاضِي.

وَالْفَسْخُ بِالْحُجَّةِ الْكَامِلَةِ عَلَى الْوَكِيلِ فَسَخُّ عَلَى الْمُوَكَّلِ، وَإِنْ كَانَ بَعِيْبٌ يَحْدُثُ مِثْلَهُ، فَإِنْ رَدَّهُ بَيِّنَةٌ أَوْ بِإِبَاءٍ يَمِينٍ فَكَذَلِكَ لِأَنَّ الْبَيِّنَةَ حُجَّةٌ مُطْلَقَةٌ: أَيُّ كَامِلَةٌ فَتَعْدَى.

وَالْوَكِيلُ فِي النُّكُولِ مُضْطَرٌّ لِبُعْدِ الْعَيْبِ عَنْ عِلْمِهِ بِاعْتِبَارِ عَدَمِ مُمَارَسَتِهِ الْمَبِيعَ فَلَزِمَ الْأَمْرَ، وَإِنْ رَدَّهُ بِإِقْرَارٍ لَزِمَ الْوَكِيلُ لِأَنَّ الْإِقْرَارَ حُجَّةٌ قَاصِرَةٌ وَهُوَ غَيْرُ مُضْطَرٍّ إِلَيْهِ لِأَنَّهُ أَمَكَنَهُ السُّكُوتُ أَوْ الْإِنْكَارُ حَتَّى تُعْرَضَ عَلَيْهِ الْيَمِينُ وَيُقْضَى بِالنُّكُولِ، لَكِنْ لَهُ أَنْ

يُخَاصِمُ الْمُوَكَّلَ فَيَلْزِمُهُ بَيِّنَةٌ أَوْ بُنْكَوْلُ الْمُوَكَّلِ لِأَنَّ الرَّدَّ بِالْقَضَاءِ فَسَخٌ لِعُمُومِ وَلَايَةِ الْقَاضِي، غَيْرَ أَنَّ الْحُجَّةَ وَهِيَ الْإِقْرَارُ قَاصِرَةٌ، فَمِنْ حَيْثُ الْفَسْخُ كَانَ لَهُ أَنْ يُخَاصِمَهُ، وَمِنْ حَيْثُ الْقُصُورُ لَا يَلْزِمُهُ، وَهَذِهِ فَائِدَةُ الْحَاجَةِ إِلَى الْقَضَاءِ مَعَ الْإِقْرَارِ فَيَسْقُطُ مَا قَالَ فِي النَّهَايَةِ إِذَا أَقَرَّ الْوَكِيلُ بِالْعَيْبِ لَا حَاجَةَ حِينَئِذٍ إِلَى قَضَاءِ الْقَاضِي لِأَنَّهُ يَقْبَلُهُ لَا مَحَالَةَ. وَإِنْ كَانَ الثَّانِي، فَإِمَّا أَنْ يَكُونَ بَعِيْبٌ يَحْدُثُ مِثْلُهُ أَوْ لَا، فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ وَكَانَ رَدُّهُ بِإِقْرَارِ لَزِمِ الْوَكِيلِ وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُخَاصِمَ أَمْرَهُ، وَعَبَّرَ عَنْهُ بِالْبَائِعِ لِأَنَّ الْمَبِيعَ لَمَّا انْتَقَلَ إِلَى الْوَكِيلِ وَتَقَرَّرَ عَلَيْهِ بِأَمْرِ قَدْ حَصَلَ مِنْ جِهَتِهِ فَكَأَنَّهُ بَاعَهُ إِيَّاهُ لِأَنَّهُ يَبِيعُ جَدِيدٌ فِي حَقِّ ثَالِثٍ حَيْثُ فَسَخَ وَاسْتَرَدَّ بِرِضَاهُ مِنْ غَيْرِ قَضَاءٍ. وَالْبَائِعُ: أَيُّ الْمُوَكَّلِ ثَالِثُهُمَا.

وَإِنْ كَانَ الثَّانِي وَالرَّدُّ بِإِقْرَارِ لَزِمِ الْمُوَكَّلَ بِغَيْرِ خُصُومَةٍ فِي رِوَايَةِ يُوُوعِ الْأَصْلِ لِأَنَّ الرَّدَّ مُتَعَيَّنٌ، وَذَلِكَ لِأَنَّهُمَا فَعَلَا عَيْنَ مَا يَفْعَلُهُ الْقَاضِي إِنْ رَفَعَ الْأَمْرَ إِلَيْهِ، فَإِنَّهُمَا لَوْ رَفَعَا الْأَمْرَ إِلَيْهِ فِي عَيْبٍ لَا يَحْدُثُ مِثْلُهُ رَدُّهُ عَلَيْهِ مِنْ غَيْرِ تَكْلِيفٍ بِإِقَامَةِ الْحُجَّةِ عَلَى ذَلِكَ وَكَانَ ذَلِكَ رَدًّا عَلَى الْمُوَكَّلِ.

وَفِي عَامَّةِ الرِّوَايَاتِ أَنَّهُ لَا يَلْزِمُ الْأَمْرَ، وَلَيْسَ لِلْمَأْمُورِ أَنْ يُخَاصِمَهُ لَمَّا ذَكَرْنَا أَنَّهُ يَبِيعُ جَدِيدٌ فِي حَقِّ ثَالِثٍ. وَقَوْلُهُ الرَّدُّ مُتَعَيَّنٌ مَمْنُوعٌ لِأَنَّ حَقَّ الْمُشْتَرِي فِي الْجُزْءِ الْفَائِتِ ثُمَّ يَنْتَقِلُ إِلَى الرَّدِّ ثُمَّ إِلَى الرَّجُوعِ بِالنَّقْصَانِ، وَلَمْ يَذْكُرْ صُورَةَ الرَّدِّ بِالْبَيِّنَةِ وَالتَّكْوِيلِ لَعَدَمِ تَأْيِيدِهِمَا لِلَّذِي عَدَمَ الْقَضَاءِ.

قَالَ (وَمَنْ قَالَ لِأَخْرَ أَمْرَتِكَ بِبَيْعِ عَبْدِي بِتَقْدِيرِ فَبَيْعِهِ بِنَسِيئَةٍ وَقَالَ الْمَأْمُورُ أَمَرْتَنِي بِبَيْعِهِ وَلَمْ تَقُلْ شَيْئًا فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْأَمْرِ؛ لِأَنَّ الْأَمْرَ يُسْتَفَادُ مِنْ جِهَتِهِ وَلَا دَلَالَتهُ عَلَى الْإِطْلَاقِ. قَالَ (وَإِنْ اخْتَلَفَ فِي ذَلِكَ الْمُضَارِبُ وَرَبُّ الْمَالِ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُضَارِبِ) لِأَنَّ الْأَصْلَ فِي الْمُضَارَبَةِ الْعُمُومُ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ بِذِكْرِ لَفْظِ الْمُضَارَبَةِ فَقَامَتِ دَلَالَتُهُ الْإِطْلَاقِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا ادَّعَى رَبُّ الْمَالِ الْمُضَارَبَةَ فِي نَوْعٍ وَالْمُضَارِبُ فِي نَوْعٍ آخَرَ حَيْثُ يَكُونُ الْقَوْلُ لِرَبِّ الْمَالِ؛ لِأَنَّهُ سَقَطَ الْإِطْلَاقُ بِتَصَادُقِهِمَا فَنَزَلَ إِلَى الْوَكَالَةِ الْمُحْضَةِ ثُمَّ مُطْلَقُ الْأَمْرِ بِالْبَيْعِ يَنْتَظِمُهُ نَقْدًا وَنَسِيئَةً إِلَى أَيِّ أَجَلٍ كَانَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَعِنْدَهُمَا يَتَّقَدُّ بِأَجَلٍ مُتَعَارَفٍ وَالْوَجْهُ قَدْ تَقَدَّمَ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ قَالَ لِآخَرَ أَمَرْتُكَ بِبَيْعِ عَبْدِي بِنَقْدٍ إلخ) إِذَا اخْتَلَفَ الْأَمْرُ وَالْمَأْمُورُ فِي إِطْلَاقِ التَّصَرُّفِ وَتَقْيِيدِهِ فَقَالَ الْأَمْرُ أَمَرْتُكَ بِبَيْعِ عَبْدِي بِنَقْدٍ فَبِعْتَهُ بِنَسِيئَةٍ وَقَالَ الْمَأْمُورُ بَلْ أَمَرْتَنِي بِبَيْعِهِ وَلَمْ تَقُلْ شَيْئًا فَالْقَوْلُ لِلْأَمْرِ لِأَنَّ الْأَمْرَ يُسْتَفَادُ مِنْ جِهَتِهِ، وَمَنْ يُسْتَفَادُ الْأَمْرُ مِنْ جِهَتِهِ أَعْلَمُ بِمَا قَالَهُ فَكَانَ هُوَ الْمُعْتَبَرُ، إِلَّا إِذَا كَانَ فِي الْعَقْدِ مَا يُخَالِفُ مَدْعَاهُ، وَلَيْسَ ذَلِكَ بِمَوْجُودٍ لِأَنَّ عَقْدَ الْوَكَالَةِ مَبْنَاهُ عَلَى التَّقْيِيدِ حَيْثُ لَا يَثْبُتُ بِدُونِ التَّقْيِيدِ، فَإِنَّهُ مَا لَمْ يَقُلْ وَكَثَلْتُكَ بِبَيْعِ هَذَا الشَّيْءِ لَا يَكُونُ وَكِيلًا بِبَيْعِهِ؛ وَلَوْ قَالَ وَكَثَلْتُكَ بِمَالِي أَوْ فِي مَالِي لَا يَمْلِكُ إِلَّا الْحِفْظَ فَلَيْسَ فِي الْعَقْدِ مَا يَدُلُّ عَلَى خِلَافٍ مَدْعَاهُ مِنَ الْإِطْلَاقِ؛ وَلَوْ اخْتَلَفَ الْمُضَارِبُ وَرَبُّ الْمَالِ فِي الْإِطْلَاقِ وَالتَّقْيِيدِ فَقَالَ رَبُّ الْمَالِ أَمَرْتُكَ أَنْ تَعْمَلَ فِي الْبَرِّ وَقَالَ الْمُضَارِبُ دَفَعْتُ إِلَيَّ الْمَالَ مُضَارَبَةً وَلَمْ تَقُلْ شَيْئًا فَالْقَوْلُ لِلْمُضَارِبِ، لِأَنَّ الْأَمْرَ وَإِنْ كَانَ مُسْتَفَادًا مِنْ جِهَةِ رَبِّ الْمَالِ إِلَّا أَنْ فِي الْعَقْدِ مَا يُخَالِفُ دَعْوَاهُ لِأَنَّ الْأَصْلَ فِي الْمُضَارَبَةِ الْعُمُومُ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ بِذِكْرِ لَفْظِ الْمُضَارَبَةِ فَكَانَتْ دَلَالَةُ الْإِطْلَاقِ قَائِمَةً، بِخِلَافِ مَا إِذَا ادَّعَى رَبُّ الْمَالِ الْمُضَارَبَةَ فِي نَوْعِ وَالْمُضَارِبُ فِي نَوْعٍ آخَرَ حَيْثُ يَكُونُ الْقَوْلُ لِرَبِّ الْمَالِ لَأَنَّهُ سَقَطَ الْإِطْلَاقُ بِتَصَادُقِهِمَا فَنَزَلَ إِلَى الْوَكَالَةِ الْمُحْضَةِ وَفِيهَا الْقَوْلُ لِلْأَمْرِ كَمَا مَرَّ أَنفًا (كَمْ مُطْلَقُ الْأَمْرِ بِالْبَيْعِ يَنْتَظِمُهُ نَقْدًا وَنَسِيئَةً إِلَى أَيِّ أَجَلٍ كَانَ) مُتَعَارَفٍ، عِنْدَ الثَّجَارِ فِي تِلْكَ السَّلْعَةِ أَوْ غَيْرِ مُتَعَارَفٍ فِيهَا كَالْبَيْعِ إِلَى خَمْسِينَ سَنَةً عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ.

وَعِنْدَهُمَا يَتَقَيَّدُ بِأَجَلٍ مُتَعَارَفٍ، (وَالْوَجْهُ) مِنَ الْجَانِبَيْنِ (تَقَدَّمَ) فِي مَسْأَلَةِ الْوَكِيلِ بِالْبَيْعِ أَنَّهُ يَجُوزُ بَيْعُهُ بِالْقَلِيلِ وَالكَثِيرِ وَالْعَرَضِ عِنْدَهُ خِلَافًا لَهُمَا

قَالَ (وَمَنْ أَمَرَ رَجُلًا بِبَيْعِ عَبْدِهِ فَبَاعَهُ وَأَخَذَ بِالثَّمَنِ رَهْنًا فَضَاعَ فِي يَدِهِ أَوْ أَخَذَ بِهِ كَفِيلًا فَتَوَيَّ الْمَالُ عَلَيْهِ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ) لِأَنَّ الْوَكِيلَ أَصِيلٌ فِي الْحَقُوقِ وَقَبْضِ الثَّمَنِ مِنْهَا وَالْكَفَالَةُ تُوَفَّقُ بِهِ، وَالْإِرْتِهَانُ وَثِيقَةٌ لَجَانِبِ الْإِسْتِيفَاءِ فَيَمْلِكُهُمَا بِخِلَافِ الْوَكِيلِ بِقَبْضِ الدَّيْنِ؛ لِأَنَّهُ يَفْعَلُ نِيَابَةً وَقَدْ أَنَابَهُ فِي قَبْضِ الدَّيْنِ دُونَ الْكَفَالَةِ وَأَخَذَ الرَّهْنَ وَالْوَكِيلُ بِالْبَيْعِ يَقْبِضُ أَصْلًا وَلِهَذَا لَا يَمْلِكُ الْمُوَكَّلُ حَجْرَهُ عَنْهُ.

الشرح:

(وَمَنْ أَمَرَ رَجُلًا بِبَيْعِ عَبْدِهِ فَبَاعَهُ وَأَخَذَ بِالثَّمَنِ رَهْنًا فَضَاعَ فِي يَدِهِ أَوْ أَخَذَ بِهِ كَفِيلًا فَتَوَى الْمَالَ عَلَيْهِ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ) قِيلَ الْمُرَادُ بِالْكَفَالَةِ هَاهُنَا الْحَوَالَةُ لِأَنَّ التَّوَى لَا يَتَحَقَّقُ فِي الْكَفَالَةِ لِأَنَّ الْأَصِيلَ لَا يَبْرَأُ.

وَقِيلَ بَلْ هِيَ عَلَى حَقِيقَتِهَا، وَالتَّوَى فِيهَا بِأَنْ يَمُوتَ الْكَفِيلُ وَالْأَصِيلُ مُفْلِسَيْنِ، وَقِيلَ التَّوَى فِيهَا هُوَ أَنْ يَأْخُذَ كَفِيلًا وَيَرْفَعُ الْأَمْرَ إِلَى حَاكِمٍ يَرَى بَرَاءَةَ الْأَصِيلِ فَيَحْكُمَ عَلَى مَا يَرَاهُ وَيَمُوتُ الْكَفِيلُ مُفْلِسًا، وَإِنَّمَا لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ ضَمَانٌ لِأَنَّ الْوَكِيلَ أَصِيلٌ فِي الْحُقُوقِ، وَقَبْضُ الثَّمَنِ مِنْهَا وَالْكَفَالَةُ ثَوْتٌ بِهِ، وَالْإِرْتِهَانُ وَثِيقَةٌ لِلْجَانِبِ الْإِسْتِيفَاءِ، وَلَوْ اسْتَوْفَى الثَّمَنَ وَهَلَكَ عِنْدَهُ لَمْ يَضْمَنْ فَكَذَا إِذَا قَبَضَ بَدَلَهُ، بِخِلَافِ الْوَكِيلِ بِقَبْضِ الدَّيْنِ إِذَا أَخَذَ بِالْذَّيْنِ رَهْنًا أَوْ كَفِيلًا فَإِنَّهُ لَا يَجُوزُ لِأَنَّهُ يَتَصَرَّفُ نِيَابَةً حَتَّى إِذَا نَهَاهُ عَنِ الْقَبْضِ صَحَّ نَهْيُهُ وَقَدْ اسْتَنَابَهُ فِي قَبْضِ الدَّيْنِ دُونَ الْكَفَالَةِ وَالرَّهْنِ وَالْوَكِيلُ بِالْبَيْعِ يَقْبِضُ الثَّمَنَ أَصَالَةً لَا نِيَابَةً وَلِهَذَا لَا يَمْلِكُ الْمُوَكَّلُ حَجَرَهُ عَنِ الْقَبْضِ.

فصل

قَالَ (وَإِذَا وَكَّلَ وَكِيلَيْنِ فَلَيْسَ لِأَحَدِهِمَا أَنْ يَتَصَرَّفَ فِيمَا وَكَّلَا بِهِ دُونَ الْآخِرِ) وَهَذَا فِي تَصَرُّفٍ يَحْتَاجُ فِيهِ إِلَى الرَّأْيِ كَالْبَيْعِ وَالْخَلْعِ وَغَيْرِ ذَلِكَ، لِأَنَّ الْمُوَكَّلَ رَضِيَ بِرَأْيِهِمَا لَا بِرَأْيِ أَحَدِهِمَا، وَالْبَدَلُ وَإِنْ كَانَ مُقَدَّرًا وَلَكِنْ التَّقْدِيرُ لَا يَمْنَعُ اسْتِعْمَالَ الرَّأْيِ فِي الزِّيَادَةِ وَاخْتِيَارِ الْمُشْتَرِي.

قَالَ (إِلَّا أَنْ يُوكَّلَهُمَا بِالْخُصُومَةِ) لِأَنَّ الْجَمَاعَةَ فِيهَا مُتَعَدِّرٌ لِلْإِفْضَاءِ إِلَى الشُّغْبِ فِي مَجْلِسِ الْقَضَاءِ وَالرَّأْيُ يَحْتَاجُ إِلَيْهِ سَابِقًا لِتَقْوِيمِ الْخُصُومَةِ.

الشرح:

(فَصْلٌ): وَجْهُ تَأْخِيرِ وَكَالَةِ الْاِثْنَيْنِ عَنْ وَكَالَةِ الْوَاحِدِ ظَاهِرٌ طَبْعًا وَوَضْعًا (وَإِذَا وَكَّلَ وَكِيلَيْنِ، فَإِنْ كَانَ ذَلِكَ بِكَلَامَيْنِ كَانَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنْ يَتَفَرَّدَ بِالتَّصَرُّفِ) لِأَنَّهُ رَضِيَ بِرَأْيِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى الْاِئْتِرَادِ حَيْثُ وَكَّلَهُمَا مُتَعَاقِبًا وَإِنْ كَانَ بِكَلَامٍ وَاحِدٍ وَهُوَ الْمُرَادُ بِمَا فِي الْكِتَابِ فَلَيْسَ لِأَحَدِهِمَا أَنْ يَتَصَرَّفَ فِيمَا وَكَّلَا بِهِ دُونَ الْآخَرِ سَوَاءً كَانَا مِنْ تَلْزَمُهُمَا الْأَحْكَامُ أَوْ أَحَدُهُمَا صَبِيٌّ أَوْ عَبْدٌ مَحْجُورٌ، إِنْ كَانَ التَّصَرُّفُ مِمَّا

يُحْتَاجُ فِيهِ إِلَى الرَّأْيِ كَالْبَيْعِ وَالْخُلْعِ وَغَيْرِ ذَلِكَ إِذَا قَالَ وَكَلْتُكُمَا بَيْعٍ كَذَا أَوْ بَخْلَعٍ كَذَا لِأَنَّ الْمُوَكَّلَ رَضِيَ بِرَأْيِهِمَا لَا بِرَأْيِ أَحَدِهِمَا، وَلَوْ مَاتَ أَحَدُهُمَا أَوْ ذَهَبَ عَقْلُهُ لَيْسَ لِلآخَرِ أَنْ يَتَصَرَّفَ (قَوْلُهُ وَالْبَدَلُ وَإِنْ كَانَ مُقَدَّرًا) جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ إِذَا قَدَّرَ الْمُوَكَّلُ الْبَدَلَ فَقَدْ اسْتَعْنَى عَنِ الرَّأْيِ بَعْدَهُ فَيَجُوزُ أَنْ يَتَصَرَّفَ أَحَدُهُمَا.

وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ الْبَدَلَ وَإِنْ كَانَ مُقَدَّرًا لَكِنَّ التَّقْدِيرَ لَا يَمْنَعُ اسْتِعْمَالَهُ فِي الزِّيَادَةِ، فَإِذَا اجْتَمَعَ رَأْيُهُمَا أَحْتَمِلُ أَنْ يَزِيدَ الثَّمَنُ وَيَخْتَارَانَ مَنْ هُوَ أَحْسَنُ أَدَاءً لِلثَّمَنِ. وَقَوْلُهُ (إِلَّا أَنْ يُوَكَّلَهُمَا بِالْخُصُومَةِ) اسْتِثْنَاءٌ مِنْ قَوْلِهِ فَلَيْسَ لِأَحَدِهِمَا أَنْ يَتَصَرَّفَ فِيمَا وَكَّلَا بِهِ دُونَ الْآخَرِ: يَعْنِي أَنَّ أَحَدَ الْوَكِيلَيْنِ لَا يَتَصَرَّفُ بِانْفِرَادِهِ فِيمَا يَحْتَاجُ فِيهِ إِلَى الرَّأْيِ إِلَّا فِي الْخُصُومَةِ، فَإِنْ تَكَلَّمَهُمَا فِيهَا لَيْسَ بِشَرَطٍ لِأَنَّ اجْتِمَاعَهُمَا عَلَيْهَا مُتَعَذَّرٌ لِلْإِفْضَاءِ إِلَى الشَّعْبِ فِي مَجْلِسِ الْقَضَاءِ.

وَقَوْلُهُ (وَالرَّأْيُ يَحْتَاجُ إِلَيْهِ سَابِقًا) إِشَارَةٌ إِلَى دَفْعِ قَوْلِ مَنْ قَالَ لَيْسَ لِأَحَدِهِمَا أَنْ يُخَاصِمَ دُونَ صَاحِبِهِ، لِأَنَّ الْخُصُومَةَ يَحْتَاجُ فِيهَا إِلَى الرَّأْيِ وَالْمُوَكَّلُ رَضِيَ بِرَأْيِهِمَا. وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ الْمَقْصُودَ وَهُوَ اجْتِمَاعُ الرَّأْيَيْنِ يَحْصُلُ فِي تَقْوِيمِ الْخُصُومَةِ سَابِقًا عَلَيْهَا فَيَكْتَفَى بِذَلِكَ.

(قَالَ: أَوْ بِطَلَاكِ زَوْجَتِهِ بِغَيْرِ عَوْضٍ) (أَوْ بِعَتَقِ عَبْدِهِ بِغَيْرِ عَوْضٍ أَوْ بِرَدِّ وَدِيعَتِهِ عِنْدَهُ أَوْ قَضَاءِ دَيْنٍ عَلَيْهِ) لِأَنَّ هَذِهِ الْأَشْيَاءَ لَا يَحْتَاجُ فِيهَا إِلَى الرَّأْيِ بَلْ هُوَ تَعْبِيرٌ مَحْضٌ، وَعِبَارَةُ الْمُثْنَى وَالْوَاحِدِ سَوَاءٌ. وَهَذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ لَهُمَا طَلَقَاهَا إِنْ شِئْتُمَا أَوْ قَالَ أَمْرُهَا بِأَيْدِيكُمَا لِأَنَّهُ تَفْوِيزٌ إِلَى رَأْيِهِمَا؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ تَمْلِيكَ مُقْتَصِرٌ عَلَى الْمَجْلِسِ، وَلِأَنَّهُ عُلِقَ الطَّلَاقُ بِفِعْلِهِمَا فَاعْتَبَرَهُ بِدُخُولِهِمَا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (أَوْ بِطَلَاكِ زَوْجَتِهِ بِغَيْرِ عَوْضٍ) وَمَا بَعْدَهُ مَعْطُوفٌ عَلَى الْمُسْتَشْنَى. فَإِذَا وَكَّلَ رَجُلَيْنِ بِطَلَاكِ امْرَأَتِهِ بِغَيْرِ عَوْضٍ فَطَلَّقَ أَحَدُهُمَا وَأَبَى الْآخَرُ أَنْ يُطَلِّقَ فَهُوَ جَائِزٌ، وَكَذَا بِالْعَتَقِ الْمُفْرَدِ، وَكَذَا إِذَا وَكَّلَهُ بِرَدِّ الْوَدِيعَةِ أَوْ بِقَضَاءِ دَيْنٍ عَلَيْهِ لِأَنَّ هَذِهِ الْأَشْيَاءَ لَا يَحْتَاجُ فِيهَا إِلَى الرَّأْيِ بَلْ هُوَ تَعْبِيرٌ مَحْضٌ، وَعِبَارَةُ الْمُثْنَى وَالْوَاحِدِ فِيهِ سَوَاءٌ؛ وَلَوْ كَانَتْ بِقَبْضِ الْوَدِيعَةِ فَقَبْضُ أَحَدِهِمَا بِغَيْرِ إِذْنِ صَاحِبِهِ ضَمِنَ لِأَنَّهُ شَرَطَ اجْتِمَاعَهُمَا

على القَبْضِ وَهُوَ مُمَكِّنٌ، وَلِلْمَوْكَلِّ فِيهِ فَائِدَةٌ لِأَنَّ حِفْظَ اثْنَيْنِ أَنْفَعُ، فَإِذَا قَبِضَ أَحَدَهُمَا كَانَ قَابِضًا بِغَيْرِ إِذْنِ الْمَالِكِ فَيُضْمَنُ الْكُلَّ لِأَنَّهُ مَأْمُورٌ بِقَبْضِ النَّصْفِ إِذَا كَانَ مَعَ صَاحِبِهِ. وَأَمَّا مُتَّفَرِّدًا فَعَيْزٌ مَأْمُورٌ بِقَبْضِ شَيْءٍ مِنْهُ.

قَوْلُهُ (وَهَذَا) أَيُّ جَوَازٍ انْفِرَادَ أَحَدِهِمَا، بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ لَهَا طَلَقَهَا إِنْ شِئْتُمَا، أَوْ قَالَ أَمْرَهَا بِأَيْدِيكُمَا، لِأَنَّهُ تَقْوِيضٌ إِلَى رَأْيِهِمَا؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ تَمْلِكُ مُقْتَصِرٌ عَلَى الْمَجْلِسِ) كَمَا مَرَّ، وَإِذَا كَانَ تَمْلِكًا صَارَ التَّطْلِيقُ مَمْلُوكًا لَهَا فَلَا يَقْدِرُ أَحَدُهُمَا عَلَى التَّصَرُّفِ فِي مِلْكِ الْآخَرِ. قِيلَ يَنْبَغِي أَنْ يَقْدِرَ أَحَدُهُمَا عَلَى إِيقَاعِ نِصْفِ تَطْلِيقَةٍ. وَأُجِيبَ بِأَنَّهُ فِيهِ إِبْطَالٌ حَقٌّ الْآخَرِ.

فَإِنْ قِيلَ: الإِبْطَالُ ضَمْنِيٌّ فَلَا يُعْتَبَرُ. أُجِيبَ بِأَنَّهُ لَا حَاجَةَ إِلَى ذَلِكَ الْإِبْطَالِ مَعَ قُدْرَتِهِمَا عَلَى الْجَمَاعِ (قَوْلُهُ وَلَأَنَّهُ) مُتَعَلِّقٌ بِقَوْلِهِ طَلَقَهَا إِنْ شِئْتُمَا، فَإِنَّ الطَّلَاقَ فِيهِ مُتَعَلِّقٌ بِفِعْلِهِمَا وَهُوَ التَّطْلِيقُ، فَيَكُونُ مُعْتَبَرًا بِالطَّلَاقِ الْمُتَعَلِّقِ بِدُخُولِهِمَا الدَّارَ، فَإِنْ بَدُخُولَ أَحَدِهِمَا لَا يَقَعُ الطَّلَاقُ، فَكَذَا هَهُنَا.

فَإِنْ قِيلَ: فِي قَوْلِهِ طَلَقَهَا أَيْضًا مُتَعَلِّقٌ بِفِعْلِهِمَا، وَيَقَعُ بِإِيقَاعِ أَحَدِهِمَا. أُجِيبَ بِالْمَنْعِ، فَإِنَّهُ لَيْسَ فِيهِ مَا يَدُلُّ عَلَى ذَلِكَ، بِخِلَافِ مَا نَحْنُ فِيهِ فَإِنَّ فِيهِ حَرْفَ الشَّرْطِ وَهُوَ قَوْلُهُ إِنْ شِئْتُمَا.

فَإِنْ قِيلَ: فَاجْعَلْهُ مِثْلَ قَوْلِهِ أَمْرَهَا بِأَيْدِيكُمَا مُفَوَّضًا إِلَى رَأْيِهِمَا. أُجِيبَ بِأَنَّهُ لَيْسَ بِمُحْتَاجٍ إِلَى الرَّأْيِ بِخِلَافِ الْأَمْرِ بِالْيَدِ.

قَالَ (وَلَيْسَ لِلْوَكِيلِ أَنْ يُوَكَّلَ فِيمَا وَكَّلَ بِهِ) لِأَنَّهُ فُوضَ إِلَيْهِ التَّصَرُّفُ دُونَ التَّوَكُّلِ بِهِ، وَهَذَا لِأَنَّهُ رَضِيَ بِرَأْيِهِ وَالنَّاسُ مُتَّفَاوِثُونَ فِي الْأَرَءِ.

قَالَ (إِلَّا أَنْ يَأْذَنَ لَهُ الْمَوْكَلُّ) لَوْجُودِ الرِّضَا (أَوْ يَقُولَ لَهُ أَعْمَلْ بِرَأْيِكَ) لِإِطْلَاقِ التَّفْوِيضِ إِلَى رَأْيِهِ، وَإِذَا جَازَ فِي هَذَا الْوَجْهِ يَكُونُ الثَّانِي وَكِيلًا عَنِ الْمَوْكَلِّ حَتَّى لَا يَمْلِكَ الْأَوَّلُ عَزْلَهُ وَلَا يَنْعَزِلُ بِمَوْتِهِ وَيَنْعَزِلَانِ بِمَوْتِ الْأَوَّلِ، وَقَدْ مَرَّ تَطْيِيرُهُ فِي آدَبِ الْقَاضِي.

الشرح:

قَالَ (وَلَيْسَ لِلْوَكِيلِ أَنْ يُوَكَّلَ فِيمَا وَكَّلَ بِهِ إِنْ لَمْ يَخُ) وَلَيْسَ لِلْوَكِيلِ أَنْ يُوَكَّلَ فِيمَا

وَكُلُّ بِهِ لِأَنَّهُ فُوضَ إِلَيْهِ التَّصَرُّفُ فِيمَا وَكَّلَ بِهِ، وَالتَّوَكُّلُ لَيْسَ بِتَصَرُّفٍ فِيهِ، (قَوْلُهُ وَهَذَا لِأَنَّهُ رَضِيَ بِرَأْيِهِ وَالنَّاسُ مُتَّفَاقُونَ فِي الْأَرَاءِ) وَفِيهِ تَشْكِيكٌ، وَهُوَ أَنَّ تَفَاوُتَ الْأَرَاءِ مُدْرِكٌ بَيِّنٌ وَإِلَّا لَمَا جَازَ التَّعْلِيلُ بِهِ فَجَازَ أَنْ يَكُونَ الْوَكِيلُ الثَّانِي أَقْوَى رَأْيًا مِنَ الْأَوَّلِ. وَأَيْضًا الرِّضَا بِرَأْيِ الْوَكِيلِ وَرَدُّ تَوَكُّلِهِ تَنَاقُضٌ، لِأَنَّ الْوَكِيلَ الثَّانِي لَوْ لَمْ يَكُنْ أَقْوَى رَأْيًا أَوْ قُوَّةً فِي رَأْيِ الْأَوَّلِ لَمَا وَكَّلَهُ، فَردُّ تَوَكُّلِهِ مَعَ الرِّضَا بِرَأْيِهِ مِمَّا لَا يَجْتَمِعَانِ. وَيُمْكِنُ أَنْ يُجَابَ عَنْهُ بِأَنَّ الْعِبْرَةَ لِلْقُوَّةِ فِي الرَّأْيِ لَمَا يَكُونُ بِحَسَبِ ظَنِّ الْمُوَكَّلِ، وَحَيْثُ اخْتَارَهُ لِلتَّوَكُّلِ مِنْ بَيْنِ مَنْ يَعْرِفُهُ بِالرَّأْيِ وَالتَّصَرُّفِ فِي الْأُمُورِ وَلَمْ يَأْذَنْ لَهُ بِالتَّوَكُّلِ، الظَّاهِرُ مِنْ حَالِهِ أَنَّهُ ظَنَّ أَنْ لَا ثَمَّةَ مَنْ يَفُوقُهُ فِي هَذَا التَّصَرُّفِ فَقَبُولُ تَوَكُّلِهِ حِينَئِذٍ مُنَاقِضٌ لظَنِّهِ فَلَا يَجُوزُ (قَوْلُهُ إِلَّا أَنْ يَأْذَنَ) اسْتِثْنَاءٌ مِنْ قَوْلِهِ وَلَيْسَ لِلْوَكِيلِ أَنْ يُوَكَّلَ. فَإِنَّهُ إِنْ أْذَنَ لَهُ الْمُوَكَّلُ أَوْ يَقُولُ لَهُ اعْمَلْ بِرَأْيِكَ فَقَدْ رَضِيَ بِرَأْيِ غَيْرِهِ أَوْ أَطْلَقَ التَّفْوِيزَ إِلَى رَأْيِهِ، وَذَلِكَ يَدُلُّ عَلَى تَسَاوِيهِ مَعَ غَيْرِهِ فِي التَّصَرُّفِ فِي ظَنِّهِ فَجَازَ تَوَكُّلُهُ كَمَا جَازَ تَصَرُّفُهُ.

وَإِذَا جَازَ فِي هَذَا الْوَجْهِ يَكُونُ الثَّانِي وَكِيلًا عَنْ الْمُوَكَّلِ حَتَّى لَا يَمْلِكَ الْأَوَّلُ عَزْلُهُ وَلَا يَنْعَزِلُ بِمَوْتِهِ وَيَنْعَزِلَانِ بِمَوْتِ الْأَوَّلِ، وَقَدْ مَرَّ نَظِيرُهُ فِي أَدَبِ الْقَاضِي حَيْثُ قَالَ: وَلَيْسَ لِلْقَاضِي أَنْ يَسْتَخْلَفَ عَلَى الْقَضَاءِ إِلَّا أَنْ يُفَوِّضَ إِلَيْهِ ذَلِكَ إِلَى آخِرِ مَا ذَكَرَ ثَمَّةً، فَإِنْ وَكَّلَ الْوَكِيلُ بغيرِ إِذْنِ مُوَكَّلِهِ فَعَقْدُ وَكِيلِهِ بِحَضْرَتِهِ جَازٌ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ حُضُورَ الرَّأْيِ وَقَدْ حَصَلَ.

قِيلَ أَحَدُ الْوَكِيلَيْنِ بِالْبَيْعِ إِذَا بَاعَ بِغَيْرِ إِذْنِ صَاحِبِهِ لَمْ يُكْتَفَ بِحُضُورِهِ بَلْ لَا بُدَّ مِنَ الْإِجَازَةِ صَرِيحًا ذَكَرَهُ فِي الذَّخِيرَةِ، فَمَا الْفَرْقُ بَيْنَهُمَا؟ وَأُجِيبَ بِأَنَّ صَاحِبَ الذَّخِيرَةِ.

قَالَ: مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ قَالَ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ: إِذَا بَاعَ الْوَكِيلُ الثَّانِي بِحَضْرَةِ الْأَوَّلِ جَازَ، وَلَمْ يُشْتَرَطْ لِلْجَوَازِ إِجَازَةُ الْوَكِيلِ الْأَوَّلِ، وَهَكَذَا ذَكَرَهُ فِي وَكَالَةِ الْأَصْلِ فِي مَوْضِعٍ، وَذَكَرَ فِي مَوْضِعٍ آخَرَ مِنْهَا وَشَرَطُ إِجَازَتِهِ قَالَ إِذَا بَاعَ الْوَكِيلُ الثَّانِي وَالْوَكِيلُ الْأَوَّلُ حَاضِرٌ أَوْ غَائِبٌ فَأَجَازَ الْوَكِيلُ جَازَ.

حُكِيَ عَنِ الْكَرْخِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ كَانَ يَقُولُ: لَيْسَ فِي الْمَسْأَلَةِ رَوَايَتَانِ، وَلَكِنْ مَا

ذَكَرَ مُطْلَقًا فِي بَعْضِ الْمَوَاضِعِ أَنَّهُ يَجُوزُ إِذَا بَاعَ بِحَضْرَةِ الْأَوَّلِ مَحْمُولٌ عَلَى مَا إِذَا أَجَازَ، فَكَانَ يُحْمَلُ الْمَطْلُوقُ عَلَى الْمُقَيَّدِ، وَإِلَى هَذَا ذَهَبَ بَعْضُ عَامَّةِ الْمَشَائِخِ رَحِمَهُمُ اللَّهُ، وَهَذَا لِأَنَّ تَوْكِيلَ الْوَكِيلِ الْأَوَّلِ لَمَّا لَمْ يَصِحَّ لِعَدَمِ الْإِذْنِ بِهِ صَارَ كَالْعَدَمِ، وَعَادَ الْوَكِيلُ الثَّانِي فُضُولًا وَعَقْدُهُ مُحْتَاجٌ إِلَى الْإِجَازَةِ أَلَيْتَهُ، وَمِنْهُمْ مَنْ جَعَلَ فِي الْمَسْأَلَةِ رَوَاتِبَيْنِ، وَوَجْهَهُ عَدَمُ الْجَوَازِ بِدُونِهَا مَا ذَكَرَ.

وَوَجْهُ الْجَوَازِ أَنَّ الْمَقْصُودَ حُضُورَ الرَّأْيِ وَهُوَ حَاصِلٌ عِنْدَ الْحُضُورِ فَلَا يَحْتَاجُ إِلَى الْإِجَازَةِ، بِخِلَافِ الْعَيْتَةِ، وَعَلَى هَذَا أَحَدُ وَكَيْلَيْ الْبَيْعِ، وَفِيهِ نَظَرٌ. أَمَّا فِيمَا نُقِلَ عَنْ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ فَإِنَّهُ قَالَ: وَالْوَكِيلُ الْأَوَّلُ حَاضِرٌ أَوْ غَائِبٌ فَأَجَازَ الْوَكِيلُ، وَلَيْسَ ذَلِكَ نَصًّا فِي اشْتِرَاطِ الْإِجَازَةِ لِلْحَاضِرِ لِحَوَازِ أَنْ يَكُونَ قَوْلُهُ فَأَجَازَ مُتَعَلِّقًا بِقَوْلِهِ أَوْ غَائِبٌ فَقَطْ، وَأَمَّا فِي تَغْلِيلِهِمْ فَلَا تُنْفِي عَنْهُ مُعَارَضٌ بِأَنَّ الْمَقْصُودَ وَهُوَ الرَّأْيُ، وَقَدْ حَضَرَ كَمَا ذَكَرَهُ.

وَتَوَجِيهُهُ كَوْنُهُ فُضُولًا فِي أَحَدِ وَكَيْلَيْ الْبَيْعِ لَيْسَ كَوَكِيلِ الْوَكِيلِ لِأَنَّهُ مَأْمُورٌ مِنْ الْمُوَكَّلِ فِي الْجُمْلَةِ، بِخِلَافِ وَكِيلِ الْوَكِيلِ، وَلَعَلَّ الصَّوَابَ أَنَّ الْإِجَازَةَ لَيْسَتْ بِشَرْطٍ لَصِحَّةِ عَقْدِ وَكِيلِ الْوَكِيلِ عِنْدَ حُضُورِهِ وَشَرْطٌ لَصِحَّةِ عَقْدِ أَحَدِ الْوَكِيلَيْنِ. وَالْفَرْقُ بَيْنَهُمَا أَنَّ وَكِيلَ الْوَكِيلِ لَمَّا كَانَ يَتَصَرَّفُ بِتَوْكِيلِهِ وَرِضَاؤُهُ بِالتَّصَرُّفِ كَانَ سُكُونُهُ رِضًا لَا مَحَالَةَ، وَأَمَّا أَحَدُ الْوَكِيلَيْنِ فَلَيْسَ كَذَلِكَ فَلَمْ يَكُنْ سُكُونُهُ رِضًا لِحَوَازِ أَنْ يَكُونَ سُكُونُهُ غِيظًا مِنْهُ عَلَى اسْتِئْذَانِهِ بِالتَّصَرُّفِ مِنْ غَيْرِ إِذْنٍ مِنْ صَاحِبِهِ. هَذَا مَا سَنَحَ لِي فِي هَذَا الْمَوْضِعِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

قَالَ (فَإِنْ وَكَّلَ بِغَيْرِ إِذْنٍ مُوَكَّلُهُ فَعَقْدَ وَكِيلِهِ بِحَضْرَتِهِ جَازَ) لِأَنَّ الْمَقْصُودَ حُضُورَ رَأْيِ الْأَوَّلِ وَقَدْ حَضَرَ، وَتَكَلَّمُوا فِي حَقُوقِهِ. (وَإِنْ عَقَدَ فِي حَالِ غَيْبَتِهِ لَمْ يَجْزُ) لِأَنَّهُ فَاتَ رَأْيَهُ إِلَّا أَنْ يُلْغَاهُ فَيُجَيِّزُهُ (وَكَذَا لَوْ بَاعَ غَيْرُ الْوَكِيلِ قَبْلَهُ فَأَجَازَهُ) لِأَنَّهُ حَضَرَ رَأْيَهُ (وَلَوْ قَدَّرَ الْأَوَّلُ الثَّمَنَ لِلثَّانِي فَعَقَدَ بِغَيْبَتِهِ يَجُوزُ) لِأَنَّ الرَّأْيَ فِيهِ يَحْتَاجُ إِلَيْهِ لِتَقْدِيرِ الثَّمَنِ ظَاهِرًا وَقَدْ حَصَلَ، وَهَذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا وَكَّلَ وَكِيلَيْنِ وَقَدَّرَ الثَّمَنَ، لِأَنَّهُ لَمَّا قَوَّضَ إِلَيْهِمَا مَعَ تَقْدِيرِ الثَّمَنِ ظَهَرَ أَنَّ غَرَضَهُ اجْتِمَاعَ رَأْيِهِمَا فِي الزِّيَادَةِ وَاخْتِيَارِ الْمُشْتَرِي عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ، أَمَّا إِذَا لَمْ يَقْدَرِ الثَّمَنَ وَقَوَّضَ إِلَى الْأَوَّلِ كَانَ غَرَضُهُ رَأْيَهُ فِي مُعْظَمِ الْأَمْرِ وَهُوَ التَّقْدِيرُ فِي الثَّمَنِ.

الشرح:

(قَوْلُهُ وَتَكَلَّمُوا فِي حُقُوقِهِ) يَعْنِي إِذَا بَاعَ بِحَضْرَةِ الْأَوَّلِ حَتَّى جَارَ فَالْعَهْدَةُ عَلَى مَنْ تَكُونُ؟ لَمْ يَذْكُرْهُ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ، وَتَكَلَّمَ الْمَشَايخُ رَحِمَهُمُ اللَّهُ فِي ذَلِكَ؛ فَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ عَلَى الْأَوَّلِ لِأَنَّ الْمُوَكَّلَ إِنَّمَا رَضِيَ بِلُزُومِ الْعَهْدَةِ عَلَيْهِ لَا الثَّانِي.

وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ عَلَى الثَّانِي إِذِ السَّبَبُ وَهُوَ الْعَقْدُ وَجَدَ مِنَ الثَّانِي دُونَ الْأَوَّلِ، وَالثَّانِي وَالثَّانِي كَالْوَكِيلِ لِلْمُوَكَّلِ الْأَوَّلِ، حَتَّى لَوْ مَاتَ الْمُوَكَّلُ الْأَوَّلُ انْعَزَلَ الْوَكِيلُ الثَّانِي بِمَوْتِهِ وَلَا يَنْعَزِلُ بِمَوْتِ الْمُوَكَّلِ الثَّانِي (وَإِنْ عَقَدَ الثَّانِي فِي غَيْبَةِ الْأَوَّلِ لَمْ يَجْزُ) لِفَوَاتِ رَأْيِهِ إِلَّا أَنْ يَبْلُغَهُ فَيُجِيزُهُ، كَمَا لَوْ بَاعَ غَيْرُ الْوَكِيلِ فَبَلَّغَهُ فَأَجَارَهُ بِحُضُورِ رَأْيِهِ، وَلَوْ قَدَّرَ الْوَكِيلُ الْأَوَّلُ الثَّمَنَ لِلثَّانِي فَعَقَدَ بِغَيْبَتِهِ جَارَ لِأَنَّ الرَّأْيَ يَحْتَاجُ إِلَيْهِ لَتَقْدِيرِ الثَّمَنِ ظَاهِرًا وَقَدْ حَصَلَ التَّقْدِيرُ، وَهَذِهِ رَوَايَةُ كِتَابِ الرِّهْنِ اخْتَارَهَا الْمُصَنِّفُ رَحِمَهُ اللَّهُ، وَعَلَى رَوَايَةِ كِتَابِ الْوَكَالَةِ لَا يَجُوزُ لِأَنَّ الْأَوَّلَ لَوْ بَاشَرَ رَبَّمَا بَاعَ بِالزِّيَادَةِ عَلَى الْقَدْرِ الْمُعَيَّنِ لَذَكَائِهِ وَهَذَا يَنْبَغُ أَحَدَهُمَا بِذَلِكَ الْمِقْدَارِ، لِأَنَّهُ لَمَّا فَوَّضَ إِلَيْهِمَا مَعَ تَقْدِيرِ الثَّمَنِ ظَهَرَ أَنَّ غَرَضَهُ اجْتِمَاعُ رَأْيِهِمَا فِي الزِّيَادَةِ، وَاخْتِيَارُ الْمُشْتَرِي عَلَى مَا مَرَّ مِنْ قَوْلِهِ وَلَكِنَّ التَّقْدِيرَ لَا يَمْنَعُ اسْتِعْمَالَ الرَّأْيِ فِي الزِّيَادَةِ وَاخْتِيَارَ الْمُشْتَرِي.

وَأَمَّا إِذَا لَمْ يُقَدَّرِ الثَّمَنُ وَفَوَّضَ إِلَى الْأَوَّلِ كَانَ غَرَضُهُ رَأْيُهُ فِي مُعْظَمِ الْأَمْرِ وَهُوَ التَّقْدِيرُ فِي الثَّمَنِ، وَذَلِكَ لِأَنَّ الْمُقْصُودَ مِنَ الْبَيَاعَاتِ الْاسْتِرْبَاحَ، وَالْعَادَةُ جَرَتْ فِي الْوَكَالَاتِ أَنْ يُوَكَّلَ الْأَهْدَى فِي تَحْصِيلِ الْأَرْبَاحِ، وَذَلِكَ إِنَّمَا يَكُونُ فِي التَّوَكُّلِ بِتَقْدِيرِ ثَمَنِ صَالِحٍ لَزِيَادَةِ الرَّبْحِ وَقَدْ حَصَلَ ذَلِكَ بِتَقْدِيرِ الْوَكِيلِ الْأَوَّلِ، فَبَعْدَ ذَلِكَ لَا يُبَالِي بِنِيَابَةِ الْآخِرِ عَنْهُ فِي مُجَرَّدِ الْعِبَارَةِ.

قَالَ (وَإِذَا زَوَّجَ الْمَكَاتِبُ أَوْ الْعَبْدُ أَوْ الدَّمِيُّ ابْنَتَهُ وَهِيَ صَغِيرَةٌ حُرَّةٌ مُسْلِمَةٌ أَوْ بَاعَ أَوْ اشْتَرَى لَهَا لَمْ يَجْزُ) مَعْنَاهُ التَّصَرُّفُ فِي مَالِهَا لِأَنَّ الرِّقَّ وَالْكَفْرَ يَقْطَعَانِ الْوِلَايَةَ؛ أَلَا يَرَى أَنَّ الْمَرْفُوقَ لَا يَمْلِكُ إِنْكَاحَ نَفْسِهِ فَكَيْفَ يَمْلِكُ إِنْكَاحَ غَيْرِهِ، وَكَذَا الْكَافِرُ لَا وِلَايَةَ لَهُ عَلَى الْمُسْلِمِ حَتَّى لَا تُقْبَلَ شَهَادَتُهُ عَلَيْهِ، وَلِأَنَّ هَذِهِ وِلَايَةٌ نَظَرِيَّةٌ فَلَا بُدَّ مِنَ التَّفْوِيضِ إِلَى

الْقَادِرِ الْمُشْفِقِ لِيَتَحَقَّقَ مَعْنَى النَّظَرِ، وَالرَّقُّ يُزِيلُ الْقُدْرَةَ وَالْكَفْرُ يَقْطَعُ الشَّفَقَةَ عَلَى الْمُسْلِمِ فَلَا تُفَوِّضُ إِلَيْهِمَا.

(قَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: وَالْمُرْتَدُّ إِذَا قُتِلَ عَلَى رِدَّتِهِ وَالْحَرْبِيُّ كَذَلِكَ) لِأَنَّ الْحَرْبِيَّ أَبْعَدُ مِنَ الدِّمِيِّ فَأُولَى بِسَلْبِ الْوِلَايَةِ، وَأَمَّا الْمُرْتَدُّ فَتَصَرَّفُهُ فِي مَالِهِ وَإِنْ كَانَ نَافِذًا عِنْدَهُمَا لَكِنَّهُ مَوْفُوفٌ عَلَى وَلَدِهِ وَمَالِ وَلَدِهِ بِالْإِجْمَاعِ لِأَنَّهَا وِلَايَةٌ نَظَرِيَّةٌ وَذَلِكَ بِاتِّفَاقِ الْمِلَّةِ وَهِيَ مُتَرَدِّدَةٌ، ثُمَّ تَسْتَقِرُّ جِهَةً الْإِنْقِطَاعِ إِذَا قُتِلَ عَلَى الرَّدَّةِ فَيَبْطُلُ وَبِالإِسْلَامِ يُجْعَلُ كَأَنَّهُ لَمْ يَزَلْ مُسْلِمًا فَيَصِحُّ.

الشرح:

قَالَ (وَإِذَا زَوَّجَ الْمَكَّائِبُ أَوْ الْعَبْدُ أَوْ الدِّمِيُّ ابْنَتَهُ) إِذَا زَوَّجَ الْمَكَّائِبُ أَوْ الْعَبْدُ أَوْ الدِّمِيُّ ابْنَتَهُ ابْنَتَهُ وَهِيَ صَغِيرَةٌ مُسْلِمَةٌ حُرَّةٌ أَوْ بَاعَ أَوْ اشْتَرَى لَهَا. يَعْنِي تَصَرَّفَ فِي مَالِهَا بِالْبَيْعِ أَوْ الشِّرَاءِ لَمْ يَحْزُ ذَلِكَ، وَإِنَّمَا احْتِيَاجٌ إِلَى التَّأْوِيلِ لِأَنَّ قَوْلَهُ أَوْ اشْتَرَى لَهَا يُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ مَعْنَاهُ اشْتَرَى لَهَا مِنْ مَالِ نَفْسِهِ، وَذَلِكَ جَائِزٌ لَا مَحَالَةَ لِأَنَّ التَّصَرُّفَاتِ الْمَذْكُورَةَ مِنْ بَابِ الْوِلَايَةِ وَلَا وِلَايَةَ مَعَ الْكُفْرِ وَالرَّقِّ.

أَمَّا الرَّقُّ فَلَأَنَّ الْمَرْفُوقَ لَا يَمْلِكُ إِنْكَاحَ نَفْسِهِ فَكَيْفَ يَمْلِكُ إِنْكَاحَ غَيْرِهِ، وَهُوَ مَحْجُورٌ عَنِ التَّصَرُّفِ الْمَالِيِّ إِلَّا بِتَوْكِيلٍ مِنْ غَيْرِهِ وَلَيْسَ بِمَوْجُودٍ.

وَأَمَّا الْكَافِرُ فَلَا وِلَايَةَ لَهُ عَلَى الْمُسْلِمِ الْحُرِّ لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَلَنْ تَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾ [النساء: ١٤١] وَلِهَذَا لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ عَلَيْهِ، وَلَئِذَا وِلَايَةٌ نَظَرِيَّةٌ وَهِيَ تَحْتَاجُ إِلَى قُدْرَةٍ وَشَفَقَةٍ لِيَتَحَقَّقَ مَعْنَى النَّظَرِ، وَالرَّقُّ يُزِيلُ الْقُدْرَةَ. وَالْكَفْرُ يَقْطَعُ الشَّفَقَةَ عَلَى الْمُسْلِمِ فَلَا تُفَوِّضُ إِلَيْهِمَا. قَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُمَا اللَّهُ: وَالْمُرْتَدُّ إِذَا مَاتَ عَلَى رِدَّتِهِ وَالْحَرْبِيُّ كَذَلِكَ لِأَنَّ الْحَرْبِيَّ أَبْعَدُ مِنَ الدِّمِيِّ وَإِنْ كَانَ مُسْتَأْمَنًا، لِأَنَّ الدِّمِيَّ صَارَ مَنَّا دَارًا وَإِنْ لَمْ يَصِرْ مَنَّا دِينًا، وَقَدْ تَحَقَّقَ مِنْهُ مَا هُوَ خَلْفٌ عَنِ الْإِسْلَامِ دُونَ الْحَرْبِيِّ، فَإِذَا سَلَبَتْ وِلَايَةَ الدِّمِيِّ فَالْحَرْبِيُّ أُولَى.

وَأَمَّا الْمُرْتَدُّ فَتَصَرَّفُهُ فِي مَالِهِ وَإِنْ كَانَ نَافِذًا عِنْدَهُمَا لَكِنَّهُ مَوْفُوفٌ عَلَى وَلَدِهِ وَمَالِ وَلَدِهِ بِالْإِجْمَاعِ إِنْ أَسْلَمَ جَارَ، وَإِلَّا فَلَا لَأَنَّهَا وِلَايَةٌ نَظَرِيَّةٌ، وَذَلِكَ أَيْ الْوِلَايَةُ النَّظَرِيَّةُ بِتَأْوِيلِ الْمَذْكُورِ، أَوْ بِأَنَّ اسْتِعْمَالَ ذَلِكَ مُشْتَرَكٌ بِاتِّفَاقِ الْمِلَّةِ، وَالْمِلَّةُ مُتَرَدِّدَةٌ لَكُونِهَا

مَعْدُومَةٌ فِي الْحَالِ لِكِنَّهَا مَرْجُوءَةٌ الْوُجُودِ لِأَنَّهُ مَجْبُورٌ عَلَيْهِ فَيَجِبُ التَّوَقُّفُ، فَإِنْ قُتِلَ اسْتَقَرَّتْ جِهَةٌ الْإِنْقِطَاعِ فَتَبْطُلُ عُودُهُ، وَإِنْ أَسْلَمَ جُعِلَ كَأَنَّهُ لَمْ يَزَلْ مُسْلِمًا فَصَحَّتْ. وَلَمَّا كَانَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُمَا اللَّهُ تَرَكَا أَصْلَهُمَا فِي نُفُوزِ تَصَرُّفَاتِ الْمُرْتَدِّ؛ خَصَّ قَوْلُهُمَا بِالذِّكْرِ بِقَوْلِهِ قَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ وَإِنْ كَانَتْ الْمَسْأَلَةُ بِالْإِتِّفَاقِ.

بَابُ الْوَكَالَةِ بِالْخُصُومَةِ وَالْقَبْضِ

قَالَ: (الْوَكِيلُ بِالْخُصُومَةِ وَكِيلٌ بِالْقَبْضِ) عِنْدَنَا خِلَافًا لِرُفْرٍ. هُوَ يَقُولُ رَضِيَ بِخُصُومَتِهِ وَالْقَبْضُ غَيْرُ الْخُصُومَةِ وَلَمْ يَرْضَ بِهِ. وَلَنَا أَنْ مَنْ مَلَكَ شَيْئًا مَلَكَ إِتِمَامَهُ وَإِتِمَامُ الْخُصُومَةِ وَانْتِهَآؤُهَا بِالْقَبْضِ، وَالْفَتْوَى الْيَوْمَ عَلَى قَوْلِ رُفْرٍ رَحِمَهُ اللَّهُ لظُهُورِ الْخِيَانَةِ فِي الْوُكَلَاءِ، وَقَدْ يُؤْتَمَنُ عَلَى الْخُصُومَةِ مَنْ لَا يُؤْتَمَنُ عَلَى الْمَالِ، وَنَظِيرُهُ الْوَكِيلُ بِالتَّقَاضِي يَمْلِكُ الْقَبْضَ عَلَى أَصْلِ الرِّوَايَةِ لِأَنَّهُ فِي مَعْنَاهُ وَضْعًا، إِلَّا أَنَّ الْعُرْفَ بِخِلَافِهِ وَهُوَ قَاضٍ عَلَى الْوَضْعِ وَالْفَتْوَى عَلَى أَنْ لَا يَمْلِكُ.

الشرح:

(بَابُ الْوَكَالَةِ بِالْخُصُومَةِ وَالْقَبْضِ): أَخَّرَ الْوَكَالََةَ بِالْخُصُومَةِ عَنِ الْوَكَالَةِ بِالْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ، لِأَنَّ الْخُصُومَةَ تَقَعُ بِاعْتِبَارِ مَا يَجِبُ اسْتِيفَاؤُهُ مِمَّنْ هُوَ فِي ذِمَّتِهِ، وَذَلِكَ فِي الْأَغْلَبِ يَكُونُ بِمُطَالَبَةِ الْمِيعِ أَوْ التَّمَنِ، أَوْ لِأَنَّهَا مَهْجُورَةٌ شَرْعًا فَاسْتَحَقَّتِ التَّأْخِيرَ عَمَّا لَيْسَ بِمَهْجُورٍ.

قَالَ (الْوَكِيلُ بِالْخُصُومَةِ وَكِيلٌ بِالْقَبْضِ) الْوَكِيلُ بِالْخُصُومَةِ وَكِيلٌ بِالْقَبْضِ: أَيُّ بِقَبْضِ الدِّينِ وَالْعَيْنِ (خِلَافًا لِرُفْرٍ رَحِمَهُ اللَّهُ).

هُوَ يَقُولُ رَضِيَ بِالْخُصُومَةِ وَلَيْسَ الْقَبْضُ بِخُصُومَةٍ لِأَنَّ الْخُصُومَةَ قَوْلٌ يُسْتَعْمَلُ فِي إِظْهَارِ الْحَقِّ وَالْقَبْضُ فِعْلٌ حِسِّيٌّ (وَلَنَا أَنَّ الْوَكِيلَ مَا دَامَ وَكِيلًا يَجِبُ عَلَيْهِ الْقِيَامُ بِمَا أُمِرَ بِهِ وَقَدْ أُمِرَ بِالْخُصُومَةِ وَالْخُصُومَةُ لَا تَتِمُّ إِلَّا بِالْقَبْضِ) لِتَوَهُّمِ الْإِنْكَارِ بَعْدَ ذَلِكَ وَتَعَذُّرِ الْإِثْبَاتِ بِعَارِضٍ مِنْ مَوْتِ الْقَاضِي أَوْ غَيْرِهِ وَالْمُطْلَ وَالْإِفْلَاسِ، وَمَا لَا يَتِمُّ الْوَاجِبُ إِلَّا بِهِ فَهُوَ وَاجِبٌ (وَمَشَابِيخُ بِلَخِي رَحِمَهُمُ اللَّهُ أَفْتَوْا بِقَوْلِ رُفْرٍ رَحِمَهُ اللَّهُ لظُهُورِ الْخِيَانَةِ فِي الْوُكَلَاءِ) وَلِأَنَّ التَّوَكِيلَ بِالْقَبْضِ غَيْرُ ثَابِتٍ نَصًّا وَلَا دَلَالَةً.

أَمَّا نَصًّا فَظَاهِرٌ، وَأَمَّا دَلَالَةً فَلِأَنَّ الْإِنْسَانَ قَدْ يُوَكَّلُ غَيْرَهُ بِالْخُصُومَةِ وَالتَّقَاضِي

وَلَا يَرْضَى بِأَمَانَتِهِ وَقَبْضِهِ، وَبِهِ أَفْتَى الصَّدْرُ الشَّهِيدُ رَحِمَهُ اللَّهُ، وَفِيهِ نَظَرٌ، فَإِنَّ الدَّلَالَهَ قَدْ وَقَعَتْ بِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ مَا لَا يَتِمُّ الْوَاجِبُ إِلَّا بِهِ فَهُوَ وَاجِبٌ (وَنَظِيرُ هَذَا الْوَكِيلُ بِالتَّقَاضِي فَإِنَّهُ يَمْلِكُ الْقَبْضَ عَلَى أَصْلِ الرِّوَايَةِ لِأَنَّهُ فِي مَعْنَاهُ وَضْعًا) يُقَالُ تَقَاضَيْتُهُ دَيْنِي وَبَدَيْتِي وَاقْتَضَيْتُهُ دَيْنِي.

وَاقْتَضَيْتُ مِنْهُ حَقِّي: أَيُّ أَخَذْتُهُ (إِلَّا أَنَّ الْعُرْفَ بِخِلَافِهِ) لِأَنَّ النَّاسَ يَنْهَمُونَ مِنْ التَّقَاضِي الْمَطْلَبَةَ لَا الْقَبْضَ (وَالْعُرْفُ قَاضٍ عَلَى الْوَضْعِ) وَفِيهِ نَظَرٌ لِأَنَّ الْحَقِيقَةَ مُسْتَعْمَلَةٌ وَالْمَجَازُ مُتَعَارَفٌ وَهِيَ أَوْلَى مِنْهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ.

وَالْجَوَابُ أَنَّ ذَلِكَ وَجْهٌ لِأَصْلِ الرِّوَايَةِ، وَلَا كَلَامَ فِيهِ وَإِنَّمَا الْكَلَامُ فِي أَنَّ الْفَتَوَى عَلَى أَصْلِ الرِّوَايَةِ أَوْ عَلَى الْعُرْفِ لظُهُورِ الْحَيَاةِ فِي الْوُكَلَاءِ. قَالُوا عَلَى الْعُرْفِ فَلَا يَمْلِكُ الْقَبْضَ.

قَالَ: (فَإِنْ كَانَا وَكَيْلَيْنِ بِالْخُصُومَةِ لَا يَقْبِضَانِ إِلَّا مَعًا) لِأَنَّهُ رَضِيَ بِأَمَانَتَيْهِمَا لَا بِأَمَانَةِ أَحَدِهِمَا، وَاجْتِمَاعُهُمَا مُمَكِّنٌ بِخِلَافِ الْخُصُومَةِ عَلَى مَا مَرَّ.

قَالَ (وَالْوَكِيلُ يَقْبِضُ الدَّيْنَ يَكُونُ وَكِيلاً بِالْخُصُومَةِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ) حَتَّى لَوْ أَقِيمَتْ عَلَيْهِ الْبَيِّنَةُ عَلَى اسْتِيفَاءِ الْوَكِيلِ أَوْ إِبْرَائِهِ تُقْبَلُ عِنْدَهُ، وَقَالَا: لَا يَكُونُ خَصِمًا وَهُوَ، رِوَايَةُ الْحَسَنِ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ لِأَنَّ الْقَبْضَ غَيْرُ الْخُصُومَةِ، وَلَيْسَ كُلُّ مَنْ يُؤْتَمَنُ عَلَى الْمَالِ يَهْتَدِي فِي الْخُصُومَاتِ فَلَمْ يَكُنِ الرِّضَا بِالْقَبْضِ رِضًا بِهَا. وَلَأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ وَكَلَهُ بِالسُّمْلِكِ لِأَنَّ الدَّيُونَ تُقْضَى بِأَمْثَالِهَا، إِذْ قَبِضَ الدَّيْنَ نَفْسِهِ لَا يَتَصَوَّرُ إِلَّا أَنَّهُ جَعَلَ اسْتِيفَاءَ الْعَيْنِ حَقَّهُ مِنْ وَجْهِ، فَأَشْبَهَ الْوَكِيلَ بِأَخِذِ الشُّفْعَةِ وَالرُّجُوعِ فِي الْهَبَةِ وَالْوَكِيلُ بِالشُّرَاءِ وَالْقِسْمَةِ وَالرَّدِّ بِالْعَيْبِ، وَهَذِهِ أَشْبَهُ بِأَخِذِ الشُّفْعَةِ حَتَّى يَكُونَ خَصِمًا قَبْلَ الْقَبْضِ كَمَا يَكُونُ خَصِمًا قَبْلَ الْأَخِذِ هُنَاكَ.

وَالْوَكِيلُ بِالشُّرَاءِ لَا يَكُونُ خَصِمًا قَبْلَ مُبَاشَرَةِ الشُّرَاءِ، وَهَذَا لِأَنَّ الْمُبَادَلَةَ تَقْتَضِي حَقُوقًا وَهُوَ أَصِيلٌ فِيهَا فَيَكُونُ خَصِمًا فِيهَا

الشرح:

(وَإِنْ وَكَّلَ وَكَيْلَيْنِ بِالْخُصُومَةِ لَا يَقْبِضَانِ إِلَّا مَعًا لِأَنَّهُ رَضِيَ بِأَمَانَتَيْهِمَا لَا بِأَمَانَةِ أَحَدِهِمَا وَاجْتِمَاعُهُمَا عَلَى الْقَبْضِ مُمَكِّنٌ، بِخِلَافِ الْخُصُومَةِ) فَإِنَّ اجْتِمَاعَهُمَا عَلَيْهَا غَيْرُ

مُمْكِنٌ (لَمَّا مَرَّ) أَنَّهُ يُفْضِي إِلَى الشَّعْبِ فِي مَجْلَسِ الْقَضَاءِ وَهُوَ مُذْهَبٌ لِمَهَابِهِ. قَالَ (وَالْوَكِيلُ بِقَبْضِ الدَّيْنِ يَكُونُ وَكِيلًا بِالْخُصُومَةِ الْخ) الْوَكِيلُ بِقَبْضِ الدَّيْنِ يَكُونُ وَكِيلًا بِالْخُصُومَةِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ، فَإِذَا اقْتَضَى الْقَبْضُ وَأَقَامَ الْخَصْمُ بَيْنَتَهُ عَلَى اسْتِيفَاءِ الْمَوْكَلِ أَوْ إِبْرَائِهِ تُقْبَلُ عِنْدَهُ، وَقَالَا: لَا يَكُونُ خَصْمًا فَلَا تُقْبَلُ بَيْنَةُ الْخَصْمِ، وَهُوَ رَوَايَةُ الْحَسَنِ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا لِأَنَّهُ وَكِيلٌ بِالْقَبْضِ.

وَالْخُصُومَةُ لَيْسَتْ بِقَبْضٍ فَلَا يَكُونُ وَكِيلًا بِهَا، وَلَأَنَّ الْوَكِيلَ بِالْقَبْضِ مُؤْتَمَنٌ عَلَى الْمَالِ، وَلَيْسَ كُلُّ مَنْ يُؤْتَمَنُ عَلَى الْمَالِ يَهْتَدِي إِلَى الْخُصُومَاتِ فَلَمْ يَكُنِ الرِّضَا بِهِ رِضًا بِهَا.

وَلَأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ وَكَلَهُ بِالتَّمْلِكِ لِأَنَّ الدُّيُونَ تُقْضَى بِأَمْنَاهَا إِذْ قَبْضُ نَفْسِ الدَّيْنِ غَيْرُ مُتَصَوِّرٍ لَكُونِهِ وَصَفًا ثَابِتًا فِي ذِمَّةٍ مَنْ عَلَيْهِ، لَكِنَّ الشَّرْعَ جَعَلَ قَبْضَهُ اسْتِيفَاءً لِعَيْنِ حَقِّهِ مِنْ وَجْهِ لَثَلَا يَمْتَنِعَ قَضَاءُ دُيُونٍ لَا يَجُوزُ الاسْتِدْأَلُ بِهَا وَالتَّوَكُّيلُ بِقَبْضِ الدُّيُونِ، فَإِنَّهُ إِذَا كَانَ تَوَكُّيلًا بِالتَّمْلِكِ كَانَ تَوَكُّيلًا بِالْاسْتِقْرَاضِ إِذْ التَّوَكُّيلُ بِقَبْضِ مِثْلِ مَالِ الْمَوْكَلِ لَا عَيْنُ مَالِهِ ثُمَّ يَتَقَاصَّانِ، وَالتَّوَكُّيلُ بِالْاسْتِقْرَاضِ بَاطِلٌ، وَالْوَكِيلُ بِالتَّمْلِكِ أَصِيلٌ فِي حُقُوقِ الْعَقْدِ، وَالْأَصِيلُ فِيهَا خَصْمٌ فِيهَا كَالْمَوْكَلِ فَكَانَ كَالْوَكِيلِ يَأْخُذُ بِالشُّفْعَةِ إِذَا قَامَتْ عَلَيْهِ الْبَيِّنَةُ بِتَسْلِيمِ الْمَوْكَلِ الشُّفْعَةَ فَإِنَّهَا تُقْبَلُ وَالشُّفْعَةُ تَبْطُلُ، وَالْوَكِيلُ بِالرَّجُوعِ فِي الْهَبَةِ إِذَا أَقَامَ الْمُؤْهُوبُ لَهُ الْبَيِّنَةَ عَلَى أَخْذِ الْوَاهِبِ الْعَوَضَ فَإِنَّهَا تُقْبَلُ وَالرَّجُوعُ يَبْطُلُ، وَالْوَكِيلُ بِالشَّرَاءِ فَإِنَّهُ خَصْمٌ يَطْلُبُ حُقُوقَ الْعَقْدِ، وَبِالْقِسْمَةِ بَأَنَ وَكَلِ أَحَدَ الشَّرِيكَيْنِ وَكِيلًا بَأَنَ يُقَاسَمَ مَعَ شَرِيكِهِ وَأَقَامَ الشَّرِيكُ الْبَيِّنَةَ عَلَيْهِ بِأَنَ الْمَوْكَلِ قَبْضُ نَصِيْبِهِ فَإِنَّهَا تُقْبَلُ، وَبِالرَّدِّ بِالْعَيْبِ عَلَى الْبَائِعِ فَإِنَّهُ إِذَا أَقَامَ الْبَيِّنَةَ عَلَيْهِ بِأَنَ الْمَوْكَلِ رَضِيَ بِالْعَيْبِ تُقْبَلُ.

قَالُوا فِي شُرُوحِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ: وَهَذِهِ أَيْ مَسْأَلَةُ الْوَكِيلِ بِالْقَبْضِ أَشْبَهَ بِالْوَكِيلِ بِأَخْذِ الشُّفْعَةِ مِنْهَا بِالْوَكِيلِ بِالشَّرَاءِ. لِأَنَّ الْوَكِيلَ فِي هَذِهِ يَكُونُ خَصْمًا قَبْلَ الْقَبْضِ كَمَا يَكُونُ هَاهُنَا كَذَلِكَ. وَأَمَّا الْوَكِيلُ بِالشَّرَاءِ فَإِنَّهُ لَا يَكُونُ خَصْمًا قَبْلَ مُبَاشَرَةِ الشَّرَاءِ (قَوْلُهُ وَهَذَا) إِشَارَةً إِلَى مَا أَشْرْنَا إِلَيْهِ مِمَّا يَتِمُّ بِهِ دَلِيلُ أَبِي حَنِيفَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، وَهُوَ أَنَّ الْوَكِيلَ بِالتَّمْلِكِ أَصِيلٌ فِي الْحُقُوقِ.

قَالَ (وَالْوَكِيلُ يَقْبِضُ الْعَيْنَ لَا يَكُونُ وَكِيلًا بِالْخُصُومَةِ) بِالِاتِّفَاقِ لِأَنَّهُ أَمِينٌ مَحْضٌ، وَالْقَبْضُ لَيْسَ بِمُبَادَلَةٍ فَأَشْبَهَ الرَّسُولَ (حَتَّى أَنْ مَنْ وَكَّلَ وَكِيلًا يَقْبِضُ عَبْدٌ لَهُ فَأَقَامَ الَّذِي هُوَ فِي يَدِهِ الْبَيِّنَةَ أَنَّ الْمُوَكَّلَ بَاعَهُ إِيَّاهُ وَقَفَّ الْأَمْرُ حَتَّى يَحْضُرَ الْغَائِبُ) وَهَذَا اسْتِحْسَانٌ، وَالْقِيَاسُ أَنْ يَدْفَعَ إِلَى الْوَكِيلِ لِأَنَّ الْبَيِّنَةَ قَامَتْ لِأَعْلَى خَصْمٍ فَلَمْ تُعْتَبَرْ. وَجْهُ الاسْتِحْسَانِ أَنَّهُ خَصِمَ فِي قَصْرِ يَدِهِ لِقِيَامِهِ مَقَامَ الْمُوَكَّلِ فِي الْقَبْضِ فَتَقَصَّرَ يَدُهُ حَتَّى لَوْ حَضَرَ الْبَائِعُ تُعَادُ الْبَيِّنَةُ عَلَى الْبَيْعِ، فَصَارَ كَمَا إِذَا أَقَامَ الْبَيِّنَةَ عَلَى أَنَّ الْمُوَكَّلَ عَزَلَهُ عَنْ ذَلِكَ فَإِنَّهَا تُقْبَلُ فِي قَصْرِ يَدِهِ كَذَا هَذَا.

الشرح:

قَالَ: (وَالْوَكِيلُ يَقْبِضُ الْعَيْنَ لَا يَكُونُ وَكِيلًا بِالْخُصُومَةِ) الْوَكِيلُ يَقْبِضُ الْعَيْنَ لَا يَكُونُ وَكِيلًا بِالْخُصُومَةِ بِالِاتِّفَاقِ لِأَنَّهُ أَمِينٌ مَحْضٌ، حَيْثُ لَا مُبَادَلَةَ هُنَاكَ لِكَوْنِهِ وَكِيلًا يَقْبِضُ عَيْنَ حَقِّ الْمُوَكَّلِ مِنْ كُلِّ وَجْهٍ فَأَشْبَهَ الرَّسُولَ، فَإِذَا وَكَّلَ يَقْبِضُ عَبْدٌ لَهُ فَأَقَامَ مَنْ بِيَدِهِ الْعَبْدُ بَيِّنَةَ أَنَّ الْمُوَكَّلَ بَاعَهُ إِيَّاهُ دَفَعَ الْعَبْدُ إِلَى الْوَكِيلِ، وَلَمْ يُلْتَفَتْ إِلَى بَيِّنَةِ ذِي الْيَدِ فِي الْقِيَاسِ لِأَنَّهَا قَامَتْ لِأَعْلَى خَصْمٍ.

وَفِي الاسْتِحْسَانِ: وَقَفَّ الْأَمْرُ حَتَّى يَحْضُرَ الْأَمْرُ لِأَنَّهُ لِقِيَامِهِ مَقَامَ الْمُوَكَّلِ فِي الْقَبْضِ خَصِمَ فِي قَصْرِ يَدِهِ فَتَقَصَّرَ حَتَّى لَوْ حَضَرَ الْغَائِبُ تُعَادُ الْبَيِّنَةُ وَصَارَ كَمَا إِذَا أَقَامَهَا عَلَى أَنَّهُ عَزَلَهُ عَنْ ذَلِكَ تُقْبَلُ فِي قَصْرِ يَدِهِ فَكَذَا هَذَا.

قَالَ: (وَكَذَلِكَ الْعَتَاقُ وَالطَّلَاقُ وَغَيْرُ ذَلِكَ) وَمَعْنَاهُ إِذَا أَقَامَتِ الْمَرْأَةُ الْبَيِّنَةَ عَلَى الطَّلَاقِ وَالْعَبْدُ وَالْأُمَةُ عَلَى الْعَتَاقِ عَلَى الْوَكِيلِ بِنَقْلِهِمْ تُقْبَلُ فِي قَصْرِ يَدِهِ حَتَّى يَحْضُرَ الْغَائِبُ اسْتِحْسَانًا دُونَ الْعِتْقِ وَالطَّلَاقِ.

الشرح:

وَكَذَلِكَ إِذَا أَرَادَ الْوَكِيلُ بِنَقْلِ الْمَرْأَةِ إِلَى زَوْجِهَا؛ نَقْلَهَا إِلَيْهِ وَالْوَكِيلُ يَقْبِضُ الْعَبْدَ وَالْجَارِيَةَ قَبْضَهُمَا فَأَقَامَتِ الْمَرْأَةُ الْبَيِّنَةَ عَلَى أَنَّ زَوْجَهَا طَلَّقَهَا وَالْعَبْدُ وَالْأُمَةُ عَلَى الْعَتَاقِ أَوْ مَنْ هُمَا بِيَدِهِ عَلَى الْارْتِهَانِ مِنَ الْمُوَكَّلِ فَإِنَّهَا لَا تُقْبَلُ قِيَاسًا لِقِيَامِهَا لِأَعْلَى خَصْمٍ. وَفِي الاسْتِحْسَانِ: تُقْبَلُ فِي قَصْرِ يَدِ الْوَكِيلِ دُونَ الْقَضَاءِ بِالطَّلَاقِ وَالْعِتْقِ وَالرَّهْنِ لِأَنَّهَا تَنْضَمُّ إِلَى الطَّلَاقِ وَالْعِتْقِ وَالرَّهْنِ، وَمِنْ ضَرُورَةِ ذَلِكَ قَصُرَ يَدِ الْوَكِيلِ، وَالْوَكِيلُ لَيْسَ بِخَصْمٍ فِي

أَحَدَهُمَا وَهُوَ إِبْثَاتُ الْعِتْقِ عَلَى الْمَوْلَى، وَلَكِنَّهُ خَصَّمَ فِي قَصْرِ يَدِهِ وَلَيْسَ مِنْ ضَرُورَةٍ قَصْرُ يَدِهِ الْقَضَاءُ بِالْعِتْقِ عَلَى الْغَائِبِ فَقَبَلْنَاهَا فِي الْقَصْرِ دُونَ غَيْرِهِ.

قَالَ (وَإِذَا أَقَرَّ الْوَكِيلُ بِالْخُصُومَةِ عَلَى مُوَكَّلِهِ عِنْدَ الْقَاضِي جَازَ إِقْرَارُهُ عَلَيْهِ، وَلَا يَجُوزُ عِنْدَ غَيْرِ الْقَاضِي) عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ اسْتِحْسَانًا إِلَّا أَنَّهُ يَخْرُجُ عَنِ الْوِكَالَةِ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: يَجُوزُ إِقْرَارُهُ عَلَيْهِ وَإِنْ أَقَرَّ فِي غَيْرِ مَجْلِسِ الْقَضَاءِ. وَقَالَ زُفَرُ وَالشَّافِعِيُّ رَحِمَهُمَا اللَّهُ: لَا يَجُوزُ فِي الْوَجْهَيْنِ وَهُوَ قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَوَّلًا، وَهُوَ الْقِيَاسُ لِأَنَّهُ مَأْمُورٌ بِالْخُصُومَةِ وَهِيَ مُنَازَعَةٌ وَالْإِقْرَارُ يُضَادُّهُ لِأَنَّهُ مُسَلِّمٌ، وَالْأَمْرُ بِالشَّيْءِ لَا يَتَنَاولُ ضِدَّهُ وَلِهَذَا لَا يَمْلِكُ الصَّلَحُ وَالْإِبْرَاءُ وَيَصِحُّ إِذَا اسْتَتْنَى الْإِقْرَارَ، وَكَذَا لَوْ وَكَّلَهُ بِالْجَوَابِ مُطْلَقًا يَتَّقِيْدُ بِجَوَابِ هُوَ خُصُومَةٌ لَجَرَيَانِ الْعَادَةِ بِذَلِكَ وَلِهَذَا يَخْتَارُ فِيهَا الْأَهْدَى فَلَا أَهْدَى. وَجَهُ الْاسْتِحْسَانِ أَنَّ التَّوَكِيلَ صَحِيحٌ قَطْعًا وَصِحَّتُهُ بِتَنَاولِهِ مَا يَمْلِكُهُ قَطْعًا وَذَلِكَ مُطْلَقُ الْجَوَابِ دُونَ أَحَدِهِمَا عَيْنًا. وَطَرِيقُ الْمَجَازِ مَوْجُودٌ عَلَى مَا تُبَيِّنُهُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى فَيُصَرَّفُ إِلَيْهِ تَحَرُّيًا لِلصَّحَّةِ قَطْعًا؛ وَلَوْ اسْتَتْنَى الْإِقْرَارَ، فَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ لَا يَصِحُّ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُهُ.

وَعَنْ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ يَصِحُّ لِأَنَّ لِلتَّنْصِيبِ زِيَادَةَ دَلَالَةٍ عَلَى مِلْكِهِ إِيَّاهُ؛ وَعِنْدَ الْإِطْلَاقِ يُحْمَلُ عَلَى الْأُولَى. وَعَنْهُ أَنَّهُ فَصَلَ بَيْنَ الطَّالِبِ وَالْمَطْلُوبِ وَلَمْ يُصَحِّحْهُ فِي الثَّانِي لِكَوْنِهِ مَجْبُورًا عَلَيْهِ وَيُخَيَّرُ الطَّالِبُ فِيهِ؛ فَبَعْدَ ذَلِكَ يَقُولُ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ: إِنْ الْوَكِيلُ قَانَمَ مَقَامَ الْمُوَكَّلِ، وَإِقْرَارُهُ لَا يَخْتَصُّ بِمَجْلِسِ الْقَضَاءِ فَكَذَا إِقْرَارُ نَائِبِهِ. وَهُمَا يَقُولَانِ: إِنْ التَّوَكِيلُ يَتَنَاولُ جَوَابَ يُسَمَّى خُصُومَةً حَقِيقَةً أَوْ مَجَازًا، وَالْإِقْرَارُ فِي مَجْلِسِ الْقَضَاءِ خُصُومَةٌ مَجَازًا، إِمَّا لِأَنَّهُ خَرَجَ فِي مُقَابَلَةِ الْخُصُومَةِ، أَوْ لِأَنَّهُ سَبَبٌ لَهُ لِأَنَّ الظَّاهِرَ إِتْيَانُهُ بِالْمُسْتَحَقِّ وَهُوَ الْجَوَابُ فِي مَجْلِسِ الْقَضَاءِ فَيَخْتَصُّ بِهِ، لَكِنْ إِذَا أَقِيمَتِ الْبَيِّنَةُ عَلَى إِقْرَارِهِ فِي غَيْرِ مَجْلِسِ الْقَضَاءِ يَخْرُجُ مِنَ الْوِكَالَةِ حَتَّى لَا يُؤْمَرَ بِدَفْعِ الْمَالِ إِلَيْهِ لِأَنَّهُ صَارَ مُنَاقِضًا وَصَارَ كَالْأَبِ أَوْ الْوَصِيِّ إِذَا أَقَرَّ فِي مَجْلِسِ الْقَضَاءِ لَا يَصِحُّ وَلَا يَدْفَعُ الْمَالُ إِلَيْهِمَا.

الشرح:

قَالَ: (وَإِذَا أَقَرَّ الْوَكِيلُ بِالْخُصُومَةِ عَلَى مُوَكَّلِهِ إلخ) إِذَا أَقَرَّ الْوَكِيلُ بِالْخُصُومَةِ

عَلَى مُوَكَّلِهِ سَوَاءٌ كَانَ مُوَكَّلُهُ الْمُدَّعِي فَأَقَرَّ بِاسْتِيفَاءِ الْحَقِّ أَوْ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ فَأَقَرَّ بِبُيُوتِهِ عَلَيْهِ، فَإِنْ كَانَ ذَلِكَ عِنْدَ الْقَاضِي جَازًا، وَإِلَّا فَلَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ، إِلَّا أَنَّهُ إِذَا أَقَرَّ عِنْدَ غَيْرِ الْقَاضِي خَرَجَ مِنَ الْوَكَالَةِ فَلَا يَذْفَعُ إِلَيْهِ الْمَالُ؛ وَلَوْ أَدَّعَى بَعْدَ ذَلِكَ الْوَكَالَةَ وَأَقَامَ عَلَى ذَلِكَ يَبْتَنَى لَمْ تُسْمَعْ يَبْتَنَى لِأَنَّهُ زَعَمَ أَنَّهُ مُبْطَلٌ فِي دَعْوَاهُ.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ: جَازَ إِقْرَارُهُ فِي الْوَجْهَيْنِ جَمِيعًا، وَقَالَ زُفَرٌ وَالشَّافِعِيُّ وَهُوَ قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ أَوَّلًا، لَا يَجُوزُ فِي الْوَجْهَيْنِ جَمِيعًا. وَالْقِيَاسُ إِمَّا شُمُولُ الْجَوَازِ كَمَا هُوَ مَذْهَبُ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ، وَإِمَّا شُمُولُ الْعَدَمِ كَمَا هُوَ مَذْهَبُهُمْ، وَالْفَصْلُ بَيْنَ مَجْلِسِ الْقَضَاءِ وَغَيْرِهِ اسْتِحْسَانٌ.

وَجْهٌ الْقِيَاسُ أَنَّ الْوَكِيلَ بِالْخُصُومَةِ مَأْمُورٌ بِالْمُنَازَعَةِ لِأَنَّهَا الْخُصُومَةُ، وَالْإِقْرَارُ لَيْسَ بِمُنَازَعَةٍ لِأَنَّهُ مُسَالَمَةٌ، وَالْأَمْرُ بِالشَّيْءِ لَا يَتَنَاوَلُ ضِدَّهُ، وَلِهَذَا لَا يَمْلِكُ الْوَكِيلُ بِالْخُصُومَةِ الصُّلْحَ وَالْإِبْرَاءَ فَيَصِحُّ التَّوَكُّيلُ إِذَا اسْتَشْنَى الْإِقْرَارَ بِأَنْ قَالَ وَكَلْتُكَ بِالْخُصُومَةِ غَيْرُ جَائِزِ الْإِقْرَارِ، وَلَوْ كَانَ الْإِقْرَارُ مِنْ حُقُوقِ التَّوَكُّيلِ بِالْخُصُومَةِ لَمَا صَحَّ اسْتَشْنَاؤُهُ، كَمَا لَوْ اسْتَشْنَى الْإِنْكَارَ، وَكَمَا لَوْ وَكَّلَ بِالْبَيْعِ عَلَى أَنْ لَا يَقْبِضَ الثَّمَنَ أَوْ لَا يُسَلِّمَ الْمَبِيعَ، وَفِيهِ نَظَرٌ لِأَنَّهُ لَوْ لَمْ يَتَنَاوَلْهُ لَمَا صَحَّ الِاسْتِشْنَاءُ. قَوْلُهُ وَكَذَا لَوْ وَكَّلَهُ بِالْجَوَابِ مُطْلَقًا يَتَّقِيْدُ بِجَوَابِ هُوَ خُصُومَةٌ قَالَ فِي النِّهَايَةِ: هِيَ مَسْأَلَةٌ مُبْتَدَأَةٌ خِلَافِيَّةٌ لَمْ يُورِذْهَا عَلَى وَجْهِهِ الِاسْتِشْنَاءُ: يَعْنِي لَوْ وَكَّلَهُ بِالْجَوَابِ مُطْلَقًا فَهُوَ أَيْضًا عَلَى هَذَا الْخِلَافِ، كَذَا فِي الْمُخْتَلَفَاتِ الْبُرْهَانِيَّةِ.

وَجْهٌ الِاسْتِحْسَانُ أَنَّ هَذَا التَّوَكُّيلَ صَحِيحٌ قَطْعًا مِنْ كُلِّ وَجْهِ وَصَحَّتْهُ بِتَنَاوُلِهِ مَا يَمْلِكُهُ الْمُوَكَّلُ قَطْعًا، لِأَنَّ التَّوَكُّيلَ فِي غَيْرِ الْمَمْلُوكِ تَصَرُّفٌ فِي غَيْرِ مِلْكِهِ وَهُوَ غَيْرُ صَحِيحٍ وَإِنْ اخْتَلَجَ فِي ذَهْنِكَ صِحَّةُ تَوْكِيلِ الْمُسْلِمِ بِيْنِ الْخَمْرِ فَتَذَكَّرَ مَا تَقَدَّمَ فِيهِ، وَذَلِكَ أَيْ مَا يَمْلِكُهُ الْوَكِيلُ مُطْلَقُ الْجَوَابِ دُونَ أَحَدِهِمَا عَيْنًا لِأَنَّ الْخَصْمَ إِذَا كَانَ مُحَقًّا وَجَبَ عَلَيْهِ الْإِقْرَارُ، وَإِنْ كَانَ مُبْطَلًا وَجَبَ عَلَيْهِ الْإِنْكَارُ، لَكِنْ لَفْظُ الْخُصُومَةِ مَوْضُوعٌ لِلْمَقْيَدِ فَيُصَرَّفُ إِلَى الْمَطْلُوقِ مَجَازًا عَلَى مَا سَيَأْتِي تَحْرِيًّا لِلصَّحَّةِ قَطْعًا (قَوْلُهُ وَلَوْ اسْتَشْنَى الْإِقْرَارَ) جَوَابٌ عَنْ مُسْتَشْهَدِ زُفَرٍ رَحِمَهُ اللَّهُ.

وَوَجْهُهُ: لَا يُسَلِّمُ صِحَّةَ الِاسْتِشْنَاءِ بَلْ لَا يَصِحُّ عَلَى قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ لِأَنَّهُ

لَا يَمْلِكُ الاسْتِثْنَاءُ، لِأَنِّ مِلْكَهُ يَسْتَلْزِمُ بَقَاءَ الْإِنْكَارِ عَيْنًا، وَقَدْ لَا يَحِلُّ لَهُ كَمَا مَرَّ آنِفًا.
وَلَكِنْ سَلَمْنَا صِحَّتَهُ كَمَا قَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ لَكِنَّهُ إِنَّمَا صَحَّ لِتَنْصِيبِهِ عَلَى
الْإِسْتِثْنَاءِ وَالتَّنْصِيبُ زِيَادَةٌ دَلَالَةٌ عَلَى تَمْلِكِهِ إِيَّاهُ. وَبَيَّانُ ذَلِكَ مَا قُلْنَا إِنَّهُ لَا يَحِلُّ لَهُ
الْإِنْكَارُ لِحَوَازِ أَنْ يَكُونَ الْخَصْمُ مُحِقًّا، فَإِذَا نَصَّ عَلَى اسْتِثْنَاءِ الْإِقْرَارِ دَلَّ عَلَى أَنَّهُ يَعْلَمُ
بِيقِينِ أَنْ خَصْمَهُ مُبْطِلٌ حَمَلًا لِأَمْرِ الْمُسْلِمِ عَلَى الصَّلَاحِ فَتَعَيَّنَ الْإِنْكَارُ، وَعِنْدَ الْإِطْلَاقِ
يُحْمَلُ عَلَى الْأَوَّلِ بِحَالِ الْمُسْلِمِ وَهُوَ مُطْلَقُ الْجَوَابِ. وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ فَصَلَ بَيْنَ وَكِيلِ
الطَّالِبِ وَوَكِيلِ الْمَطْلُوبِ وَلَمْ يُصَحِّحْهُ فِي الْمَطْلُوبِ لَكُونِهِ مَجْبُورًا عَلَيْهِ.

قَالَ فِي النِّهَايَةِ: أَيُّ عَلَى الْإِقْرَارِ لِأَنَّ الْمُدَّعِيَ يُثَبِّتُ مَا ادَّعَاهُ بِالْبَيِّنَةِ أَوْ يَضْطَرُّ
الْمُدَّعَى عَلَيْهِ إِلَى الْإِقْرَارِ بِعَرَضِ الْيَمِينِ عَلَيْهِ فَيَكُونُ مَجْبُورًا عَلَى الْإِقْرَارِ فَكَذَا وَكِيلُهُ، إِلَّا
أَنَّ الْوَكِيلَ عِنْدَ تَوَجُّهِ الْيَمِينِ يُحِيلُ الْيَمِينِ عَلَى مُوَكَّلِهِ لِأَنَّ التَّيَابَةَ لَا تُجْرَى فِي الْإِيمَانِ
فَلَا يُفِيدُ اسْتِثْنَاءُ الْإِقْرَارِ فَائِدَتَهُ.

وَلَقَائِلُ أَنْ يَقُولَ: الْمُدَّعِيَ قَدْ يَعْجِزُ عَنْ إِثْبَاتِ دَعْوَاهُ بِالْبَيِّنَةِ، وَقَدْ لَا يَضْطَرُّ الْمُدَّعَى
عَلَيْهِ إِلَى الْإِقْرَارِ بِعَرَضِ الْيَمِينِ لَكُونِهِ مُحِقًّا فَيَكُونُ الْإِسْتِثْنَاءُ مُفِيدًا.

وَالْجَوَابُ أَنَّ الْمَطْلُوبَ مَجْبُورٌ عَلَى الْإِقْرَارِ إِذَا عَرَضَ الْيَمِينِ وَهُوَ مُبْطِلٌ فَكَانَ
مَجْبُورًا فِي الْجُمْلَةِ فَلَمْ يَكُنْ اسْتِثْنَاؤُهُ مُفِيدًا فِيهِ، بِخِلَافِ الطَّالِبِ فَإِنَّهُ مُخَيَّرٌ فِي كُلِّ
حَالٍ فَكَانَ اسْتِثْنَاؤُهُ مُفِيدًا، وَلَمْ يَذْكُرِ الْمُصَنِّفُ رَحِمَهُ اللَّهُ الْجَوَابَ عَنْ صُورَةِ الصَّلَحِ
وَالْإِبْرَاءِ.

وَأَجِيبَ بِأَنَّهُ إِنَّمَا لَمْ يَصَحَّ صَلَاحُ الْوَكِيلِ بِالْخُصُومَةِ لِأَنَّ الْخُصُومَةَ لَيْسَتْ بِسَبَبٍ
دَاعٍ إِلَى الصَّلَحِ أَوْ إِلَى الْإِبْرَاءِ فَلَمْ يُوجَدْ مُجَوِّزُ الْمَجَازِ، وَفِيهِ نَظَرٌ، فَإِنَّ إِفْضَاءَهَا إِلَى
الصَّلَحِ أَوْ الْإِبْرَاءِ لَمْ يَكُنْ أَشَدَّ مِنْ إِفْضَائِهَا إِلَى الْإِقْرَارِ فَهُوَ مِثْلُهُ لَا مَحَالَةَ. وَأَيْضًا
الْخُصُومَةُ وَالصَّلَحُ مُتَقَابِلَانِ، فَيَنْبَغِي أَنْ تَجُوزَ الاسْتِعَارَةُ.

وَالْأَوَّلَى أَنْ يُقَالَ: التَّوَكُّيلُ بِالْخُصُومَةِ يَنْصَرِفُ إِلَى مُطْلَقِ الْجَوَابِ لَمَّا ذَكَرْنَا وَمُطْلَقُ
الْجَوَابِ إِنَّمَا بِلَا أَوْ بِنَعَمَ.

وَالصَّلَحُ عَقْدٌ آخَرُ يَحْتَاجُ إِلَى عِبَارَةٍ أُخْرَى خِلَافَ مَا وُضِعَ لِلْجَوَابِ وَكَذَلِكَ
الْإِبْرَاءُ فَلَا يَتَنَاوَلُهُ اللَّفْظُ الْمَوْضُوعُ لِمُطْلَقِ الْجَوَابِ لَا حَقِيقَةً وَلَا مَجَازًا (قَوْلُهُ فَبَعْدَ ذَلِكَ)

شُرُوعٍ فِي بَيَانِ مَأْخَذِ الْاِخْتِلَافِ الْوَاقِعِ بَيْنَ الْعُلَمَاءِ الثَّلَاثَةِ: أَيُّ بَعْدَمَا ثَبَتَ أَنَّ التَّوَكِيلَ يَنْصَرِفُ إِلَى مُطْلَقِ الْجَوَابِ أَوْ بَعْدَمَا ثَبَتَ جَوَازُ إِقْرَارِ الْوَكِيلِ بِالْخُصُومَةِ عَلَى مُوَكَّلِهِ (يَقُولُ أَبُو يُوسُفَ) فِي التَّسْوِيَةِ بَيْنَ مَجْلِسِ الْقَاضِي وَغَيْرِهِ (الْوَكِيلُ قَائِمٌ مَقَامَ الْمُوَكَّلِ، وَإِقْرَارُهُ الْمُوَكَّلَ لَا يَخْتَصُّ بِمَجْلِسِ الْقَضَاءِ فَكَذَا إِقْرَارُ نَائِبِهِ، وَهُمَا يَقُولَانِ إِنَّ التَّوَكِيلَ بِالْخُصُومَةِ يَتَنَاوَلُ جَوَابًا يُسَمَّى خُصُومَةً حَقِيقَةً أَوْ مَجَازًا) لَمَّا مَرَّ أَنَّهُ يُصَرَّفُ إِلَى مُطْلَقِ الْجَوَابِ، وَمُطْلَقُ الْجَوَابِ مَجَازٌ عَامٌّ يَتَنَاوَلُ بَعْمُومِهِ الْحَقِيقَةَ وَهِيَ الْخُصُومَةُ وَالْمَجَازُ وَهُوَ الْإِقْرَارُ (وَالْإِقْرَارُ لَا يَكُونُ خُصُومَةً مَجَازًا إِلَّا فِي مَجْلِسِ الْقَضَاءِ فَمَا كَانَ مِنْهُ فِي غَيْرِهِ فَلَيْسَ بِخُصُومَةٍ لَا حَقِيقَةَ وَهُوَ ظَاهِرٌ وَلَا مَجَازًا)، إِذْ الْإِقْرَارُ خُصُومَةٌ مَجَازًا مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ جَوَابٌ، وَلَا جَوَابٌ فِي غَيْرِ مَجْلِسِ الْقَضَاءِ فَلَا إِقْرَارُ يَكُونُ خُصُومَةً مَجَازًا فِي غَيْرِهِ فَلَا يَتَنَاوَلُهُ الْجَوَابُ الْمُوَكَّلُ بِهِ (أَمَّا) أَنَّهُ خُصُومَةٌ مَجَازًا فَ (لَأَنَّهُ خَرَجَ فِي مُقَابَلَةِ الْخُصُومَةِ) فَكَانَ مُجَوِّزُهُ التَّضَادُّ. وَهُوَ مُجَوِّزٌ لِعَوِيٍّ لَمَّا قَرَّرْنَا فِي التَّقْرِيرِ أَنَّهُ لَا يَصْلُحُ مُجَوِّزًا شَرْعِيًّا (أَوْ لَأَنَّ الْخُصُومَةَ سَبَبُ الْإِقْرَارِ) فَكَانَ الْمُجَوِّزُ السَّبَبِيَّةَ وَهُوَ مُجَوِّزٌ شَرْعِيٌّ نَظِيرُ الْاِتِّصَالِ الصُّورِيِّ فِي اللَّغْوِيِّ كَمَا عُرِفَ.

وَأَمَّا اخْتِصَاصُهُ بِمَجْلِسِ الْقَضَاءِ فَ (لَأَنَّ الظَّاهِرَ إِثْبَاتُهُ بِالْمُسْتَحَقِّ وَ) الْمُسْتَحَقُّ (هُوَ الْجَوَابُ فِي مَجْلِسِ الْقَضَاءِ فَيَخْتَصُّ بِهِ) وَلَوْ قَالَ لَأَنَّ الْوَاجِبَ عَلَيْهِ إِثْبَاتُهُ بِالْمُسْتَحَقِّ بَدَلُ لَأَنَّ الظَّاهِرَ كَانَ أَوْفَى تَأْدِيَةً لِلْمَقْصُودِ (قَوْلُهُ لَكِنْ) اسْتِذْرَاكٌ مِنْ قَوْلِهِ فَيَخْتَصُّ بِهِ، وَفِيهِ إِشَارَةٌ إِلَى دَفْعِ مَا يُقَالُ إِذَا كَانَ الْإِقْرَارُ فِي غَيْرِ مَجْلِسِ الْقَضَاءِ لَيْسَ بِجَوَابٍ كَانَ الْوَاجِبُ أَنْ لَا يَكُونَ مُعْتَبَرًا وَلَا يَخْرُجُ بِهِ عَنِ الْوَكَالَةِ. وَمَعْنَاهُ (إِذَا ثَبَتَ أَنَّهُ أَقَرَّ عِنْدَ غَيْرِ الْقَاضِي خَرَجَ مِنَ الْوَكَالَةِ حَتَّى لَا يُدْفَعَ الْمَالُ إِلَيْهِ لِأَنَّهُ صَارَ مُنَاقِصًا وَصَارَ كَالأَبِ أَوْ الْوَصِيِّ إِذَا أَقَرَّ فِي مَجْلِسِ الْقَضَاءِ) فَإِنَّهُمَا إِذَا ادَّعَى شَيْئًا لِلصَّغِيرِ فَأَنْكَرَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ وَصَدَّقَهُ الْأَبُ أَوْ الْوَصِيُّ ثُمَّ جَاءَ يَدْعِي الْمَالَ فَإِنَّ إِقْرَارَهُمَا (لَا يَصِحُّ وَلَا يُدْفَعُ الْمَالُ إِلَيْهِمَا) لِأَنَّهُمَا خَرَجَا مِنَ الْوِلَايَةِ وَالْوَصَايَةِ فِي حَقِّ ذَلِكَ الْمَالِ بِسَبَبِ إِقْرَارِهِمَا بِمَا قَالَهُ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ فَكَذَلِكَ هَهُنَا.

قَالَ: (وَمَنْ كَفَلَ بِمَالٍ عَنْ رَجُلٍ فَوَكَّلَهُ صَاحِبُ الْمَالِ بِقَبْضِهِ عَنِ الْغَرِيمِ لَمْ يَكُنْ وَكِيلًا فِي ذَلِكَ أَبَدًا) لَأَنَّ الْوَكِيلَ مَنْ يَعْمَلُ لغيرِهِ، وَلَوْ صَحَّحْنَاهَا صَارَ عَامِلًا لِنَفْسِهِ

فِي إِبْرَاءِ ذِمَّتِهِ فَانْعَدَمَ الرُّكْنُ، وَلَآنَ قَبُولُ قَوْلِهِ مُلَازِمٌ لِلْوَكَاةِ لِكَوْنِهِ أَمِينًا، وَلَوْ
صَحَّحْنَاهَا لَا يَقْبَلُ لِكَوْنِهِ مُبَرِّئًا نَفْسَهُ فَيَنْعَدِمُ بِانْعِدَامِ لَازِمِهِ، وَهُوَ نَظِيرُ عَبْدٍ مَدْيُونٍ
أَعْتَقَهُ مَوْلَاهُ حَتَّى ضَمِنَ قِيَمَتَهُ لِلغُرَمَاءِ وَيُطَالِبُ الْعَبْدَ بِجَمِيعِ الدِّينِ، فَلَوْ وَكَّلَهُ الطَّالِبُ
بِقَبْضِ الْمَالِ عَنِ الْعَبْدِ كَانَ بَاطِلًا لَمَا بَيَّنَّاهُ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ كَفَلَ بِمَالٍ عَنْ رَجُلٍ لِح) وَمَنْ كَفَلَ بِمَالٍ عَنْ رَجُلٍ فَوَكَّلَهُ
صَاحِبُ الْمَالِ بِقَبْضِهِ عَنِ الْغَرِيمِ لَمْ يَكُنْ وَكِيلًا فِي ذَلِكَ أَبَدًا لَا بَعْدَ بَرَاءَةِ الْكَفِيلِ وَلَا
قَبْلَهَا، أَمَّا بَعْدَ الْبَرَاءَةِ فَلَا نَهْيَ لَهَا لَمْ تُصَحَّ حَالُ التَّوَكُّلِ لَمَا سَيُذَكَّرُ لَمْ تُثَقِّلْ صَحِيحَةٌ
كَمَنْ كَفَلَ لِعَائِبٍ فَأَجَارَهَا بَعْدَ مَا بَلَغَتْهُ فَإِنَّهَا لَا تَجُوزُ لِأَنَّهَا لَمْ تُصَحَّ ابْتِدَاءً لِعَدَمِ الْقَبُولِ
فَلَا تُثَقِّلُ صَحِيحَةٌ، وَأَمَّا قَبْلَ الْبَرَاءَةِ فَلِأَنَّ الْوَكِيلَ مَنْ يَعْمَلُ لغيرِهِ وَهُوَ ظَاهِرٌ، وَالْكَفِيلُ
لَيْسَ مَنْ يَعْمَلُ لغيرِهِ لِكَوْنِهِ عَامِلًا لِنَفْسِهِ فِي إِبْرَاءِ ذِمَّتِهِ كَالْمُحَالِ إِذَا وَكَّلَ الْمُحِيلُ بِقَبْضِ
الدِّينِ مِنَ الْمُحَالِ عَلَيْهِ فَإِنَّهُ لَا يَصِيرُ وَكِيلًا لَمَا قُلْنَا.

وَيُوقُضَ بِتَوَكُّلِ الْمَدْيُونِ بِإِبْرَاءِ نَفْسِهِ عَمَّا عَلَيْهِ مِنَ الدِّينِ فَإِنَّهُ صَحِيحٌ وَإِنْ كَانَ
عَامِلًا فِي ذَلِكَ لِنَفْسِهِ، وَذَكَرَهُ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ. وَأُجِيبَ بِالْمَنْعِ مُسْتَنَدًا إِلَى مَا ذَكَرَهُ
شَيْخُ الْإِسْلَامِ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ الْمَدْيُونَ لَا يَصْلُحُ وَكِيلًا عَنِ الطَّالِبِ بِإِبْرَاءِ نَفْسِهِ عَلَى
خِلَافِ مَا ذُكِرَ فِي الْجَامِعِ. سَلَمَتَاهُ لَكِنَّ الْإِبْرَاءَ تَمْلِيكَ بِدَلِيلِ أَنَّهُ يَرْتَدُّ بِالرَّدِّ وَكَلَامُنَا فِي
التَّوَكُّلِ بِالْقَبْضِ.

واعتَرَضَ بِأَنَّ عَمَلَ الْوَكِيلِ لِنَفْسِهِ ضَمْنِيٌّ لِكَوْنِ الْمُوَكَّلِ أَصِيلًا فِي اثْبَاتِ الْوَكَاةِ
وَالضَّمْنِيَّاتُ قَدْ لَا تُعْتَبَرُ. وَأُجِيبَ بِأَنَّا لَا نُسَلِّمُ ذَلِكَ بَلِ الْأَصْلُ وَقُوْعُ التَّصَرُّفِ لِنَفْسِ
الْفَاعِلِ.

فَإِنْ قِيلَ فَلْتَنْسَخْهَا الْوَكَاةُ، لَطَرَيَانَهَا عَلَيْهِمَا كَمَا لَوْ تَأَخَّرَتْ الْكَفَالَةُ عَنْهَا فَإِنَّهَا
تَنْسَخُهَا.

قَالَ الْمُحَبِّبِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ: الْوَكِيلُ بِقَبْضِ الدِّينِ إِذَا ضَمِنَ الْمَالُ
لِلْمُوَكَّلِ يَصِحُّ الضَّمَانُ وَتَبْطُلُ الْوَكَاةُ. فَالْجَوَابُ أَنَّ النَّاسِخَ يَجِبُ أَنْ يَكُونَ أَقْوَى مِنْ
الْمَنْسُوخِ أَوْ مِثْلَهُ، وَالْوَكَاةُ دُونَ الْكَفَالَةِ لِأَنَّ الْكَفَالَةَ عَقْدٌ لَازِمٌ لَا يَتِمَّكُنُ الْكَفِيلُ مِنْ

عَزَلَ نَفْسَهُ دُونَ الْوَكَالَةِ فَلَا يَجُوزُ أَنْ تَكُونَ الْوَكَالَةُ نَاسِخَةً لِلْكَفَالَةِ وَإِنْ جَازَ عَكْسُهُ قَوْلُهُ وَلَآنَ قَبُولُ قَوْلِهِ دَلِيلٌ آخَرُ.

وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ الْوَكَالَةَ تَسْتَلْزِمُ قَبُولَ قَوْلِهِ لِكَوْنِهِ أَمِينًا، وَلَوْ صَحَّحْنَا الْوَكَالَةَ هَاهُنَا انْتَفَى الْإِلْزَامُ وَهُوَ قَبُولُ قَوْلِهِ لِكَوْنِهِ مُبَرِّئًا نَفْسَهُ، وَانْتِفَاءُ الْإِلْزَامِ يَسْتَلْزِمُ انْتِفَاءَ الْمَلْزُومِ فَيَلْزِمُ عَدَمُهُ حَالِ فَرَضِ وُجُودِهِ، وَمَا كَانَ كَذَلِكَ فَهُوَ مَعْدُومٌ وَتَطْطِيرُ بَطْلَانِ الْوَكَالَةِ فِيمَا نَحْنُ فِيهِ بُطْلَانُهَا فِي عَبْدٍ مَدْيُونٍ أَعْتَقَهُ مَوْلَاهُ حَتَّى ضَمِنَ لِلْعُرْمَاءِ قِيمَتَهُ وَيُطَالِبُ الْعَبْدَ بِجَمِيعِ الدَّيْنِ، فَلَوْ وَكَّلَهُ الطَّالِبُ بِقَبْضِ دَيْنِهِ مِنَ الْعَبْدِ كَانَ التَّوَكُّيلُ بَاطِلًا لَمَّا بَيَّنَّا أَنَّ الْوَكِيلَ مَنْ يَعْمَلُ لغيرِهِ، وَهَاهُنَا لَمَّا كَانَ الْمُؤَلَّى ضَامِنًا لِقِيمَتِهِ كَانَ فِي مِقْدَارِهَا عَامِلًا لِنَفْسِهِ لِأَنَّهُ يُبْرَى بِهِ نَفْسَهُ فَيَكُونُ التَّوَكُّيلُ بَاطِلًا.

قَالَ: (وَمَنْ ادَّعَى أَنَّهُ وَكَّلَ الْغَائِبَ فِي قَبْضِ دَيْنِهِ فَصَدَّقَهُ الْغَرِيمُ أَمَرَ بِتَسْلِيمِ الدَّيْنِ إِلَيْهِ) لِأَنَّهُ إِقْرَارٌ عَلَى نَفْسِهِ لِأَنَّهُ مَا يَقْضِيهِ خَالِصٌ مَالِهِ (فَإِنْ حَضَرَ الْغَائِبُ فَصَدَّقَهُ وَإِلَّا دَفَعَ إِلَيْهِ الْغَرِيمُ الدَّيْنَ ثَانِيًا) لِأَنَّهُ لَمْ يَثْبُتِ الْإِسْتِيفَاءُ حَيْثُ أَنْكَرَ الْوَكَالَةَ، وَالْقَوْلُ فِي ذَلِكَ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ فَيُفْسَدُ الْأَدَاءُ (وَيَرْجَعُ بِهِ عَلَى الْوَكِيلِ إِنْ كَانَ بَاقِيًا فِي يَدِهِ) لِأَنَّهُ غَرَضُهُ مِنَ الدَّفْعِ بَرَاءَةُ ذِمَّتِهِ وَلَمْ تَحْصُلْ فَلَهُ أَنْ يَنْقُضَ قَبْضَهُ (وَإِنْ كَانَ) ضَاعَ (فِي يَدِهِ لَمْ يَرْجَعْ عَلَيْهِ) لِأَنَّهُ بِتَصَدِيقِهِ اعْتَرَفَ أَنَّهُ مُحِقٌّ فِي الْقَبْضِ وَهُوَ مَظْلُومٌ فِي هَذَا الْأَخَرِ، وَالْمَظْلُومُ لَا يَظْلُمُ غَيْرَهُ.

قَالَ (إِلَّا أَنْ يَكُونَ ضَمِنَهُ عِنْدَ الدَّفْعِ) لِأَنَّ الْمَاخُودَ ثَانِيًا مَضْمُونٌ عَلَيْهِ فِي رَءْيَاهُمَا، وَهَذِهِ كِفَالَةٌ أَضْيِفَتْ إِلَى حَالَةِ الْقَبْضِ فَتَصِحُّ بِمَنْزِلَةِ الْكِفَالَةِ بِمَا ذَابَ لَهُ عَلَى فُلَانٍ، وَلَوْ كَانَ الْغَرِيمُ لَمْ يُصَدِّقْهُ عَلَى الْوَكَالَةِ وَدَفَعَهُ إِلَيْهِ عَلَى ادِّعَائِهِ، فَإِنْ رَجَعَ صَاحِبُ الْمَالِ عَلَى الْغَرِيمِ رَجَعَ الْغَرِيمُ عَلَى الْوَكِيلِ لِأَنَّهُ لَمْ يُصَدِّقْهُ عَلَى الْوَكَالَةِ، وَإِنَّمَا دَفَعَهُ إِلَيْهِ عَلَى رَجَاءِ الْإِجَازَةِ، فَإِذَا انْقَطَعَ رَجَاؤُهُ رَجَعَ عَلَيْهِ، وَكَذَا إِذَا دَفَعَهُ إِلَيْهِ عَلَى تَكْذِيبِهِ إِيَّاهُ فِي الْوَكَالَةِ.

وَهَذَا أَظْهَرَ لَمَّا قُلْنَا، وَفِي الْوُجُوهِ كُلِّهَا لَيْسَ لَهُ أَنْ يَسْتَرِدَّ الْمَدْفُوعَ حَتَّى يَحْضُرَ الْغَائِبُ لِأَنَّ الْمُؤَدَّى صَارَ حَقًّا لِلْغَائِبِ، إِمَّا ظَاهِرًا أَوْ مُحْتَمَلًا فَصَارَ كَمَا إِذَا دَفَعَهُ إِلَى فُضُولِي عَلَى رَجَاءِ الْإِجَازَةِ لَمْ يَمْلِكِ الْإِسْتِرْدَادَ لِاحْتِمَالِ الْإِجَازَةِ، وَلَآنَ مَنْ بَاشَرَ التَّصَرُّفَ

لغرض ليس له أن ينقضه ما لم يقع اليأس عن غرضه.

الشرح:

قال: (وَمَنْ ادَّعَى اللَّهَ وَكَيْلُ الْغَائِبِ فِي قَبْضِ دَيْنِهِ إلخ) وَمَنْ ادَّعَى اللَّهَ وَكَيْلُ
فُلَانِ الْغَائِبِ فِي قَبْضِ دَيْنِهِ فَصَدَّقَهُ الْغَرِيمُ أَمَرَ بِتَسْلِيمِ الدَّيْنِ إِلَيْهِ لِأَنَّهُ أَقَرَّ عَلَى نَفْسِهِ،
لَأَنَّ مَا يَقْضِيهِ الْغَرِيمُ خَالِصٌ حَقُّهُ لِأَنَّ الدَّيُونَ تُقْضَى بِأَمْثَالِهَا، فَمَا أَذَاهُ الْمَدْيُونُ مِثْلُ مَالِ
رَبِّ الْمَالِ لَا عَيْتَهُ، وَقَدْ تَقَدَّمَ فَكَانَ تَصْدِيقُهُ إِقْرَارًا عَلَى نَفْسِهِ، وَمَنْ أَقَرَّ عَلَى نَفْسِهِ
بِشَيْءٍ أَمَرَ بِتَسْلِيمِهِ إِلَى الْمُقَرَّرِ لَهُ، فَإِنْ حَضَرَ الْغَائِبُ فَصَدَّقَهُ فِيهَا وَإِلَّا دَفَعَ الْغَرِيمُ إِلَيْهِ ثَانِيًا،
لَأَنَّهُ إِذَا أَتَكَرَّرَتِ الْوَكَالَةُ لَمْ يَثْبُتِ الْاسْتِيفَاءُ لِأَنَّ الْقَوْلَ فِي ذَلِكَ قَوْلُهُ لِأَنَّ الدَّيْنَ كَانَ ثَابِتًا
وَالْمَدْيُونُ يَدَّعِي أَمْرًا عَارِضًا وَهُوَ سَقُوطُ الدَّيْنِ بِأَذَانِهِ إِلَى الْوَكِيلِ وَالْمُوَكَّلِ يُتَكَرَّرُ الْوَكَالَةُ
وَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُتَكَرِّرِ مَعَ يَمِينِهِ.

وَإِذَا لَمْ يَثْبُتِ الْاسْتِيفَاءُ فَسَدَ الْأَذَاءُ وَهُوَ وَاجِبٌ عَلَى الْمَدْيُونِ فَيَجِبُ الدَّفْعُ ثَانِيًا
وَيَرْجِعُ بِهِ عَلَى الْوَكِيلِ إِنْ كَانَ بَاقِيًا فِي يَدِهِ، لِأَنَّ غَرَضَهُ مِنَ الدَّفْعِ بَرَاءَةُ ذِمَّتِهِ وَلَمْ
تَحْصُلْ لَهُ فَلَهُ أَنْ يَنْقُضَ، وَإِنْ ضَاعَ فِي يَدِهِ لَمْ يَرْجِعْ عَلَيْهِ لِأَنَّهُ بِتَصْدِيقِهِ اعْتَرَفَ أَنَّ
الْوَكِيلَ مُحِقٌّ فِي الْقَبْضِ وَالْمُحِقُّ فِي الْقَبْضِ لَا رُجُوعَ عَلَيْهِ، وَلِأَنَّهُ بِتَصْدِيقِهِ اعْتَرَفَ أَنَّهُ
مَظْلُومٌ فِي هَذَا الْأَخْذِ: يَعْنِي الْأَخْذَ الثَّانِي، وَالْمَظْلُومُ لَا يَظْلُمُ غَيْرَهُ.

فَإِنْ قِيلَ: هَذَا الْوَجْهُ يَقْتَضِي أَنْ لَا يَرْجِعَ عَلَيْهِ إِذَا كَانَتْ الْعَيْنُ فِي يَدِهِ بَاقِيَةً
أَيْضًا. فَالْجَوَابُ أَنَّ الْعَيْنَ إِذَا كَانَتْ بَاقِيَةً أَمَكْنَ نَقْضُ الْقَبْضِ فَيَرْجِعُ بِنَقْضِهِ إِذَا لَمْ
يَحْصُلْ غَرَضُهُ مِنَ التَّسْلِيمِ.

وَأَمَّا إِذَا هَلَكَتْ فَلَمْ يُمَكَّنْ نَقْضُهُ فَلَمْ يَرْجِعْ عَلَيْهِ (قَوْلُهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ) اسْتِثْنَاءٌ مِنْ
قَوْلِهِ لَمْ يَرْجِعْ عَلَيْهِ يَعْنِي إِذَا ضَاعَ فِي يَدِهِ وَلَمْ يَرْجِعْ عَلَيْهِ إِلَّا إِذَا كَانَ ضَمَّنَ الْمَدْيُونُ
الْوَكِيلَ عَلَى رِوَايَةِ التَّشْدِيدِ بَأَنَّ قَالَ لَهُ اضْمَنْ لِي مَا دَفَعْتَ إِلَيْكَ عَنْ الطَّالِبِ حَتَّى لَوْ
أَخَذَ الطَّالِبُ مَنِّي مَالَهُ أَرْجِعْ عَلَيْكَ بِمَا دَفَعْتَهُ إِلَيْكَ أَوْ ضَمَّنَ الْوَكِيلُ لِلْمَدْيُونِ وَقَالَ أَنَا
ضَامِنٌ لَكَ إِنْ أَخَذَ مِنْكَ الطَّالِبُ ثَانِيًا أَرُدُّ عَلَيْكَ مَا قَبِضْتَهُ مِنْكَ عَلَى رِوَايَةِ التَّخْفِيفِ
فَإِنَّهُ يَرْجِعُ عَلَى الْوَكِيلِ حِينَئِذٍ، لِأَنَّ الْمَأْخُوذَ ثَانِيًا مَضْمُونٌ عَلَى رَبِّ الدَّيْنِ فِي زَعْمِ
الْوَكِيلِ وَالْمَدْيُونِ لِأَنَّهُ غَاصِبٌ فِي حَقِّهِمَا فِيمَا يَقْبِضُهُ ثَانِيًا فَكَأَنَّهُ قَالَ: أَنَا ضَامِنٌ لَكَ مَا

يَقْبِضُهُ مِنْكَ فَلَانٌ، وَهُوَ ضَمَانٌ صَحِيحٌ لِإِضَافَتِهِ إِلَى سَبَبِ الْوُجُوبِ، وَهُوَ قَبْضُ رَبِّ الدَّيْنِ بِمَنْزِلَةِ الْكَفَالَةِ بِمَا ذَابَ عَلَيْهِ: أَيُّ يَذُوبُ فِي كَوْنِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا كِفَالَةً أُضِيفَتْ إِلَى حَالِ وَجُوبٍ فِي الْمُسْتَقْبَلِ عَلَى الْمَكْفُولِ عَنْهُ (وَلَوْ كَانَ الْعَرِيمُ لَمْ يُصَدِّقْهُ عَلَى الْوَكَالَةِ) يَعْنِي وَلَمْ يُكْذِبْهُ أَيْضًا لِأَنَّهُ فَرَعَ التَّكَذِيبَ سَيِّئَاتِي عَقِيبَ هَذَا (وَدَفَعَهُ إِلَيْهِ عَلَى ادِّعَائِهِ فَإِنْ رَجَعَ صَاحِبُ الْمَالِ عَلَى الْعَرِيمِ رَجَعَ الْعَرِيمُ عَلَى الْوَكِيلِ لِأَنَّهُ لَمْ يُصَدِّقْهُ عَلَى الْوَكَالَةِ، وَإِنَّمَا دَفَعَ إِلَيْهِ عَلَى رَجَاءِ الْإِجَازَةِ، فَإِذَا انْقَطَعَ رَجَاؤُهُ رَجَعَ عَلَيْهِ، وَكَذَا إِذَا دَفَعَهُ إِلَيْهِ مُكَذِّبًا لَهُ فِي) دَعْوَى (الْوَكَالَةِ، وَهَذَا) أَيُّ جَوَازُ الرَّجُوعِ فِي صُورَةِ التَّكَذِيبِ (أُظْهِرُ) مِنْهُ فِي الصُّورَتَيْنِ الْأُولَيَيْنِ وَهُوَ التَّصْدِيقُ مَعَ التَّضْمِينِ وَالسُّكُوتِ، لِأَنَّهُ إِذَا كَذَّبَهُ صَارَ الْوَكِيلُ فِي حَقِّهِ بِمَنْزِلَةِ الْعَاصِبِ وَلِلْمَعْصُوبِ مِنْهُ حَقُّ الرَّجُوعِ عَلَى الْعَاصِبِ.

وَقَوْلُهُ: (لَمَّا قُلْنَا) إِمَارَةً إِلَى قَوْلِهِ وَإِنَّمَا دَفَعَهُ إِلَيْهِ عَلَى رَجَاءِ الْإِجَازَةِ، لَكِنَّهُ دَلِيلُ الرَّجُوعِ لَا دَلِيلُ الْأُظْهِرِيَّةِ (وَفِي الْوُجُوهِ كُلِّهَا) أَيُّ الْأَرْبَعَةِ الْمَذْكُورَةِ دَفَعَهُ مَعَ التَّصْدِيقِ مِنْ غَيْرِ تَضْمِينٍ، وَدَفَعَهُ بِالتَّصْدِيقِ مَعَ التَّضْمِينِ، وَدَفَعَهُ سَاكِنًا مِنْ غَيْرِ سَاكِنًا مِنْ غَيْرِ تَصْدِيقٍ وَلَا تَكْذِيبٍ، وَدَفَعَهُ مَعَ التَّكَذِيبِ (لَيْسَ لِلْعَرِيمِ أَنْ يَسْتَرِدَّ الْمُدْفُوعَ حَتَّى يَحْضُرَ الْعَائِبُ، لِأَنَّ الْمُؤَدَّى صَارَ حَقًّا لِلْعَائِبِ، إِمَّا ظَاهِرًا) وَهُوَ فِي حَالَةِ التَّصْدِيقِ (أَوْ مُحْتَمَلًا) وَهُوَ فِي حَالَةِ التَّكَذِيبِ.

وَقِيلَ ظَاهِرًا إِنْ كَانَ الْوَكِيلُ ظَاهِرَ الْعَدَالَةِ، أَوْ مُحْتَمَلًا إِنْ كَانَ فَاسِقًا أَوْ مَسْثُورَ الْحَالِ (فَصَارَ كَمَا إِذَا دَفَعَهُ إِلَى فَضُولِي عَلَى رَجَاءِ الْإِجَازَةِ) فَإِنَّهُ (لَمْ يَمْلِكِ الْاسْتِرْدَادَ لِاحْتِمَالِ الْإِجَازَةِ، وَلَئِنْ مَنْ بَاشَرَ تَصَرُّفًا لِعَرَضٍ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَنْقُضَهُ مَا لَمْ يَقَعْ الْيَأْسُ عَنْ حُصُولِ غَرَضِهِ) لِأَنَّ سَعْيَ الْإِنْسَانِ فِي نَقْضِ مَا تَمَّ مِنْ جِهَتِهِ مَرْدُودٌ. وَقَدْ تَقَدَّمَ. وَلَمْ يُذَكَّرْ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ الْعَرِيمَ إِذَا أَنْكَرَ الْوَكَالَةَ هَلْ يَسْتَحْلِفُ أَوْ لَا.

قَالَ الْخَصَافُ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَا يَحْلِفُ عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَيَحْلِفُ عَلَى قَوْلِهِمَا لِأَنَّهُ ادَّعَى عَلَيْهِ مَا لَوْ أَقَرَّ بِهِ لَزِمَهُ فَإِذَا أَنْكَرَهُ يَحْلِفُ لَكِنَّهُ عَلَى الْعِلْمِ لِأَنَّهُ عَلَى فِعْلِ الْغَيْرِ، وَلَهُ أَنْ يَسْتَحْلِفَ يَنْبَنِي عَلَى دَعْوَى صَحِيحَةٍ، وَمَا لَمْ تُثَبِّتْ نَبَاتُهُ عَنْ الْأَمْرِ لَمْ تَصِحَّ دَعْوَاهُ فَلَا يُسْتَحْلَفُ، وَكَذَا لَمْ يُذَكَّرْ مَا إِذَا أَقَرَّ بِالْوَكَالَةِ وَأَنْكَرَ الدَّيْنَ، وَالْحُكْمُ

على عَكْسِ ذَلِكَ يُسْتَحْلَفُ عِنْدَهُ خِلَافًا لَهَا بِنَاءً عَلَى أَنَّ الْوَكِيلَ بِقَبْضِ الدَّيْنِ يَمْلِكُ الْخُصُومَةَ عِنْدَهُ وَقَدْ تَثَبَّتْ الْوَكَالَةُ فِي حَقِّهِ بِإِقْرَارِهِ.

(وَمَنْ قَالَ إِنِّي وَكَيْلٌ بِقَبْضِ الْوَدِيعَةِ فَصَدَّقَهُ الْمُوَدَّعُ) لَمْ يُؤْمَرْ بِالدَّفْعِ إِلَيْهِ لِأَنَّهُ أَقْرَأَ لَهُ بِمَالِ الْغَيْرِ، بِخِلَافِ الدَّيْنِ. وَلَوْ ادَّعَى أَنَّهُ مَاتَ أَبُوهُ وَتَرَكَ الْوَدِيعَةَ مِيرَاثًا لَهُ وَلَا وَارِثَ لَهُ غَيْرُهُ، وَصَدَّقَهُ الْمُوَدَّعُ أَمْرًا بِالدَّفْعِ إِلَيْهِ لِأَنَّهُ لَا يَبْقَى مَالُهُ بَعْدَ مَوْتِهِ، فَقَدْ اتَّفَقَا عَلَى أَنَّهُ مَالُ الْوَارِثِ.

الشرح:

(وَمَنْ قَالَ إِنِّي وَكَيْلٌ بِقَبْضِ الْوَدِيعَةِ فَصَدَّقَهُ الْمُوَدَّعُ لَمْ يُؤْمَرْ بِالدَّفْعِ إِلَيْهِ لِأَنَّهُ إِقْرَارٌ بِمَالِ الْغَيْرِ) بِحَقِّ الْقَبْضِ فَإِنَّهُ أَقْرَأَ بِبَقَاءِ الْوَدِيعَةِ عَلَى مِلْكِ الْمُوَدَّعِ، وَالْإِقْرَارُ بِمَالِ الْغَيْرِ بِحَقِّ الْقَبْضِ غَيْرُ صَحِيحٍ (بِخِلَافِ الدَّيْنِ) عَلَى مَا مَرَّ أَنَّ الدَّيُونُ تُقْضَى بِأَمْثَالِهَا فَكَانَ إِقْرَارُهُ إِقْرَارًا عَلَى نَفْسِهِ بِحَقِّ الْمَطَالَبَةِ، فَإِنْ دَفَعَهَا إِلَيْهِ فَحَضَرَ الْغَائِبُ وَأُلْكَرَ الْوَكَالَةُ وَحَلَفَ عَلَى ذَلِكَ وَضَمَّنَ الْمُوَدَّعُ فَهَلْ لِلْمُوَدَّعِ الرَّجُوعُ أَوْ لَا، فَهُوَ عَلَى الْوُجُوهِ الْمَذْكُورَةِ إِنْ دَفَعَهَا إِلَيْهِ مُصَدَّقًا لَا يَرْجِعُ وَإِنْ صَدَّقَهُ وَضَمَّنَهُ أَوْ سَكَتَ أَوْ كَذَّبَهُ فَدَفَعَهَا إِلَيْهِ يَرْجِعُ إِنْ لَمْ تَكُنْ الْعَيْنُ فِي يَدِهِ بَاقِيَةً وَإِنْ كَانَتْ بَاقِيَةً أَخَذَهَا لِأَنَّهُ مَلَكَهَا بِالضَّمَانِ، وَأَمَّا الْأَسْتِرْدَادُ قَبْلَ حُضُورِ الْغَائِبِ فَغَيْرُ جَائِزٍ لَمَّا مَرَّ (وَلَوْ ادَّعَى أَنَّهُ مَاتَ أَبُوهُ وَتَرَكَ الْوَدِيعَةَ مِيرَاثًا لَهُ وَلَا وَارِثَ لَهُ غَيْرُهُ وَصَدَّقَهُ الْمُوَدَّعُ أَمْرًا بِالدَّفْعِ إِلَيْهِ لِأَنَّهُ لَا يَبْقَى) أَيُّ لَأَنَّ مَالَ الْوَدِيعَةِ لَا يَبْقَى (مَالُ الْمُوَدَّعِ بَعْدَ مَوْتِهِ).

وَرَوَى صَاحِبُ النَّهَاجَةِ عَنْ خَطِّ شَيْخِهِ رَحِمَهُمَا اللَّهُ نَصَبَ مَالِهِ وَوَجْهَهُ بِكَوْنِهِ حَالًا كَمَا فِي كَلِمَتِهِ فَأَهْ إِلَى فِي: أَيُّ مُشَافَهَةٍ، وَمَعْنَاهُ لَا يَبْقَى مَالُ الْوَدِيعَةِ مَالُ الْمُوَدَّعِ بَعْدَ مَوْتِهِ مَنَسُوبًا إِلَيْهِ وَمَمْلُوكًا لَهُ وَتَبِعَهُ غَيْرُهُ مِنَ الشَّارِحِينَ، وَأَرَى أَنَّهُ ضَعِيفٌ لِأَنَّ الْحَالَ مُقَيَّدٌ لِلْعَامِلِ، فَكَلِمَتُهُ يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ مُقَيَّدًا بِالْمُشَافَهَةِ: أَيُّ كَلِمَتُهُ فِي حَالِ الْمُشَافَهَةِ.

وَأَمَّا قَوْلُهُ لَا يَبْقَى مَالُ الْوَدِيعَةِ حَالِ كَوْنِهِ مَالًا مَمْلُوكًا لَهُ مَنَسُوبًا إِلَيْهِ فَلَيْسَ لَهُ مَعْنَى ظَاهِرٌ، وَالظَّاهِرُ فِي إِعْرَافِهِ الرَّفْعُ عَلَى أَنَّهُ فَاعِلٌ لَا يَبْقَى: أَيُّ لَأَنَّ الْمُوَدَّعَ لَا يَبْقَى مَالُهُ بَعْدَ مَوْتِهِ لِاتِّقَالِهِ إِلَى الْوَارِثِ، فَقَدْ اتَّفَقَا عَلَى أَنَّهُ مَالُ الْوَارِثِ) فَلَا بُدَّ مِنَ الدَّفْعِ إِلَيْهِ.

وَلَوْ ادَّعَى أَنَّهُ اشْتَرَى الْوَدِيعَةَ مِنْ صَاحِبِهَا فَصَدَّقَهُ الْمُوَدِّعُ لَمْ يُؤْمَرْ بِالِدَّفْعِ إِلَيْهِ لِأَنَّهُ مَا دَامَ حَيًّا كَانَ إِقْرَارًا بِمِلْكِ الْغَيْرِ لِأَنَّهُ مِنْ أَهْلِهِ فَلَا يُصَدَّقَانِ فِي دَعْوَى الْبَيْعِ عَلَيْهِ.

الشرح:

(وَلَوْ ادَّعَى أَنَّهُ اشْتَرَى الْوَدِيعَةَ مِنْ صَاحِبِهَا فَصَدَّقَهُ الْمُوَدِّعُ لَمْ يُؤْمَرْ بِالِدَّفْعِ إِلَيْهِ، لِأَنَّ الْمُوَدِّعَ مَا دَامَ حَيًّا كَانَ إِقْرَارًا بِمِلْكِ الْغَيْرِ لِكَوْنِهِ مِنْ أَهْلِ الْمِلْكِ فَلَا يُصَدَّقَانِ فِي دَعْوَى الْبَيْعِ عَلَيْهِ) وَلَقَائِلُ أَنْ يَقُولَ: قَدْ تَقَدَّمَ هَاتَانِ الْمَسْأَلَتَانِ فِي فَصْلِ الْقَضَاءِ بِالْمَوَارِيثِ فَكَانَ ذِكْرُهُمَا تَكَرَّرًا.

وَيُمْكِنُ أَنْ يُجَابَ عَنْهُ بِأَنَّهُ ذَكَرَهُمَا هُنَاكَ بِاعْتِبَارِ الْقَضَاءِ، وَهَاهُنَا بِاعْتِبَارِ الدَّعْوَى، وَلِهَذَا صَدَّرَهُمَا هَاهُنَا بِقَوْلِهِ وَلَوْ ادَّعَى، وَهُنَاكَ بِقَوْلِهِ وَمَنْ أَقَرَّ وَمَعَ هَذَا فَلَا يَخْلُو عَنْ ضَعْفٍ لِأَنَّهُ إِيرَادُهُمَا فِي بَابِ الْوَكَالَةِ بِالْخُصُومَةِ وَالْقَبْضِ بَعِيدُ الْمُنَاسَبَةِ.

قَالَ: (فَإِنْ وَكَّلَ وَيَقْبِضُ مَالَهُ فَادَّعَى الْغَرِيمُ أَنَّ صَاحِبَ الْمَالِ قَدْ اسْتَوْفَاهُ فَإِنَّهُ يَدْفَعُ الْمَالَ إِلَيْهِ) لِأَنَّ الْوَكَالَتَ قَدْ ثَبَّتَتْ وَالْاسْتِيفَاءَ لَمْ يَثْبُتْ بِمَجَرَّدِ دَعْوَاهُ فَلَا يُؤْخَرُ الْحَقُّ.

قَالَ (وَيَتَّبِعُ رَبُّ الْمَالِ فَيَسْتَحْلِفُهُ) رِعَايَةً لِحَاجَتِهِ، وَلَا يَسْتَحْلِفُ الْوَكِيلُ لِأَنَّهُ نَائِبٌ.

الشرح:

قَالَ (فَإِنْ وَكَّلَ وَيَقْبِضُ دَيْنَهُ) ذَكَرَ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ فِي الرَّجُلِ لَهُ عَلَى الرَّجُلِ مَالٌ فَوَكَّلَ وَكَيْلًا بِذَلِكَ الْمَالِ وَأَقَامَ الْوَكِيلُ الْبَيِّنَةَ عَلَيْهِ وَقَالَ الَّذِي عَلَيْهِ الْمَالُ قَدْ اسْتَوْفَاهُ صَاحِبُهُ فَإِنَّهُ يُقَالُ لَهُ ادْفَعْ الْمَالُ ثُمَّ اتَّبَعَ رَبُّ الْمَالِ فَاسْتَحْلَفَهُ.

قَالَ الْمُصَنِّفُ (لِأَنَّ الْوَكَالَتَ قَدْ ثَبَّتَتْ) يَعْنِي بِالْبَيِّنَةِ لِأَنَّ وَضْعَ الْمَسْأَلَةِ كَذَلِكَ (وَالْاسْتِيفَاءَ لَمْ يَثْبُتْ بِمَجَرَّدِ دَعْوَاهُ فَلَا يُؤْخَرُ الْحَقُّ) إِلَى تَحْلِيفِ رَبِّ الدَّيْنِ (ثُمَّ يَتَّبِعُ الْغَرِيمُ رَبَّ الدَّيْنِ فَيَسْتَحْلِفُهُ رِعَايَةً لِحَاجَتِهِ) فَإِنْ حَلَفَ مَضَى الْأَدَاءُ، وَإِنْ نَكَلَ يَتَّبِعُ الْقَابِضُ فَيَسْتَرِدُّ مَا قَبِضَ (وَلَا يُسْتَحْلَفُ الْوَكِيلُ لِأَنَّهُ نَائِبٌ) وَالنِّيَابَةُ لَا تُجْرَى فِي الْأَيْمَانِ.

وَقَالَ زُفَرٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: أَحْلَفَهُ عَلَى الْعِلْمِ، فَإِنْ نَكَلَ خَرَجَ عَنِ الْوَكَالَةِ وَالطَّالِبُ

على حُجَّتِهِ، لَأَنَّ الْوَكِيلَ لَوْ أَفْرَزَ بِذَلِكَ بَطَلَتْ وَكَالَتْهُ فَجَازَ أَنْ يَحْلِفَ عَلَيْهِ.
وَالْجَوَابُ: أَنَّ الْغَرِيمَ يَدْعِي حَقًّا عَلَى الْمُوَكَّلِ لَا عَلَى الْوَكِيلِ فَتَحْلِفُ الْوَكِيلُ
يَكُونُ نِيَابَةً وَهِيَ لَا تُجْرَى فِي الْأَيْمَانِ، بِخِلَافِ الْوَارِثِ يَحْلِفُ أَنْ لَا يَعْلَمَ اسْتِيفَاءَ
مُورَثِهِ لَأَنَّ الْحَقَّ ثَبَتَ لِلْوَارِثِ فَالِدَّعْوَى عَلَيْهِ وَالْيَمِينَ بِالْأَصَالَةِ.

قَالَ: (وَإِنْ وَكَّلَهُ بِعَيْبٍ فِي جَارِيَةٍ فَادَّعَى الْبَائِعُ رِضًا الْمُشْتَرِي لَمْ يَرُدَّ عَلَيْهِ حَتَّى
يَحْلِفَ الْمُشْتَرِي) بِخِلَافِهِ مَسْأَلَةُ الدِّينِ لَأَنَّ التَّدَارُكَ مُمَكِّنٌ هُنَاكَ بِاسْتِرْدَادِ مَا قَبَضَهُ
الْوَكِيلُ إِذَا ظَهَرَ الْخَطَأَ عِنْدَ تَكْوُلِهِ، وَهَهُنَا غَيْرُ مُمَكِّنٍ لَأَنَّ الْقَضَاءَ بِالْفُسْخِ مَاضٍ عَلَى
الصَّحَّةِ وَإِنْ ظَهَرَ الْخَطَأَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ كَمَا هُوَ مَذْهَبُهُ، وَلَا يَسْتَحْلِفُ
الْمُشْتَرِي عِنْدَهُ بَعْدَ ذَلِكَ لِأَنَّهُ لَا يُفِيدُ، وَأَمَّا عِنْدَهُمَا قَالُوا: يَجِبُ أَنْ يَتَّحِدَ الْجَوَابُ عَلَى هَذَا
فِي الْفَصْلَيْنِ وَلَا يُؤَخَّرُ، لَأَنَّ التَّدَارُكَ مُمَكِّنٌ عِنْدَهُمَا لِبُطْلَانِ الْقَضَاءِ.

وَقِيلَ الْأَصَحُّ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنْ يُؤَخَّرَ فِي الْفَصْلَيْنِ لِأَنَّهُ يَعْتَبَرُ النَّظَرُ
حَتَّى يَسْتَحْلِفَ الْمُشْتَرِي لَوْ كَانَ حَاضِرًا مِنْ غَيْرِ دَعْوَى الْبَائِعِ فَيَنْتَظِرُ لِلنَّظَرِ.

الشرح:

قَالَ (وَإِنْ وَكَّلَهُ بِعَيْبٍ فِي جَارِيَةٍ إلخ) إِذَا وَكَّلَ بِرَدِّ جَارِيَةٍ بِعَيْبٍ فَادَّعَى الْبَائِعُ
رِضًا الْمُشْتَرِي بِالْعَيْبِ لَمْ يَرُدَّ عَلَيْهِ حَتَّى يَحْلِفَ الْمُشْتَرِي، بِخِلَافِ مَا مَرَّ مِنْ مَسْأَلَةِ
الدِّينِ لَأَنَّ التَّدَارُكَ فِيهَا مُمَكِّنٌ بِاسْتِرْدَادِ مَا قَبَضَهُ الْوَكِيلُ إِذَا ظَهَرَ الْخَطَأَ عِنْدَ تَكْوُلِ
الْمُوَكَّلِ، وَأَمَّا هَاهُنَا فَغَيْرُ مُمَكِّنٍ لَأَنَّ الْعَقْدَ يَنْفَسَخُ بِالْقَضَاءِ، وَالْقَضَاءُ بِالْفُسْخِ مَاضٍ عَلَى
الصَّحَّةِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ لَأَنَّ الْقَضَاءَ فِي الْعُقُودِ وَالْفُسُوحِ يَنْفَعُ ظَاهِرًا وَبَاطِنًا وَإِنْ ظَهَرَ
الْخَطَأَ بِالتَّكْوُلِ، وَعَلَى هَذَا لَا يَحْلِفُ الْمُشْتَرِي عِنْدَهُ بَعْدَ ذَلِكَ لِأَنَّهُ لَمَّا مَضَى الْفُسْخُ وَلَا
يَرُدُّ بِالتَّكْوُلِ؛ لَمْ يَبْقَ فِيهِ إِلَّا اسْتِحْلَافُ فَائِدَةٍ.

وَأَعْتَرَضَ بِأَنَّ الْوَكِيلَ إِذَا رَدَّهَا عَلَى الْبَائِعِ بِالْعَيْبِ ثُمَّ حَضَرَ الْمُشْتَرِي وَادَّعَى
الرِّضَا بِالْعَيْبِ وَاسْتَرَدَّ الْجَارِيَةَ وَقَالَ الْبَائِعُ لَا سَبِيلَ لَكَ عَلَيْهَا لِأَنَّ الْقَاضِيَ نَقَضَ الْبَيْعَ
فَأَنَّهُ لَا يَلْتَفِتُ إِلَى قَوْلِ الْبَائِعِ، وَلَوْ كَانَ الْقَضَاءُ مَاضِيًا عَلَى الصَّحَّةِ لَمْ تَرُدَّ الْجَارِيَةَ عَلَى
الْمُشْتَرِي.

وَأُجِيبَ بِأَنَّ الرَّدَّ مَذْهَبُ مُحَمَّدٍ، فَأَمَّا عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ فَلَا سَبِيلَ لِلْأَمْرِ عَلَى

الْجَارِيَةِ. سَلَمْنَا أَنَّ هَذَا قَوْلُ الْكُلِّ، لَكِنَّ التَّقْضَ هَاهُنَا لَمْ يُوجِبْهُ دَلِيلٌ، وَإِنَّمَا كَانَ لِلْجَهْلِ
بِالدَّلِيلِ الْمُسْقُطِ لِلرَّدِّ وَهُوَ رِضَا الْأَمْرِ بِالْغَيْبِ ثُمَّ ظَهَرَ الدَّلِيلُ بِخِلَافِهِ بِتَصَادُقِهِمَا فِي
الْآخِرَةِ عَلَى وُجُودِ الرِّضَا مِنَ الْمُشْتَرِي، وَفِي مِثْلِهِ لَا يَنْفَعُ الْقَضَاءُ بَاطِنًا كَمَا لَوْ قَضَى
بِاجْتِهَادِهِ فِي حَادِثَةٍ وَثَمَّةٌ نَصٌّ بِخِلَافِهِ، وَقَالُوا هَذَا أَصَحُّ، فَأَمَّا عِنْدَهُمَا فَقَدْ قَالُوا يَجِبُ
أَنْ يَتَّخِذَ الْجَوَابُ عَلَى هَذَا: أَيُّ عَلَى هَذَا الْأَصْلِ الْمَذْكُورِ فِي الْفَصْلَيْنِ فَصْلُ الْجَارِيَةِ
وَالدَّيْنِ فَيُدْفَعُ الدَّيْنُ كَمَا تَقَدَّمَ وَثُرْدُ الْجَارِيَةِ، وَلَا يُؤَخَّرُ إِلَى تَحْلِيلِ الْمُشْتَرِي لِأَنَّ عَدَمَ
التَّأخيرِ إِلَى تَحْلِيلِ رَبِّ الدَّيْنِ إِنَّمَا كَانَ لِكُونِ التَّدَارُكِ مُمَكِّنًا عِنْدَ ظُهُورِ الْخَطَايَا وَذَلِكَ
مَوْجُودٌ فِي صُورَةِ الْجَارِيَةِ لِأَنَّ قَضَاءَ الْقَاضِي فِي مِثْلِ ذَلِكَ نَافِذٌ ظَاهِرًا لَا بَاطِنًا، فَإِذَا
ظَهَرَ خَطَأُ الْقَضَاءِ عِنْدَ نُكُولِ الْمُشْتَرِي رُدَّتْ الْجَارِيَةُ عَلَى الْمُشْتَرِي فَلَا يُؤَخَّرُ إِلَى
التَّحْلِيلِ. وَقِيلَ الْأَصَحُّ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ أَنْ يُؤَخَّرَ فِي الْفَصْلَيْنِ لِأَنَّهُ يُعْتَبَرُ النَّظَرُ لِلْبَائِعِ
حَتَّى يَسْتَحْلِفَ الْمُشْتَرِي إِنْ كَانَ حَاضِرًا مِنْ غَيْرِ دَعْوَى الْبَائِعِ فَيَنْتَظَرُ لِلنَّظَرِ لَهُ إِنْ كَانَ
غَائِبًا.

قَالَ: (وَمَنْ دَفَعَ إِلَى رَجُلٍ عَشْرَةَ دَرَاهِمٍ يُنْفِقُهَا عَلَى أَهْلِهِ فَأَنْفَقَ عَلَيْهِمْ عَشْرَةَ مِنْ
عِنْدِهِ فَالْعَشْرَةُ بِالْعَشْرَةِ) لِأَنَّ الْوَكِيلَ بِالْإِنْفَاقِ وَكَيْلَ بِالشَّرَاءِ وَالْحُكْمُ فِيهِ مَا ذَكَرْنَاهُ
وَقَدْ قَرَّرْنَاهُ فَهَذَا كَذَلِكَ. وَقِيلَ هَذَا اسْتِحْسَانٌ وَفِي الْقِيَاسِ لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ وَيَصِيرُ مُتَبَرِّعًا.
وَقِيلَ الْقِيَاسُ وَالْاسْتِحْسَانُ فِي قَضَاءِ الدَّيْنِ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِشِرَاءٍ، فَأَمَّا الْإِنْفَاقُ يَتَضَمَّنُ
الشَّرَاءَ فَلَا يَدْخُلَانِيهِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

الشرح:

قَالَ: (وَمَنْ دَفَعَ إِلَى رَجُلٍ عَشْرَةَ دَرَاهِمٍ يُنْفِقُهَا لِح) وَمَنْ دَفَعَ إِلَى آخَرَ عَشْرَةَ
دَرَاهِمٍ يُنْفِقُهَا عَنْ أَهْلِهِ فَأَنْفَقَ عَلَيْهِمْ عَشْرَةَ مِنْ مَالِهِ فَالْعَشْرَةُ الَّذِي أَنْفَقَهُ مِنْ مَالِهِ
بِمُقَابَلَةِ الْعَشْرَةِ الَّذِي أَخَذَهُ مِنَ الْمُوَكَّلِ لَا يَكُونُ مُتَبَرِّعًا فِيمَا أَنْفَقَ.

قِيلَ: هَذَا اسْتِحْسَانٌ. وَوَجْهُهُ أَنَّ الْوَكِيلَ بِالْإِنْفَاقِ وَكَيْلَ بِالشَّرَاءِ، وَالْحُكْمُ فِيهِ مَا
ذَكَرْنَاهُ مِنْ رُجُوعِ الْوَكِيلِ عَلَى الْمُوَكَّلِ بِمَا أَدَّى مِنَ الثَّمَنِ، وَقَدْ قَرَّرْنَاهُ: يَعْنِي فِي بَابِ
الْوَكَالَةِ بِالْبَيْعِ وَالشَّرَاءِ عِنْدَ قَوْلِهِ وَإِذَا دَفَعَ الْوَكِيلُ بِالشَّرَاءِ الثَّمَنَ مِنْ مَالِهِ وَقَبَضَ الْمَبِيعَ
فَلَهُ أَنْ يَرْجِعَ بِهِ عَلَى الْمُوَكَّلِ لِأَنَّهُ انْعَقَدَتْ بَيْنَهُمَا مُبَادَلَةٌ حُكْمِيَّةٌ، وَهَذَا أَيُّ مَا نَحْنُ فِيهِ

مِنَ التَّوَكِيلِ بِالْإِنْفَاقِ كَذَلِكَ، لِأَنَّ الْوَكِيلَ بِشِرَاءٍ مَا يَحْتَاجُ إِلَيْهِ الْأَهْلُ قَدْ يَضْطَرُّ إِلَى شِرَاءِ شَيْءٍ يَصْلُحُ لِنَفْسِهِمْ وَلَمْ يَكُنْ مَالُ الْمُتَوَكِّلِ مَعَهُ فِي تِلْكَ الْحَالَةِ فَيَحْتَاجُ إِلَى أَنْ يُؤَدِّيَ ثَمَنَهُ مِنْ مَالِ نَفْسِهِ، فَكَانَ فِي التَّوَكِيلِ بِذَلِكَ تَجْوِيزُ الاسْتِئْذَالِ، وَفِي الْقِيَاسِ لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ، وَيَصِيرُ مُتَبَرِّعًا فِيمَا أُتْفِقَ وَيَرُدُّ الدَّرَاهِمَ الْمَأْخُودَةَ مِنَ الْمُوَكَّلِ عَلَيْهِ، وَإِنْ اسْتَهْلَكَهَا ضَمِنَ لِأَنَّ الدَّرَاهِمَ تَتَعَيَّنُ فِي الْوَكَالَاتِ، حَتَّى لَوْ هَلَكَتْ قَبْلَ الْإِنْفَاقِ بَطَلَتْ الْوَكَالَةُ، فَإِذَا أُتْفِقَ مِنْ مَالِ نَفْسِهِ فَقَدْ أُتْفِقَ بِغَيْرِ أَمْرِهِ فَيَكُونُ مُتَبَرِّعًا.

وَقِيلَ: الْقِيَاسُ وَالْاسْتِحْسَانُ فِي قَضَاءِ الدَّيْنِ، وَهُوَ أَنْ يَدْفَعَ الْمَدْيُونُ إِلَى رَجُلٍ أَلْفًا وَيُوكِّلُهُ بِقَضَاءِ دَيْنِهِ بِهَا فَدَفَعَ الْوَكِيلُ غَيْرَ ذَلِكَ مِنْ مَالِ نَفْسِهِ قَضَاءً عَنْهُ فَإِنَّهُ فِي الْقِيَاسِ مُتَبَرِّعٌ، حَتَّى إِذَا أَرَادَ الْمَأْمُورُ أَنْ يَحْبِسَ الْأَلْفَ الَّتِي دَفَعَتْ إِلَيْهِ لَا يَكُونُ لَهُ ذَلِكَ. وَفِي الْاسْتِحْسَانِ لَهُ ذَلِكَ وَلَيْسَ بِمُتَبَرِّعٍ، وَذَلِكَ لِأَنَّ قَضَاءَ الدَّيْنِ لَيْسَ بِشِرَاءٍ فَلَا يَكُونُ الْأَمْرُ رَاضِيًا بِثُبُوتِ الدَّيْنِ فِي ذِمَّةِ الْوَكِيلِ، فَلَوْ لَمْ يُجْعَلْ مُتَبَرِّعًا لَأَلْزَمَتْهُ ذِمَّتُهُ لَمْ يَرْضَ بِهِ فَجَعَلْنَاهُ مُتَبَرِّعًا قِيَاسًا.

فَأَمَّا الْإِنْفَاقُ فَيَتَضَمَّنُ الشِّرَاءَ لِأَنَّهُ أَمْرٌ بِالْإِنْفَاقِ وَهُوَ أَمْرٌ بِشِرَاءِ الطَّعَامِ وَالشِّرَاءِ لَا يَتَعَلَّقُ بِعَيْنِ الدَّرَاهِمِ الْمَدْفُوعَةِ إِلَيْهِ بَلْ بِمِثْلِهَا فِي الذِّمَّةِ، ثُمَّ ثَبَتَ لَهُ حَقُّ الرُّجُوعِ عَلَى الْأَمْرِ فَكَانَ رَاضِيًا بِثُبُوتِ الدَّيْنِ فَلَمْ يُجْعَلْ مُتَبَرِّعًا قِيَاسًا أَيْضًا، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

بَابُ عَزْلِ الْوَكِيلِ

قَالَ: (وَلِلْمُوَكَّلِ أَنْ يَعْزِلَ الْوَكِيلَ عَنِ الْوَكَالَةِ) لِأَنَّ الْوَكَالَاتِ حَقُّهُ فَلَهُ أَنْ يُبْطِلَهُ، إِلَّا إِذَا تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّ الْغَيْرِ بِأَنْ كَانَ وَكِيلًا بِالْخُصُومَةِ يُطْلَبُ مِنْ جِهَةِ الطَّالِبِ لَمَّا فِيهِ مِنْ إِبْطَالِ حَقِّ الْغَيْرِ، وَصَارَ كَالْوَكَالَةِ الَّتِي تَضْمَنُهَا عَقْدُ الرِّهْنِ.

الشرح:

(بَابُ عَزْلِ الْوَكِيلِ): وَجْهُ تَأْخِيرِ بَابِ الْعَزْلِ ظَاهِرٌ لَا يَحْتَاجُ إِلَى بَيَانٍ. وَاعْلَمْ أَنَّ الْوَكِيلَ إِنْ كَانَ لِلطَّالِبِ فَعَزْلُهُ صَحِيحٌ خَصَرَ الْمَطْلُوبُ أَوْ لَا، لِأَنَّ الطَّالِبَ بِالْعَزْلِ يَبْطُلُ حَقُّهُ وَهُوَ لَا يَتَوَقَّفُ عَلَى حُضُورِ غَيْرِهِ وَهُوَ الْمَذْكُورُ أَوَّلًا وَإِنْ كَانَ لِلْمَطْلُوبِ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ يُطْلَبُ مِنْ جِهَةِ الطَّالِبِ أَوْ مَنْ يَقُومُ مَقَامَهُ مِثْلُ الْقَاضِي فَكَذَلِكَ. وَإِنْ كَانَ، فَأَمَّا إِنْ عَلِمَ الْوَكِيلُ بِالْوَكَالَةِ أَوْ لَا: فَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ فَكَذَلِكَ لِأَنَّهُ لَا تَفَادَ لِلْوَكَالَةِ قَبْلَ

عَلِمَ الْوَكِيلُ فَكَانَ الْعَزْلُ امْتِنَاعًا وَهَذَا لَمْ يَذْكُرْهُ الْمُصَنِّفُ، وَإِنْ عَلِمَ وَلَمْ يَرُدَّهَا لَمْ يَصِحَّ فِي غَيْبَةِ الطَّالِبِ لِأَنَّ بِالتَّوَكُّلِ ثَبَتَ لَهُ حَقُّ إِحْضَارِهِ فِي مَجْلَسِ الْحُكْمِ وَإِثْبَاتُ الْحَقِّ عَلَيْهِ، وَبِالْعَزْلِ حَالُ غَيْبَتِهِ يُبْطَلُ ذَلِكَ وَهُوَ الْمَذْكُورُ فِي الْكِتَابِ مُسْتَثْنًى، وَصَحَّ بِحَضْرَتِهِ لِأَنَّ الْحَقَّ لَا يَبْطُلُ، لِأَنَّهُ إِنْ كَانَ لَا يُمَكِّنُهُ الْخُصُومَةُ مَعَ الْوَكِيلِ يُمَكِّنُهُ الْخُصُومَةُ مَعَ الْمُوَكَّلِ وَيُمَكِّنُهُ طَلَبُ نَصَبِ وَكِيلٍ آخَرَ مِنْهُ، وَلَمْ يَذْكُرْهَا الْمُصَنِّفُ لِأَنَّ دَلِيلَهُ يُلَوِّحُ إِلَيْهِ لِأَنَّهُ قَالَ لَمَّا فِيهِ مِنْ إِبْطَالِ حَقِّ الْغَيْرِ وَهَاهُنَا لَا إِبْطَالُ كَمَا ذَكَرْتَاهُ (قَوْلُهُ فَصَارَ) أَيُّ فَصَارَ التَّوَكُّلُ مِنْ جِهَةِ الْمَطْلُوبِ إِذَا كَانَ بِطَلَبٍ مِنْ جِهَةِ الطَّالِبِ (كَالْوَكَالَةِ الَّتِي تَضْمَنُهَا عَقْدُ الرَّهْنِ) بِأَنْ وَضَعَ الرَّهْنُ عَلَى يَدَيَّ عَدْلٍ وَشَرَطَ فِي الرَّهْنِ أَنْ يَكُونَ الْعَدْلُ مُسَلِّطًا عَلَى الْبَيْعِ ثُمَّ أَرَادَ الرَّاهِنُ أَنْ يَعْزَلَ الْعَدْلَ عَنِ الْبَيْعِ لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ لِأَنَّ الْبَيْعَ صَارَ حَقًّا لِلْمُرْتَهِنِ وَبِالْعَزْلِ يَبْطُلُ هَذَا الْحَقُّ.

فَإِنْ قِيلَ: عَزَلَ الرَّاهِنُ الْعَدْلَ عَنِ الْبَيْعِ لَا يَصِحُّ وَإِنْ كَانَ بِحَضْرَةِ الْمُرْتَهِنِ مَا لَمْ يَرْضَ بِهِ، بِخِلَافِ عَزْلِ الْمُوَكَّلِ وَكَيْلِهِ بِالْخُصُومَةِ فَإِنَّهُ صَحِيحٌ إِذَا كَانَ بِحَضْرَةِ الطَّالِبِ رَضِيَ بِهِ أَوْ لَا، وَلَوْ كَانَتْ مُتَشَابِهَتَيْنِ لَمَّا وَقَعَتْ بَيْنَهُمَا هَذِهِ التَّفْرِقَةُ. أُجِيبَ بِأَنْ مَدَارَ جَوَازِ الْعَزْلِ وَعَدَمِهِ عَلَى بُطْلَانِ الْحَقِّ وَعَدَمِهِ فَإِذَا بَطَلَ الْحَقُّ بَطَلَ الْعَزْلُ، وَفِي الْوَكِيلِ بِالْخُصُومَةِ لَمْ يَبْطُلِ الْحَقُّ بِالْعَزْلِ بِحَضْرَتِهِ لَمَّا تَقَدَّمَ فَكَانَ جَائِزًا، وَأَمَّا فِي مَسْأَلَةِ الرَّهْنِ فَلَوْ صَحَّ الْعَزْلُ بِحَضْرَةِ الْمُرْتَهِنِ بَطَلَ حَقُّهُ فِي الْبَيْعِ أَصْلًا إِذْ لَا يُمَكِّنُ أَنْ يُطَالَبَ الرَّاهِنُ بِالْبَيْعِ.

قَالَ (فَإِنْ لَمْ يَبْلُغْهُ الْعَزْلُ فَهُوَ عَلَى وَكَالَتِهِ وَتَصَرُّفُهُ جَائِزٌ حَتَّى يَعْلَمَ) لِأَنَّ فِي الْعَزْلِ إِضْرَارًا بِهِ مِنْ حَيْثُ إِبْطَالُ وَلَايَتِهِ أَوْ مِنْ حَيْثُ رُجُوعُ الْحَقُوقِ إِلَيْهِ فَيَنْقُذُ مِنْ مَالِ الْمُوَكَّلِ وَيَسْلَمُ الْمَبِيعَ فَيَضْمَنُهُ فَيَتَضَرَّرُ بِهِ، وَيَسْتَوِي الْوَكِيلُ بِالتَّكَاحِ وَغَيْرِهِ لِلْوَجْهِ الْأَوَّلِ، وَقَدْ ذَكَرْنَا اشْتِرَاطَ الْعَدَدِ أَوِ الْعَدَالَةِ فِي الْمَخْبَرِ فَلَا نُعِيدُهُ.

الشرح:

قَالَ: (فَإِنْ لَمْ يَبْلُغْهُ الْعَزْلُ فَهُوَ عَلَى وَكَالَتِهِ إلخ) إِذَا عَزَلَ الْوَكِيلَ وَلَمْ يَبْلُغْهُ عَزْلُهُ فَهُوَ عَلَى وَكَالَتِهِ وَتَصَرُّفُهُ جَائِزٌ حَتَّى يَعْلَمَ لِأَنَّ فِي عَزْلِهِ إِضْرَارًا بِهِ مِنْ وَجْهَيْنِ: أَحَدُهُمَا مِنْ حَيْثُ بُطْلَانُ وَلَايَتِهِ لِأَنَّ الْوَكِيلَ يَتَصَرَّفُ عَلَى ادِّعَاءِ أَنْ لَهُ وَلَايَةُ ذَلِكَ،

وَفِي الْعَزْلِ مِنْ غَيْرِ عِلْمِهِ تَكْذِيبٌ لَهُ فِيمَا ادَّعَاهُ لِبُطْلَانِ وَلَايَتِهِ، وَضَرَرُ التَّكْذِيبِ ظَاهِرٌ لَا مَحَالَةَ. وَالثَّانِي مِنْ حَيْثُ رُجُوعُ الْحُقُوقِ إِلَيْهِ فَإِنَّهُ يَنْقُذُ مِنْ مَالِ الْمُوَكَّلِ إِنْ كَانَ وَكِيلًا بِالشَّرَاءِ وَيُسَلِّمُ الْمَبِيعَ إِنْ كَانَ وَكِيلًا بِالْبَيْعِ، فَإِذَا كَانَ مَعْزُولًا كَانَ التَّصَرُّفُ وَأَقْعَا لَهُ بَعْدَ الْعَزْلِ فَيُضْمَنُهُ فَيَتَضَرَّرُ بِهِ، وَالْوَكِيلُ بِالنِّكَاحِ وَغَيْرِهِ سَيِّانٌ فِي الْوَجْهِ الْأَوَّلِ، وَقَدْ ذَكَرْنَا اشْتِرَاطَ الْعَدَدِ أَوْ الْعَدَالَةِ فِي الْمُخِيرِ فِي فَصْلِ الْقَضَاءِ بِالْمَوَارِيثِ فِي كِتَابِ أَدَبِ الْقَاضِي فَلَا يَحْتَاجُ إِلَى الْإِعَادَةِ.

قَالَ: (وَيَبْطُلُ الْوَكَالَةُ بِمَوْتِ الْمُوَكَّلِ وَجُنُونِهِ جُنُونًا مُطَبَّقًا وَلِحَاقِهِ بِدَارِ الْحَرْبِ مُرْتَدًّا) لِأَنَّ التَّوَكِيلَ تَصَرُّفٌ غَيْرُ لَازِمٍ فَيَكُونُ لِدَوَامِهِ حُكْمٌ ابْتِدَائِيٌّ فَلَا بُدَّ مِنْ قِيَامِ الْأَمْرِ وَقَدْ بَطَلَ بِهَذِهِ الْعَوَارِضِ، وَشَرَطُ أَنْ يَكُونَ الْجُنُونُ مُطَبَّقًا لِأَنَّ قَلِيلَهُ بِمَنْزِلَةِ الْإِغْمَاءِ، وَحَدُّ الْمَطْبِقِ شَهْرٌ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ اعْتِبَارًا بِمَا يَسْقُطُ بِهِ الصَّوْمُ. وَعَنْهُ أَكْثَرُ مِنْ يَوْمٍ وَلَيْلَةٍ لِأَنَّهُ تَسْقُطُ بِهِ الصَّلَوَاتُ الْخَمْسُ فَصَارَ كَالْمَيِّتِ.

وَقَالَ مُحَمَّدٌ: حَوْلَ كَامِلٍ لِأَنَّهُ يَسْقُطُ بِهِ جَمِيعُ الْعِبَادَاتِ فَقَدَرَهُ بِهَاجِتَاتِهِ.

قَالُوا: الْحُكْمُ الْمَذْكُورُ فِي اللَّحَاقِ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ لِأَنَّ تَصَرُّفَاتِ الْمُرْتَدِّ مَوْفُوقَةٌ عِنْدَهُ فَكَذَا وَكَأَلْتُهُ، فَإِنْ أَسْلَمَ نَفَذَ، وَإِنْ قُتِلَ أَوْ لَحِقَ بِدَارِ الْحَرْبِ بَطَلَتِ الْوَكَالَةُ، فَأَمَّا عِنْدَهُمَا تَصَرُّفَاتُهُ نَافِذَةٌ فَلَا تَبْطُلُ وَكَأَلْتُهُ إِلَّا أَنْ يَمُوتَ أَوْ يُقْتَلَ عَلَى رِدَّتِهِ أَوْ يُحْكَمَ بِلِحَاقِهِ وَقَدْ مَرَّ فِي السَّيْرِ.

الشرح:

قَالَ (وَيَبْطُلُ الْوَكَالَةُ بِمَوْتِ الْمُوَكَّلِ إلخ) قَدْ تَقَدَّمَ أَنَّ مِنَ الْوَكَالَةِ مَا يَجُوزُ لِلْمُوَكَّلِ فِيهِ أَنْ يَعْزِلَ الْوَكِيلَ مِنْ غَيْرِ تَوَقُّفٍ عَلَى رِضَا أَحَدٍ، وَمِنْهَا مَا لَا يَجُوزُ ذَلِكَ فِيهِ إِلَّا بِرِضَا الطَّالِبِ، فَفِي الْأَوَّلِ تَبْطُلُ الْوَكَالَةُ بِمَوْتِ الْمُوَكَّلِ وَجُنُونِهِ جُنُونًا مُطَبَّقًا وَلِحَاقَهُ بِدَارِ الْحَرْبِ مُرْتَدًّا، لِأَنَّ التَّوَكِيلَ تَصَرُّفٌ غَيْرُ لَازِمٍ، إِذِ اللَّزُومُ عِبَارَةٌ عَمَّا يَتَوَقَّفُ وَجُودُهُ عَلَى الرِّضَا مِنَ الْجَانِبَيْنِ، وَهَهُنَا لَيْسَ كَذَلِكَ لِأَنَّ كُلًّا مِنْهُمَا يَنْفَرِدُ فِي فُسْخِهَا، فَإِنَّ لِلْوَكِيلِ أَنْ يَمْنَعَ نَفْسَهُ عَنِ الْوَكَالَةِ وَلِلْمُوَكَّلِ أَنْ يَمْنَعَ الْوَكِيلَ عَنْهَا، وَكُلُّ تَصَرُّفٍ غَيْرُ لَازِمٍ لِدَوَامِهِ حُكْمٌ ابْتِدَائِيٌّ، لِأَنَّ الْمُتَصَرِّفَ بِسَبِيلٍ مِنْ نَقْضِهِ فِي كُلِّ لَحْظَةٍ فَصَارَ كَأَنَّهُ يَتَجَدَّدُ عَقْدُ الْوَكَالَةِ فِي كُلِّ سَاعَةٍ فَيَنْتَهِي فَكَانَ كُلُّ جُزْءٍ مِنْهُ بِمَنْزِلَةِ ابْتِدَاءِ الْعَقْدِ، وَلَا

بُدَّ فِي ذَلِكَ مِنَ الْأَمْرِ فَكَذَا فِيمَا هُوَ بِمَنْزِلَتِهِ، وَقَدْ بَطُلَ الْأَمْرُ بِهَذِهِ الْعَوَارِضِ فَلَا تَبْقَى الْوَكَالَةُ مِنْ هَؤُلَاءِ كَمَا لَا تَتَعَقَّدُ مِنْهُمْ ابْتِدَاءً، وَتُوقِضُ بِالْبَيْعِ بِالْخِيَارِ فَإِنَّهُ غَيْرُ لَازِمٍ وَيَتَقَرَّرُ بِالْمَوْتِ.

وَأُجِيبَ بِأَنَّ الْأَصْلَ فِي الْبَيْعِ اللَّزُومُ وَعَدَمُهُ لِعَارِضِ الْخِيَارِ، فَإِذَا مَاتَ بَطُلَ الْعَارِضُ وَتَقَرَّرَ الْأَصْلُ، وَفِي الثَّانِي لَا تَبْطُلُ فَلَا تَبْطُلُ فِي صُورَةِ تَسْلِيطِ الْعَدْلِ عَلَى بَيْعِ الرَّهْنِ، وَفِيمَا إِذَا جَعَلَ أَمْرَ امْرَأَتِهِ يَدِّهَا لِأَنَّ التَّوَكِيلَ فِي هَذَا النَّوعِ صَارَ لَازِمًا لَتَعَلُّقِ حَقِّ الْغَيْرِ بِهِ فَلَا يَكُونُ لِدَوَامِهِ حُكْمُ ابْتِدَائِهِ فَلَا يَلْزَمُ بَقَاءُ الْأَمْرِ.

وَكَلَامُ الْمُصَنِّفِ عَنْ بَيَانِ التَّقْسِيمِ سَاكِتٌ وَهُوَ مِمَّا لَا بُدَّ مِنْهُ. وَالْجُنُونُ الْمُطْبِقُ بِكُسْرِ الْبَاءِ هُوَ الدَّائِمُ، وَشَرَطَ الْإِطْبَاقَ فِي الْجُنُونِ لِأَنَّ قَلِيلَهُ بِمَنْزِلَةِ الْإِغْمَاءِ فَلَا تَبْطُلُ بِهِ الْوَكَالَةُ.

وَحَدُّ الْمُطْبِقِ شَهْرٌ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ.

وَرَوَى ذَلِكَ أَبُو بَكْرٍ الرَّازِيُّ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ اعْتِبَارًا بِمَا يَسْقُطُ بِهِ الصَّوْمُ، وَعَنْهُ أَكْثَرُ مِنْ يَوْمٍ وَلَيْلَةٍ لِأَنَّهُ تَسْقُطُ بِهِ الصَّلَوَاتُ الْخَمْسُ فَصَارَ كَالْمَيْتِ وَهُوَ رَوَايَةٌ عَنْ مُحَمَّدٍ.

وَقَالَ مُحَمَّدٌ آخَرًا: حَوْلَ كَامِلٍ لِأَنَّهُ يَسْقُطُ بِهِ جَمِيعُ الْعِبَادَاتِ فَقَدَّرَ بِهِ اخْتِيَاطًا. قَالَ الْمَشَائِخُ: الْحُكْمُ الْمَذْكُورُ فِي اللَّحَاقِ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ لِأَنَّ تَصَرُّفَاتِ الْمُرْتَدِّ عِنْدَهُ مَوْقُوفَةٌ وَالْوَكَالَةُ مِنْ جُمْلَتِهَا فَتَكُونُ مَوْقُوفَةً، فَإِنْ أَسْلَمَ نَفَذَتْ، وَإِنْ قُتِلَ أَوْ لَحِقَ بِدَارِ الْحَرْبِ بَطَلَتْ، فَأَمَّا عِنْدَهُمَا فَتَصَرُّفَاتُهُ جَائِزَةٌ فَلَا تَبْطُلُ وَكَأَلْتُهُ إِلَّا أَنْ يَمُوتَ أَوْ يُقْتَلَ عَلَى رِدَّتِهِ أَوْ يُحْكَمَ بِلِحَاقِهِ حَتَّى يَسْتَقِرَّ أَمْرُ اللَّحَاقِ، وَقَدْ مَرَّ فِي السَّيْرِ: أَيُّ كَوْنُ تَصَرُّفِ الْمُرْتَدِّ مَوْقُوفًا أَوْ نَافِذًا فِي بَابِ أَحْكَامِ الْمُرْتَدِّينَ.

وَأِنْ كَانَ الْمُوَكَّلُ امْرَأَةً فَارْتَدَّتْ فَالْوَكِيلُ عَلَى وَكَالَتِهِ حَتَّى تَمُوتَ أَوْ تَلْحَقَ بِدَارِ الْحَرْبِ لِأَنَّ رِدَّتَهَا لَا تُؤَثِّرُ فِي عُقُودِهَا عَلَى مَا عُرِفَ.

الشرح:

وَأِنْ كَانَ الْمُوَكَّلُ امْرَأَةً فَارْتَدَّتْ فَالْوَكِيلُ وَكِيلٌ حَتَّى تَمُوتَ أَوْ تَلْحَقَ بِدَارِ الْحَرْبِ، لِأَنَّ رِدَّتَهَا لَا تُؤَثِّرُ فِي عُقُودِهَا لِأَنَّهَا لَا تُقْتَلُ، مَا خَلَا التَّوَكِيلَ بِالتَّزْوِيجِ فَإِنَّ

رَدَّتْهَا تُخْرِجُ الْوَكِيلَ بِهِ مِنَ الْوَكَالَةِ، لِأَنَّهَا حِينَ كَانَتْ مَالِكَةً لِلْعَقْدِ وَقَتَ التَّوَكُّلِ تَثْبُتُ الْوَكَالَةُ فِي الْحَالِ ثُمَّ بِرَدَّتْهَا تَخْرُجُ مِنْ أَنْ تَكُونَ مَالِكَةً لِلْعَقْدِ فَيَكُونُ ذَلِكَ عَزْلًا مِنْهَا لَوَكِيلِهَا، فَبَعْدَمَا انْعَزَلَ لَا يَعُودُ وَكِيلًا إِلَّا بِالتَّجْدِيدِ.

قَالَ (وَإِذَا وَكَّلَ الْمُكَاتَّبُ ثُمَّ عَجَزَ أَوْ الْمَأْذُونُ لَهُ ثُمَّ حُجِرَ عَلَيْهِ أَوْ الشَّرِيكَانِ فَافْتَرَقَا، فَهَذِهِ الْوُجُوهُ تُبْطَلُ الْوَكَالَةُ عَلَى الْوَكِيلِ، عِلْمٌ أَوْ لَمْ يَعْلَمْ) لَمَّا ذَكَرْنَا أَنَّ بَقَاءَ الْوَكَالَةِ يَعْتَمِدُ قِيَامَ الْأَمْرِ وَقَدْ بَطَلَ بِالْحَجَرِ وَالْعَجْزِ وَالْإِفْتِرَاقِ، وَلَا فَرْقَ بَيْنَ الْعِلْمِ وَعَدَمِهِ لِأَنَّ هَذَا عَزْلٌ حُكْمِيٌّ فَلَا يَتَوَقَّفُ عَلَى الْعِلْمِ كَالْوَكِيلِ بِالْبَيْعِ إِذَا بَاعَهُ الْمُوَكَّلُ.

الشرح:

قَالَ: (وَإِذَا وَكَّلَ الْمُكَاتَّبُ ثُمَّ عَجَزَ إلخ) وَإِذَا وَكَّلَ الْمُكَاتَّبُ ثُمَّ عَجَزَ أَوْ الْعَبْدُ الْمَأْذُونُ لَهُ ثُمَّ حُجِرَ عَلَيْهِ وَكَانَ التَّوَكُّلُ بِالْبَيْعِ أَوْ الشَّرَاءِ بَطَلَتْ الْوَكَالَةُ، عِلْمٌ بِذَلِكَ الْوَكِيلُ أَوْ لَمْ يَعْلَمْ. وَإِذَا وَكَّلَ أَحَدُ الشَّرِيكََيْنِ ثَلَاثًا بِشَيْءٍ مِمَّا لَمْ يَلِهْ بِنَفْسِهِ فَافْتَرَقَا فَكَذَلِكَ لَمَّا ذَكَرْنَا أَنَّ بَقَاءَ الْوَكَالَةِ يَعْتَمِدُ قِيَامُ الْأَمْرِ وَقَدْ بَطَلَ بِالْعَجْزِ وَالْحَجَرِ وَالْإِفْتِرَاقِ، وَلَا فَرْقَ بَيْنَ الْعِلْمِ وَعَدَمِهِ لِأَنَّهُ عَزْلٌ حُكْمِيٌّ فَلَا يَتَوَقَّفُ عَلَى الْعِلْمِ، كَالْوَكِيلِ بِالْبَيْعِ إِذَا بَاعَهُ الْمُوَكَّلُ، وَأَمَّا إِذَا وَكَّلَ الْمُكَاتَّبُ أَوْ الْمَأْذُونُ لَهُ بِقَضَاءِ الدَّيْنِ أَوْ التَّقَاضِي فَإِنَّهَا لَا تُبْطَلُ بِالْعَجْزِ وَالْحَجَرِ لِأَنَّ الْعَبْدَ مُطَالِبٌ بِإِيْفَاءِ مَا وَلِيَهُ، وَلَهُ وَلَايَةُ مُطَالَبَةٍ اسْتِيفَاءِ مَا وَجَبَ لَهُ لِأَنَّ وَجُوبَهُ كَانَ بِعَقْدِهِ، فَإِذَا بَقِيَ حَقُّهُ بَقِيَ وَكِيلُهُ عَلَى الْوَكَالَةِ كَمَا لَوْ وَكَّلَهُ ابْتِدَاءً بَعْدَ الْحَجَرِ بَعْدَ انْعِقَادِ الْعَقْدِ بِمُبَاشَرَتِهِ، وَكَذَا إِذَا وَكَّلَ أَحَدُ الْمُتَفَاوِضِينَ وَكِيلًا بِشَيْءٍ هُوَ وَلِيُّهُ ثُمَّ افْتَرَقَا وَاقْتَسَمَا وَأَشْهَدَا أَنَّهُ لَا شَرَكَةَ بَيْنَهُمَا ثُمَّ أَمَضَى الْوَكِيلُ مَا وَكَّلَ بِهِ وَهُوَ يَعْلَمُ أَوْ لَا يَعْلَمُ جَازَ ذَلِكَ عَلَيْهِمَا، لِأَنَّ تَوَكُّلَ أَحَدِهِمَا فِي حَالِ بَقَاءِ عَقْدِ الْمُفَاوِضَةِ كَتَوَكُّلِهَا فَصَارَ وَكِيلًا مِنْ جِهَتَيْهِمَا جَمِيعًا فَلَا يَنْعَزِلُ بِنَقْضِهَا الشَّرَكَةَ بَيْنَهُمَا، وَكَذَا فِي الْمَبْسُوطِ.

وَلَقَائِلُ أَنْ يَقُولَ: هَذَا لَا يَفْضَلُ بَيْنَ مَا وَلِيَهُ وَبَيْنَ مَا لَمْ يَلِهْ، فَمَا الْفَارِقُ؟ وَالْجَوَابُ أَنَّ أَحَدَ الْمُتَفَاوِضِينَ إِذَا وَكَّلَ فِيمَا وَلِيَهُ كَانَ لَتَوَكُّلِهِ جِهَتَانِ: جِهَةٌ مُبَاشَرَتِهِ، وَجِهَةٌ كَوْنِهِ شَرِيكًا، فَإِنْ بَطَلَتْ جِهَةٌ كَوْنِهِ شَرِيكًا بفسخ الشَّرَكَةِ لَمْ تُبْطَلِ الْأُخْرَى وَهِيَ مُسْتَنَدَةٌ إِلَى حَالِ الْمُفَاوِضَةِ، وَتَوَكُّلُ أَحَدِهِمَا فِيهَا كَتَوَكُّلِهَا فَتَبْقَى فِي حَقِّهَا،

وَإِذَا وَكَّلَ فِيمَا لَمْ يَلِهِ كَانَ لِتَوْكِيلِهِ جِهَةٌ كَوْنَهُ شَرِيكًا لَا غَيْرُ وَقَدْ بَطَلَتْ بِفَسْخِ الشَّرِكَةِ فَتَبْطُلُ فِي حَقِّهِمَا جَمِيعًا، وَإِذَا وَكَّلَ أَحَدُ شَرِيكَيْ الْعَنَانِ وَكَيْلًا يَبِيعُ شَيْءًا مِنْ شَرِكَتِهِمَا جَارَ عَلَيْهِ وَعَلَى صَاحِبِهِ اسْتِحْسَانًا لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فِي حَقِّ صَاحِبِهِ كَوَكِيلٍ مَأْذُونٍ بِالتَّوَكُّيلِ لِتَحْصِيلِ مَا هُوَ الْمَقْصُودُ وَهُوَ الرِّبْحُ فَإِنَّهُ قَدْ لَا يَحْصُلُ بِتَصَرُّفِ وَاحِدٍ وَحُصُولُهُ بِاِثْنَيْنِ، وَكَلَامُ الْمُصَنِّفِ سَاكِتٌ عَنِ التَّفْصِيلِ فِي الْمَسْأَلَتَيْنِ جَمِيعًا كَمَا تَرَى، وَفِيهِ مَا فِيهِ.

وَقَدْ أَوَّلَ بَعْضُ الشَّارِحِينَ كَلَامَ الْقُدُورِيِّ فِي افْتِرَاقِ الشَّرِيكَيْنِ بِأَنَّ الْمُرَادَ بِهِ هُوَ الْوَكَالَةُ الَّتِي كَانَتْ فِي ضِمْنِ عَقْدِ الشَّرِكَةِ، فَإِنَّهُمَا إِذَا افْتَرَقَا بَطَلَتْ الشَّرِكَةُ التَّضَمُّنَةُ لَهَا فَتَبْطُلُ مَا كَانَتْ فِي ضِمْنِهَا، هَذَا عَلَى تَقْدِيرِ صِحَّتِهِ يَخْتَصُّ بِمَسْأَلَةِ الشَّرِكَةِ لَا غَيْرُ عَلَى أَنَّهُ مُخَالَفٌ لِعِبَارَةِ الْكِتَابِ.

قَالَ: (وَإِذَا مَاتَ الْوَكِيلُ أَوْ جُنَّ جُنُونًا مُطَبِقًا بَطَلَتِ الْوَكَالَةُ) لِأَنَّهُ لَا يَصِحُّ أَمْرُهُ بَعْدَ جُنُونِهِ وَمَوْتِهِ.

الشرح:

قَالَ (وَإِذَا مَاتَ الْوَكِيلُ أَوْ جُنَّ جُنُونًا مُطَبِقًا إلخ) لَمَّا فَرَعَ مِنَ الْعَوَارِضِ الْمُبْطِلَةِ لِلْوَكَالَةِ مِنْ جَانِبِ الْمُوَكَّلِ شَرَعَ فِيهَا مِنْ جَانِبِ الْوَكِيلِ، فَإِذَا مَاتَ الْوَكِيلُ أَوْ جُنَّ جُنُونًا مُطَبِقًا بَطَلَتِ الْوَكَالَةُ لِأَنَّهُ لَا يَصِحُّ أَمْرُهُ بَعْدَ مَوْتِهِ وَجُنُونِهِ، وَالْأَمْرُ مُصَدَّرٌ مُضَافٌ إِلَى الْمَفْعُولِ، وَمَعْنَاهُ الْأَمْرُ الَّذِي كَانَ مَأْمُورًا بِهِ لَمْ يَنْقُ صَحِيحًا، وَإِنَّمَا عَبَّرَ عَنْهُ بِذَلِكَ لَمَّا ذَكَرْنَا أَنَّ لِدَوَامِهِ حُكْمَ الْإِبْتِدَاءِ.

(وَإِنْ لَحِقَ بِدَارِ الْحَرْبِ مُرْتَدًّا) لَمْ يَجْزُ لَهُ التَّصَرُّفُ إِلَّا أَنْ يَعُودَ مُسْلِمًا قَالَ: وَهَذَا عِنْدَ مُحَمَّدٍ، فَأَمَّا عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ لَا تَعُودُ الْوَكَالَةُ.

لِمُحَمَّدٍ أَنَّ الْوَكَالَةَ إِطْلَاقٌ لِأَنَّهُ رُفِعَ الْمَانِعُ. أَمَّا الْوَكِيلُ يَتَصَرَّفُ بِمَعَانٍ قَائِمَةٍ بِهِ وَإِنَّمَا عَجَزَ بِعَارِضِ اللَّحَاقِ لِتَبَايُنِ الدَّارَيْنِ، فَإِذَا زَالَ الْعَجْزُ وَالْإِطْلَاقُ بَاقٍ عَادَ وَكَيْلًا. وَلِأَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ إِبْتَاتٌ وَلَايَةُ التَّنْفِيدِ، لِأَنَّ وَلَايَةَ أَصْلِ التَّصَرُّفِ بِأَهْلِيَّتِهِ وَوَلَايَةُ التَّنْفِيدِ بِالْمَلِكِ وَبِاللَّحَاقِ لِحَقِّ بِالْأَمْوَاتِ وَبَطَلَتِ الْوَلَايَةُ فَلَا تَعُودُ كَمَلِكِهِ فِي أَمِّ الْوَلَدِ وَالْمُدَبِّرِ.

الشرح:

وَأَنَّ لِحَقِّ بِدَارِ الْحَرْبِ مُرْتَدًّا لَمْ يَجْزُ أَنْ يَتَصَرَّفَ فِيهَا وَكُلٌّ بِهِ إِلَّا أَنْ يَعُودَ مُسْلِمًا. قَالَ الْمُصَنِّفُ: وَهَذَا عِنْدَ مُحَمَّدٍ، فَأَمَّا عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ فَلَا تَعُودُ الْوَكَالَةُ وَإِنْ عَادَ مُسْلِمًا. لِمُحَمَّدٍ أَنَّ التَّوَكِيلَ إِطْلَاقٌ لِأَنَّهُ رَفَعَ الْمَانِعَ، وَمَعْنَاهُ أَنَّ الْوَكِيلَ كَانَ مَمْنُوعًا شَرْعًا أَنْ يَتَصَرَّفَ فِي شَيْءٍ لِمُوكِّلِهِ، فَإِذَا وَكَّلَهُ رَفَعَ الْمَانِعَ، وَأَمَّا أَنْ يَحْدُثُ فِيهِ أَهْلِيَّةٌ وَوَلَايَةٌ فَلَيْسَ كَذَلِكَ، فَإِنَّهُ يَتَصَرَّفُ بِمَعَانٍ قَائِمَةٍ بِهِ وَهِيَ الْعَقْلُ وَالْقَصْدُ إِلَى ذَلِكَ التَّصَرُّفِ وَالذِّمَّةُ الصَّالِحَةُ لَهُ، وَالْإِطْلَاقُ بَاقٍ مِنْ جِهَةِ الْمُوكَّلِ بَعْدَ غُرُوضِ هَذَا الْعَارِضِ. وَإِنَّمَا عَجَزَ الْوَكِيلُ عَنِ التَّصَرُّفِ بِعَارِضِ الْحَقَاقِ لِلْبَّائِنِ الدَّارَيْنِ، فَإِذَا زَالَ الْعَجْزُ وَالْإِطْلَاقُ بَاقٍ عَادَ وَكَيْلًا، وَهَذَا يَنْزِعُ إِلَى تَخْصِصِ الْعِلَّةِ وَمُخْلَصُهُ مَعْرُوفٌ.

وَلَأَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ إِبْتِاثُ وَلَايَةِ التَّنْفِيزِ، وَمَعْنَاهُ أَنَّ التَّوَكِيلَ تَمْلِكُ وَلَايَةِ التَّنْفِيزِ، فَإِنَّ الْوَكِيلَ إِنَّمَا يَمْلِكُ تَنْفِيزَ تَصَرُّفِهِ عَلَى مُوكِّلِهِ بِالْوَكَالَةِ، وَلَايَةِ التَّنْفِيزِ بِالْمَلِكِ: أَيْ تَمْلِكُ وَلَايَةِ التَّنْفِيزِ مُلَصِّقٌ بِالْمَلِكِ لِأَنَّ التَّمْلِكُ بِلَا مَلِكٍ غَيْرُ مُتَحَقِّقٍ، فَكَانَ الْوَكِيلُ مَالِكًا لِلتَّنْفِيزِ بِالْوَكَالَةِ وَقَدْ بَطَلَ الْمَلِكُ بِالْحَقَاقِ لِأَنَّهُ لِحَقِّ بِهِ بِالْأَمْوَاتِ فَصَارَ كَسَائِرِ أَمْلَاكِهِ، وَإِذَا بَطَلَ الْمَلِكُ بَطَلَتِ الْوَلَايَةُ، وَإِذَا بَطَلَتِ الْوَلَايَةُ بَطَلَ التَّوَكِيلُ لِثَلَا تَتَخَلَفَ الْعِلَّةُ عَنِ الْمَعْلُولِ، وَإِذَا بَطَلَتْ لَا تَعُودُ كَمِلْكِهِ فِي الْمُدْبِرِ وَأَمُّ الْوَلَدِ، وَأَشَارَ بِقَوْلِهِ لِحَقِّ بِالْأَمْوَاتِ إِلَى أَنَّ فَرَضَ الْمَسْأَلَةِ فِيمَا إِذَا قَضَى الْقَاضِي بِلِحَاقِهِ، وَأَمَّا إِذَا لَمْ يَقْضِ بِذَلِكَ فَإِنَّهُ لَا يَخْرُجُ مِنَ الْوَكَالَةِ عِنْدَهُمْ جَمِيعًا. بَقِيَ الْكَلَامُ فِي قَوْلِهِ لِأَنَّ وَلَايَةَ أَصْلِ التَّصَرُّفِ بِأَهْلِيَّتِهِ فَإِنَّهُ بَعِيدُ التَّعْلُقِ عَمَّا اسْتَدَلَّ بِهِ عَلَيْهِ وَهُوَ قَوْلُهُ أَنَّهُ إِبْتِاثُ وَلَايَةِ التَّنْفِيزِ إِلَّا أَنَّ يَتَكَلَّفُ فَيُقَالُ الْوَكِيلُ لَهُ وَلَايَتَانِ وَلَايَةُ أَصْلِ التَّصَرُّفِ وَوَلَايَةُ التَّنْفِيزِ، وَالْأُولَى ثَابِتَةٌ لَهُ قَبْلَ التَّوَكِيلِ وَبَعْدَهُ، وَالثَّانِيَةُ لَمْ تَكُنْ ثَابِتَةً قَبْلَهُ، وَإِنَّمَا حَدَثَتْ بَعْدَهُ وَلَمْ يَتَجَدَّدْ عَلَيْهِ شَيْءٌ سِوَى التَّوَكِيلِ فَكَانَتْ ثَابِتَةً بِهِ.

وَلَوْ عَادَ الْمُوكَّلُ مُسْلِمًا وَقَدْ لِحَقَّ بِدَارِ الْحَرْبِ مُرْتَدًّا لَا تَعُودُ الْوَكَالَةُ فِي الظَّاهِرِ. وَعَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهَا تَعُودُ كَمَا قَالَ فِي الْوَكِيلِ. وَالْفَرْقُ لَهُ عَلَى الظَّاهِرِ أَنَّ مَبْنَى الْوَكَالَةِ فِي حَقِّ الْمُوكَّلِ عَلَى الْمَلِكِ وَقَدْ زَالَ وَفِي حَقِّ الْوَكِيلِ عَلَى مَعْنَى قَائِمٍ بِهِ وَلَمْ يَزَلْ بِالْحَقَاقِ.

الشرح:

وَلَوْ عَادَ الْمُوَكَّلُ مُسْلِمًا بَعْدَ الْقَضَاءِ بِلِحَاقِهِ بِذَارِ الْحَرْبِ مُرْتَدًّا لَا تَعُودُ
الْوَكَالَةُ فِي ظَاهِرِ الرُّوَايَةِ. وَعَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهَا تَعُودُ كَمَا فِي الْوَكِيلِ لِأَنَّ الْمُوَكَّلَ إِذَا عَادَ
مُسْلِمًا عَادَ إِلَيْهِ مَالُهُ عَلَى قَدِيمِ مِلْكِهِ، وَقَدْ تَعَلَّقَتْ الْوَكَالَةُ بِقَدِيمِ مِلْكِهِ فَيَعُودُ الْوَكِيلُ
عَلَى وَكَالَتِهِ، كَمَا لَوْ وَكَّلَ بَيْعَ عَبْدِهِ ثُمَّ بَاعَهُ الْمُوَكَّلُ بِنَفْسِهِ وَرَدَّ عَلَيْهِ بَعِيبَ بَقَضَاءِ
الْقَاضِي عَادَ الْوَكِيلُ عَلَى وَكَالَتِهِ. وَالْفَرْقُ لَهُ عَلَى الظَّاهِرِ أَنَّ مَبْنَى الْوَكَالَةِ فِي حَقِّ
الْمُوَكَّلِ عَلَى الْمَلِكِ وَقَدْ زَالَ بَرِدَّتِهِ وَالْقَضَاءُ بِلِحَاقِهِ، وَفِي حَقِّ الْوَكِيلِ عَلَى مَعْنَى قَائِمٍ بِهِ
وَلَمْ يَزَلْ بِاللِّحَاقِ وَأَبُو يُوسُفَ سَوَّى فِي عَدَمِ الْعَوْدِ بَيْنَ الْفَضْلَيْنِ، وَلَعَلَّ إِيرَادَ هَذِهِ
الْمَسْأَلَةِ عِنْدَ غُرُوضِ الْعَوَارِضِ الْمَذْكُورَةِ لِلْمُوَكَّلِ كَانَ أُنْسَبَ، لَكِنْ لَمَّا ذَكَرَ الْعَوْدَ هَاهُنَا
جَرَّدَ ذِكْرَهَا فِي هَذَا الْمَوْضِعِ. وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

قَالَ (وَمَنْ وَكَّلَ آخَرَ بِشَيْءٍ ثُمَّ تَصَرَّفَ بِنَفْسِهِ فِيهِمَا وَكَّلَ بِهِ بَطَلَتِ الْوَكَالَةُ)
وَهَذَا اللَّفْظُ يَنْتَظِمُ وَجُوهًا: مِثْلُ أَنْ يُوَكَّلَهُ بِإِعْتَاقِ عَبْدِهِ أَوْ بِكِتَابَتِهِ فَأَعْتَقَهُ أَوْ كَاتَبَهُ
الْمُوَكَّلُ بِنَفْسِهِ أَوْ يُوَكَّلَهُ بِتَرْوِيجِ امْرَأَةٍ أَوْ بِشِرَاءِ شَيْءٍ فَفَعَلَهُ بِنَفْسِهِ أَوْ يُوَكَّلَهُ بِطَلَاقِ
امْرَأَتِهِ فَطَلَّقَهَا الزَّوْجُ ثَلَاثًا أَوْ وَاحِدَةً وَانْقَضَتْ عِدَّتُهَا أَوْ بِالْخُلْعِ فَخَالَعَهَا، بِنَفْسِهِ لِأَنَّهُ لَمَّا
تَصَرَّفَ بِنَفْسِهِ تَعَدَّرَ عَلَى الْوَكِيلِ التَّصَرُّفُ فَبَطَلَتِ الْوَكَالَةُ، حَتَّى لَوْ تَزَوَّجَهَا بِنَفْسِهِ
وَأَيَّانَهَا لَمْ يَكُنْ لِلْوَكِيلِ أَنْ يُزَوِّجَهَا مِنْهُ لِأَنَّ الْحَاجَةَ قَدْ انْقَضَتْ، بِخِلَافِ مَا إِذَا تَزَوَّجَهَا
الْوَكِيلُ وَأَيَّانَهَا لَهُ أَنْ يُزَوِّجَ الْمُوَكَّلَ لِبَقَاءِ الْحَاجَةِ، وَكَذَا لَوْ وَكَّلَهُ بِبَيْعِ عَبْدِهِ فَبَاعَهُ
بِنَفْسِهِ، فَلَوَرَدَّ عَلَيْهِ بِعِيبٍ بِقَضَاءِ قَاضٍ، فَمَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ لَيْسَ لِلْوَكِيلِ أَنْ
يَبِيعَهُ مَرَّةً أُخْرَى لِأَنَّهُ بَيْعُهُ بِنَفْسِهِ مَنَعَ لَهُ مِنَ التَّصَرُّفِ فَصَارَ كَالْعَزَلِ.

وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَهُ أَنْ يَبِيعَهُ مَرَّةً أُخْرَى لِأَنَّ الْوَكَالَةَ بَاقِيَةٌ لِأَنَّهُ إِطْلَاقُ
وَالْعَجْزُ قَدْ زَالَ، بِخِلَافِ مَا إِذَا وَكَّلَهُ بِالْهَبَةِ فَوَهَبَ بِنَفْسِهِ ثُمَّ رَجَعَ لَمْ يَكُنْ لِلْوَكِيلِ أَنْ
يَهَبَ لِأَنَّهُ مُخْتَارٌ فِي الرُّجُوعِ فَكَانَ ذَلِكَ دَلِيلُ عَدَمِ الْحَاجَةِ. أَمَّا الرُّدُّ بِقَضَاءٍ بِغَيْرِ اخْتِيَارِهِ
فَلَمْ يَكُنْ دَلِيلُ زَوَالِ الْحَاجَةِ، فَإِذَا عَادَ إِلَيْهِ قَدِيمُ مِلْكِهِ كَانَ لَهُ أَنْ يَبِيعَهُ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ وَكَّلَ آخَرَ بِشَيْءٍ ثُمَّ تَصَرَّفَ بِنَفْسِهِ فِيهِمَا وَكَّلَ بِهِ إلخ) وَمَنْ وَكَّلَ

آخَرَ شَيْءٍ مِنَ الْإِبْتِائَاتِ أَوْ الْإِسْقَاطَاتِ ثُمَّ تَصَرَّفَ فِيهِ بِنَفْسِهِ بَطَلَتْ الْوَكَالَةُ، فَإِذَا وَكَّلَهُ بِإِعْتِاقِ عَبْدِهِ أَوْ بِكِتَابَتِهِ فَأَعْتَقَهُ أَوْ كَاتَبَهُ بِنَفْسِهِ بَطَلَتْ. وَكَذَا لَوْ وَكَّلَهُ بِتَزْوِيجِ امْرَأَةٍ مُعَيَّنَةٍ ثُمَّ تَزَوَّجَهَا بِنَفْسِهِ حَتَّى لَوْ أَبَانَهَا لَمْ يَكُنْ لِلْوَكِيلِ أَنْ يُزَوِّجَهَا مِنْهُ لَا نِقْضَاءِ الْحَاجَةِ، بِخِلَافِ مَا لَوْ تَزَوَّجَهَا الْوَكِيلُ فَأَبَانَهَا فَإِنَّ لَهُ أَنْ يُزَوِّجَهَا لِمُوكَّلِهِ لِبَقَاءِ الْحَاجَةِ، وَكَذَا لَوْ وَكَّلَ بِشِرَاءِ شَيْءٍ بِعَيْنِهِ فَاشْتَرَاهُ لِنَفْسِهِ حَتَّى لَوْ بَاعَهُ ثُمَّ اشْتَرَاهُ الْمَأْمُورُ لِلْأَمْرِ لَمْ يَحْزَرْ، وَكَذَا لَوْ وَكَّلَهُ بِطَلَاكِ امْرَأَتِهِ فَطَلَقَهَا بِنَفْسِهِ ثَلَاثًا أَوْ وَاحِدَةً وَانْقَضَتْ عِدَّتُهَا بَطَلَتْ وَلَمْ يَكُنْ لِلْمَأْمُورِ أَنْ يُطَلِّقَهَا، وَإِنَّمَا يَقْدَرُ بِقَوْلِهِ ثَلَاثًا أَوْ وَاحِدَةً وَانْقَضَتْ عِدَّتُهَا لِأَنَّهُ إِذَا وَكَّلَهُ بِالطَّلَاقِ ثُمَّ طَلَقَهَا بِنَفْسِهِ وَاحِدَةً أَوْ ثَنِيَّتَيْنِ بَاطِلَةٌ كَانَتْ أَوْ رَجْعِيَّةٌ فَإِنَّ لَهُ أَنْ يُطَلِّقَهَا مَا دَامَتْ فِي الْعِدَّةِ.

وَالْأَصْلُ فِيهِ أَنَّ مَا كَانَ الْمُوَكَّلُ فِيهِ قَادِرًا عَلَى الطَّلَاقِ كَانَ وَكِيلُهُ كَذَلِكَ وَمَا لَا فَلَا، وَكَذَا إِذَا وَكَّلَ بِالْخُلْعِ فَخَالَطَهَا (قَوْلُهُ لِأَنَّهُ لَمَّا تَصَرَّفَ بِنَفْسِهِ تَعَذَّرَ عَلَى الْوَكِيلِ التَّصَرُّفُ فَبَطَلَتْ الْوَكَالَةُ) مُتَعَلِّقٌ بِجَمِيعِ مَا ذُكِرَ وَمَبْنَاهُ انْقِضَاءُ الْحَاجَةِ، وَكَذَا لَوْ وَكَّلَهُ بِبَيْعِ عَبْدِهِ فَبَاعَهُ بِنَفْسِهِ بَطَلَتْ، فَلَوْ رُدَّ عَلَيْهِ بِغَيْبِ الْقَضَاءِ؛ فَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ لَيْسَ لِلْوَكِيلِ أَنْ يَبِيعَهُ لِأَنَّ بَيْعَهُ بِنَفْسِهِ مَنَعٌ لَهُ مِنَ التَّصَرُّفِ فَصَارَ كَالْعَزْلِ. وَقَيْدُ بَقَوْلِهِ بِقَضَاءِ قَاضٍ لِأَنَّ الْمُوَكَّلَ إِذَا قَبِلَهُ بِالْغَيْبِ بَعْدَ الْبَيْعِ بغير قَضَاءٍ فَلَيْسَ لِلْوَكِيلِ أَنْ يَبِيعَهُ مَرَّةً أُخْرَى بِالْإِجْمَاعِ لِأَنَّهُ كَالْعَقْدِ الْمُبْتَدِئِ فِي حَقِّ غَيْرِ الْمُتَعَاقِدَيْنِ وَالْوَكِيلُ غَيْرُهُمَا فَكَانَ فِي حَقِّ الْوَكِيلِ كَأَنَّ الْمُوَكَّلَ اشْتَرَاهُ ابْتِدَاءً.

وَقَالَ مُحَمَّدٌ: لَهُ أَنْ يَبِيعَهُ مَرَّةً أُخْرَى، لِأَنَّ الْوَكَالََةَ بَاقِيَةٌ لِأَنَّهُ إِطْلَاقٌ وَهُوَ بَاقٍ، وَالْامْتِنَاعُ كَانَ لِعَجْزِ الْوَكِيلِ وَقَدْ زَالَ، بِخِلَافِ مَا إِذَا وَكَّلَهُ بِالْهَبَةِ فَوَهَبَ بِنَفْسِهِ ثُمَّ رَجَعَ لَمْ يَكُنْ لِلْوَكِيلِ أَنْ يَهَبَ، لِأَنَّ الْمُوَكَّلَ مُخْتَارٌ فِي الرُّجُوعِ فَكَانَ ذَلِكَ دَلِيلُ عَدَمِ الْحَاجَةِ: أَمَّا الرُّدُّ بِقَضَاءٍ فَبغيرِ اخْتِيَارِهِ فَلَمْ يَكُنْ دَلِيلُ زَوَالِ الْحَاجَةِ، فَإِذَا عَادَ إِلَيْهِ قَدِمَ مِلْكُهُ كَانَ لَهُ أَنْ يَبِيعَهُ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

كِتَابُ الدَّعْوَى

قَالَ (الْمُدَّعِي مَنْ لَا يُجْبَرُ عَلَى الْخُصُومَةِ إِذَا تَرَكَهَا وَالْمُدَّعَى عَلَيْهِ مَنْ يُجْبَرُ عَلَى الْخُصُومَةِ) وَمَعْرِفَةُ الْفَرْقِ بَيْنَهُمَا مِنْ أَهَمِّ مَا يَبْتَغَى عَلَيْهِ مَسَائِلُ الدَّعْوَى، وَقَدْ اخْتَلَفَتْ عِبَارَاتُ الْمَشَائِخِ رَحِمَهُمُ اللَّهُ فِيهِ، فَمِنْهَا مَا قَالَ فِي الْكِتَابِ وَهُوَ حَدٌّ عَامٌّ صَحِيحٌ.

وَقِيلَ الْمُدَّعِي مَنْ لَا يَسْتَحِقُّ إِلَّا بِحُجَّتِهِ كَالْخَارِجِ، وَالْمُدَّعَى عَلَيْهِ مَنْ يَكُونُ مُسْتَحِقًّا بِقَوْلِهِ مِنْ غَيْرِ حُجَّتِهِ كَذِي الْيَدِ، وَقِيلَ الْمُدَّعِي مَنْ يَتَمَسَّكُ بِغَيْرِ الظَّاهِرِ وَالْمُدَّعَى عَلَيْهِ مَنْ يَتَمَسَّكُ بِالظَّاهِرِ.

وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي الْأَصْلِ: الْمُدَّعَى عَلَيْهِ هُوَ الْمُنْكَرُ، وَهَذَا صَحِيحٌ لَكِنْ الشَّانُ فِي مَعْرِفَتِهِ وَالتَّرْجِيحِ بِالْفِقْهِ عِنْدَ الْحُدَاقِ مِنْ أَصْحَابِنَا رَحِمَهُمُ اللَّهُ لِأَنَّ الْإِعْتِبَارَ لِلْمَعَانِي دُونَ الصُّوَرِ، فَإِنَّ الْمُوَدَّعَ إِذَا قَالَ رَدَدْتَ الْوَدِيعَةَ فَالْقَوْلُ لَهُ مَعَ الْيَمِينِ وَإِنْ كَانَ مُدَّعِيًا لِلرَّدِّ صُورَةً لِأَنَّهُ يَنْكِرُ الضَّمَانَ مَعْنًا.

الشرح:

(كِتَابُ الدَّعْوَى): لَمَّا كَانَتْ الْوَكَالَةُ بِالْخُصُومَةِ لِأَجْلِ الدَّعْوَى ذَكَرَ الدَّعْوَى عَقِيبَ الْوَكَالَةِ. وَهِيَ فِي اللَّغَةِ عِبَارَةٌ عَنْ قَوْلٍ يَقْصِدُ بِهِ الْإِنْسَانُ إِجْبَابَ حَقٍّ عَلَى غَيْرِهِ، وَفِي عُرْفِ الْفُقَهَاءِ مَا تَقَدَّمَ وَهِيَ مُطَالَبَةٌ حَقٌّ فِي مَجْلَسٍ مَنْ لَهُ الْخِلَاصُ عِنْدَ ثُبُوتِهِ. وَسَبَبُهَا تَعَلُّقُ الْبَقَاءِ الْمَقْدَّرِ بِتَعَاطِي الْمُعَامَلَاتِ، لِأَنَّ الْمُدَّعَى بِهِ إِمَّا أَنْ يَكُونَ رَاجِعًا إِلَى النَّوْعِ أَوْ الشَّخْصِ. وَشَرْطُهَا حُضُورُ خَصْمِهِ وَمَعْلُومِيَّةُ الْمُدَّعَى بِهِ وَكَوْنُهُ مُلْزَمًا عَلَى الْخَصْمِ، فَإِنْ ادَّعَى عَلَى الْغَائِبِ لَمْ تَسَعْ، وَكَذَا إِذَا كَانَ الْمُدَّعَى بِهِ مَجْهُولًا لِعَدَمِ امْتِكَانِ الْقَضَاءِ. وَلَوْ ادَّعَى أَنَّهُ وَكَيْلُ هَذَا الْحَاضِرِ وَهُوَ مُنْكَرٌ فَكَذَلِكَ لِإِمْتِكَانِ عَزْلِهِ فِي الْحَالِ. وَحُكْمُ الصَّحِيحَةِ مِنْهَا وَجُوبُ الْجَوَابِ عَلَى الْخَصْمِ بِالنَّفْيِ أَوْ الْإِثْبَاتِ. وَشَرْعِيَّتُهَا لَيْسَتْ لِذَاتِهَا بَلْ مِنْ حَيْثُ انْقِطَاعُهَا بِالْقَضَاءِ دَفْعًا لِلْفَسَادِ الْمَطْنُونِ بَيَقَائِهَا، وَفِي دَلَالَةِ الْكِتَابِ وَالسُّنَّةِ عَلَى شَرْعِيَّتِهَا كَثْرَةً.

قَالَ: (الْمُدَّعِي مَنْ لَا يُجْبَرُ عَلَى الْخُصُومَةِ إِذَا تَرَكَهَا وَالْمُدَّعَى عَلَيْهِ مَنْ يُجْبَرُ عَلَى الْخُصُومَةِ إلخ) الدَّعْوَى لَا تَحْصُلُ إِلَّا مِنْ مُدَّعٍ عَلَى مُدَّعَى عَلَيْهِ؛ فَمَعْرِفَةُ الْفَرْقِ بَيْنَهُمَا مِنْ أَهَمِّ مَا يَبْتَغَى عَلَيْهِ مَسَائِلُ الدَّعْوَى، فَإِنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ «الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعِي وَالْيَمِينُ

عَلَى مَنْ أَنْكَرَ» فَلَا بُدَّ مِنْ مَعْرِفَتِهِمَا.

وَقَدْ اخْتَلَفَتْ عِبَارَاتُ الْمَشَايخ فِيهِ. فَمِنْهَا مَا قَالَ فِي الْكِتَابِ: يَعْنِي الْقُدُورِيُّ: الْمُدَّعِي مَنْ لَا يُجْبَرُ عَلَى الْخُصُومَةِ إِذَا تَرَكَهَا، وَالْمُدَّعَى عَلَيْهِ مَنْ يُجْبَرُ عَلَى الْخُصُومَةِ، وَهُوَ حَدُّ عَامٌّ صَحِيحٌ. وَقِيلَ: الْمُدَّعِي مَنْ لَا يَسْتَحِقُّ إِلَّا بِحُجَّةٍ: يَعْنِي الْبَيِّنَةُ أَوْ الْإِقْرَارَ كَالْخَارِجِ، وَالْمُدَّعَى عَلَيْهِ مَنْ يَكُونُ مُسْتَحِقًّا بِقَوْلِهِ مِنْ غَيْرِ حُجَّةٍ كَذِي الْيَدِ، وَهُوَ لَيْسَ بِعَامٍّ: أَيُّ جَامِعٍ لَعَدَمِ تَنَاوُلِهِ صُورَةَ الْمُوَدَّعِ إِذَا ادَّعَى رَدَّ الْوَدِيعَةِ، وَلَعَلَّهُ غَيْرُ صَحِيحٍ لِأَنَّ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ مَنْ يَدْفَعُ اسْتِحْقَاقَ غَيْرِهِ.

وَقِيلَ: الْمُدَّعِي مَنْ يَلْتَمِسُ غَيْرَ الظَّاهِرِ، وَالْمُدَّعَى عَلَيْهِ مَنْ يَتَمَسَّكُ بِالظَّاهِرِ، وَبِمَعْنَاهُ قَوْلُ مَنْ قَالَ: الْمُدَّعِي كُلُّ مَنْ ادَّعَى بَاطِنًا لِيُزِيلَ بِهِ ظَاهِرًا، وَالْمُدَّعَى عَلَيْهِ مَنْ ادَّعَى ظَاهِرًا وَقَرَّارُ الشَّيْءِ عَلَى مَا هِيَ، وَالظَّاهِرُ كَوْنُ الْأَمْلَاقِ فِي يَدِ الْمَلِكِ وَبَرَاءَةُ الذِّمِّ، فَالْمُدَّعِي هُوَ مَنْ يُرِيدُ إِزَالَةَ الظَّاهِرِ وَالْمُدَّعَى عَلَيْهِ يُرِيدُ قَرَارَهُ عَلَى مَا كَانَ عَلَيْهِ، وَلَعَلَّهُ مَنْقُوضٌ بِالْمُوَدَّعِ، فَإِنَّهُ مُدَّعَى عَلَيْهِ وَلَيْسَ بِمُتَمَسِّكٍ بِالظَّاهِرِ، إِذْ رَدَّ الْوَدِيعَةَ لَيْسَ بِظَاهِرٍ لِأَنَّ الْفَرَاغَ لَيْسَ بِأَصْلٍ بَعْدَ الْإِسْتِغَالِ، وَلِهَذَا قُلْنَا: إِذَا ادَّعَى الْمَدْيُونُ بَرَاءَةَ ذِمَّتِهِ بِدَفْعِ الدَّيْنِ إِلَى وَكِيلِ رَبِّ الْمَالِ وَهُوَ يُنْكِرُ الْوَكَالَةَ فَالْقَوْلُ لِرَبِّ الْمَالِ، لِأَنَّ الْمَدْيُونَ يَدَّعِي بَرَاءَةَ بَعْدَ الشُّغْلِ فَكَانَتْ عَارِضَةً وَالشُّغْلُ أَصْلًا، وَيَجُوزُ أَنْ يُورِدَ بِالْعَكْسِ بِأَنَّهُ مُدَّعٍ وَيَتَمَسَّكُ بِالظَّاهِرِ وَهُوَ عَدَمُ الضَّمَانِ.

وَقَالَ مُحَمَّدٌ: فِي الْأَصْلِ: الْمُدَّعَى عَلَيْهِ هُوَ الْمُنْكَرُ وَهَذَا صَحِيحٌ لَمَا وَرَدَ مِنْ قَوْلِهِ ﷺ «الْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ» وَرَوِيَ «الْيَمِينُ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ» لَكِنَّ الشَّأْنَ فِي مَعْرِفَةِ مَنْ أَنْكَرَ وَالتَّرْجِيحُ بِالْفَقْهِ عِنْدَ الْحَذَاقِ مِنْ أَصْحَابِنَا: يَعْنِي إِذَا تَعَارَضَ الْجِهَتَانِ فِي صُورَةِ فَالتَّرْجِيحُ لِأَحَدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَى يَكُونُ بِالْفَقْهِ: أَيُّ بِاعْتِبَارِ الْمَعْنَى دُونَ الصُّورَةِ، فَإِنَّ الْمُوَدَّعَ إِذَا قَالَ رَدَدْتَ الْوَدِيعَةَ فَهُوَ يَدَّعِي الرَّدَّ صُورَةً، فَلَوْ أَقَامَ عَلَى ذَلِكَ بَيِّنَةٌ قُبِلَتْ وَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ أَيْضًا فَكَانَ مُدَّعَى عَلَيْهِ، فَإِذَا أَقَامَ الْبَيِّنَةَ اعْتَبَرَ الصُّورَةَ، وَإِذَا عَجَزَ عَنْهَا اعْتَبَرَ مَعْنَاهَا، فَإِنَّهُ يُنْكِرُ الضَّمَانَ وَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُنْكَرِ مَعَ يَمِينِهِ.

قَالَ (وَلَا تُقْبَلُ الدَّعْوَى حَتَّى يَذْكَرَ شَيْئًا مَعْلُومًا فِي جَنْبِهِ وَقَدَرِهِ) لِأَنَّ فَائِدَةَ الدَّعْوَى الْإِلْزَامُ بِوَأَسْطَةِ إِقَامَةِ الْحُجَّةِ، وَالْإِلْزَامُ فِي الْمَجْهُولِ لَا يَتَحَقَّقُ.

(فَإِنْ كَانَ عَيْنًا فِي يَدِ الْمُدْعَى) عَلَيْهِ كُفْلُ إِحْضَارِهَا لِيُشِيرَ إِلَيْهَا بِالدَّعْوَى، وَكَذَا فِي الشَّهَادَةِ وَالِاسْتِحْلَافِ، لِأَنَّ الْإِعْلَامَ بِأَقْصَى مَا يُمَكِّنُ شَرْطٌ وَذَلِكَ بِالْإِشَارَةِ فِي الْمُنْقُولِ لِأَنَّ النُّقْلَ مُمَكِّنٌ وَالْإِشَارَةُ أَبْلَغُ فِي التَّعْرِيفِ، وَيَتَعَلَّقُ بِالدَّعْوَى وَجُوبُ الْحُضُورِ، وَعَلَى هَذَا الْقَضَاءُ مِنْ آخِرِهِمْ فِي كُلِّ عَصْرِ، وَوُجُوبُ الْجَوَابِ إِذَا حَضَرَ لِيُفِيدَ حُضُورَهُ وَلِزُومِ إِحْضَارِ الْعَيْنِ الْمُدَّعَاةِ لَمَّا قُلْنَا وَالْيَمِينِ إِذَا أَنْكَرَهُ، وَسَنَذْكُرُهُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

الشرح:

قَالَ (وَلَا تُقْبَلُ الدَّعْوَى حَتَّى يَذْكُرَ شَيْئًا مَعْلُومًا فِي جَنْبِهِ وَقَدَرَهُ الْخُ) قَدْ ذَكَّرْنَا أَنَّ مَعْلُومِيَّةَ الْمُدَّعِي بِهِ شَرْطٌ لَصِحَّةِ الدَّعْوَى فَلَا بُدَّ مِنْ ذِكْرِ مَا يُعَيِّنُهُ مِنْ بَيَانِ جَنْبِهِ كَالدَّرَاهِمِ وَالْدَّنَانِيرِ وَالْحِنْطَةِ وَغَيْرِ ذَلِكَ، وَقَدَرَهُ مِثْلُ كَذَا وَكَذَا دِرْهَمًا أَوْ دِينَارًا أَوْ كُرًّا، لِأَنَّ فَائِدَةَ الدَّعْوَى الْإِلْزَامُ بِإِقَامَةِ الْحُجَّةِ، وَالْإِلْزَامُ فِي الْمَجْهُولِ غَيْرُ مُتَحَقِّقٍ، فَإِنْ كَانَ الْمُدَّعَى بِهِ عَيْنًا فِي يَدِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ كُفْلُ إِحْضَارِهَا إِلَى مَجْلِسِ الْحُكْمِ لِلْإِشَارَةِ إِلَيْهَا فِي الدَّعْوَى وَالشَّهَادَةِ وَالِاسْتِحْلَافِ لِأَنَّ الْإِعْلَامَ بِأَقْصَى مَا يُمَكِّنُ شَرْطٌ نَفِيًّا لِلْجَهَالَةِ، وَذَلِكَ فِي الْمُنْقُولِ بِالْإِشَارَةِ لِأَنَّ الثَّقْلَ مُمَكِّنٌ، وَالْإِشَارَةُ أَبْلَغُ فِي التَّعْرِيفِ لِكُونِهَا بِمَنْزِلَةِ وَضْعِ الْيَدِ عَلَيْهِ، بِخِلَافِ ذِكْرِ الْأَوْصَافِ فَإِنْ اشْتَرَاكَ شَخْصَيْنِ فِيهَا مُمَكِّنٌ، فَإِذَا حَضَرَ شَخْصٌ عِنْدَ حَاكِمٍ وَقَالَ لِي عَلَى فُلَانٍ كَذَا دِرْهَمًا مِثْلًا أَشْخَصَ إِلَيْهِ، لِأَنَّ الصَّحَابَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ فَعَلُوا كَذَلِكَ، فَيَجِبُ عَلَى الْمَطْلُوبِ حُضُورُهُ فِي مَجْلِسِ الْحُكْمِ، عَلَى هَذَا الْقَضَاءُ مِنْ أَوْلِهِمْ إِلَى آخِرِهِمْ: أَيُّ أَجْمَعُوا.

وَالْأَصْلُ فِيهِ قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿وَإِذَا دُعُوا إِلَى اللَّهِ وَرَسُولِهِ لِيَحْكُمَ بَيْنَهُمْ إِذَا فَرِيقٌ مِنْهُمْ مُعْرِضُونَ﴾ [النور: ٤٨] إِلَى قَوْلِهِ: ﴿بَلْ أُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾ [النور: ٥٠] سَمَّاهُمْ ظَالِمِينَ لِإِعْرَاضِهِمْ عَنِ الطَّلَبِ، فَإِذَا حَضَرَ وَجَبَ عَلَيْهِ الْجَوَابُ بِالْإِقْرَارِ أَوْ الْإِنْكَارِ لِيُفِيدَ حُضُورَهُ، وَلَزِمَ عَلَيْهِ إِحْضَارُ الْمُدَّعَى بِهِ لَمَّا قُلْنَا مِنَ الْإِشَارَةِ إِلَيْهَا، وَلَزِمَ عَلَيْهِ الْيَمِينُ إِذَا أَنْكَرَهُ وَعَجَزَ الْمُدَّعِي عَنْ إِقَامَةِ الْبَيِّنَةِ، وَسَنَذْكُرُهُ: أَيُّ وَجُوبَ الْيَمِينِ عَلَيْهِ فِي آخِرِ هَذَا الْبَابِ.

قَالَ (وَأِنْ لَمْ تَكُنْ حَاضِرَةً ذَكَرَ قِيمَتَهَا لِيَصِيرَ الْمُدَّعَى مَعْلُومًا) لِأَنَّ الْعَيْنَ لَا تُعْرَفُ بِالْوَصْفِ، وَالْقِيمَةُ تُعْرَفُ بِهِ وَقَدْ تَعَذَّرَ مُشَاهَدَةُ الْعَيْنِ. وَقَالَ الْفَقِيهُ أَبُو الْيَتِيمِ: يُشْتَرَطُ

مَعَ بَيَانِ الْقِيَمَةِ ذِكْرُ الذُّكُورَةِ وَالْأُنُوثَةِ.

الشرح:

قَالَ (وَإِذَا لَمْ تَكُنْ حَاضِرَةً لَزِمَهُ ذِكْرُ قِيَمَتِهَا) يَعْنِي إِذَا وَقَعَ الدَّعْوَى فِي عَيْنِ غَائِبَةٍ لَا يَذَرِي مَكَانَهَا لَزِمَ الْمُدَّعِي ذِكْرُ قِيَمَتِهَا (لِيَصِيرَ الْمُدَّعَى بِهِ مَعْلُومًا) وَذِكْرُ الْوَصْفِ لَيْسَ بِكَافٍ (لَأَنَّ الْعَيْنَ لَا تُعْرَفُ بِالْوَصْفِ) وَإِنْ بُولَغَ فِيهِ لِإِمْكَانِ الْمُشَارَكَةِ فِيهِ كَمَا مَرَّ، فَذِكْرُهُ فِي تَعْرِيفِهَا غَيْرُ مُفِيدٍ (وَالْقِيَمَةُ شَيْءٌ تُعْرَفُ بِهِ) الْعَيْنُ فَذِكْرُهَا يَكُونُ مُفِيدًا، وَقَوْلُهُ (وَقَدْ تَعَذَّرَ مُشَاهَدَةُ الْعَيْنِ) جُمْلَةٌ حَالِيَّةٌ مِنْ قَوْلِهِ لَأَنَّ الْعَيْنَ لَا تُعْرَفُ بِالْوَصْفِ: يَعْنِي وَالْحَالُ أَنَّ الْمُشَاهَدَةَ تَعَذَّرَتْ وَإِعْلَاقُ تَرْكِيبِهِ لَا يَخْفَى (وَقَالَ الْفَقِيهَ أَبُو اللَّيْثِ: يُشْتَرَطُ مَعَ بَيَانِ الْقِيَمَةِ ذِكْرُ الذُّكُورَةِ وَالْأُنُوثَةِ) بِنَاءً عَلَى أَنَّ الْقَضَاءَ بِقِيَمَةِ الْمُسْتَهْلَكِ بِنَاءً عَلَى الْقَضَاءِ بِمِلْكِ الْمُسْتَهْلَكِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، لَأَنَّ حَقَّ الْمَالِكِ قَائِمٌ فِي الْعَيْنِ الْمُسْتَهْلَكَةِ عِنْدَهُ، فَإِنَّهُ صَحَّحَ الصَّلْحَ عَنِ الْمَعْصُوبِ عَلَى أَكْثَرِ مِنْ قِيَمَتِهِ، فَلَوْ لَمْ يَكُنْ عَيْنَ الْمُسْتَهْلَكِ مِلْكًا لَهُ لَمَا جَازَ ذَلِكَ لَكُونَ الْوَاجِبَ حِينَئِذٍ فِي ذِمَّةِ الْمُسْتَهْلَكِ قِيَمَةُ الْمَعْصُوبِ وَهِيَ دَيْنٌ فِي الذِّمَّةِ، وَالصَّلْحُ عَلَى أَكْثَرِ مِنْ جِنْسِ الدَّيْنِ لَا يَحْزُرُ، وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ لَا بُدَّ مِنْ بَيَانِ الْمُسْتَهْلَكِ فِي الدَّعْوَى وَالشَّهَادَةِ لِيَعْلَمَ الْقَاضِي بِمَاذَا يَقْضِي، فَلَا بُدَّ مِنْ ذِكْرِ الذُّكُورَةِ وَالْأُنُوثَةِ.

وَمِنْ الْمَشَايِخِ مَنْ أَبَى ذَلِكَ لَأَنَّ الْمَقْصُودَ فِي دَعْوَى الدَّائِبَةِ الْمُسْتَهْلَكَةِ الْقِيَمَةَ، فَلَا حَاجَةَ إِلَى ذِكْرِ الذُّكُورَةِ وَالْأُنُوثَةِ.

قَالَ (وَإِنْ ادَّعَى عَقَارًا حَدَدَهُ وَذَكَرَ أَنَّهُ فِي يَدِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ وَأَنَّهُ يُطَالِبُهُ بِهِ) لِأَنَّهُ تَعَذَّرَ التَّعْرِيفُ بِالْإِشَارَةِ لَتَعَذُّرِ النُّقْلِ فَيُصَارُ إِلَى التَّجْدِيدِ فَإِنَّ الْعَقَارَ يُعْرَفُ بِهِ، وَيَذَكَّرُ الْحُدُودَ الْأَرْبَعَةَ، وَيَذَكَّرُ أَسْمَاءَ أَصْحَابِ الْحُدُودِ وَأَنْسَابَهُمْ، وَلَا بُدَّ مِنْ ذِكْرِ الْجَدِّ لَأَنَّ تِمَامَ التَّعْرِيفِ بِهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ عَلَى مَا عُرِفَ هُوَ الصَّحِيحُ، وَلَوْ كَانَ الرَّجُلُ مَشْهُورًا يَكْتَفِي بِذِكْرِهِ، فَإِنْ ذَكَرَ ثَلَاثَةً مِنَ الْحُدُودِ يَكْتَفَى بِهَا عِنْدَنَا خِلَافًا لَزَقَرٍ لَوْجُودِ الْأَكْثَرِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا غَلَطَ فِي الرَّابِعَةِ لِأَنَّهُ يُخْتَلَفُ بِهِ الْمُدَّعَى وَلَا كَذَلِكَ بِتَرْكِهَا، وَكَمَا يُشْتَرَطُ التَّحْدِيدُ فِي الدَّعْوَى يُشْتَرَطُ فِي الشَّهَادَةِ.

وَقَوْلُهُ فِي الْكِتَابِ وَذَكَرَ أَنَّهُ فِي يَدِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ لَا بُدَّ مِنْهُ لِأَنَّهُ إِنَّمَا يَنْتَصِبُ

خَصْمًا إِذَا كَانَ فِي يَدِهِ، وَفِي الْعَقَارِ لَا يُكْتَفَى بِذِكْرِ الْمُدَّعِي وَتَصْدِيقِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ أَنَّهُ فِي يَدِهِ بَلْ لَا تَثْبُتُ الْيَدُ فِيهِ إِلَّا بِالْبَيِّنَةِ، أَوْ عِلْمِ الْقَاضِي هُوَ الصَّحِيحُ نَفْيًا لِتُهْمَةِ الْمَوَاضَعَةِ إِذِ الْعَقَارُ عَسَاهُ فِي يَدٍ غَيْرِهِمَا، بِخِلَافِ الْمَنْقُولِ لِأَنَّ الْيَدَ فِيهِ مُشَاهِدَةٌ. وَقَوْلُهُ وَأَنَّهُ يُطَالَبُ بِهِ لِأَنَّ الْمُطَالَبَةَ حَقُّهُ فَلَا بُدَّ مِنْ طَلْبِهِ، وَلِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ مَرهُونًا فِي يَدِهِ أَوْ مَحْبُوسًا بِالثَّمَنِ فِي يَدِهِ، وَيَا الْمُطَالَبَةَ يَزُولُ هَذَا الْإِحْتِمَالُ، وَعَنْ هَذَا قَالُوا فِي الْمَنْقُولِ يَجِبُ أَنْ يَقُولَ فِي يَدِهِ بِغَيْرِ حَقٍّ.

الشرح:

قَالَ (وَإِنْ ادَّعَى عَقَارًا حَدَّدَهُ الْخ) إِذَا كَانَ الْمُدَّعَى بِهِ عَقَارًا فَلَا بُدَّ مِنْ ثَلَاثَةِ أَشْيَاءَ: تَحْدِيدُهُ، وَذِكْرُ الْمُدَّعَى أَنَّهُ فِي يَدِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ، وَأَنَّهُ يُطَالَبُ بِهِ. أَمَّا الْأَوَّلُ: فَلِلْإِعْلَامِ بِأَقْصَى مَا يُمَكِّنُ فِيهِ، وَذَلِكَ إِنَّمَا يَكُونُ بِذِكْرِ الْبَلَدَةِ، ثُمَّ الْمَوْضِعِ الَّذِي هُوَ فِيهِ ثُمَّ بِذِكْرِ حُدُودِهِ، لِأَنَّهُ لَمَّا تَعَذَّرَ التَّعْرِيفُ بِالْإِشَارَةِ لَتَعَذَّرَ التَّقْلُ صِيرَ إِلَى ذَلِكَ لِلتَّعْرِيفِ، وَلَا بُدَّ مِنْ ذِكْرِ أَسْمَاءِ أَصْحَابِ الْحُدُودِ وَأَنْسَابِهِمْ، إِلَّا إِذَا كَانَ مَعْرُوفًا مِثْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَابْنِ أَبِي لَيْلَى فَإِنَّهُ يُسْتَعْنَى عَنْ ذِكْرِهِمَا، وَلَا بُدَّ مِنْ ذِكْرِ الْحَدِّ لِأَنَّ تِمَامَ التَّعْرِيفِ بِهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ عَلَى مَا عَرَفَ هُوَ الصَّحِيحُ، فَإِنْ ذُكِرَ ثَلَاثَةٌ مِنَ الْحُدُودِ يُكْتَفَى بِهَا عِنْدَنَا، خِلَافًا لِرُفْرِ لَوْجُودِ الْأَكْثَرِ، وَمِنْ هَذَا يُعْلَمُ أَنَّ ذِكْرَ الْاِثْنَيْنِ لَا يَكْفِي، بِخِلَافِ مَا إِذَا غَلَطَ فِي الْحَدِّ الرَّابِعِ وَأَثَّ فِي الْكِتَابِ بِاعْتِبَارِ الْجِهَةِ لِأَنَّهُ يَخْتَلِفُ بِهِ: أَيْ بِالْغَلَطِ فِي الْحَدِّ الْمُدَّعَى، وَلَا كَذَلِكَ بَرَكِهَا، كَمَا لَوْ شَهِدَ شَاهِدَانِ بِالْبَيْعِ وَقَبَضِ الثَّمَنِ وَتَرَكَ ذِكْرَ الثَّمَنِ جَازًا، وَلَوْ غَلَطَا فِي الثَّمَنِ لَا تَجُوزُ شَهَادَتُهُمَا لِأَنَّهُ صَارَ عَقْدًا آخَرَ بِالْغَلَطِ، وَبِهَذَا الْفَرْقِ بَطُلَ قِيَاسُ زُفْرِ التَّرْكِ عَلَى الْغَلَطِ، وَكَمَا يُشْتَرَطُ التَّحْدِيدُ فِي الدَّعْوَى يُشْتَرَطُ فِي الشَّهَادَةِ.

وَأَمَّا الثَّانِي: فَلَا بُدَّ لِأَنَّهُ إِنَّمَا يَنْتَصِبُ خَصْمًا إِذَا كَانَ الْمُدَّعَى بِهِ فِي يَدِهِ، وَفِي الْعَقَارِ لَا يُكْتَفَى بِذِكْرِ الْمُدَّعَى وَتَصْدِيقِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ أَنَّهُ فِي يَدِهِ، بَلْ لَا تَثْبُتُ الْيَدُ فِيهِ إِلَّا بِالْبَيِّنَةِ بِأَنْ يَشْهَدُوا أَنَّهُمْ عَائِنُوا أَنَّهُ فِي يَدِهِ، حَتَّى لَوْ قَالُوا سَمِعْنَا ذَلِكَ لَمْ تُقْبَلْ، وَكَذَا فِي غَيْرِ هَذِهِ الصُّورَةِ لَا بُدَّ فِي الشَّهَادَةِ عَلَى الْيَدِ مِنْ ذَلِكَ أَوْ يَعْلَمُ الْقَاضِي أَنَّهُ فِي يَدِهِ نَفْيًا لِتُهْمَةِ الْمَوَاضَعَةِ لِأَنَّ الْعَقَارَ قَدْ يَكُونُ فِي يَدٍ غَيْرِهِمَا وَهُمَا تَوَاضَعَا عَلَى أَنْ يُصَدَّقَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ

المدَّعي بِأَنَّ العَقَارَ فِي يَدِ المدَّعي عَلَيْهِ لِحُكْمِ القَاضِي بِالْيَدِ للمدَّعي عَلَيْهِ حَتَّى يَتَصَرَّفَ فِيهِ المدَّعي عَلَيْهِ وَكَانَ القَضَاءُ فِيهِ قَضَاءً بِالتَّصَرُّفِ فِي مَالِ الْغَيْرِ وَذَلِكَ يُفْضِي إِلَى تَقْضِ القَضَاءِ عِنْدَ ظُهُورِهِ فِي يَدِ تَالِثٍ، بِخِلَافِ الْمَقُولِ فَإِنَّ الْيَدَ فِيهِ مُشَاهِدَةٌ.

وَأَمَّا الثَّالِثُ: فَلَأَنَّ الْمَطَالِبَةَ حَقُّهُ فَلَا بُدَّ مِنْ طَلَبِ حَقِّهِ، وَفِي عِبَارَتِهِ تَسَامُحٌ لِأَنَّهُ يُقُولُ إِلَى تَقْدِيرِ فَلَا بُدَّ مِنْ طَلَبِ الْمَطَالِبَةَ فَتَأْمَلْ. وَيُمْكِنُ أَنْ يُجَابَ عَنْهُ بِأَنَّ الْمَطَالِبَةَ مَصْدَرٌ بِمَعْنَى الْمَفْعُولِ فَكَانَ مَعْنَاهُ الْمَطَالِبُ حَقُّهُ فَلَا بُدَّ مِنْ طَلَبِهِ وَلَأَنَّهُ يُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ مَرْهُونًا فِي يَدِهِ أَوْ مَحْبُوسًا بِالثَّمَنِ فِي يَدِهِ، وَبِالْمَطَالِبَةِ تَرْوُلُ هَذِهِ الاحْتِمَالَاتُ وَعَنْ هَذَا: أَيُّ سَبَبٍ هَذَا الاحْتِمَالُ قَالَ الْمَشَائِخُ فِي الْمَقُولِ: يَجِبُ أَنْ يَقُولَ وَهُوَ فِي يَدِهِ بِغَيْرِ حَقٍّ، لِأَنَّ الْعَيْنَ فِي يَدِ ذِي الْيَدِ فِي هَاتَيْنِ الصُّورَتَيْنِ بِحَقٍّ، وَإِنْ كَانَ المدَّعي بِهِ حَقًّا فِي الذِّمَّةِ ذَكَرَ المدَّعي أَنَّهُ يُطَالِبُهُ بِهِ لَمَّا قُلْنَا: يَعْنِي قَوْلُهُ لِأَنَّ الْمَطَالِبَةَ حَقُّهُ فَلَا بُدَّ مِنْ طَلَبِهِ، وَهَذَا لِأَنَّ صَاحِبَ الذِّمَّةِ قَدْ حَضَرَ فَلَمْ يَبْقَ إِلَّا الْمَطَالِبَةُ، لَكِنْ لَا بُدَّ مِنْ تَعْرِيفِهِ بِالْوَصْفِ بِأَنْ قَالَ ذَهَبًا أَوْ فِضَّةً، فَإِنْ كَانَ مَضْرُوبًا يَقُولُ كَذَا كَذَا دِينَارًا أَوْ دِرْهَمًا جَيِّدًا أَوْ رَدِيءًا أَوْ وَسَطًا إِذَا كَانَ فِي الْبَلَدِ نُقُودٌ مُخْتَلِفَةٌ، وَأَمَّا إِذَا كَانَ فِي الْبَلَدِ نَقْدًا وَاحِدًا فَلَا حَاجَةَ إِلَى ذَلِكَ. وَبِالْجُمْلَةِ: لَا بُدَّ فِي كُلِّ جِنْسٍ مِنَ الْإِعْلَامِ بِأَقْصَى مَا يُمَكِّنُ بِهِ التَّعْرِيفُ.

قَالَ: (وَإِنْ كَانَ حَقًّا فِي الذِّمَّةِ ذَكَرَ أَنَّهُ يُطَالِبُهُ بِهِ) لَمَّا قُلْنَا، وَهَذَا لِأَنَّ صَاحِبَ الذِّمَّةِ قَدْ حَضَرَ فَلَمْ يَبْقَ إِلَّا الْمَطَالِبَةُ لَكِنْ لَا بُدَّ مِنْ تَعْرِيفِهِ بِالْوَصْفِ لِأَنَّهُ يُعْرِفُ بِهِ.

قَالَ: (وَإِذَا صَحَّتِ الدَّعْوَى سَأَلَ المدَّعي عَلَيْهِ عَنْهَا) لِيَنْكَشِفَ لَهُ وَجْهُ الْحُكْمِ (فَإِنْ اعْتَرَفَ قَضِي عَلَيْهِ بِهَا) لِأَنَّ الْإِقْرَارَ مُوجِبٌ بِنَفْسِهِ فَيَأْمُرُهُ بِالْخُرُوجِ عَنْهُ (وَإِنْ أَنْكَرَ سَأَلَ المدَّعي الْبَيِّنَاتِ) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ "أَلَيْكَ بَيِّنَاتٌ؟ فَقَالَ لَا، فَقَالَ: لَكَ يَمِينُهُ" (١) سَأَلَ وَرَثَتَ الْيَمِينِ عَلَى فَقْدِ الْبَيِّنَةِ فَلَا بُدَّ مِنَ السُّؤَالِ لِيُمْكِنَهُ الِاسْتِحْلَافُ.

الشرح:

قَالَ: (وَإِذَا صَحَّتِ الدَّعْوَى إلخ) إِذَا صَحَّتِ الدَّعْوَى بِشُرُوطِهَا سَأَلَ الْقَاضِي المدَّعي عَلَيْهِ عَنْهَا لِيَنْكَشِفَ لَهُ وَجْهُ الْحُكْمِ، فَإِنَّهُ عَلَى وَجْهَيْنِ: إمَّا أَنْ يَكُونَ أَمْرًا بِالْخُرُوجِ عَمَّا لَزِمَهُ بِالْحُجَّةِ، أَوْ يَصِيرُ مَا هُوَ بِعَرِيَّةٍ أَنْ يَصِيرَ حُجَّةً حُجَّةً، وَذَلِكَ لِأَنَّهُ إمَّا

(١) أخرجه مسلم في الإيمان حديث (٢٢٣)، وأبو داود (٣٢٤٥)، وانظر نصب الراية (٤/٢١٣).

أَنْ يَعْتَرِفَ بِمَا ادَّعَاهُ أَوْ يُنْكِرَ، فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلَ فَالْحُكْمُ فِيهِ أَنْ يَأْمُرَهُ بِأَنْ يَخْرُجَ عَمَّا أَقَرَّ بِهِ لِأَنَّ الْإِفْرَارَ حُجَّةٌ بِنَفْسِهِ لَا يَتَوَقَّفُ عَلَى قَضَاءِ الْقَاضِي لِكَمَالِ وَلَايَةِ الْإِنْسَانِ عَلَى نَفْسِهِ، فَكَانَ الْحُكْمُ مِنَ الْقَاضِي أَمْرًا بِالْخُرُوجِ عَلَى مُوجِبٍ مَا أَقَرَّ بِهِ، وَهَذَا قَالُوا: إِبْطَالُ الْحُكْمِ تَوْسِعٌ، وَإِنْ كَانَ الثَّانِي فَالْحُكْمُ فِيهِ أَنْ يَجْعَلَ الْقَاضِي الشَّهَادَةَ الْمُحْتَمَلَةَ لِلصَّدِّقِ وَالْكَذِبِ الَّتِي هِيَ بَعَرَضِيَّةٌ أَنْ تُصِيرَ حُجَّةً إِذَا قَضَى الْقَاضِي بِهَا حُجَّةً فِي حَقِّ الْعَمَلِ مُسْقَطًا احْتِمَالَ الْكَذِبِ فِيهَا، فَإِذَا لَا بُدَّ مِنَ السُّؤَالِ لِيَنْكَشِفَ لَهُ أَحَدُ الْوَجْهَيْنِ؛ فَإِذَا سَأَلَ، فَإِنْ اعْتَرَفَ بِهِ أَمْرُهُ بِالْخُرُوجِ عَنْهُ، وَإِنْ أَنْكَرَ سَأَلَ الْمُدَّعِيَ الْبَيِّنَةَ لِقَوْلِهِ ﷺ «لَكَ بَيِّنَةٌ؟ فَقَالَ لَا، فَقَالَ: لَكَ يَمِينُهُ» سَأَلَ ﷺ وَرَبَّ الْيَمِينِ عَلَى فَقْدِ الْبَيِّنَةِ.

قَالَ (فَإِنْ أَحْضَرَهَا قُضِيَ بِهَا) لَانْتِفَاءِ التُّهْمَةِ عَنْهَا (وَإِنْ عَجَزَ عَنْ ذَلِكَ وَطَلَبَ يَمِينَ خَصْمِهِ) اسْتَحْلَفَهُ (عَلَيْهَا) لَمَّا رَوَيْنَا، وَلَا بُدَّ مِنْ طَلْبِهِ لِأَنَّ الْيَمِينَ حَقُّهُ؛ أَلَا يَرَى أَنَّهُ كَيْفَ أَضِيفَ إِلَيْهِ بِحَرْفِ اللَّامِ فَلَا بُدَّ مِنْ طَلْبِهِ.

الشرح:

فَإِنْ أَحْضَرَهَا قُضِيَ بِهَا لَانْتِفَاءِ التُّهْمَةِ عَنِ الدَّعْوَى لِتَرْجُحِ جَانِبِ الصَّدِّقِ عَلَى الْكَذِبِ، وَإِنْ عَجَزَ عَنْهَا وَطَلَبَ يَمِينَ خَصْمِهِ اسْتَحْلَفَهُ عَلَيْهَا لَمَّا رَوَيْنَا، يُرِيدُ بِهِ قَوْلُهُ ﷺ «لَكَ يَمِينُهُ» وَلَا بُدَّ مِنْ طَلْبِهِ لِاسْتِحْلَافِ لَأَنَّ الْيَمِينَ حَقُّهُ؛ أَلَا يَرَى أَنَّهُ كَيْفَ أَضِيفَ إِلَيْهِ بِحَرْفِ اللَّامِ فِي قَوْلِهِ " لَكَ يَمِينُهُ ". قِيلَ إِنَّمَا جَعَلَ يَمِينَ الْمُنْكَرِ حَقَّ الْمُدَّعِيَ لِأَنَّهُ يَزْعُمُ أَنَّ خَصْمَهُ أَتَوَى حَقَّهُ بِإِنْكَارِهِ، فَالْشَّرْعُ جَعَلَ لَهُ حَقَّ اسْتِحْلَافِهِ، حَتَّى إِذَا كَانَ الْأَمْرُ كَمَا زَعَمَ فَالْيَمِينَ الْعُمُوسُ مُهْلِكَةٌ لَخَصْمِهِ فَيَكُونُ إِثْوَاءٌ بِمُقَابَلَةِ إِثْوَاءٍ وَهُوَ مَشْرُوعٌ كَالْقِصَاصِ، وَإِنْ كَانَ الْأَمْرُ بِخِلَافِ مَا زَعَمَ فَالْمُدَّعَى عَلَيْهِ يَنَالُ الثَّوَابَ بِذِكْرِ اسْمِ اللَّهِ تَعَالَى صَادِقًا، ثُمَّ إِنَّمَا رَبَّ الْيَمِينَ عَلَى الْبَيِّنَةِ لَا عَلَى الْعَكْسِ لِأَنَّ نَفْسَ الدَّعْوَى لَيْسَتْ بِمُوجِبَةٍ اسْتِحْقَاقِ الْمُدَّعِيَ لِمَا ادَّعَاهُ، لِأَنَّ فِيهِ إِسَاءَةَ الظَّنِّ بِالْآخِرِ وَذَلِكَ لَا يَجُوزُ، فَوَجِبَ إِقَامَةُ الْبَيِّنَةِ عَلَى الْمُدَّعِيَ لِإِثْبَاتِ اسْتِحْقَاقِهِ بِهَا فَيُطَالِبُهُ الْقَاضِي بِذَلِكَ لَا عَلَى وَجْهِ الْإِلْزَامِ عَلَيْهِ بَلْ عَلَى وَجْهِ التَّذْكِيرِ لَهُ، فَلَوْ قَدَّمْنَا الْيَمِينَ لَمْ يَكُنْ فِيهِ نَظَرٌ لِلْمُدَّعَى عَلَيْهِ، إِذْ إِقَامَةُ الْبَيِّنَةِ مَشْرُوعَةٌ بَعْدَ الْيَمِينَ، فَمِنْ الْجَائِزِ إِقَامَتُهَا بَعْدَهَا، وَفِي ذَلِكَ افْتِصَاحُهُ بِالْيَمِينَ الْكَاذِبَةِ، وَفِيهِ نَظَرٌ.

بَابُ الْيَمِينِ

(وَإِذَا قَالَ الْمُدَّعِي لِي بَيِّنَةٌ حَاضِرَةٌ وَطَلَبَ الْيَمِينَ لَمْ يُسْتَحْلَفْ) عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ، مَعْنَاهُ حَاضِرَةٌ فِي الْمَصْرِ وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: يُسْتَحْلَفُ لِأَنَّ الْيَمِينَ حَقُّهُ بِالْحَدِيثِ الْمَعْرُوفِ، فَإِذَا طَالَبَهُ بِهِ يُجِيبُهُ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ ثُبُوتَ الْحَقِّ فِي الْعَيْنِ مُرْتَبِّ عَلَى الْعَجْزِ عَنِ إِقَامَةِ الْبَيِّنَةِ لَمَّا رَوَيْنَا فَلَا يَكُونُ حَقُّهُ دُونَهُ، كَمَا إِذَا كَانَتْ الْبَيِّنَةُ حَاضِرَةً فِي الْمَجْلِسِ.

وَمُحَمَّدٌ مَعَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ فِيمَا ذَكَرَهُ الْخَصَافُ، وَمَعَ أَبِي حَنِيفَةَ فِيمَا ذَكَرَهُ الطَّحَاوِيُّ.

قَالَ (وَلَا تُرَدُّ الْيَمِينُ عَلَى الْمُدَّعِي) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعِي، وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ»^(١) قَسَمَ وَالْقِسْمَةُ تَنَافِي الشَّرِكَةِ، وَجَعَلَ جِنْسَ الْإِيمَانِ عَلَى الْمُنْكَرِينَ وَلَيْسَ وَرَاءَ الْجِنْسِ شَيْءٌ، وَفِيهِ خِلَافُ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ.

الشرح:

(بَابُ الْيَمِينِ): لَمَّا ذَكَرَ أَنَّ الْخَصْمَ إِذَا أَنْكَرَ الدَّعْوَى وَعَجَزَ الْمُدَّعِي عَنْ إِقَامَةِ الْبَيِّنَةِ وَطَلَبَ الْيَمِينَ يَجِبُ عَلَيْهِ أَنْ يَحْلِفَ أَرَادَ أَنْ يُبَيِّنَ الْأَحْكَامَ الْمُتَعَلِّقَةَ بِالْيَمِينِ. قَالَ (وَإِذَا قَالَ الْمُدَّعِي لِي بَيِّنَةٌ حَاضِرَةٌ إلخ) إِذَا قَالَ الْمُدَّعِي لِي بَيِّنَةٌ حَاضِرَةٌ فِي الْمَصْرِ وَطَلَبَ يَمِينَ خَصْمِهِ لَمْ يُسْتَحْلَفْ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: يُسْتَحْلَفُ لِأَنَّ الْيَمِينَ حَقُّهُ بِالْحَدِيثِ الْمَعْرُوفِ وَهُوَ قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «لَكَ يَمِينُهُ» فَإِذَا طَالَبَهُ بِهِ يُجِيبُهُ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ ثُبُوتَ الْحَقِّ فِي الْيَمِينِ مُرْتَبِّ عَلَى الْعَجْزِ عَنِ إِقَامَةِ الْبَيِّنَةِ لَمَّا رَوَيْنَا مِنْ «قَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لِلْمُدَّعِي: أَلْكَ بَيِّنَةٌ؟ فَقَالَ: لَا، فَقَالَ: لَكَ يَمِينُهُ» فَإِنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ ذَكَرَ الْيَمِينَ بَعْدَمَا عَجَزَ الْمُدَّعِي عَنْ الْبَيِّنَةِ فَلَا يَكُونُ حَقُّهُ دُونَهُ كَمَا إِذَا كَانَتْ الْبَيِّنَةُ حَاضِرَةً فِي مَجْلِسِ الْحُكْمِ، وَمُحَمَّدٌ مَعَ أَبِي يُوسُفَ فِيمَا ذَكَرَهُ الْخَصَافُ، وَمَعَ أَبِي حَنِيفَةَ فِيمَا ذَكَرَهُ الطَّحَاوِيُّ، وَلَا تُرَدُّ الْيَمِينُ عَلَى الْمُدَّعِي لِأَنَّهُ ﷺ قَسَمَ بَيْنَ الْخَصْمَيْنِ فَجَعَلَ الْبَيِّنَةَ عَلَى الْمُدَّعِي وَالْيَمِينَ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ، وَالْقِسْمَةُ تَنَافِي الشَّرِكَةِ لِأَنَّهَا

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (١٠٨٠٣)، (٢١١٩٧)، (٢١١٩٨)، وانظر نصب الراية

تَقْتَضِي عَدَمَ التَّمْيِيزِ وَالْقِسْمَةَ تَقْتَضِيهِ (قَوْلُهُ وَجَعَلَ جِنْسَ الْإِيمَانِ عَلَى الْمُتَكْرِينَ فِي قَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «وَالْيَمِينُ عَلَى مَا أُنْكَرَ» وَلَيْسَ وَرَاءَ الْجِنْسِ شَيْءٌ) اسْتِدْلَالٌ آخَرُ بِالْحَدِيثِ، وَفِيهِ خِلَافُ الشَّافِعِيِّ وَسَيَأْتِي.

قَالَ: (وَلَا تُقْبَلُ بَيِّنَةٌ صَاحِبِ الْيَدِ فِي الْمَلِكِ الْمُطْلَقِ، وَبَيِّنَةُ الْخَارِجِ أُولَى). وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يُقْضَى بِبَيِّنَةِ ذِي الْيَدِ لاعتضادها باليد فيتقوى الظهور وصار كالتنتاج والنكاح ودعوى الملك مع الإعتاق والاستيلاء والتدبير. ولنا أن بَيِّنَةَ الْخَارِجِ أَكْثَرُ إِثْبَاتًا أَوْ إِظْهَارًا لِأَنَّهُ قَدَرًا مَا أَثْبَتَهُ الْيَدُ لَا يَثْبُتُهُ بَيِّنَةُ ذِي الْيَدِ، إِذَا الْيَدُ دَلِيلُ مُطْلَقِ الْمَلِكِ، بِخِلَافِ النَّتَاجِ لِأَنَّ الْيَدَ لَا تَدُلُّ عَلَيْهِ، وَكَذَا عَلَى الْإِعْتَاقِ وَأَخْتِيهِ وَعَلَى الْوَلَاءِ الثَّابِتِ بِهَا.

الشرح:

قَالَ: (وَلَا تُقْبَلُ بَيِّنَةُ صَاحِبِ الْيَدِ فِي الْمَلِكِ الْمُطْلَقِ إلخ) وَلَا تُقْبَلُ بَيِّنَةُ ذِي الْيَدِ فِي الْمَلِكِ الْمُطْلَقِ لِأَنَّهُ مُدْعَى عَلَيْهِ، وَلَيْسَ عَلَيْهِ الْبَيِّنَةُ لِمَا رَوَيْنَا، وَقَدْ بِالْمَلِكِ الْمُطْلَقِ اخْتِرَازًا عَنْ الْمُقَيَّدِ بِدَعْوَى النَّتَاجِ، وَعَنْ الْمُقَيَّدِ بِمَا إِذَا ادَّعَى تَلَقَّى الْمَلِكُ مِنْ وَاحِدٍ وَأُخْذَهُمَا قَابِضٌ، وَبِمَا إِذَا ادَّعَى الشَّرَاءَ مِنْ اثْنَيْنِ وَتَارِيخُ أَحَدِهِمَا أَسْبَقُ فَإِنَّ فِي هَذِهِ الصُّورِ تُقْبَلُ بَيِّنَةُ ذِي الْيَدِ بِالْإِجْمَاعِ.

فَإِنْ قِيلَ: أَمَّا التَّقْضَى مُقْتَضَى الْقِسْمَةِ حَيْثُ قُبِلَتْ بَيِّنَةُ ذِي الْيَدِ وَهُوَ مُدْعَى عَلَيْهِ. قُلْتُ: نَعَمْ لِأَنَّ قُبُولَهَا مِنْ حَيْثُ مَا ادَّعَى مِنَ الزِّيَادَةِ مِنَ النَّتَاجِ وَالْقَبْضِ وَسَبْقِ التَّارِيخِ فَهُوَ مِنْ تِلْكَ الْجِهَةِ مُدَّعٍ وَالْبَيِّنَةُ لِلْمُدَّعِي.

فَإِنْ قُلْتُ: فَهَلْ يَجِبُ عَلَى الْخَارِجِ الْيَمِينُ لِكَوْنِهِ إِذَا ذَاكَ مُدْعَى عَلَيْهِ قُلْتُ لَا، لِأَنَّ الْيَمِينُ إِنَّمَا تَجِبُ عِنْدَ عَجْزِ الْمُدَّعِي عَنْ الْبَيِّنَةِ وَهَهُنَا لَمْ يَعْجِزْ، وَإِذَا تَعَارَضَتْ بَيِّنَةُ الْخَارِجِ وَبَيِّنَةُ ذِي الْيَدِ فِي الْمَلِكِ الْمُطْلَقِ فَبَيِّنَةُ الْخَارِجِ أُولَى لِعَدَمِ زِيَادَةِ يَصِيرُ بِهَا ذُو الْيَدِ مُدَّعِيًا. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يُقْضَى بِبَيِّنَةِ ذِي الْيَدِ لِأَنَّهَا اعْتَصَدَتْ بِالْيَدِ وَالْعَتَمَةُ أَقْوَى، فَصَارَ كَمَا إِذَا أَقَامَهَا عَلَى نِتَاجِ دَابَّةٍ وَهِيَ فِي يَدِ أَحَدِهِمَا، أَوْ أَقَامَهَا عَلَى نِكَاحٍ وَأُخْذَهُمَا يَدٌ، فَإِنَّهُ يُقْضَى لِذِي الْيَدِ، وَصَارَ كَدَعْوَى الْمَلِكِ مَعَ الْإِعْتَاقِ بِأَنَّهُ يَكُونُ عَبْدًا فِي يَدِ رَجُلٍ أَقَامَ الْخَارِجُ الْبَيِّنَةَ أَنَّهُ عَبْدُهُ أَعْتَقَهُ، وَأَقَامَ ذُو الْيَدِ الْبَيِّنَةَ أَنَّهُ أَعْتَقَهُ وَهُوَ يَمْلِكُهُ، فَبَيِّنَةُ ذِي الْيَدِ أُولَى مِنْ بَيِّنَةِ الْخَارِجِ عَلَى الْعِتْقِ، وَكَذَلِكَ فِي دَعْوَى الْاسْتِيلَادِ وَالتَّدْبِيرِ.

وَلَنَا أَنَّ بَيِّنَةَ الْخَارِجِ أَكْثَرُ إِبْتَاطًا: يَعْنِي فِي عِلْمِ الْقَاضِي، أَوْ إِظْهَارًا: يَعْنِي فِي الْوَاقِعِ، فَإِنَّ بَيِّنَتَهُ تُظْهِرُ مَا كَانَ ثَابِتًا فِي الْوَاقِعِ لِأَنَّ قَدْرَ مَا أُثْبِتَهُ الْيَدُ لَا تُثْبِتُهُ بَيِّنَةُ ذِي الْيَدِ، لِأَنَّ الْيَدَ دَلِيلُ مُطْلَقِ الْمَلِكِ فَبَيِّنَتُهُ لَا تُثْبِتُهُ لثَلَا يَلْزَمُ تَحْصِيلُ الْحَاصِلِ، بِخِلَافِ بَيِّنَةِ الْخَارِجِ فَإِنَّهَا تُثْبِتُ الْمَلِكَ أَوْ تُظْهِرُهُ، وَمَا هُوَ أَكْثَرُ إِبْتَاطًا فِي الْبَيِّنَاتِ فَهُوَ أَوْلَى لِتَوْفُرِ مَا شُرِعَتْ الْبَيِّنَاتُ لِأَجْلِهِ فِيهِ.

فَإِنْ قِيلَ: بَيِّنَةُ الْخَارِجِ تُزِيلُ مَا أُثْبِتَهُ بِالْيَدِ مِنَ الْمَلِكِ فَبَيِّنَةُ ذِي الْيَدِ تُفِيدُ الْمَلِكَ وَلَا يَلْزَمُ تَحْصِيلُ الْحَاصِلِ. أَجِيبْ بِأَنَّهَا لَيْسَتْ مُوجِبَةً بِنَفْسِهَا حَتَّى تُزِيلَ مَا ثَبَتَ بِالْيَدِ، وَإِنَّمَا تُصِيرُ مُوجِبَةً عِنْدَ اتِّصَالِ الْقَضَاءِ بِهَا كَمَا تَقَدَّمَ، فَقَبْلَهُ يَكُونُ الْمَلِكُ ثَابِتًا لِلْمُدَّعَى عَلَيْهِ، وَإِبْتَاطُ الثَّابِتِ لَا يُتَصَوَّرُ فَلَا تَكُونُ بَيِّنَتُهُ مُثْبِتَةً بَلْ مُؤَكِّدَةً لِمَلِكٍ ثَابِتٍ، وَالتَّاسِيسُ أَوْلَى مِنَ التَّائِيدِ، بِخِلَافِ النَّسَاجِ وَالنِّكَاحِ، لِأَنَّ الْيَدَ لَا تَدُلُّ عَلَى ذَلِكَ فَكَأَنَّ الْبَيِّنَةَ مُثْبِتَةً لَا مُؤَكِّدَةً، فَكَأَنَّ كُلَّ وَاحِدَةٍ مِنَ الْبَيِّنَتَيْنِ لِلْإِبْتَاطِ فَتَرْجَحُ إِحْدَاهُمَا بِالْيَدِ.

فَإِنْ قِيلَ: كَانَ الْوَاجِبُ أَنْ تَكُونَ بَيِّنَةُ الْخَارِجِ أَوْلَى لِكُونِهَا أَكْثَرُ إِبْتَاطًا لِأَنَّهَا تُثْبِتُ الْيَدَ وَالنَّسَاجَ، وَبَيِّنَةُ ذِي الْيَدِ تُثْبِتُ النَّسَاجَ لَا غَيْرُ. أَجِيبْ بِأَنَّ بَيِّنَةَ النَّسَاجِ لَا تُوجِبُ إِلَّا أَوَّلِيَّةَ الْمَلِكِ وَهُمَا تَسَاوَيَا فِي ذَلِكَ وَيَتَرَجَّحُ ذُو الْيَدِ بِالْيَدِ فَيَقْضَى لَهُ (قَوْلُهُ وَكَذَا عَلَى الْإِعْتِقَاقِ) أَيْ الْيَدُ لَا تَدُلُّ عَلَى الْإِعْتِقَاقِ وَالْإِسْتِيلَادِ وَالتَّذْيِيرِ، فَتَعَارَضَتْ بَيِّنَةُ الْخَارِجِ وَذِي الْيَدِ ثُمَّ تَرَجَّحَتْ بَيِّنَةُ ذِي الْيَدِ (قَوْلُهُ وَعَلَى الْوَلَاءِ الثَّابِتِ بِهَا) أَيْ بِالْإِعْتِقَاقِ وَالْإِسْتِيلَادِ وَالتَّذْيِيرِ، وَمَعْنَاهُ أَنَّ الْبَيِّنَتَيْنِ فِي الْإِعْتِقَاقِ وَأُخْتِيهِ تَدْلَانِ عَلَى الْوَلَاءِ، إِذِ الْوَلَاءُ حَاصِلٌ لِلْعَبْدِ بِتَصَادُفِهِمَا وَهَذَا قَدْ اسْتَوَيَا فِي ذَلِكَ وَتَرَجَّحَ صَاحِبُ الْيَدِ بِحُكْمِ يَدِهِ.

قَالَ: (وَإِذَا نَكَلَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ عَنِ الْيَمِينِ فَضِي عَلَيْهِ بِالنُّكُولِ وَآلَزَمَهُ مَا ادَّعَى عَلَيْهِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا يَقْضَى بِهِ بَلْ يَرُدُّ الْيَمِينَ عَلَى الْمُدَّعَى، فَإِذَا حَلَفَ يَقْضَى بِهِ لِأَنَّ النُّكُولَ يَحْتَمِلُ التَّوَرُّعَ عَنِ الْيَمِينِ الْكَادِبَةِ وَالتَّرَفُّعَ عَنِ الصَّادِقَةِ وَاشْتِبَاهَ الْحَالِ فَلَا يَنْتَصِبُ حُجَّةٌ مَعَ الْإِحْتِمَالِ، وَيَمِينُ الْمُدَّعَى دَلِيلُ الظُّهُورِ فَيُصَارُ إِلَيْهِ. وَلَنَا أَنَّ النُّكُولَ دَلٌّ عَلَى كَوْنِهِ بَاطِلًا أَوْ مُقَرَّرًا، إِذْ نَوَلَا ذَلِكَ لِأَقْدَمَ عَلَى الْيَمِينِ إِقَامَةً لِلْوَاجِبِ وَدَفْعًا لِلضَّرَرِ عَنِ نَفْسِهِ فَتَرْجَحُ هَذَا الْجَانِبُ، وَلَا وَجْهَ لِرَدِّ الْيَمِينِ عَلَى الْمُدَّعَى لِمَا قَدْ مَنَاهُ.

الشرح:

قَالَ: (وَإِذَا نَكَلَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ عَنِ الْيَمِينِ إلخ) وَإِذَا نَكَلَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ عَنِ الْيَمِينِ

قَضَى الْحَاكِمُ عَلَيْهِ بِالتُّكُولِ وَالزَّمَهُ مَا ادَّعَاهُ عَلَيْهِ، وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا يُقْضَى عَلَيْهِ بَلْ تُرَدُّ اليمينُ عَلَى الْمُدَّعِي، فَإِنْ حَلَفَ قَضَى بِهِ، وَإِنْ نَكَلَ انْقَطَعَتِ الْمُنَازَعَةُ، لِأَنَّ تَكُولَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ يَحْتَمِلُ التَّوَرُّعَ عَنِ اليمينِ الْكَاذِبَةِ وَالتَّرَفُّعَ عَنِ الصَّادِقَةِ وَيَحْتَمِلُ اشْتِبَاهَ الْحَالِ، وَمَا كَانَ كَذَلِكَ لَا يَتَصَبُّ حُجَّةٌ، بِخِلَافِ يَمِينِ الْمُدَّعِي لِأَنَّهُ دَلِيلُ الظُّهُورِ فَيَصَارُ إِلَيْهِ. وَلَنَا أَنَّ التُّكُولَ دَلٌّ عَلَى كَوْنِهِ بَازِلًا إِنْ كَانَ التُّكُولُ بَذَلًا كَمَا هُوَ مَذْهَبُ أَبِي حَنِيفَةَ، أَوْ مُقَرًّا إِنْ كَانَ إِقْرَارًا كَمَا هُوَ مَذْهَبُهُمَا، إِذْ لَوْ لَا ذَلِكَ لَأَقْدَمَ عَلَى اليمينِ إِقَامَةُ لِلوَاجِبِ لَهَا وَاجِبَةٌ عَلَيْهِ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعِي وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أُلْكَرَ» وَكَلِمَةُ عَلَى لِلوُجُوبِ، وَدَفْعًا لِلضَّرَرِ عَنْ نَفْسِهِ فَتَرْجَحُ هَذَا الْجَانِبُ: أَيْ جَانِبُ كَوْنِهِ بَازِلًا إِنْ تَرَفَّعَ، أَوْ مُقَرًّا إِنْ تَوَرَّعَ، لِأَنَّ التَّرَفُّعَ أَوْ التَّوَرُّعَ إِنَّمَا يَحِلُّ إِذَا لَمْ يُفْضَ إِلَى الضَّرَرِ بِالْغَيْرِ.

واعتُزِلَ بِأَنَّ الْإِلْزَامَ بِالتُّكُولِ مُخَالَفٌ لِلْكِتَابِ وَالسُّنَّةِ وَالْقِيَاسِ، لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَالَ ﴿وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَآمْرَتَانِ مِنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشَّهَدَاءِ﴾ [البقرة: ٢٨٢] فَالْقَضَاءُ بِالتُّكُولِ يُخَالِفُهُ. وَقَالَ ﷺ «الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعِي وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أُلْكَرَ» وَلَمْ يَذْكُرْ التُّكُولَ وَالْيَمِينُ فِي جَانِبِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ فِي الْإِبْدَاءِ لَكَوْنِ الظَّاهِرِ شَاهِدًا لَهُ، وَبِتَكُولِهِ صَارَ الظَّاهِرُ شَاهِدًا لِلْمُدَّعِي فَتَعُوذُ اليمينُ إِلَى جَانِبِ الْمُدَّعِي، وَلِهَذَا بَدَأْنَا فِي اللَّعَانِ بِالْإِيمَانِ مِنْ جَانِبِ الزَّوْجِ لِشَهَادَةِ الظَّاهِرِ، فَإِنَّ الْإِنْسَانَ لَا يُلَوِّثُ فِرَاشَهُ كَاذِبًا وَإِنْ كَانَ مُدَّعِيًا. وَأُجِيبَ بِأَنَّ الْكِتَابَ وَالسُّنَّةَ لَيْسَ فِيهِمَا مَا يَدُلُّ عَلَى نَفْيِ الْقَضَاءِ بِالتُّكُولِ، لِأَنَّ تَخْصِيصَ الشَّيْءِ بِالذِّكْرِ لَا يَدُلُّ عَلَى نَفْيِ الْحُكْمِ عَمَّا عَدَاهُ، وَالْإِجْمَاعُ يَدُلُّ عَلَى جَوَازِهِ، فَإِنَّهُ رُوِيَ إِجْمَاعُ الصَّحَابَةِ عَلَى ذَلِكَ، وَمَا رُوِيَ عَنْ عَلِيٍّ ﷺ أَنَّهُ حَلَفَ الْمُدَّعِي بَعْدَ تَكُولِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ فَقَدْ رُوِيَ عَنْهُ خِلَافُ ذَلِكَ.

رُوِيَ عَنْ شُرَيْحٍ أَنَّ الْمُنْكَرَ طَلَبَ مِنْهُ رَدَّ اليمينِ عَلَى الْمُدَّعِي، فَقَالَ: لَيْسَ لَكَ إِلَيْهِ سَبِيلٌ، وَقُضِيَ بِالتُّكُولِ بَيْنَ يَدَيَّ عَلِيٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، فَقَالَ لَهُ عَلِيٌّ: قَالُونَ، وَهُوَ بِلُغَةٍ أَهْلُ الرُّومِ أَصْنَبَتْ. وَإِذَا ثَبَتَ الْإِجْمَاعُ بَطَلَ الْقِيَاسُ، عَلَى أَنَّ اللَّعَانَ عِنْدَنَا شَهَادَاتٌ مُؤَكَّدَاتٌ بِالْإِيمَانِ مَقْرُونَةٌ بِاللْعَنِ قَائِمَةٌ مَقَامَ حَدِّ الْقَذْفِ، فَكَانَ مَعْنَى اليمينِ فِيهَا غَيْرَ مَقْصُودٍ، وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ التُّكُولُ لَاشْتِبَاهِ الْحَالِ لِأَنَّ ذَلِكَ يَقْتَضِي الِاسْتِمْهَالَ مِنْ

القَاضِي لِيُنْكَشِفَ الْحَالَ لَا رَدُّ الِیْمَنِ، فَإِنْ رَدَّ الِیْمَنِ لَا وَجْهَ لَهُ لَمَّا قَدَّمْتَاهُ فِي قَوْلِهِ وَلَا تُرَدُّ الِیْمَنِ عَلَى الْمُدَّعِي.

قَالَ (وَيَنْبَغِي لِلْقَاضِي أَنْ يَقُولَ لَهُ إِنِّي أَعْرِضُ عَلَيْكَ الِیْمَانَ ثَلَاثًا، فَإِنْ حَلَفْتَ وَإِلَّا قَضَيْتَ عَلَيْكَ بِمَا ادَّعَاهُ) وَهَذَا الْإِنْذَارُ لِإِعْلَامِهِ بِالْحُكْمِ إِذْ هُوَ مَوْضِعُ الْخَفَاءِ.

الشرح:

(قَالَ: وَيَنْبَغِي لِلْقَاضِي أَنْ يَقُولَ لَهُ إِنْ) وَيَنْبَغِي لِلْقَاضِي أَنْ يَقُولَ لِلْمُدَّعَى عَلَيْهِ إِنِّي أَعْرِضُ عَلَيْكَ الِیْمَانَ ثَلَاثَ مَرَّاتٍ فَإِنْ حَلَفْتَ وَإِلَّا قَضَيْتَ عَلَيْكَ بِمَا ادَّعَاهُ، لِأَنَّ الْإِنْذَارَ لِإِعْلَامِهِ بِالْحُكْمِ، إِذْ هُوَ مَوْضِعُ الْخَفَاءِ لِعَدَمِ دَلَالَةِ نَصٍّ عَلَى ذَلِكَ فَيَجُوزُ أَنْ يَلْتَبَسَ عَلَيْهِ مَا يَلْزَمُهُ بِالنُّكُولِ، وَهَذَا أَوْلَى مِنْ قَوْلِهِمْ لَكُونِهِ مُجْتَهِدًا فِيهِ، فَإِنْ لِلشَّافِعِيِّ خِلَافًا فِيهِ لَمَّا مَرَّ غَيْرَ مَرَّةٍ.

قَالَ (فَإِذَا كَرَّرَ الْعَرَضَ عَلَيْهِ ثَلَاثَ مَرَّاتٍ قَضَى عَلَيْهِ بِالنُّكُولِ) وَهَذَا التَّكْرَارُ ذَكَرَهُ الْخَصَافُ رَحِمَهُ اللَّهُ لَزِيَادَةِ الْإِحْطَاءِ وَالْمُبَالَغَةِ فِي إِبْلَاءِ الْعُدْرِ، فَأَمَّا الْمَذْهَبُ أَنَّهُ لَوْ قَضَى بِالنُّكُولِ بَعْدَ الْعَرَضِ مَرَّةً جَازَ لَمَّا قَدَّمْنَاهُ هُوَ الصَّحِيحُ وَالْأَوَّلُ أَوْلَى، ثُمَّ النُّكُولُ قَدْ يَكُونُ حَقِيقَةً كَقَوْلِهِ لَا أَحْلَفُ، وَقَدْ يَكُونُ حُكْمِيًّا بِأَنْ يَسْكُتَ، وَحُكْمُهُ حُكْمُ الْأَوَّلِ إِذَا عَلِمَ أَنَّهُ لَا أَهْتَ بِهِ مِنْ طَرَشٍ أَوْ خَرَسٍ هُوَ الصَّحِيحُ.

الشرح:

ثُمَّ الْعَرَضُ ثَلَاثَ مَرَّاتٍ أَوْلَى لَيْسَ بِشَرْطٍ لَجَوَازِ الْقَضَاءِ بِالنُّكُولِ، بَلِ الْمَذْهَبُ فِيهِ أَنَّهُ لَوْ قَضَى بِهِ بَعْدَ مَرَّةٍ جَازَ لَمَّا قَدَّمْنَا أَنَّ النُّكُولَ بَذْلٌ أَوْ إِقْرَارٌ وَلَيْسَ التَّكْرَارُ بِشَرْطٍ فِي شَيْءٍ مِنْهُمَا.

وَالْخَصَافُ ذَكَرَهُ لَزِيَادَةِ الْإِحْطَاءِ وَالْمُبَالَغَةِ فِي إِبْلَاءِ الْأَعْذَارِ فَصَارَ كَمَا مَهَالِ الْمُرَدِّ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ فَإِنَّهُ أَوْلَى، وَإِنْ قُتِلَ بغيرِ إِمْهَالٍ جَازَ لِأَنَّ الْكُفْرَ مُبِيحٌ (وَقَوْلُهُ هُوَ الصَّحِيحُ) احْتِرَازٌ عَمَّا قِيلَ لَوْ قَضَى بِالنُّكُولِ مَرَّةً وَاحِدَةً لَا يَنْفُذُ لِأَنَّهُ أَوْضَعُ مِنَ الْبَذْلِ وَالْإِقْرَارِ فَيَشْتَرِطُ فِيهِ التَّكْرَارُ، وَصُورَةُ ذَلِكَ أَنَّ يَقُولَ الْقَاضِي أَحْلَفُ بِاللَّهِ مَا لَهَذَا عَلَيْكَ مَا يَدَّعِيهِ وَهُوَ كَذَا وَكَذَا وَلَا شَيْءَ مِنْهُ، فَإِنْ نَكَلَ يَقُولُ لَهُ ذَلِكَ ثَانِيًا: فَإِنْ نَكَلَ يَقُولُ لَهُ بَقِيَتْ الثَّالِثَةُ ثُمَّ أَقْضَى عَلَيْكَ إِنْ لَمْ تَحْلَفْ، ثُمَّ يَقُولُ لَهُ ثَالِثًا فَإِنْ نَكَلَ قَضَى عَلَيْهِ بِدَعْوَى الْمُدَّعِي.

قَالَ (وَإِنْ كَانَتْ الدَّعْوَى نِكَاحًا لَمْ يُسْتَحْلَفِ الْمُنْكَرُ) عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ، وَلَا يُسْتَحْلَفُ عِنْدَهُ فِي النِّكَاحِ وَالرَّجْعَةِ وَالْفَيْ فِي الْإِيلَاءِ وَالرَّقِّ وَالْإِسْتِيلَادِ وَالنَّسَبِ وَالْوَلَاءِ وَالْحُدُودِ وَاللَّعَانِ. وَقَالَا: يُسْتَحْلَفُ فِي ذَلِكَ كُلِّهِ إِلَّا فِي الْحُدُودِ وَاللَّعَانِ.

وَصُورَةُ الْإِسْتِيلَادِ أَنْ تَقُولَ الْجَارِيَةُ أَنَا أُمُّ وَلَدٍ لِمَوْلَايَ وَهَذَا ابْنِي مِنْهُ وَأَنْكَرَ الْمَوْلَى، لِأَنَّهُ لَوْ ادَّعَى الْمَوْلَى ثَبَتَ الْإِسْتِيلَادُ بِإِقْرَارِهِ وَلَا يُلْتَفَتُ إِلَى إنْكَارِهَا. لَهُمَا أَنْ النُّكُولَ إِقْرَارٌ لِأَنَّهُ يَدُلُّ عَلَى كَوْنِهِ كَاذِبًا فِي الْإِنْكَارِ عَلَى مَا قَدْ مَنَاهُ، إِذْ لَوْلَا ذَلِكَ لَأَقْدَمَ عَلَى الْيَمِينِ الصَّادِقَةِ إِقَامَةً لِلْوَجِبِ فَكَانَ إِقْرَارًا أَوْ بَدَلًا عَنْهُ، وَالْإِقْرَارُ يَجْرِي فِي هَذِهِ الْأَشْيَاءِ لِكُنْهِ إِقْرَارٍ فِيهِ شُبْهَةٌ، وَالْحُدُودُ تَنْدَرِي بِالشُّبُهَاتِ، وَاللَّعَانُ فِي مَعْنَى الْحَدِّ.

وَأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى أَنَّهُ بَدَلٌ لِأَنَّهُ مَعَهُ لَا تَبْقَى الْيَمِينُ وَاجِبَةٌ لِحُصُولِ الْمَقْصُودِ وَإِنْزَالُهُ بِإِذَا أَوْلَى كَيْ لَا يَصِيرَ كَاذِبًا فِي الْإِنْكَارِ، وَالبَدَلُ لَا يَجْرِي فِي هَذِهِ الْأَشْيَاءِ. وَقَائِدَةُ الْإِسْتِحْلَافِ الْقَضَاءُ بِالنُّكُولِ فَلَا يُسْتَحْلَفُ إِلَّا أَنْ هَذَا بَدَلٌ لِدَفْعِ الْخُصُومَةِ فَيَمْلِكُهُ الْمُكَاتَبُ وَالْعَبْدُ الْمَادُونُ بِمَنْزِلَةِ الضَّيَافَةِ الْيَسِيرَةِ، وَصِحَّتُهُ فِي الدِّينِ بِنَاءً عَلَى زَعْمِ الْمُدَّعِي وَهُوَ مَا يَقْبِضُهُ حَقًّا لِنَفْسِهِ، وَالبَدَلُ مَعْنَاهُ هَاهُنَا تَرْكُ الْمَنْعِ وَأَمْرُ الْمَالِ هَيْنًا.

الشرح:

(قَالَ: وَإِذَا كَانَ الدَّعْوَى نِكَاحًا إلخ) ادَّعَى رَجُلٌ عَلَى امْرَأَةٍ أَنَّهُ تَزَوَّجَهَا وَأُنْكَرَتْ أَوْ بِالْعَكْسِ، أَوْ ادَّعَى بَعْدَ الطَّلَاقِ وَالْقَضَاءِ الْعِدَّةَ أَنَّهُ رَاجَعَهَا فِي الْعِدَّةِ وَأُنْكَرَتْ أَوْ بِالْعَكْسِ، أَوْ ادَّعَى بَعْدَ الْقَضَاءِ مُدَّةَ الْإِيلَاءِ أَنَّهُ فَاءٌ إِلَيْهَا فِي الْمُدَّةِ وَأُنْكَرَتْ أَوْ بِالْعَكْسِ، أَوْ ادَّعَى عَلَى مَجْهُولٍ أَنَّهُ عَبْدُهُ أَوْ ادَّعَى الْمَجْهُولُ ذَلِكَ أَوْ اخْتَصَمَا عَلَى هَذَا الْوَجْهِ فِي وِلَاءِ الْعَتَاقَةِ أَوْ الْمُوَالَاةِ، أَوْ ادَّعَى عَلَى رَجُلٍ أَنَّهُ وَلَدُهُ أَوْ وَالِدُهُ، أَوْ ادَّعَتْ عَلَى مَوْلَاهَا أَنَّهَا وَلَدَتْ مِنْهُ وَهَذَا لَا يَتَحَقَّقُ إِلَّا مِنْ جَانِبِ الْأُمَّةِ، لِأَنَّ الْمَوْلَى إِذَا ادَّعَى ذَلِكَ ثَبَتَ الْإِسْتِيلَادُ بِإِقْرَارِهِ وَلَا يُلْتَفَتُ إِلَى إنْكَارِهَا، أَوْ ادَّعَتْ الْمَرْأَةُ عَلَى زَوْجِهَا أَنَّهُ قَذَفَهَا بِمَا يُوجِبُ اللَّعَانَ وَأُنْكَرَ الزَّوْجُ، أَوْ ادَّعَى عَلَى رَجُلٍ مَا يُوجِبُ الْحَدَّ وَأُنْكَرَهُ فَإِنَّهُ لَا يُسْتَحْلَفُ فِي هَذِهِ كُلِّهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ.

وَقَالَا: يُسْتَحْلَفُ فِي ذَلِكَ كُلِّهِ، وَإِذَا نَكَلَ يُقْضَى بِالنُّكُولِ إِلَّا فِي الْحُدُودِ وَاللَّعَانِ. لَهُمَا أَنَّ النُّكُولَ إِقْرَارٌ لِأَنَّهُ يَدُلُّ عَلَى كَوْنِهِ كَاذِبًا فِي الْإِنْكَارِ السَّابِقِ لِمَا قَدْ مَنَاهُ:

يَعْنِي قَوْلُهُ إِذْ لَوْلَا ذَلِكَ لَأَقْدَمَ عَلَى الْيَمِينِ إِقَامَةً لِلْوَجِبِ وَدَفْعًا لِلضَّرَرِ عَنْ نَفْسِهِ، فَإِنَّ فِيهِ تَحْصِيلَ الثَّوَابِ بِإِجْرَاءِ ذِكْرِ اسْمِ اللَّهِ عَلَى لِسَانِهِ مُعْظَمًا لَهُ وَدَفْعَ تَهْمَةِ الْكَذِبِ عَنْ نَفْسِهِ وَإِنْفَاءَ مَالِهِ عَلَى مِلْكِهِ، فَلَوْلَا هُوَ كَاذِبٌ فِي يَمِينِهِ لَمَا تَرَكَ هَذِهِ الْفَوَائِدَ الثَّلَاثَ، وَالْإِقْرَارَ يَجْرِي فِي هَذِهِ الْأَشْيَاءِ فَيَعْمَلُ بِالتُّكُولِ فِيهَا إِلَّا أَنَّهُ إِقْرَارٌ فِيهِ شُبْهَةٌ لِأَنَّهُ فِي نَفْسِهِ سَكُوتٌ فَكَانَ حُجَّةً فِيمَا لَا يَنْدَرِي بِالشُّبْهَاتِ فَلَا يَجْرِي فِي الْحُدُودِ وَاللَّعَانِ فِي مَعْنَى الْحُدُودِ فَلَا يَجْرِي فِيهِ أَيْضًا، وَعَلَيْهِ تَقْوُضُ إِجْمَالِيَّةُ الْأَوَّلِ مَا ذَكَرَهُ فِي الْجَامِعِ: رَجُلٌ اشْتَرَى نَصْفَ عَبْدٍ ثُمَّ اشْتَرَى النِّصْفَ الْبَاقِي ثُمَّ وَجَدَ بِهِ عَيْنًا فَخَاصَمَهُ فِي النِّصْفِ الْأَوَّلِ فَأَلْكَرَ الْبَائِعَ وَكَلَّ عَنْ الْيَمِينِ فَرَدَّ عَلَيْهِ ثُمَّ خَاصَمَهُ فِي النِّصْفِ الْبَاقِي فَأَلْكَرَ لَمْ يَلْزِمَهُ وَيَسْتَحْلِفُ، وَلَوْ كَانَ التُّكُولُ إِقْرَارًا لَزِمَهُ النِّصْفُ الْآخَرُ بِتُكُولِهِ فِي الْمَرَّةِ الْأُولَى كَمَا لَوْ أَقَرَّ فِي تِلْكَ الْمَرَّةِ.

الثَّانِي: الْوَكِيلُ بِالْبَيْعِ إِذَا ادَّعَى عَلَيْهِ عَيْنًا فِي الْمَبِيعِ وَاسْتَحْلَفَ فَتَكَلَّلَ لَزِمَ الْمُوَكَّلُ، وَلَوْ كَانَ إِقْرَارًا لَزِمَ الْوَكِيلُ. الثَّلَاثُ: مَا ذَكَرَهُ فِي الْمَبْسُوطِ أَنَّ الرَّجُلَ إِذَا قَالَ تَكَلَّفْتُ لَكَ بِمَا يَقْرُّ لَكَ بِهِ فَلَانٌ فَادَّعَى الْمَكْفُولُ لَهُ عَلَى فَلَانٍ مَا لَا فَأَلْكَرَ وَكَلَّ عَنْ الْيَمِينِ فَقَضَى عَلَيْهِ بِالتُّكُولِ لَا يَقْضَى بِهِ عَلَى الْكَفِيلِ، وَلَوْ كَانَ التُّكُولُ إِقْرَارًا لَقَضِيَ بِهِ. وَالْجَوَابُ أَنَّ التُّكُولَ إِمَّا إِقْرَارٌ أَوْ بَدَلٌ مِنْهُ فَوَجْهُ الْإِقْرَارِ مَا تَقَدَّمَ.

وَوَجْهُ كَوْنِهِ بَدَلًا أَنَّ الْمُدَّعِيَ يَسْتَحِقُّ بِدَعْوَاهُ جَوَابًا يَفْصِلُ الْخُصُومَةَ، وَذَلِكَ بِالْإِقْرَارِ أَوْ الْإِنْكَارِ فَإِنْ أَقَرَّ فَقَدْ انْقَطَعَتْ، وَإِنْ أَنْكَرَ لَمْ تَنْقَطِعْ إِلَّا بِيَمِينٍ، فَإِذَا تَكَلَّلَ كَانَ بَدَلًا عَنْ الْإِقْرَارِ بِقَطْعِ الْخُصُومَةِ، فَالتَّقْوُضُ الْمَذْكُورَةُ إِنْ وَرَدَتْ عَلَى اعْتِبَارِ كَوْنِهِ إِقْرَارًا لَا تُرَدُّ عَلَى تَقْدِيرِ كَوْنِهِ بَدَلًا مِنْهُ، وَمِثْلُ هَذَا يُسَمَّى فِي عِلْمِ النَّظَرِ تَغْيِيرُ الْمُدَّعِي. وَالْأَبْيَ حَنِيفَةً أَنَّ التُّكُولَ بَدَلٌ وَهُوَ قَطْعُ الْخُصُومَةِ بِدَفْعِ مَا يَدَّعِيهِ الْخَصْمُ، لِأَنَّ الْيَمِينَ لَا تَبْقَى وَاجِبَةً مَعَ التُّكُولِ، وَمَا كَانَ كَذَلِكَ فَهُوَ إِمَّا بَدَلٌ أَوْ إِقْرَارٌ لِحُصُولِ الْمَقْصُودِ بِهِ، لَكِنْ إِنْزَالُهُ بِأَدْلَا أَوْلَى كَيْ لَا يَصِيرَ كَاذِبًا فِي الْإِنْكَارِ السَّابِقِ، وَالْبَدَلُ لَا يَجْرِي فِي هَذِهِ الْأَشْيَاءِ، فَإِنَّهُ إِذَا قَالَ مَثَلًا أَنَا حُرٌّ وَهَذَا الرَّجُلُ يُؤْذِينِي فَدَفَعْتُ إِلَيْهِ نَفْسِي أَنْ يَسْتَرْقِنِي، أَوْ قَالَ أَنَا ابْنُ فَلَانٍ وَلَكِنْ أَبَحْتُ لِهَذَا أَنْ يَدَّعِيَ نَسَبِي، أَوْ قَالَتْ أَنَا لَسْتُ بِأَمْرَأَةٍ لَكِنْ دَفَعْتُ إِلَيْهِ نَفْسِي وَأَبَحْتُ لَهُ الْإِمْسَاكَ لَا يَصِحُّ. وَعَلَيْهِ تَقْوُضُ: الْأَوَّلُ أَنَّهُ لَوْ كَانَ بَدَلًا

لَمَّا ضَمِنَ شَيْئًا آخَرَ إِذَا اسْتَحَقَّ مَا أَدَّى بِقَضَاءِ كَمَا لَوْ صَالَحَ عَنْ إِنْكَارٍ وَاسْتَحَقَّ بَدَلُ الصُّلْحِ فَإِنَّهُ لَا يَضْمَنُ شَيْئًا، وَلَكِنَّ الْمُدَّعِيَ يَرْجِعُ إِلَى الدَّعْوَى. الثَّانِي: لَوْ كَانَ بَدْلًا كَانَ إِيْجَابًا فِي الذِّمَّةِ ابْتِدَاءً وَهُوَ لَا يَصِحُّ.

الثَّالِثُ: أَنَّ الْحُكْمَ وَاجِبٌ عَلَى الْحَاكِمِ بِالتُّكُولِ وَالبَدَلِ لَا يَجِبُ بِهِ الْحُكْمُ فَلَمْ يَكُنِ التُّكُولُ بَدْلًا.

الرَّابِعُ: أَنَّ الْعَبْدَ الْمَأْذُونِ يُقْضَى عَلَيْهِ بِالتُّكُولِ، وَلَوْ كَانَ بَدْلًا لَمَّا قُضِيَ لَأَنَّ بَدْلَهُ بَاطِلٌ.

الخَامِسُ: يُقْضَى بِالْقِصَاصِ فِي الْأَطْرَافِ بِالتُّكُولِ، وَلَوْ كَانَ بَدْلًا لَمَّا قُضِيَ لَأَنَّ الْبَدْلَ لَا يُتَحَمَّلُ فِيهَا.

وَالْجَوَابُ عَنْ الْأَوَّلِ أَنَّ بَدْلَ الصُّلْحِ وَجِبَ بِالْعَقْدِ، فَإِذَا أُسْتُحِقَّ بَطَلَ الْعَقْدُ فَعَادَ الْحُكْمُ إِلَى الْأَصْلِ وَهُوَ الدَّعْوَى، فَأَمَّا هَهُنَا فَالْمُدَّعِيَ يَقُولُ أَنَا أَخَذْتُ هَذَا بِإِزَاءِ مَا وَجِبَ لِي فِي ذِمَّتِهِ بِالْقَضَاءِ فَإِذَا اسْتَحَقَّ رَجَعْتُ بِمَا فِي الذِّمَّةِ.

وَعَنْ الثَّانِي بَأَنَّ عَدَمَ الصَّحَّةِ مَمْنُوعٌ بَلْ هُوَ صَحِيحٌ كَمَا فِي الْحَوَالِاتِ وَسَائِرِ الْمَذَاهِبِ.

وَعَنْ الثَّالِثِ بَأَنَّ الْحُكْمَ لَا يَجِبُ بِالْبَدَلِ الصَّرِيحِ، وَأَمَّا مَا كَانَ بَدْلًا بِحُكْمِ الشَّرْعِ كَالْتُّكُولِ فَلَا تُسَلَّمُ أَنَّهُ لَا يُوجِبُهُ بَلْ هُوَ مُوجِبٌ قَطْعًا لِلْمَنَازَعَةِ.

وَعَنْ الرَّابِعِ أَنَّا لَا تُسَلَّمُ عَدَمُ صِحَّةِ الْبَدَلِ مِنَ الْمَأْذُونِ بِمَا دَخَلَ تَحْتَ الْإِذْنِ كِهَذَا الْمَأْكُولِ وَالْإِعَارَةِ وَالضَّيَافَةِ الْيَسِيرَةِ وَنَحْوِهَا.

وَعَنْ الْخَامِسِ أَنَّا لَا تُسَلَّمُ أَنَّ الْبَدْلَ فِيهَا غَيْرُ عَامِلٍ، بَلْ هُوَ عَامِلٌ إِذَا كَانَ مُفِيدًا، نَحْوُ أَنْ يَقُولَ أَقْطَعُ يَدَيَّ وَبِهَا أَكَلْتُ لَمْ يَأْتُمْ بِقَطْعِهَا، وَفِيمَا نَحْنُ فِيهِ التُّكُولُ مُفِيدٌ لِأَنَّهُ يُحْتَرَزُ بِهِ عَنِ الْيَمِينِ، وَلَهُ وَلَايَةُ الْاِحْتِرَازِ عَنِ الْيَمِينِ.

لَا يُقَالُ: أَبُو حَنِيفَةَ تَرَكَ الْحَدِيثَ الْمَشْهُورَ وَهُوَ قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَلْكَرَ» بِالرَّأْيِ، وَهُوَ لَا يَجُوزُ لِأَنَّ أَبَا حَنِيفَةَ لَمْ يَنْفِ وَجُوبَ الْيَمِينِ فِيهَا، لَكِنَّهُ يَقُولُ: لَمَّا لَمْ يُفِذْ الْيَمِينُ فَأَنْدَثَهَا وَهُوَ الْقَضَاءُ بِالتُّكُولِ لِكُونِهِ بَدْلًا لَا يَجْرِي فِيهَا سَقَطَتْ كَسْقُوطِ الْوُجُوبِ عَنْ مَعْدُورٍ لَا يَتَحَقَّقُ مِنْهُ أَدَاءُ الصَّلَاةِ لِفَوَاتِ الْمَقْصُودِ

(قَوْلُهُ وَفَائِدَةُ الاسْتِحْلَافِ) يَعْنِي أَنَّ الْبَذْلَ فِي هَذِهِ الْأَشْيَاءِ لَا يَجْرِي فَفَاتَ فَائِدَةُ الاسْتِحْلَافِ، لِأَنَّ فَائِدَتَهُ الْقَضَاءُ بِالتَّكْوُلِ وَالتَّكْوُلُ بَذْلٌ وَالبَذْلُ فِيهَا لَا يَجْرِي فَلَا يُسْتَحْلَفُ فِيهَا لِعَدَمِ الْفَائِدَةِ. وَقَوْلُهُ (إِلَّا أَنَّ هَذَا بَذْلٌ) جَوَابُ سُؤَالِ تَقْرِيرِهِ لَوْ كَانَ بَذْلًا لَمَا مَلَكَهُ الْمَكَاتِبُ، وَالْعَبْدُ الْمَأْذُونُ لِأَنَّ فِيهِ مَعْنَى التَّبَرُّعِ وَهُمَا لَا يَمْلِكَانِهِ وَقَدْ ذَكَرْنَا وَجْهَهُ آتِفًا أَنَّهُمَا يَمْلِكَانِ مَا لَا بُدَّ لَهُ مِنَ التَّجَارَةِ وَبَذْلُهُمَا بِالتَّكْوُلِ مِنْ جُمْلَةِ ذَلِكَ.

وَقَوْلُهُ (وَصَحَّتْهُ فِي الدَّيْنِ) جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ إِنَّهُ لَوْ كَانَ بَذْلًا لَمَا جَرَى فِي الدَّيْنِ لِأَنَّهُ وَصَفٌ فِي الذِّمَّةِ وَالبَذْلُ لَا يَجْرِي فِيهَا.

وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ الْبَذْلَ فِي الدَّيْنِ إِنْ لَمْ يَصِحَّ، فَإِمَّا أَنْ يَكُونَ مِنْ جِهَةِ الْقَابِضِ أَوْ مِنْ جِهَةِ الدَّافِعِ، فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ فَلَا مَانِعَ ثَمَّةَ لِأَنَّهُ يَقْبِضُهُ حَقًّا لِنَفْسِهِ بِنَاءً عَلَى زَعْمِهِ، وَإِنْ كَانَ الثَّانِي فَاَلْمُرَادُ بِهِ هَاهُنَا أَيُّ فِي الدَّيْنِ تَرَكُّ الْمَنْعِ وَجَازَ لَهُ أَنْ يَتْرَكَ الْمَنْعَ.

فَإِنْ قِيلَ: فَهَلَا جُعِلَ فِي الْأَشْيَاءِ السَّبْعَةِ أَيْضًا تَرَكًا لِلْمَنْعِ حَتَّى يَجْرِيَ فِيهَا. أُجِيبَ بِأَنَّ أَمْرَ الْمَالِ هَيْئًا تَجْرِي فِيهِ الْإِبَاحَةُ، بِخِلَافِ تِلْكَ الْأَشْيَاءِ فَإِنْ أَمَرَهَا لَيْسَ بِهِيْنِ حَيْثُ لَا تَجْرِي فِيهَا الْإِبَاحَةُ، وَجَعَلَهُ هَاهُنَا تَرَكُّ الْمَنْعِ، وَفِي قَوْلِهِ إِلَّا أَنَّ هَذَا بَذْلٌ لِدَفْعِ الْخُصُومَةِ غَيْرِ التَّرَكِّ وَفِي ذَلِكَ تَسَامُحٌ فِي الْعِبَارَةِ. وَالَّذِي ذَكَرْتَاهُ فِي مَطْلَعِ الْبَحْثِ مِنْ تَعْرِيفِهِ وَهُوَ قَوْلُنَا قَطَعَ الْخُصُومَةَ بِدَفْعِ مَا يَدَّعِيهِ الْخَصْمُ لَعَلَّهُ أَوَّلَى.

قَالَ: (وَيُسْتَحْلَفُ السَّارِقُ، فَإِنْ تَكَلَّ ضَمِنَ وَلَمْ يَقْطَعْ) لِأَنَّ الْمَنْطُوطَ بِفِعْلِهِ شَيْئَانِ: الضَّمَانُ وَيَعْمَلُ فِيهِ التَّكْوُلُ. وَالْقَطْعُ وَلَا يَتَّبْتُ بِهِ فَصَارَ كَمَا إِذَا شَهِدَ عَلَيْهَا رَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ.

الشرح:

قَالَ: (وَيُسْتَحْلَفُ السَّارِقُ إلخ) إِذَا كَانَ مُرَادُ الْمَسْرُوقِ مِنْهُ أَخْذَ الْمَالِ يُسْتَحْلَفُ السَّارِقُ بِاللَّهِ مَا لَهُ عَلَيْكَ هَذَا الْمَالُ لِأَنَّهُ يَثْبُتُ بِالشُّبُهَاتِ فَجَازَ أَنْ يَثْبُتَ بِالتَّكْوُلِ. وَعَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ قَالَ: الْقَاضِي يَقُولُ لِلْمُدَّعِي مَاذَا تُرِيدُ؟ فَإِنْ قَالَ أُرِيدُ الْقَطْعَ يَقُولُ الْقَاضِي الْحُدُودُ لَا يُسْتَحْلَفُ فِيهَا فَلَيْسَ لَكَ يَمِينٌ، وَإِنْ قَالَ أُرِيدُ الْمَالِ يَقُولُ لَهُ دَعْ دَعْوَى السَّرْقَةِ وَابْعَثْ عَلَى دَعْوَى الْمَالِ. قَالَ الْمُصَنِّفُ (فَإِنْ تَكَلَّ ضَمِنَ وَلَمْ يَقْطَعْ لِأَنَّ الْمَنْطُوطَ بِفِعْلِهِ) يُرِيدُ بِهِ التَّكْوُلَ (شَيْئَانِ): الضَّمَانُ وَيَعْمَلُ التَّكْوُلُ فِيهِ، وَالْقَطْعُ فَلَا

يُثْبِتُ بِهِ فَصَارَ كَمَا إِذَا شَهِدَ عَلَيْهَا رَجُلٌ وَأَمْرَأَتَانِ، يُرِيدُ بِذَلِكَ اشْتِمَالَ الْحُجَّةِ عَلَى الشُّبْهَةِ، وَيَجُوزُ أَنْ يُرَادَ بِقَوْلِهِ بِفَعْلِهِ فِعْلُ السَّرِقَةِ.

قَالَ (وَإِذَا ادَّعَتِ الْمَرْأَةُ طَلَاقًا قَبْلَ الدُّخُولِ أُسْتَحْلَفَ الزَّوْجُ، فَإِنْ نَكَلَ ضَمِنَ نِصْفَ الْمَهْرِ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا) لِأَنَّ الاسْتِحْلَافَ يَجْرِي فِي الطَّلَاقِ عِنْدَهُمْ لَا سِيَّمَا إِذَا كَانَ الْمَقْصُودُ هُوَ الْمَالُ، وَكَذَا فِي النِّكَاحِ إِذَا ادَّعَتِ هِيَ الصَّدَاقَ لِأَنَّ ذَلِكَ دَعْوَى الْمَالِ، ثُمَّ يَثْبُتُ الْمَالُ بِنُكُولِهِ وَلَا يَثْبُتُ النِّكَاحُ، وَكَذَا فِي النَّسَبِ إِذَا ادَّعَى حَقًّا كَالْإِرْثِ وَالْحَجَرِ فِي اللَّقِيطِ، وَالتَّفَقُّعِ وَامْتِنَاعِ الرَّجُوعِ فِي الْهَبَةِ، لِأَنَّ الْمَقْصُودَ هَذِهِ الْحَقُوقُ، وَإِنَّمَا يُسْتَحْلَفُ فِي النَّسَبِ الْمَجْرَدُ عِنْدَهُمَا إِذَا كَانَ يَثْبُتُ بِإِقْرَارِهِ كَالْأَبِ وَالْإِبْنِ فِي حَقِّ الرَّجُلِ وَالْأَبِ فِي حَقِّ الْمَرْأَةِ، لِأَنَّ فِي دَعْوَاهَا الْإِبْنَ تَحْمِيلَ النَّسَبِ عَلَى الْغَيْرِ وَالْمَوْلَى وَالزَّوْجِ فِي حَقِّهِمَا.

الشرح:

(وَإِذَا ادَّعَتِ الْمَرْأَةُ طَلَاقًا قَبْلَ الدُّخُولِ بِهَا أُسْتَحْلَفَ الزَّوْجُ، فَإِنْ نَكَلَ ضَمِنَ نِصْفَ الْمَهْرِ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا لِأَنَّ الاسْتِحْلَافَ يَجْرِي فِي الطَّلَاقِ عِنْدَهُمْ، لَا سِيَّمَا إِذَا كَانَ الْمَقْصُودُ هُوَ الْمَالُ) فَإِنْ قُلْتُ: هَلْ فِي تَخْصِصِ ذِكْرِ الطَّلَاقِ قَبْلَ الدُّخُولِ فَائِدَةٌ؟ قُلْتُ: هِيَ تَعْلِيمُ أَنَّ دَعْوَى الْمَهْرِ لَا تَتَفَاوَتُ بَيْنَ أَنْ تَكُونَ فِي كُلِّ الْمَهْرِ أَوْ نِصْفِ، وَفِيهِ نَظَرٌ لِأَنَّ الْإِطْلَاقَ يُعْنِي عَنْ ذَلِكَ، وَلَيْسَ فِيهِ تَوْهُمُ التَّقْيِيدِ بِذَلِكَ (وَكَذَا فِي النِّكَاحِ إِذَا ادَّعَتِ الصَّدَاقَ لِأَنَّ ذَلِكَ دَعْوَى الْمَالِ ثُمَّ يَثْبُتُ الْمَالُ بِنُكُولِهِ وَلَا يَثْبُتُ النِّكَاحُ).

فَإِنْ قُلْتُ: وَجَبَ أَنْ يَثْبُتَ النِّكَاحُ أَيْضًا لِأَنَّهُ يَثْبُتُ بِالشُّبْهَاتِ. قُلْتُ: الْبَذَلُ لَا يَجْرِي فِيهِ كَمَا تَقَدَّمَ (وَكَذَا فِي النَّسَبِ إِذَا ادَّعَى حَقًّا كَالْإِرْثِ) بِأَنْ ادَّعَى رَجُلٌ عَلَى رَجُلٍ أَنَّهُ أَخُو الْمُدَّعَى عَلَيْهِ مَاتَ أَبُوهُمَا وَتَرَكَ مَالًا فِي يَدِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ أَوْ طَلَبَ مِنَ الْقَاضِي فَرَضَ التَّفَقُّعَ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ بِسَبَبِ الْأُخُوَّةِ فَإِنَّهُ يُسْتَحْلَفُ عَلَى النَّسَبِ، فَإِنْ حَلَفَ بَرِيءً، وَإِنْ نَكَلَ يُقْضَى بِالْمَالِ وَالتَّفَقُّعِ دُونَ النَّسَبِ (وَ) كَذَا إِذَا ادَّعَى (الْحَجَرَ فِي اللَّقِيطِ) بِأَنْ كَانَ صَبِيًّا لَا يُعْبَرُ عَنْ نَفْسِهِ فِي يَدِ الْمُتَلَقِّطِ فَادَّعَتْ أُخُوَّتَهُ حُرَّةً تُرِيدُ قَصْرَ يَدِ الْمُتَلَقِّطِ لِحَقِّ حَضَانَتِهَا وَأَرَادَتْ اسْتِحْلَافَهُ فَتَكَلَّمَتْ لَهَا الْحَجَرُ دُونَ النَّسَبِ، وَكَذَا إِذَا وَهَبَ لِإِنْسَانٍ عَيْنًا ثُمَّ أَرَادَ الرَّجُوعَ فِيهَا فَقَالَ الْمَوْهُوبُ لَهُ أَنْتَ أَخِي يُرِيدُ بِذَلِكَ إِبْطَالَ حَقِّ الرَّجُوعِ اسْتَحْلَفَ الْوَاهِبُ، فَإِنْ نَكَلَ تَبَتَّ امْتِنَاعُ الرَّجُوعِ وَلَا تَثْبُتُ الْأُخُوَّةُ

قَوْلُهُ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ هَذِهِ الْحُقُوفُ دَلِيلٌ لِلْمَجْمُوعِ: أَيُّ دُونَ النَّسَبِ الْمُجَرَّدِ، فَإِنَّ فِيهِ تَحْمِيلَهُ عَلَى الْغَيْرِ وَهُوَ لَا يَجُوزُ، وَلِهَذَا إِنْ مَا يَسْتَحْلِفُ فِي النَّسَبِ الْمُجَرَّدِ عِنْدَهُمَا إِذَا كَانَ يَثْبُتُ بِإِقْرَارِهِ كَالْأَبِ وَالْإِبْنِ فِي حَقِّ الرَّجُلِ وَالْأَبِ فِي حَقِّ الْمَرْأَةِ دُونَ الْإِبْنِ، لِأَنَّ فِي دَعْوَاهَا الْإِبْنَ تَحْمِيلَ النَّسَبِ عَلَى الْغَيْرِ، وَأَمَّا الْمَوْلَى وَالزَّوْجُ فَإِنَّ دَعْوَاهُمَا تَصِحُّ مِنَ الرَّجُلِ وَالْمَرْأَةِ إِذْ لَيْسَ فِيهِ تَحْمِيلٌ عَلَى أَحَدٍ فَيَسْتَحْلِفُ، وَهَذَا بِنَاءً عَلَى أَنَّ التَّكُولَ بَدَلُ مِنَ الْإِقْرَارِ فَلَا يَعْمَلُ إِلَّا فِي مَوْضِعٍ يَعْمَلُ فِيهِ الْإِقْرَارُ.

قَالَ (وَمَنْ ادَّعَى قِصَاصًا عَلَى غَيْرِهِ فَجَحَدَهُ اسْتَحْلَفَ) بِالْإِجْمَاعِ (ثُمَّ إِنْ نَكَلَ عَنْ الْيَمِينِ فِيمَا دُونَ النَّفْسِ يَلْزِمُهُ الْقِصَاصُ، وَإِنْ نَكَلَ فِي النَّفْسِ حَبَسَ حَتَّى يَحْلِفَ أَوْ يُقِرَّ) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ، وَقَالَا: لَزِمَهُ الْأَرْضُ فِيهِمَا لِأَنَّ التَّكُولَ إِقْرَارٌ فِيهِ شُبْهَةٌ عِنْدَهُمَا فَلَا يَثْبُتُ بِهِ الْقِصَاصُ وَيَجِبُ بِهِ الْمَالُ، خُصُوصًا إِذَا كَانَ امْتِنَاعُ الْقِصَاصِ لَمَعْنَى مِنْ جِهَةٍ مِنْ عَلَيْهِ، كَمَا إِذَا أَقْرَأَ بِالْخَطِ وَالْوَلِيُّ يَدْعِي الْعَمْدَ.

وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ الْأَطْرَافَ يُسَلِّكُ بِهَا مَسْلَكَ الْأَمْوَالِ فَيَجْرِي فِيهَا الْبَدَلُ، بِخِلَافِ الْأَنْفُسِ فَإِنَّهُ لَوْ قَالَ اقْطَعْ يَدِي فَقَطَعَهَا لَا يَجِبُ الضَّمَانُ، وَهَذَا إِعْمَالٌ لِلْبَدَلِ إِلَّا أَنَّهُ لَا يُبَاحُ لِعَدَمِ الْفَائِدَةِ، وَهَذَا الْبَدَلُ مُفِيدٌ لَانْدِفَاعِ الْخُصُومَةِ بِهِ فَصَارَ كَقَطْعِ الْيَدِ لِلْأَكْلَةِ وَقَلْعِ السِّنِّ لِلْوَجَعِ، وَإِذَا امْتَنَعَ الْقِصَاصُ فِي النَّفْسِ وَالْيَمِينِ حَقٌّ مُسْتَحَقٌّ يُحْبَسُ بِهِ كَمَا فِي الْقِسَامَةِ.

الشرح:

قَالَ: (وَمَنْ ادَّعَى قِصَاصًا عَلَى غَيْرِهِ فَجَحَدَ إلخ) وَمَنْ ادَّعَى قِصَاصًا عَلَى غَيْرِهِ فَجَحَدَهُ وَلَيْسَ لِلْمُدَّعِي بَيِّنَةٌ يَسْتَحْلِفُ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ بِالْإِجْمَاعِ سِوَاءُ كَانَتْ الدَّعْوَى فِي النَّفْسِ أَوْ فِيمَا دُونَهَا، ثُمَّ إِنْ نَكَلَ عَنِ الْيَمِينِ لَزِمَهُ فِيمَا دُونَ النَّفْسِ الْقِصَاصُ، وَفِي النَّفْسِ يُحْبَسُ حَتَّى يُقِرَّ أَوْ يَحْلِفَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: لَزِمَهُ الْأَرْضُ فِيهِمَا لِأَنَّ التَّكُولَ إِقْرَارٌ فِيهِ شُبْهَةٌ عِنْدَهُمَا فَلَا يَثْبُتُ بِهِ الْقِصَاصُ، وَيَجِبُ بِهِ الْمَالُ إِذَا كَانَ امْتِنَاعُ الْقِصَاصِ لَمَعْنَى مِنْ جِهَةٍ مِنْ عَلَيْهِ خَاصَّةً، كَمَا إِذَا أَقْرَأَ بِالْخَطِ وَالْوَلِيُّ يَدْعِي الْعَمْدَ، وَفِيمَا نَحْنُ فِيهِ كَذَلِكَ لِأَنَّهُ لَمْ يُصَرَّحْ بِالْإِقْرَارِ فَأَشْبَهَ الْخَطَأَ، وَأَمَّا إِذَا كَانَ الْامْتِنَاعُ مِنْ جَانِبِ مَنْ لَهُ كَمَا إِذَا أَقَامَ مُدَّعِي الْقِصَاصِ رَجُلًا وَامْرَأَتَيْنِ أَوْ الشَّهَادَةُ عَلَى الشَّهَادَةِ فَإِنَّهُ لَا

يُقْضَى بِشَيْءٍ لَّأَنَّ الْحُجَّةَ قَامَتْ بِالْقِصَاصِ لَكِنْ تَعَذَّرَ اسْتِيفَاؤُهُ وَلَمْ يُشْبِهِ الْخَطَأَ فَلَا يَجِبُ شَيْءٌ، وَلَا تَقَاوُتَ فِي هَذَا الْمَعْنَى بَيْنَ النَّفْسِ وَمَا دُونَهَا.

فَإِنْ قِيلَ: مِنْ أَيْنَ وَقَعَ الْفَرْقُ بَيْنَ هَذَا وَالسَّرِقَةِ حَيْثُ يَثْبُتُ الْمَالُ فِيهَا بَعْدَ انْتِفَاءِ الْقَطْعِ بِشَهَادَةِ رَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ كَمَا يَجِبُ بِالتَّنْكِولِ وَهَاهُنَا يَثْبُتُ بِالتَّنْكِولِ دُونَ الشَّهَادَةِ؟ أَجِيبَ بِأَنَّ الْمَالَ ثَمَّةٌ أَصْلٌ وَيَتَعَدَّى إِلَى الْقَطْعِ، وَإِذَا قُصِرَ لَمْ يَتَعَدَّ فَبَقِيَ الْأَصْلُ، وَهَاهُنَا الْأَصْلُ الْمَشْهُودُ بِهِ هُوَ الْقِصَاصُ، ثُمَّ يَتَعَدَّى إِلَى الْمَالِ إِذَا وَجَدَ شَرْطُهُ وَهُوَ أَنْ يَكُونَ مَشْرُوعًا بِطَرِيقِ الْمِثَّةِ لِلْخَصْمَيْنِ لِلْقَاتِلِ بِسَلَامَةِ نَفْسِهِ وَالْمَقْتُولِ بِصَيَانَةِ دَمِهِ عَنِ الْهَدَرِ وَلَمْ يُوَجَدْ فِي صُورَةِ الشَّهَادَةِ لَعْدَمِ شَبْهٍهَا بِالْخَطِئِ. وَلَأَيُّ حَنِيفَةٍ أَنَّ الْأَطْرَافَ يُسَلِّكُ بِهَا مَسْلَكَ الْأَمْوَالِ لِأَنَّهَا خُلِقَتْ وَقَايَةً لِلنَّفْسِ كَالْأَمْوَالِ فَيَجْرِي فِيهَا الْبَذْلُ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ قَالَ اقْطَعْ يَدِي فَقَطَّعَهَا لَا يَجِبُ الضَّمَانُ، وَلَيْسَ ذَلِكَ إِلَّا مِنْ حَيْثُ إِعْمَالُ الْبَذْلِ، بِخِلَافِ الْأَنْفُسِ حَيْثُ لَا يَجْرِي فِيهَا الْبَذْلُ، فَإِنَّهُ لَوْ قَالَ أَقْتُلْنِي فَقَتَلَهُ يُؤْخَذُ بِالْقِصَاصِ فِي رِوَايَةٍ وَبِالدِّيَةِ فِي أُخْرَى.

فَإِنْ قِيلَ: لَوْ كَانَتْ الْأَطْرَافُ يُسَلِّكُ بِهَا مَسْلَكَ الْأَمْوَالِ لَجَازَ قَطْعُ يَدِهِ مِنْ غَيْرِ إِنْمِ إِذَا قَالَ اقْطَعْ يَدِي، كَمَا يُبَاحُ لَهُ أَخْذُ مَالِهِ إِذَا قَالَ خُذْ مَالِي. أَجَابَ بِقَوْلِهِ إِلَّا أَنَّهُ لَا يُبَاحُ لَعْدَمِ الْفَائِدَةِ، حَتَّى لَوْ كَانَ الْقَطْعُ مُفِيدًا كَالْقَطْعِ لِلَاكِلَةِ وَقَلْعِ السِّنِّ لِلْوَجَعِ لَمْ يَأْتُمْ بِفِعْلِهِ، وَمَا نَحْنُ فِيهِ مِنَ الْبَذْلِ: أَيْ الَّذِي بِالتَّنْكِولِ مُفِيدٌ لِدَفَاعِ الْخُصُومَةِ بِهِ فَيَكُونُ مُبَاحًا، وَفِيهِ بَحْثٌ مِنْ وَجْهَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ مُنَاقِضٌ لِمَا قَالَ فِي السَّرِقَةِ إِنَّ الْقَطْعَ لَا يَثْبُتُ بِالتَّنْكِولِ.

وَالثَّانِي: أَنَّ الْخُصُومَةَ تَنْدَفِعُ بِالْأَرْضِ وَهُوَ أَهْوَنُ فَالْمَصِيرُ إِلَيْهِ أَوْلَى. وَأَجِيبَ عَنْ الْأَوَّلِ بِأَنَّ الْأَطْرَافَ يُسَلِّكُ بِهَا مَسْلَكَ الْأَمْوَالِ فِي حُقُوقِ الْعِبَادِ، لِأَنَّهُمْ الْمُحْتَاجُونَ إِلَيْهَا، فَتَثْبُتُ بِالشُّبُهَاتِ كَالْأَمْوَالِ، وَالْقَطْعُ فِي السَّرِقَةِ خَالِصٌ حَقُّ اللَّهِ وَهُوَ لَا يَثْبُتُ بِالشُّبُهَاتِ. وَعَنْ الثَّانِي بِأَنَّ دَفْعَ الْخُصُومَةِ بِالْأَرْضِ إِنَّمَا يُصَارُ إِلَيْهِ بَعْدَ تَعَذُّرِ مَا هُوَ الْأَصْلُ وَهُوَ الْقِصَاصُ وَلَمْ يَتَعَذَّرْ فَلَا يُعْدَلُ عَنْهُ، فَظَهَرَ مِمَّا ذَكَرْنَا أَنَّ الْبَذْلَ فِي الْأَطْرَافِ جَائِزٌ فَيَثْبُتُ الْقَطْعُ بِهِ وَفِي الْأَنْفُسِ لَيْسَ بِجَائِزٍ فَيَمْتَنِعُ الْقِصَاصُ، وَإِذَا امْتَنَعَ وَالْيَمِينُ حَقٌّ مُسْتَحَقٌّ عَلَيْهِ يُجْبَسُ بِهِ فِيهَا كَمَا فِي الْقَسَامَةِ فَإِنَّهُمْ إِذَا تَكَلَّوْا عَنِ الْيَمِينِ يُجْبَسُونَ حَتَّى يَقْرَءُوا أَوْ يَخْلَفُوا.

قَالَ (وَإِذَا قَالَ الْمُدَّعِي لِي بَيِّنَةٌ حَاضِرَةٌ قِيلَ، لَخَصْمِهِ أَعْطِهِ كَفِيلًا بِنَفْسِكَ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ) كَي لَا يَغِيبَ نَفْسُهُ فَيَضِيعَ حَقُّهُ وَالْكَفَالَةُ بِالنَّفْسِ جَائِزَةٌ عِنْدَنَا وَقَدْ مَرَّ مِنْ قَبْلُ، وَأَخَذَ الْكَفِيلُ بِمُجَرَّدِ الدَّعْوَى اسْتِحْسَانًا عِنْدَنَا لِأَنَّهُ فِيهِ نَظَرًا لِلْمُدَّعِي وَلَيْسَ فِيهِ كَثِيرٌ ضَرَرٍ بِالْمُدَّعَى عَلَيْهِ وَهَذَا لِأَنَّ الْحُضُورَ مُسْتَحَقٌّ عَلَيْهِ بِمُجَرَّدِ الدَّعْوَى حَتَّى يُعْدَى عَلَيْهِ وَيُحَالَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ أَشْغَالِهِ فَصَحَّ التَّكْفِيلُ بِإِحْضَارِهِ وَالتَّقْدِيرُ بِثَلَاثَةِ أَيَّامٍ مَرْوِيٌّ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ، وَهُوَ الصَّحِيحُ، وَلَا فَرْقَ فِي الظَّاهِرِ بَيْنَ الْخَامِلِ وَالْوَجِهِ وَالْحَقِيرِ مِنَ الْمَالِ وَالْخَطِيرِ، ثُمَّ لَا بُدَّ مِنْ قَوْلِهِ لِي بَيِّنَةٌ حَاضِرَةٌ لِلتَّكْفِيلِ وَمَعْنَاهُ فِي الْمِصْرِ، حَتَّى لَوْ قَالَ الْمُدَّعِي لَا بَيِّنَةَ لِي أَوْ شُهُودِي غِيبٌ لَا يُكْفَلُ لِعَدَمِ الْفَائِدَةِ.

قَالَ (فَإِنْ فَعَلَ وَإِلَّا أَمَرَ بِمُلَازِمَتِهِ) كَي لَا يَذْهَبَ حَقُّهُ (إِلَّا أَنْ يَكُونَ غَرِيبًا فَيُلَازِمَ مِقْدَارَ مَجْلِسِ الْقَاضِي) وَكَذَا لَا يُكْفَلُ إِلَّا إِلَى آخِرِ الْمَجْلِسِ، فَالْإِسْتِثْنَاءُ مُنْصَرَفٌ إِلَيْهِمَا لِأَنَّ فِي أَخْذِ التَّكْفِيلِ وَالْمُلَازِمَةِ زِيَادَةً عَلَى ذَلِكَ إِضْرَارًا بِهِ بِمَنْعِهِ عَنِ السَّفَرِ وَلَا ضَرَرَ فِي هَذَا الْمِقْدَارِ ظَاهِرًا، وَكَيْفِيَّةُ الْمُلَازِمَةِ نَذَرُهَا فِي كِتَابِ الْحَجَرِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

الشرح:

قَالَ: (وَإِذَا قَالَ الْمُدَّعِي لِي بَيِّنَةٌ حَاضِرَةٌ الْخ) وَإِذَا قَالَ الْمُدَّعِي لِي بَيِّنَةٌ حَاضِرَةٌ فِي الْمِصْرِ فَإِمَّا أَنْ يَكُونَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ مُقِيمًا أَوْ مُسَافِرًا، فَإِنْ كَانَ مُقِيمًا قِيلَ لَهُ أَعْطِهِ كَفِيلًا عَنْ نَفْسِكَ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ، فَإِنْ فَعَلَ وَإِلَّا أَمَرَ بِمُلَازِمَتِهِ. أَمَّا جَوَازُ الْكَفَالَةِ بِالنَّفْسِ عِنْدَنَا فَقَدْ تَقَدَّمَ. وَأَمَّا جَوَازُ التَّكْفِيلِ فَهُوَ اسْتِحْسَانٌ، وَالْقِيَاسُ يَأْبَاهُ قَبْلَ إِقَامَةِ الْحُجَّةِ. وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ الْحُضُورَ بِمُجَرَّدِ الدَّعْوَى مُسْتَحَقٌّ عَلَيْهِ حَتَّى لَوْ اِمْتَنَعَ عَنْهُ يُعْدَى عَلَيْهِ وَيُحَالَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ أَشْغَالِهِ فَيَصِحُّ التَّكْفِيلُ بِإِحْضَارِهِ نَظَرًا لِلْمُدَّعِي وَضَرَرُ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ بِهِ يَسِيرٌ فَيَتَحَمَّلُ كَالِإِعْدَاءِ وَالْحِيلُولَةِ بَيْنَهُ وَبَيْنَ أَشْغَالِهِ.

وَأَمَّا التَّقْدِيرُ بِثَلَاثَةِ أَيَّامٍ فَمَرْوِيٌّ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ مِنْ غَيْرِ فَرْقٍ بَيْنَ الْوَجِهِ وَالْخَامِلِ وَالْخَطِيرِ مِنَ الْمَالِ وَالْحَقِيرِ مِنْهُ هُوَ الصَّحِيحُ. وَرَوَى عَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ قَالَ: إِذَا كَانَ مَعْرُوفًا وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ لَا يَخْفَى شَخْصُهُ بِذَلِكَ الْقَدْرِ لَا يُجْبَرُ عَلَى ذَلِكَ، وَإِنْ سَمَحَتْ نَفْسُهُ بِذَلِكَ يُؤْخَذُ، وَكَذَا إِذَا كَانَ الْمُدَّعَى بِهِ حَقِيرًا لَا يَخْفَى الْمَرْءُ نَفْسَهُ بِذَلِكَ لَا يُجْبَرُ عَلَيْهِ، وَأَمَّا الْأَمْرُ بِالْمُلَازِمَةِ فَلَمَّا يَضِيعُ حَقُّهُ، فَإِنْ قَالَ الْمُدَّعِي لَا بَيِّنَةَ لِي أَوْ شُهُودِي غِيبٌ لَا

يَكْفُلُ لَعَدَمِ الْفَائِدَةِ، لِأَنَّ الْفَائِدَةَ هُوَ الْحُضُورُ عِنْدَ حُضُورِ الشُّهُودِ وَذَلِكَ فِي الْهَالِكِ مُحَالٌ، وَالْعَائِبُ كَالْهَالِكِ مِنْ وَجْهِ، إِذْ لَيْسَ كُلُّ غَائِبٍ يَتُوبُ، وَإِنْ كَانَ مُسَافِرًا فَالْكَفَالَةُ وَالْمُلَازِمَةُ يُقَدَّرَانِ بِمَقْدَارِ مَجْلِسِ الْقَاضِي، إِذْ لَيْسَ فِيهِ كَبِيرُ ضَرَرٍ، وَفِي الزِّيَادَةِ عَلَى ذَلِكَ زِيَادَةُ ضَرَرٍ لَمَنَعِهِ عَنِ السَّفَرِ، وَكَيْفِيَّةُ الْمُلَازِمَةِ سَتُذَكَّرُ فِي كِتَابِ الْحَجْرِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

فَصْلٌ فِي كَيْفِيَّةِ الْيَمِينِ وَالِاسْتِحْلَافِ

قَالَ (وَالْيَمِينُ بِاللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ دُونَ غَيْرِهِ) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «مَنْ كَانَ مِنْكُمْ حَالِفًا فَلْيَحْلِفْ بِاللَّهِ أَوْ لِيَذَرَ» ^(١) وَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «مَنْ حَلَفَ بِغَيْرِ اللَّهِ فَقَدْ أَشْرَكَ» (وَقَدْ تَوَكَّدُ بِذِكْرِ أَوْصَافِهِ) وَهُوَ التَّغْلِيظُ، وَذَلِكَ مِثْلُ قَوْلِهِ: قُلْ وَاللَّهِ الَّذِي لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ عَالِمِ الْغَيْبِ وَالشَّهَادَةِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ، الَّذِي يَعْلَمُ مِنَ السِّرِّ مَا يَعْلَمُ مِنَ الْعَلَانِيَةِ، مَا لَفْظَانِ هَذَا عَلَيْكَ وَلَا قَبْلَكَ هَذَا الْمَالُ الَّذِي ادَّعَاهُ وَهُوَ كَذًا وَكَذَا وَلَا شَيْءَ مِنْهُ. وَلَهُ أَنْ يَزِيدَ فِي التَّغْلِيظِ عَلَى هَذَا وَلَهُ أَنْ يَنْقُصَ مِنْهُ، إِلَّا أَنَّهُ يَحْتَاطُ فِيهِ كَيْ لَا يَتَكَرَّرَ عَلَيْهِ الْيَمِينُ، لِأَنَّ الْمُسْتَحَقَّ يَمِينٍ وَاحِدَةً، وَالْقَاضِي بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ غَلِظَ وَإِنْ شَاءَ لَمْ يُغْلِظْ فَيَقُولُ: قُلْ بِاللَّهِ أَوْ وَاللَّهِ، وَقِيلَ: لَا يُغْلِظُ عَلَى الْمَعْرُوفِ بِالصَّلَاحِ وَيُغْلِظُ عَلَى غَيْرِهِ، وَقِيلَ: يُغْلِظُ فِي الْخَطِيرِ مِنَ الْمَالِ دُونَ الْحَقِيرِ.

الشرح:

(فَصْلٌ فِي كَيْفِيَّةِ الْيَمِينِ وَالِاسْتِحْلَافِ): لَمَّا فَرَّغَ مِنْ ذِكْرِ نَفْسِ الْيَمِينِ وَالْمَوَاضِعِ الْوَاجِبَةِ هِيَ فِيهَا ذِكْرُ صِفَتِهَا، لِأَنَّ كَيْفِيَّةَ الشَّيْءِ وَهُوَ مَا تَقَعُ بِهِ الْمُشَابَهَةُ وَاللَّامُشَابَهَةُ صِفَتُهُ، وَالْيَمِينُ بِاللَّهِ دُونَ غَيْرِهِ لِقَوْلِهِ ﷺ «مَنْ كَانَ مِنْكُمْ حَالِفًا فَلْيَحْلِفْ بِاللَّهِ أَوْ لِيَذَرَ» وَكَلَامُهُ فِيهِ ظَاهِرٌ.

قَالَ (وَلَا يَسْتَحْلِفُ بِالطَّلَاقِ وَلَا بِالْعَتَاقِ) لَمَّا رَوَيْنَا، وَقِيلَ فِي زَمَانِنَا إِذَا أَلَحَّ الْخَصْمُ سَاعَ لِلْقَاضِي أَنْ يَحْلِفَ بِذَلِكَ لِقَلَّةِ الْمُبَالَاةِ بِالْيَمِينِ بِاللَّهِ وَكَثْرَةِ الْامْتِنَاعِ بِسَبَبِ الْحَلْفِ بِالطَّلَاقِ.

الشرح:

قَوْلُهُ: (وَلَا يَسْتَحْلِفُ بِالطَّلَاقِ وَلَا بِالْعَتَاقِ) هُوَ ظَاهِرُ الرِّوَايَةِ، وَجَوَزَ ذَلِكَ بَعْضُهُمْ فِي زَمَانِنَا لِقَلَّةِ مُبَالَاةِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ بِالْيَمِينِ بِاللَّهِ، لَكِنَّهُمْ قَالُوا: إِنْ نَكَلَ عَنِ الْيَمِينِ لَا يُقْضَى عَلَيْهِ بِالتَّكْوِيلِ لِأَنَّهُ نَكَلَ عَمَّا هُوَ مِنْهِيٌّ عَنْهُ شَرْعًا، وَلَوْ قَضَى بِهِ لَمْ يَنْفُذْ قَضَاؤُهُ. وَأَبْنُ صُورِيًّا بِالْقَصْرِ اسْمُ أَعْجَمِيٍّ "رَوِيَ" أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ رَأَى قَوْمًا مَرُّوا بِرَجُلٍ وَامْرَأَةٍ سَخِمَ وَجْهُهُمَا فَسَأَلَ عَنْ حَالِهِمَا فَقَالُوا: إِنَّهُمَا زَنِيَا: فَأَمَرَ بِإِحْضَارِ ابْنِ صُورِيًّا وَهُوَ حَبْرُهُمْ فَقَالَ: أَشَدُّكَ بِاللَّهِ: أَيُّ أَحْلَفُكَ بِاللَّهِ الَّذِي أَنْزَلَ التَّوْرَةَ عَلَى مُوسَى أَنْ حُكِمَ الزَّنى فِي كِتَابِكُمْ هَذَا؟^(١) وَذَلِكَ دَلِيلٌ عَلَى جَوَازِ تَحْلِيفِ الْيَهُودِيِّ بِذَلِكَ.

قَالَ: (وَيَسْتَحْلِفُ الْيَهُودِيُّ بِاللَّهِ الَّذِي أَنْزَلَ التَّوْرَةَ عَلَى مُوسَى عَلَيْهِ السَّلَامُ، وَالنَّصْرَانِيُّ بِاللَّهِ الَّذِي أَنْزَلَ الْإِنْجِيلَ عَلَى عِيسَى عَلَيْهِ السَّلَامُ) «لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لَابْنِ صُورِيًّا الْأَعْوَرِ أَشَدُّكَ بِاللَّهِ الَّذِي أَنْزَلَ التَّوْرَةَ عَلَى مُوسَى أَنْ حُكِمَ الزَّنا فِي كِتَابِكُمْ هَذَا» وَلَأَنَّ الْيَهُودِيَّ يَعْتَقِدُ ثُبُوتَ مُوسَى وَالنَّصْرَانِيَّ ثُبُوتَ عِيسَى عَلَيْهِمَا السَّلَامُ فَيَغْلِظُ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِذِكْرِ الْمَنْزَلِ عَلَى نَبِيِّهِ (و) يَسْتَحْلِفُ (الْمَجُوسِيُّ بِاللَّهِ الَّذِي خَلَقَ النَّارَ) وَهَكَذَا ذَكَرَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي الْأَصْلِ.

يُرَوَّى عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي النُّوَادِرِ أَنَّهُ لَا يَسْتَحْلِفُ أَحَدًا إِلَّا بِاللَّهِ خَالصًا. وَذَكَرَ الْخَصَافُ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ لَا يَسْتَحْلِفُ غَيْرَ الْيَهُودِيِّ وَالنَّصْرَانِيِّ إِلَّا بِاللَّهِ، وَهُوَ اخْتِيَارُ بَعْضِ مَشَايخِنَا لِأَنَّ فِي ذِكْرِ النَّارِ مَعَ اسْمِ اللَّهِ تَعَالَى تَعْظِيمًا وَمَا يَنْبَغِي أَنْ تُعْظَمَ، بِخِلَافِ الْكِتَابَيْنِ لِأَنَّ كُتُبَ اللَّهِ مُعْظَمَةٌ (وَالْوَحْيِيُّ لَا يَحْلِفُ إِلَّا بِاللَّهِ) لِأَنَّ الْكُفْرَةَ بِأَسْرِهِمْ يَعْتَقِدُونَ أَنَّ اللَّهَ تَعَالَى، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿وَلَمَّا سَأَلْتَهُمْ مَنْ خَلَقَ السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضَ وَسَخَّرَ الشَّمْسَ وَالْقَمَرَ لِيَقُولَنَّ اللَّهُ﴾ [العنكبوت: ٦١].

قَالَ: (وَلَا يَحْلِفُونَ فِي بُيُوتِ عِبَادَتِهِمْ) لِأَنَّ الْقَاضِيَّ لَا يَحْضُرُهَا بَلْ هُوَ مَمْنُوعٌ عَنْ ذَلِكَ. قَالَ (وَلَا يَجِبُ تَغْلِيظُ الْيَمِينِ عَلَى الْمُسْلِمِ بِزَمَانٍ وَلَا مَكَانٍ) لِأَنَّ الْمَقْصُودَ تَعْظِيمَ الْمُقْسَمِ بِهِ وَهُوَ حَاصِلٌ بِدُونِ ذَلِكَ، وَفِي إِيْجَابِ ذَلِكَ حَرَجٌ عَلَى الْقَاضِي حَيْثُ يَكْلَفُ حُضُورَهَا وَهُوَ مَدْفُوعٌ.

(١) أخرجه مسلم في الحدود (٢٨)، وأبو داود في الحدود باب ٢٥، وابن ماجه في الحدود باب ١٠.

الشرح:

وَلَا يَجِبُ تَغْلِيظُ الْيَمِينِ عَلَى الْمُسْلِمِ بِزَمَانٍ وَلَا مَكَانٍ، لِأَنَّ الْمَقْصُودَ تَعْظِيمُ الْمَقْسَمِ بِهِ وَهُوَ حَاصِلُ بَدُونِ ذَلِكَ وَفِي إِجْبَاهِهِ حَرَجٌ عَلَى الْقَاضِي بِحُضُورِهِ وَهُوَ مَذْفُوعٌ وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: إِذَا كَانَتْ الْيَمِينُ فِي قَسَامَةٍ أَوْ لَعَانٍ أَوْ فِي مَالٍ عَظِيمٍ إِنْ كَانَ بِمَكَّةَ فَبَيْنَ الرُّكْنِ وَالْمَقَامِ، وَإِنْ كَانَ بِالْمَدِينَةِ فَعِنْدَ قَبْرِ النَّبِيِّ ﷺ وَفِي بَيْتِ الْمَقْدِسِ عِنْدَ الصَّخْرَةِ، وَفِي سَائِرِ الْبِلَادِ فِي الْجَوَامِعِ، وَكَذَلِكَ يُشْتَرَطُ يَوْمَ الْجُمُعَةِ وَبَعْدَ الْعَصْرِ، وَفِيهِ مَا مَرَّ مِنَ الْحَرَجِ عَلَى الْحَاكِمِ.

قَالَ (وَمَنْ ادَّعَى أَنَّهُ ابْتِغَاءً مِنْ هَذَا عَبْدُهُ بِأَلْفٍ فَجَحَدَ اسْتَحْلَفَ بِاللَّهِ مَا بَيْنَكُمَا بَيْعٌ قَائِمٌ فِيهِ وَلَا يَسْتَحْلَفُ بِاللَّهِ مَا بَعْتَ) لِأَنَّهُ قَدْ بَيَّعَ الْعَيْنُ ثُمَّ يُقَالُ فِيهِ.

الشرح:

قَالَ: (وَمَنْ ادَّعَى أَنَّهُ ابْتِغَاءً مِنْ هَذَا عَبْدُهُ بِأَلْفٍ فَجَحَدَ إلخ) هَذَا نَوْعٌ آخَرُ مِنْ كَيْفِيَّةِ الْيَمِينِ وَهُوَ الْحَلْفُ عَلَى الْحَاصِلِ أَوْ السَّبَبِ. وَالضَّابِطُ فِي ذَلِكَ أَنَّ السَّبَبَ، إِمَّا أَنْ كَانَ مِمَّا يَرْفَعُ بَرَأفِعٍ أَوْ لَا، فَإِنْ كَانَ الثَّانِي فَالتَّحْلِيفُ عَلَى السَّبَبِ بِالْإِجْمَاعِ، وَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ فَإِنْ تَضَرَّرَ الْمُدَّعِي بِالتَّحْلِيفِ عَلَى الْحَاصِلِ فَكَذَلِكَ، وَإِنْ لَمْ يَتَضَرَّرْ يَحْلَفُ عَلَى الْحَاصِلِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ، وَعَلَى السَّبَبِ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ إِلَّا إِذَا عَرَضَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ بَرَفَعِ السَّبَبِ مِثْلُ أَنْ يَقُولَ عِنْدَ قَوْلِ الْقَاضِي احْلَفْ بِاللَّهِ مَا بَعْتَ أَهْيَا الْقَاضِي إِنَّ الْإِنْسَانَ قَدْ بَيَّعَ شَيْئًا ثُمَّ يُقَالُ فِيهِ فَحِينَئِذٍ يَلْزَمُ الْقَاضِي الِاسْتِحْلَافُ عَلَى الْحَاصِلِ، هَذَا هُوَ الظَّاهِرُ.

وَيُقَالُ عَنْ شَمْسِ الْأُيُمَةِ الْحُلَوَانِيِّ مَا عَبَّرَ عَنْهُ بِقَوْلِهِ وَقِيلَ يُنْظَرُ فِي إِنْكَارِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ، فَإِنْ أَنْكَرَ السَّبَبَ يَحْلَفُ عَلَيْهِ وَإِنْ أَنْكَرَ الْحُكْمَ يَحْلَفُ عَلَى الْحَاصِلِ، فَعَلَى الظَّاهِرِ إِذَا ادَّعَى الْعَبْدُ الْمُسْلِمُ الْعَتَقَ عَلَى مَوْلَاهُ وَجَحَدَ الْمَوْلَى يَحْلَفُ عَلَى السَّبَبِ لَعَدَمِ تَكَرُّرِهِ لِأَنَّهُ إِنَّمَا يَكُونُ بِتَقْدِيرِ وَقُوعِ الِاسْتِيلَاءِ عَلَيْهِ بَعْدَ الِارْتِدَادِ، وَهُوَ بِالنِّسْبَةِ إِلَى الْمُسْلِمِ لَيْسَ بِمُتَصَوِّرٍ لِأَنَّهُ يُقْتَلُ بِالِارْتِدَادِ، بِخِلَافِ الْعَبْدِ الْكَافِرِ وَالْأَمَةِ مُطْلَقًا، فَإِنَّ الرِّقَّ يَتَكَرَّرُ عَلَيْهِ بِنَقْضِ الْعَهْدِ وَاللِّحَاقِ وَعَلَيْهَا بِالرَّدَّةِ وَاللِّحَاقِ، وَإِذَا ادَّعَتْ الْمُبْتَوَّةُ نَفَقَةً وَالزَّوْجُ مِمَّنْ لَا يَرَاهَا أَوْ ادَّعَى شَفْعَةَ الْجَوَارِ وَالْمُشْتَرِي لَا يَرَاهَا يَحْلَفُ عَلَى السَّبَبِ، لِأَنَّهُ لَوْ حَلَفَ

على الحاصل لصديق في يمينه في معتقده فيتضرر المدعي.

سفن قيل: بالحلف على السبب يتضرر المدعى عليه لجواز أن يكون قد اشترى وسلم الشفعة أو سكّت عن الطلب وليس بأولى بالضرر من المدعي؟ أجيب بأنه أولى بذلك لأن القاضي لا يجد بداً من إلحاق الضرر بأحدهما والمدعي يدعي ما هو أصل لأن الشراء إذا ثبت يثبت الحق له، وسقوطه إنما يكون بأسباب عارضة فيجب التمسك بالأصل حتى يقوم الدليل على العارض، وإذا ادعى الطلاق أو الغصب أو النكاح أو البيع يحلف عندهما على الحاصل بالله ما هي بائن منك الساعة وما يستحق عليك رده وما بينكما نكاح أو بيع قائم في الحال لأن السبب، مما يتكرر فبالحلف عليه يتضرر المدعى عليه وعند أبي يوسف يحلف على السبب.

(ويستحلف في الغصب بالله ما يستحق عليك رده ولا يحلف بالله ما غصبت لأنه قد يغصب ثم يفسخ بالهبة والبيع (وفي النكاح بالله ما بينكما نكاح قائم في الحال) لأنه قد يطرأ عليه الخلع (وفي دعوى الطلاق بالله ما هي بائن منك الساعة بما ذكرت ولا يستحلف بالله ما طلقها) لأن النكاح قد يجدد بعد الإبانة فيحلف على الحاصل في هذه الوجوه، لأنه لو حلف على السبب يتضرر المدعى عليه، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله.

أما على قول أبي يوسف رحمه الله يحلف في جميع ذلك على السبب إلا إذا عرض بما ذكرنا فحينئذ يحلف على الحاصل. وقيل: ينظر إلى إنكار المدعى عليه إن أنكر السبب يحلف عليه، وإن أنكر الحكم يحلف على الحاصل.

فالحاصل هو الأصل عندهما إذا كان سبباً يرتفع إلا إذا كان فيه ترك النظر في جانب المدعي فحينئذ يحلف على السبب بالإجماع، وذلك أن تدعي مبنوتة نفقة العدة والزوج ممن لا يراها، أو ادعى شفعة بالجوار والمشتري لا يراها، لأنه لو حلف على الحاصل يصدق في يمينه في معتقده فيفوت النظر في حق المدعي، وإن كان سبباً لا يرتفع برافع فالتحليف على السبب بالإجماع (كالعبد المسلم إذا ادعى العتق على مولاه، بخلاف الأمة والعبد الكافر) لأنه يكرر الرق عليها بالردة واللاحق وعليه بنقض العهد واللاحق، ولا يكرر على العبد المسلم.

قَالَ: (وَمَنْ وَرِثَ عَبْدًا وَادَّعَاهُ آخَرَ يَسْتَحْلِفُ عَلَى عِلْمِهِ) لِأَنَّهُ لَا عِلْمَ لَهُ بِمَا صَنَعَ الْمَوْرَثُ فَلَا يَحْلِفُ عَلَى الْبَيِّنَاتِ (وَأِنْ وَهَبَ لَهُ أَوْ اشْتَرَاهُ يَحْلِفُ عَلَى الْبَيِّنَاتِ لَوْجُودِ الْمَطْلُوقِ لِلْيَمِينِ إِذَا الشَّرَاءُ سَبَبٌ لثُبُوتِ الْمِلْكِ وَضَعًا وَكَذَا الْهَبَةُ).

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ وَرِثَ عَبْدًا وَادَّعَاهُ آخَرَ أُسْتُحْلَفَ عَلَى عِلْمِهِ إلخ) وَهَذَا نَوْعٌ آخَرُ مِنْ كَيْفِيَّةِ الْيَمِينِ وَهُوَ الْيَمِينُ عَلَى الْعِلْمِ أَوْ الْبَيِّنَاتِ، الضَّابِطُ فِي ذَلِكَ أَنَّ الدَّعْوَى إِذَا وَقَعَتْ عَلَى فِعْلٍ الْغَيْرِ كَانَ الْحَلْفُ عَلَى الْعِلْمِ، وَإِنْ وَقَعَتْ عَلَى فِعْلِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ كَانَ عَلَى الْبَيِّنَاتِ، وَتُقْضَى بِالرَّدِّ بِالْعَيْبِ، فَإِنَّ الْمُشْتَرِي إِذَا ادَّعَى أَنَّ الْعَبْدَ سَارِقٌ أَوْ أَتَى وَأَثَبَتْ ذَلِكَ فِي يَدِ نَفْسِهِ وَادَّعَاهُ فِي يَدِ الْبَائِعِ وَأَرَادَ تَحْلِيفَ الْبَائِعِ يَحْلِفُ عَلَى الْبَيِّنَاتِ بِاللَّهِ مَا أَتَى مَا سَرَقَ مَعَ أَنَّهُ عَلَى فِعْلِ الْغَيْرِ، وَبِالْمَوْدَعِ إِذَا ادَّعَى قَبْضَ صَاحِبِ الْوَدِيعَةِ فَإِنَّهُ يَحْلِفُ عَلَى الْبَيِّنَاتِ وَالْقَبْضُ فِعْلُ الْغَيْرِ، وَبِالْوَكِيلِ بِالْبَيْعِ إِذَا بَاعَ وَسَلَّمْ إِلَى الْمُشْتَرِي ثُمَّ أَقَرَّ أَنَّ الْمُوَكَّلَ قَبْضَ الثَّمَنِ وَأَنْكَرَهُ الْمُوَكَّلُ يَحْلِفُ الْوَكِيلُ بِاللَّهِ مَا قَبْضَ الْمُوَكَّلُ وَهُوَ فِعْلُ الْغَيْرِ، وَعَنْ هَذَا ذَهَبَ بَعْضُهُمْ إِلَى أَنَّ التَّحْلِيفَ عَلَى فِعْلِ الْغَيْرِ إِنَّمَا يَكُونُ عَلَى الْعِلْمِ إِذَا قَالَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ لَا عِلْمَ لِي بِذَلِكَ، فَأَمَّا إِذَا قَالَ لِي عِلْمٌ بِذَلِكَ حَلَفَ عَلَى الْبَيِّنَاتِ.

وَفِي صَوْرِ التَّقْضِ يَدَّعِي الْعِلْمَ فَكَانَ الْحَلْفُ عَلَى الْبَيِّنَاتِ، وَتَخْرِيجُهَا عَلَى الْأَوَّلِ أَنَّ فِي الرَّدِّ بِالْعَيْبِ ضَمِنَ الْبَائِعُ تَسْلِيمَ الْمَبِيعِ سَلِيمًا عَنِ الْعُيُوبِ، فَالتَّحْلِيفُ يَرْجِعُ إِلَى مَا ضَمِنَ بِنَفْسِهِ، وَفِي الْبَاقِيَيْنِ الْحَلْفُ يَرْجِعُ إِلَى فِعْلِ نَفْسِهِ وَهُوَ التَّسْلِيمُ لَا إِلَى فِعْلِ غَيْرِهِ وَهُوَ الْقَبْضُ (وَإِذَا وَرِثَ عَبْدًا وَادَّعَاهُ آخَرَ أُسْتُحْلَفَ عَلَى عِلْمِهِ، لِأَنَّهُ لَا عِلْمَ لَهُ بِمَا صَنَعَ الْمَوْرَثُ فَلَا يَحْلِفُ عَلَى الْبَيِّنَاتِ، وَإِنْ وَهَبَ لَهُ أَوْ اشْتَرَاهُ يَحْلِفُ عَلَى الْبَيِّنَاتِ لَوْجُودِ الْمَطْلُوقِ لِلْيَمِينِ، إِذَا الشَّرَاءُ سَبَبٌ لثُبُوتِ الْمِلْكِ وَضَعًا وَكَذَا الْهَبَةُ) فَإِنْ قِيلَ: الْإِرْثُ كَذَلِكَ. أَجِيبَ بِأَنَّ مَعْنَى قَوْلِهِ سَبَبٌ لثُبُوتِ الْمِلْكِ سَبَبٌ اخْتِيَارِيٌّ يُبَاشِرُهُ بِنَفْسِهِ فَيَعْلَمُ مَا صَنَعَ.

قَالَ (وَمَنْ ادَّعَى عَلَى آخَرَ مَالًا فَاهْتَدَى يَمِينُهُ أَوْ صَالَحَهُ مِنْهَا عَلَى عَشْرَةِ فَهُوَ جَائِزٌ) وَهُوَ مَا ثَوَّرَ عَنْ عُثْمَانَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ. (وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَسْتَحْلِفَهُ عَلَى تِلْكَ الْيَمِينِ أَبَدًا) لِأَنَّهُ أَسْقَطَ حَقَّهُ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

الشرح:

قال: وَمَنْ ادَّعَى عَلَى آخَرَ مَالًا إلَى وَمَنْ افْتَدَى عَنْ يَمِينِهِ أَوْ صَاحَ مِنْهَا عَلَى شَيْءٍ مِثْلَ الْمَالِ الْمُدَّعَى بِهِ أَوْ أَقْلَ جَزَاءٍ وَهُوَ مَأْثُورٌ عَنْ عُثْمَانَ رضي الله عنه وَلَفْظُ الْكِتَابِ يُشِيرُ إِلَى أَنَّهُ كَانَ مُدَّعَى عَلَيْهِ. وَذَكَرَ فِي الْفَوَائِدِ الظَّهْرِيَّةِ أَنَّهُ ادَّعَى عَلَيْهِ أَرْبَعُونَ دِرْهَمًا فَأَعْطَى شَيْئًا وَافْتَدَى يَمِينَهُ وَلَمْ يَخْلَفْ، فَقِيلَ أَلَا تَخْلَفُ وَأَنْتَ صَادِقٌ؟ فَقَالَ: أَخَافُ أَنْ يُوَافِقَ قَدْرَ يَمِينِي فَيُقَالَ هَذَا بِسَبَبِ يَمِينِهِ الْكَاذِبَةِ.

وَذَكَرَ أَنَّ الْمِقْدَادَ بْنَ الْأَسْوَدِ اسْتَفْرَضَ مِنْ عُثْمَانَ سَبْعَةَ آلَافٍ دِرْهَمٍ ثُمَّ قَضَاهُ أَرْبَعَةَ آلَافٍ فَنَرَفَعًا إِلَى عُمَرَ رضي الله عنه فِي خِلَافَتِهِ فَقَالَ الْمِقْدَادُ: لِيَخْلَفُ يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ أَنْ الْأَمْرَ كَمَا يَقُولُ وَلِيَأْخُذَ سَبْعَةَ آلَافٍ فَقَالَ عُمَرُ لِعُثْمَانَ أَنْصَفَكَ الْمِقْدَادُ احْلَفْ إِنَّهَا كَمَا تَقُولُ وَخُذْهَا فَلَمْ يَخْلَفْ عُثْمَانُ، فَلَمَّا خَرَجَ الْمِقْدَادُ قَالَ عُثْمَانُ لِعُمَرَ: إِنَّهَا كَانَتْ سَبْعَةَ آلَافٍ قَالَ فَمَا مَنَعَكَ أَنْ تَخْلَفَ وَقَدْ جَعَلَ ذَلِكَ إِلَيْكَ؟ فَقَالَ عُثْمَانُ عِنْدَ ذَلِكَ مَا قَالَهُ. فَيَكُونُ دَلِيلًا لِلشَّافِعِيِّ عَلَى جَوَازِ رَدِّ الْيَمِينِ عَلَى الْمُدَّعِي.

وَالْجَوَابُ أَنَّهُ كَانَ يَدَّعِي الْإِيْفَاءَ عَلَى عُثْمَانَ. وَبِهِ نَقُولُ. ثُمَّ لَمَّا بَطَلَ حَقُّهُ فِي الْيَمِينِ فِي لَفْظِ الْفِدَاءِ وَالصُّلْحِ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَسْتَحْلِفَ بَعْدَ ذَلِكَ لِأَنَّهُ أَسْقَطَ حَقَّهُ، بِخِلَافِ مَا إِذَا اشْتَرَى يَمِينَهُ بِعَشْرَةِ دِرَاهِمٍ لَمْ يُجْبَرْ وَكَانَ لَهُ أَنْ يَسْتَحْلِفَهُ، لِأَنَّ الشِّرَاءَ عَقْدُ تَمْلِكِ الْمَالِ بِالْمَالِ وَالْيَمِينُ لَيْسَتْ بِمَالٍ.

بَابُ التَّحَالُفِ

قال: (وَإِذَا اخْتَلَفَ الْمُتَبَايِعَانِ فِي الْبَيْعِ فَادَّعَى أَحَدُهُمَا ثَمَنًا وَادَّعَى الْبَائِعُ أَكْثَرَ مِنْهُ أَوْ اعْتَرَفَ الْبَائِعُ بِقَدْرِ مِنَ الْمَبِيعِ وَادَّعَى الْمُشْتَرِي أَكْثَرَ مِنْهُ فَأَقَامَ أَحَدُهُمَا الْبَيِّنَةَ قَضَى لَهُ بِهَا) لِأَنَّ فِي الْجَانِبِ الْآخَرَ مُحَرَّدَ الدَّعْوَى وَالْبَيِّنَةُ أَقْوَى مِنْهَا (وَإِنْ أَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَيِّنَةً كَانَتْ الْبَيِّنَةُ الْمُثْبِتَةُ لِلزِّيَادَةِ أَوْلَى) لِأَنَّ الْبَيِّنَاتِ لِلْإِثْبَاتِ وَلَا تَعَارِضُ فِي الزِّيَادَةِ (وَكُلُو كَانِ الْاِخْتِلَافُ فِي الثَّمَنِ وَالْمَبِيعِ جَمِيعًا فَبَيِّنَةُ الْبَائِعِ أَوْلَى فِي الثَّمَنِ وَبَيِّنَةُ الْمُشْتَرِي أَوْلَى فِي الْمَبِيعِ) نَظَرْنَا إِلَى زِيَادَةِ الْإِثْبَاتِ.

(وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَيِّنَةٌ قِيلَ لِلْمُشْتَرِي إِمَّا أَنْ تَرْضَى بِالثَّمَنِ الَّذِي ادَّعَاهُ الْبَائِعُ وَإِلَّا فَسَخْنَا الْبَيْعَ، وَقِيلَ لِلْبَائِعِ إِمَّا أَنْ تُسَلِّمَ مَا ادَّعَاهُ الْمُشْتَرِي مِنَ الْمَبِيعِ وَإِلَّا

فَسَخْنَا الْبَيْعَ) لَأَنَّ الْمَقْصُودَ قَطْعُ الْمُنَازَعَةِ، وَهَذِهِ جِهَةٌ فِيهِ لِأَنَّهُ رُبَّمَا لَا يَرْضَيَانِ بِالْفُسْخِ فَإِذَا عَلِمَا بِهِ يَتَرَاضِيَانِ بِهِ (فَإِنْ لَمْ يَتَرَاضِيَا اسْتَحْلَفَ الْحَاكِمُ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى دَعْوَى الْآخَرِ) وَهَذَا التَّحَالُفُ قَبْلَ الْقَبْضِ عَلَى وَفَاقِ الْقِيَاسِ، لِأَنَّ الْبَائِعَ يَدَّعِي زِيَادَةَ الثَّمَنِ وَالْمُشْتَرِيَ يُنْكِرُهُ، وَالْمُشْتَرِيَ يَدَّعِي وَجُوبَ تَسْلِيمِ الْمَبِيعِ بِمَا نَقَدَ وَالْبَائِعَ يُنْكِرُهُ، فَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُنْكَرٌ فَيَحْلِفُ؛ فَأَمَّا بَعْدَ الْقَبْضِ فَمُخَالَفٌ لِلْقِيَاسِ لِأَنَّ الْمُشْتَرِيَ لَا يَدَّعِي شَيْئًا لِأَنَّ الْمَبِيعَ سَالِمٌ لَهُ فَبَقِيَ دَعْوَى الْبَائِعِ فِي زِيَادَةِ الثَّمَنِ وَالْمُشْتَرِيَ يُنْكِرُهَا فَيُكْتَفَى بِحَلْفِهِ، لَكِنَّا عَرَفْنَاهُ بِالنَّصِّ وَهُوَ قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «إِذَا اخْتَلَفَ الْمُتَبَايِعَانِ وَالسَّلْعَةُ قَائِمَةٌ بِعَيْنَيْهَا تَحَالَفَا وَقَرَّادَا»^(١).

الشرح:

(بَابُ التَّحَالُفِ): رَأَى التَّرْتِيبَ الطَّبِيعِيَّ فَأَخَّرَ يَمِينَ الْاِثْنَيْنِ عَنْ يَمِينِ الْوَاحِدِ لِيُنَاسِبَ الْوَضْعُ الطَّبْعَ (إِذَا اخْتَلَفَ الْمُتَبَايِعَانِ فِي الْبَيْعِ) فَأَدَّعَى الْمُشْتَرِيَ أَنَّهُ اشْتَرَاهُ بِمِائَةِ وَادَّعَى الْبَائِعُ أَنَّهُ بَاعَهُ بِمِائَةِ وَخَمْسِينَ أَوْ اعْتَرَفَ الْبَائِعُ بِأَنَّ الْمَبِيعَ كُرِّ مِنْ حِنْطَةٍ وَقَالَ الْمُشْتَرِيَ هُوَ كُرَّانٍ، فَمَنْ أَقَامَ الْبَيِّنَةَ قُضِيَ لَهُ بِهَا، لِأَنَّ فِي الْجَانِبِ الْآخَرَ مُجَرَّدَ الدَّعْوَى، وَالْبَيِّنَةُ أَقْوَى مِنْهَا لِأَنَّهَا تُوجِبُ الْحُكْمَ عَلَى الْقَاضِي وَمُجَرَّدُ الدَّعْوَى لَا يُوجِبُهُ، وَإِنْ أَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَيِّنَةً كَانَتْ الْبَيِّنَةُ الْمُثْبِتَةُ لِلزِّيَادَةِ أُولَى، لِأَنَّ الْبَيِّنَاتِ لِلْإِثْبَاتِ وَلَا تَعَارِضُ بَيْنَهُمَا فِي الزِّيَادَةِ فَمُثْبِتُهَا كَانَ أَكْثَرَ إِثْبَاتًا، وَلَوْ كَانَ الْاِخْتِلَافُ فِي الثَّمَنِ وَالْمَبِيعِ جَمِيعًا فَقَالَ الْبَائِعُ بِعَثْكَ هَذِهِ الْجَارِيَةِ بِمِائَةِ دِينَارٍ وَقَالَ الْمُشْتَرِيَ بِعَثْنِيهَا وَهَذِهِ مَعَهَا بِخَمْسِينَ دِينَارًا وَأَقَامَ بَيِّنَةً فَبَيِّنَةُ الْبَائِعِ أُولَى فِي الثَّمَنِ وَبَيِّنَةُ الْمُشْتَرِيَ أُولَى فِي الْمَبِيعِ نَظَرًا إِلَى زِيَادَةِ الْإِثْبَاتِ وَهُمَا جَمِيعًا لِلْمُشْتَرِيَ بِمِائَةِ دِينَارٍ.

وَقِيلَ هَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ آخِرًا، وَكَانَ يَقُولُ أَوَّلًا وَهُوَ قَوْلُ زُفَرٍ: يَقْضِي بِهِمَا لِلْمُشْتَرِيَ بِمِائَةِ وَخَمْسَةِ وَعِشْرِينَ دِينَارًا، وَإِنْ كَانَ الْاِخْتِلَافُ فِي جِنْسِ الثَّمَنِ كَمَا لَوْ قَالَ الْبَائِعُ بِعَثْكَ هَذِهِ الْجَارِيَةَ بِعَثْكَ هَذَا وَقَالَ الْمُشْتَرِيَ اشْتَرَيْتَهَا مِنْكَ بِمِائَةِ دِينَارٍ وَأَقَامَا الْبَيِّنَةَ فَهِيَ لِمَنْ الْاِتِّفَاقُ عَلَى قَوْلِهِ وَهُوَ الْبَائِعُ، لِأَنَّ حَقَّ الْمُشْتَرِيَ فِي الْجَارِيَةِ ثَابِتٌ

(١) أخرجه أبو داود (٣٥١١)، والترمذي (١٢٧٠)، والنسائي (٤٣٣٣). وانظر نصب الراية

بِاتِّفَاقِهِمَا، وَإِنَّمَا الْاِخْتِلَافُ فِي حَقِّ الْبَائِعِ فَيَسْتَتُهُ عَلَى حَقِّهِ أَوَّلَى بِالْقَبُولِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُمَا بَيِّنَةٌ يَقُولُ الْحَاكِمُ لِلْمُشْتَرِي إِمَّا أَنْ تَرْضَى بِالثَّمَنِ الَّذِي يَدَّعِيهِ الْبَائِعُ وَإِلَّا فَسَخْنَا الْبَيْعَ، وَيَقُولُ الْبَائِعُ إِمَّا أَنْ تُسَلِّمَ مَا ادَّعَاهُ الْمُشْتَرِي مِنَ الْمَبِيعِ وَإِلَّا فَسَخْنَا الْبَيْعَ، لَأَنَّ الْمَقْصُودَ قَطْعَ الْمُنَازَعَةِ وَهَذِهِ جِهَةٌ فِيهِ، لِأَنَّهُ رَبَّمَا لَا يَرْضِيَانِ بِالْفَسْخِ، فَإِذَا عَلِمَا بِهِ يَتَرَاضِيَانِ، فَإِنْ لَمْ يَتَرَاضِيَا اسْتَحْلَفَ الْحَاكِمُ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى دَعْوَى الْآخَرِ، وَهَذَا التَّحَالُفُ قَبْلَ الْقَبْضِ عَلَى وَفَاقِ الْقِيَاسِ، لِأَنَّ الْبَائِعَ يَدَّعِي زِيَادَةَ الثَّمَنِ وَالْمُشْتَرِي يُنْكِرُهُ، وَالْمُشْتَرِي يَدَّعِي وَجُوبَ تَسْلِيمِ الْمَبِيعِ بِمَا تَقَدَّرَ وَالْبَائِعُ يُنْكِرُهُ، فَكُلُّ مِنْهُمَا مُنْكَرٌ وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ بِالْحَدِيثِ الْمَشْهُورِ فَيَحْلِفَانِ، أَمَّا بَعْدَ الْقَبْضِ فَعَلَى خِلَافِ الْقِيَاسِ لِأَنَّ الْمُشْتَرِي لَا يَدَّعِي شَيْئًا، لِأَنَّ الْمَبِيعَ سَلَّمَ لَهُ فِي يَدِهِ، فَبَقِيَ دَعْوَى الْبَائِعِ فِي زِيَادَةِ الثَّمَنِ وَالْمُشْتَرِي يُنْكِرُهُ فَكَانَ الْقِيَاسُ الْاِكْتِفَاءَ بِحَلْفِهِ لَكِنَّا عَرَفْنَاهُ بِالنَّصِّ وَهُوَ قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «إِذَا اخْتَلَفَ الْمُتَبَايِعَانِ وَالسَّلْعَةُ قَائِمَةٌ بَعَيْنَهَا تَحَالَفَا وَتَرَادَا» وَلِقَائِلِ أَنْ يَقُولَ: هَذَا الْحَدِيثُ مُخَالَفٌ لِلْمَشْهُورِ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَشْهُورًا فَهُوَ مَرْجُوحٌ، وَإِنْ كَانَ فَكَذَلِكَ لِعُمُومِ الْمَشْهُورِ، أَوْ يَتَعَارَضَانِ وَلَا تَرْجِيحَ.

(وَيَبْدِئُ بِيَمِينِ الْمُشْتَرِي) وَهَذَا قَوْلُ مُحَمَّدٍ وَأَبِي يُوسُفَ آخِرًا، وَهُوَ رَوَايَةٌ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَهُوَ الصَّحِيحُ لِأَنَّ الْمُشْتَرِي أَشَدُّهُمَا إِتْكَارًا لِأَنَّهُ يُطَالِبُ أَوَّلًا بِالثَّمَنِ وَلِأَنَّهُ يَتَعَجَّلُ فَائِدَةَ التَّكْوُلِ وَهُوَ الْإِزَامُ الثَّمَنِ، وَلَوْ بَدِئُ بِيَمِينِ الْبَائِعِ تَأَخَّرَ الْمُطَالِبَةُ بِتَسْلِيمِ الْمَبِيعِ إِلَى زَمَانِ اسْتِيفَاءِ الثَّمَنِ.

وَكَانَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ يَقُولُ أَوَّلًا: يَبْدَأُ بِيَمِينِ الْبَائِعِ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «إِذَا اخْتَلَفَ الْمُتَبَايِعَانِ فَالْقَوْلُ مَا قَالَهُ الْبَائِعُ» خَصَّهُ بِالذِّكْرِ، وَأَقْلَ فَائِدَتِهِ التَّقْدِيمُ. (وَإِنْ كَانَ بَيْعٌ عَيْنٍ بِعَيْنٍ أَوْ ثَمَنِ بِثَمَنِ بَدَأَ الْقَاضِي بِيَمِينِ أَيُّهُمَا شَاءَ) لَا اسْتِوَاءَهُمَا.

الشرح:

وَيَبْدَأُ بِيَمِينِ الْمُشْتَرِي وَهُوَ قَوْلُ مُحَمَّدٍ وَأَبِي يُوسُفَ آخِرًا وَرَوَايَةٌ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ وَهُوَ الصَّحِيحُ دُونَ مَا قَالَ أَبُو يُوسُفَ إِنَّهُ يَبْدَأُ بِيَمِينِ الْبَائِعِ لِأَنَّ الْمُشْتَرِي أَشَدُّهُمَا إِتْكَارًا لِكُونِهِ أَوَّلَ مَنْ يُطَالِبُ بِالثَّمَنِ فَهُوَ الْبَادِي بِالْإِتْكَارِ، وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى تَقْدِيمِ

الْإِنْكَارِ دُونَ شِدَّتِهِ، وَلَعَلَّهُ أَرَادَ بِالشَّدَّةِ التَّقَدُّمَ وَهُوَ الْأَنْسَبُ بِالْمَقَامِ، لِأَنَّهُ لَمَّا تَقَدَّمَ فِي
الْإِنْكَارِ تَقَدَّمَ فِي الَّذِي يَتَرْتَّبُ عَلَيْهِ، أَوْ لِأَنَّ فَائِدَةَ التَّكْوُلِ تَتَعَجَّلُ بِالْبِدْأَةِ بِهِ وَهُوَ الزَّمَامُ
الْثَّمَنُ، وَلَوْ بُدِئَ يَمِينُ الْبَائِعِ تَأَخَّرَتْ الْمُطَالَبَةُ بِتَسْلِيمِ الْمَبِيعِ إِلَى زَمَنِ اسْتِيفَاءِ الثَّمَنِ.
وَكَانَ أَبُو يُوسُفَ يَقُولُ أَوَّلًا يَمِينُ الْبَائِعِ وَذَكَرَ فِي الْمُتَقَى وَأَبُو الْحَسَنِ فِي جَامِعِهِ
أَنَّهُ رَوَايَةٌ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ، وَهُوَ قَوْلُ زُفَرٍ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «إِذَا اخْتَلَفَ
الْمُتَبَايعَانِ فَالْقَوْلُ مَا قَالَهُ الْبَائِعُ» وَوَجْهُ الاسْتِدْلَالِ أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ خَصَّهُ
بِالذِّكْرِ، وَأَقْلُ فَائِدَتِهِ التَّقَدُّمُ: يَعْنِي أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ جَعَلَ الْقَوْلَ قَوْلَهُ، وَذَلِكَ
يَقْتَضِي الْاِكْتِفَاءَ بِيَمِينِهِ، لَكِنْ لَا يُكْتَفَى بِهَا فَلَا أَقْلَ مِنَ الْبِدْأَةِ بِهَا، وَإِنْ كَانَ الْعَقْدُ
مُقَابَضَةً أَوْ صَرَفًا يَبْدَأُ الْقَاضِي بِأَيِّهِمَا شَاءَ لاسْتَوَائِهِمَا.

(وَصِفَةُ الْيَمِينِ أَنْ يَحْلِفَ الْبَائِعُ بِاللَّهِ مَا بَاعَهُ بِالْفِ وَيَحْلِفَ الْمُشْتَرِي بِاللَّهِ مَا
اشْتَرَاهُ بِالْفَيْنِ) وَقَالَ فِي الزِّيَادَاتِ: يَحْلِفُ بِاللَّهِ مَا بَاعَهُ بِالْفِ وَلَقَدْ بَاعَهُ بِالْفَيْنِ، يَحْلِفُ
الْمُشْتَرِي بِاللَّهِ مَا اشْتَرَاهُ بِالْفَيْنِ وَلَقَدْ اشْتَرَاهُ بِالْفِ يَضْمَنُ الْإِثْبَاتُ إِلَى النَّفْيِ تَأْكِيدًا،
وَالْأَصَحُّ الْاِقْتِصَارُ عَلَى النَّفْيِ لِأَنَّ الْأَيْمَانَ عَلَى ذَلِكَ وَضِعَتْ، دَلَّ عَلَيْهِ حَدِيثُ الْقَسَامَةِ
«بِاللَّهِ مَا قَتَلْتُمْ وَلَا عِلْمُكُمْ لَهُ قَاتِلًا».

قَالَ (فَإِنْ حَلَفَا فَسَخَ الْقَاضِي الْبَيْعَ بَيْنَهُمَا) وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ لَا يَنْفَسِخُ بِنَفْسِ
التَّحَالُفِ لِأَنَّهُ لَمْ يَثْبُتْ مَا ادَّعَاهُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فَيَبْقَى بَيْعٌ مَجْهُولٌ فَيَفْسُخُهُ الْقَاضِي
قَطْعًا لِلْمُنَازَعَةِ. أَوْ يُقَالُ إِذَا لَمْ يَثْبُتِ الْبَدَلُ يَبْقَى بَيْعًا بِلا بَدَلٍ وَهُوَ فَاسِدٌ وَلَا بُدَّ مِنْ
الْفُسْخِ فِي الْبَيْعِ الْفَاسِدِ.

قَالَ: (وَإِنْ تَكَلَّ أَحَدُهُمَا عَنِ الْيَمِينِ لَزِمَهُ دَعْوَى الْآخَرِ) لِأَنَّهُ جُعِلَ بَادِلًا فَلَمْ يَبْقَ
دَعْوَاهُ مُعَارِضًا لِدَعْوَى الْآخَرِ فَلَزِمَ الْقَوْلُ بِثُبُوتِهِ.

الشرح:

قَالَ: (وَصِفَةُ الْيَمِينِ إلخ) ذَكَرَ فِي الْأَصْلِ صِفَةَ الْيَمِينِ أَنْ يَحْلِفَ الْبَائِعُ بِاللَّهِ مَا
بَاعَهُ بِالْفِ، وَيَحْلِفُ الْمُشْتَرِي بِاللَّهِ مَا اشْتَرَاهُ بِالْفَيْنِ.
وَقَالَ فِي الزِّيَادَاتِ: يَحْلِفُ الْبَائِعُ بِاللَّهِ مَا بَاعَهُ بِالْفِ وَلَقَدْ بَاعَهُ بِالْفَيْنِ، وَيَحْلِفُ
الْمُشْتَرِي بِاللَّهِ مَا اشْتَرَاهُ بِالْفَيْنِ وَلَقَدْ اشْتَرَاهُ بِالْفِ، يَضْمَنُ الْإِثْبَاتُ إِلَى النَّفْيِ تَأْكِيدًا،

وَالْأَصَحُّ الْاِقْتِصَارُ عَلَى النَّفْيِ لِأَنَّ الْأَيْمَانَ وَضِعَتْ لِلنَّفْيِ كَالْيَيْنَاتِ لِلْإِثْبَاتِ، دَلَّ عَلَى ذَلِكَ حَدِيثُ الْقَسَامَةِ «بِاللَّهِ تَعَالَى مَا قَتَلْتُمْ وَلَا عَلِمْتُمْ لَهُ قَاتِلًا» وَفِيهِ نَظَرٌ لِأَنَّ ذَلِكَ لَا يُنَافِي التَّكْيِيدَ، فَإِنْ حَلَفَا فَسَخَّ الْقَاضِي الْبَيْعَ بَيْنَهُمَا إِذَا طَلَبَاهُ أَوْ طَلَبَ أَحَدُهُمَا، لِأَنَّ الْفَسْخَ حَقُّهُمَا فَلَا بُدَّ مِنَ الطَّلَبِ، وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ لَا يَنْفَسَخُ بِنَفْسِ التَّحَالُفِ، بَلْ لَا بُدَّ مِنَ الْفَسْخِ، لِأَنَّهُ لَمَّا لَمْ يَثْبُتْ مُدْعَى كُلِّ مِنْهُمَا بَقِيَ بَيْعًا مَجْهُولًا فَيَفْسَخُهُ الْحَاكِمُ قَطْعًا لِلْمُنَازَعَةِ. أَوْ يُقَالُ: إِذَا لَمْ يَثْبُتِ الْبَدَلُ بَقِيَ بَيْعًا بِلَا بَدَلٍ وَهُوَ فَاسِدٌ وَسَيِلُهُ الْفَسْخُ فَمَا لَمْ يُفْسَخْ كَانَ قَائِمًا.

قَالَ فِي الْمَبْسُوطِ: حَلَّ لِلْمُشْتَرِي وَطْءَ جَارِيَةٍ إِذَا كَانَتْ الْمِيعَةُ، وَإِنْ نَكَلَ أَحَدُهُمَا عَنِ الْيَمِينِ لَزِمَهُ دَعْوَى الْآخَرِ لِأَنَّهُ جُعِلَ بَادِلًا لَصِحَّةِ الْبَدَلِ فِي الْأَعْوَاضِ، وَإِذَا كَانَ بَادِلًا لَمْ يَبْقَ دَعْوَاهُ مُعَارِضَةً لِدَعْوَى الْآخَرِ فَلَزِمَ الْقَوْلُ بِبُيُوتِهِ لِعَدَمِ الْمُعَارِضِ.

قَالَ: (وَإِنْ اخْتَلَفَا فِي الْأَجَلِ أَوْ فِي شَرْطِ الْخِيَارِ أَوْ فِي اسْتِيفَاءِ بَعْضِ الثَّمَنِ فَلَا تَحَالُفَ بَيْنَهُمَا) لِأَنَّ هَذَا اخْتِلَافٌ فِي غَيْرِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ وَالْمَعْقُودُ بِهِ، فَأَشْبَهَ الْاِخْتِلَافَ فِي الْحِطِّ وَالْإِبْرَاءِ، وَهَذَا لِأَنَّ بَانْعِدَامِهِ لَا يَخْتَلُ مَا بِهِ قِيَامُ الْعَقْدِ، بِخِلَافِ الْاِخْتِلَافِ فِي وَصْفِ الثَّمَنِ وَجِنْسِهِ حَيْثُ يَكُونُ بِمَنْزِلَةِ الْاِخْتِلَافِ فِي الْقَدْرِ فِي جَرَيَانِ التَّحَالُفِ لِأَنَّ ذَلِكَ يَرْجِعُ إِلَى نَفْسِ الثَّمَنِ فَإِنَّ الثَّمَنَ دَيْنٌ وَهُوَ يُعْرَفُ بِالْوَصْفِ، وَلَا كَذَلِكَ الْأَجَلُ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِوَصْفٍ؛ أَلَا تَرَى أَنَّ الثَّمَنَ مَوْجُودٌ بَعْدَ مَضِيِّهِ (وَالْقَوْلُ قَوْلُ مَنْ يَنْكِرُ الْخِيَارَ وَالْأَجَلَ مَعَ يَمِينِهِ) لِأَنَّهُمَا يَثْبُتَانِ بِعَارِضِ الشَّرْطِ وَالْقَوْلُ لِمَنْكَرِ الْعَوَارِضِ.

الشرح:

قَالَ (وَإِذَا اخْتَلَفَا فِي الْأَجَلِ إلخ) وَإِذَا اخْتَلَفَا فِي الْأَجَلِ فِي أَصْلِهِ أَوْ فِي قَدْرِهِ أَوْ فِي شَرْطِ الْخِيَارِ أَوْ فِي اسْتِيفَاءِ بَعْضِ الثَّمَنِ فَلَا تَحَالُفَ بَيْنَهُمَا وَالْقَوْلُ قَوْلُ الْبَائِعِ. وَقَالَ زُفَرٌ وَالشَّافِعِيُّ: يَتَحَالَفَانِ لِأَنَّ الْأَجَلَ جَارٍ مَجْرَى الْوَصْفِ، فَإِنَّ الثَّمَنَ يَزْدَادُ عِنْدَ زِيَادَةِ الْأَجَلِ، وَالْاِخْتِلَافُ فِي وَصْفِ الثَّمَنِ يُوجِبُ التَّحَالُفَ فَكَذَا هَذَا. وَلَنَا أَنَّ هَذَا الْاِخْتِلَافَ فِي غَيْرِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ وَالْمَعْقُودُ بِهِ، وَالْاِخْتِلَافُ فِي غَيْرِهِمَا لَا يُوجِبُ التَّحَالُفَ، وَهَذَا لِأَنَّ التَّحَالُفَ وَرَدَ فِيهِ النَّصُّ عِنْدَ الْاِخْتِلَافِ فِيمَا يَتِمُّ بِهِ الْعَقْدُ وَالْأَجَلُ وَرَاءَ ذَلِكَ، كَشَرْطِ الْخِيَارِ فِي أَنَّ الْعَقْدَ بَعْدَمِهِمَا لَا يَخْتَلُ فَلَمْ يَكُنْ فِي مَعْنَى الْمَنْصُوصِ

عَلَيْهِ حَتَّى يُلْحَقَ بِهِ فَصَارَ كَالِاخْتِلَافِ فِي الْحَطِّ وَالْإِبْرَاءِ عَنِ الثَّمَنِ، بِخِلَافِ الْاِخْتِلَافِ فِي وَصْفِ الثَّمَنِ بِالْجُودَةِ وَالرَّدَاءَةِ وَجَنْسِهِ كَالدَّرَاهِمِ وَالذَّنَانِيرِ حَيْثُ يَكُونُ الْاِخْتِلَافُ فِيهِمَا كَالِاخْتِلَافِ فِي قَدْرِهِ فِي جَرَيَانِ التَّحَالُفِ، لِأَنَّ ذَلِكَ يَرْجِعُ إِلَى نَفْسِ الثَّمَنِ لِكَوْنِهِ دَيْنًا وَهُوَ يُعْرَفُ بِالْوَصْفِ، بِخِلَافِ الْأَجَلِ فَإِنَّهُ لَيْسَ بِوَصْفٍ؛ أَلَا تَرَى أَنَّ الثَّمَنَ مَوْجُودٌ بَعْدَ مُضِيِّهِ وَالْوَصْفُ لَا يُفَارِقُ الْمَوْصُوفَ فَهُوَ أَصْلٌ بِنَفْسِهِ لَكِنَّهُ يَثْبُتُ بِوَاسِطَةِ الشَّرْطِ، وَإِذَا لَمْ يَكُنْ وَصْفَيْنِ وَلَا رَاجِعَيْنِ إِلَيْهِ كَانَا عَارِضَيْنِ بِوَاسِطَةِ الشَّرْطِ، وَالْقَوْلُ لِمَنْ يُنْكِرُ الْعَوَارِضَ، وَالْحُكْمُ بِاسْتِيفَاءِ بَعْضِ الثَّمَنِ كَذَلِكَ لِأَنَّ بَانْعِدَامَهُ لَا يَخْتَلُ مَا بِهِ قِيَامُ الْعَقْدِ لِبَقَاءِ مَا يَحْصُلُ ثَمَنًا، وَلَوْ اخْتَلَفَا فِي اسْتِيفَاءِ كُلِّ الثَّمَنِ فَالْحُكْمُ كَذَلِكَ، لَكِنَّهُ لَمْ يَذْكُرْهُ لِكَوْنِهِ مَفْرُوعًا عَنْهُ بِاعْتِبَارِ أَنَّهُ صَارَ ذَلِكَ بِمَنْزِلَةِ سَائِرِ الدَّعَاوَى. وَإِذَا اخْتَلَفَا فِي مُضِيِّ الْأَجَلِ فَالْقَوْلُ لِلْمُشْتَرِي، لِأَنَّ الْأَجَلَ حَقُّهُ وَهُوَ يُنْكِرُ اسْتِيفَاءَهُ.

قَالَ: (فَإِنْ هَلَكَ الْمَبِيعُ ثُمَّ اخْتَلَفَا لَمْ يَتَحَالَفَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ وَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُشْتَرِي).

وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: يَتَحَالَفَانِ وَيُفْسَخُ الْبَيْعُ عَلَى قِيَمَةِ الْهَالِكِ (وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ، وَعَلَى هَذَا إِذَا خَرَجَ الْمَبِيعُ عَنْ مِلْكِهِ أَوْ صَارَ بِحَالٍ لَا يَقْدِرُ عَلَى رَدِّهِ بِالْعَيْبِ. لَهُمَا أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَدْعِي غَيْرَ الْعَقْدِ الَّذِي يَدْعِيهِ صَاحِبُهُ وَالْآخَرُ يُنْكِرُهُ وَأَنَّهُ يُفِيدُ دَفْعَ زِيَادَةِ الثَّمَنِ فَيَتَحَالَفَانِ؛ كَمَا إِذَا اخْتَلَفَا فِي جِنْسِ الثَّمَنِ بَعْدَ هَلَاكِ السَّلْعَةِ.

وَلَأَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ أَنَّ التَّحَالُفَ بَعْدَ الْقَبْضِ عَلَى خِلَافِ الْقِيَاسِ لِأَنَّهُ سَلَمٌ لِلْمُشْتَرِي مَا يَدْعِيهِ وَقَدْ وَرَدَ الشَّرْعُ بِهِ فِي حَالِ قِيَامِ السَّلْعَةِ، وَالتَّحَالُفُ فِيهِ يُفْضِي إِلَى الْفُسْخِ، وَلَا كَذَلِكَ بَعْدَ هَلَاكِهَا لِارْتِفَاعِ الْعَقْدِ فَلَمْ يَكُنْ فِي مَعْنَاهُ وَلَئِنَّهُ لَا يُبَالِي بِالِاخْتِلَافِ فِي السَّبَبِ بَعْدَ حُصُولِ الْمَقْصُودِ، وَإِنَّمَا يُرَاعَى مِنَ الْفَائِدَةِ مَا يُوجِبُهُ الْعَقْدُ، وَفَائِدَةُ دَفْعِ زِيَادَةِ الثَّمَنِ لَيْسَتْ مِنْ مُوجِبَاتِهِ وَهَذَا إِذَا كَانَ الثَّمَنُ دَيْنًا، فَإِنْ كَانَ عَيْنًا يَتَحَالَفَانِ لِأَنَّ الْمَبِيعَ فِي أَحَدِ الْجَانِبَيْنِ قَائِمٌ فَتَقَوَّرُ فَائِدَةُ الْفُسْخِ ثُمَّ يَرُدُّ مِثْلَ الْهَالِكِ إِنْ كَانَ لَهُ مِثْلٌ أَوْ قِيَمَتُهُ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مِثْلٌ.

الشرح:

قَالَ: (فَإِنْ هَلَكَ الْمَبِيعُ ثُمَّ اخْتَلَفَا لَمْ يَتَحَالَفَا) فَإِنْ هَلَكَ الْمَبِيعُ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي أَوْ خَرَجَ عَنْ

ملكه أو صار بحال لا يُقدَّر على رده بالعيب ثم اختلفا لم يتحالفا عند أبي حنيفة وأبي يوسف، والقول قول المشتري. وقال محمد والشافعي: يتحالفان، ويُفسخ البيع على قيمة الهالك لأن الدلائل الدالة على التحالف لا تفصل بين كون السلعة قائمة أو هالكة، أما الدليل الثقل فهو قوله ﷺ «إذا اختلف المتبايعان تحالفا وتوادا» ولا يعارضه ما في الحديث الآخر من قوله «والسلعة قائمة» لأنه مذكور على سبيل التنبيه: أي تحالفا وإن كانت السلعة قائمة، فإن عند ذلك تميز الصادق من الكاذب، فتحكيم قيمة السلعة في الحال متأت، ولا كذلك بعد الهلاك، فإذا جرى التحالف مع إمكان التمييز فمع عدمه أولى. وأما العقلي فما ذكره في الكتاب أن كل واحد منهما يدعي عقدا غير الذي يدعيه صاحبه والآخر ينكره فيتخالفان كما في حال قيام السلعة.

فإن قيل: هذا قياس فاسد لأنه حال قيامها يفيد التراد ولا فائدة له بعد الهلاك. أجاب بقوله (فإنه) يعني التحالف (يفيد دفع زيادة الثمن) يعني أن التحالف يدفع عن المشتري زيادة الثمن التي يدعيها البائع عليه بالتكول وإذا حلف البائع اندفعت الزيادة المدعاة فكان مفيدا، كما إذا اختلفا في جنس الثمن بعد هلاك السلعة فادعى أحدهما العقد بالدراهم والآخر بالدنانير تحالفا ولزم المشتري رد القيمة. ولأبي حنيفة وأبي يوسف أن الدليل الثقل والعقلي يفصل بينهما، فالحاق أحدهما بالآخر جمع بين أمرين: حكم الشرع بالتفريق بينهما وذلك فساد الوضع.

أما الأول فلأن قوله ﷺ «البينة على المدعي واليمين على من أنكر» يوجب اليمين على المشتري خاصة لأن المنكر في هذه الصورة، بخلاف ما قبل القبض كما تقدم، وكذلك قوله ﷺ «والسلعة قائمة» ولا معنى لما قيل إنه مذكور على سبيل التنبيه لأنه ليس بمعنى مقصود بل هو كالتأكيد، والتأسيس أولى على أنه إما معطوف على الشرط أو حال فيكون مذكورا على سبيل الشرط. وأما الثاني فلأن التحالف بعد القبض على خلاف القياس لما سلم للمشتري ما يدعيه، وقد ورد الشرع به حال قيام السلعة لما ذكرنا فلا يتعدى إلى غيره.

فإن قيل: فليكن ملحقا بالدالة. أجاب بقوله والتحالف فيه: أي في حال القيام يُفضي إلى الفسخ فيندفع به الضرر عن كل واحد منهما برء رأس ماله بعينه إليه، ولا

كَذَلِكَ بَعْدَ هَلَاكِهَا؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَا يَنْفَسِخُ بِالْإِقَالَةِ وَالرَّدِّ بِالْعَيْبِ فَكَذَا بِالتَّحَالِفِ فَلَيْسَ فِي مَعْنَاهُ قِبْطَلِ الْإِلْحَاقِ بِالذَّلَالَةِ أَيْضًا قَوْلُهُ وَلَا أَنَّهُ لَا يُبَالِي) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِمَا إِنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَدَّعِي غَيْرَ الْعَقْدِ الَّذِي يَدَّعِيهِ صَاحِبُهُ وَهُوَ قَوْلٌ بِمُوجِبِ الْعِلَّةِ: أَيُّ سَلَمْنَا ذَلِكَ، لَكِنْ لَا يَضُرُّنَا فِيمَا نَحْنُ فِيهِ لِأَنَّ اخْتِلَافَ السَّبَبِ إِنَّمَا يُعْتَبَرُ إِذَا أَفْضَى إِلَى التَّنَاكُرِ، وَهَاهُنَا لَيْسَ كَذَلِكَ لِأَنَّ مَقْصُودَ الْمُشْتَرِي وَهُوَ تَمْلُكُ الْمَبِيعِ قَدْ حَصَلَ بِقَبْضِهِ وَتَمَّ بِهَلَاكِهِ، وَلَيْسَ يَدَّعِي عَلَى الْبَائِعِ شَيْئًا يُنْكِرُهُ لِيَجِبَ عَلَيْهِ الْيَمِينَ، وَتَوْقُضَ بِحَالِ قِيَامِ السَّلْعَةِ وَبِمَا إِذَا اخْتَلَفَا بَيْنَهُمَا وَهَبَةً، فَإِنْ فِي كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الْمَقْصُودُ حَاصِلٌ وَالتَّحَالِفُ مَوْجُودٌ لِاخْتِلَافِ السَّبَبِ.

وَأُجِيبَ عَنْ الْأَوَّلِ بِثَبُوتِهِ بِالنَّصِّ عَلَى خِلَافِ الْقِيَاسِ، وَعَنْ الثَّانِي بِأَنَّهُ عَلَى الْإِخْتِلَافِ وَالْمَذْكُورِ فِي بَعْضِ الْكُتُبِ قَوْلُ مُحَمَّدٍ. وَقَوْلُهُ (وَأَيْنَا يُرَاعَى) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِمَا وَأَنَّهُ يُفِيدُ دَفْعَ زِيَادَةِ الثَّمَنِ، وَمَعْنَاهُ أَنَّ الْمُرَاعَى مِنَ الْفَائِدَةِ مَا يَكُونُ مِنْ مُوجِبَاتِ الْعَقْدِ وَمَا ذَكَرْتُمْ لَيْسَ مِنْهَا فَإِنَّهُ مِنْ مُوجِبَاتِ التُّكُولِ، وَالتُّكُولُ مِنْ مُوجِبَاتِ التَّحَالِفِ، وَالتَّحَالِفُ لَيْسَ مِنْ مُوجِبَاتِ الْعَقْدِ فَلَا يُتْرَكُ بِهِ مَا هُوَ مِنْ مُوجِبَاتِهِ.

وَهُوَ مَا ذَكَرْنَا مِنْ مِلْكِ الْمَبِيعِ وَقَبْضِهِ، وَفِيهِ نَظَرٌ لِأَنَّا قَدْ اعْتَبَرْنَا حَالَ قِيَامِ السَّلْعَةِ التَّرَادُّ فَائِدَةَ التَّحَالِفِ، وَلَيْسَ التَّحَالِفُ مِنْ مُوجِبَاتِ الْعَقْدِ، وَالْجَوَابُ أَنَّهُ ثَبَتَ بِالنَّصِّ عَلَى خِلَافِ الْقِيَاسِ (وَهَذَا) أَيُّ هَذَا الْإِخْتِلَافُ (إِذَا كَانَ الثَّمَنُ ذَيْتًا) ثَابِتًا فِي الذِّمَّةِ كَالدَّرَاهِمِ وَالذَّنَانِيرِ وَالْمِكْيَلَاتِ وَالْمُوزُونَاتِ الْمَوْصُوفَةِ الثَّابِتَةِ فِي الذِّمَّةِ (فَأَمَّا إِذَا كَانَ عَيْتًا) بَأَنَّ كَانَ الْعَقْدُ مُقَابِضَةً وَهَلَكَ أَحَدُ الْعَوْضَيْنِ، فَإِنَّهُمَا (يَتَحَالَفَانِ لِأَنَّ الْمَبِيعَ فِي أَحَدِ الْجَانِبَيْنِ قَائِمٌ فَتَتَوَقَّرُ فَائِدَةُ الْفَسْخِ) وَهُوَ التَّرَادُّ (ثُمَّ يُرَدُّ مِثْلُ الْهَالِكِ إِنْ كَانَ مِثْلًا أَوْ قِيمَتُهُ إِنْ لَمْ يَكُنْ).

قَالَ (وَإِنْ هَلَكَ أَحَدُ الْعَبْدَيْنِ ثُمَّ اخْتَلَفَا فِي الثَّمَنِ لَمْ يَتَحَالَفَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ إِلَّا أَنْ يَرْضَى الْبَائِعُ أَنْ يَتْرَكَ حِصَّةَ الْهَالِكِ مِنَ الثَّمَنِ. وَفِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ: الْقَوْلُ قَوْلُ الْمُشْتَرِي مَعَ يَمِينِهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ إِلَّا أَنْ يَشَاءَ الْبَائِعُ أَنْ يَأْخُذَ الْعَبْدَ الْحَيَّ وَلَا شَيْءَ لَهُ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: يَتَحَالَفَانِ فِي الْحَيِّ وَيُفْسَخُ الْعَقْدُ فِي الْحَيِّ، وَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُشْتَرِي فِي قِيمَةِ الْهَالِكِ.

وَقَالَ مُحَمَّدٌ: يَتَحَالَفَانِ عَلَيْهِمَا وَيَرُدُّ الْحَيَّ وَقِيَمَةَ الْهَالِكِ) لَأَنَّ هَلَكَ كُلَّ السَّلْعَةِ لَا يَمْنَعُ التَّحَالَفَ عِنْدَهُ فَهَلَاكَ الْبَعْضِ أَوْلَى. وَلَا بِيُيُوسَفُ أَنْ امْتِنَاعَ التَّحَالَفِ لِلْهَلَاكِ فَيَتَقَدَّرُ بِقَدَرِهِ. وَلَا بِيُحَنِيفَةَ أَنَّ التَّحَالَفَ عَلَى خِلَافِ الْقِيَاسِ فِي حَالِ قِيَامِ السَّلْعَةِ وَهِيَ اسْمٌ لِجَمِيعِ أَجْزَائِهَا فَلَا تَبْقَى السَّلْعَةُ بِفَوَاتِ بَعْضِهَا، وَلَأَنَّهُ لَا يُمْكِنُ التَّحَالَفُ فِي الْقَائِمِ إِلَّا عَلَى اعْتِبَارِ حِصَّتِهِ مِنَ الثَّمَنِ فَلَا بُدَّ مِنَ الْقِسْمَةِ وَهِيَ تُعْرَفُ بِالْحَذَرِ وَالظَّنِّ فَيُؤَدِّي إِلَى التَّحَالَفِ مَعَ الْجَهْلِ وَذَلِكَ لَا يَجُوزُ إِلَّا أَنْ يَرْضَى الْبَائِعُ أَنْ يَتْرِكَ حِصَّةَ الْهَالِكِ أَصْلًا لَأَنَّهُ حِينَئِذٍ يَكُونُ الثَّمَنُ كُلُّهُ بِمُقَابَلَةِ الْقَائِمِ وَيَخْرُجُ الْهَالِكُ عَنِ الْعَقْدِ فَيَتَحَالَفَانِ.

هَذَا تَخْرِيجُ بَعْضِ الْمَشَايِخِ وَيُصَرِّفُ الْإِسْتِثْنَاءَ عِنْدَهُمْ إِلَى التَّحَالَفِ كَمَا ذَكَرْنَا وَقَالُوا: إِنَّ الْمُرَادَ مِنْ قَوْلِهِ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ يَأْخُذُ الْحَيَّ وَلَا شَيْءَ لَهُ، مَعْنَاهُ: لَا يَأْخُذُ مِنَ ثَمَنِ الْهَالِكِ شَيْئًا أَصْلًا.

وَقَالَ بَعْضُ الْمَشَايِخِ: يَأْخُذُ مِنَ ثَمَنِ الْهَالِكِ بِقَدَرِ مَا أَقْرَبَهُ الْمُشْتَرِي، وَإِنَّمَا لَا يَأْخُذُ الزِّيَادَةَ. وَعَلَى قَوْلِ هَؤُلَاءِ يَنْصَرِفُ الْإِسْتِثْنَاءُ إِلَى يَمِينِ الْمُشْتَرِي لَا إِلَى التَّحَالَفِ، لَأَنَّهُ لَمَّا أَخَذَ الْبَائِعُ بِقَوْلِ الْمُشْتَرِي فَقَدْ صَدَّقَهُ فَلَا يَحْلِفُ الْمُشْتَرِي، ثُمَّ تَفْسِيرُ التَّحَالَفِ عَلَى قَوْلِ مُحَمَّدٍ مَا بَيَّنَّاهُ فِي الْقَائِمِ. وَإِذَا حَلَفَا وَلَمْ يَتَّفَقَا عَلَى شَيْءٍ فَادْعَى أَحَدُهُمَا الْفَسْخَ أَوْ كِلَاهُمَا يُمْسَخُ الْعَقْدُ بَيْنَهُمَا وَيَأْمُرُ الْقَاضِي الْمُشْتَرِي بِرَدِّ الْبَاقِي وَقِيَمَةِ الْهَالِكِ.

وَاخْتَلَفُوا فِي تَفْسِيرِهِ عَلَى قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى، وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ يَحْلِفُ الْمُشْتَرِي بِاللَّهِ مَا اشْتَرَيْتُهُمَا بِمَا يَدَّعِيهِ الْبَائِعُ، فَإِنْ نَكَلَ لَزِمَهُ دَعْوَى الْبَائِعِ، وَإِنْ حَلَفَ يَحْلِفُ الْبَائِعُ بِاللَّهِ مَا بَعَثْتُهُمَا بِالثَّمَنِ الَّذِي يَدَّعِيهِ الْمُشْتَرِي، فَإِنْ نَكَلَ لَزِمَهُ دَعْوَى الْمُشْتَرِي، وَإِنْ حَلَفَ يَفْسَخَانِ الْعَقْدَ فِي الْقَائِمِ وَتَسْقُطُ حِصَّتُهُ مِنَ الثَّمَنِ وَيَلْزَمُ الْمُشْتَرِي حِصَّةَ الْهَالِكِ وَيُعْتَبَرُ قِيَمَتُهُمَا فِي الْإِنْقِسَامِ يَوْمَ الْقَبْضِ (وَأِنْ اخْتَلَفَا فِي قِيَمَةِ الْهَالِكِ يَوْمَ الْقَبْضِ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْبَائِعِ، وَآيُهُمَا أَقَامَ الْبَيِّنَةُ تُقْبَلُ بَيِّنَتُهُ. وَإِنْ أَقَامَاهَا فَبَيِّنَةُ الْبَائِعِ أَوْلَى) وَهُوَ قِيَاسُ مَا ذُكِرَ فِي بَيُوعِ الْأَصْلِ (اشْتَرَى عَبْدَيْنِ وَقَبَضَهُمَا ثُمَّ رَدَّ أَحَدَهُمَا بِالْعَيْبِ وَهَلَكَ الْآخَرُ عِنْدَهُ يَحِبُّ عَلَيْهِ ثَمَنُ مَا هَلَكَ عِنْدَهُ وَيَسْقُطُ عَنْهُ ثَمَنُ مَا رَدَّهُ وَيَنْقَسِمُ الثَّمَنُ عَلَى قِيَمَتَيْهِمَا).

(فَإِنْ اخْتَلَفَا فِي قِيَمَةِ الْهَالِكِ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْبَائِعِ) لَأَنَّ الثَّمَنَ قَدْ وَجَبَ بِاتِّفَاقِهِمَا

ثُمَّ الْمُشْتَرِي يَدْعِي زِيَادَةَ السُّقُوطِ بِتَقْصَانِ قِيَمَةِ الْهَالِكِ وَالْبَائِعُ يُنْكِرُهُ وَالْقَوْلُ لِلْمُنْكَرِ (وَأِنْ أَقَامَا الْبَيِّنَةَ فَبَيِّنَةُ الْبَائِعِ أُولَى) لِأَنَّهَا أَكْثَرُ إِثْبَاتًا ظَاهِرًا لِإِثْبَاتِهَا الزِّيَادَةَ فِي قِيَمَةِ الْهَالِكِ وَهَذَا لِفَقِهِ. وَهُوَ أَنَّ فِي الْإِيمَانِ تُعْتَبَرُ الْحَقِيقَةُ لِأَنَّهَا تَتَوَجَّهُ عَلَى أَحَدِ الْعَاقِلِينَ وَهُمَا يَعْرِفَانِ حَقِيقَةَ الْحَالِ فَبُنِيَ الْأَمْرُ عَلَيْهَا وَالْبَائِعُ مُنْكَرٌ حَقِيقَةً فَلَذَا كَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ، وَفِي الْبَيِّنَاتِ يُعْتَبَرُ الظَّاهِرُ لِأَنَّ الشَّاهِدِينَ لَا يَعْلَمَانِ حَقِيقَةَ الْحَالِ فَاعْتَبِرَ الظَّاهِرُ فِي حَقِّهِمَا وَالْبَائِعُ مُدْعٍ ظَاهِرًا فَلِهَذَا تُقْبَلُ بَيِّنَتُهُ أَيْضًا وَتَتَرَجَّحُ بِالزِّيَادَةِ الظَّاهِرَةِ عَلَى مَا مَرَّ، وَهَذَا يُبَيِّنُ لَكَ مَعْنَى مَا ذَكَرْنَاهُ مِنْ قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ.

الشرح:

قَالَ: (وَأِنْ هَلَكَ أَحَدُ الْعَبْدَيْنِ ثُمَّ اخْتَلَفَا فِي الْحَقِّ) وَإِذَا بَاعَ الرَّجُلُ عَبْدَيْنِ صَفَقَةً وَاحِدَةً وَقَبَضَهُمَا الْمُشْتَرِي فَهَلَكَ أَحَدُهُمَا ثُمَّ اخْتَلَفَا فِي الثَّمَنِ فَقَالَ الْبَائِعُ بَعْتُهُمَا مِنْكَ بِالْفَلِيِّ دَرْهَمٍ وَقَالَ الْمُشْتَرِي اشْتَرَيْتَهُمَا مِنْكَ بِأَلْفِ دَرْهَمٍ لَمْ يَتَّخِذْ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ إِلَّا أَنْ يَرْضَى الْبَائِعُ أَنْ يَتْرَكَ حِصَّةَ الْهَالِكِ (وَفِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ: الْقَوْلُ قَوْلُ الْمُشْتَرِي مَعَ يَمِينِهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ إِلَّا أَنْ يَشَاءَ الْبَائِعُ أَنْ يَأْخُذَ الْحَيَّ وَلَا شَيْءَ لَهُ) وَاخْتِلَافُ هَاتَيْنِ الرَّوَايَتَيْنِ فِي اللَّفْظِ لَا يَخْفَى.

وَاخْتَلَفَ الْمَشَايِخُ فِي تَوْجِيهِ قَوْلِهِ أَنْ يَتْرَكَ حِصَّةَ الْهَالِكِ، وَقَوْلُهُ أَنْ يَأْخُذَ الْحَيَّ وَلَا شَيْءَ لَهُ، وَفِي مَصْرُفِ الْاسْتِنَاءِ فِي الرَّوَايَتَيْنِ جَمِيعًا قَالُوا: مَعْنَى الْأَوَّلِ أَنْ يَخْرُجَ الْهَالِكُ مِنَ الْعَقْدِ وَكَأَنَّهُ لَمْ يَكُنْ وَصَارَ الثَّمَنُ كُلُّهُ بِمُقَابِلِ الْقَائِمِ، وَالْاسْتِنَاءُ يَنْصَرِفُ إِلَى التَّخَالُفِ لِأَنَّهُ الْمَذْكُورُ فِي الْكَلَامِ فَكَانَ تَقْدِيرُ كَلَامِهِ لَمْ يَتَّخِذْ إِلَّا إِذَا تَرَكَ الْبَائِعُ حِصَّةَ الْهَالِكِ فَيَتَّخِذُ الْفَنَ، وَالْمُرَادُ مِنْ قَوْلِهِ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ يَأْخُذُ الْحَيَّ وَلَا شَيْءَ لَهُ مَعْنَاهُ: لَا يَأْخُذُ مِنْ ثَمَنِ الْهَالِكِ شَيْئًا أَصْلًا وَعَلَى هَذَا عَامَّتُهُمْ. وَقَالَ بَعْضُهُمْ: مَعْنَاهُ لَمْ يَتَّخِذْ، وَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُشْتَرِي مَعَ يَمِينِهِ إِلَّا أَنْ يَرْضَى الْبَائِعُ أَنْ يَأْخُذَ الْحَيَّ وَلَا يَأْخُذَ مِنْ ثَمَنِ الْهَالِكِ شَيْئًا آخَرَ زَائِدًا عَلَى مَا أَقَرَّ بِهِ الْمُشْتَرِي، وَعَلَى هَذَا يَنْصَرِفُ الْاسْتِنَاءُ إِلَى يَمِينِ الْمُشْتَرِي لَا إِلَى التَّخَالُفِ، لِأَنَّهُ لَمَّا أَخَذَ الْبَائِعُ بِقَوْلِ الْمُشْتَرِي وَصَدَّقَهُ لَا يَخْلَفُ الْمُشْتَرِي، وَكَلَامُ الْمُصَنِّفِ يُشِيرُ إِلَى أَنَّ أَخْذَ الْحَيَّ لَمْ يَكُنْ بِطَرِيقِ الصُّلْحِ كَمَا نَقَلَهُ صَاحِبُ النَّهَائَةِ عَنِ الْفَوَائِدِ الظَّهْرِيَّةِ، بَلْ بِطَرِيقِ تَصْدِيقِ الْمُشْتَرِي فِي قَوْلِهِ وَتَرْكِ مَا يَدْعِيهِ عَلَيْهِ وَهُوَ

أولى لما قال شيخ الإسلام إنه لو كان بطريق الصلح لكان معلقاً بمشيتها.

قيل: والصحيح هو الثاني لأن البائع لا يترك من ثمن المبت شيئا مما أقر به المشتري، إنما يترك دعوى الزيادة (وقال أبو يوسف: يتحالفان في الحي ويفسخ العقد في الحي، والقول قول المشتري في قيمة الهالك) وقوله في تحرير المذهب يتحالفان في الحي ليس بصحيح على ما سيأتي (وقال محمد يتحالفان عليهما) ويفسخ العقد فيهما (ويرد الحي وقيمة الهالك لأن هلاك كل السلعة لا يمنع التحالف عنده فهلاك البعض أولى) والجواب أن هلاك البعض مخوج إلى معرفة القيمة بالحرز وذلك مجهل في المقسم عليه فلا يجوز (ولأبي يوسف أن امتناع التحالف للهلاك فيتقدر بقدره) والجواب هو الجواب (ولأبي حنيفة أن التحالف على خلاف القياس في حال قيام السلعة وهي اسم لجميع أجزائها) والجميع لا يبقى بفوات البعض فلا يتعدى إليه ولا يلحق به بالدلالة لأنه ليس في معناه من كل وجه، لأن التحالف في القائم لا يمكن إلا على اعتبار حصته من الثمن، ولا بد من القسمة وهي تُعرف بالحرز والظن فتؤدي إلى التحالف مع الجهل وذلك لا يجوز، ونفطن مما ذكرنا أن أحد الدليلين المذكورين في المتن لإثبات المدعى بنفي القياس وفيه إشارة إلى الجواب عن مسألة الإجارة، فإن القصار مثلا إذا أقام بعض العمل في الثوب ثم اختلفا في مقدار الأجرة ففي حصته العمل القول لرب الثوب مع يمينه، وفي حصته ما بقي يتحالفان بالإجماع، فكان استيفاء بعض المنفعة كهلاك أحد العبدنين. وفي التحالف عند أبي حنيفة أيضا دون هلاك أحد العبدنين، ويبان ذلك أن السلعة في البيع واحدة، فإذا تعدر الفسخ بالهلاك في البعض تعدر في الباقي.

وأما الإجارة فهي عقود متفرقة تتجدد في كل جزء من العمل بمنزلة معقود عليه على حدة فيتعدر الفسخ في بعض لا يتعدر في الباقي.

والثاني ينفي الإلحاق بالدلالة. وفيه إشارة إلى الجواب عن قول أبي يوسف ومحمد كما ذكرناه (ثم تفسير التحالف على قول محمد ما يتيه في القائم) وهو قوله وصفة اليمين أن يخلف البائع بالله ما باعه بألف إلخ، وإنما لم تختلف صفة التحالف عنده في الصورتين لأن قيام السلعة عنده ليس بشرط التحالف (فإذا لم يتفقا وحلفا ثم

ادَّعى أَحَدَهُمَا أَوْ كِلَاهُمَا الْفَسْخُ يُفْسَخُ الْعَقْدُ بَيْنَهُمَا وَيَأْمُرُ الْقَاضِي الْمُشْتَرِيَ بِرَدِّ الْبَاقِي وَقِيَمَةِ الْهَالِكِ وَالْقَوْلُ فِي الْقِيَمَةِ قَوْلُ الْمُشْتَرِيَ لِأَنَّ الْبَائِعَ يَدَّعِي عَلَيْهِ زِيَادَةَ قِيَمَةٍ وَهُوَ يُنْكِرُ كَمَا لَوْ اخْتَلَفَا فِي قِيَمَةِ الْمَعْصُوبِ (وَاخْتَلَفُوا فِي تَفْسِيرِهِ عَلَى قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ) فَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ يَتَحَالَفَانِ عَلَى الْقَائِمِ لَا غَيْرَ لِأَنَّ الْعَقْدَ يُفْسَخُ فِي الْقَائِمِ لَا فِي الْهَالِكِ، وَهَذَا لَيْسَ بِصَحِيحٍ لِأَنَّ الْمُشْتَرِيَ لَوْ حَلَفَ بِاللَّهِ مَا اشْتَرَيْتِ الْقَائِمَ بِحِصَّتِهِ مِنَ الثَّمَنِ الَّذِي يَدَّعِيهِ الْبَائِعُ كَانَ صَادِقًا، وَكَذَا لَوْ حَلَفَ الْبَائِعُ بِاللَّهِ مَا بَعْتَ الْقَائِمَ بِحِصَّتِهِ مِنَ الثَّمَنِ الَّذِي يَدَّعِيهِ الْمُشْتَرِيَ صَدَقَ فَلَا يُفِيدُ التَّحَالَفَ (وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ يَحْلِفُ الْمُشْتَرِيَ بِاللَّهِ مَا اشْتَرَيْتَهُمَا بِمَا يَدَّعِيهِ الْبَائِعُ، فَإِنْ نَكَلَ لَزِمَهُ دَعْوَى الْبَائِعِ، وَإِنْ حَلَفَ يَحْلِفُ الْبَائِعُ بِاللَّهِ مَا بَعْتَهُمَا بِالثَّمَنِ الَّذِي يَدَّعِيهِ الْمُشْتَرِيَ، فَإِنْ نَكَلَ لَزِمَهُ دَعْوَى الْمُشْتَرِيَ، وَإِنْ حَلَفَ يَفْسَخَانِ الْعَقْدَ فِي الْقَائِمِ وَتَسْقُطُ حِصَّتُهُ مِنَ الثَّمَنِ وَيَلْزَمُ الْمُشْتَرِيَ حِصَّةُ الْهَالِكِ) مِنَ الثَّمَنِ الَّذِي يُقَرُّ بِهِ الْمُشْتَرِيَ، وَلَا يَلْزَمُهُ قِيَمَةُ الْهَالِكِ لِأَنَّ الْقِيَمَةَ تَجِبُ إِذَا انْفَسَخَ الْعَقْدُ وَالْعَقْدُ فِي الْهَالِكِ لَمْ يَنْفَسَخْ عِنْدَهُ (وَيُعْتَبَرُ قِيَمَتُهُمَا فِي الْاِنْقِسَامِ يَوْمَ الْقَبْضِ) يَعْنِي يُقَسَّمُ الثَّمَنُ الَّذِي أَقَرَّ بِهِ الْمُشْتَرِيَ عَلَى الْعَبْدِ الْقَائِمِ وَالْهَالِكِ عَلَى قَدْرِ قِيَمَتِهِمَا يَوْمَ الْقَبْضِ فَإِنْ اتَّفَقَا أَنْ قِيَمَتَهُمَا يَوْمَ الْقَبْضِ كَانَتْ وَاحِدَةً يَجِبُ عَلَى الْمُشْتَرِيَ نِصْفُ الثَّمَنِ الَّذِي أَقَرَّ بِهِ الْمُشْتَرِيَ وَيَسْقُطُ عَنْهُ نِصْفُ الثَّمَنِ، وَإِنْ تَصَادَقَا أَنْ قِيَمَتَهُمَا يَوْمَ الْقَبْضِ كَانَتْ عَلَى التَّفَاوُتِ، فَإِنْ تَصَادَقَا عَلَى أَنَّ قِيَمَةَ الْهَالِكِ كَانَتْ عَلَى النِّصْفِ مِنْ قِيَمَةِ الْقَائِمِ يَجِبُ عَلَى الْمُشْتَرِيَ ثُلُثُ مَا أَقَرَّ بِهِ مِنَ الثَّمَنِ (وَإِنْ اخْتَلَفَا) فِي ذَلِكَ فَقَالَ الْمُشْتَرِيَ كَانَتْ قِيَمَةُ الْقَائِمِ يَوْمَ الْقَبْضِ أَلْفًا وَقِيَمَةُ الْهَالِكِ خَمْسَمِائَةٍ وَقَالَ الْبَائِعُ عَلَى الْعَكْسِ (فَالْقَوْلُ لِلْبَائِعِ) لِأَنَّ الثَّمَنَ قَدْ وَجَبَ بِاتِّفَاقِهِمَا ثُمَّ الْمُشْتَرِيَ يَدَّعِي زِيَادَةَ السَّقُوطِ. يُنْقِصَانِ قِيَمَةَ الْهَالِكِ وَالْبَائِعُ يُنْكِرُهُ، وَطُولِبَ بَوَاحُ تَعْيِينَ قِيَمَتِهِ يَوْمَ الْقَبْضِ دُونَ الْقِيَمَةِ يَوْمَ الْعَقْدِ وَالْمَبِيعُ يُعْتَبَرُ قِيَمَتُهُ يَوْمَ الْعَقْدِ فِي حَقِّ الْاِنْقِسَامِ الثَّمَنِ، دَلَّ عَلَى ذَلِكَ مَسَائِلُ الزِّيَادَاتِ.

وَقَالَ مُحَمَّدٌ: قِيَمَةُ الْأُمِّ يَوْمَ الْعَقْدِ، وَقِيَمَةُ الزِّيَادَةِ يَوْمَ الزِّيَادَةِ، وَقِيَمَةُ الْوَلَدِ يَوْمَ الْقَبْضِ، لِأَنَّ الْأُمَّ صَارَتْ مَقْصُودَةً بِالْعَقْدِ وَالزِّيَادَةُ بِالزِّيَادَةِ وَالْوَلَدُ بِالْقَبْضِ، وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنَ الْعَبْدَيْنِ هُنَا صَارَ مَقْصُودًا بِالْعَقْدِ فَوَجَبَ اعْتِبَارُ قِيَمَتِهِمَا يَوْمَ الْعَقْدِ لَا يَوْمَ الْقَبْضِ. وَقَالَ ظَهِيرُ الدِّينِ: هَذَا إِشْكَالٌ هَائِلٌ أَوْرَدْتَهُ عَلَى كُلِّ قَرَمٍ نَحْرِيرٍ فَلَمْ يَهْتَدِ أَحَدٌ

إلى جوابه، ثم قال: والذي تخايل لي بعد طول التجشّم أنّ فيما ذكر من المسائل لم يتحقّق ما يوجب الفسخ فيما صار مقصوداً بالعقد، وفيما نحن بصدده تحقّق ما يوجب الفسخ فيما صار مقصوداً بالعقد وهو التحالف، أمّا في الحيّ منهما فظاهر، وكذلك في الميتّ منهما، لأنّه إن تعدّر الفسخ من الهالك لمكان الهلاك لم يتعدّر اعتبار ما هو من لوازم الفسخ في الهالك وهو اعتبار قيمته يوم القبض، لأنّ الهالك مضمون بالقيمة يوم القبض على تقدير الفسخ فيه كما هو مذهب محمد حتى قال: يضمن المشتري قيمة الهالك على تقدير التحالف عنده، فيجب إعمال التحالف في اعتبار قيمة الهالك يوم القبض فهذا نُعتبر قيمتهما يوم القبض. هذا ما قاله صاحب النهاية وغيره من الشارحين.

وأقول: الأصل فيما هلك وكان مقصوداً بالعقد أن تُعتبر قيمته يوم العقد، إلا إذا وجد ما يوجب فسخ العقد فإنه تُعتبر حينئذ قيمته يوم القبض، لأنّه لما انفسخ العقد وهو مقبوض على جهة الضمان تغيّر اعتبار قيمته يوم قبضه، وفيما نحن فيه لما كانت الصفقة واحدة وانفسخ العقد في القائم دون الهالك صار العقد مفسوخاً في الهالك نظراً إلى اتحاد الصفقة غير مفسوخ نظراً إلى وجود المانع وهو الهلاك فعملنا فيه بالوجهين، وقلنا بلزوم الحصة من الثمن نظراً إلى عدم الانساخ وبتقسامه على قيمته يوم القبض نظراً إلى الانساخ (وأيّهما أقام البيّنة تُقبل بيّنته) لأنّه نورّ دعواه بالحجة (وإن أقامها فبيّنة البائع أولى) لأنّها أكثر إثباتاً لإثباتها الزيادة في قيمة الهالك، ولا معتبر لدعوى المشتري زيادة في قيمة القائم لأنّها ضمنيّة، والاختلاف المقصود هو ما كان في قيمة الهالك.

ثمّ ذكر المصنّف ما هو على قياسه من يوع الأصل وهو ظاهر ممّا ذكرنا وذكر الفقه في أنّ القول هاهنا قول البائع، والبيّنة أيضاً بيّنته مع أنّ المعهود خلاف ذلك، إذ البائع إمّا أن يكون مدّعياً أو مدعى عليه، فإن كان الأول فعليه البيّنة، وإن كان الثاني فعليه اليمين إذا أنكر، فالجمع بينهما جمع بين المتنافيين، وذلك أن كلا من اليمين والبيّنة يبنّي على أمر جاز أن يجمع مع الآخر باعتبارين فجاز اجتماعهما كذلك، فمبنى الأيمان على حقيقة الحال لئلا يلزم الإقدام على القسم بجهالة، ومبنى البيّنات

عَلَى الظَّاهِرِ لِأَنَّ الشَّاهِدَ يُخْبِرُ عَنْ فِعْلٍ غَيْرِهِ لَا عَنْ فِعْلٍ نَفْسِهِ، فَجَازَ أَنْ يَكُونَ الْحَالُ فِي الْوَاقِعِ عَلَى خِلَافِ مَا ظَهَرَ عِنْدَهُ بِهِزْلٍ أَوْ تَلَجُّةٍ أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ. وَإِذَا ظَهَرَ هَذَا جَازَ أَنْ يَكُونَ الْقَوْلُ لِلْبَائِعِ لِأَنَّهُ مُنْكَرٌ حَقِيقَةٌ إِذْ هُوَ أَعْلَمُ بِحَالِ نَفْسِهِ، وَأَنْ تُقْبَلَ بَيِّنَتُهُ لِأَنَّهُ مُدَّعٍ فِي الظَّاهِرِ.

وَإِذَا أَقَامَا الْبَيِّنَةَ تَرَجَّحُ بِالزِّيَادَةِ الظَّاهِرَةِ عَلَى مَا مَرَّ، وَفِي كَلَامِهِ نَظَرٌ، لِأَنَّهُ عُلِّلَ اعْتِبَارَ الْحَقِيقَةِ فِي الْإِيمَانِ بِقَوْلِهِ لِأَنَّهَا تَتَوَجَّهُ عَلَى أَحَدِ الْعَاقِدَيْنِ وَهُمَا يَعْرِفَانِ حَقِيقَةَ الْحَالِ فَهُوَ مُفَرَّغٌ عَلَى الْمُدَّعِي، فَإِنَّ تَوَجُّهَ الْيَمِينِ عَلَى أَحَدِ الْعَاقِدَيْنِ دُونَ الْوَكِيلِ وَالنَّائِبِ إِثْمًا هُوَ لِأَنَّ الْمُعْتَبَرَ فِي الْإِيمَانِ هُوَ الْحَقِيقَةُ.

وَيُمْكِنُ أَنْ يُجَابَ عَنْهُ بِأَنَّهُ دَلِيلٌ لَا تَعْلِيلَ، وَالْفَرْقُ بَيْنَ عِنْدَ الْمُحَصِّلِينَ (قَوْلُهُ وَهَذَا) أَيُّ مَا ذَكَرَ فِي الْأَصْلِ (بَيِّنٌ مَعْنَى مَا ذَكَرْنَاهُ) مِنْ قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ فِي التَّحَالُفِ وَتَفَرُّعَاتِهِ الَّتِي ذُكِرَتْ فِي مَسْأَلَةِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ.

قَالَ (وَمَنْ اشْتَرَى جَارِيَةً وَقَبَضَهَا ثُمَّ تَقَايَلَا ثُمَّ اخْتَلَفَا فِي الثَّمَنِ فَإِنَّهُمَا يَتَحَالَفَانِ وَيَعُودُ الْبَيْعُ الْأَوَّلُ) وَنَحْنُ مَا أَتَيْنَا التَّحَالُفَ فِيهِ بِالنَّصِّ لِأَنَّهُ وَرَدَ فِي الْبَيْعِ الْمَطْلُوقِ وَالْإِقَالَةِ فَسَخٌ فِي حَقِّ الْمُتَعَاقِدَيْنِ. وَإِنَّمَا أَتَيْنَاهُ بِالْقِيَاسِ لِأَنَّ الْمَسْأَلَةَ مَفْرُوضَةً قَبْلَ الْقَبْضِ وَالْقِيَاسُ يُوَافِقُهُ عَلَى مَا مَرَّ وَلِهَذَا نَقِيسُ الْإِجَارَةَ عَلَى الْبَيْعِ قَبْلَ الْقَبْضِ وَالْوَارِثَ عَلَى الْعَاقِدِ وَالْقِيَمَةَ عَلَى الْعَيْنِ فِيمَا إِذَا اسْتَهْلَكَهُ فِي يَدِ الْبَائِعِ غَيْرِ الْمُشْتَرِي.

الشرح:

. قَالَ (وَمَنْ اشْتَرَى جَارِيَةً إلخ) وَمَنْ اشْتَرَى جَارِيَةً وَقَدَّ ثَمَنَهَا وَقَبَضَهَا ثُمَّ تَقَايَلَا وَلَمْ يَقْبِضِ الْبَائِعُ الْمَبِيعَ بَعْدَ الْإِقَالَةِ حَتَّى اخْتَلَفَا فِي الثَّمَنِ فَإِنَّهُمَا يَتَحَالَفَانِ وَيَعُودُ الْبَيْعُ الْأَوَّلُ حَتَّى يَكُونَ حَقُّ الْبَائِعِ فِي الثَّمَنِ وَحَقُّ الْمُشْتَرِي فِي الْمَبِيعِ كَمَا كَانَ قَبْلَ الْإِقَالَةِ، وَلَا بُدَّ مِنَ الْفَسْخِ سَوَاءً فَسَخَاهَا بِأَنْفُسِهِمَا أَوْ فَسَخَهَا الْقَاضِي لِأَنَّهَا كَالْبَيْعِ لَا تَنْفَسَخُ إِلَّا بِالْفَسْخِ.

فَإِنْ قِيلَ: النَّصُّ لَمْ يَتَنَاوَلَ الْإِقَالَةَ فَمَا وَجْهُ جَرَيَانِ التَّحَالُفِ فِيهَا؟ أَجَابَ بِقَوْلِهِ (وَنَحْنُ مَا أَتَيْنَا التَّحَالُفَ بِالنَّصِّ لِأَنَّهُ وَرَدَ فِي الْبَيْعِ الْمَطْلُوقِ وَالْإِقَالَةِ فَسَخٌ فِي حَقِّ الْمُتَعَاقِدَيْنِ) فَلَا تَدْخُلُ تَحْتَهُ وَإِنَّمَا أَتَيْنَاهُ بِالْقِيَاسِ لِأَنَّ مَا نَحْنُ فِيهِ مِنْ مَسْأَلَةِ الْإِقَالَةِ

مَفْرُوضَةٌ قَبْلَ الْقَبْضِ، وَالْقِيَاسُ يُوَافِقُهُ عَلَى مَا مَرَّ وَلِهَذَا نَقِيسُ الْإِجَارَةَ إِذَا اخْتَلَفَ الْآجِرُ
وَالْمُسْتَأْجِرُ قَبْلَ اسْتِيفَاءِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ فِي الْأَجَرَةِ (عَلَى الْبَيْعِ قَبْلَ الْقَبْضِ وَالْوَارِثَ عَلَى
الْعَاقِدِ إِذَا اخْتَلَفَا فِي الثَّمَنِ قَبْلَ الْقَبْضِ) وَالْقِيَمَةُ عَلَى الْعَيْنِ فِيمَا إِذَا اسْتَهْلَكَهُ فِي يَدِ
الْبَائِعِ غَيْرِ الْمُشْتَرِي) يَعْنِي اسْتَهْلَكَ غَيْرُ الْمُشْتَرِي الْعَيْنَ الْمَبِيعَةَ فِي يَدِ الْبَائِعِ وَضَمِنَ الْقِيَمَةَ
قَامَتْ الْقِيَمَةُ مَقَامَ الْعَيْنِ الْمُسْتَهْلَكَةِ. فَإِنْ اخْتَلَفَ الْعَاقِدَانِ فِي الْقِيَمَةِ قَبْلَ الْقَبْضِ يَجْرِي
التَّحَالُفُ بَيْنَهُمَا بِالْقِيَاسِ عَلَى جَرَيَانِ التَّحَالُفِ عِنْدَ بَقَاءِ الْعَيْنِ الْمُسْتَرَى لَكُونَ النَّصُّ إِذْ
ذَاكَ مَعْقُولُ الْمَعْنَى.

قَالَ: (وَلَوْ قَبْضَ الْبَائِعِ الْمَبِيعَ بَعْدَ الْإِقَالَةِ فَلَا تَحَالُفَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ
خِلَافًا لِمُحَمَّدٍ) لِأَنَّهُ يَرَى النَّصَّ مَعْلُولًا بَعْدَ الْقَبْضِ أَيْضًا.

الشرح:

(وَلَوْ قَبْضَ الْبَائِعِ الْمَبِيعَ بَعْدَ الْإِقَالَةِ فَلَا تَحَالُفَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ،
خِلَافًا لِمُحَمَّدٍ فَإِنَّهُ يَرَى النَّصَّ مَعْلُولًا بَعْدَ الْقَبْضِ أَيْضًا) لِأَنَّهُ مَعْلُولٌ بِوُجُودِ الْإِنْكَارِ مِنْ
كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْمُتَبَايِعِينَ لَمَّا يَدْعِيهِ الْآخَرُ، وَهَذَا الْمَعْنَى لَا يَتَفَاوَتُ بَيْنَ كَوْنِ الْمَبِيعِ مَقْبُوضًا
أَوْ غَيْرَ مَقْبُوضٍ.

قَالَ: (وَمَنْ أَسْلَمَ عَشْرَةَ دَرَاهِمَ فِي كُرٍّ حِنْطَةٍ ثُمَّ تَقَايَلَا ثُمَّ اخْتَلَفَا فِي الثَّمَنِ
فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُسْلِمِ إِلَيْهِ وَلَا يَعُودُ السَّلْمُ) لِأَنَّ الْإِقَالَةَ فِي بَابِ السَّلْمِ لَا تَحْتَمِلُ النُّقْصَ
لِأَنَّهُ إِسْقَاطٌ فَلَا يَعُودُ السَّلْمُ، بِخِلَافِ الْإِقَالَةِ فِي الْبَيْعِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّ رَأْسَ مَالِ السَّلْمِ لَوْ
كَانَ عَرْضًا فَرَدَّهُ بِالْعَيْبِ وَهَلَكَ قَبْلَ التَّسْلِيمِ إِلَى رَبِّ السَّلْمِ لَا يَعُودُ السَّلْمُ وَلَوْ كَانَ ذَلِكَ
فِي بَيْعِ الْعَيْنِ يَعُودُ الْبَيْعُ دَلَّ عَلَى الْفَرْقِ بَيْنَهُمَا.

الشرح:

قَالَ: (وَمَنْ أَسْلَمَ عَشْرَةَ دَرَاهِمَ لِحُجٍّ وَمَنْ أَسْلَمَ عَشْرَةَ دَرَاهِمَ فِي كُرٍّ حِنْطَةٍ ثُمَّ
تَقَايَلَا ثُمَّ اخْتَلَفَا فِي الثَّمَنِ لَا يَتَحَالَفَانِ وَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُسْلِمِ إِلَيْهِ وَلَا يَعُودُ السَّلْمُ، لِأَنَّ
فَائِدَةَ التَّحَالُفِ الْفَسْخُ وَالْإِقَالَةُ فِي بَابِ السَّلْمِ لَا تَحْتَمِلُهُ لَكُونُهُ فِيهِ إِسْقَاطُ الْمُسْلِمِ فِيهِ
وَهُوَ دَيْنٌ وَالذَّيْنُ السَّاقِطُ لَا يَعُودُ، بِخِلَافِ الْإِقَالَةِ فِي الْبَيْعِ فَإِنَّهَا تَحْتَمِلُ الْفَسْخَ فَيَعُودُ
الْبَيْعُ لَكُونِهِ عَيْنًا إِلَى الْمُشْتَرِي بَعْدَ عَوْدِهِ إِلَى الْبَائِعِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّ رَأْسَ مَالِ السَّلْمِ لَوْ كَانَ

عَرْضًا فَرَدَّهُ بِالْعَيْبِ يَغْنِي قَضَى الْقَاضِي بِذَلِكَ وَهَلَكَ قَبْلَ التَّسْلِيمِ إِلَى رَبِّ السَّلَمِ لَا تُرْفَعُ الْإِقَالَةُ وَلَا يَعُودُ السَّلَمُ، وَلَوْ كَانَ ذَلِكَ فِي بَيْعِ الْعَيْنِ عَادَ الْبَيْعُ، وَإِنَّمَا كَانَ الْقَوْلُ لِلْمُسْلِمِ إِلَيْهِ لِأَنَّ رَبَّ السَّلَمِ يَدْعِي عَلَيْهِ زِيَادَةً مِنْ رَأْسِ الْمَالِ وَهُوَ يُنْكِرُ، وَأَمَّا هُوَ فَلَا يَدْعِي عَلَى رَبِّ السَّلَمِ شَيْئًا لِأَنَّ الْمُسْلِمَ فِيهِ قَدْ سَقَطَ بِالْإِقَالَةِ. قَبْلَ الْمُعْقُودِ عَلَيْهِ قَدْ فَاتَ فِي إِقَالَةِ السَّلَمِ وَفِيمَا إِذَا هَلَكَتِ السَّلْعَةُ ثُمَّ اخْتَلَفَا، فَمَا الْفَرْقُ لِمُحَمَّدٍ فِي إِجْرَاءِ التَّحَالُفِ فِي صُورَةِ هَلَكَ السَّلْعَةِ دُونَ إِقَالَةِ السَّلَمِ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ الْإِقَالَةَ فِي السَّلَمِ قَبْلَ قَبْضِ الْمُسْلِمِ فِيهِ فَسُخِّ مِنْ كُلِّ وَجْهِ، وَالتَّحَالُفُ بَعْدَ هَلَكَ السَّلْعَةِ يَجْرِي فِي الْبَيْعِ لَا فِي الْفَسْخِ.

قَالَ (وَإِذَا اخْتَلَفَ الزَّوْجَانِ فِي الْمَهْرِ فَادَّعَى الزَّوْجُ أَنَّهُ تَزَوَّجَهَا بِأَلْفٍ وَقَالَتْ تَزَوَّجَنِي بِأَلْفَيْنِ فَأَيُّهُمَا أَقَامَ الْبَيِّنَةَ تُقْبَلُ بَيِّنَتُهُ) لِأَنَّهُ نَوَّرَ دَعْوَاهُ بِالْحُجَّةِ. (وَإِنْ أَقَامَا الْبَيِّنَةَ فَالْبَيِّنَةُ بَيِّنَةُ الْمَرَأَةِ) لِأَنَّهَا تَثْبُتُ الزِّيَادَةَ، مَعْنَاهُ إِذَا كَانَ مَهْرٌ مِثْلَهَا أَقَلَّ مِمَّا ادَّعَتْهُ (وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُمَا بَيِّنَةٌ تَحَالَفَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَلَا يُفْسَخُ النِّكَاحُ) لِأَنَّ أَثَرَ التَّحَالُفِ فِي انْعِدَامِ التَّسْمِيَةِ، وَأَنَّهُ لَا يُخْلُ بِصِحَّةِ النِّكَاحِ لِأَنَّ الْمَهْرَ تَابِعٌ فِيهِ، بِخِلَافِ الْبَيْعِ لِأَنَّ عَدَمَ التَّسْمِيَةِ يُفْسِدُهُ عَلَى مَا مَرَّ فَيُفْسَخُ، (وَلَكِنْ يَحْكُمُ مَهْرُ الْمِثْلِ، فَإِنْ كَانَ مِثْلُ مَا اعْتَرَفَ بِهِ الزَّوْجُ أَوْ أَقَلَّ قَضَى بِمَا قَالَ الزَّوْجُ) لِأَنَّ الظَّاهِرَ شَاهِدٌ لَهُ (وَإِنْ كَانَ مِثْلُ مَا ادَّعَتْهُ الْمَرَأَةُ أَوْ أَكْثَرَ قَضَى بِمَا ادَّعَتْهُ الْمَرَأَةُ، وَإِنْ كَانَ مَهْرُ الْمِثْلِ أَكْثَرَ مِمَّا اعْتَرَفَ بِهِ الزَّوْجُ وَأَقَلَّ مِمَّا ادَّعَتْهُ الْمَرَأَةُ قَضَى لَهَا بِمَهْرِ الْمِثْلِ) لِأَنَّهُمَا لَمَّا تَحَالَفَا لَمْ تَثْبُتِ الزِّيَادَةُ عَلَى مَهْرِ الْمِثْلِ وَلَا الْحُطُّ عَنْهُ.

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ: ذَكَرَ التَّحَالُفَ أَوَّلًا ثُمَّ التَّحْكِيمَ، وَهَذَا قَوْلُ الْكَرْخِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ لِأَنَّ مَهْرَ الْمِثْلِ لَا اعْتِبَارَ لَهُ مَعَ وُجُودِ التَّسْمِيَةِ وَسُقُوطِ اعْتِبَارِهَا بِالتَّحَالُفِ وَلِهَذَا يُقَدَّمُ فِي الْوُجُوهِ كُلِّهَا، وَيَبْدَأُ بِبَيِّنِ الزَّوْجِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ تَعَجُّيلًا لِفَائِدَةِ النُّكُولِ كَمَا فِي الْمُشْتَرِي، وَتَخْرِيجُ الرَّازِي بِخِلَافِهِ وَقَدْ اسْتَقْصَيْنَاهُ فِي النِّكَاحِ وَذَكَرْنَا خِلَافَ أَبِي يُوسُفَ فَلَا نُعِيدُهُ

الشرح:

قال: (وَإِذَا اخْتَلَفَ الزَّوْجَانِ فِي الْمَهْرِ إلخ) إِذَا اخْتَلَفَ الزَّوْجَانِ فِي الْمَهْرِ فَادَّعَى الزَّوْجُ أَنَّهُ تَزَوَّجَهَا بِأَلْفٍ وَقَالَتْ تَزَوَّجَنِي بِأَلْفَيْنِ فَأَيُّهُمَا أَقَامَ الْبَيِّنَةَ قُبِلَتْ بَيِّنَتُهُ لِأَنَّهُ نَوَّرَ

دَعَوَاهُ بِالْحُجَّةِ. أَمَّا قَبُولُ بَيِّنَةِ الْمَرْأَةِ فَظَاهِرٌ لَأَنَّهَا تَدَّعِي الزِّيَادَةَ، وَإِنَّمَا الْإِشْكَالُ فِي قَبُولِ بَيِّنَةِ الزَّوْجِ لِأَنَّهُ مُنْكَرٌ لِلزِّيَادَةِ فَكَانَ عَلَيْهِ الْيَمِينُ لَا الْبَيِّنَةُ، وَإِنَّمَا قُبِلَتْ لِأَنَّهُ مُدَّعٍ فِي الصُّورَةِ وَهِيَ كَافِيَةٌ لِقَبُولِهَا كَمَا ذَكَرْنَا (وَإِنْ أَقَامَا) فَلَا يَحْلُو: إِنَّمَا أَنْ يَكُونَ مَهْرُ الْمَثَلِ أَقَلُّ مِمَّا ادَّعَتْهُ أَوْ لَا، فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ (فَالْبَيِّنَةُ لِلْمَرْأَةِ لِأَنَّهَا تُثَبِّتُ الزِّيَادَةَ) وَإِنْ كَانَ الثَّانِي فَالْبَيِّنَةُ لِلزَّوْجِ لِأَنَّهَا تُثَبِّتُ الْحَطَّ وَيَنْتَهِي لَا تُثَبِّتُ شَيْئًا لثُبُوتِ مَا ادَّعَتْهُ بِشَهَادَةِ مَهْرِ الْمَثَلِ (وَإِنْ عَجَزَا عَنْهَا تَحَالَفَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَلَا يُفْسَخُ النِّكَاحُ لِأَنَّ أَثَرَ التَّحَالِفِ فِي انْقِضَاءِ التَّسْمِيَةِ وَإِنَّهُ لَا يُحِلُّ بِصِحَّةِ النِّكَاحِ لِأَنَّ الْمَهْرَ تَابِعٌ فِيهِ، بِخِلَافِ الْبَيْعِ لِأَنَّ عَدَمَ التَّسْمِيَةِ يُحِلُّ بِصِحَّتِهِ) لِبَقَائِهِ بِلَا تَمَنٍّ وَهُوَ لَيْسَ بِصَحِيحٍ (فَيَنْفَسَخُ) الْبَيْعُ.

فَإِنْ قِيلَ: التَّحَالُفُ مَشْرُوعٌ فِي الْبَيْعِ وَالنِّكَاحِ لَيْسَ فِي مَعْنَاهُ سَلَمَتَاهُ، لَكِنْ فَائِدَتُهُ فَسْخُ الْعَقْدِ وَالنِّكَاحِ هَاهُنَا لَا يُفْسَخُ.

أُجِيبَ بِأَنْ مُوجِبُهُ فِي الْبَيْعِ كَوْنُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْمُتَعَاقِدَيْنِ مُدَّعِيًا وَمُنْكَرًا مَعَ عَدَمِ امْتِكَانِ التَّرْجِيحِ، وَهُوَ هَاهُنَا مَوْجُودٌ فَالْحَقُّ بِهِ، وَإِنَّمَا لَا يُفْسَخُ النِّكَاحُ لَمَّا ذَكَرَ فِي الْكِتَابِ.

وَتَوْضِيحُهُ أَنَّ الْفَسْخَ فِي الْبَيْعِ إِنَّمَا كَانَ لِبَقَاءِ الْعَقْدِ بِلَا بَدَلٍ وَالنِّكَاحُ لَيْسَ كَذَلِكَ، لِأَنَّ لَهُ مُوجِبًا أَصْلِيًّا يُصَارُ إِلَيْهِ عِنْدَ انْقِضَاءِ التَّسْمِيَةِ. هَذَا عَلَى طَرِيقِ تَخْصِيصِ الْعِلَلِ وَالْمَجُوزِ مُخْلَصٌ وَمُخْلَصٌ غَيْرُهُ مَعْلُومٌ (قَوْلُهُ وَلَكِنْ يُحَكِّمُ مَهْرُ الْمَثَلِ) اسْتِدْرَاكٌ مِنْ قَوْلِهِ وَلَا يُفْسَخُ النِّكَاحُ: أَيُّ لَكِنْ يُحَكِّمُ مَهْرُ الْمَثَلِ لِقَطْعِ النَّزَاعِ (فَإِنْ كَانَ مِثْلُ مَا اعْتَرَفَ بِهِ الزَّوْجُ أَوْ أَقَلُّ قُضِيَ بِمَا قَالَ الزَّوْجُ لِأَنَّ الظَّاهَرَ شَاهِدٌ لَهُ، وَإِنْ كَانَ مِثْلُ مَا ادَّعَتْهُ الْمَرْأَةُ) أَوْ أَكْثَرُ قُضِيَ بِمَا قَالَتْ وَكَذَلِكَ. وَإِنْ كَانَ أَكْثَرُ مِمَّا اعْتَرَفَ بِهِ وَأَقَلُّ مِمَّا ادَّعَتْهُ قُضِيَ لَهَا بِمَهْرِ الْمَثَلِ، لِأَنَّهُمَا لَمَّا تَحَالَفَا لَمْ تُثَبِّتِ الزِّيَادَةُ عَلَى مَهْرِ الْمَثَلِ وَلَا الْحَطُّ عَنْهُ (قَالَ الْمُصَنِّفُ رَحِمَهُ اللَّهُ: ذَكَرَ التَّحَالُفُ أَوَّلًا ثُمَّ التَّحْكِيمَ، وَهَذَا قَوْلُ الْكَرْحِيِّ لِأَنَّ مَهْرَ الْمَثَلِ لَا اعْتِبَارَ لَهُ مَعَ وُجُودِ التَّسْمِيَةِ) لِأَنَّهُ مُوجِبُ نِكَاحٍ لَا تَّسْمِيَةٍ فِيهِ (وَسُقُوطُ اعْتِبَارِهَا) إِنَّمَا هُوَ (بِالتَّحَالِفِ فَلِهَذَا يُقَدَّمُ) التَّحَالُفُ (فِي الْوُجُوهِ كُلِّهَا) يَعْنِي فِيمَا إِذَا كَانَ مَهْرُ الْمَثَلِ مِثْلُ مَا اعْتَرَفَ بِهِ الزَّوْجُ أَوْ أَقَلُّ مِنْهُ، أَوْ مِثْلُ مَا ادَّعَتْهُ الْمَرْأَةُ أَوْ أَكْثَرُ مِنْهُ، أَوْ كَانَ يَنْتَهِي، فَهِيَ خَمْسَةٌ وَجُوهٌ.

وَأَمَّا فِي قَوْلِ الرَّازِيِّ فَلَا تَحَالَفَ إِلَّا فِي وَجْهِ وَاحِدٍ وَهُوَ مَا إِذَا لَمْ يَكُنْ مَهْرُ الْمِثْلِ شَاهِدًا لِأَحَدِهِمَا، وَفِيمَا عَدَاهُ فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ يَمِينُهُ إِذَا كَانَ مَهْرُ الْمِثْلِ مِثْلُ مَا يَقُولُهُ أَوْ أَقْلُ، وَقَوْلُهَا مَعَ يَمِينِهَا إِذَا كَانَ مِثْلُ مَا ادَّعَتْهُ أَوْ أَكْثَرَ.

قَالَ فِي النَّهْيَةِ: وَهَذَا هُوَ الْأَصَحُّ لِأَنَّ تَحْكِيمَ مَهْرِ الْمِثْلِ لَيْسَ لِإِجَابِ مَهْرِ الْمِثْلِ بَلْ لِمَعْرِفَةِ مَنْ يَشْهَدُ لَهُ الظَّاهِرُ، ثُمَّ الْأَصْلُ فِي الدَّعَاوَى أَنْ يَكُونَ الْقَوْلُ قَوْلَ مَنْ يَشْهَدُ لَهُ الظَّاهِرُ مَعَ يَمِينِهِ.

وَذَكَرَ فِي بَعْضِ الشُّرُوحِ قَالُوا: إِنَّ قَوْلَ الْكَرْخِيِّ هُوَ الصَّحِيحُ لِأَنَّ وُجُودَ التَّسْمِيَةِ يَمْنَعُ الْمَصِيرَ إِلَى مَهْرِ الْمِثْلِ وَهِيَ مَوْجُودَةٌ بِاتِّفَاقِهِمَا. وَأَقُولُ: إِنْ أَرَادُوا بِقَوْلِهِمْ هُوَ الصَّحِيحُ أَنْ غَيْرُهُ يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ أَصَحُّ فَلَا كَلَامَ، وَإِنْ أَرَادُوا أَنْ غَيْرُهُ فَاسِدٌ فَالْحَقُّ مَا قَالَهُ صَاحِبُ النَّهْيَةِ لِأَنَّ التَّسْمِيَةَ تَمْنَعُ الْمَصِيرَ إِلَى مَهْرِ الْمِثْلِ لِإِجَابِهِ، وَأَمَّا لِتَحْكِيمِهِ لِمَعْرِفَةِ مَنْ يَشْهَدُ لَهُ الظَّاهِرُ فَمَمْنُوعٌ.

وَلِقَائِلِ أَنْ يَقُولَ: مَا بِالْهَمِّ لَا يُحْكَمُونَ قِيَمَةَ الْمَبِيعِ إِذَا اخْتَلَفَ الْمُتَبَايعَانِ فِي الثَّمَنِ لِمَعْرِفَةِ مَنْ يَشْهَدُ لَهُ الظَّاهِرُ كَمَا فِي النِّكَاحِ فَإِنَّهُ لَا مَحْظُورَ فِيهِ.

وَيُمْكِنُ أَنْ يُجَابَ عَنْهُ بِأَنَّ مَهْرَ الْمِثْلِ مَعْلُومٌ ثَابِتٌ يَبْقِيَانِ فَجَازَ أَنْ يَكُونَ حُكْمًا. بِخِلَافِ الْقِيَمَةِ فَإِنَّهَا تُعْلَمُ بِالْخَزَرِ وَالظَّنِّ فَلَا تُفِيدُ الْمَعْرِفَةَ فَلَا تُجْعَلُ حُكْمًا (وَيُبْدَأُ يَمِينِ الزَّوْجِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ تَعْجِيلًا لِفَائِدَةِ التَّكْوُلِ) فَإِنَّ أَوَّلَ التَّسْلِيمَيْنِ عَلَيْهِ (كَمَا فِي الْمُشْتَرِيِّ وَتَخْرِيجُ الرَّازِيِّ بِخِلَافِهِ) وَهُوَ التَّحْكِيمُ أَوَّلًا ثُمَّ التَّخْلِيفُ كَمَا ذَكَرْتَاهُ وَذَكَرْنَا خِلَافَ أَبِي يُوسُفَ) وَهُوَ أَنَّ الْقَوْلَ فِي جَمِيعِ ذَلِكَ قَوْلُ الزَّوْجِ قَبْلَ الطَّلَاقِ وَبَعْدَهُ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَ بِشَيْءٍ مُسْتَنْكَرٍ: يَعْنِي فِي بَابِ الْمَهْرِ فَلَا يُعِيدُهُ.

(وَلَوْ ادَّعَى الزَّوْجُ النِّكَاحَ عَلَى هَذَا الْعَبْدِ وَالْمَرْأَةِ تَدَّعِيهِ عَلَى هَذِهِ الْجَارِيَةِ فَهُوَ كَالْمَسْأَلَةِ الْمُتَقَدِّمَةِ، إِلَّا أَنْ قِيَمَةَ الْجَارِيَةِ إِذَا كَانَتْ مِثْلَ مَهْرِ الْمِثْلِ يَكُونُ لَهَا قِيَمَتُهَا دُونَ عَيْنِهَا) لِأَنَّ تَمْلُكَهَا لَا يَكُونُ إِلَّا بِالرَّضَايِ وَلَمْ يُوْجَدْ فَوَجَبَتْ الْقِيَمَةُ.

الشرح:

(وَلَوْ ادَّعَى الزَّوْجُ النِّكَاحَ عَلَى هَذَا الْعَبْدِ وَالْمَرْأَةِ تَدَّعِيهِ عَلَى هَذِهِ الْجَارِيَةِ فَهُوَ كَالْمَسْأَلَةِ الْمُتَقَدِّمَةِ) يَعْنِي أَنَّهُ يُحْكَمُ مَهْرُ الْمِثْلِ أَوَّلًا، فَمَنْ شَهِدَ لَهُ فَالْقَوْلُ لَهُ وَإِنْ كَانَ

يَتَّخِذُهَا يَتَّخِذُهَا وَإِلَيْهِ مَالٌ فَخَرُ الْإِسْلَامِ وَهُوَ تَخْرِيجُ الرَّازِي. وَأَمَّا عَلَى تَخْرِيجِ الْكَرْخِيِّ فَيَتَّخِذُهَا أَوَّلًا كَمَا تَقَدَّمَ، وَإِلَّا أَنْ قِيَمَةَ الْجَارِيَةِ إِذَا كَانَتْ مِثْلَ مَهْرِ الْمِثْلِ يَكُونُ لَهَا قِيَمَتُهَا دُونَ عَيْنِهَا لِأَنَّ تَمْلُكَهَا لَا يَكُونُ إِلَّا بِالتَّرَاضِي وَلَمْ يُوجَدْ فَوَجَبَتْ الْقِيَمَةُ.

(وَأِنْ اِخْتَلَفَا فِي الْإِجَارَةِ قَبْلَ اسْتِيفَاءِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ تَحَالُفًا وَتَرَادًّا) مَعْنَاهُ اِخْتِلَافًا فِي الْبَدَلِ أَوْ فِي الْمُبْدَلِ لِأَنَّ التَّحَالَفَ فِي الْبَيْعِ قَبْلَ الْقَبْضِ عَلَى وَفَاقِ الْقِيَاسِ عَلَى مَا مَرَّ، وَالْإِجَارَةُ قَبْلَ الْقَبْضِ الْمَنْفَعَةُ تَطْلِيحُ الْبَيْعِ قَبْلَ قَبْضِ الْمُبِيعِ وَكَلَامُنَا قَبْلَ اسْتِيفَاءِ الْمَنْفَعَةِ (فَإِنْ وَقَعَ الْاِخْتِلَافُ فِي الْأَجْرَةِ بِيَدِ الْيَمِينِ الْمُسْتَأْجِرِ) لِأَنَّهُ مُنْكَرٌ لَوْجُوبِ الْأَجْرَةِ (وَأِنْ وَقَعَ فِي الْمَنْفَعَةِ بِيَدِ الْيَمِينِ الْمُؤْجَرِ، وَأَيُّهُمَا نَكَلَ لَزِمَهُ دَعْوَى صَاحِبِهِ، وَأَيُّهُمَا أَقَامَ الْبَيِّنَةَ قُبِلَتْ، وَلَوْ أَقَامَاهَا قَبِيْنَةُ الْمُؤْجَرِ أَوَّلَى إِنْ كَانَ الْاِخْتِلَافُ فِي الْأَجْرَةِ، وَإِنْ كَانَ فِي الْمَنَافِعِ قَبِيْنَةُ الْمُسْتَأْجِرِ أَوَّلَى، وَإِنْ كَانَ فِيهِمَا قُبِلَتْ بَيِّنَتُهُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فِيمَا يَدْعِيهِ مِنَ الْفَضْلِ) نَحْوُ أَنْ يَدْعِيَ هَذَا شَهْرًا بَعَثَرَةً وَالْمُسْتَأْجِرُ شَهْرَيْنِ بِخَمْسَةِ يَقْضِي بِشَهْرَيْنِ بَعَثَرَةً.

قَالَ (وَأِنْ اِخْتَلَفَا بَعْدَ الْاِسْتِيفَاءِ لَمْ يَتَّخِذَا وَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلَ الْمُسْتَأْجِرِ) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ ظَاهِرٌ، لِأَنَّ هَلَكَ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ يَمْنَعُ التَّحَالَفَ عِنْدَهُمَا، وَكَذَا عَلَى أَصْلِ مُحَمَّدٍ لِأَنَّ الْهَلَكَ إِنَّمَا لَا يَمْنَعُ عِنْدَهُ فِي الْمُبِيعِ لَمَّا أَنَّ لَهُ قِيَمَةً تَقُومُ مَقَامَهُ فَيَتَّخِذَانِ عَلَيْهَا، وَلَوْ جَرَى التَّحَالَفُ هَاهُنَا وَفُسَخَ الْعَقْدُ فَلَا قِيَمَةَ لِأَنَّ الْمَنَافِعَ لَا تَتَقَوَّمُ بِنَفْسِهَا بَلْ بِالْعَقْدِ وَتَبَيَّنَ أَنَّهُ لَا عَقْدَ.

وَإِذَا امْتَنَعَ فَالْقَوْلُ لِلْمُسْتَأْجِرِ مَعَ يَمِينِهِ لِأَنَّهُ هُوَ الْمُسْتَحِقُّ عَلَيْهِ (وَأِنْ اِخْتَلَفَا بَعْدَ اسْتِيفَاءِ بَعْضِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ تَحَالُفًا وَفُسَخَ الْعَقْدُ فِيمَا بَقِيَ وَكَانَ الْقَوْلُ فِي الْمَاضِي قَوْلَ الْمُسْتَأْجِرِ) لِأَنَّ الْعَقْدَ يَنْعَقِدُ سَاعَةً فَسَاعَةً فَيَصِيرُ فِي كُلِّ جُزْءٍ مِنَ الْمَنْفَعَةِ كَأَنَّهُ ابْتِدَاءُ الْعَقْدِ عَلَيْهَا، بِخِلَافِ الْبَيْعِ لِأَنَّ الْعَقْدَ فِيهِ دَهْقَةً وَاحِدَةً، فَإِذَا تَعَذَّرَ فِي الْبَعْضِ تَعَذَّرَ فِي الْكُلِّ.

الشرح:

قَالَ: (وَأِنْ اِخْتَلَفَا فِي الْإِجَارَةِ الْخ) إِذَا اِخْتَلَفَا فِي الْإِجَارَةِ فِي الْبَدَلِ: أَيُّ الْأَجْرَةِ أَوْ الْمُبْدَلِ، فَإِمَّا أَنْ يَكُونَ قَبْلَ اسْتِيفَاءِ كُلِّ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ أَوْ بَعْدَ ذَلِكَ أَوْ بَعْدَ اسْتِيفَاءِ بَعْضِهِ، فَمَنْ

أَقَامَ الْبَيِّنَةُ قُبِلَتْ يَتَنَّهُ لَأَنَّهُ نَوَّرَ دَعْوَاهُ بِالْحُجَّةِ. وَإِنْ أَقَامَاهَا، فَإِنْ كَانَ الْاِخْتِلَافُ فِي الْأَجْرَةِ فَيَبِينَةُ الْمُؤَجَّرِ أَوَّلَى لَأَنَّهَا تُثَبِّتُ الزِّيَادَةَ، وَإِنْ كَانَ فِي الْمَنْفَعَةِ فَيَبِينَةُ الْمُسْتَأْجِرِ كَذَلِكَ، وَإِنْ كَانَ فِيهِمَا قُبِلَتْ يَبِينَةُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فَيَمَّا يَدَّعِيهِ مِنَ الْفَضْلِ مِثْلُ أَنْ يَدَّعِي هَذَا شَهْرًا وَعِشْرِينَ وَذَلِكَ شَهْرَيْنِ وَعِشْرَةَ فَيَقْضَى بِشَهْرَيْنِ وَعِشْرِينَ، وَإِنْ عَجَزَا تَحَالَفاً وَتَرَادَا فِي الْأَوَّلِ لِأَنَّ التَّحَالَفَ فِي الْبَيْعِ قَبْلَ الْقَبْضِ عَلَى وَفَاقِ الْقِيَاسِ كَمَا مَرَّ، وَالْإِجَارَةُ قَبْلَ اسْتِيفَاءِ الْمَنْفَعَةِ نَظِيرُ الْبَيْعِ قَبْلَ قَبْضِ الْمَبِيعِ فِي كَوْنِهِمَا عَقْدٌ مُعَاوَضَةٌ يُقْبَلُ الْفَسْخُ، فَإِنْ وَقَعَ الْاِخْتِلَافُ فِي الْأَجْرَةِ بُدِئَ بِبَيِّنِ الْمُسْتَأْجِرِ لَأَنَّهُ مُنْكَرٌ لَوْجُوبِ الزِّيَادَةِ.

فَإِنْ قِيلَ: كَانَ الْوَاجِبُ أَنْ يُبْدَأَ بِبَيِّنِ الْآجِرِ لِتَعْجِيلِ فَائِدَةِ التَّكْوُلِ فَإِنْ تَسْلِمَ الْمَعْقُودُ عَلَيْهِ وَاجِبٌ أَوَّلًا عَلَى الْآجِرِ ثُمَّ وَجَبَتْ الْأَجْرَةُ عَلَى الْمُسْتَأْجِرِ بَعْدَهُ. أُجِيبَ بِأَنَّ الْأَجْرَةَ إِنْ كَانَتْ مَشْرُوطَةً لِتَعْجِيلِ فَهِيَ الْأَسْبَقُ إِنْكَارًا فَيُبْدَأُ بِهِ، وَإِنْ لَمْ تُشْطَرَطْ لَا يَمْتَنِعُ الْآجِرُ مِنْ تَسْلِيمِ الْعَيْنِ الْمُسْتَأْجَرَةِ لِأَنَّ تَسْلِيمَهُ لَا يَتَوَقَّفُ عَلَى قَبْضِ الْأَجْرَةِ فَبَقِيَ إِنْكَارُ الْمُسْتَأْجِرِ لِرِيَادَةِ الْأَجْرَةِ فَيُخْلَفُ، وَإِنْ وَقَعَ الْاِخْتِلَافُ فِي الْمَنْفَعَةِ بُدِئَ بِبَيِّنِ الْآجِرِ لَذَلِكَ، وَأَيُّهُمَا تَكُلُّ لِرِمَّةِ دَعْوَى صَاحِبِهِ وَلَمْ يَتَّخَلَفَا فِي الثَّانِي وَالْقَوْلُ لِلْمُسْتَأْجِرِ.

وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ ظَاهِرٌ، لِأَنَّ هَلَاكَ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ يَمْتَنِعُ التَّحَالَفُ عَلَى أَصْلِهِمَا، وَكَذَا عَلَى أَصْلِ مُحَمَّدٍ، لِأَنَّ فَائِدَةَ التَّحَالَفِ فَسْخُ الْعَقْدِ وَيَقْتَضِي وَجُودَ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ وَمَا قَامَ مَقَامَهُ مِنَ الْقِيَمَةِ وَلَيْسَ شَيْءٌ مِنْهُمَا بِمَوْجُودٍ فِي الْإِجَارَةِ، وَأَمَّا الْمَعْقُودُ عَلَيْهِ وَهُوَ الْمَنْفَعَةُ فَلَأَنَّهُ عَرَضٌ لَا يَبْقَى زَمَانِينَ، وَأَمَّا مَا يَقُومُ مَقَامَهُ فَلَأَنَّ الْمَنَافِعَ لَا تَنْقُومُ بِنَفْسِهَا بَلْ بِالْعَقْدِ وَتَبَيَّنَ بِخِلَافِهِمَا أَنَّ لَا عَقْدَ يَتَنَّهُمَا لِانْفِسَاخِهِ مِنْ أَصْلِ الْعَقْدِ فَلَا يَكُونُ لَهَا قِيَمَةٌ يُرَدُّ عَلَيْهَا الْفَسْخُ، وَإِذَا امْتَنَعَ التَّحَالَفُ فَالْقَوْلُ لِلْمُسْتَأْجِرِ مَعَ يَمِينِهِ لَأَنَّهُ هُوَ الْمُسْتَحَقُّ عَلَيْهِ، وَفِي الثَّلَاثِ يَتَّخَلَفَانِ، وَفُسِخَ الْعَقْدُ فَيَمَّا بَقِيَ لِأَنَّ الْعَقْدَ يَنْعَقِدُ سَاعَةً فَسَاعَةً فَيَصِيرُ فِي كُلِّ جُزْءٍ مِنَ الْمَنْفَعَةِ كَأَنَّ ابْتِدَاءَ الْعَقْدِ عَلَيْهِمَا، فَكَانَ الْاِخْتِلَافُ بِالنِّسْبَةِ إِلَى مَا بَقِيَ قَبْلَ اسْتِيفَاءِ الْمَنَافِعِ وَفِيهِ التَّحَالَفُ، وَأَمَّا الْمَاضِي فَالْقَوْلُ فِيهِ قَوْلُ الْمُسْتَأْجِرِ لِأَنَّ الْمَنَافِعَ الْمَاضِيَةَ هَالِكَةٌ، فَكَانَ الْاِخْتِلَافُ بِالنِّسْبَةِ إِلَيْهَا بَعْدَ الْاسْتِيفَاءِ، وَلَا تَحَالَفُ فِيهِ وَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُسْتَأْجِرِ بِالِاتِّفَاقِ، بِخِلَافِ الْبَيْعِ لِأَنَّ الْعَقْدَ يَنْعَقِدُ فِيهِ دَفْعَةً وَاحِدَةً، فَإِذَا تَعَدَّرَ فِي الْبَعْضِ تَعَدَّرَ فِي الْكُلِّ.

قَالَ: (وَإِذَا اخْتَلَفَ الْمَوْلَى وَالْمُكَاتَبُ فِي مَالِ الْكِتَابَةِ لَمْ يَتَحَالَفاً عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَالَا: يَتَحَالَفَانِ وَتُفْسَخُ الْكِتَابَةُ) وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ لِأَنَّهُ عَقْدٌ مُعَاوَضَةٌ يَقْبَلُ الْفُسْخُ فَأَشْبَهَ الْبَيْعَ، وَالْجَامِعُ أَنَّ الْمَوْلَى يَدَّعِي بَدَلًا زَائِدًا يُنْكِرُهُ الْعَبْدُ وَالْعَبْدُ يَدَّعِي اسْتِحْقَاقَ الْعِثْقِ عَلَيْهِ عِنْدَ آدَاءِ الْقَدْرِ الَّذِي يَدَّعِيهِ وَالْمَوْلَى يُنْكِرُهُ فَيَتَحَالَفَانِ كَمَا إِذَا اخْتَلَفَا فِي الثَّمَنِ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الْبَدَلَ مُقَابِلٌ بِفَكَ الْحَجَرِ فِي حَقِّ الْيَدِ وَالتَّصَرُّفِ لِلْحَالِ وَهُوَ سَأَلَمَ لِلْعَبْدِ وَإِنَّمَا يَنْقَلِبُ مُقَابِلًا بِالْعِثْقِ عِنْدَ الْآدَاءِ فَقَبْلَهُ لَا مُقَابِلَةَ فَبَقِيَ اخْتِلَافًا فِي قَدْرِ الْبَدَلِ لَا غَيْرُ فَلَا يَتَحَالَفَانِ.

الشرح:

قَالَ: (وَإِذَا اخْتَلَفَ الْمَوْلَى وَالْمُكَاتَبُ فِي مَالِ الْكِتَابَةِ إلخ) إِذَا اخْتَلَفَ الْمَوْلَى وَالْمُكَاتَبُ فِي مَالِ الْكِتَابَةِ لَمْ يَتَحَالَفاً عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: يَتَحَالَفَانِ وَتُفْسَخُ الْكِتَابَةُ، وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ لِأَنَّهُ عَقْدٌ مُعَاوَضَةٌ يَقْبَلُ الْفُسْخُ فَأَشْبَهَ الْبَيْعَ، وَالْجَامِعُ بَيْنَهُمَا أَنَّ الْمَوْلَى يَدَّعِي بَدَلًا زَائِدًا يُنْكِرُهُ الْعَبْدُ، وَالْعَبْدُ يَدَّعِي اسْتِحْقَاقَ الْعِثْقِ عَلَيْهِ عِنْدَ آدَاءِ النَّذْرِ الَّذِي يَدَّعِيهِ وَالْمَوْلَى يُنْكِرُهُ، فَكَانَ كَالْبَيْعِ الَّذِي اخْتَلَفَ الْعَاقِدَانِ فِيهِ فِي الثَّمَنِ فَيَتَحَالَفَانِ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الْكِتَابَةَ عَقْدٌ مُعَاوَضَةٌ وَجَبَ بِهِ الْبَدَلُ عَلَى الْعَبْدِ فِي مُقَابِلَةِ فِكِّ الْحَجَرِ فِي حَقِّ الْيَدِ وَالتَّصَرُّفِ فِي الْحَالِ وَهُوَ سَأَلَمَ لِلْعَبْدِ بِاتِّفَاقِهِمَا عَلَى ثُبُوتِ الْكِتَابَةِ، وَإِنَّمَا يَنْقَلِبُ مُقَابِلًا لِلْعِثْقِ عِنْدَ الْآدَاءِ، وَهَذَا لِأَنَّ الْبَدَلَ لَا بُدَّ لَهُ مِنْ مُبَدَّلٍ وَلَيْسَ فِي الْعَبْدِ سِوَى الْيَدِ وَالرَّقَبَةِ، فَلَوْ كَانَ الْبَدَلُ مُقَابِلًا لِلرَّقَبَةِ لِلْحَالِ لَعَتَّقَ عِنْدَ تَمَامِ الْعَقْدِ كَمَا فِي الْبَيْعِ فَإِنَّ الْمُشْتَرِي يَمْلِكُ رَقَبَةَ الْمَبِيعِ عِنْدَ تَمَامِهِ، وَلَيْسَ كَذَلِكَ فَتَعَيَّنَ أَنْ يَكُونَ لِلْحَالِ مُقَابِلًا لِلْيَدِ ثُمَّ يَنْقَلِبُ مُقَابِلًا لِلْعِثْقِ عِنْدَ الْآدَاءِ فَقَبْلَهُ لَا مُقَابِلَةَ فَبَقِيَ اخْتِلَافًا فِي قَدْرِ الْبَدَلِ لَا غَيْرُ لِأَنَّ الْعَبْدَ لَا يَدَّعِي شَيْئًا بَلْ هُوَ مُنْكَرٌ لِمَا يَدَّعِيهِ الْمَوْلَى مِنَ الزِّيَادَةِ، وَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُنْكَرِ.

قَالَ (وَإِذَا اخْتَلَفَ الزَّوْجَانِ فِي مَتَاعِ الْبَيْتِ فَمَا يَصْلُحُ لِلرَّجَالِ فَهُوَ لِلرَّجُلِ كَالْعِمَامَةِ) لِأَنَّ الظَّاهِرَ شَاهِدٌ لَهُ (وَمَا يَصْلُحُ لِلنِّسَاءِ فَهُوَ لِلْمَرَأَةِ كَالْوَقَايَةِ) لَشَهَادَةِ الظَّاهِرِ لَهَا (وَمَا يَصْلُحُ لَهُمَا كَالْأَنْبِيَةِ فَهُوَ لِلرَّجُلِ) لِأَنَّ الْمَرَأَةَ وَمَا فِي يَدِهَا فِي يَدِ الزَّوْجِ وَالْقَوْلُ فِي الدَّعَاوَى لِصَاحِبِ الْيَدِ، بِخِلَافِ مَا يَخْتَصُّ بِهَا لِأَنَّهُ يُعَارِضُهُ ظَاهِرٌ أَقْوَى مِنْهُ،

وَلَا فَرْقَ بَيْنَ مَا إِذَا كَانَ الْاِخْتِلَافُ فِي حَالِ قِيَامِ النِّكَاحِ أَوْ بَعْدَهُمَا وَقَعَتِ الْفُرْقَةُ.

الشرح:

قَالَ (وَإِذَا اخْتَلَفَ الزَّوْجَانِ فِي مَتَاعِ الْبَيْتِ إلخ) إِذَا اخْتَلَفَ الزَّوْجَانِ فِي مَتَاعِ الْبَيْتِ فَمَا يَصْلُحُ لِلرِّجَالِ كَالْعِمَامَةِ وَالْقَوْسِ وَالدَّرْعِ وَالْمِنْطَقَةِ فَهُوَ لِلرَّجُلِ، لِأَنَّ الظَّاهِرَ شَاهِدٌ لَهُ وَمَا يَصْلُحُ لِلنِّسَاءِ كَالْوَقَايَةِ وَهِيَ الْمُعْجِزَةُ، وَهِيَ مَا تُشَدُّهُ الْمَرْأَةُ عَلَى اسْتِدَارَةِ رَأْسِهَا كَالْعَصَابَةِ، سُمِّيَتْ بِذَلِكَ لِأَنَّهَا تَقِي الْخِمَارَ، كَالْمِلْحَفَةِ فَهِيَ لِلْمَرْأَةِ مَعَ الْيَمِينِ لَشَهَادَةِ الظَّاهِرِ لَهَا.

قَالَ الْإِمَامُ التُّمَرْتَاشِيُّ إِلَّا إِذَا كَانَ الرَّجُلُ صَائِعًا وَلَهُ أَسَاوِرُ وَخَوَاتِيمُ النِّسَاءِ وَالْحُلِيِّ وَالْخَلْخَالُ وَأَمْثَالُ ذَلِكَ، فَحَيْثُ لَا يَكُونُ مِثْلُ هَذِهِ الْأَشْيَاءِ لَهَا، وَكَذَلِكَ إِذَا كَانَتْ الْمَرْأَةُ تَبِيعُ ثِيَابَ الرِّجَالِ (وَمَا يَصْلُحُ لَهَا كَالْأَيَّةِ) وَالذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ وَالْأَمْنَعَةِ وَالْعَقَارِ (فَهُوَ لِلرَّجُلِ لِأَنَّ الْمَرْأَةَ وَمَا فِي يَدَيْهَا فِي يَدِ الزَّوْجِ، وَالْقَوْلُ فِي الدَّعَاوَى لِصَاحِبِ الْيَدِ) بِخِلَافِ مَا يَخْتَصُّ بِهَا لِأَنَّهُ يُعَارِضُ ظَاهِرَ الزَّوْجِ بِالْيَدِ (ظَاهِرٌ أَقْوَى مِنْهُ) وَهُوَ يَدُ الْاِخْتِصَاصِ بِالِاسْتِعْمَالِ، فَإِنَّ مَا هُوَ صَالِحٌ لِلرِّجَالِ فَهُوَ مُسْتَعْمَلٌ لِلرِّجَالِ، وَمَا هُوَ صَالِحٌ لِلنِّسَاءِ فَهُوَ مُسْتَعْمَلٌ لِلنِّسَاءِ، فَإِذَا وَقَعَ الْاِشْتِبَاهُ يُرَجَّحُ بِالِاسْتِعْمَالِ.

وَيَنْدَفِعُ بِهَذَا مَا إِذَا اخْتَلَفَ الْعَطَارُ وَالْإِسْكَافُ فِي آلَاتِ الْأَسَاكِفَةِ وَالْعَطَارِينَ وَهِيَ فِي أَيْدِيهِمَا فَإِنَّهَا تَكُونُ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ عِنْدَ عُلَمَائِنَا، وَلَمْ يُرَجَّحْ بِالِاِخْتِصَاصِ لِأَنَّ الْمُرَادَ بِهِ مَا هُوَ بِالِاسْتِعْمَالِ لَا بِالشَّبهِ، وَلَمْ تُشَاهِدْ اسْتِعْمَالُ الْأَسَاكِفَةِ وَالْعَطَارِينَ وَشَاهِدُنَا كَوْنُ هَذِهِ الْآلَاتِ فِي أَيْدِيهِمَا عَلَى السَّوَاءِ فَجَعَلْنَاهَا بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ (وَلَا فَرْقَ بَيْنَ مَا إِذَا كَانَ الْاِخْتِلَافُ فِي حَالِ قِيَامِ النِّكَاحِ أَوْ بَعْدَ الْفُرْقَةِ).

(فَإِنْ مَاتَ أَحَدُهُمَا وَاخْتَلَفَتْ وَرَثَتُهُ مَعَ الْآخَرِ فَمَا يَصْلُحُ لِلرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ فَهُوَ

لِلْبَاقِي مِنْهُمَا) لِأَنَّ الْيَدَ لِلْحَيِّ دُونَ الْمَيِّتِ، وَهَذَا الَّذِي ذَكَرْنَاهُ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: يَدْفَعُ إِلَى الْمَرْأَةِ مَا يُجَهِّزُ بِهِ مِثْلَهَا، وَالْبَاقِي لِلزَّوْجِ مَعَ يَمِينِهِ لِأَنَّ

الظَّاهِرَ أَنَّ الْمَرْأَةَ تَأْتِي بِالْجِهَازِ وَهَذَا أَقْوَى فَيَبْطُلُ بِهِ ظَاهِرُ يَدِ الزَّوْجِ، ثُمَّ هِيَ الْبَاقِي لَا مُعَارِضَ لظَّاهِرٍ فَيُعْتَبَرُ (وَالطَّلَاقُ وَالْمَوْتُ سَوَاءٌ) لِقِيَامِ الْوَرَثَةِ مَقَامَ مَوْرَثِهِمْ (وَقَالَ مُحَمَّدٌ: وَمَا كَانَ لِلرِّجَالِ فَهُوَ لِلرَّجُلِ، وَمَا كَانَ لِلنِّسَاءِ فَهُوَ لِلْمَرْأَةِ، وَمَا يَكُونُ لَهُمَا فَهُوَ لِلرَّجُلِ

أَوْ لَوْرَثْتِهِ) لَمَّا قُلْنَا لِأَبِي حَنِيفَةَ (وَالطَّلَاقُ وَالْمَوْتُ سَوَاءٌ) لِقِيَامِ الْوَارِثِ مَقَامَ الْمَوْرَثِ (وَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا مَمْلُوكًا فَالْمَتَاعُ لِلْحُرِّ فِي حَالَةِ الْحَيَاةِ) لِأَنَّ يَدَ الْحُرِّ أَقْوَى (وَاللَّحْيَ بَعْدَ الْمَمَاتِ) لِأَنَّهُ لَا يَدَ لِلْمَيِّتِ فَخَلَّتْ يَدُ الْحَيِّ عَنِ الْمَعَارِضِ (وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَقَالَا: الْعَبْدُ الْمَأْذُونُ لَهُ فِي التَّجَارَةِ وَالْمَكَاتِبُ بِمَنْزِلَةِ الْحُرِّ) لِأَنَّ لَهُمَا يَدًا مُعْتَبَرَةً فِي الْخُصُومَاتِ.

الشرح:

(فَإِنْ مَاتَ أَحَدُهُمَا وَاخْتَلَفَ وَرَثَتُهُ مَعَ الْآخَرِ فَمَا يَصْلُحُ لَهُمَا فَهُوَ لِلْبَاقِي مِنْهُمَا) أَيُّهُمَا كَانَ (لِأَنَّ يَدَ الْحَيِّ دُونَ الْمَيِّتِ، وَهَذَا الَّذِي ذَكَرْتَاهُ) يَعْنِي مِنْ حَيْثُ الْجُمْلَةُ لَا التَّفْصِيلُ (قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ) لِأَنَّ الْمَذْكُورَ مِنْ حَيْثُ التَّفْصِيلُ لَيْسَ بِقَوْلِهِ خَاصَّةً، فَإِنْ كَوْنُ مَا يَصْلُحُ لِلرِّجَالِ فَهُوَ لِلرِّجُلِ وَمَا يَصْلُحُ لِلنِّسَاءِ فَهُوَ لِلْمَرْأَةِ بِالْإِجْمَاعِ فَلَا اخْتِصَاصَ لَهُ بِذَلِكَ، وَعَلَى هَذَا قَوْلُهُ (وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: يُدْفَعُ إِلَى الْمَرْأَةِ مَا يُجَهَّزُ بِهِ مِثْلُهَا) مَعْنَاهُ مِمَّا يَصْلُحُ لَهَا (وَالْبَاقِي لِلزَّوْجِ مَعَ يَمِينِهِ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ الْمَرْأَةَ تَأْتِي بِالْجِهَازِ وَهَذَا) ظَاهِرٌ (أَقْوَى) لِحَرَيَّانِ الْعَادَةِ بِذَلِكَ فَيَبْطُلُ بِهِ ظَاهِرُ الزَّوْجِ، وَأَمَّا فِي الْبَاقِي فَلَا مُعَارِضَ لظَاهِرِهِ فَكَانَ مُعْتَبَرًا (وَالطَّلَاقُ وَالْمَوْتُ سَوَاءٌ لِقِيَامِ الْوَرَثَةِ مَقَامَ مُوْرَثَتِهِمْ).

وَقَالَ مُحَمَّدٌ: مَا كَانَ لِلرِّجَالِ فَهُوَ لِلرِّجُلِ؛ وَمَا كَانَ لِلنِّسَاءِ فَهُوَ لِلْمَرْأَةِ، وَمَا يَصْلُحُ لَهُمَا فَهُوَ لِلرِّجُلِ إِنْ كَانَ حَيًّا أَوْ لَوْرَثْتِهِ) إِنْ كَانَ مَيِّتًا (لَمَّا قُلْنَا لِأَبِي حَنِيفَةَ) مِنْ الدَّلِيلِ وَهُوَ أَنَّ الْمَرْأَةَ وَمَا فِي يَدِهَا فِي يَدِ الزَّوْجِ لِصَاحِبِ الْيَدِ، وَهَذَا بِالنِّسْبَةِ إِلَى الْحَيَاةِ، وَأَمَّا بِالنِّسْبَةِ إِلَى الْمَمَاتِ فَقَوْلُهُ (وَالطَّلَاقُ وَالْمَوْتُ سَوَاءٌ لِقِيَامِ الْوَارِثِ مَقَامَ الْمَوْرَثِ، وَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا مَمْلُوكًا فَالْمَتَاعُ لِلْحُرِّ فِي حَالِ الْحَيَاةِ لِأَنَّ الْحُرَّ أَقْوَى) لِكُونِ يَدِ نَفْسِهِ مِنْ وَجْهِهِ وَيَدَ الْمَمْلُوكِ لغيرِهِ مِنْ وَجْهِهِ وَهُوَ الْمَوْلَى وَالْأَقْوَى أَوَّلَى.

وَلِهَذَا قُلْنَا فِي الْحَرَّتَيْنِ: فَمَا يَصْلُحُ لِلرِّجَالِ فَهُوَ لِلرِّجُلِ لِقُوَّةِ يَدِهِ فِيهِ، وَمَا يَصْلُحُ لِلنِّسَاءِ فَهُوَ لِلْمَرْأَةِ لِذَلِكَ (وَاللَّحْيَ) مِنْهُمَا (بَعْدَ الْمَمَاتِ) حُرًّا كَانَ أَوْ مَمْلُوكًا، هَكَذَا وَقَعَ فِي عَامَّةِ نُسُخِ شُرُوحِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ.

وَقَالَ الْإِمَامُ فَخْرُ الْإِسْلَامِ وَشَمْسُ الْأُئِمَّةِ وَلِلْحُرِّ بَعْدَ الْمَمَاتِ، ثُمَّ قَالَ شَمْسُ الْأُئِمَّةِ: وَقَعَ فِي بَعْضِ النُّسخِ لِلْحَيِّ مِنْهُمَا وَهُوَ سَهْوٌ، وَالْمُصَنِّفُ اخْتَارَ اخْتِيَارَ الْعَامَّةِ،

وَاسْتَدَلَ بِقَوْلِهِ (لَأَنَّهُ لَا يَدَ لِلْمَيْتِ فَخَلَّتْ يَدُ الْحَيِّ عَنِ الْمَعَارِضِ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: الْعَبْدُ الْمَأْدُونُ لَهُ فِي التَّجَارَةِ وَالْمُكَاتَّبُ بِمَنْزِلَةِ الْحُرِّ لِأَنَّ لُهُمَا يَدًا مُعْتَبَرَةً فِي الْخُصُومَاتِ) وَلِهَذَا لَوْ اخْتَصِمَ الْحُرُّ وَالْمُكَاتَّبُ فِي شَيْءٍ فِي أَيْدِيهِمَا قُضِيَ بِهِ بَيْنَهُمَا لَا سِتَوَائِهِمَا فِي الْيَدِ، وَلَوْ كَانَ فِي يَدِ ثَالِثٍ وَأَقَامَا الْبَيِّنَةَ اسْتَوَيَا فِيهِ، فَكَمَا لَا يَتَرَجَّحُ الْحُرُّ بِالْحُرِّيَّةِ فِي سَائِرِ الْخُصُومَاتِ فَكَذَلِكَ فِي مَتَاعِ الْبَيْتِ. وَالْجَوَابُ أَنَّ الْيَدَ عَلَى مَتَاعِ الْبَيْتِ بِاعْتِبَارِ السُّكْنَى فِيهِ وَالْحُرُّ فِي السُّكْنَى أَصْلٌ دُونَ الْمَمْلُوكِ فَلَا تَعَارُضَ بَيْنَهُمَا.

فصل فيمن لا يكون خصمًا

(وَأَنَّ قَالَ الْمُدْعَى عَلَيْهِ هَذَا الشَّيْءُ أَوْدَعْنِيهِ فَلَانَ الْغَائِبُ أَوْ رَهْنَهُ عِنْدِي أَوْ غَصْبُهُ مِنْهُ وَأَقَامَ بَيِّنَةً عَلَى ذَلِكَ فَلَا خُصُومَةَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْمُدْعَى) وَكَذَا إِذَا قَالَ: أَجْرَنِيهِ وَأَقَامَ الْبَيِّنَةَ لِأَنَّهُ أَثْبَتَ بَيِّنَتَهُ أَنَّ يَدَهُ لَيْسَتْ بِيَدِ خُصُومَةٍ. وَقَالَ ابْنُ شُبْرُمَةَ: لَا تَنْدَفَعُ الْخُصُومَةُ لِأَنَّهُ تَعَذَّرَ إِبْثَاتُ الْمَلِكِ لِلْغَائِبِ لَعَدَمِ الْخَصَمِ عَنْهُ وَدَفْعِ الْخُصُومَةِ بِنَاءً عَلَيْهِ.

فُلْنَا: مُقْتَضَى الْبَيِّنَةِ شَيْئَانِ ثُبُوتُ الْمَلِكِ لِلْغَائِبِ وَلَا خَصَمَ فِيهِ فَلَمْ يَثْبُتْ، وَدَفْعُ خُصُومَةِ الْمُدْعَى وَهُوَ خَصَمٌ فِيهِ فَيَثْبُتُ وَهُوَ كَالْوَكِيلِ بِنَقْلِ الْمَرَاةِ وَإِقَامَتِهَا الْبَيِّنَةَ عَلَى الطَّلَاقِ كَمَا بَيَّنَّاهُ مِنْ قَبْلُ، وَلَا تَنْدَفَعُ بِدُونِ إِقَامَةِ الْبَيِّنَةِ كَمَا قَالَهُ ابْنُ أَبِي لَيْلَى لِأَنَّهُ صَارَ خَصَمًا بِظَاهِرِ يَدِهِ، فَهُوَ بِإِقْرَارِهِ يُرِيدُ أَنْ يُحَوَّلَ حَقًّا مُسْتَحَقًّا عَلَى نَفْسِهِ فَلَا يَصْدُقُ إِلَّا بِالْحُجَّةِ، كَمَا إِذَا ادَّعَى تَحَوُّلَ الدَّيْنِ مِنْ ذِمَّتِهِ إِلَى ذِمَّةٍ غَيْرِهِ.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ: إِنْ كَانَ الرَّجُلُ صَالِحًا فَالْجَوَابُ كَمَا قُلْنَا، وَإِنْ كَانَ مَعْرُوفًا بِالْحَيْلِ لَا تَنْدَفَعُ عَنْهُ الْخُصُومَةُ لِأَنَّ الْمُحْتَالَ مِنَ النَّاسِ قَدْ يَدْفَعُ مَالَهُ إِلَى مُسَافِرٍ يُودِعُهُ إِيَّاهُ وَيَشْهَدُ عَلَيْهِ الشُّهُودُ فَيَحْتَالُ لِإِبْطَالِ حَقِّ غَيْرِهِ، فَإِذَا أَتَاهُمُ الْقَاضِي بِهِ لَا يَقْبَلُهُ.

(وَلَوْ قَالَ الشُّهُودُ: أَوْدَعَهُ رَجُلٌ لَا نَعْرِفُهُ لَا تَنْدَفَعُ عَنْهُ الْخُصُومَةُ) لِاحْتِمَالِ أَنْ يَكُونَ الْمَوْدَعُ هُوَ هَذَا الْمُدْعَى، وَلِأَنَّهُ مَا أَحَالَهُ إِلَى مُعَيَّنٍ يُمَكِّنُ لِلْمُدْعَى اتِّبَاعَهُ، فَلَوْ انْدَفَعَتْ لِتَضَرُّرٍ بِهِ الْمُدْعَى، وَلَوْ قَالُوا نَعْرِفُهُ بِوَجْهِهِ وَلَا نَعْرِفُهُ بِاسْمِهِ وَنَسَبِهِ فَكَذَلِكَ الْجَوَابُ عِنْدَ مُحَمَّدٍ لِلْوَجْهِ الثَّانِي، وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ تَنْدَفَعُ لِأَنَّهُ أَثْبَتَ بَيِّنَتَهُ أَنَّ الْعَيْنَ وَصَلَ إِلَيْهِ مِنْ جِهَةٍ غَيْرِهِ حَيْثُ عَرَفَهُ الشُّهُودُ بِوَجْهِهِ، بِخِلَافِ الْفَصْلِ الْأَوَّلِ فَلَمْ تَكُنْ يَدُهُ يَدَ خُصُومَةٍ وَهُوَ الْمَقْصُودُ، وَالْمُدْعَى هُوَ الَّذِي أَضَرَّ بِنَفْسِهِ حَيْثُ نَسِيَ خَصَمَهُ أَوْ أَضَرَّهُ شُهُودُهُ، وَهَذِهِ

المسألة الخامسة كتاب الدعوى وقد ذكرنا الأقوال الخمسة.

الشرح:

(فصل فيمن لا يكون خصماً): آخر ذكر من لا يكون خصماً ممن يكون خصماً لأن معرفة الملكات قبل معرفة الأعدام. فإن قيل: الفصل مشتمل على ذكر من يكون خصماً أيضاً، قلت: نعم من حيث الفرق لا من حيث القصد الأصلي. قال (وإن قال المدعى عليه هذا الشيء أودعني إلخ) إذا ادعى عينا في يد رجل أنها ملكة فقال المدعى عليه هذا الشيء أودعني فلان الغائب أو رهته عندي أو غصبته منه أو أجرني أو أعارني وأقام على ذلك بينة فلا خصومة بينه وبين المدعي.

وقال ابن شبرمة: لا تندفع وإن أقامها.

وقال ابن أبي ليلى: تندفع بمجرد الإقرار.

وقال أبو يوسف: إن كان الرجل صالحاً فالجواب كما قلنا من دفع الخصومة وإن كان محتالاً فكما قال ابن شبرمة: ثم إذا شهد الشهود فيما أن يقولوا أودعته فلان يعرفونه باسمه ونسبه، أو رجل مجهول لا تعرفه، أو رجل تعرفه بوجهه ولا تعرفه باسمه ونسبه، ففي الفصل الأول تقبل شهادتهم، وفي الثاني لا تقبل بالاتفاق، والثالث كالثاني عند محمد وكالأول عند أبي حنيفة، وهذه خمسة أقوال فلهذا لُقبَت المسألة بمخمسة كتاب الدعوى، وقيل لُقبَت بذلك للوجوه الخمسة المذكورة آنفاً.

وجه ظاهر الرواية وهو المذكور أولاً أن المدعى عليه أثبت بينة أن يده ليست يد خصومة، وكل من كان كذلك فهو ليس بخصم.

وجه قول ابن شبرمة أنه أثبت بينة الملك للغائب، وإثبات الملك للغائب بدون خصم متعذر إذ ليس لأحد ولاية إدخال شيء في ملك غيره بغير رضاه، ودفع الخصومة بناء على إثبات الملك والبناء على المتعذر متعذر.

والجواب أن مقتضى هذه البينة شيان: ثبوت الملك للغائب ولا خصم فيه فلا يثبت، ودفع الخصومة عن نفسه وهو خصم فيه؛ وبناء الثاني على الأول ممنوع لا تفكاكه عنه كالوكيل بنقل المرأة إلى زوجها إذا أقامت البينة على الطلاق فإنها تقبل لقصر يد الوكيل عنها ولم يحكمم بوقوع الطلاق ما لم يحضر الغائب كما مر.

وَلَكِنْ سَلَمْنَا الْبِنَاءَ لَكِنْ مَقْصُودُ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ بِإِقَامَةِ الْبَيِّنَةِ لَيْسَ إِبْتِثَ الْمَلِكُ لِلْغَائِبِ
إِنَّمَا مَقْصُودُهُ إِبْتِثَ أَنْ يَدَهُ يَدُ حِفْظٍ لَا يَدُ خُصُومَةٍ فَيَكُونُ ذَلِكَ ضَمْنِيًّا وَلَا مُعْتَبَرًا بِهِ.
وَوَجْهُ قَوْلِ ابْنِ أَبِي لَيْلَى إِنَّ ذَا الْيَدِ أَقْرَبُ بِالْمَلِكِ لَعْيَرِهِ وَالْإِقْرَارُ يُوجِبُ الْحَقَّ لِنَفْسِهِ فَتَيَيَّنَ
أَنْ يَدَهُ يَدُ حِفْظٍ فَلَا حَاجَةَ إِلَى الْبَيِّنَةِ.

وَالْجَوَابُ أَنَّهُ صَارَ خَصْمًا بظَاهِرِ يَدِهِ وَبِإِقْرَارِهِ، يُرِيدُ أَنْ يُحَوِّلَ حَقًّا مُسْتَحَقًّا عَلَى
نَفْسِهِ فَهُوَ مُتَّهَمٌ فِي إِقْرَارِهِ فَلَا يُصَدَّقُ إِلَّا بِحُجَّةٍ، كَمَا إِذَا ادَّعَى تَحَوُّلَ الدِّينِ.
مِنْ ذِمَّتِهِ إِلَى ذِمَّةِ غَيْرِهِ بِالْحَوَالَةِ فَإِنَّهُ لَا يُصَدَّقُ إِلَّا بِحُجَّةٍ لَا يُقَالُ: يَلْزَمُ إِبْتِثَ
إِقْرَارِ نَفْسِهِ بَيِّنَتِهِ. وَهُوَ غَيْرُ مَعْهُودٍ فِي الشَّرْعِ لِأَنَّهَا لِإِبْتِثَ الْيَدِ الْحَافِظَةِ الَّتِي أُنْكَرَهَا
الْمُدَّعَى لَا لِإِبْتِثَ الْإِقْرَارِ.

وَوَجْهُ قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ أَنَّ الْمُحْتَالَ مِنَ النَّاسِ قَدْ يَدْفَعُ مَا أَخَذَ مِنَ النَّاسِ سِرًّا إِلَى
مُسَافِرٍ يُودِعُهُ إِيَّاهُ وَيَشْهَدُ عَلَيْهِ الشُّهُودُ عِلَاقِيَّةً فَيَحْتَالُ لِإِبْطَالِ حَقِّ غَيْرِهِ، فَإِذَا أَتَتْهُمُ
الْقَاضِي بِهِ لَا يَقْبَلُهَا، وَأَمَّا وَجْهُ الْفَصْلِ الْأَوَّلِ فَلَأَنَّهُ شَهَادَةٌ قَامَتْ بِمَعْلُومٍ لِمَعْلُومٍ عَلَى
مَعْلُومٍ فَوَجِبَ قَبُولُهَا.

وَأَمَّا الْفَصْلُ الثَّانِي فَلَهُ وَجْهَانِ: أَحَدُهُمَا اخْتِمَالُ أَنْ يَكُونَ الْمُدَّعَى هُوَ هَذَا الْمُدَّعَى
حَيْثُ لَمْ يَعْرِفُوهُ. وَالثَّانِي: أَنَّهُ مَا أَحَالَهُ إِلَى مُعَيَّنٍ يُمَكِّنُ لِلْمُدَّعَى اتِّبَاعَهُ، فَلَوْ ائْتَفَعَتْ
الْخُصُومَةُ تَضَرَّرَ الْمُدَّعَى. وَأَمَّا الْفَصْلُ الثَّلَاثُ فَوَجْهُ قَوْلِ مُحَمَّدٍ فِيهِ هَذَا الْوَجْهُ الثَّانِي،
وَهُوَ قَوْلُهُ مَا أَحَالَهُ إِلَى مُعَيَّنٍ إِلَى آخِرِهِ، فَصَارَ بِمَنْزِلَةِ مَا لَوْ قَالَ أَوْدَعَهُ رَجُلٌ لَا نَعْرِفُهُ،
وَهَذَا لِأَنَّ الْمَعْرِفَةَ بِالْوَجْهِ لَيْسَتْ بِمَعْرِفَةٍ عَلَى مَا رَوَى عَنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ «أَنَّهُ قَالَ
لِرَجُلٍ: أَتَعْرِفُ فُلَانًا؟ قَالَ: نَعَمْ، فَقَالَ: هَلْ تَعْرِفُ اسْمَهُ وَكِسْبَهُ؟ فَقَالَ: لَا، فَقَالَ: إِذَا
لَا تَعْرِفُهُ» وَوَجْهُ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ أَثْبَتَ بَيِّنَةً أَنَّ الْعَيْنَ وَصَلَتْ إِلَيْهِ مِنْ
جَهَةٍ غَيْرِهِ حَيْثُ عَرَفَ الشُّهُودُ بِوَجْهِهِ لِلْعِلْمِ بِتَيَقُّنٍ حِينَئِذٍ أَنَّ الْمُدَّعَى غَيْرُ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ،
فَإِذَا الشَّهَادَةُ تُفِيدُ أَنَّ يَدَهُ لَيْسَتْ يَدَ الْخُصُومَةِ وَهُوَ الْمَقْصُودُ، وَالْحَدِيثُ يَدُلُّ عَلَى نَفْيِ
الْمَعْرِفَةِ التَّامَّةِ وَلَيْسَ عَلَى ذِي الْيَدِ تَعْرِيفُ خَصْمِ الْمُدَّعَى تَعْرِيفًا تَامًا إِنَّمَا عَلَيْهِ أَنْ يُثْبِتَ
أَنَّهُ لَيْسَ بِخَصْمٍ وَقَدْ أَثْبَتَ (قَوْلُهُ وَالْمُدَّعَى هُوَ الَّذِي أَضَرَّ بِنَفْسِهِ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِ
مُحَمَّدٍ: لَوْ ائْتَفَعَتْ الْخُصُومَةُ لَتَضَرَّرَ الْمُدَّعَى.

وَوَجْهُهُ أَنَّ الضَّرَرَ اللاحِقَ بِالْمُدَّعِي إِمَّا لِحَقِّهِ مِنْ نَفْسِهِ (حَيْثُ نَسِيَ خَصْمَهُ) أَوْ مِنْ جِهَةِ شُهُودِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ وَذَلِكَ لَا يَلْزَمُهُ، وَهَذَا الْاِخْتِلَافُ إِمَّا يَكُونُ إِذَا كَانَتْ الْعَيْنُ قَائِمَةً فِي يَدِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ، وَإِلَيْهِ أَشَارَ بِقَوْلِهِ هَذَا الشَّيْءُ أَوْدَعْنِيهِ، فَإِنَّ الْإِشَارَةَ الْحَسِيَّةَ لَا تَكُونُ إِلَّا إِلَى مَوْجُودٍ فِي الْخَارِجِ، وَأَمَّا إِذَا هَلَكَتْ فَلَا تُنْدَفَعُ الْخُصُومَةُ وَإِنْ أَقَامَا الْبَيِّنَةَ لَأَنَّهَا إِذَا كَانَتْ قَائِمَةً فَلَوْ يَدُ يَنْتَصِبُ خَصْمًا بَظَاهِرِ الْيَدِ لِأَنَّهُ دَلِيلُ الْمَلِكِ إِلَّا أَنَّهُ يَحْتَمِلُ غَيْرَهُ فَتُنْدَفَعُ عَنْهُ الْخُصُومَةُ بِالْحُجَّةِ الدَّالَّةِ عَلَى الْمُحْتَمَلِ، وَأَمَّا إِذَا هَلَكَتْ فَالدَّعْوَى تَقَعُ فِي الدَّيْنِ وَمَحَلُّهُ الذِّمَّةُ، فَالْمُدَّعَى عَلَيْهِ يَنْتَصِبُ خَصْمًا لِلْمُدَّعَى بِذِمَّتِهِ وَبِمَا أَقَامَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ مِنَ الْبَيِّنَةِ عَلَى أَنَّ الْعَيْنَ كَانَتْ فِي يَدِهِ وَدِيْعَةٌ لَا يَتَبَيَّنُ أَنَّ ذِمَّتَهُ كَانَتْ لغيرِهِ فَلَا تَتَحَوَّلُ عَنْهُ الْخُصُومَةُ.

(وَأِنْ قَالَ: ابْتَعْتُهُ مِنَ الْغَائِبِ فَهُوَ خَصْمٌ) لِأَنَّهُ لَمَّا زَعَمَ أَنَّ يَدَهُ يَدُ مَلِكٍ اعْتَرَفَ بِكَوْنِهِ خَصْمًا (وَأِنْ قَالَ الْمُدَّعَى: غَصَبْتُهُ مِنِّي أَوْ سَرَقْتَهُ مِنِّي لَا تُنْدَفَعُ الْخُصُومَةُ وَإِنْ أَقَامَ ذُو الْيَدِ الْبَيِّنَةَ عَلَى الْوَدِيعَةِ) لِأَنَّهُ إِنَّمَا صَارَ خَصْمًا بِدَعْوَى الْفِعْلِ عَلَيْهِ لَا بِيَدِهِ، بِخِلَافِ دَعْوَى الْمَلِكِ الْمُطْلَقِ لِأَنَّهُ خَصْمٌ فِيهِ بِاعْتِبَارِ يَدِهِ حَتَّى لَا يَصِحَّ دَعْوَاهُ عَلَى غَيْرِ ذِي الْيَدِ وَيَصِحَّ دَعْوَى الْفِعْلِ.

الشرح:

قَالَ: (إِنْ قَالَ ابْتَعْتُهُ مِنَ الْغَائِبِ فَهُوَ خَصْمٌ إلخ) وَإِذَا قَالَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ اشْتَرَيْتَهُ مِنْ فُلَانٍ الْغَائِبِ فَهُوَ خَصْمٌ لِأَنَّهُ لَمَّا زَعَمَ أَنَّ يَدَهُ يَدُ مَلِكٍ اعْتَرَفَ بِكَوْنِهِ خَصْمًا، وَإِنْ قَالَ الْمُدَّعَى غَصَبْتُ هَذَا الْعَيْنَ مِنِّي أَوْ سَرَقْتَهُ مِنِّي وَأَقَامَ ذُو الْيَدِ الْبَيِّنَةَ عَلَى الْوَدِيعَةِ لَا تُنْدَفَعُ الْخُصُومَةُ لِأَنَّهُ صَارَ خَصْمًا بِدَعْوَى الْفِعْلِ عَلَيْهِ وَهَذَا صَحَّتْ الدَّعْوَى عَلَى غَيْرِ ذِي الْيَدِ، وَفِعْلُهُ لَا يَتَرَدَّدُ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ لَهُ وَلِغَيْرِهِ حَتَّى يُقَالَ: إِنَّهُ أَثْبَتَ بِالْبَيِّنَةِ أَنَّ فِعْلَهُ فِعْلُ غَيْرِهِ بَلْ فِعْلُهُ مَقْصُورٌ عَلَيْهِ، بِخِلَافِ دَعْوَى الْمَلِكِ الْمُطْلَقِ فَإِنَّ ذَا الْيَدِ فِيهِ خَصْمٌ مِنْ حَيْثُ ظَاهِرُ الْيَدِ وَهَذَا لَا تَصِحُّ الدَّعْوَى عَلَى غَيْرِ ذِي الْيَدِ، وَيَدُهُ مُتَرَدِّدَةٌ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ لَهُ فَيَكُونُ خَصْمًا وَيَبَيَّنُ أَنْ يَكُونَ لغيرِهِ فَلَا يَكُونُ خَصْمًا. وَبِإِقَامَةِ الْبَيِّنَةِ أَثْبَتَ أَنَّ يَدَهُ لغيرِهِ فَلَا يَكُونُ خَصْمًا.

(وَأِنْ قَالَ الْمُدَّعَى: سَرَقَ مِنِّي وَقَالَ صَاحِبُ الْيَدِ: أَوْدَعْنِيهِ فُلَانٌ وَأَقَامَ الْبَيِّنَةَ لَمْ

تَنْدَفِعُ الْخُصُومَةُ) وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ وَهُوَ اسْتِحْسَانٌ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ: تَنْدَفِعُ لِأَنَّهُ لَمْ يَدْعِ الْفِعْلَ عَلَيْهِ فَصَارَ كَمَا إِذَا قَالَ: غَضِبَ مِنِّي عَلَى مَا لَمْ يُسَمَّ فَاعِلُهُ. وَلَهُمَا أَنْ ذَكَرَ الْفِعْلَ يَسْتَدْعِي الْفَاعِلَ لَا مُحَالَتهُ، وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ هُوَ الَّذِي فِي يَدِهِ إِلَّا أَنَّهُ لَمْ يُعَيِّنْهُ دَرَأً لِلْحَدِّ شَفَقَةً عَلَيْهِ وَإِقَامَةً لِحِسْبَةِ السَّرِّ فَصَارَ كَمَا إِذَا قَالَ: سَرَقْتَ، بِخِلَافِهِ الْغَضَبِ لِأَنَّهُ لَا حَدَّ فِيهِ فَلَا يُحْتَزُّ عَنْ كَشْفِهِ.

الشرح:

وإن قال المدعي سرق مني وأقام ذو اليد البيّنة على أن فلانا أودعه لم تندفع الخصومة عند أبي حنيفة وأبي يوسف وهو استحسان. وقال محمد: تندفع لأنه لم يدع الفعل عليه فصار كما لو قال غصب مني على ما لم يسم فاعله، ولهما أن ذكر الفعل يستدعي الفعل البتة، والظاهر أنه هو الذي في يده إلا أنه لم يعينه درأً للحد عنه شفقة عليه. فإن قيل: إذا لم تندفع الخصومة فربما يقضى بالعين عليه وفي ذلك جعله سارقاً فما وجه الدرء حينئذ؟ أجيب بأن وجهه أنه إذا جعل خصماً وقضى عليه بتسليم العين إلى المدعي إن ظهر سرقته بعد ذلك ييقن لم تقطع يده لظهور سرقته بعد وصول المسروق إلى المالك، ولو لم يجعله سارقاً اندفع الخصومة عنه ولم يقض بالعين للمدعي، فمتى ظهرت سرقته بعد ذلك ييقن قطعت يده لظهورها قبل أن تصل العين إلى المالك، فكان في جعله سارقاً احتيالا للدرء، بخلاف ما إذا قال غصبت لأنه لا حد فيه فلا يحترز في كشفه.

(وإن قال المدعي: ابتعته من فلان وقال صاحب اليد: أودعني فلان ذلك أسقطت الخصومة بغير بيّنة) لأنهما توافقا على أن أصل المالك فيه لغيره فيكون وصولها إلى ذي اليد من جهته فلم تكن يده يد خصومة إلا أن يقيم البيّنة أن فلانا وكله بقبضه لأنه أثبت ببيّنته كونه أحق بإمساكها، والله أعلم.

الشرح:

وإن قال المدعي ابتعته من فلان وصاحب اليد قال أودعني فلان ذلك أسقطت الخصومة من غير بيّنة لتوافقهما على أن أصل المالك فيه لغيره فيكون وصوله إلى ذي اليد من جهته فلم تكن يده يد خصومة إلا أن يقيم المدعي البيّنة أن فلانا وكله بقبضه لأنه

أُثْبِتَ بَيِّنَتُهُ أَنَّهُ أَحَقُّ بِإِمْسَاكِهِ.

بَابُ مَا يَدَّعِيهِ الرَّجُلَانِ

قَالَ (وَإِذَا ادَّعَى اثْنَانِ عَيْنًا فِي يَدٍ آخَرَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَزْعُمُ أَنَّهَا لَهُ وَأَقَامَا الْبَيِّنَةَ بَهَا بَيْنَهُمَا) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ فِي قَوْلٍ: تَهَاوَرْتَا، وَفِي قَوْلٍ يُقَرَعُ بَيْنَهُمَا؛ لِأَنَّهُ إِحْدَى الْبَيِّنَتَيْنِ كَاذِبَةٌ بَيِّقِينَ لَاسْتِحَالَةِ اجْتِمَاعِ الْمَلَائِكَةِ فِي الْكُلِّ فِي حَالَةٍ وَاحِدَةٍ وَقَدْ تَعَذَّرَ التَّمْيِيزُ فَيَتَهَاوَرَّانِ أَوْ يُصَارُ إِلَى الْقُرْعَةِ «لِأَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَقْرَعَ فِيهِ وَقَالَ: اللَّهُمَّ أَنْتَ الْحَكَمُ بَيْنَهُمَا»^(١) وَلَنَا حَدِيثُ تَمِيمِ بْنِ طَرْفَةَ «أَنَّ رَجُلَيْنِ اخْتَصَمَا إِلَى رَسُولِ اللَّهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ فِي نَاقَةٍ وَأَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الْبَيِّنَةَ فَقَضَى بَهَا بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ». وَحَدِيثُ الْقُرْعَةِ كَانَ فِي الْإِبْتِدَاءِ ثُمَّ نُسِخَ، وَلِأَنَّ الْمُطْلَقَ لِلشَّهَادَةِ فِي حَقِّ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُحْتَمَلُ الْوُجُودِ بَلْ يِعْتَمِدُ أَحَدُهُمَا سَبَبَ الْمَلِكِ وَالْآخَرُ الْيَدَ فَصَحَّتِ الشَّهَادَتَانِ فَيَحِبُّ الْعَمَلُ بِهِمَا مَا أَمَكَنَ، وَقَدْ أَمَكَنَ بِالتَّنْصِيفِ إِذَا الْمَحِلُّ يَقْبَلُهُ، وَإِنَّمَا يُنْصَفُ لَاسْتِوَائِهِمَا فِي سَبَبِ الْإِسْتِحْقَاقِ.

الشرح:

(بَابُ مَا يَدَّعِيهِ الرَّجُلَانِ): لَمَّا فَرَّغَ مِنْ ذِكْرِ حُكْمِ الْوَاحِدِ مِنَ الْمُدَّعِيَيْنِ شَرَعَ فِي بَيَانِ حُكْمِ الْاِثْنَيْنِ لِأَنَّ الْوَاحِدَ قَبْلَ الْاِثْنَيْنِ (قَالَ: وَإِنْ ادَّعَى اِثْنَانِ عَيْنًا فِي يَدٍ ثَالِثٍ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَزْعُمُ أَنَّهَا لَهُ وَأَقَامَا الْبَيِّنَةَ عَلَى ذَلِكَ قُضِيَ بَهَا بَيْنَهُمَا. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ فِي قَوْلٍ: تَهَاوَرْتَا) أَيْ تَسَاقَطْنَا مِنَ الْهَتْرِ بِكَسْرِ الْهَاءِ وَهُوَ السَّقَطُ مِنَ الْكَلَامِ وَالْخَطَأُ فِيهِ (وَفِي قَوْلٍ: يُقَرَعُ بَيْنَهُمَا لِأَنَّ إِحْدَى الْبَيِّنَتَيْنِ كَاذِبَةٌ بَيِّقِينَ لَاسْتِحَالَةِ اجْتِمَاعِ الْمَلَائِكَةِ فِي كُلِّ الْعَيْنِ وَفِي حَالَةٍ وَاحِدَةٍ) وَالتَّمْيِيزُ مُتَعَذَّرٌ فَيَمْتَنِعُ الْعَمَلُ بِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا، أَوْ يُصَارُ إِلَى الْقُرْعَةِ لِأَنَّهُ ﷺ أَقْرَعَ فِيهِ.

وَرَوَى سَعِيدُ بْنُ الْمُسَيَّبِ «أَنَّ رَجُلَيْنِ تَنَازَعَا فِي أَمَةٍ بَيْنَ يَدَيْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَأَقَامَا الْبَيِّنَةَ، فَأَقْرَعَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بَيْنَهُمَا فَقَالَ: اللَّهُمَّ إِنَّكَ تَقْضِي بَيْنَ عِبَادِكَ بِالْحَقِّ، ثُمَّ قُضِيَ بَهَا لِمَنْ خَرَجَتْ قُرْعَتُهُ» وَلَنَا حَدِيثُ تَمِيمِ بْنِ طَرْفَةَ الطَّائِي «أَنَّ رَجُلَيْنِ تَنَازَعَا فِي عَيْنٍ بَيْنَ يَدَيْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَأَقَامَا الْبَيِّنَةَ فَقَضَى بِهِ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ»

(١) أخرجه الطبراني في الأوسط كما في الجمع (٤/٢٠٣)، وانظر نصب الراية (٤/٢٣٦).

وَعَنْ أَبِي الدَّرْدَاءِ رضي الله عنه «أَنَّ رَجُلَيْنِ اخْتَصَمَا بَيْنَ يَدَيِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فِي شَيْءٍ وَأَقَامَا الْبَيِّنَةَ فَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: مَا أَحْجَوَكُمَا إِلَى سِلْسِلَةِ كَيْسَلِيَّةِ بَنِي إِسْرَائِيلَ، كَانَ دَاوُدُ عَلَيْهِ السَّلَامُ إِذَا جَلَسَ لِفَصْلِ الْقَضَاءِ نَزَلَتْ سِلْسِلَةٌ مِنَ السَّمَاءِ بِعُنُقِ الظَّالِمِ، ثُمَّ قَضَى بِهِ رَسُولُنَا عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ بَيْنَهُمَا نَصْفَيْنِ» وَالْجَوَابُ عَنْ حَدِيثِ الْقُرْعَةِ أَنَّهُ كَانَ فِي الْإِبْتِدَاءِ وَقْتُ إِبَاحَةِ الْقِمَارِ ثُمَّ انْتَسَخَ بِحُرْمَةِ الْقِمَارِ، لِأَنَّهُ تَعَيَّنَ الْمُسْتَحَقُّ بِمَنْزِلَةِ الْإِسْتِحْقَاقِ فِي إِيْجَابِ الْحَقِّ لِمَنْ خَرَجَتْ لَهُ، فَكَمَا أَنَّ تَغْلِيْقَ الْإِسْتِحْقَاقِ بِخُرُوجِ الْقُرْعَةِ قِمَارًا فَكَذَلِكَ تَعَيَّنَ الْمُسْتَحَقُّ.

وَلَا نُسَلِّمُ كَذِبَ أَحَدِهِمَا يَبْقَيْنِ لِأَنَّ الْمَطْلُقَ لِلشَّهَادَةِ فِي حَقِّ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُحْتَمَلُ الْوُجُودِ، فَإِنْ صَحَّحَ أَدَاءُ الشَّهَادَةِ لَا تَعْتَمِدُ وَجُودَ الْمَلِكِ حَقِيقَةً لِأَنَّ ذَلِكَ غَيْبٌ لَا يَطْلُعُ عَلَيْهِ الْعِبَادُ، فَحَازَ أَنْ يَكُونَ أَحَدُهُمَا اعْتَمَدَ سَبَبَ الْمَلِكِ بِأَنَّهُ رَأَاهُ يَشْتَرِي فَشَهِدَ عَلَى ذَلِكَ، وَالْآخَرُ اعْتَمَدَ الْيَدَ فَشَهِدَ عَلَى ذَلِكَ فَكَانَتْ الشَّهَادَتَانِ صَحِيحَتَيْنِ فَيَجِبُ الْعَمَلُ بِهِمَا مَا أَمَكْنِ، وَقَدْ أَمَكْنِ بِالتَّصْنِيفِ بَيْنَهُمَا لَكُونَ الْمَحَلِّ قَابِلًا وَتَسَاوِيَهُمَا فِي سَبَبِ الْإِسْتِحْقَاقِ.

قَالَ (فَإِنْ ادَّعَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نِكَاحَ امْرَأَةٍ وَأَقَامَا بَيِّنَةً لَمْ يَقْضَ بِوَاحِدَةٍ مِنَ الْبَيِّنَتَيْنِ) لِتَعَدُّرِ الْعَمَلِ بِهِمَا؛ لِأَنَّ الْمَحَلَّ لَا يَقْبَلُ الْإِسْتِرْكَاءَ.

قَالَ (وَيَرْجِعُ إِلَى تَصْدِيقِ الْمَرَأَةِ لِأَحَدِهِمَا) لِأَنَّ النِّكَاحَ مِمَّا يُحْكَمُ بِهِ بِتَصَادُقِ الزَّوْجَيْنِ، وَهَذَا إِذَا لَمْ تُؤَقَّتِ الْبَيِّنَتَانِ، فَأَمَّا إِذَا وَقَّتْ فَصَاحِبُ الْوَقْتِ الْأَوَّلِ أَوْلَى وَإِنْ أَقَرَّتْ لِأَحَدِهِمَا قَبْلَ إِقَامَةِ الْبَيِّنَةِ فَهِيَ امْرَأَتُهُ) لِتَصَادُقِهِمَا (وَإِنْ أَقَامَ الْآخَرُ الْبَيِّنَةَ قَضَى بِهَا) لِأَنَّ الْبَيِّنَةَ أَهْوَى مِنَ الْإِقْرَارِ وَلَوْ تَفَرَّدَ أَحَدُهُمَا بِالِدَّعْوَى وَالْمَرَأَةُ تَجِدُّ فَأَقَامَ الْبَيِّنَةَ وَقَضَى بِهَا الْقَاضِي لَهُ ثُمَّ ادَّعَى الْآخَرُ وَأَقَامَ الْبَيِّنَةَ عَلَى مِثْلِ ذَلِكَ لَا يُحْكَمُ بِهَا) لِأَنَّ الْقَضَاءَ الْأَوَّلَ قَدْ صَحَّ فَلَا يَنْقُضُ بِمَا هُوَ مِثْلُهُ بَلْ هُوَ دُونَهُ (إِلَّا أَنْ يُؤَقَّتْ شُهُودُ الثَّانِي سَابِقًا) لِأَنَّهُ ظَهَرَ الْخَطَأَ فِي الْأَوَّلِ بِبَيِّنَةٍ. وَكَذَا إِذَا كَانَتِ الْمَرَأَةُ فِي يَدِ الزَّوْجِ وَنِكَاحُهُ ظَاهِرًا لَا تُقْبَلُ بَيِّنَةُ الْخَارِجِ إِلَّا عَلَى وَجْهِ السَّبْقِ.

الشرح:

(قَالَ فَإِنْ ادَّعَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نِكَاحَ امْرَأَةٍ إلخ) دَعَاوَى نِكَاحَ الْمَرَأَةِ إِلَى رَجُلَيْنِ، إِمَّا أَنْ تَكُونَ مُتَعَاقِبَةً أَوْ لَا، فَإِنْ كَانَ الثَّانِي فَلَا بَيِّنَةَ لَهُمَا. فَالْمَرَأَةُ إِمَّا أَنْ تُعَدَّمَ

لأحدهما أو لا، فَإِنْ أَقَرَّتْ فَهِيَ امْرَأَتُهُ لَتَصَادُقَهُمَا، وَإِنْ لَمْ تُقَرَّ لَمْ يُقْضَ لَوَاحِدٍ، وَإِنْ كَانَ تَمَّ بَيِّنَةٌ فَمَنْ أَقَامَ الْبَيِّنَةَ فَهِيَ امْرَأَتُهُ وَإِنْ أَقَرَّتْ لغيره لَأَنَّ الْبَيِّنَةَ أَقْوَى مِنَ الْإِقْرَارِ، وَإِنْ أَقَامَاهَا، فَإِمَّا أَنْ تَكُونَ فِي بَيِّنَةٍ أَحَدَهُمَا أَوْ دَخَلَ بِهَا أَوْ لَا؟ فَإِنْ كَانَ ذَلِكَ فَهِيَ امْرَأَتُهُ، لَأَنَّ النُّقْلَ إِلَى بَيِّنَتِهِ أَوْ الدُّخُولَ بِهَا دَلِيلُ سَبْقِ تَارِيخِ عَقْدِهِ، إِلَّا أَنْ يُقِيمَ الْخَارِجُ بَيِّنَةً عَلَى سَبْقِ نِكَاحِهِ فَإِنَّهَا تُقْبَلُ، لَأَنَّ الصَّرِيحَ أَوْلَى مِنَ الدَّلَالَةِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ ذَلِكَ فَمَنْ أَثَبَتَ سَبْقَ التَّارِيخِ فَهِيَ امْرَأَتُهُ، لَأَنَّ الثَّابِتَ بِالْبَيِّنَةِ كَالثَّابِتِ عَيْنًا، وَإِنْ لَمْ يَذْكُرْ تَارِيخًا لَمْ يُقْضَ بِوَاحِدَةٍ مِنْهُمَا لَتَعْدُرَ الْعَمَلُ بِهِمَا لَعَدَمِ قَبُولِ الْمَحَلِّ لِلإِشْتِرَاكِ، وَيَرْجِعُ إِلَى تَصْدِيقِ الْمَرْأَةِ لِأَحَدِهِمَا، فَأَيُّهُمَا أَقَرَّتْ لَهُ أَنَّهُ تَزَوَّجَهَا قَبْلَ الْآخَرِ فَهِيَ امْرَأَتُهُ، لَأَنَّ النِّكَاحَ مِمَّا يُحْكَمُ بِهِ بِتَصَادُقِ الزَّوْجَيْنِ.

وَلَقَائِلُ أَنْ يَقُولَ: قَوْلُهُ فَصَاحِبُ الْوَقْتِ الْأَوَّلِ أَوْلَى لَيْسَ بِحَلِّيٍّ لِأَنَّهُ إِمَّا يَكُونُ أَوْلَى إِذَا كَانَ الثَّانِي بَعْدَهُ بِمُدَّةٍ لَا تَحْتَمِلُ انْقِضَاءَ الْعِدَّةِ فِيهَا، أَمَّا إِذَا احْتَمَلَتْ ذَلِكَ فَيَتَسَاوَيَانِ لِحَوَازِ أَنْ الْأَوَّلَ طَلَقَهَا فَتَزَوَّجَ بِهَا الثَّانِي.

وَالْجَوَابُ أَنَّ ذَلِكَ إِمَّا يُعْتَبَرُ إِذَا كَانَ دَعْوَى النِّكَاحِ بَعْدَ طَلَاقِ الْأَوَّلِ وَلَيْسَ الْكَلَامُ فِي ذَلِكَ، وَأَيْضًا قَدْ ذَكَرْنَا أَنَّا أَنَّ الثَّابِتَ بِالْبَيِّنَةِ كَالثَّابِتِ عَيْنًا، وَلَوْ عَايَنَّا تَقْدُّمَ الْأَوَّلِ حَكَمْنَا بِهِ فَكَذَا إِذَا ثَبَتَ بِالْبَيِّنَةِ وَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ، فَإِذَا انْفَرَدَ أَحَدُهُمَا وَالْمَرْأَةُ تَجَحَّدُ فَأَقَامَ الْبَيِّنَةَ وَقَضَى لَهُ بِهَا ثُمَّ ادَّعَى الْآخَرَ وَأَقَامَهَا عَلَى مِثْلِ ذَلِكَ لَا يُحْكَمُ بِهَا لِأَنَّ الْقَضَاءَ الْأَوَّلَ قَدْ صَحَّ وَمَضَى فَلَا يُنْقَضُ بِمَا دُونَهُ، إِلَّا أَنْ يُؤَقَّتَ شُهُودُ الْمُدَّعِي الثَّانِي وَقَدْ سَابَقَ فَيُقْضَى لَهُ لِأَنَّهُ ظَهَرَ الْخَطَأُ فِي الْأَوَّلِ يَبْقَيْنِ (قَوْلُهُ وَكَذَا إِذَا كَانَتْ الْمَرْأَةُ فِي يَدِ الزَّوْجِ) مَرَّةً يَأْتِي.

قَالَ (وَلَوْ ادَّعَى اثْنَانِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنَّهُ اشْتَرَى مِنْهُ هَذَا الْعَبْدَ) مَعْنَاهُ مِنَ صَاحِبِ الْيَدِ وَأَقَامَا بَيِّنَةً فَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ أَخَذَ نِصْفَ الْعَبْدِ بِنِصْفِ الثَّمَنِ وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ) لَأَنَّ الْقَاضِيَ يَقْضِي بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ لَاسْتَوَائِهِمَا فِي السَّبَبِ فَصَارَ كَالْفُضُولَيْنِ إِذَا بَاعَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِنْ رَجُلٍ وَأَجَارَ الْمَالِكُ الْبَيْعَيْنِ يُخَيَّرُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لِأَنَّهُ تَغَيَّرَ عَلَيْهِ شَرْطُ عَقْدِهِ، فَلَعَلَّ رَغْبَتَهُ فِي تَمْلِكِ الْكُلِّ فَيَرُدُّهُ وَيَأْخُذُ كُلُّ الثَّمَنِ. فَإِنْ قَضَى الْقَاضِيَ بِهِ بَيْنَهُمَا فَقَالَ أَحَدُهُمَا: لَا اخْتَارَ لَمْ يَكُنْ لِلْآخَرِ أَنْ يَأْخُذَ جَمِيعَهُ) لِأَنَّهُ صَارَ مَقْضِيًّا عَلَيْهِ فِي النِّصْفِ فَانْفَسَخَ الْبَيْعُ فِيهِ، وَهَذَا لِأَنَّهُ خَصِمَ فِيهِ

لظهور استحقاقه بالبيّنة لولا بيّنة صاحبه بخلاف ما لو قال ذلك قبل تخيير القاضي حيث يكون له أن يأخذ الجميع لأنه يدعي الكل ولم يفسخ سببه، والعود إلى النصف للمزاحمة ولم توجد، ونظيره تسليم أحد الشفيعين قبل القضاء، ونظير الأول تسليمه بعد القضاء ولو ذكر كل واحد منهما تاريخاً فهو للأول منهما) لأنه أثبت الشراء في زمان لا ينافيه فيه أحد فاندفع الآخر به (ولو وقتت إحداهما ولم تؤقت الأخرى فهو لصاحب الوقت) لثبوت ملكه في ذلك الوقت واحتمل الآخر أن يكون قبله أو بعده فلا يقضي له بالشك (وإن لم يذكر تاريخاً ومع أحدهما قبض فهو أولى) ومعناه أنه في يده لأن تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه، ولأنهما استويا في الإثبات فلا تنقض اليد الثابتة بالشك، وكذا لو ذكر الآخر وقتاً لما بيّن. إلا أن يشهدوا أن شراءه كان قبل شراء صاحبه اليد لأن الصريح يفوق الدلالة.

الشرح:

قال (ولو ادعى اثنان كل واحد منهما أنه اشترى منه هذا العبد إلخ) عبداً في يد رجل ادعى اثنان كل واحد منهما أنه اشترى منه هذا العبد. قال المصنف (معناه من صاحب اليد) احتراز عما سيأتي بعد هذه المسألة (وأقاما) على ذلك (بيّنة) من غير تأقيت فكل واحد منهما بالخيار، إن شاء أخذ نصف العبد ينصف الثمن الذي شهدت به بيّنته ورجع على البائع ينصف ثمنه إن كان قد نقده لاستوائيهما في الدعوى والحجة كما لو كان دعواهما في الملك المطلق وأقاما البيّنة (وإن شاء ترك) لأن شرط العقد الذي يدعيه وهو اتحاذ الصفقة قد تغير عليه (فلعل رغبته في ثملك الكل) ولم يحصل (فيرده ويأخذ كل الثمن).

فإن قيل: كذب إحدى البيّتين متيقن لاستحالة توارد العقدتين على عين واحدة كملاً في وقت واحد، فينبغي أن تبطل البيّتان أجيب بأنهم لم يشهدوا بكونيهما في وقت واحد، بل شهدوا بنفس العقد فجاز أن يكون كل منهما اعتمد سبباً في وقت أطلق له الشهادة به فإن قضى القاضي به بينهما نصفين فقال أحدهما لا اختار لم يكن للآخر أن يأخذ جميعه لأنه صار مقضياً عليه بالنصف فأنسخ العقد فيه والعقد متى أنسخ بقضاء القاضي لا يعود إلا بتجدد ولا يوجد.

فَإِنْ قِيلَ: هُوَ مُدْعٍ فَكَيْفَ يَكُونُ مَقْضِيًّا عَلَيْهِ؟ أَجَابَ بِقَوْلِهِ (وَهَذَا لِأَنَّهُ خَصِمٌ فِيهِ) أَيْ فِي النِّصْفِ الْمَقْضِيِّ بِهِ (لِظُهُورِ اسْتِحْقَاقِهِ بِالْبَيِّنَةِ لَوْلَا بَيِّنَةُ صَاحِبِهِ، بِخِلَافِ مَا لَوْ قَالَ ذَلِكَ قَبْلَ تَخْيِيرِ الْقَاضِي) وَهُوَ الْقَضَاءُ عَلَيْهِ حَيْثُ كَانَ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ الْجَمِيعَ لِأَنَّهُ يَدْعِي الْكُلَّ وَالْحُجَّةُ قَامَتْ بِهِ وَلَمْ يَفْسَخْ سَبَبُهُ وَزَالَ الْمَانِعُ وَهُوَ مُزَاحِمَةُ الْآخِرِ (قَوْلُهُ حَيْثُ يَكُونُ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ الْجَمِيعَ) يُشِيرُ إِلَى أَنْ الْخِيَارَ بَاقٍ.

وَذَكَرَ بَعْضُ الشَّارِحِينَ ثَقْلًا عَنْ مَسْئُوطِ شَيْخِ الْإِسْلَامِ خَوَاهِرَ زَادَهُ أَنَّهُ لَا خِيَارَ لَهُ وَهُوَ الظَّاهِرُ، وَلَوْ ذَكَرَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا تَارِيخًا فَهُوَ لِلأَوَّلِ مِنْهُمَا لِأَنَّهُ أَثَبَتَ الشِّرَاءَ فِي زَمَانٍ لَا يُنَازَعُهُ فِيهِ أَحَدٌ فَانْدَفَعَ الْآخَرُ بِهِ، وَلَوْ وَقَّتْ إِحْدَاهُمَا دُونَ الْأُخْرَى فَهُوَ لِصَاحِبِ الْوَقْتِ لثُبُوتِ مِلْكِهِ فِي ذَلِكَ الْوَقْتِ مَعَ احْتِمَالِ الْآخِرِ أَنْ يَكُونَ قَبْلَهُ أَوْ بَعْدَهُ فَلَا يُقْضَى لَهُ بِالشَّكِّ وَلَوْ لَمْ يَذْكُرَا تَارِيخًا لَكِنَّهُ فِي يَدِ أَحَدِهِمَا فَهُوَ أَوْلَى (لَأَنَّ تَمَكُّنَهُ مِنْ قَبْضِهِ يَدُلُّ عَلَى سَبْقِ شِرَائِهِ).

وَتَحْقِيقُ ذَلِكَ يَتَوَقَّفُ عَلَى مُقَدِّمَتَيْنِ: إِحْدَاهُمَا: أَنَّ الْحَادِثَ يُضَافُ إِلَى أَقْرَبِ الْأَوْقَاتِ، وَالثَّانِيَّةُ: أَنَّ " مَا " مَعَ الْبُعْدِ بُعْدِيَّةٌ زَمَانِيَّةٌ فَهُوَ بَعْدٌ. فَإِذَا عُرِفَ هَذَا فَقَبْضُ الْقَابِضِ وَشِرَاءُ غَيْرِهِ حَدَثَانِ فَيُضَافَانِ إِلَى أَقْرَبِ الْأَوْقَاتِ فَيُحْكَمُ بِثُبُوتِهِمَا فِي الْحَالِ، وَقَبْضُ الْقَابِضِ مَبْنِيٌّ عَلَى شِرَائِهِ وَمُتَأَخِّرٌ عَنْهُ ظَاهِرًا فَكَانَ بَعْدَ شِرَائِهِ، وَيَلْزَمُ مِنْ ذَلِكَ أَنْ يَكُونَ شِرَاءُ غَيْرِ الْقَابِضِ بَعْدَ شِرَاءِ الْقَابِضِ فَكَانَ شِرَاؤُهُ أَقْدَمَ تَارِيخًا، وَقَدْ تَقَدَّمَ أَنَّ التَّارِيخَ الْمُتَقَدِّمَ أَوْلَى (وَلَا تُهْمَا اسْتَوِيًّا فِي الْإِثْبَاتِ) وَبَيِّنَةُ غَيْرِ الْقَابِضِ قَدْ تَكُونُ مِمَّا يَنْقُضُ الْيَدَ وَقَدْ لَا تَكُونُ (فَلَا تُنْقِضُ الْيَدَ الثَّابِتَةَ بِالشَّكِّ) وَطُولُ الْفَرْقِ بَيْنَ هَذِهِ وَبَيْنَ مَا إِذَا ادَّعَى الشِّرَاءَ مِنْ اثْنَيْنِ وَأَقَامَا الْبَيِّنَةَ وَأَحَدُهُمَا قَابِضٌ فَإِنَّ الْخَارِجَ هُنَاكَ أَوْلَى.

وَالْجَوَابُ أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنَ الْمُدَّعِيَيْنِ ثَمَّةَ يَحْتَاجُ إِلَى إِثْبَاتِ الْمَلِكِ لِبَائِعِهِ أَوَّلًا. فَاجْتَمَعَ فِي حَقِّ الْبَائِعَيْنِ بَيِّنَةُ الْخَارِجِ وَذِي الْيَدِ فَكَانَ بَيِّنَةُ الْخَارِجِ أَوْلَى وَهَاهُنَا لَيْسَ كَذَلِكَ (وَكَذَا إِذَا ذَكَرَ الْآخَرُ) يَعْنِي بَيِّنَةُ الْخَارِجِ (وَقَتًا) فَذُو الْيَدِ أَوْلَى، لِأَنَّ بَذْكَرِ الْوَقْتِ لَا يَزُولُ احْتِمَالُ سَبْقِ فِي ذِي الْيَدِ (وَقَوْلُهُ لَمَّا بَيَّنَّا) إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ لِأَنَّ تَمَكُّنَهُ مِنْ قَبْضِهِ يَدُلُّ عَلَى سَبْقِ شِرَائِهِ (إِلَّا أَنْ يَشْهَدَ شُهُودُ الْخَارِجِ أَنَّ شِرَاءَهُ كَانَ قَبْلَ شِرَاءِ صَاحِبِ الْيَدِ) فَإِنَّهُ تَنْقُضُ بِهَا الْيَدَ (لِأَنَّ الصَّرِيحَ يَفُوقُ الدَّلَالَهَ).

قَالَ: (وَإِنْ ادَّعَى أَحَدُهُمَا شِرَاءً وَالْآخَرُ هِبَةً وَقَبْضًا) مَعْنَاهُ مِنْ وَاحِدٍ (وَأَقَامَا بَيِّنَةً وَلَا تَارِيخَ مَعَهُمَا فَالشِّرَاءُ أَوْلَى) لِأَنَّ الشِّرَاءَ أَقْوَى لِكَوْنِهِ مُعَاوَضَةً مِنَ الْجَانِبَيْنِ، وَلَأَنَّهُ يُثْبِتُ الْمَلِكَ بِنَفْسِهِ وَالْمَلِكُ فِي الْهِبَةِ يَتَوَقَّفُ عَلَى الْقَبْضِ، وَكَذَا الشِّرَاءُ وَالصَّدَقَةُ مَعَ الْقَبْضِ لَمَّا بَيَّنَّا.

(وَالْهِبَةُ وَالْقَبْضُ وَالصَّدَقَةُ مَعَ الْقَبْضِ سَوَاءٌ حَتَّى يَقْضِيَ بَيْنَهُمَا) لَا اسْتِوَاءَهُمَا فِي وَجْهِ التَّبَرُّعِ، وَلَا تَرْجِيحَ بِاللُّزُومِ لِأَنَّهُ يَرْجِعُ إِلَى الْمَالِ وَالتَّرْجِيحُ بِمَعْنَى قَائِمٍ فِي الْحَالِ، وَهَذَا فِيمَا لَا يَحْتَمِلُ الْقِسْمَةَ صَحِيحٌ، وَكَذَا فِيمَا يَحْتَمِلُهَا عِنْدَ الْبَعْضِ لِأَنَّ الشُّيُوعَ طَارِئٌ. وَعِنْدَ الْبَعْضِ لَا يَصِحُّ لِأَنَّهُ تَنْفِيدُ الْهِبَةِ فِي الشَّائِعِ وَصَارَ كَقِيَامَةِ الْبَيِّنَتَيْنِ عَلَى الْاِرْتِهَانِ وَهَذَا أَصَحُّ.

الشرح:

(وَإِذَا ادَّعَى أَحَدُهُمَا شِرَاءً وَالْآخَرُ هِبَةً وَقَبْضًا) قَالَ الْمُصَنِّفُ (مَعْنَاهُ مِنْ وَاحِدٍ) احْتِرَازًا عَمَّا إِذَا كَانَ ذَلِكَ مِنْ اثْنَيْنِ كَمَا سَيَجِيءُ (وَأَقَامَا بَيِّنَةً وَلَا تَارِيخَ مَعَهُمَا فَالشِّرَاءُ أَوْلَى) لِأَنَّهُ (لِكَوْنِهِ مُعَايَنَةً مِنَ الْجَانِبَيْنِ) كَانَ أَقْوَى، وَلِأَنَّ الشِّرَاءَ يُثْبِتُ الْمَلِكُ بِنَفْسِهِ وَالْهِبَةُ لَا تُثْبِتُهُ إِلَّا بِالْقَبْضِ فَكَانَ الشِّرَاءُ وَالْهِبَةُ ثَابِتَيْنِ مَعًا، وَالشِّرَاءُ يُثْبِتُ الْمَلِكُ دُونَ الْهِبَةِ لَتَوَقُّفِهَا عَلَى الْقَبْضِ، وَكَذَا إِذَا ادَّعَى أَحَدُهُمَا الشِّرَاءَ وَالْآخَرُ الصَّدَقَةَ وَالْقَبْضَ. وَقَوْلُهُ (لَمَّا بَيَّنَّا) إِشَارَةٌ إِلَى مَا ذَكَرَ مِنَ الْوَجْهَيْنِ فِي أَنَّ الشِّرَاءَ أَقْوَى (وَإِذَا ادَّعَى أَحَدُهُمَا هِبَةً وَقَبْضًا وَالْآخَرُ صَدَقَةً وَقَبْضًا فَهُمَا سَوَاءٌ، وَيُقْضَى بِهِ يَتَنَّهُمَا لَا اسْتِوَاءَهُمَا فِي وَجْهِ التَّبَرُّعِ).

فَإِنْ قِيلَ: لَا تُسَلِّمُ التَّسَاوِيَّ فَإِنَّ الصَّدَقَةَ لَازِمَةٌ لَا تَقْبَلُ الرُّجُوعَ دُونَ الْهِبَةِ. أَجَابَ بِقَوْلِهِ وَلَا تَرْجِيحَ بِاللُّزُومِ.

وَقَرَّرَهُ أَنَّ التَّرْجِيحَ بِاللُّزُومِ تَرْجِيحٌ بِمَا يَرْجِعُ إِلَى الْمَالِ: أَيْ بِمَا يَظْهَرُ أَثَرُهُ فِي ثَانِي الْحَالِ، إِذِ اللُّزُومُ عِبَارَةٌ عَنْ عَدَمِ صِحَّةِ الرُّجُوعِ فِي الْمُسْتَقْبَلِ وَلَا تَرْجِيحَ بِمَا يَرْجِعُ إِلَى الْمَالِ لِأَنَّ التَّرْجِيحَ إِثْمًا يَكُونُ بِمَعْنَى قَائِمٍ فِي الْحَالِ (وَهَذَا) أَيْ الْحُكْمُ بِالتَّنْصِيفِ يَتَنَّهُمَا (فِيمَا لَا يَحْتَمِلُ الْقِسْمَةَ) كَالْحَمَامِ وَالرَّحَى صَحِيحٌ (وَكَذَا فِيمَا يَحْتَمِلُهَا) كَالدَّارِ وَالْبُسْتَانِ (عِنْدَ الْبَعْضِ) لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَثْبَتَ قَبْضَهُ فِي الْكُلِّ، ثُمَّ الشُّيُوعُ بَعْدَ

ذَلِكَ طَارِئٌ وَهَذَا لَا يَمْنَعُ صِحَّةَ الْهَبَةِ فَالْصَّدَقَةُ (وَعِنْدَ الْبَعْضِ لَا يَصِحُّ) وَلَا يُقْضَى لَهَا بِشَيْءٍ (لَأَنَّهُ تَنْفِذُ الْهَبَةِ فِي الشَّائِعِ فَصَارَ كَأَقَامَةِ الْيَتِيمَيْنِ عَلَى الْارْتِهَانِ) قِيلَ هَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ، أَمَّا عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ فَيَنْبَغِي أَنْ يُقْضَى لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالنِّصْفِ عَلَى قِيَاسِ هَبَةِ إِبْرَادِ الدَّارِ لِرَجُلَيْنِ.

وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ لَا يَصِحُّ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا، لِأَنَّا لَوْ قَضَيْنَا لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالنِّصْفِ فَإِنَّمَا نُقْضِي لَهُ بِالْعَقْدِ الَّذِي شَهِدَ بِهِ شَهْوَدُهُ، وَعَنْ اخْتِلَافِ الْعَقْدَيْنِ لَا تَجُوزُ الْهَبَةُ لِرَجُلَيْنِ عِنْدَهُمْ جَمِيعًا، وَإِنَّمَا يَثْبُتُ الْمِلْكُ بِقَضَاءِ الْقَاضِي وَتَمَكُّنِ الشُّيُوعِ فِي الْمِلْكِ الْمُسْتَفَادِ بِالْهَبَةِ مَانِعٌ صِحَّتِهَا.

قَالَ (وَإِذَا ادَّعَى أَحَدُهُمَا الشِّرَاءَ وَادَّعَتْ امْرَأَتُهُ أَنَّهُ تَزَوَّجَهَا عَلَيْهِ فَهُمَا سَوَاءٌ) لَا اسْتَوَائِهِمَا فِي الْقُوَّةِ فَإِنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَقْدٌ مُعَاوَضَةٌ يَثْبُتُ الْمِلْكُ بِنَفْسِهِ وَهَذَا عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ.

وَقَالَ مُحَمَّدٌ: الشِّرَاءُ أَوْلَى وَلَهَا عَلَى الزَّوْجِ الْقِيَمَةُ لِأَنَّهُ أَمَكَنَ الْعَمَلَ بِالْبَيْتَتَيْنِ بِتَقْدِيمِ الشِّرَاءِ، إِذِ التَّزَوُّجُ عَلَى عَيْنِ مَمْلُوكَةٍ لِلغَيْرِ صَحِيحٌ وَتَجِبُ قِيَمَتُهُ عِنْدَ تَعْدُرِ تَسْلِيمِهِ.

الشرح:

وَقَالَ: (وَإِذَا ادَّعَى أَحَدُهُمَا الشِّرَاءَ إلخ) إِذَا ادَّعَى أَحَدُهُمَا الشِّرَاءَ وَادَّعَتْ امْرَأَتُهُ أَنَّهُ تَزَوَّجَهَا عَلَيْهِ وَأَقَامَا الْبَيِّنَةَ وَلَمْ يُؤْرَخَا أَوْ أُرْخَا وَتَارِيحُهُمَا عَلَى السَّوَاءِ يُقْضَى بِالْعَبْدِ يَنْتَهَمَا لَا اسْتَوَائِهِمَا فِي الْقُوَّةِ، فَإِنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَقْدٌ مُعَاوَضَةٌ وَيَثْبُتُ الْمِلْكُ بِنَفْسِهِ، وَلِلْمَرْأَةِ عَلَى زَوْجِهَا نِصْفُ الْقِيَمَةِ، وَيَرْجِعُ الْمُشْتَرِي عَلَيْهِ بِنِصْفِ الثَّمَنِ إِذَا كَانَ نَقْدُهُ إِيَّاهُ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ.

وَقَالَ مُحَمَّدٌ: الشِّرَاءُ أَوْلَى، لِأَنَّ الْعَمَلَ بِالْبَيِّنَاتِ مَهْمَا أَمَكَنَ وَاجِبٌ لَكُونِهَا حُجَّةً مِنْ حُجَجِ الشَّرْعِ، فَإِنْ قَدَّمْنَا النِّكَاحَ بَطَلَ الْعَمَلُ بِهَا لِأَنَّ الشِّرَاءَ بَعْدَهُ يَبْطُلُ إِذَا لَمْ يُجْزَ الْمَرْأَةُ، وَإِنْ قَدَّمْنَا الشِّرَاءَ صَحَّ الْعَمَلُ بِهَا لِأَنَّ التَّزْوِيجَ عَلَى مِلْكِ الْغَيْرِ صَحِيحٌ وَالتَّسْمِيَةُ صَحِيحَةٌ، وَتَجِبُ الْقِيَمَةُ إِنْ لَمْ يُجْزَ صَاحِبُهُ فَتَعَيَّنَ تَقْدُّمُهُ وَوَجِبَ لَهَا عَلَى الزَّوْجِ الْقِيَمَةُ. وَذَكَرَ فِي الْأَسْرَارِ جَوَابَ أَبِي يُوسُفَ عَمَّا قَالَهُ مُحَمَّدٌ أَنَّ الْمَقْصُودَ مِنْ ذِكْرِ السَّبَبِ

مِلْكُ الْعَيْنِ وَالتَّكَاحُ إِذَا تَأَخَّرَ لَمْ يُوجِبْ مِلْكُ الْمُسَمَّى كَمَا إِذَا تَأَخَّرَ الشَّرَاءُ فَهُمَا سَوَاءٌ فِي حَقِّ مِلْكِ الْعَيْنِ.

وَإِذَا ادَّعَى أَحَدُهُمَا رَهْنًا وَقَبْضًا وَالْآخَرُ هِبَةً وَقَبْضًا وَأَقَامَا بَيِّنَةً فَالرَّهْنُ أَوْلَى وَهَذَا اسْتِحْسَانٌ، وَفِي الْقِيَاسِ الْهِبَةُ أَوْلَى لِأَنَّهَا تُثْبِتُ الْمِلْكَ وَالرَّهْنُ لَا يُثْبِتُهُ. وَجَهُ الاسْتِحْسَانِ أَنَّ الْمَقْبُوضَ بِحُكْمِ الرَّهْنِ مَضْمُونٌ وَبِحُكْمِ الْهِبَةِ غَيْرُ مَضْمُونٍ وَعَقْدُ الضَّمَانِ أَقْوَى. بِخِلَافِ الْهِبَةِ بِشَرْطِ الْعَوَضِ لِأَنَّهُ بَيْعٌ انْتِهَاءٌ وَالبَيْعُ أَوْلَى مِنَ الرَّهْنِ لِأَنَّهُ عَقْدُ ضَمَانٍ يُثْبِتُ الْمِلْكَ صُورَةً وَمَعْنَى، وَالرَّهْنُ لَا يُثْبِتُهُ إِلَّا عِنْدَ الْهَلَاكِ مَعْنَى لَا صُورَةً فَكَذَا الْهِبَةُ بِشَرْطِ الْعَوَضِ.

الشرح:

(وَإِذَا ادَّعَى أَحَدُهُمَا رَهْنًا وَقَبْضًا وَالْآخَرُ هِبَةً وَقَبْضًا وَأَقَامَاهَا فَالرَّهْنُ أَوْلَى، وَهَذَا اسْتِحْسَانٌ. وَفِي الْقِيَاسِ: الْهِبَةُ أَوْلَى لِأَنَّهَا تُثْبِتُ الْمِلْكَ وَالرَّهْنُ لَا يُثْبِتُهُ) فَكَانَتْ بَيِّنَةُ الْهِبَةِ أَكْثَرَ إِثْبَاتًا فَهِيَ أَوْلَى (وَجَهُ الاسْتِحْسَانِ) أَنَّ الْمَقْبُوضَ بِحُكْمِ الرَّهْنِ مَضْمُونٌ وَبِحُكْمِ الْهِبَةِ غَيْرُ مَضْمُونٍ، وَعَقْدُ الضَّمَانِ أَقْوَى مِنْ عَقْدِ التَّبَرُّعِ، وَلَا تُرَدُّ الْهِبَةُ بِشَرْطِ الْعَوَضِ فَإِنَّهَا أَوْلَى مِنَ الرَّهْنِ لِأَنَّهَا بَيْعٌ انْتِهَاءٌ وَالبَيْعُ أَوْلَى مِنَ الرَّهْنِ، لِأَنَّ الْبَيْعَ عَقْدُ ضَمَانٍ يُثْبِتُ الْمِلْكَ صُورَةً وَمَعْنَى، وَالرَّهْنُ لَا يُثْبِتُهُ إِلَّا عِنْدَ الْهَلَاكِ مَعْنَى لَا صُورَةً.

(وَإِنْ أَقَامَ الْخَارِجَانِ الْبَيِّنَةَ عَلَى الْمِلْكِ وَالتَّارِيخِ فَصَاحِبُ التَّارِيخِ الْأَقْدَمِ أَوْلَى) لِأَنَّهُ أَثَبَتْ أَنَّهُ أَوَّلُ الْمَالِكَيْنِ فَلَا يَتَلَقَّى الْمِلْكَ إِلَّا مِنْ جِهَتِهِ وَلَمْ يَتَلَقَّ الْآخَرَ مِنْهُ.

الشرح:

(وَإِنْ أَقَامَ الْخَارِجَانِ الْبَيِّنَةَ عَلَى الْمِلْكِ الْمُطْلَقِ وَالتَّارِيخِ، فَصَاحِبُ التَّارِيخِ الْأَقْدَمِ أَوْلَى لِأَنَّهُ أَثَبَتْ أَنَّهُ أَوَّلُ الْمَالِكَيْنِ) وَكُلُّ مَنْ هُوَ كَذَلِكَ لَا يَتَلَقَّى الْمِلْكَ إِلَّا مِنْ جِهَتِهِ، وَالْفَرَضُ أَنَّ الْآخَرَ لَمْ يَتَلَقَّ مِنْهُ، وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ آخِرًا وَقَوْلُ مُحَمَّدٍ أَوَّلًا. ثُمَّ قَالَ مُحَمَّدٌ: يُقْضَى بَيْنَهُمَا وَلَا يَكُونُ لِلتَّارِيخِ عِبْرَةٌ، وَإِنْ أَرَّخَ أَحَدُهُمَا دُونَ الْآخَرِ فَفِي التَّوَادِرِ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ يُقْضَى بَيْنَهُمَا لِأَنَّهُ لَا عِبْرَةَ لِلتَّارِيخِ عِنْدَهُ حَالَةَ الْإِنْفِرَادِ فِي دَعْوَى الْمِلْكِ الْمُطْلَقِ فِي أَصَحِّ الرُّوَايَاتِ. وَعَلَى قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ يُقْضَى لِمَنْ أَرَّخَ، وَعَلَى قَوْلِ مُحَمَّدٍ يُقْضَى لِمَنْ لَمْ يُؤَرِّخْ لِأَنَّهُ يَدَّعِي أَوْلِيَّةَ الْمِلْكِ وَسَيِّئَتِكَ تَمَامَ بَيَّانِهِ

إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

قَالَ: (وَلَوْ ادَّعِيَ الشَّرَاءَ مِنْ وَاحِدٍ مَعْنَاهُ مِنْ غَيْرِ صَاحِبِ الْيَدِ وَأَقَامَا الْبَيِّنَةَ عَلَى تَارِيخَيْنِ فَلَاوُلُ أُولَى) لَمَا بَيَّنَّا أَنَّهُ أَثْبَتَهُ فِي وَقْتٍ لَا مُنَازَعَ لَهُ فِيهِ (وَأِنْ أَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الْبَيِّنَةَ عَلَى الشَّرَاءِ مِنْ آخَرَ وَذَكَرَا تَارِيخًا) فَهُمَا سَوَاءٌ لَأَنَّهُمَا يُثْبِتَانِ الْمَلِكَ لِبَائِعِيهِمَا فَيَصِيرُ كَأَنَّهُمَا حَضَرَا ثُمَّ يُخَيَّرُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا كَمَا ذَكَرْنَا مِنْ قَبْلُ (وَلَوْ وَقَّتَ إِحْدَى الْبَيِّنَتَيْنِ وَقْتًا وَلَمْ تُؤَقَّتِ الْآخَرَى قَضَى بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ) لِأَنَّ تَوْقِيتَ إِحْدَاهُمَا لَا يَدُلُّ عَلَى تَقَدُّمِ الْمَلِكِ لَجَوَازِ أَنْ يَكُونَ الْآخَرُ أَقْدَمَ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ الْبَائِعُ وَاحِدًا لَأَنَّهُمَا اتَّفَقَا عَلَى أَنَّ الْمَلِكَ لَا يُتَلَقَّى إِلَّا مِنْ جِهَتِهِ، فَإِذَا أَثْبَتَ أَحَدُهُمَا تَارِيخًا يَحْكُمُ بِهِ حَتَّى يَتَبَيَّنَ أَنَّهُ تَقَدَّمَهُ شِرَاءُ غَيْرِهِ.

الشرح:

(وَلَوْ ادَّعِيَ الشَّرَاءَ مِنْ وَاحِدٍ وَأَقَامَاهَا وَلَمْ يُؤَرِّخَا أَوْ أَرَّخَا وَتَارِيخُهُمَا عَلَى السَّوَاءِ قَضِيَ بِهِ بَيْنَهُمَا، وَإِنْ أَرَّخَا تَارِيخَيْنِ مُتَّفَاوَتَيْنِ فَلَاوُلُ أُولَى لَمَا بَيَّنَّا) أَنَّهُ أَثْبَتَهُ فِي وَقْتٍ لَا مُنَازَعَ لَهُ فِيهِ فَكَانَ اسْتِحْقَاقُهُ ثَابِتًا مِنْ ذَلِكَ الْوَقْتِ وَأَنَّ الْآخَرَ اشْتَرَاهُ مِنْ غَيْرِ مَالِكٍ بَاطِلًا. قِيلَ لَا تَفَاوُتَ فِيمَا ذَكَرَ فِي الْكِتَابِ مِنَ الْحُكْمِ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ الْبَائِعُ وَاحِدًا أَوْ اثْنَيْنِ، وَإِنَّمَا التَّفَاوُتُ بَيْنَهُمَا إِذَا أُقْتُتَ إِحْدَاهُمَا دُونَ الْآخَرَى عَلَى مَا سَيُذَكَّرُ بُعِيدَ هَذَا. وَقَوْلُهُ (مَعْنَاهُ مِنْ غَيْرِ صَاحِبِ الْيَدِ) لَيْسَ فِيهِ زِيَادَةٌ فَائِدَةٌ، فَإِنَّهُ لَا تَفَاوُتَ فِي سَائِرِ الْأَحْكَامِ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ الْوَاحِدُ ذَا الْيَدِ أَوْ غَيْرَهُ، فَإِنَّهُ كَانَ فِي الذَّخِيرَةِ: دَارٌ فِي يَدِ رَجُلٍ ادَّعَاهَا رَجُلَانِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَدَّعِي أَنَّهُ اشْتَرَاهَا مِنْ صَاحِبِ الْيَدِ بِكَذَا وَرَتَّبَ عَلَيْهِ الْأَحْكَامَ (وَأِنْ أَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الْبَيِّنَةَ عَلَى الشَّرَاءِ مِنْ آخَرَ) كَأَنَّ أَقَامَ أَحَدُهُمَا عَلَى الشَّرَاءِ مِنْ زَيْدٍ مَثَلًا وَآخَرَ عَلَى الشَّرَاءِ مِنْ عَمْرٍو (وَذَكَرَا تَارِيخًا وَاحِدًا فَهُمَا سَوَاءٌ لَأَنَّهُمَا يُثْبِتَانِ الْمَلِكَ لِبَائِعِيهِمَا فَيَصِيرُ كَأَنَّهُمَا حَضَرَا) وَادَّعِيَا وَأَرَّخَا تَارِيخًا وَاحِدًا (ثُمَّ يُخَيَّرُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا كَمَا ذَكَرْنَا مِنْ قَبْلُ) أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالْخِيَارِ، إِنْ شَاءَ أَخَذَ نِصْفَ الْعَبْدِ بِنِصْفِ الثَّمَنِ وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ (وَلَوْ أُقْتُتَ إِحْدَاهُمَا دُونَ الْآخَرَى قَضِيَ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ لِأَنَّ تَوْقِيتَ إِحْدَاهُمَا لَا يَدُلُّ عَلَى تَقَدُّمِ الْمَلِكِ لَجَوَازِ أَنْ يَكُونَ الْآخَرُ أَقْدَمَ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ الْبَائِعُ وَاحِدًا لَأَنَّهُمَا اتَّفَقَا عَلَى أَنَّ الْمَلِكَ لَا يُتَلَقَّى إِلَّا

مِنْ جِهَتِهِ.

(فَإِذَا أُثْبِتَ أَحَدُهُمَا تَارِيحًا يُحْكَمُ بِهِ) لَأَنَّ الثَّابِتَ بِالْبَيِّنَةِ كَالثَّابِتِ عَيْنًا، وَلَوْ عَائِنًا يَبْدُوهُ الْمَلِكُ حَكَمْنَا بِهِ.

فَكَذَا إِذَا ثَبَتَ بِالْبَيِّنَةِ إِلَّا إِذَا تَبَيَّنَ أَنَّهُ تَقَدَّمَ عَلَيْهِ شِرَاءٌ غَيْرِهِ. وَلِقَائِلِ أَنْ يَقُولَ: حَاصِلُ الْفَرْقِ بَيْنَ الْمَسْأَلَتَيْنِ مَا ذَكَرَ مِنْ قَوْلِهِ لَأَنَّهُمَا اتَّفَقَا عَلَى أَنَّ الْمَلِكَ لَا يَتَلَقَّى إِلَّا مِنْ جِهَتِهِ.

وَأَمَّا الْبَاقِي فَمُشْتَرَكٌ بَيْنَ الْمَسْأَلَتَيْنِ، وَذَلِكَ لَا مَدْخَلَ لَهُ فِي الْفَرْقِ لِحَوَازِ أَنْ يُقَالَ: مَنْ ثَبَتَ لَهُ الْمَلِكُ بِالْبَيِّنَةِ فَهُوَ كَمَنْ ثَبَتَ لَهُ عَيْنًا فَيُحْكَمُ بِهِ، إِلَّا إِذَا تَبَيَّنَ تَقَدُّمُ شِرَاءٍ غَيْرِهِ، وَالْجَوَابُ أَنَّ لَذَلِكَ مَدْخَلَ فِي الْفَرْقِ، لِأَنَّ الْبَائِعَ إِنْ كَانَ وَاحِدًا كَانَ التَّعَاقُبُ ضَرُورِيًّا، وَقَدْ ثَبَتَ لِأَحَدِهِمَا بِالْبَيِّنَةِ مِلْكٌ فِي وَقْتٍ وَمِلْكٌ غَيْرِهِ مَشْكُوكٌ إِنْ تَأَخَّرَ لَمْ يَضُرْ، وَإِنْ تَقَدَّمَ مِلْكٌ فَتَعَارَضًا فَيَرْجَحُ بِالْوَقْتِ.

وَأَمَّا إِذَا كَانَ مُتَعَدِّدًا فَكَمَا جَازَ أَنْ يَقَعَ مُتَعَاقِبَيْنِ جَازَ أَنْ يَقَعَ مَعًا، وَفِي ذَلِكَ تَعَارُضٌ أَيْضًا، فَضَعْفُ قُوَّةِ الْوَقْتِ عَنِ التَّرْجِيحِ لَتَضَاعُفِ التَّعَارُضِ.

وَلَوْ ادَّعَى أَحَدُهُمَا الشِّرَاءَ مِنْ رَجُلٍ وَالْآخَرُ الْهَبَةَ وَالْقَبْضَ مِنْ غَيْرِهِ وَالثَّلَاثُ الْمِيرَاثَ مِنْ أَبِيهِ وَالرَّابِعُ الصَّدَقَةَ وَالْقَبْضَ مِنْ آخَرٍ قُضِيَ بَيْنَهُمْ أَرْبَاعًا) لَأَنَّهُمْ يَتَلَقُّونَ الْمَلِكَ مِنْ بَاعَتِهِمْ فَيَجْعَلُ كَأَنَّهُمْ حَضَرُوا وَأَقَامُوا الْبَيِّنَةَ عَلَى الْمَلِكِ الْمُطْلَقِ.

الشرح:

(وَلَوْ ادَّعَى رَجُلٌ الشِّرَاءَ مِنْ رَجُلٍ وَآخَرُ الْهَبَةَ وَالْقَبْضَ مِنْ آخَرٍ وَالثَّلَاثُ الْمِيرَاثَ مِنْ أَبِيهِ وَالرَّابِعُ الصَّدَقَةَ وَالْقَبْضَ مِنْ آخَرٍ وَأَقَامُوا الْبَيِّنَةَ عَلَى ذَلِكَ قُضِيَ بِهِ بَيْنَهُمْ أَرْبَاعًا، لَأَنَّهُمْ يَتَلَقُّونَ الْمَلِكَ مِنْ بَاعَتِهِمْ فَيَجْعَلُ كَأَنَّهُمْ حَضَرُوا وَأَقَامُوا الْبَيِّنَةَ عَلَى الْمَلِكِ الْمُطْلَقِ) وَلَطَّلَاقِ الْبَاعَةِ بِطَرِيقِ التَّغْلِيْبِ لِأَنَّ الْبَائِعَ وَاحِدًا مِنَ الْمُلْكِيِّينَ فَكَانَ الْمُرَادُ مِمَّنْ مُلْكِيَهُمْ.

قَالَ: (وَإِنْ أَقَامَ الْخَارِجُ الْبَيِّنَةَ عَلَى مِلْكٍ مُؤَرَّخٍ وَصَاحِبِ الْيَدِ بَيِّنَةً عَلَى مِلْكٍ أَقْدَمَ تَارِيخًا كَانَ أَوْلَى) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ وَهُوَ رَوَايَةٌ عَنْ مُحَمَّدٍ. وَعَنْهُ أَنَّهُ لَا تُقْبَلُ بَيِّنَةُ ذِي الْيَدِ رَجَعَ إِلَيْهِ لِأَنَّ الْبَيِّنَتَيْنِ قَامَتَا عَلَى مُطْلَقِ الْمَلِكِ وَلَمْ يَتَعَرَّضَا لِحِجَّتِهِ

الْمَلِكِ فَكَانَ التَّقْدُمُ وَالتَّأَخُّرُ سَوَاءً.

وَلَهُمَا أَنْ الْبَيِّنَةَ مَعَ التَّارِيخِ مُتَضَمِّنَةٌ مَعْنَى الدَّفْعِ، فَإِنَّ الْمَلِكَ إِذَا ثَبَتَ لِشَخْصٍ فِي وَهْتٍ فَثُبُوتُهُ لغيرِهِ بَعْدَهُ لَا يَكُونُ إِلَّا بِالتَّلْقِي مِنْ جِهَتِهِ وَبَيِّنَةُ ذِي الْيَدِ عَلَى الدَّفْعِ مَقْبُولَةٌ، وَعَلَى هَذَا الْخِلَافِ لَوْ كَانَتِ الدَّارُ فِي أَيْدِيهِمَا وَالْمَعْنَى مَا بَيَّنَّا، وَلَوْ أَقَامَ الْخَارِجُ وَذُو الْيَدِ الْبَيِّنَةَ عَلَى مَلِكٍ مُطْلَقٍ وَوَقَّعَتْ إِحْدَاهُمَا دُونَ الْأُخْرَى فَعَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ الْخَارِجُ أَوْلَى.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَهُوَ رَوَايَةٌ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ: صَاحِبُ الْوَهْتِ أَوْلَى لِأَنَّهُ أَقْدَمُ وَصَارَ كَمَا فِي دَعْوَى الشَّرَاءِ إِذَا أُرْخَتْ إِحْدَاهُمَا كَانَ صَاحِبُ التَّارِيخِ أَوْلَى. وَلَهُمَا أَنْ بَيِّنَةُ ذِي الْيَدِ إِنَّمَا تُقْبَلُ لِتَضَمُّنِهَا مَعْنَى الدَّفْعِ، وَلَا دَفْعَ هَاهُنَا حَيْثُ وَقَعَ الشُّكُّ فِي التَّلْقِي مِنْ جِهَتِهِ، وَعَلَى هَذَا إِذَا كَانَتِ الدَّارُ فِي أَيْدِيهِمَا وَلَوْ كَانَتِ فِي يَدِ ثَالِثٍ، الْمَسْأَلَةُ بِحَالِهَا فَهُمَا سَوَاءٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: الَّذِي وَهَّتْ أَوْلَى. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: الَّذِي أَطْلَقَ أَوْلَى لِأَنَّهُ ادَّعَى أَوْلِيَّةَ الْمَلِكِ بِدَلِيلِ اسْتِحْقَاقِ الزَّوَالِدِ وَرُجُوعِ الْبَاعَةِ بَعْضِهِمْ عَلَى الْبَعْضِ. وَلِأَبِي يُوسُفَ أَنَّ التَّارِيخَ يُوجِبُ الْمَلِكَ فِي ذَلِكَ الْوَهْتِ بَيِّقِينَ. وَالْإِطْلَاقُ يَحْتَمِلُ غَيْرَ الْأَوْلِيَّةِ، وَالتَّرْجِيحُ بِالنَّثْقَيْنِ؛ كَمَا لَوْ ادَّعَى الشَّرَاءُ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ التَّارِيخَ يُضَامُّهُ احْتِمَالُ عَدَمِ التَّقْدُمِ فَسَقَطَ اعْتِبَارُهُ فَصَارَ كَمَا لَوْ أَقَامَا الْبَيِّنَةَ عَلَى مَلِكٍ مُطْلَقٍ، بِخِلَافِ الشَّرَاءِ لِأَنَّهُ أَمَرٌ حَادِثٌ فَيُضَافُ إِلَى أَقْرَبِ الْأَوْقَاتِ فَيَتَرَجَّحُ جَانِبُ صَاحِبِ التَّارِيخِ.

الشرح:

قَالَ (وَإِنْ أَقَامَ الْخَارِجُ الْبَيِّنَةَ عَلَى مَلِكٍ مُؤَرَّخٍ إلخ) وَإِنْ أَقَامَ الْخَارِجُ الْبَيِّنَةَ عَلَى مَلِكٍ مُؤَرَّخٍ وَصَاحِبُ الْيَدِ عَلَى مَلِكٍ أَقْدَمَ تَارِيخًا فَذُو الْيَدِ أَوْلَى عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ، وَهُوَ رَوَايَةٌ عَنْ مُحَمَّدٍ. وَعَنْهُ أَنَّهُ لَا تُقْبَلُ بَيِّنَةُ ذِي الْيَدِ رَجَعَ إِلَيْهِ مُحَمَّدٌ. رَوَى ابْنُ سَمَاعَةَ عَنْهُ أَنَّهُ رَجَعَ عَنْ هَذَا الْقَوْلِ وَهُوَ أَنَّ بَيِّنَةَ ذِي الْيَدِ إِذَا كَانَتْ أَقْدَمَ تَارِيخًا كَانَتْ أَوْلَى مِنْ بَيِّنَةِ الْخَارِجِ وَقَالَ: لَا أَقْبَلُ مِنْ ذِي الْيَدِ بَيِّنَةَ عَلَى تَارِيخٍ وَغَيْرِهِ إِلَّا لِلتَّحَاجُّ، لِأَنَّ النَّتَاجَ دَلِيلٌ عَلَى أَوْلِيَّةِ الْمَلِكِ دُونَ التَّارِيخِ، لِأَنَّ الْبَيِّنَتَيْنِ قَامَتَا عَلَى مُطْلَقِ الْمَلِكِ وَلَمْ يَتَعَرَّضَا لِجِهَةِ الْمَلِكِ فَكَانَ التَّقْدُمُ وَالتَّأَخُّرُ سَوَاءً، بِخِلَافِ مَا إِذَا قَامَتَا بِالتَّارِيخِ

على الشراء وإحداهما أسبق من الأخرى، فإن الأسبق أولى سواء كان البائع واحداً أو اثنين (ولهما أن البيئة مع التاريخ متضمنة معنى الدفع، فإن الملك إذا ثبت لشخص في وقت قبضه لغيره بعده لا يكون إلا بالتلقي من جهته وبيئة ذي اليد على الدفع مقبولة) فإن من ادعى على ذي اليد عينا وأنكر ذو اليد ذلك وأقام البيئة أنه اشتراه منه تندفع الخصومة، وقد مر قبل هذا قبول بيئة ذي اليد في أن العين في يده وديعة حتى تندفع عنه دعوى المدعى عنه إقامة البيئة.

ولما قبلت بيئة ذي اليد على الدفع صارت هاهنا بيئته بذكر التاريخ الأقدم متضمنة دفع بيئة الخارج على معنى أنها لا تصح إلا بعد إثبات التلقي من قبله فتقبل لكونها للدفع (وعلى هذا الخلاف لو كانت الدار في أيديهما) كان صاحب الوقت الأول أولى في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وفي قول محمد لا معتبر بالوقت (لما بينا) من الدليل في الجائنين (ولو أقام الخارج وذو اليد البيئة على مطلق الملك ووقفت إحداهما دون الأخرى فعلى قول أبي حنيفة ومحمد الخارج أولى).

وقال أبو يوسف وهو رواية عن أبي حنيفة: صاحب الوقت أولى لأنه أقدم، وصار كما في دعوى الشراء إذا أرخت إحداهما كان صاحب التاريخ أولى وقد مر (ولهما أن بيئة ذي اليد إنما تقبل إذا تضمنت معنى) الدفع لما مر (ولا دفع هاهنا) لأنه إنما يكون إذا تعين التلقي من جهته، وهاهنا وقع الشك في ذلك لأن بذكر تاريخ إحداهما لم يحصل اليقين بأن الآخر تلقاه من جهته لإمكان أن الأخرى لو وقفت كان أقدم تاريخاً، بخلاف ما إذا أرخا وكان تاريخ ذي اليد أقدم كما تقدم (وعلى هذا إذا كانت الدار بأيديهما) فأقام أحدهما بيئة على ملك مؤرخ والآخر على مطلق الملك فإنه يسقط التاريخ عندهما خلافاً لأبي يوسف، قيل: الاستدلال بقوله إن بيئة ذي اليد إنما تقبل لتضمنه معنى الدفع لا يستقيم لمحمد، لأنه لم يقل بذلك وإلا لزمه المسألة الأولى.

وأجيب بأن ذلك يجوز أن يكون على قوله الأول (ولو كانت) العين (في يد ثالث والمسألة بحالها) أي وقفت بيئة أحد الخارجين في الملك المطلق دون الأخرى (فهما سواء) يفضى بينهما نصفين (عند أبي حنيفة).

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: الَّذِي وَقَّتْ أُولَى. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: الَّذِي أُطْلِقَ أُولَى لِأَنَّ الْإِطْلَاقَ دَعْوَى أَوْلِيَّةِ الْمَلِكِ بِدَلِيلِ اسْتِحْقَاقِ الزَّوَائِدِ الْمُتَّصِلَةِ كَالسَّمَنِ وَالْمُنْفَصِلَةِ كَالْأَكْسَابِ فَكَانَ مَلِكًا لِلأَصْلِ، وَمَلِكُ الْأَصْلِ أُولَى مِنَ التَّارِيخِ (لَأَبِي يُوسُفَ أَنَّ التَّارِيخَ يُوجِبُ الْمَلِكَ فِي ذَلِكَ الْوَقْتِ بَيِّقِينَ، وَالْإِطْلَاقُ يَحْتَمِلُ غَيْرَ الْأَوْلِيَّةِ وَالتَّرْجِيحُ بِالْبَيِّنَاتِ. وَلَأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ التَّارِيخَ يَضَاهُهُ) أَيْ يُزَاحِمُهُ (احْتِمَالُ عَدَمِ التَّقَدُّمِ) لِأَنَّ الَّذِي لَمْ يُورِّخْ سَابِقٌ عَلَى الْمُورِّخِ مِنْ حَيْثُ إِنَّ دَعْوَى الْمَلِكِ الْمُطْلَقِ دَعْوَى أَوْلِيَّةِ الْمَلِكِ حُكْمًا وَلَا حَقًّا مِنْ حَيْثُ إِنَّ دَعْوَى الْمَلِكِ الْمُطْلَقِ يَحْتَمِلُ التَّمْلُكَ مِنْ جِهَةِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ بَعْدَ تَارِيخِ الْمُورِّخِ، وَلِذَا كَانَ غَيْرُ الْمُورِّخِ سَابِقًا مِنْ وَجْهِ لَاحِقًا مِنْ وَجْهِ كَانَ الْمُورِّخُ أَيْضًا كَذَلِكَ فَاسْتَوَيَا فِي السَّبْقِ وَاللُّهُوْقِ فَيَجْعَلُ كَأَنَّهُمَا مَلِكًا مَعًا وَعِنْدَ ذَلِكَ لَا يُمَكِّنُ اعْتِبَارُ مَعْنَى التَّارِيخِ فَهُوَ مَعْنَى قَوْلِنَا إِنَّ دَعْوَى التَّارِيخِ حَالَةَ الْإِنْفِرَادِ سَاقِطُ الْاعْتِبَارِ (قَوْلُهُ بِخِلَافِ الشَّرَاءِ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ، وَمَعْنَاهُ أَنَّهُمَا لَمَّا اتَّفَقَا عَلَى الشَّرَاءِ اتَّفَقَا عَلَى الْحُدُوثِ، وَلَا بُدَّ لِلْحُدُوثِ مِنَ التَّارِيخِ فَيُضَافُ إِلَى أَقْرَبِ الْأَوْقَاتِ وَيَتَرَجَّحُ جَانِبُ صَاحِبِ التَّارِيخِ.

قَالَ: (وَإِنْ أَقَامَ الْخَارِجُ وَصَاحِبُ الْيَدِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَيِّنَةً عَلَى النَّتَاجِ فَصَاحِبُ الْيَدِ أُولَى) لِأَنَّ الْبَيِّنَةَ قَامَتْ عَلَى مَا لَا تَدُلُّ عَلَيْهِ فَاسْتَوَيَا، وَتَرَجَّحَتْ بَيِّنَةُ ذِي الْيَدِ بِالْيَدِ فَيَقْضَى لَهُ وَهَذَا هُوَ الصَّحِيحُ خِلَافًا لِمَا يَقُولُهُ عِيسَى بْنُ أَبَانَ إِنَّهُ تَنَاهَاَتُ الْبَيِّنَتَانِ وَيَتْرَكَ فِي يَدِهِ لَا عَلَى طَرِيقِ الْقَضَاءِ.

الشرح:

قَالَ: (وَإِنْ أَقَامَ الْخَارِجُ وَصَاحِبُ الْيَدِ الْخُ) وَإِنْ أَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنَ الْخَارِجِ وَصَاحِبِ الْيَدِ بَيِّنَةً بِالنَّتَاجِ فَذُو الْيَدِ أُولَى) وَهُوَ اسْتِحْسَانٌ. وَفِي الْقِيَاسِ الْخَارِجُ أُولَى، وَبِهِ أَخَذَ ابْنُ أَبِي لَيْلَى لِأَنَّ بَيِّنَةَ الْخَارِجِ أَكْثَرُ اسْتِحْقَاقًا مِنْ بَيِّنَةِ ذِي الْيَدِ لِأَنَّ الْخَارِجَ يُنْبِتُ بِهَا أَوْلِيَّةَ الْمَلِكِ بِالنَّتَاجِ، وَاسْتِحْقَاقُ الْمَلِكِ الثَّابِتُ لِذِي الْيَدِ بِظَاهِرِ يَدِهِ، وَذُو الْيَدِ لَا يُنْبِتُ بِهَا اسْتِحْقَاقُ الْمَلِكِ الثَّابِتُ لِلْخَارِجِ بِوَجْهِ مَا.

وَوَجْهُ الاسْتِحْسَانِ أَنَّ بَيِّنَةَ ذِي الْيَدِ قَامَتْ عَلَى مَا لَا تَدُلُّ عَلَيْهِ الْيَدُ وَهُوَ الْأَوْلِيَّةُ بِالنَّتَاجِ كَبَيِّنَةِ الْخَارِجِ (فَاسْتَوَيَا وَتَرَجَّحَتْ بَيِّنَةُ ذِي الْيَدِ بِالْيَدِ فَيَقْضَى لَهُ) سَوَاءً كَانَ ذَلِكَ قَبْلَ الْقَضَاءِ بِهَا لِلْخَارِجِ أَوْ بَعْدَهُ، أَمَّا قَبْلَهُ فَظَاهِرٌ، وَأَمَّا بَعْدَهُ فَلَأَنَّ ذَا الْيَدِ لَمْ يَصِرْ مَقْضِيًّا

عليه لأنَّ بَيِّنَتَهُ فِي نَفْسِ الْأَمْرِ دَافِعَةٌ لِبَيِّنَةِ الْخَارِجِ لِأَنَّ النَّتَاجَ لَا يَتَكَرَّرُ، فَإِذَا ظَهَرَتْ بَيِّنَةٌ دَافِعَةٌ تَبَيَّنَ أَنَّ الْحُكْمَ لَمْ يَكُنْ مُسْتَنَدًا إِلَى حُجَّةٍ فَلَا يَكُونُ مُعْتَبَرًا.

وَأَعْلَمُ أَنَّ بَيِّنَةَ ذِي الْيَدِ إِنَّمَا تَتَرَجَّحُ عَلَى بَيِّنَةِ الْخَارِجِ إِذَا لَمْ يَدَّعِ الْخَارِجُ عَلَى ذِي الْيَدِ فِعْلًا نَحْوَ الْعَصَبِ أَوْ الْوَدِيعَةِ أَوْ الْإِجَارَةِ أَوْ الرِّهْنِ، وَأَمَّا إِذَا ادَّعَى ذَلِكَ فَبَيِّنَةُ الْخَارِجِ أَوْلَى لِأَنَّ ذَا الْيَدِ يُثْبِتُ بَيِّنَتَهُ مَا هُوَ ثَابِتٌ بظَاهِرِ يَدِهِ مِنْ وَجْهِ وَهُوَ أَصْلُ الْمَلِكِ وَالْخَارِجُ يُثْبِتُ الْفِعْلَ وَهُوَ غَيْرُ ثَابِتٍ أَصْلًا فَكَانَ أَكْثَرَ إِبْتِثًا فَهِيَ أَوْلَى (قَوْلُهُ وَهَذَا) أَيُّ مَا ذَكَرْنَا مِنَ الْقَضَاءِ لَدِي الْيَدِ (هُوَ الصَّحِيحُ) وَإِلَيْهِ ذَهَبَ عَامَّةُ الْمَشَايخِ (خِلَافًا لِمَا يَقُولُهُ عِيسَى بْنُ أَبَانَ إِنَّهُ تَنَاهَتْ الْبَيِّنَتَانِ وَيُتْرَكُ فِي يَدِ ذِي الْيَدِ لَا عَلَى طَرِيقِ الْقَضَاءِ) لِأَنَّ الْقَاضِيَ يَتَبَيَّنُ كَذِبَ أَحَدِ الْفَرِيقَيْنِ لِأَنَّ نِتَاجَ دَابَّةٍ مِنْ دَابَّتَيْنِ غَيْرِ مُتَصَوِّرٍ كَمَسْأَلَةِ كُوفَةِ وَمَكَّةَ.

وَوَجْهُ صِحَّةِ ذَلِكَ أَنَّ مُحَمَّدًا ذَكَرَ فِي خَارِجَيْنِ أَقَامَا الْبَيِّنَةَ عَلَى النَّتَاجِ أَنَّهُ يُقْضَى بِهِ بَيْنَهُمَا نَصْفَيْنِ وَلَوْ كَانَ الطَّرِيقُ مَا قَالَهُ يُتْرَكُ فِي يَدِ ذِي الْيَدِ. وَالْجَوَابُ عَنْ قَوْلِهِ: الْقَاضِيَ يَتَبَيَّنُ بِكَذِبِ أَحَدِ الْفَرِيقَيْنِ مَا ذَكَرْنَا فِي شَهَادَةِ الْفَرِيقَيْنِ عَلَى الْمَلِكَيْنِ، لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا اعْتَمَدَ سَبَبًا ظَاهِرًا مُطْلَقًا لِأَدَاءِ الشَّهَادَةِ بِنَاءً عَلَى أَنَّ الشَّهَادَةَ عَلَى النَّتَاجِ لَيْسَتْ بِمُعَايِنَةٍ لِلانْفِصَالِ مِنَ الْأُمِّ بَلْ بِرُؤْيَةِ الْفَصِيلِ يَتَّبِعُ الثَّاقَةَ وَالْفَائِدَةُ تَظْهَرُ فِي التَّحْلِيلِ؛ فَعِنْدَ الْعَامَّةِ لَا يَخْلَفُ ذُو الْيَدِ لِلْخَارِجِ، وَعِنْدَهُ يُسْتَحْلَفُ.

وَلَوْ تَلَقَّى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الْمَلِكَ مِنْ رَجُلٍ أَقَامَ الْبَيِّنَةَ عَلَى النَّتَاجِ عِنْدَهُ فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ إِقَامَتِهَا عَلَى النَّتَاجِ فِي يَدِ نَفْسِهِ (وَلَوْ أَقَامَ أَحَدُهُمَا الْبَيِّنَةَ عَلَى الْمَلِكِ وَالْآخَرُ عَلَى النَّتَاجِ فَصَاحِبُ النَّتَاجِ أَوْلَى أَيُّهُمَا كَانَ) لِأَنَّ بَيِّنَتَهُ قَامَتْ عَلَى أَوْلِيَّةِ الْمَلِكِ فَلَا يَثْبُتُ لِلْآخَرِ إِلَّا بِالتَّلَاقِي مِنْ جِهَتِهِ، وَكَذَلِكَ إِذَا كَانَتْ الدَّعْوَى بَيْنَ خَارِجَيْنِ فَبَيِّنَةُ النَّتَاجِ أَوْلَى مَا ذَكَرْنَا (وَلَوْ قَضَى بِالنَّتَاجِ لَصَاحِبِ الْيَدِ ثُمَّ أَقَامَ ثَالِثُ الْبَيِّنَةِ عَلَى النَّتَاجِ يَقْضِي لَهُ إِلَّا أَنْ يُعِيدَهَا ذُو الْيَدِ) لِأَنَّ الثَّالِثَ لَمْ يَصِرْ مَقْضِيًّا عَلَيْهِ بِتِلْكَ الْقَضِيَّةِ، وَكَذَا الْمَقْضِيُّ عَلَيْهِ بِالْمَلِكِ الْمُطْلَقِ إِذَا أَقَامَ الْبَيِّنَةَ عَلَى النَّتَاجِ تُقْبَلُ وَيَنْقُضُ الْقَضَاءُ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ النَّصِّ وَالْأَوَّلِ بِمَنْزِلَةِ الْاجْتِهَادِ.

(لَوْ تَلَقَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنَ الْخَارِجِ وَذِي الْيَدِ (الْمَلِكِ مِنْ رَجُلٍ) فَكَانَ هُنَاكَ بَائِعَانِ (وَأَقَامَ الْبَيْتَةَ عَلَى النَّتَاجِ عِنْدَ مَنْ تَلَقَى مِنْهُ فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ إِقَامَتِهَا عَلَى النَّتَاجِ فِي يَدِ نَفْسِهِ) فَيُقْضَى بِهِ لَدِي الْيَدِ كَأَنَّ الْبَائِعِينَ قَدْ حَضَرُوا وَأَقَامُوا عَلَى ذَلِكَ بَيْتَةً فَإِنَّهُ يُقْضَى ثَمَّةً لِمَا سَبَبَ الْيَدِ كَذَلِكَ هَاهُنَا (وَلَوْ أَقَامَ أَحَدُهُمَا الْبَيْتَةَ عَلَى الْمَلِكِ وَالْآخَرُ عَلَى النَّتَاجِ فَصَاحِبُ النَّتَاجِ أُولَى) خَارِجًا كَانَ أَوْ ذَا يَدٍ (لَأَنَّ بَيْتَتَهُ قَامَتْ عَلَى أَوْلَىةِ الْمَلِكِ فَلَا يَثْبُتُ لِلْآخَرِ إِلَّا بِالتَّلَقِّي مِنْ جِهَتِهِ، وَكَذَا إِذَا كَانَتْ الدَّعْوَى بَيْنَ خَارِجَيْنِ فَبَيْتَةُ النَّتَاجِ أُولَى لِمَا ذَكَرْنَا) أَنَّهَا تَذُلُّ عَلَى أَوْلَىةِ الْمَلِكِ فَلَا يَثْبُتُ التَّلَقِّي لِلْآخَرِ إِلَّا مِنْ جِهَتِهِ (وَلَوْ قُضِيَ بِالنَّتَاجِ لَدِي الْيَدِ ثُمَّ أَقَامَ الثَّالِثُ الْبَيْتَةَ عَلَى النَّتَاجِ يُقْضَى لَهُ إِلَّا أَنْ يُعِيدَهَا ذُو الْيَدِ لِأَنَّ الثَّالِثَ لَمْ يَصِرْ مَقْضِيًّا عَلَيْهِ بِتِلْكَ الْقَضِيَّةِ) لِأَنَّ الْمَقْضَى بِهِ الْمَلِكُ وَبُتِيَ الْمَلِكُ بِالْبَيْتَةِ فِي حَقِّ شَخْصٍ لَا يَقْتَضِي بُتُوهُ فِي حَقِّ آخَرَ، فَإِنْ أَعَادَ ذُو الْيَدِ بَيْتَتَهُ قُضِيَ لَهُ بِهَا تَقْدِيمًا لِبَيْتَةِ ذِي الْيَدِ عَلَى بَيْتَةِ الْخَارِجِ فِي النَّتَاجِ، وَإِنْ لَمْ يُعَدَّ يُقْضَى بِهَا لِلثَّالِثِ (وَكَذَا الْمَقْضَى عَلَيْهِ بِالْمَلِكِ الْمُطْلَقِ إِذَا أَقَامَ الْبَيْتَةَ عَلَى النَّتَاجِ تُقْبَلُ وَيُنْقَضُ الْقَضَاءُ لَأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ النَّصِّ) فِي دَلَالَتِهِ عَلَى الْأَوْلَىةِ قَطْعًا فَكَانَ الْقَضَاءُ وَقَعًا عَلَى خِلَافِهِ كَالْقَضَاءِ الْوَاقِعِ عَنْ خِلَافِ النَّصِّ، وَهَذَا اسْتِحْسَانٌ، وَفِي الْقِيَاسِ لَا تُقْبَلُ بَيْتَتُهُ لَصَبْرُورَتِهِ مَقْضِيًّا عَلَيْهِ بِالْمَلِكِ.

وَجَوَابُهُ أَنَّهُ لَمْ يَصِرْ مَقْضِيًّا عَلَيْهِ لِأَنَّ بِإِقَامَةِ الْبَيْتَةِ عَلَى النَّتَاجِ ثَبِينَ أَنَّ الدَّفْعَ لِبَيْتَةِ الْمُدْعَى كَانَ مَوْجُودًا وَالْقَضَاءُ كَانَ خَطَأً فَأَلَى يَكُونُ مَقْضِيًّا عَلَيْهِ.

فَإِنْ قِيلَ: الْقَضَاءُ بَبَيْتَةِ الْخَارِجِ مَعَ بَيْتَةِ ذِي الْيَدِ عَلَى النَّتَاجِ مُجْتَهَدٌ فِيهِ، فَإِنْ ابْنُ أَبِي لَيْلَى يُرْجَحُ بَيْتَةَ الْخَارِجِ فَيَنْبَغِي أَنْ لَا يُنْقَضَ قَضَاءُ الْقَاضِي لِمُصَادَفَتِهِ مَوْضِعَ الاجْتِهَادِ. أُجِيبَ بِأَنَّ قَضَاءَهُ إِنَّمَا يَكُونُ عَنْ اجْتِهَادٍ إِذَا كَانَتْ بَيْتَةُ ذِي الْيَدِ قَائِمَةً عِنْدَهُ وَقَدْ الْقَضَاءُ فَيَرْجَحُ بِاجْتِهَادِهِ بَيْتَةَ الْخَارِجِ عَلَيْهَا، وَهَذِهِ الْبَيْتَةُ مَا كَانَتْ قَائِمَةً عِنْدَهُ حَالَ الْقَضَاءِ فَلَمْ يَكُنْ عَنْ اجْتِهَادٍ بَلْ كَانَ لَعَدَمِ مَا يَدْفَعُ الْبَيْتَةَ مِنْ ذِي الْيَدِ، فَإِذَا أَقَامَا مَا تَدْفَعُ بِهِ انْتَقَضَ الْقَضَاءُ الْأَوَّلُ.

قَالَ: (وَكَذَلِكَ النَّسْجُ فِي الثِّيَابِ الَّتِي لَا تُنْسَجُ إِلَّا مَرَّةً) كَقَوْلِ الْقَطَنِ (وَكَذَلِكَ كُلُّ سَبَبٍ فِي الْمَلِكِ لَا يَتَكَرَّرُ) لِأَنَّهُ فِي مَعْنَى النَّتَاجِ كَحَلْبِ اللَّبَنِ وَاتِّخَاذِ الْجُبْنِ وَاللَبْدِ

وَالْمِرْعَزَى وَجَزَّ الصُّوفِ، وَإِنْ كَانَ يَتَكَرَّرُ قُضِيَ بِهِ لِلخَارِجِ بِمَنْزِلَةِ الْمَلِكِ الْمَطْلُوقِ وَهُوَ مِثْلُ
الْخَزْ وَالْبِنَاءِ وَالْفَرَسِ وَزِرَاعَةِ الْحِنْطَةِ وَالْحُبُوبِ، فَإِنْ أَشْكَلَ يَرْجِعُ إِلَى أَهْلِ الْخَبِيرَةِ لِأَنَّهُمْ
أَعْرَفُ بِهِ، فَإِنْ أَشْكَلَ عَلَيْهِمْ قُضِيَ بِهِ لِلخَارِجِ لِأَنَّ الْقَضَاءَ بَيِّنَتِهِ هُوَ الْأَصْلُ وَالْعُدُولُ عَنْهُ
بِخَبَرِ النَّتَاجِ، فَإِذَا لَمْ يَعْلَمْ يَرْجِعُ إِلَى الْأَصْلِ.

الشرح:

قَالَ: (وَكَذَلِكَ النَّسْجُ فِي الثِّيَابِ الَّتِي لَا تُنْسَجُ إِلَّا مَرَّةً إِنْ) قَدْ تَقَدَّمَ أَنَّ الْقِيَاسَ
مَا ذَهَبَ إِلَيْهِ ابْنُ أَبِي لَيْلَى أَنَّ بَيِّنَةَ الْخَارِجِ أَوَّلَى فِي النَّتَاجِ مِنْ بَيِّنَةِ ذِي الْيَدِ، وَمَا ذَهَبَ
إِلَيْهِ اسْتِحْسَانُ ثُرَكٍ بِهِ الْقِيَاسُ بِمَا رَوَى جَابِرٌ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ «أَنَّ رَجُلًا ادَّعَى نَاقَةً فِي يَدِ رَجُلٍ
وَأَقَامَ الْبَيِّنَةَ أَنَّهَا نَاقَتُهُ نَتَجَهَا وَأَقَامَ ذُو الْيَدِ الْبَيِّنَةَ أَنَّهَا نَاقَتُهُ نَتَجَهَا، فَقَضَى رَسُولُ اللَّهِ
بِهَا لِلذِّي هِيَ فِي يَدِهِ» فَلَا يُلْحَقُ بِالنَّتَاجِ إِلَّا مَا كَانَ فِي مَعْنَاهُ مِنْ كُلِّ وَجْهِ، فَمَا لَا
يَتَكَرَّرُ مِنْ أَسْبَابِ الْمَلِكِ إِذَا دَعَاهُ بِهِ كَانَ كَدَعَايِ النَّتَاجِ، كَمَا إِذَا ادَّعَتْ غَزَلٌ قُطْنٌ أَنَّهُ
مِلْكُهَا غَزَلَتْهُ يَدَيْهَا، وَكَمَا إِذَا ادَّعَى رَجُلٌ ثَوْبًا أَنَّهُ مِلْكُهُ نَسَجَهُ وَهُوَ مِمَّا لَا يَتَكَرَّرُ
نَسَجُهُ، أَوْ ادَّعَى لَبَنًا أَنَّهُ مِلْكُهُ حَلَبَهُ مِنْ شَاتِهِ، أَوْ ادَّعَى جُبْنًا أَنَّهُ مِلْكُهُ صَنَعَهُ، فِي مِلْكِهِ،
أَوْ لَبَدًا بِأَنَّهُ صَنَعَهُ، أَوْ مَرْعَزِيًّا وَهِيَ كَالصُّوفِ تَحْتَ شَعْرِ الْعَنْزِ، أَوْ صُوفًا مَجْزُورًا بِأَنَّهُ
مِلْكُهُ جَزَّهُ مِنْ شَاتِهِ وَأَقَامَ عَلَى ذَلِكَ بَيِّنَةً فَادَّعَى ذُو الْيَدِ مِثْلَ ذَلِكَ وَأَقَامَ عَلَيْهِ بَيِّنَةً، فَإِنَّهُ
يُقَضَى بِذَلِكَ لِلذِّي الْيَدَ لِأَنَّهُ فِي مَعْنَى النَّتَاجِ مِنْ كُلِّ وَجْهِ فَيُلْحَقُ بِهِ بِدَلَالَةِ النَّصِّ.

وَمَا تَكَرَّرَ مِنْ ذَلِكَ قُضِيَ بِهِ لِلخَارِجِ؛ فَالْخَزُّ وَهُوَ اسْمُ دَابَّةٍ ثُمَّ سُمِّيَ الثَّوْبُ
الْمُتَّخِذُ مِنْ وَبَرِهِ خَزًّا، قَبْلَ هُوَ يُنْسَجُ فَإِذَا بَلِيَ يُغْزَلُ مَرَّةً أُخْرَى وَيُنْسَجُ، فَإِذَا ادَّعَى ثَوْبًا
أَنَّهُ مِلْكُهُ مِنْ خَزِّهِ، أَوْ ادَّعَى دَارًا أَنَّهَا مِلْكُهُ بَنَاهَا بِمَالِهِ، أَوْ ادَّعَى غَرْسًا أَنَّهُ مِلْكُهُ غَرَسَهُ،
أَوْ ادَّعَى حِنْطَةً أَنَّهَا مِلْكُهُ زَرَعَهَا أَوْ حَبًّا آخَرَ مِنَ الْحُبُوبِ وَأَقَامَ عَلَى ذَلِكَ بَيِّنَةً
وَادَّعَى ذُو الْيَدِ مِثْلَ ذَلِكَ وَأَقَامَ عَلَيْهِ بَيِّنَةً قُضِيَ بِهِ لِلخَارِجِ لِأَنَّهَا لَيْسَتْ فِي مَعْنَى
النَّتَاجِ لِتَكَرُّرِهَا، أَمَّا الْخَزُّ فَلَمَّا تَقَلَّنَاهُ، وَأَمَّا فِي الْبَاقِيَةِ فَإِنَّ الْبِنَاءَ يَكُونُ مَرَّةً بَعْدَ أُخْرَى،
وَكَذَلِكَ الْعَرْسُ وَالْحِنْطَةُ وَالْحُبُوبُ تُزْرَعُ ثُمَّ يُعْرَبِلُ الثَّرَابُ فَيُمَيِّزُ الْحُبُوبُ ثُمَّ تُزْرَعُ ثَانِيَةً،
وَإِذَا لَمْ يَكُنْ فِي مَعْنَاهُ لَا يُلْحَقُ بِهِ (فَإِنْ أَشْكَلَ) شَيْءٌ لَا يَتَيَقَّنُ بِالتَّكَرُّارِ وَعَدَمِهِ فِيهِ
(يَرْجِعُ إِلَى) الْعُدُولِ مِنْ (أَهْلِ الْخَبِيرَةِ) وَيُسَمَّى الْحُكْمُ عَلَيْهِ. قَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿فَسَلُّوا أَهْلَ

الَّذِكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لَا تَعْمُونَ ﴿ [النحل: ٣٤] (فَإِنْ أَشْكَلَ) عَلَى أَهْلِ الْخَبْرَةِ قُضِيَ بِهِ لِلخَارِجِ لِأَنَّ الْقَضَاءَ بَيِّنَتُهُ هُوَ الْأَصْلُ وَالْعُدُولُ (كَانَ بِخَيْرِ النَّجَاحِ) كَمَا رَوَيْنَا (وَإِذَا لَمْ يَعْلَمْ يَرْجِعْ إِلَى الْأَصْلِ).

قَالَ (وَإِنْ أَقَامَ الْخَارِجُ الْبَيِّنَةَ عَلَى الْمَلِكِ الْمَطْلُوقِ وَصَاحِبِ الْيَدِ الْبَيِّنَةِ عَلَى الشَّرَاءِ مِنْهُ كَانَ صَاحِبُ الْيَدِ أَوَّلِي) لِأَنَّ الْأَوَّلَ إِنْ كَانَ يَدْعِي أَوْلِيَّةَ الْمَلِكِ فَهَذَا تَلَقَّى مِنْهُ، وَفِي هَذَا لَا تَنَافِي فَصَارَ كَمَا إِذَا أَقَرَّ بِالْمَلِكِ لَهُ ثُمَّ ادَّعَى الشَّرَاءَ مِنْهُ.

الشرح:

وَقَالَ: (وَإِذَا أَقَامَ الْخَارِجُ الْبَيِّنَةَ عَلَى الْمَلِكِ إلخ) وَإِذَا أَقَامَ الْخَارِجُ الْبَيِّنَةَ عَلَى الْمَلِكِ وَذُو الْيَدِ عَلَى الشَّرَاءِ مِنْهُ فَذُو الْيَدِ أَوَّلِي، لِأَنَّ الْخَارِجَ إِنْ كَانَ يَدْعِي أَوْلِيَّةَ الْمَلِكِ فَذُو الْيَدِ تَلَقَّى مِنْهُ، وَلَا تَنَافِي فِي هَذَا فَصَارَ كَمَا لَوْ أَقَرَّ ذُو الْيَدِ بِالْمَلِكِ لِلخَارِجِ ثُمَّ ادَّعَى الشَّرَاءَ مِنْهُ.

قَالَ (وَإِنْ أَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الْبَيِّنَةَ عَلَى الشَّرَاءِ مِنَ الْآخِرِ وَلَا تَارِيخَ مَعَهُمَا تَهَاتَرَتِ الْبَيِّنَتَانِ وَتَتَرَكُ الدَّارُ فِي يَدِ ذِي الْيَدِ) قَالَ: وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ. وَعَلَى قَوْلِ مُحَمَّدٍ يَقْضَى بِالْبَيِّنَتَيْنِ وَيَكُونُ لِلخَارِجِ لِأَنَّ الْعَمَلَ بِهِمَا مُمَكِّنٌ فَيَجْعَلُ كَأَنَّهُ اشْتَرَى ذُو الْيَدِ مِنَ الْآخِرِ وَقَبْضُ ثُمَّ بَاعَ الدَّارَ لِأَنَّ الْقَبْضَ دَلَالَةُ السَّبْقِ عَلَى مَا مَرَّ، وَلَا يَعْكِسُ الْأَمْرَ لِأَنَّ الْبَيْعَ قَبْلَ الْقَبْضِ لَا يَجُوزُ وَإِنْ كَانَ فِي الْعَقَارِ عِنْدَهُ.

وَلَهُمَا أَنْ الْإِقْدَامَ عَلَى الشَّرَاءِ إِقْرَارٌ مِنْهُ بِالْمَلِكِ لِلْبَائِعِ فَصَارَ كَأَنَّهُمَا قَامَتَا عَلَى الْإِقْرَارَيْنِ وَفِيهِ التَّهَاتُرُ بِالْإِجْمَاعِ، كَذَا هَاهُنَا، وَلِأَنَّ السَّبَبَ يُرَادُ لِحُكْمِهِ وَهُوَ الْمَلِكُ وَلَا يُمْكِنُ الْقَضَاءُ لِدِي الْيَدِ إِلَّا بِالْمَلِكِ مُسْتَحَقٌّ فَبَقِيَ الْقَضَاءُ لَهُ بِمُجَرَّدِ السَّبَبِ وَأَنَّهُ لَا يُفِيدُهُ.

الشرح:

قَالَ: (وَإِنْ أَقَامَ الْخَارِجُ الْبَيِّنَةَ أَنَّهُ اشْتَرَاهَا مِنْ ذِي الْيَدِ وَأَقَامَهَا ذُو الْيَدِ أَنَّهُ اشْتَرَاهَا مِنَ الْخَارِجِ وَلَا تَارِيخَ مَعَهُمَا تَهَاتَرَتَا وَتَرِكَتِ الدَّارُ فِي يَدِ ذِي الْيَدِ) قَالَ الْمُصَنِّفُ (وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ يَقْضَى بِهِمَا لِإِمْكَانِ الْعَمَلِ بِهِمَا، وَذَلِكَ بِأَنْ يُجْعَلَ كَأَنَّ ذَا الْيَدِ قَدْ اشْتَرَاهَا مِنَ الْخَارِجِ وَقَبْضُ ثُمَّ بَاعَ وَلَمْ يَقْبِضْ لِأَنَّ الْقَبْضَ دَلَالَةُ السَّبْقِ كَمَا مَرَّ، وَلَا يُعَكِّسُ) أَيُّ لَا يُجْعَلُ كَأَنَّ الْخَارِجَ اشْتَرَاهَا مِنْ

ذِي الْيَدِ أَوْ لَا ثُمَّ بَاعَهُ إِيَّاهُ (لَأَنَّ) ذَلِكَ يَسْتَلْزِمُ (الْبَيْعَ قَبْلَ الْقَبْضِ) وَذَلِكَ (لَا يَجُوزُ) وَإِنْ كَانَ الْعَقَارُ عِنْدَهُ.

وَلَهُمَا أَنْ الْإِقْدَامَ عَلَى الشِّرَاءِ إِقْرَارٌ مِنَ الْمُشْتَرِي بِالْمَلِكِ لِلْبَائِعِ فَصَارَ كَأَنَّهُمَا قَامَتَا عَلَى الْإِقْرَارَيْنِ، وَفِيهِ التَّهَاتُرُ بِالْإِجْمَاعِ كَذَا هَاهُنَا، (وَلَأَنَّ السَّبَبَ يُرَادُ لِحُكْمِهِ وَهُوَ الْمَلِكُ) يَعْنِي أَنَّ السَّبَبَ إِذَا كَانَ مُفِيدًا لِلْحُكْمِ كَانَ مُعْتَبَرًا وَإِلَّا فَلَا لِكَوْنِهِ غَيْرَ مَقْصُودٍ بِالذَّاتِ (و) هَاهُنَا (لَا يُمَكِّنُ الْقَضَاءُ لَذِي الْيَدِ إِلَّا بِمِلْكٍ مُسْتَحَقٍّ) لِلخَارِجِ لِأَنَّا إِذَا قَضَيْنَا بَيِّنَةً ذِي الْيَدِ إِنَّمَا نَقْضِي لِيُزُولَ مِلْكُهُ إِلَى الْخَارِجِ فَلَمْ يَكُنِ السَّبَبُ مُفِيدًا لِحُكْمِهِ بِالنِّسْبَةِ إِلَيْهِ (فَبَقِيَ الْقَضَاءُ لَهُ بِمُجَرَّدِ السَّبَبِ) وَذَلِكَ غَيْرُ مُفِيدٍ.

ثُمَّ لَوْ شَهِدَتِ الْبَيِّنَتَانِ عَلَى نَقْدِ الثَّمَنِ فَالْأَلْفُ بِالْأَلْفِ قِصَاصٌ عِنْدَهُمَا إِذَا اسْتَوَيَا لَوْجُودِ قَبْضِ مَضْمُونٍ مِنْ كُلِّ جَانِبٍ، وَإِنْ لَمْ يَشْهَدُوا عَلَى نَقْدِ الثَّمَنِ فَالْقِصَاصُ مَذْهَبُ مُحَمَّدٍ لِلْوُجُوبِ عِنْدَهُ. وَلَوْ شَهِدَ الْفَرِيقَانِ بِالْبَيْعِ وَالْقَبْضِ تَهَاتَرْتَا بِالْإِجْمَاعِ، لِأَنَّ الْجَمْعَ غَيْرُ مُمَكِّنٍ عِنْدَ مُحَمَّدٍ لِحَوَازِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْبَيْعَيْنِ بِخِلَافِ الْأَوَّلِ.

الشرح:

(ثُمَّ لَوْ شَهِدَتِ الْبَيِّنَتَانِ عَلَى نَقْدِ الثَّمَنِ فَالْأَلْفُ بِالْأَلْفِ قِصَاصٌ عِنْدَهُمَا إِذَا اسْتَوَيَا الثَّمَانِ لَوْجُودِ قَبْضِ مَضْمُونٍ مِنْ كُلِّ جَانِبٍ، وَإِنْ لَمْ يَشْهَدَا عَلَى نَقْدِ الثَّمَنِ فَالْقِصَاصُ مَذْهَبُ مُحَمَّدٍ لِلْوُجُوبِ عِنْدَهُ) فَإِنَّ الْبَيِّنَيْنِ لَمَّا تَبَيَّنَا عِنْدَهُ كَانَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُوجِبًا لِّلثَمَنِ عِنْدَ مُشْتَرِيهِ فَيَقْصَصُ الْوُجُوبُ بِالْوُجُوبِ (وَلَوْ شَهِدَ الْفَرِيقَانِ بِالْبَيْعِ وَالْقَبْضِ تَهَاتَرْتَا بِالْإِجْمَاعِ) لَكِنْ عَلَى اخْتِلَافِ التَّخْرِيجِ، فَعِنْدَهُمَا بَاعْتِبَارُ أَنْ دَعَوَاهُمَا مِثْلُ هَذَا الْبَيْعِ إِقْرَارٌ مِنْ كُلِّ مِنْهُمَا بِالْمَلِكِ لِمَالِكِهِ، وَفِي مِثْلِ الْإِقْرَارِ تَهَاتُرُ الشُّهُودِ فَكَذَلِكَ هَاهُنَا وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ بَاعْتِبَارُ أَنْ يَبْعَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا جَائِزٌ لَوْجُودِ الْبَيْعِ بَعْدَ الْقَبْضِ وَلَيْسَ فِي الْبَيِّنَيْنِ ذِكْرُ التَّارِيخِ وَلَا دَلَالَةُ تَارِيخٍ حَتَّى يُجْعَلَ أَحَدُهُمَا سَابِقًا وَالْآخَرُ لَاحِقًا، وَإِذَا جَازَ الْبَيْعَانِ وَلَمْ يَكُنْ أَحَدُهُمَا أَوَّلِي مِنَ الْآخَرِ فِي الْقَبُولِ تَسَاقَطَا فَبَقِيَ الْعَيْنُ عَلَى يَدِ صَاحِبِ الْيَدِ كَمَا كَانَتْ، وَهُوَ مَعْنَى قَوْلِهِ (لَأَنَّ الْجَمْعَ غَيْرُ مُمَكِّنٍ) لِأَنَّ الْجَمْعَ عِبَارَةٌ عَنْ إِمْكَانِ الْعَمَلِ بِهِمَا وَهَاهُنَا لَمْ يُمَكِّنْ.

وَإِنْ وُقِّعَتِ الْبَيِّنَتَانِ فِي الْعَقَارِ وَلَمْ تُشَيَّتَا قَبْضًا وَوَقْتُ الْخَارِجِ أَسْبَقَ يُقْضَى لِمَالِكِهِ

الْيَدِ عِنْدَهُمَا فَيُجْعَلُ كَانَ الْخَارِجَ اشْتَرَى أَوْ لَا ثُمَّ بَاعَ قَبْلَ الْقَبْضِ مِنْ صَاحِبِ الْيَدِ، وَهُوَ جَائِزٌ فِي الْعَقَارِ عِنْدَهُمَا. وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ يَقْضَى لِلْخَارِجِ لِأَنَّهُ لَا يَصِحُّ لَهُ بَيْعُهُ قَبْلَ الْقَبْضِ فَبَقِيَ عَلَى مِلْكِهِ، وَإِنْ أَثْبَتَا قَبْضًا يَقْضَى لَصَاحِبِ الْيَدِ لِأَنَّ الْبَيْعَيْنِ جَائِزَانِ عَلَى الْقَوْلَيْنِ، وَإِنْ كَانَ وَقْتُ صَاحِبِ الْيَدِ أَسْبَقَ يَقْضَى لِلْخَارِجِ فِي الْوَجْهَيْنِ فَيُجْعَلُ كَأَنَّهُ اشْتَرَاهَا دُونَ الْيَدِ وَقَبْضَ ثُمَّ بَاعَ وَلَمْ يُسَلِّمْ أَوْ سَلَّمَ ثُمَّ وَصَلَ إِلَيْهِ بِسَبَبٍ آخَرَ.

الشرح:

(وَإِنْ وَقَّتَ الْبَيْنَتَانِ فِي الْعَقَارِ) وَقَّتَيْنِ، فَإِمَّا أَنْ يَكُونَ وَقْتُ الْخَارِجِ أَسْبَقَ أَوْ وَقْتُ ذِي الْيَدِ، وَكُلُّ مَنَّهُمَا عَلَى وَجْهَيْنِ: إِمَّا أَنْ يَشْهَدُوا بِالْقَبْضِ أَوْ لَا، فَإِنْ كَانَ وَقْتُ الْخَارِجِ أَسْبَقَ (فَإِنْ لَمْ يَشْهَدُوا بِالْقَبْضِ قُضِيَ بِهَا لِذِي الْيَدِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ فَيُجْعَلُ كَانَ الْخَارِجَ اشْتَرَى أَوْ لَا ثُمَّ بَاعَ قَبْلَ الْقَبْضِ مِنْ صَاحِبِ الْيَدِ فَإِنَّهُ جَازٌ فِي الْعَقَارِ عِنْدَهُمَا).

وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ يَقْضَى بِهَا لِلْخَارِجِ لِعَدَمِ صِحَّةِ الْبَيْعِ قَبْلَ الْقَبْضِ عِنْدَهُ فَبَقِيَ عَلَى مِلْكِهِ، وَإِنْ شَهِدُوا بِالْقَبْضِ يَقْضَى بِهَا لَصَاحِبِ الْيَدِ بِالْإِجْمَاعِ لِأَنَّهُ يُجْعَلُ كَانَ الْخَارِجَ بَاعَهَا مِنْ بَائِعِهَا بَعْدَمَا قَبَضَهَا، وَذَلِكَ صَحِيحٌ عَلَى الْقَوْلَيْنِ جَمِيعًا (وَإِنْ كَانَ وَقْتُ ذِي الْيَدِ أَسْبَقَ يَقْضَى بِالْخَارِجِ فِي الْوَجْهَيْنِ) جَمِيعًا، يَعْنِي سَوَاءً شَهِدُوا بِالْقَبْضِ أَوْ لَمْ يَشْهَدُوا، أَمَّا إِذَا شَهِدُوا بِهِ فَلَا إِشْكَالَ، وَأَمَّا إِذَا لَمْ يَشْهَدُوا فَيُجْعَلُ كَانَ ذَا الْيَدِ اشْتَرَاهَا وَقَبْضَ ثُمَّ بَاعَ مِنَ الْخَارِجِ فَيُؤْمَرُ بِالتَّسْلِيمِ إِلَيْهِ، وَالْمُصَنِّفُ جَمَعَ الْوَجْهَيْنِ فِي قَوْلِهِ فَيُجْعَلُ كَأَنَّهُ اشْتَرَاهُ دُونَ الْيَدِ وَقَبْضَ ثُمَّ بَاعَ وَلَمْ يُسَلِّمْ، وَهَذَا بِاعْتِبَارِ عَدَمِ إِثْبَاتِ الْقَبْضِ، أَوْ سَلَّمَ ثُمَّ وَصَلَ إِلَيْهِ بِسَبَبٍ آخَرَ مِنْ عَارِيَّةٍ أَوْ إِجَارَةٍ بِاعْتِبَارِ إِثْبَاتِ الْقَبْضِ.

قَالَ: (وَإِنْ أَقَامَ أَحَدُ الْمُدْعِيَيْنِ شَاهِدَيْنِ وَالْآخَرُ أَرْبَعَةً فَهُمَا سَوَاءٌ) لِأَنَّ شَهَادَةَ كُلِّ الشَّاهِدِينَ عَلَةٌ تَامَّةٌ كَمَا فِي حَالَةِ الْإِنْفِرَادِ، وَالتَّرْجِيحُ لَا يَقَعُ بِكَثْرَةِ الْعِلَلِ بَلْ بِقُوَّةِ فِيهَا عَلَى مَا عُرِفَ.

الشرح:

قَالَ (وَإِنْ أَقَامَ أَحَدُ الْمُدْعِيَيْنِ شَاهِدَيْنِ وَالْآخَرُ أَرْبَعَةً فَهُمَا سَوَاءٌ، لِأَنَّ شَهَادَةَ كُلِّ الشَّاهِدَيْنِ عَلَةٌ تَامَّةٌ كَمَا فِي حَالَةِ الْإِنْفِرَادِ، وَالتَّرْجِيحُ لَا يَقَعُ بِكَثْرَةِ الْعِلَلِ بَلْ بِقُوَّةِ

فِيهَا) أَلَا تَرَى أَنَّ الْخَبَرَ الْوَاحِدَ لَا يَتَرَجَّحُ بِخَبَرٍ آخَرَ وَلَا الْآيَةُ بِآيَةٍ أُخْرَى لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَةٌ بِنَفْسِهِ، وَالْمُفَسِّرُ يُرَجِّحُ عَلَى النَّصِّ وَالنَّصُّ عَلَى الظَّاهِرِ بِاعْتِبَارِ الْقُوَّةِ (كَمَا عُرِفَ) فِي أَصُولِ الْفَقْهِ، وَالشَّهَادَةُ الْعَادِلَةُ تَتَرَجَّحُ عَلَى الْمُسْتَوْرَةِ بِالْعَدَالَةِ لِأَنَّهَا صِفَةُ الشَّهَادَةِ، وَلَا تَتَرَجَّحُ بِكَثْرَةِ الْعَدَدِ لِأَنَّهَا لَيْسَتْ بِصِفَةٍ لِلشَّهَادَةِ بَلْ هِيَ مِثْلُهَا وَشَهَادَةُ كُلِّ عَدَدٍ نَصَابٌ كَامِلٌ.

قَالَ (وَإِذَا كَانَتْ دَارٌ فِي يَدِ رَجُلٍ ادَّعَاهَا اثْنَانِ أَحَدُهُمَا جَمِيعَهَا وَالْآخَرُ نِصْفَهَا وَأَقَامَا الْبَيِّنَةَ فَلصَّاحِبِ الْجَمِيعِ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِهَا وَلصَّاحِبِ النِّصْفِ رُبْعُهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ) اعْتِبَارًا بِطَرِيقِ الْمُنَازَعَةِ، فَإِنَّ صَاحِبَ النِّصْفِ لَا يَنَازِعُ الْآخَرَ فِي النِّصْفِ فَسَلَّمَ لَهُ بِلَا مُنَازَعٍ وَاسْتَوَتْ مُنَازَعَتُهُمَا فِي النِّصْفِ الْآخَرِ فَيَنْصَفُ بَيْنَهُمَا (وَقَالَا: هِيَ بَيْنَهُمَا اثْنَانِ) فَاعْتَبَرَا طَرِيقَ الْعَوْلِ وَالْمُضَارَبَةِ، فَصَاحِبُ الْجَمِيعِ يُضْرَبُ بِكُلِّ حَقِّهِ سَهْمَيْنِ وَصَاحِبُ النِّصْفِ بِسَهْمٍ وَاحِدٍ فَتُقَسَّمُ اثْنَانِ، وَلِهَذِهِ الْمَسْأَلَةِ نَظَائِرٌ وَأَضْدَادٌ لَا يَحْتَمِلُهَا هَذَا الْمُخْتَصَرُ وَقَدْ ذَكَرْنَا فِي الزِّيَادَاتِ.

قَالَ: (وَلَوْ كَانَتْ فِي أَيْدِيهِمَا سَلَمٌ لَصَاحِبِ الْجَمِيعِ نِصْفُهَا عَلَى وَجْهِ الْقَضَاءِ وَنِصْفُهَا لَا عَلَى وَجْهِ الْقَضَاءِ) لِأَنَّهُ خَارِجٌ فِي النِّصْفِ فَيَقْضِي بَيِّنَتِهِ، وَالنِّصْفُ الَّذِي فِي يَدَيْهِ صَاحِبُهُ لَا يَدْعِيهِ لِأَنَّ مُدْعَاهُ النِّصْفُ وَهُوَ فِي يَدَيْهِ سَالِمٌ لَهُ، وَلَوْ لَمْ يَنْصَرِفْ إِلَيْهِ دَعْوَاهُ كَانَ ظَالِمًا بِإِمْسَاكِهِ وَلَا قَضَاءٌ بِدُونِ الدَّعْوَى فَيَتْرَكَ فِي يَدِهِ.

الشرح:

قَالَ: (وَإِذَا كَانَتْ دَارٌ فِي يَدِ رَجُلٍ ادَّعَاهَا اثْنَانِ أَحَدُهُمَا جَمِيعَ الدَّارِ وَالْآخَرُ نِصْفَهَا وَأَقَامَا الْبَيِّنَةَ فَلصَّاحِبِ الْجَمِيعِ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِهَا وَلصَّاحِبِ النِّصْفِ رُبْعُهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ) اعْتِبَارًا بِطَرِيقِ الْمُنَازَعَةِ وَعِنْدَهُمَا هِيَ بَيْنَهُمَا اثْنَانِ اعْتِبَارًا بِطَرِيقِ الْعَوْلِ وَالْمُضَارَبَةِ.

وَالْأَصْلُ فِي ذَلِكَ أَنَّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الْمُدْلِيَ بِسَبَبٍ صَحِيحٍ وَهُوَ مَا يَتَعَلَّقُ بِهِ الْاسْتِحْقَاقُ مِنْ غَيْرِ انْضِمَامٍ مَعْنَى آخَرَ إِلَيْهِ يُضْرَبُ بِجَمِيعِ حَقِّهِ كَأَصْحَابِ الْعَوْلِ وَالْمُوصَى لَهُ بِالثُلُثِ فَمَا دُونَهُ وَغَرَمَاءُ الْمَيِّتِ إِذَا ضَاقَتِ التَّرَكَةُ عَنْ ذِيُونِهِ وَالْمُدْلِيَ بِسَبَبٍ غَيْرِ صَحِيحٍ يُضْرَبُ: أَيْ يَأْخُذُ بِحَسَبِ كُلِّ حَقِّهِ بِقَدْرِ مَا يُصِيبُهُ حَالُ الْمُرَاحِمَةِ

كَمَسَأَلَتْنَا هَذِهِ وَالْمَوْصَى لَهُ بِأَكْثَرِ مِنَ الثَّلَاثِ.

وَعِنْدَهُمَا أَنَّ قِسْمَةَ الْعَيْنِ مَتَى وَجَبَتْ بِسَبَبِ حَقٍّ كَانَ فِي الْعَيْنِ كَانَتْ الْقِسْمَةُ عَلَى طَرِيقِ الْعَوْلِ كَالْتَرَكَةِ بَيْنَ الْوَرَثَةِ، وَمَتَى وَجَبَتْ لَا بِسَبَبِ حَقٍّ كَانَ فِي الْعَيْنِ فَالْقِسْمَةُ عَلَى طَرِيقِ الْمُنَازَعَةِ؛ كَالْفُضُولِيِّ إِذَا بَاعَ عَبْدٌ رَجُلًا بِغَيْرِ أَمْرِهِ وَفُضُولِي آخَرُ بَاعَ نِصْفَهُ وَأَجَارَ الْمَوْلَى الْبَيْعَيْنِ فَالْقِسْمَةُ بَيْنَ الْمُشْتَرِيَيْنِ بِطَرِيقِ الْمُنَازَعَةِ أَرْبَاعًا، فَعَلَى هَذَا أَمَكُنَ الْإِتْفَاقُ بَيْنَهُمْ عَلَى الْعَوْلِ وَعَلَى الْمُنَازَعَةِ وَالْإِفْتِرَاقِ. وَمِمَّا اتَّفَقُوا عَلَى الْعَوْلِ فِيهِ الْعَوْلُ فِي التَّرَكَةِ. أَمَّا عَلَى أَصْلِهِ فَلَأَنَّ السَّبَبَ لَا يَحْتَاجُ إِلَى ضَمِّ شَيْءٍ، وَأَمَّا عَلَى أَصْلِهِمَا فَلَأَنَّهَا وَجَبَتْ بِسَبَبِ حَقٍّ فِي الْعَيْنِ لِأَنَّ حَقَّ الْوَرَثَةِ يَتَعَلَّقُ بِعَيْنِ التَّرَكَةِ.

وَمِمَّا اتَّفَقُوا عَلَيْهِ بِطَرِيقِ الْمُنَازَعَةِ بَيْنَ الْفُضُولِيِّ؛ أَمَّا عَلَى أَصْلِهِ فَلَأَنَّهُ لَيْسَ بِسَبَبٍ صَحِيحٍ لاحتِاجِهِ إِلَى انْضِمَامِ إِجَازَةِ إِلَيْهِ، وَأَمَّا عَلَى أَصْلِهِمَا فَلَأَنَّ حَقَّ كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْمُشْتَرِيَيْنِ كَانَ فِي الثَّمَنِ فَتَحَوَّلَ بِالشَّرَاءِ إِلَى الْمِيعِ وَمِمَّا ائْتَرَفُوا فِيهِ مَسَأَلَتْنَا هَذِهِ فَعَلَى أَصْلِ أَبِي حَنِيفَةَ سَبَبُ اسْتِحْقَاقِ كُلِّ مِنْهُمَا هُوَ الشَّهَادَةُ، وَهِيَ تَحْتَاجُ إِلَى اتِّصَالِ الْقَضَاءِ بِهَا كَمَا تَقَدَّمَ فَلَمْ يَكُنْ سَبَبًا صَحِيحًا فَكَانَتْ الْقِسْمَةُ عَلَى طَرِيقِ الْمُنَازَعَةِ، فَيَقُولُ مُدَّعِي النِّصْفِ: لَا دَعْوَى لَهُ فِي النِّصْفِ الْآخَرِ فَأَنْفَرَدَ بِهِ صَاحِبُ الْجَمِيعِ وَالنِّصْفُ الْآخَرُ كُلُّ مِنْهُمَا يَدَّعِيهِ وَقَدْ أَقَامَا عَلَيْهِ الْبَيِّنَةُ، وَالتَّسَاوِي فِي سَبَبِ الْاسْتِحْقَاقِ يُوجِبُ التَّسَاوِي فِيهِ فَكَانَ هَذَا النِّصْفُ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ فَيَجْعَلُ لَصَاحِبِ الْجَمِيعِ ثَلَاثَةَ أَرْبَاعِ الدَّارِ وَلِمُدَّعِي النِّصْفِ الرَّبْعَ، وَعَلَى أَصْلِهِمَا حَقُّ كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْمُدَّعِيَيْنِ فِي الْعَيْنِ عَلَى مَعْنَى أَنَّ حَقَّ كُلِّ مِنْهُمَا شَائِعٌ فِيهَا، فَمَا مِنْ جُزْءٍ إِلَّا وَصَاحِبُ الْقَلِيلِ يُزَاحِمُ فِيهِ صَاحِبَ الْكَثِيرِ بِنَصِيبِهِ، فَلِهَذَا كَانَتْ الْقِسْمَةُ فِيهِ بِطَرِيقِ الْعَوْلِ، فَيَضْرِبُ كُلُّ مِنْهُمَا بِجَمِيعِ دَعْوَاهُ فَاحْتَاجْنَا إِلَى عَدَدٍ لَهُ نِصْفٌ صَحِيحٌ وَأَقْلَهُ اثْنَانِ، فَيَضْرِبُ بِذَلِكَ صَاحِبُ الْجَمِيعِ وَيَضْرِبُ مُدَّعِي النِّصْفِ بِسَهْمٍ فَتَكُونُ بَيْنَهُمَا أَثْلَاثًا.

وَلِهَذِهِ الْمَسْأَلَةِ نَظَائِرٌ وَأَضْدَادٌ لَا تَحْتَمِلُهَا الْمُخْتَصَرَاتُ. قَالَ الْمُصَنِّفُ (وَقَدْ ذَكَرْنَاهَا فِي الزِّيَادَاتِ) فَمِنْ نَظَائِرِهَا: الْمَوْصَى لَهُ بِجَمِيعِ الْمَالِ وَيَنْصِفُهُ عِنْدَ إِجَازَةِ الْوَرَثَةِ. وَمِنْ أَضْدَادِهَا الْعَبْدُ الْمَأْذُونُ لَهُ الْمُشْتَرَكُ إِذَا أَدَّاهُ أَحَدُ الْمَوْلِيَيْنِ مِائَةَ دِرْهَمٍ وَأَجْنَبِيٌّ مِائَةَ دِرْهَمٍ ثُمَّ يَبِيعُ بِمِائَةِ دِرْهَمٍ فَالْقِسْمَةُ بَيْنَ الْمَوْلَى الْمَدِينِ وَالْأَجْنَبِيِّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ بِطَرِيقِ

الْعَوْلُ أَثْلَاثًا، وَعِنْدَهُمَا بِطَرِيقِ الْمَنَازَعَةِ أَرْبَاعًا، فَتَذَكَّرُ الْأَصْلَيْنِ الْمَذْكُورَيْنِ يُسَهِّلُ عَلَيْهِ
الاستِخْرَاجَ.

قَالَ (وَلَوْ كَانَتْ الدَّارُ فِي أَيْدِيهِمَا إِنْخُ) الْأَصْلُ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ أَنَّ دَعْوَى كُلِّ
وَاحِدٍ مِنَ الْمُدَّعِيَيْنِ تَنْصَرِفُ إِلَى مَا فِي يَدِهِ لَثَلَا يَكُونُ فِي إِمْسَاكِهِ ظَلَمًا حَمَلًا لِأُمُورِ
الْمُسْلِمِينَ عَلَى الصَّحَّةِ، وَأَنَّ بَيِّنَةَ الْخَارِجِ أُولَى مِنْ بَيِّنَةِ ذِي الْيَدِ، فَإِذَا كَانَتْ الدَّارُ فِي
أَيْدِيهِمَا فَمُدَّعِي النِّصْفِ لَا يَدَّعِي عَلَى الْآخَرِ شَيْئًا وَمُدَّعِي الْكُلِّ يَدَّعِي عَلَيْهِ النِّصْفَ
وَهُوَ خَارِجٌ عَنِ النِّصْفِ فَعَلَيْهِ إِقَامَةُ الْبَيِّنَةِ، فَإِنْ أَقَامَهَا فَلَهُ جَمِيعُ الدَّارِ نِصْفُهَا عَلَى وَجْهِ
الْقَضَاءِ، وَهُوَ الَّذِي كَانَ يَدُ صَاحِبِهِ لِأَنَّهُ اجْتَمَعَ فِيهِ بَيِّنَةُ الْخَارِجِ وَذِي الْيَدِ، وَبَيِّنَةُ
الْخَارِجِ أُولَى فَيُقْضَى لَهُ بِذَلِكَ وَنِصْفُهَا لَا عَلَى وَجْهِ الْقَضَاءِ وَهُوَ الَّذِي كَانَ يَدِهِ لِأَنَّ
صَاحِبَهُ لَمْ يَدَّعِهِ وَلَا قَضَاءٌ بِدُونِ الدَّعْوَى فَيُتْرَكُ فِي يَدِهِ.

قَالَ (وَإِذَا تَنَازَعَا فِي دَابَّةٍ وَأَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَيِّنَةً أَنَّهَا تَنَجَّتْ عِنْدَهُ، وَذَكَرَا
تَارِيخًا وَسِنَّ الدَّابَّةِ يُوَافِقُ أَحَدَ التَّارِيخَيْنِ فَهُوَ أُولَى) لِأَنَّ الْحَالَ يَشْهَدُ لَهُ فَيُتَرَجَّحُ (وَإِنْ
أَشْكَلَ ذَلِكَ كَانَتْ بَيْنَهُمَا) لِأَنَّهُ سَقَطَ التَّوْقِيتُ فَصَارَ كَأَنَّهُمَا لَمْ يَذْكُرَا تَارِيخًا. وَإِنْ
خَالَفَ سِنَّ الدَّابَّةِ الْوَقْتَيْنِ بَطَلَتِ الْبَيِّنَتَانِ، كَذَا ذَكَرَهُ الْحَاكِمُ رَحِمَهُ اللَّهُ لِأَنَّهُ ظَهَرَ
كَذِبُ الْفَرِيقَيْنِ فَيُتْرَكُ فِي يَدِ مَنْ كَانَتْ فِي يَدِهِ.

الشرح:

(قَالَ: وَإِذَا تَنَازَعَا فِي دَابَّةٍ إِنْخُ) إِذَا تَنَازَعَ اثْنَانِ فِي دَابَّةٍ وَأَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا
بَيِّنَةً أَنَّهَا تَنَجَّتْ عِنْدَهُ وَذَكَرَا تَارِيخًا وَسِنَّ الدَّابَّةِ يُوَافِقُ أَحَدَ التَّارِيخَيْنِ فَهُوَ أُولَى، لِأَنَّ
عَلَامَةَ صِدْقِ شُهُودِهِ قَدْ ظَهَرَتْ بِشَهَادَةِ الْحَالَ لَهُ فَيُتَرَجَّحُ، وَإِنْ أَشْكَلَ ذَلِكَ كَانَتْ
بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ لِأَنَّهُ سَقَطَ التَّوْقِيتُ وَصَارَ كَأَنَّهُمَا أَقَامَا وَلَا تَارِيخَ لُهُمَا، هَذَا إِذَا كَانَا
خَارِجَيْنِ، وَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا ذَا الْيَدِ فَإِنْ وَافَقَ سِنَّ الدَّابَّةِ تَارِيخَهُ أَوْ أَشْكَلَ قُضِيَ بِهَا
لِذِي الْيَدِ، إِمَّا لظُهُورِ عَلَامَةِ الصِّدْقِ فِي شُهُودِهِ، أَوْ سَقُوطِ اعْتِبَارِ التَّوْقِيتِ بِالِاشْتِكَالِ،
وَإِنْ كَانَ سِنَّ الدَّابَّةِ بَيْنَ وَقْتِ الْخَارِجِ وَذِي الْيَدِ قَالَ غَاثَةُ الْمَشَايخِ: تَهَاوَرَتِ الْبَيِّنَتَانِ وَتُرِكَ
الدَّابَّةُ فِي يَدِ ذِي الْيَدِ قَوْلُهُ وَإِنْ خَالَفَ سِنَّ الدَّابَّةِ الْوَقْتَيْنِ يَعْنِي فِي الْخَارِجَيْنِ (بَطَلَتِ
الْبَيِّنَتَانِ، كَذَا ذَكَرَهُ الْحَاكِمُ) لِأَنَّهُ ظَهَرَ كَذِبُ الْفَرِيقَيْنِ، وَذَلِكَ مَانِعٌ عَنْ قَبُولِ الشَّهَادَةِ

حَالَةَ الْاِنْفِرَادِ فَيَمْنَعُ حَالَةَ الْاجْتِمَاعِ اَيْضًا، فَتُتْرَكُ الدَّابَّةُ فِي يَدِ مَنْ هِيَ فِي يَدِهِ قَضَاءُ تَرْكِ كَاتِلَهُمَا لَمْ يُقَيِّمَا الْبَيِّنَةَ.

قَالَ فِي الْمَبْسُوطِ: الْأَصَحُّ مَا قَالَهُ مُحَمَّدٌ عَنِ الْجَوَابِ، وَهُوَ أَنْ تَكُونَ الدَّابَّةُ بَيْنَهُمَا فِي الْفَصْلَيْنِ: بِعَيْنِي فِيمَا إِذَا كَانَ سِنَّ الدَّابَّةِ مُشْكِلًا، وَفِيمَا إِذَا كَانَ عَلَى غَيْرِ الْوَقْتَيْنِ فِي دَعْوَى الْخَارِجَيْنِ. أَمَّا إِذَا كَانَ مُشْكِلًا فَلَا شَكَّ فِيهِ، وَكَذَلِكَ إِنْ كَانَ عَلَى غَيْرِ الْوَقْتَيْنِ لِأَنَّ اعْتِبَارَ ذِكْرِ الْوَقْتِ لِحَقِّهِمَا، وَفِي هَذَا الْمَوْضِعِ فِي اعْتِبَارِهِ إِنْطَالُ حَقِّهِمَا فَسَقَطَ اعْتِبَارُ ذِكْرِ الْوَقْتِ أَصْلًا، وَيُنْظَرُ إِلَى مَقْصُودِهَا وَهُوَ اثْبَاتُ الْمَلِكِ فِي الدَّابَّةِ وَقَدْ اسْتَوَيَا فِي ذَلِكَ فَوَجَبَ الْقَضَاءُ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ، وَهَذَا لِأَنَّا لَوْ اعْتَبَرْنَا التَّوْقِيتَ بَطَلَتِ الْبَيِّنَتَانِ وَتُتْرَكُ هِيَ فِي يَدِ ذِي الْيَدِ، وَقَدْ اتَّفَقَ الْفَرِيقَانِ عَلَى اسْتِحْقَاقِهَا عَلَى ذِي الْيَدِ فَكَيْفَ تُتْرَكُ فِي يَدِهِ مَعَ قِيَامِ حُجَّةِ الاسْتِحْقَاقِ. وَهَذِهِ الرُّوَايَةُ مُخَالِفَةٌ لِمَا رَوَى أَبُو الْلَيْثِ عَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ قَالَ: إِذَا كَانَ سِنَّ الدَّابَّةِ مُشْكِلًا يُقْضَى بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ، وَإِنْ كَانَ مُخَالَفًا لِلْوَقْتَيْنِ لَا يُقْضَى لَهَا بِشَيْءٍ وَتُتْرَكُ فِي يَدِ ذِي الْيَدِ قَضَاءُ تَرْكِ؛ فَكَاتِلُهُمَا لَمْ يُقَيِّمَا الْبَيِّنَةَ، وَلَعَلَّ هَذَا هُوَ الْأَصَحُّ. وَقَوْلُهُ يُنْظَرُ إِلَى مَقْصُودِهَا لَيْسَ بِشَيْءٍ لِأَنَّ مَقْصُودَ الْمُدَّعِي لَيْسَ بِمُعْتَبَرٍ فِي الدَّعَاوَى بِلَا حُجَّةٍ، وَاتَّفَاقُ الْفَرِيقَيْنِ عَلَى اسْتِحْقَاقِهَا عَلَى ذِي الْيَدِ غَيْرُ مُعْتَبَرٍ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِحُجَّةٍ مَعَ وُجُودِ الْمَكْذُوبِ.

قَالَ (وَإِذَا كَانَ عَبْدٌ فِي يَدِ رَجُلٍ أَقَامَ رَجُلَانِ عَلَيْهِ الْبَيِّنَةَ أَحَدُهُمَا بِغَضَبٍ وَالْآخَرُ بِوَدِيعَةٍ فَهُوَ بَيْنَهُمَا) لَا اسْتِوَاءَ لِهَاتِهِمَا فِي الاسْتِحْقَاقِ.

الشرح:

(وَإِذَا كَانَ عَبْدٌ فِي يَدِ رَجُلٍ وَأَقَامَ رَجُلَانِ عَلَيْهِ الْبَيِّنَةَ أَحَدُهُمَا بِغَضَبٍ وَالْآخَرُ بِوَدِيعَةٍ فَهُمَا سَوَاءٌ) لِأَنَّ الْمُوَدَّعَ لَمَّا جَحَدَ صَارَ غَاصِبًا، وَالتَّسَاوِي فِي سَبَبِ الاسْتِحْقَاقِ يُوجِبُ التَّسَاوِي فِي نَفْسِ الاسْتِحْقَاقِ فَيَكُونُ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ.

فصل في التنازع بالأيدي

قَالَ: (وَإِذَا تَنَازَعَا فِي دَابَّةٍ أَحَدُهُمَا رَاكِبُهَا وَالْآخَرُ مُتَعَلِّقٌ بِلِجَامِهَا فَالرَّاكِبُ أَوَّلَى) لِأَنَّ تَصَرُّفَهُ أَظْهَرَ فَإِنَّهُ يَخْتَصُّ بِالْمَلِكِ (وَكَذَلِكَ إِذَا كَانَ أَحَدُهُمَا رَاكِبًا فِي السَّرَجِ وَالْآخَرُ رَدِيفُهُ فَالرَّاكِبُ أَوَّلَى) بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ رَاكِبَيْنِ حَيْثُ تَكُونُ بَيْنَهُمَا

لاستوائيهما في التصرف (وكذا إذا تنازعا في بيعٍ وعليه حمل لأحدهما فصاحب الحمل أولى) لأنه هو المتصرف (وكذا إذا تنازعا في قميص أحدهما لابسهُ والآخر متعلق بكمه فالباس أولى) لأنه أظهرهما تصرفاً (ولو تنازعا في بساط أحدهما جالس عليه والآخر متعلق به فهو بينهما) معناه لا على طريق القضاء لأن القعود ليس بيدٍ عليه فاستويا.

الشرح:

(فصل في التنازع بالأيدي): لما فرغ من بيان وقوع الملك باليئة شرع في هذا الفصل بذكر بيان وقوعه بظاهر اليد لما أن الأول أقوى، ولهذا إذا قامت اليئة لا يلتفت إلى اليد (قال: إذا تنازعا في دابة إلخ) إذا تنازع اثنان في دابة أحدهما ركبها والآخر متعلق بلجامها فالراكب أولى، لأن تصرفه أظهر لأن الركوب يختص بالملك يعني غالباً (وكذا إذا كان أحدهما راكباً في السرج والآخر رديفه فالراكب في السرج أولى) لما ذكرنا ونقل الناطقي هذه الرواية من النوادر، وأما في ظاهر الرواية فهي بينهما نصفان، بخلاف ما إذا كانا راكبين في السرج فإنها بينهما قولاً واحداً لاستوائيهما في التصرف، وكذا إذا تنازعا في بيعٍ ولأحدهما عليه حمل فصاحب الحمل أولى لأنه هو المتصرف (وإذا تنازعا في قميص أحدهما لابسهُ والآخر متعلق بكمه فالباس أولى لأنه أظهرهما تصرفاً) ولهذا يصير به غاصباً (ولو تنازعا في بساط أحدهما جالس عليه والآخر متعلق به أو كانا جالسين عليه فهو بينهما لا على طريق القضاء) لأن اليد على البساط إما بالنقل والتحويل أو بكونه في يئته، والجلوس عليه ليس بشيء من ذلك فلا يكون يداً عليه فليس بأيديهما ولا في يدٍ غيرهما وهما يدعيانه على السواء فيترك في أيديهما، وبهذا فرق يئته وبين الدار إذا ادعاهما ساكنها حيث لم يقض بها بينهما لا بطريق الترك ولا بغيره، لأن عدم يد الغير فيها غير معلوم، لأن اليد فيها قد تكون بالاختطاط له وزوال ذلك غير معلوم، لأنها بعد أن كانت في مكانها الذي ثبتت يد المحتط له فيه عليها لم تتحول إلى محل آخر فكانت يده ثابتة عليها حكماً ولم يعلم به القاضي، وجهالة ذي اليد لا تجوز القضاء لغيره، لأن شرط جوازه العلم بأن المدعى ليس في يد غير المدعين ولم يوجد.

قَالَ: (وَإِذَا كَانَ ثَوْبٌ فِي يَدِ رَجُلٍ وَطَرَفٌ مِنْهُ فِي يَدِ آخَرَ فَهُوَ بَيْنَهُمَا نِصْفَانِ) لِأَنَّ الزِّيَادَةَ مِنْ جِنْسِ الْحُجَّةِ فَلَا تُوجِبُ زِيَادَةً فِي الْاِسْتِحْقَاقِ.

الشرح:

(وَإِذَا كَانَ الثَّوْبُ فِي يَدِ رَجُلٍ وَطَرَفٌ مِنْهُ فِي يَدِ آخَرَ فَهُوَ بَيْنَهُمَا نِصْفَانِ، لِأَنَّ الزِّيَادَةَ مِنْ جِنْسِ الْحُجَّةِ) فَإِنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُسْتَمْسِكٌ بِالْيَدِ إِلَّا أَنْ أَحَدَهُمَا أَكْثَرَ اسْتِمْسَاكًا، وَمِثْلُ ذَلِكَ لَا يُوجِبُ الرُّجْحَانَ، كَمَا لَوْ أَقَامَ أَحَدُهُمَا شَاهِدَيْنِ وَالْآخَرَ أَرْبَعَةً، وَفِيهِ إِشَارَةٌ إِلَى الْفَرْقِ بَيْنَ هَذَا وَبَيْنَ مَسْأَلَةِ الْقَمِيصِ، لِأَنَّ الزِّيَادَةَ لَيْسَتْ مِنْ جِنْسِ الْحُجَّةِ، فَإِنَّ الْحُجَّةَ هِيَ الْيَدُ وَالزِّيَادَةُ هِيَ الْاِسْتِعْمَالُ.

قَالَ: (وَإِذَا كَانَ صَبِيٌّ فِي يَدِ رَجُلٍ وَهُوَ يُعْبَرُ عَنْ نَفْسِهِ فَقَالَ: أَنَا حُرٌّ فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ) لِأَنَّهُ فِي يَدِ نَفْسِهِ (وَلَوْ قَالَ أَنَا عَبْدٌ لَفُلَانٍ فَهُوَ عَبْدٌ لِلَّذِي هُوَ فِي يَدِهِ) لِأَنَّهُ أَقْرَبُ بَأَنَّهُ لَا يَدُ لَهُ حَيْثُ أَقْرَبَ بِالرَّقِّ (وَأِنْ كَانَ لَا يُعْبَرُ عَنْ نَفْسِهِ فَهُوَ عَبْدٌ لِلَّذِي هُوَ فِي يَدِهِ) لِأَنَّهُ لَا يَدَ لَهُ عَلَى نَفْسِهِ لَمَّا كَانَ لَا يُعْبَرُ عَنْهَا وَهُوَ بِمَنْزِلَةِ الْمَتَاعِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ يُعْبَرُ، فَلَوْ كَبُرَ وَادْعَى الْحُرِّيَّةَ لَا يَكُونُ الْقَوْلُ قَوْلَهُ لِأَنَّهُ ظَهَرَ الرَّقُّ عَلَيْهِ فِي حَالِ صِغَرِهِ.

الشرح:

(وَإِذَا كَانَ صَبِيٌّ فِي يَدِ رَجُلٍ) يَدْعِي رَقَّهُ فَلَا يَخْلُو إِمَّا أَنْ يَكُونَ الصَّبِيُّ مِمَّنْ يُعْبَرُ عَنْ نَفْسِهِ أَوْ لَا، فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ فَإِنْ لَمْ يَنْفَ فَهُوَ عَبْدٌ ذِي الْيَدِ، وَإِنْ نَفَاهُ فَقَالَ أَنَا حُرٌّ فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ لِأَنَّهُ أَنْكَرَ ثُبُوتَ الْيَدِ عَلَيْهِ وَتَأَيَّدَ بِالظَّاهِرِ فَيَكُونُ فِي يَدِ نَفْسِهِ (وَلَوْ قَالَ أَنَا عَبْدٌ لَفُلَانٍ) غَيْرِ ذِي الْيَدِ (فَهُوَ عَبْدٌ ذِي الْيَدِ لِأَنَّهُ أَقْرَبُ أَنَّهُ لَا يَدَ لَهُ عَلَى نَفْسِهِ بِإِقْرَارِهِ بِالرَّقِّ) قِيلَ: الْإِقْرَارُ بِالرَّقِّ مِنَ الْمَضَارِّ لَا مَحَالَةَ، وَأَقْوَالُهُ فِيهَا غَيْرُ مُوجِبَةٍ كَالطَّلَاقِ وَالْعَتَاقِ وَالْهَبَةِ وَالْإِقْرَارِ بِالذِّنِّ.

وَأُجِيبَ بِأَنَّ الرَّقَّ لَمْ يَثْبُتْ بِإِقْرَارِهِ بَلْ بِدَعْوَى ذِي الْيَدِ، إِلَّا أَنْ عِنْدَ مُعَارَضَتِهِ إِثْبَاطُ دَعْوَى الْحُرِّيَّةِ لَا تَنْقَرُّ يَدُهُ عَلَيْهِ، وَعِنْدَ عَدَمِهَا تَنْقَرُّ فَيَكُونُ الْقَوْلُ حِينَئِذٍ قَوْلَهُ فِي رَقِّهِ كَالَّذِي لَا يَعْقِلُ إِذَا كَانَ فِي يَدِهِ، وَإِنْ كَانَ الثَّانِي فَهُوَ عَبْدٌ لِلَّذِي فِي يَدِهِ، لِأَنَّهُ لَمَّا كَانَ لَا يُعْبَرُ عَنْ نَفْسِهِ كَانَ كَمَتَاعٍ لَا يَدَ لَهُ فِي نَفْسِهِ.

وَاعْتَرِضَ بِالْمُلْتَقِطِ إِذَا ادَّعَى رَقَّ لِقِيطٍ لَا يُعْبَرُ عَنْ نَفْسِهِ فَإِنَّهُ لَا يَكُونُ عَبْدَهُ، وَبِأَنَّ

الرَّقَّ مِنَ الْعَوَارِضِ إِذْ الْأَصْلُ الْحُرِّيَّةُ وَهُوَ يَدْفَعُ الْعَارِضَ، فَكَانَ الْوَاجِبُ أَنْ لَا يُصَدَّقَ
ذُو الْيَدِ إِلَّا بِحُجَّةٍ. وَأُجِيبَ عَنْ الْأَوَّلِ بِأَنْ فَرَضَ الْإِلْتِقَاطُ يُضْعِفُ الْيَدَ لِأَنَّ الْمُتَلَقِّطَ أَمِينٌ
فِي اللَّقِيطِ وَيَدُ الْأَمِينِ فِي الْحُكْمِ يَدٌ غَيْرُهُ فَكَانَتْ ثَابِتَةً مِنْ وَجْهِ دُونَ وَجْهِ فَلَا يَثْبُتُ بِهَا
الرَّقُّ. وَعَنْ الثَّانِي بِأَنَّ الْأَصْلَ يُتْرَكُ بِدَلِيلٍ يَدُلُّ عَلَى خِلَافِهِ وَالْيَدُ عَلَى مِنْ ذَلِكَ شَأْنُهُ
لِكَوْنِهِ بِمَنْزِلَةِ الْمَنَاعِ دَلِيلُ الْمَلِكِ فَيُتْرَكُ بِهِ الْأَصْلُ، فَلَوْ كَبُرَ وَادَّعَى الْحُرِّيَّةَ لَمْ يَكُنِ الْقَوْلُ
لظُهُورِ الرَّقِّ عَلَيْهِ فِي حَالِ صِغَرِهِ.

قَالَ: (وَإِذَا كَانَ الْحَائِطُ لِرَجُلٍ عَلَيْهِ جُدُوعٌ أَوْ مُتَّصِلٌ بِنَائِهِ وَلَاخِرَ عَلَيْهِ هَرَادِيٌّ
فَهُوَ لِصَاحِبِ الْجُدُوعِ وَالْإِتِّصَالِ، وَالْهَرَادِيُّ لَيْسَتْ بِشَيْءٍ) لِأَنَّ صَاحِبَ الْجُدُوعِ صَاحِبُ
اسْتِعْمَالِ وَالْآخِرُ صَاحِبُ تَعَلُّقٍ فَصَارَ كِدَابَّةٍ تَنَازَعًا فِيهَا وَلِأَحَدِهِمَا حِمْلٌ عَلَيْهَا وَلَاخِرِ
كُوزٌ مُعَلَّقٌ بِهَا، وَالْمُرَادُ بِالْإِتِّصَالِ مُدَاخَلَةٌ لِبَيْنِ جِدَارِهِ فِيهِ وَلِبَيْنِ هَذَا فِي جِدَارِهِ وَقَدْ يُسَمَّى
إِتِّصَالُ تَرْبِيعٍ، وَهَذَا شَاهِدٌ ظَاهِرٌ لِصَاحِبِهِ لِأَنَّ بَعْضَ بِنَائِهِ عَلَى بَعْضٍ بِنَاءً هَذَا الْحَائِطِ.
وَقَوْلُهُ الْهَرَادِيُّ لَيْسَتْ بِشَيْءٍ يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ لَا اعْتِبَارَ لِلْهَرَادِيِّ أَصْلًا، وَكَذَا الْبَوَارِي لِأَنَّ
الْحَائِطَ لَا تُبْنَى لَهَا أَصْلًا حَتَّى لَوْ تَنَازَعًا فِي حَائِطٍ وَلِأَحَدِهِمَا عَلَيْهِ هَرَادِيٌّ وَلَيْسَ
لِلْآخِرِ عَلَيْهِ شَيْءٌ فَهُوَ بَيْنَهُمَا.

الشرح:

قَالَ (وَإِذَا كَانَ الْحَائِطُ لِرَجُلٍ الْخ) وَإِذَا كَانَ الْحَائِطُ لِرَجُلٍ عَلَيْهِ جُدُوعٌ أَوْ
مُتَّصِلٌ بِنَائِهِ وَلَاخِرَ عَلَيْهِ هَرَادِيٌّ جَمْعُ هَرَدِيَّةٍ وَهِيَ قَصَبَاتٌ تُضَمُّ مَلَوِيَّةٌ بِطَاقَاتٍ مِنْ
الْكُرْمِ يُرْسَلُ عَلَيْهَا قُضْبَانُ الْكُرْمِ، ذَكَرَهُ فِي الْمَغْرِبِ عَنْ اللَّيْثِ، يُقَالُ لَهُ بِالْفَارِسِيَّةِ
وَرْدُوكَ (فَهُوَ) أَيُّ الْحَائِطِ (لِصَاحِبِ الْجُدُوعِ وَالْإِتِّصَالِ وَالْهَرَادِيُّ لَيْسَ بِشَيْءٍ، لِأَنَّ
صَاحِبَ الْجُدُوعِ صَاحِبُ اسْتِعْمَالِ وَالْآخِرُ صَاحِبُ تَعَلُّقٍ بِهِ، فَصَارَ كِدَابَّةٍ تَنَازَعًا فِيهَا
وَلِأَحَدِهِمَا عَلَيْهَا حِمْلٌ وَلَاخِرِ كُوزٌ مُعَلَّقٌ بِهَا، وَالْمُرَادُ بِالْإِتِّصَالِ) الْمَذْكُورِ فِي قَوْلِهِ أَوْ
مُتَّصِلٌ بِنَائِهِ (مُدَاخَلَةٌ لِبَيْنِ جِدَارِهِ فِيهِ وَلِبَيْنِ هَذَا فِي جِدَارِهِ، وَقَدْ يُسَمَّى إِتِّصَالُ تَرْبِيعٍ)
وَتَفْصِيلُ التَّرْبِيعِ إِذَا كَانَ الْحَائِطُ مِنْ مَدَرٍ أَوْ أَجْرٍ أَنْ تَكُونَ أَنْصَافُ لِبَيْنِ الْحَائِطِ الْمُتَنَازِعِ
فِيهِ دَاخِلَةٌ فِي أَنْصَافِ لِبَيْنِ غَيْرِ الْمُتَنَازِعِ فِيهِ وَبِالْعَكْسِ، وَإِنْ كَانَ مِنْ خَشَبٍ فَالتَّرْبِيعُ أَنْ
تَكُونَ سَاحَةٌ أَحَدَهُمَا مُرَكَّبَةٌ فِي الْآخَرَى، وَأَمَّا إِذَا نَقَبَ فَأَدْخَلَ فَلَا يَكُونُ تَرْبِيعًا (وَهَذَا

شَاهِدٌ ظَاهِرٌ لَصَاحِبِهِ لِأَنَّ بَعْضَ بَنَائِهِ عَلَى بَعْضِ بَنَاءِ هَذَا الْحَائِطِ) وَمِنْ هَذَا يُعْلَمُ أَنَّ مِنَ الْإِتِّصَالِ مَا يَكُونُ إِتِّصَالُ مُحَاوَرَةٍ وَمُلَازَقَةٍ وَعِنْدَ التَّعَارُضِ إِتِّصَالُ التَّرْبِيعِ أَوَّلِيٌّ وَقَوْلُهُ وَالْهَرَادِيُّ لَيْسَتْ بِشَيْءٍ) يَعْنِي قَوْلَ مُحَمَّدٍ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ (يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ لَا اعْتِبَارَ لِلْهَرَادِيِّ أَصْلًا، وَكَذَا الْبَوَارِيُّ لِأَنَّ الْحَائِطَ لَا يُنْتَبِئُ لَهَا أَصْلًا) لِأَنَّهُ إِنَّمَا يُنْتَبِئُ لِلتَّسْقِيفِ وَذَلِكَ بِوَضْعِ الْجُدُوعِ لَا الْهَرَادِيِّ وَالْبَوَارِيِّ، وَإِنَّمَا يُوضَعَانِ لِلِاسْتِظْلَالِ وَالْحَائِطُ لَا يُنْتَبِئُ لَهُ (حَتَّى لَوْ تَنَازَعَا فِي حَائِطٍ وَلِأَحَدِهِمَا عَلَيْهِ هَرَادِيٌّ وَلَيْسَ لِلْآخَرِ عَلَيْهِ شَيْءٌ قُضِيَ بِهِ بَيْنَهُمَا) وَمَعْنَاهُ إِذَا عُرِفَ كَوْنُهُ فِي أَيْدِيهِمَا قُضِيَ بَيْنَهُمَا قَضَاءً تَرَكْ، وَإِنْ لَمْ يُعْرَفْ كَوْنُهُ فِي أَيْدِيهِمَا وَقَدْ ادَّعَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنَّهُ مِلْكُهُ وَهُوَ فِي يَدِهِ يُجْعَلُ فِي أَيْدِيهِمَا لِأَنَّهُ لَا مُنَازَعَ لَهَا لَا أَنَّهُ يُقْضَى بَيْنَهُمَا.

(وَلَوْ كَانَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَيْهِ جُدُوعٌ ثَلَاثَةٌ فَهُوَ بَيْنَهُمَا) لَا سِتَوَاهِمَا وَلَا مُعْتَبَرٌ بِالْأَكْثَرِ مِنْهَا بَعْدَ الثَّلَاثَةِ وَإِنْ كَانَ جُدُوعُ أَحَدِهِمَا أَقَلَّ مِنْ ثَلَاثَةٍ فَهُوَ لَصَاحِبِ الثَّلَاثَةِ وَلِلْآخَرِ مَوْضِعُ جِدْعِهِ) فِي رِوَايَةٍ، وَفِي رِوَايَةٍ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَا تَحْتَ خَشْبَتَيْهِ، ثُمَّ قِيلَ مَا بَيْنَ الْخَشَبِ بَيْنَهُمَا، وَقِيلَ عَلَى قَدَرِ خَشْبِهِمَا، وَالْقِيَاسُ أَنْ يَكُونَ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ لِأَنَّهُ لَا مُعْتَبَرٌ بِالْكَثْرَةِ فِي نَفْسِ الْحُجَّةِ.

وَجَهُ الثَّانِي أَنَّ الْإِسْتِعْمَالَ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ بِقَدَرِ خَشْبَتَيْهِ. وَوَجْهُ الْأَوَّلِ أَنَّ الْحَائِطَ يُنْتَبِئُ لَوْضِعِ كَثِيرِ الْجُدُوعِ دُونَ الْوَاحِدِ وَالْمُنْتَبِئُ فَكَانَ الظَّاهِرُ شَاهِدًا لَصَاحِبِ الْكَثِيرِ، إِلَّا أَنَّهُ يَبْقَى لَهُ حَقُّ الْوَضْعِ لِأَنَّ الظَّاهِرَ لَيْسَ بِحُجَّةٍ فِي اسْتِحْقَاقِ يَدِهِ.

الشرح:

(وَلَوْ كَانَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا جُدُوعٌ ثَلَاثَةٌ) فَهُوَ بَيْنَهُمَا لَا سِتَوَاهِمَا، وَلَا مُعْتَبَرٌ بِالْأَكْثَرِ مِنْهَا بَعْدَ الثَّلَاثَةِ لِأَنَّ الزِّيَادَةَ مِنْ جِنْسِ الْحُجَّةِ، فَإِنَّ الْحَائِطَ يُنْتَبِئُ لِلْجُدُوعِ الثَّلَاثَةِ كَمَا لَا يُنْتَبِئُ لِأَكْثَرِ مِنْهَا (وَإِنْ كَانَ جُدُوعُ أَحَدِهِمَا أَقَلَّ مِنْ ثَلَاثَةٍ فَهُوَ لَصَاحِبِ الثَّلَاثَةِ وَلِلْآخَرِ مَوْضِعُ جِدْعِهِ فِي رِوَايَةٍ) كِتَابُ الْإِقْرَارِ حَيْثُ قَالَ فِيهِ: الْحَائِطُ كُلُّهُ لَصَاحِبِ الْأَجْدَاعِ، وَلَصَاحِبِ الْقَلِيلِ مَا تَحْتَ جِدْعِهِ يُرِيدُ بِهِ حَقُّ الْوَضْعِ فَهُوَ مَصْدَرٌ مِيمِيٌّ وَقَدْ أَشَارَ إِلَيْهِ الْمُصَنِّفُ (وَفِي رِوَايَةٍ) كِتَابُ الدَّعْوَى (لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَا تَحْتَ خَشْبَتَيْهِ) حَيْثُ قَالَ فِيهِ: إِنَّ الْحَائِطَ يُنْتَبِئُ عَلَى قَدَرِ الْأَجْدَاعِ فَيَكُونُ لَصَاحِبِ الْجِدْعِ مَوْضِعُ

جذعه مع أصل الحائط وعلى هذه الرواية قيل: ما بين الخشب يكون بينهما لاستوائهما في ذلك كما في الساحة المشتركة بين صاحب بيت وصاحب أليات كما تذكره (وقيل) يكون ذلك (على قدر خشبيهما) وهذا موافق لما ذكر في الذخيرة.

وقال في المبسوط في موضع القيل الأول: وأكثرهم على أنه يقضى به لصاحب الكثير، لأن الحائط يبنى لعشر خشبات لا لخشبة واحدة (قوله والقياس) رجوع إلى قوله فهو لصاحب الثلاثة إلخ: يعني ذلك استحسان، والقياس (أن يكون) الحائط بين صاحب الجذع والجذعين وبين صاحب الأكثر (نصفين) لأنهما استويا في أصل الاستعمال، والزيادة من جنس الحجة والترجيح لا يقع بها كما تقدم ولكلهم استحسنوا على الروايتين المذكورتين (وجه الرواية الثانية) وهو قوله لكل واحد منهما ما تحت خشبه أن الاستعمال من كل واحد منهما بقدر خشبته والاستحقاق بحسب الاستعمال (وجه الأولى) أن الحائط يبنى لوضع الكثير دون الواحد والمشى فكان الظاهر شاهدا لصاحب الكثير، إلا أنه يبقى له حق الوضع لأن الظاهر ليس بحجة في استحقاق يده) فلا يستحق به رفع الخشبة الموضوعة، إذ من الجائز أن يكون أصل الحائط لرجل ويثبت للآخر حق الوضع عليه، فإن القسمة لو وقعت على هذا الوجه كان جائزا.

وأعلم أن ما اختاره المصنف من جعل الجذعين كجذع واحد وهو قول بعض المشايخ باعتبار أن التسقيف بهما نادر كجذع واحد. وقال بعضهم: الخشبتان بمنزلة الثلاث لإمكان التسقيف بهما.

(ولو كان لأحدهما جذوع وللآخر اتصال فالأول أولى) ويروى الثاني أولى. وجه الأول أن لصاحب الجذوع التصرف ولصاحب الاتصال اليد والتصرف أقوى. وجه الثاني أن الحائطين بالاتصال يصيران كبناء واحد من ضرورة القضاء له ببعضه القضاء بأكمله ثم يبقى للآخر حق وضع جذوعه لما قلنا، وهذه رواية الطحاوي وصححها الجرجاني.

الشرح:

(لو كان لأحدهما اتصال وللآخر جذوع) وفي بعض النسخ: لأحدهما جذوع وللآخر اتصال، وعلى الأولى وقع في الدليل وجه الأول وعلى الثانية وجه

الثاني، ومعناه: إِذَا تَنَازَعَ صَاحِبُ الْجُدُوعِ وَاتَّصَلَ التَّرْبِيعُ فِي أَحَدِ طَرَفَيْ الْحَائِطِ الْمُتَنَازِعِ فِيهِ (فَالأَوَّلُ أَوْلَى) لِأَنَّهُ صَاحِبُ التَّصَرُّفِ وَصَاحِبُ الْإِتِّصَالِ صَاحِبُ الْيَدِ وَالتَّصَرُّفُ أَقْوَى، وَمِمَّنْ رَجَحَهُ شَمْسُ الْأَيْمَةِ السَّرْحَسِيَّةُ. وَيُرْوَى أَنَّ الثَّانِيَّ أَوْلَى لِأَنَّ الْحَائِطَيْنِ بِالْإِتِّصَالِ صَارَا كِبْنَاءَ وَاحِدٍ وَمِنْ ضَرُورَةِ الْقَضَاءِ لَهُ بَعْضُهُ الْقَضَاءُ بِكُلِّهِ لَعَدَمِ الْقَائِلِ بِالِاشْتِرَاكِ، ثُمَّ يَبْقَى لِلْآخِرِ حَقٌّ وَضَعُ جُدُوعِهِ لَمَّا قُلْنَا إِنَّ الظَّاهِرَ لَيْسَ بِحُجَّةٍ فِي الْإِسْتِحْقَاقِ حَتَّى وَلَوْ ثَبَتَ ذَلِكَ بِالْبَيِّنَةِ أَمْ يَرْفَعُهَا لَكُونُهَا حُجَّةً مُطْلَقَةً، وَهَذَا رَوَايَةُ الطَّحَاوِيِّ وَصَحَّحَهَا الْجُرْجَانِيُّ، وَلَوْ كَانَ الْإِتِّصَالُ بِطَرَفَيْ الْحَائِطِ الْمُتَنَازِعِ فِيهِ كَانَ صَاحِبُ الْإِتِّصَالِ أَوْلَى عَلَى اخْتِيَارِ عَامَّةِ الْمَشَايِخِ، وَهَكَذَا رَوَى عَنْ أَبِي يُوسُفَ فِي الْأَمْثَالِ.

قَالَ: (وَإِذَا كَانَتْ دَارٌ مِنْهَا فِي يَدِ رَجُلٍ عَشْرَةُ آيَاتٍ وَفِي يَدِ آخَرَ بَيْتٌ فَالْسَّاحَةُ بَيْنَهُمَا نِصْفَانِ) لَاسْتَوَائِهِمَا فِي اسْتِعْمَالِهَا وَهُوَ الْمُرُورُ فِيهَا.

الشرح:

(وَإِذَا كَانَ فِي يَدِ رَجُلٍ عَشْرَةُ آيَاتٍ مِنْ دَارٍ (وَفِي يَدِ آخَرَ بَيْتٌ وَاحِدٌ) فَالْسَّاحَةُ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ لَاسْتَوَائِهِمَا فِي الْإِسْتِعْمَالِ، وَهُوَ الْمُرُورُ) وَصَبُّ الْوُضُوءِ وَكَسْرُ الْحَطَبِ وَوَضْعُ الْأَمْتَعَةِ وَغَيْرُهَا، وَلَا مُعْتَبَرٌ بِكَوْنِ أَحَدِهِمَا خَرَّاجًا وَلَا جَائِدًا دُونَ الْآخَرِ، لِأَنَّهُ تَرْجِيحٌ بِمَا هُوَ مِنْ جِنْسِ الْعِلَةِ، وَطَوْلَبُ بِالْفَرْقِ بَيْنَ مَا إِذَا تَنَازَعَا فِي ثَوْبٍ فِي يَدِ أَحَدِهِمَا جَمِيعُ الثَّوْبِ وَفِي يَدِ الْآخَرِ هُدْبُهُ حَيْثُ يُلْعَى صَاحِبُ الْهُدْبِ، وَإِذَا تَنَازَعَا فِي مِقْدَارِ الشَّرْبِ حَيْثُ يُقَسَّمُ بَيْنَهُمَا عَلَى قَدْرِ الْأَرْضِي وَيَبْنَى مَا نَحْنُ فِيهِ حَيْثُ جُعِلَتِ السَّاحَةُ بَيْنَهُمَا مُشْتَرَكَةً.

وَأَجِيبَ بِأَنَّ الْهُدْبَ لَيْسَ بِثَوْبٍ لِكَوْنِهِ اسْمًا لِلْمَنْسُوجِ فَكَانَ جَمِيعُ الْمُدْعَى فِي يَدِ أَحَدِهِمَا وَالْآخَرُ كَالْأَجْنَبِيِّ عَنْهُ فَالْغِي، وَالشَّرْبُ تَحْتَاجُ إِلَيْهِ الْأَرْضِي دُونَ الْأَرْبَابِ، فَبِكَثْرَةِ الْأَرْضِي كَثُرَ الْإِحْتِيَاجُ إِلَى الشَّرْبِ فَيَسْتَدِلُّ بِهِ عَلَى كَثْرَةِ حَقِّ لَهُ فِيهِ، وَأَمَّا فِي السَّاحَةِ فَالْإِحْتِيَاجُ لِلْأَرْبَابِ وَهُمَا فِيهِ سَوَاءٌ فَاسْتَوَى فِي الْإِسْتِحْقَاقِ فَصَارَ هَذَا نَظِيرَ تَنَازُعِهِمَا فِي سَعَةِ الطَّرِيقِ وَضِيقِهِ حَيْثُ يُجْعَلُ بَيْنَهُمَا عَلَى قَدْرِ عَرْضِ بَابِ الدَّارِ.

قَالَ: (وَإِذَا ادَّعَى رَجُلَانِ أَرْضًا) يَعْنِي يَدْعِي كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا (أَنَّهَا فِي يَدِهِ لَمْ

يَقْضِ أَنَّهَا فِي يَدٍ وَاحِدٍ مِنْهُمَا حَتَّى يُقِيمَا الْبَيِّنَةَ أَنَّهَا فِي أَيْدِيهِمَا) لِأَنَّ الْيَدَ فِيهَا غَيْرُ مُشَاهِدَةٍ لَتَعَذُّرٍ إِحْضَارِهَا وَمَا غَابَ عَنِ عِلْمِ الْقَاضِي فَالْبَيِّنَةُ تُثْبِتُهُ وَإِنْ أَقَامَ أَحَدُهُمَا الْبَيِّنَةَ جُعِلَتْ فِي يَدِهِ لِقِيَامِ الْحُجَّةِ لِأَنَّ الْيَدَ حَقٌّ مَقْصُودٌ (وَإِنْ أَقَامَا الْبَيِّنَةَ جُعِلَتْ فِي أَيْدِيهِمَا) لَمَّا بَيَّنَّا فَلَا يَسْتَحِقُّ لِأَحَدِهِمَا مِنْ غَيْرِ حُجَّةٍ (وَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا قَدْ لَبِنَ فِي الْأَرْضِ أَوْ بَنَى أَوْ حَفَرَ فَهِيَ فِي يَدِهِ) لَوْجُودِ التَّصَرُّفِ وَالِاسْتِعْمَالِ فِيهَا.

الشرح:

. وَقَالَ (إِذَا ادَّعَى رَجُلَانِ أَرْضًا إِنْ) إِذَا ادَّعَى رَجُلَانِ أَرْضًا كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ادَّعَى أَنَّهَا فِي يَدِهِ وَلَمْ يَقْضِ الْقَاضِي أَنَّهَا فِي يَدٍ وَاحِدٍ مِنْهُمَا حَتَّى يُقِيمَا الْبَيِّنَةَ أَنَّهَا فِي أَيْدِيهِمَا (لِأَنَّ الْيَدَ) حَقٌّ مَقْصُودٌ فَلَا يَجُوزُ لِلْقَاضِي أَنْ يَحْكُمَ بِهِ مَا لَمْ يَعْلَمْ وَحَيْثُ كَانَتْ (غَيْرُ مُشَاهِدَةٍ لَتَعَذُّرٍ إِحْضَارِهَا) لَا بُدَّ مِنَ الْبَيِّنَةِ لِأَنَّهَا تُثْبِتُ مَا غَابَ عَنِ الْمُشَاهِدَةِ (وَإِنْ أَقَامَ أَحَدُهُمَا الْبَيِّنَةَ جُعِلَتْ فِي يَدِهِ لِقِيَامِ الْحُجَّةِ).

فَإِنْ قِيلَ: الْبَيِّنَةُ تُقَامُ عَلَى خَصْمٍ وَحَيْثُ لَمْ يَثْبُتْ أَنَّهَا فِي يَدِ الْآخَرِ فَلَيْسَ بِخَصْمٍ. أَجِيبَ بِأَنَّهُ خَصْمٌ بِاعْتِبَارِ مُنَازَعَتِهِ فِي الْيَدِ، وَمَنْ كَانَ خَصْمًا لِغَيْرِهِ بِاعْتِبَارِ مُنَازَعَتِهِ فِي شَيْءٍ شَرْعًا كَانَتْ بَيِّنَتُهُ مَقْبُولَةً، وَقَدْ أَشَارَ إِلَى ذَلِكَ بِقَوْلِهِ (لِأَنَّ الْيَدَ حَقٌّ مَقْصُودٌ) يَعْنِي فَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ مُدَّعِيهِ خَصْمًا (فَإِنْ أَقَامَا الْبَيِّنَةَ جُعِلَتْ فِي أَيْدِيهِمَا) لِقِيَامِ الْحُجَّةِ. فَإِنْ طَلَبَا الْقِسْمَةَ بَعْدَ ذَلِكَ لَمْ يُقَسَّمْ بَيْنَهُمَا مَا لَمْ يُقِيمَا الْبَيِّنَةَ عَلَى الْمَلِكِ.

قَالَ بَعْضُ مَشَايِخِنَا: هَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: يُقَسَّمُ بَيْنَهُمَا بِنَاءً عَلَى مَسْأَلَةٍ أُخْرَى ذَكَرَهَا فِي كِتَابِ الْقِسْمَةِ، وَهِيَ مَا إِذَا كَانَتْ الدَّارُ فِي أَيْدِي وَرَثَةٍ حُضُورِ كِبَارٍ أَقْرَأُوا عِنْدَ الْقَاضِي أَنَّهَا مِيرَاثٌ فِي أَيْدِيهِمْ مِنْ أَبِيهِمْ وَالتَّمَسُّوا مِنَ الْقَاضِي أَنْ يَقْسِمَهَا بَيْنَهُمْ، فَالْقَاضِي لَا يَقْسِمُهَا بَيْنَهُمْ حَتَّى يُقِيمُوا الْبَيِّنَةَ أَنَّ آبَاهُمْ مَاتَ وَتَرَكَهَا مِيرَاثًا لَهُمْ.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: يَقْسِمُهَا بَيْنَهُمْ بِإِقْرَارِهِمْ، وَيُشْهَدُ أَنَّهُ إِنَّمَا قَسَمَهَا بَيْنَهُمْ بِإِقْرَارِهِمْ. وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ: الْمَذْكُورُ هَاهُنَا قَوْلُ الْكُلِّ، لِأَنَّ الْقِسْمَةَ تَوْعَانِ: قِسْمَةً بِحَقِّ الْمَلِكِ لِتَكْمُلِ الْمَنْفَعَةَ وَقِسْمَةً الْيَدِ لِأَجْلِ الْحِفْظِ وَالصِّيَانَةِ بِحَقِّ وَالْعَقَارِ غَيْرُ مُحْتَاجٍ إِلَى الْحِفْظِ، فَمَا لَمْ يَثْبُتْ لِلْمَلِكِ لَا يُقَسَّمُ لِأَنَّ الْعَقَارَ غَيْرُ مُحْتَاجٍ إِلَى ذَلِكَ، وَإِنْ طَلَبَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَمِينَ صَاحِبِهِ مَا هِيَ فِي يَدِهِ حَلَفَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَا هِيَ فِي يَدِ

صَاحِبِهِ عَلَى الْبَيِّنَاتِ، فَإِنْ حَلَفَا لَمْ يَقْضِ لهما بِالْيَدِ وَبِرَأْيِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَنْ دَعْوَى صَاحِبِهِ وَتَوْقُفُ الْبِدَارِ إِلَى أَنْ تَظْهَرَ حَقِيقَةُ الْحَالِ، وَإِنْ تَكَلَّأَ قُضِيَ لِكُلِّ وَاحِدٍ بِالنِّصْفِ الَّذِي فِي يَدِ صَاحِبِهِ، وَإِنْ تَكَلَّ أَحَدُهُمَا قُضِيَ عَلَيْهِ بِكُلِّهَا لِلْحَالِفِ؛ نِصْفُهَا الَّذِي كَانَ فِي يَدِهِ وَنِصْفُهَا الَّذِي كَانَ يَدِ صَاحِبِهِ لِنُكُولِهِ، وَإِذَا ادَّعَى أَرْضًا صَحْرَاءَ أَنَّهَا بِأَيْدِيهِمَا: يَعْنِي يَدْعِي كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ذَلِكَ وَأَحَدُهُمَا لَبَّنَ فِيهَا أَوْ بَنَى أَوْ حَفَرَ فَهِيَ فِي يَدِهِ لَوْجُودِ التَّصَرُّفِ وَالِاسْتِعْمَالِ، وَمِنْ ضَرُورَةِ ذَلِكَ إِبْثَاتُ الْيَدِ كَالرُّكُوبِ عَلَى الدَّوَابِّ وَاللُّبْسِ فِي الثِّيَابِ.

بَابُ دَعْوَى النَّسَبِ

(وَإِذَا بَاعَ جَارِيَةً فَجَاءَتْ بِوَلَدٍ فَأَدَّعَاهُ الْبَائِعُ) فَإِنْ جَاءَتْ بِهِ لِأَقَلِّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ يَوْمِ بَاعَ فَهُوَ ابْنُ الْبَائِعِ وَأُمُّهُ أُمُّ وَلَدِهِ لَهُ (وَفِي الْقِيَاسِ هُوَ قَوْلُ زُهْرٍ وَالشَّافِعِيُّ رَحِمَهُمَا اللَّهُ دَعْوَتُهُ بَاطِلَةٌ) لِأَنَّ الْبَيْعَ اعْتِرَافٌ مِنْهُ بِأَنَّهُ عَبْدٌ فَكَانَ فِي دَعْوَاهُ مُنَاقِضًا وَلَا نَسَبَ بِدُونِ الدَّعْوَى.

وَجَهُّ الِاسْتِحْسَانِ أَنْ اتَّصَلَ الْعُلُوقُ بِمِلْكِهِ شَهَادَةً ظَاهِرَةً عَلَى كَوْنِهِ مِنْهُ لِأَنَّ الظَّاهِرَ عَدَمُ الزَّنَا. وَمَبْنَى النَّسَبِ عَلَى الْخَفَاءِ فَيُعْفَى فِيهِ التَّنَاقُضُ، وَإِذَا صَحَّتِ الدَّعْوَى اسْتَدَّتْ إِلَى وَقْتِ الْعُلُوقِ فَتَبَيَّنَ أَنَّهُ بَاعَ أَمْ وَلَدِهِ فَيُضْخَمُ الْبَيْعُ لِأَنَّ بَيْعَ أُمِّ الْوَلَدِ لَا يَجُوزُ (وَيُرَدُّ التَّمَنُّ) لِأَنَّهُ قَبْضُهُ بِغَيْرِ حَقٍّ (وَإِنْ ادَّعَاهُ الْمُشْتَرِي مَعَ دَعْوَةِ الْبَائِعِ أَوْ بَعْدَهُ فِدَعْوَةُ الْبَائِعِ أُولَى) لِأَنَّهُمَا أَسْبَقُ لِاسْتِنَادِهَا إِلَى وَقْتِ الْعُلُوقِ وَهَذِهِ دَعْوَةُ اسْتِيلَادٍ (وَإِنْ جَاءَتْ بِهِ لِأَكْثَرِ مِنْ سِتَّةِ شَهْرَيْنِ مِنْ وَقْتِ الْبَيْعِ لَمْ تَصِحَّ دَعْوَةُ الْبَائِعِ) لِأَنَّهُ لَمْ يَوْجَدْ اتِّصَالَ الْعُلُوقِ بِمِلْكِهِ تَبَيُّنًا وَهُوَ الشَّاهِدُ وَالْحُجَّةُ (إِلَّا إِذَا صَدَّقَهُ الْمُشْتَرِي) فَيُثْبِتُ النَّسَبَ وَيَحْمِلُ عَلَى الْاسْتِيلَادِ بِالنِّكَاحِ، وَلَا يَبْطُلُ الْبَيْعُ لِأَنَّا تَبَيَّنَّا أَنَّ الْعُلُوقَ لَمْ يَكُنْ فِيهِ مِلْكُهُ فَلَا يُثْبِتُ حَقِيقَةَ الْعِتْقِ وَلَا حَقَّهُ، وَهَذِهِ دَعْوَةُ تَحْرِيرٍ وَغَيْرُ الْمَالِكِ لَيْسَ مِنْ أَهْلِهِ.

(وَإِنْ جَاءَتْ بِهِ لِأَكْثَرِ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ وَقْتِ الْبَيْعِ وَلِأَقَلِّ مِنْ سِتَّةِ شَهْرَيْنِ لَمْ تُقْبَلْ دَعْوَةُ الْبَائِعِ فِيهِ إِلَّا أَنْ يُصَدَّقَهُ الْمُشْتَرِي) لِأَنَّهُ احْتَمَلُ أَنْ لَا يَكُونَ الْعُلُوقُ فِيهِ مِلْكُهُ فَلَمْ تَوْجَدْ الْحُجَّةَ فَلَا بُدَّ مِنْ تَصَدِيقِهِ، وَإِذَا صَدَّقَهُ يُثْبِتُ النَّسَبَ وَيَبْطُلُ الْبَيْعُ وَالْوَلَدُ حُرٌّ وَالْأُمُّ أُمُّ وَلَدِهِ لَهُ كَمَا فِي الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى لِتَصَادُقِهِمَا وَاحْتِمَالِ الْعُلُوقِ فِيهِ مِلْكِهِ.

الشرح:

(بَابُ دَعْوَى النَّسَبِ): لَمَّا فَرَّغَ مِنْ بَيَانِ دَعْوَى الْأَمْوَالِ شَرَعَ فِي بَيَانِ دَعْوَى النَّسَبِ لِأَنَّ الْأَوَّلَ أَكْثَرُ وَقُوْعًا فَكَانَ أَهَمُّ ذِكْرًا فَقَدَّمَهُ، قَالَ (وَإِذَا بَاعَ جَارِيَةً فَجَاءَتْ بِوَلَدٍ إِنْجَ) اعْلَمْ أَنَّ الْبَائِعَ إِذَا ادَّعَى وَلَدَ الْجَارِيَةِ الْمَبِيعَةِ أَوْ الْمُشْتَرِي، فَأَمَّا إِنْ جَاءَتْ بِهِ لِأَقَلِّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ وَقْتِ الْبَيْعِ أَوْ لَأَكْثَرِ مِنْ سِتِّينَ أَوْ لَمَّا بَيْنَ الْمُدَّتَيْنِ. وَكُلُّ وَجْهِ عَلَى أَرْبَعَةِ أَوْجِهٍ: إِمَّا أَنْ ادَّعَى الْبَائِعُ وَحْدَهُ، أَوْ الْمُشْتَرِي وَحْدَهُ، أَوْ ادَّعِيَاهُ مَعًا، أَوْ عَلَى التَّعَاقُبِ. فَإِنْ جَاءَتْ بِهِ لِأَقَلِّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ وَقَدْ ادَّعَاهُ الْبَائِعُ وَحْدَهُ فَهُوَ ابْنُ الْبَائِعِ وَأُمُّهُ أُمُّ وَلَدٍ لَهُ.

وَفِي الْقِيَاسِ وَهُوَ قَوْلُ زُفَرٍ وَالشَّافِعِيِّ دَعْوَتُهُ بَاطِلَةٌ، لِأَنَّ الْبَيْعَ اعْتِرَافٌ مِنْهُ بِأَنَّهُ عَبْدٌ فَكَانَ دَعْوَاهُ مُنَاقِضًا فَلَا تُسْمَعُ دَعْوَاهُ، كَمَا لَوْ قَالَ كُنْتُ أَعْتَقْتُهَا أَوْ دَبَّرْتُهَا قَبْلَ أَنْ يَبِيعَهَا، وَإِذَا لَمْ تُكُنْ الدَّعْوَى صَحِيحَةً لَا يَثْبُتُ النَّسَبُ، إِذْ لَا نَسَبَ فِي الْجَارِيَةِ بِدُونِ الدَّعْوَى.

وَوَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّا تَبَيَّنَّا بِاتِّصَالِ الْعُلُوقِ فِي مِلْكِهِ، وَذَلِكَ شَهَادَةٌ ظَاهِرَةٌ عَلَى كَوْنِهِ مِنْهُ، لِأَنَّ الظَّاهِرَ عَدَمُ الزَّوْجِ فَتَزَلَّ ذَلِكَ مَثَرَةً الْبَيِّنَةِ فِي إِبْطَالِ حَقِّ الْغَيْرِ عَنْهَا وَعَنْ وَلَدِهَا (قَوْلُهُ وَمَبْنَى النَّسَبِ عَلَى الْخَفَاءِ) جَوَابٌ عَنِ التَّنَاقُضِ، وَذَلِكَ لِأَنَّ الْإِنْسَانَ قَدْ لَا يَعْلَمُ ابْتِدَاءً بِكَوْنِ الْعُلُوقِ مِنْهُ ثُمَّ تَبَيَّنَ لَهُ أَنَّهُ مِنْهُ فَيُعْفَى فِيهِ التَّنَاقُضُ، وَلَا كَذَلِكَ الْعِنُقُ وَالتَّدْبِيرُ، وَصَارَ كَالْمَرْأَةِ إِذَا أَقَامَتِ الْبَيِّنَةَ بَعْدَ الْخُلْعِ عَلَى أَنَّ الزَّوْجَ كَانَ طَلَقَهَا ثَلَاثًا، وَإِذَا صَحَّتِ الدَّعْوَى اسْتَدْنَتْ إِلَى وَقْتِ الْعُلُوقِ فَتَبَيَّنَ أَنَّهُ بَاعَ أُمُّ وَلَدِهِ وَذَلِكَ غَيْرُ جَائِزٍ فَيَنْفَسَخُ الْبَيْعُ وَيَرُدُّ الثَّمَنُ إِنْ كَانَ مَنْقُودًا لِأَنَّهُ قَبِضُهُ بِغَيْرِ حَقٍّ.

وَإِنْ ادَّعَاهُ الْمُشْتَرِي وَحْدَهُ صَحَّتْ دَعْوَتُهُ، لِأَنَّ دَعْوَتَهُ دَعْوَةُ تَحْرِيرٍ وَالْمُشْتَرِي يَصِحُّ مِنْهُ التَّحْرِيرُ، فَكَذَا دَعْوَتُهُ لِحَاجَةِ الْوَلَدِ إِلَى النَّسَبِ وَإِلَى الْحُرِّيَّةِ، وَتَثْبُتُ لَهَا أُمِّيَّةُ الْوَلَدِ بِإِقْرَارِهِ، ثُمَّ لَا يَصِحُّ مِنَ الْبَائِعِ دَعْوَتُهُ لِأَنَّ الْوَلَدَ قَدْ اسْتَعْنَى عَنِ النَّسَبِ لَمَّا ثَبَتَ نَسَبُهُ مِنَ الْمُشْتَرِي، وَإِنْ ادَّعِيَاهُ مَعًا مَا يَثْبُتُ نَسَبُهُ مِنَ الْبَائِعِ عِنْدَنَا لِأَنَّ دَعْوَتَهُ أَسْبَقُ لِاسْتِنَادِهَا إِلَى وَقْتِ الْعُلُوقِ حَيْثُ كَانَ فِي مِلْكِهِ دَعْوَى الْمُشْتَرِي دَعْوَى تَحْرِيرٍ، فَإِنْ

أصل العُلوقِ لم يكن في ملكه.

ولا تعارض بين دعوى التحرير ودعوى الاستيلاء لاقتصار الأولى على الحال دون الثانية فكان البائع أولى (قوله وهذه دعوى استيلاء) جواب دخل تقريره كيف تصح الدعوة والمالك معذور؟ وجهه أنها دعوة استيلاء وهي لا تفتقر إلى قيام الملك في الحال لأنه يستند إلى زمان الملك، بخلاف دعوة التحرير على ما يجيء، وكذلك إن ادعى المشتري بعد البيع الاستعناء الولد حينئذ عن النسب (وإن جاءت به لأكثر من سنتين من وقت البيع، فيما أن يصدق المشتري أو لا، فإن كان الثاني لا تصح دعوة البائع) لأن الشاهد على كون الولد منه اتصال العُلوق بملكه ولم يوجد يقيناً، وإن كان الأول ثبت النسب ويحمل على الاستيلاء بالنكاح حملاً لأمره على الصلاح، لا ينطّل البيع لأننا تيقنا أن العُلوق لم يكن في ملكه فلا تثبت حقيقة العتق في حق الولد ولا حقه في الأم فلا تصير أم ولد، وإذا لم تصر أم الولد بقيت الدعوة في الولد دعوة تحرير، وغير المالك ليس من أهله والبائع ليس بمالك، وإن ادعاه المشتري وحده صح دعوته، وإن ادعياه معاً أو متعاقباً صح دعوة المشتري لأن البائع كالأجنبي، وإن جاءت به بين المدّعين فيما أن يصدق المشتري أو لا، فإن لم يصدق لم تقبل دعوة البائع فيه لاحتمال أن لا يكون العُلوق في ملكه فلم توجد الحجة، وإن صدقه المشتري ثبت النسب وينطّل البيع والولد حرّ والأم أم الولد كما في المسألة الأولى لتصديقهما واحتمال العُلوق في الملك، وإن ادعاه المشتري وحده صح دعوته لأن دعوته صحيحة حالة الأفراد فيما لا يحتمل العُلوق في ملكه فبيما يحتمله أولى، وتكون دعوته دعوة استيلاء حتى يكون الولد حرّ الأصل، ولا يكون له ولأى على الولد لأن العُلوق في ملكه ممكن، وإن ادعياه معاً أو متعاقباً فالمشتري أولى لأن البائع في هذه الحالة كالأجنبي، هذا إذا كانت المدّة معلومة، أمّا إذا لم يعلم بأنها ولدته بعد البيع لأقل من أقل من مدّة الحمل أو لأكثر من أكثرها أو لما بينهما فالمسألة على أربعة أوجه أيضاً، فدعوة البائع وحده لا تصح بغير تصديق المشتري لعدم تيقن العُلوق في ملكه، ودعوة المشتري وحده صحيحة.

واحتمال كون العُلوق في ملك البائع، إن جاءت به لأقل المدّة لا يمنع دعوة

المُشْتَرِي، وَإِنْ ادَّعِيَاهُ مَعًا لَمْ تَصِحَّ دَعْوُهُ وَاحِدٍ مِنْهُمَا وَكَانَ الْوَلَدُ عَبْدًا لِلْمُشْتَرِي، لِأَنَّهَا إِنْ جَاءَتْ بِهِ لِأَقْلِ الْمُدَّةِ كَانَ النَّسَبُ لِلْبَائِعِ، وَإِنْ جَاءَتْ بِهِ لِأَكْثَرِ مِنْ أَقْلِ الْمُدَّةِ كَانَ النَّسَبُ لِلْمُشْتَرِي فَوْقَ الشَّكِّ فِي ثُبُوتِهِ فَلَا يَثْبُتُ بِهِ.

فَإِنْ قِيلَ: فِي جَانِبِ الْمُشْتَرِي يَثْبُتُ فِي وَجْهَيْنِ وَفِي جَانِبِ الْبَائِعِ فِي وَجْهِ وَاحِدٍ فَكَانَ الْمُشْتَرِي أَوْلَى. قُلْنَا: هَذَا تَرْجِيحٌ بِمَا هُوَ مِنْ جِنْسِ الْعِلَّةِ فَلَا يَكُونُ مُعْتَبَرًا. وَإِنْ ادَّعِيَاهُ مُتَعَاقِبًا إِنْ سَبَقَ الْمُشْتَرِي صَحَّتْ دَعْوَتُهُ وَإِنْ سَبَقَ الْبَائِعُ لَمْ تَصِحَّ دَعْوُهُ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لَوْ قُوعَ الشَّكِّ فِي ثُبُوتِ النَّسَبِ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا.

قال: (فَإِنْ مَاتَ الْوَلَدُ فَادَّعَاهُ الْبَائِعُ وَقَدْ جَاءَتْ بِهِ لِأَقْلِ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ لَمْ يَثْبُتِ الْاسْتِيلَادُ فِي الْأُمِّ) لِأَنَّهَا تَابِعَةٌ لِلْوَلَدِ وَلَمْ يَثْبُتْ نَسَبُهُ بَعْدَ الْمَوْتِ لِعَدَمِ حَاجَتِهِ إِلَى ذَلِكَ فَلَا يَتَّبَعُهُ اسْتِيلَادُ الْأُمِّ (وَإِنْ مَاتَتِ الْأُمُّ فَادَّعَاهُ الْبَائِعُ وَقَدْ جَاءَتْ بِهِ لِأَقْلِ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ يَثْبُتُ النَّسَبُ فِي الْوَلَدِ وَأَخَذَهُ الْبَائِعُ؛ لِأَنَّ الْوَلَدَ هُوَ الْأَصْلُ فِي النَّسَبِ فَلَا يَضُرُّهُ فَوَاتُ الشَّيْخِ، وَإِنَّمَا كَانَ الْوَلَدُ أَصْلًا لِأَنَّهَا تُضَافُ إِلَيْهِ يُقَالُ أُمُّ الْوَلَدِ، وَتَسْتَفِيدُ الْحُرِّيَّةَ مِنْ جِهَتِهِ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «أَعْتَقَهَا وَلَدَهَا» وَالنَّاتِبُ لَهَا حَقُّ الْحُرِّيَّةِ وَلَهُ حَقِيقَتُهَا، وَالْأَدْنَى يَتَّبِعُ الْأَعْلَى (وَيَرُدُّ النَّمَنَ كُلَّهُ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَالَا: يَرُدُّ حِصَّةَ الْوَلَدِ وَلَا يَرُدُّ حِصَّةَ الْأُمِّ) لِأَنَّهُ تَبَيَّنَ أَنَّهُ بَاعَ أُمَّ وَلَدِهِ، وَمَالِيَّتُهَا غَيْرُ مُتَقَوِّمَةٍ عِنْدَهُ فِي الْعَقْدِ وَالْغَصْبِ فَلَا يَضْمَنُهَا الْمُشْتَرِي، وَعِنْدَهُمَا مُتَقَوِّمَةٌ فَيَضْمَنُهَا.

الشرح:

قال: (فَإِنْ مَاتَ الْوَلَدُ فَادَّعَاهُ الْبَائِعُ إلخ) الْأَصْلُ فِي هَذِهِ أَنَّهُ إِذَا حَدَّثَ فِي الْوَلَدِ مَا لَا يُلْحَقُهُ الْفَسْخُ يَمْنَعُ فَسْخَ الْمِلْكِ فِيهِ بِالدَّعْوَةِ وَيَنْفِي ثُبُوتِ النَّسَبِ، وَعَلَى هَذَا إِنْ مَاتَ الْوَلَدُ فَادَّعَاهُ الْبَائِعُ وَقَدْ جَاءَتْ بِهِ لِأَقْلِ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ لَمْ يَثْبُتِ الْاسْتِيلَادُ فِي الْأُمِّ لِأَنَّهَا تَابِعَةٌ لِلْوَلَدِ، وَلَمْ يَثْبُتْ نَسَبُهُ بَعْدَ الْمَوْتِ لِعَدَمِ حَاجَتِهِ إِلَى ذَلِكَ فَلَا يَتَّبَعُهُ اسْتِيلَادُ الْأُمِّ (وَإِنْ مَاتَتِ الْأُمُّ فَادَّعَاهُ الْبَائِعُ وَقَدْ جَاءَتْ بِهِ لِأَقْلِ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ يَثْبُتُ نَسَبُ الْوَلَدِ وَأَخَذَهُ (لِأَنَّهُ أَصْلٌ) لِإِضَافَتِهَا إِلَيْهِ حَيْثُ يُقَالُ أُمُّ الْوَلَدِ وَاسْتِفَادَتُهَا الْحُرِّيَّةَ مِنْ جِهَتِهِ لِقَوْلِهِ ﷺ «أَعْتَقَهَا وَلَدَهَا» قَالَهُ حِينَ قِيلَ لَهُ وَقَدْ وَلَدَتْ مَارِيَةَ الْقُبْطِيَّةُ إِبْرَاهِيمَ مِنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ أَلَا نَعْتَقُهَا: وَلِأَنَّ النَّاتِبَ لَهَا حَقُّ الْحُرِّيَّةِ وَلَهُ حَقِيقَتُهَا، وَالْأَدْنَى يَتَّبِعُ الْأَعْلَى، وَإِذَا لَمْ يَكُنْ فِي

الأصل مَا يَمْنَعُ الدَّعْوَةَ لَمْ يَضُرَّ فَوَاتُ التَّبَعِ، وَيُرَدُّ الثَّمَنُ كُلُّهُ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: يُرَدُّ حِصَّةُ الْوَلَدِ وَلَا يُرَدُّ حِصَّةُ الْأُمِّ، وَهَذَا بِنَاءٌ عَلَى أَنَّ مَالِيَّةَ أُمِّ الْوَلَدِ غَيْرُ مُتَقَوِّمَةٍ عِنْدَهُ فِي الْعَقْدِ وَالْعَصَبِ فَلَا يَضُمُّنَهَا الْمُشْتَرِي، وَعِنْدَهُمَا مُتَقَوِّمَةٌ فَيَضُمُّنَهَا.

وَذَكَرَ الْمُصَنِّفُ رَوَايَةَ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ إِعْلَامًا بِأَنَّ حُكْمَ الْإِعْتَاقِ فِيمَا نَحْنُ فِيهِ حُكْمُ الْمَوْتِ، فَإِذَا أَعْتَقَ الْمُشْتَرِي الْأُمَّ وَادَّعَى الْبَائِعُ الْوَلَدَ فَهُوَ ابْنُهُ يُرَدُّ عَلَيْهِ بِحِصَّتِهِ مِنَ الثَّمَنِ يُقَسَّمُ الثَّمَنُ عَلَى قِيمَةِ الْوَلَدِ وَعَلَى قِيمَةِ الْأُمِّ، فَمَا أَصَابَ الْأُمَّ يَلْزَمُ الْمُشْتَرِي، وَمَا أَصَابَ الْوَلَدَ سَقَطَ عَنْهُ عِنْدَهَا. وَعِنْدَهُ يُرَدُّ عَلَيْهِ بِكُلِّ الثَّمَنِ كَمَا سَنَذْكُرُهُ، وَلَوْ كَانَ الْمُشْتَرِي أَعْتَقَ الْوَلَدَ فَدَعَوْتُهُ بَاطِلَةٌ إِذْ لَمْ يُصَدِّقْهُ الْمُشْتَرِي فِي دَعْوَاهُ، وَذَكَرَ الْفَرْقَ اسْتَظْهَارًا فَإِنَّهُ كَانَ مَعْلُومًا مِنْ مَسْأَلَةِ الْمَوْتِ.

وَفِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ: وَإِذَا حَمَلَتِ الْجَارِيَةُ فِي مِلْكِ رَجُلٍ فَبَاعَهَا فَوُلِدَتْ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي فَادَّعَى الْبَائِعُ الْوَلَدَ وَقَدْ أَعْتَقَ الْمُشْتَرِي الْأُمَّ فَهُوَ ابْنُهُ يُرَدُّ عَلَيْهِ بِحِصَّتِهِ مِنَ الثَّمَنِ. وَلَوْ كَانَ الْمُشْتَرِي إِنَّمَا أَعْتَقَ الْوَلَدَ فَدَعَوَاهُ بَاطِلَةٌ. وَوَجْهُ الْفَرْقِ أَنَّ الْأَصْلَ فِي هَذَا الْبَابِ الْوَلَدُ، وَالْأُمُّ تَابِعَةٌ لَهُ عَلَى مَا مَرَّ.

وَفِي الْفَصْلِ الْأَوَّلِ قَامَ الْمَانِعُ مِنَ الدَّعْوَةِ وَالْإِسْتِيلَادِ وَهُوَ الْعِتْقُ فِي التَّبَعِ وَهُوَ الْأُمُّ فَلَا يَمْتَنِعُ ثُبُوتُهُ فِي الْأَصْلِ وَهُوَ الْوَلَدُ، وَلَيْسَ مِنْ ضَرُورَاتِهِ. كَمَا فِي وَلَدِ الْمَغْرُورِ فَإِنَّهُ حُرٌّ وَأُمُّهُ أَمَةٌ لِمَوْلَاهَا، وَكَمَا فِي الْمُسْتَوْلَدَةِ بِالنِّكَاحِ.

وَفِي الْفَصْلِ الثَّانِي قَامَ الْمَانِعُ بِالْأَصْلِ وَهُوَ الْوَلَدُ فَيَمْتَنِعُ ثُبُوتُهُ فِيهِ وَفِي التَّبَعِ، وَإِنَّمَا كَانَ الْإِعْتَاقُ مَانِعًا لِأَنَّهُ لَا يَحْتَمِلُ النِّقْضَ كَحَقِّ اسْتِلْحَاقِ النَّسَبِ وَحَقِّ الْإِسْتِيلَادِ فَاسْتَوَيَا مِنْ هَذَا الْوَجْهِ، ثُمَّ الثَّابِتُ مِنَ الْمُشْتَرِي حَقِيقَةُ الْإِعْتَاقِ وَالثَّابِتُ فِي الْأُمِّ حَقُّ الْحُرِّيَّةِ، وَفِي الْوَلَدِ لِلْبَائِعِ حَقُّ الدَّعْوَةِ وَالْحَقُّ لَا يُعَارِضُ الْحَقِيقَةَ، وَالتَّدْبِيرُ بِمَنْزِلَةِ الْإِعْتَاقِ لِأَنَّهُ لَا يَحْتَمِلُ النِّقْضَ وَقَدْ ثَبَتَ بِهِ بَعْضُ أَثَارِ الْحُرِّيَّةِ. وَقَوْلُهُ فِي الْفَصْلِ الْأَوَّلِ يُرَدُّ عَلَيْهِ بِحِصَّتِهِ مِنَ الثَّمَنِ قَوْلُهُمَا وَعِنْدَهُ يُرَدُّ بِكُلِّ الثَّمَنِ هُوَ الصَّحِيحُ كَمَا ذَكَرْنَا فِي فَصْلِ الْمَوْتِ.

الشرح:

(وَالْأَصْلُ فِي هَذَا الْبَابِ) أَعْنِي بِهِ ثُبُوتَ حَقِّ الْعِتْقِ لِلْأُمِّ بِطَرِيقِ الْإِسْتِيلَادِ هُوَ

ثُبُوتُ حَقِيقَةِ الْعِنُقِ لِلْوَلَدِ بِالنَّسَبِ (وَالْأُمُّ تَابِعَةٌ لَهُ) فِي ذَلِكَ كَمَا مَرَّ (وَفِي الْفَصْلِ الْأَوَّلِ) يَعْنِي فِيمَا إِذَا أُعْتِقَ الْمُشْتَرِي الْأُمَّ (قَامَ الْمَانِعُ وَهُوَ الْعِنُقُ مِنَ الدَّعْوَةِ وَالْاِسْتِيلَادِ فِي التَّبَعِ وَهُوَ الْأُمُّ فَلَا يَمْتَنِعُ ثُبُوتُهُ فِي الْأَصْلِ وَهُوَ الْوَلَدُ) فَإِنْ قِيلَ إِذَا لَمْ يَمْتَنِعِ الدَّعْوَةُ مِنَ الْوَلَدِ ثَبَتَ الْعِنُقُ فِيهِ وَالنَّسَبُ لَكَوْنِ الْعُلُقِ فِيهِ مِلْكِهِ بَيِّقِينَ، لَأَنَّ الْكَلَامَ فِيمَا إِذَا حَبِلَتْ الْجَارِيَةُ فِي مِلْكِ الْبَائِعِ، وَمِنْ حُكْمِ ثُبُوتِ النَّسَبِ لِلْوَلَدِ صَيْرُورَةُ أُمِّهِ أُمَّ وَلَدٍ لِلْبَائِعِ فَكَانَ يَنْبَغِي أَنْ يَطُلَّ التَّبَعُ وَإِعْتِاقُ الْمُشْتَرِي.

أَجَابَ بِقَوْلِهِ (وَلَيْسَ مِنْ ضَرُورَاتِهِ) أَيُّ لَيْسَ ثُبُوتُ الْاِسْتِيلَادِ فِي حَقِّ الْأُمِّ مِنْ ضَرُورَاتِ ثُبُوتِ الْعِنُقِ وَالنَّسَبِ لِلْوَلَدِ لِأَنفِكَاهِ عَنْهُ (كَمَا فِي وَلَدِ الْمَعْرُورِ) وَهُوَ مَا إِذَا اشْتَرَى الرَّجُلُ مِنْ رَجُلٍ يَزْعُمُ أَنَّهَا مِلْكُهُ فَاسْتَوْلَدَهَا فَاسْتَحَقَّتْ فَإِنَّهُ يَعْتَقُ بِالْقِيَمَةِ وَهُوَ ثَابِتُ النَّسَبِ مِنْ أَبِيهِ وَلَيْسَتْ أُمُّهُ أُمَّ وَلَدٍ لِأَبِيهِ (وَكَمَا فِي الْمُسْتَوْلَدَةِ بِالنِّكَاحِ) بَأَنَّ نَزْوَاجَ امْرَأَةٍ عَلَى أَنَّهَا حُرَّةٌ فَوَلَدَتْ فَإِذَا هِيَ أَمَةٌ (وَفِي الْفَصْلِ الثَّانِي) وَهُوَ مَا إِذَا أُعْتِقَ الْمُشْتَرِي الْوَلَدَ ثُمَّ ادَّعَاهُ الْبَائِعُ أَنَّهُ وَلَدُهُ (قَامَ الْمَانِعُ بِالْأَصْلِ وَهُوَ الْوَلَدُ فَيَمْتَنِعُ ثُبُوتُهُ) أَيُّ ثُبُوتُ مَا ذَكَرْنَا وَهُوَ الدَّعْوَةُ وَالْاِسْتِيلَادُ (فِيهِ وَفِي التَّبَعِ) وَقَوْلُهُ (وَإِنَّمَا كَانَ الْإِعْتِاقُ مَانِعًا) بَيَانٌ لِمَانِعِيَّةِ عِنُقِ الْوَلَدِ عَنْ ثُبُوتِ النَّسَبِ بِدَعْوَةِ الْبَائِعِ، وَمَعْنَاهُ أَنَّ الْإِعْتِاقَ مِنَ الْمُشْتَرِي كَحَقِّ اسْتِلْحَاقِ النَّسَبِ فِي الْوَلَدِ وَحَقِّ اسْتِيلَادِ فِي الْأُمِّ فِي أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لَا يَحْتَمِلُ لِلتَّقْضِ فَلَيْسَ لِفِعْلٍ أَحَدِهِمَا عَلَى فِعْلِ الْآخَرِ تَرْجِيحٌ مِنْ هَذَا الْوَجْهِ.

وَرُدُّ بَيِّنَةٍ إِذَا بَاعَ جَارِيَةً حُبْلَى فَوَلَدَتْ وَلَدَيْنِ فِي بَطْنٍ وَاحِدٍ لِأَقْلٍ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ فَأُعْتِقَ الْمُشْتَرِي أَحَدَهُمَا ثُمَّ ادَّعَى الْبَائِعُ الْوَلَدَ الْآخَرَ صَحَّتْ دَعْوَتُهُ فِيهِمَا جَمِيعًا حَتَّى يَطُلَّ عِنُقُ الْمُشْتَرِي، وَذَلِكَ نَقْضٌ لِلْعِنُقِ كَمَا تَرَى. أَجِيبَ بِأَنَّ التَّوَأْمَيْنِ فِي حُكْمِ وَلَدٍ وَاحِدٍ، فَمِنْ ضَرُورَةِ ثُبُوتِ نَسَبِ أَحَدِهِمَا وَالْحُكْمِ بِصَيْرُورَتِهِ حُرًّا الْأَصْلُ ثُبُوتُ النَّسَبِ لِلْآخَرِ.

وَلِقَائِلِ أَنْ يَقُولَ: إِذَا كَانَ كَذَلِكَ وَقَدْ ثَبَتَ الْعِنُقُ فِي أَحَدِهِمَا فَمِنْ ضَرُورَةِ ثُبُوتِ الْعِنُقِ فِي الْآخَرِ وَإِلَّا لَزِمَ تَرْجِيحُ الدَّعْوَةِ عَلَى الْعِنُقِ وَهُوَ الْمَطْلُوبُ وَالْفَرَضُ خِلَافُهُ. وَيُمْكِنُ أَنْ يُجَابَ عَنْهُ بِأَنَّهُ إِنْ ثَبَتَ الْعِنُقُ فِي الْآخَرِ لَزِمَهُ ضَمَانُ قِيَمَتِهِ وَفِي ذَلِكَ ضَرَرٌ زَائِدٌ، فَإِنْ عُوِضَ بِأَنَّ الْبَائِعَ إِذَا ادَّعَى النَّسَبَ فِي الَّذِي عَنْدَهُ كَانَ ذَلِكَ

سَعْيًا فِي نَقْضِ مَا تَمَّ مِنْ جِهَتِهِ.

أُجِيبَ بِأَنَّهُ غَيْرُ مَقْصُودٍ فَلَا مُعْتَبَرٌ بِهِ قَوْلُهُ ثُمَّ الثَّابِتُ) يَبَانَ تَرْجِيحُ الْإِعْتِقَادِ عَلَى الْاسْتِلْحَاقِ، فَإِنَّ الثَّابِتَ (مِنَ الْمُشْتَرِي حَقِيقَةُ الْإِعْتِقَادِ وَالثَّابِتُ) لِلْبَائِعِ (فِي الْوَلَدِ حَقُّ الدَّعْوَةِ وَفِي الْأُمِّ حَقُّ الْحُرِّيَةِ وَالْحَقُّ لَا يُعَارِضُ الْحَقِيقَةَ) وَتُوقُضُ بِالْمَالِكِ الْقَدِيمِ مَعَ الْمُشْتَرِي مِنَ الْعَدُوِّ فَإِنَّ الْمَالِكَ الْقَدِيمَ يَأْخُذُهُ بِالْقِيمَةِ وَإِنْ كَانَ لَهُ حَقُّ الْمَلِكِ وَلِلْمُشْتَرِي حَقِيقَتُهُ.

وَأُجِيبَ بِأَنَّهُ لَيْسَ بِتَرْجِيحٍ بَلْ هُوَ جَمْعٌ بَيْنَهُمَا، وَفِيهِ نَظَرٌ لِأَنَّ الْفَرَضَ أَنَّ الْحَقِيقَةَ أُولَى. فَالْجَمْعُ بَيْنَهُمَا تَسْوِيَةٌ بَيْنَ الرَّاجِحِ وَالْمَرْجُوحِ. وَيُمْكِنُ أَنْ يُجَابَ بِأَنَّ هَذِهِ الْحَقِيقَةَ فِيهَا شُبْهَةٌ لِأَنَّ مَبْنَاهَا عَلَى تَمَلُّكِ أَهْلِ الْحَرْبِ مَا اسْتَوْلَوْا عَلَيْهِ مِنْ أَمْوَالِنَا أُحْرَزُوا بِدَارِهِمْ، وَهُوَ مُجْتَهِدٌ فِيهِ فَانْحَطَّتْ مِنْ دَرَجَةِ الْحَقَائِقِ فَقَلْنَا يَأْخُذُهُ بِالْقِيمَةِ جَمْعًا بَيْنَهُمَا التَّدْبِيرُ بِمَنْزِلَةِ الْإِعْتِقَادِ لِأَنَّهُ لَا يَحْتَمِلُ النَّقْضَ وَقَدْ ثَبَتَ بِهِ بَعْضُ آثَارِ الْحُرِّيَةِ) وَهُوَ عَدَمُ جَوَازِ الثَّقَلِ مِنَ مَالِكٍ إِلَى مَالِكٍ (قَوْلُهُ وَقَوْلُهُ فِي الْفَصْلِ الْأَوَّلِ) يُرِيدُ بِهِ أَنَّ مَا ثَقُلَ عَنْ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ مِنْ قَوْلِهِ وَقَدْ أَعْتَقَ الْمُشْتَرِي الْأُمَّ فَهُوَ ابْنُهُ يَرُدُّ عَلَيْهِ بِحِصَّتِهِ مِنَ الثَّمَنِ هُوَ قَوْلُهُمَا وَعِنْدَهُ يَرُدُّ بِكُلِّ الثَّمَنِ وَهُوَ الصَّحِيحُ كَمَا ذَكَرْنَا فِي فَصْلِ الْمَوْتِ.

وقَوْلُهُ هُوَ الصَّحِيحُ احْتِرَازٌ عَمَّا ذَكَرَ شَمْسُ الْأُئِمَّةِ فِي الْمُسَوِّطِ وَقَاضِي خَانَ وَالْمَحْبُوبِيُّ أَنَّهُ يَرُدُّ بِمَا يَخْصُ الْوَلَدَ مِنَ الثَّمَنِ، بِخِلَافِ الْمَوْتِ، وَفَرَّقُوا بَيْنَهُمَا بِأَنَّ فِي الْإِعْتِقَادِ كَذَبَ الْقَاضِي الْبَائِعِ فِيمَا زَعَمَ أَنَّهَا أُمُّ وَلَدِهِ حَيْثُ جَعَلَهَا مُعْتَقَةً الْمُشْتَرِي أَوْ مُدَبَّرَتَهُ فَلَمْ يَبْقَ لَزَعْمِهِ عِبْرَةٌ. وَأَمَّا فِي فَصْلِ الْمَوْتِ فِيمَوْنَهَا لَمْ يَجْرِ الْحُكْمُ بِخِلَافِ مَا زَعَمَ الْبَائِعُ فَبَقِيَ زَعْمُهُ مُعْتَبَرًا فِي حَقِّهِ فَيَرُدُّ جَمِيعَ الثَّمَنِ، وَالَّذِي اخْتَارَهُ الْمُصَنِّفُ هُوَ مَا ذَكَرَهُ شَمْسُ الْأُئِمَّةِ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ بِنَاءً عَلَى أَنَّ أُمَّ الْوَلَدِ لَا قِيمَةَ لَهَا وَقَالُوا إِنَّهُ مُخَالَفٌ لِرَوَايَةِ الْأَصُولِ، وَكَيْفَ يَسْتَرِدُّ كُلُّ الثَّمَنِ وَالْبَيْعُ لَمْ يَبْطُلْ فِي الْجَارِيَةِ وَلِهَذَا لَا يَبْطُلُ إِعْتِقَادُ الْمُشْتَرِي؟ قِيلَ الْوَاجِبُ أَنْ لَا يَكُونَ لِلْوَلَدِ حِصَّةٌ مِنَ الثَّمَنِ بِحُدُوثِهِ بَعْدَ قَبْضِ الْمُشْتَرِي وَلَا حِصَّةٌ لِلْوَلَدِ الْحَادِثِ بَعْدَ الْقَبْضِ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ ذَلِكَ مِنْ حَيْثُ الصُّورَةُ، وَأَمَّا مِنْ حَيْثُ الْمَعْنَى فَهُوَ كَحَادِثٍ قَبْلَ الْقَبْضِ وَمَا هُوَ كَذَلِكَ فَلَهُ حِصَّةٌ مِنَ الثَّمَنِ إِذَا اسْتَهْلَكَهُ الْبَائِعُ وَقَدْ اسْتَهْلَكَهُ هُنَا بِالْدَّعْوَةِ.

قَالَ: (وَمَنْ بَاعَ عَبْدًا وَلَدَ عِنْدَهُ وَبَاعَهُ الْمُشْتَرِي مِنْ آخَرٍ ثُمَّ ادَّعَاهُ الْبَائِعُ الْأَوَّلُ فَهُوَ ابْنُهُ وَيَبْطُلُ الْبَيْعُ) لِأَنَّ الْبَيْعَ يَحْتَمِلُ النَّقْضَ، وَمَا لَهُ مِنْ حَقِّ الدَّعْوَةِ لَا يَحْتَمِلُهُ فَيَنْقُضُ الْبَيْعَ لِأَجْلِهِ، وَكَذَا إِذَا كَاتَبَ الْوَلَدَ أَوْ رَهْنَهُ أَوْ أَجَرَهُ أَوْ كَاتَبَ الْأُمَّ أَوْ رَهْنَهَا أَوْ زَوَّجَهَا ثُمَّ كَانَتْ الدَّعْوَةُ لِأَنَّ هَذِهِ الْعَوَارِضَ تَحْتَمِلُ النَّقْضَ فَيَنْقُضُ ذَلِكَ كُلُّهُ وَتَصِيحُ الدَّعْوَةُ، بِخِلَافِ الْإِعْتَاقِ وَالتَّدْبِيرِ عَلَى مَا مَرَّ، وَبِخِلَافِ مَا إِذَا ادَّعَاهُ الْمُشْتَرِي أَوَّلًا ثُمَّ ادَّعَاهُ الْبَائِعُ حَيْثُ لَا يَثْبُتُ النَّسَبُ مِنَ الْبَائِعِ لِأَنَّ النَّسَبَ الثَّابِتَ مِنَ الْمُشْتَرِي لَا يَحْتَمِلُ النَّقْضَ فَصَارَ كإِعْتَاقِهِ.

الشرح:

قَالَ: (وَمَنْ بَاعَ عَبْدًا وَلَدَ عِنْدَهُ إلخ) وَالْأَصْلُ فِي هَذَا أَنَّهُ إِذَا حَدَثَ فِي الْوَلَدِ مَا يُلْحَقُهُ الْفَسْخُ لَا يَمْنَعُ الدَّعْوَةَ فِيهِ، وَعَلَى هَذَا إِذَا بَاعَ عَبْدًا وَلَدَ عِنْدَهُ يَعْنِي كَانَ أَصْلُ الْعُلُوقِ فِي مِلْكِهِ ثُمَّ بَاعَهُ الْمُشْتَرِي مِنْ آخَرٍ ثُمَّ ادَّعَاهُ الْبَائِعُ الْأَوَّلُ فَهُوَ ابْنُهُ وَيَبْطُلُ الْبَيْعُ لِاحْتِمَالِهِ النَّقْضَ، وَمَا لِلْبَائِعِ مِنْ حَقِّ الدَّعْوَةِ لَا يَحْتَمِلُهُ فَيَنْقُضُ لِأَجْلِهِ، وَكَذَا إِذَا كَاتَبَ الْوَلَدَ أَوْ رَهْنَهُ أَوْ أَجَرَهُ أَوْ كَاتَبَ الْأُمَّ أَوْ رَهْنَهَا أَوْ زَوَّجَهَا ثُمَّ كَانَتْ الدَّعْوَةُ، لِأَنَّ هَذِهِ الْعَوَارِضَ تَحْتَمِلُ النَّقْضَ فَيَنْقُضُ لِأَجْلِ مَا لَا يَحْتَمِلُهُ، بِخِلَافِ الْإِعْتَاقِ وَالتَّدْبِيرِ لَمَّا تَقَدَّمَ، وَبِخِلَافِ مَا إِذَا ادَّعَاهُ الْمُشْتَرِي أَوْ لَا ثُمَّ ادَّعَاهُ الْبَائِعُ حَيْثُ لَا يَثْبُتُ النَّسَبُ مِنَ الْبَائِعِ لِأَنَّ النَّسَبَ الثَّابِتَ مِنَ الْمُشْتَرِي لَا يَحْتَمِلُ النَّقْضَ فَصَارَ كإِعْتَاقِهِ. وَلِقَائِلِ أَنْ يَقُولَ: الثَّابِتُ بِالْإِعْتَاقِ حَقِيقَةُ الْحُرِّيَّةِ وَبِالدَّعْوَةِ حَقُّهَا فَأَيُّ يَتَسَاوَيَانِ. وَأَمَّا الدَّعْوَةُ مِنَ الْمُشْتَرِي وَمِنَ الْبَائِعِ فَمُتَسَاوِيَتَانِ فِي أَنْ الثَّابِتَ بِهِمَا حَقُّ الْحُرِّيَّةِ فَأَيُّ الْمَرْجَحُ. وَيُمْكِنُ أَنْ يُجَابَ عَنْهُ بِأَنَّ التَّسَاوِيَّ بَيْنَ الْعِنَقِ وَالدَّعْوَةِ فِي عَدَمِ احْتِمَالِ النَّقْضِ وَذَلِكَ ثَابِتٌ أَلْبَتَّةَ. وَتَرْجِيحُ دَعْوَةِ الْمُشْتَرِي عَلَى دَعْوَةِ الْبَائِعِ مِنْ حَيْثُ إِنَّ الْوَلَدَ قَدْ اسْتَعْنَى بِالْأُولَى عِنْدَ ثُبُوتِ النَّسَبِ فِي وَقْتٍ لَا مُزَاحِمَ لَهُ فَلَا حَاجَةَ إِلَى الثَّانِيَةِ.

قَالَ (وَمَنْ ادَّعَى نَسَبَ أَحَدِ التَّوَامِينِ ثَبِتَ نَسَبُهُمَا مِنْهُ) لِأَنَّهُمَا مِنْ مَاءٍ وَاحِدٍ، فَمِنْ ضَرُورَةِ ثُبُوتِ نَسَبِ أَحَدِهِمَا ثُبُوتُ نَسَبِ الْآخَرِ، وَهَذَا لِأَنَّ التَّوَامِينَ وَلِدَانِ بَيْنَ وَلَادَتِهِمَا أَقَلُّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ فَلَا يُتَصَوَّرُ عُلُوقُ الثَّانِي حَادِثًا لِأَنَّهُ لَا حَبْلَ لِأَقَلِّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ. وَفِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ: إِذَا كَانَ فِي يَدِهِ غُلَامَانِ تَوَامَانِ وَلَدَا عِنْدَهُ فَبَاعَ أَحَدَهُمَا

وَأَعْتَقَهُ الْمُشْتَرِي ثُمَّ ادَّعَى الْبَائِعُ الَّذِي فِي يَدِهِ فَهُمَا ابْنَاهُ وَيَبْطُلُ عِتْقُ الْمُشْتَرِي؛ لِأَنَّهُ لَمَّا ثَبَتَ نَسَبُ الْوَلَدِ الَّذِي عِنْدَهُ لِمَصَادَفَةِ الْعُلُوقِ وَالِدَعْوَةِ مِلْكُهُ إِذِ الْمَسْأَلَةُ مَفْرُوضَةٌ فِيهِ ثَبَتَ بِهِ حُرِّيَّةُ الْأَصْلِ فِيهِ فَيُثْبِتُ نَسَبُ الْآخَرِ، وَحُرِّيَّةُ الْأَصْلِ فِيهِ ضَرُورَةٌ لِأَنَّهُمَا تَوَآمَانُ، فَتَبَيَّنَ أَنَّ عِتْقَ الْمُشْتَرِي وَشِرَاءَهُ لَاقَى حُرِّيَّةَ الْأَصْلِ فَبَطُلَ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ الْوَلَدُ وَاحِدًا لِأَنَّ هُنَاكَ يَبْطُلُ الْعِتْقُ فِيهِ مَقْصُودًا لِحَقِّ دَعْوَةِ الْبَائِعِ وَهُنَا ثَبَتَ تَبَعًا لِحُرِّيَّتِهِ فِيهِ حُرِّيَّةُ الْأَصْلِ فَاهْتَرَقَا (وَلَوْ لَمْ يَكُنْ أَصْلُ الْعُلُوقِ فِي مِلْكِهِ ثَبَتَ نَسَبُ الْوَلَدِ الَّذِي عِنْدَهُ، وَلَا يُنْقَضُ الْبَيْعُ فِيمَا بَاعَ) لِأَنَّ هَذِهِ دَعْوَةُ تَحْرِيرٍ لِانْعِدَامِ شَاهِدِ الْإِتِّصَالِ فَيَقْتَصِرُ عَلَى مَحَلِّ وَلَايَتِهِ.

الشرح:

(وَمَنْ ادَّعَى نَسَبَ أَحَدِ التَّوَامِينِ ثَبَتَ نَسَبُهُمَا مِنْهُ) وَكَلَامُهُ فِيهِ ظَاهِرٌ. وَذَكَرَ رِوَايَةَ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ لَاشْتِمَالَهَا عَلَى صُورَةِ بَيْعِ أَحَدِهِمَا وَدَعْوَى النَّسَبِ فِي الْآخِرِ بَعْدَ إِعْتَاقِ الْمُشْتَرِي، قَالَ شَمْسُ الْأُمَّةِ السَّرْحَسِيُّ: يَجُوزُ أَنْ يُقَالَ غُلَامَانِ تَوْأَمٌ وَتَوَآمَانُ. قَوْلُهُ (وَيَبْطُلُ عِتْقُ الْمُشْتَرِي) إِنْ كَانَتْ الرِّوَايَةُ بِكُسْرِ الرَّاءِ فَالْعِتْقُ بِمَعْنَى الْإِعْتَاقِ، وَإِنْ كَانَتْ بِالْفَتْحِ فَلَا حَاجَةَ إِلَى التَّأْوِيلِ وَكَلَامُهُ ظَاهِرٌ، وَقَدْ تَقَدَّمَ الْكَلَامُ فِيهِ سَوْأًا وَجَوَابًا. قَوْلُهُ (بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ الْوَلَدُ وَاحِدًا لِأَنَّ هُنَاكَ يَبْطُلُ الْعِتْقُ فِيهِ مَقْصُودًا) يَعْنِي عَلَى تَقْدِيرِ تَصْحِيحِ الدَّعْوَةِ مِنَ الْبَائِعِ، وَقَدْ تَقَدَّمَ أَنَّ حَقَّ الدَّعْوَةِ لَا يُعَارِضُ الْإِعْتَاقَ (وَهُنَا) أَيِ فِي مَسْأَلَةِ التَّوَامِينِ (يُثْبِتُ) بُطْلَانُ إِعْتَاقِ الْمُشْتَرِي فِي الْمُشْتَرَى تَبَعًا لِحُرِّيَّتِهِ فِيهِ (حُرِّيَّةُ الْأَصْلِ) لَا حُرِّيَّةُ التَّحْرِيرِ فَالضَّمِيرُ فِي لِحُرِّيَّتِهِ رَاجِعٌ إِلَى الْمُشْتَرَى بِالْفَتْحِ. وَقَوْلُهُ فِيهِ يَتَعَلَّقُ بِقَوْلِهِ يَثْبُتُ، الضَّمِيرُ لِلْمُشْتَرِي كَذَلِكَ. وَقَوْلُهُ حُرِّيَّةُ الْأَصْلِ بَدَلٌ مِنْ قَوْلِهِ لِحُرِّيَّتِهِ، وَإِنَّمَا أُبْدِلَ بِهِ إِشَارَةٌ إِلَى سَبْقِهَا لِيَتَبَيَّنَ بِذَلِكَ أَنَّ الْبَيْعَ لَمْ يَكُنْ صَحِيحًا، فَالْإِعْتَاقُ لَمْ يُصَادَفْ مَحَلَّهُ فَكَانَ خَلِيفًا بِالرَّدِّ وَالْإِبْطَالِ (وَلَوْ لَمْ يَكُنْ أَصْلُ الْعُلُوقِ فِي مِلْكِ الْمُدَّعِي يُثْبِتُ نَسَبَ الْوَلَدِ الَّذِي عِنْدَهُ وَلَا يَنْقُضُ الْبَيْعَ فِيمَا بَاعَ) لِأَنَّهُ لَمَّا لَمْ يَكُنْ أَصْلُ الْعُلُوقِ فِي مِلْكِهِ انْعِدَامَ شَاهِدِ الْإِتِّصَالِ بِالْمُدَّعِي، فَكَانَ قَوْلُهُ هَذَا ابْنِي مَجَازًا عَنْ قَوْلِهِ هَذَا حُرٌّ دَعْوَةُ تَحْرِيرٍ، وَلَوْ قَالَ لِأَحَدِ التَّوَامِينِ هَذَا حُرٌّ كَانَ تَحْرِيرًا مُقْتَصِرًا عَلَى مَحَلِّ وَلَايَتِهِ فَكَذَا دَعْوَةُ التَّحْرِيرِ.

وَتَوْقُضَ بِمَا إِذَا اشْتَرَى الرَّجُلُ أَحَدَ التَّوَامِينِ وَأَبُوهُ الْآخَرُ فَادْعَى أَحَدَهُمَا
الَّذِي فِي يَدِهِ أَنَّهُ ابْنُهُ يَثْبُتُ نَسَبُهُمَا مِنْهُ وَيَعْتَقَانِ جَمِيعًا، وَلَمْ تَقْصُرْ دَعْوَةُ التَّخْرِيرِ عَلَى
مَحَلِّ وَلَا يَتَّهَمُ مَعَ عَدَمِ شَاهِدِ الْإِثْبَاتِ، إِذَا الْكَلَامُ فِيهِ.
وَأَجِيبَ بِأَنْ ذَلِكَ لَمَعْنَى آخَرَ وَهُوَ أَنَّ الْمُدْعَى إِذَا كَانَ هُوَ الْأَبُ فَلَا ابْنَ قَدْ مَلَكَ
أَخَاهُ فَيَعْتَقُ عَلَيْهِ، وَإِنْ كَانَ هُوَ الْابْنُ فَلَا أَبَ مَلَكَ حَافِدُهُ فَيَعْتَقُ عَلَيْهِ وَلَا يَكَادُ يَصِحُّ مَعَ
دَعْوَةِ التَّخْرِيرِ.

قَالَ (وَإِذَا كَانَ الصَّبِيُّ فِي يَدِ رَجُلٍ فَقَالَ: هُوَ ابْنُ عَبْدِي فَلَانَ الْغَائِبِ ثُمَّ قَالَ: هُوَ
ابْنِي لَمْ يَكُنْ ابْنُهُ أَبَدًا وَإِنْ جَحَدَ الْعَبْدُ أَنْ يَكُونَ ابْنُهُ) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ (وَقَالَا: إِذَا
جَحَدَ الْعَبْدُ فَهُوَ ابْنُ الْمُؤَلَى) وَعَلَى هَذَا الْخِلَافِ إِذَا قَالَ: هُوَ ابْنُ فَلَانٍ وَلَدَ عَلَى فِرَاشِهِ ثُمَّ
ادَّعَاهُ لِنَفْسِهِ. لَهُمَا أَنْ الْإِقْرَارَ ارْتَدَّ بِرَدِّ الْعَبْدِ فَصَارَ كَأَن لَمْ يَكُنِ الْإِقْرَارُ، وَالْإِقْرَارُ بِالنَّسَبِ
يَرْتَدُّ بِالرَّدِّ وَإِنْ كَانَ لَا يَحْتَمِلُ النَّقْضَ؛ أَلَا يَرَى أَنَّهُ يَعْمَلُ فِيهِ الْإِكْرَاهُ وَالْهَزْلُ فَصَارَ
كَمَا إِذَا أَقْرَأَ الْمُشْتَرِي عَلَى الْبَائِعِ بِاعْتَاقِ الْمُشْتَرَى فَكَذَّبَهُ الْبَائِعُ ثُمَّ قَالَ أَنَا أَعْتَقْتُهُ يَتَحَوَّلُ
الْوَلَاءُ إِلَيْهِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا صَدَّقَهُ لِأَنَّهُ يُدْعَى بَعْدَ ذَلِكَ نَسَبًا ثَابِتًا مِنَ الْغَيْرِ، وَبِخِلَافِ مَا إِذَا
لَمْ يُصَدِّقْهُ وَلَمْ يُكَذِّبْهُ لِأَنَّهُ تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّ الْمُقَرَّرِ لَهُ عَلَى اعْتِبَارِ تَصْدِيقِهِ فَيَصِيرُ كَوَلَدِ
الْمُلَاعَنَةِ فَإِنَّهُ لَا يَثْبُتُ نَسَبُهُ مِنْ غَيْرِ الْمُلَاعِنِ؛ لِأَنَّهُ لَوْ أَنَّهُ يُكَذِّبُ نَفْسَهُ.

وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ النَّسَبَ مِمَّا لَا يَحْتَمِلُ النَّقْضَ بَعْدَ ثُبُوتِهِ وَالْإِقْرَارُ بِمِثْلِهِ لَا يَرْتَدُّ
بِالرَّدِّ فَبَقِيَ هَتَمَتْنِ دَعْوَتُهُ، كَمَنْ شَهِدَ عَلَى رَجُلٍ بِنَسَبِ صَغِيرٍ فَرُدَّتْ شَهَادَتُهُ لثُغْمَتِهِ ثُمَّ
ادَّعَاهُ لِنَفْسِهِ، وَهَذَا لِأَنَّهُ تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّ الْمُقَرَّرِ لَهُ عَلَى اعْتِبَارِ تَصْدِيقِهِ، حَتَّى لَوْ صَدَّقَهُ بَعْدَ
التَّكْذِيبِ يَثْبُتُ النَّسَبُ مِنْهُ، وَكَذَا تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّ الْوَلَدِ فَلَا يَرْتَدُّ بِرَدِّ الْمُقَرَّرِ لَهُ.

وَمَسْأَلَةُ الْوَلَاءِ عَلَى هَذَا الْخِلَافِ، وَلَوْ سَلِمَ فَالْوَلَاءُ قَدْ يَبْطُلُ بِاعْتِرَاضِ الْأَقْوَى
كَجَرِّ الْوَلَاءِ مِنْ جَانِبِ الْأُمِّ إِلَى قَوْمِ الْأَبِ.

وَقَدْ اعْتَرَضَ عَلَى الْوَلَاءِ الْمُؤَقُّوفِ مَا هُوَ أَقْوَى وَهُوَ دَعْوَى الْمُشْتَرِي فَيَبْطُلُ بِهِ،
بِخِلَافِ النَّسَبِ عَلَى مَا مَرَّ. وَهَذَا يَصْلُحُ مَخْرَجًا عَلَى أَصْلِهِ فِيمَنْ يَبِيعُ الْوَلَدَ وَيَخَافُ
عَلَيْهِ الدَّعْوَةَ بَعْدَ ذَلِكَ فَيَقْطَعُ دَعْوَاهُ إِقْرَارَهُ بِالنَّسَبِ لغيرِهِ.

الشرح:

قَالَ (وَإِذَا كَانَ الصَّبِيُّ فِي يَدِ رَجُلٍ إلخ) إِذَا كَانَ الصَّبِيُّ فِي يَدِ رَجُلٍ أَقَرَّ أَنَّهُ ابْنُ عَبْدِهِ فَلَانَ أَوْ ابْنُ فَلَانٍ الْعَائِبِ وَلَدَ عَلَى فِرَاشِهِ ثُمَّ ادَّعَاهُ لِنَفْسِهِ لَمْ تَصِحَّ دَعْوَتُهُ فِي وَقْتٍ مِنَ الْأَوْقَاتِ لَا حَالًا وَلَا مُسْتَقْبَلًا. أَمَّا حَالًا فَظَاهِرٌ لَوْجُودِ الْمَانِعِ وَهُوَ تَعَلُّقُ حَقِّ الْغَيْرِ، وَأَمَّا اسْتِقْبَالًا فَلَانَ الْعَائِبَ لَا يَخْلُو حَالُهُ عَنْ ثَلَاثٍ: إِمَّا أَنْ يُصَدِّقَهُ أَوْ يُكَذِّبَهُ أَوْ يَسْكُتَ عَنِ التَّصْدِيقِ وَالتَّكْذِيبِ.

فَفِي الْوَجْهِ الْأَوَّلِ وَالثَّلَاثِ لَا تَصِحُّ دَعْوَتُهُ بِالْإِتِّفَاقِ لِأَنَّهُ لَمْ يَتَّصِلْ بِإِقْرَارِهِ تَكْذِيبٌ مِنْ جِهَةِ الْمُقَرَّرِ لَهُ فَبَقِيَ إِقْرَارُهُ وَفِي الْوَجْهِ الثَّانِي لَمْ تَصِحَّ دَعْوَتُهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ خِلَافًا لِهَمَّا، وَقَالَا: الْإِقْرَارُ بِالنَّسَبِ يَرْتَدُّ بِالرَّدِّ، وَلِهَذَا إِذَا أُكْرِهَ عَلَى الْإِقْرَارِ بِنَسَبِ عَبْدٍ فَأَقَرَّ بِهِ لَا يَثْبُتُ، وَكَذَا لَوْ هَزَلَ بِهِ، فَإِذَا رَدَّ الْعَبْدُ كَانَ وُجُودُهُ وَعَدَمُهُ عَلَى حَدِّ سَوَاءٍ فَصَارَ كَأَنَّهُ لَمْ يَقَرَّ لِأَحَدٍ وَادَّعَاهُ لِنَفْسِهِ وَصَارَ كَمَا إِذَا أَقَرَّ الْمُشْتَرِي عَلَى الْبَائِعِ بِإِعْتِقَاقِ الْمُشْتَرِي فَكَذَّبَهُ الْبَائِعُ ثُمَّ قَالَ الْمُشْتَرِي أَنَا أَعْتَقْتُهُ فَإِنَّ الْوَلَاءَ يَتَّحَوَّلُ إِلَيْهِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا صَدَّقَهُ لِأَنَّهُ يَدَّعِي بَعْدَ ذَلِكَ نَسَبًا ثَابِتًا مِنَ الْغَيْرِ وَهُوَ لَا يَصِحُّ، وَبِخِلَافِ مَا إِذَا لَمْ يُصَدِّقْهُ وَلَمْ يُكَذِّبْهُ لِأَنَّهُ تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّ الْمُقَرَّرِ لَهُ عَلَى اعْتِبَارِ تَصْدِيقِهِ فَيَصِيرُ كَوَلَدِ الْمُلَاعِنَةِ فَإِنَّهُ لَا يَثْبُتُ نَسَبُهُ مِنْ غَيْرِ الْمُلَاعِنِ لِاحْتِمَالِ تَكْذِيبِهِ نَفْسَهُ.

وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ النَّسَبَ مِمَّا لَا يَحْتَمِلُ النَّقْضَ بَعْدَ ثُبُوتِهِ، وَهَذَا بِالْإِتِّفَاقِ، وَمَا كَانَ كَذَلِكَ فَالْإِقْرَارُ بِهِ لَا يَرْتَدُّ بِالرَّدِّ، لِأَنَّ الْإِقْرَارَ بِهِ يَتَّصِمُنُ شَيْئَيْنِ: خُرُوجَ الْمُقَرَّرِ عَنِ الرُّجُوعِ فِيمَا أَقَرَّ بِهِ لِعَدَمِ احْتِمَالِ النَّقْضِ كَالْإِقْرَارِ بِالطَّلَاقِ وَالْعِتَاقِ، وَتَعَلُّقَ حَقِّ الْمُقَرَّرِ لَهُ بِهِ، وَبِتَكْذِيبِ الْعَبْدِ لَا يَبْطُلُ شَيْءٌ مِنْهُمَا.

أَمَّا الْأَوَّلُ فَلَأَنَّ تَكْذِيبَهُ لَا يَمَسُّ جَانِبَهُ لَمَّا قُلْنَا. وَأَمَّا الثَّانِي فَلَأَنَّهُ لَيْسَ حَقُّهُ عَلَى الْخُلُوصِ بَلْ فِيهِ حَقُّ الْوَلَدِ أَيْضًا وَهُوَ لَا يَقْدِرُ عَلَى إِبْطَالِهِ. وَنَظَرَ الْإِمَامُ فَخَرُ الْإِسْلَامِ بِمَنْ شَهِدَ عَلَى رَجُلٍ بِنَسَبِ صَغِيرٍ فَرَدَّتْ شَهَادَتُهُ لَتُهْمَةٍ مِنْ قَرَابَةٍ أَوْ فَسَقَتْ ثُمَّ ادَّعَاهُ الشَّاهِدُ لِنَفْسِهِ فَإِنَّهَا لَا تَصِحُّ، وَكَذَلِكَ أوردَهَا الْمُصَنِّفُ، وَذَكَرَ الْإِسْبِجَانِيُّ أَنَّهَا عَلَى الْخِلَافِ لَا تُقْبَلُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ خِلَافًا لِهَمَّا.

قَوْلُهُ (وَمَسْأَلَةُ الْوَلَاءِ) جَوَابٌ مِنْ اسْتِشْهَادِهِمَا بِهَا بِأَنَّهَا عَلَى الْخِلَافِ فَلَا تَنْهَضُ

شَاهِدَةً. سَلَمَتَاهُ وَلَكِنَّ الْوَلَاءَ قَدْ يَبْطُلُ بِاعْتِرَاضِ الْأَقْوَى فَجَرَّ الْوَلَاءَ مِنْ جَانِبِ الْأُمِّ إِلَى جَانِبِ الْأَبِّ وَصُورَتُهُ مَعْرُوفَةٌ، وَإِنَّمَا لَا يَبْطُلُ إِذَا تَقَرَّرَ سَبَبُهُ وَلَمْ يَتَقَرَّرْ لِأَنَّهُ عَلَى عَرْضِيَّةِ التَّصَدِيقِ بَعْدَ التَّكْذِيبِ فَكَانَ الْوَلَاءُ مَوْقُوفًا، وَقَدْ اعْتَرَضَ عَلَيْهِ مَا هُوَ أَقْوَى وَهُوَ دَعْوَى الْمُشْتَرِي لِأَنَّ الْمَلِكَ لَهُ قَائِمٌ فِي الْحَالِ فَكَانَ دَعْوَى الْوَلَاءِ مُصَادِفًا لِمَحَلِّهِ لَوْجُودِ شَرْطِهِ وَهُوَ قِيَامُ الْمَلِكِ فَيَبْطُلُ، بِخِلَافِ النَّسَبِ عَلَى مَا مَرَّ أَنَّ النَّسَبَ مِمَّا لَا يَحْتَمِلُ النَّقْضَ، وَهَذَا يَصْلُحُ مَخْرَجًا: أَيُّ حِيلَةٍ عَلَى أَصْلِ أَبِي حَنِيفَةَ فَيَمْنُ يَبِيعُ الْوَلَدَ وَيَخَافُ الْمُشْتَرِي عَلَيْهِ الدَّعْوَةَ بَعْدَ ذَلِكَ فَيَقْطَعُ دَعْوَاهُ بِإِقْرَارِهِ بِالنَّسَبِ لِعَيْرِهِ.

قَالَ: (وَإِذَا كَانَ الصَّبِيُّ فِي يَدِ مُسْلِمٍ وَنَصْرَانِيٌّ فَقَالَ النَّصْرَانِيُّ: هُوَ ابْنِي وَقَالَ الْمُسْلِمُ هُوَ عَبْدِي فَهُوَ ابْنُ النَّصْرَانِيِّ وَهُوَ حُرٌّ) لِأَنَّ الْإِسْلَامَ مُرْجَحٌ فَيَسْتَدْعِي تَعَارُضًا، وَلَا تَعَارُضَ لِأَنَّ نَظَرَ الصَّبِيِّ فِي هَذَا أَوْفَرَ لِأَنَّهُ يَنَالُ شَرَفَ الْحُرِّيَّةِ حَالًا وَشَرَفَ الْإِسْلَامِ مَالًا، إِذْ دَلَائِلُ الْوَحْدَانِيَّةِ ظَاهِرَةٌ، وَفِي عَكْسِهِ الْحُكْمُ بِالْإِسْلَامِ تَبَعًا وَحِرْمَانُهُ عَنِ الْحُرِّيَّةِ لِأَنَّهُ لَيْسَ فِي وَسْعِهِ اكْتِسَابُهَا (وَلَوْ كَانَتْ دَعْوَتُهُمَا دَعْوَةَ الْبُتُوَّةِ فَالْمُسْلِمُ أَوْلَى) تَرْجِيحًا لِلْإِسْلَامِ وَهُوَ أَوْفَرُ النَّظَرَيْنِ.

الشرح:

قَالَ (وَإِذَا كَانَ الصَّبِيُّ فِي يَدِ مُسْلِمٍ وَنَصْرَانِيٌّ فَقَالَ النَّصْرَانِيُّ هُوَ ابْنِي وَقَالَ الْمُسْلِمُ هُوَ عَبْدِي فَهُوَ ابْنُ النَّصْرَانِيِّ، وَهُوَ حُرٌّ) لِأَنَّ الْإِسْلَامَ مُرْجَحٌ أَيْنَمَا كَانَ، وَالتَّارِجِيحُ يَسْتَدْعِي التَّعَارُضَ وَلَا تَعَارُضَ هَاهُنَا لِأَنَّ النَّظَرَ لِلصَّبِيِّ وَاجِبٌ، وَنَظَرُهُ فِيمَا ذَكَرْنَا أَوْفَرَ لِأَنَّهُ يَنَالُ شَرَفَ الْحُرِّيَّةِ حَالًا وَشَرَفَ الْإِسْلَامِ مَالًا، إِذْ دَلَائِلُ الْوَحْدَانِيَّةِ ظَاهِرَةٌ، وَفِي عَكْسِهِ الْحُكْمُ بِالْإِسْلَامِ: أَيُّ يَنَالُ الْحُكْمَ بِهِ تَبَعًا وَحِرْمَانُهُ عَنِ الْحُرِّيَّةِ، إِذْ لَيْسَ فِي وَسْعِهِ اكْتِسَابُهَا) وَلَقَائِلُ أَنْ يَقُولَ: هَذَا مُخَالَفٌ لِلْكِتَابِ وَهُوَ قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿وَلَعَبْدٌ مُؤْمِنٌ خَيْرٌ مِّنْ مُّشْرِكٍ﴾ [البقرة: ٢٢١] وَدَلَائِلُ التَّوْحِيدِ وَإِنْ كَانَتْ ظَاهِرَةً لَكِنَّ الْإِلْفَ بِالذِّينِ مَانِعٌ قَوِيٌّ؛ أَلَا تَرَى إِلَى كُفْرِ آبَائِهِ مَعَ ظُهُورِ دَلَائِلِ التَّوْحِيدِ، وَقَدْ تَقَدَّمَ فِي الْحَضَانَةِ أَنَّ الذِّمَّةَ أَحَقُّ بِوَلَدِهَا الْمُسْلِمِ مَا لَمْ يَعْقِلِ الْأَدْيَانُ أَوْ يَخَافُ أَنْ يَأْلَفَ الْكُفْرَ لِلنَّظَرِ قَبْلَ ذَلِكَ وَاحْتِمَالِ الضَّرَرِ بَعْدَهُ.

وَيُمْكِنُ أَنْ يُجَابَ عَنْهُ بِأَنْ قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿أَدْعُوهُمْ إِلَى بَابِهِمْ﴾ [الأحزاب: ٥]

يُوجِبُ دَعْوَةَ الْأَوْلَادِ لِأَبَائِهِمْ، وَمُدَّعِي النَّسَبِ أَبٌ لَأَنَّ دَعْوَتَهُ لَا تَحْتَمِلُ النَّقْضَ فَتَعَارَضَتْ الْاِثْنَانِ وَفِي الْأَحَادِيثِ الدَّالَّةِ عَلَى الْمَرْحَمَةِ بِالصَّبِيَّانِ نُظِرَ لَهَا كَثْرَةً فَكَانَتْ أَقْوَى مِنَ الْمَانِعِ، وَكُفِرَ الْأَبَاءُ جُحُودٌ وَالْأَصْلُ عَدْمُهُ؛ أَلَا تَرَى إِلَى انْتِشَارِ الْإِسْلَامِ بَعْدَ الْكُفْرِ فِي الْآفَاقِ، وَبَتَرِكِ الْحَضَانَةِ لَا يَلْزَمُ رِقٌّ فَيَقْلَعُ مِنْهَا، بِخِلَافِ تَرْكِ النَّسَبِ هَاهُنَا فَإِنَّ الْمَصِيرَ بَعْدَهُ إِلَى الرِّقِّ وَهُوَ ضَرَرٌ عَظِيمٌ لَا مَحَالَةَ. هَذَا، وَاللَّهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

(وَلَوْ كَانَتْ دَعْوَتُهُمَا دَعْوَةَ الْبُتُوَّةِ فَالْمُسْلِمُ أَوْلَى تَرْجِيحًا لِلْإِسْلَامِ وَهُوَ أَوْفَرُ النَّظَرَيْنِ) وَتَوْقُضَ بَغْلَامٍ نَصْرَانِيٍّ بَالِغٍ ادَّعَى عَلَى نَصْرَانِيٍّ وَنَصْرَانِيَّةٍ أَنَّهُ ابْنُهُمَا وَادَّعَاهُ مُسْلِمٌ وَمُسْلِمَةٌ أَنَّهُ ابْنُهُمَا وَأَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنَ الطَّرَفَيْنِ بَيِّنَةً فَقَدْ تَسَاوَتْ الدَّعْوَتَانِ فِي الْبُتُوَّةِ وَلَمْ يَتَرَجَّحْ جَانِبُ الْإِسْلَامِ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ الْبَيِّنَتَيْنِ وَإِنْ تَسَاوَا فِي إِبْثَاتِ نَسَبِ بَفِرَاشِ النِّكَاحِ، لَكِنْ تَرَجَّحَتْ بَيِّنَةُ الْعِلَامِ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ يُثْبِتُ حَقًّا لِنَفْسِهِ لِأَنَّ مُعْظَمَ الْمَنْفَعَةِ فِي النَّسَبِ لِلْوَلَدِ دُونَ الْوَالِدَيْنِ، لِأَنَّ الْوَلَدَ يُعْبَرُ بَعْدَمِ الْأَبِ الْمَعْرُوفِ وَالْوَالِدَانِ لَا يُعْبَرَانِ بَعْدَمِ الْوَلَدِ، وَبَيِّنَةُ مَنْ يُثْبِتُ حَقًّا لِنَفْسِهِ أَوْلَى، وَفِيهِ نَظَرٌ لِأَنَّهُ أَضْعَفُ مِنَ الْإِسْلَامِ فِي التَّرْجِيحِ لَا مَحَالَةَ. وَالْجَوَابُ أَنَّهُ تَقَوَّى بِقَوْلِهِ ﷺ «الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعِي» لِأَنَّهُ أَشْبَهَ الْمُدَّعِينَ لِكَوْنِهِ يَدَّعِي حَقًّا لِنَفْسِهِ.

قَالَ: (وَإِذَا ادَّعَتْ امْرَأَةٌ صَبِيًّا أَنَّهُ ابْنُهَا لَمْ تَجْزِ دَعْوَاهَا حَتَّى تَشْهَدَ امْرَأَةٌ عَلَى الْوِلَادَةِ) وَمَعْنَى الْمَسْأَلَةِ أَنْ تَكُونَ الْمَرْأَةُ ذَاتَ زَوْجٍ لِأَنَّهَا تَدَّعِي تَحْمِيلَ النَّسَبِ عَلَى الْغَيْرِ فَلَا تُصَدَّقُ إِلَّا بِحُجَّتٍ، بِخِلَافِ الرَّجُلِ لِأَنَّهُ يُحْمَلُ نَفْسُهُ النَّسَبَ، ثُمَّ شَهَادَةُ الْقَابِلَةِ كَافِيَةٌ فِيهَا لِأَنَّ الْحَاجَةَ إِلَى تَعْيِينِ الْوَلَدِ. أَمَّا النَّسَبُ فَيُثْبِتُ بِالْفِرَاشِ الْقَائِمِ، وَقَدْ صَحَّ «أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ قَبِلَ شَهَادَةَ الْقَابِلَةِ عَلَى الْوِلَادَةِ» (وَلَوْ كَانَتْ مُعْتَدَّةٌ فَلَا بُدَّ مِنْ حُجَّتِ تَامَةٍ) عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَقَدْ مَرَّ فِي الطَّلَاقِ، وَإِنْ لَمْ تَكُنْ مَنكُوحَةً وَلَا مُعْتَدَّةً قَالُوا: يَثْبِتُ النَّسَبُ مِنْهَا بِقَوْلِهَا لِأَنَّ فِيهِ إِلْزَامًا عَلَى نَفْسِهَا دُونَ غَيْرِهَا. (وَإِنْ كَانَ لَهَا زَوْجٌ وَزَعَمَتْ أَنَّهُ ابْنُهَا مِنْهُ وَصَدَّقَهَا فَهُوَ ابْنُهَا وَإِنْ لَمْ تَشْهَدْ امْرَأَةٌ) لِأَنَّهُ التَّزَمَ نَسَبَهُ فَأَغْنَى ذَلِكَ عَنِ الْحُجَّةِ.

الشرح:

قَالَ (وَإِذَا ادَّعَتْ الْمَرْأَةُ صَبِيًّا إلخ) إِذَا ادَّعَتْ الْمَرْأَةُ صَبِيًّا أَنَّهُ ابْنُهَا فِيمَا أَنْ تَكُونَ

ذَاتَ زَوْجٍ أَوْ مُعْتَدَّةٌ أَوْ لَا مَنكُوحَةً وَلَا مُعْتَدَّةً، فَإِنْ كَانَتْ ذَاتَ زَوْجٍ وَصَدَّقَهَا فِيمَا زَعَمَتْ أَنَّهُ ابْنُهَا مِنْهُ ثَبَتَ النَّسَبُ مِنْهُمَا بِالنِّزَامِ فَلَا حَاجَةَ إِلَى حُجَّةٍ، وَإِنْ كَذَّبَهَا لَمْ تَحْزَرْ دَعْوَتُهَا حَتَّى تَشْهَدَ بِالْوِلَادَةِ امْرَأَةً لَأَنَّهَا تَدَّعِي تَحْمِيلَ النَّسَبِ عَلَى الْغَيْرِ فَلَا تُصَدَّقُ إِلَّا بِالْحُجَّةِ، وَشَهَادَةُ الْقَابِلَةِ كَافِيَةٌ لِأَنَّ التَّعْيِينَ يَحْصُلُ بِهَا وَهُوَ الْمُحْتَاجُ إِلَيْهِ إِذِ النَّسَبُ يُثْبِتُ بِالْفِرَاشِ الْقَائِمِ، وَقَدْ صَحَّ " أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَبِلَ شَهَادَةَ الْقَابِلَةِ عَلَى الْوِلَادَةِ، وَإِنْ كَانَتْ مُعْتَدَّةً احْتِاجَتْ إِلَى حُجَّةٍ كَامِلَةٍ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ إِلَّا إِذَا كَانَ هُنَاكَ حَبْلٌ ظَاهِرٌ أَوْ اعْتِرَافٌ مِنْ قِبَلِ الزَّوْجِ، وَقَالَا: يَكْفِي فِي الْجَمِيعِ شَهَادَةُ امْرَأَةٍ وَاحِدَةٍ وَقَدْ مَرَّ فِي الطَّلَاقِ، وَإِنْ لَمْ تُكُنْ ذَاتَ زَوْجٍ وَلَا مُعْتَدَّةً قَالُوا يَثْبِتُ النَّسَبُ مِنْهَا بِقَوْلِهَا لِأَنَّ فِيهِ الْإِزَامَا عَلَى نَفْسِهَا دُونَ غَيْرِهَا، وَفِي هَذَا لَا فَرْقَ بَيْنَ الرَّجُلِ وَالْمَرْأَةِ. وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ: لَا يُقْبَلُ قَوْلُهَا سِوَاءَ كَانَتْ ذَاتَ زَوْجٍ أَوْ لَا.

وَالْفَرْقُ هُوَ أَنَّ الْأَصْلَ أَنَّ كُلَّ مَنْ يَدَّعِي أَمْرًا لَا يُمَكِّنُ إِثْبَاتُهُ بِالْبَيِّنَةِ كَانَ الْقَوْلُ فِيهِ قَوْلُهُ مِنْ غَيْرِ بَيِّنَةٍ، وَكُلُّ مَنْ يَدَّعِي أَمْرًا يُمَكِّنُهُ إِثْبَاتُهُ بِالْبَيِّنَةِ لَا يُقْبَلُ قَوْلُهُ فِيهِ إِلَّا بِالْبَيِّنَةِ، وَالْمَرْأَةُ يُمَكِّنُهَا إِثْبَاتُ النَّسَبِ بِالْبَيِّنَةِ لِأَنَّ انفصال الولد منها ممَّا يُشَاهَدُ فَلَا بُدَّ لَهَا مِنْ بَيِّنَةٍ، وَالرَّجُلُ لَا يُمَكِّنُهُ إِقَامَةُ الْبَيِّنَةِ عَلَى الْإِعْلَاقِ لِحَفَاءٍ فِيهِ فَلَا يَحْتَاجُ إِلَيْهَا، وَالْأَوَّلُ هُوَ الْمُخْتَارُ لِعَدَمِ التَّحْمِيلِ عَلَى أَحَدٍ فِيهَا.

(وَإِنْ كَانَ الصَّبِيُّ فِي أَيْدِيهِمَا وَزَعَمَ الزَّوْجُ أَنَّهُ ابْنُهُ مِنْ غَيْرِهَا وَزَعَمَتْ أَنَّهُ ابْنُهَا مِنْ غَيْرِهِ فَهُوَ ابْنُهُمَا) لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ الْوَلَدَ مِنْهُمَا لِقِيَامِ أَيْدِيهِمَا أَوْ لِقِيَامِ الْفِرَاشِ بَيْنَهُمَا، ثُمَّ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يُرِيدُ إِبْطَالَ حَقِّ صَاحِبِهِ فَلَا يُصَدَّقُ عَلَيْهِ، وَهُوَ نَظِيرُ ثُوبٍ فِي يَدِ رَجُلَيْنِ يَقُولُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا هُوَ بِنِي وَبَيْنَ رَجُلٍ آخَرَ غَيْرِ صَاحِبِهِ يَكُونُ الثُّوبُ بَيْنَهُمَا إِلَّا أَنَّ هُنَاكَ يَدْخُلُ الْمُقَرَّرُ لَهُ فِي نَصِيبِ الْمُقَرَّرِ لِأَنَّ الْمَحَلَّ يَحْتَمِلُ الشَّرِكَةَ، وَهَاهُنَا لَا يَدْخُلُ لِأَنَّ النَّسَبَ لَا يَحْتَمِلُهَا.

الشرح:

(وَلَوْ كَانَ الصَّبِيُّ فِي أَيْدِيهِمَا) أَرَادَ صَبِيًّا لَا يُعْبَرُ عَنْ نَفْسِهِ، فَأَمَّا إِذَا عَبَّرَ عَنْ نَفْسِهِ فَالْقَوْلُ لَهُ أَيُّهُمَا صَدَّقَهُ ثَبَتَ نَسَبُهُ مِنْهُ بِتَصَدِيقِهِ وَبَاقِي الْكَلَامِ ظَاهِرٌ.
قَالَ (وَمَنْ اشْتَرَى جَارِيَةً فَوَلَدَتْ وَلَدًا عِنْدَهُ فَاسْتَحَقَّهَا رَجُلٌ غَرِمَ الْأَبُ قِيَمَةَ الْوَلَدِ

يَوْمَ يُخَاصِمُ) لَأَنَّهُ وَلَدَ الْمَغْرُورِ فَإِنَّ الْمَغْرُورَ مَنْ يَطَأُ امْرَأَةً مُعْتَمِدًا عَلَى مِلْكٍ يَمِينٍ أَوْ نِكَاحٍ فَتَلَدَ مِنْهُ ثُمَّ تُسْتَحَقُّ، وَوَلَدَ الْمَغْرُورِ حُرٌّ بِالْقِيَمَةِ بِإِجْمَاعِ الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ، وَلَأَنَّ النُّظَرَ مِنَ الْجَانِبَيْنِ وَاجِبٌ فَيُجْعَلُ الْوَلَدُ حُرٌّ الْأَصْلُ فِي حَقِّ أَبِيهِ رَقِيقًا فِي حَقِّ مُدْعِيهِ نَظَرًا لَهُمَا، ثُمَّ الْوَلَدُ حَاصِلٌ فِي يَدِهِ مِنْ غَيْرِ صُنْعِهِ فَلَا يَضْمَنُهُ إِلَّا بِالْمَنْعِ كَمَا فِي وَلَدِ الْمَغْصُوبَةِ، فَلِهَذَا تُعْتَبَرُ قِيَمَةُ الْوَلَدِ يَوْمَ الْخُصُومَةِ لَأَنَّهُ يَوْمَ الْمَنْعِ (وَلَوْ مَاتَ الْوَلَدُ لَا شَيْءَ عَلَى الْأَبِ) لِانْعِدَامِ الْمَنْعِ، وَكَذَا لَوْ تَرَكَ مَا لَا لَأَنَّ الْإِرْثَ لَيْسَ بِبَدَلٍ عَنْهُ، وَالْمَالُ لِأَبِيهِ لَأَنَّهُ حُرٌّ الْأَصْلُ فِي حَقِّهِ فَيَرِثُهُ (وَلَوْ قَتَلَهُ الْأَبُ يَغْرُمُ قِيَمَتَهُ) لَوْجُودِ الْمَنْعِ وَكَذَا لَوْ قَتَلَهُ غَيْرُهُ فَآخَذَ دِيْنَتَهُ، لَأَنَّ سَلَامَتَهُ بِدَلِّهِ لَهُ كَسَلَامَتِهِ، وَمَنْعُ بَدَلِهِ كَمَنْعِهِ فَيَغْرُمُ قِيَمَتَهُ كَمَا إِذَا كَانَ حَيًّا (وَيَرْجَعُ بِقِيَمَةِ الْوَلَدِ عَلَى بَائِعِهِ) لَأَنَّهُ ضَمِنَ لَهُ سَلَامَتَهُ كَمَا يَرْجَعُ بِثَمَنِهِ، بِخِلَافِ الْعَقْرِ لَأَنَّهُ لَزِمَهُ لَاسْتِيفَاءِ مَنَافِعِهَا فَلَا يَرْجَعُ بِهِ عَلَى الْبَائِعِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ اشْتَرَى جَارِيَةً فَوَلَدَتْ وَلَدًا إِنْ خَتَمَ بَابَ دَعْوَى التَّسَبُّبِ بِمَسْأَلَةِ وَلَدِ الْمَغْرُورِ، وَالْمَغْرُورُ مَنْ وَطِئَ امْرَأَةً مُعْتَمِدًا عَلَى مِلْكٍ يَمِينٍ أَوْ نِكَاحٍ فَوَلَدَتْ مِنْهُ ثُمَّ تُسْتَحَقُّ الْوَالِدَةُ وَوَلَدُ الْمَغْرُورِ حُرٌّ بِالْقِيَمَةِ بِالإِجْمَاعِ فَإِنَّهُ لَا خِلَافَ بَيْنَ الصَّدْرِ الْأَوَّلِ وَفُقَهَاءِ الْأُمْصَارِ أَنَّ وَلَدَ الْمَغْرُورِ حُرٌّ الْأَصْلُ. وَلَا خِلَافَ أَنَّهُ مَضْمُونٌ عَلَى الْأَبِ إِلَّا أَنَّ السَّلَفَ اخْتَلَفُوا فِي كَيْفِيَّةِ ضَمَانِهِ فَقَالَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ رضي الله عنه: يُفَكُّ الْغُلَامُ بِالْغُلَامِ وَالْجَارِيَةُ بِالْجَارِيَةِ: يَعْنِي إِذَا كَانَ الْوَلَدُ غُلَامًا فَعَلَى الْأَبِ غُلَامٌ مِثْلُهُ، وَإِنْ كَانَ جَارِيَةً فَعَلَيْهِ جَارِيَةٌ مِثْلُهَا، وَقَالَ عَلِيُّ بْنُ أَبِي طَالِبٍ رضي الله عنه: عَلَيْهِ قِيَمَتُهَا، وَإِلَيْهِ ذَهَبَ أَصْحَابُنَا، فَإِنَّهُ قَدْ ثَبَتَ بِالنَّصِّ أَنَّ الْحَيَوَانَ لَا يَكُونُ مَضْمُونًا بِالمِثْلِ.

وَتَأْوِيلُ الْحَدِيثِ: الْغُلَامُ بِقِيَمَةِ الْغُلَامِ وَالْجَارِيَةُ بِقِيَمَةِ الْجَارِيَةِ، وَلَأَنَّ النَّظَرَ مِنَ الْجَانِبَيْنِ وَاجِبٌ دَفْعًا لِلضَّرَرِ عَنْهُمَا فَيُجْعَلُ الْوَلَدُ حُرٌّ الْأَصْلُ فِي حَقِّ أَبِيهِ رَقِيقًا فِي حَقِّ مُدْعِيهِ نَظَرًا لَهُمَا وَدَفْعًا لِلضَّرَرِ عَنْهُمَا (قَوْلُهُ ثُمَّ الْوَلَدُ حَاصِلٌ) بَيَانٌ لِسَبَبِ الضَّمَانِ وَهُوَ الْمَنْعُ لَأَنَّهُ حَاصِلٌ فِي يَدِهِ مِنْ غَيْرِ صُنْعِهِ: يَعْنِي مَنْ غَيْرَ تَعَدٍّ مِنْهُ فَكَانَ كَوَلَدِ الْمَغْصُوبَةِ أَمَانَةً لَا يَضْمَنُ إِلَّا بِالْمَنْعِ، وَتَمْهِيدٌ لَاعْتِبَارِ قِيَمَتِهِ يَوْمَ الْخُصُومَةِ لَأَنَّهُ يَوْمَ الْمَنْعِ، وَأَنَّهُ لَوْ مَاتَ الْوَلَدُ لَا يَضْمَنُ الْأَبُ قِيَمَتَهُ لِانْعِدَامِ الْمَنْعِ، وَأَنَّهُ لَوْ تَرَكَ مَا لَا لَا يَضْمَنُ أَيْضًا لَأَنَّ

المنع لم يتحقق لا عنه ولا عن بدله لأن الإرث ليس ببدل عنه والمال لأبيه لأنه حر الأصل في حقه فيرثه. لا يقال: ينبغي أن يكون المال مشتركا بينهما لأنه حر الأصل في حق أبيه رقيق في حق المدعي لأنه علق حر الأصل في حق المدعي أيضا ولهذا لا يكون الولاء له، وإنما قدرنا الرق في حقه ضرورة القضاء بالقيمة، والثابت بالضرورة لا يعدو موضعها، وأنه لو قتل الأب ضمن قيمته لوجود المنع، وكذا لو قتل غيره وأخذ دية لأن سلامة بدله له كسلامة نفسه، ومنع بدله كمنع نفسه فيعزم قيمته كما لو كان حيا ويرجع بما ضمن من قيمة الولد على بائعة لأنه ضمن له سلامته لأنه جزء المبيع والبائع قد ضمن للمشتري سلامة المبيع بجميع أجزائه كما يرجع بثمنه: أي بثمن المبيع وهو الأم لأن العور شملها، بخلاف العقر فإنه لا يرجع به عليه لأنه لزمه باستيفاء منافعها وهي ليست من أجزاء المبيع فلم يكن البائع ضامنا لسلامته، والله سبحانه وتعالى أعلم.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
كِتَابُ الْإِقْرَارِ

الشرح:

(كِتَابُ الْإِقْرَارِ): قَالَ فِي النَّهَائَةِ: ذَكَرُ كِتَابُ الدَّعْوَى مَعَ ذِكْرِ مَا يَقْفُوهُ مِنَ الْكُتُبِ مِنَ الْإِقْرَارِ وَالصُّلْحِ وَالْمُضَارَبَةِ الْوَدِيعَةُ ظَاهِرُ التَّنَاسُبِ، وَذَلِكَ لِأَنَّ دَعْوَى الْمُدَّعِي إِذَا تَوَجَّهَ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ فَأَمْرُهُ لَا يَخْلُو، إِمَّا أَنْ يُقَرَّ أَوْ يُنْكَرَ، وَإِنْكَارُهُ سَبَبٌ لِلخُصُومَةِ وَالخُصُومَةُ مُسْتَدْعِيَةٌ لِلصُّلْحِ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿وَإِنْ طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلَحُوا بَيْنَهُمَا﴾ [الحجرات: ٩] وَبَعْدَ مَا حَصَلَ لَهُ مِنَ الْمَالِ إِمَّا بِالْإِقْرَارِ أَوْ بِالصُّلْحِ فَأَمْرُ صَاحِبِ الْمَالِ بِمَالِهِ لَا يَخْلُو إِمَّا أَنْ يَسْتَرِيحَ مِنْهُ أَوْ لَا، فَإِنْ اسْتَرِيحَ مِنْهُ فَلَا يَخْلُو إِمَّا أَنْ يَسْتَرِيحَ بِنَفْسِهِ أَوْ بغيرِهِ، وَقَدْ ذَكَرَ اسْتِرْبَاحُهُ بِنَفْسِهِ فِي كِتَابِ الْيُوعِ لِلْمُنَاسَبَةِ الَّتِي ذَكَرْنَاهَا هُنَاكَ بِمَا قَبْلَهُ، وَذَكَرَ هَاهُنَا اسْتِرْبَاحَهُ بغيرِهِ وَهُوَ الْمُضَارَبَةُ، وَإِنْ لَمْ يَسْتَرِيحَ فَلَا يَخْلُو إِمَّا أَنْ يَحْفَظَهُ بِنَفْسِهِ أَوْ بغيرِهِ، وَلَمْ يَذْكُرْ حِفْظَهُ بِنَفْسِهِ لِأَنَّهُ لَمْ يَتَّعَلَقْ بِهِ حُكْمٌ فِي الْمَعَامَلَاتِ فَبَقِيَ حِفْظُهُ بغيرِهِ وَهُوَ الْوَدِيعَةُ.

قَالَ: (وَإِذَا أَقَرَّ الْحُرُّ الْبَالِغُ الْعَاقِلُ بِحَقِّ لَزِمِهِ إِقْرَارُهُ مَجْهُولًا كَانَ مَا أَقَرَّ بِهِ أَوْ مَعْلُومًا) اَعْلَمْ أَنَّ الْإِقْرَارَ إِخْبَارٌ عَنْ ثُبُوتِ الْحَقِّ، وَأَنَّهُ مُلْزِمٌ لَوْفُوعِهِ دَلَالَةً؛ أَلَا تَرَى كَيْفَ أَلْزَمَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ مَا عَزَا ﷻ الرَّجْمَ بِإِقْرَارِهِ وَتِلْكَ الْمَرَاةَ بِاعْتِرَافِهَا. وَهُوَ حُجَّةٌ قَاصِرَةٌ لِقُصُورِ وَلَايَةِ الْمُقَرَّرِ عَنْ غَيْرِهِ فَيَقْتَصِرُ عَلَيْهِ. وَشَرَطُ الْحُرِّيَّةِ لِيَصِحَّ إِقْرَارُهُ مُطْلَقًا، فَإِنَّ الْعَبْدَ الْمَأْدُونُ لَهُ وَإِنْ كَانَ مُلْحَقًا بِالْحُرِّ فِي حَقِّ الْإِقْرَارِ، لَكِنْ الْمَحْجُورُ عَلَيْهِ لَا يَصِحُّ إِقْرَارُهُ بِالْمَالِ وَيَصِحُّ بِالْحُدُودِ وَالْقِصَاصِ لِأَنَّ إِقْرَارَهُ عَهْدٌ مُوجِبٌ لَتَعَلُّقِ الدِّينِ بِرَقَبَتِهِ وَهِيَ مَالُ الْمَوْلَى فَلَا يُصَدَّقُ عَلَيْهِ، بِخِلَافِ الْمَأْدُونِ لِأَنَّهُ مُسَلَّطٌ عَلَيْهِ مِنْ جِهَتِهِ، وَبِخِلَافِ الْحَدِّ وَالْدِّمِ لِأَنَّهُ مُبْقَى عَلَى أَصْلِ الْحُرِّيَّةِ فِي ذَلِكَ، حَتَّى لَا يَصِحَّ إِقْرَارُ الْمَوْلَى عَلَى الْعَبْدِ فِيهِ، وَلَا بُدَّ مِنَ الْبُلُوغِ وَالْعَقْلِ لِأَنَّ إِقْرَارَ الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ غَيْرُ لَازِمٍ لِانْعِدَامِ أَهْلِيَّةِ الْإِلْتِزَامِ، إِلَّا إِذَا كَانَ الصَّبِيُّ مَادُونًا لَهُ لِأَنَّهُ مُلْحَقٌ بِالْبَالِغِ بِحُكْمِ الْإِذْنِ، وَجِهَالَةُ الْمُقَرَّرِ بِهِ لَا تَمْنَعُ صِحَّةَ الْإِقْرَارِ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ قَدْ يَلْزَمُ مَجْهُولًا بِأَنِ اتَّفَقَ مَا لَا لَا يَدْرِي قِيَمَتَهُ أَوْ يَجْرَحُ جِرَاحَةً لَا يَعْلَمُ أَرَشَهَا أَوْ تَبَقَّى عَلَيْهِ بِأَقْيَنَ حِسَابٍ لَا يُحِيطُ بِهِ عِلْمُهُ، وَالْإِقْرَارُ إِخْبَارٌ عَنْ ثُبُوتِ الْحَقِّ فَيَصِحُّ بِهِ، بِخِلَافِ الْجِهَالَةِ فِي الْمُقَرَّرِ لَهُ لِأَنَّ الْمَجْهُولَ لَا يَصْلَحُ مُسْتَحِقًّا،

(وَيُقَالُ لَهُ: بَيِّنَ الْمَجْهُولَ) لِأَنَّ التَّجْهِيلَ مِنْ جِهَتِهِ فَصَارَ كَمَا إِذَا أَعْتَقَ أَحَدَ عَبْدَيْهِ (فَإِنْ لَمْ يَبَيِّنْ أَجْبَرَهُ الْقَاضِي عَلَى الْبَيَانِ) لِأَنَّهُ لَزِمَهُ الْخُرُوجُ عَمَّا لَزِمَهُ بِصَحِيحِ إِقْرَارِهِ وَذَلِكَ بِالْبَيَانِ.

الشرح:

قَالَ: (وَإِذَا أَقَرَّ الْحُرُّ الْبَالِغُ الْعَاقِلُ) الْإِقْرَارُ مُشْتَقٌّ مِنَ الْفَرَارِ فَكَانَ فِي اللَّغَةِ عِبَارَةً عَنْ إِبْتِاتٍ مَا كَانَ مُتَزَلِّلاً. وَفِي الشَّرِيعَةِ عِبَارَةٌ عَنِ الْإِخْبَارِ عَنْ ثُبُوتِ الْحَقِّ، وَشُرُوطُهُ سِتْدُكْرُ فِي أَثْنَاءِ الْكَلَامِ، وَحُكْمُهُ أَنَّهُ مُلْزِمٌ عَلَى الْمُقَرِّ مَا أَقَرَّ بِهِ لَوْ قُوعِهِ دَلَالَةً عَلَى الْمُخْبِرِ بِهِ، فَإِنَّ الْمَالَ مَحْبُوبٌ بِالطَّبْعِ فَلَا يُقَرُّ لغيرِهِ كَاذِبًا، وَقَدْ اعْتَصَدَ هَذَا الْمَعْقُولُ بِقَبُولِهِ ﷺ الْإِقْرَارَ وَالْإِلْزَامَ بِهِ فِي بَابِ الْحُدُودِ «فَإِنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ رَجَمَ مَاعِزًا بِإِقْرَارِهِ وَالْغَامِدِيَّةَ بِاعْتِرَافِهَا» فَإِنَّهُ إِذَا كَانَ مُلْزِمًا فِيمَا يَنْدَرِي بِالشُّبُهَاتِ فَلَأَنْ يَكُونَ مُلْزِمًا فِي غَيْرِهِ أَوَّلَى، وَهُوَ حُجَّةٌ قَاصِرَةٌ، أَمَّا حُجَّتُهُ فَلَمَّا تَبَيَّنَ أَنَّهُ مُلْزِمٌ وَغَيْرُ الْحُجَّةِ غَيْرُ مُلْزِمٍ، وَأَمَّا قُصُورُهُ فَلَعَدَمُ وِلَايَةِ الْمُقَرِّ عَلَى غَيْرِهِ وَتَحْقِيقُهُ أَنَّ الْإِقْرَارَ خَبَرٌ مُتَرَدِّدٌ بَيْنَ الصَّدَقِ وَالْكَذِبِ فَكَانَ مُحْتَمَلًا، وَالْمُحْتَمَلُ لَا يَصْلُحُ حُجَّةً وَلَكِنْ جُعِلَ حُجَّةً بِتَرْجِيحِ جَانِبِ الصَّدَقِ بِانْتِفَاءِ التُّهْمَةِ فِيمَا يُقَرُّ بِهِ عَلَى نَفْسِهِ وَالتُّهْمَةُ بَاقِيَةٌ فِي الْإِقْرَارِ عَلَى غَيْرِهِ فَبَقِيَ عَلَى التَّرَدُّدِ النَّافِي لِصَلَاحِيَةِ الْحُجَّةِ وَشَرَطِ الْحُرِّيَةِ لِيَصِحَّ إِقْرَارُهُ مُطْلَقًا، فَإِنَّ الْعَبْدَ الْمَأْذُونُ لَهُ وَإِنْ كَانَ مُلْحَقًا بِالْحُرِّ فِي حَقِّ الْإِقْرَارِ وَلَكِنَّ الْمَحْجُورَ عَلَيْهِ لَا يَصِحُّ إِقْرَارُهُ بِالْمَالِ وَيَصِحُّ بِالْحُدُودِ وَالْقَصَاصِ، وَكَانَ هَذَا اعْتِدَارًا عَنْ قَوْلِهِ إِذَا أَقَرَّ الْحُرُّ وَلَعَلَّهُ لَا يَحْتَاجُ إِلَيْهِ لِأَنَّهُ قَالَ: إِذَا أَقَرَّ الْحُرُّ بِحَقِّ لَزِمِهِ وَهَذَا صَحِيحٌ، وَأَمَّا أَنْ غَيْرَ الْحُرِّ إِذَا أَقَرَّ لَزِمَ أَوْ لَمْ يَلْزَمْ فَسَاكَتْ عَنْهُ فَلَا يَرُدُّ عَلَيْهِ شَيْءٌ، وَيَصِحُّ أَنْ يُقَالَ: لَيْسَ بِمَعْذَرَةٍ وَإِنَّمَا هُوَ لَبِيَانُ التَّفْرِقَةِ بَيْنَ الْعَبِيدِ فِي صِحَّةِ أَقَارِيرِهِمْ بِالْقَصَاصِ وَالْحُدُودِ وَحَجَرِ الْمَحْجُورِ عَنِ الْإِقْرَارِ بِالْمَالِ دُونَ الْمَأْذُونِ لَهُ.

وَقَوْلُهُ (لَأَنَّ إِقْرَارَهُ إِنْجَ) دَلِيلُ ذَلِكَ الْمَجْمُوعُ، وَالضَّمِيرُ فِي إِقْرَارِهِ لِلْمَحْجُورِ عَلَيْهِ: أَيُّ إِقْرَارِ الْمَحْجُورِ عَلَيْهِ عَهْدٌ مُوجِبٌ تَعَلُّقَ الدِّينِ بِرَقَبَتِهِ وَهِيَ مَالُ الْمَوْلَى فَلَا يَصْدُقُ عَلَيْهِ لِقْصُورِ الْحُجَّةِ، بِخِلَافِ الْمَأْذُونِ لَهُ لِأَنَّهُ مُسَلِّطٌ عَلَى الْإِقْرَارِ مِنْ جِهَةِ الْمَوْلَى، لِأَنَّ الْإِذْنَ بِالتَّجَارَةِ إِذْنٌ بِمَا يَلْزِمُهَا وَهُوَ دَيْنُ التَّجَارَةِ لِأَنَّ النَّاسَ لَا يُيَايَعُونَهُ إِذَا عَلِمُوا أَنَّ إِقْرَارَهُ لَا

يَصِحُّ، إِذْ قَدْ لَا يَتَّهِيَانِ لَهُمُ الْإِشْهَادُ فِي كُلِّ تِجَارَةٍ يَعْمَلُونَهَا مَعَهُ، وَبِخِلَافِ الْحُدُودِ وَالْقِصَاصِ لِأَنَّ الْعَبْدَ فِيهِمَا مُبْقِي عَلَى أَصْلِ الْحُرِّيَّةِ حَتَّى لَا يَصِحَّ إِقْرَارُ الْمَوْلَى عَلَيْهِ فِي ذَلِكَ، لِأَنَّ وَجُوبَ الْعُقُوبَةِ بِنَاءً عَلَى الْجِنَايَةِ وَالْجِنَايَةُ بِنَاءً عَلَى كَوْنِهِ مُكْلَفًا وَكَوْنُهُ مُكْلَفًا مِنْ خَوَاصِّ الْآدَمِيَّةِ وَالْآدَمِيَّةُ لَا تُزَالُ بِالرَّقِّ، وَلَا بُدَّ مِنَ الْبُلُوغِ وَالْعَقْلِ لِأَنَّ إِقْرَارَ الصَّبِيِّ وَالْمَجْثُونِ غَيْرُ لَازِمٍ لِعَدَمِ أَهْلِيَّةِ الْإِلْتِمَامِ إِلَّا إِذَا كَانَ الصَّبِيُّ مَأْذُونًا لَهُ، لِأَنَّهُ بِحُكْمِ الْإِذْنِ مُلْحَقٌ بِالْبَالِغِينَ وَلَا يُشْتَرَطُ كَوْنُ الْمُقَرَّرِ بِهِ مَعْلُومًا فَجَهَالَتُهُ لَا تَمْنَعُ صِحَّتَهُ لِأَنَّ الْإِقْرَارَ إِخْبَارٌ عَنْ لُزُومِ الْحَقِّ وَالْحَقُّ قَدْ يَلْزَمُ مَجْهُولًا بِأَنْ أُتْلَفَ مَا لَا يَذَرِي قِيَمَتَهُ أَوْ يَجْرَحُ جِرَاحَةً لَا يَعْلَمُ أَرَشَهَا أَوْ تَبَقَّى عَلَيْهِ بَقِيَّةٌ حِسَابٍ لَا يُحِيطُ بِهِ عِلْمُهُ فَالْإِقْرَارُ قَدْ يَلْزَمُ مَجْهُولًا.

وَعُورِضَ بِأَنَّ الشَّهَادَةَ إِخْبَارٌ عَنْ ثُبُوتِ الْحَقِّ لِلْمُدَّعِي، وَالْحَقُّ قَدْ يَلْزَمُ لَهُ مَجْهُولًا فَالشَّهَادَةُ قَدْ تَلْزَمُ مَجْهُولَةً وَلَيْسَتْ بِصَحِيحَةٍ.

وَأُجِيبَ بِأَنَّ الْعِلْمَ بِالْمَشْهُودِ بِهِ شَرْطُ النَّصِّ وَالتَّفَاوُضِ يَسْتَلْزِمُ انْتِفَاءَ الْمَشْرُوطِ، بِخِلَافِ جَهَالَةِ الْمُقَرَّرِ لَهُ فَإِنَّهَا تَمْنَعُ صِحَّةَ الْإِقْرَارِ لِأَنَّ الْمَجْهُولَ لَا يَصْلُحُ مُسْتَحَقًّا، وَكَذَلِكَ جَهَالَةُ الْمُقَرَّرِ مِثْلُ أَنْ يَقُولَ لَكَ عَلَى وَاحِدٍ مِّنَا أَلْفٌ، وَإِذَا أَقَرَّ بِالْمَجْهُولِ يُقَالُ لَهُ يَبِينُ الْمَجْهُولُ لِأَنَّهُ الْمُجْمَلُ فَإِلَيْهِ الْبَيَانُ، كَمَا إِذَا أَعْتَقَ عَبْدِيهِ فَإِنْ لَمْ يُبَيِّنْ أَجْبَرَهُ الْحَاكِمُ عَلَى الْبَيَانِ لِأَنَّهُ لَزِمَهُ الْخُرُوجُ عَمَّا لَزِمَهُ بِصَحِيحِ إِقْرَارِهِ بِالْبَاءِ الْجَارَةِ. وَفِي بَعْضِ النُّسخِ: تَصْرِيحُ إِقْرَارِهِ، وَذَلِكَ أَيْ الْخُرُوجُ إِمَّا يَكُونُ بِالْبَيَانِ.

(فَإِنْ قَالَ: لِفُلَانٍ عَلَيَّ شَيْءٌ لَزِمَهُ أَنْ يُبَيِّنَ مَا لَهُ قِيَمَةٌ لِأَنَّهُ أَخْبَرَ عَنِ الْوُجُوبِ فِيهِ ذِمَّتِهِ، وَمَا لَا قِيَمَةَ لَهُ لَا يَجِبُ فِيهَا)، فَإِذَا بَيَّنَّ غَيْرَ ذَلِكَ يَكُونُ رُجُوعًا. قَالَ (وَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ إِنْ ادَّعَى الْمُقَرَّرُ لَهُ أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ) لِأَنَّهُ هُوَ الْمُنْكَرُ فِيهِ (وَكَذَا إِذَا قَالَ لِفُلَانٍ عَلَيَّ حَقٌّ) لَمَّا بَيَّنَّا، وَكَذَا لَوْ قَالَ: غَصَبْتُ مِنْهُ شَيْئًا وَيَجِبُ أَنْ يُبَيِّنَ مَا هُوَ مَا لَمْ يَجْرِي فِيهِ التَّمَانُعُ تَعْوِيلًا عَلَى الْعَادَةِ.

الشرح:

فَإِنْ قَالَ لَهُ عَلَيَّ شَيْءٌ لَزِمَهُ أَنْ يُبَيِّنَ مَا لَهُ قِيَمَةٌ لِأَنَّهُ أَخْبَرَ عَنِ الْوُجُوبِ فِي ذِمَّتِهِ وَمَا لَا قِيَمَةَ لَهُ لَا يَجِبُ فِي الذِّمَّةِ فَيَكُونُ رُجُوعًا عَنِ الْإِقْرَارِ وَذَلِكَ بَاطِلٌ، فَإِذَا بَيَّنَّ مَا

لَهُ قِيمَةٌ مِّمَّا يُبْتِغُ فِي الذِّمَّةِ مَكِيلًا كَانَ أَوْ مَوْزُونًا أَوْ عَدَدِيًّا نَحْوُ كُرِّ حِنْطَةٍ أَوْ فَلْسٍ أَوْ جَوْزَةٍ، فَإِمَّا أَنْ يُسَاعِدَهُ الْمُقْرُّ لَهُ أَوْ لَا. فَإِنْ سَاعَدَهُ أَخَذُوهُ وَإِلَّا فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُقْرِ مَعَ يَمِينِهِ، لِأَنَّ الْمُقْرَّ لَهُ يَدْعِي الزِّيَادَةَ عَلَيْهِ وَهُوَ مُنْكَرٌ، وَكَذَلِكَ إِذَا قَالَ لِفُلَانٍ عَلَيَّ حَقٌّ لَمَّا بَيَّنَّا أَنَّهُ أَخْبَرَ عَنِ الْوُجُوبِ، وَكَذَا لَوْ قَالَ غَضَبْتُ مِنْهُ شَيْئًا وَجَبَ عَلَيْهِ أَنْ يُبَيِّنَ مَا هُوَ مَالٌ، حَتَّى لَوْ بَيَّنَّ أَنَّ الْمُغْضُوبَ زَوْجَتَهُ أَوْ وَلَدَهُ لَا يَصِحُّ، وَهُوَ اخْتِيَارُ مَشَايِخِ مَا وَرَاءَ النَّهْرِ، وَقِيلَ يَصِحُّ وَهُوَ اخْتِيَارُ مَشَايِخِ الْعِرَاقِ وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ لِأَنَّ الْغَضَبَ أَخَذَ مَالٍ فَحُكْمُهُ لَا يَجْرِي فِيهِمَا لَيْسَ بِمَالٍ، وَلَا بُدَّ أَنْ يُبَيِّنَ مَا يَجْرِي فِيهِ التَّمَانُعُ حَتَّى لَوْ بَيَّنَّ فِي حَبَّةِ حِنْطَةٍ أَوْ فِي قَطْرَةِ مَاءٍ لَا يَصِحُّ لِأَنَّ الْعَادَةَ لَمْ تَجْرِ بِغَضَبٍ ذَلِكَ فَكَانَتْ مُكَذِّبَةً لَهُ فِي بَيَانِهِ، وَلَوْ بَيَّنَّ فِي الْعَقَارِ أَوْ خَمْرِ الْمُسْلِمِ صَحَّ لِأَنَّهُ مَالٌ يَجْرِي فِيهِ التَّمَانُعُ.

فَإِنْ قِيلَ: الْغَضَبُ أَخَذَ مَالًا مُتَقَوِّمًا مُحْتَرَمًا بغيرِ إِذْنِ الْمَالِكِ عَلَى وَجْهِ يُزِيلُ يَدَهُ وَهُوَ لَا يَصْدُقُ عَلَى الْعَقَارِ وَخَمْرِ الْمُسْلِمِ فَلَزِمَ نَقْضُ التَّعْرِيفِ أَوْ عَدَمُ قَبُولِ الْبَيَانِ فِيهِمَا. فَالْجَوَابُ أَنَّ ذَلِكَ حَقِيقَةٌ، وَقَدْ تَنَزَّكَ الْحَقِيقَةُ بِدَلَالَةِ الْعَادَةِ كَمَا عُرِفَ فِي مَوْضِعِهِ، وَقَدْ أَشَارَ إِلَيْهِ بِقَوْلِهِ (تَعْوِيلًا عَلَى الْعَادَةِ).

(وَلَوْ قَالَ: لِفُلَانٍ عَلَيَّ مَالٌ فَالْمَرْجِعُ إِلَيْهِ فِي بَيَانِهِ لِأَنَّهُ الْمُجْمَلُ وَيُقْبَلُ قَوْلُهُ فِي الْقَلِيلِ وَالكَثِيرِ) لِأَنَّ كُلَّ ذَلِكَ مَالٌ فَإِنَّهُ اسْمٌ لَمَّا يَتِمُّوْلُ بِهِ (إِلَّا أَنَّهُ لَا يُصَدَّقُ فِي أَقَلِّ مِنْ دِرْهَمٍ) لِأَنَّهُ لَا يُعَدُّ مَالًا عُرْفًا (وَلَوْ قَالَ: مَالٌ عَظِيمٌ لَمْ يُصَدَّقْ فِي أَقَلِّ مِنْ مِائَتِي دِرْهَمٍ) لِأَنَّهُ أَهْرَ بِمَالٍ مَوْصُوفٍ فَلَا يَجُوزُ الْغَاءُ الْوَصْفِ وَالنِّصَابُ عَظِيمٌ حَتَّى أُعْتَبِرَ صَاحِبُهُ غَنِيًّا بِهِ، وَالْغَنِيُّ عَظِيمٌ عِنْدَ النَّاسِ.

وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ لَا يُصَدَّقُ فِي أَقَلِّ مِنْ عَشْرَةِ دَرَاهِمٍ وَهِيَ نِصَابُ السَّرِقَةِ لِأَنَّهُ عَظِيمٌ حَيْثُ تُقَطَّعُ بِهِ الْيَدُ الْمُحْتَرَمَةُ، وَعَنْهُ مِثْلُ جَوَابِ الْكِتَابِ، وَهَذَا إِذَا قَالَ مِنَ الدَّرَاهِمِ، أَمَّا إِذَا قَالَ مِنَ الدَّنَانِيرِ فَالتَّقْدِيرُ فِيهَا بِالْعِشْرِينَ، وَفِي الْإِبِلِ بِخَمْسٍ وَعِشْرِينَ لِأَنَّهُ أَدْنَى نِصَابٍ يَجِبُ فِيهِ مِنْ جَنْسِهِ وَفِي غَيْرِ مَالِ الرُّكَاةِ بِقِيمَةِ النِّصَابِ (وَلَوْ قَالَ: أَمْوَالٌ عِظَامٌ فَالتَّقْدِيرُ بِثَلَاثَةِ نِصَابٍ مِنْ أَيِّ فَنٍّ سَمَاهُ) اعْتِبَارًا لِأَدْنَى الْجَمْعِ (وَلَوْ قَالَ: دَرَاهِمٌ كَثِيرَةٌ لَمْ يُصَدَّقْ فِي أَقَلِّ مِنْ عَشْرَةٍ) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ (وَعِنْدَهُمَا لَمْ يُصَدَّقْ فِي أَقَلِّ مِنْ مِائَتَيْنِ) لِأَنَّ صَاحِبَ النِّصَابِ مُكْتَرٌ حَتَّى وَجَبَ عَلَيْهِ مُوَاسَاةُ غَيْرِهِ، بِخِلَافِ مَا دُونَهُ. وَلَهُ أَنْ

العَشْرَةَ أَقْصَى مَا يَنْتَهِي إِلَيْهِ اسْمُ الْجَمْعِ، يُقَالُ عَشْرَةُ دَرَاهِمٍ ثُمَّ يُقَالُ أَحَدُ عَشَرَ دِرْهَمًا فَيَكُونُ هُوَ الْأَكْثَرُ مِنْ حَيْثُ اللَّفْظُ فَيَنْصَرِفُ إِلَيْهِ (وَلَوْ قَالَ دَرَاهِمُ فَهِيَ ثَلَاثَةٌ) لِأَنَّهَا أَقَلُّ الْجَمْعِ الصَّحِيحِ (إِلَّا أَنْ يُبَيِّنَ أَكْثَرَ مِنْهَا) لِأَنَّ اللَّفْظَ يَحْتَمِلُهُ وَيَنْصَرِفُ إِلَى الْوِزْنِ الْمَعْتَادِ (وَلَوْ قَالَ: كَذَا دِرْهَمًا لَمْ يُصَدَّقْ فِي أَقَلِّ مِنْ أَحَدِ عَشَرَ دِرْهَمًا) لِأَنَّهُ ذَكَرَ عَدَدَيْنِ مُبْهَمَيْنِ لَيْسَ بَيْنَهُمَا حَرْفُ الْعَطْفِ وَأَقَلُّ ذَلِكَ مِنَ الْمَفْسَرِ أَحَدُ عَشَرَ (وَلَوْ قَالَ: كَذَا وَكَذَا دِرْهَمًا لَمْ يُصَدَّقْ فِي أَقَلِّ مِنْ أَحَدٍ وَعِشْرِينَ) لِأَنَّهُ ذَكَرَ عَدَدَيْنِ مُبْهَمَيْنِ بَيْنَهُمَا حَرْفُ الْعَطْفِ، وَأَقَلُّ ذَلِكَ مِنَ الْمَفْسَرِ أَحَدٌ وَعِشْرُونَ فَيَحْمَلُ كُلُّ وَجْهِ عَلَى تَضْيِيرِهِ (وَلَوْ قَالَ كَذَا دِرْهَمًا فَهُوَ دِرْهَمٌ) لِأَنَّهُ تَفْسِيرٌ لِلْمُبْهَمِ (وَلَوْ ثَلَّثَ كَذَا بِغَيْرِ وَאוٍ فَأَحَدُ عَشَرَ) لِأَنَّهُ لَا تَضْيِيرَ لَهُ سِوَاهُ (وَإِنْ ثَلَّثَ بِالْوَاوِ فَمِائَةٌ وَاحِدٌ وَعِشْرُونَ، وَإِنْ رَبَّعَ يَزَادُ عَلَيْهَا أَلْفٌ) لِأَنَّ ذَلِكَ تَضْيِيرُهُ.

الشرح:

قَالَ: (لَوْ قَالَ لِفُلَانٍ عَلَيَّ مَالٌ إلخ) إِذَا قَالَ فِي إِقْرَارِهِ لِفُلَانٍ عَلَيَّ مَالٌ فَرَجَعَ الْبَيَانُ إِلَيْهِ لَكَوْنِهِ الْمُجْمَلِ، وَيُقْبَلُ قَوْلُهُ فِيمَا يَبَيِّنُ إِلَّا فِيمَا دُونَ الدَّرْهِمِ، وَالْقِيَاسُ قَبُولُهُ لِأَنَّهُ مَالٌ. وَوَجْهُ الاسْتِحْسَانِ تَرْكُ الْحَقِيقَةِ بِدَلَالَةِ الْعَادَةِ. وَلَوْ قَالَ مَالٌ عَظِيمٌ قَالَ الشَّافِعِيُّ: هُوَ مِثْلُ الْأَوَّلِ، وَقُلْنَا فِيهِ إِلْغَاءُ لَوْصَفِ الْعِظَمِ فَلَا يَحْزُرُ فَلَا بُدَّ مِنَ الْبَيَانِ بِمَا يُعَدُّ عَظِيمًا عِنْدَ النَّاسِ وَالْغِنَى عَظِيمٌ عِنْدَ النَّاسِ، وَالْغِنَى بِالنِّصَابِ لِأَنَّ صَاحِبَهُ يُعَدُّ غَنِيًّا فَلَا بُدَّ مِنَ الْبَيَانِ بِهِ فَإِنْ يَبَيَّنَ بِالْمَالِ الزَّكَاوِيِّ فَلَا بُدَّ مِنْ بَيَانِ أَقَلِّ مَا يَكُونُ نِصَابًا، فَفِي الْإِبْلِ خَمْسٌ وَعِشْرُونَ لِأَنَّهُ أَقَلُّ نِصَابٍ تَجِبُ فِيهِ الزَّكَاةُ مِنْ جِنْسِهِ، وَفِي الدِّينَارِ بَعِشْرِينَ مِثْقَالًا، وَفِي الدَّرَاهِمِ بِمِائَتِي دِرْهَمٍ.

وَإِنْ يَبَيَّنَ بغيرِهِ فَلَا بُدَّ مِنْ بَيَانِ قِيَمَةِ النَّصَابِ، وَهَذَا قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ، وَلَمْ يَذْكُرْ مُحَمَّدٌ قَوْلَ أَبِي حَنِيفَةَ فِي الْأَصْلِ فِي هَذَا الْفَصْلِ. وَرَوَى عَنْهُ أَنَّهُ قَالَ: لَا يُصَدَّقُ فِي أَقَلِّ مِنْ نِصَابِ السَّرْقَةِ لِأَنَّهُ عَظِيمٌ تُقْطَعُ بِهِ الْيَدُ الْمُحَرَّمَةُ، وَرَوَى عَنْهُ مِثْلُ قَوْلِهِمَا. قِيلَ وَهُوَ الصَّحِيحُ لِأَنَّهُ لَمْ يَذْكُرْ عَدَدًا يَجِبُ مُرَاعَاةُ اللَّفْظِ فِيهِ فَأَوْجَبْنَا الْعِظَمَ مِنْ حَيْثُ الْمَعْنَى وَهُوَ الْمَالُ الَّذِي تَجِبُ فِيهِ الزَّكَاةُ.

قَالَ فِي النَّهَايَةِ: وَالْأَصَحُّ عَلَى قَوْلِهِ أَنَّهُ يُبَيِّنُ عَلَى حَالِ الْمُقَرِّ فِي الْفَقْرِ وَالْغِنَى، فَإِنَّ

الْقَلِيلُ عِنْدَ الْفَقِيرِ عَظِيمٌ وَأَضْعَافُ ذَلِكَ عِنْدَ الْغَنِيِّ لَيْسَتْ بِعَظِيمَةٍ (وَلَوْ قَالَ أَمْوَالٌ عَظَامٌ فَالْقَدِيرُ فِي ثَلَاثَةِ نَصَبٍ مِنْ أَيْ نَوْعٍ سَمَاهُ اعْتِبَارًا لِأَدْنَى الْجَمْعِ، وَإِذَا قَالَ دَرَاهِمُ كَثِيرَةٌ لَمْ يُصَدَّقْ فِي أَقَلِّ مِنْ عَشْرَةٍ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَفِي أَقَلِّ مِنْ مِائَتِي دِرْهَمٍ عِنْدَهُمَا) وَفِي أَقَلِّ مِنْ ثَلَاثَةِ عِنْدَ الشَّافِعِيِّ لِأَنَّ الْكَثْرَةَ أَمْرٌ إِضَافِيٌّ يَصْدُقُ بَعْدَ الْوَاحِدِ عَلَى كُلِّ عَدَدٍ وَالْعُرْفُ فِيهَا مُخْتَلَفٌ، فَكَمْ مِنْ مُسْتَكْتَرٍ عِنْدَ قَوْمٍ قَلِيلٍ عِنْدَ آخَرِينَ، وَحُكْمُ الشَّرْعِ كَذَلِكَ تَارَةً يَتَعَلَّقُ بِالْعَشْرَةِ وَبِأَقَلِّ مِنْهُ كَمَا فِي السَّرِقَةِ وَالْمَهْرِ عَلَى مَذْهَبِهِ، وَبِالْمِائَتَيْنِ أُخْرَى كَالزَّكَاةِ وَجُوبًا وَحَرْمَانًا مِنْ أَخْذِهَا، وَبِأَكْثَرٍ مِنْ ذَلِكَ كَالِاسْتِطَاعَةِ فِي الْحَجِّ فِي الْأَمَاكِنِ الْبَعِيدَةِ فَلَمْ يُمَكَّنِ الْعَمَلُ بِهَا أَصْلًا فَيَعْمَلُ بِقَوْلِهِ دَرَاهِمُ وَيَنْصَرِفُ إِلَى ثَلَاثَةٍ، وَقَالَا: أُمَكَّنَ الْعَمَلُ بِهَا حُكْمًا لِأَنَّ فِي النَّصَابِ كَثْرَةَ حُكْمِيَّةٍ فَالْعَمَلُ بِهَا أَوَّلَى مِنَ الْإِلْغَاءِ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: الدَّرَاهِمُ مُمَيِّزٌ يَقَعُ بِهِ تَمْيِيزُ الْعَدَدِ، وَأَقْصَى مَا يَنْتَهِي إِلَيْهِ اسْمُ الْجَمْعِ تَمْيِيزًا هُوَ الْعَشْرَةُ، لِأَنَّ مَا بَعْدَهُ يُمَيِّزُ بِالْمُفْرَدِ. يُقَالُ أَحَدٌ عَشَرَ دِرْهَمًا وَمِائَةٌ وَأَلْفٌ دِرْهَمٌ فَتَكُونُ الْعَشْرَةُ هُوَ الْأَكْثَرُ مِنْ حَيْثُ دَلَالَةُ اللَّفْظِ عَلَيْهِ فَيُصَرَّفُ إِلَيْهِ، لِأَنَّ الْعَمَلَ بِمَا دَلَّ عَلَيْهِ اللَّفْظُ إِذَا كَانَ مُمَكَّنًا وَلَا مَانِعَ مِنَ الصَّرْفِ إِلَيْهِ لَا يُعَدَّلُ إِلَى غَيْرِهِ (وَلَوْ قَالَ عَلَيَّ دِرْهَمٌ فَهِيَ ثَلَاثَةٌ) بِالِاتِّفَاقِ لِأَنَّهَا أَقَلُّ الْجَمْعِ الصَّحِيحِ الَّذِي لَا خِلَافَ فِيهِ، بِخِلَافِ الْمُشْتَى، إِلَّا أَنْ يُبَيَّنَّ أَكْثَرُ مِنْهَا لَاحْتِمَالِ اللَّفْظِ، وَكَوْنُهُ عَلَيْهِ فَلَا تُهْمَةُ، وَيَنْصَرِفُ إِلَى الْوِزْنِ الْمُعْتَادِ وَهُوَ غَالِبُ نَقْدِ الْبَلَدِ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهِ نَقْدٌ مُتَعَارَفٌ حُمِلَ عَلَى وَزْنِ سَبْعَةٍ لِكَوْنِهِ مُعْتَبَرًا فِي الشَّرْعِ.

قَالَ (وَلَوْ قَالَ كَذَا كَذَا دِرْهَمًا) كَذَا كِنَايَةٌ عَنِ الْعَدَدِ وَالْأَصْلُ فِي اسْتِعْمَالِهِ اعْتِبَارُهُ بِالْمُفَسِّرِ، فَمَا لَهُ نَظِيرٌ فِي الْأَعْدَادِ الْمُفَسَّرَةِ حُمِلَ عَلَى أَقَلِّ مَا يَكُونُ مِنْ ذَلِكَ النَّوْعِ، وَمَا لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ بَطَلٌ، فَإِذَا قَالَ كَذَا دِرْهَمًا كَانَ كَمَا إِذَا قَالَ لَهُ عَلَيَّ دِرْهَمٌ، وَإِذَا قَالَ كَذَا كَذَا دِرْهَمًا كَانَ أَحَدَ عَشَرَ، وَإِنْ ثَلَثَ بَغَيْرِ وَאוٍ لَمْ يَزِدْ عَلَى ذَلِكَ لِعَدَمِ النَّظِيرِ، وَإِذَا قَالَ كَذَا وَكَذَا كَانَ أَحَدًا وَعِشْرِينَ، وَإِنْ ثَلَثَ بِالْوَاوِ كَانَ مِائَةً وَأَحَدًا وَعِشْرِينَ، وَإِنْ رُبَعَ يُزَادُ أَلْفٌ.

قَالَ: (وَإِنْ قَالَ: لَهُ عَلَيَّ أَوْ قِبَلِي فَقَدْ أَقْرَبَ بِالْدِّينِ) لِأَنَّ "عَلَيَّ" صِيغَةُ إِيْجَابٍ، وَقِبَلِي

يُنْبِئُ عَنِ الضَّمَانِ عَلَى مَا مَرَّ فِي الْكِفَالَةِ.

الشرح:

وَلَوْ قَالَ لَهُ عَلِيٌّ أَوْ قَبْلِي فَهُوَ إِقْرَارٌ بِالذِّينِ لِأَنَّ عَلِيَّ لِلْإِيجَابِ، وَقَبْلِي يُنْبِئُ عَنْ الضَّمَانِ عَلَى مَا مَرَّ فِي الْكِفَايَةِ، وَلَوْ وَصَلَ الْمُقَرُّ فِيهِمَا بِقَوْلِهِ وَدِيعَةٌ صَدَّقَ وَيَكُونُ مَجَازًا لِإِيجَابِ حِفْظِ الْمَضْمُونِ وَالْمَالُ مَحَلُّهُ لَكِنَّهُ تَغْيِيرٌ عَنْ وَضْعِهِ فَيَصَدَّقُ مَوْصُولًا لَا مَفْصُولًا.

(وَلَوْ قَالَ الْمُقَرُّ هُوَ وَدِيعَةٌ وَوَصَلَ صَدَّقَ) لِأَنَّ اللفظَ يَحْتَمِلُهُ مَجَازًا حَيْثُ يَكُونُ الْمَضْمُونُ عَلَيْهِ حِفْظُهُ وَالْمَالُ مَحَلُّهُ فَيَصَدَّقُ مَوْصُولًا لَا مَفْصُولًا.

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ: وَفِي نُسْخِ الْمُخْتَصَرِ فِي قَوْلِهِ قَبْلِي إِنَّهُ إِقْرَارٌ بِالْأَمَانَةِ لِأَنَّ اللفظَ يَنْتَظِمُهُمَا حَتَّى صَارَ قَوْلُهُ: لَا حَقَّ لِي قَبْلَ فُلَانٍ إِبْرَاءً عَنِ الدِّينِ وَالْأَمَانَةِ جَمِيعًا، وَالْأَمَانَةُ أَقْلُهُمَا وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ. (وَلَوْ قَالَ عِنْدِي أَوْ مَعِيَ أَوْ فِي بَيْتِي أَوْ فِي كَيْسِي أَوْ فِي صُنْدُوقِي فَهُوَ إِقْرَارٌ بِأَمَانَةٍ فِي يَدِهِ) لِأَنَّ كُلَّ ذَلِكَ إِقْرَارٌ بِكَوْنِ الشَّيْءِ فِي يَدِهِ وَذَلِكَ يَتَنَوَّعُ إِلَى مَضْمُونٍ وَأَمَانَةٍ فَيُثَبِّتُ أَقْلُهُمَا وَهُوَ الْأَمَانَةُ.

الشرح:

(قَالَ الْمُصَنِّفُ: وَفِي نُسْخِ الْمُخْتَصَرِ يَعْنِي مُخْتَصَرَ الْقُدُورِيِّ فِي قَوْلِهِ قَبْلِي (إِنَّهُ) إِقْرَارٌ بِأَمَانَةٍ لِأَنَّ اللفظَ يَنْتَظِمُهُمَا) حَتَّى صَارَ قَوْلُهُ لَا حَقَّ لِي قَبْلَ فُلَانٍ إِبْرَاءً عَنِ الدِّينِ وَالْأَمَانَةِ جَمِيعًا. وَالْأَمَانَةُ أَقْلُهُمَا فَيَحْمَلُ عَلَيْهَا، وَكَانَ قِيَاسُ تَرْتِيبِ وَضْعِ الْمَسْأَلَةِ أَنْ يَذْكُرَ مَا ذَكَرَهُ الْقُدُورِيُّ ثُمَّ يَذْكُرَ مَا ذَكَرَ فِي الْأَصْلِ لِأَنَّ الْهَدَايَةَ تَشْرَحُ مَسَائِلَ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ وَالْقُدُورِيِّ، إِلَّا أَنَّ الْمَذْكُورَ فِي الْأَصْلِ هُوَ الْأَصْحُ فَقَدَّمَهُ فِي الذِّكْرِ، وَلَوْ قَالَ عِنْدِي أَوْ مَعِيَ أَوْ فِي يَدِي أَوْ فِي بَيْتِي أَوْ فِي كَيْسِي أَوْ صُنْدُوقِي فَهُوَ إِقْرَارٌ بِأَمَانَةٍ فِي يَدِهِ، لِأَنَّ كُلَّ ذَلِكَ إِقْرَارٌ بِكَوْنِ الشَّيْءِ فِي يَدِهِ وَالْيَدُ تَتَنَوَّعُ إِلَى أَمَانَةٍ وَضَمَانٍ فَيُثَبِّتُ أَقْلُهُمَا وَهُوَ الْأَمَانَةُ.

وَتَوْقُضَ بِمَا إِذَا قَالَ لَهُ قَبْلِي مِائَةٌ دِرْهَمٍ دَيْنٌ وَدِيعَةٌ أَوْ وَدِيعَةٌ دَيْنٌ فَإِنَّهُ دَيْنٌ وَلَمْ يَثْبُتْ أَقْلُهُمَا وَهُوَ الْأَمَانَةُ.

وَأُجِيبَ بِأَنَّهُ ذَكَرَ لَفْظَيْنِ أَحَدُهُمَا يُوجِبُ الدِّينَ وَالْآخَرُ يُوجِبُ الْوَدِيعَةَ وَالْجَمْعُ يَنْتَظِمُهُمَا غَيْرُ مُمَكِّنٍ وَإِهْمَالُهُمَا لَا يَحْجُوزُ، وَحَمْلُ الدِّينِ عَلَى الْوَدِيعَةِ حَمْلٌ لِلْأَعْلَى عَلَى

الأدنى وهو لا يجوز، لأن الشيء لا يكون تابعا لما دونه فتعين العكس.

(ولو قال له رجل: لي عليك ألف فقال اتزنها أو انتقدها أو أجلي بها أو قد قضيتكها فهو إقرار) لأن الهاء في الأول والثاني كناية عن المذكور في الدعوى، فكأنه قال: اتزن الألف التي لك علي، حتى لو لم يذكر حرف الكناية لا يكون إقراراً لعدم انصرافه إلى المذكور، والتأجيل إنما يكون في حق واجب، والقضاء يتلو الوجوب ودعوى الإبراء كالقضاء لما بينا، وكذا دعوى الصدقة والهبة لأن التملك يقتضي سابقة الوجوب، وكذا لو قال أحلتك بها على فلان لأنه تحويل الدين.

الشرح:

ولو قال لرجل لي عليك ألف درهم فقال اتزنها أو انتقدها أو أجلي بها أو قد قضيتكها كان إقراراً بالدعى، لأن ما خرج جواباً إذا لم يكن كلاماً مستقلاً كان راجعاً إلى المذكور أولاً، فكأنه أعاده بصريح لفظه، فلما قرن كلامه في الأولين بالكتابة رجع إلى المذكور في الدعوى، وكأنه قال: اتزن الألف التي لك علي كما لو أجاب بنعم لكونه غير مستقل، حتى لو لم يذكر حرف الكناية لا يكون إقراراً لعدم انصرافه إلى المذكور لكونه مستقلاً، فكأنه قال: أقعد وزناً للناس وأكتب المال وأترك الدعوى الباطلة، أو نقاداً وأقعد للناس دراهمهم. وأما في قوله أجلي فلان التأجيل إنما يكون في حق واجب وأما في قضيتكها فإن القضاء يتلو الوجوب، ودعوى الإبراء كدعوى القضاء لأنه يتلو الوجوب، وكذلك دعوى الصدقة والهبة: يعني لو قال تصدقت بها علي أو وهبتها لي كان إقراراً لأنه دعوى التملك وذلك يقتضي سابقة الوجوب، وإذا قال له علي ألف درهم إلى سنة وقال المقر بل هي حالة فالقول للمقر له لأن المقر أقر على نفسه مالا وادعى حقاً لنفسه فيه فلا يصدق، كما إذا أقر بعبد في يده لغيره وادعى لا يصدق في دعوى الإجارة، بخلاف ما إذا أقر بدراهم سود فإنه يصدق لأن السواد صفة في الدراهم فيلزم على الصفة التي أقر بها وقد مرّت المسألة في الكفالة ويستحلف المقر له على إنكار الأجل لأنه منكراً واليمين على من أنكر.

قال: (ومن أقر بدين مؤجل فصدق المقر له في الدين وكذب في التأجيل لزمه الدين حالا) لأنه أقر على نفسه بمال وادعى حقاً لنفسه فيه فصار كما إذا أقر بعبد في

يَدِهِ وَادَّعَى الْإِجَارَةَ، بِخِلَافِ الْإِقْرَارِ بِالدَّرَاهِمِ السُّودِ لِأَنَّهُ صِفَةٌ فِيهِ وَقَدْ مَرَّتِ الْمَسْأَلَةُ فِي الْكَفَالَةِ قَالَ (وَيَسْتَحْلِفُ الْمُقْرَءُ لَهُ عَلَى الْأَجَلِ) لِأَنَّهُ مُنْكَرٌ حَقًّا عَلَيْهِ وَالْيَمِينُ عَلَى الْمُنْكَرِ.

(وَأِنْ قَالَ: لَهُ عَلَى مِائَةٍ وَدِرْهَمٍ لَزِمَهُ كُلُّهَا دَرَاهِمُ. وَلَوْ قَالَ: مِائَةٌ وَتَوْبٌ لَزِمَهُ تَوْبٌ وَاحِدٌ، وَالْمَرْجِعُ فِي تَفْسِيرِ الْمِائَةِ إِلَيْهِ) وَهُوَ الْقِيَاسُ فِي الْأَوَّلِ، وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ لِأَنَّ الْمِائَةَ مُبْهَمَةٌ وَالدِّرْهَمَ مَعْطُوفٌ عَلَيْهَا بِالْوَاوِ الْعَاطِفَةِ لَا تَفْسِيرًا لَهَا فَبَقِيََتِ الْمِائَةُ عَلَى إِبْهَامِهَا كَمَا فِي الْفَصْلِ الثَّانِي. وَجَهُ الْاسْتِحْسَانِ وَهُوَ الْفَرْقُ أَنَّهُمْ اسْتَنْقَلُوا تَكَرَّرَ الدِّرْهَمُ فِي كُلِّ عَدَدٍ وَاكْتَفَوْا بِذِكْرِهِ عَقِيبَ الْعَدَدَيْنِ. وَهَذَا فِيمَا يَكْثُرُ اسْتِعْمَالُهُ وَذَلِكَ عِنْدَ كَثَرَةِ الْوُجُوبِ بِكَثَرَةِ أَسْبَابِهِ وَذَلِكَ فِي الدَّرَاهِمِ وَالْدَّنَانِيرِ وَالْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ، أَمَّا الثِّيَابُ وَمَا لَا يُكَالُ وَلَا يُوزَنُ فَلَا يَكْثُرُ وَجُوبُهَا فَبَقِيَ عَلَى الْحَقِيقَةِ.

(وَكَذَا إِذَا قَالَ: مِائَةٌ وَتَوْبَانِ) لَمَّا بَيَّنَّا (بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ: مِائَةٌ وَثَلَاثَةُ أَتَوَابٍ) لِأَنَّهُ ذَكَرَ عَدَدَيْنِ مُبْهَمَيْنِ وَأَعَقَبَهَا تَفْسِيرًا إِذِ الْأَتَوَابُ لَمْ تُذَكَّرْ بِحَرْفِ الْعَطْفِ فَانْصَرَفَ إِلَيْهِمَا لَاسْتِوَائِهِمَا فِي الْحَاجَةِ إِلَى التَّفْسِيرِ فَكَانَتْ كُلُّهَا ثِيَابًا.

الشرح:

وَإِنْ قَالَ لَهُ عَلَى مِائَةٍ دِرْهَمٍ لَزِمَهُ كُلُّهَا دَرَاهِمُ، وَلَوْ قَالَ مِائَةٌ وَتَوْبٌ أَوْ مِائَةٌ وَشَاةٌ لَزِمَهُ تَوْبٌ وَاحِدٌ وَشَاةٌ وَاحِدَةٌ، وَالْمَرْجِعُ فِي تَفْسِيرِ الْمِائَةِ إِلَيْهِ لِأَنَّهُ هُوَ الْمُجْمَلُ وَهُوَ الْقِيَاسُ فِي الدَّرَاهِمِ أَيْضًا وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ، لِأَنَّ الْمِائَةَ مُبْهَمَةٌ وَالْمُهْمُ يَحْتَاجُ إِلَى التَّفْسِيرِ، وَلَا تَفْسِيرَ لَهُ هَاهُنَا لِأَنَّ الدِّرْهَمَ مَعْطُوفٌ عَلَيْهَا بِالْوَاوِ الْعَاطِفَةِ، وَذَلِكَ لَيْسَ بِتَفْسِيرٍ لَاقْتِضَائِهِ الْمَغَايِرَةَ فَبَقِيََتِ الْمِائَةُ عَلَى إِبْهَامِهَا كَمَا فِي الْفَصْلِ الثَّانِي.

وَجَهُ الْاسْتِحْسَانِ وَهُوَ الْفَرْقُ بَيْنَ الْفَصْلَيْنِ أَنَّهُمْ اسْتَنْقَلُوا تَكَرَّرَ الدِّرْهَمِ وَاكْتَفَوْا بِذِكْرِهِ عَقِيبَ الْعَدَدَيْنِ، وَالْاسْتِنْقَالُ فِيمَا يَكْثُرُ اسْتِعْمَالُهُ وَكَثَرَةُ الْاسْتِعْمَالِ عِنْدَ كَثَرَةِ الْوُجُوبِ بِكَثَرَةِ أَسْبَابِهِ، وَذَلِكَ فِيمَا يَثْبُتُ فِي الذِّمَّةِ كَالدَّرَاهِمِ وَالْدَّنَانِيرِ وَالْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ لِثُبُوتِهَا فِي الذِّمَّةِ فِي جَمِيعِ الْمَعَامَلَاتِ حَالَةً وَمَوْجَلَةً، وَيَجُوزُ الْاسْتِقْرَاضُ بِهَا بِخِلَافِ غَيْرِهَا، فَإِنَّ التَّوْبَ لَا يَثْبُتُ فِي الذِّمَّةِ دَيْنًا إِلَّا سَلَمًا، وَالشَّاةُ لَا تَثْبُتُ دَيْنًا فِي الذِّمَّةِ أَصْلًا فَلَمْ يَكْثُرْ بِكَثَرَتِهَا فَبَقِيَ عَلَى الْحَقِيقَةِ: أَيُّ عَلَى الْأَصْلِ، وَهُوَ أَنْ يَكُونَ بَيَانُ الْمُجْمَلِ إِلَى الْمُجْمَلِ لَعَدَمِ صَلَاحِيَةِ الْعَطْفِ لِلتَّفْسِيرِ إِلَّا عِنْدَ الضَّرُورَةِ وَقَدْ انْعَدَمَتْ،

وَكَذَا إِذَا قَالَ مِائَةً وَتَوْبَانِ يُرْجَعُ فِي بَيَانِ الْمِائَةِ إِلَى الْمَقَرِّ لَمَّا بَيَّنَّا أَنَّ الثَّيَابَ وَمَا لَا يُكَالُ وَلَا يُوزَنُ لَا يَكْثُرُ وَجُوبُهَا، بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ مِائَةً وَثَلَاثَةَ أَثْوَابٍ حَيْثُ يَكُونُ الْكُلُّ ثِيَابًا بِالِاتِّفَاقِ لِأَنَّهُ ذَكَرَ عَدَدَيْنِ مُبْهَمَيْنِ وَأَعَقَبَهُمَا تَفْسِيرًا، إِذِ الْأَثْوَابُ لَمْ تُذَكَّرْ بِحَرْفِ الْعَطْفِ حَتَّى يَدُلَّ عَلَى الْمَغَايِرَةِ فَانْصَرَفَ إِلَيْهِمَا جَمِيعًا لاسْتَوَائِهِمَا فِي الْحَاجَةِ إِلَى التَّفْسِيرِ. لَا يُقَالُ: الْأَثْوَابُ جَمْعٌ لَا يَصْلُحُ تَمْيِيزًا لِلْمِائَةِ لِأَنَّهَا لَمَّا اقْتَرَبَتْ بِالثَّلَاثَةِ صَارَ الْعَدْدُ وَاحِدًا.

قَالَ (وَمَنْ أَقَرَّ بِتَمْرِ فِي قَوْصَرَةٍ لَزِمَهُ الثَّمَرُ وَالْقَوْصَرَةُ) وَفَسَّرَهُ فِي الْأَصْلِ بِقَوْلِهِ: غَصَبَتْ تَمْرًا فِي قَوْصَرَةٍ. وَوَجْهُهُ أَنَّ الْقَوْصَرَةَ وَعَاءٌ لَهُ وَظَرْفٌ لَهُ، وَغَصَبُ الشَّيْءِ وَهُوَ مَظْرُوفٌ لَا يَتَحَقَّقُ بِدُونِ الظَّرْفِ فَيَلْزِمَانِهِ وَكَذَا الطَّعَامُ فِي السَّفِينَةِ وَالْحِنْطَةُ فِي الْجَوَالِقِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ: غَصَبْتُ تَمْرًا مِنْ قَوْصَرَةٍ لِأَنَّ كَلِمَةَ مِنْ لِلانْتِزَاعِ فَيَكُونُ الْإِقْرَارُ بِغَصَبِ الْمَنْزُوعِ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ أَقَرَّ بِتَمْرِ فِي قَوْصَرَةٍ إلخ) الْأَصْلُ فِي جِنْسِ هَذِهِ الْمَسَائِلِ أَنَّ مَنْ أَقَرَّ بِشَيْئَيْنِ أَحَدُهُمَا ظَرْفٌ لِلْآخَرِ فِيمَا أَنْ يَذْكُرَهُمَا بِكَلِمَةٍ " فِي " أَوْ بِكَلِمَةٍ " مِنْ " فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ كَقَوْلِهِ غَصَبْتُ مِنْ فَلَانٍ تَمْرًا فِي قَوْصَرَةٍ: وَهِيَ بِالتَّخْفِيفِ وَالتَّشْدِيدِ وَعَاءُ الثَّمْرِ أَوْ تَوْبًا فِي مَنَدِيلٍ أَوْ طَعَامًا فِي سَفِينَةٍ أَوْ حِنْطَةً فِي جَوَالِقٍ لَزِمَاهُ، لِأَنَّ غَصَبَ الشَّيْءِ وَهُوَ مَظْرُوفٌ لَا يَتَحَقَّقُ بِدُونِ الظَّرْفِ، وَإِنْ كَانَ الثَّانِي كَقَوْلِهِ تَمْرًا مِنْ قَوْصَرَةٍ وَتَوْبًا مِنْ مَنَدِيلٍ وَطَعَامًا مِنْ سَفِينَةٍ لَمْ يَلْزَمْ إِلَّا الْمَظْرُوفُ، لِأَنَّ كَلِمَةَ مِنْ لِلانْتِزَاعِ فَيَكُونُ إِقْرَارًا بِغَصَبِ الْمَنْزُوعِ.

قَالَ: (وَمَنْ أَقَرَّ بِدَابَّتِي فِي إِصْطَبِلٍ لَزِمَهُ الدَّابَّةُ خَاصَّةً) لِأَنَّ الْإِصْطَبِلَ غَيْرُ مَضْمُونٍ بِالْغَصَبِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ وَعَلَى قِيَاسِ قَوْلِ مُحَمَّدٍ يَضْمُنُهُمَا وَمِثْلُهُ الطَّعَامُ فِي الْبَيْتِ.

الشرح:

وَمَنْ أَقَرَّ بِشَيْئَيْنِ لَمْ يَكُنْ كَذَلِكَ كَقَوْلِهِ غَصَبْتُ دِرْهَمًا فِي دِرْهَمٍ لَمْ يَلْزَمْهُ الثَّانِي، لِأَنَّ الثَّانِي لَمَّا لَمْ يَصْلُحْ ظَرْفًا لِلأَوَّلِ لَعَا آخِرُ كَلَامِهِ. وَمَنْ أَقَرَّ بِغَصَبِ دَابَّةٍ فِي

إِصْطَبِلَ لَزِمَهُ الدَّابَّةُ خَاصَّةً: يَعْنِي أَنَّ الْإِفْرَارَ إِفْرَارٌ بِهِمَا جَمِيعًا، لَكِنْ لَا يَلْزِمُهُ إِلَّا ضَمَانُ الدَّابَّةِ خَاصَّةً عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ، وَكَذَا إِذَا قَالَ غَضِبْتَ مِنْهُ طَعَامًا فِي بَيْتِ لَأَنَّ الدَّابَّةَ وَالطَّعَامَ يَدْخُلَانِ فِي ضَمَانِهِ بِالْغَضَبِ، وَالْإِصْطَبِلُ وَالْيَبْتُ لَا يَدْخُلَانِ عِنْدَهُمَا لِأَنَّهُمَا غَيْرُ مَقُولَيْنِ، وَالْغَضَبُ الْمَوْجِبُ لِلضَّمَانِ لَا يَكُونُ إِلَّا بِالنَّقْلِ وَالتَّحْوِيلِ، وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ يَدْخُلَانِ فِي ضَمَانِهِ دُخُولُهُمَا فِي الْإِفْرَارِ لِأَنَّهُ يَرَى بِغَضَبِ الْعَقَارِ.

قَالَ: (وَمَنْ أَقَرَّ لغيرِهِ بِخَاتَمٍ لَزِمَهُ الْحَلَقَةُ وَالْفَصُّ) لِأَنَّ اسْمَ الْخَاتَمِ يَشْمَلُ الْكُلَّ. (وَمَنْ أَقَرَّ لَهُ بِسَيْفٍ فَلَهُ النَّصْلُ وَالْجَفْنُ وَالْحَمَائِلُ) لِأَنَّ الْاسْمَ يَنْطَوِي عَلَى الْكُلِّ. (وَمَنْ أَقَرَّ بِحَجَلَةٍ فَلَهُ الْعِيدَانُ وَالْكِسْوَةُ) لِانْطِلَاقِ الْاسْمِ عَلَى الْكُلِّ عُرْفًا.

الشرح:

وَالنَّصْلُ حَدِيدَةُ السَّيْفِ، وَالْجَفْنُ وَالْغَمْدُ، وَالْحَمَائِلُ جَمْعُ حِمَالَةٍ بِكَسْرِ الْحَاءِ وَهِيَ عِلَاقَةُ السَّيْفِ، وَالْحَجَلَةُ يَبْتُ يُزَيْنُ بِالثِّيَابِ وَالْأَسِرَةِ، وَالْعِيدَانُ بَرَفْعِ الثَّوْبِ جَمْعُ عُودٍ وَهُوَ الْحَشْبُ، وَبَقِيَّةُ كَلَامِهِ يُعْلَمُ مِنَ الْأَصْلِ الْمَذْكُورِ.

(وَإِنْ قَالَ غَضِبْتَ ثَوْبًا فِي مَنَدِيلٍ لَزِمَاهُ جَمِيعًا) لِأَنَّهُ ظَرَفَ لِأَنَّ الثَّوْبَ يُلْفُ فِيهِ. (وَكَذَا لَوْ قَالَ عَلَيَّ ثَوْبٌ فِي ثَوْبٍ) لِأَنَّهُ ظَرَفَ. بِخِلَافِ قَوْلِهِ: دِرْهَمٌ فِي دِرْهَمٍ حَيْثُ يَلْزِمُهُ وَاحِدٌ لِأَنَّهُ ضَرَبَ لَا ظَرَفَ (وَإِنْ قَالَ: ثَوْبٌ فِي عَشْرَةِ أَثَوَابٍ لَمْ يَلْزِمَهُ إِلَّا ثَوْبٌ وَاحِدٌ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: لَزِمَهُ أَحَدُ عَشَرَ ثَوْبًا) لِأَنَّ الثَّنْفِيسَ مِنَ الثِّيَابِ قَدْ يُلْفُ فِي عَشْرَةِ أَثَوَابٍ فَأَمَكَنَ حَمْلُهُ عَلَى الظَّرْفِ.

وَأَبِي يُوسُفَ أَنَّ حَرْفَ "فِي" يُسْتَعْمَلُ فِي الْبَيْنِ وَالْوَسْطِ أَيْضًا، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿فَادْخُلِي فِي عِبَادِي﴾ [الفجر: ٢٩] أَيْ بَيْنَ عِبَادِي، فَوَقَعَ الشُّكُّ وَالْأَصْلُ بَرَاءَةُ الذَّمِّ، عَلَى أَنَّ كُلَّ ثَوْبٍ مُوعَى وَلَيْسَ بِوَعَاءٍ فَتَعَذَّرَ حَمْلُهُ عَلَى الظَّرْفِ فَتَعَيَّنَ الْأَوَّلُ مُحْمَلًا.

الشرح:

(قَوْلُهُ لِأَنَّ الثَّنْفِيسَ مِنَ الثِّيَابِ قَدْ يُلْفُ فِي عَشْرَةِ أَثَوَابٍ) قِيلَ هُوَ مَنْقُوضٌ عَلَى أَصْلِهِ بِأَنَّ قَالَ غَضِبْتَ كَرَبَاسًا فِي عَشْرَةِ أَثَوَابٍ حَرِيرٍ لَزِمَهُ الْكُلُّ عِنْدَ مُحَمَّدٍ مَعَ أَنَّ عَشْرَةَ أَثَوَابٍ حَرِيرٍ لَا يُجْعَلُ وَعَاءٌ لِلْكَرْبَاسِ عَادَةً (قَوْلُهُ عَلَى أَنَّ كُلَّ ثَوْبٍ مُوعَى وَلَيْسَ بِوَعَاءٍ) مَعْنَاهُ أَنَّ الْجَمِيعَ لَيْسَ بِوَعَاءٍ لِلوَاحِدِ، بَلْ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهَا مُوعَى بِمَا حَوَاهُ،

وَالْوِعَاءُ الَّذِي هُوَ لَيْسَ بِمُوَعَى هُوَ مَا كَانَ ظَاهِرًا، فَإِذَا تَحَقَّقَ عَدَمُ كَوْنِ الْعَشْرَةِ وَعَاءٌ
لِلثَوْبِ الْوَاحِدِ كَانَ آخِرُ كَلَامِهِ لَعَوًا وَتَعَيَّنَ أَوَّلُ كَلَامِهِ مَحْمَلًا: يَعْنِي أَنْ يَكُونَ " فِي "
بِمَعْنَى الْبَيْنِ.

(وَلَوْ قَالَ: لِفُلَانٍ عَلَيَّ خَمْسَةٌ فِي خَمْسَةٍ يُرِيدُ الضَّرْبَ وَالْحِسَابَ لَزِمَهُ خَمْسَةٌ)
لأنَّ الضَّرْبَ لَا يُكْثَرُ الْمَالُ. وَقَالَ الْحَسَنُ: يَلْزِمُهُ خَمْسَةٌ وَعِشْرُونَ وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ فِي الطَّلَاقِ
(وَلَوْ قَالَ أَرَدْتُ خَمْسَةً مَعَ خَمْسَةٍ لَزِمَهُ عَشْرَةٌ) لَأَنَّ اللَّفْظَ يَحْتَمِلُهُ.

الشرح:

(قَوْلُهُ لَأَنَّ الضَّرْبَ لَا يُكْثَرُ الْمَالُ) مَعْنَاهُ أَنَّ أَثَرِ الضَّرْبِ فِي تَكْثِيرِ الْأَجْزَاءِ
لِإِزَالَةِ الْكُسْرِ لَا فِي زِيَادَةِ الْمَالِ، وَخَمْسَةُ دَرَاهِمٍ وَزَنًا وَإِنْ جَعَلْتَهُ أَلْفَ جُزْءٍ لَمْ يَزِدْ فِيهِ
وَزَنُ قِيرَاطٍ، وَبَاقِي كَلَامِهِ ظَاهِرٌ، وَقَدْ تَقَدَّمَ فِي كِتَابِ الطَّلَاقِ.

(وَلَوْ قَالَ لَهُ عَلَيَّ مِنْ دِرْهَمٍ إِلَى عَشْرَةٍ أَوْ قَالَ مَا بَيْنَ دِرْهَمٍ إِلَى عَشْرَةٍ لَزِمَهُ تِسْعَةٌ)
عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ فَيَلْزِمُهُ الْإِبْتِدَاءُ وَمَا بَعْدَهُ وَتَسْقُطُ الْغَايَةُ، وَقَالَا: يَلْزِمُهُ الْعَشْرَةُ كُلُّهَا)
فَتَدْخُلُ الْغَايَتَانِ. وَقَالَ زُهْرٌ: يَلْزِمُهُ ثَمَانِيَّةٌ وَلَا تَدْخُلُ الْغَايَتَانِ.

(وَلَوْ قَالَ لَهُ مِنْ دَارِي مَا بَيْنَ هَذَا الْحَائِطِ إِلَى هَذَا الْحَائِطِ فَلَهُ مَا بَيْنَهُمَا وَلَيْسَ لَهُ
مِنَ الْحَائِطَيْنِ شَيْءٌ) وَقَدْ مَرَّتِ الدَّلَائِلُ فِي الطَّلَاقِ.

فصل

(وَمَنْ قَالَ: لِحَمَلِ فُلَانَةٍ عَلَيَّ أَلْفَ دِرْهَمٍ، فَإِنْ قَالَ أَوْصَى لَهُ فُلَانٌ أَوْ مَاتَ أَبُوهُ
فَوَرِثَهُ فَالْإِقْرَارُ صَحِيحٌ) لِأَنَّهُ أَقْرَبُ سَبَبٍ صَالِحٍ لِثَبُوتِ الْمِلْكِ لَهُ (ثُمَّ إِذَا جَاءَتْ بِهِ فِي مُدَّةٍ
يَعْلَمُ أَنَّهُ كَانَ قَائِمًا وَقَدْ إِقْرَارَ لَزِمَهُ، فَإِنْ جَاءَتْ بِهِ مَيِّتًا فَلَمَّا لِلْمُوصِي وَالْمُورِثِ حَتَّى
يُقَسَّمُ بَيْنَ وَرَثَتِهِ) لِأَنَّهُ إِقْرَارٌ فِي الْحَقِيقَةِ لَهُمَا، وَإِنَّمَا يَنْتَقِلُ إِلَى الْجَنِينِ بَعْدَ الْوِلَادَةِ وَلَمْ
يَنْتَقِلْ (وَلَوْ جَاءَتْ بِوَلَدَيْنِ حَيَيْنِ فَلَمَّا بَيْنَهُمَا، وَلَوْ قَالَ الْمُقْرِ بَاعَنِي أَوْ أَقْرَضَنِي لَمْ يَلْزِمَهُ
شَيْءٌ) لِأَنَّهُ بَيْنَ مُسْتَحِيلًا. قَالَ (وَأِنْ أَبْهَمَ الْإِقْرَارُ لَمْ يَصِحَّ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ:
يَصِحُّ) لِأَنَّ الْإِقْرَارَ مِنَ الْحُجَجِ فَيَحِبُّ إِعْمَالُهُ وَقَدْ أَمَكْنَ بِالْحَمَلِ عَلَى السَّبَبِ الصَّالِحِ.
وَلَأَبِي يُوسُفَ أَنَّ الْإِقْرَارَ مُطْلَقٌ يَنْصَرِفُ إِلَى الْإِقْرَارِ بِسَبَبِ التَّجَارَةِ، وَلِهَذَا حُمِلَ إِقْرَارُ
الْعَبْدِ الْمَأْذُونِ لَهُ وَاحِدِ الْمُتَفَاوِضِينَ عَلَيْهِ فَيَصِيرُ كَمَا إِذَا صَرَّحَ بِهِ.

الشرح:

(فصل): لَمَّا كَانَتْ مَسَائِلُ الْحَمْلِ مُعَايِرَةً لِعَيْرِهَا ذَكَرَهَا فِي فَصْلِ عَلَى حِدَةٍ وَالْحَقَّ بِهَا مَسْأَلَةُ الْخِيَارِ اثْبَاعًا لِلْمَبْسُوطِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ. قَالَ (وَمَنْ قَالَ لِحَمْلٍ فَلَانَةٌ عَلَيَّ أَلْفُ دِرْهَمٍ إلخ) وَمَنْ أَقَرَّ لِحَمْلٍ، فِيمَا أَنْ يُبَيِّنَ سَبَبًا أَوْ لَا، فَإِنْ بَيَّنَّ فِيمَا أَنْ يَكُونَ سَبَبًا صَالِحًا أَوْ لَا فَإِنْ كَانَ صَالِحًا مِثْلُ أَنْ يَقُولَ أَوْصَى لَهُ فُلَانٌ أَوْ مَاتَ أَبُوهُ فَوَرِثَهُ فَلَا إِقْرَارُ صَحِيحٌ لِأَنَّهُ يَبَيِّنُ سَبَبًا لَوْ عَايَنَاهُ حَكَمْنَا بِهِ فَكَذَلِكَ يَقْرَرُهُ.

ثُمَّ إِذَا وَجَدَ السَّبَبُ الصَّالِحُ فَلَا بُدَّ مِنْ وُجُودِ الْمُقَرَّرِ لَهُ عِنْدَ الْإِقْرَارِ، فَإِنْ جَاءَتْ بِهِ لَمْدَةٌ يُعْلَمُ فِيهَا أَنَّهُ كَانَ قَائِمًا: أَيْ مَوْجُودًا وَقْتَ الْقَرَارِ بِأَنْ وَلَدَتْ لِأَقْلٍ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ وَقْتِ الْإِقْرَارِ لِرِمِّهِ، وَإِنْ جَاءَتْ بِهِ لِأَكْثَرٍ إِلَى سِتِّينَ وَهِيَ مُعْتَدَّةٌ فَكَذَلِكَ، وَأَمَّا إِذَا جَاءَتْ بِهِ لِأَكْثَرٍ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ وَهِيَ غَيْرُ مُعْتَدَّةٍ لَمْ يَلْزَمُهُ، وَكَذَا إِنْ جَاءَتْ بِهِ مِيتًا فَلَمَّا لِلْمُوصِي وَالْمُورِثِ يُقْسَمُ بَيْنَ وَرَثَتِهِ، لِأَنَّ هَذَا الْإِقْرَارَ فِي الْحَقِيقَةِ لُهُمَا، وَإِنَّمَا يَنْتَقِلُ إِلَى الْجَنِينِ بَعْدَ الْوِلَادَةِ وَلَمْ يَنْتَقِلْ، وَإِنْ جَاءَتْ بِوَلَدَيْنِ حَيَيْنِ فَلَمَّا لِيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ إِنْ كَانَا ذَكَرَيْنِ أَوْ أُنْثَيْنِ، وَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا ذَكَرًا وَالْآخَرُ أُنْثَى فَفِي الْوَصِيَّةِ كَذَلِكَ، وَفِي الْمِيرَاثِ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَيْنِ، وَإِنْ كَانَ السَّبَبُ غَيْرَ صَالِحٍ مِثْلُ أَنْ قَالَ بَاعَنِي أَوْ أَقْرَضَنِي لَمْ يَلْزَمُهُ شَيْءٌ لِأَنَّهُ يَبَيِّنُ مُسْتَحِيلًا لَعَدَمِ تَصَوُّرِهِمَا مِنَ الْجَنِينِ لَا حَقِيقَةً وَهُوَ ظَاهِرٌ، وَلَا حُكْمًا لِأَنَّهُ لَا يُؤْلَى عَلَيْهِ.

فَإِنْ قِيلَ: كَانَ ذَلِكَ رُجُوعًا وَهُوَ فِي الْإِقْرَارِ لَا يَصِحُّ. أَجِيبُ بِأَنَّهُ لَيْسَ بِرُجُوعٍ بَلْ ظُهُورٌ كَذِبِهِ يَبَيِّنُ كَمَا لَوْ قَالَ قَطَعْتَ يَدَ فُلَانٍ عَمْدًا أَوْ خَطَأً وَيَدُ فُلَانٍ صَحِيحَةٌ، وَهَذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا أَقَرَّ لِلرَّضِيعِ وَبَيَّنَّ السَّبَبَ بِذَلِكَ، لِأَنَّهُ إِنْ لَمْ يُتَصَوَّرْ ذَلِكَ مِنْهُ حَقِيقَةً فَقَدْ يُتَصَوَّرُ ذَلِكَ حُكْمًا بِنَائِبِهِ وَهُوَ الْقَاضِي أَوْ مَنْ يَأْذُنُ لَهُ الْقَاضِي، وَإِذَا تُصَوِّرَ بِالنَّائِبِ جَازَ لِلْمُقَرَّرِ إِضَافَةُ الْإِقْرَارِ إِلَيْهِ وَإِنْ لَمْ يُبَيِّنْ سَبَبًا، وَهُوَ الْمُرَادُ بِقَوْلِهِ وَإِنْ أَبْهَمَ الْإِقْرَارَ لَمْ يَصِحَّ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ وَصَحَّحَهُ مُحَمَّدٌ، لِأَنَّ الْإِقْرَارَ إِذَا صَدَرَ مِنْ أَهْلِهِ مُضَافًا إِلَى مَحَلِّهِ كَانَ حُجَّةً يَجِبُ الْعَمَلُ بِهَا، وَلَا نِزَاعَ فِي صُدُورِهِ عَنْ أَهْلِهِ لِأَنَّهُ هُوَ الْمَفْرُوضُ وَأَمَّا إِذَا أُضِيفَتْ إِلَى الْمَحَلِّ بِحَمْلِهِ عَلَى السَّبَبِ الصَّالِحِ حَمْلًا لِكَلَامِ الْعَاقِلِ عَلَى الصَّحَّةِ، كَالْعَبْدِ الْمَأْذُونِ إِذَا أَقَرَّ بِدَيْنٍ فَإِنْ إقْرَارُهُ وَإِنْ احْتَمَلَ الْفَسَادَ بِكَوْنِهِ صَدَاقًا أَوْ دَيْنَ كِفَالَةٍ وَالصَّحَّةُ بِكَوْنِهِ مِنَ التَّجَارَةِ كَانَ

صَحِيحًا تَصَحِيحًا لِكَلَامِ الْعَاقِلِ. وَلَأَيُّ يُوْسُفَ أَنْ مُطْلَقَ الْإِقْرَارِ يَنْصَرِفُ إِلَى الْإِقْرَارِ بِسَبَبِ التَّجَارَةِ وَلِهَذَا حُمِلَ إِقْرَارُ الْعَبْدِ الْمَأْذُونِ لَهُ وَأَحَدُ الْمُتَفَاوِضِينَ عَلَيْهِ فَأَخَذَ بِهِ الشَّرِيكُ الْآخَرُ وَالْعَبْدُ فِي حَالِ رِقَّةٍ فَيَصِيرُ بِدَلَالَةِ الْعُرْفِ كَالْتَصْرِيحِ بِهِ.

قَالَ (وَمَنْ أَقَرَّ بِحَمْلِ جَارِيَةٍ أَوْ حَمَلَ شَاةَ لِرَجُلٍ صَحَّ إِقْرَارُهُ وَلَزِمَهُ) لِأَنَّ لَهُ وَجْهًا صَحِيحًا وَهُوَ الْوَصِيَّةُ بِهِ مِنْ جِهَةٍ غَيْرِهِ فَحُمِلَ عَلَيْهِ.

الشرح:

وَمَنْ أَقَرَّ بِحَمْلِ جَارِيَةٍ أَوْ حَمَلَ شَاةَ لِرَجُلٍ صَحَّ الْإِقْرَارُ وَلَزِمَهُ، لِأَنَّ لَهُ وَجْهًا صَحِيحًا لِأَنَّ الْجَارِيَةَ كَانَتْ لَوَاحِدٍ أَوْصَى بِحَمْلِهَا لِرَجُلٍ وَمَاتَ وَالْمَقْرُ وَارِثُهُ وَرِثَ الْجَارِيَةَ عَالِمًا بِوَصِيَّةِ مُورِثِهِ، وَإِذَا صَحَّ ذَلِكَ وَجَبَ الْحَمْلُ عَلَيْهِ، وَلَا وَجْهَ لِلْمِيرَاثِ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ لِأَنَّ مَنْ لَهُ مِيرَاثٌ فِي الْحَمْلِ لَهُ مِيرَاثٌ فِي الْحَامِلِ أَيْضًا.

قَالَ (وَمَنْ أَقَرَّ بِشَرْطِ الْخِيَارِ بَطَلَ الشَّرْطُ) لِأَنَّ الْخِيَارَ لِلْفَسْخِ وَالْإِخْبَارِ لَا يَحْتَمِلُهُ (وَلَزِمَهُ الْمَالُ) لَوْجُودِ الصَّيْغَةِ الْمُلْزِمَةِ وَلَمْ تَنْعَدِمَ بِهِذَا الشَّرْطُ الْبَاطِلُ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

الشرح:

وَمَنْ أَقَرَّ لِرَجُلٍ بِشَيْءٍ عَلَى أَنَّهُ بِالْخِيَارِ فِي إِقْرَارِهِ لثَلَاثَةِ أَيَّامٍ فَلَا إِقْرَارَ صَحِيحٌ يَلْزَمُ بِهِ مَا أَقَرَّ بِهِ لَوْجُودِ الصَّيْغَةِ الْمُلْزِمَةِ وَهِيَ قَوْلُهُ عَلَيَّ وَتَحْوُهُ، وَالْخِيَارُ بَاطِلٌ لِأَنَّ الْخِيَارَ لِلْفَسْخِ وَالْإِخْبَارِ لَا يَحْتَمِلُهُ، لِأَنَّ الْخَبَرَ إِنْ كَانَ صَادِقًا بِمُطَابَقَتِهِ لِلْوَاقِعِ فَلَا مُعْتَبَرَ بِاخْتِيَارِهِ وَعَدَمِ اخْتِيَارِهِ، وَإِنْ كَانَ كَاذِبًا لَمْ يَتَغَيَّرْ بِاخْتِيَارِهِ وَعَدَمِ اخْتِيَارِهِ، وَإِنَّمَا تَأْثِيرُهُ فِي الْعُقُودِ لِتَتَغَيَّرَ بِهِ صِفَةُ الْعَقْدِ وَيَتَخَيَّرُ بِهِ بَيْنَ فُسْخِهِ وَإِمْضَائِهِ.

باب الاستثناء في معناه

قَالَ: (وَمَنْ اسْتَثْنَى مُتَّصِلًا بِإِقْرَارِهِ صَحَّ الْاسْتِثْنَاءُ وَلَزِمَهُ الْبَاقِي) لِأَنَّ الْاسْتِثْنَاءَ مَعَ الْجُمْلَةِ عِبَارَةٌ عَنِ الْبَاقِي وَلَكِنْ لَا بُدَّ مِنَ الْإِتِّصَالِ، (وَسَوَاءٌ اسْتَثْنَى الْأَقْلَ أَوِ الْأَكْثَرَ، فَإِنْ اسْتَثْنَى الْجَمِيعَ لَزِمَهُ الْإِقْرَارُ وَيَبْطُلُ الْاسْتِثْنَاءُ) لِأَنَّهُ تَكَلَّمَ بِالْحَاصِلِ بَعْدَ الثَّنْيَا وَلَا حَاصِلَ بَعْدَهُ فَيَكُونُ رُجُوعًا، وَقَدْ مَرَّ الْوَجْهُ فِي الطَّلَاقِ.

الشرح:

(بَابُ الْاسْتِثْنَاءِ وَمَا فِي مَعْنَاهُ): لَمَّا ذَكَرَ مُوجِبَ الْإِقْرَارِ بِمَا مُغَيَّرَ شَرَعَ فِي بَيَانِ

مُوجِبِهِ مَعَ الْمُغَيَّرِ وَهُوَ الاسْتِثْنَاءُ وَمَا فِي مَعْنَاهُ فِي كَوْنِهِ مُغَيَّرًا وَهُوَ الشَّرْطُ. وَالْاسْتِثْنَاءُ اسْتِفْعَالٌ مِنَ الثَّنِي وَهُوَ الصَّرْفُ وَهُوَ مُتَّصِلٌ، وَهُوَ الْإِخْرَاجُ وَالتَّكْلُمُ بِالْبَاقِي، وَمُنْفَصِلٌ وَهُوَ مَا لَا يَصِحُّ إِخْرَاجُهُ (قَالَ: وَمَنْ اسْتَشْنَى مُتَّصِلًا بِإِقْرَارِهِ صَحَّ اسْتِثْنَاؤُهُ وَلَزِمَهُ الْبَاقِي) أَمَّا لُزُومُ الْبَاقِي فَلَأَنَّ الْاسْتِثْنَاءَ مَعَ الْجُمْلَةِ: أَيِ الصَّدْرِ عِبَارَةً عَنِ الْبَاقِي. لِأَنَّ مَعْنَى قَوْلِهِ عَلَيَّ عَشْرَةٌ إِلَّا ذَرَاهِمًا مَعْنَى قَوْلِهِ عَلَيَّ تِسْعَةٌ لَمَّا عُرِفَ فِي الْأُصُولِ. وَأَمَّا اشْتِرَاطُ الْأَنْصَالِ فَإِنَّهُ قَوْلُ عَامَّةِ الْعُلَمَاءِ وَثَقُلَ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا جَوَازُ التَّأَخِيرِ وَقَدْ عُرِفَ ذَلِكَ أَيْضًا فِي الْأُصُولِ، وَلَا فَصْلَ بَيْنَ كَوْنِ الْمُسْتَشْنَى أَقْلَ أَوْ أَكْثَرَ، وَهُوَ أَيْضًا قَوْلُ الْأَكْثَرِ.

وَقَالَ الْفَرَاءُ: اسْتِثْنَاءُ الْأَكْثَرِ لَا يَجُوزُ لِأَنَّ الْعَرَبَ لَمْ تَتَكَلَّمْ بِذَلِكَ، وَالذَّلِيلُ عَلَى جَوَازِهِ قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿قُمْ أَلَيْلًا إِلَّا قَلِيلًا﴾ ﴿يَصْفَهُ أَوْ انْقُصْ مِنْهُ قَلِيلًا﴾ ﴿أَوْزِدْ عَلَيْهِ﴾ [المزمل: ٢-٤] وَاسْتِثْنَاءُ الْكُلِّ بَاطِلٌ لَمَّا ذَكَرْنَا أَنَّهُ تَكَلَّمَ بِالْحَاصِلِ بَعْدَ الثَّنِي وَلَا حَاصِلَ بَعْدَ الْكُلِّ فَيَكُونُ رُجُوعًا، وَالرُّجُوعُ عَنِ الْإِقْرَارِ بَاطِلٌ مَوْصُولًا كَانَ أَوْ مَفْصُولًا، فَإِنَّ اسْتَشْنَى الْجَمِيعِ لَزِمَهُ الْإِقْرَارُ وَبَطَلَ الْاسْتِثْنَاءُ، وَهَذَا إِذَا كَانَ الْاسْتِثْنَاءُ بِعَيْنِ ذَلِكَ اللَّفْظِ، أَمَّا إِذَا كَانَ بِغَيْرِ ذَلِكَ اللَّفْظِ فَإِنَّهُ يَصِحُّ.

قَالَ الْمُصَنِّفُ فِي الْبَابِ الْأَوَّلِ مِنْ أَيْمَانَ الزِّيَادَاتِ: اسْتِثْنَاءُ الْكُلِّ مِنَ الْكُلِّ إِمَّا لَا يَصِحُّ إِذَا كَانَ الْمُسْتَشْنَى بِعَيْنِ ذَلِكَ اللَّفْظِ، أَمَّا إِذَا كَانَ بِغَيْرِ ذَلِكَ فَيَصِحُّ كَمَا إِذَا قَالَ نِسَائِي طَوَّاقٌ إِلَّا نِسَائِي لَا يَصِحُّ الْاسْتِثْنَاءُ، وَلَوْ قَالَ إِلَّا عَمْرَةٌ وَرَيْتَبٌ وَسُعَادٌ حَتَّى أَتَى عَلَى الْكُلِّ صَحَّ. قِيلَ: وَتَحْقِيقُ ذَلِكَ أَنَّ الْاسْتِثْنَاءَ إِذَا وَقَعَ بِغَيْرِ اللَّفْظِ الْأَوَّلِ أَمُكِّنَ جَعْلَهُ تَكْلُمًا بِالْحَاصِلِ بَعْدَ الثَّنِي، لِأَنَّهُ إِمَّا صَارَ كُلًّا ضَرُورَةً عَدَمِ مِلْكِهِ فِيمَا سِوَاهُ لَا لِأَمْرِ يَرْجِعُ إِلَى اللَّفْظِ، فَبِالنَّظَرِ إِلَى ذَاتِ اللَّفْظِ أَمُكِّنَ أَنْ يُجْعَلَ الْمُسْتَشْنَى بَعْضُ مَا يَتَنَاوَلُهُ الصَّدْرُ وَالْامْتِنَاعُ مِنْ خَارِجٍ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ بِعَيْنِ ذَلِكَ اللَّفْظِ فَإِنَّهُ لَا يُمَكِّنُ جَعْلَهُ تَكْلُمًا بِالْحَاصِلِ بَعْدَ الثَّنِي.

فَإِنْ قِيلَ: هَذَا تَرْجِيحُ جَانِبِ اللَّفْظِ عَلَى الْمَعْنَى وَإِهْمَالُ الْمَعْنَى رَأْسًا فَمَا وَجْهُ ذَلِكَ؟ أَجِيبَ بِأَنَّ الْاسْتِثْنَاءَ تَصَرَّفُ لَفْظِيًّا، أَلَا تَرَى أَنَّهُ إِذَا قَالَ أَنْتَ طَالِقٌ سَتَ تَطْلِيقَاتٍ إِلَّا أَرْبَعًا صَحَّ الْاسْتِثْنَاءُ وَوَقَعَ طَلَقَتَانِ، وَإِنْ كَانَ السَّتَ لَا صِحَّةَ لَهَا مِنْ حَيْثُ

الحُكْمُ لِأَنَّ الطَّلَاقَ لَا يَزِيدُ عَلَى الثَّلَاثِ، وَمَعَ هَذَا لَا يُجْعَلُ كَأَنَّهُ قَالَ أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا إِلَّا أَرْبَعًا فَكَانَ اعْتِبَارُهُ أُولَى.

(وَلَوْ قَالَ: لَهُ عَلَى مِائَةِ دِرْهَمٍ إِلَّا دِينَارًا أَوْ إِلَّا قَفِيزَ حِنْطَةٍ لَزِمَهُ مِائَةُ دِرْهَمٍ إِلَّا قِيمَةُ الدِّينَارِ أَوْ الْقَفِيزِ) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ (وَلَوْ قَالَ لَهُ عَلَى مِائَةِ دِرْهَمٍ إِلَّا ثَوْبًا لَمْ يَصِحَّ الِاسْتِثْنَاءُ وَقَالَ مُحَمَّدٌ: لَا يَصِحُّ فِيهِمَا) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يَصِحُّ فِيهِمَا. وَلِمُحَمَّدٍ أَنْ الِاسْتِثْنَاءَ مَا لَوْلَاهُ لَدَخَلَ تَحْتَ اللَّفْظِ، وَهَذَا لَا يَتَحَقَّقُ فِي خِلَافِ الْجِنْسِ. وَلِلشَّافِعِيِّ أَنَّهُمَا اتَّحَدَا جِنْسًا مِنْ حَيْثُ الْمَالِيَّةُ. وَلَهُمَا أَنَّ الْمَجَانِسَةَ فِي الْأَوَّلِ ثَابِتَةٌ مِنْ حَيْثُ الثَّمَنِيَّةُ، وَهَذَا فِي الدِّينَارِ ظَاهِرٌ. وَالْمَكِيلُ وَالْمَوْزُونُ أَوْصَافُهَا أَثْمَانٌ؛ أَمَّا الثَّوْبُ فَلَيْسَ بِثَمَنِ أَصْلًا وَهَذَا لَا يَجِبُ بِمُطْلَقِ عَقْدِ الْمَعَاوَضَةِ وَمَا يَكُونُ ثَمَنًا صَلَحَ مُقَدَّرًا بِالدَّرَاهِمِ فَصَارَ مُسْتَثْنَى مِنَ الدَّرَاهِمِ، وَمَا لَا يَكُونُ ثَمَنًا لَا يَصْلَحُ مُقَدَّرًا فَبَقِيَ الْمُسْتَثْنَى مِنَ الدَّرَاهِمِ مَجْهُولًا فَلَا يَصِحُّ.

الشرح:

وَلَوْ قَالَ لَهُ عَلَى مِائَةِ دِرْهَمٍ إِلَّا دِينَارًا أَوْ إِلَّا قَفِيزَ حِنْطَةٍ صَحَّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ وَلَزِمَهُ مِائَةُ إِلَّا قِيمَةُ الدِّينَارِ أَوْ الْقَفِيزِ خِلَافًا لِمُحَمَّدٍ. وَلَوْ قَالَ لَهُ عَلَى مِائَةِ إِلَّا ثَوْبًا لَمْ يَصِحَّ عِنْدَنَا خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ.

وَقَوْلُهُ (فِيهِمَا) أَيُّ فِي قَوْلِ مُحَمَّدٍ وَالشَّافِعِيِّ يَعُودُ إِلَى الْمُقَدَّرِ وَغَيْرِهِ، لِأَنَّ الْكَلَامَ السَّابِقَ يَشْتَمِلُ عَلَى الدِّينَارِ وَالْقَفِيزِ وَذَلِكَ مُقَدَّرٌ وَعَلَى الثَّوْبِ وَهُوَ غَيْرُ مُقَدَّرٍ.

لِمُحَمَّدٍ أَنْ الِاسْتِثْنَاءَ إِخْرَاجُ مَا لَوْلَاهُ لَدَخَلَ تَحْتَ اللَّفْظِ وَذَلِكَ لَا يَتَحَقَّقُ فِي خِلَافِ الْجِنْسِ وَهَذَا هُوَ الْقِيَاسُ، وَلِلشَّافِعِيِّ أَنَّ الشَّرْطَ اتَّحَادُ الْجِنْسِ وَهُوَ مَوْجُودٌ مِنْ حَيْثُ الْمَالِيَّةُ فَاتَّقَى الْمَانِعَ بَعْدَ تَحَقُّقِ الْمُقْتَضَى وَهُوَ التَّصَرُّفُ اللَّفْظِيُّ، وَكَلَامُ الْمُصَنِّفِ كَمَا تَرَى يُشِيرُ إِلَى أَنَّ الْمَجَانِسَةَ بَيْنَ الْمُسْتَثْنَى وَالْمُسْتَثْنَى مِنْهُ شَرْطٌ عِنْدَ الشَّافِعِيِّ أَيْضًا وَهُوَ الْحَقُّ، وَقَرَّرَ الشَّارِحُونَ كَلَامَهُ عَلَى أَنَّهَا لَيْسَتْ بِشَرْطٍ بِنَاءً عَلَى أَنَّ الِاسْتِثْنَاءَ عِنْدَهُ يُعَارِضُ الصَّدْرَ وَلَيْسَ مِنْ شَرْطِهِ الْمَجَانِسَةُ، وَلَيْسَ بِصَحِيحٍ لِأَنَّهُ يَقُولُ بِالْإِخْرَاجِ بَعْدَ الدُّخُولِ بِطَرِيقِ الْمُعَارِضَةِ، وَتَحْنُ نَقُولُ: إِنَّ الِاسْتِثْنَاءَ لَيَبَانَ أَنَّ الصَّدْرَ لَمْ يَتَنَاوَلَ الْمُسْتَثْنَى فَهُوَ أَحْوَجُ إِلَى إِثْبَاتِ الْمَجَانِسَةِ لِأَجْلِ الدُّخُولِ مَنَّا.

وَأَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ أَنَّ شَرْطَ الاسْتِثْنَاءِ الْمُتَّصِلِ الْمُجَانَسَةِ وَهِيَ فِي الْمُقَدَّرَاتِ ثَابِتَةٌ. وَتَحْقِيقُهُ أَنَّ عَدَمَ تَنَاوُلِ الدَّرَاهِمِ غَيْرَهَا لَفْظًا لَا يَرْتَابُ فِيهِ أَحَدٌ، وَإِنَّمَا الْكَلَامُ فِي تَنَاوُلِهَا إِنَاءُ حُكْمًا، فَقَلْنَا بَتَنَاوُلِ مَا كَانَ عَلَى أَحْصَ أَوْصَافِهَا الَّذِي هُوَ الثَّمَنِيَّةُ وَهُوَ الدَّنَانِيرُ وَالْمُقَدَّرَاتُ وَالْعَدَدِيُّ الْمُتَقَارِبُ. أَمَّا الدَّنَانِيرُ فَظَاهِرَةٌ، وَأَمَّا الْمُقَدَّرَاتُ فَلِأَنَّهَا أَمَانٌ بِأَوْصَافِهَا، فَإِنَّهَا إِذَا وُصِفَتْ تَثَبَّتْ فِي الذِّمَّةِ حَالًا أَوْ مُوجَلًا وَجَارَ الاسْتِغْرَاضُ بِهَا، وَأَمَّا الْعَدَدِيُّ الْمُتَقَارِبُ فَلِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الْمَثَلِيِّ فِي قِلَّةِ التَّفَاوُتِ، وَمَا كَانَ ثَمَنًا صَلَحَ مُقَدَّرًا لِمَا دَخَلَ تَحْتَ الْمُسْتَنْثَى مِنَ الدَّرَاهِمِ لِحُصُولِ الْمُجَانَسَةِ بَيْنَهُمَا بِاشْتِرَاكِهِمَا فِي أَحْصَ الْأَوْصَافِ فَصَارَ بِقَدْرِهِ مُسْتَنْثَى مِنَ الدَّرَاهِمِ بِقِيَمَتِهِ، وَأَمَّا الثُّوبُ فَلَيْسَ بِثَمَنِ أَصْلًا وَلِهَذَا لَا يَجِبُ بِمُطْلَقِ عَقْدِ الْمُعَاوَضَةِ بَلْ يَثْبُتُ سَلَمًا أَوْ مَا هُوَ بِمَعْنَى السَّلَمِ كَالْبَيْعِ بِثِيَابِ مَوْصُوفَةٍ، وَمَا لَيْسَ بِثَمَنِ لَا يَصْلُحُ مُقَدَّرًا لِلدَّرَاهِمِ لِعَدَمِ الْمُجَانَسَةِ فَبَقِيَ الاسْتِثْنَاءُ مِنَ الدَّرَاهِمِ مَجْهُولًا، وَجَهَالَةُ الْمُسْتَنْثَى تُوجِبُ جَهَالَةَ الْمُسْتَنْثَى مِنْهُ فَلَا يَصِحُّ الاسْتِثْنَاءُ.

وَلِقَائِلِ أَنْ يَقُولَ: مَا لَيْسَ بِثَمَنِ لَا يَصْلُحُ مُقَدَّرًا مِنْ حَيْثُ اللَّفْظُ أَوْ الْقِيَمَةُ وَالْأَوَّلُ مُسَلَّمٌ وَلَيْسَ الْكَلَامُ فِيهِ، وَالثَّانِي مَمْنُوعٌ فَإِنَّ الْمُقَدَّرَاتِ تُقَدَّرُ الدَّرَاهِمُ مِنْ حَيْثُ الْقِيَمَةُ.

وَالْجَوَابُ أَنَّ التَّقْدِيرَ الاسْتِثْنَائِيَّ يَقْتَضِي حَقِيقَةَ التَّجَانُسِ أَوْ مَعْنَاهُ بِمَا ذَكَرْنَا مِنْ حَيْثُ أَحْصَ الْأَوْصَافِ اسْتِحْسَانًا فَلَا بُدَّ مِنْ تَقْدِيرِ التَّجَانُسِ ثُمَّ الْمَصِيرُ إِلَى الْقِيَمَةِ وَلَيْسَ ذَلِكَ فِي غَيْرِ الْمُقَدَّرَاتِ.

قَالَ: (وَمَنْ أَقَرَّ بِحَقِّ وَقَالَ إِنْ شَاءَ اللَّهُ مُتَّصِلًا) بِإِقْرَارِهِ (لَمْ يَلْزِمَهُ الْإِقْرَارُ) لِأَنَّ الاسْتِثْنَاءَ بِمَشِيئَةِ اللَّهِ إِمَّا إِبْطَالَ أَوْ تَعْلِيلَ؛ فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ فَقَدْ بَطُلَ، وَإِنْ كَانَ الثَّانِي فَكَذَلِكَ، إِمَّا لِأَنَّ الْإِقْرَارَ لَا يَحْتَمِلُ التَّعْلِيلَ بِالشَّرْطِ، أَوْ لِأَنَّهُ شَرْطٌ لَا يُوقَفُ عَلَيْهِ كَمَا ذَكَرْنَا فِي الطَّلَاقِ بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ لِفُلَانٍ عَلَيَّ مِائَةُ دِرْهَمٍ إِذَا مِتُّ أَوْ إِذَا جَاءَ رَأْسُ الشَّهْرِ أَوْ إِذَا أَفْطَرَ النَّاسُ لِأَنَّهُ فِي مَعْنَى بَيَانِ الْمُدَّةِ فَيَكُونُ تَأْجِيلًا لَا تَعْلِيلًا، حَتَّى تَوْ كَذَبَهُ الْمُقَرَّرُ فِي الْأَجْلِ يَكُونُ الْمَالُ حَالًا.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ أَقَرَّ بِحَقِّ وَقَالَ إِنْ شَاءَ اللَّهُ إلخ) وَمَنْ قَالَ لِفُلَانٍ عَلَيَّ مِائَةَ دِرْهَمٍ إِنْ

شَاءَ اللَّهُ لَمْ يَلْزِمَهُ الْإِقْرَارُ، لِأَنَّ الْاسْتِثْنَاءَ بِمَشِيئَةِ اللَّهِ إِمَّا إِبْطَالُ كَمَا هُوَ مَذْهَبُ أَبِي يُوسُفَ أَوْ هُوَ تَعْلِيقٌ كَمَا هُوَ مَذْهَبُ مُحَمَّدٍ، وَتَمَرَّةُ الْخِلَافِ تَظْهَرُ فِيْمَا إِذَا قَدَّمَ الْمَشِيئَةَ فَقَالَ إِنْ شَاءَ اللَّهُ أَنْتَ طَالِقٌ. عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ لَا يَقَعُ الطَّلَاقُ لِأَنَّهُ إِبْطَالٌ، وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ يَقَعُ لِأَنَّهُ تَعْلِيقٌ، فَإِذَا قَدَّمَ الشَّرْطَ وَلَمْ يَذْكُرْ حَرْفَ الْجَزَاءِ لَمْ يَتَعَلَّقْ وَبَقِيَ الطَّلَاقُ مِنْ غَيْرِ شَرْطٍ فَوَقَعَ، وَكَيْفَمَا كَانَ لَمْ يَلْزِمَهُ الْإِقْرَارُ لِأَنَّهُ إِنْ كَانَ الْأَوَّلُ فَقَدْ بَطَلَ، وَإِنْ كَانَ الثَّانِي فَكَذَلِكَ، إِمَّا لِأَنَّ الْإِقْرَارَ لَا يَحْتَمِلُ التَّعْلِيقَ بِالشَّرْطِ لِأَنَّ الْإِقْرَارَ إِخْبَارٌ عَمَّا سَبَقَ وَالتَّعْلِيقُ إِنَّمَا يَكُونُ بِالنَّسْبَةِ إِلَى الْمُسْتَقْبَلِ وَيَنْتَهِي مَنَافَاةً، وَإِمَّا لِأَنَّهُ شَرْطٌ لَا يُوقَفُ عَلَيْهِ وَالتَّعْلِيقُ بِهِ غَيْرُ صَحِيحٍ وَقَدْ تَقَدَّمَ فِي الطَّلَاقِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ لِفُلَانٍ عَلَيَّ مِائَةُ دِرْهَمٍ إِذَا مِتُّ أَوْ إِذَا جَاءَ رَأْسُ الشَّهْرِ أَوْ إِذَا أَفْطَرَ النَّاسُ، لِأَنَّهُ لَيْسَ بِتَعْلِيقٍ بَلْ هُوَ بَيَانُ الْمُدَّةِ فَيَكُونُ ذَلِكَ مِنْهُ دَعْوَى الْأَجَلِ إِلَى الْوَقْتِ الْمَذْكُورِ، حَتَّى لَوْ كَذَبَهُ الْمُقَرُّ لَهُ فِي الْأَجَلِ كَانَ الْمَالُ حَالًا عِنْدَنَا كَمَا تَقَدَّمَ.

قَالَ: (وَمَنْ أَقَرَّ بِدَارٍ وَاسْتَشْنَى بِنَاءَهَا لِنَفْسِهِ فَلِلْمُقَرِّ لَهُ الدَّارُ وَالْبِنَاءُ) لِأَنَّ الْبِنَاءَ دَاخِلٌ فِي هَذَا الْإِقْرَارِ مَعْنَى لَا لَفْظًا، وَالْاسْتِثْنَاءُ تَصَرُّفٌ فِي الْمَلْفُوظِ وَالْفَصُّ فِي الْخَاتَمِ وَالنَّخْلَةُ فِي الْبُسْتَانِ نَظِيرُ الْبِنَاءِ فِي الدَّارِ لِأَنَّهُ يَدْخُلُ فِيهِ تَبَعًا لَا لَفْظًا، بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ إِلَّا ثُلُثَهَا أَوْ إِلَّا بَيْتًا مِنْهَا لِأَنَّهُ دَاخِلٌ فِيهِ لَفْظًا (وَلَوْ قَالَ بِنَاءَ هَذَا الدَّارِ لِي وَالْعَرِصَةُ لِفُلَانٍ فَهُوَ كَمَا قَالَ) لِأَنَّ الْعَرِصَةَ عِبَارَةٌ عَنِ الْبُقْعَةِ دُونَ الْبِنَاءِ، فَكَأَنَّهُ قَالَ بِيَاضُ هَذِهِ الْأَرْضِ دُونَ الْبِنَاءِ لِفُلَانٍ، بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ مَكَانَ الْعَرِصَةِ أَرْضًا حَيْثُ يَكُونُ الْبِنَاءُ لِلْمُقَرِّ لَهُ لِأَنَّ الْإِقْرَارَ بِالْأَرْضِ إِقْرَارٌ بِالْبِنَاءِ كَالْإِقْرَارِ بِالدَّارِ.

الشرح:

قَالَ: (وَمَنْ أَقَرَّ بِدَارٍ وَاسْتَشْنَى بِنَاءَهَا لِنَفْسِهِ إلخ) وَمَنْ قَالَ هَذِهِ الدَّارُ لِفُلَانٍ إِلَّا بِنَاءَهَا فَإِنَّهُ لِي فَلِلْمُقَرِّ لَهُ الدَّارُ وَالْبِنَاءُ لِأَنَّ الْبِنَاءَ لَمْ يَتَنَاوَلْهُ لَفْظُ الدَّارِ مَقْصُودًا، وَالْاسْتِثْنَاءُ لِبَيَانِ أَنَّ الْمُسْتَشْنَى مِنْ مُتَنَاوَلِ لَفْظِ الْمُسْتَشْنَى مِنْهُ مَقْصُودًا وَلَمْ يَدْخُلْ تَحْتَهُ، فَالْبِنَاءُ لَا يَكُونُ مُسْتَشْنَى، أَمَّا أَنْ لَفْظَ الدَّارِ لَمْ يَتَنَاوَلِ الْبِنَاءَ مَقْصُودًا فَلَاغَةً يَدْخُلُ فِيهِ تَبَعًا، وَلِهَذَا لَوْ اسْتُحِقَّ الْبِنَاءُ قَبْلَ الْقَبْضِ لَا يَسْقُطُ شَيْءٌ مِنَ الثَّمَنِ بِمُقَابَلَتِهِ بَلْ يَتَخَيَّرُ الْمُشْتَرِي. وَأَمَّا أَنْ الْاسْتِثْنَاءَ لِبَيَانِ ذَلِكَ فَلَاغَةً تَصَرُّفٌ لَفْظِيٌّ وَقَدْ تَقَدَّمَ ذَلِكَ، وَالْفَصُّ فِي

الْحَائِمِ وَالنَّخْلَةَ فِي الْبُسْتَانِ تَظِيرُ الْبِنَاءِ فِي الدَّارِ لِأَنَّهَا تَدْخُلُ فِيهِ تَبَعًا لَا لَفْظًا. وَلَوْ قَالَ هَذِهِ الدَّارُ لِفُلَانٍ إِلَّا ثُلُثُهَا أَوْ إِلَّا بَيْتًا مِنْهَا فَهُوَ كَمَا قَالَ، لِأَنَّ ذَلِكَ دَاخِلٌ فِيهِ لَفْظًا وَمَقْصُودًا، حَتَّى لَوْ اسْتَحَقَّ الْبَيْتُ فِي بَيْعِ الدَّارِ سَقَطَ حَصَّتُهُ مِنَ الثَّمَنِ.

وَلَوْ قَالَ هَذِهِ الدَّارُ لِفُلَانٍ وَهَذَا الْبَيْتُ لِي كَانَ الْكُلُّ لِلْمُقَرَّرِ لَهُ لِأَنَّهُ أَقَرَّ بِكُلِّهَا ثُمَّ ادَّعَى شَيْئًا مِنْهَا بَعْدَ ذَلِكَ فَلَا يُصَدَّقُ إِلَّا بِحُجَّةٍ، وَلَوْ قَالَ بِنَاءُ هَذِهِ الدَّارِ لِي وَالْعَرَصَةُ لِفُلَانٍ فَهُوَ كَمَا قَالَ، لِأَنَّ الْعَرَصَةَ عِبَارَةٌ عَنْ بُقْعَةٍ لَا بِنَاءَ فِيهَا فَكَأَنَّهُ قَالَ: يَبَاضُ هَذِهِ الْأَرْضُ دُونَ الْبِنَاءِ لِفُلَانٍ فَالْبِنَاءُ لَا يَتَّبِعُهَا، بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ بِنَاءُ هَذِهِ الدَّارِ لِي وَالْأَرْضُ لِفُلَانٍ حَيْثُ كَانَا لِلْمُقَرَّرِ لَهُ لِأَنَّ الْإِقْرَارَ بِالْأَرْضِ لَأَصْلَتِهَا إِقْرَارُ بِالْبِنَاءِ كَالْإِقْرَارِ بِالْدَّارِ.

وَجِنْسُ هَذِهِ الْمَسَائِلِ يَخْرُجُ عَلَى أَصْلَيْنِ: أَحَدُهُمَا أَنَّ الْإِقْرَارَ بَعْدَ الدَّعْوَى صَحِيحٌ دُونَ الْعَكْسِ، وَالثَّانِي أَنَّ إِقْرَارَ الْإِنْسَانِ لَيْسَ بِحُجَّةٍ عَلَى غَيْرِهِ، فَإِذَا أَقَرَّ بِشَيْئَيْنِ يَتَّبِعُ أَحَدُهُمَا الْآخَرَ كَالْأَرْضِ وَالْبِنَاءِ، فَإِنْ كَانَ لِشَخْصٍ فُظَاهِرٌ، وَإِنْ كَانَ لِشَخْصَيْنِ، فَإِنْ قَدَّمَ التَّابِعَ فَقَالَ بِنَاءُ هَذِهِ الْأَرْضِ لِفُلَانٍ وَالْأَرْضُ لِفُلَانٍ فَكَمَا قَالَ لِأَنَّ الْإِقْرَارَ الْأَوَّلَ لَمَّا صَحَّ لَمْ يَصْلُحْ جَعْلُ الْبِنَاءِ تَابِعًا ثَانِيًا لِثَلَا يُلْزَمُ الْإِقْرَارُ عَلَى الْغَيْرِ، وَإِنْ قَدَّمَ الْمُتَّبِعَ فَكَلاهُمَا لِلْمُقَرَّرِ لَهُ لِأَنَّ الْإِقْرَارَ بِهِ يَسْتَتْبِعُ التَّابِعَ، فَالْإِقْرَارُ بِالتَّابِعِ بَعْدَ ذَلِكَ إِقْرَارٌ عَلَى الْغَيْرِ فَلَا يَصِحُّ.

وَإِذَا أَقَرَّ بِأَحَدِهِمَا، فَإِنْ كَانَ الْمُتَّبِعُ كَقَوْلِهِ الْأَرْضُ لِفُلَانٍ وَالْبِنَاءُ لِي كَانَا لِلْمُقَرَّرِ لَهُ بِالِاسْتِثْبَاعِ، وَإِنْ كَانَ التَّابِعُ كَقَوْلِهِ الْأَرْضُ لِي وَالْبِنَاءُ لِفُلَانٍ كَانَ كَمَا قَالَ، لِأَنَّ فِي الْأَوَّلِ دَعْوَى بَعْدَ الْإِقْرَارِ فَلَا يَصِحُّ وَفِي الثَّانِي عَكْسُهُ فَصَحَّ.

(وَلَوْ قَالَ لَهُ عَلَيَّ أَلْفُ دِرْهَمٍ مِنْ ثَمَنِ عَبْدٍ اشْتَرَيْتَهُ مِنْهُ وَلَمْ أَقْبِضْهُ، فَإِنْ ذَكَرَ عَبْدًا بَعَيْنِهِ قِيلَ لِلْمُقَرَّرِ لَهُ إِنْ شِئْتَ فَسَلِّمِ الْعَبْدَ وَخُذِ الْأَلْفَ وَلَا فَلَا شَيْءَ لَكَ).

قَالَ: وَهَذَا عَلَى وَجْهِهِ:

أَحَدُهَا: هَذَا وَهُوَ أَنْ يُصَدِّقَهُ وَيُسَلِّمَ الْعَبْدَ، وَجَوَابُهُ مَا ذَكَرَ، لِأَنَّ الثَّابِتَ بِتَصَادُقِهِمَا كَالثَّابِتِ مُعَايَنَةً.

وَالثَّانِي: أَنْ يَقُولَ الْمُقَرَّرُ لَهُ: الْعَبْدُ عَبْدُكَ مَا بَعْتُكَ وَإِنَّمَا بَعْتُكَ عَبْدًا غَيْرَ هَذَا وَفِيهِ الْمَالَ لَازِمٌ عَلَى الْمُقَرَّرِ لِإِقْرَارِهِ بِهِ عِنْدَ سَلَامَةِ الْعَبْدِ لَهُ وَقَدْ سَلِمَ فَلَا يُبَالِي بِاخْتِلَافِ السَّبَبِ

بعد حصول المقصود.

والثالث: أن يقول العبدُ عبدي ما بعثك.

وحكمه أن لا يلزم المقر شيء لأنه ما أقر بمال إلا عوضاً عن العبد فلا يلزمه دونه، ولو قال مع ذلك إنما بعثك غيره يتحالفان لأن المقر يدعي تسليم من عينه والآخر ينكر والمقر له يدعي عليه الألف ببيع غيره والآخر ينكره، وإذا تحالفا بطل المال، هذا إذا ذكر عبداً بعينه (وإن قال من ثمن عبد اشتريته ولم يعينه لزمه الألف ولا يصدق في قوله ما قبضت عند أبي حنيفة وصل أم فصل) لأنه رجوع فإنه أقر بوجوب المال رجوعاً إلى كلمته علي، وإنكاره القبض في غير المعين ينافي الوجوب أصلاً لأن الجهالة مقارنتاً كانت أو طارئة بأن اشترى عبداً ثم نسيه عند الاختلاط بأمثاله ثوجب هلاك المبيع فيمتنع وجوب نقد الثمن، وإذا كان كذلك كان رجوعاً فلا يصح وإن كان موصولاً.

وقال أبو يوسف ومحمد: إن وصل صدق ولم يلزمه شيء، وإن فصل لم يصدق إذا أنكر المقر له أن يكون ذلك من ثمن عبد، وإن أقر أنه باعه متاعاً فالقول قول المقر. ووجه ذلك أنه أقر بوجوب المال عليه وبين سبباً وهو البيع، فإن وافقه الطالب في السبب وبه لا يتأكد الوجوب إلا بالقبض، والمقر ينكره فيكون القول له، وإن كذبه في السبب كان هذا من المقر بيانا مغيراً لأن صدر كلامه للوجوب مطلقاً وآخره يحتمل انتفاءه على اعتبار عدم القبض والمغير يصح موصولاً لا مفصلاً.

الشرح:

قال: (ولو قال له علي ألف درهم من ثمن عبد إلخ) ومن قال له علي ألف درهم من ثمن عبد اشتريته ولم أقبضه فإما أن يذكر عبداً بعينه أو لا، فإن كان الأول فهو على وجه: أحدها: أن يصدق فيقال له إن شئت فسلم العبد وخذ الألف وإلا فلا شيء لك لأنهما تصادقا والثابت بالتصادق كالثابت معاينة، وفيه نظر لأنهما إذا تصادقا وثبت البيع بينهما بغير شرط فالحكم الأمر بتسليم الثمن على المقر ثم بتسليم العبد على المقر له. والجواب أن ذلك حكم ما إذا ادعى المقر له تسليم الثمن على المقر وليس ما نحن فيه كذلك، فإن حكمنا بذلك كان حكماً بما لا يدعيه أحد وذلك باطل.

وَالثَّانِي: أَنْ يَقُولَ الْمُقْرُّ لَهُ الْعَبْدُ عَبْدُكَ مَا بَعَثَكَ، وَإِنَّمَا بَعَثَكَ عَبْدًا غَيْرَهُ وَسَلَّمْتَهُ لَكَ، وَفِيهِ الْمَالُ لَازِمٌ عَلَى الْمُقْرِ لِإِقْرَارِهِ بِهِ عِنْدَ سَلَامَةِ الْعَبْدِ لَهُ وَقَدْ سُلِّمَ، وَلَا يُنَالُ بِاخْتِلَافِ السَّبَبِ بَعْدَ حُصُولِ الْمُقْصُودِ، وَكَمَا لَوْ قَالَ لَكَ عَلَيَّ أَلْفٌ غَصَبْتَهُ مِنْكَ وَقَالَ لَا بَلْ اسْتَقْرَضْتُ مِنِّي، وَلَا تَفَاوَتْ فِي هَذَا بَيْنَ أَنْ يَكُونَ الْعَبْدُ فِي يَدِ الْمُقْرِ أَوْ الْمُقْرِ لَهُ.

وَالثَّالِثُ: أَنْ يَقُولَ الْعَبْدُ عَبْدِي مَا بَعَثَكَ، وَفِيهِ لَا يَلْزَمُ الْمُقْرُ شَيْءٌ لِأَنَّ الْمُقْرَ مَا أَقْرَ بِالْمَالِ إِلَّا عَوَضًا عَنِ الْعَبْدِ، فَإِذَا لَمْ يُسَلِّمْ لَهُ الْعَبْدُ لَا يُسَلِّمُ لِلْمُقْرِ لَهُ بَدَلَهُ، وَفِي هَذَا أَيْضًا لَا تَفَاوَتْ بَيْنَ كَوْنِ الْعَبْدِ فِي يَدِ الْمُقْرِ أَوْ يَدِ الْمُقْرِ لَهُ، فَإِنَّهُ إِذَا كَانَ فِي يَدِ الْمُقْرِ يَأْخُذُ الْعَبْدُ، وَلَوْ قَالَ مَعَ ذَلِكَ: أَيُّ مَعَ انْكَارِ الْعَبْدِ إِنَّمَا بَعَثَكَ غَيْرَهُ يَدْعِي لِرُومِ الْمَالِ بَيْنَ عَيْنِ آخَرَ تَحَالَفًا، لِأَنَّ الْمُقْرَ يَدْعِي تَسْلِيمَ مَنْ عَيْنُهُ وَالْآخِرُ يُنْكِرُهُ، وَالْمُقْرُ لَهُ يَدْعِي عَلَيْهِ الْأَلْفَ بَيْنَ غَيْرِهِ وَالْمُقْرُ يُنْكِرُهُ، وَإِذَا تَحَالَفَا بَطَلَ الْمَالُ مِنَ الْمُقْرِ وَالْعَبْدُ سَأَلَ مَنْ هُوَ فِي يَدِهِ وَإِنْ كَانَ الثَّانِي لَزِمَهُ الْأَلْفُ وَلَا يُصَدَّقُ فِي قَوْلِهِ مَا قَبِضْتُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَصَلَ أَمْ فَصَلَ لِأَنَّهُ رُجُوعٌ عَمَّا أَقْرَ بِهِ، فَإِنْ إِقْرَارُهُ صَحَّ رُجُوعًا إِلَى كَلِمَةِ عَلَيَّ، وَإِنْ كَارَهُ الْقَبْضُ فِي غَيْرِ الْمَعِينِ يُنَافِي الْوُجُوبَ أَصْلًا، لِأَنَّ جَهَالَةَ الْمَبِيعِ مُقَارَنَةٌ كَانَتْ كَالْجَهَالَةِ حَالَةَ الْعَقْدِ أَوْ طَارِئَةً، كَمَا إِذَا اشْتَرَى عَبْدًا وَتَسَيَّاهُ عِنْدَ الْإِخْلَاطِ بِأَمْثَالِهِ تُوجِبُ هَلَاكَ الْمَبِيعِ لَعَدَمِ الْقُدْرَةِ عَلَى تَسْلِيمِ الْمَجْهُولِ وَذَلِكَ يُوجِبُ سُقُوطَ تَقْدِ الثَّمَنِ، فَأَوَّلُ كَلَامِهِ إِقْرَارٌ يُوجِبُ الثَّمَنَ وَآخِرُهُ يُوجِبُ سُقُوطَهُ وَذَلِكَ رُجُوعٌ فَلَا يَصِحُّ وَإِنْ كَانَ مَوْصُولًا.

وَقَالَ أَبُو يُونُسَ وَمُحَمَّدٌ: الْمُقْرُ لَهُ إِمَّا أَنْ يُصَدَّقَ فِي الْمُقْرِ فِي الْجِهَةِ أَوْ لَا، فَإِنْ صَدَّقَهُ فَالْقَوْلُ لِلْمُقْرِ فِي عَدَمِ الْقَبْضِ كَمَا سَيَأْتِي، وَإِنْ كَذَّبَهُ فَالْمُقْرُ إِمَّا أَنْ وَصَلَ بِقَوْلِهِ لَمْ أَقْبِضْهُ أَوْ فَصَلَ، فَإِنْ وَصَلَ فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ، وَإِنْ فَصَلَ لَمْ يُصَدَّقْ لِأَنَّ أَوَّلَ كَلَامِهِ مُوجِبٌ وَآخِرُهُ قَدْ تَغَيَّرَ لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ انْتِفَاءَهُ عَلَى اعْتِبَارِ عَدَمِ الْقَبْضِ فَكَانَ بَيَانُ تَغْيِيرِ وَهُوَ إِنَّمَا يَصِحُّ مَوْصُولًا وَالْمَوْعُودُ هُوَ مَعْنَى قَوْلِهِ وَإِنْ أَقْرَ أَنَّهُ بَاعَهُ مَتَاعًا إلخ وَإِنَّمَا عَبَّرَ عَنْهُ بِذَلِكَ لِیُعْلَمَ أَنَّ الْحُكْمَ فِي الْمَتَاعِ حُكْمُ الْعَبْدِ (قَوْلُهُ وَبِهِ لَا يَتَأَكَّدُ الْوُجُوبُ) أَيُّ بِمُجَرَّدِ وَجُوبِ السَّبَبِ وَهُوَ الْبَيْعُ لَا يَتَأَكَّدُ وَجُوبُ الثَّمَنِ عَلَى الْمُشْتَرِي لِأَنَّ الْوُجُوبَ عَلَيْهِ قَبْلَ قَبْضِ الْمَبِيعِ فِي حِزِّ التَّرَدُّدِ لِأَنَّهُ رُبَّمَا يَهْلِكُ الْمَبِيعُ فِي يَدِ الْبَائِعِ فَيَسْقُطُ الثَّمَنُ عَنِ الْمُشْتَرِي لَكِنَّهُ يَتَأَكَّدُ بِالْقَبْضِ وَالْمُدَّعِي يَدْعِي الْقَبْضَ وَالْمُقْرُ يُنْكِرُهُ فَيَكُونُ الْقَوْلُ

قَوْلُهُ، وَفِي عِبَارَتِهِ نَظَرٌ لَأَنَّ قَوْلَهُ فَإِنْ وَافَقَ الطَّالِبُ فِي السَّبَبِ شَرْطٌ فَلَا بُدَّ مِنْ جَوَابٍ.
وَقَوْلُهُ وَبِهِ لَا يَتَأَكَّدُ الْوُجُوبُ لَا يَصْلُحُ لَذَلِكَ، وَكَذَلِكَ قَوْلُهُ فَيَكُونُ لَوْ جُودُ الْفَاءِ
وَلَعَدَمِ الرِّبْطِ فَإِنَّكَ لَوْ قَدَّرْتَ كَلَامَهُ فَإِنْ وَافَقَهُ الطَّالِبُ فِي السَّبَبِ فَيَكُونُ الْقَوْلُ لَهُ لَيْسَ
بِصَحِيحٍ لِأَنَّهُ فِي بَيَانِ التَّعْلِيلِ وَلَيْسَ فِيهِ إِشْعَارٌ بِذَلِكَ. وَيُمْكِنُ أَنْ يُقَالَ: جَزَاؤُهُ
مَحْذُوفٌ وَتَقْدِيرُهُ فَإِنْ وَافَقَهُ الطَّالِبُ فِي السَّبَبِ وَالْحَالُ أَنَّهُ بِمُجَرَّدِ السَّبَبِ لَا يَتَأَكَّدُ
لَكِنَّهُ يَتَأَكَّدُ بِالْقَبْضِ كَانَ الطَّالِبُ مُدَّعِيًا لِلْقَبْضِ وَالْمَقَرُّ يُنْكِرُهُ فَيَكُونُ الْقَوْلُ لَهُ.

(وَلَوْ قَالَ ابْتِغَتْ مِنْهُ بَيْعًا إِلَّا أَنِّي لَمْ أَقْبِضْهُ فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ) بِالْإِجْمَاعِ لِأَنَّهُ لَيْسَ مِنْ
ضَرُورَةِ الْبَيْعِ الْقَبْضُ، بِخِلَافِ الْإِقْرَارِ بِوُجُوبِ الثَّمَنِ. قَالَ (وَكَذَا لَوْ قَالَ مِنْ ثَمَنِ خَمْرِ
أَوْ خَنْزِيرٍ وَمَعْنَى الْمَسْأَلَةِ إِذَا قَالَ لِفُلَانٍ عَلَيَّ أَلْفٌ مِنْ ثَمَنِ خَمْرِ أَوْ خَنْزِيرٍ (لَزِمَهُ الْأَلْفُ
وَلَمْ يَقْبَلْ تَفْسِيرُهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَصَلَّ أَمْ فَصَلَّ) لِأَنَّهُ رُجُوعٌ لَأَنَّ ثَمَنَ الْخَمْرِ وَالْخَنْزِيرِ
لَا يَكُونُ وَاجِبًا وَأَوَّلُ كَلَامِهِ لِلْوُجُوبِ (وَقَالَا: إِذَا وَصَلَّ لَا يَلْزِمُهُ شَيْءٌ) لِأَنَّهُ بَيَّنَّ بِأَخِرِ
كَلَامِهِ أَنَّهُ مَا أَرَادَ بِهِ الْإِيجَابَ وَصَارَ كَمَا إِذَا قَالَ فِي آخِرِهِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ فُلْنَا: ذَلِكَ تَعْلِيْقٌ
وَهَذَا إِبْطَالٌ.

الشرح:

(وَلَوْ قَالَ ابْتِغَتْ مِنْهُ) وَفِي بَعْضِ النُّسخ: ابْتِغَتْ مِنْهُ بَيْعًا: أَيَّ مَبِيعًا، وَفِي بَعْضِهَا
عَيْنًا (إِلَّا أَنِّي لَمْ أَقْبِضْهُ فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ) بِالْإِجْمَاعِ لِأَنَّهُ لَيْسَ مِنْ ضَرُورَةِ الْبَيْعِ الْقَبْضُ وَلَمْ
يُقَرَّرْ بِوُجُوبِ الثَّمَنِ لِحَوَازِ أَنْ يُوْجَدَ الْبَيْعُ وَلَا يَجِبُ الثَّمَنُ كَمَا لَوْ اشْتَرَى بِخِيَارِ الشَّرْطِ،
بِخِلَافِ الْإِقْرَارِ بِوُجُوبِ الثَّمَنِ فَإِنْ مِنْ ضَرُورَتِهِ الْقَبْضُ، هَذَا مَفْهُومُ كَلَامِ الْمُصَنِّفِ،
وَفِيهِ نَظَرٌ فَإِنَّهُ إِنَّمَا كَانَ كَذَلِكَ أَنْ لَوْ وَجَبَ تَسْلِيمُ الْمَبِيعِ أَوَّلًا وَلَيْسَ كَذَلِكَ كَمَا تَقَدَّمَ
فِي الْبُيُوعِ.

قَالَ (وَكَذَا لَوْ قَالَ مِنْ ثَمَنِ خَمْرِ أَوْ خَنْزِيرٍ إلخ) وَلَوْ قَالَ لَهُ عَلَيَّ أَلْفٌ مِنْ ثَمَنِ
خَمْرِ أَوْ مِنْ ثَمَنِ خَنْزِيرٍ لَزِمَهُ الْأَلْفُ وَلَمْ يَقْبَلْ تَفْسِيرُهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَصَلَّ أَمْ فَصَلَّ إِذَا
لَمْ يُصَدِّقْهُ الْمُقَرَّرُ لَهُ لِأَنَّهُ رُجُوعٌ لِأَنَّهُ أَقَرَّ بِوُجُوبِ أَلْفٍ ثُمَّ زَعَمَ أَنَّهُ لَمْ يَكُنْ وَاجِبًا عَلَيْهِ،
لَأَنَّ ثَمَنَ الْخَمْرِ لَا يَجِبُ عَلَى الْمُسْلِمِ فَكَانَ رُجُوعًا، وَقَالَا: إِذَا وَصَلَّ لَمْ يَلْزِمُهُ شَيْءٌ لِأَنَّهُ
بَيَّنَّ بِأَخِرِ كَلَامِهِ أَنَّهُ مَا أَرَادَ بِهِ الْإِيجَابَ، لَأَنَّ الْخَمَرَ مَالٌ يَجْرِي فِيهِ الشُّحُّ وَالضُّنَّةُ، وَقَدْ

اعْتَادَ الْفَسَقَةُ شِرَاءَهَا وَأَدَاءَ ثَمَنِهَا، فَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ بَنَى إِقْرَارُهُ عَلَى هَذِهِ الْعَادَةِ فَكَانَ آخِرُ كَلَامِهِ بَيَانًا مُغَيَّرًا فَيَصِحُّ مَوْصُولًا، فَصَارَ كَمَا إِذَا قَالَ فِي آخِرِهِ إِنَّ شَاءَ اللَّهُ. وَأَجَابَ بَأَنَّ ذَلِكَ تَغْلِيْقٌ لِأَنَّ صِيغَتَهُ وَضِعَتْ لَهُ وَالتَّغْلِيْقُ بَيْنَ أَهْلِ اللِّسَانِ مُتَعَارَفٌ كَالْإِرْسَالِ فَكَانَ مِنْ بَابِ الْبَيَانِ وَوُجُوبُ الْمَالِ عَلَيْهِ مِنْ حُكْمِ الْإِرْسَالِ، فَمَعَ صِيغَةُ التَّغْلِيْقِ لَا يَلَزُمُ حُكْمُ الْإِرْسَالِ، وَهَذَا إِبْطَالُ وَإِبْطَالُ رُجُوعٍ وَالرُّجُوعُ بَعْدَ الْإِقْرَارِ غَيْرُ صَحِيحٍ مَوْصُولًا وَمَفْصُولًا.

(وَلَوْ قَالَ لَهُ عَلَيَّ أَلْفٌ مِنْ ثَمَنِ مَتَاعٍ أَوْ قَالَ أَقْرَضَنِي أَلْفٌ دِرْهَمٍ ثُمَّ قَالَ هِيَ زُيُوفٌ أَوْ نَبَهَرَجَتْ وَقَالَ الْمُقْرَأُ لَهُ جِيَادٌ لَزِمَهُ الْجِيَادُ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَقَالَ: إِنْ قَالَ مَوْصُولًا يُصَدِّقُ، وَإِنْ قَالَ مَفْصُولًا لَا يُصَدِّقُ) وَعَلَى هَذَا الْخِلَافِ إِذَا قَالَ هِيَ سَتُوقَةٌ أَوْ رَصَاصٌ، وَعَلَى هَذَا إِذَا قَالَ إِلَّا إِنَّهَا زُيُوفٌ، وَعَلَى هَذَا إِذَا قَالَ: لِفُلَانٍ عَلَيَّ أَلْفٌ دِرْهَمٍ زُيُوفٌ مِنْ ثَمَنِ مَتَاعٍ. لَهُمَا أَنَّهُ بَيَانٌ مُغَيَّرٌ فَيَصِحُّ بِشَرْطِ الْوَصْلِ كَالشَّرْطِ وَالْإِسْتِثْنَاءِ. وَهَذَا لِأَنَّ اسْمَ الدَّرَاهِمِ يَحْتَمِلُ الزُّيُوفَ بِحَقِيقَتِهِ وَالسُّوقَةَ بِمَجَازِهِ، إِلَّا أَنَّ مُطْلَقَهُ يَنْصَرِفُ إِلَى الْجِيَادِ فَكَانَ بَيَانًا مُغَيَّرًا مِنْ هَذَا الْوَجْهِ وَصَارَ كَمَا إِذَا قَالَ إِلَّا أَنَّهَا وَزَنُ خُمُسَةٍ.

وَلَأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ هَذَا رُجُوعٌ لِأَنَّ مُطْلَقَ الْعَقْدِ يَقْتَضِي وَصْفَ السَّلَامَةِ عَنِ الْعَيْبِ، وَالزِّيَافَةُ عَيْبٌ وَدَعَايَ الْعَيْبِ رُجُوعٌ عَنْ بَعْضٍ مُوجِبِهِ وَصَارَ كَمَا إِذَا قَالَ بِعْتُكَ مَعِيًّا وَقَالَ الْمُشْتَرِي بِعْتَنِيهِ سَلِيمًا فَالْقَوْلُ لِلْمُشْتَرِي لِمَا بَيَّنَّا، وَالسُّوقَةُ لَيْسَتْ مِنَ الْأَثْمَانِ وَالْبَيْعُ يَرُدُّ عَلَى الثَّمَنِ فَكَانَ رُجُوعًا. وَقَوْلُهُ إِلَّا أَنَّهَا وَزَنُ خُمُسَةٍ يَصِحُّ اسْتِثْنَاءً لِأَنَّهُ مِقْدَارٌ بِخِلَافِ الْجَوْدَةِ لِأَنَّ اسْتِثْنَاءَ الْوَصْفِ لَا يَجُوزُ كَاسْتِثْنَاءِ الْبِنَاءِ فِي الدَّارِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ عَلَيَّ كَرُ حِنْطَةٍ مِنْ ثَمَنِ عَبْدٍ إِلَّا أَنَّهَا رَدِيْفَةٌ لِأَنَّ الرَّدَاءَةَ نَوْعٌ لَا عَيْبٌ، فَهُوَ مُطْلَقُ الْعَقْدِ لَا يَقْتَضِي السَّلَامَةَ عَنْهَا. وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ فِي غَيْرِ رِوَايَةٍ الْأُصُولُ فِي الْقَرْضِ أَنَّهُ يُصَدِّقُ فِي الزُّيُوفِ إِذَا وَصَلَ لِأَنَّ الْقَرْضَ يُوجِبُ رَدَّ مِثْلِ الْمَقْبُوضِ، وَقَدْ يَكُونُ زَيْفًا كَمَا فِي الْغَصْبِ.

وَوَجْهُ الظَّاهِرِ أَنَّ التَّعَامُلَ بِالْجِيَادِ فَانْصَرَفَ مُطْلَقُهُ إِلَيْهَا. (وَلَوْ قَالَ لِفُلَانٍ عَلَيَّ أَلْفٌ دِرْهَمٍ زُيُوفٌ وَلَمْ يَذْكُرِ الْبَيْعَ وَالْقَرْضَ قِيلَ يُصَدِّقُ) بِالْإِجْمَاعِ لِأَنَّ اسْمَ الدَّرَاهِمِ يَتَنَاوَلُهَا (وَقِيلَ لَا يُصَدِّقُ) لِأَنَّ مُطْلَقَ الْإِقْرَارِ يَنْصَرِفُ إِلَى الْعُقُودِ لِتَعْيِينِهَا مَشْرُوعَةً لَا

إلى الاستهلاك المحرم.

(ولو قال اغتصبت منه ألفاً أو قال أودعني ثم قال هي زُيُوفٌ أو نبهرجة صدق وصل أم فصل) لأن الإنسان يغصب ما يجد ويودع ما يملك فلا مقتضى له في الجياد ولا تعامل فيكون بيان النوع فيصح وإن فصل، ولهذا لو جاء راد المفضوب الوديع بالغيب كان القول قوله.

وعن أبي يوسف أنه لا يصدق فيه مفصلاً اعتباراً بالقرض إذ القبض فيهما هو الموجب للضمنان. ولو قال هي ستوفة أو رصاص بعدما أقر بالغصب الوديع وصل صدق، وإن فصل لم يصدق لأن الستوفة ليست من جنس الدراهم لكن الاسم يتناولها مجازاً فكان بياناً مغيراً فلا بد من الوصل (وإن قال في هذا كله ألفاً ثم قال إلا أنه ينقص كذا لم يصدق وإن وصل صدق) لأن هذا استثناء المقدار والاستثناء يصح موصولاً، بخلاف الزيادة لأنها وصف واستثناء الأوصاف لا يصح، واللفظ يتناول المقدار دون الوصف وهو تصرف لفظي كما بينا، ولو كان الفصل ضرورة انقطاع الكلام فهو وأصل لعدم إمكان الاحتراز عنه.

الشرح:

ولو قال له علي ألف من ثمن متاع أو أقرضني ألفاً وبين أنها زُيُوفٌ أو نبهرجة وقال المقر له هي جياد لزمه الجياد عند أبي حنيفة، وقال: إن قال ذلك موصولاً صدق وإلا فلا وعلى هذا الخلاف إذا قال هي ستوفة أو رصاص لكن على أحد قولي أبي يوسف فإن في رواية عنه لا يصدق وإن وصل، وعلى هذا إذا قال له علي ألف درهم إلا أنها زُيُوفٌ بكلمة الاستثناء، وعلى هذا إذا قال له علي ألف درهم زُيُوفٌ من ثمن متاع. لهما أنه بيان مُغَيِّرٌ لأن اسم الدراهم إذا أطلق ينصرف إلى الجياد لكنه يحتمل الزيُوف بحقيقته حتى لو تجوز به في الصرف والسلام كان استثناء لا استبدالاً، والستوفة بمجازه لأنها تسمى دراهم مجازاً فأمكن أن يتوقف صدر الكلام على عجزه، فإذا ذكرها آخرها كان بياناً تغييراً فيصح موصولاً كالشرط والاستثناء وصار كما إذا قال إلا أنها وزن خمسة.

ولأبي حنيفة أن هذا رجوع لأن مطلق العقد يقتضي السلامة عن العيب والزيادة

عَيْبٌ فَلَمْ يَكُنْ دَاخِلًا تَحْتَ الْعَقْدِ لَكُونَ دَعَوَاهُ بَيِّنًا بَلْ يَكُونُ رُجُوعًا عَرٍ بَعْضُ مُوجِبِهِ، وَصَارَ كَمَا إِذَا قَالَ بِعْتُكَ مَعِيًّا وَقَالَ الْمُشْتَرِي سَلِيمًا كَانَ الْقَوْلُ لِلْمُشْتَرِي لَمَّا بَيَّنَّا أَنَّ مُطْلَقَ الْعَقْدِ يَقْتَضِي السَّلَامَةَ (وَالسُّوْقَةُ لَيْسَتْ مِنْ جِنْسِ الْأَثْمَانِ وَالْبَيْعُ يُرَدُّ عَلَى الثَّمَنِ) فَلَمْ يَكُنْ مِنْ مُحْتَمَلَاتِ الْعَقْدِ (فَكَانَ) دَعَوَاهَا (رُجُوعًا) قَالَ (وَقَوْلُهُ إِلَّا أَنَّهَا وَزَنُ خَمْسَةِ) جَوَابٌ عَمَّا اسْتَشْهَدَ بِهِ. وَوَجْهُهُ أَنَّهُ لَيْسَ مِمَّا نَحْنُ فِيهِ لِأَنَّهُ يَصِحُّ أَنْ يَكُونَ اسْتِثْنَاءٌ لِأَنَّهُ مَقْدَارٌ، بِخِلَافِ الْجَوْدَةِ فَإِنَّهَا وَصْفٌ وَاسْتِثْنَاءُ الْوَصْفِ لَا يَجُوزُ كَاسْتِثْنَاءِ الْبِنَاءِ فِي الدَّارِ. فَإِنْ قِيلَ: قَدْ يُسْتَشْنَى الْوَصْفُ كَمَا إِذَا قَالَ لَهُ عَلِيٌّ كَرُّ حِنْطَةٍ مِنْ ثَمَنِ عَبْدٍ إِلَّا أَنَّهَا رَدِيئةٌ لِأَنَّ الرَّدَاءَةَ ضِدُّ الْجَوْدَةِ فَهُمَا صِفَتَانِ يَتَعَاقَبَانِ عَلَى مَوْضُوعٍ وَاحِدٍ. أَجَابَ بِقَوْلِهِ لِأَنَّ الرَّدَاءَةَ نَوْعٌ لَا عَيْبٌ.

فَإِنْ قِيلَ: فَالْجَوْدَةُ كَذَلِكَ لَمَّا مَرَّ أَنَّهَا ضِدَّانِ دَفْعًا لِلتَّحَكُّمِ. أُجِيبَ بِأَنَّ الرَّدَاءَةَ فِي الْحِنْطَةِ مَنُوعَةٌ لَا عَيْبٌ وَفِي الدَّرَاهِمِ عَيْبٌ، لِأَنَّ الْعَيْبَ مَا يَخْلُو عَنْهُ أَصْلُ الْخَلْقَةِ السَّلِيمَةِ، وَالْحِنْطَةُ قَدْ تَكُونُ رَدِيئةً فِي أَصْلِ الْخَلْقَةِ وَإِنْ كَانَ نَوْعًا لَمْ يَكُنْ مُقْتَضَى مُطْلَقِ الْعَقْدِ لِأَنَّهُ لَا دَلَالَةَ لَهُ عَلَى نَوْعٍ دُونَ نَوْعٍ وَلِهَذَا لَا يَصِحُّ الشِّرَاءُ بِالْحِنْطَةِ مَا لَمْ يَتَبَيَّنْ أَنَّهَا جَيِّدَةٌ أَوْ وَسَطٌ أَوْ رَدِيئةٌ فَلَيْسَ فِي بَيِّنَةٍ تَغْيِيرٌ مُوجِبٌ أَوْ كَلَامِهِ، فَصَحَّ مَوْضُوعًا كَانَ أَوْ مَفْضُولًا.

وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ فِي غَيْرِ رِوَايَةِ الْأُصُولِ فِي الْقَرْضِ أَنَّهُ يُصَدَّقُ فِي الزُّيُوفِ إِذَا وَصَلَ، لِأَنَّ الْمُسْتَقْرَضَ إِنَّمَا يَصِيرُ مَضْمُونًا عَلَى الْمُسْتَقْرِضِ بِالْقَبْضِ فَالْقَرْضُ يُوجِبُ مِثْلَ الْمَقْبُوضِ، وَالْمَقْبُوضُ قَدْ يَكُونُ زَيْفًا كَمَا فِي الْعَصَبِ. وَجْهُ الظَّاهِرِ أَنَّ التَّعَامُلَ بِالْجَيَادِ وَالْجَيَادُ هِيَ الْمُتَعَارَفَةُ وَالْمُطْلَقُ يَنْصَرِفُ إِلَى الْمُتَعَارَفِ، وَالْمُرَادُ بِالْأُصُولِ الْجَامِعَانِ وَالزِّيَادَاتُ وَالْمُسُوطُ وَيُعْبَرُ عَنْهَا بِظَاهِرِ الرِّوَايَةِ، وَعَنْ الْأُمَالِي وَالنَّوَادِرِ وَالرُّقِيَّاتِ وَالْهَارُونِيَّاتِ وَالْكَيْسَانِيَّاتِ بِغَيْرِ ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ (وَلَوْ قَالَ لِفُلَانٍ عَلَيَّ أَلْفُ دِرْهَمٍ زِيُوفٌ وَلَمْ يُبَيَّنْ الْجِهَةُ) قَالَ الْفَقِيهَ أَبُو جَعْفَرٍ: لَمْ يُذَكَّرْ هَذَا فِي الْأُصُولِ، فَمِنْ الْمَشَايخِ مَنْ قَالَ (يُصَدَّقُ بِالْإِجْمَاعِ إِذَا وَصَلَ لِأَنَّ اسْمَ الدَّرَاهِمِ يَتَنَاوَلُهَا) وَلَمْ يُذَكَّرْ مَا يَصْرِفُهَا إِلَى الْجَيَادِ.

وَقَالَ الْكَرْخِيُّ: هُوَ عَلَى الْاِخْتِلَافِ (وَقِيلَ لَا يُصَدَّقُ) عِنْدَهُ مُطْلَقًا لِأَنَّ مُطْلَقَ الْإِقْرَارِ يَنْصَرِفُ إِلَى الْعُقُودِ لِتَعْيِينِهَا مَشْرُوعَةً، لَا إِلَى الْاسْتِهْلَاكِ الْمَحْرَمِ فَصَارَ هَذَا وَمَا

يَنْ سَبِّهِ تَجَارَةً سَوَاءً (وَلَوْ قَالَ اغْتَصَبْتُ مِنْهُ أَلْفًا أَوْ قَالَ أَوْدَعَنِي أَلْفًا ثُمَّ قَالَ هِيَ زُيُوفٌ أَوْ تَبْهَرَجَةٌ صَدَّقَ لِأَنَّ الْإِنْسَانَ يَغْصِبُ مَا يَجِدُ وَيُودِعُ مَا يَمْلِكُ فَلَا مُقْتَضَى لَهُ فِي الْجِيَادِ وَلَا تَعَامُلٍ) فِي غَضَبِ الْجِيَادِ وَلَا فِي إِيدَاعِهَا بِخِلَافِ الْاسْتِقْرَاضِ فَإِنَّ التَّعَامُلَ فِيهِ بِالْجِيَادِ كَمَا مَرَّ (فَيَكُونُ بَيَانُ التَّنَوُّعِ فَيَصِحُّ وَإِنْ كَانَ مَفْصُولًا) وَفِيهِ نَظَرٌ لِأَنَّهُ قَدْ تَقَدَّمَ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الزِّيَافَةَ فِي الدَّرَاهِمِ عَيْبٌ فَيَكُونُ ذِكْرُ الزَّيْفِ رُجُوعًا فَلَا يُقْبَلُ أَصْلًا فَلَا أَقْلَ مِنْ أَنْ يَكُونَ بَيَانًا مُعَيَّرًا فَلَا يُقْبَلُ مَفْصُولًا. وَيُمْكِنُ أَنْ يُجَابَ عَنْهُ أَنَّا قَدْ ذَكَرْنَا أَنَّهَا صِفَةٌ وَالْمَوْصُوفُ بِهَا قَدْ يَكُونُ مُتَّصِفًا بِهَا مِنْ حَيْثُ الْخَلْقَةُ فَيَكُونُ مُنَوَّعًا لَيْسَ إِلَّا كَمَا فِي الْحِنِطَةِ، وَقَدْ لَا يَكُونُ، وَحِينَئِذٍ يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ مُنَوَّعًا وَعَيْبًا. وَالضَّابِطُ فِي ذَلِكَ أَنْ يُنْظَرَ فِي الْجِهَةِ الْمُوجِبَةِ لَهَا فَإِنْ اقْتَضَتْ السَّلَامَةَ كَانَتْ الزِّيَافَةُ عَيْبًا وَإِلَّا كَانَتْ نَوْعًا، وَذَلِكَ لِأَنَّهَا لَمَّا اقْتَضَتْهَا تَقَيَّدَتْ بِهَا فَلَا يُمَكِّنُ أَنْ تَكُونَ الزِّيَافَةُ نَوْعًا مِنْهَا لَتَبَائِنِهِمَا، لَكِنَّهَا تُتَابِعُهَا تَنَافِي التَّضَادِّ فَكَانَتْ عَيْبًا، لِأَنَّ ضِدَّ السَّلَامَةِ عَيْبٌ، وَإِذَا لَمْ تَقْتَضِهَا كَانَتْ نَوْعِينَ لِمُطْلَقِ الدَّرَاهِمِ لاحتِمَالِهِ إِيَّاهُمَا احْتِمَالِ الْجِنْسِ وَالْأَنْوَاعِ هَذَا، وَاللَّهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

(قَوْلُهُ وَهَذَا) أَيُّ وَلَا جُلَّ أَنْ لَا مُقْتَضَى لَهُ فِي الْجِيَادِ لَوْ جَاءَ رَأْدُ الْمَغْصُوبِ الْوَدِيعَةِ بِالْمَعِيبِ كَانَ الْقَوْلُ لَهُ، فَإِنَّ الْإِخْتِلَافَ مَتَى وَقَعَ فِي صِفَةِ الْمَقْبُوضِ فَالْقَوْلُ لِلْقَابِضِ ضَمِينًا كَانَ أَوْ أَمِينًا. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ لَا يُصَدَّقُ فِيهِ مَفْصُولًا اعْتِبَارًا بِالْقَرْضِ، إِذَا الْمَوْجِبُ لِلضَّمَانِ فِيهِمَا هُوَ الْقَبْضُ وَهُوَ مَوْجُودٌ فِيهِمَا. وَلَوْ أَقْرَبَ بِالْغَضَبِ الْوَدِيعَةَ ثُمَّ قَالَ هِيَ سَتُوقَةٌ أَوْ رِصَاصٌ مَوْصُولًا صَدَّقَ، لِأَنَّ سَتُوقَةَ لَيْسَتْ مِنْ جِنْسِ الدَّرَاهِمِ كَمَا مَرَّ، لَكِنَّ كَلَامَهُ يَحْتَمِلُهُ مَجَازًا فَكَانَ بَيَانًا مُعَيَّرًا فَلَا بُدَّ مِنَ الْوَصْلِ (وَلَوْ قَالَ فِي هَذَا كُلِّهِ) يَعْنِي الْمَذْكُورَ مِنَ الْبَيْعِ وَالْقَرْضِ وَالْغَضَبِ (أَلْفًا إِلَّا أَنَّهُ يَنْقُصُ كَذَا فَإِنْ وَصَلَ صَدَّقَ لِأَنَّهُ اسْتِثْنَاءٌ مِقْدَارٍ) وَقَدْ تَقَدَّمَ بَيَانُهُ (وَلَوْ كَانَ الْفَصْلُ ضَرُورَةً انْقِطَاعَ الْكَلَامِ فَهُوَ وَاصِلٌ) لِأَنَّ الْإِنْسَانَ قَدْ يَحْتَاجُ إِلَى التَّكْلُمِ بِكَلَامٍ كَثِيرٍ وَيَذْكُرُ الْاسْتِثْنَاءَ فِي آخِرِهِ، وَلَا يُمَكِّنُ أَنْ يَتَكَلَّمَ بِجَمِيعِ ذَلِكَ بِنَفْسٍ وَاحِدَةٍ فَكَانَ عَفْوًا لَعَدَمِ الْإِحْتِرَازِ عَنْهُ.

(وَمَنْ أَقْرَبَ بِغَضَبٍ ثَوْبٍ ثُمَّ جَاءَ بِثَوْبٍ مَعِيبٍ فَالْقَوْلُ لَهُ) لِأَنَّ الْغَضَبَ لَا يَخْتَصُّ

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ أَقْرَبُ بِغَضَبِ ثَوْبٍ) هَذِهِ تَقَدَّمَ وَجْهُهَا أَنَّ الْعَصَبَ لَا يَخْتَصُّ بِالسَّلِيمِ.
(وَمَنْ قَالَ لِآخَرَ: أَخَذْتَ مِنْكَ أَلْفَ دِرْهَمٍ وَدِيعَةً فَهَلَكْتَ فَقَالَ لَا بَلْ أَخَذْتُهَا غَضَبًا
فَهُوَ ضَامِنٌ، وَإِنْ قَالَ أَعْطَيْتَنِيهَا وَدِيعَةً فَقَالَ لَا بَلْ غَضَبْتَنِيهَا لَمْ يَضْمَنْ) وَالْفَرْقُ أَنَّ فِي
الْفَصْلِ الْأَوَّلِ أَقْرَبُ سَبَبِ الضَّمَانِ وَهُوَ الْأَخْذُ ثُمَّ ادَّعَى مَا يُبْرِئُهُ وَهُوَ الْإِذْنُ وَالْآخِرُ يُنْكِرُهُ
فَيَكُونُ الْقَوْلُ لَهُ مَعَ الْيَمِينِ. وَفِي الثَّانِي أَضَافَ الْفِعْلَ إِلَى غَيْرِهِ وَذَلِكَ يَدَّعِي عَلَيْهِ سَبَبَ
الضَّمَانِ وَهُوَ الْغَضَبُ فَكَانَ الْقَوْلُ لِمُنْكِرِهِ مَعَ الْيَمِينِ وَالْقَبْضُ فِي هَذَا كَالْأَخْذِ وَالِدَفْعُ
كَالْإِعْطَاءِ.

فَإِنْ قَالَ قَائِلٌ: إِعْطَاؤُهُ وَالِدَفْعُ إِلَيْهِ لَا يَكُونُ إِلَّا بِقَبْضِهِ، فَنَقُولُ: قَدْ يَكُونُ بِالتَّخْلِيَةِ
وَالْوَضْعِ بَيْنَ يَدَيْهِ، وَلَوْ اقْتَضَى ذَلِكَ فَالْمَقْتَضَى ثَابِتٌ ضَرُورَةً فَلَا يَظْهَرُ فِي انْعِقَادِهِ سَبَبُ
الضَّمَانِ، وَهَذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ: أَخَذْتُهَا مِنْكَ وَدِيعَةً وَقَالَ الْآخِرُ لَا بَلْ قَرْضًا حَيْثُ
يَكُونُ الْقَوْلُ لِلْمُقَرَّرِ وَإِنْ أَقْرَبَ بِالْأَخْذِ لِأَنَّهُمَا تَوَافَقَا هُنَاكَ عَلَى أَنَّ الْأَخْذَ كَانَ بِالْإِذْنِ إِلَّا
أَنَّ الْمُقَرَّرَ لَهُ يَدَّعِي سَبَبَ الضَّمَانِ وَهُوَ الْقَرْضُ وَالْآخِرُ يُنْكِرُ فَافْتَرَقَا.

الشرح:

(قَوْلُهُ وَمَنْ قَالَ لِآخَرَ أَخَذْتَ مِنْكَ أَلْفَ دِرْهَمٍ) الْمُقَرَّرُ إِمَّا أَنْ يَتَكَلَّمَ بِمَا يَدُلُّ
عَلَى فِعْلِ نَفْسِهِ كَقَوْلِهِ أَخَذْتُ وَشَبَّهَهُ، أَوْ عَلَى فِعْلِ غَيْرِهِ كَأَعْطَيْتُ، فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ
وَأَتَى بِمَا لَا يُوجِبُ الضَّمَانَ نَحْوُ أَنْ يَقُولَ أَخَذْتُ وَدِيعَةً فَإِنْ صَدَّقَهُ الْمُقَرَّرُ لَهُ فَذَلِكَ، وَإِنْ
كَذَّبَهُ فَإِنْ ادَّعَى مَا يَدُلُّ عَلَى الْإِذْنِ بِالْأَخْذِ كَالْقَرْضِ فَالْقَوْلُ لِلْمُقَرَّرِ مَعَ يَمِينِهِ.
وَإِنْ ادَّعَى غَيْرَهُ ضَمِنَ الْمُقَرَّرُ لِأَنَّهُمَا فِي الْأَوَّلِ تَوَافَقَا عَلَى أَنَّ الْأَخْذَ كَانَ بِالْإِذْنِ
وَالْمُقَرَّرُ لَهُ يَدَّعِي سَبَبَ الضَّمَانِ وَهُوَ الْقَرْضُ وَالْآخِرُ يُنْكِرُهُ، فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلُهُ بِخِلَافِ
الثَّانِيَةِ. وَإِنْ كَانَ الثَّانِي نَحْوُ أَنْ يَقُولَ أَعْطَيْتَنِي وَدِيعَةً وَادَّعَى الْآخِرُ غَضَبًا لَمْ يَضْمَنْ،
وَالْفَرْقُ أَنَّهُ فِي الْأَوَّلِ أَقْرَبُ سَبَبِ الضَّمَانِ وَادَّعَى مَا يُبْرِئُهُ وَأُنْكِرُهُ الْخَصْمُ فَكَانَ الْقَوْلُ
قَوْلُهُ، وَفِي الثَّانِي ادَّعَى الْخَصْمُ سَبَبَ الضَّمَانِ. وَهُوَ الْعَصَبُ وَهُوَ مُنْكَرٌ فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ.
فَإِنْ قِيلَ: الْإِعْطَاءُ وَالِدَفْعُ لَا يَكُونُ إِلَّا بِقَبْضِهِ، قُلْنَا: مَمْنُوعٌ قَدْ يَكُونُ بِالتَّخْلِيَةِ. سَلَمَتَاهُ
لَكِنَّهُ ضَرُورِيٌّ فَلَا يَظْهَرُ فِي انْعِقَادِهِ سَبَبًا لِلضَّمَانِ، وَكَلَامُهُ ظَاهِرٌ.

(وَأَنَّ قَالَ هَذِهِ الْأَلْفُ كَانَتْ وَدِيعَةً لِي عِنْدَ فُلَانٍ فَأَخَذْتُهَا فَقَالَ فُلَانٌ هِيَ لِي فَإِنَّهُ يَأْخُذُهَا) لِأَنَّهُ أَقْرَبُ بِالْيَدِ لَهُ وَأَدْعَى اسْتِحْقَاقَهَا عَلَيْهِ وَهُوَ يُنْكِرُ وَالْقَوْلُ لِلْمُنْكَرِ.

(وَلَوْ قَالَ: أَجَرْتُ دَابَّتِي هَذِهِ فُلَانًا فَرَكِبَهَا وَرَدَّهَا، أَوْ قَالَ: أَجَرْتُ ثَوْبِي هَذَا فُلَانًا فَلَبِسَهُ وَرَدَّهْ وَقَالَ فُلَانٌ كَذَبْتَ وَهُمَا لِي فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ (وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: الْقَوْلُ قَوْلُ الَّذِي أَخَذَ مِنْهُ الدَّابَّةُ وَالثَّوْبُ) وَهُوَ الْقِيَاسُ وَعَلَى هَذَا الْخِلَافِ الْإِعَارَةُ وَالْإِسْكَانُ.

الشرح:

(قَوْلُهُ الْقَوْلُ قَوْلُ الَّذِي أَخَذَ مِنْهُ الدَّابَّةُ وَالثَّوْبُ) بِعَيْنِي إِذَا لَمْ يَكُنْ ذَلِكَ مَعْرُوفًا لِلْمُقَرَّرِ، أَمَّا إِذَا كَانَ مَعْرُوفًا كَانَ الْقَوْلُ لِلْمُقَرَّرِ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا، لِأَنَّ الْمِلْكَ فِيهِ إِذَا كَانَ مَعْرُوفًا لِلْمُقَرَّرِ لَا يَكُونُ مُحَرَّدُ الْيَدِ فِيهِ لغيرِهِ سَبَبُ الاسْتِحْقَاقِ عَلَيْهِ.

(وَلَوْ قَالَ خَاطَ فُلَانٌ ثَوْبِي هَذَا بِنِصْفِ دِرْهَمٍ ثُمَّ قَبِضْتُهُ وَقَالَ فُلَانٌ الثَّوْبُ ثَوْبِي فَهُوَ عَلَى هَذَا الْخِلَافِ فِي الصَّحِيحِ) وَجَهُ الْقِيَاسِ مَا بَيَّنَّاهُ فِي الْوَدِيعَةِ.

وَجَهُ الاسْتِحْسَانِ وَهُوَ الْفَرْقُ أَنَّ الْيَدَ فِي الْإِجَارَةِ وَالْإِعَارَةِ ضَرُورِيَّةٌ تَثْبُتُ ضَرُورَةً اسْتِيفَاءً الْمَقْضُودِ عَلَيْهِ وَهُوَ الْمَنَافِعُ فَيَكُونُ عَدَمًا فِيمَا وَرَاءَ الضَّرُورَةِ فَلَا يَكُونُ إِقْرَارًا لَهُ بِالْيَدِ مُطْلَقًا، بِخِلَافِ الْوَدِيعَةِ لِأَنَّ الْيَدَ فِيهَا مَقْصُودَةٌ وَالْإِيدَاعُ اثْبَاتُ الْيَدِ قَصْدًا فَيَكُونُ الْإِقْرَارُ بِهِ اعْتِرَافًا بِالْيَدِ لِلْمُودِعِ.

وَوَجْهٌ آخَرُ أَنَّ فِي الْإِجَارَةِ وَالْإِعَارَةِ وَالْإِسْكَانِ أَقْرَبُ يَدٍ ثَابِتَةٍ مِنْ جِهَتِهِ فَيَكُونُ الْقَوْلُ قَوْلُهُ فِي كَيْفِيَّتِهِ. وَلَا كَذَلِكَ فِي مَسْأَلَةِ الْوَدِيعَةِ لِأَنَّهُ قَالَ فِيهَا كَانَتْ وَدِيعَةً، وَقَدْ تَكُونُ مِنْ غَيْرِ صُنْعِهِ، حَتَّى لَوْ قَالَ أَوْدَعْتُهَا كَانَ عَلَى هَذَا الْخِلَافِ، وَلَيْسَ مَدَارُ الْفَرْقِ عَلَى ذِكْرِ الْأَخْذِ فِي طَرَفِ الْوَدِيعَةِ وَعَدَمِهِ فِي الطَّرَفِ الْآخَرِ وَهُوَ الْإِجَارَةُ وَأَخْتَاهُ؛ لِأَنَّهُ ذَكَرَ الْأَخْذَ فِي وَضْعِ الطَّرَفِ الْآخَرِ فِي كِتَابِ الْإِقْرَارِ أَيْضًا، وَهَذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ اقْتَضَيْتُ مِنْ فُلَانٍ أَلْفَ دِرْهَمٍ كَانَتْ لِي عَلَيْهِ أَوْ أَقْرَضْتُهُ أَلْفًا ثُمَّ أَخَذْتُهَا مِنْهُ وَأَنْكَرَ الْمُقَرَّرُ لَهُ حَيْثُ يَكُونُ الْقَوْلُ قَوْلُهُ لِأَنَّ الدُّيُونَ تُقْضَى بِأَمْثَالِهَا، وَذَلِكَ إِنَّمَا يَكُونُ بِقَبْضِ مَضْمُونٍ، فَإِذَا أَقْرَبَ بِالْاِقْتِضَاءِ فَقَدْ أَقْرَبَ بِسَبَبِ الضَّمَانِ ثُمَّ ادَّعَى تَمْلُكَهُ عَلَيْهِ بِمَا يَدَّعِيهِ مِنَ الدَّيْنِ مُقَاصَّةً وَالْآخَرَ يُنْكِرُهُ.

أَمَّا هَاهُنَا الْمَقْبُوضُ عَيْنُ مَا ادَّعَى فِيهِ الْإِجَارَةُ وَمَا أَشْبَهَهَا فَافْتَرَقَا، لَوْ أَقَرَّ أَنْ فُلَانًا زَرَعَ هَذِهِ الْأَرْضَ أَوْ بَنَى هَذِهِ الدَّارَ أَوْ غَرَسَ هَذَا الْكَرَمَ وَذَلِكَ كُلُّهُ فِي يَدِ الْمُقِرِّ فَادَّعَاهَا فُلَانٌ وَقَالَ الْمُقِرُّ لَا بَلْ ذَلِكَ كُلُّهُ لِي اسْتَعْنْتُ بِكَ فَفَعَلْتَ أَوْ فَعَلْتَهُ بِأَجْرِ فَالْقَوْلُ لِلْمُقِرِّ لِأَنَّهُ مَا أَقَرَّ لَهُ بِالْيَدِ وَإِنَّمَا أَقَرَّ بِمُجَرَّدِ فِعْلٍ مِنْهُ، وَقَدْ يَكُونُ ذَلِكَ فِي مِلْكٍ فِي يَدِ الْمُقِرِّ وَصَارَ كَمَا إِذَا قَالَ خَاطَ لِي الْخِيَاطُ قَمِيصِي هَذَا بِنِصْفِ دِرْهَمٍ وَلَمْ يَقُلْ قَبَضْتَهُ مِنْهُ لَمْ يَكُنْ إِقْرَارًا بِالْيَدِ وَيَكُونُ الْقَوْلُ لِلْمُقِرِّ لَمَّا أَنَّهُ أَقَرَّ بِفِعْلٍ مِنْهُ وَقَدْ يَخِيطُ ثَوْبًا فِي يَدِ الْمُقِرِّ كَذَا هَذَا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (فِي الصَّحِيحِ) احْتِرَازٌ عَنْ قَوْلِ بَعْضِهِمْ إِنَّ الْقَوْلَ هَاهُنَا قَوْلُ الْمُقِرِّ بِالْإِجْمَاعِ فَيَكُونُ ذَلِكَ دَلِيلًا لِأَبِي حَنِيفَةَ. وَقَوْلُهُ (وَجْهُ الْقِيَاسِ مَا يَبْنَاهُ فِي الْوَدِيعَةِ) أَرَادَ بِهِ قَوْلُهُ لِأَنَّهُ أَقَرَّ بِالْيَدِ لَهُ وَادَّعَى اسْتِحْقَاقَهَا عَلَيْهِ وَهُوَ يُنْكِرُ وَالْقَوْلُ لِلْمُنْكَرِ. وَقَوْلُهُ (فَيَكُونُ الْقَوْلُ قَوْلُهُ فِي كَيْفِيَّتِهِ) أَيُّ فِي كَيْفِيَّةِ ثُبُوتِ الْيَدِ بِأَيِّ طَرِيقٍ كَانَ، كَمَا لَوْ قَالَ مَلَكَتْ عَبْدِي لَكَ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ إِلَّا أَنِّي لَمْ أَقْبِضْ الثَّمَنَ وَلِي حَقُّ الْحَبْسِ كَانَ الْقَوْلُ قَوْلُهُ وَإِنْ زَعَمَ الْآخَرُ خِلَافَهُ. وَقَوْلُهُ (وَقَدْ يَكُونُ مِنْ غَيْرِ صُنْعِهِ) كَاللُّقْطَةِ فَإِنَّهَا وَدِيعَةٌ فِي يَدِ الْمُلْتَقِطِ وَإِنْ لَمْ يَدْفَعْ إِلَيْهِ صَاحِبُهَا، وَكَذَا إِذَا هَبَّتِ الرِّيحُ وَأَلْقَتْ ثَوْبًا فِي دَارِ إِنْسَانٍ. وَقَوْلُهُ: (وَلَيْسَ مَدَارُ الْفَرْقِ) إِشَارَةٌ إِلَى الرَّدِّ عَلَى الْإِمَامِ الْقُمِّيِّ فِيمَا ذَكَرَهُ أَنَّ الرَّدَّ إِنَّمَا وَجِبَ فِي مَسْأَلَةِ الْوَدِيعَةِ لِأَنَّهُ قَالَ فِيمَا أَخَذَهَا مِنْهُ فَيَجِبُ جَزَاؤُهُ وَجَزَاءُ الْأَخْذِ الرَّدُّ. وَقَالَ فِي الْإِجَارَةِ وَأَخْتِيَّتِهَا: أَيُّ الْعَارِيَةِ وَالسُّكْنَى فَرَدَّهَا عَلَيَّ فَكَانَ الْاِفْتِرَاقُ فِي الْحُكْمِ لِلْاِفْتِرَاقِ فِي الْوَضْعِ.

وَقَالُوا فِي شُرُوحِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ: هَذَا الْفَرْقُ لَيْسَ بِشَيْءٍ، لِأَنَّ مُحَمَّدًا ذَكَرَ فِي كِتَابِ الْإِقْرَارِ لَفْظَ الْأَخْذِ فِي الْإِجَارَةِ وَأَخْتِيَّتِهَا أَيْضًا، وَإِنَّمَا الْفَرْقُ الصَّحِيحُ مَا ذَكَرَ فِي الْكِتَابِ (وَهَذَا) أَيُّ الَّذِي ذَكَرَهُ فِي الْإِجَارَةِ وَأَخْتِيَّتِهَا (بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ اقْتَضَيْتُ مِنْ فُلَانٍ أَلْفَ دِرْهَمٍ كَانَتْ لِي عَلَيْهِ أَوْ أَقْرَضْتَهُ أَلْفًا ثُمَّ أَخَذَهَا مِنْهُ وَأَنْكَرَ الْمُقِرُّ لَهُ حَيْثُ يَكُونُ الْقَوْلُ قَوْلُ الْمُقِرِّ لَهُ لِأَنَّ الدَّيُونَ تُقْضَى بِأَمْثَالِهَا) وَذَلِكَ مَعْلُومٌ، فَإِذَا أَقَرَّ بِاقْتِضَاءِ الدَّيْنِ فَقَدْ أَقَرَّ بِقَبْضِ مِثْلِ هَذَا الدَّيْنِ، لِأَنَّ الْاِقْتِضَاءَ إِنَّمَا يَكُونُ بِقَبْضِ مَالٍ مَضْمُونٍ

وَالْإِقْرَارُ بِقَبْضِ مَالٍ مَضْمُونٍ إِقْرَارٌ بِسَبَبِ الضَّمَانِ ثُمَّ ادَّعَى تَمْلِكَ مَا أَقْرَ بِقَبْضِهِ بِمَا يَدَّعِيهِ مِنَ الدَّيْنِ مُقَاصَّةً وَالْآخَرُ يُنْكِرُهُ، أَمَّا هَاهُنَا: يَعْنِي فِي صُورَةِ الْإِجَارَةِ وَأَحْتِيهَا فَلَمَقْبُوضُ عَيْنٌ مَا ادَّعَى فِيهِ الْإِجَارَةَ وَمَا أَشَبَّهَهَا فَافْتَرَقَا، وَعَلَيْكَ بِتَطْيِيقِ مَا ذَكَرْنَا بِمَا فِي الْمَثَلِ لِيُظْهَرَ التَّقْدِيمُ وَالتَّأَخِيرُ الْوَاقِعُ فِي كَلَامِ الْمُصَنِّفِ بِحَسِّ التَّدْبِيرِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى، وَبَاقِي كَلَامِهِ لَا يَحْتَاجُ إِلَى شَرْحٍ.

باب إقرار المريض

قَالَ: (وَإِذَا أَقَرَّ الرَّجُلُ فِي مَرَضٍ مَوْتَهُ بِدْيُونٍ وَعَلَيْهِ دْيُونٌ فِي صِحَّتِهِ وَدْيُونٌ لَزِمَتْهُ فِي مَرَضِهِ بِأَسْبَابٍ مَعْلُومَةٍ فَدَيْنُ الصَّحَّةِ وَالدَّيْنُ الْمَعْرُوفُ الْأَسْبَابُ مُقَدَّمٌ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: دَيْنُ الْمَرَضِ وَدَيْنُ الصَّحَّةِ يَسْتَوِيَانِ لَاسْتِوَاءٍ سَبَبُهُمَا وَهُوَ الْإِقْرَارُ الصَّادِرُ عَنْ عَقْلِ وَدَيْنٍ، وَمَحَلُّ الْوُجُوبِ الدُّمْتُ الْقَابِلَةُ لِلْحَقُوقِ فَصَارَ كإِنشَاءِ التَّصَرُّفِ مُبَايَعَةً وَمُنَاكَحَةً. وَلَنَا أَنَّ الْإِقْرَارَ لَا يُعْتَبَرُ دَلِيلًا إِذَا كَانَ فِيهِ إِبْطَالُ حَقٍّ الْغَيْرِ، وَفِي إِقْرَارِ الْمَرِيضِ ذَلِكَ لِأَنَّهُ حَقٌّ غُرْمَاءِ الصَّحَّةِ تَعَلَّقَ بِهِذَا الْمَالِ اسْتِيفَاءً، وَلِهَذَا مُنِعَ مِنَ التَّبَرُّعِ وَالْمَحَابَةِ إِلَّا بِقَدْرِ الثُلُثِ. بِخِلَافِ النِّكَاحِ لِأَنَّهُ مِنَ الْحَوَائِجِ الْأَصْلِيَّةِ وَهُوَ بِمَهْرِ الْمَثَلِ، وَبِخِلَافِ الْمُبَايَعَةِ بِمِثْلِ الْقِيَمَةِ لِأَنَّهُ حَقٌّ الْغُرْمَاءِ تَعَلَّقَ بِالْمَالِيَّةِ لَا بِالصُّورَةِ، وَفِي حَالَةِ الصَّحَّةِ لَمْ يَتَعَلَّقْ بِالْمَالِ لِقُدْرَتِهِ عَلَى الْاِكْتِسَابِ فَيَتَحَقَّقُ التَّثْمِيرُ، وَهَذِهِ حَالَةُ الْعَجْزِ وَحَالَتَا الْمَرَضِ حَالَةٌ وَاحِدَةٌ لِأَنَّهُ حَالَةُ الْحَجَرِ، بِخِلَافِ حَالَتِي الصَّحَّةِ وَالْمَرَضِ؛ لِأَنَّ الْأُولَى حَالَةُ إِطْلَاقٍ وَهَذِهِ حَالَةُ عَجْزٍ فَافْتَرَقَا، وَإِنَّمَا تُقَدَّمُ الدِّيُونُ الْمَعْرُوفَةُ الْأَسْبَابُ لِأَنَّهُ لَا تَهْمَةَ فِي ثُبُوتِهَا إِذِ الْمَعَايِنُ لَا مَرَدَّ لَهُ، وَذَلِكَ مِثْلُ بَدَلِ مَالٍ مَلَكَهُ أَوْ اسْتَهْلَكَهُ وَعِلْمُ وَجُوبِهِ بِغَيْرِ إِقْرَارِهِ أَوْ تَزَوُّجِ امْرَأَةٍ بِمَهْرٍ مِثْلَهَا، وَهَذَا الدَّيْنُ مِثْلُ دَيْنِ الصَّحَّةِ لَا يُقَدَّمُ أَحَدُهُمَا عَلَى الْآخَرِ لَمَّا بَيَّنَّا، وَلَوْ أَقَرَّ بَعَيْنٍ فِي يَدِهِ لِآخَرٍ لَمْ يَصِحَّ فِي حَقِّ غُرْمَاءِ الصَّحَّةِ لَتَعَلَّقَ حَقُّهُمْ بِهِ، وَلَا يَجُوزُ لِلْمَرِيضِ أَنْ يَقْضِيَ دَيْنَ بَعْضِ الْغُرْمَاءِ دُونَ الْبَعْضِ؛ لِأَنَّهُ فِي إِثَارِ الْبَعْضِ إِبْطَالُ حَقِّ الْبَاقِينَ، وَغُرْمَاءُ الصَّحَّةِ وَالْمَرَضِ فِي ذَلِكَ سَوَاءٌ، إِلَّا إِذَا قَضَى مَا اسْتَقْرَضَ فِي مَرَضِهِ أَوْ تَقَدَّمَ ثَمَنَ مَا اشْتَرَى فِي مَرَضِهِ وَقَدْ عُلِمَ بِالْبَيِّنَةِ.

قَالَ (فَإِذَا قُضِيَتْ) يَعْنِي الدِّيُونُ الْمُقَدَّمَةُ وَفَضَلَ شَيْءٌ (يُصْرَفُ إِلَى مَا أَقَرَّ بِهِ فِي حَالَةِ الْمَرَضِ) لِأَنَّ الْإِقْرَارَ فِي ذَاتِهِ صَحِيحٌ، وَإِنَّمَا رُدَّ فِي حَقِّ غُرْمَاءِ الصَّحَّةِ فَإِذَا لَمْ يَبْقَ

حَقُّهُمُ ظَهَرَتْ صِحَّتُهُ. قَالَ (وَإِنْ لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ دُيُونٌ فِي صِحَّتِهِ جَازَ إِقْرَارُهُ) لِأَنَّهُ لَمْ يَتَضَمَّنْ إِبْطَالَ حَقِّ الْغَيْرِ وَكَانَ الْمَقْرُّ لَهُ أَوْلَى مِنَ الْوَرَثَةِ لِقَوْلِ عُمَرَ رضي الله عنه: إِذَا أَقْرَأَ الْمَرِيضُ بَدَيْنَ جَازَ ذَلِكَ عَلَيْهِ فِي جَمِيعِ تَرَكَّتِهِ وَلَأنَّ قَضَاءَ الدَّيْنِ مِنَ الْحَوَائِجِ الْأَصْلِيَّةِ وَحَقُّ الْوَرَثَةِ يَتَعَلَّقُ بِالتَّرَكَّةِ بِشَرْطِ الْفَرَاغِ وَلِهَذَا تَقْدَمُ حَاجَتُهُ فِي التَّكْفِينِ.

الشرح:

(بَابُ إِقْرَارِ الْمَرِيضِ): أُنْفَرَدَ إِقْرَارَ الْمَرِيضِ فِي بَابٍ عَلَى حِدَةٍ لِاخْتِصَاصِهِ بِأَحْكَامٍ لَيْسَتْ لِلصَّحِيحِ، وَأَخْرَجَهُ لِأَنَّ الْمَرَضَ بَعْدَ الصَّحَّةِ. قَالَ (وَإِذَا أَقْرَأَ الرَّجُلُ فِي مَرَضٍ مَوْتَهُ إِنْ خُذِيَ إِذَا مَرَضَ الْمَدْيُونُ وَلَزِمَهُ دُيُونُ حَالِ مَرَضِهِ بِأَسْبَابٍ مَعْلُومَةٍ مِثْلُ بَدَلِ مَالٍ مَلَكَهُ أَوْ اسْتَهْلَكَهُ أَوْ مَهْرٌ مِثْلُ امْرَأَةٍ تَزَوَّجَهَا وَعَلِمَ مُعَايَنَةً أَوْ أَقْرَأَ فِي مَرَضِهِ بِدُيُونٍ غَيْرِ مَعْلُومَةٍ الْأَسْبَابِ فَدُيُونُ الصَّحَّةِ وَالَّتِي عُرِفَتْ أَسْبَابُهَا مُقَدَّمَةٌ عَلَى الدُّيُونِ الْمُقَرَّةِ بِهَا) (وَقَالَ الشَّافِعِيُّ دَيْنُ الصَّحَّةِ وَدَيْنُ الْمَرَضِ) سَوَاءٌ كَانَ بِسَبَبٍ مَعْلُومٍ أَوْ لَا (يَسْتَوِيَانِ لِاسْتِوَاءِ سَبَبِهِمَا وَهُوَ الْإِقْرَارُ الصَّادِرُ عَنِ الْأَهْلِ) إِذَا الْغَرَضُ فِيهِ الْمُضَافُ إِلَى مَحَلِّهِ وَهِيَ الذِّمَّةُ الْقَابِلَةُ لِلْحُقُوقِ، فَصَارَ كَأِنْشَاءِ التَّصَرُّفِ مُبَايَعَةٍ أَوْ مُنَاكَحَةٍ، وَإِنَّمَا تَعَرَّضَ لَوْصَفِ الْعَقْلِ وَالذِّنِّ لِأَنَّهُمَا الْمَانِعَانِ عَنِ الْكُذْبِ فِي الْإِحْبَارِ، وَالْإِقْرَارُ إِخْبَارٌ عَنِ الْوَاجِبِ فِي ذِمَّتِهِ، وَلَا تَفَاوُتُ فِي ذَلِكَ بَيْنَ صِحَّةِ الْمُقَرِّ وَمَرَضِهِ (وَلَنَا أَنَّ الْإِقْرَارَ غَيْرُ مُعْتَبَرٍ إِذَا تَضَمَّنَ إِبْطَالَ حَقِّ الْغَيْرِ وَإِقْرَارُ الْمَرِيضِ تَضَمَّنَهُ، لِأَنَّ حَقَّ غُرْمَاءِ الصَّحَّةِ تَعَلَّقَ بِهَذَا الْمَالِ اسْتِيفَاءً وَلِهَذَا مُنَعَ مِنَ التَّبَرُّعِ وَالْمَحَابَةِ) أَصْلًا إِذَا أَحَاطَتْ الدُّيُونُ بِمَالِهِ وَبِالزِّيَادَةِ عَلَى الثَّلَاثِ إِذَا لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ دَيْنٌ، وَفِي هَذَا التَّوْضِيحِ جَوَابٌ عَمَّا ادَّعَى الشَّافِعِيُّ مِنَ الْاسْتِوَاءِ بَيْنَ حَالِ الصَّحَّةِ وَالْمَرَضِ. فَإِنَّهُ لَوْ كَانَتْ مُتَسَاوِيَتَيْنِ لَمَا مُنَعَ مِنَ التَّبَرُّعِ وَالْمَحَابَةِ فِي حَالِ الْمَرَضِ كَمَا فِي حَالِ الصَّحَّةِ.

فَإِنْ قِيلَ: الْإِقْرَارُ بِالْوَارِثِ فِي الْمَرَضِ صَحِيحٌ وَقَدْ تَضَمَّنَ إِبْطَالَ حَقِّ بَقِيَّةِ الْوَرَثَةِ أَجِيبَ بِأَنَّ اسْتِحْقَاقَ الْوَارِثِ الْمَالِ بِالنَّسَبِ وَالْمَوْتِ جَمِيعًا، فَلَا اسْتِحْقَاقَ يُضَافُ إِلَى آخِرِهِمَا وَجُودًا وَهُوَ الْمَوْتُ، بِخِلَافِ الدَّيْنِ فَإِنَّهُ يَجِبُ بِالْإِقْرَارِ لَا بِالْمَوْتِ (قَوْلُهُ بِخِلَافِ النِّكَاحِ) جَوَابٌ عَمَّا اسْتَشْهَدَ بِهِ الشَّافِعِيُّ مِنْ إِثْنَاءِ النِّكَاحِ وَالْمُبَايَعَةِ، وَذَلِكَ لِأَنَّ النِّكَاحَ مِنَ الْحَوَائِجِ الْأَصْلِيَّةِ وَالْمَرْءُ غَيْرُ مَمْنُوعٍ مِنَ الْحَوَائِجِ الْأَصْلِيَّةِ وَإِنْ كَانَ تَمَّةً دَيْنُ الصَّحَّةِ

كَالصَّرْفِ إِلَى ثَمَنِ الْأَدْوِيَةِ وَالْأَغْذِيَةِ قَوْلُهُ وَهُوَ بِمَهْرِ الْمَثَلِ يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ خَالًا: يَعْنِي أَنَّ النِّكَاحَ مِنَ الْحَوَائِجِ الْأَصْلِيَّةِ حَالُ كَوْنِهِ بِمَهْرِ الْمَثَلِ، وَأَمَّا الزِّيَادَةُ عَلَى ذَلِكَ فَبَاطِلَةٌ وَالنِّكَاحُ جَائِزٌ.

فَإِنْ قِيلَ: لَوْ تَزَوَّجَ شَيْخٌ فَإِنَّ رَابِعَةَ جَازَ وَلَيْسَ بِمُحْتَاجٍ إِلَيْهَا فَلَمْ يَكُنْ مِنَ الْحَوَائِجِ الْأَصْلِيَّةِ. أُجِيبَ بِأَنَّ النِّكَاحَ فِي أَصْلِ الْوَضْعِ مِنْ مَصَالِحِ الْمَعِيشَةِ وَالْعِبَرَةُ لِأَصْلِ الْوَضْعِ لَا لِلْحَالِ، فَإِنَّ الْحَالَ مِمَّا لَا يُوقَفُ عَلَيْهَا (قَوْلُهُ وَبِخِلَافِ الْمُبَايَعَةِ) يَعْنِي أَنَّ الْمُبَايَعَةَ بِمِثْلِ الْقِيَمَةِ لَا تُبْطَلُ حَقَّ الْغُرْمَاءِ لِأَنَّهُ يَتَعَلَّقُ بِالْمَالِيَّةِ لَا بِالصُّورِ وَالْمَالِيَّةُ بَاقِيَةٌ.

فَإِنْ قِيلَ: لَوْ تَعَلَّقَ حَقَّ الْغُرْمَاءِ بِمَالِ الْمَدْيُونِ بَطُلَ إِقْرَارُهُ بِالذَّيْنِ حَالِ الصَّحَّةِ لِأَنَّ الْإِقْرَارَ الْمُتَضَمِّنَ لِإِبْطَالِ حَقِّ الْغَيْرِ لَيْسَ بِمُعْتَبَرٍ كَمَا مَرَّ. أَجَابَ بِقَوْلِهِ (وَفِي حَالِ الصَّحَّةِ) لَمْ يَتَعَلَّقْ بِالْمَالِ لِقُدْرَتِهِ عَلَى الْاِكْتِسَابِ فَيَتَحَقَّقُ التَّشْمِيرُ فَلَمْ يَحْتَجْ إِلَى تَغْلِيْقِ الْغُرْمَاءِ بِمَالِهِ (وَهَذِهِ) أَيُّ حَالَةِ الْمَرَضِ (حَالَةُ الْعَجْزِ) عَنْ الْاِكْتِسَابِ فَيَتَعَلَّقُ حَقُّهُمْ بِهِ حَذَرًا عَنْ التَّوَيُّ. فَإِنْ قِيلَ: سَلَمْنَا ذَلِكَ لَكِنْ إِذَا أَقْرَأَ فِي الْمَرَضِ ثَانِيًا وَجَبَ أَنْ لَا يَصِحَّ لَتَعَلُّقِ حَقِّ الْمُقَرَّرِ لَهُ الْأَوَّلِ بِمَالِهِ كَمَا لَا يَصِحُّ فِي حَقِّ غُرْمَاءِ الصَّحَّةِ لِذَلِكَ. أَجَابَ بِقَوْلِهِ (وَحَالَتَا الْمَرَضِ حَالَةً وَاحِدَةً) يَعْنِي أَوَّلُهُ وَآخِرُهُ بَعْدَ اتِّصَالِ الْمَوْتِ بِهِ حَالَةً وَاحِدَةً (لَأَنَّ حَالَةَ الْحَجَرِ) فَكَأَنَّا بِمَنْزِلَةِ إِقْرَارِ وَاحِدٍ كَحَالَتِي الصَّحَّةِ فَيُعْتَبَرُ الْإِقْرَارَانِ جَمِيعًا (بِخِلَافِ حَالَتِي الصَّحَّةِ وَالْمَرَضِ لِأَنَّ الْأَوَّلَ حَالَةُ إِطْلَاقٍ وَهَذِهِ حَالَةُ عَجْزٍ فَيَفْتَرِقَانِ) فَيَمْنَعُ تَعَلُّقُ غُرْمَاءِ الصَّحَّةِ بِمَالِهِ عَنْ إِقْرَارِهِ فِي حَالَةِ الْمَرَضِ، وَلَا يَمْنَعُ الْإِقْرَارُ فِي أَوَّلِ الْمَرَضِ عَنْ الْإِقْرَارِ فِي آخِرِهِ، وَهَذَا الدَّلِيلُ أَفَادَ التَّفَرُّقَ بَيْنَ ذَيْنِ الصَّحَّةِ وَذَيْنِ الْمَرَضِ.

وَبَقِيَ الْكَلَامُ فِي تَقْدِيمِ الذُّيُونِ الْمَعْرُوفَةِ الْأَسْبَابِ فَقَالَ (وَإِنَّمَا تُقَدَّمُ الذُّيُونُ الْمَعْرُوفَةُ الْأَسْبَابِ لِأَنَّهُ لَا تُهْمَةُ فِي ثُبُوتِهَا إِذِ الْمُعَايِنُ لَا مَرَدَّ لَهُ) فَتَقَدَّمُ عَلَى الْمُقَرَّرِ بِهِ وَتَصِيرُ مِثْلَ ذَيْنِ الصَّحَّةِ (لَا يُقَدَّمُ أَحَدُهُمَا عَلَى الْآخَرِ لَمَّا بَيَّنَّا) أَنَّهُ مِنَ الْحَوَائِجِ الْأَصْلِيَّةِ: يَعْنِي فِي النِّكَاحِ، وَلَا تُهْمَةُ فِي ثُبُوتِهِ فِي غَيْرِهِ.

قَالَ (وَلَوْ أَقْرَأَ بَعَيْنٌ فِي يَدِهِ لَآخَرَ لَمْ يَصِحَّ) الْإِقْرَارُ بِالْعَيْنِ فِي الْمَرَضِ كَالْإِقْرَارِ بِالذَّيْنِ فِيهِ يَمْنَعُهُ عَنْ ذَلِكَ تَعَلُّقُ حَقِّ الْغُرْمَاءِ بِالْعَيْنِ (وَلَا يَجُوزُ لِلْمَرِيضِ أَنْ يَقْضِيَ ذَيْنَ بَعْضِ الْغُرْمَاءِ دُونَ بَعْضٍ) سَوَاءً كَانُوا غُرْمَاءَ الصَّحَّةِ أَوْ الْمَرَضِ أَوْ مُخْتَلِطِينَ (لَأَنَّ فِي

ذَلِكَ إِبْطَالُ حَقِّ الْبَاقِينَ) فَلَا يَصِحُّ، فَإِنْ فَعَلَ ذَلِكَ لَمْ يُسَلِّمْ الْمَقْبُوضُ لِلْقَابِضِ بَلْ يَكُونُ بَيْنَ الْعُرَمَاءِ بِالْحِصَصِ عِنْدَنَا.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: سُلِّمَ لَهُ ذَلِكَ لِأَنَّ الْمَرِيضَ نَاطِرٌ لِنَفْسِهِ فِيمَا يَصْنَعُ فَرُبَّمَا يَقْضِي مَنْ يَخَافُ أَنْ لَا يُسَامِحَهُ بِالْإِبْرَاءِ بَعْدَ مَوْتِهِ وَيُخَاصِمُهُ فِي الْآخِرَةِ، وَالتَّصَرُّفُ عَلَى وَجْهِ النَّظَرِ غَيْرُ مَرْدُودٍ.

وَالْجَوَابُ: أَنَّ النَّظَرَ لِنَفْسِهِ إِنَّمَا يَصِحُّ إِذَا لَمْ يَبْطُلْ حَقُّ غَيْرِهِ (قَوْلُهُ إِلَّا إِذَا قَضَى مَا اسْتَقْرَضَ) اسْتِثْنَاءٌ مِنْ قَوْلِهِ وَلَا يَجُوزُ لِلْمَرِيضِ، وَمَعْنَاهُ: إِذَا قُضِيَ فِي مَرَضِهِ مَا اسْتَقْرَضَهُ فِي مَرَضِهِ أَوْ تَقَدَّرَ ثَمَنُ مَا اشْتَرَى كَذَلِكَ وَقَدْ عَلِمَ ذَلِكَ بِالْيَسَنَةِ أَوْ بِالْمُعَايَنَةِ جَازَ وَسُلِّمَ الْمَقْبُوضُ لِلْقَابِضِ لَا يُشَارِكُهُ غَيْرُهُ، لِأَنَّهُ لَمْ يُبْطَلْ حَقُّ الْعُرَمَاءِ وَإِنَّمَا حَوْلَهُ مِنْ مَحَلٍّ إِلَى مَحَلٍّ آخَرَ يَعْدِلُهُ.

أَرَأَيْتَ لَوْ رَدَّ مَا اسْتَقْرَضَهُ بَعِيْنُهُ أَوْ فَسَخَ الْبَيْعَ وَرَدَّ الْمَبِيعَ أَكَانَ يَمْتَنِعُ سَلَامَتُهُ لِلْمَرْدُودِ عَلَيْهِ لِحَقِّ غُرَمَاءِ الصَّحَّةِ؟ لَا، فَكَذَلِكَ إِذَا رَدَّ بَدَلَهُ لِأَنَّ حُكْمَ الْبَدَلِ حُكْمُ الْمُبْدَلِ (فَإِذَا قُضِيَتْ الدِّيُونُ الْمُقَدَّمَةُ) بِنَوْعِيَّهَا (وَفَضَّلَ شَيْءٌ صَرَفَ إِلَى مَا أَقْرَبَ بِهِ فِي حَالَةِ الْمَرَضِ لِأَنَّ الْإِقْرَارَ فِي ذَاتِهِ صَحِيحٌ) أَيُّ مَحْمُولٌ عَلَى الصَّدَقِ فِي حَقِّهِ حُجَّةٌ عَلَيْهِ (وَإِنَّمَا رَدَّ حَقًّا لِعُرَمَاءِ الصَّحَّةِ فَإِذَا لَمْ يَبْقَ لَهُمْ حَقٌّ ظَهَرَتْ صِحَّتُهُ وَإِذَا لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ دِيُونٌ فِي صِحَّتِهِ جَازَ إِفْرَارُهُ وَإِنْ كَانَ بِكُلِّ الْمَالِ) لَعَدَمِ تَضَمُّنِهِ إِبْطَالُ حَقِّ الْغَيْرِ (وَكَانَ الْمُقَرَّلُ لَهُ أَوَّلَى مِنَ الْوَرَثَةِ لِقَوْلِ عُمَرَ رضي الله عنه: إِذَا أَقْرَأَ الْمَرِيضُ بَدْنَيْنِ جَازَ ذَلِكَ عَلَيْهِ فِي جَمِيعِ تَرَكَّتِهِ). فَإِنْ قِيلَ: الشَّرْعُ قَصَرَ تَصَرُّفَ الْمَرِيضِ عَلَى الثَّلَثِ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «الثَّلَثُ وَالثَّلَثُ كَثِيرٌ» وَذَلِكَ أَقْوَى مِنْ قَوْلِ عُمَرَ.

أُجِيبَ بِأَنَّ ذَلِكَ فِي الْوَصِيَّةِ وَمَا فِي مَعْنَاهَا، وَالْإِقْرَارُ لِلْأَجْنَبِيِّ لَيْسَ مِنْ ذَلِكَ كَمَا سَيَأْتِي (وَلَأَنَّ قَضَاءَ الدَّيْنِ مِنَ الْحَوَائِجِ الْأَصْلِيَّةِ) لِأَنَّ بِهِ رَفَعَ الْحَائِلَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْجَنَّةِ وَحَقَّ الْوَرَثَةِ يَتَعَلَّقُ بِالثَّرَكَةِ بِشَرْطِ الْفَرَاغِ عَنِ الْحَاجَةِ وَلِهَذَا يُقَدَّمُ تَجْهِيزُهُ وَتَكْفِينُهُ.

قَالَ: (وَلَوْ أَقْرَأَ الْمَرِيضُ لَوَارِثَهُ لَا يَصِحُّ إِلَّا أَنْ يُصَدِّقَهُ فِيهِ بِقِيَمَةِ الْوَرَثَةِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ فِي أَحَدِ قَوْلَيْهِ: يَصِحُّ لِأَنَّهُ إِظْهَارُ حَقِّ ثَابِتٍ لَتَرْجُعِ جَانِبِ الصَّدَقِ فِيهِ، وَصَارَ كَالْإِقْرَارِ لِأَجْنَبِيٍّ وَبَوَارِثٍ آخَرَ وَبَوَدِيعَةٍ مُسْتَهْلَكَةٍ لِلْوَارِثِ. وَلَنَا قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ

وَالسَّلَامُ «لَا وَصِيَّةَ لَوَارِثٍ وَلَا إِقْرَارَ لَهُ بِالدَّيْنِ»^(١) وَلأنَّه تَعَلَّقَ حَقُّ الْوَرَثَةِ بِمَالِهِ فِي مَرَضِهِ وَلِهَذَا يُمْنَعُ مِنَ التَّبَرُّعِ عَلَى الْوَارِثِ أَصْلًا، فَفِي تَخْصِيصِ الْبَعْضِ بِهِ إِبْطَالُ حَقِّ الْبَاقِيْنَ، وَلأنَّ حَالَةَ الْمَرَضِ حَالَةُ الْاسْتِغْنَاءِ وَالْقَرَابَةِ سَبَبُ التَّعَلُّقِ، إِنْ لَمْ يَظْهَرْ فِي حَقِّ الْأَجْنَبِيِّ لِحَاجَتِهِ إِلَى الْمَعَامَلَةِ فِي الصَّحَّةِ؛ لِأنَّه لَوْ انْحَجَرَ عَنِ الْإِقْرَارِ بِالْمَرَضِ يَمْتَنِعُ النَّاسُ عَنِ الْمَعَامَلَةِ مَعَهُ، وَقَلَمَّا تَقَعَ الْمَعَامَلَةُ مَعَ الْوَارِثِ وَلَمْ يَظْهَرْ فِي حَقِّ الْإِقْرَارِ بِوَارِثٍ آخَرَ لِحَاجَتِهِ أَيْضًا، ثُمَّ هَذَا التَّعَلُّقُ حَقٌّ بِقِيَّةِ الْوَرَثَةِ، فَإِذَا صَدَّقُوهُ فَقَدْ أَبْطَلُوهُ فَيَصِحُّ إِقْرَارُهُ قَالَ (وَإِذَا أَقَرَّ لِأَجْنَبِيٍّ جَازَ وَإِنْ أَحَاطَ بِمَالِهِ) لَمَّا بَيَّنَّا، وَالْقِيَاسُ أَنْ لَا يَجُوزَ إِلَّا فِي الثُّلُثِ لِأَنَّ الشَّرْعَ قَصَرَ تَصَرُّفَهُ عَلَيْهِ. إِلَّا أَنَا نَقُولُ: لَمَّا صَحَّ إِقْرَارُهُ فِي الثُّلُثِ كَانَ لَهُ التَّصَرُّفُ فِي ثُلُثِ الْبَاقِي لِأنَّه الثُّلُثُ بَعْدَ الدَّيْنِ ثُمَّ وَثْمٌ حَتَّى يَأْتِيَ عَلَى الْكُلِّ.

الشرح:

قَالَ: (وَلَوْ أَقَرَّ الْمَرِيضُ لَوَارِثَةً لَا يَصِحُّ) وَإِقْرَارُ الْمَرِيضِ لَوَارِثِهِ بَاطِلٌ سَوَاءً أَقَرَّ بَعِيْنٍ أَوْ بَدِيْنٍ (إِلَّا أَنْ يُصَدِّقَهُ بَقِيَّةُ الْوَرَثَةِ وَقَالَ الشَّافِعِيُّ فِي أَحَدِ قَوْلَيْهِ يَصِحُّ لِأنَّه إِظْهَارُ حَقٍّ ثَابِتٍ لَتَرْجُحِ جَانِبِ الصَّدَقِ فِيهِ). بِدَلَالَةِ الْحَالِ وَالْمَرِيضُ غَيْرُ مَمْنُوعٍ عَنْ ذَلِكَ لِكُونِهِ سَعِيًّا فِي فِكَكَ رَقَبَتِهِ (فَصَارَ كَالْإِقْرَارِ لِأَجْنَبِيٍّ وَبِوَارِثٍ آخَرَ وَبِوَدِيعَةٍ مُسْتَهْلَكَةٍ لِلْوَارِثِ) كَمَا إِذَا أَوْدَعَ أَبَاهُ أَلْفَ دِرْهَمٍ بِمُعَايِنَةِ الشُّهُودِ، فَلَمَّا حَضَرَتِ الْوَفَاةُ الْأَبُ قَالَ اسْتَهْلَكْتُهَا وَمَاتَ وَأَنْكَرَ بَقِيَّةَ الْوَرَثَةِ فَإِنْ إِقْرَارُهُ صَحِيحٌ وَالْأَلْفُ مِنْ تَرَكَّتِهِ لِلابْنِ الْمَقْرَّرِ لَهُ خَاصَّةً، لِأَنَّ تَصَرُّفَ الْمَرِيضِ إِنَّمَا يُرَدُّ لِلتُّهْمَةِ وَلَا تُهْمَةٌ هَاهُنَا؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ إِنْ كَذَّبْنَاهُ فَمَاتَ وَجَبَ الضَّمَانُ أَيْضًا فِي تَرَكَّتِهِ لِأنَّه مَاتَ مُجْهَلًا (وَلَنَا قَوْلُهُ ﷺ «لَا وَصِيَّةَ لَوَارِثٍ وَلَا إِقْرَارَ لَهُ بِالدَّيْنِ» وَهُوَ نَصٌّ فِي الْبَابِ).

لَكِنْ شَمَسَ الْأَيْمَةَ قَالَ: هَذِهِ الزِّيَادَةُ غَيْرُ مَشْهُورَةٍ، وَالْمَشْهُورُ قَوْلُ ابْنِ عُمرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا، وَأَرَادَ بِهِ مَا رُوِيَ عَنْهُ: إِذَا أَقَرَّ الرَّجُلُ فِي مَرَضِهِ بَدِيْنٍ لِرَجُلٍ غَيْرِ وَارِثٍ فَإِنَّهُ جَائِزٌ وَإِنْ أَحَاطَ ذَلِكَ بِمَالِهِ، وَإِنْ أَقَرَّ لَوَارِثٍ فَهُوَ بَاطِلٌ إِلَّا أَنْ يُصَدِّقَهُ الْوَرَثَةُ. وَبِهِ أَخَذَ عُلَمَاؤُنَا، لِأَنَّ قَوْلَ الْوَاحِدِ مِنْ فَقْهَاءِ الصَّحَابَةِ عِنْدَنَا مُقَدَّمٌ عَلَى الْقِيَاسِ

(١) أخرجه الدارقطني (٤/١٥٢) رقم (١٢). وانظر نصب الراية (٤/٢٥٨).

(وَلَأَنَّ حَقَّ الْوَرْتَةِ تَعْلَقَ بِمَالِهِ فِي مَرَضِهِ وَلِهَذَا يُمْنَعُ مِنَ التَّبَرُّعِ عَلَى الْوَارِثِ أَصْلًا، فَبِى تَخْصِصِ الْبَعْضِ بِهِ إِبْطَالُ حَقِّ الْبَاقِيْنَ) وَتَذَكُّرُ مَا أَوْرَدْنَا بِالإِقْرَارِ بِوَارِثٍ آخَرَ وَمَا أَجَبْنَا بِهِ عَنْهُ (وَلَأَنَّ حَالَةَ الْمَرَضِ حَالَةُ الْاسْتِعْنَاءِ) عَنْ الْمَالِ لظُهُورِ أَمَارَاتِ الْمَوْتِ الْمَوْجِبِ لَانْتِهَاءِ الْأَمَالِ، وَكُلُّ مَا هُوَ كَذَلِكَ فَالْإِقْرَارُ لِبَعْضِ الْوَرْتَةِ فِيهِ يُورِثُ تَهْمَةَ تَخْصِصِهِ (وَالْقَرَابَةُ) تَمْنَعُ عَنْ ذَلِكَ لِأَنَّهَا (سَبَبُ تَعْلُقِ حَقِّ الْأَقْرِبَاءِ بِالْمَالِ) وَتَعْلُقُ حَقَّهُمْ بِهِ يَمْنَعُ تَخْصِصَ بَعْضِهِمْ بِشَيْءٍ مِنْهُ بِلَا مُخَصَّصٍ (إِلَّا أَنَّ هَذَا التَّعْلُقُ لَمْ يَظْهَرْ فِي حَقِّ الْأَجْنَبِيِّ لِحَاجَتِهِ إِلَى الْمُعَامَلَةِ فِي حَالَةِ الصَّحَّةِ، لِأَنَّهُ لَوْ انْحَجَرَ عَنْ الإِقْرَارِ بِالْمَرَضِ لَامْتَنَعَ النَّاسُ عَنْ الْمُعَامَلَةِ مَعَهُ).

فَإِنْ قِيلَ: فَالْحَاجَةُ مُوجُودَةٌ فِي حَقِّ الْوَارِثِ أَيْضًا لِأَنَّ النَّاسَ كَمَا يُعَامَلُونَ مَعَ الْأَجْنَبِيِّ يُعَامَلُونَ مَعَ الْوَارِثِ أَجَابَ بِقَوْلِهِ (وَقَلَمَّا تَقَعَ الْمُعَامَلَةُ مَعَ الْوَارِثِ) لِأَنَّ الْبَيْعَ لِلِاسْتِرْبَاحِ وَلَا اسْتِرْبَاحَ مَعَ الْوَارِثِ لِأَنَّهُ يُسْتَحْيَا مِنَ الْمُمَاكَسَةِ مَعَهُ فَلَا يُحْصَلُ الرَّبْحُ (و) لِهَذَا (لَمْ يَظْهَرْ فِي حَقِّ الإِقْرَارِ بِوَارِثٍ آخَرَ لِحَاجَتِهِ أَيْضًا) وَهُوَ السُّؤَالُ الْمَذْكُورُ آنِفًا (ثُمَّ هَذَا التَّعْلُقُ حَقُّ بَقِيَّةِ الْوَرْتَةِ، فَإِذَا صَدَّقُوهُ فَقَدْ أَبْطَلُوهُ فَصَحَّ الإِقْرَارُ) قَالَ (وَإِذَا أَقَرَّ لِأَجْنَبِيٍّ جَارَ الْخ) وَإِذَا أَقَرَّ الْمَرِيضُ لِأَجْنَبِيٍّ صَحَّ وَإِنْ أَحَاطَ بِمَالِهِ لَمَّا يَبَيَّنَ أَنَّ قَضَاءَ الدَّيْنِ مِنَ الْحَوَائِجِ الْأَصْلِيَّةِ، وَكَانَتْ الْمَسْأَلَةُ مَعْلُومَةً مِمَّا تَقَدَّمَ إِلَّا أَنَّهُ ذَكَرَهَا تَمْهِيدًا لِدُكْرِ الْقِيَاسِ وَالِاسْتِحْسَانِ، فَإِنَّ الْقِيَاسَ لَا يَفْتَضِي جَوَازَهُ إِلَّا بِمِقْدَارِ الثُّلْثِ لِأَنَّ الشَّرْعَ قَصَرَ تَصْرِفَهُ عَلَيْهِ كَمَا مَرَّ، إِلَّا أَنَّا قُلْنَا لَمَّا صَحَّ إِقْرَارُهُ فِي الثُّلْثِ كَانَ لَهُ التَّصْرِفُ فِي الثُّلْثِ الْبَاقِي، لِأَنَّ الثُّلْثَ بَعْدَ الدَّيْنِ مَحَلُّ التَّصْرِفِ فَتَفْذُ الإِقْرَارُ فِي الثُّلْثِ الثَّانِي ثُمَّ وَثُمَّ إِلَى أَنَّ يَأْتِي عَلَى الْكُلِّ.

فَإِنْ قِيلَ: لِلْمَرِيضِ حَقُّ التَّصْرِفِ فِي ثُلْثِ مَالِهِ بِدُونِ إِجَازَةِ الْوَرْتَةِ فَلَمَّا صَحَّ تَصْرِفُهُ فِي ثُلْثِ مَالِهِ صَحَّ لَهُ التَّصْرِفُ فِي ثُلْثِ الْبَاقِي لَمَّا أَنَّ جَمِيعَ مَالِهِ بَعْدَ الثُّلْثِ الْخَارِجِ جُعِلَ كَأَنَّهُ هُوَ مِنَ الْإِبْتِدَاءِ فَيَجِبُ أَنْ تُنْفَذَ وَصِيَّتُهُ فِي ثُلْثِهِ أَيْضًا ثُمَّ وَثُمَّ إِلَى أَنَّ يَأْتِي عَلَى الْكُلِّ. فَالْجَوَابُ أَنَّ الثُّلْثَ بَعْدَ الدَّيْنِ مَحَلُّ التَّصْرِفِ لِلْمَرِيضِ، فَكُلَّمَا أَقَرَّ بِدَيْنٍ انْتَقَلَ مَحَلُّ التَّصْرِفِ إِلَى ثُلْثِ مَا بَعْدَهُ، وَلَيْسَ الثُّلْثُ بَعْدَ الْوَصِيَّةِ بِشَيْءٍ مَحَلُّ تَصْرِفِ الْمَرِيضِ وَصِيَّةٌ بَلِ الثُّلْثُ مَحَلُّهَا لَيْسَ إِلَّا فَافْتَرَقَا.

قَالَ: (وَمَنْ أَقَرَّ لِأَجْنَبِيٍّ ثُمَّ قَالَ: هُوَ ابْنِي ثَبَتَ نَسَبُهُ مِنْهُ وَيَبْطُلُ إِقْرَارُهُ، فَإِنْ أَقَرَّ لِأَجْنَبِيَّةٍ ثُمَّ تَزَوَّجَهَا لَمْ يَبْطُلْ إِقْرَارُهُ لَهَا) وَوَجْهُ الْفَرْقِ أَنْ دَعْوَةَ النَّسَبِ تَسْتَنْدُ إِلَى وَقْتِ الْعُلُوقِ فَتَبَيَّنَ أَنَّهُ أَقَرَّ لِابْنِهِ فَلَا يَصِحُّ وَلَا كَذَلِكَ الزَّوْجِيَّةُ لِأَنَّهَا تَقْتَصِرُ عَلَى زَمَانِ التَّزْوِجِ فَبَقِيَ إِقْرَارُهُ لِأَجْنَبِيَّةٍ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ أَقَرَّ لِأَجْنَبِيٍّ إِنْ) الْمُقَرُّ لَهُ إِمَّا أَنْ لَا يَكُونُ وَارِثًا لِلْمَرِيضِ أَوْ يَكُونُ وَارِثًا، وَالْوَارِثُ إِمَّا مُسْتَمِرٌّ أَوْ غَيْرُ مُسْتَمِرٍّ، وَغَيْرُ الْمُسْتَمِرِّ إِمَّا أَنْ يَكُونُ وَارِثًا حَالَةَ الْإِقْرَارِ غَيْرِ وَارِثٍ حَالَةَ الْمَوْتِ لِحُجْبٍ أَوْ لغيرِهِ، وَإِمَّا أَنْ يَكُونُ وَارِثًا حَالَةَ الْمَوْتِ غَيْرِ وَارِثٍ حَالَةَ الْإِقْرَارِ لِحُجْبٍ أَوْ لغيرِهِ، وَمَا لغيرِهِ فَإِمَّا أَنْ يَكُونَ سَبَبُ الْإِرْثِ مِمَّا يَسْتَنْدُ إِلَى وَقْتِ الْعُلُوقِ أَوْ لَا وَإِمَّا أَنْ يَكُونَ: أَعْنِي غَيْرَ الْمُسْتَمِرِّ وَارِثًا فِي الْحَالَيْنِ غَيْرِ وَارِثٍ بَيْنَهُمَا، فَذَلِكَ ثَمَانِيَّةُ أَوْجُهٍ: فِيمَا لَمْ يَكُنْ أَصْلًا صَحَّ إِقْرَارُهُ بِالْإِجْمَاعِ، وَفِيمَا كَانَ وَارِثًا مُسْتَمِرًّا لَا يَصِحُّ بِالْإِجْمَاعِ، وَفِيمَا كَانَ وَارِثًا حَالَةَ الْإِقْرَارِ دُونَ الْمَوْتِ، فَإِنْ كَانَ الْإِثْنَاءُ لِحُجْبٍ كَمَا إِذَا أَقَرَّ لِأَخِيهِ وَهُوَ وَارِثٌ ثُمَّ وَلَدَ وَلَدٌ أَوْ أَسْلَمَ الْوَلَدُ الْكَافِرُ أَوْ أُعْتِقَ الرَّقِيقُ صَحَّ الْإِقْرَارُ بِاتِّفَاقٍ بَيْنَ أَصْحَابِنَا لِأَنَّ الْوَرَاثَةَ بِالْمَوْتِ، فَإِذَا لَمْ يَكُنْ عِنْدَهُ وَارِثًا كَانَ كَالْأَجْنَبِيِّ، وَإِنْ كَانَ لغيرِهِ: أَيْ لغيرِ الْحُجْبِ كَمَا إِذَا طَلَّقَ زَوْجَتَهُ فِي مَرَضِهِ ثَلَاثًا بِأَمْرِهَا وَقَدْ أَقَرَّ لَهَا بِدَيْنٍ فَلَهَا الْأَقْلُ مِنَ الدَّيْنِ وَالْمِيرَاثِ لَوْجُودِ تُهْمَةِ الْإِثَارِ بِقِيَامِ الْعِدَّةِ فَلَعَلَّهُ اسْتَقَلَّ مِيرَاثُهَا.

وَبَابُ الْإِقْرَارِ لِلْوَارِثِ مَسْدُودٌ فَأَقْدَمَ عَلَى الطَّلَاقِ لِيَصِحَّ الْإِقْرَارُ بِزِيَادَةِ عَلَى مِيرَاثِهَا، وَلَا تُهْمَةُ فِي الْأَقْلِ فَيُثَبَّتُ، وَفِيمَا إِذَا كَانَ وَارِثًا حَالَةَ الْمَوْتِ دُونَ الْإِقْرَارِ، فَإِنْ كَانَ لِحُجْبٍ كَمَا إِذَا أَقَرَّ لِأَخِيهِ وَلَهُ ابْنٌ ثُمَّ مَاتَ الْابْنُ بَطُلَ إِقْرَارُهُ، خِلَافًا لِرَفَرٍ اعْتِبَارًا لِحَالَةِ الْإِقْرَارِ لِأَنَّهُ مُوجِبٌ بِنَفْسِهِ وَقَدْ حَصَلَ لغيرِ وَارِثٍ فَيَصِحُّ كَمَا إِذَا أَقَرَّ لِأَجْنَبِيَّةٍ ثُمَّ تَزَوَّجَهَا.

قُلْنَا: الْإِقْرَارُ لِلْوَارِثِ لَا يَصِحُّ، وَقَدْ تَبَيَّنَ بِمَوْتِ الْحَاجِبِ وَرَاثَتُهُ فَيَبْطُلُ إِقْرَارُهُ، بِخِلَافِ الْأَجْنَبِيَّةِ فَإِنَّهَا لَمْ تَكُنْ وَارِثَةً قَبْلَ التَّزْوِجِ وَإِنْ كَانَ لغيرِهِ وَقَدْ اسْتَنْدَ السَّبَبُ، كَمَا إِذَا أَقَرَّ لِأَجْنَبِيٍّ فِي مَرَضِهِ ثُمَّ ادَّعَى نَسَبَهُ ثَبَتَ نَسَبُهُ فَيَبْطُلُ إِقْرَارُهُ إِنْ لَمْ يَسْتَنْدِ،

كَمَا إِذَا أَقَرَّ لِأَجَنِّيَّةٍ ثُمَّ تَزَوَّجَهَا لَمْ يَبْطُلْ.

وَالْفَرْقُ أَنَّ بِالْمُسْتَدِّ تَبَيَّنَ كَوْنُ الْإِقْرَارِ لِلوَارِثِ، بِخِلَافِ غَيْرِهِ، وَفِيمَا كَانَ وَارِثًا فِي الْحَالَيْنِ دُونَ الْوَسْطِ كَمَا إِذَا أَقَرَّ لَزَوْجَتِهِ ثُمَّ أَبَانَهَا ثُمَّ تَزَوَّجَهَا بَعْدَ مُضِيِّ الْعِدَّةِ وَمَاتَ بَطُلَ الْإِقْرَارُ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ، وَجَارَ عِنْدَ مُحَمَّدٍ وَهُوَ الْقِيَاسُ، لِأَنَّهَا تَرِثُ بِسَبَبِ حَادِثٍ بَعْدَ الْإِقْرَارِ فَلَا يُؤَثِّرُ فِيمَا قَبْلَهُ فِيمَا لَمْ يَكُنْ لَيْسَ بِمُسْتَدِّ. كَمَا إِذَا أَقَرَّ لِشَخْصٍ فِي مَرَضِهِ ثُمَّ صَحَّ ثُمَّ مَرَضَ فَمَاتَ.

وَوَجْهُ قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ وَهُوَ الاسْتِحْسَانُ أَنَّ الْإِقْرَارَ لِلوَارِثِ بَاطِلٌ لِتُهْمَةِ الْإِثَارِ، فَإِذَا وَجِدَ سَبَبُ الْوَرِثَةِ عِنْدَ الْإِقْرَارِ وَجِدَتْ التُّهْمَةُ وَالْعَقْدُ الْمُتَجَدِّدُ قَائِمٌ مَقَامَ الْأَوَّلِ فِي تَقْرِيرِ صِفَةِ الْوَرِثَةِ عِنْدَ الْإِقْرَارِ، لِأَنَّ التُّهْمَةَ لَمْ تَكُنْ مُقَرَّرَةً لاحتِمَالِ زَوَالِ النِّكَاحِ فَلَمْ يَصِحَّ الْإِقْرَارُ.

قَالَ (وَمَنْ طَلَّقَ زَوْجَتَهُ فِي مَرَضِهِ ثَلَاثًا ثُمَّ أَقَرَّ لَهَا بِدَيْنٍ فَلَهَا الْأَقْلُ مِنَ الدَّيْنِ وَمِنْ مِيرَاثِهَا مِنْهُ) لِأَنَّهَا مُتَّهَمَانِ فِيهِ لِقِيَامِ الْعِدَّةِ، وَبَابُ الْإِقْرَارِ مَسْدُودٌ لِلوَارِثِ فَلَعَلَّهُ أَقْدَمَ عَلَى هَذَا الطَّلَاقِ لِيَصِحَّ إِقْرَارُهُ لَهَا زِيَادَةً عَلَى مِيرَاثِهَا وَلَا تُهْمَتَ فِي أَقْلِ الْأَمْرَيْنِ فَيَثْبُتَ.

فصل

(وَمَنْ أَقَرَّ بِغُلَامٍ يُوَلِّدُ مِثْلَهُ لِمِثْلِهِ وَلَيْسَ لَهُ نَسَبٌ مَعْرُوفٌ أَنَّهُ ابْنُهُ وَصَدَقَهُ الْغُلَامُ ثَبَتَ نَسَبُهُ مِنْهُ وَإِنْ كَانَ مَرِيضًا) لِأَنَّ النِّسْبَ مِمَّا يُلْزَمُهُ خَاصَّةً فَيَصِحُّ إِقْرَارُهُ بِهِ وَشَرْطُ أَنْ يُوَلِّدَ مِثْلَهُ لِمِثْلِهِ كَيْ لَا يَكُونَ مُكَذِّبًا فِي الظَّاهِرِ، وَشَرْطُ أَنْ لَا يَكُونَ لَهُ نَسَبٌ مَعْرُوفٌ لِأَنَّهُ يَمْنَعُ ثُبُوتَهُ مِنْ غَيْرِهِ، وَإِنَّمَا شَرْطُ تَصَدِيقِهِ لِأَنَّهُ فِي يَدِ نَفْسِهِ إِذَا الْمَسْأَلَةُ فِي غُلَامٍ يُعْبَرُ عَنْ نَفْسِهِ، بِخِلَافِ الصَّغِيرِ عَلَى مَا مَرَّ مِنْ قَبْلُ، وَلَا يَمْتَنِعُ بِالْمَرَضِ لِأَنَّ النِّسْبَ مِنَ الْحَوَائِجِ الْأَصْلِيَّةِ (وَيُشَارِكُ الْوَرِثَةَ فِي الْمِيرَاثِ) لِأَنَّهُ لَمَّا ثَبَتَ نَسَبُهُ مِنْهُ صَارَ كَالوَارِثِ الْمَعْرُوفِ فَيُشَارِكُ وَرَثَتَهُ.

الشرح:

ذَكَرَ الْإِقْرَارَ بِالنِّسْبِ فِي فَصْلِ عَلَى حِدَةٍ بَعْدَ ذِكْرِ الْإِقْرَارِ بِالْمَالِ لِقَلَّتِهِ. وَلِصِحَّةِ الْإِقْرَارِ بِالْوَلَدِ ثَلَاثُ شَرَائِطَ: أَنْ يَكُونَ يُوَلِّدُ مِثْلَهُ لِمِثْلِهِ كَيْ لَا يَكُونَ مُكَذِّبًا فِي الظَّاهِرِ. وَأَنْ لَا يَكُونَ الْوَلَدُ ثَابِتَ النِّسْبِ، إِذْ لَوْ كَانَ لَامْتَنَعَ ثُبُوتُهُ مِنْ غَيْرِهِ. وَأَنْ يَصْدُقَ الْمُقَرُّ

فِي إِقْرَارِهِ إِذَا كَانَ يُعْبَرُ عَنْ نَفْسِهِ لِأَنَّهُ فِي يَدِ نَفْسِهِ، بِخِلَافِ الصَّغِيرِ الَّذِي لَا يُعْبَرُ عَنْ نَفْسِهِ عَلَى مَا مَرَّ فِي بَابِ دَعْوَى النَّسَبِ، وَلَا يَمْتَنِعُ الإِقْرَارُ بِهِ بِسَبَبِ الْمَرَضِ لِأَنَّ النَّسَبَ مِنَ الْحَوَائِجِ الْأَصْلِيَّةِ وَهُوَ يَلْزَمُهُ خَاصَّةً لَيْسَ فِيهِ تَحْمِيلُهُ عَلَى الْغَيْرِ فَيُثْبِتُ، وَإِذَا ثَبَتَ كَانَ كَالْوَارِثِ الْمَعْرُوفِ فَيُشَارِكُ وَرَثَتَهُ.

قَالَ (وَيَجُوزُ إِقْرَارُ الرَّجُلِ بِالْوَالِدَيْنِ وَالْوَلَدِ وَالزَّوْجَةِ وَالْمَوْلَى) لِأَنَّهُ أَقْرَبُ بِمَا يَلْزَمُهُ وَلَيْسَ فِيهِ تَحْمِيلُ النَّسَبِ عَلَى الْغَيْرِ.

الشرح:

قَالَ: (وَيَجُوزُ إِقْرَارُ الرَّجُلِ بِالْوَالِدَيْنِ إلخ) هَذَا بَيَانُ مَا يَجُوزُ الإِقْرَارُ بِهِ وَمَا لَا يَجُوزُ إِقْرَارُ الرَّجُلِ بِالْوَالِدَيْنِ وَالْوَلَدِ وَالزَّوْجَةِ وَالْمَوْلَى: يَعْنِي مَوْلَى الْعَتَاقَةِ سَوَاءً كَانَ أَعْلَى أَوْ أَسْفَلَ جَائِزٌ سَوَاءً كَانَ إِقْرَارُهُ بِهِؤَلَاءِ فِي حَالَةِ الصَّحَّةِ أَوْ الْمَرَضِ، لِأَنَّهُ أَقْرَبُ بِمَا يَلْزَمُهُ، وَلَيْسَ فِيهِ تَحْمِيلُ النَّسَبِ عَلَى الْغَيْرِ فَتَحَقَّقَ الْمُقْتَضَى وَاتَّفَقَ الْمَانِعُ فَوَجَبَ الْقَوْلُ بِجَوَازِهِ، وَهَذَا الدَّلِيلُ كَمَا تَرَى يَدُلُّ عَلَى صِحَّةِ إِقْرَارِهِ بِالْأُمِّ كَصِحَّتِهِ بِالْأَبِ، وَهُوَ رَوَايَةٌ تُحْفَةُ الْفُقَهَاءِ وَرَوَايَةٌ شَرَحَ الْفَرَايِضُ لِلْإِمَامِ سِرَاجِ الدِّينِ وَالْمُصَنِّفِ. وَالْمَذْكُورُ فِي الْمَبْسُوطِ وَالْإِبْصَاحِ وَالْجَامِعِ الصَّغِيرِ لِلْإِمَامِ الْحَبِيبِيِّ أَنَّ إِقْرَارَ الرَّجُلِ يَصِحُّ بِأَرْبَعَةٍ نَفَرٍ بِالْأَبِ وَالْأَبْنِ وَالْمَرْأَةِ وَمَوْلَى الْعَتَاقِ. قَالَ صَاحِبُ النَّهَائَةِ: وَاللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ بِصِحَّتِهِ، وَقَدْ عَرَفْتُ صِحَّتَهُ بِدَلَالَةِ الدَّلِيلِ الْمَذْكُورِ.

(وَيُقْبَلُ إِقْرَارُ الْمَرْأَةِ بِالْوَالِدَيْنِ وَالزَّوْجِ وَالْمَوْلَى) لَمَّا بَيَّنَّا (وَلَا يَقْبَلُ بِالْوَلَدِ) لِأَنَّ فِيهِ تَحْمِيلُ النَّسَبِ عَلَى الْغَيْرِ وَهُوَ الزَّوْجُ لِأَنَّ النَّسَبَ مِنْهُ (إِلَّا أَنْ يُصَدِّقَهَا الزَّوْجُ) لِأَنَّ الْحَقَّ لَهُ (أَوْ تَشْهَدَ بِوِلَادَتِهِ قَابِلَةً) لِأَنَّ قَوْلَ الْقَابِلَةِ فِي هَذَا مَقْبُولٌ وَقَدْ مَرَّ فِي الطَّلَاقِ، وَقَدْ ذَكَرْنَا فِي إِقْرَارِ الْمَرْأَةِ تَفْصِيلًا فِي كِتَابِ الدَّعْوَى، وَلَا بُدَّ مِنْ تَصْدِيقِ هَؤُلَاءِ، وَيَصِحُّ التَّصْدِيقُ فِي النَّسَبِ بَعْدَ مَوْتِ الْمُقَرَّرِ لِأَنَّ النَّسَبَ يَبْقَى بَعْدَ الْمَوْتِ، وَكَذَا تَصْدِيقُ الزَّوْجَةِ لِأَنَّ حُكْمَ النِّكَاحِ بَاقٍ، وَكَذَا تَصْدِيقُ الزَّوْجِ بَعْدَ مَوْتِهَا لِأَنَّ الْإِرْثَ مِنْ أَحْكَامِهِ.

وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ لَا يَصِحُّ لِأَنَّ النِّكَاحَ انْقَطَعَ بِالْمَوْتِ وَلِهَذَا لَا يَحِلُّ لَهُ غُسْلُهَا عِنْدَنَا، وَلَا يَصِحُّ التَّصْدِيقُ عَلَى اعْتِبَارِ الْإِرْثِ لِأَنَّهُ مَعْدُومٌ حَالَةَ الإِقْرَارِ، وَإِنَّمَا يَثْبُتُ بَعْدَ الْمَوْتِ وَالتَّصْدِيقُ يَسْتَنْدُ إِلَى أَوَّلِ الإِقْرَارِ.

الشرح:

وَيُقْبَلُ إِقْرَارُ الْمَرْأَةِ بِالْوَالِدَيْنِ وَالزَّوْجِ وَالْمَوْلَى لَمَّا بَيَّنَّا أَنَّهُ أَقْرَبُ بِمَا يَلْزِمُهُ الْإِخ. وَقَالَ فِي الْمَبْسُوطِ: وَإِقْرَارُ الْمَرْأَةِ يَصِحُّ بِثَلَاثِ نَفَرٍ: بِالْأَبِ وَالزَّوْجِ وَمَوْلَى الْعَتَاقَةِ وَالْأَمْرِ فِي ذَلِكَ مَا ذَكَرْنَا، وَلَا يُقْبَلُ بِالْوَلَدِ لِأَنَّهُ فِيهِ تَحْمِيلُ النَّسَبِ عَلَى الْغَيْرِ وَهُوَ الزَّوْجُ، لِأَنَّ النَّسَبَ مِنْهُ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿ادْعُوهُمْ لِأَبَائِهِمْ﴾ [الأحزاب: ٥] وَعَلَيْهِ الْإِجْمَاعُ إِلَّا أَنْ يُصَدِّقَهَا الزَّوْجُ لِأَنَّ الْحَقَّ لَهُ أَوْ تَشْهَدُ الْقَابِلَةُ بِالْوِلَادَةِ إِذَا الْفَرَضُ أَنَّ الْفَرَّاشَ قَائِمٌ فَيَحْتَاجُ إِلَى تَعْيِينِ الْوَلَدِ وَشَهَادَتُهَا فِي ذَلِكَ مَقْبُولَةٌ وَقَدْ مَرَّ فِي الطَّلَاقِ (قَوْلُهُ وَذَكَرْنَا فِي إِقْرَارِ الْمَرْأَةِ تَفْصِيلًا فِي كِتَابِ الدَّعْوَى) يُرِيدُ بِهِ أَنَّ إِقْرَارَهَا بِالْوَلَدِ وَإِنَّمَا لَا يَصِحُّ إِذَا كَانَتْ ذَاتَ زَوْجٍ، وَأَمَّا إِذَا لَمْ تَكُنْ مَتَكُوحَةً وَلَا مُعْتَدَّةً قَالُوا يَثْبُتُ النَّسَبُ مِنْهَا بِقَوْلِهَا لِأَنَّ فِيهِ الْإِزَامَ عَلَى نَفْسِهَا دُونَ غَيْرِهَا (وَلَا بُدَّ مِنْ تَصْدِيقِ هَؤُلَاءِ) وَالْمَرْأَةُ شَرْطُ صِحَّةِ تَصْدِيقِهَا خُلُوقُهَا عَنْ زَوْجٍ آخَرَ وَعِدَّتِهِ وَأَنْ لَا تَكُونَ أُخْتُهَا تَحْتَ الْمَقْرِ وَلَا أَرْبَعٌ سِوَاهَا وَيَصِحُّ التَّصْدِيقُ فِي النَّسَبِ بَعْدَ مَوْتِ الْمَقْرِ لِأَنَّهُ مِمَّا يَبْقَى بَعْدَ الْمَوْتِ، وَكَذَا تَصْدِيقُ الزَّوْجَةِ بِالزَّوْجِيَّةِ بَعْدَ الْمَوْتِ الزَّوْجِ الْمَقْرِ بِالِاتِّفَاقِ، لِأَنَّ حُكْمَ النِّكَاحِ بَاقٍ وَهُوَ الْعِدَّةُ فَإِنَّهَا وَاجِبَةٌ بَعْدَ الْمَوْتِ وَهِيَ مِنْ آثَارِ النِّكَاحِ، أَلَا تَرَى أَنَّهَا تُعَسَّلُهُ بَعْدَ الْمَوْتِ لِقِيَامِ النِّكَاحِ وَكَذَا تَصْدِيقُ بَعْدَ الزَّوْجِ مَوْتِهَا لِأَنَّ الْإِرْثَ مِنْ أَحْكَامِ النِّكَاحِ وَهُوَ مِمَّا يَبْقَى بَعْدَ النِّكَاحِ كَالْعِدَّةِ، وَهَذَا عِنْدَهُمَا.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: لَا يَصِحُّ لِأَنَّ النِّكَاحَ انْقَطَعَ بِالْمَوْتِ وَلَا عِدَّةٌ عَلَيْهِ لِيَصِحَّ بِاعْتِبَارِهَا، وَلَا يَصِحُّ التَّصْدِيقُ عَلَى اعْتِبَارِ الْإِرْثِ لِأَنَّهُ مَعْدُومٌ حَالَةَ الْإِقْرَارِ، وَإِنَّمَا يَثْبُتُ بَعْدَ الْمَوْتِ وَالتَّصْدِيقُ يَسْتَنْدُ إِلَى أَوَّلِ الْإِقْرَارِ؛ مَعْنَاهُ أَنَّ التَّصْدِيقَ هُوَ الْمَوْجِبُ لثُبُوتِ النِّكَاحِ الْمَوْجِبِ لِلْإِرْثِ فَلَا يُمَكِّنُ أَنْ يَثْبُتَ بِالْإِرْثِ.

وَلِقَائِلٍ أَنْ يُعَارِضَ فَيَقُولُ: لَا يَصِحُّ التَّصْدِيقُ عَلَى اعْتِبَارِ الْعِدَّةِ لِأَنَّهَا مَعْدُومَةٌ حَالَةَ الْإِقْرَارِ، وَإِنَّمَا تَثْبُتُ بَعْدَ الْمَوْتِ، وَالتَّصْدِيقُ يَسْتَنْدُ إِلَى أَوَّلِ الْإِقْرَارِ وَيُفَسَّرُ بِمَا ذَكَرْتُمْ. وَيُمْكِنُ أَنْ يُجَابَ عَنْهُ أَنَّ الْعِدَّةَ لَازِمَةٌ لِلْمَوْتِ عَنْ نِكَاحٍ بِالْإِجْمَاعِ فَجَازَ أَنْ يُعْتَبَرَ النِّكَاحُ الْمَعَانِي قَائِمًا بِاعْتِبَارِهِمَا، فَكَذَا الْمَقْرُ بِهِ، وَأَمَّا الْإِرْثُ فَلَيْسَ بِلَازِمٍ لَهُ لِحَوَازِ أَنْ تَكُونَ الْمَرْأَةُ كِتَابِيَّةً فَلَمْ يُعْتَبَرْ قَائِمًا بِاعْتِبَارِهِ.

قَالَ: (وَمَنْ أَقْرَبُ بِنَسَبٍ مِنْ غَيْرِ الْوَالِدَيْنِ وَالْوَلَدِ نَحْوَ الْأَخِ وَالْعَمِّ لَا يُقْبَلُ إِقْرَارُهُ فِي النَّسَبِ) لِأَنَّ فِيهِ حَمْلَ النَّسَبِ عَلَى الْغَيْرِ (فَإِنْ كَانَ لَهُ وَارِثٌ مَعْرُوفٌ قَرِيبٌ أَوْ بَعِيدٌ فَهُوَ أَوْلَى بِالْمِيرَاثِ مِنَ الْمُقَرَّرِ لَهُ) لِأَنَّهُ لَمَّا لَمْ يَثْبُتْ نَسَبُهُ مِنْهُ لَا يُزَاحِمُ الْوَارِثَ الْمَعْرُوفَ (وَأِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَارِثٌ اسْتَحَقَّ الْمُقَرَّرُ لَهُ مِيرَاثَهُ) لِأَنَّ لَهُ وَلَايَةَ التَّصَرُّفِ فِي مَالِ نَفْسِهِ عِنْدَ عَدَمِ الْوَارِثِ؛ أَلَا يَرَى أَنَّ لَهُ أَنْ يُوصِيَ بِجَمِيعِهِ فَيَسْتَحِقُّ جَمِيعَ الْمَالِ وَإِنْ لَمْ يَثْبُتْ نَسَبُهُ مِنْهُ لَمَّا فِيهِ مِنْ حَمْلِ النَّسَبِ عَلَى الْغَيْرِ، وَلَيْسَتْ هَذِهِ وَصِيَّةً حَقِيقَةً حَتَّى أَنْ مَنْ أَقْرَبُ بِأَخٍ ثُمَّ أَوْصَى لِأَخَرَ بِجَمِيعِ مَالِهِ كَانَ لِلْمُوصَى لَهُ ثُلُثُ جَمِيعِ الْمَالِ خَاصَّةً وَلَوْ كَانَ الْأَوَّلُ وَصِيَّةً لِاشْتِرَاكَ نِصْفَيْنِ لَكِنَّهُ بِمَنْزِلَتِهِ، حَتَّى لَوْ أَقْرَبُ فِي مَرْضِهِ بِأَخٍ وَصَدَّقَهُ الْمُقَرَّرُ لَهُ ثُمَّ أَنْكَرَ الْمُقَرَّرُ وَرِاثَتَهُ ثُمَّ أَوْصَى بِمَالِهِ كُلِّهِ لِإِنْسَانٍ كَانَ مَالُهُ لِلْمُوصَى لَهُ؛ وَلَوْ لَمْ يُوصِ لِأَحَدٍ كَانَ لِبَيْتِ الْمَالِ، لِأَنَّ رُجُوعَهُ صَحِيحٌ لِأَنَّ النَّسَبَ لَمْ يَثْبُتْ فَبَطُلَ إِقْرَارُهُ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ أَقْرَبُ بِنَسَبٍ مِنْ غَيْرِ الْوَالِدَيْنِ إلخ) وَمَنْ أَقْرَبُ بِأَخٍ أَوْ عَمٍّ لَمْ يُقْبَلْ فِي النَّسَبِ لِأَنَّ فِيهِ حَمْلُهُ عَلَى الْغَيْرِ. وَأَمَّا فِي الْإِرْثِ، فِيمَا أَنْ يَكُونَ لَهُ وَارِثٌ مَعْرُوفٌ قَرِيبًا كَانَ كَذَوِي الْفَرْضِ وَالْعَصَبَاتِ مُطْلَقًا أَوْ بَعِيدًا كَذَوِي الْأَرْحَامِ أَوْ لَا يَكُونَ، فَإِنْ كَانَ فَهُوَ أَوْلَى بِالْمِيرَاثِ مِنَ الْمُقَرَّرِ لَهُ، وَهَذَا لِأَنَّهُ لَمَّا لَمْ يَثْبُتْ نَسَبُهُ لَمْ يُزَاحِمِ الْوَارِثَ الْمَعْرُوفَ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ اسْتَحَقَّ الْمُقَرَّرُ لَهُ مِيرَاثَهُ، لِأَنَّهُ أَقْرَبُ بِشَيْئَيْنِ: بِالنَّسَبِ وَبِاسْتِحْقَاقِ مَالِهِ بَعْدَهُ، وَالْأَوَّلُ إِقْرَارٌ عَلَى غَيْرِهِ وَهُوَ غَيْرُ مَسْمُوعٍ، الثَّانِي عَلَى نَفْسِهِ وَهُوَ مَسْمُوعٌ لِأَنَّ لَهُ التَّصَرُّفَ فِي مَالِ نَفْسِهِ عِنْدَ عَدَمِ الْغَرِيمِ وَالْوَارِثِ، حَتَّى لَوْ أَوْصَى بِجَمِيعِهِ اسْتَحَقَّهُ الْمُوصَى لَهُ، وَبَقِيَّةُ كَلَامِهِ لَا تَحْتَاجُ إِلَى بَيَانٍ.

قَالَ (وَمَنْ مَاتَ أَبُوهُ فَأَقْرَبُ بِأَخٍ لَمْ يَثْبُتْ نَسَبُ أَخِيهِ) لَمَّا بَيَّنَّا (وَيُشَارِكُهُ فِي الْإِرْثِ) لِأَنَّ إِقْرَارَهُ تَضَمَّنَ شَيْئَيْنِ: حَمْلَ النَّسَبِ عَلَى الْغَيْرِ وَلَا وَلَايَةَ لَهُ عَلَيْهِ، وَالِاشْتِرَاكَ فِي الْمَالِ وَلَهُ فِيهِ وَلَايَةٌ فَيَثْبُتُ كَالْمُشْتَرِي وَإِذَا أَقْرَبُ عَلَى الْبَائِعِ بِالْعِتْقِ لَمْ يُقْبَلْ إِقْرَارُهُ حَتَّى لَا يَرْجَعَ عَلَيْهِ بِالْثَّمَنِ وَلَكِنَّهُ يُقْبَلُ فِي حَقِّ الْعِتْقِ.

الشرح:

(قَوْلُهُ وَمَنْ مَاتَ أَبُوهُ فَأَقْرَبُ بِأَخٍ لَمْ يَثْبُتْ نَسَبُهُ) مَبْنِيٌّ عَلَى مَا ذَكَرْنَاهُ أَنَّ الْإِقْرَارَ

عَلَى نَفْسِهِ صَحِيحٌ (فَيُشَارِكُهُ فِي الْإِرْثِ) وَعَلَى الْغَيْرِ غَيْرُ صَحِيحٍ فَلَمْ يَثْبُتْ نَسَبُهُ وَهُوَ الْمَشْهُورُ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ، وَإِنْ كَانَ الْمُقَرُّ أَحَدَ ابْنَيْنِ لَمْ يَثْبُتِ النَّسَبُ أَيْضًا وَالْمُقَرُّ لَهُ يُشَارِكُ الْمُقَرَّ فِي الْإِرْثِ بِنَاءً عَلَى مَا مَرَّ مِنَ الْأَصْلِ (لَأَنَّ إِقْرَارَهُ تَضَمَّنَ شَيْئَيْنِ: حَمْلُ النَّسَبِ عَلَى الْغَيْرِ وَالِاشْتِرَاكِ فِي مَالِهِ، وَلَا وَلَايَةَ فِي الْأَوَّلِ فَلَمْ يَثْبُتْ، وَلَهُ ذَلِكَ فِي الثَّانِي فَيُثْبِتُ).

قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: إِذَا أَقَرَّ أَحَدُ الْابْنَيْنِ بِأَخٍ ثَالِثٍ وَكَذَّبَهُ وَأَخُوهُ الْمَعْرُوفُ فِيهِ أَعْطَاهُ الْمُقَرُّ نِصْفَ مَا فِي يَدِهِ. وَقَالَ ابْنُ أَبِي لَيْلَى: يُعْطِيهِ ثُلُثُ مَا فِي يَدِهِ لِأَنَّ الْمُقَرَّ أَقَرَّ لَهُ بِثُلْثِ شَائِعٍ فِي التَّصْفِيَةِ فَتَقْدَ فِي حِصَّتِهِ وَبَطَلَ فِي حِصَّةِ الْآخَرِ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ زَعَمَ الْمُقَرِّ أَنَّهُ يُسَاوِيهِ فِي الْاِسْتِحْقَاقِ وَالْمُنْكَرُ ظَالِمٌ فَيَجْعَلُ مَا فِي يَدِ الْمُنْكَرِ كَالْهَالِكِ وَيَكُونُ الْبَاقِي بَيْنَهُمَا بِالسَّوِيَّةِ.

قَالَ: (وَمَنْ مَاتَ وَتَرَكَ ابْنَيْنِ وَلَهُ عَلَى آخَرِ مِائَةٌ دِرْهَمٍ فَأَقَرَّ أَحَدُهُمَا أَنَّ أَبُوهُ قَبِضَ مِنْهَا خَمْسِينَ لَا شَيْءَ لِلْمُقَرِّ وَلِلْآخَرِ خَمْسُونَ) لِأَنَّ هَذَا إِقْرَارٌ بِالذِّينِ عَلَى الْمَيِّتِ لِأَنَّ الْاِسْتِيفَاءَ إِنَّمَا يَكُونُ بِقَبْضِ مَضْمُونٍ، فَإِذَا كَذَّبَهُ أَخُوهُ اسْتَعْرَقَ الدِّينُ نَصِيبَهُ كَمَا هُوَ الْمَذْهَبُ عِنْدَنَا، غَايَةُ الْأَمْرِ أَنَّهُمَا تَصَادَقَا عَلَى كَوْنِ الْمَقْبُوضِ مُشْتَرَكًا بَيْنَهُمَا، لَكِنْ الْمُقَرُّ لَو رَجَعَ عَلَى الْقَابِضِ بِشَيْءٍ لَرَجَعَ الْقَابِضُ عَلَى الْغَرِيمِ وَرَجَعَ الْغَرِيمُ عَلَى الْمُقَرِّ فَيُؤَدِّي إِلَى الدَّوْرِ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ مَاتَ وَتَرَكَ ابْنَيْنِ إلخ) وَمَنْ مَاتَ وَتَرَكَ ابْنَيْنِ وَلَهُ عَلَى آخَرِ مِائَةٌ دِرْهَمٍ فَأَقَرَّ أَحَدُهُمَا أَنَّ أَبُوهُ قَبِضَ مِنْهَا خَمْسِينَ لَا شَيْءَ لِلْمُقَرِّ وَلِلْآخَرِ خَمْسُونَ بِنَاءً عَلَى مَا ذَكَرْنَا مِنَ الْإِقْرَارِ عَلَى نَفْسِهِ وَعَلَى غَيْرِهِ وَهُوَ الْأَخُ وَالْمَيِّتُ فَيَصِحُّ عَلَى نَفْسِهِ وَلَا يَصِحُّ عَلَيْهِمَا، ثُمَّ يَحْلِفُ الْأَخُ بِاللَّهِ مَا يَعْلَمُ أَنَّ أَبَاهُ قَبِضَ مِنْهُ الْمِائَةَ وَيَقْبِضُ الْخَمْسِينَ مِنَ الْغَرِيمِ، لِأَنَّ هَذَا إِقْرَارٌ بِالذِّينِ عَلَى الْمَيِّتِ لِأَنَّ الْاِسْتِيفَاءَ إِنَّمَا يَكُونُ بِقَبْضِ مَضْمُونٍ عَلَى مَا مَرَّ أَنَّ الدُّيُونَ تُقْضَى بِأَمْثَالِهَا، وَإِقْرَارُ الْوَارِثِ بِالذِّينِ عَلَى الْمَيِّتِ يُوجِبُ الْقَضَاءَ عَلَيْهِ مِنْ حِصَّتِهِ خَاصَّةً، فَإِنْ أَكْذَبَهُ أَخُوهُ اسْتَعْرَقَ الدِّينُ نَصِيبَهُ كَمَا هُوَ الْمَذْهَبُ عِنْدَنَا خِلَافًا لِابْنِ أَبِي لَيْلَى كَمَا ذَكَرْنَا آنفًا.

وَعُورِضَ بِأَنْ صَرَفَ إِقْرَارِهِ إِلَى نَصِيهِهِ خَاصَّةً يَسْتَلْزِمُ قِسْمَةَ الدَّيْنِ قَبْلَ الْقَبْضِ وَهِيَ لَا تَجُوزُ.

وَالْجَوَابُ أَنَّ قِسْمَةَ الدَّيْنِ إِنَّمَا تَكُونُ بَعْدَ وُجُودِ الدَّيْنِ، وَإِذَا أَقَرَّ الْمُقْرِ بِقَبْضِ خَمْسِينَ قَبْلَ الْوَرَاثَةِ لَمْ يَتَّقِلْ عَلَى زَعْمِهِ مِنَ الدَّيْنِ إِلَّا الْخَمْسُونَ فَلَمْ تَتَحَقَّقْ الْقِسْمَةُ. فَإِنْ قِيلَ زَعَمَ الْمُقْرِ يُعَارِضُهُ زَعْمُ الْمُنْكَرِ، فَإِنَّ فِي زَعْمِهِ أَنَّ الْمُقْبُوضَ عَلَى التَّرِكَةِ كَمَا فِي زَعْمِ الْمُقْرِ وَالْمُنْكَرُ يَدْعِي زِيَادَةَ عَلَى الْمُقْبُوضِ فَتَصَادَفًا عَلَى كَوْنِ الْمُقْبُوضِ مُشْتَرَكًا بَيْنَهُمَا فَمَا الْمَرْجُوحُ لَزَعْمِ الْمُقْرِ عَلَى زَعْمِ الْمُنْكَرِ حَتَّى انْصَرَفَ الْمُقْرِ بِهِ إِلَى نَصِيبِ الْمُقْرِ خَاصَّةً وَلَمْ يَكُنْ الْمُقْبُوضُ مُشْتَرَكًا بَيْنَهُمَا؟ أَجَابَ بِقَوْلِهِ: غَايَةُ الْأَمْرِ أَنَّهُمَا تَصَادَفَا عَلَى كَوْنِ الْمُقْبُوضِ مُشْتَرَكًا بَيْنَهُمَا، لَكِنَّ الْمُقْرِ لَوْ رَجَعَ: يَعْنِي أَنَّ الْمَرْجِعَ هُوَ أَنْ اعْتَبَارَ زَعْمُ الْمُنْكَرِ يُؤَدِّي إِلَى عَدَمِ الْفَائِدَةِ بِلِزُومِ الدَّوْرِ، وَذَلِكَ لِأَنَّهُ لَوْ رَجَعَ الْمُقْرِ عَلَى الْقَابِضِ بِشَيْءٍ لَرَجَعَ الْقَابِضُ عَلَى الْغَرِيمِ لَزَعْمِهِ أَنَّ أَبَاهُ لَمْ يَقْبِضْ شَيْئًا وَلَهُ تَمَامُ الْخَمْسِينَ بِسَبَبِ سَابِقِ قَبْلِ الْقَبْضِ وَقَدْ انْتَقَضَ الْقَبْضُ فِي هَذَا الْمِقْدَارِ فَيَرَا جُعُ بَتَمَامِ حَقِّهِ وَرَجَعَ الْغَرِيمُ عَلَى الْمُقْرِ لِإِقْرَارِهِ بِدَيْنٍ عَلَى الْمَيْتِ مُقَدَّمٌ عَلَى الْمِيرَاثِ فَيُؤَدِّي إِلَى الدَّوْرِ. وَلِقَائِلُ أَنْ يَقُولَ: إِذَا كَانَ مِنْ زَعْمِ الْمُنْكَرِ أَنَّ أَبَاهُ لَمْ يَقْبِضْ شَيْئًا كَانَ مِنْ زَعْمِهِ أَنَّ أَخَاهُ فِي إِقْرَارِهِ ظَالِمٌ وَهُوَ فِيمَا يَقْبِضُهُ أَخُوهُ مَظْلُومٌ فَلَا يَرْجِعُ عَلَى الْغَرِيمِ بِشَيْءٍ لِأَنَّ الْمَظْلُومَ لَا يَظْلَمُ غَيْرُهُ. وَالْجَوَابُ أَنَّ الْمَظْلُومَ لَا يَظْلَمُ غَيْرُهُ، وَلَكِنَّهُ فِي زَعْمِهِ لَيْسَ فِي الرُّجُوعِ بَظًا لِمِ بَلْ طَالِبٍ لَتَمَامِ حَقِّهِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

كتاب الصلح

قَالَ: (الصلحُ عَلَى ثَلَاثَةِ أَضْرِبٍ: صلحٌ مَعَ إقْرَارٍ، وَصلحٌ مَعَ سَكُوتٍ، وَهُوَ أَنْ لَا يُقَرَّ المدعى عَلَيْهِ وَلَا يُنكَرَ وَصلحٌ مَعَ إنكَارٍ وَكُلُّ ذَلِكَ جَائِزٌ لِإِطْلَاقِ قَوْلِهِ تَعَالَى «وَالصَّلْحُ خَيْرٌ» وَقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «كُلُّ صلحٍ جَائِزٌ فِيمَا بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ إِلَّا صلحًا أَحَلَّ حَرَامًا أَوْ حَرَّمَ حَلَالًا»^(١) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا يَجُوزُ مَعَ إنكَارٍ أَوْ سَكُوتٍ لِمَا رَوَيْنَا، وَهَذَا بِهِذِهِ الصِّفَةِ لِأَنَّ البَدَلَ كَانَ حَلَالًا عَلَى الدَّافِعِ حَرَامًا عَلَى الْآخِذِ فَيَنْقَلِبُ الْأَمْرُ، وَلِأَنَّ المدعى عَلَيْهِ يَدْفَعُ الْمَالَ لِقَطْعِ الْخُصُومَةِ وَهَذَا رِشْوَةٌ. وَلَنَا مَا تَلَوْنَا وَأَوَّلُ مَا رَوَيْنَا وَتَأْوِيلُ آخِرِهِ أَحَلَّ حَرَامًا لِعَيْنِهِ كَالْخَمْرِ أَوْ حَرَّمَ حَلَالًا لِعَيْنِهِ كَالصَّلْحِ عَلَى أَنْ لَا يَطَأَ الضَّرَّةَ وَلِأَنَّ هَذَا صلحٌ بَعْدَ دَعْوَى صَحِيحَةٍ فَيُقْضَى بِجَوَازِهِ لِأَنَّ المدعى يَأْخُذُهُ عِوَضًا عَنْ حَقِّهِ فِي زَعْمِهِ وَهَذَا مَشْرُوعٌ، وَالمدعى عَلَيْهِ يَدْفَعُهُ لِدَفْعِ الْخُصُومَةِ عَنْ نَفْسِهِ وَهَذَا مَشْرُوعٌ أَيْضًا إِذِ الْمَالُ وَقَايَةُ الْأَنْفُسِ وَدَفْعُ الرِّشْوَةِ لِدَفْعِ الظُّلْمِ أَمْرٌ جَائِزٌ.

الشرح:

(كِتَابُ الصَّلْحِ): قَدْ ذَكَرْنَا وَجْهَ الْمُنَاسَبَةِ فِي أَوَّلِ الْإِقْرَارِ فَلَا يُعِيدُهُ، وَهُوَ اسْمٌ لِلْمُصَالِحَةِ خِلَافُ الْمَخَاصِمَةِ.

وَفِي اصطِلَاحِ الْفُقَهَاءِ: عَقْدٌ وَضِعَ لِرَفْعِ الْمُنَاسَبَةِ. وَسَبَبُهُ: تَعَلُّقُ الْبَقَاءِ الْمُقَدَّرِ لَتَعَاطِيهِ وَقَدْ بَيَّنَّاهُ فِي التَّقْرِيرِ. وَشَرْطُهُ: كَوْنُ الْمُصَالِحِ عَنْهُ مِمَّا يَجُوزُ عَنْهُ الْاِعْتِيَاضُ وَسَيَأْتِي تَفْصِيلُ لَهُ. وَرُكْنُهُ: الْإِجْبَابُ مُطْلَقًا وَالْقَبُولُ فِيمَا يَتَعَيَّنُ بِالتَّعَيُّنِ. وَأَمَّا إِذَا رَفَعَ الدَّعْوَى فِي الدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ وَطَلَبَ الصَّلْحَ عَلَى ذَلِكَ الْجِنْسِ فَقَدْ تَمَّ الصَّلْحُ بِقَوْلِ المدعى قَبْلَ وَلَا يَحْتَاجُ فِيهِ إِلَى قَبُولِ المدعى عَلَيْهِ لِأَنَّهُ إِسْقَاطُ لِبَعْضِ الْحَقِّ وَهُوَ يَتِمُّ بِالْمُسْقَاطِ، بِخِلَافِ الْأَوَّلِ لِأَنَّهُ طَلَبَ الْبَيْعِ مِنْ غَيْرِهِ فَقَالَ ذَلِكَ الْغَيْرُ بَعْتُ لَا يَتِمُّ الْبَيْعُ مَا لَمْ يَقُلِ الطَّالِبُ قَبْلَ.

وَحُكْمُهُ تَمْلُكُ المدعى الْمُصَالِحِ عَلَيْهِ مُنْكَرًا كَانَ الْخِصْمُ أَوْ مُقَرَّرًا. وَوُقُوعُهُ لِلمدعى عَلَيْهِ فِي الْمُصَالِحِ عَنْهُ إِنْ كَانَ مِمَّا يَحْتَمِلُ التَّمْلِيكَ وَالْبَرَاءَةَ لَهُ فِي غَيْرِهِ إِنْ كَانَ مُقَرَّرًا، وَإِنْ كَانَ مُنْكَرًا فَحُكْمُهُ وَقُوعُ الْبَرَاءَةِ عَنْ دَعْوَى المدعى احْتِمَالُ الْمُصَالِحِ عَنْهُ التَّمْلِيكَ أَوْ لَا.

(١) أخرجه أبو داود (٣٥٩٤)، وأحمد (٣٦٦/٢)، وانظر نصب الراية (٤/ ٢٦١).

وَأَنوَاعُهُ بِحَسَبِ أَحْوَالِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ مَا هُوَ الْمَذْكُورُ فِي الْكِتَابِ وَبِحَسَبِ الْبَدَلَيْنِ عَلَى الْقِسْمَةِ الْعَقْلِيَّةِ عَلَى مَا سَنَذْكُرُهُ، وَجَوَازُهُ ثَابِتٌ بِالْكِتَابِ وَالسُّنَّةِ قَالَ الصُّلْحُ عَلَى ثَلَاثَةِ أَضْرُبٍ الْحَصْرُ عَلَى هَذِهِ الْأَنْوَاعِ ضَرْوَرِيٌّ، لِأَنَّ الْحَصْمَ وَقْتَ الدَّعْوَى إِمَّا أَنْ يَسْكُتَ أَوْ يَتَكَلَّمَ مُجِيبًا وَهُوَ لَا يَخْلُو عَنِ النَّفْيِ وَالْإِثْبَاتِ.

لَا يُقَالُ: قَدْ يَتَكَلَّمَ بِمَا لَا يَتَّصِلُ بِمَحَلِّ التَّرَاخُ لَأَنَّهُ سَقَطَ بِقَوْلِنَا مُجِيبًا وَكُلُّ ذَلِكَ جَائِزٌ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَالصُّلْحُ خَيْرٌ﴾ [النساء: ١٢٨] فَإِنَّهُ بِإِطْلَاقِهِ يَتَنَاوَلُهَا، فَإِنْ مَنَعَ الْإِطْلَاقُ لَوْقُوعِهِ فِي سِيَاقِ صُلْحِ الزَّوْجَيْنِ فِي قَوْلِهِ تَعَالَى ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ﴾ فَكَانَ لِلْعَهْدِ.

أُجِيبَ بِأَنَّ الِاعْتِبَارَ لِعُمُومِ اللَّفْظِ لَا لخصوصِ السَّبَبِ، وَبِأَنَّهُ ذُكِرَ لِلتَّعْلِيلِ: أَيْ لَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا لِأَنَّ الصُّلْحَ خَيْرٌ فَكَانَ عَامًّا، وَلَأَنَّهُ وَقَعَ قَوْلُهُ تَعَالَى أَنْ يُصْلِحَا فِي سِيَاقِ الشَّرْطِ فَكَانَ مُسْتَقْبَلًا، وَقَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿وَالصُّلْحُ خَيْرٌ﴾ كَانَ فِي الْحَالِ فَلَمْ يَكُنْ إِيَّاهُ بَلْ جِنْسُهُ.

فَإِنْ قِيلَ: سَلَمْنَاهُ وَلَكِنْ صَرَفَهُ إِلَى الْكُلِّ مُتَعَدِّدٌ لِأَنَّ الصُّلْحَ بَعْدَ الْيَمِينِ وَصُلْحَ الْمُدَّعَى وَصُلْحَ مَنْ ادَّعَى قَدْفًا عَلَى آخَرَ وَصُلْحَ مَنْ ادَّعَى عَلَى امْرَأَةٍ نِكَاحًا فَأَنْكَرَتْ لَا يَجُوزُ فَيَصْرَفُ إِلَى الْأَدْتَى وَهُوَ الصُّلْحُ عَنْ إِفْرَارٍ.

أُجِيبَ بِأَنَّ تَرْكَ الْعَمَلِ بِالْإِطْلَاقِ فِي بَعْضِ الْمَوَاضِعِ لِمَانِعٍ لَا يَسْتَلْزِمُ تَرْكَهُ عِنْدَ عَدَمِهِ وَلِقَوْلِهِ ﷺ «كُلُّ صُلْحٍ جَائِزٌ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ إِلَّا صُلْحًا أَحَلَّ حَرَامًا أَوْ حَرَّمَ حَلَالًا».

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ (لَا يَجُوزُ مَعَ إِنْكَارٍ أَوْ سُكُوتٍ) لِأَنَّهُ صُلْحٌ أَحَلَّ حَرَامًا أَوْ حَرَّمَ حَلَالًا وَذَلِكَ حَرَامٌ غَيْرُ مَشْرُوعٍ بِالْحَدِيثِ الْمَرْوِيِّ (وَلَأَنَّ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ يَدْفَعُ الْمَالَ لِدَفْعِ الْخُصُومَةِ وَهَذِهِ رِشْوَةٌ) وَهِيَ حَرَامٌ (وَلَنَا مَا تَلَوْنَا) مِنْ قَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَالصُّلْحُ خَيْرٌ﴾ (وَأَوَّلُ مَا رَوَيْنَا) مِنَ الْحَدِيثِ وَهُوَ قَوْلُهُ ﷺ «كُلُّ صُلْحٍ جَائِزٌ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ» (وَتَأْوِيلُ آخِرِهِ أَحَلَّ حَرَامًا لِعَيْنِهِ كَالْخَمْرِ أَوْ حَرَّمَ حَلَالًا لِعَيْنِهِ كَالصُّلْحِ عَلَى أَنْ لَا يَطَأَ الضَّرَّةَ) أَوْ أَنْ لَا يَتَسَرَّى وَالْحَمْلُ عَلَى ذَلِكَ وَاجِبٌ، لِأَنَّهُ لَا يَبْطُلُ الْعَمَلُ بِهِ أَصْلًا وَذَلِكَ لِأَنَّهُ لَوْ حُمِلَ عَلَى الصُّلْحِ عَلَى الْإِفْرَارِ خَاصَّةً لَكَانَ كَالصُّلْحِ عَلَى غَيْرِهِ لِأَنَّ الصُّلْحَ فِي الْعَادَةِ لَا

يَكُونُ إِلَّا عَلَى بَعْضِ الْحَقِّ فَمَا زَادَ عَلَى الْمَأْخُودِ إِلَى تَمَامِ الْحَقِّ كَانَ حَلَالًا لِلْمُدَّعَى قَبْلَ الصُّلْحِ وَحَرَمٌ بِالصُّلْحِ وَكَانَ حَرَامًا عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ مَنَعُهُ قَبْلَهُ وَحَلَّ بَعْدَهُ فَعَرَفْنَا أَنَّ الْمُرَادَ بِهِ مَا كَانَ حَلَالًا أَوْ حَرَامًا لَعَيْنِهِ (وَلَأَنَّ هَذَا صُلْحٌ بَعْدَ دَعْوَى صَحِيحَةٍ) فَكَانَ كَالصُّلْحِ مَعَ الْإِقْرَارِ (فَيَقْضَى بِجَوَازِهِ) لَوْجُودِ الْمُقْتَضَى وَاتِّفَاقِ الْمَانِعِ، لِأَنَّ الْمَانِعَ إِمَّا أَنْ يَكُونَ مِنْ جِهَةِ الدَّافِعِ أَوْ مِنْ جِهَةِ الْآخِذِ وَلَيْسَ شَيْءٌ مِنْهُمَا بِمَوْجُودٍ. أَمَّا الثَّانِي (فَلَأَنَّ الْمُدَّعَى يَأْخُذُهُ فِي زَعْمِهِ عَوْضًا عَنْ حَقِّهِ وَذَلِكَ مَشْرُوعٌ، وَأَمَّا الْأَوَّلُ فَلَأَنَّ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ يَدْفَعُهُ لِدَفْعِ الْخُصُومَةِ عَنْ نَفْسِهِ، وَهَذَا أَيْضًا مَشْرُوعٌ إِذَا الْمَالُ وَقَايَةَ الْأَنْفُسِ وَدَفْعُ الظُّلْمِ عَنْ نَفْسِهِ بِالرُّشْوَةِ أَمْرٌ جَائِزٌ) لَا يُقَالُ: لَا تُسَلِّمُ الْجَوَازَ لِقَوْلِهِ ﷺ «لَعَنَ اللَّهُ الرَّاشِيَّ وَالْمُرْتَشِيَّ» وَهُوَ عَامٌّ لِأَنَّهُ مَحْمُولٌ عَلَى مَا إِذَا كَانَ عَلَى صَاحِبِ الْحَقِّ ضَرَرٌ مَحْضٌ فِي أَمْرٍ غَيْرِ مَشْرُوعٍ، كَمَا إِذَا دَفَعَ الرُّشْوَةَ حَتَّى أَخْرَجَ الْوَالِي أَحَدَ الْوَرَثَةِ عَنْ الْإِرْثِ، وَأَمَّا دَفْعُ الرُّشْوَةِ لِدَفْعِ الضَّرَرِ عَنْ نَفْسِهِ فَجَائِزٌ لِلدَّافِعِ، وَتَمَامُهُ فِي أَحْكَامِ الْقُرْآنِ لِلرَّازِي.

فَإِنْ قِيلَ: فَعَلَى هَذَا إِذَا ادَّعَى عَلَى آخَرَ أَلْفَ دِرْهَمٍ وَهُوَ مُنْكَرٌ وَتَصَالَحَا عَلَى دَنَائِيرٍ مُسَمَّاةٍ ثُمَّ افْتَرَقَا قَبْلَ الْقَبْضِ يَتَّبِعِي أَنْ يَجُوزَ لِأَنَّ هَذَا الصُّلْحَ فِي زَعْمِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ لِدَفْعِ الْخُصُومَةِ عَنْ نَفْسِهِ لَا لِلْمُعَاوَضَةِ، وَمَعَ هَذَا لَا يَجُوزُ.

أُجِيبَ بِأَنَّ عَدَمَ الْجَوَازِ بِنَاءً عَلَى زَعْمِ الْمُدَّعَى، إِذْ فِي زَعْمِهِ أَنَّهُ صَرَفٌ لِأَنَّهُ صَالِحُهُ عَنِ الدَّرَاهِمِ عَلَى الدَّنَائِيرِ وَالْقَبْضُ شَرْطٌ فِيهِ فِي الْمَجْلِسِ.

قَالَ: (فَإِنْ وَقَعَ الصُّلْحُ عَنْ إِقْرَارٍ أَعْتَبِرَ فِيهِ مَا يُعْتَبَرُ فِي الْبَيَاعَاتِ إِنْ وَقَعَ عَنْ مَالٍ بِمَالٍ) لَوْجُودِ مَعْنَى الْبَيْعِ وَهُوَ مُبَادَلَةُ الْمَالِ بِالْمَالِ فِي حَقِّ الْمُتَعَاقِدَيْنِ بِتَرَاضِيهِمَا (فَتُجْرِي فِيهِ الشُّفْعَةُ إِذَا كَانَ عَقَارًا، وَيَرُدُّ بِالْعَيْبِ، وَيَتَّبَعَتْ فِيهِ خِيَارُ الرُّوْيَةِ وَالشَّرْطُ، وَيُفْسِدُهُ جَهَالَةُ الْبَدَلِ) لِأَنَّهَا هِيَ الْمُفْضِيَّةُ إِلَى الْمُنَازَعَةِ دُونَ جَهَالَةِ الْمَصَالِحِ عَنْهُ لِأَنَّهُ يَسْقُطُ وَيُشْتَرَطُ الْقُدْرَةُ عَلَى تَسْلِيمِ الْبَدَلِ (وَإِنْ وَقَعَ عَنْ مَالٍ بِمَنَافِعٍ يُعْتَبَرُ بِالْإِجَارَاتِ) لَوْجُودِ مَعْنَى الْإِجَارَةِ وَهُوَ تَمْلِكُ الْمَنَافِعِ بِمَالٍ وَالْإِعْتِبَارُ فِي الْعُقُودِ لِمَعَانِيهَا فَيُشْتَرَطُ التَّوَقُّيْتُ فِيهَا وَيَبْطُلُ الصُّلْحُ بِمَوْتِ أَحَدِهِمَا فِي الْمُدَّةِ لِأَنَّهُ إِجَارَةٌ (وَالصُّلْحُ عَنِ السُّكُوتِ وَالْإِنْكَارِ فِي حَقِّ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ لِإِفْتِدَاءِ الْيَمِينِ وَقَطْعِ الْخُصُومَةِ وَفِي حَقِّ الْمُدَّعَى بِمَعْنَى الْمُعَاوَضَةِ) لَمَّا بَيَّنَّا (وَيَجُوزُ أَنْ يَخْتَلَفَ حُكْمُ الْعَقْدِ فِي حَقِّهِمَا كَمَا يَخْتَلَفُ حُكْمُ الْإِقَالَةِ فِي حَقِّ

الْمُتَعَاقِدِينَ وَغَيْرِهِمَا) وَهَذَا فِي الْإِنْكَارِ ظَاهِرٌ، وَكَذَا فِي السُّكُوتِ لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ الْإِقْرَارَ وَالْجُحُودَ فَلَا يَثْبُتُ كَوْنُهُ عَوَضًا فِي حَقِّهِ بِالشُّكِّ.

الشرح:

قَالَ (فَإِنْ وَقَعَ الصُّلْحُ عَنْ إِقْرَارِ الْخ) إِذَا وَقَعَ الصُّلْحُ عَنْ إِقْرَارٍ وَكَانَ عَنْ مَالٍ عَلَى مَالٍ أُعْتَبِرَ فِيهِ مَا يُعْتَبَرُ فِي الْبَيَاعَاتِ لَوْجُودِ مَعْنَى الْبَيْعِ وَهُوَ مُبَادَلَةُ الْمَالِ بِالْمَالِ بِتَرَاضِيهِمَا فِي حَقِّ الْمُتَعَاقِدِينَ فَتَجْرِي فِيهِ الشُّفْعَةُ فِي الْعَقَارِ وَيُرَدُّ بِالْعَيْبِ وَيَثْبُتُ فِيهِ خِيَارُ الشَّرْطِ وَالرُّوْيَةِ، وَيُفْسِدُهُ جَهَالَةُ الْمُصَالِحِ عَلَيْهِ لِأَنَّهَا تُفْضِي إِلَى الْمُنَازَعَةِ دُونَ جَهَالَةِ الْمُصَالِحِ عَنْهُ لِأَنَّهُ يَسْقُطُ، وَهَذَا لَيْسَ عَلَى إِطْلَاقِهِ بَلْ فِيهِ تَفْصِيلٌ احْتَجْنَا إِلَى ذِكْرِهِ، وَهُوَ أَنَّ الصُّلْحَ بِاعْتِبَارِ بَدْلِيهِ عَلَى أَرْبَعَةِ أَوْجُهٍ:

إِمَّا أَنْ يَكُونَ مَعْلُومًا عَلَى مَعْلُومٍ، وَهُوَ جَائِزٌ لَا مَحَالَةَ. وَإِمَّا أَنْ يَكُونَ عَنْ مَجْهُولٍ عَلَى مَجْهُولٍ، فَإِنْ لَمْ يَحْتَجْ فِيهِ إِلَى التَّسْلِيمِ وَالتَّسْلَمِ مِثْلُ أَنْ يَدَّعِيَ حَقًّا فِي دَارِ رَجُلٍ وَادَّعَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ حَقًّا فِي أَرْضٍ بِيَدِ الْمُدَّعِي وَاصْطَلَحَا عَلَى تَرْكِ الدَّعْوَى جَازًا، وَإِنْ أُحْتِيجَ إِلَيْهِ وَقَدْ اصْطَلَحَا عَلَى أَنْ يَدْفَعَ أَحَدُهُمَا مَالًا وَلَمْ يُبَيِّنْهُ عَلَى أَنْ يَتْرَكَ الْآخَرُ دَعْوَاهُ أَوْ عَلَى أَنْ يُسَلَّمَ إِلَيْهِ مَا ادَّعَاهُ لَمْ يَجُزْ.

وَإِمَّا أَنْ يَكُونَ عَنْ مَجْهُولٍ عَلَى مَعْلُومٍ وَقَدْ أُحْتِيجَ فِيهِ إِلَى التَّسْلِيمِ، كَمَا لَوْ ادَّعَى حَقًّا فِي دَارِ فِي يَدِ رَجُلٍ وَلَمْ يُسَمِّهِ فَاصْطَلَحَا عَلَى أَنْ يُعْطِيَهُ الْمُدَّعِي مَالًا مَعْلُومًا لِيُسَلَّمَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ إِلَى الْمُدَّعِي مَا ادَّعَاهُ وَهُوَ لَا يَجُوزُ، وَإِنْ لَمْ يَحْتَجْ فِيهِ إِلَى التَّسْلِيمِ كَمَا إِذَا اصْطَلَحَا فِي هَذِهِ الصُّورَةِ عَلَى أَنْ يَتْرَكَ الْمُدَّعِي دَعْوَاهُ جَازًا.

وَإِمَّا أَنْ يَكُونَ عَنْ مَعْلُومٍ عَلَى مَجْهُولٍ وَقَدْ أُحْتِيجَ فِيهِ إِلَى التَّسْلِيمِ لَا يَجُوزُ، وَإِنْ لَمْ يَحْتَجْ إِلَيْهِ جَازًا.

وَالْأَصْلُ فِي ذَلِكَ كُلِّهِ أَنَّ الْجَهَالََةَ الْمُفْضِيَةَ إِلَى الْمُنَازَعَةِ الْمَانِعَةِ عَنْ التَّسْلِيمِ وَالتَّسَلُّمِ هِيَ الْمُفْسِدَةُ فَمَا لَا يَجِبُ فِيهِ التَّسْلِيمُ وَالتَّسَلُّمُ جَازًا، وَمَا وَجَبَ فِيهِ لَمْ يَجُزْ مَعَ الْجَهَالَةِ لِأَنَّ الْقُدْرَةَ عَلَى تَسْلِيمِ الْبَدَلِ شَرْطٌ لَكَوْنِهِ فِي مَعْنَى الْبَيْعِ (وَإِنْ كَانَ عَنْ مَالٍ بِمَنَافِعٍ يُعْتَبَرُ بِالْإِجَارَاتِ لَوْجُودِ مَعْنَى الْإِجَارَةِ وَهُوَ تَمْلِكُ الْمَنَافِعِ بِمَالٍ) وَكُلُّ مُنْفَعَةٍ يَجُوزُ اسْتِحْقَاقُهَا بِعَقْدِ الْإِجَارَةِ يَجُوزُ اسْتِحْقَاقُهَا بِعَقْدِ الصُّلْحِ، فَإِذَا صَالَحَ عَلَى سُكْنَى بَيْتٍ

بَعَيْنِهِ إِلَى مُدَّةٍ مَعْلُومَةٍ جَازَ.

وَإِنْ قَالَ أَبَدًا أَوْ حَتَّى يَمُوتَ لَا يَجُوزُ، فَإِنَّ الْاِئْتِمَارَ فِي الْعُقُودِ لِلْمَعَانِي كَالِهِيَةِ بِشَرَطِ الْعَوَضِ فَإِنَّهَا يَبِيعُ مَعْنَى، وَالْكَفَالَةُ بِشَرَطِ بَرَاءَةِ الْأَصِيلِ حَوَالَةَ، وَالْحَوَالَةُ بِشَرَطِ مُطَالَبَةِ الْأَصِيلِ كِفَالَةً (فَيَشْتَرِطُ التَّوْقِيتُ فِيهَا وَيَبْطُلُ الصُّلْحُ بِمَوْتِ أَحَدِهِمَا فِي الْمُدَّةِ) كَالِإِجَارَةِ (وَإِذَا وَقَعَ الصُّلْحُ عَنِ السُّكُوتِ وَالْإِنْكَارِ كَانَ فِي حَقِّ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ لَافْتِدَاءٌ الْيَمِينِ وَقَطْعُ الْخُصُومَةِ، وَفِي حَقِّ الْمُدَّعَى بِمَعْنَى الْمَعَاوِضَةِ لَمَّا بَيَّنَّا) أَنَّ الْمُدَّعَى يَأْخُذُهُ عَوَضًا فِي زَعْمِهِ.

فَإِنْ قِيلَ: الْعَقْدُ لَمَّا انْصَفَ بِصِفَةٍ كَيْفَ يَنْصَفُ بِأُخْرَى تُقَابِلُهَا؟ أَجَابَ بِقَوْلِهِ (وَيَجُوزُ أَنْ يَخْتَلَفَ حُكْمُ الْعَقْدِ فِي حَقِّهِمَا كَمَا يَخْتَلَفُ حُكْمُ الْإِقَالَةِ) فَإِنَّهَا فَسَخٌ فِي حَقِّ الْمُتَعَاقِدَيْنِ يَبِيعُ جَدِيدٌ فِي حَقِّ ثَالِثٍ، وَكَعَقْدِ النِّكَاحِ فَإِنَّ حُكْمَهُ الْحُلُّ فِي حَقِّ امْرَأَتِهِ وَالتَّحْرِيمُ الْمُؤَبَّدُ فِي حَقِّ أُمِّهَا (وَهَذَا) أَيْ كَوْنُهُ لَافْتِدَاءٌ الْيَمِينِ أَوْ قَطْعُ الْخُصُومَةِ (فِي) الْإِنْكَارِ ظَاهِرٌ، وَأَمَّا فِي السُّكُوتِ فَلَأَنَّهُ يَحْتَمِلُ الْإِقْرَارَ وَالْجُحُودَ فَلَا يَثْبُتُ كَوْنُهُ عَرَضًا فِي حَقِّهِ بِالسُّكُوتِ) مَعَ أَنَّ حَمْلَهُ عَلَى الْإِنْكَارِ أَوْلَى، لَأَنَّهُ فِيهِ دَعْوَى تَفْرِيجِ الذِّمَّةِ وَهُوَ الْأَصْلُ.

قَالَ: (وَإِذَا صَلَحَ عَنْ دَارٍ لَمْ يَجِبْ فِيهَا الشُّفْعَةُ) مَعْنَاهُ إِذَا كَانَ عَنْ إِنْكَارٍ أَوْ سُكُوتٍ لَأَنَّهُ يَأْخُذُهَا عَلَى أَصْلِ حَقِّهِ وَيَدْفَعُ الْمَالَ دَفْعًا لَخُصُومَةِ الْمُدَّعَى وَزَعْمُ الْمُدَّعَى لَا يَلْزِمُهُ، بِخِلَافِ مَا إِذَا صَلَحَ عَلَى دَارٍ حَيْثُ يَجِبُ فِيهَا الشُّفْعَةُ لِأَنَّ الْمُدَّعَى يَأْخُذُهَا عَوَضًا عَنِ الْمَالِ فَكَانَ مُعَاوِضَةً فِي حَقِّهِ فَتَلْزِمُهُ الشُّفْعَةُ بِإِقْرَارِهِ وَإِنْ كَانَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ يُكَذِّبُهُ.

الشرح:

قَالَ: (وَإِذَا صَلَحَ عَنْ دَارٍ إلخ) إِذَا صَلَحَ عَنْ دَارٍ عَنْ إِنْكَارٍ أَوْ سُكُوتٍ لَا تَجِبُ فِيهَا الشُّفْعَةُ لَأَنَّهُ يَأْخُذُهَا: أَيْ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ لَيْسَتْ بَقِيَّةِ الدَّارِ عَلَى مِلْكِهِ لَا أَنَّهُ يَشْتَرِيهَا وَيَدْفَعُ الْمَالَ لَدَفْعِ الْخُصُومَةِ عَلَى زَعْمِهِ، وَالْمَرْءُ يُؤَاخِذُ بِمَا فِي زَعْمِهِ وَلَا يَلْزِمُهُ زَعْمُ غَيْرِهِ (بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ عَلَى دَارٍ) لِأَنَّ الْمُدَّعَى يَأْخُذُهَا عَوَضًا عَنِ الْمَالِ فَكَانَ مُعَاوِضَةً فِي حَقِّهِ فَتَلْزِمُهُ الشُّفْعَةُ بِإِقْرَارِهِ وَإِنْ كَانَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ يُكَذِّبُهُ، فَصَارَ كَأَنَّهُ قَالَ اشْتَرَيْتَهَا مِنَ الْمُدَّعَى وَهُوَ يُنْكِرُ.

قَالَ (وَإِذَا كَانَ الصُّلْحُ عَنْ إِقْرَارٍ وَاسْتَحَقَّ بَعْضُ الْمَصَالِحِ عَنْهُ رَجَعَ الْمُدْعَى عَلَيْهِ بِحِصَّةِ ذَلِكَ مِنَ الْعَوَضِ) لِأَنَّهُ مُعَاوَضَةٌ مُطْلَقَةٌ كَالْبَيْعِ وَحُكْمِ الاسْتِحْقَاقِ فِي الْبَيْعِ هَذَا.

الشرح:

(وَإِذَا صَالَحَ عَنْ إِقْرَارٍ وَاسْتَحَقَّ بَعْضُ الْمَصَالِحِ عَنْهُ رَجَعَ الْمُدْعَى عَلَيْهِ) عَلَى الْمُدْعَى (بِحِصَّةِ الْمُسْتَحَقِّ مِنَ الْعَوَضِ) لِأَنَّهُ لِكَوْنِهِ عَنْ إِقْرَارٍ مُعَاوَضَةٌ مُطْلَقَةٌ كَالْبَيْعِ وَحُكْمِ الاسْتِحْقَاقِ فِي الْبَيْعِ ذَلِكَ.

(وَإِنْ وَقَعَ الصُّلْحُ عَنْ سُكُوتٍ أَوْ إنْكَارٍ فَاسْتَحَقَّ الْمُتَنَازِعُ فِيهِ رَجَعَ الْمُدْعَى بِالْخُصُومَةِ وَرَدَّ الْعَوَضَ) لِأَنَّ الْمُدْعَى عَلَيْهِ مَا بَدَلَ الْعَوَضَ إِلَّا لِيُدْفَعَ خُصُومَتُهُ عَنْ نَفْسِهِ، فَإِذَا ظَهَرَ الاسْتِحْقَاقُ تَبَيَّنَ أَنَّ لَا خُصُومَةَ لَهُ فَيَبْقَى الْعَوَضُ فِي يَدِهِ غَيْرَ مُشْتَمِلٍ عَلَى غَرَضِهِ فَيَسْتَرِدُّهُ، وَإِنْ اسْتَحَقَّ بَعْضُ ذَلِكَ رَدَّ حِصَّتَهُ وَرَجَعَ بِالْخُصُومَةِ فِيهِ لِأَنَّهُ خَلَا الْعَوَضُ فِي هَذَا الْقَدْرِ عَنِ الْغَرَضِ. وَلَوْ اسْتَحَقَّ الْمَصَالِحَ عَلَيْهِ عَنْ إِقْرَارٍ رَجَعَ بِكُلِّ الْمَصَالِحِ عَنْهُ لِأَنَّهُ مُبَادَلَةٌ، وَإِنْ اسْتَحَقَّ بَعْضُهُ رَجَعَ بِحِصَّتِهِ.

(وَإِنْ كَانَ الصُّلْحُ عَنْ إنْكَارٍ أَوْ سُكُوتٍ رَجَعَ إِلَى الدَّعْوَى فِي كُلِّهِ أَوْ بِقَدْرِ الْمُسْتَحَقِّ إِذَا اسْتَحَقَّ بَعْضُهُ لِأَنَّ الْمُبْدَلَ فِيهِ هُوَ الدَّعْوَى، وَهَذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا بَاعَ مِنْهُ عَلَى الْإِنْكَارِ شَيْئًا حَيْثُ يَرْجِعُ بِالْمُدْعَى لِأَنَّ الْإِقْدَامَ عَلَى الْبَيْعِ إِقْرَارٌ مِنْهُ بِالْحَقِّ لَهُ، وَلَا كَذَلِكَ الصُّلْحُ لِأَنَّهُ قَدْ يَقَعُ لِدَفْعِ الْخُصُومَةِ، وَلَوْ هَلَكَ بَدَلُ الصُّلْحِ قَبْلَ التَّسْلِيمِ فَالْجَوَابُ فِيهِ كَالْجَوَابِ فِي الاسْتِحْقَاقِ فِي الْفَصْلَيْنِ).

الشرح:

(وَإِذَا صَالَحَ عَنْ سُكُوتٍ أَوْ إنْكَارٍ فَاسْتَحَقَّ الْمُتَنَازِعُ فِيهِ رَجَعَ الْمُدْعَى بِالْخُصُومَةِ عَلَى الْمُسْتَحَقِّ لِقِيَامِهِ مَقَامَ الْمُدْعَى عَلَيْهِ وَرَدَّ الْعَوَضَ) لِأَنَّ الْمُدْعَى عَلَيْهِ مَا بَدَلَ الْعَوَضَ إِلَّا لِدَفْعِ الْخُصُومَةِ عَنْ نَفْسِهِ، فَإِذَا ظَهَرَ الاسْتِحْقَاقُ ظَهَرَ أَنَّ لَا خُصُومَةَ لَهُ فَيَبْقَى فِي يَدِهِ غَيْرُهُ مُشْتَمِلٌ عَلَى غَرَضِ الْمُدْعَى عَلَيْهِ فَيَسْتَرِدُّهُ، كَالْمَكْفُولِ عَنْهُ إِذَا دَفَعَ الْمَالُ إِلَى الْكَفِيلِ عَلَى غَرَضِ دَفْعِهِ إِلَى رَبِّ الدَّيْنِ ثُمَّ أَدَّى الدَّيْنُ بِنَفْسِهِ قَبْلَ أَدَاءِ الْكَفِيلِ فَإِنَّهُ يَسْتَرِدُّهُ لِعَدَمِ اشْتِمَالِهِ عَلَى غَرَضِهِ.

وَنُوقِضَ بِمَا إِذَا ادَّعَى دَارًا وَأُنْكَرَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ وَدَفَعَ الْمُدَّعِي إِلَى ذِي الْيَدِ شَيْئًا بِطَرِيقِ الصُّلْحِ وَأَخَذَ الدَّارُ ثُمَّ اسْتَحَقَّتْ فَإِنَّهُ لَا يَرْجِعُ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ بِمَا دَفَعَ مَعَ أَنَّهُ بَظُهُورِ الاسْتِحْقَاقِ تَبَيَّنَ أَنَّ الْمَالَ فِي يَدِهِ غَيْرُ مُشْتَمِلٍ عَلَى غَرَضِ الدَّافِعِ وَهُوَ قَطْعُ الْخُصُومَةِ.

وَأُجِيبَ بِأَنَّ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ مُضْطَرٌّ فِي دَفْعِ مَا دَفَعَ لِقَطْعِ الْخُصُومَةِ، فَإِذَا أُسْتَحَقَّتْ زَالَتِ الضَّرُورَةُ الْمَوْجِبَةُ لَذَلِكَ لِاتِّفَاءِ الْخُصُومَةِ فَيَرْجِعُ، وَأَمَّا الْمُدَّعَى فَهُوَ فِي خَيْرَةٍ فِي دَعْوَاهُ وَكَانَ ذَلِكَ الدَّفْعُ بِاخْتِيَارِهِ وَلَمْ يَظْهَرْ عَدَمُ الْإِخْتِبَارِ بِظُهُورِ الاسْتِحْقَاقِ فَلَا يَسْتَرُدُّهُ، وَإِنْ اسْتَحَقَّ بَعْضُ الْمَصَالِحِ عَنْهُ رَدُّ الْمُدَّعَى حِصَّةَ الْمُسْتَحَقِّ وَرَجَعَ بِالْخُصُومَةِ عَلَى الْمُسْتَحَقِّ فِيهِ: أَيْ فِي أَصْلِ الدَّعْوَى، أَمَّا رُجُوعُهُ عَلَيْهِ فَلِأَنَّهُ قَامَ مَقَامَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ فِي كَوْنِ الْبَعْضِ الْمُسْتَحَقِّ فِي يَدِهِ، وَأَمَّا رَدُّ الْحِصَّةِ فَلِخُلُوقِ الْعَوَضِ فِي هَذَا الْقَدْرِ عَنْ غَرَضِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ (وَلَوْ اسْتَحَقَّ الْمَصَالِحُ عَلَيْهِ فِي الصُّلْحِ عَنْ إِقْرَارِ رَجَعِ بِكُلِّ الْمَصَالِحِ عَنْهُ) لِأَنَّهُ إِنَّمَا تَرَكَ الدَّعْوَى لِيُسَلِّمَ لَهُ بَدَلَ الصُّلْحِ وَلَمْ يُسَلِّمْ فَيَرْجِعُ بِمُبْدَلِهِ كَمَا فِي الْبَيْعِ (وَإِنْ اسْتَحَقَّ بَعْضُهُ رَجَعَ بِحِصَّتِهِ) اعْتِبَارًا لِلْبَعْضِ بِالْكُلِّ (وَإِنْ كَانَ الصُّلْحُ عَنْ إِنْكَارٍ أَوْ سَكُوتٍ رَجَعَ إِلَى الدَّعْوَى فِي كُلِّهِ أَوْ بَعْضِهِ بِحَسَبِ الاسْتِحْقَاقِ لِأَنَّ الْمُبْدَلَ فِيهِ هُوَ الدَّعْوَى) هَذَا إِذَا لَمْ يُجْزِ لَفْظُ الْبَيْعِ فِي الصُّلْحِ، أَمَّا إِذَا كَانَ أَجْرَى كَمَا إِذَا ادَّعَى دَارًا وَأُنْكَرَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ ثُمَّ صَالَحَ عَنْ هَذِهِ الدَّعْوَى عَلَى عَبْدٍ وَقَالَ بِعْثَكَ هَذَا الْعَبْدَ بِهَذِهِ الدَّارِ ثُمَّ أُسْتَحَقَّتْ هَذِهِ الدَّارُ فَإِنَّ الْمُدَّعَى يَرْجِعُ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ بِمَا ادَّعَى لَا بِالْدَّعْوَى، لِأَنَّ إِقْدَامَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ عَلَى الْبَيْعِ إِقْرَارٌ مِنْهُ بِالْحَقِّ لِلْمُدَّعَى، إِذَ الْإِنْسَانُ لَا يَشْتَرِي مِلْكًا نَفْسِهِ فَكَانَ حُكْمُهُ حُكْمَ الْبَيْعِ، وَلَا كَذَلِكَ الصُّلْحُ لِأَنَّهُ قَدْ يَقَعُ لِدَفْعِ الْخُصُومَةِ (وَلَوْ هَلَكَ بَدَلُ الصُّلْحِ قَبْلَ التَّسْلِيمِ) إِلَى الْمُدَّعَى (فَالْجَوَابُ فِيهِ كَالْجَوَابِ فِي الاسْتِحْقَاقِ فِي الْفَصْلَيْنِ) أَيْ فَضْلُ الْإِقْرَارِ وَالْإِنْكَارِ، فَإِنْ كَانَ عَنْ إِقْرَارٍ رَجَعَ بَعْدَ الْهَلَاكِ إِلَى الْمُدَّعَى، وَإِنْ كَانَ عَنْ إِنْكَارٍ رَجَعَ بِالْدَّعْوَى.

قَالَ (وَإِنْ ادَّعَى حَقًّا فِي دَارٍ وَلَمْ يُبَيِّنْهُ فَصُلُوحٌ مِنْ ذَلِكَ ثُمَّ اسْتَحَقَّ بَعْضُ الدَّارِ لَمْ يَرُدَّ شَيْئًا مِنَ الْعَوَضِ لِأَنَّ دَعْوَاهُ يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ فِيْمَا بَقِيَ) بِخِلَافِ مَا إِذَا اسْتَحَقَّ كُلُّهُ لِأَنَّهُ يَعْرِى الْعَوَضُ عِنْدَ ذَلِكَ عَنْ شَيْءٍ يُقَابِلُهُ فَيَرْجِعُ بِكُلِّهِ عَلَى مَا قَدَّمَاهُ فِي الْبُيُوعِ. وَلَوْ

ادَّعى دَارًا فَصَالَحَهُ عَلَى قِطْعَةٍ مِنْهَا لَمْ يَصِحَّ الصَّلْحُ لِأَنَّ مَا قَبَضَهُ مِنْ عَيْنِ حَقِّهِ وَهُوَ عَلَى دَعْوَاهُ فِي الْبَاقِي.

وَالْوَجْهُ فِيهِ أَحَدُ أَمْرَيْنِ: إِمَّا أَنْ يَزِيدَ دِرْهَمًا فِي بَدَلِ الصَّلْحِ فَيَصِيرَ ذَلِكَ عِوَضًا عَنْ حَقِّهِ فِيمَا بَقِيَ، أَوْ يُلْحَقَ بِهِ ذِكْرُ الْبَرَاءَةِ عَنْ دَعْوَى الْبَاقِي.

الشرح:

قَالَ: (وَإِنْ ادَّعى حَقًّا فِي دَارٍ إلخ) هَذِهِ الْمَسْأَلَةُ قَدْ تَقَدَّمَتْ فِي بَابِ الاسْتِحْقَاقِ مِنْ كِتَابِ الْبُيُوعِ فَلَا تُعِيدُهَا (وَلَوْ ادَّعى دَارًا فَصَالَحَ عَلَى قِطْعَةٍ مِنْهَا) كَبَيْتَ مِنْ يُونُثَا بَعَيْنِهِ لَمْ يَصِحَّ لِأَنَّ مَا قَبَضَهُ بَعْضُ حَقِّهِ وَهُوَ عَلَى دَعْوَاهُ فِي الْبَاقِي (وَتُقْبَلُ بَيِّنَتُهُ لِأَنَّهُ اسْتَوْفَى بَعْضَ حَقِّهِ) وَأَبْرَأَ عَنِ الْبَاقِي، الْإِبْرَاءُ عَنِ الْعَيْنِ بَاطِلٌ فَكَانَ وَجُودُهُ وَعَدَمُهُ سَوَاءً. وَذَكَرَ شَيْخُ الْإِسْلَامِ أَنَّهُ لَا تُسْمَعُ دَعْوَاهُ، وَذَكَرَ صَاحِبُ النَّهَائَةِ أَنَّهُ ظَاهِرُ الرِّوَايَةِ. وَوَجْهُهُ أَنَّ الْإِبْرَاءَ لَاقَى عَيْنًا وَدَعْوَى، وَالْإِبْرَاءُ عَنِ الدَّعْوَى صَحِيحٌ، فَإِنْ قَالَ لَعَنِيهِ أَبْرَأْتُكَ عَنْ دَعْوَى هَذَا الْعَيْنِ صَحَّ، وَلَوْ ادَّعَاهُ بَعْدَ ذَلِكَ لَمْ يَصِحَّ وَلَمْ تُسْمَعْ. وَقَيَّدَ بِقَوْلِهِ عَلَى قِطْعَةٍ مِنْهَا لِأَنَّ الصَّلْحَ إِذَا وَقَعَ عَلَى يَتِّ مَعْلُومٍ مِنْ دَارٍ أُخْرَى صَحَّ لِكَوْنِهِ حَبِئْدٌ يَبْعًا، وَكَذَا لَوْ كَانَ عَلَى سَكْنَى يَتِّ مُعَيَّنٍ مِنْ غَيْرِهَا لِكَوْنِهِ إِجَارَةٌ حَتَّى يَشْتَرِطَ كَوْنُ الْمُدَّةِ مَعْلُومَةً، وَلَوْ أَرَادَ الْمُدَّعى أَنْ يَدَّعى الْبَقِيَّةَ لَمْ يَكُنْ لَهُ ذَلِكَ لَوْصُولُ كُلِّ حَقِّهِ إِلَيْهِ بِاعْتِبَارِ بَدَلِهِ عَيْنًا أَوْ مَنَفْعَةً.

قَالَ الْمُصَنِّفُ (وَالْوَجْهُ فِيهِ) أَيُّ الْحِيلَةِ فِي تَصْحِيحِ الصَّلْحِ إِذَا كَانَ عَلَى قِطْعَةٍ مِنْهَا (أَحَدُ أَمْرَيْنِ أَنْ يَزِيدَ دِرْهَمًا فِي بَدَلِ الصَّلْحِ لِيَصِيرَ عِوَضًا عَنْ حَقِّهِ فِيمَا بَقِيَ أَوْ يُلْحَقَ بِهِ ذِكْرُ الْبَرَاءَةِ عَنْ دَعْوَى الْبَاقِي) مِثْلُ أَنْ يَقُولَ بَرِئْتُ مِنْ دَعْوَايَ فِي هَذِهِ الدَّارِ فَإِنَّهُ يَصِحُّ مُصَادَفَةُ الْبَرَاءَةِ الدَّعْوَى وَهُوَ صَحِيحٌ، حَتَّى لَوْ ادَّعى بَعْدَ ذَلِكَ وَجَاءَ بَيِّنَةٌ لَمْ تُقْبَلْ.

وَفِي ذِكْرِ لَفْظِ الْبَرَاءَةِ دُونَ الْإِبْرَاءِ إِشَارَةٌ إِلَى أَنَّهُ لَوْ قَالَ أَبْرَأْتُكَ عَنْ دَعْوَايَ أَوْ خُصُومَتِي فِي هَذِهِ الدَّارِ كَانَ بَاطِلًا وَلَهُ أَنْ يُخَاصِمَهُ فِيهَا بَعْدَ ذَلِكَ. وَالْفَرْقُ بَيْنَهُمَا أَنَّ أَبْرَأْتُكَ إِمَّا يَكُونُ إِبْرَاءً مِنَ الضَّمَانِ لَا مِنَ الدَّعْوَى، وَقَوْلُهُ بَرِئْتُ بَرَاءَةً مِنَ الدَّعْوَى، كَذَا قَالُوا وَتَقْلَهُ صَاحِبُ النَّهَائَةِ عَنِ الذَّخِيرَةِ. وَتَقْلُ بَعْضُ الشَّارِحِينَ عَنْ الْوَاقِعَاتِ فِي

تَعْلِيلُ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ لِأَنَّ قَوْلَهُ أَثَرُكَ عَنْ خُصُومَتِي فِي هَذِهِ الدَّارِ حِطَابٌ لِلوَاحِدِ فَلَهُ أَنْ يُخَاصِمَ غَيْرَهُ فِي ذَلِكَ، بِخِلَافِ قَوْلِهِ بَرِئْتُ لَأَنَّهُ أَضَافَ الْبَرَاءَةَ إِلَى نَفْسِهِ مُطْلَقًا فَيَكُونُ هُوَ بَرِيئًا. وَيَعْلَمُ مِنْ هَذَا التَّعْلِيلِ أَنَّ قَوْلَ صَاحِبِ الذَّخِيرَةِ: وَلَهُ أَنْ يُخَاصِمَ فِيهَا بَعْدَ ذَلِكَ، مَعْنَاهُ عَلَى غَيْرِ الْمُخَاطَبِ وَهُوَ ظَاهِرٌ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

فصل

(وَالصُّلْحُ جَائِزٌ عَنْ دَعْوَى الْأَمْوَالِ) لِأَنَّهُ فِي مَعْنَى الْبَيْعِ عَلَى مَا مَرَّ. قَالَ (وَالْمَنَافِعُ لِأَنَّهَا تُمْلِكُ بِعَقْدِ الْإِجَارَةِ فَكَذَا بِالصُّلْحِ) وَالْأَصْلُ فِيهِ أَنَّ الصُّلْحَ يَجِبُ حَمْلُهُ عَلَى أَقْرَبِ الْعُقُودِ إِلَيْهِ وَأَشْبَهَهَا بِهِ احْتِيَالًا لِتَصْحِيحِ تَصَرُّفِ الْعَاقِلِ مَا أَمَكَنَ.

الشرح:

(فَصْلٌ): لَمَّا فَرَّغَ مِنْ ذِكْرِ مُقَدِّمَاتِ الصُّلْحِ وَشَرَائِطِهِ وَمِنْ ذِكْرِ أَنْوَاعِهِ شَرَعَ فِي بَيَانِ مَا يَجُوزُ عَنْهُ الصُّلْحُ وَمَا لَا يَجُوزُ. قَالَ (وَالصُّلْحُ جَائِزٌ عَنْ دَعْوَى الْأَمْوَالِ) الْأَصْلُ فِي هَذَا الْفَصْلِ أَنَّ الصُّلْحَ يَجِبُ حَمْلُهُ عَلَى أَقْرَبِ الْعُقُودِ إِلَيْهِ وَأَشْبَهَهَا بِهِ احْتِيَالًا لِتَصْحِيحِ تَصَرُّفِ الْعَاقِلِ بِقَدْرِ الْإِمْكَانِ، فَإِذَا كَانَ عَنْ مَالٍ بِمَالٍ كَانَ فِي مَعْنَى الْبَيْعِ كَمَا مَرَّ. وَإِذَا كَانَ عَنْ الْمَنَافِعِ بِمَالٍ كَمَا إِذَا أَوْصَى بِسُكْنَى دَارِهِ وَمَاتَ فَادَّعَى الْمُوَصَّى لَهُ السُّكْنَى فَصَالِحُ الْوَرَثَةِ عَنْ شَيْءٍ كَانَ فِي مَعْنَى الْإِجَارَةِ، لِأَنَّ الْمَنَافِعَ تُمْلِكُ بِعَقْدِ الْإِجَارَةِ فَكَذَا بِالصُّلْحِ.

قَالَ (وَيَصِحُّ عَنْ جِنَايَةِ الْعَمْدِ وَالْخَطَأِ) أَمَّا الْأَوَّلُ فَلَقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتِّبَاعٌ﴾ [البقرة: ١٧٨] الْآيَةُ قَالَ ابْنُ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا: إِنَّهَا نَزَلَتْ فِي الصُّلْحِ عَنْ دَمِ الْعَمْدِ وَهُوَ بِمَنْزِلَةِ النِّكَاحِ، حَتَّى أَنْ مَا صَلَحَ مُسَمًّى فِيهِ صَلَحَ هَاهُنَا إِذْ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُبَادَلَةُ الْمَالِ بِغَيْرِ الْمَالِ إِلَّا أَنْ عِنْدَ فَسَادِ التَّسْمِيَةِ هُنَا يُصَارُ إِلَى الدِّيَةِ لِأَنَّهَا مُوجِبُ الدَّمِ. وَلَوْ صَالَحَ عَلَى خَمْرِ لَا يَجِبُ شَيْءٌ لِأَنَّهُ لَا يَجِبُ بِمُطْلَقِ الْعَفْوِ. وَفِي النِّكَاحِ يَجِبُ مَهْرُ الْمِثْلِ فِي الْفَصْلَيْنِ لِأَنَّهُ الْمَوْجِبُ الْأَصْلِيُّ، وَيَجِبُ مَعَ السُّكُوتِ عَنْهُ حُكْمًا، وَيَدْخُلُ فِي إِطْلَاقِ جَوَابِ الْكِتَابِ الْجِنَايَةِ فِي النَّفْسِ وَمَا دُونَهَا، وَهَذَا بِخِلَافِ الصُّلْحِ عَنْ حَقِّ الشُّفْعَةِ عَلَى مَالٍ حَيْثُ لَا يَصِحُّ لِأَنَّهُ حَقُّ التَّمْلِكِ، وَلَا حَقٌّ فِي الْمَحَلِّ قَبْلَ التَّمْلِكِ.

وَأَمَّا الْقِصَاصُ فَمِلْكُ الْمَحَلِّ فِي حَقِّ الْفِعْلِ فَيَصِحُّ الْاِعْتِيَاظُ عَنْهُ وَإِذَا لَمْ يَصَحِّ الصُّلْحُ تَبْطُلُ الشُّفْعَةُ لِأَنَّهَا تَبْطُلُ بِالْإِعْرَاضِ وَالسُّكُوتِ، وَالْكَفَالَةُ بِالنَّفْسِ بِمَنْزِلَةِ حَقِّ الشُّفْعَةِ حَتَّى لَا يَجِبَ الْمَالُ بِالصُّلْحِ عَنْهُ، غَيْرَ أَنَّ فِي بُطْلَانِ الْكَفَالَةِ رَوَاتِبَيْنِ عَلَى مَا عُرِفَ فِي مَوْضِعِهِ.

وَأَمَّا الثَّانِي وَهُوَ جَنَايَةُ الْخَطَا فَلَأَنَّ مُوجِبَهَا الْمَالُ فَيَصِيرُ بِمَنْزِلَةِ الْبَيْعِ، إِلَّا أَنَّهُ لَا تَصِحُّ الزِّيَادَةُ عَلَى قَدْرِ الدِّيَّةِ لِأَنَّهُ مُقَدَّرٌ شَرْعًا فَلَا يَجُوزُ إِبْطَالُهُ فَتَرُدُّ الزِّيَادَةُ، بِخِلَافِ الصُّلْحِ عَنِ الْقِصَاصِ حَيْثُ تَجُوزُ الزِّيَادَةُ عَلَى قَدْرِ الدِّيَّةِ لِأَنَّ الْقِصَاصَ لَيْسَ بِمَالٍ وَإِنَّمَا يَتَقَوَّمُ بِالْعَقْدِ، وَهَذَا إِذَا صَالَحَ عَلَى أَحَدِ مَقَادِيرِ الدِّيَّةِ، أَمَّا إِذَا صَالَحَ عَلَى غَيْرِ ذَلِكَ جَازَ لِأَنَّهُ مُبَادَلَةٌ بِهَا، إِلَّا أَنَّهُ يُشْتَرَطُ الْقَبْضُ فِي الْمَجْلِسِ كَيْ لَا يَكُونَ افْتِرَاقًا عَنْ ذَيْنِ بَدَيْنِ.

وَلَوْ قَضَى الْقَاضِي بِأَحَدِ مَقَادِيرِهَا فَصَالَحَ عَلَى جِنْسٍ آخَرَ مِنْهَا بِالزِّيَادَةِ جَازَ لِأَنَّهُ تَعَيَّنَ الْحَقُّ بِالْقَضَاءِ فَكَانَ مُبَادَلَةً بِخِلَافِ الصُّلْحِ ابْتِدَاءً لِأَنَّ تَرَاضِيَهُمَا عَلَى بَعْضِ الْمَقَادِيرِ بِمَنْزِلَةِ الْقَضَاءِ فِي حَقِّ التَّعْيِينِ فَلَا تَجُوزُ الزِّيَادَةُ عَلَى مَا تَعَيَّنَ.

الشرح:

وَإِذَا صَالَحَ عَنْ جَنَايَةِ الْعَمْدِ أَوْ الْخَطَا صَحَّ. أَمَّا الْأَوَّلُ فَلَقَوْلُهُ تَعَالَى ﴿فَمَنْ عَفَى﴾ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتَّبَاعٌ ﴿وَوَجْهُهُ﴾ الْاِسْتِدْلَالُ عَلَى أَحَدٍ مَعْنِيهِ وَهُوَ قَوْلُ ابْنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا وَالْحَسَنُ وَالضُّحَّاكُ: فَمَنْ أَعْطَى لَهُ فِي سَهُولَةٍ مِنْ أَخِيهِ الْمَقْتُولِ شَيْئًا مِنْ الْمَالِ بِطَرِيقِ الصُّلْحِ فَاتَّبَاعٌ: أَيُّ فَلَوْلِي الْقَتِيلِ اتَّبَاعُ الْمُصَالِحِ بِبَدْلِ الصُّلْحِ بِالْمَعْرُوفِ: أَيُّ عَلَى مُجَامَلَةٍ وَحُسْنِ مُعَامَلَةٍ وَأَدَاءٍ: أَيُّ وَعَلَى الْمُصَالِحِ أَدَاءُ ذَلِكَ إِلَى وَلِيِّ الْقَتِيلِ بِإِحْسَانٍ فِي الْأَدَاءِ، وَهَذَا ظَاهِرٌ فِي الدَّلَالَةِ عَلَى جَوَازِ الصُّلْحِ عَنْ جَنَايَةِ الْقَتْلِ الْعَمْدِ.

وَأَمَّا الْمَعْنَى الْآخَرُ وَهُوَ مَرْوِيُّ عَنْ ابْنِ عُمَرَ وَابْنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا فَمَنْ عَفَى عَنْهُ وَهُوَ الْقَاتِلُ مِنْ أَخِيهِ فِي الدِّينِ وَهُوَ الْمَقْتُولُ شَيْءٌ مِنَ الْقِصَاصِ بِأَنْ كَانَ لِلْقَتِيلِ أَوْلِيَاءَ فَعَفَا بَعْضَهُمْ فَقَدْ صَارَ نَصِيبُ الْبَاقِينَ مَالًا وَهُوَ الدِّيَّةُ عَلَى قَدْرِ حِصَصِهِمْ مِنَ الْمِيرَاثِ فَاتَّبَاعُ الْمَعْرُوفِ: أَيُّ فَلْيَتَّبِعِ الَّذِينَ لَمْ يَعْفُوا الْقَاتِلَ يَطْلُبُ حِصَصَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ: أَيُّ بِقَدْرِ حُقُوقِهِمْ مِنْ غَيْرِ زِيَادَةٍ عَلَيْهِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ: أَيُّ وَلْيُوَدِّ الْقَاتِلُ إِلَى غَيْرِ الْعَافِي حَقَّهُ وَآفِيًا غَيْرَ نَاقِصٍ فَلَيْسَ فِيهِ دَلِيلٌ عَلَى الْمَطْلُوبِ ظَاهِرًا، فَلِهَذَا قَالَ ابْنُ

عَبَّاسٌ إِنَّهَا نَزَلَتْ فِي الصُّلْحِ (قَوْلُهُ وَهُوَ بِمَنْزِلَةِ النِّكَاحِ) إِشَارَةٌ إِلَى أَقْرَبِ عَقْدٍ يُحْمَلُ عَلَيْهِ الصُّلْحُ عَنْ دَمِ الْعَمْدِ فَإِنَّهُ فِي مَعْنَى النِّكَاحِ مِنْ حَيْثُ إِنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُبَادَلَةُ الْمَالِ بِغَيْرِ الْمَالِ، وَمِنْ حَيْثُ إِنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لَا يَحْتَمِلُ الْفَسْخَ بِالتَّرَاضِي، وَإِذَا كَانَ فِي مَعْنَاهُ فَمَا صَلَحَ أَنْ يَكُونَ مُسَمًّى فِي النِّكَاحِ صَلَحَ هَاهُنَا، فَلَوْ صَلَحَ عَلَى سُكْنَى دَارٍ أَوْ خِدْمَةِ عَبْدٍ سَنَةَ جَارٍ لَأَنَّ الْمَنْفَعَةَ الْمَعْلُومَةَ صَلَحَتْ صَدَاقًا، فَكَذَا بَدَلًا فِي الصُّلْحِ وَإِنْ صَلَحَ عَلَى ذَلِكَ أَبَدًا لَمْ يَجْزِ لِأَنَّهُ لَمْ يَصْلُحْ صَدَاقًا لِحَالَتِهِ فَكَذَا بَدَلًا، وَلَا يُتَوَهَّمُ لُزُومُ الْعَكْسِ فَإِنَّهُ غَيْرُ لَازِمٍ وَلَا هُوَ مُلتَزِمٌ، أَلَا تَرَى أَنَّ الصُّلْحَ عَنِ الْقَتْلِ الْعَمْدِ عَلَى أَقَلِّ مِنْ عَشْرَةِ صَحِيحٍ وَإِنْ لَمْ يَصْلُحْ صَدَاقًا، وَأَنَّهُ إِذَا صَلَحَ عَلَى أَنْ يَغْفُوَ مَنْ عَلَيْهِ عَنْ قِصَاصٍ لَهُ عَلَى آخَرَ جَارٍ وَإِنْ لَمْ يَصْلُحْ الْعَفْوُ عَنِ الْقِصَاصِ صَدَاقًا لَأَنَّ كَوْنَ الصَّدَاقِ مَالًا مَنْصُوصًا عَلَيْهِ بِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ﴾ [النساء: ٢٤] وَبَدَلُ الصُّلْحِ فِي الْقِصَاصِ لَيْسَ كَذَلِكَ فَيَكْتَفَى بِكَوْنِ الْعَوْضِ فِيهِ مُتَقَوِّمًا وَالْقِصَاصُ مُتَقَوِّمٌ حَتَّى صَلَحَ الْمَالُ عَوْضًا عَنْهُ فَيَجُوزُ أَنْ يَقَعَ عَوْضًا عَنْ قِصَاصٍ آخَرَ، وَقَوْلُهُ إِلَّا أَنْ عِنْدَ فَسَادِ التَّسْمِيَةِ اسْتِثْنَاءٌ مِنْ قَوْلِهِ إِنَّ مَا صَلَحَ مُسَمًّى فِيهِ صُلْحٌ هَاهُنَا بِمَعْنَى لَكِنْ: أَيْ لَكِنْ إِذَا فَسَدَتْ التَّسْمِيَةُ بِجَهَالَةِ فَاحِشَةٍ أَوْ بِتَّسْمِيَةٍ مَا لَيْسَ بِمَالٍ مُتَقَوِّمٍ فَرَّقَ بَيْنَهُمَا فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ كَمَا إِذَا صَلَحَ عَلَى ذَابَّةٍ أَوْ تَوْبٍ غَيْرِ مُعَيَّنٍ يُصَارُ إِلَى الدِّيَةِ لِأَنَّ الْوَلِيَّ مَا رَضِيَ بِسُقُوطِ حَقِّهِ فَيُصَارُ إِلَى بَدَلٍ مَا سَلِمَ لَهُ مِنَ النَّفْسِ وَهُوَ الدِّيَةُ فِي مَالِ الْقَاتِلِ لِأَنَّ الْبَدَلَ الصُّلْحُ لَا تَحْتَمِلُهُ لَوْجُوبُهُ بِعُقْدَةٍ وَإِنْ كَانَ الثَّانِي كَمَا لَوْ صَلَحَ عَلَى خَمْرِ فَإِنَّهُ لَا يَجِبُ عَلَيْهِ شَيْءٌ لِأَنَّهُ لَمَّا لَمْ يُسَمَّ مَالًا مُتَقَوِّمًا صَارَ ذِكْرُهُ وَالسُّكُوتُ عَنْهُ سَيِّئًا، وَلَوْ سَكَتَ لَبَقِيَ الْعَفْوُ مُطْلَقًا، وَفِيهِ لَا يَجِبُ شَيْءٌ فَكَذَا فِي ذِكْرِ الْخَمْرِ (وَفِي النِّكَاحِ يَجِبُ مَهْرُ الْمِثْلِ فِي الْفَضْلَيْنِ) أَيْ فِي فَضْلِ تَّسْمِيَةِ الْمَالِ الْمَجْهُولِ وَفَضْلِ الْخَمْرِ (لِأَنَّهُ الْمَوْجِبُ الْأَصْلِيُّ) فِي النِّكَاحِ (وَيَجِبُ مَعَ السُّكُوتِ عَنْهُ حُكْمًا) قَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿قَدْ عَلِمْنَا مَا فَرَضْنَا عَلَيْهِمْ فِي أَزْوَاجِهِمْ﴾ [الأحزاب: ٥٠] وَمَوْضِعُهُ أَصُولُ الْفِقْهِ. وَتَحْقِيقُهُ أَنَّ الْمَهْرَ مِنْ ضَرُورَاتِ عَقْدِ النِّكَاحِ فَإِنَّهُ مَا شَرَعَ إِلَّا بِالْمَالِ، فَإِذَا لَمْ يَكُنِ الْمُسَمًّى صَالِحًا صَارَ كَمَا لَوْ لَمْ يُسَمَّ مَهْرًا، وَلَوْ لَمْ يُسَمَّ مَهْرًا وَجَبَ مَهْرُ الْمِثْلِ فَكَذَا هَاهُنَا.

وَأَمَّا الصُّلْحُ فَلَيْسَ مِنْ ضَرُورَاتِهِ وَجُوبُ الْمَالِ، فَإِنَّهُ لَوْ عَفَا بِلا تَّسْمِيَةٍ شَيْءٌ لَمْ

يَجِبُ شَيْءٌ، وَفِيهِ نَظَرٌ لِأَنَّ الْعَفْوَ لَا يُسَمَّى صُلْحًا. وَالْجَوَابُ أَنَّ الصُّلْحَ عَلَى مَا لَا يَصْلُحُ بَدَلًا عَفْوٌ مِمَّنْ لَهُ الْحَقُّ فَصَحَّ أَنْ وَجُوبُهُ لَيْسَ مِنْ ضُرُورَاتِهِ (وَيَدْخُلُ فِي إِطْلَاقِ جَوَابِ الْكِتَابِ) وَهُوَ قَوْلُهُ وَيَصِحُّ عَنْ جَنَائَةِ الْعَمْدِ (الْجَنَائَةُ فِي النَّفْسِ وَمَا ذُوْنَهَا وَهَذَا) أَيْ الصُّلْحُ عَنْ جَنَائَةِ الْعَمْدِ (بِخِلَافِ الصُّلْحِ عَنْ حَقِّ الشُّفْعَةِ عَلَى مَالٍ فَإِنَّهُ لَا يَصِحُّ لِأَنَّ حَقَّ الشُّفْعَةِ حَقٌّ أَنْ يُمْتَلَكَ، وَذَلِكَ لَيْسَ بِحَقٍّ فِي الْمَحَلِّ قَبْلَ التَّمْلُكِ) فَأَخَذُ الْبَدَلَ أَخَذُ مَالٍ فِي مُقَابَلَةِ مَا لَيْسَ بِشَيْءٍ ثَابِتٍ فِي الْمَحَلِّ وَذَلِكَ رِشْوَةٌ حَرَامٌ.

أَمَّا الْقِصَاصُ فَإِنَّ مِلْكَ الْمَحَلِّ فِيهِ ثَابِتٌ مِنْ حَيْثُ فَعَلَ الْقِصَاصُ فَكَانَ أَخَذُ الْعَوَضِ عَمَّا هُوَ ثَابِتٌ لَهُ فِي الْمَحَلِّ فَكَانَ صَحِيحًا (وَإِذَا لَمْ يَصِحَّ الصُّلْحُ بَطَلَ حَقُّ الشُّفْعَةِ لِأَنَّهَا تَبْطُلُ بِالْإِعْرَاضِ وَالسُّكُوتِ) وَقَيَّدَ بِقَوْلِهِ حَقُّ الشُّفْعَةِ عَلَى مَالٍ احْتِرَازًا عَنْ الصُّلْحِ عَلَى أَخَذِ يَتِّ بَعِيْنِهِ مِنَ الدَّارِ بِثَمَنِ مُعَيَّنٍ، فَإِنَّ الصُّلْحَ مَعَ الشُّفْعِ فِيهِ جَائِزٌ، وَعَنْ الصُّلْحِ عَلَى يَتِّ بَعِيْنِهِ مِنَ الدَّارِ بِحِصَّتِهِ مِنَ الثَّمَنِ فَإِنَّهُ لَا يَصِحُّ لِأَنَّ حِصَّتَهُ مَجْهُولَةٌ لَكِنْ لَا تَبْطُلُ الشُّفْعَةُ لِأَنَّهُ لَمْ يُوْجَدْ مِنْهُ الْإِعْرَاضُ عَنْ الْأَخْذِ بِالشُّفْعَةِ بِهَذَا الصُّلْحِ (وَالْكَفَالَةُ بِالنَّفْسِ بِمَنْزِلَةِ حَقِّ الشُّفْعَةِ) يَعْنِي إِذَا كَفَلَ عَنْ نَفْسِ رَجُلٍ فَجَاءَ الْمَكْفُولُ وَصَالِحَ الْكَفِيلِ عَلَى شَيْءٍ مِنَ الْمَالِ عَلَى أَنْ يَأْخُذَهُ الْمَكْفُولُ لَهُ وَيَخْرُجَ الْكَفِيلُ عَنْ الْكَفَالَةِ لَا يَصِحُّ الصُّلْحُ (وَلَا يَجِبُ الْمَالُ، غَيْرَ أَنْ فِي بُطْلَانِ الْكَفَالَةِ رَوَايَتَيْنِ) فِي رَوَايَةِ كِتَابِ الشُّفْعَةِ وَالْحَوَالَةِ وَالْكَفَالَةِ تَبْطُلُ وَهُوَ رَوَايَةُ أَبِي حَفْصٍ، وَبِهِ يُفْتَى لِأَنَّ السَّقُوطَ لَا يَتَوَقَّفُ عَلَى الْعَوَضِ، وَإِذَا سَقَطَتْ لَا تَعُودُ وَفِي الصُّلْحِ مِنْ رَوَايَةِ أَبِي سُلَيْمَانَ لَا تَبْطُلُ لِأَنَّ الْكَفَالَةَ بِالنَّفْسِ وَقَدْ تَكُونُ مُوصِلَةً إِلَى الْمَالِ فَأَخَذَتْ حُكْمَهُ مِنْ هَذَا الْوَجْهِ، فَإِذَا رَضِيَ أَنْ يَسْقُطَ حَقُّهُ بِعَوَضٍ لَمْ يَسْقُطْ مَجَانًا (وَأَمَّا الثَّانِي وَهُوَ جَنَائَةُ الْخَطِئِ فَلَأَنَّ مُوجِبَهَا الْمَالُ فَيَصِيرُ بِمَنْزِلَةِ الْبَيْعِ) ثُمَّ الصُّلْحُ فِيهِ إِمَّا أَنْ يَكُونَ عَلَى أَحَدِ مَقَادِيرِ الدِّيَةِ أَوْ لَا، وَالْأَوَّلُ إِمَّا أَنْ يَكُونَ مُنْفَرِدًا أَوْ مُنْضَمًّا إِلَى الصُّلْحِ عَنْ الْعَمْدِ، فَإِنْ كَانَ مُنْفَرِدًا وَهُوَ الْمَذْكُورُ فِي الْكِتَابِ لَا يَصِحُّ بِالزِّيَادَةِ عَلَى قَدْرِ الدِّيَةِ لِأَنَّهُ مُقَدَّرٌ شَرْعًا وَالْمُقَدَّرُ الشَّرْعِيُّ لَا يَبْطُلُ فَتَرُدُّ الزِّيَادَةُ، بِخِلَافِ الصُّلْحِ عَنْ الْقِصَاصِ حَيْثُ تَجُوزُ الزِّيَادَةُ عَلَى قَدْرِ الدِّيَةِ، إِذْ لَيْسَ فِيهِ تَقْدِيرٌ شَرْعِيٌّ فَكَانَتْ الزِّيَادَةُ إِبْطَالًا لَهُ، بَلِ الْقِصَاصُ لَيْسَ بِمَالٍ فَكَانَ الْوَاجِبُ أَنْ لَا يُقَابَلَهُ مَالٌ، وَلَكِنَّهُ أَشْبَهَ النِّكَاحَ فِي تَقْوَمِهِ بِالْعَقْدِ فَجَازَ بِأَيِّ

مِقْدَارٍ تَرْضَايَا عَلَيْهِ كَالْتَّسْمِيَةِ فِي النِّكَاحِ، وَإِنْ كَانَ مُنْضَمًّا إِلَى الْعَمْدِ كَانَ كَمَا إِذَا قُتِلَ عَمْدًا وَآخَرَ خَطَأً ثُمَّ صَالَحَ أَوْلِيَاءَهُمَا عَلَى أَكْثَرِ مِنْ دِيْنَيْنِ فَالْصُّلْحُ جَائِزٌ وَلصَّاحِبِ الْخَطِئِ الدِّيَّةُ وَمَا بَقِيَ فَلصَّاحِبِ الْعَمْدِ، كَمَنْ عَلَيْهِ لِرَجُلٍ مِائَةُ دِينَارٍ وَآخَرَ أَلْفُ دِرْهَمٍ فَصَالَحَهُمَا عَلَى ثَلَاثَةِ آلَافٍ دِرْهَمٍ فَلصَّاحِبِ الْأَلْفِ الْأَلْفُ وَالْبَاقِي لَصَّاحِبِ الدَّنَانِيرِ.

وَالثَّانِي كَمَا إِذَا صَالَحَ عَلَى مَكِيلٍ أَوْ مَوْزُونٍ جَارَتْ الزِّيَادَةُ عَلَى قَدْرِ الدِّيَّةِ لِأَنَّهُ مُبَادَلَةٌ، إِلَّا أَنَّهُ يُشْتَرَطُ الْقَبْضُ فِي الْمَجْلِسِ كَيْ لَا يَكُونَ افْتِرَاقًا عَنْ دَيْنِ الدِّيَّةِ يَدَيْنِ بَدَلِ الصُّلْحِ (وَلَوْ قَضَى الْقَاضِي بِأَحَدِ مَقَادِيرِ الدِّيَّةِ مِثْلُ أَنْ قَضَى بِمِائَةٍ مِنَ الْإِبِلِ ثُمَّ صَالَحَ أَوْلِيَاءَ الْقَتِيلِ عَلَى أَكْثَرِ مِنْ مِائَتِي بَقَرَةٍ جَازَ لِأَنَّ الْحَقَّ قَدْ تَعَيَّنَ بِالْقَضَاءِ فِي الْإِبِلِ) وَخَرَجَ غَيْرُهُ مِنْ أَنْ يَكُونَ وَاجِبًا بِهَذَا الْفِعْلِ (فَكَانَ مَا يُعْطَى عِوَضًا عَنْ الْوَاجِبِ) فَكَانَ صَحِيحًا (بِخِلَافِ الصُّلْحِ) بِالزِّيَادَةِ عَلَيْهِ (ابْتِدَاءً لِأَنَّهُ تَرْضَايَاهُمَا عَلَى بَعْضِ الْمَقَادِيرِ بِمَنْزِلَةِ الْقَضَاءِ فِي حَقِّ التَّعْيِينِ) وَلَوْ قَضَى الْقَاضِي بِأَحَدِ الْمَقَادِيرِ زِيَادَةً عَلَى مِقْدَارِ الدِّيَّةِ لَمْ يَجُزْ، فَكَذَا هَذَا.

قَالَ (وَلَا يَجُوزُ عَنْ دَعْوَى حَدٍّ) لِأَنَّهُ حَقُّ اللَّهِ تَعَالَى لَا حَقَّهُ، وَلَا يَجُوزُ الْاِعْتِيَاضُ عَنْ حَقِّ غَيْرِهِ، وَلِهَذَا لَا يَجُوزُ الْاِعْتِيَاضُ إِذَا ادَّعَتِ الْمَرْأَةُ نَسَبَ وَلَدِهَا لِأَنَّهُ حَقُّ الْوَلَدِ لَا حَقَّهَا، وَكَذَا لَا يَجُوزُ الصُّلْحُ عَمَّا أَشْرَعَهُ إِلَى طَرِيقِ الْعَامَّةِ لِأَنَّهُ حَقُّ الْعَامَّةِ فَلَا يَجُوزُ أَنْ يُصَالِحَ وَاحِدٌ عَلَى الْاِنْفِرَادِ عَنْهُ، وَيَدْخُلُ فِي إِطْلَاقِ الْجَوَابِ حَدُّ الْقَذْفِ لِأَنَّ الْمُغْلَبَ فِيهِ حَقُّ الشَّرْعِ.

الشرح:

قَالَ (وَلَا يَجُوزُ عَنْ دَعْوَى حَدٍّ) الْأَصْلُ فِي هَذَا أَنَّ الْاِعْتِيَاضَ عَنْ حَقِّ الْغَيْرِ لَا يَجُوزُ، فَإِذَا أَخَذَ رَجُلٌ زَانِيًا أَوْ سَارِقًا أَوْ شَارِبَ خَمْرٍ وَأَرَادَ أَنْ يَرْفَعَهُ إِلَى الْحَاكِمِ فَصَالَحَهُ الْمَأْخُودُ عَلَى مَالٍ لِيَتْرَكَ ذَلِكَ فَالْصُّلْحُ بَاطِلٌ. وَلَهُ أَنْ يَرْجِعَ عَلَيْهِ بِمَا دَفَعَ إِلَيْهِ مِنَ الْمَالِ، لِأَنَّ الْحَدَّ حَقُّ اللَّهِ تَعَالَى، وَالْاِعْتِيَاضُ عَنْ حَقِّ الْغَيْرِ لَا يَجُوزُ، وَهُوَ الصُّلْحُ عَلَى تَحْرِيمِ الْحَلَالِ أَوْ تَحْلِيلِ الْحَرَامِ، وَإِذَا ادَّعَتْ امْرَأَةٌ عَلَى رَجُلٍ صَبِيًّا هُوَ يَبْدُهَا أَنَّهُ ابْنُهُ مِنْهَا وَجَحَدَ الرَّجُلُ وَلَمْ تَدَّعِ الْمَرْأَةُ النِّكَاحَ وَقَالَتْ إِنَّهُ طَلَقَهَا وَبَانَ مِنْهُ وَصَدَّقَهَا فِي الطَّلَاقِ فَصَالَحَ مِنَ النَّسَبِ عَلَى مِائَةِ دِرْهَمٍ فَالْصُّلْحُ بَاطِلٌ لِأَنَّ النَّسَبَ حَقُّ الصَّبِيِّ فَلَا يَجُوزُ

الاعتياضُ عنه.

(وَإِذَا أَشْرَعَ رَجُلٌ إِلَى طَرِيقِ الْعَامَّةِ فَصَالَحَ وَاحِدًا مِنَ الْعَامَّةِ عَلَى مَالٍ لَا يَجُوزُ لَأَنَّهُ حَقُّ الْعَامَّةِ فَلَا يَجُوزُ انْفِرَادُ وَاحِدٍ مِنْهُمْ بِذَلِكَ) وَقَيَّدَ بِقَوْلِهِ إِلَى طَرِيقِ الْعَامَّةِ لِأَنَّ الظِّلَّةَ إِذَا كَانَتْ عَلَى طَرِيقٍ غَيْرِ نَافِذَةٍ فَصَالَحَهُ رَجُلٌ مِنْ أَهْلِ الطَّرِيقِ جَازَ الصُّلْحُ، لِأَنَّ الطَّرِيقَ مَمْلُوكَةٌ لِأَهْلِهَا فَيُظْهِرُ فِي حَقِّ الْأَفْرَادِ، وَالصُّلْحُ مَعَهُ مُفِيدٌ لَا يُسْقِطُ حَقَّهُ وَيَتَوَصَّلُ بِهِ إِلَى تَحْصِيلِ رِضَا الْبَاقِينَ؛ وَقَيَّدَ بِقَوْلِهِ وَاحِدًا عَلَى الْإِنْفِرَادِ لِأَنَّ صَاحِبَ الظِّلَّةِ لَوْ صَالَحَ الْإِمَامَ عَلَى ذَرَاهِمَ لَيَتْرَكَ الظِّلَّةَ جَازًا إِذَا كَانَ فِي ذَلِكَ صَلَاحٌ لِلْمُسْلِمِينَ وَيَضَعُهَا فِي بَيْتِ الْمَالِ، لِأَنَّ الْاِعْتِيَاضَ لِلْإِمَامِ عَنِ الشَّرِكَةِ الْعَامَّةِ جَائِزٌ، وَلِهَذَا لَوْ بَاعَ شَيْئًا مِنْ بَيْتِ الْمَالِ صَحَّ (وَاحِدُ الْقَذْفِ دَاخِلٌ فِي جَوَابِ الْحُدُودِ لِأَنَّ الْمُغْلَبَ فِيهِ حَقُّ الشَّرْعِ) وَلِهَذَا لَا يَجُوزُ عَفْوُهُ وَلَا يُورَثُ، بِخِلَافِ الْقِصَاصِ.

قَالَ: (وَإِذَا ادَّعَى رَجُلٌ عَلَى امْرَأَةٍ نِكَاحًا وَهِيَ تَجَحُّدُ فَصَالَحَتْهُ عَلَى مَالٍ بِذَلِكَ حَتَّى يَتْرَكَ الدَّعْوَى جَازًا وَكَانَ فِي مَعْنَى الْخُلْعِ) لِأَنَّهُ أَمَكَّنَ تَصْحِيحَهُ خُلْعًا فِي جَانِبِهِ بِنَاءً عَلَى زَعْمِهِ وَفِي جَانِبِهَا بَدَلًا لِلْمَالِ لِدَفْعِ الْخُصُومَةِ. قَالُوا: وَلَا يَحِلُّ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللَّهِ تَعَالَى إِذَا كَانَ مُبْطِلًا فِي دَعْوَاهُ.

الشرح:

قَالَ (وَإِذَا ادَّعَى رَجُلٌ عَلَى امْرَأَةٍ نِكَاحًا إلخ) هَذَا بِنَاءً عَلَى الْأَصْلِ الْمَارِّ أَنَّ الصُّلْحَ يَجِبُ اعْتِبَارُهُ بِأَقْرَبِ الْعُقُودِ إِلَيْهِ شَبَهًا، وَإِذَا جَحَدَتْ النِّكَاحَ فَصَالَحَتْهُ عَلَى مَالٍ بِذَلِكَ أَمَكَّنَ تَصْحِيحَهُ خُلْعًا فِي جَانِبِهِ بِنَاءً عَلَى زَعْمِهِ وَبَدَلًا لِلْمَالِ لِدَفْعِ الْخُصُومَةِ وَقَطَعَ الشَّعْبَ وَالْوُطْءَ الْحَرَامَ فِي جَانِبِهَا، فَإِنْ أَقَامَ عَلَى التَّرْوِيجِ بَيِّنَةٌ بَعْدَ الصُّلْحِ لَمْ تُقْبَلْ لِأَنَّ مَا جَرَى كَانَ خُلْعًا فِي زَعْمِهِ وَلَا فَائِدَةَ فِي إِقَامَتِهَا بَعْدَهُ، وَإِنْ كَانَ مُبْطِلًا فِي دَعْوَاهُ لَمْ يَحِلَّ لَهُ مَا أَخَذَهُ بَيِّنَةً وَبَيْنَ اللَّهِ تَعَالَى، وَهَذَا عَامٌّ فِي جَمِيعِ أَنْوَاعِ الصُّلْحِ، إِلَّا أَنْ يُسَلِّمَهُ بِطِيبٍ عَنْ نَفْسِهِ فَيَكُونُ تَمْلِكًا عَلَى طَرِيقِ الْهَبَةِ.

قَالَ (وَإِذَا ادَّعَتْ امْرَأَةٌ عَلَى رَجُلٍ نِكَاحًا فَصَالَحَهَا عَلَى مَالٍ بِذَلِكَ لَهَا جَازًا) قَالَ ﷺ: هَكَذَا ذُكِرَ فِي بَعْضِ نُسَخِ الْمُخْتَصَرِ، وَفِي بَعْضِهَا قَالَ: لَمْ يَجْزِ. وَجْهُ الْأَوَّلِ أَنْ يَجْعَلَ زِيَادَةً فِي مَهْرِهَا. وَجْهُ الثَّانِي أَنَّهُ بَدَلُ لَهَا الْمَالِ لَتَتْرَكَ الدَّعْوَى فَإِنْ جُعِلَ تَرَكَ الدَّعْوَى

مِنْهَا فُرْقَةً فَالزَّوْجُ لَا يُعْطِي الْعِوَضَ فِي الْفُرْقَةِ، وَإِنْ لَمْ يُجْعَلْ فَالْحَالُ عَلَى مَا كَانَ عَلَيْهِ قَبْلَ الدَّعْوَى فَلَا شَيْءَ يُقَابِلُهُ الْعِوَضُ فَلَمْ يَصِحَّ.

الشرح:

وَفِي عَكْسِ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ وَهِيَ مَا إِذَا ادَّعَتْ امْرَأَةٌ عَلَى رَجُلٍ نِكَاحًا فَصَالِحَهَا عَلَى مَالٍ بِذَلِكَ لَهَا اخْتَلَفَ تُسَخُّ الْمُخْتَصَرِ فِي ذَلِكَ، فَوَقَعَ فِي بَعْضِهَا جَارٌ، وَفِي بَعْضِهَا لَمْ يَجْزُ وَجْهُ الْأَوَّلُ أَنْ يُجْعَلَ كَأَنَّ الزَّوْجَ بِإِعْطَاءِ بَدَلِ الصُّلْحِ زَادَ عَلَى مَهْرِهَا ثُمَّ طَلَقَهَا. وَوَجْهُ الثَّانِي أَنَّهُ بَذَلَ لَهَا لِتَرْكِ الدَّعْوَى، فَإِنْ جَعَلَ تَرْكُ الدَّعْوَى مِنْهَا فُرْقَةً فَلَا عِوَضَ عَلَى الزَّوْجِ فِي الْفُرْقَةِ كَمَا إِذَا مَكَنتُ ابْنَ زَوْجِهَا، وَإِنْ لَمْ يُجْعَلْ فُرْقَةً فَالْحَالُ عَلَى مَا كَانَ عَلَيْهِ قَبْلَ الدَّعْوَى لِأَنَّ الْفُرْقَةَ لَمْ تَوْجَدْ كَأَنَّ دَعْوَاهَا عَلَى حَالِهَا لِبَقَاءِ النِّكَاحِ فِي زَعْمِهَا فَلَمْ يَكُنْ ثَمَّةَ شَيْءٍ يُقَابِلُهُ الْعِوَضُ فَكَانَ رِشْوَةً.

قَالَ (وَإِنْ ادَّعَى عَلَى رَجُلٍ أَنَّهُ عَبْدُهُ فَصَالِحُهُ عَلَى مَالٍ أَعْطَاهُ جَارٌ وَكَانَ فِي حَقِّ الْمُدَّعِي بِمَنْزِلَةِ الْإِعْتَاقِ عَلَى مَالٍ) لِأَنَّهُ أَمَكَنَ تَصْحِيحُهُ عَلَى هَذَا الْوَجْهِ فِي حَقِّهِ لَزَعْمِهِ وَلِهَذَا يَصِحُّ عَلَى حَيَوَانٍ فِي الذِّمَّةِ إِلَى أَجَلٍ وَفِي حَقِّ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ يَكُونُ لِدَفْعِ الْخُصُومَةِ؛ لِأَنَّهُ يَزْعُمُ أَنَّهُ حُرٌّ فَجَارٌ إِلَّا أَنَّهُ لَا وَلَا لَهْ لِإِنْكَارِ الْعَبْدِ إِلَّا أَنْ يُقِيمَ الْبَيِّنَةَ فَتَقْبَلُ وَيَثْبُتُ الْوَلَاءُ.

الشرح:

(وَإِنْ ادَّعَى عَلَى رَجُلٍ) مَجْهُولُ الْحَالِ (أَنَّهُ عَبْدُهُ فَصَالِحُهُ عَلَى مَالٍ أَعْطَاهُ إِيَّاهُ) فَأَقْرَبُ الْعُقُودِ إِلَيْهِ شَبَّهَا الْعِتْقُ عَلَى مَالٍ فَيُجْعَلُ بِمَنْزِلَتِهِ لِإِمْكَانِ تَصْحِيحِهِ عَلَى هَذَا الْوَجْهِ فِي زَعْمِهِ، وَلِهَذَا يَصِحُّ عَلَى حَيَوَانٍ إِلَى أَجَلٍ فِي الذِّمَّةِ وَلَا يَصِحُّ ذَلِكَ إِلَّا بِمُقَابَلَةِ مَا لَيْسَ بِمَالٍ كَالنِّكَاحِ وَالذِّيَّاتِ وَلِهَذَا لَا يَصِحُّ السَّلْمُ فِي الْحَيَوَانِ (و) يُجْعَلُ (فِي حَقِّ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ لِدَفْعِ الْخُصُومَةِ لِأَنَّهُ يَزْعُمُ أَنَّهُ حُرٌّ الْأَصْلُ فَجَارٌ، إِلَّا أَنَّهُ لَا يَثْبُتُ الْوَلَاءُ لِإِنْكَارِ الْعَبْدِ إِلَّا أَنْ يُقِيمَ الْبَيِّنَةَ فَتَقْبَلُ وَيَثْبُتُ الْوَلَاءُ) لِأَنَّهُ صَالِحُهُ بَعْدَ كَوْنِهِ عَبْدًا لَهُ فَكَانَ صُلْحُهُ بِمَنْزِلَةِ الْإِعْتَاقِ عَلَى مَالٍ وَفِيهِ الْوَلَاءُ.

قَالَ (وَإِذَا قَتَلَ الْعَبْدُ الْمَأْذُونُ لَهُ رَجُلًا عَمْدًا لَمْ يَجْزِ لَهُ أَنْ يُصَالِحَ عَنْ نَفْسِهِ، وَإِنْ قَتَلَ عَبْدٌ لَهُ رَجُلًا عَمْدًا فَصَالِحُهُ جَارٌ) وَوَجْهُ الْفَرْقِ أَنَّ رَقَبَتَهُ لَيْسَتْ مِنْ تِجَارَتِهِ وَلِهَذَا لَا

يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ فِيهِ بَيْعًا فَكَذَا اسْتِخْلَاصًا بِمَالِ الْمَوْلَى وَصَارَ كَالْأَجْنَبِيِّ، أَمَّا عَبْدُهُ فَمِنْ تِجَارَتِهِ وَتَصَرُّفُهُ فِيهِ نَافِذٌ بَيْعًا فَكَذَا اسْتِخْلَاصًا، وَهَذَا لِأَنَّ الْمُسْتَحَقَّ كَالزَّائِلِ عَنْ مِلْكِهِ وَهَذَا شِرَاؤُهُ فَيَمْلِكُهُ.

الشرح:

(وَإِذَا قَتَلَ الْعَبْدُ الْمَأْذُونُ لَهُ رَجُلًا عَمْدًا فَصَاحَ عَنْ نَفْسِهِ لَمْ يَجْزِ سَوَاءٌ كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ أَوْ لَا (وَإِنْ قَتَلَ عَبْدٌ لَهُ) أَيُّ لِلْعَبْدِ الْمَأْذُونِ لَهُ (رَجُلًا عَمْدًا فَصَاحَ عَنْهُ جَازٌ) سَوَاءٌ كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ أَوْ لَا (وَالْفَرْقُ أَنَّ رَقَبَتَهُ لَيْسَتْ حَاصِلَةً مِنْ تِجَارَتِهِ وَهَذَا لَا يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ فِيهِ بَيْعًا وَإِنْ جَازَ إِجَارَةً فَلَا يَجُوزُ أَنْ يَسْتَخْلَصَ رَقَبَتَهُ بِمَالِ الْمَوْلَى وَصَارَ كَالْأَجْنَبِيِّ) أَيُّ صَارَ الْعَبْدُ كَالْأَجْنَبِيِّ فِي حَقِّ نَفْسِهِ لِأَنَّ نَفْسَهُ مَالُ الْمَوْلَى، وَالْأَجْنَبِيُّ إِذَا صَاحَ عَنْ مَالِ مَوْلَاهُ بِدُونِ إِذْنِهِ لَا يَجُوزُ فَكَذَا هَاهُنَا أَمَّا عَبْدُهُ فَمِنْ تِجَارَتِهِ وَكَسْبِهِ وَتَصَرُّفُهُ فِيهِ نَافِذٌ بَيْعًا فَكَذَا اسْتِخْلَاصًا (و) تَحْقِيقُ (هَذَا أَنَّ الْمُسْتَحَقَّ كَالزَّائِلِ عَنْ مِلْكِهِ) فَصَارَ كَأَنَّهُ مَمْلُوكٌ لِلْمَوْلَى وَهَذَا كَانَ لَهُ أَنْ يُتْلَفَهُ (وَهَذَا) أَيُّ الصُّلْحُ (كَأَنَّهُ شِرَاؤُهُ وَهُوَ يَمْلِكُ ذَلِكَ) بِخِلَافِ نَفْسِهِ، فَإِنَّهُ إِذَا زَالَ عَنْ مِلْكِ الْمَوْلَى لَا يَمْلِكُ شِرَاءَهُ فَكَذَا لَا يَمْلِكُ الصُّلْحَ، وَطَوْلَبَ بِالْفَرْقِ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْمَكَاتِبِ، فَإِنَّهُ لَوْ قَتَلَ عَمْدًا فَصَاحَ عَنْ نَفْسِهِ جَازٌ.

وَأُجِيبَ بِأَنَّ الْمَكَاتِبَ حُرٌّ يَدَا وَاكْتِسَابُهُ لَهُ، بِخِلَافِ الْمَأْذُونِ لَهُ فَإِنَّهُ عَبْدٌ مِنْ كُلِّ وَجْهٍ وَكَسْبُهُ لِمَوْلَاهُ، ثُمَّ صُلْحُ الْعَبْدِ الْمَأْذُونِ لَهُ وَإِنْ لَمْ يَصِحَّ لَكِنْ لَيْسَ لَوْلِي الْقَتِيلِ أَنْ يَقْتُلَهُ بَعْدَ الصُّلْحِ، لِأَنَّهُ لَمَّا صَالَحَهُ فَقَدْ عَفَا عَنْهُ بَدَلُ فَصَحَّ الْعَفْوُ، وَلَمْ يَجِبِ الْبَدَلُ فِي حَقِّ الْمَوْلَى فَتَأَخَّرَ إِلَى مَا بَعْدَ الْعَتَقِ لِأَنَّ صُلْحَهُ عَنْ نَفْسِهِ صَحِيحٌ لِكَوْنِهِ مُكْلَفًا وَإِنْ لَمْ يَصِحَّ فِي حَقِّ الْمَوْلَى، فَصَارَ كَأَنَّهُ صَالَحَهُ عَلَى بَدَلٍ مُؤَجَّلٍ يُؤَاخَذُ بِهِ بَعْدَ الْعَتَقِ، وَلَوْ فَعَلَ ذَلِكَ جَازَ الصُّلْحُ وَلَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَقْتُلَ وَلَا أَنْ يُتْبِعَهُ بِشَيْءٍ مَا لَمْ يَعْتَقْ، فَكَذَا هَذَا.

قَالَ: (وَمَنْ غَضِبَ ثَوْبًا يَهُودِيًّا قِيمَتُهُ دُونَ الْمِائَةِ فَاسْتَهْلَكَهُ فَصَالَحَهُ مِنْهَا عَلَى مِائَةِ دِرْهَمٍ جَازَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: يَبْطُلُ الْفَضْلُ عَلَى قِيمَتِهِ بِمَا لَا يَتَغَابَنُ النَّاسُ فِيهِ) لِأَنَّ الْوَاجِبَ هِيَ الْقِيمَةُ وَهِيَ مَقْدَرَةٌ فَالزِّيَادَةُ عَلَيْهَا تَكُونُ رَبًا، بِخِلَافِ مَا إِذَا صَالَحَ عَلَى عَرَضٍ لِأَنَّ الزِّيَادَةَ لَا تَظْهَرُ عِنْدَ اخْتِلَافِ الْجِنْسِ، وَبِخِلَافِ مَا يَتَغَابَنُ

النَّاسُ فِيهِ لِأَنَّهُ يَدْخُلُ تَحْتَ تَقْوِيمِ الْمُقَوِّمِينَ فَلَا تَظْهَرُ الزِّيَادَةُ. وَلَأَبَى حَنِيفَةً أَنْ حَقَّهُ فِي
 الْهَالِكِ بَاقٍ حَتَّى لَوْ كَانَ عَبْدًا وَتَرَكَ أَخَذَ الْقِيَمَةَ يَكُونُ الْكَفْنُ عَلَيْهِ أَوْ حَقُّهُ فِي مِثْلِهِ
 صُورَةٌ وَمَعْنَى، لَأَنَّ ضَمَانَ الْعُدْوَانِ بِالمِثْلِ، وَإِنَّمَا يَنْتَقِلُ إِلَى الْقِيَمَةِ بِالْقَضَاءِ فَقَبْلَهُ إِذَا
 تَرَاضَيَا عَلَى الْأَكْثَرِ كَانَ اعْتِيَاظًا فَلَا يَكُونُ رَبًّا، بِخِلَافِ الصُّلْحِ بَعْدَ الْقَضَاءِ لِأَنَّ الْحَقَّ
 قَدْ انْتَقَلَ إِلَى الْقِيَمَةِ.

الشرح:

قَالَ: (وَمَنْ غَضِبَ ثَوْبًا يَهُودِيًّا إلخ) يَهُودُ قَوْمٌ مِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ يُنْسَبُ إِلَيْهِمُ
 الثُّوبُ يُقَالُ يُقَالُ ثَوْبٌ يَهُودِيٌّ وَإِنَّمَا خَصَّهُ بِالذِّكْرِ إِشَارَةً إِلَى كَوْنِهِ مَعْلُومِ الْقِيَمَةِ وَكُلُّ قِيَمِيٍّ
 مَعْلُومِ الْقِيَمَةِ حُكْمُهُ كَذَلِكَ فَعَلَى هَذَا مَنْ غَضِبَ قِيَمِيًّا مَعْلُومِ الْقِيَمَةِ فَاسْتَهْلَكَهُ فَصَالِحٌ
 مِنَ الْقِيَمَةِ عَلَى أَكْثَرِ مِنْهَا مِنَ الثُّقُودِ جَازَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: يَبْطُلُ الْفَضْلُ عَنْ
 قِيَمَتِهِ بِمَا لَا يَتَغَابَنُ فِيهِ النَّاسُ، وَقَيَّدَ بِالْغَضَبِ لِأَنَّهُ الْمُحْتَاجُ إِلَى الصُّلْحِ غَالِبًا، وَقَيَّدَ
 بِالْقِيَمِيِّ اخْتِرَازًا عَنْ المِثْلِيِّ، فَإِنَّ الصُّلْحَ عَنْ كُرِّ حِنْطَةٍ عَلَى دَرَاهِمٍ أَوْ دَنَانِيرَ جَائِزٌ
 بِالإِجْمَاعِ سَوَاءً كَانَتْ أَكْثَرَ مِنْ قِيَمَتِهِ أَوْ لَا، وَلَكِنَّ الْقَبْضَ شَرْطٌ وَإِنْ كَانَتْمَا بِأَعْيَانِهِمَا
 لَعَلَّا يَلْزَمُ بَيْعُ الْكَالِيِّ بِالْكَالِيِّ، وَقَيَّدَ بِقَوْلِهِ مَعْلُومِ الْقِيَمَةِ لِيُظْهَرَ الْغَيْبُ الْفَاحِشُ الْمَانِعُ مِنْ
 لُزُومِ الزِّيَادَةِ عِنْدَهُمَا، وَقَيَّدَ بِالاسْتِهْلَاكِ لِأَنَّ الْمَعْصُوبَ إِذَا كَانَ قَائِمًا جَازَ الصُّلْحُ عَلَى
 أَكْثَرِ مِنْ قِيَمَتِهِ بِالإِجْمَاعِ، وَقَيَّدَ بِقَوْلِهِ مِنَ الثُّقُودِ لِأَنَّهُ لَوْ صَالِحٌ عَلَى طَعَامٍ مَوْصُوفٍ فِي
 الذِّمَّةِ حَالًا وَقَبْضُهُ قَبْلَ الْإِفْرَاقِ جَازَ بِالإِجْمَاعِ.

وَالْأَصْلُ فِي هَذَا أَنَّ الدَّرَاهِمَ تَقَعُ فِي مُقَابَلَةِ عَيْنِ الْمَعْصُوبِ حَقِيقَةً إِنْ كَانَ قَائِمًا،
 وَتَقْدِيرًا إِنْ لَمْ يَكُنْ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَعِنْدَهُمَا بِمُقَابَلَةِ قِيَمَةِ الْمَعْصُوبِ فَقَالَا إِنَّ الْوَاجِبَ هُوَ
 الْقِيَمَةُ وَهِيَ مُقَدَّرَةٌ بِالدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ فَالزِّيَادَةُ عَلَيْهِمَا بِمَا لَا يَتَغَابَنُ فِيهِ النَّاسُ كَانَ رَبًّا،
 بِخِلَافِ مَا إِذَا صَالِحٌ عَلَى عَرْضٍ لِأَنَّ الزِّيَادَةَ لَا تَظْهَرُ عِنْدَ اخْتِلَافِ الْجِنْسِ، وَبِخِلَافِ مَا
 يَتَغَابَنُ النَّاسُ فِيهِ لِأَنَّهُ يَدْخُلُ تَحْتَ تَقْوِيمِ الْمُقَوِّمِينَ فَلَا تَظْهَرُ فِيهِ الزِّيَادَةُ. وَلَأَبَى حَنِيفَةُ طَرِيقَانِ:
 أَحَدُهُمَا: أَنَّ الْمَعْصُوبَ بَعْدَ الْهَلَاكِ بَاقٍ عَلَى مِلْكِ الْمَالِكِ مَا لَمْ يَتَقَرَّرْ حَقُّهُ فِي
 ضَمَانِ الْقِيَمَةِ، حَتَّى لَوْ كَانَ عَبْدًا وَاخْتَارَ تَرْكَ التَّضْمِينِ كَانَ الْعَبْدُ هَالِكًا عَلَى مَلِكِهِ
 حَتَّى كَانَ الْكَفْنُ عَلَيْهِ، وَلَوْ كَانَ أَبَقَا فَعَادَ مِنْ إِبَاقِهِ كَانَ مَمْلُوكًا لَهُ، وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ

فَالْمَالُ الَّذِي وَقَعَ عَلَيْهِ الصُّلْحُ يَكُونُ عَوْضًا عَنْ مِلْكِهِ فِي الثَّوْبِ أَوْ الْعَبْدِ، وَلَا رَبَا بَيْنَ الْعَبْدِ وَالذَّرَاهِمِ كَمَا لَوْ كَانَ الْعَبْدُ قَائِمًا.

وَالثَّانِي: أَنَّ الْوَاجِبَ عَلَى الْغَاصِبِ رَدُّ الْعَيْنِ لِقَوْلِهِ ﷺ «الْيَدُ مَا أَخَذَتْ حَتَّى تَرُدَّهُ» هُوَ الْأَصْلُ فِي الْعَصَبِ، وَإِنَّمَا تَجِبُ الْقِيَمَةُ عِنْدَ تَعَذُّرِ رَدِّ الْعَيْنِ لَتَقْوَمَ الْقِيَمَةُ مَقَامَ الْعَيْنِ، وَكَانَ ذَلِكَ ضَرُورِيًّا لَا يُصَارُ إِلَيْهِ إِلَّا عِنْدَ الْعَجْزِ، فَإِذَا صَالَحَ عَلَى شَيْءٍ كَانَ الْبَدْلُ عَوْضًا عَنْ الْعَيْنِ وَهُوَ خِلَافُ الْجِنْسِ فَلَا يَظْهَرُ الْفَضْلُ لِيَكُونَ رَبَا، وَفِي كَلَامِ الْمُصَنِّفِ تَسَامُحٌ لِأَنَّهُ وَضَعَ الْمَسْأَلَةَ فِي الْقِيَمِيِّ، وَذَكَرَ فِي الدَّلِيلِ الْمِثْلِيَّ فَإِنَّ وَجُوبَ الْمِثْلِ صُورَةٌ وَمَعْنَى إِنَّمَا هُوَ فِي الْمِثْلِيَّاتِ، وَلَا يُصَارُ فِيهَا إِلَى الْقِيَمَةِ إِلَّا إِذَا انْقَطَعَ الْمِثْلِيُّ فَحِينَئِذٍ يُصَارُ إِلَيْهَا.

وَيُمْكِنُ أَنْ يُجَابَ عَنْهُ بِأَنَّهُ فَعَلَ ذَلِكَ إِشَارَةً إِلَى أَنَّ الْمِثْلِيَّ إِذَا انْقَطَعَ حُكْمُهُ كَالْقِيَمِيِّ لَا يَنْتَقِلُ فِيهِ إِلَى الْقِيَمَةِ إِلَّا بِالْقَضَاءِ، فَقَبْلَهُ إِذَا تَرَاضَيَا عَلَى الْأَكْثَرِ كَانَ اعْتِيَاظًا فَلَا يَكُونُ رَبَا، بِخِلَافِ الصُّلْحِ بَعْدَ الْقَضَاءِ لِأَنَّ الْحَقَّ قَدْ انْتَقَلَ إِلَى الْقِيَمَةِ. وَتَوْقُضَ بِمَا لَوْ صَالَحَهُ عَلَى طَعَامٍ مَوْصُوفٍ فِي الدِّمَّةِ إِلَى أَجَلٍ فَإِنَّهُ لَا يَجُوزُ، وَلَوْ كَانَ بَدَلًا عَنْ الْمَعْصُوبِ جَازَ لِأَنَّ الطَّعَامَ الْمَوْصُوفَ بِمُقَابَلَةِ الْمَعْصُوبِ ثَمَنٌ وَبِمُقَابَلَةِ الْقِيَمَةِ مَبِيعٌ، وَبِمَا لَوْ صَالَحَ مِنَ الدِّبَةِ عَلَى أَكْثَرِ مِنْ عَشْرَةِ آلَافٍ دِرْهَمٍ لَمْ يَجُزْ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ الْمَعْصُوبَ الْمُسْتَهِلَكَ لَا يُوقَفُ عَلَى أَثَرِهِ فَكَانَ كَالدِّينِ، وَالدِّينُ بِالذَّيْنِ حَرَامٌ حَتَّى لَوْ صَالَحَهُ عَنْ ذَلِكَ خَالًا جَازَ وَبِأَنَّ الْبَدْلَ جُعِلَ فِي مُقَابَلَةِ الدِّبَةِ لِأَنَّهُ لَا وَجْهَ لِحَمْلِهِ عَلَى الْإِعْتِيَاظِ عَنْ الْمَقْتُولِ وَعُورِضَ دَلِيلُ أَبِي حَنِيفَةَ بِأَنَّهُ لَوْ بَاعَ عَيْنَ الْمَعْصُوبِ بَعْدَ الْهَلَاكِ أَوْ الْإِسْتِهْلَاكِ مِنَ الْغَاصِبِ لَمْ يَجُزْ، فَلَوْ كَانَ بِمَنْزِلَةِ الْقَائِمِ حُكْمًا لَجَازَ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ الْمَبِيعَ يَقْتَضِي قِيَامَ مَالٍ حَقِيقَةً لِكُونِهِ تَمْلِكُ مَالٍ مُتَقَوِّمٍ بِمَالٍ مُتَقَوِّمٍ وَهَالِكٌ لَيْسَ بِمَالٍ. وَأَمَّا الصُّلْحُ فَيُمْكِنُ تَصْحِيحُهُ إِسْقَاطًا وَصِحَّتُهُ لَا تَقْتَضِي قِيَامَ مَالٍ مُتَقَوِّمٍ حَقِيقَةً.

قَالَ (وَإِذَا كَانَ الْعَبْدُ بَيْنَ رَجُلَيْنِ أَعْتَقَهُ أَحَدُهُمَا وَهُوَ مُوسِرٌ فَصَالَحَهُ الْآخَرُ عَلَى أَكْثَرِ مِنْ نِصْفِ قِيَمَتِهِ فَالْفَضْلُ بَاطِلٌ) وَهَذَا بِالِاتِّفَاقِ، وَأَمَّا عِنْدَهُمَا فَلَمَّا بَيَّنَّا. وَالْفَرْقُ لِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ الْقِيَمَةَ فِي الْعِتْقِ مَنْصُوصٌ عَلَيْهَا وَتَقْدِيرُ الشَّرْعِ لَا يَكُونُ دُونَ تَقْدِيرِ الْقَاضِي فَلَا يَجُوزُ الزِّيَادَةُ عَلَيْهِ، وَبِخِلَافِ مَا تَقَدَّمَ لِأَنَّهَا غَيْرُ مَنْصُوصٍ عَلَيْهَا (وَإِنْ

صَالِحُهُ عَلَى عُرُوضٍ جَائِزٍ لَمَّا بَيَّنَّا أَنَّهُ لَا يَظْهَرُ الْفَضْلُ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

الشرح:

(قَوْلُهُ وَإِذَا كَانَ الْعَبْدُ بَيْنَ رَجُلَيْنِ إِنْ ظَاهَرَ، وَالْمَرَادُ بِالنَّصِّ مَا مَرَّ فِي الْعِتَاقِ مِنْ قَوْلِهِ ﷺ «وَمَنْ أَعْتَقَ شِقْصًا مِنْ عَبْدٍ بَيْنَهُ وَبَيْنَ شَرِيكِهِ قَوْمَ عَلَيْهِ نَصِيبُ شَرِيكِهِ فَيُضْمَنُ إِنْ كَانَ مُوسِرًا أَوْ يَسْعَى الْعَبْدُ».

باب التبرع بالصلح والتوكيل به

(وَمَنْ وَكَّلَ رَجُلًا بِالصُّلْحِ عَنْهُ فَصَالِحٌ لَمْ يَلْزَمْ الْوَكِيلُ مَا صَالَحَ عَنْهُ إِلَّا أَنْ يَضْمَنَهُ، وَالْمَالُ لَزِمَ لِلْمُوكَّلِ) وَتَأْوِيلُ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ إِذَا كَانَ الصُّلْحُ عَنْ دَمِ الْعَمْدِ أَوْ كَانَ الصُّلْحُ عَنْ بَعْضِ مَا يَدْعِيهِ مِنَ الدِّينِ لِأَنَّهُ إِسْقَاطُ مَحْضٍ فَكَانَ الْوَكِيلُ فِيهِ سَفِيرًا وَمُعَبَّرًا فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ كَالْوَكِيلِ بِالنِّكَاحِ إِلَّا أَنْ يَضْمَنَهُ لِأَنَّهُ حِينَئِذٍ هُوَ مُؤَاخَذٌ بِعَقْدِ الضَّمَانِ لَا بِعَقْدِ الصُّلْحِ، أَمَّا إِذَا كَانَ الصُّلْحُ عَنْ مَالٍ بِمَالٍ فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ الْبَيْعِ فَتَرْجِعُ الْحَقُوقُ إِلَى الْوَكِيلِ فَيَكُونُ الْمُطَالِبُ بِالْمَالِ هُوَ الْوَكِيلُ دُونَ الْمُوكَّلِ.

الشرح:

(بَابُ التَّبَرُّعِ بِالصُّلْحِ وَالتَّوَكُّلِ بِهِ): لَمَّا كَانَ تَصَرُّفُ الْمَرْءِ لِنَفْسِهِ أَصْلًا قَدَّمَهُ عَلَى التَّصَرُّفِ لغيرِهِ، وَهُوَ الْمَرَادُ بِالتَّبَرُّعِ بِالصُّلْحِ لِأَنَّ الْإِنْسَانَ فِي الْعَمَلِ لغيرِهِ مُتَبَرِّعٌ. قَالَ (وَمَنْ وَكَّلَ رَجُلًا بِالصُّلْحِ عَنْهُ إِنْ ظَاهَرَ، وَالْمَرَادُ بِالصُّلْحِ عَنْهُ لَمْ يَلْزَمْ الْوَكِيلُ مَا صَالَحَ عَنْهُ: أَيْ عَمَّنْ وَكَّلَ فِي رِوَايَةِ الْمُصَنِّفِ. وَرَوَى غَيْرُهُ مَا صَالَحَ عَلَيْهِ وَهُوَ الْمُصَالِحُ عَلَيْهِ إِلَّا أَنْ يَضْمَنَهُ. الْمَالُ لَزِمَ لِلْمُوكَّلِ: أَيْ عَلَى الْمُوكَّلِ كَمَا فِي قَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَإِنْ أَسَأْتُمْ فَلَهَا﴾ [الإسراء: ٧] أَيْ عَلَيْهَا، وَهَذَا كَمَا تَرَى يَدُلُّ بِظَاهِرِهِ عَلَى أَنَّ الْوَكِيلَ لَا يَلْزَمُهُ مَا صَالَحَ عَلَيْهِ مُطْلَقًا إِلَّا إِذَا ضَمَّنَهُ، فَإِنَّهُ يَجِبُ عَلَيْهِ مِنْ حَيْثُ الضَّمَانُ لَا الْوَكَالَةُ. قَالَ الْمُصَنِّفُ (وَتَأْوِيلُ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ إِذَا كَانَ الصُّلْحُ عَنْ دَمِ الْعَمْدِ، أَوْ كَانَ الصُّلْحُ عَنْ بَعْضِ مَا يَدْعِيهِ مِنَ الدِّينِ لِأَنَّهُ إِسْقَاطُ مَحْضٍ فَكَانَ الْوَكِيلُ فِيهِ سَفِيرًا وَمُعَبَّرًا فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ إِلَّا أَنْ يَضْمَنَهُ، لِأَنَّهُ حِينَئِذٍ مُؤَاخَذٌ بِعَقْدِ الضَّمَانِ لَا بِعَقْدِ الصُّلْحِ، أَمَّا إِذَا كَانَ الصُّلْحُ عَنْ مَالٍ بِمَالٍ فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ الْبَيْعِ فَتَرْجِعُ الْحَقُوقُ إِلَى الْوَكِيلِ فَيَكُونُ الْمُطَالِبُ بِالْمَالِ هُوَ الْوَكِيلُ دُونَ الْمُوكَّلِ) وَذَكَرَ فِي شَرْحِ الطَّحَاوِيِّ وَالثَّحَفَةِ عَلَى إِطْلَاقِ

جَوَابُ الْمُخْتَصَرِ. وَقَالَ صَاحِبُ النَّهَائَةِ مَا مَعْنَاهُ: إِنَّهُ لَا بُدَّ لِتَأْوِيلِ الْمَسْأَلَةِ مِنْ قَيْدٍ آخَرَ، وَهُوَ أَنْ يَكُونَ الْمَصَالِحُ فِي الْمُعَاوَضَاتِ عَلَى الْإِنْكَارِ، فَإِنْ كَانَ لَا يَجِبُ عَلَى الْوَكِيلِ شَيْءٌ. وَإِنْ كَانَ فِيهَا لِأَنَّ الصُّلْحَ عَلَى الْإِنْكَارِ مُعَاوَضَةٌ بِإِسْقَاطِ الْحَقِّ فَيَكُونُ بِمَنْزِلَةِ الطَّلَاقِ بِجَعْلٍ وَذَلِكَ جَائِزٌ مَعَ الْأَجْنَبِيِّ جَوَازُهُ مَعَ الْخَصْمِ.

قَالَ (وَأِنْ صَالِحٌ رَجُلٌ عَنْهُ بَغْيٌ أَمْرُهُ فَهُوَ عَلَى أَرْبَعَةِ أَوْجُهٍ: إِنْ صَالِحٌ بِمَالٍ وَضَمِنَهُ تَمَّ الصُّلْحُ) لِأَنَّ الْحَاصِلَ لِلْمُدْعَى عَلَيْهِ لَيْسَ إِلَّا الْبَرَاءَةُ وَفِي حَقِّهَا هُوَ وَالْأَجْنَبِيُّ سَوَاءٌ فَصُلْحُ أَصِيلَا فِيهِ إِذَا ضَمِنَهُ، كَالْفُضُولِيِّ بِالْخُلْعِ إِذَا ضَمِنَ الْبَدَلَ وَيَكُونُ مُتَبَرِّعًا عَلَى الْمُدْعَى عَلَيْهِ كَمَا لَوْ تَبَرَّعَ بِقَضَاءِ الدَّيْنِ بِخِلَافٍ مَا إِذَا كَانَ بِأَمْرِهِ وَلَا يَكُونُ لِهَذَا الْمَصَالِحِ شَيْءٌ مِنَ الْمُدْعَى، وَإِنَّمَا ذَلِكَ لِلَّذِي فِي يَدِهِ لِأَنَّهُ تَصْحِيحُهُ بِطَرِيقِ الْإِسْقَاطِ، وَلَا فَرْقَ فِي هَذَا بَيْنَ مَا إِذَا كَانَ مُقْرَأً أَوْ مُنْكَرًا (وَكَذَلِكَ إِنْ قَالَ صَالِحُكَ عَلَى آفِي هَذِهِ أَوْ عَلَى عَبْدِي هَذَا صَحَّ الصُّلْحُ وَلَزِمَهُ تَسْلِيمُهَا) لِأَنَّهُ لَمَّا أَضَافَهُ إِلَى مَالِ نَفْسِهِ فَقَدْ التَزَمَ تَسْلِيمَهُ فَصَحَّ الصُّلْحُ (وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ عَلِيٌّ أَلْفٌ وَسَلَمَهَا) لِأَنَّ التَّسْلِيمَ إِلَيْهِ يُوجِبُ سَلَامَةَ الْعَوْضِ لَهُ فَيَتِمُّ الْعَقْدُ لِحُصُولِ مَقْصُودِهِ (وَلَوْ قَالَ صَالِحُكَ عَلَى أَلْفٍ فَالْعَقْدُ مُوقُوفٌ، فَإِنْ أَجَازَهُ الْمُدْعَى عَلَيْهِ جَازَ وَلَزِمَهُ الْأَلْفُ، وَإِنْ لَمْ يُجْزِهِ بَطَلَ) لِأَنَّ الْأَصْلَ فِي الْعَقْدِ إِنَّمَا هُوَ الْمُدْعَى عَلَيْهِ لِأَنَّهُ دَفَعَ الْخُصُومَةَ حَاصِلَ لَهُ، إِلَّا أَنَّ الْفُضُولِيَّ يَصِيرُ أَصِيلًا بِوَاسِطَةِ إِضَافَةِ الضَّمَانِ إِلَى نَفْسِهِ، فَإِذَا لَمْ يُضِفْهُ بَقِيَ عَاقِدًا مِنْ جِهَةِ الْمَطْلُوبِ فَيَتَوَقَّفُ عَلَى إِجَازَتِهِ.

قَالَ الْعَبْدُ الضَّعِيفُ عَصَمَهُ اللَّهُ: وَوَجْهٌ آخَرٌ وَهُوَ أَنْ يَقُولَ صَالِحُكَ عَلَى هَذِهِ الْأَلْفِ أَوْ عَلَى هَذَا الْعَبْدِ وَلَمْ يَنْسُبْهُ إِلَى نَفْسِهِ لِأَنَّهُ لَمَّا عَيَّنَّهُ لِلتَّسْلِيمِ صَارَ شَارِطًا سَلَامَتَهُ لَهُ فَيَتِمُّ بِقَوْلِهِ. وَكَوَسَتْحَقُّ الْعَبْدِ أَوْ وَجَدَ بِهِ عَيِّبًا فَرَدُّهُ فَلَا سَبِيلَ لَهُ عَلَى الْمَصَالِحِ لِأَنَّهُ التَزَمَ الْإِيْفَاءَ مِنْ مَحَلٍّ بِعَيْنِهِ وَلَمْ يَلْتَزِمْ شَيْئًا سِوَاهُ، فَإِنْ سَلِمَ الْمَحَلَّ لَهُ تَمَّ الصُّلْحُ، وَإِنْ لَمْ يَسْلَمْ لَهُ لَمْ يَرْجِعْ عَلَيْهِ بِشَيْءٍ بِخِلَافِهِ مَا إِذَا صَالَحَ عَلَى دَرَاهِمٍ مُسَمَّاةٍ وَضَمِنَهَا وَدَفَعَهَا ثُمَّ اسْتَحِقَّتْ أَوْ وَجَدَهَا زَيْوْفًا حَيْثُ يَرْجِعُ عَلَيْهِ لِأَنَّهُ جَعَلَ نَفْسَهُ أَصِيلًا فِي حَقِّ الضَّمَانِ وَلِهَذَا يُجْبَرُ عَلَى التَّسْلِيمِ، فَإِذَا لَمْ يَسْلَمْ لَهُ مَا سَلَمَهُ يَرْجِعُ عَلَيْهِ بِبَدَلِهِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ بِالْصَّوَابِ.

الشرح:

قَالَ (وَأِنْ صَالِحٌ عَنْهُ رَجُلٌ بَغْيٌ أَمْرُهُ إلخ) وَإِنْ صَالِحٌ عَنْهُ رَجُلٌ بَغْيٌ أَمْرُهُ فَهُوَ

على أربعة أوجه: وَجْهٌ ذَلِكَ أَنَّ الْفُضُولِيَّ عِنْدَ الصُّلْحِ عَلَى مَالٍ؛ أَمَّا إِنْ قَرَنَ بِذِكْرِ الْمَالِ ضَمَّانَ نَفْسِهِ أَوَّلًا فَالْأَوَّلُ هُوَ الْوَجْهُ الْأَوَّلُ، وَالثَّانِي أَمَّا إِنْ أَضَافَ الْمَالُ إِلَى نَفْسِهِ أَوَّلًا فَالْأَوَّلُ هُوَ الْوَجْهُ الثَّانِي، وَالثَّانِي إِمَّا أَنْ يُسَلِّمَ الْمَالُ الْمَذْكُورَ أَوْ لَا فَالْأَوَّلُ هُوَ الْوَجْهُ الثَّالِثُ وَالثَّانِي هُوَ الرَّابِعُ. وَلَكِنْ يَرُدُّ وَجْهَانِ آخَرَانِ، وَهُوَ أَنْ يَكُونَ الْمَالُ الْمَذْكُورُ خَالِيًا عَنِ الْإِضَافَةِ إِمَّا مُعَرَّفًا أَوْ مُنْكَرًا، وَكُلُّ مِنْهُمَا إِمَّا أَنْ قُرِنَ بِهِ التَّسْلِيمُ أَوْ لَمْ يُقَرْنَ وَقَدْ ذَكَرَ وَجْهًا حُكْمَ الْمُنْكَرِ وَبَقِيَ وَجْهًا حُكْمَ الْمَعْرِفِ، وَلَكِنْ عُرِفَ وَجْهٌ حُكْمَ الْمَعْرِفِ الْمُسَلِّمِ بِذِكْرِ التَّسْلِيمِ فِي الْمُنْكَرِ فَبَقِيَ حُكْمُ الْمَعْرِفِ غَيْرِ الْمُسَلِّمِ وَهُوَ الَّذِي ذَكَرَهُ بِقَوْلِهِ قَالَ الْعَبْدُ الضَّعِيفُ وَوَجْهٌ آخَرُ.

وَأَمَّا وَجْهٌ الْوَجْهُ الْأَوَّلُ فَإِنَّهُ إِذَا صَاحَ وَضَمَّنَ تَمَّ الصُّلْحُ، لِأَنَّ الْحَاصِلَ لِلْمُدَّعَى عَلَيْهِ لَيْسَ إِلَّا الْبَرَاءَةُ لِأَنَّهُ يَصِحُّ بِطَرِيقِ الْإِسْقَاطِ، وَفِي حَقِّ الْبَرَاءَةِ الْأَجَنَّبِيُّ وَالْخَصْمُ سَوَاءٌ لِأَنَّ السَّاقِطَ يَتَلَاشَى، وَمِثْلُهُ لَا يَخْتَصُّ بِأَحَدٍ فَصَلَحَ أَنْ يَكُونَ أَصِيلًا فِي هَذَا الضَّمَّانِ إِذَا أَضَافَهُ إِلَى نَفْسِهِ كَالْفُضُولِيِّ بِالْخُلْعِ مِنْ جَانِبِ الْمَرْأَةِ إِذَا ضَمَّنَ الْمَالُ وَيَكُونُ مُتَبَرِّعًا عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ لَا يَرْجِعُ عَلَيْهِ شَيْءٌ كَمَا لَوْ تَبَرَّعَ بِقَضَاءِ الدَّيْنِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ بِأَمْرِهِ فَإِنَّهُ يَرْجِعُ وَلَا يَكُونُ لِهَذَا الْمَصَالِحِ شَيْءٌ مِنَ الْمُدَّعَى: أَيْ لَا يَصِيرُ الدَّيْنُ الْمُدَّعَى بِهِ مِلْكًا لِلْمَصَالِحِ وَإِنْ كَانَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ مُقْرَأً، وَإِنَّمَا يَكُونُ ذَلِكَ الَّذِي فِي يَدِهِ: يَعْنِي فِي ذِمَّتِهِ لِأَنَّ تَصْحِيحَهُ بِطَرِيقِ الْإِسْقَاطِ كَمَا مَرَّ لَا بِطَرِيقِ الْمُبَادَلَةِ، فَإِذَا سَقَطَ لَمْ يَبْقَ شَيْءٌ فَأَيُّ شَيْءٍ يَثْبُتُ لَهُ بَعْدَ ذَلِكَ، وَلَا فَرْقَ فِي هَذَا: أَيْ فِي أَنَّ الْمَصَالِحَ لَا يَمْلِكُ الدَّيْنُ الْمُدَّعَى بِهِ بَيْنَ مَا إِذَا كَانَ الْخَصْمُ مُقْرَأً أَوْ مُنْكَرًا. أَمَّا إِذَا كَانَ مُنْكَرًا فَظَاهِرٌ لِأَنَّ فِي زَعْمِهِ أَنْ لَا شَيْءَ عَلَيْهِ وَزَعْمُ الْمُدَّعَى لَا يَتَعَدَّى إِلَيْهِ، وَأَمَّا إِذَا كَانَ مُقْرَأً فَبِالصُّلْحِ كَانَ يَتَّبَعِي أَنْ يَصِيرَ الْمَصَالِحُ مُشْتَرِيًا مَا فِي ذِمَّتِهِ بِمَا أَدَّى، إِلَّا أَنْ شَرَاءَ الدَّيْنِ مِنْ غَيْرِ مَنْ عَلَيْهِ الدَّيْنُ تَمْلِكُكُهُ مِنْ غَيْرِ مَنْ عَلَيْهِ الدَّيْنُ وَهُوَ لَا يَجُوزُ، وَهَذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ الْمُدَّعَى بِهِ عَيْنًا وَالْمُدَّعَى عَلَيْهِ مُقْرَأً، فَإِنَّ الْمَصَالِحَ يَصِيرُ مُشْتَرِيًا لِنَفْسِهِ إِذَا كَانَ بِغَيْرِ أَمْرِهِ لِأَنَّ شَرَاءَ الشَّيْءِ مِنْ مَالِكِهِ صَحِيحٌ وَإِنْ كَانَ فِي يَدِ غَيْرِهِ.

وَوَجْهٌ الْوُجُوهِ الْبَاقِيَةِ مَذْكُورٌ فِي الْمَثْنِ وَهُوَ ظَاهِرٌ، خَلَا أَنْ قَوْلُهُ فَالْعَقْدُ مَوْقُوفٌ اخْتِيارُ بَعْضِ الْمَشَايِخِ. وَقَالَ بَعْضُهُمْ: هُوَ بِمَنْزِلَةِ قَوْلِهِ صَالِحْنِي عَلَى أَلْفِي يَنْفُذُ عَلَى

الصَّالِحِ وَالتَّوَقُّفُ فِيمَا إِذَا قَالَ صَاحُ فُلَانًا عَلَى أَلْفِ دِرْهَمٍ مِنْ دَعْوَاكَ عَلَى فُلَانٍ فَإِنَّهُ فِيهِ يَقِفُ عَنْ إِجَارَةِ الْمُدْعَى عَلَيْهِ، فَإِنْ أَجَازَ وَإِنْ رَدَّ بَطَلَ، وَهَذَا وَجْهٌ آخَرُ غَيْرُ مَا ذُكِرَ فِي الْكِتَابِ. ذَكَرَهُ فِي الذَّخِيرَةِ، وَبَاقِي كَلَامِهِ ظَاهِرٌ لَا يَحْتَاجُ إِلَى شَرْحٍ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

باب الصلح في الدين

(وَكُلُّ شَيْءٍ وَقَعَ عَلَيْهِ الصَّلْحُ وَهُوَ مُسْتَحَقٌّ بِعَقْدِ الْمَدَائِنَةِ لَمْ يُحْمَلْ عَلَى الْمَعَاوَضَةِ، وَإِنَّمَا يُحْمَلُ عَلَى أَنَّهُ اسْتَوْفَى بَعْضَ حَقِّهِ وَأَسْقَطَ بَاقِيَهُ، كَمَنْ لَهُ عَلَى آخَرَ أَلْفُ دِرْهَمٍ فَصَالِحَهُ عَلَى خَمْسِمِائَةٍ، وَكَمَنْ لَهُ عَلَى آخَرَ أَلْفٌ جَيَادٌ فَصَالِحَهُ عَلَى خَمْسِمِائَةٍ زَيْوْفٍ جَازٍ وَكَأَنَّهُ أَبْرَأَهُ عَنْ بَعْضِ حَقِّهِ) وَهَذَا لِأَنَّهُ تَصَرَّفَ الْعَاقِلُ يَتَحَرَّى تَصْحِيحَهُ مَا أَمَكَنَ، وَلَا وَجْهَ لِتَصْحِيحِهِ مُعَاوَضَةً لِإِفْضَالِهِ إِلَى الرِّبَا فَجُعِلَ إِسْقَاطُا لِبَعْضٍ فِي الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى وَلِلْبَعْضِ وَالصَّفَةِ فِي الثَّانِيَةِ (وَلَوْ صَالَحَ عَلَى أَلْفٍ مُؤَجَّلَةٍ جَازَ وَكَأَنَّهُ أَجَلَ نَفْسِ الْحَقِّ) لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُ جَعْلُهُ مُعَاوَضَةً لِأَنَّهُ يَبِيعُ الدَّرَاهِمَ بِمِثْلِهَا نَسِئَةً لَا يَجُوزُ فَحَمْلَنَاهُ عَلَى التَّأْخِيرِ (وَلَوْ صَالِحَهُ عَلَى دَنَانِيرٍ إِلَى شَهْرٍ لَمْ يَجُزْ) لِأَنَّ الدَّنَانِيرَ غَيْرُ مُسْتَحَقَّةٍ بِعَقْدِ الْمَدَائِنَةِ فَلَا يُمْكِنُ حَمْلُهُ عَلَى التَّأْخِيرِ، وَلَا وَجْهَ لَهُ سِوَى الْمَعَاوَضَةِ، وَبِيعَ الدَّرَاهِمَ بِالدَّنَانِيرِ نَسِئَةً لَا يَجُوزُ فَلَمْ يَصِحَّ الصَّلْحُ (وَلَوْ كَانَتْ لَهُ أَلْفٌ مُؤَجَّلَةٌ فَصَالِحَهُ عَلَى خَمْسِمِائَةٍ حَالَةً لَمْ يَجُزْ) لِأَنَّ الْمُعْجَلَ خَيْرٌ مِنَ الْمُؤَجَّلِ وَهُوَ غَيْرُ مُسْتَحَقٍّ بِالْعَقْدِ فَيَكُونُ بِإِزَاءِ مَا حَطَّ عَنْهُ، وَذَلِكَ اعْتِيَاظٌ عَنِ الْأَجَلِ وَهُوَ حَرَامٌ (وَإِنْ كَانَ لَهُ أَلْفٌ سُودٌ فَصَالِحَهُ عَلَى خَمْسِمِائَةٍ بَيْضٍ لَمْ يَجُزْ) لِأَنَّ الْبَيْضَ غَيْرُ مُسْتَحَقٍّ بِعَقْدِ الْمَدَائِنَةِ وَهِيَ زَائِدَةٌ وَصِفًا فَيَكُونُ مُعَاوَضَةً الْأَلْفِ بِخَمْسِمِائَةٍ وَزِيَادَةً وَصِفٍ وَهُوَ رِبَا، بِخِلَافِ مَا إِذَا صَالَحَ عَنِ الْأَلْفِ الْبَيْضَ عَلَى خَمْسِمِائَةٍ سُودٍ حَيْثُ يَجُوزُ لِأَنَّهُ إِسْقَاطٌ كُلُّهُ قَدْرًا وَوَصْفًا، وَبِخِلَافِ مَا إِذَا صَالَحَ عَلَى قَدْرِ الدِّينِ وَهُوَ أَجُودٌ لِأَنَّهُ مُعَاوَضَةُ الْمِثْلِ بِالْمِثْلِ، وَلَا مُعْتَبَرٌ بِالصَّفَةِ إِلَّا أَنَّهُ يُشْتَرَطُ الْقَبْضُ فِي الْمَجْلَسِ، وَلَوْ كَانَ عَلَيْهِ أَلْفُ دِرْهَمٍ وَمِائَةُ دِينَارٍ فَصَالِحَهُ عَلَى مِائَةِ دِرْهَمٍ حَالَةً أَوْ إِلَى شَهْرٍ صَحَّ الصَّلْحُ لِأَنَّهُ أَمَكَنَ أَنْ يُجْعَلَ إِسْقَاطًا لِلدَّنَانِيرِ كُلِّهَا وَالدَّرَاهِمِ إِلَّا مِائَةً وَتَأْجِيلًا لِلْبَاقِي فَلَا يُجْعَلُ مُعَاوَضَةً تَصْحِيحًا لِلْعَقْدِ أَوْ لِأَنَّهُ مَعْنَى الْإِسْقَاطِ فِيهِ أَلْزَمُ.

الشرح:

(بَابُ الصُّلْحِ فِي الدِّينِ): لَمَّا ذَكَرَ حُكْمَ الصُّلْحِ عَنْ عُمُومِ الدَّعَاوَى ذَكَرَ فِي هَذَا الْبَابِ حُكْمَ الْخَاصِّ وَهُوَ دَعْوَى الدِّينِ، لِأَنَّ الْخُصُوصَ أَبَدًا يَكُونُ بَعْدَ الْعُمُومِ. قَالَ (وَكُلُّ شَيْءٍ وَقَعَ عَلَيْهِ الصُّلْحُ) بَدَلُ الصُّلْحِ إِذَا كَانَ مِنْ جِنْسٍ مَا يَسْتَحِقُّهُ الْمُدَّعِي عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ (بِعَقْدِ الْمَدَائِنَةِ لَمْ يُحْمَلِ) الصُّلْحُ (عَلَى الْمُعَاوَضَةِ بَلْ عَلَى اسْتِيفَاءِ بَعْضِ الْحَقِّ وَإِسْقَاطِ الْبَاقِي) وَقَيَّدَ بِعَقْدِ الْمَدَائِنَةِ وَإِنْ كَانَ حُكْمُ الْعَصَبِ كَذَلِكَ حَمَلًا لِأَمْرِ الْمُسْلِمِ عَلَى الصَّلَاحِ (كَمَنْ لَهُ عَلَى آخَرٍ أَلْفُ دِرْهَمٍ) جِيَادُ حَالَةٍ مِنْ ثَمَنِ مَتَاعٍ بَاعَهُ (فَصَالِحُهُ عَلَى خَمْسِمِائَةٍ، وَكَمَنْ لَهُ عَلَى آخَرٍ أَلْفُ دِرْهَمٍ) جِيَادُ فَصَالِحُهُ عَلَى خَمْسِمِائَةِ زَيْوْفٍ فَإِنَّهُ يَجُوزُ لِأَنَّهُ تَصَرُّفُ الْعَاقِلِ يَتَحَرَّى تَصَحُّيْحَهُ مَا أَمَكْنَ، وَلَا وَجْهَ لِتَصَحُّيْحِهِ مُعَاوَضَةً لِإِفْضَائِهِ إِلَى الرَّبَا فَجُعِلَ إِسْقَاطًا لِلْبَعْضِ فِي الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى، وَلِلْبَعْضِ وَالصِّفَةِ فِي الثَّانِيَةِ وَلَوْ صَالَحَ عَنْهَا عَلَى أَلْفٍ مُؤَجَّلَةٍ صَحَّ وَيُحْمَلُ عَلَى التَّأخِيرِ الَّذِي فِيهِ مَعْنَى الْإِسْقَاطِ لِأَنَّ فِي جَعْلِهِ مُعَاوَضَةً يَبِيعُ الدَّرَاهِمَ بِمِثْلِهَا نَسِيئَةً وَهُوَ رَبَا، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ حَمَلُهُ عَلَى إِسْقَاطِ الْبَاقِي، كَمَا إِذَا صَالَحَ عَنْهَا عَلَى دَنَانِيرٍ مُؤَجَّلَةٍ بَطَلَ الصُّلْحُ، لِأَنَّ الدَّنَانِيرَ غَيْرُ مُسْتَحَقَّةٍ بِعَقْدِ الْمَدَائِنَةِ فَيُحْمَلُ عَلَى التَّأخِيرِ فَتَعَيَّنَ جَعْلُهُ مُعَاوَضَةً، إِذِ التَّصَرُّفُ فِي الدُّيُونِ فِي مَسَائِلِ الصُّلْحِ لَا يَخْرُجُ عَنْ أَحَدِ هَذَيْنِ الْوَجْهَيْنِ، وَفِي ذَلِكَ يَبِيعُ الدَّرَاهِمَ بِالدَّنَانِيرِ نَسِيئَةً فَلَا يَجُوزُ (وَكَذَا إِذَا كَانَ لَهُ أَلْفٌ مُؤَجَّلَةً فَصَالِحُهُ عَلَى خَمْسِمِائَةِ حَالَةٍ) فَإِنَّهُ لَا يُمَكِّنُ حَمَلُهُ عَلَى الْإِسْقَاطِ (لِأَنَّ الْمُعَجَّلَ) لَمْ يَكُنْ مُسْتَحَقًّا بِالْعَقْدِ حَتَّى يَكُونَ اسْتِيفَاؤُهُ اسْتِيفَاءً لِبَعْضٍ حَقِّهِ وَهُوَ (خَيْرٌ مِنَ النَّسِيئَةِ) لَا مَحَالَةَ فَيَكُونُ خَمْسِمِائَةً فِي مُقَابَلَةِ خَمْسِمِائَةِ مِثْلِهِ مِنَ الدِّينِ (و) صِفَةُ (التَّعْجِيلِ فِي مُقَابَلَةِ الْبَاقِي وَذَلِكَ اغْتِيَاضٌ عَنْ الْأَجَلِ وَهُوَ حَرَامٌ).

رُويَ أَنَّ رَجُلًا سَأَلَ ابْنَ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا فَتَهَا عَنْ ذَلِكَ، ثُمَّ سَأَلَهُ فَقَالَ: إِنَّ هَذَا يُرِيدُ أَنْ أُطْعِمَهُ الرَّبَا. وَهَذَا لِأَنَّ حُرْمَةَ رَبَا النِّسَاءِ لَيْسَتْ إِلَّا لَشُبْهَةِ مُبَادَلَةِ الْمَالِ بِالْأَجَلِ، فَحَقِيقَةُ ذَلِكَ أَوْلَى بِذَلِكَ (وَلَوْ كَانَ لَهُ أَلْفٌ سُودٌ فَصَالِحُهُ عَلَى خَمْسِمِائَةِ بَيْضٍ لَمْ يَجُزْ، وَلَوْ كَانَتْ بِالْعَكْسِ جَازَ) وَالْأَصْلُ أَنَّ الْمُسْتَوْفَى إِذَا كَانَ أَذَوْنَ مِنْ حَقِّهِ فَهُوَ إِسْقَاطٌ كَمَا فِي الْعَكْسِ، وَإِنْ كَانَ أَزِيدَ قَدْرًا أَوْ وَصَفًا فَهُوَ مُعَاوَضَةٌ (لِأَنَّ الزِّيَادَةَ غَيْرُ

مُسْتَحَقَّةٌ لَهُ) فَلَا يُمَكِّنُ جَعْلُهُ اسْتِيفَاءً (فَيَكُونُ مُعَاوَضَةً أَلْفٍ بِخَمْسِمِائَةٍ وَزِيَادَةً وَصَفٍ وَهُوَ رَبًّا).

فَإِنْ قِيلَ: إِذَا كَانَ حَقُّهُ أَلْفٌ دِرْهَمٍ تَبَهَّرَجَةً فَصَالِحُهُ عَلَى أَلْفٍ دِرْهَمٍ بِخِيَّةٍ نَقْدٍ يَبْتَ الْمَالُ فَهُوَ أَجُودُ مِنَ التَّبَهَّرَجَةِ وَجَارَ الصُّلْحُ وَالزِّيَادَةُ مُوجُودَةٌ.

أَجَابَ بِقَوْلِهِ (وَبِخِلَافٍ مَا إِذَا صَالَحَ عَلَى قَدْرِ الدَّيْنِ وَهُوَ أَجُودُ لِأَنَّهُ مُعَاوَضَةٌ الْمَثْلُ بِالْمَثْلِ وَلَا مُعْتَبَرٌ بِالصِّفَةِ إِلَّا أَنَّهُ يُعْتَبَرُ الْقَبْضُ فِي الْمَجْلِسِ) وَحَاصِلُهُ أَنَّ الْجَوْدَةَ إِذَا وَقَعَتْ فِي مُقَابَلَةِ مَالٍ كَانَ رَبًّا كَالْمَسْأَلَةِ الْأُولَى فَإِنَّهَا قُوِلَتْ بِخَمْسِمِائَةٍ مِنَ السُّودِ وَهُوَ رَبًّا، وَأَمَّا إِذَا لَمْ يَقَعْ فَذَلِكَ صَرَفٌ وَالْجَيْدُ وَالرَّدِيُّ فِيهِ سَوَاءٌ يَدًا يَدًا (وَلَوْ كَانَ عَلَيْهِ أَلْفُ دِرْهَمٍ وَمِائَةُ دِينَارٍ فَصَالِحُهُ عَلَى مِائَةِ دِرْهَمٍ حَالَةً أَوْ مُوَجَّلَةً صَحَّ لِأَنَّهُ أَمَكَّنُ جَعْلُهُ إِسْقَاطًا لِلدَّائِنِينَ كُلِّهَا وَالْدَّرَاهِمِ إِلَّا مِائَةً) إِنْ كَانَتْ حَالَةً وَإِسْقَاطًا لَذَلِكَ (وَتَأْجِيلًا لِلْبَاقِي) إِنْ كَانَتْ مُوَجَّلَةً (تَصَحِّيحًا لِلْعَقْدِ أَوْ لِأَنَّ مَعْنَى الْإِسْقَاطِ فِيهِ أَلْزَمُ) لِأَنَّ مَبْنَى الصُّلْحِ عَلَى الْحَاطِطَةِ وَالْحَطُّ هَاهُنَا أَكْثَرُ فَيَكُونُ الْإِسْقَاطُ أَلْزَمُ مِنْ مَعْنَى الْمُعَاوَضَةِ.

قَالَ (وَمَنْ لَهُ عَلَى آخِرِ أَلْفٍ دِرْهَمٍ فَقَالَ آدَ إِلَيَّ غَدًا مِنْهَا خَمْسِمِائَةٍ عَلَى أَنَّكَ بَرِيءٌ مِنَ الْفَضْلِ فَفَعَلَ فَهُوَ بَرِيءٌ، فَإِنْ لَمْ يَدْفَعْ إِلَيْهِ الْخَمْسِمِائَةَ غَدًا عَادَ عَلَيْهِ الْأَلْفُ وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ. وَقَالَ أَبُو يُونُسَ: لَا يَعُودُ عَلَيْهِ) لِأَنَّهُ إِبْرَاءٌ مُطْلَقٌ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ جَعَلَ آدَاءَ الْخَمْسِمِائَةِ عِوَضًا حَيْثُ ذَكَرَهُ بِكَلِمَةٍ عَلَى وَهْيِ لِلْمُعَاوَضَةِ، وَالْآدَاءُ لَا يَصِحُّ عِوَضًا لِكُونِهِ مُسْتَحَقًّا عَلَيْهِ فَجَرَى وَجُودُهُ مَجْرَى عَدَمِهِ فَبَقِيَ الْإِبْرَاءُ مُطْلَقًا فَلَا يَعُودُ كَمَا إِذَا بَدَأَ بِالْإِبْرَاءِ. وَلَهُمَا أَنْ هَذَا إِبْرَاءٌ مُقَيَّدٌ بِالشَّرْطِ فَيَقُوتُ بِفَوَاتِهِ لِأَنَّهُ بَدَأَ بِآدَاءِ الْخَمْسِمِائَةِ فِي الْغَدِ وَأَنَّهُ يَصْلُحُ غَرَضًا حِذَارَ إِفْلَاسِهِ وَتَوَسُّلًا إِلَى تِجَارَةِ أَرْبَحَ مِنْهُ، وَكَلِمَتُهُ عَلَى إِنْ كَانَتْ لِلْمُعَاوَضَةِ فَهِيَ مُحْتَمِلَةٌ لِلشَّرْطِ لَوْجُودِ مَعْنَى الْمُقَابَلَةِ فِيهِ فَيَحْمَلُ عَلَيْهِ عِنْدَ تَعَدُّرِ الْحَمْلِ عَلَى الْمُعَاوَضَةِ تَصَحِّيحًا لِتَصَرُّفِهِ أَوْ لِأَنَّهُ مُتَعَارَفٌ، وَالْإِبْرَاءُ مِمَّا يَتَّقِيدُ بِالشَّرْطِ وَإِنْ كَانَ لَا يَتَعَلَّقُ بِهِ كَمَا فِي الْحَوَالَةِ، وَسَخَّرَ الْبَدَاءُ بِالْإِبْرَاءِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

قَالَ الْعَبْدُ الضَّعِيفُ: وَهَذِهِ الْمَسْأَلَةُ عَلَى وَجْهِ:

أَحَدُهَا: مَا ذَكَرْنَاهُ.

وَالثَّانِي: إِذَا قَالَ صَالِحُكَ مِنَ الْأَلْفِ عَلَى خَمْسِمِائَةٍ تَدْفَعُهَا إِلَيَّ غَدًا وَأَنْتَ بَرِيءٌ مِنَ الْفَضْلِ عَلَى أَنَّكَ إِنْ لَمْ تَدْفَعْهَا إِلَيَّ غَدًا فَلَا أَلْفُ عَلَيْكَ عَلَى حَالِهِ. وَجَوَابُهُ أَنَّ الْأَمْرَ عَلَى مَا قَالَ لِأَنَّهُ أَتَى بِصَرِيحِ التَّقْيِيدِ فَيَعْمَلُ بِهِ.

وَالثَّلَاثُ: إِذَا قَالَ أِبْرَأْتُكَ مِنْ خَمْسِمِائَةٍ مِنَ الْأَلْفِ عَلَى أَنْ تُعْطِيَنِي الْخَمْسِمِائَةَ غَدًا وَالْإِبْرَاءُ فِيهِ وَقَعَ أَعْطَى الْخَمْسِمِائَةَ أَوْ لَمْ يُعْطَ لِأَنَّهُ أَطْلَقَ الْإِبْرَاءَ أَوَّلًا، وَأَدَاءُ الْخَمْسِمِائَةِ لَا يَصْلُحُ عَوَضًا مُطْلَقًا وَلَكِنَّهُ يَصْلُحُ شَرْطًا فَوَقَعَ الشُّكُّ فِي تَقْيِيدِهِ بِالشَّرْطِ فَلَا يَتَّقِيدُ بِهِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا بَدَأَ بِأَدَاءِ خَمْسِمِائَةٍ لِأَنَّ الْإِبْرَاءَ حَصَلَ مَقْرُونًا بِهِ، فَمِنْ حَيْثُ إِنَّهُ لَا يَصْلُحُ عَوَضًا يَقَعُ مُطْلَقًا، وَمِنْ حَيْثُ إِنَّهُ يَصْلُحُ شَرْطًا لَا يَقَعُ مُطْلَقًا فَلَا يَثْبُتُ الْإِطْلَاقُ بِالشُّكِّ فَافْتَرَقَا.

وَالرَّابِعُ: إِذَا قَالَ أَدَّ إِلَيَّ خَمْسِمِائَةٍ عَلَى أَنَّكَ بَرِيءٌ مِنَ الْفَضْلِ وَلَمْ يُؤَقِّتْ لِلأَدَاءِ وَقْتًا. وَجَوَابُهُ أَنَّهُ يَصِحُّ الْإِبْرَاءُ وَلَا يَعُودُ الدَّيْنُ لِأَنَّ هَذَا إِبْرَاءٌ مُطْلَقٌ، لِأَنَّهُ لَمَّا لَمْ يُؤَقِّتْ لِلأَدَاءِ وَقْتًا لَا يَكُونُ الأَدَاءُ غَرَضًا صَحِيحًا لِأَنَّهُ وَاجِبٌ عَلَيْهِ فِي مُطْلَقِ الْأَزْمَانِ فَلَمْ يَتَّقِيدُ بَلْ يُحْمَلُ عَلَى الْمَعَاوَضَةِ وَلَا يَصْلُحُ عَوَضًا، بِخِلَافِ مَا تَقَدَّمَ لِأَنَّ الأَدَاءَ فِي الْغَدِ غَرَضٌ صَحِيحٌ.

وَالْخَامِسُ: إِذَا قَالَ إِنْ أَدَيْتَ إِلَيَّ خَمْسِمِائَةَ أَوْ قَالَ إِذَا أَدَيْتَ أَوْ مَتَى أَدَيْتَ. فَالْجَوَابُ فِيهِ أَنَّهُ لَا يَصِحُّ الْإِبْرَاءُ لِأَنَّهُ عُلِقَ بِالشَّرْطِ صَرِيحًا، وَتَعْلِيقُ الْبَرَاءَةِ بِالشَّرْطِ بَاطِلٌ لَمَّا فِيهَا مِنْ مَعْنَى التَّمْلِيكِ حَتَّى يَرْتَدُّ بِالرَّدِّ، بِخِلَافِ مَا تَقَدَّمَ لِأَنَّهُ مَا أَتَى بِصَرِيحِ الشَّرْطِ فَحُمِلَ عَلَى التَّقْيِيدِ بِهِ.

الشرح:

قَالَ: (وَمَنْ لَهُ عَلَى آخَرَ أَلْفٌ دِرْهَمٍ إلخ) وَمَنْ لَهُ عَلَى آخَرَ أَلْفٌ دِرْهَمٍ حَالَةً فَقَالَ أَدَّ إِلَيَّ غَدًا مِنْهَا خَمْسِمِائَةَ عَلَى أَنَّكَ بَرِيءٌ مِنَ الْفَضْلِ فَفَعَلَ فَهُوَ بَرِيءٌ. قِيلَ مَعْنَاهُ فَقَبِلَ فَهُوَ بَرِيءٌ فِي الْحَالِ، وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ مَعْنَاهُ: فَأَدَى إِلَيْهِ ذَلِكَ غَدًا فَهُوَ بَرِيءٌ مِنَ الْبَاقِي، فَإِنْ لَمْ يَدْفَعْ إِلَيْهِ غَدًا خَمْسِمِائَةَ عَادَ الْأَلْفُ كَمَا كَانَ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: لَا يَعُودُ عَلَيْهِ لِأَنَّهُ إِبْرَاءٌ مُطْلَقٌ إِذْ لَيْسَ فِيهِ مَا يُقَيِّدُهُ، أَلَا تَرَى

أَنَّهُ جَعَلَ أَدَاءَ الْخَمْسِمِائَةِ عَوْضًا حَيْثُ ذَكَرَهُ بِكَلِمَةِ الْمَعَاوِضَةِ وَهِيَ عَلَى، وَالْأَدَاءُ لَا يَصْلُحُ عَوْضًا، لِأَنَّ حَدَّ الْمَعَاوِضَةِ أَنْ يَسْتَفِيدَ كُلُّ وَاحِدٍ مَا لَمْ يَكُنْ قَبْلَهَا وَالْأَدَاءُ مُسْتَحَقٌّ عَلَيْهِ لَمْ يُسْتَفَدْ بِهِ شَيْءٌ لَمْ يَكُنْ فَجَرَى وَجُودُهُ: أَيُّ وَجُودٌ جَعَلَ الْأَدَاءَ عَوْضًا مَجْرَى عَدَمِهِ فَبَقِيَ الْإِبْرَاءُ مُطْلَقًا وَهُوَ لَا يَعُودُ كَمَا إِذَا بَدَأَ بِالْإِبْرَاءِ بِأَنْ قَالَ أَبرَأْتُكَ عَنْ خَمْسِمِائَةٍ مِنَ الْأَلْفِ عَلَى أَنْ تُؤَدِّيَ غَدًا خَمْسِمِائَةً.

وَلَهُمَا أَنْ هَذَا إِبْرَاءٌ مُقَيَّدٌ بِالشَّرْطِ وَالْمُقَيَّدُ بِشَرْطٍ يَفُوتُ بِفَوَاتِهِ: أَيُّ عِنْدَ فَوَاتِهِ، فَإِنْ انْتَفَاءُ الشَّرْطِ لَيْسَ عِلَّةٌ لَانْتِفَاءِ الْمَشْرُوطِ عِنْدَنَا لَكِنَّهُ عِنْدَ انْتِفَاءِهِ فَاتَ لِبَقَائِهِ عَلَى الْعَدَمِ الْأَصْلِيِّ وَمَوْضِعُهُ أَصُولُ الْفَقْهِ، وَإِنَّمَا قُلْنَا إِنَّهُ مُقَيَّدٌ بِالشَّرْطِ لِأَنَّهُ بَدَأَ بِأَدَاءِ خَمْسِمِائَةٍ فِي الْعَدِّ وَأَنَّهُ يَصْلُحُ غَرْضًا حَذَارِ إِفْلَاسِهِ أَوْ تَوَسُّلًا إِلَى تِجَارَةِ أَرْبَعٍ فَصَلَحَ أَنْ يَكُونَ شَرْطًا مِنْ حَيْثُ الْمَعْنَى؛ وَكَلِمَةُ عَلَى وَإِنْ كَانَتْ لِلْمَعَاوِضَةِ لَكِنْ تَحْتَمِلُ مَعْنَى الشَّرْطِ لَوْجُودِ مَعْنَى الْمُقَابَلَةِ فِيهِ، فَإِنْ فِيهِ مُقَابَلَةُ الشَّرْطِ بِالْجَزَاءِ كَمَا كَانَ بَيْنَ الْعَوْضَيْنِ، وَقَدْ تَعَذَّرَ الْعَمَلُ بِمَعْنَى الْمَعَاوِضَةِ فَتَحْتَمِلُ عَلَى الشَّرْطِ تَصْحِيحًا لِتَصَرُّفِهِ وَكَأَنَّهُ مِنْهُمَا قَوْلٌ بِمُوجِبِ الْعِلَّةِ: أَيُّ سَلَمْنَا أَنَّهُ لَا يَصِحُّ أَنْ يَكُونَ مُقَيَّدًا بِالْعَوْضِ لَكِنْ لَا يُنَافِي أَنْ يَكُونَ مُقَيَّدًا بِوَجْهِ آخَرَ وَهُوَ الشَّرْطُ.

(قَوْلُهُ أَوْ لِأَنَّهُ مُتَعَارَفٌ) مَعْطُوفٌ عَلَى قَوْلِهِ لَوْجُودِ الْمُقَابَلَةِ: يَعْنِي أَنْ حَمَلَ كَلِمَةَ عَلَى عَلَى الشَّرْطِ لِأَحَدٍ مَعْنَيْنِ: إِمَّا لَوْجُودِ الْمُقَابَلَةِ وَإِمَّا لِأَنَّ مِثْلَ هَذَا الشَّرْطِ فِي الصَّلَاحِ مُتَعَارَفٌ بِأَنْ يَكُونَ تَعْجِيلُ الْبَعْضِ مُقَيَّدًا لِإِبْرَاءِ الْبَاقِي، وَالْمَعْرُوفُ عُرْفًا كَالْمَشْرُوطِ شَرْطًا فَصَارَ كَمَا لَوْ قَالَ: إِنْ لَمْ تُنْقِذْ غَدًا فَلَا صَلَاحَ بَيْنَنَا (قَوْلُهُ وَالْإِبْرَاءُ مِمَّا يَتَّقَيَّدُ بِالشَّرْطِ وَإِلَّا كَانَ لَا يَحْتَمِلُ التَّعْلِيْقَ بِهِ) جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ تَعْلِيْقُ الْإِبْرَاءِ بِالشَّرْطِ مِثْلُ أَنْ يَقُولَ لِعَرِيمٍ أَوْ كَفِيلٍ إِذَا أَدَيْتَ أَوْ مَتَى أَدَيْتَ أَوْ إِنْ أَدَيْتَ إِلَيَّ خَمْسِمِائَةٍ فَأَنْتَ بَرِيءٌ مِنَ الْبَاقِي بَاطِلٌ بِالِاتِّفَاقِ، وَالتَّقْيِيدُ بِالشَّرْطِ هُوَ التَّعْلِيْقُ بِهِ فَكَيْفَ كَانَ جَائِزًا؟ وَوَجْهُهُ أَنَّهُمَا مُتَعَايِرَانِ لَفْظًا وَمَعْنَى. أَمَّا لَفْظًا فَهُوَ أَنَّ التَّقْيِيدَ بِالشَّرْطِ لَا يُسْتَعْمَلُ فِيهِ لَفْظُ الشَّرْطِ صَرِيحًا وَالتَّعْلِيْقُ بِهِ يُسْتَعْمَلُ فِيهِ ذَلِكَ. وَأَمَّا مَعْنَى فَلَأَنَّ فِي التَّقْيِيدِ بِهِ الْحُكْمُ ثَابِتٌ فِي الْحَالِ عَلَى عَرْضِيَّةٍ أَنْ يَزُولَ إِنْ لَمْ يُوجَدْ الشَّرْطُ، وَفِي التَّعْلِيْقِ بِهِ الْحُكْمُ غَيْرُ ثَابِتٍ فِي الْحَالِ وَهُوَ بَعْرُضِيَّةٌ أَنْ يَثْبُتَ عِنْدَ وَجُودِ الشَّرْطِ، وَالْفَقْهُ فِي ذَلِكَ أَنَّ فِي الْإِبْرَاءِ مَعْنَى

الإسقاط والتَّمْلِك.

أَمَّا الْأَوَّلُ: فَلَأَنَّهُ لَا تَتَوَقَّفُ صِحَّتُهُ عَلَى الْقَبُولِ كَمَا فِي الطَّلَاقِ وَالْعَتَاقِ وَالْعَفْوِ عَنْ الْقِصَاصِ.

وَأَمَّا الثَّانِي: فَلَأَنَّهُ يَرْتَدُّ بِالرَّدِّ كَمَا فِي سَائِرِ التَّمْلِكَاتِ، وَتَعْلِيْقُ الْإِسْقَاطِ الْمَحْضِ جَائِزٌ كَتَعْلِيْقِ الطَّلَاقِ وَالْعَتَاقِ بِالشَّرْطِ، وَتَعْلِيْقُ التَّمْلِكِ بِهِ لَا يَجُوزُ كَالْبَيْعِ وَالْهَبَةِ لِمَا فِيهِ مِنْ شُبْهَةِ الْقِمَارِ الْحَرَامِ. وَالْإِبْرَاءُ لَهُ شُبْهَةٌ بِهِمَا فَوَجَبَ الْعَمَلُ بِالشَّبَهَيْنِ بِقَدْرِ الْإِمْكَانِ. فَقُلْنَا: لَا يُحْتَمَلُ التَّعْلِيْقُ بِالشَّرْطِ عَمَلًا بِشَبْهِ التَّمْلِكِ، وَذَلِكَ إِذَا كَانَ بِحَرْفِ الشَّرْطِ، وَيَحْتَمِلُ التَّقْيِيدُ بِهِ عَمَلًا بِشَبْهِ الْإِسْقَاطِ وَذَلِكَ إِنْ لَمْ يَكُنْ ثُمَّ حَرْفُ شَرْطٍ، وَلَيْسَ فِيمَا نَحْنُ فِيهِ حَرْفُ شَرْطٍ فَكَانَ مُقَيَّدًا بِشَرْطٍ وَالْمُقَيَّدُ بِهِ يَفُوتُ عِنْدَ فَوَاتِهِ كَمَا مَرَّ (قَوْلُهُ كَمَا فِي الْحَوَالَةِ) مُتَعَلِّقٌ بِقَوْلِهِ فَيَفُوتُ بِفَوَاتِهِ: يَعْنِي أَنَّهُ لَمَّا كَانَ مُقَيَّدًا بِشَرْطٍ يَفُوتُ بِفَوَاتِهِ كَانَ كَالْحَوَالَةِ، فَإِنَّ بَرَاءَةَ الْمُحِيلِ مُقَيَّدَةٌ بِشَرْطِ السَّلَامَةِ حَتَّى لَوْ مَاتَ الْمُحَالُ عَلَيْهِ مُفْلِسًا عَادَ الدَّيْنُ إِلَى ذِمَّةِ الْمُحِيلِ.

وَقَوْلُهُ (وَسَتَخْرُجُ الْبُدَاءَةُ بِالْإِبْرَاءِ) وَعَدُّ بِالْجَوَابِ عَمَّا قَالَ أَبُو يُوسُفَ كَمَا إِذَا بَدَأَ بِالْإِبْرَاءِ.

وَإِذَا تَأَمَّلْتَ مَا ذَكَرْتَ لَكَ فِي هَذَا الْوَجْهِ ظَهَرَ لَكَ وَجْهَ الْوُجُوهِ الْبَاقِيَةِ. قَالَ صَاحِبُ النَّهَائَةِ فِي حَصْرِ الْوُجُوهِ عَلَى خَمْسَةٍ: إِنْ رَبَّ الدَّيْنِ فِي تَعْلِيْقِ الْإِبْرَاءِ بِأَدَاءِ الْبَعْضِ لَا يَخْلُو إِمَّا أَنْ بَدَأَ بِالْأَدَاءِ أَوْ لَا، فَإِنْ بَدَأَ بِهِ فَلَا يَخْلُو، وَإِمَّا أَنْ يَذْكُرَ مَعَهُ بَقَاءَ الْبَاقِي عَلَى الْمَدْيُونِ صَرِيحًا عِنْدَ عَدَمِ الْوَفَاءِ بِالشَّرْطِ أَوْ لَا، فَإِنْ لَمْ يَذْكُرْهُ فَهُوَ الْوَجْهُ الْأَوَّلُ وَإِنْ ذَكَرَهُ فَهُوَ الْوَجْهُ الثَّانِي، وَإِنْ لَمْ يَبْدَأْ بِالْأَدَاءِ فَلَا يَخْلُو إِمَّا أَنْ بَدَأَ بِالْإِبْرَاءِ أَوْ لَا، فَإِنْ بَدَأَ بِهِ فَهُوَ الْوَجْهُ الثَّالِثُ، وَإِنْ لَمْ يَبْدَأْ بِالْإِبْرَاءِ فَلَا يَخْلُو إِمَّا أَنْ بَدَأَ بِحَرْفِ الشَّرْطِ أَوْ لَا، فَإِنْ لَمْ يَبْدَأْ فَالْوَجْهُ الرَّابِعُ وَإِنْ بَدَأَ فَهُوَ الْخَامِسُ. أَمَّا الْوَجْهُ الْأَوَّلُ فَقَدْ ذَكَرْنَاهُ، وَالْوَجْهُ الثَّانِي ظَهَرَ مِمَّا تَقَدَّمَ، وَالثَّالِثُ وَهُوَ الْمَوْعُودُ بِاسْتِخْرَاجِ الْجَوَابِ مِنْهُ عَلَى أَنَّ الثَّابِتَ أَوَّلًا لَا يَزُولُ بِالشَّكِّ، فَإِذَا قُدِّمَ الْإِبْرَاءُ حَصَلَ مُطْلَقًا ثُمَّ يَذْكُرُ مَا بَعْدَهُ وَقَعَ الشَّكُّ، لِأَنَّهُ إِنْ كَانَ عَوَضًا فَهُوَ بَاطِلٌ لَمَّا تَقَدَّمَ فَلَمْ يَزَلْ بِهِ الْإِطْلَاقُ، وَإِنْ كَانَ شَرْطًا يُقَيَّدُ بِهِ وَزَالَ الْإِطْلَاقُ، فَإِذَا وَقَعَ الشَّكُّ لَمْ يَبْطُلْ بِهِ الثَّابِتُ أَوَّلًا، وَفِي عَكْسِهَا

عَكْسُ ذَلِكَ. وَالرَّابِعُ وَجْهُهُ أَنَّهُ إِذَا لَمْ يُؤَقَّتْ لِلْأَدَاءِ وَقَفْنَا ظَهَرَ أَنَّ أَدَاءَ الْبَعْضِ لَمْ يَكُنْ لِعَرَضٍ لِكَوْنِهِ وَاجِبًا فِي مُطْلَقِ الْأَزْمَانِ فَلَا يَصْلُحُ أَنْ يَكُونَ فِي مَعْنَى الشَّرْطِ لِيَحْصُلَ بِهِ التَّقْيِيدُ فَلَمْ يَبْقَ إِلَّا جِهَةُ الْعَوْضِ، وَهُوَ غَيْرُ صَالِحٍ لِذَلِكَ كَمَا تَقَدَّمَ. وَالْخَامِسُ تَعْلِيقُ وَقَدْ تَقَدَّمَ أَنَّ الْإِبْرَاءَ لَا يَحْتَمِلُهُ فَلَا يَكُونُ صَحِيحًا.

قَالَ (وَمَنْ قَالَ لِأَخْرَ لَا أَقِرُّكَ بِمَا لَكَ حَتَّى تُؤَخِّرَهُ عَنِّي أَوْ تَحْطُ عَنِّي فَفَعَلَ جَازَ عَلَيْهِ) لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمُكْرَهٍ، وَمَعْنَى الْمَسْأَلَةِ إِذَا قَالَ ذَلِكَ سِرًّا، أَمَّا إِذَا قَالَ عَلَانِيَةً يُؤْخَذُ بِهِ.

الشرح:

وَمَنْ قَالَ لِأَخْرَ لَا أَقِرُّكَ بِمَا لَكَ عَلَيَّ حَتَّى تُؤَخِّرَهُ عَنِّي أَوْ تَحْطُ عَنِّي بَعْضُهُ فَفَعَلَ أَيُّ أَخْرَ أَوْ حَطَّ (جَازَ عَلَيْهِ) أَيُّ نَفَذَ هَذَا التَّصَرُّفُ عَلَى رَبِّ الدَّيْنِ فَلَا يَتِمَكَّنُ مِنَ الْمَطَالَبَةِ فِي الْحَالِ إِنْ أَخْرَ وَأَبْدَأَ إِنْ حَطَّ (لَأَنَّهُ لَيْسَ بِمُكْرَهٍ) لَتَمَكُّنِهِ مِنْ إِقَامَةِ الْبَيِّنَةِ أَوْ التَّحْلِيلِ. لَا يُقَالُ: هُوَ مُضْطَرٌّ فِيهِ لِأَنَّهُ إِنْ لَمْ يَفْعَلْ لَمْ يُقَرَّ، لِأَنَّ تَصَرُّفَ الْمُضْطَرِّ كَتَصَرُّفِ غَيْرِهِ، فَإِنْ مَنْ بَاعَ عَيْنًا بِطَعَامٍ يَأْكُلُهُ لَجُوعٍ قَدْ اضْطُرَّ بِهِ كَانَ يَبْعُهُ نَافِذًا (وَمَعْنَى الْمَسْأَلَةِ إِذَا قَالَ ذَلِكَ سِرًّا، أَمَّا إِذَا قَالَ عَلَانِيَةً يُؤْخَذُ) الْمُقَرُّ (بِجَمِيعِ الْمَالِ) فِي الْحَالِ.

فصل في الدين المشترك

قَالَ (وَإِذَا كَانَ الدَّيْنُ بَيْنَ شَرِيكَيْنِ فَصَالِحٌ أَحَدُهُمَا مِنْ نَصِيْبِهِ عَلَى ثَوْبٍ فَشَرِيكُهُ بِالْخِيَارِ، إِنْ شَاءَ اتَّبَعَ الَّذِي عَلَيْهِ الدَّيْنُ بِصِفَتِهِ، وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ نِصْفَ الثَّوْبِ إِلَّا أَنْ يَضْمَنَ لَهُ شَرِيكُهُ رُبْعَ الدَّيْنِ) وَأَصْلُ هَذَا أَنَّ الدَّيْنِ الْمُشْتَرَكِ بَيْنَ اثْنَيْنِ إِذَا قَبَضَ أَحَدُهُمَا شَيْئًا مِنْهُ فَلصاحبه أن يشاركه في المقبوض لأنه ازداد بالقبض، إذ مالبية الدين باعتبار عاقبة القبض، وهذه الزيادة راجعة إلى أصل الحق فتصير كزيادة الولد والثمره وله حق المشاركة، ولكنه قبل المشاركة باق على مالك القابض، لأن العين غير الدين حقيقة وقد قبضه بدلا عن حقه فيملكه حتى ينفذ تصرفه فيه ويضمن لشريكه حصته، والدَيْنُ الْمُشْتَرَكُ يَكُونُ وَاجِبًا بِسَبَبِ مُتَّحِدِ كَتَمَنِ الْمُبِيعِ إِذَا كَانَ صَفَقَةً وَاحِدَةً وَتَمَنِ الْمَالِ الْمُشْتَرَكِ وَالْمُورُوثِ بَيْنَهُمَا وَهَيْمَةِ الْمُسْتَهْلِكِ الْمُشْتَرَكِ.

إِذَا عَرَفْنَا هَذَا فَتَقُولُ فِي مَسْأَلَةِ الْكِتَابِ: لَهُ أَنْ يَتَّبَعَ الَّذِي عَلَيْهِ الْأَصْلُ لِأَنَّ نَصِيْبَهُ

بَاقٍ فِي ذِمَّتِهِ لِأَنَّ الْقَابِضَ قَبَضَ نَصِيبَهُ لَكِنْ لَهُ حَقُّ الْمَشَارَكَةِ، وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ نِصْفَ الثُّوبِ لِأَنَّ لَهُ حَقَّ الْمَشَارَكَةِ إِلَّا أَنْ يَضْمَنَ لَهُ شَرِيكُهُ رُبْعَ الدِّينِ لِأَنَّ حَقَّهُ فِي ذَلِكَ قَالَ (وَلَوْ اسْتَوْفَى نِصْفَ نَصِيبِهِ مِنَ الدِّينِ كَانَ لَشَرِيكِهِ أَنْ يُشَارِكَهُ فِيمَا قَبَضَ) لَمَّا قُلْنَا (ثُمَّ يَرْجِعَانِ عَلَى الْغَرِيمِ بِالْبَاقِي) لِأَنَّهُمَا لَمَّا اشْتَرَكَا فِي الْمَقْبُوضِ لَا بُدَّ أَنْ يَبْقَى الْبَاقِي عَلَى الشَّرِيكَةِ.

الشرح:

(فصل في الدين المشترك): آخر بيان حكم الدين المشترك عن الدين المفرد لأن المركب يتلو المفرد. قال (وإذا كان الدين بين الشريكين إلخ) إذا كان الدين بين الشريكين فصالح أحدهما من نصيبه على ثوب فشريكه بالخيار إن شاء اتبع الذي عليه الدين بنصفه، وإن شاء أخذ نصف الثوب من الشريك، إلا أن يضمن له شريكه ربع الدين فإنه لا خيار لشرিকে في اتباع الغريم أو شريكه القابض، وأصل هذا أن الدين المشترك بين اثنين إذا قبض أحدهما منه شيئاً فلصاحبه أن يشاركه في المقبوض وهو الدراهم أو الدنانير أو غيرهما، لأن الدين ازداد خيراً بالقبض، إذ مآلة الدين باعتبار عاقبة القبض وهذه الزيادة راجعة إلى أصل الحق فيصير كزيادة الولد والثمرة وله حق المشاركة في ذلك، فإن قيل: لو كانت زيادة الدين بالقبض كزيادة الثمرة والولد لما جاز تصرف القابض في المقبوض كما لا يجوز لأحد الشريكين التصرف في الولد والثمرة بغير إذن الآخر.

أجاب بقوله لكنه: أي المقبوض قبل أن يختار الشريك مشاركة القابض فيه باق على ملك القابض، لأن العين غير الدين حقيقة وقد قبضه بدلاً عن حقه فيملكه وينفذ تصرفه ويضمن لشرিকে حصته، عرف الدين المشترك بأنه الذي يكون واجباً بسبب متحد كتمن مبيع صفقة واحدة بأن كان لكل منهما عين على حدة فباعاً صفقة واحدة وتمن مال مشترك وموروث مشترك وقيمة مستهلك مشترك.

وقد الصفقة بالوحدة احترازاً عما إذا كان عبد بين رجلين باع أحدهما نصيبه من رجل بخمسائة وباع الآخر نصيبه منه بخمسائة وكتب عليه صكاً واحداً بألف درهم ثم قبض أحدهما منه شيئاً لم يكن للآخر أن يشاركه فيه، لأن نصيب كل واحد

مِنْهُمَا وَجَبَ عَلَى الْمَطْلُوبِ سَبَبٌ آخَرَ فَلَا تُثْبِتُ الشَّرِكَةُ بَيْنَهُمَا بِاتِّحَادِ الصِّكِّ. قَالَ صَاحِبُ النِّهَايَةِ: ثُمَّ يَنْبَغِي أَنْ لَا يَكْتَفِيَ بِقَوْلِهِ إِذَا كَانَ صَفَقَةً وَاحِدَةً، بَلْ يَنْبَغِي أَنْ يَزَادَ عَلَى هَذَا وَيُقَالَ: إِذَا كَانَ صَفَقَةً وَاحِدَةً بِشَرَطِ أَنْ يَتَسَاوَيَا فِي قَدْرِ الثَّمَنِ وَصِفَتِهِ، لِأَنَّهُمَا لَوْ بَاعَاهُ صَفَقَةً وَاحِدَةً عَلَى أَنْ نَصِيبَ فُلَانٍ مِنْهُ مِائَةٌ وَنَصِيبَ فُلَانٍ خَمْسُمِائَةٍ ثُمَّ قَبَضَ أَحَدُهُمَا مِنْهُ شَيْئًا لَمْ يَكُنْ لِلآخِرِ أَنْ يُشَارِكُهُ فِيهِ، لِأَنَّ تَفَرُّقَ التَّسْمِيَةِ فِي حَقِّ الْبَائِعِينَ كَتَفَرُّقِ الصَّفَقَةِ، بِذَلِكَ أَنْ لِلْمُشْتَرِي أَنْ يَقْبَلَ الْبَيْعَ فِي نَصِيبِ أَحَدِهِمَا، وَكَذَلِكَ لَوْ اشْتَرَطَ أَحَدُهُمَا أَنْ يَكُونَ نَصِيبُهُ خَمْسُمِائَةٍ بَخِيَّةً وَنَصِيبُ الْآخِرِ خَمْسُمِائَةٍ سَوْدٌ لَمْ يَكُنْ لِلآخِرِ أَنْ يُشَارِكُهُ فِيمَا قَبَضَهُ، لِأَنَّ بِالتَّسْمِيَةِ تَفَرَّقَتْ وَتَمَيَّزَ نَصِيبُ أَحَدِهِمَا عَنِ الْآخَرِ وَصَفَا، وَلَعَلَّ الْمُصَنِّفَ إِنَّمَا تَرَكَ ذِكْرَهُ لِأَنَّهُ شَرَطَ الْإِشْتِرَاكَ وَهُوَ فِي بَيَانِ حَقِيقَتِهِ.

وَلَمَّا فَرَّغَ مِنْ بَيَانِ الْأَصْلِ قَالَ (إِذَا عَرَفْنَا هَذَا) وَنَزَلَ عَلَيْهِ مَسْأَلَةُ الْكِتَابِ هَذَا إِذَا كَانَ صَالِحٌ عَلَى شَيْءٍ، وَلَوْ اسْتَوْفَى نِصْفَ نَصِيبِهِ مِنَ الدَّيْنِ كَانَ لَشَرِيكِهِ أَنْ يُشْرِكُهُ فِيمَا قَبَضَ لَمَّا قُلْنَا مِنَ الْأَصْلِ ثُمَّ يَرْجِعَانِ بِالْبَاقِي عَلَى الْغَرِيمِ، لِأَنَّهُمَا لَمَّا اشْتَرَكَا فِي الْمَقْبُوضِ لَا بُدَّ مِنْ بَقَاءِ الْبَاقِي عَلَى مَا كَانَ مِنَ الشَّرِكَةِ.

قَالَ (وَلَوْ اشْتَرَى أَحَدُهُمَا بِنَصِيبِهِ مِنَ الدَّيْنِ سِلْعَةً كَانَ لَشَرِيكِهِ أَنْ يُضْمَنَهُ رُبْعَ الدَّيْنِ) لِأَنَّهُ صَارَ قَاطِبًا حَقَّهُ بِالْمُقَاصَّةِ كَامِلًا، لِأَنَّ مَبْنَى الْبَيْعِ عَلَى الْمَاكَسَةِ بِخِلَافِ الصِّلَحِ لِأَنَّ مَبْنَاهُ عَلَى الْإِغْمَاضِ وَالْحَطِيطَةِ، فَلَوْ أَلْزَمْنَاهُ دَفْعَ رُبْعِ الدَّيْنِ يَتَضَرَّرُ بِهِ فَيَتَخَيَّرُ الْقَاطِبُ كَمَا ذَكَرْنَا، وَلَا سَبِيلَ لِلشَّرِيكِ عَلَى الثُّوبِ فِي الْبَيْعِ لِأَنَّهُ مَلَكُهُ بِعَقْدِهِ وَالْإِسْتِيفَاءَ بِالْمُقَاصَّةِ بَيْنَ ثَمَنِهِ وَبَيْنَ الدَّيْنِ.

وَلِلشَّرِيكِ أَنْ يَتَّبَعَ الْغَرِيمَ فِي جَمِيعِ مَا ذَكَرْنَا لِأَنَّ حَقَّهُ فِي ذِمَّتِهِ بَاقٍ لِأَنَّ الْقَاطِبَ اسْتَوْفَى نَصِيبَهُ حَقِيقَةً لَكِنْ لَهُ حَقُّ الْمُشَارَكَةِ فَلَهُ أَنْ لَا يُشَارِكَهُ، فَلَوْ سَلِمَ لَهُ مَا قَبَضَ ثُمَّ تَوَى مَا عَلَى الْغَرِيمِ لَهُ أَنْ يُشَارِكَ الْقَاطِبُ لِأَنَّهُ رَضِيَ بِالتَّسْلِيمِ لِيُسَلَّمَ لَهُ مَا فِي ذِمَّتِ الْغَرِيمِ وَلَمْ يُسَلِّمْ، وَلَوْ وَقَعَتِ الْمُقَاصَّةُ بِدَيْنٍ كَانَ عَلَيْهِ مِنْ قَبْلُ لَمْ يَرْجِعْ عَلَيْهِ الشَّرِيكَ لِأَنَّهُ قَاضٍ بِنَصِيبِهِ لَا مُقْتَضٍ، وَلَوْ أَبْرَأَهُ عَنْ نَصِيبِهِ فَكَذَلِكَ لِأَنَّهُ إِتْلَافٌ وَلَيْسَ بِقَبْضٍ، وَلَوْ أَبْرَأَهُ عَنِ الْبَعْضِ كَانَتْ قِسْمَةُ الْبَاقِي عَلَى مَا بَقِيَ مِنَ السَّهَامِ، وَلَوْ آخَرَ

أَحَدَهُمَا عَنْ نَصِيْبِهِ صَحَّ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ اعْتِبَارًا بِالْإِبْرَاءِ الْمَطْلُوقِ، وَلَا يَصِحُّ عِنْدَهُمَا لِأَنَّهُ يُؤَدِّي إِلَى قِسْمَةِ الدَّيْنِ قَبْلَ الْقَبْضِ، وَلَوْ غَضِبَ أَحَدُهُمَا عَيْنًا مِنْهُ أَوْ اشْتَرَاهَا شِرَاءً فَاسِدًا وَهَلَكَ فِي يَدِهِ فَهُوَ قَبْضٌ وَالْاِسْتِجَارُ بِنَصِيْبِهِ قَبْضٌ، وَكَذَا الْإِحْرَاقُ عِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ خِلَافًا لِأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَالْتِرَاجُ بِهِ اِتِّلَافٌ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ، وَكَذَا الصَّلْحُ عَلَيْهِ مِنْ جِنَايَةِ الْعَمَدِ.

الشرح:

قَالَ (وَلَوْ اشْتَرَى أَحَدُهُمَا بِنَصِيْبِهِ الْخ) وَلَوْ اشْتَرَى أَحَدُهُمَا بِنَصِيْبِهِ مِنَ الدَّيْنِ ثَوْبًا كَانَ لِشَرِيْكِهِ أَنْ يُضْمَنَهُ رُبْعَ الدَّيْنِ وَلَيْسَ الشَّرِيْكُ مُخَيَّرًا بَيْنَ دَفْعِ رُبْعِ الدَّيْنِ وَنَصْفِ الثَّوْبِ كَمَا كَانَ فِي صُورَةِ الصَّلْحِ، لِأَنَّهُ اسْتَوْفَى نَصِيْبَهُ بِالْمُقَاصَّةِ بَيْنَ مَا لَزِمَهُ بِشِرَاءِ الثَّوْبِ وَمَا كَانَ لَهُ عَلَى الْغَرِيمِ كَمَلًا: أَيْ مِنْ غَيْرِ حَاطِطَةٍ وَإِغْمَاضٍ، لِأَنَّ مَبْنَى الْبَيْعِ عَلَى الْمُمَاسَّةِ وَمِثْلُهُ لَا يُتَوَهَّمُ مِنْهُ وَالْإِغْمَاضُ وَالْحَاطِطَةُ، بِخِلَافِ الصَّلْحِ لِأَنَّ مَبْنَاهُ عَلَى ذَلِكَ، فَلَوْ أَلْزَمْنَاهُ فِي الصَّلْحِ تَضْمِينَ رُبْعَ الدَّيْنِ أَلَبَّتْهُ تَضَرُّرٌ فَيُخَيَّرُ الْقَابِضُ كَمَا ذَكَرْنَا مِنْ قَوْلِهِ إِلَّا أَنْ يَضْمَنَ لَهُ شَرِيْكُهُ، وَلَيْسَ لِلشَّرِيْكِ عَلَى الثَّوْبِ فِي صُورَةِ الْبَيْعِ سَبِيلٌ لِأَنَّهُ مَلَكَهُ بِعَقْدِهِ.

فَإِنْ قِيلَ: هَبْ أَنَّهُ مَلَكَهُ بِعَقْدِهِ أَمَا كَانَ بَعْضُ دَيْنٍ مُشْتَرَكٍ وَذَلِكَ يَقْتَضِي الْاِشْتِرَاكَ فِي الْمَقْبُوضِ؟

أَجَابَ بِقَوْلِهِ (وَالِاسْتِيفَاءُ بِالْمُقَاصَّةِ بَيْنَ ثَمَنِهِ وَبَيْنَ الدَّيْنِ) يَعْنِي أَنَّ الْاِسْتِيفَاءَ لَمْ يَقَعْ بِمَا هُوَ مُشْتَرَكٌ بَلْ بِمَا يَخْصُهُ مِنَ الثَّمَنِ بِطَرِيقِ الْمُقَاصَّةِ، إِذِ الْبَيْعُ يَقْتَضِي ثُبُوتَ الثَّمَنِ فِي ذِمَّةِ الْمُشْتَرِي، وَالْإِضَافَةُ إِلَى مَا عَلَى الْغَرِيمِ مِنْ نَصِيْبِهِ عِنْدَ الْعَقْدِ إِنْ تَحَقَّقَتْ لَا تُثَنِّفِي ذَلِكَ، لِأَنَّ الثَّقُودَ عَيْنًا كَانَتْ أَوْ دَيْنًا لَا تَتَعَيَّنُ فِي الْعُقُودِ. وَإِذَا ظَهَرَتْ الْمُقَاصَّةُ ائْتَدَعَ مَا يُتَوَهَّمُ مِنْ قِسْمَةِ الدَّيْنِ قَبْلَ الْقَبْضِ لِأَنَّهَا لَزِمَتْ فِي ضَمَنِ الْمُعَاقَدَةِ فَلَا مُعْتَبَرَ بِهَا، وَأَمَّا الصَّلْحُ فَلَيْسَ يَلْزَمُ بِهِ فِي ذِمَّةِ الْمَصَالِحِ شَيْءٌ تَقَعُ الْمُقَاصَّةُ بِهِ فَتَعَيَّنَ أَنْ يَكُونَ الْمَأْخُودُ مِنَ الدَّيْنِ الْمُشْتَرَكِ فَكَانَ الشَّرِيْكُ بِسَبِيلٍ مِنَ الْمِشَارَكَةِ فِيهِ (وَلِلشَّرِيْكِ أَنْ يَتَّبَعَ الْغَرِيمَ فِي جَمِيعِ مَا ذَكَرْنَا) مِنْ الصَّلْحِ عَنْ نَصِيْبِهِ عَلَى ثَوْبٍ وَاسْتِيفَاءِ نَصِيْبِهِ بِالثَّقُودِ وَشِرَاءِ السَّلْعَةِ بِنَصِيْبِهِ (لِأَنَّ حَقَّهُ فِي ذِمَّةِ الْغَرِيمِ بَاقٍ، لِأَنَّ الْقَابِضَ اسْتَوْفَى نَصِيْبَهُ حَقِيقَةً لَكِنْ لَهُ حَقُّ الْمِشَارَكَةِ فَلَهُ أَنْ لَا

يُشَارِكُهُ) لثَلَا يَنْقَلِبَ مَالُهُ عَلَيْهِ فَإِنَّهُ خَلْفٌ بَاطِلٌ (فَلَوْ سَلِمَ السَّائِكُ لِلْقَابِضِ مَا قَبِضَ ثُمَّ تَوَى مَا عَلَى الْغَرِيمِ لَهُ أَنْ يُشَارِكَ الْقَابِضُ) فِي الْفُصُولِ الثَّلَاثَةِ.

(لأنه رضي بالتسليم ليسلم له ما في ذمة الغريم ولم يسلم) كما إذا مات المحال عليه مفلسا فإن المحتال يرجع على المحيل لذلك، وإذا كان على أحد الشريكين دين للغريم قبل الدين المشترك فأقر بذلك لم يرجع عليه الشريك لأنه قاض بنصيبه لا مقتضى بناء على أن آخر الدينين قضاء عن أولهما، إذ العكس يستلزم القضاء قبل الوجوب والقضاء لا يسبقه (ولو أبرأه عن نصيبه فكذلك لأنه إثلاف وليس بقبض، ولو أبرأه عن البعض كانت قسمة الباقي على ما بقي من السهام) حتى لو كان لهما على المدينون عشرون درهما فأبرأ أحد الشريكين عن نصف نصيبه كانت المطالبة له بالخمسة وللسائك بال عشرة (ولو آخر أحدهما عن نصيبه صح عند أبي يوسف) خلافا لهما.

قال صاحب النهاية: ما ذكره من صفة الاختلاف مخالف لما ذكر في عامة الكتب حيث ذكر قول محمد مع قول أبي يوسف، وذلك سهل لجواز أن يكون المصنف قد اطلع على رواية لمحمد مع أبي حنيفة وأبو يوسف اعتبر التأخير لكونه إبراء مؤقتا بالإبراء المطلق، وقالوا: يلزم قسمة الدين قبل القبض لامتنياز أحد النصيبين عن الآخر بانصاف أحدهما بالحلل والآخر بالتأجيل، وقسمة الدين قبل القبض لا تجوز لأنه وصف شرعي ثابت في الذمة، وذلك لا يتميز بفضه عن بعض، ولقائل أن يقول بتأخير البعض هل يتميز أحد النصيبين عن الآخر أو لا، فإن يتميز بطل قولكم وذلك لا يتميز بفضه عن بعض، وإن لم يتميز بطل قولكم لامتنياز أحد النصيبين عن الآخر بكذا وكذا. والجواب عنه أن تأخير البعض فيه يستلزم التمييز بذكر ما يوجهه فيما يستحيل ذلك فيه، فمعتى قوله لامتنياز أحد النصيبين لاستلزام التأخير الامتنياز. فإن قيل: فقد يجوز إبراء أحدهما عن نصيبه وذكر الإبراء يوجب التمييز بكون بعضه مطلوبا وبعضه لا فيما يستحيل فيه ذلك.

أجيب بأن القسمة تقتضي وجود النصيبين، وليس ذلك في صورة الإبراء بموجود فلا قسمة. لا يقال: لو كان القسمة أمرا وجوديا لزم ما ذكرتم، وإنما هي رفع الاشتراك أو الاتحاد أو ما شئت فسمه وذلك عديمي، فلا تسلم أنها تقتضي وجود

النَّصِيبِينَ. لَأَنَّا نَقُولُ: الْقِسْمَةُ إِفْرَازُ أَحَدِ النَّصِيبِينَ لِتَكْمِيلِ الْمُنْفَعَةِ بِمَا لَا يُشَارِكُهُ فِيهِ الْآخَرُ، وَذَلِكَ يَقْتَضِي وَجُودَهُمَا لَا مَحَالَةَ، وَارْتِفَاعُ الشَّرِكَةِ مِنْ لَوَازِمِهِ وَالْإِعْتِبَارُ لِلْمَوْضُوعَاتِ الْأَصْلِيَّةِ (وَلَوْ غَضِبَ أَحَدُهُمَا عَيْنًا مِنْهُ أَوْ اشْتَرَاهُ شِرَاءً فَاسِدًا فَهَلَكَ فِي يَدِهِ فَهُوَ قَبْضٌ) لِأَنَّ ضَمَانَ الْهَالِكِ قِصَاصٌ بِقَدَرِهِ مِنَ الدِّينِ وَهُوَ آخِرُ الدَّيْنَيْنِ فَيَصِيرُ قَضَاءً لِلأَوَّلِ، وَكَذَا إِذَا اسْتَأْجَرَ مِنَ الْغَرِيمِ بِنَصِيبِهِ دَارًا وَسَكَنَهَا فَأَرَادَ شَرِيكُهُ اتِّبَاعَهُ كَانَ لَهُ ذَلِكَ لِأَنَّهُ صَارَ مُقْتَضِيًا نَصِيبَهُ وَقَدْ قَبِضَ مَالَهُ حُكْمُ الْمَالِ مِنْ كُلِّ وَجْهِ، لِأَنَّ مَا عَدَا مَنَافِعَ الْبُضْعِ مِنَ الْمَنَافِعِ جُعِلَ مَالًا مِنْ كُلِّ وَجْهِ عِنْدَ وَرُودِ الْعَقْدِ عَلَيْهَا (وَكَذَا الْإِحْرَاقُ عِنْدَ مُحَمَّدٍ خِلَافًا لِأَبِي يُوسُفَ).

وَصُورَتُهُ: مَا إِذَا رَفَى الثَّارَ عَلَى ثَوْبِ الْمَدْيُونِ فَأَحْرَقَهُ وَهُوَ يُسَاوِي نَصِيبَ الْمُحْرَقِ، وَأَمَّا إِذَا أَخَذَ الثَّوْبَ ثُمَّ أَحْرَقَهُ فَإِنَّ لِلشَّرِيكَ السَّكْتَ أَنْ يَتَّبَعَ الْمُحْرَقَ بِالْإِجْمَاعِ. لِمُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ الْإِحْرَاقَ إِثْلَافٌ لِمَالٍ مَضْمُونٍ فَكَانَ كَالْعَضْبِ، وَالْمَدْيُونُ صَارَ قَاضِيًا لِنَصِيبِهِ بِطَرِيقِ الْمَقَاصَةِ فَيَجْعَلُ الْمُحْرَقُ مُقْتَضِيًا، وَلِأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ مُتْلَفَ نَصِيبِهِ بِمَا صَنَعَ لَا قَابِضَ، لِأَنَّ الْإِحْرَاقَ إِثْلَافٌ فَكَانَ هَذَا نَظِيرَ الْجَنَائَةِ، فَإِنَّهُ لَوْ جَنَى عَلَى نَفْسِ الْمَدْيُونِ حَتَّى سَقَطَ نَصِيبُهُ مِنَ الدِّينِ لَمْ يَكُنْ لِلْآخَرِ أَنْ يَرْجِعَ عَلَيْهِ بِشَيْءٍ، فَكَذَا إِذَا جَنَى بِالْإِحْرَاقِ، وَإِذَا تَزَوَّجَ بِنَصِيبِهِ مِنَ الدِّينِ لَمْ يَرْجِعْ عَلَيْهِ الشَّرِيكُ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ لِأَنَّهُ لَمْ يَقْبِضْ مِنْ حِصَّتِهِ شَيْئًا مَضْمُونًا يَقْبَلُ الشَّرِكَةَ فَإِنَّهُ يَمْلِكُ بِهِ الْبُضْعَ، وَإِنَّهُ لَيْسَ بِمَالٍ مُتَقَوِّمٍ وَلَا مَضْمُونٍ عَلَى أَحَدٍ فَكَانَ كَالْجَنَائَةِ وَرَوَى بِشَرٍّ عَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يَرْجِعُ لِأَنَّ التَّزَوُّجَ وَإِنْ كَانَ بِالنَّصِيبِ لَفْظًا فَهُوَ بِمَثَلِهِ مَعْنَى فَيَكُونُ دَيْنُ الْمَهْرِ الْوَاجِبِ لِلْمَرْأَةِ آخِرَ الدَّيْنَيْنِ فَيَصِيرُ قَضَاءً لِلأَوَّلِ فَيَتَحَقَّقُ الْقَضَاءُ وَالْإِقْتِضَاءُ، وَالصَّلْحُ عَلَى نَصِيبِهِ بِجَنَائَةِ الْعَمْدِ إِثْلَافٌ كَالْتَّزَوُّجِ بِهِ لِأَنَّهُ لَمْ يَقْبِضْ شَيْئًا قَابِلًا لِلشَّرِكَةِ بَلْ أَثْلَفَ نَصِيبَهُ.

قِيلَ وَإِنَّمَا قَيَّدَ بِقَوْلِهِ عَمْدًا لِأَنَّهُ فِي الْخَطِّ يَرْجِعُ عَلَيْهِ، وَأُطْلِقَ فِي الْإِيضَاحِ فَقَالَ: وَلَوْ شَجَّهُ مُوضِحَةً فَصَالِحُهُ عَلَى حِصَّتِهِ لَمْ يَلْزَمْ الشَّرِيكَ شَيْءٌ لِأَنَّ الصَّلْحَ عَنْ الْمَوْضِحَةِ بِمَنْزِلَةِ النِّكَاحِ، وَأَرَى أَنَّهُ قَيَّدَهُ بِذَلِكَ لِأَنَّ الْأَرْضَ قَدْ يَلْزَمُ الْعَاقِلَةَ فَلَمْ يَكُنْ مُقْتَضِيًا لَشَيْءٍ.

قَالَ (وَإِذَا كَانَ السَّلَامُ بَيْنَ شَرِيكَيْنِ فَصَالِحٌ أَحَدُهُمَا مِنْ نَصِيْبِهِ عَلَى رَأْسِ الْمَالِ لَمْ يَجْزْ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ يَجُوزُ الصُّلْحُ) اعْتِبَارًا بِسَائِرِ الدُّيُونِ، وَبِمَا إِذَا اشْتَرَى عَبْدًا فَأَقَالَ أَحَدُهُمَا فِي نَصِيْبِهِ. وَلَهُمَا أَنَّهُ لَوْ جَازَ فِي نَصِيْبِهِ خَاصَّةٌ يَكُونُ قِسْمَةُ الدَّيْنِ فِي الدِّمَّةِ، وَلَوْ جَازَ فِي نَصِيْبِهِمَا لَا بُدَّ مِنْ إِجَازَةِ الْآخَرِ بِخِلَافِ شِرَاءِ الْعَيْنِ، وَهَذَا لِأَنَّ الْمُسْلِمَ فِيهِ صَارَ وَاجِبًا بِالْعَقْدِ وَالْعَقْدُ قَامَ بِهِمَا فَلَا يَنْفَرِدُ أَحَدُهُمَا بِرَفْعِهِ، وَلَئِنَّهُ لَوْ جَازَ لَشَارَكَهُ فِي الْمَقْبُوضِ، فَإِذَا شَارَكَهُ فِيهِ رَجَعَ الْمَصَالِحُ عَلَى مَنْ عَلَيْهِ بِذَلِكَ فَيُؤَدِّي إِلَى عَوْدِ السَّلَامِ بَعْدَ سَقُوطِهِ. قَالُوا: هَذَا إِذَا خَلَطَا رَأْسَ الْمَالِ، فَإِنْ لَمْ يَكُونَا قَدْ خَلَطَاهُ فَعَلَى الْوَجْهِ الْأَوَّلِ هُوَ عَلَى الْخِلَافِ، وَعَلَى الْوَجْهِ الثَّانِي هُوَ عَلَى الْإِتِّفَاقِ.

الشرح:

قَالَ (وَإِذَا كَانَ السَّلَامُ بَيْنَ شَرِيكَيْنِ إِنْ) إِذَا أَسْلَمَ رَجُلَانِ رَجُلًا فِي كُرِّ حِنْطَةٍ فَصَالِحٌ أَحَدُهُمَا مَعَ الْمُسْلِمِ إِلَيْهِ عَلَى أَنْ يَأْخُذَ نَصِيْبَهُ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ وَيَفْسَخَ عَقْدَ السَّلَامِ فِي نَصِيْبِهِ لَمْ يَجْزْ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ إِلَّا بِإِجَازَةِ الْآخَرِ، فَإِنْ أَجَازَ جَازَ وَكَانَ الْمَقْبُوضُ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ مُشْتَرَكًا بَيْنَهُمَا وَمَا بَقِيَ مِنَ السَّلَامِ مُشْتَرَكًا بَيْنَهُمَا وَإِنْ لَمْ يُجْزِهِ فَالصُّلْحُ بَاطِلٌ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: جَازَ اعْتِبَارًا بِسَائِرِ الدُّيُونِ، فَإِنْ أَحَدَ الدَّائِنَيْنِ إِذَا صَالَحَ الْمَدْيُونُ عَنْ نَصِيْبِهِ عَلَى بَدَلٍ جَازَ وَكَانَ الْآخَرُ مُخَيَّرًا بَيْنَ أَنْ يُشَارَكَهُ فِي الْمَقْبُوضِ وَبَيْنَ أَنْ يَرْجِعَ عَلَى الْمَدْيُونِ بِنَصِيْبِهِ كَذَلِكَ هَاهُنَا وَبِمَا إِذَا اشْتَرَى عَبْدًا فَأَقَالَ أَحَدُهُمَا فِي نَصِيْبِهِ) بِجَامِعٍ أَنَّ هَذَا الصُّلْحَ إِقَالَةٌ وَفَسَخَ لِعَقْدِ السَّلَامِ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ وَجْهَانِ: أَحَدُهُمَا أَنَّهُ لَوْ جَازَ فِيمَا أَنْ جَازَ فِي نَصِيْبِهِ خَاصَّةً أَوْ فِي النَّصْفِ مِنَ النَّصِيْبَيْنِ، فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ لَزِمَ قِسْمَةُ الدَّيْنِ قَبْلَ الْقَبْضِ لِأَنَّ خُصُوصِيَّةَ نَصِيْبِهِ لَا تَظْهَرُ إِلَّا بِالتَّمْيِيزِ، وَلَا تَمْيِيزَ إِلَّا بِالْقِسْمَةِ وَقَدْ تَقَدَّمَ بَطْلَانُهَا، وَإِنْ كَانَ الثَّانِي فَلَا بُدَّ مِنْ إِجَازَةِ الْآخَرِ لَتَنَاوُلِهِ بَعْضَ نَصِيْبِهِ.

وَقَوْلُهُ بِخِلَافِ شِرَاءِ الْعَيْنِ جَوَابٌ عَنْ قِيَاسِ أَبِي يُوسُفَ الْمُتَنَازِعِ عَلَى شِرَاءِ الْعَبْدِ وَتَقْرِيرِهِ، بِخِلَافِ شِرَاءِ الْعَيْنِ فَإِنَّمَا إِذَا اخْتَرْنَا فِيهِ الشَّقَّ الْأَوَّلَ مِنَ التَّرْدِيدِ لَمْ يَلْزَمْ الْمَحْذُورُ الْمَذْكُورَ فِيهِ فِي السَّلَامِ وَهُوَ قِسْمَةُ الدَّيْنِ فِي الدِّمَّةِ. وَاسْتَظْهَرَ الْمُصَنِّفُ بِقَوْلِهِ وَهَذَا لِأَنَّ

المُسْلِمَ فِيهِ يَعْنِي أَنَّ الْمُسْلِمَ فِيهِ فِي ذِمَّةِ الْمُسْلِمِ إِلَيْهِ إِنَّمَا صَارَ وَاجِبًا بَعْدَ السَّلَامِ وَالْعَقْدُ قَامَ بِهِمَا فَلَا يَنْفَرِدُ أَحَدُهُمَا بَرْفَعِهِ. وَالثَّانِي أَنَّهُ لَوْ جَازَ الصُّلْحُ لَشَارَكَهُ فِي الْمَقْبُوضِ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ لِأَنَّ الصَّفَقَةَ وَاحِدَةٌ وَهِيَ مُشْتَرَكَةٌ بَيْنَهُمَا، وَإِذَا شَارَكَهُ فِيهِ يَرْجِعُ الْمَصَالِحُ عَلَى مَنْ عَلَيْهِ بِالْقَدَرِ الَّذِي قَبَضَهُ الشَّرِيكَ حَيْثُ لَمْ يُسَلِّمْ لَهُ ذَلِكَ الْقَدَرُ وَقَدْ كَانَ سَاقِطًا بِالصُّلْحِ ثُمَّ عَادَ بَعْدَ سَقُوطِهِ.

واعتُزِلَ بِأَنَّ هَذَا الْمَعْنَى مَوْجُودٌ فِي الدَّيْنِ الْمُشْتَرَكِ إِذَا اسْتَوْفَى أَحَدُهُمَا نِصْفَهُ، فَإِذَا شَارَكَهُ صَاحِبُهُ فِي النَّصْفِ رَجَعَ الْمَصَالِحُ بِذَلِكَ عَلَى الْغَرِيمِ وَفِيهِ عَوْدُ الدَّيْنِ بَعْدَ سَقُوطِهِ. وَأُجِيبَ بِأَنَّهُ أَخَذَ بَدَلَ الدَّيْنِ وَأَخَذَهُ يُؤْذَنُ بِتَقْرِيرِ الْمُبْدَلِ لَا بِسَقُوطِهِ، بَلْ يَتَقَاصَّنَ وَيَثْبُتُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا دَيْنٌ فِي ذِمَّةِ صَاحِبِهِ، لِأَنَّ الدَّيُونَ تُقْضَى بِأَمْثَالِهَا وَفِي السَّلَامِ يَكُونُ فُسْخًا وَالْمَفْسُوخُ لَا يَعُودُ بِدُونِ تَجْدِيدِ السَّبَبِ.

(قَالُوا) أَيُّ الْمُتَأَخِّرُونَ مِنْ مَشَائِخِنَا (هَذَا) الْاِخْتِلَافُ بَيْنَ عُلَمَائِنَا إِنَّمَا هُوَ (إِذَا خَلَطَا رَأْسَ الْمَالِ) وَعَقْدًا عَقَدَ السَّلَامُ، وَأَمَّا إِذَا لَمْ يَخْلُطَا فَقَالَ بَعْضُهُمْ هُوَ عَلَى هَذَا الْاِخْتِلَافِ أَيْضًا وَهَؤُلَاءِ نَظَرُوا إِلَى الْوَجْهِ الْأَوَّلِ وَهُوَ قَوْلُهُ الْعَقْدُ قَامَ بِهِمَا فَلَا يَنْفَرِدُ أَحَدُهُمَا بَرْفَعِهِ، وَلَا فَرْقَ فِي ذَلِكَ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ رَأْسُ الْمَالِ مَخْلُوطًا أَوْ غَيْرَهُ وَقَالَ آخَرُونَ: هُوَ عَلَى الْاِتِّفَاقِ فِي الْجَوَازِ، وَهَؤُلَاءِ نَظَرُوا إِلَى الْوَجْهِ الثَّانِي وَهُوَ قَوْلُهُ لَوْ جَازَ لَشَارَكَهُ فِي الْمَقْبُوضِ لِأَنَّ ذَلِكَ بِاعْتِبَارِ شَرِكَيْهِمَا فِي الْمَقْبُوضِ وَلَا مُشَارَكَةَ عِنْدَ انْفِرَادِ كُلِّ مِنْهُمَا بِمَا يَخْصُهُ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ، وَمُنْشَأُ اِخْتِلَافِ الْمُتَأَخِّرِينَ فِي أَنَّ اِخْتِلَافَ الْمُتَقَدِّمِينَ فِي صُورَةِ خَلْطِ رَأْسِ الْمَالِ أَوْ عَلَى الْإِطْلَاقِ أَنَّ مُحَمَّدًا ذَكَرَ اِخْتِلَافَ فِي الْبُيُوعِ مَعَ ذِكْرِ الْخَلْطِ، وَذَكَرَ فِي كِتَابِ الصُّلْحِ مَعَ تَصْرِيحِ عَدَمِ الْخَلْطِ أَنَّ الْآخَرَ لَا يُشَارَكَهُ فِيمَا قَبِضَ الْمَصَالِحُ فِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ وَلَمْ يَذْكُرْ قَوْلَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ فَظَنَّ بَعْضُهُمْ أَنَّ تَرْكَ الذِّكْرِ لِأَجْلِ الْاِتِّفَاقِ. وَقِيلَ وَلَيْسَ بِسَدِيدٍ: لِأَنَّ الْمَوْجِبَ لِلشَّرِكَةِ فِي الْمَقْبُوضِ هُوَ الشَّرِكَةُ فِي دَيْنِ السَّلَامِ بِاتِّحَادِ الْعَقْدِ وَهُوَ لَا يَخْتَلَفُ فِيمَا خَلَطَا أَوْ لَمْ يَخْلُطَا.

فصل في التَخَارُجِ

(وَإِذَا كَانَتْ الشَّرِكَةُ بَيْنَ وَرَثَةٍ فَأَخْرَجُوا أَحَدَهُمْ مِنْهَا بِمَالٍ أَعْطَوْهُ إِيَّاهُ وَالشَّرِكَةُ عَقَارٌ أَوْ عَرُوضٌ جَازَ قَلِيلًا كَانَ مَا أَعْطَوْهُ إِيَّاهُ أَوْ كَثِيرًا) لِأَنَّهُ أَمَكَنَ

تَصَحِيحُهُ بَيْعًا. وَفِيهِ أَثَرُ عُثْمَانَ، فَإِنَّهُ صَالِحٌ تَمَاضَرُ الْأَشْجَعِيَّةُ امْرَأَةً عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ عَوْفٍ رضي الله عنه عَنْ رُبْعِ ثَمَنِهَا عَلَى ثَمَانِينَ أَلْفَ دِينَارٍ ^(١).

قَالَ (وَإِنْ كَانَتْ التَّرِكَةُ فِضَّةً فَأَعْطُوهُ ذَهَبًا أَوْ كَانَ ذَهَبًا فَأَعْطُوهُ فِضَّةً فَهُوَ كَذَلِكَ) لِأَنَّهُ بَيْعُ الْجِنْسِ بِخِلَافِ الْجِنْسِ فَلَا يُعْتَبَرُ التَّسَاوِي وَيُعْتَبَرُ التَّقَابُضُ فِي الْمَجْلِسِ لِأَنَّهُ صَرَفٌ غَيْرُ أَنْ الَّذِي فِي يَدِهِ بَقِيَّةُ التَّرِكَةِ إِنْ كَانَ جَاحِدًا يَكْتَفِي بِذَلِكَ الْقَبْضِ لِأَنَّهُ قَبْضُ ضَمَانٍ فَيُنَوَّبُ عَنْ قَبْضِ الصَّلْحِ وَإِنْ كَانَ مَقْرَأًا لَا بُدَّ مِنْ تَجْدِيدِ الْقَبْضِ لِأَنَّهُ قَبْضُ أَمَانَةٍ فَلَا يُنَوَّبُ عَنْ قَبْضِ الصَّلْحِ (وَإِنْ كَانَتْ التَّرِكَةُ ذَهَبًا وَفِضَّةً وَغَيْرَ ذَلِكَ فَصَالِحُهُ عَلَى ذَهَبٍ أَوْ فِضَّةٍ فَلَا بُدَّ أَنْ يَكُونَ مَا أَعْطُوهُ أَكْثَرَ مِنْ نَصِيبِهِ مِنْ ذَلِكَ الْجِنْسِ حَتَّى يَكُونَ نَصِيبُهُ بِمِثْلِهِ وَالزِّيَادَةُ بِحَقِّهِ مِنْ بَقِيَّةِ التَّرِكَةِ) احْتِرَازًا عَنِ الرَّبَا، وَلَا بُدَّ مِنَ التَّقَابُضِ فِيمَا يُقَابِلُ نَصِيبَهُ مِنَ الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ لِأَنَّهُ صَرَفٌ فِي هَذَا الْقَدْرِ، وَلَوْ كَانَ بَدَلَ الصَّلْحِ عَرْضًا جَازَ مُطْلَقًا لَعَدِمَ الرَّبَا، وَلَوْ كَانَ فِي التَّرِكَةِ دَرَاهِمٌ وَدَنَانِيرُ وَبَدَلَ الصَّلْحِ دَرَاهِمٌ وَدَنَانِيرُ أَيْضًا جَازَ الصَّلْحُ كَيْفَمَا كَانَ صَرَفًا لِلْجِنْسِ إِلَى خِلَافِ الْجِنْسِ كَمَا فِي الْبَيْعِ لَكِنْ يُشْتَرَطُ التَّقَابُضُ لِلصَّرْفِ.

الشرح:

(فَصْلٌ فِي التَّخَارُجِ): التَّخَارُجُ تَفَاعُلٌ مِنَ الْخُرُوجِ، وَهُوَ أَنْ يَصْطَلِحَ الْوَرَثَةُ عَلَى إِخْرَاجِ بَعْضِهِمْ مِنَ الْمِيرَاثِ بِمَالٍ مَعْلُومٍ. وَوَجْهٌ تَأْخِيرُهُ قِلَّةُ وَقُوْعِهِ، فَإِنَّهُ قَلِمَا يَرْضَى أَحَدٌ بِأَنْ يَخْرُجَ مِنَ الْيَتِيمِ بِغَيْرِ اسْتِيفَاءِ حَقِّهِ. وَسَبَبُهُ طَلَبُ الْخَارِجِ مِنَ الْوَرَثَةِ ذَلِكَ عِنْدَ رِضَا غَيْرِهِ بِهِ، وَلَهُ شُرُوطٌ تُذَكَّرُ فِي أَثْنَاءِ الْكَلَامِ، وَتَصَوِيرُ الْمَسْأَلَةِ ذَكَرْنَاهُ فِي مُخْتَصَرِ الضَّوِّ وَالرِّسَالَةِ.

قَالَ (وَإِذَا كَانَتْ التَّرِكَةُ بَيْنَ وَرَثَةٍ فَأَخْرَجُوا أَحَدَهُمْ إلخ) وَإِذَا كَانَتْ التَّرِكَةُ بَيْنَ وَرَثَةٍ فَأَخْرَجُوا أَحَدَهُمْ مِنْهَا بِمَالٍ أَعْطُوهُ إِيَّاهُ حَالُ كَوْنِ التَّرِكَةِ عَقَارًا أَوْ غَرُوضًا جَازَ قَلٍ مَا أَعْطُوهُ أَوْ كَثُرَ، وَقَيَّدَ بِذَلِكَ لِأَنَّهَا لَوْ كَانَتْ مِنَ التَّقَوُّدِ كَانَ هُنَاكَ شَرْطٌ سَنَذْكُرُهُ، وَهَذَا لِأَنَّهُ أَمَكْنَ تَصَحِيحُهُ بَيْعًا وَابْتِيعَ بِالصَّحِاحِ بِالْقَلِيلِ وَالْكَثِيرِ مِنَ الثَّمَنِ، وَلَمْ يَصِحَّ جَعْلُهُ إِنْزَاءً لَأَنَّ الْإِنْزَاءَ مِنَ الْأَعْيَانِ غَيْرِ الْمَضْمُونَةِ لَا يَصِحُّ. فَإِنْ قِيلَ: لَوْ كَانَ بَيْعًا لَشَرَطَ مَعْرِفَةُ مِقْدَارِ حِصَّتِهِ مِنَ التَّرِكَةِ لِأَنَّ جَهَالَتَهُ تُفْسِدُ الْبَيْعَ. أُجِيبَ بِأَنَّ الْجَهَالََةَ

(١) أخرجه ابن سعد في الطبقات (٩١/٣)، وانظر نصب الراية (٢٦٩/٤).

المُضْطَّةَ إِلَى التَّرَاعِ تُفْسِدُ الْبَيْعَ لَامْتِنَاعِهِ عَنِ التَّسْلِيمِ الْوَاجِبِ بِمُقْتَضَى الْبَيْعِ، وَهَذَا لَا يَحْتَاجُ إِلَى تَسْلِيمٍ فَلَا يُفْضَى إِلَى الْمُنَازَعَةِ فَصَارَ كَمَنْ أَقْرَأَ أَنَّهُ غَضَبَ مِنْ فُلَانٍ شَيْئًا وَاشْتَرَاهُ مِنَ الْمَقْرَأِ لَهُ جَارَ وَإِنْ لَمْ يَعْلَمَا مَقْدَارَهُ.

وَفِي جَوَازِ التَّخَارُجِ مَعَ جَهَالَةِ الْمَصَالِحِ عَنْهُ أَثَرُ عُثْمَانَ. وَهُوَ مَا رَوَى مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ عَمَّنْ حَدَّثَهُ عَنْ عَمْرِو بْنِ دِينَارٍ أَنَّ إِحْدَى نِسَاءِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ عَوْفٍ رضي الله عنه صَالَحُوهَا عَلَى ثَلَاثَةِ وَتَمَانِينَ أَلْفًا عَلَى أَنْ أَخْرَجُوهَا مِنَ الْمِيرَاثِ وَهِيَ تُمَاضِرُ كَانَ طَلَقَهَا فِي مَرَضِهِ فَاخْتَلَفَتْ الصَّحَابَةُ فِي مِيرَاثِهَا مِنْهُ، ثُمَّ صَالَحُوهَا عَلَى الشَّطْرِ وَكَانَتْ لَهُ أَرْبَعُ نِسْوَةٍ وَأَوْلَادٌ فَحَظُّهَا رُبْعُ الثَّمَنِ جُزْءٌ مِنْ اثْنَيْنِ وَثَلَاثِينَ جُزْءًا فَصَالَحُوهَا عَلَى نِصْفِ ذَلِكَ وَهُوَ جُزْءٌ مِنْ أَرْبَعَةٍ وَسِتِّينَ جُزْءًا وَأَخَذَتْ بِهَذَا الْحِسَابِ ثَلَاثَةَ وَتَمَانِينَ أَلْفًا وَلَمْ يُفَسِّرْ ذَلِكَ فِي الْكِتَابِ.

وَذَكَرَ فِي كُتُبِ الْحَدِيثِ ثَلَاثَةَ وَتَمَانِينَ أَلْفَ دِينَارٍ، وَإِنْ كَانَتْ التَّرِكََةُ فِضَّةً فَأَعْطَوْهُ ذَهَبًا أَوْ بِالْعَكْسِ جَارَ لِأَنَّهُ يَبِيعُ الْجِنْسَ، بِخِلَافِ الْجِنْسِ فَلَا يُعْتَبَرُ التَّسَاوِي لَكِنْ يُعْتَبَرُ الْقَبْضُ فِي الْمَجْلِسِ لَكَوْنِهِ صَرَفًا غَيْرَ أَنَّ الْوَارِثَ الَّذِي فِي يَدِهِ بَقِيَّةُ التَّرِكََةِ إِنْ كَانَ جَاهِدًا لَكَوْنِهَا فِي يَدِهِ يَكْتَفِي بِذَلِكَ الْقَبْضِ: أَيْ الْقَبْضِ السَّابِقِ لِأَنَّهُ قَبْضُ ضَمَانٍ فَيَتَوَبُّ عَنْ قَبْضِ الصَّلْحِ، وَالْأَصْلُ فِي ذَلِكَ أَنَّهُ مَتَى تَجَانَسَ الْقَبْضَانِ بَأَن يَكُونَ قَبْضُ أَمَانَةٍ أَوْ قَبْضُ ضَمَانٍ نَابَ أَحَدُهُمَا مَنَابَ الْآخَرِ، أَمَّا إِذَا اخْتَلَفَا فَالْمَضْمُونُ يَتَوَبُّ عَنْ غَيْرِهِ دُونَ الْعَكْسِ، فَأَمَّا إِذَا كَانَ الَّذِي فِي يَدِهِ بَقِيَّتَهَا مُقْرَأً فَإِنَّهُ لَا بُدَّ مِنْ تَجْدِيدِ الْقَبْضِ وَهُوَ الْإِثْتِهَاءُ إِلَى مَكَانٍ يَتِمَكَّنُ مِنْ قَبْضِهِ لِأَنَّهُ قَبْضُ أَمَانَةٍ فَلَا يَتَوَبُّ عَنْ قَبْضِ الصَّلْحِ.

(وَإِنْ كَانَتْ التَّرِكََةُ ذَهَبًا وَفِضَّةً وَغَيْرَ ذَلِكَ فَصَالَحُوهُ عَلَى أَحَدِ التَّقْدِيرَيْنِ فَلَا بُدَّ أَنْ يَكُونَ مَا أُعْطِيَ أَكْثَرَ مِنْ نَصِيْبِهِ مِنْ ذَلِكَ الْجِنْسِ لِيَكُونَ نَصِيْبُهُ بِمِثْلِهِ وَالزِّيَادَةُ بِحَقِّهِ مِنْ بَقِيَّةِ التَّرِكََةِ) فَإِنْ كَانَ مُسَاوِيًا لِنَصِيْبِهِ أَوْ أَقَلُّ أَوْ لَا يَعْلَمُ مَقْدَارَ نَصِيْبِهِ بَطَلَ الصَّلْحُ لَوْجُودِ الرِّبَا، أَمَّا إِذَا كَانَ مُسَاوِيًا فَلَزِيَادَةُ الْعُرُوضِ وَإِذَا كَانَ أَقَلُّ فَلَزِيَادَةُ الْعُرُوضِ وَبَعْضُ الدَّرَاهِمِ، وَإِنْ كَانَ مَجْهُولًا فَفِيهِ شُبْهَةٌ ذَلِكَ فَتَعَذَّرَ تَصْحِيْحُهُ بِطَرِيقِ الْمَعَاوَضَةِ، وَلَا يَصِحُّ بِطَرِيقِ الْإِبْرَاءِ أَيْضًا لَمَّا مَرَّ، وَلَا بُدَّ مِنَ التَّقَابُضِ فِيمَا يُقَابِلُ حِصَّتَهُ مِنَ الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ لِأَنَّهُ صَرَفٌ فِي هَذَا الْقَدْرِ.

وَقِيلَ بُطْلَانُ الصُّلْحِ عَلَى مِثْلِ نَصِيْبِهِ أَوْ أَقَلِّ مِنَ الدَّرَاهِمِ حَالَةَ التَّصَادُقِ، أَمَّا إِذَا ادَّعَتْ مِيرَاثَ زَوْجِهَا وَأُنْكَرَ الْوَرَثَةُ الزَّوْجِيَّةَ فَصَالِحُوهَا عَلَى أَقَلِّ مِنْ نَصِيْبِهَا مِنَ الْمَهْرِ وَالْمِيرَاثِ جَازٌ، لِأَنَّ الْمَدْفُوعَ إِلَيْهَا حَيْثُ لَقِطَعَ الْمُنَازَعَةَ وَلَا فِتْنَاءَ الْيَمِينِ وَلَيْسَ ذَلِكَ رَبًّا (وَلَوْ كَانَ بَدَلَ الصُّلْحِ عَرْضًا جَازَ مُطْلَقًا) قَلَّ أَوْ كَثُرَ وَجِدَ التَّقَابُضُ فِي الْمَجْلِسِ أَوْ لَا، وَلَوْ كَانَتْ التَّرِكَةُ دَرَاهِمَ وَدَنَانِيرَ وَبَدَلَ الصُّلْحِ كَذَلِكَ جَازَ كَيْفَمَا كَانَ صَرَفًا لِلْجِنْسِ إِلَى خِلَافِهِ كَمَا فِي الْبَيْعِ، لَكِنْ لَا بُدَّ مِنَ الْقَبْضِ فِي الْمَجْلِسِ لِكَوْنِهِ صَرَفًا.

قَالَ (وَإِذَا كَانَ فِي التَّرِكَةِ دَيْنٌ عَلَى النَّاسِ فَأَدْخَلُوهُ فِي الصُّلْحِ عَلَى أَنْ يُخْرِجُوا الْمَصَالِحَ عَنْهُ وَيَكُونَ الدَّيْنُ لَهُ فَالْصُّلْحُ بَاطِلٌ) لِأَنَّ فِيهِ تَمْلِيكَ الدَّيْنِ مِنْ غَيْرِ مَنْ عَلَيْهِ وَهُوَ حِصَّةُ الْمَصَالِحِ (وَإِنْ شَرَطُوا أَنْ يَبْرَأَ الْغُرَمَاءُ مِنْهُ وَلَا يَرْجِعُ عَلَيْهِمْ بِنَصِيْبِ الْمَصَالِحِ فَالْصُّلْحُ جَائِزٌ) لِأَنَّهُ إِسْقَاطٌ وَهُوَ تَمْلِيكَ الدَّيْنِ مِنْ عَلَيْهِ الدَّيْنُ وَهُوَ جَائِزٌ، وَهَذِهِ حِيلَةُ الْجَوَازِ، وَأُخْرَى أَنْ يُعْجَلُوا قَضَاءُ نَصِيْبِهِ مُتَّبَرِّعِينَ، وَفِي الْوَجْهَيْنِ ضَرَرٌ بِبَقِيَّةِ الْوَرَثَةِ وَالْأَوْجُهُ أَنْ يُقْرِضُوا الْمَصَالِحَ مِقْدَارَ نَصِيْبِهِ وَيُصَالِحُوا عَمَّا وَرَاءَ الدَّيْنِ. وَيُجِيلُهُمْ عَلَى اسْتِيفَاءِ نَصِيْبِهِ مِنَ الْغُرَمَاءِ، وَلَوْ لَمْ يَكُنْ فِي التَّرِكَةِ دَيْنٌ وَأَعْيَانُهَا غَيْرُ مَعْلُومَةٍ وَالصُّلْحُ عَلَى الْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ، قِيلَ لَا يَجُوزُ لِاحْتِمَالِ الرَّبَا، وَقِيلَ يَجُوزُ لِأَنَّهُ شُبْهَةُ الشُّبْهَةِ، وَلَوْ كَانَتْ التَّرِكَةُ غَيْرَ الْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ لَكِنَّهَا أَعْيَانٌ غَيْرُ مَعْلُومَةٍ قِيلَ لَا يَجُوزُ لِكَوْنِهِ بَيْعًا إِذْ الْمَصَالِحُ عَنْهُ عَيْنٌ وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ يَجُوزُ لِأَنَّهَا لَا تُضْطَرُّ إِلَى الْمُنَازَعَةِ لِقِيَامِ الْمَصَالِحِ عَنْهُ فِي يَدِ الْبَقِيَّةِ مِنَ الْوَرَثَةِ، وَإِنْ كَانَ عَلَى الْمَيِّتِ دَيْنٌ مُسْتَعْرِقٌ لَا يَجُوزُ الصُّلْحُ وَلَا الْقِسْمَةُ لِأَنَّ التَّرِكَةَ لَمْ يَتَمَلَّكْهَا الْوَارِثُ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُسْتَعْرِقًا لَا يَنْبَغِي أَنْ يُصَالِحُوا مَا لَمْ يَقْضُوا دَيْنَهُ فَتَقَدَّمَ حَاجَةُ الْمَيِّتِ، وَلَوْ فَعَلُوا قَالُوا يَجُوزُ. وَذَكَرَ الْكَرْخِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي الْقِسْمَةِ أَنَّهَا لَا تَجُوزُ اسْتِحْسَانًا وَتَجُوزُ قِيَاسًا.

الشرح:

قَالَ (وَإِذَا كَانَ فِي التَّرِكَةِ دَيْنٌ عَلَى النَّاسِ إلخ) وَإِذَا كَانَ فِي التَّرِكَةِ دَيْنٌ عَلَى النَّاسِ فَأَدْخَلُوهُ فِي الصُّلْحِ عَلَى أَنْ يُخْرِجُوا مَنْ صَالَحَ عَنْ الدَّيْنِ وَيَكُونَ الدَّيْنُ لَهُمْ فَهُوَ بَاطِلٌ فِي الدَّيْنِ وَالْعَيْنِ جَمِيعًا، أَمَّا فِي الدَّيْنِ فَلَا أَنْ فِيهِ تَمْلِيكَ الدَّيْنِ مِنْ غَيْرِ مَنْ عَلَيْهِ الدَّيْنُ وَهُوَ حِصَّةُ الْمَصَالِحِ، وَأَمَّا فِي الْعَيْنِ فَلَا تَحَادِ الصَّفَقَةَ. وَالْحِيلَةُ فِي الْجَوَازِ أَنْ

يَشْتَرِطُوا عَلَى أَنْ يَبْرَأَ الْغُرْمَاءُ مِنْهُ وَلَا تَرْجِعُ الْوَرْتَةُ عَلَيْهِمْ بِنَصِيبِ الْمَصَالِحِ فَإِنَّهُ إِسْقَاطُ
أَوْ تَمْلِكُ الدَّيْنِ مِمَّنْ عَلَيْهِ الدَّيْنُ وَهُوَ جَائِزٌ (وَأُخْرَى أَنْ يُعْجَلُوا قَضَاءُ نَصِيبِهِ مِنَ الدَّيْنِ
مُتَبَرِّعِينَ، وَفِي الْوَجْهَيْنِ ضَرَرٌ بِبَقِيَّةِ الْوَرْتَةِ) أَمَّا فِي الْوَجْهِ الْأَوَّلِ فَلَأَنَّ بَقِيَّةَ الْوَرْتَةِ لَا
يُمْكِنُهُمُ الرُّجُوعُ عَلَى الْغُرْمَاءِ، وَفِي الْوَجْهِ الثَّانِي لُزُومُ التَّقْدِيرِ عَلَيْهِمْ بِمُقَابَلَةِ الدَّيْنِ الَّذِي
هُوَ نَسِيبَةٌ وَالتَّقْدِيرُ خَيْرٌ مِنَ التَّسْيِئَةِ.

(وَالْأَوَجَهُ أَنْ يُقْرِضُوا الْمَصَالِحَ مِقْدَارَ نَصِيبِهِ وَيُصَالِحُوا عَمَّا وَرَاءَ الدَّيْنِ وَيُحِيلُوا
الْوَرْتَةَ عَلَى اسْتِيفَاءِ نَصِيبِهِ مِنَ الْغُرْمَاءِ، وَلَوْ لَمْ يَكُنْ فِي التَّرِكَةِ دَيْنٌ وَأَعْيَانُهَا غَيْرُ مَعْلُومَةٍ
وَالصُّلْحُ عَلَى الْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ قِيلَ لَا يَجُوزُ لاحتِمَالِ الرَّبَا) وَهُوَ قَوْلُ الشَّيْخِ الْإِمَامِ
ظَهِيرِ الدَّيْنِ الْمَرْغِينَانِيِّ بِأَنْ كَانَ فِي التَّرِكَةِ مَكِيلٌ أَوْ مَوْزُونٌ وَنَصِيبُهُ مِنْ ذَلِكَ مِثْلُ بَدَلِ
الصُّلْحِ أَوْ أَقَلُّ (وَقِيلَ يَجُوزُ) وَهُوَ قَوْلُ الْفَقِيهِ أَبِي جَعْفَرٍ لاحتِمَالِ أَنْ لَا يَكُونَ فِي
التَّرِكَةِ مِنْ ذَلِكَ الْجِنْسِ، وَإِنْ كَانَ فَيَحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ نَصِيبُهُ مِنْ ذَلِكَ أَكْثَرَ مِمَّا أَخَذَ أَوْ
أَقَلَّ فِيهِ شَبْهَةُ الشُّبْهَةِ وَلَيْسَتْ بِمُعْتَبَرَةٍ.

(وَلَوْ كَانَتْ التَّرِكَةُ غَيْرَ الْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ لَكِنَّهَا أَعْيَانٌ غَيْرُ مَعْلُومَةٍ) فَصَالِحُوا عَلَى
مَكِيلٍ أَوْ مَوْزُونٍ أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ (قِيلَ لَا يَجُوزُ لكونِهِ يَتَعَا) إِذْ لَا يَصِحُّ أَنْ يَكُونَ إِبْرَاءُ
(لأنَّ الْمَصَالِحَ عَنْهُ عَيْنٌ) وَالْإِبْرَاءُ عَنِ الْعَيْنِ لَا يَجُوزُ، وَإِذَا كَانَ يَتَعَا كَانَتْ الْجَهَالَةُ مَانِعَةً
(وَقِيلَ يَجُوزُ وَهُوَ الْأَصَحُّ لِأَنَّهَا لَيْسَتْ بِمُفْضِيَةٍ إِلَى التَّرَاعِ لِقِيَامِ الْمَصَالِحِ عَنْهُ فِي يَدِ بَقِيَّةِ
الْوَرْتَةِ) فَمَا ثَمَّةَ احْتِيَاجٍ إِلَى التَّسْلِيمِ حَتَّى يُفْضِيَ إِلَى التَّرَاعِ، حَتَّى لَوْ كَانَ بَعْضُ التَّرِكَةِ
فِي يَدِ الْمَصَالِحِ وَلَا يَعْلَمُونَ مِقْدَارَهُ لَمْ يَجْزُ لاحتِيَاجِهِ إِلَى ذَلِكَ، وَإِنْ كَانَ عَلَى الْمَيْتِ دَيْنٌ
فَإِمَّا أَنْ يَكُونَ مُسْتَعْرِقًا أَوْ غَيْرَهُ؛ فَفِي الْأَوَّلِ لَا يَجُوزُ الصُّلْحُ وَلَا الْقِسْمَةُ لِأَنَّ الْوَارِثَ لَمْ
يَتَمَلَّكِ التَّرِكَةَ، وَفِي الثَّانِي لَا يَنْبَغِي أَنْ يُصَالِحُوا مَا لَمْ يَقْضُوا دَيْنَهُ تَقَدُّمَ حَاجَةِ الْمَيْتِ،
وَلَوْ فَعَلُوا قَالُوا يَجُوزُ. وَأَمَّا الْقِسْمَةُ فَقَدْ قَالَ الْكَرْخِيُّ إِنَّهَا لَا تَجُوزُ اسْتِحْسَانًا وَتَجُوزُ
قِيَاسًا. وَجْهُ الاسْتِحْسَانِ أَنَّ الدَّيْنَ يَمْنَعُ تَمْلُكَ الْوَرَاثِ، إِذَا مَا مِنْ جُزْءٍ إِلَّا وَهُوَ مَشْغُولٌ
بِالدَّيْنِ فَلَا تَجُوزُ الْقِسْمَةُ قَبْلَ قَضَائِهِ، وَجْهُ الْقِيَاسِ أَنَّ التَّرِكَةَ لَا تَخْلُو عَنْ قَلِيلِ الدَّيْنِ
فَتَقْسَمُ نَفْيًا لِلضَّرَرِ عَنِ الْوَرْتَةِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

كتاب المضاربة

المُضَارَبَةُ مُشْتَقَّةٌ مِنَ الضَّرْبِ فِي الْأَرْضِ؛ سُمِّيَ بِهَا لِأَنَّ الْمُضَارِبَ يَسْتَحِقُّ الرِّبْحَ بِسَعْيِهِ وَعَمَلِهِ، وَهِيَ مَشْرُوعَةٌ لِلْحَاجَةِ إِلَيْهَا، فَإِنَّ النَّاسَ بَيْنَ غَنِيِّ بِالْمَالِ غَنِيٍّ عَنِ التَّصَرُّفِ فِيهِ، وَبَيْنَ مُهْتَدٍ فِي التَّصَرُّفِ صِغَرِ الْيَدِ عَنْهُ، فَهَمَسَتْ الْحَاجَةُ إِلَى شَرْعِ هَذَا النُّوعِ مِنَ التَّصَرُّفِ لِيَنْتَظِمَ مَصْلَحَةُ الْغَنِيِّ وَالذَّكِيِّ وَالْفَقِيرِ وَالْغَنِيِّ. وَبُعِثَ النَّبِيُّ ﷺ وَالنَّاسُ يُبَاشِرُونَهُ فَقَرَّرَهُمْ عَلَيْهِ وَتَعَامَلَتْ بِهِ الصَّحَابَةُ، ثُمَّ الْمَدْفُوعُ إِلَى الْمُضَارِبِ أَمَانَةٌ فِي يَدِهِ لِأَنَّهُ قَبْضُهُ بِأَمْرِ مَالِكِهِ لَا عَلَى وَجْهِ الْبَدَلِ وَالْوَثِيقَةِ، وَهُوَ وَكِيلٌ فِيهِ لِأَنَّهُ يَتَصَرَّفُ فِيهِ بِأَمْرِ مَالِكِهِ، وَإِذَا رِيحَ فَهُوَ شَرِيكَ فِيهِ لَتَمْلِكِهِ جُزْءًا مِنَ الْمَالِ بِعَمَلِهِ، فَإِذَا فَسَدَتْ ظَهَرَتْ الْإِجَارَةُ حَتَّى اسْتَوْجَبَ الْعَامِلُ أَجْرَ مِثْلِهِ، وَإِذَا خَالَفَ كَانَ غَاصِبًا لَوْجُودِ التَّعْدِي مِنْهُ عَلَى مَالٍ غَيْرِهِ.

قَالَ (الْمُضَارَبَةُ عَقْدٌ عَلَى الشَّرِكَةِ بِمَالٍ مِنْ أَحَدِ الْجَانِبَيْنِ) وَمُرَادُهُ الشَّرِكَةُ فِي الرِّبْحِ وَهُوَ يَسْتَحَقُّ بِالْمَالِ مِنْ أَحَدِ الْجَانِبَيْنِ (وَالْعَمَلُ مِنَ الْجَانِبِ الْآخَرِ) وَلَا مُضَارَبَةَ بِدُونِهَا؛ أَلَا تَرَى أَنَّ الرِّبْحَ لَوْ شَرِطَ كُلُّهُ لَرَبُّ الْمَالِ كَانَ بِضَاعَةً، وَلَوْ شَرِطَ جَمِيعُهُ لِلْمُضَارِبِ كَانَ قَرْضًا.

قَالَ (وَلَا تَصِحُّ إِلَّا بِالْمَالِ الَّذِي تَصِحُّ بِهِ الشَّرِكَةُ) وَقَدْ تَقَدَّمَ بَيَانُهُ مِنْ قَبْلُ، وَلَوْ دَفَعَ إِلَيْهِ عَرْضًا وَقَالَ بَعُهُ وَأَعْمَلْ مُضَارَبَةً فِي ثَمَنِهِ جَازَ لَهُ لِأَنَّهُ يَقْبَلُ الْإِضَافَةَ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ تَوَكَّلَ وَإِجَارَةٌ فَلَا مَانِعَ مِنَ الصَّحَةِ، وَكَذَا إِذَا قَالَ لَهُ أَقْبِضْ مَا لِي عَلَى فُلَانٍ وَأَعْمَلْ بِهِ مُضَارَبَةً جَازَ مَا قُلْنَا، بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ لَهُ أَعْمَلْ بِالْأَرْضِ الَّذِي فِي ذِمَّتِكَ حَيْثُ لَا تَصِحُّ الْمُضَارَبَةُ، لِأَنَّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ لَا يَصِحُّ هَذَا التَّوَكُّلُ عَلَى مَا مَرَّ فِي الْبُيُوعِ. وَعِنْدَهُمَا يَصِحُّ لَكِنْ يَقَعُ الْمِلْكُ فِي الْمُشْتَرَى لِلْأَمْرِ فَيَصِيرُ مُضَارَبَةً بِالْعَرْضِ.

الشرح:

(كِتَابُ الْمُضَارَبَةِ): قَدْ ذَكَرْنَا وَجْهَ الْمُنَاسَبَةِ فِي أَوَّلِ الْإِقْرَارِ فَلَا يَحْتَاجُ إِلَى الْإِعَادَةِ (وَالْمُضَارَبَةُ مُشْتَقَّةٌ مِنَ الضَّرْبِ فِي الْأَرْضِ)؛ وَسُمِّيَ هَذَا الْعَقْدُ بِهَا لِأَنَّ الْمُضَارِبَ يَسِيرُ فِي الْأَرْضِ غَالِبًا طَلَبًا لِلرِّبْحِ قَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿وَأَخْرُوجُونَ فِي الْأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِنْ فَضْلِ اللَّهِ﴾ وَفِي الْإِصْطِلَاحِ: دَفْعُ الْمَالِ إِلَى مَنْ يَتَصَرَّفُ فِيهِ لِيَكُونَ الرِّبْحُ

يَبْتَهُمَا عَلَى مَا شَرَطَا (وَمَشْرُوعِيَّتَهَا لِلحَاجَةِ إِلَيْهَا فَإِنَّ النَّاسَ يَبْنِيْنَ غِنًى بِالْمَالِ غِنًى عَنْ التَّصَرُّفِ فِيهِ، وَيَبْنِيْنَ مُهْتَدٍ فِي التَّصَرُّفِ صِفَرِ الْيَدِ) أَيْ خَالِي الْيَدِ عَنِ الْمَالِ فَكَانَ فِي مَشْرُوعِيَّتِهَا انْتِظَامُ مَصْلَحَةِ الْعَبِيِّ وَالذَّكِيِّ وَالْفَقِيرِ وَالْغَنِيِّ، وَفِي الْحَقِيقَةِ رَاجِعٌ إِلَى مَا ذَكَرْنَا غَيْرَ مَرَّةٍ مِنْ سَبَبِ الْمَعَامَلَاتِ وَهُوَ تَعَلُّقُ الْبَقَاءِ الْمَقْدُورِ بِتَعَاطِيهَا. وَرُكْنُهَا اسْتِعْمَالُ الْفَافِ تَذُلُّ عَلَى ذَلِكَ مِثْلُ: دَفَعْتُ إِلَيْكَ هَذَا الْمَالَ مُضَارَبَةً أَوْ مُقَارَضَةً أَوْ مُعَامَلَةً أَوْ خُذْ هَذَا الْمَالَ أَوْ اْعْمَلْ بِهِ عَلَى أَنْ مَا رَزَقَ اللَّهُ فَكَذَا. وَشُرُوطُهَا ثَوَعَانُ: صَحِيحَةٌ وَهِيَ مَا يَبْطُلُ الْعَقْدُ بِفَوَاتِهِ، وَفَاسِدَةٌ فِي نَفْسِهَا وَيَبْقَى الْعَقْدُ صَحِيحًا كَمَا سَيَأْتِي ذِكْرُ ذَلِكَ.

وَحُكْمُهَا الْوَكَالَةُ عِنْدَ الدَّفْعِ وَالشَّرِكَةُ بَعْدَ الرَّبْحِ (قَوْلُهُ وَبُعِثَ النَّبِيُّ ﷺ) يَبَيِّنُ أَنْ ثَبُوتَهَا بِالسُّنَّةِ وَالْإِجْمَاعِ، فَإِنَّهُ ﷺ بُعِثَ (وَالنَّاسُ يُبَاشِرُونَهُ فَقَرَّرَهُمْ) عَلَى مَا رُوِيَ أَنْ «الْعَبَّاسُ بْنُ عَبْدِ الْمُطَّلِبِ كَانَ إِذَا دَفَعَ مُضَارَبَةً شَرَطَ عَلَى الْمُضَارِبِ أَنْ لَا يَسْلُكَ بِهِ بَحْرًا وَأَنْ لَا يَنْزِلَ بِهِ وَادِيًا وَلَا يَشْتَرِي بِهِ ذَاتَ كَيْدٍ رَطْبٍ، فَإِنْ فَعَلَ ذَلِكَ ضَمِنَ، فَبَلَغَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فَاسْتَحْسَنَهُ». وَتَقْرِيرُ النَّبِيِّ ﷺ أَمْرًا يُعَايِنُهُ مِنْ أَقْسَامِ السُّنَّةِ عَلَى مَا عَلِمَ (وَتَعَامَلْتُ بِهِ الصَّحَابَةُ) مِنْ غَيْرِ نَكِيرٍ فَكَانَ إِجْمَاعًا.

قَالَ (ثُمَّ الْمَدْفُوعُ إِلَى الْمُضَارِبِ أَمَانَةٌ فِي يَدِهِ إِنْخُ) الْمَدْفُوعُ إِلَى الْمُضَارِبِ مِنَ الْمَالِ أَمَانَةٌ فِي يَدِهِ لِأَنَّهُ قَبْضُهُ بِأَمْرِ مَالِكِهِ لَا عَلَى وَجْهِ الْبَدَلِ كَالْمَقْبُوضِ عَلَى سَوْمِ الشَّرَاءِ، وَلَا عَلَى وَجْهِ الْوَيْثِقَةِ كَالرَّهْنِ، وَكُلُّ مَقْبُوضٍ كَذَلِكَ فَهُوَ أَمَانَةٌ، وَمَعَ ذَلِكَ فَهُوَ وَكِيلٌ فِيهِ لِأَنَّهُ يَتَصَرَّفُ فِيهِ بِأَمْرِ مَالِكِهِ، فَإِذَا رَبِحَ فَهُوَ شَرِيكٌ فِيهِ لَتَمْلُكِهِ جُزْءًا مِنَ الْمَالِ بِعَمَلِهِ وَهُوَ شَائِعٌ فَيُشْرِكُهُ، وَإِذَا فَسَدَتْ ظَهَرَتْ الْإِجَارَةُ لِأَنَّ الْمُضَارِبَ يَعْمَلُ لِرَبِّ الْمَالِ فِي مَالِهِ فَيَصِيرُ مَا شَرَطَ مِنَ الرَّبْحِ كَالْأَجْرَةِ عَلَى عَمَلِهِ فَلهَذَا يَظْهَرُ مَعْنَى الْإِجَارَةِ إِذَا فَسَدَتْ، وَيَجِبُ أَجْرُ الْمِثْلِ، وَذَلِكَ إِنْمَا يَكُونُ فِي الْإِجَارَاتِ، وَإِذَا خَالَفَ كَانَ غَاصِبًا لَوْجُودِ التَّعَدِّيِّ مِنْهُ عَلَى مَالِ غَيْرِهِ.

قَالَ (الْمُضَارَبَةُ عَقْدٌ عَلَى الشَّرِكَةِ إِنْخُ) هَذَا تَفْسِيرُ الْمُضَارَبَةِ عَلَى الْإِصْطِلَاحِ، وَكَانَ فِيهِ ثَوَعٌ خَفَاءٌ لِأَنَّهُ قَالَ: عَقْدٌ عَلَى الشَّرِكَةِ، وَلَمْ يُعْلَمْ أَنَّ الشَّرِكَةَ فِيمَا ذَا؟ فَفَسَّرَهُ الْمُصَنِّفُ بِقَوْلِهِ وَمُرَادُهُ الشَّرِكَةُ فِي الرَّبْحِ لَا فِي رَأْسِ الْمَالِ مَعَ الرَّبْحِ: أَيْ لِأَنَّ رَأْسَ الْمَالِ لِرَبِّ الْمَالِ وَالرَّبْحُ يُسْتَحَقُّ بِالْمَالِ مِنْ جَانِبِ رَبِّ الْمَالِ وَالْعَمَلُ مِنْ جَانِبِ الْمُضَارِبِ، وَلَا

مُضَارَبَةً بِدُونِهَا: أَيُّ بِدُونِ الشَّرِكَةِ إِشَارَةً إِلَى انْتِفَاءِ الْعَقْدِ بِانْتِفَائِهَا لِأَنَّ الْمُضَارَبَةَ عَقْدٌ عَلَى الشَّرِكَةِ وَلَا مُضَارَبَةَ بِدُونِ الشَّرِكَةِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّ الرِّبْحَ لَوْ شَرِطَ كُلُّهُ لَرَبُّ الْمَالِ كَانَ بَضَاعَةً، وَلَوْ شَرِطَ لِلْمُضَارِبِ كَانَ قَرْضًا، وَلَا تَصِحُّ الْمُضَارَبَةُ إِلَّا بِالْمَالِ الَّذِي تَصِحُّ بِهِ الشَّرِكَةُ وَهُوَ أَنْ يَكُونَ رَأْسُ الْمَالِ دَرَاهِمَ أَوْ دَنَانِيرَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ، أَوْ فُلُوسًا رَائِجَةً عِنْدَ مُحَمَّدٍ وَبِمَا سِوَاهَا لَا تَجُوزُ، وَقَدْ تَقَدَّمَ فِي كِتَابِ الشَّرِكَةِ.

وَلَوْ دَفَعَ إِلَيْهِ عَرْضًا وَقَالَ بَعُهُ وَاعْمَلْ مُضَارَبَةً فِي ثَمَنِهِ جَارَ، لِأَنَّ عَقْدَ الْمُضَارَبَةِ يَقْبَلُ الْإِضَافَةَ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ تَوَكِيلٌ وَإِجَارَةٌ: يَعْنِي أَنَّهُ مُشْتَمِلٌ عَلَى التَّوَكِيلِ، وَالْإِجَارَةِ بِالرَّاءِ وَالْإِجَارَةُ بِالزَّايِ، وَكُلُّ مِنْهُمَا يَقْبَلُ الْإِضَافَةَ إِلَى زَمَانٍ فِي الْمُسْتَقْبَلِ فَيَجِبُ أَنْ يَكُونَ عَقْدُ الْمُضَارَبَةِ كَذَلِكَ لِقَلَّا يُخَالَفَ الْكُلُّ الْجُزْءَ فَلَا مَانِعَ مِنَ الصَّحَّةِ، وَكَذَا إِذَا قَالَ لِلْمُضَارِبِ اقْبِضْ مَا لِي عَلَى فُلَانٍ وَاعْمَلْ بِهِ مُضَارَبَةً جَارَ لَمَّا قُلْنَا إِنَّهُ يَقْبَلُ الْإِضَافَةَ، بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ اْعْمَلْ بِالذَّيْنِ الَّذِي فِي ذِمَّتِكَ فَإِنَّهُ لَا تَجُوزُ الْمُضَارَبَةُ بِالِاتِّفَاقِ لَكِنْ مَعَ اخْتِلَافِ التَّخْرِيجِ، أَمَّا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ فَلَأَنَّ هَذَا التَّوَكِيلَ لَا يَصِحُّ عَلَى مَا مَرَّ فِي الْيُبُوعِ: أَيُّ فِي بَابِ الْوَكَالَةِ فِي الْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ مِنْ كِتَابِ الْوَكَالَةِ حَيْثُ قَالَ: وَمَنْ لَهُ عَلَى آخَرَ أَلْفٌ دِرْهَمٍ فَأَمَرَهُ أَنْ يَشْتَرِيَ بِهَا هَذَا الْعَبْدَ الْخُ، وَإِذَا لَمْ يَصِحَّ كَانَ الْمُشْتَرِي لِلْمُشْتَرِي وَالذَّيْنُ بِحَالِهِ، وَإِذَا كَانَ الْمُشْتَرِي لِلْمُشْتَرِي كَانَ رَأْسُ مَالِ الْمُضَارَبَةِ مِنْ مَالِ الْمُضَارِبِ وَهُوَ لَا يَصِحُّ، وَأَمَّا عِنْدَهُمَا فَلَأَنَّ التَّوَكِيلَ يَصِحُّ وَلَكِنْ يَقَعُ الْمِلْكُ فِي الْمُشْتَرَى لِلْأَمْرِ فَيَصِيرُ مُضَارَبَةً بِالْعَرَضِ وَذَلِكَ لَا يَجُوزُ.

قَالَ (وَمِنْ شَرْطِهَا أَنْ يَكُونَ الرِّبْحُ بَيْنَهُمَا مُشَاعًا لَا يَسْتَحِقُّ أَحَدُهُمَا دَرَاهِمَ مُسَمَّاةً) مِنَ الرِّبْحِ لِأَنَّ شَرْطَ ذَلِكَ يَقْطَعُ الشَّرِكَةَ بَيْنَهُمَا وَلَا بُدَّ مِنْهَا كَمَا فِي عَقْدِ الشَّرِكَةِ. قَالَ (فَإِنْ شَرِطَ زِيَادَةَ عَشْرَةٍ فَلَهُ أَجْرٌ مِثْلُهُ) لِفَسَادِهِ فَلَعَلَّهُ لَا يَرِبُّ إِلَّا هَذَا الْقَدْرَ فَتَنْقَطِعُ الشَّرِكَةُ فِي الرِّبْحِ، وَهَذَا لِأَنَّهُ ابْتَغَى عَنْ مَنَافِعِهِ عِوَضًا وَلَمْ يَنْلُ لِفَسَادِهِ، وَالرِّبْحُ لَرَبِّ الْمَالِ لِأَنَّهُ نَمَاءٌ مِلْكِهِ، وَهَذَا هُوَ الْحُكْمُ فِي كُلِّ مَوْضِعٍ لَمْ تَصِحَّ الْمُضَارَبَةُ وَلَا تَجَاوَزَ بِالْأَجْرِ الْقَدْرَ الْمَشْرُوطَ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ خِلَافًا لِمُحَمَّدٍ كَمَا بَيَّنَّا فِي الشَّرِكَةِ، وَيَجِبُ الْأَجْرُ وَإِنْ لَمْ يَرِبْ فِي رِوَايَةِ الْأَصْلِ لِأَنَّ أَجْرَ الْأَجِيرِ يَجِبُ بِتَسْلِيمِ الْمَنَافِعِ أَوْ الْعَمَلِ وَقَدْ وَجَدَ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ لَا يَجِبُ اعْتِبَارًا بِالْمُضَارَبَةِ الصَّحِيحَةِ مَعَ أَنَّهَا فَوْقَهَا،

وَالْمَالُ فِي الْمُضَارَبَةِ الْفَاسِدَةِ غَيْرُ مَضْمُونٍ بِالْهَلَاكِ اعْتِبَارًا بِالصَّحِيحَةِ، وَلَأَنَّهُ عَيْنٌ مُسْتَأْجَرَةٌ فِي يَدِهِ، وَكُلُّ شَرْطٍ يُوجِبُ جَهَالَتَهُ فِي الرَّبْحِ يُفْسِدُهُ لاختلال مقصوده، وَغَيْرُ ذَلِكَ مِنَ الشُّرُوطِ الْفَاسِدَةِ لَا يُفْسِدُهَا، وَيَبْطُلُ الشَّرْطُ كاشتراط الوضعية على المضارب.

الشرح:

قَالَ (وَمِنْ شَرْطِهَا أَنْ يَكُونَ الرَّبْحُ بَيْنَهُمَا مُشَاعًا إلخ) وَمِنْ شَرْطِ الْمُضَارَبَةِ أَنْ يَكُونَ الرَّبْحُ بَيْنَهُمَا مُشَاعًا، وَمَعْنَاهُ أَنْ لَا يَسْتَحِقُّ أَحَدُهُمَا دَرَاهِمَ مِنَ الرَّبْحِ مُسَمَّاةً لِأَنْ شَرْطَ ذَلِكَ يُنَافِي الشَّرِكَةَ الْمَشْرُوطَةَ لِحَوَازِهَا، وَالْمُنَافِي لَشَرْطِ جَوَازِ الشَّيْءِ مُنَافٍ لَهُ، وَإِذَا ثَبَتَ أَحَدُ الْمُتَنَافِيَيْنِ انْتَفَى الْآخَرُ كَمَا إِذَا ثَبَتَ الْوُجُودُ انْتَفَى الْعَدَمُ، ثُمَّ فَسَّرَ ذَلِكَ بِقَوْلِهِ (فَإِنْ شَرْطَ زِيَادَةِ عَشْرَةِ دَرَاهِمٍ فَلَهُ أَجْرٌ مِثْلُهُ لِفْسَادِهِ لِأَنَّهُ رَبَّمَا لَا يَرْبِحُ إِلَّا هَذَا الْقَدْرَ فَتَنْقَطِعُ الشَّرِكَةُ وَهَذَا) أَيْ وَجُوبُ أَجْرِ الْمِثْلِ (لَأَنَّهُ) عَمِلَ لَرَبِّ الْمَالِ بِالْعَقْدِ وَ (ابْتَغَى بِهِ عَنْ مَنَافِعِهِ عَوَضًا وَلَمْ يَنْلَهُ لِفْسَادِ الْعَقْدِ) وَلَا بُدَّ مِنْ عَوَضٍ مَنَافِعَ تَلَفَتْ بِالْعَقْدِ (و) لَيْسَ ذَلِكَ فِي الرَّبْحِ (لِكَوْنِهِ لَرَبِّ الْمَالِ لِأَنَّهُ نَمَاءٌ مِلْكِيهِ) فَتَعَيَّنَ أَجْرُ الْمِثْلِ، وَهَذَا التَّعْلِيلُ يُوجِبُ ذَلِكَ فِي كُلِّ مَوْضِعٍ فَسَدَتْ الْمُضَارَبَةُ (وَلَا تُجَاوِزُ بِالْأَجْرِ الْقَدْرَ الْمَشْرُوطَ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ) قِيلَ: وَالْمَرَادُ بِالْقَدْرِ الْمَشْرُوطِ مَا وَرَاءَ الْعَشْرَةِ الْمَشْرُوطَةِ، لِأَنَّ ذَلِكَ تَغْيِيرُ الْمَشْرُوعِ وَكَانَ وَجُودُهُ كَعَدَمِهِ

(وَقَالَ مُحَمَّدٌ يَجِبُ) بِالْعَلَا مَا بَلَغَ (كَمَا يَتَنَا فِي الشَّرِكَةِ وَيَجِبُ الْأَجْرُ وَإِنْ لَمْ يَرْبِحْ فِي رِوَايَةِ الْأَصْلِ لِأَنَّهُ أَجِيرٌ، وَأُجْرَةُ الْأَجِيرِ تَجِبُ بِتَسْلِيمِ الْمَنَافِعِ) كَمَا فِي أَجْرِ الْوَحْدِ فَإِنْ فِي تَسْلِيمِ نَفْسِهِ تَسْلِيمَ مَنَافِعِهِ (أَوْ) بِتَسْلِيمِ (الْعَمَلِ) كَمَا فِي الْأَجِيرِ الْمُشْتَرِكِ (وَقَدْ وَجِدَ) ذَلِكَ (وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ لَا يَجِبُ) لَهُ شَيْءٌ إِذَا لَمْ يَرْبِحْ (اعْتِبَارًا بِالْمُضَارَبَةِ الصَّحِيحَةِ) فَإِنَّهُ فِيهَا إِذَا لَمْ يَرْبِحْ لَا يَسْتَحِقُّ شَيْئًا (مَعَ أَنَّهَا فَوْقَ الْفَاسِدَةِ) فَفِي الْفَاسِدَةِ أُولَى.

فَإِنْ قِيلَ: مَا جَوَابُ وَجْهِ ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ عَنْ هَذَا التَّعْلِيلِ فَإِنَّهُ قَوِيٌّ فَإِنَّ الْعَقْدَ الْفَاسِدَ يُؤْخَذُ حُكْمُهُ مِنَ الصَّحِيحِ مِنْ جِنْسِهِ كَمَا فِي الْبَيْعِ الْفَاسِدِ، أُجِيبَ بِأَنَّ الْفَاسِدَ إِنَّمَا يُعْتَبَرُ بِالْجَائِزِ إِذَا كَانَ انْعِقَادُ الْفَاسِدَةِ مِثْلَ انْعِقَادِ الْجَائِزِ كَالْبَيْعِ، وَهَاهُنَا الْمُضَارَبَةُ الصَّحِيحَةُ تَنْعَقِدُ شَرِكَةً لَا إِجَارَةً، وَالْفَاسِدَةُ تَنْعَقِدُ إِجَارَةً فَتُعْتَبَرُ بِالْإِجَارَةِ الصَّحِيحَةِ فِي

اسْتَحَقَّاقِ الْأَجْرَ عِنْدَ إِيفَاءِ الْعَمَلِ، وَإِنْ تَلَفَ الْمَالُ فِي يَدِهِ فَلَهُ أَجْرٌ مِثْلُهُ فِيمَا عَمِلَ،
وَالْمَالُ فِي الْمُضَارَبَةِ الْفَاسِدَةِ غَيْرُ مَضْمُونٍ بِالْهَلَاكِ لَوْجَهَيْنِ:

أَحَدُهُمَا الِاعْتِبَارُ بِالصَّحِيحَةِ، وَالثَّانِي أَنَّ رَأْسَ الْمَالِ عَيْنٌ أُسْتُؤِجِرَ الْمُضَارِبُ
لِيَعْمَلَ بِهِ هُوَ لَا غَيْرُهُ، وَلَا يَضْمَنُ كَأَجِيرِ الْوَحْدِ، وَهَذَا التَّغْلِيلُ يُشِيرُ إِلَى أَنَّ الْمُضَارِبَ
بِمَنْزِلَةِ أَجِيرِ الْوَحْدِ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ أَجِيرٌ لَا يُمَكِّنُ لَهُ أَنْ يُؤَجَّرَ نَفْسُهُ فِي ذَلِكَ الْوَقْتِ
لَاخِرَ، لِأَنَّ الْعَيْنَ الْوَاحِدَ لَا يُتَصَوَّرُ أَنْ يَكُونَ مُسْتَأْجَرًا مُسْتَأْجِرَيْنِ فِي الْوَقْتِ الْوَاحِدِ
كَمَا لَا يُمَكِّنُ أَجِيرُ الْوَاحِدِ أَنْ يُؤَجَّرَ نَفْسُهُ مُسْتَأْجِرَيْنِ فِي الْوَقْتِ الْوَاحِدِ، وَهَذَا قَوْلُ
أَبِي جَعْفَرٍ الْهَنْدَوَانِيِّ.

وَقِيلَ الْمَذْكُورُ هَاهُنَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ، وَعِنْدَهُمَا هُوَ ضَامِنٌ إِذَا هَلَكَ فِي يَدِهِ بِمَا
يُمْكِنُ التَّحَرُّرُ عَنْهُ، وَهَذَا قَوْلُ الطَّحَاوِيِّ، وَهَذَا بِنَاءٌ عَلَى أَنَّ الْمُضَارِبَ بِمَنْزِلَةِ الْأَجِيرِ
الْمُشْتَرَكِ؛ لِأَنَّ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ الْمَالُ بِهَذَا الطَّرِيقِ مِنْ غَيْرِ وَاحِدٍ، وَالْأَجِيرُ الْمُشْتَرَكُ لَا يَضْمَنُ
إِذَا تَلَفَ الْمَالُ فِي يَدِهِ مِنْ غَيْرِ صُنْعِهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ خِلَافًا لَهُمَا. قَالَ الْإِمَامُ الْإِسْبِجَانِيُّ
فِي شَرْحِ الْكَافِيِّ: وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ لَا ضَمَانَ عَلَى قَوْلِ الْكُلِّ لِأَنَّهُ أَخَذَ الْمَالُ بِحُكْمِ الْمُضَارَبَةِ
وَالْمَالُ فِي يَدِ الْمُضَارِبِ صَحَّتْ أَوْ فَسَدَتْ أَمَانَةً، لِأَنَّهُ لَمَّا قَصَدَ أَنْ يَكُونَ الْمَالُ عِنْدَهُ
مُضَارَبَةً فَقَدْ قَصَدَ أَنْ يَكُونَ أَمِينًا وَلَهُ وَلَايَةُ جَعْلِهِ أَمِينًا.

وَلَمَّا كَانَ مِنَ الشَّرُوطِ مَا يُفْسِدُ الْعَقْدَ وَمِنْهَا مَا يُبْطِلُ فِي نَفْسِهِ وَتَبَقَى الْمُضَارَبَةُ
صَحِيحَةً أَرَادَ أَنْ يُشِيرَ إِلَى ذَلِكَ بِأَمْرِ جُمْلِيِّ فَقَالَ (وَكُلُّ شَرْطٍ يُوجِبُ جَهَالَةً فِي الرَّبْحِ)
كَمَا إِذَا قَالَ لَكَ نِصْفُ الرَّبْحِ أَوْ ثُلُثُهُ وَشَرَطًا أَنْ يَدْفَعَ الْمُضَارِبُ دَارِهِ إِلَى رَبِّ الْمَالِ لِيَسْكُنَهَا
أَوْ أَرْضَهُ سَنَةً لِيَزْرَعَهَا (فَإِنَّهُ يُفْسِدُ الْعَقْدَ لِاخْتِلَالِ مَقْصُودِهِ) وَهُوَ الرَّبْحُ، وَفِي الصُّورَتَيْنِ
الْمَذْكُورَتَيْنِ جَعَلَ الْمَشْرُوطُ مِنَ الرَّبْحِ فِي مُقَابَلَةِ الْعَمَلِ وَأُجْرَةِ الدَّارِ وَالْأَرْضِ وَكَانَتْ حِصَّةُ
الْعَمَلِ مَجْهُولَةً (وَعَبْرَةُ ذَلِكَ مِنَ الشَّرُوطِ الْفَاسِدَةِ لَا يُفْسِدُهَا وَيُفْسِدُ الشَّرْطُ كَاشْتِرَاطِ
الْوَضِيعَةِ عَلَى رَبِّ الْمَالِ) أَوْ عَلَيْهِمَا. وَالْوَضِيعَةُ اسْمٌ لِحُزْءِ هَالِكٍ مِنَ الْمَالِ، وَلَا يَجُوزُ أَنْ
يَلْزَمَ غَيْرَ رَبِّ الْمَالِ، وَلَمَّا لَمْ يُوجِبِ الْجَهَالَةُ فِي الرَّبْحِ لَمْ تَفْسُدِ الْمُضَارَبَةُ.

قِيلَ شَرْطُ الْعَمَلِ عَلَى رَبِّ الْمَالِ لَا يُوجِبُ جَهَالَةً فِي الرَّبْحِ وَلَا يَبْطِلُ فِي نَفْسِهِ
بَلْ يُفْسِدُ الْمُضَارَبَةَ كَمَا سَيَجِيءُ فَلَمْ تَكُنِ الْقَاعِدَةُ مُطْرَدَةً. وَالْجَوَابُ أَنَّهُ قَالَ: وَعَبْرَةُ ذَلِكَ

مِنَ الشُّرُوطِ الْفَاسِدَةِ لَا يُفْسِدُهَا: أَيِ الْمَضَارِبَةِ، وَإِذَا شَرَطَ الْعَمَلُ عَلَى رَبِّ الْمَالِ فَلَيْسَ ذَلِكَ بِمَضَارِبَةٍ، وَسَلَبُ الشَّيْءِ عَنِ الْمَعْدُومِ صَحِيحٌ يَجُوزُ أَنْ يُقَالَ زَيْدٌ الْمَعْدُومُ لَيْسَ بِبَصِيرٍ، وَقَوْلُهُ بَعْدَ هَذَا بِخَطُوطٍ: وَشَرَطُ الْعَمَلِ عَلَى رَبِّ الْمَالِ مُفْسِدٌ لِلْعَقْدِ مَعْنَاهُ مَانِعٌ عَنْ تَحَقُّقِهِ.

قَالَ (وَلَا بُدَّ أَنْ يَكُونَ الْمَالُ مُسَلَّمًا إِلَى الْمَضَارِبِ وَلَا يَدَ لِرَبِّ الْمَالِ فِيهِ) لِأَنَّ الْمَالَ أَمَانَةٌ فِي يَدِهِ فَلَا بُدَّ مِنَ التَّسْلِيمِ إِلَيْهِ، وَهَذَا بِخِلَافِ الشَّرِكَةِ لِأَنَّ الْمَالَ فِي الْمَضَارِبَةِ مِنْ أَحَدِ الْجَانِبَيْنِ وَالْعَمَلُ مِنَ الْجَانِبِ الْآخَرِ، فَلَا بُدَّ مِنْ أَنْ يَخْلُصَ الْمَالُ لِلْعَامِلِ لِيَتِمَّكَنَ مِنَ التَّصَرُّفِ فِيهِ.

أَمَّا الْعَمَلُ فِي الشَّرِكَةِ مِنَ الْجَانِبَيْنِ فَلَوْ شَرَطَ خُلُوصَ الْيَدِ لِأَحَدِهِمَا لَمْ تَنْعَقِدِ الشَّرِكَةُ، وَشَرَطُ الْعَمَلِ عَلَى رَبِّ الْمَالِ مُفْسِدٌ لِلْعَقْدِ لِأَنَّهُ يَمْنَعُ خُلُوصَ يَدِ الْمَضَارِبِ فَلَا يَتِمَّكَنُ مِنَ التَّصَرُّفِ فَلَا يَتَحَقَّقُ الْمَقْصُودُ سَوَاءً كَانَ الْمَالُ عَاقِدًا أَوْ غَيْرَ عَاقِدٍ كَالصَّغِيرِ لِأَنَّ يَدَ الْمَالِكِ ثَابِتَةٌ لَهُ، وَبَقَاءُ يَدِهِ يَمْنَعُ التَّسْلِيمَ إِلَى الْمَضَارِبِ، وَكَذَا أَحَدُ الْمُتَفَاوِضِينَ وَاحِدٌ شَرِيكِي الْعِنَانِ إِذَا دَفَعَ الْمَالَ مَضَارِبَةً وَشَرَطَ عَمَلَ صَاحِبِهِ لِقِيَامِ الْمِلْكِ لَهُ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ عَاقِدًا، وَاشْتَرَا طُ الْعَمَلِ عَلَى الْعَاقِدِ مَعَ الْمَضَارِبِ وَهُوَ غَيْرُ مَالِكٍ يَفْسِدُهُ إِنْ لَمْ يَكُنْ مِنْ أَهْلِ الْمَضَارِبَةِ فِيهِ كَالْمَأْدُونِ، بِخِلَافِ الْأَبِ وَالْوَصِيِّ لِأَنَّهُمَا مِنْ أَهْلِ أَنْ يَأْخُذَا مَالَ الصَّغِيرِ مَضَارِبَةً بِأَنْفُسِهِمَا فَكَذَا اشْتَرَا طُهُ عَلَيْهِمَا بِجُزْءٍ مِنَ الْمَالِ.

الشرح:

قَالَ (وَلَا بُدَّ أَنْ يَكُونَ رَأْسُ الْمَالِ مُسَلَّمًا إِلَى الْمَضَارِبِ إلخ) لَا بُدَّ أَنْ يَكُونَ رَأْسُ الْمَالِ مُسَلَّمًا إِلَى الْمَضَارِبِ وَلَا يَدَ لِرَبِّ الْمَالِ فِيهِ بِتَّصَرُّفٍ أَوْ عَمَلٍ، لِأَنَّ الْمَالَ أَمَانَةٌ فِي يَدِهِ فَلَا بُدَّ مِنَ التَّسْلِيمِ إِلَيْهِ كَالْوَدِيعَةِ، وَهَذَا بِخِلَافِ الشَّرِكَةِ لِأَنَّ الْمَالَ فِي الْمَضَارِبَةِ مِنْ جَانِبٍ وَالْعَمَلُ مِنْ جَانِبٍ، فَلَا بُدَّ مِنَ التَّخْلُصِ لِلْعَمَلِ لِيَتِمَّكَنَ مِنَ التَّصَرُّفِ فِيهِ وَبَقَاءُ يَدِ غَيْرِهِ يَمْنَعُ التَّخْلُصَ.

وَأَمَّا الشَّرِكَةُ فَالْعَمَلُ فِيهَا مِنَ الْجَانِبَيْنِ، فَلَوْ شَرَطَ خُلُوصَ الْيَدِ لِأَحَدِهِمَا انْتَفَى الشَّرِكَةُ وَشَرَطُ الْعَمَلِ عَلَى رَبِّ الْمَالِ مُفْسِدٌ لِأَنَّهُ يَمْنَعُ الْخُلُوصَ فَلَا يَتِمَّكَنُ الْمَضَارِبُ مِنَ التَّصَرُّفِ فِيهِ فَلَا يَتَحَقَّقُ الْمَقْصُودُ، وَسَوَاءً كَانَ رَبُّ الْمَالِ عَاقِدًا أَوْ غَيْرَ عَاقِدٍ كَالصَّغِيرِ

إِذَا دَفَعَ وَلِيُّهُ أَوْ وَصِيُّهُ مَالَهُ مُضَارَبَةً وَشَرَطَ عَمَلَ الصَّغِيرِ فَإِنَّهُ لَا يَجُوزُ، لِأَنَّ يَدَ الْمَالِكِ ثَابِتَةٌ لَهُ، وَبَقَاءُ يَدِهِ يَمْنَعُ التَّسْلِيمَ إِلَى الْمُضَارِبِ، وَكَذَا أَحَدُ الْمُتَفَاوِضِينَ وَأَحَدُ شَرِيكَيْ الْعِنَانِ إِذَا دَفَعَ الْمَالَ مُضَارَبَةً وَشَرَطَ عَمَلَ صَاحِبِهِ فَسَدَتْ لِقِيَامِ مِلْكِهِ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ عَاقِدًا، وَإِذَا شَرَطَ الْعَاقِدُ الْغَيْرُ الْمَالِكِ عَمَلَهُ مَعَ الْمُضَارِبِ فَإِمَّا أَنْ يَكُونَ مِنْ أَهْلِ الْمُضَارَبَةِ فِي ذَلِكَ الْمَالِ أَوْ لَا، فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ كَالْأَبِ وَالْوَصِيِّ إِذَا دَفَعَا مَالَ الصَّغِيرِ مُضَارَبَةً وَشَرَطَا الْعَمَلَ مَعَ الْمُضَارِبِ جَازَتْ لَأُكُفُّمَا مِنْ أَهْلِ أَنْ يَأْخُذَا مَالَ الصَّغِيرِ مُضَارَبَةً فَكَانَا كَالْأَجْنَبِيِّ، فَكَانَ اشْتِرَاؤُ الْعَمَلِ عَلَيْهِمَا بِجُزْءٍ مِنَ الْمَالِ جَائِزًا، وَإِنْ كَانَ الثَّانِي كَالْمَأْدُونِ يَدْفَعُ الْمَالَ مُضَارَبَةً فَسَدَتْ، لِأَنَّهُ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَالِكًا وَلَكِنَّ يَدَهُ تَصَرُّفُهُ ثَابِتَةٌ فَتَزُلْ مَنْزِلَةُ الْمَالِكِ فِيمَا يَرْجِعُ إِلَى التَّصَرُّفِ فَكَانَ قِيَامُ يَدِهِ مَانِعًا عَنْ صِحَّةِ الْمُضَارَبَةِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

قَالَ (وَإِذَا صَحَّتِ الْمُضَارَبَةُ مُطْلَقَةً جَازَ لِلْمُضَارِبِ أَنْ يَبِيعَ وَيَشْتَرِيَ وَيُوَكِّلَ وَيُسَافِرَ وَيُبْذُلَ وَيُودِعَ) لِإِطْلَاقِ الْعَقْدِ وَالْمَقْصُودِ مِنْهُ الْاسْتِرْبَاحُ وَلَا يَتَحَصَّلُ إِلَّا بِالتَّجَارَةِ، فَيَنْتَظِمُ الْعَقْدُ صُنُوفَ التَّجَارَةِ وَمَا هُوَ مِنْ صَنِيعِ التَّجَارِ، وَالتَّوَكُّيلُ مِنْ صَنِيعِهِمْ، وَكَذَا الْإِبْضَاعُ وَالْإِيدَاعُ وَالْمَسَافَرَةُ؛ أَلَا تَرَى أَنَّ الْمُدْعَى لَهُ أَنْ يُسَافِرَ فَالْمُضَارِبُ أَوْلَى، كَيْفَ وَأَنَّ اللَّفْظَ دَلِيلٌ عَلَيْهِ لِأَنَّهَا مُشْتَقَّةٌ مِنَ الضَّرْبِ فِي الْأَرْضِ وَهُوَ السَّيْرُ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ لَيْسَ لَهُ أَنْ يُسَافِرَ. وَعَنْهُ وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ أَنَّهُ إِنْ دَفَعَ فِي بَلَدِهِ لَيْسَ لَهُ أَنْ يُسَافِرَ لِأَنَّهُ تَعْرِيزٌ عَلَى الْهَلَاكِ مِنْ غَيْرِ ضَرُورَةٍ وَإِنْ دَفَعَ فِي غَيْرِ بَلَدِهِ لَهُ أَنْ يُسَافِرَ إِلَى بَلَدِهِ لِأَنَّهُ هُوَ الْمُرَادُ فِي الْغَالِبِ، وَالظَّاهِرُ مَا ذَكَرَ فِي الْكِتَابِ.

قَالَ (وَلَا يُضَارِبُ إِلَّا أَنْ يَأْذَنَ لَهُ رَبُّ الْمَالِ أَوْ يَقُولَ لَهُ أَعْمَلْ بِرَأْيِكَ) لِأَنَّ الشَّيْءَ لَا يَتَضَمَّنُ مِثْلَهُ لَتَسَاوِيهِمَا فِي الْقُوَّةِ فَلَا بُدَّ مِنَ التَّنْصِيصِ عَلَيْهِ أَوْ التَّفْوِيزِ الْمُطْلَقِ إِلَيْهِ وَكَانَ كَالْتَّوَكُّيلِ، فَإِنَّ التَّوَكُّيلَ لَا يَمْلِكُ أَنْ يُوَكَّلَ غَيْرَهُ إِلَّا إِذَا قِيلَ لَهُ أَعْمَلْ بِرَأْيِكَ، بِخِلَافِ الْإِيدَاعِ وَالْإِبْضَاعِ لِأَنَّهُ دُونَهُ فَيَتَضَمَّنُهُ، وَبِخِلَافِ الْإِقْرَاضِ حَيْثُ لَا يَمْلِكُهُ. وَإِنْ قِيلَ لَهُ أَعْمَلْ بِرَأْيِكَ لِأَنَّ الْمُرَادَ مِنْهُ التَّعْمِيمُ فِيمَا هُوَ مِنْ صَنِيعِ التَّجَارِ وَلَيْسَ الْإِقْرَارُ مِنْهُ وَهُوَ تَبَرُّعٌ كَالْهَبَةِ وَالصَّدَقَةِ فَلَا يَحْصُلُ بِهِ الْفَرْضُ وَهُوَ الرِّبْحُ لِأَنَّهُ لَا تَجُوزُ الزِّيَادَةُ عَلَيْهِ، أَمَّا الدَّفْعُ مُضَارَبَةً فَمِنْ صَنِيعِهِمْ، وَكَذَا الشَّرِكَةُ وَالْخِلَاطُ بِمَالِ نَفْسِهِ فَيَدْخُلُ

تَحْتَ هَذَا الْقَوْلِ.

الشرح:

قَالَ (وَإِذَا صَحَّتْ الْمُضَارَبَةُ مُطْلَقَةً إلخ) الْمُرَادُ بِالْمُطْلَقِ مَا لَا يَكُونُ مُقَيَّدًا بِرَمَانٍ وَلَا مَكَانٍ نَحْوُ أَنْ يَقُولَ دَفَعْتُ إِلَيْكَ هَذَا الْمَالَ مُضَارَبَةً وَلَمْ يَزِدْ عَلَى ذَلِكَ، فَيَجُوزُ لِلْمُضَارِبِ أَنْ يَبِيعَ نَقْدًا وَنَسِيقَةً وَيَشْتَرِيَ مَا بَدَأَ لَهُ مِنْ سَائِرِ التَّجَارَاتِ، لِأَنَّ الْمَقْصُودَ هُوَ الْاسْتِرْبَاحُ وَهُوَ لَا يَحْصُلُ إِلَّا بِالتَّجَارَةِ، فَالْعَقْدُ بِإِطْلَاقِهِ يَنْتَظِمُ جَمِيعَ صُنُوفِهَا وَيَصْنَعُ مَا هُوَ صُنْعُ التَّجَارِ لِكَوْنِهِ مُفْضِيًا إِلَى الْمَقْصُودِ فَيُوكَّلُ وَيُبْذَعُ وَيُودَعُ لِأَنَّهَا مِنْ صَنِيعِهِمْ وَيُسَافِرُ، لِأَنَّ الْمُسَافِرَةَ أَيْضًا مِنْ صَنِيعِهِمْ، وَلَفْظُ الْمُضَارَبَةِ مُشْتَقٌّ مِنَ الضَّرْبِ فِي الْأَرْضِ كَمَا تَقَدَّمَ فَكَيْفَ يُمْتَنَعُ عَنْ ذَلِكَ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ لَيْسَ لَهُ أَنْ يُسَافِرَ، وَعَنْهُ وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ إِنْ دَفِعَ إِلَيْهِ فِي بَلَدٍ الْمُضَارِبِ لَيْسَ لَهُ أَنْ يُسَافِرَ لِأَنَّهُ تَعْرِضٌ عَلَى الْهَلَاكِ مِنْ غَيْرِ ضَرُورَةٍ، وَإِنْ دَفِعَ إِلَيْهِ فِي غَيْرِ بَلَدِهِ لَهُ أَنْ يُسَافِرَ إِلَى بَلَدِهِ لِأَنَّهُ هُوَ الْمُرَادُ فِي الْغَالِبِ، إِذِ الْإِنْسَانُ لَا يَسْتَدِيمُ الْعُرْبَةَ مَعَ إِمْكَانِ الرُّجُوعِ، فَلَمَّا أُعْطَاهُ عَالِمًا بِعُرْبَتِهِ كَانَ دَلِيلَ الرِّضَا بِالْمُسَافَرَةِ عِنْدَ رُجُوعِهِ إِلَى وَطَنِهِ، فَظَاهِرُ الرِّوَايَةِ مَا ذَكَرَ فِي الْكِتَابِ يُرِيدُ قَوْلُهُ وَالْمُسَافَرَةُ: يَعْنِي أَنَّهَا مِنْ صُنْعِ التَّجَارِ.

(وَلَا يَجُوزُ لِلْمُضَارِبِ أَنْ يُضَارِبَ إِلَّا أَنْ يَأْذَنَ لَهُ رَبُّ الْمَالِ أَوْ يَقُولَ لَهُ اعْمَلْ بِرَأْيِكَ لِأَنَّ الشَّيْءَ لَا يَتَضَمَّنُ مِثْلَهُ) وَلَا يَزِدُ جَوَازُ إِذْنِ الْمَآذُونِ لِعَبْدِهِ وَجَوَازُ الْكِتَابَةِ لِلْمُكَاتِبِ وَالْإِجَارَةِ لِلْمُسْتَأْجِرِ وَالْإِعَارَةَ لِلْمُسْتَعِيرِ فِيمَا لَمْ يَخْتَلَفْ بِاخْتِلَافِ الْمُسْتَعْمِلِينَ فَإِنَّهَا أَمْثَالُ مَا يُجَانِسُهَا وَقَدْ تَضَمَّنَتْ أَمْثَالَهَا لِأَنَّ الْمُضَارَبَةَ تَضَمَّنَتْ الْأَمَانَةَ أَوَّلًا وَالْوَكَالََةَ ثَانِيًا، وَلَيْسَ لِلْمُودِعِ وَالْوَكِيلِ الْإِيدَاعُ وَالتَّوَكِيلُ فَكَذَا الْمُضَارِبُ لَا يُضَارِبُ غَيْرَهُ، وَالْجَوَابُ عَنْ الْبَوَاقِي سَجِيءٌ فِي مَوَاضِعِهَا.

(بِخِلَافِ الْإِيدَاعِ وَالْإِبْضَاعِ لِأَنَّهُمَا دُونُهُ فَيَتَضَمَّنُهُمَا، وَبِخِلَافِ الْإِقْرَاضِ فَإِنَّهُ لَا يَمْلِكُ بِهِ، وَإِنْ قِيلَ لَهُ اعْمَلْ بِرَأْيِكَ لِأَنَّ الْمُرَادَ مِنْهُ التَّعْمِيمُ فِيمَا هُوَ مِنْ صَنِيعِ التَّجَارِ وَلَيْسَ الْإِقْرَاضُ مِنْهُ لِكَوْنِهِ تَبَرُّعًا كَالْهَبَةِ وَالصَّدَقَةِ فَلَا يَحْصُلُ مَا هُوَ الْمَقْصُودُ وَهُوَ الرِّبْحُ لِأَنَّهُ لَا تَجُوزُ الزِّيَادَةُ عَلَى الْقَرْضِ، وَأَمَّا الدَّفْعُ مُضَارَبَةً وَالشَّرَكَةُ وَالْخَلْطُ بِمَالِ نَفْسِهِ فَمِنْ صَنِيعِهِمْ فَيَجُوزُ أَنْ يَدْخُلَ تَحْتَ هَذَا الْقَوْلِ) يَعْنِي قَوْلُهُ اعْمَلْ بِرَأْيِكَ.

فَإِنْ قِيلَ: إِذَا كَانَتْ الْمُضَارَبَةُ مِنْ صَنِيعِهِمْ وَالْمَقْصُودُ وَهُوَ الرَّبْحُ يَحْصُلُ بِهَا تَعَذَّرَتْ جِهَةُ الْجَوَازِ فَيَنْبَغِي أَنْ يَتَرَجَّحَ عَلَى جِهَةِ الْعَدَمِ. أُجِيبَ بِأَنْ كُلًّا مِنْ جِهَتَيْ الْجَوَازِ وَالْعَدَمِ صَالِحٌ لِلْعَلِيَّةِ فَلَا يَتَرَجَّحُ غَيْرُهَا بِهَا كَمَا عُرِفَ

قَالَ (وَإِنْ خَصَّ لَهُ رَبُّ الْمَالِ التَّصَرُّفَ فِي بَلَدٍ بَعِيْنِهِ أَوْ فِي سِلْعَةٍ بَعِيْنَهَا لَمْ يَجْزَلْهُ أَنْ يَتَجَاوَزَهَا) لِأَنَّهُ تَوَكَّلَ. وَفِي التَّخْصِيصِ فَائِدَةٌ فَيَتَخَصَّصُ، وَكَذَا لَيْسَ لَهُ أَنْ يَدْفَعَهُ بِضَاعَةً إِلَى مَنْ يُخْرِجُهَا مِنْ تِلْكَ الْبَلَدَةِ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ الْإِخْرَاجَ بِنَفْسِهِ فَلَا يَمْلِكُ تَفْوِيضَهُ إِلَى غَيْرِهِ.

قَالَ (فَإِنْ خَرَجَ إِلَى غَيْرِ ذَلِكَ الْبَلَدِ فَاشْتَرَى ضَمِنَ) وَكَانَ ذَلِكَ لَهُ، وَلَهُ رِبْحُهُ لِأَنَّهُ تَصَرَّفَ بِغَيْرِ أَمْرِهِ وَإِنْ لَمْ يَشْتَرِ حَتَّى رَدَّهُ إِلَى الْكُوفَةِ وَهِيَ الَّتِي عِيْنَهَا بَرِيءٌ مِنَ الضَّمَانِ كَالْمُودِعِ إِذَا خَالَفَ فِي الْوَدِيعَةِ ثُمَّ تَرَكَ وَرَجَعَ الْمَالُ مُضَارَبَةً عَلَى حَالِهِ لِبَقَائِهِ فِي يَدِهِ بِالْعَقْدِ السَّابِقِ، وَكَذَا إِذَا رَدَّ بَعْضَهُ وَاشْتَرَى بِبَعْضِهِ فِي الْمِصْرِ كَانَ الْمَرْدُودُ وَالْمُشْتَرَى فِي الْمِصْرِ عَلَى الْمُضَارَبَةِ لَمَّا قُلْنَا، ثُمَّ شَرَطَ الشَّرَاءُ بِهَا هَاهُنَا وَهُوَ رَوَايَةُ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ، وَفِي كِتَابِ الْمُضَارَبَةِ ضَمِنَهُ بِنَفْسِ الْإِخْرَاجِ.

وَالصَّحِيحُ أَنَّ بِالشَّرَاءِ يَتَقَرَّرُ الضَّمَانُ لِرُؤَالِ احْتِمَالِ الرَّدِّ إِلَى الْمِصْرِ الَّذِي عِيْنَهُ، أَمَّا الضَّمَانُ فَوُجُوبُهُ بِنَفْسِ الْإِخْرَاجِ، وَإِنَّمَا شَرَطَ الشَّرَاءَ لِلتَّقَرُّرِ لَا لِأَصْلِ الْوُجُوبِ، وَهَذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ عَلَى أَنْ يَشْتَرِيَ فِي سُوقِ الْكُوفَةِ حَيْثُ لَا يَصِحُّ التَّقْيِيدُ لِأَنَّ الْمِصْرَ مَعَ تَبَايُنِ أَطْرَافِهِ كَبَقْعَةٍ وَاحِدَةٍ فَلَا يُفِيدُ التَّقْيِيدُ، إِلَّا إِذَا صَرَّحَ بِالنُّهْيِ بِأَنْ قَالَ أَعْمَلُ فِي السُّوقِ وَلَا تَعْمَلُ فِي غَيْرِ السُّوقِ لِأَنَّهُ صَرَّحَ بِالْحَجَرِ وَالْوِلَايَةِ إِلَيْهِ وَمَعْنَى التَّخْصِيصِ أَنْ يَقُولَ لَهُ عَلَى أَنْ تَعْمَلَ كَذَا أَوْ فِي مَكَانٍ كَذَا، وَكَذَا إِذَا قَالَ خُذْ هَذَا الْمَالَ تَعْمَلْ بِهِ فِي الْكُوفَةِ لِأَنَّهُ تَفْسِيرٌ لَهُ، أَوْ قَالَ فَاعْمَلْ بِهِ فِي الْكُوفَةِ لِأَنَّ الْفَاءَ لِلْوَصْلِ أَوْ قَالَ خُذْهُ بِالنِّصْفِ بِالْكُوفَةِ لِأَنَّ الْبَاءَ لِلِإِلْصَاقِ.

أَمَّا إِذَا قَالَ خُذْ هَذَا الْمَالَ وَأَعْمَلْ بِهِ بِالْكُوفَةِ فَلَهُ أَنْ يَعْمَلَ فِيهَا وَفِي غَيْرِهَا لِأَنَّ الْوَأُوَ لِلْعَطْفِ فَيَصِيرُ بِمَنْزِلَةِ الْمَشُورَةِ، وَلَوْ قَالَ عَلَى أَنْ تَشْتَرِيَ مِنْ فُلَانٍ وَتَبِيعَ مِنْهُ صَحُّ التَّقْيِيدِ لِأَنَّهُ مُفِيدٌ لَزِيَادَةِ الثَّقَةِ بِهِ فِي الْمُعَامَلَةِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ عَلَى أَنْ تَشْتَرِيَ بِهَا مِنْ أَهْلِ الْكُوفَةِ، أَوْ دَفَعَ فِي الصَّرْفِ عَلَى أَنْ يَشْتَرِيَ بِهِ مِنَ الصَّيَّارِفَةِ وَيَبِيعَ مِنْهُمْ فَبَاعَ

بِالْكُوفَةِ مِنْ غَيْرِ أَهْلِهَا أَوْ مِنْ غَيْرِ الصَّيَارِفَةِ جَازًا؛ لِأَنَّ فَائِدَةَ الْأَوَّلِ التَّقْيِيدُ بِالْمَكَانِ، وَفَائِدَةُ الثَّانِي التَّقْيِيدُ بِالنَّوْعِ، وَهَذَا هُوَ الْمُرَادُ عُرْفًا لَا فِيمَا وَرَاءَ ذَلِكَ.

الشرح:

(وَإِنْ خَصَّ لَهُ رَبُّ الْمَالِ التَّصَرُّفَ فِي بَلَدٍ بَعَيْنِهِ أَوْ سِلْعَةً بَعَيْنِهَا لَمْ يَجُزْ لَهُ أَنْ يَتَجَاوَزَهَا لِأَنَّهُ تَوْكِيلٌ) وَالتَّوْكِيلُ فِي شَيْءٍ مُعَيَّنٍ يَخْتَصُّ بِهِ (وَفِي التَّخْصِصِ) فِي بَلَدٍ بَعَيْنِهِ (فَائِدَةٌ) مِنْ حَيْثُ صِيَانَةُ الْمَالِ عَنْ خَطَرِ الطَّرِيقِ وَصِيَانَةُ الْمُضَارِبِ وَتَفَاوُتُ الْأَسْعَارِ بِاخْتِلَافِ الْبُلْدَانِ، وَفِي عَدَمِ اسْتِحْقَاقِ النَّفَقَةِ فِي مَالِ الْمُضَارِبَةِ إِذَا لَمْ يُسَافِرْ فَيَجِبُ رِعَايَتُهَا تَوْفِيرًا لِمَا هُوَ الْمَقْصُودُ وَهُوَ الرَّبْحُ (وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُبْذَعَ مَنْ يُخْرِجُهَا مِنْ تِلْكَ الْبَلَدَةِ لِأَنَّهُ إِذَا لَمْ يَمْلِكْ الْإِخْرَاجَ بِنَفْسِهِ لَا يَمْلِكُ تَفْوِضَهُ إِلَى غَيْرِهِ فَإِنْ خَرَجَ بِهِ إِلَى غَيْرِ ذَلِكَ الْبَلَدِ فَاشْتَرَى ضَمَنَ وَكَانَ الْمُشْتَرِي وَرَبْحُهُ لَهُ لِأَنَّهُ تَصَرَّفَ فِيهِ بِخِلَافِ أَمْرِهِ) فَصَارَ غَاصِبًا (وَإِنْ لَمْ يَشْتَرِ وَرَدَّهُ إِلَى الْبَلَدِ الَّذِي عَيْنُهُ سَقَطَ الضَّمَانُ كَالْمُودَعِ الْمُخَالَفِ إِذَا تَرَكَ الْمُخَالَفَةَ وَرَجَعَ الْمَالُ مُضَارِبَةً عَلَى حَالِهِ لِبَقَائِهِ فِي يَدِهِ بِالْعَقْدِ السَّابِقِ).

فَإِنْ قِيلَ: قَوْلُهُ وَرَجَعَ الْمَالُ مُضَارِبَةً يَدُلُّ عَلَى أَنَّهَا زَائِلَةٌ، وَإِذَا زَالَ الْعَقْدُ لَا يَرْجِعُ إِلَّا بِالتَّجْدِيدِ. أَجِيبَ بِأَنَّهُ عَلَى هَذِهِ الرِّوَايَةِ وَهِيَ رِوَايَةُ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ لَمْ يَزُلْ، لِأَنَّ الْخِلَافَ إِنَّمَا يَتَحَقَّقُ بِالشَّرَاءِ وَالْفَرْضِ خِلَافُهُ، وَإِنَّمَا قَالَ رَجَعَ بِنَاءً عَلَى أَنَّهُ صَارَ عَلَى شَرَفِ الزَّوَالِ. وَأَمَّا عَلَى رِوَايَةِ الْمُبْسُوطِ فَإِنَّهَا زَالَتْ زَوَالًا مَوْقُوفًا حَيْثُ ضَمِنَتْهُ بِنَفْسِ الْإِخْرَاجِ (وَإِذَا اشْتَرَى بِبَعْضِهِ فِي الْمِصْرِ الَّذِي عَيْنُهُ وَأَخْرَجَ الْبَعْضَ مِنْهُ وَلَمْ يَشْتَرِ بِهِ ثُمَّ رَدَّهُ إِلَى الَّذِي عَيْنَهُ كَانَ الْمُرْدُودُ وَالْمُشْتَرَى فِي الْمِصْرِ عَلَى الْمُضَارِبَةِ لَمَّا قُلْنَا) مِنَ الْبَقَاءِ فِي يَدِهِ بِالْعَقْدِ السَّابِقِ، وَأَمَّا إِذَا اشْتَرَى بِبَعْضِهِ فِيهِ وَبِبَعْضٍ آخَرَ فِي غَيْرِهِ فَهُوَ ضَامِنٌ لَمَّا اشْتَرَاهُ فِي غَيْرِهِ وَلَهُ رِبْحُهُ وَعَلَيْهِ وَضِيعَتُهُ لِتَحَقُّقِ الْخِلَافِ مِنْهُ فِي ذَلِكَ الْقَدْرِ وَالْبَاقِي عَلَى الْمُضَارِبَةِ، إِذْ لَيْسَ مِنْ ضَرُورَةٍ صَيَّرُوْرَتِهِ ضَامِنًا لِبَعْضِ الْمَالِ اتِّفَاءً حُكْمِ الْمُضَارِبَةِ فِيمَا بَقِيَ، وَفِيهِ نَظَرٌ لِأَنَّ الصَّفَقَةَ مُتَّحِدَةً وَفِي ذَلِكَ تَعْرِيفُهَا. وَالْجَوَابُ أَنَّ الْجُزْءَ مُعْتَبَرًا بِالْكُلِّ، وَتَفْرِيقُ الصَّفَقَةِ مَوْضُوعٌ إِذَا اسْتَلْزَمَ ضَرَرًا، وَلَا ضَرَرَ عِنْدَ الضَّمَانِ، وَقَدْ أَشْرْنَا إِلَى اخْتِلَافِ رِوَايَةِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ وَالْمُبْسُوطِ.

قَالَ الْمُصَنِّفُ (وَالصَّحِيحُ أَنَّ الشَّرَاءَ يَتَقَرَّرُ الضَّمَانُ لَزَوَالِ احْتِمَالِ الرَّدِّ إِلَى الْمِصْرِ

الَّذِي عَيْنُهُ، أَمَّا الضَّمَانُ فَوَجُوبُهُ بِنَفْسِ الْإِخْرَاجِ، وَإِنَّمَا شَرَطَ الشَّرَاءَ) يَعْنِي فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ (لِلتَّقَرُّرِ لَا لِأَصْلِ الْوُجُوبِ، وَهَذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ عَلَى أَنْ يَشْتَرِيَ فِي سَوْقِ الْكُوفَةِ حَيْثُ لَا يَصِحُّ التَّقْيِيدُ لِأَنَّ الْمِصْرَ مَعَ تَبَايُنِ أَطْرَافِهِ كِبَقْعَةٍ وَاحِدَةٍ فَلَا يُفِيدُ التَّقْيِيدُ إِلَّا إِذَا صَرَّحَ بِالنَّهْيِ فَقَالَ اعْمَلْ فِي السُّوقِ وَلَا تَعْمَلْ فِي غَيْرِهِ لِأَنَّهُ صَرَّحَ بِالْحَجَرِ وَالْوِلَايَةِ إِلَيْهِ) وَتَوْقُضَ بِمَا لَوْ قَالَ عَلَى أَنْ تَبِيعَ بِالنَّسِيئَةِ وَلَا تَبِيعَ بِالنَّقْدِ فَبَاعَ بِالنَّقْدِ صَحٌّ وَلَمْ يُعَدَّ مُخَالَفًا وَجَوَابُهُ مَبْنِيٌّ عَلَى أَصْلٍ وَهُوَ أَنَّ الْقَيْدَ الْمَفِيدَ مِنْ كُلِّ وَجْهِ مُتَّبَعٌ وَغَيْرُهُ كَذَلِكَ لَعَوٌ وَالْمَفِيدُ مِنْ وَجْهِ دُونَ وَجْهِ مُتَّبَعٌ عِنْدَ النَّهْيِ الصَّرِيحِ وَلَعَوٌ عِنْدَ السُّكُوتِ عَنْهُ، فَالْأَوَّلُ كَالْتَّخْصِصِ بِلَدٍّ وَسِلْعَةٍ وَقَدْ تَقَدَّمَ، وَالثَّانِي كَصُورَةِ النَّقْضِ فَإِنَّ الْبَيْعَ نَقْضًا بِثَمَنِ كَانَ ثَمَنُ النَّسِيئَةِ خَيْرٌ لَيْسَ إِلَّا فَكَانَ التَّقْيِيدُ مُضْرًّا.

وَأَمَّا الثَّالِثُ فَكَالْتَّهْنِي عَنْ السُّوقِ فَإِنَّهُ مُفِيدٌ مِنْ وَجْهِ مِنْ حَيْثُ إِنَّ الْبَلَدَ ذَاتُ أَمَاكِنَ مُخْتَلِفَةٍ حَقِيقَةً وَهُوَ ظَاهِرٌ، وَحُكْمًا فَإِنَّهُ إِذَا شَرَطَ الْحِفْظَ عَلَى الْمُوَدَّعِ فِي مَحَلِّهِ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَحْفَظَ فِي غَيْرِهَا، وَقَدْ تَخْتَلَفُ الْأَسْعَارُ أَيْضًا بِاخْتِلَافِ أَمَاكِنِهِ، وَغَيْرُ مُفِيدٍ مِنْ وَجْهِ وَهُوَ أَنَّ الْمِصْرَ مَعَ تَبَايُنِ أَطْرَافِهِ جُعِلَ كَمَا كَانَ وَاحِدًا كَمَا إِذَا شَرَطَ الْإِيْفَاءَ فِي السَّلَمِ بَأَنْ يَكُونَ فِي الْمِصْرِ وَلَمْ يُبَيَّنِ الْمَحَلَّةَ فَاعْتَبَرَتْ أَيْ حَالَةُ التَّصْرِيحِ بِالنَّهْيِ لَوْلَايَةِ الْحَجَرِ وَلَمْ يُعْتَبَرِ عِنْدَ السُّكُوتِ عَنْهُ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

قَالَ (وَمَعْنَى التَّخْصِصِ إِنْ) ذَكَرَ أَلْفَاظًا تَدُلُّ عَلَى التَّخْصِصِ: وَتَقْرِيرُ كَلَامِهِ: وَمَعْنَى التَّخْصِصِ يَحْصُلُ بَأَنْ يَقُولَ كَذَا وَكَذَا: أَيْ بِهَذِهِ الْأَلْفَاظِ، وَالْعَرَضُ مِنْ ذِكْرِهِ التَّمْيِيزُ بَيْنَ مَا يَدُلُّ مِنْهَا عَلَى التَّخْصِصِ وَمَا لَا يَدُلُّ، وَجُمْلَةُ ذَلِكَ ثَمَانِيَةٌ: سِتَّةٌ مِنْهَا تُفِيدُ التَّخْصِصَ وَاثْنَانِ مِنْهَا تُعْتَبَرُ مَشُورَةً، وَالضَّابِطُ لِتَمْيِيزِ مَا يُفِيدُ التَّخْصِصَ عَمَّا لَا يُفِيدُهُ هُوَ أَنَّ رَبَّ الْمَالِ إِذَا أَعْقَبَ لَفْظَ الْمُضَارَبَةِ كَلَامًا لَا يَصِحُّ الْإِبْتِدَاءُ بِهِ وَيَصِحُّ مُتَعَلِّقًا بِمَا تَقَدَّمَ جُعِلَ مُتَعَلِّقًا بِهِ لِثَلَاثِ لَعَوٍ، وَإِذَا أَعْقَبَهُ مَا يَصِحُّ الْإِبْتِدَاءُ بِهِ لَمْ يُجْعَلْ مُتَعَلِّقًا بِمَا تَقَدَّمَ لِإِتِّفَاعِ الصَّرُورَةِ، وَعَلَى هَذَا إِذَا قَالَ خُذْ هَذَا الْمَالِ عَلَى أَنْ تَعْمَلَ كَذَا أَوْ فِي مَكَانٍ كَذَا، أَوْ قَالَ خُذْهُ تَعْمَلُ بِهِ فِي الْكُوفَةِ مَجْزُومًا وَمَرْفُوعًا.

وَكَلَامُ الْمُصَنِّفِ يَحْتَمِلُهُمَا، أَوْ قَالَ فَاعْمَلْ بِهِ فِي الْكُوفَةِ أَوْ قَالَ خُذْهُ بِالنَّصْفِ بِالْكُوفَةِ أَوْ قَالَ لِتَعْمَلَ بِهِ بِالْكُوفَةِ، وَلَمْ يَذْكُرْهُ الْمُصَنِّفُ لِأَنَّ قَوْلَهُ تَعْمَلُ بِهِ بِالرَّفْعِ يُعْطَى

مَعْنَاهُ فَقَدْ أَعْقَبَ لَفْظَ الْمُضَارَبَةِ مَا لَا يَصِحُّ الْإِبْتِدَاءُ بِهِ حَيْثُ لَا يَصِحُّ أَنْ يَبْتَدِئَ بِقَوْلِهِ عَلَى أَنْ تَعْمَلَ كَذَا أَوْ بِقَوْلِهِ تَعْمَلُ بِالْكُوفَةِ أَوْ بغيرِهِمَا وَهُوَ وَاضِحٌ لَكِنَّهُ يَصِحُّ جَعْلُهُ مُتَعَلِّقًا بِمَا تَقْدَمُ، فَجَعَلَ قَوْلُهُ عَلَى أَنْ تَعْمَلَ شَرْطًا وَالْمَفِيدُ مِنْهُ مُعْتَبَرٌ، وَهَذَا يُفِيدُ صِيَانَةَ الْمَالِ فِي الْمَصْرِ، وَقَوْلُهُ تَعْمَلُ بِهِ فِي الْكُوفَةِ تَفْسِيرٌ لِقَوْلِهِ خُذْهُ مُضَارَبَةً.

وَقَوْلُهُ فَاعْمَلْ بِهِ فِي الْكُوفَةِ فِي مَعْنَاهُ لِأَنَّ الْفَاءَ فِيهَا لِلْوَصْلِ وَالتَّعْقِيبِ وَالتَّصْلُحِ الْمُتَعَقِّبُ لِلْمُبْهَمِ تَفْسِيرٌ لَهُ، وَكَذَا قَوْلُهُ خُذْهُ بِالنِّصْفِ بِالْكُوفَةِ لِأَنَّ الْبَاءَ لِلِإِلْصَاقِ، وَيَقْتَضِي الْإِلْصَاقَ مُوجِبُ كَلَامِهِ وَهُوَ الْعَمَلُ بِالْمَالِ مُلْصَقًا بِالْكُوفَةِ وَهُوَ أَنْ يَكُونَ الْعَمَلُ فِيهَا، وَإِذَا قَالَ دَفَعْتُ إِلَيْكَ هَذَا الْمَالَ مُضَارَبَةً بِالنِّصْفِ اعْمَلْ بِالْكُوفَةِ بغيرِ وَاوٍ أَوْ بِهِ فَقَدْ أَعْقَبَ مَا يَصِحُّ الْإِبْتِدَاءُ بِهِ، أَمَّا بغيرِ الْوَاوِ فَوَاضِحٌ، وَأَمَّا بِالْوَاوِ فَلِأَنَّهُ مِمَّا يَجُوزُ الْإِبْتِدَاءُ بِهِ فَاعْتَبِرْ كَلَامًا مُبْتَدَأً فَيَجْعَلُ مَشُورَةً كَأَنَّهُ قَالَ: إِنْ فَعَلْتَ كَذَا كَانَ أَنْفَعُ.

فَإِنْ قِيلَ: فَلَمْ لَا تَجْعَلِ الْوَاوَ لِلْحَالِ كَمَا فِي قَوْلِهِ أَدِّ إِلَيَّ أَلْفًا وَأَنْتَ حُرٌّ؟ أُجِيبُ بِعَدَمِ صَلَاحِيَّتِهِ لَذَلِكَ هَاهُنَا، لِأَنَّ الْعَمَلَ إِنَّمَا يَكُونُ بَعْدَ الْأَخْذِ لَا حَالِ الْأَخْذِ، وَلَوْ قَالَ خُذْهُ مُضَارَبَةً عَلَى أَنْ تُشْتَرِيَ مِنْ فُلَانٍ وَتَبِيعَ مِنْهُ صَحَّ التَّقْيِيدُ لَكُونِهِ مُفِيدًا لِرِيَاضَةِ الثِّقَةِ بِهِ فِي الْمَعَامَلَةِ لِتَفَاوُتِ النَّاسِ فِي الْمَعَامَلَاتِ قَضَاءً وَاقْتِضَاءً وَمُنَاقَشَةً فِي الْحِسَابِ وَالتَّنْزُهُ عَنِ الشُّبُهَاتِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ عَلَى أَنْ تُشْتَرِيَ بِهَا مِنْ أَهْلِ الْكُوفَةِ أَوْ دَفَعَ فِي الصَّرْفِ عَلَى أَنْ يُشْتَرِيَ بِهِ مِنَ الصَّيَارِفَةِ وَيَبِيعَ مِنْهُمْ فَبَاعَ بِالْكُوفَةِ مِنْ غَيْرِ أَهْلِهَا أَوْ مِنْ غَيْرِ الصَّيَارِفَةِ جَازًا، لِأَنَّ فَائِدَةَ الْأَوَّلِ: يَعْنِي مِنْ أَهْلِ الْكُوفَةِ التَّقْيِيدُ بِالْمَكَانِ وَهُوَ الْكُوفَةُ، وَإِذَا اشْتَرَى بِهَا فَقَدْ وَجَدَ ذَلِكَ وَإِنْ كَانَ مِنْ غَيْرِ رَجُلٍ كُوفِيٍّ. وَفَائِدَةُ الثَّانِي التَّقْيِيدُ بِالنُّوعِ وَهُوَ الصَّرْفُ وَإِذَا حَصَلَ ذَلِكَ لَا مُعْتَبَرٌ بغيرِهِ (قَوْلُهُ وَهَذَا هُوَ الْمُرَادُ عُرْفًا لَا فِيمَا وَرَاءَ ذَلِكَ) يَعْنِي غَيْرَ الْمَكَانِ فِي الْأَوَّلِ، وَالنُّوعُ فِي الثَّانِي دَلِيلٌ عَلَى التَّقْيِيدِ، وَيَتَضَمَّنُ الْجَوَابَ عَمَّا يُقَالُ إِنْ ذَلِكَ عُدُولٌ عَنْ مُقْتَضَى اللَّفْظِ فَإِنْ مُقْتَضَى لَفْظِ الْأَوَّلِ أَنْ يَكُونَ شِرَاؤُهُ مِنْ كُوفِيٍّ لَا مِنْ غَيْرِهِ سَوَاءً كَانَ بِالْكُوفَةِ أَوْ بغيرِهَا.

وَتَقْرِيرُهُ أَنْ مُقْتَضَى اللَّفْظِ قَدْ يُتْرَكُ بِدَلَالَةِ الْعُرْفِ، وَالْعُرْفُ فِي ذَلِكَ الْمَنْعُ عَنِ الْخُرُوجِ مِنَ الْكُوفَةِ صِيَانَةً لِمَالِهِ وَقَدْ حَصَلَ ذَلِكَ بِهَا، وَلَمَّا لَمْ يَخْصُصْ الْمَعَامَلَةَ فِي الصَّرْفِ لِشَخْصٍ بغيرِهِ مَعَ تَفَاوُتِ الْأَشْخَاصِ دَلَّ عَلَى أَنَّ الْمُرَادَ بِهِ نَوْعُ الصَّرْفِ وَقَدْ حَصَلَ ذَلِكَ.

قَالَ (وَكَذَلِكَ إِنْ وَقَّتَ لِلْمُضَارَبَةِ وَقْتًا بِعَيْنِهِ يَبْطُلُ الْعَقْدُ بِمُضِيِّهِ) لِأَنَّهُ تَوَكَّلَ
فَيَتَوَقَّعُ بِمَا وَقَّعَهُ وَالتَّوَقُّعُ مُفِيدٌ وَأَنَّهُ تَقْيِيدٌ بِالزَّمَانِ فَصَارَ كَالْتَقْيِيدِ بِالنَّوعِ وَالْمَكَانِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَكَذَلِكَ إِنْ وَقَّتَ لِلْمُضَارَبَةِ) مَعْنَاهُ أَنَّ التَّوَقُّعَ بِالزَّمَانِ مُفِيدٌ فَكَانَ
كَالتَّقْيِيدِ بِالنَّوعِ وَالْمَكَانِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

قَالَ (وَلَيْسَ لِلْمُضَارِبِ أَنْ يَشْتَرِيَ مَنْ يُعْتَقُ عَلَى رَبِّ الْمَالِ لِقْرَابَةٍ أَوْ غَيْرِهَا) لِأَنَّ
الْعَقْدَ وَضِعَ لِتَحْصِيلِ الرِّبْحِ وَذَلِكَ بِالتَّصَرُّفِ مَرَّةً بَعْدَ أُخْرَى، وَلَا يَتَحَقَّقُ فِيهِ لِعِتْقِهِ
وَلِهَذَا لَا يَدْخُلُ فِي الْمُضَارَبَةِ شِرَاءُ مَا لَا يَمْلِكُ بِالقَبْضِ كَشِرَاءِ الْخَمْرِ وَالشَّرَاءِ بِالمَيْتَةِ.
بِخِلَافِ الْبَيْعِ الْفَاسِدِ لِأَنَّهُ يُمْكِنُهُ بَيْعُهُ بَعْدَ قَبْضِهِ فَيَتَحَقَّقُ الْمَقْصُودُ. قَالَ (وَلَوْ فَعَلَ صَارَ
مُشْتَرِيًا لِنَفْسِهِ ذَوْنُ الْمُضَارَبَةِ) لِأَنَّ الشَّرَاءَ مَتَى وَجَدَ نَفَادًا عَلَى الْمُشْتَرِي نَفَذَ عَلَيْهِ
كَالْوَكِيلِ بِالشَّرَاءِ إِذَا خَالَفَ.

قَالَ (فَإِنْ كَانَ فِي الْمَالِ رِبْحٌ لَمْ يَجْزُ لَهُ أَنْ يَشْتَرِيَ مَنْ يُعْتَقُ عَلَيْهِ) لِأَنَّهُ يُعْتَقُ
عَلَيْهِ نَصِيبُهُ وَيُفْسِدُ نَصِيبَ رَبِّ الْمَالِ أَوْ يُعْتَقُ عَلَى الْإِخْتِلَافِ الْمَعْرُوفِ فَيَمْتَنِعُ التَّصَرُّفُ
فَلَا يَحْصُلُ الْمَقْصُودُ (وَإِنْ اشْتَرَاهُمْ ضَمِنَ مَالُ الْمُضَارَبَةِ) لِأَنَّهُ يَصِيرُ مُشْتَرِيًا الْعَبْدَ لِنَفْسِهِ
فَيُضْمَنُ بِالنَّقْدِ مِنْ مَالِ الْمُضَارَبَةِ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي الْمَالِ رِبْحٌ جَازَ أَنْ يَشْتَرِيَهُمْ لِأَنَّهُ لَا مَانِعَ
مِنَ التَّصَرُّفِ، إِذْ لَا شَرَكَةَ لَهُ فِيهِ لِيُعْتَقَ عَلَيْهِ (فَإِنْ زَادَتْ قِيمَتُهُمْ بَعْدَ الشَّرَاءِ عَتَقَ
نَصِيبُهُ مِنْهُمْ) لِمَلِكِهِ بَعْضَ قَرِيبِهِ (وَلَمْ يَضْمَنْ لِرَبِّ الْمَالِ شَيْئًا) لِأَنَّهُ لَا صَنْعَ مِنْ جِهَتِهِ فِي
زِيَادَةِ الْقِيَمَةِ وَلَا فِي مِلْكِهِ الزِّيَادَةَ، لِأَنَّ هَذَا شَيْءٌ يَثْبُتُ مِنْ طَرِيقِ الْحُكْمِ فَصَارَ كَمَا إِذَا
وَرِثَهُ مَعَ غَيْرِهِ (وَيَسْعَى الْعَبْدُ فِي قِيَمَةِ نَصِيبِهِ مِنْهُ) لِأَنَّهُ أُحْتَسِبَتْ مَالِيَّتُهُ عِنْدَهُ فَيَسْعَى
فِيهِ كَمَا فِي الْوَرِثَةِ.

قَالَ (فَإِنْ كَانَ مَعَ الْمُضَارِبِ أَلْفٌ بِالنِّصْفِ فَاشْتَرَى بِهَا جَارِيَةً قِيمَتُهَا أَلْفٌ فَوُطِئَتْهَا
فَجَاءَتْ بِوَلَدٍ يُسَاوِي أَلْفًا فَادَّعَاهُ ثُمَّ بَلَغَتْ قِيَمَةُ الْغُلَامِ أَلْفًا وَخَمْسَمِائَةٍ وَالْمُدَّعِي مُوسِرٌ،
فَإِنْ شَاءَ رَبُّ الْمَالِ اسْتَسْعَى الْغُلَامَ فِي أَلْفٍ وَمِائَتَيْنِ وَخَمْسِينَ، وَإِنْ شَاءَ أَعْتَقَ) وَوَجْهُ ذَلِكَ
أَنَّ الدَّعْوَةَ صَحِيحَةً فِي الظَّاهِرِ حَمَلًا عَلَى فِرَاشِ النِّكَاحِ، لَكِنَّهُ لَمْ يَنْفُذْ لِقَدْرِ شَرْطِهِ وَهُوَ
الْمِلْكُ لِعَدَمِ ظُهُورِ الرِّبْحِ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا: أَعْنِي الْأُمَّ وَالْوَلَدَ مُسْتَحَقُّ بِرَأْسِ الْمَالِ،

كَمَالِ الْمُضَارَبَةِ إِذَا صَارَ أَعْيَانًا كُلُّ عَيْنٍ مِنْهَا يُسَاوِي رَأْسَ الْمَالِ لَا يَظْهَرُ الرَّبِيعُ كَذَا هَذَا، فَإِذَا زَادَتْ قِيَمَةُ الْغُلَامِ الْآنَ ظَهَرَ الرَّبِيعُ فَتَنَفَّذَتْ الدَّعْوَةُ السَّابِقَةَ، بِخِلَافِ مَا إِذَا أَعْتَقَ الْوَلَدُ ثُمَّ ازْدَادَتْ الْقِيَمَةُ. لِأَنَّ ذَلِكَ إِنْشَاءُ الْعِتْقِ، فَإِذَا بَطُلَ لَعْدَمِ الْمَلِكِ لَا يَنْفُذُ بَعْدَ ذَلِكَ بِحُدُوثِ الْمَلِكِ، أَمَّا هَذَا فَإِنْ خَبَرَ فَجَازَ أَنْ يَنْفُذَ عِنْدَ حُدُوثِ الْمَلِكِ كَمَا إِذَا أَقَرَّ بِحُرِّيَّةِ عَبْدٍ غَيْرِهِ ثُمَّ اشْتَرَاهُ، وَإِذَا صَحَّتِ الدَّعْوَةُ وَثَبَتَ النَّسَبُ عَتَقَ الْوَلَدُ لِقِيَامِ مِلْكِهِ فِي بَعْضِهِ، وَلَا يَضْمَنُ لِرَبِّ الْمَالِ شَيْئًا مِنْ قِيَمَةِ الْوَلَدِ لِأَنَّ عِتْقَهُ ثَبَتَ بِالنَّسَبِ وَالْمَلِكِ وَالْمَلِكُ أَخْرَهُمَا فَيُضَافُ إِلَيْهِ وَلَا صُنْعَ لَهُ فِيهِ، وَهَذَا ضَمَانٌ إِعْتَاقٍ فَلَا بُدَّ مِنَ التَّعْدِي وَلَمْ يُوْجَدْ.

(وَلَهُ أَنْ يَسْتَسْعِيَ الْغُلَامَ) لِأَنَّهُ أَحْتِسِبَتْ مَالِيَّتُهُ عِنْدَهُ، وَلَهُ أَنْ يَعْتِقَ لِأَنَّ الْمُسْتَسْعَى كَالْمُكَاتِبِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَيَسْتَسْعِيهِ فِي أَلْفٍ وَمِائَتَيْنِ وَخَمْسِينَ، لِأَنَّ الْأَلْفَ مُسْتَحَقٌّ بِرَأْسِ الْمَالِ وَالْخَمْسِمِائَةِ رِبْحٍ وَالرَّبِيعَ بَيْنَهُمَا فَلِهَذَا يَسْعَى لَهُ فِي هَذَا الْمِقْدَارِ. ثُمَّ إِذَا قَبِضَ رَبُّ الْمَالِ الْأَلْفَ لَهُ أَنْ يَضْمَنَ الْمُدَّعِي نِصْفَ قِيَمَةِ الْأُمِّ لِأَنَّ الْأَلْفَ الْمَأْخُودَ لَمَّا اسْتَحَقَّ بِرَأْسِ الْمَالِ لِكَوْنِهِ مُقَدِّمًا فِي الْإِسْتِيفَاءِ ظَهَرَ أَنَّ الْجَارِيَّةَ كُلَّهَا رِبْحٌ فَيَكُونُ بَيْنَهُمَا، وَقَدْ تَقَدَّمَتْ دَعْوَةُ صَحِيحَةٍ لِاحْتِمَالِ الْفِرَاشِ الثَّابِتِ بِالنِّكَاحِ وَتَوَقَّفَ نَفَاذُهَا لِفَقْدِ الْمَلِكِ، فَإِذَا ظَهَرَ الْمَلِكُ نَفَّذَتْ تِلْكَ الدَّعْوَةُ وَصَارَتِ الْجَارِيَّةُ أُمًّا وَلَدَ لَهُ وَيَضْمَنُ نَصِيبَ رَبِّ الْمَالِ لِأَنَّ هَذَا ضَمَانٌ تَمْلِكٍ وَضَمَانٌ التَّمْلِكِ لَا يَسْتَدْعِي صُنْعًا كَمَا إِذَا اسْتَوْلَدَ جَارِيَّةً بِالنِّكَاحِ ثُمَّ مَلَكَهَا هُوَ وَغَيْرُهُ وَرَأَتْهُ يَضْمَنُ نَصِيبَ شَرِيكِهِ كَذَا هَذَا؛ بِخِلَافِ ضَمَانِ الْوَلَدِ عَلَى مَا مَرَّ.

الشرح:

قَالَ (وَلَيْسَ لِلْمُضَارِبِ أَنْ يَشْتَرِيَ مَنْ يَعْتِقُ عَلَى رَبِّ الْمَالِ إلخ) وَلَيْسَ لِلْمُضَارِبِ أَنْ يَشْتَرِيَ مَنْ يَعْتِقُ عَلَى رَبِّ الْمَالِ لِقَرَابَةٍ أَوْ غَيْرِهَا كَالْمَحْلُوفِ بَعْتَقِهِ، لِأَنَّ الْعَقْدَ وَضَعَ لِتَحْصِيلِ الرَّبِيعِ وَذَلِكَ يَتَحَقَّقُ بِالتَّصَرُّفِ مَرَّةً بَعْدَ أُخْرَى، وَذَلِكَ لَا يَتَحَقَّقُ فِي شِرَاءِ الْقَرِيبِ لِعَنْتَقِهِ فَالْعَقْدُ لَا يَتَحَقَّقُ فِيهِ.

وَفِي هَذَا إِشَارَةٌ إِلَى الْفَرْقِ بَيْنَ الْمُضَارَبَةِ وَالْوَكَّالَةِ، فَإِنَّ الْوَكِيلَ بِشِرَاءِ عَبْدٍ مُطْلَقًا إِنْ اشْتَرَى مَنْ يَعْتِقُ عَلَى مُوَكَّلِهِ لَمْ يَكُنْ مُخَالَفًا، وَذَلِكَ لِأَنَّ الرَّبِيعَ الْمُحْتَاجَ إِلَى تَكَرُّرِ التَّصَرُّفِ لَيْسَ بِمَقْصُودٍ فِي الْوَكَّالَةِ حَتَّى لَوْ كَانَ مَقْصُودَ الْمُوَكَّلِ، وَقَيَّدَ بِقَوْلِهِ اشْتَرِ لِي عَبْدًا أَيْعُهُ فَاشْتَرَى مَنْ يَعْتِقُ عَلَيْهِ كَانَ مُخَالَفًا، وَلِهَذَا أَيْ وَلِكُونِ هَذَا الْعَقْدِ وَضَعَ

لِتَحْصِيلِ الرَّبْحِ لَا يُدْخِلُ فِي الْمُضَارَبَةِ شِرَاءَ مَا لَا يُمْلِكُ بِالْقَبْضِ كَالْخَمْرِ وَالشِّرَاءِ بِالْمِثَّةِ لَا تَفَاءَ التَّصَرُّفِ فِيهِ وَتَحْصِيلِ الرَّبْحِ، بِخِلَافِ الْبَيْعِ الْفَاسِدِ لِأَنَّهُ يَنْعَهُ بَعْدَ الْقَبْضِ مُمَكِّنٌ فَيَتَحَقَّقُ الْمَقْصُودُ، وَلَوْ فَعَلَ أَيُّ اشْتَرَى مَنْ يَعْتَقُ عَلَى رَبِّ الْمَالِ صَارَ مُشْتَرِيًا لِنَفْسِهِ دُونَ الْمُضَارَبَةِ، لِأَنَّ الشِّرَاءَ مَتَى وَجَدَ نَفَادًا عَلَى الْمُشْتَرِي نَفَذَ عَلَيْهِ كَالْوَكِيلِ بِالشِّرَاءِ إِذَا خَالَفَ.

وَقَوْلُهُ مَتَى وَجَدَ نَفَادًا احْتِرَازٌ عَنِ الصَّبِيِّ وَالْعَبْدِ الْمَحْجُورَيْنِ فَإِنْ شَرَاهُمَا يَتَوَقَّفُ عَلَى إِجَازَةِ الْوَلِيِّ وَالْمَوْلَى، ثُمَّ إِنْ كَانَ نَفَذَ الثَّمَنَ مِنْ مَالِ الْمُضَارَبَةِ يَتَخَيَّرُ رَبُّ الْمَالِ بَيْنَ أَنْ يَسْتَرِدَّ الْمَقْبُوضَ مِنَ الْبَائِعِ وَيَرْجِعَ الْبَائِعُ عَلَى الْمُضَارِبِ وَيَبْنَى أَنْ يَضْمَنَ الْمُضَارِبُ مِثْلَ ذَلِكَ لِأَنَّهُ قَضَى بِمَالِ الْمُضَارَبَةِ دَيْنًا عَلَيْهِ، وَأَمَّا شِرَاءُ مَنْ يَعْتَقُ عَلَى الْمُضَارِبِ فَفِيهِ تَفْصِيلٌ: إِمَّا أَنْ يَكُونَ فِي الْمَالِ رِبْحٌ أَوْ لَا، فَإِنْ كَانَ لَمْ يَجْزُ لَهُ أَنْ يَشْتَرِيَهُ لِأَنَّهُ يَعْتَقُ عَلَيْهِ نَصِيبَهُ وَيَفْسُدُ نَصِيبُ رَبِّ الْمَالِ لَا تَفَاءَ جَوَازِ يَنْعِهِ لِكَوْنِهِ مُسْتَسْعَى عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ أَوْ يَعْتَقُ الْكُلَّ عِنْدَهُمَا عَلَى الْاِخْتِلَافِ الْمَعْرُوفِ فِي تَجَرُّؤِ الْإِعْتِاقِ فَيَمْتَنِعُ التَّصَرُّفُ الْمَقْصُودُ، وَإِنْ اشْتَرَاهُمْ ضَمَنَ مَالِ الْمُضَارَبَةِ لِأَنَّهُ يَصِيرُ مُشْتَرِيًا الْعَبْدَ لِنَفْسِهِ فَيَضْمَنُ إِنْ كَانَ نَفَذَ الثَّمَنَ مِنَ الْمُضَارَبَةِ.

وَأِنْ لَمْ يَكُنْ فِي الْمَالِ رِبْحٌ جَازَ أَنْ يَشْتَرِيَهُمْ لَا تَفَاءَ الْمَانِعِ مِنَ التَّصَرُّفِ حَيْثُ لَا شَرَكَةَ لَهُ، فَإِذَا زَادَتْ قِيمَتُهُمْ بَعْدَ الشِّرَاءِ عَتَقَ نَصِيبُهُ مِنْهُمْ لِتَمَلُّكِهِ بَعْضَ قَرِيْبِهِ، وَلَمْ يَضْمَنْ لِرَبِّ الْمَالِ شَيْئًا لِأَنَّ زَيْدَادَ الْقِيَمَةِ وَتَمَلُّكُهُ الزِّيَادَةَ: أَيُّ نَصِيبُهُ مِنَ الرَّبْحِ أَمْرٌ حُكْمِيٌّ لَا صُنْعٌ لَهُ فِي ذَلِكَ فَصَارَ كَمَا إِذَا وَرِثَهُ مَعَ غَيْرِهِ، كَأَمْرَةِ اشْتَرَتْ ابْنَ زَوْجِهَا فَمَاتَتْ وَتَرَكَتْ زَوْجًا وَأَخًا عَتَقَ نَصِيبُ الزَّوْجِ وَلَا يَضْمَنُ لِأَخِيهَا شَيْئًا لِعَدَمِ الصَّنْعِ مِنْهُ وَيَسْعَى الْعَبْدُ فِي قِيَمَةِ نَصِيبِ رَبِّ الْمَالِ مِنَ الْعَبْدِ وَهُوَ رَأْسُ الْمَالِ وَحِصَّةُ رَبِّ الْمَالِ مِنَ الرَّبْحِ لِأَنَّهُ احْتَبَسَتْ مَالِيَّةُ الْعَبْدِ عِنْدَ الْعَبْدِ فَيَسْعَى الْعَبْدُ فِيهِ كَمَا فِي الْوَرَاثَةِ. قَالَ (فَإِنْ كَانَ مَعَ الْمُضَارِبِ أَلْفٌ بِالنِّصْفِ إلخ) وَإِنْ كَانَ مَعَ الْمُضَارِبِ أَلْفٌ بِالنِّصْفِ فَاشْتَرَى بِهَا جَارِيَةً قِيمَتُهَا أَلْفٌ فَوَطَّئَهَا فَجَاءَتْ بِوَلَدٍ يُسَاوِي أَلْفًا فَادَّعَاهُ ثُمَّ بَلَغَتْ قِيَمَةُ الْعِلَامِ أَلْفًا وَخَمْسِمِائَةً وَالْمُدَّعِي مُوسِرٌ، فَإِنْ شَاءَ رَبُّ الْمَالِ اسْتَسْعَى الْعِلَامَ فِي أَلْفٍ وَمِائَتَيْنِ وَخَمْسِينَ، وَإِنْ شَاءَ أَعْتَقَهُ وَلَا يَضْمَنُ الْمُضَارِبُ شَيْئًا، وَإِنَّمَا قَيَّدَ بِقَوْلِهِ وَالْمُدَّعِي مُوسِرٌ

لِنَفْسٍ شُبْهَةٍ هِيَ أَنَّ الضَّمَانَ إِنَّمَا هُوَ بِسَبَبِ دَعْوَةِ الْمُضَارِبِ وَهُوَ ضَمَانُ إِعْتِاقٍ فِي حَقِّ
الْوَلَدِ، وَضَمَانُ الإِعْتِاقِ يَخْتَلِفُ بِالْيَسَارِ وَالْإِعْسَارِ فَكَانَ الْوَاجِبُ أَنْ يَضْمَنَ الْمُضَارِبُ
إِذَا كَانَ مُوسِرًا، وَمَعَ ذَلِكَ لَا يَضْمَنُ، وَوَجْهُهُ ذَلِكَ أَنَّ الدَّعْوَةَ صَحِيحَةٌ فِي الظَّاهِرِ
لِصُدُورِهَا مِنْ أَهْلِهَا فِي مَحَلِّهَا حَمَلًا عَلَى الْفِرَاشِ بِالنِّكَاحِ بَأَنْ زَوَّجَهَا مِنْهُ الْبَائِعُ ثُمَّ
بَاعَهَا مِنْهُ فَوَطَّئَهَا فَعَلَقَتْ مِنْهُ لِكَنَّهُ: أَيُّ الدَّعَاءِ لَمْ يَنْفُذْ لِفَقْدِ شَرْطِهِ وَهُوَ الْمَلِكُ لِعَدَمِ
ظُهُورِ الرَّبْحِ، لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنَ الْأُمِّ وَالْغُلَامِ مُسْتَحَقٌّ بِرَأْسِ الْمَالِ، كَمَالِ الْمُضَارَبَةِ إِذَا
صَارَ أَعْيَانًا كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهَا يُسَاوِي رَأْسَ الْمَالِ، كَمَا لَوْ اشْتَرَى بِأَلْفِ الْمُضَارَبَةِ عَبْدَيْنِ
كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يُسَاوِي أَلْفًا فَإِنَّهُ لَا يَظْهَرُ الرَّبْحُ، وَإِذَا لَمْ يَظْهَرِ الرَّبْحُ لَمْ يَكُنْ
لِلْمُضَارِبِ فِي الْجَارِيَةِ مَلِكٌ وَبِدُونِ الْمَلِكِ لَا يَثْبُتُ الْاسْتِيلَادُ. وَاعْتَرَضَ بَوَجهَيْنِ:

أَحَدُهُمَا أَنَّ الْجَارِيَةَ كَانَتْ مُتَعَيِّنَةً لِرَأْسِ الْمَالِ قَبْلَ الْوَلَدِ فَتَبْقَى كَذَلِكَ وَتَعَيَّنَ أَنَّ
يَكُونُ الْوَلَدُ كُلُّهُ رِبْحًا. وَالثَّانِي أَنَّ الْمُضَارِبَ إِذَا اشْتَرَى بِأَلْفِ الْمُضَارَبَةِ فَرَسَيْنِ وَكُلُّ
وَاحِدٍ مِنْهُمَا يُسَاوِي أَلْفًا كَانَ لَهُ رُبْعُهُمَا حَتَّى لَوْ وَهَبَ ذَلِكَ لِرَجُلٍ وَسَلَّمَهُ صَحًّا.
وَأُجِيبَ عَنْ الْأَوَّلِ بِأَنَّ تَعَيُّنَهَا كَانَ لِعَدَمِ الْمَزَاحِمِ لَا لِأَنَّهَا رَأْسُ الْمَالِ، فَإِنَّ رَأْسَ الْمَالِ هُوَ
الدَّرَاهِمُ وَبَعْدَ الْوَلَدِ تَحَقَّقَتِ الْمَزَاحِمَةُ فَذَهَبَ تَعَيُّنُهَا وَلَمْ يَكُنْ أَحَدُهُمَا أَوْلَى بِذَلِكَ مِنَ
الْآخَرِ فَاشْتَغَلَ بِرَأْسِ الْمَالِ.

وَعَنْ الثَّانِي بِأَنَّ الْمَرَادَ بِقَوْلِهِ أَعْيَانًا أَجْنَاسٌ مُخْتَلِفَةٌ، وَالْفَرَسَانِ جِنْسٌ وَاحِدٌ
يُقَسَّمَانِ جُمْلَةً وَاحِدَةً، وَإِذَا أُعْتَبِرَا جُمْلَةً حَصَلَ الْبَعْضُ رِبْحًا، بِخِلَافِ الْعَبْدَيْنِ فَإِنَّهُمَا
لَا يُقَسَّمَانِ جُمْلَةً بَلْ كُلُّ وَاحِدٍ يَكُونُ بَيْنَهُمَا عَلَى حَالِهِ لِيَكُونَ الرَّقِيقُ أَجْنَاسًا مُخْتَلَفَةً
عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ قَوْلًا وَاحِدًا.

وَعِنْدَهُمَا أَيْضًا فِي رِوَايَةِ كِتَابِ الْمُضَارَبَةِ: وَإِذَا امْتَنَعَتِ الْقِسْمَةُ لَمْ يَظْهَرِ الرَّبْحُ
فَكَانَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَشْتَقًا بِرَأْسِ الْمَالِ، فَإِنَّ زَادَتْ قِيمَةُ الْغُلَامِ عَلَى مِقْدَارِ رَأْسِ
الْمَالِ فَقَدْ ظَهَرَ الرَّبْحُ وَتَفَدَّتِ الدَّعْوَةُ السَّابِقَةُ لِأَنَّ سَبَبَهَا كَانَ مَوْجُودًا وَهُوَ فِرَاشُ
النِّكَاحِ، إِلَّا أَنَّهَا لَمْ تَنْفُذْ لَوْجُودِ الْمَانِعِ وَهُوَ عَدَمُ الْمَلِكِ، فَإِذَا زَالَ الْمَانِعُ صَارَ نَافِذًا،
بِخِلَافِ مَا إِذَا أُعْتِقَ الْوَلَدُ ثُمَّ أَزْدَادَتْ قِيمَةُ الْغُلَامِ، لِأَنَّ ذَلِكَ إِشَاءُ الْعَتِقِ وَلَمْ يُصَادَفْ
مَحَلُّهُ لِعَدَمِ الْمَلِكِ فَكَانَ بَاطِلًا، وَإِذَا بَطَلَ لِعَدَمِ الْمَلِكِ لَا يَنْفُذُ بَعْدَ ذَلِكَ لِحُدُوثِ الْمَلِكِ.

وَأَمَّا مَا نَحْنُ فِيهِ فإِجْبَارٌ فَجَازَ أَنْ يَنْفَذَ عِنْدَ حُدُوثِهِ كَمَا إِذَا أَقْرَبَ بِحُرِّيَةِ عَبْدٍ غَيْرِهِ
ثُمَّ اشْتَرَاهُ فَإِنَّهُ يَعْتَقُ عَلَيْهِ، وَإِذَا صَحَّتِ الدَّعْوَةُ وَتَفَذَّتْ ثَبَتَ النَّسَبُ وَعَتَقَ الْوَلَدُ لِقِيَامِ
مِلْكِهِ فِي بَعْضِهِ، وَلَا يَضْمَنُ لِرَبِّ الْمَالِ مِنْ قِيَمَةِ الْوَلَدِ شَيْئًا لِأَنَّ عِتْقَهُ ثَبَتَ بِالنَّسَبِ
وَالْمِلْكِ، وَالْمِلْكُ آخِرُهُمَا فَيُضَافُ إِلَيْهِ، لِأَنَّ الْحُكْمَ إِذَا ثَبَتَ بِعِلَّةٍ ذَاتِ وَصَفَيْنِ يُضَافُ إِلَى
آخِرِهِمَا وَجُودًا. وَأَصْلُهُ مَسْأَلَةُ السَّفِينَةِ وَالْقَدَحِ الْمُسْكِرِ وَلَا صُنْعٌ لَهُ فِيهِ فَلَا يَكُونُ
مُتَعَدِّيًا، وَضَمَانُ الْإِعْتِقَاقِ يَعْتَمِدُ ذَلِكَ، وَإِنْ انْتَفَى الضَّمَانُ بَقِيَ أَحَدُ الْأَمْرَيْنِ الْآخَرَيْنِ مِنَ
الاسْتِسْعَاءِ وَالْإِعْتِقَاقِ، فَإِنْ شَاءَ اسْتِسْعَاهُ لاختِيسَ مَالِيَّتِهِ عِنْدَ نَفْسِهِ، وَإِنْ شَاءَ أَعْتَقَ
لِكَوْنِهِ قَابِلًا لِلْعِتْقِ، فَإِنَّ الْمُسْتَسْعَى كَالْمُكَاتَّبِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَيَسْتَسْعِيهِ فِي أَلْفٍ
وَمِائَتَيْنِ وَخَمْسِينَ، لِأَنَّ الْأَلْفَ مُسْتَحَقٌّ بِرَأْسِ الْمَالِ وَخَمْسِمِائَةٍ رِبْحٌ وَالرَّبْحُ يَنْتَهِي فلهَذَا
يَسْعَى لَهُ فِي هَذَا الْمِقْدَارِ.

قِيلَ لَمْ لَا تُجْعَلُ الْجَارِيَةُ رَأْسَ الْمَالِ وَالْوَلَدُ كُلُّهُ رِبْحًا؟ وَأُجِيبَ بِأَنَّ مَا يَجِبُ عَلَى
الْوَلَدِ بِالسَّعَايَةِ مِنْ جِنْسِ رَأْسِ الْمَالِ وَالْجَارِيَةِ لَيْسَتْ مِنْ ذَلِكَ، فَكَانَ تَعْيِينُ الْأَلْفِ مِنْ
السَّعَايَةِ لِرَأْسِ الْمَالِ أَنْسَبَ لِلتَّجَاسُّسِ وَفِيهِ نَظَرٌ، لِأَنَّا إِذَا جَعَلْنَا الْجَارِيَةَ رَأْسَ الْمَالِ وَقَدْ
عَتَقْتَ بِالْإِسْتِيلَادِ وَجَبَتْ قِيَمَتُهَا عَلَى الْمُضَارِبِ وَهِيَ مِنْ جِنْسِ رَأْسِ الْمَالِ، ثُمَّ إِذَا قَبَضَ
رَبُّ الْمَالِ الْأَلْفَ لَهُ أَنْ يَضْمَنَ الْمُدَّعِيَ نِصْفَ قِيَمَةِ الْأُمِّ، لِأَنَّ الْأَلْفَ الْمَأْخُوذَ مِنَ الْوَلَدِ لَمَّا
أُسْتُحِقَّ بِرَأْسِ الْمَالِ لِكَوْنِهِ مُقَدَّمًا فِي الْإِسْتِيفَاءِ عَلَى الرِّبْحِ ظَهَرَ أَنَّ الْجَارِيَةَ كُلَّهَا رِبْحٌ
فَتَكُونُ بَيْنَهُمَا، وَقَدْ تَمَلَّكَ الْمُدَّعِيَ نَصِيبَ رَبِّ الْمَالِ مِنْهَا بِجَعْلِهَا أُمًّا وَلَدَ بِالدَّعْوَةِ السَّابِقَةِ
فَيَضْمَنُ، وَضَمَانُ التَّمَلُّكِ لَا يَسْتَدْعِي صُنْعًا بَلْ يَعْتَمِدُ التَّمَلُّكُ وَقَدْ حَصَلَ، كَمَا إِذَا
اسْتَوْلَدَ جَارِيَةً بِالنِّكَاحِ ثُمَّ مَلَكَهَا هُوَ وَغَيْرُهُ وَرَأْتَهُ، فَإِنَّهُ يَضْمَنُ لَشَرِيكِهِ نَصِيبَهُ، كَالْأَخِ
تَزَوَّجَ بِجَارِيَةٍ أَخِيهِ فَاسْتَوْلَدَهَا فَمَاتَ الْمَرْجُوعُ وَتَرَكَ الْجَارِيَةَ مِيرَاثًا بَيْنَ الزَّوْجِ وَأَخٍ آخَرَ
فَمَلَكَهَا الزَّوْجُ بِغَيْرِ صُنْعِهِ وَيَضْمَنُ نَصِيبَ شَرِيكِهِ، بِخِلَافِ ضَمَانِ الْوَلَدِ فَإِنَّهُ ضَمَانُ
إِعْتِقَاقٍ وَهُوَ إِثْلَافٌ فَلَا بُدَّ مِنَ التَّعَدِّيِّ وَهُوَ لَا يَتَحَقَّقُ بِدُونِ صُنْعِهِ.

وَقَوْلُهُ كَمَا مَرَّ إشارَةً إِلَى قَوْلِهِ لِأَنَّ عِتْقَهُ بِالنَّسَبِ وَالْمِلْكِ وَالْمِلْكُ آخِرُهُمَا وَلَا صُنْعٌ لَهُ
فِيهِ، وَلَمْ يَذْكُرْ الْمُصَنِّفُ الْعَقْرَ وَهُوَ مِنَ الْمُضَارَبَةِ لِأَنَّهُ بَدَلَ الْمَنَافِعِ فَضَارَ كَالْكَسْبِ.

باب المضارب يضارب

قَالَ (وَإِذَا دَفَعَ الْمُضَارِبُ الْمَالَ إِلَى غَيْرِهِ مُضَارِبَةً وَلَمْ يَأْذَنْ لَهُ رَبُّ الْمَالِ لَمْ يَضْمَنْ بِالْدَفْعِ وَلَا يَتَصَرَّفُ الْمُضَارِبُ الثَّانِي حَتَّى يَرْبِحَ، فَإِذَا رَجَعَ ضَمِنَ الْأَوَّلُ لِرَبِّ الْمَالِ) وَهَذَا رِوَايَةُ الْحَسَنِ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: إِذَا عَمِلَ بِهِ ضَمِنَ رِبْحَ أَوْ لَمْ يَرْبِحْ، وَهَذَا ظَاهِرُ الرِّوَايَةِ. وَقَالَ زُهْرٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: يَضْمَنُ بِالْدَفْعِ عَمَلٌ أَوْ لَمْ يَعْمَلْ، وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ لِأَنَّ الْمَمْلُوكَ لَهُ الدَّفْعُ عَلَى وَجْهِ الْإِيدَاعِ، وَهَذَا الدَّفْعُ عَلَى وَجْهِ الْمُضَارِبَةِ. وَلَهُمَا أَنَّ الدَّفْعَ إِيدَاعَ حَقِيقَةً، وَإِنَّمَا يَتَقَرَّرُ كَوْنُهُ لِلْمُضَارِبَةِ بِالْعَمَلِ فَكَانَ الْحَالُ مُرَاعَى قَبْلَهُ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الدَّفْعَ قَبْلَ الْعَمَلِ إِيدَاعٌ وَبَعْدَهُ إِبْضَاعٌ، وَالْفِعْلَانِ يَمْلِكُهُمَا الْمُضَارِبُ فَلَا يَضْمَنُ بِهِمَا، إِلَّا أَنَّهُ إِذَا رِبِحَ فَقَدْ أَثْبَتَ لَهُ شَرِكَةً فِي الْمَالِ فَيَضْمَنُ كَمَا لَوْ خَلَطَهُ بِغَيْرِهِ، وَهَذَا إِذَا كَانَتِ الْمُضَارِبَةُ صَحِيحَةً، فَإِنْ كَانَتْ فَاسِدَةً لَا يَضْمَنُهُ الْأَوَّلُ، وَإِنْ عَمِلَ الثَّانِي لِأَنَّهُ أَجِيرٌ فِيهِ وَلَهُ أَجْرٌ مِثْلُهُ فَلَا تَثْبُتُ الشَّرِكَةُ بِهِ. ثُمَّ ذَكَرَ فِي الْكِتَابِ يَضْمَنُ الْأَوَّلُ وَلَمْ يَذْكُرِ الثَّانِي.

وَقِيلَ يَنْبَغِي أَنْ لَا يَضْمَنَ الثَّانِي عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَعِنْدَهُمَا يَضْمَنُ بِنَاءً عَلَى اخْتِلَافِهِمْ فِي مُودَعِ الْمُودَعِ. وَقِيلَ رَبُّ الْمَالِ بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ ضَمِنَ الْأَوَّلُ وَإِنْ شَاءَ ضَمِنَ الثَّانِي بِالْإِجْمَاعِ وَهُوَ الْمَشْهُورُ، وَهَذَا عِنْدَهُمَا ظَاهِرٌ وَكَذَا عِنْدَهُ، وَوَجْهُ الْفَرْقِ لَهُ بَيْنَ هَذِهِ وَبَيْنَ مُودَعِ الْمُودَعِ أَنَّ الْمُودَعَ الثَّانِي يَقْبِضُهُ لِنَفْعَةِ الْأَوَّلِ فَلَا يَكُونُ ضَامِنًا، أَمَّا الْمُضَارِبُ الثَّانِي يَعْمَلُ فِيهِ لِنَفْعِ نَفْسِهِ فَجَازَ أَنْ يَكُونَ ضَامِنًا.

ثُمَّ إِنْ ضَمِنَ الْأَوَّلُ صَحَّتِ الْمُضَارِبَةُ بَيْنَ الْأَوَّلِ وَبَيْنَ الثَّانِي وَكَانَ الرَّبْحُ بَيْنَهُمَا عَلَى مَا شَرَطَا لِأَنَّهُ ظَهَرَ أَنَّهُ مَلِكُهُ بِالضَّمَانِ مِنْ حِينِ خَالَفَ بِالْدَفْعِ إِلَى غَيْرِهِ لَا عَلَى الْوَجْهِ الَّذِي رَضِيَ بِهِ فَصَارَ كَمَا إِذَا دَفَعَ مَالَ نَفْسِهِ، وَإِنْ ضَمِنَ الثَّانِي رَجَعَ عَلَى الْأَوَّلِ بِالْعَقْدِ لِأَنَّهُ عَامِلٌ لَهُ كَمَا فِي الْمُودَعِ وَلِأَنَّهُ مَغْرُورٌ مِنْ جِهَتِهِ فِي ضَمَنِ الْعَقْدِ. وَتَصِحُّ الْمُضَارِبَةُ وَالرَّبْحُ بَيْنَهُمَا عَلَى مَا شَرَطَا لِأَنَّ قَرَارَ الضَّمَانِ عَلَى الْأَوَّلِ فَكَأَنَّهُ ضَمِنَهُ ابْتِدَاءً، وَيَطِيبُ الرَّبْحُ لِلثَّانِي وَلَا يَطِيبُ لِلأَعْلَى لِأَنَّ الْأَسْفَلَ يَسْتَحِقُّهُ بِعَمَلِهِ وَلَا خُبْثٌ فِي الْعَمَلِ، وَالأَعْلَى يَسْتَحِقُّهُ بِمِلْكِهِ الْمُسْتَتِدِّ بِأَدَاءِ الضَّمَانِ وَلَا يُعْرَى عَنْ نَوْعِ خُبْثٍ.

الشرح:

(بَابُ الْمُضَارِبِ يُضَارِبُ): مُضَارِبَةٌ الْمُضَارِبِ مُرْكَبَةٌ، فَأَخْرَجَهَا عَنْ الْمَفْرَدَةِ اخْتَلَفَ

عَلَمَّاؤُنَا فِي مُوجِبِ الضَّمَانِ عَلَى الْمُضَارِبِ إِذَا دَفَعَ الْمَالَ إِلَى غَيْرِهِ مُضَارِبَةً وَلَمْ يَأْذَنْ لَهُ رَبُّ الْمَالِ؛ فَرَوَى الْحَسَنُ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ لَمْ يَضْمَنْ بِالْدَفْعِ وَلَا بِتَصَرُّفِ الْمُضَارِبِ الثَّانِي حَتَّى يَرْبَحَ، فَاَلْمُوجِبُ هُوَ حُصُولُ الرَّبْحِ، فَإِنْ رَبِحَ الثَّانِي ضَمِنَ الْأَوَّلُ لِرَبِّ الْمَالِ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ وَهُوَ ظَاهِرُ الرَّوَايَةِ: إِذَا عَمِلَ بِهِ ضَمِنَ رِبْحٌ أَوْ لَمْ يَرْبَحْ، ثُمَّ رَجَعَ أَبُو يُوسُفَ وَقَالَ: ضَمِنَ بِالْدَفْعِ، وَبِهِ قَالَ زُفَرٌ لَأَنَّ مَا يَمْلِكُهُ الْمُضَارِبُ هُوَ الدَّفْعُ عَلَى سَبِيلِ الْإِيدَاعِ لَعَدَمِ الْإِذْنِ بغيرِهِ، وَدَفْعُ الْمُضَارِبِ مُضَارِبَةً لِنَسِ عَلَى وَجْهِ الْإِيدَاعِ فَلَا يَمْلِكُهُ وَلَهُمَا أَنْ دَفَعَهُ إِيدَاعٌ حَقِيقَةٌ، وَإِنَّمَا يَتَقَرَّرُ كَوْنُهُ لِلْمُضَارِبَةِ بِالْعَمَلِ فَكَانَ الْحَالُ قَبْلَهُ مُرَاعَى: أَيُّ مَوْقُوفًا إِنْ عَمِلَ ضَمِنَ وَإِلَّا فَلَا. وَلَأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الدَّفْعَ قَبْلَ الْعَمَلِ إِيدَاعٌ، وَبَعْدَهُ إِبْضَاعٌ، وَالْفِعْلَانِ يَمْلِكُهُمَا الْمُضَارِبُ فَلَا يَضْمَنْ بِهِمَا لَعَدَمِ الْمُخَالَفَةِ بِهِمَا، إِلَّا أَنَّهُ إِذَا رَبِحَ فَقَدْ أَثْبَتَ لَهُ شَرِكَةً فِي الْمَالِ فَصَارَ مُخَالَفًا لاشْتِرَاكِ الْغَيْرِ فِي رِبْحِ مَالِ رَبِّ الْمَالِ، وَفِي ذَلِكَ إِثْلَافٌ فَيُوجِبُ الضَّمَانُ كَمَا لَوْ خَلَطَهُ بغيرِهِ، وَهَذَا أَيُّ وَجُوبِ الضَّمَانِ عَلَى الْأَوَّلِ أَوْ عَلَيْهِمَا بِالرَّبْحِ أَوْ الْعَمَلِ عَلَى مَا ذَكَرْنَا إِذَا كَانَتْ الْمُضَارِبَةُ صَحِيحَةً، وَأَطْلَقَ الْقَوْلَ لِيَتَنَاوَلَ كُلًّا مِنْهُمَا فَإِنَّ الْأَوَّلَى إِذَا كَانَتْ فَاسِدَةً أَوْ الثَّانِيَةَ أَوْ كِلَيْتَهُمَا جَمِيعًا لَمْ يَضْمَنْ الْأَوَّلُ لِأَنَّ الثَّانِي أُجْبِرَ فِيهِ وَلَهُ أَجْرٌ مِثْلُهُ فَلَمْ تُثْبِتِ الشَّرِكَةُ الْمُوجِبَةَ لِلضَّمَانِ. فَإِنْ قِيلَ: إِذَا كَانَتْ الْأَوَّلَى فَاسِدَةً لَمْ يُتَصَوَّرَ جَوَازُ الثَّانِيَةَ لِأَنَّ مَبْنَاهَا عَلَى الْأَوَّلَى فَلَا يَسْتَقِيمُ التَّقْسِيمُ. أُجِيبَ بِأَنَّ الْمُرَادَ بِجَوَازِ الثَّانِيَةِ حَيْثُ مَا يَكُونُ جَائِزًا بِحَسَبِ الصُّورَةِ بِأَنْ يَكُونَ الْمَشْرُوطُ لِلثَّانِي مِنَ الرَّبْحِ مِقْدَارَ مَا تُجَوِّزُ بِهِ الْمُضَارِبَةُ فِي الْحِمْلَةِ بِأَنْ كَانَ الْمَشْرُوطُ لِلأَوَّلِ نِصْفُ الرَّبْحِ وَمِائَةٌ مِثْلًا وَلِلثَّانِي نِصْفُهُ.

(قَوْلُهُ ثُمَّ ذَكَرَ فِي كِتَابِ) يَعْنِي الْقُدُورِيِّ (يَضْمَنْ الْأَوَّلُ وَلَمْ يَذْكُرِ الثَّانِي وَقِيلَ) اخْتِيَارًا مِنْهُ لِقَوْلِ مَنْ قَالَ مِنَ الْمَشَايخ (يَنْبَغِي أَنْ لَا يَضْمَنْ الثَّانِي عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَعِنْدَهُمَا يَضْمَنْ بِنَاءً عَلَى اخْتِلَافِهِمْ فِي مُودَعِ الْمُودَعِ، وَمِنْهُمْ مَنْ يَقُولُ رَبُّ الْمَالِ بِالْخِيَارِ بَيْنَ تَضْمِينِ الْأَوَّلِ وَالثَّانِي) فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ (بِاجْتِمَاعِ) أَصْحَابِنَا (و) هَذَا الْقَوْلُ (هُوَ الْمَشْهُورُ) مِنَ الْمَذْهَبِ (وَهَذَا عِنْدَهُمَا ظَاهِرٌ وَكَذَا عِنْدَهُ) لَكِنْ لَا بُدَّ مِنْ بَيَانِ فَرْقٍ بَيْنَ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ وَمَسْأَلَةِ مُودَعِ الْمُودَعِ (وَوَجْهُهُ أَنَّ الْمُودَعِ الثَّانِي يَقْبِضُهُ لِمَنْفَعَةِ الْأَوَّلِ فَلَا يَضْمَنْ وَالْمُضَارِبُ الثَّانِي يَعْمَلُ فِيهِ لِمَنْفَعَةِ نَفْسِهِ) مِنْ حَيْثُ شَرِكْتُهُ فِي الرَّبْحِ (فَجَازَ أَنْ يَكُونَ ضَامِنًا، ثُمَّ إِنْ ضَمِنَ الْأَوَّلُ صَحَّتِ الْمُضَارِبَةُ) الثَّانِيَةَ (لَأَنَّهُ مَلِكُهُ بِالضَّمَانِ مِنْ

وَقَتِ الْمُخَالَفَةَ بِالْذَّفْعِ عَلَى وَجْهِ لَمْ يَرْضَ بِهِ رَبُّ الْمَالِ فَصَارَ كَمَا إِذَا دَفَعَ مَالٌ نَفْسِهِ، وَإِنْ ضَمِنَ الثَّانِي رَجَعَ عَلَى الْأَوَّلِ بِالْعَقْدِ أَيْ بِسَبَبِهِ (لَأَنَّهُ عَامِلٌ لَهُ) أَيْ لِلْمُضَارِبِ الْأَوَّلِ (كَمَا فِي الْمَوْدَعِ) وَاعْتَرِضَ بِأَنَّ كَلَامَهُ مُتَنَاقِضٌ لِأَنَّهُ قَالَ قَبْلَ هَذَا يَعْمَلُ فِيهِ لِمَنْفَعَةٍ نَفْسِهِ، وَهَاهُنَا قَالَ لِأَنَّهُ عَامِلٌ لِلْمُضَارِبِ الْأَوَّلِ.

وَأُجِيبَ بِاخْتِلَافِ الْجِهَةِ: يَعْنِي أَنَّ الْمُضَارِبَ الثَّانِيَّ عَامِلٌ لِنَفْسِهِ بِسَبَبِ شَرِكَتِهِ فِي الرِّبْحِ وَعَامِلٌ لْغَيْرِهِ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ فِي الْإِبْتِدَاءِ مُودَعٌ وَعَمَلُ الْمَوْدَعِ وَهُوَ الْحِفْظُ لِلْمَوْدَعِ، وَالظَّاهِرُ مِنْ كَلَامِهِ عَدَمُهُ لِأَنَّهُ قَالَ قَبْلَ هَذَا يَعْمَلُ فِيهِ لِمَنْفَعَةٍ نَفْسِهِ وَلَمْ يَقُلْ عَامِلٌ لِنَفْسِهِ، وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ الشَّخْصُ عَامِلًا لْغَيْرِهِ لِمَنْفَعَةٍ نَفْسِهِ فَلَا تَنَاقُضَ بَيْنَهُمَا حِينَئِذٍ (وَلَأَنَّهُ مَعْرُورٌ مِنْ جِهَتِهِ فِي ضِمْنِ الْعَقْدِ) فَإِنَّ الْأَوَّلَ قَدْ غَرَّهُ وَالثَّانِي اعْتَمَدَ قَوْلَهُ فِي ضِمْنِ عَقْدِ الْمُضَارِبَةِ وَالْمَعْرُورُ فِي ضِمْنِ الْعَقْدِ يَرْجِعُ عَلَى الْعَارِّ (وَتَصِحُّ الْمُضَارِبَةُ) الثَّانِيَةُ (وَالرِّبْحُ بَيْنَهُمَا عَلَى مَا شَرَطَا، لِأَنَّ قَرَارَ الضَّمَانِ عَلَى الْأَوَّلِ فَكَأَنَّهُ ضَمِنَهُ إِبْتِدَاءً، وَيَطِيبُ الرِّبْحُ لِلثَّانِي وَلَا يَطِيبُ لِلأَوَّلِ لِأَنَّ الثَّانِيَّ يَسْتَحِقُّهُ بِعَمَلِهِ وَلَا خُبْرَ فِيهِ وَالأَوَّلُ يَسْتَحِقُّهُ بِمِلْكِهِ الْمُسْتَنَدِ بِإِدَاءِ الضَّمَانِ وَلَا يَعْرِى عَنْ نَوْعِ خُبْرٍ) لِأَنَّهُ نَابِتٌ مِنْ وَجْهِ دُونَ وَجْهِ وَسَبِيلُهُ التَّصَدُّقُ.

قَالَ (فَإِذَا) دَفَعَ رَبُّ الْمَالِ مُضَارِبَتَهُ بِالنِّصْفِ وَأَذِنَ لَهُ بِأَنْ يَدْفَعَهُ إِلَى غَيْرِهِ فَدَفَعَهُ بِالثُّلُثِ وَقَدْ تَصَرَّفَ الثَّانِي وَرَبِّحَ، فَإِنْ كَانَ رَبُّ الْمَالِ قَالَ لَهُ عَلَى أَنْ مَا رَزَقَ اللَّهُ فَهُوَ بَيْنَنَا نِصْفَانِ فَلَرَبُّ الْمَالِ النِّصْفُ وَلِلْمُضَارِبِ الثَّانِي الثُّلُثُ وَلِلْمُضَارِبِ الْأَوَّلِ السُّدُسُ) لِأَنَّ الدَّفْعَ إِلَى الثَّانِي مُضَارِبَتَهُ قَدْ صَحَّ لَوْجُودِ الْأَمْرِ بِهِ مِنْ جِهَةِ الْمَالِكِ وَرَبُّ الْمَالِ شَرَطَ لِنَفْسِهِ نِصْفَ جَمِيعِ مَا رَزَقَ اللَّهُ تَعَالَى فَلَمْ يَبْقَ لِلأَوَّلِ إِلَّا النِّصْفُ فَيَتَصَرَّفُ تَصَرُّفَهُ إِلَى نَصِيبِهِ وَقَدْ جَعَلَ مِنْ ذَلِكَ بِقَدْرِ ثُلُثِ الْجَمِيعِ لِلثَّانِي فَيَكُونُ لَهُ فَلَمْ يَبْقَ إِلَّا السُّدُسُ، وَيَطِيبُ لهُمَا ذَلِكَ لِأَنَّ فِعْلَ الثَّانِي وَقَعَ لِلأَوَّلِ كَمَنْ أَسْتَوْجَرَ عَلَى خِيَاطَةِ ثَوْبٍ بِدِرْهَمٍ وَاسْتَأْجَرَ غَيْرَهُ عَلَيْهِ بِنِصْفِ دِرْهَمٍ.

(وَإِنْ كَانَ قَالَ لَهُ عَلَى أَنْ مَا رَزَقَكَ اللَّهُ فَهُوَ بَيْنَنَا نِصْفَانِ فَلِلْمُضَارِبِ الثَّانِي الثُّلُثُ وَالبَاقِي بَيْنَ الْمُضَارِبِ الْأَوَّلِ وَرَبِّ الْمَالِ نِصْفَانِ) لِأَنَّهُ فَوَّضَ إِلَيْهِ التَّصَرُّفَ وَجَعَلَ لِنَفْسِهِ نِصْفَ مَا رَزَقَ الْأَوَّلُ وَقَدْ رَزَقَ الثَّلَاثِينَ فَيَكُونُ بَيْنَهُمَا، بِخِلَافِ الْأَوَّلِ لِأَنَّهُ جَعَلَ لِنَفْسِهِ

نِصْفَ جَمِيعِ الرِّبْحِ فَافْتَرَقَا) (وَلَوْ كَانَ قَالَ لَهُ فَمَا رِبْحَتْ مِنْ شَيْءٍ فَبَيْنِي وَبَيْنَكَ نِصْفَانِ وَقَدْ دَفَعَ إِلَى غَيْرِهِ بِالنِّصْفِ فَلِلثَّانِي النِّصْفُ وَالْبَاقِي بَيْنَ الْأَوَّلِ وَرَبِّ الْمَالِ) لِأَنَّ الْأَوَّلَ شَرَطَ لِلثَّانِي نِصْفَ الرِّبْحِ وَذَلِكَ مُفَوَّضٌ إِلَيْهِ مِنْ جِهَةِ رَبِّ الْمَالِ فَيَسْتَحِقُّهُ. وَقَدْ جَعَلَ رَبُّ الْمَالِ لِنَفْسِهِ نِصْفَ مَا رِبِحَ الْأَوَّلُ وَلَمْ يَرِبِحْ إِلَّا النِّصْفُ فَيَكُونُ بَيْنَهُمَا (وَلَوْ كَانَ قَالَ لَهُ عَلَى أَنْ مَا رَزَقَ اللَّهُ تَعَالَى فَلِي نِصْفُهُ أَوْ قَالَ فَمَا كَانَ مِنْ فَضْلِ فَبَيْنِي وَبَيْنَكَ نِصْفَانِ وَقَدْ دَفَعَ إِلَى آخَرَ مُضَارَبَةً بِالنِّصْفِ فَلَرَبُّ الْمَالِ النِّصْفُ وَلِلْمُضَارِبِ الثَّانِي النِّصْفُ وَلَا شَيْءَ لِلْمُضَارِبِ الْأَوَّلِ) لِأَنَّهُ جَعَلَ لِنَفْسِهِ نِصْفَ مُطْلَقِ الْفَضْلِ فَيَنْصَرِفُ شَرَطُ الْأَوَّلِ النِّصْفَ لِلثَّانِي إِلَى جَمِيعِ نَصِيبِهِ فَيَكُونُ لِلثَّانِي بِالشَّرْطِ وَيَخْرُجُ الْأَوَّلُ بِغَيْرِ شَيْءٍ، كَمَنْ اسْتَوْجَرَ لِيَخِيطَ ثَوْبًا بِدِرْهَمٍ فَاسْتَأْجَرَ غَيْرَهُ لِيَخِيطَهُ بِمِثْلِهِ (وَإِنْ شَرَطَ لِلْمُضَارِبِ الثَّانِي ثُلْثِي الرِّبْحِ فَلَرَبُّ الْمَالِ النِّصْفُ وَلِلْمُضَارِبِ الثَّانِي النِّصْفُ وَيَضْمَنُ الْمُضَارِبُ الْأَوَّلُ لِلثَّانِي سُدُسَ الرِّبْحِ فِي مَالِهِ) لِأَنَّهُ شَرَطَ لِلثَّانِي شَيْئًا هُوَ مُسْتَحَقٌّ لَرَبِّ الْمَالِ فَلَمْ يَنْفُذْ فِي حَقِّهِ لِمَا فِيهِ مِنَ الْإِبْطَالِ، لَكِنْ التَّسْمِيَةُ فِي نَفْسِهَا صَحِيحَةٌ لَكُونَ الْمُسَمَّى مَعْلُومًا فِي عَقْدِ يَمْلِكُهُ وَقَدْ ضَمِنَ لَهُ السَّلَامَةُ فَيَلْزَمُهُ الْوَفَاءُ بِهِ، وَلِأَنَّهُ غَرَّهُ فِي ضِمْنِ الْعَقْدِ وَهُوَ سَبَبُ الرُّجُوعِ فَلِهَذَا يَرْجِعُ عَلَيْهِ، وَهُوَ تَطْيِيرُ مَنْ اسْتَوْجَرَ لِحَيَاظَةِ ثَوْبٍ بِدِرْهَمٍ فَدَفَعَهُ إِلَى مَنْ يَخِيطُهُ بِدِرْهَمٍ وَنِصْفِ.

الشرح:

قَالَ (فَإِنْ دَفَعَ إِلَيْهِ رَبُّ الْمَالِ مُضَارَبَةً بِالنِّصْفِ إلخ) هَذِهِ الْمَسَائِلُ إِلَى آخِرِهَا ظَاهِرَةٌ لَا يَحْتَاجُ فِيهَا إِلَى شَرْحٍ، وَإِنَّمَا قَالَ يَطِيبُ لَهَا ذَلِكَ: أَيُّ لِلْمُضَارِبِ الْأَوَّلِ وَالثَّانِي الثُّلُثُ وَالسُّدُسُ لِأَنَّ الْأَوَّلَ وَإِنْ لَمْ يَعْمَلْ بِنَفْسِهِ شَيْئًا فَقَدْ بَاشَرَ الْعَقْدَيْنِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ أَبْذَعَ الْمَالُ مَعَ غَيْرِهِ أَوْ أَبْذَعَهُ رَبُّ الْمَالِ حَتَّى رِبِحَ كَانَ نَصِيبُ الْمُضَارِبِ مِنَ الرِّبْحِ طَيِّبًا لَهُ وَإِنْ لَمْ يَعْمَلْ بِنَفْسِهِ، وَإِنَّمَا قَالَ غَرَّهُ فِي ضِمْنِ الْعَقْدِ لِأَنَّ الْمَعْرُورَ إِذَا لَمْ يَكُنْ فِي ضِمْنِهِ لَا يُوجِبُ الضَّمَانَ كَمَا إِذَا قَالَ الْآخَرُ هَذَا الطَّرِيقُ آمِنٌ فَاسْلُكْهُ وَلَمْ يَكُنْ آمِنًا فَاسْلُكْهُ فَقُطِعَ عَلَيْهِ الطَّرِيقُ وَأُخِذَ مَالُهُ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ.

فصل

(وَإِذَا شَرَطَ الْمُضَارِبُ لِرَبِّ الْمَالِ ثُلُثَ الرَّبْحِ وَلِعَبْدٍ رَبَّ الْمَالِ ثُلُثَ الرَّبْحِ عَلَى أَنْ يَعْمَلَ مَعَهُ وَلِنَفْسِهِ ثُلُثَ الرَّبْحِ فَهُوَ جَائِزٌ) لِأَنَّ لِلْعَبْدِ يَدًا مُعْتَبَرَةً خُصُوصًا إِذَا كَانَ مَادُونًا لَهُ وَاشْتِرَاطُ الْعَمَلِ إِذَنْ لَهُ، وَلِهَذَا لَا يَكُونُ لِلْمَوْلَى وَلَايَةٌ أَخَذَ مَا أودَعَهُ الْعَبْدُ وَإِنْ كَانَ مُحْجُورًا عَلَيْهِ، وَلِهَذَا يَجُوزُ بَيْعُ الْمَوْلَى مِنْ عَبْدِهِ الْمَادُونِ لَهُ، وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ لَمْ يَكُنْ مَانِعًا مِنَ التَّسْلِيمِ وَالتَّخْلِيَةِ بَيْنَ الْمَالِ وَالْمُضَارِبِ، بِخِلَافِ اشْتِرَاطِ الْعَمَلِ عَلَى رَبِّ الْمَالِ لِأَنَّهُ مَانِعٌ مِنَ التَّسْلِيمِ عَلَى مَا مَرَّ، وَإِذَا صَحَّتِ الْمُضَارِبَةُ يَكُونُ الثُّلُثُ لِلْمُضَارِبِ بِالشَّرْطِ وَالثُّلُثَانِ لِلْمَوْلَى، لِأَنَّ كَسْبَ الْعَبْدِ لِلْمَوْلَى إِذَا لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ دَيْنٌ، وَإِنْ كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ فَهُوَ لِلغَرَمَاءِ. هَذَا إِذَا كَانَ الْعَاقِدُ هُوَ الْمَوْلَى، وَلَوْ عَقَدَ الْعَبْدُ الْمَادُونُ عَقْدَ الْمُضَارِبَةِ مَعَ أَجْنَبِيٍّ وَشَرَطَ الْعَمَلَ عَلَى الْمَوْلَى لَا يَصِحُّ إِنْ لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ دَيْنٌ لِأَنَّ هَذَا اشْتِرَاطُ الْعَمَلِ عَلَى الْمَالِكِ، وَإِنْ كَانَ عَلَى الْعَبْدِ دَيْنٌ صَحَّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ لِأَنَّ الْمَوْلَى بِمَنْزِلَةِ الْأَجْنَبِيِّ عِنْدَهُ عَلَى مَا عُرِفَ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

الشرح:

(فَصَلِّ): لَمَّا كَانَ لِلْمُضَارِبِ بَعْدَ إِدْخَالِ عَقْدِ الْمُضَارِبَةِ أَوْ رَبِّ الْمَالِ حُكْمٌ غَيْرُ مَا ذَكَرَهُ فِي فَصْلٍ عَلَى حَدِّهِ فَقَالَ (وَإِذَا شَرَطَ الْمُضَارِبُ لِرَبِّ الْمَالِ ثُلُثَ الرَّبْحِ وَلِعَبْدٍ رَبَّ الْمَالِ ثُلُثَهُ عَلَى أَنْ يَعْمَلَ الْعَبْدُ مَعَهُ وَلِنَفْسِهِ ثُلُثُهُ فَهُوَ جَائِزٌ) فَقَوْلُهُ وَلِعَبْدٍ رَبَّ الْمَالِ فِي مُقَابَلَتِهِ شَيْئَانِ: عَبْدُ الْمُضَارِبِ، وَالْأَجْنَبِيُّ، وَلَيْسَ ذَلِكَ بِاخْتِرَازٍ عَنِ الْأَوَّلِ لِأَنَّ حُكْمَ عَبْدِ الْمُضَارِبِ فِيمَا نَحْنُ فِيهِ حُكْمُ عَبْدِ رَبِّ الْمَالِ فَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ اخْتِرَازًا عَنِ الثَّانِي، فَإِنَّهُ إِذَا شَرَطَ ذَلِكَ لِلْأَجْنَبِيِّ عَلَى أَنْ يَعْمَلَ مَعَ الْمُضَارِبِ صَحَّ الشَّرْطُ وَالْمُضَارِبَةُ جَمِيعًا وَصَارَتْ الْمُضَارِبَةُ مَعَ الرَّجُلَيْنِ، وَإِنْ لَمْ يَشْتَرِطْ وَعَمِلَ الْأَجْنَبِيُّ مَعَهُ صَحَّتِ الْمُضَارِبَةُ مَعَ الْأَوَّلِ وَالشَّرْطُ بَاطِلٌ، وَيُجْعَلُ الثُّلُثُ الْمَشْرُوطُ لِلْأَجْنَبِيِّ كَالْمَسْكُوتِ عَنْهُ فَيَكُونُ لِرَبِّ الْمَالِ، لِأَنَّ الرَّبْحَ إِنَّمَا يُسْتَحَقُّ بِرَأْسِ الْمَالِ أَوْ بِالْعَمَلِ أَوْ بِضَمَانِ الْعَمَلِ وَلَمْ يُوْجَدْ مِنْ ذَلِكَ شَيْءٌ.

وقَوْلُهُ عَلَى أَنْ يَعْمَلَ الْعَبْدُ مَعَهُ اخْتِرَازٌ عَمَّا إِذَا لَمْ يَشْتَرِطْ ذَلِكَ فَإِنَّ فِيهِ تَفْصِيلًا، إِنَّمَا أَنْ يَكُونَ عَلَى الْعَبْدِ دَيْنٌ أَوْ لَا، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ صَحَّ الشَّرْطُ سَوَاءً كَانَ الْعَبْدُ عَبْدًا

المُضَارِبِ أَوْ عَبْدَ رَبِّ الْمَالِ، لِأَنَّهُ لَمَّا تَعَذَّرَ تَصْحِيحُ هَذَا الشَّرْطِ فِي حَقِّ الْعَبْدِ بِمَا ذَكَرْنَا مِنْ انْتِفَاءِ مَا يُوجِبُ اسْتِحْقَاقَ الرَّبْحِ فِي حَقِّهِ جَعَلْنَاهُ شَرْطًا فِي حَقِّ مَوْلَاهُ، لِأَنَّ مَا هُوَ شَرْطٌ لِلْعَبْدِ شَرْطٌ لِمَوْلَاهُ إِذَا لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ ذَيْنٌ وَإِنْ كَانَ عَلَيْهِ ذَيْنٌ، فَإِنْ كَانَ عَبْدُ الْمُضَارِبِ فَعَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ لَا يَصِحُّ الشَّرْطُ، وَالْمَشْرُوطُ كَالْمُسْكُوتِ عَنْهُ فَيَكُونُ لِرَبِّ الْمَالِ لِأَنَّهُ تَعَذَّرَ تَصْحِيحُ هَذَا الشَّرْطِ لِلْعَبْدِ وَتَعَذَّرَ تَصْحِيحُهُ لِلْمُضَارِبِ، لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ كَسْبَ عَبْدِهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ إِذَا كَانَ عَلَى الْعَبْدِ ذَيْنٌ، وَعِنْدَهُمَا يَصِحُّ الشَّرْطُ وَيَجِبُ الْوَفَاءُ بِهِ، وَإِنْ كَانَ عَبْدُ رَبِّ الْمَالِ فَالْمَشْرُوطُ لِرَبِّ الْمَالِ بِلاَ خِلَافٍ، وَأَمَّا إِذَا شَرْطًا أَنْ يَعْمَلَ الْعَبْدُ وَهُوَ الْمَذْكُورُ فِي الْكِتَابِ صَرِيحًا فَهُوَ جَائِزٌ عَلَى مَا شَرْطًا سَوَاءً كَانَ عَلَى الْعَبْدِ ذَيْنٌ أَوْ لَمْ يَكُنْ (لَأَنَّ لِلْعَبْدِ يَدًا مُعْتَبَرَةً لَا سِيَّمَا إِذَا كَانَ مَأْذُونًا لَهُ وَاشْتَرَاطُ الْعَمَلِ إِذْنٌ لَهُ، وَلِهَذَا) أَيْ وَلَأَنَّ لِلْعَبْدِ يَدًا مُعْتَبَرَةً (لَا يَكُونُ لِلْمَوْلَى وَلَايَةٌ أَخَذَ مَا أَوْدَعَهُ الْعَبْدُ وَإِنْ كَانَ مَحْجُورًا عَلَيْهِ، وَلِهَذَا) أَيْ وَلَكُونِ الْيَدُ مُعْتَبَرَةً خُصُوصًا إِذَا كَانَ مَأْذُونًا لَهُ (يَجُوزُ بَيْعُ الْمَوْلَى مِنْ عَبْدِهِ الْمَأْذُونِ لَهُ) يَعْنِي إِذَا كَانَ مَدْيُونًا عَلَى مَا سَيَجِيءُ (وَإِذَا كَانَ لَهُ يَدٌ مُعْتَبَرَةٌ لَمْ يَكُنْ اشْتِرَاطُ عَمَلِهِ مَانِعًا مِنَ التَّسْلِيمِ وَالتَّخْلِيَةِ بَيْنَ الْمَالِ وَالْمُضَارِبِ، بِخِلَافِ اشْتِرَاطِ الْعَمَلِ عَلَى رَبِّ الْمَالِ لِأَنَّهُ مَانِعٌ مِنَ التَّسْلِيمِ عَلَى مَرَّةٍ، وَإِذَا صَحَّتِ الْمُضَارِبَةُ وَالشَّرْطُ (يَكُونُ الثَّلَاثُ لِلْمُضَارِبِ بِالشَّرْطِ وَالثَّلَاثَانِ لِلْمَوْلَى، لِأَنَّ كَسْبَ الْعَبْدِ لِلْمَوْلَى إِذَا لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ ذَيْنٌ، وَإِذَا كَانَ عَلَيْهِ ذَيْنٌ فَهُوَ لِلْغُرَمَاءِ، هَذَا إِذَا كَانَ الْعَاقِدُ هُوَ الْمَوْلَى، وَلَوْ عَقَدَ الْمَأْذُونُ لَهُ الْخ) ظَاهِرٌ.

فصل في العزل والقسمة

قَالَ (وَإِذَا مَاتَ رَبُّ الْمَالِ أَوْ الْمُضَارِبُ بَطَلَتِ الْمُضَارِبَةُ) لِأَنَّهُ تَوَكَّلَ عَلَى مَا تَقَدَّمَ، وَمَوْتُ الْمُوَكَّلِ يُبْطِلُ الْوَكَالَتَ، وَكَذَا مَوْتُ الْوَكِيلِ وَلَا تَوَرُّثُ الْوَكَالَةُ وَقَدْ مَرَّ مِنْ قَبْلُ.

الشرح:

(فَصَلِّ فِي الْعَزْلِ وَالْقِسْمَةِ): لَمَّا فَرَّغَ مِنْ بَيَانِ حُكْمِ الْمُضَارِبَةِ وَالرَّبْحِ آلِ الْأَمْرِ إِلَى ذِكْرِ الْحُكْمِ الَّذِي يُوجَدُ بَعْدَهُ وَهُوَ عَزْلُ الْمُضَارِبِ وَقِسْمَةُ مَالِ الْمُضَارِبَةِ فِي هَذَا الْفَصْلِ. قَالَ (وَإِذَا مَاتَ رَبُّ الْمَالِ أَوْ الْمُضَارِبُ بَطَلَتِ الْمُضَارِبَةُ الْخ) إِذَا مَاتَ رَبُّ الْمَالِ أَوْ الْمُضَارِبُ بَطَلَتِ الْمُضَارِبَةُ لِأَنَّهُ تَوَكَّلَ عَلَى مَا تَقَدَّمَ، وَبِمَوْتِ الْمُوَكَّلِ تَبْطُلُ الْوَكَالَةُ.

وَرُدَّ بِأَنَّهُ لَوْ كَانَ تَوَكُّيلاً لَمَا رَجَعَ الْمُضَارِبُ عَلَى رَبِّ الْمَالِ مَرَّةً بَعْدَ أُخْرَى إِذَا هَلَكَ الثَّمَنُ عِنْدَ الْمُضَارِبِ بَعْدَمَا اشْتَرَى شَيْئاً، كَالْوَكِيلِ إِذَا دَفَعَ إِلَيْهِ الثَّمَنَ قَبْلَ الشَّرَاءِ لَهُ وَهَلَكَ فِي يَدِهِ بَعْدَهُ فَإِنَّهُ يَرْجِعُ بِهِ عَلَى الْمُوَكَّلِ، ثُمَّ لَوْ هَلَكَ بَعْدَمَا أَخَذَهُ ثَانِياً لَمْ يَرْجِعْ بِهِ عَلَيْهِ مَرَّةً أُخْرَى، وَبِأَنَّهُ لَوْ كَانَ تَوَكُّيلاً لَانْعَزَلَ إِذَا عَزَلَهُ رَبُّ الْمَالِ بَعْدَمَا اشْتَرَى بِمَالِ الْمُضَارِبَةِ عَرُوضاً كَمَا فِي الْوَكِيلِ إِذَا عَلِمَ بِهِ، وَبِأَنَّهُ لَوْ كَانَ تَوَكُّيلاً لَمَا عَادَ الْمُضَارِبُ عَلَى مُضَارِبَتِهِ إِذَا لَحِقَ رَبُّ الْمَالِ بِدَارِ الْحَرْبِ مُرْتَدّاً ثُمَّ عَادَ مُسْلِماً كَالْوَكِيلِ، وَالْجَوَابُ عَنْ ذَلِكَ كُلِّهِ سَيَأْتِي.

(وَإِنْ ارْتَدَّ رَبُّ الْمَالِ عَنِ الْإِسْلَامِ) وَالْعِيَاذُ بِاللَّهِ (وَلَحِقَ بِدَارِ الْحَرْبِ) (بَطَلَتْ الْمُضَارِبَةُ) لِأَنَّ الْلُحُوقَ بِمَنْزِلَةِ الْمَوْتِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ يُقَسَّمُ مَالُهُ بَيْنَ وَرَثَتِهِ وَقَبْلَ لُحُوقِهِ يَتَوَقَّفُ تَصَرُّفُ مُضَارِبِهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ لِأَنَّهُ يَتَصَرَّفُ لَهُ فَصَارَ كَتَصَرُّفِهِ بِنَفْسِهِ (وَلَوْ كَانَ الْمُضَارِبُ هُوَ الْمُرْتَدُّ فَالْمُضَارِبَةُ عَلَى حَالِهَا) لِأَنَّ لَهُ عِبَارَةً صَحِيحَةً، وَلَا تَوَقَّفُ فِي مِلْكِ رَبِّ الْمَالِ فَبَقِيَتِ الْمُضَارِبَةُ.

الشرح:

(وَإِذَا ارْتَدَّ رَبُّ الْمَالِ عَنِ الْإِسْلَامِ وَالْعِيَاذُ بِاللَّهِ وَلَحِقَ بِدَارِ الْحَرْبِ بَطَلَتْ الْمُضَارِبَةُ): يَعْنِي إِذَا لَمْ يَعُدْ مُسْلِماً، أَمَا إِذَا عَادَ مُسْلِماً قَبْلَ الْقَضَاءِ أَوْ بَعْدَهُ فَكَانَتْ الْمُضَارِبَةُ كَمَا كَانَتْ، أَمَا قَبْلَ الْقَضَاءِ فَلِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الْغَيْبَةِ وَهِيَ لَا تُوجِبُ بَطْلَانَ الْمُضَارِبَةِ، وَأَمَا بَعْدَهُ فَلِحَقِّ الْمُضَارِبِ كَمَا لَوْ مَاتَ حَقِيقَةً، وَأَمَا قَبْلَ لُحُوقِهِ فَيَتَوَقَّفُ تَصَرُّفُ الْمُضَارِبِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ لِأَنَّ الْمُضَارِبَ يَتَصَرَّفُ لِرَبِّ الْمَالِ فَكَانَ كَتَصَرُّفِ رَبِّ الْمَالِ بِنَفْسِهِ وَتَصَرُّفُهُ مَوْقُوفٌ عِنْدَهُ، فَكَذَا تَصَرَّفُ مَنْ يَتَصَرَّفُ لَهُ.

وَلَوْ كَانَ الْمُضَارِبُ هُوَ الْمُرْتَدُّ فَالْمُضَارِبَةُ عَلَى حَالِهَا فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعاً حَتَّى لَوْ اشْتَرَى وَبَاعَ وَرَبِحَ أَوْ وَضَعَ ثُمَّ قُتِلَ عَلَى رِدَّتِهِ أَوْ مَاتَ أَوْ لَحِقَ بِدَارِ الْحَرْبِ فَإِنْ جَمِيعَ مَا فَعَلَ مِنْ ذَلِكَ جَائِزٌ، وَالرَّبْحُ بَيْنَهُمَا عَلَى مَا شَرَطَا لِأَنَّ لَهُ عِبَارَةً صَحِيحَةً، لِأَنَّ صِحَّتَهَا بِالْأَدَمِيَّةِ وَالتَّمْيِيزِ وَلَا خِلَلُ فِي ذَلِكَ، وَالْعِبَارَةُ الصَّحِيحَةُ مَبْنَى صِحَّةِ الْوَكَالَةِ وَتَوَقَّفُ تَصَرُّفِ الْمُرْتَدِّ لَتَعَلُّقِ حَقِّ الْوَارِثِ، وَلَا تَوَقَّفُ فِي مِلْكِ رَبِّ الْمَالِ لَعَدَمِ تَعَلُّقِهِمْ بِهِ فَبَقِيَتِ الْمُضَارِبَةُ، خِلَا أَنْ مَا يَلْحَقُهُ فِي الْعَهْدَةِ فِيمَا بَاعَ وَاشْتَرَى يَكُونُ عَلَى رَبِّ الْمَالِ

فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ، لَأَنَّ حُكْمَ الْعُهُدَةِ يَتَوَقَّفُ بِرَدِّهِ، لِأَنَّهُ لَوْ لَزِمَتْهُ لَقَضِيَ مِنْ مَالِهِ وَلَا تَصَرَّفَ لَهُ فِيهِ، فَكَانَ كَالصَّبِيِّ الْمَحْجُورِ إِذَا تَوَكَّلَ عَنْ غَيْرِهِ بِالْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ. وَفِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ حَالَتُهُ فِي التَّصَرُّفِ بَعْدَ الرَّدَّةِ كَهَيِّ فِيهِ قَبْلُهَا فَالْعُهُدَةُ عَلَيْهِ وَيَرْجِعُ عَلَى رَبِّ الْمَالِ.

قَالَ (فَإِنْ عَزَلَ رَبُّ الْمَالِ الْمُضَارِبَ وَلَمْ يَعْلَمْ بِعَزْلِهِ حَتَّى اشْتَرَى وَبَاعَ فَتَصَرَّفَهُ جَائِزٌ) لِأَنَّهُ وَكَيْلٌ مِنْ جِهَتِهِ وَعَزَلَ الْوَكِيلُ قَصْدًا يَتَوَقَّفُ عَلَى عِلْمِهِ (وَإِنْ عَلِمَ بِعَزْلِهِ وَالْمَالُ عُرُوضٌ فَلَهُ أَنْ يَبِيعَهَا وَلَا يَمْنَعُهُ الْعَزْلُ مِنْ ذَلِكَ) لِأَنَّ حَقَّهُ قَدْ ثَبَتَ فِي الرَّبْحِ، وَإِنَّمَا يَظْهَرُ بِالْقِسْمَةِ وَهِيَ تُثَبِّتُ عَلَى رَأْسِ الْمَالِ، وَإِنَّمَا يَنْقُضُ بِالْبَيْعِ.

قَالَ (ثُمَّ لَا يَجُوزُ أَنْ يَشْتَرِيَ بِثَمَنِهَا شَيْئًا آخَرَ) لِأَنَّ الْعَزْلَ إِنَّمَا لَمْ يَعْمَلْ ضَرُورَةً مَعْرِفَةً رَأْسِ الْمَالِ وَقَدْ انْدَفَعَتْ حَيْثُ صَارَ تَقْدًا فَيَعْمَلُ الْعَزْلُ (فَإِنْ عَزَلَهُ وَرَأْسُ الْمَالِ دَرَاهِمٌ أَوْ دَنَانِيرُ وَقَدْ نَضَّتْ لَمْ يَجُزْ لَهُ أَنْ يَتَصَرَّفَ فِيهَا) لِأَنَّهُ لَيْسَ فِي إِعْمَالِ عَزْلِهِ إِبْطَالُ حَقِّهِ فِي الرَّبْحِ فَلَا ضَرُورَةَ. قَالَ: وَهَذَا الَّذِي ذَكَرَهُ إِذَا كَانَ مِنْ جِنْسِ رَأْسِ الْمَالِ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ بِأَنْ كَانَ دَرَاهِمٌ وَرَأْسُ الْمَالِ دَنَانِيرُ أَوْ عَلَى الْقَلْبِ لَهُ أَنْ يَبِيعَهَا بِجِنْسِ رَأْسِ الْمَالِ اسْتِحْسَانًا لِأَنَّ الرَّبْحَ لَا يَظْهَرُ إِلَّا بِهِ وَصَارَ كَالْعُرُوضِ، وَعَلَى هَذَا مَوْتُ رَبِّ الْمَالِ وَلُحُوقُهُ بَعْدَ الرَّدَّةِ فِي بَيْعِ الْعُرُوضِ وَنَحْوِهَا.

قَالَ (وَإِذَا افْتَرَقَا وَفِي الْمَالِ دُيُونٌ وَقَدْ رِبِحَ الْمُضَارِبُ فِيهِ أَجْبَرَهُ الْحَاكِمُ عَلَى اقْتِضَاءِ الدُّيُونِ) لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الْأَجِيرِ وَالرَّبْحِ كَالْأَجْرِ لَهُ (وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ رِبْحٌ لَمْ يَلْزِمَهُ الْاِقْتِضَاءُ) لِأَنَّهُ وَكَيْلٌ مُحْضٌ وَالْمُتَبَرِّعُ لَا يُجْبَرُ عَلَى إِيفَاءِ مَا تَبَرَّعَ بِهِ، (وَيُقَالُ لَهُ وَكَّلَ رَبُّ الْمَالِ فِي الْاِقْتِضَاءِ) لِأَنَّ حُقُوقَ الْعَقْدِ تَرْجِعُ إِلَى الْعَاقِدِ، فَلَا بُدَّ مِنْ تَوَكُّلِهِ وَتَوَكُّلِهِ كَيْ لَا يَضِيعَ حَقُّهُ. وَقَالَ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ: يُقَالُ لَهُ أَجَلَ مَكَانَ قَوْلِهِ وَكَّلَ، وَالْمُرَادُ مِنْهُ الْوَكَاةُ وَعَلَى هَذَا سَائِرُ الْوَكَالَاتِ وَالْبَيَاعِ وَالسَّمَسَارِ يُجْبَرَانِ عَلَى التَّقَاضِي لِأَنَّهُمَا يَعْمَلَانِ بِأَجْرِ عَادَةٍ.

الشرح:

قَالَ (فَإِنْ عَزَلَ رَبُّ الْمَالِ الْمُضَارِبَ إلخ) إِذَا عَزَلَ رَبُّ الْمَالِ الْمُضَارِبَ وَلَمْ يَعْلَمْ بِعَزْلِهِ حَتَّى لَوْ اشْتَرَى وَبَاعَ جَازَ تَصَرُّفُهُ لِأَنَّهُ وَكَيْلٌ مِنْ جِهَتِهِ، وَعَزَلَ الْوَكِيلُ قَصْدًا

يَتَوَقَّفُ عَلَى عِلْمِهِ، وَإِذَا عَلِمَ بِعَزْلِهِ وَالْمَالُ عَرُوضٌ فَلَهُ أَنْ يَبِيعَهَا وَلَا يَمْنَعُهُ الْعَزْلُ عَنْ ذَلِكَ نَقْذًا أَوْ نَسِيئَةً حَتَّى لَوْ نَهَاةً عَنِ الْبَيْعِ نَسِيئَةً لَمْ يَعْمَلْ بِنَهْيِهِ لِأَنَّ حَقَّهُ قَدْ ثَبَتَ فِي الرِّبْحِ بِمُقْتَضَى صِحَّةِ الْعَقْدِ، وَالرِّبْحُ إِنَّمَا يَظْهَرُ بِالْقِسْمَةِ وَالْقِسْمَةُ تَبْتَنِي عَلَى رَأْسِ الْمَالِ بِتَمْيِيزِهِ، وَرَأْسُ الْمَالِ إِنَّمَا يَنْضُ: أَيَّ يَتَسَرُّ وَيَحْصُلُ بِالْبَيْعِ، ثُمَّ إِذَا بَاعَ شَيْئًا لَا يَجُوزُ أَنْ يَشْتَرِيَ بِالْثَمَنِ شَيْئًا آخَرَ، لِأَنَّ الْعَزْلَ إِنَّمَا لَمْ يَعْمَلْ ضَرُورَةً مَعْرِفَةً رَأْسِ الْمَالِ وَقَدْ انْدَفَعَتْ حَيْثُ صَارَ نَقْذًا فَيَعْمَلُ، وَإِنْ عَزَلَهُ وَرَأْسُ الْمَالِ دَرَاهِمُ أَوْ دَنَانِيرُ فَقَدْ نَضَتْ فَلَمْ يَجْزُ لَهُ أَنْ يَتَصَرَّفَ فِيهَا لِأَنَّهُ لَيْسَ فِي إِعْمَالِ عَزْلِهِ إِبْطَالُ حَقِّهِ فِي الرِّبْحِ لظُهُورِهِ فَلَا ضَرُورَةَ فِي تَرْكِ الْأَعْمَالِ.

قَالَ: هَذَا الَّذِي ذَكَرَهُ إِنْ كَانَ مِنْ جِنْسِ رَأْسِ الْمَالِ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ بِأَنْ كَانَ دَرَاهِمُ وَرَأْسُ الْمَالِ دَنَانِيرُ أَوْ عَلَى الْقَلْبِ لَهُ أَنْ يَبِيعَهُ بِجِنْسِ رَأْسِ الْمَالِ اسْتِحْسَانًا لِأَنَّ الرِّبْحَ لَا يَظْهَرُ إِلَّا بِهِ وَصَارَ كَالْعَرُوضِ (قَوْلُهُ عَلَى هَذَا مَوْتُ رَبِّ الْمَالِ) يُرِيدُ بِهِ أَنَّ الْعَزْلَ الْحُكْمِيَّ كَالْقَصْدِيِّ فِي حَقِّ الْمُضَارِبِ.

فَنِي كُلِّ مَوْضِعٍ لَمْ يَصِحَّ الْعَزْلُ الْقَصْدِيُّ لَمْ يَصِحَّ الْحُكْمِيُّ، لِأَنَّ عَدَمَ عَمَلِ الْعَزْلِ لَمَّا فِيهِ مِنْ إِبْطَالِ حَقِّ الْمُضَارِبِ، وَلَا تَفَاوُتَ فِي ذَلِكَ بَيْنَ الْعَزْلَيْنِ (وَإِذَا افْتَرَقَا وَفِي الْمَالِ دُيُونٌ وَقَدْ رِبَحَ الْمُضَارِبُ فِيهِ أَجْبَرَهُ الْحَاكِمُ عَلَى اقْتِضَاءِ الدُّيُونِ لِكَوْنِهِ بِمَنْزِلَةِ الْأَجِيرِ وَأَجْرُهُ الرِّبْحُ، وَإِنْ لَمْ يَرِبَحْ لَمْ يُجْبَرْ عَلَى ذَلِكَ لِأَنَّهُ وَكِيلٌ مَحْضٌ) حِينَئِذٍ وَالْوَكِيلُ مُتَبَرِّعٌ (وَالْمُتَبَرِّعُ لَا يُجْبَرُ عَلَى إِيفَاءِ مَا تَبَرَّعَ بِهِ) فَإِنْ قِيلَ: رَدُّ رَأْسِ الْمَالِ عَلَى الْوَجْهِ الَّذِي قَبَضَهُ وَاجِبٌ عَلَيْهِ، وَذَلِكَ لَا يَتِمُّ إِلَّا بِالْقَبْضِ، وَمَا لَا يَتِمُّ الْوَاجِبُ إِلَّا بِهِ فَهُوَ وَاجِبٌ. أَجِيبْ بَأَنَّا لَا نُسَلِّمُ أَنَّ الرَّدَّ وَاجِبٌ، وَإِنَّمَا الْوَاجِبُ عَلَيْهِ رَفْعُ يَدِهِ كَالْمُودَعِ.

(فَيَقَالُ لَهُ وَكُلُّ رَبِّ الْمَالِ فِي الْاِقْتِضَاءِ) فَإِذَا فَعَلَ ذَلِكَ فَقَدْ زَالَتْ يَدُهُ، وَلَا بُدَّ لَهُ مِنْ ذَلِكَ (لِأَنَّ حُقُوقَ الْعَقْدِ تَرْجِعُ إِلَيْهِ) فَإِنْ لَمْ يُوَكَّلْ يُضَيِّعْ حَقَّ رَبِّ الْمَالِ (وَفِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ يُقَالُ لَهُ أَجَلٌ مَكَانَ قَوْلِهِ وَكُلُّ وَالْمُرَادُ بِهِ الْوَكَالَةُ) فَكَانَ فِي الْكَلَامِ اسْتِعَارَةً، وَمُجَوِّزًا مَعْرُوفًا وَهُوَ اسْتِمَالُهَا عَلَى الثَّقَلِ، وَإِنَّمَا فَسَّرَهُ بِذَلِكَ لِأَنَّ أَجَلَ رَبِّمَا يُوْهِمُ أَنَّ رَأْسَ الْمَالِ دَيْنٌ فِي ذِمَّةِ الْمُضَارِبِ وَلَيْسَ كَذَلِكَ (وَعَلَى هَذَا سَائِرُ الْوَكَالَاتِ) يَعْنِي الْوَكِيلُ إِذَا بَاعَ وَانْعَزَلَ يُقَالُ لَهُ وَكُلُّ الْمُوَكَّلِ بِالْاِقْتِضَاءِ (و) أَمَّا (الْبَيَّاعُ وَالسَّمْسَارُ) وَهُوَ

الَّذِي يَعْمَلُ لِلغَيْرِ بَيْنَا أَوْ شِرَاءَ فَإِنَّهُمَا (يُجْبِرَانِ عَلَى التَّقَاضِي لَاهُمَا يَعْمَلَانِ بِالْأَجْرِ عَادَةً) وَإِذَا وَصَلَ إِلَيْهِ أَجْرُهُ أُجْبِرَ عَلَى تَمَامِ عَمَلِهِ وَاسْتِجَارُهُ قَلَمًا يَخْلُو عَنْ فَسَادٍ، لِأَنَّهُ إِذَا اسْتَوْجَرَ عَلَى شِرَاءِ شَيْءٍ فَقَدْ اسْتَوْجَرَ عَلَى مَا لَا يَسْتَقِلُّ بِهِ، لِأَنَّ الشِّرَاءَ لَا يَتِمُّ إِلَّا بِمُسَاعَدَةِ الْبَائِعِ عَلَى بَيْعِهِ وَقَدْ لَا يُسَاعِدُهُ، وَقَدْ يَتِمُّ بِكَلِمَةٍ وَقَدْ لَا يَتِمُّ بِعَشْرِ كَلِمَاتٍ فَكَانَ فِيهِ نَوْعُ جَهَالَةٍ.

وَالْأَحْسَنُ فِي ذَلِكَ أَنْ يَأْمُرَ بِالْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ وَلَمْ يَشْتَرِطْ أَجْرًا فَيَكُونَ وَكِيلًا مُعَيَّنًا لَهُ، ثُمَّ إِذَا فَرَّغَ مِنْ عَمَلِهِ غَوَّضَ بِأَجْرِ الْمِثْلِ، هَكَذَا رَوَى عَنْ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ.

قَالَ (وَمَا هَلَكَ مِنْ مَالٍ الْمُضَارَبَةِ فَهُوَ مِنَ الرَّبْحِ دُونَ رَأْسِ الْمَالِ) لِأَنَّ الرَّبْحَ تَابِعٌ وَصَرَفُ الْهَلَاكِ إِلَى مَا هُوَ التَّبَعُ أَوْلَى كَمَا يُصَرَفُ الْهَلَاكُ إِلَى الْعَفْوِ فِي الزَّكَاةِ (فَإِنْ زَادَ الْهَلَاكُ عَلَى الرَّبْحِ فَلَا ضَمَانَ عَلَى الْمُضَارِبِ) لِأَنَّهُ أَمِينٌ (وَإِنْ كَانَا يَقْتَسِمَانِ الرَّبْحَ وَالْمُضَارَبَةُ بِحَالِهَا ثُمَّ هَلَكَ الْمَالُ بَعْضُهُ أَوْ كُلُّهُ تَرَادَا الرَّبْحُ حَتَّى يَسْتَوْفِيَ رَبُّ الْمَالِ رَأْسَ الْمَالِ) لِأَنَّ حِصْمَةَ الرَّبْحِ لَا تَصِحُّ قَبْلَ اسْتِيفَاءِ رَأْسِ الْمَالِ لِأَنَّهُ هُوَ الْأَصْلُ وَهَذَا بِنَاءٌ عَلَيْهِ وَتَبَعَ لَهُ، فَإِذَا هَلَكَ مَا فِي يَدِ الْمُضَارِبِ أَمَانَةً تَبَيَّنَ أَنَّ مَا اسْتَوْفِيَاهُ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ، فَيُضْمَنُ الْمُضَارِبُ مَا اسْتَوْفَاهُ لِأَنَّهُ أَخَذَهُ لِنَفْسِهِ وَمَا أَخَذَهُ رَبُّ الْمَالِ مُحْسُوبٌ مِنْ رَأْسِ مَالِهِ (وَإِذَا اسْتَوْفَى رَأْسَ الْمَالِ، فَإِنْ فَضَلَ شَيْءٌ كَانَ بَيْنَهُمَا لِأَنَّهُ رِبْحٌ وَإِنْ نَقَصَ فَلَا ضَمَانَ عَلَى الْمُضَارِبِ) لَمَّا بَيَّنَّا

الشرح:

قَالَ (وَمَا هَلَكَ مِنْ مَالٍ الْمُضَارَبَةِ فَهُوَ مِنَ الرَّبْحِ إلخ) الْأَصْلُ فِي هَذَا أَنَّ الرَّبْحَ لَا يَتَبَيَّنُ قَبْلَ وَصُولِ رَأْسِ الْمَالِ إِلَى رَبِّ الْمَالِ. قَالَ النَّبِيُّ ﷺ «مَثَلُ الْمُؤْمِنِ كَمَثَلِ التَّاجِرِ لَا يُسَلِّمُ لَهُ رِبْحُهُ حَتَّى يُسَلِّمَ لَهُ رَأْسَ مَالِهِ» فَكَذَا الْمُؤْمِنُ لَا يُسَلِّمُ لَهُ تَوَافُلُهُ حَتَّى تُسَلِّمَ لَهُ عَزَائِمُهُ، أَوْ قَالَ فَرَائِضُهُ، وَلَئِنْ رَأْسَ الْمَالِ أَصْلٌ وَالرَّبْحُ تَبَعٌ، وَلَا مُعْتَبَرٌ بِالتَّبَعِ قَبْلَ حُصُولِ الْأَصْلِ، فَمَتَى هَلَكَ مِنْهُ شَيْءٌ اسْتَكْمَلَ مِنَ التَّبَعِ، فَإِذَا زَادَ الْهَلَاكُ عَلَى الرَّبْحِ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ لِأَنَّهُ أَمِينٌ، وَإِنْ اقْتَسَمَاهُ تَرَادَا لِأَنَّ الْقِسْمَةَ تُفِيدُ مِلْكًا مَوْقُوفًا إِنْ بَقِيَ مَا أُعِدَّ إِلَى رَأْسِ الْمَالِ إِلَى وَقْتِ الْفَسْخِ كَانَ مَا أَخَذَهُ كُلُّ مِنْهُ مِلْكًا لَهُ، وَإِنْ هَلَكَ بَطَلَتْ الْقِسْمَةُ وَتَبَيَّنَ أَنَّ الْمَقْسُومَ رَأْسُ الْمَالِ

(ولو اقتصمَ الرِّيحَ وَفَسَخَا الْمُضَارِبَةَ ثُمَّ عَقَدَاهَا فَهَلَكَ الْمَالُ لَمْ يَتَرَادَا الرِّيحَ الْأَوَّلُ) لَأَنَّ الْمُضَارِبَةَ الْأُولَى قَدْ انْتَهَتْ وَالثَّانِيَةَ عَقَدَ جَدِيدًا، وَهَلَكَ الْمَالُ فِي الثَّانِي لَا يُوجِبُ انْتِقَاضَ الْأَوَّلِ كَمَا إِذَا دَفَعَ إِلَيْهِ مَا لَا آخَرَ.

فصل فيما يفعله المضارب

قَالَ (وَيَجُوزُ لِلْمُضَارِبِ أَنْ يَبِيعَ بِالتَّقْدِ وَالنَّسِيَةِ) لِأَنَّ كُلَّ ذَلِكَ مِنْ صَنِيعِ التَّجَارِ فَيَنْتَظِمُهُ إِطْلَاقُ الْعَقْدِ إِلَّا إِذَا بَاعَ إِلَى أَجَلٍ لَا يَبِيعُ التَّجَارُ إِلَيْهِ لِأَنَّ لَهُ الْأَمْرَ الْعَامَّ الْمَعْرُوفَ بَيْنَ النَّاسِ، وَلِهَذَا كَانَ لَهُ أَنْ يَشْتَرِيَ ذَابَّةً لِلرُّكُوبِ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَشْتَرِيَ سَفِينَةً لِلرُّكُوبِ، وَلَهُ أَنْ يَسْتَكْرِهَهَا عَتَبَارًا لِعَادَةِ التَّجَارِ، وَلَهُ أَنْ يَأْذَنَ لِعَبْدِ الْمُضَارِبَةِ فِي التَّجَارَةِ فِي الرِّوَايَةِ الْمَشْهُورَةِ لِأَنَّهُ مِنْ صَنِيعِ التَّجَارِ. وَلَوْ بَاعَ بِالتَّقْدِ ثُمَّ أَخَّرَ الثَّمَنَ جَازَ بِالْإِجْمَاعِ، أَمَّا عِنْدَهُمَا فَلَأَنَّ الْوَكِيلَ يَمْلِكُ ذَلِكَ فَالْمُضَارِبُ أَوْلَى، إِلَّا أَنَّ الْمُضَارِبَ لَا يَضْمَنُ لِأَنَّ لَهُ أَنْ يُقَايِلَ ثُمَّ يَبِيعَ نَسِيَةً، وَلَا كَذَلِكَ الْوَكِيلُ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ ذَلِكَ. وَأَمَّا عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ فَلَأَنَّهُ يَمْلِكُ الْإِقَالَةَ ثُمَّ الْبَيْعَ بِالنِّسَاءِ. بِخِلَافِ الْوَكِيلِ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ الْإِقَالَةَ. وَلَوْ احْتَالَ بِالثَّمَنِ عَلَى الْأَيْسَرِ أَوْ الْأَعْسَرِ جَازَ لِأَنَّ الْحَوَالَةَ مِنْ عَادَةِ التَّجَارِ، بِخِلَافِ الْوَصِيِّ يَحْتَالُ بِمَالِ الْيَتِيمِ حَيْثُ يُعْتَبَرُ فِيهِ الْأَنْظَرُ، لِأَنَّ تَصَرُّفَهُ مُقَيَّدٌ بِشَرْطِ النَّظَرِ، وَالْأَصْلُ أَنَّ مَا يَفْعَلُهُ الْمُضَارِبُ ثَلَاثَةٌ أَنْوَاعٍ: تَوَعُّدٌ يَمْلِكُهُ بِمُطْلَقِ الْمُضَارِبَةِ وَهُوَ مَا يَكُونُ مِنْ بَابِ الْمُضَارِبَةِ وَتَوَابِعُهَا وَهُوَ مَا ذَكَرْنَا، وَمِنْ جُمْلَتِهِ التَّوَكُّيلُ بِالْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ لِلْحَاجَةِ إِلَيْهِ وَالرَّهْنُ وَالْإِرْتِهَانُ لِأَنَّهُ إِيفَاءٌ وَاسْتِيفَاءٌ وَالْإِجَارَةُ وَالِاسْتِجَارَةُ وَالْإِذَاعُ وَالْإِبْضَاعُ وَالْمُسَافَرَةُ عَلَى مَا ذَكَرْنَاهُ مِنْ قَبْلُ.

وَتَوَعُّدٌ لَا يَمْلِكُهُ بِمُطْلَقِ الْعَقْدِ وَيَمْلِكُهُ إِذَا قِيلَ لَهُ اْعْمَلْ بِرَأْيِكَ، وَهُوَ مَا يَحْتَمِلُ أَنْ يَلْحَقَ بِهِ فَيَلْحَقَ عِنْدَ وُجُودِ الدَّلَالَةِ، وَذَلِكَ مِثْلُ دَفْعِ الْمَالِ مُضَارِبَةً أَوْ شَرِكَةً إِلَى غَيْرِهِ وَخَلَطِ مَالِ الْمُضَارِبَةِ بِمَالِهِ أَوْ بِمَالِ غَيْرِهِ لِأَنَّ رَبَّ الْمَالِ رَضِيَ بِشَرِكَتِهِ لَا بِشَرِكَةِ غَيْرِهِ، وَهُوَ أَمْرٌ عَارِضٌ لَا يَتَوَقَّفُ عَلَيْهِ التَّجَارَةُ فَلَا يَدْخُلُ تَحْتَ مُطْلَقِ الْعَقْدِ وَلَكِنَّهُ جِهَةٌ فِي التَّشْمِيرِ، فَمِنْ هَذَا الْوَجْهِ يُوَافِقُهُ فَيَدْخُلُ فِيهِ عِنْدَ وُجُودِ الدَّلَالَةِ وَقَوْلُهُ اْعْمَلْ بِرَأْيِكَ دَلَالَةٌ عَلَى ذَلِكَ.

وَتَوَعُّدٌ لَا يَمْلِكُهُ بِمُطْلَقِ الْعَقْدِ وَلَا بِقَوْلِهِ اْعْمَلْ بِرَأْيِكَ إِلَّا أَنْ يَنْصُصَ عَلَيْهِ رَبُّ الْمَالِ

وَهُوَ الِاسْتِدَانَةُ، وَهُوَ أَنْ يَشْتَرِيَ بِالْأَرْهَامِ وَالْأَنْزِيرِ بَعْدَمَا اشْتَرَى بِرَأْسِ الْمَالِ السَّلْعَةَ وَمَا أَشْبَهَ ذَلِكَ لِأَنَّهُ يَصِيرُ الْمَالُ زَائِدًا عَلَى مَا انْعَقَدَ عَلَيْهِ الْمُضَارَبَةُ وَلَا يَرْضَى بِهِ وَلَا يَشْغُلُ ذِمَّتَهُ بِالذَّيْنِ، وَلَوْ أَدِنَ لَهُ رَبُّ الْمَالِ بِالِاسْتِدَانَةِ صَارَ الْمُشْتَرَى بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ بِمَنْزِلَةِ شَرِكَةِ الْوُجُوهِ وَأَخَذَ السَّفَاتِجَ لِأَنَّهُ نَوْعٌ مِنَ الِاسْتِدَانَةِ، وَكَذَا إعْطَاؤُهَا لِأَنَّهُ إِقْرَاضٌ وَالْعَتِيقُ بِمَالٍ وَبَغَيْرِ مَالٍ وَالْكِتَابَةُ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِتِجَارَةٍ وَالْإِقْرَاضُ وَالْهَبَةُ وَالصَّدَقَةُ لِأَنَّهُ تَبَرُّعٌ مُحْضٌ.

الشرح:

(فَصْلٌ فِيْمَا يَفْعَلُهُ الْمُضَارِبُ إلخ): ذَكَرَ فِي هَذَا الْفَصْلِ مَا لَمْ يَذْكُرْهُ فِي أَوَّلِ الْمُضَارَبَةِ مِنْ أَفْعَالِ الْمُضَارَبَةِ زِيَادَةً لِلْإِفَادَةِ وَتَنْبِيْهَا عَلَى مَقْصُودِيَّةِ أَفْعَالِ الْمُضَارَبَةِ بِالْإِعَادَةِ. قَالَ (وَيَجُوزُ لِلْمُضَارِبِ إلخ) مَا كَانَ مِنْ صَنِيعِ التُّجَّارِ يَتَنَاولُهُ إِطْلَاقُ الْعَقْدِ فَجَازَ أَنْ يَفْعَلَهُ الْمُضَارِبُ وَمَا لَا فَلَا، فَجَازَ لِلْمُضَارِبِ أَنْ يَبِيعَ بِالتَّقْدِ وَالنَّسِيئَةِ لِأَنَّهُ مِنْ ذَلِكَ، إِلَّا إِذَا بَاعَ إِلَى أَجَلٍ لَا يَبِيعُ التُّجَّارُ إِلَيْهِ. قَالَ فِي النَّهْيَةِ: بِأَنْ بَاعَ إِلَى عَشْرِ سِنِينَ لَخُرُوجِهِ حِينَئِذٍ مِنْ صَنِيعِ التُّجَّارِ، وَلِهَذَا كَانَ لَهُ أَنْ يَشْتَرِيَ دَابَّةً لِلرُّكُوبِ وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَشْتَرِيَ سَفِينَةً لِلرُّكُوبِ. قِيلَ هَذَا فِي مُضَارِبٍ خَاصٍّ كَالطَّعَامِ مَثَلًا، وَأَمَّا إِذَا لَمْ يُخَصَّصْ كَانَ لَهُ شِرَاءُ السَّفِينَةِ وَالذَّوَابِّ إِذَا اشْتَرَى طَعَامًا يَحْمِلُهُ عَلَيْهَا، وَظَاهِرُ كَلَامِهِ يَدُلُّ عَلَى أَنَّ ذَلِكَ إِذَا كَانَ لِلرُّكُوبِ لَا يَجُوزُ، وَإِذَا كَانَ لِلْحَمْلِ فَهُوَ سَاكِتٌ عَنْهُ، وَلَهُ أَنْ يَسْتَكْرِيهَا: أَيِ السَّفِينَةِ وَالذَّوَابِّ مُطْلَقًا اعْتِبَارًا لِعَادَةِ التُّجَّارِ، فَإِنَّهُ إِذَا اشْتَرَى طَعَامًا لَا يَجِدُ بُدًّا مِنْ ذَلِكَ فَهُوَ مِنْ تَوَابِعِ التَّجَارَةِ فِي الطَّعَامِ، وَلَهُ أَنْ يَأْذَنَ لِعَبْدِ الْمُضَارَبَةِ فِي التَّجَارَةِ فِي الرِّوَايَةِ الْمَشْهُورَةِ لِكَوْنِهِ مِنْ صَنِيعِهِمْ.

وَقَيَّدَ بِالْمَشْهُورَةِ لِأَنَّ ابْنَ رُسْتَمٍ رَوَى عَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ لَا يَمْلِكُ الْإِذْنَ فِي التَّجَارَةِ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الدَّفْعِ مُضَارَبَةً. وَالْفَرْقُ بَيْنَهُمَا أَنَّ الْمَأْذُونَ لَا يَصِيرُ شَرِيكًا فِي الرَّبْحِ، وَلَوْ بَاعَ ثَقْدًا ثُمَّ أَخَّرَ الثَّمَنَ جَازَ بِالْإِجْمَاعِ. أَمَّا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ فَلَأَنَّ الْوَكِيلَ يَمْلِكُ ذَلِكَ، فَالْمُضَارِبُ أَوْلَى لِعُمُومِ وَلَايَتِهِ لِكَوْنِهِ شَرِيكًا فِي الرَّبْحِ أَوْ بَعْضِيَّةً ذَلِكَ، إِلَّا أَنَّ الْوَكِيلَ يَضْمَنُ كَمَا تَقَدَّمَ، وَالْمُضَارِبُ لَا يَضْمَنُ لِأَنَّ لَهُ أَنْ يُقَابَلَ الْعَقْدُ ثُمَّ يَبِيعَ نَسِيئَةً لِأَنَّهُ مِنْ صَنِيعِ التُّجَّارِ، فَجُعِلَ تَأْجِيلُهُ بِمَنْزِلَةِ الْإِقَالَةِ وَالْبَيْعِ نَسِيئَةً، وَلَا كَذَلِكَ الْوَكِيلُ فَإِنَّهُ

يُضْمَنُ إِذَا أَخَّرَ الثَّمَنَ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ الْإِقَالَةَ وَالْبَيْعَ نَسِيئَةً بَعْدَمَا بَاعَ مَرَّةً لَا نِهَاةً وَكَالْتِهِ.
وَأَمَّا عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ فَلَأَنَّ الْمُضَارِبَ يَمْلِكُ الْإِقَالَةَ وَالْبَيْعَ نَسِيئَةً كَمَا قَالَاهُ، وَإِنْ
كَانَ الْوَكِيلُ لَا يَمْلِكُ ذَلِكَ وَلَوْ قِيلَ الْمُضَارِبُ بِالْحَوَالَةِ جَازَ سَوَاءَ كَانَ أَيْسَرَ مِنَ
الْمُشْتَرِي أَوْ أَعْسَرَ مِنْهُ لَمَّا ذَكَرْنَا أَنَّهُ لَوْ أَقَالَ الْعَقْدَ مَعَ الْأَوَّلِ ثُمَّ بَاعَهُ بِمِثْلِهِ عَلَى الْمُحْتَالِ
عَلَيْهِ جَازَ، فَكَذَا إِذَا قَبِلَ الْحَوَالَةَ لِأَنَّهُ مِنْ صَنِيعِهِمْ، بِخِلَافِ الْوَصِيِّ يَحْتَالُ بِمَالِ الْيَتِيمِ
فَإِنَّ تَصَرُّفَهُ نَظَرِيٌّ فَلَا بُدَّ وَأَنْ يَكُونَ الْمُحْتَالُ عَلَيْهِ أَيْسَرَ. ثُمَّ ذَكَرَ الْأَصْلَ فِيمَا يَفْعَلُهُ
الْمُضَارِبُ بِأَنْوَاعِهِ الثَّلَاثَةِ، وَهُوَ ظَاهِرٌ.

قَالَ (وَلَا يُزَوِّجُ عَبْدًا وَلَا أَمَةً مِنْ مَالِ الْمُضَارِبَةِ) وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يُزَوِّجُ الْأَمَةَ
لَأَنَّهُ مِنْ بَابِ الْاِكْتِسَابِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ يَسْتَفِيدُ بِهِ الْمَهْرَ وَسُقُوطَ الثَّفَقَةِ. وَلَهُمَا أَنَّهُ لَيْسَ
بِتِجَارَةٍ وَالْعَقْدُ لَا يَتَضَمَّنُ إِلَّا التَّوَكِيلَ بِالتَّجَارَةِ وَصَارَ كَالِكِتَابَةِ وَالْإِعْتَاقِ عَلَى مَالٍ
فَإِنَّهُ اِكْتِسَابٌ، وَلَكِنْ لَمَّا لَمْ يَكُنْ تِجَارَةً لَا يَدْخُلُ تَحْتَ الْمُضَارِبَةِ فَكَذَا هَذَا.

الشرح:

ثُمَّ قَالَ (وَلَا يُزَوِّجُ عَبْدًا وَلَا أَمَةً مِنْ مَالِ الْمُضَارِبَةِ) لِأَنَّ التَّزْوِيجَ لَيْسَ بِتِجَارَةٍ
وَالْعَقْدُ لَا يَتَضَمَّنُ إِلَّا التَّوَكِيلَ بِهَا (وَجَوَزَ أَبُو يُوسُفَ تَزْوِيجَ الْأَمَةِ لِأَنَّهُ جَعَلَهُ مِنْ
الْاِكْتِسَابِ) بِلِزُومِ الْمَهْرِ وَسُقُوطِ الثَّفَقَةِ. وَالْجَوَابُ أَنَّهُ لَيْسَ بِتِجَارَةٍ وَإِنْ كَانَ فِيهِ كَسْبٌ
فَصَارَ كَالِإِعْتَاقِ عَلَى مَالٍ لَا يَدْخُلُ تَحْتَ الْمُضَارِبَةِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

قَالَ (فَإِنْ دَفَعَ شَيْئًا مِنْ مَالِ الْمُضَارِبَةِ إِلَى رَبِّ الْمَالِ بِضَاعَةً فَاشْتَرَى رَبُّ الْمَالِ وَبَاعَ
فَهُوَ عَلَى الْمُضَارِبَةِ) وَقَالَ زُهْرِي: تَفْسُدُ الْمُضَارِبَةُ لِأَنَّ رَبَّ الْمَالِ مُتَصَرِّفٌ فِي مَالِ نَفْسِهِ فَلَا
يَصْلَحُ وَكِيلًا فِيهِ فَيَصِيرُ مُسْتَرْدًّا وَلِهَذَا لَا تَصِحُّ إِذَا شَرَطَ الْعَمَلُ عَلَيْهِ ابْتِدَاءً. وَلَنَا أَنْ
التَّخْلِيَةَ فِيهِ قَدْ تَمَّتْ وَصَارَ التَّصَرُّفُ حَقًّا لِلْمُضَارِبِ فَيَصْلَحُ رَبُّ الْمَالِ وَكِيلًا عَنْهُ فِي
التَّصَرُّفِ وَالْإِبْضَاعِ تَوَكِيلٌ مِنْهُ فَلَا يَكُونُ اسْتِرْدَادًا، بِخِلَافِ شَرَطِ الْعَمَلِ عَلَيْهِ فِي
الْابْتِدَاءِ لِأَنَّهُ يَمْنَعُ التَّخْلِيَةَ، وَبِخِلَافِ مَا إِذَا دَفَعَ الْمَالُ إِلَى رَبِّ الْمَالِ مُضَارِبَةً حَيْثُ لَا يَصِحُّ
لِأَنَّ الْمُضَارِبَةَ تَتَعَقَّدُ شَرِكَةً عَلَى مَالِ رَبِّ الْمَالِ وَعَمَلُ الْمُضَارِبِ وَلَا مَالَ هَاهُنَا، فَلَوْ جَوَزْنَاهُ
يُؤَدِّي إِلَى قَلْبِ الْمَوْضُوعِ، وَإِذَا لَمْ تَصِحَّ بَقِيَ عَمَلُ رَبِّ الْمَالِ بِأَمْرِ الْمُضَارِبِ فَلَا تَبْطُلُ بِهِ
الْمُضَارِبَةُ الْأُولَى.

الشرح:

قَالَ (فَإِنْ دَفَعَ شَيْئًا مِنْ مَالِ الْمُضَارَبَةِ إِلَى رَبِّ الْمَالِ إِنْجَ) فَإِنْ دَفَعَ إِلَى رَبِّ الْمَالِ شَيْئًا مِنْ مَالِ الْمُضَارَبَةِ بِضَاعَةً فَاشْتَرَى بِهِ رَبُّ الْمَالِ وَبَاعَ لَمْ تَبْطُلِ الْمُضَارَبَةُ، خِلَافًا لِرُفْرَ فَإِنْ رَبُّ الْمَالِ تَصَرَّفَ فِي مَالِ نَفْسِهِ بِغَيْرِ تَوْكِيلٍ إِذَا لَمْ يُصْرِّحْ بِهِ فَيَكُونُ مُسْتَرَدًّا لِلْمَالِ، وَلِهَذَا لَا يَصِحُّ اشْتِرَاؤُ الْعَمَلِ عَلَيْهِ ابْتِدَاءً. وَلَنَا أَنَّ الْوَاجِبَ هُوَ التَّخْلِيَةُ وَقَدْ تَمَّتْ فَصَارَ التَّصَرُّفُ حَقًّا لِلْمُضَارِبِ.

وَلَهُ أَنْ يُوَكَّلَ وَرَبُّ الْمَالِ صَالِحٌ لَذَلِكَ، وَالْإِبْضَاعُ تَوْكِيلٌ لَأَنَّهُ اسْتِعَانَةٌ، وَلَمَّا صَحَّ اسْتِعَانَةُ الْمُضَارِبِ بِالْأَجْنَبِيِّ فَرَبُّ الْمَالِ أَوْلَى لَكُونِهِ أَشْفَقَ عَلَى الْمَالِ فَلَا يَكُونُ اسْتِرْدَادًا، بِخِلَافِ شَرْطِ الْعَمَلِ عَلَيْهِ ابْتِدَاءً لَأَنَّهُ يَمْنَعُ التَّخْلِيَةَ. فَإِنْ قِيلَ: رَبُّ الْمَالِ لَا يَصْلُحُ وَكِيلًا لِأَنَّ الْوَكِيلَ مَنْ يَعْمَلُ فِي مَالٍ غَيْرِهِ وَرَبُّ الْمَالِ لَا يَعْمَلُ فِي مَالٍ غَيْرِهِ بَلْ فِي مَالِهِ. أَجِيبَ بِأَنَّ رَبَّ الْمَالِ بَعْدَ التَّخْلِيَةِ صَارَ كَالْأَجْنَبِيِّ عَنْ الْمَالِ فَجَازَ تَوْكِيلُهُ، فَإِنْ قِيلَ: لَوْ كَانَ كَذَلِكَ تَصِحُّ الْمُضَارَبَةُ مَعَ رَبِّ الْمَالِ. أَجَابَ بِقَوْلِهِ (وَبِخِلَافِ مَا إِذَا دَفَعَ الْمَالُ إِلَى رَبِّ الْمَالِ مُضَارَبَةً حَيْثُ لَا يَصِحُّ لِأَنَّ الْمُضَارَبَةَ تَتَعَقَّدُ شَرَكَةً عَلَى مَالِ رَبِّ الْمَالِ وَعَمَلِ الْمُضَارِبِ وَلَا مَالَ هَاهُنَا، فَلَوْ جَوَزْنَاهُ لَأَدْمِي إِلَى قَلْبِ الْمَوْضُوعِ) وَلَقَائِلُ أَنْ يَقُولَ: رَبُّ الْمَالِ إِمَّا أَنْ يَصِيرَ بِالتَّخْلِيَةِ كَالْأَجْنَبِيِّ أَوْ لَا، فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ جَازَتْ الْمُضَارَبَةُ، وَإِنْ كَانَ الثَّانِي لَمْ يَجْزِ الْإِبْضَاعُ، فَالْقِيَاسُ شُمُولُ الْجَوَازِ وَعَدَمُهُ. وَالْجَوَابُ أَنَّهُ صَارَ كَالْأَجْنَبِيِّ. قَوْلُهُ جَازَتْ الْمُضَارَبَةُ. قُلْنَا: مَمْنُوعٌ لِأَنَّ الْمُضَارَبَةَ تَقْتَضِي الْمَالِ لِلدَّافِعِ وَلَيْسَ بِمَوْجُودٍ، بِخِلَافِ الْبُضَاعَةِ فَإِنَّهَا تَوْكِيلٌ عَلَى مَا مَرَّ وَلَيْسَ الْمَالُ مِنْ لَوَازِمِهِ، فَإِنَّ الْوَكِيلَ قَدْ يَجُوزُ أَنْ يُوَكَّلَ وَلَيْسَ الْمَالُ لَهُ (وَإِذَا لَمْ تَصِحَّ) الْمُضَارَبَةُ الثَّانِيَةُ (بَقِيَ) عَمَلُ رَبِّ الْمَالِ بِأَمْرِ الْمُضَارِبِ فَلَا تَبْطُلُ بِهِ الْمُضَارَبَةُ الْأُولَى).

وَكَلَامُ الْمُصَنِّفِ يُوهِمُ اخْتِصَاصَ الْإِبْضَاعِ بِبَعْضِ الْمَالِ حَيْثُ قَالَ شَيْئًا مِنْ مَالِ الْمُضَارَبَةِ، وَلَيْسَ كَذَلِكَ فَإِنَّ الدَّلِيلَ لَمْ يَفْصِلْ بَيْنَ كَوْنِهِ بَعْضًا أَوْ كُلًّا، وَبِهِ صَرَّحَ فِي الذَّخِيرَةِ وَالْمَبْسُوطِ، وَقَيَّدَ بِدَفْعِ الْمُضَارَبَةِ لِأَنَّ رَبَّ الْمَالِ إِذَا أَخَذَ مَالِ الْمُضَارَبَةِ مِنْ مَنْزِلِ الْمُضَارِبِ بِغَيْرِهِ أَمْرٍ وَبَاعَ وَاشْتَرَى، فَإِنْ كَانَ رَأْسُ الْمَالِ نَقْدًا فَقَدْ تَقَضَّى الْمُضَارَبَةُ، إِذَا الْاسْتِعَانَةُ مِنَ الْمُضَارِبِ لَمْ تُوجَدْ حَيْثُ لَا دَفْعَ مِنْهُ فَكَانَ رَبُّ الْمَالِ عَامِلًا لِنَفْسِهِ، وَمِنْ

ضُرُورَةَ ذَلِكَ اتِّقَاضُ الْمُضَارَبَةِ، وَإِنْ صَارَ رَأْسُ الْمَالِ عَرْضًا لَا يَكُونُ نَقْضًا لِأَنَّ النَّقْضَ الصَّرِيحَ إِذَا كَانَ رَأْسُ الْمَالِ عَرْضًا لَمْ يَعْمَلْ فِيهَا فَهَذَا أَوَّلُ.

قَالَ (وَإِذَا عَمِلَ الْمُضَارِبُ فِي الْمِصْرِ فَلَيْسَتْ نَفَقَتُهُ فِي الْمَالِ، وَإِنْ سَافَرَ فَطَعَامُهُ وَشَرَابُهُ وَكِسْوَتُهُ وَرُكُوبُهُ) وَمَعْنَاهُ شِرَاءُ وَكِرَاءُ فِي الْمَالِ. وَوَجْهُ الْفَرْقِ أَنَّ النِّفْقَةَ تَحِبُّ بِإِزَاءِ الْإِحْتِبَاسِ كَنَفَقَةِ الْقَاضِي وَنَفَقَةِ الْمَرَأَةِ، وَالْمُضَارِبُ فِي الْمِصْرِ سَاكِنٌ بِالسُّكْنَى الْأَصْلِيِّ، وَإِذَا سَافَرَ صَارَ مُحْبُوسًا بِالْمُضَارَبَةِ فَيَسْتَحِقُّ النِّفْقَةَ فِيهِ، وَهَذَا بِخِلَافِ الْأَجِيرِ لِأَنَّهُ يَسْتَحِقُّ الْبَدَلَ لَا مُحَالَةً فَلَا يَتَضَرَّرُ بِالْإِنْفَاقِ مِنْ مَالِهِ، أَمَّا الْمُضَارِبُ فَلَيْسَ لَهُ إِلَّا الرِّبْحُ وَهُوَ فِي حَيْزِ التَّرَدُّدِ، فَلَوْ أَنْفَقَ مِنْ مَالِهِ يَتَضَرَّرُ بِهِ، وَبِخِلَافِ الْمُضَارَبَةِ الْفَاسِدَةِ لِأَنَّهُ أَجِيرٌ، وَبِخِلَافِ الْبِضَاعَةِ لِأَنَّهُ مُتَبَرِّعٌ.

قَالَ (فَإِنْ بَقِيَ شَيْءٌ فِي يَدِهِ بَعْدَمَا قَدِمَ مِصْرَهُ رَدَّهُ فِي الْمُضَارَبَةِ) لِانْتِهَاءِ الْإِسْتِحْقَاقِ، وَلَوْ كَانَ خُرُوجُهُ دُونَ السَّفَرِ فَإِنْ كَانَ بِحَيْثُ يَغْدُو ثُمَّ يَرُوحُ فَيَبِيتُ بِأَهْلِهِ فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ السُّوقِيِّ فِي الْمِصْرِ، وَإِنْ كَانَ بِحَيْثُ لَا يَبِيتُ بِأَهْلِهِ فَنَفَقَتُهُ فِي مَالِ الْمُضَارَبَةِ لِأَنَّ خُرُوجَهُ لِلْمُضَارَبَةِ، وَالنِّفْقَةُ هِيَ مَا يُصْرَفُ إِلَى الْحَاجَةِ الرَّائِبَةِ وَهُوَ مَا ذَكَرْنَا، وَمِنْ ذَلِكَ غَسْلُ ثِيَابِهِ وَأَجْرَةُ أَجِيرٍ يَخْدُمُهُ وَعَلْفُ دَابَّةٍ يَرْكَبُهَا وَالذَّهْنُ فِي مَوْضِعٍ يَحْتَاجُ إِلَيْهِ عَادَةً كَالْحِجَازِ، وَإِنَّمَا يُطْلَقُ فِي جَمِيعِ ذَلِكَ بِالْمَعْرُوفِ حَتَّى يَضْمَنَ الْفَضْلَ إِنْ جَاوَزَهُ اعْتِبَارًا لِلْمُتَعَارَفِ بَيْنَ الثُّجَّارِ. قَالَ (وَأَمَّا الدَّوَاءُ فَفِي مَالِهِ) فِي ظَاهِرِ الرُّوَايَةِ. وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ يَدْخُلُ فِي النِّفْقَةِ لِأَنَّهُ لِإِصْلَاحِ بَدَنِهِ وَلَا يَتِمَكَّنُ مِنَ التَّجَارَةِ إِلَّا بِهِ فَصَارَ كَالنِّفْقَةِ، وَجْهُ الظَّاهِرِ أَنَّ الْحَاجَةَ إِلَى النِّفْقَةِ مَعْلُومَةٌ الْوُقُوعُ وَإِلَى الدَّوَاءِ بِعَارِضِ الْمَرَضِ، وَلِهَذَا كَانَتْ نَفَقَةُ الْمَرَأَةِ عَلَى الزَّوْجِ وَدَوَاؤُهَا فِي مَالِهَا.

قَالَ (وَإِذَا رِبْحٌ أَخَذَ رَبُّ الْمَالِ مَا أَنْفَقَ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ، فَإِنْ بَاعَ الْمَتَاعَ مُرَابِحَةً حَسَبَ مَا أَنْفَقَ عَلَى الْمَتَاعِ مِنَ الْحِمْلَانِ وَنَحْوِهِ، وَلَا يَحْتَسِبُ مَا أَنْفَقَ عَلَى نَفْسِهِ) لِأَنَّ الْعُرْفَ جَارٍ بِالْحَاقِ الْأَوَّلِ دُونَ الثَّانِي، وَلِأَنَّ الْأَوَّلَ يُوجِبُ زِيَادَةً فِي الْمَالِيَّةِ بِزِيَادَةِ الْقِيَمَةِ وَالثَّانِي لَا يُوجِبُهَا. قَالَ (فَإِنْ كَانَ مَعَهُ أَلْفٌ فَاشْتَرَى بِهَا ثِيَابًا فَقَصَرَهَا أَوْ حَمَلَهَا بِمِائَتٍ مِنْ عِنْدِهِ وَقَدْ قِيلَ لَهُ اْعْمَلْ بِرَأْيِكَ فَهُوَ مُتَطَوِّعٌ) لِأَنَّهُ اسْتِدَانَتْ عَلَى رَبِّ الْمَالِ فَلَا يَنْتَظِمُهُ هَذَا الْمَقَالُ عَلَى مَا مَرَّ (وَإِنْ صَبَّغَهَا أَحْمَرَ فَهُوَ شَرِيكَ بِمَا زَادَ الصَّبْغُ فِيهِ وَلَا يَضْمَنُ) لِأَنَّهُ عَيْنُ مَالٍ

قَائِمٍ بِهِ حَتَّى إِذَا بَاعَ كَانَ لَهُ حِصَّةُ الصَّبْغِ وَحِصَّةُ الثُّوبِ الْأَبْيَضِ عَلَى الْمَضَارِبَةِ بِخِلَافِ الْقِصَارَةِ وَالْحَمَلِ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِعَيْنِ مَالٍ قَائِمٍ بِهِ، وَلِهَذَا إِذَا فَعَلَهُ الْغَاصِبُ ضَاعَ وَلَا يَضِيعُ إِذَا صَبَغَ الْمَغْصُوبَ، وَإِذَا صَارَ شَرِيكًا بِالصَّبْغِ انْتِظَمَ قَوْلُهُ أَعْمَلَ بِرَأْيِكَ انْتِظَامَهُ الْخُلُطَةُ فَلَا يَضُمُّهُ.

الشرح:

قَالَ (وَإِذَا عَمِلَ الْمَضَارِبُ فِي الْمَصْرِ إلخ) فَرَّقَ بَيْنَ حَالِ الْحَضَرِ وَالسَّفَرِ فِي وَجُوبِ النَّفَقَةِ فِي مَالِ الْمَضَارِبَةِ بِمَا ذَكَرَ مِنَ الْإِحْتِسَابِ فِي السَّفَرِ دُونَ الْحَضَرِ وَذَلِكَ وَاضِحٌ. وَالْقِيَاسُ أَنْ لَا يَسْتَوْجِبَ النَّفَقَةَ فِي مَالِ الْمَضَارِبَةِ وَلَا عَلَى رَبِّ الْمَالِ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الْوَكِيلِ. وَالْمُسْتَبْذِعُ عَامِلٌ لغيرِهِ بِأَمْرِهِ، أَوْ بِمَنْزِلَةِ الْأَجِيرِ لَمَّا شَرَطَ لِنَفْسِهِ مِنَ الرَّبْحِ، وَلَا يَسْتَحِقُّ أَحَدٌ هَؤُلَاءِ النَّفَقَةَ فِي الْمَالِ الَّذِي يَعْمَلُ بِهِ، إِلَّا أَنَا تَرَكْنَاهُ فِيمَا إِذَا سَافَرَ بِالْمَالِ لِأَجْلِ الْعُرْفِ وَفَرَّقْنَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْمُسْتَبْذِعِ بِأَنَّهُ مُتَبَرِّعٌ بِعَمَلِهِ لغيرِهِ وَبَيْنَ الْأَجِيرِ بِأَنَّهُ عَامِلٌ لَهُ بَدَلِ مَضْمُونٍ فِي ذِمَّةِ الْمُسْتَأْجِرِ، وَذَلِكَ يَحْصُلُ لَهُ بَيَقِينَ فَلَا يَتَضَرَّرُ بِالْإِنْفَاقِ مِنْ مَالِهِ، أَمَّا الْمَضَارِبُ فَلَيْسَ لَهُ إِلَّا الرَّبْحُ وَهُوَ فِي حَيْزِ التَّرَدُّدِ قَدْ يَحْصُلُ وَقَدْ لَا يَحْصُلُ، فَلَوْ أَنْفَقَ مِنْ مَالِهِ يَتَضَرَّرُ بِهِ.

وَحُكْمُ الْمَضَارِبَةِ الْفَاسِدَةِ حُكْمُ الْإِجَارَةِ، وَإِذَا أَخَذَ شَيْئًا لِلنَّفَقَةِ وَهُوَ مُسَافِرٌ فَقَدِمَ وَبَقِيَ مَعَهُ شَيْءٌ مِنْهُ رَدُّهُ فِي الْمَضَارِبَةِ لَانْتِهَاءِ الاسْتِحْقَاقِ كَالْحَجِّ عَنِ الْغَيْرِ إِذَا فَضَّلَ مَعَهُ شَيْءٌ مِنَ النَّفَقَةِ بَعْدَ الرُّجُوعِ، وَجُعِلَ الْحَدُّ الْفَاصِلُ بَيْنَ الْحَضَرِ وَالسَّفَرِ مَا إِذَا كَانَ بِحَيْثُ يَغْدُو ثُمَّ يَرُوحُ فَيَبِيتُ بِأَهْلِهِ، فَإِنْ كَانَ كَذَلِكَ فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ السُّوقِيِّ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فَتَنَفَقَتْهُ فِي مَالِ الْمَضَارِبَةِ لِأَنَّهُ خَرُوجُهُ إِذْ ذَاكَ لَهَا وَالنَّفَقَةُ مَا تُصْرَفُ إِلَى الْحَاجَةِ الرَّائِبَةِ كَالطَّعَامِ وَالشَّرَابِ وَكِسْوَتِهِ وَرُكُوبِهِ شِرَاءً أَوْ كِرَاءً كُلُّ ذَلِكَ بِالْمَعْرُوفِ. وَالْحَقُّ بِذَلِكَ مَا كَانَ مِنْ مُعَدَّاتٍ تَكْثُرُ تَثْمِيرُ الْمَالِ كَغَسْلِ الثِّيَابِ وَأُجْرَةِ الْحَمَامِ وَالْحَادِمِ وَالْحَلَّاقِ وَعَلْفِ الدَّابَّةِ وَالذَّهْنِ فِي مَوْضِعٍ يَحْتَاجُ فِيهِ إِلَيْهِ كَالْحِجَازِ، فَإِنَّ الشَّخْصَ إِذَا كَانَ طَوِيلَ الشَّعْرِ وَسَخَّ الثِّيَابِ مَاشِيًا فِي حَوَائِجِهِ يُعَدُّ مِنَ الصَّعَالِيكِ وَيَقِلُّ مُعَامِلُوهُ فَصَارَ مَا بِهِ تَكْثُرُ الرِّغَبَاتُ فِي الْمُعَامَلَةِ مَعَهُ مِنْ جُمْلَةِ النَّفَقَةِ، وَالذَّوَاءُ يَدْخُلُ فِي ذَلِكَ فِي غَيْرِ ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ لِأَنَّهُ لِإِصْلَاحِ الْبَدَنِ.

وَوَجْهَ الظَّاهِرِ مَا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ. قَالَ (وَإِذَا رِبِحٌ أَخَذَ رَبُّ الْمَالِ الْخُ) يُرِيدُ أَنَّ الْمُضَارِبَ إِذَا أَتَّفَقَ مِنْ مَالِ الْمُضَارَبَةِ فَرِبِحٌ يَأْخُذُ رَبُّ الْمَالِ رَأْسَ مَالِهِ كَامِلًا فَتَكُونُ التَّفَقُّةُ مَصْرُوفَةً إِلَى الرِّبْحِ دُونَ رَأْسِ الْمَالِ، فَإِذَا اسْتَوْفَاهُ كَانَ مَا بَقِيَ بَيْنَهُمَا عَلَى مَا شَرَطًا، فَإِنْ بَاعَ الْمُضَارِبُ الْمَتَاعَ بَعْدَمَا أَتَّفَقَ مُرَابِحَةً حَسَبَ مَا أَتَّفَقَ عَلَى الْمَتَاعِ مِنَ الْحِمْلَانِ وَنَحْوِهِ كَأَجْرَةِ السُّمَسَارِ وَالصَّبَاغِ وَالْقَصَّارِ، وَلَا يَحْسِبُ مَا أَتَّفَقَ عَلَى نَفْسِهِ لَمَّا ذُكِرَ فِي الْكِتَابِ مِنَ الْوَجْهَيْنِ، فَإِنْ كَانَ مَعَ الْمُضَارِبِ أَلْفٌ فَاشْتَرَى بِهَا ثِيَابًا فَقَصَرَهَا أَوْ حَمَلَهَا بِمِائَةِ مِنْ عِنْدِهِ وَقَدْ قِيلَ لَهُ اْعْمَلْ بِرَأْيِكَ فَهُوَ مُتَطَوِّعٌ لِأَنَّهُ اسْتِدَانَةٌ عَلَى رَبِّ الْمَالِ، وَهَذَا الْمَقَالُ لَا يَنْتَظِمُهُ كَمَا مَرَّ، وَإِنَّمَا ذَكَرَهَا بَعْدَهَا مَرًّا تَمْهِيدًا لِقَوْلِهِ وَإِنْ صَبَّغَهَا أَحْمَرَ فَهُوَ شَرِيكَ بِمَا زَادَ الصَّبْغُ فِيهِ، وَسَائِرُ الْأَلْوَانِ كَالْحُمْرَةِ إِلَّا السَّوَادَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، لِأَنَّ الصَّبْغَ عَيْنٌ قَائِمٌ بِالثُّوبِ فَكَانَ شَرِيكًا بِخِلَاطِ مَالِهِ بِمَالِ الْمُضَارَبَةِ.

وَقَوْلُهُ اْعْمَلْ بِرَأْيِكَ يَنْتَظِمُهُ، فَإِذَا بَاعَ الثُّوبُ كَانَ لِلْمُضَارِبِ حِصَّةُ الصَّبْغِ يَفْسِمُ ثَمَنَ الثُّوبِ مَصْبُوعًا عَلَى قِيَمَتِهِ مَصْبُوعًا وَغَيْرَ مَصْبُوعٍ فَمَا يَبْنِيهِمَا حِصَّةُ الصَّبْغِ إِنْ بَاعَهُ مُسَاوِمَةً، وَإِنْ بَاعَهُ مُرَابِحَةً قَسَمَ الثَّمَنَ هَذَا عَلَى الثَّمَنِ الَّذِي اشْتَرَى الْمُضَارِبُ الثُّوبَ بِهِ، وَعَلَى قِيَمَةِ الصَّبْغِ فَمَا يَبْنِيهِمَا حِصَّةُ الصَّبْغِ وَالْبَاقِي عَلَى الْمُضَارَبَةِ، بِخِلَافِ الْقَصَارَةِ بِفَتْحِ الْقَافِ وَالْحَمْلِ فَإِنَّهُ لَيْسَ بِعَيْنٍ مَالٍ قَائِمٍ بِالثُّوبِ وَلَمْ يَزِدْ بِهِ شَيْءٌ، وَلِهَذَا إِذَا فَعَلَهُ الْغَاصِبُ فَازْدَادَ الْقِيَمَةُ بِهِ ضَاعَ فَعَلُهُ وَكَانَ لِلْمَالِكِ أَنْ يَأْخُذَ ثَوْبَهُ مَجَانًّا، وَإِذَا صَبَغَ الْمَغْصُوبُ لَمْ يَضَعْ بَلْ يَتَخَيَّرُ رَبُّ الثُّوبِ بَيْنَ أَنْ يُعْطِيَ مَا زَادَ الصَّبْغُ فِيهِ يَوْمَ الْخُصُومَةِ لَا يَوْمَ الْإِتِّصَالِ بِثَوْبِهِ وَيَبْنِي أَنْ يُضْمِنَهُ جَمِيعَ قِيَمَةِ الثُّوبِ أَيْبُضَ يَوْمَ صَبْغِهِ وَتَرَكَ الثُّوبَ عَلَيْهِ، وَإِذَا كَانَ الْغَاصِبُ كَذَلِكَ فَالْمُضَارِبُ لَا يَكُونُ أَقْلًا حَالًا مِنْهُ.

فَإِنْ قِيلَ: الْمُضَارِبُ لَمَّا لَمْ يَكُنْ لَهُ وَلَايَةُ الصَّبْغِ كَانَ بِهِ مُخَالَفًا غَاصِبًا فَيَجِبُ أَنْ يُضْمَنَ كَالْغَاصِبِ بَلَا تَفَاوُتَ بَيْنَهُمَا أُجِيبَ بِأَنَّ الْكَلَامَ فِي مُضَارِبٍ قِيلَ لَهُ اْعْمَلْ بِرَأْيِكَ وَذَلِكَ يَتَنَاوَلُ الْخِلَاطَ وَالصَّبْغَ اخْتِلَطَ مَالُهُ بِمَالِ الْمُضَارِبِ فَصَارَ شَرِيكًا فَلَمْ يَكُنْ غَاصِبًا فَلَا يَضْمَنُ، وَبِهَذَا انْتَفَعَ مَا قِيلَ الْمُضَارِبُ إِمَّا أَنْ يَكُونَ مَأْذُونًا بِهَذَا الْفِعْلِ أَوْ غَيْرَ مَأْذُونٍ فَإِنْ كَانَ مَأْذُونًا وَقَعَ عَلَى الْمُضَارَبَةِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ ضَمِنَ الْمُضَارِبُ كَالْغَاصِبِ لَمَّا تَبَيَّنَ أَنَّهُ خَرَجَ عَنْ كَوْنِهِ غَاصِبًا لَكِنَّهُ لَمْ يَقَعْ عَلَى الْمُضَارَبَةِ لِأَنَّهُ فِيهِ اسْتِدَانَةٌ عَلَى الْمَالِكِ وَلَيْسَ لَهُ وَلَايَةُ ذَلِكَ.

فصل آخر

قَالَ (فَإِنْ كَانَ مَعَهُ أَلْفٌ بِالنِّصْفِ فَاشْتَرَى بِهَا بَرًّا فَبَاعَهُ بِالْفَيْنِ ثُمَّ اشْتَرَى بِالْأَلْفَيْنِ عَبْدًا فَلَمْ يَتَقَدِّمَ حَتَّى ضَاعَا يَغْرُمُ رَبُّ الْمَالِ أَلْفًا وَخَمْسِمِائَةً وَالْمُضَارِبُ خَمْسِمِائَةً وَيَكُونُ رُبُعُ الْعَبْدِ لِلْمُضَارِبِ وَثَلَاثَةُ أَرْبَاعِهِ عَلَى الْمُضَارِبَةِ).

قَالَ: هَذَا الَّذِي ذَكَرَهُ حَاصِلُ الْجَوَابِ، لِأَنَّ الثَّمَنَ كُلَّهُ عَلَى الْمُضَارِبِ إِذْ هُوَ الْعَاقِدُ، إِلَّا أَنَّ لَهُ حَقَّ الرُّجُوعِ عَلَى رَبِّ الْمَالِ بِالْفِ وَخَمْسِمِائَةٍ عَلَى مَا تُبَيَّنُّ فَيَكُونُ عَلَيْهِ فِي الْأَجْرَةِ.

وَوَجْهُهُ أَنَّهُ لَمَّا نَضَّ الْمَالُ ظَهَرَ الرِّبْحُ وَلَهُ مِنْهُ وَهُوَ خَمْسِمِائَةٌ، فَإِذَا اشْتَرَى بِالْأَلْفَيْنِ عَبْدًا صَارَ مُشْتَرِيًا رُبْعَهُ لِنَفْسِهِ وَثَلَاثَةَ أَرْبَاعِهِ لِلْمُضَارِبَةِ عَلَى حَسَبِ انْقِسَامِ الْأَلْفَيْنِ، وَإِذَا ضَاعَتِ الْأَلْفَانِ وَجَبَ عَلَيْهِ الثَّمَنُ لَمَّا بَيَّنَّاهُ، وَلَهُ الرُّجُوعُ بِثَلَاثَةِ أَرْبَاعِ الثَّمَنِ عَلَى رَبِّ الْمَالِ لِأَنَّهُ وَكِيلٌ مِنْ جِهَتِهِ فِيهِ وَيَخْرُجُ نَصِيبُ الْمُضَارِبِ وَهُوَ الرُّبْعُ مِنَ الْمُضَارِبَةِ لِأَنَّهُ مَضْمُونٌ عَلَيْهِ وَمَالُ الْمُضَارِبَةِ أَمَانَةٌ وَبَيْنَهُمَا مُنَافَاةٌ وَيَبْقَى ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِ الْعَبْدِ عَلَى الْمُضَارِبَةِ لِأَنَّهُ لَيْسَ فِيهِ مَا يُنَافِي الْمُضَارِبَةَ (وَيَكُونُ رَأْسُ الْمَالِ أَلْفَيْنِ وَخَمْسِمِائَةٍ) لِأَنَّهُ دَفَعَ مَرَّةً أَلْفًا وَمَرَّةً أَلْفًا وَخَمْسِمِائَةً (وَلَا يَبِيعُهُ مُرَابِحَةً إِلَّا عَلَى الْفَيْنِ) لِأَنَّهُ اشْتَرَاهُ بِالْفَيْنِ، وَيُظْهَرُ ذَلِكَ فِيمَا إِذَا بَاعَ الْعَبْدُ بِأَرْبَعَةِ أَلْفٍ فَحِصَصُ الْمُضَارِبَةِ ثَلَاثَةُ أَلْفٍ يَرْفَعُ رَأْسَ الْمَالِ وَيَبْقَى خَمْسِمِائَةُ رِبْحٍ بَيْنَهُمَا.

قَالَ (وَإِنْ كَانَ مَعَهُ أَلْفٌ فَاشْتَرَى رَبُّ الْمَالِ عَبْدًا بِخَمْسِمِائَةٍ وَبَاعَهُ إِيَّاهُ بِالْفِ فَإِنَّهُ يَبِيعُهُ مُرَابِحَةً عَلَى خَمْسِمِائَةٍ) لِأَنَّ هَذَا الْبَيْعَ مَقْضِيٌّ بِجَوَازِهِ لَتَغَايِرِ الْمَقَاصِدِ دَفْعًا لِلْحَاجَةِ وَإِنْ كَانَ بَيْعٌ مِلْكُهُ بِمِلْكِهِ إِلَّا أَنَّ فِيهِ شُبْهَةَ الْعَدَمِ، وَمَبْنَى الْمُرَابِحَةِ عَلَى الْأَمَانَةِ وَالِاحْتِرَازِ عَنْ شُبْهَةِ الْخِيَانَةِ فَاعْتُبِرَ أَقْلُ الثَّمَنَيْنِ، وَلَوْ اشْتَرَى الْمُضَارِبُ عَبْدًا بِالْفِ وَبَاعَهُ مِنْ رَبِّ الْمَالِ بِالْفِ وَمِائَتَيْنِ بَاعَهُ مُرَابِحَةً بِالْفِ وَمِائَةٍ لِأَنَّهُ أُعْتِبِرَ عَدَمًا فِي حَقِّ نِصْفِ الرِّبْحِ وَهُوَ نَصِيبُ رَبِّ الْمَالِ وَقَدْ مَرَّ فِي الْبُيُوعِ.

الشرح:

(فَصْلٌ آخَرُ): هَذِهِ مَسَائِلُ مُتَفَرِّقَةٌ تَعَلَّقُ بِمَسَائِلِ الْمُضَارِبَةِ فَذَكَرَهَا فِي فَصْلِ عَلَى حِدَةٍ. قَالَ (فَإِنْ كَانَ مَعَهُ أَلْفٌ) مَا ذَكَرَهُ الْمُصَنِّفُ وَاضِحٌ، وَمَبْنَاهُ عَلَى أَصْلٍ وَهُوَ عَلَى أَنَّ

ضَمَانَ رَبِّ الْمَالِ لِلْبَائِعِ بِسَبَبِ هَلَاكِ مَالِ الْمُضَارِبَةِ غَيْرُ مَانِعٍ لَهَا، فَالْمُضْمُونُ عَلَى الْمُضَارِبَةِ وَالرَّيْبُ بَيْنَهُمَا عَلَى مَا شَرَطَا، وَضَمَانَ الْمُضَارِبِ لِلْبَائِعِ بِسَبَبِ هَلَاكِهِ مَانِعٌ عَنْهَا.

وَحَقِيقَةُ مَا ذَكَرَهُ فَخَرُ الْإِسْلَامِ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي رَجُلٍ دَفَعَ إِلَى رَجُلٍ أَلْفَ دِرْهَمٍ مُضَارِبَةً فَاشْتَرَى بِهَا بَزًّا فَهُوَ مُضَارِبَةٌ، فَإِذَا بَاعَهُ بِالْفَيْنِ ظَهَرَتْ حِصَّةُ الْمُضَارِبِ وَهِيَ خَمْسُمِائَةٍ، فَإِذَا اشْتَرَى جَارِيَةً بِالْفَيْنِ وَقَعَ رُبْعُهَا لِلْمُضَارِبِ لِأَنَّ رُبْعَ الثَّمَنِ لَهُ وَثَلَاثَةُ أَرْبَاعِهَا لِرَبِّ الْمَالِ فَإِذَا هَلَكَ الثَّمَنُ صَارَ غُرْمُ الرُّبْعِ عَلَى الْمُضَارِبِ وَهُوَ خَمْسُمِائَةٍ وَالْبَاقِي عَلَى رَبِّ الْمَالِ، وَإِذَا غَرِمَ الْمُضَارِبُ رُبْعَ الثَّمَنِ مَلَكَ رُبْعَ الْجَارِيَةِ لَا مَحَالَةَ، وَإِذَا مَلَكَ رُبْعُهَا خَرَجَ ذَلِكَ مِنَ الْمُضَارِبَةِ لِأَنَّ مَبْنَى الْمُضَارِبَةِ عَلَى أَنَّ الْمُضَارِبَ أَمِينٌ فَيَكُونُ الضَّمَانُ مُنَافِيًا لَهَا. وَلَوْ أَتَقَيْنَا نَصِيْبَهُ عَلَى الْمُضَارِبَةِ لَأَبْطَلْنَا مَا غَرِمَ لِأَنَّهُ لَا يَصْلُحُ أَنْ يَجْعَلَ ذَلِكَ رَأْسَ الْمَالِ فَيَصِيرُ مُضَارِبًا لِنَفْسِهِ وَهُوَ لَا يَصْلُحُ.

ثُمَّ لَوْ بَاعَ الْجَارِيَةَ بِأَرْبَعَةِ آلَافٍ صَارَ رُبْعُ الثَّمَنِ لِلْمُضَارِبِ خَاصَّةً وَذَلِكَ أَلْفٌ وَبَقِيَتْ ثَلَاثَةُ آلَافٍ فَذَلِكَ عَلَى الْمُضَارِبَةِ، لِأَنَّ ضَمَانَ رَبِّ الْمَالِ يُلَاثِمُ الْمُضَارِبَةَ وَلَا يَضِيعُ مَا يَضْمَنُ بَلْ يُلْحَقُ بِرَأْسِ الْمَالِ، وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ كَانَ رَأْسُ الْمَالِ فِي ذَلِكَ أَلْفَيْنِ وَخَمْسُمِائَةٍ وَالْخَمْسُمِائَةُ رُبْعٌ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ (قَوْلُهُ وَإِنْ كَانَ مَعَهُ أَلْفٌ) مَعْنَاهُ وَاضِحٌ، وَقَوْلُهُ (لِتَغَايِرِ الْمَقَاصِدِ) لِأَنَّ مَقْصُودَ رَبِّ الْمَالِ وَصَوْلُهُ إِلَى الْأَلْفِ مَعَ بَقَاءِ الْعَقْدِ، وَمَقْصُودُ الْمُضَارِبِ اسْتِفَادَةُ الْيَدِ عَلَى الْعَبْدِ. وَقَوْلُهُ (إِلَّا أَنْ فِيهِ شُبْهَةُ الْعَدَمِ) أَيُّ عَدَمِ الْجَوَازِ، لِأَنَّهُ لَمْ يَزَلْ بِهِ عَنْ مِلْكِ رَبِّ الْمَالِ عَبْدٌ كَانَ فِي مِلْكِهِ وَلَمْ يَسْتَفِدْ بِهِ أَلْفًا لَمْ يَكُنْ فِي مِلْكِهِ وَالشُّبْهَةُ مُلْحَقَةٌ بِالْحَقِيقَةِ فِي الْمُرَابَحَةِ فَاعْتَبِرْ أَقْلُ الثَّمَنِ وَهُوَ خَمْسُمِائَةٍ كَثُوبَتُهُ مِنْ كُلِّ وَجْهِ وَالْأَكْثَرُ ثَابِتٌ مِنْ وَجْهِ دُونَ وَجْهِ بِالنَّظَرِ إِلَى أَنْ يَبْعَ مَالَهُ بِمَالِهِ.

قَالَ (فَإِنْ كَانَ مَعَهُ أَلْفٌ بِالنِّصْفِ فَاشْتَرَى بِهَا عَبْدًا قِيمَتُهُ أَلْفَانِ فَقَتَلَ الْعَبْدُ رَجُلًا خَطَأً فَثَلَاثَةُ أَرْبَاعِ الْفِدَاءِ عَلَى رَبِّ الْمَالِ وَرُبْعُهُ عَلَى الْمُضَارِبِ) لِأَنَّ الْفِدَاءَ مُؤْتَى الْمَلِكِ فَيَتَقَدَّرُ بِقَدْرِ الْمَلِكِ وَقَدْ كَانَ الْمَلِكُ بَيْنَهُمَا أَرْبَاعًا، لِأَنَّهُ لَمَّا صَارَ الْمَالُ عَيْنًا وَاحِدًا ظَهَرَ الرُّبْعُ وَهُوَ أَلْفٌ بَيْنَهُمَا وَأَلْفٌ لِرَبِّ الْمَالِ بِرَأْسِ مَالِهِ لِأَنَّ قِيمَتَهُ أَلْفَانِ، وَإِذَا قَدِيَ خَرَجَ الْعَبْدُ عَنْ الْمُضَارِبَةِ، أَمَّا نَصِيبُ الْمُضَارِبِ فَلَمَّا بَيَّنَّاهُ، وَأَمَّا نَصِيبُ رَبِّ الْمَالِ فَلَقَضَاءُ الْقَاضِي بِانْقِسَامِ الْفِدَاءِ عَلَيْهِمَا لَمَّا أَنَّهُ يَتَضَمَّنُ هِسْمَةَ الْعَبْدِ بَيْنَهُمَا وَالْمُضَارِبَةُ تَنْتَهِي بِالْقِسْمَةِ، بِخِلَافِ مَا

تَقَدَّمَ لِأَنَّ جَمِيعَ الثَّمَنِ فِيهِ عَلَى الْمُضَارِبِ وَإِنْ كَانَ لَهُ حَقُّ الرُّجُوعِ فَلَا حَاجَةَ إِلَى الْقِسْمَةِ، وَلَأَنَّ الْعَبْدَ كَالزَّائِلِ عَنْ مِلْكِهِمَا بِالْجِنَايَةِ، وَدَفَعَ الْفِدَاءَ كَابْتِدَاءِ الشَّرَاءِ فَيَكُونُ الْعَبْدُ بَيْنَهُمَا أَرْبَاعًا لَا عَلَى الْمُضَارِبَةِ يَخْدُمُ الْمُضَارِبَ يَوْمًا وَرَبُّ الْمَالِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ، بِخِلَافِ مَا تَقَدَّمَ.

الشرح:

(قَوْلُهُ فَإِنْ كَانَ مَعَهُ أَلْفٌ بِالنِّصْفِ فَاشْتَرَى بِهَا عَبْدًا قِيمَتُهُ أَلْفَانٌ فَقَتَلَ الْعَبْدُ رَجُلًا خَطَأً) كَانَ الدَّفْعُ وَالْفِدَاءُ إِلَيْهِمَا، فَإِنْ دَفَعَاهُ بَطَلَتْ الْمُضَارِبَةُ لَهْلَاكِ مَالِ الْمُضَارِبَةِ، وَإِنْ فَدَّيَاهُ (ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِ الْفِدَاءِ عَلَى رَبِّ الْمَالِ وَرُبْعُهُ عَلَى الْمُضَارِبِ، لِأَنَّ الْفِدَاءَ مُؤَنَّةُ الْمَلِكِ فَيَتَقَدَّرُ بِقَدْرِهِ وَكَانَ الْمَلِكُ بَيْنَهُمَا أَرْبَاعًا، لِأَنَّ رَأْسَ الْمَالِ لَمَّا صَارَ عَيْنًا وَاحِدًا ظَهَرَ الرِّبْحُ وَهُوَ أَلْفٌ بَيْنَهُمَا) وَلِهَذَا عَتَقَ الرَّبُّعُ إِنْ كَانَ الْعَبْدُ قَرِيبَهُ (وَأَلْفٌ هُوَ رَأْسُ الْمَالِ) وَقَيَّدَ الْعَيْنَ بِالْوَحْدَةِ احْتِرَازًا عَمَّا إِذَا كَانَ عَيْنَيْنِ فَإِنَّهُ لَا يَظْهَرُ الرِّبْحُ لَعَدَمِ الْأُولَوِيَّةِ كَمَا تَقَدَّمَ (فَإِذَا فَدَّيَاهُ خَرَجَ الْعَبْدُ عَنِ الْمُضَارِبَةِ، أَمَا نَصِيبُ الْمُضَارِبِ فَلَمَّا بَيَّنَّاهُ) أَنَّهُ صَارَ مَضمُونًا عَلَيْهِ فَلَا يَكُونُ أَمَانَةً وَمَالُ الْمُضَارِبَةِ أَمَانَةً.

(وَأَمَّا نَصِيبُ رَبِّ الْمَالِ فَلَقَضَاءُ الْقَاضِي بِانْقِسَامِ الْفِدَاءِ عَلَيْهِمَا فَإِنَّهُ يَتَضَمَّنُ انْقِسَامَ الْعَبْدِ بَيْنَهُمَا) لاسْتِخْلَاصِ كُلِّ مِنْهُمَا بِالْفِدَاءِ مَا يَخْصُهُ (وَالْمُضَارِبَةُ تَنْتَهِي بِالْقِسْمَةِ بِخِلَافِ مَا تَقَدَّمَ) يَعْنِي بِهِ مَا إِذَا ضَاعَ الْأَلْفَانِ فِي الْمَسْأَلَةِ الْمُتَقَدِّمَةِ حَيْثُ لَا تَنْتَهِي الْمُضَارِبَةُ هُنَاكَ (لَأَنَّ جَمِيعَ الثَّمَنِ فِيهِ عَلَى الْمُضَارِبِ) لَكُونِهِ الْعَاقِدَ، وَالدَّفْعُ وَالْفِدَاءُ لَيْسَ بِالْعَقْدِ حَتَّى يَكُونَ عَلَيْهِ. وَقَوْلُهُ (وَلَأَنَّ الْعَبْدَ كَالزَّائِلِ) لِأَنَّهُ أُسْتَحَقَّ بِالْجِنَايَةِ وَالْمُسْتَحَقُّ بِهَا بِمَنْزِلَةِ الْمَالِكِ وَالْمُضَارِبَةُ تَنْتَهِي بِالْهَلَاكِ (فَدَفْعُ الْفِدَاءِ كَابْتِدَاءِ الشَّرَاءِ فَيَكُونُ الْعَبْدُ بَيْنَهُمَا أَرْبَاعًا خَارِجًا عَنِ الْمُضَارِبَةِ يَخْدُمُ الْمُضَارِبَ يَوْمًا وَرَبُّ الْمَالِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ بِخِلَافِ مَا تَقَدَّمَ) يُرِيدُ بِهِ مَا تَقَدَّمَ فِي الْمَسْأَلَةِ الْمُتَقَدِّمَةِ، وَهِيَ مَا إِذَا ضَاعَ الْأَلْفَانِ فَإِنَّ الْعَبْدَ فِيهَا عَلَى الْمُضَارِبَةِ

قَالَ (فَإِنْ كَانَ مَعَهُ أَلْفٌ فَاشْتَرَى بِهَا عَبْدًا فَلَمْ يَنْقُدهَا حَتَّى هَلَكَتْ يَدْفَعُ رَبُّ الْمَالِ ذَلِكَ الثَّمَنَ وَرَأْسُ الْمَالِ جَمِيعُ مَا يَدْفَعُ إِلَيْهِ رَبُّ الْمَالِ) لِأَنَّ الْمَالَ أَمَانَةٌ فِي يَدِهِ وَلَا يَصِيرُ مُسْتَوْفِيًا، وَالْاِسْتِيفَاءُ إِنَّمَا يَكُونُ بِقَبْضِ مَضمُونٍ وَحُكْمِ الْأَمَانَةِ يُنَافِيهِ فَيَرْجِعُ مَرَّةً بَعْدَ

أُخْرَى، بِخِلَافِ الْوَكِيلِ إِذَا كَانَ الثَّمَنُ مَدْفُوعًا إِلَيْهِ قَبْلَ الشَّرَاءِ وَهَلَكَ بَعْدَ الشَّرَاءِ حَيْثُ لَا يَرْجِعُ إِلَّا مَرَّةً لِأَنَّهُ أَمَكَنَ جَعْلُهُ مُسْتَوْفِيًا، لِأَنَّ الْوَكَالَتَ تُجَامِعُ الضَّمَانَ كَالْغَاصِبِ إِذَا تَوَكَّلَ بِيْعِ الْمَغْضُوبِ، ثُمَّ فِي الْوَكَاةِ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ يَرْجِعُ مَرَّةً، وَفِيمَا إِذَا اشْتَرَى ثُمَّ دَفَعَ الْمُوَكَّلُ إِلَيْهِ الْمَالُ فَهَلَكَ لَا يَرْجِعُ لِأَنَّهُ ثَبَتَ لَهُ حَقُّ الرُّجُوعِ بِنَفْسِ الشَّرَاءِ فَجُعِلَ مُسْتَوْفِيًا بِالْقَبْضِ بَعْدَهُ، أَمَّا الْمَدْفُوعُ إِلَيْهِ قَبْلَ الشَّرَاءِ أَمَانَةً فِي يَدِهِ وَهُوَ قَائِمٌ عَلَى الْأَمَانَةِ بَعْدَهُ فَلَمْ يَصِرْ مُسْتَوْفِيًا، فَإِذَا هَلَكَ رَجَعَ عَلَيْهِ مَرَّةً ثُمَّ لَا يَرْجِعُ لَوْفُوعِ الْاسْتِيفَاءِ عَلَى مَا مَرَّ.

الشرح:

(فَإِنْ كَانَ مَعَهُ أَلْفٌ فَاشْتَرَى بِهَا عَبْدًا وَهَلَكَ قَبْلَ التَّنْغِدِ إِلَى الْبَائِعِ رَجَعَ الْمَضَارِبُ عَلَى رَبِّ الْمَالِ بِذَلِكَ الثَّمَنِ وَيَكُونُ رَأْسُ الْمَالِ جَمِيعٌ مَا يَدْفَعُهُ لِأَنَّ الْمَالُ فِي يَدِهِ أَمَانَةً) وَقَدْ هَلَكَ وَقَدْ بَقِيَ عَلَيْهِ الثَّمَنُ دَيْنًا وَهُوَ عَامِلٌ لِرَبِّ الْمَالِ فَيَسْتَوْجِبُ عَلَيْهِ مِثْلَ مَا وَجَبَ عَلَيْهِ مِنَ الدَّيْنِ (و) بِالْقَبْضِ ثَانِيًا (لَا يَصِيرُ) الْمَضَارِبُ (مُسْتَوْفِيًا لِأَنَّ) الْاسْتِيفَاءَ إِنَّمَا يَكُونُ بِقَبْضِ مَضْمُونٍ وَقَبْضُ الْمَضَارِبِ لَيْسَ بِمَضْمُونٍ بَلْ هُوَ أَمَانَةٌ وَيَبْنِيهِمَا مُنَافَاةً فَلَا يَجْتَمِعَانِ، وَإِذَا لَمْ يَكُنْ مُسْتَوْفِيًا كَانَ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ عَلَى رَبِّ الْمَالِ مَرَّةً بَعْدَ أُخْرَى إِلَى أَنْ يُسْقِطَ عَنْهُ الْعَهْدَةُ بِوُصُولِ الثَّمَنِ إِلَى الْبَائِعِ (بِخِلَافِ الْوَكِيلِ إِذَا كَانَ الثَّمَنُ مَدْفُوعًا إِلَيْهِ قَبْلَ الشَّرَاءِ وَهَلَكَ بَعْدَ الشَّرَاءِ) فَإِنَّهُ لَا يَرْجِعُ إِلَّا مَرَّةً وَاحِدَةً (لِأَنَّهُ) أَمَكَنَ أَنْ يُجْعَلَ مُسْتَوْفِيًا لِأَنَّ الْوَكَالَتَ تُجَامِعُ الضَّمَانَ كَالْغَاصِبِ إِذَا وَكَّلَهُ الْمَغْضُوبُ مِنْهُ بِبَيْعِ الْمَغْضُوبِ) فَإِنَّهُ يَصِيرُ وَكِيلاً وَلَا يَبْرَأُ عَنِ الضَّمَانِ بِمُجَرَّدِ الْوَكَاةِ، حَتَّى لَوْ هَلَكَ الْمَغْضُوبُ وَجَبَ الضَّمَانُ وَلَمْ يُعْتَبَرِ أَمِينًا فِيهِ، وَفِيهِ نَظَرٌ لِأَنَّ الضَّمَانَ هُنَاكَ بِاعْتِبَارِ سَبَبٍ هُوَ تَعَدُّ قَدْ تَقَدَّمَ عَلَى قَبْضِ الْأَمَانَةِ فَيَجُوزُ أَنْ يُعْتَبَرَ جَمِيعًا، وَلَيْسَ فِيمَا نَحْنُ فِيهِ سَبَبٌ سِوَى الْقَبْضِ بِطَرِيقِ الْوَكَاةِ وَلَا تُسَلِّمُ صِلَاحِيَّتَهُ لِإِثْبَاتِ حُكْمَيْنِ مُتَنَافِيَيْنِ، وَلَوْ غَضِبَ أَلْفًا فَضَارَبَ الْمَغْضُوبُ مِنْهُ الْغَاصِبَ وَجَعَلَ رَأْسَ الْمَالِ الْمَغْضُوبِ كَانَ كَصُورَةِ الْوَكَاةِ وَلَيْسَ فِي الرُّوَايَةِ مَا يَنْفِيهِ، وَعَلَى تَقْدِيرِ ثُبُوتِهَا يَحْتَاجُ إِلَى فَرْقٍ دَفْعًا لِلتَّحْكُمِ، وَلِأَنَّ الْمَطْلُوبَ كَوْنُهُ مُسْتَوْفِيًا وَالدَّلِيلُ إِمَّا كَانَ ذَلِكَ وَالْإِمَّا كَانَ لَا يَسْتَلْزِمُ الْوُقُوعَ وَيُمْكِنُ أَنْ يُجَابَ عَنْهُ بِأَنْ مَقْصُودَ الْمُصَنِّفِ دَفْعُ اسْتِحَالَةِ اجْتِمَاعِهِمَا، وَأَمَّا كَوْنُهُ مُسْتَوْفِيًا فَثَابِتٌ

بَدَعَ الصَّرَرِ عَنِ الْمُوَكَّلِ، فَإِنَّهُ لَوْ لَمْ يُجْعَل مُسْتَوْفِيًا لَبَطَلَ حَقُّ الْمُوَكَّلِ إِذَا رَجَعَ عَلَيْهِ بِأَلْفٍ أُخْرَى أَصْلًا، فَأَمَّا هَاهُنَا فَحَقُّ رَبِّ الْمَالِ لَا يَضِيعُ لِأَنَّهُ يُلْحَقُ بِرَأْسِ الْمَالِ وَيَسْتَوْفِيهِ مِنَ الرِّبْحِ، وَحَمْلُهُ عَلَى الْاسْتِيفَاءِ يَضُرُّ الْمُضَارِبَ فَاخْتَرْنَا أَهْوَنَ الْأَمْرَيْنِ، بِخِلَافِ الْوَكِيلِ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الْبَائِعِ فَضَرَرُهُ بِهَلَاكِ الثَّمَنِ لَا يُوجِبُ الرُّجُوعَ عَلَى الْمُشْتَرِي. وَقَوْلُهُ وَلَوْ غَصَبَ أَلْفًا إلخ لَمْ تُثَبِّتْ فِيهِ رِوَايَةُ تُخَوِّجُ إِلَى الْفَرْقِ بَيْنَهُمَا. وَقَوْلُهُ (ثُمَّ فِي الْوَكَالَةِ) لِلْفَرْقِ بَيْنَ مَا إِذَا دَفَعَ الْمَالُ ثُمَّ اشْتَرَى الْوَكِيلُ، وَبَيْنَ مَا إِذَا اشْتَرَى ثُمَّ دَفَعَ فَإِنَّهُ يَرْجِعُ فِي الْأَوَّلِ وَيَصِيرُ بِهِ مُسْتَوْفِيًا، وَفِي الثَّانِي لَا يَرْجِعُ أَصْلًا وَكَلَامُهُ فِيهِ وَاضِحٌ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

فصل في الاختلاف

قَالَ (وَأِنْ كَانَ مَعَ الْمُضَارِبِ أَلْفَانِ فَقَالَ دَفَعْتُ إِلَيَّ أَلْفًا وَرَبِحْتُ أَلْفًا وَقَالَ رَبُّ الْمَالِ لَا بَلْ دَفَعْتُ إِلَيْكَ أَلْفَيْنِ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُضَارِبِ) وَكَانَ أَبُو حَنِيفَةَ يَقُولُ أَوَّلًا الْقَوْلُ قَوْلُ رَبِّ الْمَالِ وَهُوَ قَوْلُ زُهْرٍ، لِأَنَّ الْمُضَارِبَ يَدْعِي عَلَيْهِ الشَّرِكَةَ فِي الرِّبْحِ وَهُوَ يُنْكِرُ وَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُنْكَرِ، ثُمَّ رَجَعَ إِلَى مَا ذَكَرَ فِي الْكِتَابِ لِأَنَّ الْاِخْتِلَافَ فِي الْحَقِيقَةِ فِي مِقْدَارِ الْمَقْبُوضِ وَفِي مِثْلِهِ الْقَوْلُ قَوْلُ الْقَابِضِ ضَمِيمًا كَانَ أَوْ أَمِينًا لِأَنَّهُ أَعْرَفُ بِمِقْدَارِ الْمَقْبُوضِ، وَلَوْ اخْتَلَفَا مَعَ ذَلِكَ فِي مِقْدَارِ الرِّبْحِ فَالْقَوْلُ فِيهِ لِرَبِّ الْمَالِ لِأَنَّ الرِّبْحَ يُسْتَحَقُّ بِالشَّرْطِ وَهُوَ يُسْتَفَادُ مِنْ جِهَتِهِ، وَأَيُّهُمَا أَقَامَ الْبَيِّنَةُ عَلَى مَا ادَّعَى مِنْ فَضْلِ قُبِلَتْ لِأَنَّ الْبَيِّنَاتِ لِلْإِبْتَاتِ.

(وَمَنْ كَانَ مَعَهُ أَلْفٌ دِرْهَمٍ فَقَالَ هِيَ مُضَارِبَةٌ لِفُلَانٍ بِالنِّصْفِ وَقَدْ رِبِحَ أَلْفًا وَقَالَ فُلَانٌ هِيَ بِضَاعَةٌ فَالْقَوْلُ قَوْلُ رَبِّ الْمَالِ) لِأَنَّ الْمُضَارِبَ يَدْعِي عَلَيْهِ تَقْوِيمَ عَمَلِهِ أَوْ شَرْطًا مِنْ جِهَتِهِ أَوْ يَدْعِي الشَّرِكَةَ وَهُوَ يُنْكِرُ، وَلَوْ قَالَ الْمُضَارِبُ أَقْرَضْتَنِي وَقَالَ رَبُّ الْمَالِ هُوَ بِضَاعَةٌ أَوْ وَدِيعَةٌ فَالْقَوْلُ لِرَبِّ الْمَالِ وَالْبَيِّنَةُ بَيِّنَةُ الْمُضَارِبِ، لِأَنَّ الْمُضَارِبَ يَدْعِي عَلَيْهِ التَّمْلُكَ وَهُوَ يُنْكِرُ.

وَلَوْ ادَّعَى رَبُّ الْمَالِ الْمُضَارِبَةَ فِي نَوْعٍ وَقَالَ الْآخَرُ مَا سَمِيتَ لِي تِجَارَةً بَعَيْنَهَا فَالْقَوْلُ لِلْمُضَارِبِ لِأَنَّ الْأَصْلَ فِيهِ الْعُمُومُ وَالْإِطْلَاقُ، وَالتَّخْصِيصُ يُعَارِضُ الشَّرْطَ، بِخِلَافِ الْوَكَالَةِ لِأَنَّ الْأَصْلَ فِيهِ الْخُصُوصُ. وَلَوْ ادَّعَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نَوْعًا فَالْقَوْلُ

لرَبِّ الْمَالِ لِأَنَّهُمَا اتَّفَقَا عَلَى التَّخْصِيصِ، وَالْإِذْنُ يُسْتَفَادُ مِنْ جِهَتِهِ، وَالْبَيِّنَةُ بَيْنَتَا الْمُضَارِبِ لِحَاجَتِهِ إِلَى نَفْيِ الضَّمَانِ وَعَدَمِ حَاجَةِ الْآخَرِ إِلَى الْبَيِّنَةِ، وَلَوْ وَفَّقَتِ الْبَيِّنَتَانِ وَفَقَّتَا فَصَاحِبُ الْوَقْتِ الْأَخِيرِ أَوَّلَى لِأَنَّهُ أَخَّرَ الشَّرْطَيْنِ يَنْقُضُ الْأَوَّلَ.

الشرح:

(فَصَلَّ فِي الْاِخْتِلَافِ): أَخَّرَ هَذَا الْفَصْلَ عَمَّا قَبْلَهُ لِأَنَّهُ فِي الْاِخْتِلَافِ وَهُوَ فِي الرُّبُوبَةِ بَعْدَ اتِّفَاقٍ لِأَنَّهُ الْأَصْلُ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ. قَالَ (وَإِنْ كَانَ مَعَ الْمُضَارِبِ أَلْفَانِ إِنْ اِخْتِلَافُ رَبِّ الْمَالِ وَالْمُضَارِبِ إِذَا كَانَ فِي مِقْدَارِ رَأْسِ الْمَالِ مِثْلُ أَنْ يَقُولَ الْمُضَارِبُ وَمَعَهُ أَلْفَانِ دَفَعْتُ إِلَيَّ أَلْفًا وَرَبِّحْتَ أَلْفًا وَقَالَ رَبُّ الْمَالِ لَا بَلْ دَفَعْتُ إِلَيْكَ أَلْفَيْنِ فَالْقَوْلُ لِلْمُضَارِبِ، وَكَانَ أَبُو حَنِيفَةَ يَقُولُ أَوَّلًا الْقَوْلُ قَوْلُ رَبِّ الْمَالِ، وَهُوَ قَوْلُ زُفَرٍ لِأَنَّ الْمُضَارِبَ يَدَّعِي الشَّرِكَةَ وَهُوَ يُنْكِرُ وَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُنْكَرِ، ثُمَّ رَجَعَ وَقَالَ الْقَوْلُ لِلْمُضَارِبِ، لِأَنَّ الْاِخْتِلَافَ فِي الْحَقِيقَةِ فِي مِقْدَارِ الْمَقْبُوضِ وَالْقَوْلُ فِي ذَلِكَ قَوْلُ الْقَابِضِ ضَمِينًا كَانَ كَالْغَاصِبِ أَوْ أَمِينًا كَالْمُودِعِ لَكُونِهِ أَعْرَفَ بِمِقْدَارِ الْمَقْبُوضِ، وَإِذَا كَانَ فِي مِقْدَارِ الرَّبْحِ مَعَ ذَلِكَ: أَيُّ مَعَ الْاِخْتِلَافِ فِي رَأْسِ الْمَالِ مِثْلُ أَنْ يَقُولَ رَبُّ الْمَالِ رَأْسُ الْمَالِ أَلْفَانِ وَالْمَشْرُوطُ ثُلُثُ الرَّبْحِ وَقَالَ الْمُضَارِبُ رَأْسُ الْمَالِ أَلْفٌ وَالْمَشْرُوطُ نِصْفُهُ فَالْقَوْلُ فِيهِ: أَيُّ فِي الرَّبْحِ لِرَبِّ الْمَالِ: يَعْنِي وَفِي رَأْسِ الْمَالِ لِلْمُضَارِبِ كَمَا كَانَ، أَمَّا فِي رَأْسِ الْمَالِ فَلَمَّا مَرَّ مِنَ الدَّلِيلِ، وَأَمَّا فِي الرَّبْحِ فَلَأَنَّ الرَّبْحَ يُسْتَحَقُّ بِالشَّرْطِ وَهُوَ يُسْتَفَادُ مِنْ جِهَتِهِ، وَلَوْ أَنْكَرَ أَصْلَ الشَّرْطِ بَأَنَّهُ قَالَ كَانَ الْمَالُ بِيَدِهِ بِضَاعَةً كَانَ الْقَوْلُ لَهُ، فَكَذَا إِذَا أُنْكَرَ الزِّيَادَةُ، وَأَيُّهُمَا أَقَامَ الْبَيِّنَةُ عَلَى مَا ادَّعَى مِنْ فَضْلٍ قَبْلَتْ بَيِّنَةُ رَبِّ الْمَالِ عَلَى مَا ادَّعَى مِنَ الْفَضْلِ فِي رَأْسِ الْمَالِ وَبَيِّنَةُ الْمُضَارِبِ عَلَى مَا ادَّعَى مِنَ الْفَضْلِ فِي الرَّبْحِ لِأَنَّ الْبَيِّنَاتِ لِلْإِثْبَاتِ، وَإِذَا كَانَ فِي صِفَةِ رَأْسِ الْمَالِ كَمَا إِذَا قَالَ مَنْ مَعَهُ أَلْفٌ دِرْهَمٍ هِيَ مُضَارَبَةٌ لِفُلَانٍ بِالنِّصْفِ وَقَدْ رَبِحْتَ أَلْفًا وَقَالَ فُلَانٌ هِيَ بِضَاعَةٌ فَالْقَوْلُ لِرَبِّ الْمَالِ، لِأَنَّ الْمُضَارِبَ يَدَّعِي عَلَيْهِ تَقْوِيمَ عَمَلِهِ بِمُقَابَلَةِ الرَّبْحِ وَشَرْطًا مِنْ جِهَتِهِ بِمِقْدَارِ مِنَ الرَّبْحِ أَوْ الشَّرِكَةَ فِيهِ وَهُوَ يُنْكِرُ. وَلَوْ قَالَ الْمُضَارِبُ أَقْرَضْتَنِي وَقَالَ رَبُّ الْمَالِ هِيَ بِضَاعَةٌ أَوْ وَدِيعَةٌ فَالْقَوْلُ لِرَبِّ الْمَالِ وَالْبَيِّنَةُ لِلْمُضَارِبِ لِأَنَّهُ يَدَّعِي عَلَيْهِ تَمْلِيكَ الرَّبْحِ وَهُوَ يُنْكِرُ وَسَمَّاهُ مُضَارِبًا وَإِنْ اتَّفَقَا عَلَى عَدَمِهِ لَاحْتِمَالِ أَنْ يَكُونَ مُضَارِبًا فِي الْأَوَّلِ ثُمَّ أَقْرَضَهُ، وَلَوْ أَقَامَ

الْبَيِّنَةُ فَالْبَيِّنَةُ لِلْمُضَارِبِ لِأَنَّهَا تُثَبِّتُ التَّمْلِيكَ.

وَلَوْ ادَّعَى رَبُّ الْمَالِ الْقَرْضَ وَالْمُضَارِبُ الْمُضَارَبَةَ فَالْقَوْلُ لِلْمُضَارِبِ لِاتِّفَاقِهِمَا عَلَى الْأَخْذِ بِالِإِذْنِ، وَرَبُّ الْمَالِ يَدَّعِي عَلَى الْمُضَارِبِ الضَّمَانَ وَهُوَ يُنْكِرُ وَالْبَيِّنَةُ لَرَبِّ الْمَالِ وَإِنْ أَقَامَهَا لِأَنَّهَا تُثَبِّتُ الضَّمَانَ، وَإِذَا كَانَ فِي الْعُمُومِ وَالْخُصُوصِ، فَإِنْ كَانَ قَبْلَ التَّصَرُّفِ فَالْقَوْلُ لَرَبِّ الْمَالِ، أَمَّا إِذَا أَنْكَرَ الْخُصُوصَ فَظَاهِرٌ أَنَّ الْعُمُومَ هُوَ الْأَصْلُ كَمَا يَذْكُرُ، وَكَذَا إِذَا أَنْكَرَ الْعُمُومَ لِأَنَّهُ يَجْعَلُ إِنْكَارَهُ ذَلِكَ نَهْيًا لَهُ عَنِ الْعُمُومِ. وَلَهُ أَنْ يَنْتَهِيَ عَنْهُ قَبْلَ التَّصَرُّفِ إِذَا ثَبَتَ مِنْهُ الْعُمُومُ نَصًّا فَهَاهُنَا أَوَّلِي، وَإِنْ كَانَ بَعْدَهُ وَرَبُّ الْمَالِ يَدَّعِي الْعُمُومَ فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ قِيَاسًا وَاسْتِحْسَانًا، وَإِنْ كَانَ الْمُضَارِبُ يَدَّعِيهِ فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ اسْتِحْسَانًا لِأَنَّ الْأَصْلَ فِيهَا الْعُمُومُ وَالتَّخْصِصُ بِالشَّرْطِ بِذِلِيلٍ أَنَّهُ لَوْ قَالَ خُذْ هَذَا الْمَالُ مُضَارَبَةً بِالتَّصْفِ صَحَّ وَمَلَكَ بِهِ جَمِيعَ التَّجَارَاتِ، فَلَوْ لَمْ يَكُنْ مُقْتَضَى الْعَقْدِ الْعُمُومَ لَمْ يَصَحَّ الْعَقْدُ إِلَّا بِالتَّخْصِصِ عَلَى مَا يُوجِبُ التَّخْصِصَ كَالْوَكَالَةِ، وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ كَانَ مُدَّعِي الْعُمُومِ مُتَمَسِّكًا بِالْأَصْلِ فَكَانَ الْقَوْلُ لَهُ. وَلَوْ ادَّعَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نَوْعًا فَالْقَوْلُ لَرَبِّ الْمَالِ لِاتِّفَاقِهِمَا عَلَى التَّخْصِصِ وَالِإِذْنِ مُسْتَفَادٌ مِنْ جِهَتِهِ وَالْبَيِّنَةُ بَيِّنَةُ الْمُضَارِبِ.

قَالَ الْمُصَنِّفُ (لِحَاجَتِهِ إِلَى نَفْيِ الضَّمَانِ وَعَدَمِ حَاجَةِ الْآخَرِ إِلَى الْبَيِّنَةِ) وَاعْتَرَضَ عَلَيْهِ بِأَنَّ الْبَيِّنَةَ لِلْإِبْتِاتِ لَا لِلنَّفْيِ، وَبِأَنَّ الْآخَرَ يَدَّعِي الضَّمَانَ فَكَيْفَ لَا يَحْتَاجُ إِلَى الْبَيِّنَةِ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ إِقَامَةَ الْبَيِّنَةِ عَلَى صِحَّةِ تَصَرُّفِهِ وَيَلْزَمُهَا نَفْيُ الضَّمَانِ فَأَقَامَ الْمُصَنِّفُ الْإِلَازِمَ مَقَامَ الْمَلْزُومِ كِنَايَةً، وَبِأَنَّ مَا يَدَّعِيهِ مِنَ الْمُخَالَفَةِ وَهُوَ سَبَبُ الضَّمَانِ ثَابِتٌ بِإِقْرَارِ الْآخَرِ وَلَا يَحْتَاجُ إِلَى بَيِّنَةٍ (وَلَوْ وَقَّتْ الْبَيِّنَتَانِ وَقْتًا فَصَاحِبُ الْوَقْتِ الْأَخِيرِ أَوَّلِي لِأَنَّ آخَرَ الشَّرْطَيْنِ يَنْقُضُ الْأَوَّلَ) وَإِنْ لَمْ تُوقَّتَا أَوْ وَقَّتَا عَلَى السَّوَاءِ أَوْ وَقَّتَا إِحْدَاهُمَا دُونَ الْأُخْرَى فَالْبَيِّنَةُ لَرَبِّ الْمَالِ لِأَنَّهُ تَعَذَّرَ الْقَضَاءُ بِهِمَا مَعًا لِلِاسْتِحَالَةِ وَعَلَى التَّعَاقُبِ لِعَدَمِ الشَّهَادَةِ عَلَى ذَلِكَ، وَإِذَا تَعَذَّرَ الْقَضَاءُ بِهِمَا تَعَمَّلُ بَيِّنَةُ رَبِّ الْمَالِ لِأَنَّهَا تُثَبِّتُ مَا لَيْسَ بِثَابِتٍ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

كتاب الودیعة

قَالَ (الْوَدِيعَةُ أَمَانَةٌ فِي يَدِ الْمُودَعِ إِذَا هَلَكَتْ لَمْ يَضْمَنْهَا) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ
«لَيْسَ عَلَى الْمُسْتَعِيرِ غَيْرِ الْمَغْلِ ضَمَانٌ وَلَا عَلَى الْمُسْتَوْدَعِ غَيْرِ الْمَغْلِ ضَمَانٌ»^(١) وَلَأنَّ بَانْتِاسَ
حَاجَةً إِلَى الْاسْتِيدَاعِ، فَلَوْ ضَمِنَاهُ يَمْتَنِعُ النَّاسُ عَنْ قَبُولِ الْوَدَائِعِ فَتَتَعَطَّلُ مَصَالِحُهُمْ.

الشرح:

(كِتَابُ الْوَدِيعَةِ): وَجْهٌ مُنَاسِبَةٌ هَذَا الْكِتَابِ بِمَا تَقَدَّمَ قَدْ مَرَّ فِي أَوَّلِ الْإِفْرَارِ، ثُمَّ
ذَكَرَ بَعْدَهُ الْعَارِيَّةَ وَالْهَبَةَ وَالْإِجَارَةَ لِلتَّنَاسُبِ بِالتَّرَقُّيِّ مِنَ الْأَدْنَى إِلَى الْأَعْلَى لِأَنَّ الْوَدِيعَةَ
أَمَانَةٌ لَا تَمْلِكُ بِشَيْءٍ. وَفِي الْعَارِيَّةِ تَمْلِكُ الْمَنْفَعَةَ بِلا عَوْضٍ، وَفِي الْهَبَةِ تَمْلِكُ الْعَيْنَ بِلا
عَوْضٍ، وَفِي الْإِجَارَةِ تَمْلِكُ الْمَنْفَعَةَ بِعَوْضٍ، وَهِيَ أَعْلَى مِنَ الْهَبَةِ لِأَنَّهُ عَقْدٌ لَازِمٌ وَاللَّازِمُ
أَقْوَى وَأَعْلَى مِمَّا لَيْسَ بِلَازِمٍ. وَمِنْ مَحَاسِنِهَا اشْتِمَالُهَا عَلَى بَذْلِ مَنَافِعِ بَدَنِهِ وَمَالِهِ فِي
إِعَانَةِ عِبَادِ اللَّهِ تَعَالَى وَاسْتِجَابَةِ الْأَجْرِ وَالْثَنَاءِ عَلَى ذَلِكَ. وَسَبَبُهَا تَعَلُّقُ الْبَقَاءِ الْمَقْدُورِ
بَتَعَاطِيهَا مِنْ حَيْثُ التَّعَاضُدُ وَقَدْ مَرَّ مَرَارًا. وَمَشْرُوعِيَّتُهَا بِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ
تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا﴾ [النساء: ٥٨] بِإِطْلَاقِهِ. وَتَفْسِيرُهَا لُغَةُ التَّرْكِ، وَسُمِّيَتْ
الْوَدِيعَةُ بِهَا لِأَنَّهَا تُتْرَكُ بِيَدِ أَمِينٍ.

وَفِي الْاصْطِلَاحِ التَّسْلِيْطُ عَلَى حِفْظِ الْمَالِ. وَرُكْنُهَا: أَوْدَعْتُكَ هَذَا الْمَالَ أَوْ مَا قَامَ
مَقَامَهَا فَعَلًا كَانَ أَوْ قَوْلًا وَالْقَبُولُ مِنَ الْمُودَعِ حَقِيقَةً أَوْ عَرَفًا، فَإِنَّ مَنْ وَضَعَ ثَوْبَهُ بَيْنَ يَدَيِ
رَجُلٍ وَقَالَ هَذَا وَدِيعَةٌ عِنْدَكَ وَذَهَبَ صَاحِبُ الثَّوْبِ ثُمَّ غَابَ الْآخَرُ وَتَرَكَ الثَّوْبَ ثَمَّةً
فَضَاعَ كَانَ ضَامِنًا، لِأَنَّ هَذَا قَبُولٌ لِلْوَدِيعَةِ عَرَفًا. وَشَرْطُهَا: كَوْنُ الْمَالِ قَابِلًا لِإِثْبَاتِ الْيَدِ
عَلَيْهِ، لِأَنَّ الْإِيْدَاعَ عَقْدٌ اسْتِحْفَاطٌ وَحِفْظُ الشَّيْءِ بِدُونِ إِثْبَاتِ الْيَدِ غَيْرُ مُتَصَوِّرٍ، فإِيدَاعُ
الطَّيْرِ فِي الْهَوَاءِ وَالْعَبْدِ الْآبِقِ غَيْرُ صَحِيحٍ. وَحُكْمُهَا: كَوْنُ الْمَالِ أَمَانَةً عِنْدَهُ.

قَالَ (الْوَدِيعَةُ أَمَانَةٌ فِي يَدِ الْمُودَعِ) قَدْ ذَكَرْنَا أَنَّ الْوَدِيعَةَ فِي الْاصْطِلَاحِ هِيَ
التَّسْلِيْطُ عَلَى الْحِفْظِ وَذَلِكَ يَكُونُ بِالْعَقْدِ، وَالْأَمَانَةُ أَعْمُ مِنْ ذَلِكَ فَإِنَّهَا قَدْ تَكُونُ بِغَيْرِ
عَقْدٍ كَمَا إِذَا هَبَّتِ الرِّيحُ فِي ثَوْبٍ فَأَلْقَتْهُ فِي يَتِّ غَيْرِهِ، وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ جَازَ حَمْلُ
الْأَعْمِ عَلَى الْأَخْصِ، الْوَدِيعَةُ أَمَانَةٌ فِي يَدِ الْمُودَعِ (إِذَا هَلَكْتَ لَمْ يَضْمَنْهَا لِقَوْلِهِ ﷺ

(١) أخرجه الدارقطني في السنن (٤١/٣)، وانظر نصب الراية (٢٨٥/٤).

«لَيْسَ عَلَى الْمُسْتَعِيرِ غَيْرُ الْمَغْلِ ضَمَانٌ، وَلَا عَلَى الْمُسْتَوْدَعِ غَيْرُ الْمَغْلِ ضَمَانٌ».

وَالْغُلُولُ وَالْإِغْلَالُ: الْحَيَاةُ إِلَّا أَنَّ الْغُلُولَ فِي الْمَنْعَمِ خَاصَّةٌ وَالْإِغْلَالُ عَامٌّ قِيلَ فِيهِ نَظَرٌ، لِأَنَّهُ ذَكَرَ فِي غَرِيبِ الْحَدِيثِ أَنَّهُ قَوْلُ شَرِيحٍ لَيْسَ بِحَدِيثٍ مَرْفُوعٍ. وَأُجِيبَ بِأَنَّهُ مُسْنَدٌ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ (وَلَأَنَّ شَرْعِيَّتَهَا لِحَاجَةِ النَّاسِ إِلَيْهَا، فَلَوْ ضَمِنَّا الْمَوْدِعَ امْتَنَعَ النَّاسُ عَنْ قَبُولِهَا، وَفِي ذَلِكَ تَعْطِيلٌ لِمَصَالِحِ الْمُسْلِمِينَ).

قَالَ (وَلِلْمَوْدِعِ أَنْ يَحْفَظَهَا بِنَفْسِهِ وَبِمَنْ فِي عِيَالِهِ) لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُ يَلْتَزِمُ حِفْظَ مَالٍ غَيْرِهِ عَلَى الْوَجْهِ الَّذِي يَحْفَظُ مَالَ نَفْسِهِ، وَلَأَنَّهُ لَا يَجِدُ بُدًّا مِنَ الدَّفْعِ إِلَى عِيَالِهِ لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُهُ مُلَازِمَتُهُ بَيْتِهِ وَلَا اسْتِصْحَابُ الْوَدِيعَةِ فِي خُرُوجِهِ فَكَانَ الْمَالُكَ رَاضِيًا بِهِ (فَإِنْ حَفِظَهَا بِغَيْرِهِمْ أَوْ أَوْدَعَهَا غَيْرَهُمْ ضَمِنَ) لِأَنَّ الْمَالُكَ رَضِيَ بِيَدِهِ لَا بِيَدِ غَيْرِهِ، وَالْأَيْدِي تَخْتَلِفُ فِي الْأَمَانَةِ، وَلَأَنَّ الشَّيْءَ لَا يَتَضَمَّنُ مِثْلَهُ كَالْوَكِيلِ لَا يُوَكَّلُ غَيْرُهُ، وَالْوَضْعُ فِي حِرْزِ غَيْرِهِ إِيدَاعٌ، إِلَّا إِذَا اسْتَأْجَرَ الْحِرْزَ فَيَكُونُ حَافِظًا بِحِرْزِ نَفْسِهِ. قَالَ (إِلَّا أَنْ يَقَعَ فِي دَارِهِ حَرِيقٌ فَيُسَلِّمَهَا إِلَى جَارِهِ أَوْ يَكُونُ فِي سَفِينَةٍ فَخَافَ الْغَرَقَ فَيُلْقِيهَا إِلَى سَفِينَةٍ أُخْرَى) لِأَنَّهُ تَعَيَّنَ طَرِيقًا لِلْحِفْظِ فِي هَذِهِ الْحَالَةِ فَيَرْتَضِيهِ الْمَالُكَ، وَلَا يُصَدِّقُ عَلَى ذَلِكَ إِلَّا بِبَيِّنَةٍ لِأَنَّهُ يَدْعِي ضَرُورَةَ مُسْقِطَةِ لِلضَّمَانِ بَعْدَ تَحَقُّقِ السَّبَبِ فَصَارَ كَمَا إِذَا ادَّعَى الْإِذْنَ فِي الْإِيدَاعِ.

الشرح:

قَالَ (وَلِلْمَوْدِعِ أَنْ يَحْفَظَهَا بِنَفْسِهِ وَبِمَنْ فِي عِيَالِهِ) قَالُوا الْمُرَادُ بِهِ مَنْ يُسَاكِنُهُ لَا الَّذِي يَكُونُ فِي نَفَقَةِ الْمَوْدِعِ فَحَسَبُ، فَإِنَّ الْمَرْأَةَ إِذَا أُودِعَ عِنْدَهَا شَيْءٌ جَارَ لَهَا أَنْ تَذْفَعَ إِلَى زَوْجِهَا، وَإِنَّ الْمَوْدِعَ الْكَبِيرَ إِذَا كَانَ يُسَاكِنُهُ وَلَمْ يَكُنْ فِي نَفَقَتِهِ وَتَرَكَهُ الْأَبُ فِي بَيْتٍ فِيهِ الْوَدِيعَةُ لَمْ يَضْمَنْ لَكِنْ بِشَرْطٍ أَنْ لَا يَعْلَمَ بِمَنْ فِي عِيَالِهِ الْحَيَاةَ، فَإِنْ عَلِمَ ذَلِكَ وَحَفِظَ بِهِمْ ضَمِنَ، وَهَذَا إِذَا لَمْ يَنْتَهَ عَنِ الدَّفْعِ إِلَيْهِمْ (لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُ يَلْتَزِمُ حِفْظَ مَالٍ غَيْرِهِ عَلَى الْوَجْهِ الَّذِي يَحْفَظُ مَالَ نَفْسِهِ) وَهُوَ إِنَّمَا يَحْفَظُ مَالَهُ بِمَنْ فِي عِيَالِهِ فَيَجُوزُ أَنْ يَدْفَعَ إِلَيْهِمُ الْوَدِيعَةَ.

وَعَنْ هَذَا قِيلَ الْعِيَالُ لَيْسَ بِشَرْطٍ، فَإِنَّهُ رُوِيَ عَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّ الْمَوْدِعَ إِذَا دَفَعَ الْوَدِيعَةَ إِلَى وَكِيلِهِ وَهُوَ لَيْسَ فِي عِيَالِهِ أَوْ دَفَعَ إِلَى أَمِينٍ مِنْ أَمَنَائِهِ مِمَّنْ يَثِقُ بِهِ فِي مَالِهِ

وَلَيْسَ فِي عِيَالِهِ أَنَّهُ لَا يَضْمَنُ لَأَنَّهُ لَمَّا كَانَ مَوْثُوقًا بِهِ فِي مَالِهِ كَانَ فِي الْوَدِيعَةِ كَذَلِكَ قَوْلُهُ (وَلَأَنَّهُ) دَلِيلٌ آخَرُ عَلَى ذَلِكَ، وَهُوَ أَنَّهُ: أَيُّ الْمَوْدَعِ (لَا يَجِدُ بُدًّا مِنَ الدَّفْعِ إِلَى عِيَالِهِ لَأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُهُ مُلَازِمَةُ بَيْتِهِ) لَا مَحَالَةَ (وَلَا اسْتِصْحَابَ الْوَدِيعَةِ عِنْدَ خُرُوجِهِ) وَهَذَا مَعْلُومٌ لِلْمَوْدَعِ (فَيَكُونُ رَاضِيًا بِهِ، فَإِنْ حَفِظَهَا بغيرِهِمْ) بَأَنْ تَرَكَ بَيْتًا فِيهِ الْوَدِيعَةُ وَخَرَجَ وَفِيهِ غَيْرُ عِيَالِهِ (أَوْ أَوْدَعَهَا غَيْرُهُمْ) بَأَنْ نَقَلَهَا مِنْ بَيْتِهِ وَأَوْدَعَهَا عِنْدَ غَيْرِهِمْ (ضَمِنَ، لِأَنَّ الْمَالِكَ رَضِيَ بِيَدِهِ لَا يَدَّ غَيْرِهِ وَ) الْحَالُ أَنَّ (الْأَيْدِيَ تَخْتَلِفُ فِي الْأَمَانَةِ) قِيلَ هَذَا يُنَاقِضُ قَوْلَهُ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ يَلْتَزِمَ حِفْظَ مَالٍ غَيْرِهِ عَلَى الْوَجْهِ الَّذِي يَحْفَظُ مَالَ نَفْسِهِ لِأَنَّ الْمَوْدَعِ يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَسْتَوْدِعَ مَالَهُ عِنْدَ غَيْرِهِ فَيَتَّبِعِي أَنْ يَمْلِكَ إِيدَاعَ الْوَدِيعَةِ أَيْضًا، وَخَطْوُهُ ظَاهِرٌ لِأَنَّ قَوْلَهُ الظَّاهِرُ أَنَّ يَلْتَزِمَ حِفْظَ مَالٍ غَيْرِهِ لَا يَدُلُّ عَلَى جَوَازِ الْإِيدَاعِ، لِأَنَّ الْإِيدَاعَ اسْتِحْفَاطٌ لَا حِفْظٌ.

(قَوْلُهُ وَلَأَنَّ الشَّيْءَ لَا يَتَضَمَّنُ مِثْلَهُ) قَدْ تَقَدَّمَ مَا يَرُدُّ عَلَيْهِ مِنَ النُّقْضِ بِالْمُسْتَعِيرِ وَالْعَهْدِ الْمَأْذُونِ وَالْمُكَاتَبِ فَإِنَّ لَهُمْ وَلَايَةَ فِعْلٍ مَا فُعِلَ بِهِمْ، وَالْوَعْدُ بِالْجَوَابِ فِي مَطَائِنِهَا وَلَا بَأْسَ بِذِكْرِهِ هَاهُنَا إجمالًا، وَهُوَ أَنَّ الْمُسْتَعِيرَ مَالِكَ لِلْمَنْفَعَةِ وَالْمَأْذُونُ يَتَصَرَّفُ بِحُكْمِ الْمَالِكِ وَكَذَلِكَ الْمُكَاتَبُ فَيَمْلِكُ كُلُّ مِنْهُمَا التَّمْلِيكَ (وَالْوَضْعُ فِي حِرْزِ الْغَيْرِ إِيدَاعٌ) كَالْتَسْلِيمِ إِلَيْهِ فَيُوجِبُ الضَّمَانَ (إِلَّا إِذَا اسْتَأْجَرَهُ فَيَكُونُ حَافِظًا بِحِرْزِ نَفْسِهِ) (قَوْلُهُ إِلَّا أَنْ يَقَعَ فِي دَارِهِ حَرِيقٌ) اسْتِثْنَاءٌ مِنْ قَوْلِهِ فَإِنْ حَفِظَهَا بغيرِهِمْ ضَمِنَ، فَإِذَا وَقَعَ ذَلِكَ تَعَيَّنَ التَّسْلِيمُ إِلَى جَارِهِ أَوْ الْإِلْقَاءُ إِلَى سَفِينَةٍ أُخْرَى طَرِيقًا لِلْحِفْظِ فَيَكُونُ مَرْضِيًّا الْمَالِكِ وَيَتَّبِعِي الضَّمَانَ، لَكِنَّهُ مَتَّهَمٌ فِي دَعْوَى ذَلِكَ لِادِّعَائِهِ ضَرُورَةَ مُسْقِطَةِ لِلضَّمَانَ بَعْدَ تَحَقُّقِ السَّبَبِ وَهُوَ التَّسْلِيمُ وَالْإِلْقَاءُ فَصَارَ كَدَعْوَى الْإِذْنِ بِالْإِيدَاعِ فَلَا بُدَّ مِنْ إِقَامَةِ الْبَيِّنَةِ. وَقَالَ فِي الْمُتَقَى: إِذَا عَلِمَ احْتِرَاقَ بَيْتِهِ قَبْلَ قَوْلِهِ يَعْنِي بِلَا بَيِّنَةٍ.

قَالَ (فَإِنْ طَلَبَهَا صَاحِبُهَا فَحَبَسَهَا وَهُوَ يَقْدِرُ عَلَى تَسْلِيمِهَا ضَمِنَهَا) لِأَنَّهُ مُتَعَدٌّ بِالْمَنْعِ، وَهَذَا لِأَنَّهُ لَمَّا طَالَبَهُ لَمْ يَكُنْ رَاضِيًا بِإِمْسَاكِهِ بَعْدَهُ فَيَضْمَنُهُ بِحَبْسِهِ عَنْهُ.

الشرح:

قَالَ (فَإِنْ طَلَبَهَا صَاحِبُهَا فَحَبَسَهَا وَهُوَ يَقْدِرُ عَلَى تَسْلِيمِهَا ضَمِنَهَا إلخ) إِذَا طَلَبَ الْمَوْدَعُ الْوَدِيعَةَ وَحَبَسَهَا الْمَوْدَعُ وَهُوَ قَادِرٌ عَلَى التَّسْلِيمِ ضَمِنَ لِأَنَّهُ مُتَعَدٌّ إِذَا

الْمُتَعَدِّي هُوَ الَّذِي يَفْعَلُ الْوَدِيعَةَ مَا لَا يَرْضَى بِهِ الْمُوَدَّعُ فَإِذَا طَلَبَهُ لَمْ يَرْضَ بَعْدَ ذَلِكَ بِإِمْسَاكِهِ وَقَدْ حَبَسَهُ فَصَارَ ضَامِنًا

قَالَ (وَإِنْ خَلَطَهَا الْمُوَدَّعُ بِمَالِهِ حَتَّى لَا تَتَمَيَّزَ ضَمْنُهَا ثُمَّ لَا سَبِيلَ لِلْمُوَدَّعِ عَلَيْهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَقَالَا: إِذَا خَلَطَهَا بِجِنْسِهَا شَرِكُهُ إِنْ شَاءَ) مِثْلُ أَنْ يَخْلُطَ الدَّرَاهِمَ الْبَيْضَ بِالْبَيْضِ وَالسُّودَ بِالسُّودِ وَالْحِنْطَةَ بِالْحِنْطَةِ وَالشَّعِيرَ بِالشَّعِيرِ. لِهَؤُلَاءِ لَا يُمْكِنُهُ الْوُصُولُ إِلَى عَيْنِ حَقِّهِ صُورَةً وَأَمْكَنُهُ مَعْنَى الْقِسْمَةِ فَكَانَ اسْتِهْلَاكًا مِنْ وَجْهِ دُونَ وَجْهِ فَيَمِيلُ إِلَى أَيِّهِمَا شَاءَ. وَلَهُ أَنَّهُ اسْتِهْلَاكٌ مِنْ كُلِّ وَجْهِ لِأَنَّهُ فَعَلَ يَتَعَذَّرُ مَعَهُ الْوُصُولُ إِلَى عَيْنِ حَقِّهِ، وَلَا مُعْتَبَرٌ بِالْقِسْمَةِ لِأَنَّهَا مِنْ مُوجِبَاتِ الشَّرِكَةِ فَلَا تَصْلُحُ مُوجِبَةً لَهَا، وَلَوْ أَبْرَأَ الْخَالِطَ لَا سَبِيلَ لَهُ عَلَى الْمَخْلُوطِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ لِأَنَّهُ لَا حَقَّ لَهُ إِلَّا فِي الدِّينِ وَقَدْ سَقَطَ، وَعِنْدَهُمَا بِالْإِبْرَاءِ تَسْقُطُ خَيْرَةُ الضَّمَانِ فَيَتَعَيَّنُ الشَّرِكَةُ فِي الْمَخْلُوطِ، وَخَلَطَ الْخَلَّ بِالزَّيْتِ وَكُلُّ مَائِعٍ بغيرِ جِنْسِهِ يُوجِبُ انْقِطَاعَ حَقِّ الْمَالِكِ إِلَى الضَّمَانِ، وَهَذَا بِالْإِجْمَاعِ لِأَنَّهُ اسْتِهْلَاكٌ صُورَةً وَكَذَا مَعْنَى لَتَعَذَّرِ الْقِسْمَةُ بِاعْتِبَارِ اخْتِلَافِ الْجِنْسِ، وَمِنْ هَذَا الْقَبِيلِ خَلَطَ الْحِنْطَةَ بِالشَّعِيرِ فِي الصَّحِيحِ لِأَنَّ أَحَدَهُمَا لَا يَخْلُو عَنْ حَبَّاتِ الْآخَرِ فَتَعَذَّرَ التَّمْيِيزُ وَالْقِسْمَةُ. وَلَوْ خَلَطَ الْمَائِعَ بِجِنْسِهِ فَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ يَنْقَطِعُ حَقُّ الْمَالِكِ إِلَى ضَمَانٍ لَمَّا ذَكَرْنَا، وَعِنْدَ أَبِي يُونُسَ يُجْعَلُ الْأَقْلُ تَابِعًا لِلْأَكْثَرِ اعْتِبَارًا لِلْغَالِبِ أَجْزَاءً، وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ شَرِكُهُ بِكُلِّ حَالٍ لِأَنَّ الْجِنْسَ لَا يَغْلِبُ الْجِنْسَ عِنْدَهُ عَلَى مَا مَرَّ فِي الرِّضَاعِ، وَنَظِيرُهُ خَلَطَ الدَّرَاهِمَ بِمِثْلِهَا إِذَا بَتَ لِأَنَّهُ يَصِيرُ مَائِعًا بِالْإِذَا بَتِ.

الشرح:

وَالْخَلَطُ التَّافِي لِلتَّمْيِيزِ نَعْدٌ فَيُوجِبُ الضَّمَانُ وَيَقْطَعُ الشَّرِكَةَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَالَا: إِنْ خَلَطَ بِالْجِنْسِ شَرِكُهُ إِنْ شَاءَ، مِثْلُ أَنْ يَخْلُطَ الدَّرَاهِمَ الْبَيْضَ بِمِثْلِهَا وَالسُّودَ بِمِثْلِهَا وَالْحِنْطَةَ بِالْحِنْطَةِ وَالشَّعِيرَ بِالشَّعِيرِ وَإِلَّا تَعَذَّرَ الْوُصُولُ إِلَى حَقِّهِ صُورَةً وَأَمْكَنُهُ مَعْنَى الْقِسْمَةِ، وَكُلُّ مَا هُوَ كَذَلِكَ فَهُوَ اسْتِهْلَاكٌ مِنْ وَجْهِ دُونَ وَجْهِ فَيَمِيلُ إِلَى أَيِّهِمَا شَاءَ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ اسْتِهْلَاكٌ مِنْ كُلِّ وَجْهِ لَتَعَذَّرِ الْوُصُولُ مَعَهُ إِلَى عَيْنِ حَقِّهِ وَهَذَا مُسَلَّمٌ عِنْدَ الْخَصْمِ.

(قَوْلُهُ وَأَمْكَنُهُ مَعْنَى) غَيْرُ صَحِيحٍ لِأَنَّهُ بِالْقِسْمَةِ وَهِيَ مِنْ أَحْكَامِ الشَّرِكَةِ (فَلَا

تَصْلُحُ مُوجِبَةً لَهَا) لثَلَا يَنْقَلِبُ الْمَعْلُولُ عِلَّةً (وَلَوْ أُبْرَأَ) الْمَالِكُ (الْخَالِطَ سَقَطَ حَقُّهُ عَنِ ذِمَّةِ الْمُوَدَّعِ عِنْدَهُ لِأَنَّهُ لَا حَقَّ لَهُ إِلَّا فِي الدَّيْنِ وَقَدْ أُسْقِطَ وَعِنْدَهُمَا تَسْقُطُ خَيْرَةُ الضَّمَانِ لِتَعْيِينِ الدَّيْنِ لَصَرَفَ الْإِبْرَاءِ إِلَيْهِ فَتَبْقَى الشَّرَكَةُ فِي الْمَخْلُوطِ وَ) إِنْ خَلَطَ الْمَائِعَ بِغَيْرِ الْجِنْسِ كَ (خَلَطَ الْحُلَّ) بِالْحَاءِ الْمُهْمَلَةِ وَهُوَ دُهْنُ السَّمْسِمِ (بِزَيْتِ الزَّيْتُونِ) صَارَ مَذْهَبُهُمَا كَمَذْهَبِ أَبِي حَنِيفَةَ فَ (يُوجِبُ انْقِطَاعَ حَقِّ الْمَالِكِ إِلَى الضَّمَانِ بِالْإِجْمَاعِ لِأَنَّهُ اسْتِهْلَاكُ صُورَةٍ) وَهُوَ ظَاهِرٌ.

(وَمَعْنَى لَتَعْذُرِ الْقِسْمَةُ بِاعْتِبَارِ اخْتِلَافِ الْجِنْسِ) لِأَنَّ حَقِيقَةَ الْقِسْمَةِ بِالْإِفْرَازِ، وَذَلِكَ إِمَّا يَكُونُ عِنْدَ اتِّحَادِ الْجِنْسِ (وَمِنْ هَذَا الْقَبِيلِ) أَيُّ مِنْ قَبِيلِ انْقِطَاعِ حَقِّ الْمَالِكِ بِالْإِجْمَاعِ (خَلَطُ الْخِنْطَةِ بِالشَّعِيرِ فِي الصَّحِيحِ) وَقَوْلُهُ فِي الصَّحِيحِ احْتِرَازٌ عَنْ قَوْلِ بَعْضِهِمْ إِنْ الْجَوَابَ فِي ذَلِكَ كَالْجَوَابِ فِي خَلَطِ الْخِنْطَةِ بِالْخِنْطَةِ فَكَانَ عَلَى الْاِخْتِلَافِ الْمَذْكُورِ (لَأَنَّ أَحَدَهُمَا لَا يَخْلُو عَنْ حَبَاتِ الْآخَرِ فَيَتَعَذَّرُ التَّمْيِيزُ) صُورَةٌ وَمَعْنَى (وَإِنْ خَلَطَ الْمَائِعَ بِجِنْسِهِ أَوْجَبَ الضَّمَانَ عِنْدَهُ لَمَّا ذَكَرْنَا) مِنَ الْاسْتِهْلَاكِ (وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ يُجْعَلُ الْأَقْلُ تَابِعًا لِلْكَثَرِ) فَيَكُونُ الْمَخْلُوطُ لَصَاحِبِ الْكَثَرِ وَيَضْمَنُ لَصَاحِبِ الْقَلِيلِ (اعْتِبَارًا لِلْغَالِبِ أَجْزَاءً وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ شَرَكُهُ بِكُلِّ حَالٍ) أَيُّ سَوَاءً كَانَ الْخَلْطُ بِالْقَلِيلِ أَوْ بِغَيْرِهِ (لَأَنَّ الْجِنْسَ لَا يَغْلِبُ الْجِنْسَ عِنْدَهُ لَمَّا مَرَّ فِي الرِّضَاعِ) إِذَا جُمِعَ بَيْنَ لَبَنِ امْرَأَتَيْنِ فِي قَدَحٍ وَصُبَّ فِي حَلْقٍ رَضِيعٌ يَثْبُتُ الرِّضَاعُ مِنْهُمَا جَمِيعًا عِنْدَ مُحَمَّدٍ (وَنَظِيرُهُ خَلَطُ الدَّرَاهِمِ بِمِثْلِهَا إِذَا بَةِ لَصِيرُورَتِهِ مَائِعًا بِالْإِذَا بَةِ)

قَالَ: (وَإِنْ اخْتَلَطَتْ بِمَالِهِ مِنْ غَيْرِ فِعْلِهِ فَهُوَ شَرِيكَ لَصَاحِبِهَا) كَمَا إِذَا انشَقَّ الْكِيسَانِ فَاخْتَلَطَا لِأَنَّهُ لَا يَضْمَنُهَا لِعَدَمِ الصَّنْعِ مِنْهُ فَيَشْتَرِكَانِ وَهَذَا بِالِاتِّفَاقِ. قَالَ (فَإِنْ أَنْفَقَ الْمُوَدَّعُ بَعْضَهَا ثُمَّ رَدَّ مِثْلَهُ فَخَلَطَهَا بِالْبَاقِي ضَمِنَ الْجَمِيعَ) لِأَنَّهُ خَلَطَ مَالَ غَيْرِهِ بِمَالِهِ فَيَكُونُ اسْتِهْلَاكًا عَلَى الْوَجْهِ الَّذِي تَقَدَّمَ.

الشرح:

(وَإِنْ اخْتَلَطَتْ بِمَالِ الْمُوَدَّعِ مِنْ غَيْرِ فِعْلِهِ، كَمَا لَوْ انْشَقَّ الْكِيسَانُ فَاخْتَلَطَا صَارَا شَرِيكَيْنِ لِأَنَّهُ لَمْ يَصْنَعْ شَيْئًا يُوجِبُ الضَّمَانَ وَهَذَا بِالِاتِّفَاقِ) فَإِنْ هَلَكَ الْبَعْضُ كَانَ مِنْ مَالِهِمَا جَمِيعًا إِذَا الْأَصْلُ فِي الْمَالِ الْمَشْتَرَكِ أَنْ يَكُونَ الْمَالِكُ مِنْ مَالِهِمَا وَالْبَاقِي

عَلَى الشَّرِكَةِ (فَإِنْ أُنْفِقَ الْمُدْعَى بَعْضُهَا ثُمَّ رُدَّ مِثْلُهُ فَخَلَطَهُ بِالْبَاقِي ضَمِنَ الْجَمِيعَ) الْبَعْضُ بِالِاسْتِهْلَاكِ أَتِفَاقًا وَالْبَعْضُ بِهِ خَلْطًا. لَا يُقَالُ: فَاجْعَلِ الرَّدَّ قَضَاءً لَا خَلْطًا لَعَدَمِ تَفَرُّدِهِ بِالْقَضَاءِ بِغَيْرِ مَحْضَرٍ مِنْ صَاحِبِهِ، وَلَوْ لَمْ يَرُدَّ مَا أُنْفِقَ كَانَ ضَامِنًا لِمَا أُنْفِقَ دُونَ مَا بَقِيَ مِنْهَا لِبَقَاءِ الْحِفْظِ فِيهِ وَبِمَا أُنْفِقَ لَمْ يَتَعَيَّبِ الْبَاقِي، فَإِنَّ هَذَا مِمَّا لَا يَضُرُّهُ التَّبَعِضُ إِذْ الْكَلَامُ فِيهِ، وَإِنْ أَخَذَ وَلَمْ يُنْفِقْ ثُمَّ بَدَأَ لَهُ فَرَدُّهُ إِلَى مَوْضِعِهِ فَهَلَكَتْ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ، لِأَنَّهُ أَخَذَهُ لَمْ يُنَافِ الْحِفْظَ، وَبِمَجَرَّدِ النِّيَّةِ لَا يَصِيرُ ضَامِنًا، كَمَا لَوْ تَوَى أَنْ يَعْصِبَ مَالِ إِنْسَانٍ وَلَمْ يَفْعَلْ.

قَالَ (وَإِذَا تَعَدَّى الْمُدْعَى فِي الْوَدِيعَةِ بِأَنْ كَانَتْ دَابَّةً فَرَكَبَهَا أَوْ ثَوْبًا فَلَبَسَهُ أَوْ عَبْدًا فَاسْتَحْدَمَهُ أَوْ أودَعَهَا غَيْرَهُ ثُمَّ أزال التَّعْدِيَّ فَرَدَّهَا إِلَى يَدِهِ زَالِ الضَّمَانِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا يَبْرَأُ عَنِ الضَّمَانِ لِأَنَّ عَقْدَ الْوَدِيعَةِ ارْتَفَعَ حِينَ صَارَ ضَامِنًا لِلْمُنَافَاةِ فَلَا يَبْرَأُ إِلَّا بِالرَّدِّ عَلَى الْمَالِكِ وَلَنَا أَنَّ الْأَمْرَ بَاقٍ لِإِطْلَاقِهِ، وَارْتِفَاعُ حُكْمِ الْعَقْدِ ضَرُورَةٌ ثُبُوتِ نَقِضِهِ، فَإِذَا ارْتَفَعَ عَادَ حُكْمُ الْعَقْدِ، كَمَا إِذَا اسْتَأْجَرَهُ لِلْحِفْظِ شَهْرًا فَتَرَكَ الْحِفْظَ فِي بَعْضِهِ ثُمَّ حَفِظَ فِي الْبَاقِي فَحَصَلَ الرَّدُّ إِلَى نَائِبِ الْمَالِكِ.

قَالَ (فَإِنْ طَلَبَهَا صَاحِبُهَا فَجَحَدَهَا ضَمِنَهَا) لِأَنَّهُ لَمَّا طَالَبَهُ بِالرَّدِّ فَقَدْ عَزَلَهُ عَنِ الْحِفْظِ فَبَعْدَ ذَلِكَ هُوَ بِالْإِمْسَاكِ غَاصِبٌ مَانِعٌ فَيَضْمَنُهَا، فَإِنْ عَادَ إِلَى الْإِعْتِرَافِ لَمْ يَبْرَأْ عَنِ الضَّمَانِ لِارْتِفَاعِ الْعَقْدِ، إِذَا الْمُطَالَبَةُ بِالرَّدِّ رَفَعَ مِنْ جِهَتِهِ وَالْجُحُودُ فَسَخَ مِنْ جِهَتِ الْمُدْعَى كَجُحُودِ الْوَكِيلِ الْوَكَالَةِ وَجُحُودِ أَحَدِ الْمُتَعَاقِدِينَ الْبَيْعَ فَتَمَّ الرُّفْعُ، أَوْ لِأَنَّ الْمُدْعَى يَنْفَرِدُ بِعَزْلِ نَفْسِهِ بِمَحْضَرٍ مِنَ الْمُسْتَوْدَعِ كَالْوَكِيلِ يَمْلِكُ عَزْلَ نَفْسِهِ بِحَضْرَةِ الْمُوَكَّلِ، وَإِذَا ارْتَفَعَ لَا يَعُودُ إِلَّا بِالتَّجْدِيدِ فَلَمْ يُوجَدْ الرَّدُّ إِلَى نَائِبِ الْمَالِكِ، بِخِلَافِ الْخِلَافِ ثُمَّ الْعَوْدُ إِلَى الْوِفَاقِ، وَلَوْ جَحَدَهَا عِنْدَ غَيْرِ صَاحِبِهَا لَا يَضْمَنُهَا عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ خِلَافًا لِرُفْعِهَا لِأَنَّ الْجُحُودَ عِنْدَ غَيْرِهِ مِنْ بَابِ الْحِفْظِ لِأَنَّ فِيهِ قَطَعَ طَمَعُ الطَّامِعِينَ، وَلِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ عَزْلَ نَفْسِهِ بِغَيْرِ مَحْضَرٍ مِنْهُ أَوْ طَلَبِهِ فَبَقِيَ الْأَمْرُ بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ بِحَضْرَتِهِ.

الشرح:

قَالَ (وَإِذَا تَعَدَّى الْمُدْعَى فِي الْوَدِيعَةِ الْخ) وَإِذَا تَعَدَّى الْمُدْعَى فِي الْوَدِيعَةِ فَرَكَبَ الدَّابَّةَ أَوْ لَبَسَ الثَّوْبَ أَوْ اسْتَحْدَمَ الْعَبْدَ أَوْ أودَعَهَا عِنْدَ غَيْرِهِ ثُمَّ أزال التَّعْدِيَّ فَرَدَّهَا

إِلَى يَدِهِ زَالَ الضَّمَانُ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَا يَبْرَأُ عَنِ الضَّمَانِ لَأَنَّ عَقْدَ الْوَدِيعَةِ ارْتَفَعَ حِينَ صَارَ ضَامِنًا، لَأَنَّ الْوَدِيعَةَ لَكُونُهَا أَمَانَةٌ تُنَافِي الضَّمَانِ، وَإِذَا ثَبَتَ الضَّمَانُ انْتَفَى النِّفَافِي الْآخَرُ وَهُوَ الْوَدِيعَةُ فَلَا يَبْرَأُ إِلَّا بِالرَّدِّ عَلَى الْمَالِكِ. وَلَنَا أَنَّ الْأَمْرَ بَاقٍ لِإِطْلَاقِهِ عَنِ التَّقْيِيدِ بِوَقْتٍ فَيُوجِبُ بَقَاءَ الْمَأْمُورِ بِهِ وَهُوَ الْحِفْظُ عَلَى وَجْهِ الْأَمَانَةِ، وَارْتِفَاعُ حُكْمِ الْعَقْدِ وَهُوَ الْحِفْظُ الْمَذْكُورُ ضَرُورَةٌ تُبَوِّتُ تَقْيِيزَهُ وَهُوَ الْأَمَانَةُ بِالْمُخَالَفَةِ، وَالثَّابِتُ بِالضَّرُورَةِ يَتَقَدَّرُ بِقَدْرِ الضَّرُورَةِ وَهِيَ تَنْدَفِعُ بِإِبْثَانِهِ مَا دَامَتِ الْمُخَالَفَةُ بَاقِيَةً فَلَا يَتَعَدَّى إِلَى مَا بَعْدَ ارْتِفَاعِهِ، فَإِذَا ارْتَفَعَ عَادَ حُكْمُ الْعَقْدِ.

وَعُورِضَ بَأَنَّ الْأَمْرَ بَاقٍ فَيَكُونُ مَأْمُورًا بِدَوَامِ الْحِفْظِ، وَمَا هَذَا شَأْنُهُ فَالْمُخَالَفَةُ فِيهِ رَدٌّ لِلأَمْرِ مِنَ الْأَصْلِ كَالْجُحُودِ فَلَا يَبْرَأُ عَنِ الضَّمَانِ بِرَفْعِ الْمُخَالَفَةِ كَالْاعْتِرَافِ بَعْدَ الْجُحُودِ. وَأُجِيبَ بَأَنَّا لَا نُسَلِّمُ أَنَّ الْمُخَالَفَةَ فِيهِ رَدٌّ لَهُ مِنَ الْأَصْلِ لَأَنَّ بُطْلَانَ الشَّيْءِ إِنَّمَا يَكُونُ بِمَا هُوَ مَوْضُوعٌ لِإِبْطَالِهِ أَوْ بِمَا يُنَافِيهِ، وَالْمُخَالَفَةُ بِالِاسْتِعْمَالِ لَيْسَتْ بِمَوْضُوعَةٍ لِإِبْطَالِ الْإِيدَاعِ وَلَا تُنَافِيهِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّ الْأَمْرَ بِالْحِفْظِ مَعَ الْإِسْتِعْمَالِ صَحِيحٌ ابْتِدَاءً بَأَنَّهُ يَقُولُ لِلْغَاصِبِ أَوْ دَعْتِكَ وَهُوَ مُسْتَعْمَلٌ، بِخِلَافِ الْجُحُودِ فَإِنَّهُ قَوْلٌ مَوْضُوعٌ لِلرَّدِّ فَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ رَدًّا لِقَوْلِ مِثْلِهِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّ الْجُحُودَ فِي أَوْامِرِ الشَّرْعِ رَدٌّ لَهَا يَكْفُرُ بِهِ وَالْمُخَالَفَةُ بِتَرْكِ صَلَاةٍ أَوْ صَوْمٍ مَأْمُورٍ بِهِ لَيْسَتْ بِرَدٍّ وَلِهَذَا لَا يَكْفُرُ بِهَا (قَوْلُهُ كَمَا إِذَا اسْتَأْجَرَهُ) تَنْظِيرٌ لِمَسْأَلَةِ الْوَدِيعَةِ بِالِاسْتِئْجَارِ فَإِنَّ الْمُخَالَفَةَ تَرْكُ الْحِفْظِ فِي بَعْضِ أَوْقَاتِ كَوْنِهَا وَدِيعَةً، فَصَارَ كَمَا إِذَا اسْتَأْجَرَهُ لِلْحِفْظِ شَهْرًا فَتَرَكَ الْحِفْظَ فِي بَعْضِهِ ثُمَّ عَادَ إِلَى الْحِفْظِ فِي الْبَاقِي فَإِنَّهُ تَرَكَ الْحِفْظَ فِي بَعْضِ الْأَوْقَاتِ وَلَمْ يَخْرُجْ بِذَلِكَ عَنْ كَوْنِهِ أَمِينًا.

وَأَعْتَرِضَ بَأَنَّ هَذَا التَّنْظِيرَ غَيْرُ مُسْتَقِيمٍ، لَأَنَّهُ بَقَاءُ كَوْنِهِ أَمِينًا بِاعْتِبَارِ أَنَّ عَقْدَ الْإِجَارَةِ عَقْدٌ لَازِمٌ فَلَا يَرْتَدُّ بِرَدِّهِ بِخِلَافِ مَا نَحْنُ فِيهِ. وَأُجِيبَ بَأَنَّ الْعَقْدَ الْإِجَارَةَ وَاللَّازِمَ فِي الْإِثْقَاضِ بَعْدَ تَسْلِيمِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ سَوَاءٌ بِالْإِثْقَاقِ كَالْإِجَارَةِ وَالْعَارِيَةِ وَالْبَيْعِ وَالْهَبَةِ تَنْتَقِضُ بَعْدَ تَسْلِيمِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ ثُمَّ فِي الْإِسْتِئْجَارِ وَرَدَّ الْعَقْدُ عَلَى مَنَفْعَةِ الْحَافِظِ فِي الْمُدَّةِ وَالْمَنَفْعَةُ تَحْدُثُ شَيْئًا فَشَيْئًا فَيَتَرَكَ الْحِفْظَ فِي بَعْضِ الْمُدَّةِ يَبْطُلُ الْعَقْدُ فِي ذَلِكَ الْقَدْرِ وَيَكُونُ بَاقِيًا لِبَقَاءِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ فَكَذَا فِي الْحِفْظِ بِغَيْرِ بَدَلٍ.

وَقَوْلُهُ (فَحَصَلَ الرَّدُّ إِلَى نَائِبِ الْمَالِكِ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ فَلَا يَبْرَأُ إِلَّا بِالرَّدِّ عَلَى

الْمَالِكِ. وَوَجْهُهُ أَنَّ الْمُوَدَّعَ نَائِبُ الْمَالِكِ، فَإِذَا ارْتَفَعَتِ الْمُخَالَفَةُ وَعَادَ مُودَعًا حَصَلَ الرَّدُّ إِلَى نَائِبِ الْمَالِكِ. وَقَوْلُهُ (فَإِنْ طَلَبَهَا صَاحِبُهَا إِنْ ظَاهَرَ). وَقَوْلُهُ (وَلَوْ جَحَدَهَا عِنْدَ غَيْرِ صَاحِبِهَا) كَأَنَّ قَالَهُ لَهُ رَجُلٌ مَا حَالٌ وَدِيعَةٌ فَلَانَ؟ فَقَالَ لَيْسَ لَهُ عِنْدِي وَدِيعَةٌ (لَا يَضْمَنُهَا عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ) وَكَذَا لَوْ جَحَدَهَا عِنْدَ صَاحِبِهَا مِنْ غَيْرِ طَلَبٍ مِنْهُ مِثْلُ أَنْ يَقُولَ: مَا حَالٌ وَدِيعَتِي عِنْدَكَ؟ فَقَالَ لَيْسَ لَكَ عِنْدِي وَدِيعَةٌ (خِلَافًا لِلزُّفَرِيِّ) وَإِنَّمَا ذَكَرَ خِلَافَهُمَا فَحَسَبُ، وَإِنْ كَانَ عَدَمٌ وَجُوبُ الضَّمَانِ قَوْلُ الْعُلَمَاءِ الثَّلَاثَةِ.

قِيلَ لِأَنَّ هَذَا الْفَصْلَ غَيْرُ مَذْكُورٍ فِي الْمَبْسُوطِ، وَإِنَّمَا ذَكَرَ فِي اخْتِلَافِ زُفَرٍ وَيَعْقُوبَ فَذَكَرَ كَذَلِكَ. وَجْهٌ قَوْلُ زُفَرٍ أَنَّ الْجُحُودَ سَبَبٌ لِلضَّمَانِ سَوَاءً كَانَ عِنْدَ الْمَالِكِ أَوْ لَا كَالِإِثْلَافِ حَقِيقَةً. وَوَجْهٌ قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ مَا ذَكَرَهُ أَنَّهُ مِنْ بَابِ الْحِفْظِ لِأَنَّ فِيهِ قَطَعَ طَمَعَ الطَّامِعِينَ.

قَالَ (وَلِلْمُوَدَّعِ أَنْ يُسَافِرَ الْوَدِيعَةَ وَإِنْ كَانَ لَهَا حِمْلٌ وَمُؤْنَةٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَقَالَا: لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ إِذَا كَانَ لَهَا حِمْلٌ وَمُؤْنَةٌ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ فِي الْوَجْهَيْنِ، لِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ إِطْلَاقُ الْأَمْرِ، وَالْمَفَازَةُ مَحَلٌّ لِلْحِفْظِ إِذَا كَانَ الطَّرِيقُ آمِنًا وَلِهَذَا يَمْلِكُ الْأَبُ وَالْوَصِيُّ فِي مَالِ الصَّبِيِّ. وَلَهُمَا أَنَّهُ تَلَزَمَهُ مُؤْنَةُ الرَّدِّ فِيمَا لَهُ حِمْلٌ وَمُؤْنَةٌ، وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ لَا يَرْضَى بِهِ فَيَتَّقِيهِ، وَالشَّافِعِيُّ يُقَيِّدُهُ بِالْحِفْظِ الْمُتَعَارَفِ وَهُوَ الْحِفْظُ فِي الْأَمْصَارِ وَصَارَ كَالِاسْتِحْفَازِ بِأَجْرِ. قُلْنَا: مُؤْنَةُ الرَّدِّ تَلَزَمُهُ فِي مِلْكِهِ ضَرُورَةُ امْتِنَالِ أَمْرِهِ فَلَا يُبَالِي بِهِ وَالْمُعْتَادُ كَوْنُهُمْ فِي الْمِصْرِ لَا حِفْظَهُمْ، وَمَنْ يَكُونُ فِي الْمَفَازَةِ يَحْفَظُ مَالَهُ فِيهَا، بِخِلَافِ الْاسْتِحْفَازِ بِأَجْرِ لِأَنَّهُ عَقْدُ مُعَاوَضَةٍ فَيَقْتَضِي التَّسْلِيمَ فِي مَكَانِ الْعَقْدِ (وَإِذَا نَهَاهُ الْمُوَدَّعُ أَنْ يَخْرُجَ الْوَدِيعَةَ فَخَرَجَ بِهَا ضَمِنَ) لِأَنَّ التَّقْيِيدَ مُفِيدٌ إِذَا الْحِفْظُ فِي الْمِصْرِ أَبْلَغُ فَكَانَ صَحِيحًا.

الشرح:

قَالَ (وَلِلْمُوَدَّعِ أَنْ يُسَافِرَ الْوَدِيعَةَ إِنْ كَانَ لَهَا حِمْلٌ وَمُؤْنَةٌ قَالُوا إِذَا كَانَ الطَّرِيقُ آمِنًا، فَإِنْ كَانَ مَخُوفًا ضَمِنَ بِالْإِتِّفَاقِ، وَإِذَا كَانَ آمِنًا وَلَهُ بُدٌّ مِنَ السَّفَرِ فَكَذَلِكَ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ وَسَافَرَ بِأَهْلِهِ لَا يَضْمَنُ، وَإِنْ سَافَرَ بِنَفْسِهِ ضَمِنَ لِأَنَّهُ أَمَكْنَهُ تَرْكُهَا فِي أَهْلِهِ، وَلَا فَرْقَ بَيْنَ السَّفَرِ الطَّوِيلِ وَالْقَصِيرِ، وَقَالَا: لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ

إِذَا كَانَ لَهَا حَمْلٌ وَمُؤَنَّةٌ، وَقَدْ تَقَدَّمَ مَعْنَى الْحَمْلِ وَالْمُؤَنَّةِ، لَكِنْ قِيلَ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ إِذَا كَانَ بَعِيدًا، وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ قَرِيبًا كَانَ أَوْ بَعِيدًا. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ فِي الْوَجْهَيْنِ: أَيْ سَوَاءٌ كَانَ لَهَا حَمْلٌ وَمُؤَنَّةٌ أَوْ لَا. لِأَبِي حَنِيفَةَ إِطْلَاقُ الْأَمْرِ لِأَنَّ الْأَمْرَ أَمْرُهُ بِالْحِفْظِ مُطْلَقًا فَلَا يَتَقَيَّدُ بِمَكَانٍ كَمَا لَا يَتَقَيَّدُ بِزَمَانٍ.

فَإِنْ قِيلَ: سَلَّمْنَا أَنَّ إِطْلَاقَ الْأَمْرِ يَقْتَضِي الْجَوَازَ لَكِنَّ الْمَانِعَ عَنْهُ مُتَحَقِّقٌ وَهُوَ كَوْنُ الْمَفَازَةِ لَيْسَ مَحَلًّا لِلْحِفْظِ. أَجَابَ بِقَوْلِهِ وَالْمَفَازَةُ مَحَلٌّ لِلْحِفْظِ إِذَا كَانَ الطَّرِيقُ أَمْنًا، وَلِهَذَا: أَيْ وَلِكَوْنِ الْمَفَازَةِ مَحَلًّا لِلْحِفْظِ يَمْلِكُ الْأَبُ وَالْوَصِيُّ الْمُسَافَرَةَ بِمَالِ الصَّبِيِّ، فَلَوْ كَانَ التَّلَفُ مَضْمُونًا لَمَا جَازَ لَهُمَا ذَلِكَ، قِيلَ مُسَافَرَةُ الْأَبِ وَالْوَصِيِّ بِمَالِ الصَّبِيِّ لِلتَّجَارَةِ وَالنَّاسُ يُخَاطِرُونَ بِالتَّجَارَةِ لَطَمَعَ الرِّبْحِ وَلَيْسَ لِلْمُودَعِ حَقُّ التَّصَرُّفِ وَالِاسْتِزْبَاحِ فِي الْوَدِيعَةِ فَلَا يَكُونُ الِاسْتِذْلَالُ بِهِ عَلَى الْمُودَعِ صَحِيحًا. وَأُجِيبَ بِأَنَّهُ تَوْضِيحٌ لِلِاسْتِذْلَالِ، وَلَكِنْ كَانَ اسْتِذْلَالًا فَهُوَ صَحِيحٌ لِأَنَّ وَلَا يَتَّهِمَانِ عَلَى مَالِ الصَّبِيِّ نَظَرِيَّةً.

وَأَوَّلَى وَجْهِهِ النَّظَرِ رِعَايَتُهُ عَنْ مَوَاضِعِ التَّلَفِ، فَلَوْ كَانَ فِي السَّفَرِ وَهُمْ التَّلَفُ لَمَا جَازَ، وَحَيْثُ جَازَ بِالِاتِّفَاقِ انْتَفَى وَهُمْ التَّلَفُ. وَلَهُمَا أَنَّهُ تَلَزَمَهُ مُؤَنَّةُ الرَّدِّ لِأَنَّ الْمُودَعَ يَجُوزُ أَنْ يَمُوتَ فِي بَعْضِ الطَّرِيقِ فَيَلْزَمُ الْمَالِكُ مُؤَنَّةُ الرَّدِّ، وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ لَا يَرْضَى بِهِ فَيَتَقَيَّدُ بِهِ، لَكِنْ أَبَا يُوسُفَ جَعَلَ السَّفَرَ الْقَرِيبَ عَفْوًا قِيَاسًا عَلَى الْعَبْنِ الْيَسِيرِ فِي التَّجَارَاتِ، وَالشَّافِعِيُّ يُقَيِّدُهُ بِالْحِفْظِ الْمُتَعَارَفِ وَهُوَ الْحِفْظُ فِي الْأَمْصَارِ وَجَعَلَهُ كَالِاسْتِحْقَاطِ بِالْأَجْرِ، فَإِنَّهُ إِذَا اسْتَأْجَرَ رَجُلًا شَهْرًا بِدَرَاهِمَ لِيَحْفَظَ مَالَهُ فَإِنَّهُ لَا يَمْلِكُ السَّفَرَ بِذَلِكَ الْمَالِ، وَإِنْ سَافَرَ ضَمِنَ (قَوْلُهُ قُلْنَا مُؤَنَّةُ الرَّدِّ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِمَا وَتَقْرِيرُهُ سَلَّمْنَا أَنَّ الْمُؤَنَّةَ تَلْحَقُ الْمَالِكَ لَكِنَّهُ لَيْسَ لِمَعْنَى مَنْ قَبْلَ الْمُودَعِ بَلْ مِنْ حَيْثُ ضَرُورَةُ امْتِنَالِ الْمُودَعِ أَمْرُهُ فَإِنَّهُ أَمْرُهُ مُطْلَقًا وَهُوَ لَا يَتَقَيَّدُ بِمَكَانٍ، فَهُوَ لِمَعْنَى رَاجِعٍ إِلَى الْمَالِكِ فَلَا يُبَالِي بِهِ.

وَقَوْلُهُ (وَالْمُعْتَادُ كَوْنُهُمْ فِي الْمِصْرِ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِ الشَّافِعِيِّ: يَعْنِي أَنَّ الْمُعْتَادَ كَوْنُ الْمُودَعِينَ وَقْتَ الْإِيدَاعِ فِي الْمِصْرِ (لَا حِفْظُهُمْ)، فَإِنْ مَنْ كَانَ فِي الْمَفَازَةِ يَحْفَظُ مَالَهُ فِيهَا) وَلَا يَنْقُلُهُ إِلَى الْأَمْصَارِ (بِخِلَافِ الِاسْتِحْقَاطِ بِالْأَجْرِ لِأَنَّهُ عَقْدٌ مُعَاوَضَةٌ فَيَقْتَضِي التَّسْلِيمَ فِي مَكَانِ الْعَقْدِ، وَإِذَا نَهَاهُ الْمَالِكُ أَنْ يَخْرُجَ الْوَدِيعَةَ فَخَرَجَ بِهَا ضَمِنَ لِأَنَّ التَّقْيِيدَ مُفِيدٌ، إِذَا الْحِفْظُ فِي الْمِصْرِ أَبْلَغُ فَكَانَ صَحِيحًا).

قَالَ (وَإِذَا أَوْدَعَ رَجُلَانِ عِنْدَ رَجُلٍ وَدِيعَةً فَحَضَرَ أَحَدُهُمَا وَطَلَبَ نَصِيبَهُ مِنْهَا لَمْ يَدْفَعْ إِلَيْهِ حَتَّى يَحْضُرَ الْآخَرُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: يَدْفَعُ إِلَيْهِ نَصِيبُهُ) وَفِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ: ثَلَاثَةٌ اسْتَوْدَعُوا رَجُلًا أَلْفًا فَغَابَ اثْنَانِ فَلَيْسَ لِلْحَاضِرِ أَنْ يَأْخُذَ نَصِيبَهُ عِنْدَهُ، وَقَالَا: لَهُ ذَلِكَ، وَالْخِلَافُ فِي الْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ، وَهُوَ الْمُرَادُ بِالْمَذْكُورِ فِي الْمُخْتَصَرِ لَهُمَا أَنَّهُ طَالِبُهُ يَدْفَعُ نَصِيبَهُ فَيُؤَمَّرُ بِالْدَّفْعِ إِلَيْهِ كَمَا فِي الدِّينِ الْمَشْتَرَكِ، وَهَذَا لِأَنَّهُ يُطَالِبُهُ بِتَسْلِيمِ مَا سَلَّمَ إِلَيْهِ وَهُوَ النِّصْفُ، وَهَذَا كَانَ لَهُ أَنْ يَأْخُذَهُ فَكَذَا يُؤَمَّرُ هُوَ بِالْدَّفْعِ إِلَيْهِ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ طَالِبُهُ يَدْفَعُ نَصِيبَ الْغَائِبِ لِأَنَّهُ يُطَالِبُهُ بِالْمُفَرِّزِ وَحَقُّهُ فِي الْمَشَاعِ، وَالْمُفَرِّزُ الْمَعْنَى يَشْتَمِلُ عَلَى الْحَقِّينِ، وَلَا يَتَمَيَّزُ حَقُّهُ إِلَّا بِالْقِسْمَةِ، وَلَيْسَ لِلْمُودِعِ وَلَايَةُ الْقِسْمَةِ وَلِهَذَا لَا يَقَعُ دَفْعُهُ قِسْمَةً بِالْإِجْمَاعِ، بِخِلَافِ الدِّينِ الْمَشْتَرَكِ لِأَنَّهُ يُطَالِبُهُ بِتَسْلِيمِ حَقِّهِ لِأَنَّ الدَّيُونَ تُقْضَى بِأَمْنَالِهَا. قَوْلُهُ لَهُ أَنْ يَأْخُذَهُ. قُلْنَا: لَيْسَ مِنْ ضَرُورَتِهِ أَنْ يُجْبَرَ الْمُودِعُ عَلَى الدَّفْعِ كَمَا إِذَا كَانَ لَهُ أَلْفٌ دِرْهَمٍ وَدِيعَةً عِنْدَ إِنْسَانٍ وَعَلَيْهِ أَلْفٌ لغيرِهِ فَلْغَرِيمِهِ أَنْ يَأْخُذَهُ إِذَا ظَفِرَ بِهِ، وَلَيْسَ لِلْمُودِعِ أَنْ يَدْفَعَهُ إِلَيْهِ.

الشرح:

قَالَ (وَإِذَا أَوْدَعَ رَجُلَانِ عِنْدَ رَجُلٍ وَدِيعَةً إلخ) إِذَا تَعَدَّدَ الْمُودِعُ وَطَلَبَ بَعْضُهُمْ نَصِيبَهُ مِنْهَا فِي غَيْبَةِ الْبَاقِينَ لَمْ يُجْبَرْ الْمُودِعُ عَلَى الدَّفْعِ إِلَيْهِ حَتَّى يَحْضُرَ الْبَاقِي. وَقَالَا: يَدْفَعُ إِلَيْهِ نَصِيبُهُ وَلَا يَكُونُ ذَلِكَ قِسْمَةً عَلَى الْغَائِبِ، حَتَّى أَنْ الْبَاقِي إِنْ هَلَكَ فِي يَدِ الْمُودِعِ كَانَ لِلْغَائِبِ أَنْ يُشَارِكَ الْقَابِضَ فِيمَا قَبِضَ. وَذَكَرَ رَوَايَةَ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ لِدَلِّ بَوَاضِعِهِ عَلَى أَنَّ الْمُرَادَ بِمَوْضِعِ الْخِلَافِ الْمَذْكُورِ فِي مُخْتَصَرِ الْقُدُورِيِّ مِنْ قَوْلِهِ وَدِيعَةً الْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ لِأَنَّ الْمَذْكُورَ فِيهِ الْأَلْفُ وَهُوَ مَوْزُونٌ وَذَكَرَ مُحَمَّدٌ الْخِلَافَ فِيمَا يُقْسَمُ وَمَا لَا يُقْسَمُ.

قَالَ فِي الْفَوَائِدِ الظَّهْرِيَّةِ: إِنَّ الْأَوَّلَ هُوَ الصَّحِيحُ حَتَّى إِذَا كَانَتْ الْوَدِيعَةُ مِنْ الثِّيَابِ وَالذُّوَابِ وَالْعَبِيدِ لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ نَصِيبَهُ بِالْإِجْمَاعِ، وَحِكَايَةُ الْحَمَّامِيِّ فِي الْمَسْأَلَةِ مَشْهُورَةٌ: لَهُمَا أَنَّهُ طَالِبُهُ يَدْفَعُ نَصِيبَهُ فَيُؤَمَّرُ بِالْدَّفْعِ إِلَيْهِ كَمَا فِي الدِّينِ الْمَشْتَرَكِ، وَهَذَا لِأَنَّهُ يُطَالِبُهُ بِتَسْلِيمِ مَا سَلَّمَ إِلَيْهِ وَهُوَ النِّصْفُ، وَمَنْ طَلَبَ مَا سَلَّمَ لَمْ يُمْتَعَ مِنْهُ وَلِهَذَا كَانَ لَهُ أَنْ يَأْخُذَهُ وَإِنْ كَانَ فِي يَدِ الْمُودِعِ بِالِاتِّفَاقِ.

وَلَأَبِي حَنِيفَةَ لَا يُسَلِّمُ أَنَّهُ طَالِبُهُ بِتَسْلِيمِ نَصِيْبِهِ بَلْ بِدَفْعِ نَصِيْبِ الْغَائِبِ لِأَنَّهُ يُطَالِبُهُ بِالْمُفَرِّزِ وَحَقُّهُ لَيْسَ فِيهِ، لِأَنَّ الْمُفَرِّزَ الْمُعَيَّنَ يَشْتَمِلُ عَلَى الْحَقِّينِ وَلَا يَتَمَيَّزُ حَقُّهُ إِلَّا بِالْقِسْمَةِ، وَلَيْسَ لِلْمُودِعِ وَلَايَةُ الْقِسْمَةِ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِوَكِيلٍ فِي ذَلِكَ، وَلِهَذَا لَا يَقَعُ دَفْعُهُ قِسْمَةً بِالْإِجْمَاعِ، بِخِلَافِ الدَّيْنِ الْمُشْتَرَكِ لِأَنَّهُ يُطَالِبُهُ بِتَسْلِيمِ حَقِّهِ: أَيْ حَقَّ الْمَدْيُونِ، لِأَنَّ الدَّيْنِ يُقْضَى بِأَمْثَالِهَا فَلَا يَكُونُ هَذَا تَصَرُّفًا فِي حَقِّ الْغَيْرِ بَلْ الْمَدْيُونُ يُتَصَرَّفُ فِي مَالِ نَفْسِهِ فَيَجُوزُ، وَفِيهِ نَظَرٌ لِأَنَّ الْإِنْسَانَ لَا يُؤْمَرُ بِالتَّصَرُّفِ فِي مَالِهِ بِالدَّفْعِ إِلَى مَنْ لَا يَجِبُ لَهُ عَلَيْهِ ذَلِكَ. وَالْحَقُّ أَنَّ الضَّمِيرَ فِي حَقِّهِ لِلشَّرِيكِ لَا لِلْمَدْيُونِ كَمَا وَقَعَ فِي الشُّرُوحِ، وَمَعْنَاهُ لِأَنَّ الشَّرِيكَ يُطَالِبُ الْمَدْيُونِ بِتَسْلِيمِ حَقِّهِ: أَيْ بِقَضَاءِ حَقِّهِ، وَحَقُّهُ مِنْ حَيْثُ الْقَضَاءُ لَيْسَ بِمُشْتَرَكٍ بَيْنَهُمَا لِأَنَّ الدَّيْنِ يُقْضَى بِأَمْثَالِهَا، وَالْمَثَلُ مَالُ الْمَدْيُونِ لَيْسَ بِمُشْتَرَكٍ بَيْنَهُمَا وَالْقَضَاءُ إِنَّمَا يَقَعُ بِالْمُقَاصَّةِ. وَقَوْلُهُ (لَهُ أَنْ يَأْخُذَهُ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِمَا وَلِهَذَا كَانَ لَهُ أَنْ يَأْخُذَهُ، وَتَقْرِيرُهُ جَوَازُ الْأَخْذِ لَا يَسْتَلْزِمُ أَنْ يُجْبَرَ الْمُودِعُ عَلَى الدَّفْعِ، إِذْ الْجَبْرُ لَيْسَ مِنْ ضَرُورَاتِ الْجَوَازِ: يَعْنِي مَنْ لَوَازِمِهِ لَا نَفِكَاهُ عَنْهُ، كَمَا إِذَا كَانَتْ لَهُ أَلْفُ دِرْهَمٍ وَدَيْعَةٌ عِنْدَ إِنْسَانٍ وَعَلَيْهِ أَلْفٌ لَغَيْرِهِ فَلَعَرِمَهُ: أَيْ لَعَرِمَ الْمُودِعُ بِالْكَسْرِ أَنْ يَأْخُذَهُ إِذَا ظَفَرَ بِهِ، وَلَيْسَ لِلْمُودِعِ أَنْ يَدْفَعَ إِلَيْهِ.

قَالَ (وَإِنْ أودَعَ رَجُلٌ عِنْدَ رَجُلَيْنِ شَيْئًا مِمَّا يُقْسَمُ لَمْ يَجْزِ أَنْ يَدْفَعَهُ أَحَدُهُمَا إِلَى الْآخَرِ وَلَكِنَّهُمَا يَقْتَسِمَانِهِ فَيَحْفَظُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نِصْفَهُ، وَإِنْ كَانَ مِمَّا لَا يُقْسَمُ جَازَ أَنْ يَحْفَظَ أَحَدُهُمَا بِإِذْنِ الْآخَرِ) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَكَذَلِكَ الْجَوَابُ عِنْدَهُ فِي الْمُرْتَهِنَيْنِ وَالْوَكِيلَيْنِ بِالشَّرَاءِ إِذَا سَلَّمَ أَحَدُهُمَا إِلَى الْآخَرِ. وَقَالَا: لِأَحَدِهِمَا أَنْ يَحْفَظَ بِإِذْنِ الْآخَرِ فِي الْوَجْهَيْنِ. لَهُمَا أَنَّهُ رَضِيَ بِأَمَانَتِهِمَا فَكَانَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنْ يُسَلِّمَ إِلَى الْآخَرِ وَلَا يَضْمَنُهُ كَمَا فِيْمَا لَا يُقْسَمُ. وَلَهُ أَنَّهُ رَضِيَ بِحِفْظِهِمَا وَلَمْ يَرْضَ بِحِفْظِ أَحَدِهِمَا كُلَّهُ لِأَنَّ الْفِعْلَ مَتَى أَضِيفَ إِلَى مَا يَقْبَلُ الْوَصْفَ بِالتَّجْزِئِ تَنَاقُلَ الْبَعْضِ دُونَ الْكُلِّ فَوْقَ التَّسْلِيمِ إِلَى الْآخَرِ مِنْ غَيْرِ رِضَا الْمَالِكِ فَيَضْمَنُ الدَّافِعُ وَلَا يَضْمَنُ الْقَابِضُ لِأَنَّ مُودِعَ الْمُودِعِ عِنْدَهُ لَا يَضْمَنُ، وَهَذَا بِخِلَافِ مَا لَا يُقْسَمُ لِأَنَّهُ لَمَّا أودَعَهُمَا وَلَا يُمَكِّنُهُمَا الْاجْتِمَاعُ عَلَيْهِ آتَاءَ اللَّيْلِ وَالنَّهَارِ وَأَمَكَّنَهُمَا الْمُهَيَّاءُ كَانَ الْمَالِكُ رَاضِيًا بِدَفْعِ الْكُلِّ إِلَى أَحَدِهِمَا فِي بَعْضِ الْأَحْوَالِ.

الشرح:

قَوْلُهُ (وَإِنْ أُوذِعَ رَجُلٌ عِنْدَ رَجُلَيْنِ شَيْئًا مِمَّا يُقْسَمُ) مَا يُقْسَمُ هُوَ الَّذِي لَا يَتَعَيَّنُ بِالتَّفْرِيقِ الْحِسِّيِّ كَالْمَكِيلِ وَالْمُوزُونِ، وَمَا لَا يُقْسَمُ هُوَ مَا يَتَعَيَّنُ بِهِ كَالْعَبْدِ وَالذَّابَّةِ وَالثَّوْبِ الْوَاحِدِ وَالطَّبَقِ، وَكَلَامُهُ ظَاهِرٌ. وَقَالَ فِي الْمَبْسُوطِ: قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ أَقْسُسُ، لِأَنَّ رِضَاهُ بِأَمَانَةٍ أَثْنَيْنِ لَا يَكُونُ رِضًا بِأَمَانَةٍ وَاحِدَةٍ، فَإِذَا كَانَ الْحِفْظُ مِمَّا يَتَأَنَّى مِنْهُمَا عَادَةً لَا يَصِيرُ رَاضِيًا بِحِفْظِ أَحَدِهِمَا لِلْكَلِّ

قَالَ (وَإِذَا قَالَ صَاحِبُ الْوَدِيعَةِ لِلْمُودِعِ لَا تُسَلِّمُهُ إِلَى زَوْجَتِكَ فَسَلِّمَهَا إِلَيْهَا لَا يَضْمَنُ. وَفِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ: إِذَا نَهَاهُ أَنْ يَدْفَعَهَا إِلَى أَحَدٍ مِنْ عِيَالِهِ فَدَفَعَهَا إِلَى مَنْ لَا بُدَّ لَهُ مِنْهُ لَا يَضْمَنُ) كَمَا إِذَا كَانَتْ الْوَدِيعَةُ ذَابَّةً فَنَهَاهُ عَنِ الدَّفْعِ إِلَى غُلَامِهِ، وَكَمَا إِذَا كَانَتْ شَيْئًا يُحْفَظُ فِي يَدِ النِّسَاءِ فَنَهَاهُ عَنِ الدَّفْعِ إِلَى امْرَأَتِهِ وَهُوَ مُحْمَلُ الْأَوَّلِ لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُ إِقَامَةَ الْعَمَلِ مَعَ مُرَاعَاةِ هَذَا الشَّرْطِ، وَإِنْ كَانَ مُفِيدًا فَيَلْغُو (وَإِنْ كَانَ لَهُ مِنْهُ بُدٌّ ضَمِنَ) لِأَنَّ الشَّرْطَ مُفِيدٌ لِأَنَّ مِنَ الْعِيَالِ مَنْ لَا يُؤْتَمَنُ عَلَى الْمَالِ وَقَدْ أَمَكَّنَ الْعَمَلُ بِهِ مَعَ مُرَاعَاةِ هَذَا الشَّرْطِ فَاعْتَبِرَ (وَإِنْ قَالَ أَحْفَظْهَا فِي هَذَا الْبَيْتِ فَحَفِظْهَا فِي بَيْتٍ آخَرَ مِنَ الدَّارِ لَمْ يَضْمَنْ) لِأَنَّ الشَّرْطَ غَيْرُ مُفِيدٍ، فَإِنَّ الْبَيْتَيْنِ فِي دَارٍ وَاحِدَةٍ لَا يَتَفَاوَتَانِ فِي الْحِرْزِ (وَإِنْ حَفِظَهَا فِي دَارٍ أُخْرَى ضَمِنَ) لِأَنَّ الدَّارَيْنِ يَتَفَاوَتَانِ فِي الْحِرْزِ فَكَانَ مُفِيدًا فَيَصِحُّ التَّقْيِيدُ، وَلَوْ كَانَ التَّفَاوُتُ بَيْنَ الْبَيْتَيْنِ ظَاهِرًا بِأَنْ كَانَتْ الدَّارُ الَّتِي فِيهَا الْبَيْتَانِ عَظِيمَةً وَالْبَيْتُ الَّذِي نَهَاهُ عَنِ الْحِفْظِ فِيهِ عَوْرَةً ظَاهِرَةً صَحَّ الشَّرْطُ.

الشرح:

(وَإِذَا قَالَ صَاحِبُ الْوَدِيعَةِ لِلْمُودِعِ لَا تُسَلِّمَهَا إِلَى زَوْجَتِكَ فَسَلِّمَهَا إِلَيْهَا لَا يَضْمَنُ) مَعْنَاهُ: إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ مِنَ التَّسْلِيمِ إِلَيْهَا بُدٌّ، عَلِمَ ذَلِكَ مِنْ رِوَايَةِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ حَيْثُ قَالَ (إِذَا نَهَاهُ أَنْ يَدْفَعَهَا إِلَى أَحَدٍ مِنْ عِيَالِهِ فَدَفَعَهَا إِلَى مَنْ لَا بُدَّ لَهُ مِنْهُ لَا يَضْمَنُ، كَمَا إِذَا كَانَتْ الْوَدِيعَةُ ذَابَّةً فَنَهَاهُ عَنِ الدَّفْعِ إِلَى غُلَامِهِ، أَوْ كَانَتْ شَيْئًا يُحْفَظُ عَلَى أَيْدِي النِّسَاءِ فَنَهَاهُ عَنِ الدَّفْعِ إِلَى امْرَأَتِهِ) وَهَذَا مَعْنَى قَوْلِهِ (وَهُوَ مُحْمَلُ الْأَوَّلِ) وَالْأَصْلُ فِيهِ أَنَّ الشَّرْطَ إِذَا كَانَ مُفِيدًا وَالْعَمَلُ بِهِ مُمَكِّنًا وَجَبَ مُرَاعَاتُهُ وَالْمُخَالَفَةُ فِيهِ تُوجِبُ الضَّمَانَ، وَإِذَا لَمْ يَكُنْ مُفِيدًا أَوْ كَانَ وَلَمْ يُمَكِّنِ الْعَمَلُ بِهِ كَمَا فِيْمَا نَحْنُ فِيهِ يَلْغُو، وَعَلَى هَذَا إِذَا نُهِيَ عَنِ الدَّفْعِ إِلَى امْرَأَتِهِ وَلَهُ امْرَأَةٌ أُخْرَى أَمِينَةٌ، أَوْ عَنِ الْحِفْظِ فِي الدَّارِ

وَلَهُ أُخْرَى فَخَالَفَ فَهَلَكَ ضَمَنَ، وَإِذَا نُهِيَ عَنِ الْحِفْظِ فِي بَيْتٍ مِنْ دَارٍ فَحَفِظَ فِي غَيْرِهِ وَلَيْسَ فِي الَّذِي نُهِيَ عَنْهُ عَوْرَةٌ ظَاهِرَةٌ أَوْ نَهَى عَنِ الدَّفْعِ إِلَى أَمْرَاتِهِ وَلَيْسَ لَهُ سِوَاهَا أَوْ عَنْ الْحِفْظِ فِي دَارٍ لَيْسَ لَهُ غَيْرُهَا فَخَالَفَ لَمْ يَضْمَنْ، لِأَنَّ الْأَوَّلَ غَيْرُ مُفِيدٍ وَالثَّانِي غَيْرُ مَقْدُورِ الْعَمَلِ بِهِ.

قَالَ (وَمَنْ أَوْدَعَ رَجُلًا وَدِيعَةً فَأَوْدَعَهَا آخَرَ فَهَلَكَتْ فَلَهُ أَنْ يَضْمَنْ الْأَوَّلَ وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَضْمَنْ الثَّانِي، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: لَهُ أَنْ يَضْمَنْ أَيُّهُمَا شَاءَ، فَإِنْ ضَمَّنَ الْآخَرَ رَجَعَ عَلَى الْأَوَّلِ) لَهُمَا أَنَّهُ قَبْضُ الْمَالِ مِنْ يَدِ ضَمِينٍ فَيَضْمَنُهُ كَمُودَعِ الْغَاصِبِ، وَهَذَا لِأَنَّ الْمَالِكَ لَمْ يَرْضَ بِأَمَانَتِهِ غَيْرِهِ، فَيَكُونُ الْأَوَّلُ مُتَعَدِّيًا بِالتَّسْلِيمِ وَالثَّانِي بِالْقَبْضِ فَيُخَيَّرُ بَيْنَهُمَا، غَيْرَ أَنَّهُ إِنْ ضَمَّنَ الْأَوَّلَ لَمْ يَرْجِعْ عَلَى الثَّانِي لِأَنَّهُ مَلَكُهُ بِالضَّمَانِ فَظَهَرَ أَنَّهُ أَوْدَعَ مِلْكَ نَفْسِهِ، وَإِنْ ضَمَّنَ الثَّانِي رَجَعَ عَلَى الْأَوَّلِ لِأَنَّهُ عَامِلٌ لَهُ فَيَرْجِعُ عَلَيْهِ بِمَا لَحِقَهُ مِنَ الْعَهْدَةِ، وَلَهُ أَنَّهُ قَبْضُ الْمَالِ مِنْ يَدِ أَمِينٍ لِأَنَّهُ بِالْإِذْنِ لَا يَضْمَنْ مَا لَمْ يُفَارِقْهُ لِحُضُورِ رَأْيِهِ فَلَا تَعْدِي مِنْهُمَا فَإِذَا فَارَقَهُ فَقَدْ تَرَكَ الْحِفْظَ الْمُلتَزَمَ فَيَضْمَنُهُ بِذَلِكَ، وَأَمَّا الثَّانِي فَمُسْتَمِرٌّ عَلَى الْحَالَةِ الْأُولَى وَلَمْ يُوجَدْ مِنْهُ صَنْعٌ فَلَا يَضْمَنُهُ كَالرَّيْحِ إِذَا أَلْقَتْ فِي حِجْرِهِ ثَوْبَ غَيْرِهِ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ أَوْدَعَ رَجُلًا وَدِيعَةً إلخ) إِذَا أَوْدَعَ الْمُودَعُ الْوَدِيعَةَ ضَمِنَ دُونَ الثَّانِي عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَيُخَيَّرُ رَبُّ الْمَالِ فِي تَضْمِينِ أَيُّهُمَا شَاءَ عِنْدَهُمَا لِأَنَّهُ قَبْضٌ مِنْ ضَمِينٍ، لِأَنَّ الْمَالِكَ لَمْ يَرْضَ بِغَيْرِهِ فَكَانَ الْأَوَّلُ مُتَعَدِّيًا بِالتَّسْلِيمِ إِلَى الثَّانِي، وَالثَّانِي قَدْ قَبْضَ مِنْهُ، وَالْقَابِضُ مِنَ الضَّمِينِ ضَمِينٌ كَمُودَعِ الْغَاصِبِ غَيْرَ أَنَّهُ إِنْ ضَمِنَ الْأَوَّلَ لَمْ يَرْجِعْ عَلَى الثَّانِي لِأَنَّهُ مَلَكُهُ بِالضَّمَانِ فَظَهَرَ أَنَّهُ أَوْدَعَ مِلْكَ نَفْسِهِ، وَإِنْ ضَمِنَ الثَّانِي يَرْجِعُ عَلَى الْأَوَّلِ لِأَنَّهُ عَامِلٌ لَهُ فَيَرْجِعُ عَلَيْهِ بِمَا لَحِقَهُ مِنَ الْعَهْدَةِ.

وَلَأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ قَبْضُ الْمَالِ مِنْ يَدِ أَمِينٍ لِأَنَّهُ بِالْإِذْنِ لَا يَضْمَنْ مَا لَمْ يُفَارِقْهُ لَوْجُودِ مَا هُوَ الْمَقْصُودُ مِنْ حِفْظِ بَحْضَةِ رَأْيِهِ وَتَدْبِيرِهِ لَا مِنْ حِفْظِ بَصُورَةِ يَدِهِ، وَلِهَذَا لَوْ دَفَعَ إِلَى مَنْ يَحْفَظُهُ بِحَضْرَتِهِ كَعِيَالِهِ فَهَلَكَ عِنْدَهُ لَمْ يَضْمَنْ بِالِاتِّفَاقِ، فَإِذَا لَمْ يَكُنْ بِالْإِذْنِ ضَامِنًا لَمْ يَكُنْ قَبْضَ الثَّانِي مِنْ ضَمِينٍ فَلَمْ يُوجَدْ تَعَدُّ مِنْهُمَا، فَإِذَا فَارَقَهُ فَقَدْ تَرَكَ الْحِفْظَ الْمُلتَزَمَ فَيَضْمَنُهُ. وَأَمَّا الثَّانِي فَمُسْتَمِرٌّ عَلَى الْحَالَةِ الْأُولَى وَهُوَ الْقَبْضُ مِنْ أَمِينٍ إِذْ لَمْ

يُوجَدُ مِنْهُ بَعْدَ ذَلِكَ صُنْعٌ فَلَا يَضْمَنُهُ، كَالرَّيْحِ إِذَا أَلْقَتْ فِي حِجْرِهِ ثَوْبَ غَيْرِهِ
 قَالَ (وَمَنْ كَانَ فِي يَدِهِ أَلْفٌ فَادَّعَاهُ رَجُلَانِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنَّهَا لَهُ أَوْدَعَهَا إِيَّاهُ
 وَأَبَى أَنْ يَحْلِفَ لَهُمَا فَلْأَلْفُ بَيْنَهُمَا وَعَلَيْهِ أَلْفٌ أُخْرَى بَيْنَهُمَا) وَشَرَحَ ذَلِكَ أَنَّ دَعْوَى كُلِّ
 وَاحِدٍ صَحِيحَةٌ لِاحْتِمَالِهَا الصَّدَقَ فَيَسْتَحِقُّ الْحَلْفَ عَلَى الْمُنْكَرِ بِالْحَدِيثِ وَيَحْلِفُ لِكُلِّ وَاحِدٍ
 مِنْهُمَا عَلَى الْإِنْفِرَادِ لَتَغَايِرِ الْحَقِّينِ، وبِأَيُّهِمَا بَدَأَ الْقَاضِي جَازَ لَتَعُدُّرِ الْجَمْعِ بَيْنَهُمَا وَعَدَمِ
 الْأُولَوِيَّةِ. وَلَوْ تَشَاحَا أَقْرَعَ بَيْنَهُمَا تَطْيِيبًا لِقَلْبِهِمَا وَنَفْيًا لَتَهْمَةِ الْمِيلِ، ثُمَّ إِنْ حَلَفَ لِأَحَدِهِمَا
 يَحْلِفُ لِلثَّانِي، فَإِنْ حَلَفَ فَلَا شَيْءَ لَهُمَا لِعَدَمِ الْحُجَّةِ، وَإِنْ نَكَلَ أَعْنِيَ لِلثَّانِي يَقْضِي لَهُ لَوْجُودِ
 الْحُجَّةِ، وَإِنْ نَكَلَ لِلأَوَّلِ يَحْلِفُ لِلثَّانِي وَلَا يَقْضِي بِالنُّكُولِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا أَقْرَعَ لِأَحَدِهِمَا لِأَنَّ
 الْإِقْرَارَ حُجَّةً مُوجِبَةً بِنَفْسِهِ فَيَقْضِي بِهِ، أَمَّا النُّكُولُ إِنَّمَا يَصِيرُ حُجَّةً عِنْدَ الْقَضَاءِ فَجَازَ أَنْ
 يُؤَخَّرَهُ لِيَحْلِفَ لِلثَّانِي فَيُنْكَشِفَ وَجْهَ الْقَضَاءِ، وَلَوْ نَكَلَ لِلثَّانِي أَيْضًا يَقْضِي بِهَا بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ
 عَلَى مَا ذَكَرَ فِي الْكِتَابِ لِاسْتَوَائِهِمَا فِي الْحُجَّةِ كَمَا إِذَا أَقَامَا الْبَيْتَةَ وَبَغَرُمُ أَلْفًا أُخْرَى
 بَيْنَهُمَا لِأَنَّهُ أَوْجَبَ الْحَقَّ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِبَذَلِهِ أَوْ بِإِقْرَارِهِ وَذَلِكَ حُجَّةٌ فِي حَقِّهِ، وَبِالصَّرْفِ
 إِلَيْهِمَا صَارَ قَاضِيًا نِصْفَ حَقِّ كُلِّ وَاحِدٍ بِنِصْفِ حَقِّ الْأُخْرَى فَيَغْرُمُهُ، فَلَوْ قَضَى الْقَاضِي
 لِلأَوَّلِ حِينَ نَكَلَ ذَكَرَ الْإِمَامُ عَلِيُّ الْبَزْدَوِيُّ فِي شَرْحِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ أَنَّهُ يَحْلِفُ لِلثَّانِي وَإِذَا
 نَكَلَ يَقْضِي بِهَا بَيْنَهُمَا لِأَنَّ الْقَضَاءَ لِلأَوَّلِ لَا يَبْطُلُ حَقُّ الثَّانِي لِأَنَّهُ يُقَدِّمُهُ إِمَّا بِنَفْسِهِ أَوْ
 بِالْقُرْعَةِ وَكُلُّ ذَلِكَ لَا يَبْطُلُ حَقُّ الثَّانِي.

وَذَكَرَ الْخَصَافُ أَنَّهُ يَنْفُذُ قَضَاؤُهُ لِلأَوَّلِ، وَوَضَعَ الْمَسْأَلَةَ فِي الْعَبْدِ وَإِنَّمَا نَفَذَ
 لِمَصَادَفَتِهِ مَحَلَّ الاجْتِهَادِ لِأَنَّ مِنَ الْعُلَمَاءِ مَنْ قَالَ يَقْضِي لِلأَوَّلِ وَلَا يَنْتَظِرُ لِكُونِهِ إِقْرَارَ
 دَلَالَةٍ ثُمَّ لَا يَحْلِفُ لِلثَّانِي مَا هَذَا الْعَبْدُ لِي لِأَنَّ نُكُولَهُ لَا يُفِيدُ بَعْدَ مَا صَارَ لِلأَوَّلِ، وَهَلْ
 يُحْلَفُهُ بِاللَّهِ مَا لِهَذَا عَلَيْكَ هَذَا الْعَبْدُ وَلَا قِيمَتُهُ وَهُوَ كَذَا وَكَذَا وَلَا أَقَلَّ مِنْهُ. قَالَ: يَنْبَغِي
 أَنْ يُحْلَفَهُ عِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ خِلَافًا لِأَبِي يُوسُفَ بِنَاءً عَلَى أَنَّ الْمُوَدَّعَ إِذَا أَقْرَعَ الْوَدِيعَةَ
 وَدَفَعَ بِالْقَضَاءِ إِلَى غَيْرِهِ يَضْمَنُهُ عِنْدَ مُحَمَّدٍ خِلَافًا لَهُ وَهَذِهِ فَرِيعَتُهُ تِلْكَ الْمَسْأَلَةُ وَقَدْ وَقَعَ
 فِيهِ بَعْضُ الْإِطْنَابِ وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

الشرح:

(وَإِذَا كَانَ فِي يَدِ رَجُلٍ أَلْفٌ فَادَّعَى رَجُلَانِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنَّهَا لَهُ أَوْدَعَهَا
 إلخ) ظَاهِرٌ سِوَى أَلْفَاظٍ تَذَكُّرُهَا قَوْلُهُ لَتَغَايِرِ الْحَقِّينِ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَدَّعِي أَلْفًا.

قَوْلُهُ وَإِنْ نَكَلَ: أَعْنِي الثَّانِي: أَيُّ بَعْدَ مَا حَلَفَ الْأَوَّلُ. قَوْلُهُ وَلَا يُقْضَى بِالنُّكُولِ: يَعْنِي لِلأَوَّلِ لِأَنَّ الثَّانِي رُبَّمَا يَقُولُ إِنَّمَا نَكَلَ لَكَ لِأَنَّكَ بَدَأْتَ بِالِاسْتِحْلَافِ فَلَا تَنْقَطِعُ الْحُصُومَةُ بَيْنَهُمَا (قَوْلُهُ فَيَنْكَشِفُ وَجْهَ الْقَضَاءِ) بَأَنْ يُقْضَى بِالْأَلْفِ لِلأَوَّلِ أَوْ لِلثَّانِي أَوْ لهُمَا جَمِيعًا، لِأَنَّهُ لَوْ حَلَفَ لِلثَّانِي فَلَا شَيْءَ لَهُ وَالْأَلْفُ كُلُّهُ لِلأَوَّلِ (وَلَوْ نَكَلَ لِلثَّانِي) أَيْضًا كَانَ الْأَلْفُ بَيْنَهُمَا (فَذَلِكَ يَتَوَقَّفُ عَنِ الْقَضَاءِ) حَتَّى يَظْهَرَ وَجْهُهُ (قَوْلُهُ لِأَنَّهُ) أَيُّ لِأَنَّ الْمُدْعَى الْمُتَكَرِّرَ (أَوْجَبَ الْحَقَّ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِذَلِكَ) عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ (وَبِإِقْرَارِهِ) عِنْدَهُمَا (وَلَوْ قَضَى لِلأَوَّلِ حِينَ نَكَلَ قَالَ الْإِمَامُ عَلِيُّ بْنُ الزُّدَوَيْ فِي شَرْحِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ: إِنَّهُ يَحْلِفُ لِلثَّانِي، وَإِذَا نَكَلَ يُقْضَى بَيْنَهُمَا لِأَنَّ الْقَضَاءَ لِلأَوَّلِ لَا يُبْطِلُ حَقَّ الثَّانِي، لِأَنَّ الْقَاضِيَ قَدَّمَهُ إِمَّا بِاخْتِيَارِهِ أَوْ بِالْقُرْعَةِ، وَكُلُّ ذَلِكَ لَا يُبْطِلُ حَقَّ الثَّانِي) وَلَمْ يَذْكُرْ أَنَّهُ إِذَا حَلَفَ لِلثَّانِي مَاذَا حُكْمُهُ.

وَقَالَ أَخُوهُ فِي شَرْحِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ: فَإِنْ حَلَفَ يُقْضَى بِنُكُولِهِ لِلأَوَّلِ. وَقَوْلُهُ (لِكُونِهِ إِقْرَارًا) أَيُّ لِكُونِ النُّكُولِ إِقْرَارًا (دَلَالَةً) وَقَوْلُهُ (مَا هَذَا الْعَبْدُ لِي) يَعْنِي لَا يَفْتَصِرُ عَلَى لَفْظِ الْعَبْدِ بَلْ يَضُمُّ إِلَيْهِ، وَلَا قِيَمَتَهُ لِأَنَّهُ لَمَّا أَقْرَبَ بِهِ لِلأَوَّلِ وَتَبَتَ بِهِ حَقُّ الْأَوَّلِ لَا يُفِيدُ إِقْرَارَهُ بِهِ لِلْقَاضِي لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُ دَفْعَهُ إِلَى الثَّانِي بَعْدَ ذَلِكَ.

وَقَوْلُهُ (بِنَاءٍ) أَيُّ قَالَ الْخَصَافُ يُحْلِفُهُ عِنْدَ مُحَمَّدٍ بِنَاءً (عَلَى أَنْ الْمُدْعَى إِذَا أَقْرَأَ الْوَدِيعَةَ وَدَفَعَ بِالْقَضَاءِ إِلَى غَيْرِهِ يَضْمُنُهَا عِنْدَ مُحَمَّدٍ خِلَافًا لِأَبِي يُوسُفَ) كَمَا إِذَا أَقْرَأَ الْوَدِيعَةَ لِلْإِنْسَانِ ثُمَّ قَالَ: أَخْطَأْتُ بَلْ هِيَ هَذَا. كَانَ عَلَيْهِ أَنْ يَدْفَعَهَا إِلَى الْأَوَّلِ، لِأَنَّ إِقْرَارَهُ بِهَا صَحِيحٌ وَرُجُوعُهُ بَعْدَ ذَلِكَ بَاطِلٌ، وَيَضْمَنُ لِلآخِرِ قِيَمَتَهَا لِإِقْرَارِهِ أَنَّهَا لِلثَّانِي، وَأَنَّهُ صَارَ مُسْتَهِلَكًا عَلَى الثَّانِي لِإِقْرَارِهِ بِهَا لِلأَوَّلِ فَيَكُونُ ضَامِنًا لَهُ قِيَمَتَهَا، وَهَذَا إِذَا دَفَعَهَا إِلَى الْأَوَّلِ بِغَيْرِ قَضَاءٍ، فَإِنْ دَفَعَهَا بِقَضَاءٍ فَكَذَلِكَ فِي قَوْلِ مُحَمَّدٍ خِلَافًا لِأَبِي يُوسُفَ لِأَنَّ بِمَجَرَّدِ إِقْرَارِهِ لَمْ يُفَوِّتْ عَلَى أَحَدٍ شَيْئًا، وَإِنَّمَا الْفَوَاتُ بِالْدَفْعِ إِلَى الْأَوَّلِ، وَقَدْ كَانَ ذَلِكَ بِقَضَاءٍ فَلَا يَضْمَنُ. وَلِمُحَمَّدٍ أَنَّهُ سَلَّطَ الْقَاضِيَ عَلَى الْقَضَاءِ بِهَا لِلأَوَّلِ لِإِقْرَارِهِ، وَقَدْ أَقْرَأَ أَنَّهُ مُودِعٌ لِلثَّانِي، وَالْمُدْعَى إِذَا سَلَّطَ عَلَى الْوَدِيعَةِ غَيْرَهُ صَارَ ضَامِنًا، وَلِلْمَسْأَلَةِ تَفْرِيعَاتٌ ذَكَرَتْ فِي الْمَطُولَاتِ، وَاللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ.

كتاب العارية

قَالَ: (الْعَارِيَةُ جَائِزَةٌ): لِأَنَّهَا نَوْعٌ إِحْسَانٍ " وَقَدْ «اسْتَعَارَ النَّبِيُّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ دُرُوعًا مِنْ صَفْوَانَ» ^(١) (وَهِيَ تُمْلِكُ الْمَنَافِعَ بِغَيْرِ عَوَضٍ) وَكَانَ الْكَرْخِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ يَقُولُ: هُوَ إِبَاحَةُ الْإِنْتِفَاعِ بِمِلْكِ الْغَيْرِ، لِأَنَّهَا تَتَعَقَّدُ بِلَفْظَةِ الْإِبَاحَةِ، وَلَا يُشْتَرَطُ فِيهَا ضَرْبُ الْمُدَّةِ، وَمَعَ الْجَهَالَةِ لَا يَصِحُّ التَّمْلِكُ وَلِذَلِكَ يَعْمَلُ فِيهَا النِّهْيُ، وَلَا يَمْلِكُ الْإِجَارَةَ مِنْ غَيْرِهِ، وَنَحْنُ نَقُولُ: إِنَّهُ يُنْبِئُ عَنِ التَّمْلِكِ، فَإِنَّ الْعَارِيَةَ مِنَ الْعَرِيَّةِ وَهِيَ الْعَطِيَّةُ وَلِهَذَا تَتَعَقَّدُ بِلَفْظِ التَّمْلِكِ، وَالْمَنَافِعُ قَابِلَةٌ لِلْمِلْكِ كَالْأَعْيَانِ. وَالتَّمْلِكُ نَوْعَانِ: بِعَوَضٍ، وَبِغَيْرِ عَوَضٍ. ثُمَّ الْأَعْيَانُ تَقْبَلُ النُّوعَيْنِ، فَكَذَا الْمَنَافِعُ، وَالْجَامِعُ دَفْعُ الْحَاجَةِ، وَلَفْظَةُ الْإِبَاحَةِ اسْتُعِيرَتْ لِلتَّمْلِكِ، كَمَا فِي الْإِجَارَةِ، فَإِنَّهَا تَتَعَقَّدُ بِلَفْظَةِ الْإِبَاحَةِ، وَهِيَ تَمْلِكُ. وَالْجَهَالَةُ لَا تُفْضِي إِلَى الْمُنَازَعَةِ، لِعَدَمِ اللُّزُومِ فَلَا تَكُونُ ضَائِرَةً. وَلَأَنَّ الْمَلِكَ يَثْبُتُ بِالْقَبْضِ وَهُوَ الْإِنْتِفَاعُ. وَعِنْدَ ذَلِكَ لَا جَهَالَةَ، وَالنِّهْيُ مَنَعَ عَنِ التَّحْصِيلِ فَلَا يَتَحَصَّلُ الْمَنَافِعُ عَلَى مِلْكِهِ. وَلَا يَمْلِكُ الْإِجَارَةَ لِدَفْعِ زِيَادَةِ الضَّرَرِ عَلَى مَا نَذَكُرُهُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

قَالَ (وَتَصِحُّ بِقَوْلِهِ أَعْرَثَكَ): لِأَنَّهُ صَرِيحٌ فِيهِ (وَأَطْعَمْتُكَ هَذِهِ الْأَرْضَ): لِأَنَّهُ مُسْتَعْمَلٌ فِيهِ (وَمَنْحَتَكَ هَذَا الثَّوْبَ وَحَمَلْتُكَ عَلَى هَذِهِ الدَّابَّةِ إِذَا لَمْ يَرِدْ بِهِ الْهَيْبَةُ): لِأَنَّهُمَا لِلتَّمْلِكِ الْعَيْنِ، وَعِنْدَ عَدَمِ إِرَادَتِهِ الْهَيْبَةَ تُحْمَلُ عَلَى تَمْلِكِ الْمَنَافِعِ تَجَوُّزًا. قَالَ (وَأَخَذْتُكَ هَذَا الْعَبْدَ): لِأَنَّهُ أَذِنَ لَهُ فِي اسْتِخْدَامِهِ (وَدَارِي لَكَ سَكْنَى): لِأَنَّ مَعْنَاهُ سَكْنَاهَا لَكَ (وَدَارِي لَكَ عُمْرِي سَكْنَى): لِأَنَّهُ جَعَلَ سَكْنَاهَا لَهُ مُدَّةَ عُمْرِهِ. وَجَعَلَ قَوْلُهُ سَكْنَى تَقْسِيرًا لِقَوْلِهِ لَكَ: لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ تَمْلِكُ الْمَنَافِعِ فَحُمِلَ عَلَيْهِ بِدَلَالَةِ آخِرِهِ.

الشرح:

(كِتَابُ الْعَارِيَةِ): قَدْ ذَكَرْنَا وَجْهَ مُنَاسَبَةِ هَذَا الْكِتَابِ لِمَا قَبْلَهُ. وَمِنْ مَحَاسِنِهَا دَفْعُ حَاجَةِ الْمُحْتَاجِ: قِيلَ هِيَ مُشْتَقَّةٌ مِنَ التَّعَاوُرِ وَهُوَ التَّنَاقُصُ، فَكَأَنَّهُ جَعَلَ لِلْغَيْرِ نَوْبَةً فِي الْإِنْتِفَاعِ بِمِلْكِهِ إِلَى أَنْ تَعُودَ النَّوْبَةُ إِلَيْهِ بِالْإِسْتِرْدَادِ مَتَى شَاءَ. وَاخْتَلَفَ فِي تَعْرِيفِهِ اصْطِلَاحًا فَقَالَ عَامَّةُ الْعُلَمَاءِ (هِيَ تَمْلِكُ الْمَنَافِعَ بِغَيْرِ عَوَضٍ). وَكَانَ الْكَرْخِيُّ يَقُولُ: هِيَ

(١) أخرجه أبو داود (٣٥٦٢)، والنسائي في الكبرى (٥٧٧٩)، وانظر نصب الراية (٢٩٠/٤).

إِبَاحَةُ الْإِثْفَاعِ بِمِلْكِ الْغَيْرِ قِيلَ وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ. قَالَ (لَأَنَّهَا تَنْعَقِدُ بِلَفْظِ الْإِبَاحَةِ، وَلَا يُشْتَرَطُ فِيهَا ضَرْبُ الْمُدَّةِ، وَالنَّهْيُ يَعْمَلُ فِيهِ وَلَا يَمْلِكُ الْإِجَارَةُ مِنْ غَيْرِهِ) وَكُلُّ مَنْ ذَلِكَ يَدُلُّ عَلَى أَنَّهَا إِبَاحَةٌ.

أَمَّا الْأَوَّلُ فَلَأَنَّ التَّمْلِيكَ لَا يَنْعَقِدُ بِلَفْظِ الْإِبَاحَةِ. وَأَمَّا الثَّانِي فَلَأَنَّ التَّمْلِيكَ يَقْتَضِي أَنْ تَكُونَ الْمَنَافِعُ مَعْلُومَةً لِأَنَّ تَمْلِيكَ الْمَجْهُولِ لَا يَصِحُّ وَلَا يُعْلَمُ إِلَّا بِضَرْبِ الْمُدَّةِ وَهُوَ لَيْسَ بِشَرْطٍ فَكَانَ تَمْلِيكًا لِلْمَجْهُولِ. وَأَمَّا الثَّالِثُ فَلَأَنَّ الْمَعِيرَ يَمْلِكُ النَّهْيَ عَنْ الْإِسْتِعْمَالِ، وَلَوْ كَانَ تَمْلِيكًا لَمَّا مَلَكَهُ كَالْأَجِيرِ لَا يَمْلِكُ نَهْيَ الْمُسْتَأْجِرِ عَنْ الْإِسْتِفَاعِ. وَأَمَّا الرَّابِعُ فَلَأَنَّ الْمُسْتَأْجِرَ يَجُوزُ أَنْ يُؤَجَّرَ الْمُسْتَأْجِرَ لِتَمْلِكِهِ الْمَنَافِعَ، فَلَوْ كَانَتْ الْإِعَارَةُ تَمْلِيكًا لَجَازَ لَهُ ذَلِكَ كَمَا فِي الْإِجَارَةِ وَالْهَبَةِ (وَقَالَ عَامَّةُ الْعُلَمَاءِ: إِنَّهَا تُنْبِئُ عَنْ التَّمْلِيكَ، فَإِنَّ الْعَارِيَّةَ مِنَ الْعَرِيَّةِ وَهِيَ الْعَطِيَّةُ) وَهِيَ إِمَّا تَكُونُ تَمْلِيكًا (وَلِهَذَا تَنْعَقِدُ بِلَفْظِ التَّمْلِيكَ) مِثْلُ أَنْ يَقُولَ مَلِكُكَ مَنَفْعَةً دَارِي هَذِهِ شَهْرًا وَمَا يَنْعَقِدُ بِلَفْظِ التَّمْلِيكَ فَهُوَ تَمْلِيكٌ.

فَإِنْ قِيلَ: الْمَنَافِعُ أَعْرَاضٌ لَا تَبْقَى فَلَا تَقْبَلُ التَّمْلِيكَ. أَجَابَ بِقَوْلِهِ (وَالْمَنَافِعُ قَابِلَةٌ لِلْمِلْكِ كَالْأَعْيَانِ) وَبَنَى عَلَى ذَلِكَ قَوْلَهُ (وَالتَّمْلِيكَ نَوْعَانِ بَعْوَضٍ وَبَعِيرٍ عَوْضٍ) وَذَلِكَ ظَاهِرٌ لَا نِزَاعَ فِيهِ (ثُمَّ الْأَعْيَانُ تَقْبَلُ التَّوَعِينَ فَكَذَا الْمَنَافِعُ وَالْجَامِعُ دَفْعُ الْحَاجَةِ) وَفِيهِ بَحْثٌ مِنْ أَوْجِهِ: الْأَوَّلُ أَنَّهُ اسْتِدْلَالٌ فِي التَّعْرِيفَاتِ وَهِيَ لَا تَقْبَلُ؛ لِأَنَّ الْمَعْرِفَ إِذَا عَرَفَ شَيْئًا بِالْجَامِعِ وَالْمَانِعِ، فَإِنْ سَلِمَ مِنَ التَّقْضِ فَذَاكَ، وَإِنْ أُتْقِضَ بِكَوْنِهِ غَيْرَ جَامِعٍ أَوْ مَانِعٍ يُجَابُ عَنْ التَّقْضِ إِنْ أُمِكنَ. وَأَمَّا الْاسْتِدْلَالُ فَإِنَّمَا يَكُونُ فِي التَّصْدِيقَاتِ.

وَالثَّانِي أَنَّهُ قِيَاسٌ فِي الْمَوْضُوعَاتِ وَهُوَ غَيْرُ صَحِيحٍ، لِأَنَّ مِنْ شُرُوطِ الْقِيَاسِ تَعْدِيَّةُ الْحُكْمِ الشَّرْعِيِّ الثَّابِتِ بِالنَّصِّ بَعِيْنِهِ إِلَى فَرْعٍ هُوَ نَظِيرُهُ وَلَا نَصٌّ فِيهِ، وَالْمَوْضُوعَاتُ لَيْسَتْ بِحُكْمٍ شَرْعِيٍّ وَمَوْضُوعُهُ أَصُولُ الْفَقْهِ.

وَالثَّالِثُ أَنَّ مِنْ شَرْطِ الْقِيَاسِ أَنْ يَكُونَ الْحُكْمُ الشَّرْعِيُّ مُتَعَدِّيًا إِلَى فَرْعٍ هُوَ نَظِيرُهُ، وَالْمَنَافِعُ لَيْسَتْ نَظِيرَ الْأَعْيَانِ. وَيُمْكِنُ أَنْ يُجَابَ عَنْهَا بِأَنَّ هَذَا التَّعْرِيفَ إِمَّا لَفْظِيٌّ أَوْ رَسْمِيٌّ، فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ فَمَا ذُكِرَ فِي بَيَانِهِ يُجْعَلُ لِبَيَانِ الْمُنَاسَبَةِ لَا اسْتِدْلَالًا عَلَى ذَلِكَ، وَإِنْ كَانَ الثَّانِي جُعِلَ بَيَانًا لِحَوَاصِّ يَعْرِفُ بِهَا الْعَارِيَّةَ، وَلَوْ جَعَلْنَا الْمَذْكُورَ فِي

الكتاب حُكْمَ الْعَارِيَّةِ وَعَرَفْنَاهَا بِأَنَّهَا عَقْدٌ عَلَى الْمَنَافِعِ بِغَيْرِ عَوْضٍ كَانَ سَالِمًا مِنَ الشُّكُوكِ، وَلَيْسَ فِي كَلَامِ الْمُصَنِّفِ مَا يُنَافِيهِ ظَاهِرًا فَالْحَمْلُ عَلَيْهِ أَوَّلِي (قَوْلُهُ وَلَفْظَةُ الْإِبَاحَةِ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِ الْكَرْخِيِّ إِنَّهَا تَنْعَقِدُ بِلَفْظِ الْإِبَاحَةِ. وَوُجْهٌ أَنَّ ذَلِكَ مَجَازٌ كَمَا أَنَّ الْإِجَارَةَ تَنْعَقِدُ بِلَفْظِ الْإِبَاحَةِ، وَلَا نِزَاعَ فِي كَوْنِهَا تَمْلِيكًا قَوْلُهُ وَالْجَهَالَةُ جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ وَمَعَ الْجَهَالَةِ لَا يَصِحُّ التَّمْلِيكُ.

وَوُجْهُهُ أَنَّ الْجَهَالَةَ الْمُفْضِيَّةَ إِلَى التَّزَاعِ هِيَ الْمَانِعَةُ، وَهَذِهِ لَيْسَتْ كَذَلِكَ لِعَدَمِ الزُّرُومِ. وَوُجْهٌ آخَرُ أَنَّ الْمَلِكَ فِي الْعَارِيَّةِ يَثْبُتُ بِالْقَبْضِ وَهُوَ الْإِثْنَاعُ وَعِنْدَ ذَلِكَ لَا جَهَالَةٌ. وَقَوْلُهُ (وَالْتَّهْيُ مَنَعَ عَنِ التَّحْصِيلِ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ وَكَذَلِكَ يَعْمَلُ التَّهْيُ فِيهِ. وَوُجْهُهُ أَنَّ عَمَلَ التَّهْيِ لَيْسَ بِاعْتِبَارٍ أَنَّهُ لَيْسَ فِي الْعَارِيَّةِ تَمْلِيكٌ بَلْ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ بِالتَّهْيِ يُمْنَعُ الْمُسْتَعِيرُ عَنِ تَحْصِيلِ الْمَنَافِعِ الَّتِي لَمْ يَتَمَلَّكْهَا بَعْدُ، وَلَهُ ذَلِكَ لَكَوْنِهَا عَقْدًا غَيْرَ لَازِمٍ فَكَانَ لَهُ الرُّجُوعُ عَلَى مَلِكِ الْمُسْتَعِيرِ: أَيَّ وَقْتٍ شَاءَ كَمَا فِي الْهَبَةِ.

وَقَوْلُهُ (وَلَا يَمْلِكُ الْإِجَارَةَ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ وَلَا يَمْلِكُ الْإِجَارَةَ مِنْ غَيْرِهِ وَذَلِكَ لِدَفْعِ زِيَادَةِ الضَّرَرِ عَلَى مَا سَيَجِيءُ، هَذَا مَا يَتَعَلَّقُ بِتَفْسِيرِهَا أَوْ حُكْمِهَا. وَشَرْطُهَا قَابِلِيَّةُ الْعَيْنِ لِلْإِثْنَاعِ بِهَا مَعَ بَقَائِهَا. وَسَبَبُهَا مَا مَرَّ مَرَارًا مِنَ التَّعَاوُضِ الْمُحْتَاجِ إِلَيْهِ الْمَدْنِيُّ بِالطَّبْعِ، وَهِيَ عَقْدٌ جَائِزٌ لِأَنَّهُ نَوْعٌ إِحْسَانٌ وَقَدْ «اسْتَعَارَ النَّبِيُّ ﷺ ذُرُوعًا مِنْ صَفْوَانَ» وَإِنَّمَا قَدَّمَ بَيَانَ الْجَوَازِ عَلَى تَفْسِيرِهَا لِشِدَّةِ تَعَلُّقِ الْفَقْهِ بِهِ. قَالَ (وَتَصِحُّ بِقَوْلِهِ أَعْرَثَكَ إلخ) هَذَا بَيَانُ الْأَلْفَاظِ الَّتِي تَنْعَقِدُ بِهَا الْعَارِيَّةُ وَتَصِحُّ بِقَوْلِهِ أَعْرَثَكَ لِأَنَّهُ صَرِيحٌ فِيهِ: أَيُّ حَقِيقَةٍ فِي عَقْدِ الْعَارِيَّةِ وَأَطْعَمْتُكَ هَذِهِ الْأَرْضَ لِأَنَّهُ مُسْتَعْمَلٌ فِيهِ.

قِيلَ أَيُّ مَجَازٍ فِيهِ، وَفِي عِبَارَتِهِ نَظَرٌ لِأَنَّهُ إِذَا أَرَادَ بِقَوْلِهِ مُسْتَعْمَلٌ أَنَّهُ مَجَازٌ فَهُوَ صَرِيحٌ لِأَنَّهُ مَجَازٌ مُتَعَارَفٌ وَالْمَجَازُ الْمُتَعَارَفُ صَرِيحٌ كَمَا عُرِفَ فِي الْأَصُولِ، فَلَا فَرْقَ إِذَا بَيَّنَّ الْعِبَارَتَيْنِ. وَالْجَوَابُ: كِلَاهُمَا صَرِيحٌ لَكِنْ أَحَدُهُمَا حَقِيقَةٌ وَالْآخَرُ مَجَازٌ فَأَشَارَ إِلَى الثَّانِي بِقَوْلِهِ مُسْتَعْمَلٌ: أَيُّ مَجَازٌ لِيُعْلَمَ أَنَّ الْآخَرَ حَقِيقَةٌ وَمَنْحَتُكَ هَذَا الثَّوْبُ: أَيُّ أُعْطَيْتُكَ الْمِنْحَةَ وَهِيَ النَّاقَةُ: أَيُّ أَوْ الشَّاةُ يُعْطِي الرَّجُلُ الرَّجُلَ لِيَشْرَبَ مِنْ لَبَنِهَا ثُمَّ يَرُدُّهَا إِذَا ذَهَبَ دَرُّهَا ثُمَّ كَثُرَ حَتَّى قِيلَ فِي كُلِّ مَنْ أُعْطِيَ شَيْئًا مُنَحٌ، وَحَمَلْتُكَ عَلَى هَذِهِ الدَّابَّةِ إِذَا لَمْ يَرُدَّ بِهِ: أَيُّ بِقَوْلِهِ هَذَا الْهَبَةُ لِأَنَّهَا تَمْلِيكُ الْعَيْنِ عُرْفًا، وَعِنْدَ عَدَمِ إِرَادَتِهِ الْهَبَةَ

يُحْمَلُ عَلَى تَمْلِكِ الْمَنَافِعِ تَجَوُّزًا مِنْ حَيْثُ الْعُرْفُ الْعَامُّ وَأَخَذَ مَثَلُ هَذَا الْعَبْدَ لِأَنَّهُ أَذِنَ لَهُ فِي الاسْتِخْدَامِ وَهِيَ الْعَارِيَّةُ، وَذَارِي سُكْنَى لِأَنَّ مَعْنَاهُ سُكْنَاهَا لَكَ وَهِيَ الْعَارِيَّةُ، وَذَارِي لَكَ عُمْرِي سُكْنَى لِأَنَّهُ جَعَلَ سُكْنَاهَا لَهُ مُدَّةَ عُمْرِهِ، وَجَعَلَ قَوْلُهُ سُكْنَى تَفْسِيرًا لقَوْلِهِ لَكَ لِأَنَّهُ مَنْصُوبٌ عَلَى التَّمْيِيزِ مِنْ قَوْلِهِ لَكَ، لِأَنَّ قَوْلَهُ لَكَ يَحْتَمِلُ تَمْلِكِ الْعَيْنِ وَتَمْلِكِ الْمَنْفَعَةِ، فَإِذَا مِيزَهُ تَعَيَّنَ فِي الْمَنْفَعَةِ فَحُمِلَ الْكَلَامُ عَلَيْهِ: أَيُّ عَلَى تَمْلِكِ الْمَنَافِعِ بِدَلَالَةِ آخِرِهِ حُمِلَ الْمُحْتَمَلُ عَلَى الْمُحْكَمِ.

قَالَ: (وَلِلْمُعِيرِ أَنْ يَرْجِعَ فِي الْعَارِيَّةِ مَتَى شَاءَ) لقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «الْمِنْحَةُ مَرْدُودَةٌ وَالْعَارِيَّةُ مُؤَدَّاةٌ»^(١) وَلِأَنَّ الْمَنَافِعَ تُمْلِكُ شَيْئًا فَشَيْئًا عَلَى حَسَبِ حُدُوثِهَا فَالتَّمْلِكُ فِيمَا لَمْ يُوْجَدْ لَمْ يَتَّصِلْ بِهِ الْقَبْضُ فَيَصِحُّ الرُّجُوعُ عَنْهُ.

الشرح:

وَلِلْمُعِيرِ أَنْ يَرْجِعَ فِي الْعَارِيَّةِ مَتَى شَاءَ لقَوْلِهِ ﷺ «الْمِنْحَةُ مَرْدُودَةٌ وَالْعَارِيَّةُ مُؤَدَّاةٌ» وَوَجْهُ الاسْتِدْلَالِ ظَاهِرٌ، وَفِيهِ تَعْمِيمٌ بَعْدَ التَّخْصِصِ لَمَّا عَرَفْتَ أَنَّ الْمِنْحَةَ عَارِيَّةٌ خَاصَّةٌ، وَفِيهِ زِيَادَةٌ مُبَالِغَةٌ فِي أَنَّ الْعَارِيَّةَ مُسْتَحَقُّ الرَّدِّ، وَلِأَنَّ الْمَنَافِعَ تُمْلِكُ شَيْئًا فَشَيْئًا عَلَى حَسَبِ حُدُوثِهَا فَالتَّمْلِكُ فِيمَا لَمْ يُوْجَدْ مِنْهَا لَمْ يَتَّصِلْ بِهِ الْقَبْضُ وَلَا يَمْلِكُ إِلَّا بِهِ فَصَحَّ الرُّجُوعُ عَنْهُ.

قَالَ: (وَالْعَارِيَّةُ أَمَانَةٌ إِنْ هَلَكَتْ مِنْ غَيْرِ تَعَدَّى لَمْ يَضْمَنْ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يَضْمَنْ؛ لِأَنَّهُ قَبْضُ مَالٍ غَيْرِهِ لِنَفْسِهِ لَا عَنْ اسْتِحْقَاقٍ فَيَضْمَنُهُ، وَالْإِذْنُ ثَبَتَ ضَرُورَةَ الْإِنْتِفَاعِ فَلَا يَظْهَرُ فِيمَا وَرَاءَهُ، وَلِهَذَا كَانَ وَاجِبَ الرَّدِّ وَصَارَ كَالْمَقْبُوضِ عَلَى سَوَاءِ الشَّرَاءِ. وَلَنَا أَنَّ اللفظَ لَا يُنبِئُ عَنِ التَّزَامِ الضَّمَانِ؛ لِأَنَّهُ لَتَمْلِكِ الْمَنَافِعِ بِغَيْرِ عِوَضٍ أَوْ لِإِبَاحَتِهَا، وَالْقَبْضُ لَمْ يَقَعْ تَعْدِيًّا لِكَوْنِهِ مَادُونًا فِيهِ، وَالْإِذْنُ وَإِنْ ثَبَتَ لِأَجْلِ الْإِنْتِفَاعِ فَهُوَ مَا قَبْضُهُ إِلَّا لِلْإِنْتِفَاعِ فَلَمْ يَقَعْ تَعْدِيًّا، وَإِنَّمَا وَجِبَ الرَّدُّ مُؤَنَّةً كَنَفَقَةِ الْمُسْتَعَارِ فَإِنَّهَا عَلَى الْمُسْتَعِيرِ لَا لِنَقْضِ الْقَبْضِ.

(١) أخرجه أبو داود (٣٥٦٥)، والترمذي في الوصايا باب ٥، وابن ماجه في الصدقة باب ٥، وأحمد (٣٩٣، ٣٦٧/٥) عن أبي أمامة، وانظر نصب الراية (٢٩٣/٤).

الشرح:

قَالَ (وَالْعَارِيَّةُ أَمَانَةٌ إِنْ هَلَكَتْ مِنْ غَيْرِ تَعَدُّ لَمْ يَضْمَنْ الْخُ) إِنْ هَلَكْتَ الْعَارِيَّةُ، فَإِنْ كَانَ يَتَعَدُّ كَحَمْلِ الدَّابَّةِ مَا لَا يَحْمِلُهُ مِثْلُهَا أَوْ اسْتِعْمَالِهَا اسْتِعْمَالًا لَا يُسْتَعْمَلُ مِثْلُهَا مِنَ الدَّوَابِّ أَوْ جَبَ الضَّمَانِ بِالْإِجْمَاعِ، وَإِنْ كَانَ بغيرِهِ لَمْ يَضْمَنْ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يَضْمَنْ لِأَنَّهُ قَبَضَ مَالَ غَيْرِهِ لِنَفْسِهِ لَا عَنْ اسْتِحْقَاقٍ، فَيَضْمَنْ قَوْلُهُ لِنَفْسِهِ اخْتِرَازَ عَنِ الْوَدِيعَةِ، لِأَنَّ قَبْضَ الْمُوَدَّعِ فِيهَا لِأَجْلِ الْمُوَدَّعِ لَا لِمَنْفَعَةٍ نَفْسِهِ.

وَقَوْلُهُ لَا عَنْ اسْتِحْقَاقٍ: أَيُّ لَا عَنْ اسْتِحْقَاقٍ قَبْضٍ بَحِثْ لَا يَنْقُضُهُ الْآخَرُ بِدُونِ رِضَاهُ اخْتِرَازَ عَنِ الْإِجَارَةِ، فَإِنَّ الْمُسْتَأْجَرَ يَقْبِضُ الْمُسْتَأْجَرَ لِحَقِّ لَهُ لَيْسَ لِلْمَالِكِ التَّقْضُ قَبْلَ مُضِيِّ الْمُدَّةِ بِدُونِ رِضَاهُ. فَإِنْ قِيلَ: هُوَ قَبْضٌ بِإِذْنِهِ وَمِثْلُهُ لَا يُوجِبُ الضَّمَانَ. أَجَابَ بِقَوْلِهِ وَالْإِذْنُ ثَبَتَ ضَرُورَةَ الْإِثْفَاعِ، وَالثَّابِتُ بِالضَّرُورَةِ يَتَقَدَّرُ بِقَدَرِهَا وَالضَّرُورَةُ حَالَةُ الْاسْتِعْمَالِ، فَإِنْ هَلَكْتَ فِيهَا فَلَا ضَمَانَ، وَإِنْ هَلَكْتَ فِي غَيْرِهَا لَمْ يَظْهَرْ فِيهِ الْإِذْنُ لِكَوْنِهِ وَرَاءَ الضَّرُورَةِ، وَلِهَذَا أَيُّ وَلِكَوْنِ الْإِذْنِ ضَرُورِيًّا كَانَ وَاجِبَ الرَّدِّ: يَغْنِي مُؤْتَةَ الرَّدِّ وَاجِبَةً عَلَى الْمُسْتَعِيرِ كَمَا فِي الْعَصَبِ، وَصَارَ كَالْمَقْبُوضِ عَلَى سَوَمِ الشِّرَاءِ فَإِنَّهُ وَإِنْ كَانَ بِإِذْنٍ لَكِنْ لَمَّا كَانَ قَبْضُ مَالِ غَيْرِهِ لِنَفْسِهِ لَا عَنْ اسْتِحْقَاقٍ إِذَا هَلَكَ ضَمِنْ فَكَذَا هَذَا.

وَلَمَّا أَنَّ اللَّفْظَ لَا يُنبِئُ عَنِ التَّزَامِ الضَّمَانِ: يَعْنِي أَنَّ الضَّمَانَ إِمَّا أَنْ يَجِبَ بِالْعَقْدِ أَوْ بِالْقَبْضِ أَوْ بِالْإِذْنِ، وَلَيْسَ شَيْءٌ مِنْ ذَلِكَ بِمُوجِبٍ لَهُ. أَمَّا الْعَقْدُ فَلَأَنَّ اللَّفْظَ الَّذِي يَتَعَقَّدُ بِهِ الْعَارِيَّةُ لَا يُنبِئُ عَنِ التَّزَامِ الضَّمَانِ لِأَنَّهُ لَتَمْلِكِ الْمَنَافِعِ بغيرِ عَوْضٍ أَوْ لِإِبَاحَتِهَا عَلَى اخْتِلَافِ الْقَوْلَيْنِ، وَمَا وُضِعَ لَتَمْلِكِ الْمَنَافِعِ لَا يَتَعَرَّضُ لِلْعَيْنِ حَتَّى يُوجِبَ الضَّمَانَ عِنْدَ هَلَاكِهِ. وَأَمَّا الْقَبْضُ فَإِنَّمَا يُوجِبُ الضَّمَانَ إِذَا وَقَعَ تَعَدِّيًّا وَلَيْسَ كَذَلِكَ لِكَوْنِهِ مَأْدُونًا فِيهِ، وَأَمَّا الْإِذْنُ فَلَأَنَّ إِضَافَةَ الضَّمَانِ إِلَيْهِ فَسَادٌ فِي الْوَضْعِ، لِأَنَّ إِذْنَ الْمَالِكِ فِي قَبْضِ الشَّيْءِ يَنْفِي الضَّمَانَ فَكَيْفَ يُضَافُ إِلَيْهِ (قَوْلُهُ وَالْإِذْنُ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ وَالْإِذْنُ ثَبَتَ ضَرُورَةَ الْإِثْفَاعِ فَلَا يَظْهَرُ فِيهَا وَرَاءَهُ: يَعْنِي أَنَّهُ لَمْ يَتَنَاوَلَ الْعَيْنَ فَإِنَّهُ وَرَدَ عَلَى الْمَنْفَعَةِ نَصًّا وَلَمْ يَتَعَدَّ إِلَى الْعَيْنِ.

وَتَقْرِيرُهُ الْقَوْلَ بِالْمُوجِبِ: يَعْنِي سَلَمْنَا أَنَّ الْإِذْنَ لَمْ يَكُنْ إِلَّا لَضَرُورَةِ الْإِثْفَاعِ، لَكِنَّ الْقَبْضَ أَيْضًا لَمْ يَكُنْ إِلَّا لِلْإِثْفَاعِ فَلَمْ يَكُنْ ثُمَّ تَعَدَّ وَلَا ضَمَانَ بِدُونِهِ (قَوْلُهُ وَإِنَّمَا

وَجَبَ الرَّدُّ مُؤَنَّةً جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ وَلِهَذَا كَانَ وَاجِبَ الرَّدِّ. وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ وُجُوبَ الرَّدِّ لَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ مَضْمُونٌ لَأَنَّهُ وَجَبَ لِمُؤَنَةِ الْقَبْضِ الْحَاصِلِ لِلْمُسْتَعِيرِ كَنَفَقَةِ الْمُسْتَعَارِ فَإِنَّهَا عَلَى الْمُسْتَعِيرِ، وَلَيْسَ لِنَقْدِ الْقَبْضِ لِيَدُلُّ عَلَى أَنَّ الْقَبْضَ لَا عَنْ اسْتِحْقَاقٍ فَيُوجِبُ الضَّمَانَ، بِخِلَافِ الْعَصَبِ فَإِنَّ الرَّدَّ فِيهِ وَاجِبٌ فَتَقْضَى الْقَبْضَ لِكُونِهِ بِلا إِذْنٍ، فَإِذَا لَمْ يُوجِبِ الرَّدُّ وَجَبَ الضَّمَانُ.

وَالْمَقْبُوضُ عَلَى سَوْمِ الشَّرَاءِ مَضْمُونٌ بِالْعَقْدِ؛ لِأَنَّ الْأَخْذَ فِي الْعَقْدِ لَهُ حُكْمُ الْعَقْدِ عَلَى مَا عُرِفَ فِي مَوْضِعِهِ. قَالَ (وَلَيْسَ لِلْمُسْتَعِيرِ أَنْ يُؤَاجِرَ مَا اسْتَعَارَهُ؛ فَإِنْ آجَرَهُ فَعَطِبَ ضَمِنَ)؛ لِأَنَّ الْإِعَارَةَ دُونَ الْإِجَارَةِ وَالشَّيْءُ لَا يَتَضَمَّنُ مَا هُوَ فَوْقَهُ، وَلَا نَأَى لَوْ صَحَّحْنَاهُ لَا يَصِحُّ إِلَّا لِازِمًا؛ لَأَنَّهُ حِينَئِذٍ يَكُونُ بِتَسْلِيطٍ مِنَ الْمُعِيرِ، وَفِي وَقُوعِهِ لِازِمًا زِيَادَةً ضَرَرَ بِالْمُعِيرِ لَسَدَّ بَابِ الاسْتِرْدَادِ إِلَى انْقِضَاءِ مُدَّةِ الْإِعَارَةِ فَأَبْطَلْنَاهُ، وَضَمْنَهُ حِينَ سَلَّمَهُ؛ لَأَنَّهُ إِذَا لَمْ تَتَنَاوَلْهُ الْعَارِيَةُ كَانَ غَضَبًا، وَإِنْ شَاءَ الْمُعِيرُ ضَمَّنَ الْمُسْتَأْجِرَ؛ لَأَنَّهُ قَبْضُهُ بغيرِ إِذْنِ الْمَالِكِ لِنَفْسِهِ، ثُمَّ إِنْ ضَمَّنَ الْمُسْتَعِيرُ لَا يَرْجِعُ عَلَى الْمُسْتَأْجِرِ؛ لَأَنَّهُ ظَهَرَ أَنَّهُ آجَرَهُ مِلْكَ نَفْسِهِ، وَإِنْ ضَمَّنَ الْمُسْتَأْجِرُ يَرْجِعُ عَلَى الْمُؤَاجِرِ إِذَا لَمْ يَعْلَمْ أَنَّهُ كَانَ عَارِيَةً فِي يَدِهِ دَفَعًا لَضَرَرِ الْغُرُورِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا عَلِمَ.

قَالَ (وَلَهُ أَنْ يُعِيرَهُ إِذَا كَانَ مِمَّا لَا يَخْتَلَفُ بِاخْتِلَافِ الْمُسْتَعْمِلِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَيْسَ لَهُ أَنْ يُعِيرَهُ؛ لَأَنَّهُ إِبَاحَةٌ الْمَنَافِعِ عَلَى مَا يَتَنَاوَلُ مِنْ قَبْلُ، وَالْمُبَاحُ لَهُ لَا يَمْلِكُ الْإِبَاحَةَ، وَهَذَا؛ لِأَنَّ الْمَنَافِعَ غَيْرُ قَابِلَةٍ لِلْمِلْكِ لِكُونِهَا مَعْدُومَةٌ، وَإِنَّمَا جَعَلْنَاهَا مَوْجُودَةً فِي الْإِعَارَةِ لِلضَّرُورَةِ. وَقَدْ ائْتَدَفَتْ بِالْإِبَاحَةِ هَاهُنَا. وَنَحْنُ نَقُولُ: هُوَ تَمْلِكُ الْمَنَافِعَ عَلَى مَا ذَكَرْنَا فَيَمْلِكُ الْإِعَارَةَ كَالْمَوْصَى لَهُ بِالْخِدْمَةِ، وَالْمَنَافِعُ أُعْثِرَتْ قَابِلَةٌ لِلْمِلْكِ فِي الْإِعَارَةِ فَتَجْعَلُ كَذَلِكَ فِي الْإِعَارَةِ دَفَعًا لِلْحَاجَةِ، وَإِنَّمَا لَا تَجُوزُ فِيمَا يَخْتَلَفُ بِاخْتِلَافِ الْمُسْتَعْمِلِ دَفَعًا لِمَزِيدِ الضَّرَرِ عَنِ الْمُعِيرِ؛ لَأَنَّهُ رَضِيَ بِاسْتِعْمَالِهِ لَا بِاسْتِعْمَالِ غَيْرِهِ.

قَالَ الْعَبْدُ الضَّعِيفُ: وَهَذَا إِذَا صَدَرَتْ الْإِعَارَةُ مُطْلَقَةً. وَهِيَ عَلَى أَرْبَعَةِ أَوْجُهٍ: أَحَدُهَا: أَنْ تَكُونَ مُطْلَقَةً فِي الْوَقْتِ وَالْإِنْتِفَاعِ وَلِلْمُسْتَعِيرِ فِيهِ أَنْ يَنْتَفِعَ بِهِ أَيْ نَوْعِ شَاءٍ فِي أَيْ وَقْتِ شَاءَ عَمَلًا بِالْإِطْلَاقِ. وَالثَّانِي: أَنْ تَكُونَ مُقَيَّدَةً فِيهِمَا وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُجَاوِزَ فِيهِ مَا سَمَاهُ عَمَلًا بِالنَّقْيِيدِ إِلَّا إِذَا كَانَ خِلَافًا إِلَى مِثْلِ ذَلِكَ أَوْ إِلَى خَيْرٍ مِنْهُ وَالْجَنِطَةُ مِثْلُ

الحنطة، والشعير خير من الحنطة إذا كان كيلا. والثالث: أن تكون مقيدة في حق الوقت مطلقة في حق الانتفاع. والرابع: عكسه وليس له أن يتعدى ما سماه، فلو استعار دابة ولم يسم شيئا له أن يحمل ويغير غيره للحمل؛ لأن الحمل لا يتفاوت. وله أن يركب ويركب غيره وإن كان الركوب مختلفا؛ لأنه لما أطلق فيه فله أن يعين، حتى لو ركب بنفسه ليس له أن يركب غيره؛ لأنه تعين ركوبه، ولو أركب غيره ليس له أن يركبه حتى لو فعله ضمنه؛ لأنه تعين الإركاب.

الشرح:

وقوله (والمقبوض على سؤم الشراء) جواب عن قوله وصار كالمقبوض على سؤم الشراء. وتقريره أنه ليس بمضمون بالمقبض بل بالعقد، لأن المأخوذ بالعقد له حكم العقد فصار كالمأخوذ بالعقد وهو يوجب الضمان. فإن قيل: سلمنا أن الأخذ في العقد له حكم العقد، ولكن لا عقد هاهنا.

أجيب بأن العقد وإن كان معدوما حقيقة جعل موجودا تقديرا صيانة لأموال الناس عن الضياع، إذ المالك لم يرض بخروج ملكه مجانا، ولأن المقبوض على سؤم الشراء وسيلة إليه فأقيمت مقام الحقيقة نظرا له، إلا أن الأصل في ضمان العقود هو القيمة لكونها مثلا كاملا، وإنما يصار إلى الثمن عند وجود العقد حقيقة وإذا لم يوجد صير إلى الأصل، وقوله (على ما عرف في موضعه) قيل يريد به نسخ طريقة الخلاف، وقيل كتاب الإجازات من المبسوط.

قال (وليس للمستعير أن يؤجر ما استعاره إلخ) وليس للمستعير أن يؤجر المستعار، فإن أجره فطرب ضمن لوجهين: أحدهما أن الإعارة دون الإجارة والشيء لا يتضمن ما هو فوقه. والثاني أننا لو صححناه فيما أن يكون لازما أو غير لازم، ولا سبيل إلى شيء من ذلك. أما الثاني فلأنه خلاف مقتضى الإجارة فإنه عقد لازم فأنعاده غير لازم عكس الموضوع. وأما الأول فلأنه حينئذ يكون بتسليط المعير ومن مقتضيات عقد العارية فلا يقدر على الاسترداد إلى انقضاء مدة الإجارة فيكون عقد الإعارة لازما، وهو أيضا خلاف موضوع الشرع، وفيه زيادة ضرر بالمعير فأبطلناها، وإذا كانت باطلة كان بالتسليم غاصبا فيضمن حين سلم والمعير بالخيار إن شاء ضمن المستأجر لأنه قبضه لنفسه بغير إذن المالك، وإن شاء ضمن المستعير لكونه الغاصب.

ثُمَّ إِنْ ضَمَّنَ الْمُسْتَعِيرَ لَمْ يَرْجِعْ عَلَى الْمُسْتَأْجِرِ لِأَنَّهُ ظَهَرَ أَنَّهُ آجَرَ مِلْكَ نَفْسِهِ، وَإِنْ ضَمَّنَ الْمُسْتَأْجِرَ رَجَعَ عَلَى الْمُؤَاجِرِ إِذَا لَمْ يَعْلَمْ كَوْنُهُ عَارِيَّةً فِي يَدِهِ دَفْعًا لَضَرَرِ الْغُرُورِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا عَلِمَ. وَلِلْمُسْتَعِيرِ أَنْ يُعِيرَ الْمُسْتَعَارَ إِذَا كَانَ مِمَّا لَا يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ الْمُسْتَعْمَلِ كَالْحَمَلِ وَالِاسْتِخْدَامِ وَالسُّكْنَى وَالزَّرَاعَةَ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَيْسَ لَهُ أَنْ يُعِيرَهُ لِأَنَّهَا إِبَاحَةٌ الْمَنَافِعِ عَلَى مَا مَرَّ، وَالْمُبَاحُ لَهُ لَا يَمْلِكُ الْإِبَاحَةَ. وَهَذَا أَيْ كَوْنُ الْإِعَارَةِ إِبَاحَةً لِأَنَّ الْمَنَافِعَ غَيْرُ قَابِلَةٍ لِلْمِلْكِ لِكَوْنِهَا مَعْدُومَةٌ، وَإِنَّمَا جُعِلَتْ مَوْجُودَةً فِي الْإِعَارَةِ لِلضَّرُورَةِ، وَقَدْ ائْتَفَقَتْ فِي الْإِعَارَةِ بِالْإِبَاحَةِ فَلَا يُصَارُ إِلَى التَّمْلِيكِ. وَلَنَا أَنَّهَا تَمْلِكُ الْمَنَافِعَ عَلَى مَا مَرَّ فَيَتَضَمَّنُ مِنْهُ كَالْمَوْصَى لَهُ بِالْخِدْمَةِ جَازَ أَنْ يُعِيرَ لِمَلِكِهِ الْمَنْفَعَةَ (قَوْلُهُ وَالْمَنَافِعُ أُعْتِبَتْ قَابِلَةً) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ وَالْمَنَافِعُ غَيْرُ قَابِلَةٍ لِلْمِلْكِ.

وَقَرِيرُهُ لَا تُسَلَّمُ أَنَّهَا غَيْرُ قَابِلَةٍ لِلْمِلْكِ فَإِنَّهَا تُمْلِكُ بِالْعَقْدِ كَمَا فِي الْإِعَارَةِ فَتُجْعَلُ فِي الْإِعَارَةِ كَذَلِكَ دَفْعًا لِلْحَاجَةِ وَقَدْ مَرَّ لَنَا الْكَلَامُ فِيهِ. فَإِنْ قِيلَ: لَوْ كَانَتْ تَمْلِكُ الْمَنْفَعَةَ لَمَا تَفَاوَتْ الْحُكْمُ فِي الصَّحَّةِ بَيْنَ مَا يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ الْمُسْتَعْمَلِ وَبَيْنَ مَا لَا يَخْتَلِفُ كَالْمَالِكِ.

أَجَابَ بِقَوْلِهِ (وَإِنَّمَا لَا يَجُوزُ فِيمَا يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ الْمُسْتَعْمَلِ دَفْعًا لِمَزِيدِ الضَّرَرِ عَنْ الْمُعِيرِ لِأَنَّهُ رَضِيَ بِاسْتِعْمَالِهِ لَا بِاسْتِعْمَالِ غَيْرِهِ، وَقَالَ هَذَا) أَيْ مَا ذُكِرَ مِنْ وَلَايَةِ الْإِعَارَةِ لِلْمُسْتَعِيرِ (إِذَا صَدَرَتْ الْإِعَارَةُ مُطْلَقَةً) فَوَجِبَ أَنْ يُبَيِّنَ أَقْسَامَهَا فَقَالَ (وَهِيَ عَلَى أَرْبَعَةٍ أَوْجُهٍ) وَهِيَ قِسْمَةٌ عَقْلِيَّةٌ (أَحَدُهَا أَنْ تَكُونَ مُطْلَقَةً فِي الْوَقْتِ وَالِاتِّفَاعِ. وَالثَّانِي أَنْ تَكُونَ مُقَيَّدَةً فِيهِمَا. وَالثَّالِثُ أَنْ تَكُونَ مُقَيَّدَةً فِي حَقِّ الْوَقْتِ مُطْلَقَةً فِي حَقِّ الْإِتِّفَاعِ. وَالرَّابِعُ بِالْعَكْسِ) فَلِلْمُسْتَعِيرِ فِي الْأَوَّلِ أَنْ يَتَنَفَّعَ بِهِ أَيْ نَوْعَ شَاءَ فِي أَيْ وَقْتٍ شَاءَ عَمَلًا بِالْإِطْلَاقِ. وَفِي الثَّانِي لَيْسَ لَهُ أَنْ يُجَاوِزَ فِيهِ مَا سَمَّاهُ مِنَ الْوَقْتِ وَالْمَنْفَعَةِ (إِلَّا إِذَا كَانَ خِلَافًا إِلَى مِثْلِ ذَلِكَ) كَمَنْ اسْتَعَارَ دَابَّةً لِيَحْمِلَ عَلَيْهَا قَفِيرًا مِنْ هَذِهِ الْحِنْطَةِ فَحَمَلَهَا قَفِيرًا مِنْ حِنْطَةٍ أُخْرَى (أَوْ إِلَى خَيْرٍ مِنْهُ) كَمَا إِذَا حَمَلَ مِثْلَ ذَلِكَ شَعِيرًا اسْتَحْسَنَانَا.

وَفِي الْقِيَاسِ يَضْمَنُ لِأَنَّهُ مُخَالَفٌ، فَإِنَّ عِنْدَ اخْتِلَافِ الْجِنْسِ لَا تُعْتَبَرُ الْمَنْفَعَةُ وَالضَّرَرُ، أَلَا تَرَى أَنَّ الْوَكِيلَ بِالْبَيْعِ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ إِذَا بَاعَ بِأَلْفِ دِينَارٍ لَمْ يَنْفَذْ بَيْنَهُ. وَجْهُ الْاسْتِحْسَانِ أَنَّهُ لَا فَائِدَةَ لِلْمَالِكِ فِي تَعْيِينِ الْحِنْطَةِ، إِذْ مَقْصُودُهُ دَفْعُ زِيَادَةِ الضَّرَرِ عَنْ

دَابَّتْهُ، وَمِثْلُ كَيْلِ الْحِنْطَةِ مِنَ الشَّعِيرِ أَخْفُ عَلَى الدَّابَّةِ وَالتَّفِيدِ إِنَّمَا يُعْتَبَرُ إِذَا كَانَ مُفِيدًا (وَفِي الثَّلَاثِ وَالرَّابِعِ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَتَعَدَّى مَا سَمَّاهُ مِنَ الْوَقْتِ وَالنَّوْعِ) وَعَلَى هَذَا (فَلَوْ) اسْتَعَارَ دَابَّةً وَلَمْ يُسَمَّ شَيْئًا لَهُ أَنْ يُحْمَلَ وَيُعِيرَ غَيْرَهُ لِلْحَمْلِ لِأَنَّ الْحَمْلَ لَا يَتَفَاوَتُ. وَلَهُ أَنْ يَرْكَبَ وَيُرَكَّبَ غَيْرُهُ وَإِنْ كَانَ الرُّكُوبُ مُخْتَلَفًا، لِأَنَّهُ لَمَّا أُطْلِقَ كَانَ لَهُ التَّعْيِينُ، حَتَّى لَوْ رَكِبَ بِنَفْسِهِ تَعَيَّنَ الرُّكُوبُ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُرَكَّبَ غَيْرُهُ وَبِالْعَكْسِ كَذَلِكَ، فَلَوْ فَعَلَهُ ضَمِنَ لَتَعْيِينِ الرُّكُوبِ فِي الْأَوَّلِ وَالْإِرْكَابِ فِي الثَّانِي) وَهَذَا الَّذِي ذَكَرَهُ اخْتِيَارُ فَخْرِ الْإِسْلَامِ. وَقَالَ: غَيْرُهُ: لَهُ أَنْ يَرْكَبَ بَعْدَ الْإِرْكَابِ وَيُرَكَّبَ بَعْدَ الرُّكُوبِ، وَهُوَ اخْتِيَارُ شَمْسِ الْأُئِمَّةِ السَّرْحَسِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ وَشَيْخِ الْإِسْلَامِ.

قَالَ: (وَعَارِيَةُ الدَّرَاهِمِ وَالْذَّنَانِيرِ وَالْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ وَالْمَعْدُودِ قَرْضٌ)؛ لِأَنَّ الْإِعَارَةَ تَمْلِكُ الْمَنَافِعَ، وَلَا يُمَكِّنُ الْاِئْتِفَاعُ بِهَا إِلَّا بِاسْتِهْلَاكِ عَيْنِهَا فَاهْتَضَى تَمْلِكُ الْعَيْنِ ضَرُورَةً وَذَلِكَ بِالْهَبَةِ أَوْ بِالْقَرْضِ وَالْقَرْضُ أَذْنَاهُمَا فَيُثَبِتُ. أَوْ؛ لِأَنَّ مِنْ قَضِيَّةِ الْإِعَارَةِ الْاِئْتِفَاعُ وَرَدُّ الْعَيْنِ فَأَقِيمَ رَدُّ الْمِثْلِ مَقَامَهُ. قَالُوا: هَذَا إِذَا أُطْلِقَ الْإِعَارَةُ.

الشرح:

قَالَ (وَعَارِيَةُ الدَّرَاهِمِ وَالْذَّنَانِيرِ وَالْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ وَالْمَعْدُودِ قَرْضٌ إلخ) إِذَا اسْتَعَارَ الدَّرَاهِمَ فَقَالَ لَهُ أَعَرْتُكَ دَرَاهِمِي هَذِهِ كَانَ بِمَنْزِلَةِ أَنْ يَقُولَ أَقْرَضْتُكَ، وَكَذَلِكَ كُلُّ مَكِيلٍ وَمَوْزُونٍ وَمَعْدُودٍ لِأَنَّ الْإِعَارَةَ تَمْلِكُ الْمَنَفْعَةَ، وَلَا يُمَكِّنُ الْاِئْتِفَاعُ بِهَا إِلَّا بِاسْتِهْلَاكِ عَيْنِهَا، فَكَانَ ذَلِكَ تَمْلِكًا لِلْعَيْنِ اقْتِضَاءً، وَتَمْلِكُ الْعَيْنُ إِمَّا بِالْهَبَةِ أَوْ بِالْقَرْضِ، وَالْقَرْضُ أَذْنَاهُمَا لِكَوْنِهِ مُتَيَقِّنًا بِهِ. قِيلَ لِأَنَّهُ أَقْلُ ضَرَرًا عَلَى الْمُعْطِي لِأَنَّهُ يُوجِبُ رَدَّ الْمِثْلِ، وَمَا هُوَ أَقْلُ ضَرَرًا فَهُوَ الثَّابِتُ بَقِيَّتِنَا، وَلِأَنَّ مِنْ قَضِيَّةِ الْإِعَارَةِ الْاِئْتِفَاعُ وَرَدُّ الْعَيْنِ وَقَدْ عَجَزَ عَنْ رَدِّهِ فَأَقِيمَ رَدُّ الْمِثْلِ مَقَامَهُ. قَالَ الْمَشَايخُ: هَذَا إِذَا أُطْلِقَ الْإِعَارَةُ.

وَأَمَّا إِذَا عَيَّنَ الْجِهَةَ بِأَنْ اسْتَعَارَ دَرَاهِمَ لِبُعَايَرٍ بِهَا مِيزَانًا أَوْ يُزَيْنَ بِهَا دُكَّانًا لَمْ يَكُنْ قَرْضًا وَلَمْ يَكُنْ لَهُ إِلَّا الْمَنَفْعَةُ الْمُسَمَّاءُ، وَصَارَ كَمَا إِذَا اسْتَعَارَ أَنْيَةً يَتَجَمَّلُ بِهَا أَوْ سَيْفًا مُحَلًى يَتَقَلَّدُهُ.

الشرح:

وَأَمَّا إِذَا عَيَّنَ الْجِهَةَ بِأَنْ اسْتَعَارَ دَرَاهِمَ لِبُعَايَرٍ بِهَا مِيزَانًا أَوْ يُزَيْنَ بِهَا دُكَّانًا لَمْ

يَكُنْ قَرْضًا وَلَمْ يَكُنْ لَهُ إِلَّا الْمَنْفَعَةُ الْمُسَمَّاةُ، فَصَارَ كَمَا إِذَا اسْتَعَارَ آتِيَةً لِيَتَجَمَّلَ بِهَا أَوْ سَيْفًا مُحَلًى يَتَقَلَّدُهُ، يُقَالُ عَايَرْتُ الْمَكَائِلَ أَوْ الْمَوَازِينَ إِذَا قَايَسْتَهَا، وَالْعِيَارُ الْمِيعَارُ الَّذِي يُقَاسُ بِهِ غَيْرُهُ وَيُسَوَّى

قَالَ (وَإِذَا اسْتَعَارَ أَرْضًا لِيَبْنِيَ فِيهَا أَوْ لِيَغْرِسَ فِيهَا جَازَ وَلِلْمُعِيرِ أَنْ يَرْجِعَ فِيهَا وَيُكَلِّفَهُ قَلَعَ الْبِنَاءِ وَالْغَرْسِ) أَمَّا الرَّجُوعُ فَلَمَّا بَيَّنَّا، وَأَمَّا الْجَوَازُ فَلَأَنَّهَا مَنْفَعَةٌ مَعْلُومَةٌ تُمْلِكُ بِالْإِجَارَةِ فَكَذَا بِالْإِعَارَةِ. وَإِذَا صَحَّ الرَّجُوعُ بَقِيَ الْمُسْتَعِيرُ شَاغِلًا أَرْضَ الْمُعِيرِ فَيُكَلِّفُ تَفْرِيعَهَا، ثُمَّ إِنْ لَمْ يَكُنْ وَقَّتِ الْعَارِيَّةُ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّ الْمُسْتَعِيرَ مُغْتَرٌّ غَيْرُ مَغْرُورٍ حَيْثُ اعْتَمَدَ إِطْلَاقَ الْعَقْدِ مِنْ غَيْرِ أَنْ يَسْبِقَ مِنْهُ الْوَعْدُ وَإِنْ كَانَ وَقَّتِ الْعَارِيَّةُ وَرَجَعَ قَبْلَ الْوَقْتِ صَحَّ رُجُوعُهُ لَمَّا ذَكَرْنَاهُ وَلَكِنَّهُ يُكْرَهُ لَمَّا فِيهِ مِنْ خُلْفِ الْوَعْدِ (وَضَمِنَ الْمُعِيرُ مَا نَقَصَ الْبِنَاءُ وَالْغَرْسُ بِالْقَلْعِ)؛ لِأَنَّهُ مَغْرُورٌ مِنْ جِهَتِهِ حَيْثُ وَقَّتَ لَهُ، وَالظَّاهِرُ هُوَ الْوَفَاءُ بِالْعَهْدِ وَيَرْجِعُ عَلَيْهِ دَفْعًا لِلضَّرَرِّ عَنْ نَفْسِهِ. كَذَا ذَكَرَهُ الْقُدُورِيُّ فِي الْمُخْتَصَرِّ وَذَكَرَ الْحَاكِمُ الشَّهِيدُ أَنَّهُ يَضْمَنُ رَبُّ الْأَرْضِ لِلْمُسْتَعِيرِ قِيَمَةَ غَرْسِهِ وَبِنَائِهِ وَيَكُونَانِ لَهُ، إِلَّا أَنْ يَشَاءَ الْمُسْتَعِيرُ أَنْ يَرْفَعَهُمَا وَلَا يَضْمَنَهُ قِيَمَتَهُمَا فَيَكُونُ لَهُ ذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ مِلْكُهُ. قَالُوا: إِذَا كَانَ فِي الْقَلْعِ ضَرَرٌّ بِالْأَرْضِ فَالْخِيَارُ إِلَى رَبِّ الْأَرْضِ؛ لِأَنَّهُ صَاحِبُ أَصْلِ وَالْمُسْتَعِيرُ صَاحِبُ تَبَعٍ وَالتَّرْجِيحُ بِالْأَصْلِ، وَلَوْ اسْتَعَارَهَا لِيَزْرَعَهَا لَمْ تُؤْخَذَ مِنْهُ حَتَّى يَحْصِدَ الزَّرْعَ وَقَّتَ أَوْ لَمْ يُوقَّتْ؛ لِأَنَّ لَهُ نِهَايَةً مَعْلُومَةً، وَفِي التَّرْكِ مِرَاعَاةَ الْحَقِيقِ، بِخِلَافِ الْغَرْسِ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ لَهُ نِهَايَةً مَعْلُومَةً فَيُقْلَعُ دَفْعًا لِلضَّرَرِّ عَنِ الْمَالِكِ.

الشرح:

وَإِذَا اسْتَعَارَ أَرْضًا لِلْبِنَاءِ وَالْغَرْسِ جَازَ وَلِلْمُعِيرِ الرَّجُوعُ فِيهَا وَتَكْلِيفُ قَلَعَ الْبِنَاءِ وَالْغَرْسِ. أَمَّا الْجَوَازُ فَلَأَنَّ هَذِهِ الْمَنْفَعَةَ مَعْلُومَةٌ تُمْلِكُ بِالْإِجَارَةِ فَكَذَا بِالْإِعَارَةِ دَفْعًا لِلْحَاجَةِ. وَأَمَّا الرَّجُوعُ فَلَمَّا بَيَّنَّا، يَعْنِي بِهِ قَوْلُهُ وَلِلْمُعِيرِ أَنْ يَرْجِعَ فِي الْعَارِيَّةِ مَتَى شَاءَ لِقَوْلِهِ ﷺ «الْمَنْحَةُ مَرْدُودَةٌ وَالْعَارِيَّةُ مُؤَدَّاةٌ» وَأَمَّا التَّكْلِيفُ فَلَأَنَّ الرَّجُوعَ إِذَا كَانَ صَحِيحًا بَقِيَ الْمُسْتَعِيرُ شَاغِلًا أَرْضَ الْمُعِيرِ فَيُكَلِّفُ تَفْرِيعَهَا، ثُمَّ إِنْ الْمُعِيرَ إِمَّا أَنْ وَقَّتِ الْعَارِيَّةُ أَوْ لَمْ يُوقَّتْ، فَإِنْ لَمْ يُوقَّتْ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ لِأَنَّ الْمُسْتَعِيرَ مُغْتَرٌّ غَيْرُ مَغْرُورٍ مِنْ جَانِبِ الْمُعِيرِ حَيْثُ اعْتَمَدَ إِطْلَاقَ الْعَقْدِ وَظَنَّ أَنَّهُ يَتْرُكُهَا فِي يَدِهِ مُدَّةً طَوِيلَةً مِنْ غَيْرِ أَنْ

يَسْبِقُ مِنْهُ الْوَعْدُ، وَإِنْ كَانَ وَقْتُ الْعَارِيَةِ فَيَرْجِعُ قَبْلَ الْوَقْتِ صَحَّ لَمَّا ذَكَّرْنَا، وَلَكِنْ يُكْرَهُ لَمَّا فِيهِ مِنْ خُلْفِ الْوَعْدِ وَضَمِنَ الْمُعِيرُ مَا نَقَصَ الْبِنَاءُ وَالْعَرْسُ بِالْقَلْعِ لِأَنَّهُ مَعْرُورٌ مِنْ جِهَتِهِ حَيْثُ وَقَّتْ لَهُ، إِذَا الظَّاهِرُ الْوَفَاءُ بِالْعَهْدِ وَالْمَعْرُورُ يَرْجِعُ عَلَى الْغَارِّ دَفْعًا لِلضَّرَرِ عَنْ نَفْسِهِ.

فَإِنْ قِيلَ: الْعُرُورُ الْمَوْجِبُ لِلضَّمَانِ هُوَ مَا كَانَ فِي ضِمْنِ عَقْدِ الْمَعَاوَضَةِ كَمَا مَرَّ وَالْإِعَارَةُ لَيْسَتْ كَذَلِكَ. أُجِيبَ بِأَنَّ التَّوَقُّيْتَ مِنَ الْمُعِيرِ التِّزَامُ مِنْهُ لِقِيَمَةِ الْبِنَاءِ وَالْعَرْسِ إِنْ أَرَادَ إِخْرَاجَهُ قَبْلَ ذَلِكَ الْوَقْتِ مَعْنَى. وَتَقْرِيرُ كَلَامِهِ ابْنٌ فِي هَذِهِ الْأَرْضِ بِنَفْسِكَ عَلَى أَنْ أُنْزِلَهَا فِي يَدِكَ إِلَى مُدَّةٍ كَذَا، فَإِنْ لَمْ أُنْزِلْهَا فَأَنَا ضَامِنٌ لَكَ بِقَرِينَةِ حَالِهِ، وَذَلِكَ لِأَنَّ كَلَامَ الْعَاقِلِ مَحْمُولٌ عَلَى الْفَائِدَةِ مَا أُمَكِّنَ، وَحَيْثُ كَانَتْ الْإِعَارَةُ بِدُونِ التَّوَقُّيْتَ صَحِيحَةً شَرْعًا لَا بُدَّ مِنْ فَائِدَةٍ لَذِكْرِ الْوَقْتِ وَذَلِكَ مَا قُلْنَا. وَوَجْهُ قَوْلِهِ مَا نَقَصَ الْبِنَاءُ وَالْعَرْسُ أَنْ يَنْظُرُكُمْ تَكُونُ قِيَمَةُ الْبِنَاءِ وَالْعَرْسِ إِذَا بَقِيَ إِلَى الْمُدَّةِ الْمَضْرُوبَةِ فَيُضْمَنُ مَا نَقَصَ مِنْ قِيَمَتِهِ: يَعْنِي إِذَا كَانَتْ قِيَمَةُ الْبِنَاءِ إِلَى الْمُدَّةِ الْمَضْرُوبَةِ عَشْرَةَ دَنَانِيرَ مَثَلًا، وَإِذَا قَلَعَ فِي الْحَالِ تَكُونُ قِيَمَةُ النُّقْصِ دِينَارَيْنِ يَرْجِعُ بِهِمَا، كَذَا ذَكَرَهُ الْقُدُورِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ يُرِيدُ بِهِ ضَمَانَ مَا نَقَصَ.

وَذَكَرَ الْحَاكِمُ الشَّهِيدُ أَنَّ الْمُعِيرَ يُضْمَنُ الْمُسْتَعِيرَ قِيَمَةَ غَرْسِهِ وَبِنَائِهِ فَيَكُونَانِ لَهُ، إِلَّا أَنْ يَشَاءَ الْمُسْتَعِيرُ أَنْ يَرْفَعَهُمَا وَلَا يُضْمَنَهُ قِيَمَتُهُمَا فَلَهُ ذَلِكَ لِأَنَّهُ مِلْكُهُ. قَالُوا: يَعْنِي الْمَشَايخُ إِذَا كَانَ بِالْأَرْضِ ضَرَرٌ بِالْقَلْعِ فَالْخِيَارُ إِلَى رَبِّ الْأَرْضِ لِأَنَّهُ صَاحِبُ أَصْلِ وَالْمُسْتَعِيرُ صَاحِبُ تَبَعٍ وَالتَّرْجِيحُ بِالْأَصْلِ. قِيلَ مَعْنَى كَلَامِهِ هَذَا أَنَّ مَا قَالَ الْقُدُورِيُّ إِنَّ الْمُعِيرَ يُضْمَنُ نُقْصَانَ الْبِنَاءِ وَالْعَرْسِ مَحْمُولٌ عَلَى مَا إِذَا لَمْ يَلْحَقِ الْأَرْضُ بِالْقَلْعِ ضَرَرٌ، أَمَّا إِذَا لَحِقَ فَالْخِيَارُ فِي الْإِنْبَاءِ بِالْقِيَمَةِ مَقْلُوعًا وَتَكْلِيفُ الْقَلْعِ وَضَمَانُ النُّقْصَانِ إِلَى صَاحِبِ الْأَرْضِ وَهُوَ ظَاهِرٌ، وَيَجُوزُ أَنْ يَتَعَلَّقَ بِقَوْلِ الْحَاكِمِ الشَّهِيدِ: وَمَعْنَاهُ أَنَّ الْمُسْتَعِيرَ إِنَّمَا يَتِمَكَّنُ مِنَ الْقَلْعِ وَتَرْكِ الضَّمَانِ إِذَا لَمْ تَضُرَّرْ الْأَرْضُ بِالْقَلْعِ، وَأَمَّا إِذَا تَضُرَّرَتْ فَالْخِيَارُ لِرَبِّ الْأَرْضِ وَهُوَ الْأُظْهَرُ.

وَلَوْ اسْتَعَارَهَا لِيَزْرَعَهَا لَمْ تُؤْخَذْ مِنْهُ حَتَّى يُخْصَدَ الزَّرْعُ بَلْ تُتْرَكُ فِي يَدِهِ بِطَرِيقِ الْإِجَارَةِ بِأَجْرِ الْمِثْلِ وَقْتُ أَوْ لَمْ يُوقَّتْ، لِأَنَّ الزَّرْعَ لَهُ نِهَآيَةٌ مَعْلُومَةٌ، وَفِي التَّرْكِ مُرَاعَاةُ

الْحَقِيقِينَ، فَإِنَّهُ لَمَّا كَانَ التَّرْكُ بِأَجْرٍ لَمْ تَنْفُتْ مَنْفَعَةُ أَرْضِهِ مَجَانًا وَلَا زَرْعُ الْآخَرِ، بِخِلَافِ الْغَرَسِ لِأَنَّهُ لَيْسَ لَهُ نِهَآيَةٌ مَعْلُومَةٌ فَيَقْلَعُ دَفْعًا لِلضَّرَرِ عَنِ الْمَالِكِ.

قَالَ (وَأَجْرَةُ رَدِّ الْعَارِيَّةِ عَلَى الْمُسْتَعِيرِ؛ لِأَنَّ الرَّدَّ وَاجِبٌ عَلَيْهِ لَمَّا أَنَّهُ قَبَضَهُ لِمَنْفَعَتِهِ نَفْسِهِ وَالْأَجْرَةُ مُؤَنَّةٌ الرَّدِّ فَتَكُونُ عَلَيْهِ (وَأَجْرَةُ رَدِّ الْعَيْنِ الْمُسْتَأْجَرَةِ عَلَى الْمُؤْجَرِ) لِأَنَّ الْوَاجِبَ عَلَى الْمُسْتَأْجَرِ التَّمْكِينُ وَالتَّخْلِيَةُ دُونَ الرَّدِّ، فَإِنَّ مَنْفَعَتَهُ قَبَضَهُ سَالِمَةً لِلْمُؤْجَرِ مَعْنَى فَلَا يَكُونُ عَلَيْهِ مُؤَنَّةٌ رَدِّهِ (وَأَجْرَةُ رَدِّ الْعَيْنِ الْمَفْصُولَةِ عَلَى الْغَاصِبِ)؛ لِأَنَّ الْوَاجِبَ عَلَيْهِ الرَّدُّ وَالْإِعَادَةُ إِلَى يَدِ الْمَالِكِ دَفْعًا لِلضَّرَرِ عَنْهُ فَتَكُونُ مُؤَنَّتُهُ عَلَيْهِ.

الشرح:

قَالَ (وَأَجْرَةُ رَدِّ الْعَارِيَّةِ عَلَى الْمُسْتَعِيرِ إلخ) أَجْرَةُ رَدِّ الْعَارِيَّةِ عَلَى الْمُسْتَعِيرِ وَأَجْرَةُ رَدِّ الْعَيْنِ الْمُسْتَأْجَرَةِ عَلَى الْمُؤْجَرِ، وَذَلِكَ لِأَنَّ الْأَجْرَ مُؤَنَّةُ الرَّدِّ، فَمَنْ وَجَبَ عَلَيْهِ الرَّدُّ وَجَبَ أَجْرُهُ، وَالرَّدُّ فِي الْعَارِيَّةِ وَاجِبٌ عَلَى الْمُسْتَعِيرِ لِأَنَّهُ قَبَضَهُ لِمَنْفَعَتِهِ نَفْسِهِ، وَالْغَرْمُ بِإِزَاءِ الْغَنَمِ، وَفِي الْإِجَارَةِ لَيْسَ الرَّدُّ وَاجِبًا عَلَى الْمُسْتَأْجَرِ، وَإِنَّمَا الْوَاجِبُ عَلَيْهِ التَّمْكِينُ وَالتَّخْلِيَةُ لِأَنَّ مَنْفَعَتَهُ قَبَضَهُ سَالِمَةً لِلْمُؤْجَرِ مَعْنَى فَيَكُونُ عَلَيْهِ مُؤَنَّةٌ رَدِّهِ لَمَّا ذَكَرْنَا، وَلَا يُعَارِضُ بَأَنَّ الْمُسْتَأْجَرَ قَدْ اِنْتَفَعَ بِمَنَافِعِ الْعَيْنِ الْمُسْتَأْجَرَةِ لِأَنَّ مَنْفَعَةَ الْآجَرِ عَيْنٌ وَمَنْفَعَةُ الْمُسْتَأْجَرِ مَنْفَعَةٌ، وَالْعَيْنُ لِكُونِهِ مَتَّبِعًا أَوَّلَى مِنَ الْمَنْفَعَةِ، وَعَلَى هَذَا كَانَ أَجْرَةُ رَدِّ الْمَغْصُوبِ عَلَى الْغَاصِبِ لِأَنَّ الْوَاجِبَ عَلَيْهِ الرَّدُّ دَفْعًا لِلضَّرَرِ عَنِ الْمَالِكِ فَتَكُونُ الْمُؤَنَّةُ عَلَيْهِ.

قَالَ: (وَإِذَا اسْتَعَارَ دَابَّةً فَرَدَّهَا إِلَى إِصْطَبَلٍ مَالِكِهَا فَهَلَكَتْ لَمْ يَضْمَنْ) وَهَذَا اسْتِحْسَانٌ، وَفِي الْقِيَاسِ يَضْمَنْ؛ لِأَنَّهُ مَا رَدَّهَا إِلَى مَالِكِهَا بَلْ ضَيَعَهَا. وَجَهُ الْاسْتِحْسَانِ أَنَّهُ أَتَى بِالتَّسْلِيمِ الْمُتَعَارَفِ؛ لِأَنَّ رَدَّ الْعَوَارِي إِلَى دَارِ الْمَلِكِ مُعْتَادٌ كَالْتِ الْبَيْتِ، وَلَوْ رَدَّهَا إِلَى الْمَالِكِ فَأَمَّا لَكَ يَرُدُّهَا إِلَى الْمَرِيضِ.

الشرح:

وَمَنْ اسْتَعَارَ دَابَّةً وَرَدَّهَا إِلَى إِصْطَبَلٍ مَالِكِهَا فَهَلَكَتْ لَمْ يَضْمَنْ، وَفِي الْقِيَاسِ هُوَ ضَامِنٌ لِأَنَّهُ تَضَيُّعٌ لَا رَدُّ، وَصَارَ كَرَدِّ الْمَغْصُوبِ أَوْ الْوَدِيعَةِ إِلَى دَارِ الْمَالِكِ مِنْ غَيْرِ تَسْلِيمٍ إِلَيْهِ، لِأَنَّ الْوَاجِبَ عَلَى الْغَاصِبِ فَسْخُ فِعْلِهِ وَذَلِكَ بِالرَّدِّ إِلَى الْمَالِكِ دُونَ غَيْرِهِ،

وَعَلَى الْمُوَدَّعِ الرُّدُّ إِلَى الْمَالِكِ لَا إِلَى دَارِهِ وَمَنْ فِي عِيَالِهِ، لِأَنَّهُ لَوْ ارْتَضَى بِالرُّدِّ إِلَى عِيَالِهِ لَمَا أَوْدَعَهَا إِيَّاهُ. وَجَهُ الْأَسْتِحْسَانِ أَنَّ فِي الْعَارِيَةِ عُرْفًا لَيْسَ فِي غَيْرِهَا، وَهُوَ أَنَّ رَدَّ الْعَوَارِي إِلَى دَارِ الْمَالِكِ مُعْتَادٌ كَالَّةِ الْبَيْتِ، فَإِنَّهُ لَوْ رَدَّهَا إِلَى الْمَالِكِ لَرَدَّهَا الْمَالِكُ إِلَى الْمَرْبِطِ.

(وَأِنْ اسْتَعَارَ عَبْدًا فَرَدَّهُ إِلَى دَارِ الْمَالِكِ وَلَمْ يُسَلِّمْهُ إِلَيْهِ لَمْ يَضْمَنْ) لَمَّا بَيَّنَّا (وَلَوْ رَدَّ الْمَغْضُوبَ أَوْ الْوَدِيعَةَ إِلَى دَارِ الْمَالِكِ وَلَمْ يُسَلِّمْهُ إِلَيْهِ ضَمِنْ)؛ لِأَنَّ الْوَاجِبَ عَلَى الْغَاصِبِ فَسْخُ فِعْلِهِ، وَذَلِكَ بِالرُّدِّ إِلَى الْمَالِكِ دُونَ غَيْرِهِ، الْوَدِيعَةُ لَا يَرْضَى الْمَالِكُ بِرَدِّهَا إِلَى الدَّارِ وَلَا إِلَى يَدِ مَنْ فِي الْعِيَالِ؛ لِأَنَّهُ لَوْ ارْتَضَاهُ لَمَا أَوْدَعَهَا إِيَّاهُ، بِخِلَافِ الْعَوَارِي؛ لِأَنَّ فِيهَا عُرْفًا، حَتَّى لَوْ كَانَتْ الْعَارِيَةُ عَقْدَ جَوْهَرٍ لَمْ يَرُدَّهَا إِلَّا إِلَى الْمَعِيرِ؛ لِعَدَمِ مَا ذَكَرْنَاهُ مِنَ الْعُرْفِ فِيهِ.

الشرح:

وَعَلَى هَذَا إِذَا اسْتَعَارَ عَبْدًا فَرَدَّهُ إِلَى دَارِ الْمَالِكِ وَلَمْ يُسَلِّمْهُ إِلَيْهِ لَمْ يَضْمَنْ، وَلَوْ اسْتَعَارَ عَقْدَ لُؤْلُؤٍ لَمْ يَرُدَّهُ إِلَّا إِلَى الْمَعِيرِ لِلْعُرْفِ فِي الْأَوَّلِ وَعَدَمِهِ فِي الثَّانِي.

قَالَ: (وَمَنْ اسْتَعَارَ دَابَّةً فَرَدَّهَا مَعَ عَبْدِهِ أَوْ أَجِيرِهِ لَمْ يَضْمَنْ) وَالْمُرَادُ بِالْأَجِيرِ أَنْ يَكُونَ مُسَانَّهُةً أَوْ مُشَاهِرَةً؛ لِأَنَّهَُا أَمَانَةٌ، وَلَهُ أَنْ يَحْفَظَهَا بِيَدِ مَنْ فِي عِيَالِهِ كَمَا فِي الْوَدِيعَةِ، بِخِلَافِ الْأَجِيرِ مَيَاوَمَةً؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ فِي عِيَالِهِ. (وَكَذَا إِذَا رَدَّهَا مَعَ عَبْدٍ رَبِّ الدَّابَّةِ أَوْ أَجِيرِهِ)؛ لِأَنَّ الْمَالِكَ يَرْضَى بِهِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ رَدَّهُ إِلَيْهِ فَهُوَ يَرُدُّهُ إِلَى عَبْدِهِ، وَقِيلَ هَذَا فِي الْعَبْدِ الَّذِي يَقُومُ عَلَى الدَّوَابِّ، وَقِيلَ فِيهِ وَفِي غَيْرِهِ وَهُوَ الْأَصَحُّ؛ لِأَنَّهُ إِنْ كَانَ لَا يُدْفَعُ إِلَيْهِ دَائِمًا يُدْفَعُ إِلَيْهِ أَحْيَانًا (وَأِنْ رَدَّهَا مَعَ أَجْنَبِيٍّ ضَمِنْ) وَذَلِكَ الْمَسْأَلَةُ عَلَى أَنَّ الْمُسْتَعِيرَ لَا يَمْلِكُ الْإِيذَاعَ قَصْدًا كَمَا قَالَهُ بَعْضُ الْمَشَايِخِ، وَقَالَ بَعْضُهُمْ: يَمْلِكُهُ لِأَنَّهُ دُونَ الْإِعَارَةِ، وَأَوَّلُوا هَذِهِ الْمَسْأَلَةَ بِإِنْهَاءِ الْإِعَارَةِ لَانْقِضَاءِ الْمُدَّةِ.

الشرح:

وَمَنْ اسْتَعَارَ دَابَّةً فَرَدَّهَا مَعَ مَنْ فِي عِيَالِهِ كَعَبْدِهِ وَأَجِيرِهِ مُسَانَّهُةً أَوْ مُشَاهِرَةً فَهُوَ صَحِيحٌ لِأَنَّهَُا أَمَانَةٌ وَلَهُ حِفْظُهَا عَلَى يَدِهِمْ كَمَا فِي الْوَدِيعَةِ، وَكَذَا إِذَا رَدَّهَا مَعَ عَبْدٍ رَبِّ الدَّابَّةِ أَوْ أَجِيرِهِ لَوْجُودِ الرِّضَا بِهِ مِنَ الْمَالِكِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ رَدَّهَا إِلَيْهِ فَهُوَ يَرُدُّهَا إِلَى عَبْدِهِ. وَاخْتَلَفُوا فِي اشْتِرَاطِ كَوْنِ هَذَا الْعَبْدِ مِمَّنْ يَقُومُ عَلَى الدَّوَابِّ فَقِيلَ بِهِ، وَقِيلَ هُوَ

وغيره سواءً، وهو الأصح لوجود الدفع إليه في الجملة وإن ردها مع أجنبي ضمن، ودلت هذه المسألة على أن المستعير لا يملك الإيداع قصداً كما قال بعض المشايخ وهو الكرخي.

ومن قال بأنه يملك الإيداع وهو مشايخ العراق أولوا هذه المسألة بانتهاج الإعارة لا قضاء مدتها فكان إذ ذاك مودعاً وليس له أن يودع غيره، فإذا أودعه وفارقه ضمن بالاتفاق كما تقدم، وباقى كلامه ظاهر لا يحتاج إلى شرح.

قال: (ومن أعار أرضاً بيضاء للزراعة يكتب إنك أطعمتني عند أبي حنيفة رحمه الله وقال: يكتب إنك أمرتني)؛ لأن لفظة الإعارة موضوعة له والكتابة بالموضوع له أولى كما في إعاره الدار. وله أن لفظة الإطعام أدل على المراد؛ لأنها تخص الزراعة والإعارة تنتظمها وغيرها كالبناء ونحوه فكانت الكتابة بها أولى، بخلاف الدار؛ لأنها لا تعار إلا للسكنى، والله أعلم بالصواب.

كتاب الهبة

الهِبَةُ عَقْدٌ مَشْرُوعٌ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «تَهَادُوا تَحَابُّوا»^(١) وَعَلَى ذَلِكَ انْعَقَدَ الإِجْمَاعُ (وَتَصِحُّ بِالِإِجْبَابِ وَالْقَبُولِ وَالْقَبْضِ) أَمَّا الإِجْبَابُ وَالْقَبُولُ فَلَأَنَّهُ عَقْدٌ، وَالْعَقْدُ يَنْعَقَدُ بِالِإِجْبَابِ، وَالْقَبُولِ، وَالْقَبْضُ لَا بُدَّ مِنْهُ لثُبُوتِ الْمَلِكِ وَقَالَ مَالِكٌ: يَثْبُتُ الْمَلِكُ فِيهِ قَبْلَ الْقَبْضِ اعْتِبَارًا بِالْبَيْعِ، وَعَلَى هَذَا الْخِلَافِ الصَّدَقَةُ. وَلَنَا قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «لَا تَجُوزُ الْهَبَةُ إِلَّا مَقْبُوضَةً»^(٢) وَالْمُرَادُ نَفْيُ الْمَلِكِ، لَأَنَّ الْجَوَازَ بِدُونِهِ ثَابِتٌ، وَلَأَنَّهُ عَقْدٌ تَبَرُّعٌ، وَفِي إِثْبَاتِ الْمَلِكِ قَبْلَ الْقَبْضِ إِلْزَامُ الْمُتَبَرِّعِ شَيْئًا لَمْ يَتَبَرَّعْ بِهِ، وَهُوَ التَّسْلِيمُ فَلَا يَصِحُّ، بِخِلَافِ الْوَصِيَّةِ؛ لَأَنَّ أَوَانَ ثُبُوتِ الْمَلِكِ فِيهَا بَعْدَ الْمَوْتِ وَلَا إِلْزَامَ عَلَى الْمُتَبَرِّعِ؛ لِعَدَمِ أَهْلِيَّةِ الزُّرُومِ، وَحَقُّ الْوَارِثِ مُتَأَخِّرٌ عَنِ الْوَصِيَّةِ فَلَمْ يَمْلِكْهَا.

الشرح:

(كِتَابُ الْهَبَةِ): قَدْ ذَكَرْنَا وَجْهَ الْمُنَاسَبَةِ فِي الْوَدِيعَةِ، وَمِنْ مَحَاسِنِهَا جَلْبُ الْمَحَبَةِ. وَهِيَ فِي اللَّغَةِ عِبَارَةٌ عَنْ إِيصَالِ الشَّيْءِ إِلَى الْغَيْرِ بِمَا يَنْفَعُهُ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿فَهَبْ لِي مِنْ لَدُنْكَ وَلِيًّا﴾ [مريم: ٥] وَفِي الشَّرِيعَةِ تَمْلِكُ الْمَالِ بِلا عَوْضٍ (وَهُوَ عَقْدٌ مَشْرُوعٌ لِقَوْلِهِ ﷺ «تَهَادُوا تَحَابُّوا» وَعَلَى هَذَا انْعَقَدَ الإِجْمَاعُ. وَتَصِحُّ بِالِإِجْبَابِ وَالْقَبُولِ وَالْقَبْضِ) وَهَذَا بِخِلَافِ الْبَيْعِ مِنْ جِهَةِ الْعَاقِدَيْنِ، أَمَّا مِنْ جِهَةِ الْوَاهِبِ فَلَأَنَّ الإِجْبَابَ كَافٍ، وَلِهَذَا لَوْ حَلَفَ عَلَى أَنَّهُ يَهَبُ عَبْدَهُ لِفُلَانٍ فَوَهَبَ وَلَمْ يَقْبَلْ بَرٌّ فِي يَمِينِهِ، بِخِلَافِ الْبَيْعِ، وَأَمَّا مِنْ جِهَةِ الْمَوْهُوبِ لَهُ فَلَأَنَّ الْمَلِكَ لَا يَثْبُتُ بِالْقَبُولِ بِدُونِ الْقَبْضِ بِخِلَافِ الْبَيْعِ (وَقَالَ مَالِكٌ: يَثْبُتُ الْمَلِكُ فِيهَا قَبْلَ الْقَبْضِ اعْتِبَارًا بِالْبَيْعِ، وَعَلَى هَذَا الْخِلَافِ الصَّدَقَةُ. وَلَنَا قَوْلُهُ ﷺ «لَا تَجُوزُ الْهَبَةُ إِلَّا مَقْبُوضَةً» أَيْ لَا يَثْبُتُ حُكْمُ الْهَبَةِ وَهُوَ الْمَلِكُ إِذْ الْجَوَازُ ثَابِتٌ قَبْلَ الْقَبْضِ) بِالِاتِّفَاقِ (وَلَأَنَّهُ عَقْدٌ تَبَرُّعٌ) وَعَقْدُ التَّبَرُّعِ لَمْ يَلْزَمْ بِهِ شَيْءٌ لَمْ يَتَبَرَّعْ بِهِ (وَفِي إِثْبَاتِ الْمَلِكِ قَبْلَ الْقَبْضِ ذَلِكَ إِذْ فِيهِ التَّزَامُ التَّسْلِيمِ). وَرَدُّ بَأَنَّ الْمُتَبَرِّعَ بِالشَّيْءِ قَدْ يَلْزَمُهُ مَا لَمْ يَتَبَرَّعْ بِهِ إِذَا كَانَ مِنْ تَمَامِهِ ضَرُورَةً

(١) أخرجه البخاري في الأدب المفرد (٥٩٤)، والبيهقي في الشعب (٨٩٧٦) عن أبي هريرة،

وانظر نصب الراية (٢٩٧/٤).

(٢) قال الزيلعي في نصب الراية (٢٩٩/٤): غريب.

تُصَحِّحُهُ، كَمَنْ نَذَرَ أَنْ يُصَلِّيَ وَهُوَ مُحَدِّثٌ لِرِمَّةِ الْوُضُوءِ، وَمَنْ شَرَعَ فِي مَسْوْمٍ أَوْ صَلَاةٍ لِرِمَّةِ الْإِثْمَامِ. وَأُجِيبَ بِأَنَّهُ مُعَالِطَةٌ، فَإِنَّ مَا لَا يَتِمُّ الشَّيْءُ إِلَّا بِهِ فَهُوَ وَاجِبٌ إِذَا كَانَ ذَلِكَ الشَّيْءُ وَاجِبًا كَمَا ذَكَرْتُ مِنَ الصُّورِ فَإِنَّهُ يَجِبُ بِالنَّذْرِ أَوْ الشَّرْعِ، وَمَا لَا يَتِمُّ الْوَاجِبُ إِلَّا بِهِ فَهُوَ وَاجِبٌ. وَالْهَبَةُ عَقْدٌ تَبَرُّعٌ ابْتِدَاءً وَانْتِهَاءً، فَإِنَّهُ لَوْ وَهَبَ وَسَلَّمَ جَازَ لَهُ الرُّجُوعُ فَكَيْفَ قَبْلَ التَّسْلِيمِ فَلَا يَجِبُ مَا يَتِمُّ بِهِ (بِخِلَافِ الْوَصِيَّةِ) فَإِنَّ الْمَلِكَ يَثْبُتُ بِهَا بِدُونِ الْقَبْضِ لِأَنَّهُ لَا إلْزَامَ ثُمَّ زِيَادَةٌ عَلَى مَا تَبَرَّعَ، وَذَلِكَ (لَأَنَّ أَوَانَ ثُبُوتِ الْمَلِكِ فِيهَا بَعْدَ الْمَوْتِ وَحِينَئِذٍ لَا يُتَصَوَّرُ الإِلْزَامُ عَلَى الْمُتَبَرِّعِ لِعَدَمِ أَهْلِيَّةِ الزُّومِ) وَهَذَا مُوَافِقٌ لِرِوَايَةِ الْإِيضَاحِ. وَقَالَ فِي الْمَبْسُوطِ: وَلَأنَّ هَذَا عَقْدٌ تَبَرُّعٌ فَلَا يَثْبُتُ الْمَلِكُ فِيهِ بِمُجَرَّدِ الْقَبُولِ كَالْوَصِيَّةِ، أَلْحَقَ الْهَبَةَ بِالْوَصِيَّةِ.

وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ عَقْدَ الْهَبَةِ لَمَّا كَانَ تَبَرُّعًا كَانَ ضَعِيفًا فِي نَفْسِهِ غَيْرَ لَازِمٍ، وَالْمَلِكُ الثَّابِتُ لِلْوَاهِبِ كَانَ قَوِيًّا فَلَا يَزُولُ بِالسَّبَبِ الضَّعِيفِ حَتَّى يَنْضَمَّ إِلَيْهِ مَا يَتَأَيَّدُ بِهِ، وَهُوَ فِي الْهَبَةِ التَّسْلِيمُ وَفِي الْوَصِيَّةِ مَوْتُ الْمُوصِي لَكُونَ الْمَوْتُ يُنَافِي الْمَالِكِيَّةَ فَصَحَّ الْإِلْحَاقُ (قَوْلُهُ وَحَقُّ الْوَارِثِ مُتَأَخِّرٌ) جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ الْوَارِثُ يَخْلُفُ الْمُوصِي فِي مِلْكِهِ فَوَجِبَ أَنْ يَتَوَقَّفَ مَلِكُ الْمُوصِي لَهُ عَلَى تَسْلِيمِ الْوَارِثِ إِلَيْهِ. وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ حَقَّ الْوَارِثِ مُتَأَخِّرٌ عَنِ الْوَصِيَّةِ فَلَمْ يَكُنْ خَلِيفَةً لَهُ فِيهَا لِقَامِ مَقَامِ الْمَيِّتِ فَلَا مُعْتَبَرٌ بِتَسْلِيمِهِ لِأَنَّهُ لَمْ يَمْلِكْهَا وَلَا قَامَ مَقَامَ الْمَالِكِ فِيهَا.

قَالَ: (فَإِنْ قَبَضَهَا الْمَوْهُوبُ لَهُ فِي الْمَجْلِسِ بِغَيْرِ أَمْرِ الْوَاهِبِ جَازَ) اسْتِحْسَانًا (وَإِنْ قَبِضَ بَعْدَ الْإِفْتِرَاقِ لَمْ يَجْزِ إِلَّا أَنْ يَأْذَنَ لَهُ الْوَاهِبُ فِي الْقَبْضِ) وَالْقِيَاسُ أَنْ لَا يَجُوزَ فِي الْوَجْهَيْنِ وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ؛ لِأَنَّ الْقَبْضَ تَصَرَّفَ فِي مِلْكِ الْوَاهِبِ، إِذْ مِلْكُهُ قَبْلَ الْقَبْضِ بَاقٍ فَلَا يَصِحُّ بِدُونِ إِذْنِهِ، وَلَنَا أَنَّ الْقَبْضَ بِمَنْزِلَةِ الْقَبُولِ فِي الْهَبَةِ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ يَتَوَقَّفُ عَلَيْهِ ثُبُوتُ حُكْمِهِ وَهُوَ الْمَلِكُ، وَالْمَقْصُودُ مِنْهُ إِثْبَاتُ الْمَلِكِ فَيَكُونُ الْإِجَابُ مِنْهُ تَسْلِيطًا عَلَى الْقَبْضِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا قَبِضَ بَعْدَ الْإِفْتِرَاقِ؛ لِأَنَّا إِنَّمَا اثْبَتْنَا التَّسْلِيطَ فِيهِ إِلْحَاقًا لَهُ بِالْقَبُولِ، وَالْقَبُولُ يَتَقَيَّدُ بِالْمَجْلِسِ، فَكَذَا مَا يُلْحَقُ بِهِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا نَهَاهُ عَنِ الْقَبْضِ فِي الْمَجْلِسِ؛ لِأَنَّ الدَّلَالَتَ لَا تَعْمَلُ فِي مُقَابَلَةِ الصَّرِيحِ.

الشرح:

(فَإِنْ قَبَضَهَا الْمُؤْهُوبُ لَهُ فِي الْمَجْلِسِ بغيرِ إِذْنِ الْوَاهِبِ جَازَ اسْتِحْسَانًا، وَإِنْ قَبَضَ بَعْدَ الْاِفْتِرَاقِ لَمْ يَجْزُ إِلَّا أَنْ يَأْذَنَ لَهُ الْوَاهِبُ فِي الْقَبْضِ، وَالْقِيَاسُ أَنْ لَا يَجُوزَ فِي الْوَجْهَيْنِ وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ، لِأَنَّ الْقَبْضَ تَصَرَّفٌ فِي مِلْكِ الْوَاهِبِ لِأَنَّ مِلْكَهُ قَبْلَ الْقَبْضِ بَاقٍ) بِالِاتِّفَاقِ (وَالْتَصَرَّفَ فِي مِلْكِ الْغَيْرِ بِذَوْنِ الْإِذْنِ غَيْرُ صَحِيحٍ. وَلَنَا) وَهُوَ وَجْهُ الاسْتِحْسَانِ فِي الْأَوَّلِ (أَنَّ الْقَبْضَ فِي الْهَبَةِ بِمَنْزِلَةِ الْقَبُولِ) فِي الْبَيْعِ (مِنْ حَيْثُ إِنَّ الْحُكْمَ وَهُوَ ثُبُوتُ الْمِلْكِ لَا يَتَوَقَّفُ عَلَيْهِ) فِيهَا كَمَا يَتَوَقَّفُ عَلَى الْقَبُولِ فِيهِ، فَقَوْلُهُ فِي الْهَبَةِ مُتَعَلِّقٌ بِقَوْلِهِ "أَنَّ الْقَبْضَ" لَا بِقَوْلِهِ "الْقَبُولُ". وَالْمَقْصُودُ مِنْهُ) أَيُّ مَقْصُودُ الْوَاهِبِ مِنْ عَقْدِ الْهَبَةِ (إثباتُ الْمِلْكِ) لِلْمُؤْهُوبِ لَهُ، وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ (فَيَكُونُ الْإِجْبَابُ مِنْهُ تَسْلِيطًا عَلَى الْقَبْضِ) تَحْصِيلًا لِمَقْصُودِهِ فَكَانَ إِذْنًا دَلَالَةً (وَلَا كَذَلِكَ الْقَبْضُ بَعْدَ الْاِفْتِرَاقِ، لِأَنَّا إِنَّمَا أَثَبْنَا التَّسْلِيطَ فِيهِ إِحْقَاقًا لِلْقَبْضِ بِالْقَبُولِ وَالْقَبُولُ يَتَّقِدُ بِالْمَجْلِسِ فَكَذَا مَا قَامَ مَقَامَهُ).

فَإِنْ قِيلَ: يَلْزَمُ عَلَى هَذَا مَا إِذَا نَهَى عَنِ الْقَبْضِ فَإِنَّ التَّسْلِيطَ مَوْجُودٌ وَلَمْ يَجْزُ لَهُ الْقَبْضُ. أَجَابَ بِقَوْلِهِ (بِخِلَافِ مَا إِذَا نَهَا) يَعْنِي صَرِيحًا (فِي الْمَجْلِسِ لِأَنَّ الدَّلَالَهَ لَا تَعْمَلُ فِي مُقَابَلَةِ الصَّرِيحِ) وَفِيهِ بَحْثَانِ: الْأَوَّلُ أَنَّهُ لَوْ كَانَ الْقَبْضُ بِمَنْزِلَةِ الْقَبُولِ لَمَا صَحَّ الْأَمْرُ بِالْقَبْضِ بَعْدَ الْمَجْلِسِ كَالْبَيْعِ.

وَالثَّانِي أَنَّ مَقْصُودَ الْبَائِعِ مِنَ الْبَيْعِ ثُبُوتُ الْمِلْكِ لِلْمُشْتَرِي، ثُمَّ إِذَا تَمَّ الْإِجْبَابُ وَالْقَبُولُ وَالْمَبِيعُ حَاضِرٌ لَمْ يُجْعَلْ إِجْبَابُ الْبَائِعِ تَسْلِيطًا عَلَى الْقَبْضِ، حَتَّى لَوْ قَبِضَهُ الْمُشْتَرِي بِذَوْنِ إِذْنِهِ جَازَ لَهُ أَنْ يَسْتَرِدَّهُ وَيَحْسِبَهُ لِلثَّمَنِ. وَأُجِيبَ عَنِ الْأَوَّلِ بِأَنَّ الْإِجْبَابَ مِنَ الْبَائِعِ شَطْرُ الْعَقْدِ وَلَا يَتَوَقَّفُ عَلَى مَا وَرَاءَ الْمَجْلِسِ، وَفِي الْهَبَةِ وَحْدَهُ عَقْدٌ تَامٌ وَهُوَ يَتَوَقَّفُ عَلَى مَا وَرَاءَهُ. وَعَنِ الثَّانِي بَأَنَّا لَا نُسَلِّمُ أَنَّ مَقْصُودَ الْبَائِعِ مِنَ عَقْدِ الْبَيْعِ ثُبُوتُ الْمِلْكِ لِلْمُشْتَرِي بَلْ مَقْصُودُهُ مِنْهُ تَحْصِيلُ الثَّمَنِ لَا غَيْرُ وَثُبُوتُ الْمِلْكِ لَهُ ضِمْنِيٌّ لَا مُعْتَبَرٌ بِهِ.

قَالَ: (وَتَتَعَقَّدُ الْهَبَةُ بِقَوْلِهِ وَهَبْتُ وَنَحَلْتُ وَأَعْطَيْتُ)؛ لِأَنَّ الْأَوَّلَ صَرِيحٌ فِيهِ وَالثَّانِي مُسْتَعْمَلٌ فِيهِ. قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «أَكُلْ أَوْلَادِكَ نَحَلْتَ مِثْلَ هَذَا»^(١) وَكَذَلِكَ

(١) أخرجه البخاري في الهبة باب ١٢، ومسلم في الهبات (٩، ٩)، وانظر نصب الراية (٤/٣٠٠).

الثالث، يُقَالُ: أَعْطَاكَ اللَّهُ وَوَهَبَكَ اللَّهُ بِمَعْنَى وَاحِدٍ (وَكَذَا تَتَعَقَّدُ بِقَوْلِهِ أَطْعَمْتُكَ هَذَا الطَّعَامَ وَجَعَلْتَ هَذَا الثُّوبَ لَكَ وَأَعْمَرْتُكَ هَذَا الشَّيْءَ وَحَمَلْتُكَ عَلَى هَذِهِ الدَّابَّةِ إِذَا نَوَى بِالْحَمْلَانِ الْهَبَةَ) أَمَّا الْأَوَّلُ فَلَأَنَّ الْإِطْعَامَ إِذَا أَضِيفَ إِلَى مَا يُطْعَمُ عَيْنُهُ يُرَادُ بِهِ تَمْلِيكَ الْعَيْنِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ: أَطْعَمْتُكَ هَذِهِ الْأَرْضَ حَيْثُ تَكُونُ عَارِيَّةً؛ لِأَنَّ عَيْنَهَا لَا تُطْعَمُ فَيَكُونُ الْمُرَادُ أَكَلَ غَلَّتِهَا.

وَأَمَّا الثَّانِي فَلَأَنَّ حَرْفَ اللّامِ لِلتَّمْلِيكِ. وَأَمَّا الثَّالِثُ فَلَقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «فَمَنْ أَعْمَرَ عُمُرِي فَهِيَ لِلْمُعَمَّرِ لَهُ وَلَوَرَّثْتِهِ مِنْ بَعْدِهِ» ^(١) وَكَذَا إِذَا قَالَ جَعَلْتَ هَذِهِ الدَّارَ لَكَ عُمُرِي لَمَّا قُلْنَا. وَأَمَّا الرَّابِعُ فَلَأَنَّ الْحَمْلَ هُوَ الْإِرْكَابُ حَقِيقَةً فَيَكُونُ عَارِيَّةً لَكِنَّهُ يَحْتَمِلُ الْهَبَةَ يُقَالُ حَمَلَ الْأَمِيرُ فَلَانًا عَلَى فَرَسٍ وَيُرَادُ بِهِ التَّمْلِيكَ فَيَحْمِلُ عَلَيْهِ عِنْدَ نَيْبَتِهِ.

الشرح:

قَالَ (وَتَتَعَقَّدُ الْهَبَةُ بِقَوْلِهِ وَهَبْتَ وَنَحَلْتَ إلخ) هَذَا بَيَانُ الْأَلْفَاظِ الَّتِي تَتَعَقَّدُ بِهَا الْهَبَةُ، وَقَدْ تَقَدَّمَ لَنَا الْقَوْلُ فِي قَوْلِهِ لِأَنَّ الْأَوَّلَ صَرِيحٌ فِيهِ وَالثَّانِي مُسْتَعْمَلٌ فِيهِ، وَكَلَامُهُ وَأَفْ بِإِفَادَةِ الْمَطْلُوبِ سِوَى الْأَفَظِ نَذَكُرُهَا (قَوْلُهُ أَكُلْتُ أَوْلَادَكَ نَحَلْتُ مِثْلَ هَذَا) رَوَى الثُّعْمَانُ بْنُ بَشِيرٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا قَالَ: «نَحَلَنِي أَبِي غُلَامًا وَأَنَا ابْنُ سَبْعِ سِنِينَ، فَأَبَتْ أُمِّي إِلَّا أَنْ تُشْهَدَ عَلَى ذَلِكَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فَحَمَلَنِي أَبِي عَلَى عَاتِقِهِ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَأَخْبَرَهُ بِذَلِكَ فَقَالَ: أَلَيْكَ وَلَدٌ سِوَاهُ؟ فَقَالَ نَعَمْ، فَقَالَ: أَكُلْتُ وَلَدَكَ نَحَلْتُ مِثْلَ هَذَا؟ فَقَالَ لَا، فَقَالَ هَذَا جَوْرٌ» وَقَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ (وَلَوَرَّثْتِهِ مِنْ بَعْدِهِ) أَيُّ وَلَوَرَّثَتْهُ الْمُعَمَّرُ لَهُ مِنْ بَعْدِ الْمُعَمَّرِ لَهُ: يَعْنِي تَثَبُّتُ بِهِ الْهَبَةُ وَيَبْطُلُ مَا اقْتَضَاهُ مِنْ شَرْطِ الرُّجُوعِ، وَكَذَا لَوْ شَرَطَ الرُّجُوعَ صَرِيحًا يَبْطُلُ شَرْطُهُ.

وَقَوْلُهُ (لَمَّا قُلْنَا) إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ فَلَأَنَّ حَرْفَ اللّامِ لِلتَّمْلِيكِ، وَقَوْلُهُ (فَلَأَنَّ الْحَمْلَ هُوَ الْإِرْكَابُ حَقِيقَةً) يَعْنِي أَنَّهُ تَصَرَّفَ فِي الْمَنَافِعِ (فَيَكُونُ عَارِيَّةً) إِلَّا أَنْ يَقُولَ صَاحِبُ الدَّابَّةِ أَرَدْتُ الْهَبَةَ، لِأَنَّ اللَّفْظَ قَدْ يُذَكَّرُ لِلتَّمْلِيكِ، فَإِذَا نَوَى مُحْتَمَلٌ لَفْظُهُ فِيمَا فِيهِ تَشْدِيدٌ عَلَيْهِ عَمِلَتْ نَيْبَتُهُ. لَا يُقَالُ: هَذَا يُنَاقِضُ مَا تَقَدَّمَ فِي الْعَارِيَّةِ مِنْ قَوْلِهِ لَأَنَّهُمَا لَتَمْلِيكَ الْعَيْنِ، وَعِنْدَ عَدَمِ إِرَادَتِهِ الْهَبَةَ يُحْمَلُ عَلَى تَمْلِيكِ الْمَنَافِعِ مَجَازًا لَمَّا أَشْرَفْنَا إِلَيْهِ

(١) أخرجه مسلم في الهبات (٢١، ٢٢)، وانظر نصب الراية (٤/٣٠١).

هُنَالِكَ أَنَّ قَوْلَهُ لَأَنْتَهُمَا لَتَمْلِكِ الْعَيْنُ: يَعْنِي فِي الْعُرْفِ فَاسْتَعْمَالُهُ فِي الْمَنَافِعِ مَجَازٌ عُرْفِيٌّ فَيَكُونُ قَوْلُهُ هَاهُنَا لِأَنَّ الْحَمْلَ هُوَ الْإِرْكَابُ حَقِيقَةً: يَعْنِي فِي اللَّعَةِ، فَاسْتَعْمَالُهُ فِي الْحَقِيقَةِ الْعُرْفِيَّةِ مَجَازٌ لُغَوِيٌّ.

(وَلَوْ قَالَ كَسَوْتُكَ هَذَا الثَّوبَ يَكُونُ هِبَةً)؛ لِأَنَّهُ يُرَادُ بِهِ التَّمْلِكُ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿أَوْ كَسَوْتُهُمْ﴾ [المائدة: ٨٩] وَيُقَالُ كَسَا الْأَمِيرُ فَلَانًا ثَوْبًا: أَي مَلَكَهُ مِنْهُ (وَلَوْ قَالَ مَنَحْتُكَ هَذِهِ الْجَارِيَةَ كَانَتْ عَارِيَةً) لَمَا رَوَيْنَا مِنْ قَبْلُ.

الشرح:

(وَلَوْ قَالَ مَنَحْتُكَ هَذِهِ الْجَارِيَةَ كَانَتْ عَارِيَةً لَمَا رَوَيْنَا مِنْ قَبْلُ) يَعْنِي مَا تَقَدَّمَ فِي كِتَابِ الْعَارِيَةِ مِنْ قَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «الْمَنَحَةُ مَرْدُودَةٌ».

(وَلَوْ قَالَ دَارِي لَكَ هِبَةً سَكْنَى أَوْ سَكْنَى هِبَةً فَهِيَ عَارِيَةٌ)؛ لِأَنَّ الْعَارِيَةَ مُحْكَمٌ فِي تَمْلِكِ الْمَنْفَعَةِ وَالْهِبَةُ تَحْتَمِلُهَا وَتَحْتَمِلُ تَمْلِكِ الْعَيْنِ فَيَحْتَمِلُ الْمُحْتَمَلُ عَلَى الْمُحْكَمِ، وَكَذَا إِذَا قَالَ عُمَرَى سَكْنَى أَوْ نَحَلِي سَكْنَى أَوْ سَكْنَى صَدَقَةً أَوْ صَدَقَةً عَارِيَةً أَوْ عَارِيَةً هِبَةً لَمَا قَدَّمَاهُ. (وَلَوْ قَالَ هِبَةً تَسْكُنُهَا فَهِيَ هِبَةٌ)؛ لِأَنَّ قَوْلَهُ تَسْكُنُهَا مَشْوَرَةٌ وَلَيْسَ بِتَفْسِيرٍ لَهُ وَهُوَ تَنْبِيْهٌ عَلَى الْمَقْصُودِ، بِخِلَافِ قَوْلِهِ هِبَةً سَكْنَى؛ لِأَنَّهُ تَفْسِيرٌ لَهُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلَوْ قَالَ دَارِي لَكَ هِبَةً سَكْنَى أَوْ سَكْنَى هِبَةً) إِنَّمَا هُوَ بِنَصْبِ هِبَةٍ فِي الْمَوْضِعَيْنِ إِنَّمَا عَلَى الْحَالِ أَوْ التَّمْيِيزِ لَمَّا فِي قَوْلِهِ دَارِي لَكَ مِنَ الْإِبْهَامِ. وَقَوْلُهُ (لِأَنَّ الْعَارِيَةَ مُحْكَمٌ فِي تَمْلِكِ الْمَنَافِعِ) كَانَ الْوَاجِبُ أَنْ يَقُولَ: لِأَنَّ سَكْنَى مُحْكَمٌ فِي تَمْلِكِ الْمَنَافِعِ إِذْ هُوَ الْمَذْكُورُ فِي كَلَامِهِ، وَيَجُوزُ أَنْ يُقَالَ: سَكْنَى لَا يَحْتَمِلُ إِلَّا الْعَارِيَةَ فَعَبَّرَ عَنْهُ بِالْعَارِيَةِ (وَلَوْ قَالَ هِبَةً تَسْكُنُهَا فَهِيَ هِبَةٌ) لِأَنَّ قَوْلَهُ تَسْكُنُهَا مَشْوَرَةٌ وَلَيْسَ بِتَفْسِيرٍ لَهُ وَهُوَ تَنْبِيْهٌ عَلَى الْمَقْصُودِ أَنَّهُ مَلَكُهُ الدَّارَ عُمَرَهُ لَيْسَ كُنْهَا وَهُوَ مَعْلُومٌ، وَإِنْ لَمْ يَذْكُرْهُ فَلَا يَتَغَيَّرُ بِهِ حُكْمُ التَّمْلِكِ بِمَنْزِلَةِ قَوْلِهِ هَذَا الطَّعَامُ لَكَ تَأْكُلُهُ وَهَذَا الثَّوبُ لَكَ تَلْبَسُهُ، فَإِنْ شَاءَ قَبْلَ مَشْوَرَتِهِ وَفَعَلَ مَا قَالَ، وَإِنْ شَاءَ لَمْ يَقْبَلْ (بِخِلَافِ قَوْلِهِ هِبَةً سَكْنَى لِأَنَّهُ تَفْسِيرٌ لَهُ) وَالْفَرْقُ بَيْنَهُمَا أَنَّ قَوْلَهُ سَكْنَى اسْمٌ فَجَازَ أَنْ يَقَعَ تَفْسِيرًا لِاسْمٍ آخَرَ بِخِلَافِ قَوْلِهِ تَسْكُنُهَا لِكَوْنِهِ فِعْلًا، وَقِيلَ لِأَنَّ قَوْلَهُ تَسْكُنُهَا فِعْلٌ الْمُخَاطَبُ فَلَا يَصْلُحُ تَفْسِيرًا لِقَوْلِ الْمُتَكَلِّمِ.

قَالَ: (وَلَا تَجُوزُ الْهَبَةُ فِيمَا يُقَسَّمُ إِلَّا مَحْزُورَةٌ مَقْسُومَةٌ، وَهَبَةُ الْمَشَاعِ فِيمَا لَا يُقَسَّمُ جَائِزَةٌ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: تَجُوزُ فِي الْوَجْهَيْنِ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ تَمْلِكُ فَيَصِحُّ فِي الْمَشَاعِ وَغَيْرِهِ كَالْبَيْعِ بِأَنْوَاعِهِ، وَهَذَا؛ لِأَنَّ الْمَشَاعَ قَابِلٌ لِحُكْمِهِ، وَهُوَ الْمَلِكُ فَيَكُونُ مَحَلًّا لَهُ، وَكَوْنُهُ تَبَرُّعًا لَا يُبْطِلُهُ الشُّيُوعُ كَالْقَرْضِ وَالْوَصِيَّةِ. وَلَنَا أَنَّ الْقَبْضَ مَنْصُوصٌ عَلَيْهِ فِي الْهَبَةِ فَيَشْتَرِطُ كَمَالُهُ وَالْمَشَاعُ لَا يَقْبَلُهُ إِلَّا بِضَمٍّ غَيْرِهِ إِلَيْهِ، وَذَلِكَ غَيْرُ مَوْهُوبٍ، وَلِأَنَّ فِي تَحْوِيزِهِ الزَّمَامَةَ شَيْئًا لَمْ يَلْتَزِمَهُ وَهُوَ مُؤَنَّةُ الْقِسْمَةِ، وَلِهَذَا امْتَنَعَ جَوَازُهُ قَبْلَ الْقَبْضِ لِأَنَّهَا يَلْزِمُهُ التَّسْلِيمُ، بِخِلَافِ مَا لَا يُقَسَّمُ؛ لِأَنَّ الْقَبْضَ الْقَاصِرَ هُوَ الْمُكْمَلُ فَيَكْتَفِي بِهِ؛ وَلِأَنَّهُ لَا تَلْزِمُهُ مُؤَنَّةُ الْقِسْمَةِ. وَالْمُهَيَّاءُ تَلْزِمُهُ فِيمَا لَمْ يَتَبَرَّعْ بِهِ وَهُوَ الْمَنْفَعَةُ، وَالْهَبَةُ لَاقَتْ الْعَيْنَ، وَالْوَصِيَّةُ لَيْسَ مِنْ شَرْطِهَا الْقَبْضُ، وَكَذَا الْبَيْعُ الصَّحِيحُ، وَأَمَّا الْبَيْعُ الْفَاسِدُ وَالصَّرْفُ وَالسَّلَامُ فَالْقَبْضُ فِيهَا غَيْرُ مَنْصُوصٍ عَلَيْهِ، وَلِأَنَّهَا عَقْدُ ضَمَانٍ فَتَنَاسَبَ لِرُومِ مُؤَنَّةِ الْقِسْمَةِ، وَالْقَرْضُ تَبَرُّعٌ مِنْ وَجْهِهِ وَعَقْدُ ضَمَانٍ مِنْ وَجْهِهِ، فَشَرَطْنَا الْقَبْضَ الْقَاصِرَ فِيهِ دُونَ الْقِسْمَةِ عَمَلًا بِالشَّبْهِينِ، عَلَى أَنَّ الْقَبْضَ غَيْرُ مَنْصُوصٍ عَلَيْهِ فِيهِ. وَلَوْ وَهَبَ مِنْ شَرِيكِهِ لَا يَجُوزُ؛ لِأَنَّ الْحُكْمَ يَدَارُ عَلَى نَفْسِ الشُّيُوعِ.

قَالَ (وَمَنْ وَهَبَ شَيْئًا فَالْهَبَةُ فَاسِدَةٌ) لَمَّا ذَكَرْنَا (فَإِنْ قَسَمَهُ وَسَلَّمَهُ جَائِزًا) لِأَنَّ تَمَامَهُ بِالْقَبْضِ وَعِنْدَهُ لَا شُّيُوعَ. قَالَ: (وَلَوْ وَهَبَ دَقِيقًا فِي حِنْطَةٍ أَوْ ذَهْنًا فِي سِمِمْ فَالْهَبَةُ فَاسِدَةٌ، فَإِنْ طَحَنَ وَسَلَّمَهُ لَمْ يَجْزِ) وَكَذَا السَّمْنُ فِي اللَّبَنِ؛ لِأَنَّ الْمَوْهُوبَ مَعْدُومٌ، وَلِهَذَا لَوْ اسْتَخْرَجَهُ الْغَاصِبُ بِمِلْكِهِ، وَالْمَعْدُومُ لَيْسَ بِمَحَلٍّ لِلْمَلِكِ فَوْقَ الْعَقْدِ بِاصْطِلَاحٍ، فَلَا يَنْعَقِدُ إِلَّا بِالتَّجْدِيدِ، بِخِلَافِ مَا تَقَدَّمَ؛ لِأَنَّ الْمَشَاعَ مَحَلٌّ لِلتَّمْلِكِ، وَهَبَةُ اللَّبَنِ فِي الضَّرْعِ وَالصُّوفِ عَلَى ظَهْرِ الْغَنَمِ وَالزَّرْعِ وَالنَّخْلِ فِي الْأَرْضِ وَالثَّمَرِ فِي النَّخِيلِ بِمَنْزِلَةِ الْمَشَاعِ؛ لِأَنَّ امْتِنَاعَ الْجَوَازِ لِلاتِّصَالِ وَذَلِكَ يَمْنَعُ الْقَبْضَ كَالشَّائِعِ.

الشرح:

قَالَ (وَلَا تَجُوزُ الْهَبَةُ فِيمَا يُقَسَّمُ إِلَّا مَحْزُورَةٌ مَقْسُومَةٌ الْخ) الْمَوْهُوبُ إِمَّا أَنْ يَحْتَمِلَ الْقِسْمَةَ أَوْ لَا. وَضَابِطُ ذَلِكَ أَنَّ كُلَّ شَيْءٍ يَضُرُّهُ التَّبْعِيضُ فَيُوجِبُ نُقْصَانًا فِي مَالِيَّتِهِ لَا يَحْتَمِلُ الْقِسْمَةَ وَمَا لَا يُوجِبُ ذَلِكَ فَهُوَ يَحْتَمِلُهَا، فَالثَّانِي كَالْعَبْدِ وَالْحَيَوَانَ وَالْبَيْتِ الصَّغِيرِ، وَالْأَوَّلُ كَالدَّارِ وَالْبَيْتِ الْكَبِيرِ، وَلَا تَجُوزُ الْهَبَةُ فِيمَا يُقَسَّمُ إِلَّا مَحْزُورَةٌ مَقْسُومَةٌ، وَالْأَوَّلُ

اِحْتِرَازَ عَمَّا إِذَا وَهَبَ الثَّمَرُ عَلَى التَّخِيلِ دُونَ التَّخِيلِ أَوْ الزَّرْعِ فِي الْأَرْضِ دُونَهَا، فَإِنَّ الْمَوْهُوبَ لَيْسَ بِمَحْزُورٍ: أَيْ لَيْسَ بِمَقْبُوضٍ، وَالثَّانِي عَنِ الْمُشَاعِ. فَإِنَّهُ إِذَا جَزَّ وَقَبِضَ الثَّمَرُ الْمَوْهُوبَ عَلَى التَّخِيلِ وَلَكِنَّ ذَلِكَ الثَّمَرُ مُشْتَرَكٌ بَيْنَهُ وَبَيْنَ غَيْرِهِ لَا يَجُوزُ أَيْضًا لِأَنَّهُ غَيْرُ مَقْسُومٍ، وَمَعْنَى قَوْلِهِ لَا يَجُوزُ لَا يَثْبُتُ الْمِلْكُ فِيهِ إِلَّا مَحْزُورَةً مَقْسُومَةً، لِأَنَّ الْهَبَةَ فِي نَفْسِهَا فِيمَا يُقَسَّمُ تَقَعُ جَائِزَةً وَلَكِنَّ غَيْرَ مُثَبَّتَةٍ لِلْمَلِكِ قَبْلَ تَسْلِيمِهِ مُفَرَّزًا، فَإِنَّهُ إِذَا وَهَبَ مُشَاعًا فِيمَا يُقَسَّمُ ثُمَّ أَفْرَزَهُ وَسَلَّمْ صَحَّتْ وَوَقَعَتْ مُثَبَّتَةً لِلْمَلِكِ، فَعَلِمَ بِهَذَا أَنَّ هَبَةَ الْمُشَاعِ فِيمَا يُقَسَّمُ وَقَعَتْ جَائِزَةً فِي نَفْسِهَا، وَلَكِنْ تَوَقَّفَ إِبْتَائُهَا الْمَلِكُ عَلَى الْإِفْرَازِ وَالتَّسْلِيمِ وَالْعَقْدِ الْمُتَوَقَّفُ ثُبُوتُ حُكْمِهِ عَلَى الْإِفْرَازِ وَالتَّسْلِيمِ لَا يُوصَفُ بِعَدَمِ الْجَوَازِ كَالْبَيْعِ بِشَرْطِ الْخِيَارِ وَهَبَةُ الْمُشَاعِ فِيمَا لَا يُقَسَّمُ جَائِزَةٌ، وَمَعْنَاهُ هَبَةُ مُشَاعٍ لَا تَحْتَمِلُ الْقِسْمَةَ جَائِزَةً، لِأَنَّ الْمُشَاعَ غَيْرُ مَقْسُومٍ فَيَكُونُ مَعْنَاهُ ظَاهِرًا، وَهَبَةُ النَّصِيبِ الْغَيْرِ الْمَقْسُومِ فِيمَا هُوَ غَيْرُ مَقْسُومٍ جَائِزَةٌ، وَذَلِكَ لَيْسَ عَلَى مَا يَنْبَغِي وَتَصَحِيحُهُ بِمَا ذَكَرَ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: هَبَةُ الْمُشَاعِ جَائِزَةٌ فِي الْوَجْهَيْنِ جَمِيعًا مَعْنَاهُ مُثَبَّتَةٌ لِلْمَلِكِ الْمَوْهُوبِ لَهُ، لِأَنَّهُ عَقْدٌ تَمْلِكُ وَهُوَ ظَاهِرٌ، وَعَقْدُ التَّمْلِكِ يَصِحُّ فِي الْمُشَاعِ وَغَيْرِهِ كَالْبَيْعِ بِأَنْوَاعِهِ: يَعْنِي الصَّحِيحَ وَالْفَاسِدَ وَالصَّرْفَ وَالسَّلَمَ، فَإِنَّ الشُّيُوعَ لَا يَمْنَعُ تَمَامَ الْقَبْضِ فِي هَذِهِ الْعُقُودِ بِالْإِجْمَاعِ، فَإِذَا بَاعَ وَخَلَّى بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْمُشْتَرِي خَرَجَ عَنْ ضَمَانِ الْبَائِعِ وَدَخَلَ فِي ضَمَانِ الْمُشْتَرِي وَمَلَكُهُ الْمُشْتَرِي، وَإِنْ كَانَ الْبَيْعُ فَاسِدًا وَالْخُرُوجُ عَنْ ضَمَانِ الْبَائِعِ وَالْدُخُولُ فِي ضَمَانِ الْمُشْتَرِي مَبْنِيٌّ عَلَى الْقَبْضِ وَكَذَا يَصْلُحُ الْمُشَاعُ أَنْ يَكُونَ رَأْسَ مَالِ السَّلَمِ وَبَدَلَ الصَّرْفِ، وَالْقَبْضُ شَرْطٌ فِيهِمَا، وَهَذَا: أَيْ جَوَازُهُ بِاعْتِبَارِ أَنَّ الْمُشَاعَ قَابِلٌ لِحُكْمِهِ: أَيْ لِحُكْمِ عَقْدِ الْهَبَةِ وَهُوَ الْمِلْكُ كَمَا فِي الْبَيْعِ وَالْإِثْرِ، وَكُلُّ مَا هُوَ قَابِلٌ لِحُكْمِ عَقْدٍ يَصْلُحُ أَنْ يَكُونَ مَحَلًّا لَهُ، لِأَنَّ الْمَحَلِّيَّةَ عَيْنُ الْقَابِلِيَّةِ أَوْ لَازِمٌ مِنْ لَوَازِمِهَا فَكَانَ الْعَقْدُ صَادِرًا مِنْ أَهْلِهِ مُضَافًا إِلَى مَحَلِّهِ، وَلَا مَانِعَ ثَمَّةَ فَكَانَ جَائِزًا.

فَإِنْ قِيلَ: لَا تُسَلِّمُ انْتِفَاءَ الْمَانِعِ فَإِنَّهُ عَقْدٌ تَبَرُّعٌ فَلَمْ لَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ الشُّيُوعُ مُبْطَلًا. أَجَابَ بِقَوْلِهِ وَكَوْنُهُ تَبَرُّعًا: يَعْنِي لَمْ يُعْهَدْ ذَلِكَ مُبْطَلًا فِي التَّبَرُّعَاتِ كَالْقَرْضِ وَالْوَصِيَّةِ بِأَنْ دَفَعَ أَلْفَ دِرْهَمٍ إِلَى رَجُلٍ عَلَى أَنْ يَكُونَ نَصْفُهُ قَرْضًا عَلَيْهِ وَيَعْمَلُ فِي النِّصْفِ الْآخَرَ بِشَرِكَتِهِ وَبِأَنْ أَوْصَى لِرَجُلَيْنِ بِأَلْفٍ دِرْهَمٍ فَإِنَّ ذَلِكَ صَحِيحٌ، فَذَلِكَ عَلَى أَنَّ الشُّيُوعَ لَا يُبْطَلُ

التَّبَرُّعُ حَتَّى يَكُونَ مَانِعًا. وَلَنَا أَنَّ الْقَبْضَ فِي الْهَبَةِ مَنْصُوصٌ عَلَيْهِ لَمَّا رَوَيْنَا مِنْ قَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «لَا تَصِحُّ الْهَبَةُ إِلَّا مَقْبُوضَةً» وَالْمَنْصُوصُ عَلَيْهِ يُشْتَرَطُ كَمَالُهُ لِأَنَّ التَّنْصِصَ عَلَيْهِ يَدُلُّ عَلَى الْاِعْتِنَاءِ بِوُجُودِهِ، وَقَبْضُ الْمَشَاعِ نَاقِصٌ لِأَنَّهُ لَا يَقْبَلُهُ إِلَّا بِضَمِّ غَيْرِهِ إِلَيْهِ: أَيْ بِضَمِّ غَيْرِ الْمَوْهُوبِ إِلَى الْمَوْهُوبِ أَوْ بِالْعَكْسِ، فَإِنَّ كَلَامَهُ يَحْتَمِلُهُمَا وَالْغَيْرُ غَيْرُ مَوْهُوبٍ وَغَيْرُ مُتَمَتِّزٍ عَنِ الْمَوْهُوبِ. فَكُلُّ جُزْءٍ فَرَضْتَهُ يُشْتَمِلُ عَلَى مَا يَجِبُ قَبْضُهُ وَمَا لَا يَجُوزُ قَبْضُهُ فَكَانَ مَقْبُوضًا مِنْ وَجْهِ دُونَ وَجْهِ شُبْهَةِ الْعَدَمِ النَّافِيَةِ لِلْاِعْتِنَاءِ بِشَأْنِهِ، وَلَأَنَّ فِي تَجْوِيزِهِ إلْزَامَ الْوَاهِبِ شَيْئًا لَمْ يَلْتَزِمْهُ وَهُوَ مُؤَنَّةُ الْقِسْمَةِ وَتَجْوِيزُ ذَلِكَ لَا يَجُوزُ لَزِيَادَةِ الضَّرَرِ. فَإِنَّ قِيلَ هَذَا ضَرَرٌ مَرَضِيٌّ، لَأَنَّ إِقْدَامَهُ عَلَى هَبَةِ الْمَشَاعِ يَدُلُّ عَلَى التَّرَامِهِ ضَرَرَ الْقِسْمَةِ وَالضَّائِرِ مِنَ الضَّرَرِ مَا لَمْ يَكُنْ مَرَضِيًّا.

أُجِيبَ بِأَنَّ الْمَرَضِيَّ مِنْهُ لَيْسَ الْقِسْمَةُ وَلَا مَا يَسْتَلْزِمُهَا لِحَوَازِ أَنْ يَكُونَ رَاضِيًا بِالْمَلِكِ الْمَشَاعِ وَهُوَ لَيْسَ بِقِسْمَةٍ وَلَا يَسْتَلْزِمُهَا، وَلِهَذَا: أَيْ وَلَأَنَّ فِي تَجْوِيزِ هَذَا الْعَقْدِ إلْزَامَ مَا لَمْ يَلْتَزِمِ امْتِنَاعَ جَوَازِهِ قَبْلَ الْقَبْضِ لِأَنَّهُ يَلْزِمُهُ التَّسْلِيمُ وَهُوَ لَا يَتَحَقَّقُ بِدُونِ مُؤَنَّةِ الْقِسْمَةِ، بِخِلَافِ مَا لَا يُقَسَّمُ لَأَنَّ الْمُمَكِّنَ فِيهِ هُوَ الْقَبْضُ الْقَاصِرُ فَيَكْتَفِي بِهِ ضَرُورَةً، وَلِأَنَّهُ لَا يَلْزِمُهُ مُؤَنَّةُ الْقِسْمَةِ. فَإِنْ قِيلَ: لَزِمَهُ الْمَهَائِيَةُ، وَفِي إيجابِهَا إلْزَامَ مَا لَمْ يَلْزَمْ بِالْعُقْدَةِ، وَمَعَ ذَلِكَ الْعَقْدُ جَائِزٌ فَلَتَكُنْ مُؤَنَّةُ الْقِسْمَةِ كَذَلِكَ. أَجَابَ بِقَوْلِهِ وَالْمَهَائِيَةُ تَلْزِمُهُ فِيمَا لَمْ يَتَبَرَّعْ بِهِ وَهُوَ الْمَنْفَعَةُ وَالتَّبَرُّعُ بِهِ هُوَ الْعَيْنُ. وَلَقَائِلِ أَنْ يَقُولَ: إِنَّ إلْزَامَ مَا لَمْ يَلْتَزِمِ الْوَاهِبُ بِعَقْدِ الْهَبَةِ إِنْ كَانَ مَانِعًا عَنْ جَوَازِهَا فَقَدْ وَجَدَ، وَإِنْ خَصَصْتُمْ بِعَوْدِهِ إِلَى مَا تَبَرَّعَ بِهِ كَانَ تَحَكُّمًا.

وَالْجَوَابُ بِتَخْصِصِهِ بِذَلِكَ. وَيُدْفَعُ التَّحَكُّمُ بِأَنَّ فِي عَوْدِهِ إِلَى ذَلِكَ إلْزَامَ زِيَادَةِ عَيْنِ هِيَ أَجْرَةُ الْقِسْمَةِ عَلَى الْعَيْنِ الْمَوْهُوبَةِ بِإِخْرَاجِهَا عَنْ مِلْكِهِ، وَلَيْسَ فِي غَيْرِهِ ذَلِكَ لِأَنَّ الْمَهَائِيَةَ لَا يَحْتَاجُ إِلَيْهَا، وَلَا يَلْزِمُ مَا إِذَا أَثْلَفَ الْوَاهِبُ الْمَوْهُوبَ بَعْدَ التَّسْلِيمِ فَإِنَّهُ يَضْمَنُ قِيَمَتَهُ لِلْمَوْهُوبِ لَهُ، وَفِي ذَلِكَ إلْزَامُ زِيَادَةِ عَيْنٍ عَلَى مَا تَبَرَّعَ بِهِ لِأَنَّ ذَلِكَ بِالْإِثْلَافِ لَا بِعَقْدِ التَّبَرُّعِ (قَوْلُهُ وَالْوَصِيَّةُ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ كَالْقَرْضِ وَالْوَصِيَّةِ، وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ الشُّيُوعَ مَانِعٌ فِيمَا يَكُونُ الْقَبْضُ مِنْ شَرْطِهِ لَعَدَمِ تَحَقُّقِهِ فِي الْمَشَاعِ وَالْوَصِيَّةُ لَيْسَتْ كَذَلِكَ، وَكَذَلِكَ الْبَيْعُ الصَّحِيحُ، وَأَمَّا الْبَيْعُ الْفَاسِدُ وَالصَّرْفُ وَالسَّلَامُ وَإِنْ كَانَ الْقَبْضُ

فِيهَا شَرْطًا لِلْمَلِكِ لَكِنَّهُ غَيْرُ مَنْصُوصٍ عَلَيْهِ فِيهَا. فَإِنْ قِيلَ: الْقَبْضُ فِي الصَّرْفِ مَنْصُوصٌ عَلَيْهِ فَلَا يَصِحُّ نَفْيُهُ.

أُجِيبَ بِأَنَّ كَلَامَنَا فِيَمَا يَكُونُ الْقَبْضُ مَنْصُوصًا عَلَيْهِ لثُبُوتِ الْمَلِكِ ابْتِدَاءً وَفِي الصَّرْفِ لِبَقَائِهِ فِي مِلْكِهِ فَلَيْسَ مِمَّا نَحْنُ فِيهِ، وَلِأَنَّهَا عُقُودُ ضَمَانٍ فَيُنَاسِبُ لُزُومَ مُؤَنَةِ الْقِسْمَةِ بِخِلَافِ الْهَبَةِ.

فَإِنْ قِيلَ: إِذَا كَانَتْ مِنَ الشَّرِيكِ لَمْ تَلْزَمْ الْقِسْمَةُ، وَمَا جَازَتْ فَالْجَوَابُ سَيَأْتِي، وَالْقَرْضُ تَبَرُّعٌ مِنْ وَجْهِ بَدَلِيلٍ أَنَّهُ لَا يَصِحُّ مِنَ الصَّبِيِّ وَالْعَبْدِ، وَعَقْدُ ضَمَانٍ مِنْ وَجْهِ فَإِنَّ الْقَرْضَ مَضْمُونٌ بِالْمَثَلِ، فَلَشَبَّهَهُ بِالتَّبَرُّعِ شَرْطُنَا الْقَبْضَ فِيهِ، وَلَشَبَّهَهُ بِعَقْدِ الضَّمَانِ لَمْ تَشْتَرِطْ فِيهِ الْقِسْمَةُ عَمَلًا بِالشَّبْهَيْنِ، عَلَى أَنَّ الْقَبْضَ فِيهِ لَيْسَ مَنْصُوصًا عَلَيْهِ فَيَرَاعَى عَلَى الْكَمَالِ (وَلَوْ وَهَبَ مِنْ شَرِيكِهِ لَمْ يَجْزِ) وَإِنْ لَمْ يَلْتَزِمَ فِيهِ مُؤَنَةُ الْقِسْمَةِ (لَأَنَّ الْحُكْمَ يُدَارُ عَلَى نَفْسِ الشُّيُوعِ) فَإِنَّهُ مَانِعٌ عَنِ كَمَالِ الْقَبْضِ فِيَمَا يَجِبُ الْقَبْضُ فِيهِ عَلَى الْكَمَالِ، فَكَأَنَّهُ إِشَارَةٌ إِلَى الْوَجْهِ الْأَوَّلِ، وَعَلَى ذَلِكَ قِيلَ الْوَجْهُ الثَّانِي غَيْرُ مُتَمَشِّقٍ فِي جَمِيعِ الصُّوَرِ وَلَا يَكُونُ صَحِيحًا، وَهُوَ غَلَطٌ لِأَنَّهُ عَلَةُ التَّوَعُّبِ لِإِبْثَاتِ نَوْعِ الْحُكْمِ، وَذَلِكَ لَا يَسْتَلْزِمُ الْإِطْرَادَ فِي كُلِّ شَخْصٍ (وَمَنْ وَهَبَ شَقِصًا مُشَاعًا فَالْهَبَةُ فَاسِدَةٌ) أَيْ لَا يَثْبُتُ الْمَلِكُ عَلَى مَا تَقَدَّمَ مِنْ تَوْجِيهِ قَوْلِهِ وَلَا تَجُوزُ الْهَبَةُ فِيَمَا يُقْسَمُ إِلَّا مَحْزُورَةٌ، وَقَوْلُهُ (لَمَّا ذَكَرْنَا) إِشَارَةٌ إِلَى مَا ذُكِرَ مِنَ الْوَجْهَيْنِ فَكَأَنَّهُ مَعْلُومَةٌ مِنْ ذَلِكَ، لَكِنْ أَعَادَهَا تَمْهِيدًا لِقَوْلِهِ (فَإِنْ قَسَمَهُ وَسَلَّمَهُ جَازَ لِأَنَّ تَمَامَهُ بِالْقَبْضِ وَعِنْدَهُ لَا شُيُوعَ) وَبِهِ تَبَيَّنَ أَنَّ الْمَانِعَ مِنَ الشُّيُوعِ مَا كَانَ عِنْدَ الْقَبْضِ، حَتَّى لَوْ وَهَبَ نِصْفَ دَارِهِ لِرَجُلٍ وَلَمْ يُسَلِّمْ حَتَّى وَهَبَ لَهُ النِّصْفَ الْبَاقِيَّ وَسَلَّمَهَا جُمْلَةً جَازَتْ.

قَالَ (وَلَوْ وَهَبَ دَقِيقًا فِي حِنْطَةٍ إلخ) بَنِي كَلَامَهُ هَاهُنَا عَلَى أَنَّ الْمَحَلَّ إِذَا كَانَ مَعْدُومًا حَالَةَ الْعَقْدِ لَمْ يَتَعَقَّدْ إِلَّا بِالتَّجْدِيدِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ مُشَاعًا فَإِنَّهُ بَعْدَ الْإِفْرَازِ لَا يَحْتَاجُ إِلَى التَّجْدِيدِ، وَذَلِكَ وَاضِحٌ لِصَلَاحِيَةِ الْمُشَاعِ لِلْمَحَلِّيَّةِ دُونَ الْمَعْدُومِ، وَهَذَا مِمَّا يُرْشِدُكَ أَنَّ مُرَادَ الْمُصَنِّفِ بِقَوْلِهِ لَا تَجُوزُ هَبَةُ الْمُشَاعِ وَقَوْلُهُ فَالْهَبَةُ فَاسِدَةٌ، وَقَوْلُهُ لِأَنَّ امْتِنَاعَ الْجَوَازِ لِلاتِّصَالِ هُوَ عَدَمُ إِفَادَةِ ثُبُوتِ الْمَلِكِ، فَلَا يُتَوَهَّمُ أَنَّهُ اخْتَارَ قَوْلَ مَنْ ذَهَبَ إِلَى عَدَمِ الْجَوَازِ لِأَنَّهُ لَوْ كَانَ غَيْرَ جَائِزٍ لَاحْتَاجَ إِلَى تَجْدِيدِ الْعَقْدِ عِنْدَ الْإِفْرَازِ فِي الْمُشَاعِ

كَمَا فِي الْمَعْدُومِ، وَإِنَّمَا جُعِلَ الرَّهْنُ فِي السَّمْسِمِ وَالذَّقِيقِ وَالْحِنْطَةِ مَعْدُومًا لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمَوْجُودٍ بِالْفِعْلِ، وَإِنَّمَا يَخْدُثُ بِالْعَصْرِ وَالطَّحْنِ، وَلَا مُعْتَبَرٌ بِكَوْنِهِ مَوْجُودًا بِالْقُوَّةِ لِأَنَّ عَامَّةَ الْمُمَكِّنَاتِ كَذَلِكَ وَلَا تُسَمَّى مَوْجُودَةً.

قَالَ: (وَإِذَا كَانَتِ الْعَيْنُ فِي يَدِ الْمُوهُوبِ لَهُ مَلَكَهَا بِالْهَبَةِ وَإِنْ لَمْ يُجَدِّدْ فِيهَا قَبْضًا؛ لِأَنَّ الْعَيْنَ فِي قَبْضِهِ وَالْقَبْضُ هُوَ الشَّرْطُ، بِخِلَافِ مَا إِذَا بَاعَهُ مِنْهُ؛ لِأَنَّ الْقَبْضَ فِي الْبَيْعِ مَضْمُونٌ فَلَا يَتُوبُ عَنْهُ قَبْضُ الْأَمَانَةِ، أَمَا قَبْضُ الْهَبَةِ فَغَيْرُ مَضْمُونٍ فَيَتُوبُ عَنْهُ.

الشرح:

وَإِذَا كَانَ الْعَيْنُ فِي يَدِ الْمُوهُوبِ لَهُ لَا يَحْتَاجُ إِلَى قَبْضٍ جَدِيدٍ لِإِثْقَاءِ الْمَانِعِ وَهُوَ عَدَمُ الْقَبْضِ، فَإِذَا وَجَدَ الْقَبْضُ أَمَانَةً جَازَ أَنْ يَتُوبَ عَنْ قَبْضِ الْهَبَةِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا بَاعَهُ مِنْهُ لِأَنَّ الْقَبْضَ فِي الْبَيْعِ مَضْمُونٌ فَلَا يَتُوبُ عَنْهُ قَبْضُ الْأَمَانَةِ، وَالْأَصْلُ فِي ذَلِكَ أَنَّ تَجَانُسَ الْقَبْضَيْنِ يَجُوزُ نِيَابَةً أَحَدُهُمَا عَنِ الْآخَرِ، وَتَغَايُرُهُمَا يَجُوزُ نِيَابَةً الْأَعْلَى عَنِ الْأَدْنَى دُونَ الْعَكْسِ، فَإِذَا كَانَ الشَّيْءُ وَدِيعَةً فِي يَدِ شَخْصٍ أَوْ عَارِيَةً فَوَهَبَهُ إِيَّاهُ لَا يَحْتَاجُ إِلَى تَجْدِيدِ قَبْضٍ، لِأَنَّ كِلَا الْقَبْضَيْنِ لَيْسَ قَبْضُ ضَمَانٍ فَكَانَا مُتَجَانِسَيْنِ، وَلَوْ كَانَ بِيَدِهِ مَغْصُوبًا أَوْ بَيْعٍ فَاسِدٍ فَوَهَبَهُ إِيَّاهُ لَمْ يَحْتَجْ إِلَى تَجْدِيدِهِ، لِأَنَّ الْأَوَّلَ أَقْوَى فَيَتُوبُ عَنْ الضَّعِيفِ، وَلَوْ كَانَتْ وَدِيعَةً فَبَاعَهُ مِنْهُ فَإِنَّهُ يَحْتَاجُ إِلَيْهِ لِأَنَّ قَبْضَ الْأَمَانَةِ ضَعِيفٌ فَلَا يَتُوبُ عَنْ قَبْضِ الضَّمَانِ، وَمَعْنَى تَجْدِيدِ الْقَبْضِ أَنْ يَنْتَهِيَ إِلَى مَوْضِعٍ فِيهِ الْعَيْنُ وَيَمْضِي وَقْتُ يَتِمَّ كُنُ فِيهِ مِنْ قَبْضِهَا

قَالَ: (وَإِذَا وَهَبَ الْأَبُ لِابْنِهِ الصَّغِيرِ هِبَةً مَلَكَهَا الْابْنُ بِالْعَقْدِ؛ لِأَنَّهُ فِي قَبْضِ الْأَبِ فَيَتُوبُ عَنْ قَبْضِ الْهَبَةِ، وَلَا فَرْقَ بَيْنَ مَا إِذَا كَانَ فِي يَدِهِ أَوْ فِي يَدِ مُوَدِّعِهِ؛ لِأَنَّ يَدَهُ كِيدَهُ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ مَرهُونًا أَوْ مَغْصُوبًا أَوْ مَبِيعًا بَيْعًا فَاسِدًا؛ لِأَنَّهُ فِي يَدِ غَيْرِهِ أَوْ فِي مِلْكِ غَيْرِهِ، وَالصَّدَقَةُ فِي هَذَا مِثْلُ الْهَبَةِ، وَكَذَا إِذَا وَهَبَتْ لَهُ أُمُّهُ وَهُوَ فِي عِيَالِهَا وَالْأَبُ مَيِّتٌ وَلَا وَصِيَّ لَهُ، وَكَذَلِكَ كُلُّ مَنْ يَعُولُهُ. (وَإِنْ وَهَبَ لَهُ أَجَنَّبِيٌّ هِبَةً تَمَّتْ بِقَبْضِ الْأَبِ؛ لِأَنَّهُ يَمْلِكُ عَلَيْهِ الدَّائِرَ بَيْنَ النَّافِعِ وَالضَّائِرِ فَأَوْلَى أَنْ يَمْلِكَ الْمَنَافِعَ. قَالَ (وَإِذَا وَهَبَ لِلْيَتِيمِ هِبَةً فَقَبْضُهَا لَهُ وَلِيُّهُ وَهُوَ وَصِيُّ الْأَبِ أَوْ جَدُّ الْيَتِيمِ أَوْ وَصِيُّهُ جَانًا؛ لِأَنَّ لَهُوْلَاءَ وَلَايَةً عَلَيْهِ لِقِيَامِهِمْ مَقَامَ الْأَبِ (وَإِنْ كَانَ فِي حِجْرِ أُمِّهِ فَقَبْضُهَا لَهُ جَائِزٌ؛ لِأَنَّ لَهَا الْوِلَايَةَ فِيمَا

يَرْجِعُ إِلَى حِفْظِهِ وَحِفْظِ مَالِهِ.

وَهَذَا مِنْ بَابِهِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَبْقَى إِلَّا بِالْمَالِ فَلَا بُدَّ مِنْ وِلَايَةِ التَّحْصِيلِ (وَكَذَا إِذَا كَانَ فِي حِجْرِ أَجَنَّبِيٍّ يُرَبِّيهِ)؛ لِأَنَّهُ لَهُ عَلَيْهِ يَدٌ مُعْتَبَرَةٌ. أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَا يَتِمَكَّنُ أَجَنَّبِيٌّ آخَرَ أَنْ يَنْزِعَهُ مِنْ يَدِهِ فَيَمْلِكُ مَا يَتَمَحَّضُ نَفْعًا فِي حَقِّهِ (وَإِنْ قَبْضَ الصَّبِيِّ الْهَبَةَ بِنَفْسِهِ جَازًا) مَعْنَاهُ إِذَا كَانَ عَاقِلًا؛ لِأَنَّهُ نَافِعٌ فِي حَقِّهِ وَهُوَ مِنْ أَهْلِهِ. وَفِيمَا وَهَبَ لِلصَّغِيرَةِ يَجُوزُ قَبْضُ زَوْجِهَا لَهَا بَعْدَ الزَّفَافِ لِتَقْوِيضِ الْأَبِ أُمُورَهَا إِلَيْهِ دَلَالَةً، بِخِلَافِ مَا قَبْلَ الزَّفَافِ وَيَمْلِكُهُ مَعَ حَضْرَةِ الْأَبِ، بِخِلَافِ الْأُمِّ وَكُلِّ مَنْ يَعُولُهَا غَيْرَهَا حَيْثُ لَا يَمْلِكُونَهُ إِلَّا بَعْدَ مَوْتِ الْأَبِ أَوْ غَيْبَتِهِ غَيْبَةً مُنْقَطِعَةً فِي الصَّحِيحِ؛ لِأَنَّهُ تَصَرَّفَ هَؤُلَاءِ لِلضَّرُورَةِ لَا بِتَقْوِيضِ الْأَبِ، وَمَعَ حُضُورِهِ لَا ضَرُورَةَ.

الشرح:

(وَإِذَا وَهَبَ الْأَبُ لِابْنِهِ الصَّغِيرِ هَبَةً مَلَكَهَا الْإِبْنُ بِالْعَقْدِ) وَالْقَبْضُ فِيهِ بِإِعْلَامِ مَا وَهَبَهُ لَهُ، وَلَيْسَ الْإِشْهَادُ بِشَرْطٍ إِلَّا أَنْ فِيهِ احْتِيَاطٌ لِلتَّحَرُّزِ عَنْ جُحُودِ الْوَرِثَةِ بَعْدَ مَوْتِهِ أَوْ جُحُودِهِ بَعْدَ إِذْكَ الْوَلَدِ (لِأَنَّهُ) أَيُّ لَأَنَّ الْمُوْهَبَ (فِي قَبْضِ الْأَبِ فَيَنْبُؤُ عَنْ قَبْضِ الْهَبَةِ) وَيَدُّ مُودَعِهِ كَيْدِهِ (بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ مَرَهُونًا أَوْ مَغْصُوبًا أَوْ مَبِيعًا يَبِيعًا فَاسِدًا لِأَنَّهُ فِي يَدِ غَيْرِهِ) يَعْنِي فِي الْأَوَّلِينَ (أَوْ فِي مِلْكِ غَيْرِهِ) يَعْنِي فِي الْآخِرِ (وَالصَّدَقَةُ فِي هَذَا كَالْهَبَةِ، وَكَذَا إِذَا وَهَبَتْ الْأُمُّ لَوْلَدِهَا الصَّغِيرِ وَهُوَ فِي عِيَالِهَا وَالْأَبُ مَيِّتٌ وَلَا وَصِيٍّ لَهُ) وَقَيَّدَ بِقَوْلِهِ وَهُوَ فِي عِيَالِهَا لِيَكُونَ لَهَا عَلَيْهِ نَوْعٌ وَِلَايَةٍ، وَقَيَّدَ بِمَوْتِ الْأَبِ وَعَدَمِ الْوَصِيِّ لِأَنَّ عِنْدَ وَجُودِهِمَا لَيْسَ لَهَا وَِلَايَةُ الْقَبْضِ (وَكَذَا كُلُّ مَنْ يَعُولُهُ) نَحْوُ الْأَخِ وَالْعَمِّ وَالْأَجَنَّبِيِّ جَازَ لَهُ قَبْضُ الْهَبَةِ لِأَجْلِ التَّيَسُّمِ.

قِيلَ: أَطْلَقَ جَوَازَ قَبْضِ هَؤُلَاءِ، وَلَكِنْ ذَكَرَ فِي الْإِبْطَاحِ وَمُخْتَصَرِ الْكَرْحِيِّ أَنَّ وَِلَايَةَ الْقَبْضِ لِهَؤُلَاءِ إِذَا لَمْ يُوَجَدْ وَاحِدٌ مِنَ الْأَرْبَعَةِ وَهُوَ الْأَبُ وَوَصِيُّهُ وَالْجَدُّ أَبُو الْأَبِ بَعْدَ الْأَبِ وَوَصِيُّهُ، فَأَمَّا مَعَ وَجُودِ وَاحِدٍ مِنْهُمْ فَلَا، سِوَاءَ كَانَ الصَّبِيُّ فِي عِيَالِ الْقَابِضِ أَوْ لَمْ يَكُنْ، وَسِوَاءَ كَانَ ذَا رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنْهُ أَوْ أَجَنَّبِيًّا لِأَنَّهُ لَيْسَ لِهَؤُلَاءِ وَِلَايَةُ التَّصَرُّفِ فِي مَالِهِ، فَقِيَامُ وَِلَايَةٍ مَنْ يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ فِي الْمَالِ يَمْنَعُ ثُبُوتَ حَقِّ الْقَبْضِ لَهُ فَإِذَا لَمْ يَبْقَ وَاحِدٌ مِنْهُمْ جَازَ قَبْضُ مَنْ كَانَ الصَّبِيُّ فِي عِيَالِهِ لثُبُوتِ نَوْعِ وَِلَايَةٍ لَهُ حِينَئِذٍ؛ أَلَا تَرَى

أَنَّهُ يُؤَدِّبُهُ وَيُسَلِّمُهُ فِي الصَّنَائِعِ، فَعِيَامُ هَذَا الْقَدَرِ يُطْلَقُ حَقَّ الْقَبْضِ لِلْهَبَةِ لَكَوْنِهِ مِنْ بَابِ الْمَنْفَعَةِ، وَأَرَى أَنَّهُ لَمْ يُطْلَقْ وَلَكِنَّهُ اقْتَصَرَ فِي التَّقْيِيدِ، وَذَلِكَ لِأَنَّهُ قَالَ: وَكَذَلِكَ كُلُّ مَنْ يَعُولُهُ، وَهُوَ مَعْطُوفٌ عَلَى قَوْلِهِ وَكَذَلِكَ إِذَا وَهَبْتَ لَهُ أُمَّهُ وَهُوَ مُقَيَّدٌ بِقَوْلِهِ وَالْأَبُ مَيِّتٌ وَلَا وَصِيَّ لَهُ فَيَكُونُ ذَلِكَ فِي الْمَعْطُوفِ أَيْضًا، لَكِنَّهُ اقْتَصَرَ عَلَى ذِكْرِ الْجَدِّ وَوَصِيهِ لِلْعِلْمِ بِأَنَّ الْجَدَّ الصَّحِيحَ مِثْلُ الْأَبِ فِي أَكْثَرِ الْأَحْكَامِ، وَوَصِيَّهُ كَوَصِيَّ الْأَبِ.

(وَأِنْ وَهَبَ لِلصَّغِيرِ أَجْنَبِيَّ هَبَةً ثَمَّتْ بِقَبْضِ الْأَبِ لِأَنَّهُ يَمْلِكُ) الْأَمْرَ (الدَّائِرَ بَيْنَ الضَّرِّ وَالنَّفْعِ فَالْنَّفْعُ الْمَحْضُ أَوَّلُ بِذَلِكَ) قَالَ (وَإِذَا وَهَبَ لِلْيَتِيمِ هَبَةً إِلَّا إِذَا وَهَبَ لِلْيَتِيمِ مَالٌ فَالْقَبْضُ إِلَى مَنْ لَهُ التَّصَرُّفُ فِي مَالِهِ وَهُوَ وَصِيُّ الْأَبِ أَوْ جَدُّ الْيَتِيمِ أَوْ وَصِيُّهُ، لِأَنَّ لَهُوْلَاءِ وَلَايَةً عَلَى الْيَتِيمِ لِقِيَامِهِمْ مَقَامَ الْأَبِ، وَإِنْ كَانَ الْيَتِيمُ فِي حِجْرِ أُمِّهِ أَيْ فِي كَنَفِهَا وَتَرْبِيَّتِهَا فَقَبْضُهَا لَهُ جَائِزٌ لَمَّا تَقَدَّمَ أَنَّ لَهَا الْوِلَايَةَ، وَكَذَا إِذَا كَانَ فِي حِجْرِ أَجْنَبِيٍّ يَرْبِيهِ لِأَنَّ لَهُ يَدًا مُعْتَبَرَةً؛ أَلَا تَرَى أَنَّ أَجْنَبِيًّا آخَرَ لَا يَتِمَّ كُنُّ مِنْ نَرْعِهِ مِنْ يَدِهِ فَيَمْلِكُ مَا تَمَحَّضَ نَفْعًا فِي حَقِّهِ لَكِنْ بِشَرْطٍ أَنْ لَا يُوْجَدَ وَاحِدٌ مِنَ الْأَرْبَعَةِ الْمَذْكُورَةِ وَإِنْ قَبْضَ الصَّبِيِّ الْهَبَةَ بِنَفْسِهِ وَهُوَ عَاقِلٌ جَازٍ لِأَنَّهُ نَافِعٌ فِي حَقِّهِ وَهُوَ مِنْ أَهْلِهِ: أَيْ مِنْ أَهْلِ مُبَاشَرَةِ مَا يَتَضَمَّنُ نَفْعًا لَهُ. فَإِنْ قِيلَ: عَقْدُ الصَّبِيِّ إِمَّا أَنْ يَكُونَ مُعْتَبَرًا أَوْ لَا، فَإِنْ كَانَ الثَّانِي وَجَبَ أَنْ لَا يَصِحَّ قَبْضُهُ، وَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ وَجَبَ أَنْ لَا يَجُوزَ اعْتِبَارُ الْحَلْفِ مَعَ وَجُودِ أَهْلِيَّتِهِ.

فَالْجَوَابُ أَنَّ عَقْلَهُ فِيمَا نَحْنُ فِيهِ مِنْ تَحْصِيلِ مَا هُوَ نَفْعٌ مَحْضٌ مُعْتَبَرٌ لِتَوْفِيرِ الْمَنْفَعَةِ عَلَيْهِ، وَفِي اعْتِبَارِ الْحَلْفِ تَوْفِيرُهَا أَيْضًا لِأَنَّهُ يَنْفَتِحُ بِهِ بَابٌ آخَرٌ لِتَحْصِيلِهَا فَكَانَ جَائِزًا نَظَرًا لَهُ، وَلِهَذَا لَمْ يُعْتَبَرِ عَقْلُهُ فِي الْمُرَدِّدِ بَيْنَ النَّفْعِ وَالضَّرِّ سَدًّا لِبَابِ الْمَضَرَّةِ عَلَيْهِ، لِأَنَّ عَقْلَهُ قَبْلَ الْبُلُوغِ نَاقِصٌ فَلَا يَتِمُّ بِهِ النَّظَرُ فِي عَوَاقِبِ الْأُمُورِ فَلَا بُدَّ مِنْ جَبْرِهِ بِرَأْيِ الْوَلِيِّ، وَإِذَا وَهَبَ لِلصَّغِيرِ هَبَةً وَلَهَا زَوْجٌ فَأَمَّا إِنْ زُفَّتْ إِلَيْهِ أَوْ لَا، فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ جَازَ قَبْضُ زَوْجِهَا لَهَا لِأَنَّ الْأَبَ قَدْ فَوَّضَ أُمُورَهَا إِلَيْهِ وَهِيَ حِينَ زَفَّتْهَا إِلَيْهِ صَغِيرَةٌ وَأَقَامَهُ مَقَامَ نَفْسِهِ فِي حِفْظِهَا وَحِفْظِ مَالِهَا، وَقَبْضُ الْهَبَةِ مِنْ حِفْظِ الْمَالِ، لَكِنْ لَا يَطُلُّ بِذَلِكَ وَلَايَةُ الْأَبِ حَتَّى لَوْ قَبْضَهَا جَازَ، وَكَذَا لَوْ قَبِضَتْ بِنَفْسِهَا وَأَطْلَقَ الْمُصَنِّفُ عَنْ كَوْنِهَا يُجَامَعُ مِثْلُهَا لِأَنَّهُ هُوَ الصَّحِيحُ.

وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ: إِذَا كَانَتْ مِمَّنْ لَا يُجَامِعُ لَا يَصِحُّ قَبْضُ الزَّوْجِ لَهَا وَحُضُورُ
 الْأَبِ لَا يَمْنَعُ عَنْ ذَلِكَ فَإِنَّهُ يَمْلِكُهَا وَإِنْ حَضَرَ الْأَبُ فِي الصَّحِيحِ، وَهُوَ احْتِرَازٌ عَمَّا
 ذَكَرَ فِي الْإِبْطَاحِ أَنَّ قَبْضَ الزَّوْجِ لَهَا إِنَّمَا يَجُوزُ إِذَا لَمْ يَكُنْ الْأَبُ حَيًّا، بِخِلَافِ الْأُمِّ
 وَكُلِّ مَنْ يَعُولُهَا غَيْرَهَا فَإِنَّهُمْ لَا يَمْلِكُونَهُ إِلَّا بَعْدَ مَوْتِ الْأَبِ أَوْ بَعْدَ غَيْبَتِهِ غَيْبَةً مُنْقَطِعَةً
 لِأَنَّ تَصَرُّفَ هَؤُلَاءِ لِلضَّرُورَةِ لَا بِتَفْوِيزِ الْأَبِ وَلَا ضَرُورَةٍ مَعَ الْحُضُورِ. وَقَوْلُهُ فِي
 الصَّحِيحِ مُتَعَلِّقٌ بِقَوْلِهِ يَمْلِكُهَا مَعَ حَضَرَةِ الْأَبِ كَمَا ذَكَرْنَا.

قَالَ صَاحِبُ النَّهَائَةِ: وَإِنَّمَا قُلْتُ هَذَا لِأَنَّ فِي قَوْلِهِ بِخِلَافِ الْأُمِّ وَكُلِّ مَنْ يَعُولُهَا
 غَيْرَهَا حَيْثُ لَا يَمْلِكُونَهُ إِلَّا بَعْدَ مَوْتِ الْأَبِ أَوْ غَيْبَتِهِ غَيْبَةً مُنْقَطِعَةً لَيْسَتْ رِوَايَةٌ أُخْرَى
 حَتَّى يَقَعَ قَوْلُهُ فِي الصَّحِيحِ احْتِرَازًا عَنْهَا، فَإِنْ كَانَ الثَّانِي فَلَا مُعْتَبَرَ بِقَبْضِ الزَّوْجِ لَهَا
 لِأَنَّ ذَلِكَ بِحُكْمِ أَنَّهُ يَعُولُهَا وَأَنَّ لَهُ عَلَيْهَا يَدًا مُسْتَحَقَّةً وَذَلِكَ لَا يُوجَدُ قَبْلَ الرِّفَافِ.

قَالَ: (وَإِذَا وَهَبَ اثْنَانِ مِنْ وَاحِدٍ دَارًا جَارًا؛ لِأَنَّهُمَا سَلَمَاهَا جُمْلَةً وَهُوَ قَدْ قَبَضَهَا
 جُمْلَةً فَلَا شُيُوعَ) (وَإِنْ وَهَبَهَا وَاحِدٌ مِنْ اثْنَيْنِ لَا يَجُوزُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَ يَصِحُّ؛ لِأَنَّ
 هَذِهِ هِبَةُ الْجُمْلَةِ مِنْهُمَا، إِذَا التَّمْلِيكُ وَاحِدٌ فَلَا يَتَحَقَّقُ الشُّيُوعُ كَمَا إِذَا رَهَنَ مِنْ رَجُلَيْنِ.
 وَلَهُ أَنْ هَذِهِ هِبَةُ النِّصْفِ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا، وَلِهَذَا لَوْ كَانَتْ فِيمَا لَا يُقَسَّمُ فَقَبِلَ
 أَحَدُهُمَا صَحٌّ، وَلَئِنْ الْمِلْكُ يَثْبُتُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فِي النِّصْفِ فَيَكُونُ التَّمْلِيكُ كَذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ
 حُكْمُهُ، وَعَلَى هَذَا الْاِعْتِبَارِ يَتَحَقَّقُ الشُّيُوعُ، بِخِلَافِ الرُّهْنِ؛ لِأَنَّ حُكْمَهُ الْحَبْسُ، وَيَثْبُتُ لِكُلِّ
 وَاحِدٍ مِنْهُمَا كَامِلًا، إِذْ لَا تَضَائِفَ فِيهِ فَلَا شُيُوعَ وَلِهَذَا لَوْ قَضَى دَيْنَ أَحَدِهِمَا لَا يَسْتَرِدُّ
 شَيْئًا مِنَ الرُّهْنِ) (وَفِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ: إِذَا تَصَدَّقَ عَلَى مُحْتَاجَيْنِ بِعَشْرَةِ دَرَاهِمٍ أَوْ وَهَبَهَا
 لَهُمَا جَارًا، وَلَوْ تَصَدَّقَ بِهَا عَلَى غَنِيَّيْنِ أَوْ وَهَبَهَا لَهُمَا لَمْ يَجُزْ، وَقَالَ: يَجُوزُ لِلْغَنِيِّيْنِ أَيْضًا)
 جَعَلَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَجَازًا عَنِ الْآخَرِ، وَالصَّلَاحِيَّةُ ثَابِتَةٌ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا تَمْلِيكُ
 بِغَيْرِ بَدَلٍ، وَفَرَّقَ بَيْنَ الصَّدَقَةِ وَالْهِبَةِ فِي الْحُكْمِ. وَفِي الْأَصْلِ سَوَى بَيْنَهُمَا فَقَالَ: وَكَذَلِكَ
 الصَّدَقَةُ؛ لِأَنَّ الشُّيُوعَ مَانِعٌ فِي الْفَصْلَيْنِ لِتَوْفُّقِهِمَا عَلَى الْقَبْضِ. وَوَجْهُ الْفَرْقِ عَلَى هَذِهِ
 الرِّوَايَةِ أَنَّ الصَّدَقَةَ يُرَادُ بِهَا وَجْهُ اللَّهِ تَعَالَى وَهُوَ وَاحِدٌ، وَالْهِبَةُ يُرَادُ بِهَا وَجْهُ الْغَنِيِّ وَهُمَا
 اثْنَانِ. وَقِيلَ هَذَا هُوَ الصَّحِيحُ، وَالْمُرَادُ بِالْمَذْكُورِ فِي الْأَصْلِ الصَّدَقَةُ عَلَى غَنِيَّيْنِ.

الشرح:

قَالَ (وَإِذَا وَهَبَ اثْنَانِ مِنْ وَاحِدٍ دَارًا جَارَ الْخ) وَإِذَا وَهَبَ اثْنَانِ دَارًا مِنْ وَاحِدٍ جَارَ لاثْنَاءِ الشُّيُوعِ، لِأَنَّ الشُّيُوعَ إِمَّا أَنْ يَكُونَ بِالتَّسْلِيمِ أَوْ الْقَبْضِ وَهُمَا سَلَمَاهَا جُمْلَةً وَهُوَ قَوْلُهُ قَدْ قَبَضَهَا جُمْلَةً فَلَا شُّيُوعَ، وَإِنْ كَانَتْ بِالْعَكْسِ لَا تَجُوزُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: تَجُوزُ لِأَنَّ هَذِهِ هِبَةٌ الْجُمْلَةَ بَيْنَهُمَا لِاتِّحَادِ التَّمْلِكِ وَلَا شُّيُوعَ فِي هِبَةِ الْجُمْلَةِ كَمَا إِذَا رَهَنَ مِنْ رَجُلَيْنِ بَلْ أَوْلَى لِأَنَّ تَأْثِيرَ الشُّيُوعِ فِي الرَّهْنِ أَكْثَرُ مِنْهُ فِي الْهِبَةِ حَتَّى لَا يَجُوزَ الرَّهْنُ فِي مُشَاعٍ لَا يَحْتَمِلُ الْقِسْمَةَ دُونَ الْهِبَةِ، ثُمَّ إِنَّهُ لَوْ رَهَنَ مِنْ رَجُلَيْنِ جَارَ فَالْهِبَةُ أَوْلَى.

وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ هَذِهِ هِبَةٌ النَّصْفِ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا، وَلِهَذَا لَوْ كَانَتْ فِيمَا لَا يُقْسَمُ فَقَبِلَ أَحَدُهُمَا صَحَّ فَصَارَ كَمَا لَوْ وَهَبَ النَّصْفَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَعْدَ عَلَى حِدَةٍ، وَهَذَا اسْتِدْلَالٌ مِنْ جَانِبِ التَّمْلِكِ وَلِأَنَّ الْمَلِكَ يَثْبُتُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فِي النَّصْفِ وَهُوَ غَيْرُ مُمْتَازٍ فَكَانَ الشُّيُوعُ وَهُوَ يَمْنَعُ الْقَبْضَ عَلَى سَبِيلِ الْكَمَالِ، وَلَيْسَ مَنَعُ الشُّيُوعِ لِحَوَازِ الْهِبَةِ إِلَّا لِدَلَالِهِ، وَإِذَا ثَبَتَ الْمَلِكُ مُشَاعًا وَهُوَ حُكْمُ التَّمْلِكِ ثَبَتَ التَّمْلِكُ كَذَلِكَ، إِذِ الْحُكْمُ يَثْبُتُ بِقَدَرِ دَلِيلِهِ، وَهَذَا اسْتِدْلَالٌ مِنْ جَانِبِ الْمَلِكِ.

وَفِيهِ إِشَارَةٌ إِلَى الْجَوَابِ عَمَّا يُقَالُ الشُّيُوعُ إِمَّا يُؤْتَرُ إِذَا وَجِدَ فِي الطَّرَفَيْنِ جَمِيعًا، فَأَمَّا إِذَا حَصَلَ فِي أَحَدِهِمَا فَلَا يُؤْتَرُ لِأَنَّهُ لَا يُلْحَقُ بِالتَّبَرُّعِ ضَمَانُ الْقِسْمَةِ وَهُوَ الْمَانِعُ عَنْ جَوَازِهَا شَائِعًا. وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنْ يُقَالَ: إِنْ سَلَمْنَا أَنَّ الشُّيُوعَ إِمَّا يُؤْتَرُ إِذَا وَجِدَ فِي الطَّرَفَيْنِ فَهُوَ مَوْجُودٌ فِي الطَّرَفَيْنِ، وَأَمَّا الْمَانِعُ هُوَ الْخَاقُ ضَمَانُ الْقِسْمَةِ بِالتَّبَرُّعِ فَقَدْ تَقَدَّمَ حَالُهُ، وَلَيْسَ الْمَانِعُ مُنْهَضًا فِيهِ بَلْ الْحُكْمُ يَدُورُ عَلَى نَفْسِ الشُّيُوعِ لِامْتِنَاعِ الْقَبْضِ بِهِ (قَوْلُهُ بِخِلَافِ الرَّهْنِ) جَوَابٌ عَمَّا اسْتَشْهَدَا بِهِ. وَوَجْهُهُ أَنَّ حُكْمَ الرَّهْنِ الْحَسَنِ وَلَا شُّيُوعَ فِيهِ، بَلْ يَثْبُتُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا كَمَلًا، وَلِهَذَا لَوْ قُضِيَ دَيْنُ أَحَدِهِمَا لَا يَسْتَرِدُّ شَيْئًا مِنَ الرَّهْنِ، وَذَكَرَ رِوَايَةَ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ لَيَّانَ مَا وَقَعَ مِنَ الْاِخْتِلَافِ بَيْنَهَا وَبَيْنَ رِوَايَةِ الْأَصْلِ، وَذَلِكَ لِأَنَّ رِوَايَةَ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ تَدُلُّ عَلَى أَنَّ الشُّيُوعَ فِي الصَّدَقَةِ لَا يَمْنَعُ الْجَوَازَ عِنْدَهُ كَمَا كَانَ يَمْنَعُ عَنْ جَوَازِ الْهِبَةِ، وَرِوَايَةُ الْأَصْلِ تَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ لَا فَرْقَ بَيْنَ الْهِبَةِ وَالصَّدَقَةِ فِي مَنَعِ الشُّيُوعِ فِيهِمَا عَنْ الْجَوَازِ لِأَنَّهُ سَوَى بَيْنَهُمَا حَيْثُ عَطَفَ فَقَالَ:

وَكَذَلِكَ الصَّدَقَةُ لِتَوْفِقِهِمَا عَلَى الْقَبْضِ، وَالشُّيُوعُ يَمْنَعُ الْقَبْضَ عَلَى سَبِيلِ الْكَمَالِ.
وَوَجْهُ الْفَرْقِ عَلَى رِوَايَةِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ أَنَّ الصَّدَقَةَ يُرَادُ بِهَا وَجْهَ اللَّهِ وَهُوَ وَاحِدٌ
لَا شَرِيكَ لَهُ فَيَقَعُ جَمِيعُ الْعَيْنِ لِلَّهِ تَعَالَى عَلَى الْخُلُوصِ فَلَا شُّيُوعَ فِيهَا، وَأَمَّا الْهَبَةُ فَيُرَادُ
بِهَا وَجْهَ الْغَنَى وَالْفَرَضُ أَنَّهُمَا اثْنَانِ. وَقِيلَ هَذَا هُوَ الصَّحِيحُ، وَتَأْوِيلُ مَا ذُكِرَ فِي الْأَصْلِ
الصَّدَقَةُ عَلَى غَنِيَيْنِ فَتَكُونُ مَجَازًا لِلْهَبَةِ، وَيَجُوزُ الْمَجَازُ عَلَى مَا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ أَنَّ
كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا تَمْلِكُ بِغَيْرِ بَدَلٍ.

وَلَوْ وَهَبَ لِرَجُلَيْنِ دَارًا لِأَحَدِهِمَا ثَلَاثَاهَا وَلِلْآخَرِ ثُلُثُهَا لَمْ يَجُزْ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ
وَأَبِي يُوسُفَ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: يَجُوزُ. وَلَوْ قَالَ لِأَحَدِهِمَا نِصْفُهَا وَلِلْآخَرِ نِصْفُهَا عَنْ أَبِي
يُوسُفَ فِيهِ رَوَايَتَانِ، فَأَبُو حَنِيفَةَ مَرٌّ عَلَى أَصْلِهِ، وَكَذَا مُحَمَّدٌ. وَالْفَرْقُ لِأَبِي يُوسُفَ أَنَّ
بِالتَّنْصِيفِ عَلَى الْأَبْعَاضِ يَظْهَرُ أَنَّ قَصْدَهُ ثُبُوتُ الْمِلْكِ فِي الْبَعْضِ فَيَتَحَقَّقُ الشُّيُوعُ،
وَلِهَذَا لَا يَجُوزُ إِذَا رَهَنَ مِنْ رَجُلَيْنِ وَنَصَّ عَلَى الْأَبْعَاضِ.

الشرح:

قَالَ (وَلَوْ وَهَبَ لِرَجُلَيْنِ دَارًا إلخ) اعْلَمْ أَنَّ التَّفْصِيلَ فِي الْهَبَةِ إِمَّا أَنْ يَكُونَ ابْتِدَاءً
أَوْ بَعْدَ الْإِجْمَالِ، فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ لَمْ يَجُزْ بِلَا خِلَافٍ سَوَاءً كَانَ التَّفْصِيلُ بِالتَّفْصِيلِ
كَقَوْلِهِ وَهَبْتُ لَكَ ثَلَاثِينَ لَشَخْصٍ وَوَهَبْتُ لَكَ ثَلَاثَةَ الْآخَرِ أَوْ بِالتَّسَاوِي كَقَوْلِهِ لَشَخْصٍ
وَهَبْتُ لَكَ نِصْفَهُ وَلَاخَرُ كَذَلِكَ وَلَمْ يَذْكُرْهُ فِي الْكِتَابِ، وَإِنْ كَانَ الثَّانِي لَمْ يَجُزْ عِنْدَ
أَبِي حَنِيفَةَ مُطْلَقًا: أَيُّ سَوَاءً كَانَ مُتَفَاضِلًا أَوْ مُتَسَاوِيًا مَرٌّ عَلَى أَصْلِهِ، وَجَازَ عِنْدَ مُحَمَّدٍ
مُطْلَقًا مَرٌّ عَلَى أَصْلِهِ، وَفَرَّقَ أَبُو يُوسُفَ بَيْنَ الْمُسَاوَاةِ وَالْمُفَاضَلَةِ، فَفِي الْمُفَاضَلَةِ لَمْ يُجُوزْ
فِي الْمُسَاوَاةِ جَوْزٌ فِي رِوَايَةٍ عَلَى مَا هُوَ الْمَذْكُورُ فِي الْكِتَابِ بِقَوْلِهِ وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ فِيهِ
رَوَايَتَانِ، هَذَا الَّذِي يَدُلُّ عَلَيْهِ ظَاهِرُ كَلَامِ الْمُصَنِّفِ وَصَاحِبِ النَّهْيَةِ جَعَلَ قَوْلُهُ وَلَوْ قَالَ
لِأَحَدِهِمَا نِصْفُهَا وَلِلْآخَرِ نِصْفُهَا عَنْ أَبِي يُوسُفَ فِيهِ رَوَايَتَانِ تَفْصِيلًا ابْتِدَائِيًّا، وَنَقَلَ عَنْ
عَامَّةِ النَّسَخِ مِنَ الذَّخِيرَةِ وَالْإِيضَاحِ وَغَيْرِهِمَا أَنَّهُ لَمْ يَجُزْ بِلَا خِلَافٍ، وَلَيْسَ بِظَاهِرٍ لِأَنَّ
الْمُصَنِّفَ عَطَفَ ذَلِكَ عَلَى التَّفْصِيلِ بَعْدَ الْإِجْمَالِ، فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ لَيْسَ ابْتِدَائِيًّا. وَالْفَرْقُ
لِأَبِي يُوسُفَ مَا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ أَنَّ بِالتَّنْصِيفِ عَلَى الْأَبْعَاضِ يَظْهَرُ أَنَّ قَصْدَهُ ثُبُوتُ
الْمِلْكِ فِي الْبَعْضِ فَيَتَحَقَّقُ الشُّيُوعُ، وَهُوَ دَلِيلٌ عَلَى صُورَةِ التَّفْصِيلِ بِالتَّفْصِيلِ وَعَلَى

صُورَتِهِ بِالتَّسَاوِي عَلَى رِوَايَةِ عَدَمِ الْجَوَازِ.

وَأَمَّا رِوَايَةُ الْجَوَازِ فَلَكُونُهَا غَيْرَ مَعْدُولَةٍ عَنْ أَصْلِهِ وَهُوَ أَصْلُ مُحَمَّدٍ فَلَيْسَتْ بِمُحْتَاجَةٍ إِلَى دَلِيلٍ، وَبِهَذَا التَّوَجُّهِ يَظْهَرُ خَلَلٌ مَا قِيلَ إِنَّ فِي قَوْلِهِ إِنَّ بِالتَّنْصِصِ عَلَى الْأَبْعَاضِ يَظْهَرُ أَنَّ قَصْدَهُ ثُبُوتُ الْمَلِكِ فِي الْبَعْضِ نَوْعُ إِخْلَالٍ حَيْثُ لَا يُعْلَمُ بِمَا ذُكِرَ مَوْضِعُ خِلَافِهِ مِنَ الْأَبْعَاضِ، وَمَا لَيْسَ فِيهِ خِلَافٌ مِنَ الْأَبْعَاضِ؛ فَإِنَّهُ لَوْ نَصَّ عَلَى الْأَبْعَاضِ بِالتَّنْصِصِ بَعْدَ الْإِجْمَالِ كَمَا فِي قَوْلِهِ وَهَبْتُ لَكُمْ هَذِهِ الدَّارَ لَكَ نِصْفُهَا وَهَذَا نِصْفُهَا جَازٌ، وَإِنَّمَا لَا يَجُوزُ عِنْدَهُ التَّنْصِصُ عَلَى الْأَبْعَاضِ بِالتَّنْصِصِ إِذَا لَمْ يَتَقَدَّمْهُ الْإِجْمَالُ، وَذَلِكَ لِأَنَّهُ يُسْتَدَلُّ عَلَى مَا عَدَلَ فِيهِ عَنْ أَصْلِهِ، وَالْمَذْكُورُ فِي الْكِتَابِ يَدُلُّ عَلَيْهِ.

وَأَمَّا صُورَةُ الْجَوَازِ فَلَيْسَتْ بِمُحْتَاجَةٍ إِلَى الدَّلِيلِ لِحَرَيَانِهَا عَلَى أَصْلِهِ، وَوَضَحَ دَلَالَةُ التَّنْصِصِ عَلَى الْأَبْعَاضِ عَلَى تَحَقُّقِ الشُّيُوعِ فِي الْهَبَةِ بِالتَّنْصِصِ عَلَى الْأَبْعَاضِ فِي الرَّهْنِ فَقَالَ: وَهَذَا لَا يَجُوزُ إِذَا رَهَنَ مِنْ رَجُلَيْنِ وَنَصَّ عَلَى الْأَبْعَاضِ، خَلَا أَنَّهُ يَسْتَوِي فِيهِ الْمَسَاوَاةُ وَالْمُفَاضَلَةُ بِنَاءً عَلَى أَصْلٍ يَصِحُّ أَنْ يَكُونَ مَبْنَى الْجَوَازِ وَعَدَمِهِ فِي الْهَبَةِ أَيْضًا، وَهُوَ أَنَّ التَّفْصِيلَ إِذَا لَمْ يُخَالَفْ مُقْتَضَى الْإِجْمَالِ كَانَ لَعَوًا كَمَا فِي التَّنْصِصِ فِي الْهَبَةِ، لِأَنَّ مُوجِبَ الْعَقْدِ عِنْدَ الْإِجْمَالِ تَمَلُّكُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا النِّصْفَ، وَلَمْ يَزِدْ التَّفْصِيلُ عَلَى ذَلِكَ شَيْئًا فَكَانَ لَعَوًا، وَإِذَا خَالَفَهُ كَمَا فِي التَّثْلِيثِ كَانَ مُعْتَبَرًا وَيُفِيدُ تَفْرِيقَ الْعَقْدِ، فَكَأَنَّهُ أَوْجَبَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الْعَقْدَ فِي جُزْءٍ شَائِعٍ حَمَلًا لِكَلَامِ الْعَاقِلِ عَلَى الْإِفَادَةِ، وَكَذَا فِي الرَّهْنِ فَإِنَّ حَالَةَ التَّفْصِيلِ فِيهِ تُخَالَفُ حَالَةَ الْإِجْمَالِ لِأَنَّ عِنْدَ الْإِجْمَالِ يَثْبُتُ حَقُّ الْحَبْسِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فِي الْكُلِّ وَعِنْدَ التَّفْصِيلِ لَا يَثْبُتُ.

باب الرجوع في الهبة

قَالَ: (وَإِذَا وَهَبَ هِبَةً لِأَجْنَبِيٍّ فَلَهُ الرُّجُوعُ فِيهَا) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا رُجُوعَ فِيهَا لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «لَا يَرْجِعُ الْوَاهِبُ فِي هِبَتِهِ إِلَّا الْوَالِدُ فِيمَا يَهَبُ لَوْلَدِهِ»^(١) وَلِأَنَّ الرُّجُوعَ يُضَادُّ التَّمْلِيكَ، وَالْعَقْدُ لَا يَقْتَضِي مَا يُضَادُّهُ، بِخِلَافِ هِبَةِ الْوَالِدِ لَوْلَدِهِ عَلَى أَصْلِهِ؛

(١) أخرجه أبو داود (٣٥٣٩)، والترمذي (٢١٣٢)، والنسائي في الكبرى (٦٥١٧، ٦٥١٨)،

وأحمد (٢٧/٢)، وانظر نصب الراية (٣٠٤/٤).

لأنه لم يتم التملك؛ لكونه جزءاً له. ولنا قوله عليه الصلاة والسلام: «الواهب أحق بهبته ما لم يثب منها»^(١) أي ما لم يعوض؛ ولأن المقصود بالعقد هو التعويض للعادة، فتثبت له ولاية الفسخ عند فواته، إذ العقد يقبله، والمراد بما روي نفي استبداد الرجوع وإثباته للوالد؛ لأنه يملكه للحاجة وذلك يسمى رجوعاً. وقوله في الكتاب فله الرجوع لبيان الحكم، أما الكراهة فلازمة لقوله عليه الصلاة والسلام: «العائد في هبته كالعائد في قبيته» وهذا لاستقباحه.

الشرح:

(باب الرجوع في الهبة): قد ذكرنا أن حكم الهبة ثبوت الملك للموهوب له غير لازم فكان الرجوع صحيحاً، وقد يمنع عن ذلك مانع فيحتاج إلى ذكر ذلك وهذا الباب لبيانه (وإذا وهب هبة لأجنبي فله الرجوع فيها) والمراد بالأجنبي هاهنا من لم يكن ذا رحم محرم منه. فخرج منه من كان ذا رحم وليس بمحرم كبنّي الأعمام والأخوال ومن كان محرمًا ليس بذی رحم كالأخ الرضاعي. وخرج بالتذكير في قوله وهب وأجنبي الزوجان ولا بد من قيدین آخرين أحدهما وسلمها إليه والثاني ولم يفترن من موانع الرجوع شيء حال عقد الهبة ولعله تركهما اعتماداً على أنه يفهم ذلك في أثناء كلامه.

(وقال الشافعي: لا رجوع فيها لقوله ﷺ «لا يرجع الواهب في هبته إلا الوالد فيما يهب لولده»): رواه ابن عمر وابن عباس رضي الله عنهم (ولأن الرجوع يضاد التملك والعقد لا يقتضي ما يضاده) (قوله بخلاف هبة الوالد لولده) جواب عمّا يقال فهذه العلة موجودة في هبة الوالد للولد وتقريره أننا لا نسلم ذلك لأن التملك لم يتم لكونه جزءاً له (قوله على أصله) أي على الشافعي فإن من أصله أن للأب حق الملك في مال ابنه لأنه جزؤه أو كسبه فالتملك منه كالتملك من نفسه من وجه (ولنا قوله ﷺ: «الواهب أحق بهبته ما لم يثب منها» أي ما لم يعوض) لا يقال: يجوز أن يكون المراد به قبل التسليم فلا يكون حجة لأن ذلك لا يصح لأن قوله أحق يدل على أن غيره فيها حقاً ولا حق لغيره قبل التسليم ولأنه لو كان كذلك لحلا قوله ما لم يثب

(١) أخرجه ابن ماجه (٢٣٨٧) عن أبي هريرة، وانظر نصب الراية (٤/٣٠٥).

مِنْهَا عَنْ الْفَائِدَةِ إِذْ هُوَ أَحَقُّ وَإِنْ شَرَطَ الْعَوَضَ قَبْلَهُ.

(وَلَأَنَّ الْمَقْصُودَ فِي الْهَبَةِ هُوَ التَّعْوِيزُ لِلْعَادَةِ) لِأَنَّ الْعَادَةَ الظَّاهِرَةَ أَنَّ الْإِنْسَانَ يُهْدَى إِلَى مَنْ فَوْقَهُ لِيَصُونَهُ بِجَاهِهِ، وَإِلَى مَنْ دُونَهُ لِيُخْدَمَهُ، وَإِلَى مَنْ يُسَاوِيهِ لِيُعَوِّضَهُ، وَإِذَا تَطَرَّقَ الْخَلَلُ فِيمَا هُوَ الْمَقْصُودُ مِنَ الْعَقْدِ يَتِمَكَّنُ الْعَاقِدُ مِنَ الْفَسْخِ كَالْمُشْتَرِي إِذَا وَجَدَ بِالْمَبِيعِ عَيْبًا (فَتَثَبُّتُ لَهُ وَلَايَةُ الْفَسْخِ عِنْدَ فَوَاتِ الْمَقْصُودِ إِذِ الْعَقْدُ يَقْبَلُهُ، وَالْمُرَادُ بِمَا رُوِيَ نَفْيُ اسْتِبْدَادِ الرَّجُوعِ) يَعْنِي لَا يَسْتَبِيدُ الْوَاهِبُ بِالرَّجُوعِ فِي الْهَبَةِ وَلَا يَنْفَرِدُ بِهِ مِنْ غَيْرِ قَضَاءٍ أَوْ رِضَا إِلَّا الْوَالِدُ فَإِنَّ لَهُ ذَلِكَ إِذَا احتَاجَ إِلَيْهِ لِحَاجَتِهِ، وَسُمِّيَ ذَلِكَ رُجُوعًا بِاعْتِبَارِ الظَّاهِرِ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ رُجُوعًا فِي الْحُكْمِ (وَقَوْلُهُ فِي الْكِتَابِ) أَيُّ الْقُدُورِيِّ (فَلَهُ الرَّجُوعُ لِبَيَانِ الْحُكْمِ، أَمَّا الْكَرَاهَةُ فَلَا زِمَةَ لِقَوْلِهِ ﷺ: «الْعَائِدُ فِي هَبَتِهِ كَالْعَائِدِ فِي قَيْتِهِ» وَهَذَا لَا سَقْبَاحَ) لَا لِتَحْرِيمِهِ بِدَلِيلِ قَوْلِهِ ﷺ فِي حَدِيثٍ آخَرَ «الْعَائِدُ فِي هَبَتِهِ كَالْكَلْبِ يَقِيءُ ثُمَّ يَعُودُ» حَيْثُ شَبَّهَهُ بِعُودِ الْكَلْبِ فِي قَيْتِهِ، وَفَعَلَهُ لَا يُوصَفُ بِالْحُرْمَةِ.

ثُمَّ لِلرَّجُوعِ مَوَانِعُ ذَكَرَ بَعْضُهَا فَقَالَ (إِلَّا أَنْ يُعَوِّضَهُ عَنْهَا) لِحَصُولِ الْمَقْصُودِ (أَوْ تَزِيدَ زِيَادَةً مُتَّصِلَةً)؛ لِأَنَّهُ لَا وَجَهَ إِلَى الرَّجُوعِ فِيهَا دُونَ الزِّيَادَةِ؛ لِعَدَمِ الْإِمْكَانِ وَلَا مَعَ الزِّيَادَةِ؛ لِعَدَمِ دُخُولِهَا تَحْتَ الْعَقْدِ. قَالَ: (أَوْ يَمُوتَ أَحَدُ الْمُتْعَاقِدَيْنِ)؛ لِأَنَّ يَمُوتَ الْمُوهُوبَ لَهُ يَنْتَقِلُ الْمَلِكُ إِلَى الْوَرَثَةِ فَصَارَ كَمَا إِذَا انْتَقَلَ فِي حَالِ حَيَاتِهِ، وَإِذَا مَاتَ الْوَاهِبُ فَوَارِثُهُ أَجَنَّبِيٌّ عَنِ الْعَقْدِ إِذْ هُوَ مَا أَوْجَبَهُ. قَالَ (أَوْ تَخْرُجُ الْهَبَةُ عَنِ مِلْكِ الْمُوهُوبِ لَهُ)؛ لِأَنَّهُ حَصَلَ بِتَسْلِيطِهِ فَلَا يَنْقُضُهُ، وَلِأَنَّهُ تَجَدُّدُ الْمَلِكِ بِتَجَدُّدِ سَبَبِهِ.

الشرح:

(ثُمَّ لِلرَّجُوعِ مَوَانِعُ ذَكَرَ بَعْضُهَا) يَعْنِي الْقُدُورِيُّ، وَقَدْ جَمَعَهَا الْقَائِلُ فِي قَوْلِهِ: مَوَانِعُ الرَّجُوعِ فِي فَصْلِ الْهَبَةِ يَا صَاحِبِي حُرُوفُ دَمَعٍ خُرُفُهُ فَالذَّالُ الزِّيَادَةُ، وَالْمِيمُ مَوْتُ الْوَاهِبِ أَوْ الْمُوهُوبِ لَهُ، وَالْعَيْنُ الْعَوَضُ، وَالْخَاءُ خُرُوجُ الْهَبَةِ عَنِ مِلْكِ الْمُوهُوبِ لَهُ، وَالزَّيُّ الزُّوجِيَّةُ، وَالْقَافُ الْقَرَابَةُ، وَالْهَاءُ هَلَاكُ الْمُوهُوبِ.

وَذَكَرَ الْمُصَنِّفُ (فَقَالَ إِلَّا أَنْ يُعَوِّضَهُ عَنْهَا لِحَصُولِ الْمَقْصُودِ أَوْ تَزِيدَ زِيَادَةً مُتَّصِلَةً) وَلَا بُدَّ مِنْ قَيْدٍ آخَرَ وَهُوَ أَنْ يُقَالَ: تُورَثُ زِيَادَةُ فِي قِيَمَةِ الْمُوهُوبِ، أَمَّا اشْتِرَاطُ الزِّيَادَةِ فَلَأَنَّ التَّقْصَانَ لَا يَمْنَعُ الرَّجُوعَ، وَأَمَّا اشْتِرَاطُ الْإِتِّصَالِ فَلَأَنَّ الْمُتَّفَصِّلَةَ لَا تَمْنَعُ، فَإِنْ

الْجَارِيَةِ الْمُؤَهَّبَةِ إِذَا وَلَدَتْ كَانَ لِلْوَاهِبِ الرُّجُوعُ وَإِنَّمَا مَنَعَتْ الْمُتَّصِلَةَ (لأنَّهُ لَا وَجْهَ لِلرُّجُوعِ فِيهَا دُونَ الزِّيَادَةِ لَعَدَمِ إِمْكَانِ الْفَصْلِ، وَلَا مَعَهَا لَعَدَمُ دُخُولِهَا تَحْتَ الْعَقْدِ) وَأَمَّا اشْتِرَاطُ كَوْنِهَا مُؤَثَّرَةً فِي زِيَادَةِ الْقِيَمَةِ فَلَأَنَّهَا لَوْ لَمْ تَكُنْ كَذَلِكَ عَادَتْ نُقْصَانًا، قُرْبُ زِيَادَةِ صُورَةٍ كَانَتْ نُقْصَانًا فِي الْمَعْنَى كَالْإِصْبَعِ الزَّائِدَةِ مَثَلًا، وَطُولُهَا بِالْفَرْقِ بَيْنَ الرَّدِّ بِالْعَيْبِ وَالرُّجُوعِ فِي الْهَبَةِ فِي أَنَّ الزِّيَادَةَ الْمُتَّصِلَةَ تَمْنَعُ الرَّدَّ بِالْعَيْبِ دُونَ الرُّجُوعِ فِي الْهَبَةِ وَالْمُتَّصِلَةَ بِالْعَكْسِ.

وَأُجِيبَ بِأَنَّ الرَّدَّ فِي الْمُتَّصِلَةِ إِمَّا أَنْ يَرِدَ عَلَى الْأَصْلِ وَالزِّيَادَةِ جَمِيعًا، أَوْ عَلَى الْأَصْلِ وَحْدَهُ لَا سَبِيلَ إِلَى الْأَوَّلِ، لِأَنَّ الزِّيَادَةَ إِمَّا أَنْ تَكُونَ مَقْصُودَةً بِالرَّدِّ أَوْ بِالتَّبَعِيَّةِ، وَالْأَوَّلُ لَا يَصِحُّ لِأَنَّ الْعَقْدَ لَمْ يَرِدْ عَلَيْهَا وَالْفَسْخُ يَرِدُ عَلَى مَوْرِدِ الْعَقْدِ، وَكَذَلِكَ الثَّانِي لِأَنَّ الْوَلَدَ بَعْدَ الْإِنْفِصَالِ لَا يَتَّبِعُ الْأُمَّ لَا مَحَالَةَ، وَلَا إِلَى الثَّانِي لِأَنَّهُ تَبَقَّى الزِّيَادَةُ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي مَجَانًا وَهُوَ رَبًّا، بِخِلَافِ الرُّجُوعِ فِي الْهَبَةِ فَإِنَّ الزِّيَادَةَ لَوْ بَقِيَتْ فِي يَدِ الْمُؤَهَّبِ لَهُ مَجَانًا لَمْ تُفْضَ إِلَى الرَّبِّ، وَأَمَّا فِي الْمُتَّصِلَةِ فَلِأَنَّ الرَّدَّ بِالْعَيْبِ إِمَّا هُوَ مِمَّنْ حَصَلَتْ عَلَى مِلْكِهِ فَكَانَ فِيهِ إِسْقَاطُ حَقِّهِ بِرِضَاهُ فَلَا تَكُونُ الزِّيَادَةُ مَانِعَةً عَنْهُ، بِخِلَافِ الرُّجُوعِ فِي الْهَبَةِ فَإِنَّ الرُّجُوعَ لَيْسَ بِرِضَا ذَلِكَ وَلَا بِاخْتِيَارِهِ فَكَانَتْ مَانِعَةً (وَإِذَا مَاتَ أَحَدُ الْمُتَعَاقِدَيْنِ بَطَلَ الرُّجُوعُ أَيْضًا، لِأَنَّهُ إِنْ مَاتَ الْمُؤَهَّبُ لَهُ فَقَدْ انْتَقَلَ الْمَلِكُ إِلَى الْوَرَثَةِ وَخَرَجَ عَنْ مِلْكِهِ فَصَارَ كَمَا إِذَا انْتَقَلَ فِي حَالِ حَيَاتِهِ، وَإِذَا مَاتَ الْوَاهِبُ فَوَارِثُهُ أَجْتَبَى عَنْ الْعَقْدِ إِذْ هُوَ مَا أَوْجَبَهُ، وَكَذَلِكَ إِذَا خَرَجَ الْهَبَةُ مِنْ مَلِكِ الْمُؤَهَّبِ لَهُ لِأَنَّهُ حَصَلَ بِتَسْلِيطِهِ وَلِأَنَّهُ تَجَدَّدَ الْمَلِكُ بِتَجَدُّدِ سَبَبِهِ) وَهُوَ التَّمْلِيكُ وَتَبَدُّلُ الْمَلِكِ كَتَبَدُّلِ الْعَيْنِ، وَفِي تَبَدُّلِ الْعَيْنِ لَمْ يَكُنْ لَهُ الرُّجُوعُ فَكَذَا فِي تَبَدُّلِ السَّبَبِ.

قَالَ: (فَإِنْ وَهَبَ لِأَخْرَ أَرْضًا بَيْضَاءَ فَأَنْتَبَتْ فِي نَاحِيَةٍ مِنْهَا نَخْلًا أَوْ بَنَى بَيْتًا أَوْ دُكَّانًا أَوْ أَرِيًّا وَكَانَ ذَلِكَ زِيَادَةً فِيهَا فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ فِي شَيْءٍ مِنْهَا؛ لِأَنَّ هَذِهِ زِيَادَةٌ مُتَّصِلَةٌ. وَقَوْلُهُ وَكَانَ ذَلِكَ زِيَادَةً فِيهَا؛ لِأَنَّ الدُّكَّانَ قَدْ يَكُونُ صَغِيرًا حَقِيرًا لَا يُعَدُّ زِيَادَةً أَصْلًا، وَقَدْ تَكُونُ الْأَرْضُ عَظِيمَةً يُعَدُّ ذَلِكَ زِيَادَةً فِي قِطْعَةٍ مِنْهَا فَلَا يَمْتَنِعُ الرُّجُوعُ فِي غَيْرِهَا. قَالَ: (فَإِنْ بَاعَ نِصْفَهَا غَيْرَ مَقْسُومٍ رَجَعَ فِي الْبَاقِي)؛ لِأَنَّ الْاِمْتِنَاعَ بِقَدْرِ الْمَانِعِ (وَإِنْ لَمْ يَبِعْ شَيْئًا مِنْهَا لَهُ أَنْ يَرْجِعَ فِي نِصْفِهَا)؛ لِأَنَّ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ فِي كُلِّهَا فَكَذَا فِي نِصْفِهَا

بِالطَّرِيقِ الْأُولَى. قَالَ (وَأِنْ وَهَبَ هِبَةً لِّذِي رَحِمٍ مَّحْرَمٍ مِنْهُ فَلَا رُجُوعَ فِيهَا) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «إِذَا كَانَتْ الْهِبَةُ لِّذِي رَحِمٍ مَّحْرَمٍ مِنْهُ لَمْ يَرْجِعْ فِيهَا»^(١)؛ وَلَأَنَّ الْمَقْصُودَ فِيهَا صَلَتهُ الرَّحِمِ وَقَدْ حَصَلَ (وَكَذَلِكَ مَا وَهَبَ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ لِلْآخَرِ)؛ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ فِيهَا الصَّلَتهُ كَمَا فِي الْقَرَابَةِ، وَإِنَّمَا يُنْظَرُ إِلَى هَذَا الْمَقْصُودِ وَقَتَ الْعَقْدِ، حَتَّى لَوْ تَزَوَّجَهَا بَعْدَ مَا وَهَبَ لَهَا فَلَهُ الرُّجُوعُ، وَلَوْ أَبَانَهَا بَعْدَ مَا وَهَبَ فَلَا رُجُوعَ.

الشرح:

قَالَ (فَإِنْ وَهَبَ لِآخَرَ أَرْضًا بَيِّضَاءَ إلخ) هَذَا نَوْعٌ مِنَ الزِّيَادَةِ الْمُتَّصِلَةِ فَكَانَ حَقُّهَا التَّقْدِيمَ. وَالْآرِي هُوَ الْمَعْلَفُ عِنْدَ الْعَامَّةِ وَهُوَ الْمَرَادُّ عِنْدَ الْفُقَهَاءِ. وَعِنْدَ الْعَرَبِ الْآرِي: الْأَخِيَّةُ، وَهِيَ عُرُوةُ حَبْلٍ تُشَدُّ إِلَيْهَا الدَّابَّةُ فِي مَحْبِسِهَا، فَأَعُولٌ مَنْ تَأَرَّى بِالْمَكَانِ: إِذَا أَقَامَ فِيهِ، وَقَيَّدَ بِقَوْلِهِ (وَكَانَ ذَلِكَ زِيَادَةً فِيهَا) وَالْوَأُو لِلْحَالِ لِأَنَّ مَا لَا يَكُونُ كَذَلِكَ أَوْ كَانَ وَلَكِنْ لِعِظَمِ الْمَكَانِ بَعْدَ زِيَادَةِ فِي قِطْعَةٍ مِنْهَا لَا يَمْنَعُ الرُّجُوعُ فِي غَيْرِهَا، وَكَلَامُهُ وَاضِحٌ.

قَالَ: (وَإِذَا قَالَ الْمُوهُوبُ لَهُ لِلْوَاهِبِ خُذْ هَذَا عِوَضًا عَنْ هِبَتِكَ أَوْ بَدَلًا عَنْهَا أَوْ فِي مُقَابَلَتِهَا فَقَبْضُهُ الْوَاهِبُ سَقَطَ الرُّجُوعُ) لِحُصُولِ الْمَقْصُودِ، وَهَذِهِ الْعِبَارَاتُ تُؤَدِّي مَعْنَى وَاحِدًا (وَإِنْ عَوَّضَهُ أَجْنَبِيٌّ عَنِ الْمُوهُوبِ لَهُ مُتَبَرِّعًا فَقَبْضُ الْوَاهِبِ الْعِوَضَ بَطَلَ الرُّجُوعُ)؛ لِأَنَّ الْعِوَضَ لِإِسْقَاطِ الْحَقِّ فَيَصِحُّ مِنَ الْأَجْنَبِيِّ كَبَدَلِ الْخَلْعِ وَالصَّلْحِ؛ قَالَ: (وَإِذَا اسْتَحَقَّ نِصْفَ الْهِبَةِ رَجَعَ بِنِصْفِ الْعِوَضِ)؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُسَلِّمْ لَهُ مَا يُقَابِلُ نِصْفَهُ (وَإِنْ اسْتَحَقَّ نِصْفَ الْعِوَضِ لَمْ يَرْجِعْ فِي الْهِبَةِ إِلَّا أَنْ يَرُدَّ مَا بَقِيَ ثُمَّ يَرْجِعْ) وَقَالَ زُفَرٌ: يَرْجِعُ بِالنِّصْفِ اعْتِبَارًا بِالْعِوَضِ الْآخَرِ. وَلَنَا أَنَّهُ يَصْلُحُ عِوَضًا لِلْكُلِّ مِنَ الْإِبْتِدَاءِ، وَبِالِاسْتِحْقَاقِ ظَهَرَ أَنَّهُ لَا عِوَضَ إِلَّا هُوَ، إِلَّا أَنَّهُ يَتَخَيَّرُ؛ لِأَنَّهُ مَا أَسْقَطَ حَقَّهُ فِي الرُّجُوعِ إِلَّا لِيَسْلَمَ لَهُ كُلُّ الْعِوَضِ وَلَمْ يَسْلَمْ فَلَهُ أَنْ يَرُدَّهُ.

قَالَ (وَإِنْ وَهَبَ دَارًا فَعَوَّضَهُ مِنْ نِصْفِهَا) رَجَعَ الْوَاهِبُ فِي النِّصْفِ الَّذِي لَمْ يُعَوَّضْ؛ لِأَنَّ الْمَانِعَ خَصَّ النِّصْفَ. قَالَ (وَلَا يَصِحُّ الرُّجُوعُ إِلَّا بِتَرَاضِيهِمَا أَوْ بِحُكْمِ الْحَاكِمِ)؛ لِأَنَّهُ

(١) أخرجه البيهقي في الكبرى (٣٠٠/٦)، والحاكم (٥٢/٢)، والدارقطني (٤٤/٣)، وانظر نصب الراية (٣٠٧/٤).

مُخْتَلَفٌ بَيْنَ الْعُلَمَاءِ، وَفِي أَصْلِهِ وَهَاءٌ وَفِي حُصُولِ الْمَقْصُودِ وَعَدَمِهِ خَفَاءٌ، فَلَا بُدَّ مِنَ الْفَصْلِ بِالرِّضَا أَوْ بِالْقَضَاءِ، حَتَّىٰ لَوْ كَانَتْ الْهَبَةُ عَبْدًا فَأَعْتَقَهُ قَبْلَ الْقَضَاءِ نَفَذَ، وَلَوْ مَنَعَهُ فَهَلَكَ لَمْ يَضْمَنْ؛ لِتَقْيَامِ مِلْكِهِ فِيهِ، وَكَذَا إِذَا هَلَكَ فِي يَدِهِ بَعْدَ الْقَضَاءِ؛ لِأَنَّ أَوَّلَ الْقَبْضِ غَيْرُ مَضْمُونٍ، وَهَذَا دَوَامٌ عَلَيْهِ إِلَّا أَنْ يَمْنَعَهُ بَعْدَ طَلْبِهِ؛ لِأَنَّهُ تَعَدَّى، وَإِذَا رَجَعَ بِالْقَضَاءِ أَوْ بِالتَّرَاضِي يَكُونُ فَسْخًا مِنَ الْأَصْلِ حَتَّىٰ لَا يَشْتَرِطُ قَبْضَ الْوَاهِبِ وَيَصِحُّ فِي الشَّائِعِ؛ لِأَنَّ الْعَقْدَ وَقَعَ جَائِزًا مُوجِبًا حَقَّ الْفُسْخِ، فَكَانَ بِالْفُسْخِ مُسْتَوْفِيًا حَقًّا ثَابِتًا لَهُ فَيُظْهِرُ عَلَى الْإِطْلَاقِ، بِخِلَافِ الرَّدِّ بِالْعَيْبِ بَعْدَ الْقَبْضِ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ هُنَاكَ فِي وَصْفِ السَّلَامَةِ لَا فِي الْفُسْخِ فَافْتَرَقَا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِذَا قَالَ الْمُوهُوبُ لَهُ لِلْوَاهِبِ) بَيَانُ الْأَلْفَافِ الَّتِي تُسْتَعْمَلُ فِي الْعَوَضِ عَنْ الْهَبَةِ لَيَقَعَ الْمَذْفُوعُ إِلَى الْوَاهِبِ عَوَضًا يَنْطَلُ بِهِ الرَّجُوعُ، وَأَمَّا إِذَا وَهَبَ مِنَ الْوَاهِبِ شَيْئًا وَلَمْ يَعْلَمْ الْوَاهِبُ أَنَّهُ عَوَضٌ هَبْتَهُ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنْ يَرْجِعَ فِي هَبْتِهِ، وَلَيْسَ مِنْ شَرْطِ الْعَوَضِ أَنْ يُسَاوِيَ الْمُوهُوبُ بَلَّ الْقَلِيلِ وَالْكَثِيرُ الْجِنْسُ وَخِلَافُهُ سَوَاءٌ لِأَنَّهَا لَيْسَتْ بِمُعَاوِضَةٍ مَحْضَةٍ فَلَا يَتَحَقَّقُ فِيهَا الرِّبَا، وَلَا أَنْ يَنْتَحِصِرَ الْعَوَضُ عَلَى الْمُوهُوبِ لَهُ، بَلْ لَوْ عَوَضَهُ عَنْهُ أَجْنَبِيٌّ مُتَبَرِّعًا صَحَّ (وَإِذَا قَبَضَهُ الْوَاهِبُ بَطَلَ الرَّجُوعُ لِأَنَّ الْعَوَضَ لِإِسْقَاطِ الْحَقِّ فَيَصِحُّ مِنَ الْأَجْنَبِيِّ كَبَدَلِ الْخُلْعِ وَالصُّلْحِ) لَكِنَّهُ يُشْتَرِطُ فِيهِ شَرَائِطُ الْهَبَةِ مِنَ الْقَبْضِ وَالْإِفْرَازِ لِأَنَّهُ تَبَرُّعٌ وَيُشْتَرِطُ أَنْ لَا يَكُونَ الْعَوَضُ بَعْضَ الْمُوهُوبِ مِثْلُ أَنْ يَكُونَ الْمُوهُوبُ دَارًا وَالْعَوَضُ نَيْتٌ مِنْهَا أَوْ الْمُوهُوبُ أَلْفًا وَالْعَوَضُ دِرْهَمٌ مِنْهَا فَإِنَّهُ لَا يَنْقَطِعُ بِهِ حَقُّ الرَّجُوعِ لِأَنَّا نَعْلَمُ بَيِّقِينَ أَنْ قَصَدَ الْوَاهِبُ مِنَ هَبْتِهِ لَمْ يَكُنْ ذَلِكَ فَلَا يَحْصُلُ بِهِ خِلَافًا لِرُفْرَ فَإِنَّهُ قَالَ: التَّحَقَّقْ ذَلِكَ بِسَائِرِ أَمْوَالِهِ وَبِالْقَلِيلِ مِنْ مَالِهِ يَنْقَطِعُ الرَّجُوعُ فَكَذَا بِهَذَا. وَالْحَوَابُ أَنْ الرَّجُوعَ فِيهِ قَبْلَ الْعَوَضِ صَحِيحٌ دُونَ سَائِرِ أَمْوَالِهِ فَلَمْ يَلْتَحِظْ بِهِ. فَإِنْ قِيلَ: هَلْ فِي قَوْلِهِ مُتَبَرِّعًا فَائِدَةٌ أَوْ ذَكَرَهُ اتِّفَاقًا؟ أَجِيبُ بِأَنَّهُ مِنْ إِبْتَاتِ الْحُكْمِ بِطَرِيقِ الْأُولَى، وَذَلِكَ لِأَنَّ الرَّجُوعَ لَمَّا بَطَلَ بِتَعْوِيزِ الْمُتَبَرِّعِ كَانَ بِتَعْوِيزِ الْمَأْمُورِ بِذَلِكَ مِنَ الْمُوهُوبِ لَهُ أُولَى أَنْ يَنْطَلُ، لِأَنَّ الْمُوهُوبَ لَهُ يُؤَدِّي إِلَى الْمُعَوَّضِ مَا أَمَرَهُ بِهِ ظَاهِرًا فَصَارَ كَتَعْوِيزِهِ بِنَفْسِهِ، وَلَوْ عَوَضَهُ بِنَفْسِهِ لَمْ يَبْقَ شُبْهَةٌ فِي بُطْلَانِ حَقِّ الرَّجُوعِ، فَكَذَلِكَ إِذَا عَوَّضَ

بِأَمْرِهِ، غَيْرَ أَنَّ الْمُعَوِّضَ عَنْهُ لَا يَرْجِعُ عَلَيْهِ بِمَا عَوَّضَ سِوَاءَ كَانَ بِأَمْرِهِ أَوْ بغيرِ أَمْرِهِ مَا لَمْ يَضْمَنْ الْمُوهُوبُ لَهُ صَرِيحًا. أَمَّا إِذَا كَانَ بغيرِ أَمْرِهِ فَظَاهِرٌ، وَأَمَّا إِذَا كَانَ بِأَمْرِهِ فَلَأَنَّ التَّعْوِيضَ لَمَّا كَانَ غَيْرَ مُسْتَحَقٍّ عَلَى الْمُوهُوبِ لَهُ كَانَ أَمْرُهُ بِذَلِكَ أَمْرًا بِالتَّبَرُّعِ بِمَالِ نَفْسِهِ عَلَى غَيْرِهِ وَذَلِكَ لَا يُوجِبُ عَلَيْهِ الضَّمَانَ مَا لَمْ يَضْمَنْ (وَإِذَا اسْتَحَقَّ نِصْفَ الْهَبَةِ رَجَعَ بِنِصْفِ الْعَوَضِ لِأَنَّهُ لَمْ يُسَلِّمْ لَهُ مَا يُقَابِلُ نِصْفَهُ، وَإِنْ اسْتَحَقَّ نِصْفَ الْعَوَضِ لَمْ يَرْجِعْ فِي الْهَبَةِ إِلَّا أَنْ يَرُدَّ مَا بَقِيَ ثُمَّ يَرْجِعْ) عِنْدَ عُلَمَائِنَا الثَّلَاثَةِ.

(وَقَالَ زُفَرٌ: يَرْجِعُ بِنِصْفِ الْعَوَضِ) قَاسَ أَحَدَ الْعَوَضَيْنِ عَلَى الْآخَرِ، لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُقَابِلٌ بِالْآخَرِ كَمَا فِي تَبَعِ الْعَرَضِ بِالْعَرَضِ، فَإِنَّهُ إِذَا اسْتَحَقَّ بَعْضُ أَحَدِهِمَا يَكُونُ لِلْمُسْتَحَقِّ عَلَيْهِ أَنْ يَرْجِعَ عَلَى صَاحِبِهِ بِمَا يُقَابِلُهُ (وَلَنَا أَنَّ الْبَاقِيَ يَصْلُحُ أَنْ يَكُونَ عَوَضًا عَنِ الْكُلِّ مِنَ الْإِبْتِدَاءِ) وَمَا يَصْلُحُ أَنْ يَكُونَ عَوَضًا عَنِ الْكُلِّ مِنَ الْإِبْتِدَاءِ يَصْلُحُ أَنْ يَكُونَ عَوَضًا عَنْهُ فِي الْبَقَاءِ لِأَنَّ الْبَقَاءَ أَسْهَلُ مِنَ الْإِبْتِدَاءِ، وَلِأَنَّ مَا يَصْلُحُ أَنْ يَكُونَ عَوَضًا عَنِ الْكُلِّ فِي الْإِبْتِدَاءِ يَصْلُحُ أَنْ يَكُونَ عَوَضًا عَنْهُ فِي الْبَقَاءِ بِالِاسْتِحْقَاقِ، إِذْ بِهِ ظَهَرَ أَنَّهُ لَا عَوَضَ مِنَ الْإِبْتِدَاءِ إِلَّا هُوَ. وَعَوِضٌ بِأَنَّ الْفَرَضَ أَنَّهُ عَوَضٌ وَأَجْزَاءُ الْعَوَضِ تَنْقَسِمُ عَلَى أَجْزَاءِ الْمُعَوِّضِ، فَإِذَا كَانَ الْكُلُّ فِي الْإِبْتِدَاءِ عَوَضًا عَنِ الْكُلِّ كَانَ النَّصْفُ فِي مُقَابَلَةِ النَّصْفِ فَكَانَ عَوَضًا عَنِ النَّصْفِ ابْتِدَاءً.

وَأَجِيبَ بِأَنَّ ذَلِكَ فِي الْمُبَادَلَاتِ تَحْقِيقًا لَهَا، وَمَا نَحْنُ فِيهِ لَيْسَ كَذَلِكَ، فَلَيْسَ لَهُ الرَّجُوعُ فِي شَيْءٍ مِنَ الْهَبَةِ مَعَ سَلَامَةِ جُزْءٍ مِنَ الْعَوَضِ بِمَا ذَكَرْنَا مِنَ الدَّلِيلِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ الْعَوَضُ مَشْرُوطًا لِأَنَّهَا تَتِمُّ مُبَادَلَةٌ فَيُوزَعُ الْبَدَلُ عَلَى الْمُبْدَلِ. وَالْجَوَابُ عَنْ قِيَاسِ زُفَرٍ أَنَّ الْمُعَوِّضَ يَمْلِكُ الْوَاهِبُ الْعَوَضَ فِي مُقَابَلَةِ الْمُوهُوبِ قَطْعًا فَاعْتَبَرَ الْمُقَابَلَةَ وَالْإِنْقِسَامَ، وَأَمَّا الْوَاهِبُ فَيَمْلِكُ الْهَبَةَ ابْتِدَاءً مِنْ غَيْرِ أَنْ يُقَابِلَهُ شَيْءٌ، ثُمَّ أَخَذَ الْعَوَضَ عِلَّةً لِسُقُوطِ حَقِّ الرَّجُوعِ وَالْعِلَّةُ لَا تَنْقَسِمُ عَلَى أَجْزَاءِ الْحُكْمِ.

(قَوْلُهُ إِلَّا أَنَّهُ) أَيُّ إِلَّا أَنَّ الْوَاهِبَ (يَتَخَيَّرُ) بَيْنَ أَنْ يَرُدَّ مَا بَقِيَ مِنَ الْعَوَضِ وَيَرْجِعَ فِي الْهَبَةِ وَبَيْنَ أَنْ يُنْسِكَهُ وَلَمْ يَرْجِعْ بِشَيْءٍ (لِأَنَّهُ مَا أَسْقَطَ حَقَّهُ فِي الرَّجُوعِ إِلَّا لِيُسَلِّمَ لَهُ كُلَّ الْعَوَضِ وَلَمْ يُسَلِّمْ فَلَهُ أَنْ يَرُدَّ مَا بَقِيَ مِنَ الْعَوَضِ، وَإِنْ وَهَبَ دَارًا فَعَوَّضَهُ مِنْ نِصْفِهَا رَجَعَ بِالنِّصْفِ الَّذِي لَمْ يُعَوِّضْ لِأَنَّ الْمَانِعَ خَصَّ النَّصْفَ) غَايَةُ مَا فِي الْبَابِ أَنَّهُ

لَرِمَ مِنْ ذَلِكَ الشُّيُوعُ لَكِنَّهُ طَارِئٌ فَلَا يَضُرُّ، كَمَا لَوْ رَجَعَ فِي التَّنْصِفِ بِلَا عَوْضٍ.
فَإِنْ قِيلَ: قَدْ تَقَدَّمَ أَنَّ الْعَوْضَ لِإِسْقَاطِ الْحَقِّ فَوَجَبَ أَنْ يَعْمَلَ فِي الْكُلِّ لَفَلَا يَلَزِمَ
تَجْزُؤُ الْإِسْقَاطِ كَمَا فِي الطَّلَاقِ. أُجِيبَ بِأَنَّهُ لَيْسَ بِإِسْقَاطٍ مِنْ كُلِّ وَجْهِ لَمَّا تَقَدَّمَ أَنَّ فِيهِ
مَعْنَى الْمُقَابَلَةِ فَيَجُوزُ التَّجْزُؤُ بِاعْتِبَارِهِ بِخِلَافِ الطَّلَاقِ. قَالَ (وَلَا يَصِحُّ الرُّجُوعُ إِلَّا
بِتَرَاضِيهِمَا إِنْ لَمْ يَصِحَّ الرُّجُوعُ فِي الْهَبَةِ إِلَّا بِالرِّضَا أَوْ الْقَضَاءِ لِأَنَّهُ مُخْتَلَفٌ فِيهِ بَيْنَ
الْعُلَمَاءِ. قِيلَ لِأَنَّ لَهُ الرُّجُوعَ عِنْدَنَا خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ، وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ كَانَ ضَعِيفًا فَلَمْ
يَعْمَلْ بِنَفْسِهِ فِي إِيْجَابِ حُكْمِهِ وَهُوَ الْفَسْخُ مَا لَمْ يَنْضَمْ إِلَيْهِ قَرِينَةٌ لِيَتَقَوَّى بِهَا كَالْهَبَةِ،
فَإِنَّهَا لَمَّا ضَعُفَتْ لَكُونِهَا تَبَرُّعًا لَمْ يَنْفُذْ حُكْمُهَا مَا لَمْ يَنْضَمْ إِلَيْهَا الْقَبْضُ، وَفِيهِ نَظَرٌ تَقَدَّمَ
غَيْرَ مَرَّةٍ، وَالْمُخْلَصُ حَمْلُهُ عَلَى اخْتِلَافِ الصَّحَابَةِ إِنْ ثَبَتَ (قَوْلُهُ وَفِي أَصْلِهِ وَهَاءٌ) أَيْ
فِي أَصْلِ الرُّجُوعِ ضَعْفٌ، لِأَنَّهُ ثَبَتَ بِخِلَافِ الْقِيَاسِ لَكُونِهِ تَصَرُّفًا فِي مِلْكِ الْغَيْرِ، وَلِهَذَا
يَنْبَغُ بِالزِّيَادَةِ الْمُتَّصِلَةِ وَبِغَيْرِهَا مِنَ الْمَوَانِعِ.

قَالَ فِي الْمَغْرِبِ: الْوَهَاءُ بِالْمَدِّ خَطَأٌ، وَإِنَّمَا هُوَ الْوَهْيُ، وَهُوَ خَطَأٌ لِأَنَّ مَدَّ الْمَقْصُورِ
السَّمَاعِيِّ لَيْسَ بِخَطَأٍ، وَتَخْطِئُ مَا لَيْسَ بِخَطَأٍ خَطَأً (قَوْلُهُ وَفِي حُصُولِ الْمَقْصُودِ وَعَدَمِهِ
خَفَاءٌ) لِأَنَّ مَقْصُودَهُ مِنْهَا إِنْ كَانَ الثَّوَابُ فَقَدْ حَصَلَ، وَإِنْ كَانَ الْعَوْضُ لَمْ يَحْصُلْ (فَإِذَا
تَرَدَّدَ) لَا بُدَّ مِنَ الْفَصْلِ بِالرِّضَا أَوْ الْقَضَاءِ، حَتَّى لَوْ كَانَتْ الْهَبَةُ عَبْدًا فَأَعْتَقَهُ قَبْلَ
الْقَضَاءِ نَفَذَ (وَلَوْ مَتَّعَهُ فَهَلَكَ) قَبْلَهُ (لَمْ يَضْمَنْ لِقِيَامَ مِلْكِهِ فِيهِ، وَكَذَا إِذَا هَلَكَ فِي يَدِهِ
بَعْدَهُ لِأَنَّ أَوَّلَ الْقَبْضِ غَيْرُ مَضْمُونٍ، وَهَذَا دَوَامٌ عَلَى ذَلِكَ إِلَّا أَنْ يَمْتَنِعَهُ بَعْدَ الطَّلَبِ لِأَنَّهُ
تَعَدَّى، وَإِذَا رَجَعَ بِالْقَضَاءِ أَوْ بِالرِّضَا كَانَ فَسْخًا مِنَ الْأَصْلِ).

وَخَالَفَ زُفَرٌ فِي الرُّجُوعِ بِالتَّرَاضِي وَجَعَلَهُ بِمَنْزِلَةِ الْهَبَةِ الْمُتَبَدَّأَةِ لِأَنَّ الْمَلِكَ عَادَ إِلَيْهِ
بِتَرَاضِيهِمَا فَأَشْبَهَ الرَّدَّ بِالْعَيْبِ، فَإِنَّهُ إِذَا كَانَ بِالْقَضَاءِ كَانَ فَسْخًا وَإِذَا كَانَ بِالرِّضَا فَهُوَ
كَالْبَيْعِ الْمُتَبَدَّأِ. وَالْجَوَابُ أَنَّ التَّرَاضِيَّ عَلَى سَبَبٍ مُوجِبٍ لِلْمَلِكِ أَوْ عَلَى رَفْعِ سَبَبٍ لَارِمٍ
يَجْعَلُ الْعَقْدَ ابْتِدَائِيًّا، وَهَاهُنَا تَرَاضِيًّا عَلَى رَفْعِ سَبَبٍ غَيْرٍ لَارِمٍ، وَذَلِكَ لَا يُوجِبُ مِلْكًا
مُتَبَدَّدًا بَلْ يَكُونُ فَسْخًا مِنَ الْأَصْلِ (حَتَّى لَا يُشْتَرَطُ قَبْضُ الْوَاهِبِ وَيَصِحُّ فِي الشَّائِعِ)
كَمَا إِذَا وَهَبَ الدَّارُ ثُمَّ رَجَعَ فِي نِصْفِهَا، وَلَوْ كَانَ الرُّجُوعُ بِغَيْرِ الْقَضَاءِ هَبَةً مُتَبَدَّدَةً لَمَّا
صَحَّ فِيمَا يَحْتَمِلُ الْقِسْمَةَ كَمَا فِي الْإِبْتِدَاءِ، فَصَحَّتْهُ دَلِيلٌ عَلَى بَقَاءِ الْعَقْدِ فِي التَّنْصِفِ

الْآخِرِ وَالشَّيْءُ طَارِئٌ لَا أَثَرَ لَهُ فِيهَا (قَوْلُهُ لِأَنَّ الْعَقْدَ) هُوَ الدَّلِيلُ عَلَى الْمَطْلُوبِ. وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ هَذَا الْعَقْدَ جَائِزُ الْفَسْخِ مَا تَقَدَّمَ مِنْ ثُبُوتِ حَقِّ الرُّجُوعِ، وَمَا هُوَ جَائِزُ الْفَسْخِ يَقْتَضِي جَوَازَ اسْتِيفَاءِ حَقِّ ثَابِتٍ لَهُ، وَلَا فَرْقَ فِي ذَلِكَ بَيْنَ الرِّضَا وَالْقَضَاءِ لِأَنَّهُمَا يَفْعَلَانِ بِالتَّرَاضِي مَا يَفْعَلُ الْقَاضِي وَهُوَ الْفَسْخُ فَيُظْهِرُ عَلَى الْإِطْلَاقِ لِيَشْمَلَ التَّرَاضِي وَالْقَضَاءَ.

وقوله (بِخِلَافِ الرَّدِّ) جَوَابٌ عَنْ قِيَاسِ زُفَرٍ. وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ الرَّدَّ بِالْعَيْبِ بَعْدَ الْقَبْضِ إِنَّمَا كَانَ فِي صُورَةِ الْقَضَاءِ خَاصَّةً، لِأَنَّ الْحَقَّ هُنَاكَ فِي وَصْفِ السَّلَامَةِ، حَتَّى لَوْ زَالَ الْعَيْبُ قَبْلَ رَدِّ الْمَبِيعِ بَطَلَ الرَّدُّ لِسَلَامَةِ حَقِّهِ لَهُ لَا فِي الْفَسْخِ، لِأَنَّ الْعَيْبَ لَا يَمْتَنِعُ تَمَامَ الْعَقْدِ، فَإِذَا كَانَ الْعَقْدُ تَامًا لَمْ يَقْتَضِ الْفَسْخُ، فَإِذَا تَرَضِيَ عَلَى مَا لَمْ يَقْتَضِهِ الْعَقْدُ مِنْ رَفْعِهِ كَانَ ذَلِكَ كَأَبْتَدَاءِ عَقْدٍ مِنْهُمَا، وَأَمَّا الْقَاضِي فَإِنَّمَا يَقْضِي أَوَّلًا بِمَا يَقْتَضِيهِ الْعَقْدُ مِنْ وَصْفِ السَّلَامَةِ، فَإِنْ عَجَزَ الْبَائِعُ قُضِيَ بِالْفَسْخِ فَلَمْ يَكُنْ مَا ثَبَتَ بِالتَّرَاضِي عَيْنُ مَا ثَبَتَ بِالْقَضَاءِ فَافْتَرَقَا، وَإِنَّمَا قِيدَ بِقَوْلِهِ بَعْدَ الْقَبْضِ لِأَنَّ الرَّدَّ بِالْعَيْبِ قَبْلَ الْقَبْضِ فَسْخٌ مِنْ الْأَصْلِ سَوَاءً كَانَ بِالْقَضَاءِ أَوْ بِالرِّضَا، وَفَائِدَةُ هَذَا أَنَّهُ لَوْ وَهَبَ لِلنَّسَانِ فَوْهَبَ الْمَوْهُوبَ لَهُ لِآخِرِ ثُمَّ رَجَعَ الثَّانِي فِي هَبِّهِ كَانَ لِلأَوَّلِ أَنْ يَرْجِعَ سَوَاءً رَجَعَ الثَّانِي بِقَضَاءِ الْقَاضِي أَوْ بَعْيَرِهِ خِلَافًا لَزُفَرٍ فِي غَيْرِهِ، وَإِذَا رَدَّ الْمَبِيعُ بَعِيْبٍ عَلَى الْبَائِعِ قَبْلَ الْقَبْضِ فَلِلْبَائِعِ أَنْ يَرُدَّهُ عَلَى بَائِعِهِ كَذَلِكَ، وَبَعْدَ الْقَبْضِ إِنْ كَانَ بِقَضَاءٍ فَكَذَلِكَ، وَإِنْ كَانَ بَعْيَرِهِ فَلَيْسَ لَهُ ذَلِكَ

قَالَ: (وَإِذَا تَلَفَتِ الْعَيْنُ الْمَوْهُوبَةُ وَاسْتَحَقَّتْهَا مُسْتَحِقٌّ وَضَمِنَ الْمَوْهُوبُ لَهُ لَمْ يَرْجِعْ عَلَى الْوَاهِبِ بِشَيْءٍ)؛ لِأَنَّهُ عَقْدُ تَبَرُّعٍ فَلَا يَسْتَحِقُّ فِيهِ السَّلَامَةُ، وَهُوَ غَيْرُ عَامِلٍ لَهُ، وَالغُرُورُ فِي ضِمْنِ عَقْدِ الْمُعَاوَضَةِ سَبَبُ الرُّجُوعِ لَا فِي غَيْرِهِ.

الشرح:

قَالَ (وَإِذَا تَلَفَتِ الْعَيْنُ الْمَوْهُوبَةُ إلخ) وَإِذَا تَلَفَ الْمَوْهُوبُ فَاسْتَحِقَّ فَضْمَنَ الْمَوْهُوبُ لَهُ لَمْ يَرْجِعْ عَلَى الْوَاهِبِ بِمَا ضَمِنَ لِأَنَّهُ عَقْدُ تَبَرُّعٍ، وَهُوَ لَا يَقْتَضِي السَّلَامَةَ وَهُوَ غَيْرُ عَامِلٍ لَهُ، أَيْ لِلْوَاهِبِ احْتِرَازٌ عَنِ الْمُوَدِّعِ فَإِنَّهُ يَرْجِعُ عَلَى الْمُوَدِّعِ بِمَا ضَمِنَ لِأَنَّهُ عَامِلٌ لِلْمُوَدِّعِ فِي ذَلِكَ الْقَبْضِ بِحِفْظِهَا لِأَجْلِهِ. فَإِنْ قِيلَ: غَرَهُ بِإِيحَايَةِ الْمَلِكِ لَهُ فِي

المحل وإخباره بأنه ملكه، والغرور يُوجب الضمان كالبائع إذا غر المشتري. أجاب بأن الغرور في ضمن عقد المعاوضة سبب الرجوع لا مطلقاً وقد تقدم. وذكر في الذخيرة أن الواهب لو ضمن سلامة الموهوب للموهوب له نصاً، فإن ضمن بعد الاستحقاق رجع على الواهب ولم يذكره المصنف فكان سبب الرجوع. أما الغرور في ضمن عقد المعاوضة أو بالضمان نصاً.

قال: (وإذا وهب بشرط العوض أعتبر التقابض في العوضين، وبطل بالشئوع؛ لأنه هبة ابتداءً فإن تقابضاً صح العقد وصار في حكم البيع يرد بالعيب وخيار الرؤية وتستحق فيه الشفعة)؛ لأنه بيع انتهاءً. وقال زفر والشافعي رحمهما الله: هو بيع ابتداءً وانتهاءً؛ لأن فيه معنى البيع وهو التملك بعوض، والعبرة في العقود للمعاني، ولهذا كان بيع العبد من نفسه إعتاقاً. ولنا أنه اشتمل على جهتين فيجمع بينهما ما أمكن عملاً بالشبهين، وقد أمكن؛ لأن الهبة من حكمها تأخر الملك إلى القبض، وقد يتراخى عن البيع الفاسد والبيع من حكمه اللزوم، وقد تنقلب الهبة لازمة بالتعويض فجمعنا بينهما، بخلاف بيع نفس العبد من نفسه؛ لأنه لا يمكن اعتبار البيع فيه، إذ هو لا يصلح مالاً لنفسه.

الشرح:

فإذا وهب بشرط العوض مثل أن يقول وهبتك هذا العبد على أن تهب لي هذا العبد لا أن يقول بالياء فإنه يكون بيعاً ابتداءً وانتهاءً بالإجماع، أما إذا كان بلفظ علي فإنه يكون هبة ابتداءً فيعتبر التقابض في العوضين ولم يثبت الملك لواحد منهما بدون القبض ويبطل بالشئوع، فإن تقابضاً صح العقد وصار في حكم البيع يرد بالعيب وخيار الرؤية، وتستحق الشفعة فيه لأنه بيع انتهاءً. وقال الشافعي وزفر: هو بيع ابتداءً وانتهاءً لأن فيه معنى البيع وهو التملك بعوض، والعبرة في العقود للمعاني، ولهذا كان بيع العبد من نفسه إعتاقاً وهو ظاهر. ولنا أنه اشتمل على جهتين: جهة الهبة لفظاً، وجهة البيع معنى، وأمكن الجمع بينهما، وكل ما اشتمل على جهتين أمكن الجمع بينهما وجب إعمالهما لأن إعمال الشبهين ولو بوجه أولى من إهمال أحدهما. أما أنه مشتمل على الجهتين فظاهر، وأما إمكان الجمع فلما ذكره بقوله لأن الهبة

مِنْ حُكْمِهَا تَأْخُرُ الْمَلِكُ إِلَى الْقَبْضِ، وَقَدْ يُوجَدُ ذَلِكَ فِي الْبَيْعِ كَمَا فِي الْبَيْعِ الْفَاسِدِ،
وَالْبَيْعِ مِنْ حُكْمِهِ الزُّرْمُ، وَقَدْ يُوجَدُ ذَلِكَ فِي الْهَبَةِ كَمَا إِذَا قَبِضَ الْعَوْضَ، وَإِذَا انْتَفَى
الْمُنَافَاةُ أَمَكَنَ الْجَمْعُ لَا مَحَالَةَ، فَعَمِلْنَا بِهِمَا وَاعْتَبَرْنَا ابْتِدَاءً بِلَفْظِهَا وَهُوَ لَفْظُ الْهَبَةِ وَانْتِهَاءً
بِمَعْنَاهَا وَهُوَ مَعْنَى الْبَيْعِ وَهُوَ التَّمْلِيكُ بِعَوْضٍ، كَالْهَبَةِ فِي الْمَرَضِ فَإِنَّهَا تَبْرُعُ فِي الْحَالِ
صُورَةً وَوَصِيَّةً مَعْنَى، فَيَعْتَبَرُ ابْتِدَاؤُهُ بِلَفْظِهِ حَتَّى يَبْطُلَ لِعَدَمِ الْقَبْضِ، وَلَا يَتِمُّ بِالشُّيُوعِ
فِيمَا يَحْتَمِلُ الْقِسْمَةَ وَانْتِهَاؤُهُ بِمَعْنَاهُ حَتَّى يَكُونَ مِنَ الثَّلَاثِ بَعْدَ الدَّيْنِ، وَهَذَا لِأَنَّ
الْأَلْفَاظَ قَوَالِبُ الْمَعَانِي فَلَا يَجُوزُ إِلْغَاءُ اللَّفْظِ وَإِنْ وَجَبَ اعْتِبَارُ الْمَعْنَى إِلَّا إِذَا لَمْ يُمَكِّنِ
الْجَمْعُ بَيْنَهُمَا، كَمَا إِذَا بَاعَ الْمَوْلَى عَبْدَهُ مِنْ نَفْسِهِ لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُ اعْتِبَارُ الْبَيْعِ فِيهِ إِذْ هُوَ لَا
يَصْلُحُ أَنْ يَكُونَ مَالَكًا لِنَفْسِهِ.

فصل

قَالَ: (وَمَنْ وَهَبَ جَارِيَةً إِلَّا حَمَلَهَا صَحَّتْ الْهَبَةُ وَيَبْطُلُ الْاسْتِثْنَاءُ)؛ لِأَنَّ الْاسْتِثْنَاءَ لَا
يَعْمَلُ إِلَّا فِي مَحَلٍّ يَعْمَلُ فِيهِ الْعَقْدُ، وَالْهَبَةُ لَا تَعْمَلُ فِي الْحَمْلِ لِكَوْنِهِ وَصْفًا عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ
فِي الْبَيُوعِ فَانْقَلَبَ شَرْطًا فَاسِدًا، وَالْهَبَةُ لَا تَبْطُلُ بِالشُّرُوطِ الْفَاسِدَةِ، وَهَذَا هُوَ الْحُكْمُ فِي
النِّكَاحِ وَالْخُلْعِ وَالصُّلْحِ عَنْ دَمِ الْعَمْدِ؛ لِأَنَّهَا لَا تَبْطُلُ بِالشُّرُوطِ الْفَاسِدَةِ، بِخِلَافِ الْبَيْعِ
وَالْإِجَارَةِ وَالرَّهْنِ؛ لِأَنَّهَا تَبْطُلُ بِهَا.

الشرح:

(فصل) لَمَّا كَانَتْ الْمَسَائِلُ الْمَذْكُورَةُ فِي هَذَا الْفَصْلِ مُتَعَلِّقَةً بِالْهَبَةِ بِنَوْعٍ مِنَ التَّعْلُقِ
ذَكَرَهَا فِي فَصْلٍ عَلَى حِدَةٍ. قَالَ (وَمَنْ وَهَبَ جَارِيَةً إِلَّا حَمَلَهَا إلخ) اعْلَمْ أَنَّ اسْتِثْنَاءَ
الْحَمْلِ عَلَى ثَلَاثَةِ أَقْسَامٍ: قِسْمٌ مِنْهَا مَا يَجُوزُ فِيهِ أَصْلُ الْعَقْدِ وَيَبْطُلُ الْاسْتِثْنَاءُ. وَقِسْمٌ
مِنْهَا مَا يَبْطُلَانِ فِيهِ جَمِيعًا. وَقِسْمٌ مِنْهَا مَا يَصِحَّانِ فِيهِ جَمِيعًا. فَالْأَوَّلُ مَا نَحْنُ فِيهِ مِنَ
الْهَبَةِ وَمِنْ النِّكَاحِ وَالْخُلْعِ وَالصُّلْحِ عَنْ دَمِ الْعَمْدِ فَإِنَّهُ إِذَا وَهَبَ الْجَارِيَةَ إِلَّا حَمَلَهَا صَحَّتْ
الْهَبَةُ وَبَطُلَ الْاسْتِثْنَاءُ، لِأَنَّ الْاسْتِثْنَاءَ لَا يَعْمَلُ إِلَّا فِي مَحَلٍّ يَعْمَلُ فِيهِ الْعَقْدُ، وَالْهَبَةُ لَا
تَعْمَلُ فِي الْحَمْلِ لِكَوْنِهِ وَصْفًا وَالْعَقْدُ لَا يَرِدُ عَلَى الْأَوْصَافِ مَقْصُودًا، حَتَّى لَوْ وَهَبَ
الْحَمْلَ لِأَخَرَ لَا يَصِحُّ، فَكَذَا إِذَا اسْتَشْنَى عَلَى مَا مَرَّ فِي الْبَيُوعِ، فَإِذَا لَمْ يَكُنْ الْاسْتِثْنَاءُ
عَامِلًا انْقَلَبَ شَرْطًا فَاسِدًا لِأَنَّ اسْمَ الْجَارِيَةِ يَتَنَاوَلُ الْحَمْلَ تَبَعًا لِكَوْنِهِ جُزْءًا مِنْهَا، فَلَمَّا

أُسْتُثْنِيَ الْحَمْلُ كَانَ الِاسْتِثْنَاءُ مُخَالَفًا لِمُقْتَضَى الْعَقْدِ وَهُوَ مَعْنَى الشَّرْطِ الْفَاسِدِ، وَالْهَبَةُ لَا تَبْطُلُ بِالشَّرْطِ الْفَاسِدَةِ عَلَى مَا سَيَجِيءُ، وَطُولُ بِالْفَرْقِ بَيْنَ الْحَمْلِ وَبَيْنَ الصُّوفِ عَلَى الظَّهْرِ وَاللَّبَنِ فِي الضَّرْعِ، فَإِنَّهُ إِذَا وَهَبَ الصُّوفَ عَلَى الظَّهْرِ وَأَمَرَهُ بِجَزِهِ أَوْ اللَّبَنَ فِي الضَّرْعِ وَحَلَبَهُ وَقَبَضَ الْمَوْهُوبُ لَهُ فَإِنَّهُ جَائِزٌ اسْتِحْسَانًا دُونَ الْحَمْلِ.

وَأُجِيبَ بِأَنَّ مَا فِي الْبَطْنِ لَيْسَ بِمَالٍ أَصْلًا وَلَا يُعْلَمُ لَهُ وَجُودٌ حَقِيقَةٌ، بِخِلَافِ الصُّوفِ وَاللَّبَنِ، وَبِأَنَّ إِخْرَاجَ الْوَلَدِ مِنَ الْبَطْنِ لَيْسَ إِلَيْهِ فَلَا يُمَكِّنُ أَنْ يُجْعَلَ فِي ذَلِكَ نَائِبًا عَنِ الْوَاهِبِ، بِخِلَافِ الْجِرَازِ فِي الصُّوفِ وَالْحَلَبِ فِي اللَّبَنِ (قَوْلُهُ وَهَذَا) أَيْ صِحَّةُ أَصْلِ الْعَقْدِ وَبُطْلَانُ الِاسْتِثْنَاءِ (هُوَ الْحُكْمُ فِي النِّكَاحِ وَالْخُلْعِ وَالصِّلَحِ عَنْ دَمِ الْعَمْدِ لِأَنَّهَا لَا تَبْطُلُ بِالشَّرْطِ الْفَاسِدَةِ) (قَوْلُهُ بِخِلَافِ الْبَيْعِ وَالْإِجَارَةِ وَالرَّهْنِ) إِشَارَةٌ إِلَى الْقِسْمِ الثَّانِي (لِأَنَّهَا تَبْطُلُ بِهَا) أَيْ بِالشَّرْطِ الْفَاسِدَةِ وَلَمْ يَذْكُرْ الْقِسْمَ الثَّلَاثَ وَهُوَ فِي الْوَصِيَّةِ وَسَنَذْكُرُهُ فِيهَا.

وَلَوْ أَعْتَقَ مَا فِي بَطْنِهَا ثُمَّ وَهَبَهَا جَازًا؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَبْقَ الْجَنِينُ عَلَى مِلْكِهِ فَأَشْبَهَ الِاسْتِثْنَاءَ وَلَوْ دَبَّرَ مَا فِي بَطْنِهَا ثُمَّ وَهَبَهَا لَمْ يَجْزْ؛ لِأَنَّ الْحَمْلَ بَقِيَ عَلَى مِلْكِهِ فَلَمْ يَكُنْ شَبِيهَ الِاسْتِثْنَاءِ، وَلَا يُمَكِّنُ تَنْفِيدَ الْهَبَةِ فِيهِ لِمَكَانِ التَّدْبِيرِ فَبَقِيَ هَبَةً مُشَاعًا أَوْ هَبَةً شَيْءٍ هُوَ مَشْغُولٌ بِمِلْكِ الْمَالِكِ. قَالَ: (فَإِنْ وَهَبَهَا لَهُ عَلَى أَنْ يَرُدَّهَا عَلَيْهِ أَوْ عَلَى أَنْ يَعْتَقَهَا أَوْ أَنْ يَتَّخِذَهَا أُمًّا وَلَدًا أَوْ وَهَبَ دَارًا أَوْ تَصَدَّقَ عَلَيْهِ بِدَارٍ عَلَى أَنْ يَرُدَّ عَلَيْهِ شَيْئًا مِنْهَا أَوْ يُعَوِّضَهُ شَيْئًا مِنْهَا فَالْهَبَةُ جَائِزَةٌ وَالشَّرْطُ بَاطِلٌ). لِأَنَّ هَذِهِ الشَّرْطُ تُخَالَفُ مُقْتَضَى الْعَقْدِ فَكَانَتْ فَاسِدَةً، وَالْهَبَةُ لَا تَبْطُلُ بِهَا، أَلَا تَرَى «أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَجَازَ الْعُمَرَى وَأَبْطَلَ شَرْطَ الْمُعَمِّرِ» ^(١) بِخِلَافِ الْبَيْعِ؛ لِأَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «نَهَى عَنِ بَيْعِ وَشَرْطٍ» ^(٢) وَلِأَنَّ الشَّرْطَ الْفَاسِدَ فِي مَعْنَى الرَّبَا، وَهُوَ يَعْمَلُ فِي الْمَعَاوَضَاتِ دُونَ التَّبَرُّعَاتِ.

الشرح:

(وَلَوْ أَعْتَقَ مَا فِي بَطْنِهَا ثُمَّ وَهَبَهَا جَازَتْ الْهَبَةُ لِأَنَّهُ لَمْ يَبْقَ الْجَنِينُ عَلَى مِلْكِ

(١) أخرجه البخاري في الهبات باب ٣٢، ومسلم في الهبات (٢٥) عن جابر بلفظ: «العمري لمن وهبت له».

(٢) سبق تخريجه.

الواهب) لخروجه عنه بالإعتاق فلم يكن هبة مشاع فتكون جائزة (فأشبه الاستثناء) في إمكان تجويز الهبة (ولو دبر ما في بطنها ثم وهبها لم تجز الهبة لأن الحمل باق على ملكه فلم يشبه الاستثناء) في التجويز لأن الجواز في الاستثناء كان بإبطاله وجعل الحمل موهوبا (وهاهنا التدبير يمنع عن ذلك فبقي هبة المشاع) وهي لا تجوز. فإن قيل: هب ألها هبة مشاع لكنّها فيما لا يحتمل القسمة وهي جائزة.

أجيب بأن عرضية الانفصال في ثاني الحال ثابتة لا محالة فأنزل منفصلا في الحال مع أن الجنين لم يخرج عن ملك الواهب فكان في حكم مشاع يحتمل القسمة، وكان المصنف لما استشعر هذا السؤال أردفه بقوله (أو هبة شيء هو مشغول بملك الواهب) فهو كما إذا وهب الجوالق وفيه طعام الواهب، وذلك لا يصح كهبة المشاع الحقيقي.

فإن قيل: هل يصح أن تجعل مسألة التدبير مشابهة بالاستثناء ومسألة الإعتاق غير مشابهة؟ قلت: نعم إذا أريد بالاستثناء التكلّم بالباقي بعد الثبوت، فإن الاستثناء بهذا التفسير يورث الشيوع، ومسألة التدبير كذلك كما مرّ فكأننا متشابهتين، والإعتاق لا يورث ذلك فلم يشابهه، والمصنف أراد بالاستثناء استثناء الحمل، ومسألة الإعتاق تشابهه في جواز الهبة والتدبير لم يشابهه كما تقدّم (فإن وهبها له على أن يردها عليه أو على أن يعتقها أو أن يتخذها أم ولد أو وهب دارا أو تصدق عليه بدار على أن يردها عليه شيئا منها أو يعوضه شيئا منها فلهبة جائزة والشرط باطل) ولا يتوهم التكرار في قوله على أن يردها عليه شيئا منها أو يعوضه لأن الردّ عليه لا يستلزم كونه عوضا، فإن كونه عوضا إنما هو بالفاظ تقدّم ذكرها، وإنما بطل الشرط لأنها فاسدة لمخالفتها مقتضى العقد، لأن مقتضاه ثبوت الملك مطلقا بلا توقيت، فإذا شرط عليه الردّ أو الإعتاق أو غير ذلك فمقيّد بها، والهبة لا تبطل بالشرط الفاسدة.

وأصل ذلك ما روي «أن رسول الله ﷺ أجاز العمرى وأبطل شرط المعمر في رجوعها إليه بعد موت المعمر له وجعلها ميراثا لورثة المعمر له»، بخلاف البيع فإنه يبطل بالشرط الفاسدة «لأنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع وشرط» ولأن الشرط الفاسد في معنى الربا وهو يعمل في المعاوضات والهبة ليست منها.

قَالَ: (وَمَنْ لَهُ عَلَى آخَرِ أَلْفٍ دِرْهَمٍ فَقَالَ إِذَا جَاءَ الْغَدُ فَهِيَ لَكَ أَوْ أَنْتَ مِنْهَا بَرِيءٌ. أَوْ قَالَ: إِذَا أَدَيْتَ إِلَيَّ النِّصْفَ فَلَكَ نِصْفُهُ أَوْ أَنْتَ بَرِيءٌ مِنَ النِّصْفِ الْبَاقِي فَهُوَ بَاطِلٌ؛ لِأَنَّ الْإِبْرَاءَ تَمْلِيكَ مِنْ وَجْهِ إِسْقَاطٍ مِنْ وَجْهِ وَهْبَةِ الدِّينِ مِمَّنْ عَلَيْهِ إِبْرَاءٌ، وَهَذَا؛ لِأَنَّ الدِّينَ مَالٌ مِنْ وَجْهِ وَمِنْ هَذَا الْوَجْهِ كَانَ تَمْلِيكًَا، وَوَصَفًا مِنْ وَجْهِ وَمِنْ هَذَا الْوَجْهِ كَانَ إِسْقَاطًا، وَلِهَذَا قُلْنَا: إِنَّهُ يَرْتَدُّ بِالرَّدِّ، وَلَا يَتَوَقَّفُ عَلَى الْقَبُولِ. وَالتَّعْلِيْقُ بِالشَّرْطِ يَخْتَصُّ بِالْإِسْقَاطِ الْمَحْضَةِ الَّتِي يُحْلَفُ بِهَا كَالطَّلَاقِ وَالْعَتَاقِ فَلَا يَتَعَدَّاهَا.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ لَهُ عَلَى آخَرِ أَلْفٍ دِرْهَمٍ إلخ) وَمَنْ لَهُ عَلَى آخَرِ أَلْفٍ دِرْهَمٍ فَقَالَ إِذَا جَاءَ غَدٌ فَهِيَ لَكَ أَوْ أَنْتَ مِنْهَا بَرِيءٌ أَوْ قَالَ إِذَا أَدَيْتَ إِلَيَّ النِّصْفَ فَلَكَ نِصْفُهُ أَوْ أَنْتَ بَرِيءٌ مِنَ النِّصْفِ الْبَاقِي فَهُوَ بَاطِلٌ، لِأَنَّ الْإِبْرَاءَ تَمْلِيكٌَ مِنْ وَجْهِ لَارْتِدَادِهِ بِالرَّدِّ، إِسْقَاطٌ مِنْ وَجْهِ لِأَنَّهُ لَا يَتَوَقَّفُ عَلَى الْقَبُولِ، وَهَبَةٌ الدِّينِ مِمَّنْ عَلَيْهِ إِبْرَاءٌ لِأَنَّهُ يَرْتَدُّ بِالرَّدِّ وَلَا يَتَوَقَّفُ عَلَى الْقَبُولِ فَكَانَ تَمْلِيكًَا مِنْ وَجْهِ إِسْقَاطًا مِنْ وَجْهِ. وَالتَّعْلِيْقُ بِالشَّرْطِ يَخْتَصُّ بِالْإِسْقَاطِ الْمَحْضَةِ الَّتِي يُحْلَفُ بِهَا كَالطَّلَاقِ وَالْعَتَاقِ فَلَا يَتَعَدَّاهَا إِلَى مَا فِيهِ تَمْلِيكٌَ. فَإِنْ قِيلَ: قَوْلُهُمْ هِبَةُ الدِّينِ مِمَّنْ عَلَيْهِ الدِّينُ لَا تَتَوَقَّفُ عَلَى الْقَبُولِ مَقْنُوضٌ بِدَيْنِ الصَّرْفِ وَالسَّلَمِ فَإِنَّ رَبَّ الدِّينِ إِذَا أَبْرَأَ الْمَدْيُونِ مِنْهُ أَوْ وَهَبَهُ لَهُ تَوَقَّفَ عَلَى قَبُولِهِ. أُجِيبَ بِأَنَّ تَوَقُّفَهُ عَلَى ذَلِكَ لَا مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ هِبَةُ الدِّينِ بَلْ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ يُوجِبُ الْإِنْسَاحَ الْعَقْدِ بِفَوَاتِ الْقَبْضِ الْمُسْتَحَقِّ بِعَقْدِ الصَّرْفِ، وَأَحَدُ الْعَاقِدَيْنِ لَا يَنْفَرِدُ بِفَسْخِخِهِ فَلهَذَا تَوَقَّفَ عَلَى الْقَبُولِ (قَوْلُهُ قُلْنَا إِنَّهُ يَرْتَدُّ بِالرَّدِّ) يُفِيدُ بِإِطْلَاقِهِ أَنَّ عَمَلَ الرَّدِّ فِي الْمَجْلِسِ وَغَيْرِهِ سَوَاءٌ وَهُوَ الْمَرْوِيُّ عَنِ السَّلَفِ. وَقَالَ بَعْضُهُمْ: يَجِبُ أَنْ يَرُدَّهُ فِي مَجْلِسِ الْإِبْرَاءِ وَالْهَبَةِ. وَقَوْلُهُ (بِالْإِسْقَاطِ الْمَحْضَةِ الَّتِي يُحْلَفُ بِهَا) هَذَا إِشَارَةٌ إِلَى أَنَّ مِنَ الْإِسْقَاطِ الْمَحْضَةِ مَا لَا يُحْلَفُ بِهَا: أَيْ لَا يَقْبَلُ التَّعْلِيْقُ بِالشَّرْطِ كَالْحَجْرِ عَلَى الْمَادُونِ وَعَزَلِ الْوَكِيلِ وَالْإِبْرَاءِ عَنِ الدِّينِ مِنْهَا. وَمِنْهَا مَا يُحْلَفُ بِهَا (كَالطَّلَاقِ وَالْعَتَاقِ) وَغَيْرِهِمَا.

قَالَ: (وَالْعُمْرَى جَائِزَةٌ لِلْمُعَمَّرِ لَهُ حَالُ حَيَاتِهِ وَلَوَرَّثَتْهُ مِنْ بَعْدِهِ) لَمَّا رَوَيْنَا. وَمَعْنَاهُ أَنْ يَجْعَلَ دَارَهُ لَهُ عُمْرَةً. وَإِذَا مَاتَ تَرُدُّ عَلَيْهِ فَيَصِحُّ التَّمْلِيكَ، وَيَبْطُلُ الشَّرْطُ لَمَّا رَوَيْنَا وَقَدْ بَيَّنَّا أَنَّ الْهَبَةَ لَا تَبْطُلُ بِالشَّرْطِ الْفَاسِدَةِ (وَالرُّهْبَى بَاطِلَةٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: جَائِزَةٌ؛ لِأَنَّ قَوْلَهُ دَارِي لَكَ تَمْلِيكَ. وَقَوْلُهُ رُهْبَى شَرْطٌ

فَاسِدٌ كَالْعُمَرَى. وَلَهُمَا «أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَجَازَ الْعُمَرَى وَرَدَّ الرُّقْبَى» ^(١) وَلَأنَّ
مَعْنَى الرُّقْبَى عِنْدَهُمَا إِنْ مِتَّ قَبْلَكَ فَهُوَ لَكَ، وَاللُّفْظُ مِنَ الْمُرَاقَبَةِ كَأَنَّهُ يُرَاقَبُ مَوْتَهُ، وَهَذَا
تَعْلِيقُ التَّمْلِيكِ بِالْخَطَرِ فَبَطُلَ. وَإِذَا لَمْ تَصِحَّ تَكُونُ عَارِيَةً عِنْدَهُمَا؛ لِأَنَّهُ يَتَضَمَّنُ إِطْلَاقَ
الِانْتِفَاعِ بِهِ.

الشرح:

(وَالْعُمَرَى) وَهُوَ أَنْ يَجْعَلَ ذَارِهِ لِشَخْصٍ عُمَرَاهُ، فَإِذَا مَاتَ تُرُدُّ عَلَيْهِ (جَائِزَةٌ
لِلْمُعَمَّرِ لَهُ فِي حَالِ حَيَاتِهِ وَلَوَرَّثَهُ مِنْ بَعْدِهِ لِمَا رَوَيْنَا) «أَنَّهُ ﷺ أَجَازَ الْعُمَرَى»
(وَالشَّرْطُ) وَهُوَ قَوْلُهُ فَإِذَا مَاتَ تُرُدُّ عَلَيْهِ (بَاطِلٌ لِمَا رَوَيْنَا) «أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ
أَبْطَلَ شَرْطَ الْمُعَمَّرِ»، وَبُطْلَانُهُ لَا يُؤْتَرُ فِي بُطْلَانِ الْعَقْدِ لِمَا بَيَّنَّا أَنَّ الْهَبَةَ لَا تَبْطُلُ
بِالشَّرْطِ الْفَاسِدَةِ فَيَكُونُ قَوْلُهُ ذَارِي لَكَ هِبَةً (وَالرُّقْبَى) وَهُوَ أَنْ يَقُولَ الرَّجُلُ لغيرِهِ
ذَارِي لَكَ رُقْبَى.

(بَاطِلَةٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ) لَا تُنْفِدُ مِلْكَ الرَّقَبَةِ، وَإِنَّمَا يَكُونُ عَارِيَةً عِنْدَهُ
يَجُوزُ لِلْمُعَمَّرِ أَنْ يَرْجِعَ فِيهِ وَيَبِيعَهُ فِي أَيِّ وَقْتٍ شَاءَ لِأَنَّهُ تَضَمَّنَ إِطْلَاقَ الْانْتِفَاعِ (وَعِنْدَ
أَبِي يُوسُفَ جَائِزَةٌ لِأَنَّ قَوْلَهُ ذَارِي لَكَ هِبَةً وَقَوْلُهُ رُقْبَى شَرْطُ فَاسِدٍ) لِأَنَّهُ تَعْلِيقُ بِالْخَطَرِ
إِنْ كَانَ الرُّقْبَى مَأْخُودًا مِنَ الْمُرَاقَبَةِ وَإِنْ كَانَ مَأْخُودًا مِنَ الْإِرْقَابِ فَكَأَنَّهُ قَالَ: رَقَبَةٌ ذَارِي
لَكَ فَصَارَ كَالْعُمَرَى (وَلَهُمَا) مَا رَوَى الشَّعْبِيُّ عَنْ شُرَيْحٍ («أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَجَازَ الْعُمَرَى
وَرَدَّ الرُّقْبَى» وَلَأنَّ مَعْنَى الرُّقْبَى عِنْدَهُمَا أَنْ يَقُولَ: إِنْ مِتَّ قَبْلَكَ فَهُوَ لَكَ أُخَذَتْ مِنَ
الْمُرَاقَبَةِ كَأَنَّهُ يُرَاقَبُ مَوْتَهُ، وَهَذَا تَعْلِيقُ بِالْخَطَرِ فَيَكُونُ بَاطِلًا) وَقَوْلُهُ لِأَنَّ مَعْنَى الرُّقْبَى
عِنْدَهُمَا يُشِيرُ إِلَى أَنَّ أَبَا يُوسُفَ قَالَ بِجَوَازِهَا لَا بِهَذَا التَّفْسِيرِ.

بَلْ يَتَفَسَّرُ آخَرَ وَهُوَ أَنْ يَجْعَلَهَا مِنَ الرَّقَبَةِ كَمَا ذَكَرْنَا. وَقِيلَ عَلَيْهِ أَنْ اشْتِقَاقَ
الرُّقْبَى مِنَ الرَّقَبَةِ مِمَّا لَمْ يَقُلْ بِهِ أَحَدٌ، وَإِبْدَاعُ الشَّيْءِ فِي اللُّغَةِ بَعْدَ اسْتِقْرَارِهَا لِأَجْلِ مَا
عَنْهُ مَذْذُوحَةٌ لَيْسَ بِمُسْتَحْسَنٍ. فَإِنْ قِيلَ: فَمَا جَوَازُهُمَا عَنْ حَدِيثِ جَابِرٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ «أَنَّ النَّبِيَّ
ﷺ أَجَازَ الْعُمَرَى وَالرُّقْبَى؟» أُجِيبَ بِأَنَّهُ مَحْمُولٌ عَلَى أَنَّهُ ﷺ سَأَلَ عَنِ الرُّقْبَى مُفَسِّرًا
بِوَجْهِ وَاضِحٍ صَحِيحٍ فَأَجَابَ بِجَوَازِهِ، وَاللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ.

(١) قال الزيلعي في نصب الراية (٣١١/٤): غريب.

فصل في الصدقة

قَالَ: (وَالصَّدَقَةُ كَالْهَبَةِ لَا تَصِيحُ إِلَّا بِالْقَبْضِ)؛ لِأَنَّهُ تَبَرُّعٌ كَالْهَبَةِ (فَلَا تَجُوزُ فِي مُشَاعٍ يَحْتَمِلُ الْقِسْمَةَ) لَمَّا بَيَّنَّا فِي الْهَبَةِ (وَلَا رُجُوعَ فِي الصَّدَقَةِ)؛ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ هُوَ الثَّوَابُ وَقَدْ حَصَلَ. وَكَذَا إِذَا تَصَدَّقَ عَلَى غَنِيٍّ اسْتِحْسَانًا؛ لِأَنَّهُ قَدْ يَقْصِدُ بِالصَّدَقَةِ عَلَى الْغَنِيِّ الثَّوَابَ. وَكَذَا إِذَا وَهَبَ الْفَقِيرَ؛ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ الثَّوَابُ وَقَدْ حَصَلَ.

الشرح:

(فَصَلُّ فِي الصَّدَقَةِ): لَمَّا كَانَتْ الصَّدَقَةُ تُشَارِكُ الْهَبَةَ فِي الشُّرُوطِ وَتُخَالِفُهَا فِي الْحُكْمِ ذَكَرَهَا فِي كِتَابِ الْهَبَةِ وَجَعَلَ لَهَا فَضْلًا. قَالَ (الصَّدَقَةُ كَالْهَبَةِ) الصَّدَقَةُ لَا تَتِمُّ إِلَّا مَقْبُوضَةً لِأَنَّهَا تَبَرُّعٌ كَالْهَبَةِ فَلَا تَجُوزُ فِيمَا يَحْتَمِلُ الْقِسْمَةَ مُشَاعًا، لَمَّا بَيَّنَّا فِي الْهَبَةِ أَنَّ الشُّيُوعَ يَمْنَعُ تَمَامَ الْقَبْضِ الْمَشْرُوطِ، وَلَا رُجُوعَ فِيهَا لِأَنَّ الْمَقْصُودَ هُوَ الثَّوَابُ وَقَدْ حَصَلَ فَصَارَتْ كَهَبَةٍ عَوِضَ عَنْهَا، وَفِيهِ تَأْمُلٌ فَإِنَّ حُصُولَ الثَّوَابِ فِي الْآخِرَةِ فَضْلٌ مِنَ اللَّهِ تَعَالَى لَيْسَ بِوَاجِبٍ فَلَا يُقْطَعُ بِحُصُولِهِ. وَيُمْكِنُ أَنْ يُقَالَ: الْمُرَادُ بِهِ حُصُولُ الْوَعْدِ بِالثَّوَابِ فَإِذَا تَصَدَّقَ عَلَى غَنِيٍّ بَطُلَ الرُّجُوعُ اسْتِحْسَانًا.

وَفِي الْقِيَاسِ لَهُ الرُّجُوعُ لِأَنَّ الْغَرَضَ نَمَّةَ حُصُولِ الْعَوِضِ. وَوَجْهُ الاسْتِحْسَانِ أَنَّ الصَّدَقَةَ عَلَى الْغَنِيِّ قَدْ يُرَادُ بِهَا الثَّوَابُ، وَإِذَا وَهَبَ لْفَقِيرٍ فَكَذَلِكَ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ الثَّوَابُ وَقَدْ حَصَلَ، وَعَنْ هَذَا ذَهَبَ بَعْضُ أَصْحَابِنَا إِلَى أَنَّ الْهَبَةَ وَالصَّدَقَةَ عَلَى الْغَنِيِّ سَوَاءٌ فِي جَوَازِ الرُّجُوعِ، كَمَا أَنَّهُمَا سَوَاءٌ فِي حَقِّ الْفَقِيرِ فِي عَدَمِهِ، وَلَكِنَّ الْعَامَّةَ قَالُوا: فِي ذِكْرِهِ لَفْظُ الصَّدَقَةِ دَلَالَةٌ عَلَى أَنَّهُ لَمْ يَقْصِدِ الْعَوِضَ، وَالتَّصَدَّقُ عَلَى الْغَنِيِّ لَا يُنَافِي الْقُرْبَةَ.

(وَمَنْ نَذَرَ أَنْ يَتَصَدَّقَ بِمَالِهِ يَتَصَدَّقُ بِجَنَسِ مَا يَجِبُ فِيهِ الزَّكَاةُ، وَمَنْ نَذَرَ أَنْ يَتَصَدَّقَ بِمِلْكِهِ لَزِمَهُ أَنْ يَتَصَدَّقَ بِالْجَمِيعِ) وَيُرْوَى أَنَّهُ وَالْأَوَّلُ سَوَاءٌ، وَقَدْ ذَكَرْنَا الْفَرْقَ. وَوَجْهُ الرُّوَايَتَيْنِ فِي مَسَائِلِ الْقَضَاءِ (وَيُقَالُ لَهُ أَمْسِكَ مَا تُنْفِقُهُ عَلَى نَفْسِكَ وَعِيَالِكَ إِلَى أَنْ تَكْتَسِبَ، فَإِذَا اكْتَسَبَ مَا لَا يَتَصَدَّقُ بِمِثْلِ مَا أَنْفَقَ) وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ مِنْ قَبْلُ.

الشرح:

(قَوْلُهُ وَمَنْ نَذَرَ أَنْ يَتَصَدَّقَ بِمَالِهِ إلخ) ذَكَرْنَا هَذِهِ الْمَسْأَلَةَ مَعَ وُجُوهِهَا فِي مَسَائِلِ الْقَضَاءِ فَلَا يَحْتَاجُ إِلَى الْإِعَادَةِ هَاهُنَا، وَاللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ وَإِلَيْهِ الْمَرْجِعُ وَالْمَأْبُ.

كتاب الإجازات

(الإِجَارَةُ: عَقْدٌ عَلَى الْمَنَافِعِ بِعَوَضٍ) لَأَنَّ الْإِجَارَةَ فِي اللَّغَةِ بَيْعُ الْمَنَافِعِ، وَالْقِيَاسُ يَأْتِي جَوَازَهُ؛ لَأَنَّ الْعَقُودَ عَلَيْهِ الْمَنَفَعَةُ وَهِيَ مَعْدُومَةٌ، وَإِضَافَةُ التَّمْلِكِ إِلَى مَا سَيُوجَدُ لَا يَصِحُّ إِلَّا أَنَا جَوَازُهُ لِحَاجَةِ النَّاسِ إِلَيْهِ، وَقَدْ شَهِدَتْ بِصِحَّتِهَا الْأَثَارُ وَهُوَ قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «أَعْطُوا الْأَجِيرَ أَجْرَهُ قَبْلَ أَنْ يَحِفَّ عَرَقُهُ» ^(١) وَقَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «مَنْ اسْتَأْجَرَ أَجِيرًا فَلْيُعْلَمْهُ أَجْرَهُ» ^(٢) وَتَنَعَّدُ سَاعَةً فَسَاعَةً عَلَى حَسَبِ حَدُوثِ الْمَنَفَعَةِ، وَالدَّارُ أَقِيمَتْ مَقَامَ الْمَنَفَعَةِ فِي حَقِّ إِضَافَةِ الْعَقْدِ إِلَيْهَا لِتَرْتِبِطِ الْإِجَابِ بِالْقَبُولِ، ثُمَّ عَمَلُهُ يَظْهَرُ فِي حَقِّ الْمَنَفَعَةِ مِلْكًا وَاسْتِحْقَاقًا حَالٌ وَجُودِ الْمَنَفَعَةِ.

الشرح:

(كِتَابُ الْإِجَارَاتِ): لَمَّا فَرَّغَ مِنْ بَيَانِ أَحْكَامِ تَمْلِكِ الْأَعْيَانِ بِغَيْرِ عَوَضٍ وَهُوَ الْهَبَةُ شَرَعَ فِي بَيَانِ أَحْكَامِ تَمْلِكِ الْمَنَافِعِ بِعَوَضٍ وَهُوَ الْإِجَارَةُ، وَقَدَّمَ الْأَوَّلَى عَلَى الثَّانِيَةِ لَأَنَّ الْأَعْيَانَ مُقَدَّمَةٌ عَلَى الْمَنَافِعِ، وَسَنَذْكُرُ مَعْنَى الْإِجَارَةِ لَعَةً وَشَرِيعَةً، وَإِنَّمَا جَمَعَهَا إِشَارَةً إِلَى أَنَّهَا حَقِيقَةٌ ذَاتُ أَفْرَادٍ، فَإِنَّ لَهَا تَوْعَيْنَ: تَوْعٌ يَرِدُ عَلَى مَنَافِعِ الْأَعْيَانِ كَاسْتِجَارِ الدُّورِ وَالْأَرَاضِي وَالذُّوَابِ.

وَتَوْعٌ يَرِدُ عَلَى الْعَمَلِ كَاسْتِجَارِ الْمُحْتَزِّينَ لِلْأَعْمَالِ نَحْوِ الْقِصَارَةِ وَالْخِيَاطَةِ وَنَحْوِهِمَا. وَمِنْ مَحَاسِنِهَا دَفْعُ الْحَاجَةِ بِقَلِيلٍ مِنَ الْبَدَلِ، فَإِنَّ كُلَّ أَحَدٍ لَا يَقْدِرُ عَلَى دَارٍ يَسْكُنُهَا وَحَمَامٍ يَقْتَسِلُ فِيهَا وَإِلٍ تَحْمِلُ أَثْقَالَهُ إِلَى بَلَدٍ لَمْ يَكُنْ يَبْلُغُهُ إِلَّا بِمَشَقَّةِ النَّفْسِ. وَسَبَبُهَا مَا مَرَّ غَيْرَ مَرَّةٍ مِنْ تَعَلُّقِ الْبَقَاءِ الْمَقْدُورِ بِتَعَاطِيهَا. وَأَمَّا شَرْطُهَا فَمَعْلُومِيَّةُ الْبَدَلَيْنِ. وَأَمَّا رُكْنُهَا فَالْإِجَابُ وَالْقَبُولُ بِلَفْظَيْنِ مَاضِيَيْنِ مِنَ الْأَلْفَاظِ الْمَوْضُوعَةِ لِعَقْدِ الْإِجَارَةِ. وَأَمَّا حُكْمُهَا وَذَلِيلُ شَرْعِيَّتِهَا فَسَيَذْكُرُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى. قَالَ (الْإِجَارَةُ عَقْدٌ عَلَى الْمَنَافِعِ بِعَوَضٍ إلخ) بَيْنَ الْمَفْهُومِ الشَّرْعِيِّ قَبْلَ اللَّغْوِيِّ لَأَنَّ اللَّغْوِيَّ هُوَ الشَّرْعِيُّ بِلَا مُخَالَفَةٍ وَهُوَ فِي بَيَانِ شَرْعِيَّتِهَا، فَالشَّرْعِيُّ أَوَّلُ بِالْتَقْدِيمِ.

(١) أخرجه ابن ماجه (٢٤٤٣) عن ابن عمر، والحديث يروى عن عدة من الصحابة، وانظر نصب الرأية (٣١٣/٤).

(٢) أخرجه عبد الرزاق في المصنف (٢٣٥/٨)، وانظر نصب الرأية (٣١٤/٤).

وَلَمَّا كَانَتْ عِبَارَةً عَنْ تَمْلِكِ الْمَنَافِعِ وَهِيَ غَيْرُ مَوْجُودَةٍ فِي الْحَالِ لَمْ يَقْتَضِ الْقِيَاسُ جَوَازَهَا، إِلَّا أَنَّهَُا جُوزَتْ عَلَى خِلَافِ الْقِيَاسِ بِالْأَثَرِ لِحَاجَةِ النَّاسِ فَكَانَ اسْتِحْسَانًا بِالْأَثَرِ، وَمِنْ الْأَثَارِ الدَّالَّةُ عَلَى صِحَّتِهَا مَا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ وَهُوَ قَوْلُهُ ﷺ: «أَعْطُوا الْأَجِيرَ أَجْرَهُ قَبْلَ أَنْ يَجِفَّ عَرْقُهُ» فَإِنَّ الْأَمْرَ بِإِعْطَاءِ الْأَجْرِ دَلِيلٌ عَلَى صِحَّةِ الْعَقْدِ. وَقَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «مَنْ اسْتَأْجَرَ أَجِيرًا فَلْيُعَلِّمْلَهُ أَجْرَهُ» فِيهِ وَزِيَادَةُ بَيَانٍ أَنَّ مَعْلُومِيَّةَ الْأَجْرِ شَرْطُ جَوَازِهَا (وَتَنْعَقِدُ الْإِجَارَةُ سَاعَةً فَسَاعَةً عَلَى حَسَبِ خُذُوثِ الْمَنَافِعِ) لِأَنَّهَا هِيَ الْمَعْقُودُ عَلَيْهِ، فَالْمِلْكُ فِي الْبَدَلَيْنِ أَيْضًا يَقَعُ سَاعَةً فَسَاعَةً لِأَنَّ الْمُعَاوَضَةَ تَقْتَضِي التَّسَاوِيَّ، وَالْمِلْكُ فِي الْمَنْفَعَةِ يَقَعُ سَاعَةً فَسَاعَةً عَلَى حَسَبِ خُذُوثِهَا فَكَذَا فِي بَدَلِهَا وَهُوَ الْأَجْرَةُ.

فَإِنْ قِيلَ: إِذَا كَانَ كَذَلِكَ وَجَبَ أَنْ يَصِحَّ رُجُوعُ الْمُسْتَأْجِرِ فِي السَّاعَةِ الثَّانِيَةِ قَبْلَ أَنْ يَنْعَقِدَ الْعَقْدُ فِيهَا، وَإِذَا اسْتَأْجَرَ شَهْرًا مَثَلًا لَيْسَ لَهُ أَنْ يَمْتَنِعَ بِلا غَدْرٍ. أَجَابَ بِقَوْلِهِ (وَالدَّارُ أُقِيمَتْ مَقَامَ الْمَنْفَعَةِ فِي حَقِّ إِضَافَةِ الْعَقْدِ لِرَبْطِ الْإِجَابِ بِالْقَبُولِ) إلْزَامًا لِلْعَقْدِ فِي الْمِقْدَارِ الْمَعْيُنِ، ثُمَّ يَظْهَرُ عَمَلُ الْعَقْدِ وَأَثَرُهُ فِي حَقِّ الْمَنْفَعَةِ يَعْنِي يَتَرَاخَى حُكْمُ اللَّفْظِ إِلَى حِينَ وُجُودِ الْمَنْفَعَةِ (مَطْلَبًا وَاسْتِحْقَاقًا) يَعْنِي يَثْبُتَانِ مَعًا (حَالُ وُجُودِ الْمَنْفَعَةِ) بِخِلَافِ بَيْعِ الْعَيْنِ، فَإِنَّ الْمِلْكَ فِي الْمَبِيعِ يَثْبُتُ فِي الْحَالِ وَيَتَأَخَّرُ الْاسْتِحْقَاقُ إِلَى تَقْدِ الثَّمَنِ، وَجَازَ أَنْ يَنْفَصِلَ حُكْمُ الْعَقْدِ عَنْهُ كَمَا فِي الْبَيْعِ بِشَرْطِ الْخِيَارِ.

(وَلَا تَصِحُّ حَتَّى تُكُونَ الْمَنَافِعُ مَعْلُومَةً، وَالْأَجْرَةُ مَعْلُومَةً) لَمَّا رَوَيْنَا، وَلِأَنَّ الْجَهَالََةَ فِي الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ وَبَدَلِهِ تُفْضِي إِلَى الْمُنَازَعَةِ كَجَهَالَةِ الثَّمَنِ وَالْمَثْمَنِ فِي الْبَيْعِ (وَمَا جَازَ أَنْ يَكُونَ ثَمَنًا فِي الْبَيْعِ جَازَ أَنْ يَكُونَ أَجْرَةً فِي الْإِجَارَةِ)؛ لِأَنَّ الْأَجْرَةَ ثَمَنُ الْمَنْفَعَةِ، فَتُعْتَبَرُ بِشَمَنِ الْمَبِيعِ. وَمَا لَا يَصْلُحُ ثَمَنًا يَصْلُحُ أَجْرَةً أَيْضًا كَالْأَعْيَانِ. فَهَذَا اللَّفْظُ لَا يَنْفِي صِلَاحِيَّةَ غَيْرِهِ؛ لِأَنَّهُ عَوَضٌ مَالِيٌّ (وَالْمَنَافِعُ ثَارَةٌ تُصِيرُ مَعْلُومَةً بِالْمُدَّةِ كَاسْتِجَارِ الدُّورِ، لِلسُّكْنَى وَالْأَرْضَيْنِ لِلزَّرَاعَةِ) فَيَصِحُّ الْعَقْدُ عَلَى مُدَّةٍ مَعْلُومَةٍ أَيْ مُدَّةٍ كَانَتْ؛ لِأَنَّ الْمُدَّةَ إِذَا كَانَتْ مَعْلُومَةً كَانَ قَدْرُ الْمَنْفَعَةِ فِيهَا مَعْلُومًا إِذَا كَانَتْ الْمَنْفَعَةُ لَا تَتَفَاوَتْ. وَقَوْلُهُ أَيْ مُدَّةٌ كَانَتْ إِشَارَةً إِلَى أَنَّهُ يَجُوزُ طَالَتْ الْمُدَّةُ أَوْ قَصُرَتْ لَكُونِهَا مَعْلُومَةً وَلِتَحَقُّقِ الْحَاجَةِ إِلَيْهَا عَسَى، إِلَّا أَنْ فِي الْأَوْقَافِ لَا تَجُوزُ الْإِجَارَةُ الطَّوِيلَةُ كَيْ لَا يَدْعِيَ الْمُسْتَأْجِرُ مِلْكَهَا

وَهِيَ مَا زَادَ عَلَى ثَلَاثِ سِنِينَ هُوَ الْمُخْتَارُ.

قَالَ: (وَتَارَةً تَصِيرُ مَعْلُومَةً بِنَفْسِهِ كَمَنْ اسْتَأْجَرَ رَجُلًا عَلَى صَبْغِ ثَوْبِهِ أَوْ خِيَاطَتِهِ أَوْ اسْتَأْجَرَ دَابَّةً؛ لِيَحْمِلَ عَلَيْهَا مِقْدَارًا مَعْلُومًا أَوْ يَرْكَبَهَا مَسَافَةً سَمَاهَا؛ لِأَنَّهُ إِذَا بَيَّنَّ الثَّوْبَ وَلَوْنَ الصَّبْغِ وَقَدْرَهُ وَجِنْسَ الْخِيَاطَةِ وَالْقَدْرَ الْمَحْمُولِ وَجِنْسَهُ وَالْمَسَافَةَ صَارَتْ الْمَنْفَعَةُ مَعْلُومَةً فَيَصِحُّ الْعَقْدُ، وَرَبَّمَا يُقَالُ: الْإِجَارَةُ قَدْ تَكُونُ عَقْدًا عَلَى الْعَمَلِ كَاسْتِئْجَارِ الْقَصَّارِ وَالْخِيَاطِ، وَلَا بُدَّ أَنْ يَكُونَ الْعَمَلُ مَعْلُومًا وَذَلِكَ فِي الْأَجِيرِ الْمُشْتَرَكِ، وَقَدْ تَكُونُ عَقْدًا عَلَى الْمَنْفَعَةِ كَمَا فِي أَجِيرِ الْوَحْدِ، وَلَا بُدَّ مِنْ بَيَانِ الْوَقْتِ. قَالَ: (وَتَارَةً تَصِيرُ الْمَنْفَعَةُ مَعْلُومَةً بِالْتَّعْيِينِ وَالْإِشَارَةِ كَمَنْ اسْتَأْجَرَ رَجُلًا، لِيَنْقُلَ لَهُ هَذَا الطَّعَامَ إِلَى مَوْضِعٍ مَعْلُومٍ؛ لِأَنَّهُ إِذَا أَرَاهُ مَا يَنْقُلُهُ وَالْمَوْضِعَ الَّذِي يَحْمِلُ إِلَيْهِ كَانَتْ الْمَنْفَعَةُ مَعْلُومَةً فَيَصِحُّ الْعَقْدُ.

الشرح:

(وَلَا تَصِحُّ الْإِجَارَةُ حَتَّى تَكُونَ الْمَنَافِعُ مَعْلُومَةً وَالْأَجْرَةُ مَعْلُومَةً لَمَّا رَوَيْنَا) مِنْ قَوْلِهِ ﷺ: «مَنْ اسْتَأْجَرَ أَجِيرًا فَلْيُعْلِمْهُ أَجْرَهُ» فَإِنَّهُ كَمَا يَذَلُّ بِعِبَارَتِهِ عَلَى كَوْنِ مَعْلُومِيَّةِ الْأَجْرَةِ شَرْطًا يَذَلُّ بِذِلَالَتِهِ عَلَى اشْتِرَاطِ مَعْلُومِيَّةِ الْمَنَافِعِ، لِأَنَّ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ فِي الْإِجَارَةِ هُوَ الْمَنَافِعُ وَهُوَ الْأَصْلُ، وَالْمَعْقُودُ بِهِ وَهُوَ الْأَجْرَةُ كَالْتَّبَعِ كَالثَّمَنِ فِي الْبَيْعِ، فَإِذَا كَانَ مَعْلُومِيَّةُ التَّبَعِ شَرْطًا كَانَ مَعْلُومِيَّةُ الْأَصْلِ أَوْلَى بِذَلِكَ (وَلِأَنَّ الْجَهَالََةَ فِي الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ وَبَدَلَهُ تُفْضِي إِلَى الْمُنَازَعَةِ كَجَهَالََةِ الثَّمَنِ وَالثَّمَنِ فِي الْبَيْعِ) وَهُوَ وَاضِحٌ، وَمَا صَلَحَ أَنْ يَكُونَ ثَمَنًا فِي الْبَيْعِ صَلَحَ أَنْ يَكُونَ أَجْرَةً، لِأَنَّ الْأَجْرَةَ ثَمَنُ الْمَنْفَعَةِ فَتُعْتَبَرُ بِثَمَنِ الْمَبِيعِ وَلَيْسَ كُلُّ مَا يَصْلُحُ ثَمَنًا لَا يَصْلُحُ أَجْرَةً، لِأَنَّ بَعْضَ مَا لَا يَصْلُحُ ثَمَنًا كَالْأَعْيَانِ الَّتِي هِيَ لَيْسَتْ مِنْ ذَوَاتِ الْأَمْثَالِ كَالْحَيَوَانَ وَالثِّيَابِ مَثَلًا إِذَا كَانَتْ مُعَيَّنَةً صَلَحَ أَنْ يَكُونَ أَجْرَةً، كَمَا إِذَا اسْتَأْجَرَ دَابَّةً بِثَوْبٍ مُعَيَّنٍ وَإِنْ كَانَ لَا يَصْلُحُ ثَمَنًا، وَفِيهِ نَظَرٌ فَإِنَّ الْمَقَاضِيَةَ يَبِيعُ وَلَيْسَ فِيهَا إِلَّا الْعَيْنُ مِنَ الْجَانِبَيْنِ، فَلَوْ لَمْ تَصْلُحِ الْعَيْنُ ثَمَنًا كَانَتْ بَيْعًا بِلَا ثَمَنِ وَهُوَ بَاطِلٌ. وَيُمْكِنُ أَنْ يُجَابَ عَنْهُ بِأَنَّ النَّظَرَ عَلَى الْمَثَالِ لَيْسَ مِنْ دَابِّ الْمُنَاطِرِينَ، فَإِذَا كَانَ الْأَصْلُ صَحِيحًا جَازَ أَنْ يُمَثَّلَ بِمَثَالٍ آخَرَ فَلْيُمَثَّلْ بِالْمَنْفَعَةِ فَإِنَّهَا تَصْلُحُ أَجْرَةً إِذَا اخْتَلَفَ جِنْسُ الْمَنَافِعِ، كَمَا إِذَا اسْتَأْجَرَ سَكْنَى دَارَ بِرُكُوبٍ دَابَّةً وَلَا تَصْلُحُ ثَمَنًا أَصْلًا. (قَوْلُهُ فَهَذَا اللَّفْظُ) يُرِيدُ بِهِ قَوْلُهُ وَمَا جَازَ أَنْ يَكُونَ ثَمَنًا فِي الْبَيْعِ إلخ (لَا يَنْفِي

صَلَاحِيَّةٌ غَيْرُهُ) كَمَا ذَكَرْنَا (لَأَنَّهُ عَوْضٌ مَالِيٌّ) فَيَعْتَمِدُ وَجُودَ الْمَالِ وَالْأَعْيَانِ وَالْمَنَافِعِ أَمْوَالٌ فَجَازَ أَنْ تَقَعَ أَجْرُهُ. وَلِقَائِلٍ أَنْ يَقُولَ: الثَّمَنُ عَوْضٌ مَالِيٌّ إِنْخٍ، وَيُمْكِنُ أَنْ يُجَابَ عَنْهُ بِأَنَّ الثَّمَنَ مَشْرُوطٌ بِكَوْنِهِ مِمَّا يَجِبُ فِي الذِّمَّةِ فَيَخْتَصُّ بِذَلِكَ كَالْتَقُودِ وَالْمَقْدَرَاتِ الْمَوْصُوفَةِ الَّتِي تَجِبُ فِي الذِّمَّةِ بِخِلَافِ الْأَجْرَةِ.

قَالَ (وَالْمَنَافِعُ تَارَةٌ تَصِيرُ مَعْلُومَةً بِالْمُدَّةِ إِنْخٍ) قَدْ تَقَدَّمَ أَنَّ الْمَنَفْعَةَ لَا بُدَّ وَأَنْ تَكُونَ مَعْلُومَةً فِي الْإِجَارَةِ فَلَا بُدَّ مِنْ بَيَانِ مَا تَكُونُ بِهِ مَعْلُومَةً، فَتَارَةٌ تَصِيرُ مَعْلُومَةً بِالْمُدَّةِ كَاسْتِجَارِ الدُّورِ لِلسُّكْنَى وَالْأَرْضِ لِلزَّرَاعَةِ مُدَّةً مَعْلُومَةً وَكَائِنَةً مَا كَانَتْ، لِأَنَّ الْمُدَّةَ إِذَا كَانَتْ مَعْلُومَةً كَانَ مَقْدَارُ الْمَنَفْعَةِ فِيهَا مَعْلُومًا فَتَصِحُّ إِذَا كَانَتْ غَيْرَ مُتَفَاوِتَةٍ بِأَنْ سَمِيَ مَا يَزْرَعُ فِيهَا. فَإِنَّ مَا يَزْرَعُ فِيهَا مُتَفَاوِتٌ، فَإِذَا لَمْ يُعَيَّنْ أَفْضَى إِلَى النَّزَاعِ الْمُفْسِدِ لِلْعَقْدِ. وَلَا فَرْقَ بَيْنَ طَوِيلِ الْمُدَّةِ وَقَصِيرِهَا عِنْدَنَا إِذَا كَانَتْ بِحَيْثُ يَعِيشُ إِلَيْهَا الْعَاقِدَانِ، لِأَنَّ الْحَاجَةَ الَّتِي جَوَزَتْ الْإِجَارَةَ لَهَا قَدْ تَمَسَّ إِلَى ذَلِكَ، وَهِيَ مُدَّةً مَعْلُومَةً يَعْلَمُ بِهَا مَقْدَارُ الْمَنَفْعَةِ فَكَانَتْ صَحِيحَةً كَالْأَجَلِ فِي الْبَيْعِ، وَأَمَّا إِذَا كَانَتْ بِحَيْثُ لَا يَعِيشُ إِلَيْهَا أَحَدُ الْمُتَعَاقِدِينَ فَمَنْعَهُ بَعْضُهُمْ لِأَنَّ الظَّنَّ فِي ذَلِكَ عَدَمُ الْبَقَاءِ إِلَى تِلْكَ الْمُدَّةِ وَالظَّنُّ مِثْلُ التَّيَقُّنِ فِي حَقِّ الْأَحْكَامِ فَصَارَتْ الْإِجَارَةُ مُؤَبَّدَةً مَعْنَى وَالتَّائِيدُ يُنْطَلِهَُا.

وَجَوَزَهُ آخَرُونَ مِنْهُمْ الْخَصَافُ لِأَنَّ الْعِبْرَةَ فِي هَذَا الْبَابِ بِصِيغَةِ كَلَامِ الْمُتَعَاقِدِينَ وَأَنَّهُ يَفْتَضِي التَّوْقِيتَ، وَلَا مُعْتَبَرَ بِمَوْتِ الْمُتَعَاقِدِينَ أَوْ أَحَدِهِمَا قَبْلَ انْتِهَاءِ الْمُدَّةِ لِأَنَّهُ قَدْ يَتَحَقَّقُ فِي مُدَّةٍ يَعِيشُ إِلَيْهَا الْإِنْسَانُ غَالِبًا وَلَمْ يُعْتَبَرْ، كَمَا إِذَا تَزَوَّجَ امْرَأَةٌ إِلَى مِائَةِ سَنَةٍ فَإِنَّهُ مُتَعَةٌ وَلَمْ يُجْعَلْ بِمَنْزِلَةِ التَّائِيدِ لِيَصِحَّ النِّكَاحُ وَإِنْ كَانَ لَا يَعِيشُ إِلَى هَذِهِ الْمُدَّةِ غَالِبًا وَجُعِلَ ذَلِكَ نِكَاحًا مُوقَّتًا اعْتِبَارًا لِلصِّيغَةِ (قَوْلُهُ إِلَّا أَنْ فِي الْأَوْقَافِ) يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ اسْتِنَاءً مِنْ قَوْلِهِ: أَيُّ مُدَّةٍ كَانَتْ، وَإِنَّمَا لَا تَجُوزُ فِي الْأَوْقَافِ الْإِجَارَةُ إِلَى مُدَّةٍ طَوِيلَةٍ وَهِيَ مَا زَادَتْ عَلَى ثَلَاثِ سِنِينَ هُوَ الْمُخْتَارُ كَيْ لَا يَدْعِيَ الْمُسْتَأْجِرُ مِلْكَهَا، هَذَا إِذَا لَمْ يَشْتَرِطِ الْوَاقِفُ أَنْ لَا يُؤَاجِرَ أَكْثَرَ مِنْ سَنَةٍ، وَأَمَّا إِذَا شَرِطَ فَلَيْسَ لِلْمُتَوَكِّلِ أَنْ يَزِيدَ عَلَى ذَلِكَ، فَإِنْ كَانَتْ مَصْلَحَةُ الْوَقْفِ تَقْتَضِي ذَلِكَ يُرْفَعُ إِلَى الْحَاكِمِ حَتَّى يَحْكُمَ بِجَوَازِهَا.

(وَتَارَةٌ تَصِيرُ مَعْلُومَةً بِنَفْسِهِ) أَيُّ بِنَفْسِ عَقْدِ الْإِجَارَةِ كَمَا إِذَا اسْتَأْجَرَ رَجُلًا عَلَى صَبْغِ ثَوْبِهِ وَبَيْنَ الثَّوْبِ وَلَوْنِ الصَّبْغِ وَقَدَرِهِ، أَوْ اسْتَأْجَرَ خِيَاطًا عَلَى خِيَاطَةِ ثَوْبِهِ وَبَيْنَ

الثَّوبِ وَجِنْسِ الْحَيَاطَةِ، أَوْ اسْتَأْجَرَ ذَابَّةً لِلْحَمْلِ أَوْ الرُّكُوبِ وَبَيْنَ جِنْسِ الْمَحْمُولِ وَقَدْرِهِ وَالْمَسَافَةِ وَتَارَةً تُصِيرُ مَعْلُومَةً بِالتَّعْيِينِ وَالْإِشَارَةِ كَمَا ذَكَرَ فِي الْكِتَابِ.

باب الأجر متى يستحق

قَالَ: (الْأَجْرَةُ لَا تَجِبُ بِالْعَقْدِ وَتُسْتَحَقُّ بِأَحَدٍ مَعَانِ ثَلَاثَةٍ: إِمَّا بِشَرْطِ التَّعْجِيلِ، أَوْ بِالتَّعْجِيلِ مِنْ غَيْرِ شَرْطٍ، أَوْ بِاسْتِيفَاءِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: تُمْلِكُ بِنَفْسِ الْعَقْدِ؛ لِأَنَّ الْمَنَافِعَ الْمَعْدُومَةَ صَارَتْ مَوْجُودَةً حُكْمًا ضَرُورَةً تَصْحِيحِ الْعَقْدِ فَيَثْبُتُ الْحُكْمُ فِيمَا يُقَابِلُهُ مِنَ الْبَدَلِ. وَلَنَا أَنَّ الْعَقْدَ يَتَعَقَّدُ شَيْئًا فَشَيْئًا عَلَى حَسَبِ حَدُوثِ الْمَنَافِعِ عَلَى مَا بَيَّنَّا، وَالْعَقْدُ مُعَاوَضَةٌ، وَمِنْ قَضِيَّتِهَا الْمُسَاوَاةُ، فَمِنْ ضَرُورَةِ التَّرَاحِي فِي جَانِبِ الْمَنَفْعَةِ التَّرَاحِي فِي الْبَدَلِ الْآخَرَ. وَإِذَا اسْتَوْفَى الْمَنَفْعَةَ يَثْبُتُ لِلْمَلِكِ فِي الْأَجْرِ لِتَحَقُّقِ التَّسْوِيَةِ. وَكَذَا إِذَا شَرَطَ التَّعْجِيلَ أَوْ عَجَلَ؛ لِأَنَّ الْمُسَاوَاةَ تُثْبِتُ حَقًّا لَهُ وَقَدْ أَبْطَلَهُ.

الشرح:

(بَابُ الْأَجْرِ مَتَى يُسْتَحَقُّ): لَمَّا كَانَتْ الْإِجَارَةُ تُخَالَفُ غَيْرَهَا فِي تَخْلُفِ الْمَلِكِ عَنِ الْعَقْدِ بِلا خِيَارِ شَرْطٍ وَجَبَ إِفْرَادُهَا بِبَابٍ عَلَى حِدَةٍ لِبَيَانِ وَقْتِ التَّمْلِكِ وَمَا يَتَعَلَّقُ بِهِ مِنَ الْمَسَائِلِ. قَالَ (الْأَجْرَةُ لَا تَجِبُ بِالْعَقْدِ إلخ) قَالَ صَاحِبُ النَّهَائِيَةِ: الْأَجْرَةُ لَا تَجِبُ بِالْعَقْدِ؛ مَعْنَاهُ لَا يَجِبُ تَسْلِيمُهَا وَأَدَاؤُهَا بِمُجَرَّدِ الْعَقْدِ، وَلَيْسَ بِوَاضِحٍ لِأَنَّ نَفْيَ وَجُوبِ التَّسْلِيمِ لَا يَسْتَلْزِمُ نَفْيَ التَّمْلِكِ كَالْمَبِيعِ فَإِنَّهُ يَمْلِكُهُ الْمُشْتَرِي بِمُجَرَّدِ الْعَقْدِ وَلَا يَجِبُ تَسْلِيمُهُ مَا لَمْ يَقْبُضِ الثَّمَنَ.

وَالصَّوَابُ أَنَّ يُقَالَ: مَعْنَاهُ لَا تُمْلِكُ لِأَنَّ مُحَمَّدًا ذَكَرَ فِي الْجَامِعِ أَنَّ الْأَجْرَةَ لَا تُمْلِكُ، وَمَا لَا يُمْلِكُ لَا يَجِبُ إِيفَاؤُهُ. فَإِنْ قُلْتَ: فَإِذَا لَمْ يَسْتَلْزِمِ نَفْيُ الْوُجُوبِ نَفْيَ التَّمْلِكِ كَانَ أَعَمَّ مِنْهُ، وَإِرَادَةُ الْأَخَصِّ لَيْسَ بِمَجَازٍ شَائِعٍ لِعَدَمِ دَلَالَةِ الْأَعَمِّ عَلَيْهِ أَصْلًا. قُلْتَ: أَخْرَجَ الْكَلَامَ مَخْرَجَ الْغَالِبِ، وَهُوَ أَنَّ تَكُونَ الْأَجْرَةَ مِمَّا يَثْبُتُ فِي الذَّمَّةِ، وَنَفْيُ الْوُجُوبِ فِيهَا وَهُوَ يَسْتَلْزِمُ نَفْيَ التَّمْلِكِ لَا مَحَالَةَ، وَعَلَى هَذَا كَانَ قَوْلُهُ يُسْتَحَقُّ بِمَعْنَى يَمْلِكُ يَدُلُّ عَلَى هَذَا كُلِّهِ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: تُمْلِكُ بِنَفْسِ الْعَقْدِ وَإِلَّا لَمْ يَكُنْ مَحَلَّ الْخِلَافِ مُتَّحِدًا، وَاسْتَدَلَّ الشَّافِعِيُّ بِقَوْلِهِ لِأَنَّ الْمَنَافِعَ الْمَعْدُومَةَ صَارَتْ مَوْجُودَةً ضَرُورَةً تَصْحِيحِ الْعَقْدِ وَهَذَا

صَحَّتْ الْإِجَارَةُ بِأَجْرَةٍ مُؤَجَّلَةٍ وَلَوْ لَمْ تُجْعَلْ مَوْجُودَةٌ كَانَ دَيْنًا بَدَيْنٍ وَهُوَ حَرَامٌ لَا مَحَالَةَ، وَإِذَا كَانَتْ مَوْجُودَةً وَجَبَ ثُبُوتُ الْمَلِكِ بِالْعَقْدِ لَوْجُودِ الْمُقْتَضَى وَاتِّفَاءِ الْمَانِعِ فَيُثْبِتُ الْحُكْمُ فِيمَا يُقَابِلُهُ مِنَ الْبَدَلِ. فَإِنْ قِيلَ: الثَّابِتُ بِالضَّرُورَةِ لَا يَتَعَدَّى مَوْضِعَهَا فَلَا يَتَعَدَّى مِنَ صِحَّةِ الْعَقْدِ إِلَى إِفَادَةِ الْمَلِكِ. فَالْجَوَابُ أَنَّ الضَّرُورِيَّ إِذَا ثَبَتَ يَسْتَتْبِعُ لَوَازِمَهُ، وَإِفَادَةُ الْمَلِكِ مِنَ لَوَازِمِ الْوُجُودِ عِنْدَ الْعَقْدِ. وَلَنَا أَنَّ الْعَقْدَ يَنْعَقِدُ شَيْئًا فَشَيْئًا عَلَى حَسَبِ حَدُوثِ الْمَنَافِعِ عَلَى مَا بَيْنَنَا، وَالْعَقْدُ: أَيُّ عَقْدِ الْإِجَارَةِ مُعَاوَضَةً بِلا خِلَافٍ، وَمِنْ قَضِيَّةِ عَقْدِ الْمُعَاوَضَةِ الْمُسَاوَاةِ.

فَمِنْ ضَرُورَةِ التَّرَاحِي فِي جَانِبِ الْمَنْفَعَةِ التَّرَاحِي فِي الْبَدَلِ وَهُوَ الْأَجْرُ تَحْقِيقًا لِلْمُسَاوَاةِ. وَإِذَا اسْتَوْفَى الْمَنْفَعَةُ يَثْبِتُ الْمَلِكُ فِي الْأَجْرِ لَذَلِكَ. وَكَذَا إِذَا شَرَطَ التَّعْجِيلُ أَوْ عَجَّلَ بِلا شَرَطٍ، لَأَنَّ الْمُسَاوَاةَ ثَبِتُ حَقًّا لَهُ وَقَدْ أَبْطَلَهُ. وَاعْتَرَضَ بِأَنَّ شَرَطَ التَّعْجِيلِ فَاسِدٌ لِأَنَّهُ يُخَالِفُ مُقْتَضَى الْعَقْدِ، وَفِيهِ نَفْعٌ لِأَحَدِ الْمُتَعَاقِدِينَ، وَلَهُ مُطَالَبٌ فَيَفْسُدُ الْعَقْدُ بِهِ. وَالْجَوَابُ أَنَّهُ يُخَالِفُ مُقْتَضَى الْعَقْدِ مِنْ حَيْثُ كَوْنُهُ إِجَارَةً أَوْ مِنْ حَيْثُ كَوْنُهُ مُعَاوَضَةً، وَالْأَوَّلُ مُسَلَّمٌ وَلَيْسَ جَوَازُ اشْتِرَاطِ التَّعْجِيلِ بِاعْتِبَارِهِ، وَالثَّانِي مَمْنُوعٌ. فَإِنْ تَعَجَّلَ الْبَدَلُ وَاشْتَرِاطُهُ لَا يُخَالِفُهُ مِنْ حَيْثُ الْمُعَاوَضَةُ.

وَعُورِضَ دَلِيلُنَا بِأَنَّ الْإِبْرَاءَ عَنِ الْأَجْرَةِ وَالْإِرْتِهَانِ عَنْهَا وَالْكَفَالَةَ. بِهَا صَحِيحَةٌ بِالْإِتِّفَاقِ، وَلَوْلَا الْمَلِكُ لَمَا صَحَّتْ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ صِحَّةَ الْإِبْرَاءِ عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ مَمْنُوعَةٌ، وَجَوَازُهُ مُحَمَّدٌ لِأَنَّ الْعَقْدَ سَبَبٌ فِي جَانِبِ الْأَجْرَةِ إِذِ اللَّفْظُ صَالِحٌ لِإِثْبَاتِ الْحُكْمِ بِهِ، وَعَدَمُ الْإِتِّعَادِ فِي جَانِبِ الْمَنْفَعَةِ لَضَرُورَةِ الْعَدَمِ وَلَا ضَرُورَةَ فِي الْأَجْرَةِ فَظَهَرَ الْإِتِّعَادُ فِي حَقِّهِ، وَيَصِحُّ الْإِبْرَاءُ لَوْجُودِهِ بَعْدَ السَّبَبِ، وَكَذَلِكَ الْكَفَالَةُ كَالْكَفَالَةِ بِمَا يَذُوبُ لَهُ عَلَى فُلَانٍ وَصِحَّةِ الرَّهْنِ، لِأَنَّ مُوجِبَهُ ثُبُوتُ يَدِ الْاسْتِيفَاءِ، وَاسْتِيفَاءُ الْأَجْرِ قَبْلَ اسْتِيفَاءِ الْمَنْفَعَةِ صَحِيحٌ بِالتَّعْجِيلِ أَوْ اشْتِرَاطُهُ فَكَذَا الرَّهْنُ بِهِ. وَالْجَوَابُ عَنْ قَوْلِهِ وَلَوْ لَمْ تُجْعَلْ مَوْجُودَةٌ كَانَ دَيْنًا بَدَيْنٍ وَهُوَ حَرَامٌ أَنَّ ذَلِكَ لَيْسَ بَدَيْنٍ، لِأَنَّ الدَّيْنَ مَا يَكُونُ فِي الذِّمَّةِ وَالْمَنَافِعُ لَيْسَتْ كَذَلِكَ، عَلَى أَنَّهُ أُقِيمَتِ الْعَيْنُ مَقَامَ الْمَنْفَعَةِ فَلَمْ يَكُنْ دَيْنًا بَدَيْنٍ، وَهَذَا طَرِيقٌ سَائِعٌ شَائِعٌ لِكَوْنِهِ إِقَامَةُ السَّبَبِ مَقَامَ الْمُسَبَّبِ، وَأَمَّا جَعْلُ الْمَعْدُومِ مَوْجُودًا فَلَمْ يُعْهَدْ كَذَلِكَ.

(وَإِذَا قَبِضَ الْمُسْتَأْجِرُ الدَّارَ فَعَلَيْهِ الْأَجْرُ وَإِنْ لَمْ يَسْكُنْهَا)؛ لَأَنْ تَسْلِمَ عَيْنَ الْمَنْفَعَةِ لَا يُتَصَوَّرُ فَأَقِمْنَا تَسْلِيمَ الْمَحَلِّ مَقَامَهُ إِذِ التَّمَكُّنُ مِنَ الْإِنْتِفَاعِ يَثْبُتُ بِهِ. قَالَ: (فَإِنْ غَضَبَهَا غَاصِبٌ مِنْ يَدِهِ سَقَطَتِ الْأَجْرَةُ)؛ لَأَنْ تَسْلِمَ الْمَحَلَّ إِنَّمَا أَهَيْمَ مَقَامَ تَسْلِيمِ الْمَنْفَعَةِ لِلتَّمَكُّنِ مِنَ الْإِنْتِفَاعِ، فَإِذَا فَاتَ التَّمَكُّنُ فَاتَ التَّسْلِيمُ، وَانْفَسَخَ الْعَقْدُ فَسَقَطَ الْأَجْرُ، وَإِنْ وَجَدَ الْغَضَبَ فِي بَعْضِ الْمُدَّةِ سَقَطَ الْأَجْرُ بِقَدَرِهِ. إِذَا الْإِنْفِسَاخُ فِي بَعْضِهَا. قَالَ: (وَمَنْ اسْتَأْجَرَ دَارًا فَلِلْمُؤْجَرِ أَنْ يُطَالِبَهُ بِأَجْرَةٍ كُلِّ يَوْمٍ)؛ لِأَنَّهُ اسْتَوْفَى مَنَفْعَةً مَقْصُودَةً (إِلَّا أَنْ يُبَيِّنَ وَقْتُ الاسْتِحْقَاقِ بِالْعَقْدِ)؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ التَّأْجِيلِ (وَكَذَلِكَ إِجَارَةُ الْأَرْضِ) لَمَّا بَيَّنَّا. (وَمَنْ اسْتَأْجَرَ بَعِيرًا إِلَى مَكَّةَ فَلِلْجَمَالِ أَنْ يُطَالِبَهُ بِأَجْرَةٍ كُلِّ مَرَحَلَةٍ)؛ لَأَنْ سِيرَ كُلِّ مَرَحَلَةٍ مَقْصُودًا.

وَكَانَ أَبُو حَنِيفَةَ يَقُولُ أَوَّلًا: لَا يَجِبُ الْأَجْرُ إِلَّا بَعْدَ انْقِضَاءِ الْمُدَّةِ وَانْتِهَاءِ السَّفَرِ وَهُوَ قَوْلُ زُهْرٍ؛ لَأَنَّ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ جُمْلَةُ الْمَنَافِعِ فِي الْمُدَّةِ فَلَا يَتَوَزَّعُ الْأَجْرُ عَلَى أَجْزَائِهَا، كَمَا إِذَا كَانَ الْمَعْقُودُ عَلَيْهِ الْعَمَلُ. وَوَجْهُ الْقَوْلِ الْمَرْجُوعِ إِلَيْهِ أَنَّ الْقِيَاسَ يَقْتَضِي اسْتِحْقَاقَ الْأَجْرِ سَاعَةً فَسَاعَةً لَتَحَقُّقِ الْمَسَاوَةِ، إِلَّا أَنَّ الْمُطَالِبَةَ فِي كُلِّ سَاعَةٍ تَفْضِي إِلَى أَنْ لَا يَتَفَرَّغَ لغيرِهِ فَيَتَضَرَّرُ بِهِ، فَقَدَرْنَا بِمَا ذَكَرْنَا.

الشرح:

قَوْلُهُ (وَإِذَا قَبِضَ الْمُسْتَأْجِرُ الدَّارَ) لِبَيَانِ أَنَّ التَّمَكُّنَ مِنَ الاسْتِيفَاءِ يَقُومُ مَقَامَ الاسْتِيفَاءِ. لَا يُقَالُ: فَعَلَى هَذَا كَانَ الْوَاجِبُ أَنْ يَقُولَ بِأَحَدِ مَعَانِ أَرْبَعَةٍ، وَأَنْ يَقُولَ بِاسْتِيفَاءِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ أَوْ بِالتَّمَكُّنِ مِنْهُ لَأَنَّ الْأَصْلَ هُوَ الاسْتِيفَاءُ وَالتَّمَكُّنُ مِنْهُ يَقُومُ مَقَامَهُ أَحْيَانًا، وَبَدَلُ أَحَدِ الْأَقْسَامِ لَا يَكُونُ قِسْمًا بِذَاتِهِ، فَإِذَا قَبِضَ الْمُسْتَأْجِرُ بِإِجَارَةِ صَحِيحَةٍ مَا اسْتَأْجَرَهُ وَلَمْ يَمْنَعْ عَنْ اسْتِيفَاءِ الْمَنَفْعَةِ فِي الْمُدَّةِ فِي الْمَكَانِ الَّذِي وَقَعَ الْعَقْدُ فِيهِ مَانِعٌ وَلَمْ يَسْتَوْفِهَا وَجَبَ الْأَجْرُ، لَأَنَّ الْوَاجِبَ عَلَى الْآجِرِ تَسْلِيمُ الْعَيْنِ الَّتِي تَحْدُثُ مِنْهَا الْمَنَفْعَةُ فِي مُدَّةِ الْإِجَارَةِ فِي مَكَانِ الْعَقْدِ لَا تَسْلِيمُ عَيْنِ الْمَنَفْعَةِ لِأَنَّهُ غَيْرُ مُتَصَوَّرٍ، فَكَانَ تَسْلِيمُ الْعَيْنِ قَائِمًا مَقَامَ تَسْلِيمِ الْمَنَفْعَةِ، فَإِذَا سَلَّمَ الْعَيْنَ فَارِغَةً عَنْ مَتَاعِهِ وَلَمْ يَكُنْ هُنَاكَ مَانِعٌ مِنْهُ أَوْ مِنَ الْغَيْرِ أَوْ مِنْ أَجَنَّبِيٍّ سُلْطَانًا أَوْ غَاصِبًا فَقَدْ حَصَلَ التَّمَكُّنُ وَتَرَكُ الاسْتِيفَاءِ بَعْدَ ذَلِكَ تَعْطِيلٌ مِنْ جِهَتِهِ وَتَقْصِيرٌ مِنْهُ فَلَا يَمْنَعُ وَجُوبَ الْأَجْرِ، وَاعْتَبَرَ

القيود، فإن برزوال شيءٍ منها زوال التمكن فلا يجب الأجر، فإن لم يُسلم العين أو سلمها مشغولة بمتاعه أو سلمها فارغة في غير مدة الإجارة مثل أن يستأجر دابةً إلى الكوفة في هذا اليوم فذهب إليها بعد مضي اليوم بالدابة ولم يركبها أو سلمها فارغة فيها في غير مكان العقد كمن استأجر دابةً في غير بغداد إلى الكوفة فسلمها المؤجر وأمسكها المستأجر ببغداد حتى مضت مدة يمكنه المسير فيها إلى الكوفة أو سلمها فارغة فيها في مكانه لكن بها عرج فاحش يمنع الركوب، أو سلمها فارغة فيها في مكانه صحيحة لا عذر فيها لكن منعه السلطان أو غصبه غاصب، أو لم يكن شيء من ذلك أصلاً لكن الإجارة كانت فاسدة فإن الأجر في جميع ذلك ليس بواجب ما لم يستوف المنفعة لأن التقصير حينئذ لم يكن من جهته بل لفوات التمكن من الانتفاع.

فإن قيل: كلام المصنف ساكت عن أكثر هذه القيود فما وجهه؟ قلت: وجهه الاقتصار للاختصار اعتماداً على دلالة الحال والعرف، فإن حال المسلم دالة على أن يباشر العقد الصحيح والفاسد منه يمنع عن الإقدام على الانتفاع، وعلى أن العقد يجب عليه تسليم ما عقد عليه فارغاً عما يمنع عن الانتفاع به، والعرف فاش في تسليم المعقود عليه في مدة العقد ومكانه فكان معلوماً عادةً، وعلى أن الإكراه والعصب مما يمتنعان عن الانتفاع فاقصر عن ذكر ذلك اعتماداً عليهما، ووجود المانع في بعض المدة والمكان يسقط الأجر بقدره لوجوب الانفساخ في ذلك القدر.

قال (من استأجر داراً) ذكر هذا لبيان وقت استحقاق مطالبة الأجر والحال لا يخلو من أن يكون وقت الاستحقاق مبيّناً بالعقد أو لا، فإن كان الأول فليس له المطالبة إلا إذا تحقق ما اتفق عليه شهراً كان أو أقل أو أكثر لأنه بمنزلة التأجيل، إذ الاستحقاق يتحقق عند استيفاء جزء من المنفعة تحقيقاً للمساواة، والتأجيل يسقط استحقاق المطالبة إلى انتهاء الأجل، وإن كان الثاني فللمؤجر أن يطالبه بأجرة كل يوم لأنه استوفى منفعة مقصودة، وكذلك إجارة الأراضي (وإن استأجر بغيراً إلى مكة فللجمال أن يطالبه بأجرة كل مرحلة لأن سير كل مرحلة مقصود) كسكنى يوم، وهذا قول أبي حنيفة آخر (وكان يقول أولاً لا يجب الأجر إلا بعد انقضاء المدة وانتهاء السفر وهو قول زفر لأن المعقود عليه جملة المتافع في المدة وما هو جملة في

الْمُدَّة لَا تَكُونُ مُسَلِّمَةً فِي بَعْضِهَا لِأَنَّ أَجْزَاءَ الْأَعْوَاضِ مُنْطَبِقَةٌ عَلَى أَجْزَاءِ الزَّمَانِ فَلَا يُسْتَحَقُّ الْمُؤَجَّلُ قَبْلَ اسْتِيفَاءِ جُمْلَةِ الْمَنْفَعَةِ شَيْئًا كَمَا فِي الْمَبِيعِ فَإِنَّهُ مَا لَمْ يُسَلِّمْ جَمِيعُهُ لَا يُسْتَحَقُّ قَبْضُ الثَّمَنِ وَصَارَ كَمَا إِذَا كَانَ الْمَعْقُودُ عَلَيْهِ هُوَ الْعَمَلُ كَالْخِيَاطَةِ، فَإِنَّ الْخِيَاطَ لَا يُسْتَحَقُّ شَيْئًا مِنَ الْأَجْرَةِ وَقَبْلَ الْفَرَاغِ كَمَا سَيَأْتِي.

فَإِنْ قِيلَ: قَالَ الْمُصَنِّفُ (فَلَا يَتَوَزَّعُ الْأَجْرُ عَلَى أَجْزَائِهَا) يَعْنِي الْمَنَافِعَ وَهُوَ خِلَافُ الْمَشْهُورِ، فَإِنَّ الْمَشْهُورَ أَنَّ أَجْزَاءَ الْعَوَضِ تَنْقَسِمُ عَلَى أَجْزَاءِ الْمَعْوَضِ وَقَاسَ الْمَنَافِعَ عَلَى الْعَمَلِ وَهُوَ فَاسِدٌ، لِأَنَّ شَرْطَ الْقِيَاسِ الْمِثَالَةَ بَيْنَ الْأَصْلِ وَالْفَرْعِ وَهُوَ مُتَنَفٍ، لِأَنَّ فِي الْمَنَافِعِ قَدْ اسْتَوْفِيَ الْمُسْتَأْجِرُ بَعْضَهَا فَلَزِمَهُ الْعَوَضُ بِقَدْرِهِ، وَلَا كَذَلِكَ الْعَمَلُ لِأَنَّهُ لَمْ يَتَسَلَّمْ مِنَ الْخِيَاطِ شَيْئًا. فَالْجَوَابُ أَنَّ أَجْزَاءَ الْعَوَضِ قَدْ تَنْقَسِمُ عَلَى أَجْزَاءِ الْمَعْوَضِ وَجُوبًا، وَلَيْسَ الْكَلَامُ فِيهِ وَإِنَّمَا الْكَلَامُ فِي اسْتِحْقَاقِ الْقَبْضِ وَفِي ذَلِكَ لَا يَتَوَزَّعُ كَمَا فِي الْبَيْعِ وَالتَّسْلِيمِ فِي الْخِيَاطِ وَجَدَ تَقْدِيرًا لِأَنَّ عَمَلَ الْخِيَاطِ لَمَّا اتَّصَلَ بِالثَّوبِ كَانَ ذَلِكَ تَسْلِيمًا تَقْدِيرًا عَلَى أَنَّ الْمُصَنِّفَ لَمْ يَلْتَزِمَ صِحَّةَ دَلِيلِ الْقَوْلِ الْمَرْجُوعِ عَنْهُ، فَإِنَّهُ لَوْ كَانَ صَحِيحًا أَثَبَّتَهُ لَمْ يَكُنْ لِلرُّجُوعِ عَنْهُ وَجْهٌ (وَوَجْهُ الْقَوْلِ الْمَرْجُوعِ إِلَيْهِ أَنَّ الْقِيَاسَ يَقْتَضِي اسْتِحْقَاقَ الْأَجْرِ سَاعَةً فَسَاعَةً تَحْقِيقًا لِلْمُسَاوَاةِ) بَيْنَ الْبَدَلَيْنِ (إِلَّا أَنَّ الْمَطَالِبَةَ فِي كُلِّ سَاعَةٍ تُفْضِي إِلَى أَنْ لَا يَتَفَرَّغَ لغيرِهِ فَيَنْصَرُّ بِهِ) بَلِ الْمَطَالِبَةُ حِينَئِذٍ تُفْضِي إِلَى عَدَمِهِ، فَإِنَّ الْمُسْتَأْجِرَ لَمْ يَتِمَكَّنْ مِنَ الْإِنْتِفَاعِ بِأَمْرِ مِنْ جِهَةِ الْمُؤَجَّرِ فَيَمْتَنِعُ الْإِنْتِفَاعُ مِنْ جِهَتِهِ فَتَمْتَنِعُ الْمَطَالِبَةُ، وَمَا أَفْضَى وَجُودُهُ إِلَى عَدَمِهِ فَهُوَ مُتَنَفٍ (فَقَدَرْنَا بِمَا ذَكَرْنَا) مِنْ الْيَوْمِ فِي الدَّارِ وَالْمَرْحَلَةِ فِي الْبَعِيرِ.

قَالَ: (وَلَيْسَ لِلْقَصَارِ وَالْخِيَاطِ أَنْ يُطَالَبَ بِأَجْرِهِ حَتَّى يَفْرُغَ مِنَ الْعَمَلِ)؛ لِأَنَّ الْعَمَلَ فِي الْبَعْضِ غَيْرُ مُنْتَفِعٍ بِهِ فَلَا يَسْتَوْجِبُ بِهِ الْأَجْرَ، وَكَذَا إِذَا عَمِلَ فِي بَيْتِ الْمُسْتَأْجِرِ لَا يَسْتَوْجِبُ الْأَجْرَ قَبْلَ الْفَرَاغِ لَمَّا بَيَّنَّا. قَالَ: (إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَ التَّعْجِيلَ) لَمَّا مَرَّ أَنَّ الشَّرْطَ فِيهِ لَازِمٌ. قَالَ: (وَمَنْ اسْتَأْجَرَ خَبَّازًا لِيَخْبِزَ لَهُ فِي بَيْتِهِ فَفَيزًا مِنْ دَقِيقٍ بِدَرَاهِمٍ لَمْ يَسْتَحِقَّ الْأَجْرَ حَتَّى يُخْرِجَ الْخُبْزَ مِنَ التَّنُورِ)؛ لِأَنَّ تَمَامَ الْعَمَلِ بِالْإِخْرَاجِ. فَلَوْ احْتَرَقَ أَوْ سَقَطَ مِنْ يَدِهِ قَبْلَ الْإِخْرَاجِ فَلَا أَجْرَ لَهُ لِلْهَلَاكِ قَبْلَ التَّسْلِيمِ، (فَإِنْ أَخْرَجَهُ ثُمَّ احْتَرَقَ مِنْ غَيْرِ فَعَلِهِ فَلَهُ الْأَجْرُ)؛ لِأَنَّهُ صَارَ مُسَلِّمًا إِلَيْهِ بِالْوَضْعِ فِي بَيْتِهِ، وَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ لَمْ تَوْجَدْ مِنْهُ

الْحَنِيفَةِ. قَالَ: وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ؛ لِأَنَّهُ أَمَانَةٌ فِي يَدِهِ، وَعِنْدَهُمَا يَضْمَنُ مِثْلَ دَقِيقِهِ وَلَا أَجْرَ لَهُ؛ لِأَنَّهُ مَضْمُونٌ عَلَيْهِ فَلَا يَبْرَأُ إِلَّا بَعْدَ حَقِيقَةِ التَّسْلِيمِ، وَإِنْ شَاءَ ضَمَّنَهُ الْخُبْزُ وَأَعْطَاهُ الْأَجْرَ. قَالَ: (وَمَنْ اسْتَأْجَرَ طَبَّاخًا لِيَطْبَخَ لَهُ طَعَامًا لِلوَلِيمَةِ فَالْعُرْفُ عَلَيْهِ) اعْتِبَارًا لِلْعُرْفِ.

قَالَ: (وَمَنْ اسْتَأْجَرَ إِنْسَانًا لِيَضْرِبَ لَهُ لَبِنًا اسْتَحَقَّ الْأَجْرَ إِذَا أَقَامَهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَ: لَا يَسْتَحِقُّهَا حَتَّى يُسْرِجَهَا)؛ لِأَنَّ التَّشْرِيجَ مِنْ تَمَامِ عَمَلِهِ، إِذْ لَا يُؤْمَنُ مِنَ الْفَسَادِ قَبْلَهُ فَصَارَ كِإِخْرَاجِ الْخُبْزِ مِنَ الثَّنُورِ؛ وَلِأَنَّ الْأَجِيرَ هُوَ الَّذِي يَتَوَلَّاهُ عُرْفًا وَهُوَ الْمُعْتَبَرُ فِيمَا لَمْ يَنْصُ عَلَيْهِ. وَأَبُو حَنِيفَةَ أَنَّ الْعَمَلَ قَدْ تَمَّ بِالْإِقَامَةِ، وَالتَّشْرِيجُ عَمَلٌ زَائِدٌ كَالنَّقْلِ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ يَنْتَفِعُ بِهِ قَبْلَ التَّشْرِيجِ بِالنَّقْلِ إِلَى مَوْضِعِ الْعَمَلِ، بِخِلَافِ مَا قَبْلَ الْإِقَامَةِ؛ لِأَنَّهُ طَبْنٌ مُنْتَشِرٌ، وَبِخِلَافِ الْخُبْزِ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مُنْتَفِعٍ بِهِ قَبْلَ الْإِخْرَاجِ. قَالَ: (وَكُلُّ صَانِعٍ لِعَمَلِهِ أَثَرٌ فِي الْعَيْنِ كَالْقَصَّارِ وَالصَّبَّاحِ فَلَهُ أَنْ يَحْبِسَ الْعَيْنَ حَتَّى يَسْتَوْفِيَ الْأَجْرَ)؛ لِأَنَّ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ وَصَفٌ قَائِمٌ فِي الثُّوبِ فَلَهُ حَقُّ الْحَبْسِ؛ لَاسْتِيفَاءِ الْبَدَلِ كَمَا فِي الْمَبِيعِ، وَلَوْ حَبَسَهُ فَضَاعَ لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مُتَعَدٍّ فِي الْحَبْسِ فَبَقِيَ أَمَانَتُهُ كَمَا كَانَ عِنْدَهُ، وَلَا أَجْرَ لَهُ لِهَلَاكِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ قَبْلَ التَّسْلِيمِ. وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ: الْعَيْنُ كَانَتْ مَضْمُونَةً قَبْلَ الْحَبْسِ فَكَذَا بَعْدَهُ، لِكُنْهِ بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ ضَمَّنَهُ هَيْمَتَهُ غَيْرَ مَعْمُولٍ وَلَا أَجْرَ لَهُ، وَإِنْ شَاءَ ضَمَّنَهُ مَعْمُولًا وَلَهُ الْأَجْرُ، وَسَيَبِينُ مِنْ بَعْدِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

الشرح:

(وَلَيْسَ لِلْقَصَّارِ وَالْحَبَّاطِ أَنْ يُطَالَبَ بِأَجْرَةٍ حَتَّى يَفْرَغَ مِنَ الْعَمَلِ) كُلُّهُ (لِأَنَّ الْعَمَلَ فِي الْبَعْضِ غَيْرُ مُتَمِّعٍ بِهِ فَلَا يُسْتَوْجَبُ بِهِ الْأَجْرُ) وَهَذَا يُشِيرُ إِلَى أَنَّهُ لَوْ كَانَا ثَوْبَيْنِ فَفَرَّغَ مِنْ أَحَدِهِمَا جَازَ أَنْ يُطْلَبَ أَجْرَتُهُ لِأَنَّهُ مُتَمِّعٌ بِهِ (وَكَذَا إِذَا عَمِلَ فِي يَتِّ الْمُسْتَأْجَرِ لَا يُسْتَوْجَبُ الْأَجْرُ قَبْلَ الْفَرَاغِ لَمَّا يَبَيَّنَ) أَنَّهُ غَيْرُ مُتَمِّعٍ بِهِ (إِلَّا أَنْ يُشْتَرَطَ التَّعْجِيلُ لَمَّا مَرَّ أَنَّ الشَّرْطَ فِيهِ لَازِمٌ) قَالَ فِي النَّهَائَةِ: هَذَا وَقَعَ مُخَالَفًا لِعَامَّةِ رَوَايَاتِ الْكُتُبِ فِي الْمَبْسُوطِ وَمَبْسُوطِ شَيْخِ الْإِسْلَامِ وَالذَّخِيرَةِ وَالْمُعْنَى وَشَرَحِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ لِفَخْرِ الْإِسْلَامِ وَقَاضِي خَانَ وَالتَّمْرَتَاشِيِّ وَالْفَوَائِدِ الظَّهِيرِيَّةِ، وَذَكَرَ عَنْ كُلِّ ذَلِكَ نَقْلًا

يَذُلُّ عَلَى أَنَّ مَنْ اسْتَأْجَرَ خِيَّاطًا يَخِيطُ لَهُ فِي بَيْتِ الْمُسْتَأْجِرِ فَلَهُ الْأَجْرُ بِقَدْرِ مَا خَاطَهُ. وَتُقِلُّ عَنِ الذَّخِيرَةِ: يَجِبُ عَلَى الْمُؤَجَّرِ إِيفَاءُ الْأَجْرِ بِقَدْرِ مَا اسْتَوْفَى مِنَ الْمَنْفَعَةِ إِذَا كَانَتْ لَهُ حِصَّةٌ مَعْلُومَةٌ مِنَ الْأَجْرِ كَمَا فِي الْجَمَالِ.

ثُمَّ قَالَ: وَلَكِنْ يُقِلُّ فِي التَّجْرِيدِ أَنَّ الْحُكْمَ قَدْ ذُكِرَ فِيهِ كَمَا ذُكِرَ فِي الْكِتَابِ فَيَحْتَمِلُ أَنَّ الْمُصَنِّفَ تَبَعَ صَاحِبَ التَّجْرِيدِ أَبَا الْفَضْلِ الْكَرْمَانِيَّ فِي هَذَا الْحُكْمِ. وَأَقُولُ: كَلَامُ صَاحِبِ الذَّخِيرَةِ عَلَى مَا ثَقَلَهُ يَذُلُّ عَلَى أَنَّ اسْتِحْقَاقَ بَعْضِ الْأَجْرَةِ إِنَّمَا هُوَ إِذَا كَانَ لَهُ حِصَّةٌ مَعْلُومَةٌ، وَأَرَى أَنَّ ذَلِكَ إِنَّمَا يَكُونُ إِذَا عَيَّنَّا لِكُلِّ جُزْءٍ حِصَّةً مَعْلُومَةً، إِذَا لَيْسَ لِلْحُكْمِ مِثْلًا أَوْ لِلْبَدَنِ أَوْ لِلذَّوَاتِلِ حِصَّةٌ مَعْلُومَةٌ مِنْ كُلِّ الثَّوْبِ عَادَةً فَلَمْ تَكُنِ الْحِصَّةُ مَعْلُومَةً إِلَّا بِتَعْيِينِهِمَا وَحِينَئِذٍ يَصِيرُ كُلُّ جُزْءٍ بِمَنْزِلَةِ ثَوْبٍ عَلَى حِدَةٍ بِأَجْرَةٍ مَعْلُومَةٍ مِنْ كُلِّ الثَّوْبِ قَدْ فَرَّغَ مِنْ عَمَلِهِ فَيَسْتَوْجِبُ أَجْرَهُ كَمَا فِي كُلِّ الثَّوْبِ.

وَلَعَلَّ هَذَا مُعْتَمِدُ الْمُصَنِّفِ رَحِمَهُ اللَّهُ قَالَ (وَمَنْ اسْتَأْجَرَ خَبَّازًا لِيَخْزِيَهُ لَهُ) ذَكَرَ هَذَا الْبَيَانَ حُكْمَيْنِ: أَحَدُهُمَا أَنَّ الْأَجِيرَ الْمُشْتَرَكَ لَا يَسْتَحِقُّ الْأَجْرَةَ حَتَّى يَفْرُغَ مِنْ عَمَلِهِ، وَقَدْ عَلِمَ ذَلِكَ مِنْ مَسْأَلَةِ الْخِيَّاطِ آنِفًا. وَالثَّانِي أَنَّ فَرَاغَ الْعَمَلِ بِمَاذَا يَكُونُ، فَإِذَا اسْتَأْجَرَ خَبَّازًا لِيَخْزِيَهُ لَهُ فِي بَيْتِهِ فَفِيهِ دَقِيقٌ بِدَرَاهِمٍ لَمْ يَسْتَحِقِّ الْأَجْرَةَ حَتَّى يَخْرُجَ الْخُبْزُ مِنَ الثَّنُورِ لِأَنَّ اسْتِحْقَاقَ الْأَجْرَةِ بِتَمَامِ الْعَمَلِ وَتَمَامِ الْعَمَلِ بِالْإِخْرَاجِ (فَلَوْ احْتَرَقَ أَوْ سَقَطَ مِنْ يَدِهِ قَبْلَ الْإِخْرَاجِ لَا أَجْرَ لَهُ لِلْهَلَاكِ قَبْلَ التَّسْلِيمِ).

فَإِنْ قِيلَ: خَبَرَهُ فِي بَيْتِهِ يَمْنَعُ أَنْ يَخْزِيَهُ لغيره، وَمَنْ عَمِلَ لَوَاحِدٍ فَهُوَ أَجِيرٌ وَحِدٌ، وَاسْتِحْقَاقُهُ الْأَجْرَةَ لَا يَتَوَقَّفُ عَلَى الْفَرَاغِ مِنَ الْعَمَلِ. أَجِيبُ بِأَنَّ أَجِيرَ الْوَاحِدِ مَنْ وَقَعَ الْعَقْدُ فِي حَقِّهِ عَلَى الْمُدَّةِ كَمَنْ اسْتَأْجَرَ شَهْرًا لِلخِدْمَةِ وَمَا نَحْنُ فِيهِ مُسْتَأْجِرٌ عَلَى الْعَمَلِ فَكَانَ أَجِيرًا مُشْتَرَكًا تَوَقَّفَ اسْتِحْقَاقُهُ عَلَى فَرَاغِ الْعَمَلِ (فَإِنْ أَخْرَجَهُ مِنَ الثَّنُورِ ثُمَّ احْتَرَقَ مِنْ غَيْرِ فَعَلَهُ فَلَهُ الْأَجْرُ) لِأَنَّ عَمَلَهُ ثُمَّ بِالْإِخْرَاجِ وَالتَّسْلِيمِ وَجَدَ بِالْوَضْعِ فِي بَيْتِهِ (وَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ لِأَنَّهُ لَمْ تَوْجَدْ مِنْهُ جَنَائِيَةً تُوجِبُهُ) قَالَ الْمُصَنِّفُ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَهَذَا) أَيْ قَوْلُهُ لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ (عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ لِأَنَّهُ أَمَانَةٌ فِي يَدِهِ) وَلَا ضَمَانَ عَلَى الْأَمِينِ (وَعِنْدَهُمَا يَضْمَنُ) لِأَنَّ الْعَيْنَ مَضْمُونٌ عَلَيْهِ كَالْمَغْصُوبِ عَلَى الْعَاصِبِ (وَلَا يَبْرَأُ إِلَّا بِحَقِيقَةِ التَّسْلِيمِ) وَالْوَضْعُ فِي بَيْتِهِ لَيْسَ كَذَلِكَ، ثُمَّ إِذَا وَجَبَ الضَّمَانُ كَانَ صَاحِبُ

الدَّقِيقِ بِالْخِيَارِ، إِنْ شَاءَ ضَمَّنَهُ مِثْلَ دَقِيقِهِ وَلَا أَجَرَ لَهُ، وَإِنْ شَاءَ ضَمَّنَهُ الْخُبْزَ وَأَعْطَاهُ الْأَجَرَ، وَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ فِي الْحَطَبِ وَالْمِلْحِ عِنْدَهُمَا لِأَنَّ ذَلِكَ صَارَ مُسْتَهْلَكًا قَبْلَ وَجُوبِ الضَّمَانِ عَلَيْهِ وَحَالَ وَجُوبِهِ رَمَادًا لَا قِيمَةَ لَهُ.

قَالَ فِي النَّهَايَةِ، هَذَا الَّذِي ذَكَرَهُ مِنَ الْإِخْتِلَافِ اخْتِيَارُ الْقُدُورِيِّ، وَأَمَّا عِنْدَ غَيْرِهِ فَهُوَ مُجْرَى عَلَى عُمُومِهِ بِأَنَّهُ لَا ضَمَانَ بِالِاتِّفَاقِ، أَمَّا عِنْدَهُ فَلَائُهُ لَمْ يَهْلِكْ مِنْ عَمَلِهِ، وَأَمَّا عَلَى قَوْلِهِمَا فَلَائُهُ هَلَكَ بَعْدَ التَّسْلِيمِ، وَهَذَا يَتِمُّ إِنْ كَانَ الْوَضْعُ فِي يَتْنِهِ تَسْلِيمًا (وَمَنْ اسْتَأْجَرَ طَبَّاخًا لِيَطْبَخَ لَهُ طَعَامَ وَلِيمَةٍ فَعَلَيْهِ تَقْرِيعُهُ إِلَى الْقِصَاعِ) لِأَنَّهُ مِنْ تِمَامِ عَمَلِهِ عُرْفًا، وَإِنْ اسْتَوْجَرَ فِي طَبَخِ قَدَرٍ خَاصَّةٍ فَلَيْسَ عَلَيْهِ الْعُرْفُ (وَمَنْ اسْتَأْجَرَ إِنْسَانًا لِيَضْرِبَ لَهُ لَبَنًا اسْتَحَقَّ الْأَجَرَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ بِإِقَامَتِهَا) فَإِنْ أَفْسَدَهُ الْمَطَرُ قَبْلَ ذَلِكَ أَوْ انْكَسَرَ فَلَا أَجَرَ لَهُ لِأَنَّهُ لَا يَصِيرُ مُسْلَمًا مَا لَمْ يَصِرْ لَبَنًا، وَمَا دَامَ عَلَى الْأَرْضِ لَمْ يَصِرْ لَبَنًا.

(وَقَالَا: لَا يَسْتَحِقُّهُ حَتَّى يُشْرَجَهُ) أَيُّ يُنْضَدُّهُ بِضَمِّ بَعْضِهِ إِلَى بَعْضٍ (لَأَنَّ التَّشْرِيجَ مِنْ تِمَامِ عَمَلِهِ) عُرْفًا، وَبَاقِي كَلَامِهِ ظَاهِرٌ. قَالَ (وَكُلُّ صَانِعٍ لِعَمَلِهِ أَثَرٌ فِي الْعَيْنِ كَالْقَصَّارِ إِخ) وَكُلُّ صَانِعٍ لِعَمَلِهِ أَثَرٌ فِي الْعَيْنِ كَالْقَصَّارِ وَالصَّبَّارِ فَلَهُ أَنْ يَحْبِسَ الْعَيْنَ حَتَّى يَسْتَوْفِيَ الْأَجَرَ لِأَنَّ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ وَصَفٌ قَائِمٌ فِي الثُّوبِ وَهُوَ ظَاهِرٌ، وَالْمَعْقُودُ عَلَيْهِ جَازَ حَبْسُهُ لَاسْتِيفَاءِ الْبَدَلِ كَمَا فِي الْبَيْعِ، فَالْوَصْفُ الْقَائِمُ فِي الثُّوبِ جَازَ حَبْسُهُ لَاسْتِيفَاءِ الْبَدَلِ، وَالْوَصْفُ لَا يَنْفَكُ عَنِ الْعَيْنِ فَجَازَ حَبْسُهَا لِذَلِكَ. فَإِنْ قِيلَ: فَعَلَى هَذَا التَّقْرِيرُ يَكُونُ حَبْسُ الْعَيْنِ ضَرُورِيًّا فَلَا يَتَعَدَّى إِلَى عَدَمِ الضَّمَانِ، وَلَوْ حَبَسَهُ فَضَاعَ لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ، فَالْجَوَابُ مَا أَشَارَ إِلَيْهِ بِقَوْلِهِ لِأَنَّهُ غَيْرُ مُتَعَدٍّ: يَعْنِي أَنَّ الضَّمَانَ لَا يَلْزَمُ إِلَّا عَلَى الْمُتَعَدِّي وَهُوَ غَيْرُ مُتَعَدٍّ فَلَا يَلْزَمُهُ الضَّمَانُ، لَكِنَّهُ لَا أَجَرَ لَهُ لِهَلَاكِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ قَبْلَ التَّسْلِيمِ. وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدِ الْعَيْنِ كَانَتْ مَضْمُونَةً عَلَيْهِ قَبْلَ الْحَبْسِ فَكَذَا بَعْدَهُ، لَكِنَّهُ بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ ضَمَّنَهُ قِيمَتَهُ غَيْرَ مَعْمُولٍ وَلَا أَجَرَ لَهُ، وَإِنْ شَاءَ ضَمَّنَهُ مَعْمُولًا وَلَهُ الْأَجَرُ، وَسَنَذْكُرُهُ فِي بَابِ ضَمَانِ الْأَخِيرِ.

قَالَ: (وَكُلُّ صَانِعٍ لِعَمَلِهِ أَثَرٌ فِي الْعَيْنِ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَحْبِسَ الْعَيْنَ لِلْأَجْرِ كَالْحَمَالِ وَالْمَلَاخِ)؛ لِأَنَّ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ نَفْسُ الْعَمَلِ وَهُوَ غَيْرُ قَائِمٍ فِي الْعَيْنِ فَلَا يُتَصَوَّرُ حَبْسُهُ فَلَيْسَ لَهُ وَلَايَةُ الْحَبْسِ وَغَسَلُ الثُّوبِ نَظِيرُ الْحَمَلِ، وَهَذَا بِخِلَافِ الْأَبْقِ حَيْثُ يَكُونُ

لِلرَّادِ حَقُّ حَبْسِهِ لاسْتِيفَاءِ الْجُعْلِ، وَلَا أَثَرَ لِعَمَلِهِ؛ لِأَنَّهُ كَانَ عَلَى شَرَفِ الْهَلَاكِ وَقَدْ أَحْيَاهُ
فَكَأَنَّهُ بَاعَهُ مِنْهُ فَلَهُ حَقُّ الْحَبْسِ، وَهَذَا الَّذِي ذَكَرْنَا مَذْهَبُ عُلَمَائِنَا الثَّلَاثَةِ. وَقَالَ زُفَرُ:
لَيْسَ لَهُ حَقُّ الْحَبْسِ فِي الْوَجْهَيْنِ؛ لِأَنَّهُ وَقَعَ التَّسْلِيمُ بِاتِّصَالِ الْمَبِيعِ بِمِلْكِهِ فَيَسْقُطُ حَقُّ
الْحَبْسِ. وَلَنَا أَنَّ الْإِتِّصَالَ بِالْمَحَلِّ ضَرُورَةٌ إِقَامَةً تَسْلِيمِ الْعَمَلِ فَلَمْ يَكُنْ هُوَ رَاضِيًا بِهِ مِنْ
حَيْثُ أَنَّهُ تَسْلِيمٌ فَلَا يَسْقُطُ حَقُّ الْحَبْسِ كَمَا إِذَا قَبِضَ الْمُشْتَرِي بِغَيْرِ رِضَا الْبَائِعِ.

الشرح:

وَكُلُّ صَانِعٍ لَيْسَ لِعَمَلِهِ أَثَرٌ فِي الْعَيْنِ كَالْحَمَّالِ بِالْحَاءِ وَالْحِيمِ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَحْبَسَهُ،
لَأَنَّ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ نَفْسُ الْعَمَلِ وَهُوَ غَيْرُ قَائِمٍ فِي الْعَيْنِ، بَلْ إِنَّمَا هُوَ قَائِمٌ بِالْعَامِلِ أَوْ بِعَيْنِ
لَهُ، وَالْحَبْسُ فِيهِ غَيْرُ مُتَصَوِّرٍ، وَغَسَلُ الثُّوبِ نَظِيرُ الْحَمْلِ: يَعْنِي إِذَا لَمْ يَكُنْ ثَمَّةٌ مِنَ النِّشَا
وَعَبْرِهِ سِوَى إِزَالَةِ الْوَسَخِ بِالْمَاءِ، وَأَمَّا إِذَا كَانَ فَهِيَ مَسْأَلَةُ الْقَصَّارِ وَهَذَا مُخْتَارٌ بَعْضُ
الْمَشَايِخِ. وَاخْتَارَهُ الْمُصَنِّفُ رَحِمَهُ اللَّهُ.

وَذُكِرَ فِي الْمَبْسُوطِ وَجَامِعِ قَاضِي خَانَ أَنَّ إِحْدَاثَ الْبَيَاضِ فِي الثُّوبِ بِإِزَالَةِ
الدَّرَنِ بِمَنْزِلَةِ عَمَلٍ لَهُ أَثَرٌ فِي الْعَيْنِ. قِيلَ وَهُوَ الْأَصَحُّ، لِأَنَّ الْبَيَاضَ كَانَ مُسْتَتِرًا وَقَدْ
ظَهَرَ بِفِعْلِهِ (قَوْلُهُ وَهَذَا بِخِلَافِ الْآبِقِ) جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ الْآبِقُ إِذَا رَدَّهُ إِنْسَانٌ كَانَ لَهُ
حَقُّ الْحَبْسِ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لِعَمَلِهِ أَثَرٌ فِي الْعَيْنِ قَائِمٌ. وَوَجْهُهُ أَنَّ الْآبِقَ كَانَ عَلَى شَرَفِ
الْهَلَاكِ وَقَدْ أَحْيَاهُ بِرَدِّهِ فَكَأَنَّهُ بَاعَهُ مِنْهُ فَلَهُ حَقُّ الْحَبْسِ (وَهَذَا الَّذِي ذَكَرْنَا) يَعْنِي حَقُّ
الْحَبْسِ لِلصَّانِعِ بِالْأَجْرِ فِيمَا إِذَا كَانَ لِعَمَلِهِ أَثَرٌ هُوَ (مَذْهَبُ الْعُلَمَاءِ الثَّلَاثَةِ. وَقَالَ زُفَرُ)
قِيلَ هُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُمَا اللَّهُ (لَيْسَ لَهُ حَقُّ الْحَبْسِ فِي الْوَجْهَيْنِ) يَعْنِي فِي الَّذِي
لِعَمَلِهِ فِيهِ أَثَرٌ وَفِيمَا لَمْ يَكُنْ (لَأَنَّهُ وَقَعَ التَّسْلِيمُ بِاتِّصَالِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ بِمِلْكِهِ) وَالْمُسْلَمُ إِلَى
صَاحِبِهِ لَا يُتَصَوَّرُ حَبْسُهُ كَمَا لَوْ عَمِلَ فِي يَتِّ الصَّاحِبِ.

وَالْجَوَابُ (أَنَّ الْإِتِّصَالَ بِالْمَحَلِّ ضَرُورَةٌ إِقَامَةَ الْعَمَلِ) وَذَلِكَ جِهَةٌ غَيْرُ التَّسْلِيمِ فَلَا
يَلْزَمُ مِنْ ذَلِكَ الرِّضَا بِالْإِتِّصَالِ مِنْ حَيْثُ التَّسْلِيمُ (فَلَا يَسْقُطُ حَقُّ الْحَبْسِ) وَنَظِيرُ ذَلِكَ
الْوَكِيلُ إِذَا تَقَدَّ الثَّمَنُ مِنْ مَالِهِ وَقَبِضَ الْمَبِيعَ كَانَ لَهُ أَنْ يَحْبَسَ وَقَدْ تَقَدَّمَ، فَصَارَ كَقَبْضِ
الْمُشْتَرِي الْمَبِيعَ بِغَيْرِ رِضَا الْبَائِعِ، فَإِنَّ لِلْبَائِعِ أَنْ يَحْبَسَ وَأَنْ يُسَلِّمَهُ الْمُشْتَرِي لِكَوْنِهِ بِغَيْرِ
رِضَاهُ.

قَالَ: (وَإِذَا شَرِطَ عَلَى الصَّانِعِ أَنْ يَعْمَلَ بِنَفْسِهِ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَسْتَعْمَلَ غَيْرَهُ؛ لِأَنَّ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ الْعَمَلُ فِي مَحَلٍّ بَعِيْنِهِ فَيَسْتَحِقُّ عَيْنُهُ كَالْمَنْفَعَةِ فِي مَحَلٍّ بَعِيْنِهِ (وَأِنْ أَطْلَقَ لَهُ الْعَمَلُ فَلَهُ أَنْ يَسْتَأْجِرَ مَنْ يَعْمَلُهُ)؛ لِأَنَّ الْمُسْتَحَقَّ عَمَلٌ فِي ذِمَّتِهِ، وَيُمْكِنُ إِيفَاؤُهُ بِنَفْسِهِ وَبِالِاسْتِعَانَةِ بِغَيْرِهِ بِمَنْزِلَةِ إِيفَاءِ الدِّينِ.

الشرح:

قَالَ (وَإِذَا شَرِطَ عَلَى الصَّانِعِ أَنْ يَعْمَلَ بِنَفْسِهِ إلخ) وَإِذَا شَرِطَ عَلَى الصَّانِعِ أَنْ يَعْمَلَ بِنَفْسِهِ ثَقُلَ عَنْ حُمَيْدِ الدِّينِ الضَّرِيرِ رَحِمَهُ اللَّهُ هُوَ مِثْلُ أَنْ يَقُولَ أَنْ تَعْمَلَ بِنَفْسِكَ أَوْ بِيَدِكَ مِثْلًا، وَإِلَيْهِ أَشَارَ الْمُصَنِّفُ رَحِمَهُ اللَّهُ بِقَوْلِهِ أَنْ يَعْمَلَ بِنَفْسِهِ، فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَسْتَعْمَلَ غَيْرَهُ لِأَنَّ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ الْعَمَلُ مِنْ مَحَلٍّ بَعِيْنِهِ فَيَسْتَحِقُّ عَيْنُهُ كَالْمَنْفَعَةِ فِي مَحَلٍّ بَعِيْنِهِ، كَأَنْ اسْتَأْجَرَ دَابَّةً بَعِيْنَهَا لِلْحَمْلِ فَإِنَّهُ لَيْسَ لِلْمُؤْجَّرِ أَنْ يُسَلِّمَ غَيْرَهَا، وَفِيهِ تَأْمُلٌ لِأَنَّهُ إِنْ خَالَفَهُ إِلَى خَيْرٍ بِأَنْ اسْتَعْمَلَ مَنْ هُوَ أَصْنَعُ مِنْهُ فِي ذَلِكَ الْفَنِّ أَوْ سَلَّمَ دَابَّةً أَقْوَى مِنْ ذَلِكَ كَانَ يَنْبَغِي أَنْ يَجُوزَ، وَإِنْ أَطْلَقَ الْعَمَلُ لَهُ فَلَهُ أَنْ يَسْتَأْجِرَ مَنْ يَعْمَلُهُ لِأَنَّ الْمُسْتَحَقَّ الْعَمَلُ وَيُمْكِنُ إِيفَاؤُهُ بِنَفْسِهِ، وَبِالِاسْتِعَانَةِ بِغَيْرِهِ بِمَنْزِلَةِ إِيفَاءِ الدِّينِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

فصل

(وَمَنْ اسْتَأْجَرَ رَجُلًا لِيَذْهَبَ إِلَى الْبَصْرَةِ فَيَجِيءَ بِعِيَالِهِ فَذَهَبَ فَوَجَدَ بَعْضُهُمْ قَدْ مَاتَ فَجَاءَ بِمَنْ بَقِيَ فَلَهُ الْأَجْرُ بِحِسَابِهِ)؛ لِأَنَّهُ أَوْفَى بِبَعْضِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ فَيَسْتَحِقُّ الْعِوَضَ بِقَدَرِهِ، وَمُرَادُهُ إِذَا كَانُوا مَعْلُومِينَ (وَأِنْ اسْتَأْجَرَهُ لِيَذْهَبَ بِكِتَابِهِ إِلَى فُلَانٍ بِالْبَصْرَةِ وَيَجِيءَ بِجَوَابِهِ فَذَهَبَ فَوَجَدَ فُلَانًا مَيِّتًا فَرَدَّهُ فَلَا أَجْرَ لَهُ) هَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: لَهُ الْأَجْرُ فِي الذَّهَابِ؛ لِأَنَّهُ أَوْفَى بِبَعْضِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ، وَهُوَ قَطْعُ الْمَسَافَةِ، وَهَذَا لِأَنَّ الْأَجْرَ مُقَابِلٌ بِهِ لِمَا فِيهِ مِنَ الْمَشَقَّةِ دُونَ حَمْلِ الْكِتَابِ لَخَفَةِ مُؤْنَتِهِ. وَلَهُمَا أَنَّ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ ثَقُلَ الْكِتَابِ؛ لِأَنَّهُ هُوَ الْمَقْصُودُ أَوْ وَسِيلَةٌ إِلَيْهِ وَهُوَ الْعِلْمُ بِمَا فِي الْكِتَابِ وَلَكِنْ الْحُكْمُ مُعَلَّقٌ بِهِ وَقَدْ نَقَضَهُ فَيَسْقُطُ الْأَجْرُ كَمَا فِي الطَّلَامِ وَهِيَ الْمَسْأَلَةُ الَّتِي تَلِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةَ (وَأِنْ تَرَكَ الْكِتَابَ فِي ذَلِكَ الْمَكَانِ وَعَادَ يَسْتَحِقُّ الْأَجْرَ بِالذَّهَابِ بِالإِجْمَاعِ)؛ لِأَنَّ الْحَمْلَ لَمْ يَنْتَقِضْ.

الشرح:

(فَصْلٌ): لَمَّا ذَكَرَ اسْتِحْقَاقَ تَمَامِ الْأَجْرِ ذَكَرَ فِي هَذَا الْفَصْلِ عَدَمَ اسْتِحْقَاقِ تَمَامِ

الأجر أو بعضه، وعَقْبُهُ لأصل الباب لأنَّ اسْتِحْقَاقَ تَمَامِ الأجرِ وَهُوَ الأَصْلُ وَالتَّقْصَانُ لِعَارِضٍ (وَمَنْ اسْتَأْجَرَ رَجُلًا لِيَذْهَبَ إِلَى البَصْرَةِ فَيَجِيءَ بِعِيَالِهِ فَذَهَبَ فَوَجَدَ بَعْضَهُمْ مَيِّتًا فَجَاءَ بِالْبَاقِي) فَإِمَّا أَنْ يَكُونَ عَلَى جَمَاعَةٍ مَعْلُومِي العَدَدِ أَوْ لَا، فَإِنْ كَانَ الثَّانِي اسْتَحَقَّ جَمِيعَ الأَجْرَةِ، وَإِنْ كَانَ الأولُ (فَلَهُ الأَجْرُ بِحِسَابِهِ لِأَنَّهُ أَوْفَى بَعْضَ المَعْقُودِ عَلَيْهِ فَيَسْتَحَقُّ العِوضَ بِقَدْرِهِ) وَهُوَ اخْتِيَارُ الفَقِيهِ أَبِي جَعْفَرٍ الهِنْدَوَانِيِّ، وَاخْتَارَهُ المَصْنِفُ وَإِلَيْهِ أَشَارَ بِقَوْلِهِ (وَمُرَادُهُ) يَغْنِي القُدُورِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ (إِذَا كَانُوا مَعْلُومِينَ، وَإِنْ اسْتَأْجَرَهُ لِيَذْهَبَ بِكِتَابِهِ إِلَى فَلَانٍ بِالبَصْرَةِ وَيَأْتِي بِالْجَوَابِ فَذَهَبَ فَوَجَدَهُ مَيِّتًا) فَإِمَّا أَنْ يَرُدَّ الكِتَابُ أَوْ لَا، فَإِنْ كَانَ الثَّانِي اسْتَحَقَّ أَجْرَ الذَّهَابِ بِالإِجْمَاعِ، وَإِنْ كَانَ الأولُ (فَلَا أَجْرَ لَهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ).

وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَهُ أَجْرُ الذَّهَابِ (وَهَذَا بِنَاءٌ عَلَى أَنَّ المَعْقُودَ عَلَيْهِ قَطَعَ الْمَسَافَةَ أَوْ نَقَلَ الكِتَابَ. وَوَقَعَ عِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ قَطَعَ الْمَسَافَةَ لِأَنَّ الْمَشَقَّةَ فِيهِ دُونَ نَقْلِ الكِتَابِ، وَقَدْ أَوْفَى بَعْضُ المَعْقُودِ عَلَيْهِ بِذَهَابِهِ فَيَسْتَحَقُّ الأَجْرَ الْمُقَابِلَ لَهُ، وَوَقَعَ عِنْدَهُمَا أَنَّهُ نَقَلَ الكِتَابَ لِأَنَّهُ هُوَ الْمَقْصُودُ أَوْ وَسِيلَةٌ إِلَى الْمَقْصُودِ وَهُوَ عِلْمٌ مَا فِي الكِتَابِ وَقَدْ تَقَضَّهِ بِرَدِّهِ فَيَسْقُطُ الأَجْرُ).

(وَإِنْ اسْتَأْجَرَهُ لِيَذْهَبَ بِطَعَامٍ إِلَى فَلَانٍ بِالبَصْرَةِ فَذَهَبَ فَوَجَدَ فَلَانًا مَيِّتًا فَرَدَّهُ فَلَا أَجْرَ لَهُ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا)؛ لِأَنَّهُ تَقَضَّ تَسْلِيمَ المَعْقُودِ عَلَيْهِ، وَهُوَ حَمْلُ الطَّعَامِ، بِخِلَافِ مَسْأَلَةِ الكِتَابِ عَلَى قَوْلِ مُحَمَّدٍ؛ لِأَنَّ المَعْقُودَ عَلَيْهِ هُنَاكَ قَطَعَ الْمَسَافَةَ عَلَى مَا مَرَّ.

الشرح:

كَمَا إِذَا اسْتَأْجَرَهُ لِيَذْهَبَ بِطَعَامٍ إِلَى فَلَانٍ بِالبَصْرَةِ فَذَهَبَ بِهِ وَوَجَدَهُ مَيِّتًا فَرَدَّهُ فَإِنَّهُ لَا أَجْرَ لَهُ بِالاتِّفَاقِ لِتَقْضِيهِ تَسْلِيمَ المَعْقُودِ عَلَيْهِ وَهُوَ حَمْلُ الطَّعَامِ، وَلَيْسَ بِنَاهِضٍ عَلَى مُحَمَّدٍ، لِأَنَّ المَعْقُودَ عَلَيْهِ فِي مَسْأَلَةِ الكِتَابِ عِنْدَهُ قَطَعَ الْمَسَافَةَ وَلَمْ يَنْقُضْ مَا قَطَعَهُ مِنْهَا، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

باب ما يجوز من الإجازة وما يكون خلافا فيه

قَالَ: (وَيَجُوزُ اسْتِئْجَارُ الدُّورِ وَالْحَوَانِيتِ لِلسُّكْنَى وَإِنْ لَمْ يُبَيِّنْ مَا يَعْمَلُ فِيهَا)؛ لِأَنَّ الْعَمَلَ الْمُتَعَارَفَ فِيهَا السُّكْنَى فَيَنْصَرِفُ إِلَيْهِ، وَأَنَّهُ لَا يَتَفَاوَتْ فَصَحَّ الْعَقْدُ (وَلَهُ أَنْ يَعْمَلَ

كُلُّ شَيْءٍ) لِلإِطْلَاقِ (إِلَّا أَنَّهُ لَا يُسْكِنُ حَدَادًا وَلَا قَصَارًا وَلَا طَحَانًا؛ لِأَنَّهُ فِيهِ ضَرَرٌ ظَاهِرٌ)؛ لِأَنَّهُ يُوهِنُ الْبِنَاءَ فَيَتَقَيَّدُ الْعَقْدُ بِمَا وَرَاءَهَا دَلَالَةً.

الشرح:

(بَابُ مَا يَجُوزُ مِنَ الْإِجَارَةِ وَمَا يَكُونُ خِلَافًا فِيهَا): لَمَّا فَرَّغَ مِنْ ذِكْرِ الْإِجَارَةِ وَشَرْطِهَا وَوَقْتُ اسْتِحْقَاقِ الْأُجْرَةِ ذَكَرَ هُنَا مَا يَجُوزُ مِنَ الْإِجَارَةِ بِإِطْلَاقِ اللَّفْظِ وَتَقْيِيدِهِ، وَذَكَرَ أَيْضًا مِنَ الْأَفْعَالِ مَا يُعَدُّ خِلَافًا مِنَ الْأَجِيرِ لِلْمُؤَجَّرِ وَمَا لَا يُعَدُّ خِلَافًا. قَالَ (وَيَجُوزُ اسْتِئْجَارُ الدُّورِ وَالْحَوَانِيتِ لِلسُّكْنَى إِنْ خُ) قِيلَ صُورَةُ الْمَسْأَلَةِ أَنَّ يَقُولُ: اسْتَأْجَرْتُ هَذِهِ الدَّارَ شَهْرًا بِكَذَا وَلَمْ يُبَيِّنْ مَا يَعْمَلُ فِيهِ مِنَ السُّكْنَى وَغَيْرِهِ فَذَلِكَ جَائِزٌ وَيَنْصَرِفُ إِلَى السُّكْنَى وَإِنْ لَمْ يُبَيِّنْ، لِأَنَّ الْعَمَلَ الْمُتَعَارَفَ فِيهَا هُوَ السُّكْنَى وَبِهِ يُسَمَّى مَسْكِنًا. وَفِي الْقِيَاسِ: لَا يَجُوزُ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ مِنَ الدُّورِ وَالْحَوَانِيتِ الْإِنْتِفَاعُ وَهُوَ مُتَنَوِّعٌ، فَوَجَبَ أَنْ لَا يَجُوزَ مَا لَمْ يُبَيِّنْ شَيْئًا مِنْ ذَلِكَ. وَوَجْهُ الاسْتِحْسَانِ أَنَّ الْمَعْرُوفَ كَالْمَشْرُوطِ نَصًّا فَيَنْصَرِفُ إِلَيْهِ (قَوْلُهُ وَلَئِنَّهُ لَا يَتَفَاوَتْ) جَوَابٌ عَمَّا عَسَى أَنْ يُقَالَ سَلَّمْنَا أَنَّ السُّكْنَى مُتَعَارَفٌ لَكِنْ قَدْ تَفَاوَتْ السُّكَّانُ فَلَا بُدَّ مِنْ بَيَانِهِ.

وَوَجْهُهُ أَنَّ السُّكْنَى لَا تَتَفَاوَتْ، وَمَا لَا يَتَفَاوَتْ لَا يَشْتَمِلُ عَلَى مَا يُفْسِدُ الْعَقْدَ فَيَصِحُّ (وَلَهُ أَنْ يَعْمَلَ كُلُّ شَيْءٍ) مِنَ السُّكْنَى وَالْإِسْكَانِ وَالْوُضُوءِ وَالْعُسْلِ وَغَسْلِ الثِّيَابِ وَكَسْرِ الْحَطَبِ لِلْوَقْدِ وَغَيْرِهَا مِمَّا هُوَ مِنْ تَوَابِعِ السُّكْنَى (لِلإِطْلَاقِ) أَيْ لِلإِطْلَاقِ الْعَقْدُ فَإِنَّهُ لَيْسَ بِمُقَيَّدٍ بِشَيْءٍ دُونَ شَيْءٍ (إِلَّا أَنَّهُ لَا يُسْكِنُ حَدَادًا وَلَا قَصَارًا وَلَا طَحَانًا) بِالْمَاءِ أَوْ الدَّابَّةِ دُونَ الْيَدِ إِنْ لَمْ يُوهِنِ الْبِنَاءَ، وَفِي الْجُمْلَةِ كُلُّ مَا لَمْ يَتَضَرَّرْ بِهِ الْبِنَاءُ جَازٌ أَنْ يَعْمَلَهُ فِيهِ وَيَتَقَيَّدَ بِهِ.

وَقَوْلُهُ لَا يُسْكِنُ يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ بَفَتْحِ الْيَاءِ. وَقَوْلُهُ حَدَادًا يَكُونُ نَصًّا عَلَى الْحَالِ، وَيَنْتَفِي بِهِ الْإِسْكَانُ دَلَالَةً لِاتِّحَادِ الْمَنَاطِ وَهُوَ الضَّرَرُ بِالْبِنَاءِ، وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ بِضَمِّ الْيَاءِ وَالْمَنْصُوبَاتِ مَفْعُولٌ بِهِ، وَيَنْتَفِي بِهِ سَكْنَاهُ دَلَالَةً لِاتِّحَادِ الْمَنَاطِ وَهُوَ الضَّرَرُ بِالْبِنَاءِ.

قَالَ: (وَيَجُوزُ اسْتِئْجَارُ الْأَرَاضِي لِلزَّرْعَةِ)؛ لِأَنَّهَا مَنْفَعَةٌ مَقْصُودَةٌ مَعْهُودَةٌ فِيهَا (وَلِلْمُسْتَأْجِرِ الشَّرْبُ وَالطَّرِيقُ، وَإِنْ لَمْ يَشْتَرِطْ) لِأَنَّ الْإِجَارَةَ تُعَقَّدُ لِلانْتِفَاعِ، وَلَا انْتِفَاعَ فِي الْحَالِ إِلَّا بِهِمَا فَيَدْخُلَانِ فِي مُطْلَقِ الْعَقْدِ، بِخِلَافِ الْبَيْعِ؛ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ مِنْهُ مِلْكٌ

الرَّقَبَةِ لَا الْإِنْتِفَاعَ فِي الْحَالِ، حَتَّى يَجُوزَ بَيْعُ الْجَحْشِ وَالْأَرْضِ السَّبْخَةِ دُونَ الْإِجَارَةِ فَلَا يَدْخُلَانِ فِيهِ مِنْ غَيْرِ ذِكْرِ الْحُقُوقِ وَقَدْ مَرَّ فِي الْبُيُوعِ (وَلَا يَصِحُّ الْعَقْدُ حَتَّى يُسَمَّى مَا يَزْرَعُ فِيهَا)؛ لِأَنَّهَا قَدْ تُسْتَأْجَرُ لِلزَّرَاعَةِ وَلِغَيْرِهَا وَمَا يَزْرَعُ فِيهَا مُتَفَاوِتٌ فَلَا بُدَّ مِنَ التَّعْيِينِ كَيْ لَا تَقَعَ الْمُنَازَعَةُ (أَوْ يَقُولَ عَلَى أَنْ يَزْرَعَ فِيهَا مَا شَاءَ)؛ لِأَنَّهُ لَمَّا فُوضَ الْخِيَرَةُ إِلَيْهِ ارْتَفَعَتِ الْجِهَالَةُ الْمُفْضِيَةُ إِلَى الْمُنَازَعَةِ.

الشرح:

(وَيَجُوزُ اسْتِئْجَارُ الْأَرْضِ لِلزَّرَاعَةِ لِأَنَّهَا مَنَفَعَةٌ مَقْصُودَةٌ مَعْهُودَةٌ فِيهَا) وَيَتَّبَعِي أَنْ يَذْكَرَ أَنَّهُ يَسْتَأْجَرُهَا لِلزَّرَاعَةِ لِأَنَّهَا تُسْتَأْجَرُ لِغَيْرِهَا أَيْضًا فَلَا بُدَّ مِنَ الْبَيَانِ نَفِيًا لِلجِهَالَةِ، وَلَا بُدَّ مِنْ بَيَانِ مَا يَزْرَعُ فِيهَا لِأَنَّهُ يَتَفَاوِتُ فِي الضَّرَرِ بِالْأَرْضِ وَعَدَمِهِ، فَلَا بُدَّ مِنَ التَّعْيِينِ قَطْعًا لِلْمُنَازَعَةِ، أَوْ يَقُولَ عَلَى أَنْ يَزْرَعَ فِيهَا مَا شَاءَ، لِأَنَّهُ لَمَّا فُوضَ الْاِخْتِيَارَ إِلَيْهِ ارْتَفَعَتِ الْجِهَالَةُ الْمُفْضِيَةُ إِلَى التَّنَازُعِ (وَيَدْخُلُ الشَّرْبُ وَالطَّرِيقُ فِي الْعَقْدِ بِلَا تَنْصِصٍ، لِأَنَّ الْإِجَارَةَ تُعَقَّدُ لِلْإِنْتِفَاعِ وَلَا الْإِنْتِفَاعَ إِلَّا بِهِمَا فَيَدْخُلَانِ فِي مُطْلَقِ الْعَقْدِ، بِخِلَافِ الْبَيْعِ فَإِنَّ الْمَقْصُودَ مِنْهُ مِلْكُ الرَّقَبَةِ) وَقَدْ مَرَّ فِي بَابِ الْحُقُوقِ مِنْ كِتَابِ الْبُيُوعِ.

قَالَ: (وَيَجُوزُ أَنْ يَسْتَأْجَرَ السَّاحَةَ، لِيَبْنِيَ فِيهَا أَوْ لِيَغْرِسَ فِيهَا نَخْلًا أَوْ شَجَرًا)؛ لِأَنَّهَا مَنَفَعَةٌ تُقْصَدُ بِالْأَرْضِ (ثُمَّ إِذَا انْقَضَتْ مُدَّةُ الْإِجَارَةِ لَزِمَهُ أَنْ يَقْلَعَ الْبِنَاءَ وَالْغَرْسَ وَيُسْلِمَهَا إِلَيْهِ فَارِغَةً)؛ لِأَنَّهُ لَا نِهَآيَةَ لَهُمَا وَفِي إِبْقَائِهِمَا إِضْرَارًا بِصَاحِبِ الْأَرْضِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا انْقَضَتْ الْمُدَّةُ وَالزَّرْعُ بَقِيَ حَيْثُ يُتْرَكُ بِأَجْرِ الْمِثْلِ إِلَى زَمَانِ الْإِدْرَاكِ؛ لِأَنَّ لَهُ نِهَآيَةَ مَعْلُومَةً فَأَمَكْنَ رِعَايَةَ الْجَانِبَيْنِ. قَالَ: (إِلَّا أَنْ يَخْتَارَ صَاحِبُ الْأَرْضِ أَنْ يَغْرَمَ لَهُ قِيَمَةُ ذَلِكَ مَقْلُوعًا وَيَتِمْلِكُهُ فَلَهُ ذَلِكَ) وَهَذَا بِرِضَا صَاحِبِ الْغَرْسِ وَالشَّجَرِ، إِلَّا أَنْ تَنْقُصَ الْأَرْضُ بِقَلْعِهِمَا فَحِينَئِذٍ يَتِمْلِكُهُمَا بِغَيْرِ رِضَا. قَالَ: (أَوْ يَرْضَى بِتَرْكِهِ عَلَى حَالِهِ فَيَكُونُ الْبِنَاءُ لِهَذَا وَالْأَرْضُ لِهَذَا)؛ لِأَنَّ الْحَقَّ لَهُ فَلَهُ أَنْ لَا يَسْتَوْفِيَهُ. قَالَ: (وَفِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ إِذَا انْقَضَتْ مُدَّةُ الْإِجَارَةِ، وَفِي الْأَرْضِ رُطْبَةً فَإِنَّهَا تَقْلَعُ)؛ لِأَنَّ الرُّطَابَ لَا نِهَآيَةَ لَهَا فَأَشَبَّهُ الشَّجَرَ.

الشرح:

(وَيَجُوزُ أَنْ يَسْتَأْجَرَ السَّاحَةَ) وَهِيَ الْأَرْضُ الْحَالِيَةُ مِنَ الْبِنَاءِ وَالشَّجَرِ (لِيَبْنِيَ فِيهَا أَوْ يَغْرِسَ لِأَنَّ ذَلِكَ مَنَفَعَةٌ مَقْصُودَةٌ بِالْأَرْضِ) فَيَصِحُّ بِهَا الْعَقْدُ (فَإِذَا انْقَضَتْ الْمُدَّةُ لَرِمَ

الْمُسْتَأْجِرَ قَلْعُهُمَا وَتَسْلِيمُهَا فَارِغَةً لِأَنَّهُ لَا نِهَآيَةَ لَهُمَا، فَفِي إِبْقَائِهِمَا ضَرَرٌ بِصَاحِبِ الْأَرْضِ هَذَا مِنْ جَانِبِ الْمُسْتَأْجِرِ، وَأَمَّا مِنْ جَانِبِ الْمُؤَجَّرِ فَلَأَنَّ الْأَرْضَ إِمَّا أَنْ تَنْقُصَ بِالْقَلْعِ أَوْ لَا، فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ فَإِنْ شَاءَ يَعْرِمُ لَهُ قِيَمَةُ ذَلِكَ مَقْلُوعًا وَيَتِمَلَّكُهُ رِضْيَ بِهِ الْمُسْتَأْجِرُ أَوْ لَا، وَإِنْ شَاءَ رِضْيَ بَتَرْكِهَا عَلَى حَالِهَا فَيَكُونُ الْبِنَاءُ هَذَا وَالْأَرْضُ لَذَاكَ لِأَنَّ الْحَقَّ لَهُ فَلَهُ أَنْ يَتْرُكَهُ، وَإِنْ كَانَ الثَّانِي فَلَهُ أَنْ يَعْرِمَ قِيَمَةَ ذَلِكَ مَقْلُوعًا لَكِنْ بِرِضَا الْمُسْتَأْجِرِ (وَهَذَا بِخِلَافِ الزَّرْعِ إِذَا انْقَضَتْ الْمُدَّةُ وَهُوَ يَقْلُ حَيْثُ يُتْرَكُ بِأَجْرِ الْمِثْلِ إِلَى أَنْ يُدْرِكَ لِأَنَّ لَهُ نِهَآيَةَ مَعْلُومَةً فَأَمَّا رِعَايَةُ الْجَانِبَيْنِ) وَذَلِكَ لِأَنَّا لَوْ قَلَعْنَاهُ تَضَرَّرَ الْمُسْتَأْجِرُ، وَلَوْ تَرَكْنَاهُ الْأَرْضُ بِيَدِهِ بَلَا أَجْرٍ تَضَرَّرَ الْمُؤَجَّرُ، وَفِي تَرْكِهِ بِأَجْرِ رِعَايَةِ الْجَانِبَيْنِ فَصِيرَ إِلَيْهِ. وَأُورِدَ مَسْأَلَةُ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ لِيَبَيَّنَ أَنَّ الرُّطْبَةَ كَالشَّجَرَةِ.

قَالَ: (وَيَجُوزُ اسْتِجَارُ الدَّوَابِّ لِلرُّكُوبِ وَالْحَمَلِ)؛ لِأَنَّهُ مُنْفَعَةٌ مَعْلُومَةٌ مَعْهُودَةٌ (فَإِنْ أَطْلُقَ الرُّكُوبَ جَازَ لَهُ أَنْ يُرَكِّبَ مَنْ شَاءَ) عَمَلًا بِالْإِطْلَاقِ. وَلَكِنْ إِذَا رَكِّبَ بِنَفْسِهِ أَوْ أَرَكَّبَ وَاحِدًا لَيْسَ لَهُ أَنْ يُرَكِّبَ غَيْرَهُ؛ لِأَنَّهُ تَعَيَّنَ مُرَادًا مِنَ الْأَصْلِ، وَالنَّاسُ يَتَفَاوَتُونَ فِي الرُّكُوبِ فَصَارَ كَأَنَّهُ نَصٌّ عَلَى رُكُوبِهِ (وَكَذَلِكَ إِذَا اسْتَأْجَرَ ثَوْبًا لِلْبَسِ وَأَطْلُقَ جَازَ فِيهِمَا ذِكْرُنَا) لِإِطْلَاقِ اللَّفْظِ وَتَفَاوُتِ النَّاسِ فِي الْبَسِ (وَأِنْ قَالَ: عَلَى أَنْ يَرَكِّبَهَا فَلَانَّ أَوْ يَلْبَسَ الثَّوْبَ فَلَانَّ فَأَرَكِّبَهَا غَيْرَهُ أَوْ أَلْبَسَهُ غَيْرَهُ فَعَطَبَ كَانَ ضَامِنًا)؛ لِأَنَّ النَّاسَ يَتَفَاوَتُونَ فِي الرُّكُوبِ وَالْبَسِ فَصَحَّ التَّعْيِينُ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَتَعَدَّاهُ، وَكَذَلِكَ كُلُّ مَا يَخْتَلَفُ بِاخْتِلَافِ الْمُسْتَعْمِلِ لَمَّا ذَكَّرْنَا. فَأَمَّا الْعَقَارُ وَمَا لَا يَخْتَلَفُ بِاخْتِلَافِ الْمُسْتَعْمِلِ إِذَا شَرَطَ سُكْنَى وَاحِدٍ فَلَهُ أَنْ يُسْكِنَ غَيْرَهُ؛ لِأَنَّ التَّقْيِيدَ غَيْرُ مُفِيدٍ لِعَدَمِ التَّفَاوُتِ الَّذِي يَضُرُّ بِالْبِنَاءِ، وَالَّذِي يَضُرُّ بِالْبِنَاءِ خَارِجٌ عَلَى مَا ذَكَّرْنَا.

قَالَ: (وَإِنْ سَمَى نَوْعًا وَقَدَّرَا مَعْلُومًا يَحْمِلُهُ عَلَى الدَّابَّةِ مِثْلَ أَنْ يَقُولَ خَمْسَةُ أَقْفِزَةٍ حِنْطَةٍ فَلَهُ أَنْ يَحْمِلَ مَا هُوَ مِثْلُ الْحِنْطَةِ فِي الضَّرَرِ أَوْ أَقَلُّ كَالشَّعِيرِ وَالسَّمْسِمِ)؛ لِأَنَّهُ دَخَلَ تَحْتَ الْإِذْنِ لِعَدَمِ التَّفَاوُتِ، أَوْ لَكُونِهِ خَيْرًا مِنَ الْأَوَّلِ (وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَحْمِلَ مَا هُوَ أَضَرُّ مِنَ الْحِنْطَةِ كَالْمِلْحِ وَالْحَدِيدِ) لِانْعِدَامِ الرِّضَا فِيهِ (وَإِنْ اسْتَأْجَرَهَا لِيَحْمِلَ عَلَيْهَا قُطْنًا سَمَاهُ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَحْمِلَ عَلَيْهَا مِثْلَ وَزْنِهِ حَدِيدًا)؛ لِأَنَّهُ رُبَّمَا يَكُونُ أَضَرُّ بِالدَّابَّةِ فَإِنَّ الْحَدِيدَ يَجْتَمِعُ فِي مَوْضِعٍ مِنْ ظَهْرِهَا وَالْقُطْنُ يَنْبَسِطُ عَلَى ظَهْرِهَا.

الشرح:

قَالَ (وَيَجُوزُ اسْتِجَارُ الدَّوَابِّ لِلرُّكُوبِ وَالْحَمْلِ إلخ) إِذَا اسْتَأْجَرَ دَابَّةً لِلرُّكُوبِ، فَإِمَّا أَنْ يَقُولَ عِنْدَ الْعَقْدِ اسْتَأْجَرْتُ لِلرُّكُوبِ وَلَمْ يَزِدْ عَلَيْهِ، أَوْ زَادَ فَقَالَ عَلَى أَنْ يَرْكَبَ مَنْ شَاءَ، أَوْ عَلَى أَنْ يَرْكَبَ فُلَانٌ فَهِيَ ثَلَاثَةٌ أَوْجِهٍ، فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ فَالْعَقْدُ فَاسِدٌ لِأَنَّهُ مِمَّا يَخْتَلِفُ اخْتِلَافًا فَاحِشًا، فَإِنْ أُرْكَبَ شَخْصًا وَمَضَتْ الْمُدَّةُ فَالْقِيَاسُ أَنْ يَجِبَ عَلَيْهِ أَجْرُ الْمِثْلِ لِأَنَّهُ اسْتَوْفَى الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ بِعَقْدٍ فَاسِدٍ فَلَا يَنْقَلِبُ إِلَى الْجَوَازِ، كَمَا لَوْ اشْتَرَى شَيْئًا بِخَمَرٍ أَوْ خِنْزِيرٍ.

وَفِي الاسْتِحْسَانِ يَجِبُ الْمُسَمَّى وَيَنْقَلِبُ جَائِزًا لِأَنَّ الْفَسَادَ كَانَ لِلْجَهَالَةِ وَقَدْ ارْتَفَعَتْ حَالَةُ الاسْتِعْمَالِ فَكَانَتْهَا ارْتَفَعَتْ مِنَ الْإِبْتِدَاءِ لِأَنَّهَا عَقْدٌ يَنْعَقِدُ سَاعَةً فَسَاعَةً فَكُلُّ جُزْءٍ مِنْهُ ابْتِدَاءٌ، وَإِذَا ارْتَفَعَتْ الْجَهَالَةُ مِنَ الْإِبْتِدَاءِ صَحَّ الْعَقْدُ، فَكَذَا هَاهُنَا. وَإِنْ كَانَ الثَّانِي صَحَّ الْعَقْدُ وَيَجِبُ الْمُسَمَّى، وَيَتَعَيَّنُ أَوَّلُ مَنْ رَكِبَ سَوَاءً كَانَ الْمُسْتَأْجِرُ أَوْ غَيْرُهُ، لِأَنَّهُ تَعَيَّنَ مُرَادًا مِنَ الْأَصْلِ عَلَى الْوَجْهِ الَّذِي قُلْنَا، فَإِنْ أُرْكَبَ غَيْرُهُ بَعْدَ ذَلِكَ فَعَطِبَتْ ضَمَنَ، وَهَذَا الْوَجْهُ هُوَ الْمَذْكُورُ فِي الْكِتَابِ أَوَّلًا، وَالْمُرَادُ بِقَوْلِهِ فَإِنْ أَطْلَقَ الرُّكُوبَ هُوَ أَنْ يَقُولَ عَلَى أَنْ يَرْكَبَ مَنْ شَاءَ، وَإِنْ كَانَ الثَّالِثُ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَتَعَدَّاهُ لِأَنَّهُ تَعَيَّنَ مُفِيدٌ لَا بُدَّ مِنْ اعْتِبَارِهِ، فَإِنْ تَعَدَّاهُ كَانَ ضَامِنًا، وَكَذَلِكَ كُلُّ مَا يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ الْمُسْتَعْمِلِينَ كَالثُّوبِ وَالْخَيْمَةِ، وَحُكْمُ الْحَمْلِ كَحُكْمِ الرُّكُوبِ، بِخِلَافِ الْعَقَارِ فَإِنَّهُ إِذَا شَرَطَ سُكْنَى وَاحِدٍ بَعَيْنِهِ جَارَ إِسْكَانٍ غَيْرِهِ لِأَنَّ التَّقْيِيدَ غَيْرُ مُفِيدٍ لِعَدَمِ التَّفَاوُتِ. فَإِنْ قِيلَ: قَدْ تَفَاوَتُ السُّكَّانُ أَيْضًا، فَإِنْ سُكْنَى بَعْضُ قَدْ يَنْضَرُّ بِهِ كَالْحَدَادِ وَنَحْوِهِ.

أَجَابَ بِقَوْلِهِ (وَالَّذِي يَضُرُّ بِالْبِنَاءِ خَارِجٌ عَلَى مَا ذَكَرْنَا) وَاعْتَبِرْ مَا ذَكَرْتَ لَكَ تَسْتَعْنِ عَمَّا فِي النَّهْيَةِ مِنَ التَّطْوِيلِ، وَقَوْلُ الْمُصَنِّفِ وَيَجُوزُ اسْتِجَارُ الدَّوَابِّ لِلرُّكُوبِ مَعْنَاهُ لِرُكُوبٍ مُعَيَّنٍ، إِمَّا نَصًّا حَقِيقَةً وَتَقْدِيرًا (وَإِنْ سَمِيَ نَوْعًا وَمِقْدَارًا مِنْ شَيْءٍ يَحْمِلُهُ عَلَى الدَّابَّةِ مِثْلُ أَنْ يَقُولَ خَمْسَةُ أَفْزَرَةٍ حِنْطَةٍ بَعَيْنَهَا فَلَهُ أَنْ يَحْمِلَ مَا هُوَ مِثْلُهُ فِي الضَّرَرِ) كَحِنْطَةِ أُخْرَى غَيْرَهَا (أَوْ) مَا هُوَ (أَقْلُ) ضَرَرًا (كَالشَّعِيرِ وَالسَّمْسِمِ) فَإِنَّهُمَا إِذَا كَانَا خَمْسَةَ أَفْزَرَةٍ كَانَ أَقْلُ وَزَنًا فَكَانَ أَقْلُ ضَرَرًا. وَذَكَرَ فِي النَّهْيَةِ أَنْ فِي الْكَلَامِ لَفًا

وَتَشْرَأُ، فَإِنَّ الشَّعِيرَ يَنْصَرِفُ إِلَى الْمِثْلِ وَالسَّمْسِمُ يَنْصَرِفُ إِلَى الْأَقْلُ إِذَا كَانَ التَّقْدِيرُ مِنْ حَيْثُ الْكَيْلُ، وَلَيْسَ بَوَاضِحٍ فَإِنَّ السَّمْسِمَ أَيْضًا مِثْلٌ إِذَا كَانَ التَّقْدِيرُ مِنْ حَيْثُ الْكَيْلُ، وَإِنَّمَا جَازَ لَهُ ذَلِكَ (لَأَنَّهُ دَخَلَ تَحْتَ الْإِذْنِ لِعَدَمِ التَّفَاوُتِ) يَعْنِي بِهِ إِذَا كَانَ مِثْلًا (أَوْ لِكَوْنِهِ خَيْرًا) يَعْنِي بِهِ إِذَا كَانَ أَقْلٌ ضَرَرًا (وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَحْمِلَ مَا هُوَ أَكْثَرُ ضَرَرًا مِنَ الْحِنْطَةِ كَالْمِلْحِ) إِذَا كَانَ مِثْلَهَا كَيْلًا لِأَنَّهُ أَثْقَلُ (لَا بُعْدَ الرِّضَا فِيهِ، وَإِنْ اسْتَأْجَرَهَا لِيَحْمِلَ عَلَيْهَا مِقْدَارًا مِنَ الْقَطَنِ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَحْمِلَ عَلَيْهَا مِثْلَ وَزْنِهِ حَدِيدًا لِأَنَّهُ رُبَّمَا كَانَ أَضَرُّ عَلَى الدَّابَّةِ لِاجْتِمَاعِهِ فِي مَوْضِعٍ مِنَ الظَّهْرِ، بِخِلَافِ الْقَطَنِ فَإِنَّهُ يَنْسِطُ عَلَيْهِ) وَإِنَّمَا ذَكَرَهُ مَعَ كَوْنِهِ مَعْلُومًا مِمَّا سَبَقَ لِأَنَّ ذَلِكَ كَانَ تَظْيِيرَ الْمَكِيلِ وَهَذَا تَظْيِيرُ الْمُوزُونِ.

قَالَ: (وَإِنْ اسْتَأْجَرَهَا لِيَرْكَبَهَا فَأَرْدَفَ مَعَهُ رَجُلًا فَعَطِبَتْ ضَمِنَ نِصْفَ قِيَمَتِهَا وَلَا مُعْتَبَرٌ بِالثَّقَلِ)؛ لِأَنَّ الدَّابَّةَ قَدْ يَعْرِضُهَا جَهْلُ الرَّاكِبِ الْخَفِيفِ وَيَخْفُ عَلَيْهَا رُكُوبُ الثَّقِيلِ لَعَلِمِهِ بِالْفُرُوسِيَّةِ، وَلَأَنَّ الْأَدْمِيَّ غَيْرَ مُوزُونٍ فَلَا يُمَكِّنُ مَعْرِفَتَهُ الْوِزْنَ فَاعْتَبِرَ عَدَدُ الرَّاكِبِ كَعَدَدِ الْجَنَائِاتِ فِي الْجَنَائِاتِ.

الشرح:

(وَإِنْ اسْتَأْجَرَهَا لِيَرْكَبَهَا فَأَرْدَفَ مَعَهُ رَجُلًا فَعَطِبَتْ ضَمِنَ نِصْفَ قِيَمَتِهَا) سَوَاءٌ كَانَ الرَّدِيفُ أَخَفَّ أَوْ أَثْقَلَ مِنَ الرَّاكِبِ (وَلَا مُعْتَبَرٌ بِالثَّقَلِ لِأَنَّ الدَّابَّةَ قَدْ يَعْرِضُهَا جَهْلُ الرَّاكِبِ الْخَفِيفِ وَيَخْفُ عَلَيْهَا رُكُوبُ الثَّقِيلِ لَعَلِمِهِ بِالْفُرُوسِيَّةِ، وَلَأَنَّ الْأَدْمِيَّ غَيْرَ مُوزُونٍ فَلَا يُمَكِّنُ مَعْرِفَتَهُ بِالْوِزْنِ فَاعْتَبِرَ عَدَدُ الرَّاكِبِ كَعَدَدِ الْجَنَائِاتِ فِي الْجَنَائِاتِ) وَالْجَنَائَةُ جَمْعُ جَانٍ كَالْبُعَاةِ جَمْعُ بَاغٍ، فَإِنَّهُ إِذَا جَرَحَ رَجُلٌ رَجُلًا جِرَاحَةً وَاحِدَةً وَالْآخَرُ عَشْرَ جِرَاحَاتٍ خَطَأً فَمَاتَ فَالْدِّيَّةُ بَيْنَهُمَا أَصَافًا لِأَنَّ رَبَّ جِرَاحَةٍ وَاحِدَةٍ أَكْثَرُ تَأْثِيرًا مِنْ عَشْرِ جِرَاحَاتٍ. قِيلَ وَإِنَّمَا قِيدَ بِكَوْنِهِ رَجُلًا لِأَنَّهُ إِذَا أَرْدَفَ صَبِيًّا ضَمِنَ بِقَدْرِ ثِقَلِهِ إِذَا كَانَ لَا يَسْتَمْسِكُ بِنَفْسِهِ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الْحَمَلِ.

قَالَ: (وَإِنْ اسْتَأْجَرَهَا لِيَحْمِلَ عَلَيْهَا مِقْدَارًا مِنَ الْحِنْطَةِ فَحَمَلَ عَلَيْهَا أَكْثَرَ مِنْهُ فَعَطِبَتْ ضَمِنَ مَا زَادَ الثَّقَلُ)؛ لِأَنَّهَُا عَطِبَتْ بِمَا هُوَ مَادُونٌ فِيهِ وَمَا هُوَ غَيْرُ مَادُونٍ فِيهِ وَالسَّبَبُ الثَّقَلُ فَانْقَسَمَ عَلَيْهِمَا (إِلَّا إِذَا كَانَ حَمَلًا لَا يُطِيقُهُ مِثْلُ تِلْكَ الدَّابَّةِ فَحِينَئِذٍ يَضْمَنُ كُلُّ قِيَمَتِهَا) لِعَدَمِ الْإِذْنِ فِيهَا أَصْلًا لَخُرُوجِهِ عَنِ الْعَادَةِ.

الشرح:

(وَإِنْ اسْتَأْجَرَهَا لِيَحْمِلَ عَلَيْهَا مَقْدَارًا مِنَ الحِنْطَةِ فَحَمَلَهَا عَلَيْهَا أَكْثَرَ مِنْهُ فَعَطِبَتْ ضَمِنْ مَا زَادَ الثَّقُلُ لَأَنَّهَا عَطِبَتْ بِمَا هُوَ مَأْذُونٌ فِيهِ وَغَيْرُ مَأْذُونٍ فِيهِ وَسَبَبُ الهَلَاكِ الثَّقُلُ فَانْقَسَمَ عَلَيْهِمَا) إِذَا كَانَ مِثْلُهَا يُطِيقُ حَمْلَهُ (وَأَمَّا إِذَا كَانَ حَمَلًا لَا يُطِيقُهُ مِثْلُهَا ضَمِنْ كُلِّ قِيَمَتِهَا لَعَدَمِ الإِذْنِ فِيهَا أَصْلًا لخُرُوجِهِ عَنْ الْعَادَةِ) كَمَا إِذَا كَانَتْ الزَّيَادَةُ مِنْ خِلَافِ جِنْسِ الْمُسَمَّى، كَمَنْ اسْتَأْجَرَهَا لِيَحْمِلَهَا خَمْسَةَ أَقْفَازَةٍ مِنْ شَعِيرٍ فَحَمَلَهَا مِثْلَ كَيْلَةِ حِنْطَةٍ فَإِنَّهُ يَضْمَنُ جَمِيعَ قِيَمَتِهَا لَعَدَمِ الإِذْنِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَتْ مِنْ جِنْسِهِ لِأَنَّهُ مَأْذُونٌ فِي مَقْدَارِ الْمُسَمَّى وَغَيْرُ مَأْذُونٍ فِي الزَّيَادَةِ فَيُوزَعُ الضَّمَانُ.

وَيُوقِضُ بِمَا لَوْ اسْتَأْجَرَ ثَوْرًا لِيَطْحَنَ بِهِ عَشْرَةَ مَخَاتِيمِ حِنْطَةٍ فَطَحَنَ أَحَدَ عَشَرَ مَخْتَوِمًا فَهَلَكَ ضَمِنْ الْجَمِيعِ وَإِنْ كَانَتْ الزَّيَادَةُ مِنَ الْجِنْسِ. وَأَجِيبَ بِأَنَّ الطَّحْنَ إِنَّمَا يَكُونُ شَيْئًا فَشَيْئًا فَإِذَا طَحَنَ الْعَشْرَةَ انْتَهَى الإِذْنُ، فَبَعْدَ ذَلِكَ هُوَ فِي الطَّحْنِ مُخَالَفٌ فِي اسْتِعْمَالِ الدَّائِبَةِ بِغَيْرِ الإِذْنِ فَيَضْمَنُ الْجَمِيعَ، فَأَمَّا فِي الْحَمْلِ فَيَكُونُ جُمْلَةً وَاحِدَةً فَهُوَ مَأْذُونٌ فِي بَعْضِ دُونَ بَعْضٍ فَيُوزَعُ الضَّمَانُ عَلَى ذَلِكَ، وَبِهَذَا يَنْدَفِعُ مَا قِيلَ عَلَى مَا إِذَا اسْتَأْجَرَهَا لِيَرْكَبَهَا فَأَرَدَفَهَا رَجُلًا فَإِنَّهُ يَجِبُ عَلَيْهِ ضَمَانُ كُلِّ الْقِيَمَةِ، لِأَنَّهُ إِذَا اسْتَأْجَرَهَا لِيَرْكَبَهَا بِنَفْسِهِ فَأَرَكَبَهَا غَيْرُهُ ضَمِنْ جَمِيعِ الْقِيَمَةِ، فَإِذَا أَرَدَفَ فَقَدْ أَرَكَبَ غَيْرَهُ وَرَكَبَ أَيْضًا فَرُكُوبُهُ زِيَادَةٌ ضَرَرٍ عَلَيْهَا، فَإِنْ لَمْ يُوجِبْ زِيَادَةٌ لَا يُوجِبُ تَقْصِيرًا لَا مُحَالَةً، لِأَنَّهُ فِي الإِرْكَابِ مُتَفَرِّدًا مُخَالَفٌ مِنْ كُلِّ وَجْهِ. وَفِي الإِرْدَافِ مَأْذُونٌ مِنْ وَجْهِ دُونَ وَجْهِ وَهُوَ يَقَعُ جُمْلَةً كَمَا مَرَّ.

قَالَ: (وَإِنْ كَبَحَ الدَّائِبَةَ بِلِجَامِهَا أَوْ ضَرَبَهَا فَعَطِبَتْ ضَمِنْ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَالَا: لَا يَضْمَنُ إِذَا فَعَلَ فِعْلًا مُتَعَارَفًا؛ لِأَنَّ الْمُتَعَارَفَ مِمَّا يَدْخُلُ تَحْتَ مُطْلَقِ الْعَقْدِ فَكَانَ حَاصِلًا بِإِذْنِهِ فَلَا يَضْمَنُهُ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ الإِذْنَ مُقَيَّدٌ بِشَرْطِ السَّلَامَةِ إِذَا يَتَحَقَّقُ السُّوقُ بِدُونِهِ، وَإِنَّمَا هُمَا لِلْمُبَالَغَةِ فَيَتَقَيَّدُ بِوَصْفِ السَّلَامَةِ كَالْمُرُورِ فِي الطَّرِيقِ.

الشرح:

قَالَ (وَإِنْ كَبَحَ الدَّائِبَةَ بِلِجَامِهَا إلخ) وَإِنْ كَبَحَ الدَّائِبَةَ بِلِجَامِهَا: أَيِ جَذَبَهَا إِلَى نَفْسِهِ لَتَقِفَ وَلَا تَجْرِيَ أَوْ ضَرَبَهَا فَعَطِبَتْ ضَمِنْ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: لَا يَضْمَنُ إِذَا

فَعَلَ فَعَلًا مُتَعَارَفًا، لِأَنَّ الْمُتَعَارَفَ مِمَّا يَدْخُلُ تَحْتَهُ مُطْلَقُ الْعَقْدِ، وَمَا يَدْخُلُ تَحْتَهُ لَا يُوجِبُ الضَّمَانَ لِحُصُولِهِ بِإِذْنِهِ. وَفِي عِبَارَتِهِ تَسَامُحٌ لِأَنَّ الْمُتَعَارَفَ مُرَادٌّ بِمُطْلَقِ الْعَقْدِ لَا دَاخِلٌ تَحْتَهُ. وَالْجَوَابُ أَنَّ اللَّامَ فِي الْمُتَعَارَفِ لِلْعَهْدِ أَيْ الْكَبْحِ الْمُتَعَارَفُ أَوْ الضَّرْبُ الْمُتَعَارَفُ، وَحِينَئِذٍ يَكُونُ دَاخِلًا لَا مُرَادًا لِأَنَّ الْعَقْدَ الْمُطْلَقَ يَتَنَاوَلُهُ وَغَيْرُهُ.

وَلَأَبِي حَنِيفَةَ الْقَوْلُ بِالْمُوجِبِ: أَيْ سَلَّمْنَا أَنَّهُ حَاصِلٌ بِالِإِذْنِ، لَكِنَّ الإِذْنَ فِيمَا يَنْتَفِعُ بِهِ الْمَأْذُونُ مُقَيَّدٌ بِشَرْطِ السَّلَامَةِ إِذَا أُمِكنَ تَحَقُّقُ الْمَقْصُودِ بِهَا، وَهَاهُنَا مُمَكِّنٌ إِذْ يَتَحَقَّقُ السُّوقُ بِذَوْنِهِ فَصَارَ كَالْمُرُورِ فِي الطَّرِيقِ.

قَالَ: (وَأِنْ اسْتَأْجَرَهَا إِلَى الْحِيرَةِ فَجَاوَزَ بِهَا إِلَى الْقَادِسِيَّةِ ثُمَّ رَدَّهَا إِلَى الْحِيرَةِ ثُمَّ نَفَقَتْ فَهُوَ ضَامِنٌ، وَكَذَلِكَ الْعَارِيَّةُ) وَقِيلَ تَأْوِيلُ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ إِذَا اسْتَأْجَرَهَا ذَاهِبًا لَا جَائِيًا؛ لِيَنْتَهِيَ الْعَقْدُ بِالْوُصُولِ إِلَى الْحِيرَةِ فَلَا يَصِيرُ بِالْعَوْدِ مَرْدُودًا إِلَى يَدِ الْمَالِكِ مَعْنَى. وَأَمَّا إِذَا اسْتَأْجَرَهَا ذَاهِبًا وَجَائِيًا فَيَكُونُ بِمَنْزِلَةِ الْمُوَدَعِ إِذَا خَالَفَ ثُمَّ عَادَ إِلَى الْوِفَاقِ. وَقِيلَ لَا، بَلِ الْجَوَابُ مُجْرَى عَلَى الْإِطْلَاقِ. وَالْفَرْقُ أَنَّ الْمُوَدَعَ بِأُمُورٍ بِالْحِفْظِ مَقْصُودًا فَبَقِيَ الْأَمْرُ بِالْحِفْظِ بَعْدَ الْعَوْدِ إِلَى الْوِفَاقِ فَحَصَلَ الرُّدُّ إِلَى يَدِ نَائِبِ الْمَالِكِ، وَفِي الْإِجَارَةِ وَالْعَارِيَّةِ يَصِيرُ الْحِفْظُ مَأْمُورًا بِهِ تَبَعًا لِلِاسْتِعْمَالِ لَا مَقْصُودًا، فَإِذَا انْقَطَعَ الِاسْتِعْمَالُ لَمْ يَبْقَ هُوَ نَائِبًا فَلَا يَبْرَأُ بِالْعَوْدِ وَهَذَا أَصَحُّ.

قَالَ: (وَمَنْ اكْتَرَى حِمَارًا بِسَرَجٍ فَتَنَزَعَ السَّرَجَ وَأَسْرَجَهُ بِسَرَجٍ يُسْرَجُ بِمِثْلِهِ الْحُمْرُ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ إِذَا كَانَ يُمَاطِلُ الْأَوَّلَ تَنَاوَلَهُ إِذْنُ الْمَالِكِ، إِذْ لَا فَائِدَةَ فِي التَّقْيِيدِ بِغَيْرِهِ إِلَّا إِذَا كَانَ زَائِدًا عَلَيْهِ فِي الْوِزْنِ فَحِينَئِذٍ يَضْمَنُ الزِّيَادَةَ) (وَأِنْ كَانَ لَا يُسْرَجُ بِمِثْلِهِ الْحُمْرُ ضَمِنَ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَتَنَاوَلَهُ الْإِذْنُ مِنْ جِهَتِهِ فَصَارَ مُخَالَفًا) (وَأِنْ أَوْكَفَهُ بِكَافٍ لَا يُوكَفُ بِمِثْلِهِ الْحُمْرُ يَضْمَنُ) لَمَّا قُلْنَا فِي السَّرَجِ، وَهَذَا أَوْلَى (وَأِنْ أَوْكَفَهُ بِكَافٍ يُوكَفُ بِمِثْلِهِ الْحُمْرُ يَضْمَنُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: يَضْمَنُ بِحِسَابِهِ؛ لِأَنَّهُ إِذَا كَانَ يُوكَفُ بِمِثْلِهِ الْحُمْرُ كَانَ هُوَ وَالسَّرَجُ سَوَاءً فَيَكُونُ الْمَالِكُ رَاضِيًا بِهِ، إِلَّا إِذَا كَانَ زَائِدًا عَلَى السَّرَجِ فِي الْوِزْنِ فَيَضْمَنُ الزِّيَادَةَ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَرْضَ بِالزِّيَادَةِ فَصَارَ كَالزِّيَادَةِ فِي الْحَمْلِ الْمُسَمَّى إِذَا كَانَ مِنْ جِنْسِهِ. وَلَأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ الْإِكَافَ لَيْسَ مِنْ جِنْسِ السَّرَجِ؛ لِأَنَّهُ لِلْحَمْلِ، وَالسَّرَجُ لِلرُّكُوبِ، وَكَذَا يَنْبَسِطُ أَحَدُهُمَا عَلَى ظَهْرِ الدَّابَّةِ مَا لَا يَنْبَسِطُ عَلَيْهِ

الْآخِرُ فَكَانَ مُخَالَفًا كَمَا إِذَا حَمَلَ الْحَدِيدَ وَقَدْ شَرَطَ لَهُ الْحِنْطَةَ.

الشرح:

(وَإِنْ اسْتَأْجَرَهَا إِلَى الْحِيرَةِ) بِكَسْرِ الْحَاءِ الْمُهِمْلَةِ مَدِينَةٍ كَانَ يَسْكُنُهَا التُّعْمَانُ بْنُ
الْمُنْذِرِ وَهِيَ عَلَى رَأْسِ مِيلٍ مِنَ الْكُوفَةِ (فَجَاوَزَ بِهَا إِلَى الْقَادِسِيَّةِ) مَوْضِعٌ بَيْنَهُ وَبَيْنَ
الْكُوفَةِ خَمْسَةَ عَشَرَ مِيلًا (ثُمَّ رَدَّهَا إِلَى الْحِيرَةِ ثُمَّ تَفَقَّتْ ضَمْنَهَا وَكَذَلِكَ الْعَارِيَةُ)
وَاخْتَلَفَ الْمَشَائِخُ فِي مَعْنَى هَذَا الْوَضْعِ. فَمِنْهُمْ مَنْ أَوَّلَ الْمَسْأَلَةَ بِأَنَّ الْمُرَادَ هُوَ إِنْ
اسْتَأْجَرَهَا ذَاهِبًا فَقَطْ لِيُنْتَهِيَ الْعَقْدُ بِالْوُصُولِ إِلَى الْحِيرَةِ فَلَا يَصِيرُ الْمُسْتَأْجِرُ بِالْعَوْدِ مِنَ
الْقَادِسِيَّةِ إِلَيْهَا مَرْدُودًا إِلَى يَدِ الْمَالِكِ مَعْنَى فَإِنَّهُ لَمَّا كَانَ مُودَعًا مَعْنَى فَهُوَ نَائِبُ الْمَالِكِ
وَالرَّدُّ إِلَى النَّائِبِ رَدٌّ إِلَى الْمَالِكِ مَعْنَى. أَمَّا إِذَا اسْتَأْجَرَهَا ذَاهِبًا وَجَائِيًا كَانَ بِمَنْزِلَةِ الْمُوْدَعِ
إِذَا خَالَفَ ثُمَّ عَادَ إِلَى الْوِفَاقِ.

وَمِنْهُمْ مَنْ أَجْرَى عَلَى الْإِطْلَاقِ وَفَرَّقَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْمُوْدَعِ بِأَنَّ الْمُوْدَعِ مَأْمُورٌ
بِالْحِفْظِ مَقْصُودًا وَهُوَ ظَاهِرٌ، وَكُلُّ مَنْ هُوَ كَذَلِكَ يَتِمَّى مَأْمُورًا بِالْحِفْظِ بَعْدَ الْعَوْدِ إِلَى
الْوِفَاقِ لِقُوَّةِ الْأَمْرِ لِكَوْنِهِ مَقْصُودًا، وَحِينَئِذٍ يَكُونُ الرَّدُّ رَدًّا إِلَى نَائِبِ الْمَالِكِ وَالْمُسْتَأْجِرُ
وَالْمُسْتَعِيرُ مَأْمُورَانِ بِالْحِفْظِ تَبَعًا لِلِاسْتِعْمَالِ لَا مَقْصُودًا، فَإِذَا انْقَطَعَ الِاسْتِعْمَالُ بِالتَّجَاوُزِ
عَنِ الْمَوْضِعِ الْمُسَمَّى انْقَطَعَ مَا هُوَ تَابِعٌ لَهُ وَهُوَ الْحِفْظُ فَلَمْ يَبْقَ نَائِبًا لِيَكُونَ الرَّدُّ رَدًّا إِلَيْهِ،
وَلَا يَبْرَأُ إِلَّا بِالرَّدِّ إِلَى الْمَالِكِ أَوْ نَائِبِهِ. وَتَوْقُضُ بِغَاصِبِ الْغَاصِبِ إِذَا رَدَّ الْمَعْصُوبَ عَلَى
الْغَاصِبِ فَإِنَّهُ يَبْرَأُ وَإِنْ لَمْ يُوجَدْ الرَّدُّ عَلَى أَحَدٍ هَذَيْنِ. وَالْجَوَابُ أَنَّ الرَّدَّ عَلَى أَحَدِهِمَا
يُوجِبُ الْبَرَاءَةَ الْبَتَّةَ، وَلَيْسَ كُلُّ مَا يُوجِبُ الْبَرَاءَةَ يَجِبُ أَنْ يَكُونَ الرَّدُّ عَلَى أَحَدِهِمَا
لِحَوَازِ أَنْ تَحْصُلَ الْبَرَاءَةُ بِسَبَبٍ آخَرَ.

وَالسَّبَبُ فِي غَاصِبِ الْغَاصِبِ هُوَ الرَّدُّ إِلَى مَنْ لَمْ يُوجَدْ مِنْهُ سَبَبُ ضَمَانٍ يَرْتَفِعُ
بِالرَّدِّ عَلَيْهِ ضَمَانُهُ مِنْ قَبْلُ، فَإِنْ قِيلَ: الرَّدُّ إِلَى الْمَالِكِ أَوْ نَائِبِهِ إِزَالَةٌ لِلتَّعَدِّيِّ وَهُوَ يَصْلُحُ
مُتَبَرِّئًا عَنِ الضَّمَانِ، وَالرَّدُّ إِلَى مَنْ لَمْ يُوجَدْ مِنْهُ سَبَبُ ضَمَانٍ يَرْتَفِعُ بِالرَّدِّ عَلَيْهِ ضَمَانُهُ
مِنْ قَبْلُ لَيْسَ كَذَلِكَ فَلَا تُسَلِّمُ صِلَاحِيَّتَهُ لَذَلِكَ. فَالْجَوَابُ أَنَّ الرَّدَّ عَلَى الْغَاصِبِ رَدٌّ عَلَى
مَنْ عَلَيْهِ ضَمَانُ الْغَاصِبِ الْأَوَّلِ، وَتَقَرُّرُ الضَّمَانِ عَلَى الْغَاصِبِ يُوجِبُ سُقُوطَهُ عَنْ
غَاصِبِ الْغَاصِبِ لِثَلَا يَلْزَمُ كَوْنُ الشَّيْءِ مَضْمُونًا بِضَمَانَيْنِ.

قيل: إلحاق العارية بالإجارة بقوله وكذلك العارية وعكسه ليس بمستقيم لثبوت التفرقة بينهما، فإن يد المستأجر كيد المالك حيث يرجع بما يلحقه من الضمان على المالك كالمودع، ومؤنة الرد على المالك كما في الوديعة بخلاف الإعارة. والجواب أن الاتحاد بين الشئيين من كل وجه يرفع التعدد فلا بد من تفرقة ليتحقق الإلحاق، والاتحاد في المناط كاف للإلحاق وهو موجود، فإن المناط هو التجاوز عن المسمى متعدياً ثم الرجوع إليه فيما لم يكن الحفظ فيه مقصوداً وذلك موجوداً فيهما لا محالة. قوله وهذا أي الإجراء على الإطلاق أصح (ومن أكثرى حماراً بسرّج) فاستعمله به موافقة، فإن نزع فيما أن يستعمله بسرّج آخر وإكاف. وكل منهما على قسمين: إما أن يسرّج بسرّج يمثله الحمر أو لا وكذلك الإكاف، فإن أسرج بذلك فلا ضمان عليه، لأنه لما كان مثله تناوله الإذن إذ لا فائدة في التقييد بغيره: أي من حيث المنع: يعني لا فائدة في القول بأن هذا مفيد بأن لا يسرّج بغير هذا السرج الذي عينه صاحبها إذا كان غيره يمثله، وفي بعض النسخ في التقييد بعينه وهو واضح. وقوله (إلا إذا كان زائداً عليه في الوزن) استثناء من قوله فلا ضمان عليه فإن الزائد لم يتناوله الإذن فكان مأذوناً في المسمى غير مأذون في الزيادة، وفي مثله يضمن الزيادة إذا كانت من جنس المسمى وتوضع على الدابة دفعة كما تقدم في الحنطة، وإن أسرج بما لا يسرّج به مثله مثل أن يسرجه بسرّج البرذون ضمن القيمة كلها لأنه لم يتناوله الإذن من جهته فصار مخالفاً (وإن أوكفه بإكاف لا يوكف بمثله الحمر يضمن لما قلنا في السرج) إنه لم يتناوله الإذن (وهذا أولى) لأنه من خلاف جنسه (وإن أوكفه بإكاف يوكف بمثله الحمر يضمن عند أبي حنيفة) ولم يبين مقدار المضمون اتباعاً لرواية الجامع الصغير لأنه لم يذكر فيه أنه ضامن لجميع القيمة ولكنه قال هو ضامن. وذكر في الإجازات يضمن بقدر ما زاد.

فمن المشايخ من قال: ليس في المسألة روايتان، وإنما المطلق محمول على المفسر، ومنهم من قال فيها روايتان: في رواية الإجازات يضمن بقدر ما زاد، وفي رواية الجامع الصغير يضمن جميع القيمة. قال شيخ الإسلام: وهذا أصح. وتكلموا في معنى قول أبي يوسف ومحمد يضمن بحسابه وهو إحدى الروايتين عن أبي حنيفة.

فَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ: الْمُرَادُ الْمِسَاحَةُ حَتَّى إِذَا كَانَ السَّرَجُ يَأْخُذُ مِنْ ظَهْرِ الدَّابَّةِ قَدَرَ شِبْرَيْنِ وَالْإِكَافُ قَدَرَ أَرْبَعَةِ أَشْبَارٍ يَضْمَنُ نِصْفَ قِيَمَتِهَا، وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ: مَعْنَاهُ بِحِسَابِهِ فِي الثَّقَلِ وَالْخِفَّةِ حَتَّى إِذَا كَانَ وَزْنُ السَّرَجِ مَوْنَيْنِ وَالْإِكَافُ سِتَّةَ أَمْثَلٍ يَضْمَنُ ثُلْثِي قِيَمَتِهَا. وَإِلَيْهِ أَشَارَ الْمُصَنِّفُ فِي الدَّلِيلِ حَيْثُ قَالَ (لَأَنَّهُ إِذَا كَانَ يُوكِفُ بِمِثْلِهِ الْحُمْرُ كَانَ هُوَ وَالسَّرَجُ سَوَاءً فَيَكُونُ الْمَالِكُ رَاضِيًا بِهِ، إِلَّا إِذَا كَانَ زَائِدًا عَلَى السَّرَجِ فِي الْوِزْنِ فَيَضْمَنُ الزِّيَادَةَ لَأَنَّهُ لَمْ يَرْضَ بِهَا فَصَارَ كَالزِّيَادَةِ فِي الْحِمْلِ الْمُسَمَّى إِذَا كَانَ مِنْ جِنْسِهِ، وَلَأَبْيَ حَيْفَةً أَنَّ الْإِكَافَ لَيْسَ مِنْ جِنْسِ السَّرَجِ لَأَنَّهُ لِلْحِمْلِ وَالسَّرَجِ لِلرُّكُوبِ، وَيَنْبَسِطُ أَحَدُهُمَا عَلَى الظَّهْرِ أَكْثَرَ مِنَ الْآخَرِ) فَصَارَ كَمَا لَوْ سَمِيَ حِنْطَةً وَحَمَلَ بَوَازِنَهَا شَعِيرًا فَإِنَّهُ يَضْمَنُ لِأَنَّ الشَّعِيرَ يَنْبَسِطُ عَلَى ظَهْرِ الدَّابَّةِ أَكْثَرَ مِنَ الْحِنْطَةِ (فَكَانَ مُخَالَفًا) وَقَوْلُهُ (كَمَا إِذَا حَمَلَ الْحَدِيدَ وَقَدْ شَرَطَ لَهُ الْحِنْطَةَ) فِيهِ نَظَرٌ، لَأَنَّهُ عَكْسُ مَا نَحْنُ فِيهِ مِنَ الْمَثَالِ، إِلَّا إِذَا جَعَلَ ذَلِكَ مَثَالًا لِلْمُخَالَفَةِ فَقَطْ مِنْ غَيْرِ نَظَرٍ إِلَى الْإِنْسِاطِ وَعَدَمِهِ.

قَالَ: (وَإِنْ اسْتَأْجَرَ حَمَلًا لِيَحْمِلَ لَهُ طَعَامًا فِي طَرِيقٍ كَذَا فَآخَذَ فِي طَرِيقٍ غَيْرِهِ يَسْلُكُهُ النَّاسُ فَهَلْكَ الْمَتَاعُ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ، وَإِنْ بَلَغَ فَلَهُ الْأَجْرُ) وَهَذَا إِذَا لَمْ يَكُنْ بَيْنَ الطَّرِيقَيْنِ تَفَاوُتٌ؛ لِأَنَّ عِنْدَ ذَلِكَ التَّقْيِيدِ غَيْرُ مُفِيدٍ، أَمَّا إِذَا كَانَ تَفَاوُتٌ يَضْمَنُ لَصِحَّةِ التَّقْيِيدِ فَإِنَّ التَّقْيِيدَ مُفِيدٌ إِلَّا أَنْ الظَّاهِرَ عَدَمُ التَّفَاوُتِ إِذَا كَانَ طَرِيقًا يَسْلُكُهُ النَّاسُ فَلَمْ يَفْصَلْ (وَإِنْ كَانَ طَرِيقًا لَا يَسْلُكُهُ النَّاسُ فَهَلْكَ ضَمِنْ)؛ لِأَنَّهُ صَحَّ التَّقْيِيدُ فَصَارَ مُخَالَفًا (وَإِنْ بَلَغَ فَلَهُ الْأَجْرُ)؛ لِأَنَّهُ ارْتَفَعَ الْخِلَافُ مَعْنَى، وَإِنْ بَقِيَ صُورَةٌ. قَالَ: (وَإِنْ حَمَلَهُ فِي الْبَحْرِ فِيمَا يَحْمِلُهُ النَّاسُ فِي الْبَرِّ ضَمِنْ) لَفُحْشِ التَّفَاوُتِ بَيْنَ الْبَرِّ وَالْبَحْرِ (وَإِنْ بَلَغَ فَلَهُ الْأَجْرُ) لِحُصُولِ الْمَقْصُودِ وَارْتِفَاعِ الْخِلَافِ مَعْنَى.

الشرح:

(وَمَنْ اسْتَأْجَرَ حَمَلًا لِيَحْمِلَ لَهُ طَعَامًا فِي طَرِيقٍ كَذَا فَسَلَّكَ غَيْرَهُ) فَلَا يَخْلُو إِمَّا أَنْ يَكُونَ مَا سَلَّكَهُ مِمَّا يَسْلُكُهُ النَّاسُ أَوْ لَا فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ، فَإِمَّا أَنْ يَكُونَ بَيْنَ الطَّرِيقَيْنِ تَفَاوُتٌ بَأَن يَكُونَ أَحَدُهُمَا أَوْعَرَ أَوْ أَخْوَفَ أَوْ نَحْوَ ذَلِكَ أَوْ لَا، فَإِنْ كَانَ الثَّانِي فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ لِأَنَّ التَّقْيِيدَ إِذْ ذَاكَ غَيْرُ مُفِيدٍ، وَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ ضَمِنْ لَصِحَّةِ التَّقْيِيدِ لِكَوْنِهِ مُفِيدًا. فَإِنْ قِيلَ: مُحَمَّدٌ أَطْلَقَ الرُّوَايَةَ لَأَنَّهُ لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ فِيمَا إِذَا أَخَذَ فِي

الطَّرِيقِ الَّذِي يَسْلُكُهُ النَّاسُ وَلَمْ يُفَيْدْ فِي هَذَا التَّفْصِيلِ. أَجَابَ بِقَوْلِهِ (إِلَّا أَنْ الظَّاهِرَ عَدَمُ التَّفَاوُتِ إِذَا كَانَ الطَّرِيقُ يَسْلُكُهُ النَّاسُ فَلَمْ يَفْصِلْ) وَإِنْ كَانَ الثَّانِي: أَعْنِي مَا لَا يَسْلُكُهُ النَّاسُ فَهَلْكَ ضَمِنَ لَصِحَّةِ التَّقْيِيدِ فَصَارَ مُخَالَفًا، وَإِذَا بَلَغَ فَلَهُ الْأَجْرُ لِأَنَّهُ ارْتَفَعَ الْخِلَافُ مَعْنَى وَإِنْ بَقِيَ صُورَةٌ (وَإِنْ حَمَلَهُ فِي الْبَحْرِ فِيمَا يَحْمِلُهُ النَّاسُ فِي الْبَرِّ ضَمِنَ لَفُحْشِ التَّفَاوُتِ بَيْنَ الْبَرِّ وَالْبَحْرِ) حَتَّى أَنْ لِلْمُودَعِ أَنْ يُسَافِرَ الْوَدِيعَةَ فِي طَرِيقِ الْبَرِّ دُونَ الْبَحْرِ (فَإِنْ بَلَغَ فَلَهُ الْأَجْرُ) لِأَنَّهُ ارْتَفَعَ الْخِلَافُ بِحُصُولِ الْمَقْصُودِ وَارْتِفَاعِ الْخِلَافِ مَعْنَى وَإِنْ بَقِيَ صُورَةٌ.

قَالَ: (وَمَنْ اسْتَأْجَرَ أَرْضًا؛ لِيَزْرَعَهَا حِنْطَةً فَزَرَعَهَا رُطْبَةً ضَمِنَ مَا نَقَصَهَا) لِأَنَّ الرُّطَابَ أَضَرُّ بِالْأَرْضِ مِنَ الْحِنْطَةِ لِانْتِشَارِ عُروِقِهَا فِيهَا وَكَثْرَةِ الْحَاجَةِ إِلَى سَقْيِهَا فَكَانَ خِلَافًا إِلَى شَرِّ فَيُضْمَنُ مَا نَقَصَهَا (وَلَا أَجْرَ لَهُ)؛ لِأَنَّهُ غَاصِبٌ لِلْأَرْضِ عَلَى مَا قَرَّرْنَاهُ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ اسْتَأْجَرَ أَرْضًا لِيَزْرَعَهَا حِنْطَةً إلخ) وَمَنْ اسْتَأْجَرَ أَرْضًا لِرِزَاعَةِ شَيْءٍ فَزَرَعَ مِثْلَهُ فِي الضَّرَرِ بِالْأَرْضِ وَمَا هُوَ أَقْلُ مِنْهُ يُوجِبُ الْأَجْرَ لِأَنَّهُ مُوَافَقَةٌ أَوْ مُخَالَفَةٌ إِلَى خَيْرٍ وَزَرَعَ مَا هُوَ أَضَرُّ بِهَا كَالرُّطَابِ فَيَمْنُ اسْتَأْجَرَهَا لِرِزَاعَةِ الْحِنْطَةِ فَخَالَفَهُ إِلَى شَيْءٍ يَصِيرُ بِهِ الْمُسْتَأْجِرُ غَاصِبًا فَيَجِبُ عَلَيْهِ ضَمَانُ مَا نَقَصَ، وَيَسْقُطُ الْأَجْرُ لِأَنَّ الْأَجْرَ وَالضَّمَانَ لَا يَجْتَمِعَانِ إِذَا الْأَجْرُ يَسْتَلْزِمُ عَدَمَ التَّعَدِّي وَالضَّمَانُ يَسْتَلْزِمُهُ وَتَنَافِي اللَّوْازِمِ يَدُلُّ عَلَى تَنَافِي الْمَلْزُومَاتِ

قَالَ: (وَمَنْ دَفَعَ إِلَى خِيَّاطٍ ثَوْبًا لِيَخِيْطَهُ قَمِيصًا بِدِرْهَمٍ فَخَاطَهُ قَبَاءً، فَإِنْ شَاءَ ضَمِنَهُ قِيَمَةَ الثَّوْبِ، وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ الْقَبَاءَ وَأَعْطَاهُ أَجْرَ مِثْلِهِ لَا يُجَاوِزُ بِهِ دِرْهَمًا) قِيلَ: مَعْنَاهُ الْقَرْطَفُ الَّذِي هُوَ ذُو طَاقٍ وَاحِدٍ؛ لِأَنَّهُ يُسْتَعْمَلُ اسْتِعْمَالُ الْقَمِيصِ، وَقِيلَ هُوَ مُجْرَى عَلَى إِطْلَاقِهِ؛ لِأَنَّهُمَا يَتَقَارِبَانِ فِي الْمَنْفَعَةِ. وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ يُضْمَنُ مِنْ غَيْرِ خِيَارٍ؛ لِأَنَّ الْقَبَاءَ خِلَافُ جِنْسِ الْقَمِيصِ. وَوَجْهُ الظَّاهِرِ أَنَّهُ قَمِيصٌ مِنْ وَجْهِ؛ لِأَنَّهُ يُشَدُّ وَسَطُهُ، فَمِنْ هَذَا الْوَجْهِ يَكُونُ مُخَالَفًا؛ لِأَنَّ الْقَمِيصَ لَا يُشَدُّ وَيُنْتَفَعُ بِهِ انْتِفَاعُ الْقَمِيصِ فَجَاءَتْ الْمَوَافَقَةُ وَالْمُخَالَفَةُ فَيَمِيلُ إِلَى أَيِّ الْجِهَتَيْنِ شَاءَ، إِلَّا أَنَّهُ يَجِبُ أَجْرُ الْمِثْلِ لِقُصُورِ جِهَةِ الْمَوَافَقَةِ، وَلَا يُجَاوِزُ بِهِ الدِّرْهَمَ الْمُسَمَّى كَمَا هُوَ الْحُكْمُ فِي سَائِرِ الْإِجَارَاتِ الْفَاسِدَةِ عَلَى مَا ثَبَّتْنَاهُ فِي

بَابِهِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى. وَلَوْ خَاطَهُ سَرَاوِيلٌ وَقَدْ أَمَرَ بِالْقَبَاءِ قِيلَ يَضْمَنُ مِنْ غَيْرِ خِيَارٍ لِلتَّفَاوُتِ فِي الْمَنْفَعَةِ، وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ يُخَيَّرُ لِلاتِّحَادِ فِي أَصْلِ الْمَنْفَعَةِ، وَصَارَ كَمَا إِذَا أَمَرَ بِضَرْبِ طَسْتٍ مِنْ شَبْتٍ فَضَرْبَ مِنْهُ كُوزًا، فَإِنَّهُ يُخَيَّرُ كَذَا هَذَا، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: «وَمَنْ دَفَعَ إِلَى خِيَّاطٍ ثَوْبًا» ظَاهِرٌ وَقَوْلُهُ (وَيَنْتَفِعُ بِهِ انْتِفَاعُ الْقَمِيصِ يُرِيدُ بِهِ سِتْرَ الْعَوْرَةِ وَدَفَعَ الْحَرَّ وَالْبَرْدَ). وَقَوْلُهُ (لِقُصُورِ جِهَةِ الْمَوَافَقَةِ) لِأَنَّ صَاحِبَ الثَّوْبِ رَضِيَ بِالْمُسَمَّى مُقَابِلًا بِخِيَّاطَةِ الْقَمِيصِ دُونَ الْقَبَاءِ وَالْبَاقِي ظَاهِرٌ.

باب الإجارة الفاسدة

قَالَ: (الإِجَارَةُ تُفْسِدُهَا الشُّرُوطُ كَمَا تُفْسِدُ الْبَيْعُ)؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَتِهِ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ عَقْدٌ يُقَالُ وَيُفْسَخُ (وَالْوَاجِبُ فِي الإِجَارَةِ الْفَاسِدَةِ أَجْرُ الْمِثْلِ لَا يُجَاوِزُ بِهِ الْمُسَمَّى) وَقَالَ زُفَرٌ وَالشَّافِعِيُّ: يَجِبُ بِالْعَا مَا بَلَغَ اعْتِبَارًا بِبَيْعِ الْأَعْيَانِ. وَلَنَا أَنَّ الْمَنَافِعَ لَا تَتَقَوَّمُ بِنَفْسِهَا بَلْ بِالْعَقْدِ لِحَاجَةِ النَّاسِ فَيَكْتَفَى بِالضَّرُورَةِ فِي الصَّحِيحِ مِنْهَا، إِلَّا أَنَّ الْفَاسِدَ تَبَعَ لَهُ، وَيُعْتَبَرُ مَا يُجْعَلُ بَدَلًا فِي الصَّحِيحِ عَادَةً، لَكِنَّهُمَا إِذَا اتَّفَقَا عَلَى مِقْدَارٍ فِي الْفَاسِدِ فَقَدْ أَسْقَطَا الزِّيَادَةَ، وَإِذَا نَقَصَ أَجْرُ الْمِثْلِ لَمْ يَحِبْ زِيَادَةُ الْمُسَمَّى لِفَسَادِ التَّسْمِيَةِ، بِخِلَافِ الْبَيْعِ؛ لِأَنَّ الْعَيْنَ مُتَقَوِّمَةٌ فِي نَفْسِهَا وَهِيَ الْمَوْجِبُ الْأَصْلِيُّ، فَإِنْ صَحَّتِ التَّسْمِيَةُ انْتَقَلَ عَنْهُ وَإِلَّا فَلَا.

الشرح:

(بَابُ الإِجَارَةِ الْفَاسِدَةِ): تَأْخِيرُ الإِجَارَةِ الْفَاسِدَةِ عَنْ صَحِيحِهَا لَا يَحْتَاجُ إِلَى مَعْذَرَةٍ لَوْ قُوعَهَا فِي مَحَلِّهَا. قَالَ (الإِجَارَةُ تُفْسِدُهَا الشُّرُوطُ) تُفْسِدُ الإِجَارَةَ بِالشُّرُوطِ الَّتِي فَسَادُ الْبَيْعِ بِهَا لِأَنَّهَا بِمَنْزِلَتِهِ فِي كَوْنِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَقْبَلُ الْإِقَالَةَ وَالْفَسْخَ، وَالْوَاجِبُ فِي الإِجَارَةِ الَّتِي فَسَدَتْ بِالشُّرُوطِ الْأَقْلُ مِنْ أَجْرِ الْمِثْلِ وَالْمُسَمَّى، وَإِنَّمَا جَعَلْتُ اللَّامَ فِي قَوْلِهِ فِي الإِجَارَةِ الْفَاسِدَةِ لِلْعَهْدِ كَمَا رَأَيْتُ لِسِيَاقِ الْكَلَامِ وَدَفَعًا لِمَا قِيلَ الْأَقْلُ مِنَ الْأَجْرِ وَالْمُسَمَّى إِنَّمَا يَجِبُ إِذَا فَسَدَتْ بِشَرْطٍ، أَمَّا إِذَا فَسَدَتْ لَجَهَالَةِ الْمُسَمَّى أَوْ لِعَدَمِ التَّسْمِيَةِ وَجَبَ أَجْرُ الْمِثْلِ بِالْعَا مَا بَلَغَ تَقْلُهُ فِي النَّهَايَةِ عَنْ الذَّخِيرَةِ وَالْمُعْنَى وَقَتَاوَى قَاضِي خَانَ.

وَقَالَ زُفَرٌ وَالشَّافِعِيُّ رَحِمَهُمَا اللَّهُ: يَجِبُ بِالْعَا مَا بَلَغَ اعْتِبَارًا بِبَيْعِ الْأَعْيَانِ، فَإِنْ

الْبَيْعَ إِذَا فَسَدَ وَجَبَ الْقِيَمَةُ بِالْعَةِ مَا بَلَغَتْ، وَهَذَا بِنَاءٌ عَلَى أَنَّ الْمَنَافِعَ عِنْدَهُ كَالْأَعْيَانِ.
وَلَنَا أَنَّ تَقْوَمَ الْمَنَافِعَ ضَرُورَةُ دَفْعِ الْحَاجَةِ بِالْعَقْدِ، وَالضَّرُورِيُّ يُتَقَدَّرُ بِقَدْرِ
الضَّرُورَةِ، وَالضَّرُورَةُ تُنْذِفُ بِالصَّحِيحَةِ فَيَكْتَفَى بِهَا. وَهَذَا كَمَا تَرَى يَقْتَضِي عَدَمَ اعْتِبَارِ
الْإِجَارَةِ الْفَاسِدَةِ، إِلَّا أَنَّ الْفَاسِدَةَ تَبِعَ لِلصَّحِيحَةِ فَيُثْبِتُ فِيهَا مَا يَثْبِتُ فِي الصَّحِيحَةِ عَادَةً
وَهُوَ قَدْرُ أَجْرِ الْمِثْلِ، وَهَذَا يَقْتَضِي لُزُومَ الْأَجْرِ الْمُسَمَّى بِالْعَا مَا بَلَغَ لَكُثُمَا إِذَا اتَّفَقَا
عَلَى مَقْدَارٍ فِي الْفَاسِدِ سَقَطَتْ الزِّيَادَةُ وَهَذَا يَقْتَضِي لُزُومَ الْأَجْرِ الْمُسَمَّى بِالْعَا مَا بَلَغَ،
لَكِنْ لَمَّا كَانَتْ التَّسْمِيَةُ فَاسِدَةً لَمْ يَجِبْ مِنَ الْمُسَمَّى مَا زَادَ عَلَى أَجْرِ الْمِثْلِ فَاسْتَقَرَّ
الْوَاجِبُ عَلَى مَا هُوَ الْأَقْلُ مِنْ أَجْرِ الْمِثْلِ وَالْمُسَمَّى، بِخِلَافِ الْبَيْعِ فَإِنَّ الْعَيْنَ مُتَقَوِّمٌ فِي
نَفْسِهِ، وَهُوَ أَيْ الْقِيَمَةُ هُوَ الْمَوْجِبُ الْأَصْلِيُّ، وَإِنَّمَا ذِكْرُهُ لِتَذْكِيرِ الْخَبَرِ، فَإِنْ صَحَّتْ
التَّسْمِيَةُ انْتَقَلَ عَنْهُ وَإِلَّا فَلَا.

قَالَ: (وَمَنْ اسْتَأْجَرَ دَارًا كُلَّ شَهْرٍ بِدِرْهَمٍ فَالْعَقْدُ صَحِيحٌ فِي شَهْرٍ وَاحِدٍ فَاسِدٌ فِي
بَقِيَّةِ الشُّهُورِ، إِلَّا أَنْ يُسَمَّى جُمْلَةً شُهُورٍ مَعْلُومَةٍ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ أَنَّ كَلِمَةَ كُلِّ إِذَا دَخَلَتْ
فِيمَا لَا نِهَايَةَ لَهُ تَنْصَرِفُ إِلَى الْوَاحِدِ لِتَعَذُّرِ الْعَمَلِ بِالْعُمُومِ فَكَانَ الشَّهْرُ الْوَاحِدُ مَعْلُومًا
فَصَحَّ الْعَقْدُ فِيهِ، وَإِذَا تَمَّ كَانَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنْ يَنْقُضَ الْإِجَارَةَ لِانْتِهَاءِ الْعَقْدِ
الصَّحِيحِ (وَلَوْ سَمِيَ جُمْلَةً شُهُورٍ مَعْلُومَةٍ جَازًا؛ لِأَنَّ الْمُدَّةَ صَارَتْ مَعْلُومَةً. قَالَ (وَأِنْ سَكَنَ
سَاعَةً مِنَ الشَّهْرِ الثَّانِي صَحَّ الْعَقْدُ فِيهِ وَلَمْ يَكُنْ لِلْمُؤَجَّرِ أَنْ يُخْرِجَهُ إِلَى أَنْ يَنْقَضِيَ،
وَكَذَلِكَ كُلُّ شَهْرٍ سَكَنَ فِي أَوَّلِهِ سَاعَةً؛ لِأَنَّهُ تَمَّ الْعَقْدُ بِتَرَاضِيهِمَا بِالسُّكْنَى فِي الشَّهْرِ
الثَّانِي، إِلَّا أَنَّ الَّذِي ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ هُوَ الْقِيَاسُ، وَقَدْ مَالَ إِلَيْهِ بَعْضُ الْمَشَايِخِ، وَظَاهِرُ
الرُّوَايَةِ أَنْ يَبْقَى الْخِيَارُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فِي اللَّيْلَةِ الْأُولَى مِنَ الشَّهْرِ الثَّانِي وَيَوْمِهَا؛ لِأَنَّ
فِي اعْتِبَارِ الْأَوَّلِ بَعْضَ الْحَرَجِ.

الشرح:

(وَمَنْ اسْتَأْجَرَ دَارًا كُلَّ شَهْرٍ بِدِرْهَمٍ صَحَّ فِي شَهْرٍ وَاحِدٍ إِلَّا أَنْ يُسَمَّى جُمْلَةً
الشُّهُورِ) مِثْلُ أَنْ يَقُولَ عَشْرَةَ أَشْهُرٍ كُلُّ شَهْرٍ بِدِرْهَمٍ (لِأَنَّ الْأَصْلَ أَنَّ كَلِمَةَ كُلِّ إِذَا
دَخَلَتْ فِيمَا لَا نِهَايَةَ لَهُ تَنْصَرِفُ إِلَى الْوَاحِدِ لِتَعَذُّرِ الْعَمَلِ بِالْعُمُومِ) لِأَنَّ جُمْلَةَ الشُّهُورِ
مَجْهُولَةٌ وَالبَعْضُ مِنْهَا غَيْرُ مَحْضُورٍ كَذَلِكَ وَمَحْضُورًا تَرْجِيحُ بِلَا مَرْجَحٍ (وَالْوَاحِدُ مِنْهَا

مَعْلُومٌ) مُتَيَقَّنٌ فَصَحَّ الْعَقْدُ فِيهِ، وَإِذَا تَمَّ الشَّهْرُ كَانَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنْ يُنْقِضَ
الْإِجَارَةَ لَانْتِهَاءِ الْعَقْدِ الصَّحِيحِ) وَهَلْ يَلْزَمُ أَنْ يَكُونَ النِّقْضُ بِمَحْضَرِ الْآخَرِ أَوْ لَا؟.

اختلف المشايخ فيه، فمنهم من يقول إنه لا يصح من غير محضر صاحبه على
قول أبي حنيفة ومحمد، ويصح على قول أبي يوسف ومنهم من يقول إنه لا يصح
بغير محضره بلا خلاف، ووجه ذلك مذکور في المطولات (فإن سكن ساعة من
الشهر الثاني صح العقد فيه) أيضاً (ولم يكن للمؤجر أن يخرجته إلى أن ينقضي الشهر،
وكذا كل شهر سكن في أوله لأنه تم العقد فيه بتراضيهما بالسكنى في أوله، إلا أن
الذي ذكره في الكتاب) أي القدوري (هو القياس، وإليه مال بعض المتأخرين، وظاهر
الرواية أن ينقضي الخيار لكل واحد منهما في الليلة الأولى ويومها من الشهر الثاني، لأن
في اعتبار الأول بعض الحرج) واختلفوا في كيفية الفسخ في رأس الشهر الثاني بناءً
على أن رأسه عبارة عن الساعة التي يهل فيها الهلال، فكما أهل مضى رأس الشهر
والفسخ بعد ذلك فسخ بعد مضي مدة الخيار. وقيل ذلك فسخ قبل مجيء وقته
وكلاهما لا يجوز. وذكروا لذلك طرقاً ثلاثة: منها أن يقول الذي يريد به الفسخ في
خلال الشهر فسخت العقد رأس الشهر فيفسخ العقد إذا أهل الهلال فيكون هذا
فسخاً مضافاً إلى رأس الشهر، وعقد الإجارة يصح مضافاً فكذا فسخه.

قال: (وإن استأجر داراً سنة بعشرة دراهم جاز وإن لم يبين قسط كل شهر من
الأجرة)؛ لأن المدة معلومة بدون التقسيم فصار كإجارة شهر واحد فإنه جائز وإن لم
يبين قسط كل يوم، ثم يعتبر ابتداء المدة مما سمى وإن لم يسم شيئاً فهو من الوقت
الذي استأجره؛ لأن الأوقات كلها في حق الإجارة على السواء فأشبهه اليمين، بخلاف
الصوم؛ لأن الليالي ليست بمحل له (ثم إن كان العقد حين يهل الهلال فشهور السنة
كلها بالأهلية)؛ لأنها هي الأصل (وإن كان في أثناء الشهر فالحال بالأيام) عند أبي
حنيفة وهو رواية عن أبي يوسف. وعند محمد وهو رواية عن أبي يوسف الأول بالأيام
والباقى بالأهلية؛ لأن الأيام يصار إليها ضرورة، والضرورة في الأول منها. وله أنه متى
تم الأول بالأيام ابتداء الثاني بالأيام ضرورة وهكذا إلى آخر السنة، ونظيره العدة وقد مر
في الطلاق.

الشرح:

(فَإِنْ اسْتَأْجَرَ دَارًا سَنَةً بَعَشْرَةَ ذَرَاهِمَ صَحَّ وَإِنْ لَمْ يُبَيِّنْ قِسْطَ كُلِّ شَهْرٍ مِنَ الْأَجْرَةِ لِأَنَّ الْمُدَّةَ مَعْلُومَةٌ بِدُونِ التَّقْسِيمِ فَصَارَ كِاجَارَةِ شَهْرٍ وَاحِدٍ وَيُعْتَبَرُ ابْتِدَاءُ الْمُدَّةِ مِمَّا سَمَّاهُ) بِأَنْ يَقُولَ مِنْ شَهْرٍ رَجَبٍ مِنْ هَذِهِ السَّنَةِ مَثَلًا (وَإِنْ لَمْ يُسَمِّ شَيْئًا فَهُوَ مِنَ الْوَقْتِ الَّذِي اسْتَأْجَرَهُ لِأَنَّ الْأَوْقَاتِ كُلَّهَا فِي حَقِّ الْإِجَارَةِ سَوَاءٌ) لِذِكْرِ الشَّهْرِ مَنْكُورًا وَفِي مِثْلِهِ يَتَعَيَّنُ الزَّمَانُ الَّذِي يَتَعَقَّبُ السَّبَبُ (كَمَا فِي الْأَيْمَانِ) كَمَا إِذَا حَلَفَ لَا يُكَلِّمُ فَلَانًا شَهْرًا بِدَلَالَةِ الْحَالِ، لِأَنَّ الظَّاهِرَ مِنْ حَالِ الْعَاقِلِ أَنْ يَفْصِدَ صِحَّةَ الْعَقْدِ وَصِحَّتُهُ بِذَلِكَ لِتَعَيُّنِهِ بَعْدَ الْمُرَاحِمِ (بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ لِلَّهِ عَلَيَّ أَنْ أَصُومَ شَهْرًا) حَيْثُ لَا يَتَعَيَّنُ الشَّهْرُ الَّذِي يَتَعَقَّبُ نَذْرُهُ مَا لَمْ يُعَيِّنْهُ، لِأَنَّ الْأَوْقَاتِ كُلَّهَا لَيْسَتْ فِيهِ عَلَى السَّوَاءِ (لِأَنَّ اللَّيَالِي لَيْسَتْ بِمَحَلٍّ لَهُ) تَوْضِيحُهُ أَنَّ الشَّرُوعَ فِي الصَّوْمِ لَا يَكُونُ إِلَّا بِعَزِيمَةٍ مِنْهُ وَرَبَّمَا لَا يَقْتَرِنُ ذَلِكَ بِالسَّبَبِ (ثُمَّ إِنْ كَانَ الْعَقْدُ حِينَ يُهْلُ الْهَلَالُ) عَلَى بِنَاءِ الْمَفْعُولِ أَيْ يُنْصَرُ (فَشُهُورُ السَّنَةِ كُلُّهَا بِالْأَهْلَةِ لِأَنَّهَا الْأَصْلُ) فِي الشُّهُورِ الْعَرَبِيَّةِ، فَمَهْمَا كَانَ الْعَمَلُ بِهِ مُمَكِّنًا لَا يُصَارُ إِلَى غَيْرِهِ (وَإِنْ كَانَ فِي أَثْنَاءِ الشَّهْرِ فَالْكُلُّ بِالْأَيَّامِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَهُوَ رَوَايَةٌ عَنْ أَبِي يُوسُفَ) ثَلَاثُمِائَةٍ وَسِتِّينَ يَوْمًا (وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ وَهُوَ رَوَايَةٌ عَنْ أَبِي يُوسُفَ) أَنَّ الْأَوَّلَ بِالْأَيَّامِ وَالْبَاقِيَ بِالْأَهْلَةِ) فَيَكُونُ أَحَدَ عَشَرَ شَهْرًا بِالْهَلَالِ وَشَهْرًا بِالْأَيَّامِ يُكْمَلُ مَا بَقِيَ مِنَ الشَّهْرِ الْأَوَّلِ مِنَ الشَّهْرِ الْآخِرِ (لِأَنَّ الْأَيَّامَ يُصَارُ إِلَيْهَا ضَرُورَةً وَالضَّرُورَةُ فِي الْأَوَّلِ مِنْهَا) فَلَا يَتَعَدَّى إِلَى غَيْرِهِ (وَلَأَبِي حَنِيفَةَ أَنْ تَمَامَ الْأَوَّلِ وَاجِبٌ ضَرُورَةٌ تَسْمِيَّتُهُ شَهْرًا، وَتَمَامُهُ إِنَّمَا يَكُونُ بِبَعْضِ الثَّانِي، فَإِذَا تَمَّ الْأَوَّلُ بِالْأَيَّامِ ابْتَدَأَ الثَّانِي بِالْأَيَّامِ ضَرُورَةً وَهَكَذَا إِلَى آخِرِ السَّنَةِ، وَتَطْبِيقُهُ الْعِدَّةُ وَقَدْ مَرَّ فِي الطَّلَاقِ).

قَالَ صَاحِبُ النَّهَائَةِ: هَذِهِ حَوَالَةُ غَيْرِ رَاجِعَةٍ، فَإِنْ مِثْلُ هَذَا الْاِخْتِلَافِ عَلَى أَنَّ الْأَشْهُرَ كُلَّهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ بِالْأَيَّامِ وَعِنْدَهُمَا الْبَاقِي بَعْدَ الْأَوَّلِ وَالْآخِرِ بِالْأَشْهُرِ لَمْ يَمَرَّ فِي الطَّلَاقِ وَمَا يَتَعَلَّقُ بِهِ وَهُوَ سَهْوٌ مِنْهُ، لِأَنَّ الْمُصَنِّفَ قَالَ فِي كِتَابِ الطَّلَاقِ: ثُمَّ إِنْ كَانَ الطَّلَاقُ بِالْأَهْلَةِ فِي أَوَّلِ الشَّهْرِ تُعْتَبَرُ الشُّهُورُ بِالْأَهْلَةِ، وَإِنْ كَانَ فِي وَسْطِهِ فَبِالْأَيَّامِ فِي حَقِّ التَّفْرِيقِ وَفِي حَقِّ الْعِدَّةِ كَذَلِكَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَعِنْدَهُمَا يُكْمَلُ الْأَوَّلُ بِالْآخِرِ وَالتَّوَسُّطَانِ بِالْأَهْلَةِ وَهِيَ مَسْأَلَةُ الْإِجَارَاتِ.

قال: (وَيَجُوزُ أَخْذُ أَجْرَةِ الْحَمَامِ وَالْحَجَامِ) أَمَّا الْحَمَامُ فَلْتَعَارَفِ النَّاسَ وَلَمْ تُعْتَبَرْ الْجَهَالَةُ لِإِجْمَاعِ الْمُسْلِمِينَ. قَالَ: عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «مَا رَأَهُ الْمُسْلِمُونَ حَسَنًا فَهُوَ عِنْدَ اللَّهِ حَسَنٌ»^(١) وَأَمَّا الْحَجَامُ فَلَمَّا رُويَ «أَنَّهُ ﷺ احْتَجَمَ وَأَعْطَى الْحَجَامَ الْأَجْرَةَ»^(٢) وَلِأَنَّهُ اسْتِجَارَ عَلَى عَمَلٍ مَعْلُومٍ بِأَجَرٍ مَعْلُومٍ فَيَقَعُ جَائِزًا.

الشرح:

قال (وَيَجُوزُ أَخْذُ أَجْرَةِ الْحَمَامِ وَالْحَجَامِ إلخ) اسْتِجَارُ الْحَمَامِ وَالْحَجَامِ وَأَخْذُ أَجْرَتِهِمَا جَائِزٌ، أَمَّا الْحَمَامُ فَلَجَرَيَانِ الْعُرْفِ بِذَلِكَ وَالْقِيَاسُ عَدَمُ الْجَوَازِ لِلْجَهَالَةِ وَلَكِنَّهُ تُرِكَ لِإِجْمَاعِ الْمُسْلِمِينَ. قَالَ ﷺ: «مَا رَأَهُ الْمُسْلِمُونَ حَسَنًا فَهُوَ عِنْدَ اللَّهِ حَسَنٌ» وَأَمَّا الْحَجَامُ فَلَمَّا رُويَ «أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ احْتَجَمَ وَأَعْطَى الْحَجَامَ الْأَجْرَةَ» وَلِأَنَّهُ اسْتِجَارَ عَلَى عَمَلٍ مَعْلُومٍ بِأَجَرٍ مَعْلُومٍ بِمَا مَنَعَ مَعْلُومٍ فَيَقَعُ جَائِزًا، وَإِنَّمَا ذَكَرَهُمَا فِي الْإِجَارَةِ الْفَاسِدَةِ مَعَ كَوْنِهِ جَائِزًا لِأَنَّ لِبَعْضِ النَّاسِ فِيهِ خِلَافًا، فَإِنَّ بَعْضَ الْعُلَمَاءِ كَرِهَ غَلَّةَ الْحَمَامِ آخِذًا بِظَاهِرِ قَوْلِهِ ﷺ: «الْحَمَامُ شَرُّ بَيْتٍ» وَمِنْهُمْ مَنْ فَصَلَ بَيْنَ حَمَامِ الرِّجَالِ وَحَمَامِ النِّسَاءِ فَكَرِهَ اتِّخَاذَ الْحَمَامِ لِلنِّسَاءِ لِأَنَّهُنَّ نُهَيْنَ عَنِ الْبُرُوزِ وَأُمِرْنَ بِالْقِرَارِ. وَرُويَ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ حَنْبَلٍ أَنَّهُ لَمْ يُبَيِّحْ أَجْرَةَ الْحَجَامِ، وَكَرِهَ كَسْبَهُ عُمَانًا وَأَبُو هُرَيْرَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا وَالْحَسَنُ وَالتَّحِيُّ رَحِمَهُمَا اللَّهُ. وَرَوَى أَبُو هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «إِنَّ مِنَ السُّخْتِ عَسْبَ التَّيْسِ وَمَهْرَ الْبَغِيِّ وَكَسْبَ الْحَجَامِ»^(٣) وَالصَّحِيحُ عِنْدَ عَامَّةِ الْعُلَمَاءِ أَنَّهُ لَا بَأْسَ بِاتِّخَاذِ الْحَمَامِ لِلرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ جَمِيعًا لِلْحَاجَةِ، وَالْحَاجَةُ فِي حَقِّ النِّسَاءِ أَظْهَرُ لِأَنَّ الْمَرْأَةَ تَحْتَاجُ إِلَى الْاِغْتِسَالِ عَنِ الْجَنَابَةِ وَالْحَيْضِ وَالنَّفَاسِ، وَلَا تَتِمَّكُنُ مِنْ ذَلِكَ فِي الْأَنْهَارِ وَالْحِيَاضِ تَتِمَّكُنُ الرِّجَالُ، وَقَدْ صَحَّ «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ دَخَلَ حَمَامَ الْجُحْفَةِ». وَتَأْوِيلُ مَا رُويَ مِنَ الْكَرَاهَةِ هُوَ أَنَّ يَدْخُلُ مَكْشُوفَ الْعَوْرَةِ، فَأَمَّا بَعْدَ التَّسْتُرِ فَلَا بَأْسَ بِالْادْخُولِ، وَلَا كَرَاهَةٌ فِي غَلَّتِهِ كَمَا لَا كَرَاهَةٌ فِي غَلَّةِ الدُّورِ وَالْحَوَانِيتِ. وَالنَّهْيُ فِي كَسْبِ الْحَجَامِ قَدْ اتَّسَخَّ بِمَا ذُكِرَ فِي آخِرِ حَدِيثِ أَبِي هُرَيْرَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ

(١) قال الزيلعي في نصب الراية (٣٢٣/٤): غريب مرفوعا، ولم أجده إلا موقوفا على ابن مسعود.

(٢) أخرجه البخاري في الإجارة باب ١٨، ومسلم في المساقاة (٦٥).

(٣) قال الزيلعي في نصب الراية (٣٢٥/٤): غريب بهذا اللفظ.

«فَأَتَاهُ رَجُلٌ مِنَ الْأَنْصَارِ فَقَالَ: إِنَّ لِي نَاضِحًا وَحَجَّامًا أَفْأَعْلَفُ نَاضِحِي مِنْ كَسْبِهِ؟ قَالَ: نَعَمْ، وَأَتَاهُ آخَرُ فَقَالَ: إِنَّ لِي عِيَالًا وَحَجَّامًا أَفَأُطْعِمُ عِيَالِي مِنْ كَسْبِهِ؟ قَالَ: نَعَمْ» فَالْرُخْصَةُ بَعْدَ التَّهْيِ دَلِيلُ انْتِسَاخِ الْحُرْمَةِ.

قَالَ: (وَلَا يَجُوزُ أَخْذُ أَجْرَةِ عَسْبِ التَّيْسِ) وَهُوَ أَنْ يُؤَجَّرَ فَحَلًا لِيَنْزُوَ عَلَى الْإِنَاثِ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «إِنَّ مِنَ السُّحْتِ عَسْبُ التَّيْسِ» وَالْمُرَادُ أَخْذُ الْأَجْرَةِ عَلَيْهِ.

الشرح:

(وَلَا يَجُوزُ أَخْذُ أَجْرَةِ عَسْبِ الْفَحْلِ) أَيُّ ضِرَابِهِ (وَهُوَ أَنْ يُؤَجَّرَ فَحَلًا لِيَنْزُوَ عَلَى الْإِنَاثِ) وَخَرَجَ بَعْضُ الشَّافِعِيَّةِ وَالْحَنَابِلَةِ لِحَوَازِهِ وَجْهًا، وَهُوَ أَنَّهُ انْتِفَاعٌ مُبَاحٌ وَهَذَا جَازٌ بِطَرِيقِ الِاسْتِعَارَةِ وَالْحَاجَةُ تَدْعُو إِلَيْهِ فَكَانَ جَائِزًا كَاسْتِجَارِ الظَّئِرِ لِلْإِرْضَاعِ، قُلْنَا هُوَ مُخَالَفٌ لِقَوْلِهِ ﷺ: «إِنَّ مِنَ السُّحْتِ عَسْبُ التَّيْسِ» رَوَاهُ الْبُخَارِيُّ (وَمُرَادُهُ أَخْذُ الْأَجْرَةِ عَلَيْهِ)،

قَالَ: (وَلَا الِاسْتِجَارُ عَلَى الْأَذَانِ وَالْحَجِّ، وَكَذَا الْإِمَامَةُ وَتَعْلِيمُ الْقُرْآنِ وَالْفِقْهِ) وَالْأَصْلُ أَنَّ كُلَّ طَاعَةٍ يَخْتَصُّ بِهَا الْمُسْلِمُ لَا يَجُوزُ الِاسْتِجَارُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا. وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ يَصِحُّ فِي كُلِّ مَا لَا يَتَعَيَّنُ عَلَى الْأَجِيرِ؛ لِأَنَّهُ اسْتِجَارٌ عَلَى عَمَلٍ مَعْلُومٍ غَيْرِ مُتَعَيَّنٍ عَلَيْهِ فَيَجُوزُ وَلَنَا قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «اقْرَءُوا الْقُرْآنَ وَلَا تَاْكُلُوا بِهِ»^(١) وَفِي آخِرِ مَا عَهَدَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ إِلَى عُثْمَانَ بْنِ أَبِي الْعَاصِ «وَلِنْ أُتُخِذْتَ مُؤَدِّنًا فَلَا تَأْخُذْ عَلَى الْأَذَانِ أَجْرًا»^(٢) وَلِأَنَّ الْقُرْبَةَ مَتَى حَصَلَتْ وَقَعَتْ عَنِ الْعَامِلِ وَلِهَذَا تُعْتَبَرُ أَهْلِيَّتُهُ فَلَا يَجُوزُ لَهُ أَخْذُ الْأَجْرِ مِنْ غَيْرِهِ كَمَا فِي الصَّوْمِ وَالصَّلَاةِ، وَلِأَنَّ التَّعْلِيمَ مِمَّا لَا يَقْدِرُ الْمُعَلِّمُ عَلَيْهِ إِلَّا بِمَعْنَى مِنْ قَبْلِ الْمُتَعَلِّمِ فَيَكُونُ مُلْتَزِمًا مَا لَا يَقْدِرُ عَلَى تَسْلِيمِهِ فَلَا يَصِحُّ. وَبَعْضُ مَشَايِخِنَا اسْتَحْسَنُوا الِاسْتِجَارَ عَلَى تَعْلِيمِ الْقُرْآنِ الْيَوْمَ؛ لِأَنَّهُ ظَهَرَ التَّوَانِي فِي الْأُمُورِ الدِّيْنِيَّةِ. فَفِي الْاِمْتِنَاعِ تَضْيِيعُ حِفْظِ الْقُرْآنِ وَعَلَيْهِ الْفَتْوَى.

الشرح:

(وَلَا يَجُوزُ الِاسْتِجَارُ عَلَى الْأَذَانِ وَالْحَجِّ) وَكَلَامُهُ فِيهِ ظَاهِرٌ (قَوْلُهُ عَلَى عَمَلٍ

(١) أَخْرَجَهُ أَحْمَدُ (٤٢٨/٣) عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ شَبِلٍ، وَانْظُرْ نَصْبَ الرَّايَةِ (٣٢٦/٤).

(٢) أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ (٥٣١)، وَالنَّسَائِيُّ (٦٤٨)، وَانْظُرْ نَصْبَ الرَّايَةِ (٣٣١/٤).

مَعْلُومٌ غَيْرُ مُتَعَيَّنٍ عَلَيْهِ) إِشَارَةٌ إِلَى الْإِحْتِرَازِ عَمَّا لَوْ تَعَيَّنَ الشَّخْصُ لِلْإِمَامَةِ وَالْإِفْتَاءِ وَالتَّعْلِيمِ فَإِنَّهُ لَا يَجُوزُ اسْتِجَارُهُ بِالْإِجْمَاعِ وَبَعْضُ مَشَايخُنَا يُرِيدُ بِهِ مَشَايخُ بَلْخِي رَحِمَهُمُ اللَّهُ (اسْتَحْسِنُوا الْاسْتِجَارَ عَلَى تَعْلِيمِ الْقُرْآنِ الْيَوْمَ) يَعْنِي فِي زَمَانِنَا، وَجَوَزُوا لَهُ ضَرْبُ الْمُدَّةِ وَأَفْتُوا بِوُجُوبِ الْمُسَمَى، وَعِنْدَ عَدَمِ الْاسْتِجَارِ أَوْ عِنْدَ عَدَمِ ضَرْبِ الْمُدَّةِ أَفْتُوا بِوُجُوبِ أَجْرِ الْمِثْلِ (لَأَنَّهُ ظَهَرَ التَّوَانِي فِي الْأُمُورِ الدِّينِيَّةِ، فَفِي الْاِمْتِنَاعِ تَضْيِيعُ حِفْظِ الْقُرْآنِ) وَقَالُوا: إِنَّمَا كَرِهَ الْمُتَقَدِّمُونَ ذَلِكَ لِأَنَّهُ كَانَ لِلْمُعَلِّمِينَ عَطِيَّاتٌ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ فَكَانُوا مُسْتَعِينِينَ عَمَّا لَا بُدَّ لَهُمْ مِنْ أَمْرِ مَعَاشِهِمْ، وَقَدْ كَانَ فِي النَّاسِ رَغْبَةٌ فِي التَّعْلِيمِ بِطَرِيقِ الْحِسْبَةِ وَلَمْ يَتَّقِ ذَلِكَ، وَقَالَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ الْخَيْرَ أَخْرِي: يَجُوزُ فِي زَمَانِنَا لِلْإِمَامِ وَالْمُؤَدِّنِ وَالْمُعَلِّمِ أَخْذُ الْأُجْرَةِ، ذَكَرَهُ فِي الذَّخِيرَةِ.

قَالَ: (وَلَا يَجُوزُ الْاسْتِجَارُ عَلَى الْغِنَاءِ وَالنُّوحِ، وَكَذَا سَائِرُ الْمَلَاهِي)؛ لِأَنَّهُ اسْتِجَارٌ عَلَى الْمَعْصِيَةِ وَالْمَعْصِيَةُ لَا تُسْتَحَقُّ بِالْعَقْدِ.

الشرح:

(وَلَا يَجُوزُ الْاسْتِجَارُ عَلَى سَائِرِ الْمَلَاهِي لِأَنَّهُ اسْتِجَارٌ عَلَى الْمَعْصِيَةِ وَالْمَعْصِيَةُ لَا تُسْتَحَقُّ بِالْعَقْدِ) فَإِنَّهُ لَوْ أُسْتُحِقَّتْ بِهِ لَكَانَ وَجُوبُ مَا يَسْتَحِقُّ الْمَرْءُ بِهِ عِقَابًا مُضَافًا إِلَى الشَّرْعِ وَهُوَ بَاطِلٌ.

قَالَ: (وَلَا يَجُوزُ إِجَارَةُ الْمُشَاعِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ إِلَّا مِنَ الشَّرِيكِ، وَقَالَ: إِجَارَةُ الْمُشَاعِ جَائِزَةٌ) وَصُورَتُهُ أَنْ يُؤَاجَرَ نَصِيبًا مِنْ دَارِهِ أَوْ نَصِيبَهُ مِنْ دَارِ مُشْتَرَكَةٍ مِنْ غَيْرِ الشَّرِيكِ. لَهُمَا أَنْ لِلْمُشَاعِ مَنَفَعَةٌ وَلِهَذَا يَجِبُ أَجْرُ الْمِثْلِ، وَالتَّسْلِيمُ مُمَكِّنٌ بِالتَّخْلِيَةِ أَوْ بِالتَّهْيِئَةِ فَصَارَ كَمَا إِذَا أَجَرَ مِنْ شَرِيكِهِ أَوْ مِنْ رَجُلَيْنِ وَصَارَ كَالْبَيْعِ. وَأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ أَجَرَ مَا لَا يَقْدِرُ عَلَى تَسْلِيمِهِ فَلَا يَجُوزُ، وَهَذَا؛ لِأَنَّ تَسْلِيمَ الْمُشَاعِ وَحْدَهُ لَا يُتَصَوَّرُ، وَالتَّخْلِيَةُ أُعْتُبِرَتْ تَسْلِيمًا لَوْ قُوِيَ تَمَكُّنًا وَهُوَ الْفِعْلُ الَّذِي يَحْصُلُ بِهِ التَّمَكُّنُ وَلَا تَمَكُّنٌ فِي الْمُشَاعِ، بِخِلَافِ الْبَيْعِ لِحُصُولِ التَّمَكُّنِ فِيهِ، وَأَمَّا التَّهْيِئَةُ فَإِنَّمَا يَسْتَحِقُّ حُكْمًا لِلْعَقْدِ بِوَاسِطَةِ الْمَلِكِ، وَحُكْمُ الْعَقْدِ يَعْقُبُهُ وَالْقُدْرَةُ عَلَى التَّسْلِيمِ شَرْطُ الْعَقْدِ وَشَرْطُ الشَّيْءِ يَسْبِقُهُ، وَلَا يُعْتَبَرُ الْمُتَرَاخِي سَابِقًا، وَبِخِلَافِ مَا إِذَا أَجَرَ مِنْ شَرِيكِهِ فَالْكُلُّ يَحْدُثُ عَلَى مِلْكِهِ فَلَا شُيُوعَ، وَالْاِخْتِلَافُ فِي النِّسْبَةِ لَا يَضُرُّهُ، عَلَى أَنَّهُ لَا يَصِحُّ فِي رَوَايَةِ الْحَسَنِ عَنْهُ، وَبِخِلَافِ

الشُّيُوع الطَّارِئُ؛ لِأَنَّ الْقُدْرَةَ عَلَى التَّسْلِيمِ لَيْسَتْ بِشَرْطٍ لِلْبَقَاءِ، وَبِخِلَافِ مَا إِذَا آجَرَ مِنْ رَجُلَيْنِ؛ لِأَنَّ التَّسْلِيمَ يَقَعُ جُمْلَةً ثُمَّ الشُّيُوعُ يَتَفَرَّقُ الْمَلِكُ فِيمَا بَيْنَهُمَا طَارِئُ.

الشرح:

قَالَ (وَلَا يَجُوزُ إِجَارَةُ الْمُشَاعِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ إِلَّا مِنَ الشَّرِيكِ) وَلَا يَجُوزُ أَنْ يُؤَجَّرَ الرَّجُلُ نَصِيبًا مِنْ دَارِهِ أَوْ نَصِيبَهُ مِنْ دَارِ مُشْتَرَكَةٍ مِنْ غَيْرِ الشَّرِيكِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ سَوَاءً كَانَ النَّصِيبُ مَعْلُومًا كَالرُّبْعِ وَنَحْوِهِ أَوْ مَجْهُولًا (وَقَالَا: يَجُوزُ لِأَنَّ الْمُشَاعَ لَهُ مَنَفْعَةٌ وَلِهَذَا يَجِبُ أَجْرُ الْمَثَلِ) وَمَا لَهُ مَنَفْعَةٌ يُرَدُّ عَلَيْهِ عَقْدُ الْإِجَارَةِ لِأَنَّهُ عَقْدٌ عَلَى الْمَنَافِعِ فَكَانَ الْمُقْتَضِي مَوْجُودًا (وَالْمَانِعُ) وَهُوَ عَدَمُ الْقُدْرَةِ عَلَى التَّسْلِيمِ (مُتَّفٍ لِأَنَّهُ مُمَكِّنٌ بِالتَّخْلِيَةِ أَوْ بِالتَّهَائِيِ، فَصَارَ كَمَا إِذَا آجَرَ مِنْ شَرِيكِهِ أَوْ مِنْ رَجُلَيْنِ وَصَارَ كَالْبَيْعِ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ آجَرَ مَا لَا يَقْدِرُ عَلَى تَسْلِيمِهِ).

وَيُمْكِنُ تَوْجِيهُهُ عَلَى وَجْهَيْنِ: أَحَدُهُمَا أَنْ يَكُونَ مُعَارَضَةً، وَتَقْرِيرُهُ آجَرَ مَا لَا يَقْدِرُ عَلَى تَسْلِيمِهِ (لِأَنَّ تَسْلِيمَ الْمُشَاعِ وَحْدَهُ) سَوَاءً كَانَ مُحْتَمِلًا لِلْقِسْمَةِ كَالدَّارِ أَوْ لَا كَالْعَبْدِ (غَيْرِ مُتَّصِرٍ) وَمَا لَا يَتَصَوَّرُ تَسْلِيمُهُ لَا تَصِحُّ إِجَارَتُهُ لِعَدَمِ الْإِثْفَاعِ بِهِ، وَالْإِجَارَةُ عَقْدٌ عَلَى الْمَنَفْعَةِ فَيَكُونُ دَلِيلًا مُبْتَدَأً مِنْ غَيْرِ تَعَرُّضٍ لِلدَّلِيلِ الْخَصْمِ. وَالثَّانِي أَنْ يَكُونَ مُمَانَعَةً وَتَقْرِيرُهُ لَا تُسَلِّمُ انْتِفَاءَ الْمَانِعِ فَإِنَّهُ آجَرَ مَا لَا يَقْدِرُ عَلَى التَّسْلِيمِ وَعَدَمُ التَّسْلِيمِ يَمْنَعُ صِحَّةَ الْإِجَارَةِ. وَقَوْلُهُ (وَالْتَّخْلِيَةُ) جَوَابٌ عَمَّا قَالَا وَالتَّسْلِيمُ مُمَكِّنٌ بِالتَّخْلِيَةِ. وَوَجْهُهُ أَنَّ التَّخْلِيَةَ لَمْ تُعْتَبَرِ تَسْلِيمًا لِذَاتِهَا حَيْثُ أُعْتِبِرَتْ بَلْ لِكُونِهَا تُمْكِينًا (وَهُوَ) أَيُّ التَّمَكِّنِ هُوَ (الْفِعْلُ الَّذِي يَحْصُلُ بِهِ التَّمَكِّنُ) فَكَأَنَّهَا أُعْتِبِرَتْ عِلَّةً وَهُوَ وَسِيلَةٌ إِلَى التَّمَكِّنِ (وَالْتَّمَكِّنُ) فِي الْمُشَاعِ غَيْرُ حَاصِلٍ فَفَاتَ الْمَعْلُولُ وَإِذَا فَاتَ الْمَعْلُولُ لَا مُعْتَبَرٌ بِالْعِلَّةِ (بِخِلَافِ الْبَيْعِ) فَإِنَّ الْمَقْصُودَ بِهِ لَيْسَ الْإِثْفَاعُ بَلْ الرِّقَبَةُ وَلِهَذَا جَازَ بَيْعُ الْجَحْشِ فَكَانَ التَّمَكِّنُ بِالتَّخْلِيَةِ فِيهِ حَاصِلًا. وَقَوْلُهُ (وَأَمَّا التَّهَائِيُ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِمَا أَوْ بِالتَّهَائِيِ.

وَحَاصِلُهُ أَنَّ التَّهَائِيَّ مِنْ أَحْكَامِ الْعَقْدِ بِوَاسِطَةِ الْمَلِكِ فَهُوَ مُتَأَخِّرٌ عَنِ الْعَقْدِ الْمَوْجِبِ لِلْمَلِكِ وَهُوَ مُتَّفٍ لِانْتِفَاءِ شَرْطِهِ وَهُوَ الْقُدْرَةُ عَلَى التَّسْلِيمِ، وَلَا يُمَكِّنُ إِبْنَائُهُ بِالتَّهَائِيِ لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُ أَنْ يَكُونَ ثُبُوتُ الشَّيْءِ بِمَا يَتَأَخَّرُ عَنْهُ ثُبُوتًا. وَقَوْلُهُ (وَبِخِلَافِ مَا إِذَا آجَرَ مِنْ شَرِيكِهِ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِمَا فَصَارَ كَمَا إِذَا آجَرَ مِنْ شَرِيكِهِ، وَوَجْهُهُ أَنَّهُ إِذَا

أَجَرَ مِنْ شَرِيكِهِ (فَالْكُلُّ يَحْدُثُ عَلَى مِلْكِهِ فَلَا شُيُوعَ) وَفِيهِ نَظَرٌ، لِأَنَّهُ لَوْ لَمْ يَكُنْ فِيهِ شُيُوعٌ؛ لَجَازَ الْهَبَةُ وَالرَّهْنُ مِنَ الشَّرِيكِ لَكُنْهُ لَمْ يَجْزُ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ الْمَرَادَ لَا شُيُوعَ يَمْنَعُ التَّسْلِيمَ وَهُوَ الْمَقْصُودُ فِيمَا نَحْنُ فِيهِ فَالْمَنْفِيُّ شُيُوعٌ مَوْصُوفٌ، وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ الشُّيُوعُ مَانِعًا لِحُكْمٍ بِاعْتِبَارِ دُونَ آخَرَ فَيَمْنَعُ عَنْ جَوَازِ الْهَبَةِ مِنْ حَيْثُ الْقَبْضُ فَإِنَّ الْقَبْضَ التَّامَّ لَا يَحْصُلُ فِي الشَّائِعِ، كَمَا تَقَدَّمَ أَنَّ الشَّرِيكَ وَالْأَجْنَبِيَّ فِيهِ سَوَاءٌ، وَيَمْنَعُ جَوَازَ الرَّهْنِ لَانْعِدَامِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ وَهُوَ الْحَسَنُ الدَّائِمُ لِأَنَّهُ فِي الشَّائِعِ غَيْرُ مُتَصَوِّرٍ، وَالشَّرِيكَ وَالْأَجْنَبِيَّ فِيهِ سَوَاءٌ. وَأَمَّا هَاهُنَا فَلَا يَتَعَدَمُ الْمَعْقُودُ عَلَيْهِ وَهُوَ الْمَنْفَعَةُ، وَإِنَّمَا يَتَعَدَّرُ التَّسْلِيمُ وَذَلِكَ لَا يُوجَدُ فِي حَقِّ الشَّرِيكِ.

وَقَوْلُهُ (وَالْاِخْتِلَافُ فِي النِّسْبَةِ لَا يَضُرُّهُ) جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ: سَلَّمْنَا أَنَّ الْكُلَّ يَحْدُثُ عَلَى مِلْكِهِ، لَكِنْ عَلَى اخْتِلَافٍ مَعَ النِّسْبَةِ لِأَنَّ الشَّرِيكَ يَنْتَفِعُ بِنَصِيبِهِ بِنِسْبَةِ الْمَلِكِ وَبِنَصِيبِ شَرِيكِهِ بِالْاِسْتِجَارِ فَيَكُونُ الشُّيُوعُ مَوْجُودًا. وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ الْاِخْتِلَافَ فِي السَّبَبِ غَيْرُ مُعْتَبَرٍ إِذَا اتَّحَدَ الْمَقْصُودُ، عَلَى أَنَّا نَمْنَعُ جَوَازَهُ عَلَى رِوَايَةِ الْحَسَنِ عَنْهُ فَكَانَ كَالرَّهْنِ عَلَى هَذِهِ الرِّوَايَةِ.

وَقَوْلُهُ (وَبِخِلَافِ الشُّيُوعِ الطَّارِئِ) بِأَنَّ أَجَرَ رَجُلٍ مِنْ رَجُلَيْنِ ثُمَّ مَاتَ أَحَدُهُمَا فَإِنَّهُ تَبَقَى الْإِجَارَةُ فِي نَصِيبِ الْحَيِّ شَائِعًا فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ (لَأَنَّ الْقُدْرَةَ عَلَى التَّسْلِيمِ لَيْسَتْ بِشَرْطٍ لِلْبَقَاءِ) لِأَنَّ الْقُدْرَةَ لَوْ جُوبِ التَّسْلِيمِ، وَوُجُوبُهُ فِي الْاِبْتِدَاءِ دُونَ الْبَقَاءِ لَيْسَ لَهُ تَعَلُّقٌ ظَاهِرًا إِلَّا أَنْ يُجْعَلَ تَمْهِيدًا لِلْجَوَابِ عَنْ قَوْلِهِمَا أَوْ مِنْ رَجُلَيْنِ، لَكُنْهُ فِي قَوْلِهِ وَبِخِلَافِ مَا إِذَا آجَرَ ثَبُوتَهُ عَنْ ذَلِكَ تُعْرَفُ بِالتَّائُلُ. وَقَوْلُهُ (وَبِخِلَافِ مَا إِذَا آجَرَ مِنْ رَجُلَيْنِ) جَوَابٌ عَنْ ذَلِكَ، وَوَجْهُهُ مَا قَالَ (إِنَّ التَّسْلِيمَ يَقَعُ جُمْلَةً ثُمَّ الشُّيُوعُ يَتَفَرَّقُ الْمَلِكُ فِيمَا بَيْنَهُمَا طَارِئًا) فَإِنْ قِيلَ: لَا تُسَلِّمُ أَنَّهُ طَارِئٌ بَلْ هُوَ مُقَارِنٌ لِأَنَّهُ تَنْعَقِدُ سَاعَةً فَسَاعَةً.

أُجِيبَ بِأَنَّ بَقَاءَ الْإِجَارَةِ لَهُ حُكْمُ الْاِبْتِدَاءِ مِنْ وَجْهِ لَأَنَّهُا عَقْدٌ لَازِمٌ فَلَا يَكُونُ مُقَارِنًا، وَهُوَ فَاسِدٌ لِأَنَّ الْعَقْدَ الْغَيْرَ الْاِلْزَامِ هُوَ الَّذِي يَكُونُ لِلْبَقَاءِ فِيهِ حُكْمُ الْاِبْتِدَاءِ كَمَا تَقَدَّمَ فِي الْوَكَالَةِ، عَلَى أَنَّهُ لَوْ ثَبَتَ هَذَا اِبْتِدَاءً وَبَقَاءً سَقَطَ الْاِعْتِرَاضُ، وَإِنَّمَا الْخَصْمُ يَقُولُ: لَا بَقَاءَ لِلْعَقْدِ فِيهَا. وَالصَّوَابُ أَنْ يُقَالَ: الطَّرِيَانُ إِنَّمَا هُوَ عَلَى التَّسْلِيمِ لَا عَلَى الْعَقْدِ وَذَلِكَ مِمَّا لَا يَشْكُ فِيهِ.

قَالَ: (وَيَجُوزُ اسْتِجَارُ الظَّنِّ بِأَجْرَةٍ مَعْلُومَةٍ) لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦] وَلَأَنَّ التَّعَامُلَ بِهِ كَانَ جَارِيًا عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَقَبْلَهُ وَأَقْرَهُمْ عَلَيْهِ. ثُمَّ قِيلَ: إِنَّ الْعَقْدَ يَقَعُ عَلَى الْمَنَافِعِ وَهِيَ خِدْمَتُهَا لِلصَّبِيِّ وَالْقِيَامُ بِهِ وَاللَّبَنُ يُسْتَحَقُّ عَلَى طَرِيقِ التَّبَعِ بِمَنْزِلَةِ الصَّبْغِ فِي الثُّوبِ. وَقِيلَ إِنَّ الْعَقْدَ يَقَعُ عَلَى اللَّبَنِ، وَالْخِدْمَةُ تَابِعَةٌ، وَلِهَذَا لَوْ أَرْضَعْتَهُ بِلَبَنٍ شَاةٍ لَا تَسْتَحِقُّ الْأَجْرَ. وَالأَوَّلُ أَقْرَبُ إِلَى الْفَقْهِ؛ لِأَنَّ عَقْدَ الْإِجَارَةِ لَا يَنْعَقِدُ عَلَى إِتْلَافِ الْأَعْيَانِ مَقْصُودًا، كَمَا إِذَا اسْتَأْجَرَ بَقْرَةً؛ لِيَشْرَبَ لَبَنَهَا. وَسَنَبَيْنَ الْعُذْرَ عَنِ الْإِرْضَاعِ بِلَبَنٍ الشَّاةِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى. وَإِذَا ثَبَتَ مَا ذَكَرْنَا يَصِحُّ إِذَا كَانَتْ الْأَجْرَةُ مَعْلُومَةً اعْتِبَارًا بِالاسْتِجَارِ عَلَى الْخِدْمَةِ.

الشرح:

قَالَ (وَيَجُوزُ اسْتِجَارُ الظَّنِّ بِأَجْرَةٍ مَعْلُومَةٍ) اسْتِجَارُ الظَّنِّ بِأَجْرَةٍ مَعْلُومَةٍ جَائِزٌ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦] بِعَيْنِي بَعْدَ الطَّلَاقِ، وَلَأَنَّ التَّعَامُلَ بِهِ كَانَ جَارِيًا فِي عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَقَبْلَهُ، وَأَقْرَهُمْ عَلَيْهِ. وَاخْتَلَفَ الْعُلَمَاءُ فِي الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ، فَقِيلَ هُوَ الْمَنَافِعُ وَهِيَ خِدْمَتُهَا لِلصَّبِيِّ وَالْقِيَامُ بِهِ، وَاللَّبَنُ تَبَعٌ كَالصَّبْغِ فِي الثُّوبِ وَهُوَ اخْتِيَارُ صَاحِبِ الذَّخِيرَةِ وَالْإِيضَاحُ وَالْمُصَنَّفُ. وَقِيلَ هُوَ اللَّبَنُ وَالْخِدْمَةُ تَابِعَةٌ وَهُوَ اخْتِيَارُ شَمْسِ الْأُيُومَةِ السَّرَخْسِيِّ حَيْثُ قَالَ فِي الْمَبْسُوطِ: وَالْأَصَحُّ أَنَّ الْعَقْدَ يَرُدُّ عَلَى اللَّبَنِ لِأَنَّهُ هُوَ الْمَقْصُودُ، وَمَا سِوَى ذَلِكَ مِنَ الْقِيَامِ بِمَصَالِحِهِ تَبَعٌ وَالْمَعْقُودُ عَلَيْهِ مَا هُوَ الْمَقْصُودُ وَهُوَ مَنَفَعَةُ الثَّدْيِ وَمَنَفَعَةُ كُلِّ عُضْوٍ عَلَى حَسَبِ مَا يَلِيقُ بِهِ، وَاسْتَوْضَحَ الْمُصَنَّفُ هَذِهِ الْجِهَةَ بِقَوْلِهِ: وَلِهَذَا لَوْ أَرْضَعْتَهُ بِلَبَنٍ شَاةٍ لَا تَسْتَحِقُّ الْأَجْرَ، وَيَبَيِّنُ مَا هُوَ الْمُخْتَارُ عِنْدَهُ بِقَوْلِهِ: وَالأَوَّلُ أَقْرَبُ إِلَى الْفَقْهِ لِأَنَّ عَقْدَ الْإِجَارَةِ لَا يَنْعَقِدُ عَلَى إِتْلَافِ الْأَعْيَانِ مَقْصُودًا، كَمَا إِذَا اسْتَأْجَرَ بَقْرَةً لِيَشْرَبَ لَبَنَهَا وَوَعَدَ بَيَّانَ الْعُذْرَ عَنِ الْإِرْضَاعِ بِلَبَنٍ شَاةٍ. وَتَعَجَّبَ صَاحِبُ النَّهَائَةِ مِنْ اخْتِيَارِ الْمُصَنَّفِ مَا أَعْرَضَ عَنْهُ شَمْسُ الْأُيُومَةِ بَعْدَ رُؤْيِيهِ الدَّلِيلِ الْوَاضِحِ، وَهُوَ تَقْلِيدٌ صَرَفٌ لِأَنَّ الدَّلِيلَ لَيْسَ بِوَاضِحٍ، لِأَنَّ مَدَارَهُ قَوْلُهُ لِأَنَّهُ هُوَ الْمَقْصُودُ وَهُوَ مَمْنُوعٌ، بَلِ الْمَقْصُودُ هُوَ الْإِرْضَاعُ وَاتِّظَاطُ أَمْرِ مَعَاشِ الصَّبِيِّ عَلَى وَجْهِ خَاصٍّ يَتَعَلَّقُ بِأُمُورٍ وَوَسَائِطٍ مِنْهَا اللَّبَنُ، فَجَعَلَ الْعَيْنَ الْمَرْيُوتَةَ مَنَفَعَةً. وَتَقْضُ الْقَاعِدَةُ الْكَلْبِيَّةُ أَنَّ عَقْدَ الْإِجَارَةِ عَقْدٌ عَلَى إِتْلَافِ

الْمَنَافِعَ مَعَ الْغَنَى عَنْ ذَلِكَ بِمَا هُوَ وَجْهٌ صَحِيحٌ لَيْسَ بِوَاضِحٍ، وَلَا يَتَشَبَّثُ لَهُ بِمَا رَوَى ابْنُ سِمَاعَةَ عَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ قَالَ: اسْتِحْقَاقُ لَبَنِ الْأَدْمِيَّةِ بِعَقْدِ الْإِجَارَةِ دَلِيلٌ عَلَى أَنَّهُ لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ، وَجَوَازُ بَيْعِ لَبَنِ الْأَنْعَامِ دَلِيلٌ عَلَى أَنَّهُ لَا يَجُوزُ اسْتِحْقَاقُهُ بِعَقْدِ الْإِجَارَةِ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِظَاهِرِ الرِّوَايَةِ، وَلَكِنْ كَانَ فَتَحْنُ مَا مَنَعَنَا أَنْ يَسْتَحِقَّ بِعَقْدِ الْإِجَارَةِ، وَإِنَّمَا الْكَلَامُ فِي اسْتِحْقَاقِهِ مِنْ حَيْثُ كَوْنُهُ مَقْصُودًا أَوْ تَبَعًا وَلَيْسَ فِي كَلَامِ مُحَمَّدٍ مَا يَدُلُّ عَلَى شَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ.

(قَوْلُهُ وَإِذَا ثَبَتَ مَا ذَكَرْنَا) يَعْنِي مِنْ جَوَازِ الْإِجَارَةِ بِأَحَدِ الطَّرِيقَيْنِ (صَحَّتْ إِذَا كَانَتْ الْأَجْرَةُ مَعْلُومَةً اِعْتِبَارًا بِاسْتِجَارَةِ عَبْدٍ لِلْخِدْمَةِ مَثَلًا) فَإِنْ قِيلَ: قَدْ عَلِمَ مِنْ أَوَّلِ الْمَسْأَلَةِ جَوَازُهَا حَيْثُ صَدَرَ الْحُكْمُ فَاسْتَدَلَّ فَمَا فَائِدَةُ هَذَا الْكَلَامِ؟ قُلْتُ: أُثْبِتُ جَوَازَهَا بِالْكِتَابِ وَالسُّنَّةِ أَوَّلًا ثُمَّ رَجَعُ إِلَى إِبْتَاهِهَا بِالْقِيَاسِ، وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ تَوْطِئَةً لِقَوْلِهِ

قَالَ: (وَيَجُوزُ بِطَعَامِهَا وَكِسَوَتِهَا اسْتِحْسَانًا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَقَالَا: لَا يَجُوزُ؛ لِأَنَّ الْأَجْرَةَ مَجْهُولَةٌ فَصَارَ كَمَا إِذَا اسْتَأْجَرَهَا لِلْخَبْزِ وَالطَّبِخِ. وَلَهُ أَنَّ الْجَهَالََةَ لَا تُفْضِي إِلَى الْمُنَازَعَةِ؛ لِأَنَّ فِي الْعَادَةِ التَّوْسِيعَةَ عَلَى الْأَطْطَارِ شَفَقَةً عَلَى الْأَوْلَادِ فَصَارَ كَبَيْعِ قَفِيرٍ مِنْ صُبْرَةٍ، بِخِلَافِ الْخَبْزِ وَالطَّبِخِ؛ لِأَنَّ الْجَهَالََةَ فِيهِ تُفْضِي إِلَى الْمُنَازَعَةِ (وَفِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ: فَإِنْ سَمِيَ الطَّعَامُ دَرَاهِمَ وَوَصَفَ جِنْسَ الْكِسْوَةِ وَأَجْلَهَا وَذَرَعَهَا فَهُوَ جَائِزٌ) يَعْنِي بِالْإِجْمَاعِ. وَمَعْنَى تَسْمِيَةِ الطَّعَامِ دَرَاهِمَ أَنْ يَجْعَلَ الْأَجْرَةَ دَرَاهِمَ ثُمَّ يَدْفَعُ الطَّعَامَ مَكَانَهُ، وَهَذَا لَا جَهَالََةَ فِيهِ (وَلَوْ سَمِيَ الطَّعَامُ وَبَيَّنَّ قَدْرَهُ جَازَ أَيْضًا) لَمَا قُلْنَا، وَلَا يُشْتَرَطُ تَأْجِيلُهُ؛ لِأَنَّ أَوْصَافَهَا أَثْمَانٌ. (وَيُشْتَرَطُ بَيَانُ مَكَانِ الْإِيضَاءِ) عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ خِلَافًا لَهُمَا، وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ فِي الْبَيُوعِ (وَفِي الْكِسْوَةِ يُشْتَرَطُ بَيَانُ الْأَجَلِ أَيْضًا مَعَ بَيَانِ الْقَدْرِ وَالْجِنْسِ)؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا يَصِيرُ دَيْنًا فِي الذِّمَّةِ إِذَا صَارَ مَبِيعًا، وَإِنَّمَا يَصِيرُ مَبِيعًا عِنْدَ الْأَجَلِ كَمَا فِي السَّلَمِ.

الشرح:

(وَيَجُوزُ بِطَعَامِهَا وَكِسَوَتِهَا) يَعْنِي جَازَتْ بِأَجْرَةٍ مَعْلُومَةٍ كَسَائِرِ الْإِجَارَاتِ وَطَعَامِهَا وَكِسَوَتِهَا أَيْضًا (اسْتِحْسَانًا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ) لِأَنَّ الْعَادَةَ الْجَارِيَةَ بِالتَّوْسِيعَةِ عَلَى الْأَطْطَارِ شَفَقَةً عَلَى الْأَوْلَادِ تَرْفَعُ الْجَهَالََةَ، بِخِلَافِ مَا قَالَاهُ مِنْ غَيْرِهَا مِنْ الْإِجَارَاتِ

كَالْخَبْزِ وَالطَّبْخِ وَغَيْرِ ذَلِكَ فَإِنَّ الْجَهَالََةَ فِيهَا تُفْضِي إِلَى الْمُنَازَعَةِ فَلَا يَجُوزُ بِطَعَامِ الطَّبَاخَةِ وَكِسْوَتِهَا وَذِكْرُ رَوَايَةِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ إِشَارَةً إِلَى مَا يَجْعَلُهُ مُجْمَعًا عَلَيْهِ بِمَعْرِفَةِ الْجِنْسِ وَالْأَجَلِ وَالْمِقْدَارِ، وَفَسَّرَ قَوْلُهُ فَإِنْ سَمِيَ الطَّعَامُ دَرَاهِمَ (بِأَنْ يَجْعَلَ الْأَجْرَةَ دَرَاهِمَ ثُمَّ يَدْفَعُ الطَّعَامَ مَكَانَهُ) أَيُّ مَكَانَ الْمُسَمَّى مِنَ الدَّرَاهِمِ.

قَالَ صَاحِبُ النَّهَائَةِ: وَهَذَا التَّفْسِيرُ الَّذِي ذَكَرَهُ لَا يُسْتَفَادُ مِنْ ذَلِكَ اللَّفْظِ، وَلَكِنْ يُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ مَعْنَاهُ: أَيُّ سَمَى الدَّرَاهِمَ الْمَقْدَرَةَ بِمُقَابَلَةِ طَعَامِهَا، ثُمَّ أُعْطِيَ الطَّعَامُ بِإِزَاءِ الدَّرَاهِمِ الْمُسَمَّاةِ وَهُوَ حَقٌّ، وَلَكِنْ لَوْ قُدِّرَ فِي كَلَامِ الْمُصَنِّفِ لَفْظَةٌ بَدَلًا بِأَنْ يُقَالَ أَنْ يَجْعَلَ الْأَجْرَةَ دَرَاهِمَ بَدَلًا آلَ إِلَى ذَلِكَ (وَهَذَا) أَيُّ جَعَلَ الْأَجْرَةَ عَلَى هَذَا الْوَجْهِ (لَا جَهَالََةَ فِيهِ، وَكَذَا لَوْ سَمِيَ الطَّعَامُ وَيِّنَ قَدْرَهُ وَلَا يُشْتَرِطُ تَأْجِيلُهُ) أَيُّ تَأْجِيلِ الطَّعَامِ الْمُسَمَّى أَجْرَةً (لَأَنَّ أَوْصَافَهَا) أَيُّ أَوْصَافِ الطَّعَامِ بِتَأْوِيلِ الْخِطَّةِ (أَثْمَانٌ) أَيُّ أَوْصَافِ أَثْمَانٍ مِنْ وَجُوبِهِ فِي الذِّمَّةِ إِذَا كَانَ دَيْتًا، وَالْأَثْمَانُ لَا يُشْتَرِطُ تَأْجِيلُهَا، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ مُسْلَمًا فِيهِ لِأَنَّهُ فِي السَّلَمِ مَبِيعٌ وَإِنْ كَانَ دَيْتًا فَاشْتَرِطُ تَأْجِيلُهُ بِالْسَّنَةِ (وَيُشْتَرِطُ بَيَانُ مَكَانِ الْإِيْفَاءِ) إِذَا كَانَ لَهُ حَمْلٌ وَمُؤَنَّةٌ (عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ خِلَافًا لَهُمَا، وَقَدْ مَرَّ فِي الْبُيُوعِ) وَالْبَاقِي ظَاهِرٌ.

قَالَ (وَلَيْسَ لِلْمُسْتَأْجِرِ أَنْ يَمْنَعَ زَوْجَهَا مِنْ وَطْئِهَا)؛ لِأَنَّ الْوَطْءَ حَقُّ الزَّوْجِ فَلَا يَتِمَكَّنُ مِنْ إِبْطَالِ حَقِّهِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّ لَهُ أَنْ يَفْسَخَ الْإِجَارَةَ إِذَا لَمْ يَعْلَمْ بِهِ صَيَانَتَهُ لِحَقِّهِ، إِلَّا أَنَّ الْمُسْتَأْجِرَ يَمْنَعُهُ عَنْ غَشْيَانِهَا فِي مَنْزِلِهِ؛ لِأَنَّ الْمَنْزِلَ حَقُّهُ (فَإِنْ حَبِلَتْ كَانَ لَهُمْ أَنْ يَفْسَخُوا الْإِجَارَةَ إِذَا خَافُوا عَلَى الصَّبِيِّ مِنْ لَبْنِهَا)؛ لِأَنَّ لَبْنَ الْحَامِلِ يَفْسِدُ الصَّبِيَّ وَلِهَذَا كَانَ لَهُمْ الْفُسْخُ إِذَا مَرَضَتْ أَيْضًا (وَعَلَيْهَا أَنْ تُصْلَحَ طَعَامَ الصَّبِيِّ)؛ لِأَنَّ الْعَمَلَ عَلَيْهَا. وَالْحَاصِلُ أَنَّهُ يُعْتَبَرُ فِيمَا لَا نَصَّ عَلَيْهِ الْعُرْفُ فِي مِثْلِ هَذَا الْبَابِ، فَمَا جَرَى بِهِ الْعُرْفُ مِنْ غَسْلِ ثِيَابِ الصَّبِيِّ وَإِصْلَاحِ الطَّعَامِ وَغَيْرِ ذَلِكَ فَهُوَ عَلَى الظُّنِّ أَمَّا الطَّعَامُ فَعَلَى وَالِدِ الْوَلَدِ، وَمَا ذَكَرَ مُحَمَّدٌ أَنَّ الدَّهْنَ وَالرَّيْحَانَ عَلَى الظُّنِّ فَذَلِكَ مِنْ عَادَةِ أَهْلِ الْكُوفَةِ.

الشرح:

قَالَ (وَلَيْسَ لِلْمُسْتَأْجِرِ أَنْ يَمْنَعَ زَوْجَهَا مِنْ وَطْئِهَا إلخ) وَطْءُ الْمَرْأَةِ حَقُّ الزَّوْجِ فَلَا يَتِمَكَّنُ الْمُسْتَأْجِرُ مِنْ إِبْطَالِهِ وَلِهَذَا كَانَ لَهُ أَنْ يَفْسَخَ الْإِجَارَةَ إِذَا لَمْ يَعْلَمْ بِهِ: أَيُّ بَعْدَ الْإِجَارَةِ صَيَانَتَهُ لِحَقِّهِ، وَلَفْظُ الْكِتَابِ مُطْلَقٌ يَتَنَاوَلُ مَا إِذَا كَانَ الزَّوْجُ مِمَّنْ يَشِينُهُ ظُهُورُهُ

زَوْجَتِهِ أَوْ لَا، وَهُوَ الْأَصَحُّ لِأَنَّهَا إِنْ كَانَتْ تُرْضِعُهُ فِي بَيْتِ أَبِيهِ فَلَهُ أَنْ يَمْنَعَهَا مِنَ الْخُرُوجِ عَنْ مَنْزِلِهِ وَإِنْ كَانَتْ تُرْضِعُهُ فِي بَيْتِهِ فَلَهُ أَنْ يَمْنَعَهَا مِنْ إِدْخَالِ صَبِيِّ الْغَيْرِ فِي مَنْزِلِهِ كَمَا أَنَّ لِلْمُسْتَأْجِرِ أَنْ يَمْنَعَ الزَّوْجَ مِنْ غَشْيَانِهَا فِي مَنْزِلِهِ بَعْدَ الرِّضَا بِالْعَقْدِ لِأَنَّ الْمَنْزِلَ حَقُّهُ، فَإِنْ حِيلَتْ كَانَ لَهُمْ أَنْ يَفْسَخُوا الْإِجَارَةَ إِذَا خَافُوا عَلَى الصَّبِيِّ مِنْ لَبْنِهَا، لِأَنَّ لَبْنَ الْحَامِلِ يُفْسِدُ الصَّبِيَّ فَكَانَ الْخَوْفُ عُذْرًا تُفْسَخُ بِهِ الْإِجَارَةُ كَمَا لَوْ مَرَضَتْ (قَوْلُهُ وَعَلَيْهَا أَنْ تُصْلِحَ طَعَامُ الصَّبِيِّ لِأَنَّ الْعَمَلَ) يَعْنِي الْعَمَلَ الرَّاجِعَ إِلَى مَنْفَعَةِ الصَّبِيِّ (عَلَى الظُّنِّ) وَالْبَاقِي ظَاهِرٌ.

(وَإِنْ أَرْضَعَتْهُ فِي الْمُدَّةِ بِلَبْنِ شَاةٍ فَلَا أَجْرَ لَهَا)؛ لِأَنَّهَا لَمْ تَأْتِ بِعَمَلٍ مُسْتَحَقٍّ عَلَيْهَا، وَهُوَ الْإِرْضَاعُ، فَإِنَّ هَذَا إِيجَارٌ وَلَيْسَ بِإِرْضَاعٍ، وَإِنَّمَا لَمْ يَحِبَّ الْأَجْرُ لِهَذَا الْمَعْنَى أَنَّهُ اخْتَلَفَ الْعَمَلُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِنْ أَرْضَعَتْهُ فِي الْمُدَّةِ بِلَبْنِ شَاةٍ فَلَا أَجْرَ لَهَا، لِأَنَّهَا لَمْ تَأْتِ بِعَمَلٍ مُسْتَحَقٍّ عَلَيْهَا وَهُوَ الْإِرْضَاعُ، فَإِنَّ هَذَا إِيجَارٌ وَلَيْسَ بِإِرْضَاعٍ) دَلِيلٌ ظَاهِرٌ عَلَى مَا قَدَّمْنَاهُ (فَإِنَّهُ) إِنَّمَا لَمْ يَحِبَّ الْأَجْرُ لِاخْتِلَافِ الْعَمَلِ لَا لِائْتِفَاءِ اللَّبَنِ، وَلِهَذَا لَوْ أُوجِرَ الصَّبِيُّ بِلَبْنِ الظُّنِّ فِي الْمُدَّةِ لَمْ تُسْتَحَقَّ الْأُجْرَةُ، فَعَلِمَ بِهَذَا أَنَّ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ هُوَ الْإِرْضَاعُ وَالْعَمَلُ دُونَ الْعَيْنِ وَهُوَ اللَّبَنُ.

وَقَوْلُهُ (أَنَّهُ اخْتَلَفَ الْعَمَلُ) بَدَلٌ مِنْ قَوْلِهِ لِهَذَا الْمَعْنَى. وَفِي بَعْضِ النُّسخ: وَهُوَ أَنَّهُ وَفِي بَعْضِهَا "لَأَنَّهُ" فَإِنْ قِيلَ: الظُّنُّ أَجِيرٌ خَاصٌّ أَوْ مُشْتَرَكٌ أَجِيبَ بِأَنَّهَا أَجِيرٌ خَاصٌّ عَلَى مَا يَدُلُّ عَلَيْهِ لَفْظُ الْمَبْسُوطِ. قَالَ فِيهِ: وَلَوْ ضَاعَ الصَّبِيُّ مِنْ يَدِهَا أَوْ وَقَعَ فَمَاتَ أَوْ سُرِقَ مِنْ حُلِيِّ الصَّبِيِّ أَوْ ثِيَابِهِ شَيْءٌ لَمْ يَضْمَنْ الظُّنُّ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الْأَجِيرِ الْخَاصِّ، فَإِنَّ الْعَقْدَ وَرَدَّ عَلَى مَنَافِعِهَا فِي الْمُدَّةِ؛ أَلَا يَرَى أَنَّهُ لَيْسَ لَهَا أَنْ تُوجَرَ نَفْسُهَا مِنْ غَيْرِهِمْ بِمِثْلِ ذَلِكَ الْعَمَلِ، وَالْأَجِيرُ الْخَاصُّ أَمِينٌ فِيمَا فِي يَدِهِ، وَفِيهِ نَظَرٌ لِأَنَّهُ قَالَ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الْأَجِيرِ الْخَاصِّ لَا عَيْنِهِ.

وَذَكَرَ فِي الذَّخِيرَةِ مَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّهَا يَجُوزُ أَنْ تَكُونَ خَاصًّا وَمُشْتَرَكًا، فَإِنَّهَا لَوْ أَجَرَتْ نَفْسَهَا لِقَوْمٍ آخَرِينَ لَذَلِكَ وَلَمْ يَعْلَمْ الْأَوَّلُونَ فَأَرْضَعَتْ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا وَفَرَعَتْ أُنْتَمَتْ، وَهَذِهِ جِنَايَةٌ مِنْهَا وَلَهَا الْأَجْرُ كَامِلًا عَلَى الْفَرِيقَيْنِ، وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّهَا

تَحْتَمِلُهُمَا، فَقُلْنَا بِأَنَّهَا تَسْتَحِقُّ الْأَجْرَ مِنْهُمَا كَمَا تَشْبِيهَا بِالْأَجِيرِ الْمُشْتَرَكِ، وَتَأْتُم بِمَا فَعَلْتُ نَظَرًا إِلَى الْأَجِيرِ الْخَاصِّ.

قَالَ: (وَمَنْ دَفَعَ إِلَى حَائِكٍ غَزَلَ لَا لِيَنْسِجَهُ بِالنِّصْفِ فَلَهُ أَجْرٌ مِثْلُهُ. وَكَذَا إِذَا اسْتَأْجَرَ حِمَارًا يَحْمِلُ طَعَامًا بِقَفِيزٍ مِنْهُ فَلِلْإِجَارَةِ فَاسِدَةً؛ لِأَنَّهُ جَعَلَ الْأَجْرَ بَعْضَ مَا يَخْرُجُ مِنْ عَمَلِهِ فَيَصِيرُ فِي مَعْنَى قَفِيزِ الطَّحَّانِ، وَقَدْ نَهَى النَّبِيُّ ﷺ عَنْهُ، وَهُوَ أَنْ يَسْتَأْجَرَ ثَوْرًا لِيَطْحَنَ لَهُ حِنْطَةً بِقَفِيزٍ مِنْ دَقِيقِهِ. وَهَذَا أَصْلٌ كَبِيرٌ يُعْرَفُ بِهِ فَسَادُ كَثِيرٍ مِنَ الْإِجَارَاتِ، لَا سِيَّمَا فِي دِيَارِنَا، وَالْمَعْنَى فِيهِ أَنَّ الْمُسْتَأْجَرَ عَاجِزٌ عَنِ تَسْلِيمِ الْأَجْرِ وَهُوَ بَعْضُ الْمَنْسُوجِ أَوِ الْمَحْمُولِ.

إِذْ حُصُولُهُ بِفِعْلِ الْأَجِيرِ فَلَا يُعَدُّ هُوَ قَادِرًا بِقُدْرَةِ غَيْرِهِ، وَهَذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا اسْتَأْجَرَهُ لِيَحْمِلَ نِصْفَ طَعَامِهِ بِالنِّصْفِ الْآخَرَ حَيْثُ لَا يَجِبُ لَهُ الْأَجْرُ؛ لِأَنَّ الْمُسْتَأْجَرَ مَلِكُ الْأَجِيرِ فِي الْحَالِ بِالتَّعْجِيلِ فَصَارَ مُشْتَرَكًا بَيْنَهُمَا. وَمَنْ اسْتَأْجَرَ رَجُلًا لِحَمْلِ طَعَامٍ مُشْتَرَكٍ بَيْنَهُمَا لَا يَجِبُ الْأَجْرُ لِأَنَّ مَا مِنْ جُزْءٍ يَحْمِلُهُ إِلَّا وَهُوَ عَامِلٌ لِنَفْسِهِ فِيهِ فَلَا يَتَحَقَّقُ تَسْلِيمُ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ. قَالَ (وَلَا يُجَاوِزُ بِالْأَجْرِ قَفِيزًا)؛ لِأَنَّهُ لَمَّا فَسَدَتِ الْإِجَارَةُ فَالْوَجِبُ الْأَقْلُ مَا سَمِيَ وَمِنْ أَجْرِ الْمِثْلِ؛ لِأَنَّهُ رَضِيَ بِحِطِّ الزِّيَادَةِ، وَهَذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا اشْتَرَكَا فِي الْإِحْتِطَابِ حَيْثُ يَجِبُ الْأَجْرُ بِالْغَا مَا بَلَغَ عِنْدَ مُحَمَّدٍ؛ لِأَنَّ الْمُسَمَّى هُنَاكَ غَيْرُ مَعْلُومٍ فَلَمْ يَصِحَّ الْحِطُّ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ دَفَعَ إِلَى حَائِكٍ غَزَلَ لَا لِيَنْسِجَهُ إِيَّاهُ) وَمَنْ دَفَعَ إِلَى حَائِكٍ غَزَلَ لَا لِيَنْسِجَهُ بِالنِّصْفِ فَلِلْإِجَارَةِ فَاسِدَةً، وَكَذَلِكَ إِذَا اسْتَأْجَرَ حِمَارًا يَحْمِلُ طَعَامًا لَهُ بِقَفِيزٍ مِنْهُ لِأَنَّهُ فِي مَعْنَى قَفِيزِ الطَّحَّانِ فِي جَعْلِ الْأَجْرِ بَعْضَ مَا يَخْرُجُ مِنْ عَمَلِهِ، وَقَدْ «نَهَى النَّبِيُّ ﷺ عَنْ قَفِيزِ الطَّحَّانِ»^(١) وَهُوَ أَنْ يَسْتَأْجَرَ ثَوْرًا لِيَطْحَنَ لَهُ حِنْطَةً بِقَفِيزٍ مِنْ دَقِيقِهَا، وَهَذَا أَصْلٌ كَبِيرٌ يُعْرَفُ بِهِ فَسَادُ كَثِيرٍ مِنَ الْإِجَارَاتِ. فَإِنْ قِيلَ: إِذَا كَانَ عُرْفُ دِيَارِنَا عَلَى ذَلِكَ فَهَلْ يُتْرَكُ بِهِ الْقِيَاسُ؟ قُلْنَا: لَا، لِأَنَّهُ فِي مَعْنَاهُ مِنْ كُلِّ وَجْهِ فَكَانَ ثَابِتًا بِدَلَالَةِ النَّصِّ، وَمِثْلُهُ لَا يُتْرَكُ بِالْعُرْفِ.

(١) أخرجه البيهقي في الكبرى (٥/٥٥٤)، والدارقطني (٣/٤٧)، وانظر نصب الراية (٤/٣٣٤).

فَإِنْ قِيلَ: لَا يُتْرَكُ بَلْ يُخَصَّصُ عَنِ الدَّلَالَةِ بَعْضُ مَا فِي مَعْنَى قَفِيزِ الطَّحَانِ بِالْعُرْفِ كَمَا فَعَلَ بَعْضُ مَشَايِخِ بَلْخِي فِي الثِّيَابِ لَجَرَيَانَ عُرْفِهِمْ بِذَلِكَ. قُلْتُ: الدَّلَالَةُ لَا عُمُومَ لَهَا حَتَّى يُخَصَّ عُرْفُ ذَلِكَ فِي مَوْضِعِهِ (قَوْلُهُ وَالْمَعْنَى فِيهِ) يَغْنِي الْمَعْنَى الْفِقْهِيَّ فِي عَدَمِ جَوَازِ ذَلِكَ هُوَ (أَنَّ الْمُسْتَأْجَرَ عَاجِزٌ عَنْ تَسْلِيمِ الْأَجْرِ وَهُوَ بَعْضُ الْمُنْسُوجِ أَوْ الْمَحْمُولِ لِأَنَّ حُصُولَهُ بِفِعْلٍ غَيْرِهِ وَالشَّخْصَ لَا يُعَدُّ قَادِرًا بِقُدْرَةِ غَيْرِهِ) فَإِذَا نَبَتْ فَسَادُ الْعَقْدِ كَانَ لِلْحَائِكِ أَجْرٌ مِثْلُهُ لِأَنَّ صَاحِبَ الثَّوبِ اسْتَوْفَى مَنَفَعَتَهُ بِعَقْدٍ فَاسِدٍ فَكَانَ لَهُ أَجْرٌ مِثْلُهُ (وَهَذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا اسْتَأْجَرَهُ لِيَحْمِلَ نِصْفَ طَعَامِهِ بِالنِّصْفِ الْآخَرَ حَيْثُ لَا يَجِبُ لَهُ الْأَجْرُ) لَا الْمُسَمَّى وَلَا أَجْرُ الْمَثَلِ (لِأَنَّ الْمُسْتَأْجَرَ مَلَكُ الْأَجِيرِ) الْأَجْرَةَ (فِي الْحَالِ بِالتَّعْجِيلِ) لِأَنَّ تَسْلِيمَ الْأَجْرَةِ بِحُكْمِ التَّعْجِيلِ يُوجِبُ الْمَلِكَ فِي الْأَجْرَةِ (فَصَارَ حَامِلًا طَعَامًا) (مُشْتَرَكًا). وَمَنْ اسْتَأْجَرَ رَجُلًا لِحَمْلِ طَعَامٍ مُشْتَرَكٍ بَيْنَهُمَا لَا يَجِبُ الْأَجْرُ. لِأَنَّ مَا مِنْ جُزْءٍ يَحْمِلُهُ إِلَّا وَهُوَ عَامِلٌ لِنَفْسِهِ فِيهِ فَلَا يَتَحَقَّقُ تَسْلِيمُ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ) وَقَوْلُهُ بِالنِّصْفِ الْآخَرَ تَلْوِيحٌ إِلَى مَسْأَلَةٍ أُخْرَى، وَهُوَ مَا إِذَا قَالَ أَحْمِلْ هَذَا الْكُرَّ إِلَى بَعْدَادَ بِنِصْفِهِ فَإِنَّهُ لَا يَكُونُ شَرِيكًا وَلَكِنْ تَفْسُدُ الْإِجَارَةُ لَكُونِهَا فِي مَعْنَى قَفِيزِ الطَّحَانِ، وَيَجِبُ أَجْرُ الْمَثَلِ لَا يُجَاوِزُ بِهِ قِيَمَةَ نِصْفِ الْكُرِّ.

وَقَوْلُهُ (وَلَا يُجَاوِزُ بِالْأَجْرِ قَفِيزًا) مُتَّصِلٌ بِقَوْلِهِ وَكَذَا إِذَا اسْتَأْجَرَ حِمَارًا لِيَحْمِلَ طَعَامًا بِقَفِيزٍ مِنْهُ (لَأَنَّهُ لَمَّا فَسَدَتْ الْإِجَارَةُ فَالْوَجِبُ الْأَقْلُ مِنَ الْمُسَمَّى وَمِنْ أَجْرِ الْمَثَلِ لِأَنَّهُ رَضِيَ بِحَظِّ الزِّيَادَةِ، وَهَذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا اشْتَرَكَ فِي الْاِحْتِطَابِ حَيْثُ يَجِبُ الْأَجْرُ بِالْعَا مَا بَلَغَ عِنْدَ مُحَمَّدٍ، لِأَنَّ الْمُسَمَّى) وَهُوَ نِصْفُ الْحَطَبِ (هُنَاكَ غَيْرُ مَعْلُومٍ فَلَمْ يَصِحَّ الْحَطُّ) وَأَمَّا عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ فَلَا يُجَاوِزُ بِأَجْرِهِ نِصْفَ ثَمَنِ ذَلِكَ لِأَنَّهُ رَضِيَ بِنِصْفِ الْمُسَمَّى حَيْثُ اشْتَرَكَ، وَهَذَا إِذَا احْتَطَبَ أَحَدُهُمَا وَجَمَعَ الْآخَرَ، وَأَمَّا إِذَا احْتَطَبَا جَمِيعًا وَجَمَعَا جَمِيعًا فَهُمَا شَرِيكَانِ عَلَى السَّوَاءِ.

قَالَ: (وَمَنْ اسْتَأْجَرَ رَجُلًا لِيَخْبِزَ لَهُ هَذِهِ الْعَشْرَةَ الْمَخَاتِيمَ مِنَ الدَّقِيقِ الْيَوْمَ بِدِرْهَمٍ فَهُوَ فَاسِدٌ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ فِي الْإِجَارَاتِ: هُوَ جَائِزٌ؛ لِأَنَّهُ يَجْعَلُ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ عَمَلًا وَيَجْعَلُ ذِكْرَ الْوَقْتِ لِلِاسْتِعْجَالِ تَصْحِيحًا لِلْعَقْدِ فَتَرْتَفِعُ الْجَهَالَةُ. وَلَهُ أَنْ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ مَجْهُولٌ لِأَنَّ ذِكْرَ الْوَقْتِ يُوجِبُ كَوْنَ الْمَنَفْعَةِ مَعْقُودًا عَلَيْهَا

وَذَكَرَ الْعَمَلُ يُوجِبُ كَوْنَهُ مَعْقُودًا عَلَيْهِ وَلَا تَرْجِيحَ، وَنَفَعَ الْمُسْتَأْجِرَ فِي الثَّانِي وَنَفَعَ الْأَجِيرَ فِي الْأَوَّلِ فَيُفْضِي إِلَى الْمُنَازَعَةِ. وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ يَصِحُّ الْإِجَارَةُ إِذَا قَالَ: فِي الْيَوْمِ، وَقَدْ سُمِّيَ عَمَلًا؛ لِأَنَّهُ لِلظَّرْفِ فَكَانَ الْمَعْقُودُ عَلَيْهِ الْعَمَلُ، بِخِلَافِ قَوْلِهِ الْيَوْمَ وَقَدْ مَرَّ مِثْلُهُ فِي الطَّلَاقِ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ اسْتَأْجَرَ رَجُلًا لِيَخْبِرَ لَهُ هَذِهِ الْعَشْرَةَ الْمَخَاتِيمَ إلخ) الْمَخَاتِيمُ جَمْعُ مَخْتُومٍ وَهُوَ الصَّاعُ سُمِّيَ بِهِ؛ لِأَنَّهُ يَخْتَمُ أَعْلَاهُ كَيْ لَا يَزْدَادَ أَوْ يَنْقُصَ، وَإِضَافَةُ الْعَشْرَةِ إِلَى الْمَخَاتِيمِ مِنْ بَابِ الْخَمْسَةِ الْأَتُوبِ عَلَى مَذْهَبِ الْكُوفِيِّينَ، وَالْيَوْمُ مَنْصُوبٌ عَلَى الظَّرْفِيَّةِ، وَمَنْ اسْتَأْجَرَ رَجُلًا لِيَخْبِرَ لَهُ هَذِهِ الْعَشْرَةَ الْمَخَاتِيمَ الْيَوْمَ بِدَرَاهِمَ فَهُوَ فَاسِدٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: هُوَ جَائِزٌ ذِكْرُهُ فِي إِجَارَاتِ الْمَبْسُوطِ لِأَنَّهُ يَجْعَلُ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ الْعَمَلُ حَتَّى إِذَا فَرَّغَ مِنْهُ نِصْفَ النَّهَارِ فَلَهُ الْأَجْرُ كَامِلًا، وَإِنْ لَمْ يَفْرُغْ فِي الْيَوْمِ فَعَلَيْهِ أَنْ يَعْمَلَهُ فِي الْعَدِّ لِأَنَّ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ هُوَ الْعَمَلُ، وَإِذَا كَانَ الْمَعْقُودُ عَلَيْهِ هُوَ الْعَمَلُ وَهُوَ مَعْلُومٌ جَازَ الْعَقْدُ وَيَجْعَلُ ذِكْرَ الْوَقْتِ لِلِاسْتِعْجَالِ لَا لِتَعْلِيلِ الْعَقْدِ بِهِ فَكَأَنَّهُ اسْتَأْجَرَهُ لِلْعَمَلِ عَلَى أَنْ يَفْرُغَ مِنْهُ فِي أَسْرَعَ الْأَوْقَاتِ، وَالْحَمْلُ عَلَى هَذَا مِمَّا لَا بُدَّ مِنْهُ دَفْعًا لِلجَهَالَةِ لِتَصْحِيحِ الْعَقْدِ، وَلَأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ مَجْهُولٌ لِتَرُدُّدِهِ بَيْنَ أَمْرَيْنِ كُلُّ مِنْهُمَا صَالِحٌ لَذَلِكَ، لِأَنَّ ذِكْرَ الْوَقْتِ يُوجِبُ كَوْنَ الْمَنْفَعَةِ مَعْقُودًا عَلَيْهَا، وَذَكَرَ الْعَمَلُ يُوجِبُ كَوْنَهُ مَعْقُودًا عَلَيْهِ، وَلَيْسَ أَحَدُهُمَا أَوَّلَى مِنَ الْآخَرِ، وَالْجَهَالَةُ الْمُفْضِيَةُ إِلَى التَّرَاعِ تُفْسِدُ الْعَقْدَ، وَهَذِهِ كَذَلِكَ لِأَنَّ نَفْعَ الْمُسْتَأْجِرِ فِي الثَّانِي حَتَّى لَا يَجِبَ الْأَجْرُ عَلَيْهِ إِلَّا بِتَسْلِيمِ الْعَمَلِ، وَنَفْعُ الْأَجِيرِ فِي الْأَوَّلِ لِاسْتِحْقَاقِهِ بِتَسْلِيمِ نَفْسِهِ وَإِنْ لَمْ يَعْمَلْ، فَإِنْ مَضَى الْيَوْمُ وَلَمْ يَفْرُغْ مِنَ الْعَمَلِ جَازَ أَنْ يَطْلُبَ الْأَجِيرُ أَجْرَهُ نَظَرًا إِلَى الْأَوَّلِ وَيَمْنَعَهُ الْمُسْتَأْجِرُ نَظَرًا إِلَى الثَّانِي فَأَفْضَى إِلَى التَّرَاعِ، وَجَعَلَ ذِكْرَ الْوَقْتِ لِلتَّعْجِيلِ تَحَكُّمٌ لِتَفَاوُتِ الْأَعْرَاضِ، فَقَدْ يَكُونُ لِلتَّعْجِيلِ وَقَدْ يَكُونُ لَكَوْنِ الْمَنْفَعَةِ مَعْلُومَةً، وَطُولُ بِالْفَرْقِ بَيْنَ مَسْأَلَتِنَا وَبَيْنَ مَا إِذَا قَالَ إِنَّ حِطَّتْهُ الْيَوْمَ فَلِكُ دِرْهَمٍ، وَإِنْ حِطَّتْهُ غَدًا فَلِكُ نِصْفِ دِرْهَمٍ، فَإِنْ أَبَا حَنِيفَةَ أَجَازَ الشَّرْطَ الْأَوَّلَ وَجَعَلَ ذِكْرَ الْوَقْتِ لِلتَّعْجِيلِ وَبَيْنَهَا وَبَيْنَ مَا إِذَا اسْتَأْجَرَ رَجُلًا لِيَخْبِرَ لَهُ قَفِيزَ دَقِيقٍ عَلَى أَنْ يَفْرُغَ مِنْهُ الْيَوْمَ فَإِنَّ الْإِجَارَةَ فِيهَا جَائِزَةٌ بِالْإِجْمَاعِ. وَالْفَرْقُ بَيْنَهَا

وَيَبَيِّنُ الْأَوَّلُ أَنَّ دَلِيلَ الْمَجَازِ وَهُوَ نُقْصَانُ الْأَجْرِ لِلتَّأَخِيرِ فِيهَا صَرْفُهُ عَنْ حَقِيقَتِهِ الَّتِي هِيَ التَّوْقِيتُ إِلَى الْمَجَازِ الَّذِي هُوَ التَّعْجِيلُ، وَلَيْسَ لَهُ فِي مَسْأَلَتِنَا مَا يَصْرِفُهُ عَنْهَا فَلَا يُصَارُ إِلَى الْمَجَازِ، وَكَذَلِكَ بَيْنَهَا وَيَبَيِّنُ الثَّانِيَةَ، فَإِنَّ كَلِمَةَ عَلَى فِيهَا مَعْنَى الشَّرْطِ عَلَى مَا عُرِفَ فِي مَوْضِعِهِ فَحَيْثُ جَعَلَهُ شَرْطًا دَلَّ عَلَى أَنَّ مُرَادَهُ التَّعْجِيلُ، يُؤَيِّدُهُ مَا رُوِيَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ وَهُوَ الْمَذْكُورُ فِي الْكِتَابِ أَنَّهُ إِذَا قَالَ فِي الْيَوْمِ صَحَّتِ الْإِجَارَةُ لِأَنَّهُ لِلظَّرْفِ وَالْمَظْرُوفِ لَا يَسْتَعْرِقُ الظَّرْفَ كَمَا مَرَّ فِي الطَّلَاقِ، فَكَأَنَّهُ قَالَ: إِنْ عَمِلْتُ فِي بَعْضِ الْيَوْمِ وَذَلِكَ يُفِيدُ التَّعْجِيلَ فَكَانَ الْعَمَلُ هُوَ الْمَعْقُودُ عَلَيْهِ، بِخِلَافِ قَوْلِهِ الْيَوْمَ فَإِنَّ الْمَنْفَعَةَ تَسْتَعْرِقُ الْوَقْتَ فَتُصْلَحُ أَنْ تُكُونَ مَعْقُودًا عَلَيْهِ وَتَلْزَمُ الْجَهَالَةَ.

قَالَ: (وَمَنْ اسْتَأْجَرَ أَرْضًا عَلَى أَنْ يَكْرِبَهَا وَيَزْرَعَهَا أَوْ يَسْقِيَهَا وَيَزْرَعَهَا فَهُوَ جَائِزٌ؛ لِأَنَّ الزَّرَاعَةَ مُسْتَحَقَّةٌ بِالْعَقْدِ، وَلَا تَتَأْتَى الزَّرَاعَةُ إِلَّا بِالسَّقْيِ وَالْكَرَابِ. فَكَانَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُسْتَحَقًّا. وَكُلُّ شَرْطٍ هَذِهِ صِفَتُهُ يَكُونُ مِنْ مُقْتَضِيَّاتِ الْعَقْدِ فَذِكْرُهُ لَا يُوْجِبُ الْفَسَادَ (فَإِنْ اشْتَرَطَ أَنْ يُثْنِيَهَا أَوْ يُكْرِى أَنْهَارَهَا أَوْ يُسْرِقَهَا فَهُوَ فَاسِدٌ)؛ لِأَنَّهُ يَبْقَى أَثَرُهُ بَعْدَ انْقِضَاءِ الْمُدَّةِ، وَأَنَّهُ لَيْسَ مِنْ مُقْتَضِيَّاتِ الْعَقْدِ، وَفِيهِ مَنَفَعَةٌ لِأَحَدِ الْمُتَعَاقِدِينَ. وَمَا هَذَا حَالُهُ يُوْجِبُ الْفَسَادَ؛ لِأَنَّ مُؤَجَّرَ الْأَرْضِ يَصِيرُ مُسْتَأْجِرًا مَنَافِعَ الْأَجِيرِ عَلَى وَجْهِ يَبْقَى بَعْدَ الْمُدَّةِ فَيَصِيرُ صَفَقَتَانِ فِي صَفَقَةٍ وَاحِدَةٍ وَهِيَ مَنْهِيٌّ عَنْهُ. ثُمَّ قِيلَ: الْمُرَادُ بِالثَّنِيَّةِ أَنْ يَرُدَّهَا مَكْرُوبَةً وَلَا شُبْهَةً فِي فُسَادِهِ. وَقِيلَ أَنْ يُكْرِىهَا مَرَّتَيْنِ، وَهَذَا فِي مَوْضِعِ تَخْرِجِ الْأَرْضِ الرَّبْعَ بِالْكَرَابِ مَرَّةً وَاحِدَةً وَالْمُدَّةَ سَنَةً وَاحِدَةً، وَإِنْ كَانَتْ ثَلَاثَ سِنِينَ لَا تَبْقَى مَنَفَعَتُهُ، وَلَيْسَ الْمُرَادُ بِكُرَى الْأَنْهَارِ الْجَدَاوِلَ بَلِ الْمُرَادُ مِنْهَا الْأَنْهَارُ الْعِظَامُ هُوَ الصَّحِيحُ؛ لِأَنَّهُ تَبْقَى مَنَفَعَتُهُ فِي الْعَامِ الْقَابِلِ.

قَالَ: (وَإِنْ اسْتَأْجَرَهَا لِيَزْرَعَهَا بِزَّرَاعَةٍ أَرْضٍ أُخْرَى فَلَا خَيْرَ فِيهِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: هُوَ جَائِزٌ، وَعَلَى هَذَا إِجَارَةُ السُّكْنَى بِالسُّكْنَى وَاللُّبْسِ بِاللُّبْسِ وَالرُّكُوبِ بِالرُّكُوبِ. أَنَّ الْمَنَافِعَ بِمَنْزِلَةِ الْأَعْيَانِ حَتَّى جَازَتْ الْإِجَارَةُ بِأَجْرَةِ دَيْنٍ وَلَا يَصِيرُ دَيْنًا بِدَيْنٍ، وَلَنَا أَنَّ الْجِنْسَ بِانْفِرَادِهِ يُحَرِّمُ النِّسَاءَ عِنْدَنَا فَصَارَ كَبَيْعِ الْقُوْهِ بِالْقُوْهِ نَسْبَةً وَإِلَى هَذَا أَشَارَ مُحَمَّدٌ، وَلَأنَّ الْإِجَارَةَ جُوزَتْ بِخِلَافِ الْقِيَاسِ لِلْحَاجَةِ وَلَا حَاجَةَ عِنْدَ اتِّحَادِ الْجِنْسِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا اخْتَلَفَ جِنْسُ الْمَنَفَعَةِ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ اسْتَأْجَرَ أَرْضًا عَلَى أَنْ يُكْرِيهَا إِنْ بَيَّنَّ فِي هَذَا أَنَّ الشَّرْطَ الَّذِي لَا يَفْتَضِيهِ عَقْدُ الْإِجَارَةِ وَفِيهِ مَنْفَعَةٌ لِأَحَدِ الْمُتَعَاقِدَيْنِ شَرْطٌ فَاسِدٌ يَفْسُدُ بِهِ الْعَقْدُ، وَالشَّرْطُ الَّذِي يَفْتَضِيهِ الْعَقْدُ لَا يَفْسُدُهُ كَمَا فِي الْبَيْعِ، فَإِنْ اسْتَأْجَرَ أَرْضًا عَلَى أَنْ يُكْرِيهَا وَيَزْرَعَهَا أَوْ يَسْقِيَهَا وَيَزْرَعَهَا فَهُوَ جَائِزٌ، لِأَنَّ الزَّرَاعَةَ تُسْتَحَقُّ بِالْعَقْدِ وَلَا تَتَأْتَّى إِلَّا بِالسَّقْيِ وَالْكَرَابِ فَكَأَنَّ مِنَ مُفْتَضِيَاتِهِ فَذَكَرَهُ لَا يُوجِبُ الْفَسَادَ، وَإِنْ شَرَطَ أَنْ يُثْبِتَهَا أَوْ يُكْرِيهَا أَوْ يَسْقِيَهَا فَهُوَ فَاسِدٌ لِأَنَّهُ لَيْسَ مِنْ مُفْتَضِيَاتِ الْعَقْدِ، وَفِيهِ مَنْفَعَةٌ لِأَحَدِ الْمُتَعَاقِدَيْنِ لِبَقَاءِ أَثَرِهِ بَعْدَ انْقِضَاءِ الْمُدَّةِ، وَمَا هَذَا حَالُهُ يُوجِبُ الْفَسَادَ لِأَنَّ مُوجِرَ الْأَرْضِ يَصِيرُ مُسْتَأْجِرًا مَنَافِعَ الْأَجِيرِ عَلَى وَجْهِ تَبَقُّي بَعْدَ الْمُدَّةِ فَيَصِيرُ صَفَقَتَانِ فِي صَفَقَةٍ وَهُوَ مِنْهُيٌّ عَنْهُ. وَإِنَّمَا قُلْنَا إِنَّ ذَلِكَ لَيْسَ مِنْ مُفْتَضِيَاتِ الْعَقْدِ لِأَنَّ الْمُرَادَ بِالثَّنِيَةِ إِنْ كَانَ رَدُّهَا مَكْرُوبَةً فَلَا شَكَّ فِي أَنَّهُ لَا يَفْتَضِيهِ لِأَنَّ الزَّرَاعَةَ لَا تَتَوَقَّفُ عَلَيْهِ).

وَإِنْ كَانَ الْمُرَادُ بِهَا أَنْ يُكْرِيهَا مَرَّتَيْنِ فَيَجِبُ أَنْ يَكُونَ هَذَا فِي مَوْضِعٍ تُخْرَجُ الْأَرْضُ الرَّبْعَ بِالْكَرَابِ مَرَّةً وَاحِدَةً وَالْمُدَّةُ سَنَةً وَاحِدَةً، لِأَنَّهُ إِذَا كَانَ فِي مَوْضِعٍ لَا تُخْرَجُ الْأَرْضُ الرَّبْعَ إِلَّا بِالْكَرَابِ مَرَّتَيْنِ أَوْ كَانَتْ تُخْرَجُ بِالْكَرَابِ مَرَّةً إِلَّا أَنْ مُدَّةَ الْإِجَارَةِ كَانَتْ ثَلَاثَ سِنِينَ فَإِنَّهُ لَا يَفْسُدُ الْعَقْدُ، لِأَنَّ الْأَوَّلَ حِينَئِذٍ مِنْ مُفْتَضِيَاتِهِ، وَالثَّانِي لَيْسَ فِيهِ لِأَحَدِ الْمُتَعَاقِدَيْنِ مَنْفَعَةٌ لِعَدَمِ بَقَاءِ أَثَرِهِ بَعْدَ الْمُدَّةِ. وَأَمَّا كَرِي الْأَنْهَارِ فَقَالَ بَعْضُهُمُ الْمُرَادُ بِهَا الْجَدَاوِلُ لِبَقَاءِ مَنْفَعَتِهِ فِي الْعَامِ الْقَابِلِ وَنَفَاهُ الْمُصَنَّفُ وَقَالَ: بَلِ الْمُرَادُ مِنْهَا الْأَنْهَارُ الْعِظَامُ هُوَ الصَّحِيحُ لِأَنَّهُ تَبَقُّي مَنْفَعَتُهُ فِي الْعَامِ الْقَابِلِ دُونَ الْأَوَّلِ (وَإِذَا اسْتَأْجَرَ أَرْضًا لِيَزْرَعَهَا بِزُرْعَةٍ أُخْرَى لَا يَجُوزُ أَصْلًا، وَكَذَا إِجَارَةُ السُّكْنَى بِالسُّكْنَى وَاللُّبْسُ بِاللُّبْسِ وَالرُّكُوبُ بِالرُّكُوبِ).

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: هُوَ جَائِزٌ لِأَنَّ الْمَنَافِعَ بِمَنْزِلَةِ الْأَعْيَانِ وَلِهَذَا جَازَتْ الْإِجَارَةُ بِدَيْنٍ أَوْ بِأَجْرَةٍ هِيَ دَيْنٌ عَلَى الْمُوجِرِ، وَلَوْ لَمْ تَكُنِ الْمَنَافِعُ بِمَنْزِلَةِ الْأَعْيَانِ لَكَانَ ذَلِكَ دَيْنًا بِدَيْنٍ (وَلَنَا) فِي ذَلِكَ طَرِيقَانِ: أَحَدُهُمَا (أَنَّ الْجِنْسَ بِأَنْفِرَادِهِ يُحَرِّمُ النَّسَاءَ عِنْدَنَا فَصَارَ كَبَيْعِ الْقُوْهِ بِالْقُوْهِ نَسِيئَةً) وَقَدْ تَقَدَّمَ بَيَانُ أَنَّ الْجِنْسَ بِأَنْفِرَادِهِ يُحَرِّمُ النَّسَاءَ، وَمَعْنَى الْقُوْهِ تَقَدَّمَ فِي الْبُيُوعِ (وَإِلَى هَذَا) أَيُّ إِلَى هَذَا الطَّرِيقِ (أَشَارَ مُحَمَّدٌ) وَهُوَ مَا رَوَى: أَنَّ ابْنَ

سِمَاعَةَ كَتَبَ إِلَى مُحَمَّدِ بْنِ الْحَسَنِ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ فَكَتَبَ فِي جَوَابِهِ، إِنَّكَ أَطَلْتَ
فَالْفِكْرَةَ فَأَصَابَتْكَ الْحَيْرَةُ، وَجَالَسْتَ الْحَنَائِيَّ فَكَانَتْ مِنْكَ زَلَّةٌ، أَمَا عَلِمْتَ أَنَّ السُّكْنَى
بِالسُّكْنَى كَنِيَغِ الْقُوْهِ بِالْقُوْهِ نِسَاءً. وَالْحَنَائِيَّ اسْمٌ مُحَدَّثٌ كَانَ يُنْكَرُ الْخَوْضَ عَلَى
ابْنِ سِمَاعَةَ فِي هَذِهِ الْمَسَائِلِ وَيَقُولُ: لَا بُرْهَانَ لَكُمْ عَلَيْهَا.

وَفِيهِ بَحْثٌ مِنْ وَجْهَيْنِ: الْأَوَّلُ أَنَّ النِّسَاءَ مَا يَكُونُ عَنْ اشْتِرَاطٍ أَجَلٍ فِي الْعَقْدِ
وَتَأْخِيرِ الْمَنْفَعَةِ فِيمَا نَحْنُ فِيهِ لَيْسَ كَذَلِكَ. وَالثَّانِي أَنَّ النِّسَاءَ إِنَّمَا يَتَصَوَّرُ فِي مُبَادَلَةٍ مُوجُودٍ
فِي الْحَالِ بِمَا لَيْسَ كَذَلِكَ، وَفِيمَا نَحْنُ فِيهِ لَيْسَ كَذَلِكَ، فَإِنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لَيْسَ
بِمَوْجُودٍ بَلْ يَحْدُثَانِ شَيْئًا فَشَيْئًا، وَأُجِيبَ عَنْ الْأَوَّلِ بِأَنَّهُمَا لَمَّا أَقْدَمَا عَلَى عَقْدٍ يَتَأَخَّرُ الْمَعْقُودُ
عَلَيْهِ فِيهِ وَيَحْدُثُ شَيْئًا فَشَيْئًا كَانَ ذَلِكَ أَبْلَغَ فِي وَجُوبِ التَّأْخِيرِ مِنَ الْمَشْرُوطِ فَأَلْحَقَ بِهِ
دَلَالَةً احْتِيَاظًا عَنْ شُبْهَةِ الْحُرْمَةِ، وَفِيهِ نَظَرٌ لِأَنَّ فِي النِّسَاءِ شُبْهَةَ الْحُرْمَةِ، فَبِالْإِلْحَاقِ بِهِ تَكُونُ
شُبْهَةُ الشُّبْهَةِ وَلَيْسَتْ بِمُحَرَّمَةٍ. وَالْجَوَابُ أَنَّ الثَّابِتَ بِالدَّلَالَةِ كَالثَّابِتِ بِالْعِبَارَةِ، فَبِالْإِلْحَاقِ
تَثْبُتُ الشُّبْهَةُ لَا شُبْهَتُهَا. وَعَنْ الثَّانِي بَأَنَّ الَّذِي لَمْ تَصَحِّبْهُ الْبَاءُ يُقَامُ فِيهِ الْعَيْنُ مَقَامَ الْمَنْفَعَةِ
ضَرُورَةً تَحَقُّقِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ دُونَ مَا تَصَحِّبُهُ لِفَقْدَانِهَا فِيهِ وَلِزِمَ وَجُودُ أَحَدِهِمَا حُكْمًا وَعَدَمُ
الْآخَرِ وَتَحَقُّقِ النِّسَاءِ، وَيَجُوزُ أَنْ نَسْلُكَ طَرِيقًا آخَرَ وَهُوَ أَنْ يُقَالَ: الْمُدَّعِي أَنَّ هَذِهِ الْإِجَارَةَ
فَاسِدَةٌ، لِأَنَّ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ إِمَّا أَنْ يَكُونَ مَوْجُودًا دُونَ الْآخَرِ أَوَّلًا، فَإِنْ كَانَ لَزِمَ النِّسَاءُ وَهُوَ
بَاطِلٌ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فَكَذَلِكَ لَعَدَمِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ.

لَا يُقَالَ: قِسْمَةٌ غَيْرُ حَاضِرَةٍ لِحَوَازِ أَنْ يُعْتَبَرَ مَوْجُودَيْنِ؛ لِأَنَّ بُطْلَانَهُ قَدْ وَجَدَ الثَّانِي
(أَنَّ الْإِجَارَةَ جُوزَتْ بِخِلَافِ الْقِيَاسِ لِلْحَاجَةِ، وَلَا حَاجَةَ عِنْدَ اتِّحَادِ الْجِنْسِ) لِحُصُولِ
مَقْصُودِهِ بِمَا هُوَ لَهُ مِنْ غَيْرِ مُبَادَلَةٍ (بِخِلَافِ مَا إِذَا اخْتَلَفَ جِنْسُ الْمَنْفَعَةِ) كَالرُّكُوبِ
وَاللُّبْسِ وَالزَّرَاعَةِ وَالسُّكْنَى.

فَإِنْ قِيلَ: إِذَا اخْتَلَفَ الْجِنْسُ لَزِمَ الْكَالِيُّ بِالْكَالِيِّ. أُجِيبَ بِأَنَّهُ يَتَحَقَّقُ فِي الدِّينِ
وَالْمَنْفَعَةِ لَيْسَتْ بِدَيْنٍ، وَإِنْ قِيلَ: انْتَفَى الْمَعْقُودُ عَلَيْهِ مَنَعْنَاهُ بِقِيَامِ الْعَيْنِ مَقَامَ الْمَنْفَعَةِ فِيمَا لَمْ
تَصَحِّبْهُ الْبَاءُ ثُمَّ إِذَا اسْتَوْفَى أَحَدُهُمَا الْمَنَافِعَ وَجَبَ عَلَيْهِ أَجْرُ الْمِثْلِ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ لِأَنَّهُ
اسْتَوْفَى مَنَفَعَتَهُ بِحُكْمِ عَقْدٍ فَاسِدٍ فَعَلَيْهِ أَجْرُ الْمِثْلِ. وَرَوَى بِشَرٍّ عَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ لَا
شَيْءَ عَلَيْهِ لِأَنَّهُ يُقَوِّمُ الْمَنْفَعَةَ بِالنِّسْمَةِ وَقَدْ فَسَدَتْ.

قَالَ: (وَإِذَا كَانَ الطَّعَامُ بَيْنَ رَجُلَيْنِ فَاسْتَأْجَرَ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ أَوْ حِمَارَ صَاحِبِهِ عَلَى أَنْ يَحْمِلَ نَصِيبَهُ فَحَمَلَ الطَّعَامَ كُلَّهُ فَلَا أَجْرَ لَهُ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَهُ الْمُسَمَّى؛ لِأَنَّ الْمَنْفَعَةَ عَيْنٌ عِنْدَهُ وَيَبِيعُ الْعَيْنَ شَائِعًا جَائِزًا، وَصَارَ كَمَا إِذَا اسْتَأْجَرَ دَارًا مُشْتَرَكَةً بَيْنَهُ وَبَيْنَ غَيْرِهِ لِيُضَعَ فِيهَا الطَّعَامُ أَوْ عَبْدًا مُشْتَرَكًا لِيُخِيطَ لَهُ الثِّيَابَ وَلَنَا أَنَّهُ اسْتَأْجَرَهُ لِعَمَلٍ لَا وَجُودَ لَهُ؛ لِأَنَّ الْحَمْلَ فِعْلٌ حِسِّيٌّ لَا يُتَصَوَّرُ فِي الشَّائِعِ، بِخِلَافِ الْبَيْعِ؛ لِأَنَّهُ تَصَرَّفَ حُكْمِيًّا، وَإِذَا لَمْ يُتَصَوَّرْ تَسْلِيمُ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ لَا يَجِبُ الْأَجْرُ، وَلِأَنَّ مَا مِنْ جُزْءٍ يَحْمِلُهُ إِلَّا وَهُوَ شَرِيكَ فِيهِ فَيَكُونُ عَامِلًا لِنَفْسِهِ فَلَا يَتَحَقَّقُ التَّسْلِيمُ، بِخِلَافِ الدَّارِ الْمُشْتَرَكَةِ؛ لِأَنَّ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ هُنَاكَ الْمَنَافِعُ وَيَتَحَقَّقُ تَسْلِيمُهَا بِدُونِ وَضْعِ الطَّعَامِ، وَبِخِلَافِ الْعَبْدِ؛ لِأَنَّ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ إِنَّمَا هُوَ مِلْكُ نَصِيبِ صَاحِبِهِ وَأَنَّهُ أَمْرٌ حُكْمِيٌّ يُمْكِنُ إيقاعُهُ فِي الشَّائِعِ.

الشرح:

قَالَ (وَإِذَا كَانَ الطَّعَامُ بَيْنَ رَجُلَيْنِ إِخْ) وَإِذَا كَانَ الطَّعَامُ بَيْنَ رَجُلَيْنِ فَاسْتَأْجَرَ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ أَوْ حِمَارَ صَاحِبِهِ عَلَى أَنْ يَحْمِلَ نَصِيبَهُ فَحَمَلَ الطَّعَامَ كُلَّهُ فَلَا أَجْرَ لَهُ؛ يَعْنِي لَا الْمُسَمَّى وَلَا أَجْرَ الْمَثَلِ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَهُ الْمُسَمَّى لِأَنَّ الْمَنْفَعَةَ عَيْنٌ عِنْدَهُ وَيَبِيعُ الْعَيْنَ شَائِعًا جَائِزًا، وَصَارَ كَمَا إِذَا اسْتَأْجَرَ دَارًا مُشْتَرَكَةً بَيْنَهُ وَبَيْنَ غَيْرِهِ لِيُضَعَ فِيهِ الطَّعَامُ يَعْنِي الطَّعَامَ الْمُشْتَرَكُ أَوْ عَبْدًا مُشْتَرَكًا لِيُخِيطَ الثِّيَابَ. وَلَنَا أَنَّهُ اسْتَأْجَرَهُ لِعَمَلٍ لَا وَجُودَ لَهُ؛ لِأَنَّ الْحَمْلَ فِعْلٌ حِسِّيٌّ لَا يُتَصَوَّرُ فِي الشَّائِعِ إِذْ الْحَمْلُ يَقَعُ عَلَى مُعَيَّنٍ وَالشَّائِعُ لَيْسَ بِمُعَيَّنٍ. فَإِنْ قِيلَ: إِذَا حَمَلَ الْكُلَّ فَقَدْ حَمَلَ الْبَعْضَ لَا مَحَالَةَ فَيَجِبُ الْأَجْرُ. أَجِيبَ بِأَنَّ حَمْلَ الْكُلِّ حَمْلٌ مُعَيَّنٌ وَهُوَ لَيْسَ بِمَعْقُودٍ عَلَيْهِ إِلَّا اسْتِجَارًا لِعَمَلٍ لَا وَجُودَ لَهُ لَا يَجُوزُ لِعَدَمِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ وَإِذَا لَمْ يُتَصَوَّرْ تَسْلِيمُ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ لَا يَجِبُ الْأَجْرُ أَصْلًا.

وَفَرَّقَ بَيْنَ هَذَا وَإِحَارَةِ الْمَشَاعِ فَإِنَّهَا أَيْضًا فَاسِدَةٌ عِنْدَهُ، فَإِنْ اسْتَوْفَى الْمَنْفَعَةَ وَجَبَ عَلَيْهِ أَجْرُ الْمَثَلِ بِأَنَّ هُنَاكَ تَسْلِيمَ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ مُتَعَدِّزٌ عَلَى الْوَجْهِ الَّذِي أَوْجَبَهُ الْعَقْدُ، فَإِنْ اسْتَوْفَى الْمَنْفَعَةَ وَجَبَ الْأَجْرُ، وَأَمَّا هَاهُنَا فَإِنَّهُ مُتَعَدِّزٌ أَصْلًا فَلَا يَجِبُ (قَوْلُهُ) بِخِلَافِ الْبَيْعِ جَوَابٌ عَنْ قِيَاسِ الشَّافِعِيِّ عَلَى الْبَيْعِ، وَذَلِكَ (لِأَنَّ الْبَيْعَ تَصَرَّفَ حُكْمِيًّا)

أَيُّ شَرْعِيٍّ، وَالتَّصَرُّفُ فِي الشَّائِعِ شَائِعٌ شَرْعًا، كَمَا إِذَا بَاعَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ نَصِيْبَهُ.
وَقَوْلُهُ (وَلَأَنَّ مَا مِنْ جُزْءٍ) دَلِيلٌ آخَرُ عَلَى الْمَطْلُوبِ وَوَجْهُهُ أَنَّ حَامِلَ الشَّائِعِ مَا
يُحْمَلُ مِنْ جُزْءٍ إِلَّا وَهُوَ شَرِيكٌ فِيهِ، وَكُلُّ مَنْ حَمَلَ شَيْئًا هُوَ شَرِيكٌ فِيهِ كَانَ عَامِلًا
لِنَفْسِهِ، وَمَنْ عَمِلَ لِنَفْسِهِ لَمْ يَسْتَحِقَّ أَجْرًا عَلَى غَيْرِهِ لِعَدَمِ تَحَقُّقِ التَّسْلِيمِ إِلَيْهِ. وَلِقَائِلُ أَنْ
يَقُولَ: لَا يَخْلُو مِنْ أَنَّهُ عَامِلٌ لِنَفْسِهِ فَقَطْ أَوْ عَامِلٌ لِنَفْسِهِ وَلِغَيْرِهِ، وَالْأَوَّلُ مَمْنُوعٌ فَإِنَّهُ
شَرِيكٌ، وَالثَّانِي حَقٌّ لَكِنْ عَدَمُ اسْتِحْقَاقِهِ الْأَجْرَ عَلَى فِعْلِهِ لِنَفْسِهِ لَا يَسْتَلْزِمُ عَدَمَهُ
بِالنِّسْبَةِ إِلَى مَا وَقَعَ لِغَيْرِهِ.

وَالْجَوَابُ أَنَّهُ عَامِلٌ لِنَفْسِهِ فَقَطْ، لِأَنَّ عَمَلَهُ لِنَفْسِهِ أَصْلٌ وَمُؤَافَقٌ لِلْقِيَاسِ وَعَمَلُهُ
لِغَيْرِهِ لَيْسَ بِأَصْلٍ بَلْ بِنَاءٌ عَلَى أَمْرِ مُخَالَفٍ لِلْقِيَاسِ فِي الْحَاجَةِ، وَهِيَ تَنْدَفِعُ بِجَعْلِهِ عَامِلًا
لِنَفْسِهِ لِحُصُولِ مَقْصُودِ الْمُسْتَأْجِرِ فَاعْتَبَرَ جِهَةً كَوْنِهِ عَامِلًا لِنَفْسِهِ فَقَطْ فَلَمْ يَسْتَحِقَّ
الْأَجْرَ. وَقَوْلُهُ (بِخِلَافِ الدَّارِ الْمُشْتَرَكَةِ) جَوَابٌ عَنْ قِيَاسِ الْخَصْمِ عَلَى اسْتِئْجَارِ الدَّارِ
الْمُشْتَرَكَةِ.

وَوَجْهُهُ أَنَّ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ هُنَاكَ مَنَافِعُ الدَّارِ وَتَسْلِيمُهَا مُتَحَقِّقٌ بِدُونِ وَضْعِ الطَّعَامِ
فِيهِ، فَإِنَّهُ إِذَا تَسَلَّمَ الْبَيْتَ وَلَمْ يَضَعْ فِيهِ الطَّعَامَ أَصْلًا وَجَبَ عَلَيْهِ الْأَجْرُ، بِخِلَافِ الْحَمْلِ
فَإِنَّ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ هُوَ الْعَمَلُ وَتَسْلِيمُهُ فِي الشَّائِعِ لَا يَتَحَقَّقُ كَمَا مَرَّ.

وَقَوْلُهُ (وَبِخِلَافِ الْعَبْدِ) جَوَابٌ عَنْ قِيَاسِهِ عَلَى اسْتِئْجَارِ الْعَبْدِ الْمُشْتَرَكِ. وَوَجْهُهُ
أَنَّ الْمُسْتَأْجِرَ لِلْعَبْدِ الْمُشْتَرَكِ يَمْلِكُ مَنَفْعَةَ نَصِيبِ صَاحِبِهِ وَالْمَلِكُ أَمْرٌ حُكْمِيٌّ يُمَكِّنُ إِبْقَاعَهُ
فِي الشَّائِعِ كَمَا فِي الْبَيْعِ، بِخِلَافِ الْحَمْلِ لِأَنَّهُ فِعْلٌ حَسِّيٌّ فَكَانَ الضَّابِطُ أَنَّ كُلَّ مَوْضِعٍ
لَا يَجِبُ فِيهِ الْأَجْرُ إِلَّا بِإِبْقَاعِ عَمَلٍ فِي الْعَيْنِ الْمُشْتَرَكَةِ لَا يَجِبُ، وَكُلُّ مَوْضِعٍ لَا يَكُونُ
كَذَلِكَ يَجِبُ كَالدَّارِ الْمُشْتَرَكَةِ وَالسَّفِينَةِ الْمُشْتَرَكَةِ لِحَمْلِ الطَّعَامِ الْمُشْتَرَكِ.

(وَمَنْ اسْتَأْجَرَ أَرْضًا وَلَمْ يَذْكُرْ أَنَّهُ يَزْرَعُهَا أَوْ أَيَّ شَيْءٍ يَزْرَعُهَا فَلِلْإِجَارَةِ فَاسِدَةٌ؛
لِأَنَّ الْأَرْضَ تُسْتَأْجَرُ لِلزَّرْعَةِ وَلِغَيْرِهَا، وَكَذَا مَا يَزْرَعُ فِيهَا مُخْتَلَفٌ، فَمِنْهُ مَا يَضُرُّ
بِالْأَرْضِ مَا لَا يَضُرُّ بِهَا غَيْرُهُ، فَلَمْ يَكُنِ الْمَعْقُودُ عَلَيْهِ مَعْلُومًا. (فَإِنْ زَرَعَهَا وَمَضَى الْأَجْلُ
فَلَهُ الْمُسَمَّى) وَهَذَا اسْتِحْسَانٌ. وَفِي الْقِيَاسِ: لَا يَجُوزُ وَهُوَ قَوْلُ زُقَرٍ؛ لِأَنَّهُ وَقَعَ فَاسِدًا فَلَا
يَنْقَلِبُ جَائِزًا. وَجْهُ الاسْتِحْسَانِ أَنَّ الْجَهَالََةَ ارْتَفَعَتْ قَبْلَ تَمَامِ الْعَقْدِ فَيَنْقَلِبُ جَائِزًا، كَمَا

إِذَا ارْتَفَعَتْ فِي حَالَةِ الْعَقْدِ، وَصَارَ كَمَا إِذَا أَسْقَطَ الْأَجَلَ الْمَجْهُولُ قَبْلَ مُضِيِّهِ وَالْخِيَارَ الزَّائِدَ فِي الْمُدَّةِ.

(وَمَنْ اسْتَأْجَرَ حِمَارًا إِلَى بَغْدَادَ بِدِرْهَمٍ وَلَمْ يُسَمِّ مَا يَحْمِلُ عَلَيْهِ فَحَمَلَ مَا يَحْمِلُ النَّاسُ فَتَفَقَّ فِي نِصْفِ الطَّرِيقِ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ)؛ لِأَنَّ الْعَيْنَ الْمُسْتَأْجِرَةَ أَمَانَةً فِي يَدِ الْمُسْتَأْجِرِ، وَإِنْ كَانَتْ الْأَجْرَةُ فَاسِدَةً (فَإِنْ بَلَغَ بَغْدَادَ فَلَهُ الْأَجْرُ الْمُسَمَّى اسْتِحْسَانًا) عَلَى مَا ذَكَرْنَا فِي الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى (وَإِنْ اخْتَصَمَا قَبْلَ أَنْ يَحْمِلَ عَلَيْهِ) وَفِي الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى قَبْلَ أَنْ يَزْرَعَ (نُقِضَتِ الْإِجَارَةُ) دَفْعًا لِلْفَسَادِ إِذَا الْفَسَادُ قَائِمٌ بَعْدُ.

الشرح:

وَمَنْ اسْتَأْجَرَ أَرْضًا وَلَمْ يُبَيِّنْ أَلْهَا لِلزَّرَاعَةِ أَوْ لغيرِهَا أَوْ بَيَّنَّ أَلْهَا لِلزَّرَاعَةِ وَلَمْ يُبَيِّنْ مَاذَا يَزْرَعُ فِيهَا فَالْإِجَارَةُ فَاسِدَةٌ لَجَهَالَةِ الْمُعْقُودِ عَلَيْهِ لِأَنَّ الْأَرْضَ كَمَا تُسْتَأْجَرُ لِلزَّرَاعَةِ تُسْتَأْجَرُ لغيرِهَا كَالْبِنَاءِ وَالْعَرَسِ (وَكَذًا مَا يَزْرَعُ فِيهَا مُخْتَلَفٌ، فَمِنْهُ مَا يَضُرُّ بِالْأَرْضِ أَكْثَرُ مِنْ غَيْرِهِ) كَالذَّرَةِ وَالْأَرُزِّ فَإِنَّ ضَرَرَهُمَا بِهَا أَكْثَرُ مِنْ ضَرَرِ الْحِنْطَةِ وَالشَّعِيرِ وَجَهَالَةُ الْمُعْقُودِ عَلَيْهِ تُفْسِدُ الْعَقْدَ، فَإِنْ زَرَعَهَا وَمَضَى الْأَجَلُ وَجَبَ الْأَجْرُ اسْتِحْسَانًا، وَالْقِيَاسُ أَنْ لَا يَكُونَ لَهُ ذَلِكَ وَهُوَ قَوْلُ زُفَرٍ، لِأَنَّهُ انْعَقَدَ فَاسِدًا فَلَا يَنْقَلِبُ جَائِزًا. وَوَجْهُ الاسْتِحْسَانِ أَنَّ الْجَهَالََةَ قَدْ ارْتَفَعَتْ قَبْلَ تِمَامِ الْعَقْدِ بِنَقْضِ الْحَاكِمِ بِوُقُوعِ مَا وَقَعَ فِيهَا مِنَ الزَّرْعِ لِأَنَّ الْإِجَارَةَ عَقْدٌ يُعَقَّدُ لِلِاسْتِقْبَالِ، فَإِذَا شَاهَدَ الْمَرْوُوعُ فِي بَعْضِ الْمُدَّةِ وَعَرَفَ أَنَّهُ ضَارٌّ أَوْ لَيْسَ بِضَارٍّ فَقَدْ ارْتَفَعَتْ الْجَهَالَةُ الْمُفْضِيَةُ إِلَى التَّرَاعُ مِنْ ذَلِكَ الْوَقْتِ، وَارْتِفَاعُهَا مِنْ ذَلِكَ الْوَقْتِ كَارْتِفَاعِهَا مِنْ حَالَةِ الْعَقْدِ لِأَنَّ كُلَّ جُزْءٍ مِنْهُ بِمَنْزِلَةِ ابْتِدَائِهِ، وَلَوْ ارْتَفَعَتْ مِنَ الْابْتِدَاءِ جَارَ فَكَذَا هَاهُنَا.

وَصَارَ كَمَا إِذَا اسْتَأْجَرَ إِلَى الدِّيَّاسِ مَثَلًا ثُمَّ أَسْقَطَ الْأَجَلَ قَبْلَ أَنْ يَأْخُذَ النَّاسُ فِيهِ، وَكَمَا إِذَا بَاعَ بِشَرْطِ الْخِيَارِ إِلَى أَرْبَعَةِ أَيَّامٍ ثُمَّ أَسْقَطَ الرَّابِعَ، وَكَمَا إِذَا بَاعَ بِشَرْطِ قَبْلِ مَجِيئِهِ، وَهَذَا رَدُّ الْمُخْتَلَفِ عَلَى الْمُخْتَلَفِ، فَإِنَّ زُفَرَ لَمْ يَقُلْ بِذَلِكَ أَيْضًا، وَلَكِنْ لَمَّا أُثْبِتَ ذَلِكَ بِدَلِيلِهِ فِيمَا تَقَدَّمَ ذَكَرَ هَاهُنَا بِطَرِيقِ الْمُبَادِي.

لَا يُقَالُ: ذَكَرُ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ تَكَرَّرًا لِأَنَّهُ ذَكَرَ فِي أَوَّلِ بَابٍ مَا يَجُوزُ مِنَ الْإِجَارَةِ وَيَجُوزُ اسْتِئْجَارُ الْأَرْضِ لِلزَّرَاعَةِ، وَلَا يَصِحُّ الْعَقْدُ حَتَّى يُسَمَّى مَا يَزْرَعُ فِيهَا لِأَنَّ ذَلِكَ

وَضَعُ الْقُدُورِيَّ وَهَذَا وَضَعُ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ يَشْتَمِلُ عَلَى زِيَادَةِ فَائِدَةٍ هِيَ قَوْلُهُ فَإِنْ زَرَعَهَا وَمَضَى الْأَجَلَ فَلَهُ الْمُسَمَّى (وَمَنْ اسْتَأْجَرَ حِمَارًا إِلَى بَعْدَادَ بِدِرْهَمٍ وَلَمْ يُسَمَّ مَا يَحْمِلُ عَلَيْهِ فَحَمَلُ عَلَيْهِ مَا يَحْمِلُهُ النَّاسُ فَهَلْكَ فِي نِصْفِ الطَّرِيقِ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ، لَأَنَّ الْإِجَارَةَ وَإِنْ كَانَتْ فَاسِدَةً فَ (الْعَيْنُ الْمُسْتَأْجَرَةُ أَمَانَةٌ فِي يَدِ الْمُسْتَأْجِرِ) لَأَنَّ حُكْمَ الْفَاسِدِ إِنَّمَا تُؤْخَذُ مِنَ الْجَائِزِ، إِذْ لَا حُكْمَ لِلْفَاسِدِ بِنَفْسِهِ لِأَنَّهُ مُبَاشَرَةٌ بِمَأْمُورٍ بِنَقْضِهِ فَلَا بُدَّ وَأَنْ يَأْخُذَ مِنَ الصَّحِيحِ حُكْمُهُ (فَإِنْ بَلَغَ بَعْدَادَ فَلَهُ الْأَجْرُ الْمُسَمَّى اسْتِحْسَانًا كَمَا مَرَّ فِي الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى) وَهِيَ قَوْلُهُ وَجْهُ الاسْتِحْسَانِ أَنَّ الْجَهَالََةَ ارْتَفَعَتْ قَبْلَ تِمَامِ الْعَقْدِ، فَإِنَّهُ لَمَّا حَمَلَ عَلَيْهِ مَا يَحْمِلُهُ النَّاسُ مِنَ الْحَمْلِ فَقَدْ تَعَيَّنَ الْحَمْلُ وَارْتَفَعَتْ الْجَهَالََةُ الْمُفْضِيَةُ إِلَى التَّزَاعِ فَأَنْقَلَبَ إِلَى الْجَوَازِ وَوَجَبَ الْمُسَمَّى (وَإِنْ اخْتَصَمَا قَبْلَ أَنْ يَحْمِلَ عَلَيْهِ وَفِي الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى قَبْلَ أَنْ يَزْرَعَ نُقِضَتْ الْإِجَارَةُ دَفْعًا لِلْفَسَادِ لِأَنَّهُ قَائِمٌ بَعْدُ) وَاللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ.

باب ضمان الأجير

قَالَ: (الْأَجْرَاءُ عَلَى ضَرْبَيْنِ: أَجِيرٌ مُشْتَرَكٌ، وَأَجِيرٌ خَاصٌّ. فَالْمُشْتَرَكُ مَنْ لَا يَسْتَحِقُّ الْأَجْرَةَ حَتَّى يَعْمَلَ كَالصَّبَاغِ وَالْقَصَّارِ؛ لَأَنَّ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ إِذَا كَانَ هُوَ الْعَمَلُ أَوْ أَثَرُهُ كَانَ لَهُ أَنْ يَعْمَلَ لِلْعَامَّةِ؛ لَأَنَّ مَنَافِعَهُ لَمْ تَصِرْ مُسْتَحَقَّةً لِوَاحِدٍ، فَمِنْ هَذَا الْوَجْهِ يُسَمَّى مُشْتَرَكًا.

قَالَ (وَالْمَتَاعُ أَمَانَةٌ فِي يَدِهِ إِنْ هَلَكَ لَمْ يَضْمَنْ شَيْئًا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَهُوَ قَوْلُ زُفَرٍ، وَيَضْمَنُهُ عِنْدَهُمَا إِلَّا مِنْ شَيْءٍ غَالِبٍ كَالْحَرِيقِ الْغَالِبِ وَالْعَدُوِّ الْمَكَابِرِ) لَهُمَا مَا رُويَ عَنْ عُمَرَ وَعَلِيٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أَنَّهُمَا كَانَا يُضْمَنَانِ الْأَجِيرَ الْمُشْتَرَكَ؛ وَلَأَنَّ الْحِفْظَ مُسْتَحَقٌّ عَلَيْهِ إِذْ لَا يُمْكِنُهُ الْعَمَلُ إِلَّا بِهِ، فَإِذَا هَلَكَ بِسَبَبِ يُمَكِّنُ الْإِحْتِرَازَ عَنْهُ كَالْغَصْبِ وَالسَّرِقَةِ كَانَ التَّقْصِيرُ مِنْ جِهَتِهِ فَيَضْمَنُهُ كَالْوَدِيعَةِ إِذَا كَانَتْ بِأَجْرٍ، بِخِلَافِ مَا لَا يُمَكِّنُ الْإِحْتِرَازَ عَنْهُ كَالْمَوْتِ حَتْفَ أَنْفِهِ وَالْحَرِيقِ الْغَالِبِ وَغَيْرِهِ؛ لِأَنَّهُ لَا تَقْصِيرَ مِنْ جِهَتِهِ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ الْعَيْنَ أَمَانَةٌ فِي يَدِهِ؛ لَأَنَّ الْقَبْضَ حَصَلَ بِإِذْنِهِ، وَلِهَذَا لَوْ هَلَكَ بِسَبَبٍ لَا يُمَكِّنُ التَّحَرُّزَ عَنْهُ لَمْ يَضْمَنَهُ، وَلَوْ كَانَ مَضْمُونًا لَضْمَنَهُ كَمَا فِي الْمَغْصُوبِ، وَالْحِفْظُ مُسْتَحَقٌّ عَلَيْهِ تَبَعًا لَا مَقْصُودًا وَلِهَذَا لَا يُقَابَلُهُ الْأَجْرُ، بِخِلَافِ الْمَوْدَعِ بِأَجْرٍ؛ لَأَنَّ الْحِفْظَ مُسْتَحَقٌّ عَلَيْهِ مَقْصُودًا حَتَّى يُقَابَلَهُ الْأَجْرُ. قَالَ: (وَمَا تَلَفَ بِعَمَلِهِ، فَتَحْرِيقُ الثَّوبِ

مِنْ دَقِّهِ وَزَلَقُ الْحَمَالِ وَانْقِطَاعُ الْحَبْلِ الَّذِي يَشُدُّ بِهِ الْمَكَارِي الْحِمْلَ وَغَرَقُ السَّفِينَةِ مِنْ مَدَّةٍ مَضْمُونٍ عَلَيْهِ).

وَقَالَ زُفَرٌ وَالشَّافِعِيُّ رَحِمَهُمَا اللَّهُ: لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ أَمَرَهُ بِالْفِعْلِ مُطْلَقًا فَيَنْتَظِمُهُ بِنَوْعِهِ الْمَعْيَبِ وَالسَّلِيمِ وَصَارَ كَأَجِيرِ الْوَحْدِ وَمُعِينِ الْقَصَارِ. وَلَنَا أَنَّ الدَّاخلِ تَحْتَ الْإِذْنِ مَا هُوَ الدَّاخلُ تَحْتَ الْعَقْدِ وَهُوَ الْعَمَلُ الْمُصْلِحُ؛ لِأَنَّهُ هُوَ الْوَسِيلَةُ إِلَى الْأَثَرِ وَهُوَ الْعَقْدُ عَلَيْهِ حَقِيقَةً، حَتَّى لَوْ حَصَلَ بِفِعْلِ الْغَيْرِ يَجِبُ الْأَجْرُ فَلَمْ يَكُنِ الْمَفْسِدُ مَا دُونَنَا فِيهِ، بِخِلَافِ الْمُعِينِ؛ لِأَنَّهُ مُتَبَرِّعٌ فَلَا يُمْكِنُ تَقْيِيدُهُ بِالْمُصْلِحِ؛ لِأَنَّهُ يَمْتَنِعُ عَنِ التَّبَرُّعِ، وَفِيمَا نَحْنُ فِيهِ يَعْمَلُ بِالْأَجْرِ فَأَمْكِنُ تَقْيِيدَهُ. وَبِخِلَافِ أَجِيرِ الْوَحْدِ عَلَى مَا نَذَكَّرُهُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى وَانْقِطَاعُ الْحَبْلِ مِنْ قِلَّةِ اهْتِمَامِهِ فَكَانَ مِنْ صَنِيعِهِ قَالَ: (إِلَّا أَنَّهُ لَا يَضْمَنُ بِهِ بَنِي آدَمَ مِمَّنْ غَرِقَ فِي السَّفِينَةِ أَوْ سَقَطَ مِنَ الدَّابَّةِ وَإِنْ كَانَ بِسَوْقِهِ وَقُودِهِ؛ لِأَنَّ الْوَاجِبَ ضَمَانَ الْآدَمِيِّ. وَأَنَّهُ لَا يَجِبُ بِالْعَقْدِ. وَإِنَّمَا يَجِبُ بِالْجَنَائَةِ وَلِهَذَا يَجِبُ عَلَى الْعَاقِلَةِ، وَضَمَانُ الْعُقُودِ لَا تَنَحْمِلُهُ الْعَاقِلَةُ. قَالَ: (وَإِذَا اسْتَأْجَرَ مَنْ يَحْمِلُ لَهُ دَنًا مِنَ الْفُرَاتِ فَوَقَعَ فِي بَعْضِ الطَّرِيقِ فَانْكَسَرَ، فَإِنْ شَاءَ ضَمَنَتْهُ قِيَمَتُهُ فِي الْمَكَانِ الَّذِي حَمَلَهُ وَلَا أَجْرَ لَهُ، وَإِنْ شَاءَ ضَمَنَتْهُ قِيَمَتُهُ فِي الْمَوْضِعِ الَّذِي انْكَسَرَ وَأَعْطَاهُ الْأَجْرَ بِحِسَابِهِ) أَمَّا الضَّمَانُ فَلَمَّا قُلْنَا، وَالسُّقُوطُ بِالْعَثَارِ أَوْ بِانْقِطَاعِ الْحَبْلِ وَكُلُّ ذَلِكَ مِنْ صَنِيعِهِ، وَأَمَّا الْخِيَارُ فَلَأَنَّهُ إِذَا انْكَسَرَ فِي الطَّرِيقِ، وَالْحِمْلُ شَيْءٌ وَاحِدٌ تَبَيَّنَ أَنَّهُ وَقَعَ تَعْدِيًا مِنَ الْإِبْتِدَاءِ مِنْ هَذَا الْوَجْهِ. وَلَهُ وَجْهٌ آخَرٌ وَهُوَ أَنَّ ابْتِدَاءَ الْحِمْلِ حَصَلَ بِإِذْنِهِ فَلَمْ يَكُنْ تَعْدِيًا، وَإِنَّمَا صَارَ تَعْدِيًا عِنْدَ الْكَسْرِ فَيَمِيلُ إِلَى أَيِّ الْوَجْهِينِ شَاءَ، وَفِي الْوَجْهِ الثَّانِي لَهُ الْأَجْرُ بِقَدْرِ مَا اسْتَوْفَى، وَفِي الْوَجْهِ الْأَوَّلِ لَا أَجْرَ لَهُ؛ لِأَنَّهُ مَا اسْتَوْفَى أَصْلًا.

الشرح:

(بَابُ ضَمَانِ الْأَجِيرِ): لَمَّا فَرَعَ مِنْ بَيَانِ أَنْوَاعِ الْإِجَارَةِ شَرَعَ فِي بَيَانِ أَحْكَامِ بَعْدِ الْإِجَارَةِ وَهِيَ الضَّمَانُ وَقَالَ (الْأَجْرَاءُ عَلَى ضَرْبَيْنِ إِنْجُ) الْأَجْرَاءُ جَمْعُ أَجِيرٍ. وَهُوَ عَلَى نَوْعَيْنِ: أَجِيرٌ مُشْتَرَكٌ، وَأَجِيرٌ خَاصٌّ وَالسُّؤَالُ عَنْ وَجْهِ تَقْدِيمِ الْمُشْتَرَكِ عَلَى الْخَاصِّ دَوْرِيٌّ. قِيلَ: وَتَعْرِيفُ الْأَجِيرِ الْمُشْتَرَكِ بِقَوْلِهِ مَنْ لَا يَسْتَحِقُّ الْأَجْرَةَ حَتَّى يَعْمَلَ أَيْضًا تَعْرِيفٌ دَوْرِيٌّ، لِأَنَّهُ لَا يُعْلَمُ مَنْ لَا يَسْتَحِقُّهَا قَبْلَ الْعَمَلِ حَتَّى يَعْلَمَ الْأَجِيرُ الْمُشْتَرَكُ

فَيَكُونُ مَعْرِفَةُ الْمَعْرِفِ مَوْقُوفَةً عَلَى مَعْرِفَةِ الْمَعْرِفِ وَهُوَ الدَّوْرُ وَأَجِيبَ بِأَنَّهُ قَدْ عَلِمَ مِمَّا سَبَقَ فِي بَابِ الْأَجْرِ مَتَى يُسْتَحَقُّ أَنْ بَعْضُ الْأَجْرَاءِ يَسْتَحِقُّ الْأَجْرَةَ بِالْعَمَلِ فَلَمْ تَتَوَقَّفْ مَعْرِفَتُهُ عَلَى مَعْرِفَةِ الْمَعْرِفِ. وَقِيلَ قَوْلُهُ مَنْ لَا يَسْتَحِقُّ الْأَجْرَةَ حَتَّى يَعْمَلَ مُفْرَدًا وَالتَّعْرِيفُ بِالْمُفْرَدِ لَا يَصِحُّ عِنْدَ عَامَّةِ الْمُحَقِّقِينَ، وَإِذَا انْضَمَّ إِلَى ذَلِكَ قَوْلُهُ كَالصَّبَاغِ وَالْقَصَّارِ جَازَ أَنْ يَكُونَ تَعْرِيفٌ بِالنَّمَالِ وَهُوَ صَحِيحٌ لَكِنْ قَوْلُهُ لِأَنَّ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ يُنَافِي ذَلِكَ لِأَنَّ التَّغْلِيلَ عَلَى التَّعْرِيفِ غَيْرُ صَحِيحٍ، وَفِي كَوْنِهِ مُفْرَدًا لَا يَصِحُّ التَّعْرِيفُ بِهِ نَظَرًا. وَالْحَقُّ أَنْ يُقَالَ: إِنَّهُ مِنَ التَّعْرِيفَاتِ اللَّفْظِيَّةِ.

وقوله (لأنَّ المعقود عليه إذا كان هو العمل أو أثره كان له أن يعمل للعامة لأنَّ منافعهُ لم تُصِرْ مُسْتَحَقَّةً لِوَاحِدٍ) بَيَانٌ لِمُنَاسَبَةِ التَّسْمِيَةِ، وَكَأَنَّهُ قَالَ: مَنْ لَا يَسْتَحِقُّ الْأَجْرَةَ حَتَّى يَعْمَلَ يُسَمَّى بِالْأَجِيرِ الْمُشْتَرَكِ لِأَنَّ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ إِنْ لَمْ يَضْمَنْ شَيْئًا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَهُوَ قَوْلُ زُفَرٍ، وَيَضْمَنُهُ عِنْدَهُمَا إِلَّا مِنْ شَيْءٍ غَالِبٍ كَالْحَرِيقِ الْغَالِبِ وَالْعَدُوِّ الْمُكَابِرِ لُهُمَا مَا رُوِيَ عَنْ عُمَرَ وَعَلِيٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أَنَّهُمَا كَانَا يَضْمَنَانِ الْأَجِيرَ الْمُشْتَرَكَ، وَلِأَنَّ الْحِفْظَ مُسْتَحَقًّا عَلَيْهِ إِذَا لَا يُمَكِّنُ الْعَمَلُ إِلَّا بِهِ) وَلَا حِفْظَ (فَإِذَا هَلَكَ الْمَتَاعُ بِسَبَبِ كَانَ الْاِخْتِرَازُ عَنْهُ مُمَكِّنًا كَالْعَصَبِ وَالسَّرْقَةِ، وَتَرَكَ الْمُسْتَحَقُّ عَلَيْهِ تَقْصِيرٍ مِنْ جِهَتِهِ.

فَيُوجِبُ الضَّمَانَ كَالْوَدِيعَةِ إِذَا كَانَتْ بِأَجْرٍ فَإِنَّهُمَا يَقُولَانِ إِنَّمَا تَصَوَّرُ الْمَسْأَلَةَ فِي حَافِظِ الْأَمْنَةِ بِأَجْرٍ فَهَلَكَ الْأَمْنَةُ فَإِنَّهُ يَضْمَنُ وَإِنْ كَانَ الْعَيْنُ عِنْدَهُ أَمَانَةً (بِخِلَافِ مَا إِذَا لَمْ يُمَكِّنِ الْاِخْتِرَازُ عَنْهُ كَالْمَوْتِ حَتَّى أَتْفَهُ وَالْحَرِيقِ الْغَالِبِ وَغَيْرِ ذَلِكَ لِأَنَّهُ لَا تَقْصِيرَ مِنْ جِهَتِهِ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الْعَيْنَ فِي يَدِهِ أَمَانَةٌ لِأَنَّ الْقَبْضَ حَصَلَ بِإِذْنِهِ، وَلِهَذَا لَوْ هَلَكَتْ فِي يَدِهِ بِسَبَبٍ لَا يُمَكِّنُ التَّحَرُّزُ عَنْهُ لَمْ يَضْمَنَّهُ، وَلَوْ كَانَ الْعَيْنُ فِي يَدِهِ مَضْمُونًا لَضَمِنَهُ كَمَا فِي الْمَعْصُوبِ).

فَإِنْ قِيلَ: الْاِخْتِرَازُ لَيْسَ بِصَحِيحٍ لِأَنَّ مَا نَحْنُ فِيهِ الْحِفْظُ فِيهِ مُسْتَحَقٌّ وَقَدْ فَاتَ بِمَا أَمَكَّنَهُ التَّحَرُّزُ فَوَجَبَ الضَّمَانُ وَالْعَصَبُ لَيْسَ كَذَلِكَ. أَجَابَ بِقَوْلِهِ (وَالْحِفْظُ مُسْتَحَقٌّ عَلَيْهِ تَبَعًا لَا مَقْصُودًا) وَذَلِكَ لِأَنَّ الْعَقْدَ وَارِدًا عَلَى الْعَمَلِ لِكَوْنِهِ أَجِيرًا مُشْتَرَكًا وَالْحِفْظَ لَيْسَ بِمَقْصُودٍ أَصْلِيٍّ بَلْ لِإِقَامَةِ الْعَمَلِ فَكَانَ تَبَعًا (وَلِهَذَا لَا يُقَابَلُهُ الْأَجْرُ) وَإِذَا

كَانَ تَبَعًا ثَبَتَ ضَرُورَةُ إِقَامَةِ الْعَمَلِ لَمْ يَتَعَدَّ إِلَى إِيْجَابِ الضَّمَانِ (بِخِلَافِ الْمَوْدَعِ بِأَجْرِ لِأَنَّ الْحِفْظَ مُسْتَحَقٌّ عَلَيْهِ مَقْصُودًا حَتَّى يُقَابِلَهُ الْأَجْرُ).

قَالَ: (وَمَا تَلَفَ بِعَمَلِهِ كَتَخْرِيقِ الثَّوْبِ مِنْ دَقِّهِ الْخ) وَمَا تَلَفَ بِعَمَلِ الْأَجِيرِ الْمُشْتَرَكِ كَتَخْرِيقِ الثَّوْبِ مِنْ دَقِّهِ وَزَلْقِ الْحَمَالِ وَانْقِطَاعِ الْحَبْلِ الَّذِي يَشُدُّ بِهِ الْمُكَارِي الْحَمْلَ وَغَرَقِ السَّفِينَةِ بِفَتْحِ الرَّاءِ مِنْ مَدِّهَا صَاحِبُهَا مَضْمُونٌ عَلَيْهِ. وَقَالَ زُفَرٌ وَالشَّافِعِيُّ: لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ لِأَنَّهُ أَمَرُهُ بِالْفِعْلِ مُطْلَقًا إِذَا اسْتَأْجَرَهُ لِيَدُقَّ الثَّوْبَ وَلَمْ يَرِذْ عَلَى ذَلِكَ مَا يَدُلُّ عَلَى السَّلَامَةِ، وَالْمُطْلَقُ يَنْتَظِمُ الْفِعْلُ بِنَوْعِهِ السَّلِيمِ وَالْمَعِيبِ عَمَلًا بِالْإِطْلَاقِ فَصَارَ كَالْأَجِيرِ الْوَحْدِ وَمُعِينِ الْقَصَّارِ. وَلَنَا أَنَّ الدَّخِيلَ تَحْتَ الْإِذْنِ: أَيْ الْأَمْرِ مَا هُوَ الدَّخِيلُ تَحْتَ الْعَقْدِ، لِأَنَّ الْأَمْرَ إِمَّا بِالْعَقْدِ أَوْ لِإِزْمٍ مِنْ لَوَازِمِهِ، وَالدَّخِيلُ تَحْتَ الْعَقْدِ هُوَ الْعَمَلُ الْمُصْلِحُ لِأَنَّهُ هُوَ الْوَسِيلَةُ إِلَى الْأَثَرِ الْحَاصِلِ فِي الْعَيْنِ مِنْ فِعْلِهِ الَّذِي هُوَ الْمَعْقُودُ عَلَيْهِ فِي الْحَقِيقَةِ لِكَوْنِهِ هُوَ الْمَقْصُودُ، حَتَّى لَوْ حَصَلَ ذَلِكَ بِفِعْلِ غَيْرِ الْأَجِيرِ وَجَبَ الْأَجْرُ، وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ كَانَ الْأَمْرُ مُقَيَّدًا بِالسَّلَامَةِ فَلَمْ يَكُنْ الْمُسْئِدُ مَأْمُورًا بِهِ، بِخِلَافِ مُعِينِ الْقَصَّارِ لِأَنَّهُ مُتَبَرِّعٌ فَلَا يُمَكِّنُ تَقْيِيدُ عَمَلِهِ بِالْمُصْلَحِ لِأَنَّهُ يَمْتَنِعُ عَنِ التَّبَرُّعِ، وَفِيمَا نَحْنُ فِيهِ يَعْمَلُ بِالْأَجْرِ فَأَمَكَّنَ تَقْيِيدَهُ، وَالْمُتَبَرِّعُ أَنْ يَلْتَزِمَ جَوَازَ الْإِمْتِنَاعِ عَنِ التَّبَرُّعِ فِيمَا يَحْصُلُ بِهِ الْمَضَرَّةُ لِغَيْرِ مَنْ تَبَرَّعَ لَهُ، وَلَوْ عَلَّلَ بِأَنَّ التَّبَرُّعَ بِالْعَمَلِ بِمَنْزِلَةِ الْهَبَةِ وَهِيَ لَا تَقْتَضِي السَّلَامَةَ كَانَ أَسْلَمَ، وَبِخِلَافِ الْأَجِيرِ الْوَحْدِ عَلَى مَا نَذَكَّرُهُ. وَقَوْلُهُ (وَانْقِطَاعُ الْحَبْلِ) جَوَابٌ عَمَّا عَسَى أَنْ يُقَالَ: انْقِطَاعُ الْحَبْلِ لَيْسَ مِنْ صَنِيعِ الْأَجِيرِ فَمَا وَجْهُ ذِكْرِهِ مِنْ جُمْلَةِ مَا تَلَفَ بِعَمَلِهِ فَإِنَّهُ (مِنْ قِلَّةِ اهْتِمَامِهِ فَكَانَ مِنْ صَنِيعِهِ إِلَّا أَنَّهُ لَا يَضْمَنُ بِهِ) أَيْ بِفِعْلِهِ (بَنِي آدَمَ مِمَّنْ غَرَقَ فِي السَّفِينَةِ أَوْ سَقَطَ مِنَ الدَّابَّةِ وَإِنْ كَانَ بِسَوْفِهِ وَقُودِهِ، لِأَنَّ الْوَاجِبَ ضَمَانَ الْآدَمِيِّ وَضَمَانَ الْآدَمِيِّ لَا يَجِبُ بِالْعَقْدِ إِمَّا يَجِبُ بِالْجَنَائَةِ وَلِهَذَا يَجِبُ عَلَى الْعَاقِلَةِ وَالْعَاقِلَةُ لَا تَتَحَمَّلُ ضَمَانَ الْعُقُودِ وَمَنْ اسْتَأْجَرَ مَنْ يَحْمِلُ لَهُ دَنًا مِنَ الْفِرَاتِ فَوَقَعَ فِي بَعْضِ الطَّرِيقِ فَانْكَسَرَ فَإِنْ شَاءَ ضَمَّنَهُ قِيَمَتَهُ فِي الْمَكَانِ الَّذِي حَمَلَهُ وَلَا أَجَرَ لَهُ، وَإِنْ شَاءَ ضَمَّنَهُ قِيَمَتَهُ فِي الْمَوْضِعِ الَّذِي انْكَسَرَ وَأَعْطَاهُ الْأَجَرَ بِحِسَابِهِ) وَإِنَّمَا وَضَعَ الْمَسْأَلَةَ فِي الْفِرَاتِ لِأَنَّ الدَّنَانَ كَانَتْ تُبَاعُ هُنَاكَ (أَمَّا الضَّمَانُ فَلَمَّا قُلْنَا) إِنَّهُ أَجِيرٌ مُشْتَرَكٌ وَقَدْ تَلَفَ الْمَتَاعَ بِصُنْعِهِ كَمَا فِي تَخْرِيقِ الثَّوْبِ بِالْدَّقِّ.

(فَإِنَّ السَّقُوطَ بِالْعِنَارِ فِي الطَّرِيقِ أَوْ بِانْقِطَاعِ الْحَبْلِ، وَقَدْ تَقَدَّمَ أَنَّ كُلَّ ذَلِكَ مِنْ

صَنِيعِهِ) وَلَمْ يَدْخُلْ تَحْتَ الْعَقْدِ (وَأَمَّا الْخِيَارُ) مَعَ أَنَّ الْقِيَاسَ يَقْتَضِي أَنْ لَا يُخَيَّرَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ بَلْ يُضْمَنُ قِيَمَتُهُ فِي الْمَكَانِ الَّذِي انْكَسَرَ، لِأَنَّ الْمَالَ عِنْدَهُ أَمَانَةٌ فِي يَدِ الْأَجِيرِ الْمُسْتَرَكِّ، وَإِذَا كَانَ أَمَانَةٌ وَجَبَ أَنْ لَا يَضْمَنَ قِيَمَتُهُ فِي الْمَكَانِ الَّذِي حَمَلَهُ مِنْهُ (فَلَأَنَّهُ إِذَا انْكَسَرَ فِي الطَّرِيقِ وَالْحَمْلُ شَيْءٌ وَاحِدٌ تَبَيَّنَ أَنَّهُ وَقَعَ تَعْدِيًا مِنَ الْإِبْتِدَاءِ مِنْ هَذَا الْوَجْهِ، وَمِنْ حَيْثُ إِنَّ ابْتِدَاءَ الْحَمْلِ حَصَلَ بِإِذْنِهِ لَمْ يَكُنْ تَعْدِيًا)، وَإِنَّمَا التَّعْدِي عِنْدَ الْكَسْرِ فَيُخْتَارُ أَيُّ الْجِهَتَيْنِ شَاءَ فَإِنْ اخْتَارَ الْوَجْهَ الثَّانِي فَلَهُ الْأَجْرُ بِقَدْرِ مَا اسْتَوْفَى مِنَ الْعَمَلِ، وَإِنْ اخْتَارَ الْوَجْهَ الْأَوَّلَ فَلَا أَجْرَ لَهُ لِأَنَّهُ مَا اسْتَوْفَى أَصْلًا.

قَالَ: (وَإِذَا فَصَدَ الْفَصَادُ أَوْ بَزَغَ الْبَزَاغُ وَلَمْ يَتَجَاوَزِ الْمَوْضِعَ الْمُعْتَادَ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ فِيمَا عَطَبَ مِنْ ذَلِكَ. وَفِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ: بِيَطَارُ بَزَغَ دَابَّةٌ بِدَانِقٍ فَتَفَقَّتْ أَوْ حَجَامَ حَجَمَ عَبْدًا بِأَمْرِ مَوْلَاهُ فَمَاتَ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ) وَفِي كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْعِبَارَتَيْنِ نَوْعٌ بَيَانٍ. وَوَجْهُهُ أَنَّهُ لَا يُمْكِنُهُ التَّحَرُّزُ عَنِ السَّرَايَةِ لِأَنَّهُ يَبْتَنِي عَلَى قُوَّةِ الطَّبَاعِ وَضَعْفِهَا فِي تَحْمُلِ الْأَلَمِ فَلَا يُمْكِنُ التَّقْيِيدُ بِالْمُصْلَحِ مِنَ الْعَمَلِ، وَلَا كَذَلِكَ دَقُّ الثُّوبِ وَنَحْوُهُ مِمَّا قَدَّمَاهُ؛ لِأَنَّ قُوَّةَ الثُّوبِ وَرِفَّتَهُ تُعْرَفُ بِالْاجْتِهَادِ فَامْكِنَ الْقَوْلُ بِالتَّقْيِيدِ.

الشرح:

(وَإِذَا فَصَدَ الْفَصَادُ أَوْ بَزَغَ الْبَزَاغُ وَلَمْ يَتَجَاوَزِ الْمَوْضِعَ الْمُعْتَادَ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ فِيمَا عَطَبَ مِنْ ذَلِكَ. وَفِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ بِيَطَارُ بَزَغَ الْخ) وَإِنَّمَا أَعَادَ رَوَاتِهِ لِنَوْعِ بَيَانٍ لَيْسَ فِي رِوَايَةِ الْقُدُورِيِّ، وَكُلُّ مِنْهُمَا يَشْتَمِلُ عَلَى نَوْعٍ مِنَ الْبَيَانِ، أَمَّا فِي الْقُدُورِيِّ فَلَأَنَّهُ ذَكَرَ عَدَمَ التَّجَاوُزِ عَنِ الْمَوْضِعِ الْمُعْتَادِ، وَيُفِيدُ أَنَّهُ إِذَا تَجَاوَزَ ضَمِنَ. وَأَمَّا فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ فَلَأَنَّهُ يَبَيِّنُ الْأَجْرَةَ وَكَوْنَ الْحِجَامَةِ بِأَمْرِ الْمَوْلَى وَالْهَلَكَ، وَيُفِيدُ أَنَّهَا إِذَا لَمْ تَكُنْ بِأَمْرِهِ ضَمِنَ.

وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ الْهَلَكَ لَيْسَ بِمُقَارِنٍ، وَإِنَّمَا هُوَ بِالسَّرَايَةِ بَعْدَ تَسْلِيمِ الْعَمَلِ وَالتَّحَرُّزِ عَنْهَا غَيْرُ مُمَكِّنٍ لِأَنَّهُ أَيُّ السَّرَايَةِ يَبْتَنِي عَلَى قُوَّةِ الطَّبَاعِ وَضَعْفِهَا فِي تَحْمُلِ الْأَلَمِ، وَمَا هُوَ كَذَلِكَ مَجْهُولٌ، وَالْإِحْتِرَازُ عَنِ الْمَجْهُولِ غَيْرُ مُتَّصِرٍ فَلَمْ يُمْكِنِ التَّقْيِيدُ بِالْمُصْلَحِ مِنَ الْعَمَلِ لَوْلَا يَتَقَاعَدُ النَّاسُ عَنْهُ مَعَ مَسَاسِ الْحَاجَةِ، وَلَا كَذَلِكَ دَقُّ الثُّوبِ وَنَحْوِهِ لِأَنَّ الْهَلَكَ مُقَارِنٌ بِالْأَلَمِ قَبْلَ أَنْ يَخْرُجَ الْعَمَلُ مِنْ ضَمَانِ الْقَصَارِ، وَالتَّحَرُّزُ عَنْهُ

مُمْكِنٌ لِأَنَّ قُوَّةَ التَّوْبِ وَرَفْقَتَهُ تُعْرِفُ بِالِاجْتِهَادِ فَأَمَكْنَ الْقَوْلُ بِالتَّقْيِيدِ. فَإِنْ قِيلَ: قَدْ عَلِمَ مِنْ رَوَايَةِ الْكُتَاتِينِ أَنَّ الْحَجَّامَ إِذَا حَجَّمَ الْعَبْدَ بِإِذْنِ مَوْلَاهُ وَتَجَاوَزَ الْمُعْتَادَ وَجَبَ عَلَيْهِ الضَّمَانُ لَكِنْ لَمْ يُعْلَمْ مِنْهَا قَدْرُ الضَّمَانِ عَلَى تَقْدِيرِ الْحَيَاةِ وَالْمَوْتِ.

أُجِيبَ بِأَنَّ ذَلِكَ بِحَسَبِ قَدْرِ التَّجَاوُزِ حَتَّى أَنَّ الْخِثَانِ إِذَا خَتَنَ فَقَطَعَ الْحَشْفَةَ فَإِنْ بَرِئَ فَعَلَيْهِ ضَمَانٌ كَمَالِ الدِّيَّةِ، وَإِنْ مَاتَ فَعَلَيْهِ نِصْفُ بَدَلِ نَفْسِهِ.

فَإِنْ قِيلَ: هَذَا مُخَالَفٌ لِجَمِيعِ مَسَائِلِ الدِّيَّاتِ فَإِنَّهُ كُلَّمَا ارْتَدَّ أَنْتَرُ جَنَائِيهِ انْتَقَضَ ضَمَانُهُ. أُجِيبَ بِأَنَّ مُحَمَّدًا قَالَ فِي التَّوَادِرِ: أَنَّهُ لَمَّا بَرِئَ كَانَ عَلَيْهِ ضَمَانُ الْحَشْفَةِ وَهِيَ غُضُوْهُ مَقْصُودٌ لَا ثَانِي لَهُ فِي النَّفْسِ فَيَتَقَدَّرُ بِذَلِكَ بَدَلُ النَّفْسِ كَمَا فِي قَطْعِ اللِّسَانِ. وَأَمَّا إِذَا مَاتَ فَقَدْ حَصَلَ تَلَفُ النَّفْسِ يَفْعَلْنِ أَحَدُهُمَا مَأْذُونٌ فِيهِ وَهُوَ قَطْعُ الْجِلْدَةِ وَالْآخَرُ غَيْرُ مَأْذُونٍ فِيهِ وَهُوَ قَطْعُ الْحَشْفَةِ فَكَانَ ضَامِنًا نِصْفَ بَدَلِ النَّفْسِ لَذَلِكَ، فَإِنْ قِيلَ: التَّنْصِيفُ فِي الْبَدَلِ يَعْتَمِدُ التَّسَاوِيَّ فِي السَّبَبِ وَقَدْ انْتَفَى، لِأَنَّ قَطْعَ الْحَشْفَةِ أَشَدُّ إِفْضَاءً إِلَى التَّلَفِ مِنْ قَطْعِ الْجِلْدَةِ لَا مَحَالَةَ فَكَانَ كَقَطْعِ الْيَدِ مَعَ حَزِّ الرِّقَةِ. أُجِيبَ بِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ يَحْتَمِلُ أَنْ يَقَعَ إِثْلَافًا وَأَنْ لَا يَقَعَ إِثْلَافًا، وَالتَّفَاوُتُ غَيْرُ مَضْبُوطٍ فَكَانَ هَذَا هَدْرًا بِخِلَافِ الْحَرِّ فَإِنَّهُ لَا يَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَقَعَ إِثْلَافًا.

قَالَ: (وَالْأَجِيرُ الْخَاصُّ الَّذِي يَسْتَحِقُّ الْأَجْرَةَ بِتَسْلِيمِ نَفْسِهِ فِي الْمُدَّةِ وَإِنْ لَمْ يَعْمَلْ كَمَنْ اسْتَوْجَرَ شَهْرًا لِلْخِدْمَةِ أَوْ لِرْعِي الْغَنَمِ) وَإِنَّمَا سُمِّيَ أَجِيرًا وَحْدًا؛ لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُهُ أَنْ يَعْمَلَ لغيرِهِ؛ لِأَنَّ مَنَافِعَهُ فِي الْمُدَّةِ صَارَتْ مُسْتَحَقَّةً لَهُ وَالْأَجْرُ مُقَابِلُ الْمَنَافِعِ، وَلِهَذَا يَبْقَى الْأَجْرُ مُسْتَحَقًّا، وَإِنْ نُقِضَ الْعَمَلُ.

الشرح:

قَالَ (وَالْأَجِيرُ الْخَاصُّ الْخ) الْأَجِيرُ الْخَاصُّ هُوَ الَّذِي يَسْتَحِقُّ الْأَجْرَ بِتَسْلِيمِ نَفْسِهِ فِي الْمُدَّةِ وَإِنْ لَمْ يَعْمَلْ، كَمَنْ اسْتَوْجَرَ شَهْرًا لخدمته شَخْصِيْنِ أَوْ لِرْعِي غَنَمِهِ، وَقَدْ ذَكَرْنَا مَا يُرَدُّ عَلَى الْأَجِيرِ الْمُشْتَرَكِ. وَالْجَوَابُ عَنْهُ فَعَلَيْكَ بِمِثْلِهِ هَاهُنَا، وَقَدْ ذَكَرَ وَجْهَ التَّسْمِيَةِ وَهُوَ ظَاهِرٌ (قَوْلُهُ وَلِهَذَا) أَيُّ وَلِأَنَّ الْأَجْرَ مُقَابِلُ الْمَنَافِعِ وَالْمَنَافِعُ مُسْتَحَقَّةٌ لَهُ (يَبْقَى الْأَجْرُ مُسْتَحَقًّا وَإِنْ نُقِضَ الْعَمَلُ) عَلَى بِنَاءِ الْمَفْعُولِ، بِخِلَافِ الْأَجِيرِ الْمُشْتَرَكِ. فَإِنَّهُ رُوِيَ عَنْ مُحَمَّدٍ فِي خِيَاطٍ خَاطَ ثَوْبَ رَجُلٍ بِأَجْرٍ فَفَتَقَهُ رَجُلٌ قَبْلَ أَنْ يَقْبِضَ رَبُّ

الثَّوبُ فَلَا أَجْرَ لِلخِيَّاطِ لِأَنَّهُ لَمْ يُسَلِّمْ الْعَمَلَ إِلَى رَبِّ الثَّوبِ، وَلَا يُجْبَرُ الْخِيَّاطُ عَلَى أَنْ يُعِيدَ الْعَمَلَ لِأَنَّهُ لَوْ أُجْبِرَ عَلَيْهِ أُجْبِرَ بِحُكْمِ الْعَقْدِ الَّذِي جَرَى بَيْنَهُمَا وَذَلِكَ الْعَقْدُ قَدْ انْتَهَى بِتِمَامِ الْعَمَلِ، وَإِنْ كَانَ الْخِيَّاطُ هُوَ الَّذِي فَتَقَ فَعَلَيْهِ أَنْ يُعِيدَ الْعَمَلَ، وَهَذَا لِأَنَّ الْخِيَّاطَ لَمَّا فَتَقَ الثَّوبَ فَقَدْ تَقَضَّى عَمَلُهُ وَصَارَ كَأَنْ لَمْ يَكُنْ، بِخِلَافِ مَا إِذَا فَتَقَهُ أَجْنَبِيٌّ لِأَنَّهُ يَفْتَقِي الْأَجْنَبِيَّ لَا يُمَكِّنُ أَنْ يُجْعَلَ كَأَنَّ الْخِيَّاطَ لَمْ يَعْمَلْ أَصْلًا، وَلَوْ كَانَ أَجِيرًا خَاصًّا فَتَقَضَّاهُ اسْتَحَقَّ الْأَجْرَ

قَالَ: (وَلَا ضَمَانٌ عَلَى الْأَجِيرِ الْخَاصِّ فِيمَا تَلَفَ فِي يَدِهِ وَلَا مَا تَلَفَ مِنْ عَمَلِهِ) أَمَّا الْأَوَّلُ فَلَأَنَّ الْعَيْنَ أَمَانَةٌ فِي يَدِهِ؛ لِأَنَّهُ قَبِضَ بِإِذْنِهِ، وَهَذَا ظَاهِرٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَكَذَا عِنْدَهُمَا؛ لِأَنَّ تَضْمِينَ الْأَجِيرِ الْمُشْتَرَكِ نَوْعٌ اسْتِحْسَانٍ عِنْدَهُمَا لَصِيَانَةِ أَمْوَالِ النَّاسِ، وَالْأَجِيرُ الْوَحْدُ لَا يَتَقَبَّلُ الْأَعْمَالُ فَتَكُونُ السَّلَامَةُ غَالِبَةً فَيُؤْخَذُ فِيهِ الْقِيَاسُ، وَأَمَّا الثَّانِي فَلَأَنَّ الْمَنَافِعَ مَتَى صَارَتْ مَمْلُوكَةً لِلْمُسْتَأْجِرِ فَإِذَا أَمَرَهُ بِالتَّصْرِيفِ فِي مِلْكِهِ صَحَّ وَيَصِيرُ نَائِبًا مَنَابَهُ فَيَصِيرُ فِعْلُهُ مَنَقُولًا إِلَيْهِ كَأَنَّهُ فَعَلَ بِنَفْسِهِ فَلِهَذَا لَا يُضْمَنُهُ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ بِالصُّوَابِ.

الشرح:

(وَلَا يُضْمَنُ مَا تَلَفَ فِي يَدِهِ) بِأَنْ سَرَقَ مِنْهُ أَوْ غَابَ أَوْ غَصَبَ (وَلَا مَا تَلَفَ مِنْ عَمَلِهِ) بِأَنْ انْكَسَرَ الْقُدُومُ فِي عَمَلِهِ أَوْ تَخَرَّقَ الثَّوبُ مِنْ دَقِّهِ إِذَا لَمْ يَتَعَمَّدَ الْفَسَادَ، فَإِنْ تَعَمَّدَ ذَلِكَ ضَمِنَ كَالْمُودِعِ إِذَا تَعَدَّى (أَمَّا الْأَوَّلُ) وَهُوَ مَا إِذَا تَلَفَ فِي يَدِهِ (فَلَأَنَّ الْعَيْنَ أَمَانَةٌ فِي يَدِهِ لِحُصُولِ الْقَبْضِ بِإِذْنِهِ، وَهَذَا ظَاهِرٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَكَذَا عِنْدَهُمَا هُمَا، لِأَنَّ تَضْمِينَ الْأَجِيرِ الْمُشْتَرَكِ نَوْعٌ اسْتِحْسَانٍ عِنْدَهُمَا صِيَانَةً لَأَمْوَالِ النَّاسِ) فَإِنَّهُ يَقْبَلُ أَعْيَانًا كَثِيرَةً رَغْبَةً فِي كَثَرَةِ الْأَجْرِ، وَقَدْ يَعْجُزُ عَنْ قَضَاءِ حَقِّ الْحِفْظِ فِيهَا فَضَمِنَ حَتَّى لَا يَقْصُرَ فِي حِفْظِهَا وَلَا يَأْخُذَ إِلَّا مَا يَقْدِرُ عَلَى حِفْظِهِ (وَالْأَجِيرُ الْوَحْدُ لَا يَقْبَلُ الْعَمَلَ) بَلْ يُسَلِّمُ نَفْسَهُ (فَتَكُونُ السَّلَامَةُ غَالِبَةً فَيُؤْخَذُ فِيهِ بِالْقِيَاسِ، وَأَمَّا الثَّانِي) وَهُوَ مَا إِذَا تَلَفَ مِنْ عَمَلِهِ (فَلَأَنَّ الْمَنَافِعَ مَتَى صَارَتْ مَمْلُوكَةً لِلْمُسْتَأْجِرِ) بِتَسْلِيمِ النَّفْسِ صَحَّ تَصْرِيفُهَا فِيهَا، وَالْأَمْرُ بِالتَّصْرِيفِ فِيهَا (إِذَا أَمَرَهُ بِالتَّصْرِيفِ فِي مِلْكِهِ صَحَّ وَيَصِيرُ الْمَأْمُورُ) أَيُّ الْأَجِيرِ (نَائِبًا مَنَابَهُ فَصَارَ فِعْلُهُ مَنَقُولًا إِلَيْهِ كَأَنَّهُ فَعَلَهُ بِنَفْسِهِ فَلِهَذَا لَا يُضْمَنُهُ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ).

باب الإجارة على أحد الشرطين

(وَإِذَا قَالَ لِلْخِيَاطِ إِنْ خِطْتَ هَذَا الثَّوبَ فَارِسِيًا فَبِدْرَهَمٍ، وَإِنْ خِطْتَهُ رُومِيًا فَبِدْرَهَمَيْنِ جَازًا، وَآيٌ عَمَلٍ مِنْ هَذَيْنِ الْعَمَلَيْنِ عَمَلٌ اسْتَحَقَّ الْأَجْرَ بِهِ) وَكَذَا إِذَا قَالَ لِلصَّبَاغِ إِنْ صَبَغْتَهُ بِعُصْفُرٍ فَبِدْرَهَمٍ، وَإِنْ صَبَغْتَهُ بِزَعْفَرَانٍ فَبِدْرَهَمَيْنِ، وَكَذَا إِذَا خَيْرَهُ بَيْنَ شَيْئَيْنِ بِأَنْ قَالَ: أَجْرُكَ هَذِهِ الدَّارَ شَهْرًا بِخَمْسَةِ أَوْ هَذِهِ الدَّارَ الْأُخْرَى بِعَشْرَةٍ، وَكَذَا إِذَا خَيْرَهُ بَيْنَ مَسَافَتَيْنِ مُخْتَلِفَتَيْنِ بِأَنْ قَالَ: أَجْرُكَ هَذِهِ الدَّابَّةُ إِلَى الْكُوفَةِ بِكَذَا أَوْ إِلَى وَاسِطٍ بِكَذَا، وَكَذَا إِذَا خَيْرَهُ بَيْنَ ثَلَاثَةِ أَشْيَاءَ، وَإِنْ خَيْرَهُ بَيْنَ أَرْبَعَةِ أَشْيَاءَ لَمْ يَجُزْ وَالْمُعْتَبَرُ فِي جَمِيعِ ذَلِكَ الْبَيْعِ وَالْجَامِعُ دَفْعُ الْحَاجَةِ، غَيْرَ أَنَّهُ لَا بُدَّ مِنْ اسْتِثْنَاءِ الْخِيَارِ فِي الْبَيْعِ، وَفِي الْإِجَارَةِ لَا يُشْتَرَطُ ذَلِكَ؛ لِأَنَّ الْأَجْرَ إِنَّمَا يَحِبُّ بِالْعَمَلِ، وَعِنْدَ ذَلِكَ يَصِيرُ الْمَعْقُودُ عَلَيْهِ مَعْلُومًا، وَفِي الْبَيْعِ يَحِبُّ الثَّمَنُ بِنَفْسِ الْعَقْدِ فَتَتَحَقَّقُ الْجَهَالَةُ عَلَى وَجْهِ لَا تَرْتَفَعُ الْمُنَازَعَةُ إِلَّا بِإثْبَاتِ الْخِيَارِ (وَلَوْ قَالَ: إِنْ خِطْتَهُ الْيَوْمَ فَبِدْرَهَمٍ، وَإِنْ خِطْتَهُ غَدًا فَبِنِصْفِ دِرْهَمٍ، فَإِنْ خَاطَهُ الْيَوْمَ فَلَهُ دِرْهَمٌ، وَإِنْ خَاطَهُ غَدًا فَلَهُ أَجْرٌ مِثْلُهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ لَا يُجَاوِزُ بِهِ نِصْفَ دِرْهَمٍ. وَفِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ: لَا يُنْقَصُ مِنْ نِصْفِ دِرْهَمٍ وَلَا يَزَادُ عَلَى دِرْهَمٍ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: الشَّرْطَانِ جَائِزَانِ) قَالَ: زُفَرٌ: الشَّرْطَانِ فَاسِدَانِ؛ لِأَنَّ الْخِيَاطَةَ شَيْءٌ وَاحِدٌ، وَقَدْ ذُكِرَ بِمُقَابَلَتِهِ بَدَلَانِ عَلَى الْبَدَلِ فَيَكُونُ مَجْهُولًا، وَهَذَا؛ لِأَنَّ ذِكْرَ الْيَوْمِ لِلتَّعْجِيلِ، وَذِكْرَ الْغَدِ لِلتَّرْفِيهِ فَيَجْتَمِعُ فِي كُلِّ يَوْمٍ تَسْمِيَتَانِ. وَلَهُمَا أَنْ ذِكْرَ الْيَوْمِ لِلتَّأْقِيتِ. وَذِكْرَ الْغَدِ لِلتَّعْلِيقِ فَلَا يَجْتَمِعُ فِي كُلِّ يَوْمٍ تَسْمِيَتَانِ؛ وَلِأَنَّ التَّعْجِيلَ وَالتَّأْخِيرَ مَقْصُودٌ فَتَنْزِلُ مَنْزِلَةً اخْتِلَافِ النُّوعَيْنِ.

وَلَأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ ذِكْرَ الْغَدِ لِلتَّعْلِيقِ حَقِيقَةٌ. وَلَا يُمْكِنُ حَمْلُ الْيَوْمِ عَلَى التَّأْقِيتِ؛ لِأَنَّ فِيهِ فُسَادَ الْعَقْدِ لِاجْتِمَاعِ الْوَقْتِ وَالْعَمَلِ، وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ يَجْتَمِعُ فِي الْغَدِ تَسْمِيَتَانِ دُونَ الْيَوْمِ، فَيَصِحُّ الْيَوْمُ الْأَوَّلُ وَيَحِبُّ الْمُسَمَّى، وَيَفْسُدُ الثَّانِي وَيَحِبُّ أَجْرُ الْمِثْلِ لَا يُجَاوِزُ بِهِ نِصْفَ دِرْهَمٍ؛ لِأَنَّهُ هُوَ الْمُسَمَّى فِي الْيَوْمِ الثَّانِي. وَفِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ لَا يَزَادُ عَلَى دِرْهَمٍ وَلَا يُنْقَصُ مِنْ نِصْفِ دِرْهَمٍ؛ لِأَنَّ التَّسْمِيَةَ الْأُولَى لَا تَعْدِمُ فِي الْيَوْمِ الثَّانِي فَتُعْتَبَرُ لِمَنْعِ الزِّيَادَةِ وَتُعْتَبَرُ التَّسْمِيَةُ الثَّانِيَةُ لِمَنْعِ النُّقْصَانِ، فَإِنْ خَاطَهُ فِي الْيَوْمِ الثَّلَاثِ لَا يُجَاوِزُ بِهِ نِصْفَ دِرْهَمٍ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ هُوَ الصَّحِيحُ؛ لِأَنَّهُ إِذَا لَمْ يَرْضَ بِالتَّأْخِيرِ إِلَى الْغَدِ

فَبِالزِّيَادَةِ عَلَيْهِ إِلَى مَا بَعْدَ الْغَدِ أَوَّلَى.

(وَلَوْ قَالَ: إِنْ سَكَنْتَ فِي هَذَا الدُّكَّانِ عَطَارًا فَبِذَرِهِمْ فِي الشَّهْرِ، وَإِنْ سَكَنْتَهُ حَدَادًا فَبِذَرِهِمْ جَارَ، وَأَيُّ الْأَمْرَيْنِ فَعَلَ اسْتَحَقَّ الْأَجْرَ الْمُسَمَّى فِيهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَالَ: الْإِجَارَةُ فَاسِدَةٌ، وَكَذَا إِذَا اسْتَأْجَرَ بَيْتًا عَلَى أَنَّهُ إِنْ سَكَنَ فِيهِ عَطَارًا فَبِذَرِهِمْ، وَإِنْ سَكَنَ فِيهِ حَدَادًا فَبِذَرِهِمْ فَهُوَ جَائِزٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَقَالَ: لَا يَجُوزُ).

الشرح:

(بَابُ الْإِجَارَةِ عَلَى أَحَدِ الشَّرْطَيْنِ): لَمَّا فَرَّغَ مِنْ ذِكْرِ الْإِجَارَةِ عَلَى شَرْطِ وَاحِدٍ ذَكَرَ فِي هَذَا الْبَابِ الْإِجَارَةَ عَلَى أَحَدِ الشَّرْطَيْنِ، لِأَنَّ الْوَاحِدَ قَبْلَ الْاِثْنَيْنِ قَالَ (وَإِذَا قَالَ لِلْخِيَّاطِ (لِخ) إِذَا قَالَ رَجُلٌ لِلْخِيَّاطِ إِنْ خَطْتَ هَذَا الثَّوبَ فَارِسِيًّا فَلَكَ دِرْهَمٌ وَإِنْ خَطْتَهُ رُومِيًّا فَلَكَ دِرْهَمًا جَارَ بِالِاتِّفَاقِ، وَأَيُّ الْعَمَلَيْنِ عُمِلَ اسْتَحَقَّ الْأَجْرَ الْمُسَمَّى لَهُ، وَكَذَلِكَ إِذَا كَانَ التَّرْدِيدُ بَيْنَ الصَّبْعَيْنِ أَوْ الدَّارَيْنِ أَوْ الدَّابَّتَيْنِ أَوْ مَسَافَتَيْنِ، وَكَذَلِكَ إِذَا كَانَ بَيْنَ ثَلَاثَةِ أَشْيَاءَ، أَمَّا إِذَا كَانَ بَيْنَ أَرْبَعَةِ أَشْيَاءَ فَلَمْ يَجْزْ، وَالْمُعْتَبَرُ فِي جَمِيعِ ذَلِكَ الْبَيْعُ وَالْجَامِعُ دَفْعُ الْحَاجَةِ غَيْرَ أَنَّهُ لَا بُدَّ مِنْ اشْتِرَاطِ الْخِيَارِ فِي الْبَيْعِ، وَفِي الْإِجَارَةِ لَا يُشْتَرَطُ ذَلِكَ لِأَنَّ الْأَجْرَ إِنَّمَا يَجِبُ بِالْعَمَلِ، وَعِنْدَ ذَلِكَ يَصِيرُ الْمَعْقُودُ عَلَيْهِ مَعْلُومًا، وَفِي الْبَيْعِ يَجِبُ الثَّمَنُ بِنَفْسِ الْعَقْدِ فَتَحَقُّقُ الْجَهَالَةِ وَلَا تَرْتَفِعُ الْمُنَازَعَةُ إِلَّا بِإثْبَاتِ الْخِيَارِ. وَإِذَا قَالَ: إِنْ خَطْتَهُ الْيَوْمَ فَبِذَرِهِمْ وَإِنْ خَطْتَهُ غَدًا فَبِذَرِهِمْ. قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: الشَّرْطُ الْأَوَّلُ جَائِزٌ وَالثَّانِي فَاسِدٌ، فَإِنْ خَاطَهُ الْيَوْمَ فَلَهُ دِرْهَمٌ وَإِنْ خَاطَهُ غَدًا فَلَهُ أَجْرٌ مِثْلُهُ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: الشَّرْطَانِ جَائِزَانِ، فَفِي أَيْهِمَا خَاطَ اسْتَحَقَّ الْمُسَمَّى فِيهِ. وَقَالَ زُفَرٌ: الشَّرْطَانِ فَاسِدَانِ لِأَنَّ الْعَمَلَ الْوَاحِدَ قُوبِلَ بِبَدَلَيْنِ عَلَى الْبَدَلِ وَذَلِكَ يُفْضِي إِلَى الْجَهَالَةِ الْمُفْضِيَةِ إِلَى التَّنَازُعِ، وَيَبَيِّنُ ذَلِكَ مَا ذَكَرَهُ أَنَّ ذِكْرَ الْيَوْمِ لِلتَّعْجِيلِ لَا لِلتَّوْقِيتِ لِأَنَّهُ حَالُ إِفْرَادِ الْعَقْدِ فِي الْيَوْمِ بِقَوْلِهِ خِطُّهُ الْيَوْمَ بِدَرْهَمٍ كَانَ لِلتَّعْجِيلِ لَا لِلتَّوْقِيتِ حَتَّى لَوْ خَاطَهُ فِي الْغَدِ اسْتَحَقَّ الْأَجْرَ فَكَذَا هَاهُنَا.

وَذَكَرُ الْعَدَّ لِلتَّرْفِيهِ لِأَنَّ حَالَ إِفْرَادِ الْعَقْدِ فِي الْعَدِّ بِقَوْلِهِ خِطُّهُ غَدًا بِنِصْفِ دِرْهَمٍ كَانَ لِلتَّرْفِيهِ فَكَذَا هَاهُنَا إِذْ لَيْسَ لَتَعْدَادِ الشَّرْطِ أَثَرٌ فِي تَغْيِيرِهِ فَيَجْتَمِعُ فِي كُلِّ يَوْمٍ تَسْمِيَتَانِ، أَمَّا فِي الْيَوْمِ فَلَأَنَّ ذِكْرَ الْعَدِّ إِذَا كَانَ لِلتَّرْفِيهِ كَانَ الْعَقْدُ الْمُضَافُ إِلَى غَدٍ ثَابِتًا

اليَوْمَ مَعَ عَقْدِ الْيَوْمِ، وَأَمَّا فِي الْعَدِّ فَلَأَنَّ الْعَقْدَ الْمُنْعَقِدَ فِي الْيَوْمِ بَاقٍ، لِأَنَّ ذِكْرَ الْيَوْمِ لِلتَّعْجِيلِ فَيَجْتَمِعُ مَعَ الْمُضَافِ إِلَى غَدٍ، وَإِذَا اجْتَمَعَ فِي كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا تَسْمِيَتَانِ لَزِمَ مُقَابَلَةُ الْعَمَلِ الْوَاحِدِ بِبَدَلَيْنِ عَلَى الْبَدَلِ فَصَارَ كَأَنَّهُ قَالَ خِطُّهُ بِدَرِّهِمْ أَوْ بِنِصْفِ دَرِّهِمْ وَهُوَ بَاطِلٌ لَكَوْنِ الْأَجْرِ مَجْهُولًا.

وَالْجَوَابُ أَنَّ الْجَهَالََةَ تَزُولُ بِوُقُوعِ الْعَمَلِ فَإِنَّ بِهِ يَتَعَيَّنُ الْأَجْرُ لِلزُّومِ عِنْدَ الْعَمَلِ كَمَا تَقْدَمُ. وَلَهُمَا أَنْ ذِكْرَ الْيَوْمِ لِلتَّوْقِيتِ لِأَنَّهُ حَقِيقَتُهُ فَكَانَ قَوْلُهُ إِنْ خِطُّهُ الْيَوْمَ فَبَدَرِهِمْ مُقْتَصِرًا عَلَى الْيَوْمِ، فَبِاقِضَاءِ الْيَوْمِ لَا يَبْقَى الْعَقْدُ إِلَى الْغَدِ بَلْ يَنْقَضِي بِانْقِضَاءِ الْوَقْتِ، وَذِكْرُ الْعَدِّ لِلتَّعْلِيقِ: أَيْ لِلْإِضَافَةِ لِأَنَّ الْإِجَارَةَ لَا تَقْبَلُ التَّعْلِيقَ لَكِنْ تَقْبَلُ الْإِضَافَةَ إِلَى وَقْتٍ فِي الْمُسْتَقْبَلِ فَتَكُونُ مُرَادَةً لَكَوْنِهَا حَقِيقَةً، وَإِذَا كَانَ لِلْإِضَافَةِ لَمْ يَكُنِ الْعَقْدُ ثَابِتًا فِي الْحَالِ فَلَا يَجْتَمِعُ فِي كُلِّ يَوْمٍ تَسْمِيَتَانِ.

(قَوْلُهُ وَلِأَنَّ التَّعْجِيلَ وَالتَّأْخِيرَ مَقْصُودٌ) دَلِيلٌ آخَرُ لَهُمَا، وَمَعْنَاهُ أَنَّ الْمَقْصُودَ عَلَيْهِ وَاحِدٌ وَهُوَ الْعَمَلُ وَلَكِنْ بِصِفَةٍ خَاصَّةٍ، فَيَكُونُ مُرَادُهُ التَّعْجِيلُ لِبَعْضِ أَغْرَاضِهِ فِي الْيَوْمِ مِنَ التَّجَمُّلِ وَالْبَيْعِ بِزِيَادَةٍ فَائِدَةٍ فَيَفُوتُ ذَلِكَ وَيَكُونُ التَّأْخِيلُ مَقْصُودًا فَصَارَ بِاخْتِلَافِ الْغَرَضِ كَالتَّوْقِيعَيْنِ مِنَ الْعَمَلِ كَمَا فِي الْخِيَاطَةِ الْفَارِسِيَّةِ وَالرُّومِيَّةِ (وَلَا بِي حَنِيفَةٍ أَنْ ذِكْرَ الْعَدِّ لِلتَّعْلِيقِ حَقِيقَةٌ) أَيْ لِلْإِضَافَةِ وَيَجُوزُ أَنْ يُقَالَ: عَبَّرَ عَنِ الْإِضَافَةِ بِالتَّعْلِيقِ إِشَارَةً إِلَى أَنَّ النِّصْفَ فِي الْعَدِّ لَيْسَ بِتَسْمِيَةٍ جَدِيدَةٍ، لِأَنَّ التَّسْمِيَةَ الْأُولَى بَاقِيَةً، وَإِنَّمَا هُوَ لِحَطِّ النِّصْفِ الْآخَرِ بِالتَّأْخِيرِ فَيَكُونُ مَعْنَاهُ ذِكْرُ الْعَدِّ لِلتَّعْلِيقِ: أَيْ لِتَعْلِيقِ الْحَطِّ بِالتَّأْخِيرِ وَهُوَ يَقْبَلُ التَّأْخِيرَ، وَإِذَا كَانَتْ الْحَقِيقَةُ يُمَكِّنُ الْعَمَلُ بِهَا لَا يَجُوزُ الْمَصِيرُ إِلَى الْمَجَازِ، وَإِذَا كَانَ لِلْإِضَافَةِ لَا تَجْتَمِعُ تَسْمِيَتَانِ فِي الْيَوْمِ (وَلَا يُمَكِّنُ حَمْلُ الْيَوْمِ عَلَى حَقِيقَتِهِ الَّتِي هِيَ التَّأْقِيتُ لِأَنَّ فِيهِ فَسَادَ الْعَقْدِ لِاجْتِمَاعِ الْوَقْتِ وَالْعَمَلِ) فَإِنَّمَا إِذَا نَظَرْنَا إِلَى ذِكْرِ الْعَمَلِ كَانَ الْأَجِيرُ مُشْتَرَكًا.

وَإِذَا نَظَرْنَا إِلَى ذِكْرِ الْيَوْمِ كَانَ أَجِيرَ وَاحِدٍ وَهُمَا مُتَنَافِيَانِ لِتَنَافِيِ لَوَازِمِهِمَا، فَإِنَّ ذِكْرَ الْعَمَلِ يُوجِبُ عَدَمَ وَجُوبِ الْأَجْرَةِ مَا لَمْ يَعْمَلْ، وَذِكْرُ الْوَقْتِ يُوجِبُ وَجُوبَهَا عِنْدَ تَسْلِيمِ النَّفْسِ فِي الْمُدَّةِ، وَتَنَافِيِ اللَّوَاظِمِ يَدُلُّ عَلَى تَنَافِيِ الْمَلْزُومَاتِ، وَلِذَلِكَ عَدَلْنَا عَنْ الْحَقِيقَةِ الَّتِي هِيَ التَّأْقِيتُ إِلَى الْمَجَازِ الَّذِي هُوَ التَّعْجِيلُ (وَحَيْثُذِ تَجْتَمِعُ فِي الْعَدِّ تَسْمِيَتَانِ

دُونَ الْيَوْمِ فَيَصِحُّ الْأَوَّلُ وَيَجِبُ الْمُسَمَّى وَيَفْسُدُ الثَّانِي وَيَجِبُ أَجْرُ الْمِثْلِ وَلَقَائِلِ أَنْ يَقُولَ: فِي جَعْلِ الْيَوْمِ لِتَعْجِيلِ صِحَّةِ الْإِجَارَةِ الْأُولَى وَفَسَادِ الثَّانِيَةِ، وَفِي جَعْلِهِ لِلتَّوَقُّفِ فَسَادِ الْأُولَى وَصِحَّةِ الثَّانِيَةِ، وَلَا رُجْحَانُ لِأَحَدِهِمَا عَلَى الْآخَرِ فَكَانَ تَحْكُمًا. وَالْجَوَابُ أَنَّ فَسَادَ الْإِجَارَةِ الثَّانِيَةِ يَلْزَمُ فِي ضِمْنِ صِحَّةِ الْأُولَى وَالضَّمْنِيَّاتِ غَيْرُ مُعْتَبَرَةٍ. وَاسْتَشْكَلَ عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ بِمَسْأَلَةِ الْمَخَاتِيمِ، فَإِنَّهُ جَعَلَ فِيهَا ذِكْرَ الْيَوْمِ لِلتَّائِيَةِ وَأَفْسَدَ الْعَقْدَ، وَهَاهُنَا لِلتَّعْجِيلِ وَصَحَّحَهُ.

وَأَجِيبَ بِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ ذِكْرَ الْيَوْمِ لِلتَّائِيَةِ حَقِيقَةٌ لَا يُتْرَكُ إِذَا لَمْ يَمْنَعْ عَنْ ذَلِكَ مَانِعٌ كَمَا نَحْنُ فِيهِ، فَإِنَّ الْحَمْلَ عَلَى الْحَقِيقَةِ مُفْسِدٌ لِلْعَقْدِ فَمَنْعَنَا ذَلِكَ عَنْ الْحَمْلِ عَلَيْهِ، وَقَامَ الدَّلِيلُ عَلَى الْمَجَازِ وَهُوَ تَقْصَانُ الْأَجْرِ لِلتَّأْخِيرِ، بِخِلَافِ حَالَةِ الْإِنْفِرَادِ فَإِنَّهُ لَا دَلِيلَ ثَمَّةَ عَلَى الْمَجَازِ فَكَانَ التَّائِيَةُ مُرَادًا وَفَسَدَ الْعَقْدَ.

وَرَدُّ بَأَنَّ دَلِيلَ الْمَجَازِ قَائِمٌ ثَمَّةَ وَهُوَ تَصْحِيحُ الْعَقْدِ عَلَى تَقْدِيرِ التَّعْجِيلِ فَيَكُونُ مُرَادًا نَظَرًا إِلَى ظَاهِرِ الْحَالِ. وَالْجَوَابُ أَنَّ الْجَوَازَ بِظَاهِرِ الْحَالِ فِي حِيزِ النَّزَاعِ فَلَا بُدَّ مِنْ دَلِيلٍ زَائِدٍ عَلَى ذَلِكَ وَلَيْسَ بِمَوْجُودٍ، بِخِلَافِ مَا نَحْنُ فِيهِ فَإِنَّ تَقْصَانِ الْأَجْرِ دَلِيلٌ زَائِدٌ عَلَى الْجَوَازِ بِظَاهِرِ الْحَالِ. وَمِمَّا ذَكَرْنَا عُلِمَ أَنَّ قِيَاسَ زُفْرِ حَالَةِ الْاجْتِمَاعِ بِحَالَةِ الْإِنْفِرَادِ فَاسِدٌ لَوْجُودِ الْفَارِقِ، وَإِذَا وَجَبَ أَجْرُ الْمِثْلِ فَقَدْ اخْتَلَفَتْ الرِّوَايَةُ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ إِذَا خَاطَهُ فِي الْيَوْمِ الثَّانِي. رَوَى عَنْهُ أَنَّ لَهُ فِي الْيَوْمِ الثَّانِي أَجْرَ مِثْلِهِ لَا يُجَاوِزُ بِهِ نِصْفَ دِرْهَمٍ لِأَنَّهُ هُوَ الْمُسَمَّى فِي الْيَوْمِ الثَّانِي. قَالَ الْقُدُورِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: هِيَ الصَّحِيحَةُ (وَفِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ لَا يُزَادُ عَلَى دِرْهَمٍ وَلَا يَنْقُصُ مِنْ نِصْفِ دِرْهَمٍ، لِأَنَّ التَّسْمِيَةَ الْأُولَى لَا تَنْعَدُ لِمَنْعِ الزِّيَادَةِ وَتُعْتَبَرُ التَّسْمِيَةُ الثَّانِيَةُ لِمَنْعِ التَّقْصَانِ، فَإِنَّ خَاطَهُ فِي الْيَوْمِ الثَّالِثِ لَا يُجَاوِزُ بِهِ نِصْفَ دِرْهَمٍ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ هُوَ الصَّحِيحُ، لِأَنَّهُ إِذَا لَمْ يَرْضَ بِالتَّأْخِيرِ إِلَى الْعَدِّ فَبِالزِّيَادَةِ عَلَيْهِ إِلَى مَا بَعْدَ الْعَدِّ أَوَّلَى) وَأَمَّا عِنْدَهُمَا فَالصَّحِيحُ أَنَّهُ يَنْقُصُ مِنْ نِصْفِ دِرْهَمٍ وَلَا يُزَادُ عَلَيْهِ. قَالَ (وَلَوْ قَالَ: إِنْ سَكَنْتَ فِي هَذَا الدُّكَانِ عَطَّارًا فَبِدِرْهَمٍ إِنْ) وَلَوْ قَالَ: إِنْ سَكَنْتَ فِي هَذَا الدُّكَانِ عَطَّارًا فَبِدِرْهَمٍ، وَإِنْ سَكَنْتَ حَدَّادًا فَبِدِرْهَمَيْنِ، وَكَذَا إِنْ اسْتَأْجَرَ بَيْتًا فَقَالَ إِنْ سَكَنْتَ فِيهِ عَطَّارًا فَبِدِرْهَمٍ، وَإِنْ سَكَنْتَ فِيهِ حَدَّادًا فَبِدِرْهَمَيْنِ، (وَمَنْ اسْتَأْجَرَ دَابَّةً إِلَى الْحَبِيرَةِ بِدِرْهَمٍ وَإِنْ جَاوَزَ بِهَا إِلَى الْقَادِسِيَّةِ فَبِدِرْهَمَيْنِ فَهُوَ

جَائِزٌ، وَيُحْتَمَلُ الْخِلَافُ وَإِنْ اسْتَأْجَرَهَا إِلَى الْحِيرَةِ عَلَى أَنَّهُ إِنْ حَمَلَ عَلَيْهَا كُرَّ شَعِيرِ
فَبِنِصْفِ دِرْهَمٍ، وَإِنْ حَمَلَ عَلَيْهَا كُرَّ حِنْطَةٍ فَبِدِرْهَمٍ فَهُوَ جَائِزٌ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ
اللَّهُ. وَقَالَا: لَا يَجُوزُ وَجْهٌ قَوْلُهُمَا أَنَّ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ مَجْهُولٌ، وَكَذَا الْأَجْرُ أَحَدُ الشَّيْئَيْنِ،
وَهُوَ مَجْهُولٌ وَالْجَهَالَةُ تُوجِبُ الْفَسَادَ، بِخِلَافِ الْخِيَاطَةِ الرُّومِيَّةِ وَالْفَارِسِيَّةِ؛ لِأَنَّ الْأَجْرَ
يَجِبُ بِالْعَمَلِ وَعِنْدَهُ تَرْتَعُجُ الْجَهَالَةُ. أَمَّا فِي هَذِهِ الْمَسَائِلِ يَجِبُ الْأَجْرُ بِالتَّخْلِيَةِ وَالتَّسْلِيمِ
فَتَبَقِيَ الْجَهَالَةُ، وَهَذَا الْحَرْفُ هُوَ الْأَصْلُ عِنْدَهُمَا. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ خَيْرُهُ بَيْنَ عَقْدَيْنِ
صَحِيحَيْنِ مُخْتَلَفَيْنِ فَيَصِحُّ كَمَا فِي مَسْأَلَةِ الرُّومِيَّةِ وَالْفَارِسِيَّةِ، وَهَذَا؛ لِأَنَّ سُكْنَاهُ
بِنَفْسِهِ يُخَالِفُ إِسْكَانَهُ الْحَدَادَ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَا يَدْخُلُ ذَلِكَ فِي مُطْلَقِ الْعَقْدِ وَكَذَا فِي
أَخَوَاتِهَا، وَالْإِجَارَةُ تُعَقَّدُ لِلانْتِفَاعِ وَعِنْدَهُ تَرْتَعُجُ الْجَهَالَةُ، وَلَوْ أُحْتِيجَ إِلَى الْإِيجَابِ بِمُجَرَّدِ
التَّسْلِيمِ يَجِبُ أَقْلُ الْأَجْرَيْنِ لِلتَّيَقُّنِ بِهِ.

الشرح:

وَلَوْ اسْتَأْجَرَ دَابَّةً إِلَى الْحِيرَةِ عَلَى أَنَّهُ إِنْ حَمَلَ عَلَيْهَا كُرَّ شَعِيرِ فَبِنِصْفِ
دِرْهَمٍ، وَإِنْ حَمَلَ عَلَيْهَا كُرَّ حِنْطَةٍ فَبِدِرْهَمٍ فَذَلِكَ كُلُّهُ جَائِزٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ خِلَافًا
لَهُمَا، وَإِنْ اسْتَأْجَرَهَا إِلَى الْحِيرَةِ بِدِرْهَمٍ فَإِنْ جَاوَزَ بِهَا إِلَى الْقَادِسِيَّةِ فَبِدِرْهَمَيْنِ فَهُوَ
جَائِزٌ، وَيُحْتَمَلُ الْخِلَافُ. وَإِنَّمَا قَالَ ذَلِكَ لِأَنَّ هَذِهِ الْمَسْأَلَةَ ذُكِرَتْ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ
مُطْلَقًا فَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ هَذَا قَوْلُ الْكُلِّ، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ خَاصَّةً
كَمَا فِي نَظَائِرِهَا. وَجْهٌ قَوْلُهُمَا أَنَّ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ أَحَدُ الشَّيْئَيْنِ، وَكَذَا الْأَجْرُ أَحَدُ
الشَّيْئَيْنِ وَهُوَ مَجْهُولٌ، وَالْجَهَالَةُ الْوَاحِدَةُ تُوجِبُ الْفَسَادَ فَكَيْفَ الْجَهَالَتَانِ. فَإِنْ قِيلَ:
مَسْأَلَةُ الْخِيَاطَةِ الرُّومِيَّةِ وَالْفَارِسِيَّةِ فِيهَا جَهَالَةُ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ فَكَانَتْ صَحِيحَةً. أَجَابَ بِقَوْلِهِ
بِخِلَافِ الْخِيَاطَةِ الرُّومِيَّةِ وَالْفَارِسِيَّةِ لِأَنَّ الْأَجْرَ ثَمَّةٌ يَجِبُ بِالْعَمَلِ وَعِنْدَهُ تَرْتَعُجُ الْجَهَالَةُ.
أَمَّا فِي هَذِهِ الْمَسَائِلِ فَالْأَجْرُ يَجِبُ بِالتَّخْلِيَةِ فِي الدَّارِ وَالدُّكَانِ وَالتَّسْلِيمِ فِي الْعَبْدِ فَتَبَقِيَ
الْجَهَالَةُ. وَهَذَا الْحَرْفُ: أَيُّ قَوْلُهُ يَجِبُ الْأَجْرُ بِالتَّخْلِيَةِ وَالتَّسْلِيمِ فَتَبَقِيَ الْجَهَالَةُ هُوَ الْأَصْلُ
عِنْدَهُمَا. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ خَيْرُهُ بَيْنَ عَقْدَيْنِ صَحِيحَيْنِ مُخْتَلَفَيْنِ فَيَصِحُّ كَمَا فِي مَسْأَلَةِ
الرُّومِيَّةِ وَالْفَارِسِيَّةِ، وَهَذَا أَيُّ كَوْنُهُمَا مُخْتَلَفَيْنِ لِأَنَّ سُكْنَاهُ بِنَفْسِهِ يُخَالِفُ إِسْكَانَهُ
الْحَدَادَ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ أَيُّ إِسْكَانَهُ الْحَدَادَ لَا يَدْخُلُ فِي مُطْلَقِ الْعَقْدِ وَكَذَا فِي أَخَوَاتِهَا

(قَوْلُهُ وَالْإِجَارَةُ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ يَجِبُ الْأَجْرُ بِالتَّخْلِيَةِ إلخ، وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ الْإِجَارَةَ (تُعْقَدُ لِلانْتِفَاعِ وَعِنْدَهُ تَرْتَفَعُ الْجَهَالَةُ) أَمَّا تَرْكُ الْانْتِفَاعِ مِنَ التَّمَكُّنِ فَنَادِرٌ لَا مُعْتَبَرٌ بِهِ (وَلَوْ أُحْتِجَّ إِلَى إِجْبَابِ الْأَجْرِ بِمُجَرَّدِ التَّخْلِيَةِ) بِأَنْ يُسَلَّمَ الْعَيْنُ الْمُسْتَأْجَرَةَ وَلَمْ يَنْتَفِعَ بِهِ حَتَّى يَعْلَمَ الْمُنْفَعَةَ (يَجِبُ أَقْلُ الْأَجْرَيْنِ لِلتَّبَيُّنِ بِهِ).

باب إجارة العبد

قَالَ: (وَمَنْ اسْتَأْجَرَ عَبْدًا لِلْخِدْمَةِ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُسَافِرَ بِهِ إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَ ذَلِكَ)؛ لِأَنَّ خِدْمَةَ السَّفَرِ اشْتَمَلَتْ عَلَى زِيَادَةِ مَشَقَّةٍ فَلَا يَنْتَظِمُهَا الْإِطْلَاقُ، وَلِهَذَا جُعِلَ السَّفَرُ عُدْرًا فَلَا بُدَّ مِنْ اشْتِرَاطِهِ كَأَسْكَانِ الْحَدَادِ وَالْقَصَارِ فِي الدَّارِ، وَلِأَنَّ التَّفَاوُتَ بَيْنَ الْخِدْمَتَيْنِ ظَاهِرٌ، فَإِذَا تَعَيَّنَ الْخِدْمَةُ فِي الْحَضَرِ لَا يَبْقَى غَيْرُهُ دَاخِلًا كَمَا فِي الرُّكُوبِ

الشرح:

(بَابُ إِجَارَةِ الْعَبْدِ): تَأْخِيرُ ذِكْرِ إِجَارَةِ الْعَبْدِ عَنْ إِجَارَةِ الْحُرِّ لَا يَحْتَاجُ إِلَى بَيَانٍ لظُهُورِ وَجْهِهِ بِالْحِطَاطِ دَرَجَتِهِ وَمَنْ اسْتَأْجَرَ عَبْدًا لِيَخْدُمَهُ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُسَافِرَ بِهِ إِلَّا أَنْ يُشْتَرِطَ ذَلِكَ، لِأَنَّ خِدْمَةَ السَّفَرِ تَشْتَمِلُ عَلَى زِيَادَةِ مَشَقَّةٍ لَا مَحَالَةَ (فَلَا يَنْتَظِمُهَا الْإِطْلَاقُ) وَاعْتَرَضَ بِأَنَّ الْمُسْتَأْجَرَ فِي مِلْكِهِ مَنَافِعُهُ كَالْمَوْلَى، وَلِلْمَوْلَى أَنْ يُسَافِرَ بِعَبْدِهِ فَكَذَا لِلْمُسْتَأْجَرِ، وَأُجِيبَ بِأَنَّ الْمَوْلَى إِذَا يُسَافِرُ بِعَبْدِهِ لِأَنَّهُ يَمْلِكُ رَقَبَتَهُ وَالْمُسْتَأْجَرُ لَيْسَ كَذَلِكَ، وَتَوْقُضُ بِمَنْ أَدْعَى دَارًا وَصَالِحُهُ الْمُدْعَى عَلَيْهِ عَلَى خِدْمَةِ عَبْدِهِ سَنَةً فَإِنْ لِلْمُدْعَى أَنْ يَخْرُجَ بِالْعَبْدِ إِلَى السَّفَرِ وَإِنْ لَمْ يَمْلِكْ رَقَبَتَهُ.

وَأُجِيبَ بِأَنَّ مُؤَنَةَ الرَّدِّ فِي بَابِ الْإِجَارَةِ عَلَى الْآجِرِ بَعْدَ انْتِهَاءِ الْعَقْدِ، لِأَنَّ الْمُنْفَعَةَ فِي الثَّقَلِ كَانَتْ لَهُ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ تَقَرَّرَ حَقُّهُ فِي الْأَجْرِ، فَالْمُسْتَأْجَرُ إِذَا سَافَرَ بِعَبْدِهِ يَلْزَمُ الْمُؤَجَّرَ مَا لَمْ يَلْتَزِمَهُ مِنْ مُؤَنَةِ الرَّدِّ، وَرَبِّمَا يَرْتَوِ عَلَى الْأُجْرَةِ. وَأَمَّا فِي الصُّلْحِ فَمُؤَنَةُ الرَّدِّ لَيْسَتْ عَلَى الْمُدْعَى عَلَيْهِ، فَالْمُدْعَى بِالْإِخْرَاجِ إِلَى السَّفَرِ يَلْتَزِمُ مُؤَنَةَ الرَّدِّ وَلَهُ ذَلِكَ، وَهَذَا كَمَا تَرَى انْقِطَاعُ لَأَنَّ الْمَعْلَلُ احْتِجَّ إِلَى أَنْ يَضُمَّ إِلَى عِلَّتِهِ وَهُوَ قَوْلُهُ وَالْمُسْتَأْجَرُ لَا يَمْلِكُ رَقَبَتَهُ قِيْدًا وَهُوَ أَنْ يَقُولَ وَيَلْزِمُهُ مُؤَنَةُ الرَّدِّ، وَلَعَلَّ الصَّوَابَ أَنْ يُقَالَ: لَا تُسَلِّمُ أَنْ الْمُسْتَأْجَرَ فِي مَنَافِعِ الْعَبْدِ كَالْمَوْلَى، فَإِنَّ الْمَوْلَى لَهُ الْمُنْفَعَةُ عَلَى الْإِطْلَاقِ زَمَانًا وَمَكَانًا وَنَوْعًا، وَلَيْسَ الْمُسْتَأْجَرُ كَذَلِكَ بَلْ يَمْلِكُهَا بِعَقْدٍ ضَرْوِيِّ يَتَّقِيْدُ بَزْمَانٍ وَمَكَانٍ، فَيَجُوزُ

أَنْ يَتَّقِدَ بِمَا لَمْ يَتَّقِدْ بِهِ الْمَوْلَى، وَالْعُرْفُ يُوجِبُهُ، أَوْ دَفْعُ ضَرَرٍ مُؤْتَةٍ الرَّدِّ عَلَى مَا ذَكَرْنَا يُوجِبُهُ.

(وَلِهَذَا جُعِلَ السَّفَرُ عُذْرًا) يَعْنِي إِذَا اسْتَأْجَرَ غُلَامًا لِيَخْدُمَهُ فِي الْمَصْرِ ثُمَّ أَرَادَ الْمُسْتَأْجِرَ السَّفَرَ فَهُوَ عُذْرٌ فِي فسخِ الْإِجَارَةِ لِأَنَّهُ لَا يَتِمَّكُنُ مِنَ الْمُسَافَرَةِ بِالْعَبْدِ لَمَّا ذَكَرْنَا، وَلَوْ مُنَعَ السَّفَرُ تَضَرَّرَ فَكَانَ عُذْرًا تُفْسَخُ بِهِ الْإِجَارَةُ قَوْلُهُ فَلَا بُدَّ مِنْ اشْتِرَاطِهِ) مُتَعَلِّقٌ بِقَوْلِهِ فَلَا يَنْتَظِمُهَا الْإِطْلَاقُ (وَلِأَنَّ التَّفَاوُتَ بَيْنَ الْخِدْمَتَيْنِ ظَاهِرٌ) فَصَارَ كَالِاخْتِلَافِ بِاخْتِلَافِ الْمُسْتَعْمَلِينَ (فَإِذَا تَعَيَّنَتِ الْخِدْمَةُ فِي الْحَضَرِ عُرْفًا لَا يَنْقُيْ غَيْرُهَا دَاخِلًا كَمَا فِي الرُّكُوبِ) فَإِنَّهُ إِذَا اسْتَأْجَرَ دَابَّةً لِيَرْكَبَ بِنَفْسِهِ لَيْسَ لَهُ أَنْ يُرْكَبَ غَيْرُهُ لِلتَّفَاوُتِ بَيْنَ رُكُوبِ الرَّاكِبِينَ فَكَذَلِكَ هَاهُنَا.

(وَمَنْ اسْتَأْجَرَ عَبْدًا مَحْجُورًا عَلَيْهِ شَهْرًا وَأَعْطَاهُ الْأَجْرَ فَلَيْسَ لِلْمُسْتَأْجِرِ أَنْ يَأْخُذَ مِنْهُ الْأَجْرَ) وَأَصْلُهُ أَنَّ الْإِجَارَةَ صَحِيحَةٌ اسْتِحْسَانًا إِذَا فَرَّغَ مِنَ الْعَمَلِ. وَالْقِيَاسُ أَنْ لَا يَجُوزُ لَانْعِدَامِ إِذْنِ الْمَوْلَى وَقِيَامِ الْحَجَرِ فَصَارَ كَمَا إِذَا هَلَكَ الْعَبْدُ. وَجَهُ الْاسْتِحْسَانِ أَنَّ التَّصَرُّفَ نَافِعٌ عَلَى اعْتِبَارِ الْفَرَاغِ سَالِمًا ضَارًّا عَلَى اعْتِبَارِ هَلَاكِ الْعَبْدِ، وَالنَّافِعُ مَا ذُوْنُ فِيهِ كَقَبُولِ الْهَبَةِ، وَإِذَا جَازَ ذَلِكَ لَمْ يَكُنْ لِلْمُسْتَأْجِرِ أَنْ يَأْخُذَ مِنْهُ.

الشرح:

(وَمَنْ اسْتَأْجَرَ عَبْدًا مَحْجُورًا عَلَيْهِ شَهْرًا) فَعَمِلَ (فَأَعْطَاهُ الْأَجْرَ فَلَيْسَ لِلْمُسْتَأْجِرِ أَنْ يَسْتَرِدَّ مِنْهُ الْأَجْرَ اسْتِحْسَانًا. وَفِي الْقِيَاسِ لَهُ ذَلِكَ لِأَنَّهُ يَقْتَضِي أَنْ لَا تَصَحَّ الْإِجَارَةُ لَانْعِدَامِ إِذْنِ الْمَوْلَى وَقِيَامِ الْحَجَرِ) فَيَصِيرُ الْمُسْتَأْجِرُ غَاصِبًا بِالِاسْتِعْمَالِ وَلَا أَجْرَ عَلَى الْغَاصِبِ (فَصَارَ كَمَا إِذَا هَلَكَ الْعَبْدُ) فَإِنَّهُ يَجِبُ لِلْمَوْلَى قِيَمَتُهُ دُونَ الْأَجْرِ لِأَنَّهُ ضَامِنٌ بِالْغَضَبِ، وَالْأَجْرُ وَالضَّمَانُ لَا يَجْتَمِعَانِ (وَجَهُ الْاسْتِحْسَانِ أَنَّ التَّصَرُّفَ نَافِعٌ عَلَى اعْتِبَارِ الْفَرَاغِ سَالِمًا ضَارًّا عَلَى اعْتِبَارِ الْهَلَاكِ بِالِاسْتِعْمَالِ وَالنَّافِعُ مَا ذُوْنُ فِيهِ كَقَبُولِ الْهَبَةِ، وَإِذَا جَازَ الدَّفْعُ لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَسْتَرِدَّهُ مِنْهُ)

(وَمَنْ غَضِبَ عَبْدًا فَأَجَرَ الْعَبْدَ نَفْسَهُ فَأَخَذَ الْغَاصِبُ الْأَجْرَ فَأَكَلَهُ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: هُوَ ضَامِنٌ؛ لِأَنَّهُ أَكَلَ مَالَ الْمَالِكِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ، إِذْ الْإِجَارَةُ قَدْ صَحَّتْ عَلَى مَا مَرَّ. وَلَهُ أَنَّ الضَّمَانَ إِنَّمَا يَجِبُ بِإِتْلَافِ مَالٍ مُحَرَّرٍ؛ لِأَنَّ التَّقْوَمَ بِهِ، وَهَذَا غَيْرُ مُحَرَّرٍ

فِي حَقِّ الْغَاصِبِ؛ لِأَنَّ الْعَبْدَ لَا يُحْرِزُ نَفْسَهُ عَنْهُ فَكَيْفَ يُحْرِزُ مَا فِي يَدِهِ. (وَإِنْ وَجَدَ الْمَوْلَى الْأَجْرَ قَائِمًا بِعَيْنِهِ أَخَذَهُ)؛ لِأَنَّهُ وَجَدَ عَيْنَ مَالِهِ (وَيَجُوزُ قَبْضُ الْعَبْدِ الْأَجْرَ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا)؛ لِأَنَّهُ مَادُونٌ لَهُ فِي التَّصَرُّفِ عَلَى اعْتِبَارِ الْفَرَاغِ عَلَى مَا مَرَّ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ غَصَبَ عَبْدًا فَاجَرَ الْعَبْدُ نَفْسَهُ إلخ) وَمَنْ غَصَبَ عَبْدًا فَاجَرَ الْعَبْدُ نَفْسَهُ فَأَخَذَ الْغَاصِبُ الْأَجْرَ فَأَكَلَهُ لَمْ يَضْمَنْ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: هُوَ ضَامِنٌ لِأَنَّهُ أَكَلَ مَالِ الْمَالِكِ بغيرِ إِذْنِهِ، إِذِ الْإِجَارَةُ قَدْ صَحَّتْ عَلَى مَا مَرَّ مِنْ وَجْهِ الْاسْتِحْسَانِ أَنَّ التَّصَرُّفَ نَافِعٌ، وَالْمَحْجُورُ مَادُونٌ فِي الْمَنَافِعِ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الضَّمَانَ إِنَّمَا يَجِبُ بِإِثْلَافِ مَالٍ مُحْرَزٍ لِأَنَّ التَّقَوُّمَ بِالْإِحْرَازِ وَهَذَا الْمَالُ غَيْرُ مُحْرَزٍ فِي حَقِّ الْغَاصِبِ، إِذِ الْعَبْدُ لَا يُحْرِزُ نَفْسَهُ عَنْهُ فَكَيْفَ يُحْرِزُ مَا فِي يَدِهِ، وَهَذَا لِأَنَّ الْإِحْرَازَ إِنَّمَا يَكُونُ بِيَدِ الْمَالِكِ أَوْ يَدِ نَائِيهِ، وَيَدُ الْغَاصِبِ لَيْسَتْ بِهِمَا وَيَدُ الْعَبْدِ كَذَلِكَ لِأَنَّهُ فِي يَدِ الْغَاصِبِ.

فَإِنْ قِيلَ: الْغَاصِبُ إِذَا اسْتَهْلَكَ وَلَدَ الْمَغْصُوبَةِ ضَمَنَهُ وَلَا إِحْرَازَ فِيهِ.

أَجِيبَ بِأَنَّهُ تَابِعٌ لِلأُثْمِ لِكَوْنِهِ جُزْءًا مِنْهَا وَهِيَ مُحْرَزَةٌ، بِخِلَافِ الْأَجْرِ فَإِنَّهُ حَصَلَ مِنَ الْمَنَافِعِ وَهِيَ غَيْرُ مُحْرَزَةٍ (وَإِنْ وَجَدَ الْمَوْلَى الْأَجْرَ قَائِمًا بِعَيْنِهِ أَخَذَهُ لِأَنَّهُ وَجَدَ عَيْنَ مَالِهِ، وَيَجُوزُ قَبْضُ الْعَبْدِ الْأَجْرَ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا لِأَنَّهُ مَادُونٌ لَهُ فِي التَّصَرُّفِ عَلَى اعْتِبَارِ الْفَرَاغِ عَلَى مَا مَرَّ) مِنْ قَوْلِهِ وَالْمَنَافِعُ مَادُونٌ فِيهِ كَقَبُولِ الْهَبَةِ، وَإِذَا كَانَ مَادُونًا لَهُ وَهُوَ الْعَاقِدُ رَجَعَ الْحَقُّوقُ إِلَيْهِ فَكَانَ لَهُ الْقَبْضُ وَفَائِدَتُهُ تَظْهَرُ فِي حَقِّ خُرُوجِ الْمُسْتَأْجِرِ عَنْ عَهْدَةِ الْأَجْرَةِ فَإِنَّهُ يَحْصُلُ بِالْأَدَاءِ إِلَيْهِ وَوَضْعِ الْمَسْأَلَةِ فِيمَا إِذَا آجَرَ الْعَبْدُ الْمَغْصُوبُ نَفْسَهُ، فَإِنْ آجَرَهُ الْغَاصِبُ كَانَ الْأَجْرُ لَهُ لَا لِلْمَالِكِ وَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ بِالْإِتِّفَاقِ، وَإِنْ آجَرَهُ الْمَوْلَى فَلَيْسَ لِلْعَبْدِ أَنْ يَقْبِضَ الْأَجْرَةَ إِلَّا بِوَكَاةِ الْمَوْلَى لِأَنَّهُ الْعَاقِدُ

(وَمَنْ اسْتَأْجَرَ عَبْدًا هَذَيْنِ الشَّهْرَيْنِ شَهْرًا بِأَرْبَعَةٍ وَشَهْرًا بِخَمْسَةٍ فَهُوَ جَائِزٌ وَالْأَوَّلُ مِنْهُمَا بِأَرْبَعَةٍ)؛ لِأَنَّ الشَّهْرَ الْمَذْكُورَ أَوَّلًا يَنْصَرِفُ إِلَى مَا يَلِي الْعَقْدَ تَحْرِيًّا لِلْجَوَازِ أَوْ نَظَرًا إِلَى تَنَجُّزِ الْحَاجَةِ فَيَنْصَرِفُ الثَّانِي إِلَى مَا يَلِي الْأَوَّلَ ضَرُورَةً.

الشرح:

(وَمَنْ اسْتَأْجَرَ عَبْدًا هَذَيْنِ الشَّهْرَيْنِ شَهْرًا بِأَرْبَعَةٍ وَشَهْرًا بِخَمْسَةٍ فَهُوَ جَائِزٌ،

وَالشَّهْرُ الْأَوَّلُ مِنْهُمَا بِأَرْبَعَةٍ لَأَنَّهُ الْمَذْكُورُ أَوَّلًا، وَالْمَذْكُورُ أَوَّلًا يَنْصَرِفُ إِلَى مَا يَلِي الْعَقْدَ تَحْرِيًّا لِلجَوَازِ وَذَلِكَ لَأَنَّهُ لَمَّا قَالَ شَهْرًا بِأَرْبَعَةٍ عَلَى سَبِيلِ التَّنْكِيرِ كَانَ مَجْهُولًا، وَالْإِجَارَةُ تَفْسُدُ بِالْجَهَالَةِ فَصَرَفْنَاهُ إِلَى مَا يَلِي الْعَقْدَ تَحْرِيًّا لِلجَوَازِ، كَمَا لَوْ قَالَ اسْتَأْجَرْتَ مِنْكَ هَذَا الْعَبْدَ شَهْرًا وَسَكَتَ فَإِنَّهُ يَنْصَرِفُ إِلَى مَا يَلِي الْعَقْدَ (أَوْ نَظَرًا إِلَى تَحْجِزِ الْحَاجَةِ) فَإِنَّ الْإِنْسَانَ إِنَّمَا يَسْتَأْجِرُ الشَّيْءَ لِحَاجَةٍ تَدْعُوهُ إِلَى ذَلِكَ، وَالظَّاهِرُ وَقُوعُهَا عِنْدَ الْعَقْدِ، وَإِذَا انْصَرَفَ الْأَوَّلُ إِلَى مَا يَلِي الْعَقْدَ وَالثَّانِي مَعْطُوفٌ عَلَيْهِ يَنْصَرِفُ إِلَى مَا يَلِي الْأَوَّلَ ضَرُورَةً.

قِيلَ مَبْنَى هَذَا الْكَلَامِ عَلَى أَنَّهُ ذَكَرَ مُنْكَرًا مَجْهُولًا، وَالْمَذْكُورُ فِي الْكِتَابِ لَيْسَ كَذَلِكَ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ الْمَذْكُورَ فِي الْكِتَابِ قَوْلُ الْمُسْتَأْجِرِ وَاللَّامُ فِيهِ لِلْعَهْدِ لَمَّا كَانَ فِي كَلَامِ الْمُؤَجَّرِ مِنَ الْمُنْكَرِ، فَكَأَنَّ الْمُؤَجَّرَ قَالَ آجَرْتُ عَبْدِي هَذَا شَهْرَيْنِ شَهْرًا بِأَرْبَعَةٍ وَشَهْرًا بِخَمْسَةٍ فَقَالَ الْمُسْتَأْجِرُ اسْتَأْجَرْتَهُ هَذَيْنِ الشَّهْرَيْنِ شَهْرًا بِأَرْبَعَةٍ وَشَهْرًا بِخَمْسَةٍ (وَمَنْ اسْتَأْجَرَ عَبْدًا شَهْرًا بِدِرْهَمٍ فَقَبِضَهُ فِي أَوَّلِ الشَّهْرِ ثُمَّ جَاءَ آخِرُ الشَّهْرِ، وَهُوَ أَبْقَى أَوْ مَرِيضٌ فَقَالَ الْمُسْتَأْجِرُ أَبْقَى أَوْ مَرِضٌ حِينَ أَخَذْتَهُ وَقَالَ الْمَوْلَى لَمْ يَكُنْ ذَلِكَ إِلَّا قَبْلَ أَنْ تَأْتِيَنِي بِسَاعَتِي فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُسْتَأْجِرِ، وَإِنْ جَاءَ بِهِ، وَهُوَ صَحِيحٌ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُؤَجَّرِ)؛ لِأَنَّهُمَا اخْتَلَفَا فِي أَمْرِ مُحْتَمَلٍ فَيَتَرَجَّحُ بِحُكْمِ الْحَالِ، إِذْ هُوَ دَلِيلٌ عَلَى قِيَامِهِ مِنْ قَبْلُ وَهُوَ يَصْلُحُ مُرْجَحًا إِنْ لَمْ يَصْلُحْ حُجَّةً فِي نَفْسِهِ. أَصْلُهُ الْاِخْتِلَافُ فِي جَرَيَانِ مَاءِ الطَّاحُونَةِ وَانْقِطَاعِهِ.

الشرح:

(قَوْلُهُ وَمَنْ اسْتَأْجَرَ عَبْدًا شَهْرًا بِدِرْهَمٍ إلخ) ظَاهِرٌ خَلَا قَوْلُهُ فَيَتَرَجَّحُ بِحُكْمِ الْحَالِ فَإِنَّهُ اسْتَشْكَلَ بِأَنَّ الْحَالَ تَصْلُحُ لِلدَّفْعِ دُونَ الِاسْتِحْقَاقِ، ثُمَّ لَوْ جَاءَ الْمُسْتَأْجِرُ بِالْعَبْدِ وَهُوَ صَحِيحٌ فَالْقَوْلُ لِلْمُؤَجَّرِ وَيَسْتَحِقُّ الْأَجْرَ فَكَانَتْ مُوجِبَةً لِلِاسْتِحْقَاقِ وَلَيْسَ بِنَاهِضٍ لِأَنَّ الْمُصَنَّفَ أَشَارَ إِلَى دَفْعِهِ بِقَوْلِهِ وَهُوَ يَصْلُحُ مُرْجَحًا إِنْ لَمْ يَصْلُحْ حُجَّةً فِي نَفْسِهِ. وَيَبَيِّنُهُ أَنَّ الْمَوْجِبَ لِلِاسْتِحْقَاقِ هُوَ الْعَقْدُ مَعَ تَسْلِيمِ الْعَبْدِ إِلَيْهِ فِي الْمُدَّةِ، وَلَكِنْ تَعَارُضَ كَلَامِهِمَا فِي اعْتِرَاضِ مَا يُوْجِبُ السَّقُوطَ فَجُعِلَ الْحَالُ مُرْجَحًا لِكَلَامِ الْمُؤَجَّرِ لَا مُوجِبًا لِلِاسْتِحْقَاقِ فَهِيَ فِي الْحَقِيقَةِ دَافِعَةٌ لِاسْتِحْقَاقِ السَّقُوطِ بَعْدَ الثُّبُوتِ لَا مُوجِبَةٌ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

باب الاختلاف في الإجارة

قَالَ: (وَإِذَا اخْتَلَفَ الْخِيَاطُ وَرَبُّ الثُّوبِ فَقَالَ رَبُّ الثُّوبِ أَمَرْتُكَ أَنْ تَعْمَلَهُ قَبَاءً وَقَالَ الْخِيَاطُ بَلْ قَمِيصًا أَوْ قَالَ: صَاحِبُ الثُّوبِ لِلصَّبَاغِ أَمَرْتُكَ أَنْ تَصْبِغَهُ أَحْمَرَ فَصَبَّغْتَهُ أَصْفَرَ وَقَالَ الصَّبَاغُ لَا بَلْ أَمَرْتَنِي أَصْفَرَ فَالْقَوْلُ لَصَاحِبِ الثُّوبِ)؛ لِأَنَّ الْإِذْنَ يُسْتَفَادُ مِنْ جِهَتِهِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ أَنْكَرَ أَصْلَ الْإِذْنِ كَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ فَكَذَا إِذَا أَنْكَرَ صِفَتَهُ، لَكِنْ يَحْلِفُ؛ لِأَنَّهُ أَنْكَرَ شَيْئًا لَوْ أَقْرَبَهُ لَزِمَهُ.

قَالَ: (وَإِذَا حَلَفَ الْخِيَاطُ ضَامِنًا وَمَعْنَاهُ مَا مَرَّ مِنْ قَبْلُ أَنَّهُ بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ ضَمِنَهُ، وَإِنْ شَاءَ أَخَذَهُ، وَأَعْطَاهُ أَجْرَ مِثْلِهِ، وَكَذَا يُخَيَّرُ فِي مَسَالَةِ الصَّبِغِ إِذَا حَلَفَ إِنْ شَاءَ ضَمِنَهُ قِيمَةَ الثُّوبِ أبيض، وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ الثُّوبَ وَأَعْطَاهُ أَجْرَ مِثْلِهِ لَا يُجَاوِزُ بِهِ الْمُسَمَّى. وَذَكَرَ فِي بَعْضِ النُّسخِ: يُضْمَنُهُ مَا زَادَ الصَّبِغُ فِيهِ؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الْغَصْبِ.

الشرح:

(بَابُ الْاِخْتِلَافِ فِي الْإِجَارَةِ): لَمَّا فَرَعَ مِنْ ذِكْرِ أَحْكَامِ اتِّفَاقِ الْمُتَعَاقِدَيْنِ وَهُوَ الْأَصْلُ ذَكَرَ أَحْكَامَ اخْتِلَافِهِمَا وَهُوَ الْفَرَعُ، لِأَنَّ الْاِخْتِلَافَ إِنَّمَا يَكُونُ لِعَارِضٍ قَالَ (وَإِذَا اخْتَلَفَ الْخِيَاطُ وَرَبُّ الثُّوبِ إلخ) إِنْ اخْتَلَفَ الْمُتَعَاقِدَانِ فِي الْإِجَارَةِ فِي نَوْعِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ كَالْقَبَاءِ وَالْقَمِيصِ فِي الْخِيَاطَةِ أَوْ الْحُمْرَةِ وَالصُّفْرَةِ فَالْقَوْلُ قَوْلٌ مَنْ يُسْتَفَادُ مِنْهُ الْإِذْنُ، وَهُوَ صَاحِبُ الثُّوبِ عِنْدَ عُلَمَائِنَا رَحِمَهُمُ اللَّهُ، لِأَنَّهُ لَوْ أَنْكَرَ أَصْلَ الْإِذْنِ كَانَ الْقَوْلُ لَهُ، فَكَذَا إِذَا أَنْكَرَ صِفَتَهُ لَكِنْ بَعْدَ الْيَمِينِ لِأَنَّهُ أَنْكَرَ مَا لَوْ أَقْرَبَ بِهِ لَزِمَهُ، فَإِنْ حَلَفَ فَهُوَ بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ ضَمِنَهُ وَإِنْ شَاءَ أَخَذَهُ وَأَعْطَاهُ أَجْرَ مِثْلِهِ لَا يُجَاوِزُ بِهِ الْمُسَمَّى كَمَا مَرَّ قَبْلُ بَابِ الْإِجَارَةِ الْفَاسِدَةِ فِي قَوْلِهِ وَمَنْ دَفَعَ إِلَى خِيَاطٍ ثَوْبًا لِيَخِيطَهُ قَمِيصًا بِدَرَاهِمَ فَخَاطَهُ قَبَاءً. وَاعْتَرَضَ بِأَنَّ هُنَاكَ اتَّفَقَ الْمُتَعَاقِدَانِ عَلَى الْمَأْمُورِ بِهِ وَالْأَجِيرُ خَالَفَ وَهَاهُنَا قَدْ اخْتَلَفَا فِي ذَلِكَ فَكَيْفَ تَكُونُ هَذِهِ مِثْلُ تِلْكَ؟ وَأُجِيبَ بِأَنَّهَا مِثْلُهَا انْتِهَاءً لَا ابْتِدَاءً، لِأَنَّهُ ذَكَرَ هَذَا الْحُكْمَ هُنَا بَعْدَ يَمِينِ صَاحِبِ الثُّوبِ، وَلَمَّا حَلَفَ كَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ فَلَمْ يَنْقُ لِلْخِلَافِ الْآخِرِ اعْتِبَارًا فَكَأَنَّا فِي الْحُكْمِ فِي الْانْتِهَاءِ سَوَاءً. وَذَكَرَ فِي بَعْضِ نُسَخِ الْقُدُورِيِّ يُضْمَنُهُ: أَيُّ يَضْمَنُ صَاحِبُ الثُّوبِ لِلصَّبَاغِ قِيمَةَ زِيَادَةِ الصَّبِغِ، فَلِأَوَّلَى أَعْنِي قَوْلَهُ لَا يُجَاوِزُ بِهِ الْمُسَمَّى ظَاهِرُ الرِّوَايَةِ، وَالثَّانِيَةُ أَعْنِي قَوْلَهُ يَضْمَنُهُ مَا زَادَ الصَّبِغُ فِيهِ

رِوَايَةُ ابْنِ سَمَاعَةَ عَنْ مُحَمَّدٍ.

وَجْهَ الظَّاهِرِ وَهُوَ الْأَصَحُّ أَنَّ الصَّبْغَ آتَى لِلْعَمَلِ الْمُسْتَحَقِّ عَلَى الصَّبَاغِ بِمَنْزِلَةِ الْحَرَضِ وَالصَّابُونِ فِي عَمَلِ الْغَسَّالِ، فَلَا يَصِيرُ صَاحِبُ الثُّوبِ مُشْتَرِيًا لِلصَّبْغِ حَتَّى تُعْتَبَرَ الْقِيَمَةُ عِنْدَ فَسَادِ السَّبَبِ. وَوَجْهَ رِوَايَةِ مُحَمَّدٍ أَنَّ الصَّبَاغَ بِمَنْزِلَةِ الْغَاصِبِ وَالْحُكْمُ فِي الْعَصَبِ كَذَلِكَ.

(وَأِنْ قَالَ: صَاحِبُ الثُّوبِ عَمِلَتْهُ لِي بِغَيْرِ أَجْرِ وَقَالَ الصَّانِعُ بِأَجْرِ فَالْقَوْلُ قَوْلُ صَاحِبِ الثُّوبِ) عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ؛ لِأَنَّهُ يُنْكَرُ تَقْوُومُ عَمَلِهِ إِذْ هُوَ يَتَقَوَّمُ بِالْعَقْدِ وَيُنْكَرُ الضَّمَانُ وَالصَّانِعُ يَدْعِيهِ وَالْقَوْلُ الْقَوْلُ الْمُنْكَرِ (وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: إِنْ كَانَ الرَّجُلُ حَرِيضًا لَهُ) أَيْ خَلِيطًا لَهُ (فَلَهُ الْأَجْرُ وَإِلَّا فَلَا)؛ لِأَنَّ سَبْقَ مَا بَيْنَهُمَا يُعَيِّنُ جِهَةَ الطَّلِبِ بِأَجْرِ جَرِيًّا عَلَى مُعْتَادِهِمَا (وَقَالَ مُحَمَّدٌ: إِنْ كَانَ الصَّانِعُ مَعْرُوفًا بِهِذِهِ الصَّنْعَةِ بِالْأَجْرِ فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ)؛ لِأَنَّهُ لَمَّا فَتَحَ الْحَاثُوتَ لِأَجْلِهِ جَرَى ذَلِكَ مَجْرَى التَّنْصِيسِ عَلَى الْأَجْرِ اعْتِبَارًا لِلظَّاهِرِ، وَالْقِيَاسُ مَا قَالَهُ أَبُو حَنِيفَةَ؛ لِأَنَّهُ مُنْكَرٌ. وَالْجَوَابُ عَنْ اسْتِحْسَانِهِمَا أَنَّ الظَّاهِرَ لِلدَّفْعِ، وَالْحَاجَةُ هَاهُنَا إِلَى الِاسْتِحْقَاقِ وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

باب فسخ الإجارة

قَالَ: (وَمَنْ اسْتَأْجَرَ دَارًا فَوَجَدَ بِهَا عَيْبًا يَضُرُّ بِالسُّكْنَى فَلَهُ الْفَسْخُ)؛ لِأَنَّ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ الْمَنَافِعَ، وَأَنَّهَا تَوْجَدُ شَيْئًا فَشَيْئًا فَكَانَ هَذَا عَيْبًا حَادِثًا قَبْلَ الْقَبْضِ فَيُوجِبُ الْخِيَارَ كَمَا فِي الْبَيْعِ، ثُمَّ الْمُسْتَأْجِرُ إِذَا اسْتَوْفَى الْمَنْفَعَةَ فَقَدْ رَضِيَ بِالْعَيْبِ فَيَلْزِمُهُ جَمِيعُ الْبَدَلِ كَمَا فِي الْبَيْعِ، وَإِنْ فَعَلَ الْمُؤَجَّرُ مَا أَزَالَ بِهِ الْعَيْبَ فَلَا خِيَارَ لِلْمُسْتَأْجِرِ لَزْوَالِ سَبَبِهِ.

الشرح:

(بَابُ فُسْخِ الْإِجَارَةِ): تَأْخِيرُ هَذَا الْبَابِ عَمَّا قَبْلَهُ ظَاهِرُ الْمُنَاسَبَةِ، إِذْ الْفُسْخُ يَعْقُبُ الْعَقْدَ لَا مَحَالَةَ. قَالَ (وَمَنْ اسْتَأْجَرَ دَارًا) تُفْسَخُ الْإِجَارَةُ لِعُيُوبٍ تَضُرُّ بِالْمَنَافِعِ الَّتِي وَقَعَتْ الْإِجَارَةُ لِأَجْلِهَا، وَكَذَا بِالْأَعْدَارِ عِنْدَنَا خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ، فَإِذَا اسْتَأْجَرَ دَارًا (فَوَجَدَ بِهَا عَيْبًا يَضُرُّ بِالسُّكْنَى فَلَهُ الْفَسْخُ) وَكَذَا إِذَا اسْتَأْجَرَ عَبْدًا لِلْخِدْمَةِ فَذَهَبَتْ كُلُّنَا عَيْنِيهِ، وَأَمَّا إِذَا كَانَ عَيْبًا لَا يَضُرُّ كَحَائِطٍ سَقَطَ لَمْ يَكُنْ مُحْتَاجًا إِلَيْهِ فِي السُّكْنَى أَوْ ذَهَبَتْ إِحْدَى عَيْنِي الْعَبْدِ فَلَا فُسْخَ لَهُ (قَوْلُهُ لِأَنَّ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ) دَلِيلٌ عَلَى ذَلِكَ،

وَوَجْهُهُ أَنَّ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ هُوَ الْمَنَافِعُ وَأَنَّهَا تُوجَدُ شَيْئًا فَشَيْئًا، وَكُلُّ مَا كَانَ كَذَلِكَ فَكُلُّ جُزْءٍ مِنْهُ بِمَنْزِلَةِ الْإِبْتِدَاءِ فَكَانَ الْعَيْبُ حَادِثًا قَبْلَ الْقَبْضِ وَذَلِكَ يُوجِبُ الْخِيَارَ تَمَامًا فِي الْبَيْعِ، وَعَلَى هَذَا لَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ الْعَيْبُ حَادِثًا بَعْدَ قَبْضِ الْمُسْتَأْجِرِ أَوْ قَبْلَهُ، لِأَنَّ الَّذِي حَدَثَ بَعْدَ قَبْضِ الْمُسْتَأْجِرِ كَانَ قَبْلَ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ وَهُوَ الْمَنَافِعُ، ثُمَّ الْمُسْتَأْجِرُ إِذَا اسْتَوْفَى الْمَنَفْعَةَ فَقَدْ رَضِيَ بِالْعَيْبِ فَلِزَمَهُ جَمِيعُ الْبَدَلِ كَمَا فِي الْبَيْعِ فَإِنَّ الْمُشْتَرِيَ إِذَا رَضِيَ بِالْمَبِيعِ الْمَعِيبِ لَيْسَ لَهُ الرَّدُّ بَعْدَ ذَلِكَ، وَكَذَا إِذَا أزال الْمُؤَجَّرُ مَا بِهِ مِنَ الْعَيْبِ لَا خِيَارَ لِلْمُسْتَأْجِرِ لِرَوَالِ سَبَبِهِ.

قَالَ: (وَإِذَا خَرِبَتِ الدَّارُ أَوْ انْقَطَعَ شَرْبُ الصُّيْعَةِ أَوْ انْقَطَعَ الْمَاءُ عَنِ الرَّحَى انْفَسَخَتِ الْإِجَارَةُ)؛ لِأَنَّ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ قَدْ فَاتَ، وَهِيَ الْمَنَافِعُ الْمُخْصُوصَةُ قَبْلَ الْقَبْضِ فَشَابَهُ قَوَاتُ الْمَبِيعِ قَبْلَ الْقَبْضِ وَمَوْتَ الْعَبْدِ الْمُسْتَأْجِرِ. وَمِنْ أَصْحَابِنَا مَنْ قَالَ: إِنَّ الْعَقْدَ لَا يَنْفَسِخُ؛ لِأَنَّ الْمَنَافِعَ قَدْ فَاتَتْ عَلَى وَجْهِهِ يُتَصَوَّرُ عَوْدُهَا فَأَشْبَهَ الْإِبَاقَ فِي الْبَيْعِ قَبْلَ الْقَبْضِ. وَعَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّ الْأَجْرَ لَوْ بَنَاهَا لَيْسَ لِلْمُسْتَأْجِرِ أَنْ يَمْتَنِعَ وَلَا لِلْأَجْرِ، وَهَذَا تَنْصِيسٌ مِنْهُ عَلَى أَنَّهُ لَمْ يَنْفَسِخْ لَكِنَّهُ يُفْسَخُ.

الشرح:

(وَإِذَا خَرِبَتِ الدَّارُ أَوْ انْقَطَعَ شَرْبُ الصُّيْعَةِ أَوْ انْقَطَعَ الْمَاءُ عَنِ الرَّحَى انْفَسَخَتِ الْإِجَارَةُ) وَهَذَا قَوْلُ بَعْضِ أَصْحَابِنَا. وَصَحَّحَ الثَّقَلُ هَذَا الْقَائِلُ بِمَا ذُكِرَ فِي كِتَابِ الْبُيُوعِ، وَلَوْ سَقَطَتِ الدَّارُ كُلُّهَا فَلَهُ أَنْ يَخْرُجَ سَوَاءً كَانَ صَاحِبُ الدَّارِ شَاهِدًا أَوْ غَائِبًا فِيهِ إشارَةً إِلَى أَنَّ عَقْدَ الْإِجَارَةِ يَنْفَسِخُ بِإِهْدَامِ الدَّارِ، لِأَنَّهُ لَوْ لَمْ يَنْفَسِخِ الْعَقْدُ لَشَرَطَ حَضْرَةُ صَاحِبِ الدَّارِ لِأَنَّهُ رَدُّ بَعِيبٍ وَهُوَ لَا يَصِحُّ إِلَّا بِحَضْرَةِ الْمَالِكِ بِالْإِجْمَاعِ، وَاسْتَدَلَّ الْمُصَنِّفُ عَلَى ذَلِكَ بِقَوْلِهِ (لَأَنَّ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ قَدْ فَاتَ وَهِيَ الْمَنَافِعُ الْمُخْصُوصَةُ قَبْلَ الْقَبْضِ فَشَابَهُ قَوَاتُ الْمَبِيعِ قَبْلَ الْقَبْضِ وَمَوْتَ الْعَبْدِ الْمُسْتَأْجِرِ، وَمِنْ أَصْحَابِنَا مَنْ قَالَ: إِنَّ الْعَقْدَ لَا يَنْفَسِخُ، وَ) صَحَّحَ الثَّقَلُ بِمَا رَوَى هِشَامٌ (عَنْ مُحَمَّدٍ فِيمَنْ اسْتَأْجَرَ دَارًا فَانْهَدَمَ فَبَنَاهَا الْمُؤَجَّرُ لَيْسَ لِلْمُسْتَأْجِرِ أَنْ يَمْتَنِعَ وَلَا لِلْمُؤَجَّرِ، وَهَذَا تَنْصِيسٌ مِنْهُ عَلَى أَنَّهُ لَمْ يَنْفَسِخْ لَكِنَّهُ يُفْسَخُ) وَاسْتَدَلَّ عَلَى ذَلِكَ بِأَنَّ الْمَنَافِعَ فَاتَتْ عَلَى وَجْهِهِ يُتَصَوَّرُ عَوْدُهَا فَأَشْبَهَ الْإِبَاقَ الْعَبْدِ الْمَبِيعِ.

(وَلَوْ انْقَطَعَ مَاءُ الرَّحَى، وَالْبَيْتُ مِمَّا يَنْتَفِعُ بِهِ لَغَيْرِ الطَّحْنِ فَعَلَيْهِ عَنِ الْأَجْرِ بِحِصَّتِهِ)؛ لِأَنَّهُ جُزْءٌ مِنَ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ.

الشرح:

(قَوْلُهُ وَلَوْ انْقَطَعَ مَاءُ الرَّحَى وَالْبَيْتُ مِمَّا يَنْتَفِعُ بِهِ لَغَيْرِ الطَّحْنِ فَعَلَيْهِ عَنِ الْأَجْرِ بِحِصَّتِهِ لِأَنَّهُ جُزْءٌ مِنَ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ) أَوْرَدَهُ اسْتِشْهَادًا بِهِ عَلَى أَنَّهُ لَا يَنْفَسِخُ بِانْقِطَاعِ الْمَاءِ.

قَالَ: (وَإِذَا مَاتَ أَحَدُ الْمُتَعَاقِدَيْنِ وَقَدْ عَقَدَ الْإِجَارَةَ لِنَفْسِهِ انْفَسَخَتْ)؛ لِأَنَّهُ لَوْ بَقِيَ الْعَقْدُ تَصِيرُ الْمَنْفَعَةُ الْمَمْلُوكَةُ بِهِ أَوْ الْأَجْرَةُ الْمَمْلُوكَةُ لَغَيْرِ الْعَاقِدِ مُسْتَحَقَّةً بِالْعَقْدِ؛ لِأَنَّهُ يَنْتَقِلُ بِالمَوْتِ إِلَى الْوَارِثِ وَذَلِكَ لَا يَجُوزُ (وَإِنْ عَقَدَهَا لِغَيْرِهِ لَمْ تَنْفَسِخْ) مِثْلُ الْوَكِيلِ وَالْوَصِيِّ وَالْمُتَوَلَّى فِي الْوَقْفِ لِانْعِدَامِ مَا أَشْرْنَا إِلَيْهِ مِنَ الْمَعْنَى.

الشرح:

قَالَ (وَإِذَا مَاتَ أَحَدُ الْمُتَعَاقِدَيْنِ وَقَدْ عَقَدَ الْإِجَارَةَ لِنَفْسِهِ انْفَسَخَتْ)؛ لِأَنَّهُ لَوْ بَقِيَ الْعَقْدُ صَارَتْ الْمَنْفَعَةُ الْمَمْلُوكَةُ بِهِ أَوْ الْأَجْرَةُ الْمَمْلُوكَةُ لَغَيْرِ الْعَاقِدِ مُسْتَحَقَّةً بِالْعَقْدِ لِأَنَّهُ يَنْتَقِلُ بِالمَوْتِ إِلَى الْوَارِثِ وَذَلِكَ لَا يَجُوزُ) لِأَنَّ الْإِنْتِقَالَ مِنَ الْمُورِثِ إِلَى الْوَارِثِ لَا يُتَصَوَّرُ فِي الْمَنْفَعَةِ وَالْأَجْرَةِ الْمَمْلُوكَةِ، لِأَنَّ عَقْدَ الْإِجَارَةِ يَنْعَقِدُ سَاعَةً فَسَاعَةً عَلَى الْمَنَافِعِ، فَلَوْ قُلْنَا بِالْإِنْتِقَالِ كَانَ ذَلِكَ قَوْلًا بِإِنْتِقَالِ مَا لَمْ يَمْلِكِ الْمُورِثُ إِلَى الْوَارِثِ. وَأَمَّا إِذَا عَقَدَهَا لِغَيْرِهِ كَالْوَكِيلِ وَالْوَصِيِّ وَالْمُتَوَلَّى فِي الْوَقْفِ (لَمْ تَنْفَسِخْ لِانْعِدَامِ مَا أَشْرْنَا إِلَيْهِ) وَهُوَ صَيْرُورَةُ الْمَنْفَعَةِ لَغَيْرِ الْعَاقِدِ مُسْتَحَقَّةً بِالْعَقْدِ لِأَنَّهُ يَنْتَقِلُ بِالمَوْتِ إِلَى الْوَارِثِ وَذَلِكَ لَا يَجُوزُ، لِأَنَّ الْإِنْتِقَالَ مِنَ الْمُورِثِ إِلَى الْوَارِثِ لَا يُتَصَوَّرُ فِي الْمَنْفَعَةِ وَالْأَجْرَةِ الْمَمْلُوكَةِ، فَإِنَّهُ فِي الْإِبْتِدَاءِ كَانَ وَقِيعًا لَغَيْرِ الْعَاقِدِ وَبَقِيَ بَعْدَ الْمَوْتِ كَذَلِكَ.

وَيُوقَضُ بِمَا إِذَا اسْتَأْجَرَ دَابَّةً إِلَى مَكَانٍ مُعَيَّنٍ فَمَاتَ صَاحِبُ الدَّابَّةِ فِي وَسْطِ الطَّرِيقِ فَإِنَّ لِلْمُسْتَأْجِرِ أَنْ يَرْكَبَ الدَّابَّةَ إِلَى الْمَكَانِ الْمُسَمًّى بِالْأَجْرِ فَقَدْ مَاتَ أَحَدُ الْمُتَعَاقِدَيْنِ وَقَدْ عَقَدَ لِنَفْسِهِ وَلَمْ يَنْفَسِخْ الْعَقْدُ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ ذَلِكَ لِلضَّرُورَةِ، فَإِنَّهُ يَخَافُ عَلَى نَفْسِهِ وَمَالِهِ حَيْثُ لَا يَجِدُ دَابَّةً أُخْرَى فِي وَسْطِ الْمَفَازَةِ، وَلَا يَكُونُ ثَمَّةً قَاضٍ يَرْفَعُ الْأَمْرَ إِلَيْهِ فَيَسْتَأْجِرُ الدَّابَّةَ مِنْهُ، حَتَّى قَالَ بَعْضُ مَشَايِخِنَا: إِنْ وَجَدَ ثَمَّةً دَابَّةً أُخْرَى

يَحْمِلُ عَلَيْهَا مَتَاعَهُ تُنْقَضُ الْإِجَارَةُ، وَكَذَا لَوْ مَاتَ فِي مَوْضِعٍ فِيهِ قَاضٍ تُنْقَضُ الْإِجَارَةُ لِأَنَّهُ لَا ضَرُورَةَ إِلَى إِبْقَاءِ الْإِجَارَةِ مَعَ وُجُودِ مَا يُنَافِي الْبَقَاءَ وَهُوَ مَوْتُ الْمُؤَجَّرِ، وَإِذَا ثَبَتَتْ الضَّرُورَةُ كَانَ عَدَمُ الْإِنْفِسَاخِ بِالِاسْتِحْسَانِ الضَّرُورِيِّ، وَالْمُسْتَحْسَنُ لَا يُورَدُ نَقْضًا عَلَى الْقِيَاسِ كَتَطْهِيرِ الْحِيَاضِ وَالْأَوَانِي، وَتَوْقِضِ بِمَا إِذَا مَاتَ الْمُوَكَّلُ فَإِنَّهُ تَنْفَسَخُ الْإِجَارَةُ وَلَمْ يَعْقُدْ لِنَفْسِهِ وَلَيْسَ بِإِلْزَامٍ، فَإِنَّا قَدْ قُلْنَا إِنَّ كُلَّمَا مَاتَ الْعَاقِدُ لِنَفْسِهِ انْفَسَخَ وَلَمْ يَلْتَزِمَ بِأَنْ كُلَّمَا انْفَسَخَ يَكُونُ بِمَوْتِ الْعَاقِدِ لِأَنَّ الْعَكْسَ غَيْرُ لَازِمٍ فِي مِثْلِهِ.

وَوَجْهُ نَقْضِهِ هُوَ أَنَّ الْمَعْنَى الَّذِي انْفَسَخَ الْعَقْدُ لِأَجْلِهِ إِذَا مَاتَ الْعَاقِدُ لِنَفْسِهِ وَهُوَ ضَرُورَةُ الْمَنْفَعَةِ الْمَمْلُوكَةِ أَوْ الْأَجْرَةِ الْمَمْلُوكَةِ لِغَيْرِ مَنْ عَقَدَ لَهُ مُسْتَحَقَّةٌ بِالْعَقْدِ مَوْجُودَةٌ فِيهِ فَالْفَسْخُ لِأَجْلِهِ.

قَالَ: (وَيَصِحُّ شَرْطُ الْخِيَارِ فِي الْإِجَارَةِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَا يَصِحُّ؛ لِأَنَّ الْمُسْتَأْجِرَ لَا يُمَكِّنُهُ رَدُّ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ بِكَمَالِهِ لَوْ كَانَ الْخِيَارُ لَهُ لِفَوَاتِ بَعْضِهِ، وَلَوْ كَانَ لِلْمُؤَجَّرِ فَلَا يُمَكِّنُهُ التَّسْلِيمُ أَيْضًا عَلَى الْكَمَالِ، وَكُلُّ ذَلِكَ يَمْنَعُ الْخِيَارَ. وَلَنَا أَنَّهُ عَقْدُ مُعَامَلَةٍ لَا يُسْتَحَقُّ الْقَبْضُ فِيهِ فِي الْمَجْلِسِ فَجَازَ اشْتِرَاطُ الْخِيَارِ فِيهِ كَالْبَيْعِ وَالْجَامِعُ بَيْنَهُمَا دَفْعُ الْحَاجَةِ، وَفَوَاتُ بَعْضِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ فِي الْإِجَارَةِ لَا يَمْنَعُ الرَّدَّ بِخِيَارِ الْعَيْبِ، فَكَذَا بِخِيَارِ الشَّرْطِ، بِخِلَافِ الْبَيْعِ، وَهَذَا؛ لِأَنَّ رَدَّ الْكُلِّ مُمَكِّنٌ فِي الْبَيْعِ دُونَ الْإِجَارَةِ فَيُشْتَرِطُ فِيهِ دُونَهَا وَلِهَذَا يُجْبَرُ الْمُسْتَأْجِرُ عَلَى الْقَبْضِ إِذَا سَلَّمَ الْمُؤَجَّرُ بَعْدَ مُضِيِّ بَعْضِ الْمُدَّةِ.

الشرح:

قَالَ (وَيَصِحُّ شَرْطُ الْخِيَارِ فِي الْإِجَارَةِ) إِذَا اسْتَأْجَرَ ذَارًا سَنَةً عَلَى آلِهِ أَوْ الْمُؤَجَّرُ فِيهَا بِالْخِيَارِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ فَهُوَ جَائِزٌ عِنْدَنَا (وَفِي أَحَدِ قَوْلِي الشَّافِعِيِّ: لَا يَجُوزُ لِأَنَّ الْخِيَارَ إِنْ كَانَ لِلْمُسْتَأْجِرِ لَا يُمَكِّنُهُ رَدُّ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ بِكَمَالِهِ لِفَوَاتِ بَعْضِهِ، وَإِنْ كَانَ لِلْمُؤَجَّرِ فَلَا يُمَكِّنُهُ تَسْلِيمُهُ عَلَى الْكَمَالِ لَذَلِكَ، وَكُلُّ ذَلِكَ يَمْنَعُ الْخِيَارَ) وَهَذَا بِنَاءً عَلَى أَصْلِهِ أَنَّ الْمَنَافِعَ جُعِلَتْ فِي الْإِجَارَةِ كَالْأَعْيَانِ الْقَائِمَةِ، وَفَوَاتُ بَعْضِ الْعَيْنِ فِي الْبَيْعِ يَمْنَعُ الْفَسْخَ فَكَذَا هَاهُنَا (وَلَنَا أَنَّهُ عَقْدُ مُعَامَلَةٍ لَا يَسْتَحَقُّ الْقَبْضُ فِيهِ فِي الْمَجْلِسِ، وَكُلُّ مَا هُوَ كَذَلِكَ جَازَ اشْتِرَاطُ الْخِيَارِ فِيهِ، وَالْجَامِعُ دَفْعُ الْحَاجَةِ) فَإِنَّهُ لَمَّا كَانَ عَقْدُ مُعَامَلَةٍ يَحْتَاجُ إِلَى التَّرَوُّيِّ لَمَّا يَقَعُ فِيهِ الْعَيْنُ (وَفَوَاتُ بَعْضِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ فِيهِ لَا يَمْنَعُ الرَّدَّ بِخِيَارِ الْعَيْبِ)

كَمَا تَقَدَّمَ (فَكَذَا بِخِيَارِ الشَّرْطِ).

قَوْلُهُ عَقْدٌ مُعَامَلَةٌ اخْتِرَازٌ عَنِ النَّكَاحِ، وَقَوْلُهُ لَا يَسْتَحِقُّ الْقَبْضَ فِيهِ فِي الْمَجْلِسِ اخْتِرَازٌ عَنِ الصَّرْفِ فَإِنَّ الْخِيَارَ فِيهِمَا لَا يَصِحُّ. وَقَوْلُهُ (بِخِلَافِ الْبَيْعِ) مُتَعَلِّقٌ بِقَوْلِهِ وَفَوَاتُ بَعْضِ الْمُعْقُودِ عَلَيْهِ (وَأَيْمًا كَانَ فَوَاتُهُ فِي الْإِجَارَةِ لَا يَمْنَعُ الرَّدَّ وَفِي الْبَيْعِ يَمْنَعُ، لِأَنَّ رَدَّ الْكُلِّ فِي الْبَيْعِ مُمَكِّنٌ دُونَ الْإِجَارَةِ فَيُشْتَرَطُ فِيهِ دُونُهَا) لِأَنَّ التَّكْلِيفَ أَيْمًا يَكُونُ بِحَسَبِ الْوُسْعِ (وَلِهَذَا) أَيْ وَلِأَنَّ رَدَّ الْكُلِّ مُمَكِّنٌ فِي الْبَيْعِ دُونَ الْإِجَارَةِ (يُجْبَرُ الْمُسْتَأْجِرُ عَلَى الْقَبْضِ إِذَا سَلَّمَ الْمُؤَجَّرُ بَعْدَ مُضِيِّ بَعْضِ الْمُدَّةِ) لِأَنَّ التَّسْلِيمَ بِكَمَالِهِ غَيْرُ مُمَكِّنٍ، وَهَذَا عِنْدَنَا خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ.

قَالَ فِي الْمَبْسُوطِ: إِذَا اسْتَأْجَرَ دَارًا سَنَةً فَلَمْ يُسَلِّمْهَا إِلَيْهِ حَتَّى مَضَى شَهْرٌ وَقَدْ طَلَبَ التَّسْلِيمَ أَوْ لَمْ يَطْلُبْ ثُمَّ تَحَاكَمَا لَيْسَ لِلْمُسْتَأْجِرِ أَنْ يَمْتَنِعَ مِنَ الْقَبْضِ فِي بَقِيَّةِ السَّنَةِ عِنْدَنَا، وَلَا لِلْمُؤَجَّرِ أَنْ يَمْتَنِعَهُ عَنْ ذَلِكَ، وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: لِلْمُسْتَأْجِرِ أَنْ يَنْسَخَ الْعَقْدَ فِيمَا بَقِيَ بِنَاءً عَلَى الْأَصْلِ الَّذِي بَيْنَا أَنَّ الْمَنَافِعَ عِنْدَهُ فِي حُكْمِ الْأَعْيَانِ الْقَائِمَةِ، فَإِذَا فَاتَ بَعْضُ مَا تَنَاوَلَهُ الْعَقْدُ قَبْلَ الْقَبْضِ يُخَيَّرُ فِيمَا بَقِيَ لِاتِّحَادِ الصَّفَقَةِ وَقَدْ تَفَرَّقَتْ عَلَيْهِ قَبْلَ التَّمَامِ وَذَلِكَ يُثْبِتُ حَقَّ الْفَسْخِ. قُلْنَا: الْإِجَارَةُ عَقُودٌ مُتَفَرِّقَةٌ فَلَا يُمَكِّنُ فِيهَا تَفْرِيقُ الصَّفَقَةِ، وَعَلَى هَذَا يَكُونُ قَوْلُهُ وَهَذَا يُخَيِّرُ الْمُسْتَأْجِرَ. بَيَانُ فَرْعٍ آخَرَ لَنَا لَا اسْتِشْهَادًا حَيْثُ لَمْ يَكُنْ الْخِصْمُ قَائِلًا بِهِ.

قَالَ: (وَتُفْسَخُ الْإِجَارَةُ بِالْأَعْدَارِ) عِنْدَنَا. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَا تُفْسَخُ إِلَّا بِالْعَيْبِ؛ لِأَنَّ الْمَنَافِعَ عِنْدَهُ بِمَنْزِلَةِ الْأَعْيَانِ حَتَّى يَجُوزَ الْعَقْدُ عَلَيْهَا فَأَشْبَهَ الْبَيْعَ. وَلَنَا أَنَّ الْمَنَافِعَ غَيْرُ مَقْبُوضَةٍ وَهِيَ الْمُعْقُودُ عَلَيْهَا فَصَارَ الْعُدْرُ فِي الْإِجَارَةِ كَالْعَيْبِ قَبْلَ الْقَبْضِ فِي الْبَيْعِ فَتَنْفَسِخُ بِهِ، إِذِ الْمَعْنَى يَجْمَعُهُمَا وَهُوَ عَجَزُ الْعَاقِدِ عَنِ الْمُضِيِّ فِي مُوجِبِهِ إِلَّا بِتَحْمُلِ ضَرَرٍ زَائِدٍ لَمْ يَسْتَحِقْ بِهِ، وَهَذَا هُوَ مَعْنَى الْعُدْرِ عِنْدَنَا (وَهُوَ كَمَنْ اسْتَأْجَرَ حَدَادًا لِيَقْلَعَ ضَرِسَهُ لَوْجَعٍ بِهِ فَسَكَنَ الْوَجَعُ أَوْ اسْتَأْجَرَ طَبَّاحًا لِيَطْبَخَ لَهُ طَعَامَ الْوَلِيمَةِ فَاخْتَلَعَتْ مِنْهُ تُفْسَخُ الْإِجَارَةُ)؛ لِأَنَّ فِي الْمُضِيِّ عَلَيْهِ الْإِزَامَ ضَرَرٍ زَائِدٍ لَمْ يَسْتَحِقْ بِالْعَقْدِ (وَكَذَا مِنْ اسْتَأْجَرَ دُكَّانًا فِي السُّوقِ لِيَتَّجِرَ فِيهِ فَذَهَبَ مَالُهُ، وَكَذَا مَنْ أَجَرَ دُكَّانًا أَوْ دَارًا ثُمَّ أَفْلَسَ، وَلِزِمَتَهُ دُيُونٌ لَا يَقْدِرُ عَلَى قَضَائِهَا إِلَّا بِثَمَنِ مَا أَجَرَ فَسَخَّ الْقَاضِي الْعَقْدَ وَبَاعَهَا فِي

الدُّيُونِ؛ لِأَنَّ فِي الْجَرِيِّ عَلَى مُوجِبِ الْعَقْدِ الزَّامَ ضَرَرَ زَائِدٍ لَمْ يُسْتَحَقَّ بِالْعَقْدِ وَهُوَ الْحَبْسُ؛ لِأَنَّهُ قَدْ لَا يُصَدَّقُ عَلَى عَدَمِ مَالٍ آخَرَ. ثُمَّ قَوْلُهُ فَسَخَّ الْقَاضِي الْعَقْدَ إِشَارَةً إِلَى أَنَّهُ يَفْتَقِرُ إِلَى قَضَاءِ الْقَاضِي فِي النَقْضِ، وَهَكَذَا ذَكَرَ فِي الزِّيَادَاتِ فِي عُنْدِ الدِّينِ، وَقَالَ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ: وَكُلُّ مَا ذَكَرْنَا أَنَّهُ عُنْدٌ فَإِنَّ الْإِجَارَةَ فِيهِ تُنَقَضُ، وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ لَا يَحْتَاجُ فِيهِ إِلَى قَضَاءِ الْقَاضِي.

وَوَجْهُهُ أَنَّ هَذَا بِمَنْزِلَةِ الْعَيْبِ قَبْلَ الْقَبْضِ فِي الْمُبِيعِ عَلَى مَا مَرَّ فَيَنْفَرِدُ الْعَاقِدُ بِالْفَسْخِ. وَوَجْهُ الْأَوَّلِ أَنَّهُ فَصَلَ مُجْتَهِدٌ فِيهِ فَلَا بُدَّ مِنَ الزَّامِ الْقَاضِي، وَمِنْهُمْ مَنْ وَفَّقَ فَقَالَ: إِذَا كَانَ الْعُنْدُ ظَاهِرًا لَا يَحْتَاجُ إِلَى الْقَضَاءِ لظُهُورِ الْعُنْدِ، وَإِنْ كَانَ غَيْرَ ظَاهِرٍ كَالدِّينِ يَحْتَاجُ إِلَى الْقَضَاءِ لظُهُورِ الْعُنْدِ.

(وَمَنْ اسْتَأْجَرَ دَابَّةً لِيَسَافَرَ عَلَيْهَا ثُمَّ بَدَأَ لَهُ مِنَ السَّفَرِ فَهُوَ عُنْدٌ؛ لِأَنَّهُ لَوْ مَضَى عَلَى مُوجِبِ الْعَقْدِ يَلْزَمُهُ ضَرَرٌ زَائِدٌ؛ لِأَنَّهُ رُبَّمَا يَذْهَبُ لِلْحَجِّ فَذَهَبَ وَقَتُّهُ أَوْ لَطَلَبَ غَرِيمَهُ فَحَضَرَ أَوْ لِلتَّجَارَةِ فَاهْتَقَرَ (وَإِنْ بَدَأَ لِلْمُكَارِيِّ فَلَيْسَ ذَلِكَ بِعُنْدٍ)؛ لِأَنَّهُ يُمَكِّنُهُ أَنْ يَقْعُدَ وَيَبْعَثَ الدَّوَابَّ عَلَى يَدِ تَلْمِيذِهِ أَوْ أَجِيرِهِ (وَلَوْ مَرَضَ الْمُؤَاجِرُ فَقَعَدَ فَكَذَا الْجَوَابُ) عَلَى رِوَايَةِ الْأَصْلِ. وَرَوَى الْكَرْخِيُّ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ عُنْدٌ؛ لِأَنَّهُ لَا يَعْرِى عَنْ ضَرَرٍ فَيَدْفَعُ عَنْهُ عِنْدَ الضَّرُورَةِ دُونَ الْاِخْتِيَارِ (وَمَنْ أَجَرَ عَبْدَهُ ثُمَّ بَاعَهُ فَلَيْسَ بِعُنْدٍ)؛ لِأَنَّهُ لَا يَلْزَمُهُ الضَّرَرُ بِالْمُضِيِّ عَلَى مُوجِبِ عَقْدٍ، وَإِنَّمَا يَفُوتُهُ الْاِسْتِرْبَاحُ وَأَنَّهُ أَمْرٌ زَائِدٌ.

(وَإِذَا اسْتَأْجَرَ الْخِيَاطُ غُلَامًا فَافْلَسَ وَتَرَكَ الْعَمَلَ فَهُوَ الْعُنْدُ؛ لِأَنَّهُ يَلْزَمُهُ الضَّرَرُ بِالْمُضِيِّ عَلَى مُوجِبِ الْعَقْدِ لِفَوَاتِ مَقْصُودِهِ وَهُوَ رَأْسُ مَالِهِ، وَتَأْوِيلُ الْمَسْأَلَةِ خِيَاطٌ يَعْمَلُ لِنَفْسِهِ، أَمَّا الَّذِي يَخِيطُ بِأَجْرِ فَرَأْسِ مَالِهِ الْخِيطُ وَالْمَخِيطُ وَالْمِقْرَاضُ فَلَا يَتَحَقَّقُ الْإِفْلَاسُ فِيهِ. (وَإِنْ أَرَادَ تَرْكَ الْخِيَاطَةِ وَأَنْ يَعْمَلَ فِي الصَّرْفِ فَلَيْسَ بِعُنْدٍ)؛ لِأَنَّهُ يُمَكِّنُهُ أَنْ يَقْعُدَ الْغُلَامَ لِلْخِيَاطَةِ فِي نَاحِيَةٍ، وَهُوَ يَعْمَلُ فِي الصَّرْفِ فِي نَاحِيَةٍ، وَهَذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا اسْتَأْجَرَ دُكَّانًا لِلْخِيَاطَةِ فَأَرَادَ أَنْ يَتْرُكَهَا وَيَشْتَغِلَ بِعَمَلٍ آخَرَ حَيْثُ جَعَلَهُ عُنْدًا ذَكَرَهُ فِي الْأَصْلِ؛ لِأَنَّ الْوَاحِدَ لَا يُمَكِّنُهُ الْجَمْعُ بَيْنَ الْعَمَلَيْنِ، أَمَّا هَاهُنَا الْعَامِلُ شَخْصَانِ فَأَمَكَّنَهُمَا.

(وَمَنْ اسْتَأْجَرَ غُلَامًا يَخْدُمُهُ فِي الْمَصْرِ ثُمَّ سَافَرَ فَهُوَ عُنْدٌ؛ لِأَنَّهُ لَا يَعْرِى عَنْ الزَّامِ

ضَرَرٍ زَائِدٍ؛ لِأَنَّ خِدْمَةَ السَّفَرِ أَشَقُّ، وَفِي الْمَنْعِ مِنَ السَّفَرِ ضَرَرٌ، وَكُلُّ ذَلِكَ لَمْ يُسْتَحَقَّ بِالْعَقْدِ فَيَكُونُ عُذْرًا (وَكَذَا إِذَا أُطْلِقَ) لَمَّا مَرَّ أَنَّهُ يَتَقَيَّدُ بِالْحَضَرِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا أُجْرَ عَقَارًا ثُمَّ سَافَرَ؛ لِأَنَّهُ لَا ضَرَرَ إِذَا الْمُسْتَأْجِرُ يُمَكِّنُهُ اسْتِيفَاءُ الْمَنْفَعَةِ مِنَ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ بَعْدَ غَيْبَتِهِ، حَتَّىٰ لَوْ أَرَادَ الْمُسْتَأْجِرُ السَّفَرَ فَهُوَ عُذْرٌ لَمَّا فِيهِ مِنَ الْمَنْعِ مِنَ السَّفَرِ أَوْ الْإِزَامِ الْأَجْرِ بِدُونِ السُّكْنَىٰ وَذَلِكَ ضَرَرٌ.

الشرح:

قَالَ: (وَتُفْسَخُ الْإِجَارَةُ بِالْأَعْذَارِ عِنْدَنَا) تُفْسَخُ الْإِجَارَةُ بِالْأَعْذَارِ عِنْدَنَا (وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ: لَا تُفْسَخُ إِلَّا بِالْعَيْبِ) بِنَاءً عَلَى مَا مَرَّ مَرَارًا (لَأَنَّ الْمَنَافِعَ عِنْدَهُ بِمَنْزِلَةِ الْأَعْيَانِ حَتَّىٰ يَجُوزَ الْعَقْدُ عَلَيْهَا) فَكَانَتْ كَالْبَيْعِ وَالْبَيْعُ لَا يُفْسَخُ بِالْعُذْرِ فَكَذَا الْإِجَارَةُ (وَلَنَا أَنَّ الْمَنَافِعَ غَيْرُ مَقْبُوضَةٍ وَهِيَ الْمَعْقُودُ عَلَيْهَا فَصَارَ الْعُذْرُ فِي الْإِجَارَةِ كَالْعَيْبِ قَبْلَ الْقَبْضِ فِي الْبَيْعِ فَتُفْسَخُ بِهِ) كَالْبَيْعِ (إِذَ الْمَعْنَى الْمَجُوزُ لِلْفَسْخِ يَجْمَعُ الْإِجَارَةَ وَالْبَيْعَ جَمِيعًا، وَهُوَ) أَيِ الْمَعْنَى الْجَامِعُ (عَجَزُ الْعَاقِدِ عَنِ الْمُضِيِّ فِي مُوجِبِ الْعَقْدِ إِلَّا بِتَحْمُلِ ضَرَرٍ زَائِدٍ لَمْ يُسْتَحَقَّ بِهِ، وَهَذَا هُوَ مَعْنَى الْعُذْرِ عِنْدَنَا).

وَالشَّافِعِيُّ مَحْجُوجٌ بِمَا إِذَا اسْتَأْجَرَ رَجُلًا لِيُقْلَعَ ضَرْسُهُ لَوَجَعَ ثُمَّ زَالَ الْوَجَعُ، أَوْ اسْتَأْجَرَ إِنْسَانًا لِيَتَّخِذَ وَلِيْمَةً الْعُرْسِ فَمَاتَتِ الْعُرْسُ، أَوْ اسْتَأْجَرَ رَجُلًا لِيَقْطَعَ يَدَهُ لِأَكْلَةٍ وَقَعَتْ بِهَا ثُمَّ بَرَأَتْ فَإِنَّهُ لَا يُجْبَرُ الْمُسْتَأْجِرُ عَلَى قَلْعِ الضَّرْسِ وَإِتْخَاذِ الْوَلِيْمَةِ وَقَطْعِ الْيَدِ لَا مَحَالَةَ، لِأَنَّ فِي الْمُضِيِّ عَلَيْهَا الْإِزَامَ ضَرَرٍ زَائِدٍ لَمْ يُسْتَحَقَّ بِالْعَقْدِ، وَكَذَا الْبَاقِي. ثُمَّ ذَكَرَ اخْتِلَافَ الرُّوَايَاتِ فِي الْاِحْتِيَاجِ إِلَى الْحَاكِمِ. قَالَ (ثُمَّ قَوْلُهُ) أَيِ قَوْلُ الْقُدُورِيِّ فِي الْمُخْتَصَرِ (فَسَخُ الْقَاضِي) إِشَارَةً إِلَى الْاِفْتِقَارِ إِلَيْهِ فِي التَّقْضِ وَهَكَذَا ذَكَرَ فِي الزِّيَادَاتِ فِي عُذْرِ الدَّيْنِ قَالَ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ: (وَكُلُّ مَا ذَكَرْنَا أَنَّهُ عُذْرٌ فَإِنَّ الْإِجَارَةَ فِيهِ تُنْقَضُ، وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ لَا يَحْتَاجُ فِيهِ إِلَى قَضَاءِ الْقَاضِي).

وَذَكَرَ وَجْهَهُ فِي الْكِتَابِ (وَذَكَرَ فِي وَجْهِ الْأَوَّلِ أَنَّهُ فَصَّلَ مُحْتَجِّهً فِيهِ فَلَا بُدَّ مِنَ الْإِزَامِ الْقَاضِي) وَفِيهِ مَا مَرَّ غَيْرَ مَرَّةٍ، وَصَحَّحَ شَمْسُ الْأُمَمَةِ السَّرْحَسِيُّ مَا ذُكِرَ فِي الزِّيَادَاتِ، وَصَحَّحَ قَاضِي خَانَ وَالْمَحْبُوبِيُّ قَوْلَ مَنْ وَقَفَ فَقَالَ: (إِذَا كَانَ الْعُذْرُ ظَاهِرًا لَا يَحْتَاجُ إِلَى الْقَضَاءِ لظُهُورِ الْعُذْرِ) أَيِ لِكُونِهِ ظَاهِرًا (وَلَوْ كَانَ غَيْرَ ظَاهِرٍ) كَالَّذِينَ

(يَحْتَاجُ إِلَى الْقَضَاءِ لظُهُورِ الْعُذْرِ) أَيُّ لَأَنْ يَظْهَرَ الْعُذْرُ (قَوْلُهُ وَمَنْ اسْتَأْجَرَ دَابَّةً لِيَسَافِرَ عَلَيْهَا ثُمَّ بَدَأَ لَهُ فِي السَّفَرِ) أَيُّ ظَهَرَ لَهُ فِيهِ رَأْيٌ مَنَعَهُ عَنْ ذَلِكَ ظَاهِرٌ خَلَا مَوَاضِعَ بَيْنَهَا (قَوْلُهُ وَمَنْ آجَرَ عَبْدَهُ ثُمَّ بَاعَهُ فَلَيْسَ بِعُذْرٍ) هُوَ لَفْظُ أَصْلِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ، لَكِنْ هَلْ لَهُ أَنْ يَبِيعَ بَعْدَ مَا آجَرَ اخْتَلَفَتْ أَلْفَاظُ الرُّوَايَاتِ. وَقَالَ شَمْسُ الْأُيُمَةِ: الصَّحِيحَةُ مِنَ الرُّوَايَةِ أَنَّ الْبَيْعَ مَوْقُوفٌ عَلَى سُقُوطِ حَقِّ الْمُسْتَأْجِرِ، وَلَيْسَ لِلْمُسْتَأْجِرِ أَنْ يَفْسَخَ الْبَيْعَ وَإِلَيْهِ مَالُ الصَّدْرُ الشَّهِيدُ.

وَقَوْلُهُ (أَمَّا الَّذِي يَخِيطُ بِأَجْرٍ فَرَأْسُ مَالِهِ الْخَيْطُ وَالْمَخِيطُ وَالْمِقْرَاضُ فَلَا يَتَحَقَّقُ فِيهِ الْإِفْلَاسُ) قِيلَ: وَقَدْ يَتَحَقَّقُ إِفْلَاسُهُ بِأَنْ تَظْهَرَ خِيَاثَتُهُ عِنْدَ النَّاسِ فَيَمْتَنِعُونَ عَنْ تَسْلِيمِ الثِّيَابِ إِلَيْهِ، أَوْ يَلْحَقَهُ دُيُونٌ كَثِيرَةٌ وَيَصِيرُ بَحِيثٌ إِنَّ النَّاسَ لَا يَأْتِمُونَهُ عَلَى أُمْتِنَتِهِمْ (قَوْلُهُ وَمَنْ اسْتَأْجَرَ غُلَامًا يَخْدُمُهُ فِي الْمَصْرِ ثُمَّ سَافَرَ فَهُوَ عُذْرٌ) قِيلَ: فَإِنْ قَالَ الْمُؤْجَرُ إِنَّهُ لَا يُرِيدُ السَّفَرَ وَلَكِنَّهُ يُرِيدُ فَسْخَ الْإِجَارَةِ وَأَصْرَ الْمُسْتَأْجِرِ عَلَى دَعْوَى السَّفَرِ فَالْقَاضِي يَسْأَلُهُ عَمَّنْ يُسَافِرُ مَعَهُ، فَإِنْ قَالَ فَلَانٌ وَفُلَانٌ فَالْقَاضِي يَسْأَلُهُمْ أَنْ فُلَانًا هَلْ يَخْرُجُ مَعَكُمْ أَوْ لَا؟.

فَإِنْ قَالُوا نَعَمْ ثَبَتَ الْعُذْرُ وَإِلَّا فَلَا. وَقِيلَ: يَنْظُرُ الْقَاضِي إِلَى زِيَّهِ وَتِيَابِهِ، فَإِنْ كَانَتْ تِيَابُهُ ثِيَابَ السَّفَرِ يَجْعَلُهُ مُسَافِرًا وَإِلَّا فَلَا. وَقِيلَ: إِذَا أَنْكَرَ الْمُؤْجَرُ السَّفَرَ فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ. وَقِيلَ: يَحْلِفُ الْقَاضِي الْمُسْتَأْجِرُ بِاللَّهِ إِنَّكَ عَزَمْتَ عَلَى السَّفَرِ، وَإِلَيْهِ مَالُ الْكَرْخِيِّ وَالْقُدُورِيُّ رَحِمَهُمَا اللَّهُ.

مسائل منثورة

قَالَ: (وَمَنْ اسْتَأْجَرَ أَرْضًا أَوْ اسْتَعَارَهَا فَأَحْرَقَ الْحَصَائِدَ فَاحْتَرَقَ شَيْءٌ مِنْ أَرْضٍ أُخْرَى فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ)؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مُتَعَدٍّ فِي هَذَا التَّسْبِيبِ فَأَشْبَهَ حَافِرَ الْبُئْرِ فِي دَارِ نَفْسِهِ. وَقِيلَ هَذَا إِذَا كَانَتْ الرِّيَّاحُ هَادِئَةً ثُمَّ تَغَيَّرَتْ، أَمَّا إِذَا كَانَتْ مُضْطَرِبَةً يَضْمَنُ؛ لِأَنَّ مَوْقِدَ النَّارِ يَعْلَمُ أَنَّهَا لَا تَسْتَقِرُّ فِي أَرْضِهِ.

الشرح:

(مَسَائِلُ مَنُورَةٌ): مَعْنَى الْمَسَائِلِ الْمُنُورَةِ قَدْ تَقَدَّمَ، وَحَصَدَ الزَّرْعَ: أَيُّ جَذَّهُ، وَالْحَصَائِدُ جَمْعُ حَصِيدٍ وَحَصِيدَةٍ وَهُمَا الزَّرْعُ الْمَحْصُودُ، وَالْمُرَادُ بِهَا هَاهُنَا مَا يَبْقَى مِنَ

أُصُولُ الْقَصَبِ الْمَحْصُودِ فِي الْأَرْضِ، وَمَعْنَاهُ ظَاهِرٌ. وَقِيلَ هَذَا إِذَا كَانَتْ الرِّيحُ هَادِفَةً. قَالَ فِي النَّهْيَةِ: بِالثُّونِ مِنْ هَدَنَ: أَيُّ سَكَنَ. وَفِي نُسْخَةِ هَادِفَةٍ مِنْ هَذَا بِالْهَمْزِ: أَيُّ سَكَنَ، وَهَذَا التَّفْصِيلُ الَّذِي ذَكَرَهُ مِنَ الْهَادِفَةِ وَالْمُطَرِّبَةِ اخْتِيَارُ شَمْسِ الْأُيُمَةِ السَّرْحَسِيِّ قَالَ: (وَإِذَا أَقْعَدَ الْخِيَاطُ أَوْ الصَّبَّاغُ فِي حَانُوتِهِ مَنْ يَطْرَحُ عَلَيْهِ الْعَمَلُ بِالنِّصْفِ فَهُوَ جَائِزٌ) لِأَنَّ هَذِهِ شَرِكَةُ الْوُجُوهِ فِي الْحَقِيقَةِ، فَهَذَا بِوَجَاهَتِهِ يَقْبَلُ وَهَذَا بِحَدَاقَتِهِ يَعْمَلُ فَيَنْتَظِمُ بِذَلِكَ الْمَصْلَحَةُ فَلَا تَضُرُّهُ الْجَهَالَةُ فِيمَا يَحْصُلُ.

الشرح:

(قَوْلُهُ وَإِذَا أَقْعَدَ الْخِيَاطُ إلخ) يَعْنِي إِذَا كَانَ الْخِيَاطُ أَوْ الصَّبَّاغُ مَعْرُوفًا وَهُوَ رَجُلٌ مَشْهُورٌ عِنْدَ النَّاسِ وَلَهُ جَاهٌ وَلَكِنَّهُ غَيْرُ حَادِقٍ فَأَقْعَدَ فِي دُكَّانِهِ رَجُلًا حَادِقًا لِيَقْبَلَ صَاحِبَ الدُّكَّانِ الْعَمَلُ مِنَ النَّاسِ وَيَعْمَلَ الْحَادِقُ وَجَعَلًا مَا يَخْصُلُ مِنَ الْأَجْرَةِ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ جَازَ اسْتِحْسَانًا. وَفِي الْقِيَاسِ لَا يَجُوزُ لِأَنَّ رَأْسَ مَالِ صَاحِبِ الدُّكَّانِ الْمَنْفَعَةُ وَهِيَ لَا تَصْلُحُ رَأْسَ مَالِ الشَّرِكَةِ، وَلِأَنَّ الْمُتَقَبَّلَ لِلْعَمَلِ عَلَى مَا ذَكَرَ صَاحِبُ الدُّكَّانِ فَيَكُونُ الْعَامِلُ أَجِيرَهُ بِالنِّصْفِ وَهُوَ مَجْهُولٌ، وَإِنْ تَقَبَّلَ الْعَمَلُ الْعَامِلُ كَانَ مُسْتَأْجِرًا لِمَوْضِعِ جُلُوسِهِ مِنْ دُكَّانِهِ بِنِصْفٍ مَا يَعْمَلُ وَهُوَ مَجْهُولٌ، وَالطَّحَاوِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ مَالَ إِلَى وَجْهِ الْقِيَاسِ وَقَالَ: الْقِيَاسُ عِنْدِي أَوْلَى مِنَ الْاسْتِحْسَانِ وَجْهُ الْاسْتِحْسَانِ أَنَّ هَذِهِ لَيْسَتْ بِإِجَارَةٍ وَإِنَّمَا هِيَ شَرِكَةُ الصَّنَائِعِ وَهِيَ شَرِكَةُ التَّقْبُلِ، لِأَنَّ شَرِكَةَ التَّقْبُلِ أَنْ يَكُونَ ضَمَانُ الْعَمَلِ عَلَيْهِمَا وَأَحَدُهُمَا يَتَوَلَّى الْقَبُولَ مِنَ النَّاسِ وَالْآخَرُ يَتَوَلَّى الْعَمَلَ لِحَدَاقَتِهِ وَهُوَ مُتَعَارَفٌ فَوَجَبَ الْقَوْلُ بِجَوَازِهَا لِلتَّعَامُلِ بِهَا قَالَ ﷺ «مَا رَأَى الْمُسْلِمُونَ حَسَنًا فَهُوَ عِنْدَ اللَّهِ حَسَنٌ».

فَإِنْ قِيلَ: شَرِكَةُ التَّقْبُلِ هِيَ أَنْ يَشْتَرِكَ عَلَى أَنْ يَتَقَبَّلَا الْأَعْمَالَ وَهَاهُنَا لَيْسَ كَذَلِكَ بَلْ هُمَا اشْتَرَكَا فِي الْحَاصِلِ مِنَ الْأَجْرِ. أُجِيبَ بِأَنَّ الشَّرِكَةَ فِي الْخَارِجِ تَقْتَضِي إِبْتِاثَ الشَّرِكَةِ فِي التَّقْبُلِ فَتَبَتَ فِيهِ اقْتِضَاءٌ، إِذْ لَيْسَ فِي كَلَامِهِمَا إِلَّا تَخْصِيصُ أَحَدِهِمَا بِالتَّقْبُلِ وَالْآخَرِ بِالْعَمَلِ ذِكْرًا، وَتَخْصِيصُ الشَّيْءِ بِالذِّكْرِ لَا يَدُلُّ عَلَى نَفْيِ مَا عَدَاهُ فَأَمَكَّنَا إِبْتِاثَ الشَّرِكَةِ فِي التَّقْبُلِ اقْتِضَاءً فَكَأَنَّهُمَا اشْتَرَكَا فِي التَّقْبُلِ صَرِيحًا، وَلَوْ صَرَحَا بِشَرِكَةِ التَّقْبُلِ ثُمَّ تَقَبَّلَ أَحَدُهُمَا وَعَمِلَ الْآخَرُ جَازَ فَكَذَا هَذَا. هَذَا هُوَ الْمَذْكُورُ فِي عَامَّةِ

الشُّرُوحُ لِمَا ذَكَرَهُ الْمُصَنِّفُ فَإِنَّهُ قَالَ: لِأَنَّ هَذِهِ شَرِكَةُ الْوُجُوهِ فِي الْحَقِيقَةِ، وَلَكِنْ قَوْلُهُ فَهَذَا بِوَجَاهَتِهِ يَقْبَلُ وَهَذَا بِحِذَاقَتِهِ يَعْمَلُ أَنْسَبُ بِشَرِكَةِ التَّقْبُلِ وَاللَّهُ أَعْلَمُ. وَإِذَا كَانَتْ شَرِكَةُ لَا إِجَارَةَ لَمْ تَضُرَّهُ الْجَهَالَةُ فِيمَا يُحْصَلُ كَمَا فِي الشَّرِكَةِ.

قَالَ: (وَمَنْ اسْتَأْجَرَ جَمَلًا لِيَحْمِلَ عَلَيْهِ مَحْمَلًا وَرَاكِبِينَ إِلَى مَكَّةَ جَازَ وَلَهُ الْمَحْمَلُ الْمُعْتَادُ) وَفِي الْقِيَاسِ لَا يَجُوزُ، وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ لِلْجَهَالَةِ وَقَدْ يُفْضِي ذَلِكَ إِلَى الْمُنَازَعَةِ وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّ الْمُقْصُودَ هُوَ الرَّكَّابُ وَهُوَ مَعْلُومٌ وَالْمَحْمَلُ تَابِعٌ، وَمَا فِيهِ مِنَ الْجَهَالَةِ يَرْتَفِعُ بِالصَّرْفِ إِلَى الْمُتَعَارَفِ فَلَا يُفْضِي ذَلِكَ إِلَى الْمُنَازَعَةِ وَكَذَا إِذَا لَمْ يَرَ الْوِطَاءَ وَالْدُّثْرَ. قَالَ: (وَإِنْ شَاهَدَ الْجَمَالَ الْحِمْلَ فَهُوَ أَجُودُ)؛ لِأَنَّهُ أَنْفَى لِلْجَهَالَةِ وَأَقْرَبُ إِلَى تَحْقِيقِ الرِّضَا.

قَالَ: (وَإِنْ اسْتَأْجَرَ بَعِيرًا لِيَحْمِلَ عَلَيْهِ مِقْدَارًا مِنَ الزَّادِ فَأَكَلَ مِنْهُ فِي الطَّرِيقِ جَازَ لَهُ أَنْ يَرُدَّ عَوْضَ مَا أَكَلَ)؛ لِأَنَّهُ اسْتَحَقَّ عَلَيْهِ حِمْلًا مُسَمًّى فِي جَمِيعِ الطَّرِيقِ فَلَهُ أَنْ يَسْتَوْفِيَهُ (وَكَذَا غَيْرُ الزَّادِ مِنَ الْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ) وَرَدَّ الزَّادِ مُعْتَادًا عِنْدَ الْبَعْضِ كَرَدِّ الْمَاءِ فَلَا مَانِعَ مِنَ الْعَمَلِ بِالْإِطْلَاقِ.

الشرح:

وقوله (وَمَنْ اسْتَأْجَرَ جَمَلًا لِيَحْمِلَ عَلَيْهِ مَحْمَلًا ظَاهِرًا، وَالْوِطَاءَ الْفِرَاشَ، وَالْدُّثْرَ جَمْعُ دِثَارٍ وَهُوَ مَا يُلْقَى عَلَيْكَ مِنْ كِسَاءٍ أَوْ غَيْرِهِ (قَوْلُهُ وَرَدَّ الزَّادِ مُعْتَادًا) جَوَابُ عَمَّا يُقَالُ مُطْلَقُ الْعَقْدِ يَنْصَرِفُ إِلَى الْمُتَعَارَفِ، وَمِنْ عَادَةِ الْمُسَافِرِينَ أَنَّهُمْ يَأْكُلُونَ مِنَ الزَّادِ وَلَا يَرُدُّونَ شَيْئًا مَكَانَهُ. وَوَجْهُهُ أَنَّ الْعُرْفَ مُشْتَرَكٌ فَإِنَّهُ مُعْتَادٌ عِنْدَ الْبَعْضِ كَرَدِّ الْمَاءِ، وَالْعُرْفُ الْمُشْتَرَكُ لَا يَصْلُحُ مُقَيِّدًا فَلَا مَانِعَ مِنَ الْعَمَلِ بِالْإِطْلَاقِ، وَهُوَ أَنَّهُمَا أَطْلَقَا الْعَقْدَ عَلَى حِمْلٍ قَدَرٍ مَعْلُومٍ فِي مَسَافَةِ مَعْلُومَةٍ، وَلَمْ يُقَيَّدَ بَعْدَمِ رَدِّ مَا نَقَصَ مِنَ الْمَجْهُولِ فَوَجَبَ جَوَازُ رَدِّ قَدَرٍ مَا نَقَصَ عَمَلًا بِالْإِطْلَاقِ وَهُوَ عَدَمُ الْمَانِعِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

كتاب المكاتب

قَالَ (وَإِذَا كَاتَبَ الْمَوْلَى عَبْدَهُ أَوْ أَمَتَهُ عَلَى مَالٍ شَرَطَهُ عَلَيْهِ وَقَبِلَ الْعَبْدُ ذَلِكَ صَارَ مُكَاتَبًا) أَمَّا الْجَوَازُ فَلَقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿فَكَاتَبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾ [النور: ٣٣] وَهَذَا لَيْسَ أَمْرٌ إِيْجَابِيٌّ بِإِجْمَاعِ بَيْنِ الْفُقَهَاءِ، وَإِنَّمَا هُوَ أَمْرٌ نَدْبِيٌّ هُوَ الصَّحِيحُ. وَفِي الْحَمْلِ عَلَى الْإِبَاحَةِ لِنَقْضِ الشَّرْطِ إِذْ هُوَ مُبَاحٌ بِدُونِهِ، أَمَّا النَّدْبِيَّةُ مُعْلَقَةٌ بِهِ، وَالْمُرَادُ بِالْخَيْرِ الْمَذْكُورِ عَلَى مَا قِيلَ أَنَّ لَا يَضُرُّ بِالْمُسْلِمِينَ بَعْدَ الْعِتْقِ، فَإِنْ كَانَ يَضُرُّ بِهِمْ فَلَا فَضْلَ أَنْ لَا يُكَاتَبَهُ وَإِنْ كَانَ يَصِحُّ لَوْ فَعَلَهُ.

الشرح:

(كِتَابُ الْمَكَاتِبِ) قَالَ فِي النَّهَائَةِ: أُوْرِدَ عَقْدُ الْكِتَابَةِ بَعْدَ عَقْدِ الْإِجَارَةِ لِمُنَاسَبَةِ أَنْ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَقْدٌ يُسْتَفَادُ بِهِ الْمَالُ بِمُقَابَلَةِ مَا لَيْسَ بِمَالٍ عَلَى وَجْهِ يَحْتَاجُ فِيهِ إِلَى ذِكْرِ الْعَوْضِ بِالْإِيْجَابِ وَالْقَبُولِ بِطَرِيقِ الْأَصَالَةِ، وَلِهَذَا وَقَعَ الْاِخْتِرَازُ عَنِ الْبَيْعِ وَالْهَبَةِ وَالطَّلَاقِ وَالْعَتَاقِ: يَعْنِي أَنَّ قَوْلَهُ بِمُقَابَلَةِ مَا لَيْسَ بِمَالٍ خَرَجَ بِهِ الْبَيْعُ وَالْهَبَةُ بِشَرْطِ الْعَوْضِ. وَقَوْلُهُ بِطَرِيقِ الْأَصَالَةِ خَرَجَ بِهِ النِّكَاحُ وَالطَّلَاقُ وَالْعَتَاقُ عَلَى مَالٍ، فَإِنَّ ذِكْرَ الْعَوْضِ فِيهَا لَيْسَ بِطَرِيقِ الْأَصَالَةِ. وَذَكَرَ فِي بَعْضِ الشُّرُوحِ أَنَّ ذِكْرَ كِتَابِ الْمَكَاتِبِ عَقِيبَ كِتَابِ الْعَتَاقِ كَانَ أَنْسَبَ، وَلِهَذَا ذَكَرَهُ الْحَاكِمُ الشَّهِيدُ فِي الْكَافِي عَقِيبَ كِتَابِ الْعَتَاقِ لِأَنَّ الْكِتَابَةَ مَالُهَا الْوَلَاءُ وَالْوَلَاءُ حُكْمٌ مِنْ أَحْكَامِ الْعِتْقِ أَيْضًا، وَلَيْسَ كَذَلِكَ لِأَنَّ الْعِتْقَ إِخْرَاجُ الرِّقَبَةِ عَنِ الْمَلِكِ بِلا عَوْضٍ.

وَالْكِتَابَةُ لَيْسَتْ كَذَلِكَ بَلْ فِيهَا مِلْكُ الرِّقَبَةِ لِشَخْصٍ وَمَنْفَعَتُهُ لغيرِهِ، وَهُوَ أَنْسَبُ لِلْإِجَارَةِ لِأَنَّ نِسْبَةَ الذَّائِنَاتِ أَوْلَى مِنْ نِسْبَةِ الْعَرْضِيَّاتِ، وَقَدَّمَ الْإِجَارَةَ لِشَبْهِهَا بِالْبَيْعِ مِنْ حَيْثُ التَّمْلِيكُ وَالشَّرَاطُ فَكَانَ أَنْسَبَ بِالتَّقْدِيمِ. وَالْكِتَابَةُ عَقْدٌ بَيْنَ الْمَوْلَى وَعَبْدِهِ بِلَفْظِ الْكِتَابَةِ وَمَا يُؤَدِّي مَعْنَاهُ مِنْ كُلِّ وَجْهِ، فَقَوْلُهُ عَقْدٌ يُخْرِجُ تَعْلِيْقَ الْعِتْقِ عَلَى مَالٍ، فَإِنَّ الْمُرَادَ بِهِ مَا يَحْتَاجُ إِلَى إِيْجَابٍ وَقَبُولٍ، وَذَلِكَ غَيْرُ مَشْرُوطٍ فِي التَّعْلِيْقِ، فَإِنَّ التَّعْلِيْقَ يَتِمُّ بِالْمَوْلَى، كَذَا فِي النَّهَائَةِ، وَأَمَّا الْإِعْتَاقُ عَلَى مَالٍ فَإِنَّهُ وَإِنْ كَانَ عَقْدًا لَاحْتِيَاجِهِ إِلَى الْإِيْجَابِ وَالْقَبُولِ لَكِنَّهُ خَرَجَ بِقَوْلِهِ بِلَفْظِ الْكِتَابَةِ أَوْ مَا يُؤَدِّي مَعْنَاهُ، وَالْفَرْقُ بَيْنَهُمَا مِنْ حَيْثُ الْمَعْنَى أَنَّ الْمَكَاتِبَ بِالْعَجْزِ يَعُودُ رَقِيقًا دُونَ الْعِتْقِ عَلَى مَالٍ.

وَسَبَبُهَا مَا مَرَّ غَيْرَ مَرَّةٍ مِنْ تَعْلُقِ الْبَقَاءِ الْمَقْدُورِ. وَشَرْطُهَا قِيَامُ الرِّقِّ فِي الْمَحَلِّ وَكَوْنُ الْمُسَمَّى مَالًا مَعْلُومًا قَدْرُهُ وَجِنْسُهُ. وَحُكْمُهَا مِنْ جَانِبِ الْعَبْدِ انْفِكَائُ الْحَجْرِ فِي الْحَالِ وَثُبُوتُ مِلْكِ الْيَدِ حَتَّى يَكُونَ الْمُكَاتَّبُ أَحَقَّ بِمَكَاسِيهِ وَثُبُوتِ الْحُرِّيَّةِ إِذَا أَدَّى بَدَلَ الْكِتَابَةِ، وَفِي جَانِبِ الْمَوْلَى ثُبُوتُ وَلَايَةِ مُطَالَبَةِ الْبَدَلِ فِي الْحَالِ إِنْ كَانَتْ حَالَةً، وَالْمِلْكُ فِي الْبَدَلِ إِذَا قَبِضَهُ. وَالْأَلْفَاظُ الدَّالَّةُ عَلَى ذَلِكَ قَوْلُهُ لِعَبْدِهِ كَاتِبْتُكَ عَلَى مِائَةِ دِينَارٍ إِذَا قَالَ قِيلَتْ كَانَ ذَلِكَ كِتَابَةً، وَلَوْ قَالَ جَعَلْتُ عَلَيْكَ أَلْفًا تُؤَدِّيهِا إِلَيَّ نُجُومًا أَوَّلُ نَجْمٍ كَذَا وَآخِرُهُ كَذَا، فَإِذَا أَذِنَتْهَا فَأَلَّتْ حُرٌّ وَإِنْ عَجَزَتْ فَأَلَّتْ رَقِيقٌ كَانَ كِتَابَةً. قَالَ (وَإِذَا كَاتَبَ الْمَوْلَى عَبْدَهُ أَوْ أُمَّتَهُ الْخ) إِذَا كَاتَبَ الْمَوْلَى عَبْدَهُ أَوْ أُمَّتَهُ عَلَى مَالٍ شَرْطُهُ عَلَيْهِ بِمَا ذَكَرْنَا مِنَ الْأَلْفَاظِ الدَّالَّةِ عَلَى ذَلِكَ وَقَبْلَ الْعَبْدِ ذَلِكَ صَارَ مُكَاتَّبًا. أَمَّا جَوَازُ هَذَا الْعَمَلِ مِنَ الْمَوْلَى فَلَقَوْلُهُ تَعَالَى ﴿فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾ [النور: ٣٣] وَدَلَالَتُهُ عَلَى مَشْرُوعِيَّةِ الْعَقْدِ لَا تَخْفَى عَلَى عَارِفٍ بِلِسَانِ الْعَرَبِ سِوَاءِ كَانَ الْأَمْرُ لِلْجُوبِ أَوْ لغيرِهِ.

وَلَمَّا كَانَ مَقْصُودُ الْمُصَنِّفِ رَحِمَهُ اللَّهُ بَيَانَ حُكْمِ آخِرِ خِلَافِ الْمَشْرُوعِيَّةِ وَهُوَ أَنَّ الْكِتَابَةَ عَقْدٌ وَاجِبٌ أَنْ يَعْمَلَ أَوْ مَنْدُوبٌ أَوْ مُبَاحٌ تَعَرَّضَ لِذَلِكَ بِقَوْلِهِ: وَهَذَا لَيْسَ أَمْرٌ بِإِجَابِ بِإِجْمَاعِ الْفُقَهَاءِ، وَأَشَارَ بِذَلِكَ إِلَى نَفْيِ قَوْلِ مَنْ يَقُولُ إِذَا طَلَبَ الْعَبْدُ مِنْ مَوْلَاهُ الْكِتَابَةَ وَقَدْ عَلِمَ الْمَوْلَى فِيهِ خَيْرًا وَجَبَ عَلَيْهِ أَنْ يُكَاتِبَهُ لِأَنَّ الْأَمْرَ لِلْجُوبِ. وَقَالَ: إِنَّمَا هُوَ أَمْرٌ نَذْبٌ هُوَ الصَّحِيحُ احْتِرَازًا عَمَّا قَالَ بَعْضُ مَشَايِخِنَا إِنَّ الْأَمْرَ لِلْإِبَاحَةِ كَقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَإِذَا حَلَلْتُمْ فَاصْطَادُوا﴾ [المائدة: ٢] وَقَوْلُهُ ﴿إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾ مَذْكُورٌ عَلَى وَفَاقِ الْعَادَةِ، فَإِنَّهَا جَرَتْ عَلَى أَنَّ الْمَوْلَى إِنَّمَا يُكَاتِبُ عَبْدَهُ إِذَا عَلِمَ فِيهِ خَيْرًا.

وَقَالَ: فِيهِ الْحَمْلُ عَلَى الْإِبَاحَةِ إِلْغَاءَ الشَّرْطِ بَيَانٌ لَكُونِهِ لِلنَّذْبِ. وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ فِي الْحَمْلِ عَلَى الْإِبَاحَةِ إِلْغَاءَ الشَّرْطِ لِأَنَّهَا ثَابِتَةٌ بِدُونِهِ بِالِاتِّفَاقِ، وَكَلَامُ اللَّهِ تَعَالَى مُنَزَّهٌ عَنْ ذَلِكَ، وَفِي الْحَمْلِ عَلَى النَّذْبِ إِعْمَالٌ لَهُ لِأَنَّ النَّذْبِيَّةَ مُعْلَقَةٌ بِهِ وَذَلِكَ لِأَنَّ الْمُرَادَ بِالْخَيْرِ الْمَذْكُورِ عَلَى مَا قَالَ بَعْضُهُمْ أَنْ لَا يَضُرَّ بِالْمُسْلِمِينَ بَعْدَ الْعِتْقِ، فَإِنْ كَانَ يَضُرُّ بِهِمْ فَلَا فَضْلَ أَنْ لَا يُكَاتِبَهُ، وَإِنْ فَعَلَ صَحَّ فَيَجِبُ حَمْلُهُ عَلَى النَّذْبِ.

وَأَمَّا اشْتِرَاطُ قَبُولِ الْعَبْدِ فَلَأَنَّهُ مَا لَا يَلْزَمُهُ فَلَا بُدَّ مِنَ التِّزَامِ وَلَا يُعْتَقُ إِلَّا بِأَدَاءِ

كُلِّ الْبَدَلُ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «أَيُّمَا عَبْدٍ كُتِبَ عَلَى مِائَةِ دِينَارٍ فَأَذَاهَا إِلَّا عَشْرَةَ دَنَانِيرَ فَهُوَ عَبْدٌ» ^(١) وَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «الْمُكَاتَبُ عَبْدٌ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ دِرْهَمٌ» ^(٢) وَفِيهِ اخْتِلَافُ الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ، وَمَا اخْتَرْنَاهُ قَوْلُ زَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ وَيُعْتَقُ بِأَدَائِهِ وَإِنْ لَمْ يَقُلِ الْمَوْلَى إِذَا أَدَيْتَهَا فَأَنْتَ حُرٌّ لَأَنَّ مُوجِبَ الْعَقْدِ يَثْبُتُ مِنْ غَيْرِ التَّصْرِيحِ بِهِ كَمَا فِي الْبَيْعِ، وَلَا يَجِبُ حَطُّ شَيْءٍ مِنَ الْبَدَلِ اعْتِبَارًا بِالْبَيْعِ.

الشرح:

وَأَمَّا اشْتِرَاطُ الْقَبُولِ مِنَ الْعَبْدِ فَلَا تَلَزُمُهُ مَالٌ يَلْزُمُهُ فَلَا بُدَّ مِنَ الْإِلْتِزَامِ وَلَا يُعْتَقُ إِلَّا بِأَدَاءِ كُلِّ الْبَدَلِ وَهُوَ قَوْلُ جُمْهُورِ الْفُقَهَاءِ لِقَوْلِهِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ «أَيُّمَا عَبْدٍ كُتِبَ عَلَى مِائَةِ دِينَارٍ فَأَذَاهَا إِلَّا عَشْرَةَ دَنَانِيرَ فَهُوَ عَبْدٌ» وَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «الْمُكَاتَبُ عَبْدٌ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ دِرْهَمٌ» وَفِيهِ: أَيُّ فِي وَقْتِ عِتْقِ الْمُكَاتَبِ اخْتِلَافُ الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ، فَعِنْدَ عَلِيٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ يُعْتَقُ بِقَدْرِ مَا أَدَّى، وَعِنْدَ ابْنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا يُعْتَقُ كَمَا أَخَذَ الصَّحِيفَةَ مِنْ مَوْلَاهُ: يَعْنِي بِنَفْسِ الْعَقْدِ، لَأَنَّ الصَّحِيفَةَ عِنْدَ ذَلِكَ تُكْتَبُ، وَعِنْدَ ابْنِ مَسْعُودٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ يُعْتَقُ إِذَا أَدَّى قِيمَةَ نَفْسِهِ، وَعِنْدَ زَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ بِمَا ذَكَرْنَا وَهُوَ الْمُخْتَارُ، وَيُعْتَقُ إِذَا أَدَّى جَمِيعَ بَدَلِ الْكِتَابَةِ، وَإِنْ يَقُلِ الْمَوْلَى إِذَا أَدَيْتَهَا فَأَنْتَ حُرٌّ وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: لَا يُعْتَقُ مَا لَمْ يَقُلِ كَاتِبُكَ عَلَى كَذَا عَلَى أَنَّكَ إِذَا أَدَيْتَهُ إِلَيَّ فَأَنْتَ حُرٌّ، لَأَنَّ الْكِتَابَةَ ضَمُّ نَجْمٍ إِلَى نَجْمٍ، فَلَوْ نَصَّ عَلَى ذَلِكَ وَقَالَ ضَرَبْتُ عَلَيْكَ أَلْفًا عَلَى أَنْ تُؤَدِّيَهَا إِلَيَّ فِي كُلِّ شَهْرٍ كَذَا لَمْ يُعْتَقْ، فَكَذَا هَذَا.

وَلَنَا أَنَّ مُوجِبَ الْعَقْدِ يَثْبُتُ مِنْ غَيْرِ تَصْرِيحٍ بِهِ وَمُوجِبُهُ هَاهُنَا ضَمُّ حُرِّيَةِ الْيَدِ الْحَاصِلِ فِي الْحَالِ إِلَى حُرِّيَةِ الرِّقَبَةِ عِنْدَ آدَاءِ الْبَدَلِ فَيَثْبُتُ وَإِنْ لَمْ يُصْرَحْ بِهِ كَمَا فِي الْبَيْعِ فَإِنَّهُ يَثْبُتُ الْمِلْكُ بِهِ وَإِنْ لَمْ يُصْرَحْ بِكَوْنِهِ مُوجِبَةً. وَلَا يَجِبُ حَطُّ شَيْءٍ مِنَ الْبَدَلِ اعْتِبَارًا بِالْبَيْعِ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يُسْتَحَقُّ عَلَيْهِ حَطُّ رُبْعِ الْبَدَلِ وَهُوَ قَوْلُ عُثْمَانَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ لظَاهِرِ قَوْلِهِ

(١) أخرجه أبو داود (٣٩٢٦)، والترمذي (١٢٦٠)، والنسائي في الكبرى (٥٠٢٦)، وابن ماجه

(٢٥١٩)، وأحمد (١٧٨/٢)، وانظر نصب الراية (٣٤٤/٤).

(٢) أخرجه أبو داود (٣٩٢٦)، وانظر نصب الراية (٣٤٥/٤).

تَعَالَى ﴿وَأَتَوْهُمْ مِّن مَّالِ اللَّهِ﴾ [النور: ٣٣] فَإِنَّ الْأَمْرَ الْمَطْلُوقَ لِلْجُوبِ. وَالْجَوَابُ أَنَّ دَلَالَةَ الْآيَةِ عَلَى ذَلِكَ خَفِيَّةٌ جَدًّا، لِأَنَّهُ قَالَ مِنْ مَّالِ اللَّهِ وَهُوَ يُطْلَقُ عَلَى أَمْوَالِ الْقُرْبِ كَالصَّدَقَاتِ وَالزَّكَّوَاتِ، فَكَأَنَّ اللَّهَ أَمَرَنَا أَنْ نُعْطِيَ الْمُكَاثِبِينَ مِنْ صَدَقَاتِنَا لِيَسْتَعِينُوا بِهِ عَلَى أَدَاءِ الْكِتَابَةِ، وَالْمَأْمُورُ بِهِ الْإِيتَاءُ وَهُوَ الْإِعْطَاءُ، وَالْحَطُّ لَا يُسَمَّى إِعْطَاءً، وَالْمَالُ الَّذِي آتَانَا اللَّهُ هُوَ مَا فِي أَيْدِينَا لَا الْوَصْفُ الثَّابِتُ فِي ذِمَّةِ الْمُكَاثِبِينَ، فَحَمَلُهُ عَلَى حَطِّ رُبْعٍ بَدَلَ الْكِتَابَةِ عَمَلٌ بَلَا دَلِيلٍ، وَلَوْ سَلِمَ فَاَلْمَرَادُ بِهِ التَّدْبُ كَالَّذِي فِي قَوْلِهِ ﴿فَكَاتِبُوهُمْ﴾. لَا يُقَالُ: الْقُرْآنُ فِي النَّظْمِ لَا يُوجِبُ الْقُرْآنُ فِي الْحُكْمِ، لِأَنَّا لَمْ نَجْعَلِ الْقُرْآنَ مُوجِبًا بَلْ نَقُولُ: الْأَمْرُ الْمَطْلُوقُ عَنْ قَرِينَةٍ غَيْرِ الْوُجُوبِ لِلْجُوبِ، وَقَوْلُهُ ﴿فَكَاتِبُوهُمْ﴾ قَرِينَةٌ لِّذَلِكَ.

قَالَ (وَيَجُوزُ أَنْ يَشْتَرِطَ الْمَالُ حَالًا وَيَجُوزُ مُوجَلًا وَمُنْجَمًا) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَا يَجُوزُ حَالًا وَلَا بُدَّ مِنْ نَجْمَيْنِ، لِأَنَّهُ عَاجِزٌ عَنِ التَّسْلِيمِ فِي زَمَانٍ قَلِيلٍ لِعَدَمِ الْأَهْلِيَّةِ قَبْلَهُ لِلرَّقِّ، بِخِلَافِ السَّلَامِ عَلَى أَصْلِهِ لِأَنَّهُ أَهْلٌ لِلْمَلِكِ فَكَانَ احْتِمَالُ الْقُدْرَةِ ثَابِتًا، وَقَدْ دَلَّ الْإِقْدَامُ عَلَى الْعَقْدِ عَلَيْهَا فَيَثْبُتُ. وَلَنَا ظَاهِرٌ مَا تَلَوْنَا مِنْ غَيْرِ شَرْطِ التَّنْجِيمِ، وَلِأَنَّهُ عَقْدٌ مُعَاوَضَةٌ وَابْتَدُلَ مَعْقُودٌ بِهِ فَأَشْبَهَ الثَّمَنَ فِي الْبَيْعِ فِي عَدَمِ اشْتِرَاطِ الْقُدْرَةِ عَلَيْهِ، بِخِلَافِ السَّلَامِ عَلَى أَصْلَانَا لِأَنَّ الْمُسْلِمَ فِيهِ مَعْقُودٌ عَلَيْهِ فَلَا بُدَّ مِنَ الْقُدْرَةِ عَلَيْهِ، وَلِأَنَّ مَبْنَى الْكِتَابَةِ عَلَى الْمُسَاهَلَةِ فَيَمُهِلُهُ الْمُوَلَى ظَاهِرًا، بِخِلَافِ السَّلَامِ لِأَنَّ مَبْنَاهُ عَلَى الْمُضَايَقَةِ وَفِي الْحَالِ كَمَا امْتَنَعَ مِنَ الْأَدَاءِ يَرُدُّ إِلَى الرَّقِّ.

الشرح:

قَالَ (وَيَجُوزُ أَنْ يَشْتَرِطَ الْمَالُ حَالًا) بَدَلَ الْكِتَابَةِ يَجُوزُ أَنْ يَشْتَرِطَ كَوْنُهُ حَالًا وَمُوجَلًا غَيْرَ مُنْجَمٍ وَمُنْجَمًا عِنْدَنَا (وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا بُدَّ مِنْ نَجْمَيْنِ لِأَنَّهُ عَاجِزٌ عَنِ التَّسْلِيمِ فِي قَلِيلٍ مِنَ الزَّمَانِ) لَخُرُوجِهِ مِنْ يَدِ مَوْلَاهُ مُفْلَسًا وَلَمْ يَكُنْ قَبْلَ الْعَقْدِ أَهْلًا لِلْمَلِكِ الْمَالِ، وَالْعَاجِزُ عَنِ التَّسْلِيمِ لَا بُدَّ لَهُ مِنْ أَجَلٍ يَقْدِرُ بِهِ عَلَى تَسْلِيمِ الْيَدِ. فَإِنْ قِيلَ: الْمُسْلِمُ إِلَيْهِ عَاجِزٌ عَنِ التَّسْلِيمِ لِأَنَّهُ لَوْ قَدَّرَ عَلَيْهِ لَمَا رَضِيَ بِأَخْسَرِ الْبَدَلَيْنِ فَلَا بُدَّ لَهُ مِنْ أَجَلٍ. أَجَابَ بِقَوْلِهِ (بِخِلَافِ السَّلَامِ عَلَى أَصْلِهِ لِأَنَّهُ أَهْلٌ لِلْمَلِكِ قَبْلَ الْعَقْدِ لِكُونِهِ حُرًّا فَكَانَ احْتِمَالُ الْقُدْرَةِ ثَابِتًا، وَقَدْ دَلَّ الْإِقْدَامُ عَلَى الْعَقْدِ عَلَيْهَا فَيَثْبُتُ).

وَلَقَائِلُ أَنْ يَقُولَ: اِحْتِمَالُ الْقُدْرَةِ فِي حَقِّ الْمَكَاتِبِ أَثْبَتُ، لِأَنَّ الْمُسْلِمِينَ مَأْمُورُونَ بِإِعَاتِهِ، وَالطَّرُقُ مُتَّسِعَةٌ اسْتِدَانَةٌ وَاسْتِقْرَاضٌ وَاسْتِيْهَابٌ وَاسْتِعَانَةٌ بِالزُّكُوتِ وَالْكَفَّارَاتِ وَالْعُشُورِ وَالصَّدَقَاتِ، وَقَدْ ذَلَّ الْإِقْدَامُ عَلَى الْعَقْدِ عَلَيْهَا فِتْنَتٌ.

وَلَنَا قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿فَكَاتِبُوهُمْ﴾ مِنْ غَيْرِ شَرْطِ التَّنْجِيمِ، (وَلَا أَنَّهُ عَقْدٌ مُعَاوَضَةٌ) وَهُوَ يَتَعَمَّدُ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ وَالْمَعْقُودُ بِهِ وَوُجُودُ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ لَا بُدَّ مِنْهُ؛ لِأَنَّهُ «يَنْهَى عَنْ بَيْعِ مَا لَيْسَ عِنْدَ الْإِنْسَانِ»، وَوُجُودُ الْمَعْقُودِ بِهِ لَيْسَ كَذَلِكَ لِلْإِجْمَاعِ عَلَى جَوَازِ اتِّبَاعِ مَنْ لَا يَمْلِكُ الثَّمَنَ (وَبَدَلُ الْكِتَابَةِ مَعْقُودٌ عَلَيْهِ لَا مَحَالَةَ فَأَشْبَهَ الثَّمَنَ فِي الْبَيْعِ) وَالْقُدْرَةُ عَلَيْهِ لَيْسَتْ بِشَرْطٍ فَكَذًا عَلَى الْبَدَلِ، وَالْمُسْلِمُ فِيهِ مَعْقُودٌ عَلَيْهِ وَوُجُودُهُ شَرْطٌ فَأَشْبَهَ الْمَبِيعَ فَلَا بُدَّ مِنَ الْقُدْرَةِ عَلَيْهِ كَمَا عُرِفَ مِنْ أَصْلِنَا، وَكَذَا ذِكْرُنَاهُ فِي التَّقْرِيرِ مُسْتَوْفَى، وَلِأَنَّ مَبْنَى الْكِتَابَةِ عَلَى الْمُسَاهَلَةِ لِأَنَّهُ عَقْدٌ تَكْرُمُ إِذْ الْعَبْدُ وَمَا يَمْلِكُهُ لَمَوْلَاهُ، فَالظَّاهِرُ مِنْ مَوْلَاهُ أَنْ يُمَهِّلَهُ، فَإِنْ لَمْ يُمَهِّلَهُ وَطَالَبَهُ بِالْأَدَاءِ وَامْتَنَعَ عَنْهُ يُرَدُّ رَقِيقًا بِالتَّرَاضِي أَوْ بِقَضَاءِ الْقَاضِي (بِخِلَافِ السَّلَمِ فَإِنْ مَبَّاهُ عَلَى الْمُضَاقَةِ) فَلَيْسَ الْإِنْهَالُ فِيهِ ظَاهِرًا، وَيَجُوزُ خَالًا.

قَالَ (وَتَجُوزُ كِتَابَةُ الْعَبْدِ الصَّغِيرِ إِذَا كَانَ يَعْقِلُ الشَّرَاءَ وَالْبَيْعَ) لِتَحَقُّقِ الْإِيجَابِ وَالْقَبُولِ، إِذِ الْعَاقِلُ مِنْ أَهْلِ الْقَبُولِ وَالتَّصَرُّفِ نَافِعٌ فِي حَقِّهِ. وَالشَّافِعِيُّ يُخَالِفُنَا فِيهِ وَهُوَ بِنَاءً عَلَى مَسْأَلَةِ إِذْنِ الصَّبِيِّ فِي التَّجَارَةِ، وَهَذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ لَا يَعْقِلُ الْبَيْعَ وَالشَّرَاءَ لِأَنَّ الْقَبُولَ لَا يَتَحَقَّقُ مِنْهُ فَلَا يَنْعَقِدُ الْعَقْدُ، حَتَّى لَوْ أَدَّى عَنْهُ غَيْرُهُ لَا يَعْتَقُ وَيَسْتَرِدُّ مَا دَفَعَ.

الشرح:

(وَكِتَابَةُ الْعَبْدِ الصَّغِيرِ الَّذِي يَعْقِلُ الْبَيْعَ وَالشَّرَاءَ جَائِزَةٌ) لِتَحَقُّقِ الرُّكْنِ مِنْهُ وَهُوَ (الْإِيجَابُ وَالْقَبُولُ)، إِذِ الْعَاقِلُ مِنْ أَهْلِ الْقَبُولِ وَالتَّصَرُّفِ نَافِعٌ فِي حَقِّهِ (وَلَا عَجَزَ بِالنِّسْبَةِ إِلَى الْمَنَافِعِ) (وَخَالَفُنَا الشَّافِعِيُّ فِيهِ، وَهُوَ) أَيُّ هَذَا الْخِلَافُ مِنْهُ (بِنَاءً عَلَى مَسْأَلَةِ إِذْنِ الصَّبِيِّ فِي التَّجَارَةِ) فَإِنَّهُ لَا يَجُوزُ لَهُ لِأَنَّهُ لَيْسَ مِنْ أَهْلِ التَّصَرُّفِ فَلَا يَصِحُّ الْإِذْنُ لَهُ. وَعِنْدَنَا هُوَ مِنْ أَهْلِ التَّصَرُّفِ إِذَا عَقَلَ الْعَقْدَ، وَنُقْصَانُ رَأْيِهِ يَنْجِبُ بِرَأْيِ الْمَوْلَى وَالتَّصَرُّفُ نَافِعٌ فَيَصِحُّ الْإِذْنُ (بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ لَا يَعْقِلُ الْعَقْدَ، لِأَنَّ الْقَبُولَ لَا يَتَحَقَّقُ مِنْهُ وَالْعَقْدُ لَا يَنْعَقِدُ بِذَوْنِهِ. حَتَّى لَوْ أَدَّى عَنْهُ غَيْرُهُ لَا يَعْتَقُ وَيَسْتَرِدُّ مَا دَفَعَ).

قَالَ (وَمَنْ قَالَ لِعَبْدِهِ: جَعَلْتَ عَلَيْكَ أَلْفًا تُؤَدِّيهِا إِلَيَّ نُجُومًا أَوَّلُ النُّجْمِ كَذَا وَآخِرُهُ كَذَا فَإِذَا أَدَيْتَهَا فَأَنْتَ حُرٌّ وَإِنْ عَجَزْتَ فَأَنْتَ رَقِيقٌ فَإِنَّ هَذِهِ مُكَاتَبَةٌ) لِأَنَّهُ أَتَى بِتَفْسِيرِ الْكِتَابَةِ، وَلَوْ قَالَ: إِذَا أَدَيْتَ إِلَيَّ أَلْفًا كُلَّ شَهْرٍ مِائَةً فَأَنْتَ حُرٌّ فَهَذِهِ مُكَاتَبَةٌ فِي رِوَايَةِ أَبِي سُلَيْمَانَ. لِأَنَّ التَّنْجِيمَ يَدُلُّ عَلَى الْوُجُوبِ وَذَلِكَ بِالْكِتَابَةِ.

وَفِي نُسْخِ أَبِي حَفْصٍ لَا تَكُونُ مُكَاتَبَةٌ اعْتِبَارًا بِالتَّعْلِيقِ بِالْأَدَاءِ مَرَّةً.

الشرح:

(قَوْلُهُ وَمَنْ قَالَ لِعَبْدِهِ جَعَلْتَ عَلَيْكَ أَلْفًا تُؤَدِّيهِا إِلَيَّ نُجُومًا أَوَّلُ نَجْمٍ كَذَا وَآخِرُهُ كَذَا فَإِذَا أَدَيْتَهَا فَأَنْتَ حُرٌّ) لِبَيَانِ مَا يُفِيدُ فَائِدَةَ الْكِتَابَةِ بِلَفْظِهَا. فَإِنَّ الْمَجْمُوعَ الْمَذْكُورَ مُفِيدٌ لَذَلِكَ. فَإِنَّ قَوْلَهُ جَعَلْتَ عَلَيْكَ كَذَا عَلَى أَنْ تُؤَدِّيَهُا إِلَيَّ نُجُومًا يَحْتَمِلُ مَعْنَى الْكِتَابَةِ وَمَعْنَى الضَّرِيَّةِ. فَالْمَوْلَى يَسْتَأْذِي عَبْدَهُ الضَّرِيَّةَ وَلَا تَعَيَّنُ جِهَةُ الْكِتَابَةِ مَا لَمْ يَقُلْ فَإِذَا أَدَيْتَ فَأَنْتَ حُرٌّ. وَأَمَّا قَوْلُهُ وَإِنْ عَجَزْتَ فَأَنْتَ رَقِيقٌ لَيْسَ بِإِلْزَامٍ، وَإِنَّمَا ذَكَرَهُ لِحَثِّ الْعَبْدِ عَلَى أَدَاءِ الْمَالِ عِنْدَ النُّجُومِ، وَالْكِتَابَةُ بِذَوْنِهِ صَحِيحَةٌ. وَلَوْ قَالَ إِذَا أَدَيْتَ إِلَيَّ أَلْفًا كُلَّ شَهْرٍ مِائَةً فَأَنْتَ حُرٌّ اخْتَلَفَتْ الرِّوَايَةُ فِي رِوَايَةِ أَبِي سُلَيْمَانَ هُوَ مُكَاتَبَةٌ لِأَنَّ التَّنْجِيمَ يَدُلُّ عَلَى الْوُجُوبِ لِأَنَّهُ يُسْتَعْمَلُ فِي التَّنْجِيمِ وَذَلِكَ فِي الْمَالِ، وَلَا يَجِبُ الْمَالُ إِلَّا بِالْكِتَابَةِ لِأَنَّ الْمَوْلَى لَا يَسْتَوْجِبُ عَلَى عَبْدِهِ دَيْنًا إِلَّا فِي الْكِتَابَةِ. وَفِي نُسْخَةِ أَبِي حَفْصٍ: قِيلَ أَيُّ فِي رِوَايَتِهِ لَا تَكُونُ مُكَاتَبَةٌ قَالَ فَخَرُ الْإِسْلَامِ: وَهُوَ الْأَصَحُّ اعْتِبَارًا بِمَا لَوْ قَالَ: إِذَا أَدَيْتَ إِلَيَّ أَلْفًا فِي هَذَا الشَّهْرِ فَأَنْتَ حُرٌّ. فَإِنَّهُ لَا يَكُونُ كِتَابَةً، وَالتَّنْجِيمُ لَيْسَ مِنْ خَوَاصِّ الْكِتَابَةِ حَتَّى يُجْعَلَ تَفْسِيرًا لَهَا لِأَنَّهُ يَدْخُلُ فِي سَائِرِ الدُّيُونِ وَقَدْ تَخَلَّوْا الْكِتَابَةَ عَنْهُ، وَلَمْ يُوجَدْ لَفْظٌ يَخْتَصُّ بِالْكِتَابَةِ لِيَكُونَ تَفْسِيرًا فَلَا يَكُونُ كِتَابَةً.

قَالَ (وَإِذَا صَحَّتِ الْكِتَابَةُ خَرَجَ الْمَكَاتَبُ عَنْ يَدِ الْمَوْلَى وَلَمْ يَخْرُجْ عَنْ مِلْكِهِ) أَمَّا الْخُرُوجُ مِنْ يَدِهِ فَلْتَحْقِيقُ مَعْنَى الْكِتَابَةِ وَهُوَ الضَّمُّ فَيَضُمُّ مَالِيَّةً يَدِهِ إِلَى مَالِيَّةٍ نَفْسِهِ أَوْ لَتَحْقِيقِ مَقْصُودِ الْكِتَابَةِ وَهُوَ أَدَاءُ الْبَدَلِ فَيَمْلِكُ الْبَيْعَ وَالشِّرَاءَ وَالْخُرُوجَ إِلَى السَّفَرِ وَإِنْ نَهَاهُ الْمَوْلَى، وَأَمَّا عَدَمُ الْخُرُوجِ عَنْ مِلْكِهِ فَلَمَّا رَوَيْنَا، وَلأنَّهُ عَقْدٌ مُعَاوَضَةٌ وَمَبْنَاهُ عَلَى الْمُسَاوَاةِ، وَيَنْعَدِمُ ذَلِكَ بِتَنْجِزِ الْعِتْقِ وَيَتَحَقَّقُ بِتَأْخِرِهِ لِأَنَّهُ يَثْبُتُ لَهُ نَوْعُ مَالِيَّةٍ وَيَثْبُتُ لَهُ فِي الدِّمْتِ حَقٌّ مِنْ وَجْهِ (فَإِنْ أَعْتَقَهُ عَتَقَ بِعِتْقِهِ) لِأَنَّهُ مَالِكٌ لِرَقَبَتِهِ (وَسَقَطَ عَنْهُ بَدَلُ

الكِتَابَةِ) لِأَنَّهُ مَا التَزَمَهُ إِلَّا مُقَابِلًا بِحُصُولِ الْعِتْقِ بِهِ وَقَدْ حَصَلَ دُونَهُ.

قَالَ (وَإِذَا وَطِئَ الْمَوْلَى مُكَاتَبَتَهُ لِرِمِّهِ الْعَقْرُ) لِأَنَّهُ صَارَتْ أَخَصُّ بِأَجْزَائِهَا تَوَسُّلاً إِلَى الْمَقْصُودِ بِالْكِتَابَةِ وَهُوَ الْوُصُولُ إِلَى الْبَدَلِ مِنْ جَانِبِهِ وَإِلَى الْحُرِّيَّةِ مِنْ جَانِبِهَا بِنَاءً عَلَيْهِ، وَمَنَافِعُ الْبُضْعِ مُلْحَقَةٌ بِالْأَجْزَاءِ وَالْأَعْيَانِ (وَإِنْ جَنَى عَلَيْهَا أَوْ عَلَى وَلَدِهَا لِرِمِّهِ الْجِنَايَةِ) لِمَا بَيَّنَّا (وَإِنْ أَتْلَفَ مَا لَا لَهَا غَرِمَ) لِأَنَّ الْمَوْلَى كَالْأَجْنَبِيِّ فِي حَقِّ أَكْسَابِهَا وَنَفْسِهَا، إِذْ لَوْ لَمْ يُجْعَلْ كَذَلِكَ لِأَتْلَفَهُ الْمَوْلَى فَيَمْتَنِعَ حُصُولُ الْغَرَضِ الْمُبْتَغَى بِالْعَقْدِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

الشرح:

قَالَ (وَإِذَا صَحَّتْ الْكِتَابَةُ خَرَجَ الْمُكَاتَبُ عَنْ يَدِ الْمَوْلَى وَلَمْ يَخْرُجْ عَنْ مِلْكِهِ) وَإِذَا صَحَّتْ الْكِتَابَةُ بِخُلُوقِهَا عَنْ الْمُسَيِّدِ بَعْدَ تَحْقُقِ الْمُقْتَضِيِّ خَرَجَ الْمُكَاتَبُ عَنْ يَدِ الْمَوْلَى وَلَمْ يَخْرُجْ عَنْ مِلْكِهِ (أَمَّا الْخُرُوجُ مِنْ يَدِهِ فَتَحْقِيقُ مَعْنَى الْكِتَابَةِ) لُغَةً (وَهُوَ الضَّمُّ فَيُضْمُّ مَالِكِيَّةُ يَدِهِ) الْحَاصِلَةُ فِي الْحَالِ (إِلَى مَالِكِيَّةِ نَفْسِهِ) الَّتِي تَحْصُلُ عِنْدَ الْأَدَاءِ. فَإِنْ قِيلَ: ضَمُّ الشَّيْءِ إِلَى الشَّيْءِ يَقْتَضِي وَجُودَهُمَا وَمَالِكِيَّةُ النَّفْسِ فِي الْحَالِ لَيْسَتْ بِمَوْجُودَةٍ فَكَيْفَ يَتَحَقَّقُ الضَّمُّ؟ أَجِيبَ بِأَنَّ مَالِكِيَّةَ النَّفْسِ قَبْلَ الْأَدَاءِ ثَابِتَةٌ مِنْ وَجْهِ، وَلِهَذَا لَوْ جَنَى عَلَيْهِ الْمَوْلَى وَجَبَ عَلَيْهِ الْأَرْضُ، وَلَوْ وَطِئَ الْمُكَاتَبَةَ لِرِمِّهِ الْعَقْرُ فَيَتَحَقَّقُ الضَّمُّ (أَوْ لَتَحْقِيقُ مَقْصُودِ الْكِتَابَةِ وَهُوَ أَدَاءُ الْبَدَلِ فَيَمْلِكُ الْبَيْعَ وَالشِّرَاءَ وَالْخُرُوجَ إِلَى السَّفَرِ) طَوِيلًا كَانَ أَوْ غَيْرَهُ (نَهَاهُ الْمَوْلَى عَنْهُ أَوْ لَا) لِأَنَّ مَقْصُودَ الْمَوْلَى وَهُوَ أَدَاءُ الْبَدَلِ قَدْ لَا يَتَحَقَّقُ إِلَّا بِالسَّفَرِ (وَأَمَّا عَدَمُ الْخُرُوجِ عَنْ مِلْكِهِ فَلَمَّا رَوَيْنَا) مِنْ قَوْلِهِ ﷺ «الْمُكَاتَبُ عَبْدٌ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ دِرْهَمٌ» (وَلَا أَنَّهُ عَقْدٌ مُعَاوَضَةٌ) كَمَا مَرَّ (وَمَبْنَاهُ عَلَى الْمُسَاوَاةِ وَيَنْعَدُّ ذَلِكَ) أَيِ الْمُسَاوَاةِ بِاعْتِبَارِ التَّسَاوِي (إِنَّ تَنْجِزَ الْعِتْقِ وَيَتَحَقَّقُ إِنْ تَأَخَّرَ لِأَنَّهُ يَثْبُتُ بِهَا لِلْمُكَاتَبِ نَوْعُ مَالِكِيَّةٍ) وَهُوَ مَالِكِيَّةُ الْيَدِ (فَيَثْبُتُ فِي ذِمَّتِهِ حَقٌّ مِنْ وَجْهِ) وَهُوَ أَصْلُ الْبَدَلِ وَإِنَّمَا كَانَ حَقًّا مِنْ وَجْهِ لَضَعْفِهِ فَإِنَّهُ ثَابِتٌ فِي الذِّمَّةِ مَعَ الْمُنَافِي، إِذْ الْمَوْلَى لَا يَسْتَوْجِبُ عَلَى عَبْدِهِ دَيْنًا وَلِهَذَا لَا تَصِحُّ بِهِ الْكَفَالَةُ وَلَوْ ثَبَتَ الْعِتْقُ تَاجِزًا كَمَا قَالَ بِهِ ابْنُ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا عَلَى مَا مَرَّ فَاتَتْ الْمُسَاوَاةُ.

لَا يُعَالُ: الْمُسَاوَاةُ فَائِتَةٌ عَلَى ذَلِكَ التَّقْدِيرِ أَيْضًا لِأَنَّ نَوْعَ الْمَالِكِيَّةِ ثَابِتٌ لَهُ مِنْ كُلِّ وَجْهِ وَالْحَقُّ الثَّابِتُ عَلَيْهِ مِنْ وَجْهِ فَأَيُّنَ الْمُسَاوَاةُ، لِأَنَّ نَوْعَ مَالِكِيَّتِهِ أَيْضًا ضَعِيفٌ لِبُطْلَانِهِ

بَعُودِهِ رَقِيقًا (فَإِنْ نَجَزَ الْمَوْلَى عَتَقَهُ عَتَقَ بَعْتَهُ) لَا بِالْكِتَابَةِ الْمُتَقَدِّمَةِ (لَأَنَّهُ مَالِكٌ لِرَقَبَتِهِ) فَيَجُوزُ لَهُ إِثْلَافُ مِلْكِهِ (وَسَقَطَ عَنْهُ بَدَلُ الْكِتَابَةِ) لِحُصُولِ مَا يُقَابِلُهُ مَجَانًا (وَإِذَا وَطِئَ الْمَوْلَى مُكَاتِبَتَهُ لَزِمَهُ الْعَقْرُ لِاخْتِصَاصِهِ بِأَجْزَائِهَا تَوْسُلًا إِلَى الْمَقْصُودِ بِالْكِتَابَةِ وَهُوَ الْوُصُولُ إِلَى الْبَدَلِ مِنْ جَانِبِهِ وَإِلَى الْحُرِّيَّةِ مِنْ جَانِبِهَا بِنَاءً عَلَيْهِ) أَيُّ عَلَى الْوُصُولِ إِلَى الْبَدَلِ مِنْ جَانِبِهِ (وَمَنَافِعُ الْبُضْعِ مُلْحَقَةٌ بِالْأَجْزَاءِ وَالْأَعْيَانِ) قَابِلُهَا الشَّرْعُ بِالْأَعْيَانِ.

قَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ﴾ [النساء: ٢٤] وَالزِّمُّ الْعَقْرُ عِنْدَ اسْتِحْقَاقِ الْجَارِيَةِ وَعِنْدَ وَطْئِهَا بِشَبْهَةٍ، وَلَوْ كَانَ الْوَطْءُ لَأُخِذَ الْمَنْفَعَةُ لِيَقْدَرَ بِقَدْرِ الاسْتِعْمَالِ وَلَيْسَ كَذَلِكَ فَإِنَّهُ يَلْزَمُ بِإِيْلَاجٍ وَاحِدٍ (وَإِنْ جَنَى عَلَيْهَا أَوْ عَلَى وَلَدِهَا لَزِمَهُ الْجِنَايَةُ) وَقَوْلُهُ (لَمَّا يَبَيَّنَا) إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ لِأَنَّهَا صَارَتْ أَحْصًى بِأَجْزَائِهَا.

فصل في الكِتَابَةِ الْفَاسِدَةِ

قَالَ (وَإِذَا كَاتَبَ الْمُسْلِمُ عَبْدَهُ عَلَى خَمْرٍ أَوْ خِنْزِيرٍ أَوْ عَلَى قِيمَةٍ نَفْسِهِ فَالْكِتَابَةُ فَاسِدَةٌ) أَمَّا الْأَوَّلُ فَلَأَنَّ الْخَمْرَ وَالْخِنْزِيرَ لَا يَسْتَحِقُّهُ الْمُسْلِمُ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمَالٍ فِي حَقِّهِ فَلَا يَصْلُحُ بَدَلًا فَيَفْسُدُ الْعَقْدُ. وَأَمَّا الثَّانِي فَلَأَنَّ الْقِيمَةَ مَجْهُولَةٌ قَدْرًا وَجِنْسًا وَوَصْفًا فَتَفَاحَشَتِ الْجَهَالَةُ وَصَارَ كَمَا إِذَا كَاتَبَ عَلَى ثَوْبٍ أَوْ دَابَّةٍ، وَلَأَنَّهُ تَنْصِيصٌ عَلَى مَا هُوَ مُوجِبُ الْعَقْدِ الْفَاسِدِ لِأَنَّهُ مُوجِبٌ لِلْقِيمَةِ. قَالَ (فَإِنْ أَدَّى الْخَمْرَ عَتَقَ) وَقَالَ زُهْرِي: لَا يُعْتَقُ إِلَّا بِأَدَاءِ قِيمَةٍ نَفْسِهِ، لِأَنَّ الْبَدَلَ هُوَ الْقِيمَةُ. وَعَنْ أَبِي يُونُسَ رَحِمَهُ اللَّهُ: أَنَّهُ يُعْتَقُ بِأَدَاءِ الْخَمْرِ لِأَنَّهُ بَدَلٌ صَوْرَةٌ، وَيُعْتَقُ بِأَدَاءِ الْقِيمَةِ أَيْضًا لِأَنَّهُ هُوَ الْبَدَلُ مَعْنَى.

وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ إِنَّمَا يُعْتَقُ بِأَدَاءِ عَيْنِ الْخَمْرِ إِذَا قَالَ إِنْ أَدَيْتَهَا فَأَنْتَ حُرٌّ لِأَنَّهُ حِينَئِذٍ يَكُونُ الْعِتْقُ بِالشَّرْطِ لَا بِعَقْدِ الْكِتَابَةِ، وَصَارَ كَمَا إِذَا كَاتَبَ عَلَى مَيْتَةٍ أَوْ دَمٍ وَلَا فَصْلَ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ. وَوَجْهُ الْفَرْقِ بَيْنَهُمَا وَبَيْنَ الْمَيْتَةِ أَنَّ الْخَمْرَ وَالْخِنْزِيرَ مَالٌ فِي الْجُمْلَةِ فَأَمَّا كُنْ اعْتِبَارُ مَعْنَى الْعَقْدِ فِيهِ، وَمُوجِبُهُ الْعِتْقُ عِنْدَ آدَاءِ الْعِوَضِ الْمَشْرُوطِ. وَأَمَّا الْمَيْتَةُ فَلَيْسَتْ بِمَالٍ أَصْلًا فَلَا يُمَكِّنُ اعْتِبَارُ مَعْنَى الْعَقْدِ فِيهِ فَاعْتَبِرَ فِيهِ مَعْنَى الشَّرْطِ وَذَلِكَ بِالتَّنْصِيصِ عَلَيْهِ (وَإِذَا عَتَقَ بِأَدَاءِ عَيْنِ الْخَمْرِ لَزِمَهُ أَنْ يَسْعَى فِي قِيمَتِهِ) لِأَنَّهُ وَجِبٌ عَلَيْهِ رَدُّ رَقَبَتِهِ لِفَسَادِ الْعَقْدِ وَقَدْ تَعَذَّرَ بِالْعِتْقِ فَيَجِبُ رَدُّ قِيمَتِهِ كَمَا فِي الْبَيْعِ الْفَاسِدِ إِذَا تَلَفَ الْمُبِيعُ.

قَالَ (وَلَا يَنْقُصُ عَنِ الْمُسَمَّى وَيَزَادُ عَلَيْهِ) لِأَنَّهُ عَقْدٌ فَاسِدٌ فَتَجِبُ الْقِيَمَةُ عِنْدَ هَلَاكِ الْمُبْدَلِ بِالْفَعَةِ مَا بَلَغَتْ كَمَا فِي الْبَيْعِ الْفَاسِدِ، وَهَذَا لِأَنَّ الْمَوْلَى مَا رَضِيَ بِالنَّقْصَانِ وَالْعَبْدُ رَضِيَ بِالزِّيَادَةِ كَي لَا يَبْطُلُ حَقُّهُ فِي الْعِتْقِ أَصْلًا فَتَجِبُ قِيَمَتُهُ بِالْفَعَةِ مَا بَلَغَتْ، وَفِيمَا إِذَا كَاتَبَهُ عَلَى قِيَمَتِهِ يُعْتَقُ بِأَدَاءِ الْقِيَمَةِ لِأَنَّهُ هُوَ الْبَدَلُ. وَأَمَكْنَ اعْتِبَارُ مَعْنَى الْعَقْدِ فِيهِ وَآثَرُ الْجَهَالَةِ فِي الْفَسَادِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَاتَبَهُ عَلَى ثَوْبٍ حَيْثُ لَا يُعْتَقُ بِأَدَاءِ ثَوْبٍ لِأَنَّهُ لَا يُوقَفُ فِيهِ عَلَى مُرَادِ الْعَاقِدِ لِاخْتِلَافِ أَجْنَاسِ الثَّوْبِ فَلَا يَثْبُتُ الْعِتْقُ بِدُونِ إِرَادَتِهِ.

الشرح:

وَجْهٌ تَأْخِيرِ الْفَاسِدَةِ عَنِ الصَّحِيحَةِ لَا يَخْفَى عَلَى أَحَدٍ. قَالَ (وَإِذَا كَاتَبَ الْمُسْلِمُ عَبْدَهُ) جَمَعَ هَاهُنَا أُمُورًا يَفْسُدُ عَقْدُ الْكِتَابَةِ بِهَا ذَكَرَ بَعْضُهَا أَصَالَةً وَبَعْضُهَا اسْتِشْهَادًا. وَإِذَا كَاتَبَ الْمُسْلِمُ عَبْدَهُ (عَلَى خَمْرٍ أَوْ خِنْزِيرٍ أَوْ عَلَى قِيَمَةِ الْعَبْدِ نَفْسِهِ) أَوْ عَلَى ثَوْبٍ أَوْ ذَابَّةٍ أَوْ عَلَى مِئْتَةٍ أَوْ دَمٍ (فَالْكِتَابَةُ فَاسِدَةٌ، أَمَّا الْخَمْرُ وَالْخِنْزِيرُ فَلَا تَنْهَمَا لَيْسَا بِمَالٍ مُتَقَوِّمٍ فِي حَقِّهِ فَهُوَ لَا يَسْتَحَقُّهُمَا فَكَانَ عَقْدًا بِلَا بَدَلٍ وَهُوَ فَاسِدٌ، وَأَمَّا قِيَمَةُ الْعَبْدِ فَلَا تَنْهَمَا مَجْهُولَةٌ جَهَالَةٌ فَاحِشَةٌ لَجَهَالَةِ الْقَدْرِ وَالْجِنْسِ وَالْوَصْفِ) وَكَذَلِكَ الثَّوْبُ وَالذَّابَّةُ. وَأَمَّا الدَّمُ وَالْمِئْتَةُ فَلَمَّا ذَكَرْنَا فِي الْخَمْرِ وَالْخِنْزِيرِ بَلْ أَوْلَى عَلَى مَا تَذَكَّرُهُ، وَإِذَا عُرِفَ ذَلِكَ (فَإِنْ أَدَّى الْخَمْرَ وَالْخِنْزِيرَ عَتَقَ) سَوَاءً قَالَ لَهُ إِنْ أَدَّيْتُ إِلَيَّ فَأَنْتَ حُرٌّ أَوْ لَمْ يَقُلْ فِي ظَاهِرِ الرَّوَايَةِ عِنْدَ عُلَمَائِنَا الثَّلَاثَةِ.

(وَقَالَ زُفَرٌ: لَا يُعْتَقُ إِلَّا بِأَدَاءِ قِيَمَةِ نَفْسِهِ)، لِأَنَّ الْبَدَلَ فِي الْكِتَابَةِ الْفَاسِدَةِ (هُوَ الْقِيَمَةُ) كَمَا فِي الْبَيْعِ الْفَاسِدِ وَوَقَعَ فِي بَعْضِ نُسَخِ الْهُدَايَةِ إِلَّا بِأَدَاءِ قِيَمَةِ الْخَمْرِ، قِيلَ وَهُوَ مُخَالَفٌ لِعَامَّةِ رَوَايَاتِ الْكُتُبِ (وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يُعْتَقُ بِأَدَاءِ عَيْنِ الْخَمْرِ لِأَنَّهُ بَدَلٌ صُورَةٌ، وَيُعْتَقُ بِأَدَاءِ الْقِيَمَةِ أَيْضًا) قِيلَ أَيُّ بِأَدَاءِ قِيَمَةِ نَفْسِهِ (لِأَنَّهُ الْبَدَلُ مَعْنَى).

قَالَ فِي النِّهَايَةِ: وَهَذَا الْحُكْمُ الَّذِي ذَكَرَهُ هُوَ ظَاهِرُ الرَّوَايَةِ عِنْدَ عُلَمَائِنَا الثَّلَاثَةِ عَلَى مَا ذَكَرَهُ فِي الْمَبْسُوطِ وَالذَّخِيرَةِ، فَعَلَى هَذَا كَانَ مِنْ حَقِّهِ أَنْ لَا يَخْصَّ أَبَا يُوسُفَ وَأَنْ لَا يَذْكَرَ بِكَلِمَةٍ عَنْهُ. قُلْتُ: صَحِيحٌ إِنْ كَانَ الْأَلْفُ وَاللَّامُ فِي الْقِيَمَةِ بَدَلًا عَنْ نَفْسِهِ، وَأَمَّا إِذَا كَانَ بَدَلًا عَنْ الْخَمْرِ كَمَا ذَكَرَ فِي بَعْضِ الشُّرُوحِ فَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ غَيْرَ ظَاهِرِ الرَّوَايَةِ عَنْ أَبِي يُوسُفَ (وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ إِنَّمَا يُعْتَقُ بِأَدَاءِ عَيْنِ الْخَمْرِ إِذَا

قَالَ إِنَّ أَدَّتِيهَا فَأُتَتْ حُرٌّ لِأَنَّهُ حِينَئِذٍ يَكُونُ الْعِتْقُ بِوَاسِطَةِ حُصُولِ شَرْطٍ تَعْلُقُ بِهِ الْعِتْقُ وَصَارَ كَمَا إِذَا كَاتَبَ كِتَابَةً عَلَى مِئْتَةٍ أَوْ دَمٍ فَإِنَّهُ لَا يُعْتَقُ بِتَسْلِيمِ عَيْنِهِمَا إِلَّا إِذَا قَالَ إِنَّ أَدَّتِي إِلَى فَأُتَتْ حُرٌّ (وَجْهٌ ظَاهِرٌ الرَّوَايَةِ) وَهُوَ الْفَرْقُ بَيْنَ الْحَمْرِ وَالْمِئْتَةِ (أَنَّ الْحَمْرَ وَالْحَنْزِيرَ مَالٌ فِي الْجُمْلَةِ فَأَمَّا كَنَ اعْتِبَارُ مَعْنَى الْعَقْدِ فِيهِ، وَمُوجِبُهُ الْعِتْقُ عِنْدَ إِدَاءِ الْبَدَلِ الْمَشْرُوطِ، بِخِلَافِ الْمِئْتَةِ فَإِنَّهَا لَيْسَتْ بِمَالٍ أَصْلًا فَلَا يُمَكِّنُ اعْتِبَارُ مَعْنَى الْعَقْدِ فِيهِ فَاعْتَبِرَ فِيهِ مَعْنَى الشَّرْطِ وَذَلِكَ بِالتَّنْصِصِ عَلَيْهِ، وَإِذَا عَتَقَ بِأَدَاءِ عَيْنِ الْحَمْرِ لَزِمَهُ أَنْ يَسْعَى فِي قِيَمَتِهِ لِأَنَّهُ وَجِبَ عَلَيْهِ رَدُّ رَقَبَتِهِ لِفَسَادِ الْعَقْدِ، وَقَدْ تَعَذَّرَ الرَّدُّ بِالْعِتْقِ فَيَجِبُ رَدُّ قِيَمَتِهِ كَمَا فِي الْبَيْعِ الْفَاسِدِ إِذَا تَلَفَ الْمُبِيعُ، وَ) تَجِبُ الْقِيَمَةُ بِالْعَقْدِ مَا بَلَغَتْ (لَا يَنْقُصُ عَنْ الْمُسَمَّى وَيُزَادُ عَلَيْهِ لِأَنَّهُ عَقْدٌ فَاسِدٌ فَتَجِبُ الْقِيَمَةُ عِنْدَ هَلَاكِ الْمُبْدَلِ بِالْعَقْدِ مَا بَلَغَتْ، وَهَذَا) أَيْ وَجُوبُ الْقِيَمَةِ بِالْعَقْدِ مَا بَلَغَتْ (لَأَنَّ الْمَوْلَى مَا رَضِيَ بِالتَّقْصَانِ) سَوَاءً كَانَ فِي الْمُسَمَّى أَوْ فِي الْقِيَمَةِ لِأَنَّهُ يَخْرُجُ مِلْكُهُ فِي مُقَابَلَةِ بَدَلٍ فَلَا يَرْضَى بِالتَّقْصَانِ، لَأَنَّ بَعْدَ الْإِخْرَاجِ يَبْقَى مِلْكُهُ عَلَى مَا كَانَ فَلَا يَفُوتُ لَهُ شَيْءٌ (وَالْعَبْدُ رَضِيَ بِالزِّيَادَةِ) سَوَاءً كَانَتْ فِي الْقِيَمَةِ أَوْ فِي الْمُسَمَّى (كَيَّ لَا يَبْطُلُ حَقُّهُ فِي الْعِتْقِ أَصْلًا) فَإِنَّهُ إِنْ لَمْ يَرْضَ بِهَا يَمْتَنِعُ الْمَوْلَى عَنِ الْعَقْدِ فَيَفُوتُ بِهِ إِذْرَاكَ شَرَفِ الْحُرِّيَّةِ، وَلَعَلَّ التَّصَوُّرَ عَلَى هَذَا الْوَجْهِ يُسْقِطُ مَا قِيلَ اعْتِبَارُ الْقِيَمَةِ إِنَّمَا هُوَ بَعْدَ وَقُوعِ الْعِتْقِ بِأَدَاءِ عَيْنِ الْحَمْرِ فَكَيْفَ يُتَصَوَّرُ بَطْلَانُ حَقِّهِ فِي الْعِتْقِ أَصْلًا بَعْدَ الرِّضَا بِالزِّيَادَةِ، لَأَنَّ اعْتِبَارَ الزِّيَادَةِ وَالتَّقْصَانِ عَلَى مَا ذَكَرْنَا إِنَّمَا هُوَ عِنْدَ ابْتِدَاءِ الْعَقْدِ لَا فِي بَقَائِهِ (وَفِيمَا إِذَا كَاتَبَهُ عَلَى قِيَمَتِهِ يُعْتَقُ بِأَدَاءِ قِيَمَتِهِ لِأَنَّهُ هُوَ الْبَدَلُ، وَأَمَّا كَنَ اعْتِبَارُ مَعْنَى عَقْدِ الْكِتَابَةِ فِي الْقِيَمَةِ) لاسْتِحْقَاقِ الْمُسْلِمِ تَسْلَمَهُ، وَلَمْ يَذْكُرْ أَنَّ الْقِيَمَةَ بِمَاذَا تُعْرَفُ.

قِيلَ: تُعْرَفُ بِأَحَدِ أَمْرَيْنِ: إِمَّا أَنْ يَتَّصَادَفَا عَلَى أَنْ مَا أَدَّى قِيَمَتَهُ فَيُثْبِتُ كَوْنُ الْمُؤَدِّي قِيَمَتَهُ بِتَّصَادُفِهِمَا لِأَنَّ الْحَقَّ فِيمَا يَبْتَغِيهِمَا لَا يَعْلُوهُمَا فَصَارَ كَضَمَانِ الْعَصَبِ وَالْبَيْعِ الْفَاسِدِ. وَإِمَّا بِتَقْوِيمِ الْمُقَوِّمِينَ، فَإِنْ اتَّفَقَ الْاِثْنَانِ مِنْهُمَا عَلَى شَيْءٍ جُعِلَ ذَلِكَ قِيَمَةً لَهُ، وَإِنْ اخْتَلَفَا لَا يُعْتَقُ مَا لَمْ يُؤَدَّ أَقْصَى الْقِيَمَتَيْنِ، لَأَنَّ شَرْطَ الْعِتْقِ لَا يَثْبُتُ إِلَّا بِبَقْيَيْنِ. فَإِنْ قِيلَ: الْقِيَمَةُ مَجْهُولَةٌ فَكَانَ الْوَاجِبُ أَنْ يُقَيَّدَ الْبَطْلَانُ وَلَا يُعْتَقُ بِأَدَاءِ الْقِيَمَةِ. أَجَابَ بِقَوْلِهِ (وَأُتْرُ الْجَهَالَةُ فِي الْفَسَادِ) أَيْ لَا فِي الْبَطْلَانِ كَمَا فِي الْبَيْعِ فَإِنَّهَا تُفْسِدُهُ لَا تُبْطِلُهُ.

فَإِنْ قِيلَ: الْكِتَابَةُ عَلَى ثَوْبٍ كَالْكِتَابَةِ عَلَى قِيمَةِ الْعَبْدِ فَكَانَ يَنْبَغِي أَنْ يُعْتَقَ بِأَدَاءِ ثَوْبٍ كَمَا عَتَقَ بِأَدَاءِ الْقِيمَةِ. أَجَابَ بِقَوْلِهِ (بِخِلَافِ مَا إِذَا كَاتَبَهُ عَلَى ثَوْبٍ حَيْثُ لَا يُعْتَقُ بِأَدَاءِ ثَوْبٍ) وَتَقْرِيرُهُ: الثَّوْبُ عَوَضٌ وَالْعَوَضُ يَفْتَضِي أَنْ يَكُونَ مُرَادًا، وَالْمُطْلَقُ مِنْهُ لَيْسَ بِمَوْجُودٍ فِي الْخَارِجِ فَلَا يَكُونُ مُرَادًا، فَتَعَيَّنَ أَنْ يَكُونَ الْمُتَعَيَّنُ مُرَادًا، وَالْإِطْلَاقُ عَلَى ذَلِكَ مُتَعَذِّرٌ لِاخْتِلَافِ أَجْنَاسِهِ فَلَا يُعْتَقُ بِذَوْنِ إِرَادَتِهِ، بِخِلَافِ الْقِيمَةِ فَإِنَّهَا وَإِنْ كَانَتْ مَجْهُولَةً يُمْكِنُ اسْتِدْرَاكُ مُرَادِهِ بِتَقْوِيمِ الْمُقَوِّمِينَ.

فَإِنْ قُلْتُ: فَإِنْ أَدَّى الْقِيمَةَ فِيمَا إِذَا كَاتَبَهُ عَلَى ثَوْبٍ يُعْتَقُ أَوْ لَا؟ قُلْتُ: ذَكَرَ فِي الذَّخِيرَةِ أَنَّ الْأَصْلَ عِنْدَ عُلَمَائِنَا الثَّلَاثَةِ أَنَّ الْمُسَمَّى مَتَى كَانَ مَجْهُولَ الْقَدْرِ وَالْجِنْسِ فَإِنَّهُ لَا يُعْتَقُ الْعَبْدُ بِأَدَاءِ الْقِيمَةِ، وَلَا تُنْعَقُ هَذِهِ الْكِتَابَةُ أَصْلًا عَلَى الْمُسَمَّى وَلَا عَلَى الْقِيمَةِ.

قَالَ (وَكَذَلِكَ إِنْ كَاتَبَهُ عَلَى شَيْءٍ بَعَيْنِهِ لغيرِهِ لَمْ يَجُزْ) لِأَنَّهُ لَا يَقْدِرُ عَلَى تَسْلِيمِهِ. وَمُرَادُهُ شَيْءٌ يَتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِينِ، حَتَّى لَوْ قَالَ كَاتَبْتُكَ عَلَى هَذِهِ الْأَلْفِ الدَّرَاهِمِ وَهِيَ لغيرِهِ جَازَ لِأَنَّهَا لَا تَتَعَيَّنُ فِي الْمَعَاوِضَاتِ فَيَتَعَلَّقُ بِدَرَاهِمٍ دَيْنٍ فِي الذَّمِّ فَيَجُوزُ. وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله فِي رِوَايَةِ الْحَسَنِ أَنَّهُ يَجُوزُ، حَتَّى إِذَا مَلَكَهُ وَسَلَّمَهُ يُعْتَقُ، وَإِنْ عَجَزَ يُرَدُّ فِي الرِّقِّ لِأَنَّ الْمُسَمَّى مَالٌ وَالْقُدْرَةُ عَلَى التَّسْلِيمِ مَوْهُومٌ فَأَشْبَهَ الصَّدَاقَ.

قُلْنَا: إِنْ الْعَيْنُ فِي الْمَعَاوِضَاتِ مَعْقُودٌ عَلَيْهِ وَالْقُدْرَةُ عَلَى الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ شَرْطٌ لِلصَّحَّةِ إِذَا كَانَ الْعَقْدُ يَحْتَمِلُ الْفَسْخَ كَمَا فِي الْبَيْعِ، بِخِلَافِ الصَّدَاقِ فِي النِّكَاحِ لِأَنَّ الْقُدْرَةَ عَلَى مَا هُوَ الْمَقْصُودُ بِالنِّكَاحِ لَيْسَ بِشَرْطٍ، فَعَلَى مَا هُوَ تَابِعٌ فِيهِ أَوَّلَى. فَلَوْ أَجَازَ صَاحِبُ الْعَيْنِ ذَلِكَ فَغَنَ مُحَمَّدٌ أَنَّهُ يَجُوزُ لِأَنَّهُ يَجُوزُ الْبَيْعُ عِنْدَ الْإِجَازَةِ فَالْكِتَابَةُ أَوَّلَى.

وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ اعْتِبَارًا بِحَالِ عَدَمِ الْإِجَازَةِ عَلَى مَا قَالَ فِي الْكِتَابِ، وَالْجَامِعُ أَنَّهُ لَا يُفِيدُ مِلْكَ الْمَكْسَبِ وَهُوَ الْمَقْصُودُ لِأَنَّهَا تَنْتَبِثُ لِلْحَاجَةِ إِلَى الْأَدَاءِ مِنْهَا وَلَا حَاجَةَ فِيمَا إِذَا كَانَ الْبَدَلُ عَيْنًا مُعَيَّنًا، وَالْمَسَائِلُ فِيهِ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يَجُوزُ أَجَازَ ذَلِكَ أَوْ لَمْ يَجُزْ، غَيْرَ أَنَّهُ عِنْدَ الْإِجَازَةِ يَحِبُّ تَسْلِيمُ عَيْنِهِ، وَعِنْدَ عَدَمِهَا يَحِبُّ تَسْلِيمُ قِيمَتِهِ كَمَا فِي النِّكَاحِ، وَالْجَامِعُ بَيْنَهُمَا صِحَّةُ التَّسْمِيَةِ لِكُونِهِ مَالًا، وَلَوْ مَلَكَ الْمَكَاتِبَ ذَلِكَ الْعَيْنَ، فَغَنَ أَبِي حَنِيفَةَ رَوَاهُ أَبُو يُوسُفَ أَنَّهُ إِذَا آدَاهُ لَا يُعْتَقُ، وَعَلَى هَذِهِ الرِّوَايَةِ لَمْ يَنْعَقِدِ الْعَقْدُ إِلَّا إِذَا قَالَ لَهُ إِذَا آدَيْتَ إِلَيَّ فَأَنْتَ حُرٌّ فَحِينَئِذٍ يُعْتَقُ بِحُكْمِ الشَّرْطِ، وَهَكَذَا

عَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ. وَعَنْهُ أَنَّهُ يُعْتَقُ قَالَ ذَلِكَ أَوْ لَمْ يَقُلْ، لِأَنَّ الْعَقْدَ يَنْعَقِدُ مَعَ الْفَسَادِ لَكُونَ الْمُسَمَّى مَا لَا فَيُعْتَقُ بِإِدَاءِ الْمَشْرُوطِ.

وَلَوْ كَاتَبَهُ عَلَى عَيْنٍ فِي يَدِ الْمَكَاتِبِ فَفِيهِ رَوَايَتَانِ، وَهِيَ مَسْأَلَةُ الْكِتَابَةِ عَلَى الْأَعْيَانِ، وَقَدْ عُرِفَ ذَلِكَ فِي الْأَصْلِ، وَقَدْ ذَكَرْنَا وَجْهَ الرِّوَايَتَيْنِ فِي كِفَايَةِ الْمُنْتَهَى.

الشرح:

قَالَ (وَكَذَلِكَ إِنْ كَاتَبَهُ عَلَى شَيْءٍ بَعَيْنِهِ لغيره لَمْ يَجُزْ) إِذَا كَاتَبَ عَبْدُهُ عَلَى شَيْءٍ هُوَ لغيره فَإِمَّا أَنْ يَتَّعِينَ بِالتَّعِينِ كَالْفَرَسِ وَالْعَبْدِ أَوْ لَا كَالْتَقُودِ، فَإِنَّهُ تَعَيَّنَ فَإِمَّا أَنْ يُجِزَّهُ أَوْ لَا، فَإِنْ لَمْ يُجِزَّهُ فَإِمَّا أَنْ يَمْلِكُهُ الْمَكَاتِبُ بِسَبَبٍ وَأَدَّاهُ إِلَى الْمَوْلَى أَوْ لَا، فَذَلِكَ أَرْبَعَةٌ أَوْجُهُ، فَإِنْ لَمْ يَتَّعِينَ بِالتَّعِينِ كَمَا لَوْ قَالَ كَاتِبُكَ عَلَى هَذِهِ الْأَلْفِ مِنَ الدَّرَاهِمِ وَهِيَ لغيره جَازَ لِأَنَّهَا لَا تَتَّعِينَ فِي الْمَعَاوَضَاتِ فَتَعْلُقُ بِدَرَاهِمِ فِي الذِّمَّةِ، وَإِنْ تَتَّعِينَ بِهِ وَلَمْ يُجِزَّهُ وَلَمْ يَمْلِكْهُ لَمْ تَجُزِ الْكِتَابَةُ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ.

وَرَوَى الْحَسَنُ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ يَجُوزُ، حَتَّى إِذَا مَلَكَهُ وَسَلَّمَهُ عَتَقَ، وَإِنْ عَجَزَ يُرَدُّ رَقِيقًا لِأَنَّ الْمُسَمَّى مَالٌ وَالْقُدْرَةُ عَلَى التَّسْلِيمِ مَوْهُومٌ، فَأَشْبَهَ مَا إِذَا تَزَوَّجَ امْرَأَةً عَلَى عَبْدٍ غَيْرِهِ فَإِنَّ التَّسْمِيَةَ صَحِيحَةٌ، حَتَّى لَوْ لَمْ يُجِزِ الْمَالِكُ رَجَعَتْ عَلَى الزَّوْجِ بِقِيَمَةِ الْعَبْدِ لَا بِمَهْرِ الْمِثْلِ، وَلَوْ فَسَدَتْ لَرَجَعَتْ بِهِ، وَالْجَامِعُ كَوْنُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَوْضٌ مَا لَيْسَ بِمَالٍ. وَوَجْهُ الظَّاهِرِ أَنَّ الْعَيْنَ فِي الْمَعَاوَضَاتِ مَعْقُودٌ عَلَيْهِ، وَالْمَعْقُودُ عَلَيْهِ الْقُدْرَةُ عَلَيْهِ شَرْطُ الصَّحَّةِ إِذَا كَانَ الْعَقْدُ يَحْتَمِلُ الْفَسْخَ كَمَا فِي الْبَيْعِ. فَإِنْ قِيلَ: قَدْ تَقَدَّمَ أَنْ لِبَدَلِ الْكِتَابَةِ حُكْمُ الثَّمَنِ فِي الْبَيْعِ حَتَّى كَانَ ذَلِكَ مَبْنًى جَوَازِ الْكِتَابَةِ الْحَالَةِ وَالثَّمَنِ مَعْقُودٌ بِهِ لَا مَعْقُودٌ عَلَيْهِ فَلَا تَكُونُ الْقُدْرَةُ عَلَيْهِ شَرْطًا.

فَالْجَوَابُ أَنَّ ذَلِكَ إِذَا كَانَ مِنَ التَّقْوِدِ، وَلَيْسَ الْكَلَامُ فِيهَا وَإِمَّا هُوَ فِي الْعَيْنِ فَيَصِيرُ عَقْدُ الْكِتَابَةِ بِمَنْزِلَةِ الْمُقَابِضَةِ فَيَصِيرُ لِلْبَدَلِ حُكْمُ الْمَبِيعِ فَيَشْتَرِطُ الْقُدْرَةُ عَلَيْهِ (قَوْلُهُ بِخِلَافِ الصَّدَاقِ فِي النِّكَاحِ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ فَأَشْبَهَ الصَّدَاقَ، وَذَلِكَ لِأَنَّ الْقُدْرَةَ عَلَى مَا هُوَ الْمَقْصُودُ بِالنِّكَاحِ وَهُوَ التَّوَالُدُ وَالتَّنَاسُلُ. وَقَالَ فِي النِّهَايَةِ: مَنَافِعُ الْبُضْعِ لَيْسَ بِشَرْطٍ لْجَوَازِ نِكَاحِ الرُّضِيعَةِ، فَعَلَى مَا هُوَ تَابِعٌ وَهُوَ الصَّدَاقُ أَوَّلَى.

وَهَذَا الْجَوَابُ عَلَى طَرِيقَةِ تَخْصِصِ الْعِلَلِ وَتَخْلُصِهِ مَعْلُومٌ (وَإِنْ أَجَازَ صَاحِبُ

الْعَيْنِ ذَلِكَ فَعَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ يَجُوزُ لِأَنَّ الْبَيْعَ يَجُوزُ عِنْدَ الْإِجَازَةِ فَإِنْ اشْتَرَى شَيْئًا بِمَالٍ الْغَيْرِ فَأَجَازَ صَاحِبُ الْمَالِ جَازَ فَالْكِتَابَةُ أُولَى، مَبْنَاهَا عَلَى الْمُسَامَحَةِ، وَقِيلَ لَأَنَّهَا لَا تَفْسُدُ بِالشَّرْطِ الْفَاسِدِ، بِخِلَافِ الْبَيْعِ فَصَارَ صَاحِبُ الْمَالِ مُقْرِضًا الْمَالَ مِنَ الْعَبْدِ فَتَصِيرُ الْعَيْنُ مِنْ أَكْسَابِهِ (وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ اعْتِبَارًا بِحَالِ عَدَمِ الْإِجَازَةِ عَلَى مَا قَالَ فِي الْكِتَابِ) أَيْ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ أَشَارَ بِهِ إِلَى قَوْلِهِ وَكَذَلِكَ إِنْ كَاتَبَهُ عَلَى شَيْءٍ بَعَيْنِهِ لغيره (وَالْجَامِعُ) يَبَيِّنُ مَا أَجَازَهُ الْمَالِكُ وَيَبَيِّنُ مَا لَمْ يُجْزِهِ (أَنَّ عَقْدَ الْكِتَابَةِ) فِيمَا نَحْنُ فِيهِ (لَا يُفِيدُ مِلْكَ الْمَكَاسِبِ الَّذِي هُوَ الْمَقْصُودُ مِنَ الْكِتَابَةِ، لِأَنَّهُ) أَيْ مِلْكَ الْمَكَاسِبِ وَفِي بَعْضِ النُّسخِ: لَأَنَّهَا أَيْ الْمَكَاسِبَ لَكِنْ لَا بُدَّ مِنْ تَقْدِيرِ مُضَافٍ (يُثْبِتُ لِلْحَاجَةِ إِلَى الْأَدَاءِ مِنْهَا، وَلَا حَاجَةَ إِلَى الْأَدَاءِ مِنْهَا فِيمَا إِذَا كَانَ الْبَدَلُ عَيْنًا مُعَيَّنَةً لغيره، وَالْمَسْأَلَةُ فِيهِ) أَيْ فَرَضُ الْمَسْأَلَةِ فِي ذَلِكَ (عَلَى مَا يَبَيِّنُهُ) أَنْ مُرَادَهُ شَيْءٌ يَتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِينِ.

(وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يَجُوزُ أَجَازَ ذَلِكَ أَوْ لَمْ يُجْزَ، غَيْرَ أَنَّهُ إِذَا أَجَازَ وَجَبَ تَسْلِيمُ عَيْنِهِ، وَإِذَا لَمْ يُجْزَ وَجَبَ تَسْلِيمُ قِيمَتِهِ كَمَا فِي النِّكَاحِ، وَالْجَامِعُ صِحَّةُ التَّسْمِيَةِ لِيَكُونَ الْمُسَمَّى مَالًا وَإِنْ لَمْ يُجْزَ لَكِنْ مِلْكَ الْمُكَاتَّبِ الْعَيْنِ) بِسَبَبٍ وَأَدَّاهُ (فَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَوَاهُ أَبُو يُوسُفَ عَنْهُ وَرَوَى عَنْ أَبِي يُوسُفَ أَيْضًا أَنَّهُ لَا يُعْتَقُ وَعَلَى هَذِهِ الرَّوَايَةِ لَمْ يَنْتَقِدِ الْعَقْدُ) وَهُوَ ظَاهِرُ الرَّوَايَةِ (إِلَّا إِذَا قَالَ لَهُ إِذَا أَدَّيْتُ إِلَيَّ فَأَنْتَ حُرٌّ فَحِينَئِذٍ يُعْتَقُ بِحُكْمِ الشَّرْطِ وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يُعْتَقُ قَالَ ذَلِكَ أَوْ لَمْ يَقُلْ، لِأَنَّ الْعَقْدَ يَنْتَقِدُ مَعَ الْفَسَادِ لَكُونَ الْمُسَمَّى مَالًا فَيُعْتَقُ بِأَدَاءِ الْمَشْرُوطِ، وَإِنْ كَاتَبَهُ عَلَى عَيْنٍ مُعَيَّنَةٍ (فِي يَدِ الْمُكَاتَّبِ) سِوَى التَّقْوَدِ (فَفِيهِ رَوَايَتَانِ) فِي رِوَايَةِ كِتَابِ الشَّرْبِ يَجُوزُ، وَفِي رِوَايَةِ آخِرِ كِتَابِ الْمُكَاتَّبِ لَا يَجُوزُ (وَهِيَ مَسْأَلَةُ الْكِتَابَةِ عَلَى الْأَعْيَانِ) وَهِيَ الَّتِي ذَكَرْتُ فِي قَوْلِهِ وَكَذَلِكَ إِنْ كَاتَبَهُ عَلَى شَيْءٍ بَعَيْنِهِ لغيره (وَقَدْ ذَكَرْنَا وَجْهَ الرَّوَايَتَيْنِ فِي كِفَايَةِ الْمُتَّهَى) وَلَمْ نَذْكُرْ هَاهُنَا لَطُولَهُ. وَذَكَرَهُ بَعْضُ الشَّارِحِينَ عَلَى وَجْهِ الْإِخْتِصَارِ فَقَالَ: وَجْهُ رِوَايَةِ الْحَوَازِ أَنَّهُ كَاتَبَهُ عَلَى مَالٍ مَعْلُومٍ مَقْدُورِ التَّسْلِيمِ فَيَجُوزُ.

وَوَجْهُ عَدَمِهِ أَنْ كَسَبَ الْعَبْدُ حَالَ الْكِتَابَةِ مِلْكَ الْمَوْلَى فَصَارَ كَمَا إِذَا كَاتَبَهُ عَلَى عَيْنٍ مِنْ أَعْيَانِ مَالِهِ وَأَنَّهُ لَا يَجُوزُ، وَإِنَّمَا قُلْنَا سِوَى التَّقْوَدِ لِأَنَّهُ لَوْ كَاتَبَهُ عَلَى دَرَاهِمٍ أَوْ دَنَانِيرٍ فِي يَدِ الْعَبْدِ بَأَنْ كَانَ مَادُونًا فِي التِّجَارَةِ وَانْكَسَبَ جَازَتْ الْكِتَابَةُ بِاتِّفَاقٍ

الرَّوَايَاتِ، لِأَنَّهَا إِذَا لَمْ تَتَّعِنْ كَانَتْ الْكِتَابَةُ عَلَيْهَا كَالْكِتَابَةِ عَلَى ذَرَاهِمٍ مُطْلَقَةً وَهِيَ جَائِزَةٌ.

قَالَ (وَإِذَا كَاتَبَهُ عَلَى مِائَةِ دِينَارٍ عَلَى أَنْ يَرُدَّ الْمَوْلَى عَلَيْهِ عَبْدًا بِغَيْرِ عَيْنِهِ) فَالْكِتَابَةُ فَاسِدَةٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: هِيَ جَائِزَةٌ، وَيُقَسَّمُ الْمِائَةُ الدِّينَارِ عَلَى قِيمَةِ الْمُكَاتَبِ وَعَلَى قِيمَةِ عَبْدٍ وَسَطٍ فَيَبْطُلُ مِنْهَا حِصَّةُ الْعَبْدِ فَيَكُونُ مُكَاتَبًا بِمَا بَقِيَ لِأَنَّ الْعَبْدَ الْمُطْلَقَ يَصْلُحُ بِدَلِّ الْكِتَابَةِ وَيَنْصَرِفُ إِلَى الْوَسْطِ، فَكَذَا يَصْلُحُ مُسْتَتْنَى مِنْهُ وَهُوَ الْأَصْلُ فِي أَبْدَالِ الْعُقُودِ. وَلَهُمَا أَنَّهُ لَا يُسْتَتْنَى الْعَبْدُ مِنَ الدَّانِيَرِ، وَإِنَّمَا تُسْتَتْنَى قِيمَتُهُ وَالْقِيمَةُ لَا تَصْلُحُ بَدَلًا فَكَذَلِكَ مُسْتَتْنَى.

الشرح:

قَالَ (وَإِذَا كَاتَبَهُ عَلَى مِائَةِ دِينَارٍ إلخ) وَإِذَا كَاتَبَهُ عَلَى مِائَةِ دِينَارٍ عَلَى أَنْ يَرُدَّ عَلَيْهِ عَبْدًا بِغَيْرِ عَيْنِهِ فَالْكِتَابَةُ فَاسِدَةٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: هِيَ جَائِزَةٌ، وَيُقَسَّمُ الْمِائَةُ دِينَارٍ عَلَى قِيمَةِ الْمُكَاتَبِ وَقِيمَةِ عَبْدٍ وَسَطٍ، وَيَبْطُلُ مِنْهَا حِصَّةُ الْعَبْدِ وَيَكُونُ مُكَاتَبًا بِمَا بَقِيَ، لِأَنَّ الْعَبْدَ الْمُطْلَقَ يَصْلُحُ بَدَلًا لِلْكِتَابَةِ وَيَنْصَرِفُ إِلَى الْوَسْطِ، وَهَذَا بِالِاتِّفَاقِ، وَكُلُّ مَا صْلَحَ بَدَلًا صْلَحَ مُسْتَتْنَى مِنَ الْبَدَلِ وَهُوَ الْأَصْلُ فِي أَبْدَالِ الْعُقُودِ. وَقَالَا بِالْمُوجِبِ: أَيُّ هَذَا الْأَصْلُ مُسَلَّمٌ، وَلَكِنْ فِيمَا صَحَّ الْاسْتِثْنَاءُ، وَاسْتِثْنَاءُ الْعَبْدِ عَيْنُهُ مِنَ الذَّرَاهِمِ غَيْرُ صَحِيحٍ. وَإِنَّمَا يَصَحُّ بِاعْتِبَارِ قِيمَتِهِ وَهِيَ لَا تَصْلُحُ بَدَلًا لَتَفَاحُشِ الْجَهَالَةِ مِنْ حَيْثُ الْجِنْسُ وَالْقَدْرُ وَالْوَصْفُ.

قَالَ (وَإِذَا كَاتَبَهُ عَلَى حَيَوَانٍ غَيْرِ مَوْصُوفٍ فَالْكِتَابَةُ جَائِزَةٌ) مَعْنَاهُ أَنْ يُبَيِّنَ الْجِنْسَ وَلَا يُبَيِّنَ النُّوعَ وَالصِّفَةَ (وَيَنْصَرِفُ إِلَى الْوَسْطِ وَيُجْبَرُ عَلَى قَبُولِ الْقِيمَةِ) وَقَدْ مَرَّ فِي النَّكَاحِ، أَمَّا إِذَا لَمْ يُبَيِّنَ الْجِنْسَ مِثْلَ أَنْ يَقُولَ دَابَّةً لَا يَجُوزُ لِأَنَّهُ يَشْمَلُ أَجْنَاسًا مُخْتَلَفَةً فَتَتَفَاحُشُ الْجَهَالَةُ، وَإِذَا بَيَّنَّ الْجِنْسَ كَالْعَبْدِ وَالْوَصِيفِ فَالْجَهَالَةُ يَسِيرَةٌ وَمِثْلُهَا يُتَحَمَّلُ فِي الْكِتَابَةِ فَتُعْتَبَرُ جَهَالَةُ الْبَدَلِ بِجَهَالَةِ الْأَجَلِ فِيهِ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَا يَجُوزُ، وَهُوَ الْقِيَاسُ لِأَنَّهُ مُعَاوَضَةٌ فَأَشْبَهَ الْبَيْعَ. وَلَنَا أَنَّهُ مُعَاوَضَةٌ مَالٍ بِغَيْرِ مَالٍ أَوْ بِمَالٍ لَكِنْ عَلَى وَجْهِ يَسْقُطُ الْمَلِكُ فِيهِ فَأَشْبَهَ النَّكَاحَ، وَالْجَامِعُ أَنَّهُ يُبْتَنَى عَلَى الْمُسَامَحَةِ، بِخِلَافِ الْبَيْعِ لِأَنَّهُ مَبْنِيٌّ عَلَى الْمَمَاسَّةِ.

الشرح:

(وَإِذَا كَاتِبُهُ عَلَى حَيَوَانَ وَيَيْنَ جِنْسُهُ) كَالْعَبْدِ وَالْفَرَسِ (وَلَمْ يُبَيِّنِ النَّوعَ) أَنَّهُ تُرْكِيٌّ أَوْ هِنْدِيٌّ (وَلَا الْوَصْفَ) أَنَّهُ جَيِّدٌ أَوْ رَدِيءٌ (جَازَتْ وَيَنْصَرِفُ إِلَى الْوَسْطِ) مِنْ ذَلِكَ الْجِنْسِ. وَقَدَّرَهُ أَبُو حَنِيفَةَ فِي الْعَبْدِ بِمَا قِيمَتُهُ أَرْبَعُونَ دِرْهَمًا، وَقَالَا: هُوَ عَلَى قَدْرِ غَلَاءِ السَّعْرِ وَرُخْصِهِ، وَلَا يُنْظَرُ فِي قِيمَةِ الْوَسْطِ إِلَى قِيمَةِ الْمُكَاتَّبِ لِأَنَّ عَقْدَ الْكِتَابَةِ عَقْدُ إِرْفَاقٍ، فَالظَّاهِرُ أَنَّ يَكُونُ الْبَدْلُ عَلَى أَقَلِّ مِنْ قِيمَةِ الْمُكَاتَّبِ، وَإِنَّمَا يَنْصَرِفُ إِلَى الْوَسْطِ لِأَنَّ الْأَصْلَ فِي الْحَيَوَانَ الْمَجْهُولِ إِذَا ثَبَتَ فِي الذِّمَّةِ أَنْ يَنْصَرِفَ إِلَى الْوَسْطِ كَمَا فِي الرِّكَاءَةِ وَالذِّئْبَةِ، وَالْوَسْطُ فِيهِ نَظَرٌ لِلجَانِبَيْنِ (وَيُجْبَرُ عَلَى قَبُولِ الْقِيَمَةِ) لِأَنَّهُ قَضَاءٌ فِي مَعْنَى الْأَدَاءِ عَلَى مَا عُرِفَ فِي الْأَصُولِ لِأَنَّهَا أَصْلٌ مِنْ حَيْثُ إِنَّ الْبَدْلَ يُعْرَفُ بِهَا (وَقَدْ مَرَّ فِي النِّكَاحِ) فَصَارَ كَأَنَّهُ أَتَى بِعَيْنِ الْمُسَمَّى (وَإِنَّمَا صَحَّ الْعَقْدُ مَعَ الْجَهَالَةِ لِأَنَّهَا يَسِيرَةٌ، وَمِثْلُهَا يُتَحَمَّلُ فِي الْكِتَابَةِ) لِأَنَّ مِنْهَا عَلَى الْمُسَاهَلَةِ (فَتُعْتَبَرُ جَهَالَةُ الْبَدْلِ لَجَهَالَةِ الْأَجَلِ فِيهِ) حَتَّى لَوْ قَالَ: كَاتِبَتُكَ إِلَى الْحَصَادِ أَوْ الدِّبَاسِ أَوْ الْقِطَافِ صَحَّتْ الْكِتَابَةُ، وَقَدْ ثَبَتَ أَنَّ ابْنَ عُمَرَ أَجَازَ الْكِتَابَةَ عَلَى الْوُصْفَاءِ وَهُوَ جَمْعٌ وَصِيفٌ وَهُوَ الْعَبْدُ لِلْخِدْمَةِ.

(وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا يَجُوزُ وَهُوَ الْقِيَاسُ لِأَنَّهُ مُعَاوَضَةٌ فَأَشْبَهَ الْبَيْعَ) فِي أَنَّ تَسْمِيَةَ الْبَدْلِ شَرْطٌ فِيهَا كَمَا هِيَ شَرْطٌ فِيهِ، وَالْبَيْعُ مَعَ الْبَدْلِ الْمَجْهُولِ أَوْ الْأَجَلِ الْمَجْهُولِ لَا يَجُوزُ، فَكَذَا الْكِتَابَةُ. وَلَنَا أَنَّ هَذَا قِيَاسٌ فَاسِدٌ لِأَنَّ قِيَاسَ الْكِتَابَةِ عَلَى الْبَيْعِ إِمَّا أَنْ يَكُونَ مِنْ حَيْثُ ابْتِدَآؤُهَا أَوْ مِنْ حَيْثُ الْإِنْتِهَاءِ، وَالْأَوَّلُ لَا يَصِحُّ لِأَنَّ الْبَيْعَ مُعَاوَضَةٌ مَالٍ بِمَالٍ، وَالْكِتَابَةُ مُعَاوَضَةٌ مَالٍ بِغَيْرِ مَالٍ لِأَنَّهَا فِي مُقَابَلَةِ فَكِّ الْحَجَرِ فِي الْإِبْتِدَاءِ، وَكَذَلِكَ الثَّانِي لِأَنَّهَا وَإِنْ كَانَتْ فِي الْإِنْتِهَاءِ مُعَاوَضَةٌ مَالٍ بِمَالٍ وَهُوَ الرِّقَبَةُ لَكِنْ عَلَى وَجْهِ ثَبُتِ الْمَلِكُ فِيهِ فَأَشْبَهَ النِّكَاحَ فِي الْإِنْتِهَاءِ، وَفِي أَنَّ مَبْتَى كُلِّ مِنْهُمَا عَلَى الْمُسَامَحَةِ، وَهَذَا الْمِقْدَارُ كَافٍ فِي الْحَاقِقِ بِالنِّكَاحِ.

وَقَوْلُهُ بِخِلَافِ الْبَيْعِ لِأَنَّهُ مَبْنِيٌّ عَلَى الْمَاكَسَةِ زِيَادَةً اسْتَظْهَرَ، وَإِنْ لَمْ يُبَيِّنْ جِنْسَهُ مِثْلُ أَنْ يَقُولَ ذَابَّةٌ أَوْ تَوْبٌ لَمْ تَجْزِ الْكِتَابَةُ لِأَنَّهَا تَشْمَلُ أَجْنَاسًا، وَكَذَلِكَ الثَّوْبُ لَتَفَاحُشِ الْجَهَالَةِ. وَاعْتَرِضَ عَلَى الْمُصَنِّفِ بِأَنَّ شُمُولَ اللَّفْظِ لِلْأَجْنَاسِ لَوْ مَنَعَ الْجَوَازَ لَمَا جَازَتْ فِيمَا إِذَا كَاتِبَ عَلَى عَبْدٍ، لِأَنَّ الْمُصَنِّفَ ذَكَرَ فِي كِتَابِ الْوَكَالَةِ أَنَّ الْعَبْدَ يَتَنَوَّلُ

أَجْنَسًا وَلِهَذَا لَمْ يُجَوِّزِ التَّوَكِيلُ بِشِرَاءِ الْعَبْدِ. وَالْجَوَابُ أَنَّ اللَّفْظَ إِنْ شَمِلَ أَجْنَسًا غَالِيَةً كَالدَّابَّةِ مَثَلًا أَوْ مُتَوَسِّطَةً كَالْمَرْكُوبِ مَنَعَ الْجَوَازَ مُطْلَقًا فِي الْوَكَالَةِ وَالْكِتَابَةِ وَالنِّكَاحِ وَالْبَيْعِ وَغَيْرِهَا، وَإِنْ شَمِلَ أَجْنَسًا سَافِلَةً كَالْعَبْدِ مَنَعَهُ فِيمَا بُنِيَ عَلَى الْمُمَاكَسَةِ كَالْبَيْعِ وَالْوَكَالَةِ لَا فِيمَا بُنِيَ عَلَى الْمُسَامَحَةِ كَالْكِتَابَةِ وَالنِّكَاحِ.

قَالَ (وَإِذَا كَاتَبَ النَّصْرَانِيُّ عَبْدَهُ عَلَى خَمْرٍ فَهُوَ جَائِزٌ) مَعْنَاهُ إِذَا كَانَ مِقْدَارًا مَعْلُومًا وَالْعَبْدُ كَافِرًا لِأَنَّهَا مَالٌ فِي حَقِّهِمْ بِمَنْزِلَةِ الْخَلِّ فِي حَقِّنَا (وَأَيُّهُمَا أَسْلَمَ فَلِلْمَوْلَى قِيَمَةُ الْخَمْرِ) لِأَنَّ الْمُسْلِمَ مَمْنُوعٌ عَنْ تَمْلِيكِ الْخَمْرِ وَتَمْلِكُهَا، وَفِي التَّسْلِيمِ ذَلِكَ إِذَا الْخَمْرُ غَيْرُ مُعَيَّنٍ فَيَعْجَزُ عَنْ تَسْلِيمِ الْبَدَلِ فَيَجِبُ عَلَيْهِ قِيَمَتُهَا، وَهَذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا تَبَاعَ الذَّمِّيَانِ خَمْرًا ثُمَّ أَسْلَمَ أَحَدُهُمَا حَيْثُ يَفْسُدُ الْبَيْعُ عَلَى مَا قَالَهُ الْبَعْضُ، لِأَنَّ الْقِيَمَةَ تَصْلُحُ بَدَلًا فِي الْكِتَابَةِ فِي الْجُمْلَةِ، فَإِنَّهُ لَوْ كَاتَبَ عَلَى وَصِيفٍ وَآتَى بِالْقِيَمَةِ يُجْبَرُ عَلَى الْقَبُولِ فَجَازَ أَنْ يَبْقَى الْعَقْدُ عَلَى الْقِيَمَةِ، فَأَمَّا الْبَيْعُ فَلَا يَنْعَقِدُ صَحِيحًا عَلَى الْقِيَمَةِ فَاهْتَرَقَا.

قَالَ (وَإِذَا قَبَضَهَا عَتَقَ) لِأَنَّ فِي الْكِتَابَةِ مَعْنَى الْمُعَاوَضَةِ. فَإِذَا وَصَلَ أَحَدُ الْعَوَاضِينَ إِلَى الْمَوْلَى سَلَّمَ الْعَوَاضَ الْآخَرَ لِلْعَبْدِ وَذَلِكَ بِالْعَتَقِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ الْعَبْدُ مُسْلِمًا حَيْثُ لَمْ تَجْزِ الْكِتَابَةُ لِأَنَّ الْمُسْلِمَ لَيْسَ مِنْ أَهْلِ التَّزَامِ الْخَمْرِ، وَلَوْ أَدَاهَا عَتَقَ وَقَدْ بَيَّنَّاهُ مِنْ قَبْلُ. وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

الشرح:

قَالَ (وَإِذَا كَاتَبَ النَّصْرَانِيُّ عَبْدَهُ إلخ) وَإِذَا كَاتَبَ النَّصْرَانِيُّ عَبْدَهُ الْكَافِرَ عَلَى مِقْدَارٍ مِنَ الْخَمْرِ جَازَ، لِأَنَّ الْخَمْرَ فِي حَقِّهِمْ كَالْخَلِّ فِي حَقِّنَا، وَأَيُّهُمَا أَسْلَمَ فَلِلْمَوْلَى قِيَمَةُ الْخَمْرِ لِأَنَّ الْمُسْلِمَ مَمْنُوعٌ مِنْ تَمْلِيكِ الْخَمْرِ وَتَمْلِكُهَا. وَفِي التَّسْلِيمِ تَمْلِيكِ الْخَمْرِ لِأَنَّ الْفَرَضَ أَنَّ الْخَمْرَ غَيْرُ مُعَيَّنَةٍ فَلَمْ يَثْبُتْ الْمِلْكُ فِيهَا بِنَفْسِ الْعَقْدِ بَلْ بِالتَّسْلِيمِ. بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَتْ مُعَيَّنَةً فَإِنَّ الْمِلْكَ يَثْبُتُ فِيهَا بِمُجَرَّدِ عَقْدِ الْكِتَابَةِ، وَالتَّسْلِيمُ نَقْلٌ مِنْ يَدٍ إِلَى يَدٍ، وَالْمُسْلِمُ غَيْرُ مَمْنُوعٍ مِنْ نَقْلِ الْيَدِ. كَمَا إِذَا غَضَبَ الْمُسْلِمُ مِنَ الذَّمِّيِّ خَمْرًا ثُمَّ أَسْلَمَ الذَّمِّيُّ فَإِنَّهُ لَا يُمْنَعُ مِنْ اسْتِرْدَادِ خَمْرِهِ مِنْ يَدِ الْعَاصِبِ.

وَإِذَا كَانَ مَمْنُوعًا مِنَ التَّسْلِيمِ فَقَدْ عَجَزَ عَنْ تَسْلِيمِ الْبَدَلِ فَيَجِبُ عَلَيْهِ قِيَمَتُهُ،

وَهَذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا تَبَايَعَ الذَّمِّيَانِ خَمْرًا ثُمَّ أَسْلَمَ أَحَدُهُمَا حَيْثُ يَفْسُدُ الْبَيْعُ عَلَى مَا قَالَهُ الْبَعْضُ، لِأَنَّ الْعَجْزَ كَمَا وَقَعَ عَنْ تَسْلِيمِ الْمُسَمَّى وَقَعَ عَنْ قِيَمَتِهِ، لِأَنَّ قِيَمَةَ الْمُسَمَّى لَا تَصْلُحُ عَوْضًا فِي الْبَيْعِ بِحَالٍ فَفَسَدَ وَتَصْلَحُ فِي الْكِتَابَةِ فِي الْجُمْلَةِ. فَإِنَّهُ لَوْ كَاتَبَ عَلَى وَصِيفٍ: أَيُّ عَبْدٍ لِلْخِدْمَةِ وَأَتَى بِالْقِيَمَةِ يُجْبَرُ عَلَى الْقَبُولِ فَجَازَ أَنْ يَبْقَى الْعَقْدُ عَلَى الْقِيَمَةِ لِأَنَّ الْبَقَاءَ أَسْهَلُ مِنَ الْإِبْتِدَاءِ، وَإِنَّمَا قِيدَ بِقَوْلِهِ عَلَى مَا قَالَهُ الْبَعْضُ لِأَنَّ بَعْضَ الْمَشَائِخِ قَالَ: يَتَّبِعِي أَنْ يَكُونَ الْجَوَابُ فِي الْبَيْعِ كَالْجَوَابِ فِي الْكِتَابَةِ مَعْنَى.

وَالرُّوَايَةُ فِي الْكِتَابَةِ رِوَايَةٌ فِي الْبَيْعِ. قَالَ (وَإِذَا قَبَضَ الْمَوْلَى قِيَمَةَ الْخَمْرِ عَتَقَ لِأَنَّ فِي الْكِتَابَةِ مَعْنَى الْمَعَاوِضَةِ، فَإِذَا وَصَلَ أَحَدُ الْعَوْضَيْنِ إِلَى الْمَوْلَى سَلَّمَ الْعَوْضَ الْآخَرَ لِلْعَبْدِ وَذَلِكَ بِالْعِتْقِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ الْعَبْدُ مُسْلِمًا حَيْثُ لَمْ تُجْزَ الْكِتَابَةُ، لِأَنَّ الْمُسْلِمَ لَيْسَ مِنْ أَهْلِ التَّرَامِ الْخَمْرِ، وَلَوْ أَدَّى الْخَمْرَ عَتَقَ لَمَّا بَيَّنَّا فِي أَوَّلِ هَذَا الْفَصْلِ) أَنَّهُ إِذَا أَدَّى الْخَمْرَ عَتَقَ.

وَقَالَ زُفَرٌ: لَا يُعْتَقُ. وَهَذَا لِأَنَّ عَقْدَ الْكِتَابَةِ تَضْمَنُ تَعْلِيْقَ الْعِتْقِ بِأَدَاءِ الْبَدَلِ الْمَشْرُوطِ، فَإِذَا وَجَدَ الْبَدَلَ وَقَعَ الْعِتْقُ. وَذَكَرَ التُّمَرْتَّاشِيُّ أَنَّهُ لَوْ أَدَّى الْخَمْرَ لَا يُعْتَقُ فَكَانَ فِي الْعِتْقِ بِأَدَاءِ الْخَمْرِ رِوَايَتَانِ. وَالْفَرْقُ عَلَى إِحْدَاهُمَا بَيْنَهَا وَبَيْنَ الْمُسْلِمِ إِذَا كَاتَبَ عَبْدُهُ عَلَى خَمْرٍ فَأَذَاهَا إِلَى مَوْلَاهُ فَإِنَّهُ يُعْتَقُ أَنْ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ انْقَلَبَتِ الْكِتَابَةُ إِلَى قِيَمَةِ الْخَمْرِ وَلَمْ يَبْقَ الْخَمْرُ بَدَلَ هَذَا الْعَقْدِ لِأَنَّهُ انْعَقَدَ صَحِيحًا عَلَى الْخَمْرِ ابْتِدَاءً وَبَقِيَ عَلَى الْقِيَمَةِ صَحِيحًا بَعْدَ الْإِسْلَامِ، وَلَا يُتَصَوَّرُ بَقَاؤُهُ صَحِيحًا وَالْخَمْرُ بَدَلٌ فِيهِ، فَبَقَاؤُهُ صَحِيحًا دَلِيلٌ عَلَى أَنَّ الْخَمْرَ لَمْ يَبْقَ بَدَلًا فَلَا يُعْتَقُ. وَفِي مَسْأَلَةِ الْمُسْلِمِ وَقَعَ الْعَقْدُ فَاسِدًا بِسَبَبِ كَوْنِ الْخَمْرِ بَدَلًا وَبَقِيَ كَذَلِكَ فَلَا حَاجَةَ إِلَى إِخْرَاجِهَا عَنْ الْبَدَلِيَّةِ، وَإِذَا بَقِيَ بَدَلًا عَتَقَ بِأَدَائِهَا.

بَابُ مَا يَجُوزُ لِلْمَكَاتِبِ أَنْ يَفْعَلَهُ

قَالَ (وَيَجُوزُ لِلْمَكَاتِبِ الْبَيْعُ وَالشِّرَاءُ وَالسَّفَرُ) لِأَنَّ مُوجِبَ الْكِتَابَةِ أَنْ يَصِيرَ حُرًّا يَدًا، وَذَلِكَ بِمَا لِكَيْتِهِ التَّصَرُّفِ مُسْتَبَدًّا بِهِ تَصَرُّفًا يُوَصِّلُهُ إِلَى مَقْصُودِهِ وَهُوَ نَيْلُ الْحُرِّيَّةِ بِأَدَاءِ الْبَدَلِ، وَالْبَيْعُ وَالشِّرَاءُ مِنْ هَذَا الْقَبِيلِ، وَكَذَا السَّفَرُ لِأَنَّ التَّجَارَةَ رُبَّمَا لَا تَتَّفِقُ فِي الْحَضَرِ فَتَحْتَاجُ إِلَى الْمُسَافَرَةِ، وَيَمْلِكُ الْبَيْعُ بِالْمَحَابَاةِ لِأَنَّهُ مِنْ صَنِيعِ التُّجَّارِ، فَإِنَّ التَّاجِرَ قَدْ يُحَاطَى فِي صَفَقَتِهِ لِيَرِيحَ فِي أُخْرَى.

الشرح:

بَابُ مَا يَجُوزُ لِلْمُكَاتِّبِ أَنْ يَفْعَلَهُ:

لَمَّا ذَكَرَ أَحْكَامَ الْكِتَابَةِ الصَّحِيحَةِ وَالْفَاسِدَةِ شَرَعَ فِي بَيَانِ مَا يَجُوزُ لِلْمُكَاتِّبِ أَنْ يَفْعَلَهُ وَمَا لَا يَجُوزُ لَهُ، فَإِنَّ جَوَازَ التَّصَرُّفِ يُتَتَنَّى عَلَى الْعَقْدِ الصَّحِيحِ. قَالَ (وَيَجُوزُ لِلْمُكَاتِّبِ الْبَيْعُ وَالشِّرَاءُ وَالسَّقَرُ) قَدْ تَقَدَّمَ هَذِهِ الْمَسْأَلَةُ فِي كِتَابِ الْمُكَاتِّبِ حَيْثُ قَالَ: وَإِذَا صَحَّتْ الْكِتَابَةُ خَرَجَ الْمُكَاتِّبُ مِنْ يَدِ الْمَوْلَى وَلَمْ يَخْرُجْ مِنْ مِلْكِهِ، وَكَأَنَّهُ أَعَادَهَا تَمْهِيدًا لِقَوْلِهِ

قَالَ (فَإِنْ شَرَطَ عَلَيْهِ أَنْ لَا يَخْرُجَ مِنَ الْكُوفَةِ فَلَهُ أَنْ يَخْرُجَ اسْتِحْسَانًا) لِأَنَّ هَذَا الشَّرْطَ مُخَالَفٌ لِمُقْتَضَى الْعَقْدِ وَهُوَ مَالِكِيَّةُ الْيَدِ مِنْ جِهَةِ الْاسْتِبْدَادِ وَثُبُوتِ الْاِخْتِصَاصِ فَيَبْطُلُ الشَّرْطُ وَصَحَّ الْعَقْدُ لِأَنَّهُ شَرَطَ لَمْ يَتِمَّكَنْ فِي صُلْبِ الْعَقْدِ، وَبِمِثْلِهِ لَا تَفْسُدُ الْكِتَابَةُ، وَهَذَا لِأَنَّ الْكِتَابَةَ تُشَبِّهُ الْبَيْعَ وَتُشَبِّهُ النِّكَاحَ فَأَلْحَقْنَاهُ بِالْبَيْعِ فِي شَرْطِهِ تَمَكَّنَ فِي صُلْبِ الْعَقْدِ، كَمَا إِذَا شَرَطَ خِدْمَةً مَجْهُولَةً لِأَنَّهُ فِي الْبَدَلِ وَبِالنِّكَاحِ فِي شَرْطِهِ لَمْ يَتِمَّكَنْ فِي صُلْبِهِ هَذَا هُوَ الْأَصْلُ. أَوْ نَقُولُ: إِنَّ الْكِتَابَةَ فِي جَانِبِ الْعَبْدِ إِعْتِاقٌ لِأَنَّهُ إِسْقَاطُ الْمِلْكِ، وَهَذَا الشَّرْطُ يَخْصُ الْعَبْدَ فَاعْتَبِرَ إِعْتِاقًا فِي حَقِّ هَذَا الشَّرْطِ، وَالْإِعْتِاقُ لَا يَبْطُلُ بِالشَّرْطِ الْفَاسِدَةِ.

الشرح:

(فَإِنْ شَرَطَ عَلَيْهِ أَنْ لَا يَخْرُجَ مِنَ الْكُوفَةِ فَلَهُ أَنْ يَخْرُجَ اسْتِحْسَانًا) فَإِنَّهُ لَمْ يُبَيَّنْ ذَلِكَ بَيَانَهُ ثَمَّةً، وَجْهُ الْاسْتِحْسَانِ (أَنَّ هَذَا الشَّرْطَ مُخَالَفٌ لِمُقْتَضَى عَقْدِ الْكِتَابَةِ، لِأَنَّ مُقْتَضَاهُ مَالِكِيَّةُ الْيَدِ عَلَى جِهَةِ الْاسْتِبْدَادِ وَثُبُوتِ الْاِخْتِصَاصِ) بِنَفْسِهِ وَمَنَافِعِهِ لِحُصُولِ مَا هُوَ الْمَقْصُودُ بِالْعَقْدِ، وَذَلِكَ قَدْ يَكُونُ بِالضَّرْبِ فِي الْأَرْضِ وَالتَّقْيِيدِ بِمَكَانٍ يُنَافِيهِ، وَالشَّرْطُ الْمُخَالَفُ لِمُقْتَضَى الْعَقْدِ بَاطِلٌ فَهَذَا الشَّرْطُ بَاطِلٌ. فَإِنْ قِيلَ: هَذَا يَقْتَضِي بُطْلَانَ الْعَقْدِ كَمَا فِي الْبَيْعِ.

أَجَابَ بِقَوْلِهِ (وَصَحَّ الْعَقْدُ) يَعْنِي أَنَّ الشَّرْطَ الْبَاطِلَ إِنَّمَا يَبْطُلُ الْكِتَابَةَ إِذَا تَمَكَّنَ فِي صُلْبِ الْعَقْدِ، وَهُوَ أَنْ يَدْخُلَ فِي أَحَدِ الْبَدَلَيْنِ كَمَا إِذَا قَالَ كَاتِبْتُكَ عَلَى أَنْ تَخْدُمَنِي مُدَّةً أَوْ زَمَانًا، وَهَذَا لَيْسَ كَذَلِكَ (لَأَنَّهُ لَا شَرْطَ فِي بَدَلِ الْكِتَابَةِ وَلَا فِيمَا يُقَابَلُهُ فَلَا تَفْسُدُ بِهِ

الكتابة، وهذا) أي هذا التفصيل لأن الكتابة تُشبه البيع) من حيث المعاوضة وعدم صحتها بلا بدل واحتمالهما الفسخ قبل الأداء (وتُشبه النكاح) من حيث إنها معاوضة مال بغير مال فعملنا فيه بالشبهتين فقلنا يبطلان الشرط وصحة العقد إذا لم يتمكن في صلب العقد عملاً يشبه النكاح ويبطلان العقد إذا تمكن في صلبه عملاً يشبه البيع (أو نقول: إن الكتابة في جانب العبد إعتاق) لأن الإعتاق إزالة الملك لا إلى أحد، والكتابة كذلك لأنه لا يحصل للمكاتب شيء وإنما يسقط عنه ملك مولاه، وكل شرط يختص بجانب العبد فهو داخل في الإعتاق لدخوله في الكتابة وهي إعتاق (وهذا الشرط يختص به) فهو داخل في الإعتاق (والإعتاق لا يبطل بالشروط الفاسدة).

قال (ولا يتزوج إلا بإذن المولى) لأن الكتابة فك الحجر مع قيام الملك ضرورة التوسل إلى المقصود، والتزوج ليس وسيلة إليه، ويجوز بإذن المولى لأن الملك له (ولا يهب ولا يتصدق إلا بالشيء اليسير) لأن الهبة والصدقة تبرع وهو غير مالك لملكه، إلا أن الشيء اليسير من ضرورات التجارة لأنه لا يجد بداً من ضيافته وإعارة ليجتمع عليه المجاهزون.

ومن ملك شيئاً يملك ما هو من ضروراته وتوابعه (ولا يتكفل) لأنه تبرع محض، فليس من ضرورات التجارة والاكتساب ولا يملكه بنوعيه نفساً ومالاً لأن كل ذلك تبرع (ولا يقرض) لأنه تبرع ليس من توابع الاكتساب (فإن هب على عوض لم يصح) لأنه تبرع ابتداءً (وإن زوج أمته جاز) لأنه اكتساب للمال فإنه يملك به المهر يدخل تحت العقد.

قال (وكذلك إن كاتب عبده) والقياس أن لا يجوز وهو قول زهر والشافعي، لأن ماله العتق والمكاتب ليس من أهله كالإعتاق على مال. وجه الاستحسان أنه عقد اكتساب للمال فيملكه كترويح الأمة وكالبيع وقد يكون هو أنفع له من البيع لأنه لا يزيل الملك إلا بعد وصول البدل إليه والبيع يزيله قبله ولهذا يملكه الأب والوصي ثم هو يوجب للمملوك مثل ما هو ثابت له. بخلاف الإعتاق على مال لأنه يوجب فوق ما هو ثابت له.

قال: فإن أدى الثاني قبل أن يعتق الأول فولأوه للمولى، لأن له فيه نوع ملك.

وَتَصِحُّ إِضَافَةُ الْإِعْتِقَاقِ إِلَيْهِ فِي الْجُمْلَةِ، فَإِذَا تَعَذَّرَ إِضَافَتُهُ إِلَى مُبَاشِرِ الْعَقْدِ لِعَدَمِ الْأَهْلِيَّةِ أَضِيفَ إِلَيْهِ كَمَا فِي الْعَبْدِ إِذَا اشْتَرَى شَيْئًا (فَلَوْ أَدَّى الْأَوَّلُ بَعْدَ ذَلِكَ وَعَتَقَ لَا يَنْتَقِلُ الْوَلَاءُ إِلَيْهِ) لِأَنَّ الْمَوْلَى جُعِلَ مُعْتَقًا وَالْوَلَاءُ لَا يَنْتَقِلُ عَنِ الْمُعْتَقِ (وَإِنْ أَدَّى الثَّانِي بَعْدَ عِتْقِ الْأَوَّلِ فَلَوْلَاؤُهُ لَهُ) لِأَنَّ الْعَاقِدَ مِنْ أَهْلِ ثُبُوتِ الْوَلَاءِ وَهُوَ الْأَصْلُ فَيُثْبِتُ لَهُ.

الشرح:

قَالَ (وَالْتَزَوُّجُ لَيْسَ وَسِيلَةً إِلَيْهِ) الْكِتَابَةُ فَكُ الْحَجَرِ مَعَ قِيَامِ الْمَلِكِ ضَرُورَةً التَّوَسُّلُ إِلَى الْمَقْصُودِ: أَيُّ إِلَى مَقْصُودِ الْمَوْلَى مِنَ الْبَدَلِ وَذَلِكَ لِقِيَامِ الْمَلِكِ وَمَقْصُودُ الْمُكَاتَّبِ وَهُوَ تَحْصِيلُ الْكَسْبِ لِلْإِفْيَاءِ وَذَلِكَ بِفَكِّ الْحَجَرِ وَالتَّزَوُّجِ لَيْسَ وَسِيلَةً إِلَى الْمَقْصُودِ، بَلْ هُوَ مَانِعٌ عَنْ ذَلِكَ فَلَا يَدْخُلُ تَحْتَ فَكِّ الْحَجَرِ، لَكِنْ إِذَا أُذِنَ لَهُ الْمَوْلَى بِذَلِكَ جَازَ لِأَنَّ الْمَلِكَ فِيهِ قَائِمٌ (وَلَا يَهَبُ وَلَا يَتَصَدَّقُ) الْمُكَاتَّبُ (إِلَّا بِالشَّيْءِ الْيَسِيرِ) وَكَلَامُهُ فِيهِ ظَاهِرٌ، وَالْمُجَاهِزُ عِنْدَ الْعَامَّةِ: هُوَ الْعَنِيُّ مِنَ التُّجَّارِ، وَكَأَنَّهُ أُريدَ الْمُجَهَّزُ وَهُوَ الَّذِي يَنْعَثُ التُّجَّارَ بِالْجِهَازِ وَهُوَ فَاحِرُ الْمَتَاعِ وَيُسَافِرُ بِهِ فَحَرَّفَ إِلَى الْمُجَاهِرِ، كَذَا فِي الْمَغْرِبِ (وَلَا يَتَكَفَّلُ) لَمَّا ذَكَرْنَا (وَلَا يَمْلِكُهُ بِنَوْعِيهِ) يَعْنِي فِي الْحَالِ سَوَاءٌ كَانَتْ بِأَمْرِ الْمَكْفُولِ عَنْهُ أَوْ بغيرِ أَمْرِهِ لِأَنَّ الثَّانِي تَبَرُّعٌ مَحْضٌ فَكَانَ كَالِهَبَةِ، وَالْأَوَّلُ إِقْرَاضٌ لِأَنَّ الْكَفِيلَ مَتَى أَدَّى صَارَ مُقْرِضًا بِمَا أَدَّى لِلْمَكْفُولِ عَنْهُ.

وَالْإِقْرَاضُ تَبَرُّعٌ، وَإِنَّمَا قِيدَ بِالْحَالِ لِأَنَّهَا بَعْدَ الْعِتْقِ صَحِيحَةٌ فِي حَقِّهِ فَكَانَ كَقَالَتِهِ كَكِفَالَةِ الْعَبْدِ الْمَحْجُورِ عَلَيْهِ. فَإِنْ قِيلَ: بَدَلُ الْكِتَابَةِ مَالٌ فِي ذِمَّتِهِ وَتَسْلِيمُ النَّفْسِ لَا يُنَافِي ذَلِكَ وَلَا يَضُرُّهُ. أُجِيبَ بِأَنَّهُ يَضُرُّهُ فَرُبَّمَا عَجَزَ عَنِ تَسْلِيمِ النَّفْسِ فَيَحْبَسُ عَلَى ذَلِكَ وَهُوَ يُخَلُّ بِالْاِكْتِسَابِ الَّذِي يَحْصُلُ بِهِ الْمَالُ.

وَقَوْلُهُ (وَإِنْ زَوَّجَ أُمَّتَهُ جَارَ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (ثُمَّ هُوَ يُوجِبُ لِلْمَمْلُوكِ مِثْلَ مَا هُوَ ثَابِتٌ لَهُ) يُرِيدُ بِهِ مِلْكَ الْيَدِ وَهُوَ يَمْلِكُهُ. وَمَنْ مَلَكَ شَيْئًا جَازَ أَنْ يَمْلِكَهُ غَيْرُهُ كَالْمُعِيرِ يُعِيرُ (بِخِلَافِ الْإِعْتِقَاقِ عَلَى مَالٍ) فَإِنَّهُ لَا يَمْلِكُهُ فَيُوجِبُ لِلثَّانِي فَوْقَ مَا أُوجِبَ لِلأَوَّلِ، فَإِنَّ الْعِتْقَ يَحْصُلُ لَهُ فِي الْحَالِ بِنَفْسِ الْقَبُولِ مِنْ غَيْرِ تَوَقُّفٍ عَلَى أَدَاءِ الْمَالِ، وَهَذَا غَيْرُ ثَابِتٍ لِلْمُكَاتَّبِ فَكَانَ تَمْلِكُ مَا لَا يَمْلِكُهُ وَهُوَ لَا يَجُوزُ (قَوْلُهُ فَإِنْ أَدَّى الثَّانِي) يَعْنِي إِنْ أَدَّى الْمُكَاتَّبُ الثَّانِي بَدَلَ كِتَابَتِهِ قَبْلَ أَدَاءِ الْأَوَّلِ (عَتَقَ الثَّانِي) لِتَحَقُّقِ شَرْطِ عِتْقِهِ (وَوَلَاؤُهُ

لِلْمَوْلَى لِأَنَّهُ لَهُ فِيهِ تَوْعَ مِلْكٍ) لِأَنَّ الثَّانِيَّ مُكَاتَّبٌ لِلْمَوْلَى بِوَاسِطَةِ الْأَوَّلِ فَكَانَ كِتَابَةُ الْمَوْلَى لِلأَوَّلِ بِمَنْزِلَةِ عِلَّةِ الْعِلَّةِ، وَلِهَذَا لَوْ عَجَزَ الْأَوَّلُ كَانَ الثَّانِي مِلْكًا لِلْمَوْلَى كَالأَوَّلِ (وَتَصِحُّ إِضَافَةُ الْإِعْتِقَاقِ إِلَيْهِ فِي الْجُمْلَةِ) يُقَالُ مَوْلَى زَيْدٍ وَمُعْتَقُ زَيْدٍ مَجَازًا وَإِنْ كَانَ مُعْتَقُ مُعْتَقِهِ وَلِهَذَا يَدْخُلُ فِي الْأَسْتِثْنَانِ عَلَى مَوَالِيهِ (فَإِذَا تَعَذَّرَ إِضَافَتُهُ إِلَى مُبَاشِرِ الْعَقْدِ لِعَدَمِ الْأَهْلِيَّةِ) لِكَوْنِهِ رَقِيقًا (أُضِيفَ إِلَيْهِ) أَيُّ إِلَى الْمَوْلَى لِكَوْنِهِ عِلَّةَ الْعِلَّةِ (كَالْعَبْدِ إِذَا اشْتَرَى شَيْئًا) فَإِنَّهُ يَثْبُتُ الْمِلْكُ لِلْمَوْلَى لِتَعَذُّرِ اثْبَاتِهِ لِلْعَبْدِ لِعَدَمِ الْأَهْلِيَّةِ (فَلَوْ أَدَّى الْأَوَّلُ بَعْدَ ذَلِكَ وَعَقَقَ لَا يَتَّقِلُ الْوَلَاءُ إِلَيْهِ؛ لِأَنَّ الْمَوْلَى جُعِلَ مُعْتَقًا) مُبَاشَرَةً حُكْمًا لِمَا أَنَّ الْعَقْدَ انْتَقَلَ إِلَيْهِ لِعَدَمِ أَهْلِيَّةِ الْمُكَاتَّبِ لِلْإِعْتِقَاقِ (وَالْوَلَاءُ لَا يَتَّقِلُ عَنِ الْمُعْتَقِ) مُبَاشَرَةً، وَقَيَّدَ بِقَوْلِهِ مُبَاشَرَةً لِئَلَّا يُرَدُّ جَرُّ الْوَلَاءِ، فَإِنَّهُ ثَمَّةَ مَوْلَى الْجَارِيَةِ لَيْسَ بِمُعْتَقٍ لِلْوَلَدِ مُبَاشَرَةً بَلْ تَسْبُبًا بِاعْتِبَارِ إِعْتِقَاقِ الْأُمِّ.

وَالْأَصْلُ أَنَّ الْحُكْمَ لَا يُضَافُ إِلَى السَّبَبِ إِلَّا عِنْدَ تَعَذُّرِ الْإِضَافَةِ إِلَى الْعِلَّةِ، وَالتَّعَذُّرُ عَنْ عَدَمِ عِنَقِ الْأَبِ، فَإِذَا عَتَقَ زَالَ فَيَنْجَرُّ الْوَلَاءُ إِلَى قَوْمِ الْأَبِ (وَإِنْ أَدَّى الثَّانِي) بَدَلِ الْكِتَابَةِ (بَعْدَ عِنَقِ الْأَوَّلِ فَوَلَاؤُهُ لِلأَوَّلِ لِأَنَّ الْمُبَاشَرَةَ مِنْ أَهْلِ ثُبُوتِ الْوَلَاءِ وَهُوَ الْأَصْلُ فَيُثْبِتُ).

قَالَ (وَكَذَلِكَ) (الْأَبُ وَالْوَصِيُّ فِي رَقِيقِ الصَّغِيرِ بِمَنْزِلَةِ الْمُكَاتَّبِ) لِأَنَّهُمَا يَمْلِكَانِ الْاِكْتِسَابَ كَالْمُكَاتَّبِ، وَلَأنَّ فِي تَرْوِيجِ الْأُمَةِ وَالْكِتَابَةِ نَظَرًا لَهُ، وَلَا نَظَرَ فِيهِمَا سِوَاهُمَا وَالْوِلَايَةُ نَظَرِيَّةٌ. قَالَ (هَآمًا الْمَادُونُ لَهُ فَلَا يَجُوزُ لَهُ شَيْءٌ مِنْ ذَلِكَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: لَهُ أَنْ يُزَوِّجَ أَمَتَهُ) وَعَلَى هَذَا الْخِلَافِ الْمَضَارِبُ وَالْمُقَاوِضُ وَالشَّرِيكَ شَرِكَةُ عَنَّانٍ هُوَ قَاسَهُ عَلَى الْمُكَاتَّبِ وَاعْتَبَرَهُ بِالْإِجَارَةِ. وَلَهُمَا أَنْ الْمَادُونُ لَهُ يَمْلِكُ التَّجَارَةَ وَهَذَا لَيْسَ بِتَّجَارَةٍ، هَآمًا الْمُكَاتَّبُ يَتَمَلَّكُ الْاِكْتِسَابَ وَهَذَا اِكْتِسَابٌ، وَلَأنَّهُ مُبَادَلَةٌ الْمَالِ بِغَيْرِ الْمَالِ فَيُعْتَبَرُ بِالْكِتَابَةِ دُونَ الْإِجَارَةِ، إِذْ هِيَ مُبَادَلَةُ الْمَالِ بِالْمَالِ وَلِهَذَا لَا يَمْلِكُ هَؤُلَاءِ كُلُّهُمْ تَرْوِيجَ الْعَبْدِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

الشرح:

(قَوْلُهُ وَكَذَلِكَ الْأَبُ وَالْوَصِيُّ) ظَاهِرٌ (قَوْلُهُ وَلَأنَّ فِي تَرْوِيجِ الْأُمَةِ وَالْمُكَاتَّبَةِ نَظَرًا) أَمَّا فِي تَرْوِيجِ الْأُمَةِ فَلَمَّا مَرَّ أَنْفَاءً، وَأَمَّا فِي الْكِتَابَةِ فَلَأنَّهُ بِالْعَجْزِ يُرَدُّ رَقِيقًا، فَرُبَّمَا

كَانَ الْعَجْزُ بَعْدَ أَدَاءِ نُجُومٍ وَذَلِكَ لَا شَكَّ فِي كَوْنِهِ نَظْرًا (قَوْلُهُ فَأَمَّا الْمَأْدُونُ لَهُ) فَظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (وَعَلَى هَذَا الْخِلَافِ الْمُضَارِبُ وَالْمُفَاوِضُ) ذَكَرَ فِي بَعْضِ الشُّرُوحِ أَنَّ الْمُفَاوِضَ يَجُوزُ لَهُ أَنْ يُكَاتَبَ عَبْدَ الشَّرِكَةِ بِلا خِلَافٍ وَاسْتَدَلَّ بِنَقْلِ عَنِ الْكَرْحِيِّ وَغَيْرِهِ لَيْسَ فِيهِ ذِكْرُ الْخِلَافِ وَقَالَ: تَرَكُ ذِكْرَ الْخِلَافِ دَلِيلٌ عَلَى الْإِتِّفَاقِ وَفِيهِ مَا فِيهِ. وَقَوْلُهُ (هُوَ) يَعْنِي أَبَا يُوسُفَ (قَاسَهُ عَلَى الْمُكَاتَبِ) فَإِنَّ الْمُكَاتَبَ يَجُوزُ لَهُ أَنْ يُزَوِّجَ الْأُمَّةَ فَكَذَلِكَ الْمَأْدُونُ لَهُ (واعتبره بالإجارة) أَيِ اعْتَبَرَ التَّزْوِيجَ بِالْإِجَارَةِ فَإِنَّ الْمَأْدُونُ لَهُ جَازَ لَهُ أَنْ يُؤَجِّرَ عَبْدَهُ أَوْ أُمَّتَهُ فَكَذَا يَجُوزُ لَهُ أَنْ يُزَوِّجَ أُمَّتَهُ، وَقَاسَهُ وَاعْتَبَرَهُ مُتَرَادِفَانِ.

وَقِيلَ اسْتَعْمَلَ الْقِيَاسُ بَيْنَ الْعَيْنَيْنِ: أَيِ الْمَأْدُونِ وَالْمُكَاتَبِ، وَالْإِعْتِبَارُ بَيْنَ الْفِعْلَيْنِ: أَيِ التَّزْوِيجِ وَالْإِجَارَةِ لِأَنَّ الْمُمَاطِلَةَ بَيْنَ الْعَيْنَيْنِ ظَاهِرَةٌ، إِذْ فِي كُلِّ مِنْهُمَا فِكُّ الْحَجَرِ وَإِطْلَاقُ التَّصَرُّفِ فَكَانَ ذِكْرُ الْقِيَاسِ فِيهِ أَوَّلَى، بِخِلَافِ الْفِعْلَيْنِ لِأَنَّ الْمُمَاطِلَةَ بَيْنَهُمَا لَيْسَتْ إِلَّا مِنْ حَيْثُ الْفِعْلِيَّةُ لَا غَيْرُ، لِأَنَّ الْإِجَارَةَ مُعَاوَضَةٌ مَالٍ بِمَالٍ بِخِلَافِ التَّزْوِيجِ، وَفِيهِ نَظَرٌ لِأَنَّ الْمُرَادَ بِالْقِيَاسِ إِنْ كَانَ هُوَ الشَّرْعِيُّ فَذَلِكَ لَا يَكُونُ بَيْنَ عَيْنَيْنِ، وَإِنْ كَانَ غَيْرَ ذَلِكَ فَلَا تُسَلِّمُ أَوْلَوِيَّتَهُ (وَلَهُمَا) وَهُوَ الْفَرْقُ بَيْنَ الْمَأْدُونِ وَالْمُكَاتَبِ (أَنَّ الْمَأْدُونُ لَهُ يَمْلِكُ التَّجَارَةَ، وَهَذَا) أَيِ تَزْوِيجِ الْأُمَّةِ (لَيْسَ بِتِجَارَةٍ) لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمُبَادَلَةِ الْمَالِ بِالْمَالِ وَالتَّجَارَةُ ذَلِكَ (وَالْمُكَاتَبُ يَمْلِكُ الْاِكْتِسَابَ وَهَذَا اِكْتِسَابُ) لِأَنَّهُ اسْمٌ لِمَا يُتَوَصَّلُ بِهِ إِلَى الْمَالِ، وَبِالتَّزْوِيجِ تَوَصَّلَ الْمَوْلَى إِلَى الْمَهْرِ فَكَانَ اِكْتِسَابًا. قَوْلُهُ (وَلَأَنَّهُ أَيِ التَّزْوِيجِ دَلِيلٌ آخَرٌ وَمَعْنَاهُ أَنْ اعْتَبَرَ التَّزْوِيجَ بِالْكِتَابَةِ لِأَنَّهَا مُبَادَلَةٌ مَالٍ بِغَيْرِ مَالٍ أَوَّلَى مِنْ اعْتِبَارِهِ بِالْإِجَارَةِ لِأَنَّهَا مُبَادَلَةُ الْمَالِ بِالْمَالِ، لِأَنَّ الْمَنَافِعَ فِي بَابِ الْإِجَارَةِ مَالٍ (وَلِهَذَا) أَيِ وَلِأَنَّ التَّزْوِيجَ لَيْسَ مِنَ الْاِكْتِسَابِ (لَا يَمْلِكُ هَؤُلَاءِ) أَيِ الْمَأْدُونُ وَالْمُضَارِبُ وَالْمُفَاوِضُ وَشَرِيكُ الْعِنَانِ وَالْمُكَاتَبُ (كُلُّهُمْ تَزْوِيجُ الْعَبْدِ) لِأَنَّهُ لَيْسَ بِاِكْتِسَابِ الْمَالِ. (فَصْلٌ):

قَالَ (وَإِذَا اشْتَرَى الْمُكَاتَبُ أَبَاهُ أَوْ ابْنَهُ دَخَلَ فِي كِتَابَتِهِ) لِأَنَّهُ مِنْ أَهْلِ أَنْ يُكَاتَبَ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مِنْ أَهْلِ الْإِعْتِقَاقِ فَيُجْعَلُ مَكَاتَبًا تَحْقِيقًا لِلصَّلَةِ بِقَدْرِ الْإِمْكَانِ، أَلَا تَرَى أَنَّ الْحُرَّ مَتَى كَانَ يَمْلِكُ الْإِعْتِقَاقَ يُعْتَقُ عَلَيْهِ (وَإِنْ اشْتَرَى ذَا رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنْهُ لِأَوْلَادِهِ لَهُ لَمْ يَدْخُلْ فِي كِتَابَتِهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَالَا: يَدْخُلُ) اعْتِبَارًا بِقَرَابَةِ الْوَلَادِ إِذْ وَجُوبُ الصَّلَةِ

يَنْتَظِمُهُمَا وَلِهَذَا لَا يَفْتَرِقَانِ فِي الْحُرِّ فِي حَقِّ الْحُرِّيَّةِ وَلَهُ أَنْ لِلْمُكَاتِبِ كَسْبًا لَا مِلْكَاءَ،
غَيْرَ أَنْ الْكَسْبَ يَكْفِي الصَّلَاةَ فِي الْوِلَادِ حَتَّى أَنْ الْقَادِرَ عَلَى الْكَسْبِ يُخَاطَبُ بِنَفَقَةِ الْوَالِدِ
وَالْوَلَدِ وَلَا يَكْفِي فِي غَيْرِهِمَا حَتَّى لَا تَحِبَّ نَفَقَةُ الْأَخِ إِلَّا عَلَى الْمَوْسِرِ، وَلَئِنْ هَذِهِ قَرَابَةٌ
تَوَسَّطَتْ بَيْنَ بَنِي الْأَعْمَامِ وَقَرَابَةِ الْوِلَادِ فَأَلْحَقْنَاهَا بِالثَّانِي فِي الْعِتْقِ، وَبِالْأَوَّلِ فِي الْكِتَابَةِ
وَهَذَا أَوْلَى لِأَنَّ الْعِتْقَ أَسْرَعُ نَفُودًا مِنَ الْكِتَابَةِ، حَتَّى أَنْ أَحَدَ الشَّرِيكَيْنِ إِذَا كَاتَبَ كَانَ
لِلْآخَرِ فَسْخُؤُهُ، وَإِذَا أَعْتَقَ لَا يَكُونُ لَهُ فَسْخُؤُهُ.

الشرح:

لَمَّا فَرَّغَ مِنْ ذِكْرِ مَسَائِلَ مَنْ هُوَ دَاخِلٌ فِي الْكِتَابَةِ بِطَرِيقِ الْأَصَالَةِ ذَكَرَ فِي هَذَا
الْفَصْلِ مَسَائِلَ مَنْ يَدْخُلُ فِيهَا بِطَرِيقِ التَّبَعِيَّةِ وَمَا يَتَّبِعُهَا وَالتَّبَعُ يَتْلُو الْأَصْلَ. قَالَ (وَإِذَا
اشْتَرَى الْمُكَاتِبُ أَبَاهُ أَوْ ابْنَهُ دَخَلَ فِي كِتَابَتِهِ) تَقْدِيمُ الْأَبِ فِي الذِّكْرِ هَاهُنَا عَلَى ابْنِهِ
لِلتَّعْظِيمِ، وَأَمَّا فِي تَرْتِيبِ الْقُوَّةِ فِي الدُّخُولِ فِي كِتَابَتِهِ فَلَا بَنُ مُقَدَّمٌ عَلَى الْأَبِ سَوَاءً
كَانَ مَوْلُودًا فِي الْكِتَابَةِ أَوْ مُشْتَرَى وَالْمَوْلُودُ مُقَدَّمٌ عَلَى الْمُشْتَرَى، فَإِنَّ الْمَوْلُودَ يَظْهَرُ فِي
حَقِّهِ جَمِيعُ أَحْكَامِ الْكِتَابَةِ بِطَرِيقِ التَّبَعِيَّةِ فَإِنَّهُ يَحْرُمُ بَيْعُهُ حَالِ حَيَاتِهِ وَيُقْبَلُ مِنْهُ بَدَلُ
الْكِتَابَةِ عَلَى نُجُومِ الْأَبِ، وَالْمُشْتَرَى يَحْرُمُ بَيْعُهُ حَالِ حَيَاتِهِ وَيُقْبَلُ مِنْهُ الْبَدَلُ بَعْدَ مَوْتِ
الْأَبِ حَالًا، وَلَا يَتِمَّكِنُ مِنَ السَّعَايَةِ عَلَى نُجُومِ الْأَبِ لِيُظْهَرَ نُقْصَانُ حَالِهِ عَنِ الْمَوْلُودِ فِي
الْكِتَابَةِ فِي التَّبَعِيَّةِ. وَأَمَّا الْأَبُ فَإِنَّهُ يَحْرُمُ بَيْعُهُ حَالِ حَيَاتِهِ ابْنَهُ الْمُكَاتِبَ، وَلَمْ يُقْبَلْ مِنْهُ
الْبَدَلُ بَعْدَ مَوْتِهِ لَا حَالًا وَلَا مُؤَجَّلًا، وَإِنَّمَا قَالَ دَخَلَ فِي الْكِتَابَةِ وَلَا يَقُلْ صَارَ مُكَاتِبًا،
لَأَنَّهُ لَوْ صَارَ مُكَاتِبًا لَكَانَ أَصْلًا وَلَقِيتَ كِتَابَتَهُ بَعْدَ عَجْزِ الْمُكَاتِبِ الْأَصْلِيِّ، وَلَيْسَ
كَذَلِكَ بَلْ إِذَا عَجَزَ الْمُكَاتِبُ بَيْعَ الْأَبُ لَمَّا أَنْ كِتَابَةُ الدَّخَالِ بِطَرِيقِ التَّبَعِيَّةِ لَا الْأَصَالَةَ.

فَإِنْ قِيلَ: مَا الْفَرْقُ بَيْنَ الْمُشْتَرَى فِي الْكِتَابَةِ مِنَ الْأَوْلَادِ وَبَيْنَ مَا إِذَا كَاتَبَ
عَبْدَهُ عَلَى نَفْسِهِ وَوَلَدِهِ الصَّغِيرِ، فَإِنَّهُ إِذَا أَعْتَقَ الْمُشْتَرَى لَمْ يَسْقُطْ مِنَ الْبَدَلِ شَيْءٌ، وَإِذَا
أَعْتَقَ الصَّغِيرَ يَسْقُطُ مِنَ الْبَدَلِ مَا يَخْصُهُ. أُجِيبَ بِأَنَّ الْمُشْتَرَى تَبَعَ مِنْ كُلِّ وَجْهِ فَلَا
مُعْتَبَرَ بِهِ فِي أَمْرِ الْبَدَلِ لَتَقَرُّرِهِ قَبْلَ دُخُولِهِ فِي الْكِتَابَةِ.

وَأَمَّا الصَّغِيرُ فَقَدْ كَانَ مَقْصُودًا بِالْعَقْدِ مِنْ وَجْهِهِ وَكَانَ الْبَدَلُ فِي مُقَابَلَتِهِ وَمُقَابَلَةِ
وَالِدِهِ فَلِهَذَا يَسْقُطُ مَا يَخْصُهُ، ثُمَّ الْمُكَاتِبُ إِذَا اشْتَرَى مِنْ بَيْنِهِ وَبَيْنَهُ وَلَا دَخَلَ فِي كِتَابَتِهِ

كَمَا ذَكَرْنَا لِأَنَّهُ لَمَّا لَمْ يَكُنْ مِنْ أَهْلِ الْإِعْتِقِ جُعِلَ مُكَاتَّبًا تَحْقِيقًا لِلصَّلَةِ بِقَدْرِ الْإِمْكَانِ (وَإِذَا اشْتَرَى ذَا رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنْهُ لِأَوْلَادِهِ لَمْ يَدْخُلْ فِي كِتَابَتِهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: يَدْخُلُ اعْتِبَارًا بِقَرَابَةِ الْوَلَادِ لِأَنَّ وَجُوبَ الصَّلَةِ يَنْتَظِمُ لَهُمَا، وَلِهَذَا لَا يَفْتَرِقَانِ فِي الْحَرِّ فِي حَقِّ الْحُرِّيَةِ وَلَا فِي حَنِيفَةِ أَنَّ لِلْمُكَاتَّبِ كَسْبًا لَا مَلَكَ لِأَنَّهُ مَلِكٌ لغيرِهِ كَمَا عُرِفَ وَهَذَا لَا يَمْلِكُ الْهَبَةَ، وَلَوْ اشْتَرَى زَوْجَتَهُ لَمْ يَفْسُدِ النِّكَاحُ وَالْكَسْبُ يَكْفِي لِلصَّلَةِ فِي الْوَلَادِ) لَا فِي غَيْرِهِ، أَلَا يَرَى أَنَّ الْقَادِرَ عَلَى الْكَسْبِ مُخَاطَبٌ بِنَفَقَةِ الْوَالِدِ وَالْوَلَدِ وَلَا يَجِبُ نَفَقَةُ الْأَخِ إِلَّا عَلَى الْمُوسِرِ.

وَلِأَنَّ هَذِهِ: أَيُّ قَرَابَةِ الْأُخُوَّةِ (تَوَسَّطَتْ بَيْنَ الْقَرَابَةِ الْبَعِيدَةِ مِنْ (بَنِي الْأَعْمَامِ وَالْقَرَابَةِ) الْقَرِيبَةِ وَهِيَ (الْوَلَادُ) وَالتَّوَسَّطُ بَيْنَ الشَّيْئَيْنِ ذُو حَظٍّ مِنْهُمَا (ف) عَمِلْنَا بِالشَّبَهَيْنِ وَ (الْحَقْنَاهَا بِالثَّانِيَةِ) أَيُّ الْقَرِيبَةِ فِي الْعِتْقِ حَتَّى إِذَا مَلَكَ الْحُرُّ أَخَاهُ عَتَقَ عَلَيْهِ كَمَا إِذَا مَلَكَ وَالِدَهُ أَوْ وَلَدَهُ (وَبِالْأُولَى) أَيُّ بِالْبَعِيدَةِ (فِي الْكِتَابَةِ) حَتَّى إِذَا مَلَكَ الْمُكَاتَّبُ أَخَاهُ لَمْ يَدْخُلْ فِي كِتَابَتِهِ كَمَا إِذَا مَلَكَ ابْنُ عَمِّهِ (وَهَذَا أُولَى) مِنْ الْعَكْسِ. لِأَنَّا لَوْ الْحَقْنَاهَا بِالْوَلَادِ فِي الْكِتَابَةِ وَجَبَ عَلَيْنَا أَنْ نُلْحِقَهَا بِهِ أَيْضًا فِي الْعِتْقِ (لِأَنَّهُ أَسْرَعُ نُفُودًا مِنَ الْكِتَابَةِ، حَتَّى أَنْ أَحَدَ الشَّرِيكَيْنِ إِذَا كَاتَبَ كَانَ لِلْآخَرِ فَسْخُوهُ، وَإِذَا أُعْتِقَ لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ) وَفِي ذَلِكَ إِبْطَالٌ لِأَحَدِ الشَّبَهَيْنِ وَإِعْمَالُهُمَا وَلَوْ بَوَاحٍ أُولَى مِنْ إِهْمَالِ أَحَدِهِمَا.

قَالَ (وَإِذَا اشْتَرَى أَمُّ وَلَدِهِ دَخَلَ وَلَدُهَا فِي الْكِتَابَةِ وَلَمْ يَجْزِ بَيْعُهَا) وَمَعْنَاهُ إِذَا كَانَ مَعَهَا وَلَدُهَا، أَمَّا دُخُولُ الْوَلَدِ فِي الْكِتَابَةِ فَلَمَّا ذَكَرْنَاهُ. وَأَمَّا امْتِنَاعُ بَيْعِهَا فَلِأَنَّهَا تَبَعَ لِلْوَلَدِ فِي هَذَا الْحُكْمِ، قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «أَعْتَقَهَا وَلَدُهَا»^(١) وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَعَهَا وَلَدُهَا فَكَذَلِكَ الْجَوَابُ فِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ لِأَنَّهَا أُمُّ وَلَدٍ خِلَافًا لِأَبِي حَنِيفَةَ. وَلَهُ أَنْ الْقِيَاسُ أَنْ يَجُوزَ بَيْعُهَا وَإِنْ كَانَ مَعَهَا وَلَدٌ لِأَنَّ كَسْبَ الْمُكَاتَّبِ مَوْهُوفٌ فَلَا يَتَعَلَّقُ بِهِ مَا لَا يَحْتَمِلُ الْفَسْخَ، إِلَّا أَنَّهُ يَثْبُتُ بِهِ هَذَا الْحَقُّ فِيمَا إِذَا كَانَ مَعَهَا وَلَدٌ تَبَعَ لِثُبُوتِهِ فِي الْوَلَدِ بِنَاءً عَلَيْهِ، وَبِدُونِ الْوَلَدِ لَوْ ثَبَتَ ثَبَتُ ابْتِدَاءِ وَالْقِيَاسُ يَنْفِيهِ (وَإِنْ وَلَدَ لَهُ وَلَدٌ مِنْ أُمِّهِ لَهُ دَخَلَ فِي كِتَابَتِهِ) لَمَّا بَيَّنَّا فِي الْمُشْتَرَى (وَكَانَ حُكْمُهُ كَحُكْمِهِ وَكَسْبُهُ لَهُ) لِأَنَّ كَسْبَ

(١) سبق تخريجه في الاستيلاء.

الْوَلَدِ كَسَبَ كَسْبَهُ وَيَكُونُ كَذَلِكَ قَبْلَ الدَّعْوَةِ فَلَا يَنْقَطِعُ بِالدَّعْوَةِ اخْتِصَاصُهُ
وَكَذَلِكَ إِنْ وَلَدَتْ الْمَكْتَابَةُ وَلَدًا لِأَنَّ حَقَّ امْتِنَاعِ الْبَيْعِ ثَابِتٌ فِيهَا مُؤَكَّدًا فَيَسْرِي إِلَى الْوَلَدِ
كَالتَّدْبِيرِ وَالْإِسْتِيلَادِ.

الشرح:

قَالَ (وَإِذَا اشْتَرَى أُمُّ وَلَدِهِ إِنْ) امْرَأَةُ الْمَكْتَابِ الْقَتْنَةُ إِذَا وَلَدَتْ قَبْلَ أَنْ يَمْلِكَهَا
الْمَكْتَابُ بِوَجْهِ مِنَ الْوُجُوهِ فَمَلِكَهَا، فَإِنْ مَلِكَهَا مَعَ الْوَلَدِ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَبِيعَهَا بِالْإِتِّفَاقِ
لَأَنَّ وَلَدَهَا دَخَلَ فِي الْكِتَابَةِ كَمَا مَرَّ وَلَمْ يَجْزُ يَبِيعُهَا إِذَا عَجَزَ، وَالْأُمُّ تَابِعَةٌ لِلْوَلَدِ فِي هَذَا
الْحُكْمِ، قَالَ ﷺ «أَعْتَقَهَا وَلَدُهَا» وَإِنْ مَلِكَهَا وَحْدَهَا فَكَذَلِكَ عِنْدَهُمَا لِأَنَّهَا أُمُّ وَلَدٍ
خِلَافًا لِأَبِي حَنِيفَةَ. لَهُ أَنَّ الْقِيَاسَ جَوَازُ يَبِيعُهَا وَإِنْ كَانَ الْوَلَدُ مَعَهَا، لِأَنَّ كَسْبَ الْمَكْتَابِ
مَوْقُوفٌ عَلَى أَدَاءِ جَمِيعِ الْبَدَلِ، فَإِنْ أَدَّى عَقَقَ، وَمَا فَضَلَ مَعَهُ فَهُوَ لَهُ، وَإِنْ عَجَزَ عَادَ
هُوَ وَمَالُهُ لِلْمَوْلَى، وَكُلُّ مَوْقُوفٍ يَقْبَلُ الْفَسْخَ فَكَسْبُ الْمَكْتَابِ يَقْبَلُ الْفَسْخَ.

وَمَا يَقْبَلُ الْفَسْخَ لَا يَجُوزُ أَنْ يَتَعَلَّقَ بِهِ مَا لَا يَقْبَلُ الْفَسْخَ كَالْإِسْتِيلَادِ، لِأَنَّ مَا لَا
يَقْبَلُهُ أَقْوَى مِنَ الَّذِي يَقْبَلُهُ، وَالْأَقْوَى لَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ تَبَعًا لِلأَدْنَى إِلَّا أَنَّهُ يَثْبُتُ هَذَا
الْحَقُّ وَهُوَ امْتِنَاعُ الْبَيْعِ فِيمَا إِذَا كَانَ مَعَهَا وَلَدٌ تَبَعًا لثُبُوتِهِ فِي الْوَلَدِ بِنَاءً عَلَيْهِ، وَبِدُونِ
الْوَلَدِ لَوْ ثَبَتَ هَذَا الْحَقُّ ثَبَتَ ابْتِدَاءُ الْقِيَاسِ يَنْفِيهِ. وَلِقَائِلِ أَنْ يَقُولَ: الْقِيَاسُ كَمَا يَنْفِيهِ
ابْتِدَاءُ يَنْفِيهِ مَعَ الْوَلَدِ عَلَى مَا ذَكَرَ فِي أَوَّلِ الدَّلِيلِ. فَتَخْصِيصُ نَفْيِهِ بِالْإِبْتِدَاءِ مَعَ أَنَّهُ
مُتَنَافٍ لَصَدْرِ الْكَلَامِ تَحْكُمُ.

وَالْجَوَابُ أَنَّهُ لَيْسَ بِتَحْكُمٍ، وَإِنَّمَا هُوَ مِنْ بَابِ الْإِسْتِحْسَانِ بِالْأَثَرِ وَهُوَ قَوْلُهُ ﷺ
«أَعْتَقَهَا وَلَدُهَا» وَلَا شَكَّ أَنَّ الْوَلَدَ إِنَّمَا يُعْتَقُ الْأُمُّ إِذَا مَلِكَهُ الْأَبُ. وَقَوْلُهُ وَالْقِيَاسُ
يَنْفِيهِ: يَعْنِي وَلَا نَصْرَ فِيهِ يُتْرَكُ بِهِ الْقِيَاسُ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ مَعَهَا الْوَلَدُ (وَإِنْ وَلَدَ
لِلْمَكْتَابِ وَلَدٌ مِنْ أُمَةٍ لَهُ دَخَلَ فِي كِتَابَتِهِ لَمَّا بَيَّنَّا فِي الْمُشْتَرِيِّ) يَعْنِي فِي أَوَّلِ الْفَصْلِ
حَيْثُ قَالَ: لِأَنَّهُ مِنْ أَهْلِ أَنْ يُكَاتَبَ إِنْ لَمْ يَكُنْ مِنْ أَهْلِ الْإِعْتِقَاقِ. وَاعْتَرَضَ بِأَنَّ الْمَكْتَابَ
لَا يَمْلِكُ التَّسْرِيَّ فَمِنْ أَيْنَ لَهُ وَلَدٌ مِنَ الْأُمَةِ حَتَّى يَدْخُلَ فِي الْكِتَابَةِ.

وَأُجِيبَ بِأَنَّ مَعْنَى قَوْلِهِ لَا يَمْلِكُ التَّسْرِيَّ لَا يَحِلُّ لَهُ وَطْءُ أُمَّتِهِ، لَكِنْ إِنْ وَطِئَ
وَادَعَى النَّسَبَ ثَبَتَ النَّسَبُ كَالْجَارِيَةِ الْمُشْرَكَةِ فَإِنَّهُ لَيْسَ لِأَحَدِ الشَّرِيكَيْنِ وَطْؤُهَا، لَكِنْ

إِنْ وَطَّئَهَا فَوَلَدَتْ وَأَدْعَاهُ تَبَتِ النَّسَبُ. قَالَ فِي الْمَبْسُوطِ: جَارِيَةٌ بَيْنَ حُرٍّ وَمُكَاتَبٍ وَلَدَتْ وَلَدًا فَادَّعَاهُ الْمُكَاتَبُ، فَإِنَّ الْوَلَدَ وَلَدُهُ وَالْجَارِيَةُ أُمُّ وَلَدٍ لَهُ، وَيَضْمَنُ نِصْفَ عَقْرِهَا وَنِصْفَ قِيمَتِهَا، وَلَا يَضْمَنُ مِنْ قِيمَةِ الْوَلَدِ شَيْئًا لِأَنَّ الْمُكَاتَبَ بِمَالِهِ مِنْ حَقِّ الْمَلِكِ فِي كَسْبِهِ يَمْلِكُ الدَّعْوَةَ كَالْحُرِّ فَبِقِيَامِ الْمَلِكِ لَهُ فِي نِصْفِهَا هَاهُنَا يَثْبُتُ نَسَبُ الْوَلَدِ مِنْهُ مِنْ وَقْتِ الْعُلُوقِ، وَيَثْبُتُ لَهَا حَقُّ أُمِّيَةِ الْوَلَدِ فِي حَقِّ امْتِنَاعِ الْبَيْعِ تَبَعًا لثُبُوتِ حَقِّ الْوَلَدِ (قَوْلُهُ وَكَانَ حُكْمُهُ كَحُكْمِهِ) أَيُّ حُكْمِ الْوَلَدِ كَحُكْمِ الْمُكَاتَبِ (وَكَسْبُهُ لَهُ) أَيُّ كَسْبِ الْوَلَدِ لَوَالِدِهِ (لَأَنَّ كَسْبَ الْوَلَدِ كَسْبُ كَسْبِهِ) إِذْ الْوَلَدُ كَسْبُهُ (وَكَانَ ذَلِكَ قَبْلَ الدَّعْوَةِ فَلَا يَنْقَطِعُ بِالدَّعْوَةِ اخْتِصَاصُ الْمُكَاتَبِ بِكَسْبِ وَلَدِهِ، وَكَذَلِكَ إِذَا وَلَدَتْ الْمُكَاتَبَةُ مِنْ زَوْجِهَا دَخَلَ الْوَلَدُ فِي كِتَابَتِهَا لِأَنَّ حَقَّ امْتِنَاعِ الْبَيْعِ ثَابِتٌ فِيهَا مُؤَكَّدًا) فَصَارَ مِنَ الْأَوْصَافِ الْقَارَةِ الشَّرْعِيَّةِ وَالْأَوْصَافِ الْقَارَةِ الشَّرْعِيَّةِ فِي الْأُمَّاتِ (كَالتَّذْيِيرِ وَالِاسْتِيلَادِ) وَالْحُرِّيَّةِ وَالرَّقِّ تَسْرِي إِلَى الْوِلَادِ، فَقَوْلُهُ مُؤَكَّدًا إِشَارَةٌ إِلَى ذَلِكَ اخْتِرَازًا عَنْ وَلَدِ الْآبِقَةِ فَإِنَّ يَبْعَهَا لَا يَجُوزُ وَيَبْعَ وَلَدُهَا يَجُوزُ وَلِأَنَّ امْتِنَاعَ الْبَيْعِ فِي الْآبِقَةِ غَيْرُ مُؤَكَّدٍ إِذْ الْإِبَاقُ مِمَّا لَا يَدُومُ، وَكَذَا بَيْعُ الْمُسْتَأْجَرَةِ وَالْجَانِيَةِ فَإِنَّ الْأُمَّةَ إِذَا اتَّصَفَتْ بِهِمَا امْتَنَعَ يَبْعُهَا إِلَّا مَقْرُونًا بِشَيْءٍ لَكِنَّهُ لَيْسَ بِمُؤَكَّدٍ، فَقَوْلُهُمُ الْأَوْصَافُ الْقَارَةُ اخْتِرَازٌ عَنْ مِثْلِ هَذَيْنِ الْوَصْفَيْنِ، وَقَوْلُهُمُ الشَّرْعِيَّةُ اخْتِرَازٌ عَنِ السَّوَادِ وَالْبَيَاضِ وَالطُّوْلِ وَالْقَصْرِ فَإِنَّهَا لَا تَسْرِي، وَإِذَا سَرَتْ كِتَابَتُهَا إِلَى وَلَدِهَا لَمْ يَجْزُ يَبْعُهُ كَمَا لَمْ يَجْزُ يَبْعُ أُمَّهُ.

قَالَ (وَمَنْ زَوَّجَ أُمَّتَهُ مِنْ عَبْدِهِ ثُمَّ كَاتَبَهُمَا فَوَلَدَتْ مِنْهُ وَلَدًا دَخَلَ فِي كِتَابَتِهَا وَكَانَ كَسْبُهُ لَهَا) لِأَنَّ تَبْعِيَّةَ الْأُمِّ أَرْجَحَ وَلِهَذَا يَتَبَعُهَا فِي الرَّقِّ وَالْحُرِّيَّةِ. قَالَ (وَإِنْ تَزَوَّجَ الْمُكَاتَبُ بِإِذْنِ مَوْلَاهُ امْرَأَةً زَعَمَتْ أَنَّهَا حُرَّةٌ فَوَلَدَتْ مِنْهُ ثُمَّ اسْتَحَقَّتْ فَأَوْلَادُهَا عَبِيدٌ وَلَا يَأْخُذُهُمْ بِالْقِيمَةِ، وَكَذَلِكَ الْعَبْدُ يَأْذَنُ لَهُ الْمَوْلَى بِالتَّزْوِيجِ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: أَوْلَادُهَا أَحْرَارٌ بِالْقِيمَةِ) لِأَنَّهُ شَارَكَ الْحُرَّ فِي سَبَبِ ثُبُوتِ هَذَا الْحَقِّ وَهُوَ الْغُرُورُ، وَهَذَا لِأَنَّهُ مَا رَغِبَ فِي نِكَاحِهَا إِلَّا لِنَيْالِ حُرِّيَّةِ الْأَوْلَادِ، وَلَهُمَا أَنَّهُ مَوْلُودٌ بَيْنَ رَقِيقَيْنِ فَيَكُونُ رَقِيقًا، وَهَذَا لِأَنَّ الْأَصْلَ أَنَّ الْوَلَدَ يَتَبَعُ الْأُمَّ فِي الرَّقِّ وَالْحُرِّيَّةِ، وَخَالَفْنَا هَذَا الْأَصْلَ فِي الْحُرِّ بِاجْتِمَاعِ الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ، وَهَذَا لَيْسَ فِي مَعْنَاهُ لِأَنَّ حَقَّ الْمَوْلَى هُنَاكَ مَجْبُورٌ بِقِيمَةٍ نَاجِزَةٍ وَهَاهُنَا بِقِيمَةٍ مُتَأَخِّرَةٍ إِلَى مَا بَعْدَ الْعِتْقِ فَيَبْقَى عَلَى

الأصل ولا يلحق به.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ زَوَّجَ أَمَتَهُ مِنْ عَبْدِهِ) هَذَا أَيْضًا بِنَاءٌ عَلَى أَنَّ الْأَوْصَافَ الْقَارَةَ الشَّرْعِيَّةَ فِي الْأَمَّهَاتِ تَسْرِي إِلَى الْأَوْلَادِ وَلِهَذَا كَانَ الْوَلَدُ دَاخِلًا فِي كِتَابَةِ الْأُمِّ وَكَسْبُهُ لَهَا (قَوْلُهُ لِأَنَّ تَبِعِيَّةَ الْأُمِّ أَرْجَحُ) إِشَارَةٌ إِلَى مَا ذَكَرْنَا وَلِهَذَا اسْتَوْضَحَ بِقَوْلِهِ وَلِهَذَا يَتَّبِعُهَا فِي الرِّقِّ وَالْحُرِّيَّةِ، وَفِي بَعْضِ النُّسخ: دَخَلَ فِي كِتَابَتَيْهِمَا وَكَسْبُهُ لَهَا أَيْ فِي الدُّخُولِ يَتَّبِعُهُمَا وَفِي الْكَسْبِ يَتَّبِعُهَا خَاصَّةً، وَالْأَوَّلُ هُوَ الْوَجْهُ لِأَنَّ فَائِدَةَ الدُّخُولِ هُوَ الْكَسْبُ، وَإِنَّمَا كَانَ تَبِعِيَّةُ الْأُمِّ أَرْجَحَ لِأَنَّهُ جُزْءٌ مِنْهَا بَحِثُ يُقْرَضُ مِنْهُ بِالْمَقْرَضِ. قَالَ (وَإِنْ تَزَوَّجَ الْمُكَاتَبُ بِإِذْنِ مَوْلَاهُ امْرَأَةً زَعَمَتْ أَلْهَا حُرَّةٌ فَوَلَدَتْ مِنْهُ ثُمَّ أُسْتُحِقَّتْ فَأَوْلَادُهَا عَبِيدٌ، وَلَا يَأْخُذُهُمُ الْمُكَاتَبُ بِقِيَمَةِ يُؤَدِّيَهَا إِلَى الْمُسْتَحَقِّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ: أَوْلَادُهَا أَحْرَارٌ بِالْقِيَمَةِ) لِأَنَّهُ وَلَدَ الْمَغْرُورِ لَوْجُودِ سَبَبِهِ وَهُوَ الْغُرُورُ، لِأَنَّهُ مَا رَغِبَ فِي نِكَاحِهَا إِلَّا لِنَيْالِ حُرِّيَّةِ الْأَوْلَادِ فَيَجِبُ عَلَيْهِ قِيَمَةُ الْأَوْلَادِ وَالْمَهْرُ فِي الْحَالِ لَوْجُودِ الْإِذْنِ مِنَ الْمَوْلَى وَالْأَوْلَادُ أَحْرَارٌ، هَكَذَا فِي الْمَبْسُوطِ.

وَفِي شُرُوحِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ أَنَّ قِيَمَةَ الْأَوْلَادِ عِنْدَهُ يَتَأَخَّرُ أَذَاؤُهَا إِلَى مَا بَعْدَ الْعَتَقِ، وَإِلَيْهِ أَشَارَ الْمُصَنِّفُ بِقَوْلِهِ (لَأَنَّ حَقَّ الْمَوْلَى هُنَاكَ مَجْبُورٌ بِقِيَمَةِ نَاجِزَةٍ إلخ) ثُمَّ إِذَا غَرِمَ الْقِيَمَةَ يَرْجِعُ عَلَيْهَا عِنْدَهُ لِأَنَّ الْغُرُورَ حَصَلَ مِنْهَا (وَلَهُمَا أَنَّهُ مَوْلُودٌ بَيْنَ رَقِيقَيْنِ، وَالْمَوْلُودُ بَيْنَ رَقِيقَيْنِ رَقِيقٌ، وَهَذَا لِأَنَّ الْأَصْلَ فِي الْوَلَدِ أَنْ يَتَّبِعَ الْأُمَّ فِي الرِّقِّ وَالْحُرِّيَّةِ. لَكِنْ تَرَكْنَا هَذَا الْأَصْلَ فِيمَا إِذَا كَانَ الرَّجُلُ حُرًّا بِإِجْمَاعِ الصَّحَابَةِ) وَقَدْ قَرَّرْتَاهُ فِي التَّفْرِيرِ (وَهَذَا) أَيْ وَلَدَ الْمُكَاتَبِ (لَيْسَ فِي مَعْنَاهُ لِأَنَّ حَقَّ الْمَوْلَى هُنَاكَ مَجْبُورٌ بِقِيَمَةِ نَاجِزَةٍ وَهَاهُنَا بِقِيَمَةِ مُتَأَخِّرَةٍ إِلَى مَا بَعْدَ الْعَتَقِ) فَكَانَ الْمَانِعُ عَنِ الْإِلْحَاقِ بِهِ مَوْجُودًا وَهُوَ الضَّرَرُ اللَّاحِقُ بِالْمُسْتَحَقِّ فِي التَّأَخِيرِ (فَيَنْقُضِي عَلَى الْأَصْلِ وَلَا يَلْحَقُ بِهِ).

قَالَ (وَإِنْ وَطِئَ الْمُكَاتَبُ أَمَةً عَلَى وَجْهِ الْمَلِكِ بِغَيْرِ إِذْنِ الْمَوْلَى ثُمَّ اسْتَحَقَّهَا رَجُلٌ فَعَلَيْهِ الْعُقْرُ يُؤْخَذُ بِهِ فِي الْكِتَابَةِ، وَإِنْ وَطِئَهَا عَلَى وَجْهِ النِّكَاحِ لَمْ يُؤْخَذَ بِهِ حَتَّى يُعْتَقَ وَكَذَلِكَ الْمَادُونُ لَهُ) وَوَجْهُ الْفَرْقِ أَنَّ فِي الْفَصْلِ الْأَوَّلِ ظَهَرَ الدِّينُ فِي حَقِّ الْمَوْلَى لِأَنَّ التَّجَارَةَ وَتَوَابِعَهَا دَاخِلَةٌ تَحْتَ الْكِتَابَةِ، وَهَذَا الْعُقْرُ مِنْ تَوَابِعِهَا، لِأَنَّهُ لَوْلَا الشَّرَاءُ لَمَا سَقَطَ

الْحَدُّ وَمَا لَمْ يَسْقُطِ الْحَدُّ لَا يَجِبُ الْعُقْرُ. أَمَّا لَمْ يَظْهَرْ فِي الْفَصْلِ الثَّانِي لِأَنَّ النِّكَاحَ لَيْسَ مِنَ الْاِكْتِسَابِ فِي شَيْءٍ فَلَا تَنْتَظِمُهُ الْكِتَابَةُ كَالْكَفَالَةِ.

الشرح:

وَإِذَا (اشْتَرَى الْمَكَاتِبُ أُمَّةً وَوَطَّنَهَا بِغَيْرِ إِذْنِ الْمَوْلَى) أَوْ بِإِذْنِهِ لَكِنَّهُ قَالَ بِغَيْرِ إِذْنِهِ لِيَتَبَيَّنَ مِنْهُ مَا إِذَا كَانَ بِإِذْنِهِ بِطَرِيقِ الْأُولَى (ثُمَّ اسْتَحَقَّهَا رَجُلٌ فَعَلَيْهِ الْعُقْرُ يُؤْخَذُ بِهِ فِي الْكِتَابَةِ مِنْ غَيْرِ تَأْخِيرٍ) إِلَى الْإِعْتَاقِ (وَإِنْ وَطَّنَهَا عَلَى وَجْهِ النِّكَاحِ لَمْ يُؤْخَذُ بِهِ حَتَّى يُعْتَقَ) فِيمَا إِذَا كَانَ بِغَيْرِ إِذْنِهِ (و) حُكْمُ (الْمَأْذُونِ لَهُ كَذَلِكَ) فَمَا كَانَ أَوْ مُدَبَّرًا، وَالْفَرْقُ الْمَذْكُورُ فِي الْكِتَابِ تَقْرِيرُهُ الْكِتَابَةُ أَوْجَبَتْ الشِّرَاءَ وَالشِّرَاءُ أَوْجَبَ سُقُوطَ الْحَدِّ وَسُقُوطُ الْحَدِّ أَوْجَبَ الْعُقْرَ، فَالْكِتَابَةُ أَوْجَبَتْ الْعُقْرَ، وَلَا كَذَلِكَ النِّكَاحُ، وَبَاقِي كَلَامِهِ ظَاهِرٌ لَا يَحْتَاجُ إِلَى شَرْحٍ.

قَالَ (وَإِذَا اشْتَرَى الْمَكَاتِبُ جَارِيَةً شِرَاءً فَاسِدًا ثُمَّ وَطَّنَهَا فَرَدَّهَا أَخَذَ بِالْعُقْرِ فِي الْمَكَاتِبَةِ، وَكَذَلِكَ الْعَبْدُ الْمَأْذُونُ لَهُ) لِأَنَّهُ مِنْ بَابِ التَّجَارَةِ، فَإِنْ التَّصَرَّفَ تَارَةً يَقَعُ صَحِيحًا وَمَرَّةً يَقَعُ فَاسِدًا، وَالْكِتَابَةُ وَالْإِذْنُ يَنْتَظِمَانِهِ بِنَوْعِيهِ كَالْتَوْكِيلِ فَكَانَ ظَاهِرًا فِي حَقِّ الْمَوْلَى.

فصل

قَالَ (وَإِذَا وَلَدَتْ الْمَكَاتِبَةُ مِنَ الْمَوْلَى فَهِيَ بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَتْ مَضَتْ عَلَى الْكِتَابَةِ، وَإِنْ شَاءَتْ عَجَزَتْ نَفْسَهَا، وَصَارَتْ أُمٌّ وَلَدٍ لَهُ) لِأَنَّهُا تَلَقَّتْهَا جِهَتًا حُرِّيَّةً عَاجِلَةً بِبَدَلٍ وَأَجَلَةً بِغَيْرِ بَدَلٍ فَتُخَيَّرُ بَيْنَهُمَا، وَنَسَبٌ وَلَدَهَا ثَابِتٌ مِنَ الْمَوْلَى وَهُوَ حُرٌّ لِأَنَّ الْمَوْلَى يَمْلِكُ الْإِعْتَاقَ فِي وَلَدِهَا وَمَا لَهُ مِنَ الْمَلِكِ يَكْفِي لَصِحَّةِ الْاِسْتِيلَادِ بِالْدَّعْوَةِ. وَإِذَا مَضَتْ عَلَى الْكِتَابَةِ أَخَذَتْ الْعُقْرَ مِنْ مَوْلَاهَا لِاخْتِصَاصِهَا بِنَفْسِهَا وَبِمَنَافِعِهَا عَلَى مَا قَدْ مَنَّا. ثُمَّ إِنْ مَاتَ الْمَوْلَى عَتَقَتْ بِالْاِسْتِيلَادِ وَسَقَطَ عَنْهَا بَدَلُ الْكِتَابَةِ، وَإِنْ مَاتَتْ هِيَ وَتَرَكَتْ مَالًا تُؤَدِّي مِنْهُ مَكَاتِبَتُهَا وَمَا بَقِيَ مِيرَاثَ لَابْنِهَا جَرِيًّا عَلَى مُوجِبِ الْكِتَابَةِ، وَإِنْ لَمْ تَتْرُكْ مَالًا فَلَا سَعَايَةَ عَلَى الْوَلَدِ لِأَنَّهُ حُرٌّ، وَلَوْ وَلَدَتْ وَلَدًا آخَرَ لَمْ يَلْزَمْ الْمَوْلَى إِلَّا أَنْ يَدْعِيَ لِحُرْمَةِ وَطْنِهَا عَلَيْهِ، فَلَوْ لَمْ يَدْعَ وَمَاتَتْ مِنْ غَيْرِ وَفَاءٍ سَعَى هَذَا الْوَلَدُ لِأَنَّهُ مَكَاتِبٌ تَبَعًا لَهَا، فَلَوْ مَاتَ الْمَوْلَى بَعْدَ ذَلِكَ عَتَقَ وَيَطْلُ عَنْهُ السَّعَايَةُ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ أُمِّ الْوَلَدِ إِذْ هُوَ وَلَدُهَا فَيَتْبَعُهَا.

الشرح:

(فصل): مسائل هذا الفصل نوع آخر من جنس مسائل الفصل الأول ففصلها بفصل (قوله وإذا ولدت المكاتب من المولى) وذلك بأن ادعاه (فهى بالخيار إن شاءت مضت على الكتابة، وإن شاءت عجزت نفسها) وصارت أم ولد له سواء صدقته إذا ادعى أو كذبت، لأن للمولى حقيقة الملك في رقبته ولها حق الملك والحقيقة راجحة فيثبت من غير تصديق وإنما تتخير (لأنه تلقى جهتا حرية عاجلة بيدل وأجلة بغير بدل فتخير بينهما ونسب ولدها ثابت من المولى) سواء جاءت به لستة أشهر أو أكثر (وهو حر لأن المولى يملك الإعتاق في ولدها) لأن الدعوى من المولى كالتحرير، وأنه يملك تحرير ولدها من غيره قصداً، فلأن يملك ذلك ضمناً للدعوة بطريق الأولى.

وقوله (وما له من الملك) دليل قوله ونسب ولدها ثابت من المولى، ويندفع به ما عسى أن يتوهم أن ملك المولى في الكتابة ناقص فلا يصح دعوته، لأن ملكه فيها أقوى من ملك المكاتب في مكاتبته بدليل جواز إعتاق المولى مكاتبته دون المكاتب، والمكاتب إذا ادعى نسب الولد من مكاتبته يثبت نسبه فلأن يثبت من المولى أولى، (فإن اختارت الكتابة ومضت عليها أخذت العقر من مولاهما) أي مهر مثلها (لاختصاصها بنفسها وبمنافعها على ما قدمنا) يعني قبل فصل الكتابة الفاسدة بقوله لأنها صارت أخص بأجزائها توسلاً إلى المقصود بالكتابة (ثم إن مات المولى) يعني بعد مضيتها على الكتابة (عتقت بالاستيلاء وسقط عنها بدل الكتابة) على ما تذكره. فإن قيل: وجب أن لا يسقط لأن الأكساب هاهنا تسلم لها وهذا آية بقاء الكتابة. أجيب بأن الكتابة تشبه المعاوضة، وبالنظر إلى ذلك لا يسقط البدل وتشبه الشرط، وبالنظر إليه يسقط، ألا يرى أنه لو قال لامراته إن دخلت الدار قالت طالق ثم طلقها ثلاثاً يطل التعليق فلما عتقت بالاستيلاء بطلت جهة الكتابة به فعملنا بالشبهين، وقلنا بسلامة الأكساب عملاً يشبه المعاوضة.

وقلنا بسقوط بدل الكتابة عملاً يشبه الشرط (وإن ماتت هي وتركت ما لا تؤدى منه مكاتبته وما بقي ميراث لابنها جرياً على موجب الكتابة، وإن لم تترك مالا فلا سعاية على الولد لأنه حر ولو ولدت ولداً آخر) وهي ماضية على الكتابة (لم يلزم

المولى) بالسُّكُوتِ لَأَنَّ نَسَبَ وَلَدِ أُمِّ الْوَلَدِ إِنَّمَا يَثْبُتُ بِالسُّكُوتِ إِذَا لَمْ تَكُنْ مُحَرَّمٌ الْوَطْءِ وَهَذِهِ مُحَرَّمٌ وَطُؤُهَا فَلَا بُدَّ مِنَ الدَّعْوَةِ، وَبَاقِي كَلَامِهِ ظَاهِرٌ وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

قَالَ (وَإِذَا كَاتَبَ الْمَوْلَى أُمَّ وَلَدِهِ جَانَ) لِحَاجَتِهَا إِلَى اسْتِفَادَةِ الْحُرِّيَّةِ قَبْلَ مَوْتِ الْمَوْلَى وَذَلِكَ بِالْكِتَابَةِ، وَلَا تَنَافِي بَيْنَهُمَا لِأَنَّهُ تَلَقَّتْهَا جِهَتَا حُرِّيَّةٍ (فَإِنْ مَاتَ الْمَوْلَى عَتَقَتْ بِالْإِسْتِيلَادِ) لِتَعْلُقِ عِتْقِهَا بِمَوْتِ السَّيِّدِ (وَسَقَطَ عَنْهَا بَدَلُ الْكِتَابَةِ) لِأَنَّ الْغَرَضَ مِنْ إِجَابِ الْبَدَلِ الْعِتْقُ عِنْدَ الْأَدَاءِ، فَإِذَا عَتَقَتْ قَبْلَهُ لَمْ يُمْكِنْ تَوْفِيرُ الْغَرَضِ عَلَيْهِ فَسَقَطَ وَبَطَلَتْ الْكِتَابَةُ لَامْتِنَاعِ إِبْقَائِهَا بِغَيْرِ فَائِدَةٍ، غَيْرَ أَنَّهُ تُسَلِّمُ لَهَا الْأَكْسَابُ وَالْأَوْلَادُ لِأَنَّ الْكِتَابَةَ انْفَسَخَتْ فِي حَقِّ الْبَدَلِ وَبَقِيَتْ فِي حَقِّ الْأَكْسَابِ وَالْأَوْلَادِ، لِأَنَّ الْفَسْخَ لِنَظَرِهَا وَالنُّظْرَ فِيمَا ذَكَرْنَاهُ. وَلَوْ أَدَّتِ الْمَكْتُابَةُ قَبْلَ مَوْتِ الْمَوْلَى عَتَقَتْ بِالْكِتَابَةِ لِأَنَّهَا بَاقِيَةٌ.

الشرح:

قَالَ (وَإِذَا كَاتَبَ الْمَوْلَى أُمَّ وَلَدِهِ جَانَ) وَإِذَا كَاتَبَ الْمَوْلَى أُمَّ وَلَدِهِ جَانَ، لِأَنَّ الْكِتَابَةَ يُتَوَسَّلُ بِهَا إِلَى مِلْكِ السَّيِّدِ فِي الْحَالِ، وَالْحُرِّيَّةُ عِنْدَ أَدَاءِ الْبَدَلِ وَحَاجَةٌ أُمُّ الْوَلَدِ إِلَى اسْتِفَادَةِ هَذَا الْمَعْنَى قَبْلَ مَوْتِ الْمَوْلَى كَحَاجَةِ غَيْرِهَا فَكَانَ جَائِزًا. لَا يُقَالُ: أَحَدُهُمَا يَقْتَضِي الْعِتْقَ بَبَدَلٍ وَالْآخَرُ بِلَا بَدَلٍ وَالْعِتْقُ الْوَاحِدُ لَا يَثْبُتُ بِهِمَا فَكَانَا مُتَنَافِيَيْنِ، لِأَنَّهُ لَا تَنَافِي بَيْنَهُمَا لَكُونِهِمَا جِهَتَيِ عِتْقٍ تَلَقَّتَاهَا عَلَى سَبِيلِ الْبَدَلِ، وَغُورِضُ بَأْنٍ مَالِيَّةٍ أُمُّ الْوَلَدِ غَيْرُ مُتَقَوِّمَةٍ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ فَكَيْفَ يُقَابَلُهَا بَدَلٌ مُتَقَوِّمٌ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ مِلْكَ الْمَوْلَى فِيهَا ثَابِتٌ يَدًا وَرَقَبَةً، وَالْكِتَابَةُ لِرَفْعِ الْأَوَّلِ فِي أَوَّلِ الْحَالِ وَلِرَفْعِ الثَّانِي فِي الثَّانِي، وَالْمِلْكُ يَجُوزُ أَنْ يُقَابَلَ بِبَدَلٍ مُتَقَوِّمٍ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُتَقَوِّمًا كَمِلْكِ الْقِصَاصِ إِذَا عَفَا بَعْضُ الْأَوْلِيَاءِ فَإِنَّهُ يُقَابَلُ حِصَّةَ الْآخَرِينَ بِالْمَالِ (فَإِنْ مَاتَ الْمَوْلَى عَتَقَتْ بِالْإِسْتِيلَادِ لِتَعْلُقِ عِتْقِهَا بِمَوْتِ السَّيِّدِ وَسَقَطَ عَنْهَا بَدَلُ الْكِتَابَةِ، لِأَنَّ الْغَرَضَ مِنْ إِجَابِ الْبَدَلِ الْعِتْقُ عِنْدَ الْأَدَاءِ، فَإِذَا عَتَقَتْ قَبْلَهُ لَمْ يُمْكِنْ تَوْفِيرُ الْغَرَضِ عَلَيْهِ فَسَقَطَ وَبَطَلَتْ الْكِتَابَةُ لَامْتِنَاعِ إِبْقَائِهَا بِلَا فَائِدَةٍ) بِالنِّسْبَةِ إِلَى الْبَدَلِ، وَبَقِيَتْ فِي حَقِّ الْأَوْلَادِ وَالْأَكْسَابِ يُعْتَقُ الْأَوْلَادُ وَتَخْلُصُ لَهَا الْأَكْسَابُ.

وَلِقَائِلٍ أَنْ يَقُولَ: الْكِتَابَةُ عَقْدٌ وَاحِدٌ فَكَيْفَ يُتَصَوَّرُ بَطْلَانُهُ وَعَدَمُ بَطْلَانِهِ فِي حَالَةٍ وَاحِدَةٍ. وَالْجَوَابُ أَنْ تَحْقِيقَ كَلَامِهِ أَنْ بَطْلَانَ عَقْدِ الْكِتَابَةِ يُتَصَوَّرُ بِاعْتِبَارَيْنِ:

أَحَدُهُمَا أَنْ تَبْطُلَ بِعَجْزِ الْمَكَاتِبِ عَلَى إِنْفَاءِ الْبَدَلِ، وَالثَّانِي أَنْ تَبْطُلَ بِانْتِهَائِهِ بِإِيْفَائِهِ، وَبِالْأَوَّلِ يَعُودُ رَقِيقًا وَأَوْلَادُهُ وَأَكْسَابُهُ لِمَوْلَاهُ، وَبِالثَّانِي يُعْتَقُ هُوَ وَأَوْلَادُهُ وَيَخْلَصُ لَهُ مَا بَقِيَ مِنْ أَكْسَابِهِ، وَحَيْثُ احْتَجْنَا هَاهُنَا إِلَى بُطْلَانِ الْكِتَابَةِ نَظَرًا لِلْمَكَاتِبِ وَكَانَ النَّظَرُ لَهُ فِي الثَّانِي دُونَ الْأَوَّلِ صِرْنَا إِلَيْهِ. لَا يُقَالُ: فِي كَلَامِ الْمُصَنِّفِ تَسَامُحٌ، لِأَنَّهُ عِلَلُ بُطْلَانِهِ بِامْتِنَاعِ بَقَائِهِ مِنْ غَيْرِ فَائِدَةٍ ثُمَّ عِلَلُهُ بِالنَّظَرِ لَهُ.

وَالْمَعْلُولُ الْوَاحِدُ بِالشَّخْصِ لَا يُعْلَلُ بِعِلَّتَيْنِ مُخْتَلِفَتَيْنِ، لِأَنَّ لِلْكِتَابَةِ جِهَتَيْنِ: جِهَةً هِيَ لِلْمَكَاتِبِ، وَجِهَةً هِيَ عَلَيْهِ، وَعِلَلُ الثَّانِيَةِ بِالْأَوَّلَى وَالْأَوَّلَى بِالثَّانِيَةِ فَتَأْمَلُهُ فَلَعَلَّهُ سَدِيدٌ (وَلَوْ أَدَّتِ الْمَكَاتِبُ) بِالنَّصْبِ: أَيُّ بَدَلِ الْكِتَابَةِ. وَفِي بَعْضِ الشَّيْخِ: وَلَوْ أَدَّتِ الْكِتَابَةُ وَهُوَ بِتَقْدِيرِ مُضَافٍ (قَبْلَ مَوْتِ الْمَوْلَى عَتَقَتْ بِالْكِتَابَةِ لِأَنَّهَا بَاقِيَةٌ)

قَالَ (وَإِنْ كَاتِبَ مُدْبِرَتَهُ جَارَ) لَمَّا ذَكَرْنَا مِنَ الْحَاجَةِ وَلَا تَنَافِي، إِذِ الْحُرِّيَّةُ غَيْرُ ثَابِتَةٍ، وَإِنَّمَا الثَّابِتُ مُجَرَّدُ الاسْتِحْقَاقِ (وَإِنْ مَاتَ الْمَوْلَى وَلَا مَالٌ لَهُ غَيْرُهَا فَهِيَ بِالْخِيَارِ بَيْنَ أَنْ تَسْعَى فِي ثُلُثِي قِيمَتِهَا أَوْ جَمِيعِ مَالِ الْكِتَابَةِ) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: تَسْعَى فِي أَقْلٍ مِنْهُمَا. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: تَسْعَى فِي الْأَقْلَ مِنْ ثُلُثِي قِيمَتِهَا وَثُلُثِي بَدَلِ الْكِتَابَةِ، فَالْخِلَافُ فِي الْخِيَارِ وَالْمِقْدَارِ، فَأَبُو يُوسُفَ مَعَ أَبِي حَنِيفَةَ فِي الْمِقْدَارِ، وَمَعَ مُحَمَّدٍ فِي نَفْيِ الْخِيَارِ. أَمَّا الْخِيَارُ فَمُفْرَعٌ تَجَزُّوهُ الْإِعْتِقَاقَ عِنْدَهُ لَمَّا تَجَزَّأَ بَقِي الثَّلَاثَانِ رَقِيقًا وَقَدْ تَلَقَّاهَا جِهَتَا حُرِّيَّةٍ بِيَدَيْنِ مُعْجَلٍ بِالتَّذْيِيرِ وَمُؤَجَّلٍ بِالْكِتَابَةِ فَتُخَيَّرُ. وَعِنْدَهُمَا لَمَّا عَتَقَ كُلُّهَا بِعَنْقِ بَعْضِهَا فَهِيَ حُرَّةٌ وَجَبَ عَلَيْهِمَا أَحَدُ الْمَالَيْنِ فَتُخْتَارُ الْأَقْلُ لَا مَحَالَةَ فَلَا مَعْنَى لِلتُّخْيِيرِ. وَأَمَّا الْمِقْدَارُ فَلَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ قَابِلُ الْبَدَلِ بِالْكُلِّ وَقَدْ سَلَّمَ لَهَا الثُّلُثَ بِالتَّذْيِيرِ فَمَنْ الْمَحَالُ أَنْ يَجِبَ الْبَدَلُ بِمُقَابَلَتِهِ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ سَلَّمَ لَهَا الْكُلَّ بِأَنْ خَرَجَتْ مِنَ الثُّلُثِ يَسْقُطُ كُلُّ بَدَلِ الْكِتَابَةِ فَهُنَا يَسْقُطُ الثُّلُثُ وَصَارَ كَمَا إِذَا تَأَخَّرَ التَّذْيِيرُ عَنِ الْكِتَابَةِ.

وَلَهُمَا أَنْ جَمِيعَ الْبَدَلِ مُقَابِلٌ بِثُلُثِي رَقَبَتِهَا فَلَا يَسْقُطُ مِنْهُ شَيْءٌ، وَهَذَا لِأَنَّ الْبَدَلَ وَإِنْ قُوِبِلَ بِالْكُلِّ صُورَةً وَصِيعَةً لَكِنَّهُ مُقَيَّدٌ بِمَا ذَكَرْنَا مَعْنَى وَإِرَادَةً لِأَنَّهَا اسْتَحَقَّتْ حُرِّيَّةَ الثُّلُثِ ظَاهِرًا، وَالظَّاهِرُ أَنَّ الْإِنْسَانَ لَا يَلْتَزِمُ الْمَالَ بِمُقَابَلَةِ مَا يَسْتَحِقُّ حُرِّيَّتَهُ وَصَارَ كَمَا إِذَا طَلَّقَ امْرَأَتَهُ تَنْتَيْنِ ثُمَّ طَلَّقَهَا ثَلَاثًا عَلَى أَلْفٍ كَانَ جَمِيعُ الْأَلْفِ بِمُقَابَلَةِ الْوَاحِدَةِ الْبَاقِيَةِ لِدَلَالَةِ الْإِرَادَةِ، كَذَا هَاهُنَا، بِخِلَافِ مَا إِذَا تَقَدَّمَتِ الْكِتَابَةُ وَهِيَ الْمَسْأَلَةُ الَّتِي تَلِيهِ لِأَنَّ

الْبَدَلُ مُقَابِلُ الْكُلِّ إِذْ لَا اسْتِحْقَاقَ عِنْدَهُ فِي شَيْءٍ فَافْتَرَقَا قَالَ (وَإِنْ دَبَّرَ مَكَاتِبَتَهُ صَحَّ التَّدْبِيرُ) لَمَّا بَيَّنَّا.

(وَلَهَا الْخِيَارُ) إِنْ شَاءَتْ مَضَتْ عَلَى الْكِتَابَةِ، وَإِنْ شَاءَتْ عَجَزَتْ نَفْسَهَا وَصَارَتْ مُدْبِرَةً (لَأَنَّ الْكِتَابَةَ لَيْسَتْ بِإِلَازِمَةٍ فِي جَانِبِ الْمَمْلُوكِ، فَإِنْ مَضَتْ عَلَى كِتَابَتِهَا فَمَاتَ الْمَوْلَى وَلَا مَالٌ لَهُ غَيْرُهَا فَهِيَ بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَتْ سَعَتْ فِي ثُلْثِي مَالِ الْكِتَابَةِ أَوْ ثُلْثِي قِيمَتِهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَالَا: تَسْعَى فِي الْأَقْلَ مِنْهُمَا، فَالْخِلَافُ فِي هَذَا الْفَصْلِ فِي الْخِيَارِ بِنَاءً عَلَى مَا ذَكَرْنَا. أَمَّا الْمِقْدَارُ فَمُتَّفَقٌ عَلَيْهِ، وَوَجْهُهُ مَا بَيَّنَّا.

الشرح:

(وَإِنْ كَاتَبَ مُدْبِرَتَهُ) وَضَعَ الْمَسْأَلَةَ مُنَاسِبَةً لَمَّا تَقَدَّمَ مِنْ أُمِّ الْوَلَدِ وَوَضَعُهَا فِي الْمَبْسُوطِ فِي الْمُدْبِرِ، وَإِنَّمَا جَازَ كِتَابَتُهَا لَوْجُودِ الْمُقْتَضِي وَهُوَ الْحَاجَةُ، فَإِنَّ الثَّابِتَ بِالتَّدْبِيرِ مُجَرَّدُ اسْتِحْقَاقِ الْحُرِّيَّةِ لَا حَقِيقَتُهَا وَانْتِفَاءُ الْمَانِعِ وَهُوَ عَدَمُ الْمُنَافَاةِ كَمَا تَقَدَّمَ. قَالَ (وَإِنْ مَاتَ الْمَوْلَى وَلَا مَالٌ لَهُ سِوَاهَا تَخَيَّرْتُ بَيْنَ السَّعْيِ فِي ثُلْثِي قِيمَتِهَا مُدْبِرَةً لَا فَنَةً وَفِي جَمِيعِ بَدَلِ الْكِتَابَةِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ) وَقَدْ أَوْضَحَ كَلَامُهُ فَتَعَرَّضُ لِبَعْضِهِ زِيَادَةُ إِيضَاحٍ (قَوْلُهُ فَتَخَيَّرْتُ) لِأَنَّ فِي التَّخْيِيرِ فَائِدَةً وَإِنْ اتَّحَدَ الْجِنْسُ لِحَوَازِ أَنْ يَكُونَ أَذَاءُ أَكْثَرِ الْمَالَيْنِ أَيْسَرَ بِاعْتِبَارِ الْأَجَلِ، وَأَذَاءُ أَقْلِهِمَا أَغْسَرُ لِكَوْنِهِ حَالًا فَكَانَ التَّخْيِيرُ مُفِيدًا (قَوْلُهُ وَجَبَ عَلَيْهَا أَحَدُ الْبَدَلَيْنِ فَتَخَيَّرْتُ الْأَقْلَ) قَدْ أُعْثِرَ عَلَيْهِ بِأَنَّ الْإِعْتِقَاقَ لَمَّا لَمْ يَجْزَأْ عِنْدَهُمَا عَتَقَ كُلُّهَا بِالتَّدْبِيرِ لَعَنَى بَعْضُهَا بِهِ وَانْفَسَخَتْ الْكِتَابَةُ فَوَجَبَتْ السَّعَايَةُ فِي ثُلْثِي قِيمَتِهَا لَا غَيْرُ. وَأَجِيبَ بَأَنَّا قَدْ حَكَمْنَا بِصَحَّةِ الْكِتَابَةِ نَظَرًا لَهَا فَتَبَقِيَّتُهَا لِذَلِكَ فَلَرُبَّمَا يَكُونُ بَدَلُهَا أَقْلَ فَيَحْصُلُ النَّظَرُ بِوُجُوبِهِ. وَقَوْلُهُ (أَنَّهُ قَابِلُ الْبَدَلِ بِالْكُلِّ) لِأَنَّهُ أَضَافَ الْعَقْدَ إِلَى ذَاتِهَا فَقَالَ كَاتِبْتُكَ عَلَى كَذَا وَالْمَحَلُّ قَابِلٌ لَهَا كَالْقَنَةِ فَتَصِيرُ كُلُّهَا مَكَاتِبَةً (وَقَدْ سَلَّمَ لَهَا الثَّلَاثَ بِالتَّدْبِيرِ) فَيَسْقُطُ مَا قَابَلَهُ مِنَ الْبَدَلِ وَإِلَّا لَكَانَ مَا فَرَضْنَاهُ سَالِمًا غَيْرَ سَالِمٍ هَذَا خُلْفٌ بَاطِلٌ. وَقَوْلُهُ (وَصَارَ كَمَا إِذَا تَأَخَّرَ التَّدْبِيرُ عَنِ الْكِتَابَةِ) وَصُورَتُهُ أَنْ يُكَاتِبَ عَبْدُهُ أَوَّلًا ثُمَّ يَدْبِرُهُ ثُمَّ يَمُوتُ وَلَا مَالٌ لَهُ سِوَاهُ فَإِنَّهُ يَسْقُطُ عَنْهُ ثُلُثُ الْبَدَلِ بِالِاتِّفَاقِ وَهِيَ الْمَسْأَلَةُ الَّتِي تَلِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةَ.

وَقَوْلُهُ (لَأَنَّهَا اسْتَحَقَّتْ حُرِّيَّةَ الثَّلَاثِ ظَاهِرًا) أَيُّ مَكْشُوفًا بَيْنَنَا لَا يَخْفَى عَلَى أَحَدٍ،

لأن إخراجها عن الملك بغير الإعتاق غير صحيح، فإن أعتقها خرج عما نحن فيه، وإن ماتت قبله فكذلك وإن مات المولى عن مال تخرج من ثلثه فقد استحققت حريته كلها، وإن لم يترك غيرها فقد استحققت حريته ثلثها فاستحقاق الثلث ثابت قطعاً (والظاهر) البين (أن الإنسان لا يلتزم المال بمقابلة ما يستحق حريته) فتعين أن يكون جميع البدل بمقابلة ثلثي رقبته فلا يسقط منه شيء. ولقائل أن يقول: لو كان كذلك لما عتق الجميع إذا أدت كل البدل قبل موت المولى لأنه في مقابلة الثلثين لا الكل.

والجواب أنه لا يلزم على قول أبي يوسف لأنه لا يقول بتجزؤ الإعتاق، وأما على قول أبي حنيفة فالجواب ما مررنا حكمتنا بصحة الكتابة نظراً للمدبر، وليس من النظر أن يبقى بعضه غير حرٍّ ويعرَّم كل البدل، فاعتبرنا المقابلة الصورية قبل موت المولى نظراً له (قوله إذ لا استحقاق عنده) أي عند عقد الكتابة فيكون البدل في مقابلة الكل، فإذا عتق بعض الرقبة بعد ذلك بالتدبير سقط حصته من بدل الكتابة (وإن دبر مكاتبته صح التدبير لما بينا) أنه تلقنهما جهتا حرية (ولها الخيار، إن شاءت مضت على الكتابة، وإن شاءت عجزت نفسها وصارت مدبرة، لأن الكتابة ليست بلازمة في جانب المملوك) لأن النفقة والجناية على المكاتب في حال الكتابة، وإذا عجز نفسه كان كل ذلك على المولى فله أن يدفع عن نفسه ذلك.

(فإن مضت على كتابتها فمات المولى ولا مال له غيرها تخيرت بين السعي في ثلثي مال الكتابة وثلثي قيمتها عند أبي حنيفة وعندهما في الأقل منهما، فاختلوا هاهنا في الخيار بناءً على ما ذكرنا) من تجزؤ الإعتاق (وأما المقدار فمتفق عليه) ومحمد مر على أصله لا يحتاج إلى فرق، والفرق لهما بين هذه وما تقدمت ما بينا أن البدل هاهنا مقابل بالكل إلخ.

قال (وإذا أعتق المولى مكاتبه عتق بإعتاقه) لقيام ملكه فيه (وسقط بدل الكتابة) لأنه ما التزمه إلا مقابلاً بالعتق وقد حصل له دونه فلا يلزمه، والكتابة وإن كانت لازمة في جانب المولى ولكنه يفسخ برضا العبد والظاهر رضاه توسلاً إلى عتقه بغير بدل مع سلامة الأكساب له لأننا نبقى الكتابة في حقه.

قال (وإن كاتبه على ألف درهم إلى سنته فصالحه على خمسمائة معجلته فهو

جَائِزٌ اسْتِحْسَانًا. وَفِي الْقِيَاسِ لَا يَجُوزُ لِأَنَّهُ اعْتِيَاظٌ عَنِ الْأَجَلِ وَهُوَ لَيْسَ بِمَالٍ وَالذِّينُ مَالٌ فَكَانَ رَبًّا، وَلِهَذَا لَا يَجُوزُ مِثْلُهُ فِي الْحُرِّ وَمُكَاتِبِ الْغَيْرِ. وَجِهَ الْاسْتِحْسَانُ أَنَّ الْأَجَلَ فِي حَقِّ الْمُكَاتِبِ مَالٌ مِنْ وَجْهِ لِأَنَّهُ لَا يَقْدِرُ عَلَى الْأَدَاءِ إِلَّا بِهِ فَأَعْطِيَ لَهُ حُكْمُ الْمَالِ، وَبَدَلُ الْكِتَابَةِ مَالٌ مِنْ وَجْهِ حَتَّى لَا تَصِحَّ الْكَفَالَةُ بِهِ فَاعْتَدَلَا فَلَا يَكُونُ رَبًّا، وَلِأَنَّ عَقْدَ الْكِتَابَةِ عَقْدٌ مِنْ وَجْهِ دُونَ وَجْهِ وَالْأَجَلُ رَبًّا مِنْ وَجْهِ فَيَكُونُ شُبْهَةً الشُّبْهَةِ، بِخِلَافِ الْعَقْدِ بَيْنَ الْحُرِّينَ لِأَنَّهُ عَقْدٌ مِنْ كُلِّ وَجْهِ فَكَانَ رَبًّا وَالْأَجَلُ فِيهِ شُبْهَةً.

الشرح:

قَالَ (وَإِذَا أَعْتَقَ الْمَوْلَى مُكَاتِبَهُ إلخ) وَإِذَا أَعْتَقَ الْمَوْلَى عَتَقَ بِإِعْتَاقِهِ لِقِيَامِ مِلْكِهِ وَسَقَطَ بَدَلُ الْكِتَابَةِ بِنَاءً عَلَى أَنَّ مَا كَانَ وَسِيلَةً إِلَى تَحْصُلِ شَيْءٍ وَحَصَلَ ذَلِكَ الشَّيْءُ مِنْ جِهَةٍ أُخْرَى سَقَطَ الْوَسِيلَةُ لِعَدَمِ الْحَاجَةِ إِلَيْهَا. فَإِنْ قِيلَ: الْكِتَابَةُ لَازِمَةٌ فِي جَانِبِ الْمَوْلَى فَلَا تَقْبَلُ الْفَسْخُ. أَجَابَ بِقَوْلِهِ (وَالْكِتَابَةُ وَإِنْ كَانَتْ لَازِمَةً فِي جَانِبِ الْمَوْلَى وَلَكِنَّهُ يُفْسَخُ بِرِضَا الْعَبْدِ) وَالزُّرُومُ كَانَ لَتَعْلُقِ حَقَّهُ، فَإِذَا رَضِيَ بِالْفَسْخِ فَقَطُّ أَسْقَطَ حَقَّهُ كَمَا لَوْ بَاعَهُ الْمَوْلَى أَوْ أَجَرَهُ بِرِضَاهُ (وَالظَّاهِرُ رِضَاهُ تَوْسُّلًا إِلَى عِتْقِهِ بِغَيْرِ بَدَلٍ) فَإِنَّهُ إِذَا رَضِيَ بِهِ بِبَدَلٍ فَلَا يَبْدَلُ يَكُونُ أَرْضَى، وَقَوْلُهُ (مَعَ سَلَامَةِ الْأَكْسَابِ لَهُ لِأَنَّا نُبْقِي الْكِتَابَةَ فِي حَقِّهِ) إِشَارَةٌ إِلَى جَوَابِ مَا عَسَى أَنْ يُقَالَ قَدْ يَكُونُ رَاضِيًا بِبَدَلٍ نَظَرًا إِلَى سَلَامَةِ الْأَكْسَابِ لَهُ فَقَدْ تَكُونُ الْأَكْسَابُ كَثِيرَةً تَفْضُلُ بَعْدَ آدَاءِ الْبَدَلِ مِنْهَا لَهُ جُمْلَةٌ. وَوَجْهٌ أَنَّ الْأَكْسَابَ سَلَامَةً لَهُ لِأَنَّا نُبْقِي الْكِتَابَةَ فِي حَقِّهِ لَتَبْقَى الْأَكْسَابُ عَلَى مِلْكِهِ نَظَرًا لَهُ، وَحِينَئِذٍ صَارَ الظَّاهِرُ كَالْمُتَحَقِّقِ الْوَاقِعِ فَيَعْتَقُ بِإِعْتَاقِهِ (وَإِنْ كَاتِبُهُ عَلَى أَلْفِ دِرْهَمٍ إِلَى سَنَةٍ فَصَالِحُهُ عَلَى خَمْسِمِائَةٍ مُعْجَلَةٌ فَهُوَ جَائِزٌ اسْتِحْسَانًا، وَالْقِيَاسُ أَنْ لَا يَجُوزَ لِأَنَّ هَذَا الصُّلْحَ اعْتِيَاظٌ عَمَّا لَيْسَ بِمَالٍ) بِمَا هُوَ مَالٌ (لِأَنَّ الْأَجَلَ لَيْسَ بِمَالٍ وَالذِّينُ مَالٌ) وَذَلِكَ فِي عَقْدِ الْمَعَاوِضَةِ لَا يَجُوزُ وَعَقْدُ الْكِتَابَةِ عَقْدٌ مُعَاوِضَةٌ، وَإِذَا لَمْ يَجْزِ ذَلِكَ كَانَ خَمْسِمِائَةً بَدَلًا عَنْ أَلْفٍ (وَذَلِكَ رَبًّا):

لَا يُقَالُ: هَلَا جَعَلْتَ إِسْقَاطًا لِبَعْضِ الْحَقِّ لِيَجُوزَ لِأَنَّ الْإِسْقَاطَ إِنَّمَا يَتَحَقَّقُ فِي الْمُسْتَحَقِّ وَالْمُعْجَلُ لَمْ يَكُنْ مُسْتَحَقًّا وَهَذَا لَا يَجُوزُ مِثْلُهُ بَيْنَ الْحُرِّينَ وَقَدْ مَرَّ فِي كِتَابِ الصُّلْحِ، وَكَذَا لَا يَجُوزُ إِذَا كَانَ عَلَى مُكَاتِبِ الْغَيْرِ أَلْفٌ إِلَى سَنَةٍ فَصَالِحُهُ عَلَى

خَسِمَاءَةً مُعَجَّلَةً (وَجْهَهُ الاسْتِحْسَانُ أَنَّ الْأَجَلَ فِي حَقِّ الْمَكَاتِبِ مَالٌ مِنْ وَجْهِ لَأَنَّهُ لَا يَقْدَرُ عَلَى أَداءِ الْبَدَلِ إِلَّا بِهِ فَأَعْطِيَ لَهُ حُكْمُ الْمَالِ وَبَدَلَ الْكِتَابَةِ مَالٌ مِنْ وَجْهِ حَتَّى لَا تَصِحَّ الْكِفَالَةُ بِهِ فَاعْتَدَلَا) وَكَانَا اعْتِيَاضًا عَمَّا هُوَ مَالٌ مِنْ وَجْهِ بِمَا هُوَ مَالٌ مِنْ وَجْهِ، وَقَدْ اخْتَلَفَ الْجَنَسُ (فَلَمْ يَكُنْ) نَمَةً (رَبًّا) وَفِيهِ بَحْثٌ لَأَنَّ الْمَالَ مَا يُتَمَوَّلُ بِهِ وَهُوَ يَعْتَمِلُ الْإِحْرَارَ وَذَلِكَ فِي الْأَجَلِ غَيْرُ مُتَصَوِّرٍ، وَلَأَنَّ قَوْلَهُ فَأَعْطِيَ لَهُ حُكْمُ الْمَالِ لَيْسَ بِمُسْتَقِيمٍ لَفْظًا وَمَعْنَى، أَمَّا لَفْظًا فَلَأَنَّ أُعْطِيَ مُتَعَدًّا إِلَى مَفْعُولِيهِ بِلَا وَاسِطَةٍ وَقَدْ اسْتَعْمَلَهُ بِاللَّامِ وَأَمَّا مَعْنَى فَلَأَنَّهُ قَالَ الْأَجَلُ فِي حَقِّ الْمَكَاتِبِ مَالٌ مِنْ وَجْهِ، فَإِنْ أَرَادَ بِقَوْلِهِ فَأَعْطِيَ لَهُ حُكْمُ الْمَالِ مِنْ كُلِّ وَجْهِ فَاتَّاعْتِدَالَ إِذِ الدَّيْنُ مَالٌ مِنْ وَجْهِ، وَإِنْ أَرَادَ حُكْمُ الْمَالِ مِنْ وَجْهِ فَهُوَ تَحْصِيلٌ لِلْحَاصِلِ.

وَالْجَوَابُ أَنَّ مَا ذَكَرْتُمْ مِنْ أَنَّ الْمَالَ مَا يُتَمَوَّلُ بِهِ وَيُحْرَزُ صَحِيحٌ إِذَا كَانَ مَالًا مِنْ كُلِّ وَجْهِ، وَلَيْسَ مَا نَحْنُ فِيهِ كَذَلِكَ، وَإِنَّمَا الْمُرَادُ بِهِ هَاهُنَا أَنَّهُ وَسِيلَةٌ إِلَى تَحْصِيلِ مَقْصُودِ الْمَكَاتِبِ وَهُوَ فِي ذَلِكَ كَعَيْنِ الدَّرَاهِمِ لِتَوْقُفِ قُدْرَةِ الْأَدَاءِ عَلَيْهِ تَوْقُفُهَا عَلَى عَيْنِ الدَّرَاهِمِ، وَضَمَّنَ أُعْطِيَ مَعْنَى اعْتَبَرَ، وَمَعْنَاهُ اعْتَبَرَ لِلْأَجَلِ حُكْمُ الْمَالِ، فَإِنَّ الشَّيْءَ يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ جِهَةً فِي شَيْءٍ وَلَا يَكُونُ مُعْتَبَرًا، فَيَبِينُ أَنَّهُ اعْتَبَرَ لَهُ تِلْكَ الْجِهَةُ تَصَحُّيحًا لِلْعَقْدِ وَنَظَرًا لِلْمَكَاتِبِ.

(قَوْلُهُ وَلَأَنَّ عَقْدَ الْكِتَابَةِ) وَجْهٌ آخَرُ لِلْاسْتِحْسَانِ. وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ عَقْدَ الْكِتَابَةِ عَقْدٌ مِنْ وَجْهِ دُونَ وَجْهِ لَمَّا تَقَدَّمَ أَنَّ لَهُ شَبَهًا بِالتَّغْلِيْقِ بِالشَّرْطِ فَيَكُونُ مِنْ هَذَا الْوَجْهِ يَمِينًا وَالْأَجَلُ رَبًّا مِنْ كُلِّ وَجْهِ فَفِيهِ شُبُهَةُ الرَّبِّ، وَشُبُهَةُ الرَّبِّ إِذَا وَقَعَتْ فِي شُبُهَةِ الْعَقْدِ كَانَتْ شُبُهَةُ الشُّبُهَةِ وَلَا مُعْتَبَرٌ بِهَا، بِخِلَافِ الْعَقْدِ بَيْنَ الْحَرِّينِ لَأَنَّهُ عَقْدٌ مِنْ كُلِّ وَجْهِ فَكَانَ رَبًّا وَالْأَجَلُ فِيهِ شُبُهَةٌ لَا شُبُهَةَ الشُّبُهَةِ.

قَالَ (وَإِذَا كَاتَبَ الْمَرِيضُ عَبْدَهُ عَلَى أَلْفِي دِرْهَمٍ إِلَى سَنَةٍ وَقِيمَتُهُ أَلْفٌ ثُمَّ مَاتَ وَلَا مَالَ لَهُ غَيْرُهُ وَلَمْ تُجْزِ الْوَرْتَةُ) فَإِنَّهُ يُؤَدِّي ثُلْثِي الْأَلْفَيْنِ حَالًا وَالْبَاقِي إِلَى أَجَلِهِ أَوْ يُرَدُّ رَقِيقًا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ.

وَقَالَ مُحَمَّدٌ: يُؤَدِّي ثُلْثِي الْأَلْفِ حَالًا وَالْبَاقِي إِلَى أَجَلِهِ) لِأَنَّ لَهُ أَنْ يَتَرَكَ الزِّيَادَةَ بِأَنْ يَكَاتِبَهُ عَلَى قِيمَتِهِ فَلَهُ أَنْ يُؤَخِّرَهَا وَصَارَ كَمَا إِذَا خَالَعَ الْمَرِيضُ امْرَأَتَهُ عَلَى أَلْفٍ إِلَى

سَنَةٍ جَازَ، لَأَنَّ لَهُ أَنْ يُطْلَقَهَا بِغَيْرِ بَدَلٍ، وَلَهُمَا أَنْ جَمِيعَ الْمُسَمَّى بِدَلِ الرَّقَبَةِ حَتَّى أَجْرِي عَلَيْهَا أَحْكَامُ الْأَبْدَالِ وَحَقُّ الْوَرَثَةِ مُتَعَلِّقٌ بِالْمُبْدَلِ فَكَذَا بِالْبَدَلِ، وَالتَّأْجِيلُ إِسْقَاطُ مَعْنَى فَيُعْتَبَرُ مِنْ ثُلُثِ الْجَمِيعِ، بِخِلَافِ الْخُلْعِ لَأَنَّ الْبَدَلَ فِيهِ لَا يُقَابِلُ الْمَالَ فَلَمْ يَتَعَلَّقْ حَقُّ الْوَرَثَةِ بِالْمُبْدَلِ فَلَا يَتَعَلَّقُ بِالْبَدَلِ، وَنَظِيرُ هَذَا إِذَا بَاعَ الْمَرِيضُ دَارَهُ بِثَلَاثَةِ آلَافٍ إِلَى سَنَةٍ وَقِيمَتُهَا أَلْفٌ ثُمَّ مَاتَ وَلَمْ تُجَزَّ الْوَرَثَةُ فَعِنْدَهُمَا يُقَالُ لِلْمُشْتَرِي أَدَّ ثُلْثِي جَمِيعِ الثَّمَنِ حَالًا وَالثُّلُثَ إِلَى أَجَلِهِ وَإِلَّا فَانْقَضَ الْبَيْعُ، وَعِنْدَهُ يُعْتَبَرُ الثُّلُثُ بِقَدْرِ الْقِيَمَةِ لَا فِيمَا زَادَ عَلَيْهِ لَمَّا بَيَّنَّا مِنَ الْمَعْنَى، قَالَ (وَأِنْ كَاتَبَهُ عَلَى أَلْفٍ إِلَى سَنَةٍ وَقِيمَتُهُ أَلْفَانٍ وَلَمْ تُجَزَّ الْوَرَثَةُ يُقَالُ لَهُ أَدَّ ثُلْثِي الْقِيَمَةِ حَالًا أَوْ تَرَدُّ رَقِيقًا فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا) لَأَنَّ الْمَحَابَاةَ هَاهُنَا فِي الْقَدْرِ وَالتَّأْخِيرِ فَاعْتَبِرَ الثُّلُثَ فِيهِمَا.

الشرح:

قَالَ (وَإِذَا كَاتَبَ الْمَرِيضُ عَبْدَهُ عَلَى أَلْفَيْنِ إِلَى سَنَةٍ وَقِيمَتُهُ أَلْفٌ دِرْهَمٍ ثُمَّ مَاتَ الْمَوْلَى وَلَا مَالَ لَهُ غَيْرُهُ وَلَمْ تُجَزَّ الْوَرَثَةُ الْأَجَلَ) لَأَنَّ الْمَرِيضَ تَصَرَّفَ فِيهِ وَهُوَ حَقُّهُمْ فَلَهُمْ أَنْ يَرُدُّوهُ دَفْعًا لَضَرَرٍ تَأْخِيرِ حَقِّهِمْ إِلَى مُضِيِّ الْأَجَلِ عَنْ أَنْفُسِهِمْ (فَإِنَّ الْمَكَاتِبَ يُؤَدِّي ثُلْثِي الْأَلْفَيْنِ حَالًا) وَهُوَ أَلْفٌ وَثَلَاثُمِائَةٌ وَثَلَاثَةٌ وَثَلَاثُونَ دِرْهَمًا وَثُلُثُ دِرْهَمٍ (وَالْبَاقِي) وَهُوَ سِتُّمِائَةٌ وَسِتَّةٌ وَسِتُّونَ دِرْهَمًا وَثُلُثًا دِرْهَمٍ (إِلَى أَجَلِهِ أَوْ يُرَدُّ رَقِيقًا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: يُؤَدِّي ثُلْثِي الْأَلْفِ حَالًا وَالبَاقِي إِلَى أَجَلِهِ لَأَنَّ لَهُ أَنْ يَتْرَكَ الزَّائِدَ عَلَى قِيَمَتِهِ) وَمَنْ لَهُ تَرَكَ شَيْءٌ لَهُ تَرَكَ وَصْفِهِ وَالتَّعْجِيلُ وَصَفٌ فَيَجُوزُ تَرَكَهُ (وَصَارَ) ذَلِكَ (كَمَا إِذَا خَالَعَ الْمَرِيضُ أَمْرَأَتَهُ عَلَى أَلْفٍ إِلَى سَنَةٍ جَازَ لَأَنَّ لَهُ أَنْ يُطْلَقَهَا بِغَيْرِ بَدَلٍ) وَلَوْ قَالَ لَأَنَّ لَهُ أَنْ يَتْرَكَ الزِّيَادَةَ وَثُلُثَ الْأَلْفِ فَلَهُ أَنْ يُؤَخَّرَهُمَا كَانَ أَحْسَنَ فَتَأَمَّلْ.

(وَلَهُمَا أَنْ جَمِيعَ الْمُسَمَّى بِدَلِ الرَّقَبَةِ) بِدَلِيلِ جَرَيَانِ أَحْكَامِ الْأَبْدَالِ مِنْ جَوَازِ الْمُرَابَحَةِ عَلَى الْأَلْفَيْنِ وَجَوَازِ الْحَبْسِ عَلَى الْمَاطَلَةِ وَالْأَخْذُ بِالشُّفْعَةِ فَإِنَّهَا تَتَعَلَّقُ بِجَمِيعِ الْمُسَمَّى وَهُوَ الْأَلْفَانِ، وَبَدَلُ الرَّقَبَةِ يَتَعَلَّقُ بِهِ حَقُّ الْوَرَثَةِ لِتَعَلُّقِهِ بِالْمُبْدَلِ، فَإِنَّ الْمُبْدَلَ لَمَّا كَانَ مُتَقَوِّمًا كَانَ حُكْمُ بَدَلِهِ حُكْمُهُ فَجَمِيعُ الْمُسَمَّى يَتَعَلَّقُ بِهِ حَقُّ الْوَرَثَةِ، وَمَا تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّ الْوَرَثَةِ جَازَ لِلْمَرِيضِ إِسْقَاطُ ثُلْثِهِ فَيَجُوزُ تَأْجِيلُهُ لِأَنَّهُ إِسْقَاطُ مَعْنَى، بِخِلَافِ بَدَلِ الْخُلْعِ

فَإِنَّ حَقَّ الْوَرَّةِ لَمْ يَتَّعَلَقْ بِهِ لِأَنَّهُ لَمْ يَتَّعَلَقْ بِالْمُبْدَلِ لَكَوْنِهِ لَيْسَ بِمَالٍ، وَعَلَى هَذَا الْأَصْلِ اخْتِلَافُهُمْ إِذَا بَاعَ الْمَرِيضُ ذَارَهُ بِثَلَاثَةِ آلَافٍ إِلَى سِتَّةٍ وَقِيمَتُهَا أَلْفٌ ثُمَّ مَاتَ وَلَمْ تُجْزِ الْوَرَّةُ التَّأْجِيلَ؛ فَعِنْدَهُمَا يُخَيَّرُ الْمُشْتَرِي بَيْنَ أَدَاءِ ثُلْثِي جَمِيعِ الثَّمَنِ حَالًا وَالثُّلْثِ إِلَى أَجَلِهِ، وَبَيْنَ تَقْضِ الْبَيْعِ وَعِنْدَهُ يُعْتَبَرُ الثُّلْثُ بِقَدْرِ الْقِيَمَةِ لَا فِي الزِّيَادَةِ لَمَّا بَيَّنَّا مِنَ الْمَعْنَى: يَعْني الدَّلِيلُ مِنَ الطَّرَفَيْنِ (وَإِنْ كَاتَبَهُ عَلَى أَلْفٍ إِلَى سِتَّةٍ وَقِيمَتُهُ أَلْفَانِ وَلَمْ تُجْزِ الْوَرَّةُ أَدَى ثُلْثِي الْقِيَمَةِ حَالًا أَوْ يُرَدُّ رَقِيقًا فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا لِأَنَّ الْمُحَابَاةَ فِي الْقَدْرِ) وَهُوَ إِسْقَاطُ أَلْفِ دِرْهَمٍ (وَالتَّأْخِيرِ) وَهُوَ تَأْجِيلُ الْأَلْفِ الْآخِرِ (فَاعْتَبَرَ الثُّلْثُ فِيهِمَا) أَيِ بَصَحُ تَصْرِفُهُ فِي ثُلْثِ قِيَمَتِهِ فِي الْإِسْقَاطِ وَالتَّأْخِيرِ، لَكِنْ لَمَّا سَقَطَ ذَلِكَ الثُّلْثُ لَمْ يَنْتَقِ التَّأْخِيرُ أَيْضًا وَلَمْ يَصَحُ تَصْرِفُهُ فِي ثُلْثِي الْقِيَمَةِ لَا فِي حَقِّ الْإِسْقَاطِ وَلَا فِي حَقِّ التَّأْخِيرِ.

باب ما يكتاب عن العبد

قَالَ (وَإِذَا كَاتَبَ الْحُرُّ عَنْ عَبْدٍ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ، فَإِنْ أَدَى عَنْهُ عَتَقَ، وَإِنْ بَلَغَ الْعَبْدُ فَقَبِلَ فَهُوَ مُكَاتَبٌ) وَصُورَةُ الْمَسْأَلَةِ أَنْ يَقُولَ الْحُرُّ لِمَوْلَى الْعَبْدِ كَاتِبَ عَبْدِكَ عَلَى أَلْفِ دِرْهَمٍ عَلَى أَنِّي إِنْ أَدَيْتَ إِلَيْكَ أَلْفًا فَهُوَ حُرٌّ فَكَاتَبَهُ الْمَوْلَى عَلَى هَذَا يُعْتَقُ بِأَدَائِهِ بِحُكْمِ الشَّرْطِ، وَإِذَا قَبِلَ الْعَبْدُ صَارَ مُكَاتَبًا، لِأَنَّ الْكِتَابَةَ كَانَتْ مَوْفُوفَةً عَلَى إِجَارَتِهِ وَقَبُولُهُ إِجَارَةً، وَلَوْ لَمْ يَقُلْ عَلَى أَنِّي إِنْ أَدَيْتَ إِلَيْكَ أَلْفًا فَهُوَ حُرٌّ فَأَدَى لَا يُعْتَقُ قِيَاسًا لِأَنَّهُ لَا شَرْطَ وَالْعَقْدُ مَوْفُوفٌ عَلَى إِجَارَةِ الْعَبْدِ. وَفِي الْأَسْتِحْسَانِ يُعْتَقُ لِأَنَّهُ لَا ضَرَرَ لِلْعَبْدِ الْغَائِبِ فِي تَعْلِيْقِ الْعِتْقِ بِأَدَاءِ الْقَائِلِ فَيَصِحُّ فِي حَقِّ هَذَا الْحُكْمِ وَيَتَوَقَّفُ فِي حَقِّ لُزُومِ الْأَلْفِ عَلَى الْعَبْدِ. وَقِيلَ هَذِهِ هِيَ صُورَةُ مَسْأَلَةِ الْكِتَابِ (وَلَوْ أَدَى الْحُرُّ الْمُبْدَلُ لَا يَرْجِعُ عَلَى الْعَبْدِ) لِأَنَّهُ مُتَبَرِّعٌ.

الشرح:

(بَابُ مَنْ يُكَاتَبُ عَنِ الْعَبْدِ): لَمَّا فَرَّغَ مِنْ ذِكْرِ أَحْكَامِ تَتَّعَلَقُ بِالْأَصِيلِ فِي الْكِتَابَةِ ذَكَرَ فِي هَذَا الْبَابِ أَحْكَامًا تَتَّعَلَقُ بِالنَّائِبِ فِيهَا، وَقَدَّمَ أَحْكَامَ الْأَصِيلِ لِأَنَّ الْأَصْلَ فِي تَصْرِفِ الْمَرْءِ أَنْ يَكُونَ لِنَفْسِهِ. قَالَ (وَإِذَا كَاتَبَ الْحُرُّ عَنْ عَبْدٍ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ إلخ) قَالَ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ: وَإِذَا كَاتَبَ الْحُرُّ عَنْ عَبْدٍ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ فَإِنْ أَدَى عَنْهُ عَتَقَ، وَإِنْ بَلَغَ الْعَبْدُ وَقَبِلَ فَهُوَ مُكَاتَبٌ.

وَاخْتَلَفَ شَارِحُوهُ فِي تَصْوِيرِهِ فَقَالَ بَعْضُهُمْ: هُوَ أَنْ يَقُولَ الْحُرُّ لِمَوْلَى الْعَبْدِ كَاتِبَ

عَبْدَكَ عَلَى أَلْفٍ دِرْهَمٍ عَلَى أَنِّي إِنْ أَدَّيْتُ إِلَيْكَ أَلْفًا فَهُوَ حُرٌّ فَكَاتَبَهُ الْمَوْلَى عَلَى هَذَا يُعْتَقُ بِأَدَائِهِ بِحُكْمِ الشَّرْطِ، وَإِذَا قِيلَ الْعَبْدُ صَارَ مُكَاتَبًا: يَعْنِي إِنْ هَذَا الْعَقْدُ نَافِذٌ فِي حَقِّ مَالِ الْعَبْدِ مِنْ حُرْمَةِ الْبَيْعِ وَتُقَوِّدُ عِنْتَهُ بِأَدَاءِ هَذَا الْقَائِلِ وَمَوْقُوفٌ عَلَى إِجَارَتِهِ فِيمَا عَلَيْهِ مِنْ لُزُومِ الْبَدَلِ لِأَنَّهُ عَقْدٌ جَرَى بَيْنَ فُضُولِي وَمَالِكٍ فَيَتَوَقَّفُ عَلَى إِجَارَةٍ مَنْ لَهُ الْإِجَارَةُ، فَإِذَا قَبِلَهُ كَانَ ذَلِكَ إِجَارَةً مِنْهُ فَيَصِيرُ مُكَاتَبًا، لِأَنَّ الْإِجَارَةَ فِي الْإِثْنَاءِ كَالِإِذْنِ فِي الْإِبْتِدَاءِ، وَلَوْ وَكَّلَهُ الْعَبْدُ بِذَلِكَ نَفَذَ عَقْدَهُ عَلَيْهِ، فَكَذَا إِذَا أَجَارَ بَعْدَ الْعِنْتِ. وَقَالَ بَعْضُهُمْ: هُوَ أَنْ يَقُولَ كَاتَبَ عَبْدَكَ عَلَى أَلْفٍ دِرْهَمٍ وَلَمْ يَقُلْ عَلَى أَنِّي إِنْ أَدَّيْتُ إِلَيْكَ أَلْفًا فَهُوَ حُرٌّ فَأَدَّى عِنْتًا اسْتِحْسَانًا.

وَفِي الْقِيَاسِ لَا يُعْتَقُ لِأَنَّهُ لَا شَرْطَ حَتَّى يُعْتَقَ بِوُجُودِ الشَّرْطِ وَالْعَقْدُ مَوْقُوفٌ لَمَّا مَرَّ. وَجَهُ الاسْتِحْسَانِ أَنَّهُ لَا ضَرَرَ لِلْعَبْدِ الْغَائِبِ فِي تَعْلِيْقِ الْعِنْتِ: أَيُّ فِي تَوَقُّفِ الْعِنْتِ عَلَى أَدَاءِ الْقَائِلِ فَيَصِحُّ الْعَقْدُ فِي حَقِّ هَذَا الْحُكْمِ وَيَتَوَقَّفُ فِي لُزُومِ الْأَلْفِ الْعَبْدُ. قِيلَ مَا الْفَرْقُ بَيْنَ هَذِهِ وَبَيْنَ الْبَيْعِ، فَإِنَّ بَيْعَ الْفُضُولِيِّ يَتَوَقَّفُ عَلَى إِجَارَةِ الْمُجِيرِ فِيمَا لَهُ وَفِيمَا عَلَيْهِ، وَهَاهُنَا لَا يَتَوَقَّفُ فِيمَا لَهُ. وَالْجَوَابُ أَنَّ مَالَهُ هَاهُنَا إِسْفَاطٌ وَهُوَ لَا يَتَوَقَّفُ عَلَى الْقَبُولِ وَمَا عَلَيْهِ إِلَّا زَامٌ وَهُوَ يَتَوَقَّفُ عَلَيْهِ، وَلَوْ أَدَّى الْحُرُّ الْبَدَلَ لَا يَرْجِعُ عَلَى الْعَبْدِ لِأَنَّهُ مُتَبَرِّعٌ حَيْثُ لَمْ يَأْمُرْهُ بِالْأَدَاءِ وَلَا هُوَ مُضْطَرٌّ فِي أَدَائِهِ، وَهَلْ لَهُ أَنْ يَسْتَرِدَّ مَا أَدَّى إِلَى الْمَوْلَى؟ فِيهِ تَطْوِيلٌ طَالَعُ النَّهَايَةَ تَطَّلَعَ عَلَيْهِ.

قَالَ (وَإِذَا كَاتَبَ الْعَبْدُ عَنْ نَفْسِهِ وَعَنْ عَبْدٍ آخَرَ لَمَوْلَاهُ وَهُوَ غَائِبٌ، فَإِنْ أَدَّى الشَّاهِدُ أَوْ الْغَائِبُ عِنْتًا) وَمَعْنَى الْمَسْأَلَةِ أَنْ يَقُولَ الْعَبْدُ كَاتَبَنِي بِأَلْفٍ دِرْهَمٍ عَلَى نَفْسِي وَعَلَى فَلَانِ الْغَائِبِ، وَهَذِهِ كِتَابَةٌ جَائِزَةٌ اسْتِحْسَانًا. وَفِي الْقِيَاسِ: يَصِحُّ عَلَى نَفْسِهِ لَوْلَايَتِهِ عَلَيْهَا وَيَتَوَقَّفُ فِي حَقِّ الْغَائِبِ لِعَدَمِ الْوِلَايَةِ عَلَيْهِ. وَجَهُ الاسْتِحْسَانِ أَنَّ الْحَاضِرَ بِإِضَافَةِ الْعَقْدِ إِلَى نَفْسِهِ ابْتِدَاءً جَعَلَ نَفْسَهُ فِيهِ أَصْلًا وَالْغَائِبُ تَبَعًا، وَالْكِتَابَةُ عَلَى هَذَا الْوَجْهِ مَشْرُوعَةٌ كَالْأَمَةِ إِذَا كُوتِبَتْ دَخَلَ أَوْلَادُهَا فِي كِتَابَتِهَا تَبَعًا حَتَّى عَتَقُوا بِأَدَائِهَا وَلَيْسَ عَلَيْهِمْ مِنَ الْبَدَلِ شَيْءٌ وَإِذَا أَمَكْنَ تَصْحِيحُهُ عَلَى هَذَا الْوَجْهِ يَنْفَرِدُ بِهِ الْحَاضِرُ فَلَهُ أَنْ يَأْخُذَهُ بِكُلِّ الْبَدَلِ لِأَنَّ الْبَدَلَ عَلَيْهِ لَكُونُهُ أَصْلًا فِيهِ، وَلَا يَكُونُ عَلَى الْغَائِبِ مِنَ الْبَدَلِ شَيْءٌ لِأَنَّهُ تَبَعَ فِيهِ. قَالَ (وَأَيُّهُمَا أَدَّى عِنْتًا وَيُجْبَرُ الْمَوْلَى عَلَى الْقَبُولِ) أَمَّا الْحَاضِرُ فَلَأَنَّ الْبَدَلَ

عليه. وَأَمَّا الْغَائِبُ فَلَأَنَّهُ يَنَالُ بِهِ شَرَفَ الْحُرِّيَّةِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنِ الْبَدَلُ عَلَيْهِ وَصَارَ كَمُعِيرِ الرُّهْنِ إِذَا أَدَّى الدِّينَ يُجْبَرُ الْمُرْتَهِنُ عَلَى الْقَبُولِ لِحَاجَتِهِ إِلَى اسْتِخْلَاصِ عَيْنِهِ وَإِنْ لَمْ يَكُنِ الدِّينُ عَلَيْهِ. قَالَ (وَأَيُّهُمَا أَدَّى لَا يَرْجِعُ عَلَى صَاحِبِهِ) لِأَنَّ الْحَاضِرَ قَضَى دَيْنًا عَلَيْهِ وَالْغَائِبُ مُتَبَرِّعٌ بِهِ غَيْرُ مُضْطَرٍّ إِلَيْهِ. قَالَ (وَلَيْسَ لِلْمَوْلَى أَنْ يَأْخُذَ الْغَائِبَ بِشَيْءٍ) لَمَّا بَيَّنَّا (فَإِنْ قَبِلَ الْعَبْدُ الْغَائِبُ أَوْ لَمْ يَقْبَلْ فَلَيْسَ ذَلِكَ مِنْهُ بِشَيْءٍ، وَالْكِتَابَةُ لِزِمَةِ الشَّاهِدِ) لِأَنَّ الْكِتَابَةَ نَافِذَةٌ عَلَيْهِ مِنْ غَيْرِ قَبُولِ الْغَائِبِ فَلَا تَتَغَيَّرُ بِقَبُولِهِ، كَمَنْ كَفَلَ عَنْ غَيْرِهِ بِغَيْرِ أَمْرِهِ فَلَبَّغَهُ فَأَجَازَهُ لَا يَتَغَيَّرُ حُكْمُهُ، حَتَّى لَوْ أَدَّى لَا يَرْجِعُ عَلَيْهِ، كَذَا هَذَا.

الشرح:

قَالَ (وَإِذَا كَاتَبَ الْعَبْدُ عَنْ نَفْسِهِ وَعَنْ عَبْدٍ آخَرَ لِمَوْلَاهُ الْخ) إِذَا قَالَ الْعَبْدُ لِمَوْلَاهُ كَاتِبَنِي بِأَلْفِ دِرْهَمٍ عَلَى نَفْسِي وَعَلَى عَبْدِكَ فَلَانَ الْغَائِبُ فَفَعَلَ جَازَ اسْتِحْسَانًا. وَفِي الْقِيَاسِ أَنْ يَصِحَّ عَلَى نَفْسِهِ لَوْلَايَتِهِ عَلَيْهَا، وَيَتَوَقَّفُ فِي حَقِّ الْغَائِبِ لِعَدَمِ الْوَلَايَةِ عَلَيْهِ، كَمَنْ بَاعَ عَبْدَهُ وَعَبْدَ غَيْرِهِ أَوْ زَوْجَ أُمَّتِهِ وَأَمَةً غَيْرِهِ. وَجَهُ الاسْتِحْسَانِ أَنَّ الْحَاضِرَ بِإِضَافَةِ الْعَقْدِ إِلَى نَفْسِهِ ابْتِدَاءً جَعَلَ نَفْسَهُ فِيهِ أَصْلًا وَالْغَائِبَ تَبَعًا، وَالْكِتَابَةُ عَلَى هَذَا الْوَجْهِ مَشْرُوعَةٌ كَالْأَمَةِ إِذَا كُوتِبَتْ دَخَلَ أَوْلَادُهَا فِي كِتَابَتِهَا تَبَعًا حَتَّى عَتَقُوا بِأَدَائِهَا وَلَيْسَ عَلَيْهِمْ مِنَ الْبَدَلِ شَيْءٌ. فَإِنْ قِيلَ: لَيْسَ مَا نَحْنُ فِيهِ كَالْمُسْتَشْهَدِ بِهَا لِأَنَّ الْأَوْلَادَ تَابِعَةٌ لَهَا. مِنْ كُلِّ وَجْهِ، حَتَّى أَنَّ الْمَوْلَى لَوْ أَعْتَقَ الْأَوْلَادَ لَمْ يَسْقُطْ مِنَ الْبَدَلِ شَيْءٌ وَتُعْتَقُ الْأَوْلَادُ إِذَا أَعْتَقَ الْمَوْلَى الْأُمَّ، بِخِلَافِ الْعَبْدِ الْغَائِبِ فَإِنَّهُ مَقْصُودٌ بِالْكِتَابَةِ مِنْ وَجْهِ حَيْثُ أُضِيفَ الْعَقْدُ إِلَيْهِمَا مَقْصُودًا، حَتَّى أَنَّ الْمَوْلَى إِذَا أَعْتَقَ الْحَاضِرَ نَفَذَ عِتْقَهُ وَبَطَلَتِ الْكِتَابَةُ وَلَا يُعْتَقُ الْعَبْدُ الْغَائِبُ، وَإِذَا أَعْتَقَ الْعَبْدُ الْغَائِبُ سَقَطَتْ حِصَّتُهُ مِنَ الْمَكَاتِبَةِ وَيَجِبُ عَلَى الْحَاضِرِ حِصَّتُهُ لَا غَيْرُ، وَلَا يَلْزَمُ مِنْ نُفُوذِ مَا هُوَ تَبَعٌ مَخْضٌ بِلَا تَوَقُّفٍ عَلَى قَبُولِهِ نُفُوذٌ مَا هُوَ مَقْصُودٌ مِنْ وَجْهِ بِلَا تَوَقُّفٍ. فَالْجَوَابُ أَنَّ مَا ذَكَرْتَ يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ وَجْهًا لِلْقِيَاسِ. وَأَمَّا فِي الاسْتِحْسَانِ فَالْنَّظَرُ إِلَى ثُبُوتِ هَذَا الْعَقْدِ بِالتَّبَعِيَّةِ فِي الْبَعْضِ مِنْ غَيْرِ نَظَرٍ فِي أَنْ يَكُونَ فِيهِ جِهَةٌ أَصَالَةٌ أَوْ لَا تَصَحِيحًا لِلْعَقْدِ وَنَظَرًا لِلْمَكَاتِبِ وَلَا شَتْمَالَهُ عَلَى الْمُسَامَحَةِ، وَإِذَا أُمِكنَ تَصَحِيحُهُ عَلَى هَذَا الْوَجْهِ يَنْفَرِدُ بِهِ الْحَاضِرُ فَلَهُ: أَيُّ فَلِلْمَوْلَى أَنْ يَأْخُذَ الْعَبْدَ الْحَاضِرَ بِكُلِّ الْبَدَلِ، لِأَنَّ الْبَدَلُ عَلَيْهِ لِكُونِهِ أَصْلًا فِيهِ، وَلَا يَكُونُ عَلَى

الْغَائِبِ مِنَ الْبَدَلِ شَيْءٌ لَّأَنَّهُ تَبَعَ فِيهِ وَهَذَا يَدُلُّكَ عَلَى أَنَّ النَّظَرَ فِي مُجَرَّدِ التَّبَعِيَّةِ لَا مُتَّبِعَ بِجَهَةِ الْأَصَالَةِ فِي انْعِقَادِ الْعَقْدِ عَلَيْهِ (قَوْلُهُ وَآيُهُمَا أَدَى عَتَقًا) تَكَرَّرَ لَأَنَّهُ قَالَ فِي أَوَّلِ الْمَسْأَلَةِ: فَإِنْ أَدَى الشَّاهِدُ أَوْ الْغَائِبُ عَتَقًا، لَكِنَّهُ أَعَادَهُ تَمْهِيدًا لِقَوْلِهِ (وَيُجْبَرُ الْمَوْلَى عَلَى الْقَبُولِ، أَمَّا الْحَاضِرُ فَلَأَنَّهُ الْبَدَلُ عَلَيْهِ، وَأَمَّا الْغَائِبُ فَ) الْقِيَاسُ فِيهِ أَنْ لَا يُجْبَرُ لَأَنَّهُ مُتَّبِعٌ إِذْ لَيْسَ عَلَيْهِ شَيْءٌ مِنَ الْبَدَلِ. وَوَجْهُ الاسْتِحْسَانِ أَنَّ لَهُ فِيهِ مَنَفْعَةٌ (لَأَنَّهُ يَنَالُ شَرَفَ الْحُرِّيَّةِ وَصَارَ كَمُعِيرِ الرَّهْنِ إِذَا أَدَى الْمُرْتَهِنُ) لِفِكَاكِ عَيْنِهِ (يُجْبَرُ الْمُرْتَهِنُ عَلَى الْقَبُولِ لِحَاجَتِهِ إِلَى اسْتِخْلَاصِ عَيْنِهِ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ الدَّيْنُ عَلَيْهِ، وَآيُهُمَا أَدَى لَا يَرْجِعُ عَلَى صَاحِبِهِ لِأَنَّ الْحَاضِرَ قَضَى دَيْنًا عَلَيْهِ) وَمِثْلُهُ لَا يَرْجِعُ (وَالْغَائِبُ مُتَّبِعٌ بِهِ غَيْرُ مُضْطَرَّرٍ إِلَيْهِ) وَمِثْلُهُ أَيْضًا لَا يَرْجِعُ. فَإِنْ قِيلَ: الْغَائِبُ هَاهُنَا كَمُعِيرِ الرَّهْنِ وَمُعِيرِ الرَّهْنِ مُضْطَرَّرٌ وَلِهَذَا يَرْجِعُ عَلَى الْمُسْتَعِيرِ بِمَا أَدَى فَكَيْفَ قَالَ غَيْرُ مُضْطَرَّرٍ إِلَيْهِ؟ فَالْجَوَابُ أَنَّهُ كَهَوٍ فِي حَقِّ جَوَازِ الْأَدَاءِ مِنْ غَيْرِ دَيْنٍ عَلَيْهِ لَا فِي الْاضْطِرَّارِ، فَإِنَّ الْاضْطِرَّارَ إِنَّمَا هُوَ إِذَا فَاتَ لَهُ شَيْءٌ حَاصِلٌ وَهَهُنَا لَيْسَ كَذَلِكَ، بَلْ إِنَّمَا هُوَ بَعْرُضِيَّةٌ أَنْ تَحْصُلَ لَهُ الْحُرِّيَّةُ، وَهَذَا كَمَا يُقَالُ عَدَمُ الرِّيحِ لَا يُسَمَّى خُسْرَانًا. فَإِنْ قِيلَ: حَقُّ الْحُرِّيَّةِ حَاصِلٌ بِالْكِتَابَةِ وَرُبَّمَا فَاتَهُ لَوْ لَمْ يُؤَدِّ فَكَانَ مُضْطَرَّرًا. أُجِيبَ بِأَنَّهُ مُتَوَهَّمٌ، وَحَقُّ الرُّجُوعِ لَمْ يَكُنْ ثَابِتًا فَلَا يَثْبُتُ بِهِ (وَلَيْسَ لِلْمَوْلَى أَنْ يَأْخُذَ الْغَائِبَ بِشَيْءٍ لَمَّا بَيَّنَّا) أَنَّهُ فِيهِ تَبَعَ (فَإِنْ قَبِلَ الْعَبْدُ الْغَائِبُ ذَلِكَ أَوْ لَمْ يَقْبَلْ فَلَيْسَ ذَلِكَ مِنْهُ بِشَيْءٍ وَالْكِتَابَةُ لَازِمَةٌ لِلشَّاهِدِ) وَإِنْ رَدَّهُ الْغَائِبُ لَا أَثَرَ لِرَدِّهِ وَقَبُولِهِ فِي ذَلِكَ (لَأَنَّ الْكِتَابَةَ نَافِذَةٌ عَلَى الْحَاضِرِ مِنْ غَيْرِ قَبُولِ الْغَائِبِ فَلَا تَتَغَيَّرُ بِقَبُولِهِ) فَلَيْسَ لِلْمَوْلَى أَنْ يَأْخُذَهُ بِشَيْءٍ مِنْ بَدَلِ الْكِتَابَةِ (كَمَنْ كَفَلَ عَنْ غَيْرِهِ بِغَيْرِ أَمْرِهِ فَلَبَّغَهُ فَأَجَارَهُ لَا يَتَغَيَّرُ حُكْمُهُ حَتَّى لَوْ أَدَى لَا يَرْجِعُ عَلَيْهِ، كَذَا هَذَا).

قَالَ (وَإِذَا كَاتَبَتْ الْأُمَّةُ عَنْ نَفْسِهَا وَعَنْ ابْنَيْنِ لَهَا صَغِيرَيْنِ فَهُوَ جَائِزٌ، وَآيُهُمَا أَدَى لَمْ يَرْجِعْ عَلَى صَاحِبِهِ وَيُجْبَرُ الْمَوْلَى عَلَى الْقَبُولِ وَيُعْتَقُونَ) لِأَنَّهُمَا جَعَلَتْ نَفْسَهَا أَصْلًا فِي الْكِتَابَةِ وَأَوْلَادَهَا تَبَعًا عَلَى مَا بَيَّنَّا فِي الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى وَهِيَ أُولَى بِذَلِكَ مِنَ الْأَجَنَبِيِّ.

الشرح:

(وَإِذَا قَبِلَتْ الْأُمَّةُ الْكِتَابَةَ عَنْ نَفْسِهَا وَعَنْ ابْنَيْنِ لَهَا صَغِيرَيْنِ جَازَ) وَإِنَّمَا وَضَعَ الْمَسْأَلَةَ فِي الْأُمَّةِ إِشَارَةً إِلَى أَنَّ الْحُكْمَ فِي الْعَبْدِ وَالْأُمَّةِ سَوَاءٌ، فَإِنَّهُ لَوْ وَضَعَهَا فِي الْعَبْدِ

لرُبَّمَا تَوَهَّمُ أَنَّ الْجَوَازَ لثُبُوتِ وَلَايَةِ الْأَبِ عَلَيْهِمَا فَلَا يَجُوزُ ذَلِكَ فِي الْأُمَّةِ لَعَدَمِ وَلَايَتِهَا، إِذْ الْأُمُّ الْحُرَّةُ لَا وَلَايَةَ لَهَا فَكَيْفَ بِالْأُمَّةِ؟ (وَأَيْتُهُمْ أَدَّى لَمْ يَرْجِعْ عَلَى صَاحِبِهِ، وَيُجْبَرُ الْمَوْلَى عَلَى الْقَبُولِ وَيُعْتَقُونَ لِأَنَّهَا جَعَلَتْ نَفْسَهَا أَصْلًا فِي الْكِتَابَةِ وَأَوْلَاذُهَا تَبَعًا عَلَى مَا يَبَيِّنُ فِي الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى) وَذَلِكَ أَنَّ الْأُمَّ إِذَا أَدَّتْ فَقَدْ أَدَّتْ ذَاتًا عَلَى نَفْسِهَا، وَكُلٌّ مِنَ الْوَلَدَيْنِ إِنْ أَدَّى فَهُوَ مُتَبَرِّعٌ غَيْرُ مُضْطَرٍّ، وَفِي ذَلِكَ كُلِّهِ لَا رُجُوعَ. فَإِنْ قِيلَ: إِذَا أَدَّى أَحَدُهُمَا يَتَّبِعِي أَنْ لَا يُعْتَقَ الْإِبْنُ الْآخَرُ لِأَنَّهُ لَا أَصَالَه بَيْنَهُمَا وَلَا تَبَعِيَّةَ. فَالْجَوَابُ أَنَّ أَحَدَهُمَا إِذَا أَدَّى كَانَ أَذَاهُ كَأَذَاءِ الْأُمِّ لِأَنَّهُ تَابَعَ لَهَا مِنْ كُلِّ وَجْهِ، وَلَوْ أَدَّتْ الْأُمُّ عَتَقُوا، فَكَذَا إِذَا أَدَّى أَحَدُهُمَا. قِيلَ وَهَذِهِ فَائِدَةٌ وَضَعُ الْمَسْأَلَةَ فِي صَغِيرَيْنِ دُونَ صَغِيرٍ وَاحِدٍ لِيُعْلَمَ هَذَا الْمَعْنَى (قَوْلُهُ وَهِيَ أُولَى بِذَلِكَ مِنَ الْأَجْنَبِيِّ) يُرِيدُ أَنَّ هَذَا الْعَقْدَ عَلَى هَذَا الْوَجْهِ يَجُوزُ فِي حَقِّ الْأَجْنَبِيِّ، فَلَا أَنْ يَجُوزَ فِي حَقِّ وَلَدِهَا لِأَنَّ وَلَدَهَا أَقْرَبُ إِلَيْهَا مِنَ الْأَجْنَبِيِّ أُولَى. وَأَقُولُ: لَعَلَّهُ إشارَةٌ إِلَى مَا ذَهَبَ إِلَيْهِ بَعْضُ الْمَشَايخِ أَنَّ ثُبُوتَ الْجَوَازِ هَهُنَا قِيَاسٌ وَاسْتِحْسَانٌ لِأَنَّ الْوَلَدَ تَابَعَ لَهَا بِخِلَافِ الْأَجْنَبِيِّ. وَارَى أَنَّهُ الْحَقُّ. وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

باب كتابة العبد المشترك

قَالَ (وَإِذَا كَانَ الْعَبْدُ بَيْنَ رَجُلَيْنِ أَذِنَ أَحَدُهُمَا لَصَاحِبِهِ أَنْ يَكْتُبَ نَصِيبَهُ بِالْفِ دِرْهَمٍ وَيَقْبِضَ بَدَلَ الْكِتَابَةِ فَكَاتَبَ وَقَبِضَ بَعْضَ الْأَلْفِ ثُمَّ عَجَزَ فَاَلْمَالُ لِلَّذِي قَبِضَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: هُوَ مُكَاتَبٌ بَيْنَهُمَا وَمَا أَدَّى فَهُوَ بَيْنَهُمَا) وَأَصْلُهُ أَنَّ الْكِتَابَةَ تَتَجَرَّأُ عِنْدَهُ خِلَافًا لَهُمَا بِمَنْزِلَةِ الْإِعْتَاقِ، لِأَنَّهَا تُفِيدُ الْحُرِّيَّةَ مِنْ وَجْهِ فَتَقْتَصِرُ عَلَى نَصِيبِهِ عِنْدَهُ لِلتَّجَرُّؤِ، وَفَائِدَةُ الْإِذْنِ أَنْ لَا يَكُونَ لَهُ حَقُّ الْفَسْخِ كَمَا يَكُونُ لَهُ إِذَا لَمْ يَأْذَنْ، وَإِذْنُهُ لَهُ بِقَبْضِ الْبَدَلِ إِذْنٌ لِلْعَبْدِ بِالْأَدَاءِ فَيَكُونُ مُتَبَرِّعًا بِنَصِيبِهِ عَلَيْهِ فَلهَذَا كَانَ كُلُّ الْمَقْبُوضِ لَهُ وَعِنْدَهُمَا الْإِذْنُ بِكِتَابَتِهِ نَصِيبِهِ إِذْنٌ بِكِتَابَتِهِ الْكُلِّ لَعَدَمِ التَّجَرُّؤِ، فَهُوَ أَصِيلٌ فِي النِّصْفِ وَكَيْلٌ فِي النِّصْفِ فَهُوَ بَيْنَهُمَا وَالْمَقْبُوضُ مُشْتَرَكٌ بَيْنَهُمَا فَيَقْبِضُ كَذَلِكَ بَعْدَ الْعَجْزِ.

الشرح:

(بَابُ كِتَابَةِ الْعَبْدِ الْمُشْتَرَكِ): ذَكَرَ كِتَابَةَ الْاِثْنَيْنِ بَعْدَ الْوَاحِدِ لِأَنَّ الْوَاحِدَ قَبْلَ الْاِثْنَيْنِ. قَالَ (وَإِذَا كَانَ الْعَبْدُ بَيْنَ شَرِيكَيْنِ إِنْ خَالَ إِذَا أَذِنَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ لَصَاحِبِهِ أَنْ يَكْتُبَ نَصِيبَ نَفْسِهِ بِالْفِ دِرْهَمٍ وَيَقْبِضَ بَدَلَ الْكِتَابَةِ فَكَاتَبَ وَقَبِضَ بَعْضَ الْأَلْفِ ثُمَّ عَجَزَ فَاَلْمَالُ لِلَّذِي

قَبْضَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: هُوَ مُكَاتَّبٌ بَيْنَهُمَا وَمَا أَدَّى فَهُوَ بَيْنَهُمَا. وَأَصْلُ هَذَا الْاِخْتِلَافِ أَنَّ الْكِتَابَةَ تَحْجُزُ عَنْهُ خِلَافًا لَهَا كَالِإِعْتَاقِ لِأَنَّهَا تُفِيدُ الْحُرِّيَّةَ مِنْ وَجْهِ قَفْضِهَا عَلَى نَصِيْبِهِ عِنْدَهُ، وَالْإِذْنُ لَا يُفِيدُ الْاِشْتِرَاكَ فِي الْكِتَابَةِ، وَإِنَّمَا تَكُونُ فَائِدَتُهُ اِنْتِفَاءً مَا كَانَ لَهُ مِنْ حَقِّ الْفَسْخِ إِنْ كَاتَبَهُ بَعِيْرُ إِذْنِهِ. وَاعْتَرِضَ بِأَنَّ الْكِتَابَةَ إِمَّا أَنْ يُعْتَبَرَ فِيهَا مَعْنَى الْمُعَاوَضَةِ أَوْ مَعْنَى الْإِعْتَاقِ أَوْ مَعْنَى تَغْلِيْقِ الْعَتَقِ بِأَدَاءِ الْمَالِ، وَلَوْ وَجِدَ شَيْءٌ مِنْ ذَلِكَ مِنْ أَحَدِ الشَّرِيْكَيْنِ بَعِيْرُ إِذْنٍ صَاحِبِهِ لَيْسَ لِلْآخَرِ وَلَايَةُ الْفَسْخِ، فَمِنْ أَيْنَ لِلْمُكَاتَّبَةِ ذَلِكَ؟

وَأُجِيبَ بِأَنَّ الْكِتَابَةَ لَيْسَتْ عَيْنٌ كُلُّ وَاحِدٍ مِنَ الْمَعَانِي الْمَذْكُورَةِ، وَإِنَّمَا هِيَ تَشْتَمِلُ عَلَيْهَا، فَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ لَهَا حُكْمٌ تَخْتَصُّ بِهِ وَهُوَ وَلَايَةُ الْفَسْخِ لِمَعْنَى يُوْجِبُهُ وَهُوَ اِلْحَاقُ الضَّرَرِ بِبُطْلَانِ حَقِّ الْبَيْعِ لِلشَّرِيْكِ السَّكَتِ بِالْكِتَابَةِ، وَتَصَرُّفُ الْإِنْسَانِ فِي خَالِصِ حَقِّهِ إِذَا يَسُوْغُ إِذَا لَمْ يَتَضَرَّرْ بِهِ الْغَيْرُ، ثُمَّ الْمَحَلُّ وَهِيَ الْكِتَابَةُ تُقْبَلُ الْفَسْخُ وَلِهَذَا يُفْسَخُ بِتَرَاصِيْهِمَا فَتَحَقَّقَ الْمُقْتَضِي وَانْتَفَى الْمَانِعُ. وَأَمَّا الْمَعَانِي الْمَذْكُورَةُ فَلَمُعَاوَضَةٌ وَإِنْ قِيلَتْ الْفَسْخُ لَكِنْ لَيْسَ فِيهَا ضَرَرٌ لَصَاحِبِهِ، فَإِنَّهُ إِذَا بَاعَ نَصِيْبَهُ لَمْ يَنْطَلِ عَلَى صَاحِبِهِ بَيْعٌ نَصِيْبِهِ، وَالْإِعْتَاقُ وَالتَّغْلِيْقُ وَإِنْ كَانَ فِيهِمَا ضَرَرٌ لَكِنَّ الْمَحَلَّ لَا يَقْبَلُ الْفَسْخُ. أَمَّا الْإِعْتَاقُ فَظَاهِرٌ، وَأَمَّا التَّغْلِيْقُ فَلَائِهِ يَمِينٌ.

(قَوْلُهُ وَإِذْنُهُ لَهُ بِقَبْضِ الْبَدَلِ) بَيَانٌ لِاخْتِصَاصِ الْمُكَاتَّبِ بِالْمَقْبُوضِ، وَذَلِكَ أَنَّهُ إِذَا أَذِنَ لَهُ بِالْقَبْضِ فَقَدْ أَذِنَ لِلْعَبْدِ بِالْأَدَاءِ مِنَ الْكَسْبِ إِلَيْهِ فَيَصِيرُ الْآذِنُ مُتَبَرِّعًا بِنَصِيْبِهِ مِنَ الْكَسْبِ عَلَيْهِ، أَيْ عَلَى الْمُكَاتَّبِ، فَلِهَذَا كَانَ كُلُّ الْمَقْبُوضِ لَهُ، وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ ضَمِيرُ عَلَيْهِ لِلْعَبْدِ: أَيْ فَيَكُونُ الْآذِنُ مُتَبَرِّعًا بِنَصِيْبِهِ عَلَى الْعَبْدِ ثُمَّ عَلَى الشَّرِيْكِ، فَإِذَا تَمَّ تَبَرُّعُهُ بِقَبْضِ الشَّرِيْكِ لَمْ يَرْجِعْ. فَإِنْ قِيلَ: الْمَتَبَرِّعُ يَرْجِعُ بِمَا تَبَرَّعَ إِذَا لَمْ يَحْصُلْ مَقْصُودُهُ مِنَ التَّبَرُّعِ، كَمَنْ تَبَرَّعَ بِأَدَاءِ الثَّمَنِ عَنِ الْمُشْتَرِي ثُمَّ هَلَكَ الْمَبِيعُ قَبْلَ الْقَبْضِ أَوْ أُسْتُحِقَّ فَإِنْ لَهُ الرَّجُوعُ لَعَدَمِ حُصُولِ مَقْصُودِهِ مِنَ التَّبَرُّعِ وَهُوَ سَلَامَةُ الْمَبِيعِ لِلْمُشْتَرِي.

أُجِيبَ بِأَنَّ الْمَتَبَرِّعَ عَلَيْهِ هُوَ الْمُكَاتَّبُ مِنْ وَجْهِ مِنْ حَيْثُ إِنْ مَقْصُودُ الْآذِنِ قَضَاءُ دَيْنِهِ مِنْ مَالِهِ وَبَعْدَ الْعَجْزِ صَارَ عَبْدًا لَهُ مِنْ كُلِّ وَجْهِ وَالْمَوْلَى لَا يَسْتَوْجِبُ عَلَى عَبْدِهِ شَيْئًا بِخِلَافِ الْبَائِعِ فَإِنْ دَمَتَهُ مَحَلٌّ صَالِحٌ لَوْجُوبِ دَيْنِ الْمَتَبَرِّعِ فَيَنْبَغُ لَهُ حَقُّ الرَّجُوعِ إِذَا لَمْ يَحْصُلْ مَقْصُودُهُ. وَلَهُمَا أَنْ الْإِذْنَ بِكِتَابَةِ نَصِيْبِهِ إِذْنٌ بِكِتَابَةِ الْكُلِّ لَعَدَمِ التَّحْجُزِ فَهُوَ

أَصِيلٌ فِي النِّصْفِ وَكِيلٌ فِي النِّصْفِ، وَهُوَ أَيْ الْبَدَلُ بَيْنَهُمَا وَالْمَقْبُوضُ مُشْتَرَكٌ بَيْنَهُمَا فَيَبْقَى كَذَلِكَ بَعْدَ الْعَجْزِ، كَمَا لَوْ كَاتَبَاهُ فَعَجَزَ وَفِي يَدِهِ مِنَ الْأَكْسَابِ. وَكَأَنَّ الْمُصْنَفَ مَالَ إِلَى قَوْلِهِمَا حَيْثُ أُخْرَهُ.

قَالَ (وَإِذَا كَانَتْ جَارِيَةٌ بَيْنَ رَجُلَيْنِ كَاتَبَاهَا فَوَطَّئَهَا أَحَدُهُمَا فَجَاءَتْ بِوَلَدٍ فَادَّعَاهُ ثُمَّ وَطَّئَهَا الْآخَرُ فَجَاءَتْ بِوَلَدٍ فَادَّعَاهُ ثُمَّ عَجَزَتْ فَهِيَ أُمُّ وَلَدٍ لِلأَوَّلِ) لِأَنَّهُ لَمَّا ادَّعَى أَحَدُهُمَا الْوَلَدَ صَحَّتْ دَعْوَتُهُ لِقِيَامِ الْمَلِكِ لَهُ فِيهَا وَصَارَ نَصِيبُهُ أُمُّ وَلَدٍ لَهُ، لِأَنَّ الْمَكَاتِبَةَ لَا تَقْبَلُ الثَّقُلَ مِنْ مَلِكٍ إِلَى مَلِكٍ فَتَقْتَصِرُ أُمُومِيَّةُ الْوَلَدِ عَلَى نَصِيبِهِ كَمَا فِي الْمُدَبَّرَةِ الْمُشْتَرَكَةِ، وَإِذَا ادَّعَى الثَّانِي وَلَدَهَا الْآخِرَ صَحَّتْ دَعْوَتُهُ لِقِيَامِ مَلِكِهِ ظَاهِرًا، ثُمَّ إِذَا عَجَزَتْ بَعْدَ ذَلِكَ جُعِلَتْ الْكِتَابَةُ كَأَنَّ لَمْ تَكُنْ وَتَبَيَّنَ أَنَّ الْجَارِيَةَ كُلُّهَا أُمُّ وَلَدٍ لِلأَوَّلِ لِأَنَّهُ زَالَ الْمَانِعُ مِنَ الْإِنْتِقَالِ وَوَطَّؤُهُ سَابِقٌ (وَيَضْمَنُ نِصْفَ قِيمَتِهَا) لِأَنَّهُ تَمَلَّكَ نَصِيبَهُ لَمَّا اسْتَكْمَلَ الْإِسْتِيلَادَ (وَنِصْفَ عَقْرِهَا) لَوَطَّئَهُ جَارِيَةً مُشْتَرَكَةً (وَيَضْمَنُ شَرِيكَهُ كَمَالَ عَقْرِهَا وَقِيمَةَ الْوَلَدِ وَيَكُونُ ابْنُهُ) لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الْمَعْرُورِ، لِأَنَّهُ حِينَ وَطَّئَهَا كَانَ مَلِكُهُ قَائِمًا ظَاهِرًا. وَوَلَدُ الْمَعْرُورِ ثَابِتُ النَّسَبِ مِنْهُ حُرٌّ بِالْقِيمَةِ عَلَى مَا عُرِفَ لِكُنْهُ وَطِئَ أُمُّ وَلَدٍ الْغَيْرِ حَقِيقَةً فَيَلْزَمُهُ كَمَالَ الْعَقْرِ.

(وَأَيُّهُمَا دَفَعَ الْعَقْرَ إِلَى الْمَكَاتِبَةِ جَانَ) لِأَنَّ الْكِتَابَةَ مَا دَامَتْ بَاقِيَةً فَحَقُّ الْقَبْضِ لَهَا لِاخْتِصَاصِهَا بِمَنَافِعِهَا وَأَبْدَانِهَا، وَإِذَا عَجَزَتْ تَرُدُّ الْعَقْرَ إِلَى الْمَوْلَى لظُهُورِ اخْتِصَاصِهِ (وَهَذَا) الَّذِي ذَكَرْنَا (كُلُّهُ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: هِيَ أُمُّ وَلَدٍ لِلأَوَّلِ وَلَا يَجُوزُ وَطْءُ الْآخِرِ) لِأَنَّهُ لَمَّا ادَّعَى الْأَوَّلُ الْوَلَدَ صَارَتْ كُلُّهَا أُمُّ وَلَدٍ لَهُ لِأَنَّ أُمُومِيَّةَ الْوَلَدِ يَجِبُ تَكْمِيلُهَا بِالْإِجْمَاعِ مَا أُمُكِنَ، وَقَدْ أُمُكِنَ بِنَسْخِ الْكِتَابَةِ لِأَنَّهَا قَابِلَةٌ لِلنَّسْخِ فَتَنْفَسَخُ فِيمَا لَا تَنْتَضِرُّ بِهِ الْمَكَاتِبَةُ وَتَبْقَى الْكِتَابَةُ فِيمَا وَرَاءَهُ، بِخِلَافِ التَّدْبِيرِ لِأَنَّهُ لَا يَقْبَلُ النَّسْخَ، وَبِخِلَافِ بَيْعِ الْمَكَاتِبِ لِأَنَّ فِي تَجْوِيزِهِ إِبْطَالُ الْكِتَابَةِ إِذْ الْمُشْتَرِي لَا يَرْضَى بِبَقَائِهِ مَكَاتِبًا. وَإِذَا صَارَتْ كُلُّهَا أُمُّ وَلَدٍ لَهُ فَالثَّانِي وَطِئَ أُمُّ وَلَدٍ الْغَيْرِ.

(فَلَا يَثْبُتُ نَسَبُ الْوَلَدِ مِنْهُ وَلَا يَكُونُ حُرًّا عَلَيْهِ بِالْقِيمَةِ) غَيْرَ أَنَّهُ لَا يَجِبُ الْحُدُّ عَلَيْهِ لِلشُّبْهَةِ (وَيَلْزَمُهُ جَمِيعُ الْعَقْرِ) لِأَنَّ الْوَطْءَ لَا يَعْرِى عَنْ إِحْدَى الْعَرَامَتَيْنِ، وَإِذَا بَقِيَتْ الْكِتَابَةُ وَصَارَتْ كُلُّهَا مَكَاتِبَةً لَهُ، قِيلَ يَجِبُ عَلَيْهَا نِصْفُ بَدَلِ الْكِتَابَةِ لِأَنَّ الْكِتَابَةَ

انْفَسَخَتْ فِيمَا لَا تَنْضَرُّ بِهِ الْمُكَاتَبَةُ وَلَا تَنْضَرُّ بِسُقُوطِ نِصْفِ الْبَدَلِ. وَقِيلَ يَجِبُ كُلُّ الْبَدَلِ لِأَنَّ الْكِتَابَةَ لَمْ تَنْفَسَخْ إِلَّا فِي حَقِّ التَّمْلِكِ ضَرُورَةً فَلَا يَظْهَرُ فِي حَقِّ سُقُوطِ نِصْفِ الْبَدَلِ وَفِي إِنْقَائِهِ فِي حَقِّهِ نَظَرٌ لِلْمَوْلَى وَإِنْ كَانَ لَا تَنْضَرُّ الْمُكَاتَبَةُ بِسُقُوطِهِ، وَالْمُكَاتَبَةُ هِيَ الَّتِي تُعْطَى الْعَقْرُ لاختصاصها بأبدال منافعها.

وَلَوْ عَجَزَتْ وَرَدَّتْ فِي الرَّقِّ تَرُدُّ إِلَى الْمَوْلَى لظهور اختصاصه على ما بينا. قَالَ (وَيُضْمَنُ الْأَوَّلُ لَشَرِيكِهِ فِي قِيَاسِ قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ نِصْفَ قِيمَتِهَا مُكَاتَبَةً) لِأَنَّهُ تَمْلِكُ نَصِيبَ شَرِيكِهِ وَهِيَ مُكَاتَبَةٌ فَيُضْمَنُ مُوسِرًا كَانَ أَوْ مُعْسِرًا لِأَنَّهُ ضَمَانُ التَّمْلِكِ (وَفِي قَوْلِ مُحَمَّدٍ: يَضْمَنُ الْأَقْلُ مِنْ نِصْفِ قِيمَتِهَا وَمِنْ نِصْفِ مَا بَقِيَ مِنْ بَدَلِ الْكِتَابَةِ) لِأَنَّ حَقَّ شَرِيكِهِ فِي نِصْفِ الرَّقْبَةِ عَلَى اعْتِبَارِ الْعَجْرِ، وَفِي نِصْفِ الْبَدَلِ عَلَى اعْتِبَارِ الْأَدَاءِ فَلْتَرُدُّ بَيْنَهُمَا يَجِبُ أَقْلُهُمَا.

قَالَ (وَإِذَا كَانَ الثَّانِي لَمْ يَطَّاهَا وَلَكِنْ دَبَّرَهَا ثُمَّ عَجَزَتْ بَطَلَ التَّدْبِيرُ) لِأَنَّهُ لَمْ يُصَادَفِ الْمَلِكُ. أَمَّا عِنْدَهُمَا فَظَاهِرٌ أَنَّ الْمُسْتَوْلَدَ تَمْلِكُهَا قَبْلَ الْعَجْرِ. وَأَمَّا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ فَلَأَنَّهُ بِالْعَجْرِ تَبَيَّنَ أَنَّهُ تَمْلِكُ نَصِيبَهُ مِنْ وَقْتِ الْوُطءِ فَتَبَيَّنَ أَنَّهُ مُصَادَفُ مَلِكٍ غَيْرِهِ وَالتَّدْبِيرُ يَعْتَمِدُ الْمَلِكُ، بِخِلَافِ النَّسَبِ لِأَنَّهُ يَعْتَمِدُ الْغُرُورَ عَلَى مَا مَرَّ. قَالَ (وَهِيَ أُمُّ وَلَدٍ لِلأَوَّلِ) لِأَنَّهُ تَمْلِكُ نَصِيبَ شَرِيكِهِ وَكَمَلِ الاستيلادَ عَلَى مَا بَيْنَا (وَيُضْمَنُ لَشَرِيكِهِ نِصْفَ عَقْرِهَا) لَوُطْئِهِ جَارِيَةً مُشْتَرَكَةً (وَنِصْفَ قِيمَتِهَا) لِأَنَّهُ تَمْلِكُ نِصْفَهَا بِالاستيلادِ وَهُوَ تَمْلِكُ بِالْقِيمَةِ (وَالْوَلَدُ وَلَدُ الْأَوَّلِ) لِأَنَّهُ صَحَّتْ دَعْوَتُهُ لِقِيَامِ الْمَصْحُوحِ، وَهَذَا قَوْلُهُمْ جَمِيعًا. وَوَجْهُهُ مَا بَيْنَا.

الشرح:

قَالَ (وَإِذَا كَانَتْ جَارِيَةً بَيْنَ رَجُلَيْنِ كَاتِبَاهَا إلخ) وَإِذَا كَانَتْ جَارِيَةً بَيْنَ رَجُلَيْنِ كَاتِبَاهَا فَوُطِئَهَا أَحَدُهُمَا فَجَاءَتْ بِوَلَدٍ فَادَّعَاهُ: أَيُّ صَحَّتْ دَعْوَتُهُ وَتَبَيَّنَ نَسَبُهُ ثُمَّ وَطِئَهَا الْآخَرُ فَجَاءَتْ بِوَلَدٍ فَادَّعَاهُ: أَيُّ صَحَّتْ دَعْوَتُهُ أَيْضًا وَتَبَيَّنَ نَسَبُهُ ثُمَّ عَجَزَتْ فَهِيَ أُمُّ وَلَدٍ كُلُّهَا لِلأَوَّلِ بِطَرِيقِ التَّبَيُّنِ، لِأَنَّهُ لَمَّا ادَّعَى أَحَدُهُمَا الْوَلَدَ الْأَوَّلَ صَحَّتْ دَعْوَتُهُ لِقِيَامِ الْمَلِكِ لَهُ فِيهِ وَصَارَ نَصِيبُهُ أُمُّ وَلَدٍ لَهُ بِنَاءً عَلَى أَنَّ الْاستِيلَادَ فِي الْمُكَاتَبَةِ يَنْجَزُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ لِأَنَّهُ لَا وَجْهَ لِتَكْمِيلِ الْاستِيلَادِ إِلَّا بِتَمْلِكِ نَصِيبِ صَاحِبِهِ

وَالْمُكَاتَبَةُ لَا تَقْبَلُ الثَّقُلَ مِنْ مَلِكٍ إِلَى مَلِكٍ فَتَقْتَصِرُ أُمُومِيَّةُ الْوَلَدِ عَلَى نَصِيْبِهِ، كَمَا فِي الْمُدْبِرَةِ الْمُشْتَرَكَةِ فَإِنَّ الْأَسْتِيلَادَ فِيهَا يَتَجَرَّأُ بِالْإِتِّفَاقِ، وَالْجَامِعُ أَنَّ كُلًّا مِنَ الْكِتَابَةِ وَالتَّذْيِيرِ يَمْتَنِعُ الْإِتِّتْقَالُ مِنْ مَلِكٍ إِلَى مَلِكٍ.

وَلَا وَجْهَ لِفَسْخِ الْكِتَابَةِ لِأَنَّ الْمُكَاتَبَةَ قَدْ تَرْضَى بِحُرِّيَّةٍ عَاجِلَةٍ بِجِهَةِ الْكِتَابَةِ وَلَا تَرْضَى بِحُرِّيَّةٍ آجِلَةٍ بِجِهَةِ الْأَسْتِيلَادِ، فَإِذَا لَمْ يَتِمَّحْضُ الْفَسْخُ مَنْفَعَةً، لَا تَنْفَسِخُ إِلَّا بِفَسْخِ الْمُكَاتَبَةِ، وَإِذَا ادَّعَى الثَّانِي وَلَدَهَا الْآخَرَ صَحَّتْ دَعْوَتُهُ لِقِيَامِ مَلِكِهِ ظَاهِرًا، وَإِنَّمَا قَيَّدَ بِقَوْلِهِ ظَاهِرًا لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنْ تَمْضِيَ عَلَى كِتَابَتِهَا فَكَانَ مَلِكُهُ بَاقِيًا نَظَرًا إِلَى الظَّاهِرِ، ثُمَّ إِذَا عَجَزَتْ بَعْدَ ذَلِكَ جُعِلَتِ الْكِتَابَةُ كَأَنَّ لَمْ تُكُنْ وَتَبَيَّنَ أَنَّ الْجَارِيَةَ كُلَّهَا أُمُّ وَلَدٍ لِلأَوَّلِ لِأَنَّهُ زَالَ الْمَانِعُ مِنَ الْإِتِّتْقَالِ وَوَطْؤُهُ سَابِقٌ، وَيَضْمَنُ نِصْفَ قِيَمَتِهَا لِأَنَّهُ تَمَلَّكَ نَصِيْبَهُ لَمَّا اسْتَكْمَلَ الْأَسْتِيلَادَ وَنِصْفَ عُقْرِهَا لَوَطْئِهِ جَارِيَةَ مُشْتَرَكَةً وَيَضْمَنُ شَرِيكُهُ كَمَالَ عُقْرِهَا فَيَكُونُ النَّصْفُ بِالنِّصْفِ قِصَاصًا وَيَبْقَى لِلأَوَّلِ عَلَى الثَّانِي نِصْفُ الْعُقْرِ وَقِيَمَةُ الْوَلَدِ، وَيَكُونُ الْوَلَدُ ابْنُهُ بِالنَّظَرِ إِلَى الظَّاهِرِ وَالْحَقِيقَةِ أَمَّا بِالنَّظَرِ إِلَى الظَّاهِرِ فَيَكُونُ الْوَلَدُ ابْنُهُ بِالْقِيَمَةِ فَإِنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الْمَعْرُورِ لِأَنَّهُ حِينَ وَطْئِهَا كَانَ مَلِكُهُ قَائِمًا ظَاهِرًا كَمَا ذَكَرْنَا وَوَلَدُ الْمَعْرُورِ ثَابِتُ النَّسَبِ مِنْهُ حُرٌّ بِالْقِيَمَةِ عَلَى مَا عُرِفَ، وَأَمَّا بِالنَّظَرِ إِلَى الْحَقِيقَةِ فَلَزُومُ كَمَالِ الْعُقْرِ لِأَنَّهُ وَطِئَ أُمُّ وَلَدِ الْغَيْرِ حَقِيقَةً.

فَإِنْ قِيلَ: فَعَلَى هَذَا يَنْبَغِي أَنْ لَا يَضْمَنَ الثَّانِي قِيَمَةَ الْوَلَدِ لِلأَوَّلِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ لِأَنَّ حُكْمَ وَلَدِ أُمِّ الْوَلَدِ حُكْمُ أُمِّهِ وَلَا قِيَمَةَ لَأُمِّ الْوَلَدِ عِنْدَهُ فَكَذَا لِابْنِهَا. أُجِيبَ بِأَنَّ هَذَا عَلَى قَوْلِهِمَا، وَأَمَّا عَلَى قَوْلِهِ فَلَيْسَ عَلَيْهِ ضَمَانُ قِيَمَةِ الْوَلَدِ وَلَيْسَ بِشَيْءٍ. وَقِيلَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ فِي تَقْوَمِ أُمِّ الْوَلَدِ رَوَايَتَانِ، فَيَكُونُ الْوَلَدُ مُتَقَوِّمًا عَلَى إِحْدَاهُمَا فَكَانَ حُرًّا بِالْقِيَمَةِ، وَأَيُّهُمَا دَفَعَ الْعُقْرَ إِلَى الْمُكَاتَبَةِ: يَعْني قَبْلَ الْعَجْزِ جَارَ، لِأَنَّ الْكِتَابَةَ مَا دَامَتْ بَاقِيَةً فَحَقُّ الْقَبْضِ لَهَا لِاخْتِصَاصِهَا بِمَتَافِعِهَا وَأَبْدَالِهَا، وَإِذَا عَجَزَتْ تَرُدُّ الْعُقْرَ إِلَى الْمَوْلَى لظُهُورِ اخْتِصَاصِهِ، وَهَذَا الَّذِي ذَكَرْنَا كُلُّهُ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: هِيَ أُمُّ وَلَدٍ لِلأَوَّلِ وَهِيَ مُكَاتَبَةٌ لَهُ وَيُعْتَقُ بِأَدَاءِ الْبَدَلِ إِلَى الْأَوَّلِ وَلَا يَجُوزُ وَطْءُ لآخرَ لِأَنَّهُ لَمَّا ادَّعَى الْأَوَّلُ الْوَلَدَ صَارَتْ كُلُّهَا أُمُّ وَلَدٍ لَهُ لِأَنَّ أُمُومِيَّةَ الْوَلَدِ يَجِبُ تَكْمِيلُهَا بِالْإِجْمَاعِ مَا أُمُكِنَ، لِأَنَّ الْأَسْتِيلَادَ طَلَبُ الْوَلَدِ وَإِنَّهُ يَقَعُ

بِالْفِعْلِ وَالْفِعْلُ لَا يَتَجَزَّأُ فَكَذَا مَا يُثْبِتُ بِهِ، وَلِهَذَا لَا يَكْمُلُ فِي الْقِنَّةِ بِالْإِجْمَاعِ، وَقَدْ أُمِّنَ هَاهُنَا بِفَسْخِ الْكِتَابَةِ لِأَنَّهَا قَابِلَةٌ لِلْفَسْخِ فَتَفْسَخُ تَكْمِيلًا لِلْإِسْتِيلَادِ فِيمَا لَا تَتَضَرَّرُ بِهِ الْمُكَاتَّبَةُ وَهُوَ أُمُومِيَّةُ الْوَلَدِ، لِأَنَّهُ لَا ضَرَرَ لَهَا فِيهَا بَلْ لَهَا فِيهِ نَفْعٌ حَيْثُ لَمْ تَبْقَ مَحَلًّا لِلإِتِّدَالِ بِالْبَيْعِ وَالْهَبَةِ وَتَبْقَى الْكِتَابَةُ فِيمَا وَرَاءَهُ مَحَلًّا: أَيُّ فِيمَا وَرَاءَ مَا لَا تَتَضَرَّرُ بِهِ وَهُوَ كَوْنُهَا أَحَقُّ بِأَكْسَابِهَا وَأَكْسَابِ وَلَدِهَا (قَوْلُهُ بِخِلَافِ التَّذْيِيرِ) جَوَابٌ عَنْ قِيَاسِ أَبِي حَنِيفَةَ الْمُتَنَازِعِ فِيهِ عَلَى الْمُدْبِرَةِ الْمُشْتَرَكَةِ.

وَوَجْهُهُ أَنَّا قَدْ قُلْنَا إِنْ أُمُومِيَّةُ الْوَلَدِ تُسْتَكْمَلُ مَا أُمِّنَ وَلَا إِمْكَانَ هَاهُنَا لِأَنَّ التَّذْيِيرَ غَيْرُ قَابِلٍ لِلْفَسْخِ، فَإِذَا اسْتَوْلَدَ الشَّرِيكَ الثَّانِي بَعْدَ اسْتِيلَادِ الْأَوَّلِ الْمُدْبِرَةِ الْمُشْتَرَكَةِ بَيْنَهُمَا صَحَّ اسْتِيلَادُهُ (قَوْلُهُ وَبِخِلَافِ بَيْعِ الْمُكَاتَّبِ) قِيلَ هُوَ جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ هَلَا فَسَخْتُمُ الْكِتَابَةَ فِي ضِمْنِ صِحَّةِ الْبَيْعِ فِيمَا إِذَا بَاعَ الْمُكَاتَّبُ كَمَا فَسَخْتُمُوهَا فِي ضِمْنِ صِحَّةِ الْإِسْتِيلَادِ.

وَوَجْهُهُ أَنَّ فِي تَجْوِيزِ الْبَيْعِ إِبْطَالِ الْكِتَابَةِ إِذَا الْمُشْتَرِي لَا يَرْضَى بِبَقَائِهِ مُكَاتَّبًا، وَلَوْ أُبْطِلَتْهَا تَضَرَّرَ بِهِ الْمُكَاتَّبُ وَفَسَخَ الْكِتَابَةَ فِيمَا يَتَضَرَّرُ بِهِ الْمُكَاتَّبُ لَا يَصِحُّ، وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ بَيَانًا لِقَوْلِهِ وَتَبْقَى الْكِتَابَةُ فِيمَا وَرَاءَهُ، فَإِنَّ الْبَيْعَ وَرَاءَ مَا لَا يَتَضَرَّرُ بِهِ، وَإِنْ كَانَ الْمُكَاتَّبُ يَتَضَرَّرُ بِهِ فَتَبْقَى الْكِتَابَةُ كَمَا كَانَتْ (قَوْلُهُ وَإِذَا صَارَتْ كُلُّهَا أُمَّ وَلَدٍ لَهُ) مُتَّصِلٌ بِقَوْلِهِ صَارَتْ كُلُّهَا أُمَّ وَلَدٍ لَهُ.

وَتَقْرِيرُهُ أَنَّهُ لَمَّا ادَّعَى الْأَوَّلُ صَارَتْ كُلُّهَا أُمَّ وَلَدٍ لَهُ، وَإِذَا صَارَتْ كُلُّهَا أُمَّ وَلَدٍ لَهُ فَالثَّانِي وَطْءُ أُمَّ وَلَدٍ الْغَيْرِ فَلَا يَثْبُتُ نَسَبُ الْوَلَدِ مِنْهُ وَلَا يَكُونُ حُرًّا عَلَيْهِ بِالْقِيمَةِ غَيْرَ أَنَّهُ لَا يَجِبُ عَلَيْهِ الْحَدُّ لِلشُّبْهَةِ وَهِيَ شُبْهَةُ أَنَّهَا مُكَاتَّبَةٌ بَيْنَهُمَا بِذِلِيلِ مَا ذَكَرَهُ أَبُو حَنِيفَةَ أَنَّهَا تَبْقَى مُكَاتَّبَةٌ بَيْنَهُمَا فِيمَا تَتَضَرَّرُ بِهِ لِلْإِجْمَاعِ عَلَى مَا ذَكَرْتَاهُ، وَلَا حَدٌّ عَلَى وَطْءِ مُكَاتَّبَتِهِ، وَيَلْزَمُهُ جَمِيعُ الْعُقْرِ لِأَنَّ الْوَطْءَ لَا يَعْرِى عَنْ إِحْدَى الْغَرَامَتَيْنِ، وَقَوْلُهُ (وَإِذَا بَقِيَ الْكِتَابَةُ) مُتَّصِلٌ بِقَوْلِهِ وَتَبْقَى الْكِتَابَةُ فِيمَا وَرَاءَهُ، وَتَقْرِيرُهُ وَتَبْقَى الْكِتَابَةُ فِيمَا وَرَاءَهُ، وَإِذَا بَقِيَ الْكِتَابَةُ فَصَارَتْ كُلُّهَا مُكَاتَّبَةً لَهُ: أَيُّ لِلأَوَّلِ. قِيلَ هُوَ جَزَاءُ إِذَا بَقِيَ يَجِبُ عَلَيْهَا نِصْفُ بَدَلِ الْكِتَابَةِ لِأَنَّ الْكِتَابَةَ قَدْ انْفَسَخَتْ فِيمَا لَا تَتَضَرَّرُ بِهِ الْمُكَاتَّبَةُ، وَلَا تَتَضَرَّرُ بِسُقُوطِ نِصْفِ الْبَدَلِ وَهُوَ نَصِيبُ الشَّرِيكَ الثَّانِي وَهُوَ قَوْلُ أَبِي مَنْصُورٍ.

وَقِيلَ يَجِبُ كُلُّ الْبَدَلِ لِأَنَّ الْكِتَابَةَ لَمْ تُنْفَسَخْ إِلَّا فِي حَقِّ التَّمْلِكِ ضَرُورَةً تَكْمِيلُ
الاسْتِيلَادِ، وَالنَّاتِبُ بِالضَّرُورَةِ لَا يَتَعَدَّى فَلَا يَظْهَرُ فِي حَقِّ سَقُوطِ نِصْفِ الْبَدَلِ. وَقَوْلُهُ
(وَفِي إِبْقَائِهِ) يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ جَوَابًا عَمَّا يُقَالُ الْكِتَابَةُ تُنْفَسَخُ فِيمَا لَا تَنْضَرُّرُ بِهِ الْمَكَاتِبَةُ،
وَهِيَ لَا تَنْضَرُّرُ بِسَقُوطِ نِصْفِ الْبَدَلِ فَيَجِبُ أَنْ تُنْفَسَخَ. وَوَجْهُهُ أَنْ فِي إِبْقَاءِ عَقْدِ
الْكِتَابَةِ فِي حَقِّ نِصْفِ الْبَدَلِ نَظَرًا لِلْمَوْلَى وَإِنْ كَانَتْ لَا تَنْضَرُّرُ الْمَكَاتِبَةُ بِسَقُوطِهِ،
فَرَجَحْنَا جَانِبَ الْمَوْلَى لِأَنَّ الْأَصْلَ فِي الْكِتَابَةِ عَدَمُ الْفَسْخِ (وَالْمَكَاتِبَةُ هِيَ الَّتِي تُعْطَى
الْعَقْرَ لِاخْتِصَاصِهَا بِأَبْدَالِ مَنَافِعِهَا، وَلَوْ عَجَزَتْ وَرَدَّتْ فِي الرَّقِّ تُرَدُّ إِلَى الْمَوْلَى لظُهُورِ
اخْتِصَاصِهِ عَلَى مَا بَيَّنَّا) فِي تَعْلِيلِ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ.

قَالَ (وَيَضْمَنُ الْأَوَّلُ لَشَرِيكِهِ فِي قِيَاسِ قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ إِنْ كَانَ كَاتِبَ الرُّجُلَانِ
عَبْدًا مُشْتَرَكًا بَيْنَهُمَا كِتَابَةً وَاحِدَةً ثُمَّ أَعْتَقَ أَحَدَهُمَا نَصِيبَهُ يَضْمَنُ الْمُتَعَقُّ لَشَرِيكِهِ
نِصْفَ قِيمَتِهِ مَكَاتِبًا عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ مُوسِرًا كَانَ أَوْ مُعْسِرًا لِأَنَّهُ ضَمَانُ التَّمْلِكِ وَهُوَ لَا
يَخْتَلِفُ بِالْيَسَارِ وَالْإِعْسَارِ. وَعِنْدَمَا يَضْمَنُ الْأَقْلُ مِنْ نِصْفِ قِيمَتِهِ مَكَاتِبًا وَمِنْ نِصْفِ مَا
بَقِيَ مِنْ بَدَلِ الْكِتَابَةِ لِأَنَّ حَقَّ شَرِيكِهِ فِي نِصْفِ الرِّقْبَةِ عَلَى اعْتِبَارِ الْعَجْزِ، وَفِي نِصْفِ
الْبَدَلِ عَلَى اعْتِبَارِ الْأَدَاءِ، فَلِلتَّرَدُّ بَيْنَهُمَا يَجِبُ أَقْلُهُمَا لِأَنَّهُ مُتَيَقَّنٌ.

قَالَ صَدْرُ الْإِسْلَامِ: وَلِأَنَّهُ لَوْ بَقِيَ مِنَ الْبَدَلِ دِرْهَمٌ يَكُونُ حِصَّتُهُ نِصْفَ دِرْهَمٍ
وَقَدْ تَمْلِكُهَا أَحَدُهُمَا بِالْإِسْتِيلَادِ فَيَسْتَحِيلُ أَنْ يَجِبَ عَلَيْهِ نِصْفُ الْقِيَمَةِ وَهُوَ خُمْسُ مِائَةٍ
إِذَا كَانَتْ قِيمَتُهَا أَلْفَ دِرْهَمٍ وَقَدْ وَصَلَ إِلَيْهِ جَمِيعُ بَدَلِ نَصِيبِهِ مِنْ هَذِهِ الرِّقْبَةِ إِلَّا نِصْفُ
دِرْهَمٍ فَلِهَذَا أَوْجَبْنَا الْأَقْلَ، هَذَا قَوْلُهُمَا فِي الْمَكَاتِبِ الْمُشْتَرَكِ إِذَا أَعْتَقَ أَحَدَهُمَا نَصِيبَهُ،
وَعَلَى هَذَا الْقِيَاسِ قَوْلُهُمَا فِيمَا نَحْنُ فِيهِ، فَعَلَى قِيَاسِ قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ يَضْمَنُ الْأَوَّلُ
لَشَرِيكِهِ نِصْفَ قِيمَتِهَا مَكَاتِبَةً، وَعَلَى قِيَاسِ قَوْلِ مُحَمَّدٍ يَضْمَنُ الْأَقْلُ مِنْ نِصْفِ قِيمَتِهَا
مَكَاتِبَةً وَمِنْ نِصْفِ مَا بَقِيَ مِنَ الْبَدَلِ وَالْوَجْهُ قَدْ ذَكَرْنَاهُ.

(وَإِذَا كَانَ الثَّانِي لَمْ يَطَّأَهَا وَلَكِنْ دَبَّرَهَا ثُمَّ عَجَزَتْ بَطَلَ التَّدْبِيرُ لِعَدَمِ مُصَادَفَتِهِ
الْمَلِكَ، أَمَّا عِنْدَهُمَا فَظَاهِرٌ، لِأَنَّ الْمُسْتَوْلَدَ تَمْلِكُهَا قَبْلَ الْعَجْزِ، وَأَمَّا عِنْدَهُ فَلِأَنَّهُ بِالْعَجْزِ
تَبَيَّنَ أَنَّهُ تَمْلِكُ نَصِيبِهِ مِنْ وَقْتِ الْوُطْءِ فَتَبَيَّنَ أَنَّهُ) أَيُّ التَّدْبِيرِ (مُصَادَفٌ مَلِكٍ غَيْرِهِ
وَالْتَّدْبِيرُ يَعْتَمِدُ الْمَلِكَ) فَلَا يَصِحُّ بِدُونِهِ (بِخِلَافِ النَّسَبِ) فَإِنَّهُ يَثْبُتُ مِنَ الثَّانِي إِنْ وَجَدَ

الوطء منه (لأنه يعتمد العُرور) لا الملك (وهي أم ولد للأول لأنه تملك نصيب شريكه وكمل الاستيلاء على ما بينا) يعني في تعليل قول أبي حنيفة وهو قوله وتبين أن الجارية كلها أم ولد للأول أنه زال المانع من الانتقال.

(ويضمن لشريكه نصف عقرها لو طئه جارية مشتركة ونصف قيمتها لأنه تملك نصفها بالاستيلاء وهو تملك بالقيمة، والولد ولد الأول لأنه صحت دعوته لقيام المصحح وهو الملك في المكاتبه (وهذا قولهم جميعاً) لأن الاختلاف مع بقاء الكتابة وهاهنا ما بقيت، لأنه لما استولدها الأول ملك نصف شريكه ولم يبق ملك للمدبر فيها فلا يصح تدبيره، وقد ذكرنا أيضاً من قوله (ووجهه ما بينا) أي في تعليل القولين، أما طرف أبي حنيفة فقد ذكرنا آنفاً من قوله وتبين أن الجارية إلخ، وأما طرفهما فهو قوله لأنه لما ادعى الأول صارت كلها أم ولد له إلخ.

قال (وإن كانا كاتباً ثم أعتق أحدهما وهو مؤسر ثم عجزت يضمن المعتق لشريكه نصف قيمتها ويرجع بذلك عليها عند أبي حنيفة، وقالوا: لا يرجع عليها) لأنها لما عجزت وردت في الرق تصير كأنها لم تزل قته، والجواب فيه على الخلاف في الرجوع وفي الخيارات وغيرها كما هو مسألة تجزؤ الإعتاق وقد قررناه في الإعتاق، فأما قبل العجز ليس له أن يضمن المعتق عند أبي حنيفة لأن الإعتاق لما كان يتجزأ عنده كان أثره أن يجعل نصيب غير المعتق كالمكاتب فلا يتغير به نصيب صاحبه لأنها مكاتبه قبل ذلك وعندهما لما كان لا يتجزأ يعتق الكل فله أن يضمنه قيمة نصيبه مكاتباً إن كان مؤسراً، ويستسعى العبد إن كان معسراً لأنه ضمان إعتاق فيختلف باليسار والإعسار.

الشرح:

(وإن كان كاتباً ثم أعتق أحدهما وهو مؤسر ثم عجزت يضمن المعتق لشريكه نصف قيمتها ويرجع بذلك عليها عند أبي حنيفة، وقالوا: لا يرجع عليها لأنها لما عجزت وردت في الرق صارت كأنها لم تزل قته. والجواب فيه) أي في إعتاق أحد الشريكين القن (على هذا الخلاف في الرجوع) فإن عند أبي حنيفة إذا ضمن الساکت المعتق فالمعتق يرجع على العبد، وعندهما لا يرجع عليه (وفي الخيارات) عند

أَبِي حَنِيفَةَ السَّائِكُ مُخَيَّرٌ بَيْنَ الْخِيَارَاتِ الثَّلَاثِ: إِنْ شَاءَ أَعْتَقَ، وَإِنْ شَاءَ اسْتَسْعَى الْعَبْدُ، وَإِنْ شَاءَ ضَمَّنَ شَرِيكُهُ قِيمَةَ نَصِيْبِهِ. وَعِنْدَهُمَا لَيْسَ لَهُ إِلَّا الضَّمَانُ مَعَ الْيَسَارِ وَالسَّعْيَةِ مَعَ الْإِعْسَارِ (وَعِغْرِهَا) يَعْنِي الْوَلَاءَ وَتَرْدِيدَ الْاسْتِسْعَاءِ، فَإِنَّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ إِنْ أَعْتَقَ السَّائِكُ أَوْ اسْتَسْعَى فَالْوَلَاءُ بَيْنَهُمَا، وَإِنْ ضَمَّنَ الْمُعْتَقُ فَالْوَلَاءُ لِلْمُعْتَقِ، وَعِنْدَهُمَا لِلْمُعْتَقِ فِي الْوَجْهَيْنِ جَمِيعًا. وَأَمَّا تَرْدِيدُ الْاسْتِسْعَاءِ فَإِنَّهُمَا لَا يَرَيَانِ الْاسْتِسْعَاءَ مَعَ الْيَسَارِ، وَيَقُولَانِ: إِنْ كَانَ الْمُعْتَقُ مُوسِرًا يَضْمَنُ نَصِيْبَ السَّائِكِ، وَإِنْ كَانَ مُعْسِرًا سَعَى الْعَبْدُ لِنَصِيْبِ السَّائِكِ، وَأَبُو حَنِيفَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ يَرَاهُ (كَمَا هُوَ مَسْأَلَةٌ تَجَزُّوُ الْإِعْتَاقَ كَمَا تَقَرَّرَ فِي الْعَتَاقِ) هَذَا إِذَا عَجَزَ (فَأَمَّا قَبْلَ الْعَجْزِ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَضْمَنَ الْمُعْتَقُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ) خِلَافًا لُهُمَا وَهُوَ وَاضِحٌ، وَمِنَاهُ أَيْضًا عَلَى تَجَزُّوُ الْإِعْتَاقِ، وَذَلِكَ (لَأَنَّ الْإِعْتَاقَ لَمَّا تَجَزَّأَ عِنْدَهُ لَمْ يَظْهَرْ إِفْسَادُ نَصِيْبِ السَّائِكِ مَا لَمْ يَعْجَزْ فَإِنَّ أَثَرَهُ حِينَئِذٍ أَنْ يُجْعَلَ نَصِيْبُ السَّائِكِ كَالْمُكَاتِبِ) وَهُوَ حَاصِلٌ، وَإِنَّمَا يَظْهَرُ ذَلِكَ إِذَا عَجَزَتْ كَمَا يُوجِبُ ذَلِكَ فِي الْقِنَّةِ.

فَيُوجِبُ الضَّمَانَ (وَعِنْدَهُمَا لَمَّا لَمْ يَتَجَزَّأَ عَتَقَ الْكُلُّ فَلَهُ أَنْ يَضْمَنَ قِيمَةَ نَصِيْبِهِ مُكَاتِبًا إِنْ كَانَ مُوسِرًا وَيُسْتَسْعَى الْعَبْدُ إِنْ كَانَ مُعْسِرًا، لِأَنَّهُ ضَمَانٌ إِعْتَاقٍ فَيَخْتَلِفُ بِالْيَسَارِ وَالْإِعْسَارِ).

قَالَ (وَإِذَا كَانَ الْعَبْدُ بَيْنَ رَجُلَيْنِ دَبَّرَهُ أَحَدُهُمَا ثُمَّ أَعْتَقَهُ الْآخَرُ وَهُوَ مُوسِرٌ، فَإِنْ شَاءَ الَّذِي دَبَّرَهُ ضَمَّنَ الْمُعْتَقُ نَصْفَ قِيمَتِهِ مُدَبِّرًا، وَإِنْ شَاءَ اسْتَسْعَى الْعَبْدُ، وَإِنْ شَاءَ أَعْتَقَ، وَإِنْ أَعْتَقَهُ أَحَدُهُمَا ثُمَّ دَبَّرَهُ الْآخَرُ لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَضْمَنَ الْمُعْتَقَ وَيُسْتَسْعَى أَوْ يُعْتَقَ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ) وَوَجْهُهُ أَنَّ التَّدْبِيرَ يَتَجَزَّأُ عِنْدَهُ فَتَدْبِيرُ أَحَدِهِمَا يَقْتَصِرُ عَلَى نَصِيْبِهِ لَكِنْ يَفْسُدُ بِهِ نَصِيْبُ الْآخَرِ فَيُثَبِّتُ لَهُ خِيَرَةُ الْإِعْتَاقِ وَالتَّضْمِينِ وَالْاسْتِسْعَاءِ كَمَا هُوَ مَذْهَبُهُ، فَإِذَا أَعْتَقَ لَمْ يَبْقَ لَهُ خِيَارُ التَّضْمِينِ وَالْاسْتِسْعَاءِ، وَإِعْتَاقُهُ يَقْتَصِرُ عَلَى نَصِيْبِهِ لِأَنَّهُ يَتَجَزَّأُ عِنْدَهُ، وَلَكِنْ يَفْسُدُ بِهِ نَصِيْبُ شَرِيكِهِ فَلَهُ أَنْ يَضْمَنَهُ قِيمَةَ نَصِيْبِهِ، وَلَهُ خِيَارُ الْعَتَقِ وَالْاسْتِسْعَاءِ أَيْضًا كَمَا هُوَ مَذْهَبُهُ وَيَضْمَنُهُ قِيمَةَ نَصِيْبِهِ مُدَبِّرًا لِأَنَّ الْإِعْتَاقَ صَادَفَ الْمُدَبِّرَ.

ثُمَّ قِيلَ: قِيمَةُ الْمُدَبِّرِ تُعْرَفُ بِتَقْوِيمِ الْمُقَوِّمِينَ، وَقِيلَ يَجِبُ ثَلَاثُ قِيمَتِهِ زَهْوَقٌ لِأَنَّ

الْمَنَافِعُ أُنُوعٌ ثَلَاثَةٌ: الْبَيْعُ وَأَشْبَاهُهُ، وَالِاسْتِخْدَامُ وَأَمْثَالُهُ، وَالْإِعْتَاقُ وَتَوَابِعُهُ، وَالْفَائِتُ الْبَيْعُ فَيَسْقُطُ الثُّلُثُ. وَإِذَا ضَمِنَهُ لَا يَتَمَلَّكُهُ بِالضَّمَانِ لِأَنَّهُ لَا يَقْبَلُ الْإِنْتِقَالَ مِنْ مَلِكٍ إِلَى مَلِكٍ، كَمَا إِذَا غَضِبَ مُدَبِّرًا فَأَبْقَى.

وَأِنْ أَعْتَقَهُ أَحَدُهُمَا أَوْ لَا كَانَ لِلْآخِرِ الْخِيَارَاتُ الثَّلَاثُ عِنْدَهُ، فَإِذَا دَبَّرَهُ لَمْ يَبْقَ لَهُ خِيَارُ التَّضْمِينِ وَبَقِيَ خِيَارُ الْإِعْتَاقِ وَالِاسْتِسْعَاءِ لِأَنَّ الْمُدَبِّرَ يُعْتَقُ وَيُسْتَسْعَى (وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: إِذَا دَبَّرَهُ أَحَدُهُمَا فَعِتَقَ الْآخَرَ بَاطِلٌ) لِأَنَّهُ لَا يَتَجَرَّأُ عِنْدَهُمَا فَيَتَمَلَّكُ نَصِيبَ صَاحِبِهِ بِالتَّدْبِيرِ (وَيُضْمَنُ نِصْفَ قِيمَتِهِ مُوسِرًا كَانَ أَوْ مُعْسِرًا) لِأَنَّهُ ضَمَانٌ تَمَلَّكَ فَلَا يَخْتَلَفُ بِالْيَسَارِ وَالْإِعْسَارِ، وَيُضْمَنُ نِصْفَ قِيمَتِهِ هُنَا لِأَنَّهُ صَادَقَهُ التَّدْبِيرُ وَهُوَ قِنْ (وَإِنْ أَعْتَقَهُ أَحَدُهُمَا فَتَدْبِيرُ الْآخَرِ بَاطِلٌ) لِأَنَّ الْإِعْتَاقَ لَا يَتَجَرَّأُ فَعِتَقَ كُلُّهُ فَلَمْ يُصَادَفِ التَّدْبِيرُ الْمَلِكُ وَهُوَ يَعْتَمِدُهُ (وَيُضْمَنُ نِصْفَ قِيمَتِهِ إِنْ كَانَ مُوسِرًا) وَيَسْعَى الْعَبْدُ فِي ذَلِكَ إِنْ كَانَ مُعْسِرًا لِأَنَّ هَذَا ضَمَانُ الْإِعْتَاقِ فَيَخْتَلَفُ ذَلِكَ بِالْيَسَارِ وَالْإِعْسَارِ عِنْدَهُمَا، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

الشرح:

قَالَ (وَإِذَا كَانَ الْعَبْدُ بَيْنَ رَجُلَيْنِ دَبَّرَهُ أَحَدُهُمَا إِنْ) وَإِذَا كَانَ الْعَبْدُ بَيْنَ رَجُلَيْنِ دَبَّرَهُ أَحَدُهُمَا ثُمَّ أَعْتَقَهُ الْآخَرُ وَهُوَ مُوسِرٌ فَإِنَّ الْمُدَبِّرَ مُخَيَّرٌ بَيْنَ تَضْمِينِ الْمُعْتَقِ نِصْفَ قِيمَةِ الْمُدَبِّرِ وَبَيْنَ اسْتِسْعَاءِ الْعَبْدِ وَإِعْتَاقِهِ، وَإِنْ كَانَتْ الْمَسْأَلَةُ بِالْعَكْسِ مِنْ ذَلِكَ وَهُوَ إِنْ أَعْتَقَهُ أَحَدُهُمَا ثُمَّ دَبَّرَهُ الْآخَرُ لَمْ يَضْمَنْ الْمُعْتَقُ وَلَكِنْ يُسْتَسْعَى أَوْ يُعْتَقُ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَوَجْهُهُ أَنَّ التَّدْبِيرَ يَتَجَرَّأُ عِنْدَهُ فَتَدْبِيرُ أَحَدِهِمَا يَقْتَصِرُ عَلَى نَصِيبِهِ لَكِنَّهُ يَفْسُدُ بِهِ نَصِيبُ الْآخَرِ لَسَدِّ بَابِ الثَّقَلِ عَلَيْهِ فَلَهُ أَنْ يَضْمَنَ قِيمَةَ نَصِيبِهِ وَلَهُ الْإِعْتَاقُ وَالِاسْتِسْعَاءُ، فَإِذَا أَعْتَقَ الْآخَرُ لَمْ يَبْقَ لَهُ خِيَارُ التَّضْمِينِ وَالِاسْتِسْعَاءِ، وَيَقْتَصِرُ الْإِعْتَاقُ عَلَى نَصِيبِهِ لِأَنَّهُ يَتَجَرَّأُ عِنْدَهُ، وَلَكِنْ يَفْسُدُ بِهِ نَصِيبُ شَرِيكِهِ لَسَدِّ بَابِ الْإِسْتِخْدَامِ عَلَيْهِ فَلَهُ تَضْمِينُ نَصِيبِهِ وَالْإِعْتَاقُ وَالسَّعَايَةُ أَيْضًا كَمَا هُوَ مَذْهُبُهُ، فَإِنْ ضَمِنَهُ ضَمِنَ قِيمَةَ نَصِيبِهِ مُدَبِّرًا لِأَنَّ الْإِعْتَاقَ صَادَفَ الْمُدَبِّرَ.

وَاخْتَلَفُوا فِي قِيمَتِهِ، فَقِيلَ قِيمَتُهُ تُعْرَفُ بِتَقْوِيمِ الْمُقَوِّمِينَ، وَقِيلَ قِيمَتُهُ ثُلَاثُ قِيمَةِ الْقِنْ لِأَنَّ الْمَنَافِعَ أُنُوعٌ ثَلَاثَةٌ: الْبَيْعُ وَمَا أَشْبَهَهُ فِي كَوْنِهِ خُرُوجًا عَنِ الْمَلِكِ كَالْهَبَةِ وَالصَّدَقَةِ وَالْإِرْثِ وَالْوَصِيَّةِ وَالِاسْتِخْدَامِ وَأَمْثَالِهِ فِي كَوْنِهِ انْتِفَاعًا بِالْمَنَافِعِ كَالْإِجَارَةِ وَالْعَارِيَّةِ وَالْوَطْءِ. وَالْإِعْتَاقُ

وَتَوَابِعُهُ كَالْكِتَابَةِ وَالْإِسْتِيلَادِ وَالتَّذْيِيرِ وَالْإِعْتَاقِ عَلَى مَالٍ، وَالْفَائِتُ مِنْ ذَلِكَ النَّوْعِ الْأَوَّلُ فَيَسْقُطُ الثَّلَاثُ، وَإِذَا ضَمِنَهُ لَا يَتِمَّلَكَ شَيْئًا بِالضَّمَانِ لِأَنَّهُ لَا يَقْبَلُ الْإِثْقَالَ مِنْ مَلِكٍ إِلَى مَلِكٍ كَمَا إِذَا غَضِبَ مُدْبِرًا وَأَبْقَى فَإِنَّهُ يَضْمَنُهُ وَلَا يَتِمَّلُكَهٗ فَكَانَ ضَمَانُ حَيْلُولَةٍ بَيْنَ الْمَالِكِ وَالْمَمْلُوكِ لَا ضَمَانُ تَمْلِكٍ، وَإِنْ أَعْتَقَهُ أَوَّلًا: يَعْنِي الْمَسْأَلَةَ الثَّانِيَةَ كَانَ لِلْآخِرِ الْخِيَارَاتُ الثَّلَاثُ عِنْدَهُ خِيَارُ التَّضْمِينِ وَالْإِعْتَاقِ وَالسَّعَايَةِ، لِأَنَّ الْمُعْتَقَ اقْتَصَرَ عَلَى نَصِيْبِهِ وَأَفْسَدَ نَصِيْبَ شَرِيكِهِ كَمَا مَرَّ، فَإِذَا دَبَّرَهُ لَمْ يَبْقَ لَهُ خِيَارُ التَّضْمِينِ، لِأَنَّهُ بِمُبَاشَرَةِ التَّذْيِيرِ يَصِيرُ مُبْرَأًا لِلْمُعْتَقِ عَنِ الضَّمَانِ لِمَعْنَى وَهُوَ أَنْ نَصِيْبَهُ كَانَ قَدْ عِنْدَ إِعْتَاقِ الْمُعْتَقِ فَكَانَ تَضْمِينُهُ إِيَّاهُ مُتَعَلِّقًا بِشَرْطِ تَمْلِكِ الْعَيْنِ بِالضَّمَانِ وَقَدْ فَوَتْ ذَلِكَ بِالتَّذْيِيرِ، بِخِلَافِ الْأَوَّلِ فَهُنَاكَ كَانَ نَصِيْبُهُ مُدْبِرًا عِنْدَ ذَلِكَ فَلَا يَكُونُ التَّضْمِينُ مَشْرُوعًا بِتَمْلِكِ الْعَيْنِ مِنْهُ.

وَالْحَاصِلُ أَنَّ الضَّمَانَ يَتَعَلَّقُ بِالتَّمْلِكِ إِذَا كَانَ الْمَحَلُّ وَقْتُ الْإِعْتَاقِ قَابِلًا لِلتَّمْلِكِ، كَمَا إِذَا أَعْتَقَ أَوَّلًا أَوْ غَضِبَ الْقَنْ فَمَاتَ أَوْ أَبْقَى، وَأَمَّا إِذَا لَمْ يَكُنِ الْمَحَلُّ قَابِلًا لَهُ وَقْتُ الْإِعْتَاقِ كَمَا إِذَا تَقَدَّمَ التَّذْيِيرُ فَالضَّمَانُ يَتَعَلَّقُ بِمُجَرَّدِ الْحَيْلُولَةِ بَيْنَ الْمَالِكِ وَالْمَمْلُوكِ لَا بِالتَّمْلِكِ، فَإِذَا اعْتَرَضَ ضَمَانُ الْحَيْلُولَةِ عَلَى مَا تَعَلَّقَ بِالتَّمْلِكِ سَقَطَ الضَّمَانُ لِفَوَاتِ شَرْطِهِ، فَصَارَ مُفَوَّتَ الشَّرْطِ بِتَفْوِيْتِهِ مُبْرَأً لِمُصَاحِبِهِ عَمَّا لَزِمَهُ، وَبَقِيَ لَهُ خِيَارُ الْإِعْتَاقِ وَالْإِسْتِسْعَاءِ لِأَنَّ الْمُدْبِرَ يُعْتَقُ وَيُسْتَسْعَى.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: إِذَا دَبَّرَهُ أَحَدُهُمَا فَعِنْتُ الْآخِرَ بَاطِلٌ، لِأَنَّهُ لَا يَتَجَرَّأُ عِنْدَهُمَا فَيَتِمَّلَكَ نَصِيْبَ صَاحِبِهِ بِالتَّذْيِيرِ وَيَضْمَنُ نَصْفَ قِيَمَتِهِ مُوسِرًا كَانَ أَوْ مُعْسِرًا لِأَنَّهُ ضَمَانُ تَمْلِكٍ فَلَا يَخْتَلَفُ بِالْيَسَارِ وَالْإِعْسَارِ وَيَضْمَنُ نَصْفَ قِيَمَتِهِ قَدْ كَانَ لِأَنَّهُ تَذْيِيرُهُ صَادَفُهُ وَهُوَ قَنْ، وَإِنْ أَعْتَقَهُ أَحَدُهُمَا فَتَذْيِيرُ الْآخِرِ بَاطِلٌ لِأَنَّ الْإِعْتَاقَ لَا يَتَجَرَّأُ عِنْدَهُمَا فَيُعْتَقُ كُلُّهُ، وَكَلَامُهُ فِيهِ ظَاهِرٌ.

باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى

قَالَ (وَإِذَا عَجَزَ الْمَكَاتِبُ عَنْ نَجْمِ نَظَرِ الْحَاكِمِ فِي حَالِهِ، فَإِنْ كَانَ لَهُ دَيْنٌ يَقْبِضُهُ أَوْ مَالٌ يَقْدُمُ عَلَيْهِ لَمْ يَعَجَلْ بِتَعْجِيزِهِ وَانْتَظَرَ عَلَيْهِ الْيَوْمَيْنِ أَوْ الثَّلَاثَةَ) نَظَرًا لِلْجَانِبَيْنِ، وَالثَّلَاثُ هِيَ الْمُدَّةُ الَّتِي ضَرِبَتْ لِإِبْلَاءِ الْأَعْدَارِ كَمَا هَالِ الْخَصِمِ لِلدَّفْعِ وَالْمَدْيُونِ لِلْقَضَاءِ فَلَا يُزَادُ عَلَيْهِ (فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَجْهٌ وَطَلَبَ الْمَوْلَى تَعْجِيزَهُ عَجَزَهُ وَفَسَخَ الْكِتَابَةُ، وَهَذَا عِنْدَ

أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: لَا يُعْجَرُهُ حَتَّى يَتَوَالَى عَلَيْهِ نَجْمَانِ لِقَوْلِ عَلِيٍّ عليه السلام: إِذَا تَوَالَى عَلَى الْمُكَاتَبِ نَجْمَانِ رُدَّ فِي الرَّقِّ عَلَقَهُ بِهَذَا الشَّرْطِ، وَلَأَنَّهُ عَقْدٌ إِرْفَاقٍ حَتَّى كَانَ أَحْسَنُهُ مُؤَجِّلُهُ وَحَالَتِ الْوُجُوبِ بَعْدَ حُلُولِ نَجْمٍ فَلَا بُدَّ مِنْ إِمْهَالٍ مُدَّةٍ اسْتَيْسَارًا، وَأَوَّلَى الْمُدَّةِ مَا تَوَافَقَ عَلَيْهِ الْعَاقِدَانِ.

وَلَهُمَا أَنْ سَبَبَ الْفَسْخِ هُوَ تَحَقُّقُ وَهُوَ الْعَجْزُ، لِأَنَّ مَنْ عَجَزَ عَنْ آدَاءِ نَجْمٍ وَاحِدٍ يَكُونُ أَعْجَزَ عَنْ آدَاءِ نَجْمَيْنِ، وَهَذَا لِأَنَّ مَقْصُودَ الْمَوْلَى الْوُصُولُ إِلَى الْمَالِ عِنْدَ حُلُولِ نَجْمٍ وَقَدْ فَاتَ فَيُفْسَخُ إِذَا لَمْ يَكُنْ رَاضِيًا بِدُونِهِ، بِخِلَافِ الْيَوْمَيْنِ وَالثَّلَاثَةِ لِأَنَّهُ لَا بُدَّ مِنْهَا لِإِمْكَانِ الْآدَاءِ فَلَمْ يَكُنْ تَأْخِيرًا، وَالْأَثَارُ مُتَعَارِضَةٌ، فَإِنَّ الْمُرُويَ عَنْ ابْنِ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أَنَّ مُكَاتَبَةً لَهُ عَجَزَتْ عَنْ آدَاءِ نَجْمٍ وَاحِدٍ فَزَادَهَا فَسَقَطَ الْإِحْتِجَاجُ بِهَا.

الشرح:

(بَابُ مَوْتِ الْمُكَاتَبِ وَعَجْزِهِ وَمَوْتِ الْمَوْلَى): تَأْخِيرُ بَابِ أَحْكَامِ هَذِهِ الْأَشْيَاءِ ظَاهِرُ التَّنَاسُبِ لِأَنَّ هَذِهِ الْأَشْيَاءَ مُتَأَخِّرَةٌ مِنْ عَقْدِ الْكِتَابَةِ. قَالَ (وَإِذَا عَجَزَ الْمُكَاتَبُ عَنْ نَجْمٍ) النَجْمُ هُوَ الطَّالِعُ ثُمَّ سُمِّيَ بِهِ الْوَقْتُ الْمَضْرُوبُ ثُمَّ سُمِّيَ بِهِ مَا يُؤَدِّي فِيهِ مِنَ الْوُظَيْفَةِ، وَإِنْ عَجَزَ الْمُكَاتَبُ عَنْ نَجْمٍ (نَظَرَ الْحَاكِمُ فِي حَالِهِ فَإِنْ كَانَ لَهُ دَيْنٌ يَقْبِضُهُ أَوْ مَالٌ غَائِبٌ يُقَدِّمُ عَلَيْهِ لَمْ يُعَجَّلْ بِتَعْجِيزِهِ وَانْتَظَرَ عَلَيْهِ الْيَوْمَيْنِ وَالثَّلَاثَةَ نَظَرًا لِلْجَانِبَيْنِ وَالثَّلَاثَةُ هِيَ الْمُدَّةُ الَّتِي ضَرَبَتْ لِلْإِبْلَاءِ الْأَعْذَارِ كإِمْهَالِ الْخَصْمِ لِلدَّفْعِ) فَإِنَّ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ إِذَا تَوَجَّهَ الْحُكْمُ عَلَيْهِ فَادَّعَى الدَّفْعَ وَقَالَ لِي بَيِّنَةٌ حَاضِرَةٌ أَنَّهُ يُؤَخَّرُ يَوْمًا وَيَوْمَيْنِ وَثَلَاثَةً لَا يُزَادُ عَلَيْهِ، وَجَعَلُوا هَذَا التَّقْدِيرَ مِنْ بَابِ التَّعْجِيلِ دُونَ التَّأْخِيرِ.

وَالْأَصْلُ فِيهِ قِصَّةُ مُوسَى مَعَ الْخَضِرِ عَلَيْهِمَا السَّلَامُ حَيْثُ قَالَ فِي الْكُرَّةِ الثَّلَاثَةِ: ﴿هَذَا فِرَاقُ بَيْنِي وَبَيْنِكَ﴾ [الكهف: ٧٨] وَكَذَلِكَ قَدَّرَ صَاحِبُ الشَّرْعِ مُدَّةَ الْخِيَارِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ (وَالْمَدْيُونِ) بِالْجَرِّ مَعْطُوفٌ عَلَى كإِمْهَالٍ: يَعْنِي إِذَا ثَبَتَ عَلَى رَجُلٍ مَالٌ فَقَالَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ أُمَهْلَنِي يَوْمًا أَوْ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ فَإِنَّهُ يُمَهَّلُ وَلَا يُزَادُ عَلَيْهِ (فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَجْهٌ وَطَلَبَ الْمَوْلَى تَعْجِيزَهُ عَجَزَهُ وَفَسَخَ الْكِتَابَةَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: لَا يُعْجَرُهُ حَتَّى يَتَوَالَى عَلَيْهِ نَجْمَانِ لِقَوْلِ عَلِيٍّ عليه السلام: إِذَا تَوَالَى عَلَى الْمُكَاتَبِ نَجْمَانِ رُدَّ فِي الرَّقِّ عَلَقَهُ بِهَذَا الشَّرْطِ) فَلَا يُوجَدُ دُونُهُ.

وَلَقَائِلُ أَنْ يَقُولَ: هَذَا اسْتِدْلَالٌ بِمَفْهُومِ الشَّرْطِ، وَهُوَ لَيْسَ بِنَاهِضٍ لِأَنَّهُ يُفِيدُ
الْوُجُودَ فَقَطْ. وَالْجَوَابُ مَا أَشَارَ إِلَيْهِ فَخَرُ الْإِسْلَامِ أَنَّهُ مُعْلَقٌ بِشَرْطَيْنِ، وَالْمُعْلَقُ بِشَرْطَيْنِ
لَا يُنْزَلُ عِنْدَ أَحَدِهِمَا، كَمَا لَوْ قَالَ: إِنْ دَخَلْتَ هَذَيْنِ الدَّارَيْنِ فَأَنْتَ طَالِقٌ (وَلَا أَنْ عَقَدَ
الْكِتَابَةَ عَقْدَ إِرْفَاقٍ) مَبْنَاهُ عَلَى الْمُسَامَحَةِ (حَتَّى كَانَ أَحْسَنُهُ مُؤَجِّلُهُ، وَحَالَةُ الْوُجُوبِ
بَعْدَ حُلُولِ نَجْمٍ) فَلَا إِرْفَاقَ فِي الطَّلَبِ عِنْدَهُ (فَلَا بُدَّ مِنْ إِمْهَالِ مُدَّةٍ إِرْفَاقًا، وَأَوَّلَى الْمُدَّةِ
لِذَلِكَ مَا تَوَافَقَ عَلَيْهِ الْعَاقِدَانِ) فَإِنْ مَضَى النَّجْمُ الثَّانِي وَلَمْ يُؤَدِّ الْمَالُ تَحَقُّقَ الْعَجْزِ عَنْ
أَدَائِهَا فَيَفْسَخُ لَوْجُودِ مُدَّةِ التَّأْجِيلِ الَّتِي اتَّفَقَ عَلَيْهَا الْعَاقِدَانِ (وَلَهُمَا أَنْ سَبَبَ الْفَسْخِ
وَهُوَ الْعَجْزُ (قَدْ تَحَقَّقَ لِأَنَّ مَنْ عَجَزَ عَنْ أَداءِ نَجْمٍ وَاحِدٍ كَانَ عَنْ أَداءِ نَجْمَيْنِ أَعْجَزَ،
وَهَذَا) أَيْ كَوْنُ الْعَجْزِ سَبَبًا لِلْفَسْخِ (لَأَنَّ مَقْصُودَ الْمَوْلَى الْوُصُولُ إِلَى الْمَالِ عِنْدَ حُلُولِ
نَجْمٍ وَقَدْ فَاتَ فَيَفْسَخُ إِذَا لَمْ يَكُنْ رَاضِيًا بِدُونِهِ).

وَالضَّمِيرُ فِي يُفْسَخُ يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ لِلْمَوْلَى: أَيْ فَيَفْسَخُ الْمَوْلَى الْكِتَابَةَ إِذَا لَمْ يَكُنْ
رَاضِيًا، وَأَنْ يَكُونَ لِلْقَاضِي: أَيْ فَيَفْسَخُ الْقَاضِي إِذَا لَمْ يَكُنْ الْمَوْلَى رَاضِيًا بِدُونِ ذَلِكَ
النَّجْمِ عَلَى اخْتِلَافِ الرِّوَايَتَيْنِ، فَإِنَّ الْمَكَاتِبَ إِذَا عَجَزَ عَنْ أَداءِ بَدَلِ الْكِتَابَةِ وَلَمْ يَرْضَ
بِالْفَسْخِ فَهَلْ يَسْتَبْدُ الْمَوْلَى بِهِ أَوْ يَحْتَاجُ إِلَى قَضَاءِ الْقَاضِي فِيهِ رِوَايَتَانِ (بِخِلَافِ الْيَوْمَيْنِ
وَالثَّلَاثَةِ لِأَنَّهُ لَا بُدَّ مِنْهَا لِإِمْكَانِ الْأَدَاءِ فَلَمْ يَكُنْ تَأْخِيرًا قَوْلُهُ. وَالْآثَارُ مُتَعَارِضَةٌ) جَوَابُ
عَنْ اسْتِدْلَالِهِ بِأَثَرِ عَلِيٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

وَيَبَيِّنُ ذَلِكَ أَنَّهُ رُوِيَ عَنْ ابْنِ عُمَرَ أَنَّ مَكَاتِبَهُ لَهُ عَجَزَتْ عَنْ نَجْمٍ فَرَدَّهَا فَسَقَطَ
الِاحْتِجَاجُ بِهَا، لِأَنَّ الْآثَارَ إِذَا تَعَارَضَتْ وَجْهَلِ التَّارِيخُ تَسَاقَطَتْ وَيُصَارُ إِلَى مَا بَعْدَهَا
مِنْ الْحُجَّةِ، فَيَبْقَى مَا قَالَهُ مِنَ الدَّلِيلِ بِأَنَّ سَبَبَ الْفَسْخِ قَدْ تَحَقَّقَ إلخ سَالِمًا عَنْ الْمَعَارِضِ،
لَأَنَّ دَلِيلَ أَبِي يُوسُفَ حِكَايَةَ لَا تُعَارِضُ الْمَقُولَ فَيَثْبُتُ الْفَسْخُ بِهِ.

قَالَ (فَإِنْ أَخْلَ بِنَجْمٍ عِنْدَ غَيْرِ السُّلْطَانِ فَعَجَزَ فَرَدَّهُ مَوْلَاهُ بِرِضَاهُ فَهُوَ جَائِزٌ) لِأَنَّ
الْكِتَابَةَ تُفْسَخُ بِالتَّرَاضِي مِنَ غَيْرِ عُنْدٍ فَيَاْعُنْدِرِ أَوَّلَى (وَلَوْ لَمْ يَرْضَ بِهِ الْعَبْدُ لَا بُدَّ مِنَ
الْقَضَاءِ بِالْفَسْخِ) لِأَنَّهُ عَقْدٌ لَا زِمَ تَامَ فَلَا بُدَّ مِنَ الْقَضَاءِ أَوْ الرِّضَا كَالرَّدِّ بِالْعَيْبِ بَعْدَ
الْقَبْضِ.

الشرح:

قَالَ (فَإِنْ أَخْلَّ بَنَجُمٍ عِنْدَ غَيْرِ السُّلْطَانِ) الْمُرَادُ بِالْإِخْلَالِ هَاهُنَا تَرُكُ أَدَاءِ وَظِيْفَةٍ بَدَلَ الْكِتَابَةِ فِي الْوَقْتِ الَّذِي اتَّفَقَا عَلَى تَعْيِينِهِ فِي أَدَائِهَا: فَإِذَا أَخْلَّ بِهَذَا التَّعْيِينَ بَنَجُمٍ عِنْدَ غَيْرِ السُّلْطَانِ: أَيُّ الْقَاضِي (فَعَجَزَ فَرَدَّهُ مَوْلَاهُ بِرِضَاهُ كَانَ جَائِزًا، لِأَنَّ الْكِتَابَةَ تُفْسَخُ بِالتَّرَاضِي مِنْ غَيْرِ عُدْرٍ فَبِالْعُدْرِ أَوَّلًا، وَإِنْ لَمْ يَرْضَ بِهِ الْعَبْدُ لَا بُدَّ مِنَ الْقَضَاءِ بِالْفَسْخِ لِأَنَّهُ عَقْدٌ لَازِمٌ) مِنْ جَانِبِ الْمَوْلَى لَا يَقْدَرُ عَلَى الْإِبْطَالِ بِانْفِرَادِهِ (تَامٌ) لَيْسَ فِيهِ خِيَارٌ شَرْطٌ، وَكُلُّ مَا كَانَ كَذَلِكَ (فَفَسَخُهُ يَحْتَاجُ إِلَى) الرِّضَا أَوْ (الْقَضَاءِ كَالرَّدِّ بِالْعَيْبِ بَعْدَ الْقَبْضِ) وَقَدْ تَقَدَّمَ أَنَّ فِيهِ رِوَايَةً أُخْرَى أَنَّ الْفَسْخَ يَصِحُّ بِلا قَضَاءٍ، وَوَجْهُهَا أَنَّ هَذَا عَيْبٌ تَمَكَّنَ فِي أَحَدِ الْعَوْضَيْنِ قَبْلَ تَمَامِ الْعَقْدِ، لِأَنَّ تَمَامَ الْكِتَابَةِ بِالْأَدَاءِ وَتَمَامَ الْعَقْدِ بِوُقُوعِ الْفَرَاغِ عَنْ اسْتِيفَاءِ أَحْكَامِهِ، فَشَبَّهَ بِهَذَا الْوَجْهَ بِمَا لَوْ وَجَدَ الْمُشْتَرِي مَعِيًّا قَبْلَ الْقَبْضِ، وَهَنَّاكَ يَنْفَرِدُ الْمُشْتَرِي بِالْفَسْخِ بِلا قَضَاءٍ فَكَذَلِكَ هَاهُنَا

قَالَ (وَإِذَا عَجَزَ الْمَكَاتِبُ عَادَ إِلَى أَحْكَامِ الرُّقِّ) لَانْفِسَاخِ الْكِتَابَةِ (وَمَا كَانَ فِي يَدِهِ مِنَ الْأَكْسَابِ فَهُوَ لِمَوْلَاهُ) لِأَنَّهُ ظَهَرَ أَنَّهُ كَسَبَ عَبْدَهُ، وَهَذَا لِأَنَّهُ كَانَ مَوْقُوفًا عَلَيْهِ أَوْ عَلَى مَوْلَاهُ وَقَدْ زَالَ التَّوَقُّفُ.

الشرح:

قَالَ (وَإِذَا عَجَزَ الْمَكَاتِبُ عَادَ إِلَى أَحْكَامِ الرُّقِّ) لَانْفِسَاخِ الْكِتَابَةِ، وَمَا كَانَ فِي يَدِهِ مِنَ الْأَكْسَابِ فَهُوَ لِمَوْلَاهُ لِأَنَّهُ ظَهَرَ أَنَّهُ كَسَبَ عَبْدَهُ) وَكَسَبُ الْعَبْدِ لِمَوْلَاهُ (وَإِنَّمَا قَالَ: ظَهَرَ لِأَنَّ كَسْبَهُ كَانَ مَوْقُوفًا عَلَيْهِ أَوْ عَلَى مَوْلَاهُ) لِأَنَّهُ إِنْ أَدَّى بَدَلَ الْكِتَابَةِ فَهُوَ لَهُ وَإِلَّا فَلِمَوْلَاهُ (وَقَدْ زَالَ التَّوَقُّفُ).

قَالَ (فَإِنْ مَاتَ الْمَكَاتِبُ وَلَهُ مَالٌ لَمْ تُفْسَخِ الْكِتَابَةُ وَقَضِيَ مَا عَلَيْهِ مِنْ مَالِهِ وَحَكَمَ بَعْتُهُ فِي آخِرِ جُزْءٍ مِنْ أَجْزَاءِ حَيَاتِهِ وَمَا بَقِيَ فَهُوَ مِيرَاثٌ لَوَرَثَتِهِ وَيَعْتَقُ أَوْلَادُهُ) وَهَذَا قَوْلُ عَلِيٍّ وَابْنِ مَسْعُودٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا، وَبِهِ أَخَذَ عُلَمَاؤُنَا رَحِمَهُمُ اللَّهُ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: تَبْطُلُ الْكِتَابَةُ وَيَمُوتُ عَبْدًا وَمَا تَرَكَهُ لِمَوْلَاهُ، وَإِمَامُهُ فِي ذَلِكَ زَيْدُ بْنُ نَابِتٍ رضي الله عنه وَلَأنَّ الْمَقْصُودَ مِنَ الْكِتَابَةِ عَتَقُهُ وَقَدْ تَعَدَّرَ إِثْبَاتُهُ فَتَبْطُلُ، وَهَذَا لِأَنَّهُ لَا يَخْلُو إِمَّا أَنْ يَثْبُتَ بَعْدَ الْمَمَاتِ مَقْصُودًا أَوْ يَثْبُتَ قَبْلَهُ أَوْ بَعْدَهُ مُسْتَنَدًا، لَا وَجْهَ إِلَى الْأَوَّلِ لَعَدَمِ

الْمَحَلَّةِ، وَلَا إِلَى الثَّانِي لِفَقْدِ الشَّرْطِ وَهُوَ الْأَدَاءُ، وَلَا إِلَى الثَّلَاثِ لَتَعَذُّرِ الثُّبُوتِ فِي الْحَالِ وَالشَّيْءُ يَثْبُتُ ثُمَّ يَسْتَنْدُ. وَلَنَا أَنَّهُ عَقْدٌ مُعَاوَضَةٌ، وَلَا يَبْطُلُ بِمَوْتِ أَحَدِ الْمُتَعَاقِدَيْنِ وَهُوَ الْمَوْلَى فَكَذَا بِمَوْتِ الْآخَرِ، وَالْجَامِعُ بَيْنَهُمَا الْحَاجَةُ إِلَى إِنْقَاءِ الْعَقْدِ لِإِحْيَاءِ الْحَقِّ، بَلْ أَوْلَى لِأَنَّ حَقَّهُ أَكْثَرُ مِنْ حَقِّ الْمَوْلَى حَتَّى لَزِمَ الْعَقْدُ فِي جَانِبِهِ، وَالْمَوْتُ أَنْفَى لِلْمَالِكِيَّةِ مِنْهُ لِلْمَمْلُوكِيَّةِ فَيَنْزِلُ حَيًّا تَقْدِيرًا، أَوْ تَسْتَنْدُ الْحُرِّيَّةُ بِاسْتِنَادِ سَبَبِ الْأَدَاءِ إِلَى مَا قَبْلَ الْمَوْتِ وَيَكُونُ أَدَاءٌ خَلْفَهُ كَأَدَائِهِ، وَكُلُّ ذَلِكَ مُمَكِّنٌ عَلَى مَا عُرِفَ تَمَامُهُ فِي الْخِلَافِيَّاتِ.

قَالَ (وَأِنْ لَمْ يَتْرِكْ وَفَاءً وَتَرَكَ وَلَدًا مَوْلُودًا فِي الْكِتَابَةِ سَعَى فِي كِتَابَتِهِ أَبِيهِ عَلَى نُجُومِهِ فَإِذَا أَدَّى حُكْمَنَا بِعِتْقِ أَبِيهِ قَبْلَ مَوْتِهِ وَعِتْقِ الْوَلَدِ) لِأَنَّ الْوَلَدَ دَاخِلٌ فِي كِتَابَتِهِ وَكَسْبُهُ كَكَسْبِهِ فَيَخْلُفُهُ فِي الْأَدَاءِ وَصَارَ كَمَا إِذَا تَرَكَ وَفَاءً

الشرح:

قَالَ (وَأِنْ لَمْ يَتْرِكْ وَفَاءً وَتَرَكَ وَلَدًا مَوْلُودًا فِي الْكِتَابَةِ إلخ) الْوَلَدُ الْمَوْلُودُ فِي الْكِتَابَةِ يَسْعَى فِي كِتَابَةِ أَبِيهِ عَلَى نُجُومِهِ إِنْ كَانَ مُفْلَسًا بِالِاتِّفَاقِ لِدُخُولِهِ فِي كِتَابَتِهِ فَكَانَ كَسْبُهُ كَكَسْبِهِ فَيَخْلُفُهُ فِي الْأَدَاءِ كَمَا لَوْ تَرَكَ وَفَاءً.

(وَأِنْ تَرَكَ وَلَدًا مُشْتَرَى فِي الْكِتَابَةِ قِيلَ لَهُ إِمَّا أَنْ تُؤَدِّيَ الْكِتَابَةَ حَالَةً أَوْ تُرَدَّ رَقِيقًا) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَأَمَّا عِنْدَهُمَا يُؤَدِّيهِ إِلَى أَجَلِهِ اعْتِبَارًا بِالْوَلَدِ الْمَوْلُودِ فِي الْكِتَابَةِ، وَالْجَامِعُ أَنَّهُ يَكْتَابُ عَلَيْهِ تَبَعًا لَهُ وَلِهَذَا يَمْلِكُ الْمَوْلَى إِعْتَاقَهُ بِخِلَافِ سَائِرِ أَكْسَابِهِ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ وَهُوَ الْفَرْقُ بَيْنَ الْفَصْلَيْنِ أَنَّ الْأَجَلَ يَثْبُتُ شَرْطًا فِي الْعَقْدِ فَيَثْبُتُ فِي حَقِّ مَنْ دَخَلَ تَحْتَ الْعَقْدِ وَالْمُشْتَرَى لَمْ يَدْخُلْ لِأَنَّهُ لَمْ يُضِفْ إِلَيْهِ الْعَقْدُ وَلَا يَسْرِي حُكْمُهُ إِلَيْهِ لِانْفِصَالِهِ، بِخِلَافِ الْمَوْلُودِ فِي الْكِتَابَةِ لِأَنَّهُ مُتَّصِلٌ وَقَدْ كَتَبَتْهُ فَيَسْرِي الْحُكْمُ إِلَيْهِ وَحَيْثُ دَخَلَ فِي حُكْمِهِ سَعَى فِي نُجُومِهِ

الشرح:

وَأَمَّا الْوَلَدُ الْمُشْتَرَى فَكَالْمَوْلُودِ فِي الْكِتَابَةِ عِنْدَهُمَا. وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ: قِيلَ لَهُ إِمَّا أَنْ تُؤَدِّيَ الْكِتَابَةَ حَالَةً أَوْ تُرَدَّ رَقِيقًا. هُمَا اعْتِبَرَاهُ بِالْمَوْلُودِ بِجَامِعِ أَنَّهُ يُكْتَابُ عَلَيْهِ تَبَعًا لَهُ وَلِهَذَا يَمْلِكُ الْمَوْلَى إِعْتَاقَهُ كَالْمَوْلُودِ فِيهَا، بِخِلَافِ الْأَكْسَابِ فَإِنَّ الْمَوْلَى لَا تُصَرَّفُ لَهُ فِي أَكْسَابِهِ وَلِهَذَا لَا يَقْدِرُ عَلَى إِعْتَاقِ عَبْدٍ الْمُكَاتَّبِ. وَأَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ فَرَّقَ بَيْنَ الْفَصْلَيْنِ عَلَى مَا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ.

(فَإِنْ اشْتَرَى ابْنَهُ ثُمَّ مَاتَ وَتَرَكَ وَفَاءً وَرِثَهُ ابْنُهُ) لِأَنَّهُ لَمَّا حَكَمَ بِحُرِّيَّتِهِ فِي آخِرِ جُزْءٍ مِنْ أَجْزَاءِ حَيَاتِهِ يُحَكِّمُ بِحُرِّيَّةِ ابْنِهِ فِي ذَلِكَ الْوَقْتِ لِأَنَّهُ تَبَعَ لِأَبِيهِ فِي الْكِتَابَةِ فَيَكُونُ هَذَا حُرًّا يَرِثُ عَنْ حُرٍّ (وَكَذَلِكَ إِنْ كَانَ هُوَ وَابْنُهُ مُكَاتَبَيْنِ كِتَابَةً وَاحِدَةً) لِأَنَّ الْوَلَدَ إِنْ كَانَ صَغِيرًا فَهُوَ تَبَعَ لِأَبِيهِ، وَإِنْ كَانَ كَبِيرًا جُعِلَا كَشَخْصٍ وَاحِدٍ، فَإِذَا حَكَمَ بِحُرِّيَّةِ الْأَبِ يُحَكِّمُ بِحُرِّيَّتِهِ فِي تِلْكَ الْحَالَةِ عَلَى مَا مَرَّ.

الشرح:

فَإِنْ اشْتَرَى الْمُكَاتَبُ ابْنَهُ ثُمَّ مَاتَ وَتَرَكَ وَفَاءً وَرِثَهُ ابْنُهُ لِأَنَّهُ لَمَّا اشْتَرَاهُ دَخَلَ فِي كِتَابَتِهِ، فَلَمَّا أَدَّى بَدَلَ الْكِتَابَةِ عَتَقَ الْمُكَاتَبُ فِي آخِرِ جُزْءٍ مِنْ أَجْزَاءِ حَيَاتِهِ بِطَرِيقِ الْاسْتِنَادِ، وَلَمَّا حَكَمَ بِحُرِّيَّتِهِ فِي ذَلِكَ الْوَقْتِ حُكَمَ بِحُرِّيَّةِ ابْنِهِ أَيْضًا فِي ذَلِكَ الْوَقْتِ لِأَنَّهُ تَبَعَ لِأَبِيهِ فِي الْكِتَابَةِ فَيَكُونُ ذَلِكَ تَوْرِيثَ حُرٍّ عَنْ حُرٍّ، وَكَذَلِكَ إِنْ كُتِبَ الْأَبُ وَالابْنُ كِتَابَةً وَاحِدَةً وَمَاتَ الْأَبُ وَتَرَكَ وَفَاءً وَرِثَهُ ابْنُهُ لِأَنَّ الْوَلَدَ إِمَّا أَنْ يَكُونَ صَغِيرًا أَوْ كَبِيرًا، فَإِنْ كَانَ صَغِيرًا فَهُوَ تَبَعَ لِأَبِيهِ، وَإِنْ كَانَ كَبِيرًا جُعِلَا كَشَخْصٍ وَاحِدٍ لِاتِّحَادِ عَقْدِ الْكِتَابَةِ فِيهِمَا، فَالْحُكْمُ بِحُرِّيَّةِ الْأَبِ حُكْمٌ بِحُرِّيَّتِهِ فِي تِلْكَ الْحَالَةِ: يَعْنِي آخِرَ جُزْءٍ مِنْ أَجْزَاءِ حَيَاتِهِ عَلَى مَا مَرَّ مِنْ اسْتِنَادِ الْحُرِّيَّةِ بِاسْتِنَادِ سَبَبِ الْأَدَاءِ إِلَى مَا قَبْلَ الْمَوْتِ.

قَالَ (وَإِنْ مَاتَ الْمُكَاتَبُ وَلَهُ وَلَدٌ مِنْ حُرَّةٍ وَتَرَكَ دَيْنًا وَفَاءً بِمُكَاتَبَتِهِ فَجَنَى الْوَلَدُ فَقَضِيَ بِهِ عَلَى عَاقِلَةِ الْأُمِّ لَمْ يَكُنْ ذَلِكَ قَضَاءً بِعَجْزِ الْمُكَاتَبِ) لِأَنَّ هَذَا الْقَضَاءَ يُقَرَّرُ حُكْمُ الْكِتَابَةِ، لِأَنَّ مِنْ قَضِيَّتِهَا إلْحَاقُ الْوَلَدِ بِمَوَالِي الْأُمِّ وَإِيجَابُ الْعَقْلِ عَلَيْهِمْ، لَكِنْ عَلَى وَجْهِ يَحْتَمِلُ أَنْ يَعْتَقَ فَيَنْجِرَ الْوَلَاءُ إِلَى مَوَالِي الْأَبِ، وَالْقَضَاءُ بِمَا يُقَرَّرُ حُكْمُهُ لَا يَكُونُ تَعَجِيزًا (وَإِنْ اخْتَصَمَ مَوَالِي الْأُمِّ وَمَوَالِي الْأَبِ فِي وَلَائِهِ فَقَضَى بِهِ لِمَوَالِي الْأُمِّ فَهُوَ قَضَاءٌ بِالْعَجْزِ) لِأَنَّ هَذَا اخْتِلَافٌ فِي الْوَلَاءِ مَقْصُودًا، وَذَلِكَ يَبْتَنِي عَلَى بَقَاءِ الْكِتَابَةِ وَأَنْتِقَاضِهَا، فَإِنَّهَا إِذَا فَسِخَتْ مَاتَ عَبْدًا وَاسْتَقَرَّ الْوَلَاءُ عَلَى مَوَالِي الْأُمِّ، وَإِذَا بَقِيَتْ وَاتَّصَلَ بِهَا الْأَدَاءُ مَاتَ حُرًّا وَانْتَقَلَ الْوَلَاءُ إِلَى مَوَالِي الْأَبِ، وَهَذَا فَصْلٌ مُجْتَهَدٌ فِيهِ فَيَنْفُذُ مَا يُلَاقِيهِ مِنَ الْقَضَاءِ فَلِهَذَا كَانَ تَعَجِيزًا.

الشرح:

قَالَ (وَإِنْ مَاتَ الْمُكَاتَبُ وَلَهُ وَلَدٌ مِنْ حُرَّةٍ إلخ) ذَكَرَ هَذِهِ الْمَسْأَلَةَ وَالَّتِي بَعْدَهَا لَيَّانِ الْفَرْقِ بَيْنَهُمَا. وَصُورَتُهَا: مُكَاتَبٌ مَاتَ وَلَهُ وَلَدٌ حُرٌّ مِنْ امْرَأَةٍ حُرَّةٍ وَتَرَكَ دَيْنًا عَلَى النَّاسِ

وَفَاءَ بِمُكَاتَبَتِهِ، فَالْكِتَابَةُ بَاقِيَةٌ وَلَوْلَا الْوَلَدُ لَمَوَالِي الْأُمِّ. أَمَّا بَقَاءُ الْكِتَابَةِ فَلَمَّا لَهُ مِنْ الْمَالِ الْمُنْتَظَرِ، لِأَنَّ الدِّينَ بِاعْتِبَارِ مَالِهِ مَالٌ، وَلَكِنْ لَا يُحْكَمُ بِعَقْبِهِ حَتَّى يُؤَدِّيَ الْبَدَلَ، وَإِنَّمَا قِيدَ بِالْدِّينِ لِأَنَّهُ لَوْ تَرَكَ عَيْنًا لَمْ يَتَأْتِ الْقَضَاءُ بِالْإِلْحَاقِ بِالْأُمِّ لِإِمْكَانِ الْوَفَاءِ فِي الْحَالِ.

وَأَمَّا أَنَّ الْوَلَاءَ لَمَوَالِي الْأُمِّ فَلَا تُهْمُ لَهَا لَمْ يُحْكَمْ بِعَقْبِهِ لَمْ يَظْهَرْ لِلْوَلَدِ وَلَاءٌ فِي جَانِبِ أَبِيهِ، فَإِنْ جَنَى هَذَا الْوَلَدُ جَنَايَةً وَقَضَى بِهِ: أَيْ بِمُوجِبِ الْجَنَايَةِ عَلَى عَاقِلَةِ الْأُمِّ لَمْ يَكُنْ ذَلِكَ قَضَاءً بِعَجْزِ الْمَكَّاتِبِ وَفَسْخِ الْكِتَابَةِ، لِأَنَّ هَذَا الْقَضَاءُ يُقَرَّرُ حُكْمَ الْكِتَابَةِ، وَكُلُّ مَا يُقَرَّرُ شَيْئًا لَا يُبْطَلُهُ.

أَمَّا أَنَّهُ يُقَرَّرُ حُكْمَ الْكِتَابَةِ فَلَأَنَّ الْكِتَابَةَ تَسْتَلْزِمُ الْإِلْحَاقَ الْوَلَدِ بِمَوَالِي الْأُمِّ وَإِجْبَابُ الْعَقْلِ عَلَيْهِمْ عَلَى وَجْهِ يَحْتَمِلُ أَنْ يُعْتَقَ الْمَكَّاتِبُ فَيَنْجَرُّ وَلَاءُ ابْنِهِ إِلَى مَوَالِيهِ، لِأَنَّ الْوَلَاءَ كَالنَّسَبِ وَالنَّسَبُ إِنَّمَا يَثْبُتُ مِنْ قَوْمِ الْأُمِّ عِنْدَ تَعَذُّرِ إِثْبَاتِهِ مِنَ الْأَبِ، حَتَّى لَوْ ارْتَفَعَ الْمَانِعُ مِنْ إِثْبَاتِهِ مِنْهُ، كَمَا إِذَا أَكْذَبَ الْمُلَاعِنُ نَفْسَهُ عَادَ النَّسَبُ إِلَيْهِ فَكَذَلِكَ الْوَلَاءُ، فَكَانَ إِجْبَابُ الْعَقْلِ مِنْ لَوَازِمِهَا وَثُبُوتُ الْإِلْحَاقِ يُقَرَّرُ ثُبُوتَ مَلْزُومِهِ. وَأَمَّا أَنْ كُلُّ مَا يُقَرَّرُ شَيْئًا لَا يُبْطَلُهُ فَلَوْلَا يَعُودُ عَلَى مَوْضُوعِهِ بِالنَّقْضِ (قَوْلُهُ وَإِنْ اخْتَصَمَ مَوَالِي الْأُمِّ إِيَّاهُ) هُوَ الْمَسْأَلَةُ الثَّانِيَّةُ، وَصُورُهَا: مَاتَ هَذَا الْوَلَدُ بَعْدَ الْأَبِ وَاخْتَصَمَ مَوَالِي الْأَبِ وَمَوَالِي الْأُمِّ فَقَالَ مَوَالِي الْأُمِّ مَاتَ رَقِيقًا وَالْوَلَاءُ لَنَا، وَقَالَ مَوَالِي الْأَبِ مَاتَ حُرًّا وَالْوَلَاءُ لَنَا، فَقَضَى بِوَلَائِهِ لَمَوَالِي الْأُمِّ فَهُوَ قَضَاءٌ بِالْعَجْزِ وَفَسْخِ الْكِتَابَةِ، لِأَنَّ هَذَا الْاِخْتِلَافَ اخْتِلَافٌ فِي الْوَلَاءِ مَقْصُودًا وَهُوَ وَاضِحٌ. وَذَلِكَ يَنْبَنِي عَلَى بَقَاءِ الْكِتَابَةِ وَاتِّقَاضِهَا، فَإِنَّهَا إِذَا فُسِّخَتْ مَاتَ عَبْدًا وَاسْتَقَرَّ الْوَلَاءُ عَلَى مَوَالِي الْأُمِّ، وَإِذَا بَقِيَتْ وَاتَّصَلَ بِهَا الْأَدَاءُ مَاتَ حُرًّا وَاتَّقَلَ الْوَلَاءُ إِلَى مَوَالِي الْأَبِ، وَهَذَا: أَيْ بَقَاءُ الْكِتَابَةِ وَاتِّقَاضُهَا فَصُلَّ مُحْتَجُّهُ فِيهِ كَمَا مَرَّ فَيَنْفُذُ مَا يُلَاقِيهِ مِنَ الْقَضَاءِ، وَإِذَا كَانَ الْقَضَاءُ بِالْوَلَاءِ نَافِذًا انْفَسَخَ الْكِتَابَةُ لِانْتِفَاءِ لَازِمِهَا وَهُوَ احْتِمَالُ جَرِّ الْوَلَاءِ، لَمَّا تَقَدَّمَ فِي الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى أَنَّ ذَلِكَ جُزْءُ الْإِلْحَاقِ وَالشَّيْءُ يَنْتَفِي بِانْتِفَاءِ جُزْئِهِ. قِيلَ فَسُخِ الْكِتَابَةُ مَبْنِيٌّ عَلَى نُفُوذِ الْقَضَاءِ وَلَزُومِهِ وَذَلِكَ لِصِيَانَةِ الْقَضَاءِ عَنِ الْبُطْلَانِ وَفِي صِيَانَتِهِ بُطْلَانُ مَا يَجِبُ رِعَايَتُهُ وَهُوَ الْكِتَابَةُ رِعَايَةُ لِحَقِّ الْمَكَّاتِبِ، وَلَيْسَ أَحَدُ الْبُطْلَانَيْنِ أَرْجَحَ.

وَأُجِيبَ بِأَنَّ صِيَانَةَ الْقَضَاءِ أَوْلَى لِأَنَّهُ إِذَا لَاقَى فَصْلًا مُحْتَجُّدًا فِيهِ تَقَدَّ بِالإِجْمَاعِ،

وَصِيَانَةٌ مَا هُوَ مُجْمَعٌ عَلَيْهِ أُولَى مِنْ صِيَانَةِ كِتَابَةِ اخْتَلَفَتْ الصَّحَابَةُ فِي نَفَادِهَا.

قَالَ (وَمَا أَدَّى الْمَكَاتِبُ مِنَ الصَّدَقَاتِ إِلَى مَوْلَاهُ ثُمَّ عَجَزَ فَهُوَ طَيِّبٌ لِلْمَوْلَى لَتَبَدَّلَ الْمَلِكُ) فَإِنَّ الْعَبْدَ يَتَمَلَّكُهُ صَدَقَةٌ وَالْمَوْلَى عِوَضًا عَنِ الْعِتْقِ، وَإِلَيْهِ وَقَعَتِ الْإِشَارَةُ النَّبَوِيَّةُ فِي حَدِيثِ بَرِيرَةَ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهَا «هِيَ لَهَا صَدَقَةٌ وَلَنَا هَدِيَّةٌ»^(١) وَهَذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا أَبَاحَ لِلْغَنِيِّ وَالْهَاشِمِيِّ، لِأَنَّ الْمُبَاحَ لَهُ يَتَنَاوَلُهُ عَلَى مِلْكِ الْمُبِيحِ، وَنَظِيرُهُ الْمُشْتَرَى شِرَاءً فَاسِدًا إِذَا أَبَاحَ لِغَيْرِهِ لَا يَطِيبُ لَهُ وَلَوْ مَلَكَهُ يَطِيبُ، وَلَوْ عَجَزَ قَبْلَ الْأَدَاءِ إِلَى الْمَوْلَى فَكَذَلِكَ الْجَوَابُ، وَهَذَا عِنْدَ مُحَمَّدٍ ظَاهِرٌ لِأَنَّ بِالْعَجْزِ يَتَبَدَّلُ الْمَلِكُ عِنْدَهُ، وَكَذَا عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ، وَإِنْ كَانَ بِالْعَجْزِ يَتَقَرَّرُ مِلْكُ الْمَوْلَى عِنْدَهُ لِأَنَّهُ لَا خُبْتُ فِي نَفْسِ الصَّدَقَةِ، وَإِنَّمَا الْخُبْتُ فِي فِعْلِ الْأَخْذِ لِكَوْنِهِ إِذْ لَا يَبِ. وَلَا يَجُوزُ ذَلِكَ لِلْغَنِيِّ مِنْ غَيْرِ حَاجَةٍ وَلِلْهَاشِمِيِّ لَزِيَادَةِ حُرْمَتِهِ وَالْأَخْذُ لَمْ يَوْجَدْ مِنَ الْمَوْلَى فَصَارَ كَابْنِ السَّبِيلِ إِذَا وَصَلَ إِلَى وَطَنِهِ وَالْفَقِيرِ إِذَا اسْتَغْنَى وَقَدْ بَقِيَ فِي أَيْدِيهِمَا مَا أَخَذَا مِنَ الصَّدَقَةِ فَإِنَّهُ يَطِيبُ لَهُمَا، وَعَلَى هَذَا إِذَا أَعْتِقَ الْمَكَاتِبُ وَاسْتَغْنَى يَطِيبُ لَهُ مَا بَقِيَ مِنَ الصَّدَقَةِ فِي يَدِهِ.

الشرح:

قَالَ (وَمَا أَدَّى الْمَكَاتِبُ مِنَ الصَّدَقَاتِ إِلَى مَوْلَاهُ إلخ) إِذَا كَانَ الْمَكَاتِبُ أَخَذَ مِنَ الرِّكَوَاتِ شَيْئًا وَعَجَزَ، فَأَمَّا إِنْ عَجَزَ بَعْدَ أَدَائِهِ إِلَى الْمَوْلَى أَوْ قَبْلَهُ، فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ فَهُوَ طَيِّبٌ لِلْمَوْلَى بِالْإِجْمَاعِ لِأَنَّ سَبَبَ الْمَلِكِ فِيهِ قَدْ تَبَدَّلَ لِأَنَّ الْعَبْدَ يَتَمَلَّكُهُ صَدَقَةٌ وَالْمَوْلَى يَتَمَلَّكُهُ عِوَضًا عَنِ الْعِتْقِ، وَتَبَدَّلَ السَّبَبُ كَتَبَدَّلَ الْعَيْنَ.

أَصْلُ ذَلِكَ حَدِيثُ بَرِيرَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا فِيمَا أَهْدَتْ إِلَيْهِ ﷺ وَهِيَ مُكَاتِبَةٌ حَيْثُ قَالَ ﷺ «هِيَ لَهَا صَدَقَةٌ وَلَنَا هَدِيَّةٌ» وَهَذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا أَبَاحَ الْفَقِيرُ مَا أَخَذَ مِنَ الرِّكَاتِ لِغَنِيِّ أَوْ هَاشِمِيٍّ فَإِنَّهُ لَا يَطِيبُ لَهُمَا، لِأَنَّ الْمُبَاحَ لَهُ يَتَنَاوَلُهُ عَلَى مِلْكِ الْمُبِيحِ فَلَمْ يَتَبَدَّلْ سَبَبُ الْمَلِكِ، وَنَظِيرُهُ الْمُشْتَرَى شِرَاءً فَاسِدًا إِذَا أَبَاحَ لِغَيْرِهِ لَا يَطِيبُ لَهُ وَلَوْ مَلَكَهُ طَابَ لَهُ.

وَإِنْ كَانَ الثَّانِي فَكَذَلِكَ الْجَوَابُ عَلَى الصَّحِيحِ، وَهَذَا عِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ ظَاهِرٌ لِأَنَّهُ بِالْعَجْزِ يَتَبَدَّلُ الْمَلِكُ، فَإِنْ عِنْدَهُ أَنَّ الْمَكَاتِبَ إِذَا عَجَزَ مَلِكُ الْمَوْلَى أَكْسَابُهُ مَلَكًا

(١) أخرجه البخاري في الأطعمة باب ٣١، ومسلم في العتق (١٤)، وانظر نصب الراية

مُبْتَدَأٌ وَلِهَذَا أُوجِبَ نَقْضُ الْإِجَارَةِ فِي الْمُكَاتَّبِ إِذَا آجَرَ أَمْتَهُ ظَهْرًا ثُمَّ عَجَزَ، وَكَذَا عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَإِنْ كَانَ بِالْعَجْزِ يَتَقَرَّرُ مِلْكُ الْمَوْلَى عِنْدَهُ فَإِنَّ لِلْمَوْلَى نَوْعَ مِلْكٍ فِي أَكْسَابِهِ، وَبِالْعَجْزِ يَتَأَكَّدُ ذَلِكَ الْحَقُّ وَيَصِيرُ الْمُكَاتَّبُ فِيمَا مَضَى كَالْعَبْدِ الْمَأْذُونِ، وَلِهَذَا إِذَا آجَرَ الْمُكَاتَّبُ أَمْتَهُ ظَهْرًا ثُمَّ عَجَزَ لَا يُوجِبُ فَسْخَ الْإِجَارَةِ لِأَنَّ الْخَبْثَ لَيْسَ فِي نَفْسِ الصَّدَقَةِ، وَإِلَّا لَمَا فَارَقَهَا أَصْلًا، وَإِنَّمَا الْخَبْثُ فِي فِعْلِ الْآخِذِ لَكُونِهِ إِذْ لَا لَهَا بِهِ، وَذَلِكَ لَا يَجُوزُ لِلْعِنِيِّ بِلَا حَاجَةٍ وَلَا لِلْهَاشِمِيِّ لِرِيَازَةِ حُرْمَتِهِ، وَالْأَخْذُ لَمْ يُوجَدْ مِنَ الْمَوْلَى فَصَارَ كَابْنِ السَّبِيلِ إِذَا وَصَلَ إِلَى وَطَنِهِ وَالْفَقِيرِ إِذَا اسْتَعْنَى وَقَدْ بَقِيَ فِي أَيْدِيهِمَا مَا أَخَذَا مِنَ الصَّدَقَةِ فَإِنَّهُ يَطِيبُ لَهَا، وَعَلَى هَذَا إِذَا أُعْتِقَ الْمُكَاتَّبُ وَاسْتَعْنَى يَطِيبُ لَهُ مَا بَقِيَ فِي يَدِهِ مِنَ الصَّدَقَةِ.

وَإِنَّمَا قِيلَ عَلَى الصَّحِيحِ لِأَنَّ بَعْضَ الْمَشَايخِ قَالُوا عَلَى قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ لَا يَطِيبُ، لِأَنَّ الْمُكَاتَّبَ عِنْدَهُ لَا يَمْلِكُ الْمَوْلَى أَكْسَابَهُ مِلْكًا مُبْتَدَأً بَلْ كَانَ لَهُ نَوْعٌ مِلْكٍ فِي أَكْسَابِهِ، وَبِالْعَجْزِ يَتَأَكَّدُ ذَلِكَ كَمَا ذَكَرْنَا آتِفًا. وَهَاهُنَا سُؤَالٌ مُشْكِلٌ وَهُوَ أَنَّ مِلْكَ الرِّقَبَةِ كَانَ لِلْمَوْلَى فَأَنَّى يَتَحَقَّقُ تَبَدُّلُ الْمَلِكِ.

وَأُجِيبَ بِأَنَّ مِلْكَ الرِّقَبَةِ لِلْمَوْلَى كَانَ مَغْلُوبًا فِي مُقَابَلَةِ مِلْكِ الْيَدِ لِلْمُكَاتَّبِ، فَإِنَّ لِلْمُكَاتَّبِ أَنْ يَمْنَعَ الْمَوْلَى عَنِ التَّصَرُّفِ فِي مِلْكِهِ وَلَيْسَ لِلْمَوْلَى أَنْ يَمْنَعَ الْمُكَاتَّبَ عَنِ التَّصَرُّفِ فِي مِلْكِهِ وَبِالْعَجْزِ يَنْعَكِسُ ذَلِكَ وَلَيْسَ ذَلِكَ إِلَّا بِتَبَدُّلِ الْمَلِكِ لِلْمَوْلَى، وَفِيهِ نَظَرٌ لَأَنَّا لَا نُسَلِّمُ أَنَّ ذَلِكَ تَبَدُّلٌ، وَلَكِنْ كَانَ فَلَا نُسَلِّمُ أَنَّ مِثْلَهُ بِمَنْزِلَةِ تَبَدُّلِ الْعَيْنِ، وَلَعَلَّ الْأَوَّلَى أَنْ يُقَالَ: الْمَوْلَى لَمْ يَكُنْ لَهُ مِلْكٌ يَدِ قَبْلَ الْعَجْزِ وَحَصَلَ بِهِ فَكَانَ تَبَدُّلًا.

قَالَ (وَإِذَا جَنَى الْعَبْدُ فَكَاتَبَهُ مَوْلَاهُ وَلَمْ يَعْلَمْ بِالْجِنَايَةِ ثُمَّ عَجَزَ فَإِنَّهُ يَدْفَعُ أَوْ يَفْدِي) لِأَنَّ هَذَا مُوجِبُ جِنَايَةِ الْعَبْدِ فِي الْأَصْلِ وَلَمْ يَكُنْ عَالِمًا بِالْجِنَايَةِ عِنْدَ الْكِتَابَةِ حَتَّى يَصِيرَ مُخْتَارًا لِلْفِدَاءِ إِلَّا أَنَّ الْكِتَابَةَ مَانِعَةً مِنَ الدَّفْعِ، فَإِذَا زَالَ عَادَ الْحُكْمُ الْأَصْلِيُّ (وَكَذَلِكَ إِذَا جَنَى الْمُكَاتَّبُ وَلَمْ يَقْضَ بِهِ حَتَّى عَجَزَ) لَمَّا بَيَّنَّا مِنْ زَوَالِ الْمَانِعِ (وَإِنْ قَضَى بِهِ عَلَيْهِ فِي كِتَابَتِهِ ثُمَّ عَجَزَ فَهُوَ دَيْنٌ يُبَاعُ فِيهِ) لِانْتِقَالِ الْحَقِّ مِنَ الرِّقَبَةِ إِلَى قِيَمَتِهِ بِالْقَضَاءِ، وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ، وَقَدْ رَجَعَ أَبُو يُوسُفَ إِلَيْهِ، وَكَانَ يَقُولُ أَوَّلًا يُبَاعُ فِيهِ وَإِنْ عَجَزَ قَبْلَ الْقَضَاءِ، وَهُوَ قَوْلُ زُهْرٍ لِأَنَّ الْمَانِعَ مِنَ الدَّفْعِ وَهُوَ الْكِتَابَةُ قَائِمٌ وَقَدْ

الْجَنَائِيَّةِ، فَكَمَا وَقَعَتْ انْعَقَدَتْ مُوجِبَةً لِلْقِيَمَةِ كَمَا فِي جِنَايَةِ الْمُدَبِّرِ وَأَمُّ الْوَلَدِ. وَلَنَا أَنَّ الْمَانِعَ قَابِلٌ لِلزَّوَالِ لِلتَّرَدُّدِ وَلَمْ يَثْبُتِ الْإِنْتِقَالُ فِي الْحَالِ فَيَتَوَقَّفُ عَلَى الْقَضَاءِ أَوْ الرِّضَا وَصَارَ كَالْعَبْدِ الْمَبِيعِ إِذَا أَبْقَى قَبْلَ الْقَبْضِ يَتَوَقَّفُ الْفَسْخُ عَلَى الْقَضَاءِ لِتَرَدُّدِهِ وَاحْتِمَالِ عَوْدِهِ، كَذَا هَذَا، بِخِلَافِ التَّدْبِيرِ وَالْإِسْتِيلَادِ لِأَنَّهُمَا لَا يَقْبَلَانِ الزَّوَالِ بِحَالٍ.

الشرح:

قَالَ (وَإِذَا جَنَى الْعَبْدُ فَكَاتَبَهُ مَوْلَاهُ إلخ) إِذَا جَنَى الْعَبْدُ فَكَاتَبَهُ مَوْلَاهُ وَلَمْ يَعْلَمْ بِالْجَنَايَةِ لَمْ يُجْعَلْ مُخْتَارًا لِلْفِدَاءِ وَيَجِبُ عَلَيْهِ قِيَمَتُهُ. أَمَّا الْأَوَّلُ فَلَعَدَمَ عِلْمِهِ بِالْجَنَايَةِ. وَأَمَّا الثَّانِي فَلَأَنَّ الدَّفْعَ قَدْ تَعَدَّرَ بِفِعْلِهِ وَهُوَ الْكِتَابَةُ كَمَا لَوْ بَاعَهُ وَهُوَ لَا يَعْلَمُ بِالْجَنَايَةِ فَإِنْ عَجَزَ خَيْرُ الْمَوْلَى بَيْنَ الدَّفْعِ وَالْأَدَاءِ وَالْفِدَاءِ لِأَنَّ هَذَا: أَيُّ أَحَدَ هَذَيْنِ الْأُمْرَيْنِ مُوجِبُ جِنَايَةِ الْعَبْدِ فِي الْأَصْلِ، وَالْمُوجِبُ الْأَصْلِيُّ لَا يُتْرَكُ إِلَّا بِمَانِعٍ، فَإِنَّ الْأَصْلَ عِبَارَةٌ عَنْ حَالَةٍ مُسْتَمِرَّةٍ لَا تَتَغَيَّرُ إِلَّا بِأُمُورٍ ضَرُورِيَّةٍ وَالْمَانِعُ عَنْهُ حَالُ الْكِتَابَةِ قَائِمٌ، أَمَّا عَنْ الْفِدَاءِ فَلَمَّا مَرَّ مِنْ عَدَمِ الْعِلْمِ، وَأَمَّا عَنْ الدَّفْعِ فَلَتَعَدُّرِهِ بِالْكِتَابَةِ، فَأَمَّا إِذَا عَجَزَ فَقَدْ زَالَ الْمَانِعُ، وَإِذَا زَالَ الْمَانِعُ عَادَ الْحُكْمُ الْأَصْلِيُّ، وَكَذَلِكَ: أَيُّ وَكَمَا مَرَّ مِنْ عَوْدِ الْحُكْمِ الْأَصْلِيِّ إِذَا جَنَى الْمُكَاتَّبُ وَلَمْ يَقْضَ بِهِ: أَيُّ بِمُوجِبِ الْجَنَايَةِ حَتَّى عَجَزَ لَمَّا يَبَيَّنَ مِنْ زَوَالِ الْمَانِعِ وَإِنْ قَضَى بِهِ: أَيُّ بِمُوجِبِ الْجَنَايَةِ عَلَيْهِ: أَيُّ عَلَى الْمُكَاتَّبِ فِي كِتَابَتِهِ ثُمَّ عَجَزَ فَهُوَ: أَيُّ مَا قَضَى بِهِ مِنْ مُوجِبِهَا دَيْنٌ فِي ذِمَّتِهِ يُبَاعُ فِيهِ.

وَأَعْلَمُ أَنَّ الْمُكَاتَّبَ إِذَا جَنَى جِنَايَةً خَطَأً فَإِنَّهُ يَسْعَى فِي الْأَقْلُ مِنْ قِيَمَتِهِ وَمِنْ أَرْضِ الْجَنَايَةِ، لِأَنَّ دَفْعَهُ مُتَعَدِّرٌ بِسَبَبِ الْكِتَابَةِ وَهُوَ أَحَقُّ بِكَسْبِهِ وَمُوجِبُ الْجَنَايَةِ عِنْدَ تَعَدُّرِ الدَّفْعِ عَلَى مَنْ يَكُونُ الْكَسْبُ لَهُ، وَالْوَاجِبُ هُوَ الْأَقْلُ مِنَ الْقِيَمَةِ وَمِنْ أَرْضِ الْجَنَايَةِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّ فِي جِنَايَةِ الْمُدَبِّرِ وَأَمُّ الْوَلَدِ يَجِبُ عَلَى الْمَوْلَى الْأَقْلُ مِنْ قِيَمَتِهِمَا وَمِنْ أَرْضِ الْجَنَايَةِ لِأَنَّهُ أَحَقُّ بِكَسْبِهِمَا، هَكَذَا ذَكَرَهُ الْكَرْخِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ وَغَيْرُهُ.

وَإِذَا عَلِمْتَ هَذَا ظَهَرَ لَكَ أَنَّ الْحَقَّ قَدْ انْتَقَلَ بِالْقَضَاءِ مِنَ الْمُوجِبِ الْأَصْلِيِّ وَهُوَ دَفْعُ الرِّقْبَةِ إِلَى الْقِيَمَةِ قَبْلَ زَوَالِ الْمَانِعِ، فَإِذَا زَالَ لَمْ يَعُدْ الْحُكْمُ الْأَصْلِيُّ صِيَانَةً لِلْقَضَاءِ، وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ، وَقَدْ رَجَعَ إِلَيْهِ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ آخِرًا وَكَانَ يَقُولُ أَوَّلًا يُبَاعُ فِيهِ وَإِنْ عَجَزَ قَبْلَ الْقَضَاءِ إِلَّا أَنْ يَقْضِيَ الْمَوْلَى عَنْهُ، وَهُوَ قَوْلُ زُفَرٍ

رَحِمَهُ اللَّهُ لَأَنَّ الْمَانِعَ مِنَ الدَّفْعِ وَهُوَ الْكِتَابَةُ قَائِمٌ وَقَتَ الْجِنَايَةِ، فَالْجِنَايَةُ عِنْدَ مَا وَقَعَتْ انْعَقَدَتْ مُوجِبَةً لِلْقِيَمَةِ كَمَا فِي جِنَايَةِ الْمُدَبِّرِ وَأُمُّ الْوَلَدِ.

وَقَوْلُهُ مِنَ الرَّقْبَةِ إِلَى الْقِيَمَةِ وَقَوْلُهُ انْعَقَدَتْ مُوجِبَةً لِلْقِيَمَةِ يُشِيرُ إِلَى أَنَّ الْوَاجِبَ هُوَ الْقِيَمَةُ لَا الْأَقْلُ مِنْهَا وَمِنْ أَرْضِ الْجِنَايَةِ، وَهُوَ مُخَالَفٌ لِمَا ذَكَرْنَا مِنْ رِوَايَةِ الْكَرْحِيِّ وَالْمَسُوطِ، وَعَلَى هَذَا يَكُونُ تَأْوِيلُ كَلَامِهِ إِذَا كَانَتْ الْقِيَمَةُ أَقْلٌ مِنْ أَرْضِ الْجِنَايَةِ. وَلَنَا الْقَوْلُ بِالْمُوجِبِ، وَهُوَ أَنَّا سَلَّمْنَا أَنَّ الْمَانِعَ مِنَ الدَّفْعِ قَائِمٌ، وَلَكِنَّ الْكَلَامَ فِي أَنَّهُ قَابِلٌ لِلزَّوَالِ أَوْ لَا، وَلَا شَكَّ فِي قَبُولِهِ لِإِمْكَانِ انْفِسَاخِ الْكِتَابَةِ وَعَدَمِ ثُبُوتِ الْاِثْتِقَالِ فِي الْحَالِ فَيَتَوَقَّفُ عَلَى الْقَضَاءِ أَوْ الرِّضَا.

فَإِنْ قِيلَ: قَوْلُهُ وَلَمْ يَثْبُتِ الْاِثْتِقَالُ فِي الْحَالِ مُتَنَازِعٌ فِيهِ لَأَنَّ مَذْهَبَ زُفَرٍ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ جِنَايَةَ الْمُكَاتِبِ تَصِيرُ مَالًا فِي الْحَالِ مِنْ غَيْرِ تَوَقُّفٍ عَلَى الرِّضَا أَوْ الْقَضَاءِ فَمَا وَجْهُ أَخْذِهِ فِي الدَّلِيلِ؟ قُلْنَا: ظُهُورُهُ، فَإِنَّ التَّرَدُّدَ فِي زَوَالِ الْمَانِعِ يَمْنَعُ الْاِثْتِقَالَ لِإِمْكَانِ وُجُودِ الْمُوجِبِ الْأَصْلِيِّ فَصَارَ كَالْعَبْدِ الْمَبِيعِ إِذَا أَبْقَى قَبْلَ الْقَبْضِ فَإِنَّهُ يَتَوَقَّفُ الْفَسْخُ عَلَى الْقَضَاءِ لِتَرَدُّدِهِ وَاحْتِمَالِ عَوْدِهِ، بِخِلَافِ التَّدْبِيرِ وَالْاِسْتِثْلَاءِ لِأَنَّهُمَا لَا يَقْبَلَانِ الزَّوَالَ بِحَالٍ فَكَانَ الْمُوجِبُ فِي الْاِبْتِدَاءِ هُوَ الْقِيَمَةُ.

قَالَ (وَإِذَا مَاتَ الْمَوْلَى الْمُكَاتِبُ لَمْ تَنْفَسِخِ الْكِتَابَةُ) كَي لَا يُؤْدِي إِلَى إِبْطَالِ حَقِّ الْمُكَاتِبِ، إِذِ الْكِتَابَةُ سَبَبُ الْحُرِّيَّةِ وَسَبَبُ حَقِّ الْمَرْءِ حَقُّهُ (وَقِيلَ لَهُ أَذَّ الْمَالُ إِلَى وَرَثَةِ الْمَوْلَى عَلَى نُجُومِهِ) لِأَنَّهُ اسْتِحْقَاقُ الْحُرِّيَّةِ عَلَى هَذَا الْوَجْهِ وَالسَّبَبُ انْعَقَدَ كَذَلِكَ فَيَبْقَى بِهِذِهِ الصِّفَةِ وَلَا يَتَغَيَّرُ، إِلَّا أَنَّ الْوَرَثَةَ يَخْلُفُونَهُ فِي الْاِسْتِيفَاءِ (فَإِنْ أَعْتَقَهُ أَحَدُ الْوَرَثَةِ لَمْ يَنْفُذْ عِتْقُهُ) لِأَنَّهُ لَمْ يَمْلِكْهُ، وَهَذَا لِأَنَّ الْمُكَاتِبَ لَا يَمْلِكُ بِسَائِرِ أَسْبَابِ الْمَلِكِ فَكَذَا بِسَبَبِ الْوَرَاثَةِ.

وَأِنْ أَعْتَقُوهُ جَمِيعًا عَتَقَ وَسَقَطَ عَنْهُ بَدَلُ الْكِتَابَةِ لِأَنَّهُ يَصِيرُ إِبْرَاءً عَنْ بَدَلِ الْكِتَابَةِ فَإِنَّهُ حَقُّهُمْ وَقَدْ جَرَى فِيهِ الْإِرْثُ، وَإِذَا بَرِئَ الْمُكَاتِبُ عَنْ بَدَلِ الْكِتَابَةِ يُعْتَقُ كَمَا إِذَا أَبْرَأَهُ الْمَوْلَى، إِلَّا أَنَّهُ إِذَا أَعْتَقَهُ أَحَدُ الْوَرَثَةِ لَا يَصِيرُ إِبْرَاءً عَنْ نَصِيْبِهِ، لِأَنَّا نَجْعَلُهُ إِبْرَاءً اقْتِضَاءً تَصَحِيحًا لِعِتْقِهِ. وَالْعِتْقُ لَا يَثْبُتُ بِإِبْرَاءِ الْبَعْضِ أَوْ آدَائِهِ فِي الْمُكَاتِبِ لَا فِي بَعْضِهِ وَلَا فِي كُلِّهِ، وَلَا وَجْهَ إِلَى إِبْرَاءِ الْكُلِّ لِحَقِّ بَقِيَّةِ الْوَرَثَةِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

الشرح:

قَالَ (وَإِذَا مَاتَ مَوْلَى الْمُكَاتَبِ لَمْ تَنْفَسِحِ الْكِتَابَةُ) الْكِتَابَةُ حَقُّ الْمُكَاتَبِ لِأَنَّهَا سَبَبُ حُرِّيَّتِهِ وَحُرِّيَّةُ حَقِّهِ فَهِيَ سَبَبُ حَقِّهِ وَسَبَبُ حَقِّ الْمَرْءِ حَقُّهُ لِإِفْضَائِهِ إِلَى حُصُولِهِ فَالْكِتَابَةُ حَقُّهُ فَإِذَا مَاتَ الْمَوْلَى لَا تَنْفَسِحُ كَيْ لَا يُؤَدِّي مَوْتُهُ إِلَى إِبْطَالِ حَقِّ غَيْرِهِ، وَيُقَالُ لَهُ أَدَّ الْمَالِ إِلَى وَرَثَةِ الْمَوْلَى عَلَى نُجُومِهِ: أَيُّ مُؤَجَّلًا لِأَنَّهُ اسْتَحَقَّ الْحُرِّيَّةَ عَلَى هَذَا الْوَجْهِ، وَالسَّبَبُ انْعَقَدَ كَذَلِكَ فَيَبْقَى بِهَذِهِ الصِّفَةِ مِنْ غَيْرِ تَغْيِيرٍ، وَهَذَا لِأَنَّ الْمَوْلَى لَمَّا كَانَ صَحِيحًا صَحَّ تَصَرُّفُهُ بِتَأْجِيلِ الْكُلِّ كِاسْقَاطِهِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ مَرِيضًا وَكَاتَبَهُ فَإِنَّ الْمُكَاتَبَ يُؤَدِّي ثُلْثِي الْقِيَمَةِ حَالًا أَوْ يُرَدُّ رَقِيقًا لِأَنَّهُ لَمَّا كَانَ مَرِيضًا لَمْ يَصِحَّ تَصَرُّفُهُ بِتَأْجِيلِ غَيْرِ الثُّلُثِ كِاسْقَاطِهِ (قَوْلُهُ إِلَّا أَنَّ الْوَرَثَةَ يَخْلُفُونَهُ) اسْتِثْنَاءٌ مِنْ قَوْلِهِ وَلَا يَتَغَيَّرُ قِيلَ وَكَأَنَّهُ جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ كَيْفَ لَا يَتَغَيَّرُ سَبَبُ الْحُرِّيَّةِ وَقَدْ كَانَ لَهُ حَقُّ اسْتِيفَاءِ الْبَدَلِ فَصَارَ لِلْوَرَثَةِ وَهُوَ تَغْيِيرٌ فَقَالَ قِيَامُهُمْ مَقَامَهُ فِي الْاسْتِيفَاءِ لَا يُسَمَّى تَغْيِيرًا فِي عَقْدِ الْكِتَابَةِ لِأَنَّهَا بَاقِيَةٌ كَمَا كَانَتْ، فَكَمَا أَنَّ سَائِرَ الدُّيُونِ يَخْلُفُونَهُ فِيهِ وَلَا يُسَمَّى ذَلِكَ تَغْيِيرًا فَكَذَلِكَ دَيْنُ الْكِتَابَةِ فَإِنْ أَعْتَقَهُ أَحَدُ الْوَرَثَةِ لَمْ يَنْفُذْ عَقْدُهُ لِأَنَّهُ لَمْ يَمْلِكْهُ، إِذِ الْمُكَاتَبُ لَا يَمْلِكُ بِسَائِرِ أَسْبَابِ الْمَلِكِ فَكَذَا بِالْإِرْثِ) وَلَا عِتْقَ فِيمَا لَا يَمْلِكُهُ ابْنُ آدَمَ (وَإِنْ أَعْتَقُوهُ جَمِيعًا) عِتْقَ اسْتِحْسَانًا. وَجْهُ الْقِيَاسِ مَا ذَكَرْنَا مِنْ عَدَمِ الْمَلِكِ. وَوَجْهُ الْاسْتِحْسَانِ أَنَّ يَصِيرَ إِعْتَاقَهُمْ إِبْرَاءً عَنْ بَدَلِ الْكِتَابَةِ فَإِنَّهُمْ يَمْلِكُونَهُ لَجَرَيَانِ الْإِرْثِ فِيهِ (وَإِذَا بَرَّيَ الْمُكَاتَبُ عَنْ جَمِيعِ بَدَلِ الْكِتَابَةِ عِتْقَ كَمَا إِذَا أَبْرَاهُ مَوْلَاهُ) فَإِنْ قِيلَ: فَاجْعَلْ إِعْتَاقَ أَحَدِ الْوَرَثَةِ إِبْرَاءً عَنْ نَصِيبِهِ. قُلْنَا: لَا يَصِحُّ، لِأَنَّا نَجْعَلُهُ إِبْرَاءً اقْتِضَاءً تَصَحُّيحًا لِعِتْقِهِ، وَالْعِتْقُ لَا يَثْبُتُ فِي الْمُكَاتَبِ بِإِبْرَاءِ بَعْضِ الْبَدَلِ أَوْ أَدَائِهِ لَا فِي بَعْضِهِ وَلَا فِي كُلِّهِ، لِأَنَّ عِتْقَهُ مُعَلَّقٌ بِسُقُوطِ جَمِيعِ الْبَدَلِ، وَلِهَذَا لَوْ أَبْرَأَ الْمُورِثُ عَنْ بَعْضِ الْبَدَلِ لَمْ يَغْتَنِقْ مِنْهُ شَيْءٌ، وَإِذَا لَمْ يُمَكِّنْ إِثْبَاتُ الْمُقْتَضَى لَا يَثْبُتُ الْمُقْتَضَى فَلَا وَجْهَ لِإِبْرَاءِ الْبَعْضِ، وَكَذَلِكَ إِلَى إِبْرَاءِ الْكُلِّ لِحَقِّ بَقِيَّةِ الْوَرَثَةِ، وَاللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ، وَإِلَيْهِ الْمَلَابُ.

كتاب الولاء

الْوَلَاءُ نَوْعَانِ: وَلَاءٌ عِتَاقِي وَيُسَمَّى وَلَاءٌ نِعَمِي

الشرح:

(كِتَابُ الْوَلَاءِ): أُوْرِدَ كِتَابُ الْوَلَاءِ عَقِيبَ الْمَكَاتِبِ لِأَنَّهُ مِنْ آثَارِ زَوَالِ مِلْكِ الرَّقَبَةِ، وَقَدْ سَاقَ مُوجِبَ تَرْتِيبِ الْأَبْوَابِ عَلَى التَّهَجِّجِ الْمُتَقَدِّمِ إِلَى هَذَا الْمَوْضِعِ فَوَجِبَ تَأْخِيرُ كِتَابِ الْوَلَاءِ عَنْ كِتَابِ الْمَكَاتِبِ لِقَلَّا يَتَقَدَّمُ الْأَكْثَرُ عَلَى الْمُؤَثَّرِ. وَالْوَلَاءُ فِي اللُّغَةِ عِبَارَةٌ عَنِ التُّصَرَّةِ وَالْحَبَّةِ، وَهُوَ مُشْتَقٌّ مِنَ الْوَلِيِّ وَهُوَ الْقُرْبُ، وَحُصُولُ الثَّانِي بَعْدَ الْأَوَّلِ مِنْ غَيْرِ فَصْلٍ، وَفِي عُرْفِ الْفُقَهَاءِ عِبَارَةٌ عَنْ تَنَاصُرٍ يُوجِبُ الْإِرْثَ وَالْعَقْلَ. قَالَ (الْوَلَاءُ لِنَوْعَانِ) يُنَوِّغُ الْوَلَاءُ بِاخْتِلَافِ السَّبَبِ إِلَى نَوْعَيْنِ: فَالْأَوَّلُ (وَلَاءٌ عِتَاقِي وَيُسَمَّى وَلَاءٌ نِعْمَةً) اقْتِفاءً بِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَإِذْ تَقُولُ لِلَّذِي أَنْعَمَ اللَّهُ عَلَيْهِ وَأَنْعَمْتَ عَلَيْهِ﴾ [الأحزاب: ٣٧] أَيْ بِالْإِعْتِقَاقِ وَهُوَ زَيْدٌ.

وَسَبَبُهُ الْعِتْقُ عَلَى مِلْكِهِ فِي الصَّحِيحِ، حَتَّى لَوْ عَتَقَ قَرِيبُهُ عَلَيْهِ بِالْوَرَاثَةِ كَانَ الْوَلَاءُ لَهُ. وَوَلَاءٌ مُوَالَاةٍ، وَسَبَبُهُ الْعَقْدُ وَلِهَذَا يُقَالُ وَلَاءُ الْعِتَاقَةِ وَوَلَاءُ الْمُوَالَاةِ، وَالْحُكْمُ يُضَافُ إِلَى سَبَبِهِ، وَالْمَعْنَى فِيهِمَا التَّنَاصُرُ، وَكَانَتِ الْعَرَبُ تَتَنَاصَرُ بِأَشْيَاءَ، وَقَرَّرَ النَّبِيُّ ﷺ تَنَاصُرَهُمْ بِالْوَلَاءِ بِنَوْعِيهِ فَقَالَ: «إِنَّ مَوْلَى الْقَوْمِ مِنْهُمْ وَحَلِيفُهُمْ مِنْهُمْ» ^(١) وَالْمُرَادُ بِالْحَلِيفِ مَوْلَى الْمُوَالَاةِ لِأَنَّهُمْ كَانُوا يُؤَكِّدُونَ الْمُوَالَاةَ بِالْحَلِيفِ.

الشرح:

(وَسَبَبُهُ الْعِتْقُ عَلَى مِلْكِهِ فِي الصَّحِيحِ) وَقَوْلُهُ فِي الصَّحِيحِ اخْتِرَازٌ عَنْ قَوْلِ أَكْثَرِ أَصْحَابِنَا إِنَّ سَبَبَهُ الْإِعْتِقَاقُ اسْتِدْلَالًا بِقَوْلِهِ ﷺ «الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ» ^(٢) وَإِنَّمَا كَانَ ذَلِكَ صَحِيحًا، لِأَنَّهُ لَوْ عَتَقَ عَلَى الرَّجُلِ قَرِيبُهُ بِالْوَرَاثَةِ كَانَ الْوَلَاءُ لَهُ وَلَا إِعْتِقَاقَ، فَجُعِلَ الْعِتْقُ سَبَبًا أَوَّلَى لِعُمُومِهِ، وَالثَّانِي وَلَاءُ مُوَالَاةٍ وَسَبَبُهُ الْعَقْدُ عَلَى مَا سَنَذَكُرُ (قَوْلُهُ وَلِهَذَا

(١) أخرجه أحمد (٣٤٠/٤) عن رفاعة بن رافع، والحديث يروى عن عدة من الصحابة، وانظر نصب الراية (٣٦٥/٤).

(٢) أخرجه البخاري (٤٥٦، ١٤٩٣، ٢١٥٥)، ومسلم في العتق (٥، ٦، ٨، ١٠، ١٢، ١٤)، وانظر نصب الراية (٣٦٦/٤).

يُقَالُ وَلَاءُ الْعَتَاةِ وَلَوَاءُ الْمُوَالَةِ) يَبَانَ لِسَبَبِ التَّوَعُّينِ فَإِنَّ كُلًّا مِنْهُمَا يُضَافُ إِلَى شَيْءٍ، وَإِلِضَافَةُ تَذُلُّ عَلَى السَّبَبِ كَمَا عُرِفَ فِي الْأُصُولِ. وَقَوْلُهُ (وَالْمَعْنَى فِيهِمَا التَّنَاصُرُ) يَبَانَ مِنْهُمَا الشَّرْعِيُّ (قَوْلُهُ وَكَانَتْ الْعَرَبُ تَتَنَاصَرُ بِأَشْيَاءٍ) يَبَانَ وَجُوهُ التَّنَاصُرِ فِيهِمَا، فَإِنَّ الْعَرَبَ كَانَتْ تَتَنَاصَرُ بِهِمَا وَبِالْحَلْفِ وَالْمَنَاطَاةِ (و) قَدْ (قَرَّرَ النَّبِيُّ ﷺ) تَنَاصَرَهُمْ بِالْوَلَاءِ بِنَوْعِيهِ فَقَالَ: «إِنَّ مَوْلَى الْقَوْمِ مِنْهُمْ وَحَلِيفُهُمْ مِنْهُمْ». وَالْمُرَادُ بِالْحَلِيفِ مَوْلَى الْمُوَالَةِ لِأَنَّهُمْ كَانُوا يُؤَكِّدُونَ الْمُوَالَةَ بِالْحَلْفِ).

قَالَ (وَإِذَا أَعْتَقَ الْمَوْلَى مَمْلُوكَهُ فَوَلَاؤُهُ لَهُ) لِقَوْلِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ»، وَلَأَنَّ التَّنَاصُرَ بِهِ فَيَعْقِلُهُ وَقَدْ أَحْيَاهُ مَعْنَى بِإِزَالَةِ الرَّقِّ عَنْهُ فَيَرْثُهُ وَيَصِيرُ الْوَلَاءُ كَالْوِلَادِ، وَلَأَنَّ الْغَنَمَ بِالْغَرَمِ، وَكَذَا الْمَرَأَةُ تَعْتَقُ لَمَّا رَوَيْنَا، «وَمَاتَ مُعْتَقٌ لِابْنَتِهِ حَمْرَةً رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا عَنْهَا وَعَنْ بِنْتٍ فَجَعَلَ النَّبِيُّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ الْمَالَ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ»^(١). وَيُسْتَوَى فِيهِ الْإِعْتَاقُ بِمَالٍ وَبِغَيْرِهِ لِإِطْلَاقِ مَا ذَكَرْنَاهُ.

الشرح:

قَالَ (وَإِذَا أَعْتَقَ الْمَوْلَى مَمْلُوكَهُ إلخ) إِذَا أَعْتَقَ الْمَوْلَى مَمْلُوكَهُ كَانَ الْوَلَاءُ لَهُ لِقَوْلِهِ ﷺ «الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ» وَجْهُ الاسْتِدْلَالِ أَنَّ الْحُكْمَ إِذَا تَرْتَّبَ عَلَى مُشْتَقٍّ ذَلَّ عَلَى أَنَّ الْمُسْتَقْتَّ مِنْهُ عِلَّةٌ لَذَلِكَ الْحُكْمِ. فَإِنْ قِيلَ: الاسْتِدْلَالُ بِهِ عَلَى هَذَا الْوَجْهِ يُنَاقِضُ جَعْلَ الْعِنَقِ سَبَبًا لِأَنَّ أَعْتَقَ مُشْتَقٌّ مِنَ الْإِعْتَاقِ. فَالْجَوَابُ أَنَّ الْأَصْلَ فِي الْإِعْتَاقِ هُوَ الْمَصْدَرُ الثَّلَاثِيُّ وَهُوَ الْعِنَقُ. وَقَوْلُهُ (وَلَأَنَّ التَّنَاصُرَ بِهِ) أَيُّ بِسَبَبِ الْإِعْتَاقِ دَلِيلٌ عَلَى الْأَثَرَيْنِ الثَّابِتَيْنِ بِهِ وَهُمَا الْعَقْلُ وَالْمِيرَاثُ.

وَتَقْرِيرُهُ الْمَوْلَى يَتَنَصَّرُ بِمَوْلَاهُ بِسَبَبِ الْعِنَقِ، وَمَنْ يَتَنَصَّرُ بِشَخْصٍ يَعْقِلُهُ لِأَنَّ الْغَرَمَ بِالْغَنَمِ فَحَيْثُ يَعْنُمُ بِنَصْرِهِ يَغْرُمُ عَقْلُهُ، وَالْمَوْلَى أَحْيَاهُ مَعْنَى بِإِزَالَةِ الرَّقِّ عَنْهُ، لِأَنَّ الرَّقِيقَ هَالِكٌ حُكْمًا، أَلَا يَرَى أَنَّهُ لَا يَثْبُتُ فِي حَقِّهِ كَثِيرٌ مِنَ الْأَحْكَامِ الَّتِي تَعْلَقُتُ بِالْأَحْيَاءِ نَحْوُ الْقَضَاءِ وَالشَّهَادَةِ وَالسَّعْيِ إِلَى الْجُمُعَةِ وَالْخُرُوجِ إِلَى الْعِيدَيْنِ وَأَشْبَاهِ ذَلِكَ، وَبِالْإِعْتَاقِ ثُبُتُ هَذِهِ الْأَحْكَامِ فِي حَقِّهِ فَكَانَ أَحْيَاءً مَعْنَى، وَمَنْ أَحْيَا غَيْرَهُ مَعْنَى وَرَثَهُ كَالْوَالِدِ فَيَصِيرُ الْوَلَاءُ كَالْوِلَادِ وَالْوِلَادُ يُوجِبُ الْإِرْثَ، فَكَذَلِكَ الْوَلَاءُ، وَلِأَنَّهُ ثَبَتَ أَنَّهُ

(١) أخرجه النسائي في الكبرى (٦٣٩٩)، وانظر نصب الراية (٤/٣٦٧).

يَعْقِلُهُ فَيْرُثُهُ لِأَنَّ النُّنْمَ بِالْعُرْمِ، فَقَوْلُهُ (وَلَأَنَّ النُّنْمَ بِالْعُرْمِ) يَخْدُمُ الْوَجْهَيْنِ فَلِهَذَا أُخِرَهُ
(قَوْلُهُ وَكَذَا الْمَرْأَةُ تُعْتَقُ) يَعْنِي أَنَّ وِلَاءَ مُعْتَقِهَا لَهَا لَمَّا رَوَيْنَا مِنْ قَوْلِهِ ﷺ «الْوِلَاءُ لِمَنْ
أَعْتَقَ» وَقَوْلُهُ (وَمَاتَ مُعْتَقٌ لَابْنَةُ حَمْرَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا) مَعْطُوفٌ عَلَى قَوْلِهِ لَمَّا رَوَيْنَا
مَعْنَى ذِكْرَهُ اسْتِدْلَالًا عَلَى ثُبُوتِ الْوِلَاءِ لِلْمَرْأَةِ (رُويَ) «أَنَّ بِنْتَ حَمْرَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا
أَعْتَقَتْ غُلَامًا لَهَا ثُمَّ مَاتَ الْمُعْتَقُ وَتَرَكَ ابْنَتَهُ، فَجَعَلَ النَّبِيُّ ﷺ الْمَالَ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ».

وَيَسْتَوِي فِي ثُبُوتِ الْوِلَاءِ الْإِعْتَاقُ بِمَالٍ وَبِغَيْرِهِ وَالْعِتْقُ بِقَرَابَةٍ أَوْ كِتَابَةٍ عِنْدَ
الْأَدَاءِ أَوْ تَدْبِيرٍ أَوْ اسْتِيلَادٍ بَعْدَ الْمَوْتِ، وَسَوَاءٌ كَانَ الْعِتْقُ حَاصِلًا ابْتِدَاءً أَوْ بِجَهَةِ
الْوَاجِبِ كَكُفَّارَةِ الْيَمِينِ وَمَا أَشْبَهَهَا (لِلْإِطْلَاقِ مَا ذَكَرْنَاهُ) يَعْنِي قَوْلُهُ ﷺ «الْوِلَاءُ لِمَنْ
أَعْتَقَ» وَمَا ذَكَرَهُ مِنَ الْمَعْنَى الْمَعْقُولِ.

قَالَ (فَإِنْ شَرَطَ أَنَّهُ سَائِبَةٌ فَالْشَّرْطُ بَاطِلٌ وَالْوِلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ) لِأَنَّ الشَّرْطَ مُخَالَفٌ
لِلنَّصِّ فَلَا يَصِحُّ.

الشرح:

(فَإِنْ شَرَطَ أَنَّهُ سَائِبَةٌ) أَيُّ يَكُونُ حُرًّا وَلَا وِلَاءَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ مُعْتَقِهِ (فَالشَّرْطُ بَاطِلٌ
وَالْوِلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ، لِأَنَّ الشَّرْطَ مُخَالَفٌ لِلنَّصِّ فَلَا يَصِحُّ).

قَالَ (وَإِذَا أَدَّى الْمَكَاتِبُ عِتْقَ وَوِلَاؤُهُ لِلْمَوْلَى وَإِنْ عَتَقَ بَعْدَ مَوْتِ الْمَوْلَى) لِأَنَّهُ عَتَقَ
عَلَيْهِ بِمَا بَاشَرَ مِنَ السَّبَبِ وَهُوَ الْكِتَابَةُ وَقَدْ قَرَّرْنَاهُ فِي الْمَكَاتِبِ (وَكَذَا الْعَبْدُ الْمُوصَى بِعِتْقِهِ
أَوْ بِشِرَائِهِ وَعِتْقُهُ بَعْدَ مَوْتِهِ) لِأَنَّ فِعْلَ الْوَصِيِّ بَعْدَ مَوْتِهِ كَفِعْلِهِ وَالتَّرَكُّ عَلَى حُكْمِ مِلْكِهِ

الشرح:

قَالَ (وَإِذَا أَدَّى الْمَكَاتِبُ) كَلَامُهُ ظَاهِرٌ لَا يَحْتَاجُ إِلَى شَرْحٍ. وَذَكَرَ مَسْأَلَةَ جَرِّ
الْوِلَاءِ وَبَيْنَ مَوَاضِعِ الْجَرِّ عَنْ غَيْرِهِ، وَالْأَصْلُ فِي ذَلِكَ أَنَّ الْعِتْقَ إِذَا وَقَعَ مَقْصُودًا عَلَى
الْوَلَدِ لَا يَنْتَقِلُ وَلَاؤُهُ أَبَدًا، وَإِنْ وَقَعَ تَبَعًا لِأُمِّهِ ثُمَّ أُعْتِقَ الْأَبُ جَرَّ وِلَاءِ ابْنِهِ إِلَى مَوَالِيهِ.

(وَإِنْ مَاتَ الْمَوْلَى عَتَقَ مُدْبِرُوهُ وَأُمَهَاتُ أَوْلَادِهِ) لَمَّا بَيَّنَّا فِي الْعَتَاقِ (وَوِلَاؤُهُمْ لَهُ) لِأَنَّهُ
أَعْتَقَهُمُ بِالتَّدْبِيرِ وَالْإِسْتِيلَادِ

(وَمَنْ مَلَكَ ذَا رَحِمٍ مُحَرَّمٍ مِنْهُ عَتَقَ عَلَيْهِ) لَمَّا بَيَّنَّا فِي الْعَتَاقِ (وَوِلَاؤُهُ لَهُ) لَوْجُودِ
السَّبَبِ وَهُوَ الْعِتْقُ عَلَيْهِ

(وَإِذَا تَزَوَّجَ عَبْدٌ رَجُلٍ أُمَةً لَأَخَرَ فَأَعْتَقَ مَوْلَى الْأُمَةِ الْأُمَةَ وَهِيَ حَامِلٌ مِنَ الْعَبْدِ عَتَقَتْ وَعَتَقَ حَمْلُهَا، وَوَلَاءُ الْحَمَلِ لِمَوْلَى الْأُمِّ لَا يَنْتَقِلُ عَنْهُ أَبَدًا) لِأَنَّهُ عَتَقَ عَلَى مُعْتِقِ الْأُمِّ مَقْصُودًا إِذْ هُوَ جُزْءٌ مِنْهَا يَقْبَلُ الْإِعْتَاقَ مَقْصُودًا فَلَا يَنْتَقِلُ وَلَاؤُهُ عَنْهُ عَمَلًا بِمَا رَوَيْنَا (وَكَذَلِكَ إِذَا وَلَدَتْ وَلَدًا لِأَقْلٍ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ لِلتَّيَقُّنِ بِقِيَامِ الْحَمَلِ وَقَتِ الْإِعْتَاقِ (أَوْ وَلَدَتْ وَلَدَيْنِ أَحَدُهُمَا لِأَقْلٍ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ) لِأَنَّهُمَا تَوَآمَانِ يَتَعَلَّقَانِ مَعًا. وَهَذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا وَالَتْ رَجُلًا وَهِيَ حُبْلَى وَالزَّوْجُ وَالَى غَيْرَهُ حَيْثُ يَكُونُ وَلَاءُ الْوَلَدِ لِمَوْلَى الْأَبِ لِأَنَّ الْجَنِينَ غَيْرُ قَابِلٍ لِهَذَا الْوَلَاءِ مَقْصُودًا، لِأَنَّ تَمَامَهُ بِالْإِيجَابِ وَالْقَبُولِ وَهُوَ لَيْسَ بِمَحَلٍّ لَهُ. قَالَ (فَإِنْ وَلَدَتْ بَعْدَ عِتْقِهَا لِأَكْثَرِ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ وَلَدًا فَوَلَاؤُهُ لِمَوْلَى الْأُمِّ) لِأَنَّهُ عَتَقَ تَبَعًا لِلأُمِّ لِاتِّصَالِهِ بِهَا بَعْدَ عِتْقِهَا فَيَتَبَعُهَا فِي الْوَلَاءِ وَلَمْ يَتَيَقَّنْ بِقِيَامِهِ وَقَتِ الْإِعْتَاقِ حَتَّى يَعْتَقَ مَقْصُودًا (فَإِنْ أَعْتَقَ الْأَبُ جَرًّا وَلَاءُ ابْنِهِ وَانْتَقَلَ عَنْ مَوْلَى الْأُمِّ إِلَى مَوْلَى الْأَبِ) لِأَنَّ الْعِتْقَ هَاهُنَا فِي الْوَلَدِ يَثْبُتُ تَبَعًا لِلأُمِّ، بِخِلَافِ الْأَوَّلِ، وَهَذَا لِأَنَّ الْوَلَاءَ بِمَنْزِلَةِ النَّسَبِ قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «الْوَلَاءُ لِحِمَّةٍ كُلُّ حِمَّةٍ النَّسَبُ لَا يَبَاعُ وَلَا يُوْهَبُ وَلَا يُوْرَثُ»^(١) ثُمَّ النَّسَبُ إِلَى الْأَبَاءِ فَكَذَلِكَ الْوَلَاءُ وَالنَّسَبُ إِلَى مَوْلَى الْأُمِّ كَانَتْ لِعَدَمِ أَهْلِيَّةِ الْأَبِ ضَرُورَةً، فَإِذَا صَارَ أَهْلًا عَادَ الْوَلَاءُ إِلَيْهِ؛ كَوَلَدِ الْمَلَاعِنَةِ يَنْسَبُ إِلَى قَوْمِ الْأُمِّ ضَرُورَةً، فَإِذَا أَكْذَبَ الْمَلَاعِنُ نَفْسَهُ يَنْسَبُ إِلَيْهِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا أُعْتِقَتِ الْمُعْتَدَّةُ عَنْ مَوْتٍ أَوْ طَلَاقٍ فَجَاءَتْ بِوَلَدٍ لِأَقْلٍ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ وَقْتِ الْمَوْتِ أَوْ الطَّلَاقِ حَيْثُ يَكُونُ الْوَلَدُ مَوْلَى لِمَوْلَى الْأُمِّ وَإِنْ أَعْتَقَ الْأَبُ لَتَعْدُرِ إِضَافَةُ الْعُلُوقِ إِلَى مَا بَعْدَ الْمَوْتِ وَالطَّلَاقِ الْبَائِنِ لِحُرْمَةِ الْوَطْءِ وَبَعْدَ الطَّلَاقِ الرَّجْعِيُّ لَمَّا أَنَّهُ يَصِيرُ مُرَاجِعًا بِالشُّكِّ فَاسْتَدَ إِلَى حَالَةِ النِّكَاحِ فَكَانَ الْوَلَدُ مَوْجُودًا عِنْدَ الْإِعْتَاقِ فَعَتَقَ مَقْصُودًا

الشرح:

وَعَلَى هَذَا إِذَا أَعْتَقَ الرَّجُلُ أُمَةً وَوَلَدَهَا عَتَقَا وَوَلَاؤُهُمَا لَهُ، فَإِنْ أَعْتَقَ الْأَبُ بَعْدَ ذَلِكَ لَا يَجُزُّ وَلَاءُهُ لِأَنَّهُ لَمَّا كَانَ مُنْفَصِلًا عَنِ الْأُمِّ كَانَ مَمْلُوكًا لِمَالِكِ الْأُمِّ وَالْعِتْقُ تَنَاوَلُهُ مَقْصُودًا فَلَا يَتَّبِعُ أَحَدًا، وَإِذَا أُعْتِقَتِ الْأُمُّ وَهِيَ حَامِلٌ أَوْ أُعْتِقَتْ وَوَلَدَتْ بَعْدَ

(١) أخرجه بطرقه المختلفة البيهقي في الكبرى (٤٩٤/١٠، ٤٩٥)، والحديث يروى عن عدة من

الصحابه، وانظر نصب الراية (٣٧٠/٤).

الْعِتْقُ لِأَقْلٍ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ أَوْ وَلَدَتْ أَحَدَ التَّوَامِينِ لِأَقْلٍ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ يَوْمَ ثُمَّ أُعْتِقَ
الْأَبُ رَجُلٌ آخَرُ فَكَذَلِكَ لَا يَتَّقِلُ الْوَلَاءُ إِلَى مَوَالِي الْأَبِ لِأَنَّ الْمَوْلَى قَصَدَ إِعْتَاقَ الْأُمِّ،
وَالْقَصْدُ إِلَيْهَا بِالْإِعْتَاقِ قَصْدٌ إِلَى جَمِيعِ أَجْزَائِهَا وَالْحَمْلُ جُزْءٌ مِنْهَا، فَإِنْ كَانَ الْحَمْلُ
ظَاهِرًا وَقَتَ الْإِعْتَاقِ فَوَاضِحٌ، وَإِنْ وَلَدَتْ لِأَقْلٍ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ حَصَلَ الْيَقِينُ بِقِيَامِهِ فِيهِ،
وَكَذَا إِذَا وَلَدَتْ أَحَدَ التَّوَامِينِ لَأُنْثَى يَتَّعِلَقَانِ مَعًا.

فَإِنْ قِيلَ: الْحَبْلَى إِذَا وَالتَ رَجُلًا وَالزَّوْجُ وَالْيَ غَيْرُهُ كَانَ وَلَاءُ الْوَلَدِ لِمَوْلَى الْأَبِ
فَمَا الْفَرْقُ؟ أُجِيبَ بِأَنَّ الْجَنِينَ غَيْرُ قَابِلٍ لِهَذَا الْوَلَاءِ مَقْصُودًا، لِأَنَّ تَمَامَهُ بِالْإِجَابِ
وَالْقَبُولِ وَهُوَ لَيْسَ بِمَحَلٍّ لَهُ، وَإِذَا أُعْتِقَهَا ثُمَّ وَلَدَتْ لِأَكْثَرِ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ فَوَلَاؤُهُ لِمَوَالِي
الْأُمِّ لِأَنَّهَا لَمَّا وَلَدَتْ لِدَلِيلٍ لَمْ يَتَيَقَّنْ لِقِيَامِ الْحَمْلِ وَقَتَ الْإِعْتَاقِ حَتَّى يُعْتَقَ مَقْصُودًا فَيُعْتَقَ
تَبَعًا لِلْأُمِّ لِاتِّصَالِهِ بِهَا بَعْدَ عِتْقِهَا فَيَتَّبِعُهَا فِي الْوَلَاءِ.

(وَفِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ وَإِذَا تَزَوَّجَتْ مُعْتَقَةً بِعَبْدٍ فَوَلَدَتْ أَوْلَادًا فَجَنَى الْأَوْلَادُ
فَعَقْلُهُمْ عَلَى مَوَالِي الْأُمِّ) لِأَنَّهُمْ عَتَقُوا تَبَعًا لِأُمِّهِمْ وَلَا عَاقِلَةً لِأَبِيهِمْ وَلَا مَوْلَى، فَالْحَقُّوْا
بِمَوَالِي الْأُمِّ ضَرُورَةً كَمَا فِي وَلَدِ الْمَلَاعِنَةِ عَلَى مَا ذَكَرْنَا (فَإِنْ أُعْتِقَ الْأَبُ جَرًّا وَلَاءَ
الْأَوْلَادِ إِلَى نَفْسِهِ) لَمَّا بَيَّنَّا (وَلَا يَرْجِعُونَ عَلَى عَاقِلَةِ الْأَبِ بِمَا عَقَلُوا) لِأَنَّهُمْ حِينَ عَقَلُوهُ
كَانَ الْوَلَاءُ ثَابِتًا لَهُمْ، وَإِنَّمَا يَثْبُتُ لِلْأَبِ مَقْصُودًا لِأَنَّ سَبَبَهُ مَقْصُودٌ وَهُوَ الْعِتْقُ، بِخِلَافِ
وَلَدِ الْمَلَاعِنَةِ إِذَا عَقَلَ عَنْهُ قَوْمُ الْأُمِّ ثُمَّ أَكْذَبَ الْمَلَاعِنُ نَفْسَهُ حَيْثُ يَرْجِعُونَ عَلَيْهِ، لِأَنَّ
النَّسَبَ هُنَاكَ يَثْبُتُ مُسْتَتِدًّا إِلَى وَقْتِ الْعُلُوقِ وَكَانُوا مُجْبُورِينَ عَلَى ذَلِكَ فَيَرْجِعُونَ.

الشرح:

فَإِنْ أُعْتِقَ الْأَبُ جَرًّا وَلَاءَ ابْنِهِ إِلَى مَوَالِيهِ لِأَنَّ الْوَلَاءَ بِمَنْزِلَةِ النَّسَبِ. قَالَ ﷺ
«الْوَلَاءُ لِحِمَّةٍ كُلِّ حِمَّةٍ النَّسَبِ» الْحَدِيثُ. ثُمَّ النَّسَبُ إِلَى الْآبَاءِ فَكَذَلِكَ الْوَلَاءُ، وَالنَّسَبُ
إِلَى مَوَالِي الْأُمِّ كَانَتْ ضَرُورَةً عَدَمِ أَهْلِيَّةِ الْأَبِ لِرَقِّهِ، فَإِذَا صَارَ أَهْلًا عَادَ الْوَلَاءُ إِلَيْهِ. كَمَا
أَنَّ وَلَدَ الْمَلَاعِنَةِ يَنْتَسِبُ إِلَى قَوْمِ الْأُمِّ ضَرُورَةً، فَإِذَا أَكْذَبَ الْمَلَاعِنُ نَفْسَهُ عَادَ النَّسَابُ
الْوَلَاءَ إِلَيْهِ. وَتَوْقِضُ قَوْلُهُ فَإِذَا صَارَ طِفْلًا عَادَ الْوَلَاءُ إِلَيْهِ بِمَا إِذَا أُعْتِقَتْ الْمُعْتَدَّةُ عَنْ
مَوْتٍ بِأَنَّ كَانَتْ الْأُمُّ امْرَأَةً مُكَاتَّبَ فَمَاتَ عَنْ وَفَاءٍ أَوْ أُعْتِقَتْ الْمُعْتَدَّةُ عَنْ طَلَاقٍ
فَجَاءَتْ بِوَلَدٍ لِأَقْلٍ مِنْ سِتِّينَ مِنْ وَقْتِ الْمَوْتِ أَوْ الطَّلَاقِ حَيْثُ يَكُونُ الْوَلَدُ مَوْلَى لِمَوَالِي

الأمُّ لم يَنْتَقِلْ عَنْهُمْ، وَإِنْ أُعْتِقَ الْأَبُ.

وَالْجَوَابُ أَنَّ الْعَوْدَ إِلَيْهِ بَعْدَ الْأَهْلِيَّةِ، وَلَمْ يَثْبُتْ بِهَذَا الْعِتْقِ لِلأَبِ أَهْلِيَّةٌ لَتَعْدُرَ إِضَافَةُ الْعُلُوقِ إِلَى مَا بَعْدَ الْمَوْتِ، وَهُوَ ظَاهِرٌ، وَإِلَى مَا بَعْدَ الطَّلَاقِ الْبَائِنِ لِحُرْمَةِ الْوِطْءِ وَكَذَلِكَ بَعْدَ الطَّلَاقِ الرَّجْعِيِّ لِمَا أَنَّهُ يَصِيرُ مُرَاجِعًا بِالشَّكِّ، لِأَنَّهَا إِذَا جَاءَتْ بِهِ لِأَقْلٍ مِنْ سَتَيْنِ احْتِمَلُ أَنْ يَكُونَ مَوْجُودًا عِنْدَ الطَّلَاقِ فَلَا حَاجَةَ إِلَى إِبْتِائِ الرِّجْعَةِ لِثُبُوتِ النَّسَبِ، وَاحْتِمَلُ أَنْ لَا يَكُونَ فَيَحْتَاجُ إِلَى إِبْتَائِهَا لِثُبُوتِ النَّسَبِ، وَإِذَا تَعْدَرُ إِضَافَتُهُ إِلَى مَا بَعْدَ ذَلِكَ أُسْنِدَ إِلَى حَالَةِ النِّكَاحِ فَكَانَ الْوَلَدُ مَوْجُودًا عِنْدَ الْإِعْتَاقِ فَعَتَقَ مَقْصُودًا، وَمَنْ عَتَقَ مَقْصُودًا لَا يَنْتَقِلُ وَلَاؤُهُ كَمَا تَقَدَّمَ، وَيَتَبَيَّنُ مِنْ هَذَا أَنَّهَا إِذَا جَاءَتْ بِهِ لِأَقْلٍ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ كَانَ الْحُكْمُ كَذَلِكَ بِطَرِيقِ الْأَوَّلَى الْمُتَقَيَّنِ بِوُجُودِ الْوَلَدِ عِنْدَ الْمَوْتِ وَالطَّلَاقِ.

وَأَمَّا إِذَا جَاءَتْ بِهِ لِأَكْثَرِ مِنْ سَتَيْنِ فَالْحُكْمُ فِيهِ يَخْتَلِفُ بِالطَّلَاقِ الْبَائِنِ وَالرَّجْعِيِّ، فَفِي الْبَائِنِ مِثْلُ مَا كَانَ، وَأَمَّا فِي الرَّجْعِيِّ فَوَلَاءُ الْوَلَدِ لِمَوَالِي الْأَبِ لِتَقَيُّنَا بِمُرَاجَعَتِهِ. وَذَكَرَ لَفْظَ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ لِاشْتِمَالِهِ عَلَى بَيَانِ الْعَقْلِ وَبَيِّنَ الْفَرْقَ بَيْنَهُ وَبَيَّنَ وَلَدَ الْمُلَاعَنَةِ وَكَلَامُهُ فِيهِ وَاضِحٌ.

قَالَ (وَمَنْ تَزَوَّجَ مِنَ الْعَجَمِ بِمُعْتَقَةٍ مِنَ الْعَرَبِ فَوَلَدَتْ لَهُ أَوْلَادًا) فَوَلَاءُ أَوْلَادِهَا لِمَوَالِيهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَهُوَ قَوْلُ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: حُكْمُهُ حُكْمُ أَبِيهِ، لِأَنَّ النَّسَبَ إِلَى الْأَبِ كَمَا إِذَا كَانَ الْأَبُ عَرَبِيًّا، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ الْأَبُ عَبْدًا لِأَنَّهُ هَالِكٌ مَعْنَى.

وَلَهُمَا أَنْ وَلَاءَ الْعِتَاقَةِ قَوِيٌّ مُعْتَبَرٌ فِي حَقِّ الْأَحْكَامِ حَتَّى أُعْثِرَتْ الْكَفَاءَةُ فِيهِ، وَالنَّسَبُ فِي حَقِّ الْعَجَمِ ضَعِيفٌ فَإِنَّهُمْ ضَيَّعُوا أَنْسَابَهُمْ وَلِهَذَا لَمْ تُعْتَبَرِ الْكَفَاءَةُ فِيمَا بَيْنَهُمْ بِالنَّسَبِ، وَالْقَوِيُّ لَا يُعَارِضُهُ الضَّعِيفُ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ الْأَبُ عَرَبِيًّا لِأَنَّ أَنْسَابَ الْعَرَبِ قَوِيَّةٌ مُعْتَبَرَةٌ فِي حُكْمِ الْكَفَاءَةِ وَالْعَقْلِ، كَمَا أَنَّ تَنَاصُرَهُمْ بِهَا فَأَغْنَتْ عَنِ الْوَلَاءِ. قَالَ رحمتهما الله الْخِلَافُ فِي مُطْلَقِ الْمُعْتَقَةِ وَالْوَضْعُ فِي مُعْتَقَةِ الْعَرَبِ وَقَعَ اتِّفَاقًا

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ تَزَوَّجَ مِنَ الْعَجَمِ بِمُعْتَقَةٍ مِنَ الْعَرَبِ إلخ) تَزَوَّجَ مُسْلِمٌ مِنَ الْعَجَمِ لَمْ يُعْتَقْ أَحَدٌ مُعْتَقَةُ الْعَرَبِ فَوَلَاءُ أَوْلَادِهَا لِمَوَالِيهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ

وَأُمُورُهُمْ لَهُمْ لَا لِذَوِي أَرْحَامِهِ، حَتَّىٰ لَوْ تَرَكَ هَذَا الْوَلَدُ عَمَّةً أَوْ خَالََةً لَمْ يَكُنْ لَهُمَا شَيْءٌ فِي وُجُودِ مُعْتَقِ الْأُمِّ وَعَصِيَّتِهِ. وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ حُكْمُهُ حُكْمُ أَبِيهِ فَلَا يَكُونُ عَلَيْهِ وَلَاءٌ عِتَاقَةً وَإِنَّمَا يُورَثُ مَا لَهُ بَيْنَ ذَوِي أَرْحَامِهِ، كَمَا إِذَا كَانَ الْأَبُ عَرِيًّا وَالْأُمُّ مُعْتَقَةً فَإِنَّهُ لَا يَكُونُ وَلَاؤُهُ لِمَوَالِي أُمِّهِ لِأَنَّ النَّسَبَ إِلَى الْآبَاءِ. فَإِنْ قِيلَ: لَمَّا كَانَ النَّسَبُ إِلَى الْآبَاءِ وَجَبَ أَنْ يَسْتَوِيَ الْأَبُ الْحُرُّ وَالْعَبْدُ وَلَيْسَ كَذَلِكَ.

أَجَابَ بِأَنَّ الْعَبْدَ هَالِكٌ مَعْنَى لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ شَيْئًا وَلِأَنَّهُ أَثَرُ الْكُفْرِ وَالْكَفَرُ مَوْتُ حُكْمِيٌّ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿أَوْ مِنْ كَانَ مِيتًا فَأَحْيَيْنَاهُ﴾ [الأنعام: ١٢٢] فَصَارَ حَالُ هَذَا الْوَلَدِ فِي الْحُكْمِ حَالُ مَنْ لَا أَبَ لَهُ فَيَنْسَبُ إِلَى مَوَالِي الْأُمِّ، وَهَذَا الْمَعْنَى مَعْدُومٌ إِذَا كَانَ الْأَبُ حُرًّا لِأَنَّ الْحُرِّيَّةَ حَيَاةً بِاعْتِبَارِ صِفَةِ الْمَالِكِيَّةِ، وَالْعَرَبُ وَالْعَجَمُ فِيهِ سَوَاءٌ. وَوَجْهُ قَوْلِهِمَا مَا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ، وَمَعْنَى قَوْلِهِ حَتَّىٰ أُعْتَبِرَتِ الْكَفَاءَةُ فِيهِ أَنَّ النَّاسَ يَتَفَاخَرُونَ بِالْعِتَاقَةِ وَيَعْتَبِرُونَ فِي الْكَفَاءَةِ، فَمَنْ لَهُ أَبٌ وَاحِدٌ فِي الْحُرِّيَّةِ لَا يَكُونُ كُفُوًا لِمَنْ لَهُ أَبَوَانِ فِيهَا، وَالنَّسَبُ لَيْسَ كَذَلِكَ فَإِنَّ الْعَجَمَ قَبْلَ الْإِسْلَامِ لَمْ يَعْتَبِرُوا ذَلِكَ وَكَانَ تَفَاخُرُهُمْ بَعِمَارَةِ الدُّنْيَا حَتَّىٰ جَعَلُوا مَنْ لَهُ أَبٌ وَاحِدٌ فِي الْإِمَارَةِ كُفُوًا لِمَنْ لَهُ أَبَوَانِ فِي ذَلِكَ، قَالَ الْمُصَنِّفُ رَحِمَهُ اللَّهُ (الْخِلَافُ فِي مُطْلَقِ الْمُعْتَقَةِ) وَإِنَّمَا قَالَ ذَلِكَ لِأَنَّ مُحَمَّدًا رَحِمَهُ اللَّهُ ذَكَرَ الْمُعْتَقَةَ مُطْلَقًا، حَتَّىٰ لَوْ تَزَوَّجَ بِمُعْتَقَةٍ غَيْرِ الْعَرَبِيِّ كَانَ كَذَلِكَ، فَكَانَ وَضْعُ الْقُدُورِيِّ فِي مُعْتَقَةِ الْعَرَبِ اتِّفَاقِيًّا.

(وَفِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ: نَبَطِيٌّ كَافِرٌ تَزَوَّجَ بِمُعْتَقَةٍ كَافِرَةٍ ثُمَّ أَسْلَمَ النَّبَطِيُّ وَوَالَى رَجُلًا ثُمَّ وَلَدَتْ أَوْلَادًا. قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٌ: مَوَالِيهِمْ مَوَالِي أُمِّهِمْ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: مَوَالِيهِمْ مَوَالِي أَبِيهِمْ) لِأَنَّ الْوَلَاءَ وَإِنْ كَانَ أَوْعَفَ فَهُوَ مِنْ جَانِبِ الْأَبِ فَصَارَ كَالْمَوْلُودِ بَيْنَ وَاحِدٍ مِنَ الْمَوَالِي وَبَيْنَ الْعَرِيَّةِ. وَلَهُمَا أَنْ وَلَاءَ الْمَوَالَاةِ أَوْعَفُ حَتَّىٰ يَقْبَلَ الْفَسْحُ، وَوَلَاءُ الْعِتَاقَةِ لَا يَقْبَلُهُ، وَالضَّعِيفُ لَا يَظْهَرُ فِي مُقَابَلَةِ الْقَوِيِّ، وَإِنْ كَانَ الْأَبَوَانِ مُعْتَقَيْنِ فَالنَّسَبُ إِلَى قَوْمِ الْأَبِ لِأَنَّهُمَا اسْتَوَيَا، وَالتَّرْجِيحُ لِجَانِبِهِ لَشَبَهِهِ بِالنَّسَبِ أَوْ لِأَنَّ النُّصْرَةَ بِهِ أَكْثَرُ.

الشرح:

وَذَكَرَ لَفْظَ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ لِبَيَانِ أَنْ مُحَمَّدًا رَحِمَهُ اللَّهُ ذَكَرَ الْمُعْتَقَةَ مُطْلَقًا وَلَا شَتْمَالَهُ عَلَى وَلَائِ الْمَوَالَةِ، وَذَلِكَ وَاضِحٌ فِي الْكِتَابِ. (قَوْلُهُ كَالْمَوْلُودِ بَيْنَ وَاحِدٍ مِنَ الْمَوَالِي) يَعْنِي الْعَجَمَ، فَإِنَّ الْعَجَمِيَّ إِذَا تَزَوَّجَ بَعْرِيَّةً فَوَلَدَتْ أَوْلَادًا فَإِلَيْهَا تُنْسَبُ إِلَى قَوْمِ أَبِيهِمْ، فَكَذَا إِذَا كَانَتْ مُعْتَقَةً لَأَنَّ النِّسْبَةَ إِلَى الْأُمِّ ضَعِيفَةٌ. وَقَوْلُهُ (وَإِنْ كَانَ الْأَبُ وَابْنُ) أَيْ الْوَالِدَانِ (مُعْتَقَيْنِ) رَاجِعٌ إِلَى أَوَّلِ الْخِلَافِ: يَعْنِي إِنْ كَانَتْ الْأُمُّ مُعْتَقَةً وَالْأَبُ وَابْنُ رَجُلًا فَفِيهِ الْخِلَافُ. وَأَمَّا إِذَا كَانَ الْوَالِدَانِ مُعْتَقَيْنِ (فَ) قَدْ أَجْمَعُوا أَنَّ (النِّسْبَ) إِلَى قَوْمِ الْأَبِ لَا سِتْوَاهُمَا وَالتَّرْجِيحُ لِحَاثِهِ لَشَبْهِهِ (بِالنِّسْبِ) قَالَ ﷺ «الْوَلَاءُ لِحُمَةِ كُلِّ حِمَّةٍ النَّسَبُ» وَفِي حَقِيقَةِ النَّسَبِ يُضَافُ الْوَلَدُ إِلَى الْأَبِ فِي الشَّرَفِ وَالِدْنَاءَةِ، فَكَذَلِكَ فِي الْوَلَاءِ، وَلِأَنَّ النُّصْرَةَ بِهِ: أَيْ بِالْأَبِ أَكْثَرُ.

قَالَ (وَوَلَاءُ الْعَتَاقَةِ تَعْصِيبٌ وَهُوَ أَحَقُّ بِالْمِيرَاثِ مِنَ الْعَمَّةِ وَالْخَالَةِ) «لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لِلَّذِي اشْتَرَى عَبْدًا فَأَعْتَقَهُ: هُوَ أَخُوكَ وَمَوْلَاكَ، إِنْ شَكَرَكَ فَهُوَ خَيْرٌ لَهُ وَشَرٌّ لَكَ، وَإِنْ كَفَرَكَ فَهُوَ خَيْرٌ لَكَ وَشَرٌّ لَهُ، وَلَوْ مَاتَ وَلَمْ يَتْرِكْ وَارِثًا كُنْتَ أَنْتَ عَصَبَتُهُ»^(١) «وَوَرِثَ ابْنَتَ حِمْرَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا عَلَى سَبِيلِ الْعُصُوبَةِ مَعَ قِيَامِ وَارِثٍ»^(٢) وَإِذَا كَانَ عَصَبَتُهُ تَقْدَمُ عَلَى ذَوِي الْأَرْحَامِ وَهُوَ الْمَرْوِيُّ عَنْ عَلِيٍّ ﷺ (فَإِنْ كَانَ لِلْمُعْتَقِ عَصَبَةٌ مِنَ النَّسَبِ فَهُوَ أَوْلَى مِنَ الْمُعْتَقِ)، لِأَنَّ الْمُعْتَقَ أَخْرَجَ الْعَصَبَاتِ، وَهَذَا لِأَنَّ قَوْلَهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «وَلَمْ يَتْرِكْ وَارِثًا» قَالُوا: الْمُرَادُ مِنْهُ وَارِثٌ هُوَ عَصَبَتُهُ بِدَلِيلِ الْحَدِيثِ الثَّانِي فَتَأَخَّرَ عَنِ الْعَصَبَةِ ذُوِي الْأَرْحَامِ.

الشرح:

قَالَ (وَوَلَاءُ الْعَتَاقَةِ تَعْصِيبٌ) التَّعْصِيبُ هُوَ جَعْلُ الْإِنْسَانِ عَصَبَةً، وَمِنْهُ قَوْلُهُمُ الذَّكَرُ يُعَصَّبُ الْأُنْثَى (وَهُوَ) أَيْ مَوْلَى الْعَتَاقَةِ (أَحَقُّ بِالْمِيرَاثِ مِنَ الْعَمَّةِ وَالْخَالَةِ) لِقَوْلِهِ ﷺ لِلَّذِي اشْتَرَى عَبْدًا فَأَعْتَقَهُ «هُوَ أَخُوكَ وَمَوْلَاكَ، إِنْ شَكَرَكَ فَهُوَ خَيْرٌ لَهُ وَشَرٌّ لَكَ، وَإِنْ كَفَرَكَ فَهُوَ خَيْرٌ لَكَ وَشَرٌّ لَهُ، وَلَوْ مَاتَ وَلَمْ يَتْرِكْ وَارِثًا كُنْتَ أَنْتَ عَصَبَتُهُ» قَوْلُهُ

(١) أخرجه الدارمي في الفرائض باب ٣١، وانظر نصب الراية (٤/٣٧٣).

(٢) سبق تخريجه.

هُوَ أَخْوَكُ: يَعْنِي فِي الدِّينِ، وَقَوْلُهُ إِنَّ شَكَرَكَ: يَعْنِي إِنَّ شَكَرَكَ بِالْمَجَازَةِ عَلَى صَنِيعِكَ فَهُوَ خَيْرٌ لَهُ لِأَنَّهُ اتَّذَبَّ إِلَى مَا تُدَبُّ إِلَيْهِ، وَشَرُّكَ لَكَ لِأَنَّهُ أَوْصَلَ إِلَيْكَ بَعْضَ الثَّوَابِ فِي الدُّنْيَا فَتَنْقُصُ بِقَدْرِهِ مِنْ ثَوَابِ الْآخِرَةِ، وَإِنْ كَفَرَكَ فَهُوَ خَيْرٌ لَكَ لِأَنَّهُ يَبْقَى لَكَ ثَوَابُ الْعَمَلِ كُلِّهِ فِي الْآخِرَةِ، وَشَرُّهُ لَكَ لِأَنَّهُ كَفَرَ النِّعْمَةَ.

وقوله كُنْتُ أَنْتَ عَصَبَتُهُ يَذُلُّ عَلَى أَنَّ الْمُرَادَ وَلَمْ يَتْرُكْ عَصَبَةً حَيْثُ لَمْ يَقُلْ كُنْتُ وَارِثُهُ (وَوَرَّثَ النَّبِيُّ ﷺ ابْنَةَ حَمْزَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا عَلَى سَبِيلِ الْعُصْبَةِ مَعَ قِيَامِ وَارِثٍ) هِيَ بِنْتُ الْمَيْتِ، وَذَلِكَ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَعْطَى بِنْتَ الْمَيْتِ النِّصْفَ وَالْبَاقِيَّ لِبِنْتِ حَمْزَةَ، وَالْعَصْبَةُ هُوَ الَّذِي يَأْخُذُ مَا أَبْقَتْهُ الْفَرَائِضُ (وَإِذَا كَانَ عَصْبَةً تُقَدَّمُ عَلَى ذَوِي الْأَرْحَامِ وَهُوَ الْمَرْوِيُّ عَنْ عَلِيٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ).

قَالَ (فَإِنْ كَانَ لِلْمُعْتَقِ عَصْبَةٌ مِنَ النَّسَبِ فَهُوَ أَوْلَى) لَمَّا ذَكَرْنَا (وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ عَصْبَةٌ مِنَ النَّسَبِ فَمِيرَاثُهُ لِلْمُعْتَقِ) تَأْوِيلُهُ إِذَا لَمْ يَكُنْ هُنَاكَ صَاحِبُ فَرَضٍ ذُو حَالٍ، أَمَّا إِذَا كَانَ فَلَهُ الْبَاقِي بَعْدَ فَرَضٍ لِأَنَّهُ عَصْبَةٌ عَلَى مَا رَوَيْنَا، وَهَذَا لِأَنَّ الْعَصْبَةَ مَنْ يَكُونُ التَّنَاصُرُ بِهِ لِبَيْتِ النَّسَبِ وَبِالْمَوَالِي الْإِنْتِصَارُ عَلَى مَا مَرَّ وَالْعَصْبَةُ تَأْخُذُ مَا بَقِيَ

الشرح:

(فَإِنْ كَانَ لِلْمُعْتَقِ عَصْبَةٌ مِنَ النَّسَبِ فَهُوَ أَوْلَى) لِأَنَّ الْعِتْقَ آخِرُ الْعَصَبَاتِ عَلَى مَا قَالُوا إِنَّ الْمُرَادَ بِقَوْلِهِ وَلَمْ يَتْرُكْ عَصْبَةً وَارِثُ عَصْبَةٍ اسْتِدْلَالًا بِإِشَارَةِ الْحَدِيثِ كَمَا قُلْنَا فِي بَيَانِ قَوْلِهِ كُنْتُ أَنْتَ عَصَبَتُهُ، وَبِالْحَدِيثِ الثَّانِي: أَيُّ بِحَدِيثِ بِنْتِ حَمْزَةَ فَتَأَخَّرَ عَنْ الْعَصْبَةِ ذُو ذَوِي الْأَرْحَامِ (وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ) أَيُّ لِلْمُعْتَقِ (عَصْبَةٌ مِنَ النَّسَبِ فَمِيرَاثُهُ لِلْمُعْتَقِ، تَأْوِيلُهُ) أَيُّ تَأْوِيلُ قَوْلِ الْقُدُورِيِّ (إِذَا لَمْ يَكُنْ هُنَاكَ صَاحِبُ فَرَضٍ ذُو حَالٍ، أَمَّا إِذَا كَانَ فَلَهُ الْبَاقِي بَعْدَ فَرَضِهِ) وَذَكَرُوا لِهَذِهِ الْجُمْلَةِ تَأْوِيلَيْنِ: أَحَدُهُمَا أَنَّ مَعْنَى قَوْلِهِ فَرَضٍ ذُو حَالٍ سِوَى حَالِ الْفَرَضِ كَالْأَبِ وَالْجَدِّ فَإِنَّ لَهُمَا حَالًا سِوَى حَالِ الْفَرَضِ وَهِيَ الْعُصْبَةُ، أَمَّا إِذَا كَانَ فَلَهُ: أَيُّ فَلَمَثَلْ هَذَا الْوَارِثِ الْبَاقِي بِالْعُصْبَةِ وَلَيْسَ لِلْمُعْتَقِ شَيْءٌ. وَالثَّانِي أَنَّ مَعْنَاهُ ذُو حَالٍ وَاحِدٍ كَالْبِنْتِ، أَمَّا إِذَا كَانَ مِثْلَ ذَلِكَ فَلِلْمُعْتَقِ الْبَاقِي بَعْدَ فَرَضِ ذَلِكَ الْوَارِثِ.

قَالَ صَاحِبُ النَّهَائَةِ: وَالثَّانِي أَوْجَهُ لِأَنَّهُ عَلَّلَ قَوْلَهُ فَلَهُ الْبَاقِي بَعْدَ فَرَضِهِ بِقَوْلِهِ

(لأنَّه عَصَبَةٌ عَلَى مَا رَوَيْنَا) وَهُوَ إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ وَلَوْ مَاتَ وَلَمْ يَتْرُكْ وَإِرْنَا كُنْتَ أَنْتَ عَصَبَتَهُ وَهُوَ وَأَصْحٌ. وَقَوْلُهُ (وَهَذَا) إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ لِأَنَّهُ عَصَبَةٌ: يَعْنِي إِنْمَا كَانَ عَصَبَةٌ (لأنَّ العَصَبَةَ مَنْ يَكُونُ التَّنَاصُرُ بِهِ لِبَيْتِ النَّسَبَةِ) أَيِ الْقَبِيلَةِ.

وَتَقْرِيرُهُ الْعَصَبَةَ مَنْ يَكُونُ انْتِصَارُ الْقَبِيلَةِ بِهِ، وَبِالْمَوْلَى يَكُونُ الْاِنتِصَارُ عَلَى مَا مَرَّ فِي أَوَّلِ كِتَابِ الْوَلَاءِ. وَهُوَ قَوْلُهُ وَكَانَتْ الْعَرَبُ تَتَنَاصَرُ بِأَشْيَاءَ، وَقَرَّرَ النَّبِيُّ ﷺ تَنَاصُرَهُمْ بِالْوَلَاءِ بِنَوْعِهِ. وَقَوْلُهُ (وَالْعَصَبَةُ تَأْخُذُ مَا بَقِيَ) تَمَامُ الدَّلِيلِ. وَتَقْرِيرُهُ فَلَهُ الْبَاقِي لِأَنَّهُ عَصَبَةٌ وَالْعَصَبَةُ تَأْخُذُ الْبَاقِيَ (فَإِنْ مَاتَ الْمَوْلَى ثُمَّ مَاتَ الْمُعْتَقُ فَمِيرَاثُهُ لِبَنِي الْمَوْلَى دُونَ بَنَاتِهِ) لَمَّا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ وَقَوْلُهُ (قَدْ مَنَّاها) إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ فَإِنْ وَلَدَتْ بَعْدَ عَتَقِهَا لِأَكْثَرِ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ، إِلَى أَنْ قَالَ: جَرَّ الْأَبُ وَلَاءَ ابْنِهِ، وَقَدْ ذَكَرَ جَرَّ الْمُعْتَقِ وَمُعْتَقِ الْمُعْتَقِ فِي النِّهَايَةِ نَاقِلًا عَنِ الذَّحِيرَةِ فَلْيُطْلَبْ ثَمَّةُ.

(فَإِنْ مَاتَ الْمَوْلَى ثُمَّ مَاتَ الْمُعْتَقُ فَمِيرَاثُهُ لِبَنِي الْمَوْلَى دُونَ بَنَاتِهِ)، وَ«لَيْسَ لِلنِّسَاءِ مِنَ الْوَلَاءِ إِلَّا مَا أَعْتَقْنَ أَوْ أَعْتَقَ مَنْ أَعْتَقْنَ أَوْ كَاتِبِينَ أَوْ كَاتِبَ مِنْ كَاتِبِينَ، بِهَذَا اللَّفْظِ وَرَدَ الْحَدِيثُ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ وَفِي آخِرِهِ: «أَوْ جَرَّ وَلَاءَ مُعْتَقَتَيْنِ»^(١) وَصُورَةُ الْجَرِّ قَدْ مَنَّاها، وَلَأنَّ ثُبُوتَ الْمَالِكِيَّةِ وَالْقُوَّةِ فِي الْعِتْقِ مِنْ جِهَتِهَا فَيُنْسَبُ بِالْوَلَاءِ إِلَيْهَا وَيُنْسَبُ إِلَيْهَا مَنْ يُنْسَبُ إِلَى مَوْلَاهَا، بِخِلَافِ النَّسَبِ لِأَنَّ سَبَبَ النَّسَبِ فِيهِ الْفِرَاشُ، وَصَاحِبُ الْفِرَاشِ إِنْمَا هُوَ الزَّوْجُ، وَالْمَرْأَةُ مَمْلُوكَةٌ لَا مَالِكَةَ، وَلَيْسَ حُكْمُ مِيرَاثِ الْمُعْتَقِ مَقْصُورًا عَلَى بَنِي الْمَوْلَى بَلْ هُوَ لِعَصَبَتِهِ الْأَقْرَبُ فَالْأَقْرَبُ، لِأَنَّ الْوَلَاءَ لَا يُورَثُ وَيَخْلُفُهُ فِيهِ مَنْ تَكُونُ النُّصْرَةُ بِهِ، حَتَّى لَوْ تَرَكَ الْمَوْلَى أَبَا وَابْنًا فَالْوَلَاءُ لِلابْنِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ لِأَنَّهُ أَقْرَبُهُمَا عُصُوبَةً، وَكَذَلِكَ الْوَلَاءُ لِلجَدِّ دُونَ الْأَخِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ لِأَنَّهُ أَقْرَبُ فِي الْعُصُوبَةِ عِنْدَهُ. وَكَذَا الْوَلَاءُ لِابْنِ الْمُعْتَقَةِ حَتَّى يَرِثَهُ دُونَ أَخِيهَا لَمَّا ذَكَرْنَا، إِلَّا أَنْ عَقَلَ جِنَايَةَ الْمُعْتَقِ عَلَى أَخِيهَا لِأَنَّهُ مِنْ قَوْمِ أَبِيهَا وَجِنَايَتُهُ كَجِنَايَتِهَا

الشرح:

(قَوْلُهُ وَلَأنَّ ثُبُوتَ الْمَالِكِيَّةِ إلخ) دَلِيلٌ مَعْقُولٌ عَلَى ثُبُوتِ الْوَلَاءِ مِنْ أَعْتَقَ أَوْ

(١) أخرجه البيهقي في الكبرى (١٠/٥١٥)، وانظر نصب الراية (٤/٣٧٣).

أَعْتَقَ مَنْ أَعْتَقَن. وَتَقْرِيرُهُ ثُبُوتُ الْمَالِكِيَّةِ وَالْقُوَّةِ فِي الْمُعْتَقِ مِنْ جِهَةِ الْمُعْتَقَةِ وَهُوَ ظَاهِرٌ، وَكُلُّ مَنْ ثَبَتَ مِنْ جِهَتِهِ شَيْءٌ يُنْسَبُ إِلَيْهِ لِأَنَّهُ عَلَيْهِ إِذْ ذَاكَ فَثُبُوتُ الْمَالِكِيَّةِ يُنْسَبُ إِلَيْهَا بِالْوَلَاءِ وَيُنْسَبُ إِلَيْهَا مَنْ يُنْسَبُ إِلَى مَوْلَاهَا، لِأَنَّ مُعْتَقَ الْمُعْتَقِ يُنْسَبُ إِلَى مُعْتَقِهِ بِالْوَلَاءِ، وَفِي ذَلِكَ لَا فَرْقَ بَيْنَ الرَّجُلِ وَالْمَرْأَةِ. بِخِلَافِ النَّسَبِ فَإِنَّهُ لَا يَثْبُتُ إِلَّا مِنَ الْآبَاءِ، لِأَنَّ سَبَبَ النَّسَبِ فِيهِ الْفِرَاشُ، وَالْفِرَاشُ إِنَّمَا هُوَ لِلزَّوْجِ لِأَنَّهُ الْمَالِكُ وَالْمَرْأَةُ مَمْلُوكَةٌ، وَلَيْسَ حُكْمُ مِيرَاثِ الْمُعْتَقِ مَقْصُورًا عَلَى بَنِي الْمَوْلَى بَلْ هُوَ لِعَصْبَتِهِ الْأَقْرَبِ فَالْأَقْرَبُ. لِأَنَّ الْوَلَاءَ لَا يُوْرَثُ حَتَّى يَكُونَ لِأَصْحَابِ الْفُرُوضِ مِنْهُ نَصِيبٌ، وَإِنَّمَا الْوَلَاءُ بِاعْتِبَارِ النَّصْرَةِ فَيُخْلَفُهُ فِيهِ مَنْ تَكُونُ بِهِ النَّصْرَةُ، وَالنَّصْرَةُ بِالذَّكُورِ دُونَ الْإِنَاثِ، حَتَّى لَوْ تَرَكَ الْمَوْلَى أَبَا وَابْنًا فَالْوَلَاءُ لِلابْنِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ.

وَصُورَتُهُ: امْرَأَةٌ أَعْتَقَتْ عَبْدًا ثُمَّ مَاتَتْ عَنْ ابْنٍ وَأَبٍ ثُمَّ مَاتَ الْعَبْدُ فَمِيرَاثُهُ لِلابْنِ خَاصَّةً عِنْدَهُمَا، وَهُوَ قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ أَوَّلًا، ثُمَّ رَاجَعَ فَقَالَ: لِأَيِّهَا السُّلُسُ وَالْبَاقِي لِلابْنِ. لِأَنَّ الْأَبَوَةَ تُسْتَحَقُّ بِهَا كَالْبَنُوَّةِ، لِأَنَّ الْوَلَاءَ يُسْتَحَقُّ بِالْعَصُوبَةِ وَالْأَبُ عَصَبَةٌ عِنْدَ عَدَمِ الْابْنِ، وَوُجُودُ الْابْنِ لَا يُوجِبُ حِرْمَانَ الْأَبِ وَلِهَذَا لَمْ يَصِرْ مَخْرُومًا عِنْدَ مِيرَاثِهَا فَكَذَا عَنْ مِيرَاثِ مُعْتَقِهَا. وَهُمَا أَنَّ أَقْرَبَ الْعَصَبَاتِ يَقُومُ مَقَامَ الْمُعْتَقِ بَعْدَ مَوْتِهِ فِي مِيرَاثِ الْمُعْتَقِ وَالْابْنُ هُوَ الْعَصَبَةُ دُونَ الْأَبِ، وَاسْتِحْقَاقُ الْأَبِ السُّلُسُ مِنْهَا بِالْفَرِيضَةِ دُونَ الْعَصُوبَةِ وَكَذَا لَوْ تَرَكَ جَدُّ مَوْلَاهُ أَبَا أَبِيهِ وَأَخَاهُ لِأَبٍ وَأُمٍّ أَوْ لِأَبٍ كَانَ مِيرَاثُهُ لِلجَدِّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رحمهم الله لِأَنَّهُ لَا يُوْرَثُ الْإِخْوَةُ وَالْأَخَوَاتُ، فَالْجَدُّ عِنْدَهُ أَقْرَبُ فِي الْعَصُوبَةِ.

وَلَوْ أَنَّ امْرَأَةً أَعْتَقَتْ عَبْدًا ثُمَّ مَاتَتْ وَتَرَكَتْ ابْنَهَا وَأَخَاهَا ثُمَّ مَاتَ الْعَبْدُ وَلَا وَارِثَ لَهُ غَيْرُهُمَا فَلِمِيرَاثُ لَابْنِهَا دُونَ أَخِيهَا لَمَّا ذَكَرْنَا أَنَّ الْابْنَ أَقْرَبُ فِي الْعَصُوبَةِ إِلَّا أَنَّ عَقْلَ جَنَائَةِ الْمُعْتَقِ عَلَى أَخِيهَا لِأَنَّهُ مِنْ قَوْمِ أَبِيهَا وَجَنَائَتُهُ كَجَنَائَتِهَا وَجَنَائَتُهَا عَلَى قَوْمِ أَبِيهَا فَكَذَلِكَ جَنَائَةُ مُعْتَقِهَا وَابْنِهَا لَيْسَ مِنْ قَوْمِ أَبِيهَا.

(وَلَوْ تَرَكَ الْمَوْلَى ابْنًا وَأَوْلَادَ ابْنِ آخَرَ) مَعْنَاهُ بَنِي ابْنِ آخَرَ (فَمِيرَاثُ الْمُعْتَقِ لِلابْنِ دُونَ بَنِي الْابْنِ لِأَنَّ الْوَلَاءَ لِلْكَبِيرِ) هُوَ الْمَرْوِيُّ عَنْ عِدَّةٍ مِنَ الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ مِنْهُمْ عُمَرُ وَعَلِيٌّ وَابْنُ مَسْعُودٍ وَغَيْرُهُمْ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ أَجْمَعِينَ، وَمَعْنَاهُ الْقَرِيبُ عَلَى مَا قَالُوا، وَالصُّلْبِيُّ أَقْرَبُ.

الشرح:

وَلَوْ تَرَكَ الْمَوْلَى ابْنًا وَبَنِي ابْنٍ آخَرَ فَمِيرَاثُ الْمُعْتَقِ لِلابْنِ دُونَ بَنِي ابْنِهِ، لِأَنَّ الْوَلَاءَ لِلْكَبِيرِ هُوَ الْمَرْوِيُّ عَنْ عِدَّةٍ مِنَ الصَّحَابَةِ عُمَرُ وَعَلِيٌّ وَابْنُ مَسْعُودٍ وَغَيْرُهُمْ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ وَمَعْنَى الْكَبِيرِ الْقُرْبُ فِي الْعَصُوبَةِ لَا فِي السِّنِّ عَلَى مَا قَالُوا، أَلَا تَرَى أَنَّ الْمُعْتَقَ إِذَا مَاتَ وَتَرَكَ ابْنَيْنِ صَغِيرًا وَكَبِيرًا ثُمَّ مَاتَ الْمُعْتَقُ فَالْوَلَاءُ بَيْنَهُمَا نَصْفَيْنِ لَأَسْوَأَهُمَا فِي الْقُرْبِ إِلَى الْمَيِّتِ مِنْ حَيْثُ النَّسَبُ وَالصُّلْبِيُّ أَقْرَبُ فَيَسْتَحِقُّ الْجَمِيعَ.

فصل في ولاء الموالاة

قَالَ (وَإِذَا أَسْلَمَ رَجُلٌ عَلَى يَدِ رَجُلٍ وَوَالَاهُ عَلَى أَنْ يَرِيثَهُ وَيَعْقِلَ عَنْهُ أَوْ أَسْلَمَ عَلَى يَدِ غَيْرِهِ وَوَالَاهُ فَالْوَلَاءُ صَحِيحٌ وَعَقْلُهُ عَلَى مَوْلَاهُ، فَإِنْ مَاتَ وَلَا وَارِثَ لَهُ غَيْرُهُ فَمِيرَاثُهُ لِلْمَوْلَى) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: الْمُوَالَاةُ لَيْسَ بِشَيْءٍ لِأَنَّ فِيهِ إِبْطَالُ حَقِّ بَيْتِ الْمَالِ وَلِهَذَا لَا يَصِحُّ فِي حَقِّ وَارِثٍ آخَرَ وَلِهَذَا لَا يَصِحُّ عِنْدَهُ الْوَصِيَّةُ بِجَمِيعِ الْمَالِ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لِلْمُوصِي وَارِثٌ لِحَقِّ بَيْتِ الْمَالِ وَإِنَّمَا يَصِحُّ فِي الثُّلُثِ. وَلَنَا قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿وَالَّذِينَ عَقَدَتْ أَيْمَنُكُمْ فَأَتَوْهُمْ نَصِيحُهُمْ﴾ [النساء: ١٣٣] وَالْآيَةُ فِي الْمُوَالَاةِ. «وَسُئِلَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنْ رَجُلٍ أَسْلَمَ عَلَى يَدِ رَجُلٍ آخَرَ وَوَالَاهُ فَقَالَ: هُوَ أَحَقُّ النَّاسِ بِهِ مَحْيَاهُ وَمَمَاتُهُ» ^(١) وَهَذَا يُشِيرُ إِلَى الْعَقْلِ وَالْإِرْثِ فِي الْحَالَتَيْنِ هَاتَيْنِ، وَلَأَنَّ مَالَهُ حَقُّهُ فَيَصْرِفُهُ إِلَى حَيْثُ شَاءَ، وَالصَّرْفُ إِلَى بَيْتِ الْمَالِ ضَرُورَةٌ عَدَمِ الْمُسْتَحَقِّ لَا أَنَّهُ مُسْتَحَقٌّ.

الشرح:

(فَصْلٌ فِي وِلَاءِ الْمُوَالَاةِ): أَخَّرَ وِلَاءَ الْمُوَالَاةِ عَنْ وِلَاءِ الْعَتَاةِ لِأَنَّ وِلَاءَ الْعَتَاةِ لِكُونِهِ غَيْرَ قَابِلٍ لِلتَّحْوِيلِ كَانَ أَقْوَى، بِخِلَافِ وِلَاءِ الْمُوَالَاةِ فَإِنَّ لِلْمَوْلَى فِيهِ أَنْ يَنْتَقِلَ قَبْلَ الْعَقْلِ، وَمَعْنَى الْوَلَاءِ قَدْ تَقَدَّمَ لَعْنَةً وَاصْطِلَاحًا. وَصُورَةُ هَذَا الْوَلَاءِ أَنْ يَتَقَدَّمَ رَجُلٌ وَيُسَلِّمُ عَلَى يَدَيِ رَجُلٍ وَيَقُولُ لَهُ أَوْ لغيرِهِ وَالْيَتُّكَ عَلَى أَنِّي إِنْ مِتَّ فَمِيرَاثِي لَكَ، وَإِذَا جَنَيْتَ فَعَقْلِي عَلَيْكَ وَعَلَى عَاقِلَتِكَ وَقَبْلَ الْآخَرِ مِنْهُ.

وَلَهُ ثَلَاثُ شَرَايِطَ: إِحْدَاهَا أَنْ يَكُونَ مَجْهُولُ النَّسَبِ بِأَنْ لَا يُنْسَبَ إِلَى غَيْرِهِ،

(١) أخرجه أبو داود (٢٩١٨)، والترمذي في الفرائض باب ٢٠، والنسائي في الكبرى (٦٤١١)،

٦٤١٢، (٦٤١٣)، وابن ماجه (٢٧٥٢)، وانظر نصب الراية (٣٧٥/٤).

وَأَمَّا نِسْبَةُ غَيْرِهِ إِلَيْهِ فَعَبْرُ مَا نَعِيَ. وَالثَّانِيَةُ أَنْ لَا يَكُونَ لَهُ وَلَا عَقَاقَةٌ وَلَا وَلَا مَوْلَاةٌ مَعَ أَحَدٍ وَقَدْ عَقَلَ عَنْهُ. وَالثَّلَاثَةُ أَنْ لَا يَكُونَ عَرَبِيًّا. فَإِنْ قِيلَ: مِنْ شَرْطِ الْعَقْدِ عَقْلُ الْأَعْلَى وَحُرِّيَّتُهُ فَإِنَّ مَوْلَاةَ الصَّبِيِّ وَالْعَبْدَ بَاطِلَةٌ فَكَيْفَ جَعَلَ الشَّرَائِطُ ثَلَاثًا؟ أُجِيبَ بِأَنَّ الْمَذْكُورَةَ إِنَّمَا هِيَ الشَّرَائِطُ الْعَامَّةُ الْمُحْتَاجُ إِلَيْهَا فِي كُلِّ وَاحِدَةٍ مِنَ الصُّوَرِ.

وَأَمَّا مَا ذَكَرْتُ فَإِنَّمَا هُوَ نَادِرٌ فَلَمْ يَذْكُرْهُ، وَأَمَّا حُكْمُهُ فَهُوَ وَجُوبُ الْعَقْلِ عَلَى عَاقِلَةِ الْأَعْلَى إِذَا جَنَى الْأُسْفَلَ، وَاسْتِحْقَاقُ مِيرَاثِهِ إِذَا مَاتَ عَنْ غَيْرِ وَارِثٍ، وَكَلَامُهُ فِي الْفَصْلِ وَاضِحٌ لَا يَحْتَاجُ إِلَى تَفْسِيرٍ، خَلَا.

قَالَ (وَإِنْ كَانَ لَهُ وَارِثٌ فَهُوَ أَوْلَى مِنْهُ، وَإِنْ كَانَتْ عَمَّةٌ أَوْ خَالَةٌ أَوْ غَيْرُهُمَا مِنْ ذَوِي الْأَرْحَامِ) لِأَنَّ الْمَوْلَاةَ عَقْدُهُمَا فَلَا يَلْزَمُ غَيْرُهُمَا، وَذُو الرَّحِمِ وَارِثٌ، وَلَا بُدَّ مِنْ شَرْطِ الْإِرْثِ وَالْعَقْلِ كَمَا ذَكَرَ فِي الْكِتَابِ لِأَنَّهُ بِالْإِتِّزَامِ وَهُوَ بِالْشَّرْطِ، وَمِنْ شَرْطِهِ أَنْ لَا يَكُونَ الْمَوْلَى مِنَ الْعَرَبِ لِأَنَّ تَنَاصُرَهُمْ بِالْقَبَائِلِ فَأَغْنَى عَنِ الْمَوْلَاةِ. قَالَ (وَلِلْمَوْلَى أَنْ يَنْتَقِلَ عَنْهُ بَوْلَاةٌ إِلَى غَيْرِهِ مَا لَمْ يَعْقِلْ عَنْهُ) لِأَنَّهُ عَقْدٌ غَيْرُ لَازِمٍ بِمَنْزِلَةِ الْوَصِيَّةِ، وَكَذَا لِلأَعْلَى أَنْ يَتَبَرَّأَ عَنْ وَلَائِهِ لِعَدَمِ الزُّوْمِ، إِلَّا أَنَّهُ يُشْتَرَطُ فِي هَذَا أَنْ يَكُونَ بِمَحْضَرٍ مِنَ الْآخَرِ كَمَا فِي عَزْلِ الْوَكِيلِ قَصْدًا، بِخِلَافِ مَا إِذَا عَقَدَ الْأُسْفَلَ مَعَ غَيْرِهِ بِغَيْرِ مَحْضَرٍ مِنَ الْأَوَّلِ لِأَنَّهُ فَسَخٌ حُكْمِيٌّ بِمَنْزِلَةِ الْعَزْلِ الْحُكْمِيِّ فِي الْوَكَالَةِ.

قَالَ (وَإِذَا عَقَلَ عَنْهُ لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَتَحَوَّلَ بَوْلَاةً إِلَى غَيْرِهِ) لِأَنَّهُ تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّ الْغَيْرِ، وَلِأَنَّهُ قَضَى بِهِ الْقَاضِي، وَلِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ عِوَضٍ نَالَهُ كَالْعِوَضِ فِي الْهَبَةِ، وَكَذَا لَا يَتَحَوَّلُ وَلَدُهُ، وَكَذَا إِذَا عَقَلَ عَنْ وَلَدِهِ لَمْ يَكُنْ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنْ يَتَحَوَّلَ لِأَنَّهُمْ فِي حَقِّ الْوَلَاءِ كَشَخْصٍ وَاحِدٍ.

الشرح:

قَوْلُهُ (وَإِنْ كَانَ لَهُ وَارِثٌ فَهُوَ أَوْلَى مِنْهُ وَإِنْ كَانَ مِنْ ذَوِي الْأَرْحَامِ) فَإِنَّهُ أُوْرَدَ عَلَيْهِ بِأَنَّهُ يَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ الثَّلَاثُ لِلْمَوْلَى كَمَا لَوْ أَوْصَى بِكُلِّ مَالِهِ لِآخَرَ وَلَهُ وَارِثٌ مَعْرُوفٌ. وَأُجِيبَ بِأَنَّهُ جَعَلَهُ بِعَقْدِ الْوَلَاءِ وَارِثًا عَنْهُ، وَفِي سَبَبِ الْوَرَاثَةِ ذُو الْقَرَابَةِ أَرْجَحُ لِأَنَّ الْقَرَابَةَ مُتَّفَقٌ عَلَى بُبُوتِهَا شَرْعًا وَإِنْ اختلفوا فِي كَوْنِهَا سَبَبًا لِلْإِرْثِ، وَعَقْدُ الْوَلَاءِ مُخْتَلَفٌ فِي بُبُوتِهِ شَرْعًا، وَلَا يَظْهَرُ الضَّعِيفُ فِي مُقَابَلَةِ الْقَوِيِّ فَلَا يَظْهَرُ اسْتِحْقَاقُ الْمَوْلَى

مَعَهُ بِهَذَا السَّبَبِ فِي شَيْءٍ مِنَ الْمَالِ، بِخِلَافِ الْوَصِيَّةِ بِالثَّلْثِ فَإِنَّهَا خِلَافُهُ فِي الْمَالِ مَقْصُودًا، فَلَا يُمَكِّنُ جَعْلُ الثَّلْثِ لَهُ إِلَّا بِطَرِيقِ الْوَصِيَّةِ، لِأَنَّهُ مَا أَوْجَبَ لَهُ ذَلِكَ مَقْصُودًا، وَلَا بِطَرِيقِ الْإِرْثِ لَتَرْجُحِ اسْتِحْقَاقِ الْقَرِيبِ عَلَيْهِ.

وَخَلَا قَوْلُهُ (إِلَّا أَنَّهُ يُشْتَرَطُ فِي هَذَا أَنْ يَكُونَ بِمَحْضَرٍ مِنَ الْآخِرِ كَمَا فِي عَزْلِ الْوَكِيلِ) فَإِنَّهُ أَوْرَدَ عَلَيْهِ بِأَنْ سَبَبَ اشْتِرَاطِ حَضْرَةِ الْوَكِيلِ فِي حَقِّ الْعَزْلِ ظَاهِرٌ، وَهُوَ تَضَرُّرُ الْوَكِيلِ بِسَبَبِ الضَّمَانِ عِنْدَ رُجُوعِ الْحُقُوقِ عَلَيْهِ إِذَا كَانَ نَقْدًا مِنْ مَالِ الْمُوَكَّلِ عَلَى مَا مَرَّ فِي الْوَكَالَةِ فَمَا مَعْنَى اشْتِرَاطِ تَوْقُفِ الْفَسْخِ هَاهُنَا عَلَى حَضْرَةِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْأَعْلَى وَالْأَسْفَلِ. وَأُجِيبَ بِأَنْ سَبَبَ الْاِشْتِرَاطِ هَاهُنَا هُوَ السَّبَبُ هُنَالِكَ وَهُوَ دَفْعُ الضَّرَرِ فَإِنَّ الْعَقْدَ كَانَ يَتَّهَمَا، وَفِي تَقَرُّدِ أَحَدِهِمَا إلِزَامُ الْفَسْخِ عَلَى الْآخَرِ بِدُونِ عِلْمِهِ، وَإِلِزَامُ شَيْءٍ عَلَى الْآخَرِ مِنْ غَيْرِ عِلْمِهِ بِهِ نَفْسُهُ ضَرَرٌ لَا مَحَالَةَ، لِأَنَّ فِيهِ جَعْلَ عَقْدِ الرَّجُلِ الْعَاقِلِ الْبَالِغِ كَلَا عَقْدٍ، وَفِيهِ إِبْطَالُ فِعْلِهِ بِدُونِ عِلْمِهِ، وَخَلَا قَوْلُهُ (لَأَنَّهُ فُسْخٌ حُكْمِيٌّ بِمَنْزِلَةِ الْعَزْلِ الْحُكْمِيِّ فِي الْوَكَالَةِ) فَإِنَّ عَزْلَ الْوَكِيلِ حَالُ غَيْبَتِهِ مَقْصُودًا لَا يَصِحُّ وَحُكْمًا يَصِحُّ، كَمَا لَوْ أَعْتَقَ الْعَبْدَ الَّذِي وَكَّلَهُ بِيَعِهِ.

فَإِنَّهُ أَوْرَدَ عَلَيْهِ لِمَاذَا يَجْعَلُ صِحَّةَ الْعَقْدِ مَعَ الثَّانِي مُوجِبَةً فُسْخِ الْعَقْدِ الْأَوَّلِ. وَأُجِيبَ بِأَنْ الْوَلَاءَ كَالنَّسَبِ وَالنَّسَبُ مَا دَامَ ثَابِتًا مِنْ إِنْسَانٍ لَا يُتَصَوَّرُ ثُبُوتُهُ مِنْ غَيْرِهِ فَكَذَلِكَ الْوَلَاءُ، فَعَرَفْنَا أَنَّ مِنْ ضَرُورَةِ صِحَّةِ الْعَقْدِ مَعَ الثَّانِي بُطْلَانُ الْعَقْدِ الْأَوَّلِ، ذَكَرَ ذَلِكَ كُلُّهُ فِي النَّهَايَةِ، وَاللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

قَالَ (وَلَيْسَ لِمَوْلَى الْعَتَاqَةِ أَنْ يُوَالِيَ أَحَدًا) لِأَنَّهُ لَازِمٌ، وَمَعَ بَقَائِهِ لَا يَظْهَرُ الْأَدْنَى.

كتاب الإكراه

قَالَ (الإِكْرَاهُ يَثْبُتُ حُكْمُهُ إِذَا حَصَلَ مِنْ يَقْدِرُ عَلَى إِيقَاعِ مَا تَوَعَّدَ بِهِ سُلْطَانًا كَانَ أَوْ لَصًا) لِأَنَّ الإِكْرَاهَ اسْمٌ لِفِعْلِ يَفْعَلُهُ الْمَرْءُ بِغَيْرِهِ فَيَنْتَفِي بِهِ رِضَاهُ أَوْ يَفْسُدُ بِهِ اخْتِيَارُهُ مَعَ بَقَاءِ أَهْلِيَّتِهِ، وَهَذَا إِنَّمَا يَتَحَقَّقُ إِذَا خَافَ الْمَكْرَهَ تَحْقِيقَ مَا تَوَعَّدَ بِهِ، وَذَلِكَ إِنَّمَا يَكُونُ مِنَ الْقَادِرِ وَالسُّلْطَانِ وَغَيْرِهِ سَيَّانٍ عِنْدَ تَحَقُّقِ الْقُدْرَةِ، وَالَّذِي قَالَهُ أَبُو حَنِيفَةَ إِنَّ الإِكْرَاهَ لَا يَتَحَقَّقُ إِلَّا مِنَ السُّلْطَانِ لِمَا أَنَّ الْمَنْعَةَ لَهُ وَالْقُدْرَةَ لَا تَتَحَقَّقُ بِدُونِ الْمَنْعَةِ فَقَدْ قَالُوا هَذَا اخْتِلَافٌ عَصِرٍ وَزَمَانٍ لَا اخْتِلَافُ حُجَّةٍ وَبِرَهَانٍ، وَلَمْ تَكُنِ الْقُدْرَةُ فِي زَمَنِهِ إِلَّا لِلْسُّلْطَانِ، ثُمَّ بَعْدَ ذَلِكَ تَغْيِيرُ الزَّمَانِ وَأَهْلُهُ، ثُمَّ كَمَا تُشْتَرِطُ قُدْرَةُ الْمَكْرَهِ لَتَحَقُّقِ الإِكْرَاهِ يُشْتَرِطُ خَوْفُ الْمَكْرَهِ وَقُوعُ مَا يُهَدِّدُ بِهِ، وَذَلِكَ بِأَنْ يَغْلِبَ عَلَى ظَنِّهِ أَنَّهُ يَفْعَلُهُ لِيَصِيرَ بِهِ مَحْمُولًا عَلَى مَا دُعِيَ إِلَيْهِ مِنَ الْفِعْلِ.

الشرح:

(كِتَابُ الإِكْرَاهِ): قِيلَ الْمَوَالَاةُ تُغَيِّرُ حَالَ الْمَوْلَى الْأَعْلَى عَنْ حُرْمَةِ أَكْلِ مَالِ الْمَوْلَى الْأَسْفَلِ بَعْدَ مَوْتِهِ إِلَى حُكْمِهِ، كَمَا أَنَّ الإِكْرَاهَ يُغَيِّرُ حَالَ الْمُخَاطَبِ مِنَ الْحُرْمَةِ إِلَى الْحِلِّ فَكَانَ مُنَاسِبًا أَنْ يَذْكَرَ الإِكْرَاهَ عَقِبَ الْمَوَالَاةِ. وَهُوَ فِي اللُّغَةِ عِبَارَةٌ عَنْ حَمْلِ الْإِنْسَانِ عَلَى شَيْءٍ يَكْرَهُهُ، يُقَالُ أَكْرَهْتُ فُلَانًا: أَيَّ حَمَلْتَهُ عَلَى أَمْرٍ يَكْرَهُهُ. وَفِي اصطلاح الفقهاء عَمَّا ذَكَرَهُ بِقَوْلِهِ اسْمٌ لِفِعْلِ يَفْعَلُهُ الْمَرْءُ بِغَيْرِهِ فَيَنْتَفِي بِهِ رِضَاهُ أَوْ يَفْسُدُ بِهِ اخْتِيَارُهُ مَعَ بَقَاءِ أَهْلِيَّتِهِ، وَتَفْسِيرُهُ أَنَّ يَحْمِلَ الْمَرْءُ غَيْرَهُ عَلَى الْمُبَاشَرَةِ حَمْلًا يَنْتَفِي بِهِ رِضَاهُ، وَهُوَ أَعْمٌ مِنْ أَنْ يَكُونَ مَعَ فَسَادِ اخْتِيَارٍ أَوْ مَعَ عَدَمِهِ، وَهُوَ إِشَارَةٌ إِلَى نَوْعِي الإِكْرَاهِ أَوْ يَفْسُدُ بِهِ اخْتِيَارُهُ، وَذَلِكَ يَسْتَلْزِمُ نَفْيَ عَدَمِ الرِّضَا وَهُوَ إِشَارَةٌ إِلَى الْقِسْمِ الْآخِرِ، لَكِنْ لَا بُدَّ مِنْ تَقْدِيرٍ لَا فِي أَوْ يَفْسُدُ بِهِ اخْتِيَارُهُ فَذَلِكَ أَلْوَاغُ الإِكْرَاهِ الثَّلَاثَةِ وَمَوْضِعُهُ أَصُولُ الْفِقْهِ.

وَقَوْلُهُ (مَعَ بَقَاءِ أَهْلِيَّتِهِ) إِشَارَةٌ إِلَى كَوْنِ الْمَكْرَهِ لَمْ يَسْقُطْ عَنْهُ الْخَطَابُ لِأَنَّ الْخَطَابَ بِالْأَهْلِيَّةِ، وَإِذَا كَانَتْ الْأَهْلِيَّةُ ثَابِتَةً كَانَ الْمَكْرَهَ مُخَاطَبًا، وَأَمَّا شَرْطُهُ وَحُكْمُهُ فَيَأْتِي فِي أَثْنَاءِ الْبَابِ، قَالَ (الإِكْرَاهُ يَثْبُتُ حُكْمُهُ إِذَا حَصَلَ مِنْ يَقْدِرُ عَلَى إِيقَاعِ مَا تَوَعَّدَ بِهِ) شَرْطُ الإِكْرَاهِ حُصُولُهُ مِنْ قَادِرٍ عَلَى إِيقَاعِ الْمُتَوَعَّدِ بِهِ (سُلْطَانًا كَانَ أَوْ لَصًا)

وَخَوْفُ الْمَكْرِهِ وَقُوْعُهُ بِأَنْ يَغْلِبَ عَلَى ظَنِّهِ أَنَّهُ يَفْعَلُهُ لِيَصِيرَ بِالْإِكْرَاهِ مَحْمُولًا عَلَى مَا دُعِيَ إِلَيْهِ مِنَ الْمُبَاشَرَةِ، فَإِذَا حَصَلَ بِشَرَائِطِهِ يَثْبُتُ حُكْمُهُ عَلَى مَا سَيَجِيءُ مُفْصَلًا، وَلَمْ يُفَرَّقْ بَيْنَ حُصُولِهِ مِنَ السُّلْطَانِ وَاللَّصِّ (لَأَنَّ تَحَقُّقَهُ يَتَوَقَّفُ عَلَى خَوْفِ الْمَكْرِهِ تَحْقِيقُ مَا تَوَعَّدَ بِهِ، وَلَا يَخَافُ إِلَّا إِذَا كَانَ الْمَكْرَهُ قَادِرًا عَلَى ذَلِكَ، وَالسُّلْطَانُ وَغَيْرُهُ عِنْدَ تَحَقُّقِ الْقُدْرَةِ سَيَّانٍ) عِنْدَهُمَا (وَالَّذِي قَالَهُ أَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ الْإِكْرَاهَ لَا يَتَحَقَّقُ) إِلَّا مِنَ السُّلْطَانِ، لَمَّا أَنَّ الْمَنْعَةَ لَهُ وَالْقُدْرَةَ لَا تَتَحَقَّقُ بِذَوْنِ الْمَنْعَةِ، فَقَدْ قَالَ الْمَشَائِخُ رَحِمَهُمُ اللَّهُ: هَذَا اخْتِلَافٌ عَصِرَ زَمَانٍ لَا اخْتِلَافٌ حُجَّةٌ وَبُرْهَانٌ، لَأَنَّ مَنَاطَ الْحُكْمِ الْقُدْرَةَ وَلَمْ تُكُنْ فِي زَمَنِهِ إِلَّا لِلْسُّلْطَانِ ثُمَّ بَعْدَ ذَلِكَ تَغَيَّرَ أَهْلُ الزَّمَانِ.

قَالَ (وَإِذَا أَكْرَهَ الرَّجُلُ عَلَى بَيْعِ مَا لَهُ أَوْ عَلَى شِرَاءِ سِلْعَةٍ أَوْ عَلَى أَنْ يَقِرَّ لِرَجُلٍ بِالْأَلْفِ أَوْ يُؤَاجِرَ دَارَهُ فَأَكْرَهَ عَلَى ذَلِكَ بِالْقَتْلِ أَوْ بِالضَّرْبِ الشَّدِيدِ أَوْ بِالْحَبْسِ فَبَاعَ أَوْ اشْتَرَى فَهُوَ بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ أَمْضَى الْبَيْعِ وَإِنْ شَاءَ فَسَخَهُ وَرَجَعَ بِالْبَيْعِ) لَأَنَّ مِنْ شَرْطِ صِحَّةِ هَذِهِ الْعُقُودِ التَّرَاضِي، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ جُنَّةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾ [النِّسَاءُ: ٢٩] وَالْإِكْرَاهُ بِهِذِهِ الْأَشْيَاءِ يُعَدُّ الرِّضَا فَيَفْسُدُ، بِخِلَافِ مَا إِذَا أَكْرَهَ بِضَرْبٍ سَوِيٍّ أَوْ حَبْسٍ يَوْمٍ أَوْ قَيْدٍ يَوْمٍ لِأَنَّهُ لَا يُبَالِي بِهِ بِالنَّظَرِ إِلَى الْعَادَةِ فَلَا يَتَحَقَّقُ بِهِ الْإِكْرَاهُ إِلَّا إِذَا كَانَ الرَّجُلُ صَاحِبَ مَنْصِبٍ يَعْلَمُ أَنَّهُ يَسْتَضِرُّ بِهِ لِفَوَاتِ الرِّضَا، وَكَذَا الْإِقْرَارُ حُجَّةٌ لَتَرْجُحَ جَنَبَةُ الصِّدْقِ فِيهِ عَلَى جَنَبَةِ الْكَذِبِ، وَعِنْدَ الْإِكْرَاهِ يَحْتَمِلُ أَنَّهُ يَكْذِبُ لِدَفْعِ الْمَضَرَّةِ.

ثُمَّ إِذَا بَاعَ مُكْرَهَا وَسَلَّمَ مُكْرَهَا يَثْبُتُ بِهِ الْمَلِكُ عِنْدَنَا، وَعِنْدَ زُهْرٍ لَا يَثْبُتُ لِأَنَّهُ بَيْعٌ مَوْقُوفٌ عَلَى الْإِجَازَةِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ أَجَازَ جَازَ وَالْمَوْقُوفُ قَبْلَ الْإِجَازَةِ لَا يُفِيدُ الْمَلِكَ، وَلَنَا أَنَّ رُكْنَ الْبَيْعِ صَدْرَ مَنْ أَهْلِهِ مُضَافًا إِلَى مَحَلِّهِ وَالْفَسَادُ لَفَقْدِ شَرْطِهِ وَهُوَ التَّرَاضِي فَصَارَ كَسَائِرِ الشُّرُوطِ الْمُفْسِدَةِ فَيَثْبُتُ الْمَلِكُ عِنْدَ الْقَبْضِ، حَتَّى لَوْ قَبْضَهُ وَأَعْتَقَهُ أَوْ تَصَرَّفَ فِيهِ تَصَرُّفًا لَا يُمْكِنُ نَقْضُهُ جَازَ، وَيَلْزَمُهُ الْقِيَمَةُ كَمَا فِي سَائِرِ الْبَيَاعَاتِ الْفَاسِدَةِ وَبِإِجَازَةِ الْمَالِكِ يَرْتَفَعُ الْمُفْسِدُ وَهُوَ الْإِكْرَاهُ وَعَدَمُ الرِّضَا فَيَجُوزُ إِلَّا أَنَّهُ لَا يَنْقَطِعُ بِهِ حَقُّ اسْتِرْدَادِ الْبَائِعِ وَإِنْ تَدَاوَلَتْهُ الْأَيْدِي وَلَمْ يَرْضَ الْبَائِعُ بِذَلِكَ بِخِلَافِ سَائِرِ الْبَيَاعَاتِ الْفَاسِدَةِ لِأَنَّ الْفَسَادَ فِيهَا لِحَقِّ الشَّرْعِ وَقَدْ تَعَلَّقَ بِالْبَيْعِ الثَّانِي حَقُّ الْعَبْدِ وَحَقُّهُ مُقَدَّمٌ لِحَاجَتِهِ، أَمَّا هَاهُنَا الرَّدُّ لِحَقِّ الْعَبْدِ وَهُمَا سَوَاءٌ فَلَا يَبْطُلُ حَقُّ الْأَوَّلِ لِحَقِّ الثَّانِي.

قَالَ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُ: وَمَنْ جَعَلَ الْبَيْعَ الْجَائِزَ الْمُعْتَادَ بَيْعًا فَاسِدًا يَجْعَلُهُ كَبِيرَ الْمَكْرِهِ حَتَّى يَنْقُضَ بَيْعَ الْمُشْتَرِي مِنْ غَيْرِهِ، لَأَنَّ الْفَسَادَ لِقَوَاتِ الرِّضَا، وَمِنْهُمْ مَنْ جَعَلَهُ رَهْنًا لِقَصْدِ الْمُتَعَاقِدِينَ، وَمِنْهُمْ مَنْ جَعَلَهُ بَاطِلًا اعْتِبَارًا بِالْهَازِلِ وَمَشَايِخِ سَمَرْقَنْدَ رَحِمَهُمُ اللَّهُ جَعَلُوهُ بَيْعًا جَائِزًا مُفِيدًا بَعْضَ الْأَحْكَامِ عَلَى مَا هُوَ الْمُعْتَادُ لِلْحَاجَةِ إِلَيْهِ

الشرح:

فَإِذَا (أُكْرِهَ عَلَى بَيْعِ مَا لَهُ أَوْ شَرَاءِ سِلْعَةٍ أَوْ الْإِقْرَارِ بِمَالِهِ أَوْ إِجَارَةِ دَارِهِ بِالْقَتْلِ أَوْ قَطْعِ غَضْوٍ أَوْ بِالضَّرْبِ الشَّدِيدِ أَوْ بِالْحَبْسِ) فَهُوَ إِكْرَاهٌ يَتَرْتَّبُ عَلَيْهِ الْحُكْمُ، فَإِنْ فَعَلَ مَا دُعِيَ إِلَيْهِ ثُمَّ زَالَ الْإِكْرَاهُ (فَهُوَ بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ أَمْضَى وَإِنْ شَاءَ فَسَخَ، لَأَنَّ مِنْ شَرْطِ صِحَّةِ هَذِهِ الْعُقُودِ التَّرَاضِي، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تَحَرُّرًا عَنْ تَرَضٍ مِنْكُمْ﴾ وَالْإِكْرَاهُ بِهَذِهِ الْأَشْيَاءِ يَعْدَمُ الرِّضَا) وَانْتِفَاءُ الشَّرْطِ يَسْتَلْزِمُ انْتِفَاءَ الْمَشْرُوطِ (فَيَفْسُدُ، وَإِنْ أُكْرِهَ بِضَرْبٍ سَوِيٍّ أَوْ حَبْسٍ يَوْمٍ أَوْ قَيْدِ يَوْمٍ لَمْ يَكُنْ إِكْرَاهًا لِأَنَّهُ لَا يُبَالِي بِهِ نَظَرًا إِلَى الْعَادَةِ إِلَّا إِنْ كَانَ الْمَكْرَهُ صَاحِبَ مَنْصِبٍ يَعْلَمُ أَنَّهُ يَسْتَضِرُّ بِهِ) فَهُوَ إِكْرَاهٌ (لِ) وَجُودِ الْعِلَّةِ حِينَئِذٍ وَهُوَ (قَوَاتِ الرِّضَا) (قَوْلُهُ وَكَذَا الْإِقْرَارُ حُجَّةٌ) مَعْطُوفٌ عَلَى قَوْلِهِ وَالْإِكْرَاهُ بِهَذِهِ الْأَشْيَاءِ يَعْدَمُ الرِّضَا فَيَفْسُدُ: أَيْ وَالْإِقْرَارُ أَيْضًا يَفْسُدُ بِالْإِكْرَاهِ بِهَذِهِ الْأَشْيَاءِ، وَذَلِكَ لِأَنَّ الْإِقْرَارَ إِنَّمَا صَارَ حُجَّةً فِي غَيْرِ الْإِكْرَاهِ لَتَرْجُحِ حُبَّةِ الصِّدْقِ، وَعِنْدَ الْإِكْرَاهِ يَحْتَمِلُ الْكَذِبَ لِدَفْعِ الْمَضَرَّةِ فَلَا يَكُونُ حُجَّةً، بِخِلَافِ مَا إِذَا أُكْرِهَ عَلَى الْإِقْرَارِ بِأَلْفٍ بِضَرْبٍ سَوِيٍّ أَوْ حَبْسٍ يَوْمٍ فَأَقْرَبَ بِهِ فَهُوَ إِقْرَارٌ كَمَا فِي الْبَيْعِ، إِلَّا إِذَا كَانَ الْمَكْرَهُ صَاحِبَ مَنْصِبٍ: أَيْ عِزٍّ وَمُرْتَبَةٍ، فَإِنَّ الشُّرَفَاءَ وَالْأَجْلَاءَ مِنَ الْعُلَمَاءِ وَالْكُبَرَاءِ يَسْتَنْكِفُونَ عَنْ ضَرْبٍ سَوِيٍّ وَحَبْسٍ يَوْمٍ وَاحِدٍ أَكْثَرَ مِمَّا يَسْتَنْكِفُ غَيْرُهُمْ مِنْ ضَرْبٍ سِيَاطٍ وَحَبْسٍ أَيَّامٍ، وَهَذَا قَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَيْسَ فِي ذَلِكَ تَقْدِيرٌ لَازِمٌ، بَلْ ذَلِكَ عَلَى حَسَبِ مَا يَرَى الْحَاكِمُ مِنْ حَالِ مَنْ أُتْبِلِيَ بِهِ (ثُمَّ إِذَا بَاعَ مُكْرَهَا وَسَلَّمَ مُكْرَهَا يَثْبُتُ بِهِ الْمَلِكُ عِنْدَنَا).

وَعِنْدَ زُفَرٍ رَحِمَهُ اللَّهُ لَا يَثْبُتُ لِأَنَّهُ يَبْعُ مَوْقُوفٌ عَلَى الْإِجَارَةِ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ أَجَارَ جَارَ (وَالْمَوْقُوفُ) عَلَى الْإِجَارَةِ (قَبْلَ الْإِجَارَةِ لَا يُفِيدُ الْمَلِكَ) كَالْبَيْعِ بِشَرْطِ الْخِيَارِ (وَلَنَا أَنَّ رُكْنَ الْبَيْعِ صَدَرَ مِنْ أَهْلِهِ مُضَافًا إِلَى مَحَلِّهِ) لِأَنَّ الْإِيجَابَ وَالْقَبُولَ صَدَرَ مِنْ

الْمَالِكِ الْبَالِغِ الْعَاقِلِ وَصَادَفَ مَحَلَّهُ وَهُوَ الْمَلِكُ (وَالْفَسَادُ لَفَقْدِ شَرْطِهِ وَهُوَ التَّرَاضِي).
 قَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ وَتَأْثِيرُ انْتِفَاءِ الشَّرْطِ
 فِي فَسَادِ الْعَقْدِ لَا غَيْرَ كَانْتِفَاءِ الْمُسَاوَةِ فِي بَابِ الرِّبَا (فِيثَبْتُ الْمَلِكُ عِنْدَ الْقَبْضِ) وَالْبَيْعُ
 بِشَرْطِ الْخِيَارِ، إِنَّمَا لَا يُفِيدُهُ لِأَنَّهُ جَعَلَ الْعَقْدَ فِي حَقِّ حُكْمِهِ كَالْمُتَعَلِّقِ بِالشَّرْطِ، وَالْمُتَعَلِّقُ
 بِالشَّرْطِ مَعْدُومٌ قَبْلَ الشَّرْطِ، فَإِذَا ثَبَتَ أَنَّهُ يُفِيدُ الْمَلِكَ عِنْدَ الْقَبْضِ.

(فَلَوْ قَبْضُهُ وَأَعْتَقَهُ أَوْ تَصَرَّفَ فِيهِ تَصَرُّفًا لَا يُمْكِنُ نَقْضُهُ) كَالْتَذِيرِ وَالِاسْتِيلَادِ
 (جَازَ وَلَزِمَهُ الْقِيَمَةُ كَمَا فِي سَائِرِ الْبَيَاعَاتِ الْفَاسِدَةِ) فَإِنْ قِيلَ: لَوْ كَانَ كَسَائِرُ الْبَيَاعَاتِ
 الْفَاسِدَةِ لَمَّا عَادَ جَائِزًا بِالْإِجَازَةِ كَهُوَ. أَجَابَ بِأَنَّ إِجَازَةَ الْمَالِكِ يَرْتَفِعُ الْمُفْسِدُ وَهُوَ
 الْإِكْرَاهُ وَعَدَمُ الرِّضَا فَيَجُوزُ، بِخِلَافِ سَائِرِهَا فَإِنَّ الْمُفْسِدَ فِيهِ بَاقٍ (قَوْلُهُ إِلَّا أَنَّهُ لَا يَنْقَطِعُ
 بِهِ) اسْتِثْنَاءٌ مِنْ قَوْلِهِ كَمَا فِي سَائِرِ الْبَيَاعَاتِ الْفَاسِدَةِ فَإِنْ فِيهِ إِذَا بَاعَ الْمُشْتَرِي مَا اشْتَرَاهُ
 بِشِرَاءٍ فَاسِدٍ لَمْ يَبْقَ لِلْبَائِعِ الْأَوَّلِ حَقُّ اسْتِرْدَادِهِ وَهَاهُنَا لَا يَنْقَطِعُ بِسَبَبِ الْإِكْرَاهِ حَقُّ
 الْاسْتِرْدَادِ لِلْبَائِعِ وَإِنْ تَدَاوَلَتْهُ الْأَيْدِي وَلَمْ يَرْضَ الْبَائِعُ بِذَلِكَ، لِأَنَّ الْفَسَادَ فِي الْبَيَاعَاتِ
 الْفَاسِدَةِ لِحَقِّ الشَّرْعِ وَقَدْ تَعَلَّقَ بِالْبَيْعِ الثَّانِي حَقُّ الْعَبْدِ وَحَقُّهُ مُقَدَّمٌ عَلَى حَقِّ اللَّهِ تَعَالَى
 لِحَاجَتِهِ، أَمَّا هَاهُنَا فَالرُّدُّ لِحَقِّ الْعَبْدِ وَهُمَا سَوَاءٌ فَلَا يَبْطُلُ حَقُّ الْأَوَّلِ لِحَقِّ الثَّانِي.

قَالَ الْمُصَنِّفُ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَمَنْ جَعَلَ الْبَيْعَ الْجَائِزَ الْمُعْتَادَ) يُرِيدُ بِهِ بَيْعَ الْوَفَاءِ،
 وَصُورَتُهُ أَنْ يَقُولَ الْبَائِعُ لِلْمُشْتَرِي: بَعْتُ مِنْكَ هَذَا الْعَيْنَ بِمَا لَكَ عَلَيَّ مِنَ الدِّينِ عَلَى
 أَنِّي مَتَّى قَضَيْتَ الدِّينَ فَهُوَ لِي، أَوْ يَقُولُ بَعْتُ مِنْكَ هَذَا الْعَيْنَ بِكَذَا عَلَى أَنِّي إِنْ دَفَعْتُ
 إِلَيْكَ ثَمَنَكَ تَدْفَعُ الْعَيْنَ إِلَيَّ وَقَدْ اخْتَلَفَ النَّاسُ فِيهِ، وَمَشَايِخُ سَمَرْقَنْدَ جَعَلُوهُ بَيْعًا جَائِزًا
 مُفِيدًا بَعْضَ الْأَحْكَامِ وَهُوَ الْانْتِفَاعُ بِهِ دُونَ الْبَيْعِ وَالْهَبَةِ عَلَى مَا هُوَ الْمُعْتَادُ بَيْنَ النَّاسِ
 لِلْحَاجَةِ إِلَيْهِ، وَاخْتَارَهُ الْمُصَنِّفُ رَحِمَهُ اللَّهُ وَأَشَارَ إِلَيْهِ بِقَوْلِهِ الْبَيْعُ الْجَائِزُ الْمُعْتَادُ.

وَمِنْ الْمَشَايِخِ (مَنْ جَعَلَهُ بَيْعًا فَاسِدًا وَجَعَلَهُ كَالْبَيْعِ الْمَكْرَهِ عَلَيْهِ حَتَّى يُنْقَضَ بَيْعُ
 الْمُشْتَرِي مِنْ غَيْرِهِ لِأَنَّ الْفَسَادَ لِفَوَاتِ الرِّضَا) كَمَا فِي الْبَيْعِ الْمَكْرَهِ عَلَيْهِ (وَمِنْهُمْ مَنْ جَعَلَهُ
 رَهْنًا لِقَصْدِ الْمُتَعَاقِدَيْنِ) لِأَنَّهُمَا وَإِنْ سَمَيَا بَيْعًا لَكِنْ غَرَضُهُمَا الرِّهْنُ وَالْعِبْرَةُ لِلْمَقَاصِدِ
 وَالْمَعَانِي، وَلَا يَمْلِكُهُ الْمُرْتَهَنُ وَلَا يُطْلَقُ لَهُ الْانْتِفَاعُ إِلَّا بِإِذْنِ مَالِكِهِ وَهُوَ ضَامِنٌ لِمَا أَكَلَ
 مِنْ ثَمَرِهِ وَاسْتَهْلَكَهُ مِنْ عَيْنِهِ، وَالذِّينُ سَاقِطٌ بِهَلَاكِهِ فِي يَدِهِ إِذَا كَانَ وَفَى بِالذِّينِ، وَلَا

ضَمَانَ عَلَيْهِ فِي الزِّيَادَةِ إِذَا هَلَكَ بِغَيْرِ صُنْعِهِ، وَلِلْبَائِعِ اسْتِرْدَادُهُ إِذَا قَضَى ذَيْتَهُ لَا فَرْقَ عِنْدَنَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ الرَّهْنِ.

(وَمِنْهُمْ مَنْ جَعَلَهُ يَبْعًا بَاطِلًا اِعْتِبَارًا بِالْهَازِلِ) لِأَنَّهُمَا تَكَلَّمَا بِلَفْظِ الْبَيْعِ وَلَيْسَ قَصْدُهُمَا، فَكَانَ لِكُلِّ مِنْهُمَا أَنْ يَفْسَخَ بِغَيْرِ رِضَا صَاحِبِهِ، وَلَوْ أَجَازَ أَحَدُهُمَا لَمْ يَجْزُ عَلَى صَاحِبِهِ. وَمَعْنَى قَوْلِهِ (هُوَ الْمُعْتَادُ) أَنَّهُمْ فِي عُرْفِهِمْ لَا يَفْهَمُونَ لُزُومَ الْبَيْعِ بِهَذَا الْوَجْهِ، بَلْ يُجَوِّزُونَهُ إِلَى أَنْ يَرُدَّ الْبَائِعُ الثَّمَنَ إِلَى الْمُشْتَرِي وَبَقِيَ الْمُشْتَرِي يَرُدُّ الْمَبِيعَ عَلَى الْبَائِعِ مِنْ غَيْرِ امْتِنَاعٍ، وَلَا يَكُونُ ذَلِكَ إِلَّا إِذَا لَمْ يَخْرُجْ عَنْ مِلْكِهِ بِبَيْعٍ أَوْ هِبَةٍ، وَلِهَذَا سَمَّوْهُ بَيْعَ الْوَفَاءِ لِأَنَّهُ وَفَى بِمَا عَهَدَ مِنْ رَدِّ الْمَبِيعِ.

قَالَ (فَإِنْ كَانَ قَبْضُ الثَّمَنِ طَوْعًا فَقَدْ أَجَازَ الْبَيْعَ) لِأَنَّهُ دَلِيلُ الْإِجَازَةِ كَمَا فِي الْبَيْعِ الْمَوْقُوفِ وَكَذَا إِذَا سَلَّمَ طَائِعًا، بَأَن كَانَ الْإِكْرَاهُ عَلَى الْبَيْعِ لَا عَلَى الدَّفْعِ لِأَنَّهُ دَلِيلُ الْإِجَازَةِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا أَكْرَهَهُ عَلَى الْهِبَةِ وَلَمْ يَذْكُرِ الدَّفْعَ فَوَهَبَ وَدَفَعَ حَيْثُ يَكُونُ بَاطِلًا، لِأَنَّ مَقْصُودَ الْمَكْرِهِ الِاسْتِحْقَاقُ لَا مُجَرَّدُ اللَّفْظِ، وَذَلِكَ فِي الْهِبَةِ بِالدَّفْعِ وَفِي الْبَيْعِ بِالْعَقْدِ عَلَى مَا هُوَ الْأَصْلُ، فَدَخَلَ الدَّفْعُ فِي الْإِكْرَاهِ عَلَى الْهِبَةِ دُونَ الْبَيْعِ. قَالَ (وَإِنْ قَبَضَهُ مُكْرَهًا فَلَيْسَ ذَلِكَ بِإِجَازَةٍ وَعَلَيْهِ رَدُّهُ إِنْ كَانَ قَائِمًا فِي يَدِهِ) لِفَسَادِ الْعَقْدِ.

الشرح:

قَالَ (فَإِنْ كَانَ قَبْضُ الثَّمَنِ طَوْعًا إلخ) إِذَا قَبِضَ الْبَائِعُ الثَّمَنَ طَوْعًا فَقَدْ أَجَازَ الْبَيْعَ لِأَنَّهُ دَلَالَةُ الْإِجَازَةِ كَمَا فِي الْبَيْعِ الْمَوْقُوفِ إِذَا قَبِضَ الثَّمَنَ كَانَ إِجَازَةً، وَدَلَالَةُ الْإِجَازَةِ تَقُومُ مَقَامَ الْإِجَازَةِ فَكَذَا إِذَا سَلَّمَ الْمَبِيعَ طَائِعًا بَأَن كَانَ الْإِكْرَاهُ عَلَى الْبَيْعِ لَا عَلَى الدَّفْعِ لِأَنَّهُ دَلَالَةُ الْإِجَازَةِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا أَكْرَهَهُ عَلَى الْهِبَةِ وَلَمْ يَذْكُرِ الدَّفْعَ فَوَهَبَ كُرْهًا وَدَفَعَ طَائِعًا حَيْثُ يَكُونُ الْعَقْدُ بَاطِلًا: أَي فَاسِدًا يُوجِبُ الْمَلِكَ بَعْدَ الْقَبْضِ كَالْهِبَةِ الصَّحِيحَةِ بِنَاءً عَلَى أَصْلِنَا أَنَّ فُسَادَ السَّبَبِ لَا يَمْنَعُ وَفُوعَ الْمَلِكِ بِالْقَبْضِ، فَإِنْ تَصَرَّفَ فِيهِ نَفَذَ تَصَرُّفُهُ وَعَلَيْهِ ضَمَانُ قِيمَتِهِ. وَالْفَرْقُ بَيْنَهُمَا أَنَّ مَقْصُودَ الْمَكْرِهِ مَا يَتَعَلَّقُ بِهِ الِاسْتِحْقَاقُ لَا مُجَرَّدُ اللَّفْظِ، وَمَا يَتَعَلَّقُ بِهِ الِاسْتِحْقَاقُ فِي الْهِبَةِ بِالْقَبْضِ وَفِي الْبَيْعِ بِالْعَقْدِ فَكَانَ الْإِكْرَاهُ عَلَى الْهِبَةِ إِكْرَاهًا عَلَى الدَّفْعِ دُونَ الْبَيْعِ (وَإِنْ قَبَضَهُ) أَي الثَّمَنَ (مُكْرَهًا) فَلَيْسَ ذَلِكَ بِإِجَازَةٍ، وَعَلَى الْمَكْرِهِ رَدُّهُ إِنْ كَانَ قَائِمًا فِي يَدِهِ لِفَسَادِ الْعَقْدِ فَيَكُونُ الثَّمَنُ

أَمَّا عِنْدَ الْمُكَرِّهِ لَأَنَّهُ أَخَذَهُ بِإِذْنِ الْمُشْتَرِي وَالْقَبْضُ مَتَى كَانَ بِإِذْنِ الْمَالِكِ إِنَّمَا يُوجِبُ الضَّمَانَ إِذَا كَانَ لِلتَّمْلُكِ، وَهَاهُنَا لَمْ يَكُنْ كَذَلِكَ لَأَنَّهُ كَانَ مُكَرَّهًا عَلَى قَبْضِهِ.

قَالَ (وَإِنْ هَلَكَ الْمَبِيعُ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي وَهُوَ غَيْرُ مُكَرِّهِ ضَمِنَ قِيَمَتَهُ لِلْبَائِعِ) مَعْنَاهُ وَالْبَائِعُ مُكَرَّةٌ لِأَنَّهُ مَضْمُونٌ عَلَيْهِ بِحُكْمِ عَقْدٍ فَاسِدٍ

الشرح:

(وَإِنْ هَلَكَ الْمَبِيعُ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي وَهُوَ غَيْرُ مُكَرِّهِ، وَالْبَائِعُ مُكَرَّةٌ ضَمِنَ قِيَمَتَهُ لِلْبَائِعِ) لِأَنَّهُ مَضْمُونٌ عَلَيْهِ بِحُكْمِ عَقْدٍ فَاسِدٍ لِعَدَمِ الرِّضَا. كَمَا تَقَدَّمَ، وَمَا هُوَ كَذَلِكَ فَهُوَ مَضْمُونٌ بِالْقِيَمَةِ.

(وَلِلْمُكَرِّهِ أَنْ يَضْمَنَ الْمُكَرَّةَ إِنْ شَاءَ) لِأَنَّهُ آتَى لَهُ فِيمَا يَرْجِعُ إِلَى الْإِتْلَافِ، فَكَأَنَّهُ دَفَعَ مَالَ الْبَائِعِ إِلَى الْمُشْتَرِي فَيُضْمَنُ أَيُّهُمَا شَاءَ كَالْعَاصِبِ وَغَاصِبِ الْعَاصِبِ، فَلَوْ ضَمِنَ الْمُكَرَّةَ رَجَعَ عَلَى الْمُشْتَرِي بِالْقِيَمَةِ لِقِيَامِهِ مَقَامَ الْبَائِعِ، وَإِنْ ضَمِنَ الْمُشْتَرِي نَفَذَ كُلُّ شِرَاءٍ كَانَ بَعْدَ شِرَائِهِ لَوْ تَنَاسَخَتْهُ الْعُقُودُ لِأَنَّهُ مَلَكَهُ بِالضَّمَانِ فَظَهَرَ أَنَّهُ بَاعَ مِلْكَهُ، وَلَا يَنْفُذُ مَا كَانَ لَهُ قَبْلَهُ لِأَنَّ الْاسْتِنَادَ إِلَى وَقْتِ قَبْضِهِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا أَجَازَ الْمَالِكُ الْمُكَرَّةَ عَقْدًا مِنْهَا حَيْثُ يَجُوزُ مَا قَبْلَهُ وَمَا بَعْدَهُ لِأَنَّهُ أَسْقَطَ حَقَّهُ وَهُوَ الْمَانِعُ فَعَادَ الْكُلُّ إِلَى الْجَوَازِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ

الشرح:

(وَالْمُكَرَّةُ بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ ضَمِنَ الْمُكَرَّةَ لِأَنَّ الْمُكَرَّةَ آتَى لَهُ فِيمَا يَرْجِعُ إِلَى الْإِتْلَافِ) وَإِنْ لَمْ يَصْلُحْ آتَى لَهُ مِنْ حَيْثُ الْكَلَامُ فَإِنَّ التَّكْلِمَ بِلِسَانِ الْغَيْرِ لَا يُتَصَوَّرُ (فَكَأَنَّ الْمُكَرَّةَ دَفَعَ مَالَ الْبَائِعِ إِلَى الْمُشْتَرِي وَإِنْ شَاءَ ضَمِنَ الْمُشْتَرِي) لِأَنَّ الْهَلَكَ حَصَلَ عِنْدَهُ فَكَأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَحْدَثَ سَبَبًا لِلضَّمَانِ (كَالْعَاصِبِ وَغَاصِبِ الْعَاصِبِ، فَلَوْ ضَمِنَ الْمُكَرَّةَ رَجَعَ عَلَى الْمُشْتَرِي بِقِيَمَتِهِ لِقِيَامِهِ مَقَامَ الْبَائِعِ) بِأَدَاءِ الضَّمَانِ (وَإِنْ ضَمِنَ الْمُشْتَرِي) يَعْنِي أَيُّ مُشْتَرٍ كَانَ بَعْدَ الْأَوَّلِ (نَفَذَ كُلُّ شِرَاءٍ كَانَ بَعْدَ شِرَائِهِ لَوْ تَنَاسَخَتْهُ الْعُقُودُ) أَيُّ تَدَاوَلَتْهُ (لَأَنَّهُ مَلَكَهُ بِالضَّمَانِ فَظَهَرَ أَنَّهُ بَاعَ مِلْكَهُ، وَلَا يَنْفُذُ مَا كَانَ لَهُ قَبْلَهُ لِأَنَّ الْاسْتِنَادَ إِلَى وَقْتِ قَبْضِهِ) وَقَالَ الشَّارِحُونَ: وَإِنْ ضَمِنَ الْمُشْتَرِي: يَعْنِي فِي صُورَةِ الْعَصَبِ وَمَا عَرَفَتْ الْحَامِلُ لَهُمْ عَلَى ذَلِكَ، فَإِنَّهُ وَإِنْ كَانَ صَحِيحًا لَكِنْ كَلَامُ الْمُصَنِّفِ إِنَّمَا هُوَ عَلَى شِقْمِ التَّرْدِيدِ مِنْ تَضْمِينِ الْمُكَرِّهِ وَالْمُشْتَرِي، وَكَلَامُهُ فِي الْعَاصِبِ مِنْ جِهَةِ

التَّمْثِيلُ لَا مِنْ حَيْثُ الْأَصَالَةُ.

فَإِنْ قِيلَ: مَا الْفَرْقُ بَيْنَ تَضَمُّنِهِ مُشْتَرِيًا وَإِجَازَتِهِ عَقْدًا مِنْهَا حَيْثُ اقْتَصَرَ التَّفَادُّ هَاهُنَا عَلَى مَا كَانَ بَعْدَهُ وَعَمَّ الْجَمِيعَ هُنَالِكَ؟ أَجَابَ بِقَوْلِهِ (لَأَنَّهُ أَسْقَطَ حَقَّهُ) يَعْنِي فِي صُورَةِ الْإِجَازَةِ (وَهُوَ) أَيُّ حَقِّهِ هُوَ (الْمَانِعُ فَعَادَ الْكُلُّ إِلَى الْجَوَازِ) فَإِنْ قِيلَ: مَا الْفَرْقُ بَيْنَ إِجَازَةِ الْمُكْرَهَةِ وَإِجَازَةِ الْمُعْصُوبِ مِنْهُ، فَإِنَّهُ إِذَا أَجَازَ بَيْعًا مِنَ الْبُيُوعِ نَفَذَ مَا أَجَازَهُ خَاصَّةً؟ أَجِيبَ بِأَنَّ الْعَصَبَ لَا يُزِيلُ مِلْكَهُ، فَكُلُّ بَيْعٍ مِنْ هَذِهِ الْبُيُوعِ تَوَقَّفَ عَلَى إِجَازَتِهِ بِهِ لِمُصَادَفَتِهِ مِلْكَهُ فَتَكُونُ إِجَازَتُهُ أَحَدَ الْبُيُوعِ تَمْلِكًا لِلْغَيْرِ مِنَ الْمُشْتَرِي بِحُكْمِ ذَلِكَ الْبَيْعِ فَلَا يَنْفَذُ مَا سِوَاهُ. وَأَمَّا الْمُشْتَرِي مِنَ الْمُكْرَهَةِ فَقَدْ مِلْكُهُ، فَالْبَيْعُ مِنْ كُلِّ مُشْتَرٍ صَادَفَ مِلْكَهُ، وَإِنَّمَا تَوَقَّفَ نُفُوذُهُ عَلَى سُقُوطِ حَقِّ الْمُكْرَهَةِ فِي الْاسْتِرْدَادِ، وَفِي هَذَا لَا يَفْتَرِقُ الْحَالُ بَيْنَ إِجَازَتِهِ الْبَيْعِ الْأَوَّلِ وَالْآخَرِ، فَلِهَذَا نَفَذَ الْبُيُوعُ كُلُّهَا بِإِجَازَتِهِ عَقْدًا مِنْهَا، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

فصل

(وَأِنْ أَكْرَهَ عَلَى أَنْ يَأْكُلَ الْمَيْتَةَ أَوْ يَشْرَبَ الْخَمْرَ، إِنْ أَكْرَهَ عَلَى ذَلِكَ بِحَبْسٍ أَوْ ضَرْبٍ أَوْ قَيْدٍ لَمْ يَحِلَّ لَهُ إِلَّا أَنْ يَكْرَهَ بِمَا يَخَافُ مِنْهُ عَلَى نَفْسِهِ أَوْ عَلَى غَضْوٍ مِنْ أَعْضَائِهِ، فَإِذَا خَافَ عَلَى ذَلِكَ وَسِعَهُ أَنْ يُقَدِّمَ عَلَى مَا أَكْرَهَ عَلَيْهِ) وَكَذَا عَلَى هَذَا الدَّمُ وَلَحْمُ الْخَنَزِيرِ، لِأَنَّ تَنَاوُلَ هَذِهِ الْمُحْرَمَاتِ إِنَّمَا يُبَاحُ عِنْدَ الضَّرُورَةِ كَمَا فِي الْمَخْمَصَةِ لِقِيَامِ الْمُحْرَمِ فِيهَا وَرَأَاهَا، وَلَا ضَرُورَةَ إِلَّا إِذَا خَافَ عَلَى النَّفْسِ أَوْ عَلَى الْغَضْوِ حَتَّى لَوْ خِيفَ عَلَى ذَلِكَ بِالضَّرْبِ وَغَلَبَ عَلَى ظَنِّهِ يُبَاحُ لَهُ ذَلِكَ (وَلَا يَسَعُهُ أَنْ يَصْبِرَ عَلَى مَا تُوعَدُ بِهِ، فَإِنْ صَبَرَ حَتَّى أَوْفَعُوا بِهِ وَلَمْ يَأْكُلْ فَهُوَ أَثِمٌ) لِأَنَّهُ لَمَّا أُبِيحَ كَانَ بِالْإِمْتِنَاعِ عَنْهُ مُعَاوِنًا لَغَيْرِهِ عَلَى هَلَاكِ نَفْسِهِ فَيَأْتِمُ كَمَا فِي حَالَةِ الْمَخْمَصَةِ.

وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ لَا يَأْتِمُ لِأَنَّهُ رُخْصَةٌ إِذِ الْحُرْمَةُ قَائِمَةٌ فَكَانَ آخِذًا بِالْعَزِيمَةِ. قُلْنَا: حَالَةُ الْاضْطِرَّارِ مُسْتَثْنَاةٌ بِالنَّصِّ وَهُوَ تَكَلُّمٌ بِالْحَاصِلِ بَعْدَ الثَّنْيَا فَلَا مُحْرَمَ فَكَانَ إِبَاحَةً لَا رُخْصَةً إِلَّا أَنَّهُ إِنَّمَا يَأْتِمُ إِذَا عَلِمَ بِالِإِبَاحَةِ فِي هَذِهِ الْحَالَةِ، لِأَنَّ فِي انْكِشَافِ الْحُرْمَةِ خَفَاءً فَيَعْتَدِرُ بِالْجَهْلِ فِيهِ كَالْجَهْلِ بِالْخَطَابِ فِي أَوَّلِ الْإِسْلَامِ أَوْ فِي دَارِ الْحَرْبِ.

الشرح:

(فصل): لَمَّا ذَكَرَ حُكْمَ الْإِكْرَاهِ الْوَاقِعِ فِي حُقُوقِ الْعِبَادِ شَرَعَ فِي بَيَانِ حُكْمِ

الإِكْرَاهُ الْوَاقِعُ فِي حُقُوقِ اللَّهِ تَعَالَى، وَقَدَّمَ الْأَوَّلَ لِأَنَّ حَقَّ الْعَبْدِ مُقَدَّمٌ لِحَاجَتِهِ، وَذَكَرَ فِيهِ
 الْإِكْرَاهَ الْمُلْجِيَّ وَهُوَ الَّذِي يَخَافُ فِيهِ تَلَفُ النَّفْسِ أَوْ عُضْوٍ مِنَ الْأَعْضَاءِ، وَغَيْرَ الْمُلْجِيَّ
 وَهُوَ الْإِكْرَاهُ بِالْحَبْسِ وَالضَّرْبِ وَالْيَسِيرِ وَالتَّقْيِيدِ، وَالْأَوَّلُ مُعْتَبَرٌ شَرْعًا سِوَاءَ كَانَ عَلَى
 الْقَوْلِ أَوْ الْفِعْلِ، وَالثَّانِي إِنْ كَانَ عَلَى فِعْلٍ يَسِيرُ فَلَيْسَ مُعْتَبَرًا وَيُجْعَلُ كَأَنَّ الْمُكْرَهَ فَعَلَ
 ذَلِكَ الْفِعْلَ بِغَيْرِ إِكْرَاهٍ، وَإِنْ كَانَ عَلَى قَوْلٍ فَإِنْ كَانَ قَوْلًا يَسْتَوِي فِيهِ الْجَدُّ وَاهْزُلُ
 فَكَذَلِكَ وَإِلَّا فَهُوَ مُعْتَبَرٌ فَعَلَى هَذَا (إِذَا أُكْرِهَ عَلَى أَنْ يَأْكُلَ الْمَيْتَةَ أَوْ يَشْرَبَ الْخَمْرَ
 بِحَبْسٍ أَوْ ضَرْبٍ) يَسِيرُ لَا يَخَافُ مِنْهُ تَلَفَ النَّفْسِ أَوْ الْعُضْوِ (أَوْ قَيْدٍ لَمْ يَحِلَّ لَهُ)
 الْإِقْدَامُ عَلَى ذَلِكَ (وَإِنْ أُكْرِهَ بِمَا يَخَافُ مِنْهُ عَلَى نَفْسِهِ أَوْ عَلَى عُضْوٍ مِنْ أَعْضَائِهِ
 وَسَعَهُ أَنْ يُقَدِّمَ، وَعَلَى هَذَا الدَّمُ وَلَحْمُ الْخَنزِيرِ لِأَنَّ تَنَاوُلَ هَذِهِ الْمَحْرَمَاتِ إِنَّمَا يُبَاحُ عِنْدَ
 الضَّرُورَةِ كَمَا فِي الْمَخْمَصَةِ لِقِيَامِ الْمُحَرَّمِ فِيهَا وَرَأَاهَا، وَلَا ضَرُورَةَ) عِنْدَ عَدَمِ الْخَوْفِ
 عَلَى النَّفْسِ أَوْ الْعُضْوِ (حَتَّى لَوْ خَافَ عَلَى ذَلِكَ بِالضَّرْبِ وَعَلَبَ عَلَى ظَنِّهِ أُبِيحَ لَهُ ذَلِكَ
 وَلَا يَسَعُهُ أَنْ يَصِيرَ عَلَى مَا تُوعَدُ بِهِ) وَأَشَارَ إِلَى أَنَّ الْمُلْجِيَّ يَمْتَنَزِعُ عَنْ غَيْرِهِ لَعَلَّةِ الظَّنِّ،
 لِأَنَّ بَدَنَ الْإِنْسَانِ فِي احْتِمَالِ الضَّرْبِ مُتَفَاوِتٌ، وَلَيْسَ ثَمَّةُ نَصٍّ مُقَدَّرٍ فَيُعْتَبَرُ فِيهِ غَالِبُ
 رَأْيٍ مَنْ أُبْتُلِيَ بِهِ، وَلَا مُعْتَبَرٌ بِمَنْ قَدَرَ فِي ذَلِكَ أَدْنَى الْحَدِّ وَهُوَ أَرْبَعُونَ فَقَالَ: إِنْ نُهْدِدَ
 بِأَقْلٍ مِنْهَا لَمْ يَسَعُهُ الْإِقْدَامُ، لِأَنَّ الْأَقْلَّ مَشْرُوعٌ بِطَرِيقِ التَّعْزِيرِ، وَالتَّعْزِيرُ يُقَامُ عَلَى وَجْهِ
 الزَّجْرِ لَا الْإِثْلَافِ، لِأَنَّ ذَلِكَ نَصَبُ الْمِقْدَارِ بِالرَّأْيِ وَهُوَ لَا يَجُوزُ (فَإِنْ صَبَرَ حَتَّى أَوْفَعُوا
 بِهِ) أَيَّ قَتَلُوهُ أَوْ أَتْلَفُوا عُضْوَهُ (وَلَمْ يَتَنَاوَلْ) وَعَلِمَ بِالِابْحَةِ (فَهُوَ أَتَمُّ لِأَنَّهُ لَمَّا أُبِيحَ) مِنْ
 حَيْثُ إِنَّ حُرْمَةَ هَذِهِ الْأَشْيَاءِ كَانَتْ بِاعْتِبَارِ خَلَلٍ يَعُودُ إِلَى الْبَدَنِ أَوْ الْعَقْلِ أَوْ الْعُضْوِ
 وَحِفْظُ ذَلِكَ مَعَ فَوَاتِ النَّفْسِ غَيْرُ مُمَكِّنٍ (كَانَ بِالِامْتِنَاعِ عَنِ الْإِقْدَامِ مُعَاوِنًا لِعَيْرِهِ عَلَى
 هَلَاكِ نَفْسِهِ فَيَأْتُمُّ كَمَا فِي حَالَةِ الْمَخْمَصَةِ).

وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ لَا يَأْتُمُّ لِأَنَّ الْإِقْدَامَ عَلَى ذَلِكَ رُخْصَةٌ، إِذِ
 الْحُرْمَةُ بِصِفَةِ أَنَّهَا مَيْتَةٌ أَوْ خَمْرٌ وَهِيَ (قَائِمَةٌ ف) إِذَا امْتَنَعَ (كَانَ آخِذًا بِالْعَزِيمَةِ فَلَا
 يَأْتُمُّ. قُلْنَا: لَا نُسَلِّمُ أَنَّ الْحُرْمَةَ قَائِمَةٌ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى اسْتَنْتَى حَالَةَ الْاضْطِرَّارِ فَقَالَ ﴿وَقَدْ
 فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرَّرْتُمْ إِلَيْهِ﴾ [الأنعام: ١١٩] (وَالِاسْتِنَاءُ تَكَلُّمٌ
 بِالْبَاقِي بَعْدَ الثَّنِيَا) فَكَانَ لِبَيَانِ أَنَّ الْمُسْتَنْتَى لَمْ يَدْخُلْ فِي صَدْرِ الْكَلَامِ (فَلَا مُحَرَّمٌ) حِينَئِذٍ

(فَكَانَ إِبَاحَةً لَا رُخْصَةً) فَاِمْتِنَاعُهُ مِنَ التَّأْوُلِ كَاِمْتِنَاعِهِ عَنِ تَتَاوُلِ الطَّعَامِ الْحَلَالِ حَتَّى تَلَفَتْ نَفْسُهُ أَوْ عُضْوُهُ فَكَانَ أَمَّا (لَكِنَّهُ إِنَّمَا يَأْتُمُ إِذَا عَلِمَ بِالْإِبَاحَةِ فِي هَذِهِ الْحَالَةِ، لِأَنَّ فِي انْكِشَافِ الْحُرْمَةِ خَفَاءً) لِأَنَّهُ أَمْرٌ يَخْتَصُّ بِمَعْرِفَةِ الْفُقَهَاءِ (فَيَعْذَرُ) أَوْ سَاطُ النَّاسِ (بِالْجَهْلِ فِيهِ كَالْجَهْلِ بِالْخِطَابِ فِي أَوَّلِ الْإِسْلَامِ أَوْ فِي دَارِ الْحَرْبِ).

فَإِنْ قِيلَ: إِضَافَةُ الْإِنَّمُ إِلَى تَرْكِ الْمُبَاحِ مِنْ بَابِ فَسَادِ الْوَضْعِ وَهُوَ فَاسِدٌ. فَالْجَوَابُ أَنَّ الْمُبَاحَ إِنَّمَا يَجُوزُ تَرْكُهُ وَالْإِيْتَانُ بِهِ إِذَا لَمْ يَتَرْتَّبْ عَلَيْهِ مُحَرَّمٌ، وَهَاهُنَا قَدْ تَرْتَّبَ عَلَيْهِ قَتْلُ النَّفْسِ الْمُحَرَّمِ فَصَارَ التَّرْكَ حَرَامًا لِأَنَّ مَا أَفْضَى إِلَى الْحَرَامِ حَرَامٌ.

قَالَ (وَإِنْ أُكْرِهَ عَلَى الْكُفْرِ بِاللَّهِ تَعَالَى وَالْعِيَاذُ بِاللَّهِ أَوْ سَبُّ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ بِقَيْدٍ أَوْ حَسْبٍ أَوْ ضَرْبٍ لَمْ يَكُنْ ذَلِكَ إِكْرَاهًا حَتَّى يُكْرِهَ بِأَمْرٍ يَخَافُ مِنْهُ عَلَى نَفْسِهِ أَوْ عَلَى عُضْوٍ مِنْ أَعْضَائِهِ) لِأَنَّ الْإِكْرَاهَ بِهَذِهِ الْأَشْيَاءِ لَيْسَ بِإِكْرَاهٍ فِي شَرْبِ الْخَمْرِ لَمَّا مَرَّ، فَفِي الْكُفْرِ وَحُرْمَتُهُ أَشَدُّ أَوَّلَى وَأُخْرَى. قَالَ (وَإِذَا خَافَ عَلَى ذَلِكَ وَسَعَهُ أَنْ يُظْهَرَ مَا أَمْرُوهُ بِهِ وَيُورَى، فَإِنْ أَظْهَرَ ذَلِكَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ فَلَا إِنَّمُ عَلَيْهِ) لِحَدِيثِ عَمَّارِ بْنِ يَاسِرٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ حَيْثُ أَهْتَلَى بِهِ، وَقَدْ قَالَ لَهُ النَّبِيُّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «كَيْفَ وَجَدْتَ قَلْبَكَ؟ قَالَ مُطْمَئِنًّا بِالْإِيمَانِ، فَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: فَإِنْ عَادُوا فَعُدْ، وَفِيهِ نَزَلَ قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿إِلَّا مَنْ أَكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ﴾ [النحل: ١٠٦] ^(١). وَلِأَنَّ بِهِذَا الْإِظْهَارَ لَا يَفُوتُ الْإِيمَانُ حَقِيقَةً لِقِيَامِ التَّصَدِيقِ، وَفِي الْاِمْتِنَاعِ فَوَتْ النَّفْسُ حَقِيقَةً فَيَسَعُهُ الْمَيْلُ إِلَيْهِ.

قَالَ (فَإِنْ صَبَرَ حَتَّى قُتِلَ وَلَمْ يُظْهَرَ الْكُفْرَ كَانَ مَاجُورًا) لِأَنَّ «خُبْيَبًا» رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ صَبَرَ عَلَى ذَلِكَ حَتَّى صُلِبَ وَسَمَّاهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ سَيِّدَ الشُّهَدَاءِ، وَقَالَ فِي مِثْلِهِ: هُوَ رَفِيقِي فِي الْجَنَّةِ ^(٢) وَلِأَنَّ الْحُرْمَةَ بَاقِيَةً، وَالْاِمْتِنَاعُ لِإِعْزَازِ الدِّينِ عَزِيمَةٌ، بِخِلَافِهِ مَا تَقَدَّمَ لِلْاِسْتِنَاءِ.

الشرح:

قَالَ (وَإِنْ أُكْرِهَ عَلَى الْكُفْرِ بِاللَّهِ وَالْعِيَاذُ بِاللَّهِ إلخ) عَلِمَ أَنَّ كُلَّ مَا لَا يُعْتَبَرُ

(١) أخرجه الحاكم (٣٧٥/٢)، وانظر نصب الراية (٣٨١/٤).

(٢) قال الزيلعي في نصب الراية (٣٨٢/٤): غريب، وقتل خبيب في صحيح البخاري في مواضع وليس فيه أنه صلب، ولا أنه أكره، ولا أن النبي ﷺ سمّاه سيد الشهداء ولا قال فيه: هو رفيقي في الجنة.

إِكْرَاهًا فِي تَنَاوُلِ الْمَيْتَةِ وَالْخَمْرِ لَا يُعْتَبَرُ إِكْرَاهًا فِي إِجْرَاءِ كَلِمَةِ الْكُفْرِ عَلَى اللِّسَانِ لِأَنَّ حُرْمَةَ الْكُفْرِ أَشَدُّ، فَإِذَا أُكْرِهَ عَلَى ذِكْرِهِ بِمَا لَا يَخَافُ بِهِ عَلَى النَّفْسِ أَوْ الْعُضْوِ لَا يَصِحُّ الإِقْدَامُ عَلَيْهِ، وَإِذَا خَافَ عَلَى ذَلِكَ جَازَ لَهُ أَنْ يُظْهَرَ مَا أَمْرُوهُ بِهِ مِنْ إِجْرَاءِ كَلِمَةِ الْكُفْرِ، لَكِنَّهُ يُورِي وَالتَّوْرِيَّةُ أَنْ يُظْهَرَ خِلَافَ مَا يُضْمَرُ فَجَازَ أَنْ يَكُونَ الْمَرَادُ بِهَا هَاهُنَا اطمئنان القلب، وَجَازَ أَنْ يَكُونَ الْإِثْبَانُ بِلَفْظٍ يَحْتَمِلُ مَعْنَيْنِ فَإِنْ أَظْهَرَ مَا أَمَرَهُ بِهِ مُورِيًا كَانَ أَوْ غَيْرُهُ عَلَى الْمَعْنَى الثَّانِي وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ لَمْ يَأْتُمْ لِحَدِيثِ عَمَّارِ بْنِ يَاسِرٍ رضي الله عنه حَيْثُ أُبْتُلِيَ بِهِ، وَقَدْ قَالَ النَّبِيُّ ﷺ «كَيْفَ وَجَدْتُ قَلْبَكَ؟ قَالَ: مُطْمَئِنًّا بِالْإِيمَانِ. قَالَ: فَإِنْ عَادُوا فَعُدُّ». وَفِيهِ نَزَلَ قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿إِلَّا مَنْ أَكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ﴾ وَقِصَّتُهُ مَعْرُوفَةٌ.

وَمَعْنَى قَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ "فَعُدُّ" عُدُّ إِلَى طُمَأْنِينَةِ الْقَلْبِ لَا إِلَى الْإِجْرَاءِ وَالطُّمَأْنِينَةُ جَمِيعًا، لِأَنَّ أَدْنَى دَرَجَاتِ الْأَمْرِ الْإِبَاحَةُ فَيَكُونُ إِجْرَاءُ كَلِمَةِ الْكُفْرِ مُبَاحًا، وَلَيْسَ كَذَلِكَ لِأَنَّ الْكُفْرَ لَا تَنْكَشِفُ حُرْمَتُهُ وَمَوْضِعُهُ أَصُولُ الْفِقْهِ (قَوْلُهُ وَلَآنَ بِهِذَا الْإِظْهَارِ) دَلِيلٌ مَعْقُولٌ. وَوَجْهُهُ أَنَّ الْإِيمَانَ (لَا يَفُوتُ بِهِذَا الْإِظْهَارَ حَقِيقَةً) لِأَنَّ الرُّكْنَ الْأَصْلِيَّ فِيهِ هُوَ التَّصَدِيقُ وَهُوَ قَائِمٌ حَقِيقَةً، وَالْإِفْرَارُ رُكْنٌ زَائِدٌ وَهُوَ قَائِمٌ تَقْدِيرًا لِأَنَّ التَّكْرَارَ لَيْسَ بِشَرْطٍ (وَفِي الْاِمْتِنَاعِ فَوْتُ النَّفْسِ حَقِيقَةً) فَكَانَ مِمَّا اجْتَمَعَ فِيهِ فَوْتُ حَقِّ الْعَبْدِ يَقِينًا وَفَوْتُ حَقِّ اللَّهِ تَوْهُمًا (فَيَسَعُهُ الْمَيْلُ إِلَى إِحْيَاءِ حَقِّهِ، فَإِنْ صَبَرَ وَلَمْ يُظْهَرَ الْكُفْرَ حَتَّى قُتِلَ كَانَ مَأْجُورًا، لِأَنَّ حُبِّيًّا ﷺ صَبَرَ عَلَى ذَلِكَ حَتَّى صُلِبَ، وَسَمَّاهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ سَيِّدَ الشُّهَدَاءِ، وَقَالَ فِي مِثْلِهِ) أَيْ فِيهِ وَكَلِمَةٌ مِثْلُ زَائِدٌ (هُوَ رَفِيقِي فِي الْجَنَّةِ) وَقِصَّتُهُ مَعْرُوفَةٌ أَيْضًا (وَلَآنَ الْحُرْمَةُ بَاقِيَةٌ) لَتَنَاهِي قُبْحِ الْكُفْرِ وَبَقَاؤُهَا يُوجِبُ الْاِمْتِنَاعَ (فَكَانَ الْاِمْتِنَاعُ عَزِيمَةً لِإِعْزَازِ الدِّينِ، بِخِلَافِ مَا تَقَدَّمَ) مِنْ أَكْلِ الْمَيْتَةِ وَشُرْبِ الْخَمْرِ، فَإِنَّ الْحُرْمَةَ هُنَاكَ لَمْ تَكُنْ بَاقِيَةً (لِلْاِسْتِنَاءِ) كَمَا تَقَدَّمَ.

وَاَعْتَرَضَ بِأَنَّ إِجْرَاءَ كَلِمَةِ الْكُفْرِ أَيْضًا مُسْتَثْنَى بِقَوْلِهِ ﴿إِلَّا مَنْ أَكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ﴾ مِنْ قَوْلِهِ ﴿مَنْ كَفَرَ بِاللَّهِ مِنْ بَعْدِ إِيمَانِهِ﴾ [النحل: ١٠٦] فَيَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ مُبَاحًا كَأَكْلِ الْمَيْتَةِ وَشُرْبِ الْخَمْرِ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ فِي الْآيَةِ تَقْدِيمًا وَتَأْخِيرًا، وَتَقْدِيرُهُ: مَنْ كَفَرَ بِاللَّهِ مِنْ بَعْدِ إِيمَانِهِ وَشَرَحَ بِالْكَفْرِ صَدْرًا فَعَلَيْهِمْ غَضَبٌ مِنَ اللَّهِ وَلَهُمْ عَذَابٌ

عَظِيمٌ إِلَّا مَنْ أَكْرَهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ، قَالَهُ تَعَالَى مَا أَبَاحَ إِجْرَاءَ كَلِمَةِ الْكُفْرِ عَلَى لِسَانِهِمْ حَالَةَ الْإِكْرَاهِ، وَإِنَّمَا وَضَعَ عَنْهُمْ الْعَذَابَ وَالْعُصْبَ، وَلَيْسَ مِنْ ضَرُورَةٍ نَفِي الْعُصْبِ وَهُوَ حُكْمُ الْحَرَمَةِ عَدَمُ الْحَرَمَةِ لِأَنَّهُ لَيْسَ مِنْ ضَرُورَةٍ عَدَمُ الْحُكْمِ عَدَمُ الْعِلَّةِ كَمَا فِي شُهُودِ الشَّهْرِ فِي حَقِّ الْمُسَافِرِ وَالْمَرِيضِ فَإِنَّ السَّبَبَ مَوْجُودٌ وَالْحُكْمُ مُتَأَخَّرٌ فَجَازَ أَنْ يَكُونَ الْعُصْبُ مُتَّفِقًا مَعَ قِيَامِ الْعِلَّةِ الْمَوْجِبَةِ لِلْعُصْبِ وَهِيَ الْحَرَمَةُ فَلَمْ يَثْبُتْ إِبَاحَةُ إِجْرَاءِ كَلِمَةِ الْكُفْرِ.

وَفِيهِ نَظَرٌ لِأَنَّ الْمُرَادَ بِالْعِلَّةِ إِنْ كَانَ هُوَ الْمُصْطَلَحُ فَذَلِكَ مُمْتَنِعُ التَّخَلُّفِ عَنِ الْحُكْمِ الَّذِي هُوَ مَعْلُومُهُ، وَإِنْ كَانَ الْمُرَادُ بِهَا السَّبَبُ الشَّرْعِيُّ كَمَا مَثَلُ بِهِ فَإِنَّمَا يَتَخَلَّفُ الْحُكْمُ عَنْهُ بِدَلِيلٍ آخَرَ شَرْعِيٍّ يُوجِبُ تَأْخِيرَهُ كَمَا فِي الْمَثَالِ الْمَذْكُورِ مِنْ قَوْلِهِ تَعَالَى ﴿فَمَنْ كَانَ مِنْكُمْ مَرِيضًا أَوْ عَلَى سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِنْ أَيَّامٍ أُخَرَ﴾ [البقرة: ١٨٤] وَلَا دَلِيلَ فِيهَا نَحْنُ فِيهِ عَلَى ذَلِكَ. وَعَنْ هَذَا ذَهَبَ أَبُو بَكْرٍ الرَّازِيُّ إِلَى أَنَّ الْأَمْرَ فِي قَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «فَإِنْ عَادُوا فَعُدُّوا» لِلْإِبَاحَةِ، وَقَوْلُهُمْ لِأَنَّ الْكُفْرَ مِمَّا لَا يَنْكَشِفُ حُرْمَتُهُ صَحِيحٌ، وَلَكِنَّ الْكَلَامَ فِي إِجْرَاءِ كَلِمَةِ الْكُفْرِ مُكْرَهًا لَا فِي الْكُفْرِ.

قَالَ (وَإِنْ أَكْرَهَ عَلَى إِتْلَافِ مَالِ مُسْلِمٍ بِأَمْرٍ يَخَافُ عَلَى نَفْسِهِ أَوْ عَلَى عُضْوٍ مِنْ أَعْضَائِهِ وَسِعَهُ أَنْ يَفْعَلَ ذَلِكَ) لِأَنَّ مَالَ الْغَيْرِ يُسْتَبَاحُ لِلضَّرُورَةِ كَمَا فِي حَالَةِ الْمَخْمَصَةِ وَقَدْ تَحَقَّقَتْ (وَلِصَاحِبِ الْمَالِ أَنْ يُضْمَنَ الْمُكْرَهَ) لِأَنَّ الْمُكْرَهَ آتَى لِلْمُكْرَهِ فِيمَا يَصْلُحُ آتَى لَهُ وَالْإِتْلَافُ مِنْ هَذَا الْقَبِيلِ (وَإِنْ أَكْرَهَهُ بِقَتْلِهِ عَلَى قَتْلِ غَيْرِهِ لَمْ يَسَعَهُ أَنْ يَقْدِمَ عَلَيْهِ وَيَصْبِرُ حَتَّى يُقْتَلَ، فَإِنْ قَتَلَهُ كَانَ آثِمًا) لِأَنَّ قَتْلَ الْمُسْلِمِ مِمَّا لَا يُسْتَبَاحُ لَضَرُورَةٍ مَا فَكَدْنَا بِهِذِهِ الضَّرُورَةَ.

الشرح:

قَالَ (وَإِنْ أَكْرَهَ عَلَى إِتْلَافِ مَالِ مُسْلِمٍ) وَإِنْ أَكْرَهَ رَجُلٌ عَلَى إِتْلَافِ مَالِ مُسْلِمٍ (بِأَمْرٍ يَخَافُ عَلَى نَفْسِهِ أَوْ عَلَى عُضْوٍ مِنْ أَعْضَائِهِ جَازَ لَهُ أَنْ يَفْعَلَ ذَلِكَ، لِأَنَّ مَالَ الْغَيْرِ يُسْتَبَاحُ لِلضَّرُورَةِ كَمَا فِي حَالَةِ الْمَخْمَصَةِ وَقَدْ تَحَقَّقَتْ، وَلِصَاحِبِ الْمَالِ أَنْ يُضْمَنَ الْمُكْرَهَ) لِأَنَّ الْمُكْرَهَ آتَى لِلْمُكْرَهِ فِيمَا يَصْلُحُ آتَى لَهُ، وَالْإِتْلَافُ مِنْ هَذَا الْقَبِيلِ (لِأَنَّ الْمُكْرَهَ يُمْكِنُهُ أَنْ يَأْخُذَ الْمُكْرَهَ وَيُلْقِيَهُ عَلَى الْمَالِ فَيُتْلَفُهُ. وَقَوْلُهُ فِيمَا يَصْلُحُ احْتِرَازٌ عَنْ

الْأَكْلُ وَالْتَّكْلُمُ وَالْوَطْءُ فَإِنَّهُ فِيهَا لَا يَصْلُحُ آلَةٌ لَهُ (وَإِنْ أَكْرَهَهُ بِقَتْلِهِ عَلَى قَتْلِ غَيْرِهِ لَمْ يَسْغُهُ أَنْ يَقْدَمَ عَلَيْهِ بَلْ يَصْبِرُ حَتَّى يُقْتَلَ، فَإِنْ قَتَلَهُ كَانَ آثِمًا لِأَنْ قَتَلَ الْمُسْلِمَ) بِبَيِّنٍ حَقٍّ (مِمَّا لَا يُسْتَبَاحُ لُضْرُورَةً مَا فَكَذَا بِالْإِكْرَاهِ) وَهَذَا لَا نِزَاعَ فِيهِ.

قَالَ (وَالْقِصَاصُ عَلَى الْمَكْرِهِ إِنْ كَانَ الْقَتْلُ عَمْدًا) قَالَ ﷺ: وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ، وَقَالَ زُفَرٌ: يَجِبُ عَلَى الْمَكْرِهِ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: لَا يَجِبُ عَلَيْهِمَا. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يَجِبُ عَلَيْهِمَا. لَزُفَرٍ أَنَّ الْفِعْلَ مِنَ الْمَكْرِهِ حَقِيقَةٌ وَحِسًّا، وَقَرَّرَ الشَّرْعُ حُكْمَهُ عَلَيْهِ وَهُوَ الْإِثْمُ، بِخِلَافِ الْإِكْرَاهِ عَلَى إِتْلَافِ مَالِ الْغَيْرِ لِأَنَّهُ سَقَطَ حُكْمُهُ وَهُوَ الْإِثْمُ فَأُضِيفَ إِلَى غَيْرِهِ، وَبِهَذَا يَتَمَسَّكُ الشَّافِعِيُّ فِي جَانِبِ الْمَكْرِهِ، وَيُوجِبُهُ عَلَى الْمَكْرِهِ أَيْضًا لَوْجُودِ التَّسْبِيبِ إِلَى الْقَتْلِ مِنْهُ، وَلِلتَّسْبِيبِ فِي هَذَا حُكْمُ الْمُبَاشَرَةِ عِنْدَهُ كَمَا فِي شُهُودِ الْقِصَاصِ، وَلَأَبِي يُوسُفَ أَنَّ الْقَتْلَ بَقِيَ مَقْصُورًا عَلَى الْمَكْرِهِ مِنْ وَجْهِ نَظَرٍ إِلَى التَّائِيهِ، وَأُضِيفَ إِلَى الْمَكْرِهِ مِنْ وَجْهِ نَظَرٍ إِلَى الْحَمْلِ فَدَخَلَتْ الشُّبُهَةُ فِي كُلِّ جَانِبٍ. وَلَهُمَا أَنَّهُ مَحْمُولٌ عَلَى الْقَتْلِ بِطَبْعِهِ إِثَارًا لِحَيَاتِهِ فَيَصِيرُ آلَةً لِلْمَكْرِهِ فِيمَا يَصْلُحُ آلَةً لَهُ وَهُوَ الْقَتْلُ بِأَنْ يُلْقِيَهُ عَلَيْهِ وَلَا يَصْلُحُ آلَةً لَهُ فِي الْحِنَايَةِ عَلَى دِينِهِ فَيَبْقَى الْفِعْلُ مَقْصُورًا عَلَيْهِ فِي حَقِّ الْإِثْمِ كَمَا نَقُولُ فِي الْإِكْرَاهِ عَلَى الْإِعْتَاقِ، وَفِي إِكْرَاهِ الْمَجُوسِيِّ عَلَى ذَبْحِ شَاةِ الْغَيْرِ يَنْتَقِلُ الْفِعْلُ إِلَى الْمَكْرِهِ فِي الْإِتْلَافِ دُونَ الذَّكَاءِ حَتَّى يَحْرُمَ كَذَا هَذَا.

الشرح:

وَأَمَّا وَجُوبُ الْقِصَاصِ فَفِيهِ أَرْبَعَةُ أَقْوَالٍ بِحَسَبِ الْقِسْمَةِ الْعَقْلِيَّةِ، فَإِنَّهُ إِمَّا إِنْ كَانَ يَجِبُ عَلَى الْمَكْرِهِ وَالْمَكْرِهِ جَمِيعًا، أَوْ لَا يَجِبُ عَلَى وَاحِدٍ مِنْهُمَا، أَوْ يَجِبُ عَلَى الْمَكْرِهِ وَخَذَهُ، أَوْ عَلَى الْعَكْسِ. وَالْأَوَّلُ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ. وَالثَّانِي قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ. وَالثَّالِثُ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ. وَالرَّابِعُ قَوْلُ زُفَرٍ رَحِمَهُ اللَّهُ.

لَهُ أَنَّ الْفِعْلَ مِنَ الْمَكْرِهِ حَقِيقَةٌ لَصُدُورِهِ مِنْهُ بِغَيْرِ وَاسِطَةٍ وَحِسًّا فَإِنَّهُ مُعَايَنٌ مُشَاهَدٌ، وَكَذَا شَرْعًا لِأَنَّهُ قَرَّرَ عَلَيْهِ حُكْمُهُ وَهُوَ الْإِثْمُ، فَإِيجَابُ الْقِصَاصِ عَلَى غَيْرِهِ غَيْرُ مَعْقُولٍ وَغَيْرُ مَشْرُوعٍ، بِخِلَافِ الْإِكْرَاهِ عَلَى إِتْلَافِ مَالِ الْغَيْرِ لِأَنَّهُ سَقَطَ حُكْمُهُ وَهُوَ الْإِثْمُ فَلَمْ يَكُنْ مُقَرَّرًا عَلَيْهِ شَرْعًا فَجَازَ إِضَافَتُهُ إِلَى غَيْرِهِ، وَبِهَذَا يَتَمَسَّكُ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ

اللَّهُ فِي جَانِبِ الْمُكْرِهِ وَيُوجِبُهُ عَلَى الْمُكْرِهِ أَيْضًا لَوْجُودِ التَّسْبِيبِ إِلَى الْقَتْلِ مِنْهُ، وَلِلتَّسْبِيبِ فِي هَذَا: أَيُّ فِي الْقَتْلِ حُكْمُ الْمُبَاشَرَةِ عِنْدَهُ، كَمَا إِذَا شَهِدَا عَلَى رَجُلٍ بِالْقَتْلِ الْعَمْدِ فَاقْتَصَّ مِنَ الْمَشْهُودِ عَلَيْهِ فَجَاءَ الْمَشْهُودُ بِقَتْلِهِ حَيًّا فَإِنَّهُ يُقْتَلُ الشَّاهِدَانِ عِنْدَهُ لِلتَّسْبِيبِ.

وَلِقَائِلِ أَنْ يَقُولَ: فِي كَلَامِ الْمُصَنِّفِ تَسَامُحٌ، لِأَنَّ دَلِيلَ زُفَرٍ يَدُلُّ عَلَى عَدَمِ جَوَازِ إِضَافَةِ الْقَتْلِ إِلَى غَيْرِ الْمُكْرِهِ فَكَيْفَ يُجْعَلُ ذَلِكَ دَلِيلًا لِلشَّافِعِيِّ وَهُوَ يُضِيفُهُ إِلَى غَيْرِهِ أَيْضًا. وَالْجَوَابُ أَنَّ دَلِيلَهُ يَدُلُّ عَلَى عَدَمِ جَوَازِ إِضَافَتِهِ إِلَى غَيْرِ الْمُكْرِهِ مُبَاشَرَةً، وَالشَّافِعِيُّ يُضِيفُهُ إِلَى الْغَيْرِ تَسْبِيًّا فَلَا تَنَافِي.

وَلَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ الْقَتْلَ الْحَاصِلَ مِنَ الْمُكْرِهِ يَحْتَمِلُ الْاِقْتِصَارَ عَلَيْهِ وَالتَّعَدِّيَّ إِلَى غَيْرِهِ نَظَرًا إِلَى دَلِيلِ زُفَرٍ وَأَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ، لِأَنَّ تَأْنِيهِمُ الشَّارِعَ يَدُلُّ عَلَى تَقْرِيرِ الْحُكْمِ وَقَصْرِهِ عَلَيْهِ، وَكَوْنُهُ مَحْمُولًا عَلَى الْفِعْلِ يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ كَالآلَةِ وَالْفِعْلُ يَتَّقِلُ عَنْهُ، وَكُلُّ مَا كَانَ كَذَلِكَ كَانَ شُبْهَةً وَالْقِصَاصُ يَنْدَفِعُ بِهَا. وَلَهُمَا أَنَّهُ مَحْمُولٌ عَلَى الْقَتْلِ بِطَبْعِهِ إِثَارًا لِحَيَاتِهِ، وَالْمَحْمُولُ عَلَى الْفِعْلِ بِالطَّبْعِ آلَةٌ لِأَنَّ الْآلَةَ هِيَ الَّتِي تَعْمَلُ بِالطَّبْعِ، كَالسِّيفِ فَإِنَّ طَبْعَهُ الْقَطْعُ عِنْدَ الْاِسْتِعْمَالِ فِي مَحَلِّهِ فَيَصِيرُ آلَةً لِلْمُكْرِهِ فِيمَا يَصْلُحُ آلَةً لَهُ وَهُوَ الْقَتْلُ بَأَنَّهُ يُلْقِيهِ عَلَيْهِ، وَالْفِعْلُ يُضَافُ إِلَى الْفَاعِلِ لَا إِلَى الْآلَةِ. فَإِنْ قِيلَ: لَوْ كَانَ آلَةً لَأُضِيفَ الْإِثْمُ إِلَى الْمُكْرِهِ كَالْقَتْلِ.

أَجَابَ بِقَوْلِهِ (وَلَا يَصْلُحُ آلَةً لَهُ فِي الْجَنَائَةِ عَلَى دَيْتِهِ فَيَبْقَى الْفِعْلُ فِي حَقِّ الْإِثْمِ مَقْصُورًا عَلَيْهِ كَمَا نَقُولُ فِي الْإِكْرَاهِ عَلَى الْإِعْتِقَاقِ) فَإِنَّ إِعْتِقَاقَهُ يَتَّقِلُ إِلَى الْمُكْرِهِ مِنْ حَيْثُ إِثْلَافٌ مَالِيَّةِ الْعَبْدِ حَتَّى وَجَبَتْ عَلَيْهِ قِيمَةُ الْعَبْدِ وَيَقْتَصِرُ عَلَيْهِ مِنْ حَيْثُ التَّكْلُمُ، فَإِنَّهُ لَوْ انْتَقَلَ إِلَيْهِ مِنْ حَيْثُ التَّكْلُمُ أَيْضًا لَمْ يُعْتَقِ الْعَبْدُ (و) كَمَا نَقُولُ (فِي إِكْرَاهِ الْمَجْوسِيِّ عَلَى ذَبْحِ شَاةِ الْغَيْرِ، فَإِنَّ الْفِعْلَ يَتَّقِلُ إِلَى الْمُكْرِهِ مِنْ حَيْثُ الْإِثْلَافُ دُونَ الذَّكَاءِ حَتَّى يَحْرُمَ كَذَا هَذَا) وَإِذَا ظَهَرَ أَنَّ الْمُكْرَةَ آلَةً لِلْمُكْرِهِ فِي الْقَتْلِ ظَهَرَ الْفَرْقُ بَيْنَ مَا نَحْنُ فِيهِ وَبَيْنَ مَنْ أَصَابَتْهُ مَخْمَصَةٌ فَقَتَلَ إِنْسَانًا وَأَكَلَ لَحْمَهُ حَتَّى بَقِيَ هُوَ حَيًّا إِثَارًا لِحَيَاتِهِ بِطَبْعِهِ فَإِنَّهُ يَجِبُ عَلَيْهِ الْقِصَاصُ وَإِنْ كَانَ مُضْطَرًّا كَالْمُكْرِهِ لِأَنَّهُ لَيْسَ ثَمَّةَ مَنْ يَكُونُ آلَةً لَهُ فَيُضَافُ إِلَى نَفْسِهِ.

وَأَعْلَمُ أَنَّ صَاحِبَ النَّهَايَةِ رَحِمَهُ اللَّهُ قَالَ: سَوَاءٌ كَانَ هَذَا الْمُكْرَةُ الْآمِرُ عَاقِلًا أَوْ

مَعْتُوهاً أَوْ غَلاماً غَيْرَ بَالِغٍ فَالْقَوْدُ عَلَى الْآمِرِ، وَعَزَاهُ إِلَى الْمَبْسُوطِ، وَكَسَبَهُ شَيْخُ شَيْخِي
عَلَاءُ الدِّينِ عَبْدُ الْعَزِيزِ رَحِمَهُ اللَّهُ إِلَى السَّهْوِ وَقَالَ: الرُّوَايَةُ فِي الْمَبْسُوطِ بِفَتْحِ الرَّاءِ دُونَ
كَسْرِهَا، وَتَقِلُّ عَنْ أَبِي الْيُسْرِ فِي مَبْسُوطِهِ: وَلَوْ كَانَ الْآمِرُ صَبِيًّا أَوْ مَجْنُونًا لَمْ يَجِبِ
الْقِصَاصُ عَلَى أَحَدٍ لَأَنَّ الْقَاتِلَ فِي الْحَقِيقَةِ هَذَا الصَّبِيُّ أَوْ الْمَجْنُونُ وَهُوَ لَيْسَ بِأَهْلٍ
لَوْجُوبِ الْعُقُوبَةِ عَلَيْهِ.

قَالَ (وَإِنْ أَكْرَهَهُ عَلَى طَلَاقِ امْرَأَتِهِ أَوْ عَتَقَ عَبْدَهُ فَفَعَلَ وَقَعَ مَا أَكْرَهَ عَلَيْهِ عِنْدَنَا)
خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ وَقَدْ مَرَّ فِي الطَّلَاقِ. قَالَ (وَيَرْجِعُ عَلَى الَّذِي أَكْرَهَهُ بِقِيَمَةِ الْعَبْدِ) لِأَنَّهُ
صَلَحَ آلَةُ لَهُ فِيهِ مِنْ حَيْثُ الْإِثْلَافُ فَيُضَافُ إِلَيْهِ، فَلَهُ أَنْ يُضَمَّنَهُ مُوسِرًا كَانَ أَوْ مُعْسِرًا، وَلَا
سِعَايَةَ عَلَى الْعَبْدِ لِأَنَّ السَّعَايَةَ إِنَّمَا تَجِبُ لِلتَّخْرِيجِ إِلَى الْحُرِّيَّةِ أَوْ لِنَتَقُلُّ حَقَّ الْغَيْرِ وَلَمْ يَوْجَدْ
وَاحِدًا مِنْهُمَا، وَلَا يَرْجِعُ الْمُكْرَهُ عَلَى الْعَبْدِ بِالضَّمَانِ لِأَنَّهُ مُوَاخِذٌ بِإِثْلَافِهِ. قَالَ (وَيَرْجِعُ بِنِصْفِ
مَهْرِ الْمَرَأَةِ إِنْ كَانَ قَبْلَ الدُّخُولِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي الْعَقْدِ مُسَمًّى يَرْجِعُ عَلَى الْمُكْرِهِ بِمَا لَزِمَهُ
مِنَ الْمُتَعَتَرِ) لِأَنَّ مَا عَلَيْهِ كَانَ عَلَى شَرَفِ السَّقُوطِ بِأَنْ جَاءَتْ الْفُرْقَةُ مِنْ قَبْلِهَا، وَإِنَّمَا يَتَأَكَّدُ
بِالطَّلَاقِ فَكَانَ إِثْلَافًا لِلْمَالِ مِنْ هَذَا الْوَجْهِ فَيُضَافُ إِلَى الْمُكْرِهِ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ إِثْلَافٌ. بِخِلَافِ مَا
إِذَا دَخَلَ بِهَا لِأَنَّ الْمَهْرَ قَدْ تَقَرَّرَ بِالدُّخُولِ لَا بِالطَّلَاقِ.

الشرح:

قَالَ (وَإِنْ أَكْرَهَهُ عَلَى طَلَاقِ امْرَأَتِهِ) وَإِنْ أَكْرَهَ الرَّجُلُ عَلَى طَلَاقِ امْرَأَتِهِ (أَوْ)
عَلَى (عَتَقَ عَبْدَهُ فَفَعَلَ ذَلِكَ وَقَعَ مَا أَكْرَهَ عَلَيْهِ عِنْدَنَا خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ) فَإِنْ
تَصَرَّفَاتِ الْمُكْرَهُ كُلُّهَا بَاطِلَةٌ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ إِكْرَاهًا بِحَقٍّ (وَقَدْ مَرَّ) دَلِيلُ الْفَرِيقَيْنِ (فِي
الطَّلَاقِ، وَيَرْجِعُ عَلَى الْمُكْرِهِ قِيَمَةُ الْعَبْدِ لِأَنَّهُ صَلَحَ آلَةُ لَهُ فِيهِ مِنْ حَيْثُ الْإِثْلَافُ فَيُضَافُ
إِلَيْهِ) وَمَنْعَ صِلَاحِيَّتِهِ لِذَلِكَ لِأَنَّ الْإِثْلَافَ يَنْبُتُ فِي ضِمْنِ التَّلَفُّظِ بِهَذَا اللَّفْظِ، وَهُوَ لَا
يَصْلُحُ آلَةُ لَهُ فِي حَقِّ التَّلَفُّظِ فَكَذَا فِي حَقِّ مَا يَنْبُتُ فِي ضِمْنِهِ.

وَأُجِيبَ بِأَنَّ الْإِعْتِاقَ إِثْلَافٌ وَهُوَ يَصْلُحُ آلَةُ لَهُ فِيهِ، وَاللَّفْظُ قَدْ يَنْفَكُ عَنْهُ فِي
الْجُمْلَةِ كَمَا فِي إِعْتِاقِ الصَّبِيِّ فَيَصِحُّ أَنْ يَكُونَ آلَةُ بِالنِّسْبَةِ إِلَى الْإِثْلَافِ دُونَ التَّلَفُّظِ،
وَإِذَا صَحَّ كَوْنُهُ آلَةً صَحَّتْ الْإِضَافَةُ إِلَيْهِ (فَلَهُ أَنْ يُضَمَّنَهُ مُوسِرًا كَانَ أَوْ مُعْسِرًا، وَلَا
سِعَايَةَ عَلَيْهِ) أَمَّا وَجُوبُ الضَّمَانِ فَيَمَّا إِذَا قَالَ الْمُكْرَهُ أَرَدْتُ بِقَوْلِي هُوَ حُرٌّ عِتَقًا

مُسْتَقْبَلًا كَمَا طَلَبَ مِنِّي فَإِنَّهُ يُعْتَقُ الْعَبْدُ قَضَاءً وَدِيَانَةً، وَيَضْمَنُ الْمُكْرَهُ قِيمَةَ الْعَبْدِ لِأَنَّهُ أَتَى بِمَا أَمَرَهُ بِهِ عَلَى وَفْقٍ مَا أَكْرَهَهُ، وَكَذَا إِذَا قَالَ لَمْ يَخْطُرْ بِيَالِي سِوَى الْإِثْبَانِ بِمَطْلُوبِهِ، وَإِنْ قَالَ خَطَرَ بِيَالِي الْإِخْبَارُ بِالْحُرِّيَّةِ فِيمَا مَضَى كَاذِبًا وَأَرَدَتْ ذَلِكَ لَا إِشْأَاءَ الْحُرِّيَّةِ عَتَقَ الْعَبْدُ قَضَاءً لَا دِيَانَةً لِأَنَّهُ عَدَلَ عَمَّا أَكْرَهَ عَلَيْهِ فَكَانَ طَائِعًا فِي الْإِفْرَارِ فَلَا يُصَدِّقُهُ الْقَاضِي فِي دَعْوَى الْإِخْبَارِ كَاذِبًا، وَلَا يَضْمَنُ الْمُكْرَهُ شَيْئًا لِأَنَّ الْعَبْدَ عَتَقَ بِالْإِفْرَارِ طَائِعًا لَا بِالْإِكْرَاهِ.

فَإِنْ قِيلَ: يَنْبَغِي أَنْ لَا يَضْمَنَ الْمُكْرَهُ لِأَنَّهُ أَثْلَفَ بِعَوْضٍ وَهُوَ الْوَلَاءُ، وَالْإِثْلَافُ بِعَوْضٍ كَلَا إِثْلَافٍ. فَالْجَوَابُ أَنَّا لَا نُسَلِّمُ أَنَّ الْوَلَاءَ عَوْضٌ لِأَنَّ سَبَبَهُ الْعِتْقُ عَلَى مِلْكِ الْمَوْلَى فَكَيْفَ يَكُونُ الْمُكْرَهُ مُعَوِّضًا عَمَّا أَثْلَفَهُ بِمَا لَا تَعْلُقُ لَهُ بِهِ أَصْلًا. سَلَمْنَاهُ وَلَكِنْ إِنَّمَا يَكُونُ كَلَا إِثْلَافٍ إِذَا كَانَ الْعَرِضُ مَالًا كَمَا لَوْ أَكْرَهَ عَلَى أَكْلِ طَعَامٍ غَيْرٍ فَأَكَلَ فَإِنَّهُ لَا ضَمَانَ عَلَى الْمُكْرِهِ لِأَنَّهُ حَصَلَ لِلْمُكْرِهِ عَوْضٌ، أَوْ فِي حُكْمِ الْمَالِ كَمَا فِي مَنَافِعِ الْبُضْعِ إِذَا أَثْلَفَهَا مُكْرَهَا لِأَنَّ مَنَافِعَهُ تُعَدُّ مَالًا عِنْدَ الدُّخُولِ، وَالْوَلَاءُ لَيْسَ كَذَلِكَ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ التَّسَبُّبِ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ إِذَا شَهِدَا بِالْوَلَاءِ ثُمَّ رَجَعَا لَا يَضْمَنَانِ.

(وَأَمَّا عَدَمُ السَّعَايَةِ فَلِأَنَّهَا إِنَّمَا تَجِبُ لِلتَّخْرِيجِ إِلَى الْحُرِّيَّةِ) كَمَا هُوَ مَذْهَبُ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله أَنَّ الْمُسْتَسْعَى كَالْمُكَاتَبِ وَقَدْ خَرَجَ فَلَا يُمَكِّنُ تَخْرِيجُهُ ثَانِيًا (أَوْ لَتَعْلُقَ حَقُّ الْغَيْرِ وَلَمْ يَتَعْلُقْ بِالْعَبْدِ حَقُّ الْغَيْرِ فَلَمْ يُوجَدْ شَيْءٌ مِنْ مُوجِبِي السَّعَايَةِ)، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ الْعَبْدُ مَرْهُونًا فَأُكْرَهَ الرَّاهِنُ عَلَى إِعْتَاقِهِ فَإِنَّهُ يَجِبُ عَلَى الْعَبْدِ السَّعَايَةُ لَتَعْلُقَ حَقُّ الْغَيْرِ وَهُوَ الْمُرْتَهَنُ بِهِ، وَهَذَا عَلَى مَذْهَبِ أَبِي حَنِيفَةَ سَأَلْنَا عَنْ التَّقْضِ، وَأَمَّا عَلَى مَذْهَبِهِمَا فَإِنَّهُ يُتَّقَضُ بِمَا إِذَا أُعْتِقَ الْمُخْجُورُ عَلَيْهِ بِالسَّفْهِ فَإِنَّهُ يُعْتَقُ وَيَجِبُ عَلَيْهِ السَّعَايَةُ، وَقَدْ أُعْتِقَ مِلْكُهُ وَلَا حَقَّ لِأَحَدٍ فِيهِ، وَيُرَادُ لَهَا فِي التَّغْلِيلِ فَيُقَالُ عَتَقَ عَلَى مِلْكِهِ وَلَا يَتَعْلُقُ بِهِ حَقُّ الْغَيْرِ وَهُوَ غَيْرُ مَخْجُورٍ عَلَيْهِ (وَلَا يَرْجِعُ الْمُكْرَهُ عَلَى الْعَبْدِ بِمَا ضَمِنَ لِأَنَّهُ مُؤَاخَذٌ بِإِثْلَافِهِ) يَعْنِي أَنَّ الْمُكْرَةَ إِنَّمَا يَضْمَنُ مَنْ حَيْثُ إِنَّهُ جُعِلَ مُثْلَفًا لِلْعَبْدِ حُكْمًا، فَكَأَنَّهُ قَتَلَهُ وَالْمَقْتُولُ لَا يَضْمَنُ شَيْئًا.

قَالَ (وَيَرْجِعُ بِنِصْفِ مَهْرِ الْمَرْأَةِ) الْجَوَابُ فِيمَا إِذَا أُكْرَهَ عَلَى طَلَاقِ امْرَأَتِهِ وَقَدْ سَمِيَ لَهَا مَهْرًا، إِلَّا أَنَّهُ لَمْ يَدْخُلْ بِهَا نَظِيرُ الْجَوَابِ فِيمَا إِذَا أُكْرَهَ عَلَى عِتْقِ الْعَبْدِ فِي حَقِّ

وُقُوعِ الطَّلَاقِ وَرُجُوعِ الزَّوْجِ عَلَى الْمَكْرِهِ، إِلَّا أَنَّ الرُّجُوعَ هَاهُنَا يَنْصَفِ الصَّدَاقَ وَثَمَّةَ بَقِيَمَةِ الْعَبْدِ، وَإِنْ لَمْ يُسَمَّ رَجَعَ عَلَى الْمَكْرِهِ بِمَا لَزِمَهُ مِنَ الْمُتَعَةِ لِأَنَّ الْعِلَّةَ فِي الْكُلِّ وَاحِدَةٌ وَهُوَ الْإِثْلَافُ. أَمَّا فِي الْعَتَقِ فَقَدْ تَقَدَّمَ.

أَمَّا فِي الطَّلَاقِ فَلَقَوْلُهُ لِأَنَّ مَا عَلَيْهِ: أَيُّ عَلَى الزَّوْجِ كَانَ عَلَى شَرَفِ السَّقُوطِ بِأَنْ جَاءَتْ الْفُرْقَةُ مِنْ قَبْلِهَا بِتَمَكِينِ ابْنِ الزَّوْجِ مِنْهَا بَعِيرٍ إِكْرَاهٍ، أَوْ بِالْإِثْلَافِ وَالْعِيَادِ بِاللَّهِ تَعَالَى، وَمَا كَانَ عَلَيْهِ تَأَكُّدٌ بِالطَّلَاقِ مُكْرَهًا، فَمَا كَانَ عَلَى شَرَفِ السَّقُوطِ تَأَكُّدٌ بِهِ وَلِلتَّأَكُّدِ شَبَّةٌ بِالْإِجْبَابِ، فَكَأَنَّهُ أَوْجَبَ عَلَى الْمَكْرِهِ ذَلِكَ ابْتِدَاءً فَكَانَ إِثْلَافًا لِلْمَالِ مِنْ هَذَا الْوَجْهِ، وَالْمَكْرَهُ فِي حَقِّ الْإِكْرَاهِ بِمَنْزِلَةِ الْآلَةِ فَيُضَافُ إِلَى الْمَكْرِهِ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ إِثْلَافٌ، بِخِلَافِ مَا إِذَا دَخَلَ بِهَا لِأَنَّ الْمَهْرَ تَقَرَّرَ بِالدُّخُولِ لَا بِالطَّلَاقِ فَبَقِيَ مُجَرَّدُ إِثْلَافٍ مِلْكِ النِّكَاحِ، وَهُوَ لَيْسَ بِمَالٍ عِنْدَ الْخُرُوجِ، وَمَا لَيْسَ بِمَالٍ لَا يُضْمَنُ بِمَالٍ أَلَا تَرَى أَنَّ الشَّاهِدَيْنِ إِذَا رَجَعَا بَعْدَ الشَّهَادَةِ بِالطَّلَاقِ بَعْدَ الدُّخُولِ لَا يُضْمَنَانِ.

(وَلَوْ أَكْرَهَ عَلَى التَّوَكُّيلِ بِالطَّلَاقِ وَالْعَتَاقِ فَفَعَلَ الْوَكِيلُ جَازَ اسْتِحْسَانًا) لِأَنَّ الْإِكْرَاهَ مُؤَثِّرٌ فِي فُسَادِ الْعَقْدِ، وَالْوَكَالَةُ لَا تَبْطُلُ بِالشَّرْطِ الْفَاسِدِ، وَيَرْجِعُ عَلَى الْمَكْرِهِ اسْتِحْسَانًا لِأَنَّ مَقْصُودَ الْمَكْرِهِ زَوَالُ مِلْكِهِ إِذَا بَاشَرَ الْوَكِيلُ، وَالنَّذْرُ لَا يَعْمَلُ فِيهِ الْإِكْرَاهُ لِأَنَّهُ لَا يَحْتَمِلُ الْفَسْخَ، وَلَا رُجُوعَ عَلَى الْمَكْرِهِ بِمَا لَزِمَهُ لِأَنَّهُ لَا مُطَالِبَ لَهُ فِي الدُّنْيَا فَلَا يُطَالِبُ بِهِ فِيهَا، وَكَذَا الْيَمِينُ، وَالظَّهَارُ لَا يَعْمَلُ فِيهِمَا الْإِكْرَاهُ لِعَدَمِ احْتِمَالِهِمَا الْفَسْخَ، وَكَذَا الرَّجْعَةُ وَالْإِيلَاءُ وَالْفَيْءُ فِيهِ بِاللِّسَانِ لِأَنَّهَا تَصِحُّ مَعَ الْهَزْلِ، وَالْخُلْعُ مِنْ جَانِبِهِ طَلَاقٌ أَوْ يَمِينٌ لَا يَعْمَلُ فِيهِ الْإِكْرَاهُ، فَلَوْ كَانَ هُوَ مُكْرَهًا عَلَى الْخُلْعِ دُونَهَا لَزِمَهَا الْبَدَلُ لِرِضَاهَا بِالِاتِّزَامِ.

الشرح:

(وَلَوْ أَكْرَهَ عَلَى التَّوَكُّيلِ بِالطَّلَاقِ وَالْعَتَاقِ فَفَعَلَ الْوَكِيلُ) أَيُّ طَلَّقَ أَوْ أَعْتَقَ (فَهُوَ جَائِزٌ اسْتِحْسَانًا) وَالْقِيَاسُ أَنْ لَا يَجُوزَ لِأَنَّ الْوَكَالَةَ تَبْطُلُ بِالْهَزْلِ فَكَذَا مَعَ الْإِكْرَاهِ، وَجْهُ الْاسْتِحْسَانِ أَنَّ الْإِكْرَاهَ يُؤَثِّرُ فِي فُسَادِ الْعَقْدِ فَكَانَ كَالشَّرْطِ الْفَاسِدِ، وَالشَّرْطُ الْفَاسِدُ لَا يُؤَثِّرُ فِي فُسَادِ الْوَكَالَةِ.

أَمَّا أَنَّهُ كَالشَّرْطِ الْفَاسِدِ فَلَمَّا تَقَدَّمَ أَنَّهُ يَعْدَمُ الرِّضَا فَيَفْسُدُ بِهِ الْاِخْتِيَارُ فَصَارَ كَأَنَّهُ

شَرْطًا شَرْطَ فَاسِدًا فَإِنَّهُ يُفْسِدُ الْعَقْدَ وَلَا يَمْنَعُ الْإِنْعِقَادَ. وَأَمَّا أَنْ الْوَكَالَهَ لَا تَفْسُدُ بِالشُّرُوطِ
 الْفَاسِدَةِ فَلَاغَتُهَا مِنَ الْإِسْقَاطَاتِ، فَإِنْ تَصَرَّفَ الْوَكِيلُ فِي مَالِ الْمُوَكَّلِ قَبْلَ التَّوَكُّلِ كَانَ
 مَوْقُوفًا حَقًّا لِلْمَالِكِ فَهُوَ بِالتَّوَكُّلِ أَسْقَطُهُ، فَإِذَا لَمْ يُفْسِدْ كَانَ تَصَرُّفُ الْوَكِيلِ نَافِذًا (وَيَرْجِعُ
 الْمُكْرَهُ عَلَى الْمُكْرِهِ) بِمَا عَزَمَ مِنْ نِصْفِ الصَّدَاقِ وَقِيمَةِ الْعَبْدِ (اسْتَحْسَانًا) وَالْقِيَاسُ أَنْ لَا
 يَرْجِعَ لِأَنَّ الْإِكْرَاهَ وَقَعَ عَلَى الْوَكَالَهَ، وَزَوَالَ الْمَلِكِ لَمْ يَقَعْ بِهَا، فَإِنَّ الْوَكِيلَ قَدْ يَفْعَلُ وَقَدْ لَا
 يَفْعَلُ فَلَا يُضَافُ التَّلَفُ إِلَيْهِ، كَمَا فِي الشَّاهِدَيْنِ شَهِدَا أَنْ فُلَانًا وَكَّلَ فُلَانًا بِعِنِّي عِنْدَهُ فَأَعْتَقَ
 الْوَكِيلُ ثُمَّ رَجَعَا لَمْ يَضْمَنَّا. وَجْهُ الاسْتِحْسَانِ أَنْ مَقْصُودَ الْمُكْرِهِ زَوَالُ مِلْكِهِ بِمُبَاشَرَةِ
 الْوَكِيلِ وَقَدْ حَصَلَ ذَلِكَ، وَكَانَ مَا فَعَلَهُ وَسِيلَةً إِلَى الْإِزَالَةِ فَيَضْمَنُ، وَلَا ضَمَانَ عَلَى الْوَكِيلِ
 لِأَنَّهُ لَمْ يُوْجَدْ مِنْهُ إِكْرَاهٌ (قَوْلُهُ وَالتَّذَرُّ لَا يَعْمَلُ فِيهِ الْإِكْرَاهُ) بَيَانٌ لِمَا يَعْمَلُ فِيهِ الْإِكْرَاهُ وَمَا لَا
 يَعْمَلُ فِيهِ، وَضَابِطُ ذَلِكَ أَنْ كُلُّ مَا لَا يُؤْتَرُ فِيهِ الْفَسْخُ بَعْدَ وَقُوعِهِ لَا يَعْمَلُ فِيهِ الْإِكْرَاهُ مِنْ
 حَيْثُ مَنَعَ الصَّحَّةَ، لِأَنَّ الْإِكْرَاهَ يُفَوِّتُ الرِّضَا وَفَوَاتُ الرِّضَا يُؤْتَرُ فِي عَدَمِ الزُّوْمِ وَعَدَمِ
 الزُّوْمِ يُمَكِّنُ الْمُكْرَهَ مِنَ الْفَسْخِ، فَالْإِكْرَاهُ يُمَكِّنُ الْمُكْرَهَ مِنَ الْفَسْخِ بَعْدَ التَّحْقُقِ، فَمَا لَا
 يَحْتَمِلُ الْفَسْخُ لَا يَعْمَلُ فِيهِ الْإِكْرَاهُ فَيَصِحُّ التَّذَرُّ مَعَ الْإِكْرَاهِ، فَإِنْ أَكْرَهَ عَلَى أَنْ يُوجِبَ عَلَى
 نَفْسِهِ صَدَقَةً لَزِمَهُ ذَلِكَ (وَلَا يَرْجِعُ عَلَى الْمُكْرِهِ بِمَا لَزِمَهُ لِأَنَّهُ غَيْرُ مُطَالَبٍ بِهِ فِي الدُّنْيَا فَلَا
 يُطَالَبُ بِهِ غَيْرُهُ فِيهَا، وَكَذَا إِذَا أَكْرَهَ عَلَى يَمِينٍ) فَحَلَفَ انْعَقَدَتْ (أَوْ عَلَى ظَهَارٍ) فَظَاهِرٌ
 صَحَّ (وَكَذَا عَلَى رَجْعَةٍ) فَفَعَلَ صَحَّ (أَوْ عَلَى إِبْلَاءٍ) قَالِي أَوْ عَلَى فِيءٍ إِلَيْهَا بِاللِّسَانِ فَفَعَلَ
 صَحَّ (لَاغَتُهَا) أَيِ الرَّجْعَةِ وَالْإِبْلَاءِ وَالْفِيءِ (تَصِحُّ مَعَ الْهَزْلِ) وَمَا صَحَّ مَعَ الْهَزْلِ لَا يَحْتَمِلُ
 الْفَسْخَ، فَإِنْ أَكْرَهَ عَلَى إِعْتَاقِ عَبْدٍ عَنْ كَفَّارَةِ الْيَمِينِ أَوْ الظَّهَارِ فَفَعَلَ أَجْزَأُ عَنْهَا وَلَمْ يَرْجِعْ
 عَلَى الْمُكْرِهِ بِقِيمَتِهِ لِأَنَّهُ أَمَرَهُ بِالْخُرُوجِ عَمَّا لَزِمَهُ وَذَلِكَ مِنْهُ حِسْبَةٌ لَا إِثْلَافٌ بغيرِ حَقٍّ، وَإِنْ
 عَيَّنَ عَبْدًا لِذَلِكَ فَفَعَلَ عَتَقَ وَلَمْ يَجْزُ عَنِ الْكَفَّارَةِ وَيَرْجِعُ عَلَى الْمُكْرِهِ بِقِيمَتِهِ لِأَنَّهُ أَثْلَفَ عَلَيْهِ
 مَالِيَةَ الْعَبْدِ حَيْثُ لَمْ يَكُنْ بَعَيْنِهِ مُسْتَحَقًّا عَلَيْهِ، وَإِذَا ثَبَتَ لَهُ الرُّجُوعُ لَمْ يَكُنْ كَفَّارَةً لِأَنَّهَا
 لَيْسَتْ بِمَضْمُونَةٍ عَلَى أَحَدٍ، وَإِنْ تَرَكَ الَّتِي آتَى مِنْهَا أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ حَتَّى بَائَتْ وَلَمْ يَكُنْ دَخَلَ
 بِهَا وَجَبَ عَلَيْهِ نِصْفُ الْمَهْرِ، وَلَا يَرْجِعُ بِهِ عَلَى الْمُكْرِهِ لِأَنَّهُ كَانَ مُتِمَّكِنًا مِنَ الْقُرْبَانِ فِي
 الْمُدَّةِ، فَإِذَا لَمْ يَفْعَلْ كَانَ ذَلِكَ رِضًا مِنْهُ بِمَا لَزِمَهُ مِنَ الصَّدَاقِ، وَإِنْ قَرَّبَهَا وَكَفَّرَ لَمْ يَرْجِعْ
 عَلَى الْمُكْرِهِ بِشَيْءٍ، لِأَنَّهُ أَثْبَتَ مَا أَكْرَهَهُ عَلَيْهِ، وَإِنْ أَكْرَهَهُ عَلَى أَنْ يُخَالَعَ امْرَأَتَهُ فَفَعَلَ

صَحَّ الْخُلْعُ لِأَنَّهُ مِنْ جَانِبِ الزَّوْجِ طَلَاقٌ وَهُوَ ظَاهِرٌ، وَالْإِكْرَاهُ لَا يَمْتَنِعُ وَقُوعَ الطَّلَاقِ بِلا بَدَلٍ فَكَذَا يَبْدَلُ أَوْ يَمِينٍ لَوْجُودِ الشَّرْطِ وَالْجَزَاءِ وَالْيَمِينِ لَا يَعْمَلُ فِيهِ الْإِكْرَاهُ.

(فَلَوْ كَانَ مُكْرَهًا عَلَى الْخُلْعِ دُونَهَا لَزِمَهَا الْبَدَلُ لِرِضَاهَا بِالِاتِّزَامِ) بِإِزَاءِ مَا سَلَّمَ لَهَا مِنَ الْبَيِّنَةِ، وَلَا شَيْءَ عَلَى الْمُكْرَهِ لِلزَّوْجِ لِأَنَّهُ أَتْلَفَ عَلَيْهِ مَا لَيْسَ بِمَالٍ وَهُوَ النِّكَاحُ فَلَا يَضْمَنُ بِهِ.

فَإِنْ قِيلَ: إِنْ خَالَعَهَا وَهِيَ غَيْرُ مَلْمُوسَةٍ فَاسْتَحَقَّتْ نِصْفَ الصَّدَاقِ هَلْ يَرْجِعُ بِهِ الزَّوْجُ عَلَى الْمُكْرَهِ لِتَأْكِيدِ مَا كَانَ عَلَى شَرَفِ السَّقُوطِ أَوْ لَا؟

قُلْنَا: لَا يَخْلُو أَمَّا إِنْ سَاقَ الزَّوْجُ الْمَهْرَ إِلَيْهَا كُلَّهُ أَوَّلًا، فَإِنْ سَاقَ رَجَعَ عَلَى الْمُكْرَهِ بِنِصْفِهِ بِالِاتِّفَاقِ، أَمَّا عِنْدَهُمَا فَظَاهِرٌ، لَأَنَّ الْخُلْعَ عَلَى مَالٍ مُسَمًّى لَا يُوجِبُ الْبَرَاءَةَ عَمَّا يَسْتَحِقُّهُ كُلُّ مَنِهَا قَبْلَ صَاحِبِهِ بِحُكْمِ النِّكَاحِ. وَأَمَّا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ فَلَأَنَّهُ وَإِنْ أَوْجَبَ الْبَرَاءَةَ لَكِنَّهَا بَرَاءَةُ مُكْرَهٍ وَالْبَرَاءَةُ مَعَ الْإِكْرَاهِ لَا تَصِحُّ، وَإِنْ لَمْ يَسُقْ رَجَعَ عِنْدَهُمَا خِلَافًا لَهُ لِأَنَّهُ غَيْرُ مُكْرَهٍ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ عَلَى الْبَرَاءَةِ.

قَالَ (وَإِنْ أَكْرَهَهُ عَلَى الزَّانَا وَجَبَ عَلَيْهِ الْحَدُّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، إِلَّا أَنْ يُكْرَهَهُ السُّلْطَانُ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ لَا يَلْزَمُهُ الْحَدُّ) وَهَذَا ذَكَرْنَاهُ فِي الْحُدُودِ.

الشرح:

قَالَ (وَإِنْ أَكْرَهَهُ عَلَى الزَّانَا وَجَبَ عَلَيْهِ الْحَدُّ) قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ أَوَّلًا: إِنْ أَكْرَهَهُ أَحَدٌ عَلَى الزَّانَا فَزَكَى وَجَبَ عَلَيْهِ الْحَدُّ لِأَنَّ الزَّانَا مِنَ الرَّجُلِ لَا يُتَصَوَّرُ إِلَّا بِاتِّشَارِ آتِهِ وَذَلِكَ لَا يَكُونُ إِلَّا بِلَذَاذَةٍ وَذَلِكَ دَلِيلُ الطَّوَاعِيَةِ، بِخِلَافِ الْمَرْأَةِ فَإِنَّهَا مَحَلُّ الْفِعْلِ، وَمَعَ الْخَوْفِ يَتَحَقَّقُ التَّمَكُّينُ مِنْهَا فَلَا يَكُونُ التَّمَكُّينُ دَلِيلَ الطَّوَاعِيَةِ. ثُمَّ رَجَعَ وَقَالَ: لَا حَدُّ عَلَيْهِ إِذَا كَانَ الْمُكْرَهُ هُوَ السُّلْطَانُ، لِأَنَّ الْحَدَّ لِلزَّجْرِ وَلَا حَاجَةَ مَعَ الْإِكْرَاهِ، لِأَنَّ الْإِكْرَاهَ كَانَ حَاصِلًا إِلَى إِنْ حَصَلَ خَوْفُ التَّلَفِ عَلَى نَفْسِهِ فَكَانَ قَصْدُهُ بِهَذَا الْفِعْلِ دَفْعَ الْهَلَاكِ عَنْ نَفْسِهِ لَا قِضَاءَ الشَّهْوَةِ، فَيَصِيرُ ذَلِكَ شُبْهَةً فِي إسْقَاطِ الْحَدِّ عَنْهُ، وَاتِّشَارُ الْآلَةِ لَا يَدُلُّ عَلَى عَدَمِ الْخَوْفِ لِأَنَّهُ أَمْرٌ طَبِيعِيٌّ يَنْشُرُ مِنَ النَّائِمِ مِنْ غَيْرِ اخْتِيَارٍ.

وَهَذَا وَجْهُ قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ أَنَّهُ لَا يَلْزَمُهُ الْحَدُّ. وَأَمَّا تَفْيِيدُ الْإِكْرَاهِ بِالسُّلْطَانِ فَقَدْ قِيلَ إِنَّهُ مِنْ قِبَلِ اخْتِلَافِ الْعَصْرِ كَمَا تَقَدَّمَ فِي أَوَّلِ هَذَا الْكِتَابِ، وَقِيلَ مِنْ قِبَلِ اخْتِلَافِ الْحُكْمِ. وَوَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّ الْمُعْتَبَرِ فِي الْإِكْرَاهِ كَوْنُهُ مُلْجِئًا وَذَلِكَ

يَقْدِرُ الْمَكْرَهُ عَلَى الْإِقْبَاعِ، وَخَوْفُ الْمَكْرِهِ الْوُقُوعُ كَمَا مَرَّ، وَذَلِكَ قَدْ يَكُونُ مِنْ غَيْرِ السُّلْطَانِ أَكْثَرَ تَحَقُّقًا، لِأَنَّ السُّلْطَانَ يَعْلَمُ أَنَّ لَا يَفُوتُهُ فَهُوَ ذُو أُنَاةٍ فِي أَمْرِهِ وَغَيْرِهِ يَخَافُ الْفُوتَ بِالْالتِّجَاءِ إِلَى السُّلْطَانِ فَيَجْعَلُ فِي الْإِقْبَاعِ.

وَوَجْهُ قَوْلِهِ أَنَّ الْمَكْرَةَ يَعْجِزُ عَنْ دَفْعِ السُّلْطَانِ عَنْ نَفْسِهِ، إِذْ لَيْسَ فَوْقَهُ مَنْ يَلْتَجِئُ إِلَيْهِ وَيَقْدِرُ عَلَى دَفْعِ اللَّصِّ بِالْالتِّجَاءِ إِلَى السُّلْطَانِ، فَإِنْ اتَّفَقَ فِي مَوْضِعٍ لَا يَتِمَّكَنُ مِنْ ذَلِكَ فَهُوَ نَادِرٌ لَا حُكْمَ لَهُ، ثُمَّ فِي كُلِّ مَوْضِعٍ وَجِبَ الْحَدُّ عَلَى الْمَكْرِهِ لَا يُحْسَبُ لَهَا الْمَهْرُ، لِأَنَّ الْحَدَّ وَالْمَهْرَ لَا يَجْتَمِعَانِ عِنْدَنَا بِفِعْلٍ وَاحِدٍ، وَفِي كُلِّ مَوْضِعٍ سَقَطَ الْحَدُّ وَجِبَ الْمَهْرُ لِأَنَّ الْوَطْءَ فِي غَيْرِ الْمَلِكِ لَا يَنْفَكُ عَنْ أَحَدِهِمَا، فَإِنْ سَقَطَ الْحَدُّ وَجِبَ الْمَهْرُ إِظْهَارًا لِحُطَرِّ الْمَحَلِّ سَوَاءً كَانَتْ مُسْتَكْرَهَةً عَلَى الْفِعْلِ أَوْ أُذِنَتْ لَهُ بِذَلِكَ. أَمَّا الْأَوَّلُ فَظَاهِرٌ لَأَنَّهَا لَمْ تَرْضَ بِسُقُوطِ حَقِّهَا. وَأَمَّا الثَّانِي فَلَأَنَّ الثَّانِي فَلَأَنَّ الْإِذْنَ لَهُ لَيْسَ يَحِلُّ الْوَطْءَ فَكَانَ إِذْنُهَا لَعَوًا لِكُونِهَا مَحْجُورَةً عَنْ ذَلِكَ شَرْعًا.

قَالَ (وَإِذَا أَكْرَهَهُ عَلَى الرَّدِّ لَمْ تَبْنِ أَمْرُهُ مِنْهُ) لِأَنَّ الرَّدَّ تَتَعَلَّقُ بِالْإِعْتِقَادِ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ كَانَ قَلْبُهُ مُطْمَئِنًّا بِالْإِيمَانِ لَا يَكْفُرُ وَفِي إِعْتِقَادِهِ الْكُفْرَ شَكٌّ فَلَا تَثْبُتُ الْبَيِّنَةُ بِالشَّكِّ، فَإِنْ قَالَتِ الْمَرْأَةُ قَدْ بَنَتْ مِنْكَ وَقَالَ هُوَ قَدْ أَظْهَرْتُ ذَلِكَ وَقَلْبِي مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ اسْتِحْسَانًا، لِأَنَّ اللَّفْظَ غَيْرُ مَوْضُوعٍ لِلْفَرْقَةِ وَهِيَ بِتَبْدُلِ الْإِعْتِقَادِ وَمَعَ الْإِكْرَاهِ لَا يَدُلُّ عَلَى التَّبْدُلِ فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلُهُ، بِخِلَافِ الْإِكْرَاهِ عَلَى الْإِسْلَامِ حَيْثُ يَصِيرُ بِهِ مُسْلِمًا، لِأَنَّهُ لَمَّا احْتَمَلَ وَاحْتَمَلَ رَجَحْنَا الْإِسْلَامَ فِي الْحَالَيْنِ لِأَنَّهُ يَعْلُو وَلَا يَغْلِي، وَهَذَا بَيَانُ الْحُكْمِ، أَمَّا فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللَّهِ تَعَالَى إِذَا لَمْ يَعْتَقِدْهُ فَلَيْسَ بِمُسْلِمٍ، وَلَوْ أَكْرَهَ عَلَى الْإِسْلَامِ حَتَّى حُكِمَ بِإِسْلَامِهِ ثُمَّ رَجَعَ لَمْ يَقْتُلْ لِتَمَكُّنِ الشُّبْهَةِ وَهِيَ دَارِئَةٌ لِلْقَتْلِ.

وَلَوْ قَالَ الَّذِي أَكْرَهَ عَلَى إِجْرَاءِ كَلِمَةِ الْكُفْرِ أَخْبَرْتُ عَنْ أَمْرِ مَاضٍ وَلَمْ أَكُنْ فَعَلْتُ بَانَتِ مِنْهُ حُكْمًا لَا دِيَانَةً. لِأَنَّهُ أَقْرَأُ أَنَّهُ طَائِعٌ بِإِتْيَانِ مَا لَمْ يَكْرَهُ عَلَيْهِ، وَحُكْمُ هَذَا الطَّائِعِ مَا ذَكَرْنَاهُ. وَلَوْ قَالَ أَرَدْتُ مَا طَلَبَ مِنِّي وَقَدْ خَطَرَ بِيَالِي الْخَبَرُ عَمَّا مَضَى بَانَتِ دِيَانَةً وَقَضَاءً، لِأَنَّهُ أَقْرَأُ أَنَّهُ مُبْتَدِئٌ بِالْكُفْرِ هَازِلٌ بِهِ حَيْثُ عَلِمَ لِنَفْسِهِ مَخْلَصًا غَيْرَهُ.

الشرح:

وَإِذَا أَكْرَهَهُ عَلَى الرَّدِّ لَمْ تَبْنِ أَمْرُهُ مِنْهُ لِأَنَّ الرَّدَّ بِتَبْدُلِ الْإِعْتِقَادِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ

لَوْ كَانَ قَلْبُهُ مُطْمَئِنًّا بِالْإِيمَانِ لَمْ يَكْفُرْ، وَفِي تَبْدُلِهِ شَكٌّ) وَكَانَ الْإِيمَانُ ثَابِتًا بَيِّنًا فَلَا تُثْبِتُ الرَّدَّةُ بِالشَّكِّ وَلَا مَا يَتَرْتَّبُ عَلَيْهَا مِنَ الْبَيِّنَةِ، وَيَجُوزُ أَنْ يَجْعَلَ كَلَامَهُ دَلِيلًا: أَحَدُهُمَا أَنْ يُقَالَ إِنَّ الرَّدَّةَ تَبْدُلُ الْاعْتِقَادَ وَتَبْدُلُ الْاعْتِقَادَ لَيْسَ بِثَابِتٍ لِقِيَامِ الدَّلِيلِ وَهُوَ الْإِكْرَاهُ، وَالثَّانِي أَنْ يُقَالَ الرَّدَّةُ بِاعْتِقَادِ الْكُفْرِ وَفِي اعْتِقَادِهِ الْكُفْرُ شَكٌّ لِأَنَّهُ أَمْرٌ مُعَيَّبٌ لَا يَطْلُعُ عَلَيْهِ إِلَّا بِتَرْجَمَةِ اللِّسَانِ وَقِيَامِ الْإِكْرَاهِ يَصْرِفُ عَنْ صِحَّةِ التَّرْجَمَةِ (فَلَا تُثْبِتُ الْبَيِّنَةُ) الْمُتَرْتِبَةُ عَلَى الْكُفْرِ بِالشَّكِّ.

(فَإِنْ قَالَتْ الْمَرْأَةُ قَدْ بَنَتْ مِنْكَ وَقَالَ الرَّجُلُ قَدْ أَظْهَرْتُ ذَلِكَ وَقَلْبِي مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ اسْتِحْسَانًا) وَفِي الْقِيَاسِ: الْقَوْلُ قَوْلُهَا فَتَقَعَ الْفَرْقَةُ، لِأَنَّ التَّكْلِمَ بِكَلِمَةِ الْكُفْرِ سَبَبٌ لِحُصُولِ الْبَيِّنَةِ كَالْتَّكْلِمِ بِالطَّلَاقِ فَيَسْتَوِي فِيهِ الطَّائِعُ وَالْمُكْرَهُ كَمَا فِي الطَّلَاقِ. وَجَهٌ الْاسْتِحْسَانِ (أَنَّ اللَّفْظَ) يَعْنِي كَلِمَةَ الْكُفْرِ (غَيْرُ مَوْضُوعٍ لِلْفَرْقَةِ) يَعْنِي لَمْ يَظْهَرْ فِيهَا ظُهُورًا بَيِّنًا مِنْ حَيْثُ الْحَقِيقَةُ حَتَّى يَكُونَ صَرِيحًا يَقُومُ اللَّفْظُ فِيهِ مَقَامَ مَعْنَاهُ كَمَا فِي الطَّلَاقِ بَلْ دَلَّاهَا عَلَيْهَا مِنْ حَيْثُ إِنَّ اللَّفْظَ دَلِيلٌ وَتَرْجَمَةٌ لِمَا فِي الْقَلْبِ، فَإِنَّ دَلَّ عَلَى تَبْدُلِ الْاعْتِقَادِ الْمُسْتَلَزِمِ لِلْفَرْقَةِ كَانَ دَلَّاهُ عَلَيْهَا دَلَالَةً مَجَازِيَّةً، وَمَعَ الْإِكْرَاهِ لَا يَبْدُلُ عَلَى التَّبْدُلِ فَضْلًا عَنْ أَنْ يَكُونَ صَرِيحًا فِيهِ يَقُومُ لَفْظُهُ مَقَامَ مَعْنَاهُ (ف) لِهَذَا (كَانَ الْقَوْلُ قَوْلُهُ بِخِلَافِ الْإِكْرَاهِ عَلَى الْإِسْلَامِ حَيْثُ يَصِيرُ بِهِ مُسْلِمًا لِأَنَّهُ لَمَّا احْتَمَلَ أَنْ يَكُونَ لَفْظُهُ يُوَافِقُ اعْتِقَادَهُ (وَاحْتَمَلَ) أَنْ لَا يَكُونَ لَفْظُهُ (رَجَحْنَا الْإِسْلَامَ فِي الْحَالَيْنِ) قِيلَ أَيْ فِي حَالِ الْإِكْرَاهِ عَلَى الرَّدَّةِ وَالْإِكْرَاهِ عَلَى الْإِسْلَامِ (لَأَنَّ الْإِسْلَامَ يَعْلُو وَلَا يُعْلَى) فَلَمْ يُجْعَلْ كَافِرًا فِي الصُّورَةِ الْأُولَى وَجُعِلَ مُسْلِمًا فِي الصُّورَةِ الثَّانِيَةِ تَرْجِيحًا لِلْإِسْلَامِ (وَهَذَا فِي حَقِّ الْحُكْمِ، أَمَّا بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللَّهِ تَعَالَى إِذَا لَمْ يَعْتَقِدِ الْإِسْلَامَ فَلَيْسَ بِمُسْلِمٍ) وَكَانَ هَذَا إِشَارَةً إِلَى مَا قَالَهُ الْإِمَامُ أَبُو مَنْصُورٍ الْمَافِيْدِيُّ وَهُوَ الْمَنْقُولُ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله أَنَّ الْإِيمَانَ هُوَ التَّصَدِيقُ، وَالْإِقْرَارُ بِاللِّسَانِ شَرْطُ إِجْرَاءِ الْأَحْكَامِ، وَلَيْسَ ذَلِكَ مَذْهَبَ أَهْلِ أَصُولِ الْفِقْهِ فَإِنَّهُمْ يَجْعَلُونَ الْإِقْرَارَ رُكْنًا (وَلَوْ أُكْرِهَ عَلَى الْإِسْلَامِ حَتَّى حُكِمَ بِإِسْلَامِهِ ثُمَّ رَجَعَ لَمْ يُقْتَلْ لِتَمَكُّنِ الشُّبْهَةِ) أَيْ شُبْهَةِ عَدَمِ الْارْتِدَادِ لِحَوَازِ أَنْ يَكُونَ التَّصَدِيقُ غَيْرَ قَائِمٍ بَقَلْبِهِ عِنْدَ الشَّهَادَتَيْنِ (وَالشُّبْهَةُ دَارِئَةٌ لِلْقَتْلِ) (قَوْلُهُ وَلَوْ قَالَ الَّذِي أُكْرِهَ) مَعْطُوفٌ عَلَى قَوْلِهِ وَقَالَ هُوَ قَدْ أَظْهَرْتُ ذَلِكَ: يَعْنِي لَوْ قَالَ فِي جَوَابِ قَوْلِهَا قَدْ

بُنْتُ مِنْكَ أَخْبَرْتَ عَنْ أَمْرِ مَاضٍ وَلَمْ أَكُنْ فَعَلْتَ بَأْتٌ مِنْهُ قَضَاءٌ لَا دِيَانَةَ لَأَنَّهُ أَقَرَّ أَنَّهُ طَائِعٌ بِإِثْنَانٍ مَا لَمْ يُكْرَهْ عَلَيْهِ لَأَنَّهُ أَكْرَهَ عَلَى الْإِنْشَاءِ دُونَ الْإِقْرَارِ.

وَمَنْ أَقَرَّ بِالْكُفْرِ طَائِعًا ثُمَّ قَالَ عَنَيْتُ بِهِ الْكَذِبَ لَا يُصَدِّقُهُ الْقَاضِي لَأَنَّهُ خِلَافُ الظَّاهِرِ، إِذَا الظَّاهِرُ هُوَ الصَّدَقُ حَالَةَ الطَّوَاعِيَةِ، لَكِنَّهُ يُصَدِّقُ دِيَانَةَ لَأَنَّهُ ادَّعَى مَا يَحْتَمِلُهُ لَفْظُهُ (وَلَوْ قَالَ أَرَدْتُ مَا طَلَبَ مِنِّي مِنَ الْكُفْرِ وَقَدْ خَطَرَ بِيَالِي الْخَبْرُ عَمَّا مَضَى بَأْتٌ قَضَاءٌ وَدِيَانَةُ لَأَنَّهُ مُبْتَدِئٌ بِالْكُفْرِ هَازِلٌ بِهِ حَيْثُ عَلِمَ لِنَفْسِهِ مُخْلَصًا غَيْرَهُ) لَأَنَّهُ لَمَّا خَطَرَ هَذَا بِيَالِهِ أَمَكْنَهُ الْخُرُوجُ عَمَّا أَهْلِي بِهِ بِأَنْ يَنْوِي ذَلِكَ، وَالضَّرُورَةُ قَدْ انْدَفَعَتْ بِهَذَا الْإِمْكَانِ، فَإِذَا لَمْ يَفْعَلْ وَأَنْشَأَ الْكُفْرَ كَمَنْ أَجْرَى كَلِمَةَ الْكُفْرِ طَائِعًا عَلَى وَجْهِ الاسْتِخْفَافِ مَعَ عِلْمِهِ أَنَّهُ كُفِّرَ فَتَيْنِ أَمْرَاتِهِ قَضَاءً وَدِيَانَةً.

وَالْحَاصِلُ أَنَّ الْمَكْرَهَ عَلَى إِجْرَاءِ كَلِمَةِ الْكُفْرِ عَلَى ثَلَاثَةِ أَوْجُهٍ: فِي وَجْهِ لَا يَكْفُرُ لَا قَضَاءً وَلَا دِيَانَةً، وَفِي وَجْهِ يَكْفُرُ فِيهِمَا جَمِيعًا، وَفِي وَجْهِ يَكْفُرُ قَضَاءً يُفَرِّقُ الْقَاضِي بَيْنَهُ وَبَيْنَ أَمْرَاتِهِ وَلَمْ يَكْفُرْ دِيَانَةً، وَذَلِكَ لَأَنَّهُ إِذَا أَجْرَاهَا فِيمَا أَنْ يَخْطُرَ بِيَالِهِ غَيْرُ مَا طَلَبَ مِنْهُ أَوْ لَا، وَالثَّانِي هُوَ الْأَوَّلُ، وَالْأَوَّلُ إِنْ خَطَرَ بِيَالِهِ أَنْ يَقُولَ ذَلِكَ وَيُرِيدَ الْإِجْبَارَ عَمَّا مَضَى كَاذِبًا وَأَرَادَهُ فَهُوَ الثَّلَاثُ، وَإِنْ لَمْ يُرِدْهُ فَهُوَ الثَّانِي.

وَعَلَى هَذَا إِذَا أَكْرَهَ عَلَى الصَّلَاةِ لِلصَّلِيبِ وَسَبَّ مُحَمَّدٍ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ فَفَعَلَ وَقَالَ نَوَيْتُ بِهِ الصَّلَاةَ لِلَّهِ تَعَالَى وَمُحَمَّدًا آخَرَ غَيْرَ النَّبِيِّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ بَأْتٌ مِنْهُ قَضَاءٌ لَا دِيَانَةً، وَلَوْ صَلَّى لِلصَّلِيبِ وَسَبَّ مُحَمَّدًا النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ وَقَدْ خَطَرَ بِيَالِهِ الصَّلَاةُ لِلَّهِ تَعَالَى وَسَبَّ غَيْرِ النَّبِيِّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ بَأْتٌ مِنْهُ دِيَانَةً وَقَضَاءٌ لَمَّا مَرَّ، وَقَدْ قَرَّرْنَاهُ زِيَادَةَ عَلَى هَذَا فِي كِفَايَةِ الْمُتَنَهِّي، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

الشرح:

وَإِذَا ظَهَرَ لَكَ هَذَا أَمَكْنَكَ أَنْ تُخْرِجَ مَسْأَلَةَ الصَّلَاةِ لِلصَّلِيبِ وَسَبَّ النَّبِيِّ ﷺ. وَقَوْلُهُ (لَمَّا مَرَّ) إِمَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ لَأَنَّهُ مُبْتَدِئٌ بِالْكُفْرِ هَازِلٌ بِهِ حَيْثُ عَلِمَ لِنَفْسِهِ مُخْلَصًا غَيْرَهُ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

كتاب الحجر

قَالَ (الْأَسْبَابُ الْمَوْجِبَةُ لِلْحَجَرِ ثَلَاثَةٌ: الصَّغَرُ، وَالرَّقُّ، وَالْجُنُونُ، فَلَا يَجُوزُ تَصَرُّفُ الصَّغِيرِ إِلَّا بِإِذْنِ وَلِيِّهِ، وَلَا تَصَرُّفُ الْعَبْدِ إِلَّا بِإِذْنِ سَيِّدِهِ، وَلَا تَصَرُّفُ الْمَجْنُونِ الْمَغْلُوبِ بِحَالٍ). أَمَّا الصَّغِيرُ فَلْيُنْقِصَانِ عَقْلَهُ، غَيْرَ أَنَّ إِذْنَ الْوَلِيِّ أَيْبُ أَهْلِيَّتِهِ، وَالرَّقُّ لِرِعَايَةِ حَقِّ الْمَوْلَى كَيْ لَا يَتَعَطَّلَ مَنَافِعُ عَبْدِهِ. وَلَا يَمْلِكُ رَقَبَتَهُ بِتَعَلُّقِ الدِّينِ بِهِ، غَيْرَ أَنَّ الْمَوْلَى بِالْإِذْنِ رَضِيَ بِفَوَاتِ حَقِّهِ، وَالْجُنُونُ لَا تُجَامِعُهُ الْأَهْلِيَّةُ فَلَا يَجُوزُ تَصَرُّفُهُ بِحَالٍ، أَمَّا الْعَبْدُ فَأَهْلٌ فِي نَفْسِهِ وَالصَّبِيُّ ثُرْتَقَبُ أَهْلِيَّتُهُ فَلِهَذَا وَقَعَ الْفَرْقُ.

قَالَ (وَمَنْ بَاعَ مِنْ هَؤُلَاءِ شَيْئًا وَهُوَ يَعْقِلُ الْبَيْعَ وَيَقْصِدُهُ فَالْوَلِيُّ بِالْخِيَارِ، إِنْ شَاءَ أَجَازَهُ إِذَا كَانَ فِيهِ مَصْلَحَةٌ، وَإِنْ شَاءَ فَسَخَهُ) لِأَنَّ التَّوَقُّفَ فِي الْعَبْدِ لِحَقِّ الْمَوْلَى فَيَتَخَيَّرُ فِيهِ، وَفِي الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ نَظَرًا لِهُمَا فَيَتَحَرَّى مَصْلَحَتَهُمَا فِيهِ، وَلَا بُدَّ أَنْ يَعْقِلَ الْبَيْعَ لِيُوجَدَ رُكْنُ الْعَقْدِ فَيَنْعَقِدَ مَوْفُوفًا عَلَى الْإِجَازَةِ، وَالْمَجْنُونُ قَدْ يَعْقِلُ الْبَيْعَ وَيَقْصِدُهُ وَإِنْ كَانَ لَا يَرْجِعُ الْمَصْلَحَةَ عَلَى الْمَفْسَدَةِ وَهُوَ الْمَعْتَوَةُ الَّتِي يَصْلُحُ وَكِيلًا عَنْ غَيْرِهِ كَمَا بَيَّنَّا فِي الْوَكَالَةِ. فَإِنْ قِيلَ: التَّوَقُّفُ عِنْدَكُمْ فِي الْبَيْعِ. أَمَّا الشِّرَاءُ فَلَا أَصْلَ فِيهِ النِّفَادُ عَلَى الْمُبَاشَرِ. قُلْنَا: نَعَمْ إِذَا وَجَدَ نَفَادًا عَلَيْهِ كَمَا فِي شِرَاءِ الْفُضُولِيِّ، وَهَاهُنَا لَمْ نَجِدْ نَفَادًا لِعَدَمِ الْأَهْلِيَّةِ أَوْ لَضَرَرِ الْمَوْلَى فَوَقَّفْنَا.

قَالَ (وَهَذِهِ الْمَعَانِي الثَّلَاثَةُ تُوجِبُ الْحَجَرَ فِي الْأَقْوَالِ دُونَ الْأَفْعَالِ) لِأَنَّهُ لَا مَرَدَّ لَهَا لَوْجُودِهَا حِسًّا وَمُشَاهَدَةً، بِخِلَافِ الْأَقْوَالِ، لِأَنَّ اعْتِبَارَهَا مَوْجُودَةً بِالْشَّرْعِ وَالْقَصْدِ مِنْ شَرْطِهَا (إِلَّا إِذَا كَانَ فِعْلًا يَتَعَلَّقُ بِهِ حُكْمٌ يَنْدَرِي بِالشُّبُهَاتِ كَالْحُدُودِ وَالْقِصَاصِ) فَيُجْعَلُ عَدَمُ الْقَصْدِ فِي ذَلِكَ شُبُهَةً فِي حَقِّ الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ.

الشرح:

(كِتَابُ الْحَجَرِ): أُوْرَدَ الْحَجَرُ عَقِيبَ الْإِكْرَاهِ لِأَنَّ فِي كُلِّ مِنْهُمَا سَلْبَ وَلَايَةِ الْمُخْتَارِ عَنِ الْجَرِيِّ عَلَى مُوجِبِ اخْتِيَارِهِ، إِلَّا أَنَّ الْإِكْرَاهَ لَمَّا كَانَ أَقْوَى تَأْثِيرًا لِأَنَّ فِيهِ سَلْبَهَا عَمَّنْ لَهُ اخْتِيَارٌ صَحِيحٌ وَلَايَةٌ كَامِلَةٌ، بِخِلَافِ الْحَجَرِ كَانَ أَحَقَّ بِالتَّقْدِيمِ، وَهُوَ حَسَنٌ لِكَوْنِهِ شَفَقَةً عَلَى خَلْقِ اللَّهِ تَعَالَى وَهِيَ أَحَدُ قُطْبَيْ أَمْرِ الدِّيَانَةِ، وَالْآخِرُ التَّعْظِيمُ لِأَمْرِ اللَّهِ. وَهُوَ فِي اللَّغَةِ عِبَارَةٌ عَنِ الْمَنْعِ، وَفِي عَرَفِهِمْ هُوَ الْمَنْعُ عَنِ التَّصَرُّفِ فِي حَقِّ

شَخْصٍ مَخْصُوصٍ وَهُوَ الصَّغِيرُ وَالرَّقِيقُ وَالْمَجْنُونُ. وَأَسْبَابُهُ مَصَادِرُ هَذِهِ الْأَسَامِي،
وَالْحَقُّ بِهَا الْمُفْتِي الْمَاجِنُ وَالطَّبِيبُ الْجَاهِلُ وَالْمُكَارِي الْمُفْلِسُ بِالِاتِّفَاقِ. وَلَمَّا كَانَ أَسْبَابُهُ
مَا ذَكَرْنَا لَمْ يَجْزُ تَصَرُّفُ الصَّغِيرِ إِلَّا بِإِذْنِ وَلِيِّهِ، وَلَا تَصَرُّفُ الْعَبْدِ إِلَّا بِإِذْنِ سَيِّدِهِ، وَلَا
يَجُوزُ تَصَرُّفُ الْمَجْنُونِ الْمَغْلُوبِ بِحَالٍ مَا.

وَأَمَّا الَّذِي لَا يَكُونُ مَغْلُوبًا وَهُوَ الَّذِي يَعْقِلُ الْبَيْعَ وَيَقْصِدُهُ فَإِنْ تَصَرَّفَهُ كَتَصَرَّفِ
الصَّبِيِّ الْعَاقِلِ كَمَا سَيَجِيءُ. أَمَّا عَدَمُ جَوَازِ تَصَرُّفِ الصَّبِيِّ فَلِنُقْصَانِ عَقْلِهِ وَأَهْلِيَّةِ
التَّصَرُّفِ إِنَّمَا هِيَ بِالْعَقْلِ لَكِنْ أَهْلِيَّتُهُ مُتَرَقِّبَةٌ، وَإِذْنُ وَلِيِّهِ آيَةُ أَهْلِيَّتِهِ. وَأَمَّا الْعَبْدُ فَلَهُ أَهْلِيَّةٌ
لَكِنَّهُ حَجَرَ عَلَيْهِ لِرِعَايَةِ حَقِّ الْمَوْلَى كَيْ لَا تَتَعَطَّلَ عَلَيْهِ مَنَافِعُ عَبْدِهِ، فَإِنَّهُ لَوْ لَمْ يَثْبُتِ
الْحَجَرُ لَفُتِدَ الْبَيْعُ الَّذِي بَاشَرَهُ وَشَرَاؤُهُ فَيَلْحَقَهُ دُيُونٌ فَيَأْخُذُ أَرْبَابُهَا أَكْسَابَهُ الَّتِي هِيَ
مَنْفَعَةُ الْمَوْلَى وَذَلِكَ تَعْطِيلٌ لَهَا عَنْهُ، وَلَقَلَّا يَمْلِكُ رَقَبَةً يَتَعَلَّقُ الدَّيْنُ بِهِ إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ
كَسْبٌ، غَيْرَ أَنَّ الْمَوْلَى إِذَا أَذِنَ فَقَدْ رَضِيَ بِفَوَاتِ حَقِّهِ، وَالْمَجْنُونُ الْغَالِبُ لَا يُجَامِعُهُ أَهْلِيَّةٌ
فَلَا يَجُوزُ تَصَرُّفُهُ بِحَالٍ.

قَالَ (وَمَنْ بَاعَ مِنْ هَؤُلَاءِ شَيْئًا) أَرَادَ بِهِؤُلَاءِ الصَّبِيُّ وَالْعَبْدُ وَالْمَجْنُونُ الَّذِي يَجِبُ
وَيُفِيقُ، وَتَصَرُّفُهُمْ فِيمَا يَتَرَدَّدُ بَيْنَ الضَّرِّ وَالنَّفْعِ يَتَعَقَّدُ مَوْقُوفًا إِذَا كَانَ يَعْلَمُ أَنَّ الْبَيْعَ
سَالِبٌ وَالشِّرَاءَ جَالِبٌ وَيَقْصِدُهُ لِإِفَادَةِ هَذَا الْحُكْمِ: أَغْنِي كَوْنُ الْبَيْعِ سَالِبًا وَالشِّرَاءَ جَالِبًا
وَهُوَ احْتِرَازٌ عَنِ الْهَازِلِ، فَإِنَّ بَيْعَهُ لَيْسَ لِإِفَادَةِ هَذَا الْحُكْمِ (وَالْوَلِيُّ بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ أَجَازَهُ
إِذَا كَانَ فِيهِ مَصْلَحَةٌ، وَإِنْ شَاءَ فَسَخَّه، لِأَنَّ التَّوَقُّفَ فِي الْعَبْدِ لِحَقِّ الْمَوْلَى فَيَتَخَيَّرُ فِيهِ وَفِي
الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ نَظَرًا لَهُمَا فَيَتَحَرَّى مَصْلَحَتَهُمَا فِيهِ) وَكَلَامُهُ ظَاهِرٌ، وَأَرَادَ سُؤَالًا عَلَى
الشِّرَاءِ وَهُوَ أَنَّ الْأَصْلَ فِي الشِّرَاءِ التَّفَادُّ عَلَى الْمُبَاشَرِ مِنْ غَيْرِ تَوَقُّفٍ عَلَى مَا مَرَّ مِنْ بَيْعِ
الْفُضُولِيِّ فَكَيْفَ يَتَعَقَّدُ هَاهُنَا مَوْقُوفًا عَلَى الْإِجَازَةِ.

وَأَجَابَ بِأَنَّ عَدَمَ التَّوَقُّفِ إِنَّمَا يَكُونُ إِذَا وَجَدَ عَلَى الْمُبَاشَرِ نَفَادًا كَمَا فِي شِرَاءِ
الْفُضُولِيِّ، وَهَاهُنَا لَمْ نَجِدْ ذَلِكَ لِعَدَمِ أَهْلِيَّةٍ فِي الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ أَوْ لَضَرَرِ الْمَوْلَى فَوْقَفْنَاهُ.
قَالَ صَاحِبُ النَّهَائَةِ: هَذَا الَّذِي ذَكَرَهُ عَنِ الْإِشْكَالِ إِنَّمَا يَرِدُ عَلَى لَفْظِ مُخْتَصَرٍ
الْقُدُورِيِّ حَيْثُ قَالَ فِيهِ: وَمَنْ بَاعَ مِنْ هَؤُلَاءِ شَيْئًا أَوْ اشْتَرَى، أَمَّا هَاهُنَا يَعْنِي فِي الْهَدَايَةِ
فَلَمْ يَذْكُرْ قَوْلَهُ أَوْ اشْتَرَى فَلَا يَرِدُ الْإِشْكَالُ، وَلَكِنْ جَعَلَ الْمَذْكُورَ فِي الْقُدُورِيِّ مَذْكُورًا

وَهَاهُنَا فَأُورِدَ الْإِشْكَالَ وَهُوَ مَوْجُودٌ فِي بَعْضِ النُّسخِ، وَكَذَا فِي نُسخَةِ سَمَاعِيٍّ، وَكَذَا ذَكَرَهُ شَيْخِي فِي شَرْحِهِ (قَوْلُهُ وَهَذِهِ الْمَعَانِي الثَّلَاثَةُ) يَعْنِي الصَّغَرَ وَالرَّقَّ وَالْمَجْنُونَ (تُوجِبُ الْحَجَرُ فِي الْأَقْوَالِ) يَعْنِي مَا تَرَدَّدَ مِنْهَا بَيْنَ النَّفْعِ وَالضَّرِّ كَالْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ: أَيُّ هَذِهِ الْمَعَانِي تُوجِبُ التَّوَقُّفَ عَلَى الْإِجَازَةِ عَلَى الْعُمُومِ بَيْنَ الصَّغِيرِ وَالْمَجْنُونِ وَالْعَبْدِ. وَأَمَّا مَا يَتِمَحَّضُ مِنْهَا ضَرَرًا كَالطَّلَاقِ وَالْعَتَاقِ فَإِنَّهُ يُوجِبُ الْإِعْدَامَ مِنَ الْأَصْلِ فِي حَقِّ الصَّغِيرِ وَالْمَجْنُونِ دُونَ الْعَبْدِ، وَأَمَّا مَا يَتِمَحَّضُ مِنْهَا نَفْعًا كَقَبُولِ الْهِبَةِ وَالْهَدِيَّةِ وَالصَّدَقَةِ فَإِنَّهُ لَا حَجَرَ فِيهِ عَلَى الْعُمُومِ (قَوْلُهُ دُونَ الْأَفْعَالِ) يَعْنِي أَنَّ الْمَعَانِي الثَّلَاثَةَ لَا تُوجِبُ الْحَجَرَ عَنِ الْأَفْعَالِ (لَأَنَّ الشَّأْنَ أَنَّ الْأَفْعَالَ لَا مَرَدَّ لَهَا) حَتَّى إِنَّ ابْنَ آدَمَ لَوْ انْقَلَبَ عَلَى قَارُورَةٍ إِنْسَانٍ فَكَسَرَهَا وَجَبَ عَلَيْهِ الضَّمَانُ فِي الْحَالِ، وَكَذَلِكَ الْعَبْدُ وَالْمَجْنُونُ إِذَا أُلْفَا شَيْئًا لَزِمَهُمَا الضَّمَانُ فِي الْحَالِ (لَأَنَّ الْأَفْعَالَ تُوجَدُ حِسًّا وَمُشَاهَدَةً) وَيَحْصُلُ بِهَا الْإِثْلَافُ، وَالْإِثْلَافُ بَعْدَ الْحُصُولِ لَا يُمَكِّنُ أَنْ يُجْعَلَ كَلًا إِثْلَافًا، بِخِلَافِ الْأَقْوَالِ، لِأَنَّ اعْتِبَارَهَا) حَالِ كَوْنِهَا مَوْجُودَةً حَاصِلًا (بِالشَّرْعِ وَالْقَصْدِ مِنْ شَرْطِ الْاعْتِبَارِ) وَلَيْسَ لِلصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ قَصْدٌ لِقُصُورِ الْعَقْلِ فَيَنْتَفِي الْمَشْرُوطُ بِهِ. وَأَمَّا فِي الْعَبْدِ فَالْقَصْدُ وَإِنْ وَجَدَ مِنْهُ لَكِنَّهُ غَيْرَ مُعْتَبَرٍ لِلزُّومِ الضَّرَرِ عَلَى الْمَوْلَى بِغَيْرِ اخْتِيَارِهِ.

فَإِنْ قِيلَ: الْأَقْوَالُ مَوْجُودَةٌ حِسًّا وَمُشَاهَدَةً فَمَا بَالُهَا شَرْطُ اعْتِبَارِهَا مَوْجُودَةً شَرْعًا بِالْقَصْدِ دُونَ الْأَفْعَالِ؟ فَالْجَوَابُ مِنْ وَجْهَيْنِ: أَحَدُهُمَا أَنَّ الْأَقْوَالَ الْمَوْجُودَةَ حِسًّا وَمُشَاهَدَةً لَيْسَتْ عَيْنَ مَدْلُولَاتِهَا بَلْ هِيَ دَلَالَتٌ عَلَيْهَا وَيُمْكِنُ تَخَلُّفُ الْمَدْلُولِ عَنْ دَلِيلِهِ، فَيُمْكِنُ أَنْ يُجْعَلَ الْقَوْلُ الْمَوْجُودُ بِمَنْزِلَةِ الْمَعْدُومِ، بِخِلَافِ الْأَفْعَالِ فَإِنَّ الْمَوْجُودَ مِنْهَا عَيْنُهَا فَبَعْدَمَا وَجَدَتْ لَا يُمَكِّنُ أَنْ تُجْعَلَ غَيْرَ مَوْجُودَةٍ، وَالثَّانِي أَنَّ الْقَوْلَ قَدْ يَقَعُ صِدْقًا وَقَدْ يَقَعُ كَذِبًا وَقَدْ يَقَعُ جَدًّا وَقَدْ يَقَعُ هَزْلًا، فَلَا بُدَّ مِنَ الْقَصْدِ، أَلَا يَرَى أَنَّ الْقَوْلَ مِنَ الْحُرِّ الْعَاقِلِ الْبَالِغِ إِذَا وَجَدَ هَزْلًا لَمْ يُعْتَبَرْ شَرْعًا فَكَذَا مِنْ هَذِهِ الثَّلَاثَةِ، بِخِلَافِ الْأَفْعَالِ فَإِنَّهَا حَيْثُ وَقَعَتْ وَقَعَتْ حَقِيقَةً فَلَا يُمَكِّنُ تَبْدِيلُهَا، وَقَوْلُهُ (إِلَّا إِذَا كَانَ) اسْتِثْنَاءٌ مِنْ قَوْلِهِ لَا مَرَدَّ لَهَا: يَعْنِي أَنَّ الْأَفْعَالَ إِذَا وَجَدَتْ لَا مَرَدَّ لَهَا، لَكِنْ إِذَا كَانَ فِعْلٌ يَتَعَلَّقُ بِهِ حُكْمٌ يَنْدَرِي بِالشُّبُهَاتِ كَالْحُدُودِ وَالْقِصَاصِ يُجْعَلُ عَدَمُ الْقَصْدِ فِي ذَلِكَ شُبْهَةً دَارِئَةً لَمَا يَتَرْتَّبُ عَلَيْهِ مِنَ الْحُدُودِ وَالْقِصَاصِ.

قَالَ (وَالصَّبِيُّ وَالْمَجْنُونُ لَا يَصِحُّ عُقُودُهُمَا وَلَا إِقْرَارُهُمَا) لَمَّا بَيَّنَّا (وَلَا يَقَعُ طَلَاقُهُمَا وَلَا عَتَاقُهُمَا) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «كُلُّ طَلَاقٍ وَاقِعٌ إِلَّا طَلَاقَ الصَّبِيِّ وَالْمَعْتُوهِ»^(١) وَالْإِعْتَاقُ يَتِمُّ حُضْ مَضْرَّةً، وَلَا وَقُوفٌ لِلصَّبِيِّ عَلَى الْمَصْلَحَةِ فِي الطَّلَاقِ بِحَالٍ لِعَدَمِ الشَّهْوَةِ، وَلَا وَقُوفٌ لِلْوَلِيِّ عَلَى عَدَمِ التَّوَافُقِ عَلَى اعْتِبَارِ بُلُوغِهِ حَدَّ الشَّهْوَةِ، فَلِهَذَا لَا يَتَوَقَّفَانِ عَلَى إِجَازَتِهِ وَلَا يَنْفُذَانِ بِمُبَاشَرَتِهِ، بِخِلَافِ سَائِرِ الْعُقُودِ. قَالَ (وَأِنْ أَتَلَفَا شَيْئًا لَزِمَهُمَا ضَمَانُهُ) إِحْيَاءُ لِحَقِّ الْمُتَلَفِ عَلَيْهِ، وَهَذَا لِأَنَّ كَوْنَ الْإِتْلَافِ مُوجِبًا لَا يَتَوَقَّفُ عَلَى الْقَصْدِ كَالَّذِي يَتَلَفُ بِانْقِلَابِ النَّائِمِ عَلَيْهِ وَالْحَائِطِ الْمَائِلِ بَعْدَ الْإِشْهَادِ، بِخِلَافِ الْقَوْلِ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ.

الشرح:

قَالَ (وَالصَّبِيُّ وَالْمَجْنُونُ لَا يَصِحُّ عُقُودُهُمَا) أَرَادَ بِعَدَمِ الصَّحَّةِ عَدَمَ النَّفَازِ لَمَّا تَقَدَّمَ فِي قَوْلِهِ وَمَنْ بَاعَ مِنْ هَؤُلَاءِ شَيْئًا فَالْمَوْلَى بِالْخِيَارِ، وَإِنَّمَا أَعَادَ هَذِهِ الْمَسْأَلَةَ تَفْرِيعًا عَلَى الْأَصْلِ الْمَذْكُورِ، وَهُوَ أَنَّ هَذِهِ الْمَعَانِي الثَّلَاثَةَ تُوجِبُ الْحَجْرَ عَنِ الْأَقْوَالِ لَتَنَسَاقَ الْقَوْلِيَّاتُ فِي مَوْضِعٍ وَاحِدٍ.

وَقَوْلُهُ (لَمَّا بَيَّنَّا) إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ وَالْقَصْدُ مِنْ شَرْطِهِ (وَلَا يَقَعُ طَلَاقُهُمَا وَلَا عَتَاقُهُمَا لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «كُلُّ طَلَاقٍ وَاقِعٌ إِلَّا طَلَاقَ الصَّبِيِّ وَالْمَعْتُوهِ»)
رَوَاهُ التِّرْمِذِيُّ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ (وَالْإِعْتَاقُ يَتِمُّ حُضْ مَضْرَّةً) لَا مَحَالَةَ (وَ) الطَّلَاقُ وَإِنْ أُمِكنَ أَنْ يَتَرَدَّدَ بَيْنَ النَّفْعِ وَالضَّرِّ بِاعْتِبَارِ مُوَافَقَةِ الْأَخْلَاقِ بَعْدَ الْبُلُوغِ، لَكِنَّ الصَّبِيَّ (لَا وَقُوفَ لَهُ عَلَى الْمَصْلَحَةِ فِي الطَّلَاقِ بِحَالٍ) أَمَّا فِي الْحَالِ (فَلَعَدَمِ الشَّهْوَةِ) وَأَمَّا فِي الْمَالِ فَلِأَنَّ عِلْمَ الْمَصْلَحَةِ فِيهِ يَتَوَقَّفُ عَلَى الْعِلْمِ بِتَبَايُنِ الْأَخْلَاقِ وَتَنَافُرِ الطَّبَاعِ عِنْدَ بُلُوغِهِ حَدَّ الشَّهْوَةِ وَلَا عِلْمَ لَهُ بِذَلِكَ (وَ) الْوَلِيُّ وَإِنْ أُمِكنَ أَنْ يَقِفَ عَلَى مَصْلَحَتِهِ فِي الْحَالِ، لَكِنْ (لَا وَقُوفَ لَهُ عَلَى عَدَمِ التَّوَافُقِ عَلَى اعْتِبَارِ بُلُوغِهِ حَدَّ الشَّهْوَةِ، فَلِهَذَا لَا يَتَوَقَّفَانِ عَلَى إِجَازَتِهِ وَلَا يَنْفُذَانِ بِمُبَاشَرَتِهِ) أَيُّ الْوَلِيِّ (بِخِلَافِ سَائِرِ الْعُقُودِ) وَقَوْلُهُ (وَأِنْ أَتَلَفَا شَيْئًا) بَيَانٌ لَتَفْرِيعِ الْأَفْعَالِ عَلَى الْأَصْلِ الْمَذْكُورِ، وَمَعْنَاهُ ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (وَالْحَائِطُ الْمَائِلُ بَعْدَ الْإِشْهَادِ) يَعْنِي أَنَّهُ لَا قَصْدَ مِنْ صَاحِبِ الْحَائِطِ فِي وَقُوعِ الْحَائِطِ وَمَعَ ذَلِكَ يَجِبُ

(١) قال الزيلعي في نصب الراية (٣٨٦/٤): غريب هذا اللفظ.

الضَّمانُ (قَوْلُهُ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ) إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ بِخِلَافِ الْأَقْوَالِ وَالْقَصْدُ مِنْ شَرْطِهِ.
 قَالَ (فَأَمَّا الْعَبْدُ فَأَقْرَارُهُ نَافِذٌ فِي حَقِّ نَفْسِهِ) لِقِيَامِ أَهْلِيَّتِهِ (غَيْرُ نَافِذٍ فِي حَقِّ
 مَوْلَاهُ) (رِعَايَةِ لِحَاثِيَّتِهِ)، لِأَنَّهُ نَفَازُهُ لَا يَعْرِى عَنْ تَعَلُّقِ الدِّينِ بِرَقَبَتِهِ أَوْ كَسْبِهِ، وَكُلُّ ذَلِكَ
 إِتْلَافٌ مَالِهِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (فَأَمَّا الْعَبْدُ فَأَقْرَارُهُ نَافِذٌ) مَعْطُوفٌ عَلَى قَوْلِهِ وَالصَّبِيُّ وَالْمَجْنُونُ لَا يَصِحُّ
 عَقُودُهُمَا وَلَا إِقْرَارُهُمَا، وَمَعْنَاهُ ظَاهِرٌ.

قَالَ (فَإِنْ أَقْرَأَ بِمَالٍ لَزِمَهُ بَعْدَ الْحُرِّيَّةِ) لَوْجُودِ الْأَهْلِيَّةِ وَزَوَالِ الْمَانِعِ وَلَمْ يَلْزِمَهُ فِي
 الْحَالِ لِقِيَامِ الْمَانِعِ (وَإِنْ أَقْرَأَ بِحَدٍّ أَوْ قِصَاصٍ لَزِمَهُ فِي الْحَالِ) لِأَنَّهُ مُبْقَى عَلَى أَصْلِ
 الْحُرِّيَّةِ فِي حَقِّ الدِّمِّ حَتَّى لَا يَصِحُّ إِقْرَارُ الْمَوْلَى عَلَيْهِ بِذَلِكَ (وَيَنْفِذُ طَلَاقَهُ) لَمَّا رَوَيْنَا،
 وَلَقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «لَا يَمْلِكُ الْعَبْدُ وَالْمُكَاتَبُ شَيْئًا إِلَّا الطَّلَاقُ»^(١) وَلِأَنَّهُ عَارِفٌ
 بِوَجْهِ الْمَصْلَحَةِ فِيهِ فَكَانَ أَهْلًا، وَلَيْسَ فِيهِ إِبْطَالُ مِلْكِ الْمَوْلَى وَلَا تَفْوِيتُ مَنَافِعِهِ فَيَنْفِذُ،
 وَاللَّهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

الشرح:

(قَوْلُهُ لَمَّا رَوَيْنَا) إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «كُلُّ طَلَاقٍ وَاقِعٌ إِلَّا
 طَلَاقَ الصَّبِيِّ وَالْمَعْتُوهِ» وَكَلَامُهُ ظَاهِرٌ.

باب الحجر للفساد

(قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَا يُحَجِّرُ عَلَى الْحُرِّ الْبَالِغِ الْعَاقِلِ السَّفِيهِ، وَتَصَرُّفُهُ
 فِي مَالِهِ جَائِزٌ وَإِنْ كَانَ مُبَذَّرًا مُفْسِدًا يَتْلَفُ مَالُهُ فِيمَا لَا غَرَضَ لَهُ فِيهِ وَلَا مَصْلَحَةَ.
 وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُمَا اللَّهُ وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ: يُحَجِّرُ عَلَى السَّفِيهِ
 وَيُمنَعُ مِنَ التَّصَرُّفِ فِي مَالِهِ) لِأَنَّهُ مُبَذَّرٌ مَالُهُ بِصَرْفِهِ لَا عَلَى الْوَجْهِ الَّذِي يَقْتَضِيهِ الْعَقْلُ
 فَيُحَجِّرُ عَلَيْهِ نَظَرًا لَهُ اعْتِبَارًا بِالصَّبِيِّ بَلْ أَوْلَى، لِأَنَّ الثَّابِتَ فِي حَقِّ الصَّبِيِّ احْتِمَالُ
 التَّبْذِيرِ وَفِي حَقِّهِ حَقِيقَتُهُ وَلِهَذَا مُنِعَ عَنْهُ الْمَالُ، ثُمَّ هُوَ لَا يُفِيدُ بِدُونِ الْحَجْرِ لِأَنَّهُ يَتْلَفُ

(١) قال الزيلعي في نصب الراية (٣٩٠/٤): غريب.

بِلِسَانِهِ مَا مَنَعَ مِنْ يَدِهِ

وَأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ مُحَاطَبٌ عَاقِلٌ فَلَا يُحْجَرُ عَلَيْهِ اعْتِبَارًا بِالرَّشِيدِ، وَهَذَا لِأَن فِي سَلْبِ وَلَايَتِهِ إِهْدَارُ أَدَمِيَّتِهِ وَإِلْحَاقُهُ بِالْبَهَائِمِ وَهُوَ أَشَدُّ ضَرَرًا مِنَ التَّبْذِيرِ فَلَا يُتَحَمَّلُ الْأَعْلَى لِدَفْعِ الْأَدْنَى، حَتَّى لَوْ كَانَ فِي الْحَجَرِ دَفْعُ ضَرَرٍ عَامٍّ كَالْحَجَرِ عَلَى الْمُتَطَبِّبِ الْجَاهِلِ وَالْمُفْتِي الْمَاجِنِ وَالْمُكَارِي الْمَفْلِسِ جَازَ فِيمَا يُرَوَّى عَنْهُ، إِذْ هُوَ دَفْعُ ضَرَرٍ الْأَعْلَى بِالْأَدْنَى، وَلَا يَصِحُّ الْقِيَاسُ عَلَى مَنَعَ الْمَالِ لِأَنَّ الْحَجَرَ أَبْلَغُ مِنْهُ فِي الْعُقُوبَةِ، وَلَا عَلَى الصَّبِيِّ لِأَنَّهُ عَاجِزٌ عَنِ النَّظَرِ لِنَفْسِهِ، وَهَذَا قَادِرٌ عَلَيْهِ نَظَرُ لَهُ الشَّرْعُ مَرَّةً بِإِعْطَاءِ آتِي الْقُدْرَةِ وَالْجَرِيِّ عَلَى خِلَافِهِ لِسُوءِ اخْتِيَارِهِ، وَمَنَعَ الْمَالِ مُفِيدٌ لِأَنَّ غَالِبَ السَّفْهِ فِي الْهَبَاتِ وَالصَّدَقَاتِ وَذَلِكَ يَقِفُ عَلَى الْيَدِ.

الشرح:

(بَابُ الْحَجَرِ لِلْفَسَادِ): أَخَّرَ هَذَا الْبَابَ لِأَنَّ مَا تَقَدَّمَ عَلَيْهِ مُتَّقٍ عَلَيْهِ وَهَذَا مُخْتَلَفٌ فِيهِ، وَالْمُرَادُ بِالْفَسَادِ هَاهُنَا هُوَ السَّفْهُ. وَهُوَ خِفَّةٌ تَعْتَرِي الْإِنْسَانَ فَتَحْمَلُهُ عَلَى الْعَمَلِ بِخِلَافِ مُوجِبِ الشَّرْعِ وَالْعَقْلِ مَعَ قِيَامِ الْعَقْلِ، وَقَدْ غَلَبَ فِي عُرْفِ الْفُقَهَاءِ عَلَى تَبْذِيرِ الْمَالِ وَإِثْلَافِهِ عَلَى خِلَافِ مُقْتَضَى الْعَقْلِ وَالشَّرْعِ (قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَا يُحْجَرُ عَلَى الْحُرِّ الْبَالِغِ الْعَاقِلِ السَّفِيهِ، وَتَصَرُّفُهُ فِي مَالِهِ جَائِزٌ، وَإِنْ كَانَ مُبْذِرًا مُفْسِدًا يُتْلَفُ مَالُهُ فِيمَا لَا غَرَضَ لَهُ فِيهِ وَلَا مَصْلَحَةً) كَالْإِلْقَاءِ فِي الْبَحْرِ وَالْإِحْرَاقِ بِالنَّارِ.

(وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ وَالشَّافِعِيُّ رَحِمَهُمُ اللَّهُ: يُحْجَرُ عَلَى السَّفِيهِ وَيُمْنَعُ عَنِ التَّصَرُّفِ فِي مَالِهِ) غَيْرَ أَنَّ الْحَجَرَ عَلَيْهِ عِنْدَهُمَا يُؤْتَرُ فِي حَقِّ تَصَرُّفٍ يَتَّصِلُ بِمَالِهِ، وَلَا يَصِحُّ مَعَ الْهَزْلِ وَالْإِكْرَاهِ كَالْبَيْعِ وَالْإِجَارَةِ وَالْإِقْرَارِ بِالْمَالِ، وَمَا لَا يَتَّصِلُ بِمَالِهِ كَالْإِقْرَارِ بِالْحُدُودِ وَالْقِصَاصِ أَوْ يَتَّصِلُ بِهِ، لَكِنَّهُ يَصِحُّ مَعَ الْهَزْلِ كَالنِّكَاحِ وَالطَّلَاقِ وَالْعَتَاقِ، فَالْحَجَرُ لَا يَعْمَلُ فِيهِ حَتَّى صَحَّ مِنْهُ هَذِهِ التَّصَرُّفَاتُ بَعْدَ الْحَجَرِ عَلَى مَا سَيَجِيءُ.

وَاسْتَدَلَّ الْمُصَنِّفُ رَحِمَهُ اللَّهُ بِقَوْلِهِ (لَأَنَّهُ مُبْذِرٌ مَالَهُ بِصَرَفِهِ لَا عَلَى الْوَجْهِ الَّذِي يَقْتَضِيهِ الْعَقْلُ وَ) كُلُّ مَنْ هُوَ كَذَلِكَ (يُحْجَرُ عَلَيْهِ نَظَرًا لَهُ كَالصَّبِيِّ) فَهَذَا يُحْجَرُ عَلَيْهِ (بَلْ أَوْلَى؛ لِأَنَّ الثَّابِتَ فِي حَقِّ الصَّبِيِّ اخْتِمَالُ التَّبْذِيرِ وَفِي حَقِّهِ حَقِيقَتُهُ، وَالذَّلِيلُ عَلَى صِحَّةِ هَذَا مَنَعَ الْمَالِ مِنْهُ، وَالْمَنَعُ لَا يُفِيدُ بَدُونَ الْحَجَرِ لِأَنَّهُ يُتْلَفُ بِلِسَانِهِ مَا يَمْنَعُ مِنْ يَدِهِ)

وَهَذَا الَّذِي ذَكَرَهُ مِنَ الدَّلِيلِ إِنَّمَا يَصِحُّ عَلَى قَوْلِهِمَا. فَأَمَّا عَلَى قَوْلِ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ فَلَا يَصِحُّ لِأَنَّ حَجَرَ السَّفِيهِ عِنْدَهُ بِطَرِيقِ الزَّجْرِ وَالْعُقُوبَةِ عَلَيْهِ لَا بِطَرِيقِ النَّظَرِ لَهُ.

وَالْفَائِدَةُ تَظْهَرُ فِيمَا إِذَا كَانَ السَّفِيهِ مُفْسِدًا فِي دِينِهِ مُصْلِحًا فِي مَالِهِ كَالْفَاسِقِ، فَعِنْدَهُ يُحْجَرُ عَلَيْهِ زَجْرًا وَعُقُوبَةً وَلَا يُحْجَرُ عَلَيْهِ عِنْدَهُمَا (وَلَأَيُّ حَنِيفَةٍ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ مُخَاطَبٌ عَاقِلٌ وَكُلُّ مَنْ هُوَ كَذَلِكَ لَا يُحْجَرُ عَلَيْهِ كَالرَّشِيدِ) وَتُوقِضُ بِالْعَبْدِ فَإِنَّهُ مُخَاطَبٌ عَاقِلٌ وَيُحْجَرُ عَلَيْهِ. وَأُجِيبَ بِأَنَّهُ قَالَ مُخَاطَبٌ وَهُوَ مُطْلَقٌ، وَالْمُطْلَقُ يَنْصَرِفُ إِلَى الْكَامِلِ، وَالْعَبْدُ لَيْسَ بِكَامِلٍ فِي كَوْنِهِ مُخَاطَبًا لِسُقُوطِ الْخَطَابَاتِ الْمَالِيَةِ كَالزَّكَاةِ وَصَدَقَةِ الْفِطْرِ وَالْأُضْحِيَّةِ وَالْكَفَّارَاتِ الْمَالِيَةِ وَبَعْضِ الْخَطَابَاتِ الْغَيْرِ الْمَالِيَةِ كَالْحَجِّ وَالْجُمُعَةِ وَالْعِيدَيْنِ وَالشَّهَادَاتِ وَشَطْرِ الْحُدُودِ وَغَيْرِهَا، وَلَوْ ضُمَّ إِلَى ذَلِكَ حُرُّ سَقَطِ الْإِعْتِرَاضِ (وَهَذَا) أَيُّ عَدَمِ الْحَجْرِ (لَأَنَّ) فِي الْحَجْرِ سَلْبَ وَلَايَتِهِ (فِي سَلْبِ وَلَايَتِهِ إِهْدَارُ آدَمِيَّتِهِ) وَهُوَ ظَاهِرٌ (قَوْلُهُ) وَلَا يَصِحُّ الْقِيَاسُ عَلَى مَنَعِ الْمَالِ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِمَا وَهَذَا مَنَعُ عَنهُ الْمَالِ.

وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ مَنَعَ الْمَالِ مِنْهُ لِيَكُونَ هُوَ بِطَرِيقِ الْعُقُوبَةِ عَلَيْهِ زَجْرًا لَهُ عَلَى التَّبْذِيرِ، وَالْحَجْرِ أُبْلَغُ مِنْهُ فِي الْعُقُوبَةِ لَمَا ذَكَرْنَا فَلَا يُقَاسُ عَلَيْهِ. وَقَوْلُهُ (وَلَا عَلَى الصَّبِيِّ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِمَا اعْتِبَارًا بِالصَّبِيِّ: أَيُّ لَا يُقَاسُ السَّفِيهِ عَلَى الصَّبِيِّ (لَأَنَّهُ عَاجِزٌ عَنِ النَّظَرِ لِنَفْسِهِ، وَهَذَا قَادِرٌ عَلَيْهِ نَظَرَ لَهُ الشَّارِعُ مَرَّةً بِإِعْطَاءِ آلَةِ الْقُدْرَةِ) لَمَا ذَكَرْنَا أَنَّهُ عَاقِلٌ (وَالْجُرْيُ عَلَى خِلَافِهِ لِسُوءِ اخْتِيَارِهِ) فَكَانَ قِيَاسٌ قَادِرٌ عَلَى عَاجِزٍ وَهُوَ فَاسِدٌ.

وَقَوْلُهُ (وَمَنَعُ الْمَالِ مُفِيدٌ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ ثُمَّ هُوَ لَا يُفِيدُ بِدُونِ الْحَجْرِ: يَعْنِي أَنَّ مَنَعَ الْمَالِ بِدُونِ الْحَجْرِ مُفِيدٌ (لَأَنَّ غَالِبَ السَّفِيهِ) إِنَّمَا يَكُونُ (فِي الْهَبَاتِ وَالصَّدَقَاتِ وَذَلِكَ يَقِفُ عَلَى الْيَدِ) أَيُّ لَا يُمْلِكُ إِلَّا بِالْقَبْضِ، فَإِذَا لَمْ يَكُنْ فِي يَدِهِ شَيْءٌ يَمْتَنِعُ عَنْ ذَلِكَ وَإِنْ فَعَلَ لَمْ يُفِدْ.

قَالَ (وَإِذَا حَجَرَ الْقَاضِي عَلَيْهِ ثُمَّ رَفَعَ إِلَى قَاضٍ آخَرَ فَابْطَلَ حَجْرُهُ وَأَطْلَقَ عَنْهُ جَازًا) لِأَنَّ الْحَجَرَ مِنْهُ فَتَوَى وَلَيْسَ بِقَضَاءٍ؛ أَلَا يَرَى أَنَّهُ لَمْ يُوْجَدْ الْقَاضِي لَهُ وَالْمَقْضِيُّ عَلَيْهِ، وَلَوْ كَانَ قَضَاءً فَتَنَفَسَ الْقَضَاءُ مُخْتَلَفٌ فِيهِ فَلَا بُدَّ مِنَ الْإِمْضَاءِ، حَتَّى لَوْ رَفَعَ تَصَرُّفُهُ بَعْدَ الْحَجْرِ إِلَى الْقَاضِي الْحَاجِرِ أَوْ إِلَى غَيْرِهِ فَقَضَى بِبُطْلَانِ تَصَرُّفِهِ ثُمَّ رَفَعَ إِلَى قَاضٍ آخَرَ نَفَذَ بِبُطْلَانِهِ لِاتِّصَالِ الْإِمْضَاءِ بِهِ فَلَا يَقْبَلُ النَّقْضُ بَعْدَ ذَلِكَ

الشرح:

(قوله وإذا حُجِرَ إلخ) تفرِّع على مسألة الحجر، ومعناه أن القاضي إن حَجَرَ على السفِيه على رأيه ثم رَفَعَ حُكْمَهُ إلى قاضٍ آخر فأبطلَ حَجْرَهُ وأطلقَ جَارَ تصرُّفه، وكان الواجب أن لا يجوزَ لأنَّ قضاءَهُ لا قىَّ مُحْتَدًا فيه وتَقْضُهُ باطلٌ، وإنَّما جازَ لأنَّ الحجرَ مِنَ القاضي فتوى لا قضاءً، لأنَّ القضاءَ يَفْتَضِي المَقْضِيَّ لَهُ والمَقْضِيَّ عَلَيْهِ وَلَا مَقْضِيَّ لَهُ هَاهُنَا. سَلَمْنَا وجودَ المَقْضِيَّ لَهُ على احتمالِ بَعْدِ وَهُوَ أن يُجْعَلَ السَّفِيهَ مَقْضِيًّا لَهُ مِنْ حَيْثُ إنَّ الحجرَ نَظَرَ لَهُ، لَكِنَّ نَفْسَ هَذَا القضاءَ مُخْتَلَفٌ فِيهِ، فَإِنَّ أَبَا حَنِيفَةَ رحمته الله لَمْ يَقُلْ بِهِ فَصَارَ مَحَلًّا للقضاءِ يَحْتَاجُ إلى إِمضاءٍ، فَلَوْ رَفَعَ تصرُّفُهُ بَعْدَ الحجرِ إلى القاضي الحاجرِ أَوْ إلى غَيْرِهِ فَقَضَى بِبُطْلَانِ تصرُّفه وَصَحَّه الحجرُ ثُمَّ رَفَعَ إلى قاضٍ آخرَ نَفَذَ إبطالَهُ لِاتِّصالِ الإِمضاءِ بِهِ فَلَا يَقْبَلُ النِّقْضُ بَعْدَ ذَلِكَ.

(ثُمَّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ إِذَا بَلَغَ الْغُلَامُ غَيْرَ رَشِيدٍ لَمْ يُسَلِّمْ إِلَيْهِ مَالُهُ حَتَّى يَبْلُغَ خَمْسًا وَعِشْرِينَ سَنَةً، فَإِنْ تَصَرَّفَ فِيهِ قَبْلَ ذَلِكَ نَفَذَ تَصَرُّفُهُ، فَإِذَا بَلَغَ خَمْسًا وَعِشْرِينَ سَنَةً يُسَلِّمُ إِلَيْهِ مَالَهُ وَإِنْ لَمْ يُؤَنَسْ مِنْهُ الرُّشْدُ. وَقَالَا: لَا يُدْفَعُ إِلَيْهِ مَالُهُ أَبَدًا حَتَّى يُؤَنَسَ مِنْهُ رُشْدُهُ، وَلَا يَجُوزُ تَصَرُّفُهُ فِيهِ) لِأَنَّ عِلَّةَ الْمَنْعِ السَّفَهَ فَيَبْقَى مَا بَقِيَ الْعِلَّةُ وَصَارَ كَالصَّبَا.

وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ مَنَعَ الْمَالِ عَنْهُ بِطَرِيقِ التَّادِيْبِ، وَلَا يَتَأَذَّبُ بَعْدَ هَذَا ظَاهِرًا وَغَائِبًا؛ أَلَا يَرَى أَنَّهُ قَدْ يَصِيرُ جَدًّا فِي هَذَا السَّنِ فَلَا فَائِدَةَ فِي الْمَنْعِ فَلَزِمَ الدَّفْعُ، وَلِأَنَّ الْمَنْعَ بِاعْتِبَارِ أَثَرِ الصَّبَا وَهُوَ فِي أَوَائِلِ الْبُلُوغِ وَيَنْقَطِعُ بِتَطَاوُلِ الزَّمَانِ فَلَا يَبْقَى الْمَنْعُ، وَلِهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: لَوْ بَلَغَ رَشِيدًا ثُمَّ صَارَ سَفِيهًا لَا يُمْنَعُ الْمَالُ عَنْهُ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِأَثَرِ الصَّبَا، ثُمَّ لَا يَتَأْتَى التَّضَرُّعُ عَلَى قَوْلِهِ وَإِنَّمَا التَّضَرُّعُ عَلَى قَوْلِ مَنْ يَرَى الْحَجَرَ. فَعِنْدَهُمَا لَمَّا صَحَّ الْحَجَرُ لَا يَنْفَذُ بَيْعُهُ إِذَا بَاعَ تَوْفِيرًا لِفَائِدَةِ الْحَجَرِ عَلَيْهِ، وَإِنْ كَانَ فِيهِ مَصْلَحَةٌ أَجَازَهُ الْحَاكِمُ لِأَنَّ رُكْنَ التَّصَرُّفِ قَدْ وَجَدَ وَالتَّوَقُّفُ لِلنَّظَرِ لَهُ وَقَدْ نَصَّبَ الْحَاكِمُ نَاضِرًا لَهُ فَيَتَحَرَّى الْمَصْلَحَةَ فِيهِ، كَمَا فِي الصَّبِيِّ الَّذِي يَعْقِلُ الْبَيْعَ وَالشِّرَاءَ وَيَقْصِدُهُ.

الشرح:

ثُمَّ إِنَّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ إِذَا بَلَغَ الْغُلَامُ سَفِيهًا مُنِعَ عَنْهُ مَالُهُ إِلَى خَمْسٍ وَعِشْرِينَ سَنَةً وَتَصَرُّفَاتُهُ قَبْلَ ذَلِكَ نَافِذَةٌ لِأَنَّهُ لَا يُحَجَرُ عَلَيْهِ عِنْدَهُ، فَإِذَا بَلَغَ ذَلِكَ سَلَّمَ

إِلَيْهِ مَالُهُ وَإِنْ لَمْ يُؤْتَسِرِ الرُّشْدُ مِنْهُ، وَقَالَا: لَا يُدْفَعُ إِلَيْهِ مَالُهُ حَتَّى يُؤْتَسَرَ مِنْهُ رُشْدُهُ، وَتَسَامُحُ عِبَارَتُهُ فِي الْجَمْعِ بَيْنَ الْأَبَدِ وَحَتَّى ظَاهِرٌ (وَلَا يَجُوزُ تَصَرُّفُهُ فِي مَالِهِ، لِأَنَّ عِلَّةَ الْمَنْعِ السَّفَهُ فَيَبْقَى بَبَقَائِهِ كَالصَّبَا. وَلَأَيُّ حَيْفَةٍ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنْ مَنَعَ الْمَالَ عَنْهُ بِطَرِيقِ التَّادِيبِ) وَهَذَا الدَّلِيلُ يُمَكِّنُ أَنْ يُوجَّهَ عَلَى وَجْهَيْنِ: أَحَدُهُمَا أَنْ يُقَالَ: سَلَّمْنَا أَنْ عِلَّةَ الْمَنْعِ السَّفَهُ لَكِنَّ الْمَعْلُولَ هُوَ الْمَنْعُ مِنْ حَيْثُ التَّادِيبُ، وَهَذَا يَقْتَضِي أَنْ يَكُونَ مَحَلًّا لِلتَّادِيبِ، وَلَا تَأْدِيبَ بَعْدَ هَذِهِ الْمُدَّةِ ظَاهِرًا وَغَالِبًا لِأَنَّهُ فِي هَذِهِ الْمُدَّةِ يَصِيرُ جِدًّا بِاعْتِبَارِ أَقَلِّ مُدَّةِ الْبُلُوغِ فِي الْإِنْزَالِ وَهُوَ اثْنَتَا عَشْرَةَ سَنَةً وَأَقَلُّ مُدَّةِ الْحَمْلِ وَهُوَ سِتَّةَ أَشْهُرٍ، وَإِذَا لَمْ يَبْقَ قَابِلًا لِلتَّادِيبِ فَلَا فَائِدَةَ فِي الْمَنْعِ فَلَزِمَ الدَّفْعُ. وَالثَّانِي أَنْ يُجْعَلَ مُعَارَضَةً فَيُقَالُ: مَا ذَكَرْتُمْ وَإِنْ دَلَّ عَلَى ثُبُوتِ الْمَذْلُولِ لَكِنَّ عِنْدَنَا مَا يَنْفِيهِ، وَهُوَ أَنْ مَنَعَ الْمَالَ عَنْهُ بِطَرِيقِ التَّادِيبِ إلخ (قَوْلُهُ وَلِأَنَّ الْمَنْعَ) دَلِيلٌ آخَرُ.

وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ الْمَنْعَ بَعْدَ الْبُلُوغِ إِذَا لَمْ يُؤْتَسِرِ رُشْدُهُ بِاعْتِبَارِ أَثَرِ الصَّبَا، لِأَنَّ الْعَادَةَ وَجَدَانُهُ فِي أَوَائِلِ الْبُلُوغِ ثُمَّ يَنْقَطِعُ بِتَطَاوُلِ الْمُدَّةِ وَقَدَّرَ ذَلِكَ بِخَمْسٍ وَعِشْرِينَ سَنَةً، وَلِأَنَّ مُدَّةَ الْبُلُوغِ مِنْ حَيْثُ السَّنُ ثَمَانُ عَشْرَةَ سَنَةً، وَمَا قَرُبَ مِنَ الْبُلُوغِ فَهُوَ فِي حُكْمِ الْبُلُوغِ، وَقَدَّرَ ذَلِكَ بِسَبْعِ سِنِينَ اعْتِبَارًا بِمُدَّةِ التَّمْيِيزِ فِي الْإِبْتِدَاءِ عَلَى مَا أَشَارَ إِلَيْهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ بِقَوْلِهِ: «مُرُوا صِبْيَانَكُمْ بِالصَّلَاةِ إِذَا بَلَغُوا سَبْعًا» (وَلِهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَوْ بَلَغَ رَشِيدًا ثُمَّ صَارَ سَفِيهًا لَا يُمْنَعُ عَنْهُ الْمَالُ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِأَثَرِ الصَّبَا) فَإِنْ قِيلَ: الدَّفْعُ مُعَلَّقٌ بِإِيْتِاسِ الرُّشْدِ فَمَا لَمْ يُوَجَدْ لَا يَجُوزُ الدَّفْعُ إِلَيْهِ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ الشَّرْطَ يُوجِبُ الْوُجُودَ عِنْدَ الْوُجُودِ لَا الْعَدَمَ عِنْدَ الْعَدَمِ، سَلَّمْنَاهُ لَكِنَّهُ مُنْكَرٌ يُرَادُ بِهِ أَدْنَى مَا يَنْطَلِقُ عَلَيْهِ، وَقَدْ وَجَدَ ذَلِكَ إِذَا وَصَلَ الْإِنْسَانُ إِلَى هَذِهِ الْحَالَةِ لَصِيرُورَةِ فُرُوعِهِ أَصْلًا فَكَانَ مُتَنَاهِيًا فِي الْأَصَالَةِ.

قَالَ (ثُمَّ لَا يَتَأَتَّى التَّفْرِيعُ عَلَى قَوْلِهِ) أَرَادَ أَنْ التَّفْرِيعَ الَّذِي ذَكَرَهُ الْقُدُورِيُّ فِي مُخْتَصَرِهِ بِقَوْلِهِ فَإِذَا بَاعَ لَا يَنْفُذُ لَا يَتَأَتَّى عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ عليه السلام (وَأَيْمًا التَّفْرِيعُ عَلَى قَوْلِ مَنْ يَرَى الْحَجَرَ. فَعِنْدَهُمَا لَمَّا صَحَّ الْحَجَرُ لَا يَنْفُذُ بَيْعُهُ إِذَا بَاعَ لَتَظْهَرَ فَائِدَةُ الْحَجَرِ عَلَيْهِ) فَيَكُونُ مَوْقُوفًا (فَإِنْ رَأَى الْحَاكِمُ فِيهِ مَصْلَحَةً) بِأَنْ كَانَ بِمِثْلِ الْقِيَمَةِ أَوْ كَانَ الْبَيْعُ رَابِعًا وَكَانَ الثَّمَنُ بَاقِيًا فِي يَدِهِ (أَجَازُهُ) وَإِنْ كَانَ الثَّمَنُ أَقَلَّ مِنَ الْقِيَمَةِ أَوْ كَانَ الْبَيْعُ

خَاسِرًا وَلَمْ يَبْقَ الثَّمَنُ فِي يَدِهِ لَمْ يُجْزِهِ، لِأَن فِيهِ ضَرَرًا بِهِ الْخُرُوجُ الْمُبْعِ عَنْ يَدِهِ بِدُونِ أَنْ يَكُونَ فِيهِ شَيْءٌ مِنَ الْبَدَلِ.

وَاسْتَدَلَّ عَلَى الْجَوَازِ وَالتَّوَقُّفِ بِقَوْلِهِ (لَأَنَّ رُكْنَ التَّصَرُّفِ قَدْ وُجِدَ) وَذَلِكَ يُوجِبُ الْجَوَازَ. وَرَدَّ بِأَنَّ رُكْنَ التَّصَرُّفِ إِذَا وُجِدَ مِنْ أَهْلِهِ يُوجِبُ ذَلِكَ وَالسَّفِيهِ لَيْسَ بِأَهْلٍ. وَأُجِيبَ بِأَنَّهُ أَهْلٌ لِأَنَّ الْأَهْلِيَّةَ بِالْعَقْلِ وَالسَّفَهُ لَا يَتَّفِقُ كَمَا تَقَدَّمَ. فَإِنْ قِيلَ: فَعَلَامَ التَّوَقُّفُ؟ أَجَابَ بِقَوْلِهِ (لِلنَّظَرِ لَهُ، فَإِنَّ الْحَاكِمَ نَصَبَ نَازِلًا لَهُ فَيَتَحَرَّى الْمَصْلَحَةَ فِيهِ كَمَا فِي الصَّبِيِّ الَّذِي يَعْقِلُ الْبَيْعَ وَالشِّرَاءَ وَيَقْصِدُهُ).

وَلَوْ بَاعَ قَبْلَ حَجْرِ الْقَاضِي جَازَ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ لِأَنَّهُ لَا بُدَّ مِنْ حَجْرِ الْقَاضِي عِنْدَهُ، لِأَنَّ الْحَجَرَ دَائِرَ بَيْنَ الضَّرَرِ وَالنَّظَرِ وَالْحَجَرَ لِنَظَرِهِ فَلَا بُدَّ مِنْ فِعْلِ الْقَاضِي. وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ لَا يَجُوزُ لِأَنَّهُ يَبْلُغُ مَحْجُورًا عِنْدَهُ، إِذِ الْعِلَّةُ هِيَ السَّفَهُ بِمَنْزِلَةِ الصَّبَا، وَعَلَى هَذَا الْخِلَافِ إِذَا بَلَغَ رَشِيدًا ثُمَّ صَارَ سَفِيهَاً.

الشرح:

وَلَوْ بَاعَ السَّفِيهِ قَبْلَ حَجْرِ الْقَاضِي جَازَ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ لِأَنَّهُ لَا بُدَّ مِنْ حَجْرِ الْقَاضِي عِنْدَهُ لِأَنَّ الْحَجَرَ دَائِرَ بَيْنَ الضَّرَرِ وَهُوَ إِهْدَارُ آدَمِيَّتِهِ (وَالنَّظَرُ لَهُ فِي إِبْقَاءِ الْمُبْعِ عَلَى مِلْكِهِ كَمَا كَانَ) فَلَا بُدَّ مِنْ مُرْجِحٍ وَهُوَ الْقَضَاءُ. وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ لَا يَجُوزُ لِأَنَّهُ يَبْلُغُ مَحْجُورًا عَلَيْهِ (عِنْدَهُ إِذِ الْعِلَّةُ عِنْدَهُ هِيَ السَّفَهُ بِمَنْزِلَةِ الصَّبَا) وَهُوَ مَوْجُودٌ قَبْلَ الْقَضَاءِ فَيَتَرْتَّبُ عَلَيْهِ الْحُكْمُ (وَعَلَى هَذَا الْخِلَافِ إِذَا بَلَغَ رَشِيدًا ثُمَّ صَارَ سَفِيهَاً) عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ يَصِيرُ مَحْجُورًا حَتَّى يَقْضِيَ الْقَاضِي، وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ يَصِيرُ مَحْجُورًا بِمَجَرَّدِ السَّفهِ.

(وَإِنْ أَعْتَقَ عَبْدًا نَفَذَ عِتْقُهُ عِنْدَهُمَا). وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ لَا يَنْفَذُ. وَالْأَصْلُ عِنْدَهُمَا أَنَّ كُلَّ تَصَرُّفٍ يُؤَثِّرُ فِيهِ الْهَزْلُ يُؤَثِّرُ فِيهِ الْخُ وَمَا لَا فَلَا، لِأَنَّ السَّفِيهِ فِي مَعْنَى الْهَازِلِ مِنْ حَيْثُ إِنَّ الْهَازِلَ يُخْرِجُ كَلَامَهُ لَا عَلَى نَهْجِ كَلَامِ الْعُقَلَاءِ لِاتِّبَاعِ الْهَوَى وَمُكَابَرَةِ الْعَقْلِ لَا لِنَقْصَانِ فِي عَقْلِهِ، فَكَذَلِكَ السَّفِيهِ وَالْعِتْقُ مِمَّا لَا يُؤَثِّرُ فِيهِ الْهَزْلُ فَيَصِحُّ مِنْهُ. وَالْأَصْلُ عِنْدَهُ أَنَّ الْحَجَرَ بِسَبَبِ السَّفهِ بِمَنْزِلَةِ الْحَجْرِ بِسَبَبِ الرُّقِّ حَتَّى لَا يَنْفَذَ بَعْدَهُ شَيْءٌ مِنْ تَصَرُّفَاتِهِ إِلَّا الطَّلَاقُ كَالْمَرْفُوقِ، وَالْإِعْتَاقُ لَا يَصِحُّ مِنَ الرَّقِيقِ فَكَذَا مِنَ السَّفِيهِ (و) إِذَا

صَحَّ عِنْدَهُمَا (كَانَ عَلَى الْعَبْدِ أَنْ يَسْعَى فِي قِيَمَتِهِ) لِأَنَّ الْحَجَرَ لَمَعْنَى النُّظَرِ وَذَلِكَ فِي رَدِّ الْعِتْقِ إِلَّا أَنَّهُ مُتَعَدَّرٌ فَيَجِبُ رَدُّهُ بِرَدِّ الْقِيَمَةِ كَمَا فِي الْحَجَرِ عَلَى الْمَرِيضِ. وَعَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ لَا تَجِبُ السَّعَايَةُ لِأَنَّهَا لَوْ وَجِبَتْ إِنَّمَا تَجِبُ حَقًّا لِمُعْتَقِهِ وَالسَّعَايَةُ مَا عَهْدَ وَجُوبُهَا فِي الشَّرْعِ إِلَّا لِحَقِّ غَيْرِ الْمُعْتَقِ (وَلَوْ دَبَّرَ عَبْدُهُ جَانَ) لِأَنَّهُ يُوجِبُ حَقَّ الْعِتْقِ فَيُعْتَبَرُ بِحَقِيقَتِهِ إِلَّا أَنَّهُ لَا تَجِبُ السَّعَايَةُ مَا دَامَ الْمَوْلَى حَيًّا لِأَنَّهُ بَاقٍ عَلَى مِلْكِهِ.

الشرح:

(وَإِنْ أَعْتَقَ عَبْدًا) يَعْنِي بَعْدَ الْحَجَرِ (تَفَدَّ عَتَقُهُ عِنْدَهُمَا) وَكَذَلِكَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ فَلَمْ يُخَصَّ قَوْلُهُمَا بِالذِّكْرِ اخْتِرَازًا عَنْ قَوْلِهِ لِأَنَّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ الْحُكْمَ قَبْلَ الْحَجَرِ وَبَعْدَهُ سَوَاءٌ فِي نَفَازِ تَصَرُّفَاتِ الْمُخْجُورِ بِسَبَبِ السَّفَةِ لِأَنَّهُ لَا تَأْثِيرَ لِلْحَجَرِ عِنْدَهُ بَلْ اخْتِرَازًا عَنْ قَوْلِهِمَا فِي سَائِرِ التَّصَرُّفَاتِ الَّتِي يُؤْتَرُ فِيهَا الْحَجَرُ كَالْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ وَالْإِقْرَارِ بِالْمَالِ. وَعَنْ قَوْلِ الشَّافِعِيِّ فَإِنَّهُ يَقُولُ: لَا يَنْفَدُ كَمَا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ (و) ذَكَرَ أَنَّ (الأصلَ عِنْدَهُمَا أَنَّ كُلَّ تَصَرُّفٍ يُؤْتَرُ فِيهِ الْهَزْلُ يُؤْتَرُ فِيهِ الْحَجَرُ، وَمَا لَا فَلَا لِأَنَّ السَّفِيَةَ فِي مَعْنَى الْهَازِلِ) لَا مِنْ كُلِّ وَجْهِ (بَلْ مِنْ حَيْثُ إِنَّ الْهَازِلَ يَخْرُجُ كَلَامُهُ لَا عَلَى نَهْجِ كَلَامِ الْعُقَلَاءِ لِاتِّبَاعِ الْهَوَى وَمُكَابَرَةِ الْعَقْلِ لَا لِنُقْصَانٍ فِي عَقْلِهِ فَكَذَلِكَ السَّفِيَةُ وَالْعَتَقُ مِمَّا لَا يُؤْتَرُ فِيهِ الْهَزْلُ فَيَصِحُّ مِنْهُ) وَفِيهِ بَحْثٌ مِنْ أَوْجُهٍ: الْأَوَّلُ أَنَّ السَّفِيَةَ لَوْ حَنْثَ فِي يَمِينِهِ وَأَعْتَقَ رَقَبَةً لَمْ يَنْفَدْهُ الْقَاضِي وَكَذَا لَوْ نَذَرَ بِهَدْيٍ أَوْ غَيْرِهِ لَمْ يَنْفَدْهُ فَهَذَا مِمَّا لَا يُؤْتَرُ فِيهِ الْهَزْلُ لِقَوْلِهِ ﷺ: «ثَلَاثُ جَدُّهِنَّ جَدٌّ وَهَزْلُهُنَّ جَدٌّ» وَقَدْ أَثَرُ فِيهِ الْحَجَرُ بِالسَّفَةِ. وَالثَّانِي أَنَّ الْهَازِلَ إِذَا أَعْتَقَ عَبْدَهُ عَتَقَ وَلَمْ تَجِبْ عَلَيْهِ سَعَايَةُ وَالْمُخْجُورُ بِالسَّفَةِ إِذَا أَعْتَقَهُ وَجِبَ عَلَيْهِ السَّعَايَةُ، فَالْهَزْلُ لَمْ يُؤْتَرُ فِي وَجُوبِ السَّعَايَةِ وَالْحَجَرُ أَثَرُ فِيهِ. وَالثَّالِثُ أَنَّ التَّعْلِيلَ الْمَذْكُورَ إِنَّمَا يَصِحُّ فِي حَقِّ السَّفِيَةِ لَا فِي حَقِّ الْهَازِلِ، وَالصَّحِيحُ فِيهِ أَنْ يُقَالَ لِقَصْدِهِ اللَّعِبَ بِهِ دُونَ مَا وَضِعَ الْكَلَامُ لَهُ لَا لِنُقْصَانٍ فِي الْعَقْلِ. وَالْجَوَابُ عَنْ الْأَوَّلِ أَنَّ الْقَضَاءَ بِالْحَجَرِ عَنْ التَّصَرُّفَاتِ الْمَالِيَةِ فِيمَا يَرْجِعُ إِلَى الْإِثْلَافِ يَسْتَلْزِمُ عَدَمَ تَنْفِيذِ الْكُفَّارَاتِ وَالتَّنْذُورِ، لِأَنَّ فِي تَنْفِيذِهِمَا إِضَاعَةَ الْمَقْصُودِ مِنَ الْحَجَرِ لِإِمْكَانِ أَنْ يَتَصَرَّفَ فِي جَمِيعِ مَالِهِ بِالْيَمِينِ وَالْحِنْثِ وَالتَّنْذَرِ.

وَعَنْ الثَّانِي مَا سَيَجِيءُ فِي الْكِتَابِ. وَعَنْ الثَّالِثِ أَنَّ قَصْدَ اللَّعِبِ بِالْكَلَامِ وَتَرْكَ

مَا وَضِعَ لَهُ مِنْ مُكَابَرَةِ الْعَقْلِ وَاتِّبَاعِ الْهَوَىٰ فَلَا فَرْقَ بَيْنَهُمَا (وَالأَصْلُ عِنْدَهُ أَنَّ الْحَجَرَ بِسَبَبِ السَّعَةِ بِمَنْزِلَةِ الْحَجَرِ بِسَبَبِ الرَّقِّ) فَإِنَّهُ لَا يُزِيلُ الْخَطَابَ وَلَا يَخْرُجُ مِنْ أَنْ يَكُونَ أَهْلًا لِلزَّامِ الْعُقُوبَةِ بِاللِّسَانِ بِاِكْتِسَابِ سَبَبِهَا، كَمَا أَنَّ الرَّقَّ كَذَلِكَ (فَلَا يَنْفُذُ بَعْدَهُ شَيْءٌ مِنْ تَصَرُّفَاتِهِ إِلَّا الطَّلَاقُ كَالرَّقِيقِ، وَالْإِعْتَاقُ لَا يَصِحُّ مِنَ الرَّقِيقِ فَكَذَا مِنَ السَّفِيهِ).

قُلْنَا: لَيْسَ السَّعَةُ كَالرَّقِّ لِأَنَّ حَجَرَ الرَّقِّ لِحَقِّ الْغَيْرِ فِي الْمَحَلِّ الَّذِي يُلَاقِيهِ تَصَرُّفُهُ، حَتَّىٰ إِنْ تَصَرَّفَهُ فِيمَا لَا حَقَّ لِلْغَيْرِ فِيهِ نَافِذٌ كَالْإِقْرَارِ بِالْحُدُودِ وَالْقَصَاصِ، وَهَاهُنَا لَا حَقَّ لِأَحَدٍ فِي الْمَحَلِّ الَّذِي يُلَاقِيهِ تَصَرُّفُهُ فَيَكُونُ نَافِذًا (فَإِذَا صَحَّ عِنْدَهُمَا كَانَ عَلَى الْعَبْدِ أَنْ يَسْعَىٰ فِي قِيَمَتِهِ لِأَنَّ الْحَجَرَ لِمَعْنَى النَّظَرِ وَذَلِكَ فِي رَدِّ الْعِتْقِ إِلَّا أَنَّهُ مُتَعَذِّرٌ لِعَدَمِ قَبُولِهِ الْفَسْخَ (فَيَجِبُ رَدُّهُ بِرَدِّ الْقِيَمَةِ كَمَا فِي الْحَجَرِ عَلَى الْمَرِيضِ) لِأَجْلِ النَّظَرِ لِعُرْمَانِهِ أَوْ وَرَثَتِهِ، فَإِذَا أَعْتَقَ الْمَرِيضُ عَبْدًا وَجَبَ عَلَيْهِ السَّعَاةُ لِعُرْمَانِهِ فِي جَمِيعِ قِيَمَتِهِ أَوْ لَوَرَثَتِهِ فِي ثُلَاثِي قِيَمَتِهِ إِذَا لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ دَيْنٌ وَلَا مَالٌ لَهُ سِوَاهُ لِمَعْنَى النَّظَرِ إِلَى آخِرِ الثُّكْنَةِ.

(وَعَنْ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ لَا تَجِبُ عَلَيْهِ السَّعَاةُ، لِأَنَّهَا لَوْ وَجَبَتْ لَوَجَبَتْ حَقًّا لِمُعْتَقِهِ، وَذَلِكَ غَيْرُ مَعْهُودٍ فِي الشَّرْعِ وَإِنَّمَا الْمَعْهُودُ أَنْ يَجِبَ لِلْغَيْرِ الْمُعْتَقِ) كَمَا فِي إِعْتَاقِ أَحَدِ الشَّرِيكَيْنِ فَإِنَّهُ يَسْعَىٰ لِلْسَّائِكِ (وَلَوْ دَبَّرَ عَبْدَهُ جَارًا، لِأَنَّ التَّدْبِيرَ يُوجِبُ حَقَّ الْعِتْقِ فَيُعْتَبَرُ بِحَقِيقَتِهِ) لِأَنَّهُ لَمَّا مَلَكَ إِشَاءَ حَقِيقَةَ الْعِتْقِ فَلَأَن يَمْلِكَ إِشَاءَ حَقِّهِ كَانَ أَوْلَىٰ (إِلَّا أَنَّهُ لَا تَجِبُ السَّعَاةُ فِي حَيَاةِ الْمَوْلَىٰ لِأَنَّهُ بَاقٍ عَلَىٰ مِلْكِهِ) وَالْبَاقِي عَلَىٰ مِلْكِ الْمَوْلَىٰ لَا يَسْتَوْجِبُ الْمَوْلَىٰ عَلَيْهِ دَيْنًا.

وَإِذَا مَاتَ وَلَمْ يُؤْنَسْ مِنْهُ الرُّشْدُ سَعَىٰ فِي قِيَمَتِهِ مُدْبِرًا لِأَنَّهُ عَتَقَ بِمَوْتِهِ وَهُوَ مُدْبِرٌ،

فَصَارَ كَمَا إِذَا أَعْتَقَهُ بَعْدَ التَّدْبِيرِ

الشرح:

فَإِنْ مَاتَ وَلَمْ يُؤْنَسْ مِنْهُ رُشْدٌ يَسْعَىٰ فِي قِيَمَتِهِ مُدْبِرًا لِأَنَّهُ عَتَقَ وَهُوَ مُدْبِرٌ وَالْعِتْقُ بَعْدَ التَّدْبِيرِ يُوجِبُ السَّعَاةَ فِي قِيَمَتِهِ مُدْبِرًا (أَلَا يَرَىٰ أَنَّ مُصْلَحًا لَوْ دَبَّرَ عَبْدَهُ فِي صِحَّتِهِ ثُمَّ مَاتَ وَعَلَيْهِ دَيْنٌ يُحِيطُ بِقِيَمَتِهِ فَعَلَى الْعَبْدِ أَنْ يَسْعَىٰ فِي قِيَمَتِهِ مُدْبِرًا لِعُرْمَانِهِ. قَبْلَ يَنْبَغِي أَنْ يَسْعَىٰ فِي قِيَمَتِهِ قِتًا، لِأَنَّ الْعِتْقَ حَصَلَ بِالتَّدْبِيرِ السَّابِقِ وَهُوَ فِي تِلْكَ الْحَالَةِ يُوجِبُ السَّعَاةَ قِتًا كَمَا لَوْ أَعْتَقَهُ. وَأُجِيبُ بِأَنَّ الْأَصْلَ أَنَّ الْمُعْلَقَ بِالشَّرْطِ لَيْسَ بِسَبَبٍ

قَبْلَهُ، إِلَّا إِنْ جُعِلَ هَاهُنَا سَبَبًا قَبْلَهُ ضَرُورَةٌ فَلَا تَظْهَرُ سَبَبِيَّتُهُ فِي إِجَابِ السَّعَايَةِ عَلَيْهِ فَنَّا، وَإِنَّمَا تَظْهَرُ فِي حَقِّ الْمَنْعِ عَنِ الْبَيْعِ وَتَعْلُقُ الْعِتْقُ بِمَوْتِهِ لِأَنَّ الثَّابِتَ بِالضَّرُورَةِ يَتَقَدَّرُ بِقَدْرِهَا. قِيلَ سَلَّمْنَا ذَلِكَ، لَكِنْ يَجِبُ أَنْ يَسْعَى فِي ثُلُثِي قِيَمَتِهِ لِأَنَّ التَّدْبِيرَ وَصِيَّةً وَفِيهَا يَسْعَى الْعَبْدُ كَذَلِكَ. وَأُجِيبَ بِأَنَّهُ وَصِيَّةٌ مِنْ حَيْثُ النَّفَازُ بَعْدَ الْمَوْتِ لَا غَيْرُ، أَلَا يَرَى أَنَّ الرُّجُوعَ فِي الْوَصِيَّةِ صَحِيحٌ دُونَ التَّدْبِيرِ.

(وَلَوْ جَاءَتْ جَارِيَّتُهُ بِوَلَدٍ فَادَّعَاهُ يَثْبُتُ نَسَبُهُ مِنْهُ وَكَانَ الْوَلَدُ حُرًّا وَالْجَارِيَّةُ أُمُّ وَلَدٍ لَهُ) لِأَنَّهُ مُحْتَاجٌ إِلَى ذَلِكَ لِإِبْقَاءِ نَسْلِهِ فَالْحَقُّ بِالْمُصْلَحِ فِي حَقِّهِ (وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَعَهَا وَلَدٌ وَقَالَ هَذِهِ أُمُّ وَلَدِي كَانَتْ بِمَنْزِلَةِ أُمِّ الْوَلَدِ لَا يَقْدَرُ عَلَى بَيْعِهَا، وَإِنْ مَاتَ سَعَتْ فِي جَمِيعِ قِيَمَتِهَا) لِأَنَّهُ كَالْإِقْرَارِ بِالْحُرِّيَّةِ إِذْ لَيْسَ لَهُ شَهَادَةُ الْوَلَدِ، بِخِلَافِ الْفَصْلِ الْأَوَّلِ لِأَنَّ الْوَلَدَ شَاهِدٌ لَهَا. وَنَظِيرُهُ الْمَرِيضُ إِذَا ادَّعَى وَلَدَ جَارِيَّتِهِ فَهُوَ عَلَى هَذَا التَّفْصِيلِ.

الشرح:

(وَلَوْ وَلَدَتْ جَارِيَّتُهُ فَادَّعَاهُ ثَبَتَ نَسَبُهُ مِنْهُ وَكَانَ الْوَلَدُ حُرًّا وَالْجَارِيَّةُ أُمُّ وَلَدٍ لَهُ) لاحتياجه إلى ذلك لإبقاء نسله) و (إبقاؤه من الحوائج الأصلية لحياة ذكر الإنسان) ببقاء الولد بعد موته فألحق السفیه بالمُصلح في حق الاستيلاء، فإن مات بعد هذه الدعوة كانت الجارية حرة لا سبيل عليها لأحد وإن مات مديونا (وإن لم يكن معها ولد) أي إن لم يعلم لها ولد منه (وقال هذه أم ولدي كانت بمنزلة أم الولد) لأن الدعوة حينئذ كانت دعوة تحرير (فلا يقدر على بيعها، وإن مات سعت في جميع قيمتها لأنه كالإقرار بالحرية، إذ ليس لها شهادة الولد) فصار كأنه قال أنت حرة فيمنع بيعها وتسعى في قيمتها بعد موته (بخلاف الفصل الأول لأن الولد شاهد لها) في إبطال حق الغير فكذا في دفع حكم الحجر عن تصرفه (ونظيره المريض إذا ادعى ولد جاريته على هذا التفصيل) يعني أن يكون معها ولد أو لم يكن إلخ.

قَالَ (وَإِنْ تَزَوَّجَ امْرَأَةٌ جَارَ نِكَاحُهَا) لِأَنَّهُ لَا يُؤَثَّرُ فِيهِ الْهَزْلُ، وَلِأَنَّهُ مِنْ حَوَائِجِ الْأَصْلِيَّةِ (وَإِنْ سَمَّى لَهَا مَهْرًا جَارَ مِنْهُ مِقْدَارُ مَهْرٍ مِثْلُهَا) لِأَنَّهُ مِنْ ضَرُورَاتِ النِّكَاحِ (وَيَبْطُلُ الْفَضْلُ) لِأَنَّهُ لَا ضَرُورَةَ فِيهِ، وَهَذَا التَّزَامُ بِالتَّسْمِيَةِ وَلَا نَظَرَ لَهُ فِيهِ فَلَمْ تَصِحَّ الزِّيَادَةُ وَصَارَ كَالْمَرِيضِ مَرَضَ الْمَوْتِ (وَلَوْ طَلَّقَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ بِهَا وَجَبَ لَهَا النِّصْفُ فِي مَالِهِ)

لأن التسمية صحيحة إلى مقدار مهر المثل (وكذا إذا تزوج بأربع نسوة أو كل يوم واحدة) لما بيننا.

الشرح:

قَالَ (وَإِنْ تَزَوَّجَ امْرَأَةً جَارَ نِكَاحُهَا) كَلَامُهُ وَاضِحٌ، وَقَوْلُهُ (وَصَارَ كَالْمَرِيضِ مَرَضَ الْمَوْتِ) يَعْنِي فِي لُزُومِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِقْدَارُ مَهْرِ الْمَثَلِ وَسُقُوطِ الزِّيَادَةِ، إِلَّا أَنَّ الزِّيَادَةَ فِي الْمَرَضِ تُعْتَبَرُ مِنَ الثَّلَاثِ وَهَاهُنَا غَيْرُ مُعْتَبَرَةٍ أَصْلًا. وَقَوْلُهُ (وَكَذَا إِذَا تَزَوَّجَ بِأَرْبَعِ نِسَوَةٍ) يَعْنِي يُعْتَبَرُ مَهْرُ الْمَثَلِ لَا الزِّيَادَةُ سَوَاءً تَزَوَّجَ بِمَهْرٍ فِي عَقْدٍ وَاحِدٍ أَوْ فِي كُلِّ يَوْمٍ وَاحِدَةٍ ثُمَّ طَلَّقَهَا وَفَعَلَ ذَلِكَ مَرَارًا فَإِنَّهُ يَصِحُّ تَسْمِيَتُهُ فِي مِقْدَارِ مَهْرِ الْمَثَلِ وَتَبْطُلُ الزِّيَادَةُ (لَمَّا بَيَّنَّا) يَعْنِي قَوْلُهُ لِأَنَّهُ مِنْ ضَرُورَاتِ النِّكَاحِ، وَبِهَذِهِ الْمَسْأَلَةِ اعْتَصَدَ أَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ عَلَى أَنَّهُ لَا فَائِدَةَ فِي الْحَجْرِ عَلَيْهِ لِأَنَّهُ لَا يُسَدُّ بَابُ إِثْلَافِ الْمَالِ عَلَيْهِ بِهَذَا الطَّرِيقِ، بَلْ هَذَا أَضَرُّ لَهُ مِنْ إِثْلَافِهِ بِطَرِيقِ الْهَبَةِ إِذْ هُوَ يَكْتَسِبُ الْمَحْمَدَةَ فِي الْبِرِّ وَالْإِحْسَانِ وَالْمَدْمَةِ فِي التَّزْوُجِ وَالطَّلَاقِ، قَالَ ﷺ: «لَعَنَ اللَّهُ كُلَّ ذَوَّاقٍ مُطْلَاقٍ».

قَالَ (وَتُخْرَجُ الزَّكَاةُ مِنْ مَالِ السَّفِيهِ) لِأَنَّهَا وَاجِبَةٌ عَلَيْهِ (وَيُنْفَقُ عَلَى أَوْلَادِهِ وَزَوْجَتِهِ وَمَنْ تَجِبُ نَفَقَتُهُ مِنْ ذَوِي أَرْحَامِهِ) لِأَنَّ إِحْيَاءَ وَلَدِهِ وَزَوْجَتِهِ مِنْ حَوَائِجِهِ، وَالْإِنْفَاقُ عَلَى ذِي الرَّحِمِ وَاجِبٌ عَلَيْهِ لِقَرَابَتِهِ، وَالسَّفَهُ لَا يُبْطِلُ حُقُوقَ النَّاسِ، إِلَّا أَنَّ الْقَاضِيَ يَدْفَعُ الزَّكَاةَ إِلَيْهِ لِيَصْرِفَهَا إِلَى مَصْرِفِهَا، لِأَنَّهُ لَا بُدَّ مِنْ نَيْتِهِ لَكُونِهَا عِبَادَةً، لَكِنْ يَبْعَثُ أَمِينًا مَعَهُ كَي لَا يَصْرِفُهَا فِي غَيْرِ وَجْهِهِ. وَفِي النِّفَقَةِ يَدْفَعُ إِلَى أَمِينِهِ لِيَصْرِفُهَا لِأَنَّهُ لَيْسَ بِعِبَادَةٍ فَلَا يَحْتَاجُ إِلَى نَيْتِهِ، وَهَذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا حَلَفَ أَوْ نَذَرَ أَوْ ظَاهَرَ حَيْثُ لَا يَلْزَمُهُ الْمَالُ بَلْ يُكْفَرُ يَمِينُهُ وَظِهَارُهُ بِالصُّومِ لِأَنَّهُ مِمَّا يَجِبُ بِفِعْلِهِ، فَلَوْ فَتَحْنَا هَذَا الْبَابَ يُبْذَرُ أَمْوَالُهُ بِهَذَا الطَّرِيقِ، وَلَا كَذَلِكَ مَا يَجِبُ ابْتِدَاءً بِغَيْرِ فِعْلِهِ.

الشرح:

قَالَ (وَتُخْرَجُ الزَّكَاةُ مِنْ مَالِ السَّفِيهِ) وَالْأَصْلُ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلِ أَنَّ مَا وَجِبَ عَلَيْهِ مِنْ أَمْرِ أَوْجَبَهُ اللَّهُ تَعَالَى كَالزَّكَاةِ وَحَجَّةِ الْإِسْلَامِ، أَوْ كَانَ مِنْ حُقُوقِ النَّاسِ كَنَفَقَةِ مَنْ تَجِبُ نَفَقَتُهُ عَلَيْهِ فَهَذَا وَالْمُصْلَحُ فِيهِ سَوَاءٌ، لِأَنَّهُ مُخَاطَبٌ وَبِالسَّفِهِ لَا يَسْتَحِقُّ النَّظَرَ فِي إِسْقَاطِ شَيْءٍ مِنْ حُقُوقِ الشَّرْعِ عَنْهُ، وَلَا يُبْطِلُ شَيْئًا مِنْ حُقُوقِ النَّاسِ، لَكِنْ

لَا يُسْمَعُ قَوْلُهُ فِي الْقَرَابَةِ حَتَّى يُقِيمَ الْبَيِّنَةَ عَلَيْهَا وَعُسْرَةَ الْقَرِيبِ، لِأَنَّ إِقْرَارَهُ بِذَلِكَ بِمَنْزِلَةِ الْإِقْرَارِ بِالذَّيْنِ عَلَى نَفْسِهِ فَلَا يُلْزَمُ إِقْرَارُهُ شَيْئًا إِلَّا فِي الْوَلَدِ، فَإِنَّ الزَّوْجَيْنِ إِذَا تَصَادَقَا عَلَى النَّسَبِ قَبْلَ قَوْلُهُمَا لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فِي تَصَدِيقِ الْآخَرِ يَقْرَأُ عَلَى نَفْسِهِ بِالنَّسَبِ، وَالسَّفَهُ لَا يُؤْتَرُ فِي مَنَعَ الْإِقْرَارِ بِالنَّسَبِ لِكَوْنِهِ مِنْ حَوَائِجِهِ، لَكِنْ لَا بُدَّ مِنْ إِبْتَاتِ عُسْرَةِ الْمُقَرَّرِ لَهُ، وَالْإِقْرَارُ بِالزَّوْجِيَّةِ صَحِيحٌ وَيَجِبُ مَهْرٌ مِثْلُهَا وَالتَّفَقُّةُ.

(قَوْلُهُ وَهَذَا) أَيُّ مَا ذَكَرْنَاهُ مِمَّا أَوْجَبَهُ اللَّهُ تَعَالَى وَمَا كَانَ مِنْ حُقُوقِ النَّاسِ (بِخِلَافِ مَا إِذَا حَلَفَ أَوْ نَذَرَ أَوْ ظَاهَرَ) يَعْنِي مَا أَوْجَبَهُ عَلَى نَفْسِهِ (حَيْثُ لَا يُلْزَمُهُ الْمَالُ بَلْ يُكْفَرُ يَمِينُهُ وَظَهَارُهُ بِصَوْمٍ) لِكُلِّ حَنْثٍ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ مُتَابَعَاتٍ وَعَنْ كُلِّ ظَهَارٍ شَهْرَيْنِ مُتَابَعَيْنِ.

وَإِنْ كَانَ مَالَكَا لِلْمَالِ حَالَ التَّكْفِيرِ (لَأَنَّهُ) أَيُّ كُلِّ وَاحِدٍ (مِمَّا يَجِبُ بِفِعْلِهِ) إِذِ السَّبَبُ التَّزَامُهُ فَيَتِمَكَّنُ فِيهِ مَعْنَى التَّبَذِيرِ بِفَتْحِ هَذَا الْبَابِ وَتَضْيِيعِ فَائِدَةِ الْحَجْرِ. فَإِنْ قِيلَ: التَّكْفِيرُ بِالصَّوْمِ مُرْتَبٌّ عَلَى عَدَمِ اسْتِطَاعَةِ الرَّقَبَةِ فَأَنَّى يَصِحُّ مَعَ الْقُدْرَةِ عَلَيْهَا؟ أُجِيبَ بِأَنَّ الْاسْتِطَاعَةَ مُتَنَفِيَّةٌ، لِأَنَّ دَلَالَاتِ الْحَجْرِ تُوجِبُ السَّعَايَةَ عَلَى مَنْ يُعْتَقُهُ السَّفِيهُ كَمَا تَقَدَّمَ، وَمَعَ السَّعَايَةِ لَا يَفَعُّ الْعِتْقُ عَنِ الظَّهَارِ.

قَالَ (فَإِنْ أَرَادَ حَجَّةَ الْإِسْلَامِ لَمْ يُمْنَعْ مِنْهَا) لِأَنَّهَا وَاجِبَةٌ عَلَيْهِ بِإِيجَابِ اللَّهِ تَعَالَى مِنْ غَيْرِ صَنْعَةٍ (وَلَا يُسَلِّمُ الْقَاضِي النِّفْقَةَ إِلَيْهِ وَيُسَلِّمُهَا إِلَى ثِقَتِهِ مِنَ الْحَاجِّ يُنْفِقُهَا عَلَيْهِ فِي طَرِيقِ الْحَجِّ) كَي لَا يَتْلَفُهَا فِي غَيْرِ هَذَا الْوَجْهِ (وَلَوْ أَرَادَ عُمْرَةً وَاحِدَةً لَمْ يُمْنَعْ مِنْهَا) اسْتِحْسَانًا لِاخْتِلَافِ الْعُلَمَاءِ فِي وَجُوبِهَا، بِخِلَافِ مَا زَادَ عَلَى مَرَّةٍ وَاحِدَةٍ مِنَ الْحَجِّ (وَلَا يُمْنَعُ مِنَ الْقِرَانِ) لِأَنَّهُ لَا يُمْنَعُ مِنْ إِفْرَادِ السَّفَرِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فَلَا يُمْنَعُ مِنَ الْجَمْعِ بَيْنَهُمَا (وَلَا يُمْنَعُ مِنْ أَنْ يَسُوقَ بَدَنَتًا) تَحَرُّزًا عَنْ مَوْضِعِ الْخِلَافِ، إِذْ عِنْدَ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ رضي الله عنه لَا يُجْزِئُهُ غَيْرُهَا وَهِيَ جَزُورٌ أَوْ بَقَرَةٌ.

الشرح:

(قَوْلُهُ وَإِنْ أَرَادَ حَجَّةَ الْإِسْلَامِ) وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (وَلَوْ أَرَادَ عُمْرَةً وَاحِدَةً لَمْ يُمْنَعْ مِنْهَا اسْتِحْسَانًا) لِذَلِكَ، وَالْقِيَاسُ أَنْ لَا يُعْطِيَ لَهَا نَفَقَةَ السَّفَرِ، لِأَنَّ الْعُمْرَةَ عِنْدَنَا تَطَوُّعٌ. كَمَا لَوْ أَرَادَ الْخُرُوجَ لِلْحَجِّ تَطَوُّعًا، فَإِنْ جَنَى جَنَائَةً، فَإِنْ كَانَتْ مِمَّا يُجْزَى فِيهِ الصَّوْمُ فَعَلَيْهِ الصَّوْمُ لَيْسَ إِلَّا، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ وَلَزِمَهُ الدَّمُ يُؤَدِّي إِذَا أَصْلَحَ.

قَالَ (فَإِنْ مَرِضَ وَأَوْصَى بِوَصَايَا فِي الْقُرْبِ وَأَبْوَابِ الْخَيْرِ جَازَ ذَلِكَ فِي ثُلَاثِهِ) لِأَنَّ نَظَرَهُ فِيهِ إِذْ هِيَ حَالَتُهُ انْقِطَاعِهِ عَنْ أَمْوَالِهِ وَالْوَصِيَّةُ تَخْلُفُ ثَنَاءً أَوْ ثَوَابًا، وَقَدْ ذَكَرْنَا مِنَ التَّفْرِيعَاتِ أَكْثَرَ مِنْ هَذَا فِي كِفَايَةِ الْمُنْتَهَى.

الشرح:

(فَإِنْ مَرِضَ وَأَوْصَى) وَقِيْدَ بِالْمَرَضِ بِاعْتِبَارِ أَنَّ الْوَصِيَّةَ غَالِبًا تَكُونُ فِي الْمَرَضِ، فَإِنَّ السَّفِيهَ الصَّحِيحَ إِذَا أَوْصَى بِوَصِيَّةٍ فَحُكْمُهَا كَحُكْمِ الْمَرِيضِ، وَالْقِيَاسُ يَنْفِيهَا كَمَا لَوْ تَبَرَّعَ فِي حَيَاتِهِ، وَاسْتَحْسَنُوا فِيهَا إِذَا وَافَقَ الْحَقَّ وَمَا يُتَقَرَّبُ بِهِ إِلَى اللَّهِ تَعَالَى أَنْ يَكُونَ مِنَ الثَّلَاثِ، لِأَنَّ نَظَرَهُ فِيهِ لِأَنَّ جُوبَهَا بَعْدَ وَقُوعِ الاسْتِغْنَاءِ مِنَ الْمَالِ فِي أَمْرِ دُنْيَاهُ، وَحِينَئِذٍ لَا نَظَرَ لَهُ فِي الْمَانِعِ وَإِنَّمَا النَّظَرُ لَهُ فِي اكْتِسَابِ الثَّنَاءِ الْحَسَنِ بَعْدَ مَوْتِهِ وَفِي تَنْفِيذِهَا ذَلِكَ (وَقَدْ ذَكَرْنَا مِنَ التَّفْرِيعَاتِ أَكْثَرَ مِنْ هَذَا فِي كِفَايَةِ الْمُنْتَهَى) فَمِنْ ذَلِكَ مَا قَالَ: إِنَّ الَّذِي بَلَغَ سَفِيَهَا وَالصَّبِيَّ الَّذِي لَمْ يَبْلُغْ وَهُوَ يَعْقِلُ مَا يَصْنَعُهُ عِنْدَنَا سَوَاءٌ، إِلَّا فِي أَرْبَعَةِ مَوَاضِعَ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ يَجُوزُ لِلأَبِ وَلِوَصِيِّ الأَبِ أَنْ يَتَصَرَّفَ عَلَى الصَّغِيرِ يَشْتَرِي لَهُ مَا لَا يَبِيعُ، وَلَا يَجُوزُ تَصَرُّفُ الأَبِ وَلَا وَصِيِّ الأَبِ عَلَى الْبَائِعِ السَّفِيهِ إِلَّا بِأَمْرِ الْحَاكِمِ.

وَالثَّانِي: أَنَّهُ يَجُوزُ نِكَاحُهُ، وَلَا يَجُوزُ نِكَاحُ الصَّبِيِّ الْعَاقِلِ.

وَالثَّلَاثُ: أَنَّهُ يَجُوزُ طَلَاقُهُ وَعَتَاقُهُ، وَلَا يَجُوزُ طَلَاقُ الصَّبِيِّ الْعَاقِلِ وَلَا عَتَاقُهُ، وَالرَّابِعُ أَنَّ الَّذِي لَمْ يَبْلُغْ إِذَا دَبَّرَ عَبْدَهُ لَا يَصِحُّ تَدْبِيرُهُ، وَهَذَا السَّفِيهِ إِذَا دَبَّرَ عَبْدَهُ صَحَّ تَدْبِيرُهُ.

قَالَ (وَلَا يُحْجَرُ عَلَى الْفَاسِقِ إِذَا كَانَ مُصْلِحًا لِمَالِهِ عِنْدَنَا وَالْفِسْقُ الْأَصْلِيُّ وَالطَّارِئُ سَوَاءٌ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يُحْجَرُ عَلَيْهِ زَجْرًا لَهُ وَعُقُوبَةً عَلَيْهِ كَمَا فِي السَّفِيهِ وَلِهَذَا لَمْ يُجْعَلْ أَهْلًا لِلْوِلَايَةِ وَالشَّهَادَةِ عِنْدَهُ. وَلَنَا قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿فَإِنْ عَادَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾ (النِّسَاءُ: ٦) الْآيَةُ. وَقَدْ أُوْنِسَ مِنْهُ نَوْعُ رُشْدٍ فَهَتَّنَاوَلَهُ النِّكْرَةُ الْمُطْلَقَةُ، وَلِأَنَّ الْفَاسِقَ مِنْ أَهْلِ الْوِلَايَةِ عِنْدَنَا لِإِسْلَامِهِ فَيَكُونُ وَالِيًا لِلتَّصَرُّفِ، وَقَدْ قَرَّرْنَاهُ فِيمَا تَقَدَّمَ، وَيُحْجَرُ الْقَاضِي عِنْدَهُمَا أَيْضًا وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ بِسَبَبِ الْغَفْلَةِ وَهُوَ أَنْ يُغْبَنَ فِي التَّجَارَاتِ وَلَا يَصْبِرُ عَنْهَا لِسَلَامَةِ قَلْبِهِ لِمَا فِي الْحَجَرِ مِنَ النَّظَرِ لَهُ.

الشرح:

(قَوْلُهُ وَلَا يُحْجَرُ عَلَى الْفَاسِقِ إِذَا كَانَ مُصْلِحًا لِمَالِهِ عِنْدَنَا، وَالْفِسْقُ الْأَصْلِيُّ

وَالطَّارِئُ سَوَاءٌ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: يُحْجَرُ عَلَيْهِ) وَمَبْنَى هَذَا الْاِخْتِلَافِ عَلَى أَنَّ الْحَجَرَ عِنْدَهُ لِلزَّجْرِ وَالْعُقُوبَةِ وَالْفَاسِقُ مُسْتَحِقٌّ لَذَلِكَ فَيُحْجَرُ عَلَيْهِ وَإِنْ كَانَ مُصْلِحًا لِمَالِهِ. وَعِنْدَهُمَا لِلنَّظَرِ لَهُ فِي مَالِهِ فَإِذَا أَصْلَحَ مَالُهُ لَمْ يَنْقُ عَلَيْهِ حَجَرٌ (وَذَلِكَ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَالَ: ﴿ فَإِنْ أَدْنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ ﴾ [النساء: ٦] الْآيَةَ نَكَرَ الرُّشْدَ وَهُوَ بِإِطْلَاقِهِ يَتَنَاوَلُ الْقَلِيلَ مِنْهُ وَالْكَثِيرَ، وَمَنْ أَصْلَحَ فِي مَالِهِ فَقَدْ أُونِسَ مِنْهُ رُشْدٌ (وَلَأَنَّهُ أَهْلٌ لِلْوِلَايَةِ عِنْدَنَا لِإِسْلَامِهِ فَيَكُونُ وَالِيًا لِلتَّصَرُّفِ وَقَدْ قَرَّرْنَاهُ فِيمَا تَقَدَّمَ) يَغْنِي فِي أَوَّلِ كِتَابِ النِّكَاحِ.

وَيُحْجَرُ الْقَاضِي عِنْدَهُمَا أَيْضًا وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ عَلَى مَنْ لَيْسَ بِسَفِيهِ لَكِنَّهُ مُتَعَقِّلٌ (يَغْنِي فِي التَّجَارَاتِ (وَلَا يَصْبِرُ عَنْهَا لِسَلَامَةِ قَلْبِهِ لَمَّا فِي الْحَجَرِ مِنَ النَّظَرِ لَهُ) وَاعْتَرَضَ بِأَنَّهُ خِلَافُ مَا ثَبَتَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ فَإِنَّهُ مَا حَجَرَ عَلَى حَبَّانَ بْنِ مُنْقِذٍ وَكَانَ يُعْنَى فِي التَّجَارَاتِ بَلْ قَالَ لَهُ ﷺ: «قُلْ لَا خِلَابَةَ وَلِي الْخِيَارُ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ» وَأُجِيبَ بِأَنَّ الْحَجَرَ عَلَى الْمُغْفَلِ ثَبَتَ بِذِلَالَةِ قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿ وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ ﴾ [النساء: ٥] لَمَّا أَنَّهُ يُتْلَفُ الْأَمْوَالُ كَالسَّفِيهِ فَلَا يُعَارِضُهُ خَبَرُ الْوَاحِدِ. وَرَدُّ بِأَنَّ ذَلِكَ لَمَنْعَ الْمَالِ، وَلَيْسَ النَّزَاعُ فِيهِ، وَإِنَّمَا النَّزَاعُ فِي الْحَجَرِ، وَاللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ.

فصل في حد البلوغ

قَالَ (بُلُوغُ الْغُلَامِ بِالْاِحْتِلَامِ وَالْاِحْبَالِ وَإِنْزَالِ إِذَا وَطِئَ، فَإِنْ لَمْ يُوجَدْ ذَلِكَ فَحَتَّى يَتِمَّ لَهُ ثَمَانِي عَشْرَةَ سَنَةً، وَبُلُوغُ الْجَارِيَةِ بِالْحَيْضِ وَالْاِحْتِلَامِ وَالْحَبْلِ، فَإِنْ لَمْ يُوجَدْ ذَلِكَ فَحَتَّى يَتِمَّ لَهَا سَبْعَ عَشْرَةَ سَنَةً)، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَقَالَا: إِذَا تَمَّ الْغُلَامُ وَالْجَارِيَةُ خَمْسَ عَشْرَةَ سَنَةً فَقَدْ بَلَغَا، وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ، وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ، وَعَنْهُ فِي الْغُلَامِ تِسْعَ عَشْرَةَ سَنَةً. وَقِيلَ الْمُرَادُ أَنْ يَطْعَنَ فِي التَّاسِعِ عَشْرَةَ سَنَةً وَيَتِمَّ لَهُ ثَمَانِي عَشْرَةَ سَنَةً فَلَا اخْتِلَافَ. وَقِيلَ فِيهِ اخْتِلَافُ الرِّوَايَةِ لِأَنَّهُ ذَكَرَ فِي بَعْضِ النُّسخِ حَتَّى يَسْتَكْمِلَ تِسْعَ عَشْرَةَ سَنَةً، أَمَّا الْعَلَامَةُ فَلَأَنَّ الْبُلُوغَ بِالْإِنْزَالِ حَقِيقَةٌ وَالْحَبْلُ وَالْإِحْبَالُ لَا يَكُونُ إِلَّا مَعَ الْإِنْزَالِ، وَكَذَا الْحَيْضُ فِي أَوَانِ الْحَبْلِ، فَجُعِلَ كُلُّ ذَلِكَ عَلَامَةً الْبُلُوغِ، وَأَدْنَى الْمُدَّةِ لَذَلِكَ فِي حَقِّ الْغُلَامِ اثْنَتَا عَشْرَةَ سَنَةً، وَفِي حَقِّ الْجَارِيَةِ تِسْعَ سِنِينَ. وَأَمَّا السَّنُ فَلَهُمُ الْعَادَةُ الْفَاشِيَةُ أَنَّ الْبُلُوغَ لَا يَتَأَخَّرُ فِيهِمَا عَنْ هَذِهِ الْمُدَّةِ. وَلَهُ قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿ حَتَّى يَبْلُغَ أَشُدَّهُ ﴾ [الأنعام: ١٥٢] وَأَشَدُّ الصَّبِيِّ

ثَمَانِي عَشْرَةَ سَنَةً، هَكَذَا قَالَهُ ابْنُ عَبَّاسٍ وَتَابَعَهُ الْقُتَيْبِيُّ، وَهَذَا أَقَلُّ مَا قِيلَ فِيهِ فَيُبْنَى الْحُكْمُ عَلَيْهِ لِلتَّيَقُّنِ بِهِ، غَيْرَ أَنَّ الْإِنَّاتَ تُشَوِّعُهُنَّ وَإِدْرَاكُهُنَّ أَسْرَعُ فَتَقْصَصْنَا فِي حَقِّهِنَّ سَنَةً لِاشْتِمَالِهَا عَلَى الْفُصُولِ الْأَرْبَعَةِ الَّتِي يُوَافِقُ وَاحِدٌ مِنْهَا الْمَزَاجَ لَا مُحَالَاتٍ.

الشرح:

(فَصَلِّ فِي حَدِّ الْبُلُوغِ): الْبُلُوغُ فِي اللَّغَةِ: الْوُصُولُ، وَفِي الْإِصْطِلَاحِ: انْتِهَاءُ حَدِّ الصَّغَرِ. وَلَمَّا كَانَ الصَّغَرُ أَحَدَ أَسْبَابِ الْحَجْرِ وَجَبَ بَيَانُ انْتِهَائِهِ، وَهَذَا الْفَصْلُ لِبَيَانِ ذَلِكَ. قَالَ (بُلُوغُ الْغُلَامِ بِالِاخْتِلَامِ إلخ) الْحُلْمُ بِالضَّمِّ مَا يَرَاهُ النَّائِمُ، يُقَالُ حَلَمَ وَاحْتَلَمَ بُلُوغُ الْغُلَامِ بِالِاخْتِلَامِ وَالِإِحْبَالِ وَالْإِنْزَالِ إِذَا وَطِئَ، وَالْأَصْلُ هُوَ الْإِنْزَالُ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿وَإِذَا بَلَغَ الْأَطْفَالُ مِنْكُمُ الْحُلُمَ﴾ [النور: ٥٩]، فَإِذَا لَمْ يُوجَدْ شَيْءٌ مِنْ ذَلِكَ فَحَتَّى يَتِمَّ لَهُ ثَمَانِي عَشْرَةَ سَنَةً، وَبُلُوغُ الْجَارِيَةِ بِالْحَيْضِ وَالِاخْتِلَامِ وَالْحَبْلِ، فَإِنْ لَمْ يُوجَدْ ذَلِكَ فَحَتَّى يَتِمَّ لَهَا سَبْعَ عَشْرَةَ سَنَةً عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله وَقَالَا: إِذَا تَمَّ لِلْغُلَامِ وَالْجَارِيَةِ خَمْسَ عَشْرَةَ سَنَةً فَقَدْ بَلَغَا، وَهُوَ رَوَايَةٌ عَنْهُ وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ وَكَلَامُهُ ظَاهِرٌ لَا يَحْتَاجُ إِلَى شَرْحٍ، وَإِنَّمَا قَالَ: وَهَذَا أَقَلُّ مَا قِيلَ فِيهِ لِأَنَّ بَعْضَهُمْ قَالَ اثْنَتَانِ وَعِشْرُونَ سَنَةً وَبَعْضُهُمْ خَمْسٌ وَعِشْرُونَ سَنَةً وَهُوَ قَوْلُ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

قَالَ (وَإِذَا رَاهَقَ الْغُلَامُ أَوْ الْجَارِيَةُ الْحُلْمَ وَأَشْكَلَ أَمْرُهُ فِي الْبُلُوغِ فَقَالَ قَدْ بَلَغَتْ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ وَأَحْكَامُهُ أَحْكَامُ الْبَالِغِينَ) لِأَنَّهُ مَعْنَى لَا يَعْرِفُ إِلَّا مِنْ جِهَتِهِمَا ظَاهِرًا، فَإِذَا أَخْبَرَا بِهِ وَلَمْ يُكَذِّبْهُمَا الظَّاهِرُ قُبِلَ قَوْلُهُمَا فِيهِ، كَمَا يَقْبَلُ قَوْلُ الْمَرَأَةِ فِي الْحَيْضِ.

الشرح:

(قَوْلُهُ وَإِذَا رَاهَقَ الْغُلَامُ أَوْ الْجَارِيَةُ) يُقَالُ: رَهَقَهُ: أَي دَنَا مِنْهُ، وَصَبَّى مُرَاهَقٌ أَي دَانَ لِلْحُلْمِ (وَأَشْكَلَ أَمْرُهُ فِي الْبُلُوغِ وَلَمْ يُعْلَمْ ذَلِكَ إِلَّا مِنْهُ فَقَالَ قَدْ بَلَغَتْ فَالْقَوْلُ قَوْلُهُمَا) ثُمَّ قِيلَ: إِنَّمَا يُعْتَبَرُ قَوْلُهُ بِالْبُلُوغِ إِذَا بَلَغَ اثْنَتَيْ عَشْرَةَ سَنَةً أَوْ أَكْثَرَ، وَلَا يَقْبَلُ فِيمَا دُونَ ذَلِكَ لِأَنَّ الظَّاهِرَ يُكَذِّبُهُ، وَقَدْ أَشَارَ إِلَى ذَلِكَ بِقَوْلِهِ: وَأَدْنَى الْمُدَّةِ لَذَلِكَ فِي حَقِّ الْغُلَامِ اثْنَتَا عَشْرَةَ سَنَةً وَفِي حَقِّ الْجَارِيَةِ تِسْعُ سِنِينَ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

باب الحجر بسبب الدين

(قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: لَا أَحْجَرُ فِي الدِّينِ، وَإِذَا وَجِبَتْ ذُبُونٌ عَلَى رَجُلٍ وَطَلَبَ غُرْمَاؤُهُ حَبْسَهُ وَالْحَجَرَ عَلَيْهِ لَمْ أَحْجَرُ عَلَيْهِ) لِأَنَّ فِي الْحَجْرِ إِهْدَارَ أَهْلِيَّتِهِ فَلَا يَجُوزُ لِدَفْعِ ضَرَرٍ خَاصٍّ. (فَإِنْ كَانَ لَهُ مَالٌ لَمْ يَتَصَرَّفْ فِيهِ الْحَاكِمُ) لِأَنَّهُ نَوْعُ حَجَرٍ، وَلِأَنَّهُ تِجَارَةٌ لَا عَنْ تَرَاضٍ فَيَكُونُ بَاطِلًا بِالنَّصِّ (وَلَكِنْ يَحْبِسُهُ أَبَدًا حَتَّى يَبِيعَهُ فِي دِينِهِ) إِيضًا لِحَقِّ الْغُرْمَاءِ وَدَفْعًا لظُلْمِهِ (وَقَالَا: إِذَا طَلَبَ غُرْمَاءُ الْمُفْلِسِ الْحَجَرَ عَلَيْهِ حَجَرَ الْقَاضِي عَلَيْهِ، وَمَنَعَهُ مِنَ الْبَيْعِ وَالتَّصَرُّفِ وَالْإِقْرَارِ حَتَّى لَا يُضَيَّرَ بِالْغُرْمَاءِ) لِأَنَّ الْحَجَرَ عَلَى السَّفِيهِ إِنَّمَا جَوَازُهُ نَظَرًا لَهُ، وَفِي هَذَا الْحَجَرِ نَظَرٌ لِلْغُرْمَاءِ لِأَنَّهُ عَسَاهُ يُلْجِئُ مَالَهُ فَيَفُوتُ حَقُّهُمْ، وَمَعْنَى قَوْلِهِمَا وَمَنَعَهُ مِنَ الْبَيْعِ أَنْ يَكُونَ بِأَقْلٍ مِنْ ثَمَنِ الْمِثْلِ، أَمَّا الْبَيْعُ بِثَمَنِ الْمِثْلِ لَا يُبْطَلُ حَقُّ الْغُرْمَاءِ وَالْمَنَعُ لِحَقِّهِمْ فَلَا يُمْنَعُ مِنْهُ.

قَالَ (وَبَاعَ مَالَهُ إِنْ امْتَنَعَ الْمُفْلِسُ مِنْ بَيْعِهِ وَقَسَمَهُ بَيْنَ غُرْمَائِهِ بِالْحِصَصِ عِنْدَهُمَا) لِأَنَّ الْبَيْعَ مُسْتَحَقٌّ عَلَيْهِ لِإِيضَاءِ دِينِهِ حَتَّى يُحْبَسَ لِأَجَلِهِ، فَإِذَا امْتَنَعَ نَابَ الْقَاضِي مَنَابَهُ كَمَا فِي الْجَبِّ وَالْعُنْتِ. قُلْنَا: التَّلَجُّثُ مَوْهُومَةٌ، وَالْمُسْتَحَقُّ قَضَاءُ الدِّينِ، وَالْبَيْعُ لَيْسَ بِطَرِيقٍ مُتَعَيَّنٍ لِدَافِعِ ذَلِكَ، بِخِلَافِ الْجَبِّ وَالْعُنْتِ وَالْحَبْسِ لِقَضَاءِ الدِّينِ بِمَا يَخْتَارُهُ مِنَ الطَّرِيقِ، كَيْفَ وَلَوْ صَحَّ الْبَيْعُ كَانَ الْحَبْسُ إِضْرَارًا بِهِمَا بِتَأْخِيرِ حَقِّ الدَّائِنِ وَتَعْذِيبِ الْمَدْيُونِ فَلَا يَكُونُ مَشْرُوعًا.

قَالَ (وَإِنْ كَانَ دَيْنُهُ دَرَاهِمَ وَلَهُ دَرَاهِمُ قَضَى الْقَاضِي بِغَيْرِ أَمْرِهِ) وَهَذَا بِالْإِجْمَاعِ، لِأَنَّ لِلدَّائِنِ حَقَّ الْأَخْذِ مِنْ غَيْرِ رِضَاهُ فَلِلْقَاضِي أَنْ يُعِينَهُ (وَإِنْ كَانَ دَيْنُهُ دَرَاهِمَ وَلَهُ دَنَانِيرُ أَوْ عَلَى ضِدِّ ذَلِكَ بَاعَهَا الْقَاضِي فِي دِينِهِ) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ اسْتِحْسَانٌ. وَالْقِيَاسُ أَنْ لَا يَبِيعَهُ كَمَا فِي الْعُرُوضِ، وَلِهَذَا لَمْ يَكُنْ لِصَاحِبِ الدِّينِ أَنْ يَأْخُذَهُ جَبْرًا. وَجَهُ الاسْتِحْسَانِ أَنَّهُمَا مُتَّحِدَانِ فِي الثَّمَنِ وَالْمَالِيَّةِ مُخْتَلَفَانِ فِي الصُّورَةِ، فَبِالنَّظَرِ إِلَى الْإِتِّحَادِ يَثْبُتُ لِلْقَاضِي وَلَايَةُ التَّصَرُّفِ، وَبِالنَّظَرِ إِلَى الْإِخْتِلَافِ يَسْلُبُ عَنِ الدَّائِنِ وَلَايَةُ الْأَخْذِ عَمَلًا بِالشَّبَهَيْنِ، بِخِلَافِ الْعُرُوضِ لِأَنَّ الْغَرَضَ يَتَعَلَّقُ بِصُورِهَا وَأَعْيَانِهَا، أَمَّا التَّقَوُّدُ فَوَسَائِلُ فَاهْتَرَقَا.

الشرح:

(بَابُ الْحَجَرِ بِسَبَبِ الدِّينِ): الدِّينُ أَيْضًا مِنْ أَسْبَابِ الْحَجَرِ عِنْدَهُمَا، لَكِنْ بِشَرْطِ

طَلَبِ الْغُرْمَاءِ ذَلِكَ فَكَانَ بِمَنْزِلَةِ الْمَرْكَبِ فَلَا جَرَمَ أَثَرُ تَأْخِيرِهِ، وَيَنْبَغِي لِلْقَاضِي أَنْ يُشْهَدَ أَنَّهُ حَجَرَ عَلَيْهِ فِي مَالِهِ اخْتِطَاطًا لَتَفِي التَّجَاحُدِ إِنْ وَقَعَ، وَأَنْ يُبَيِّنَ أَنَّ الْحَجَرَ كَانَ بِسَبَبِ الدَّيْنِ لِأَنَّهُ مُخْتَصٌّ بِالمَالِ الْمَوْجُودِ لَهُ فِي الْحَالِ دُونَ مَا يَخْذُلُ لَهُ بِالْكَسْبِ أَوْ غَيْرِهِ، حَتَّى يُعْلَمَ أَنَّهُ لَوْ تَصَرَّفَ فِي الْحَادِثِ نَقَذَ، وَأَنْ يُبَيِّنَ مِنَ الْحَجْرِ لِأَجْلِهِ بِاسْمِهِ لِأَنَّهُ يَرْتَفِعُ بِإِبْرَاءِ الْغَرِيمِ وَوُصُولِ حَقِّهِ إِلَيْهِ فَيَحْتَاجُ إِلَى مَعْرِفَتِهِ (وَأَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ لَا يُجَوِّزُهُ لِأَنَّهُ فِيهِ إِهْدَارُ أَهْلِيَّتِهِ) وَذَلِكَ ضَرَرٌ فَوْقَ ضَرَرِ المَالِ، فَلَا يُتْرَكُ الْأَعْلَى لِلأَدْنَى. فَإِنْ قِيلَ: إِهْدَارُ الْأَهْلِيَّةِ ضَرَرٌ يَلْحَقُ الْمَدْيُونِ وَتَرْكُ الْحَجْرِ ضَرَرٌ يَلْحَقُ الدَّائِنِ، وَإِنَّمَا يَكُونُ الْأَوَّلُ أَعْلَى أَنْ لَوْ كَانَا فِي شَخْصٍ وَاحِدٍ، فَالجَوَابُ أَنَّ ضَرَرَ الدَّائِنِ يَنْدَفِعُ بِالْحَبْسِ لَا مَحَالَةَ، وَالْحَبْسُ ضَرَرٌ يَلْحَقُ الْمَدْيُونِ مُجَازَاةً شَرْعًا، وَلَوْ لَمْ يَكُنْ أَعْلَى مَا انْدَفَعَ بِهِ ضَرَرُ الدَّائِنِ وَإِهْدَارُ الْأَهْلِيَّةِ أَعْلَى مِنَ الْحَبْسِ فَيَكُونُ أَعْلَى مِنْ ضَرَرِ الدَّائِنِ، وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ (فَإِنْ كَانَ لَهُ مَالٌ لَمْ يَتَصَرَّفْ فِيهِ الْحَاكِمُ لِأَنَّهُ نَوْعٌ حَجَرٌ وَلِأَنَّهُ تِجَارَةٌ لَا عَنْ تَرَاضٍ فَيَكُونُ بَاطِلًا بِالنَّصِّ، وَلَكِنْ يَحْبُسُهُ حَتَّى يَبِيعَهُ فِي دَيْنِهِ إِيْفَاءً لِحَقِّ الْغُرْمَاءِ وَدَفْعًا لظُلْمِهِ. وَقَالَا: إِذَا طَلَبَ غُرْمَاءُ الْمُفْلِسِ الْحَجَرَ عَلَيْهِ حَجَرَ الْقَاضِي عَلَيْهِ. وَمَنْعَهُ التَّصَرُّفَاتِ) وَكَلَامُهُ ظَاهِرٌ. وَمَعْنَى قَوْلِهِ بِأَقْلٍ مِنْ ثَمَنِ المِثْلِ أَنَّ يَبِيعَ بِالْعَيْنِ يَسِيرًا كَانَ أَوْ فَاحِشًا. وَقَوْلُهُ (التَّلَجُّةُ مَوْهُومَةٌ) لِأَنَّهُ اخْتِمَالٌ مَرْجُوحٌ فَلَا يُهْدَرُ بِهِ أَهْلِيَّةُ الْإِنْسَانِ وَلَا يُرْتَكَبُ الْبَيْعُ بِلا تَرَاضٍ.

وَقَوْلُهُ (وَالْبَيْعُ لَيْسَ بِطَرِيقٍ مُتَعَيِّنٍ لَذَلِكَ) لِأَنَّهُ يُمَكِّنُهُ الْإِيْفَاءُ بِالِاسْتِقْرَاضِ وَالِاسْتِيْهَابِ وَالسُّؤَالِ مِنَ النَّاسِ، فَلَا يَجُوزُ لِلْقَاضِي تَعْيِينَ هَذِهِ الْجِهَةِ عَلَيْهِ (بِخِلَافِ الْجَبِّ وَالْعَنَةِ) فَإِنَّ التَّفْرِيقَ هُنَاكَ مُتَعَيِّنٌ لِأَنَّهُ لَمَّا لَمْ يُمَكِّنْهُ الْإِمْسَاكُ بِالْمَعْرُوفِ تَعَيَّنَ عَلَيْهِ التَّصْرِيحُ بِالْإِحْسَانِ فَلَمَّا امْتَنَعَ عَنِ التَّسْرِيحِ بِالْإِحْسَانِ مَعَ عَجْزِهِ عَنِ الْإِمْسَاكِ بِالْمَعْرُوفِ نَابَ الْقَاضِي مَنَابَهُ فِي التَّفْرِيقِ (قَوْلُهُ وَالْحَبْسُ لِقَضَاءِ الدَّيْنِ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِمَا حَتَّى يُحْبَسُ بَرَفَعِ السَّيْنِ لِأَجْلِهِ: أَيُّ لِأَجْلِ الْبَيْعِ وَتَقْرِيرُهُ.

سَلَّمْنَا لِرُومِ الْحَبْسِ لَكِنَّهُ لَيْسَ لِأَجْلِ الْبَيْعِ بَلْ لِقَضَاءِ الدَّيْنِ بِمَا اخْتَارَهُ مِنَ الطَّرِيقِ الَّذِي ذَكَرْتَاهُ مِنَ الْاسْتِقْرَاضِ وَالِاسْتِيْهَابِ وَسُؤَالِ الصَّدَقَةِ وَبَيْعِ مَالِهِ بِنَفْسِهِ (قَوْلُهُ كَيْفَ) أَيُّ كَيْفَ صَحَّ الْبَيْعُ (وَلَوْ صَحَّ الْمَبِيعُ كَانَ الْحَبْسُ ظُلْمًا لِأَنَّهُ إِضْرَارٌ بِهِمَا بِتَأْخِيرِ حَقِّ الدَّائِنِ وَتَعْذِيبِ الْمَدْيُونِ فَلَمْ يَكُنْ مَشْرُوعًا) وَلَكِنَّهُ مَشْرُوعٌ بِالْإِجْمَاعِ فَلَمْ يَصَحَّ

الْبَيْعُ (قَوْلُهُ وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ) وَإِنَّمَا خَصَّهُ بِالذِّكْرِ وَإِنْ كَانَ هَذَا بِالْإِجْمَاعِ لِأَنَّ الشُّبْهَةَ تُرَدُّ عَلَى قَوْلِهِ لِأَنَّهُ كَانَ لَا يَجُوزُ بَيْعُ الْقَاضِي عَلَى الْمَدْيُونِ فِي الْعُرُوضِ، وَكَانَ يَنْبَغِي أَنْ لَا يَجُوزَ فِي التَّقْدِيرِ أَيْضًا لِأَنَّهُ نَوْعٌ مِنَ الْبَيْعِ وَهُوَ بَيْعُ الصَّرْفِ (قَوْلُهُ عَمَلًا بِالشُّبْهَيْنِ) قِيلَ: إِنَّمَا لَمْ يَعْكِسْ حَيْثُ لَمْ يُجْعَلِ لِلْعَرِمِ وَلَايَةٌ الْأَخْذِ نَظَرًا إِلَى الْإِتِّحَادِ لِأَنَّهُ يَلْزَمُ تَرْكُ أَحَدِ الشُّبْهَيْنِ لِأَنَّ وَلَايَةَ الْقَاضِي أَعْمٌ وَأَقْوَى، فَلَوْ ثَبَتَ لِلْعَرِمِ وَلَايَةٌ الْأَخْذِ مَعَ قُصُورِهِ لَثَبَتَ لِلْقَاضِي لِقُوَّتِهِ.

(وَبَيْعٌ فِي الدَّيْنِ التَّقْوُدِ ثُمَّ الْعُرُوضِ ثُمَّ الْعَقَارُ يُبَدَأُ بِالْأَيْسَرِ فَالْأَيْسَرُ) لَمَّا فِيهِ مِنَ الْمُسَارَعَةِ إِلَى قَضَاءِ الدَّيْنِ مَعَ مُرَاعَاةِ جَانِبِ الْمَدْيُونِ (وَيُتْرَكُ عَلَيْهِ دَسْتٌ مِنْ ثِيَابِ بَدَنِهِ وَبَيْعُ الْبَاقِي) لِأَنَّ بِهِ كِفَايَةً وَقِيلَ دَسْتَانِ وَهُوَ اخْتِيَارُ شَمْسِ الْأَيْمَةِ الْحُلَوَانِي، لِأَنَّهُ إِذَا غَسَلَ ثِيَابَهُ لَا بُدَّ لَهُ مِنْ مَلْبَسٍ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَبَيْعٌ فِي الدَّيْنِ التَّقْوُدِ) حَاصِلُهُ أَنَّ الْقَاضِي نَصَّبَ نَظَرًا فَيَنْبَغِي أَنْ يَنْظُرَ لِلْمَدْيُونِ كَمَا يَنْظُرُ لِلْعُرْمَاءِ فَيَبِيعُ مَا كَانَ أَنْظَرَ لَهُ.

قَالَ (فَإِنْ أَقَرَّ فِي حَالِ الْحَجْرِ بِإِقْرَارٍ لَزِمَهُ ذَلِكَ بَعْدَ قَضَاءِ الدُّيُونِ)، لِأَنَّهُ تَعَلَّقَ بِهَذَا الْمَالِ حَقُّ الْأَوَّلِينَ فَلَا يَتِمَكَّنُ مِنْ إِبْطَالِ حَقِّهِمْ بِالإِقْرَارِ لغيرِهِمْ، بِخِلَافِ الْإِسْتِهْلَاكِ لِأَنَّهُ مُشَاهِدٌ لَا مَرَدَّ لَهُ (وَلَوْ اسْتَفَادَ مَا لَا آخَرَ بَعْدَ الْحَجْرِ نَفَذَ إِقْرَارُهُ فِيهِ) لِأَنَّ حَقَّهُمْ لَمْ يَتَعَلَّقْ بِهِ لِعَدَمِهِ وَقَتِ الْحَجْرِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (بِخِلَافِ الْإِسْتِهْلَاكِ) مُتَعَلِّقٌ بِقَوْلِهِ لَزِمَهُ ذَلِكَ بَعْدَ قَضَاءِ الدُّيُونِ: يَعْنِي إِذَا اسْتَهْلَكَ مَالَ الْغَيْرِ فِي حَالَةِ الْحَجْرِ يُؤَاخِذُ بِضَمَانِهِ قَبْلَ قَضَاءِ الدُّيُونِ فَكَانَ التُّلَفُ عَلَيْهِ أَسْوَأَ لِسَائِرِ الْعُرْمَاءِ (لَأَنَّهُ مُشَاهِدٌ لَا مَرَدَّ لَهُ) بِخِلَافِ الإِقْرَارِ فَإِنَّ سَبَبَهُ مُحْتَمَلٌ.

قَالَ (وَيَنْفَقُ عَلَى الْمُفْلِسِ مِنْ مَالِهِ وَعَلَى زَوْجَتِهِ وَوَلَدِهِ الصَّغَارِ وَذَوِي أَرْحَامِهِ مِمَّنْ يَجِبُ نَفَقَتُهُ عَلَيْهِ) لِأَنَّ حَاجَتَهُ الْأَصْلِيَّةَ مُقَدِّمَةً عَلَى حَقِّ الْعُرْمَاءِ، وَلَأَنَّهُ حَقٌّ ثَابِتٌ لغيرِهِ فَلَا يُبْطَلُهُ الْحَجْرُ، وَلِهَذَا لَوْ تَزَوَّجَ امْرَأَةً كَانَتْ فِي مِقْدَارِ مَهْرٍ مِثْلَهَا أَسْوَأَ لِلْعُرْمَاءِ.

قَالَ (فَإِنْ لَمْ يَعْرِفْ لِلْمُفْلِسِ مَالٌ وَطَلَبَ غُرْمَاؤُهُ حَبْسَهُ وَهُوَ يَقُولُ لَا مَالَ لِي

حَبَسَهُ الْحَاكِمُ فِي كُلِّ دَيْنٍ التَّرَمُّهُ بِعَقْدِ كَاتَمِهِ وَالْكَفَالَةِ) وَقَدْ ذَكَرْنَا هَذَا الْفَصْلَ
بُوجُوهِهِ فِي كِتَابِ آدَبِ الْقَاضِي مِنْ هَذَا الْكِتَابِ فَلَا نُعِيدُهَا،

إِلَى أَنْ قَالَ: وَكَذَلِكَ إِنْ أَقَامَ الْبَيِّنَةُ أَنَّهُ لَا مَالَ لَهُ: يَعْنِي خَلَى سَبِيلَهُ لَوُجُوبِ
النَّظَرَةِ إِلَى الْمَيْسَرَةِ، وَلَوْ مَرِضَ فِي الْحَبْسِ يَبْقَى فِيهِ إِنْ كَانَ لَهُ خَادِمٌ يَقُومُ بِمُعَالَجَتِهِ،
وَإِنْ لَمْ يَكُنْ أَخْرَجَهُ تَحَرُّزًا عَنْ هَلَاكِهِ، وَالْمَحْتَرَفُ فِيهِ لَا يُمَكِّنُ مِنَ الْإِسْتِغَالِ بِعَمَلِهِ هُوَ
الصَّحِيحُ لِيَضْجَرَ قَلْبُهُ فَيَنْبَغَتْ عَلَى قَضَاءِ دَيْنِهِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَتْ لَهُ جَارِيَةٌ وَفِيهِ
مَوْضِعٌ يُمْكِنُهُ فِيهِ وَطَوْهَا لَا يُمْنَعُ عَنْهُ لِأَنَّهُ قَضَاءُ إِحْدَى الشَّهَوَتَيْنِ فَيُعْتَبَرُ بِقَضَاءِ
الْأُخْرَى.

قَالَ (وَلَا يَحُولُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ غَرْمَائِهِ بَعْدَ خُرُوجِهِ مِنَ الْحَبْسِ يُلَازِمُونَهُ وَلَا يَمْنَعُونَهُ
مِنَ التَّصَرُّفِ وَالسَّفَرِ) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «لصاحب الحق يد ولسان»^(١) أَرَادَ
بِالْيَدِ الْمُلَازِمَةَ وَبِاللسانِ التَّقَاضِي. قَالَ (وَيَأْخُذُونَ فَضْلَ كَسْبِهِ يُقَسِّمُ بَيْنَهُم بِالْحِصَصِ)
لِاسْتِوَاءِ حُقُوقِهِمْ فِي الْقُوَّةِ (وَقَالَا: إِذَا فَلَسَهُ الْحَاكِمُ حَالَ بَيْنَ الْغُرَمَاءِ وَبَيْنَهُ إِلَّا أَنْ
يُقِيمُوا الْبَيِّنَةَ أَنْ لَهُ مَالًا) لِأَنَّ الْقَضَاءَ بِالْإِفْلَاسِ عِنْدَهُمَا يَصِحُّ فَتَثْبُتِ الْعُسْرَةُ وَيَسْتَحِقُّ
النَّظَرَةَ إِلَى الْمَيْسَرَةِ. وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَا يَتَحَقَّقُ الْقَضَاءُ بِالْإِفْلَاسِ، لِأَنَّ مَالَ
اللَّهِ تَعَالَى غَادٍ وَرَائِحٌ، وَلَأَنَّ وَقُوفَ الشُّهُودِ عَلَى عَدَمِ الْمَالِ لَا يَتَحَقَّقُ إِلَّا ظَاهِرًا فَيَصْلُحُ
لِلدَّفْعِ لَا لِلْبَطَالِ حَقُّ الْمُلَازِمَةِ. وَقَوْلُهُ إِلَّا أَنْ يُقِيمُوا الْبَيِّنَةَ إِشَارَةٌ إِلَى أَنَّ بَيِّنَةَ الْيَسَارِ
تَتَرَجَّحُ عَلَى بَيِّنَةِ الْإِعْسَارِ لِأَنَّهَا أَكْثَرُ إِثْبَاتًا، إِذَا أَصْلُ هُوَ الْعُسْرَةُ.

وَقَوْلُهُ فِي الْمُلَازِمَةِ لَا يَمْنَعُونَهُ مِنَ التَّصَرُّفِ وَالسَّفَرِ دَلِيلٌ عَلَى أَنَّهُ يَدُورُ مَعَهُ أَيْنَمَا
دَارَ وَلَا يُجْلِسُهُ فِي مَوْضِعٍ لِأَنَّهُ حَبَسَ (وَلَوْ دَخَلَ دَارَهُ لِحَاجَتِهِ لَا يَتَّبِعُهُ بَلْ يَجْلِسُ عَلَى
بَابِ دَارِهِ إِلَى أَنْ يَخْرُجَ) لِأَنَّ الْإِنْسَانَ لَا بُدَّ أَنْ يَكُونَ لَهُ مَوْضِعٌ خَلْوَةٍ، وَلَوْ اخْتَارَ الْمَطْلُوبُ
الْحَبْسَ وَالطَّلَابُ الْمُلَازِمَةَ فَالْخِيَارُ إِلَى الطَّلَابِ لِأَنَّهُ أَبْلَغُ فِي حُصُولِ الْمَقْصُودِ لِاخْتِيَارِهِ
الْأَضْيَقَ عَلَيْهِ، إِلَّا إِذَا عَلِمَ الْقَاضِي أَنْ يَدْخُلَ عَلَيْهِ بِالْمُلَازِمَةِ ضَرَرٌ بَيِّنٌ بِأَنْ لَا يُمْكِنُهُ مِنْ
دُخُولِهِ دَارِهِ فَحِينَئِذٍ يَحْبِسُهُ دَفْعًا لِلضَّرَرِ عَنْهُ.

(١) أخرجه الدارقطني في السنن (٤/٢٣٢)، وانظر نصب الراية (٤/٣٩٧).

الشرح:

وَقَوْلُهُ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ أَخْرَجَهُ تَحَرُّزًا عَنْ هَلَاكِهِ لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ إِهْلَاكُهُ لِمَكَانِ الدِّينِ، أَلَا يَرَى أَنَّهُ لَوْ تَوَجَّهَ الْهَلَاكُ إِلَيْهِ بِالْمَخْمَصَةِ لَكَانَ لَهُ أَنْ يَدْفَعَهُ بِمَالِ الْغَيْرِ، فَكَيْفَ يَجُوزُ إِهْلَاكُهُ لِأَجْلِ مَالِ الْغَيْرِ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ: أَنَّهُ لَا يُخْرِجُهُ مِنَ السَّجَنِ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ أَيْضًا، لِأَنَّ الْهَلَاكَ لَوْ كَانَ إِنَّمَا يَكُونُ بِسَبَبِ الْمَرَضِ، وَأَنَّهُ فِي الْحَبْسِ وَغَيْرِهِ سَوَاءٌ. وَقَوْلُهُ (هُوَ الصَّحِيحُ) احْتِرَازٌ عَنْ قَوْلِ بَعْضِهِمْ لَا يَمْنَعُ عَنْ الْاِكْتِسَابِ فِي السَّجَنِ لِأَنَّ فِيهِ نَظَرًا لِلجَانِبَيْنِ، لِجَانِبِ الْمَدْيُونِ لِأَنَّهُ يُنْفِقُ عَلَى نَفْسِهِ وَعِيَالِهِ، وَلِرَبِّ الدِّينِ لِأَنَّهُ إِذَا فَضَّلَ مِنْهُ شَيْءٌ يُصَرَّفُ ذَلِكَ إِلَيْهِ.

وَقَوْلُهُ (وَلَا يَحُولُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ غُرْمَائِهِ بَعْدَ خُرُوجِهِ مِنَ الْحَبْسِ) أَيُّ لَا يَمْنَعُهُمْ مِنْ أَنْ يَدُورُوا مَعَهُ أَيْنَمَا دَارَ (يُلَازِمُونَهُ وَلَا يَمْنَعُونَهُ مِنَ التَّصَرُّفِ وَالسَّفَرِ لِقَوْلِهِ ﷺ: «لصاحب الحق يد ولسان» أَرَادَ بِالْيَدِ الْمُلَازِمَةَ، وَبِاللسَانِ التَّقَاضِي) وَوَجْهُ التَّمَسُّكِ أَنَّ الْحَدِيثَ مُطْلَقٌ فِي حَقِّ الزَّمَانِ فَيَتَنَاوَلُ الزَّمَانُ الَّذِي يَكُونُ بَعْدَ الْإِطْلَاقِ عَنْ الْحَبْسِ وَقَبْلَهُ. وَقَوْلُهُ (يُقَسَّمُ بَيْنَهُمْ بِالْحِصَصِ) أَيُّ يَأْخُذُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ بِقَدْرِ حَصَّتِهِ مِنَ الدِّينِ، هَذَا إِذَا أَخَذُوا فَضْلَ كَسْبِهِ بِغَيْرِ اخْتِيَارِهِ أَوْ أَخَذَهُ الْقَاضِي وَقَسَمَهُ بَيْنَهُمْ بِدُونِ اخْتِيَارِهِ.

وَأَمَّا الْمَدْيُونُ فِي حَالِ صِحَّتِهِ لَوْ آتَرَ أَحَدَ الْغُرْمَاءِ عَلَى غَيْرِهِ بِقَضَاءِ الدِّينِ بِاخْتِيَارِهِ فَلَهُ ذَلِكَ، نَصٌّ عَلَى ذَلِكَ فِي فَتَاوَى النَّسَفِيِّ فَقَالَ: رَجُلٌ عَلَيْهِ أَلْفُ دِرْهَمٍ لثَلَاثَةِ نَفَرٍ لَوَاحِدٍ مِنْهُمْ خَمْسُمِائَةٍ وَآخَرَ مِنْهُمْ ثَلَاثُمِائَةٍ وَآخَرَ مِنْهُمْ مِائَتَانِ وَمَالُهُ خَمْسُمِائَةٍ، فَاجْتَمَعَ الْغُرْمَاءُ وَحَبَسُوهُ بِدْيُونِهِمْ فِي مَجْلِسِ الْقَضَاءِ كَيْفَ يَقْسِمُ أَمْوَالَهُ بَيْنَهُمْ؟ قَالَ: إِذَا كَانَ الْمَدْيُونُ حَاضِرًا فَلَهُ أَنْ يَقْضِيَ دْيُونَهُ بِنَفْسِهِ، وَلَهُ أَنْ يُقَدِّمَ الْبَعْضَ عَلَى الْبَعْضِ فِي الْقَضَاءِ، وَيُؤْتِرَ الْبَعْضَ عَلَى الْبَعْضِ لِأَنَّهُ يَتَصَرَّفُ فِي خَالصِ مِلْكِهِ لَمْ يَتَعَلَّقْ بِهِ حَقُّ أَحَدٍ فَيَنْصَرَفُ فِيهِ عَلَى حَسَبِ مَشِيئَتِهِ، وَإِنْ كَانَ الْمَدْيُونُ غَائِبًا وَالْدُّيُونُ ثَابِتَةً عِنْدَ الْقَاضِي فَالْقَاضِي يَقْسِمُ مَالَهُ بَيْنَ الْغُرْمَاءِ بِالْحِصَصِ، إِذْ لَيْسَ لِلْقَاضِي وِلَايَةٌ تَقْدِمُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ.

وَقَوْلُهُ (يَبْنِي الْيَسَارَ تَرَجُّحُ) الْيَسَارُ اسْمٌ لِلْإِسَارِ مِنْ أَيْسَرَ: أَيُّ اسْتَعْنَى، وَالْإِعْسَارُ مَصْدَرُ أَعْسَرَ: أَيُّ افْتَقَرَ، وَفِي بَعْضِ النُّسخِ عَلَى يَبْنِي الْعِسَارِ بِمَعْنَى الْإِعْسَارِ. قَالَ فِي

الْمُغْرِبُ: وَهُوَ خَطَأٌ. وَقَوْلُهُ (لَأَنَّهَا أَكْثَرُ إِنْثَانًا) لِأَنَّ بَيْنَهُ الْإِعْسَارَ تُؤَكِّدُ مَا دَلَّ عَلَيْهِ غَيْرُهُ، إِذْ الْأَصْلُ هُوَ الْعُسْرَةُ فَصَارَ كَبِينَةً ذِي الْيَدِ فِي مُقَابَلَةِ بَيْنَةِ الْخَارِجِ، وَقَوْلُهُ فِي الْمُلَازِمَةِ (لَا يَمْنَعُونَهُ الْخُ) تَفْسِيرٌ لِلْمُلَازِمَةِ (وَلَا يُجْلِسُهُ فِي مَوْضِعٍ لِأَنَّهُ حَبْسٌ) وَلَيْسَ بِمُسْتَحَقٍّ عَلَيْهِ وَعَنْ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ قَالَ لِلْمُدَّعِي أَنْ يَحْبِسَهُ فِي مَسْجِدٍ حَيْثُ أَوْ فِي بَيْتِهِ، لِأَنَّهُ رَبُّمَا يَطُوفُ فِي الْأَسْوَاقِ وَالسُّكَّكِ لَغَيْرِ حَاجَةٍ فَيَتَضَرَّرُ الْمُدَّعِي (وَلَوْ دَخَلَ دَارَهُ لِحَاجَتِهِ) كَعَدَاءٍ أَوْ غَائِطٍ (لَا يَتَّبِعُهُ بَلْ يَجْلِسُ عَلَى بَابِ دَارِهِ إِلَى أَنْ يَخْرُجَ، لِأَنَّ الْإِنْسَانَ لَا بُدَّ لَهُ مِنْ مَوْضِعٍ خَلْوَةٍ) وَعَنْ هَذَا قِيلَ: إِذَا أَعْطَاهُ الْعَدَاءُ أَوْ أَعَدَّ لَهُ مَوْضِعًا لِأَجْلِ الْغَائِطِ لَهُ أَنْ يَمْنَعَهُ عَنْ ذَلِكَ حَتَّى لَا يَهْرُبَ (وَلَوْ اخْتَارَ الْمَطْلُوبُ الْحَبْسَ وَالطَّالِبُ الْمُلَازِمَةَ) فَالْخِيَارُ إِلَى الطَّالِبِ لِأَنَّهُ أُبْلِغَ فِي حُصُولِ الْقَصُودِ لِاخْتِيَارِهِ الْأَضْيَقَ (وَالْأَشَدَّ) (عَلَيْهِ) إِلَّا إِذَا عَلِمَ الْقَاضِي أَنْ يَدْخُلَ عَلَيْهِ بِالْمُلَازِمَةِ ضَرَرٌ بَيْنَ بَأْنٍ لَا يُمْكِنُهُ مِنْ دُخُولِهِ دَارَهُ فَحِينَئِذٍ يَحْبِسُهُ دَفْعًا لِلضَّرَرِ عَنْهُ) وَفِي مَعْنَاهُ مَنْعُهُ عَنِ الْإِكْسَابِ بِقَدْرِ قُوَّتِ يَوْمِهِ وَلَعِبَالِهِ.

(وَلَوْ كَانَ الدِّينُ لِلرَّجُلِ عَلَى الْمَرْأَةِ لَا يُلَازِمُهَا) لَمَا فِيهَا مِنَ الْخَلْوَةِ بِالْأَجْنَبِيَّةِ وَلَكِنْ يَبْعَثُ امْرَأَةً أَمِينَةً تُلَازِمُهَا.

الشرح:

(وَالدَّائِنُ الرَّجُلُ لَا يُلَازِمُ الْمَدْيُونَةَ لِاسْتِلْزَامِهَا الْخَلْوَةَ بِالْأَجْنَبِيَّةِ، لَكِنْ يَبْعَثُ امْرَأَةً أَمِينَةً تُلَازِمُهَا).

قَالَ (وَمَنْ أَفْلَسَ وَعِنْدَهُ مَتَاعٌ لِرَجُلٍ بَعَيْنِهِ ابْتَاعَهُ مِنْهُ فَصَاحِبُ الْمَتَاعِ أَسْوَةٌ لِلْمُغْرَمَاءِ فِيهِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: يَحْجُرُ الْقَاضِي عَلَى الْمُشْتَرِي بِطَلْبِهِ ثُمَّ لِلْبَائِعِ خِيَارُ الْفَسْخِ لِأَنَّهُ عَجَزَ الْمُشْتَرِي عَنْ إِيفَاءِ الثَّمَنِ فَيُوجِبُ ذَلِكَ حَقَّ الْفَسْخِ كَعَجَزِ الْبَائِعِ عَنْ تَسْلِيمِ الْمَبِيعِ وَهَذَا لِأَنَّهُ عَقْدٌ مُعَاوَضَةٌ، وَمِنْ قَضِيَّتِهِ الْمَسَاوَاةُ وَصَارَ كَالسَّلَمِ. وَلَنَا أَنْ الْإِفْلَاسَ يُوجِبُ الْعَجْزَ عَنْ تَسْلِيمِ الْعَيْنِ وَهُوَ غَيْرُ مُسْتَحَقٍّ بِالْعَقْدِ فَلَا يَنْبُتُ حَقُّ الْفَسْخِ بِاعْتِبَارِهِ وَإِنَّمَا الْمُسْتَحَقُّ وَصَفٌ فِي الدِّمَةِ: أَعْنِي الدِّينَ، وَبِقَبْضِ الْعَيْنِ تَتَحَقَّقُ بَيْنَهُمَا مُبَادَلَةٌ، هَذَا هُوَ الْحَقِيقَةُ فَيَجِبُ اعْتِبَارُهَا، إِلَّا فِي مَوْضِعِ التَّعْذُرِ كَالسَّلَمِ لِأَنَّ الْاسْتِبْدَالَ مُمْتَنَعٌ فَأَعْطَى لِلْعَيْنِ حُكْمَ الدِّينِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ أَفْلَسَ وَعِنْدَهُ مَتَاعٌ لِرَجُلٍ بَعَيْنِهِ) إِذَا اشْتَرَى مَتَاعًا مِنْ رَجُلٍ فَأَفْلَسَ

وَالْمَتَاعُ بَاقٍ فِي يَدِهِ (فَصَاحِبُ الْمَتَاعِ أُسْوَةٌ لِلْعُرَمَاءِ فِيهِ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: يَحْجَرُ الْقَاضِي بِطَلَبِ الْبَائِعِ عَلَى الْمُشْتَرِي) حَتَّى لَا يَنْقُذَ تَصَرُّفُهُ بِالْبَيْعِ وَغَيْرِهِ ثُمَّ لِلْبَائِعِ خِيَارُ الْفَسْخِ لِأَنَّهُ عَجَزَ الْمُشْتَرِي عَنْ إِيْفَاءِ الثَّمَنِ وَالْعَجْزُ عَنْ إِيْفَاءِ الثَّمَنِ (يُوجِبُ حَقَّ الْفَسْخِ قِيَاسًا عَلَى الْعَجْزِ عَنْ إِيْفَاءِ الْمَبِيعِ، وَالْجَامِعُ بَيْنَهُمَا أَنَّهُ عَقْدٌ مُعَاوَضَةٌ وَمِنْ قَضِيَّتِهِ الْمُسَاوَاةُ) فَإِنْ قِيلَ: قِيَاسٌ مَعَ وُجُودِ فَارِقٍ وَهُوَ فَاسِدٌ، وَذَلِكَ لِأَنَّ الثَّمَنَ ذَيْنَ فِي الذِّمَّةِ وَهُوَ مَانِعٌ عَنِ الْفَسْخِ، بِخِلَافِ الْمَبِيعِ فَإِنَّهُ عَيْنٌ يُرَدُّ عَلَيْهَا الْفَسْخُ.

أَجَابَ بِقَوْلِهِ (وَصَارَ كَالسَّلَمِ) يَعْنِي لَا تُسَلِّمُ أَنْ كَوْنُهُ ذَيْنَا يَمْنَعُ عَنِ الْفَسْخِ فَإِنَّ الْمُسَلَّمَ فِيهِ ذَيْنَ لَا مَحَالَةَ، وَإِذَا تَعَذَّرَ قَبْضُهُ بِانْقِطَاعِهِ عَنْ أَيْدِي النَّاسِ كَانَ لِرَبِّ السَّلَمِ حَقُّ الْفَسْخِ (وَلَنَا أَنَّ الْإِفْلَاسَ يُوجِبُ الْعَجْزَ عَمَّا هُوَ غَيْرُ مُسْتَحَقٍّ بِالْعَقْدِ) لِأَنَّهُ يُوجِبُ الْعَجْزَ عَنْ تَسْلِيمِ الْعَيْنِ الْمَنْقُودَةِ مِنَ الدَّرَاهِمِ وَالذَّنَانِيرِ (وَهُوَ لَيْسَ بِمُسْتَحَقٍّ بِالْعَقْدِ، وَإِنَّمَا الْمُسْتَحَقُّ بِهِ وَصْفٌ فِي الذِّمَّةِ: أَعْنِي الذَّيْنِ) وَالْعَجْزُ عَمَّا هُوَ غَيْرُ مُسْتَحَقٍّ بِالْعَقْدِ لَا يُوجِبُ الْفَسْخَ إِذَا لَمْ يَتَغَيَّرْ عَلَى الْبَائِعِ شَرْطٌ مِنْ شُرُوطِ عَقْدِهِ فَصَارَ كَمَا لَوْ كَانَ الْمُشْتَرِي مَلِيًّا. وَتَوْضِيحُ ذَلِكَ أَنَّ مُوجِبَ الْعَقْدِ مَلِكُ الثَّمَنِ وَهُوَ يَمْلِكُ بِهِ ذَيْنَا فِي الذِّمَّةِ، وَبَقَاءُ الذَّيْنِ بَقَاءً مَحَلِّهِ وَالذِّمَّةُ بَعْدَ الْإِفْلَاسِ بَاقِيَةٌ كَمَا كَانَتْ قَبْلَهُ فَلَا فَرْقَ بَيْنَ الْمُفْلِسِ وَالْمَلِيِّ.

فَإِنْ قِيلَ: هَذَا اسْتِدْلَالٌ فِي مُقَابَلَةِ مَا رَوَى أَبُو هُرَيْرَةَ رضي الله عنه أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: «أَيُّمَا رَجُلٍ أَفْلَسَ فَأَذْرَكَ رَجُلٌ وَفِي رِوَايَةٍ فَوَجَدَ الْبَائِعُ عِنْدَهُ مَتَاعَهُ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ» وَالْإِسْتِدْلَالُ فِي مُقَابَلَةِ النَّصِّ فَاسِدٌ. فَالْجَوَابُ أَنَّهُ مُعَارَضٌ بِمَا رَوَى الْخِصَافُ بِإِسْنَادِهِ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: «أَيُّمَا رَجُلٍ أَفْلَسَ فَوَجَدَ رَجُلٌ عِنْدَهُ مَتَاعَهُ فَهُوَ أُسْوَةٌ غُرَمَائِهِ فِيهِ» وَتَأْوِيلُ حَدِيثِ أَبِي هُرَيْرَةَ رضي الله عنه أَنَّ الْمُشْتَرِي كَانَ قَبْضُهُ بِشَرْطِ الْخِيَارِ لِلْبَائِعِ.

فَإِنْ قِيلَ: مَا ذَكَرْتُمْ مِنَ الدَّلِيلِ إِنْ صَحَّ بِجَمِيعِ مُقَدِّمَاتِهِ لَزِمَ أَنْ لَا يَنْفَسَخَ الْعَقْدُ إِذَا كَسَدَتْ الْفُلُوسُ، لِأَنَّ مُوجِبَ الْعَقْدِ لَمْ يَتَغَيَّرْ لِأَنَّ الثَّمَنَ ذَيْنَ فِي الذِّمَّةِ. وَهِيَ بَاقِيَةٌ كَمَا كَانَتْ قَبْلَ الْكَسَادِ، أُجِيبَ بَأَنَّا لَا تُسَلِّمُ عَدَمَ التَّغْيِيرِ لِأَنَّ مُوجِبَ الْعَقْدِ مَلِكُ فُلُوسٍ هِيَ ثَمَنٌ وَلَمْ يَنْقُ بَعْدَ الْكَسَادِ كَذَلِكَ. وَلَا يُشْكَلُ بِمَا إِذَا عَجَزَ الْمُكَاتَّبُ عَنْ أَدَاءِ الْبَدَلِ فَإِنَّ مُوجِبَ الْعَقْدِ لَمْ يَتَغَيَّرْ وَلِلْمَوْلَى أَنْ يَفْسَخَ لِأَنَّ مُوجِبَ الْعَقْدِ مَلِكُ الْمَوْلَى الْبَدَلُ بِالْقَبْضِ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِذَيْنٍ حَقِيقَةٍ كَمَا تَقَدَّمَ، فَإِذَا عَجَزَ فَقَدْ تَغَيَّرَ مُوجِبُ الْعَقْدِ.

(قَوْلُهُ وَيَقْبِضُ الْعَيْنَ) جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ: لَمَّا كَانَ الْعَيْنُ الْمَقْذُودَةُ غَيْرَ مُسْتَحَقَّةٍ بِالْعَقْدِ وَجَبَ أَنْ لَا تَبْرَأَ ذِمَّةُ الْمَدْيُونِ بِدَفْعِ الْمَقْذُودَةِ، وَتَقْدِيرُهُ أَنَّ قَضَاءَ الدَّيْنِ وَاجِبٌ وَذَلِكَ بِالْوَصْفِ الثَّابِتِ فِي الذِّمَّةِ غَيْرُ مُتَصَوِّرٍ وَجَعَلَ الشَّارِحُ الْعَيْنَ بَدَلًا عَنْهُ، فَإِذَا قَبِضَ الْعَيْنَ بَدَلًا عَنْهُ (تَحَقَّقَ بَيْنَهُمَا مُبَادَلَةٌ) مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ تَبَيَّنَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فِي ذِمَّةِ آخَرَ وَصَفٌ فَيَلْتَقِيَانِ قِصَاصًا (هَذَا هُوَ الْحَقِيقَةُ) أَيُّ تَحَقُّقِ الْمُبَادَلَةِ هُوَ الْحَقِيقَةُ فِي قَضَاءِ الدَّيْنِ (فَيَجِبُ اعْتِبَارُهَا مَا لَمْ يَتَعَذَّرْ) وَفِيمَا نَحْنُ فِيهِ غَيْرُ مُتَعَذِّرٍ فَكَانَ الْعَجْزُ عَنْ تَسْلِيمِ مَا هُوَ غَيْرُ مُسْتَحَقٍّ بِالْعَقْدِ وَذَلِكَ لَا يُوجِبُ الْفَسْخَ (بِخِلَافِ السَّلَمِ) فَإِنَّهُ لَا يُمَكِّنُ تَحَقُّقَ الْمُبَادَلَةِ فِيهِ لِحُرْمَةِ الاسْتِبْدَالِ فِيهِ بِقَوْلِهِ ﷺ: «لَا تَأْخُذْ إِلَّا سَلَمَكَ أَوْ رَأْسَ مَالِكَ» فَيَجِبُ أَنْ يَجْعَلَ الْعَيْنَ الْمَقْبُوضَةَ فِي مُقَابَلَةِ مَا فِي الذِّمَّةِ عَيْنَ مَا هُوَ فِي الذِّمَّةِ فَكَانَ الْعَجْزُ عَنْهُ عَجْزًا عَمَّا أَوْجَبَهُ الْعَقْدُ وَذَلِكَ يُوجِبُ الْفَسْخَ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

كتاب المأذون

الإِذْنُ: الإِعلامُ لُغَةً، وَفِي الشَّرْعِ: فَكُّ الْحَجَرِ وَإِسْقَاطُ الْحَقِّ عِنْدَنَا، وَالْعَبْدُ بَعْدَ ذَلِكَ يَتَصَرَّفُ لِنَفْسِهِ بِأَهْلِيَّتِهِ؛ لِأَنَّهُ بَعْدَ الرِّقِّ بَقِيَ أَهْلًا لِلتَّصَرُّفِ بِلِسَانِهِ النَّاطِقِ وَعَقْلِهِ الْمُمِيزِ وَانْحِجَارُهُ عَنِ التَّصَرُّفِ لِحَقِّ الْمَوْلَى؛ لِأَنَّهُ مَا عَهْدَ تَصَرُّفِهِ إِلَّا مُوجِبًا تَعَلُّقَ الدِّينِ بِرَقَبَتِهِ وَبِكَسْبِهِ، وَذَلِكَ مَالُ الْمَوْلَى فَلَا بُدَّ مِنْ إِذْنِهِ كَيْ لَا يَبْطُلَ حَقُّهُ مِنْ غَيْرِ رِضَاهُ، وَلِهَذَا لَا يَرْجِعُ بِمَا لِحَقِّهِ مِنَ الْعَهْدَةِ عَلَى الْمَوْلَى، وَلِهَذَا لَا يَقْبَلُ التَّاقِيتُ، حَتَّى لَوْ أَذِنَ لِعَبْدِهِ يَوْمًا أَوْ شَهْرًا كَانَ مَادُونًا أَبَدًا حَتَّى يَحْجَرَ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّ الْإِسْقَاطَاتِ لَا تَتَوَقَّتُ.

الشرح:

إِيرَادُ كِتَابِ الْمَأْذُونِ بَعْدَ كِتَابِ الْحَجْرِ ظَاهِرُ الْمُنَاسَبَةِ، إِذْ الْإِذْنُ يَقْتَضِي سَبْقَ الْحَجْرِ (وَهُوَ فِي اللَّغَةِ عِبَارَةٌ عَنِ الْإِعْلَامِ، وَفِي الشَّرْعِ: فَكُّ الْحَجَرِ وَإِسْقَاطُ الْحَقِّ عِنْدَنَا) فَإِنَّ الْمَوْلَى إِذَا أَذِنَ لِعَبْدِهِ فِي التَّجَارَةِ أَسْقَطَ حَقَّ نَفْسِهِ الَّذِي كَانَ الْعَبْدُ لِأَجْلِهِ مَحْجُورًا عَنِ التَّصَرُّفِ فِي مَالِ الْمَوْلَى قَبْلَ إِذْنِهِ (وَالْعَبْدُ بَعْدَ ذَلِكَ يَتَصَرَّفُ لِنَفْسِهِ بِأَهْلِيَّتِهِ لِأَنَّهُ بَعْدَ الرِّقِّ بَقِيَ أَهْلًا لِلتَّصَرُّفِ بِلِسَانِهِ النَّاطِقِ وَعَقْلِهِ الْمُمِيزِ) لَكِنْ لَمَّا كَانَ تَصَرُّفُهُ يُوجِبُ تَعَلُّقَ الدِّينِ بِرَقَبَتِهِ أَوْ كَسْبِهِ وَذَلِكَ حَقُّ الْمَوْلَى انْحَجَرَ عَنْهُ (فَلَا بُدَّ مِنْ إِذْنِهِ كَيْ لَا يَبْطُلَ حَقُّهُ مِنْ غَيْرِ رِضَاهُ) فَقَوْلُهُ وَإِسْقَاطُ الْحَقِّ الْخُ كَالْتَفْسِيرِ لِقَوْلِهِ فَكُّ الْحَجَرِ.

وقَوْلُهُ عِنْدَنَا إِشَارَةٌ إِلَى خِلَافِ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ فَإِنَّ الْإِذْنَ عِنْدَهُ تَوْكِيلٌ وَإِنَابَةٌ، وَصَحَّحَ الْمُصَنِّفُ رَحِمَهُ اللَّهُ كَوْنَهُ إِسْقَاطًا عِنْدَنَا بِقَوْلِهِ وَلِهَذَا لَا يَقْبَلُ التَّاقِيتُ، فَإِنَّهُ لَمَّا كَانَ تَصَرُّفُهُ بِحُكْمِ مَالِكِيَّتِهِ الْأَصْلِيَّةِ وَأَنَّهَا عَامَّةٌ لَا تَخْتَصُّ بِنَوْعٍ وَمَكَانٍ وَوَقْتٍ دَلَّ عَلَى أَنَّهُ إِسْقَاطُ لِحَقِّ الْمَوْلَى لَا غَيْرُ، إِذْ الْإِسْقَاطَاتُ لَا تَتَوَقَّتُ كَالطَّلَاقِ وَالْعَتَاقِ. فَإِنْ قِيلَ: قَوْلُهُ فَكُّ الْحَجَرِ جَوَابٌ وَإِسْقَاطُ الْحَقِّ مَذْكُورٌ فِي حِيزِ التَّعْرِيفِ فَكَيْفَ جَارَ الْاسْتِدْلَالُ عَلَيْهِ؟ فَالْجَوَابُ مِنْ وَجْهَيْنِ: أَحَدُهُمَا أَنَّهُ لَيْسَ بِاسْتِدْلَالٍ وَإِنَّمَا هُوَ تَصْحِيحُ الثَّقَلِ بِمَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ عِنْدَنَا مَعْرُوفٌ بِذَلِكَ كَمَا أَشَرْنَا إِلَيْهِ.

وَالثَّانِي أَنَّ حُكْمَهُ الشَّرْعِيَّ هُوَ تَعْرِيفُهُ فَكَانَ الْاسْتِدْلَالُ عَلَيْهِ مِنْ حَيْثُ كَوْنُهُ حُكْمًا لَا مِنْ حَيْثُ كَوْنُهُ تَعْرِيفًا، وَصَحَّحَ الْمُصَنِّفُ كَوْنَهُ يَتَصَرَّفُ بِأَهْلِيَّةِ نَفْسِهِ بِقَوْلِهِ (وَلِهَذَا لَا يَرْجِعُ بِمَا لِحَقِّهِ مِنَ الْعَهْدَةِ عَلَى الْمَوْلَى) وَهَذَا لِأَنَّهُ أَوَّلُ تَصَرُّفٍ يُبَاشِرُهُ الْعَبْدُ

الْمَأْذُونُ الشَّرَاءُ لِأَنَّهُ لَا مَالَ لَهُ حَتَّى يَبِيعَ، وَالْعَبْدُ فِي الشَّرَاءِ مُتَصَرِّفٌ لِنَفْسِهِ لَا لِلْمَوْلَى لِأَنَّهُ يَتَصَرَّفُ فِي ذِمَّتِهِ بِإِجَابِ الثَّمَنِ فِيهَا، حَتَّى لَوْ امْتَنَعَ عَنِ الْأَدَاءِ حَالَ الطَّلَبِ حُسْرًا وَذِمَّتُهُ خَالِصٌ حَقُّهُ لَا مَحَالَةَ، وَلِهَذَا لَوْ أَقْرَّ عَلَى نَفْسِهِ بِالْقِصَاصِ صَحٌّ، وَإِنْ كَذَّبَهُ الْمَوْلَى فَكَانَ الشَّرَاءُ حَقًّا لَهُ وَهَذَا الْمَعْنَى يَفْتَضِي نَفَادَ تَصَرُّفَاتِهِ قَبْلَ الْإِذْنِ أَيْضًا، لَكِنْ شَرَطْنَا إِذْنَ الْمَوْلَى دَفْعًا لِلضَّرَرِ عَنْهُ بِغَيْرِ رِضَاهُ، وَالرِّضَا بِالضَّرَرِ لَا يَتَفَاوَتُ بَيْنَ نَوْعٍ وَنَوْعٍ، فَالتَّقْيِيدُ بِالتَّوْقِيتِ غَيْرُ مُفِيدٍ فَلَا يُعْتَبَرُ. فَإِنْ قِيلَ: الْعَبْدُ الْمَأْذُونُ عَدِيمُ الْأَهْلِيَّةِ بِحُكْمِ التَّصَرُّفِ وَهُوَ الْمِلْكُ فَيَنْبَغِي أَنْ لَا يَكُونَ أَهْلًا لِنَفْسِ التَّصَرُّفِ، لِأَنَّ التَّصَرُّفَاتِ الشَّرْعِيَّةَ إِذَا تَرَادَّ لِحُكْمِهَا وَهُوَ لَيْسَ بِأَهْلٍ لِلذَلِكَ.

أُجِيبَ بِأَنَّ حُكْمَ التَّصَرُّفِ مِلْكُ الْيَدِ وَالرَّقِيقُ أَصْلٌ فِي ذَلِكَ، وَقَدْ قَرَّرْنَا تَمَامَ ذَلِكَ فِي التَّقْرِيرِ. فَإِنْ قِيلَ: لَوْ كَانَ الْإِذْنُ فَكَّ الْحَجَرِ وَالْعَبْدُ يَتَصَرَّفُ بِأَهْلِيَّتِهِ لَمَا كَانَ لِلْمَوْلَى وَلَايَةُ الْحَجَرِ بَعْدَهُ لِأَنَّهُ أَسْقَطَ حَقَّهُ وَالسَّقَاطُ لَا يَعُودُ. أُجِيبَ بِأَنَّ الرَّقَّ لَمَا كَانَ بَاقِيًا كَانَ الْحَجَرُ بَعْدَهُ امْتِنَاعًا بِحَقِّ الْإِسْقَاطِ فِيمَا يَسْتَقْبِلُ لِأَنَّ السَّقَاطَ لَا يَعُودُ

ثُمَّ الْإِذْنُ كَمَا يَثْبُتُ بِالصَّرِيحِ يَثْبُتُ بِالِدَّلَالَةِ، كَمَا إِذَا رَأَى عَبْدَهُ يَبِيعُ وَيَشْتَرِي فَسَكَتَ يَصِيرُ مَأْذُونًا عِنْدَنَا خِلَافًا لَزُفَرٍ وَالشَّافِعِيِّ رَحِمَهُمَا اللَّهُ. وَلَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يَبِيعَ عَيْنًا مَمْلُوكًا أَوْ لَأَجْنَبِيٍّ بِإِذْنِهِ أَوْ بِغَيْرِ إِذْنِهِ بَيْعًا صَحِيحًا أَوْ فَاسِدًا؛ لِأَنَّ كُلَّ مَنْ رَأَاهُ يَظُنُّهُ مَأْذُونًا لَهُ فِيهَا فَيُعَاقِدُهُ فَيَتَضَرَّرُ بِهِ لَوْ لَمْ يَكُنْ مَأْذُونًا لَهُ، وَلَوْ لَمْ يَكُنْ الْمَوْلَى رَاضِيًا بِهِ لَمَنَعَهُ دَفْعًا لِلضَّرَرِ عَنْهُمْ.

الشرح:

(ثُمَّ إِنَّ الْإِذْنَ كَمَا يَثْبُتُ صَرِيحًا يَثْبُتُ دَلَالَةً، كَمَا إِذَا رَأَى عَبْدَهُ يَبِيعُ) مِنْ مَالِهِ شَيْئًا (وَيَشْتَرِي فَسَكَتَ يَصِيرُ مَأْذُونًا عِنْدَنَا خِلَافًا لَزُفَرٍ وَالشَّافِعِيِّ رَحِمَهُمَا اللَّهُ) وَهُوَ مِنْ بَابِ بَيَانِ الضَّرُورَةِ وَقَدْ عُرِفَ فِي الْأَصُولِ. قَالَا: السُّكُوتُ مُحْتَمَلٌ لِلرِّضَا وَقَرُطُ الْغَيْظِ وَقَلَّةُ الْإِتِّفَاتِ إِلَى تَصَرُّفِهِ لِعِلْمِهِ بِكَوْنِهِ مَحْجُورًا، وَالْمُحْتَمَلُ لَا يَكُونُ حُجَّةً.

وَقُلْنَا: جُعِلَ سُكُوتُهُ حُجَّةً لِأَنَّهُ مُوضِعُ بَيَانٍ، إِذَا النَّاسُ يُعَامِلُونَ الْعَبْدَ حِينَ عِلْمِهِمْ بِسُكُوتِ الْمَوْلَى، وَمُعَامَلَتُهُمْ قَدْ تُفْضِي إِلَى لُحُوقِ دُيُونٍ عَلَيْهِ، وَإِذَا لَمْ يَكُنْ مَأْذُونًا تَنَاقَرُ الْمَطَالَبَةُ إِلَى مَا بَعْدَ الْعَتَقِ وَقَدْ يُعْتَقُ وَقَدْ لَا يُعْتَقُ وَفِي ذَلِكَ إِضْرَارٌ بِالْمُسْلِمِينَ بِإِثْوَاءِ حَقِّهِمْ

وَلَا إِضْرَارَ فِي الْإِسْلَامِ، وَلَيْسَ لِلْمَوْلَى فِيهِ ضَرَرٌ مُتَحَقِّقٌ لِأَنَّ الدَّيْنَ قَدْ يَلْحَقُهُ وَقَدْ لَا يَلْحَقُهُ، فَكَانَ مَوْضِعُ بَيَانِ أَنَّهُ رَاضٍ بِهِ أَوَّلًا، وَالسُّكُوتُ فِي مَوْضِعِ الْحَاجَةِ إِلَى الْبَيَانِ بَيَانٌ.
فَإِنْ قِيلَ: عَيْنُ ذَلِكَ التَّصَرُّفِ الَّذِي رَأَاهُ مِنَ الْبَيْعِ غَيْرُ صَحِيحٍ فَكَيْفَ يَصِحُّ غَيْرُهُ، وَكَذَا إِذَا رَأَى أَجْنَبِيًّا يَبِيعُ مِنْ مَالِهِ وَسَكَتَ لَمْ يَكُنْ إِذْنًا، وَالْمُرْتَهِنُ إِذَا رَأَى الرَّاهِنَ يَبِيعُ الرَّهْنَ وَسَكَتَ لَمْ يَكُنْ إِذْنًا، وَإِذَا رَأَى رَقِيقَهُ يُزَوِّجُ نَفْسَهُ وَسَكَتَ لَا يَكُونُ إِذْنًا فَمَا الْفَرْقُ؟ أَجِيبَ بِأَنَّ الضَّرَرَ فِي التَّصَرُّفِ الَّذِي رَأَاهُ مُتَحَقِّقٌ بِإِزَالَةِ مِلْكِهِ عَمَّا يَبِيعُهُ فِي الْحَالِ فَلَا يَثْبُتُ بِسُكُوتِهِ، وَلَيْسَ فِي ثُبُوتِهِ الْإِذْنُ فِي غَيْرِهِ ذَلِكَ لَمَّا قُلْنَا إِنَّ الدَّيْنَ قَدْ يَلْحَقُهُ وَقَدْ لَا يَلْحَقُهُ، وَلَا يَلْزَمُ مِنْ كَوْنِ السُّكُوتِ إِذْنًا بِالنَّظَرِ إِلَى ضَرَرِ مُتَوَهِّمِ كَوْنِهِ إِذْنًا بِالنَّظَرِ إِلَى مُتَحَقِّقِهِ، وَهُوَ الْجَوَابُ عَنْ بَيْعِ الْأَجْنَبِيِّ مَالَهُ، وَفِي الرَّهْنِ لَمْ يَصِرْ سُكُوتُهُ إِذْنًا لِأَنَّ جَعْلَهُ إِذْنًا يُبْطِلُ مِلْكَ الْمُرْتَهِنِ عَنِ الْيَدِ، وَقَدْ لَا يَصِلُ إِلَى يَدِهِ مِنْ مَحَلِّ آخَرَ فَكَانَ فِي ذَلِكَ ضَرَرٌ مُتَحَقِّقٌ. لَا يُقَالُ: الرَّاهِنُ أَيْضًا يَتَضَرَّرُ بِبُطْلَانِ مِلْكِهِ عَنِ الثَّمَنِ فَتَرْجُحُ ضَرَرِ الْمُرْتَهِنِ تَحْكُمُ، لِأَنَّ بُطْلَانِ مِلْكِهِ عَنِ الثَّمَنِ مَوْقُوفٌ، لِأَنَّ بَيْعَ الْمَرْهُونِ مَوْقُوفٌ عَلَى ظَاهِرِ الرُّوَايَةِ، وَبُطْلَانُ مِلْكِ الْمُرْتَهِنِ عَنِ الْيَدِ بَاتَ فَكَانَ أَقْوَى. وَأَمَّا الرَّقِيقُ عَبْدًا كَانَ أَوْ أَمَةً إِذَا زَوَّجَ نَفْسَهُ فَإِنَّمَا لَمْ يَصِرِ السُّكُوتُ فِيهِ إِذْنًا.

قَالَ بَعْضُ الشَّارِحِينَ نَاقِلًا عَنْ مَسْئُوطِ شَيْخِ الْإِسْلَامِ رَحِمَهُ اللَّهُ: لِأَنَّ السُّكُوتَ إِثْمًا يَصِيرُ إِذْنًا وَإِجَازَةً دَفْعًا لِلضَّرَرِ، وَلَا ضَرَرَ عَلَى أَحَدٍ فِي نِكَاحِ الْعَبْدِ وَالْأَمَةِ، لِأَنَّ النِّكَاحَ يَكُونُ مَوْقُوفًا، لِأَنَّ النِّكَاحَ الْمَمْلُوكُ مَمْلُوكُ الْمَوْلَى لَمَّا فِيهِ مِنْ إِصْلَاحِ مِلْكِهِ، وَمَنَافِعُ بُضْعِ الْمَمْلُوكَةِ كَذَلِكَ، وَلَيْسَ لِأَحَدٍ إِبْطَالُ مِلْكِهِ بِغَيْرِ رِضَاهُ فَكَانَ مَوْقُوفًا وَأَمَكْنَ فَسْخُؤُهُ فَلَا يَتَضَرَّرُ بِهِ أَحَدٌ. وَقِيلَ: فِيهِ نَظَرٌ، لِأَنَّهُ لَا كَلَامَ فِي أَنَّ نِكَاحَ الرَّقِيقِ مَوْقُوفٌ عَلَى إِذْنِ الْمَوْلَى وَإِجَازَتِهِ، وَإِنَّمَا هُوَ فِي أَنَّ سُكُوتَهُ إِجَازَةٌ أَوَّلًا، وَلَعَلَّ الصَّوَابَ أَنَّ يُقَالُ: إِنَّ فِي ذَلِكَ ضَرَرًا مُتَحَقِّقًا لِلْمَوْلَى فَلَا يَكُونُ السُّكُوتُ إِذْنًا (ثُمَّ لَا فَرْقَ بَيْنَ أَنَّ يَبِيعَ عَيْنًا مَمْلُوكًا لِلْمَوْلَى أَوْ لِأَجْنَبِيٍّ بِإِذْنِهِ أَوْ بِغَيْرِ إِذْنِهِ يَبِيعَا صَحِيحًا أَوْ فَاسِدًا، لِأَنَّ كُلَّ مَنْ رَأَاهُ يَطْنُهُ مَأْذُونًا لَهُ فِيهَا فَيُعَاقِدُهُ فَيَتَضَرَّرُ بِهِ لَوْ لَمْ يَكُنْ مَأْذُونًا لَهُ. وَلَوْ لَمْ يَكُنْ الْمَوْلَى رَاضِيًا بِهِ لَمَنَعَهُ دَفْعًا لِلضَّرَرِ عَنْهُمْ) وَهَذَا الدَّلِيلُ كَمَا تَرَى لَا يُفَرِّقُ بَيْنَ شَيْءٍ وَشَيْءٍ مِنَ الْوُجُوهِ الْمَذْكُورَةِ: أَعْنِي أَنَّ يَبِيعَ عَيْنًا مَمْلُوكًا لِلْمَوْلَى الْخ.

قَالَ (وَإِذَا أَذِنَ الْمَوْلَى لِعَبْدِهِ فِي التَّجَارَةِ إِذْنًا عَامًّا جَازَ تَصَرُّفُهُ فِي سَائِرِ التَّجَارَاتِ) وَمَعْنَى هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ أَنْ يَقُولَ لَهُ أَذِنْتُ لَكَ فِي التَّجَارَةِ وَلَا يُقَيِّدُهُ. وَوَجْهُهُ أَنَّ التَّجَارَةَ اسْمٌ عَامٌّ يَتَنَاوَلُ الْجِنْسَ فَيَبِيعُ وَيَشْتَرِي مَا بَدَأَ لَهُ مِنْ أَنْوَاعِ الْأَعْيَانِ؛ لِأَنَّهُ أَصْلُ التَّجَارَةِ.

الشرح:

قَالَ (وَإِذَا أَذِنَ الْمَوْلَى لِعَبْدِهِ فِي التَّجَارَةِ) إِذَا قَالَ الْمَوْلَى لِعَبْدِهِ أَذِنْتُ لَكَ فِي التَّجَارَةِ وَلَمْ يُقَيِّدْ بِشَيْءٍ كَانَ إِذْنًا عَامًّا بِالتَّصَرُّفِ فِي جِنْسِ التَّجَارَةِ بِلاَ خِلافٍ، فَيَبِيعُ وَيَشْتَرِي مَا بَدَأَ لَهُ مِنْ أَنْوَاعِ الْأَعْيَانِ، لِأَنَّ التَّجَارَةَ اسْمٌ مُجْمَعٌ مُحَلَّى بِاللَّامِ فَكَانَ عَامًّا يَتَنَاوَلُ جَمِيعَ أَنْوَاعِ الْأَعْيَانِ، لِأَنَّهُ أَيْ يَبِيعُ الْأَعْيَانِ أَصْلُ التَّجَارَةِ، وَالْمَنَافِعُ لِكُونِهَا قَائِمَةً بِالْأَعْيَانِ أُلْحِقَتْ بِهَا

(وَلَوْ بَاعَ أَوْ اشْتَرَى بِالْغَبَنِ الْيَسِيرِ فَهُوَ جَائِزٌ) لِتَعَذُّرِ الْإِحْتِرَازِ عَنْهُ (وَكَذَا بِالْفَاحِشِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ خِلَافًا لِهَمَا) هُمَا يَقُولَانِ إِنَّ الْبَيْعَ بِالْفَاحِشِ مِنْهُ بِمَنْزِلَةِ التَّبَرُّعِ، حَتَّى أَعْتَبِرَ مِنَ الْمَرِيضِ مَنْ ثَلُثَ مَالَهُ فَلَا يَنْتَظِمُهُ الْإِذْنُ كَالْهَبَةِ. وَلَهُ أَنَّهُ تِجَارَةٌ وَالْعَبْدُ مُتَصَرِّفٌ بِأَهْلِيَّةٍ نَفْسِهِ فَصَارَ كَالْحُرِّ، وَعَلَى هَذَا الْخِلَافِ الصَّبِيُّ الْمَأْذُونُ.

الشرح:

(وَلَوْ بَاعَ بِغَبْنٍ يَسِيرٍ جَازَ) بِالْإِتِّفَاقِ (لِتَعَذُّرِ الْإِحْتِرَازِ عَنْهُ وَكَذَا بِالْفَاحِشِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ خِلَافًا لِهَمَا) قَالَا: الْبَيْعُ بِالْغَبَنِ الْفَاحِشِ خِلَافُ الْمَقْصُودِ، إِذْ الْمَقْصُودُ بِالْبَيْعِ الْاسْتِرْبَاحُ دُونَ الْإِثْلَافِ فَكَانَ بِمَنْزِلَةِ التَّبَرُّعِ، وَلِهَذَا أَعْتَبِرَ مِنَ الْمَرِيضِ مَنْ ثَلُثَ، وَمَا هُوَ خِلَافُ الْمَقْصُودِ لَا يَنْتَظِمُهُ الْإِذْنُ بِالْمَقْصُودِ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ الْبَيْعَ بِالْغَبَنِ الْفَاحِشِ تِجَارَةٌ يَمْلِكُهُ الْحُرُّ فَيَمْلِكُهُ الْعَبْدُ الْمَأْذُونُ لِأَنَّهُ بَعْدَ الْإِذْنِ كَالْحُرِّ يَتَصَرَّفُ بِأَهْلِيَّةٍ نَفْسِهِ كَمَا تَقَدَّمَ، وَأَعْتَبَارُهُ مِنَ الثُّلُثِ مِنَ الْمَرِيضِ لِحَقِّ الْغُرْمَاءِ وَالْوَرَثَةِ. وَذَلِكَ لَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ لَا يَنْفَعُ مِنَ الْمَأْذُونِ كَالْغَبَنِ الْيَسِيرِ فَإِنَّهُ يَصِحُّ مِنَ الْمَأْذُونِ بِالْإِتِّفَاقِ، وَفِي حَقِّ الْمَرِيضِ يُعْتَبَرُ مِنَ الثُّلُثِ، فَأَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ سَوَّى هَاهُنَا بَيْنَ الْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ فِي الْغَبَنِ الْفَاحِشِ، وَفَرَّقَ بَيْنَهُمَا فِي تَصَرُّفِ الْوَكِيلِ لِأَنَّ الْوَكِيلَ يَرْجِعُ عَلَى الْآمِرِ بِمَا يَلْحَقُهُ مِنَ الْعَهْدَةِ فَكَانَ الْوَكِيلُ فِي الشِّرَاءِ مَتَّهِمًا فِي أَنَّهُ اشْتَرَاهُ لِنَفْسِهِ، فَلَمَّا ظَهَرَ لَهُ الْعَيْبُ أَرَادَ أَنْ يُلْزِمَ الْآمِرَ، وَهَذَا لَا يُوْجَدُ فِي تَصَرُّفِ الْمَأْذُونِ لَمَّا مَرَّ أَنَّهُ لَا

يَرْجِعُ بِمَا يَلْحَقُهُ مِنَ الْعَهْدَةِ عَلَى أَحَدٍ فَكَانَ الْبَيْعُ وَالشِّرَاءُ فِي حَقِّهِ سَوَاءً (وَعَلَى هَذَا الْخِلَافِ الصَّيِّ) إِذَا أَدْنَى لَهُ أَبُوهُ فِي التَّجَارَةِ وَيَجُوزُ أَنْ يَبِيعَ وَيَشْتَرِيَ بِالْعَيْنِ الْيَسِيرِ بِالِاتِّفَاقِ وَبِالْفَاحِشِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ

(وَلَوْ حَابَى فِي مَرَضٍ مَوْتِهِ يُعْتَبَرُ مِنْ جَمِيعِ مَالِهِ إِذَا لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ دَيْنٌ وَإِنْ كَانَ فَمِنْ جَمِيعِ مَا بَقِيَ)؛ لِأَنَّ الْاِقْتِصَارَ فِي الْحُرِّ عَلَى الثُّلُثِ لِحَقِّ الْوَرَثَةِ وَلَا وَارِثَ لِلْعَبْدِ، وَإِنْ كَانَ الدَّيْنُ مُحِيطًا بِمَا فِي يَدِهِ يُقَالُ لِلْمُشْتَرِي أَدَّ جَمِيعَ الْمُحَابَاةِ وَإِلَّا فَارْدُدُ الْبَيْعَ كَمَا فِي الْحُرِّ.

الشرح:

(وَلَوْ حَابَى الْعَبْدَ الْمَأْذُونُ فِي مَرَضٍ مَوْتِهِ اعْتَبَرَ مُحَابَاةً مِنْ جَمِيعِ الْمَالِ إِذَا لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ دَيْنٌ) فَيَنْفَذُ وَإِنْ زَادَتْ عَلَى الثُّلُثِ (وَإِنْ كَانَ) عَلَيْهِ دَيْنٌ (فَمِنْ جَمِيعِ مَا بَقِيَ) يَعْنِي يُؤَدِّي ذِيَّتَهُ أَوَّلًا فَمَا بَقِيَ بَعْدَ قَضَاءِ الدَّيْنِ يَكُونُ كُلُّهُ مُحَابَاةً (لِأَنَّ الْاِقْتِصَارَ فِي الْحُرِّ عَلَى الثُّلُثِ لِحَقِّ الْوَرَثَةِ وَلَا وَارِثَ لِلْعَبْدِ). لَا يُقَالُ: الْمَوْلَى وَارِثٌ لِأَنَّهُ رَضِيَ بِالِادْنَى بِسُقُوطِ حَقِّهِ، وَهَذَا لَوْ أَسْقَطَ الْوَارِثُ حَقَّهُ فِي الثُّلُثَيْنِ لَنَفَذَ تَصَرُّفُ الْمَرِيضِ فِي الْكُلِّ (وَإِنْ كَانَ الدَّيْنُ مُحِيطًا بِمَالِهِ) تَبْطُلُ الْمُحَابَاةُ فَ (يُقَالُ لِلْمُشْتَرِي: أَدَّ جَمِيعَ الْمُحَابَاةِ وَإِلَّا فَارْدُدُ الْبَيْعَ كَمَا فِي الْحُرِّ) يَعْنِي إِذَا حَابَى فِي مَرَضٍ مَوْتِهِ (وَلَهُ أَنْ يُسَلِّمَ وَيَقْبَلَ السَّلَامَ)؛ لِأَنَّهُ تِجَارَةٌ.

الشرح:

(وَالْمَأْذُونُ أَنْ يَجْعَلَ نَفْسَهُ رَبُّ السَّلَامِ وَالْمُسْلِمَ إِلَيْهِ وَيُوكِّلُ بِالْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ، لِأَنَّ كُلَّ ذَلِكَ مِنْ صَنِيعِ التَّجَارِ وَهُوَ لَا يَتَفَرَّغُ بِنَفْسِهِ) فَجَازَ الْاِسْتِعَانَةُ بغيرِهِ (وَلَهُ أَنْ يُوكِّلَ بِالْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ)؛ لِأَنَّهُ قَدْ لَا يَتَفَرَّغُ بِنَفْسِهِ. قَالَ (وَيَرْهَنُ وَيُرْتَهَنُ)؛ لِأَنَّهُمَا مِنْ تَوَابِعِ التَّجَارَةِ فَإِنَّهُ إِيفَاءٌ وَاسْتِيفَاءٌ.

الشرح:

(وَيَجُوزُ لَهُ أَنْ يَرْهَنَ وَيُرْتَهَنَ لِأَنَّهُمَا إِيفَاءٌ وَاسْتِيفَاءُهُمَا مِنْ تَوَابِعِ التَّجَارَةِ) (وَيَمْلِكُ أَنْ يَقْبَلَ الْأَرْضَ وَيَسْتَاجِرَ الْأَجْرَاءَ وَالْبُيُوتَ)؛ لِأَنَّ كُلَّ ذَلِكَ مِنْ صَنِيعِ التَّجَارِ.

الشرح:

(وَيَمْلِكُ أَنْ يَقْبَلَ الْأَرْضَ) أَيِ يَسْتَأْجِرَهَا (وَيَسْتَأْجِرُ الْأَجْرَاءَ وَالْبُيُوتَ لِأَنَّ كُلَّ ذَلِكَ مِنْ صَنِيعِ الثَّجَارِ).

(وَيَأْخُذُ الْأَرْضَ مُزَارَعَةً)؛ لِأَنَّ فِيهِ تَحْصِيلَ الرَّبْحِ.

الشرح:

(وَيَأْخُذُ الْأَرْضَ مُزَارَعَةً لِأَنَّ فِيهِ تَحْصِيلَ الرَّبْحِ) لِأَنَّهُ إِنْ كَانَ الْبَذْرُ مِنْ قَبْلِهِ فَهُوَ مُسْتَأْجِرٌ لِلْأَرْضِ بِنِصْفِ الْخَارِجِ، وَذَلِكَ أَثْفَعُ مِنَ الْاسْتِجَارِ بِالدَّرَاهِمِ، لِأَنَّهُ إِذَا لَمْ يَحْصُلْ خَارِجٌ لَا يَلْزِمُهُ شَيْءٌ بِخِلَافِ الْاسْتِجَارِ بِالدَّرَاهِمِ، وَإِنْ كَانَ الْبَذْرُ مِنْ قَبْلِ صَاحِبِ الْأَرْضِ فَهُوَ آجِرٌ نَفْسَهُ مِنْ رَبِّ الْأَرْضِ لِعَمَلِ الزَّرَاعَةِ بِنِصْفِ الْخَارِجِ، وَلَوْ آجَرَ نَفْسَهُ بِالدَّرَاهِمِ جَارَ كَمَا سَيَجِيءُ فَكَذَا هَذَا

(وَيَشْتَرِي طَعَامًا فَيَزْرَعُهُ فِي أَرْضِهِ)؛ لِأَنَّهُ يَقْصِدُ بِهِ الرَّبْحَ قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «الزَّارِعُ يُتَأَجَّرُ رَبَّهُ»^(١).

الشرح:

(وَلَهُ أَنْ يَشْتَرِيَ طَعَامًا فَيَزْرَعَهُ فِي أَرْضِهِ لِأَنَّهُ يَقْصِدُ بِهِ الرَّبْحَ، قَالَ ﷺ: «الزَّارِعُ يُتَأَجَّرُ رَبَّهُ»)

(وَلَهُ أَنْ يُشَارِكَ شَرِكَةً عِنَانٍ وَيُدْفَعَ الْمَالُ مُضَارَبَةً وَيَأْخُذُهَا)؛ لِأَنَّهُ مِنْ عَادَةِ

الثَّجَارِ.**الشرح:**

(وَلَهُ أَنْ يُشَارِكَ شَرِكَةً عِنَانٍ) وَلَيْسَ أَنْ يُشَارِكَ شَرِكَةً مُفَاوَضَةً لِأَنَّهَا تَنْعَقِدُ عَلَى الْوَكَالَةِ وَالْكَفَالَةِ وَلَا تَدْخُلُ تَحْتَ الْإِذْنِ، فَلَوْ فَعَلَ ذَلِكَ كَانَتْ عِنَانًا لِأَنَّ فِي الْمُفَاوَضَةِ عِنَانًا وَزِيَادَةً فَصَحَّتْ بِقَدْرِ مَا يَمْلِكُهُ الْمَأْذُونُ وَهُوَ الْوَكَالَةُ (وَيُدْفَعُ الْمَالُ مُضَارَبَةً وَيَأْخُذُهَا لِأَنَّهُ مِنْ عَادَةِ الثَّجَارَةِ)

(وَلَهُ أَنْ يُؤَاجِرَ نَفْسَهُ عِنْدَنَا) خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ وَهُوَ يَقُولُ: لَا يَمْلِكُ الْعَقْدَ عَلَى نَفْسِهِ

(١) قال الزيلعي في نصب الراية (٣٩٩/٤): غريب جدا.

فَكَذَا عَلَى مَنَافِعِهَا؛ لِأَنَّهَا تَابِعَةٌ لَهَا. وَلَنَا أَنْ نَفْسَهُ رَأْسُ مَالِهِ فَيَمْلِكُ التَّصَرُّفَ فِيهِ، إِلَّا إِذَا كَانَ يَتَضَمَّنُ إِبْطَالَ الْإِذْنِ كَالْبَيْعِ؛ لِأَنَّهُ يَنْحَجِرُ بِهِ، وَالرَّهْنُ؛ لِأَنَّهُ يُحْبَسُ بِهِ فَلَا يَحْصُلُ مَقْصُودُ الْمَوْلَى. أَمَّا الْإِجَارَةُ فَلَا يَنْحَجِرُ بِهِ وَيَحْصُلُ بِهِ الْمَقْصُودُ وَهُوَ الرَّبْحُ فَيَمْلِكُهُ.

الشرح:

(وَلَهُ أَنْ يُؤَاجِرَ نَفْسَهُ عِنْدَنَا خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ) فِي أَحَدِ قَوْلَيْهِ (لَأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ الْعَقْدَ عَلَى نَفْسِهِ) لِكَوْنِهِ نَائِبًا عَنْ مَوْلَاهُ فِي التَّصَرُّفِ فِي كَسْبِهِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَا يَمْلِكُ بَيْعَ نَفْسِهِ وَلَا رَهْنَهَا بِدَيْنٍ عَلَيْهِ (فَكَذَا عَلَى مَنَافِعِهَا لِأَنَّهَا تَابِعَةٌ لَهَا. وَلَنَا أَنْ نَفْسَهُ رَأْسُ مَالِهِ) لِأَنَّ الْمَوْلَى أَذِنَ لَهُ بِالْاِكْتِسَابِ وَلَمْ يَدْفَعْ إِلَيْهِ مَالًا (و) مَا هُوَ رَأْسُ الْمَالِ الْمَأْذُونُ لَهُ بِالْاِكْتِسَابِ (يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ فِيهِ) ضَرُورَةً، وَالْمَأْذُونُ يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ فِي نَفْسِهِ، وَالتَّصَرُّفُ فِيهَا إِمَّا أَنْ يَكُونَ مِنْ حَيْثُ ذَاتُهَا بِالْبَيْعِ وَالْهَبَةِ وَالرَّهْنِ أَوْ مِنْ حَيْثُ مَنَافِعُهَا، لَا جَائِزٌ أَنْ يَكُونَ مِنْ حَيْثُ ذَاتُهَا لِأَنَّهُ لَا يَعُودُ عَلَى مَوْضُوعِهِ بِالنَّقْضِ فَإِنَّهُ مَا أَذِنَ لَهُ إِلَّا لِلرَّيْبِ، فَلَوْ جَوَّزْنَا التَّصَرُّفَ مِنْ حَيْثُ الذَّاتُ أَفْضَى إِلَى عَدَمِ الرَّيْبِ، فَمَا فَرَضْنَاهُ لِلرَّيْبِ لَمْ يَكُنْ لِلرَّيْبِ هَذَا خُلْفٌ بَاطِلٌ، فَتَعَيَّنَ أَنْ يَكُونَ مِنْ حَيْثُ الْمَنَافِعُ وَهُوَ الْمَقْصُودُ.

قَالَ (فَإِنْ أَذِنَ لَهُ فِي نَوْعٍ مِنْهَا دُونَ غَيْرِهِ فَهُوَ مَأْذُونٌ فِي جَمِيعِهَا) وَقَالَ زُهْرٌ وَالشَّافِعِيُّ؛ لَا يَكُونُ مَأْذُونًا إِلَّا فِي ذَلِكَ النَّوعِ، وَعَلَى هَذَا الْخِلَافِ إِذَا نَهَاهُ عَنِ التَّصَرُّفِ فِي نَوْعٍ آخَرَ. لَهُمَا أَنَّ الْإِذْنَ تَوْكِيلٌ وَإِنَابَةٌ مِنَ الْمَوْلَى؛ لِأَنَّهُ يَسْتَفِيدُ الْوِلَايَةَ مِنْ جِهَتِهِ وَيَتَبَيَّنُ الْحُكْمُ وَهُوَ الْمِلْكُ لَهُ دُونَ الْعَبْدِ، وَلِهَذَا يَمْلِكُ حَجْرَهُ فَيَتَخَصَّصُ بِمَا خَصَّهُ بِهِ كَالْمُضَارِبِ. وَلَنَا أَنَّهُ إِسْقَاطُ الْحَقِّ وَفَكَ الْحَجْرُ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ، وَعِنْدَ ذَلِكَ تَطْهَرُ مَالِكِيَّةُ الْعَبْدِ فَلَا يَتَخَصَّصُ بِنَوْعٍ دُونَ نَوْعٍ، بِخِلَافِ الْوَكِيلِ؛ لِأَنَّهُ يَتَصَرَّفُ فِي مَالٍ غَيْرِهِ فَيَتَبَيَّنُ لَهُ الْوِلَايَةُ مِنْ جِهَتِهِ، وَحُكْمُ التَّصَرُّفِ وَهُوَ الْمِلْكُ وَاقَعَ لِلْعَبْدِ حَتَّى كَانَ لَهُ أَنْ يَصْرِفَهُ إِلَى قَضَاءِ الدِّينِ وَالتَّنْفِقِ، وَمَا اسْتَغْنَى عَنْهُ يَخْلُفُهُ الْمَالِكُ فِيهِ.

الشرح:

قَالَ (فَإِنْ أَذِنَ لَهُ فِي نَوْعٍ مِنْهَا دُونَ غَيْرِهِ) قَدْ تَقَدَّمَ أَنَّ الْإِذْنَ عِنْدَنَا فَكُ الْحَجْرِ وَإِسْقَاطِ الْحَقِّ، وَعِنْدَ زُهْرٍ وَالشَّافِعِيِّ رَحِمَهُمَا اللَّهُ أَنَّهُ تَوْكِيلٌ وَإِنَابَةٌ، وَعَلَى ذَلِكَ تَنْبَيُّ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ، وَهِيَ أَنَّهُ إِذَا أَذِنَ لَهُ فِي نَوْعٍ مِنَ التَّجَارَةِ كَالْبَزِّ مِثْلًا دُونَ غَيْرِهِ (كَانَ

مَأْذُونًا لَهُ فِي جَمِيعِ أَنْوَاعِهَا عِنْدَنَا وَعِنْدَهُمَا فِي ذَلِكَ النَّوعِ خَاصَّةً، وَكَذَا لَوْ كَانَ أَذِنَ لَهُ إِذْنًا عَامًّا ثُمَّ نَهَاهُ عَنْ نَوْعٍ قَالَ: الإِذْنُ تَوْكِيلٌ وَإِنَابَةٌ مِنَ الْمَوْلَى لِأَنَّهُ يَسْتَفِيدُ الْوِلَايَةَ مِنْ جِهَتِهِ وَالْمِلْكُ وَهُوَ الْحُكْمُ يَثْبُتُ لَهُ) أَيُّ لِلْمَوْلَى (دُونَ الْعَبْدِ وَلِهَذَا يَمْلِكُ حَجْرَهُ فَيَتَخَصَّصُ الإِذْنَ بِمَا خَصَّهُ بِهِ كَالْمُضَارِبِ) إِذَا قَالَ لَهُ رَبُّ الْمَالِ اعْمَلْ مُضَارَبَةً فِي الْبَرِّ مَثَلًا (وَلَنَا أَنَّ الإِذْنَ بِإِسْقَاطِ الْحَقِّ وَفَكِّ الْحَجْرِ عَلَى مَا يَنْتَاهُ) فِي أَوَّلِ كِتَابِ الْمَأْذُونِ (وَعِنْدَ ذَلِكَ تَظْهَرُ مَالِكِيَّةُ الْعَبْدِ فَلَا يَتَخَصَّصُ بِنَوْعٍ دُونَ نَوْعٍ) لَكُونَ التَّخْصِصُ إِذَا ذَاكَ تَصَرُّفًا فِي مِلْكِ الْغَيْرِ وَهُوَ لَا يَجُوزُ. وَتَوْقُضُ بِالِإِذْنِ فِي النِّكَاحِ فَإِنَّهُ فَكُّ الْحَجْرِ وَإِسْقَاطُ الْحَقِّ، وَإِذَا أَذِنَ لِلْعَبْدِ أَنْ يَتَزَوَّجَ فَلَا تَلْسَ لَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَ غَيْرَهَا.

وَأُجِيبَ بِأَنَّ الإِذْنَ فِيهِ تَصَرُّفٌ فِي مِلْكِ نَفْسِهِ لَا فِي مِلْكِ الْغَيْرِ، لِأَنَّ النِّكَاحَ تَصَرُّفٌ مَمْلُوكٌ لِلْمَوْلَى لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ إِلَّا بِوَلِيٍّ، وَالرَّقُّ أَخْرَجَ الْعَبْدَ مِنْ أَهْلِيَّةِ الْوِلَايَةِ عَلَى نَفْسِهِ فَكَانَتْ الْوِلَايَةُ لِلْمَوْلَى، وَلِهَذَا جَازَ أَنْ يُجْبِرَهُ عَلَيْهِ فَكَانَ الْعَبْدُ كَالْوَكِيلِ وَالتَّائِبِ عَنِ مَوْلَاهُ فَيَتَخَصَّصُ بِمَا خَصَّهُ بِهِ مِنَ التَّصَرُّفِ.

فَإِنْ قِيلَ: قَدْ تَقَدَّمَ أَنَّ الضَّرَرَ الْلاحِقَ بِالْمَوْلَى يَمْنَعُ الإِذْنَ وَقَدْ يَتَضَرَّرُ الْمَوْلَى بِغَيْرِ مَا خَصَّهُ بِهِ مِنَ التَّصَرُّفِ لِحَوَازِ أَنْ يَكُونَ الْعَبْدُ عَالِمًا بِالتَّجَارَةِ فِي الْبَرِّ دُونَ الْخَرْ. أُجِيبَ بِأَنَّهُ ضَرَرٌ غَيْرٌ مُتَحَقِّقٍ، وَلَكِنْ كَانَ فَلَهُ مَدْفَعٌ وَهُوَ التَّوَكُّيلُ بِهِ، عَلَى أَنْ جَوَّازَ التَّصَرُّفِ بِالْعَبْدِ الْفَاحِشِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله يَدْفَعُ ذَلِكَ، وَبِالْجُمْلَةِ إِذَا ثَبَتَ بِالدَّلِيلِ أَنَّهُ يَتَصَرَّفُ بِأَهْلِيَّتِهِ وَمَالِكِيَّتِهِ فَلَيْسَ السُّؤَالُ وَارِدًا (قَوْلُهُ بِخِلَافِ الْوَكِيلِ) يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ جَوَابًا عَنْ قَوْلِهِ كَالْمُضَارِبِ، لِأَنَّ الْمُضَارِبَ وَكِيلَ وَالْوَكِيلُ يَسْتَفِيدُ الْوِلَايَةَ مِنْ جِهَتِهِ لِأَنَّهُ يَتَصَرَّفُ فِي مَالِ غَيْرِهِ.

وَقَوْلُهُ (وَحُكْمُ التَّصَرُّفِ) جَوَابٌ لِقَوْلِهِ وَيَثْبُتُ الْحُكْمُ لِلْمَوْلَى وَهُوَ مُمَانَعَةٌ بِالسَّنَدِ: أَيُّ لَا يُسَلَّمُ أَنَّ حُكْمَ التَّصَرُّفِ وَهُوَ الْمِلْكُ وَاقِعٌ لِلْمَوْلَى، بَلْ هُوَ وَاقِعٌ لِلْعَبْدِ حَتَّى كَانَ لَهُ أَنْ يَصْرِفَهُ إِلَى قَضَاءِ الدَّيْنِ وَالتَّفَقُّعِ بِغَيْرِ إِذْنِ الْمَوْلَى، وَمَا اسْتَعْنَى عَنْهُ يَخْلُفُهُ الْمَالِكُ فِيهِ، وَمَوْضِعُهُ أَصُولُ الْفِقْهِ.

قَالَ (وَإِنْ أَذِنَ لَهُ فِي شَيْءٍ بَعَيْنِهِ فَلَيْسَ بِمَأْذُونٍ)؛ لِأَنَّهُ اسْتِخْدَامٌ، وَمَعْنَاهُ أَنْ يَأْمُرَهُ بِشِرَاءِ ثَوْبٍ مُعَيَّنٍ لِلْكِسْوَةِ أَوْ طَعَامٍ رِزْقًا لِأَهْلِهِ، وَهَذَا؛ لِأَنَّهُ لَوْ صَارَ مَأْذُونًا يَنْسُدُ عَلَيْهِ بَابُ

الاستخدام، بخلاف ما إذا قال: أد إلي الغلة كل شهر كذا، أو قال أد إلي ألفا وأنت حر؛ لأنه طلب منه المال ولا يحصل إلا بالكسب، أو قال له أقعد صباغا أو قصارا؛ لأنه أدن بشراء ما لا بد له منه وهو نوع فيصير مأذونا في الأنواع.

الشرح:

قال (وإن أدن له في شيء بعينه) إذا أدن المولى في شيء بعينه مثل أن يقول: اشتر هذه الثوب بعينه أو ثوبا للكسوة أو طعاما رزقا للأهل لم يكن مأذونا، وهذا يفيد أن التخصيص قد يكون مفيدا إذا كان المراد به الاستخدام، لأنه لو جعل ذلك أدنا لانسد باب الاستخدام لإفضائه إلى أن من أمر عبده بشراء بقل بفلسين كان مأذونا يصح إقراره بدينون تستغرق رقبته ويؤخذ بها في الحال، فلا يستجري أحد على استخدام عبده فيما اشتدت إليه حاجته لأن غالب استعمال العبد في شراء الأشياء الحرة فلا بد من حد فاصل بين الاستخدام والإذن بالتجارة. وهو أنه إن أدن بتصرف يتكرر صريحا مثل أن يقول اشتر لي ثوبا وبعة، أو قال بع هذا الثوب واشتر بثمانه أو دلالة كما إذا قال أد إلي الغلة كل شهر، أو أد إلي ألفا وأنت حر، فإنه طلب منه المال وهو لا يحصل إلا بالتكسب، فهو دلالة التكرار، أو قال أقعد صباغا أو قصارا، لأنه أدن بشراء ما لا بد له منه دلالة وهو نوع من الأنواع يتكرر بتكرار العمل المذكور كان ذلك إدنا، وإن أدن بتصرف غير مكرر كطعام أهله وكسوتهم لا يكون إدنا. وتوقض بما إذا غصب العبد متاعا وأمره مولاه ببيعه فإنه إذن في التجارة وليس الأمر بعقد مكرر. والجواب أنه أمر بالعقد المكرر دلالة، وذلك لأن تخصيصه ببيع المعصوب باطل لعدم ولايته عليه، والإذن قد صدر منه صريحا، فإذا بطل التقييد ظهر الإطلاق، وكلام المصنف رحمه الله يشير إلى أن الفاصل هو التصرف النوعي والشخصي، والإذن بالأول دون الثاني فتأمل.

قال (وإقرار المأذون بالدينون والغصوب جائز وكذا بالودائع)؛ لأن الإقرار من توابع التجارة، إذ لو لم يصح لاجتناب الناس مباحته ومعاملته، ولا فرق بين ما إذا كان عليه دين أو لم يكن إذا كان الإقرار في صحته، فإن كان في مرضه يقدم دين الصحة كما في الحر، بخلاف الإقرار بما يجب من المال لا بسبب التجارة؛ لأنه كالمحجور في حقه.

الشرح:

قَالَ (وَإِقْرَارُ الْمَادُّونِ بِالذُّيُونِ وَالْعُصُوبِ جَائِزٌ) إِقْرَارُ الْمَادُّونِ لَهُ بِالذُّيُونِ وَالْعُصُوبِ وَالْوَدَائِعِ جَائِزٌ (لَأَنَّ الْإِقْرَارَ بِهَا مِنْ تَوَابِعِ التَّجَارَةِ أَمَّا بِالذُّيُونِ وَالْوَدَائِعِ فَظَاهِرٌ)، فَإِنَّ الْبَائِعَ قَدْ لَا يَقْبِضُ الثَّمَنَ فَيَكُونُ ذَيْنَا أَوْ يَقْبِضُ فَيُودِعُ عِنْدَهُ، وَأَمَّا بِالْعُصُوبِ فَلَأَنَّ الْعَصَبَ يُوجِبُ الْمَلِكَ عِنْدَ أَدَاءِ الضَّمَانِ، فَالضَّمَانُ الْوَاجِبُ بِهِ مِنْ جِنْسِ التَّجَارَةِ، وَمَنْ مَلَكَ التَّجَارَةَ مَلَكَ تَوَابِعَهَا لِأَنَّهُ لَوْ لَمْ يَمْلِكْهَا لَأَدَّى ذَلِكَ إِلَى انْتِفَاءِ التَّجَارَةِ، فَإِنَّ النَّاسَ إِذَا عَلِمُوا أَنَّ إِقْرَارَهُ غَيْرُ صَحِيحٍ اجْتَنَبُوا عَنْ مُبَايَعَتِهِ وَمُعَامَلَتِهِ (وَلَا فَرْقَ فِي صِحَّتِهِ مَا إِذَا كَانَ عَلَيْهِ ذَيْنٌ أَوْ لَمْ يَكُنْ إِذَا كَانَ الْإِقْرَارُ فِي صِحَّتِهِ، فَإِنْ كَانَ فِي مَرَضِهِ يُقَدَّمُ ذَيْنُ الصَّحَّةِ كَمَا فِي الْحُرِّ) وَالْجَامِعُ تَعَلُّقُ حَقِّ الْغُرَمَاءِ بِمَا فِي أَيْدِيهِمَا مِنَ الْمَالِ وَالْكَسْبِ (بِخِلَافِ الْإِقْرَارِ بِمَا لَيْسَ مِنْ تَوَابِعِ التَّجَارَةِ) كَمَا لَوْ أَقْرَأَهُ وَطَى جَارِيَةً هَذَا الرَّجُلُ بِنِكَاحٍ بغيرِ إِذْنِ مَوْلَاهُ فَافْتَضَّهَا فَإِنَّهُ لَمْ يُصَدَّقْ فِيهِ (لَأَنَّهُ كَالْمَحْجُورِ فِي حَقِّهِ) وَكَذَا لَوْ أَقْرَأَ بِجِنَايَةٍ عَلَى حُرٍّ أَوْ عَبْدٍ أَوْ مَهْرٍ وَجَبَ عَلَيْهِ بِنِكَاحٍ صَحِيحٍ أَوْ فَاسِدٍ أَوْ شُبْهَةٍ فَإِقْرَارُهُ بَاطِلٌ، وَلَا يُؤَاخَذُ بِهِ حَتَّى يُعْتَقَ، لِأَنَّ فَكَّ الْحَجَرِ إِنَّمَا يَظْهَرُ فِي حَقِّ التَّجَارَةِ، فَمَا لَيْسَ مِنْ بَابِ التَّجَارَةِ لَمْ يَظْهَرْ فِي حَقِّهِ فَكَانَ إِقْرَارُهُ كإِقْرَارِ الْمَحْجُورِ.

قَالَ (وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَ)؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِتَّجَارَةٍ.

الشرح:

قَالَ (وَلَيْسَ لِلْمَادُّونِ أَنْ يَتَزَوَّجَ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِتَّجَارَةٍ).

قَالَ (وَلَا يَتَزَوَّجُ مَمَالِيكُهُ) وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: يُزَوِّجُ الْأُمَةَ؛ لِأَنَّهُ تَحْصِيلُ الْمَالِ بِمَنَافِعِهَا فَأَشْبَهَ إِجَارَتَهَا. وَلَهُمَا أَنْ الْإِذْنَ يَتَضَمَّنُ التَّجَارَةَ وَهَذَا لَيْسَ بِتَّجَارَةٍ، وَلِهَذَا لَا يَمْلِكُ تَزْوِيجُ الْعَبْدِ، وَعَلَى هَذَا الْخِلَافِ الصَّبِيُّ الْمَادُّونِ وَالْمُضَارِبُ وَالشَّرِيكَ شَرِكَةً عِنَانٍ وَالْأَبِ وَالْوَصِيِّ.

الشرح:

قَالَ: (وَلَا يَتَزَوَّجُ مَمَالِيكُهُ) لِذَلِكَ (وَجَوَّزَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ تَزْوِيجَ الْإِمَاءِ لِأَنَّهُ تَحْصِيلُ الْمَالِ) وَهُوَ الْمَقْصُودُ بِالْإِذْنِ (فَكَانَ كَالْإِجَارَةِ، وَقَالَا: الْإِذْنُ تَضَمَّنُ التَّجَارَةَ

وَهَذَا لَيْسَ بِتِجَارَةٍ وَمَعْنَاهُ سَلَّمْنَا أَنَّ الْإِذْنَ لِتَحْصِيلِ الْمَالِ لَكِنْ لَا مُطْلَقًا بَلْ عَلَى وَجْهِ
يَكُونُ مِنْ صَنِيعِ التُّجَّارِ، وَإِنْكَاحُ الْأَمَةِ لَيْسَ مِنْ ذَلِكَ، وَقَوْلُهُ (وَلِهَذَا لَا يَمْلِكُ تَزْوِيجُ
الْعَبْدِ) تَوْضِيحٌ لَيْسَ بِوَاضِحٍ لِعَرَائِهِ عَنْ تَحْصِيلِ الْمَالِ بِالْكُلْيَةِ، بَلْ فِيهِ تَعْيِيبُ الْعَبْدِ وَشُغْلُ
رَقَبَتِهِ بِالْمَهْرِ بِلَا مَنَفْعَةٍ (قَوْلُهُ وَعَلَى هَذَا الْخِلَافِ الصَّبِيُّ الْمَأْذُونُ وَالْمُضَارِبُ وَالشَّرِيكُ
شَرِكَةُ عَنَانَ وَالْأَبُ وَالْوَصِيُّ) يَعْنِي أَنَّ هَؤُلَاءِ لَا يَمْلِكُونَ تَزْوِيجَ الْعَبْدِ بِالْإِتْفَاقِ، وَلَا
تَزْوِيجَ الْأَمَةِ عِنْدَهُمَا خِلَافًا لِأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمُ اللَّهُ.

قَالَ فِي النَّهَائَةِ: فِي هَذِهِ الرُّوَايَةِ نَظَرٌ، لِأَنَّهُ ذَكَرَ قَبْلَ هَذَا فِي كِتَابِ الْمَكَاتِبِ مِنْ
هَذَا الْكِتَابِ أَنَّ لَهُمَا: يَعْنِي الْأَبُ وَالْوَصِيُّ أَنْ يُزَوِّجَا أَمَةً الصَّغِيرَ بِلَا خِلَافٍ، حَيْثُ
جُعِلَ الْأَبُ وَالْوَصِيُّ هُنَاكَ فِي رَقِيقِ الصَّغِيرِ بِمَنْزِلَةِ الْمَكَاتِبِ، وَلِلْمَكَاتِبِ أَنْ يُزَوِّجَ أُمَّتَهُ
لِأَنَّهُ اكْتِسَابٌ لِاسْتِفَادَتِهِ الْمَهْرَ.

قَالَ: وَمَا ذَكَرَهُ فِي الْمَكَاتِبِ أَصَحُّ لِأَنَّهُ مُوَافِقٌ لِعَامَّةِ الرُّوَايَاتِ مِنْ رِوَايَةِ الْمَبْسُوطِ
وَالْتَّمَةِ وَمُخْتَصَرِ الْكَافِي وَأَحْكَامِ الصَّفَّارِ. وَقَالَ بَعْضُ الشَّارِحِينَ: يُحْمَلُ عَلَى أَنَّ فِي
الْمَسْأَلَةِ رَوَاتَيْنِ.

قَالَ (وَلَا يُكَاتِبُ)؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِتِجَارَةٍ، إِذْ هِيَ مُبَادَلَةُ الْمَالِ بِالْمَالِ، وَالْبَدَلُ فِيهِ مُقَابَلٌ
بِفَكِّ الْحَجَرِ فَلَمْ يَكُنْ تِجَارَةً (إِلَّا أَنْ يُحْجِزَهُ الْمَوْلَى وَلَا دِينَ عَلَيْهِ)؛ لِأَنَّ الْمَوْلَى قَدْ مَلَكَهُ
وَيَصِيرُ الْعَبْدُ نَائِبًا عَنْهُ وَتَرْجِعُ الْحُقُوقُ إِلَى الْمَوْلَى؛ لِأَنَّ الْوَكِيلَ فِي الْكِتَابَةِ سَفِيرٌ.

الشرح:

قَالَ (وَلَا يُكَاتِبُ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِتِجَارَةٍ) وَلَا يَجُوزُ لِلْمَأْذُونِ أَنْ يُكَاتِبَ لِأَنَّهُ يَتَضَمَّنُ
التَّجَارَةَ، وَهَذَا لَيْسَ بِتِجَارَةٍ (لِأَنَّ التَّجَارَةَ مُبَادَلَةُ الْمَالِ بِالْمَالِ، وَالْبَدَلُ) وَإِنْ كَانَ مَالًا
(لَكِنَّهُ مُقَابَلٌ بِفَكِّ الْحَجَرِ) وَهُوَ لَيْسَ بِمَالٍ (فَلَمْ يَكُنْ تِجَارَةً إِلَّا أَنْ يُحْجِزَهُ الْمَوْلَى وَلَا
دِينَ عَلَيْهِ) لِأَنَّ هَذَا عَقْدٌ لَهُ مُجِيزٌ حَالٌ وَقُوعُهُ فَيَتَوَقَّفُ عَلَى الْإِجَازَةِ فَتَكُونُ الْإِجَازَةُ فِي
الْإِنْتِهَاءِ كَالْإِذْنِ فِي الْإِبْتِدَاءِ، وَيَبَيَّنُهُ مَا قَالَهُ (لِأَنَّ الْمَوْلَى قَدْ مَلَكَهُ) لِأَنَّ كَسْبَ الْعَبْدِ
الْمَأْذُونِ خَالِصٌ لِمَلِكِ الْمَوْلَى وَالْمَوْلَى يَمْلِكُ فِيهِ مُبَاشَرَةً الْكِتَابَةُ فَيَمْلِكُ الْإِجَازَةَ وَيَصِيرُ
الْعَبْدُ نَائِبًا عَنِ الْمَوْلَى وَتَرْجِعُ الْحُقُوقُ وَهِيَ مُطَالَبَةُ بَدَلِ الْكِتَابَةِ وَالْفَسْخُ عِنْدَ الْعَجْزِ
وَبُتُوتِ الْوَلَاءِ بَعْدَ الْعِتْقِ (إِلَى الْمَوْلَى لِأَنَّ الْوَكِيلَ فِي الْكِتَابَةِ سَفِيرٌ) لِكُونِهَا إِسْقَاطًا فَكَانَ

قَبْضُ الْبَدَلِ إِلَى مَنْ تَفَدَّ الْعَقْدُ مِنْ جِهَتِهِ.

وَلَقَائِلُ أَنْ يَقُولَ: الْوَكِيلُ سَوَاءٌ كَانَ سَفِيرًا أَوْ لَا إِذَا عَقَدَ الْعَقْدَ لَا يَحْتَاجُ إِلَى إِجَازَةٍ وَهَاهُنَا لَيْسَ كَذَلِكَ. وَيُمْكِنُ أَنْ يُجَابَ عَنْهُ بِإِثْبَاتِ الْوَكَالَةِ بِطَرِيقِ الْإِنْقِلَابِ، وَإِنَّمَا قَالَ وَلَا ذَيْنَ عَلَيْهِ لِأَنَّهُ لَوْ كَانَ عَلَيْهِ ذَيْنَ قَلِيلًا كَانَ أَوْ كَثِيرًا بَطَلَتْ كِتَابَتُهُ وَإِنْ أَجَازَهُ الْمَوْلَى لِأَنَّ الْمَوْلَى بِالْإِجَازَةِ يُخْرِجُ الْمُكَاتَّبَ مِنْ أَنْ يَكُونَ كَسْبًا لِلْعَبْدِ، وَقِيَامُ الدَّيْنِ يَمْنَعُ الْمَوْلَى مِنْ ذَلِكَ قَلَّ الدَّيْنُ أَوْ كَثُرَ

قَالَ (وَلَا يُعْتَقُ عَلَى مَالٍ)؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ الْكِتَابَةُ فَالْإِعْتَاقُ أَوْلَى.

الشرح:

(وَلَا يُعْتَقُ عَلَى مَالٍ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ الْكِتَابَةُ) وَالْمُكَاتَّبُ عَبْدٌ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ دِرْهَمٌ (فَالْإِعْتَاقُ أَوْلَى) وَهَذَا إِذَا لَمْ يُجْزَ الْمَوْلَى، فَإِنْ أَجَازَ وَلَا ذَيْنَ عَلَيْهِ جَازَ لِأَنَّهُ يَمْلِكُ إِشْأَاءَ الْعَقْدِ فَيَمْلِكُ الْإِجَازَةَ وَقَبْضُ الْمَالِ إِلَى الْمَوْلَى دُونَ الْعَبْدِ، وَكَذَا إِذَا كَانَ عَلَيْهِ ذَيْنَ عِنْدَهُمَا لَكِنْ يَضْمَنُ قِيمَةَ الْعَبْدِ لِلْغُرَمَاءِ لِأَنَّهُ لَوْ أَشْأَ الْعَقْدَ جَازَ وَيَضْمَنُ الْقِيمَةَ فَكَذَا إِذَا أَجَازَ وَلَا سَبِيلَ لِلْغُرَمَاءِ عَلَى الْعَوَضِ، لِأَنَّ مَا يُؤَدِّيهِ (كَسْبُ الْحُرِّ وَلَا حَقٌّ لَهُمْ فِي كَسْبِ الْحُرِّ)، بِخِلَافِ بَدَلِ الْكِتَابَةِ فَإِنَّهُ يُؤَدَّى فِي حَالِ الرُّقِّ فَتَعَلَّقَ بِهِ حَقُّهُمْ.

(وَلَا يَقْرِضُ)؛ لِأَنَّهُ تَبَرُّعٌ مَحْضٌ كَالْهَبَةِ.

الشرح:

(وَلَا يَقْرِضُ)

(وَلَا يَهَبُ بِعَوَضٍ وَلَا بِغَيْرِ عَوَضٍ، وَكَذَا لَا يَتَصَدَّقُ)؛ لِأَنَّ كُلَّ ذَلِكَ تَبَرُّعٌ بِصَرِيحِهِ ابْتِدَاءً وَانْتِهَاءً أَوْ ابْتِدَاءً فَلَا يَدْخُلُ تَحْتَ الْإِذْنِ بِالتَّجَارَةِ. قَالَ (إِلَّا أَنْ يُهْدِيَ الْيَسِيرَ مِنَ الطَّعَامِ أَوْ يُضَيِّفَ مَنْ يُطْعِمُهُ)؛ لِأَنَّهُ مِنْ ضَرُورَاتِ التَّجَارَةِ اسْتِجْلَابًا لِقُلُوبِ الْمَجَاهِزِينَ، بِخِلَافِ الْمَحْجُورِ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ لَا إِذْنَ لَهُ أَصْلًا فَكَيْفَ يَثْبُتَ مَا هُوَ مِنْ ضَرُورَاتِهِ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّ الْمَحْجُورَ عَلَيْهِ إِذَا أَعْطَاهُ الْمَوْلَى قُوتَ يَوْمِهِ فَدَعَا بَعْضَ رُفَقَائِهِ عَلَى ذَلِكَ الطَّعَامِ فَلَا بَأْسَ بِهِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا أَعْطَاهُ قُوتَ شَهْرٍ؛ لِأَنَّهُمْ لَوْ أَكَلُوهُ قَبْلَ الشَّهْرِ يَتَضَرَّرُ بِهِ الْمَوْلَى. قَالُوا: وَلَا بَأْسَ لِلْمَرَاةِ أَنْ تَتَصَدَّقَ مِنْ مَنْزِلِ زَوْجِهَا بِالشَّيْءِ الْيَسِيرِ كَالرَّغِيفِ وَنَحْوِهِ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ غَيْرُ مَمْنُوعٍ عَنْهُ فِي الْعَادَةِ.

الشرح:

(وَلَا يَهْبُ بِعَوْضٍ وَبَغِيرِهِ وَلَا يَتَصَدَّقُ، لِأَنَّ كُلَّ ذَلِكَ تَبَرُّعٌ بِصَرِيحِهِ ابْتِدَاءً وَانْتِهَاءً أَوْ ابْتِدَاءً فَلَا يَدْخُلُ تَحْتَ الْإِذْنِ بِالتَّجَارَةِ، إِلَّا أَنْ يُهْدِيَ الْيَسِيرَ مِنَ الطَّعَامِ أَوْ يُضَيِّفَ) ضَيْفَةً يَسِيرَةً وَقَوْلُهُ مِنَ الطَّعَامِ يُشِيرُ إِلَى أَنْ إِهْدَاءَ غَيْرِ الْمَأْكُولَاتِ لَا يَجُوزُ أَصْلًا، وَالْإِهْدَاءُ الْيَسِيرُ رَاجِعٌ إِلَى الضَّيْفَةِ الْيَسِيرَةِ، وَالضَّيْفَةُ الْيَسِيرَةُ مُعْتَبَرَةٌ بِمَالِ تِجَارَتِهِ. قَالَ مُحَمَّدُ بْنُ سَلَمَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ: إِنْ كَانَ مَالُ تِجَارَتِهِ مِثْلًا عَشْرَةَ آلَافٍ دِرْهَمٍ فَاتَّخَذَ ضَيْفَةً بِمِقْدَارِ عَشْرَةِ كَانِ يَسِيرًا، وَإِنْ كَانَ مَالُ تِجَارَتِهِ عَشْرَةَ دَرَاهِمٍ مِثْلًا فَاتَّخَذَ ضَيْفَةً بِمِقْدَارِ دَائِقٍ فَذَلِكَ يَكُونُ كَثِيرًا عُرْفًا، وَالْهَدِيَّةُ بِالْمَأْكُولِ كَالضَّيْفَةِ بِهِ وَالْقِيَاسُ أَنْ لَا يَصِحَّ شَيْءٌ مِنْ ذَلِكَ لِأَنَّهُ تَبَرُّعٌ، لَكِنْ تَرَكْنَاهُ فِي الْيَسِيرِ لِأَنَّهُ مِنْ ضَرُورَاتِ التَّجَارَةِ اسْتِحْلَابًا لِقُلُوبِ الْمُجَاهِزِينَ، وَالْمُجَاهِزُ هُوَ الْعَنِيُّ مِنَ التَّجَارِ فَكَأَنَّهُ أُريدَ الْمُجَهِّزُ وَهُوَ الَّذِي يَبْعُثُ التَّجَارَ بِالْجِهَازِ وَهُوَ فَاحِرُ الْمَتَاعِ أَوْ يُسَافِرُ بِهِ فَحَرَّفَ إِلَى الْمُجَاهِزِ، كَذَا فِي الْمَغْرِبِ وَبَاقِي كَلَامِهِ ظَاهِرٌ.

قَالَ (وَلَهُ أَنْ يَحْطُ مِنَ الثَّمَنِ بِالْعَيْبِ مِثْلَ مَا يَحْطُ التَّجَارُ)؛ لِأَنَّهُ مِنْ صَنِيعِهِمْ، وَرُبَّمَا يَكُونُ الْحِطُّ أَنْظَرَ لَهُ مِنْ قَبُولِ الْعَيْبِ ابْتِدَاءً، بِخِلَافِ مَا إِذَا حِطَّ مِنْ غَيْرِ عَيْبٍ؛ لِأَنَّهُ تَبَرُّعٌ مُحْضٌ بَعْدَ تَمَامِ الْعَقْدِ فَلَيْسَ مِنْ صَنِيعِ التَّجَارِ، وَلَا كَذَلِكَ الْمُحَابَاةُ فِي الْإِبْتِدَاءِ؛ لِأَنَّهُ هَذَا يَحْتَاجُ إِلَيْهَا عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ

(وَلَهُ أَنْ يُؤْجَلَ فِي دَيْنٍ وَجِبَ لَهُ)؛ لِأَنَّهُ مِنْ عَادَةِ التَّجَارَةِ.

قَالَ (وَدْيُونُهُ مُتَعَلِّقَةٌ بِرَقَبَتِهِ يُبَاعُ لِلْغُرَمَاءِ إِلَّا أَنْ يَفْدِيَهُ الْمَوْلَى) وَقَالَ زُفَرٌ وَالشَّافِعِيُّ: لَا يُبَاعُ وَيُبَاعُ كَسْبُهُ فِي دَيْنِهِ بِالْإِجْمَاعِ. لَهُمَا أَنْ غَرَضُ الْمَوْلَى مِنَ الْإِذْنِ تَحْصِيلُ مَالٍ لَمْ يَكُنْ لَا تَقْوِيَتُ مَالٍ قَدْ كَانَ لَهُ، وَذَلِكَ فِي تَعْلِيقِ الدَّيْنِ بِكَسْبِهِ، حَتَّى إِذَا فَضَلَ شَيْءٌ مِنْهُ عَنِ الدَّيْنِ يَحْصُلُ لَهُ لَا بِالرَّقَبَةِ، بِخِلَافِ دَيْنِ الْاسْتِهْلَاكِ؛ لِأَنَّهُ نَوْعُ جِنَائِيَّةٍ، وَاسْتِهْلَاكُ الرَّقَبَةِ بِالْجِنَائِيَّةِ لَا يَتَعَلَّقُ بِالْإِذْنِ. وَلَنَّا أَنَّ الْوَاجِبَ فِي ذِمَّةِ الْعَبْدِ ظَهَرَ وَجُوبُهُ فِي حَقِّ الْمَوْلَى فَيَتَعَلَّقُ بِرَقَبَتِهِ اسْتِيفَاءً كَدَيْنِ الْاسْتِهْلَاكِ، وَالْجَامِعُ دَفْعُ الضَّرَرِ عَنِ النَّاسِ، وَهَذَا؛ لِأَنَّ سَبَبَ التَّجَارَةِ وَهِيَ دَاخِلَةٌ تَحْتَ الْإِذْنِ، وَتَعَلَّقَ الدَّيْنُ بِرَقَبَتِهِ اسْتِيفَاءً حَامِلٌ عَلَى الْمُعَامَلَةِ، فَمِنْ هَذَا الْوَجْهِ صَلَحَ غَرَضًا لِلْمَوْلَى، وَيَنْعَدِمُ الضَّرَرُ فِي حَقِّهِ

بَدْخُولِ الْمَبِيعِ فِي مِلْكِهِ، وَتَعَلُّقُهُ بِالْكَسْبِ لَا يُنَافِي تَعَلُّقَهُ بِالرَّقَبَةِ فَيَتَعَلَّقُ بِهِمَا، غَيْرَ أَنَّهُ يَبْدَأُ بِالْكَسْبِ فِي الاسْتِيفَاءِ لِحَقِّ الْغُرْمَاءِ وَإِبْقَاءِ لِمَقْصُودِ الْمَوْلَى، وَعِنْدَ انْعِدَامِهِ يُسْتَوْفَى مِنَ الرَّقَبَةِ. وَقَوْلُهُ فِي الْكِتَابِ دِيُونُهُ الْمُرَادُ مِنْهُ دَيْنٌ وَجَبَ بِالتَّجَارَةِ أَوْ بِمَا هُوَ فِي مَعْنَاهَا كَالْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ وَالْإِجَارَةِ وَالْاسْتِجَارِ وَضَمَانِ الْغُصُوبِ وَالْوَدَائِعِ وَالْأَمَانَاتِ إِذَا جَحَدَهَا، وَمَا يَجِبُ مِنَ الْعَقْرِ بِوُطْدِ الْمُشْتَرَاةِ بَعْدَ الْاسْتِحْقَاقِ لَاسْتِنَادِهِ إِلَى الشِّرَاءِ فَيَلْحَقُ بِهِ.

قَالَ (وَيُقَسَّمُ ثَمَنُهُ بَيْنَهُم بِالْحِصَصِ) لَتَعَلُّقِ حَقِّهِم بِالرَّقَبَةِ فَصَارَ كَتَعَلُّقِهَا بِالتَّرِكَةِ (فَإِنْ فَضَلَ شَيْءٌ مِنْ دِيُونِهِ طُولَبَ بِهِ بَعْدَ الْحَرِيَّةِ) لَتَقَرُّرِ الدَّيْنِ فِي ذِمَّتِهِ وَعَدَمِ وَفَاءِ الرَّقَبَةِ بِهِ (وَلَا يُبَاعُ ثَانِيًا) كَي لَا يَمْتَنِعَ الْبَيْعُ أَوْ دَفْعًا لِلضَّرَرِّ عَنِ الْمُشْتَرِي (وَيَتَعَلَّقُ دَيْنُهُ بِكَسْبِهِ سَوَاءً حَصَلَ قَبْلَ لُحُوقِ الدَّيْنِ أَوْ بَعْدَهُ وَيَتَعَلَّقُ بِمَا يَقْبَلُ مِنَ الْهَبَةِ)؛ لِأَنَّ الْمَوْلَى إِنَّمَا يَخْلُفُهُ فِي الْمِلْكِ بَعْدَ فَرَغِهِ عَنْ حَاجَةِ الْعَبْدِ وَلَمْ يَفْرُغْ (وَلَا يَتَعَلَّقُ بِمَا انْتَزَعَهُ الْمَوْلَى مِنْ يَدِهِ قَبْلَ الدَّيْنِ) لَوْجُودِ شَرْطِ الْخُلُوصِ لَهُ (وَلَهُ أَنْ يَأْخُذَ غَلَةً مِثْلَهُ بَعْدَ الدَّيْنِ)؛ لِأَنَّهُ لَوْ لَمْ يَكُنْ مِنْهُ يَحْجَرُ عَلَيْهِ فَلَا يَحْصُلُ الْكَسْبُ، وَالزِّيَادَةُ عَلَى غَلَتِ الْمِثْلِ يَرُدُّهَا عَلَى الْغُرْمَاءِ لِعَدَمِ الضَّرُورَةِ فِيهَا وَتَقَدُّمِ حَقِّهِمْ.

الشرح:

قَالَ (وَدِيُونُهُ مُتَعَلِّقَةٌ بِرَقَبَتِهِ) إِذَا وَجَبَ دِيُونٌ عَلَى الْمَادُّونِ بِالتَّجَارَةِ أَوْ بِمَا هُوَ فِي مَعْنَاهَا، فَإِنْ كَانَ لَهُ كَسْبٌ يَبِيعُ بِدَيْنِهِ بِالْإِجْمَاعِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ كَسْبٌ وَتَعَلَّقَتْ بِرَقَبَتِهِ (يُبَاعُ لِلْغُرْمَاءِ إِلَّا أَنْ يَفْدِيَهُ الْمَوْلَى. وَقَالَ زُفَرٌ وَالشَّافِعِيُّ رَحِمَهُمَا اللَّهُ: لَا يُبَاعُ) لِأَنَّ غَرَضَ الْمَوْلَى مِنَ الْإِذْنِ تَحْصِيلَ مَالٍ لَهُ لَمْ يَكُنْ حَاصِلًا لَا تَقْوِيَتْ مَالٌ حَاصِلٌ، وَذَلِكَ أَيْ غَرَضُ الْمَوْلَى حَاصِلٌ فِي تَعَلُّقِ الدَّيْنِ يَكْسِبُهُ حَتَّى إِذَا فَضَلَ شَيْءٌ مِنْهُ عَنِ الدَّيْنِ يَحْصُلُ لِلْمَوْلَى. وَقَوْلُهُ (لَا بِالرَّقَبَةِ) مَعْطُوفٌ عَلَى قَوْلِهِ بِكَسْبِهِ.

فَإِنْ قِيلَ: إِذَا اسْتَهْلَكَ شَيْئًا تَعَلَّقَ دَيْنُهُ بِرَقَبَتِهِ يُبَاعُ فِيهِ فَهَذَا كَذَلِكَ. أَجَابَ بِقَوْلِهِ (بِخِلَافِ دَيْنِ الْاسْتِهْلَاكِ لِأَنَّهُ نَوْعُ جِنَايَةٍ، وَاسْتِهْلَاكُ الرَّقَبَةِ بِالْجِنَايَةِ لَا يَتَعَلَّقُ بِالْإِذْنِ) وَهَذَا لَوْ كَانَ مَحْجُورًا عَلَيْهِ يَبِيعُ بِذَلِكَ، وَلَيْسَ الْكَلَامُ فِي ذَلِكَ وَإِنَّمَا الْكَلَامُ فِيمَا يَتَعَلَّقُ بِالْإِذْنِ (وَلَنَا أَنَّ ذَلِكَ دَيْنٌ وَاجِبٌ فِي ذِمَّةِ الْعَبْدِ ظَهَرَ وَجُوبُهُ فِي حَقِّ الْمَوْلَى) بِالْإِذْنِ، وَهَذَا ظَاهِرٌ (و) كُلُّ دَيْنٍ ظَهَرَ وَجُوبُهُ فِي حَقِّ الْمَوْلَى (تَعَلَّقَ بِرَقَبَةِ الْعَبْدِ اسْتِيفَاءً كَدَيْنِ

الاستهلاك والجامع دفع الضرر عن الناس (قوله وهذا) إشارة إلى دفع الضرر، وبيانه أن سبب هذا الدين التجارة لأنه المفروض والتجارة داخله تحت الإذن بلا خلاف فسببها داخل تحتها، وإذا كان داخلًا تحتها كان ملتزمًا، فلو لم يتعلق برقبته استيفاء كان إضرارًا لأن الكسب قد لا يوجد والعنق كذلك فتتوى حقوق الناس، ويجوز أن يكون بيانًا لقوله ظهر وجوبه في حق المولى.

وقوله (وتعلق الدين برقبته استيفاء) جواب عن قولهما إن غرض المولى من الإذن تحصيل مال له الخ، وبيانه أن الدين إذا تعلق برقبته استيفاء وعلم المعاملون ذلك كان ذلك حاملاً على المعاملة فتكثر المعاملة معه ويزداد الربح، بخلاف ما إذا لم يكن كذلك فإن خوف التوى يمنعهم عن ذلك، فمن هذا الوجه يصلح أن يكون غرضًا للمولى. فإن قيل: لا يصلح أن يكون غرضًا للمولى لأنه يتضرر به والضرر لا يكون غرضًا. أجاب بقوله (ويتعدم الضرر في حقه بدخول المبيع في ملكه) وفيه إشكال، وهو أن المبيع إن كان باقياً وفيه وفاء بالديون لا يتحقق بيع العبد، وإن لم يكن باقياً أو كان وليس فيه وفاء بها لم يكن دخوله في ملكه دافعاً للضرر.

وأجيب عنه بأن المراد به مبيع قبضه المولى حين لا دين على العبد ثم ركبته ديون فإنه لا يجب على المولى رده إن كان باقياً، ولا ضمانه إن لم يكن، بل يباع العبد بالدين إن اختاره المولى ويكون البيع جابراً لما فات من العبد، والظاهر أي الدين لما استغرق رقة العبد كانت قيمة المبيع مساوية لقيمة العبد. قيل: وليس بواضح، وذلك لأنه لا تنافي بينهما، غير أنه يبدأ بالكسب في استيفاء نظراً للجائنين، وعند عدمه يستوفى من الرقة لأنه لا دليل على ظهور ذلك على أنه مخصوص بما إذا قبض مبيعاً قبل تركب الديون دون غيره، بل الواضح فيه أن يقال: المراد بالديون ما وجب بالتجارة كما ذكر في الكتاب، وذلك لا يكون إلا بعد دخول مبيع، أو ما هو في معناه في ملك المولى ودخوله في ملكه يقابل ما يفوته، وهلاكه في ملكه لا يخرجُه عن المقابلة، والظاهر أنه يكون بمقدار ما يؤدي من قيمة العبد لأن الشراء بعين نادر، ومعنى هذا الكلام أن المولى كأنه اشترى الديون التي على العبد بالعبد، ولو لم تكن مساوية لقيمتها كان ذلك شراءً بعين وهو نادر، وتحقيقه أنها لو لم تكن مساوية لا

اخْتَارَ أَذَاءَ الدُّيُونِ دُونَ بَيْعِ الْعَبْدِ.

وَالْجَوَابُ الْأَوَّلُ عَلَى مَذْهَبِ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله وَهُوَ مَخْصُوصٌ بِمَا ذَكَرَ الْمُعْتَرِضُ.
وَالثَّانِي غَامٌّ لَكِنَّهُ إِنَّمَا يَسْتَقِيمُ عَلَى مَذْهَبِهِمَا، فَإِنَّ الْمَوْلَى يَمْلِكُ كَسْبَ الْعَبْدِ الْمَأْدُونِ
الْمَدْيُونِ عِنْدَهُمَا كَمَا سَيَجِيءُ. وَقَوْلُهُ (وَتَعْلَقُهُ بِالْكَسْبِ) جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ أَجْمَعْنَا أَنَّهُ
تَعْلَقَ بِالْكَسْبِ فَكَيْفَ يَتَعْلَقُ بَعْدَ ذَلِكَ بِالرَّقَبَةِ، وَذَلِكَ لِأَنَّهُ لَا تَنَافِي بَيْنَهُمَا غَيْرَ أَنَّهُ يَبْدَأُ
بِالْكَسْبِ فِي الْاِسْتِفَاءِ نَظَرًا لِلجَانِبَيْنِ، وَعِنْدَ عَدَمِهِ يُسْتَوْفَى مِنَ الرَّقَبَةِ دَفْعًا لِلضَّرَرِ عَنِ
النَّاسِ كَمَا تَقَدَّمَ. وَقَوْلُهُ إِلَّا أَنْ يَفْدِيَهُ الْمَوْلَى إِشَارَةً إِلَى الْبَيْعِ إِنَّمَا يَجُوزُ إِذَا كَانَ الْمَوْلَى
حَاضِرًا، لِأَنَّ اخْتِيَارَ الْفِدَاءِ مِنَ الْعَائِبِ غَيْرُ مُتَصَوِّرٍ لِأَنَّ الْخِصْمَ فِي رَقَبَةِ الْعَبْدِ هُوَ الْمَوْلَى
فَلَا يَجُوزُ الْبَيْعُ إِلَّا بِحَضْرَتِهِ أَوْ بِحَضْرَةِ نَائِيهِ، بِخِلَافِ بَيْعِ الْكَسْبِ فَإِنَّهُ لَا يَحْتَاجُ إِلَى
حُضُورِ الْمَوْلَى لِأَنَّ الْعَبْدَ خِصْمٌ فِيهِ.

فَإِنْ قِيلَ: مَا وَجْهُ الْبَيْعِ عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَهُوَ لَا يَرَى الْحَجَرَ عَلَى
الْحُرِّ الْعَاقِلِ بِسَبَبِ الدِّينِ وَبَيْعِ الْقَاضِي الْعَبْدَ بِغَيْرِ أَمْرِ مَوْلَاهُ حَجَرٌ عَلَيْهِ. أُجِيبَ بِأَنَّ
ذَلِكَ لَيْسَ بِحَجَرٍ عَلَيْهِ، لِأَنَّهُ كَانَ قَبْلَ ذَلِكَ مَحْجُورًا عَنْ بَيْعِهِ، إِذْ لَا يَجُوزُ لِلْمَوْلَى بَيْعُ
الْعَبْدِ الْمَدْيُونِ بِغَيْرِ رِضَا الْغُرَمَاءِ، وَحَجَرُ الْمَحْجُورِ غَيْرُ مُتَصَوِّرٍ وَهُوَ كَالْتَرَكَةِ الْمُسْتَعْرِفَةِ
بِالدِّينِ فِي جَوَازِ أَنْ يَبِيعَهَا الْقَاضِي عَلَى الْوَرْتَةِ إِذَا امْتَنَعُوا عَنْ قَضَاءِ الدِّينِ فَإِنَّهُ لَا يُعَدُّ
حَجَرًا لِكُونِهِمْ مَحْجُورِينَ عَنْ بَيْعِهَا قَبْلَ ذَلِكَ بِغَيْرِ رِضَا الْغُرَمَاءِ (قَوْلُهُ وَقَوْلُهُ فِي
الْكِتَابِ) يَعْنِي مُخْتَصَرَ الْقُدُورِيِّ، وَمَعْنَاهُ ظَاهِرٌ.

قَالَ (وَيُقَسَّمُ ثَمَنُهُ بَيْنَهُمْ بِالْحِصَصِ) إِذَا بَاعَ الْقَاضِي الْعَبْدَ يُقَسَّمُ ثَمَنُهُ بَيْنَ الْغُرَمَاءِ
بِالْحِصَصِ (لِتَعْلَقَ حَقُّهُمْ بِالرَّقَبَةِ فَصَارَ كَتَعْلُقِ الْحُقُوقِ بِالتَّرَكَةِ) وَإِنْ لَمْ يَكُنْ وَفَاءً بِالثَّمَنِ
يَضْرِبُ كُلُّ غَرِيمٍ فِي الثَّمَنِ بِقَدْرِ حَقِّهِ كَالْتَرَكَةِ إِذَا ضَاقَتْ عَنْ إِيْفَاءِ حُقُوقِ الْغُرَمَاءِ
(فَإِنْ بَقِيَ عَلَيْهِ شَيْءٌ مِنْ دُيُونِهِ) أَيْ دُيُونِ الْعَبْدِ (طُولِبَ بِهِ بَعْدَ الْحُرِّيَّةِ لِتَقَرُّرِ الدِّينِ فِي
ذِمَّتِهِ وَعَدَمِ وَفَاءِ الرَّقَبَةِ بِهِ) وَلَا سَبِيلَ لَهُمْ عَلَيْهِ لِأَنَّهُ صَارَ مِلْكًا لِلْمُشْتَرِي، وَالذِّينُ مَا
وَجِبَ بِإِذْنِهِ فَلَا يَظْهَرُ فِي حَقِّهِ (وَلَا يُبَاعُ ثَانِيًا كَيْ لَا يَمْتَنِعَ الْبَيْعُ) فَإِنَّ الْمُشْتَرِي إِذَا عَلِمَ
أَنَّ الْعَبْدَ الَّذِي يَشْتَرِيهِ يُبَاعُ فِي يَدِهِ ثَانِيًا بِدُونِ اخْتِيَارِهِ امْتَنَعَ عَنْ شِرَائِهِ فَلَا يَحْصُلُ الْبَيْعُ
الْأَوَّلُ وَيَتَضَرَّرُ الْغُرَمَاءُ (أَوْ دَفْعًا لِلضَّرَرِ عَنِ الْمُشْتَرِي) لِأَنَّهُ لَمْ يَأْذَنْ لَهُ فِي التَّجَارَةِ فَلَمْ

يَكُنْ رَاضِيًا بِبَيْعِهِ بِسَبَبِ الدَّيْنِ، فَلَوْ بَيْعَ عَلَيْهِ مَعَ ذَلِكَ تَضَرَّرَ بِهِ، وَلَا يَلْزَمُ مَا لَوْ اشْتَرَاهُ الْبَائِعُ الْآذِنُ فَإِنَّهُ لَا يُبَاعُ عَلَيْهِ ثَانِيًا وَإِنْ كَانَ رَاضِيًا بِالْبَيْعِ، لِأَنَّ الْمَلِكَ قَدْ تَبَدَّلَ وَتَبَدَّلَ الْمَلِكُ كَتَبَدَّلَ الذَّاتِ (قَوْلُهُ وَيَتَعَلَّقُ دَيْتُهُ بِكَسْبِهِ) لِبَيَانِ الْكَسْبِ الَّذِي يَبْدَأُ بِهِ.

فَالْكَسْبُ الَّذِي لَمْ يَنْزِعْهُ الْمَوْلَى مِنْ يَدِهِ يَتَعَلَّقُ بِهِ الدَّيْنُ (سَوَاءً كَانَ حَصَلَ قَبْلَ لُحُوقِ الدَّيْنِ أَوْ بَعْدَهُ وَيَتَعَلَّقُ بِمَا قَبْلَهُ مِنَ الْهَبَةِ، لِأَنَّ الْمَوْلَى إِنَّمَا يَخْلُفُهُ فِي الْمَلِكِ بَعْدَ فَرَاغِهِ عَنِ حَاجَةِ الْعَبْدِ وَلَمْ يَفْرُغْ) فَكَانَ كَكَسْبِ غَيْرِ مُتَنَزِعٍ (وَلَمْ يَتَعَلَّقْ بِمَا انْتَزَعَهُ الْمَوْلَى مِنْ يَدِهِ قَبْلَ الدَّيْنِ لِحُصُولِ شَرْطِ الْخُلُوصِ لَهُ) وَهُوَ خُلُوصُ ذِمَّةِ الْعَبْدِ عَنِ الدَّيْنِ حَالِ أَخْذِ الْمَوْلَى ذَلِكَ (وَلِلْمَوْلَى أَنْ يَأْخُذَ غَلَّةَ مِثْلِهِ) وَالْغَلَّةُ كُلُّ مَا يَحْصُلُ مِنْ رِبْعِ الْأَرْضِ أَوْ كِرَائِهَا أَوْ أُجْرَةِ غُلَامٍ أَوْ نَحْوِ ذَلِكَ.

وَمَعْنَاهُ: لَهُ أَنْ يَأْخُذَ الضَّرِيئَةَ الَّتِي ضَرَبَهَا عَلَيْهِ فِي كُلِّ شَهْرٍ بَعْدَمَا لَزِمَتْهُ الدُّيُونُ كَمَا كَانَ يَأْخُذُ قَبْلَ ذَلِكَ، وَمَا زَادَ عَلَى ذَلِكَ مِنْ رِبْعِهِ كَانَ لِلْغُرَمَاءِ، وَلَا يَأْخُذُ أَكْثَرَ مِمَّا كَانَ يَأْخُذُهُ قَبْلَ الدُّيُونِ. وَالْقِيَاسُ أَنْ لَا يَأْخُذَ أَصْلًا، وَإِنْ أَخَذَ شَيْئًا رَدَّهُ لِأَنَّهُ أَخَذَ مِنْ كَسْبِهِ وَكَسْبُهُ حَقُّ الْغُرَمَاءِ، وَلَكِنَّهُ اسْتَحْسَنَ فَقِيلَ لِسَلَامَةِ الْمُقَرَّرِ قَبْلَهُ لِلْمَوْلَى لِأَنَّ فِي أَخْذِ الْمَوْلَى ذَلِكَ مَنَافِعَةً لِلْغُرَمَاءِ بِإِبْقَائِهِ عَلَى الْإِذْنِ بِسَبَبِ مَا يَصِلُ إِلَيْهِ مِنَ الْغَلَّةِ، فَلَوْ لَمْ يُمَكِّنْ مِنْ ذَلِكَ الْحَجَرَ عَلَيْهِ فَلَا يَحْصُلُ الْكَسْبُ. وَأَمَّا الرِّيَادَةُ عَلَى ذَلِكَ فَلَا يَأْخُذُهَا لِعَدَمِ الضَّرُورَةِ حَيْثُ لَا يُعَدُّ ذَلِكَ مِنْ بَابِ تَحْصِيلِ الْغَلَّةِ، فَإِنْ أَخَذَهَا رَدَّهَا عَلَى الْغُرَمَاءِ لَتَقَدَّمَ حَقُّهُمْ فِيهَا.

قَالَ (فَإِنْ حُجِرَ عَلَيْهِ لَمْ يَنْحَجِرْ حَتَّى يَظْهَرَ حَجْرُهُ بَيْنَ أَهْلِ سُوقِهِ): لِأَنَّهُ لَوْ انْحَجَرَ لَتَضَرَّرَ النَّاسُ بِهِ لِتَأَخُّرِ حَقِّهِمْ إِلَى مَا بَعْدَ الْعِتْقِ لَمَا لَمْ يَتَعَلَّقْ بِرَقَبَتِهِ وَكَسْبِهِ وَقَدْ بَايَعُوهُ عَلَى رَجَاءِ ذَلِكَ، وَيُشْتَرِطُ عِلْمُ أَكْثَرِ أَهْلِ سُوقِهِ، حَتَّى لَوْ حُجِرَ عَلَيْهِ فِي السُّوقِ وَلَيْسَ فِيهِ إِلَّا رَجُلٌ أَوْ رَجُلَانِ لَمْ يَنْحَجِرْ، وَلَوْ بَايَعُوهُ جَازَ، وَإِنْ بَايَعَهُ الَّذِي عِلْمُ بِحَجْرِهِ وَلَوْ حُجِرَ عَلَيْهِ فِي بَيْتِهِ بِمَحْضَرٍ مِنْ أَكْثَرِ أَهْلِ سُوقِهِ يَنْحَجِرُ، وَالْمُعْتَبَرُ شُيُوعُ الْحَجْرِ وَاشْتِهَارُهُ فَيَقَامُ ذَلِكَ مَقَامَ الظُّهُورِ عِنْدَ الْكُلِّ كَمَا فِي تَبْلِيغِ الرِّسَالَةِ مِنَ الرُّسُلِ عَلَيْهِمُ السَّلَامُ، وَيَبْقَى الْعَبْدُ مَادُونًا إِلَى أَنْ يَعْلَمَ بِالْحَجْرِ كَالْوَكِيلِ إِلَى أَنْ يَعْلَمَ بِالْعَزْلِ، وَهَذَا؛ لِأَنَّهُ يَتَضَرَّرُ بِهِ حَيْثُ يَلْزَمُهُ قَضَاءُ الدَّيْنِ مِنْ خَالِصِ مَالِهِ بَعْدَ الْعِتْقِ وَمَا رَضِيَ بِهِ،

وَأِنَّمَا يَشْتَرَطُ الشُّيُوعُ فِي الْحَجَرِ إِذَا كَانَ الْإِذْنُ شَائِعًا. أَمَّا إِذَا لَمْ يَعْلَمْ بِهِ إِلَّا الْعَبْدُ ثُمَّ حُجِرَ عَلَيْهِ بِعِلْمٍ مِنْهُ يَنْحَجِرُ؛ لِأَنَّهُ لَا ضَرَرَ فِيهِ.

الشرح:

ثُمَّ إِذْنُ الْمَوْلَى لِعَبْدِهِ إِمَّا أَنْ يَكُونَ شَائِعًا أَوْ لَا، فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ لَمْ يَنْحَجِرْ بِحَجْرِهِ حَتَّى يَظْهَرَ الْحَجَرُ لَهُ وَلَا كَثُرَ أَهْلُ سُوقِهِ لَفَلَا يَتَضَرَّرُ النَّاسُ بِمَا لَمْ يَرْضَوْا بِهِ مِنْ تَأَخُّرِ حَقِّهِمْ إِلَى مَا بَعْدَ الْعِنَقِ لَمَّا لَمْ يَتَعَلَّقْ حَقُّهُمْ بِرَقَبَتِهِ وَكَسْبِهِ، لِأَنَّ الْعَبْدَ إِنْ اكْتَسَبَ شَيْئًا أَخَذَهُ الْمَوْلَى، وَإِنْ لَحِقَهُ دَيْنٌ أَقَامَ الْبَيِّنَةُ أَنَّهُ كَانَ قَدْ حُجِرَ عَلَيْهِ فَيَتَأَخَّرُ حُقُوقُهُمْ إِلَى مَا بَعْدَ الْعِنَقِ وَهُوَ مَوْهُومٌ وَقَدْ بَايَعُوهُ عَلَى رَجَاءِ ذَلِكَ: أَيْ تَعَلَّقَ حَقُّهُمْ بِرَقَبَتِهِ وَكَسْبِهِ وَهُوَ عَلَى إِذْنِهِ إِلَى أَنْ يَعْلَمَ بِالْحَجَرِ لِأَنَّهُ يَتَضَرَّرُ بِهِ حَيْثُ يَلْزِمُهُ قَضَاءُ الدَّيْنِ مِنْ خَالصِ مَالِهِ بَعْدَ الْعِنَقِ وَلَمْ يَرْضَ بِهِ، فَكَانَ كَالْوَكِيلِ إِذَا لَمْ يَعْلَمْ بِالْعَزْلِ، وَلَوْ حَجَرَ فِي السُّوقِ وَلَيْسَ فِيهِ إِلَّا رَجُلٌ أَوْ رَجُلَانِ فَكَذَلِكَ وَمُبَايَعَتُهُ جَائِزَةٌ، وَإِنْ بَايَعَهُ الَّذِي عَلِمَ بِحَجْرِهِ لِأَنَّ الْإِذْنَ لَا يَنْجَزُ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَا يَنْجَزُ ابْتِدَاءً فَكَذَا بَقَاءً، وَلَوْ حَجَرَ فِي بَيْتِهِ بِمَحْضَرٍ مِنْ أَهْلِ سُوقِهِ انْحَجَرَ لِأَنَّ الْمُعْتَبَرَ شُيُوعُ الْحَجَرِ وَاشْتِهَارُهُ، فَيَقَامُ ذَلِكَ مَقَامَ الظُّهُورِ عِنْدَ الْكُلِّ دَفْعًا لِلْحَرَجِ كَمَا فِي تَبْلِيغِ الرِّسَالَةِ مِنَ الرُّسُلِ عَلَيْهِمُ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ. وَإِنْ كَانَ الثَّانِي بَأْنٍ لَمْ يَعْلَمْ بِالْإِذْنِ إِلَّا الْعَبْدُ ثُمَّ حَجَرَ عَلَيْهِ بِعِلْمٍ مِنْهُ يَنْحَجِرُ لِعَدَمِ الضَّرَرِ وَالْإِضْرَارِ.

قَالَ (وَلَوْ مَاتَ الْمَوْلَى أَوْ جُنَّ أَوْ لَحِقَ بِدَارِ الْحَرْبِ مُرْتَدًّا صَارَ الْمَادُّونُ مَحْجُورًا عَلَيْهِ)؛ لِأَنَّ الْإِذْنَ غَيْرُ لَازِمٍ، وَمَا لَا يَكُونُ لَازِمًا مِنَ التَّصَرُّفِ يُعْطَى لِدَوَامِهِ حُكْمُ الْإِبْتِدَاءِ، هَذَا هُوَ الْأَصْلُ فَلَا بُدَّ مِنْ قِيَامِ أَهْلِيَّةِ الْإِذْنِ فِي حَالَةِ الْبَقَاءِ وَهِيَ تَعْدِمُ بِالمَوْتِ وَالْجُنُونِ، وَكَذَا بِالْحُقُوقِ لِأَنَّهُ مَوْتُ حُكْمًا حَتَّى يُقَسَّمْ مَالُهُ بَيْنَ وَرَثَتِهِ.

الشرح:

قَالَ (وَلَوْ مَاتَ الْمَوْلَى أَوْ جُنَّ أَوْ لَحِقَ بِدَارِ الْحَرْبِ) قَدْ تَقَدَّمَ أَنَّ التَّصَرُّفَ إِذَا لَمْ يَكُنْ لَازِمًا كَانَ لِدَوَامِهِ حُكْمُ ابْتِدَائِهِ فَيَحْتَاجُ إِلَى قِيَامِ الْأَهْلِيَّةِ حَالَةَ الْبَقَاءِ كَالْإِبْتِدَاءِ، وَعَلَى هَذَا إِذَا مَاتَ الْمَوْلَى أَوْ جُنَّ جُنُونًا مُطْبِقًا وَقَدْ تَقَدَّمَ فِي الْوَكَالَةِ تَعْرِيفُهُ أَوْ لَحِقَ بِدَارِ الْحَرْبِ انْحَجَرَ الْمَادُّونُ لِانْتِفَاءِ الْأَهْلِيَّةِ بِهَذِهِ الْعَوَارِضِ حَقِيقَةً أَوْ حُكْمًا، لِأَنَّ

اللِّحَاقَ مَوْتٍ حُكْمِيٍّ وَهَذَا يُقَسِّمُ مَالَهُ بَيْنَ وَرَثَتِهِ.

قَالَ (وَإِذَا أَبَقَ الْعَبْدُ صَارَ مُحْجُورًا عَلَيْهِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يَبْقَى مَاذُونًا؛ لِأَنَّ الْإِبَاقَ لَا يُنَافِي ابْتِدَاءَ الْإِذْنِ، فَكَذًا لَا يُنَافِي الْبَقَاءَ وَصَارَ كَالْغَصْبِ. وَلَنَا أَنَّ الْإِبَاقَ حَجَرٌ دَلَالَتِي؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا يَرْضَى بِكَوْنِهِ مَاذُونًا عَلَى وَجْهِ يَتِمَّكُنُ مِنْ تَقْضِيَةِ دَيْنِهِ بِكَسْبِهِ، بِخِلَافِ ابْتِدَاءِ الْإِذْنِ؛ لِأَنَّ الدَّلَالَاتِ لَا مُعْتَبَرَ بِهَا عِنْدَ وُجُودِ التَّصْرِيحِ بِخِلَافِهَا، وَبِخِلَافِ الْغَصْبِ؛ لِأَنَّ الْاِئْتِرَاعَ مِنْ يَدِ الْغَاصِبِ مُتَيَسِّرٌ.

الشرح:

قَالَ (وَإِذَا أَبَقَ الْعَبْدُ صَارَ مُحْجُورًا عَلَيْهِ). وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: يَبْقَى مَاذُونًا لِأَنَّ الْإِبَاقَ لَا يُنَافِي ابْتِدَاءَ الْإِذْنِ فَإِنَّ الْمَوْلَى إِذَا أَذِنَ لِعَبْدِهِ الْآبِقِ فِي التَّجَارَةِ وَعَلِمَ بِهِ الْعَبْدُ كَانَ مَاذُونًا، فَلِأَنَّ لَا يُنَافِي بَقَاءَهُ أَوْلَى لِأَنَّ الْبَقَاءَ أَسْهَلُ مِنَ الْاِئْتِدَاءِ (وَصَارَ كَالْغَصْبِ) فَإِنَّ الْمَوْلَى لَوْ أَذِنَ لِعَبْدِهِ الْمَغْصُوبِ الَّذِي يُمَكِّنُ لِلْمَالِكِ أَخْذَهُ بِأَنْ يَكُونَ لَهُ بَيِّنَةٌ أَوْ يَكُونَ الْغَاصِبُ مُقْرَأً صَحًّا. وَكَوْنُهُ مَعْصُوبًا لَا يُنَافِي الْإِذْنَ فَكَذَا كَوْنُهُ آبِقًا (وَلَنَا أَنَّ الْإِبَاقَ حَجَرٌ دَلَالَتِي، لِأَنَّهُ إِنَّمَا يَرْضَى بِكَوْنِهِ مَاذُونًا عَلَى وَجْهِ يَتِمَّكُنُ مِنْ تَقْضِيَةِ دَيْنِهِ بِكَسْبِهِ) وَلَمْ يَتَحَقَّقْ ذَلِكَ مِنَ الْآبِقِ فَلَا يَكُونُ رَاضِيًا بِهِ، وَإِنَّمَا لَمْ يَكُنْ مَانِعًا فِي الْاِئْتِدَاءِ لِأَنَّا نَجْعَلُهُ حَجَرًا دَلَالَةً (وَلَا مُعْتَبَرَ بِالدَّلَالَةِ عِنْدَ التَّصْرِيحِ بِخِلَافِهَا وَبِخِلَافِ الْغَصْبِ، لِأَنَّ الْاِئْتِرَاعَ مِنْ يَدِ الْغَاصِبِ مُتَيَسِّرٌ) وَإِنْ عَادَ مِنَ الْإِبَاقِ هَلْ يَعُودُ الْإِذْنُ؟ لَمْ يَذْكُرْهُ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ، وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ لَا يَعُودُ

قَالَ (وَإِذَا وَلَدَتِ الْمَاذُونُ لَهَا مِنْ مَوْلَاهَا) فَذَلِكَ حَجَرٌ عَلَيْهَا خِلَافًا لَزُفْرِ، وَهُوَ يَعْتَبَرُ حَالَتَهُ الْبَقَاءَ بِالْاِئْتِدَاءِ. وَلَنَا أَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُ يُحْصِنُهَا بَعْدَ الْوِلَادَةِ فَيَكُونُ دَلَالَتُ الْحَجَرِ عَادَةً، بِخِلَافِ الْاِئْتِدَاءِ؛ لِأَنَّ الصَّرِيحَ قَاضٍ عَلَى الدَّلَالَةِ.

الشرح:

(وَاسْتِيلَادُ الْمَاذُونِ لَهَا حَجَرٌ عَلَيْهَا) إِذَا لَمْ يُصَرِّحْ بِخِلَافِهِ (وَقَالَ زُفْرٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَيْسَ بِحَجَرٍ اعْتِبَارًا بِالْاِئْتِدَاءِ) فَإِنَّ الْمَوْلَى لَوْ أَذِنَ لَأُمِّ وَلَدِهِ جَارَ، فَكَذَا إِذَا اسْتَوْلَدَهَا بَعْدَ الْإِذْنِ وَهُوَ الْقِيَاسُ. وَاسْتَحْسَنَ الْعُلَمَاءُ رَحِمَهُمُ اللَّهُ حَجَرَهَا بِالِاتِّفَاقِ، لِأَنَّ الْعَادَةَ جَرَتْ فِي الظَّاهِرِ أَنَّ الْإِنْسَانَ يُحْصِنُ أُمَّ وَلَدِهِ وَلَا يَرْضَى بِخُرُوجِهَا وَاخْتِلَاطِهَا بِالنَّاسِ فِي

الْمَعَامِلَةِ وَالتَّجَارَةِ فَيَكُونُ حَجْرًا دَلَالَةً، وَلَا مُعْتَبَرٌ بِهَا عِنْدَ التَّصْرِيحِ بِخِلَافِهِ فِي الْإِبْتِدَاءِ
(وَيَضْمَنُ الْمَوْلَى قِيمَتَهَا إِنْ رَكِبَتْهَا دُيُونٌ) لِإِتْلَافِهِ مَحَلًّا تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّ الْغُرَمَاءِ، إِذْ
بِهِ يَمْتَنِعُ الْبَيْعُ وَبِهِ يُقْضَى حَقُّهُمْ.

الشرح:

(وَيَضْمَنُ الْمَوْلَى قِيمَتَهَا إِنْ رَكِبَتْهَا الدُّيُونُ لِإِتْلَافِهِ مَحَلًّا تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّ الْغُرَمَاءِ، إِذْ
بِهِ يَمْتَنِعُ الْبَيْعُ وَبِهِ يُقْضَى حَقُّهُمْ)

قَالَ (وَإِذَا اسْتَدَانَتْ الْأُمَةُ الْمَادُونُ لَهَا أَكْثَرَ مِنْ قِيمَتِهَا فَدَبَّرَهَا الْمَوْلَى فِيهَا مَا دُونُ
لَهَا عَلَى حَالِهَا) لِانْعِدَامِ دَلَالَةِ الْحَجْرِ، إِذِ الْعَادَةُ مَا جَرَتْ بِتَحْصِينِ الْمُدْبِرَةِ، وَلَا مُنَافَاةَ بَيْنَ
حُكْمِهَا أَيْضًا، وَالْمَوْلَى ضَامِنٌ لِقِيمَتِهَا لِمَا قَرَّرْنَاهُ فِي أَمِّ الْوَلَدِ.

الشرح:

قَالَ (وَإِذَا اسْتَدَانَتْ الْأُمَةُ الْمَادُونُ لَهَا أَكْثَرَ مِنْ قِيمَتِهَا) مَعْنَاهُ ظَاهِرٌ، وَإِنَّمَا قِيدَ
بِكُونِهَا أَكْثَرَ لِتُظْهَرَ الْفَائِدَةُ فِي أَنَّ الْمَوْلَى يَضْمَنُ قِيمَتَهَا دُونَ الزِّيَادَةِ عَلَيْهَا. وَقَوْلُهُ (وَلَا
مُنَافَاةَ بَيْنَ حُكْمِهَا) أَيُّ حُكْمِ الْإِذْنِ وَالتَّدْبِيرِ لِأَنَّهُ بِالتَّدْبِيرِ يَثْبُتُ لِلْمُدْبِرِ حَقُّ الْعِنَقِ، وَحَقُّ
الْعِنَقِ إِنْ كَانَ لَا يُؤْتَرُ فِي فَكِّ الْحَجْرِ لَا يُؤْتَرُ فِي الْحَجْرِ عَلَيْهِ.

قَالَ (وَإِذَا حُجِرَ عَلَى الْمَادُونِ لَهُ فإِقْرَارُهُ جَائِزٌ فِيمَا فِي يَدِهِ مِنَ الْمَالِ عِنْدَ أَبِي
حَنِيفَةَ) وَمَعْنَاهُ أَنْ يُقَرَّ بِمَا فِي يَدِهِ أَنَّهُ أَمَانَةٌ لغيرِهِ أَوْ غَضَبٌ مِنْهُ أَوْ يُقَرَّ بِدَيْنٍ عَلَيْهِ
فَيُقْضَى مِمَّا فِي يَدِهِ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُمَا اللَّهُ: لَا يَجُوزُ إِقْرَارُهُ. لَهُمَا أَنْ
الْمُصَحِّحَ لِإِقْرَارِهِ إِنْ كَانَ الْإِذْنُ فَقَدْ زَالَ بِالْحَجْرِ، وَإِنْ كَانَ الْيَدُ فَالْحَجْرُ أَبْطَلَهَا؛ لِأَنَّ يَدَ
الْمَحْجُورِ غَيْرُ مُعْتَبَرَةٍ وَصَارَ كَمَا إِذَا أَخَذَ الْمَوْلَى كَسْبَهُ مِنْ يَدِهِ قَبْلَ إِقْرَارِهِ أَوْ ثَبَتَ حَجْرُهُ
بِالْبَيْعِ مِنْ غَيْرِهِ، وَلِهَذَا لَا يَصِحُّ إِقْرَارُهُ فِي حَقِّ الرَّقَبَةِ بَعْدَ الْحَجْرِ، وَلَهُ أَنْ الْمُصَحِّحُ هُوَ
الْيَدُ، وَلِهَذَا لَا يَصِحُّ إِقْرَارُ الْمَادُونِ فِيمَا أَخَذَهُ الْمَوْلَى مِنْ يَدِهِ وَالْيَدُ بِأَقْبَى حَقِيقَةٍ، وَشَرَطُ
بُطْلَانِهَا بِالْحَجْرِ حُكْمًا فَرَاغَهَا عَنْ حَاجَتِهِ، وَإِقْرَارُهُ دَلِيلٌ تَحَقُّقِهَا، بِخِلَافِ مَا إِذَا انْتَزَعَهُ
الْمَوْلَى مِنْ يَدِهِ قَبْلَ الْإِقْرَارِ؛ لِأَنَّ يَدَ الْمَوْلَى ثَابِتَةٌ حَقِيقَةً وَحُكْمًا فَلَا تَبْطُلُ بِإِقْرَارِهِ، وَكَذَا
مِلْكُهُ ثَابِتٌ فِي رَقَبَتِهِ فَلَا يَبْطُلُ بِإِقْرَارِهِ مِنْ غَيْرِ رِضَا، وَهَذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا بَاعَهُ؛ لِأَنَّ
الْعَبْدَ قَدْ تَبَدَّلَ بِتَبَدُّلِ الْمَلِكِ عَلَى مَا عُرِفَ فَلَا يَبْقَى مَا ثَبَتَ بِحُكْمِ الْمَلِكِ، وَلِهَذَا لَمْ يَكُنْ

خَصَمًا فِيمَا بَاشَرَهُ قَبْلَ الْبَيْعِ.

الشرح:

قَالَ (وَإِذَا حُجِرَ عَلَى الْمَأْذُونِ لَهُ فِإِقْرَارُهُ جَائِزٌ) إِذَا حُجِرَ عَلَى الْعَبْدِ الْمَأْذُونِ لَهُ فَأَقْرَبَ بِمَا فِي يَدِهِ مِنَ الْمَالِ لَغَيْرِ مَوْلَاهُ فَهُوَ جَائِزٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ. قَالَ الْمُصَنِّفُ (وَمَعْنَاهُ أَنْ يُقَرَّ بِمَا فِي يَدِهِ أَنَّهُ أَمَانَةٌ لَغَيْرِهِ) وَإِنَّمَا فَسَّرَهُ بِذَلِكَ لِأَنَّهُ مُطْلَقٌ الْإِقْرَارُ يُفْهَمُ مِنْهُ مَا كَانَ مَضْمُونًا كَالذُّيُونِ وَالْعُصُوبِ، فَيَبِينَ أَنَّ الْمُرَادَ بِهِ التَّعْمِيمُ وَقَدْ أَمَّا الْأَمَانَةُ لِذَلِكَ فَيَقْضَى بِمَا فِي يَدِهِ لِلْمَقَرِّ لَهُ.

(وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُمَا اللَّهُ: لَا يَجُوزُ إِقْرَارُهُ) لِأَنَّ الْمُصَحِّحَ لِإِقْرَارِهِ إِمَّا الْإِذْنَ أَوْ الْيَدَ، وَلَا شَيْءَ مِنْهُمَا بِمَوْجُودٍ بَعْدَ الْحَجْرِ. أَمَّا الْإِذْنُ فَلِزَوَالِهِ بِالْحَجْرِ، وَأَمَّا الْيَدُ فَلِأَنَّ الْحَجْرَ أَبْطَلَهَا لِأَنَّ يَدَ الْمُحْجُورِ عَلَيْهِ غَيْرُ مُعْتَبَرَةٍ شَرْعًا. وَرَدُّ بَأْنًا لَا يُسَلِّمُ أَنَّ يَدَهُ غَيْرُ مُعْتَبَرَةٍ، فَإِنَّهُ لَوْ اسْتَوْدَعَ وَدِيعَةً ثُمَّ غَابَ لَيْسَ لِمَوْلَاهُ أَخْذُهَا، وَالْمَسْأَلَةُ فِي الْمَسْطُوطِ، وَلَوْ كَانَتْ غَيْرُ مُعْتَبَرَةٍ كَانَتْ الْوَدِيعَةُ كَثُوبُ الْفَتْنَةِ الرِّيحِ فِي حَجَرٍ رَجُلٍ وَكَانَ حُضُورُ الْعَبْدِ وَغَيْبَتُهُ سَوَاءً. وَأُجِيبَ بِأَنَّ تَأْوِيلَهَا إِذَا لَمْ يَعْلَمْ الْمُوْدَعُ أَنَّ الْوَدِيعَةَ كَسَبُ الْعَبْدِ. أَمَّا إِذَا عَلِمَ ذَلِكَ فَلِلْمَوْلَى أَخْذُهَا وَكَذَا إِذَا عَلِمَ أَنَّهُ مَالُ الْمَوْلَى وَلَمْ يَعْلَمْ بِأَنَّهُ كَسَبُ الْعَبْدِ (قَوْلُهُ وَصَارَ كَمَا إِذَا أَخَذَ الْمَوْلَى كَسْبَهُ مِنْ يَدِهِ قَبْلَ إِقْرَارِهِ) بَيَانٌ لِإِبْطَالِ الْحَجْرِ يَدَهُ بِمَسَائِلَ مُتَّفَقَةٍ عَلَيْهَا، فَإِنَّ الْمَوْلَى إِذَا انْتَرَعَ مَا بِيَدِهِ لَا يَسْمَعُ إِقْرَارَ الْعَبْدِ فِيهِ بِالْإِتِّفَاقِ، وَكَذَا إِذَا بَاعَ الْعَبْدَ مِنْ غَيْرِهِ وَتَبَتَ الْحَجْرُ بِهِ لَمْ يَصِحَّ إِقْرَارُهُ، وَلَا يَصِحُّ إِقْرَارُهُ فِي حَقِّ الرِّقَّةِ بَعْدَ الْحَجْرِ حَتَّى لَا تُبَاعَ رَقَبَتُهُ بِسَبَبِ ذَلِكَ الْإِقْرَارِ بِالْإِتِّفَاقِ (وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ الْمُصَحِّحَ لِإِقْرَارِهِ هُوَ الْيَدُ وَلِهَذَا لَا يَصِحُّ إِقْرَارُهُ بِمَا انْتَرَعَهُ الْمَوْلَى مِنْ يَدِهِ) لِزَوَالِ الْمُصَحِّحِ (وَالْيَدُ بَاقِيَةٌ حَقِيقَةً) وَحُكْمًا، أَمَّا حَقِيقَةً فَظَاهِرٌ، لِأَنَّ الْكَلَامَ فِي الْإِقْرَارِ بِمَا فِي يَدِهِ.

وَأَمَّا حُكْمًا فَلِأَنَّ شَرْطَ بُطْلَانِهَا بِالْحَجْرِ حُكْمًا فَرَاغُهَا عَنْ حَاجَتِهِ وَإِقْرَارُهُ دَلِيلٌ تَحَقُّقُهَا. وَلِقَائِلُ أَنْ يَقُولَ: الْإِقْرَارُ دَلِيلٌ تَحَقُّقِ الْحَاجَةِ مُطْلَقًا أَوْ عِنْدَ صِحَّتِهِ، وَالْأَوَّلُ مَمْنُوعٌ وَالثَّانِي مُسَلَّمٌ، وَلَكِنَّ صِحَّةَ هَذَا الْإِقْرَارِ فِي حَيْزِ النَّزَاعِ فَلَا يَصْلُحُ أَخْذُهُ فِي الدَّلِيلِ. وَالْجَوَابُ أَنَّ مُطْلَقَهُ دَلِيلٌ تَحَقُّقُهَا حَمَلًا لِحَالِ الْمَقَرِّ عَلَى الصَّلَاحِ. فَإِنْ قِيلَ: لَوْ

كَانَ إِقْرَارُهُ دَلِيلَ تَحَقُّقِهَا لَصَحِّ بِمَا انْتَزَعَهُ الْمَوْلَى مِنْ يَدِهِ قَبْلَ الْإِقْرَارِ. أُجِيبَ بِأَنَّ يَدَ الْمَوْلَى ثَابِتَةٌ حَقِيقَةً وَحُكْمًا.

أَمَّا حَقِيقَةُ فَلَأَنَّ الْكَلَامَ فِيمَا انْتَزَعَهُ مِنْ يَدِهِ قَبْلَ الْإِقْرَارِ. وَأَمَّا حُكْمًا فَلَأَنَّ النَّزْعَ كَانَ قَبْلَ ثُبُوتِ الدَّيْنِ فَلَا تَبْطُلُ يَدُهُ بِإِقْرَارِهِ، لِأَنَّهُ إِقْرَارٌ بِمَا لَيْسَ فِي يَدِهِ أَصْلًا وَهُوَ بَاطِلٌ. وَالْمُصَنِّفُ رَحِمَهُ اللَّهُ ذَكَرَ قَوْلَهُ بِخِلَافِ مَا إِذَا انْتَزَعَهُ الْمَوْلَى إِلَخَ أَجُوبَةُ عَمَّا اسْتَشْهَدَا بِهِ مِنْ الْمَسَائِلِ الْمُتَّفَقِ عَلَيْهَا، وَهُوَ ظَاهِرٌ.

وَقَوْلُهُ (عَلَى مَا عُرِفَ) إِشَارَةٌ إِلَى حَدِيثِ بَرِيرَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا. وَقَوْلُهُ (فَلَا يَبْقَى مَا ثَبَتَ بِحُكْمِ الْمَلِكِ) يَعْنِي بِهِ الْإِذْنَ لِأَنَّهُ ثَبَتَ لِلْعَبْدِ بِحُكْمِ أَنَّهُ مَلِكُ الْمَوْلَى وَقَدْ زَالَ ذَلِكَ الْمَلِكُ. وَقَوْلُهُ (وَلِهَذَا لَمْ يَكُنْ خَصْمًا) تَوْضِيحٌ لِتَبَدُّلِ الْعَبْدِ، فَإِنَّ الْعَبْدَ إِذَا بَاشَرَ شَيْئًا قَبْلَ الْبَيْعِ لَمْ يَكُنْ خَصْمًا فِيهِ بِالتَّسْلِيمِ وَالتَّسَلُّمِ وَالرَّدِّ بَعْبٍ وَغَيْرِهِ بَعْدَهُ كَعَبْدٍ آخَرَ لَمْ يَبَاشِرْهُ وَلَوْ لَا تَبَدُّلُهُ لَكَانَ خَصْمًا لَصُدُورِ الْمُبَاشَرَةِ عَنْهُ حَقِيقَةً.

قَالَ (وَإِذَا لَزِمَتْهُ دُيُونٌ تُحِيطُ بِمَالِهِ وَرَقَبَتِهِ لَمْ يَمْلِكِ الْمَوْلَى مَا فِي يَدِهِ. وَلَوْ أَعْتَقَ مِنْ كَسْبِهِ عَبْدًا لَمْ يَعْتِقْ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَالَا: يَمْلِكُ مَا فِي يَدِهِ وَيَعْتِقُ وَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ؛ لِأَنَّهُ وَجَدَ سَبَبَ الْمَلِكِ فِي كَسْبِهِ وَهُوَ مَلِكُ رَقَبَتِهِ وَلِهَذَا يَمْلِكُ إِعْتَاقَهَا، وَوُطْءَ الْجَارِيَةِ الْمَأْذُونِ لَهَا، وَهَذَا آيَةٌ كَمَالِهِ، بِخِلَافِ الْوَارِثِ؛ لِأَنَّهُ يَثْبُتُ الْمَلِكُ لَهُ نَظَرًا لِلْمُورِثِ وَالنَّظَرُ فِي ضِدِّهِ عِنْدَ إِحَاطَةِ الدَّيْنِ بِتَرْكِتِهِ. أَمَّا مَلِكُ الْمَوْلَى فَمَا ثَبَتَ نَظَرًا لِلْعَبْدِ. وَلَهُ أَنْ يَمْلِكَ الْمَوْلَى إِنَّمَا يَثْبُتُ خِلَافُهُ عَنِ الْعَبْدِ عِنْدَ فَرَاغِهِ عَنِ حَاجَتِهِ كَمَلِكِ الْوَارِثِ عَلَى مَا قَرَّرْنَاهُ وَالْمُحِيطُ بِهِ الدَّيْنُ مَشْغُولٌ بِهَا فَلَا يَخْلُفُهُ فِيهِ، وَإِذَا عُرِفَ ثُبُوتُ الْمَلِكِ وَعَدَمُهُ فَالْعِتْقُ هُرَيْعَتُهُ، وَإِذَا نَفَذَ عِنْدَهُمَا يَضْمَنُ قِيمَتَهُ لِلْغُرَمَاءِ لَتَعْلُقَ حَقَّهُمْ بِهِ.

قَالَ (وَإِنْ لَمْ يَكُنِ الدَّيْنُ مُحِيطًا بِمَالِهِ جَازَ عِتْقُهُ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا) أَمَّا عِنْدَهُمَا فَظَاهِرٌ، وَكَذَا عِنْدَهُ؛ لِأَنَّهُ لَا يَعْرِى عَنْ قَلِيلِهِ، فَلَوْ جُعِلَ مَانِعًا لَانْتِفَاعِ بَابِ الْإِنْتِفَاعِ بِكَسْبِهِ فَيَخْتَلُ مَا هُوَ الْمُقْصُودُ مِنَ الْإِذْنِ وَلِهَذَا لَا يَمْنَعُ مَلِكُ الْوَارِثِ وَالْمُسْتَعْرِقُ يَمْنَعُهُ.

الشرح:

قَالَ (وَإِذَا لَزِمَتْهُ دُيُونٌ) إِذَا لَزِمَتْهُ دُيُونٌ فَلَا يَخْلُو إِمَّا أَنْ تُحِيطَ بِمَالِهِ وَرَقَبَتِهِ أَوْ لَا تُحِيطُ بِشَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ، أَوْ أَحَاطَتْ بِمَالِهِ دُونَ رَقَبَتِهِ، فَلَاوَلُّ كَمَا إِذَا أُذِنَ لِلْعَبْدِ

فَاشْتَرَى عَبْدًا يُسَاوِي أَلْفًا وَالْمَأْذُونُ أَيْضًا يُسَاوِي أَلْفًا وَعَلَيْهِ أَلْفًا دِرْهَمٍ. وَالثَّانِي أَنْ يَكُونَ عَلَيْهِ خَمْسُمِائَةِ دِرْهَمٍ. وَالثَّلَاثُ أَنْ يَكُونَ عَلَيْهِ أَلْفُ دِرْهَمٍ، فَفِي الْأَوَّلِ لَمْ يَمْلِكِ الْمَوْلَى مَا فِي يَدِهِ (وَلَوْ أَعْتَقَ عَبْدًا مِنْ كَسْبِهِ لَمْ يُعْتَقْ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ).

وَقَالَا: لَا يَمْلِكُ مَا فِي يَدِهِ وَيُعْتَقُ وَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ لِأَنَّ سَبَبَ الْمِلْكِ فِي كَسْبِهِ وَهُوَ مِلْكُ الرِّقَبَةِ قَدْ وَجَدَ فَإِنَّ مِلْكَ الْأَصْلِ عِلَّةٌ لِلْمِلْكِ الْفَرْعِ (وَلِهَذَا يَمْلِكُ إِعْتَاقَهَا) يَعْنِي الرِّقَبَةَ (وَوَطْءَ الْأُمَّةِ الْمَأْذُونِ لَهَا، وَهَذَا) أَيُّ الْمَذْكُورِ مِنْ مِلْكِ الْإِعْتَاقِ وَحِلُّ الْوَطْءِ (آيَةُ كَمَالِ مِلْكِ الرِّقَبَةِ) فَكَانَ سَبَبُ الْمِلْكِ فِي الْكَسْبِ مَوْجُودًا عَلَى الْكَمَالِ فَيَمْلِكُهُ وَيَنْفُذُ فِيهِ إِعْتَاقَهُ.

فَإِنْ قِيلَ: سَلَّمْنَا ذَلِكَ، لَكِنَّ الْمَانِعَ مُتَحَقِّقٌ وَهُوَ إِحَاطَةُ الدَّيْنِ فَإِنَّهَا تَمْنَعُ عَنْ ذَلِكَ كَمَا فِي التَّرَكَّةِ إِذَا اسْتَعْرِقَتْهَا الدُّيُونُ فَإِنَّهَا تَمْنَعُ إِعْتَاقَ الْوَارِثِ. أَجَابَ بِقَوْلِهِ (بِخِلَافِ الْوَارِثِ لِأَنَّهُ يُثْبِتُ الْمِلْكُ لَهُ نَظَرًا لِلْمُورِثِ) بِإِصْطِلَاحِ مَالِهِ إِلَى أَقْرَبِ النَّاسِ إِلَيْهِ؛ وَلِهَذَا يَقْدَمُ الْأَقْرَبُ فَالْأَقْرَبُ، وَلَا نَظَرَ لِلْمُورِثِ فِي ذَلِكَ عِنْدَ إِحَاطَةِ الدَّيْنِ بِتَرَكَّتِهِ (بَلِ النَّظَرُ فِي ضِدِّهِ) أَيُّ فِي ضِدِّ ثُبُوتِ الْمِلْكِ لِلْوَارِثِ وَهُوَ قَضَاءُ الدَّيْنِ لِأَنَّهُ فَرَضٌ عَلَيْهِ وَالْمِيرَاثُ صِلَةٌ، وَإِذَا كَانَ سَبَبُ الْمِلْكِ النَّظَرُ وَقَدْ فَاتَ فَاتَ الْمِلْكُ وَلَا عِتْقَ فِي غَيْرِ الْمِلْكِ (أَمَّا مِلْكُ الْمَوْلَى فَمَا ثَبَتَ نَظَرًا لِلْعَبْدِ) لِيُرَاعَى ذَلِكَ بَعْدَ الْعِتْقِ حَتَّى تُقْضَى دُيُونُهُ (وَإِذَا نَفَذَ الْعِتْقُ عِنْدَهُمَا يَضْمَنُ قِيمَتَهُ لِلْغُرَمَاءِ لِتَعْلُقِ حَقِّهِمْ بِهِ).

وَلَأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ مِلْكَ الْمَوْلَى إِنَّمَا يَثْبُتُ خِلَافَةً عَنِ الْعَبْدِ عِنْدَ فَرَاعِهِ عَنْ حَاجَتِهِ كَمِلْكِ الْوَارِثِ عَلَى مَا قَرَّرْنَاهُ) يَعْنِي فِي مَسْأَلَةِ تَعْلُقِ الدَّيْنِ بِكَسْبِهِ (وَالْمَالُ الَّذِي أَحَاطَ بِهِ الدَّيْنُ مَشْغُولٌ بِهَا فَلَا يَخْلُفُهُ فِيهِ) يَعْنِي كَمَا أَنَّ الدَّيْنَ الْمُحِيطَ بِالتَّرَكَّةِ يَمْنَعُ مِلْكَ الْوَارِثِ فِي الرِّقَبَةِ فَكَذَلِكَ الدَّيْنُ الْمُحِيطُ بِالْكَسْبِ وَالرِّقَبَةُ يَمْنَعُ مِلْكَ الْمَوْلَى، لِأَنَّ الْخِلَافَةَ فِي الْمَوْضِعَيْنِ لَانْعِدَامِ أَهْلِيَّةِ الْمِلْكِ فِي الْمَالِ، فَالْمَيْتُ لَيْسَ بِأَهْلٍ لِلْمَالِكِيَّةِ كَالرَّقِيقِ، لِأَنَّ الْمَالِكِيَّةَ عِبَارَةٌ عَنِ الْقُدْرَةِ، وَالْمَوْتُ وَالرَّقُّ يُنَافِيَانِ ذَلِكَ، بَلِ مُنَافَاةُ الْمَوْتِ أَظْهَرُ وَالْمَيْتُ جُعِلَ كَالْمَالِكِ حُكْمًا لِقِيَامِ حَاجَتِهِ إِلَى قَضَاءِ دُيُونِهِ فَكَذَلِكَ الرَّقِيقُ (وَإِذَا عُرِفَ ثُبُوتُ الْمِلْكِ عِنْدَهُمَا وَعَدَمُهُ عِنْدَ عُرْفِ الْعِتْقِ وَعَدَمُهُ لِكُونِهِ فَرَعُهُ) فَمَنْ قَالَ بِثُبُوتِ الْمِلْكِ نَفَذَ الْعِتْقُ، وَمَنْ لَمْ يَقُلْ بِهِ أَبْطَلَهُ، وَفِي الثَّانِي يَمْلِكُ الْمَوْلَى كَسْبَهُ (وَيَنْفُذُ

عَتَقَهُ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا. أَمَّا عِنْدَهُمَا فَظَاهِرٌ، وَكَذَا عِنْدَهُ لِأَن كَسَبَ الْعَبْدَ لَا يَغْرَى عَنْ قَلِيلِ الدِّينِ، فَلَوْ جُعِلَ مَانِعًا لَأُسْدُ بَابِ الْإِنْتِفَاعِ بِكَسْبِهِ فَيَحْتَطُّ مَا هُوَ الْمَقْصُودُ مِنَ الْإِذْنِ وَلِهَذَا لَا يَمْنَعُ الْقَلِيلُ مِلْكَ الْوَارِثِ وَالْمُسْتَعْرِقُ يَمْنَعُهُ) وَأَمَّا الثَّلَاثُ فَلَمْ يَذْكُرْهُ فِي الْكِتَابِ. وَتَقَلَّ بَعْضُ الشَّارِحِينَ عَنْ يُوُوعِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ أَنَّ الْعِتْقَ فِيهِ جَائِزٌ.

قَالَ (وَإِنْ بَاعَ مِنَ الْمَوْلَى شَيْئًا بِمِثْلِ قِيَمَتِهِ جَائِزٌ؛ لِأَنَّهُ كَالْأَجْنَبِيِّ عَنْ كَسْبِهِ إِذَا كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ يُحِيطُ بِكَسْبِهِ (وَإِنْ بَاعَهُ بِنُقْصَانٍ لَمْ يَجْزُ مُطْلَقًا)؛ لِأَنَّهُ مُتَّهَمٌ فِي حَقِّهِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا حَابَى الْأَجْنَبِيُّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ؛ لِأَنَّهُ لَا تَهْمَةَ فِيهِ، وَبِخِلَافِ مَا إِذَا بَاعَ الْمُرِيضُ مِنَ الْوَارِثِ بِمِثْلِ قِيَمَتِهِ حَيْثُ لَا يَجُوزُ عِنْدَهُ لِأَنَّ حَقَّ بَقِيَّةِ الْوَرَقَةِ تَعْلُقُ بِعَيْنِهِ حَتَّى كَانَ لِأَحَدِهِمُ الْاسْتِخْلَاصُ بِإِدَاءِ قِيَمَتِهِ. أَمَّا حَقُّ الْغُرْمَاءِ تَعْلُقُ بِالْمَالِيَّةِ لَا غَيْرَ فَافْتَرَقَا. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: إِنْ بَاعَهُ بِنُقْصَانٍ يَجُوزُ الْبَيْعُ، وَيُخَيَّرُ الْمَوْلَى إِنْ شَاءَ أَزَالَ الْمَحَابَاةَ، وَإِنْ شَاءَ نَقَضَ الْبَيْعَ، وَعَلَى الْمَذْهَبَيْنِ الْبَيْسِيرُ مِنَ الْمَحَابَاةِ وَالْفَاحِشُ سَوَاءٌ.

وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ الْاِمْتِنَاعَ لِدَفْعِ الضَّرَرِ عَنِ الْغُرْمَاءِ وَبِهَذَا يَنْدَفِعُ الضَّرَرُ عَنْهُمْ، وَهَذَا بِخِلَافِ الْبَيْعِ مِنَ الْأَجْنَبِيِّ بِالْمَحَابَاةِ الْيُسِيرَةِ حَيْثُ يَجُوزُ وَلَا يُؤْمَرُ بِإِزَالَةِ الْمَحَابَاةِ، وَالْمَوْلَى يُؤْمَرُ بِهِ؛ لِأَنَّ الْبَيْعَ بِالْيُسِيرِ مِنْهُمَا مُتَرَدِّدٌ بَيْنَ التَّبَرُّعِ وَالْبَيْعِ لِدُخُولِهِ تَحْتَ تَقْوِيمِ الْمُقَوِّمِينَ فَاعْتَبَرْنَاهُ تَبَرُّعًا فِي الْبَيْعِ مَعَ الْمَوْلَى لِلتَّهْمَةِ غَيْرِ تَبَرُّعٍ فِي حَقِّ الْأَجْنَبِيِّ لِانْعِدَامِهَا، وَبِخِلَافِ مَا إِذَا بَاعَ مِنَ الْأَجْنَبِيِّ بِالْكَثِيرِ مِنَ الْمَحَابَاةِ حَيْثُ لَا يَجُوزُ أَصْلًا عِنْدَهُمَا، وَمِنْ الْمَوْلَى يَجُوزُ وَيُؤْمَرُ بِإِزَالَةِ الْمَحَابَاةِ؛ لِأَنَّ الْمَحَابَاةَ لَا تَجُوزُ مِنَ الْعَبْدِ الْمَادُونِ عَلَى أَصْلِهِمَا إِلَّا بِإِذْنِ الْمَوْلَى، وَلَا إِذْنٌ فِي الْبَيْعِ مَعَ الْأَجْنَبِيِّ وَهُوَ إِذْنٌ بِمُبَاشَرَتِهِ بِنَفْسِهِ، غَيْرَ أَنَّ إِزَالَةَ الْمَحَابَاةِ لِحَقِّ الْغُرْمَاءِ، وَهَذَانِ الْفَرْقَانِ عَلَى أَصْلِهِمَا.

الشرح:

قَالَ (وَإِذَا بَاعَ مِنَ الْمَوْلَى شَيْئًا بِمِثْلِ قِيَمَتِهِ جَائِزٌ) إِذَا بَاعَ الْعَبْدَ الْمَدْيُونُ الَّذِي لَرِمَّتُهُ دِيُونٌ مِنَ الْمَوْلَى شَيْئًا بِمِثْلِ قِيَمَتِهِ جَائِزٌ (لِأَنَّهُ كَالْأَجْنَبِيِّ عَنْ كَسْبِهِ إِذَا كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ) وَيُعْلَمُ مِنْهُ أَنَّهُ إِذَا لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ دَيْنٌ لَا يَجُوزُ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِأَجْنَبِيٍّ (وَإِذَا بَاعَ مِنْهُ بِنُقْصَانٍ لَمْ يَجْزُ مُطْلَقًا) أَيُّ سَوَاءٌ كَانَ كَثِيرًا أَوْ قَلِيلًا (لِأَنَّهُ مُتَّهَمٌ فِي حَقِّ مَوْلَاهُ) بِمِثْلِهِ إِلَيْهِ عَادَةً، بِخِلَافِ مَا إِذَا بَاعَ مِنَ الْأَجْنَبِيِّ بِذَلِكَ فَإِنَّهُ يَجُوزُ مُطْلَقًا لِأَنَّهُ لَا تَهْمَةَ فِيهِ.

فَإِنْ قِيلَ: التَّهْمَةُ فِيهِ قَدْ تَكُونُ مَوْجُودَةً. أُجِيبَ بِأَنَّهُ مَوْهُومٌ حَيْثُ إِنَّهُ لَمْ يَنْشَأْ عَنْ دَلِيلٍ (قَوْلُهُ بِخِلَافِ مَا إِذَا بَاعَ الْمَرِيضُ) مَرْوِيٌّ بِالْوَاوِ وَبِغَيْرِهِ. قَالَ فِي النَّهَائَةِ: وَهَذَا الْخِلَافُ مُتَعَلِّقٌ بِأَوَّلِ الْمَسْأَلَةِ، وَهُوَ قَوْلُهُ وَإِذَا بَاعَ مِنَ الْمَوْلَى شَيْئًا بِمِثْلِ قِيمَتِهِ جَازَ هَذَا عَلَى تَقْدِيرِ الْوَاوِ فِي قَوْلِهِ وَبِخِلَافٍ، وَلَيْسَ بِصَحِيحٍ لِأَنَّهُ مَعْطُوفٌ بِلا مَعْطُوفٍ عَلَيْهِ، بَلِ الْمُنَاسِبُ لَذَلِكَ عَدَمُ الْوَاوِ.

وَقَالَ: وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ بِدُونِ الْوَاوِ فَيَتَعَلَّقُ بِحُكْمِ قَوْلِهِ الْمُتَّصِلِ بِهِ وَهُوَ قَوْلُهُ بِخِلَافِ مَا إِذَا حَابَى الْأَجَنَبِيُّ: أَيُّ أَنَّهُ يَجُوزُ فِي كُلِّ حَالٍ: أَعْنِي إِذَا كَانَتْ الْمُحَابَاةُ يَسِيرَةً أَوْ فَاحِشَةً أَوْ كَانَ الْبَيْعُ بِمِثْلِ الْقِيَمَةِ: وَيَبِيعُ الْمَرِيضُ مِنْ وَارِثِهِ لَا يَجُوزُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي كُلِّ حَالٍ مِنْ هَذِهِ الْأَحْوَالِ، وَهَذَا أَوْجَهُ، وَلَكِنَّ الشُّنْخَةَ بِالْوَاوِ ثَابِتَةٌ. قُلْتُ: ذَلِكَ أَوْجَهُ مِنْ حَيْثُ اللَّفْظُ بِالْقُرْبِ دُونَ الْمَعْنَى، لِأَنَّ الْمَفْهُومَ مِنْ قَوْلِهِ بِخِلَافِ مَا إِذَا حَابَى الْأَجَنَبِيُّ جَوَازَ الْمُحَابَاةِ مَعَهُ مُطْلَقًا، وَلَا يُرَدُّ بَيْعُ الْمَرِيضِ مِنْ وَارِثِهِ بِمِثْلِ الْقِيَمَةِ إِشْكَالًا عَلَيْهِ حَتَّى يَحْتَاجَ إِلَى الْجَوَابِ.

وَالظَّاهِرُ عَدَمُ الْوَاوِ بِجَعْلِهِ مُتَعَلِّقًا بِأَوَّلِ الْمَسْأَلَةِ، وَفِي كَلَامِهِ تَعْقِيدٌ، وَتَقْرِيرٌ كَلَامِهِ هَكَذَا: وَإِنْ بَاعَ مِنَ الْمَوْلَى شَيْئًا بِمِثْلِ الْقِيَمَةِ جَازَ لِأَنَّهُ كَالْأَجَنَبِيِّ عَنْ كَسْبِهِ إِذَا كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ، بِخِلَافِ مَا إِذَا بَاعَ الْمَرِيضُ مِنَ الْوَارِثِ بِمِثْلِ الْقِيَمَةِ حَيْثُ لَا يَجُوزُ عِنْدَهُ، لِأَنَّ حَقَّ بَقِيَّةِ الْوَرِثَةِ تَعَلَّقَ بَعَيْنِهِ: أَيُّ عَيْنِ مَالِ الْمَيْتِ حَتَّى كَانَ لِأَحَدِهِمُ الْاسْتِخْلَاصُ بِأَدَاءِ قِيمَتِهِ، أَمَّا حَقُّ الْغُرَمَاءِ فَيَتَعَلَّقُ بِالْمَالِيَّةِ لَا غَيْرُ فَافْتَرَقَا: أَيُّ الْمَوْلَى وَالْمَرِيضُ فِي جَوَازِ الْبَيْعِ مِنَ الْمَوْلَى بِمِثْلِ الْقِيَمَةِ دُونَ الْوَارِثِ، ثُمَّ بَعْدَ ذَلِكَ يَذْكُرُ قَوْلَهُ وَإِنْ بَاعَ بِنُقْصَانٍ لَمْ يَجْزِ الْخُ.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُمَا اللَّهُ: إِنْ بَاعَهُ بِنُقْصَانٍ يَجُوزُ الْبَيْعُ وَيُخَيَّرُ الْمَوْلَى، إِنْ شَاءَ أَزَالَ الْمُحَابَاةَ بِإِيصَالِ التَّمَنِ إِلَى تَمَامِ الْقِيَمَةِ، وَإِنْ شَاءَ نَقَضَ الْبَيْعَ وَتَخَصَّصُوهُمَا بِهَذَا الْحُكْمِ اخْتِيَارًا مِنَ الْمُصَنِّفِ لِقَوْلِ بَعْضِ الْمَشَايِخِ.

قِيلَ وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ قَوْلُ الْكُلِّ لِأَنَّ الْمَوْلَى بِسَبِيلٍ مِنْ تَخْلِيصِ كَسْبِهِ لِنَفْسِهِ بِالْقِيَمَةِ بِدُونِ الْبَيْعِ، فَلَأَنْ يَكُونَ لَهُ ذَلِكَ بِالْبَيْعِ أَوْلَى، فَصَارَ الْعَبْدُ فِي تَصَرُّفِهِ مَعَ مَوْلَاهُ كَالْمَرِيضِ الْمَذْذُوبِ فِي تَصَرُّفِهِ مَعَ الْأَجَنَبِيِّ (قَوْلُهُ وَعَلَى الْمَذْهَبَيْنِ) أَيُّ مَذْهَبٍ أَبِي حَنِيفَةَ وَمَذْهَبِ

صَاحِبِهِ اعْتِرَاضٌ بَيْنَ الْحُكْمِ وَالذَّلِيلِ لَيَّانٍ تَسَاوَى الْمَحَابَةِ بِالْيَسِيرِ وَالْكَثِيرِ، فَإِنَّ عَلَى مَذْهَبِ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته إِذَا بَاعَ مِنْ مَوْلَاهُ بِنُقْصَانٍ يَسِيرٍ أَوْ كَثِيرٍ لَا يَجُوزُ فَلَا يُخَيَّرُ، وَعَلَى مَذْهَبِهِمَا يَجُوزُ وَلَكِنْ يُخَيَّرُ الْمَوْلَى (وَوَجْهُ ذَلِكَ) أَيُّ وَجْهِ الْجَوَازِ مَعَ التَّخْيِيرِ (أَنَّ الْامْتِنَاعَ) عَنِ الْبَيْعِ بِالنُّقْصَانِ (لِدَفْعِ الضَّرَرِ عَنِ الْغَرَمَاءِ وَبِهَذَا يَنْدَفِعُ الضَّرَرُ عَنْهُمْ، وَهَذَا) أَيُّ الَّذِي ذَكَرْنَاهُ مِنَ الْجَوَازِ وَالتَّخْيِيرِ (بِخِلَافِ الْبَيْعِ مِنَ الْأَجْنَبِيِّ بِالْمَحَابَةِ الْيَسِيرَةِ حَيْثُ يَجُوزُ وَلَا يُؤْمَرُ بِإِزَالَةِ الْمَحَابَةِ، وَالْمَوْلَى يُؤْمَرُ بِهِ لِأَنَّ الْبَيْعَ بِالْيَسِيرِ مِنْهُمَا) أَيُّ مِنَ الْمَوْلَى وَالْأَجْنَبِيِّ مُتَرَدِّدٌ بَيْنَ التَّبَرُّعِ وَالْبَيْعِ.

أَمَّا التَّبَرُّعُ فَلَخُلُوُّ الْبَيْعِ عَنِ الثَّمَنِ فِي قَدْرِ الْمَحَابَةِ، وَأَمَّا الْبَيْعُ (فَلَدْخُولُهُ تَحْتَ تَقْوِيمِ الْمُقَوِّمِينَ فَاعْتَبَرَتْهُ تَبَرُّعًا فِي الْبَيْعِ مَعَ الْمَوْلَى لِلتُّهْمَةِ غَيْرِ تَبَرُّعٍ فِي حَقِّ الْأَجْنَبِيِّ لَا نِعْدَامِهَا، وَبِخِلَافِ مَا إِذَا بَاعَ مِنَ الْأَجْنَبِيِّ بِالْكَثِيرِ مِنَ الْمَحَابَةِ حَيْثُ لَا يَجُوزُ عِنْدَهُمَا أَصْلًا، لِأَنَّ الْمَحَابَةَ مِنَ الْعَبْدِ الْمَأْذُونِ لَهُ لَا تَجُوزُ عَلَى أَصْلَهِمَا إِلَّا بِإِذْنِ الْمَوْلَى وَلَا إِذْنَ مِنْهُ فِي الْبَيْعِ مَعَ الْأَجْنَبِيِّ وَهُوَ إِذْنٌ بِمُبَاشَرَتِهِ بِنَفْسِهِ، غَيْرَ أَنَّ فِيهِ ضَرَرًا بِالْغَرَمَاءِ فَيُزَالُ بِإِزَالَةِ الْمَحَابَةِ، وَهَذَانِ الْفَرْقَانِ) بِلَفْظِ التَّشْنِيعِ، وَفِي بَعْضِ النُّسخِ وَهَذَا الْفَرْقَانِ: قَالَ فِي النِّهَايَةِ: وَلَكِنَّ الْأَوَّلَ أَصَحُّ لَوْجُودِ هَذَيْنِ الْفَرْقَيْنِ عَلَى قَوْلِهِمَا وَكَوْنُهُ مُثْنًى فِي النُّسخِ الْمُصَحَّحَةِ، وَالْمُرَادُ بِالْفَرْقَيْنِ الْفَرْقُ بَيْنَ الْمَوْلَى وَالْأَجْنَبِيِّ فِي حَقِّ الْمَحَابَةِ الْيَسِيرَةِ حَيْثُ يُؤْمَرُ الْمَوْلَى بِإِزَالَتِهَا دُونَ الْأَجْنَبِيِّ، وَالْفَرْقُ بَيْنَهُمَا فِي الْكَثِيرَةِ حَيْثُ لَا تَجُوزُ عِنْدَهُمَا مَعَ الْأَجْنَبِيِّ أَصْلًا وَتَجُوزُ مَعَ الْمَوْلَى وَيُؤْمَرُ بِالإِزَالَةِ.

وَأَمَّا أَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ عَلَى رِوَايَةِ هَذَا الْكِتَابِ فَلَيْسَ بِمُحْتَاجٍ إِلَى ذَلِكَ، لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ فِي الْبَيْعِ مَعَ الْمَوْلَى شَيْئًا مِنَ الْمَحَابَةِ، وَإِنَّمَا يَحْتَاجُ إِلَى الْفَرْقِ بَيْنَ الْمَوْلَى وَالْأَجْنَبِيِّ فِي جَوَازِ الْبَيْعِ مَعَ الْأَجْنَبِيِّ مُطْلَقًا وَمَعَ الْمَوْلَى بِمِثْلِ الْقِيَمَةِ، وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ فِي صَدْرِ الْكَلَامِ.

قَالَ (وَإِنْ بَاعَهُ الْمَوْلَى شَيْئًا بِمِثْلِ الْقِيَمَةِ أَوْ أَقَلَّ جَازَ الْبَيْعُ؛ لِأَنَّ الْمَوْلَى أَجْنَبِيٌّ عَنِ كَسْبِهِ إِذَا كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ وَلَا تُهُمَةٌ فِي هَذَا الْبَيْعِ؛ وَلِأَنَّهُ مُفِيدٌ فَإِنَّهُ يَدْخُلُ فِي كَسْبِ الْعَبْدِ مَا لَمْ يَكُنْ فِيهِ وَيَتِمَّكُنُ الْمَوْلَى مِنْ أَخْذِ الثَّمَنِ بَعْدَ أَنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ هَذَا التَّمَكُّنُ وَصِحَّتِ التَّصَرُّفُ تَتَّبِعُ الْفَائِدَةَ (فَإِنْ سَلَّمَ الْمَبِيعَ إِلَيْهِ قَبْلَ قَبْضِ الثَّمَنِ بَطَلَ

الثَّمَنُ)؛ لَأَنَّ حَقَّ الْمَوْلَى فِي الْعَيْنِ مِنْ حَيْثُ الْحَبْسِ، فَلَوْ بَقِيَ بَعْدَ سُقُوطِهِ يَبْقَى فِي الدِّينِ وَلَا يَسْتَوْجِبُهُ الْمَوْلَى عَلَى عَبْدِهِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ الثَّمَنُ عَرْضًا؛ لِأَنَّهُ يَتَعَيَّنُ وَجَازٌ أَنْ يَبْقَى حَقُّهُ مُتَعَلِّقًا بِالْعَيْنِ. قَالَ (وَأِنْ أَمْسَكَهُ فِي يَدِهِ حَتَّى يَسْتَوْفِيَ الثَّمَنَ جَانًا)؛ لَأَنَّ الْبَائِعَ لَهُ حَقُّ الْحَبْسِ فِي الْمَبِيعِ وَلِهَذَا كَانَ أَحْصَى بِهِ مِنَ الْغُرْمَاءِ، وَجَازٌ أَنْ يَكُونَ لِلْمَوْلَى حَقٌّ فِي الدِّينِ إِذَا كَانَ يَتَعَلَّقُ بِالْعَيْنِ (وَلَوْ بَاعَهُ بِأَكْثَرٍ مِنْ قِيَمَتِهِ يُؤْمَرُ بِإِزَالَةِ الْمُحَابَاةِ أَوْ بِنَقْضِ الْبَيْعِ) كَمَا بَيَّنَّا فِي جَانِبِ الْعَبْدِ؛ لَأَنَّ الزِّيَادَةَ تَعَلَّقَ بِهَا حَقُّ الْغُرْمَاءِ.

الشرح:

قَالَ (وَأِنْ بَاعَهُ الْمَوْلَى شَيْئًا) كَلَامُهُ ظَاهِرٌ، إِلَى قَوْلِهِ: فَإِنْ سَلَّمَ الْمَبِيعَ إِلَيْهِ: أَيِ الْعَبْدِ قَبْلَ قَبْضِ الثَّمَنِ بَطَلَ الثَّمَنُ، وَتَقْرِيرُ ذَلِكَ؛ لَأَنَّ حَقَّ الْمَوْلَى ثَابِتٌ فِي الْعَيْنِ مِنْ حَيْثُ الْحَبْسُ لَعَدَمِ تَعَلُّقِ حَقِّهِ بِمَالِيَةِ الْعَيْنِ بَعْدَ الْبَيْعِ، وَالثَّابِتُ فِي الْعَيْنِ مِنْ حَيْثُ الْحَبْسُ سَقَطَ بِالتَّسْلِيمِ فَحَقُّ الْمَوْلَى سَقَطَ بِهِ، فَلَوْ فُرِضَ بَقَاءُ حَقِّهِ بَعْدَ سُقُوطِهِ لَكَانَ ذَلِكَ فِي الدِّينِ لَكُونِهِ فِي مُقَابَلَةِ الْعَيْنِ وَالْمَوْلَى لَا يَسْتَوْجِبُهُ عَلَى عَبْدِهِ، حَتَّى لَوْ أُلْفَ شَيْئًا مِنْ مَالِهِ لَمْ يَضْمَنْ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ الثَّمَنُ عَرْضًا فَإِنَّ الْمَوْلَى يَسْتَوْجِبُهُ، وَهُوَ أَحَقُّ بِهِ مِنَ الْغُرْمَاءِ لِأَنَّهُ يَمْلِكُهُ بَعْنِهِ بِالْعَقْدِ، وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ عَيْنُ مِلْكِهِ فِي يَدِ غَيْرِهِ كَمَا لَوْ أُوْدِعَ عِنْدَ عَبْدِهِ شَيْئًا أَوْ غَصَبَهُ مِنْهُ (وَأِنْ أَمْسَكَ الْمَوْلَى الْمَبِيعَ فِي يَدِهِ حَتَّى يَسْتَوْفِيَ الثَّمَنَ جَارَ لَهُ لِأَنَّهُ بَائِعٌ، وَلِلْبَائِعِ حَقُّ الْحَبْسِ فِي الْمَبِيعِ، وَلِهَذَا كَانَ هُوَ أَحْصَى بِهِ مِنَ الْغُرْمَاءِ).

فَإِنْ قِيلَ: فَعَلَى هَذَا التَّقْدِيرِ اسْتَوْجِبَ دَيْنًا فِي ذِمَّةِ الْعَبْدِ حَتَّى حَبَسَ الْمَبِيعَ لِأَجَلِهِ وَهُوَ لَا يَسْتَوْجِبُهُ عَلَى مَا قُلْنَا أَنْفَاءً. أَجَابَ بِقَوْلِهِ (وَجَازٌ أَنْ يَكُونَ لِلْمَوْلَى حَقٌّ فِي الدِّينِ إِذَا تَعَلَّقَ بِالْعَيْنِ) يَعْنِي يَجُوزُ أَنْ يَسْتَوْجِبَ عَلَى عَبْدِهِ دَيْنًا إِذَا كَانَ ذَلِكَ الدِّينُ مُتَعَلِّقًا بِالْعَيْنِ كَالْمُكَاتَبِ فَإِنَّ الْمَوْلَى اسْتَوْجِبَ عَلَيْهِ بَدَلَ الْكِتَابَةِ وَهُوَ دَيْنٌ لَمَّا تَعَلَّقَ بِرَقَبَتِهِ، وَهَذَا لِأَنَّ الْبَيْعَ قَبْلَ التَّسْلِيمِ يُزِيلُ الْعَيْنَ عَنْ مِلْكِ الْبَائِعِ وَلَا يُزِيلُ يَدَهُ مَا لَمْ يَسْتَوْفِ الثَّمَنَ، فَإِذَا كَانَتْ الْيَدُ بَاقِيَةً تَعَلَّقَ حَقُّهُ بِالْعَيْنِ مِنْ حَيْثُ هِيَ وَبِالدِّينِ مِنْ حَيْثُ تَعَلَّقَهُ بِالْعَيْنِ (وَلَوْ بَاعَهُ بِأَكْثَرٍ مِنْ قِيَمَتِهِ جَارَ لَكُنْهُ يُخَيَّرُ بَيْنَ إِزَالَةِ الْمُحَابَاةِ وَنَقْضِ الْبَيْعِ كَمَا بَيَّنَّا فِي جَانِبِ الْعَبْدِ) سِوَاءَ كَانَتْ سِيرَةً أَوْ كَثِيرَةً (لَأَنَّ الزِّيَادَةَ تَعَلَّقَ بِهَا حَقُّ الْغُرْمَاءِ) قَالَ فِي النِّهَايَةِ: هَذَا عَلَى اخْتِيَارِ صَاحِبِ الْمُسُوطِ، وَأَمَّا عَلَى رِوَايَةِ صَاحِبِ

الكتاب وهو رواية مبسوط شيخ الإسلام رحمه الله فإن هذا البيع لا يجوز عند أبي حنيفة رحمه الله أصلاً بما ذكر في جانب العبد.

قال (وإذا أعتق المولى المأذون وعليه ديون فعليه جائر) لأن ملكه فيه باق والمولى ضامن لقيمته للغرماء؛ لأنه ألتف ما تعلق به حقهم بيعاً واستيفاءً من ثمنه (وما بقي من الديون يطالب به بعد العتق)؛ لأن الدين في ذمته وما لزم المولى إلا بقدر ما ألتف ضماناً فبقي الباقي عليه كما كان (فإن كان أقل من قيمته ضمن الدين لا غير)؛ لأن حقهم بقدره بخلاف ما إذا أعتق المدبر وأم الولد المأذون لهما وقد ركبتهما ديون لأن حق الغرماء لم يتعلق برقبتهما استيفاءً بالبيع فلم يكن المولى ملتفاً حقهم فلم يتضمن شيئاً

الشرح:

قال (وإذا أعتق المولى عبده (المأذون) له (وعليه ديون) لزمته بسبب التجارة أو العصب أو جحود الوديعة أو إثلاف المال (فإعتاقه جائر لبقاء ملكه فيه وهو ضامن للغرماء قيمته) بالغة ما بلغت إذا كان الدين مثلها أو أكثر منها علم بالدين أو لم يعلم به لأنه ألتف ما تعلق به حقهم بيعاً واستيفاءً من ثمنه وضمان الإثلاف لا يختلف بالعلم وعدمه ولا يوجب أزيد من مقدار ما ألتفه (فبقي الباقي عليه كما كان) ويطالب به بعد العتق (فإن كان الدين أقل من قيمته ضمن الدين لا غير لأن حقهم بقدره، بخلاف ما إذا أعتق المدبر) على ما ذكره وهو واضح

قال (وإن باعه المولى وعليه دين يحيط برقبته وقبضه المشتري وغيبه، فإن شاء الغرماء ضموا البائع قيمته، وإن شاءوا ضموا المشتري)؛ لأن العبد تعلق به حقهم حتى كان لهم أن يبيعوه، إلا أن يقضي المولى دينهم والبائع ملتف حقهم بالبيع والتسليم والمشتري بالقبض والتغيب فيخبرون في التضمن (وإن شاءوا أجازوا البيع وأخذوا الثمن)؛ لأن الحق لهم والإجازة اللاحقة كالإذن السابق كما في المرهون (فإن ضموا البائع قيمته ثم رد على المولى يعيب للمولى أن يرجع بالقيمة ويكون حق الغرماء في العبد)؛ لأن سبب الضمان قد زال وهو البيع والتسليم، وصار كالعاصب إذا باع وسلم وضمن القيمة ثم رد عليه بالعيب كان له أن يرد على المالك ويسترد القيمة كذا هذا.

الشرح:

قال (وإن باعه المولى وعليه ديون تحيط برقبته وقبضه المشتري وغيبه) معناه

بَاعَهُ بِشَيْءٍ لَا يَفِي بِذِيُونِهِمْ بِذُونِ إِذْنِ الْغُرْمَاءِ وَالذَّيْنُ حَالٌ (فَإِنْ شَاءَ الْغُرْمَاءُ ضَمَّنُوا الْبَائِعَ قِيمَتَهُ وَإِنْ شَاءُوا ضَمَّنُوا الْمُشْتَرِيَ)، لِأَنَّ حَقَّهُمْ تَعَلَّقَ بِالْعَبْدِ حَتَّى كَانَ لَهُمْ أَنْ يَبْعُوهُ إِلَّا أَنْ يَقْضِيَ الْمَوْلَى دَيْنَهُمْ وَقَدْ أَثْلَفَاهُ، أَمَّا الْبَائِعُ فَبِالْبَيْعِ وَالتَّسْلِيمِ، وَأَمَّا الْمُشْتَرِي فَبِالْقَبْضِ وَالتَّعْيِيبِ، فَيُخَيَّرُ الْغُرْمَاءُ فِي التَّضْمِينِ.

وَأَمَّا لَمْ يَكْتَفِ بِمُجَرَّدِ الْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ لَأَنَّهُمَا لَا يَضْمَنَانِ بِمُجَرَّدِهِمَا، بَلْ بِتَعْيِيبِ مَا فِيهِ حَقُّ الْغُرْمَاءِ وَهُوَ الْعَبْدُ لِأَنََّّهُمْ يَسْتَسْعَوْنَهُ أَوْ يَبْعُونَهُ كَمَا يُرِيدُونَ، وَذَلِكَ إِنَّمَا يَفُوتُ بِالتَّسْلِيمِ وَالتَّعْيِيبِ لَا بِمُجَرَّدِ الْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ (وَإِنْ شَاءُوا أَجَازُوا الْبَيْعَ وَأَخَذُوا الثَّمَنَ لِأَنَّ الْحَقَّ لَهُمْ فَلَهُمْ الْإِجَارَةُ لِأَنَّ الْإِجَارَةَ اللَّاحِقَةَ كَالِإِذْنِ السَّابِقِ) وَلَوْ كَانَ الْبَيْعُ بِإِذْنِهِمْ لَمْ يَكُنْ هُنَاكَ ضَمَانٌ فَكَذَا إِذَا أَجَازُوا، وَكَذَا إِذَا كَانَ الثَّمَنُ وَفِي بِذِيُونِهِمْ وَوَصَلَ إِلَيْهِمْ فَلَيْسَ لَهُمْ تَضْمِينُ الْبَائِعِ عَلَى مَا سَيَجِيءُ، وَكَذَا إِذَا كَانَتْ الذُّيُونُ عَلَى الْمَادُّونَ مُؤَجَّلَةً إِلَى أَجَلٍ فَبَاعَهُ الْمَوْلَى بِأَكْثَرِ مِنْ قِيمَتِهِ أَوْ بِأَقْلَ مِنْهَا جَارَ بَيْعُهُ، وَلَيْسَ لَهُمْ حَقُّ الْمَطَالَبَةِ حَتَّى يَحُلَّ دَيْنُهُمْ، فَإِنْ حُلَّ ضَمَّنُوهُ قِيمَتَهُ لِأَنَّهُ أَثْلَفَ عَلَيْهِمْ مَحَلَّ حَقِّهِمْ وَهُوَ الْمَالِيَّةُ، وَهَذِهِ فَوَائِدُ الْقِيُودِ الْمَذْكُورَةِ، وَقَوْلُهُ (كَمَا فِي الْمَرْهُونِ) يَعْنِي أَنَّ الرَّاهِنَ إِذَا بَاعَ الْمَرْهُونَ بِذُونِ إِجَارَةِ الْمُرْتَهِنِ ثُمَّ أَجَارَهُ الْمُرْتَهِنُ جَارَ الْبَيْعِ لِأَنَّ الْإِجَارَةَ فِي الْإِثْتِهَاءِ كَالِإِذْنِ فِي الْإِبْتِدَاءِ (فَإِنْ ضَمَّنُوا الْبَائِعَ قِيمَتَهُ ثُمَّ رُدَّ عَلَى الْمَوْلَى) إِنْ خُصَّ مَعْنَاهُ إِذَا قَبِلَهُ بِقَضَاءٍ لِأَنَّ الْقَاضِيَ إِذَا رَدَّهُ فَقَدْ فَسَخَ الْعَقْدَ بَيْنَهُمَا فَعَادَ إِلَى الْحَالِ الْأَوَّلِيِّ وَهُوَ ظَاهِرٌ، وَلَكِنْ بَقِيَ شَيْءٌ وَهُوَ أَنَّ حَقَّهُمْ كَانَ فِي بَيْعِ الْعَبْدِ وَالْمَوْلَى قَدْ رَفَعَ عَنْهُمْ الْمُؤَنَةَ فَلَا يَجِبُ عَلَيْهِ الضَّمَانُ كَالْوَصِيِّ إِذَا بَاعَ التَّرَكَّةَ بِغَيْرِ إِذْنِ الْغُرْمَاءِ. وَأُجِيبَ عَنْ ذَلِكَ بِأَنَّ حَقَّهُمْ لَمْ يَنْحَصِرْ فِي الْبَيْعِ بَلْ لَهُمُ الْاسْتِسْعَاءُ وَقَدْ فَاتَ بِالْبَيْعِ، وَحَقُّ الْغُرْمَاءِ مُنْحَصِرٌ فِي بَيْعِ التَّرَكَّةِ فَافْتَرَقَا.

قَالَ (وَلَوْ كَانَ الْمَوْلَى بَاعَهُ مِنْ رَجُلٍ وَأَعْلَمَهُ بِالذَّيْنِ فَلِلْغُرْمَاءِ أَنْ يَرُدُّوا الْبَيْعَ) لِتَعَلُّقِ حَقِّهِمْ وَهُوَ حَقُّ الْاسْتِسْعَاءِ وَالْاسْتِيفَاءِ مِنْ رَقَبَتِهِ، وَفِي كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فَائِدَةٌ، فَالْأَوَّلُ تَأْمٌ مُؤَخَّرٌ وَالثَّانِي نَاقِصٌ مُعَجَّلٌ، وَبِالْبَيْعِ تَفُوتُ هَذِهِ الْخَيْرَةُ فَلِهَذَا كَانَ لَهُمْ أَنْ يَرُدُّوهُ. قَالُوا: تَأْوِيلُهُ إِذَا لَمْ يَصِلْ إِلَيْهِمُ الثَّمَنُ، فَإِنْ وَصَلَ وَلَا مُحَابَاةَ فِي الْبَيْعِ لَيْسَ لَهُمْ أَنْ يَرُدُّوهُ لَوْصُولِ حَقِّهِمْ إِلَيْهِمْ. قَالَ (فَإِنْ كَانَ الْبَائِعُ غَائِبًا فَلَا خُصُومَةَ بَيْنَهُمْ وَبَيْنَ

المُشْتَرِي) مَعْنَاهُ إِذَا أَنْكَرَ الدَّيْنَ وَهَذَا (عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ).

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: الْمُشْتَرِي خَصَمُهُمْ وَيَقْضِي لَهُمْ بِدَيْنِهِمْ) وَعَلَى هَذَا الْخِلَافِ إِذَا اشْتَرَى دَارًا وَوَهَبَهَا وَسَلَّمَهَا وَغَابَ ثُمَّ حَضَرَ الشَّفِيعُ فَأَلُوهُبُ لَهُ لَيْسَ بِخَصَمٍ عِنْدَهُمَا خِلَافًا لَهُ. وَعَنْهُمَا مِثْلُ قَوْلِهِ فِي مَسْأَلَةِ الشَّفَعَةِ. لِأَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يَدْعِي الْمَلِكَ لِنَفْسِهِ فَيَكُونُ خَصَمًا لِكُلِّ مَنْ يَنَازِعُهُ. وَلَهُمَا أَنَّ الدَّعْوَى تَتَضَمَّنُ فَسْخَ الْعَقْدِ وَقَدْ قَامَ بِهِمَا فَيَكُونُ الْفَسْخُ قَضَاءً عَلَى الْغَائِبِ.

الشرح:

قَالَ (وَلَوْ كَانَ الْمَوْلَى بَاعَهُ مِنْ رَجُلٍ وَأَعْلَمَهُ بِالذَّيْنِ) إِذَا قَالَ الْمَوْلَى هَذَا الْعَبْدُ الَّذِي أُبِيعَهُ مَدْيُونٌ يُرِيدُ بِهِ سُقُوطَ خِيَارِ الْمُشْتَرِي فِي الرَّدِّ بَعِيْبَ الدَّيْنِ لِيَكُونَ الْبَيْعُ بَيْنَهُمَا لَازِمًا فَذَلِكَ لَا يُوجِبُ اللُّزُومَ فِي حَقِّ الْغُرَمَاءِ (فَلَهُمْ أَنْ يَرُدُّوا الْبَيْعَ لِتَعَلَّقِي حَقَّهُمْ وَهُوَ حَقُّ الاسْتِسْعَاءِ وَالِاسْتِيفَاءِ مِنْ رَقَبَتِهِ) بِهِ وَكَلِمَةُ بِهِ مَحذُوفَةٌ مِنَ الْمُتَنِ (وَفِي كُلِّ مِنْهُمَا فَائِدَةٌ) فَلَاوَلُ يَعْنِي الْاسْتِسْعَاءَ (تَامٌ مُؤَخَّرٌ وَالثَّانِي نَاقِصٌ) إِنْ لَمْ يَفِ بِدْيُونِهِمْ (مُعْجَلٌ وَبِالْبَيْعِ تَفَوُّتُ هَذِهِ الْخِيَرَةُ فَلِهَذَا كَانَ لَهُمْ أَنْ يَرُدُّوهُ).

قَالَ الْمَشَائِخُ: تَأْوِيلُهُ إِذَا لَمْ يَصِلْ إِلَيْهِمُ الثَّمَنُ، فَإِنْ وَصَلَ وَلَا مُحَابَاةَ فِي الْبَيْعِ لَيْسَ لَهُمْ أَنْ يَرُدُّوهُ لَوْصُولِ حَقِّهِمْ إِلَيْهِمْ) قِيلَ فِي عِبَارَتِهِ تَسَامُحٌ لِأَنَّ وُصُولَ الثَّمَنِ إِلَيْهِمْ مَعَ عَدَمِ الْمُحَابَاةِ فِي الْبَيْعِ لَا يَسْتَلْزِمُ نَفْيَ الرَّدِّ لِحَوَازِ أَنْ يَصِلَ إِلَيْهِمُ الثَّمَنُ وَلَا مُحَابَاةَ فِي الْبَيْعِ لَكِنْ لَا يَفِي الثَّمَنُ بِدْيُونِهِمْ فَيَبْقَى لَهُمْ وَلَايَةُ الرَّدِّ وَالِاسْتِسْعَاءُ فِي الدِّيُونِ. وَأُجِيبَ بِأَنَّهُمْ قَدْ رَضُوا بِسُقُوطِ حَقِّهِمْ حَيْثُ قَبَضُوا الثَّمَنَ فَلَمْ يَبْقَ لَهُمْ وَلَايَةُ الرَّدِّ، وَفِيهِ نَظَرٌ لِأَنَّهُ يَذْهَبُ بِفَائِدَةِ قَوْلِهِ وَلَا مُحَابَاةَ فِي الْبَيْعِ، فَإِنَّهُمْ إِذَا قَبَضُوا الثَّمَنَ وَرَضُوا بِهِ سَقَطَ حَقُّهُمْ وَإِنْ كَانَ فِيهِ مُحَابَاةٌ، وَلَعَلَّ الصَّوَابَ أَنْ يُقَالَ: قَوْلُهُ وَلَا مُحَابَاةَ فِي الْبَيْعِ مَعْنَاهُ أَنَّ الثَّمَنَ يَفِي بِدْيُونِهِمْ بِدَلِيلِ قَوْلِهِ وَالثَّانِي نَاقِصٌ مُعْجَلٌ، فَإِنَّهُ إِمَّا يَكُونُ نَاقِصًا إِذَا لَمْ يَفِ بِالدِّيُونِ.

فَإِنْ قِيلَ: إِذَا بَاعَ الْمَوْلَى عَبْدَهُ الْجَانِي بَعْدَ الْعِلْمِ بِالْجَنَايَةِ كَانَ مُخْتَارًا لِلْفِدَاءِ فَمَا بَالُ هَذَا لَا يَكُونُ مُخْتَارًا لِقَضَاءِ الدِّيُونِ مِنْ مَالِهِ؟ أُجِيبَ بِأَنَّ مُوجِبَ الْجَنَايَةِ الدَّفْعُ عَلَى الْمَوْلَى، فَإِذَا تَعَدَّرَ عَلَيْهِ بِالْبَيْعِ طَوْلَبَ بِهِ لِبَقَاءِ الْوَاجِبِ عَلَيْهِ، وَأَمَّا الدَّيْنُ فَهُوَ وَاجِبٌ فِي

ذِمَّةُ الْعَبْدِ بَحِيْثٌ لَا يَسْقُطُ عَنْهُ بِالْبَيْعِ وَالْإِعْتَاقِ حَتَّى يُؤَاخِذَ بِهِ بَعْدَ الْعِتْقِ، فَلَمَّا كَانَ كَذَلِكَ كَانَ الْبَيْعُ مِنَ الْمَوْلَى بِمَنْزِلَةِ أَنْ يَقُولَ أَنَا أَقْضِي دَيْنَهُ وَذَلِكَ عِدَّةٌ مِنْهُ بِالتَّبَرُّعِ فَلَا يَلْزَمُهُ، وَفِيهِ نَظَرٌ لِأَنَّ قَوْلَهُ أَنَا أَقْضِي دَيْنَهُ يَحْتَمِلُ الْكَفَالَةَ فَلَمْ يَتَّعِنْ عِدَّةً.

وَالْجَوَابُ أَنَّ الْعِدَّةَ أَدَّتِي الاحْتِمَالَيْنِ فَيُثْبِتُ بِهِ إِلَّا أَنْ يَقُومَ الدَّلِيلُ عَلَى خِلَافِهِ (فَإِنْ كَانَ الْبَائِعُ غَائِبًا فَلَا خُصُومَةَ بَيْنَهُمْ وَبَيْنَ الْمُشْتَرِي إِذَا أَنْكَرَ الدَّيْنَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ وَإِنَّمَا قِيَدٌ بِالْإِنْكَارِ لِأَنَّ الْمُشْتَرِي إِذَا أَقَرَّ بِدَيْنِهِمْ وَصَدَّقَهُمْ فِي الدَّعْوَى كَانَ لَهُمْ أَنْ يَرُدُّوا الْبَيْعَ بِلَا خِلَافٍ وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ: الْمُشْتَرِي خَصَمُهُمْ وَيَقْضِي لَهُمْ بِدَيْنِهِمْ، لِأَنَّهُ يَدَّعِي الْمَلِكَ لِنَفْسِهِ فَيَكُونُ خَصَمًا لِكُلِّ مَنْ يُنَازِعُهُ فِيمَا فِي يَدِهِ. وَلَهُمَا أَنَّهُ لَوْ جَعَلَ خَصَمًا لَادَّعَى عَلَيْهِ، وَالِدَّعْوَى تَتَضَمَّنُ فَسْخَ الْعَقْدِ وَالْعَقْدُ قَدْ قَامَ بِهِمَا فَيَكُونُ الْفَسْخُ قَضَاءً عَلَى الْغَائِبِ).

قَالَ فَخَرُ الْإِسْلَامِ رَحِمَهُ اللَّهُ: وَعَلَى هَذَا الْخِلَافِ إِذَا اشْتَرَى رَجُلٌ دَارًا لَهَا شَفِيعٌ ثُمَّ وَهَبَهَا لِرَجُلٍ وَسَلَّمَهَا إِلَيْهِ وَغَابَ الْوَاهِبُ ثُمَّ حَضَرَ الشَّفِيعُ فَإِنَّ الْمَوْهوبَ لَهُ لَيْسَ بِخَصَمٍ عِنْدَهُمَا خِلَافًا لَهُ وَعَنْهُمَا، وَهُوَ رِوَايَةُ ابْنِ سِمَاعَةَ مِثْلُ قَوْلِهِ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ.

قَالَ (وَمَنْ قَدِمَ مِصْرًا وَقَالَ أَنَا عَبْدٌ لِفُلَانٍ فَاشْتَرَى وَبَاعَ لَزِمَهُ كُلُّ شَيْءٍ مِنَ التَّجَارَةِ)؛ لِأَنَّهُ إِنْ أَخْبَرَ بِالْإِذْنِ فَإِلَّاخْبَارُ دَلِيلٌ عَلَيْهِ، وَإِنْ لَمْ يُخْبَرْ فَتَصَرُّفُهُ دَلِيلٌ عَلَيْهِ، إِذِ الظَّاهِرُ أَنَّ الْمَحْجُورَ يَجْرِي عَلَى مُوجِبِ حَجَرِهِ وَالْعَمَلُ بِالظَّاهِرِ هُوَ الْأَصْلُ فِي الْمَعَامَلَاتِ كَيْ لَا يَضِيقَ الْأَمْرُ عَلَى النَّاسِ، (إِلَّا أَنَّهُ لَا يَبَاعُ حَتَّى يَحْضُرَ مَوْلَاهُ)؛ لِأَنَّهُ لَا يَقْبَلُ قَوْلُهُ فِي الرُّقَبَةِ؛ لِأَنَّهَُا خَالِصُ حَقِّ الْمَوْلَى، بِخِلَافِ الْكَسْبِ؛ لِأَنَّهُ حَقُّ الْعَبْدِ عَلَى مَا بَيَّنَّا (فَإِنْ حَضَرَ فَقَالَ هُوَ مَادُونٌ بَيْعٍ فِي الدَّيْنِ)؛ لِأَنَّهُ ظَهَرَ الدَّيْنُ فِي حَقِّ الْمَوْلَى (وَإِنْ قَالَ هُوَ مَحْجُورٌ فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ)؛ لِأَنَّهُ مُتَمَسِّكٌ بِالْأَصْلِ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ قَدِمَ مِصْرًا) رَجُلٌ قَدِمَ مِصْرًا وَقَالَ أَنَا عَبْدٌ لِفُلَانٍ فَاشْتَرَى وَبَاعَ لَزِمَهُ كُلُّ شَيْءٍ مِنَ التَّجَارَةِ، لِأَنَّهُ إِنْ أَخْبَرَ أَنَّهُ مَادُونٌ لَهُ فَإِخْبَارُهُ دَلِيلٌ عَلَيْهِ، وَإِنْ لَمْ يُخْبَرْ فَتَصَرُّفُهُ دَلِيلٌ عَلَى إِذْنِهِ وَهُوَ اسْتِحْسَانٌ. وَالْقِيَاسُ أَنْ لَا يَقْبَلُ قَوْلُهُ لِأَنَّهُ أَخْبَرَ

بَشَيْئَيْنِ: أَحَدُهُمَا أَنَّهُ أَخْبَرَ أَنَّهُ مَمْلُوكٌ وَهَذَا إِقْرَارٌ مِنْهُ عَلَى نَفْسِهِ. وَالثَّانِي أَخْبَرَ أَنَّهُ مَأْذُونٌ فِي التَّجَارَةِ وَهَذَا إِقْرَارٌ عَلَى الْمَوْلَى، وَإِقْرَارُهُ عَلَيْهِ لَيْسَ بِحُجَّةٍ.

وَجَهُّ الاستِحْسَانِ مَا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ. وَقَوْلُهُ (كَيِّ لَا يَضِيقُ الْأَمْرُ عَلَى النَّاسِ) تَوْضِيحُهُ أَنَّ لِلنَّاسِ حَاجَةً إِلَى قَبُولِ قَوْلِهِ لِأَنَّ الْإِنْسَانَ يَبْعَثُ الْأَحْرَارَ وَالْعَبِيدَ فِي التَّجَارَةِ، فَلَوْ لَوْ يُقْبَلُ قَوْلُ الْوَاحِدِ فِي الْمَعَامَلَاتِ لاحتَاجَ إِلَى أَنْ يَبْعَثَ شَاهِدَيْنِ يَشْهَدَانِ عِنْدَ كُلِّ تَصَرُّفٍ أَنَّهُ مَأْذُونٌ لَهُ فِي التَّجَارَةِ، وَفِي ذَلِكَ مِنَ الضِّيقِ مَا لَا يَخْفَى. وَقَوْلُهُ (إِلَّا أَنَّهُ) اسْتِثْنَاءٌ مِنْ قَوْلِهِ لَزِمَهُ كُلُّ شَيْءٍ، وَمَعْنَاهُ أَنَّهُ إِذَا لَمْ يَكُنْ فِي كَسْبِهِ وَقَاءً لَا يُبَاعُ فِي الدِّينِ حَتَّى يَحْضُرَ مَوْلَاهُ لِأَنَّهُ لَا يُقْبَلُ قَوْلُهُ فِي الرِّقَبَةِ لِأَنَّ يَبْعَثُ لَيْسَ مِنْ لَوَازِمِ الْإِذْنِ فِي التَّجَارَةِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ إِذَا أُذِنَ لِلْمُدَبِّرِ وَأُمُّ الْوَلَدِ وَلِحَقَّهُمَا الدِّينُ لَا يُبَاعَانِ فِيهِ فَكَانَتْ خَالِصَ حَقِّ الْمَوْلَى وَحَيْثُ جَازَ أَنْ يَكُونَ مَأْذُونًا وَلَا يُبَاعُ، بِخِلَافِ الْكَسْبِ فَإِنَّ قَضَاءَ الدِّينِ مِنْ كَسْبِهِ مِنْ لَوَازِمِ الْإِذْنِ فِي التَّجَارَةِ وَهُوَ حَقُّ الْعَبْدِ عَلَى مَا يَبْنَى، يُرِيدُ بِهِ قَوْلُهُ فِي وَسْطِ كِتَابِ الْمَأْذُونِ وَيَتَعَلَّقُ دَيْتُهُ بِكَسْبِهِ، إِلَى أَنْ قَالَ: لِأَنَّ الْمَوْلَى إِنَّمَا يَخْلُفُهُ فِي الْمَلِكِ بَعْدَ فَرَاغِهِ عَنْ حَاجَةِ الْعَبْدِ (فَإِنْ حَضَرَ مَوْلَاهُ فَقَالَ هُوَ مَأْذُونٌ لَهُ يَبْعُ فِي الدِّينِ لظُهُورِهِ فِي حَقِّ الْمَوْلَى وَإِنْ قَالَ هُوَ مَحْجُورٌ فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ) وَعَلَى الْغُرَمَاءِ الْبَيْتَةُ، لِأَنَّ دَعْوَاهُ الْإِذْنَ كَدَعْوَاهُ الْإِعْتِقَاقَ وَالْكِتَابَةَ، وَلَا يُقْبَلُ قَوْلُهُ عِنْدَ جُحُودِ الْمَوْلَى، إِلَّا بَيِّنَةً.

فصل

(وَإِذَا أُذِنَ وَلِيَ الصَّبِيُّ لِلصَّبِيِّ فِي التَّجَارَةِ فَهُوَ فِي الْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ كَالْعَبْدِ الْمَأْذُونِ إِذَا كَانَ يَعْقِلُ الْبَيْعَ وَالشِّرَاءَ حَتَّى يَنْفُذَ تَصَرُّفَهُ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا يَنْفُذُ؛ لِأَنَّ حَجَرَهُ لَصِبَاهُ فَيَبْقَى بِبَقَائِهِ، وَلِأَنَّهُ مُوَلَّى عَلَيْهِ حَتَّى يَمْلِكَ الْوَلِيُّ التَّصَرُّفَ عَلَيْهِ وَيَمْلِكَ حَجَرَهُ فَلَا يَكُونُ وَالِيًا لِلْمُنَافَاةِ وَصَارَ كَالطَّلَاقِ وَالْعِتَاقِ، بِخِلَافِ الصَّوْمِ وَالصَّلَاةِ؛ لِأَنَّهُ لَا يُقَامُ بِالْوَلِيِّ، وَكَذَا الْوَصِيَّةُ عَلَى أَصْلِهِ فَتَحَقَّقَتِ الضَّرُورَةُ إِلَى تَنْفِيذِهِ مِنْهُ. أَمَّا بِالْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ فَيَتَوَلَّاهُ الْوَلِيُّ فَلَا ضَرُورَةَ هَاهُنَا. وَلَنَا أَنَّ التَّصَرُّفَ الْمَشْرُوعَ صَدَرَ مِنْ أَهْلِهِ فِي مَحَلِّهِ عَنْ وِلَايَةِ شَرْعِيَّةٍ فَوَجَبَ تَنْفِيذُهُ عَلَى مَا عُرِفَ تَقْرِيرُهُ فِي الْخِلَافِيَّاتِ. وَالصَّبَا سَبَبُ الْحَجَرِ لِعَدَمِ الْهِدَايَةِ لَا لِنَاثَةِ، وَقَدْ ثَبَّتَتْ نَظَرًا إِلَى إِذْنِ الْوَلِيِّ، وَبَقَاءِ وِلَايَتِهِ لِنَظَرِ الصَّبِيِّ لَاسْتِيفَاءِ الْمَصْلَحَةِ بِطَرِيقَيْنِ وَاحْتِمَالِ تَبَدُّلِ الْحَالِ، بِخِلَافِ الطَّلَاقِ وَالْعِتَاقِ؛ لِأَنَّهُ ضَارٌّ

مَحْضٌ فَلَمْ يُؤْهَلْ لَهُ.

وَالنَّافِعُ الْمَحْضُ كَقَبُولِ الْهَبَةِ وَالصَّدَقَةِ يُؤْهَلُ لَهُ قَبْلَ الْإِذْنِ، وَالْبَيْعُ وَالشِّرَاءُ دَائِرٌ بَيْنَ النَّفْعِ وَالضَّرَرِ فَيُجْعَلُ أَهْلًا لَهُ بَعْدَ الْإِذْنِ لَا قَبْلَهُ، لَكِنْ قَبْلَ الْإِذْنِ يَكُونُ مَوْفُوفًا مِنْهُ عَلَى إِجَازَةِ الْوَلِيِّ لِاحْتِمَالِ وَقُوعِهِ نَظَرًا، وَصِحَّتُهُ التَّصَرُّفِ فِي نَفْسِهِ، وَذَكَرَ الْوَلِيُّ فِي الْكِتَابِ يَنْتَظِمُ الْأَبَ وَالْجَدَّ عِنْدَ عَدَمِهِ وَالْوَصِيَّ وَالْقَاضِيَّ وَالْوَالِيَّ، بِخِلَافِ صَاحِبِ الشَّرْطِ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ إِلَيْهِ تَقْلِيدُ الْقَضَاةِ، وَالشَّرْطُ أَنْ يَعْقِلَ كَوْنُ الْبَيْعِ سَالِبًا لِلْمَلِكِ جَالِبًا لِلرَّيْحِ، وَالتَّشْبِيهُ بِالْعَبْدِ الْمَأْذُونِ لَهُ يُفِيدُ أَنَّ مَا يَثْبُتُ فِي الْعَبْدِ مِنَ الْأَحْكَامِ يَثْبُتُ فِي حَقِّهِ؛ لِأَنَّ الْإِذْنَ فَكُّ الْحَجَرِ وَالْمَأْذُونُ يَتَصَرَّفُ بِأَهْلِيَّةٍ نَفْسِهِ عَبْدًا كَانَ أَوْ صَبِيًّا، فَلَا يَتَقَيَّدُ تَصَرُّفُهُ بِنَوْعِ دُونِ نَوْعٍ.

الشرح:

(فصل): لَمَّا فَرَعَ مِنْ أَحْكَامِ إِذْنِ الْعَبْدِ فِي التَّجَارَةِ بَيْنَ أَحْكَامِ إِذْنِ الصَّبِيِّ، إِلَّا أَنَّهُ قَدَّمَ الْأَوَّلَ لَكثْرَةِ وَقُوعِهِ، وَلَكَوْنِهِ مُجْمَعًا عَلَيْهِ فِي الْجَوَازِ، وَالصَّبِيُّ الَّذِي يَعْقِلُ الْعَيْنَ الْيَسِيرَ مِنَ الْفَاحِشِ إِذَا أَدْنَى لَهُ الْوَلِيُّ كَانَ كَالْعَبْدِ الْمَأْذُونِ فِي تَقْوِذِ تَصَرُّفِهِ وَعَدَمِ التَّقْيِيدِ بِنَوْعِ دُونِ نَوْعٍ وَصَيُورُورَتُهُ مَأْذُونًا بِالسُّكُوتِ وَصِحَّةِ إِقْرَارِهِ بِمَا فِي يَدِهِ وَغَيْرِ ذَلِكَ مِمَّا ذَكَرَ فِي الْعَبْدِ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَا يَنْفَذُ تَصَرُّفُهُ لِأَنَّهُ حَجَرُهُ لَصِيَانَةِ نَفْسِهِ وَهُوَ بَاقٍ بَعْدَ الْإِذْنِ، وَبَقَاءُ الْعِلَّةِ يَسْتَلْزِمُ الْمَعْلُولَ لَا مَحَالَةَ، بِخِلَافِ حَجَرِ الرِّقِيقِ فَإِنَّهُ لَيْسَ لِلرِّقِّ نَفْسُهُ بَلْ لِحَقِّ الْمَوْلَى، وَهُوَ يَسْقُطُ بِإِذْنِهِ لَكَوْنِهِ رَاضِيًا بِتَصَرُّفِهِ حِينَئِذٍ، وَلِأَنَّهُ مُوَلَّى عَلَيْهِ حَتَّى يَمْلِكَ الْمَوْلَى التَّصَرُّفَ وَالْحَجَرَ عَلَيْهِ وَالْمَوْلَى عَلَيْهِ لَا يَكُونُ وَآلِيًا لِلْمُنَافَاةِ، لِأَنَّ كَوْنَهُ مُوَلِّيًّا عَلَيْهِ سِمَةُ الْعَجْزِ وَكَوْنُهُ وَآلِيًا سِمَةُ الْقُدْرَةِ فَصَارَ كَالطَّلَاقِ وَالْعَتَاقِ وَلَا يَصِحَّانِ مِنْهُ، وَإِنْ أَدْنَى لَهُ الْوَلِيُّ بِخِلَافِ الصَّوْمِ النَّفْلِ وَالصَّلَاةِ النَّافِلَةِ لِأَنَّهُمَا لَا يُقَامَانِ بِالْوَلِيِّ فَيَصِحَّانِ مِنْهُ (قَوْلُهُ وَكَذَا الْوَصِيَّةُ عَلَى أَصْلِهِ) يَعْنِي قُلْتُ بِصِحَّتِهَا كَصِحَّتِهَا إِذَا كَانَتْ فِي أَبْوَابِ الْخَيْرِ، وَأَصْلُهُ أَنَّ كُلَّ تَصَرُّفٍ لَا يَتَحَقَّقُ مِنَ الْوَلِيِّ فِي حَقِّهِ صَحَّ تَصَرُّفُهُ بِنَفْسِهِ فِيهِ وَمَا يَتَحَقَّقُ مِنْهُ لَا يَصِحُّ مُبَاشَرَةً الصَّبِيِّ فِيهِ بِنَفْسِهِ لِأَنَّهُ تَصَرُّفُهُ بِنَفْسِهِ بِسَبَبِ الضَّرُورَةِ (وَقَدْ تَحَقَّقَتْ) فَيَجِبُ تَنْفِيذُهَا (إِمَّا بِالْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ فَيَتَوَلَّاهُ الْوَلِيُّ فَلَا ضَرُورَةَ.

وَلَنَا أَنَّ التَّصَرُّفَ الْمَشْرُوعَ صَدَرَ مِنْ أَهْلِهِ فِي مَحَلِّهِ عَنْ وِلَايَةِ شَرْعِيَّةٍ فَوَجَبَ تَنْفِيذُهُ) أَمَّا أَنَّهُ تَصَرَّفَ مَشْرُوعٌ فَلَأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى أَحَلَّ الْبَيْعَ مِنْ غَيْرِ فَصَلَّ بَيْنَ الْبَالِغِ وَالصَّبِيِّ، وَأَمَّا أَنَّهُ صَدَرَ مِنْ أَهْلِهِ فَلَأَنَّهُ عَاقِلٌ مُمَيِّزٌ يَعْلَمُ أَنَّ الْبَيْعَ سَالِبٌ وَالشِّرَاءَ جَالِبٌ وَيَعْلَمُ الْعَبْدَ الْيَسِيرَ مِنَ الْفَاحِشِ وَالْأَهْلِيَّةَ لِهَذَا التَّصَرُّفِ بِكَوْنِهِ كَذَلِكَ.

وَأَمَّا أَنَّهُ فِي مَحَلِّهِ فَلِكُونِ الْمُبِيعِ مَالًا مُتَقَوِّمًا. وَأَمَّا الْوِلَايَةُ الشَّرْعِيَّةُ فَلَأَنَّهُ صَدَرَ بِإِذْنِ وَلِيِّهِ، وَالْوَلِيُّ لَهُ هَذَا التَّصَرُّفُ فَكَذَا مِنْ أَذْنِ لَهُ؛ أَلَا تَرَى أَنَّ الطَّلَاقَ وَالْعَتَاقَ لَمَّا لَمْ يَمْلِكْهُ الْوَلِيُّ لَا يَمْلِكُ الْإِذْنَ بِهِ، فَصُدُّوا رُفْعًا مِنَ الصَّبِيِّ لَا يَكُونُ عَنْ وِلَايَةِ شَرْعِيَّةٍ وَإِنْ أَذِنَ الْوَلِيُّ بِذَلِكَ (قَوْلُهُ وَالصَّبَا سَبَبُ الْحَجْرِ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ لِأَنَّ حَجْرَهُ لَصِبَاهُ. وَتَقْرِيرُهُ أَنَّا لَا نُسَلِّمُ أَنَّ حَجْرَ الصَّبِيِّ لِدَايَتِهِ بَلْ بِالْغَيْرِ وَهُوَ عَدَمُ الْهُدَايَةِ فِي أُمُورِ التَّجَارَةِ، فَصَارَ كَالْعَبْدِ فِي كَوْنِ حَجْرِهِ لَغَيْرِهِ وَهُوَ حَقُّ الْمَوْلَى، فَإِذَا أَذِنَ لَهُ الْوَلِيُّ زَالَ ذَلِكَ الْغَيْرُ لِأَنَّهُ يَعْلَمُ أَنَّهُ لَوْ لَمْ يَكُنْ هَادِيًا فِي أُمُورِ التَّجَارَةِ لَمَّا أَذِنَ لَهُ الْوَلِيُّ فَيَصِحُّ تَصَرُّفُهُ كَمَا لَوْ لِلْعَبْدِ الْمَوْلَى. وَقَوْلُهُ (وَبَقَاءَ وَلَايَتِهِ) جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ لَوْ ثَبَتَ لَهُ الْهُدَايَةُ بِالْإِذْنِ لَمْ يَتَّقَ الْوَلِيُّ وَلِيًّا.

وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ بَقَاءَ وَلَايَتِهِ بَعْدَ ذَلِكَ لِأَمْرَيْنِ لِلنَّظَرِ لَهُ، فَإِنَّ الصَّبَا مِنْ أَسْبَابِ الْمَرْحَمَةِ بِالْحَدِيثِ، وَفِي اعْتِبَارِ كَلَامِهِ فِي التَّصَرُّفِ نَفْعٌ مَحْضٌ لاسْتِيفَاءِ الْمَصْلَحَةِ بِطَرِيقَيْنِ: أَيْ بِمُبَاشَرَةٍ وَلِيَّةٍ لَهُ وَبِمُبَاشَرَةٍ نَفْسِهِ فَكَانَ مَرْحَمَةً فِي حَقِّهِ فَوَجَبَ اعْتِبَارُهُ، وَلاَحْتِمَالُ تَبَدُّلِ الْحَالِ فَإِنَّ حَالَ الصَّبِيِّ يَحْتَمِلُ أَنْ يَتَبَدَّلَ مِنَ الْهُدَايَةِ إِلَى غَيْرِهَا فَابْتَقَيْنَا وِلَايَةَ الْوَلِيِّ لِيَتَدَارَكَ ذَلِكَ. وَقَوْلُهُ (بِخِلَافِ الطَّلَاقِ وَالْعَتَاقِ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ وَصَارَ كَالطَّلَاقِ وَالْعَتَاقِ. وَحَاصِلُ ذَلِكَ أَنَّ تَصَرُّفَاتِ الصَّبِيِّ عَلَى ثَلَاثَةِ أَقْسَامٍ: نَافِعٌ مَحْضٌ، وَضَارٌّ مَحْضٌ، وَمُتَرَدِّدٌ بَيْنَهُمَا. فَالْأَوَّلُ كَقَبُولِ الْهَبَةِ وَالصَّدَقَةِ يُؤْهَلُ لَهُ قَبْلَ الْإِذْنِ وَبَعْدَهُ. وَالثَّانِي كَالطَّلَاقِ وَالْعَتَاقِ لَا يُؤْهَلُ لَهُ أَصْلًا. وَالثَّالِثُ كَالْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ يُؤْهَلُ لَهُ بَعْدَ الْإِذْنِ لِأَنَّ نَقْصَانَهُ رَأْيَهُ يَنْجَبِرُ بِرَأْيِ الْوَلِيِّ لَا قَبْلَهُ، لَكِنْ قَبْلَ الْإِذْنِ يَكُونُ مَوْقُوفًا عَلَى إِجَازَةِ الْوَلِيِّ لِاحْتِمَالِ وَقُوعِهِ نَظَرًا فَإِنَّهُ أَحَدُ الْمُحْتَمَلَيْنِ، وَصِحَّةُ التَّصَرُّفِ فِي نَفْسِهِ لَصُدُورِهِ مِنْ أَهْلِهِ فِي مَحَلِّهِ.

فَإِنْ قِيلَ: إِذَا بَاعَ شَيْئًا بِأَضْعَافِ قِيمَتِهِ كَانَ نَافِعًا مَحْضًا كَقَبُولِ الْهَبَةِ فَيَجِبُ

نُفُوذُهُ بِلا تَوْقُفٍ، وَأُجِيبَ بِأَنَّ الْمُعْتَبَرَ فِي ذَلِكَ هُوَ الْوَضْعُ لَا الْجُزْئِيَّاتُ الْوَاقِعَةُ اتِّفَاقًا (وَذَكَرَ الْوَلِيَّ فِي الْكِتَابِ يَنْتَظِمُ الْأَبَ وَالْجَدَّ عِنْدَ عَدَمِهِ) وَلَيْسَ الْمُرَادُ بِهِ التَّرْتِيبُ؛ لِأَنَّ وَصِيَّ الْأَبِ مُقَدَّمٌ عَلَى الْجَدِّ وَتَرْبِيئُهُ وَلِيُّهُ وَهُوَ الْأَبُ ثُمَّ وَصِيُّ الْأَبِ ثُمَّ الْجَدُّ أَبُ الْأَبِ ثُمَّ وَصِيُّهُ ثُمَّ الْقَاضِي أَوْ وَصِيُّهُ ثُمَّ الْوَالِي (بِخِلَافِ صَاحِبِ الشَّرْطِ) يُرِيدُ بِهِ أَمِيرَ الْبَلَدَةِ كَأَمِيرِ بُخَارَى فَكَانَ الْوَالِي أَكْبَرَ مِنْهُ لِأَنَّ لَهُ وَلَايَةً تَقْلِيدَ الْقَاضِي دُونَ صَاحِبِ الشَّرْطِ، وَقَوْلُهُ (وَالشَّرْطُ أَنْ يَعْقِلَ) قَدْ تَقَدَّمَ ذِكْرُهُ. وَقَوْلُهُ (وَالتَّشْبِيهُ بِالْعَبْدِ الْمَأْذُونِ لَهُ الْخُ) كَذَلِكَ، لَكِنْ يُرَدُّ عَلَيْهِ أَنَّ التَّعْمِيمَ لَيْسَ بِمُسْتَقِيمٍ، فَإِنَّ الْمَوْلَى مَحْجُورٌ عَنِ التَّصَرُّفِ فِي مَالِ الْعَبْدِ الْمَأْذُونِ الْمَدْيُونِ بِذَيْنٍ يُحِيطُ بِمَالِهِ دُونَ الْوَلِيِّ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ ذَلِكَ مِنْ انْحِجَارِ الْمَوْلَى وَعَدَمِ انْحِجَارِ الْوَلِيِّ لَيْسَ مِنَ التَّعْمِيمِ فِي تَصَرُّفِ الْعَبْدِ وَالصَّبِيِّ، وَبِأَنَّ ذَيْنَ الصَّبِيِّ لِكَوْنِهِ حُرًّا يَتَعَلَّقُ بِذِمَّتِهِ لَا بِمَالِهِ فَجَازَ أَنْ يَتَصَرَّفَ فِيهِ الْوَلِيُّ، وَذَيْنَ الْعَبْدِ يَتَعَلَّقُ بِكَسْبِهِ وَالْمَوْلَى أَجَنَّبِيٌّ مِنْهُ إِذَا كَانَ الدَّيْنُ مُسْتَعْرَقًا

وَيَصِيرُ مَأْذُونًا بِالسُّكُوتِ كَمَا فِي الْعَبْدِ. وَيَصِحُّ إِقْرَارُهُ بِمَا فِي يَدِهِ مِنْ كَسْبِهِ وَكَذَا بِمَوْرُوثِهِ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ، كَمَا يَصِحُّ إِقْرَارُ الْعَبْدِ

الشرح:

(وَيَصِحُّ إِقْرَارُهُ بَعْدَ الْإِذْنِ بِمَا هُوَ كَسْبُهُ) عَيْنًا كَانَ أَوْ دَيْنًا لَوْلِيٍّ وَلِغَيْرِهِ لِإِتْمَاكِ الْحَجَرِ عَنْهُ فَكَانَ كَالْبَالِغِينَ، وَأُورِدَ بِأَنَّ الْوَلَايَةَ الْمُتَعَدِّيَةَ فَرُعُ الْوَلَايَةِ الْقَائِمَةِ، وَالْوَلِيُّ لَا يَمْلِكُ الْإِقْرَارَ عَلَى مَالِ الصَّبِيِّ فَكَيْفَ أَفَادَهُ ذَلِكَ بِإِذْنِهِ؟

وَالْجَوَابُ أَنَّهُ أَفَادَهُ مِنْ حَيْثُ كَوْنُهُ مِنْ تَوَابِعِ التَّجَارَةِ، وَالْوَلِيُّ يَمْلِكُ الْإِذْنَ بِالتَّجَارَةِ وَتَوَابِعِهَا (وَكَذَا بِمَوْرُوثِهِ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ) احْتِرَازٌ عَنْ رِوَايَةِ الْحَسَنِ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أَنَّهُ لَا يَجُوزُ إِقْرَارُهُ بِذَلِكَ، لِأَنَّ صِحَّةَ إِقْرَارِهِ فِي كَسْبِهِ لِحَاجَتِهِ فِي التَّجَارَةِ إِلَى ذَلِكَ لِئَلَّا يَمْتَنِعَ النَّاسُ عَنْ مُعَامَلَتِهِ فِي التَّجَارَةِ وَهِيَ مَعْدُومَةٌ فِي الْمَوْرُوثِ، وَجَهُ الظَّاهِرِ أَنَّ الْحَجَرَ لَمَّا انْفَكَّ عَنْهُ بِالْإِذْنِ التَّحَقُّ بِالْبَالِغِينَ، وَلِهَذَا تَقَدَّمَ أَبُو حَنِيفَةَ بَعْدَ الْإِذْنِ تَصَرُّفُهُ بِالْبَالِغِينَ فَكَانَ الْمَوْرُوثُ وَالْمُكْتَسَبُ فِي صِحَّةِ الْإِقْرَارِ سَوَاءً لِكَوْنِهِمَا مَالِيَّةً.

وَلَا يَمْلِكُ تَرْوِيجَ عَبْدِهِ وَلَا كِتَابَتَهُ كَمَا فِي الْعَبْدِ وَالْمَعْتُوهِ الَّذِي يَعْقِلُ الْبَيْعَ

وَالشَّرَاءَ بِمَنْزِلَةِ الصَّبِيِّ يَصِيرُ مَاذُونًا بِإِذْنِ الْأَبِ وَالْجَدِّ وَالْوَصِيِّ دُونَ غَيْرِهِمْ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ، وَحُكْمُهُ حُكْمُ الصَّبِيِّ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

الشرح:

(وَلَا يَمْلِكُ تَرْوِيجَ عِبْدِهِ) بِالِاتِّفَاقِ، وَفِي تَرْوِيجِ أَمَتِهِ خِلَافُ أَبِي يُوسُفَ (وَلَا كِتَابَتَهُ) وَإِنْ كَانَ الْوَلِيُّ وَالْوَصِيُّ يَمْلِكَانِهَا لِأَنَّ الْإِذْنَ يَتَنَاوَلُ مَا كَانَ مِنْ صَنِيعِ التُّجَّارِ وَالْكِتَابَةُ لَيْسَتْ مِنْهُ (وَالْمَعْتُوهُ الَّذِي يَعْقِلُ الْبَيْعَ وَالشَّرَاءَ) بِالْمَعْنَى الْمَذْكُورِ (بِمَنْزِلَةِ الصَّبِيِّ) يَصِيرُ مَاذُونًا بِإِذْنِ الْأَبِ وَالْجَدِّ وَالْوَصِيِّ دُونَ غَيْرِهِمْ مِنْ الْأَقَارِبِ كَالْأَبْنِ لِلْمَعْتُوهِ وَالْأَخِ وَالْعَمِّ دُونَ الْقَاضِي فَإِنَّ لَهُ وَلَايَةً عَلَى الْمَعْتُوهِ (عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ) يَعْنِي قَوْلُهُ وَذَكَرُ الْوَلِيِّ فِي الْكِتَابِ يَنْتَظِمُ الْأَبَ وَالْجَدَّ إلخ (وَحُكْمُهُ حُكْمُ الصَّبِيِّ) إِذَا بَلَغَ مَعْتُوهَا، فَأَمَّا إِذَا بَلَغَ عَاقِلًا ثُمَّ عَتَهُ فَأَذِنَ لَهُ الْأَبُ فِي التَّجَارَةِ قَالَ أَبُو بَكْرٍ الْبَلْخِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَا يَصِحُّ قِيَاسًا، وَهُوَ قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ، وَيَصِحُّ اسْتِحْسَانًا وَهُوَ قَوْلُ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

كِتَابُ الْغَضَبِ

الْغَضَبُ فِي اللُّغَةِ: أَخَذَ الشَّيْءَ مِنَ الْغَيْرِ عَلَى سَبِيلِ التَّغْلِبِ لِلِاسْتِعْمَالِ فِيهِ. وَفِي الشَّرِيعَةِ: أَخَذَ مَالٍ مُتَقَوِّمٍ مُحْتَرَمٍ بِغَيْرِ إِذْنِ الْمَالِكِ عَلَى وَجْهِ يُزِيلُ يَدَهُ. حَتَّى كَانَ اسْتِخْدَامُ الْعَبْدِ وَحَمْلُ الدَّائِبَةِ غَضَبًا دُونَ الْجُلُوسِ عَلَى الْبَسَاطِ، ثُمَّ إِنْ كَانَ مَعَ الْعِلْمِ فَحُكْمُهُ الْمَأْثَمُ وَالْمَغْرَمُ، وَإِنْ كَانَ بِدُونِهِ فَالضَّمَانُ؛ لِأَنَّهُ حَقُّ الْعَبْدِ فَلَا يَتَوَقَّفُ عَلَى قَصْدِهِ وَلَا إِثْمٍ؛ لِأَنَّ الْخَطَأَ مَوْضُوعٌ.

الشرح:

(كِتَابُ الْغَضَبِ): إِيْرَادُ الْغَضَبِ بَعْدَ الْإِذْنِ فِي التَّجَارَةِ لَوْجْهَيْنِ: أَحَدُهُمَا أَنَّ الْغَضَبَ مِنْ أَنْوَاعِ التَّجَارَةِ مَا لَا حَتَّى إِنْ إِفْرَارَ الْمَأْذُونِ لَمَّا صَحَّ بِدِيُونِ التَّجَارَةِ دُونَ غَيْرِهَا صَحَّ بِدَيْنِ الْغَضَبِ وَلَمْ يَصَحَّ بِدَيْنِ الْمَهْرِ لَكُونَ الْأَوَّلِ مِنَ التَّجَارَةِ دُونَ الثَّانِي، فَكَانَ ذِكْرُ التَّوَعُّدِ بَعْدَ ذِكْرِ الْجِنْسِ مُنَاسِبًا. وَالثَّانِي أَنَّ الْمَغْضُوبَ مَا دَامَ قَائِمًا بِعَيْنِهِ فِي يَدِ الْغَاصِبِ لَا يَكُونُ الْغَاصِبُ مَالِكًا لِرَقَبَتِهِ، فَصَارَ كَالْعَبْدِ الْمَأْذُونِ فَإِنَّهُ غَيْرُ مَالِكٍ لِرَقَبَةِ مَا فِي يَدِهِ مِنْ أَمْوَالِ التَّجَارَةِ وَإِنْ كَانَ يَتَصَرَّفُ فِيهِ تَصَرَّفَ الْمَلِكِ، فَذَكَرُ أَحَدِ الْمُتَجَانِسِينَ مُتَّصِلًا بِالْآخَرِ مِنَ الْمُنَاسِبَةِ، إِلَّا أَنَّهُ قَدَّمَ الْإِذْنَ فِي التَّجَارَةِ لِأَنَّهُ مَشْرُوعٌ مِنْ كُلِّ وَجْهٍ، وَالْغَضَبُ لَيْسَ بِمَشْرُوعٍ. وَالْغَضَبُ فِي اللُّغَةِ: أَخَذَ الشَّيْءَ مِنَ الْغَيْرِ عَلَى سَبِيلِ التَّغْلِبِ لِلِاسْتِعْمَالِ فِيهِ بَيْنَ أَهْلِ اللُّغَةِ سَوَاءً كَانَ مُتَقَوِّمًا أَوْ غَيْرَهُ، يُقَالُ غَضَبَ زَوْجَةَ فُلَانٍ وَخَمَرَ فُلَانًا. وَفِي الشَّرِيعَةِ: أَخَذَ مَالٍ مُتَقَوِّمٍ مُحْتَرَمٍ بِغَيْرِ إِذْنِ الْمَالِكِ عَلَى وَجْهِ يُزِيلُ يَدَهُ، فَقَوْلُهُ أَخَذَ مَالٍ يَشْمَلُ الْمَحْدُودَ وَغَيْرَهُ. وَقَوْلُهُ مُتَقَوِّمٌ اخْتِرَازٌ عَنِ الْخَمْرِ. وَقَوْلُهُ مُحْتَرَمٌ اخْتِرَازٌ عَنِ مَالِ الْحَرْبِيِّ فَإِنَّهُ غَيْرُ مُحْتَرَمٍ. وَقَوْلُهُ عَلَى وَجْهِ يُزِيلُ يَدَهُ: أَيُّ يَدِ الْمَالِكِ لِيَبَيَّنَ أَنَّ إِزَالََةَ يَدِ الْمَالِكِ لَا بُدَّ مِنْهَا فِي الْغَضَبِ عِنْدَنَا.

وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ هُوَ إِثْبَاتُ يَدِ الْعُدْوَانِ عَلَيْهِ. وَثَمَرَةُ الْخِلَافِ تَظْهَرُ فِي زَوَائِدِ الْمَغْضُوبِ كَوَلَدِ الْمَغْضُوبَةِ وَثَمَرَةِ الْبُسْتَانِ فَإِنَّهَا لَيْسَتْ بِمَضْمُونَةٍ عِنْدَنَا لِعَدَمِ إِزَالََةِ الْيَدِ، وَعِنْدَهُ مَضْمُونَةٌ لِإِثْبَاتِ الْيَدِ، وَاسْتِخْدَامُ الْعَبْدِ وَحَمْلُ الدَّائِبَةِ غَضَبٌ بِالِاتِّفَاقِ، وَالْجُلُوسُ عَلَى الْبَسَاطِ لَيْسَ بِغَضَبٍ عِنْدَنَا لِأَنَّ الْبَسَاطَ فَعْلُ الْمَالِكِ فَلَا يَكُونُ الْغَاصِبُ مُزِيلًا لِيَدِهِ مَعَ بَقَاءِ أَثَرِ فِعْلِهِ. ثُمَّ إِنْ كَانَ الْغَضَبُ مَعَ الْعِلْمِ بِأَنَّهُ مِلْكُ الْمَغْضُوبِ مِنْهُ

فَحُكْمُهُ الْمَأْتَمُ وَالْمَعْرَمُ. وَإِنْ كَانَ بِدُونِهِ فَالضَّمَانُ لِأَنَّهُ حَقُّ الْعَبْدِ فَلَا يَتَوَقَّفُ عَلَى قَصْدِهِ وَلَا إِيَّاهُ لِأَنَّ الْخَطَأَ مَوْضُوعٌ.

قَالَ (وَمَنْ غَصَبَ شَيْئًا لَهُ مِثْلَ كَالْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ فَهَلَكَ فِي يَدِهِ فَعَلَيْهِ مِثْلُهُ) وَفِي بَعْضِ النُّسخِ: فَعَلَيْهِ ضَمَانُ مِثْلِهِ، وَلَا تَفَاوُتَ بَيْنَهُمَا، وَهَذَا لِأَنَّ الْوَاجِبَ هُوَ الْمِثْلُ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿فَمَنْ أَعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَأَعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا أَعْتَدَى عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة: ١٩٤] وَلِأَنَّ الْمِثْلَ أَعْدَلَ لِمَا فِيهِ مِنْ مُرَاعَاةِ الْجِنْسِ وَالْمَالِيَّةِ فَكَانَ أَدْفَعُ لِلضَّرَرِ. قَالَ (فَإِنْ لَمْ يَقْدِرْ عَلَى مِثْلِهِ فَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ يَوْمَ يَخْتَصِمُونَ) وَهَذَا (عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: يَوْمَ الْغَضَبِ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: يَوْمَ الْانْقِطَاعِ) لِأَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ لَمَّا انْقَطَعَ التَّحَقُّقُ بِمَا لَا مِثْلَ لَهُ فَتُعْتَبَرُ قِيمَتُهُ يَوْمَ انْعِقَادِ السَّبَبِ إِذْ هُوَ الْمَوْجِبُ. وَلِمُحَمَّدٍ أَنَّ الْوَاجِبَ الْمِثْلُ فِي الذَّمِّ. وَإِنَّمَا يُنْتَقَلُ إِلَى الْقِيمَةِ بِالْانْقِطَاعِ فَتُعْتَبَرُ قِيمَتُهُ يَوْمَ الْانْقِطَاعِ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ النُّقْلَ لَا يَثْبُتُ بِمُجَرَّدِ الْانْقِطَاعِ، وَلِهَذَا لَوْ صَبَرَ إِلَى أَنْ يُوجَدَ جِنْسُهُ لَهُ ذَلِكَ، وَإِنَّمَا يَنْتَقِلُ بِقَضَاءِ الْقَاضِي فَتُعْتَبَرُ قِيمَتُهُ يَوْمَ الْخُصُومَةِ وَالْقَضَاءِ بِخِلَافِ مَا لَا مِثْلَ لَهُ؛ لِأَنَّهُ مُطَالَبٌ بِالْقِيمَةِ بِأَصْلِ السَّبَبِ كَمَا وَجَدَ فَتُعْتَبَرُ قِيمَتُهُ عِنْدَ ذَلِكَ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ غَصَبَ شَيْئًا لَهُ مِثْلٌ إِلَّا الْغُصُوبُ إِمَّا أَنْ يَكُونَ قَائِمًا فِي يَدِ الْغَاصِبِ أَوْ لَا وَالْأَوَّلُ سَجِيءٌ. وَالثَّانِي إِمَّا أَنْ يَكُونَ لَهُ مِثْلٌ: أَيْ يَكُونَ بِمَا يَضْمَنُ بِمِثْلِهِ مِنْ جِنْسِهِ أَوْ لَا، فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ فَعَلَيْهِ مِثْلُهُ. وَفِي بَعْضِ نُسَخِ الْقُدُورِيِّ: فَعَلَيْهِ ضَمَانُ مِثْلِهِ، وَلَا تَفَاوُتَ بَيْنَهُمَا لِأَنَّ الْوَاجِبَ هُوَ الْمِثْلُ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿فَمَنْ أَعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَأَعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا أَعْتَدَى عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة: ١٩٤] وَالْمِثْلُ إِذَا أُطْلِقَ يَنْصَرِفُ إِلَى مَا هُوَ مِثْلُ صُورَةٍ وَمَعْنَى، وَلِأَنَّ الْمِثْلَ صُورَةٌ وَمَعْنَى أَعْدَلَ لِمَا فِيهِ مِنْ مُرَاعَاةِ الْجِنْسِيَّةِ وَالْمَالِيَّةِ، لِأَنَّ الْخِطَّةَ مِثْلًا مِثْلُ الْخِطَّةِ جِنْسًا، وَمَالِيَّةُ الْخِطَّةِ الْمُوَادَّةُ مِثْلُ مَالِيَّةِ الْخِطَّةِ الْمَعْصُوبَةِ، لِأَنَّ الْجَوْدَةَ سَاقِطَةُ الْعِبَرَةِ فِي الرُّبُوبِيَّاتِ فَكَانَ أَدْفَعُ لِلضَّرَرِ، فَإِنَّ الْغَاصِبَ قَوَّتَ عَلَى الْمَعْصُوبِ مِنْهُ الصُّورَةُ وَالْمَعْنَى، فَالْجَبْرُ التَّامُّ أَنْ يَتَدَارَكَهُ بِمَا هُوَ مِثْلٌ لَهُ صُورَةٌ وَمَعْنَى، فَإِنْ انْقَطَعَ عَنْ أَيْدِي النَّاسِ فَلَمْ يَقْدِرْ عَلَى مِثْلِهِ الْكَامِلِ فَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ يَوْمَ الْخُصُومَةِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ: يَوْمَ الْعَصَبِ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: يَوْمَ الْإِنْقِطَاعِ. لِأَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ لَمَّا انْقَطَعَ التَّحْقُّ بِمَا لَا مِثْلَ لَهُ فَتَعَبَّرَ قِيَمَتُهُ يَوْمَ انْقِطَاعِ السَّبَبِ إِذْ هُوَ الْمَوْجِبُ (وَلِمُحَمَّدٍ الْخُ) كَلَامُهُ فِيهِ وَاضِحٌ. قِيلَ إِنَّمَا قَدَّمَ قَوْلَ أَبِي يُوسُفَ لِتَثْبُتِ الْأَقْوَالُ بِحَسَبِ تَرْتِيبِ الزَّمَانِ عَلَى تِلْكَ الْأَقْوَالِ، فَإِنَّ أَوَّلَ الْأَوْقَاتِ يَوْمُ الْعَصَبِ ثُمَّ يَوْمُ الْإِنْقِطَاعِ ثُمَّ يَوْمُ الْخُصُومَةِ، وَإِذَا الْأَقْوَالُ عَلَى هَذِهِ الْأَزْمَةِ لَمْ يَتَأْتِ إِلَّا بِتَقْدِيمِ قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ وَإِنْ كَانَ الثَّانِي فَعَلَيْهِ قِيَمَتُهُ يَوْمَ غَصْبِهِ.

قَالَ (وَمَا لَا مِثْلَ لَهُ فَعَلَيْهِ قِيَمَتُهُ يَوْمَ غَصْبِهِ) مَعْنَاهُ الْعَدَدِيَّاتُ الْمُتَفَاوِتَةُ، لِأَنَّهُ لَمَّا تَعَذَّرَ مُرَاعَاةُ الْحَقِّ فِي الْجِنْسِ فَيُرَاعَى فِي الْمَالِيَّةِ وَحَدَهَا دَفْعًا لِلضَّرَرِ بِقَدْرِ الْإِمْكَانِ. أَمَّا الْعَدَدِيُّ الْمُتَقَارِبُ فَهُوَ كَالْمَكِيلِ حَتَّى يَجِبَ مِثْلُهُ لِقَلَّةِ التَّفَاوُتِ. وَفِي الْبُرِّ الْمَخْلُوطِ بِالشَّعِيرِ الْقِيَمَةُ؛ لِأَنَّهُ لَا مِثْلَ لَهُ.

الشرح:

قَالَ الْمُصَنِّفُ رَحِمَهُ اللَّهُ (مَعْنَاهُ) أَيَّ مَعْنَى قَوْلِهِ لَا مِثْلَ لَهُ (الْعَدَدِيَّاتُ الْمُتَفَاوِتَةُ) وَتَحْقِيقُهُ أَنَّ مَعْنَاهُ الشَّيْءُ وَالَّذِي لَا يَضْمَنُ بِمِثْلِهِ مِنْ جِنْسِهِ، لِأَنَّ الَّذِي لَا مِثْلَ لَهُ عَلَى الْحَقِيقَةِ هُوَ اللَّهُ تَعَالَى، وَذَلِكَ كَالْعَدَدِيَّاتِ الْمُتَفَاوِتَةِ مِثْلَ الدَّوَابِّ وَالْثِيَابِ، وَإِنَّمَا وَجَبَ قِيَمَتُهُ وَلِتَعَذَّرَ مُرَاعَاةُ الْحَقِّ فِي الْجِنْسِ فَيُرَاعَى فِي الْمَالِيَّةِ وَحَدَهَا دَفْعًا لِلضَّرَرِ بِقَدْرِ الْإِمْكَانِ، أَمَّا الْعَدَدِيُّ الْمُتَقَارِبُ (فَهُوَ كَالْمَكِيلِ حَتَّى يَجِبَ مِثْلُهُ لِقَلَّةِ التَّفَاوُتِ) قِيلَ: وَإِنَّمَا اقْتَصَرَ عَلَى الْمَكِيلِ وَلَمْ يَقُلْ وَالْمُوزُونُ لِأَنَّ مِنَ الْمُوزُونَاتِ مَا لَيْسَ بِمِثْلٍ، وَهُوَ الَّذِي فِي تَبْعِيضِهِ ضَرَرٌ كَالْمَصُوغِ مِنَ الْقُمَّمِ وَالطُّشْتِ وَلَيْسَ بِوَاضِحٍ لِأَنَّ مِنَ الْمَكِيلِ مَا لَيْسَ كَذَلِكَ كَالْبُرِّ الْمَخْلُوطِ بِالشَّعِيرِ فَإِنَّهُ لَا مِثْلَ لَهُ فِيهِ الْقِيَمَةُ، وَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ فَعَلَى الْغَاصِبِ رَدُّ الْعَيْنِ، وَلَعَمْرِي إِنْ تَقَدَّمَ هَذَا الْقِسْمُ كَانَ أَنْسَبَ فَتَأَمَّلْ

قَالَ (وَعَلَى الْغَاصِبِ رَدُّ الْعَيْنِ الْمَغْصُوبَةِ) مَعْنَاهُ مَا دَامَ قَائِمًا لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذْتَ حَتَّى تَرُدَّ»^(١) وَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «لَا يَحِلُّ لِأَحَدٍ أَنْ

(١) أخرجه أبو داود (٣٥٦١)، والترمذي في البيوع باب ٣٩، والنسائي في الكبرى (٥٧٨٣)،

وابن ماجه (٢٤٠٠)، وانظر نصب الراية (٤٠٧/٤).

يَأْخُذُ مَتَاعَ أَخِيهِ لَاعِبًا وَلَا جَادًا، فَإِنْ أَخَذَهُ فَلْيَرُدُّهُ عَلَيْهِ»^(١) وَلَأَنَّ الْيَدَ حَقٌّ مَقْصُودٌ وَقَدْ فَوَّتَهَا عَلَيْهِ فَيَجِبُ إِعَادَتُهَا بِالرَّدِّ إِلَيْهِ، وَهُوَ الْمَوْجِبُ الْأَصْلِيُّ عَلَى مَا قَالُوا، وَرَدُّ الْقِيَمَةِ مُخْلَصٌ خَلْفًا؛ لِأَنَّهُ قَاصِرٌ، إِذِ الْكَمَالُ فِي رَدِّ الْعَيْنِ وَالْمَالِيَةِ.

وَقِيلَ الْمَوْجِبُ الْأَصْلِيُّ الْقِيَمَةُ وَرَدُّ الْعَيْنِ مُخْلَصٌ، وَيُظْهَرُ ذَلِكَ فِي بَعْضِ الْأَحْكَامِ، (وَالْوَاجِبُ الرَّدُّ فِي الْمَكَانِ الَّذِي غَضِبَهُ) لِتَفَاوُتِ الْقِيَمِ بِتَفَاوُتِ الْأَمَاكِنِ (فَإِنْ ادَّعَى هَالِكُهَا حَبْسَهُ الْحَاكِمُ حَتَّى يَعْلَمَ أَنَّهَا لَوْ كَانَتْ بَاقِيَةً لَأُظْهِرَهَا ثُمَّ قَضَى عَلَيْهِ بِبَدْلِهَا)؛ لِأَنَّ الْوَاجِبَ رَدُّ الْعَيْنِ وَالْهَالِكُ بِعَارِضٍ، فَهُوَ يَدَّعِي أَمْرًا عَارِضًا خِلَافَ الظَّاهِرِ فَلَا يُقْبَلُ قَوْلُهُ كَمَا إِذَا ادَّعَى الْإِفْلَاسَ وَعَلَيْهِ ثَمَنٌ مَتَاعٍ فَيُحْبَسُ إِلَى أَنْ يَعْلَمَ مَا يَدَّعِيهِ، فَإِذَا عَلِمَ الْهَالِكُ سَقَطَ عَنْهُ رَدُّهُ فَيَلْزِمُهُ رَدُّ بَدْلِهِ وَهُوَ الْقِيَمَةُ.

الشرح:

لِقَوْلِهِ ﷺ: «عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذْتَ حَتَّى تُرُدَّ» أَيُّ عَلَى صَاحِبِ الْيَدِ عَيْنُ مَا أَخَذْتَ الْيَدَ حَتَّى تُرُدَّ وَقَالَ ﷺ: «لَا يَحِلُّ لِأَحَدٍ أَنْ يَأْخُذَ مَتَاعَ أَخِيهِ لَاعِبًا وَلَا جَادًا، فَإِنْ أَخَذَهُ فَلْيَرُدُّهُ عَلَيْهِ» وَهُوَ وَاضِحٌ. وَرَوَايَةُ الْفَائِقِ وَالْمَصَائِيحِ بِذَوْنِ حَرْفِ الْعَطْفِ وَحَرْفِ التَّنْفِي، وَمَعْنَاهُ: أَنْ لَا يُرِيدُ بِأَخْذِهِ سَرِقَتَهُ وَلَكِنْ إِدْخَالَ الْعَيْطِ عَلَى أَخِيهِ، فَهُوَ لَاعِبٌ فِي مَذْهَبِ السَّرِقَةِ جَادٌ فِي إِدْخَالِ الْأَذَى عَلَيْهِ، أَوْ قَاصِدٌ لِلْعَبْدِ وَهُوَ يُرِيدُ أَنَّهُ يَجِدُ فِي ذَلِكَ لِيَغِيْظُهُ (وَلَأَنَّ الْيَدَ حَقٌّ مَقْصُودٌ) بِدَلِيلِ جَوَازِ إِذْنِ الْعَبْدِ فِي التَّجَارَةِ فَإِنَّهُ لَا حُكْمَ لَشِرَائِهِ فِي حَقِّهِ سِوَى التَّصَرُّفِ بِالْيَدِ، لَا سِيَّمَا إِذَا كَانَ مَدْيُونًا فَإِنَّهُ لَيْسَ هُنَاكَ شَائِبَةُ النَّيَابَةِ عَنِ الْمَوْلَى فِي التَّصَرُّفِ، فَعَلِمَ أَنَّ الْيَدَ حَقٌّ مَقْصُودٌ (وَقَدْ فَوَّتَهَا عَلَيْهِ فَيَجِبُ عَلَيْهِ) (إِعَادَتُهَا بِالرَّدِّ إِلَيْهِ وَهُوَ الْمَوْجِبُ) أَيُّ رَدُّ الْعَيْنِ هُوَ الْمَوْجِبُ (الْأَصْلِيُّ عَلَى مَا قَالُوا، وَرَدُّ الْقِيَمَةِ مُخْلَصٌ خَلْفًا لِأَنَّهُ قَاصِرٌ، إِذِ الْكَمَالُ فِي رَدِّ الْعَيْنِ وَالْمَالِيَةِ. وَقِيلَ الْمَوْجِبُ الْأَصْلِيُّ الْقِيَمَةُ وَرَدُّ الْعَيْنِ مُخْلَصٌ وَيُظْهَرُ مُخْلَصٌ وَيُظْهَرُ ذَلِكَ فِي بَعْضِ الْأَحْكَامِ) فَمِنْهَا مَا إِذَا أَبْرَأَ الْعَاصِبَ عَنِ الضَّمَانِ حَالَ قِيَامِ الْعَيْنِ فَإِنَّهُ يَبْرَأُ حَتَّى لَوْ هَلَكَ بَعْدَ ذَلِكَ لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ، وَلَوْ لَمْ يَكُنْ وَجُوبُ الْقِيَمَةِ عَلَى الْعَاصِبِ فِي الْحَالِ

(١) أخرجه أبو داود (٥٠٠٣)، والترمذي (٢١٦٠)، وأحمد (٢٢١/٤)، وانظر نصب الراية

ثَابِتًا لِمَا صَحَّ الْإِبْرَاءُ لِأَنَّ الْإِبْرَاءَ عَنِ الْعَيْنِ لَا يَصِحُّ. وَمِنْهَا صِحَّةُ الْكِفَالَةِ مَعَ أَنَّ الْكِفَالَةَ لَا تَصِحُّ بِالْعَيْنِ. وَمِنْهَا وَجُوبُ الزَّكَاةِ فَإِنَّ الْغَاصِبَ إِذَا كَانَ لَهُ نَصَابٌ فِي مِلْكِهِ وَقَدْ غَضِبَ شَيْئًا وَهُوَ قَائِمٌ فِي يَدِهِ لَا يَجِبُ عَلَيْهِ الزَّكَاةُ إِذَا انْتَقَصَ النَّصَابُ بِمُقَابَلَةِ وَجُوبِ قِيَمَةِ الْمَغْصُوبِ.

قِيلَ: وَالصَّحِيحُ هُوَ الْأَوَّلُ لِأَنَّ الْمَوْجِبَ الْأَصْلِيَّ لَوْ كَانَ الْقِيَمَةُ لِحَازَ لِلْغَاصِبِ أَنْ يَمْتَنِعَ عَنِ رَدِّ الْعَيْنِ إِذَا قَدَرَ عَلَى الْقِيَمَةِ، لِأَنَّ الْمَصِيرَ إِلَى الْخَلْفِ إِمَّا يَكُونُ عِنْدَ عَدَمِ الْقُدْرَةِ عَلَى الْأَصْلِ، وَلَيْسَ كَذَلِكَ. وَالْجَوَابُ عَنْ مَسْأَلَةِ الْإِبْرَاءِ إِمَّا هُوَ بَعْضِيَّةٌ أَنْ يُوجَدَ فَلَهُ شُبْهَةُ الْوُجُودِ فِي الْحَالِ وَالْقِيَمَةِ كَذَلِكَ، فَكَانَ الْإِبْرَاءُ صَحِيحًا مِنْ ذَلِكَ الْوَجْهِ، وَقَدْ قَرَّرْنَا ذَلِكَ فِي التَّقْرِيرِ وَالْأَنْوَارِ، وَعَنْ مَسْأَلَةِ الْكِفَالَةِ أَنَّ الْكِفَالَةَ بِالْأَعْيَانِ الْمَضْمُونَةِ بِنَفْسِهَا صَحِيحَةٌ، وَالْمَغْصُوبُ مِنْهَا وَقَدْ تَقَدَّمَ فِي الْكِفَالَةِ، وَعَنْ مَسْأَلَةِ الزَّكَاةِ بِمَا ذَكَرْنَا فِي مَسْأَلَةِ الْإِبْرَاءِ ثُمَّ الْوَاجِبُ الرُّدُّ فِي الْمَكَانِ الَّذِي غَضِبَهُ لَتَفَاوُتِ الْقِيَمِ بِتَفَاوُتِ الْأَمَاكِينِ، (فَإِنْ ادَّعَى هَلَاكَهَا حَبْسَهُ الْحَاكِمُ حَتَّى يَعْلَمَ أَنَّهَا لَوْ كَانَتْ بَاقِيَةً لَأُظْهِرَهَا) وَمَقْدَارُ ذَلِكَ مُفَوَّضٌ إِلَى رَأْيِ الْحَاكِمِ، وَهَذَا إِذَا لَمْ يَرْضَ الْمَالِكُ بِالْقَضَاءِ بِالْقِيَمَةِ، فَإِنْ رَضِيَ أَوْ حَبْسَهُ الْحَاكِمُ مُدَّةً وَلَمْ يُظْهِرَهَا (قُضِيَ عَلَيْهِ بِبَدَلِهَا) بِمَا اتَّفَقَا عَلَيْهِ مِنَ الْقِيَمَةِ أَوْ أَقَامَ الْمَالِكُ بَيِّنَةً عَلَى مَا يَدَّعِيهِ مِنَ الْقِيَمَةِ (لِأَنَّ الْوَاجِبَ رَدُّ الْعَيْنِ وَالْهَلَاكُ بِعَارِضٍ، فَالْغَاصِبُ يَدَّعِي أَمْرًا عَارِضًا خِلَافَ الظَّاهِرِ فَلَا يُقْبَلُ قَوْلُهُ) وَكَلَامُهُ ظَاهِرٌ.

فَإِنْ قِيلَ: ذَكَرَ فِي الذَّخِيرَةِ فِي السِّيَرِ أَنَّ الْغَاصِبَ إِذَا عَيَّبَ الْمَغْصُوبَ وَالْقَاضِيَ يَقْضِي عَلَيْهِ بِالْقِيَمَةِ مِنْ غَيْرِ تَلَوُّمٍ فَمَا وَجْهُهُ؟ قِيلَ: فِي الْمَسْأَلَةِ رَوَايَتَانِ، وَقِيلَ الْمَذْكُورُ فِي الذَّخِيرَةِ جَوَابُ الْجَوَازِ، وَالْمَذْكُورُ فِي الْكِتَابِ جَوَابُ الْأَفْضَلِ.

قَالَ (وَالْغَضَبُ فِيمَا يُنْقَلُ وَيُحَوَّلُ): لِأَنَّ الْغَضَبَ بِحَقِيقَتِهِ يَتَحَقَّقُ فِيهِ دُونَ غَيْرِهِ؛

لِأَنَّ إِزَالَتَ الْيَدِ بِالنَّقْلِ.

الشرح:

قَالَ (وَالْغَضَبُ فِيمَا يُنْقَلُ وَيُحَوَّلُ إلَخ) الْغَضَبُ كَائِنْ فِيمَا يُنْقَلُ وَيُحَوَّلُ لَا فِي الْعَقَارِ وَهُوَ كُلُّ مَا لَهُ أَصْلٌ كَالدَّارِ وَالضَّيْعَةِ وَالنَّقْلُ وَالتَّحْوِيلُ وَاحِدٌ، وَقِيلَ التَّحْوِيلُ هُوَ النَّقْلُ مِنْ مَكَانٍ وَالْإِثْبَاتُ فِي مَكَانٍ آخَرَ كَمَا فِي حَوَالَةِ الْبَادِنِجَانِ، وَالنَّقْلُ يُسْتَعْمَلُ

بِدُونِ الْإِثْبَاتِ فِي مَكَانٍ آخَرَ (لَأَنَّ الْعَصَبَ بِحَقِيقَتِهِ) حَوَالَةَ (يَتَحَقَّقُ فِي الْمَنْقُولِ دُونَ غَيْرِهِ، لَأَنَّ إِزَالََةَ الْيَدِ بِالنَّقْلِ) وَلَا نَقْلَ فِي الْعَقَارِ وَالْعَصَبُ بِدُونِ الْإِزَالَةِ لَا يَتَحَقَّقُ (وَإِذَا غَصَبَ عَقَارًا فَهَلَكَ فِي يَدِهِ لَمْ يَضْمَنْهُ) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: يَضْمَنُهُ، وَهُوَ قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ الْأَوَّلِ، وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ لَتَحَقَّقَ إِثْبَاتُ الْيَدِ، وَمِنْ ضَرُورَتِهِ زَوَالُ يَدِ الْمَالِكِ لِاسْتِحَالَةِ اجْتِمَاعِ الْيَدَيْنِ عَلَى مَحَلٍّ وَاحِدٍ فِي حَالَةٍ وَاحِدَةٍ فَيَتَحَقَّقُ الْوَصْفَانِ وَهُوَ الْعَصَبُ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ فَصَارَ كَالْمَنْقُولِ وَجُحُودِ الْوَدِيعَةِ. وَلَهُمَا أَنَّ الْعَصَبَ إِثْبَاتُ الْيَدِ بِإِزَالَتِ يَدِ الْمَالِكِ بِفِعْلٍ فِي الْعَيْنِ، وَهَذَا لَا يُتَصَوَّرُ فِي الْعَقَارِ لَأَنَّ يَدَ الْمَالِكِ لَا تَزُولُ إِلَّا بِإِخْرَاجِهِ عَنْهَا، وَهُوَ فِعْلٌ فِيهِ لَا فِي الْعَقَارِ فَصَارَ كَمَا إِذَا بَعَدَ الْمَالِكُ عَنِ الْمَوَاشِيِّ. وَفِي الْمَنْقُولِ: النُّقْلُ فِعْلٌ فِيهِ وَهُوَ الْعَصَبُ. وَمَسَائِلُ الْجُحُودِ مَمْنُوعَةٌ، وَلَوْ سَلِمَ فَالضَّمَانُ هُنَاكَ بِتَرْكِ الْحِفْظِ الْمُلْتَزِمِ وَبِالْجُحُودِ تَارِكًا لِذَلِكَ. قَالَ (وَمَا نَقَصَهُ مِنْهُ بِفِعْلِهِ أَوْ سُكْنَاهُ ضَمْنُهُ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا)؛ لِأَنَّهُ إِتْلَافٌ وَالْعَقَارُ يُضْمَنُ بِهِ كَمَا إِذَا نَقَلَ ثَرَابَهُ؛ لِأَنَّهُ فِعْلٌ فِي الْعَيْنِ وَيَدْخُلُ فِيهِمَا قَالَهُ إِذَا انْهَدَمَتِ الدَّارُ بِسُكْنَاهُ وَعَمَلُهُ، فَلَوْ غَصَبَ دَارًا وَبَاعَهَا وَسَلَّمَهَا وَأَقْرَبَ بِذَلِكَ وَالْمُشْتَرِي يُنْكِرُ غَصَبَ الْبَائِعِ وَلَا بَيِّنَةٌ لِمَا صَاحِبِ الدَّارِ فَهُوَ عَلَى الْاِخْتِلَافِ فِي الْعَصَبِ هُوَ الصَّحِيحُ قَالَ (وَإِذَا انْتَقَصَ بِالزَّرَاعَةِ يَغْرُمُ النُّقْصَانُ)؛ لِأَنَّهُ أَتْلَفَ الْبَعْضُ فَيَأْخُذُ رَأْسَ مَالِهِ وَيَتَصَدَّقُ بِالْفَضْلِ. قَالَ (وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: لَا يَتَصَدَّقُ بِالْفَضْلِ) وَسَنَذْكُرُ الْوَجْهَ مِنَ الْجَانِبَيْنِ.

الشرح:

(فَإِذَا غَصَبَ عَقَارًا فَهَلَكَ فِي يَدِهِ بِغَيْرِ صُنْعِهِ لَمْ يَضْمَنْهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: يَضْمَنُهُ، وَهُوَ قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ الْأَوَّلِ وَالشَّافِعِيِّ رَحِمَهُمَا اللَّهُ لَتَحَقَّقَ إِثْبَاتُ الْيَدِ) بِالسُّكْنَى وَوَضْعِ الْأَمْنَةِ وَغَيْرِ ذَلِكَ (وَمِنْ ضَرُورَتِهِ زَوَالُ يَدِ الْمَالِكِ لِاسْتِحَالَةِ اجْتِمَاعِ الْيَدَيْنِ) مِنْ جِنْسٍ وَاحِدٍ (عَلَى مَحَلٍّ وَاحِدٍ فِي حَالَةٍ وَاحِدَةٍ) وَإِنَّمَا قِيلَ مِنْ جِنْسٍ وَاحِدٍ احْتِرَازًا عَمَّا إِذَا آجَرَ دَارَهُ مِنْ رَجُلٍ فَإِنَّهَا فِي يَدِ الْمُسْتَأْجِرِ حَقِيقَةٌ وَفِي يَدِ الْآجِرِ حُكْمًا لَكِنَّهُمَا يَدَانِ مُخْتَلِفَتَانِ (فَيَتَحَقَّقُ الْوَصْفَانِ) يَعْنِي إِزَالََةَ يَدِ الْمَالِكِ وَإِثْبَاتَ يَدِ الْعَاصِبِ (وَهُوَ الْعَصَبُ) أَيُّ تَحَقُّقِ الْوَصْفَيْنِ هُوَ الْعَصَبُ (عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ فَصَارَ كَالْمَنْقُولِ) فِي تَحَقُّقِ الْوَصْفَيْنِ (وَجُحُودِ الْوَدِيعَةِ فِي

العَقَارِ فَإِنَّهُ إِذَا كَانَ وَدِيعَةً فِي يَدِ شَخْصٍ فَجَحَدَهُ كَانَ ضَامِنًا بِالِاتِّفَاقِ، فَالْقَوْلُ بِالضَّمَانِ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ.

وَقَدْ ثَبَتَ أَنَّ جُحُودَ الْوَدِيعَةِ غَضَبٌ مَعَ عَدَمِ الْقَوْلِ بِهِ فِي غَيْرِ صُورَةِ الْجُحُودِ تَنَاقُضٌ ظَاهِرٌ، وَكَأَنَّ التَّكْلُفَ بِإِثْبَاتِ إِزَالَةِ الْيَدِ مِنْ جَانِبِ الشَّافِعِيِّ لِلْإِلْزَامِ لِأَنَّهُ يُكْتَفَى فِي الْعَصَبِ بِإِثْبَاتِ الْيَدِ الْبَاطِلَةِ كَمَا تَقَدَّمَ (وَلَا يُبَيِّنُ حَنِيفَةً وَأَبِي يُوسُفَ أَنَّ الْعَصَبَ إِثْبَاتُ الْيَدِ بِإِزَالَةِ يَدِ الْمَالِكِ) أَيْ بِسَبَبِ ذَلِكَ (وَهَذَا) أَيْ هَذَا الْمَجْمُوعُ (وَلَا يُتَصَوَّرُ فِي الْعَقَارِ، لِأَنَّ يَدَ الْمَالِكِ لَا تُزُولُ إِلَّا بِإِخْرَاجِهِ) أَيْ بِإِخْرَاجِ الْمَالِكِ (عَنْهَا) أَيْ عَنْ الْعَقَارِ بِمَعْنَى الضَّيْعَةِ أَوْ الدَّارِ (وَهُوَ) أَيْ الْإِخْرَاجُ (فِعْلٌ فِي الْمَالِكِ لَا فِي الْعَقَارِ) فَاتَّقَى إِزَالَةَ الْيَدِ وَالْكُلُّ يَنْتَفِي بِإِنْفَاءِ جُزْئِهِ (فَصَارَ كَمَا إِذَا بَعَدَ الْمَالِكُ عَنِ الْمَوَاشِيِّ) حَتَّى تَلَفَتْ، فَإِنَّ ذَلِكَ لَا يَكُونُ غَضَبًا لَهَا (وَفِي الْمَنْقُولِ التَّقْلُ فِعْلٌ فِيهِ وَهُوَ الْعَصَبُ، وَمَسْأَلَةُ الْجُحُودِ مَمْنُوعَةٌ) ذَكَرَ فِي الْمُخْتَلَفَاتِ أَنَّ الْوَدِيعَةَ لَوْ كَانَتْ عَقَارًا لَا يَضْمَنُ وَإِنْ جَحَدَ.

وَذَكَرَ فِي الْمَبْسُوطِ: وَأَلْصَحُّ أَنْ يُقَالَ جُحُودُ الْوَدِيعَةِ بِمَنْزِلَةِ الْعَصَبِ فَلَا يَكُونُ مُوجِبًا لِلضَّمَانِ فِي الْعَقَارِ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ (وَلَوْ سَلِمَ فَالضَّمَانُ هُنَاكَ بَتَرَكَ الْحِفْظِ الْمُتَزَمَ بِالْجُحُودِ تَارِكًا لِذَلِكَ) قَالَ (وَمَا نَقَصَهُ مِنْهُ بِفِعْلِهِ أَوْ سُكْنَاهُ ضَمِنَهُ) وَمَا نَقَصَهُ الْعَاصِبُ مِنَ الْعَقَارِ بِفِعْلِهِ أَوْ سُكْنَاهُ ضَمِنَهُ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا. أَمَّا عَلَى قَوْلِ مُحَمَّدٍ وَالشَّافِعِيِّ رَحِمَهُمَا اللَّهُ فَظَاهِرٌ. وَأَمَّا عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ فَلَا يُنْفَى إِثْلَافٌ، وَالْعَقَارُ يَضْمَنُ بِهِ كَمَا إِذَا نَقَلَ ثَرَابَهُ، لِأَنَّهُ فِعْلٌ فِي الْعَيْنِ.

قَالَ الْمُصَنِّفُ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَيَدْخُلُ فِيْمَا قَالَهُ) يَعْنِي الْقُدُورِيَّ (إِذَا انْهَدَمَتِ الدَّارُ بِسُكْنَاهُ وَعَمَلِهِ) بَأَنَّ كَانَ عَمَلُهُ الْحِدَادَةُ أَوْ الْقَصَارَةُ فَوَهِيَ جِدَارُ الدَّارِ بِسَبَبِ ذَلِكَ وَانْهَدَمَ كَانَ مَضْمُونًا عَلَيْهِ، وَإِنَّمَا قِيدَ بِذَلِكَ لِأَنَّهُ إِذَا انْهَدَمَتِ الدَّارُ بَعْدَمَا غَصَبَهَا وَسَكَنَ فِيهَا لَا بِسُكْنَاهُ وَعَمَلِهِ بَلْ بِآفَةِ سَمَاوِيَّةٍ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ (فَلَوْ غَصَبَ دَارًا وَبَاعَهَا وَسَلَّمَهَا وَأَقْرَبَ بِالْعَصَبِ وَلَا بَيِّنَةً لِمُصَاحِبِ الدَّارِ) عَلَى أَنَّهَا مِلْكُهُ (فَهُوَ عَلَى الْاِخْتِلَافِ فِي الْعَصَبِ) لَا يَضْمَنُ الْبَائِعُ لِلْمَالِكِ شَيْئًا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ، لِأَنَّ الْبَيْعَ وَالتَّسْلِيمَ غَضَبٌ وَهُوَ لَا يَتَحَقَّقُ مُوجِبًا

لِلضَّمَانِ فِي الْعَصَبِ عِنْدَهُمَا خِلَافًا لِمُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ. وَقَدْ بَقُولُهُ وَلَا بَيِّنَةٌ لَهُ لِأَنَّ إِقْرَارَ الْبَائِعِ بِالْعَصَبِ فِي حَقِّ الْمُشْتَرِي بَاطِلٌ، فَإِذَا لَمْ يَكُنْ لِلْمَالِكِ بَيِّنَةٌ تَحَقُّقَ الْعَصَبِ. وَأَمَّا إِذَا كَانَ لَهُ بَيِّنَةٌ أَمَكْنَهُ أَنْ يُقِيمَهَا عَلَى أَنَّ الدَّارَ مِلْكُهُ وَيَأْخُذَهَا مِنَ الْمُشْتَرِي فَلَا يَضْمَنُ الْبَائِعُ بِالِاتِّفَاقِ. وَقَوْلُهُ (هُوَ الصَّحِيحُ) يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ اخْتِرَازًا عَنْ قَوْلِ بَعْضِهِمْ بِأَنَّهُ فِي مَسْأَلَةِ الْبَيْعِ وَالْتِسْلِيمِ الضَّمَانُ عَلَى الْبَائِعِ بِالِاتِّفَاقِ.

فَإِنْ قِيلَ: إِذَا شَهِدَا بِدَارٍ لِلْإِنْسَانِ وَقَضَى لَهُ بِهَا ثُمَّ رَجَعَا ضَمِنَا قِيمَتَهَا لِلْمَشْهُودِ عَلَيْهِ بِالِاتِّفَاقِ وَإِثْلَافُهَا كِاثِلَافِ الْبَائِعِ بِالْبَيْعِ وَالْتِسْلِيمِ وَلَا ضَمَانَ فِيهِ عِنْدَهُمَا. أُجِيبَ بِأَنَّ مَسْأَلَةَ الشَّهَادَةِ عَلَى قَوْلِ مُحَمَّدٍ وَعَلَى تَقْدِيرِ أَنْ يَكُونَ قَوْلُ الْجَمِيعِ، فَالْفَرْقُ بَيْنَ الْمَسْأَلَتَيْنِ أَنَّ الْإِثْلَافَ فِي مَسْأَلَةِ الشَّهَادَةِ حَصَلَ بِشَهَادَتَيْهِمَا، حَتَّى لَوْ أَقَامَ الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمَلِكِ لِنَفْسِهِ لَا تُقْبَلُ بَيِّنَتُهُ وَالْعَقَارُ يَضْمَنُ بِالِإِثْلَافِ.

وَأَمَّا فِي مَسْأَلَتِنَا فَإِنَّ الْإِثْلَافَ لَمْ يَحْصُلْ بِالْبَيْعِ وَالْتِسْلِيمِ، بَلْ بَعَجَزِ الْمَالِكُ عَنْ إِبْتَاتِ مِلْكِهِ بَيِّنَتِهِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ أَقَامَ الْبَيِّنَةُ عَلَى أَنَّهَا مِلْكُهُ قُضِيَ لَهُ بِهَا فَلِهَذَا لَا يَكُونُ الْبَائِعُ ضَامِنًا (وَإِنْ نَقَصَتْ بِالزَّرَاعَةِ يَغْرُمُ النُّقْصَانُ)، وَيَعْرِفُ النُّقْصَانُ بِأَنَّهُ يُنْظَرُ بِكُمْ تُسْتَأْجَرُ هَذِهِ الْأَرْضُ قَبْلَ اسْتِعْمَالِهَا وَبِكُمْ تُسْتَأْجَرُ بَعْدَ اسْتِعْمَالِهَا فَتَفَاوَتْ مَا بَيْنَهُمَا نَقْصَانُهَا، وَهَذَا قَوْلُ نُصَيْرِ بْنِ يَحْيَى وَكَلَامُهُ وَاضِحٌ.

قَالَ (وَإِذَا هَلَكَ الثَّقَلِيُّ فِي يَدِ الْغَاصِبِ بِفِعْلِهِ أَوْ بِغَيْرِ فِعْلِهِ ضَمِنَهُ) وَفِي أَكْثَرِ نُسَخِ الْمُخْتَصَرِ: وَإِذَا هَلَكَ الْغَصْبُ وَالْمَنْقُولُ هُوَ الْمُرَادُ لَمَا سَبَقَ أَنَّ الْغَصْبَ فِيمَا يُنْقَلُ، وَهَذَا؛ لِأَنَّ الْعَيْنَ دَخَلَ فِي ضَمَانِهِ بِالْغَصْبِ السَّابِقِ إِذْ هُوَ السَّبَبُ. وَعِنْدَ الْعَجَزِ عَنْ رَدِّهِ يَجِبُ الْقِيَمَةُ أَوْ يَتَقَرَّرُ بِذَلِكَ السَّبَبُ وَلِهَذَا تُعْتَبَرُ قِيَمَتُهُ يَوْمَ الْغَصْبِ.

الشرح:

قَالَ (وَإِذَا هَلَكَ الثَّقَلِيُّ فِي يَدِ الْغَاصِبِ بِفِعْلِهِ أَوْ بِغَيْرِ فِعْلِهِ ضَمِنَهُ)، وَذَكَرَ اخْتِلَافَ النُّسَخِ وَبَيَّنَ الْمُرَادَ وَاسْتَدَلَّ بِقَوْلِهِ (لَأَنَّ الْعَيْنَ دَخَلَ فِي ضَمَانِهِ بِالْغَصْبِ السَّابِقِ إِذْ هُوَ السَّبَبُ، وَعِنْدَ الْعَجَزِ عَنْ رَدِّهِ تَجِبُ الْقِيَمَةُ) يَعْنِي عَلَى رَأْيٍ مَنْ يَرَى أَنَّ الْمَوْجِبَ الْأَصْلِيَّ فِي الْغَصْبِ رَدُّ الْعَيْنِ (وَرَدُّ الْقِيَمَةِ مُخْلَصٌ خَلْفًا أَوْ تَقَرَّرُ) أَيْ الْقِيَمَةُ (بِذَلِكَ السَّبَبِ) يَعْنِي عَلَى رَأْيٍ مَنْ يَرَى أَنَّ الْأَصْلَ هُوَ الْقِيَمَةُ وَرَدُّ الْعَيْنِ خَلْفَ عَنْهُ، فَإِنَّ هَلَكَ

الْعَيْنُ تَقَرَّرَتْ الْقِيَمَةُ عَلَيْهِ كَمَا كَانَتْ وَاجِبَةً عِنْدَ الْعَصَبِ (ولهذا) أَي وَلِكُونِ الْعَصَبِ السَّابِقِ هُوَ السَّبَبُ (تُعْتَبَرُ قِيَمَتُهُ يَوْمَ الْعَصَبِ) وَلَا فَضْلَ فِي ذَلِكَ بَيْنَ مَا يَكُونُ الْهَلَاكُ بِفِعْلِهِ أَوْ بِفِعْلِ غَيْرِهِ

(وَأِنْ نَقَصَ فِي يَدِهِ ضَمِينَ الثَّقَصَانَ)؛ لِأَنَّهُ يَدْخُلُ جَمِيعُ أَجْزَائِهِ فِي ضَمَانِهِ بِالْعَصَبِ، فَمَا تَعَذَّرَ رَدُّ عَيْنِهِ يَجِبُ رَدُّ قِيَمَتِهِ، بِخِلَافِ تَرَاجُعِ السَّعْرِ إِذَا رَدَّ فِي مَكَانِ الْعَصَبِ؛ لِأَنَّهُ عِبَارَةٌ عَنِ فُتُورِ الرِّغَبَاتِ دُونَ قُوتِ الْجُزْءِ، وَبِخِلَافِ الْمَبِيعِ؛ لِأَنَّهُ ضَمَانُ عَقْدٍ. أَمَّا الْعَصَبُ فَحَقْبُضٌ وَالْأَوْصَافُ تُضْمَنُ بِالْفِعْلِ لَا بِالْعَقْدِ عَلَى مَا عُرِفَ. قَالَ ﷺ: وَمُرَادُهُ غَيْرُ الرِّبْوِيِّ، أَمَّا فِي الرِّبَوِيَّاتِ لَا يُمَكِّنُهُ تَضْمِينُ الثَّقَصَانِ مَعَ اسْتِرْدَادِ الْأَصْلِ؛ لِأَنَّهُ يُؤَدِّي إِلَى الرِّبَا.

الشرح:

(وَأِنْ نَقَصَ) الْمَعْصُوبُ (فِي يَدِ الْعَاصِبِ) وَلَمْ يَنْجِبْ نُقْصَانُهُ بَوَاحٍ آخَرَ (ضَمِينَ الثَّقَصَانَ) سَوَاءً كَانَ الثَّقَصَانُ فِي بَدَنِهِ مِثْلُ أَنْ كَانَ جَارِيَةً فَاعْوَرَّتْ، أَوْ نَاهِدَةً التَّدْيِينَ فَانْكَسَرَ تَدْيِيهَا، أَوْ فِي غَيْرِ بَدَنِهِ مِثْلُ أَنْ كَانَ عَبْدًا مُحْتَرِفًا فَتَسِيَ الْحِرْفَةَ (لأنَّه دَخَلَ فِي ضَمَانِهِ بِجَمِيعِ أَجْزَائِهِ بِالْعَصَبِ) وَقَدْ فَاتَ مِنْهُ جُزْءٌ (ف) تَعَذَّرَ رَدُّ عَيْنِهِ وَ (مَا تَعَذَّرَ رَدُّ عَيْنِهِ يَجِبُ رَدُّ قِيَمَتِهِ) وَأَمَّا إِذَا انْجَبَرَ نُقْصَانُهُ مِثْلُ أَنْ وَلَدَتْ الْمَعْصُوبَةُ عِنْدَ الْعَاصِبِ فَرَدَّهَا وَفِي قِيَمَةِ الْوَلَدِ وَفَاءً بِنُقْصَانِ الْوِلَادَةِ فَلَا يَضْمَنُ الْعَاصِبُ شَيْئًا عِنْدَنَا خِلَافًا لِرُفْرِ رَحِمَةِ اللَّهِ، فَإِنْ كَانَ الثَّقَصَانُ بِتَرَاجُعِ السَّعْرِ فَلَا يَخْلُو إِمَّا أَنْ يَكُونَ الرُّدُّ فِي مَكَانِ الْعَصَبِ أَوْ لَا، فَإِنْ كَانَ فِيهِ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ لِأَنَّهُ تَرَاجُعُ السَّعْرِ بِفُتُورِ الرِّغَبَاتِ لَا بِفَوَاتِ جُزْءٍ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهِ يُخَيَّرُ الْمَالِكُ بَيْنَ أَخْذِ الْقِيَمَةِ وَالِاتِّظَارِ إِلَى الذَّهَابِ إِلَى ذَلِكَ الْمَكَانِ فَيَسْتَرُدُّهُ، لِأَنَّ الثَّقَصَانَ حَصَلَ مِنْ قَبْلِ الْعَاصِبِ بِنَقْلِهِ إِلَى هَذَا الْمَكَانِ فَكَانَ لَهُ أَنْ يَلْتَزِمَ الضَّرَرَ وَيَطَالِبَهُ بِالْقِيَمَةِ، وَلَهُ أَنْ يَنْتَظِرَ.

فَقَوْلُهُ (بِخِلَافِ تَرَاجُعِ السَّعْرِ) مُتَعَلِّقٌ بِقَوْلِهِ فَمَا تَعَذَّرَ رَدُّ عَيْنِهِ يَجِبُ رَدُّ قِيَمَتِهِ (وَبِخِلَافِ الْمَبِيعِ) مَعْطُوفٌ عَلَى قَوْلِهِ بِخِلَافِ، يَعْنِي إِذَا نَقَصَ شَيْءٌ مِنْ قِيَمَةِ الْمَبِيعِ فِي يَدِ الْبَائِعِ بِفَوَاتٍ وَصَفَ مِنْهُ قَبْلَ أَنْ يَقْبِضَهُ الْمُشْتَرِي لَا يَضْمَنُ الْبَائِعُ شَيْئًا لِنُقْصَانِهِ حَتَّى لَا يَسْقُطَ شَيْءٌ مِنَ الثَّمَنِ عَنِ الْمُشْتَرِي بِسَبَبِ نُقْصَانِ الْوَصْفِ وَإِنْ فَحُشَ

التَّقْصَانُ، كَمَا لَوْ اشْتَرَى جَارِيَةً بِمِائَةِ مَثَلًا فَأَعْوَرَتْ فِي يَدِ الْبَائِعِ فَصَارَتْ تُسَاوِي خَمْسِينَ كَانَ الْمُشْتَرِي مُخَيَّرًا بَيْنَ إِمْضَاءِ الْبَيْعِ وَقَسْخِهِ، فَلَوْ اخْتَارَ الْبَيْعَ وَجَبَ عَلَيْهِ تَسْلِيمُ تَمَامِ الْمِائَةِ كَمَا شَرَطَ لِأَنَّهُ ضَمَانُ عَقْدٍ وَالْأَوْصَافُ لَا تُضْمَنُ بِهِ (أَمَّا الْعَصَبُ فَقَبْضُ وَالْأَوْصَافُ تُضْمَنُ بِالْفِعْلِ) وَهُوَ الْقَبْضُ، وَهَذَا لِأَنَّ الْعَقْدَ يَرُدُّ عَلَى الْأَعْيَانِ لَا عَلَى الْأَوْصَافِ، وَالْعَصَبُ فِعْلٌ يَحِلُّ الذَّاتَ بِجَمِيعِ أَجْزَائِهَا وَصِفَاتِهَا فَكَانَتْ مَضْمُونَةً. قَالَ الْمُصَنِّفُ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَمُرَادُهُ) أَيُّ مُرَادُ الْقُدُورِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ بِقَوْلِهِ وَإِنْ نَقَصَ فِي يَدِهِ ضَمَنَ التَّقْصَانُ (غَيْرُ الرَّبَوِيِّ، أَمَّا فِي الرَّبَوِيَّاتِ) كَمَا إِذَا غَصَبَ حَنْطَةً فَعَفَنْتْ عَنْدَهُ أَوْ إِنَاءَ فِصَّةٍ فَالْهَشَمُ فِي يَدِهِ فَ (لَا يُمَكِّنُهُ تَضْمِينُ التَّقْصَانِ مَعَ اسْتِرْدَادِ الْأَصْلِ لِأَنَّهُ يُؤَدِّي إِلَى الرِّبَا) لَكِنَّ صَاحِبَهُ بِالْخِيَارِ، إِنْ شَاءَ أَخَذَ ذَلِكَ بَعِيْنِهِ وَلَا شَيْءَ لَهُ غَيْرُهُ، وَإِنْ شَاءَ تَرَكَهُ وَضَمَّنَهُ مِثْلَهُ.

قَالَ (وَمَنْ غَصَبَ عَبْدًا فَاسْتَعْلَهُ فَتَقَصَّصَتْهُ الْغَلَّةُ فَعَلَيْهِ التَّقْصَانُ)، لَمَّا بَيَّنَّا (وَيَتَصَدَّقُ بِالْغَلَّةِ) قَالَ ﷺ وَهَذَا عِنْدَهُمَا أَيْضًا. وَعِنْدَهُ لَا يَتَصَدَّقُ بِالْغَلَّةِ، وَعَلَى هَذَا الْخِلَافِ إِذَا آجَرَ الْمُسْتَعِيرُ الْمُسْتَعَارَ. لِأَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ حَصَلَ فِي ضَمَانِهِ وَمِلْكِهِ. أَمَّا الضَّمَانُ فَظَاهِرٌ، وَكَذَا الْمِلْكُ؛ لِأَنَّ الْمَضْمُونَاتِ تُمْلِكُ بِإِدَاءِ الضَّمَانِ مُسْتَنْدًا عِنْدَنَا. وَلَهُمَا أَنَّهُ حَصَلَ بِسَبَبِ خَبِيثٍ وَهُوَ التَّصَرُّفُ فِي مِلْكِ الْغَيْرِ، وَمَا هَذَا حَالُهُ فَسَبِيلُهُ التَّصَدُّقُ، إِذَا الْفَرْعُ يَحْصُلُ عَلَى وَصْفِ الْأَصْلِ وَالْمِلْكُ الْمُسْتَنْدُ نَاقِصٌ فَلَا يَنْعِدِمُ بِهِ الْخَبِيثُ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ غَصَبَ عَبْدًا فَاسْتَعْلَهُ) أَيُّ وَمَنْ غَصَبَ عَبْدًا فَآجَرَهُ وَقَبْضَ الْأَجْرَةَ فَصَارَ مَهْزُولًا فِي الْعَمَلِ فَعَلَيْهِ التَّقْصَانُ لَمَّا بَيَّنَّا أَنَّهُ دَخَلَ جَمِيعَ أَجْزَائِهِ فِي ضَمَانِهِ بِالْعَصَبِ، فَمَا تَعَدَّرَ رَدُّ عَيْنِهِ يَجِبُ رَدُّ قِيمَتِهِ وَتُقْصَاةُ وَصْفُهُ مِمَّا تَعَدَّرَ فِيهِ الرَّدُّ فَوَجَبَ رَدُّ قِيمَةِ التَّقْصَانِ، وَيَتَصَدَّقُ بِالْغَلَّةِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ. وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ لَا يَتَصَدَّقُ بِهَا. وَعَلَى هَذَا إِذَا آجَرَ الْمُسْتَعِيرُ الْمُسْتَعَارَ وَالْمُودِعُ الْوَدِيعَةَ. لِأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ حَصَلَ فِي ضَمَانِهِ وَمِلْكِهِ، أَمَّا الضَّمَانُ فَظَاهِرٌ لِأَنَّ الْمَعْصُوبَ دَخَلَ فِي ضَمَانِ الْغَاصِبِ، وَأَمَّا الْمِلْكُ فَلَأَنَّهُ يَمْلِكُهُ مِنْ وَقْتِ الْعَصَبِ مُسْتَنْدًا إِذَا ضَمِنَ وَلَهُمَا الْقَوْلُ بِالْمُوجِبِ: أَيُّ سَلَّمْنَا أَنَّهُ حَصَلَ فِي مِلْكِهِ وَضَمَانِهِ لَكِنَّهُ بِسَبَبِ

خَيْثُ وَهُوَ التَّصَرُّفُ فِي مِلْكِ الْغَيْرِ، وَمَا هُوَ كَذَلِكَ فَسَيَلُهُ التَّصَدُّقُ، إِذْ الْفَرْعُ يَحْصُلُ عَلَى وَصْفِ الْأَصْلِ، أَصْلُهُ حَدِيثُ الشَّاةِ الْمَصْلِيَّةِ وَهُوَ مَعْرُوفٌ. فَإِنْ قِيلَ: التَّصَرُّفُ فِي مِلْكِهِ مُسْتَنَدًا فَأَنَّى يَكُونُ الْخُبْتُ؟ أَجَابَ بِقَوْلِهِ (وَالْمِلْكُ الْمُسْتَنَدُ نَاقِصٌ) يَعْنِي لَكُونُهُ ثَابِتًا فِيهِ مِنْ وَجْهِ وَلِهَذَا يَظْهَرُ فِي حَقِّ الْقَائِمِ دُونَ الْفَائِتِ (فَلَا يَنْعَدُّ بِهِ الْخُبْتُ).

(فَلَوْ هَلَكَ الْعَبْدُ فِي يَدِ الْغَاصِبِ حَتَّى ضَمَنَهُ لَهُ أَنْ يَسْتَعِينَ بِالْعَلَّةِ فِي آدَاءِ الضَّمَانِ؛ لِأَنَّ الْخُبْتَ لِأَجْلِ الْمَالِكِ، وَلِهَذَا لَوْ آدَى إِلَيْهِ يُبَاحُ لَهُ التَّنَاوُلُ فَيَزُولُ الْخُبْتُ بِالْآدَاءِ إِلَيْهِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا بَاعَهُ فَهَلَكَ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي ثُمَّ اسْتَحَقَّ وَغَرِمَهُ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَسْتَعِينَ بِالْعَلَّةِ فِي آدَاءِ الثَّمَنِ إِلَيْهِ؛ لِأَنَّ الْخُبْتَ مَا كَانَ لِحَقِّ الْمُشْتَرِي إِلَّا إِذَا كَانَ لَا يَجِدُ غَيْرَهُ؛ لِأَنَّهُ مُحْتَاجٌ إِلَيْهِ، وَلَهُ أَنْ يَصْرِفَهُ إِلَى حَاجَةٍ نَفْسِهِ، فَلَوْ أَصَابَ مَا لَا تَصَدَّقُ بِمِثْلِهِ إِنْ كَانَ غَنِيًا وَقَتَ الْاسْتِعْمَالِ، وَإِنْ كَانَ فَقِيرًا فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ لَمَّا ذَكَرْنَا.

الشرح:

(فَلَوْ هَلَكَ الْعَبْدُ فِي يَدِ الْغَاصِبِ حَتَّى ضَمَنَهُ لَهُ أَنْ يَسْتَعِينَ بِالْعَلَّةِ فِي آدَاءِ الضَّمَانِ، لِأَنَّ الْخُبْتَ لِأَجْلِ الْمَالِكِ، وَلِهَذَا لَوْ سَلَّمَ الْعَلَّةَ مَعَ الْعَبْدِ إِلَى الْمَالِكِ يُبَاحُ لَهُ التَّنَاوُلُ فَيَزُولُ الْخُبْتُ بِالْآدَاءِ إِلَيْهِ بِخِلَافِ مَا إِذَا بَاعَ الْغَاصِبُ الْعَبْدَ فَهَلَكَ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي ثُمَّ اسْتَحَقَّ وَغَرِمَهُ الْمُشْتَرِي فَإِنَّ الْغَاصِبَ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَسْتَعِينَ بِالْعَلَّةِ فِي آدَاءِ الثَّمَنِ إِلَى الْمُشْتَرِي، لِأَنَّ الْخُبْتَ مَا كَانَ لِأَجْلِهِ إِلَّا إِذَا لَمْ يَجِدِ الْغَاصِبُ غَيْرَهُ) أَيُّ غَيْرِ الْعَلَّةِ بِتَأْوِيلِ الْمَذْكُورِ أَوْ الْأَجْرِ أَوْ الْمَالِ (لَأَنَّهُ مُحْتَاجٌ إِلَيْهِ، وَلِلْمُحْتَاجِ إِلَيْهِ أَنْ يَصْرِفَهُ إِلَى حَاجَةٍ نَفْسِهِ) وَهُوَ أَوْلَى بِذَلِكَ لِأَنَّهَا مِلْكُهُ وَإِنْ كَانَ فِيهِ خُبْتُ (فَلَوْ أَصَابَ مَا لَا تَصَدَّقُ بِمِثْلِهِ إِنْ كَانَ غَنِيًا وَقَتَ الْاسْتِعْمَالِ) أَيُّ وَقَتِ اسْتِهْلَاكِ الثَّمَنِ، وَإِنْ كَانَ فَقِيرًا (فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ لَمَّا ذَكَرْنَا) أَنَّهُ مُحْتَاجٌ، وَكَذَلِكَ إِنْ اسْتَهْلَكَ الْعَلَّةَ مَكَانَ الثَّمَنِ إِنْ كَانَ مُحْتَاجًا فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ، وَإِنْ كَانَ غَنِيًا فَعَلَيْهِ أَنْ يَتَّصَدَّقَ بِمِثْلِهِ.

قَالَ (وَمَنْ غَصَبَ أَلْفًا فَاشْتَرَى بِهَا جَارِيَةً فَبَاعَهَا بِأَلْفَيْنِ ثُمَّ اشْتَرَى بِأَلْفَيْنِ جَارِيَةً فَبَاعَهَا بِثَلَاثَةِ أَلْفٍ دِرْهَمٍ فَإِنَّهُ يَتَّصَدَّقُ بِجَمِيعِ الرِّيحِ، وَهَذَا عِنْدَهُمَا) وَأَصْلُهُ أَنَّ الْغَاصِبَ أَوْ الْمُودَعِ إِذَا تَصَرَّفَ فِي الْمَغْصُوبِ أَوْ الْوَدِيعَةِ وَرِيحٌ لَا يَطِيبُ لَهُ الرِّيحُ عِنْدَهُمَا، خِلَافًا لِأَبِي يُوسُفَ، وَقَدْ مَرَّتِ الدَّلَائِلُ وَجَوَابُهُمَا فِي الْوَدِيعَةِ أَظْهَرُ؛ لِأَنَّهُ لَا يَسْتَنَدُ الْمِلْكُ

إِلَى مَا قَبْلَ التَّصَرُّفِ لِانْعِدَامِ سَبَبِ الضَّمَانِ فَلَمْ يَكُنِ التَّصَرُّفُ فِي مِلْكِهِ ثُمَّ هَذَا ظَاهِرٌ
فِيمَا يَتَعَيَّنُ بِالْإِشَارَةِ، أَمَّا فِيمَا لَا يَتَعَيَّنُ كَالثَّمَنِ فَقَوْلُهُ فِي الْكِتَابِ اشْتَرَى بِهَا إِشَارَةٌ
إِلَى أَنَّ التَّصَدُّقَ إِنَّمَا يَجِبُ إِذَا اشْتَرَى بِهَا وَنَقَدَ مِنْهَا الثَّمَنَ. أَمَّا إِذَا أَشَارَ إِلَيْهَا وَنَقَدَ مِنْ
غَيْرِهَا أَوْ نَقَدَ مِنْهَا وَأَشَارَ إِلَى غَيْرِهَا أَوْ أَطْلَقَ إِطْلَاقًا وَنَقَدَ مِنْهَا يَطِيبُ لَهُ، وَهَكَذَا قَالَ
الْكَرْخِيُّ؛ لِأَنَّ الْإِشَارَةَ إِذَا كَانَتْ لَا تُفِيدُ التَّعْيِينَ لَا بُدَّ أَنْ يَتَأَكَّدَ بِالنَّقْدِ لِيَتَحَقَّقَ الْخَبَثُ.
وَقَالَ مَشَابِيحُنَا: لَا يَطِيبُ لَهُ قَبْلَ أَنْ يَضْمَنَ، وَكَذَا بَعْدَ الضَّمَانِ بِكُلِّ حَالٍ، وَهُوَ الْمُخْتَارُ
لِإِطْلَاقِ الْجَوَابِ فِي الْجَامِعَيْنِ وَالْمَبْسُوطِ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ غَصَبَ أَلْفًا فَاشْتَرَى بِهَا جَارِيَةً) الْعَاصِبُ إِذَا تَصَرَّفَ فِي الْمَعْصُوبِ أَوْ
الْمُودِعِ فِي الْوَدِيعَةِ وَرَبِحَ فِيهِ لَا يَطِيبُ لَهُ الرَّبْحُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ،
خِلَافًا لِأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَقَدْ مَرَّ فِي الدَّلَائِلِ. وَجَوَابُهُمَا فِي الْوَدِيعَةِ أَظْهَرَ لَمَّا
ذَكَرْنَا أَنَّهُ لَا يَسْتَتِدُّ الْمَلِكُ إِلَى مَا قَبْلَ التَّصَرُّفِ لِانْعِدَامِ سَبَبِ الضَّمَانِ، فَكَانَ التَّصَرُّفُ
فِي غَيْرِ مِلْكِهِ مُطْلَقًا فَيَكُونُ الرَّبْحُ خَبِيثًا، وَإِنَّمَا كَرَّرَ الشَّرَاءَ فِي وَضْعِ الْمَسْأَلَةِ تَنْبِيْهُهَا عَلَى
تَحَقُّقِ الْخَبَثِ وَإِنْ تَدَاوَلَتْهُ الْأَيْدِي، ثُمَّ هَذَا: أَيْ عَدَمُ طَيْبِ الرَّبْحِ فِيمَا يَتَعَيَّنُ بِالْإِشَارَةِ
كَالْعُرُوضِ ظَاهِرٌ، وَأَمَّا فِيمَا لَا يَتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِينَ كَالثَّمَنِ الدَّرَاهِمِ وَالذَّنَابِيرِ. فَقَوْلُهُ (فِي
الْكِتَابِ) يَعْنِي الْجَامِعَ الصَّغِيرَ (اشْتَرَى بِهَا إِشَارَةٌ إِلَى أَنَّ التَّصَدُّقَ إِنَّمَا يَجِبُ إِذَا اشْتَرَى
بِهَا وَنَقَدَ مِنْهَا).

قَالَ فَخَرُ الْإِسْلَامِ: لِأَنَّ ظَاهِرَ هَذِهِ الْعِبَارَةِ يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ أَرَادَ بِهَا إِذَا أَشَارَ إِلَيْهَا
وَنَقَدَ مِنْهَا، أَمَّا إِذَا أَشَارَ إِلَيْهَا وَنَقَدَ مِنْ غَيْرِهَا أَوْ نَقَدَ مِنْهَا وَأَشَارَ إِلَى غَيْرِهَا أَوْ أَطْلَقَ
إِطْلَاقًا وَنَقَدَ مِنْهَا يَطِيبُ لَهُ، وَهَذِهِ أَرْبَعَةُ أَوْجُهٍ، فِيهِ وَاحِدٌ مِنْهَا لَا يَطِيبُ، وَفِي الْبَاقِي
يَطِيبُ.

وَذَكَرَ فِي الْمَبْسُوطِ وَجْهًا آخَرَ لَا يَطِيبُ فِيهِ أَيْضًا، وَهُوَ أَنَّهُ إِذَا دَفَعَ إِلَى الْبَائِعِ
تِلْكَ الدَّرَاهِمَ أَوَّلًا ثُمَّ اشْتَرَى مِنْهُ تِلْكَ الدَّرَاهِمَ. وَهَذَا التَّفْصِيلُ فِي الْجَوَابِ قَوْلُ
الْكَرْخِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ، لِأَنَّ الْإِشَارَةَ إِذَا كَانَتْ لَا تُفِيدُ التَّعْيِينَ كَانَ وَجُودُهَا وَعَدَمُهَا
سَوَاءً، فَلَا بُدَّ أَنْ يَتَأَكَّدَ بِالنَّقْدِ لِيَتَحَقَّقَ الْخَبَثُ. قَالُوا: وَالْفَتْوَى الْيَوْمَ عَلَى قَوْلِهِ لِكَثْرَةِ

الْحَرَامِ دَفْعًا لِلْحَرَجِ عَنِ النَّاسِ.

وَقَالَ فَخَرُ الْإِسْلَامِ رَحِمَهُ اللَّهُ: قَالَ مَشَايخُنَا رَحِمَهُمُ اللَّهُ: لَا يَطِيبُ لَهُ قَبْلَ أَنْ يَضْمَنَ وَكَذًا بَعْدَ الضَّمَانِ بِكُلِّ حَالٍ: أَيُّ فِي الْوُجُوهِ كُلِّهَا، وَهُوَ الْمُخْتَارُ لِإِطْلَاقِ الْجَوَابِ فِي الْجَامِعَيْنِ وَالْمُضَارَبَةِ بِقَوْلِهِ يَتَصَدَّقُ بِجَمِيعِ الرِّيحِ، وَقَالَ وَذَلِكَ لِأَنَّهُ إِذَا تَقَدَّ مِنْهَا وَلَمْ يُشِرْ فَسَلَامَةُ الْمَبِيعِ حَصَلَتْ بِهِذِهِ الدَّرَاهِمِ، فَأَمَّا أَنْ يَصِيرَ عَنْهَا عَوَضًا فَلَا تُثْبِتُ شُبْهَةُ الْخُبْثِ، وَإِنْ أَشَارَ إِلَيْهَا وَتَقَدَّ مِنْ غَيْرِهَا فإِعْلَامُ جِنْسِ الثَّمَنِ وَقَدَرِهِ حَصَلَ بِهِذِهِ الْإِشَارَةَ فَكَانَ لِلْعَقْدِ تَعَلُّقٌ بِهَا فَتَمَكَّنْ شُبْهَةُ الْخُبْثِ أَيْضًا، وَسَيِلُ مِثْلُهُ التَّصَدُّقُ فَاسْتَوَتْ الْوُجُوهُ كُلُّهَا فِي الْخُبْثِ وَوُجُوبِ التَّصَدُّقِ

قَالَ (وإن اشترى بالآلف جاريةً تُساوي ألفين فوهبها أو طعمًا فأكله لم يتصدق بشيء)، وهذا قولهم جميعًا؛ لأنَّ الرِّيحَ إِنَّمَا يَتَبَيَّنُ عِنْدَ اتِّحَادِ الْجِنْسِ.

الشرح:

(وإن اشترى بالآلف جاريةً تُساوي ألفين فوهبها أو طعمًا فأكله لم يتصدق بشيء) بَلْ يَرُدُّ عَلَيْهِ مِثْلُ مَا غَضِبَ (فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا لِأَنَّ الرِّيحَ إِنَّمَا يَتَبَيَّنُ عِنْدَ اتِّحَادِ الْجِنْسِ) بِأَنْ يَصِيرَ الْأَصْلُ وَمَا زَادَ عَلَيْهِ دَرَاهِمَ وَلَمْ يَصِرْ فَلَمْ يَطْهَرِ الرِّيحُ.

فصل فيما يتغير بفعل الغاصب

قَالَ (وَإِذَا تَغَيَّرَتِ الْعَيْنُ الْمَعْصُوبَةُ بِفِعْلِ الْغَاصِبِ حَتَّى زَالَ اسْمُهَا وَعَظُمَ مَنَافِعُهَا زَالَ مِلْكُ الْمَعْصُوبِ مِنْهُ عَنْهَا وَمَلَكَهَا الْغَاصِبُ وَضَمَّنَهَا، وَلَا يَحِلُّ لَهُ الْإِثْنَاعُ بِهَا حَتَّى يُؤَدِّيَ بِدَلِّهَا، كَمَنْ غَضِبَ شَاةً وَذَبَحَهَا وَشَوَّاهَا أَوْ طَبَخَهَا أَوْ حَنَطَهَا فَطَحَنَهَا أَوْ حَدِيدًا فَاتَّخَذَهُ سَيْفًا أَوْ صُفْرًا فَعَمِلَهُ آتِيَةً) وَهَذَا كُلُّهُ عِنْدَنَا. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَا يَنْقَطِعُ حَقُّ الْمَالِكِ وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ، غَيْرَ أَنَّهُ إِذَا اخْتَارَ أَخَذَ الدَّقِيقَ لَا يَضْمَنُهُ التَّقْصَانُ عِنْدَهُ؛ لِأَنَّهُ يُؤَدِّي إِلَى الرَّبَا، وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ يَضْمَنُهُ، وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يَزُولُ مِلْكُهُ عَنْهُ لَكِنَّهُ يُبَاعُ فِي دِينِهِ وَهُوَ أَحَقُّ بِهِ مِنَ الْعُرْمَاءِ بَعْدَ مَوْتِهِ. لِلشَّافِعِيِّ أَنَّ الْعَيْنَ بَاقٍ فَيَبْقَى عَلَى مِلْكِهِ وَتَتَّبَعُهُ الصَّنْعَةُ كَمَا إِذَا هَبَّتِ الرِّيحُ فِي الْحَنِطَةِ وَأَلْقَتْهَا فِي طَاحُونَةٍ فَطَحَنَتْ. وَلَا مُعْتَبَرٌ بِفِعْلِهِ؛ لِأَنَّهُ مُحْظُورٌ فَلَا يَصْلُحُ سَبَبًا لِلْمَلِكِ عَلَى مَا عُرِفَ، فَصَارَ كَمَا إِذَا انْعَدَمَ الْفِعْلُ أَصْلًا وَصَارَ كَمَا إِذَا ذَبَحَ الشَّاةَ الْمَعْصُوبَةَ

وَسَلَخَهَا وَأَرَبَّهَا.

وَلَنَا أَنَّهُ أَحْدَثَ صَنَعَةً مُتَقَوِّمَةً صَيْرَ حَقَّ الْمَالِكِ هَالِكًا مِنْ وَجْهِ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ تَبَدَّلَ
الاسْمُ وَفَاتَ مُعْظَمُ الْمَقَاصِدِ وَحَقُّهُ فِي الصَّنَعَةِ قَائِمٌ مِنْ كُلِّ وَجْهِ فَيَتَرَجَّحُ عَلَى الْأَصْلِ
الَّذِي هُوَ قَائِمٌ مِنْ وَجْهِ، وَلَا نَجْعَلُهُ سَبَبًا لِلْمَلِكِ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ مَحْظُورٌ، بَلْ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ
إِحْدَاثُ الصَّنَعَةِ، بِخِلَافِ الشَّأَةِ؛ لِأَنَّ اسْمَهَا بَاقٍ بَعْدَ الذَّبْحِ وَالسَّلَاحِ، وَهَذَا الْوَجْهُ يَشْمَلُ
الْفُصُولَ الْمَذْكُورَةَ وَيَتَفَرَّغُ عَلَيْهِ غَيْرُهَا فَاحْفَظْهُ. وَقَوْلُهُ وَلَا يَحِلُّ لَهُ الْإِنْتِفَاعُ بِهَا حَتَّى
يُؤَدِّيَ بِدَلَّتْهَا اسْتِحْسَانٌ وَالْقِيَاسُ أَنْ يَكُونَ لَهُ ذَلِكَ وَهُوَ قَوْلُ الْحَسَنِ وَزُفَرٍ، وَهَكَذَا عَنْ أَبِي
حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ رَوَاهُ الْفَقِيهُ أَبُو اللَّيْثِ. وَوَجْهُهُ ثُبُوتُ الْمَلِكِ الْمَطْلُوقِ لِلتَّصَرُّفِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ
لَوْ وَهَبَهُ أَوْ بَاعَهُ جَازَ. وَجْهُ الاسْتِحْسَانِ قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «فِي الشَّأَةِ الْمَذْبُوحَةِ
الْمُصْلِيَّةِ بِغَيْرِ رِضَاءٍ صَاحِبِهَا أَطْعَمُوهَا الْأَسَارَى»^(١) أَفَادَ الْأَمْرُ بِالتَّصَدُّقِ زَوَالَ مِلْكِ الْمَالِكِ
وَحُرْمَةِ الْإِنْتِفَاعِ لِلْعَاصِبِ قَبْلَ الْإِرْضَاءِ، وَلَأنَّ فِي إِبَاحَةِ الْإِنْتِفَاعِ فَتْحَ بَابِ الْغَضَبِ فَيَحْرُمُ
قَبْلَ الْإِرْضَاءِ حَسْمًا لِمَادَّةِ الْفَسَادِ وَنَفَازِ بَيْعِهِ وَهَبَتِهِ مَعَ الْحُرْمَةِ لِقِيَامِ الْمَلِكِ كَمَا فِي الْمَلِكِ
الْفَاسِدِ. وَإِذَا أَدَّى الْبَدَلَ يَبَاحُ لَهُ؛ لِأَنَّ حَقَّ الْمَالِكِ صَارَ مُوَفَّى بِالْبَدَلِ فَحَصَلَتْ مُبَادَلَتُهُ
بِالتَّرَاضِي، وَكَذَلِكَ إِذَا أَبْرَأَهُ لِسُقُوطِ حَقِّهِ بِهِ، وَكَذَا إِذَا أَدَّى بِالْقَضَاءِ أَوْ ضَمِنَهُ الْحَاكِمُ
أَوْ ضَمِنَهُ الْمَالِكُ لَوْجُودِ الرِّضَا مِنْهُ؛ لِأَنَّهُ لَا يَقْضِي إِلَّا بِطَلَبِهِ، وَعَلَى هَذَا الْخِلَافِ إِذَا غَضِبَ
حَنِطَةً فَزَرَعَهَا أَوْ نَوَاةً فَفَرَسَهَا غَيْرَ أَنَّهُ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ يَبَاحُ الْإِنْتِفَاعُ فِيهِمَا قَبْلَ آدَاءِ
الضَّمَانِ لَوْجُودِ الاسْتِهْلَاكِ مِنْ كُلِّ وَجْهِ، بِخِلَافِ مَا تَقَدَّمَ لِقِيَامِ الْعَيْنِ فِيهِ مِنْ وَجْهِ.
وَفِي الْحَنِطَةِ يَزْرَعُهَا لَا يَتَصَدَّقُ بِالْفَضْلِ عِنْدَهُ خِلَافًا لَهَا، وَأَصْلُهُ مَا تَقَدَّمَ.

الشرح:

(فصل): لَمَّا فَرَعَ مِنْ بَيَانِ حَقِيقَةِ الْغَضَبِ وَحُكْمِهِ مِنْ وَجُوبِ رَدِّ الْعَيْنِ أَوْ
الْمِثْلِ أَوْ الْقِيَمَةِ أَغْبَاهُ بِذِكْرِ مَا يَزُولُ بِهِ مِلْكُ الْمَالِكِ لِأَنَّهُ عَارِضٌ وَحَقُّهُ الْفَضْلُ عَمَّا قَبْلَهُ
(وَإِذَا تَغَيَّرَتِ الْعَيْنُ الْمُعْصُوبَةُ بِفِعْلِ الْعَاصِبِ حَتَّى زَالَ اسْمُهَا وَعَظِمَ مَنَافِعُهَا زَالَ مِلْكُ
الْمُعْصُوبِ مِنْهُ عَنْهَا وَمَلَكَهَا الْعَاصِبُ وَضَمِنَهَا، وَلَا يَحِلُّ لَهُ الْإِنْتِفَاعُ بِهَا حَتَّى يُؤَدِّيَ

(١) أخرجه أبو داود (٣٣٣٢)، وأحمد (٤٠٨/٥) عن رجل من الأنصار، وانظر نصب الراية

بَدَلَهَا) قَوْلُهُ بِفِعْلِ الْعَاصِبِ اخْتِرَازٌ عَمَّا إِذَا تَغَيَّرَ بِغَيْرِ فِعْلِهِ، مِثْلُ أَنْ صَارَ الْعَنْبُ زَبِيحًا بِنَفْسِهِ أَوْ خَلًّا أَوْ الرُّطْبُ ثَمَرًا فَإِنَّ الْمَالِكَ فِيهِ بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ أَخَذَهُ وَإِنْ شَاءَ تَرَكَهُ وَضَمَّنَهُ. وَقَوْلُهُ حَتَّى زَالَ اسْمُهَا اخْتِرَازٌ عَمَّا إِذَا غَضِبَ شَاةٌ فَذَبَحَهَا فَإِنَّهُ لَمْ يَزُلْ بِالذَّبْحِ الْمَجْرَدِ مِلْكُ مَالِكِهَا لِأَنَّهُ لَمْ يَزُلْ اسْمُهَا يُقَالُ شَاةٌ مَذْبُوحَةٌ وَشَاةٌ حَيَّةٌ.

وَقَوْلُهُ وَعَظَمَ مَنَافِعَهَا يَتَنَاوَلُ الْحِنْطَةَ إِذَا غَضِبَهَا وَطَحَنَهَا، فَإِنَّ الْمَقَاصِدَ الْمُتَعَلِّقَةَ بِعَيْنِ الْحِنْطَةِ كَجَعْلِهَا هَرِيَسَةً وَكَشْكًا وَنَشَاءً وَبَذْرًا وَغَيْرَهَا يَزُولُ بِالطَّحْنِ، وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ تَأْكِيدٌ لِأَنَّ قَوْلَهُ زَالَ اسْمُهَا يَتَنَاوَلُهُ فَإِنَّهَا إِذَا طَحِنَتْ صَارَتْ تُسَمَّى دَقِيقًا لَا حِنْطَةً، وَمِثْلُ ذَلِكَ بِقَوْلِهِ (كَمَنْ غَضِبَ شَاةً وَذَبَحَهَا وَشَوَاهَا أَوْ طَبَخَهَا) وَفِيهِ إِشَارَةٌ إِلَى أَنَّ الذَّبْحَ وَحْدَهُ لَا يَزِيلُ الْمِلْكَ، بَلِ الذَّبْحُ وَالطَّبْخُ بِمَنْزِلَةِ طَحْنِ الْحِنْطَةِ.

وَالْأَمَثَلَةُ كُلُّهَا تَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ لَا بُدَّ لِلْعَاصِبِ فِيهِ مِنْ فِعْلٍ (قَوْلُهُ وَهَذَا كُلُّهُ) يَعْنِي زَوَالَ مِلْكِ الْمَالِكِ وَتَمَلُّكِ الْعَاصِبِ وَضَمَانَهُ (عِنْدَنَا وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَا يَنْقَطِعُ حَقُّ الْمَالِكِ وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ غَيْرُ أَنَّهُ إِذَا اخْتَارَ أَخَذَ الدَّقِيقَ لَا يُضَمِّنُهُ التَّقْصَانَ عِنْدَهُ لِأَنَّهُ يُؤَدِّي إِلَى الرِّبَا) إِذْ الدَّقِيقُ عَيْنُ الْحِنْطَةِ مِنْ وَجْهِهِ، لِأَنَّ عَمَلَ الطَّحْنِ فِي تَفْرِيقِ الْأَجْزَاءِ لَا فِي إِحْدَاثِ مَا لَمْ يَكُنْ مَوْجُودًا وَتَفْرِيقِ الْأَجْزَاءِ لَا يُدِلُّ الْعَيْنَ كَالْقَطْعِ فِي الثُّوبِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّ الرِّبَا يَجْرِي بَيْنَهُمَا وَلَا يَجْرِي الرِّبَا إِلَّا بِاعْتِبَارِ الْمُجَانَسَةِ (وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ يُضَمِّنُهُ) لِأَنَّ عَلَى أَصْلِهِ تَضَمِينَ التَّقْصَانَ مَعَ أَخْذِ الْعَيْنِ فِي الْأَمْوَالِ الرَّبَوِيَّةِ جَائِزٌ، وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ أَبِي يُوسُفَ (وَعَنْهُ أَنَّهُ يَزُولُ مِلْكُهُ عَنْهُ) وَلَا يَسْقُطُ عَنْهُ حَقُّهُ (لَكِنَّهُ يُبَاعُ فِي دِينِهِ وَهُوَ أَحَقُّ بِهِ مِنَ الْغُرْمَاءِ بَعْدَ مَوْتِهِ).

قَوْلُهُ (وَلِلشَّافِعِيِّ) عَطْفٌ عَلَى قَوْلِهِ لِأَنَّهُ يُؤَدِّي إِلَى الرِّبَا، وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ بَقَاءَ الْعَيْنِ الْمَعْصُوبِ يُوجِبُ بَقَاءَهُ عَلَى مِلْكِ الْمَالِكِ، لِأَنَّ الْوَاجِبَ الْأَصْلِيَّ فِي الْعَصَبِ رَدُّ الْعَيْنِ عِنْدَ قِيَامِهِ، وَلَوْلَا بَقَاؤُهُ عَلَى مِلْكِ الْمَالِكِ لَمَا كَانَ كَذَلِكَ وَالْعَيْنُ بَاقٍ فَيَقْتَضِي عَلَى مِلْكِهِ (وَتُسَبِّغُهُ الصَّنْعَةَ) الْحَادِثَةَ لِأَنَّهَا تَابِعَةٌ لِلْأَصْلِ (كَمَا إِذَا هَبَّتِ الرِّيحُ فِي الْحِنْطَةِ وَأَلْقَتْهَا فِي طَاحُونَةٍ فَطَحِنَتْ) فَإِنَّ الدَّقِيقَ يَكُونُ لِمَالِكِ الْحِنْطَةِ كَذَلِكَ هَذَا.

فَإِنْ قِيلَ: تَمَثِيلٌ فَاسِدٌ لِأَنَّهُ تَخَلَّلَ فِي صُورَةِ التَّرَاعِ فِعْلُ الْعَاصِبِ دُونَ الْمُسْتَشْهَدِ بِهِ. أَجَابَ بِقَوْلِهِ (وَلَا مُعْتَبَرٌ بِفِعْلِهِ لِأَنَّهُ مُحْظُورٌ فَلَا يَصْلُحُ سَبَبًا لِلْمِلْكِ عَلَى مَا عُرِفَ

فِي الْأُصُولِ أَنَّ الْفِعْلَ الْمَحْظُورَ لَا يَصْلُحُ سَبَبًا لِلنُّعْمَةِ وَهُوَ الْمَلِكُ فَصَارَ كَمَا إِذَا عُدِمَ الْفِعْلُ أَصْلًا) وَحِينَئِذٍ صَارَتْ صُورَةُ التَّزَاوُعِ كَالْمُسْتَشْهَدِ بِهِ لَا مَحَالَةَ (وَصَارَ كَمَا إِذَا ذَبَحَ الشَّاةَ الْمَعْصُوبَةَ وَأَرْبَهَا) أَيَّ جَعَلَهَا عُضْوًا عُضْوًا، فَإِنَّ فِعْلَ الْغَاصِبِ فِيهِ مَوْجُودٌ وَلَيْسَ بِسَبَبٍ لِلْمَلِكِ لِكَوْنِهِ مَحْظُورًا (وَلَنَا أَنَّهُ أَحْدَثَ صَنْعَةً مُتَقَوِّمَةً) لِأَنَّ قِيَمَةَ الشَّاةِ تَزْدَادُ بِطَبْخِهَا وَشَبِّهَا، وَكَذَلِكَ قِيَمَةُ الْخِنْطَةِ تَزْدَادُ بِجَعْلِهَا ذَقِيقًا (وَإِحْدَانُهَا صَيَّرَ) جِنْسَ (حَقِّ الْمَالِكِ هَالِكًا مِنْ وَجْهِهِ) أَلَا تَرَى أَنَّهُ تَبَدَّلَ الْأِسْمُ وَقَاتَ مُعْظَمُ الْمَقَاصِدِ (وَحَقُّهُ) أَيَّ حَقُّ الْغَاصِبِ (فِي الصَّنْعَةِ قَائِمٌ مِنْ كُلِّ وَجْهِهِ) وَمَا هُوَ قَائِمٌ مِنْ كُلِّ وَجْهِهِ مُرْجِعٌ عَلَى الْهَالِكِ مِنْ وَجْهِهِ عَلَى مَا عُرِفَ فِي الْأُصُولِ مِنْ قَوْلِهِمْ: إِذَا تَعَارَضَ ضَرْبَانِ بِالْتَّرْجِيحِ كَانَ الرُّجْحَانُ فِي الذَّاتِ أَحَقُّ مِنْهُ فِي الْحَالِ، لِأَنَّ الْحَالَ قَائِمَةٌ بِالذَّاتِ تَابِعَةٌ لَهُ فَيَنْقَطِعُ حَقُّ الْمَالِكِ بِالشَّيْءِ وَالطَّبْخِ، لِأَنَّ الصَّنْعَةَ قَائِمَةً بِذَاتِهَا مِنْ كُلِّ وَجْهِهِ وَالْعَيْنُ هَالِكَةٌ مِنْ وَجْهِهِ (قَوْلُهُ وَلَا نَجْعَلُهُ سَبَبًا لِلْمَلِكِ مِنْ حَيْثُ هُوَ مَحْظُورٌ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ وَلَا مُعْتَبَرٌ بِفِعْلِهِ لِأَنَّهُ مَحْظُورٌ.

وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ هَذَا الْفِعْلَ جِهَتَيْنِ: جِهَةٌ تَقْوِيَتْ يَدَ الْمَالِكِ عَنِ الْمَحَلِّ وَهُوَ مَحْظُورٌ، وَجِهَةٌ إِحْدَاثِ صَنْعَةٍ مُتَقَوِّمَةٍ وَهُوَ سَبَبٌ مِنْ حَيْثُ هَذِهِ الْجِهَةُ لَا الْجِهَةُ الْأُولَى. وَقَوْلُهُ (بِخِلَافِ الشَّاةِ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ وَصَارَ كَمَا إِذَا ذَبَحَ الشَّاةَ الْمَعْصُوبَةَ. وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ الْعِلَّةَ حُلُوثَ الْفِعْلِ مِنَ الْغَاصِبِ عَلَى وَجْهِهِ تَبَدُّلُ الْأِسْمِ، وَاسْمُ الشَّاةِ بَعْدَ الذَّبْحِ وَالسَّلْخِ بَاقٍ كَمَا تَقَدَّمَ أَنَّهُ يُقَالُ شَاةٌ مَذْبُوحَةٌ مَسْلُوحَةٌ كَمَا يُقَالُ شَاةٌ حَيَّةٌ. فَإِنْ قِيلَ: الْكَلَامُ فِيهَا بَعْدَ التَّأْرِيْبِ وَلَا يُقَالُ شَاةٌ مَأْرُوبَةٌ بَلْ يُقَالُ لَحْمٌ مَأْرُوبٌ فَقَدْ حَصَلَ الْفِعْلُ وَتَبَدَّلَ الْأِسْمُ وَلَمْ يَنْقَطِعْ حَقُّ الْمَالِكِ.

أُجِيبَ بِأَنَّهُ كَذَلِكَ، إِلَّا أَنَّهُ لَمَّا ذَبَحَهَا فَقَدْ أَبْقَى اسْمَ الشَّاةِ فِيهَا مَعَ تَرْجِيحِ جَانِبِ اللَّحْمِيَّةِ فِيهَا، إِذْ مُعْظَمُ الْمَقْصُودِ مِنْهَا اللَّحْمُ ثُمَّ السَّلْخُ، وَالتَّأْرِيْبُ بَعْدَ ذَلِكَ لَا يُفَوِّتُ مَا هُوَ الْمَقْصُودُ بِالذَّبْحِ بَلْ يُحَقِّقُهُ فَلَا يَكُونُ دَلِيلُ تَبْدِيلِ الْعَيْنِ، بِخِلَافِ الطَّبْخِ بَعْدَهُ لِأَنَّهُ لَمْ يَبْقَ مَا هُوَ الْمُتَعَلِّقُ بِاللَّحْمِ كَمَا كَانَ فَلَمْ يَكُنْ لَصَاحِبِهَا أَنْ يَأْخُذَهَا (قَوْلُهُ وَهَذَا الْوَجْهُ) أَيَّ وَجْهُهُ الْاسْتِدْلَالُ بِبَقَاءِ الْأِسْمِ عَلَى عَدَمِ انْقِطَاعِ حَقِّ الْمَالِكِ، وَبِفَوَاتِ الْأِسْمِ عَلَى انْقِطَاعِ حَقِّ الْمَلِكِ شَامِلٌ لِعَامَّةِ فُصُولِ مَسَائِلِ الْغَضَبِ، فَإِنَّهُ إِذَا غَضِبَ

دَقِيقًا فَخَبَزَهُ أَوْ غَزَلَ أَوْ قَطَّنَا فَغَزَلَهُ أَوْ سَمِسِمًا فَعَصَرَهُ يَنْقَطِعُ حَقُّ الْمَالِكِ لِتَبَدُّلِ الْأَسْمَاءِ. وَأَمَّا إِذَا غَضِبَ ثَوْبًا فَصَبَّغَهُ بِعَصْفَرٍ لَمْ يَنْقَطِعْ، وَكَانَ بِالْخِيَارِ عَلَى مَا سَيَجِيءُ لَأَنَّ عَيْنَ الثَّوْبِ قَائِمٌ لَمْ يَتَبَدَّلْ اسْمُهُ.

وَقَوْلُهُ (لَا يَحِلُّ لَهُ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (وَوَجْهُهُ) أَيُّ وَجْهِ الْقِيَاسِ (أَنْ يَبُوتَ الْمَلِكُ مُطْلَقٌ لِلتَّصَرُّفِ) يَعْنِي أَنَّ الْمَلِكَ قَدْ ثَبَتَ لِلْعَاصِبِ وَأُتْقَطِعَ عَنْهُ الْمَالِكُ بِالْأَدْلَالِ الْمَذْكُورَةِ، وَالْمَلِكُ مُطْلَقٌ لِلتَّصَرُّفِ مِنْ غَيْرِ تَوَقُّفٍ عَلَى رِضَا غَيْرِهِ (أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ وَهَبَهُ أَوْ بَاعَهُ جَازَ. وَجْهُ الْأِسْتِحْصَانِ مَا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ) وَهُوَ حَدِيثُ رَوَاهُ أَبُو حَنِيفَةَ عَنْ عَاصِمِ بْنِ كَلَيْبٍ الْجَرَمِيِّ عَنْ أَبِي بُرْدَةَ عَنْ أَبِي مُوسَى رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ كَانَ فِي ضِيَافَةِ الْأَنْصَارِيِّ فَقَدَّمَ إِلَيْهِ شَاةً صَلِيَةً: أَيُّ مَشْوِيَّةٍ فَأَخَذَ مِنْهَا لُقْمَةً فَجَعَلَ يُلُوكُهَا وَلَا يَسِيغُهَا، فَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ. إِنَّهَا تُخْبِرُنِي أَنَّهَا ذُبِحَتْ بِغَيْرِ حَقٍّ، فَقَالَ الْأَنْصَارِيُّ: كَانَتْ شَاةً أُحْيِي، وَلَوْ كَانَتْ أَعَزَّ مِنْ هَذَا لَمْ يُنْفَسْ عَلَيَّ بِهَا وَسَأَرْضِيهِ بِمَا هُوَ خَيْرٌ مِنْهَا إِذَا رَجَعَ، فَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: أَطْعَمُوهَا الْأَسَارِيَّ» قَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ يَعْنِي الْمُحْسِنِينَ فَأَمَرَهُ بِالتَّصَدُّقِ مَعَ كَوْنِ الْمَالِكِ مَعْلُومًا. يَبَيِّنُ أَنَّ الْعَاصِبَ قَدْ مَلَكَهَا لِأَنَّ مَالَ الْغَيْرِ يَحْفَظُ عَلَيْهِ عَيْنُهُ إِذَا أُمِّنَ وَتَمَنَّهُ بَعْدَ الْبَيْعِ إِذَا تَعَذَّرَ عَلَيْهِ حِفْظُ عَيْنِهِ، وَلَمَّا أُمِرَ بِالتَّصَدُّقِ بِهَا دَلَّ عَلَى أَنَّهُ مَلَكَهَا وَعَلَى حُرْمَةِ الْإِثْنَاعِ لِلْعَاصِبِ قَبْلَ الْإِرْضَاءِ (قَوْلُهُ وَلَئِنْ فِي إِبَاحَةِ الْإِثْنَاعِ) دَلِيلٌ مَعْقُولٌ وَهُوَ ظَاهِرٌ.

وَقَوْلُهُ (وَتَفَادُ يَبْعُهُ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ وَلِهَذَا لَوْ وَهَبَهُ، وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ تَفَادُ ذَلِكَ لِقِيَامِ الْمَلِكِ وَذَلِكَ لَا يَسْتَلْزِمُ الْإِبَاحَةَ كَمَا فِي الْمَلِكِ الْفَاسِدِ. وَقَوْلُهُ (وَإِذَا أَدَّى الْبَدَلَ) رَاجِعٌ إِلَى قَوْلِهِ حَتَّى يُؤَدِّيَ بَدْلَهَا وَكَلَامُهُ وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (أَوْ ضَمَنَهُ الْحَاكِمُ) يَعْنِي إِذَا كَانَ مَالُ الْبَيْتِمْ، وَقَوْلُهُ (بِخِلَافِ مَا تَقَدَّمَ) أَشَارَ إِلَى قَوْلِهِ كَمَنْ غَضِبَ شَاةً وَذَبَحَهَا وَشَوَاهَا أَوْ طَبَخَهَا أَوْ حَنَظَةَ فَطَحَنَهَا أَوْ حَدِيدًا فَاتَّخَذَهُ سَيْفًا. وَقَوْلُهُ (وَأَصْلُهُ مَا تَقَدَّمَ) إِشَارَةٌ إِلَى مَا ذُكِرَ قَبْلَ هَذَا الْفَصْلِ مِنْ تَعْلِيلِ مَسْأَلَةٍ: وَمَنْ غَضِبَ عَبْدًا فَاسْتَغْلَلَهُ فَتَقَصَّغَتْهُ الْغَلَّةُ فَعَلَيْهِ النُّقْصَانُ.

قَالَ (وَإِنْ غَضِبَ هِضَةً أَوْ ذَهَبًا فَضَرَبَهَا دَرَاهِمَ أَوْ دَنَانِيرَ أَوْ أُنْيَةَ لَمْ يَزَلْ مِلْكُ مَالِكِهَا عَنْهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ فَيَأْخُذُهَا وَلَا شَيْءَ لِلْعَاصِبِ، وَقَالَا: يَمْلِكُهَا الْعَاصِبُ وَعَلَيْهِ مِثْلُهَا)؛

لأنه أحدث صنعةً معتبرةً صيرَ حقَّ المالكِ هالكاً من وجه؛ ألا ترى أنه كسره وفات بعض المقاصد والتبرُّ لا يصلح رأس المال في المضاربات والشركات والمضروب يصلح لذلك. وله أن العين باقٍ من كل وجه؛ ألا ترى أن الاسم باقٍ ومعناه الأصلي الثمين وكونه موزوناً وأنه باقٍ حتى يجري فيه الربا باعتباره وصلاحيته لرأس المال من أحكام الصنعة دون العين، وكذا الصنعة فيها غير متقومة مطلقاً؛ لأنه لا قيمة لها عند المقابلة بجنسها.

الشرح:

قَالَ (وإن غصبَ فضةً أو ذهباً) إِذَا غَصَبَ فَضَةً أَوْ ذَهَبًا فَضَرَبَهَا دَرَاهِمَ أَوْ دَنَانِيرَ أَوْ آتِيَةً لَمْ يَزُلْ مِلْكُ مَالِكِهَا عَنْهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ فَيَأْخُذُهَا وَلَا شَيْءَ لِلْغَاصِبِ. وَقَالَا: يَمْلِكُهَا الْغَاصِبُ وَعَلَيْهِ مِثْلُهَا، لِأَنَّهُ أَحْدَثَ صَنْعَةً مُعْتَبَرَةً مُتَقَوِّمَةً صِيرَ إِحْدَاثُهَا حَقَّ الْمَالِكِ هَالِكًا مِنْ وَجْهِ: أَلَا تَرَى أَنَّهُ كَسَرَهُ وَفَاتَ بَعْضُ الْمَقَاصِدِ وَكَانَ قَبْلَ ذَلِكَ تَبَرًّا وَهُوَ لَا يَصْلُحُ رَأْسَ الْمَالِ فِي الْمُضَارَبَاتِ وَالشَّرَكَاتِ وَبَعْدَمَا ضَرَبَهُ صَلَحَ لِلذَّكَ.

وَفِي ذَلِكَ دَلِيلٌ عَلَى تَغَايُرِهِمَا مَعْنَى وَاسْمًا، لِأَنَّهُ قَبْلَ الضَّرْبِ كَانَ يُسَمَّى تَبَرًّا وَفِضَّةً وَذَهَبًا وَبَعْدَهُ دَرَاهِمَ وَدَنَانِيرَ، وَمِثْلُ ذَلِكَ يَقْطَعُ حَقَّ الْمَالِكِ كَمَا تَقَدَّمَ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ الْعَيْنَ بَاقِيَةً مِنْ كُلِّ وَجْهِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّ الْاسْمَ بَاقٍ وَالْأَحْكَامُ الْأَرْبَعَةُ الْمُتَعَلِّقَةُ بِالذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ وَهِيَ الثَّمَنِيَّةُ وَكُونُهُ مَوْزُونًا وَجَرَيَانُ الرَّبَا وَوُجُوبُ الزَّكَاةِ كَذَلِكَ، وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ لَمْ يَنْقَطِعْ حَقُّ الْمَالِكِ (قَوْلُهُ وَصَلَاحِيَّتُهُ لِرَأْسِ الْمَالِ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ وَالتَّبَرُّ لَا يَصْلُحُ إلخ. وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ الصَّلَاحِيَّةَ أَمْرٌ زَائِدٌ عَلَى مُقْتَضَى الطَّبِيعَةِ يَحْدُثُ بِالصَّنْعَةِ لَا أَنَّهُ هَلَكَ الْعَيْنُ بِهَا مِنْ وَجْهِ.

وَقَوْلُهُ (وَكَذَا الصَّنْعَةُ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ أَحْدَثَ صَنْعَةً مُعْتَبَرَةً مُتَقَوِّمَةً، وَمَعْنَاهُ أَنَّهَا غَيْرُ مُتَقَوِّمَةٍ فِي جَمِيعِ الْأَحْوَالِ لِأَنَّهَا لَا قِيَمَةَ لَهَا عِنْدَ الْمُقَابَلَةِ بِجِنْسِهَا، وَإِنَّمَا تَقْوُمُ عِنْدَ الْمُقَابَلَةِ، بِخِلَافِ الْجِنْسِ كَمَنْ اسْتَهْلَكَ قَلْبَ فِضَّةٍ فَعَلَيْهِ قِيَمَتُهُ مِنَ الذَّهَبِ مَصُوغًا عِنْدَنَا، وَذَلِكَ لِأَنَّ لَوْ أَوْجَبْنَا عَلَيْهِ مِثْلَ قِيَمَتِهَا مِنْ جِنْسِهَا أَدَّى إِلَى الرَّبَا، وَلَوْ أَوْجَبْنَا مِثْلَ وَزْنِهَا كَانَ فِيهِ إِنْطَالٌ حَقُّ الْمَعْصُوبِ مِنْهُ عَنِ الْجَوْدَةِ وَالصَّنْعَةِ، فَلَمْرَاعَاةِ حَقِّ الْمَالِكِ وَالتَّحَرُّزِ

عَنْ الرَّبَا قُلْنَا يَضْمَنُ قِيَمَتُهُ مِنَ الذَّهَبِ مَصُوعًا، وَإِنْ وَجَدَهُ صَاحِبُهُ مَكْسُورًا فَرَضِي بِهِ لَمْ يَكُنْ لَهُ فَضْلٌ مَا بَيْنَ الْمَكْسُورِ وَالصَّحِيحِ لِأَنَّهُ عَادَ إِلَيْهِ عَيْنُ مَالِهِ فَبَقِيَ الصَّنْعَةُ مُنْفَرِدَةً عَنْ الْأَصْلِ، وَلَا قِيَمَةَ لَهَا فِي الْأَمْوَالِ الرَّبَوِيَّةِ، وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ كَانَتْ الصَّنْعَةُ مُتَقَوِّمَةً مِنْ وَجْهِ دُونَ وَجْهِ فَلَا تَصْلُحُ لِإِبْطَالِ حَقِّ نَائِبٍ مِنْ كُلِّ وَجْهِ

قَالَ (وَمِنْ غَضَبِ سَاجَةٍ فَبَنَى عَلَيْهَا زَالَ مِلْكُ مَالِكِهَا عَنْهَا وَلَزِمَ الْغَاصِبُ قِيَمَتُهَا) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لِلْمَالِكِ أَخْذُهَا، وَالْوَجْهُ مِنَ الْجَانِبَيْنِ قَدَمْنَاهُ. وَوَجْهٌ آخَرُ لَنَا فِيهِ أَنَّ فِيمَا ذَهَبَ إِلَيْهِ إِضْرَارًا بِالْغَاصِبِ يَنْقُضُ بِنَائِهِ الْحَاصِلَ مِنْ غَيْرِ خَلْفٍ، وَضَرَرُ الْمَالِكِ فِيمَا ذَهَبْنَا إِلَيْهِ مُجْبُورٌ بِالْقِيَمَةِ فَصَارَ كَمَا إِذَا خَاطَ بِالْخَيْطِ الْمَغْصُوبِ بَطْنَ جَارِيَتِهِ أَوْ عَبْدَهُ أَوْ أَدْخَلَ اللَّوْحَ الْمَغْصُوبَ فِي سَفِينَتِهِ. ثُمَّ قَالَ الْكَرْخِيُّ وَالْفَقِيهِيُّ أَبُو جَعْفَرٍ: إِنَّمَا لَا يُنْقَضُ إِذَا بَنَى فِي حَوَالِي السَّاجَةِ، مَا إِذَا بَنَى عَلَى نَفْسِ السَّاجَةِ يُنْقَضُ؛ لِأَنَّهُ مُتَعَدٌّ فِيهِ. وَجَوَابُ الْكِتَابِ يَرُدُّ ذَلِكَ وَهُوَ الْأَصَحُّ.

الشرح:

(وَمِنْ غَضَبِ سَاجَةٍ) بِالْجِيمِ وَهِيَ الْحَشَبَةُ الْعَظِيمَةُ، لِأَنَّ السَّاجَةَ بِالْحَاءِ سَتَانِي بَعْدَ هَذَا (فَبَنَى عَلَيْهَا زَالَ مِلْكُ مَالِكِهَا عَنْهَا وَلَزِمَ الْغَاصِبُ قِيَمَتُهَا) وَذَكَرَ فِي الذَّخِيرَةِ أَنَّ ذَلِكَ فِيمَا إِذَا كَانَتْ قِيَمَةُ الْبِنَاءِ أَكْثَرَ مِنْ قِيَمَةِ السَّاجَةِ. وَأَمَّا إِذَا كَانَتْ قِيَمَةُ السَّاجَةِ أَكْثَرَ مِنْ قِيَمَةِ الْبِنَاءِ فَلَمْ يَزَلْ مِلْكُ مَالِكِهَا عَنْهَا، وَسَيَظْهَرُ لَكَ وَجْهُ ذَلِكَ إِنْ تَأَمَّلْتَ فِي قَوْلِهِ وَجْهٌ آخَرُ لَنَا فِيهِ (وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: لِلْمَالِكِ أَخْذُهَا، وَالْوَجْهُ مِنَ الْجَانِبَيْنِ قَدَمْنَاهُ) يَعْنِي فِي أَوَّلِ هَذَا الْفَصْلِ يَقُولُهُ وَإِذَا تَغَيَّرَتِ الْعَيْنُ الْمَغْصُوبَةُ بِفِعْلِ الْغَاصِبِ الْخُ (وَوَجْهٌ آخَرُ لَنَا فِيهِ) أَيُّ فِي تَعْلِيلِ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ (أَنَّ فِيمَا ذَهَبَ إِلَيْهِ) الشَّافِعِيُّ (إِضْرَارًا) بِالْغَاصِبِ يَنْقُضُ بِنَائِهِ الْحَاصِلَ مِنْ غَيْرِ خَلْفٍ، وَضَرَرُ الْمَالِكِ فِيمَا ذَهَبْنَا إِلَيْهِ مُجْبُورٌ بِالْقِيَمَةِ، فَصَارَ كَمَا إِذَا خَاطَ بِالْخَيْطِ الْمَغْصُوبِ بَطْنَ جَارِيَتِهِ أَوْ أَدْخَلَ اللَّوْحَ الْمَغْصُوبَ فِي سَفِينَتِهِ) وَالسَّفِينَةُ مَعَ مَنْ عَلَيْهَا فِي لُجَّةِ الْبَحْرِ لَيْسَ لِلْمَالِكِ أَنْ يَنْزِعَ لَوْحَهُ مِنْهَا، وَإِنَّمَا قَيَّدْنَا بِذَلِكَ لِأَنَّهَا إِذَا كَانَتْ وَاقِفَةً كَانَ لَهُ أَنْ يَنْزِعَ عِنْدَهُ فَلَا يَصْلُحُ لِلِاسْتِشْهَادِ.

فَإِنْ قِيلَ: عَدَمُ جَوَازِ نَزْعِ الْخَيْطِ وَاللَّوْحِ عِنْدَهُ مِنْ حَيْثُ إِنَّ فِيهِ تَلَفَ النَّاسِ لَا لِأَنَّ الْمَالِكَ مَلِكٌ ذَلِكَ بِمَا صَنَعَ فَلَا يَصْلُحُ لِلِاسْتِشْهَادِ لِاخْتِلَافِ الْمَنَاطِ. قُلْنَا: تَبَتْ فِي

كُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا حَقُّ الْمَالِكِ وَغَيْرُهُ، وَجَعَلَ حَقَّ غَيْرِهِ أَوْلَى لَأَنْ يَبْطُلَ بِهِ زِيَادَةُ ضَرَرٍ بِالنِّسْبَةِ إِلَى ضَرَرِ الْمَالِكِ فَكَانَتْ مُتَسَاوِيَتَيْنِ (ثُمَّ قَالَ الْكَرْخِيُّ وَالْفَقِيهُ أَبُو جَعْفَرٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ: إِنَّمَا لَا يُنْقَضُ إِذَا بَنَى فِي حَوَالِي السَّاجَةِ لِأَنَّهُ غَيْرُ مُتَعَدٍّ فِي الْبِنَاءِ، وَأَمَّا إِذَا بَنَى عَلَى السَّاجَةِ يُنْقَضُ لِأَنَّهُ مُتَعَدٍّ فِيهِ) قَالَ الْمُصَنِّفُ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَجَوَابُ الْكِتَابِ) يَعْنِي قَوْلَهُ فَبَنَى عَلَيْهَا (يُرَدُّ ذَلِكَ وَهُوَ الْأَصَحُّ) قِيلَ: لِأَنَّهُ تَغَيَّرَ عَمَّا كَانَ عَلَيْهِ، لِأَنَّ السَّاجَةَ قَبْلَ الْبِنَاءِ عَلَيْهَا تَصْلُحُ لِلْإِحْرَاقِ تَحْتَ الْقُدُورِ وَلِأَبْوَابِ الدُّورِ وَغَيْرِ ذَلِكَ وَبَعْدَهُ لَا تَصْلُحُ لَشَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ إِلَّا بِالنَّقْضِ، وَالتَّغْيِيرُ يُوجِبُ انْقِطَاعَ حَقِّ الْمَالِكِ.

قَالَ (وَمِنْ ذَبَحَ شَاةَ غَيْرِهِ فَمَالَكُهَا بِالْخِيَارِ، إِنْ شَاءَ ضَمَنَّهُ قِيمَتَهَا وَسَلَّمَهَا إِلَيْهِ، وَإِنْ شَاءَ ضَمَنَّهُ نُقْصَانَهَا، وَكَذَا الْجَزُورُ، وَكَذَا إِذَا قَطَعَ يَدَهُمَا) هَذَا هُوَ ظَاهِرُ الرِّوَايَةِ وَجْهُهُ أَنَّهُ إِتْلَافٌ مِنْ وَجْهِ بِاعْتِبَارِ قَوْتِ بَعْضِ الْأَغْرَاضِ مِنَ الْحَمْلِ وَالْدَّرِّ وَالنَّسْلِ وَبَقَاءِ بَعْضِهَا وَهُوَ اللَّحْمُ فَصَارَ كَالْخَرْقِ الْفَاحِشِ فِي الثُّوبِ، وَلَوْ كَانَتْ الدَّابَّةُ غَيْرَ مَاكُولِ اللَّحْمِ فَقَطَعَ الْغَاصِبُ طَرَفَهَا لِلْمَالِكِ أَنْ يُضَمَّنَهُ جَمِيعَ قِيمَتِهَا لَوْجُودِ الْاسْتِهْلَاكِ مِنْ كُلِّ وَجْهِ، بِخِلَافِ قَطْعِ طَرَفِ الْعَبْدِ الْمَمْلُوكِ حَيْثُ يَأْخُذُهُ مَعَ أَرْضِ الْمَقْطُوعِ؛ لِأَنَّ الْأَدَمِيَّ يَبْقَى مُنْتَفَعًا بِهِ بَعْدَ قَطْعِ الطَّرَفِ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ ذَبَحَ شَاةَ غَيْرِهِ) وَمَنْ ذَبَحَ شَاةَ غَيْرِهِ بِغَيْرِ أَمْرِهِ فَمَالَكُهَا بِالْخِيَارِ، إِنْ شَاءَ ضَمَنَّهُ قِيمَتَهَا وَسَلَّمَهَا إِلَيْهِ، وَإِنْ شَاءَ ضَمَنَّهُ نُقْصَانَهَا وَكَذَا الْجَزُورُ وَهُوَ مَا أُعِدَّ لِلذَّبْحِ مِنَ الْجَزْرِ وَهُوَ الْقَطْعُ، وَإِنَّمَا خَصَّهُ لِدَفْعِ مَا عَسَى أَنْ يُتَوَهَّمُ أَنْ غَاصِبَهُ يَجِبُ أَنْ يَسْتَحِقَّ أَجْرَ الْمِثْلِ لِجَزَارَتِهِ عَلَى الْمَالِكِ لِأَنَّهُ حَقَّقَ مَقْصُودَهُ فِيهِ فَكَانَ ذَلِكَ زِيَادَةً فِيهِ لَا نُقْصَانًا حَيْثُ أُعِدَّ لِلْجَزْرِ غَيْرَ مَطْلُوبٍ مِنْهُ لِلدَّرِّ وَالنَّسْلِ، وَذَلِكَ لِأَنَّ نَفْسَ إِزَالَةِ الْحَيَاةِ عَنِ الْحَيَوَانِ نُقْصَانٌ فَكَانَ لِلْمَالِكِ الْخِيَارُ لِاحْتِمَالِ أَنْ يَكُونَ لَهُ فِيهِ مَقْصُودٌ سِوَاهُمَا مِنْ زِيَادَةِ الْأَسْمَانِ وَالتَّأَخِيرِ إِلَى وَقْتٍ آخَرَ لِمَصْلَحَةٍ لَهُ فِي ذَلِكَ وَكَذَا إِذَا قَطَعَ يَدَهُمَا: أَيَّ يَدِ الشَّاةِ وَالْجَزُورِ هَذَا هُوَ ظَاهِرُ الرِّوَايَةِ، بِخِلَافِ مَا رَوَى الْحَسَنُ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أَنْ لَا يُضَمَّنُهُ شَيْئًا: يَعْنِي فِي ذَبْحِ الشَّاةِ لِأَنَّ الذَّبْحَ وَالسَّلْخَ فِي الشَّاةِ زِيَادَةٌ عَلَى مَا مَرَّ.

وَوَجْهَ الظَّاهِرِ مَا ذَكَرَهُ أَنَّهُ إِثْلَافٌ مِنْ وَجْهِ بِاعْتِبَارِ قَوَاتِ بَعْضِ الْأَغْرَاضِ مِنَ الْحَمْلِ وَالْدَّرِّ وَالنَّسْلِ، وَبَقَاءُ بَعْضِهَا وَهُوَ اللَّحْمُ فَصَارَ كَالْخَرْقِ الْفَاحِشِ فِي الثُّوبِ عَلَى مَا سَيَجِيءُ وَلَكِنَّهُ لَا يَعُمُّ الْجُزُورَ بَظَاهِرِهِ، وَلَكِنَّهُ يَعُمُّ مِنْ قَوْلِهِ قَوَاتِ بَعْضِ الْأَغْرَاضِ إِذَا لَمْ يَجْعَلِ الْبَيَانَ مُنْخَصِرًا فِيهَا ذِكْرَ بَقَوْلِهِ مِنَ الْحَمْلِ وَالْدَّرِّ وَالنَّسْلِ، وَلَوْ كَانَتْ الدَّابَّةُ غَيْرَ مَأْكُولِ اللَّحْمِ فَقَطَعَ الْغَاصِبُ طَرَفَهَا فَلِلْمَالِكِ أَنْ يُضَمَّنَهُ جَمِيعَ قِيمَتِهَا لَوْجُودِ الاستهلاكِ مِنْ كُلِّ وَجْهِ.

قِيلَ: لَيْسَ لَتَقْيِيدِهِ بغيرِ مَأْكُولِ اللَّحْمِ فائِدةٌ، فَإِنَّ حُكْمَ مَأْكُولِهِ أَيْضًا كَذَلِكَ، لِأَنَّهُ عَطَفَ قَوْلَهُ وَكَذَا إِذَا قَطَعَ يَدَهُمَا عَلَى قَوْلِهِ إِنْ شَاءَ ضَمَّنَهُ قِيمَتَهَا وَسَلَّمَهَا إِلَيْهِ وَإِنْ شَاءَ ضَمَّنَهُ نُقْصَانَهَا، فَدَلَّ عَلَى أَنَّهُمَا فِي الْحُكْمِ سَوَاءٌ. وَمِنَ الشَّارِحِينَ مَنْ قَالَ: هَذَا إِذَا هُوَ عَلَى اخْتِيَارِ صَاحِبِ الْهَدَايَةِ، وَالظَّاهِرُ وَجُوبُ تَضْمِينِ الْقِيَمَةِ بِلا خِيَارٍ فِيهِمَا: يَعْنِي فِي مَأْكُولِ اللَّحْمِ وَغَيْرِ مَأْكُولِهِ إِذَا قَطَعَ طَرَفَهُ فَكَانَ فَائِدةً ذَكَرَهُ رَدُّ ذَلِكَ الظَّاهِرِ. وَفِيهِ نَظَرٌ مِنْ وَجْهَيْنِ: أَحَدُهُمَا أَنَّهُ لَوْ كَانَ كَذَلِكَ لَكَفَى أَنْ يَقُولَ: وَكَذَلِكَ إِذَا كَانَ غَيْرَ مَأْكُولِ اللَّحْمِ. وَالثَّانِي أَنْ التَّغْلِيلَ يَدُلُّ عَلَى مُعَايَرَةِ الْحُكْمِ بَيْنَ قَطْعِ طَرَفِ مَأْكُولِ اللَّحْمِ وَغَيْرِ مَأْكُولِهِ حَيْثُ قَالَ فِي الْأَوَّلِ: إِنَّهُ إِثْلَافٌ مِنْ وَجْهِ. وَفِي الثَّانِي لَوْجُودِ الاستهلاكِ مِنْ كُلِّ وَجْهِ، وَالظَّاهِرُ مِنْ كَلَامِهِ نَفْيُ اخْتِيَارِ الْمَالِكِ بَيْنَ تَضْمِينِ قِيمَتِهَا وَبَيْنَ إِمْسَاكِ الْجَنَّةِ وَتَضْمِينِ نُقْصَانِهَا، وَيَكُونُ ذَلِكَ اخْتِيَارًا مِنْهُ، وَإِنْ كَانَ كَانَ تَقْلُ الْكُتُبِ عَلَى خِلَافِهِ فَإِنَّهُ ذَكَرَ فِي الذَّخِيرَةِ وَالْمُعْنِي فَقَالَ: وَفِي الْمُتَقَى هَشَامٌ عَنْ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ: رَجُلٌ قَطَعَ يَدَ حِمَارٍ أَوْ رَجُلَهُ وَكَانَ لَمْ يَبْقَ قِيَمَةٌ فَلَهُ أَنْ يُمْسِكَ وَيَأْخُذَ التَّنْقِصَانَ (قَوْلُهُ بِخِلَافِ قَطْعِ طَرَفِ الْعَبْدِ الْمَمْلُوكِ) مُتَعَلِّقٌ بِقَوْلِهِ لِلْمَالِكِ أَنْ يُضَمَّنَهُ جَمِيعَ الْقِيَمَةِ. وَحَاصِلُ الْفَرْقِ بَيْنَ الْآدَمِيِّ وَغَيْرِهِ أَنَّ الْآدَمِيَّ يَقْطَعُ طَرَفًا مِنْهُ لَا يَصِيرُ مُسْتَهْلَكًا مِنْ كُلِّ وَجْهِ، بِخِلَافِ الدَّابَّةِ فَإِنَّهَا بَعْدَ ذَلِكَ لَا يُنْتَفَعُ بِهَا بِمَا هُوَ الْمَقْصُودُ بِهَا مِنَ الْحَمْلِ وَالرُّكُوبِ وَغَيْرِ ذَلِكَ.

قَالَ (وَمَنْ خَرَقَ ثَوْبَ غَيْرِهِ خَرْقًا يَسِيرًا ضَمَّنَ نُقْصَانَهُ وَالثُّوبُ لِمَالِكِهِ)؛ لِأَنَّ الْعَيْنَ قَاتِمٌ مِنْ كُلِّ وَجْهِ، وَإِنَّمَا دَخَلَهُ عَيْبٌ فَيُضَمَّنُهُ (وَإِنْ خَرَقَ خَرْقًا كَبِيرًا يُبْطِلُ عَامَّةً مَنَافِعَهُ فَلِمَالِكِهِ أَنْ يُضَمَّنَهُ جَمِيعَ قِيمَتِهِ)؛ لِأَنَّهُ اسْتَهْلَكَ مِنْ هَذَا الْوَجْهِ فَكَأَنَّهُ أَحْرَقَهُ. قَالَ

ﷺ: مَعْنَاهُ يَتْرُكُ التَّوْبَ عَلَيْهِ: وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ التَّوْبَ وَضَمَّنَهُ التَّقْصَانَ؛ لِأَنَّهُ تَعْيِيبٌ مِنْ وَجْهِهِ مِنْ حَيْثُ إِنَّ الْعَيْنَ بَاقٍ، وَكَذَا بَعْضُ الْمَنَافِعِ قَائِمٌ، ثُمَّ إِشَارَةُ الْكِتَابِ إِلَى أَنَّ الْفَاحِشَ مَا يَبْطُلُ بِهِ عَامَّةُ الْمَنَافِعِ، وَالصَّحِيحُ أَنَّ الْفَاحِشَ مَا يَفُوتُ بِهِ بَعْضُ الْعَيْنِ وَجِنْسُ الْمَنْفَعَةِ وَيَبْقَى بَعْضُ الْعَيْنِ وَبَعْضُ الْمَنْفَعَةِ، وَالْيَسِيرُ مَا لَا يَفُوتُ بِهِ شَيْءٌ مِنَ الْمَنْفَعَةِ، وَإِنَّمَا يَدْخُلُ فِيهِ التَّقْصَانُ؛ لِأَنَّ مُحَمَّدًا جَعَلَ فِي الْأَصْلِ قَطَعَ التَّوْبَ تَقْصَانًا فَاحِشًا وَالْفَائِتُ بِهِ بَعْضُ الْمَنَافِعِ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ خَرَقَ تَوْبَ غَيْرِهِ) اخْتَلَفَ النَّاسُ فِي الْحَدِّ الْفَاصِلِ بَيْنَ الْخَرْقِ الْيَسِيرِ وَالْفَاحِشِ، فَقَالَ بَعْضُهُمْ: مَا أَوْجَبَ تَقْصَانَ رُبْعِ الْقِيَمَةِ فَهُوَ فَاحِشٌ، وَمَا أَوْجَبَ دُونَهُ فَهُوَ يَسِيرٌ. وَقَالَ بَعْضُهُمْ: مَا أَوْجَبَ تَقْصَانَ نِصْفِ الْقِيَمَةِ فَهُوَ فَاحِشٌ، وَمَا أَوْجَبَ دُونَهُ فَهُوَ يَسِيرٌ. وَأَشَارَ فِي الْقُدُورِيِّ إِلَى أَنَّ الْفَاحِشَ مَا يَبْطُلُ بِهِ عَامَّةُ الْمَنَافِعِ. قِيلَ: مَعْنَاهُ أَنْ لَا يَبْقَى لِلْبَاقِي مَنَفَعَةُ الثِّيَابِ بَأَنْ لَا يَصْلُحَ لِتَوْبٍ مَا.

قَالَ الْمُصَنِّفُ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَالصَّحِيحُ أَنَّ الْفَاحِشَ مَا يَفُوتُ بِهِ بَعْضُ الْعَيْنِ) قِيلَ يَعْنِي مِنْ حَيْثُ الظَّاهِرُ وَالْعَالِبُ، إِذِ الظَّاهِرُ أَنَّ التَّوْبَ إِذَا قُطِعَ يَفُوتُ شَيْءٌ مِنْ أَجْزَائِهِ (وَجِنْسُ الْمَنْفَعَةِ) يَعْنِي أَنْ لَا يَبْقَى جَمِيعُ مَنَافِعِهِ بَلْ يَفُوتُ بَعْضُهُ وَيَبْقَى بَعْضُهُ (وَالْيَسِيرُ) مَا لَا يَفُوتُ بِهِ شَيْءٌ مِنَ الْمَنْفَعَةِ وَإِنَّمَا يَدْخُلُ فِيهِ التَّقْصَانُ) يَعْنِي مِنْ حَيْثُ الْمَالِيَّةُ بِسَبَبِ فَوَاتِ الْجَوْدَةِ، وَإِنَّمَا كَانَ ذَلِكَ صَحِيحًا دُونَ غَيْرِهِ (لَأَنَّ مُحَمَّدًا رَحِمَهُ اللَّهُ جَعَلَ فِي الْأَصْلِ قَطَعَ التَّوْبَ تَقْصَانًا فَاحِشًا) فَقَالَ: وَإِذَا غَضِبَ تَوْبًا فَقَطَعَهُ قَمِيصًا وَلَمْ يَخْطُئْهُ فَلَهُ أَنْ يَأْخُذَ تَوْبَهُ وَضَمَّنَهُ مَا تَقْصَهُ الْقَطْعُ. وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ التَّوْبَ عَلَيْهِ وَضَمَّنَهُ قِيَمَةَ التَّوْبِ، وَلَا شَكَّ أَنَّ الْفَائِتَ بِهِ بَعْضُ الْمَنَافِعِ لِأَنَّهُ بَعْدَمَا قُطِعَ قَمِيصًا يَصْلُحُ لِلْقَمِيصِ وَإِنْ كَانَ لَا يَصْلُحُ لِلْقَبَاءِ وَأَمْثَالِهِ، وَالسَّاقِطُ مِنَ الْقِيَمَةِ أَقْلُ مِنَ الرَّبْعِ، وَمَعَ هَذَا اعْتَبَرَهُ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ فَاحِشًا.

وَإِذَا عُرِفَ هَذَا فَمَنْ خَرَقَ تَوْبَ غَيْرِهِ خَرْقًا يَسِيرًا ضَمِنَ تَقْصَانَهُ وَالتَّوْبُ لِمَالِكِهِ لِأَنَّ الْعَيْنَ قَائِمٌ مِنْ كُلِّ وَجْهِهِ وَإِنَّمَا دَخَلَهُ عَيْبٌ فَيَضْمُنُهُ، وَإِنْ خَرَقَهُ خَرْقًا كَبِيرًا فَلِلْمَالِكِ أَنْ يُضْمِنَهُ جَمِيعَ قِيَمَتِهِ وَيَتْرُكُ التَّوْبَ عَلَيْهِ لِأَنَّهُ اسْتِهْلَاكٌ مِنْ هَذَا الْوَجْهِ، فَإِنَّهُ قَبْلَ الْقَطْعِ

كَانَ صَالِحًا لَاتِّخَاذِ الْقَبَاءِ وَالْقَمِيصِ وَبَعْدَهُ لَمْ يَبْقَ ذَلِكَ فَكَانَ مُسْتَهْلَكًا مِنْ وَجْهِهِ، فَإِنْ شَاءَ أَخَذَ الثُّوبَ وَضَمَّنَهُ التَّقْصَانَ لِأَنَّهُ تَغْيِيبٌ مِنْ وَجْهِهِ مِنْ حَيْثُ إِنَّ الْعَيْنَ بَاقِي، وَكَذَا بَعْضُ الْمَنَافِعِ قَائِمٌ فَيَمِيلُ إِلَى جِهَةِ الْإِسْتِهْلَاكِ وَضَمَّنَهُ جَمِيعَ الْقِيَمَةِ، أَوْ إِلَى جَانِبِ الْبَقَاءِ وَأَخَذَ الْعَيْنَ وَضَمَّنَهُ تَقْصَانَ الْقَطْعِ، وَوَضَعَ الْمَسْأَلَةَ بِلَفْظِ الثُّوبِ إِشَارَةً إِلَى أَنَّ الْحُكْمَ عَامٌّ فِي الَّذِي يُلْبَسُ كَالْقَمِيصِ وَغَيْرِهِ وَفِيمَا لَمْ يُلْبَسْ كَالْكَرْبَاسِ.

قَالَ (وَمَنْ غَصَبَ أَرْضًا فَغَرَسَ فِيهَا أَوْ بَنَى قِيلَ لَهُ أَقْلَعَ الْبِنَاءَ وَالْغَرَسَ وَرُدَّهَا) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «لَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ» ^(١) وَلِأَنَّ مِلْكَ صَاحِبِ الْأَرْضِ بَاقِي، فَإِنَّ الْأَرْضَ لَمْ تَصِرْ مُسْتَهْلَكَةً وَالْغَصْبُ لَا يَتَحَقَّقُ فِيهَا، وَلَا بُدَّ لِلْمَلِكِ مِنْ سَبَبٍ فَيُؤْمَرُ الشَّاعِلُ بِتَفْرِيفِهَا، كَمَا إِذَا شَغَلَ ظَرْفَ غَيْرِهِ بِطَعَامِهِ (فَإِنْ كَانَتْ الْأَرْضُ تَنْقُصُ بِقَلْعِ ذَلِكَ فَلِلْمَلِكِ أَنْ يَضْمَنَ لَهُ قِيَمَةَ الْبِنَاءِ وَالْغَرَسِ مَقْلُوعًا وَيَكُونَانِ لَهُ)؛ لِأَنَّ فِيهِ نَظَرًا لِهُمَا وَدَفْعَ الضَّرَرِ عَنْهُمَا. وَقَوْلُهُ قِيَمَتُهُ مَقْلُوعًا مَعْنَاهُ قِيَمَةُ بِنَاءٍ أَوْ شَجَرٍ يُؤْمَرُ بِقَلْعِهِ؛ لِأَنَّ حَقَّهُ فِيهِ، إِذْ لَا قَرَارَ لَهُ فِيهِ فَتَقْوُمُ الْأَرْضُ بِدُونِ الشَّجَرِ وَالْبِنَاءِ وَتَقْوُمُ وَبِهَا شَجَرٌ أَوْ بِنَاءٌ، لِصَاحِبِ الْأَرْضِ أَنْ يَأْمُرَهُ بِقَلْعِهِ فَيَضْمَنُ فَضْلًا مَا بَيْنَهُمَا.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ غَصَبَ أَرْضًا) كَلَامُهُ وَاضِحٌ لَا يَحْتَاجُ إِلَى شَرْحٍ، لَكِنْ كَانَ الْقَاضِي الْإِمَامُ أَبُو عَلِيٍّ النَّسَفِيُّ يَحْكِي عَنْ الْكَرْخِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ ذَكَرَ فِي بَعْضِ كُتُبِهِ تَفْصِيلًا فَقَالَ: إِنْ كَانَتْ قِيَمَةُ السَّاحَةِ أَقَلُّ مِنْ قِيَمَةِ الْبِنَاءِ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَأْخُذَهَا، وَإِنْ كَانَتْ قِيَمَةُ السَّاحَةِ أَكْثَرَ فَلَهُ أَنْ يَأْخُذَهَا.

قَالُوا: هَذَا قَرِيبٌ مِنْ مَسَائِلَ حُفِظَتْ عَنْ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ حَيْثُ قَالَ فِي لُؤْلُؤَةِ سَقَطَتْ مِنْ يَدِ إِنْسَانٍ فَابْتَلَعَتْهَا دَجَاجَةٌ إِنْسَانٌ، يُنْظَرُ إِلَى قِيَمَةِ الدَّجَاجَةِ وَاللُّؤْلُؤَةِ، فَإِنْ كَانَتْ قِيَمَةُ الدَّجَاجَةِ أَقَلُّ يُخَيَّرُ صَاحِبُ اللُّؤْلُؤَةِ إِنْ شَاءَ أَخَذَ الدَّجَاجَةَ وَضَمَّنَ قِيَمَتَهَا لِمَالِكِهَا وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ اللُّؤْلُؤَةَ وَضَمَّنَ صَاحِبُ الدَّجَاجَةِ قِيَمَةَ اللُّؤْلُؤَةِ وَكَذَا إِذَا دَخَلَ قَرْنُ الشَّاةِ فِي قِدرِ الْبَاقِلَاتِيِّ وَتَعَذَّرَ إِخْرَاجُهُ، يُنْظَرُ أَيُّهُمَا كَانَ أَكْثَرَ قِيَمَةً فَيُؤْمَرُ صَاحِبُهُ

(١) أخرجه أبو داود (٣٠٧٣)، والترمذي في الأحكام باب ٣٨، والنسائي في الكبرى (٥٧٦١)، وأحمد (٣٢٧/٥)، وانظر نصب الراية (٤١٤/٤).

بَدَفَعَ قِيمَةَ الْآخَرِ إِلَى صَاحِبِهِ وَيَتَمَلَّكُ مَالُ صَاحِبِهِ وَيَتَخَيَّرُ بَعْدَ ذَلِكَ فِي تَلْفِ أَيهِمَا شَاءَ، وَلَهُ أَمْثَالٌ غَيْرُ مَا ذَكَرْنَا، وَقَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «لَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٌ حَقٌّ» صَحَّحَهُ فِي الْمَغْرِبِ بِنُتُونِ عِرْقٍ: أَيُّ لَذْوِي عِرْقٍ ظَالِمٌ، وَهُوَ الَّذِي يُغْرَسُ فِي الْأَرْضِ غَرْسًا عَلَى وَجْهِ الْاِغْتِصَابِ لَيْسَتْ وَجْهَهَا وَصَفَ الْعِرْقُ بِالظُّلْمِ الَّذِي هُوَ صِفَةُ صَاحِبِهِ مَجَازًا، وَقَدْ رُوِيَ بِالْإِضَافَةِ أَيُّ لَيْسَ لِعِرْقٍ غَاصِبٍ ثُبُوتٌ بَلْ يُؤْمَرُ بِقَلْعِهِ. وَقَوْلُهُ (فَتَقَوَّمُ الْأَرْضُ إِلَخَ) يُعْتَبَرُ قِيمَةُ الْأَرْضِ بِدُونِ الشَّجَرِ عَشْرَةَ دَنَانِيرَ مِثْلًا وَمَعَ الشَّجَرِ الْمُسْتَحَقُّ قَلْعُهُ خَمْسَةَ عَشَرَ يَضْمَنُ صَاحِبُ الْأَرْضِ خَمْسَةَ دَنَانِيرَ لِلْغَاصِبِ فَيُسَلِّمُ الْأَرْضَ وَالشَّجَرَ لِصَاحِبِ الْأَرْضِ وَكَذَا الْبِنَاءُ

قَالَ (وَمَنْ غَصَبَ ثَوْبًا فَصَبَّغَهُ أَحْمَرَ أَوْ سَوِيقًا فَلْتَهُ بِسَمَنِ فَصَاحِبُهُ بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ ضَمَنَهُ قِيمَتَهُ ثَوْبٌ أَبْيَضٌ وَمِثْلُ السَّوِيْقِ وَسَلَّمَهُ لِلْغَاصِبِ، وَإِنْ شَاءَ أَخَذَهُمَا وَغَرِمَ مَا زَادَ الصَّبْغُ وَالسَّمْنُ فِيهِمَا) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ فِي الثُّوبِ: لِصَاحِبِهِ أَنْ يَمْسِكَه وَيَأْمُرَ الْغَاصِبَ بِقَلْعِ الصَّبْغِ بِالْقَدْرِ الْمُمْكِنِ اعْتِبَارًا بِفَصْلِ السَّاحَةِ بَنَى فِيهَا؛ لِأَنَّ التَّمْيِيزَ مُمَكِّنٌ، بِخِلَافِ السَّمْنِ فِي السَّوِيْقِ؛ لِأَنَّ التَّمْيِيزَ مُتَعَذِّرٌ. وَلَنَّا مَا بَيَّنَّا أَنَّ فِيهِ رِعَايَةَ الْجَانِبَيْنِ وَالْخَيْرَةَ لِصَاحِبِ الثُّوبِ لِكَوْنِهِ صَاحِبَ الْأَصْلِ، بِخِلَافِ السَّاحَةِ بَنَى فِيهَا؛ لِأَنَّ النُّقْضَ لَهُ بَعْدَ النُّقْضِ؛ أَمَّا الصَّبْغُ فَيَتَلَاشَى، وَبِخِلَافِ مَا إِذَا انْصَبَّغَ بِهَبُوبِ الرِّيحِ؛ لِأَنَّهُ لَا جِنَايَةَ مِنْ صَاحِبِ الصَّبْغِ لِيَضْمَنَ الثُّوبَ فَيَتَمَلَّكُ صَاحِبُ الْأَصْلِ الصَّبْغَ. قَالَ أَبُو عِصْمَةَ فِي أَصْلِ الْمَسْأَلَةِ: وَإِنْ شَاءَ رَبُّ الثُّوبِ بَاعَهُ وَيَضْرِبُ بِقِيمَتِهِ أَبْيَضَ وَصَاحِبُ الصَّبْغِ بِمَا زَادَ الصَّبْغُ فِيهِ؛ لِأَنَّ لَهُ أَنْ لَا يَتَمَلَّكُ الصَّبْغَ بِالْقِيمَةِ، وَعِنْدَ امْتِنَاعِهِ تَعَيَّنَ رِعَايَةُ الْجَانِبَيْنِ فِي الْبَيْعِ وَيَتَأَثَّرُ، هَذَا هِيْمَا إِذَا انْصَبَّغَ الثُّوبُ بِنَفْسِهِ، وَقَدْ ظَهَرَ بِمَا ذَكَرْنَا لَوَجْهِ فِي السَّوِيْقِ، غَيْرَ أَنَّ السَّوِيْقَ مِنْ ذَوَاتِ الْأَمْثَالِ فَيَضْمَنُ مِثْلَهُ وَالثُّوبُ مِنْ ذَوَاتِ الْقِيَمِ فَيَضْمَنُ قِيمَتَهُ. وَقَالَ فِي الْأَصْلِ: يَضْمَنُ قِيمَتَهُ السَّوِيْقُ؛ لِأَنَّ السَّوِيْقَ يَتَفَاوَتُ بِالْقَلْبِ فَلَمْ يَبْقَ مِثْلِيًّا. وَقِيلَ الْمُرَادُ مِنْهُ الْمِثْلُ سَمَاءُ بِهِ لِقِيَامِهِ مَقَامَهُ، وَالْصُّفْرَةُ كَالْحُمْرَةِ. وَلَوْ صَبَّغَهُ أَسْوَدَ فَهُوَ نُقْصَانٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَعِنْدَهُمَا زِيَادَةٌ.

وَقِيلَ هَذَا اخْتِلَافٌ عَصَرِ وَزَمَانٍ. وَقِيلَ إِنْ كَانَ ثَوْبًا يَنْقُصُهُ السَّوَادُ فَهُوَ نُقْصَانٌ، وَإِنْ كَانَ ثَوْبًا يُزِيدُ فِيهِ السَّوَادُ فَهُوَ كَالْحُمْرَةِ وَقَدْ عُرِفَ فِي غَيْرِ هَذَا الْمَوْضِعِ. وَلَوْ كَانَ

ثَوْبًا تُنْقِصُهُ الْحُمْرَةُ بِأَنْ كَانَتْ قِيمَتُهُ ثَلَاثِينَ دِرْهَمًا فَتَرَاجَعَتْ بِالصَّبْغِ إِلَى عِشْرِينَ،
فَعَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ يُنْظَرُ إِلَى ثَوْبٍ تَزِيدُ فِيهِ الْحُمْرَةُ، فَإِنْ كَانَتْ الزِّيَادَةُ خَمْسَةً يَأْخُذُ ثَوْبَهُ
وَحَمْسَةَ دَرَاهِمٍ؛ لِأَنْ إِحْدَى الْخَمْسَتَيْنِ جُبِرَتْ بِالصَّبْغِ.

الشرح:

(قَوْلُهُ وَمَنْ غَصَبَ ثَوْبًا إلخ) ظَاهِرٌ، وَقَوْلُهُ (اعْتِبَارًا بِفَصْلِ السَّاحَةِ) يَعْنِي كَمَا أَنَّ
فِي فَصْلِ السَّاحَةِ يُؤْمَرُ بِالْقَلْعِ إِذَا لَمْ تَنْضَرَّرِ الْأَرْضُ بِهِ، فَكَذَلِكَ هَاهُنَا لِأَنَّ فِي كُلِّ
مِنْهُمَا شَعْلَ مَلِكٍ الْغَيْرِ بِمِلْكِهِ. وَقَوْلُهُ (لِأَنَّ التَّمْيِيزَ مُمَكِّنٌ) يَعْنِي بِالْعَصْرِ. وَقَوْلُهُ (وَلَنَا مَا
يَبِينُ) يَعْنِي فِي مَسْأَلَةِ السَّاحَةِ بِالْجَلِيمِ بِقَوْلِهِ وَوَجْهٌ آخَرُ لَنَا. وَقَوْلُهُ (وَالْخَيْرُ لَصَاحِبِ
الثَّوْبِ) جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ لَمْ لَا يَكُونُ الْخَيْرُ لَصَاحِبِ الصَّبْغِ: يَعْنِي إِنْ شَاءَ سَلَّمَ الثَّوْبُ
إِلَى مَالِكِهِ وَضَمَّنَهُ قِيمَةَ صَبْغِهِ، وَإِنْ شَاءَ ضَمِنَ قِيمَةَ الثَّوْبِ أَيْضًا. وَيَبَيِّنُهُ أَنْ تَخْيِيرَ كُلِّ
مِنْهُمَا مُتَعَدِّرٌ لِحَوَازِ وَقُوعِ التَّنَافِي بَيْنَهُمَا، وَتَخْيِيرُ الْمَالِكِ أَوْلَى لِأَنَّ الثَّوْبَ أَصْلٌ وَالصَّبْغُ
صِفَةٌ فَيَكُونُ كَالْتَّابِعِ لَهُ، وَالسَّوِيْقُ بِمَنْزِلَةِ الثَّوْبِ وَالسَّمْنُ بِمَنْزِلَةِ الصَّبْغِ.

(قَالَ أَبُو عِصْمَةَ الْمَرْوَزِيُّ) رَحِمَهُ اللَّهُ (فِي أَصْلِ الْمَسْأَلَةِ) يَعْنِي فِي قَوْلِهِ وَمَنْ
غَصَبَ ثَوْبًا فَصَبَّغَهُ أَحْمَرَ، وَاحْتَرَزَ بِهَذَا الْقَيْدِ عَنْ أَنْ يُتَوَهَّمُ أَنَّ هَذَا الْحُكْمَ الَّذِي ذَكَرَهُ
أَبُو عِصْمَةَ مُتَّصِلٌ بِمَا يَلِيهِ مِنْ مَسْأَلَةِ الْإِنْصِبَاغِ وَإِنْ كَانَتْ مَسْأَلَةُ الْإِنْصِبَاغِ كَذَلِكَ،
لَكِنْ وَقَعَ مِنْ أَبِي عِصْمَةَ فِي أَصْلِ الْمَسْأَلَةِ فَقَيْدُهُ بِذَلِكَ تَصْحِيحًا لِلثَّقَلِ (وَقَدْ ظَهَرَ بِمَا
ذَكَرْنَا) فِي مَسْأَلَةِ الصَّبْغِ وَالْإِنْصِبَاغِ (الْوَجْهُ) يَعْنِي جَوَابَ الْمَسْأَلَةِ وَتَعْلِيلَهَا (فِي السَّوِيْقِ)
مِنْ حَيْثُ الْخَلْطُ وَالْإِخْتِلَاطُ بِغَيْرِ فِعْلٍ (غَيْرُ أَنَّ السَّوِيْقَ مِنْ ذَوَاتِ الْأَمْثَالِ فَيُضْمَنُ مِثْلَهُ،
وَالثَّوْبُ مِنْ ذَوَاتِ الْقِيَمِ فَيُضْمَنُ قِيمَتَهُ. وَقَالَ فِي الْأَصْلِ: يَضْمَنُ قِيمَةَ السَّوِيْقِ لِأَنَّ
السَّوِيْقَ يَتَفَاوَتُ بِالْقَلْبِ فَلَمْ يَبْقَ مِثْلًا. وَقِيلَ الْمُرَادُ مِنْهُ) أَيُّ مِنَ الْقِيَمَةِ (الْمِثْلُ سَمَاءُ بِهِ)
أَيُّ سَمَى الْمِثْلَ بِالْقِيَمَةِ (لِقِيَامِهِ مَقَامَهُ) أَيُّ لِقِيَامِ الْمِثْلِ مَقَامَ الْمُعْصُوبِ، وَذَكَرَ الضَّمِيرَ فِي
مِنْهُ وَبِهِ بِتَأْوِيلِ مَا يُقَوِّمُ (قَوْلُهُ فَعَنْ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ يُنْظَرُ إلخ) مَعْنَاهُ إِنْ نَظَرَ إِلَى
ثَوْبٍ تَزِيدُ فِيهِ الْحُمْرَةُ فَإِنْ كَانَتْ الزِّيَادَةُ خَمْسَةً مَثَلًا يَأْخُذُ ثَوْبَهُ وَخَمْسَةَ دَرَاهِمٍ، لِأَنَّ
صَاحِبَ الثَّوْبِ اسْتَوْجَبَ نُقْصَانَ الثَّوْبِ عَشْرَةَ وَاسْتَوْجَبَ الصَّبَاغُ عَلَيْهِ قِيمَةَ الصَّبْغِ
خَمْسَةَ، فَالْخَمْسَةُ بِالْخَمْسَةِ قِصَاصٌ، وَيَرْجِعُ عَلَيْهِ مَا بَقِيَ مِنَ التَّقْصَانِ وَهُوَ خَمْسَةُ،

وَهَذَا رِوَايَةُ هِشَامٍ عَنْ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ.

فصل

وَمَنْ غَصَبَ عَيْنًا فَغَيَّبَهَا فَضَمَّنَهُ الْمَالِكُ قِيمَتَهَا مَلَكَهَا وَهَذَا عِنْدَنَا. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا يَمْلِكُهَا لِأَنَّ الْغَصْبَ عُدْوَانٌ مَحْضٌ فَلَا يَصْلُحُ سَبَبًا لِلْمِلْكِ كَمَا فِي الْمُدَبِّرِ. وَلَنَا أَنَّهُ مَلَكَ الْبَدَلَ بِكَمَالِهِ، وَالْمُبْدَلُ قَابِلٌ لِلنَّقْلِ مِنْ مِلْكٍ إِلَى مِلْكٍ فَيَمْلِكُهُ دَفْعًا لِلضَّرَرِ عَنْهُ، بِخِلَافِ الْمُدَبِّرِ لِأَنَّهُ غَيْرُ قَابِلٍ لِلنَّقْلِ لِحَقِّ الْمُدَبِّرِ، نَعَمْ قَدْ يَفْسَخُ التَّدْبِيرُ بِالْقَضَاءِ لَكِنْ الْبَيْعُ بَعْدَهُ يُصَادِفُ الْقِنَ. قَالَ (وَالْقَوْلُ فِي الْقِيَمَةِ قَوْلُ الْغَاصِبِ مَعَ يَمِينِهِ) لِأَنَّ الْمَالِكَ يَدْعِي الزِّيَادَةَ وَهُوَ يَنْكِرُ، وَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُنْكَرِ مَعَ يَمِينِهِ (إِلَّا أَنْ يَقِيمَ الْمَالِكُ الْبَيِّنَةَ بِأَكْثَرِ مِنْ ذَلِكَ) لِأَنَّهُ أَثْبَتَهُ بِالْحُجَّةِ الْمُلْزِمَةِ. قَالَ (فَإِنْ ظَهَرَتِ الْعَيْنُ وَقِيمَتُهَا أَكْثَرُ مِمَّا ضَمِنَ وَقَدْ ضَمِنَهَا يَقُولُ الْمَالِكُ أَوْ بَيِّنَتِ أَقَامَهَا أَوْ يَنْكُورُ الْغَاصِبُ عَنِ الْيَمِينِ فَلَا خِيَارَ لِلْمَالِكِ وَهُوَ الْغَاصِبُ؛ لِأَنَّهُ تَمَّ لَهُ الْمِلْكُ بِسَبَبِ اتِّصَالِهِ بِهِ رِضَا الْمَالِكِ حَيْثُ ادَّعَى هَذَا الْمِقْدَارَ.

قَالَ (فَإِنْ كَانَ ضَمِنَهُ يَقُولُ الْغَاصِبُ مَعَ يَمِينِهِ فَهُوَ بِالْخِيَارِ، إِنْ شَاءَ أَمْضَى الضَّمَانَ، وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ الْعَيْنَ وَرَدَّ الْعَوَضَ) لِأَنَّهُ لَمْ يَتِمَّ رِضَاؤُهُ بِهَذَا الْمِقْدَارِ حَيْثُ يَدْعِي الزِّيَادَةَ وَأَخَذَهُ دُونَهَا لِعَدَمِ الْحُجَّةِ. وَلَوْ ظَهَرَتِ الْعَيْنُ وَقِيمَتُهَا مِثْلُ مَا ضَمِنَهُ أَوْ دُونَهُ فِي هَذَا الْفَصْلِ الْأَخِيرِ فَكَذَلِكَ الْجَوَابُ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ وَهُوَ الْأَصَحُّ خِلَافًا لِمَا قَالَهُ الْكَرْخِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ لَا خِيَارَ لَهُ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَتِمَّ رِضَاؤُهُ حَيْثُ لَمْ يُعْطَ لَهُ مَا يَدْعِيهِ وَالْخِيَارُ لِفَوَاتِ الرِّضَا.

الشرح:

(فَصْلٌ): لَمَّا فَرَعَ مِنْ كَيْفِيَّةِ مَا يُوجِبُ الْمِلْكَ لِلْغَاصِبِ بِالضَّمَانِ شَرَعَ فِي ذِكْرِ مَسَائِلٍ تَتَّصِلُ بِمَسَائِلِ الْغَصْبِ. قَالَ (وَمَنْ غَصَبَ عَيْنًا فَغَيَّبَهَا) فَالْمَالِكُ بِالْخِيَارِ، إِنْ شَاءَ صَبَرَ إِلَى أَنْ تُوجَدَ، وَإِنْ شَاءَ ضَمِنَهُ قِيمَتَهَا، فَإِنْ اخْتَارَ تَضْمِينَ الْقِيَمَةِ فَضَمِنَهَا الْغَاصِبُ مَلَكَهَا عِنْدَنَا خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ.

قَالَ (الْغَصْبُ عُدْوَانٌ مَحْضٌ، وَمَا هُوَ كَذَلِكَ لَا يَصْلُحُ سَبَبًا لِلْمِلْكِ) كَمَا لَوْ غَصَبَ مُدَبِّرًا وَغَيَّبَهُ وَضَمِنَ قِيمَتَهُ فَإِنَّهُ لَا يَمْلِكُهُ بِالْإِتِّفَاقِ (وَلَنَا الْمَالِكُ مَلَكَ الْبَدَلَ وَهُوَ الْقِيَمَةُ بِكَمَالِهِ) يَعْنِي يَدًا وَرَقَبَةً، وَكُلُّ مَنْ مَلَكَ بَدَلَ شَيْءٍ خَرَجَ الْمُبْدَلُ عَنْ مِلْكِهِ فِي

مُقَابَلَتِهِ وَدَخَلَ فِي مَلِكٍ صَاحِبِ الْبَدَلِ دَفْعًا لِلضَّرَرِ عَنْ مَالِكِ الْبَدَلِ، لَكِنْ بِشَرْطِ أَنْ يَكُونَ الْمُبْدَلُ قَابِلًا لِلتَّقْلٍ مِنْ مَلِكٍ إِلَى مَلِكٍ وَالْمُدَبَّرُ لَيْسَ كَذَلِكَ، وَكَلَامُهُ يُشِيرُ إِلَى أَنَّ سَبَبَ الْمَلِكِ هُوَ الْعَصَبُ وَإِلَّا لَمْ يَكُنْ تَغْلِيلُ الشَّافِعِيِّ بِذَلِكَ مُنَاسِبًا وَهُوَ مَذْهَبُ الْقَاضِي أَبِي زَيْدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ، فَإِنَّهُ قَالَ فِي الْأَسْرَارِ: قَالَ عَلَمَاؤُنَا رَحِمَهُمُ اللَّهُ: الْعَصَبُ يُفِيدُ الْمَلِكَ فِي الْمَعْصُوبِ عِنْدَ الْقَضَاءِ بِالضَّمَانِ أَوْ التَّرَاضِي.

قَالَ شَمْسُ الْأُئِمَّةِ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي الْمَبْسُوطِ: وَهَذَا وَهَمْ، فَإِنَّ الْمَلِكَ لَا يَثْبُتُ عِنْدَ آدَاءِ الضَّمَانِ مِنْ وَقْتِ الْعَصَبِ لِلْعَاصِبِ حَقِيقَةً وَلِهَذَا لَا يُسَلَّمُ لَهُ الْوَلَدُ، وَلَوْ كَانَ الْعَصَبُ هُوَ السَّبَبُ لَكَانَ إِذَا تَمَّ الْمَلِكُ بِذَلِكَ السَّبَبِ يَمْلِكُ الزَّوَائِدَ الْمُتَّصِلَةَ وَالْمُنْفَصِلَةَ وَمَعَ هَذَا فِي هَذِهِ الْعِبَارَةِ بَعْضُ الشُّنْعَةِ، فَالْعَصَبُ عُدْوَانٌ مُحَضَّرٌ وَالْمَلِكُ حُكْمٌ مَشْرُوعٌ مَرْغُوبٌ فِيهِ، فَيَكُونُ سَبَبُهُ مَشْرُوعًا مَرْغُوبًا فِيهِ، وَلَا يَصْلُحُ أَنْ يُجْعَلَ الْعُدْوَانُ الْمُحَضَّرُ سَبَبًا لَهُ، فَإِنَّهُ تَرْغِيبٌ لِلنَّاسِ فِيهِ لِتَحْصِيلِ مَا هُوَ مَرْغُوبٌ لَهُمْ بِهِ، وَلَا يَجُوزُ إِضَافَةُ مِثْلِهِ إِلَى الشَّرْعِ. وَقِيلَ فِيهِ نَظَرٌ لِأَنَّهُ لَا يُرَادُ بِكَوْنِ الْعَصَبِ سَبَبًا لِلْمَلِكِ عِنْدَ آدَاءِ الضَّمَانِ أَنَّهُ يُوجِبُهُ مُطْلَقًا بَلْ بِطَرِيقِ الْإِسْتِنَادِ، وَالثَّابِتُ بِهِ ثَابِتٌ مِنْ وَجْهِ دُونَ وَجْهِ فَلَا يَظْهَرُ أَثَرُهُ فِي ثُبُوتِ الزِّيَادَةِ الْمُتَّفَصِّلَةِ.

وَقَوْلُهُ (نَعَمْ قَدْ يُفْسَخُ التَّدْبِيرُ بِالْقَضَاءِ) جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ: لَا يُسَلَّمُ أَنَّ الْمُدَبَّرَ لَا يَقْبَلُ التَّقْلَ، فَإِنَّ مَوْلَاهُ لَوْ بَاعَهُ وَحَكَّمَ الْقَاضِي بِجَوَازِ بَيْعِهِ جَازَ الْبَيْعُ وَفُسِخَ التَّدْبِيرُ. وَتَقْرِيرُهُ الْقَوْلَ بِالْمُوجِبِ: يَعْنِي نَعَمْ هُوَ كَذَلِكَ، لَكِنْ هُوَ فِي ضَمَنِ قَضَاءِ الْقَاضِي فِي الْفَصْلِ الْمُجْتَهِدِ فِيهِ فَحَيْثُ كَانَ مُصَادِفًا لِلْقَنْ لَا لِلْمُدَبَّرِ فَيَجُوزُ بَيْعُهُ لِمُصَادَفَتِهِ الْقَنْ بِهَذَا الطَّرِيقِ وَأَمَّا مَا نَحْنُ فِيهِ فَلَمْ يَنْفَسَخِ التَّدْبِيرُ وَالْكَلَامُ فِيهِ. قَالَ (وَالْقَوْلُ فِي الْقِيَمَةِ قَوْلُ الْعَاصِبِ مَعَ يَمِينِهِ) إِذَا اخْتَلَفَا فِي قِيَمَةِ الْمَعْصُوبِ فَالْقَوْلُ فِيهَا قَوْلُ الْعَاصِبِ مَعَ يَمِينِهِ (إِلَّا أَنْ يُقِيمَ الْمَالِكُ الْبَيِّنَةَ بِأَكْثَرِ مِنْ ذَلِكَ) فَحَيْثُ لَمْ يَكُنْ الْقَوْلُ قَوْلُ الْعَاصِبِ بَلْ يَكُونُ لِلْمَالِكِ (لَأَنَّهُ أَثْبَتَهُ بِالْحُجَّةِ الْمُلْزِمَةِ) فَإِنْ عَجَزَ عَنْ إِقَامَةِ الْبَيِّنَةِ وَطَلَبَ يَمِينَ الْعَاصِبِ وَلِلْعَاصِبِ بَيِّنَةٌ تَشْهَدُ بِقِيَمَةِ الْمَعْصُوبِ لَمْ تُقْبَلْ بَيِّنَتُهُ، بَلْ يَخْلَفُ عَلَى دَعْوَاهُ لِأَنَّ بَيِّنَتَهُ تَنْفِي الزِّيَادَةَ، وَالْبَيِّنَةُ عَلَى التَّفْيِ لَا تُقْبَلُ.

وَقَالَ بَعْضُ مَشَايِخِنَا رَحِمَهُمُ اللَّهُ: يَنْبَغِي أَنْ تُقْبَلَ لِإِسْقَاطِ الْيَمِينِ كَالْمُودَعِ إِذَا

ادَّعى رَدَّ الْوَدِيعَةِ فَإِنَّ الْقَوْلَ قَوْلُهُ، وَلَوْ أَقَامَ الْبَيِّنَةُ عَلَى ذَلِكَ قُبِلَتْ. وَكَانَ الْقَاضِي
الْإِمَامُ أَبُو عَلِيٍّ النَّسَفِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ يَقُولُ: هَذِهِ الْمَسْأَلَةُ عُدَّتْ مُشْكَلَةً. وَمِنْ الْمَشَايخ مَنْ
فَرَّقَ بَيْنَ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ وَمَسْأَلَةِ الْوَدِيعَةِ وَهُوَ الصَّحِيحُ، لِأَنَّ الْمُوَدَّعَ لَيْسَ عَلَيْهِ إِلَّا الْيَمِينُ،
وَبِإِقَامَةِ الْبَيِّنَةِ أَسْقَطَهَا وَارْتَفَعَتْ الْخُصُومَةُ. وَأَمَّا الْغَاصِبُ فَعَلَيْهِ هَاهُنَا الْيَمِينُ وَالْقِيَمَةُ،
وَبِإِقَامَةِ الْبَيِّنَةِ لَمْ يَسْقُطْ إِلَّا الْيَمِينُ فَلَا يَكُونُ فِي مَعْنَى الْوَدِيعَةِ. وَكَأَنَّ الْمُصَنِّفَ رَحِمَهُ
اللَّهُ اخْتَارَ قَوْلَ مَنْ قَالَ: ذَكَرَ أَوْصَافِ الْمَغْصُوبِ فِي دَعْوَى الْغَصْبِ لَيْسَ بِشَرْطٍ حَيْثُ
لَمْ يَذْكُرْهُ وَهُوَ الْأَصَحُّ.

قَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي الْأَصْلِ: إِذَا ادَّعى رَجُلٌ عَلَى رَجُلٍ أَنَّهُ غَصَبَ مِنْهُ
جَارِيَةً لَهُ وَأَقَامَ عَلَى ذَلِكَ بَيِّنَةً يُحْبِسُ الْمُدَّعى عَلَيْهِ حَتَّى يَجِيءَ بِهَا وَيُرُدَّهَا عَلَى
صَاحِبِهَا. قَالَ شَمْسُ الْأُمَمَةِ الْحُلَوَانِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: يَتَّبِعِي أَنْ تُحْفَظَ هَذِهِ الْمَسْأَلَةُ، لِأَنَّهُ
قَالَ: أَقَامَ بَيِّنَةً أَنَّهُ غَصَبَ جَارِيَةً لَهُ وَلَمْ يُبَيِّنْ جِنْسَهَا وَصِفَتَهَا وَقِيَمَتَهَا، وَإِنَّمَا كَانَ ذَلِكَ
أَصَحَّ لِأَجْلِ الضَّرُورَةِ، فَإِنَّ الْغَاصِبَ يَمْتَنِعُ عَنْ إِخْضَارِ الْمَغْصُوبِ عَادَةً، وَحِينَ يُغْصَبُ
إِنَّمَا يَتَأَتَّى مِنَ الشُّهُودِ مُعَايَنَةَ فِعْلِ الْغَصْبِ دُونَ الْعِلْمِ بِأَوْصَافِ الْمَغْصُوبِ، فَسَقَطَ اعْتِبَارُ
عِلْمِهِمْ بِالْأَوْصَافِ لِأَجْلِ التَّعَذُّرِ، وَيُثْبِتُ بِشَهَادَتِهِمْ فِعْلَ الْغَصْبِ فِي مَحَلٍّ هُوَ مَالٌ
مُتَقَوِّمٌ، فَصَارَ بُتُوثُ ذَلِكَ بِالْبَيِّنَةِ كُتُبُوتُهُ بِإِقْرَارِهِ فَيُحْبَسُ حَتَّى يَجِيءَ بِهِ، وَعَلَى هَذَا لَا
يَحْتَاجُ إِلَى تَأْوِيلِ أَبِي بَكْرٍ الْأَعْمَشِ، وَهُوَ مَا قَالَ: تَأْوِيلُهَا أَنَّ الشُّهُودَ شَهِدُوا عَلَى إِقْرَارِ
الْغَاصِبِ بِذَلِكَ، فَأَمَّا الشَّهَادَةُ عَلَى فِعْلِ الْغَصْبِ فَلَا تُقْبَلُ مَعَ جَهَالَةِ الْمَغْصُوبِ، لِأَنَّ
الْمَقْصُودَ إِثْبَاتُ الْمَلِكِ لِلْمُدَّعى فِي الْمَغْصُوبِ وَالْقَضَاءُ بِالْمَجْهُولِ غَيْرُ مُمَكِّنٍ (فَإِنْ
ظَهَرَتِ الْعَيْنُ وَقِيَمَتُهَا أَكْثَرُ مِمَّا ضَمِنَ) فَإِمَّا أَنْ يَكُونَ ضَمِنَ بَعْدَ تَمَامِ الرِّضَا أَوْ لَا، فَإِنْ
كَانَ الْأَوَّلُ كَمَا لَوْ ضَمِنَهَا بِقَوْلِ الْمَالِكِ أَوْ بَيِّنَةٍ أَقَامَهَا الْمَالِكُ أَوْ بِنُكُولِ الْغَاصِبِ عَنْ
الْيَمِينِ فَلَا خِيَارَ لِلْمَالِكِ وَالْعَيْنُ لِلْغَاصِبِ، لِأَنَّهُ تَمَّ لَهُ الْمَلِكُ بِسَبَبِ اتِّصَالِهِ بِهِ رِضَا الْمَالِكِ
حَيْثُ ادَّعى هَذَا الْمِقْدَارَ. وَإِنْ كَانَ الثَّانِي كَمَا لَوْ ضَمِنَهُ بِقَوْلِ الْغَاصِبِ مَعَ يَمِينِهِ فَلَهُ
الْخِيَارُ، إِنْ شَاءَ أَمْضَى الضَّمَانَ، وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ الْعَيْنَ وَرَدَّ الْعَوْضَ، لِأَنَّهُ لَمْ يَتِمَّ رِضَا
بِهَذَا الْمِقْدَارِ حَيْثُ يَدَّعى الزِّيَادَةَ، فَإِنْ قِيلَ: أَخَذَهُ الْقِيَمَةَ وَإِنْ كَانَتْ نَاقِصَةً يَدُلُّ عَلَى
تَمَامِ الرِّضَا فَكَأَنَّ كَالْمَسْأَلَةِ الْأُولَى.

أَجَابَ بِقَوْلِهِ (وَأَخْذُهُ دُونَهَا) أَيُّ أَخْذِ الْمَالِكِ مَا دُونَ الزِّيَادَةِ لَا يَدُلُّ عَلَى تَمَامِ الرِّضَا، لِأَنَّهُ إِنَّمَا أَخْذَ ذَلِكَ لِلضَّرُورَةِ وَهِيَ عَدَمُ الْحِجَّةِ فَلَا يَدُلُّ عَلَى رِضَاهُ، بِخِلَافِ الْمَسْأَلَةِ الْمُتَقَدِّمَةِ لِأَنَّ دَعْوَاهُ تِلْكَ الْقِيَمَةَ كَانَتْ بِاخْتِيَارِهِ (وَلَوْ ظَهَرَتْ الْعَيْنُ وَقِيَمَتُهَا مِثْلُ مَا ضَمَّنَهُ أَوْ دُونَهُ فِي هَذَا الْفَصْلِ الْآخِرِ) يَعْنِي مَا إِذَا ضَمَّنَهُ بِقَوْلِ الْغَاصِبِ مَعَ يَمِينِهِ (فَكَذَلِكَ الْجَوَابُ) أَيُّ فَهُوَ بِالْخِيَارِ، إِنْ شَاءَ أَمْضَى الضَّمَانَ، وَإِنْ شَاءَ أَخْذَ الْعَيْنَ وَرَدَّ الْعَوَضَ (فِي ظَاهِرِ الرَّوَايَةِ).

وَقَالَ الْكَرْخِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَا خِيَارَ لَهُ فِي اسْتِرْدَادِهَا لِأَنَّهُ تَوَفَّرَ عَلَيْهِ بَدَلُ مِلْكِهِ بِكَمَالِهِ (وَهُوَ) أَيُّ ظَاهِرُ الرَّوَايَةِ (الْأَصَحُّ) لِأَنَّهُ لَمْ يَتِمَّ رِضَاهُ بِزَوَالِ الْعَيْنِ عَنْ مِلْكِهِ حَيْثُ لَمْ يُعْطَ مَا يَدَّعِيهِ مِنَ الْقِيَمَةِ، وَمَا لَمْ يَتِمَّ الرِّضَا لَمْ يَسْقُطِ الْخِيَارُ.

قَالَ (وَمَنْ غَصَبَ عَبْدًا فَبَاعَهُ فَضَمَّنَهُ الْمَالِكُ قِيَمَتَهُ فَقَدْ جَارَ بَيْعُهُ، وَإِنْ أَعْتَقَهُ ثُمَّ ضَمَّنَ الْقِيَمَةَ لَمْ يَجْزِ عِتْقُهُ) لِأَنَّ مِلْكَهُ الثَّابِتَ فِيهِ نَاقِصٌ لثُبُوتِهِ مُسْتَنَدًا أَوْ ضَرُورَةً، وَلِهَذَا يَظْهَرُ فِي حَقِّ الْأَكْسَابِ دُونَ الْأَوْلَادِ، وَالنَّاقِصُ يَكْفِي لِنُقُودِ الْبَيْعِ دُونَ الْعِتْقِ كَمِلْكِ الْمَكَاتِبِ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ غَصَبَ عَبْدًا فَبَاعَهُ إلخ) وَمَنْ غَصَبَ عَبْدًا فَبَاعَهُ فَضَمَّنَهُ الْمَالِكُ قِيَمَتَهُ فَقَدْ جَارَ بَيْعُهُ، وَإِنْ أَعْتَقَهُ الْغَاصِبُ عَنْ نَفْسِهِ ثُمَّ ضَمَّنَ الْقِيَمَةَ لَمْ يَجْزِ عِتْقُهُ لِأَنَّ مِلْكَهُ الثَّابِتَ فِيهِ نَاقِصٌ لثُبُوتِهِ مُسْتَنَدًا أَوْ ضَرُورَةً اجْتِمَاعَ الْبَدَلِ وَالْمُبْدَلِ فِي مِلْكِ شَخْصٍ وَاحِدٍ وَلِهَذَا يَظْهَرُ فِي حَقِّ الْأَكْسَابِ دُونَ الْأَوْلَادِ عَلَى مَا نَذَكُرُ، وَالنَّاقِصُ يَكْفِي لِنُقُودِ الْبَيْعِ دُونَ الْإِعْتَاقِ بِالنِّصِّ كَمِلْكِ الْمَكَاتِبِ فَإِنَّ لَهُ أَنْ يَبِيعَ عَبْدَهُ وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُعْتَقَهُ، وَقَدْ بَاعَتْقَ الْغَاصِبِ ثُمَّ بَتَضْمِينِهِ احْتِرَازًا عَنْ إِعْتَاقِ الْمُشْتَرِي مِنَ الْغَاصِبِ ثُمَّ تَضْمِينُ الْغَاصِبِ فَإِنَّ فِيهِ رَوَايَتَيْنِ: فِي رَوَايَةٍ يَصِحُّ إِعْتَاقُهُ، وَهُوَ الْأَصَحُّ قِيَاسًا عَلَى الْوَقْفِ. وَفِي رَوَايَةٍ لَا يَصِحُّ وَقَدْ تَقَدَّمَ فِي بَيْعِ الْفُضُولِيِّ.

قَالَ (وَوَلَدُ الْمَغْصُوبَةِ وَنَمَاؤُهَا، وَثَمَرَةُ الْبُسْتَانِ الْمَغْصُوبِ أَمَانَةٌ فِي يَدِ الْغَاصِبِ إِنْ هَلَكَ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ، إِلَّا أَنْ يُتَعَدَّى فِيهَا أَوْ يَطْلُبَهَا مَا لَهَا فَيَمْنَعُهَا إِيَّاهُ). وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: زَوَائِدُ الْمَغْصُوبِ مَضْمُونَةٌ مُتَّصِلَةٌ كَانَتْ أَوْ مُنْفَصِلَةً لَوْجُودِ الْغَصَبِ، وَهُوَ إِثْبَاتُ الْيَدِ عَلَى

مَالِ الْغَيْرِ بِغَيْرِ رِضَاهُ، كَمَا فِي الظُّبَيْتِ الْمُخْرَجَةِ مِنَ الْحَرَمِ إِذَا وَلَدَتْ فِي يَدِهِ يَكُونُ مَضْمُونًا عَلَيْهِ. وَلَنَا أَنَّ الْغَضَبَ إِثْبَاتُ الْيَدِ عَلَى مَالِ الْغَيْرِ عَلَى وَجْهِ يُزِيلُ يَدَ الْمَالِكِ عَلَى مَا ذَكَرْنَا، وَيَدُ الْمَالِكِ مَا كَانَتْ ثَابِتَةً عَلَى هَذِهِ الزِّيَادَةِ حَتَّى يُزِيلَهَا الْغَاصِبُ، وَلَوْ أُعْثِرَتْ ثَابِتَةً عَلَى الْوَلَدِ لَا يُزِيلُهَا، إِذَا الظَّاهِرُ عَدَمُ الْمَنْعِ، حَتَّى لَوْ مَنَعَ الْوَلَدُ بَعْدَ طَلْبِهِ يَضْمَنُهُ، وَكَذَا إِذَا تَعَدَّى فِيهِ كَمَا قَالَ فِي الْكِتَابِ: وَذَلِكَ بِأَن أَلْفَهُ أَوْ ذَبَحَهُ وَأَكَلَهُ أَوْ بَاعَهُ وَسَلَّمَهُ، وَفِي الظُّبَيْتِ الْمُخْرَجَةِ لَا يَضْمَنُ وَلَدَهَا إِذَا هَلَكَ قَبْلَ التَّمَكُّنِ مِنَ الْإِرْسَالِ لِعَدَمِ الْمَنْعِ، وَإِنَّمَا يَضْمَنُهُ إِذَا هَلَكَ بَعْدَهُ لَوْجُودِ الْمَنْعِ بَعْدَ طَلْبِ صَاحِبِ الْحَقِّ وَهُوَ الشَّرْعُ، عَلَى هَذَا أَكْثَرُ مَشَايخُنَا. وَلَوْ أَطْلُقَ الْجَوَابَ فَهُوَ ضَمَانُ جَنَائِيٍّ، وَلِهَذَا يَتَكَرَّرُ بِتَكَرُّرِهَا، وَيَجِبُ بِالْإِعَانَةِ وَالْإِشَارَةِ، فَلَا يَجِبُ بِمَا هُوَ فَوْقَهَا وَهُوَ إِثْبَاتُ الْيَدِ عَلَى مُسْتَحِقِّ الْأَمْنِ أَوَّلَى وَأَحْرَى.

الشرح:

(وَوَلَدُ الْمَعْصُوبَةِ وَتَمَائُؤُهَا) كَالسَّمَنِ وَالْحِمَالِ (وَتَمَرَةُ الْبُسْتَانِ الْمَعْصُوبِ أَمَانَةٌ فِي يَدِ الْغَاصِبِ لَا تُضْمَنُ إِلَّا بِالتَّعَدِّي أَوْ بِالْجُحُودِ عِنْدَ طَلْبِ الْمَالِكِ) وَالْأَكْسَابُ الْحَاصِلَةُ بِاسْتِغْلَالِ الْغَاصِبِ لَيْسَتْ مِنْ تَمَائِهِ فِي شَيْءٍ حَتَّى تُضْمَنَ بِالتَّعَدِّي لَمَّا أَهْلَا عَوْضٌ عَنْ مَنَافِعِ الْمَعْصُوبِ، وَمَنَافِعُهُ غَيْرُ مَضْمُونَةٍ عِنْدَنَا فَكَذَا بَدَلُهَا.

(وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: زَوَائِدُ الْمَعْصُوبِ مَضْمُونَةٌ مُتَّصِلَةٌ كَانَتْ أَوْ مُنْفَصِلَةً) بِنَاءً عَلَى أَنَّ حَدَّ الْغَضَبِ عِنْدَهُ إِثْبَاتُ الْيَدِ عَلَى مَالِ الْغَيْرِ بِغَيْرِ رِضَاهُ وَهُوَ مَوْجُودٌ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ، فَكَانَ كَالظُّبَيْتِ الْمُخْرَجَةِ مِنَ الْحَرَمِ إِذَا وَلَدَتْ فِي يَدِهِ فَإِنَّ الْوَلَدَ يَكُونُ مَضْمُونًا عَلَيْهِ لَوْجُودِ سَبَبِ الضَّمَانِ فِي حَقِّ الْأُمِّ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ هُنَاكَ مَنَعَ مِنَ الْمَخْرَجِ (وَلَنَا أَنَّ الْغَضَبَ إِثْبَاتُ الْيَدِ عَلَى مَالِ الْغَيْرِ عَلَى وَجْهِ يُزِيلُ يَدَ الْمَالِكِ عَلَى مَا ذَكَرْنَا) فِي أَوَّلِ كِتَابِ الْغَضَبِ، وَإِثْبَاتُ الْيَدِ عَلَى ذَلِكَ الْوَجْهِ لَيْسَ بِمَوْجُودٍ فِيمَا نَحْنُ فِيهِ لِأَنَّهَا مَا كَانَتْ ثَابِتَةً عَلَى هَذِهِ الزِّيَادَةِ حَتَّى يُزِيلَهَا الْغَاصِبُ.

وَاعْتَرَضَ بِأَنَّ هَذَا يَقْتَضِي أَنْ يَضْمَنَ الْوَلَدُ إِذَا غَضِبَ الْجَارِيَةَ حَامِلًا، لِأَنَّ الْيَدَ كَانَتْ ثَابِتَةً عَلَيْهِ، وَلَيْسَ كَذَلِكَ فَإِنَّهُ لَا فَرْقَ بَيْنَ هَذَا وَبَيْنَ مَا إِذَا غَضِبَهَا غَيْرَ حَامِلٍ فَحَبِلَتْ فِي يَدِ الْغَاصِبِ وَوَلَدَتْ، وَالرَّوَايَةُ فِي الْأَسْرَارِ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ الْحَمْلَ قَبْلَ

الانفصال ليس بمال بل يعد عيباً في الأمة فلم يصدق عليه إثبات اليد على مال الغير، سلمنا ذلك، لكن لا إزالة ثمة ظاهراً، إذ الظاهر عدم المنع عند الطلب، حتى لو منعه بعد الطلب أو تعدى فيه قلنا بالضمان كما قال في الكتاب، وذلك بأن أثلفه أو ذبحه وأكله أو باعه وسلمه، وإثماً ذكر التسليم لأن التعدى لا يتحقق بمجرد البيع بل بالتسليم بعده فإن تقويت يده يحصل به لأنه كان ممكناً من أخذه من العاصب وقد زال ذلك بالبيع والتسليم. وعورض بأن الأم مضمونة ألبتة، والأوصاف القارة في الأمهات تسري إلى الأولاد كالحرية والرق والملك في الشراء. وأجيب بأن الضمان ليس بصفة قارة في الأم بل هو لزوم حق في ذمة العاصب، فإن وصف به المال كان مجازاً.

فإن قيل: وقد وجد الضمان في مواضع فلم تتحقق العلة المذكورة فيها فكان أمانة زيفها، وذلك كعاصب العاصب فإنه يضمن وإن لم يزل يد المالك بل أزال يد العاصب، والملتقط إذا لم يشهد مع القدرة على الإشهاد ولم يزل يدًا، والمعزور إذا منع الولد يضمن به الولد ولم يزل يدًا في حق الولد، ويضمن الأموال بالإتلاف سبباً كحفر البئر في غير الملك، وليس ثمة إزالة يد أحد ولا إثباتها. فالجواب أن ما قلنا إن الغصب على التفسير المذكور يوجب الضمان مطرد لا محالة، وأما أن كل ما يوجب الضمان كان غصباً فلم يلتزم ذلك لجواز أن يكون الضمان حكماً نوعياً يثبت كل شخص منه بشخص من العلة مما يكون تعدياً (قوله وفي الظنية المخرجة من الحرم) جواب عن قوله كما في الظنية المخرجة من الحرم.

ووجه ذلك أن القياس غير صحيح، لأنه إن قاس عليها قبل التمكن من الإرسال فهو ظاهر الفساد لأنه لا ضمان فيه عندنا لعدم المنع، وإن قاس عليها بعد التمكن منه فكذلك لأن الضمان فيه باعتبار المنع بعد طلب صاحب الحق وهو الشرع لا باعتبار أن الأم مضمونة، وعلى هذا الوجه من الجواب أكثر مشايخنا (وإذا أطلق) يعني لو قيل بوجوب الضمان في ولد الظنية سواء هلك قبل التمكن من الإرسال أو بعده (فهو ضمان جنائية) أي إتلاف لأن صيد الحرم وزوائده كان آمناً في الحرم صيداً، وذلك في بعده عن أيدينا، فالوقوع في أيدينا تلف لمعنى الصيدية فيضمن لذلك بمجرد الوقوع

فِي أَيْدِينَا (وَلِهَذَا يَتَكَرَّرُ) الْجَزَاءُ (بِتَكَرُّرِ هَذِهِ الْجِنَايَةِ) فَإِنَّهُ لَوْ أَدَّى الضَّمَانُ بِسَبَبِ إِخْرَاجِ الصَّيْدِ عَنِ الْحَرَمِ ثُمَّ أُرْسِلَهُ فِيهِ ثُمَّ أَخْرَجَ ذَلِكَ الصَّيْدَ مِنَ الْحَرَمِ وَجَبَ جَزَاءُ آخَرُ، وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ مَعْنَاهُ يَتَكَرَّرُ وَجُوبُ الإِرْسَالِ بِتَكَرُّرِ هَذِهِ الْجِنَايَةِ الَّتِي هِيَ الإِخْرَاجُ مِنَ الْحَرَمِ (قَوْلُهُ وَيَجِبُ) يَعْنِي الضَّمَانُ (بِالإِعَانَةِ وَالْإِشَارَةِ بِالتَّصُّصِ فَلَا أَنْ يَجِبَ بِمَا هُوَ فَوْقَهَا وَهُوَ إِثْبَاتُ الْيَدِ عَلَى مُسْتَحَقِّ الْأَمْنِ أُولَى).

قَالَ (وَمَا نَقَصَتْ الْجَارِيَةُ بِالْوِلَادَةِ فِي ضَمَانِ الْغَاصِبِ، فَإِنْ كَانَ فِي قِيَمَةِ الْوَلَدِ وَفَاءً بِهِ انْجَبَرِ النُّقْصَانُ بِالْوَلَدِ وَسَقَطَ ضَمَانُهُ عَنِ الْغَاصِبِ). وَقَالَ زُهْرٌ وَالشَّافِعِيُّ: لَا يَنْجَبِرُ النُّقْصَانُ بِالْوَلَدِ؛ لِأَنَّ الْوَلَدَ مِلْكُهُ فَلَا يَصْلُحُ جَائِزًا لِلْكَيْهِ كَمَا فِي وَلَدِ الطَّبِيعَةِ، وَكَمَا إِذَا هَلَكَ الْوَلَدُ قَبْلَ الرَّدِّ أَوْ مَاتَتِ الْأُمُّ وَبِالْوَلَدِ وَفَاءً، وَصَارَ كَمَا إِذَا جَزَّ صُوفَ شَاةٍ غَيْرِهِ أَوْ قَطَعَ قَوَائِمَ شَجَرٍ غَيْرِهِ أَوْ خَصَصَى عَبْدٌ غَيْرَهُ أَوْ عَلَّمَهُ الْحِرْفَةَ فَأَضَاعَهُ التَّعْلِيمُ. وَلَنَا أَنَّ سَبَبَ الزِّيَادَةِ وَالنُّقْصَانِ وَاحِدٌ، وَهُوَ الْوِلَادَةُ أَوِ الْعُلُوقُ عَلَى مَا عُرِفَ، وَعِنْدَ ذَلِكَ لَا يُعَدُّ نُقْصَانًا فَلَا يُوجِبُ ضَمَانًا، وَصَارَ كَمَا إِذَا غَصَبَ جَارِيَةً سَمِينَةً فَهَزَلَتْ ثُمَّ سَمِنَتْ أَوْ سَقَطَتْ ثَنِيَّتُهَا ثُمَّ ثَبَّتَتْ أَوْ قُطِعَتْ يَدُ الْمَغْصُوبِ فِي يَدِهِ وَأَخَذَ أَرْشَهَا وَأَدَاهُ مَعَ الْعَبْدِ يُحْتَسَبُ عَنِ نُقْصَانِ الْقَطْعِ، وَوَلَدِ الطَّبِيعَةِ مَمْنُوعٌ، وَكَذَا إِذَا مَاتَتِ الْأُمُّ. وَتَخْرِيجُ الثَّانِيَةِ أَنَّ الْوِلَادَةَ لَيْسَتْ بِسَبَبٍ لِمَوْتِ الْأُمِّ، إِذِ الْوِلَادَةُ لَا تُفْضِي إِلَيْهِ غَالِبًا، وَبِخِلَافِ مَا إِذَا مَاتَ الْوَلَدُ قَبْلَ الرَّدِّ؛ لِأَنَّهُ لَا بُدَّ مِنْ رَدِّ أَصْلِهِ لِلْبَرَاءَةِ، فَكَذَا لَا بُدَّ مِنْ رَدِّ خَلْفِهِ، وَالْخِصَاءُ لَا يُعَدُّ زِيَادَةً؛ لِأَنَّهُ غَرَضُ بَعْضِ الْفَسْقَةِ، وَلَا اتِّحَادُ فِي السَّبَبِ فِيمَا وَرَاءَ ذَلِكَ مِنَ الْمَسَائِلِ؛ لِأَنَّ سَبَبَ النُّقْصَانِ الْقَطْعُ وَالْجَزُّ، وَسَبَبُ الزِّيَادَةِ الثَّمُورُ، وَسَبَبُ النُّقْصَانِ التَّعْلِيمُ، وَالزِّيَادَةُ سَبَبُهَا الْفَهْمُ.

الشرح:

قَالَ (وَمَا نَقَصَتْ الْجَارِيَةُ بِالْوِلَادَةِ إلخ) مَا نَقَصَتْ الْجَارِيَةُ بِسَبَبِ الْوِلَادَةِ فِي يَدِ الْغَاصِبِ فَهُوَ فِي ضَمَانِ الْغَاصِبِ، فَلَوْ غَصَبَهَا فَوَلَدَتْ عِنْدَهُ فَمَاتَ الْوَلَدُ فَعَلَيْهِ رَدُّ الْجَارِيَةِ وَرَدُّ نُقْصَانِ الْوِلَادَةِ بِالَّذِي ثَبَّتَ فِيهَا بِسَبَبِ الْوِلَادَةِ، لِأَنَّ الْجَارِيَةَ بِالْغَصَبِ دَخَلَتْ فِي ضَمَانِهِ بِجَمِيعِ أَجْزَائِهَا، وَقَدْ فَاتَ جُزْءٌ مَضْمُونٌ مِنْهَا فَتَكُونُ مَضْمُونَةً عَلَيْهِ كَمَا لَوْ فَاتَ كُلُّهَا، فَإِنْ رُدَّتِ الْجَارِيَةُ وَالْوَلَدُ وَقَدْ نَقَصَتْ قِيَمَةُ الْجَارِيَةِ وَقِيَمَةُ الْوَلَدِ

تَصْلُحُ أَنْ تَكُونَ جَابِرَةً لِّذَلِكَ التَّقْصَانِ لَمْ يَضْمَنْ الْعَاصِبُ شَيْئًا.

وَقَالَ زُفَرٌ وَالشَّافِعِيُّ رَحِمَهُمَا اللَّهُ: لَا يَنْجَبِرُ التَّقْصَانُ بِالْوَلَدِ لِأَنَّ الْوَلَدَ مَلَكُهُ فَلَا يَصْلُحُ جَابِرًا لِمَلِكِهِ. كَمَا فِي وَلَدِ الظَّيِّبَةِ الْمَخْرُجَةِ مِنَ الْحَرَمِ إِذَا نَقَصَتْ قِيمَتَهَا وَقِيمَةَ وَلَدِهَا تُسَاوِي ذَلِكَ التَّقْصَانُ فَإِنَّهُ لَا يَنْجَبِرُ بِهَا، بَلْ يَجِبُ ضَمَانُ التَّقْصَانِ مَعَ وَجُوبِ رَدِّهِمَا إِلَى الْحَرَمِ، وَكَمَا إِذَا هَلَكَ الْوَلَدُ قَبْلَ الرَّدِّ أَوْ مَاتَتْ الْأُمُّ وَبَقِيَتْ قِيمَةُ الْوَلَدِ وَفَاءً، وَكَمَا إِذَا جَزَّ صُوفٌ شَاةٍ غَيْرِهِ فَنَبَتَ مَكَانُهُ آخَرُ، أَوْ قَطَعَ قَوَائِمُ شَجَرٍ غَيْرِ فَنَبَتَتْ قَوَائِمُ أُخْرَى مَكَانَهَا. أَوْ خُصِيَّ عَبْدٌ غَيْرُهُ فَزَادَتْ قِيمَتُهُ بِسَبَبِ الْخِصَاءِ، أَوْ عَلِمَهُ الْحِرْفَةُ فَأَضْنَاهُ التَّعْلِيمُ فَإِنَّهُ لَا يَنْجَبِرُ الصُّوفُ بِالصُّوفِ، وَالْقَوَائِمُ بِالْقَوَائِمِ، وَلَا مَا نَقَصَ مِنَ الْجُزْءِ بِالْخِصَاءِ وَالتَّعْلِيمِ بِمَا زَادَ مِنَ الْقِيمَةِ فِيهِ. وَلَنَا أَنَّ سَبَبَ الزِّيَادَةِ وَالتَّقْصَانِ وَاحِدٌ، وَهُوَ الْوِلَادَةُ عِنْدَهُمَا وَالْعُلُوقُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ عَلَى مَا عُرِفَ ذَلِكَ يَعْنِي فِي طَرِيقَةِ الْخِلَافِ.

وَقِيلَ فِي مَسْأَلَةٍ مَنْ غَصَبَ جَارِيَةً وَزَوَّجَ بِهَا عَلَى مَا يَجِيءُ، وَعِنْدَ ذَلِكَ لَا يُعْدُ التَّقْصَانُ نُقْصَانًا لِأَنَّ السَّبَبَ الْوَاحِدَ لَمَّا أَثَّرَ فِي الزِّيَادَةِ وَالتَّقْصَانِ كَانَتْ الزِّيَادَةُ خَلْفًا عَنِ التَّقْصَانِ، كَالْبَيْعِ لَمَّا أزالَ الْمِيعَ عَنْ مَلِكِ الْبَائِعِ أَذْخَلَ الثَّمَنُ فِي مَلِكِهِ فَكَانَ الثَّمَنُ خَلْفًا عَنِ مَالِيَةِ الْمِيعِ لِاتِّحَادِ السَّبَبِ حَتَّى أَنَّ الشَّاهِدَيْنِ إِذَا شَهِدَا عَلَى رَجُلٍ بِبَيْعِ شَيْءٍ بِمِثْلِ قِيمَتِهِ فَقَضَى الْقَاضِي بِهِ ثُمَّ رَجَعَا لَمْ يَضْمَنْمَا شَيْئًا، وَهَذَا لِأَنَّ الْفَوَاتَ إِلَى خَلْفِ كَلَا فَوَاتٍ، وَصَارَ كَمَا إِذَا غَصَبَ جَارِيَةً سَمِينَةً ثُمَّ هَزَلَتْ ثُمَّ سَمِنَتْ أَوْ سَقَطَتْ ثَنِيَّتُهَا ثُمَّ نَبَتَتْ أَوْ قَطَعَتْ يَدَ الْمَغْصُوبِ فِي يَدِهِ وَأَخَذَ أَرْضَهَا وَأَدَاهُ مَعَ الْعَبْدِ يُحْتَسَبُ عَنْ نُقْصَانِ الْقَطْعِ وَلَمْ يُعْتَبَرِ التَّقْصَانُ لِكَوْنِهِ إِلَى خَلْفٍ.

(قَوْلُهُ وَوَلَدَ الظَّيِّبَةِ مَمْنُوعٌ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِمَا، وَتَقْرِيرُهُ لَا يُسَلَّمُ أَنَّ نُقْصَانَ الظَّيِّبَةِ بِالْوِلَادَةِ لَا يَنْجَبِرُ بِقِيمَةِ الْوَلَدِ، وَكَذَا لَا يُسَلَّمُ أَنَّ الْأُمَّ إِذَا مَاتَتْ لَا تَنْجَبِرُ قِيمَتُهَا بِقِيمَةِ أُمِّ الْوَلَدِ إِذَا كَانَ فِيهَا وَفَاءً، وَهَذَا الْمَنْعُ عَلَى غَيْرِ ظَاهِرِ الرَّوَايَةِ. وَأَمَّا تَخْرِيجُهَا عَلَى الظَّاهِرِ فَهُوَ أَنَّ كَلَامَنَا فِيهَا إِذَا كَانَ السَّبَبُ وَاحِدًا وَهَاهُنَا لَيْسَ كَذَلِكَ، فَإِنَّ الْوِلَادَةَ سَبَبٌ لِلزِّيَادَةِ وَلَيْسَتْ بِسَبَبِ لَمُوتِ الْأُمِّ إِذْ لَا تُقْضَى إِلَيْهِ غَالِبًا. وَرُويَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَوَاهُ رَوَايَةٌ أُخْرَى، وَهُوَ أَنَّهُ يُجَبِّرُ بِالْوِلَادَةِ قَدْرَ نُقْصَانِ الْوِلَادَةِ وَيَضْمَنُ مَا زَادَ عَلَى ذَلِكَ

مِنْ قِيَمَةِ الْأُمِّ لِأَنَّ الْوِلَادَةَ لَا تُوجِبُ الْمَوْتَ فَالتَّقْصَانُ بِسَبَبِ الْوِلَادَةِ دُونَ مَوْتِ الْأُمِّ وَرَدُّ الْقِيَمَةِ كَرَدِّ الْعَيْنِ، وَلَوْ رَدَّ عَيْنَ الْجَارِيَةِ كَانَ التَّقْصَانُ مَجْبُورًا بِالْوَلَدِ فَكَذَا إِذَا رَدَّ قِيَمَتَهَا (وَبِخِلَافِ مَا إِذَا مَاتَ الْوَلَدُ قَبْلَ الرَّدِّ) جَوَابُ عَنْ قَوْلِهِ كَمَا إِذَا هَلَكَ الْوَلَدُ قَبْلَ الرَّدِّ.

وَوَجْهُهُ أَنَّ كَلَامَنَا فِيمَا إِذَا رَدَّ الْأُمُّ بِتَقْصَانِ الْوِلَادَةِ هَلْ يَنْجَبِرُ التَّقْصَانُ بِرَدِّ الْوَلَدِ، وَإِذَا كَانَ الْوَلَدُ هَالِكًا كَيْفَ يَنْجَبِرُ التَّقْصَانُ بِهِ، وَالْخِصَاءُ لَا يُعَدُّ زِيَادَةً لِلَّهِ غَرَضُ بَعْضِ الْفَسَفَةِ فَلَمْ يَكُنْ لَهُ اعْتِبَارٌ فِي الشَّرْعِ، وَمَا وَرَاءَ ذَلِكَ الْمَسَائِلُ فَلَيْسَ فِيهِ اتِّحَادُ السَّبَبِ لَمَّا ذُكِرَ فِي الْكِتَابِ فَلَا يَكُونُ مُتَّصِلًا بِمَحَلِّ التَّرَاعُ. فَإِنْ قِيلَ: الْمَذْكُورُ جَوَابُ الْمُسْتَشْهَدِ بِهَا، وَأَصْلُ نُكْتِهِ الْخِصْمُ وَهُوَ أَنَّ الْوَلَدَ مِلْكُ الْمَوْلَى فَلَا يَصْلُحُ أَنْ يَكُونَ جَابِرًا لِقُصْصَانٍ وَقَعَ فِي مِلْكِهِ فَهُوَ عَلَى حَالِهِ. أُجِيبَ بِأَنَّ الْمُصَنِّفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَشَارَ إِلَى جَوَابِهِ بِقَوْلِهِ لَا يُعَدُّ نُقْصَانًا، وَإِذَا لَمْ يَكُنْ نُقْصَانًا لَمْ يَحْتَجْ إِلَى جَابِرٍ، فإِطْلَاقُ الْجَابِرِ عَلَيْهِ تَوْسُّعٌ فِي الْعِبَارَةِ.

فَإِنْ قِيلَ: لَوْ كَانَ الْوَلَدُ خَلْفًا وَبَدَلًا عَنْ التَّقْصَانِ لَمَا بَقِيَ مِلْكًا لِلْمَوْلَى عِنْدَ ارْتِفَاعِهِ بِضَمَانِ الْغَاصِبِ لِثَلَا يَجْتَمِعَ الْبَدَلَانِ فِي مَالِكٍ وَاحِدٍ. أُجِيبَ بِأَنَّهُ مَالِكُ الْمَوْلَى لَا مَحَالَةَ، وَمِنْ حَيْثُ الْمِلْكُ لَيْسَ يَبْدَلُ بَلْ هُوَ بَدَلٌ مِنْ حَيْثُ الذَّاتُ، فَإِذَا ارْتَفَعَ التَّقْصَانُ بَطَلَتْ الْخَلْفِيَّةُ بَقِيَ فِي مِلْكِ الْمَوْلَى. فَإِنْ قِيلَ: الْوَلَدُ عِنْدَهُ أَمَانَةٌ فَكَيْفَ يَكُونُ خَلْفًا عَنْ الْمَضْمُونِ؟ فَالْجَوَابُ مَا أَشَارَ إِلَيْهِ الْمُصَنِّفُ رَحِمَهُ اللَّهُ مِنْ عَدَمِ عَدِّهِ نُقْصَانًا لَا تَضْمِينُهُ، هَذَا الْجَوَابُ صَالِحٌ لِلدَّفْعِ عَنِ السُّؤَالِ الثَّانِي أَيْضًا. فَلِلَّهِ دَرُّ الْمُصَنِّفِ مَا أَلْفَهُ ذَهْنًا، جَزَاهُ اللَّهُ عَنِ الْمُحْصِلِينَ خَيْرًا.

قَالَ (وَمَنْ غَصَبَ جَارِيَةً فَرَزَنَى بِهَا فَحَبِلَتْ ثُمَّ رَدَّهَا وَمَاتَتْ فِي نَفْسِهَا يَضْمَنُ قِيَمَتَهَا يَوْمَ عُلِقَتْ، وَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ فِي الْحُرَّةِ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: لَا يَضْمَنُ فِي الْأُمَةِ أَيْضًا) لَهُمَا أَنَّ الرَّدَّ قَدْ صَحَّ، وَالْهَلَاكُ بَعْدَهُ بِسَبَبِ حَدَثٍ فِي يَدِ الْمَالِكِ وَهُوَ الْوِلَادَةُ فَلَا يَضْمَنُ الْغَاصِبُ. كَمَا إِذَا حُمِتْ فِي يَدِ الْغَاصِبِ ثُمَّ رَدَّهَا فَهَلَكَتْ. أَوْ زَنَتْ فِي يَدِهِ ثُمَّ رَدَّهَا فَجَلَدَتْ فَهَلَكَتْ مِنْهُ، وَكَمَنْ اشْتَرَى جَارِيَةً قَدْ حَبِلَتْ عِنْدَ الْبَائِعِ فَوَلَدَتْ عِنْدَ الْمُشْتَرِي وَمَاتَتْ فِي نَفْسِهَا لَا يَرْجِعُ عَلَى الْبَائِعِ بِالثَّمَنِ. وَلَهُ أَنَّهُ غَصَبَهَا وَمَا انْعَقَدَ فِيهَا سَبَبُ التَّلَفِ وَرَدَّتْ وَفِيهَا ذَلِكَ فَلَمْ يُوجَدِ الرَّدُّ عَلَى الْوَجْهِ الَّذِي أَخَذَ فَلَمْ يَصِحَّ الرَّدُّ، وَصَارَ

كَمَا إِذَا جَنَّتْ فِي يَدِ الْغَاصِبِ جِنَايَةً فَقُتِلَتْ بِهَا فِي يَدِ الْمَالِكِ، أَوْ دُفِعَتْ بِهَا بِأَنْ كَانَتْ الْجِنَايَةُ خَطَأً يُرْجَعُ عَلَى الْغَاصِبِ بِكُلِّ الْقِيَمَةِ. كَذَا هَذَا. بِخِلَافِ الْحُرَّةِ؛ لِأَنَّهَا لَا تُضْمَنُ بِالْغَصْبِ لِيَبْقَى ضَمَانُ الْغَصْبِ بَعْدَ فَسَادِ الرَّدِّ. وَفِي فَصْلِ الشِّرَاءِ الْوَاجِبِ ابْتِدَاءَ التَّسْلِيمِ. مَا ذَكَرْنَا شَرْطُ صِحَّةِ الرَّدِّ وَالزَّنَا سَبَبٌ لَجَلْدِ مُؤَلِّمٍ لَا جَارِحٍ وَلَا مُتْلَفٍ فَلَمْ يُوْجَدْ السَّبَبُ فِي يَدِ الْغَاصِبِ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ غَصَبَ جَارِيَةً فَزَنَى بِهَا) قَالَ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ: مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ فِي الرَّجُلِ يَعْصِبُ الْجَارِيَةَ فَيَزْنِي بِهَا ثُمَّ يَرُدُّهَا فَتَحْمِلُ فَتَمُوتُ فِي نَفْسِهَا، قَالَ. هُوَ ضَامِنٌ لِقِيَمَتِهَا يَوْمَ عُلِقَتْ. وَلَيْسَ عَلَيْهِ فِي الْحُرَّةِ ضَمَانٌ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُمَا اللَّهُ: لَا ضَمَانٌ عَلَيْهِ فِي الْأَمَةِ أَيْضًا إِذَا مَاتَتْ فِي نَفْسِهَا بَعْدَمَا يَرُدُّهَا، وَتَابَعَهُ الْمُصَنِّفُ فِي قَوْلِهِ ثُمَّ يَرُدُّهَا فَتَحْمِلُ بِتَقْدِيمِ الرَّدِّ عَلَى الْحَبْلِ، وَوَقَعَ فِي عَامَّةِ النَّسَخِ بِتَقْدِيمِ الْحَبْلِ عَلَى الرَّدِّ لَيَّانٍ أَنَّ الْحَبْلَ كَانَ مَوْجُودًا وَقَتَ الرَّدِّ، قَالَ: الرَّدُّ قَدْ صَحَّ لِأَنَّهُ أَوْصَلَ الْحَقَّ إِلَى الْمُسْتَحِقِّ، وَصِحَّتُهُ تُوجِبُ الْبَرَاءَةَ عَنِ الضَّمَانِ.

فَإِنْ قِيلَ: لَا تُسَلِّمُ صِحَّتُهُ حَيْثُ هَلَكَتْ بِسَبَبٍ كَانَ عِنْدَهُ. أَجَابَ بِقَوْلِهِ (وَالْهَلَاكُ بَعْدُهُ بِسَبَبٍ حَدَثَ فِي يَدِ الْمَالِكِ وَهُوَ الْوِلَادَةُ) لَا بِسَبَبٍ كَانَ عِنْدَ الْغَاصِبِ وَالْهَلَاكُ بِذَلِكَ لَا يُوجِبُ الضَّمَانَ عَلَى الْغَاصِبِ كَمَا إِذَا حُمِتْ فِي يَدِ الْغَاصِبِ ثُمَّ رَدَّهَا فَهَلَكَتْ أَوْ زَنَتْ فِي يَدِ الْغَاصِبِ فَرَدَّهَا فَجُلِدَتْ فَهَلَكَتْ مِنْهُ، وَكَمَنْ اشْتَرَى جَارِيَةً قَدْ حَبَلَتْ عِنْدَ الْبَائِعِ) وَلَمْ يَعْلَمْ الْمُشْتَرِي بِالْحَبْلِ (فَوَلَدَتْ عِنْدَ الْمُشْتَرِي وَمَاتَتْ فِي نَفْسِهَا لَا يَرْجَعُ عَلَى الْبَائِعِ بِالثَّمَنِ) فَلَا يَضْمَنُ الْغَاصِبُ قِيَمَتَهَا لَكِنْ يَضْمَنُ نُقْصَانَ الْحَبْلِ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ الرَّدَّ لَمْ يَكُنْ صَحِيحًا، لِأَنَّ الصَّحِيحَ مِنْهُ أَنْ يَكُونَ عَلَى الْوَجْهِ الَّذِي أَخَذَ وَلَمْ يُوْجَدْ هَاهُنَا، فَإِنَّهُ غَصَبَهَا وَمَا انْعَقَدَ فِيهَا سَبَبُ التَّلَفِ وَرَدَّهَا وَفِيهَا ذَلِكَ (فَصَارَ كَمَا إِذَا جَنَّتْ فِي يَدِ الْغَاصِبِ فَقُتِلَتْ بِهَا فِي يَدِ الْمَالِكِ أَوْ دُفِعَتْ بِهَا بِأَنْ كَانَتْ الْجِنَايَةُ خَطَأً فَإِنَّهُ يَرْجَعُ عَلَى الْغَاصِبِ بِكُلِّ الْقِيَمَةِ كَذَا هَذَا. بِخِلَافِ الْحُرَّةِ) إِذَا زَنَى بِهَا رَجُلٌ مُكْرَهَةً فَحَبَلَتْ وَمَاتَتْ فِي نَفْسِهَا (لِأَنَّهَا لَا تُضْمَنُ بِالْغَصْبِ) وَلِهَذَا لَوْ هَلَكَتْ عِنْدَهُ لَا يَضْمَنُ فَلَا يَبْقَى ضَمَانُ الْغَصْبِ بَعْدَ فَسَادِ الرَّدِّ بِكَوْنِهَا حُبْلَى.

(قَوْلُهُ وَفِي فَصْلِ الشَّرَاءِ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِمَا كَمَنْ اشْتَرَى جَارِيَةً قَدْ حَبَلَتْ عِنْدَ الْبَائِعِ بِطَرِيقِ الْفَرْقِ، وَهُوَ أَنَّ فَصْلَ الشَّرَاءِ الْوَاجِبِ عَلَى الْبَائِعِ ابْتِدَاءُ التَّسْلِيمِ: أَيُّ تَسْلِيمِ الْمَبِيعِ عَلَى الْوَجْهِ الَّذِي وَقَعَ عَلَيْهِ الْعَقْدُ وَقَدْ تَحَقَّقَ ذَلِكَ مِنْهُ، وَمَوْتُهَا بِالنَّفَاسِ لَا يَعْدَمُ التَّسْلِيمَ (وَمَا ذَكَرْنَاهُ) مِنْ وَجُوبِ الرَّدِّ عَلَى الْوَجْهِ الَّذِي أَخَذَهُ عَلَيْهِ (شَرْطُ لَصِحَّةِ الرَّدِّ) وَلَمْ يُوجَدْ فَكَانَ تَمَثِيلُ مَا لَمْ يُوجَدْ بِشَرْطِهِ عَلَى مَا وَجَدَ بِشَرْطٍ وَهُوَ تَمَثِيلُ فَاسِدٍ، قِيلَ: وَتَحْقِيقُهُ أَنَّ الشَّرَاءَ لَمْ يَتَنَاوَلَ إِلَّا الْعَيْنَ إِذَا الْأَوْصَافُ لَا تَدْخُلُ فِي الشَّرَاءِ وَلِهَذَا لَا يُقَابَلُهَا شَيْءٌ مِنَ الثَّمَنِ، فَكَانَ الْوَاجِبُ عَلَى الْبَائِعِ تَسْلِيمَ الْعَيْنِ الَّذِي هُوَ مَالٌ مُتَقَوِّمٌ وَقَدْ وَجَدَ، فَلَا يَرْجِعُ الْمُشْتَرِي عَلَيْهِ بِالْهَلَاكِ فِي يَدِهِ.

وَأَمَّا الْعَصَبُ فَالْأَوْصَافُ دَاخِلَةٌ فِيهِ، وَلِهَذَا لَوْ غَصَبَ جَارِيَةً سَمِينَةً فَهَزَلَتْ فِي يَدِ الْغَاصِبِ وَرَدَّهَا كَذَلِكَ فَإِنَّهُ يَضْمَنُ النُّقْصَانَ، وَإِذَا دَخَلَتْ الْأَوْصَافُ فِيهِ كَانَ الرَّدُّ بِذَوْنِهَا رَدًّا فَاسِدًا. وَأَمَّا إِذَا حُمْتُ فِي يَدِ الْغَاصِبِ فَلَأَنَّ سَبَبَ الْمَوْتِ مَا بِهَا مِنَ الْحُمَى وَالضَّعْفِ وَقَتَ الْمَوْتِ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ سَبَبُهُ مَادَّةٌ كَانَتْ فِي يَدِ الْغَاصِبِ أَوْ حَدَثَتْ فِي يَدِ الْمَالِكِ أَوْ مُرَكَّبَةٌ مِنْهُمَا فَلَا يُضَافُ إِلَى سَبَبِ قَائِمٍ فِي يَدِ الْغَاصِبِ بِالشُّكِّ (قَوْلُهُ وَالزُّنَا سَبَبٌ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِمَا أَوْ زَيْتٌ فِي يَدِهِ الْخَ، وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ الزُّنَا الَّذِي وَجَدَ فِي يَدِ الْغَاصِبِ إِنَّمَا يُوجِبُ الْجِلْدَ الْمُؤَلَّمُ لَا الْجَارِحَ وَلَا الْمُتْلَفَ، وَلَمَّا جُلِدَتْ فِي يَدِ الْمَالِكِ بِجِلْدٍ مُتْلَفٍ كَانَ غَيْرَ مَا وَجَبَ فِي يَدِ الْغَاصِبِ فَلَا يَضْمَنُ.

قَالَ (وَلَا يَضْمَنُ الْغَاصِبُ مَنَافِعَ مَا غَصَبَهُ إِلَّا أَنْ يَنْقُصَ بِاسْتِعْمَالِهِ فَيَغْرُمُ النُّقْصَانَ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يَضْمَنُهَا، فَيَجِبُ أَجْرُ الْمِثْلِ، وَلَا فَرْقَ فِي الْمَذْهَبَيْنِ بَيْنَ مَا إِذَا عَطَلَهَا أَوْ سَكَنَهَا. وَقَالَ مَالِكٌ: إِنْ سَكَنَهَا يَجِبُ أَجْرُ الْمِثْلِ، وَإِنْ عَطَلَهَا لَا شَيْءَ عَلَيْهِ. لَهُ أَنَّ الْمَنَافِعَ أَمْوَالٌ مُتَقَوِّمَةٌ حَتَّى تُضْمَنَ بِالْعُقُودِ فَكَذَا بِالْغُصُوبِ. وَلَنَا أَنَّهَا حَصَلَتْ عَلَى مِلْكِ الْغَاصِبِ لِحُدُوثِهَا فِي إِمْكَانِهِ إِذَا هِيَ لَمْ تَكُنْ حَادِثَةً فِي يَدِ الْمَالِكِ؛ لِأَنَّهَا أَعْرَاضٌ لَا تَبْقَى فَيَمْلِكُهَا دَفْعًا لِحَاجَتِهِ، وَالْإِنْسَانُ لَا يَضْمَنُ مِلْكَهُ، كَيْفَ وَأَنَّهُ لَا يَتَحَقَّقُ غَصْبُهَا وَإِتْلَافُهَا؛ لِأَنَّهُ لَا بَقَاءَ لَهَا، وَلِأَنَّهَا لَا تُمَازِلُ الْأَعْيَانَ لِسُرْعَةِ فَنَائِهَا وَبِقَاءِ الْأَعْيَانَ، وَقَدْ عَرَفْتَ هَذِهِ الْمَآخِذَ فِي الْمُخْتَلَفِ، وَلَا تُسَلِّمُ أَنَّهَا مُتَقَوِّمَةٌ فِي ذَاتِهَا، بَلْ تُقَوِّمُ ضَرُورَةً عِنْدَ وُرُودِ الْعَقْدِ وَلَمْ يُوجَدْ الْعَقْدُ، إِلَّا أَنْ مَا أُنْتَقِصَ بِاسْتِعْمَالِهِ مَضْمُونٌ عَلَيْهِ لَاسْتِهْلَاكِهِ بَعْضَ أَجْزَاءِ

العَيْن.

الشرح:

قَالَ (وَلَا يَضْمَنُ الْعَاصِبُ مَنَافِعَ مَا غَصَبَهُ إِلَّا الْخُ) مَنَافِعِ الْعَصَبِ غَيْرُ مَضْمُونَةٍ، لَكِنْ إِنْ نَقَصَ بِاسْتِعْمَالِهِ غَرِمَ الْعَاصِبُ التُّقْصَانَ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: مَضْمُونَةٌ بِأَجْرِ الْمِثْلِ وَلَا فَرْقَ فِي الْمَذْهَبَيْنِ بَيْنَ التَّعْطِيلِ وَالِاسْتِعْمَالِ، وَرَبَّمَا سَمَى الْأَوَّلُ غَصَبًا وَالثَّانِي إِثْلَافًا فِي شُمُولِ الْعَدَمِ عِنْدَنَا وَشُمُولِ الْوُجُودِ عِنْدَهُ.

وَفَصَّلَ مَالِكٌ رَحِمَهُ اللَّهُ قَالَ: إِنْ سَكَنَهَا فَكَمَا قَالَ الشَّافِعِيُّ وَإِنْ عَطَّلَهَا فَكَأَنَّ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ (لِلشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ الْمَنَافِعَ أَمْوَالٌ مُتَقَوِّمَةٌ) لَكُونِهَا غَيْرَ الْآدَمِيِّ خُلِقَ لِمَصْلَحَةِ الْآدَمِيِّ وَيَجْرِي فِيهِ الشُّحُّ وَالضُّنَّةُ (وَيَضْمَنُ بِالْعُقُودِ) صَحِيحَةٌ كَانَتْ أَوْ فَاسِدَةً بِالْإِجْمَاعِ (فَكَذَا بِالْعُصُوبِ) لِأَنَّ الْعَقْدَ لَا يَجْعَلُ غَيْرَ الْمُتَقَوِّمِ مُتَقَوِّمًا كَمَا لَوْ وَرَدَ عَلَى الْمَيْتَةِ (وَلَنَا أَنَّهَا حَصَلَتْ عَلَى مَلِكِ الْعَاصِبِ لِأَنَّهَا حَدَثَتْ فِي إِمْكَانِهِ) أَيِ تَصَرُّفِهِ وَقُدْرَتِهِ وَكَسْبِهِ (إِذْ هِيَ لَمْ تَكُنْ حَادِثَةً فِي يَدِ الْمَالِكِ لِأَنَّهَا أَعْرَاضٌ لَا تَبْقَى) وَمَا حَدَثَ فِي إِمْكَانِ الرَّجُلِ فَهُوَ فِي مِلْكِهِ دَفْعًا لِحَاجَتِهِ، فَإِنَّ الْمَلِكَ لَمْ يَثْبُتْ لِلْعَبْدِ إِلَّا دَفْعًا لِحَاجَتِهِ إِلَى إِقَامَةِ التَّكَالُفِ، فَالْمَنَافِعُ حَاصِلَةٌ فِي مَلِكِ الرَّجُلِ وَالْإِنْسَانُ لَا يَضْمَنُ مَلِكَ نَفْسِهِ. وَلَكِنْ سَلَّمْنَا حَدُوثَهَا عَلَى مَلِكِ الْمَالِكِ لَكِنْ لَا يَتَحَقَّقُ غَصَبُهَا وَإِثْلَافُهَا وَكَيْفَ يَتَحَقَّقُ ذَلِكَ وَإِنَّهُ لَا بَقَاءَ لَهَا. وَلَكِنْ سَلَّمْنَا تَحْقِيقَ غَصَبِهَا وَإِثْلَافُهَا لَكِنْ شَرَطَ الضَّمَانَ الْمُمَاطِلَةَ وَالْمَنَافِعَ لَا تُمَاطِلُ الْأَعْيَانُ لِسُرْعَةِ فَنَائِهَا وَبَقَاءِ الْأَعْيَانِ.

وَاعْتَرَضَ بِمَا إِذَا أُتْلِفَ مَا يَسْرُعُ إِلَيْهِ الْفَسَادُ فَإِنَّهُ يَضْمَنُهُ بِالْأَعْيَانِ الَّتِي تَبْقَى، فَدَلَّ عَلَى أَنَّ الْمُمَاطِلَةَ مِنْ حَيْثُ الْفَنَاءُ وَالْبَقَاءُ غَيْرُ مُعْتَبَرَةٍ، وَبِمَا إِذَا اسْتَأْجَرَ الْوَصِيَّ لِلْيَتِيمِ مَا يَحْتَاجُ إِلَيْهِ بِدَرَاهِمِ الْيَتِيمِ فَإِنَّهُ جَائِزٌ لَا مَحَالَةَ، وَلَوْ كَانَ مَا ذَكَرْتُمْ صَحِيحًا لَمَا جَازَ لَأَنَّ الْقُرْبَانَ إِلَى مَالِ الْيَتِيمِ لَا يَجُوزُ إِلَّا بِالْوَجْهِ الْأَحْسَنِ. وَأُجِيبَ عَنِ الْأَوَّلِ بِأَنَّ الْمُمَاطِلَةَ الْمُعْتَبَرَةَ هِيَ مَا تَكُونُ بَيْنَ بَاقٍ وَبَاقٍ لَا بَيْنَ بَاقٍ وَأَبْقَى، فَكَانَ السُّؤَالُ غَيْرَ وَارِدٍ، وَهَذَا رَاجِعٌ إِلَى أَنَّهَا تُعْتَبَرُ بَيْنَ جَوْهَرَيْنِ لَا بَيْنَ جَوْهَرٍ وَعَرَضٍ أَلَا يَرَى أَنَّ بَيْعَ الثِّيَابِ بِالْأَعْيَانِ بِالْأَعْيَانِ جَائِزٌ وَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا يَتَلَى دُونَ الْآخَرِ، وَعَنِ الثَّانِي بِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ شِرَاءَ الثِّيَابِ بِدَرَاهِمِ الْيَتِيمِ جَائِزٌ لِلْوَصِيِّ مَعَ وُجُودِ التَّفَاوُتِ كَمَا ذَكَرْنَا فَدَلَّ عَلَى أَنَّ الْقُرْبَانَ الْأَحْسَنَ

فِي مَالِ الْيَتِيمِ هُوَ مَا لَا يُعَدُّ عَيْبًا فِي التَّصَرُّفَاتِ وَقَدْ عَرَفْتَ هَذِهِ الْمَآخِذَ أَيْ الْعِلَلَ الَّتِي هِيَ مَنَاطُ الْحُكْمِ، أَوْ مَا ذَكَرَهُ أَوَّلًا لِأَنَّهَا حَصَلَتْ فِي مِلْكِ الْغَاصِبِ، وَثَانِيًا بِقَوْلِهِ إِنَّهَا لَا يَتَحَقَّقُ غَضَبُهَا وَإِتْلَافُهَا، وَثَالِثًا بِقَوْلِهِ لِأَنَّهَا لَا تُمَاطِلُ الْأَعْيَانَ إِلَى آخِرِهِ (وَفِي الْمُخْتَلَفِ) يَعْنِي فِي مُخْتَلَفِ أَبِي اللَّيْثِ، وَقَوْلُهُ (وَلَا تُسَلِّمُ أَنَّهَا مُتَقَوِّمَةٌ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ الْمَنَافِعُ أُمُوالُ مُتَقَوِّمَةٌ. وَتَقْرِيرُهُ أَنَّا لَا نُسَلِّمُ أَنَّهَا مُتَقَوِّمَةٌ فِي ذَاتِهَا لِأَنَّ التَّقَوُّمَ لَا يَسْبِقُ الْوُجُودَ وَالْإِحْرَازَ، وَذَلِكَ فِيمَا لَا يَتَّقَى غَيْرَ مُتَصَوِّرٍ بَلْ يَتَقَوَّمُ لِمُضْرُورَةٍ دَفَعَ الْحَاجَةَ (عِنْدَ وُرُودِ الْعَقْدِ) عَلَيْهَا بِالتَّرَاضِي، وَلَا عَقْدَ فِي الْمُتَنَازَعِ فِيهِ (إِلَّا أَنْ) أَيْ لَكِنْ (مَا يَنْقُصُ بِاسْتِعْمَالِهِ مَضْمُونٌ عَلَيْهِ لَا اسْتِهْلَاكِهِ بَعْضُ أَجْزَاءِ الْعَيْنِ) وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

فصل في غصب ما لا يتقوّم

قَالَ (وَإِذَا أَتَلَفَ الْمُسْلِمُ خَمْرَ الذَّمِّيِّ أَوْ خَنْزِيرَهُ ضَمِنَ قِيَمَتَهُمَا، فَإِنْ أَتَلَفَهُمَا لِمُسْلِمٍ لَمْ يَضْمِنْ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا يَضْمِنُهَا لِلذَّمِّيِّ أَيْضًا وَعَلَى هَذَا الْخِلَافِ إِذَا أَتَلَفَهُمَا ذِمِّيٌّ عَلَى ذِمِّيٍّ أَوْ بَاعَهُمَا الذَّمِّيُّ مِنَ الذَّمِّيِّ. لَهُ أَنَّهُ سَقَطَ تَقَوُّمُهُمَا فِي حَقِّ الْمُسْلِمِ فَكَذَلِكَ فِي حَقِّ الذَّمِّيِّ؛ لِأَنَّهُمْ أَتْبَاعُ لَنَا فِي الْأَحْكَامِ فَلَا يَجِبُ بِإِتْلَافِهِمَا مَالٌ مُتَقَوِّمٌ وَهُوَ الضَّمَانُ. وَلَنَا أَنَّ التَّقَوِّمَ بَاقٍ فِي حَقِّهِمْ، إِذَا الْخَمْرُ لَهُمْ كَالْحَلِّ لَنَا وَالْخَنْزِيرُ لَهُمْ كَالشَّاةِ لَنَا. وَنَحْنُ أَمِيرْنَا بِأَنْ تَتْرَكَهُمْ وَمَا يَدِينُونَ وَالسَّيْفُ مَوْضُوعٌ فَيَتَعَذَّرُ الْإِلْزَامُ، وَإِذَا بَقِيَ التَّقَوُّمُ فَقَدْ وَجِدَ إِتْلَافُ مَالٍ مَمْلُوكٍ مُتَقَوِّمٍ فَيَضْمَنُهُ. بِخِلَافِ الْمَيْتَةِ وَالذَّمِّ؛ لِأَنَّ أَحَدًا مِنْ أَهْلِ الْأَدْيَانِ لَا يَدِينُ تَمَوُّلَهُمَا، إِلَّا أَنَّهُ تُجِبُ قِيَمَةُ الْخَمْرِ وَإِنْ كَانَ مِنْ ذَوَاتِ الْأَمْثَالِ؛ لِأَنَّ الْمُسْلِمَ مَمْنُوعٌ عَنْ تَمْلِيكِهِ لَكُونِهِ إِعْزَازًا لَهُ، بِخِلَافِ مَا إِذَا جَرَتْ الْمُبَايَعَةُ بَيْنَ الذَّمِّيِّينَ؛ لِأَنَّ الذَّمِّيَّ غَيْرُ مَمْنُوعٍ عَنْ تَمْلِيكِ الْخَمْرِ وَتَمْلِكِهَا. وَهَذَا بِخِلَافِ الرَّبَا؛ لِأَنَّهُ مُسْتَنْتَى عَنْ عُقُودِهِمْ، وَبِخِلَافِ الْعَبْدِ الْمُرْتَدِّ يَكُونُ لِلذَّمِّيِّ؛ لِأَنَّا مَا ضَمِنَّا لَهُمْ تَرَكَ التَّعَرُّضَ لَهُ لَمَّا فِيهِ مِنَ الْاسْتِخْفَافِ بِالذِّينِ، وَبِخِلَافِ مَتْرُوكِ التَّسْمِيَةِ عَامِدًا إِذَا كَانَ لَمْ يُبِيحْهُ؛ لِأَنَّ وَلَايَةَ الْمَحَاجَةِ ثَابِتَةٌ.

الشرح:

(فصل في غصب ما لا يتقوّم): لَمَّا فَرَعَ مِنْ بَيَانِ مَا هُوَ الْأَصْلُ وَهُوَ غَضَبُ مَا يَتَقَوَّمُ لِتَحْقِيقِ الْعَصَبِ فِيهِ حَقِيقَةً بَيْنَ غَضَبِ مَا لَا يَتَقَوَّمُ بِاعْتِبَارِ عَرَضِيَّةِ أَنْ يَصِيرَ مُتَقَوِّمًا

إِمَّا بِاعْتِبَارِ دِيَانَةِ الْمُعْصُوبِ مِنْهُ بِتَقْوَمِهِ أَوْ بِتَغْيِيرِهِ فِي نَفْسِهِ إِلَى التَّقْوِيمِ (قَالَ: وَإِنْ أُلْتَفَ الْمُسْلِمُ خَمَرَ الذَّمِّيِّ أَوْ خَنْزِيرَهُ إلَخ) هَذِهِ الْمَسْأَلَةُ عَلَى أَرْبَعَةِ أَوْجُهٍ: إِتْلَافُ الْمُسْلِمِ خَمَرَ الْمُسْلِمِ. وَإِتْلَافُ الذَّمِّيِّ خَمَرَ الْمُسْلِمِ، وَإِتْلَافُ الذَّمِّيِّ خَمَرَ الذَّمِّيِّ، وَإِتْلَافُ الْمُسْلِمِ خَمَرَ الذَّمِّيِّ. وَلَا ضَمَانَ عَلَى الْمُتْلِفِ فِي الْأَوَّلَيْنِ بِالْإِجْمَاعِ. وَأَمَّا فِي الْآخَرَيْنِ فَعَلَيْهِ الضَّمَانُ عِنْدَنَا خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ. وَعَلَى هَذَا الْخِلَافِ إِذَا بَاعَهَا الذَّمِّيُّ مِنَ الذَّمِّيِّ جَازَ الْبَيْعُ عِنْدَنَا خِلَافًا لَهُ.

قَالَ (سَقَطَ تَقْوَمُهَا فِي حَقِّ الْمُسْلِمِ بِلَا خِلَافٍ فَكَذًا فِي حَقِّ الذَّمِّيِّ لِأَنَّهُمْ أَتْبَاعُ لَنَا فِي الْأَحْكَامِ) قَالَ ﷺ: «إِذَا قِيلُوا عَقِدَ الذَّمِّيُّ فَأَعْلَمُوهُمْ أَنَّ لَهُمْ مَا لِلْمُسْلِمِينَ وَعَلَيْهِمْ مَا عَلَى الْمُسْلِمِينَ» أَوْ إِذَا سَقَطَ تَقْوَمُهَا (فَلَا يَجِبُ بِإِتْلَافِهَا مَالٌ مُتَقَوِّمٌ وَهُوَ الضَّمَانُ) أَيْ مَا يَضْمَنُ بِهِ (وَلَنَا أَنَّ التَّقْوِمَ بَاقٍ فِي حَقِّهِمْ، إِذِ الْخَمْرُ لَهُمْ كَالْخَلِّ وَالْخَنْزِيرُ عَنْدهُمْ كَالشَّاةِ عِنْدَنَا) ذَلَّ عَلَى قَوْلِ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ حِينَ سَأَلَ عَمَّا لَهُ: مَاذَا تَصْنَعُونَ بِمَا يَمُرُّ بِهِ أَهْلُ الذِّمَّةِ مِنَ الْخُمُورِ؟ فَقَالُوا: نَعْشِرُهَا، قَالَ: لَا تَفْعَلُوا، وَلَوْهُمْ يَبِيعُهَا وَخَذُوا الْعُشْرَ مِنْ أَثْمَانِهَا، فَقَدْ جَعَلَهَا مَالًا مُتَقَوِّمًا فِي حَقِّهِمْ حَيْثُ جَوَزَ يَبِيعُهَا وَأَمَرَ بِأَخْذِ الْعُشْرِ مِنْ ثَمَنِهَا وَلَمْ يَفْعَلْ ذَلِكَ إِلَّا لِتَدْيِئِهِمْ بِذَلِكَ وَنَحْنُ أَمَرْنَا بِأَنْ تَتْرُكَهُمْ وَمَا يَدِينُونَ) يَعْنِي لَا تُجَادِلُهُمْ عَلَى التَّرْكِ (وَالسَّيْفُ مَوْضُوعٌ) يَعْنِي لَا يُجْبَرُونَ عَلَى التَّرْكِ بِالْإِلْزَامِ بِالسَّيْفِ لِعَقْدِ الذِّمَّةِ، وَحِينَئِذٍ تُعْذَرُ الْإِلْزَامُ عَلَى تَرْكِ التَّدْيِئِ فَبَقِيَ التَّقْوِمُ فِي حَقِّهِمْ، وَإِذَا بَقِيَ فَقَدْ وَجَدَ إِتْلَافُ مَالٍ مَمْلُوكٍ مُتَقَوِّمٍ، وَذَلِكَ يُوجِبُ الضَّمَانَ بِالنَّصِّ فَيَضْمَنُهُ، وَتُوقُضَ بِمَا إِذَا مَاتَ الْمَجُوسِيُّ عَنْ ابْنَتَيْنِ أَحَدَاهُمَا امْرَأَتُهُ فَإِنَّهَا لَا تَسْتَحِقُّ بِالزَّوْجِيَّةِ شَيْئًا مِنَ الْمِيرَاثِ مَعَ اعْتِقَادِهِمْ صِحَّةَ ذَلِكَ النِّكَاحِ وَصِحَّةَ النِّكَاحِ تُوجِبُ تَوْرِيثَ الْمَرْأَةِ مِنْ زَوْجِهَا فِي جَمِيعِ الْأَدْيَانِ إِذَا لَمْ يُوجَدْ الْمَانِعُ وَلَمْ يُوجَدْ فِي دِيَانَتِهِمْ ثُمَّ لَمْ تَتْرُكْهُمْ وَمَا يَدِينُونَ.

وَأُجِيبَ بَأَنَّا لَا نُسَلِّمُ أَنَّهُمْ يَعْتَقِدُونَ التَّوْرِيثَ بِأَنْكِحَةِ الْمَحَارِمِ فَلَا بُدَّ لَهُ مِنْ بَيَانِ وَقَوْلُهُ (بِخِلَافِ الْمَيْتَةِ وَالْدِّمِ) جَوَابٌ لِمَقِيسٍ عَلَيْهِ لِلشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ لَمْ يَذْكُرْهُ فِي الْكِتَابِ (لَأَنَّ أَحَدًا مِنْ أَهْلِ الْأَدْيَانِ لَا يَدِينُ تَمَوُّلَهُمَا، إِلَّا أَنَّهُ تُجِبُ قِيمَةُ الْخَمْرِ وَإِنْ كَانَتْ مِثْلِيَّةً) وَتَذَكِيرُ الضَّمِيرِ فِي الْكِتَابِ بِتَأْوِيلِ الشَّرَابِ أَوْ الْمَذْكُورِ (لَأَنَّ الْمُسْلِمَ مَمْنُوعٌ عَنْ تَمْلُكِهِ لِكُونِهِ إِعْزَازًا لَهُ) بِخِلَافِ أَهْلِ الذِّمَّةِ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَمْنُوعِينَ عَنْ

تَمْلِكُهَا وَتَمْلِكُهَا، فَإِنْ جَرَتْ بَيْنَهُمَا مُبَايَعَةٌ جَارَ لَهُمُ التَّمْلِكُ وَالتَّمْلُكُ، وَإِنْ اسْتَهْلَكَهَا بَعْضُهُمْ لِبَعْضٍ جَارَ تَسْلِيمُ مِثْلَهَا وَتَسْلَمُهُ قَوْلُهُ وَهَذَا بِخِلَافِ الرَّبَا مُتَعَلِّقٌ بِقَوْلِهِ لَأَنَّ الذَّمِّيَّ غَيْرُ مَمْنُوعٍ عَنِ تَمْلِكِ تَمْلِكِ الْخَمْرِ، كَذَا قِيلَ. وَالْأَوَّلَى أَنْ يَتَعَلَّقَ بِقَوْلِهِ نَحْنُ أَمَرْنَا أَنْ تَتْرُكَهُمْ وَمَا يَدِينُونَ إِلَى آخِرِهِ لَا تُسَاقُ مَا بَعْدَهُ مِنَ الْعَطْفِ حِينَئِذٍ (وَقَوْلُهُ لِأَنَّهُ مُسْتَشْنَى مِنْ عُقُودِهِمْ) يَعْنِي بَعْدَ الْجَوَازِ لِقَوْلِهِ ﷺ: «أَلَا مَنْ أَرَبَى فَلَيْسَ بَيْنَنَا وَبَيْنَهُ عَهْدٌ» وَذَلِكَ لِأَنَّهُ فَسَقَ مِنْهُمْ لَا تَدِينُ لثُبُوتِ حُرْمَةِ الرَّبَا فِي دِينِهِمْ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿وَأَخَذَهُمُ الرِّبَا وَقَدْ هُبُوا عَنْهُ﴾ [النساء: ١٦١] (وَبِخِلَافِ الْعَبْدِ الْمُرْتَدِّ لِلذَّمِّيِّ) فَإِنَّ الْمُسْلِمَ إِذَا أَثْلَفَهُ لَا يَضْمَنُ شَيْئًا وَإِنْ كَانَ اعْتَقَادُ الذَّمِّيِّ أَنَّ الْعَبْدَ الْمُرْتَدَّ مَالٌ مُتَقَوِّمٌ وَهُوَ أَيْضًا فِي الْحَقِيقَةِ مَقِيسٌ عَلَيْهِ لِلشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ. وَوَجْهُ الْجَوَابِ (أَنَا مَا ضَمَّنَّا لَهُمْ تَرْكُ التَّعَرُّضِ) لِلْعَبْدِ الْمُرْتَدِّ لِلذَّمِّيِّ (لَمَّا فِيهِ) أَيِ فِي تَرْكِ التَّعَرُّضِ (مِنْ) (الاسْتِخْفَافِ بِالذِّينِ) بِالتَّركِ وَالْإِعْرَاضِ عَنْهُ. وَاسْتَشْكَلَ هَذَا التَّغْلِيلُ بِمَا إِذَا أَثْلَفَ عَلَى نَصْرَانِيٍّ صَليبًا فَإِنَّهُ يَضْمَنُ قِيَمَتَهُ صَليبًا، وَفِي تَرْكِ التَّعَرُّضِ اسْتِخْفَافٌ بِالذِّينِ.

وَأُجِيبَ بِأَنَّ ذَلِكَ كُفْرٌ أَصْلِيٌّ، فَالنَّصْرَانِيُّ مُقَرَّرٌ عَلَى ذَلِكَ بِخِلَافِ الْإِرْتِدَادِ (وَقَوْلُهُ بِخِلَافِ مَتْرُوكِ التَّسْمِيَةِ) يَتَعَلَّقُ بِقَوْلِهِ أَمَرْنَا أَنْ تَتْرُكَهُمْ وَمَا يَدِينُونَ: يَعْنِي لَمَّا أَمَرْنَا أَنْ تَتْرُكَ أَهْلَ الذِّمَّةِ عَلَى مَا اعْتَقَدُوهُ مِنَ الْبَاطِلِ وَجَبَ عَلَيْنَا أَنْ تَتْرُكَ أَهْلَ الْاجْتِهَادِ عَلَى مَا اعْتَقَدُوهُ مَعَ اخْتِمَالِ الصَّحَّةِ فِيهِ بِالطَّرِيقِ الْأَوَّلَى. وَحِينَئِذٍ يَجِبُ أَنْ نَقُولَ بِوُجُوبِ الضَّمَانِ عَلَى مَنْ أَثْلَفَ مَتْرُوكِ التَّسْمِيَةِ عَامِدًا لِأَنَّهُ مَالٌ مُتَقَوِّمٌ فِي اعْتِقَادِ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ. وَوَجْهُ الْجَوَابِ مَا قَالَهُ أَنْ وَلَايَةَ الْمُحَاجَّةِ ثَابِتَةٌ، وَالذَّلِيلُ الدَّالُّ عَلَى حُرْمَتِهِ قَائِمٌ فَلَمْ يَتَّعِبْ اعْتِقَادُهُمْ فِي إِجَابِ الضَّمَانِ هَذَا مَا قَالُوهُ. وَلَقَائِلُ أَنْ يَقُولَ: لَا تُسَلِّمُ أَنْ وَلَايَةَ الْمُحَاجَّةِ ثَابِتَةٌ، لِأَنَّ الدَّلِيلَ الدَّالَّ عَلَى تَرْكِ الْمُحَاجَّةِ مَعَ أَهْلِ الذِّمَّةِ دَالٌّ عَلَى تَرْكِهَا مَعَ الْمُجْتَهِدِينَ بِالطَّرِيقِ الْأَوَّلَى عَلَى مَا قَرَّرْتُمْ وَالْجَوَابُ أَنَّ الدَّلِيلَ هُوَ قَوْلُهُ ﷺ: «أَتُرْكُوهُمْ وَمَا يَدِينُونَ» وَكَانَ ذَلِكَ لِعَقْدِ الذِّمَّةِ وَهُوَ مُتَنَفٍّ فِي حَقِّ الْمُجْتَهِدِينَ.

قَالَ (فَإِنْ غَضِبَ مِنْ مُسْلِمٍ خَمْرًا فَخَلَّلَهَا أَوْ جَلَدَ مَيْتَةً فَدَبَّغَهُ فَلصَّاحِبِ الْخَمْرِ أَنْ يَأْخُذَ الْخَلَّ بِغَيْرِ شَيْءٍ وَيَأْخُذَ جِلْدَ الْمَيْتَةِ وَيَرُدَّ عَلَيْهِ مَا زَادَ الدَّبَاغُ فِيهِ)، وَالْمُرَادُ بِالْفَصْلِ الْأَوَّلِ إِذَا خَلَّلَهَا بِالنَّقْلِ مِنَ الشَّمْسِ إِلَى الظِّلِّ وَمِنْهُ إِلَى الشَّمْسِ، وَبِالْفَصْلِ الثَّانِي إِذَا

دَبَّغَهُ بِمَا لَهُ قِيَمَةٌ كَالْقَرَضِ وَالْعَقْصِ وَنَحْوِ ذَلِكَ وَالْفَرْقُ أَنَّ هَذَا التَّخْلِيلَ تَطْهِيرٌ لَهُ بِمَنْزِلَتِهِ غَسَلَ الثُّوبِ النَّجِسِ فَيَبْقَى عَلَى مِلْكِهِ إِذَا لَا تَثَبَّتُ الْمَالِيَّةُ بِهِ وَبِهَذَا الدِّبَاغُ اتَّصَلَ بِالْجِلْدِ مَا لَمْ يُتَقَوَّمْ لِلْغَاصِبِ كَالصَّبْغِ فِي الثُّوبِ فَكَانَ بِمَنْزِلَتِهِ فَلِهَذَا يَأْخُذُ الْخَلُّ بِغَيْرِ شَيْءٍ وَيَأْخُذُ الْجِلْدُ وَيُعْطِي مَا زَادَ الدِّبَاغُ فِيهِ. وَبَيَّانُهُ أَنَّهُ يَنْظَرُ إِلَى قِيَمَتِهِ ذَكِيًّا غَيْرَ مَدْبُوعٍ، وَإِلَى قِيَمَتِهِ مَدْبُوعًا فَيُضْمَنُ فَضْلَ مَا بَيْنَهُمَا، وَلِلْغَاصِبِ أَنْ يَحْبِسَهُ حَتَّى يَسْتَوْفِيَ حَقَّهُ كَحَقِّ الْحَبْسِ فِي الْبَيْعِ.

قَالَ (وَأِنْ اسْتَهْلَكَهُمَا ضَمِنَ الْخَلُّ وَلَمْ يَضْمَنْ الْجِلْدُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: يَضْمَنُ الْجِلْدُ مَدْبُوعًا وَيُعْطِي مَا زَادَ الدِّبَاغُ فِيهِ) وَلَوْ هَلَكَ فِي يَدِهِ لَا يَضْمَنُهُ بِالْإِجْمَاعِ. أَمَّا الْخَلُّ فَلَأَنَّهُ لَمَّا بَقِيَ عَلَى مِلْكِ مَالِكِهِ وَهُوَ مَا لَمْ يُتَقَوَّمْ ضَمِنَهُ بِالْإِتْلَافِ، يَجِبُ مِثْلُهُ؛ لِأَنَّ الْخَلَّ مِنْ ذَوَاتِ الْأَمْثَالِ. وَأَمَّا الْجِلْدُ فَلَهُمَا أَنَّهُ بَاقٍ عَلَى مِلْكِ الْمَالِكِ حَتَّى كَانَ لَهُ أَنْ يَأْخُذَهُ وَهُوَ مَا لَمْ يُتَقَوَّمْ فَيَضْمَنُهُ مَدْبُوعًا بِالْإِسْتِهْلَاكِ وَيُعْطِيهِ الْمَالِكُ مَا زَادَ الدِّبَاغُ فِيهِ كَمَا إِذَا غَصَبَ ثَوْبًا فَصَبَّغَهُ ثُمَّ اسْتَهْلَكَهُ وَيَضْمَنُهُ وَيُعْطِيهِ الْمَالِكُ مَا زَادَ الصَّبْغُ فِيهِ، وَلَأَنَّهُ وَاجِبُ الرَّدِّ، فَإِذَا هَوَّتْهُ عَلَيْهِ خَلْفَهُ قِيَمَتُهُ كَمَا فِي الْمُسْتَعَارِ. وَبِهَذَا فَارَقَ الْهَالِكُ بِنَفْسِهِ. وَقَوْلُهُمَا يُعْطِي مَا زَادَ الدِّبَاغُ فِيهِ مَحْمُولٌ عَلَى اخْتِلَافِ الْجِنْسِ. أَمَّا عِنْدَ اتِّحَادِهِ فَيُطْرَحُ عَنْهُ ذَلِكَ الْقَدَرُ وَيُؤْخَذُ مِنْهُ الْبَاقِي لِعَدَمِ الْفَائِدَةِ فِي الْأَخْذِ مِنْهُ ثُمَّ فِي الرَّدِّ عَلَيْهِ. وَلَهُ أَنَّ التَّقَوُّمَ حَصَلَ بِصَنْعِ الْغَاصِبِ وَصَنْعَتُهُ مُتَقَوِّمَةٌ لِاسْتِعْمَالِهِ مَا لَا مُتَقَوِّمًا فِيهِ، وَلِهَذَا كَانَ لَهُ أَنْ يَحْبِسَهُ حَتَّى يَسْتَوْفِيَ مَا زَادَ الدِّبَاغُ فِيهِ فَكَانَ حَقًّا لَهُ وَالْجِلْدُ تَبَعَ لَهُ فِي حَقِّ التَّقَوُّمِ، ثُمَّ الْأَصْلُ وَهُوَ الصَّنْعَةُ غَيْرُ مَضْمُونٍ عَلَيْهِ فَكَذَا التَّابِعُ، كَمَا إِذَا هَلَكَ مِنْ غَيْرِ صَنْعَةٍ، بِخِلَافِهِ وَجُوبِ الرَّدِّ حَالِ قِيَامِهِ؛ لِأَنَّهُ يَتَبَعَ الْمَلِكَ، وَالْجِلْدُ غَيْرُ تَابِعٍ لِلصَّنْعَةِ فِي حَقِّ الْمَلِكِ لثُبُوتِهِ قَبْلَهَا وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُتَقَوِّمًا، بِخِلَافِ الذَّكِيِّ وَالثُّوبِ؛ لِأَنَّ التَّقَوُّمَ فِيهِمَا كَانَ ثَابِتًا قَبْلَ الدِّبَاغِ وَالصَّبْغِ فَلَمْ يَكُنْ تَابِعًا لِلصَّنْعَةِ، وَلَوْ كَانَ قَائِمًا فَأَرَادَ الْمَالِكُ أَنْ يَتْرَكَهُ عَلَى الْغَاصِبِ فِي هَذَا الْوَجْهِ وَيَضْمَنَهُ قِيَمَتَهُ قِيلَ: لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ؛ لِأَنَّ الْجِلْدَ لَا قِيَمَةَ لَهُ، بِخِلَافِ صَبْغِ الثُّوبِ؛ لِأَنَّ لَهُ قِيَمَةً. وَقِيلَ لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَعِنْدَهُمَا لَهُ ذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ إِذَا تَرَكَهُ عَلَيْهِ وَضَمِنَهُ عَجَزَ الْغَاصِبُ عَنْ رَدِّهِ فَصَارَ كَالِاسْتِهْلَاكِ، وَهُوَ عَلَى هَذَا الْخِلَافِ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ. ثُمَّ قِيلَ: يَضْمَنُهُ قِيَمَةَ جِلْدٍ مَدْبُوعٍ وَيُعْطِيهِ مَا زَادَ الدِّبَاغُ فِيهِ كَمَا فِي الْإِسْتِهْلَاكِ.

وَقِيلَ يُضْمَنُهُ قِيمَتَهُ جِلْدٌ ذَكِيٌّ غَيْرُ مَدْبُوعٍ، وَلَوْ دَبَّغَهُ بِمَا لَا قِيمَةَ لَهُ كَالثَّرَابِ وَالشَّمْسِ فَهُوَ لِلْمَالِكِ بِلَا شَيْءٍ؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ غَسْلِ الثُّوبِ. وَلَوْ اسْتَهْلَكَهُ الْغَاصِبُ يَضْمَنُ قِيمَتَهُ مَدْبُوعًا. وَقِيلَ طَاهِرًا غَيْرُ مَدْبُوعٍ؛ لِأَنَّهُ وَصَفَ الدَّبَاغَةَ هُوَ الَّذِي حَصَلَهُ فَلَا يَضْمَنُهُ وَجْهُ الْأَوَّلِ وَعَلَيْهِ الْأَكْثَرُونَ أَنَّ صِفَةَ الدَّبَاغَةِ تَابِعَةٌ لِلجِلْدِ فَلَا تُفْرَدُ عَنْهُ، وَإِذَا صَارَ الْأَصْلُ مَضْمُونًا عَلَيْهِ فَكَذَا صِفَتُهُ، وَلَوْ خَلَّلَ الْخَمْرُ بِالْقَاءِ الْمَلْحِ فِيهِ قَالُوا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ: صَارَ مِلْكًا لِلْغَاصِبِ وَلَا شَيْءَ لَهُ عَلَيْهِ. وَعِنْدَهُمَا أَخَذَهُ الْمَالِكُ وَأَعْطَى مَا زَادَ الْمَلْحُ فِيهِ بِمَنْزِلَةِ دَبِغِ الْجِلْدِ، وَمَعْنَاهُ هَاهُنَا أَنْ يُعْطِيَ مِثْلَ وَزَنِ الْمَلْحِ مِنَ الْخَلِّ، وَإِنْ أَرَادَ الْمَالِكُ تَرْكَهُ عَلَيْهِ وَتَضْمِينَهُ فَهُوَ عَلَى مَا قِيلَ.

وَقِيلَ فِي دَبِغِ الْجِلْدِ وَلَوْ اسْتَهْلَكَهَا لَا يَضْمَنُهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ خِلَافًا لَهُمَا كَمَا فِي دَبِغِ الْجِلْدِ، وَلَوْ خَلَّلَهَا بِالْقَاءِ الْخَلِّ فِيهِمَا، فَعَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ إِنْ صَارَ خَلًّا مِنْ سَاعَتِهِ يَصِيرُ مِلْكًا لِلْغَاصِبِ وَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ اسْتَهْلَكَ لَهُ وَهُوَ غَيْرُ مُتَقَوِّمٍ، وَإِنْ لَمْ تَصِرْ خَلًّا إِلَّا بَعْدَ زَمَانٍ بَأَن كَانَ الْمُلْقَى فِيهِ خَلًّا قَلِيلًا فَهُوَ بَيْنَهُمَا عَلَى قَدَرِ كُلِيهِمَا؛ لِأَنَّهُ خَلَطَ الْخَلَّ بِالْخَلِّ فِي التَّقْدِيرِ وَهُوَ عَلَى أَصْلِهِ لَيْسَ بِاسْتِهْلَاكِهِ وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ هُوَ لِلْغَاصِبِ فِي الْوَجْهَيْنِ، وَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ نَفْسَ الْخَلَطِ اسْتَهْلَكَ عِنْدَهُ، وَلَا ضَمَانَ فِي الْاسْتِهْلَاكِ؛ لِأَنَّهُ أَتْلَفَ مِلْكَ نَفْسِهِ. وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ لَا يَضْمَنُ بِالْاسْتِهْلَاكِ فِي الْوَجْهِ الْأَوَّلِ لِمَا بَيَّنَّا. وَيَضْمَنُ فِي الْوَجْهِ الثَّانِي؛ لِأَنَّهُ أَتْلَفَ مِلْكَ غَيْرِهِ. وَبَعْضُ الْمَشَايخِ أَجْرُوا جَوَابَ الْكِتَابِ عَلَى إِطْلَاقِهِ أَنَّ لِلْمَالِكِ أَنْ يَأْخُذَ الْخَلَّ فِي الْوُجُوهِ كُلِّهَا بِغَيْرِ شَيْءٍ؛ لِأَنَّهُ الْمُلْقَى فِيهِ يَصِيرُ مُسْتَهْلَكًا فِي الْخَمْرِ فَلَمْ يَبْقَ مُتَقَوِّمًا. وَقَدْ كَثُرَتْ فِيهِ أَقْوَالُ الْمَشَايخِ وَقَدْ أَثْبَتْنَاهَا فِي كِفَايَةِ الْمُنْتَهَى.

الشرح:

قَالَ (فَإِنْ غَصَبَ مِنْ مُسْلِمٍ خَمْرًا فَخَلَّلَهَا إلخ) مَنْ غَصَبَ مِنْ مُسْلِمٍ خَمْرًا فَخَلَّلَهَا أَوْ جِلْدَ مَيْتَةٍ فَدَبَّغَهُ فَكُلُّ مِنْهَا عَلَى وَجْهَيْنِ، لِأَنَّ التَّخْلِيلَ أَوْ الدَّبَاغَ إِمَّا أَنْ يَكُونَ بِخَلَطِ شَيْءٍ وَبِمَا لَهُ قِيمَةٌ أَوْ لَا، فَإِنْ خُلِّلَ بِغَيْرِ شَيْءٍ بِالثَّقَلِ مِنَ الشَّمْسِ إِلَى الظِّلِّ وَمِنْهُ إِلَيْهَا، أَوْ دُبِغَ بِالْقَرْطِ بِفَتْحَتَيْنِ وَهُوَ وَرَقُ السَّلَمِ وَالْعَفْصِ وَنَحْوَهُمَا، فِيمَا أَنْ يَكُونَ الْخَلُّ وَالْجِلْدُ بَاقِيَيْنِ أَوْ لَا، فَإِنْ كَانَا بَاقِيَيْنِ أَخَذَ الْمَالِكُ الْخَلَّ بِلَا شَيْءٍ وَأَخَذَ الْجِلْدَ وَرَدَّ عَلَيْهِ مَا زَادَ الدَّبَاغُ فِيهِ.

وَطَرِيقُ عِلْمِهِ أَنْ يَنْظُرَ إِلَى قِيَمَتِهِ ذَكِيًّا غَيْرَ مَذْبُوغٍ وَإِلَى قِيَمَتِهِ مَذْبُوغًا فَيَضْمَنُ فَضْلَ مَا بَيْنَهُمَا، وَلِلْغَاصِبِ أَنْ يَحْبِسَهُ حَتَّى يَسْتَوْفِيَ حَقَّهُ كَحَقِّ الْحَبْسِ فِي الْمَبِيعِ، وَالْفَرْقُ بَيْنَ الْمَسْأَلَتَيْنِ مَا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ وَهُوَ تَيَّرٌ وَإِنْ لَمْ يَكُونَا بَاقِيَيْنِ، فَإِنْ اسْتَهْلَكَهُمَا الْغَاصِبُ ضَمِنَ الْحُلَّ وَلَمْ يَضْمَنْ الْجِلْدَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ (رحمته الله)، قَالَا: يَضْمَنُ الْجِلْدَ مَذْبُوغًا وَيُعْطِي مَا زَادَ الدِّبَاغُ فِيهِ، وَإِنْ هَلَكَ فِي يَدِهِ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ بِالْإِجْمَاعِ، وَالْمُجْمَعُ عَلَيْهِ لَا يَحْتَاجُ إِلَى دَلِيلٍ لَأَنَّ دَلِيلَهُ الْإِجْمَاعُ فَلِهَذَا لَمْ يَذْكُرْهُ الْمُصَنِّفُ، وَالْبَيِّنَةُ عَلَى ذَلِكَ أَنَّهُ إِنْ ضَمِنَ فَلَا وَجْهَ لَضَمَانِ قِيَمَتِهِ يَوْمَ الْعَصَبِ حَيْثُ لَمْ يَكُنْ لَهُ قِيَمَةٌ يَوْمَئِذٍ، وَلَا لَضَمَانِ قِيَمَتِهِ يَوْمَ الْهَلَاكِ لِأَنَّهُ لَا يَجِبُ إِلَّا بِفِعْلِ مَوْصُوفٍ بِالتَّعَدِّيِّ وَالْفَرْضُ عَدَمُهُ (وَقَوْلُهُ أَمَّا الْحُلُّ) دَلِيلُ صُورَةِ الاسْتِهْلَاكِ وَهُوَ ظَاهِرٌ (وَأَمَّا الْجِلْدُ فَلَهُمَا أَنَّهُ بَاقٍ عَلَى مَلِكِ الْمَالِكِ حَتَّى كَانَ لَهُ أَنْ يَأْخُذَهُ).

قَالَ الْقُدُورِيُّ: يَعْنِي إِذَا غَصَبَ الْجِلْدَ مِنْ مَثَرَةٍ، فَأَمَّا إِذَا أَلْقَاهُ صَاحِبُهُ فِي الطَّرِيقِ فَأَخَذَهُ رَجُلٌ فَدَبَعَهُ فَلَيْسَ لِلْمَالِكِ أَنْ يَأْخُذَهُ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ لَهُ أَنْ يَأْخُذَهُ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ أَيْضًا. وَإِذَا كَانَ بَاقِيًا عَلَى مَلِكِهِ (وَهُوَ مَالٌ مُتَقَوِّمٌ) وَقَدْ اسْتَهْلَكَهُ (يَضْمَنُهُ وَيُعْطِيهِ الْمَالِكُ مَا زَادَ الدِّبَاغُ فِيهِ إِذَا غَصَبَ ثَوْبًا فَصَبَّغَهُ ثُمَّ اسْتَهْلَكَهُ يَضْمَنُهُ وَيُعْطِيهِ الْمَالِكُ مَا زَادَ الصَّبْغُ فِيهِ) وَفِيهِ نَظَرٌ، لِأَنَّ نَفْسَ الْغَصْبِ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ يُوجِبُ الضَّمَانَ بِخِلَافِ الْمُتَنَازَعِ فِيهِ (قَوْلُهُ وَلَئِنَّهُ وَاجِبُ الرَّدِّ) دَلِيلٌ آخَرُ. وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ الْجِلْدَ لَوْ كَانَ قَائِمًا وَجَبَ عَلَى الْغَاصِبِ رَدُّهُ، فَإِذَا قَوَّتِ الرَّدُّ خَلَفَهُ قِيَمَتُهُ كَمَا فِي الْمُسْتَعَارِ يَضْمَنُ بِالِاسْتِهْلَاكِ لَا الْهَلَاكِ، وَبِهَذَا فَارَقَ الْهَلَاكَ بِنَفْسِهِ لِأَنَّهُ لَا تَقْوِيَتَ مِنْهُ هُنَاكَ.

قَالَ الْإِمَامُ فَخْرُ الْإِسْلَامِ رَحِمَهُ اللَّهُ وَغَيْرُهُ فِي شُرُوحِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ: قَوْلُهُمَا يُعْطِي مَا زَادَ الدِّبَاغُ فِيهِ مَحْمُولٌ عَلَى اخْتِلَافِ الْجِنْسِ: يَعْنِي أَنَّ الْقَاضِيَ قَوْمَ الْجِلْدِ بِالذَّرَاهِمِ وَالدِّبَاغُ بِالدَّنَانِيرِ، فَيَضْمَنُ الْغَاصِبُ الْقِيَمَةَ وَيَأْخُذُ مَا زَادَ الدِّبَاغُ، أَمَّا إِذَا قَوْمَهُمَا بِالذَّرَاهِمِ أَوْ بِالدَّنَانِيرِ فَيُطْرَحُ عَنْهُ ذَلِكَ الْقَدْرُ وَيُؤْخَذُ مِنْهُ الْبَاقِي لِعَدَمِ الْفَائِدَةِ فِي الْأَخْذِ مِنْهُ ثُمَّ فِي الرَّدِّ عَلَيْهِ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَا تُسَلَّمُ أَنَّ الْجِلْدَ مَالٌ مُتَقَوِّمٌ بِنَفْسِهِ، وَإِنَّمَا حَصَلَ لَهُ التَّقَوُّمُ بِصَنْعَةِ الْغَاصِبِ وَصَنْعَتُهُ مُتَقَوِّمَةٌ لِاسْتِعْمَالِهِ مَا لَا مُتَقَوِّمًا فِيهِ، وَلِهَذَا كَانَ لَهُ أَنْ يَحْبِسَهُ حَتَّى يَسْتَوْفِيَ مَا زَادَ الدِّبَاغُ، فَكَانَ التَّقَوُّمُ حَقًّا لِلْغَاصِبِ

وَكَانَ الْجِلْدُ تَابِعًا لَصَنْعَةِ الْعَاصِبِ فِي حَقِّ التَّقْوَمِ، ثُمَّ الْأَصْلُ وَهُوَ الصَّنْعَةُ غَيْرُ مَضْمُونٍ عَلَيْهِ فَكَذَا التَّابِعُ لئَلَّا يَلْزَمَ مُخَالَفَةُ التَّبَعِ أَصْلَهُ، كَمَا إِذَا هَلَكَ مِنْ غَيْرِ صَنْعَةٍ فَإِنَّ عَدَمَ الضَّمَانِ هُنَاكَ بِاعْتِبَارِ أَنَّ الْأَصْلَ وَهُوَ الصَّنْعَةُ غَيْرُ مَضْمُونٍ فَكَذَلِكَ الْجِلْدُ، وَإِلَّا فَالْعَصَبُ مُوجِبٌ لِلضَّمَانِ فِي الْهَلَاكِ وَالِاسْتِهْلَاكِ (قَوْلُهُ بِخِلَافِ الرَّدِّ الْخ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِمَا وَلَئِنَّهُ وَاجِبُ الرَّدِّ، وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ وَجُوبَ الرَّدِّ حَالُ قِيَامِهِ لِأَنَّهُ يَتَّبِعُ الْمَلِكَ، وَالْجِلْدُ غَيْرُ تَابِعٍ لِلصَّنْعَةِ فِي حَقِّ الْمَلِكِ لِثُبُوتِهِ قَبْلَهَا وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُتَقَوِّمًا وَالْحَاصِلُ أَنَّ الضَّمَانَ يَعْتَمِدُ التَّقْوَمُ وَالْأَصْلُ فِيهِ الصَّنْعَةُ وَهِيَ غَيْرُ مَضْمُونَةٍ فَكَذَا مَا يَتَّبِعُهَا وَالرَّدُّ يَعْتَمِدُ الْمَلِكَ وَالْجِلْدُ فِيهِ أَصْلٌ لَا تَابِعَ فَوَجِبَ رَدُّهُ وَتَتَّبَعُهُ الصَّنْعَةُ.

قَوْلُهُ (بِخِلَافِ الذَّكِيِّ وَالتَّوْبِ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِمَا كَمَا إِذَا غَصَبَ تَوْبًا وَأَقْحَمَ الذَّكِيَّ اسْتَظْهَرَا لِأَنَّ التَّقْوَمَ فِيهِمَا: أَيْ فِي الذَّكِيِّ وَالتَّوْبِ كَانَ ثَابِتًا قَبْلَ الدَّفْعِ وَالصَّبْغِ فَلَمْ يَكُنْ تَابِعًا لِلصَّنْعَةِ، وَالتَّقْوَمُ يُوجِبُ الضَّمَانَ (وَلَوْ كَانَ) الْجِلْدُ (قَائِمًا فَأَرَادَ الْمَالِكُ أَنْ تَرُكُهُ عَلَى الْعَاصِبِ فِي هَذَا الْوَجْهِ) أَيْ الَّذِي كَانَ الدَّبَاغُ فِيهِ بِشَيْءٍ مُتَقَوِّمٍ (وَيُضَمَّنُهُ قِيمَتُهُ قِيلَ لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ) بِلَا خِلَافٍ (لَأَنَّ الْجِلْدَ لَا قِيمَةَ لَهُ، بِخِلَافِ صَبْغِ التَّوْبِ لِأَنَّ لَهُ قِيمَةً.

وَقِيلَ لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ، وَعِنْدَهُمَا لَهُ ذَلِكَ) وَقَوْلُهُ (لَئِنَّهُ إِذَا تَرُكَهُ) دَلِيلٌ أَنَّ فِي الْمَسْأَلَةِ خِلَافًا لَا دَلِيلَ الْمُخَالَفِينَ. وَوَجْهُ ذَلِكَ إِذَا تَرَكَ الْجِلْدَ عَلَى الْعَاصِبِ وَضَمَّنَهُ عَجَزَ الْعَاصِبُ عَنْ رَدِّهِ فَصَارَ كَالِاسْتِهْلَاكِ، وَهُوَ أَيْ الْاسْتِهْلَاكِ عَلَى هَذَا الْخِلَافِ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ آتِفًا، وَفِيهِ نَظَرٌ لِأَنَّ الْعَجْزَ فِي الْاسْتِهْلَاكِ لِأَمْرِ مِنْ جِهَةِ الْعَاصِبِ وَفِيمَا تَرُكُهُ وَضَمَّنَهُ الْقِيمَةَ مِنْ جِهَةِ الْمَالِكِ، وَلَا يَلْزَمُ مِنْ جَوَازِ التَّضْمِينِ فِي صُورَةٍ تَعْدَى فِيمَا الْعَاصِبُ جَوَازَهُ فِيمَا لَيْسَ كَذَلِكَ. ثُمَّ اخْتَلَفَ فِي كَيْفِيَّةِ الضَّمَانِ عَلَى قَوْلِهِمَا فَقِيلَ يُضَمَّنُهُ قِيمَةُ جِلْدِ مَدْبُوعٍ وَيُعْطِيهِ مَا زَادَ الدَّبَاغُ فِيهِ كَمَا فِي صُورَةِ الْاسْتِهْلَاكِ. وَقِيلَ قِيمَةُ جِلْدِ ذَكِيٍّ غَيْرِ مَدْبُوعٍ، هَذَا كُلُّهُ إِذَا دُبِغَ بِمَا لَهُ قِيمَةٌ وَخُلِلَ بِغَيْرِ خَلْطِ شَيْءٍ أَمَّا إِذَا دَبَّعَهُ بِمَا لَا قِيمَةَ لَهُ كَالْتُّرَابِ وَالشَّمْسِ فَهُوَ لِصَاحِبِهِ بِلا شَيْءٍ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ غَسْلِ التَّوْبِ وَهُوَ لَا يُزِيلُ مِلْكَ الْمَالِكِ.

وَلَوْ اسْتَهْلَكَهُ الْعَاصِبُ ضَمِنَ قِيمَتَهُ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا لِأَنَّهُ صَارَ مَالًا عَلَى مَلِكٍ صَاحِبِهِ وَلَا حَقَّ لِلْعَاصِبِ فِيهِ، فَكَانَتْ الْمَالِيَّةُ وَالتَّقْوَمُ جَمِيعًا حَقَّ الْمَالِكِ فَيُضْمَنُ

بِالاسْتِهْلَاكِ. وَاخْتَلَفُوا فِي كَيْفِيَةِ الضَّمَانِ فَقِيلَ: ضَمِنَ قِيَمَتَهُ مَدْبُوعًا، وَقِيلَ طَاهِرًا غَيْرَ مَدْبُوعٍ. وَقَدْ ذُكِرَ وَجْهُ الْقَوْلَيْنِ فِي الْكِتَابِ وَهُوَ ظَاهِرٌ. وَإِذَا خَلَّلَ الْخَمْرَ بِالْقَاءِ الْمِلْحِ فِيهِ قَالَ الْمَشَايخُ رَحِمَهُمُ اللَّهُ: صَارَ الْخَلُّ مِلْكًا لِلْعَاصِبِ، وَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ. وَعِنْدَهُمَا أَخَذَهُ الْمَالِكُ وَأَعْطَى مَا زَادَ الْمِلْحُ فِيهِ كَمَا فِي دِبَاغِ الْجِلْدِ. وَقَوْلُهُ (قَالُوا) يُشِيرُ إِلَى أَنَّ ثَمَّةَ قَوْلًا آخَرَ، وَهُوَ مَا قِيلَ إِنَّ هَذَا وَالْأَوَّلَ سَوَاءٌ لِأَنَّ الْمِلْحَ مُسْتَهْلَكًا فِيهِ فَلَا يُعْتَبَرُ، وَبَاقِي كَلَامِهِ ظَاهِرٌ سِوَى أَلْفَاظٍ يُشِيرُ إِلَيْهَا قَوْلُهُ (فَهُوَ عَلَى مَا قِيلَ وَقِيلَ) بِتَكَرُّرِ قِيلَ إِشَارَةً إِلَى الْقَوْلَيْنِ الْمَذْكُورَيْنِ فِي دِبَاغِ الْجِلْدِ، وَهُوَ مَا ذَكَرَهُ بِقَوْلِهِ وَلَوْ كَانَ قَائِمًا فَأَرَادَ الْمَالِكُ، إِلَى أَنْ قَالَ: قِيلَ لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ، وَقِيلَ لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله وَقَوْلُهُ (وَهُوَ عَلَى أَصْلِهِ لَيْسَ بِاسْتِهْلَاكِ) أَيُّ أَصْلٍ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ، فَإِنَّ أَصْلَهُ وَهُوَ قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَيْضًا أَنَّ خَلَطَ الشَّيْءِ بِجَنْسِهِ لَيْسَ بِاسْتِهْلَاكِ عِنْدَهُمَا وَحِينَئِذٍ كَانَ الْخَلُّ مُشْتَرَكًا بَيْنَهُمَا، فَإِذَا أَثْلَفَهُ فَقَدْ أَثْلَفَ حَقَّ نَفْسِهِ وَغَيْرِهِ فَيَضْمَنُ خَلًّا مِثْلَ خَلِّ الْمَعْصُوبِ مِنْهُ. وَقَوْلُهُ (هُوَ لِلْعَاصِبِ فِي الْوَجْهَيْنِ) يَعْنِي مَا إِذَا صَارَتْ خَلًّا مِنْ سَاعَتِهِ أَوْ بَعْدَ زَمَانٍ، وَقَوْلُهُ (أَجْرُوا جَوَابَ الْكِتَابِ) يَعْنِي الْجَامِعَ الصَّغِيرَ وَهُوَ قَوْلُهُ لَصَاحِبِ الْخَمْرِ أَنْ يَأْخُذَ الْخَلَّ بِغَيْرِ شَيْءٍ وَمَعْنَاهُ أَنْ بَعْضُهُمْ حَمَلُوهُ عَلَى الْوَجْهِ الْأَوَّلِ وَهُوَ التَّخْلِيلُ بِغَيْرِ شَيْءٍ كَمَا تَقَدَّمَ، وَبَعْضُهُمْ أَجْرُوهُ عَلَى إِطْلَاقِهِ وَقَالُوا لِلْمَالِكِ أَنْ يَأْخُذَ الْخَلَّ فِي الْوُجُوهِ كُلِّهَا، وَهِيَ التَّخْلِيلُ بِغَيْرِ شَيْءٍ وَالتَّخْلِيلُ بِالْقَاءِ الْمِلْحِ وَالتَّخْلِيلُ بِصَبِّ الْخَلِّ فِيهِ لِأَنَّ الْمُلْقَى فِيهِ يَصِيرُ مُسْتَهْلَكًا فِي الْخَمْرِ فَلَمْ يَبْقَ مُتَقَوِّمًا.

قَالَ (وَمَنْ كَسَرَ لِمُسْلِمٍ بَرِيْطًا أَوْ طَبْلًا أَوْ مِزْمَارًا أَوْ دُفًّا أَوْ أَرَاقَ لَهُ سَكْرًا أَوْ مُنْصَفًا فَهُوَ ضَامِنٌ، وَبِيعَ هَذِهِ الْأَشْيَاءُ جَائِزٌ) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: لَا يَضْمَنُ وَلَا يَجُوزُ بَيْعُهَا. وَقِيلَ الْاِخْتِلَافُ فِي الدُّفِّ وَالطَّبْلِ الَّذِي يُضْرَبُ لِلَّهِو. فَأَمَّا طَبْلُ الْغُرَّةِ وَالدُّفُّ الَّذِي يُبَاحُ ضَرْبُهُ فِي الْعُرْسِ يَضْمَنُ بِالْإِتْلَافِ مِنْ غَيْرِ خِلَافٍ. وَقِيلَ الْفَتَوَى فِي الضَّمَانِ عَلَى قَوْلِهِمَا. وَالسُّكْرُ اسْمٌ لِلْنِّبِيِّ مِنْ مَاءِ الرُّطْبِ إِذَا اشْتَدَّ. وَالْمُنْصَفُ مَا ذَهَبَ نِصْفُهُ بِالطَّبْخِ. وَفِي الْمَطْبُوحِ أَدْنَى طَبْخَةٍ وَهُوَ الْبَادِقُ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَوَاتَانِ فِي التَّضْمِينِ وَالْبَيْعِ. لَهُمَا أَنَّ هَذِهِ الْأَشْيَاءَ أَعِدَّتْ لِلْمَعْصِيَةِ فَبَطُلَ تَقَوُّمُهَا كَالْخَمْرِ، وَلَأَنَّهُ فَعَلَ مَا فَعَلَ أَمِيرًا بِالْمَعْرُوفِ وَهُوَ بِأَمْرِ الشَّرْعِ فَلَا يَضْمَنُهُ كَمَا إِذَا فَعَلَ بِإِذْنِ الْإِمَامِ. وَلَا أَبِي

حَنِيفَةً أَنَّهَا أَمْوَالٌ لِصَلَاحِيَّتِهَا لِمَا يَحِلُّ مِنْ وَجْهِ الْإِنْتِفَاعِ وَإِنْ صَلَحَتْ لِمَا لَا يَحِلُّ فَصَارَ كَالْأَمَةِ الْمُغْنِيَةِ.

وهذا؛ لأنَّ الفسادَ بفعلِ فاعِلٍ مُخْتَارٍ فَلَا يُوجِبُ سَقُوطَ التَّقْوَمِ، وَجَوَازُ الْبَيْعِ وَالتَّضْمِينِ مُرْتَبَانِ عَلَى الْمَالِيَّةِ وَالتَّقْوَمِ وَالْأَمْرُ بِالْمَعْرُوفِ بِالْيَدِ إِلَى الْأَمْوَالِ لِقُدْرَتِهِمْ وَبِاللِّسَانِ إِلَى غَيْرِهِمْ، وَتَجِبُ قِيَمَتُهَا غَيْرُ صَالِحَةٍ لِلْهُوَ كَمَا فِي الْجَارِيَةِ الْمُغْنِيَةِ وَالْكَبْشِ النَّطُوحِ وَالْحَمَامَةِ الطَّيَّارَةِ وَالْدِّيكِ الْمُقَاتِلِ وَالْعَبْدِ الْخَصِيِّ تَجِبُ الْقِيَمَةُ غَيْرُ صَالِحَةٍ لِهَذِهِ الْأُمُورِ، كَذَا هَذَا، وَفِي السَّكْرِ وَالْمَنْصَفِ تَجِبُ قِيَمَتُهُمَا، وَلَا يَجِبُ الْمِثْلُ؛ لِأَنَّ الْمُسْلِمَ مَمْنُوعٌ عَنِ تَمَلُّكِ عَيْنِهِ وَإِنْ كَانَ لَوْ فَعَلَ جَازَ، وَهَذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا أَلْتَفَ عَلَى نَصْرَانِيٍّ صَلِيحًا حَيْثُ يَضْمَنُ قِيَمَتَهُ صَلِيحًا؛ لِأَنَّهُ مُقَرَّرٌ عَلَى ذَلِكَ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ كَسَرَ لِمُسْلِمٍ بَرَبْطًا أَوْ طَبْلًا) قَالَ فِي جَامِعِ الصَّغِيرِ: وَمَنْ كَسَرَ لِمُسْلِمٍ بَرَبْطًا وَهُوَ آلَةٌ مِنْ آلَاتِ الطَّرَبِ وَالطَّبْلُ وَالْمِزْمَارُ وَالذَّفُّ مَعْرُوفَةٌ. وَقَوْلُهُ (أَهْرَاقَ لَهُ سَكْرًا) أَيَّ صَبَّهُ، يُقَالُ فِيهِ هَرَّاقُ يُهَرِّقُ بِتَحْرِيكِ الْهَاءِ، وَأَهْرَاقُ يُهَرِّقُ بِسُكُونِهَا، وَالْهَاءُ فِي الْأَوَّلِ بَدَلٌ عَنِ الْهَمْزَةِ وَفِي الثَّانِي زَائِدَةٌ، وَكَلَامُهُ إِلَى آخِرِهِ ظَاهِرٌ لَا يَحْتَاجُ إِلَى شَرْحٍ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

قَالَ (وَمَنْ غَضَبَ أُمَّ وَلَدٍ أَوْ مُدْبِرَةً فَمَاتَتْ فِي يَدِهِ ضَمِنَ قِيَمَةَ الْمُدْبِرَةِ وَلَا يَضْمَنُ قِيَمَةَ أُمِّ الْوَلَدِ) عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: يَضْمَنُ قِيَمَتَهُمَا؛ لِأَنَّ مَالِيَةَ الْمُدْبِرَةِ مُتَقَوِّمَةٌ بِالْإِتِّفَاقِ، وَمَالِيَةُ أُمِّ الْوَلَدِ غَيْرُ مُتَقَوِّمَةٍ عِنْدَهُ، وَعِنْدَهُمَا مُتَقَوِّمَةٌ، وَالْأَدَلُّ ذِكْرُهَا فِي كِتَابِ الْعَتَاقِ مِنْ هَذَا الْكِتَابِ. وَاللَّهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

كتاب الشفعة

الشفعة مشتقة من الشفع وهو الضم، سُميت بها لما فيها من ضم المشتراة إلى عقار الشفيع.

الشرح:

(كتاب الشفعة): وجه مناسبة الشفعة بالعصب تملك الإنسان مال غيره بلا رضاه في كل منهما. والحق تقديمها عليه لكونها مشروعة دونه، لكن توفر الحاجة إلى معرفته للاختراز مع كثرتهم بكثرة أسبابه من الاستحقاق في البياعات والأشربة والإجارات والشركات والمزارعات أوجب تقديمها. وسببها اتصال ملك الشفيع بملك المشتري. وشرطها كون المبيع عقاراً وهي مشتقة من الشفع وهو الضم، سُميت بها لما فيها من ضم المشتراة إلى عقار الشفيع. وفي الشريعة عبارة عن تملك المرء ما اتصل بعقاره من العقار على المشتري بشركة أو جوار.

قال (الشفعة واجبة للخليط في نفس المبيع ثم للخليط في حق المبيع كالشرب والطريق ثم للجار) أفاد هذا اللفظ ثبوت حق الشفعة لكل واحد من هؤلاء وأفاد الترتيب، أما الثبوت فلقوله عليه الصلاة والسلام: «الشفعة لشريك لم يقاسم»^(١) ولقوله عليه الصلاة والسلام: «جار الدار أحق بالدار والأرض، ينتظر له وإن كان غائباً إذا كان طريقهما واحداً»^(٢) ولقوله عليه الصلاة والسلام: «الجار أحق بسقيه، قيل يا رسول الله ما سقيه؟ قال شفعتُهُ» ويروى: «الجار أحق بشفعته»^(٣). وقال الشافعي لا شفعة بالجوار لقوله عليه الصلاة والسلام: «الشفعة فيما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطريق فلا شفعة»^(٤) ولأن حق الشفعة معدول به عن سنن القياس لما فيه من

(١) قال الزيلعي في نصب الراية (٤/٤٢٢): غريب.

(٢) الحديث مركب من حديثين، فأخرج صدر الحديث أبو داود (٣٥١٧)، والترمذي (١٣٦٨)، وأحمد (٤/٣٨٨، ٣٩٠، ٨/٥، ١٢)، وأخرج عجزه أبو داود (٣٥١٨)، والترمذي (١٣٦٩)، والنسائي (٤٣٨٧)، وابن ماجه (٢٤٩٤)، وانظر نصب الراية (٤/٤٢٣).

(٣) أخرجه البخاري في الشفعة باب ٢، وأبو داود (٣٥١٦)، والنسائي في الكبرى (٦٣٠١)، وانظر نصب الراية (٤/٤٢٤).

(٤) أخرجه البخاري في الشفعة باب ١، وانظر نصب الراية (٤/٤٢٥).

تَمَلَّكَ الْمَالُ عَلَى الْغَيْرِ مِنْ غَيْرِ رِضَا، وَقَدْ وَرَدَ الشَّرْعُ بِهِ فِيمَا لَمْ يُقَسَم، وَهَذَا لَيْسَ فِي مَعْنَاهُ؛ لِأَنَّ مُؤَنَّةَ الْقِسْمَةِ تَلْزِمُهُ فِي الْأَصْلِ دُونَ الْفَرْعِ، وَلَنَّا مَا رَوَيْنَا، وَلِأَنَّ مِلْكَهُ مُتَّصِلٌ بِمِلْكِ الدَّخِيلِ اتِّصَالًا تَأْبِيدٌ وَقَرَارٌ فَيَثْبُتُ لَهُ حَقُّ الشَّفْعَةِ عِنْدَ وُجُودِ الْمُعَاوَضَةِ بِالْمَالِ اعْتِبَارًا بِمُورِدِ الشَّرْعِ، وَهَذَا لِأَنَّ الْإِتِّصَالَ عَلَى هَذِهِ الصِّفَةِ إِنَّمَا انْتَصَبَ سَبَبًا فِيهِ لِدَفْعِ ضَرَرِ الْجَوَارِ، إِذْ هُوَ مَادَّةُ الْمَضَارِّ عَلَى مَا عُرِفَ، وَقَطَعَ هَذِهِ الْمَادَّةُ بِتَمَلُّكِ الْأَصْلِ أَوَّلَى؛ لِأَنَّ الضَّرَرَ فِي حَقِّهِ يَزَاعَجُهُ عَنْ خَطْئِهِ آبَاءُهُ أَهْوَى، وَضُرَرُ الْقِسْمَةِ مَشْرُوعٌ لَا يَصْلُحُ عَلَتُهُ لَتَحْقِيقِ ضَرَرٍ غَيْرِهِ.

وَأَمَّا التَّرْتِيبُ فَلَقَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «الشَّرِيكَ أَحَقُّ مِنَ الْخَلِيطِ، وَالْخَلِيطُ أَحَقُّ مِنَ الشَّفِيعِ»^(١) فَالشَّرِيكَ فِي نَفْسِ الْمَبِيعِ وَالْخَلِيطُ فِي حُقُوقِ الْمَبِيعِ وَالشَّفِيعُ هُوَ الْجَارُ. وَلِأَنَّ الْإِتِّصَالَ بِالشَّرِكَةِ فِي الْمَبِيعِ أَهْوَى؛ لِأَنَّهُ فِي كُلِّ جُزْءٍ، وَبَعْدَهُ الْإِتِّصَالُ فِي الْحُقُوقِ؛ لِأَنَّهُ شَرِكَةٌ فِي مَرَافِقِ الْمَلِكِ، وَالتَّرْجِيحُ يَتَحَقَّقُ بِقُوَّةِ السَّبَبِ، وَلِأَنَّ ضَرَرَ الْقِسْمَةِ إِنْ لَمْ يَصْلُحْ عَلَتُهُ صَلَحَ مُرْجَحًا.

الشرح:

قَالَ (الشَّفْعَةُ وَاجِبَةٌ لِلْخَلِيطِ إلخ) الشَّفْعَةُ وَاجِبَةٌ: أَيُّ ثَابِتَةٌ لِلْخَلِيطِ فِي نَفْسِ الْمَبِيعِ: أَيُّ لِلشَّرِيكَ ثُمَّ لِلْخَلِيطِ فِي حَقِّهِ كَالشَّرَابِ وَالطَّرِيقِ، ثُمَّ لِلجَارِ: يَعْنِي الْمُلَاصِقَ. قَالَ الْمُصَنِّفُ رَحِمَهُ اللَّهُ (أَفَادَ هَذَا اللَّفْظُ ثُبُوتَ حَقِّ الشَّفْعَةِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْ هَؤُلَاءِ وَأَفَادَ التَّرْتِيبَ، وَالِدَّلِيلُ عَلَى الْأَوَّلِ مَا رُوِيَ عَنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ: «الشَّفْعَةُ لِشَرِيكَ لَمْ يُقَاسِمِ») أَيُّ ثُبُوتُ الشَّفْعَةِ لِلشَّرِيكَ إِذَا كَانَتْ الدَّارُ مُشْتَرَكَةً فَبَاعَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ نَصِيبَهُ قَبْلَ الْقِسْمَةِ، أَمَّا إِذَا بَاعَ بَعْدَهَا فَلَمْ يَبْقَ لِلشَّرِيكَ الْآخَرِ حَقٌّ لَا فِي الْمَدْخَلِ وَلَا فِي نَفْسِ الدَّارِ فَحِينَئِذٍ لَا شَفْعَةَ وَقَوْلُهُ ﷺ «جَارُ الدَّارِ أَحَقُّ بِالدَّارِ وَالْأَرْضُ يَنْتَظِرُ لَهُ وَإِنْ كَانَ غَائِبًا إِذَا كَانَ طَرِيقَهُمَا وَاحِدًا» وَالْمُرَادُ بِالْجَارِ الشَّرِيكَ فِي حَقِّ الدَّارِ بِدَلِيلِ قَوْلِهِ إِنْ كَانَ طَرِيقَهُمَا وَاحِدًا، وَقَوْلُهُ يَنْتَظِرُ لَهُ وَإِنْ كَانَ غَائِبًا يَعْنِي يَكُونُ عَلَى شَفْعَتِهِ مُدَّةَ غَيْبَتِهِ، إِذْ لَا تَأْثِيرَ لِلْعَبَةِ فِي إِبْطَالِ حَقِّ تَقَرَّرَ سَبَبُهُ. قِيلَ مَعْنَاهُ أَحَقُّ بِهِ عَرْضًا عَلَيْهِ لِلْبَيْعِ؛ أَلَا يَرَى أَنَّهُ فَسَّرَ الْحَقَّ بِالِاتِّظَارِ وَإِنْ كَانَ غَائِبًا. وَأُجِيبَ بِأَنَّهُ ﷺ جَعَلَهُ أَحَقَّ عَلَى

(١) قَالَ الزَّيْلَعِيُّ فِي نَصَبِ الرَّايَةِ (٤/٤٢٦): غَرِيبٌ.

الإطلاق قَبْلَ الْبَيْعِ وَبَعْدَهُ.

وَقَوْلُهُ يَنْتَظَرُ تَفْسِيرٌ لِبَعْضِ مَا شَمَلَهُ كَلِمَةُ "أَحَقُّ" وَهُوَ كَوْنُهُ عَلَى شَفْعَتِهِ مُدَّةَ الْعَيْبَةِ، وَهُوَ قَوْلُهُ ﷺ: «الْجَارُ أَحَقُّ بِسَقْبِهِ. قِيلَ يَا رَسُولَ اللَّهِ مَا سَقْبُهُ؟ قَالَ: شَفْعَتُهُ» وَفِي رِوَايَةٍ: «الْجَارُ أَحَقُّ بِشَفْعَتِهِ» وَالْحَدِيثُ الْأَوَّلُ يَدُلُّ عَلَى ثُبُوتِ الشَّفْعَةِ لِلشَّرِيكَ فِي نَفْسِ الْمِيعِ وَالثَّانِي لِلشَّرِيكَ فِي حَقِّ الْمِيعِ، وَالثَّلَاثُ لِلْجَارِ (وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَا شَفْعَةَ لِلْجَارِ لِقَوْلِهِ ﷺ: «الشَّفْعَةُ فِيمَا لَمْ يُقَسَمْ، فَإِذَا وَقَعَتِ الْحُدُودُ وَصَرِفَتْ الطَّرُقُ فَلَا شَفْعَةَ»).

وَوَجْهُ الاسْتِدْلَالِ أَنَّ اللّامَ لِلْجِنْسِ لِقَوْلِهِ ﷺ: «الْأُئِمَّةُ مِنْ قُرَيْشٍ» فَتَنَحَّصِرُ الشَّفْعَةُ فِيمَا لَمْ يُقَسَمْ: يَعْنِي إِذَا كَانَ قَابِلًا لِلْقِسْمَةِ، وَأَمَّا إِذَا لَمْ يَكُنْ فَلَا شَفْعَةَ فِيهِ عِنْدَهُ، وَأَنَّهُ قَالَ «فَإِذَا وَقَعَتِ الْحُدُودُ وَصَرِفَتْ الطَّرُقُ فَلَا شَفْعَةَ فِيهِ» وَفِيهِ دَلَالَةٌ ظَاهِرَةٌ عَلَى عَدَمِ الشَّفْعَةِ فِي الْمَقْسُومِ وَالشَّرِيكَ فِي حَقِّ الْمِيعِ وَالْجَارِ حَقُّ كُلِّ مِنْهُمَا مَقْسُومٌ فَلَا شَفْعَةَ فِيهِ. قَوْلُهُ (وَلَاَنَّ حَقَّ الشَّفْعَةِ) دَلِيلٌ لَهُ مَعْقُولٌ، وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ حَقَّ الشَّفْعَةِ مَعْدُولٌ بِهِ عَنْ سُنَنِ الْقِيَاسِ لِمَا فِيهِ مِنْ تَمَلُّكِ الْمَالِ عَلَى الْغَيْرِ بِلَا رِضَاهُ، فَكَانَ الْوَاجِبُ أَنْ لَا يَثْبُتَ حَقُّ الشَّفْعَةِ أَصْلًا، لَكِنْ وَرَدَ الشَّرْعُ بِهِ فِيمَا لَمْ يُقَسَمْ فَلَا يَلْحَقُ بِهِ غَيْرُهُ قِيَاسًا أَصْلًا، وَلَا دَلَالَةً إِذَا لَمْ يَكُنْ فِي مَعْنَاهُ مِنْ كُلِّ وَجْهِ (وَهَذَا) أَيُّ الْجَارِ: يَعْنِي شَفْعَةَ الْجَارِ لَيْسَ فِي مَعْنَى مَا وَرَدَ بِهِ الشَّرْعُ، لِأَنَّهُ ثُبُوتُهَا فِيهِ لِمُتَوَسِّعَةٍ دَفْعَ مُؤَنَةِ الْقِسْمَةِ الَّتِي تَلْزُمُهُ.

وَقَوْلُهُ (فِي الْأَصْلِ) أَيُّ فِيمَا لَمْ يُقَسَمْ، وَلَا مُؤَنَةٌ عَلَيْهِ فِي الْفَرْعِ وَهُوَ الْمَقْسُومُ، وَيُفْهَمُ مِنْ جُمْلَةِ كَلَامِهِ أَنَّ نِزَاعَهُ لَيْسَ فِي الْجَارِ وَخَدَهُ بَلْ فِيهِ وَفِي الشَّرِيكَ فِي حَقِّ الْمِيعِ لِأَنَّهُ مَقْسُومٌ أَيْضًا، وَفِيمَا لَمْ يَحْتَمِلِ الْقِسْمَةَ كَالْبَيْتِ وَالْحِمَامِ (وَلَكِنَّا مَا رَوَيْنَا) مِنَ الْأَحَادِيثِ مِنْ قَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «جَارُ الدَّارِ أَحَقُّ بِالدَّارِ» رَوَاهُ التِّرْمِذِيُّ وَقَالَ: حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ، وَقَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «الْجَارُ أَحَقُّ بِسَقْبِهِ» رَوَاهُ الْبُخَارِيُّ وَأَبُو دَاوُدَ (وَلَاَنَّ مِلْكَ الشَّفْعِ مُتَّصِلٌ بِمِلْكِ الدَّخِيلِ اتِّصَالًا تَأْيِيدًا وَقَرَارًا) وَهُوَ ظَاهِرٌ، لِأَنَّهُ الْمَفْرُوضُ.

وَقَوْلُهُ تَأْيِيدٍ اخْتِرَازٌ عَنِ الْمَقُولِ وَالسُّكْنَى بِالْعَارِيَّةِ. وَقَوْلُهُ وَقَرَارٌ اخْتِرَازٌ عَنْ

المُشْتَرِي شَرَاءً فَاسِدًا فَإِنَّهُ لَا قَرَارَ لَهُ لَوْ جُوبِ التَّقْضِي دَفْعًا لِلْفَسَادِ، وَكُلُّ مَا هُوَ كَذَلِكَ فَلَهُ حَقُّ الشُّفْعَةِ عِنْدَ وُجُودِ الْمَعَارِضَةِ بِالْمَالِ وَهُوَ اخْتِرَازٌ عَنِ الْإِجَارَةِ وَالْمَرْهُونَةِ وَالْمَجْعُولَةِ مَهْرًا عِتِبَارًا: أَيُّ الْحَاقَا بِالِدَّلَالَةِ بِمُورِدِ الشَّرْعِ وَهُوَ مَا لَا يُقْسَمُ، وَلَا مَعْنَى لِقَوْلِهِ وَهَذَا لَيْسَ فِي مَعْنَاهُ لِأَنَّهُ فِي مَعْنَاهُ (لَأَنَّ الْإِثْصَالَ عَلَى هَذِهِ الصِّفَةِ) يَعْنِي ائْصَالَ التَّأْيِيدِ وَالْقَرَارِ (إِنَّمَا ائْتَصَبَ سَبَبًا فِي مُورِدِ الشَّرْعِ لِدَفْعِ ضَرَرِ الْجَوَارِ إِذِ الْجَوَارُ مَادَّةُ الْمَضَارِّ) مِنْ إِبْقَادِ النَّارِ وَإِنَارَةِ الْعُبَارِ وَمَنْعِ ضَوْءِ النَّهَارِ وَإِعْلَاءِ الْجِدَارِ لِلْإِطْلَاعِ عَلَى الصَّغَارِ وَالْكِبَارِ (وَقَطْعُ هَذِهِ الْمَادَّةِ بِتَمْلُكِ الْأَصْلِ) يَعْنِي الشَّفِيعَ (أَوَّلَى لِأَنَّ الضَّرَرَ فِي حَقِّهِ بِإِزْعَاجِهِ عَنْ خُطَّةِ آبَائِهِ أَقْوَى) فَيَلْحَقُ بِهِ دَلَالَةٌ.

وَحَاصِلُهُ أَنَّ الْأَصِيلَ دَافِعٌ وَالذَّخِيلَ رَافِعٌ وَالدَّفْعُ أَسْهَلُ مِنَ الرَّفْعِ (قَوْلُهُ وَضَرَرُ الْقِسْمَةِ مَشْرُوعٌ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ لِأَنَّ مُؤَنَةَ الْقِسْمَةِ تَلْزِمُهُ جَعَلَ الْعِلَّةَ الْمُؤَثَّرَةَ فِي اسْتِحْقَاقِ الشُّفْعَةِ عِنْدَ الْبَيْعِ لُزُومَ مُؤَنَةِ الْقِسْمَةِ، فَإِنَّهُ لَوْ لَمْ يَأْخُذْ الشَّفِيعُ الْمِيعَ بِالشُّفْعَةِ طَالِبُهُ الْمُشْتَرِي بِالْقِسْمَةِ فَيَلْحَقُهُ بِسَبَبِهِ مُؤَنَةُ الْقِسْمَةِ وَذَلِكَ ضَرَرٌ بِهِ فَمَكَّنَهُ الشَّرْعُ مِنْ أَخْذِ الشُّفْعَةِ دَفْعًا لِلضَّرَرِ عَنْهُ. وَتَقْرِيرُ الْجَوَابِ أَنَّ مُؤَنَةَ الْقِسْمَةِ أَمْرٌ مَشْرُوعٌ لَا يَصْلُحُ عِلَّةً لِتَحْقِيقِ ضَرَرٍ غَيْرِهِ وَهُوَ التَّمْلُكُ عَلَى الْمُشْتَرِي مِنْ غَيْرِ رِضَاهُ، وَلَمْ يَذْكُرِ الْجَوَابُ عَنْ اسْتِدْلَالِهِ بِالْحَدِيثِ لِأَنَّهُ فِي حَيْزِ التَّعَارُضِ. وَقَدْ أَجَابَ بَعْضُهُمْ بِأَنَّ قَوْلَهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «الشُّفْعَةُ فِيمَا لَمْ يُقْسَمْ» مِنْ بَابِ تَخْصِيصِ الشَّيْءِ بِالذِّكْرِ، وَهُوَ لَا يَدُلُّ عَلَى نَفْيِ مَا عَدَاهُ، وَبِأَنَّ قَوْلَهُ " فَإِنْ وَقَعَتْ الْحُدُودُ وَصُرِفَتْ الطُّرُقُ " مُشْتَرِكُ الْإِلْزَامِ لِأَنَّهُ ﷺ عَلَّقَ عَدَمَ الشُّفْعَةِ بِالْأَمْرَيْنِ، وَذَلِكَ يَقْتَضِي أَنَّهُ إِذَا وَقَعَتْ الْحُدُودُ وَلَمْ تُصْرَفِ الطُّرُقُ بِأَنَّ كَانَ الطَّرِيقُ وَاحِدًا تَجِبُ الشُّفْعَةُ، وَإِنَّمَا نَفْيُ الشُّفْعَةِ فِي هَذَا الصُّورَةِ لِأَنَّهَا مَوْضِعُ الْإِشْكَالِ، لِأَنَّ فِي الْقِسْمَةِ مَعْنَى الْمُبَادَلَةِ، فَرُبَّمَا يُشْكَلُ أَنَّهُ هَلْ يَسْتَحِقُّ بِهَا الشُّفْعَةُ أَوْ لَا، فَبَيَّنَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَدَمَ الشُّفْعَةِ فِيهَا (الدَّلِيلُ عَلَى الثَّانِي) أَعْنِي عَلَى التَّرْتِيبِ (قَوْلُهُ ﷺ): «الشَّرِيكَ أَحَقُّ مِنَ الْخَلِيطِ، وَالْخَلِيطُ أَحَقُّ مِنَ الشَّفِيعِ».

قَالَ الْمُصَنِّفُ رَحِمَهُ اللَّهُ (فَالشَّرِيكَ فِي نَفْسِ الْمِيعِ وَالْخَلِيطُ فِي حُقُوقِ الْمِيعِ وَالشَّفِيعُ هُوَ الْحَارُ) وَدَلَالَتُهُ عَلَى التَّرْتِيبِ غَيْرُ خَافِيَةٍ، وَهُوَ حُجَّةٌ عَلَى الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَلَأَنَّ الْإِثْصَالَ) دَلِيلٌ عَقْلِيٌّ عَلَى التَّرْتِيبِ وَهُوَ ظَاهِرٌ، وَكَذَا قَوْلُهُ (وَلَأَنَّ ضَرَرَ

الْقِسْمَةِ) يَعْنِي قَدْ ذَكَّرْنَا أَنْ دَفَعَ ضَرَرَ مُؤَنَةِ الْقِسْمَةِ لَمْ يَصْلُحْ عِلَّةً لِلِاسْتِحْقَاقِ، لَكِنَّهُ إِنْ لَمْ يَصْلُحْ عِلَّةً لِلِاسْتِحْقَاقِ صَلَحَ مُرَجِّحًا، لِأَنَّ التَّرْجِيحَ أَبَدًا إِنَّمَا يَقَعُ بِمَا لَا يَكُونُ عِلَّةً لِلِاسْتِحْقَاقِ.

قَالَ (وَلَيْسَ لِلشَّرِيكِ فِي الطَّرِيقِ وَالشَّرْبِ وَالْجَارِ شُفْعَةٌ مَعَ الْخَلِيطِ فِي الرِّقَبَةِ) لَمَّا ذَكَّرْنَا أَنَّهُ مُقَدَّمٌ. قَالَ (فَإِنْ سَلَّمَ فَالشُّفْعَةُ لِلشَّرِيكِ فِي الطَّرِيقِ، فَإِنْ سَلَّمَ أَخَذَهَا الْجَارُ) لَمَّا بَيَّنَّا مِنَ التَّرْتِيبِ، وَالْمُرَادُ بِهَذَا الْجَارُ الْمُلَاصِقُ، وَهُوَ الَّذِي عَلَى ظَهْرِ الدَّارِ الْمَشْفُوعَةِ وَبَابُهُ فِي سِكَّةٍ أُخْرَى. عَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنْ مَعَ وُجُودِ الشَّرِيكِ فِي الرِّقَبَةِ لَا شُفْعَةَ لغيرِهِ سَلَّمَ أَوْ اسْتَوْفَى؛ لِأَنَّهُمْ مَحْجُوبُونَ بِهِ. وَوَجْهُ الظَّاهِرِ أَنَّ السَّبَبَ تَقَرَّرَ فِي حَقِّ الْكُلِّ، إِلَّا أَنَّ لِلشَّرِيكِ حَقَّ التَّقَدُّمِ، فَإِذَا سَلَّمَ كَانَ لِمَنْ يَلِيهِ بِمَنْزِلَةِ دَيْنِ الصَّحَّةِ مَعَ دَيْنِ الْمَرَضِ، وَالشَّرِيكِ فِي الْمَبِيعِ قَدْ يَكُونُ فِي بَعْضٍ مِنْهَا كَمَا فِي مَنْزِلٍ مُعَيَّنٍ مِنَ الدَّارِ أَوْ جِدَارٍ مُعَيَّنٍ مِنْهَا وَهُوَ مُقَدَّمٌ عَلَى الْجَارِ فِي مَنْزِلٍ، وَكَذَا عَلَى الْجَارِ فِي بَقِيَّةِ الدَّارِ فِي أَصَحِّ الرُّوَايَتَيْنِ عَنْ أَبِي يُوسُفَ؛ لِأَنَّ اتِّصَالَهُ أَقْوَى وَالْبُقْعَةُ وَاحِدَةٌ. ثُمَّ لَا بُدَّ أَنْ يَكُونَ الطَّرِيقُ أَوْ الشَّرْبُ خَاصًّا حَتَّى تَسْتَحِقَّ الشُّفْعَةُ بِالشَّرِكَةِ فِيهِ فَالطَّرِيقُ الْخَاصُّ أَنْ لَا يَكُونُ نَافِذًا، وَالشَّرْبُ الْخَاصُّ أَنْ يَكُونَ نَهْرًا لَا تَجْرِي فِيهِ السُّفُنُ وَمَا تَجْرِي فِيهِ فَهُوَ عَامٌّ.

وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّ الْخَاصَّ أَنْ يَكُونَ نَهْرًا يُسْقَى مِنْهُ قَرَّاحَانِ أَوْ ثَلَاثَةٌ، وَمَا زَادَ عَلَى ذَلِكَ فَهُوَ عَامٌّ، وَإِنْ كَانَتْ سِكَّةٌ غَيْرُ نَافِذَةٍ يَتَشَعَّبُ مِنْهَا سِكَّةٌ غَيْرُ نَافِذَةٍ وَهِيَ مُسْتَطِيلَةٌ فَبِيعَتْ دَارٌ فِي السُّفْلَى فَلِأَهْلِهَا الشُّفْعَةُ خَاصَّةٌ دُونَ أَهْلِ الْعُلْيَا، وَإِنْ بِيعَتْ لِلْعُلْيَا فَلِأَهْلِ السُّكَّتَيْنِ، وَالْمَعْنَى مَا ذَكَّرْنَا فِي كِتَابِ آدَبِ الْقَاضِي. وَلَوْ كَانَ نَهْرٌ صَغِيرٌ يَأْخُذُ مِنْهُ نَهْرٌ أَصْغَرُ مِنْهُ فَهُوَ عَلَى قِيَاسِ الطَّرِيقِ فِيمَا بَيَّنَّاهُ.

الشرح:

قَالَ (وَلَيْسَ لِلشَّرِيكِ فِي الطَّرِيقِ وَالشَّرْبِ إلخ) إِذَا ثَبَتَ التَّرْتِيبُ ثَبَتَ أَنَّ الْمُتَأَخَّرَ لَيْسَ لَهُ حَقٌّ إِلَّا إِذَا سَلَّمَ الْمُتَقَدِّمُ فِي ظَاهِرِ الرُّوَايَةِ، فَإِنْ سَلَّمَ فَلِلْمُتَأَخَّرِ أَنْ يَأْخُذَ بِالشُّفْعَةِ لِأَنَّ السَّبَبَ قَدْ تَقَرَّرَ فِي حَقِّ الْكُلِّ، إِلَّا أَنَّ لِلشَّرِيكِ حَقَّ التَّقَدُّمِ، لَكِنْ مِنْ شَرْطِ ذَلِكَ أَنْ يَكُونَ الْجَارُ طَلَبَ الشُّفْعَةَ مَعَ الشَّرِيكِ إِذَا عَلِمَ بِالْبَيْعِ لِيُمْكِنَهُ الْأَخْذُ إِذَا سَلَّمَ الشَّرِيكِ، فَإِنْ لَمْ يَطْلُبْ حَتَّى سَلَّمَ الشَّرِيكَ فَلَا حَقَّ لَهُ بَعْدَ ذَلِكَ.

وَأَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي غَيْرِ ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ جَعَلَ الْمُتَقَدِّمَ حَاجِبًا، فَلَا فَرْقَ إِذْ ذَاكَ بَيْنَ الْأَخْذِ وَالتَّسْلِيمِ، وَالشَّرِيكَ فِي الْبَيْعِ قَدْ يَكُونُ فِي بَعْضِ مِنْهَا كَمَا فِي مَنْزِلٍ مُعَيَّنٍ مِنَ الدَّارِ مِثْلُ أَنْ يَكُونَ فِي دَارٍ كَبِيرَةٍ يُبُوتُ وَفِي يَتِّ مِنْهَا شَرِكَةٌ فَالشُّفْعَةُ لِلشَّرِيكِ دُونَ الْجَارِ، وَكَذَا هُوَ مُقَدَّمٌ عَلَى الْجَارِ فِي بَقِيَّةِ الدَّارِ فِي أَصَحِّ الرِّوَايَتَيْنِ، وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ، لَأَنَّ اتِّصَالَهُ أَقْوَى لَأَنَّ الْمَنْزِلَ مِنْ حُقُوقِ الدَّارِ وَمَرَافِقِهِ، وَلِهَذَا يَدْخُلُ فِي بَيْعِ الدَّارِ مَتَى ذُكِرَ مَعَ كُلِّ حَقٍّ هُوَ لَهَا وَالبُقْعَةُ وَاحِدَةٌ أَرَادَ الْمَوْضِعَ الَّذِي هُوَ مُشْتَرَكٌ بَيْنَ الْبَائِعِ وَالشَّفِيعِ وَذَلِكَ فِي حُكْمٍ وَاحِدٍ، فَإِذَا صَارَ أَحَقُّ بِالْبَيْعِ كَانَ أَحَقُّ بِالْجَمِيعِ، وَالرِّوَايَةُ الْأُخْرَى أَنَّهُ وَالْجَارُ سَوَاءٌ فِي بَقِيَّةِ الدَّارِ، ثُمَّ لَا بُدَّ أَنْ يَكُونَ الطَّرِيقُ وَالشَّرْبُ خَاصًّا حَتَّى يَسْتَحِقَّ بِهِ الشُّفْعَةُ، وَفُسِّرَ الْخَاصُّ بِمَا اخْتَارَهُ مِنْ بَيْنِ التَّفَاسِيرِ الْمَذْكُورَةِ لَهُ. وَالْقِرَوَاخُ مِنَ الْأَرْضِ: كُلُّ قِطْعَةٍ عَلَى حِيَالِهَا لَيْسَ فِيهَا شَجَرٌ وَلَا شَائِبَةٌ شَجَرٌ. وَذَكَرَ اسْتِحْقَاقَ الشُّفْعَةِ فِي السَّكَّةِ وَأَحَالَهُ عَلَى مَا ذُكِرَ فِي كِتَابِ الْقَضَاءِ وَهُوَ قَوْلُهُ لَأَنَّ فَتْحَهُ لِلْمُرُورِ وَلَا حَقَّ لَهُمْ فِي الْمُرُورِ، وَأَصْلُ ذَلِكَ أَنَّ اسْتِحْقَاقَ الشُّفْعَةِ وَجَوَازَ فَتْحِ الْبَابِ يَتَلَازِمَانِ، فَكَانَ مَنْ لَهُ وَلَايَةٌ فَتَحَ الْبَابَ فِي سَكَّةٍ فَلَهُ اسْتِحْقَاقُ الشُّفْعَةِ فِي تِلْكَ السَّكَّةِ وَمَنْ لَا فَلَا، وَقَدْ تَقَدَّمَ صُورَةُ ذَلِكَ، وَمَنْ لَهُ الْوَلَايَةُ وَمَنْ لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ فِي ذَلِكَ الْكِتَابِ (وَلَوْ كَانَ نَهْرٌ صَغِيرٌ يَأْخُذُ مِنْهُ نَهْرٌ أَصْغَرُ مِنْهُ فَهُوَ عَلَى قِيَاسِ الطَّرِيقِ فِيْمَا بَيَّنَّاهُ) يَعْنِي قَوْلُهُ وَإِنْ كَانَتْ سَكَّةٌ غَيْرُ نَافِذَةٍ يَتَشَعَّبُ مِنْهَا سَكَّةٌ غَيْرُ نَافِذَةٍ، إلخ، فَإِنَّ اسْتِحْقَاقَ الشُّفْعَةِ هُنَاكَ بِاعْتِبَارِ جَوَازِ التَّطَرُّقِ فَلِذَلِكَ قَالَ عَلَى قِيَاسِ الطَّرِيقِ: يَعْنِي لَوْ بَاعَ أَرْضٌ مُتَّصِلَةً بِالنَّهْرِ الْأَصْغَرِ كَانَتْ الشُّفْعَةُ لِأَهْلِ النَّهْرِ الْأَصْغَرِ لَا لِأَهْلِ النَّهْرِ الصَّغِيرِ كَمَا فِي السَّكَّةِ الْمُتَشَعَّبَةِ مَعَ السَّكَّةِ الْمُسْتَطِيلَةِ الْعُظْمَى، وَذَكَرَ مَسْأَلَةَ صَاحِبِ الْجُدُوعِ وَهِيَ وَاضِحَةٌ.

قَالَ (وَلَا يَكُونُ الرَّجُلُ بِالْجُدُوعِ عَلَى الْحَاطِطِ شَفِيعَ شَرِكَةٍ وَلَكِنَّهُ شَفِيعُ جَوَارٍ؛ لَأَنَّ الْعِلَّةَ هِيَ الشَّرِكَةُ فِي الْعَقَارِ وَبِوَضْعِ الْجُدُوعِ لَا يَصِيرُ شَرِيكًا فِي الدَّارِ إِلَّا أَنَّهُ جَارٌ مُلَازِقٌ. قَالَ (وَالشَّرِيكَ فِي الْخَشْبَةِ تَكُونُ عَلَى حَاطِطِ الدَّارِ جَارًا) لَمَّا بَيَّنَّا.

الشرح:

وقوله (لَمَّا بَيَّنَّا) إشارة إلى قوله لَأَنَّ الْعِلَّةَ هِيَ الشَّرِكَةُ فِي الْعَقَارِ.

قَالَ (وَإِذَا اجْتَمَعَ الشُّفَعَاءُ فَالشُّفْعَةُ بَيْنَهُمْ عَلَى عَدَدِ رُءُوسِهِمْ وَلَا يُعْتَبَرُ اخْتِلَافُ الْأَمْلَاقِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: هِيَ عَلَى مَقَادِيرِ الْأَنْصِبَاءِ؛ لِأَنَّ الشُّفْعَةَ مِنْ مَرَافِقِ الْمَلِكِ؛ أَلَا يَرَى أَنَّهَا لِتَكْمِيلِ مَنْفَعَتِهِ فَأَشْبَهَ الرِّيحَ وَالْغَلَّةَ وَالْوَلَدَ وَالثَّمَرَةَ.

وَلَمَّا أَنَّهُمْ اسْتَوَوْا فِي سَبَبِ الاسْتِحْقَاقِ وَهُوَ الْاِتِّصَالُ فَيَسْتَوُونَ فِي الاسْتِحْقَاقِ؛ أَلَا يَرَى أَنَّهُ لَوْ انْفَرَدَ وَاحِدٌ مِنْهُمْ اسْتَحَقَّ كُلُّ الشُّفْعَةِ. وَهَذَا آيَةٌ كَمَالِ السَّبَبِ وَكَثْرَةُ الْاِتِّصَالِ تُؤْذِنُ بِكَثْرَةِ الْعِلَّةِ، وَالتَّرْجِيحُ بِقُوَّةِ الدَّلِيلِ لَا بِكَثْرَتِهِ، وَلَا قُوَّةَ هَاهُنَا لظُهُورِ الْأُخْرَى بِمُقَابِلَتِهِ وَتَمْلُكُ مَلِكٍ غَيْرِهِ لَا يُجْعَلُ ثَمَرَةً مِنْ ثَمَرَاتِ مَلِكِهِ، بِخِلَافِ الثَّمَرَةِ وَأَشْبَاهِهَا، وَلَوْ أَسْقَطَ بَعْضُهُمْ حَقَّهُ فَهِيَ لِلْبَاقِينَ فِي الْكُلِّ عَلَى عَدَدِهِمْ؛ لِأَنَّ الْاِنتِقَاصَ لِلْمُرَاحَمَةِ مَعَ كَمَالِ السَّبَبِ فِي حَقِّ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ وَقَدْ انْقَطَعَتْ. وَلَوْ كَانَ الْبَعْضُ غَيْبًا يَقْضِي بِهَا بَيْنَ الْحُضُورِ عَلَى عَدَدِهِمْ؛ لِأَنَّ الْغَائِبَ لَعَلَّهُ لَا يَطْلُبُ، وَإِنْ قَضِيَ لِحَاضِرٍ بِالْجَمِيعِ ثُمَّ حَضَرَ آخَرُ يَقْضِي لَهُ بِالنِّصْفِ، وَلَوْ حَضَرَ ثَالِثٌ فَبِثُلْثِ مَا فِي يَدِ كُلِّ وَاحِدٍ تَحْقِيقًا لِلتَّسْوِيَةِ، فَلَوْ سَلِمَ الْحَاضِرُ بَعْدَ مَا قَضِيَ لَهُ بِالْجَمِيعِ لَا يَأْخُذُ الْقَادِمُ إِلَّا النِّصْفَ؛ لِأَنَّ قَضَاءَ الْقَاضِي بِالْكُلِّ لِلْحَاضِرِ يَقْطَعُ حَقَّ الْغَائِبِ عَنِ النِّصْفِ بِخِلَافِ مَا قَبْلَ الْقَضَاءِ.

الشرح:

قَالَ (وَإِذَا اجْتَمَعَ الشُّفَعَاءُ إلخ) إِذَا اجْتَمَعَ الشُّفَعَاءُ فَالشُّفْعَةُ عَلَى عَدَدِ رُءُوسِهِمْ خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ، فَإِذَا كَانَ الدَّارُ بَيْنَ ثَلَاثَةٍ لِأَحَدِهِمْ نِصْفُهَا وَلِلْآخَرِ ثُلُثُهَا وَلِلْآخَرِ سُدُسُهَا بَاعَ صَاحِبُ النِّصْفِ نَصِيبَهُ وَطَلَبَ الشَّرِيكَانِ الشُّفْعَةَ قَضَى بَيْنَهُمَا بِذَلِكَ نِصْفَيْنِ عِنْدَنَا وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ أَثْلَاثًا بِقَدَرِ مِلْكِهِمَا لِأَنَّ الشُّفْعَةَ مِنْ مَرَافِقِ الْمَلِكِ لِأَنَّهَا لِتَكْمِيلِ مَنْفَعَتِهِ، وَكُلُّ مَا هُوَ كَذَلِكَ فَهُوَ مُقَدَّرٌ بِقَدَرِ الْمَلِكِ كَالرَّيْحِ وَالْغَلَّةِ وَالْوَلَدِ وَالثَّمَرَةِ. وَلَمَّا أَنَّهُمْ تَسَاوَوْا فِي سَبَبِ الاسْتِحْقَاقِ وَهُوَ الْاِتِّصَالُ؛ أَلَا يَرَى أَنَّهُ لَوْ انْفَرَدَ وَاحِدٌ مِنْهُمْ اسْتَحَقَّ كُلُّ الشُّفْعَةِ وَهَذَا آيَةٌ كَمَالِ السَّبَبِ، وَالتَّسَاوِي فِي سَبَبِ الاسْتِحْقَاقِ يُوجِبُ التَّسَاوِي فِيهِ لَا مَحَالَةَ لِيُثْبِتَ الْحُكْمُ بِقَدَرِ دَلِيلِهِ. فَإِنْ قِيلَ: الْاِتِّصَالُ سَبَبُ الاسْتِحْقَاقِ وَصَاحِبُ الْكَثِيرِ أَكْثَرُ اِتِّصَالًا فَأَنَّى يَتَسَاوَيَانِ؟ أَجَابَ بِقَوْلِهِ وَكَثْرَةُ الْاِتِّصَالِ تُؤْذِنُ بِكَثْرَةِ الْعِلَّةِ، لِأَنَّ الْاِتِّصَالُ بِكُلِّ جُزْءٍ عِلَّةٌ لَمَّا ذَكَرْنَا أَنَّ صَاحِبَ الْقَلِيلِ لَوْ انْفَرَدَ اسْتَحَقَّ الْجَمِيعَ، وَالتَّرْجِيحُ إِنَّمَا يَكُونُ بِقُوَّةٍ فِي الدَّلِيلِ لَا بِكَثْرَتِهِ، وَلَا

قُوَّةَ هَاهُنَا لظُهُورِ الْأُخْرَى بِمُقَابَلَتِهَا حَيْثُ يَسْتَحِقُّ صَاحِبُ الْقَلِيلِ، وَلَوْ كَانَ مَرْجُوحًا لَمَا اسْتَحَقَّ شَيْئًا لِأَنَّ الْمَرْجُوحَ يَنْدَفِعُ فِي مُقَابَلَةِ الرَّاجِحِ.

وَعُورِضَ بَأَنَّ الْهَيْئَةَ الْاجْتِمَاعِيَّةَ قَدْ تَسْتَلِزُّ مَا لَا يَسْتَلِزُّهُ الْأَفْرَادُ فَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ صَاحِبُ الْقَلِيلِ عِنْدَ الْإِنْفِرَادِ يَسْتَحِقُّ الْجَمِيعَ، وَإِذَا انْضَمَّ إِلَيْهِ صَاحِبُ الْكَثِيرِ يَتَفَاوَتَانِ، كَالْأَبْنِ فَإِنَّهُ يَسْتَحِقُّ جَمِيعَ التَّرَكَّةِ عِنْدَ انْفِرَادِهِ وَالثَّلَاثِينَ مَعَ الْبِنْتِ. وَأُجِيبَ بَأَنَّ الْهَيْئَةَ الْاجْتِمَاعِيَّةَ مُطْلَقًا تَسْتَلِزُّ ذَلِكَ، أَوِ الْتِي لَمْ تَجْتَمِعْ مِنْ عِلَّتَيْنِ مُسْتَقِلَّتَيْنِ، وَالْأَوَّلُ مَمْنُوعٌ وَالثَّانِي مُسَلَّمٌ، وَلَكِنْ مَا نَحْنُ فِيهِ مِنْ عِلَّتَيْنِ مُسْتَقِلَّتَيْنِ وَالْهَيْئَةُ الْاجْتِمَاعِيَّةُ مِنْهُمَا لَا تَسْتَلِزُّ زِيَادَةً وَإِلَّا لَزِمَ التَّرْجِيحُ بِكَثْرَةِ الْعِلَّةِ وَلَيْسَ بِصَحِيحٍ؛ أَلَا تَرَى أَنَّ الشَّاهِدَيْنِ وَالْأَرْبَعَةَ سَوَاءٌ وَلَمْ تَسْتَلِزُّ الْهَيْئَةُ الْاجْتِمَاعِيَّةُ زِيَادَةً، وَمَسْأَلَةُ الْمِيرَاثِ لَيْسَتْ مِمَّا نَحْنُ فِيهِ، إِذْ لَمْ يَجْتَمِعْ فِي الْإِبْنِ عِلَّتَانِ إِنْ ضَمِنْتَ إِحْدَاهُمَا إِلَى الْأُخْرَى فَاسْتَلَزِمَتْ الزِّيَادَةُ، وَإِنَّمَا ذَلِكَ بِاعْتِبَارِ تَفَاوُتٍ فِي عُصُوبِيَّتِهِ بِجَعْلِ الشَّارِعِ كَذَلِكَ مِنْ حَيْثُ الْحَالَتَانِ.

وَقَوْلُهُ (وَتَمْلِكُ مِلْكَ غَيْرِهِ) جَوَابٌ عَنْ جَعْلِهِ الشُّفْعَةَ مِنْ ثَمَرَاتِ الْمَلِكِ: يَعْنِي أَنَّ التَّمَكُّنَ مِنَ التَّمْلِكِ لَا يَجْعَلُ الشُّفْعَةَ مِنْ ثَمَرَاتِ مِلْكِهِ كَالْأَبِ فَإِنَّ لَهُ التَّمَكُّنَ مِنَ تَمْلِكِ جَارِيَةِ ابْنِهِ وَلَا يُعَدُّ ذَلِكَ مِنْ ثَمَرَاتِ مِلْكِهِ (قَوْلُهُ وَلَوْ أَسْقَطَ بَعْضُهُمْ) يَعْنِي وَإِذَا اجْتَمَعَ الشُّفْعَاءُ وَأَسْقَطَ بَعْضُهُمْ حَقَّهُ، فَلَا يَخْلُو إِمَّا أَنْ يَكُونَ قَبْلَ الْقَضَاءِ لَهُ بِحَقِّهِ أَوْ بَعْدَهُ، فَإِنْ كَانَ قَبْلَهُ فَالشُّفْعَةُ لِلْبَاقِينَ فِي الْكُلِّ عَلَى عَدَدِهِمْ دُونَ أَنْصِبَائِهِمْ كَمَا تَقَدَّمَ، لِأَنَّ السَّبَبَ فِي حَقِّ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ كَامِلٌ كَمَا تَقَدَّمَ، وَالْإِثْقَاصُ كَانَ لِلْمَزَاحِمَةِ وَقَدْ انْقَطَعَتْ بِالتَّسْلِيمِ وَلَوْ كَانَ الْبَعْضُ غَائِبًا يُقْضَى بِهَا بَيْنَ الْحَاضِرِينَ عَلَى عَدَدِهِمْ لِأَنَّ الْغَائِبَ لَعَلَّهُ لَا يَطْلُبُ: يَعْنِي قَدْ يَطْلُبُ وَقَدْ لَا يَطْلُبُ، فَلَا يُتْرَكُ حَقُّ الْحَاضِرِينَ بِالشُّكِّ؛ وَإِنْ قُضِيَ لِحَاضِرٍ بِالْجَمِيعِ ثُمَّ حَضَرَ آخَرُ وَطَلَبَهَا يُقْضَى لَهُ بِالنِّصْفِ، فَإِنْ حَضَرَ ثَالِثٌ فَيُثَلَّثُ مَا فِي يَدِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا تَحْقِيقًا لِلتَّسْوِيَةِ، وَإِنْ كَانَ بَعْدَ الْقَضَاءِ لَهُ فَلَيْسَ لِلْآخِرِ أَنْ يَأْخُذَ إِلَّا النِّصْفَ لِأَنَّ الْقَاضِيَ لَمَّا قَضَى بَيْنَهُمَا صَارَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَقْضِيًا عَلَيْهِ مِنْ جِهَةِ صَاحِبٍ فِيمَا قُضِيَ بِهِ لِمِلْكِهِ، وَالْمَقْضِيُّ عَلَيْهِ فِي قَضِيَّةٍ لَا يَصِيرُ مَقْضِيًا لَهُ فِيهَا، وَلَا فَرْقَ فِي هَذَا بَيْنَ مَا اسْتَوَوْا فِي سَبَبِهَا وَبَيْنَ مَا يَكُونُ بَعْضُهُمْ أَقْوَى كَالشَّرِيكِ مَعَ الْجَارِ، وَكَذَا لَوْ سَلَّمَ: أَيُّ أَصْرٍ بَعْدَمَا قُضِيَ لَهُ بِالْجَمِيعِ لَا يَأْخُذُ الْقَادِمُ إِلَّا

النَّصْفَ وَهُوَ مَسْأَلَةُ الْكِتَابِ، لِأَنَّ قَضَاءَ الْقَاضِي بِالْكُلِّ لِلْحَاضِرِ قَطَعَ حَقَّ الْعَائِبِ عَنِ النَّصْفِ، بِخِلَافِ مَا قَبْلَ الْقَضَاءِ

قَالَ (وَالشُّفْعَةُ تَجِبُ بِعَقْدِ الْبَيْعِ) وَمَعْنَاهُ بَعْدَهُ لَا أَنَّهُ هُوَ السَّبَبُ؛ لِأَنَّ سَبَبَهَا الْإِتِّصَالُ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ، وَالْوَجْهُ فِيهِ أَنَّ الشُّفْعَةَ إِنَّمَا تَجِبُ إِذَا رَغِبَ الْبَائِعُ عَنْ مِلْكِ الدَّارِ، وَالْبَيْعُ يُعْرِفُهَا وَلِهَذَا يُكْتَفَى بِثُبُوتِ الْبَيْعِ فِي حَقِّهِ حَتَّى يَأْخُذَهَا الشُّفْعُ إِذَا أَقْرَأَ الْبَائِعُ بِالْبَيْعِ وَإِنْ كَانَ الْمُشْتَرِي يُكَذِّبُهُ.

الشرح:

قَالَ (وَالشُّفْعَةُ تَجِبُ بِعَقْدِ الْبَيْعِ) وَهُوَ يُؤْهِمُ أَنَّ الْبَاءَ لِلْسَّبَبِ فَيَكُونُ سَبَبُهَا الْعَقْدُ وَلَيْسَ كَذَلِكَ (لِأَنَّ سَبَبَهَا الْإِتِّصَالُ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ) يَعْنِي فِي قَوْلِهِ وَلَنَا أَنَّهُمْ اسْتَوَوْا فِي سَبَبِ الْإِسْتِحْقَاقِ وَهُوَ الْإِتِّصَالُ، وَهَذَا قَوْلُ عَامَّةِ الْمَشَايِخِ لِأَنَّهَا إِنَّمَا تَجِبُ لِدَفْعِ ضَرَرِ الدَّخِيلِ عَنِ الْأَصِيلِ لِسُوءِ الْمُعَامَلَةِ وَالْمُعَاشَرَةِ، وَالضَّرَرُ إِنَّمَا يَتَحَقَّقُ بِإِتِّصَالِ مِلْكِ الْبَائِعِ بِمِلْكِ الشُّفْعِ، وَلِهَذَا قُلْنَا بِثُبُوتِهَا لِلشَّرِيكِ فِي حُقُوقِ الْمَيْعِ وَلِلجَارِ لِتَحْقِيقِ ذَلِكَ.

وَرُدُّ بَأْئِهِ لَوْ كَانَ السَّبَبُ لِحَازَ تَسْلِيمِهَا قَبْلَ الْمَيْعِ لَوْجُودِهِ بَعْدَ السَّبَبِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّ الْإِبْرَاءَ عَنِ سَائِرِ الْحُقُوقِ بَعْدَ وُجُودِ سَبَبِ الْوُجُوبِ صَحِيحٌ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ الْمَيْعَ شَرْطٌ وَلَا وُجُودٌ لِلْمَشْرُوطِ قَبْلَهُ. وَرُدُّ بَأْئِهِ لَا اعْتِبَارَ لَوْجُودِ الشَّرْطِ بَعْدَ تَحْقِيقِ السَّبَبِ فِي حَقِّ صَحِيحَةِ التَّسْلِيمِ كَأَدَاءِ الزَّكَاةِ قَبْلَ الْحَوْلِ وَإِسْقَاطِ الدَّيْنِ الْمُؤَجَّلِ قَبْلَ حُلُولِ الْأَجَلِ. وَالْجَوَابُ أَنَّ ذَلِكَ شَرْطُ الْوُجُوبِ وَلَا كَلَامَ فِيهِ، وَإِنَّمَا هُوَ فِي شَرْطِ الْجَوَازِ وَامْتِنَاعِ الْمَشْرُوطِ قَبْلَ تَحْقِيقِ الشَّرْطِ غَيْرُ خَافٍ عَلَى أَحَدِ قَوْلِهِ وَالْوَجْهُ فِيهِ (أَيُّ فِي هَذَا التَّأْوِيلِ) أَنَّ الشُّفْعَةَ إِنَّمَا تَجِبُ إِذَا رَغِبَ الْبَائِعُ عَنْ مِلْكِ الدَّارِ وَرَغْبَتُهُ عَنْهُ أَمْرٌ خَفِيُّ لَا يَطْلُعُ عَلَيْهِ، وَلَهُ دَلِيلٌ ظَاهِرٌ وَهُوَ الْبَيْعُ فَيُقَامُ مَقَامُهُ. وَالْحَاصِلُ أَنَّ الْإِتِّصَالَ بِالْمِلْكِ سَبَبٌ، وَالرَّغْبَةُ عَنِ الْمِلْكِ شَرْطٌ، وَالْبَيْعُ دَلِيلٌ عَلَى ذَلِكَ قَائِمٌ مَقَامُهُ، بِدَلِيلِ أَنَّ الْبَيْعَ إِذَا ثَبَتَ فِي حَقِّ الشُّفْعِ يَقْرَأَرُ الْبَائِعُ بِهِ صَحَّ لَهُ أَنْ يَأْخُذَهُ، وَإِنْ كَذَبَهُ الْمُشْتَرِي.

وَيُوقُضُ بِمَا إِذَا بَاعَ بِشَرْطِ الْخِيَارِ لَهُ أَوْ وَهَبَ وَسَلَّمْ فَإِنَّ الرَّغْبَةَ عَنْهُ قَدْ عُرِفَتْ وَلَيْسَ لِلشُّفْعِ الشُّفْعَةُ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ فِي ذَلِكَ تَرَدُّدًا لِبَقَاءِ الْخِيَارِ لِلْبَائِعِ، بِخِلَافِ الْخِيَارِ فَإِنَّهُ يُخْبِرُ بِهِ عَنِ انْقِطَاعِ مِلْكِهِ عَنْهُ بِالْكُلِّيَّةِ فَعُومِلَ بِهِ كَمَا زَعَمَهُ، وَالْهَبَةُ لَا تُدُلُّ عَلَى

ذَلِكَ إِذْ غَرَضُ الْوَاهِبِ الْمُكَافَأَةُ وَلِهَذَا كَانَ لَهُ الرُّجُوعُ فَلَا يَنْقَطِعُ عَنْهُ حَقُّهُ بِالْكُلِّيَّةِ.

قَالَ (وَتَسْتَقِرُّ بِالْإِشْهَادِ، وَلَا بُدَّ مِنْ طَلَبِ الْمُوَاتِبَةِ) لِأَنَّهُ حَقٌّ ضَعِيفٌ يَبْطُلُ بِالْإِعْرَاضِ، فَلَا بُدَّ مِنَ الْإِشْهَادِ وَالطَّلَبِ لِيَعْلَمَ بِذَلِكَ رَغْبَتُهُ فِيهِ دُونَ إِعْرَاضِهِ عَنْهُ، وَلِأَنَّهُ يَحْتَاجُ إِلَى إِثْبَاتِ طَلَبِهِ عِنْدَ الْقَاضِي وَلَا يُمْكِنُهُ إِلَّا بِالْإِشْهَادِ.

الشرح:

قَالَ (وَتَسْتَقِرُّ بِالْإِشْهَادِ) لِلشُّفْعَةِ أَحْوَالُ اسْتِحْقَاقٍ، وَهُوَ بِالِاتِّصَالِ بِالْمَلِكِ بِشَرَطِ الْبَيْعِ كَمَا تَقَدَّمَ وَاسْتِقْرَارٍ وَهُوَ بِالْإِشْهَادِ وَهُوَ يَعْتَمِدُ الطَّلَبَ، وَلَا بُدَّ مِنْ طَلَبِ الْمُوَاتِبَةِ: أَيُّ مَنْ طَلَبَ الشُّفْعَةَ عَلَى الْمُسَارَعَةِ قَضَى فِي الطَّلَبِ إِلَى الْمُوَاتِبَةِ لِتَلْبَسِهِ بِهَا لِأَنَّهُ: أَيُّ الشُّفْعَةِ ذَكَرَ الضَّمِيرَ نَظَرًا إِلَى حَقِّ يَنْطَلُ بِالإِعْرَاضِ، قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «وَالشُّفْعَةُ كَحُلِّ الْعَقَالِ، إِنْ قَيَّدَهَا ثَبَتَ» وَهُوَ كِنَايَةٌ عَنْ سُرْعَةِ السُّقُوطِ، كُلُّ مَا هُوَ كَذَلِكَ لَا بُدَّ مِنْ دَلِيلٍ يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ أَعْرَضَ عَنْهُ أَوْ دَامَ عَلَيْهِ. وَالْإِشْهَادُ وَالطَّلَبُ يَدْلَانِ عَلَى الدَّوَامِ فَلَا بُدَّ مِنْهُمَا، وَلِأَنَّهُ يَحْتَاجُ إِلَى إِثْبَاتِ طَلَبِهِ عِنْدَ الْقَاضِي، وَلَا يُمْكِنُهُ إِلَّا بِالْإِشْهَادِ. وَتُمْلِكُ. وَهُوَ إِثْمًا يَكُونُ بِالْأَخْذِ إِثْمًا بِتَسْلِيمِ الْمُشْتَرِي أَوْ بِقَضَاءِ الْقَاضِي، وَدَلِيلُهُ الْمَذْكُورُ ظَاهِرٌ.

قَالَ (وَتُمْلِكُ بِالْأَخْذِ إِذَا سَلَمَهَا الْمُشْتَرِي أَوْ حَكَمَ بِهَا الْحَاكِمُ)؛ لِأَنَّ الْمَلِكَ لِلْمُشْتَرِي قَدْ تَمَّ فَلَا يَنْتَقِلُ إِلَى الشَّفِيعِ إِلَّا بِالتَّرَاضِي أَوْ قَضَاءِ الْقَاضِي كَمَا فِي الرُّجُوعِ وَالْهَبَةِ. وَتُظْهِرُ فَائِدَةَ هَذَا فِيمَا إِذَا مَاتَ الشَّفِيعُ بَعْدَ الطَّلَبَيْنِ وَبَاعَ دَارَهُ الْمُسْتَحَقُّ بِهَا الشُّفْعَةَ أَوْ بَيْعَتِ دَارَ بَجَنْبِ الدَّارِ الْمَشْفُوعَةِ قَبْلَ حُكْمِ الْحَاكِمِ أَوْ تَسْلِيمِ الْمُخَاصِمِ لَا تُورَثُ عَنْهُ فِي الصُّورَةِ الْأُولَى وَتَبْطُلُ شُفْعَتُهُ فِي الثَّانِيَةِ وَلَا يَسْتَحِقُّهَا فِي الثَّلَاثَةِ لِانْعِدَامِ الْمَلِكِ لَهُ. ثُمَّ قَوْلُهُ تَجِبُ بِعَقْدِ الْبَيْعِ بَيَانٌ أَنَّهُ لَا يَجِبُ إِلَّا عِنْدَ مُعَارَضَةِ الْمَالِ بِالْمَالِ عَلَى مَا نَبَّيْنَاهُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى. وَاللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

الشرح:

قَوْلُهُ (وَتُظْهِرُ فَائِدَةَ هَذَا) أَيُّ تَوْقُفُ الْمَلِكِ فِي الدَّارِ الْمَشْفُوعَةِ بَعْدَ الطَّلَبَيْنِ إِلَى وَقْتِ أَخْذِ الدَّارِ بِأَحَدِ الْأَمْرَيْنِ الْمَذْكُورَيْنِ. وَقَوْلُهُ (يَعْنِي فِي الصُّورَةِ الْأُولَى) إِذَا مَاتَ الشَّفِيعُ لِأَنَّهُ لَمْ يَمْلِكْهَا فَلَا تُورَثُ عَنْهُ. وَقَوْلُهُ (فِي الثَّانِيَةِ) يَعْنِي إِذَا بَاعَ دَارَهُ لَزَوَالِ

السَّبَبُ وَهُوَ الْأُتْصَالُ قَبْلَ ثُبُوتِ الْحُكْمِ. وَقَوْلُهُ (فِي الثَّلَاثَةِ) يَعْنِي إِذَا بَيَّعْتَ دَارًا بِجَنْبِ الدَّارِ الْمَشْفُوعَةِ لِأَنَّهُ لَمْ يَمْلِكِ الْمَشْفُوعَةَ فَكَيْفَ يَمْلِكُ بِهَا غَيْرَهَا. وَقَوْلُهُ (ثُمَّ قَوْلُهُ تَجِبُ بِعَقْدِ الْبَيْعِ) يَعْنِي قَوْلَ الْقُدُورِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

بَابُ طَلَبِ الشُّفْعَةِ وَالْخُصُومَةِ فِيهَا

قَالَ (وَإِذَا عَلِمَ الشُّفِيعُ بِالْبَيْعِ أَشْهَدَ فِي مَجْلِسِهِ ذَلِكَ عَلَى الْمُطَالِبَةِ) أَعْلَمَ أَنَّ الطَّلِبَ عَلَى ثَلَاثَةِ أَوْجُهٍ: طَلَبُ الْمُؤَاتَبَةِ وَهُوَ أَنْ يَطْلُبَهَا كَمَا عَلِمَ، حَتَّى لَوْ بَلَغَ الشُّفِيعُ الْبَيْعَ وَلَمْ يَطْلُبْ شُفْعَةً بَطَلَتْ الشُّفْعَةُ لَمَّا ذَكَرْنَا، وَقَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «الشُّفْعَةُ لِمَنْ وَاتَّبَهَا»^(١) وَلَوْ أَخْبَرَ بِكِتَابٍ وَالشُّفْعَةُ فِي أَوَّلِهِ أَوْ فِي وَسْطِهِ فَقَرَأَ الْكِتَابَ إِلَى آخِرِهِ بَطَلَتْ شُفْعَتُهُ وَعَلَى هَذَا عَامَّةُ الْمُشَايِخِ، وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ مُحَمَّدٍ. وَعَنْهُ أَنَّ لَهُ مَجْلِسَ الْعِلْمِ، وَالرَّوَايَتَانِ فِي النُّوَادِرِ.

وَبِالْثَّانِيَةِ أَخَذَ الْكَرْخِيُّ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا ثَبَتَ لَهُ خِيَارُ التَّمْلِكِ لَا بُدَّ لَهُ مِنْ زَمَانٍ التَّأَمُّلِ كَمَا فِي الْمُخَيَّرَةِ، وَلَوْ قَالَ بَعْدَمَا بَلَغَهُ الْبَيْعُ الْحَمْدُ لِلَّهِ أَوْ " لَا حَوْلَ وَلَا قُوَّةَ إِلَّا بِاللَّهِ " أَوْ قَالَ " سُبْحَانَ اللَّهِ " لَا تَبْطُلُ شُفْعَتُهُ؛ لِأَنَّ الْأَوَّلَ حَمْدٌ عَلَى الْخَلَاصِ مِنْ جَوَارِهِ وَالثَّانِي تَعْجُبٌ مِنْهُ لِقَصْدِ إِضْرَارِهِ، وَالثَّلَاثَ لافْتِتَاحِ كَلَامِهِ فَلَا يَدُلُّ شَيْءٌ مِنْهُ عَلَى الْإِعْرَاضِ، وَكَذَا إِذَا قَالَ مَنْ ابْتَاعَهَا وَبِكَمْ بَيَّعْتَ؛ لِأَنَّهُ يَرِغَبُ فِيهَا بِثَمَنِ دُونَ ثَمَنِ وَيَرِغَبُ عَنْ مُجَاوَرَةٍ بَعْضِ دُونَ بَعْضٍ، وَالْمُرَادُ بِقَوْلِهِ فِي الْكِتَابِ أَشْهَدُ فِي مَجْلِسِهِ ذَلِكَ عَلَى الْمُطَالِبَةِ طَلَبُ الْمُؤَاتَبَةِ، وَالْإِشْهَادُ فِيهِ لَيْسَ بِإِلْزَامٍ، إِنَّمَا هُوَ لِنَفْسِ التَّجَاهِدِ وَالنَّقْيِيدِ بِالْمَجْلِسِ إِشَارَةٌ إِلَى مَا اخْتَارَهُ الْكَرْخِيُّ. وَيَصِيحُ الطَّلِبُ بِكُلِّ لَفْظٍ يُفْهَمُ مِنْهُ طَلَبُ الشُّفْعَةِ كَمَا لَوْ قَالَ: طَلَبْتُ الشُّفْعَةَ أَوْ أَطْلُبُهَا أَوْ أَنَا طَالِبُهَا؛ لِأَنَّ الِاعْتِبَارَ لِلْمَعْنَى، وَإِذَا بَلَغَ الشُّفِيعُ بَيْعَ الدَّارِ لَمْ يَجِبْ عَلَيْهِ الْإِشْهَادُ حَتَّى يُخْبِرَهُ رَجُلَانِ أَوْ رَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ أَوْ وَاحِدٌ عَدْلٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَ: يَجِبُ عَلَيْهِ أَنْ يُشْهَدَ إِذَا أَخْبَرَهُ وَاحِدٌ حُرًّا كَانَ أَوْ عَبْدًا صَبِيًّا كَانَ أَوْ امْرَأَةً إِذَا كَانَ الْخَبَرُ حَقًّا. وَأَصْلُ الْاِخْتِلَافِ فِي عَزْلِ الْوَكِيلِ وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ بِدَلَالَتِهِ وَأَخَوَاتِهِ فِيمَا تَقَدَّمَ، وَهَذَا بِخِلَافِ الْمُخَيَّرَةِ إِذَا أَخْبَرَتْ عِنْدَهُ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ فِيهِ الْإِزَامُ حُكْمٌ، وَبِخِلَافِ مَا

(١) قال الزيلعي في نصب الراية (٤/٤٢٧): غريب، إنما هو عند عبد الرزاق من قول شريح.

إِذَا أَخْبَرَهُ الْمُشْتَرِي؛ لِأَنَّهُ خَصِمٌ فِيهِ وَالْعَدَالَةُ غَيْرُ مُعْتَبَرَةٍ فِي الْخَصُومِ.

وَالثَّانِي طَلَبُ التَّقْرِيرِ وَالْإِشْهَادِ؛ لِأَنَّهُ مُحْتَاجٌ إِلَيْهِ لِإِثْبَاتِهِ عِنْدَ الْقَاضِي عَلَى مَا ذَكَرْنَا، وَلَا يُمْكِنُهُ الْإِشْهَادُ ظَاهِرًا عَلَى طَلَبِ الْمُوَاتَبَةِ؛ لِأَنَّهُ عَلَى قَوْرِ الْعِلْمِ بِالشَّرَاءِ فَيَحْتَاجُ بَعْدَ ذَلِكَ إِلَى طَلَبِ الْإِشْهَادِ وَالتَّقْرِيرِ وَبَيَانِهِ مَا قَالَ فِي الْكِتَابِ (ثُمَّ يَنْهَضُ مِنْهُ) يَعْنِي مِنَ الْمَجْلِسِ (وَيَشْهَدُ عَلَى الْبَائِعِ إِنْ كَانَ الْمُبِيعُ فِي يَدِهِ) مَعْنَاهُ لَمْ يُسَلِّمْ إِلَى الْمُشْتَرِي (أَوْ عَلَى الْمُتَبَاعِ أَوْ عِنْدَ الْعَقَارِ، فَإِذَا فَعَلَ ذَلِكَ اسْتَقَرَّتْ شَفَعَتُهُ) وَهَذَا لِأَنَّهُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا خَصِمٌ فِيهِ؛ لِأَنَّهُ لِلأَوَّلِ الْيَدُ وَلِلثَّانِي الْمَلِكُ، وَكَذَا يَصِحُّ الْإِشْهَادُ عِنْدَ الْمُبِيعِ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ مُتَعَلِّقٌ بِهِ، فَإِنْ سَلَّمَ الْبَائِعُ الْمُبِيعَ لَمْ يَصِحَّ الْإِشْهَادُ عَلَيْهِ لَخُرُوجِهِ مِنْ أَنْ يَكُونَ خَصِمًا، إِذْ لَا يَدَ لَهُ وَلَا مَلِكَ فَصَارَ كَالْأَجْنَبِيِّ.

وَصُورَةُ هَذَا الطَّلَبِ أَنْ يَقُولَ: إِنَّ فُلَانًا اشْتَرَى هَذِهِ الدَّارَ وَأَنَا شَفِيعُهَا وَقَدْ كُنْتُ طَلَبْتُ الشَّفْعَةَ وَأَطْلُبُهَا الْآنَ فَاشْهَدُوا عَلَى ذَلِكَ وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يُشْتَرَطُ تَسْمِيَةُ الْمُبِيعِ وَتَحْدِيدُهُ؛ لِأَنَّ الْمُطَالَبَةَ لَا تَصِحُّ إِلَّا فِي مَعْلُومٍ. وَالثَّلَاثُ طَلَبُ الْخُصُومَةِ وَالْمَلِكِ، وَسَنَذْكُرُ كَيْفِيَّتَهُ مِنْ بَعْدِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

الشرح:

طَلَبُ الشَّفْعَةِ وَالْخُصُومَةِ فِيهَا لَمَّا لَمْ تُثْبِتْ الشَّفْعَةُ بِدُونِ الطَّلَبِ شَرَعَ فِي بَيَانِهِ وَكَيْفِيَّتِهِ وَتَقْسِيمِهِ. قَالَ (وَإِذَا عَلِمَ الشَّفِيعُ بِالْبَيْعِ) كَلَامُهُ ظَاهِرٌ لَا يَحْتَاجُ إِلَى بَيَانٍ سِوَى أَلْفَاظِ ثَبَّتْهُ عَلَيْهَا (طَلَبُ الْمُوَاتَبَةِ) سُمِّيَ بِهَا تَبَرُّكًا بِلَفْظِ الْحَدِيثِ: «الشَّفْعَةُ لِمَنْ وَائْتَهَا» أَيُّ طَلَبَهَا عَلَى وَجْهِ السَّرْعَةِ وَالْمُبَادَرَةِ (قَوْلُهُ وَهُوَ أَنْ يَطْلُبَهَا كَمَا عَلِمَ) أَيُّ مِنْ غَيْرِ تَوْقُفٍ، سَوَاءً كَانَ عِنْدَهُ إِنْسَانٌ أَوْ لَمْ يَكُنْ.

قَوْلُهُ (لَمَّا ذَكَرْنَا) إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ قَبْلَ الْبَابِ لِأَنَّهُ حَقٌّ ضَعِيفٌ. وَقَوْلُهُ (وَالْإِشْهَادُ فِيهِ لَيْسَ بِإِلْزَامٍ لِأَمَّا هُوَ لَنْفِي التَّجَاهُدِ) يَعْنِي رُبَّمَا يَجْحَدُ الْخَصِمُ فَيَحْتَاجُ إِلَى الشُّهُودِ، وَتَحْقِيقُهُ أَنَّ طَلَبَ الْمُوَاتَبَةِ لَيْسَ لِإِثْبَاتِ الْحَقِّ وَإِنَّمَا شَرَطُ لِيُعْلَمَ أَنَّهُ غَيْرُ مُعْرِضٍ عَنِ الشَّفْعَةِ، وَالْإِشْهَادُ فِي ذَلِكَ لَيْسَ بِشَرَطٍ. وَقَوْلُهُ (بِكُلِّ لَفْظٍ يُفْهَمُ مِنْهُ طَلَبُ الشَّفْعَةِ) قَالَ مُحَمَّدُ بْنُ الْفَضْلِ الْبُخَارِيُّ: لَوْ قِيلَ لِقَرَوِي يَبِيعُ أَرْضَ بَجَنْبِ أَرْضِكَ فَقِيلَ شَفْعَةُ شَفْعَةُ كَانَ ذَلِكَ طَلَبًا مِنْهُ صَحِيحًا، وَمِنْ النَّاسِ مَنْ قَالَ: إِذَا قَالَ الشَّفِيعُ طَلَبْتُ الشَّفْعَةَ

وَأَخَذَهَا بَطَلَتْ شَفَعْتُهُ لَأَنَّ كَلَامَهُ وَقَعَ كَذِبًا فِي الْإِبْتِدَاءِ فَكَانَ كَالسُّكُوتِ. وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ لَا يَنْطَلُ لَأَنَّهُ إِنْشَاءٌ عَرُفًا. وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ: لَوْ قَالَ أَطْلُبُ وَأَخَذُ بَطَلٌ لَأَنَّهُ عِدَّةٌ مَحْضٌ، وَالْمُخْتَارُ مَا ذَكَرَهُ الْمُصَنَّفُ. وَقَوْلُهُ (وَأَصْلُ الْإِخْتِلَافِ فِي عَزْلِ الْوَكِيلِ وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ الْإِخ) أَشَارَ إِلَى مَا ذَكَرَهُ فِي آخِرِ فَصْلِ الْقَضَاءِ بِالْمَوَارِيثِ وَهُوَ مِنْ فُصُولِ كِتَابِ آدَابِ الْقَاضِي، وَأَرَادَ بِأَخَوَاتِهِ الْمَوْلَى إِذَا أُخْبِرَ بِجِنَايَةِ عَبْدِهِ وَالشَّفِيعَ وَالْبَكْرَ وَالْمُسْلِمَ الَّذِي لَمْ يُهَاجِرْ إِلَيْهَا.

وقوله (بِخِلَافِ الْمُخِيرَةِ إِذَا أُخْبِرَتْ عَنْهُ) أَيُّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ: يَعْنِي أَنَّ الْمَرْأَةَ إِذَا أُخْبِرَتْ بِأَنَّ زَوْجَهَا خَيْرٌهَا فِي نَفْسِهَا تَبَتْ لَهَا الْخِيَارُ عَدْلًا كَانَ الْمُخِيرُ أَوْ غَيْرُهُ، فَإِنْ اخْتَارَتْ نَفْسَهَا فِي مَجْلِسِهَا وَقَعَ الطَّلَاقُ، وَإِلَّا فَلَا لَمَّا ذُكِرَ أَنَّهُ لَيْسَ فِيهِ الْإِزَامُ حُكْمٌ حَتَّى يُشْتَرَطَ فِيهِ أَحَدُ شَطْرَيْ الشَّهَادَةِ. وَقَوْلُهُ (أَوْ عَلَى الْمُتَبَاعِ) يَعْنِي الْمُشْتَرِي (أَوْ عِنْدَ الْعَقَارِ).

قَالَ شَيْخُ الْإِسْلَامِ: الشَّفِيعُ إِمَّا يَحْتَاجُ إِلَى طَلَبِ الْإِشْهَادِ بَعْدَ طَلَبِ الْمَوَاتِبَةِ إِذَا لَمْ يُمَكِّنْهُ الْإِشْهَادُ عِنْدَ طَلَبِ الْمَوَاتِبَةِ بِأَنْ سَمِعَ الشَّرَاءَ حَالَ غَيْبَتِهِ عَنِ الْمُشْتَرِي وَالْبَائِعِ وَالذَّارِ. أَمَّا إِذَا سَمِعَ الشَّرَاءَ بِحَضْرَةِ أَحَدٍ هَؤُلَاءِ فَطَلَبَ الْمَوَاتِبَةَ وَأَشْهَدَ عَلَى ذَلِكَ فَذَلِكَ يَكْفِيهِ وَيَقُومُ مَقَامَ الطَّلَبِ، فَإِنْ تَرَكَ الْأَقْرَبَ مِنْ هَذِهِ الثَّلَاثَةِ وَقَصَدَ الْأَبْعَدَ وَكَانُوا فِي مِصْرٍ وَاحِدٍ بَطَلَتْ الشَّفْعَةُ قِيَاسًا وَلَمْ تَبْطُلْ اسْتِحْسَانًا، لِأَنَّ تَوَاحِي الْمِصْرِ جُعِلَتْ كَنَاحِيَةٍ وَاحِدَةٍ، وَلَوْ كَانَ أَحَدُهُمْ فِي مِصْرٍ وَالْآخَرَانِ فِي مِصْرٍ آخَرَ أَوْ فِي رُسْتَاقٍ هَذَا الْمِصْرِ فَتَرَكَ الْأَقْرَبَ إِلَى الْأَبْعَدِ بَطَلَتْ قِيَاسًا وَاسْتِحْسَانًا ثُمَّ مُدَّةُ هَذَا الطَّلَبِ مُقَدَّرَةٌ بِالتَّمَكُّنِ مِنَ الْإِشْهَادِ عِنْدَ حَضْرَةِ أَحَدٍ هَؤُلَاءِ، حَتَّى لَوْ تَمَكَّنَ وَلَمْ يَطْلُبْ بَطَلَتْ شَفَعْتُهُ.

قَالَ (وَلَا تَسْقُطُ الشَّفْعَةُ بِتَأْخِيرِ هَذَا الطَّلَبِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَهُوَ رَوَايَةٌ عَنْ أَبِي يُوسُفَ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: إِنْ تَرَكَهَا شَهْرًا بَعْدَ الْإِشْهَادِ بَطَلَتْ) وَهُوَ قَوْلُ زُقَرٍ، مَعْنَاهُ: إِذَا تَرَكَهَا مِنْ غَيْرِ عُدْرٍ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ إِذَا تَرَكَ الْمُخَاصِمَةَ فِي مَجْلِسٍ مِنْ مَجَالِسِ الْقَاضِي تَبْطُلُ شَفَعْتُهُ؛ لِأَنَّهُ إِذَا مَضَى مَجْلِسٌ مِنْ مَجَالِسِهِ وَلَمْ يُخَاصِمِ فِيهِ اخْتِيَارًا دَلَّ ذَلِكَ عَلَى إِعْرَاضِهِ وَتَسْلِيمِهِ. وَجَهٌ قَوْلُ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ لَوْ لَمْ يَسْقُطْ بِتَأْخِيرِ الْخُصُومَةِ مِنْهُ أَبَدًا يَتَضَرَّرُ بِهِ الْمُشْتَرِي؛ لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُهُ التَّصَرُّفُ حَذَارَ تَقْضِيهِ مِنْ جِهَةِ الشَّفِيعِ فَقَدَّرْنَاهُ

بشهر؛ لأنه أجل وما دونه عاجل على ما مر في الإيمان. ووجه قول أبي حنيفة وهو ظاهر المذهب وعليه الفتوى أن الحق متى ثبت واستقر لا يسقط إلا بإسقاطه وهو التصريح بلسانه كما في سائر الحقوق، وما ذكر من الضرر يشكك بما إذا كان غائباً، ولا فرق في حق المشتري بين الحاضر والسفر، ولو علم أنه لم يكن في البلد قاض لا تبطل شفعته بالتأخير بالاتفاق؛ لأنه لا يتمكن من الخصومة إلا عند القاضي فكان عذراً.

الشرح:

وقوله (ولا يسقط بتأخير هذا الطلب) يريد به الطلب الثالث وهو طلب الخصومة، وإنما قال معناه إذا تركها من غير عذر لأنهم أجمعوا على أنه تركه بمرض أو حبس أو غير ذلك ولم يمكنه التوكيل بهذا الطلب لا تبطل شفعته وإن طالت المدة (قوله وما ذكر من الضرر) جواب عن قول محمد: يعني أن الشفيع إذا كان غائباً لم تبطل شفعته بتأخير هذا الطلب بالاتفاق، ولا فرق في حق المشتري بين الحاضر والسفر في لزوم الضرر، فكما لا يبطل وهو غائب لا يبطل وهو حاضر. نقل في النهاية عن الذخيرة أن الشفيع إذا كان غائباً فعلم بالشراء فإنه ينبغي أن يطلب طلب الموائمة، ثم له من الأجل على قدر المسير إلى المشتري أو البائع أو الدار الميعة لطلب الإشهاد، فإذا مضى ذلك الأجل وهو قدر المسير إلى أحد هذه الأشياء قبل أن يطلب هذا الطلب أو أن يبعث من يطلب فلا شفعة له.

قال (وإذا تقدم الشفيع إلى القاضي فادعى الشراء وطلب الشفعة سأل القاضي المدعى عليه، فإن اعترف بملكه الذي يشفع به وإلا كلفه بإقامة البيّنة) لأن اليد ظاهر محتمل فلا تكفي لإثبات الاستحقاق. قال رحمه الله: يسأل القاضي المدعى قبل أن يقبل على المدعى عليه عن موضع الدار وحدودها؛ لأنه ادعى حقاً فيها فصار كما إذا ادعى رقبته، وإذا بين ذلك يسأله عن سبب شفعته لاختلاف أسبابها، فإن قال: أنا شفيعها بدار لي تلاصقها الآن ثم دعواه على ما قاله الخصاف. وذكر في الفتاوى تحديد هذه الدار التي يشفع بها أيضاً، وقد بيّناه في الكتاب الموسوم بالتجنيس والمزيد. قال (فإن عجز عن البيّنة استحلف المشتري بالله ما يعلم أنه مالك للذي ذكره مما يشفع به) معناه يطلب الشفيع؛ لأنه ادعى عليه معنى لو أقر به لزمه، ثم هو استحلاف على ما في يده فيحلف

عَلَى الْعِلْمِ (فَإِنْ نَكَلَ أَوْ قَامَتْ لِلشَّفِيعِ بَيِّنَةٌ ثَبَتَ مِلْكُهُ فِي الدَّارِ الَّتِي يُشْفَعُ بِهَا وَثَبَتَ
الْجَوَارُ فَبَعْدَ ذَلِكَ سَأَلَهُ الْقَاضِي) يَعْنِي الْمُدَّعَى عَلَيْهِ (هَلْ ابْتَاعَ أَمْ لَا، فَإِنْ أَنْكَرَ الْابْتِياعَ قِيلَ
لِلشَّفِيعِ أَقِمِ الْبَيِّنَةَ)؛ لِأَنَّ الشُّفْعَةَ لَا تَجِبُ إِلَّا بَعْدَ ثُبُوتِ الْبَيْعِ وَثُبُوتِهِ بِالْحُجَّةِ.

قَالَ (فَإِنْ عَجَزَ عَنْهَا اسْتَحْلَفَ الْمُشْتَرِيَ بِاللَّهِ مَا ابْتَاعَ أَوْ بِاللَّهِ مَا اسْتَحَقَّ عَلَيْهِ فِي
هَذِهِ الدَّارِ شُفْعَةً مِنَ الْوَجْهِ الَّذِي ذَكَرَهُ) فَهَذَا عَلَى الْحَاصِلِ، وَالْأَوَّلُ عَلَى السَّبَبِ وَقَدْ
اسْتَوْفَيْنَا الْكَلَامَ فِيهِ فِي الدَّعْوَى، وَذَكَرْنَا الْاِخْتِلَافَ بِتَوْفِيقِ اللَّهِ، وَإِنَّمَا يُحْلَفُ عَلَى
الْبَيِّنَاتِ؛ لِأَنَّهُ اسْتِحْلَافٌ فَعَلَ نَفْسِهِ وَعَلَى مَا فِي يَدِهِ أَصَالَةً، وَفِي مِثْلِهِ يُحْلَفُ عَلَى الْبَيِّنَاتِ.

الشرح:

قَالَ (وَإِذَا تَقَدَّمَ الشَّفِيعُ إِلَى الْقَاضِي إلخ) هَذَا هُوَ الْمَوْعُودُ بِقَوْلِهِ وَسَنَذْكُرُ
كَيْفِيَّتَهُ مِنْ بَعْدُ وَكَلَامُهُ ظَاهِرٌ (قَوْلُهُ لِاخْتِلَافِ أَسْبَابِهَا) لِأَنَّهَا عَلَى مَرَاتِبَ كَمَا تَقَدَّمَ فَلَا
بُدَّ مِنْ بَيَانِ السَّبَبِ لِيُعْلَمَ هَلْ هُوَ مَحْجُوبٌ بغيره أَوْ لَا، وَرُبَّمَا ظَنَّ مَا لَيْسَ بِسَبَبٍ
كَالْجَادِ الْمُقَابِلِ سَبَبًا فَإِنَّهُ سَبَبٌ عِنْدَ شَرِيحٍ إِذَا كَانَ أَقْرَبَ أَبَا فَلَا بُدَّ مِنْ بَيَانِ. وَقَوْلُهُ (ثُمَّ
دَعَاؤُهُ) قِيلَ لَمْ يَتِمَّ بَعْدُ، بَلْ لَا بُدَّ أَنْ يَسْأَلَ يَقُولُ: هَلْ قَبَضَ الْمُشْتَرِيَ الْمَبِيعَ أَوْ لَا، لِأَنَّهُ
لَوْ لَمْ يَقْبِضْ لَمْ تَصِحَّ الدَّعْوَى عَلَى الْمُشْتَرِيَ مَا لَمْ يَحْضُرِ الْبَائِعُ ثُمَّ يَسْأَلُهُ عَنِ السَّبَبِ
ثُمَّ يَقُولُ لَهُ: مَتَى أَخْبَرْتَ بِالشَّرَاءِ وَكَيْفَ صَنَعْتَ حِينَ أَخْبَرْتَ بِهِ لِيُعْلَمَ أَنَّ الْمُدَّةَ طَالَتْ
أَوْ لَا، فَإِنْ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ إِذَا طَالَتْ الْمُدَّةُ فَالْقَاضِي لَا يَلْتَقِئُ إِلَى دَعَاؤِهِ وَعَلَيْهِ
الْفَتْوَى، وَهَذَا لَا يَلْزَمُ الْمُصَنِّفَ لِأَنَّهُ ذَكَرَ أَنَّ الْفَتْوَى عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ فِي عَدَمِ
الْبُطْلَانِ بِالتَّأْخِيرِ.

وَقِيلَ سَأَلَهُ ثُمَّ بَعْدَ ذَلِكَ سَأَلَهُ عَنِ طَلَبِ الْإِشْهَادِ، فَإِذَا قَالَ طَلَبْتُ حِينَ عَلِمْتُ
وَأَخْبَرْتُ عَنْ غَيْرِ لُبْتُ سَأَلَهُ عَنِ طَلَبِ الْاسْتِفْرَادِ، فَإِنْ قَالَ طَلَبْتَهُ مِنْ غَيْرِ تَأْخِيرٍ سَأَلَهُ
عَنِ الْمَطْلُوبِ بِحَضْرَتِهِ هَلْ كَانَ أَقْرَبَ إِلَيْهِ مِنْ غَيْرِهِ، فَإِنْ قَالَ نَعَمْ صَحَّ دَعَاؤُهُ، ثُمَّ يَقْبَلُ
عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ، فَإِنْ اعْتَرَفَ بِمِلْكِهِ الَّذِي يُشْفَعُ بِهِ وَإِلَّا كَلَّفَهُ إِقَامَةَ الْبَيِّنَةِ لِأَنَّ الْيَدَ
ظَاهِرًا يَحْتَمِلُ أَنْ تَكُونَ يَدَ مِلْكٍ وَإِجَادَةٍ وَعَارِيَةٍ، وَالْمُحْتَمَلُ لَا يَكْفِي لِإِبْتَاتِ
الْاسْتِحْقَاقِ، فَإِنْ أَقَامَ فَقَدْ تَوَرَّعَ دَعَاؤُهُ، وَإِنْ عَجَزَ اسْتَحْلَفَ الْمُشْتَرِيَ بِطَلَبِ الشَّفِيعِ أَنَّهُ لَا
يَعْلَمُ أَنَّ الشَّفِيعَ مَالِكٌ لِلَّذِي ذَكَرَهُ مِمَّا يُشْفَعُ بِهِ لِأَنَّهُ ادَّعَى عَلَيْهِ أَمْرًا لَوْ أَقْرَبَ بِهِ لَرِمَهُ،

فَإِذَا أُنْكَرَهُ لَزِمَ الْيَمِينُ عَلَى الْعِلْمِ لِكَوْنِهِ اسْتِحْلَافًا عَلَى مَا فِي يَدِ غَيْرِهِ، فَإِنْ نَكَلَ ثَبَتَ دَعْوَى الشَّفِيعِ فَبَعْدَ ذَلِكَ يَسْأَلُ الْحَاكِمُ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ هَلْ ابْتَاعَ أَمْ لَا، فَإِنْ أَقْرَأَ فَذَاكَ، وَإِنْ أُنْكَرَ قِيلَ لِلشَّفِيعِ أَقِمِ الْبَيِّنَةَ، فَإِنْ أَقَامَهَا فَذَاكَ (وَإِنْ عَجَزَ عَنْهَا اسْتَحْلَفَ الْمُشْتَرِي عَلَى أَنَّهُ مَا اشْتَرَاهُ أَوْ مَا يَسْتَحِقُّ عَلَيْهِ الشُّفْعَةَ مِنَ الْوَجْهِ الَّذِي ذَكَرَ فَهَذَا عَلَى الْحَاصِلِ وَالْأَوَّلِ عَلَى السَّبَبِ، وَذَكَرْنَا الْاِخْتِلَافَ فِيهِ) يُرِيدُ مَا ذَكَرَهُ فِي فَصْلِ كَيْفِيَةِ الْيَمِينِ وَالْاسْتِحْلَافِ مِنْ كِتَابِ الدَّعْوَى.

قَالَ (وَتَجُوزُ الْمَنَازَعَةُ فِي الشُّفْعَةِ وَإِنْ لَمْ يُحْضِرِ الشَّفِيعُ الثَّمَنَ إِلَى مَجْلِسِ الْقَاضِي، فَإِذَا قَضَى الْقَاضِي بِالشُّفْعَةِ لَزِمَهُ إِحْضَارُ الثَّمَنِ) وَهَذَا ظَاهِرُ رِوَايَةِ الْأَصْلِ. وَعَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ لَا يَقْضِي حَتَّى يُحْضِرَ الشَّفِيعُ الثَّمَنَ، وَهُوَ رِوَايَةُ الْحَسَنِ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ؛ لِأَنَّ الشَّفِيعَ عَسَاهُ يَكُونُ مُفْلِسًا فَيَتَوَقَّفُ الْقَضَاءُ عَلَى إِحْضَارِهِ حَتَّى لَا يَتَوَيَّ مَالُ الْمُشْتَرِي. وَجَهُ الظَّاهِرِ أَنَّهُ لَا ثَمَنَ لَهُ عَلَيْهِ قَبْلَ الْقَضَاءِ وَلِهَذَا لَا يُشْتَرِطُ تَسْلِيمُهُ، فَكَذَا لَا يُشْتَرِطُ إِحْضَارُهُ (وَإِذَا قَضَى لَهُ بِالْדَّارِ فَلِلْمُشْتَرِي أَنْ يَحْبِسَهُ حَتَّى يَسْتَوْفِيَ الثَّمَنَ) وَيَنْفُذُ الْقَضَاءُ عِنْدَ مُحَمَّدٍ أَيْضًا؛ لِأَنَّهُ فَصَلَ مُجْتَهِدٌ فِيهِ وَوَجَبَ عَلَيْهِ الثَّمَنُ فَيُحْبَسُ فِيهِ، فَلَوْ أَخَّرَ آدَاءَ الثَّمَنِ بَعْدَ مَا قَالَ لَهُ ادْفَعِ الثَّمَنَ إِلَيْهِ لَا تَبْطُلُ شُفْعَتُهُ؛ لِأَنَّهَا تَأْكُودُ بِالْخُصُومَةِ عِنْدَ الْقَاضِي.

قَالَ (وَإِنْ أَحْضَرَ الشَّفِيعُ الْبَائِعَ، وَالْمَبِيعُ فِي يَدِهِ فَلَهُ أَنْ يُخَاصِمَهُ فِي الشُّفْعَةِ؛ لِأَنَّ الْيَدَ لَهُ وَهِيَ يَدٌ مُسْتَحَقَّةٌ) وَلَا يَسْمَعُ الْقَاضِي الْبَيِّنَةَ حَتَّى يُحْضِرَ الْمُشْتَرِي فَيَفْسَخَ الْبَيْعَ بِمَشْهَدٍ مِنْهُ وَيَقْضِي بِالشُّفْعَةِ عَلَى الْبَائِعِ وَيَجْعَلُ الْعَهْدَةَ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّ الْمَلِكَ لِلْمُشْتَرِي وَالْيَدَ لِلْبَائِعِ، وَالْقَاضِي يَقْضِي بِهِمَا لِلشَّفِيعِ فَلَا بُدَّ مِنْ حُضُورِهِمَا، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَتِ الدَّارُ قَدْ قُبِضَتْ حَيْثُ لَا يُعْتَبَرُ حُضُورُ الْبَائِعِ؛ لِأَنَّهُ صَارَ أَجْنَبِيًّا إِذْ لَا يَبْقَى لَهُ يَدٌ وَلَا مَلِكٌ. وَقَوْلُهُ فَيَفْسَخُ الْبَيْعَ بِمَشْهَدٍ مِنْهُ إِشَارَةٌ إِلَى عَلَيَّةٍ أُخْرَى وَهِيَ أَنَّ الْبَيْعَ فِي حَقِّ الْمُشْتَرِي إِذَا كَانَ يَنْفَسِخُ لَا بُدَّ مِنْ حُضُورِهِ لِيَقْضِيَ بِالْفَسْخِ عَلَيْهِ، ثُمَّ وَجَهُ هَذَا الْفَسْخُ الْمَذْكُورُ أَنَّ يَنْفَسِخُ فِي حَقِّ الْإِضَافَةِ لِامْتِنَاعِ قَبْضِ الْمُشْتَرِي بِالْأَخْذِ بِالشُّفْعَةِ وَهُوَ يُوجِبُ الْفَسْخَ، إِلَّا أَنَّهُ يَبْقَى أَصْلُ الْبَيْعِ لَتَعَذُّرِ انْفِسَاحِهِ؛ لِأَنَّ الشُّفْعَةَ بِنَاءً عَلَيْهِ، وَلَكِنَّهُ تَتَحَوَّلُ الصَّفَقَةُ إِلَيْهِ وَيَصِيرُ كَأَنَّهُ هُوَ الْمُشْتَرِي مِنْهُ فَلِهَذَا يَرْجِعُ بِالْعَهْدَةِ عَلَى الْبَائِعِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا قُبِضَتْ

المُشْتَرِي فَأَخَذَهُ مِنْ يَدِهِ حَيْثُ تَكُونُ الْعَهْدَةُ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ مَلَكَهُ بِالْقَبْضِ. وَفِي الْوَجْهِ الْأَوَّلِ
امْتِنَعَ قَبْضُ الْمُشْتَرِي وَأَنَّهُ يُوجِبُ الْفَسْخَ، وَقَدْ طَوَّلْنَا الْكَلَامَ فِيهِ فِي كِفَايَةِ الْمُنْتَهَى
بِتَوْفِيقِ اللَّهِ تَعَالَى.

الشرح:

قَالَ (وَتَجُوزُ الْمُنَازَعَةُ فِي الشُّفْعَةِ الْخ) وَتَجُوزُ الْمُنَازَعَةُ فِي الشُّفْعَةِ وَإِنْ لَمْ يُحْضَرْ
الشَّفِيعُ الثَّمَنُ إِلَى مَجْلِسِ الْقَاضِي، فَإِذَا قَضَى بِهَا لَزِمَهُ إِحْضَارُ الثَّمَنِ. قَالَ الْمُصَنِّفُ
(وَهَذَا ظَاهِرُ رِوَايَةِ الْأَصْلِ) وَلَمْ يَقُلْ هَذَا رِوَايَةُ الْأَصْلِ لِأَنَّهُ لَمْ يُصَرِّحْ فِي الْأَصْلِ هَكَذَا،
وَلَكِنَّهُ ذَكَرَ مَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّ الْقَاضِي يَقْضِي بِالشُّفْعَةِ مِنْ غَيْرِ إِحْضَارِ الثَّمَنِ لِأَنَّهُ قَالَ
لِلْمُشْتَرِي أَنْ يَحْبِسَ الدَّارَ حَتَّى يَسْتَوْفِيَ الثَّمَنَ مِنْهُ أَوْ مِنْ وَرَثَتِهِ إِنْ مَاتَ.

(وَعَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ لَا يَقْضِي حَتَّى يُحْضَرَ الشَّفِيعُ الثَّمَنَ وَهُوَ رِوَايَةُ الْحَسَنِ عَنْ أَبِي
حَنِيفَةَ، لِأَنَّ الشَّفِيعَ قَدْ يَكُونُ مُفْلِسًا فَيَتَوَقَّفُ الْقَضَاءُ عَلَى إِحْضَارِهِ حَتَّى لَا يُتَوَى مَالُ
الْمُشْتَرِي) وَالْفَرْقُ بَيْنَ هَذَا وَبَيْنَ الْمُشْتَرِي مَعَ الْبَائِعِ أَنَّ الْبَائِعَ أزالَ الْمَبِيعَ عَنْ مِلْكِهِ قَبْلَ
وُصُولِ الثَّمَنِ إِلَيْهِ فَقَدْ أَضَرَّ بِنَفْسِهِ عَنْ اخْتِيَارٍ فَلَا يُنْظَرُ لَهُ بِإِبْطَالِ مِلْكِ الْمُشْتَرِي، وَإِنَّمَا
يُنْظَرُ لَهُ بِإِثْبَاتِ وَلَايَةِ حَبْسِ الْمَبِيعِ، فَأَمَّا الْمُشْتَرِي هَاهُنَا فَلَا يُزِيلُ مِلْكَ نَفْسِهِ عَنْ اخْتِيَارٍ
لِيُقَالَ أَضَرَّ بِنَفْسِهِ قَبْلَ وَصُولِ الثَّمَنِ إِلَيْهِ بَلِ الشَّفِيعُ يَمْلِكُ عَلَيْهِ كَرُّهَا دَفْعًا لِلضَّرَرِ عَنْ
نَفْسِهِ، وَإِنَّمَا يَجُوزُ لِلْإِنْسَانِ دَفْعُ الضَّرَرِ عَنْ نَفْسِهِ عَلَى وَجْهِ لَا يَضُرُّ بَعْضَهُ، وَدَفْعُ
الضَّرَرِ عَنْ الْمُشْتَرِي بِإِبْطَالِ الشُّفْعَةِ إِذَا مَا طَلَّ فِي دَفْعِ الثَّمَنِ (وَجْهُ ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ أَنَّهُ لَا
ثَمَنَ لَهُ عَلَيْهِ قَبْلَ الْقَضَاءِ، وَلِهَذَا لَا يُشْتَرِطُ تَسْلِيمُهُ، وَمَا لَيْسَ بِثَابِتٍ عَلَيْهِ لَا يُشْتَرِطُ
إِحْضَارُهُ) فَلَا بُدَّ مِنَ الْقَضَاءِ بِهَا لِيَتِمَّكَنَ الْمُشْتَرِي مِنَ الْمَطَالَبَةِ (إِذَا قُضِيَ لَهُ بِالْدارِ
فَلِلْمُشْتَرِي أَنْ يَحْبِسَهُ حَتَّى يَسْتَوْفِيَ الثَّمَنَ وَيَكُونُ الْقَضَاءُ نَافِذًا عِنْدَ مُحَمَّدٍ أَيْضًا لِأَنَّهُ
فَضْلٌ مُجْتَهِدٌ فِيهِ وَوَجَبَ عَلَيْهِ الثَّمَنُ فَيَحْبِسُهُ فِيهِ، فَلَوْ أَخَّرَ آدَاءَ الثَّمَنِ بَعْدَمَا قَالَ لَهُ اذْغُ
إِلَيْهِ الثَّمَنَ لَا تَبْطُلُ شُفْعَتُهُ لِأَنَّهَا تَأَكَّدَتْ بِالْخُصُومَةِ عِنْدَ الْقَاضِي، قَالَ: وَإِنْ أَحْضَرَ
الشَّفِيعُ الْبَائِعَ الْخ) وَإِنْ أَحْضَرَ الشَّفِيعُ الْبَائِعَ إِلَى الْحَاكِمِ وَالْمَبِيعِ فِي يَدِهِ، فَلَهُ أَنْ
يُخَاصِمَهُ فِي الشُّفْعَةِ، لِأَنَّ الْيَدَ لَهُ وَهِيَ يَدٌ مُسْتَحَقَّةٌ: أَيْ مُعْتَبَرَةٌ كَيْدَ الْمَالِكِ وَلِهَذَا كَانَ
لَهُ أَنْ يَحْبِسَهُ حَتَّى يَسْتَوْفِيَ الثَّمَنَ، وَلَوْ هَلَكَ فِي يَدِهِ هَلَكَ مِنْ مَالِهِ، إِنَّمَا قَالَ ذَلِكَ

احْتِرَازًا عَنْ يَدِ الْمُوَدَّعِ وَالْمُسْتَعِيرِ، وَمَنْ لَهُ يَدٌ كَذَلِكَ فَهُوَ خَصَمٌ مَنْ ادَّعَى عَلَيْهِ، إِلَّا أَنْ الْحَاكِمَ لَا يَسْمَعُ الْبَيِّنَةَ عَلَى الْبَائِعِ حَتَّى يَحْضُرَ الْمُشْتَرِي فَيَفْسَخَ الْبَيْعَ بِمَحْضَرٍ مِنْهُ وَيَقْضِي بِالشُّفْعَةِ عَلَى الْبَائِعِ وَيَجْعَلَ الْعَهْدَةَ عَلَيْهِ، وَهَذِهِ جُمْلَةٌ قَضَايَا كَمَا تَرَى، أَمَّا كَوْنُهُ خَصَمًا فَقَدْ بَيَّنَّا، وَأَمَّا كَوْنُ الْمُشْتَرِي لَا بُدَّ مِنْ حُضُورِهِ مَعَ الْبَائِعِ لِسَمَاعِ الْبَيِّنَةِ فَلَعَلَّيْنِ اشْتَرَكَ فِي إِحْدَاهُمَا مَعَ الْبَائِعِ وَتَفَرَّدَ بِالْأُخْرَى.

وَأَمَّا مَا اشْتَرَكَ فِيهِ فَهُوَ مَا ذَكَرَهُ بِقَوْلِهِ (لَأَنَّ الْمَلِكَ لِلْمُشْتَرِي وَالْيَدُ لِلْبَائِعِ وَالْقَاضِي يَقْضِي بِهِمَا لِلشَّفِيعِ) عَلَيْهِمَا، وَلَا بُدَّ مِنْ حُضُورِ الْمُقْضِي عَلَيْهِ لِلْقَضَاءِ (بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَتْ الدَّارُ قَدْ قُبِضَتْ) فَإِنَّ حُضُورَ الْبَائِعِ إِذَا كَانَ غَيْرَ مُعْتَبَرٍ لِصِرُورَتِهِ أَجْنَبِيًّا لَمْ يَنْبَغِ لَهُ مِلْكٌ وَلَا يَدٌ، وَأَمَّا مَا تَفَرَّدَ بِهِ فَهُوَ مَا ذَكَرَهُ بِقَوْلِهِ (هُوَ أَنَّ الْبَيْعَ فِي حَقِّ الْمُشْتَرِي إِذَا كَانَ يَنْفَسَخُ لَا بُدَّ مِنْ حُضُورِهِ لِيَقْضِيَ بِالْفَسْخِ عَلَيْهِ) وَلَكَمَا كَانَ فَسْخُ الْبَيْعِ يُؤْهِمُ الْعَوْدَ عَلَى مَوْضِعِهِ بِالنَّقْضِ فِي الْمَسْأَلَةِ لِأَنَّ نَقْضَ الْبَيْعِ إِنَّمَا هُوَ لِأَجْلِ الشُّفْعَةِ وَنَقْضُهُ يُقْضِي إِلَى انْتِفَائِهَا لِكَوْنِهَا مَبْنِيَّةً عَلَى الْبَيْعِ بَيْنَ وَجْهِ النَّقْضِ بِقَوْلِهِ (ثُمَّ وَجْهُ هَذَا الْفَسْخُ الْمَذْكُورُ أَنْ يَنْفَسَخَ فِي حَقِّ الْإِضَافَةِ) لِأَنَّ قَبْضَ الْمُشْتَرِي مَعَ ثُبُوتِ حَقِّ الْأَخْذِ لِلشَّفِيعِ بِالشُّفْعَةِ مُمْتَنِعٌ، وَإِذَا كَانَ مُمْتَنِعًا فَاتَ الْغَرَضُ مِنَ الشَّرَاءِ وَهُوَ الْإِنْتِفَاعُ بِالْبَيْعِ فَيَحْتَاجُ إِلَى الْفَسْخِ. لِأَنَّ الْأَسْبَابَ شَرَعَتْ لِأَحْكَامِهَا لَا لِدَاتِهَا، لَكِنَّهُ يَبْقَى أَصْلُ الْبَيْعِ: أَعْنِي الصَّادِرَ مِنَ الْبَائِعِ وَهُوَ قَوْلُهُ بَعْتُ مُجَرَّدًا عَنْ إِضَافَتِهِ إِلَى ضَمِيرِ الْمُشْتَرِي لِتَعَدُّرِ انْفِسَاخِهِ، فَإِنَّهُ لَوْ انْفَسَخَ عَادَ إِلَى مَوْضِعِهِ بِالنَّقْضِ كَمَا ذَكَرْنَاهُ (فَيَتَحِيلُ لِبَقَائِهِ بِتَحْوِيلِ الصَّفَقَةِ إِلَى الشَّفِيعِ وَبَصِيرُ كَأَنَّهُ الْمُشْتَرِي مِنَ الْبَائِعِ) وَهَذَا لِأَنَّ الشُّفْعَةَ ثَابِتَةٌ فِي الشَّرْعِ الْبَيِّنَةُ وَثُبُوتُهَا مَعَ بَقَاءِ الْعَقْدِ كَمَا كَانَ مُتَعَدِّرًا لِعَدَمِ حُصُولِ الْمَقْصُودِ رُدُّ فَكَانَ فَسْخُهَا مِنْ ضَرُورَاتِهَا. وَهِيَ تَنْدَفِعُ بِفَسْخِهَا مِنْ جَانِبِ الْمُشْتَرِي فَلَا تَتَعَدَّى إِلَى غَيْرِهِ، وَهَذَا اخْتِيَارُ بَعْضِ الْمَشَايِخِ وَهُوَ الْمُخْتَارُ.

وَقَالَ بَعْضُهُمْ: تَنْتَقِلُ الدَّارُ مِنَ الْمُشْتَرِي إِلَى الشَّفِيعِ بِعَقْدٍ جَدِيدٍ. قَالُوا: لَوْ كَانَ بِطَرِيقِ التَّحْوِيلِ لَمْ يَكُنْ لِلشَّفِيعِ خِيَارُ الرُّؤْيَةِ إِذَا كَانَ الْمُشْتَرِي قَدْ رَأَاهُ، لَكِنْ لَهُ ذَلِكَ كَمَا سَيَأْتِي. وَلَكَمَا كَانَ لَهُ أَنْ يَرُدَّ الدَّارَ إِذَا أَطْلَعَ عَلَى غَيْبِ الْمُشْتَرِي اشْتَرَاهَا عَلَى أَنَّ الْبَائِعَ بَرِيءٌ مِنْ كُلِّ غَيْبٍ بِهَا لَكِنْ لَهُ ذَلِكَ وَالْجَوَابُ أَنَّ الْعَقْدَ يَقْضِي سَلَامَةَ الْمَعْقُودِ

عَلَيْهِ مِنَ الْعَيْبِ، وَإِنَّمَا يُعْتَبَرُ فِي حَقِّ الْمُشْتَرِي بِعَارِضٍ لَمْ يُوجَدْ فِي الشَّفِيعِ وَهُوَ الرُّؤْيَةُ وَقَبُولُ الْمُشْتَرِي الْعَيْبَ فَتَحَوَّلَتِ الصَّفَقَةُ إِلَى الشَّفِيعِ مُوجِبَةً لِلسَّلَامَةِ نَظَرًا إِلَى الْأَصْلِ.
(قَوْلُهُ فَلِهَذَا) أَيُّ فَلْتَحَوَّلَ الصَّفَقَةُ إِلَيْهِ (يَرْجِعُ بِالْعَهْدَةِ عَلَى الْبَائِعِ) لِأَنَّهُ كَمَا كَانَ، وَلَوْ كَانَ بَعْدَ جَدِيدٍ كَانَتْ عَلَى الْمُشْتَرِي (بِخِلَافِ مَا إِذَا قَبَضَهُ الْمُشْتَرِي) فَأَخَذَهُ الشَّفِيعُ مِنْ يَدِهِ حَيْثُ تَكُونُ الْعَهْدَةُ عَلَيْهِ لِأَنَّهُ تَمَّ مِلْكُهُ بِالْقَبْضِ.

قَالَ (وَمَنْ اشْتَرَى دَارًا لِغَيْرِهِ فَهُوَ الْخَصْمُ لِلشَّفِيعِ)؛ لِأَنَّهُ هُوَ الْعَاقِدُ، وَالْأَخْذُ بِالشَّفِيعَةِ مِنْ حُقُوقِ الْعَقْدِ فَيَتَوَجَّهُ عَلَيْهِ. قَالَ (إِلَّا أَنْ يُسَلِّمَهَا إِلَى الْمُوَكَّلِ) لِأَنَّهُ لَمْ يَبْقَ لَهُ يَدٌ وَلَا مِلْكٌ فَيَكُونُ الْخَصْمُ هُوَ الْمُوَكَّلُ، وَهَذَا؛ لِأَنَّ الْوَكِيلَ كَالْبَائِعِ مِنَ الْمُوَكَّلِ عَلَى مَا عُرِفَ فَتُسَلِّمُهُ إِلَيْهِ كَتَسْلِيمِ الْبَائِعِ إِلَى الْمُشْتَرِي فَتَصِيرُ الْخُصُومَةُ مَعَهُ، إِلَّا أَنَّهُ مَعَ ذَلِكَ قَائِمٌ مَقَامَ الْمُوَكَّلِ فَيَكْتَفِي بِحُضُورِهِ فِي الْخُصُومَةِ قَبْلَ التَّسْلِيمِ، وَكَذَا إِذَا كَانَ الْبَائِعُ وَكِيلَ الْغَائِبِ فَلِلشَّفِيعِ أَنْ يَأْخُذَهَا مِنْهُ إِذَا كَانَتْ فِي يَدِهِ؛ لِأَنَّهُ عَاقِدٌ وَكَذَا إِذَا كَانَ الْبَائِعُ وَصِيًّا لِمَيِّتٍ فِيمَا يَجُوزُ بَيْعُهُ لَمَا ذَكَرْنَا.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ اشْتَرَى دَارًا لِغَيْرِهِ فَهُوَ الْخَصْمُ لِلْخ) الْمُشْتَرِي إِذَا كَانَ وَكِيلًا، فَإِنَّمَا أَنْ يُسَلِّمَ الْمَبِيعَ إِلَى مُوَكَّلِهِ قَبْلَ الْخُصُومَةِ أَوْ لَا، فَإِنْ كَانَ الثَّانِي فَهُوَ الْخَصْمُ لِلشَّفِيعِ (لِأَنَّهُ هُوَ الْعَاقِدُ وَالْعَاقِدُ يَتَوَجَّهُ عَلَيْهِ حُقُوقُ الْعَقْدِ) (وَالْأَخْذُ بِالشَّفِيعَةِ مِنْ حُقُوقِهِ) وَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ فَالْمُوَكَّلُ هُوَ الْخَصْمُ (لِأَنَّهُ لَمْ يَبْقَ لِلْوَكِيلِ يَدٌ وَلَا مِلْكٌ) وَهَذَا لِأَنَّ الْوَكِيلَ كَالْبَائِعِ مِنَ الْمُوَكَّلِ لِأَنَّهُ يَجْرِي بَيْنَهُمَا مُبَادَلَةٌ حُكْمِيَّةٌ عَلَى مَا عُرِفَ، فَتُسَلِّمُهُ إِلَى الْمُوَكَّلِ كَتَسْلِيمِ الْبَائِعِ إِلَى الْمُشْتَرِي، وَلَوْ سَلَّمَ الْمُشْتَرِي كَانَ هُوَ الْخَصْمُ فَكَذَا الْمُوَكَّلُ. فَإِنْ قِيلَ: لَوْ كَانَ الْوَكِيلُ بِالشَّرَاءِ كَالْبَائِعِ مِنَ الْمُوَكَّلِ لَكَانَ حُضُورُ الْوَكِيلِ وَالْمُوَكَّلِ جَمِيعًا شَرْطًا فِي الْخُصُومَةِ فِي الشَّفِيعَةِ إِذَا كَانَتْ الدَّارُ فِي يَدِ الْوَكِيلِ، كَمَا أَنَّ الْحُكْمَ كَذَلِكَ فِي الْبَائِعِ وَالْمُشْتَرِي عَلَى مَا تَقَدَّمَ. أَجَابَ الْمُصَنِّفُ بِقَوْلِهِ (إِلَّا أَنَّهُ مَعَ ذَلِكَ قَائِمٌ مَقَامَ الْمُوَكَّلِ) لِكُونِهِ نَائِبًا عَنْهُ (فَيَكْتَفِي بِحُضُورِهِ) وَالْبَائِعُ ثَمَّةَ لَيْسَ بِنَائِبٍ عَنِ الْمُشْتَرِي فَلَا يُكْتَفَى بِحُضُورِهِ (قَوْلُهُ وَكَذَا إِذَا كَانَ الْبَائِعُ وَكِيلًا) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (وَكَذَا إِذَا كَانَ الْبَائِعُ وَصِيًّا) يَعْنِي يَكُونُ الْخَصْمُ لِلشَّفِيعِ هُوَ الْوَصِيُّ إِذَا كَانَتْ الْوَرَثَةُ صِغَارًا، وَقِيدَ بِقَوْلِهِ (فِيمَا

يَجُوزُ بَيْعُهُ) احْتِرَازًا عَمَّا لَا يَتَعَابَنُ النَّاسُ بِمِثْلِهِ، فَإِنَّ بَيْعَهُ بِهِ لَا يَجُوزُ. وَقِيلَ الْمُرَادُ بِهِ كَوْنُ الْوَرْتَةِ صَعَارًا، فَإِنَّ الْوَصِيَّ يَبِيعُ التَّرِكَهَ، أَمَّا إِذَا كَانَتِ الْوَرْتَةُ كِبَارًا لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ لِأَنَّهُمْ مُتَمَكِّنُونَ مِنَ النَّظَرِ لَأَنْفُسِهِمْ

قَالَ (وَإِذَا قَضَى الْقَاضِي لِلشَّفِيعِ بِالْدارِ وَلَمْ يَكُنْ رَأَاهَا فَلَهُ خِيَارُ الرُّوْيَةِ، وَإِنْ وَجَدَ بِهَا عَيْبًا فَلَهُ أَنْ يَرُدَّهَا وَإِنْ كَانَ الْمُشْتَرِي شَرَطَ الْبَرَاءَةَ مِنْهُ) لَأَنَّ الْأَخْذَ بِالشَّفِيعَةِ بِمَنْزِلَةِ الشَّرَاءِ؛ أَلَا يَرَى أَنَّهُ مُبَادَلَتُهُ الْمَالُ بِالْمَالِ فَيَتَبَيَّنُ فِيهِ الْخِيَارَانِ كَمَا فِي الشَّرَاءِ، وَلَا يَسْقُطُ بِشَرَطِ الْبَرَاءَةِ مِنَ الْمُشْتَرِي وَلَا بِرُؤْيِيهِ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِنَائِبٍ عَنْهُ فَلَا يَمْلِكُ إِسْقَاطَهُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِذَا قَضَى الْقَاضِي لِلشَّفِيعِ بِالْدارِ إلخ) ظَاهِرٌ وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ أَيْضًا.

فصل في مسائل الاختلاف

قَالَ (وَإِنْ اخْتَلَفَ الشَّفِيعُ وَالْمُشْتَرِي فِي الثَّمَنِ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُشْتَرِي)؛ لِأَنَّ الشَّفِيعَ يَدْعِي اسْتِحْقَاقَ الدَّارِ عَلَيْهِ عِنْدَ نَقْدِ الْأَقْلَ وَهُوَ يُنْكِرُ وَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُنْكَرِ مَعَ يَمِينِهِ، وَلَا يَتَحَالَفَانِ؛ لِأَنَّ الشَّفِيعَ إِنْ كَانَ يَدْعِي عَلَيْهِ اسْتِحْقَاقَ الدَّارِ فَالْمُشْتَرِي لَا يَدْعِي عَلَيْهِ شَيْئًا لِتَخْيِيرِهِ بَيْنَ التَّرِكِ وَالْأَخْذِ وَلَا نَصَّ هَاهُنَا، فَلَا يَتَحَالَفَانِ. قَالَ (وَلَوْ أَقَامَا الْبَيِّنَةَ فَالْبَيِّنَةُ لِلشَّفِيعِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: الْبَيِّنَةُ بَيِّنَةُ الْمُشْتَرِي؛ لِأَنَّهُمَا أَكْثَرُ إِثْبَاتًا) فَصَارَ كَبَيِّنَةِ الْبَائِعِ وَالْوَكِيلِ وَالْمُشْتَرِي مِنَ الْعَدُوِّ. وَلَهُمَا أَنَّهُ لَا تَنَافِي بَيْنَهُمَا فَيُجْعَلُ كَأَنَّ الْمَوْجُودَ بَيْعَانِ، وَلِلشَّفِيعِ أَنْ يَأْخُذَ بِأَيِّهِمَا شَاءَ وَهَذَا بِخِلَافِ الْبَائِعِ مَعَ الْمُشْتَرِي؛ لِأَنَّهُ لَا يَتَوَالَى بَيْنَهُمَا عَقْدَانِ إِلَّا بِانْفِسَاخِ الْأَوَّلِ وَهَاهُنَا الْفَسْخُ لَا يَظْهَرُ فِي حَقِّ الشَّفِيعِ وَهُوَ التَّخْرِيجُ لِبَيِّنَةِ الْوَكِيلِ؛ لِأَنَّهُ كَالْبَائِعِ وَالْمُوَكَّلِ كَالْمُشْتَرِي مِنْهُ، كَيْفَ وَأَنَّهَا مَمْنُوعَةٌ عَلَى مَا رُوِيَ عَنْ مُحَمَّدٍ، وَأَمَّا الْمُشْتَرِي مِنَ الْعَدُوِّ فَقُلْنَا ذَكَرَ فِي السَّيْرِ الْكَبِيرِ أَنَّ الْبَيِّنَةَ بَيِّنَةُ الْمَالِكِ الْقَدِيمِ. فَلَمَّا أَنْ نَمْنَعُ (وَبَعْدَ التَّسْلِيمِ نَقُولُ: لَا يَصِحُّ الثَّانِي هُنَاكَ إِلَّا بِفَسْخِ الْأَوَّلِ، أَمَّا هَاهُنَا فَخِلَافِهِ)، وَلِأَنَّ بَيِّنَةَ الشَّفِيعِ مُلْزِمَةٌ وَبَيِّنَةُ الْمُشْتَرِي غَيْرُ مُلْزِمَةٍ وَالْبَيِّنَاتُ لِلْإِلْزَامِ.

الشرح:

لَمَّا ذَكَرَ مَسَائِلَ الْإِتْفَاقِ بَيْنَ الشَّفِيعِ وَالْمُشْتَرِي فِي الثَّمَنِ وَهُوَ الْأَصْلُ شَرَعَ فِي

يَبَانَ مَسَائِلُ الْاِخْتِلَافِ بَيْنَهُمَا فِيهِ. قَالَ (وَإِنْ اِخْتَلَفَ الشَّفِيعُ وَالْمُشْتَرِي فِي الثَّمَنِ الْخُ) الشَّفِيعُ الْمُشْتَرِي وَإِنْ كَانَا بِمَنْزِلَةِ الْبَائِعِ وَالْمُشْتَرِي لَكِنَّهُمَا لَيْسَا كَذَلِكَ مِنْ كُلِّ وَجْهِ (لَأَنَّ الشَّفِيعَ يَدَّعِي عَلَى الْمُشْتَرِي اسْتِحْقَاقَ الدَّارِ) بِأَقْلِ الثَّمَنِ وَالْمُشْتَرِي لَا يَدَّعِي عَلَيْهِ شَيْئًا فَيُخَيَّرُ الشَّفِيعُ بَيْنَ الْأَخْذِ وَالتَّرْكِ.

فَإِذَا وَقَعَ الْاِخْتِلَافُ بَيْنَهُمَا فِي الثَّمَنِ وَعَجَزَا عَنْ إِقَامَةِ الْبَيِّنَةِ كَانَ الْقَوْلُ لِلْمُشْتَرِي لِأَنَّهُ يُنْكِرُ مَا يَدَّعِيهِ الشَّفِيعُ مِنْ اسْتِحْقَاقِ الدَّارِ (عَلَيْهِ عِنْدَ فَقْدِ الْأَقْلِ) وَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُنْكَرِ مَعَ يَمِينِهِ، وَلَا يَتَحَالَفَانِ لِأَنَّهُ لَمْ يَرِدْ ثَمَّةَ نَصٍّ، وَلَا هُوَ فِي مَعْنَى الْمَنْصُوصِ عَلَيْهِ مِنْ كُلِّ وَجْهِ (وَإِنْ أَقَامَا الْبَيِّنَةَ فَهِيَ لِلشَّفِيعِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ).

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: هِيَ لِلْمُشْتَرِي لِأَنَّهَا أَكْثَرُ إِبْتَائًا فَصَارَ كَبَيِّنَةِ الْبَائِعِ إِذَا اِخْتَلَفَ هُوَ وَالْمُشْتَرِي فِي مِقْدَارِ الثَّمَنِ وَأَقَامَا الْبَيِّنَةَ فَإِنَّهَا لِلْبَائِعِ، وَكَبَيِّنَةِ الْوَكِيلِ بِالشَّرَاءِ مَعَ بَيِّنَةِ الْمُوَكَّلِ إِذَا اِخْتَلَفَا فِي الثَّمَنِ فَإِنَّهَا لِلْوَكِيلِ وَكَبَيِّنَةِ الْمُشْتَرِي مِنَ الْعَبْدِ مَعَ بَيِّنَةِ الْمَوْلَى الْقَدِيمِ إِذَا اِخْتَلَفَا فِي ثَمَنِ الْعَبْدِ الْمَاسُورِ فَإِنَّهَا لِلْمُشْتَرِي لِمَا فِي ذَلِكَ كُلِّهِ مِنْ إِبْتَاتِ الرِّيَاذَةِ (وَلَهُمَا أَنَّهُ لَا تَنَافِي بَيْنَ الْبَيِّنَتَيْنِ) فِي حَقِّ الشَّفِيعِ لِحَوَازِ تَحْقِيقِ الْبَيِّنَةِ مَرَّةً بِالْفِ وَآخَرَى بِالْفَيْنِ عَلَى مَا شَهِدَ عَلَيْهِ الْبَيِّنَتَانِ وَفُسِّخَ أَحَدُهُمَا بِالْآخِرِ لَا يَظْهَرُ فِي حَقِّ الشَّفِيعِ لِتَأْكِدِ حَقِّهِ فَجَازَ أَنْ يُجْعَلَا مَوْجُودَيْنِ فِي حَقِّهِ (وَلَهُ أَنْ يَأْخُذَ بَأَيِّهِمَا شَاءَ، وَهَذَا بِخِلَافِ الْبَائِعِ مَعَ الْمُشْتَرِي لَا يَتَوَالَى بَيْنَهُمَا عَقْدَانِ إِلَّا بِانْفِسَاخِ الْأَوَّلِ) فَالْجَمْعُ بَيْنَهُمَا غَيْرُ مُمَكِّنٍ فَيُصَارُ إِلَى أَكْثَرِهِمَا إِبْتَائًا لِأَنَّ الْمَصِيرَ إِلَى التَّرْجِيحِ عِنْدَ تَعَدُّرِ التَّوْفِيقِ (وَهَذَا هُوَ التَّخْرِيجُ لِبَيِّنَةِ الْوَكِيلِ لِأَنَّهُ كَالْبَائِعِ وَالْمُوَكَّلُ كَالْمُشْتَرِي) فَلَا يُمَكِّنُ تَوَالِي الْعَقْدَيْنِ بَيْنَهُمَا إِلَّا بِانْفِسَاخِ الْأَوَّلِ فَتَعَدَّرَ التَّوْفِيقُ، عَلَى أَنَّهَا مَمْنُوعَةٌ عَلَى مَا رَوَى ابْنُ سَمَاعَةَ عَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّ الْبَيِّنَةَ بَيِّنَةُ الْمُوَكَّلِ لِأَنَّ الْوَكِيلَ صَدَرَ مِنْهُ إِقْرَارَانِ: أَيْ بِحَسَبِ مَا تَوَجَّهَ الْبَيِّنَتَانِ، فَكَانَ الْمُوَكَّلُ أَنْ يَأْخُذَ بَأَيِّهِمَا شَاءَ (وَأَمَّا الْمُشْتَرِي مِنَ الْعَدُوِّ فَقَدْ ذُكِرَ فِي السِّيَرِ الْكَبِيرِ أَنَّ الْبَيِّنَةَ بَيِّنَةُ الْمَالِكِ الْقَدِيمِ)، وَلَمْ يَذْكُرْ فِيهِ قَوْلَ أَبِي يُوسُفَ.

وَلَكِنْ سَلَّمْنَا أَنَّ الْبَيِّنَةَ لِلْمُشْتَرِي فَذَلِكَ بِاعْتِبَارِ أَنَّ التَّوْفِيقَ مُتَعَدَّرٌ، إِذْ لَا يَصِحُّ الْبَيْعُ الثَّانِي هُنَاكَ إِلَّا بِفَسْخِ الْأَوَّلِ، وَهَذِهِ طَرِيقَةُ أَبِي حَنِيفَةَ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ حَكَاهَا مُحَمَّدٌ وَأَخَذَ بِهَا (قَوْلُهُ وَلَئِنْ بَيِّنَةُ الشَّفِيعِ مُلْزِمَةٌ) لِأَنَّهَا إِذَا قَبِلَتْ وَجَبَ عَلَى الْمُشْتَرِي تَسْلِيمُ

الدَّارِ بِمَا ادَّعَاهُ الشَّفِيعُ شَاءَ أَوْ أَبَى. وَالْمُزْمُ مِنْهَا أَوْلَى لَهَا وَضِعَتْ لِلْإِلْزَامِ، وَبَيْنَهُ الْمُشْتَرِي عَلَيْهِ غَيْرُ مُلْزِمَةٍ لَأَنَّهَا إِذَا قِيلَتْ لَا يَجِبُ عَلَى الشَّفِيعِ شَيْءٌ وَلَكِنَّهُ مُخَيَّرٌ بَيْنَ أَنْ يَأْخُذَ أَوْ يَتْرَكَ، وَغَيْرُ الْمُزْمِ مُسْتَمَرٌّ فِي مُقَابَلَةِ الْمُزْمِ غَيْرُ مُعْتَبَرٍ طَرِيقَةً أُخْرَى لَهُ حَكَاهَا أَبُو يُوسُفَ وَلَمْ يَأْخُذْ بِهَا، وَعَلَى هَذِهِ وَقَعَتِ التَّفْرِقَةُ بَيْنَهُمَا وَبَيْنَ بَيْنَةِ الْبَائِعِ وَالْمُشْتَرِي وَالْوَكِيلِ وَالْمُوَكَّلِ، فَإِنَّ كُلَّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا مُلْزِمَةٌ، فَلِهَذَا صَرَّحْنَا إِلَى التَّرْجِيحِ لِلزِّيَادَةِ وَرَجَحْنَا بَيْنَةَ الْمَوْلَى الْقَدِيمِ لَكُونِهَا مُلْزِمَةً عَلَى بَيْنَةِ الْمُشْتَرِي مِنَ الْعَدُوِّ لَأَنَّهَا غَيْرُ مُلْزِمَةٍ.

قَالَ (وَإِذَا ادَّعَى الْمُشْتَرِي ثَمَنًا وَادَّعَى الْبَائِعُ أَقْلَ مِنْهُ وَلَمْ يَقْبِضِ الثَّمَنُ أَخَذَهَا الشَّفِيعُ بِمَا قَالَهُ الْبَائِعُ وَكَانَ ذَلِكَ حَطًّا عَنِ الْمُشْتَرِي)؛ وَهَذَا لِأَنَّ الْأَمْرَ إِنْ كَانَ عَلَى مَا قَالَ الْبَائِعُ فَقَدْ وَجَبَتِ الشَّفَعَةُ بِهِ، وَإِنْ كَانَ عَلَى مَا قَالَ الْمُشْتَرِي فَقَدْ حَطَّ الْبَائِعُ بَعْضَ الثَّمَنِ، وَهَذَا الْحَطُّ يَظْهَرُ فِي حَقِّ الشَّفِيعِ عَلَى مَا نُبِّينُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى، وَلِأَنَّ التَّمْلِكَ عَلَى الْبَائِعِ بِإِيجَابِهِ فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلُهُ فِي مِقْدَارِ الثَّمَنِ مَا بَقِيََتْ مُطَابَقَتُهُ فَيَأْخُذُ الشَّفِيعُ بِقَوْلِهِ. قَالَ (وَلَوْ ادَّعَى الْبَائِعُ الْأَكْثَرَ يَتَحَالَفَانِ وَيَتَرَادَانِ، وَآيُهُمَا نَكَلَ ظَهَرَ أَنَّ الثَّمَنَ مَا يَقُولُهُ الْآخَرُ فَيَأْخُذُهَا الشَّفِيعُ بِذَلِكَ، وَإِنْ حَلَفَا يَفْسَخُ الْقَاضِي الْبَيْعَ عَلَى مَا عُرِفَ وَيَأْخُذُهَا الشَّفِيعُ بِقَوْلِ الْبَائِعِ)؛ لِأَنَّ فَسْخَ الْبَيْعِ لَا يُوجِبُ بُطْلَانَهُ حَقَّ الشَّفِيعِ. قَالَ (وَإِنْ كَانَ قَبْضُ الثَّمَنِ أَخَذَ بِمَا قَالَ الْمُشْتَرِي إِنْ شَاءَ وَلَمْ يَلْتَفِتْ إِلَى قَوْلِ الْبَائِعِ)؛ لِأَنَّهُ لَمَّا اسْتَوْفَى الثَّمَنَ انْتَهَى حُكْمُ الْعَقْدِ، وَخَرَجَ هُوَ مِنَ الْبَيِّنِ وَصَارَ هُوَ كَالْأَجَنْبِيِّ وَبَقِيَ الاختِلَافُ بَيْنَ الْمُشْتَرِي وَالشَّفِيعِ، وَقَدْ بَيَّنَّاهُ. وَلَوْ كَانَ نَقْدُ الثَّمَنِ غَيْرَ ظَاهِرٍ فَقَالَ الْبَائِعُ بَعْتُ الدَّارَ بِأَلْفٍ وَقَبِضْتُ الثَّمَنَ يَأْخُذُهَا الشَّفِيعُ بِأَلْفٍ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا بَدَأَ بِالْإِقْرَارِ بِالْبَيْعِ تَعَلَّقَتْ الشَّفَعَةُ بِهِ، فَهِيَ قَوْلُهُ بَعْدَ ذَلِكَ قَبِضْتُ الثَّمَنَ يُرِيدُ إِسْقَاطَ حَقِّ الشَّفِيعِ فَيُرَدُّ عَلَيْهِ. وَلَوْ قَالَ قَبِضْتُ الثَّمَنَ وَهُوَ أَلْفٌ لَمْ يَلْتَفِتْ إِلَى قَوْلِهِ؛ لِأَنَّ بِالْأَوَّلِ وَهُوَ الْإِقْرَارُ بِقَبْضِ الثَّمَنِ خَرَجَ مِنَ الْبَيِّنِ وَسَقَطَ اعْتِبَارُ قَوْلِهِ فِي مِقْدَارِ الثَّمَنِ

الشرح:

قَالَ (وَإِذَا ادَّعَى الْمُشْتَرِي ثَمَنًا وَادَّعَى الْبَائِعُ أَقْلَ مِنْهُ إلخ) إِذَا اخْتَلَفَ الْبَائِعُ وَالْمُشْتَرِي فِي الثَّمَنِ فِيمَا أَنْ يَكُونَ مَقْبُوضًا أَوْ غَيْرَ مَقْبُوضٍ، أَوْ يَكُونَ الْقَبْضُ غَيْرَ ظَاهِرٍ: يَعْنِي غَيْرَ مَعْلُومٍ لِلشَّفِيعِ، فَإِنْ كَانَ غَيْرَ مَقْبُوضٍ فِيمَا أَنْ يَدَّعِيَ الْبَائِعُ أَقْلَ أَوْ

أَكْثَرُ، فَإِنْ كَانَ أَقَلَّ أَخَذَهَا الشَّفِيعُ بِمَا قَالَ الْبَائِعُ وَكَانَ ذَلِكَ حَطًّا عَنْ الْمُشْتَرِي. وَوَجْهُهُ الْمَذْكُورُ فِي الْكِتَابِ وَاضِحٌ.

وَقَوْلُهُ وَلَأنَّ التَّمْلِكَ وَجْهٌ آخَرُ وَإِنَّمَا كَانَ التَّمْلِكُ عَلَى الْبَائِعِ بِإِجَابِهِ، لِأَنَّهُ لَوْ لَمْ يَقُلْ بَعْتُ لَا يَثْبُتُ لِلشَّفِيعِ شَيْءٌ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ أَقْرَأَ بِالْبَيْعِ وَأَنْكَرَ الْمُشْتَرِي ثَبَتَ لَهُ حَقُّ الْأَخْذِ، وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ كَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ، وَإِنْ كَانَ أَكْثَرَ وَلَيْسَ لَهُمَا بَيْنَهُ تَحَالُفًا وَتَرَادًُّا بِالْحَدِيثِ الْمَعْرُوفِ، وَأَيُّهُمَا نَكَلَ ظَهَرَ أَنَّ الثَّمَنَ مَا يَقُولُهُ الْآخَرُ فَيَأْخُذُهَا الشَّفِيعُ بِذَلِكَ، وَإِنْ اخْتَلَفَا فَسَخَّ الْقَاضِي الْبَيْعَ بَيْنَهُمَا عَلَى مَا عُرِفَ.

وَيَأْخُذُهَا الشَّفِيعُ بِقَوْلِ الْبَائِعِ لِأَنَّهُ فَسَخَّ الْبَيْعَ وَلَا يُوجِبُ بُطْلَانُ حَقِّ الشَّفِيعِ إِنْ كَانَ الْفَسْخُ بِالْقَضَاءِ لِأَنَّ الْقَاضِي نَصَبَ نَاطِرًا لِلْمُسْلِمِينَ لَا مُبْطِلًا لِحُقُوقِهِمْ (وَإِنْ كَانَ مَقْبُوضًا أَخَذَهَا بِقَوْلِ الْمُشْتَرِي إِنْ شَاءَ وَلَمْ يَلْتَفِتْ إِلَى قَوْلِ الْبَائِعِ) لَمَّا ذَكَرَ فِي الْكِتَابِ وَهُوَ ظَاهِرٌ، وَإِنْ كَانَ غَيْرَ مَعْلُومِ الْقَبْضِ فِيمَا أَنْ يُقَرَّ الْبَائِعُ بِالْقَبْضِ أَوْ لَا، فَإِنْ كَانَ الثَّانِي وَلَمْ يَذْكُرْهُ فِي الْكِتَابِ فَالظَّاهِرُ أَنَّ حُكْمَهُ حُكْمُ مَا إِذَا كَانَ غَيْرَ مَقْبُوضٍ، وَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ وَالْفَرَضُ أَنَّ الْمُشْتَرِي يَدْعِي أَكْثَرَ مِمَّا يَقُولُ الْبَائِعُ وَالِدَّارُ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي فِيمَا أَنْ يُقَرَّ أَوَّلًا بِمِقْدَارِ الثَّمَنِ ثُمَّ بِالْقَبْضِ أَوْ بِالْعَكْسِ، فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ كَمَا لَوْ قَالَ (بَعْتُ الدَّارَ مِنْهُ بِأَلْفٍ وَقَبَضْتُ الثَّمَنَ أَخَذَهَا الشَّفِيعُ بِقَوْلِ الْبَائِعِ) أَيْ بِأَلْفٍ (لِأَنَّهُ لَمَّا بَدَأَ بِالْإِقْرَارِ بِالْبَيْعِ بِمِقْدَارٍ تَعَلَّقَتْ الشُّفْعَةُ بِهِ) أَيْ بِالْبَيْعِ بِذَلِكَ الْمِقْدَارِ ثُمَّ يَقُولُهُ (قَبَضْتُ الثَّمَنَ يُرِيدُ إِسْقَاطَ حَقِّ الشَّفِيعِ) الْمُتَعَلِّقِ بِإِقْرَارِهِ مِنَ الثَّمَنِ، لِأَنَّهُ إِنْ تَحَقَّقَ ذَلِكَ يَبْقَى أَجَنِيًّا مِنَ الْعَقْدِ، إِذْ لَا مِلْكَ لَهُ وَلَا يَدَ، وَحِينَئِذٍ يَجِبُ أَنْ يَأْخُذَ مَا يَدْعِيهِ الْمُشْتَرِي كَمَا تَقَدَّمَ آنِفًا أَنَّ الثَّمَنَ إِذَا كَانَ مَقْبُوضًا أَخَذَ بِمَا قَالَ الْمُشْتَرِي وَلَيْسَ لَهُ إِسْقَاطُ حَقِّ الشَّفِيعِ (فَيَرُدُّ عَلَيْهِ) قَبَضْتُ وَإِنْ كَانَ الثَّانِي كَمَا لَوْ قَالَ (قَبَضْتُ الثَّمَنَ) وَهُوَ أَلْفٌ لَمْ يَلْتَفِتْ إِلَى قَوْلِهِ وَيَأْخُذُهَا بِمَا قَالَ الْمُشْتَرِي (لِأَنَّ الْأَوَّلَ وَهُوَ الْإِقْرَارُ بِقَبْضِ الثَّمَنِ خَرَجَ مِنَ الْبَيِّنِ وَصَارَ أَجَنِيًّا وَسَقَطَ اعْتِبَارُ قَوْلِهِ فِي مِقْدَارِ الثَّمَنِ) وَرَوَى الْحَسَنُ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الْمَيْعَ إِذَا كَانَ فِي يَدِ الْبَائِعِ فَأَقْرَأَ بِقَبْضِ الثَّمَنِ وَزَعَمَ أَنَّهُ أَلْفٌ فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ، لِأَنَّ التَّمْلِكَ يَقَعُ عَلَى الْبَائِعِ فَيَرْجِعُ إِلَى قَوْلِهِ وَهُوَ ظَاهِرٌ لِأَنَّهُ لَمْ يَصِرْ أَجَنِيًّا لِكَوْنِهِ ذَا الْيَدِ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَالِكًا، وَاللَّهُ أَغْلَمُ.

فَصْلٌ فِيْمَا يُؤْخَذُ بِهِ الْمَشْفُوعُ

قَالَ (وَإِذَا حَطَّ الْبَائِعُ عَنِ الْمُشْتَرِي بَعْضَ الثَّمَنِ يَسْقُطُ ذَلِكَ عَنِ الشَّفِيعِ، وَإِنْ حَطَّ جَمِيعَ الثَّمَنِ لَمْ يَسْقُطْ عَنِ الشَّفِيعِ) لِأَنَّ حَطَّ الْبَعْضِ يَلْتَحِقُ بِأَصْلِ الْعَقْدِ فَيُظْهِرُ فِي حَقِّ الشَّفِيعِ؛ لِأَنَّ الثَّمَنَ مَا بَقِيَ، وَكَذَا إِذَا حَطَّ بَعْدَهَا الشَّفِيعُ بِالثَّمَنِ يَحُطُّ عَنِ الشَّفِيعِ حَتَّى يَرْجِعَ عَلَيْهِ بِذَلِكَ الْقَدْرِ، بِخِلَافِ حَطِّ الْكُلِّ؛ لِأَنَّهُ لَا يَلْتَحِقُ بِأَصْلِ الْعَقْدِ بِحَالٍ وَقَدْ بَيَّنَّا فِي الْبُيُوعِ.

الشرح:

لَمَّا فَرَّغَ مِنْ بَيَانِ أَحْكَامِ الْمَشْفُوعِ وَهُوَ الْأَصْلُ لِأَنَّهُ الْمَقْصُودُ مِنْ حَقِّ الشُّعْةِ ذَكَرَ مَا يُؤْخَذُ بِهِ الْمَشْفُوعُ وَهُوَ الثَّمَنُ الَّذِي يُؤَدِّيهِ الشَّفِيعُ لِأَنَّ الثَّمَنَ تَابِعٌ (إِذَا حَطَّ الْبَائِعُ عَنِ الْمُشْتَرِي) حَطَّ بَعْضَ الثَّمَنِ وَالزِّيَادَةُ يَسْتَوِيَانِ فِي بَابِ الْمُرَابَحَةِ دُونَ الشُّعْةِ، لِأَنَّ فِي الْمُرَابَحَةِ لَيْسَ فِي التِّزَامِ الزِّيَادَةُ حَقٌّ مُسْتَحَقٌّ، بِخِلَافِ الشُّعْةِ فَإِنَّ فِي الزِّيَادَةِ فِيهَا إِبْطَالٌ حَقٌّ ثَبَتَ لِلشَّفِيعِ بِأَقْلٍ مِنْهَا، وَعَلَى هَذَا يَخْرُجُ مَا ذَكَرَ فِي الْكِتَابِ أَنَّ الْبَائِعَ إِذَا حَطَّ عَنِ الْمُشْتَرِي بَعْضَ الثَّمَنِ سَقَطَ ذَلِكَ عَنِ الشَّفِيعِ وَإِنْ حَطَّ الْجَمِيعَ لَمْ يَسْقُطْ عَنْهُ شَيْءٌ لِأَنَّ حَطَّ الْبَعْضِ مُلْتَحِقٌ بِأَصْلِ الْعَقْدِ فَيُظْهِرُ فِي حَقِّ الشَّفِيعِ لِأَنَّهُ إِنَّمَا يَأْخُذُهَا بِالثَّمَنِ وَالثَّمَنُ مَا بَقِيَ، وَإِنْ حَطَّ بَعْدَهُ رَجَعَ الشَّفِيعُ عَلَى الْمُشْتَرِي بِذَلِكَ الْقَدْرِ، بِخِلَافِ حَطِّ الْكُلِّ لِأَنَّهُ لَا يَلْتَحِقُ بِأَصْلِ الْعَقْدِ لَوْلَا يَخْرُجُ الْعَقْدُ عَنْ مَوْضُوعِهِ وَقَدْ بَيَّنَّا فِي الْبُيُوعِ فِي فَصْلِ قُبُلِ الرِّبَا، وَبَاقِي كَلَامِهِ ظَاهِرٌ

(وَإِنْ زَادَ الْمُشْتَرِي لِلْبَائِعِ لَمْ تَلْزَمْ الزِّيَادَةُ فِي حَقِّ الشَّفِيعِ)؛ لِأَنَّ فِي اعْتِبَارِ الزِّيَادَةِ ضَرَرًا بِالشَّفِيعِ لِاسْتِحْقَاقِهِ الْأَخْذَ بِمَا دُونَهَا. بِخِلَافِ الْحَطِّ؛ لِأَنَّ فِيهِ مَنْفَعَةً لَهُ، وَنَظِيرُ الزِّيَادَةِ إِذَا جَدَّدَ الْعَقْدَ بِأَكْثَرِ مِنَ الثَّمَنِ الْأَوَّلِ لَمْ يَلْزَمْ الشَّفِيعُ حَتَّى كَانَ لَهُ أَنْ يَأْخُذَهَا بِالثَّمَنِ الْأَوَّلِ لَمَّا بَيَّنَّا كَذَا هَذَا.

قَالَ (وَمَنْ اشْتَرَى دَارًا بَعَرَضٍ أَخَذَهَا الشَّفِيعُ بِقِيمَتِهِ)؛ لِأَنَّهُ مِنْ ذَوَاتِ الْقِيَمِ (وَإِنْ اشْتَرَاهَا بِمَكِيلٍ أَوْ مَوْزُونٍ أَخَذَهَا بِمِثْلِهِ)؛ لِأَنَّهُمَا مِنْ ذَوَاتِ الْأَمْثَالِ. وَهَذَا لِأَنَّ الشَّرْعَ أَثْبَتَ لِلشَّفِيعِ وَلايَةَ التَّمَلُّكِ عَلَى الْمُشْتَرِي بِمِثْلِ مَا تَمَلَّكُهُ فَيُرَاعَى بِالْقَدْرِ الْمُمْكِنِ كَمَا فِي الْإِتْلَافِ وَالْعَدَدِيِّ الْمُتَقَارِبِ مِنْ ذَوَاتِ الْأَمْثَالِ.

الشرح:

(قَوْلُهُ وَمَنْ اشْتَرَى دَارًا بِعَرْضٍ) أَي مَتَاعٍ مِنْ ذَوَاتِ الْقِيَمِ كَالْعَبْدِ مَثَلًا (أَخَذَهَا الشَّفِيعُ بِقِيَمَتِهِ) أَي بِقِيَمَةِ الْعَرْضِ (لَأَنَّهُ مِنْ ذَوَاتِ الْقِيَمِ، وَإِنْ اشْتَرَاهَا بِمَكِيلٍ أَوْ مَوْزُونٍ أَخَذَهَا بِمِثْلِهِ لَأَنَّهُ مِنْ ذَوَاتِ الْأَمْثَالِ) وَهَذَا لِأَنَّ الشَّرْعَ أَثْبَتَ لِلشَّفِيعِ وَلَايَةَ التَّمْلُكِ عَلَى الْمُشْتَرِي بِمِثْلِ مَا يَمْلِكُهُ فَيَرَاغَى بِالْقَدْرِ الْمُمَكِّنِ، فَإِنْ كَانَ لَهُ مِثْلُ صُورَةٍ مِلْكِهِ بِهَا، وَإِلَّا فَالْمِثْلُ مِنْ حَيْثُ الْمَالِيَّةُ وَهُوَ الْقِيَمَةُ. وَقَوْلُهُ (بِالْقَدْرِ الْمُمَكِّنِ) يُشِيرُ إِلَى الْجَوَابِ عَمَّا قِيلَ الْقِيَمَةُ تُعْرَفُ بِالْحَزَرِ وَالظَّنِّ فِيهَا جَهَالَةٌ وَهِيَ تَمْنَعُ مِنْ اسْتِحْقَاقِ الشُّفْعَةِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّ الشَّفِيعَ لَوْ سَلَّمَ شُفْعَةَ الدَّارِ عَلَى أَنْ يَأْخُذَ مِنْهَا بَيْتًا بَعَيْنِهِ كَانَ التَّسْلِيمُ بَاطِلًا وَهُوَ عَلَى شُفْعَةِ الْجَمِيعِ لَكُونَ قِيَمَةُ الْبَيْتِ مِمَّا يُعْرَفُ بِالْحَزَرِ وَالظَّنِّ. وَوَجْهُهُ أَنَّ مُرَاعَاةَ ذَلِكَ غَيْرُ مُمَكِّنٍ فَلَا يَكُونُ مُعْتَبَرًا، بِخِلَافِ الْبَيْتِ فَإِنْ أَخَذَهُ بِشَيْءٍ مَعْلُومٍ مُمَكِّنٍ فَكَانَتْ الْجَهَالَةُ مَانِعَةً.

(وَأِنْ بَاعَ عَقَارًا بِعَقَارٍ أَخَذَ الشَّفِيعُ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِقِيَمَتِهِ الْآخِرِ)؛ لَأَنَّهُ بَدَلُهُ وَهُوَ ذَوَاتُ الْقِيَمِ فَيَأْخُذُهُ بِقِيَمَتِهِ. قَالَ (وَإِذَا بَاعَ بِشَيْءٍ مُؤَجَّلٍ فَلِلشَّفِيعِ الْخِيَارُ، إِنْ شَاءَ أَخَذَهَا بِشَيْءٍ حَالٍ، وَإِنْ شَاءَ صَبَرَ حَتَّى يَنْقَضِيَ الْأَجَلُ ثُمَّ يَأْخُذَهَا، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَأْخُذَهَا فِي الْحَالِ بِشَيْءٍ مُؤَجَّلٍ) وَقَالَ زُفَرٌ: لَهُ ذَلِكَ، وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ فِي الْقَدِيمِ؛ لِأَنَّ كَوْنَهُ مُؤَجَّلًا وَصَفًا فِي الثَّمَنِ كَالزِّيَافَةِ وَالْأَخَذِ بِالشُّفْعَةِ بِهِ فَيَأْخُذُ بِأَصْلِهِ وَوَصْفِهِ كَمَا فِي الزِّيُوفِ. وَلَنَّا أَنَّ الْأَجَلَ إِنَّمَا يَثْبُتُ بِالشَّرْطِ، وَلَا شَرْطَ فِيمَا بَيْنَ الشَّفِيعِ وَالْبَائِعِ أَوْ الْمُبْتَاعِ، وَلَيْسَ الرِّضَا بِهِ فِي حَقِّ الْمُشْتَرِي رِضًا بِهِ فِي حَقِّ الشَّفِيعِ لِتَفَاوُتِ النَّاسِ فِي الْمَلَاءَةِ، وَلَيْسَ الْأَجَلُ وَصَفًا الثَّمَنِ؛ لَأَنَّهُ حَقُّ الْمُشْتَرِي؛ وَلَوْ كَانَ وَصَفًا لَهُ لَتَبِعَهُ فَيَكُونُ حَقًّا لِلْبَائِعِ كَالثَّمَنِ وَصَارَ كَمَا إِذَا اشْتَرَى شَيْئًا بِشَيْءٍ مُؤَجَّلٍ ثُمَّ وَلَدَهُ غَيْرُهُ لَا يَثْبُتُ الْأَجَلُ إِلَّا بِالذِّكْرِ كَذَا هَذَا، ثُمَّ إِنْ أَخَذَهَا بِشَيْءٍ حَالٍ مِنَ الْبَائِعِ سَقَطَ الثَّمَنُ عَنِ الْمُشْتَرِي لَمَّا بَيَّنَّا مِنْ قَبْلُ، وَإِنْ أَخَذَهَا مِنَ الْمُشْتَرِي رَجَعَ الْبَائِعُ عَلَى الْمُشْتَرِي بِشَيْءٍ مُؤَجَّلٍ كَمَا كَانَ؛ لِأَنَّ الشَّرْطَ الَّذِي جَرَى بَيْنَهُمَا لَمْ يَبْطُلْ بِأَخْذِ الشَّفِيعِ فَبَقِيَ مُوجِبُهُ فَصَارَ كَمَا إِذَا بَاعَهُ بِشَيْءٍ حَالٍ وَقَدْ اشْتَرَاهُ مُؤَجَّلًا، وَإِنْ اخْتَارَ الْإِنْتِظَارَ لَهُ ذَلِكَ؛ لِأَنَّ لَهُ أَنْ لَا يَلْتَزِمَ زِيَادَةُ الضَّرَرِ مِنْ حَيْثُ النَّقْدِيَّةُ. وَقَوْلُهُ فِي الْكِتَابِ وَإِنْ شَاءَ صَبَرَ حَتَّى يَنْقَضِيَ الْأَجَلُ مُرَادُهُ الصَّبْرُ عَنِ الْأَخْذِ، أَمَّا الطَّلَبُ عَلَيْهِ فِي

الْحَالِ حَتَّى لَوْ سَكَتَ عَنْهُ بَطَلَتْ شَفَعَتُهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ خِلَافًا لِقَوْلِ أَبِي يُوسُفَ
الْآخَرِ لِأَنَّ حَقَّ الشَّفَعَةِ إِنَّمَا يَثْبُتُ بِالْبَيْعِ، وَالْأَخْذُ يَتَرَاخَى عَنِ الطَّلَبِ، وَهُوَ مُتِمِّكُنْ مِنَ
الْأَخْذِ فِي الْحَالِ بِأَنْ يُؤَدِّيَ الثَّمَنَ حَالًا فَيُشْتَرَطُ الطَّلَبُ عِنْدَ الْعِلْمِ بِالْبَيْعِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِنْ بَاعَ عَقَارًا بِعَقَارٍ) ظَهَرَ وَجْهُهُ مِمَّا تَقَدَّمَ (وَإِذَا بَاعَ بِثَمَنِ مُؤَجَّلٍ) إِلَى
أَجَلٍ مَعْلُومٍ (فَلِلشَّفِيعِ الْخِيَارُ إِنْ شَاءَ أَخَذَهَا بِثَمَنِ حَالٍ، وَإِنْ شَاءَ صَبَرَ عَنِ الْأَخْذِ حَتَّى
يَنْقَضِيَ الْأَجَلُ ثُمَّ يَأْخُذَهَا) إِنَّمَا وَصَفْنَا الْأَجَلَ بِكَوْنِهِ مَعْلُومًا، لِأَنَّهُ لَوْ كَانَ مَجْهُولًا كَانَ
الْبَيْعُ فَاسِدًا وَلَا شَفْعَةَ فِيهِ (وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَأْخُذَهَا فِي الْحَالِ بِثَمَنِ مُؤَجَّلٍ) عِنْدَنَا (قَالَ: زُفَرُ: لَهُ
ذَلِكَ وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ) الْقَدِيمِ (لِأَنَّ الْأَجَلَ وَصَفَ فِي الثَّمَنِ كَالزِّيَافَةِ وَالْأَخْذُ بِالشَّفْعَةِ بِهِ)
أَيُّ بِالثَّمَنِ (فَيَأْخُذُهُ بِأَصْلِهِ وَوَصْفِهِ كَمَا فِي الزِّيُوفِ. وَلَنَا أَنَّ الْأَجَلَ إِنَّمَا يَثْبُتُ بِالشَّرْطِ،
وَلَا شَرْطَ فِيمَا بَيْنَ الشَّفِيعِ وَالْبَائِعِ أَوْ الْمُبْتَاعِ) فَلَا أَجَلَ فِيمَا بَيْنَ الشَّفِيعِ وَبَيْنَهُمَا.

وَقَوْلُهُ (وَلَيْسَ الرِّضَا) دَلِيلٌ آخَرُ وَتَقْرِيرُهُ لَا بُدَّ فِي الشَّفْعَةِ مِنَ الرِّضَا لِكَوْنِهَا
مُبَادَلَةً وَلَا رِضًا فِي حَقِّ الشَّفِيعِ بِالنِّسْبَةِ إِلَى الْأَجَلِ لِأَنَّ الرِّضَا بِهِ فِي حَقِّ الْمُشْتَرِي لَيْسَ
بِرِضَا فِي حَقِّ الشَّفِيعِ لِتَفَاوُتِ النَّاسِ فِي الْمَلَاءَةِ بِفَتْحِ الْمِيمِ وَهُوَ مَصْدَرُ مَلَأَ الرَّجُلُ
بِالضَّمِّ. وَلِقَائِلِ أَنْ يَقُولَ: لَمَّا كَانَ الرِّضَا شَرْطًا وَجَبَ أَنْ لَا يَثْبُتَ حَقُّ الشَّفْعَةِ لِاتِّفَاقِهِ
مِنَ الْبَائِعِ وَالْمُشْتَرِي جَمِيعًا، وَحَيْثُ ثَبَتَ بِدُونِهِ جَازَ أَنْ يَثْبُتَ الْأَجَلُ كَذَلِكَ وَالْجَوَابُ
أَنْ ثُبُوتَ بِدُونِهِ ضَرُورِيٌّ، وَلَا ضَرُورَةَ فِي ثُبُوتِ الْأَجَلِ. وَقَوْلُهُ (وَلَيْسَ الْأَجَلُ وَصْفًا فِي
الثَّمَنِ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِ زُفَرٍ. وَوَجْهُهُ أَنْ وَصَفَ الشَّيْءَ يَتَّبَعُهُ لَا مَحَالَةَ وَهَذَا لَيْسَ
كَذَلِكَ (لِأَنَّهُ حَقُّ الْمُشْتَرِي) وَالثَّمَنُ حَقُّ الْبَائِعِ. وَقَوْلُهُ (وَصَارَ كَمَا إِذَا اشْتَرَى شَيْئًا)
ظَاهِرٌ وَقَوْلُهُ (لَمَّا بَيَّنَّا) إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ لَا مِتْنَاعَ قَبْضِ الْمُشْتَرِي بِالْأَخْذِ بِالشَّفْعَةِ وَهُوَ
يُوجِبُ الْفَسْخَ إِلَى آخِرِ مَا ذَكَرَهُ فِي أَوَاخِرِ بَابِ طَلَبِ الشَّفْعَةِ وَقَوْلُهُ (وَإِنْ أَخَذَهَا مِنْ
الْمُشْتَرِي رَجَعَ الْبَائِعُ عَلَى الْمُشْتَرِي بِثَمَنِ مُؤَجَّلٍ إلخ) يُوهِمُ أَنَّ الشَّفِيعَ يَمْلِكُهُ بَيْعُ
جَدِيدٍ، وَهُوَ مَذْهَبُ بَعْضِ الْمَشَايِخِ كَمَا تَقَدَّمَ، وَلَيْسَ كَذَلِكَ بَلْ بِطَرِيقِ تَحَوُّلِ الصَّفْقَةِ
كَمَا هُوَ الْمُخْتَارُ، لَكِنْ يَتَحَوَّلُ مَا كَانَ مُقْتَضَى الْعَقْدِ وَالْأَجَلَ يَقْتَضِي الشَّرْطَ فَبَقِيَ مَعَ
مَنْ ثَبَتَ الشَّرْطُ فِي حَقِّهِ. وَقَوْلُهُ (وَإِنْ اخْتَارَ الْإِنْتَظَارَ) ظَاهِرٌ.

وَقَوْلُهُ (لَقَوْلِ أَبِي يُوسُفَ الْآخَرُ) احْتِرَازٌ عَنْ قَوْلِهِ الْأَوَّلِ. رَوَى ابْنُ أَبِي مَالِكٍ أَنَّ
 أَبَا يُوسُفَ كَانَ يَقُولُ أَوَّلًا كَقَوْلِهِمَا، ثُمَّ رَجَعَ وَقَالَ: لَهُ أَنْ يَأْخُذَهَا عِنْدَ حُلُولِ الْأَجَلِ
 وَإِنْ لَمْ يَطْلُبْ فِي الْحَالِ، لِأَنَّ الطَّلَبَ إِنَّمَا هُوَ لِلأَخْذِ، وَهُوَ الْحَالُ لَا يَتِمَّكُنُ مِنْهُ عَلَى
 الْوَجْهِ الَّذِي يَطْلُبُهُ لِأَنَّهُ إِنَّمَا يُرِيدُ الْأَخْذَ بَعْدَ حُلُولِ الْأَجَلِ أَوْ بِشَمَنِ مُؤَجَّلٍ فِي الْحَالِ وَلَا
 يَتِمَّكُنُ مِنْ ذَلِكَ فَلَا فَائِدَةَ فِي طَلْبِهِ فِي الْحَالِ، فَسُكُوتُهُ لَعَدَمِ الْفَائِدَةِ فِي الطَّلَبِ لَا
 لِإِعْرَاضِهِ عَنِ الْأَخْذِ. وَوَجْهُ قَوْلِهِمَا وَقَوْلُهُ أَوَّلًا مَا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ وَفِيهِ إِغْلَاقٌ،
 وَتَقْرِيرُهُ حَقُّ الشُّفْعَةِ يَثْبُتُ بِالْبَيْعِ عِنْدَ الْعِلْمِ بِهِ، وَالشَّرْطُ الطَّلَبُ عِنْدَ ثُبُوتِ حَقِّ
 الشُّفْعَةِ، وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ تَقْرِيرُهُ هَكَذَا الشَّرْطُ الطَّلَبُ عِنْدَ حَقِّ الشُّفْعَةِ وَحَقِّ الشُّفْعَةِ
 إِنَّمَا يَثْبُتُ بِالْبَيْعِ فَيُشْتَرِطُ الطَّلَبُ عِنْدَ الْعِلْمِ بِهِ، وَأَمَّا الْأَخْذُ فَإِنَّهُ يَتَرَاخَى عَنِ الطَّلَبِ
 فَيَجُوزُ أَنْ يَتَأَخَّرَ إِلَى انْقِضَاءِ الْأَجَلِ.

وَقَوْلُهُ (وَهُوَ مُتِمَّكِنٌ مِنَ الْأَخْذِ فِي الْحَالِ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ الْآخَرِ،
 وَتَقْرِيرُهُ لَا نُسَلِّمُ أَنْ الْمَقْصُودَ بِهِ الْأَخْذُ، وَلَكِنْ كَانَ فَلَا نُسَلِّمُ أَنَّهُ لَيْسَ بِمُتِمَّكِنٍ مِنَ
 الْأَخْذِ فِي الْحَالِ بَلْ هُوَ مُتِمَّكِنٌ مِنْهُ بِأَنْ يُؤَدِّي الثَّمَنَ حَالًا.

قَالَ (وَإِنْ اشْتَرَى ذِمِّيٌّ بِخَمْرِ أَوْ خِنْزِيرٍ دَارًا وَشَفِيعُهَا ذِمِّيٌّ أَخَذَهَا بِمِثْلِ الْخَمْرِ
 وَقِيمَةِ الْخِنْزِيرِ) لِأَنَّ هَذَا الْبَيْعَ مَقْضِيٌّ بِالصَّحَّةِ فِيمَا بَيْنَهُمْ، وَحَقُّ الشُّفْعَةِ يَعُمُّ الْمُسْلِمَ
 وَالذِّمِّيَّ، وَالْخَمْرُ لَهُمْ كَالْخَلِّ لَنَا وَالْخِنْزِيرُ كَالنَّشَاءِ، فَيَأْخُذُ فِي الْأَوَّلِ بِالْمِثْلِ وَالثَّانِي
 بِالْقِيمَةِ. قَالَ (وَإِنْ كَانَ شَفِيعُهَا مُسْلِمًا أَخَذَهَا بِقِيمَةِ الْخَمْرِ وَالْخِنْزِيرِ) أَمَّا الْخِنْزِيرُ
 فَظَاهِرٌ، وَكَذَا الْخَمْرُ لَامْتِنَاعِ التَّسْلِيمِ وَالتَّسْلِيمِ فِي حَقِّ الْمُسْلِمِ فَالْتَّحَقَ بِغَيْرِ الْمِثْلِيِّ، وَإِنْ
 كَانَ شَفِيعُهَا مُسْلِمًا وَذِمِّيًّا أَخَذَ الْمُسْلِمُ نِصْفَهَا بِنِصْفِ قِيمَةِ الْخَمْرِ وَالذِّمِّيُّ نِصْفَهَا
 بِنِصْفِ مِثْلِ الْخَمْرِ اعْتِبَارًا لِلْبَعْضِ بِالْكَلِّ، فَلَوْ أَسْلَمَ الذِّمِّيُّ أَخَذَهَا بِنِصْفِ قِيمَةِ الْخَمْرِ
 لِعَجْزِهِ عَنِ تَمْلِيكِ الْخَمْرِ وَبِالْإِسْلَامِ يَتَأَكَّدُ حَقُّهُ لَا أَنْ يَبْطُلَ، فَصَارَ كَمَا إِذَا اشْتَرَاهَا
 بِكُرٍّ مِنْ رُطْبٍ فَحَضَرَ الشُّفِيعُ بَعْدَ انْقِطَاعِهِ يَأْخُذُ بِقِيمَةِ الرُّطْبِ كَذَا هَذَا.

الشرح:

قَالَ (وَإِذَا اشْتَرَى ذِمِّيٌّ دَارًا بِخَمْرِ أَوْ خِنْزِيرٍ وَشَفِيعُهَا ذِمِّيٌّ أَخَذَهَا بِمِثْلِ الْخَمْرِ
 وَقِيمَةِ الْخِنْزِيرِ) وَجْهٌ ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ وَشَفِيعُهَا ذِمِّيٌّ احْتِرَازٌ عَمَّا إِذَا كَانَ مُرْتَدًّا فَإِنَّهُ لَا

شُفْعَةٌ لَهُ سَوَاءٌ قُتِلَ عَلَى رِدَّتِهِ أَوْ مَاتَ أَوْ لَحِقَ بِدَارِ الْحَرْبِ، وَلَا لَوْرَثَتِهِ لِأَنَّ الشُّفْعَةَ لَا تُورَثُ (وَإِنْ كَانَ شَفِيعُهَا مُسْلِمًا أَخَذَهَا بِقِيَمَةِ الْخَمْرِ وَالْخِنْزِيرِ) قَالَ الْمُصَنِّفُ: أَمَّا الْخِنْزِيرُ فَظَاهِرٌ: يَعْنِي لِكُونِهِ مِنْ ذَوَاتِ الْقِيَمِ. وَاسْتَشْكَلَ بِأَنَّ قِيَمَةَ الْخِنْزِيرِ لَهَا حُكْمُ عَيْنِ الْخِنْزِيرِ وَلِهَذَا لَا يَعْشُرُ الْعَاشِرُ عَنْ قِيَمَتِهِ كَمَا تَقَدَّمَ فِي بَابِ مَنْ يَمُرُّ عَلَى الْعَاشِرِ.

وَأُجِيبَ بِأَنَّ مُرَاعَاةَ حَقِّ الشَّفِيعِ وَاجِبَةٌ بِقَدْرِ الْإِمْكَانِ وَمِنْ ضَرُورَةِ ذَلِكَ دَفْعُ قِيَمَةِ الْخِنْزِيرِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا مَرَّ عَلَى الْعَاشِرِ، وَطَرِيقُ مَعْرِفَةِ قِيَمَةِ الْخِنْزِيرِ وَالْخَمْرِ الرَّجُوعُ إِلَى مَنْ أَسْلَمَ مِنْ أَهْلِ الذِّمَّةِ أَوْ مَنْ تَابَ مِنْ فَسَقَةِ الْمُسْلِمِينَ، فَإِنْ وَقَعَ الْاِخْتِلَافُ فِي ذَلِكَ فَالْقَوْلُ فِيهِ قَوْلُ الْمُشْتَرِي، مِثْلُ مَا إِذَا اخْتَلَفَ الشَّفِيعُ وَالْمُشْتَرِي فِي مَقْدَارِ الثَّمَنِ، وَإِذَا أَسْلَمَ أَحَدُ الْمَتَابِعِينَ وَالْخَمْرُ غَيْرُ مَقْبُوضَةٍ انْتَقَضَ الْبَيْعُ لِفَوَاتِ الْقَبْضِ الْمُسْتَحَقِّ بِالْعَقْدِ، وَالْإِسْلَامُ يَمْنَعُ قَبْضَ الْخَمْرِ بِحُكْمِ الْبَيْعِ كَمَا يَمْنَعُ الْعَقْدُ عَلَى الْخَمْرِ وَلَكِنْ لَا يَنْطُلُ حَقُّ الشَّفِيعِ فِي الشُّفْعَةِ لِأَنَّ وَجُوبَ الشُّفْعَةِ بِأَصْلِ الْبَيْعِ وَقَدْ كَانَ صَحِيحًا وَبِقَاوُهُ لَيْسَ بِشَرْطٍ لِبَقَاءِ الشُّفْعَةِ وَبَاقِي كَلَامِهِ ظَاهِرٌ.

فصل

قَالَ (وَإِذَا بَنَى الْمُشْتَرِي فِيهَا أَوْ غَرَسَ ثُمَّ قُضِيَ لِلشَّفِيعِ بِالشُّفْعَةِ فَهُوَ بِالْخِيَارِ، إِنْ شَاءَ أَخَذَهَا بِالثَّمَنِ وَقِيَمَةِ الْبِنَاءِ وَالْغَرْسِ، وَإِنْ شَاءَ كَلَّفَ الْمُشْتَرِي قَلْعَهُ) وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ لَا يُكَلِّفُ الْقَلْعَ وَيُخَيَّرُ بَيْنَ أَنْ يَأْخُذَ بِالثَّمَنِ وَقِيَمَةِ الْبِنَاءِ وَالْغَرْسِ وَبَيْنَ أَنْ يَتْرُكَ، وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ، إِلَّا أَنْ عِنْدَهُ لَهُ أَنْ يَقْلَعَ وَيُعْطِيَ قِيَمَةَ الْبِنَاءِ لِأَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ مُحِقٌّ فِي الْبِنَاءِ لِأَنَّهُ بَنَاهُ عَلَى أَنَّ الدَّارَ مِلْكُهُ، وَالتَّكْلِيفُ بِالْقَلْعِ مِنْ أَحْكَامِ الْعُدْوَانِ وَصَارَ كَالْمَوْهُوبِ لَهُ وَالْمُشْتَرِي شِرَاءً فَاسِيدًا، وَكَمَا إِذَا زَرَعَ الْمُشْتَرِي فَإِنَّهُ لَا يُكَلِّفُ الْقَلْعَ، وَهَذَا لِأَنَّ فِي إِيْجَابِ الْأَخْذِ بِالْقِيَمَةِ دَفْعَ أَعْلَى الضَّرَرَيْنِ بِتَحْمُلِ الْأَدْنَى فَيُصَارُ إِلَيْهِ. وَوَجْهُ ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ أَنَّهُ بَنَى فِي مَحَلٍّ تَعَلَّقَ بِهِ حَقٌّ مُتَأَكِّدٌ لِلْغَيْرِ مِنْ غَيْرِ تَسْلِيْطٍ مِنْ جِهَةٍ مَنْ لَهُ الْحَقُّ فَيَنْقَضُ كَالرَّاهِنِ إِذَا بَنَى فِي الْمَرْهُونِ، وَهَذَا لِأَنَّ حَقَّهُ أَقْوَى مِنْ حَقِّ الْمُشْتَرِي لِأَنَّهُ يَتَقَدَّمُ عَلَيْهِ وَهَذَا يَنْقَضُ بَيْعُهُ وَهَيْبَتُهُ وَغَيْرُهُ مِنْ تَصَرُّفَاتِهِ، بِخِلَافِ الْهَيْبَةِ وَالشِّرَاءِ الْفَاسِدِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، لِأَنَّهُ حَصَلَ بِتَسْلِيْطٍ مِنْ جِهَةٍ مَنْ لَهُ الْحَقُّ، وَلِأَنَّ حَقَّ الْاِسْتِرْدَادِ فِيهِمَا ضَعِيفٌ وَلِهَذَا لَا يَبْقَى بَعْدَ الْبِنَاءِ، وَهَذَا الْحَقُّ يَبْقَى فَلَا مَعْنَى لِإِيْجَابِ الْقِيَمَةِ كَمَا فِي

الاستحقاق، والزُّرْع يُقْلَعُ قِيَّاسًا. وَإِنَّمَا لَا يُقْلَعُ اسْتِحْسَانًا لِأَنَّهُ نَهَائِيَّةٌ مَعْلُومَةٌ وَيَبْقَى بِالْأَجْرِ وَلَيْسَ فِيهِ كَثِيرٌ ضَرَرٍ، وَإِنْ أَخَذَ بِالْقِيَمَةِ يَعْتَبَرُ قِيَمَتُهُ مَقْلُوعًا كَمَا بَيَّنَّاهُ فِي الْغَصْبِ (وَلَوْ أَخَذَهَا الشَّفِيعُ قَبْلَى فِيهَا أَوْ غَرَسَ ثُمَّ اسْتَحَقَّتْ رَجْعٌ بِالثَّمَنِ) لِأَنَّهُ تَبَيَّنَ أَنَّهُ أَخَذَهُ بِغَيْرِ حَقٍّ وَلَا يَرْجِعُ بِقِيَمَةِ الْبِنَاءِ وَالْغَرْسِ، لَا عَلَى الْبَائِعِ إِنْ أَخَذَهَا مِنْهُ، وَلَا عَلَى الْمُشْتَرِي إِنْ أَخَذَهَا مِنْهُ وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يَرْجِعُ لِأَنَّهُ مُتَمَلِّكٌ عَلَيْهِ فَتَزَلَا مَنْزِلَتَا الْبَائِعِ وَالْمُشْتَرِي، وَالْفَرْقُ عَلَى مَا هُوَ الْمَشْهُورُ أَنَّ الْمُشْتَرِي مَغْرُورٌ مِنْ جِهَةِ الْبَائِعِ وَمُسْلِطٌ عَلَيْهِ مِنْ جِهَتِهِ، وَلَا غُرُورٌ وَلَا تَسْلِيطٌ فِي حَقِّ الشَّفِيعِ مِنَ الْمُشْتَرِي لِأَنَّهُ مُجْبُورٌ عَلَيْهِ.

قَالَ (وَإِذَا انْهَدَمَتِ الدَّارُ أَوْ احْتَرَقَتْ بِنَاوَهَا أَوْ جَفَّ شَجَرُ الْبُسْتَانِ بِغَيْرِ فِعْلٍ أَحَدٍ فَالشَّفِيعُ بِالْخِيَارِ، إِنْ شَاءَ أَخَذَهَا بِجَمِيعِ الثَّمَنِ) لِأَنَّهُ الْبِنَاءُ وَالْغَرْسُ تَابِعٌ حَتَّى دَخَلَ فِي الْبَيْعِ مِنْ غَيْرِ ذِكْرِ فَلَا يُقَابِلُهُمَا شَيْءٌ مِنَ الثَّمَنِ مَا لَمْ يَصِرْ مَقْصُودًا وَلِهَذَا جَازَ بَيْعُهَا مُرَابِحَةً بِكُلِّ الثَّمَنِ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا غَرِقَ نِصْفُ الْأَرْضِ حَيْثُ يَأْخُذُ الْبَاقِي بِحِصَّتِهِ لِأَنَّ الْفَائِثَ بَعْضُ الْأَصْلِ قَالَ. (وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ) لِأَنَّهُ لَهُ أَنْ يَمْتَنِعَ عَنْ تَمَلُّكِ الدَّارِ بِمَا لَهُ قَالَ (وَإِنْ نَقَضَ الْمُشْتَرِي الْبِنَاءَ قِيلَ لِلشَّفِيعِ إِنْ شِئْتَ فَخُذْ الْعَرَصَةَ بِحِصَّتِهَا، وَإِنْ شِئْتَ فَدَعْ) لِأَنَّهُ صَارَ مَقْصُودًا بِالْإِتْلَافِ فَيُقَابِلُهُ شَيْءٌ مِنَ الثَّمَنِ، بِخِلَافِ الْأَوَّلِ لِأَنَّ الْهَلَاكَ بِأَفْئَةِ سَمَاقِيَّةٍ (وَلَيْسَ لِلشَّفِيعِ أَنْ يَأْخُذَ النُّقْضَ) لِأَنَّهُ صَارَ مَفْصُولًا فَلَمْ يَبْقَ تَبَعًا قَالَ (وَمَنْ ابْتَاعَ أَرْضًا وَعَلَى تَخْلُهَا ثَمَرٌ أَخَذَهَا الشَّفِيعُ بِثَمَرِهَا) وَمَعْنَاهُ إِذَا ذُكِرَ الثَّمَرُ فِي الْبَيْعِ لِأَنَّهُ لَا يَدْخُلُ مِنْ غَيْرِ ذِكْرِ، وَهَذَا الَّذِي ذَكَرَهُ اسْتِحْسَانٌ وَفِي الْقِيَّاسِ لَا يَأْخُذُهُ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِتَبَعٍ؛ أَلَا يَرَى أَنَّهُ لَا يَدْخُلُ فِي الْبَيْعِ مِنْ غَيْرِ ذِكْرِ فَأَشْبَهَ الْمَتَاعَ فِي الدَّارِ. وَجْهُ الاسْتِحْسَانِ أَنَّهُ بِاعْتِبَارِ الْإِتِّصَالِ صَارَ تَبَعًا لِلْعَقَارِ كَالْبِنَاءِ فِي الدَّارِ، وَمَا كَانَ مُرَكَّبًا فِيهِ فَيَأْخُذُهُ الشَّفِيعُ قَالَ (وَكَذَلِكَ إِنْ ابْتَاعَهَا وَلَيْسَ فِي النُّخِيلِ ثَمَرٌ فَأَنْتَمَرَ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي) يَعْنِي يَأْخُذُهُ الشَّفِيعُ لِأَنَّهُ مَبِيعٌ تَبَعًا لِأَنَّ الْبَيْعَ سَرَى إِلَيْهِ عَلَى مَا عُرِفَ فِي وَلَدِ الْمَبِيعِ قَالَ (فَإِنْ جَدَّهُ الْمُشْتَرِي ثُمَّ جَاءَ الشَّفِيعُ لَا يَأْخُذُ الثَّمَرَ فِي الْفَصْلَيْنِ جَمِيعًا) لِأَنَّهُ لَمْ يَبْقَ تَبَعًا لِلْعَقَارِ وَقَدْ أَخَذَ حَيْثُ صَارَ مَفْصُولًا عَنْهُ فَلَا يَأْخُذُهُ قَالَ فِي الْكِتَابِ (وَإِنْ جَدَّهُ الْمُشْتَرِي سَقَطَ عَنِ الشَّفِيعِ حِصَّتُهُ) قَالَ ﷺ (وَهَذَا جَوَابُ الْفَصْلِ الْأَوَّلِ) لِأَنَّهُ دَخَلَ فِي الْبَيْعِ مَقْصُودًا فَيُقَابِلُهُ شَيْءٌ مِنَ الثَّمَنِ (أَمَّا فِي الْفَصْلِ الثَّانِي يَأْخُذُ مَا سِوَى

الثَّمَرِ بِجَمِيعِ الثَّمَنِ) لَأَنَّ الثَّمَرَ لَمْ يَكُنْ مَوْجُودًا عِنْدَ الْعَقْدِ فَلَا يَكُونُ مَبِيعًا إِلَّا تَبَعًا فَلَا يُقَابَلُهُ شَيْءٌ مِنَ الثَّمَنِ وَاللَّهُ أَعْلَمُ

الشرح:

(فصل): الأَصْلُ فِي الْمَشْفُوعِ عَدَمُ التَّغْيِيرِ، وَالتَّغْيِيرُ بِالزِّيَادَةِ وَالتَّنْقِصَانِ بِنَفْسِهِ أَوْ بِفِعْلِ الْغَيْرِ عَارِضٌ، فَكَانَ جَدِيرًا بِالتَّأْخِيرِ فِي فَصْلِ عَلَى حِدَةٍ (وَإِذَا بَنَى الْمُشْتَرِي فِيهَا أَوْ غَرَسَ ثُمَّ قَضَى لِلشَّفِيعِ بِالشَّفْعَةِ فَهُوَ بِالْخِيَارِ، إِنْ شَاءَ أَخَذَ الْأَرْضَ بِالثَّمَنِ الَّذِي اشْتَرَاهُ بِهِ الْمُشْتَرِي وَقِيمَةَ الْبِنَاءِ أَوْ الْغَرْسِ، وَإِنْ شَاءَ كَلَّفَ الْمُشْتَرِي قَلْعَهُ). وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ لَا يُكَلَّفُ الْقَلْعَ وَيُخَيَّرُ بَيْنَ أَنْ يَأْخُذَ بِالثَّمَنِ وَقِيمَةَ الْبِنَاءِ (وَالْغَرْسِ، وَيَبْنَى أَنْ يَتْرَكَ) وَهُوَ أَحَدُ قَوْلَيْ الشَّافِعِيِّ، وَلَهُ قَوْلٌ آخَرُ وَهُوَ لَهُ أَنْ يُقْلَعَ وَيُعْطَى قِيمَةُ الْبِنَاءِ لِأَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ مُحَقِّقٌ فِي الْبِنَاءِ لِأَنَّهُ بَنَاهُ عَلَى أَنَّهُ مِلْكُهُ، وَالْمُحَقِّقُ فِي شَيْءٍ لَا يُكَلَّفُ قَلْعَهُ لِأَنَّ التَّكْلِيفَ بِالْقَلْعِ مِنْ أَحْكَامِ الْعُدْوَانِ، وَاسْتُوْضِحَ ذَلِكَ بِالْمَوْهُوبِ لَهُ، فَإِنَّهُ إِذَا بَنَى لَيْسَ لِلْوَاهِبِ أَنْ يُكَلِّفَهُ الْقَلْعَ وَيَرْجِعَ فِي الْأَرْضِ وَبِالْمُشْتَرِي شِرَاءً فَاسِدًا إِذَا بَنَى، وَبِالْمُشْتَرِي إِذَا زَرَعَ فَإِنَّهُ لَيْسَ لَهُ أَنْ يُكَلِّفَهُ قَلْعَ مَا لَمْ يَزْرَعْ اتِّفَاقًا (وَهَذَا) أَيُّ مَا قُلْنَا إِنَّهُ لَا يُكَلَّفُ (لَأَنَّ فِي إِيْجَابِ الْأَخْذِ بِالْقِيمَةِ دَفْعَ أَعْلَى الضَّرَرَيْنِ) ضَرَرُ الْمُشْتَرِي وَهُوَ الْقَلْعُ مِنْ غَيْرِ عَوْضٍ يُقَابَلُهُ (بِتَحْمُلِ الْأَدْنَى) وَهُوَ زِيَادَةُ الثَّمَنِ عَلَى الشَّفِيعِ بِقِيمَةِ الْبِنَاءِ لَوْجُوبِ مَا يُقَابَلُهَا وَهُوَ الْبِنَاءُ وَالْغَرْسُ فَيَجِبُ الْمَصِيرُ إِلَيْهِ.

(وَجْهٌ ظَاهِرٌ الرَّوَايَةِ أَنَّ الْمُشْتَرِي بَنَى فِي مَحَلٍّ تَعَلَّقَ بِهِ حَقٌّ مُؤَكَّدٌ لِلْغَيْرِ بِحَيْثُ لَا يَقْدَرُ عَلَى إِسْقَاطِهِ جَبْرًا (مِنْ غَيْرِ تَسْلِيْطٍ مِنْ جِهَةٍ مِنْ لَهُ الْحَقُّ) وَكُلُّ مَنْ بَنَى فِي ذَلِكَ تَقْضَى بِنَاؤُهُ كَالرَّاهِنِ إِذَا بَنَى فِي الْمَرْهُونِ وَقَوْلُهُ مِنْ غَيْرِ تَسْلِيْطٍ مِنْ جِهَةٍ مِنْ لَهُ الْحَقُّ اخْتِرَازٌ عَنِ الْمَوْهُوبِ لَهُ وَالْمُشْتَرِي بِالشَّرَاءِ الْفَاسِدِ فَإِنَّ بِنَاءَهُمَا حَصَلَ بِتَسْلِيْطِ الْوَاهِبِ وَالْبَائِعِ (وَهَذَا) أَيُّ تَقْضَى الْبِنَاءِ لِحَقِّ الشَّفِيعِ (لَأَنَّ حَقَّهُ أَقْوَى مِنْ حَقِّ الْمُشْتَرِي) وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ هَذَا بَيَانًا لِكَوْنِ حَقِّ الشَّفِيعِ مُتَأَكَّدًا (لَأَنَّهُ) أَيُّ الشَّفِيعِ (يَتَقَدَّمُ عَلَيْهِ) أَيُّ عَلَى الْمُشْتَرِي، وَلِهَذَا يُنْقَضُ بَيْعُهُ وَهَيْبَتُهُ وَغَيْرُهُ مِنْ تَصَرُّفَاتِهِ كِإِجَارَتِهِ وَجَعْلُهُ مَسْجِدًا أَوْ مَقْبَرَةً، فَكَذَا تُنْقَضُ تَصَرُّفَاتُهُ غَرْسًا وَبِنَاءً. وَقَوْلُهُ (بِخِلَافِ الْهَبَةِ) مُتَّصِلٌ بِقَوْلِهِ مِنْ غَيْرِ تَسْلِيْطٍ مِنْ جِهَتِهِ فَلَا يُنْقَضُ، وَبِخِلَافِ الشَّرَاءِ الْفَاسِدِ مَعْطُوفٌ عَلَيْهِ، وَإِنَّمَا قَيَّدَ بِقَوْلِهِ

عَنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ لِأَنَّ عَدَمَ اسْتِرْدَادِ الْبَائِعِ فِي الشِّرَاءِ الْفَاسِدِ إِذَا بَنَى الْمُشْتَرِي فِي الْمُشْتَرَى إِنَّمَا هُوَ قَوْلُهُ. وَأَمَّا عِنْدَهُمَا فَلَهُ الْاسْتِرْدَادُ بَعْدَ الْبِنَاءِ كَالشَّفِيعِ فِي ظَاهِرِ الرَّوَايَةِ (قَوْلُهُ) وَلَئِنْ حَقَّ الْاسْتِرْدَادُ مَعْطُوفٌ عَلَى قَوْلِهِ لِأَنَّهُ حَصَلَ (قَوْلُهُ فِيهِمَا) أَيُّ فِي الْهَبَةِ وَالْبَيْعِ الْفَاسِدِ (ضَعِيفٌ) (وَلِهَذَا لَا يَبْقَى بَعْدَ الْبِنَاءِ، وَهَذَا الْحَقُّ) أَيُّ حَقُّ الشُّفْعَةِ وَيَبْقَى وَلَا يَلْزَمُ مِنْ عَدَمِ تَكْلِيفِ الْقَلْعِ لِحَقِّ ضَعِيفٍ عَدَمُهُ لِحَقِّ قَوِيٍّ.

قِيلَ فِيهِ نَظَرٌ، لِأَنَّ الْاسْتِرْدَادَ بَعْدَ الْبِنَاءِ فِي الْبَيْعِ الْفَاسِدِ إِنَّمَا لَا يَبْقَى عَلَى مَذْهَبِ أَبِي حَنِيفَةَ، فَالاسْتِدْلَالُ بِهِ لَا يَصِحُّ. وَالْجَوَابُ أَنَّهُ يَكُونُ عَلَى غَيْرِ ظَاهِرِ الرَّوَايَةِ، أَوْ لِأَنَّهُ لَمَّا كَانَ ثَابِتًا بِدَلِيلٍ ظَاهِرٍ لَمْ يُعْتَبَرِ بِخِلَافِهَا. وَقَوْلُهُ (فَلَا مَعْنَى لِإِجَابِ الْقِيَمَةِ) رَاجِعٌ إِلَى أَوَّلِ الْكَلَامِ: يَعْنِي إِذَا ثَبَتَ التَّكْلِيفُ بِالْقَلْعِ فَلَا مَعْنَى لِإِجَابِ الْقِيَمَةِ عَلَى الشَّفِيعِ، لِأَنَّ الشَّفِيعَ بِمَنْزِلَةِ الْمُسْتَحَقِّ، وَالْمُشْتَرِي إِذَا بَنَى أَوْ غَرَسَ ثُمَّ اسْتَحَقَّ رَجَعَ الْمُشْتَرِي بِالثَّمَنِ بِقِيَمَةِ الْبِنَاءِ وَالْغَرْسِ عَلَى الْبَائِعِ دُونَ الْمُسْتَحَقِّ فَكَذَلِكَ هَاهُنَا. وَقَوْلُهُ (وَالزَّرْعُ يُقْلَعُ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ وَكَمَا إِذَا زَرَعَ الْمُشْتَرِي، وَلَمْ يَجِبْ عَنْ قَوْلِهِ لِأَنَّ فِي إِجَابِ الْأَخْذِ بِالْقِيَمَةِ دَفْعَ أَعْلَى الضَّرَرَيْنِ لِأَنَّ قَوْلَهُ وَهَذَا لِأَنَّ حَقَّهُ أَقْوَى مِنْ حَقِّ الْمُشْتَرِي تَضَمَّنَ ذَلِكَ، لِأَنَّ التَّرْجِيحَ بِدَفْعِ أَعْلَى الضَّرَرَيْنِ بِالْأَهْوَنِ إِنَّمَا يَكُونُ بَعْدَ الْمُسَاوَاةِ فِي أَصْلِ الْحَقِّ، وَلَا مُسَاوَاةَ لِأَنَّ حَقَّ الشَّفِيعِ مُقَدَّمٌ، وَطُولِبَ بِالْفَرْقِ بَيْنَ بِنَاءِ الْمُشْتَرِي فِي الدَّارِ الْمَشْفُوعَةِ وَصَبْغِهَا بِأَشْيَاءَ كَثِيرَةٍ، فَإِنَّ الشَّفِيعَ بِالْخِيَارِ بَيْنَ أَنْ يَأْخُذَهَا وَيُعْطِيَ مَا زَادَ فِيهَا بِالصَّبْغِ وَيَبْنَ أَنْ يَتْرُكَهَا. وَأُجِيبَ بِأَنَّهُ أَيْضًا عَلَى الْاِخْتِلَافِ، وَلَوْ كَانَ بِالِاتِّفَاقِ فَالْفَرْقُ أَنَّ النِّقْضَ لَا يَتَصَدَّرُ بِهِ الْمُشْتَرِي كَثِيرًا لِسَلَامَةِ النِّقْضِ لَهُ، بِخِلَافِ الصَّبْغِ، قَوْلُهُ (وَإِذَا أَخَذَهُ بِالْقِيَمَةِ) مَعْطُوفٌ عَلَى مُقَدَّرٍ دَلَّ عَلَيْهِ التَّخْيِيرُ، وَتَقْرِيرُهُ الشَّفِيعَ بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ كَلَّفَ الْقَلْعَ، وَإِنْ شَاءَ أَخَذَهُ بِالْقِيَمَةِ، فَإِنْ كَلَّفَهُ فَذَلِكَ، وَإِنْ أَخَذَهُ بِالْقِيَمَةِ يُعْتَبَرُ قِيَمَتُهُ مَقْلُوعًا كَمَا يَبْنَاهُ فِي الْعَصَبِ (وَلَوْ أَخَذَهَا الشَّفِيعُ فَبَنَى فِيهَا أَوْ غَرَسَ فَاسْتَحَقَّ الْأَرْضَ رَجَعَ الثَّمَنُ) لَا غَيْرُ أَخَذَهُ مِنَ الْبَائِعِ أَوْ الْمُشْتَرِي (لِأَنَّهُ تَبَيَّنَ أَنْ أَخَذَهُ كَانَ بِغَيْرِ حَقٍّ) عَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يَرْجِعُ بِقِيَمَةِ الْبِنَاءِ وَالْغَرْسِ أَيْضًا لِأَنَّهُ مُتَمَلِّكٌ عَنْ الْمُشْتَرِي فَتَزَالُ مَنْزِلَةُ الْبَائِعِ وَالْمُشْتَرِي، ثُمَّ الْمُشْتَرِي فِي صُورَةِ الْاسْتِحْقَاقِ يَرْجِعُ عَلَى الْبَائِعِ بِالثَّمَنِ وَقِيَمَةِ الْبِنَاءِ فَكَذَلِكَ الشَّفِيعُ (وَالْفَرْقُ عَلَى الْمَشْهُورِ) مِنَ الرَّوَايَةِ مَا ذَكَرَهُ (أَنَّ الْمُشْتَرِي

مَعْرُورٌ وَمُسَلَّطٌ عَلَى الْبِنَاءِ وَالْعَرْسِ (مِنْ جِهَةِ الْبَائِعِ) وَلَا تَسْلِيْطٌ فِي حَقِّ الشَّفِيعِ مِنَ الْمُشْتَرِي لِأَنَّهُ مَجْبُورٌ عَلَيْهِ. قَالَ (وَإِذَا انْهَدَمَتِ الدَّارُ إلَخ) كَلَامُهُ ظَاهِرٌ، وَالتَّأْمُلُ فِيهِ يُرْشِدُ إِلَى أَنَّ فِي قَوْلِ مَنْ قَالَ إِنَّهُمْ: يَعْنِي أَيْمَنَّا زَعَمُوا أَنَّ الْبِنَاءَ إِذَا احْتَرَقَ لَمْ يَسْقُطْ شَيْءٌ مِنَ الثَّمَنِ عَنِ الشَّفِيعِ، وَإِذَا غَرِقَ بَعْضُ الْأَرْضِ سَقَطَ حِصَّتُهُ مِنَ الثَّمَنِ فَكَأَنَّهُمْ اعْتَبَرُوا فِعْلَ الْمَاءِ دُونَ النَّارِ تَعَسُّفًا لِقِلَّةِ التَّأْمُلِ، فَإِنَّ مَنَشَأَ الْفَرْقِ لَيْسَ فِعْلُ الْمَاءِ، وَإِنَّمَا مَنَشَأُهُ أَنَّ الْبِنَاءَ وَصَفٌ وَالْأَوْصَافُ لَا يُقَابِلُهَا شَيْءٌ مِنَ الثَّمَنِ إِذَا فَاتَ مِنْ غَيْرِ صُنْعٍ أَحَدٍ، وَأَمَّا بَعْضُ الْأَرْضِ لَيْسَ بِوَصْفٍ لِبَعْضٍ آخَرَ فَلَا بُدَّ مِنْ إِسْقَاطِ حِصَّةِ مَا غَرِقَ مِنَ الثَّمَنِ (وَإِنْ نَقَضَ الْمُشْتَرِي الْبِنَاءَ) فَالشَّفِيعُ إِنْ شَاءَ أَخَذَ الْعَرْصَةَ بِحِصَّتِهَا مِنَ الثَّمَنِ، وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ لِأَنَّ الْبِنَاءَ صَارَ مَقْصُودًا بِالْإِثْلَافِ وَيُقَابِلُهُ شَيْءٌ مِنَ الثَّمَنِ، وَقَدْ مَرَّ فِي الْبُيُوعِ (وَلَيْسَ لِلشَّفِيعِ أَنْ يَأْخُذَ النُّقْضَ لِأَنَّهُ صَارَ مَقْصُودًا فَلَمْ يَبْقَ تَبَعًا) فَبَقِيَ مَقْصُودًا وَلَا شَفْعَةً فِيهِ. وَقَوْلُهُ (وَمَنْ اتَّبَعَ أَرْضًا) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (وَمَا كَانَ مُرَكَّبًا فِيهِ) يَعْنِي مِثْلَ الْأَبْوَابِ وَالسُّرَرِ الْمُرَكَّبَةِ. وَقَوْلُهُ (عَلَى مَا عُرِفَ فِي وَلَدِ الْمِيعَةِ) يَعْنِي أَنَّ الْجَارِيَةَ الْمِيعَةَ إِذَا وَلَدَتْ وَلَدًا قَبْلَ قَبْضِ الْمُشْتَرِي يَسْرِي حُكْمُ الْبَيْعِ إِلَى الْوَلَدِ حَتَّى يَكُونَ الْوَلَدُ مِلْكًا لِلْمُشْتَرِي كَالْأُمِّ، وَقَوْلُهُ (فِي الْفَصْلَيْنِ) يُرِيدُ بِهِ مَا إِذَا كَانَ فِي التَّخْلِ ثَمَرٌ وَقَتَ الشَّرَاءِ ثُمَّ جَذَهُ الْمُشْتَرِي، وَمَا إِذَا لَمْ يَكُنْ ثُمَّ ثَمَرُ ثُمَّ جَاءَ الشَّفِيعُ لِاتِّحَادِ الْعِلَّةِ وَهُوَ عَدَمُ الْإِتِّصَالِ لِأَنَّ التَّبَعِيَّةَ كَانَتْ بِهِ وَقَدْ زَالَتْ. وَقَوْلُهُ (فِي الْكِتَابِ) يَعْنِي مُحْتَصَرِ الْقُدُورِيِّ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

بَابُ مَا تَجِبُ فِيهِ الشُّفْعَةُ وَمَا لَا تَجِبُ

قَالَ (الشُّفْعَةُ وَاجِبَةٌ فِي الْعَقَارِ وَإِنْ كَانَ مِمَّا لَا يُقَسَّمُ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا شَفْعَةَ فِيمَا لَا يُقَسَّمُ، لِأَنَّ الشُّفْعَةَ إِنَّمَا وَجِبَتْ دَفْعًا لِمُؤَنَةِ الْقِسْمَةِ، وَهَذَا لَا يَتَحَقَّقُ فِيمَا لَا يُقَسَّمُ وَلَنَّا قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «الشُّفْعَةُ فِي كُلِّ شَيْءٍ عَقَارٍ أَوْ رَيْعٍ»^(١) إِلَى غَيْرِ ذَلِكَ مِنَ الْعُمُومَاتِ، وَلِأَنَّ الشُّفْعَةَ سَبَبُهَا الْإِتِّصَالُ فِي الْمِلْكِ وَالْحِكْمَةُ دَفْعُ ضَرَرِ سُوءِ الْجَوَارِ عَلَى مَا مَرَّ، وَأَنَّهُ يَنْتَظِمُ الْقِسْمَيْنِ مَا يُقَسَّمُ وَمَا لَا يُقَسَّمُ وَهُوَ الْحَمَامُ وَالرَّحَى وَالْبِئْرُ وَالطَّرِيقُ.

(١) أخرجه إسحاق بن راهويه في مسنده، والطحاوي في شرح الآثار (٢/٢٦٨)، وانظر نصب الراية (٤/٤٣٦).

الشرح:

(بَابُ مَا تَجِبُ فِيهِ الشُّفْعَةُ وَمَا لَا تَجِبُ) ذَكَرُ تَفْصِيلَ مَا تَجِبُ فِيهِ الشُّفْعَةُ وَمَا لَا تَجِبُ بَعْدَ ذِكْرِ الْوُجُوبِ مُجْمَلًا، لِأَنَّ التَّفْصِيلَ بَعْدَ الْإِجْمَالِ. قَالَ (الشُّفْعَةُ وَاجِبَةٌ فِي الْعَقَارِ إِلَّا الْخ) الشُّفْعَةُ وَاجِبَةٌ: أَيُّ ثَابِتَةٌ فِي الْعَقَارِ، وَهُوَ مَا لَهُ أَصْلٌ مِنْ دَارٍ أَوْ ضَيْعَةٍ (وَأِنْ كَانَ مِنْهَا لَا يُقْسَمُ) أَيُّ لَا يَحْتَمِلُ الْقِسْمَةَ كَالْحَمَّامِ وَالرَّحَى، وَإِنَّمَا يُؤْخَذُ بِالشُّفْعَةِ مَا كَانَ مُتَّصِلًا بِطَرِيقِ الشُّفْعَةِ فَلَا يُؤْخَذُ الْقَصَاعُ مَعَ الْحَمَّامِ لِأَنَّهَا غَيْرُ مُتَّصِلَةٍ، وَالْمُرَادُ بِالرَّحَى بَيْتُ الرَّحَى، وَالرُّبْعُ الدَّارُ، وَالْحَائِطُ الْبُسْتَانُ، وَأَصْلُهُ مَا أَحَاطَ بِهِ، وَالْحَسْبُ بِسُكُونِ السَّيْنِ وَفَتْحِهَا فِي مَعْنَى الْقَدْرِ، وَاخْتَارَ الْجَوْهَرِيُّ الْفَتْحَ وَقَالَ: إِنَّمَا تُسَكَّنُ فِي ضَرُورَةِ الشُّعْرِ.

قَالَ (وَلَا شُفْعَةَ فِي الْعُرُوضِ وَالسُّفُنِ) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «لَا شُفْعَةَ إِلَّا فِي رِبْعٍ أَوْ حَائِطٍ»^(١) وَهُوَ حُجَّةٌ عَلَى مَالِكَ فِي إِجَابَتِهَا فِي السُّفُنِ، وَلِأَنَّ الشُّفْعَةَ إِنَّمَا وَجَبَتْ لِدَفْعِ ضَرَرِ سُوءِ الْجَوَارِ عَلَى الدَّوَامِ، وَالْمَلِكُ فِي الْمَنْقُولِ لَا يَدُومُ حَسَبَ دَوَامِهِ فِي الْعَقَارِ فَلَا يُلْحَقُ بِهِ وَفِي بَعْضِ نَسَخِ الْمُخْتَصَرِ وَلَا شُفْعَةَ فِي الْبِنَاءِ وَالنُّخْلِ إِذَا بِيَعْتَ دُونَ الْعَرَصَةِ وَهُوَ صَحِيحٌ مَذْكُورٌ فِي الْأَصْلِ، لِأَنَّهُ لَا قَرَارَ لَهُ فَكَانَ تَقْلِيلًا، وَهَذَا بِخِلَافِ الْعُلُوِّ حَيْثُ يُسْتَحَقُّ بِالشُّفْعَةِ وَيُسْتَحَقُّ بِهِ الشُّفْعَةُ فِي السُّفْلِ إِذَا لَمْ يَكُنْ طَرِيقُ الْعُلُوِّ فِيهِ، لِأَنَّهُ بِمَا لَهُ مِنْ حَقِّ الْقَرَارِ التَّحَقُّ بِالْعَقَارِ قَالَ (وَالْمُسْلِمُ وَالذَّمِّيُّ فِي الشُّفْعَةِ سَوَاءٌ) لِلْعُمُومَاتِ وَلِأَنَّهُمَا يَسْتَوِيَانِ فِي السَّبَبِ وَالْحِكْمَةِ فَيَسْتَوِيَانِ فِي الِاسْتِحْقَاقِ، وَلِهَذَا يَسْتَوِي فِيهِ الذَّكَرُ وَالْأُنْثَى وَالصَّغِيرُ وَالْكَبِيرُ وَالْبَاغِي وَالْعَادِلُ وَالْحُرُّ وَالْعَبْدُ إِذَا كَانَ مَادُونًا أَوْ مُكَاتِبًا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (إِذَا لَمْ يَكُنْ طَرِيقُ الْعُلُوِّ فِيهِ) لِبَيَانِ أَنَّ اسْتِحْقَاقَ الشُّفْعَةِ لِلْعُلُوِّ بِسَبَبِ الْجَوَارِ لَا بِسَبَبِ الشَّرِكَةِ، وَلَيْسَ لِنَفْيِ الشُّفْعَةِ إِذَا كَانَ لَهُ طَرِيقٌ فِي السُّفْلِ، بَلْ إِذَا كَانَ لَهُ ذَلِكَ كَانَ اسْتِحْقَاقُهَا بِالشَّرِكَةِ فِي الطَّرِيقِ لَا بِالْجَوَارِ فَيَكُونُ مُقَدِّمًا عَلَى الْجَارِ (وَالْمُسْلِمُ وَالذَّمِّيُّ فِيهَا سَوَاءٌ) وَقَالَ ابْنُ أَبِي لَيْلَى: الشُّفْعَةُ رِفْقٌ شَرْعِيٌّ فَلَا يَسْتَحِقُّهَا مَنْ يُنْكَرُ الشَّرْعَ وَهُوَ الْكَافِرُ.

(١) أخرجه البزار في مسنده، وانظر نصب الراية (٤/٤٣٧).

وَلَنَا الْعُمُومَاتُ مِنْ غَيْرِ فَضْلِ وَالِاسْتِوَاءُ فِي السَّبَبِ وَالْحِكْمَةِ وَهِيَ دَفْعُ ضَرَرِ سُوءِ الْجَوَارِ
وَذَلِكَ يَفْتَضِي الْإِسْتِوَاءُ فِي الْإِسْتِحْقَاقِ (وَلِهَذَا قُلْنَا يَسْتَوِي فِيهِ الذَّكْرُ وَالْأُنْثَى وَالصَّغِيرُ
وَالْكَبِيرُ) وَقَالَ: لَا شَفْعَةَ لِلصَّغِيرِ لِأَنَّهُ لَا يَتَضَرَّرُ بِسُوءِ الْمَجَاوَرَةِ.

قُلْنَا: إِنْ لَمْ يَتَضَرَّرْ فِي الْحَالِ يَتَضَرَّرُ فِي الْمَالِ (وَيَسْتَوِي الْبَاغِي وَالْعَادِلُ وَالْحُرُّ
وَالْعَبْدُ إِذَا كَانَ مَأْذُونًا أَوْ مُكَاتَّبًا) فَإِنْ كَانَ الْبَاغِ غَيْرَ الْمَوْلَى فَلِلْعَبْدِ الْمَأْذُونِ الشَّفْعَةُ مَدْيُونًا
كَانَ أَوْ لَا، وَإِنْ كَانَ هُوَ الْمَوْلَى، فَإِنْ كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ فَلَهُ ذَلِكَ وَإِلَّا فَلَا، وَهَذَا لِأَنَّهُ الْأَخْذُ
بِالشَّفْعَةِ بِمَنْزِلَةِ الشَّرَاءِ وَشِرَاءِ الْعَبْدِ الْمَأْذُونِ الْمَدْيُونِ مِنَ الْمَوْلَى جَائِزٌ دُونَ غَيْرِهِ.

قَالَ (وَإِذَا مَلَكَ الْعَقَارَ بِعَوْضٍ هُوَ مَالٌ وَجَبَتْ فِيهِ الشَّفْعَةُ) لِأَنَّهُ أَمَكَّنَ مُرَاعَاةَ
شَرْطِ الشَّرْعِ فِيهِ وَهُوَ التَّمْلُكُ بِمِثْلِ مَا تَمْلُكُ بِهِ الْمُشْتَرِي صُورَةً أَوْ قِيَمَةً عَلَى مَا مَرَّ قَالَ
(وَلَا شَفْعَةَ فِي الدَّارِ الَّتِي يَتَزَوَّجُ الرَّجُلُ عَلَيْهَا أَوْ يُخَالَعُ الْمَرَأَةُ بِهَا أَوْ يَسْتَأْجِرُ بِهَا دَارًا أَوْ
غَيْرَهَا أَوْ يُصَالِحُ بِهَا عَنْ دَمٍ عَمِدٍ أَوْ يَعْتِقُ عَلَيْهَا عَبْدًا) لِأَنَّهُ الشَّفْعَةُ عِنْدَنَا إِنَّمَا تَجِبُ فِي
مُبَادَلَةِ الْمَالِ بِالْمَالِ لَمَّا بَيَّنَّا، وَهَذِهِ الْأَعْوَاضُ لَيْسَتْ بِأَمْوَالٍ، فَإِيجَابُ الشَّفْعَةِ فِيهَا خِلَافُ
الْمَشْرُوعِ وَقَلْبُ الْمَوْضُوعِ وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ تَجِبُ فِيهَا الشَّفْعَةُ لِأَنَّ هَذِهِ الْأَعْوَاضَ مُتَقَوِّمَةٌ
عِنْدَهُ فَأَمَكَّنَ الْأَخْذَ بِقِيَمَتِهَا إِنْ تَعَذَّرَ بِمِثْلِهَا كَمَا فِي الْبَيْعِ بِالْعَرْضِ، بِخِلَافِ الْهَبَةِ لِأَنَّهُ
لَا عَوْضَ فِيهَا رَأْسًا وَقَوْلُهُ يَتَأْتَى فِيمَا إِذَا جَعَلَ شِقْصًا مِنْ دَارٍ مَهْرًا أَوْ مَا يُضَاهِيهِ لِأَنَّهُ لَا
شَفْعَةَ عِنْدَهُ إِلَّا فِيهِ وَنَحْنُ نَقُولُ: إِنْ تَقَوَّمَ مَنَافِعُ الْبُضْعِ فِي النِّكَاحِ وَغَيْرِهَا بِعَقْدِ الْإِجَارَةِ
ضُرُورِيًّا فَلَا يَظْهَرُ فِي حَقِّ الشَّفْعَةِ، وَكَذَا الدَّمُ وَالْعَتَقُ غَيْرُ مُتَقَوِّمٍ لِأَنَّ الْقِيَمَةَ مَا يَقُومُ
مَقَامَ غَيْرِهِ فِي الْمَعْنَى الْخَاصَّةِ الْمَطْلُوبِ وَلَا يَتَحَقَّقُ فِيهِمَا، وَعَلَى هَذَا إِذَا تَزَوَّجَهَا بِغَيْرِ مَهْرٍ
ثُمَّ فَرَضَ لَهَا الدَّارَ مَهْرًا لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الْمَفْرُوضِ فِي الْعَقْدِ فِي كَوْنِهِ مُقَابِلًا بِالْبُضْعِ،
بِخِلَافِ مَا إِذَا بَاعَهَا بِمَهْرٍ الْإِثْلِ أَوْ بِالْمُسْمَى لِأَنَّهُ مُبَادَلَةٌ مَالٍ بِمَالٍ، وَلَوْ تَزَوَّجَهَا عَلَى دَارٍ
عَلَى أَنْ تَرُدَّ عَلَيْهِ أَلْفًا فَلَا شَفْعَةَ فِي جَمِيعِ الدَّارِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَقَالَا: تَجِبُ فِي حِصَّةِ
الْأَلْفِ لِأَنَّهُ مُبَادَلَةٌ مَالِيَّةٌ فِي حَقِّهِ.

وَهُوَ يَقُولُ مَعْنَى الْبَيْعِ فِيهِ تَابِعٌ وَلِهَذَا يَنْعَقِدُ بِلَفْظِ النِّكَاحِ وَلَا يَفْسُدُ بِشَرْطِ النِّكَاحِ
فِيهِ، وَلَا شَفْعَةَ فِي الْأَصْلِ فَكَذَا فِي التَّبَعِ، وَلِأَنَّ الشَّفْعَةَ شَرَعَتْ فِي الْمُبَادَلَةِ الْمَالِيَّةِ
الْمَقْصُودَةِ حَتَّى أَنْ الْمُضَارِبَ إِذَا بَاعَ دَارًا وَفِيهَا رِبْحٌ لَا يَسْتَحِقُّ رَبُّ الْمَالِ الشَّفْعَةَ فِي حِصَّةِ

الرَّيْحَ لَكُونِهِ تَابِعًا فِيهِ قَالَ (أَوْ يُصَالِحُ عَلَيْهَا بِإِنْكَارٍ، فَإِنْ صَالَحَ عَلَيْهَا بِإِقْرَارٍ وَجَبَتْ الشُّفْعَةُ).

قَالَ ﷺ: هَكَذَا ذُكِرَ فِي أَكْثَرِ نُسَخِ الْمُخْتَصَرِ، وَالصَّحِيحُ أَوْ يُصَالِحُ عَنْهَا بِإِنْكَارٍ مَكَانَ قَوْلِهِ أَوْ يُصَالِحُ عَلَيْهَا، لِأَنَّهُ إِذَا صَالَحَ عَنْهَا بِإِنْكَارٍ بَقِيَ الدَّارُ فِي يَدِهِ فَهُوَ يَزْعُمُ أَنَّهَا لَمْ تَزَلْ عَنْ مِلْكِهِ، وَكَذَا إِذَا صَالَحَ عَنْهَا بِسُكُوتٍ لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنَّهُ بَدَلَ الْمَالِ اهْتِدَاءً لِيَمِينِهِ وَقَطْعًا لِشَغَبِ خَصْمِهِ، كَمَا إِذَا أَنْكَرَ صَرِيحًا، بِخِلَافِ مَا إِذَا صَالَحَ عَنْهَا بِإِقْرَارٍ لِأَنَّهُ مُعْتَرِفٌ بِالْمِلْكِ لِلْمُدْعَى، وَإِنَّمَا اسْتِفَادَهُ بِالصُّلْحِ فَكَانَ مُبَادَلَةً مَالِيَّةً. أَمَّا إِذَا صَالَحَ عَلَيْهَا بِإِقْرَارٍ أَوْ سُكُوتٍ أَوْ إِنْكَارٍ وَجَبَتْ الشُّفْعَةُ فِي جَمِيعِ ذَلِكَ لِأَنَّهُ أَخَذَهَا عِوَضًا عَنْ حَقِّهِ فِي زَعْمِهِ إِذَا لَمْ يَكُنْ مِنْ جَنْبِهِ فَيَعَامَلُ بِزَعْمِهِ.

قَالَ (وَلَا شُفْعَةَ فِي هِبَةٍ لَمَّا ذَكَّرْنَا، إِلَّا أَنْ تَكُونَ بِعِوَضٍ مَشْرُوطٍ) لِأَنَّهُ بَيْعٌ انْتِهَاءً، وَلَا بُدَّ مِنَ الْقَبْضِ وَأَنْ لَا يَكُونَ الْمَوْهُوبُ وَلَا عِوَضُهُ شَائِعًا لِأَنَّهُ هِبَةٌ ابْتِدَاءً وَقَدْ قَرَّرْنَاهُ فِي كِتَابِ الْهَبَةِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا لَمْ يَكُنْ الْعِوَضُ مَشْرُوطًا فِي الْعَقْدِ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا هِبَةٌ مُطْلَقَةً، إِلَّا أَنَّهُ أَثِيبُ مِنْهَا فَامْتَنَعَ الرَّجُوعُ قَالَ (وَمَنْ بَاعَ بِشَرْطِ الْخِيَارِ فَلَا شُفْعَةَ لِلشَّفِيعِ) لِأَنَّهُ يَمْنَعُ زَوَالَ الْمِلْكِ عَنِ الْبَائِعِ (فَإِنْ أَسْقَطَ الْخِيَارَ وَجَبَتْ الشُّفْعَةُ) لِأَنَّهُ زَالَ الْمَانِعُ عَنِ الزَّوَالِ وَيُشْتَرِطُ الطَّلَبُ عِنْدَ سَقُوطِ الْخِيَارِ فِي الصَّحِيحِ لِأَنَّ الْبَيْعَ يَصِيرُ سَبَبًا لَزَوَالِ الْمِلْكِ عِنْدَ ذَلِكَ.

(وَأِنْ اشْتَرَى بِشَرْطِ الْخِيَارِ وَجَبَ الشُّفْعَةُ) لِأَنَّهُ لَا يَمْنَعُ زَوَالَ الْمِلْكِ عَنِ الْبَائِعِ بِالِاتِّفَاقِ، وَالشُّفْعَةُ ثُبَّتْ عَلَيْهِ عَلَى مَا مَرَّ، وَإِذَا أَخَذَهَا فِي الثَّلَاثِ وَجَبَ الْبَيْعُ لِعَجْزِ الْمُشْتَرِي عَنِ الرَّدِّ، وَلَا خِيَارَ لِلشَّفِيعِ لِأَنَّهُ يَثْبُتُ بِالشَّرْطِ، وَهُوَ لِلْمُشْتَرِي دُونَ الشَّفِيعِ، وَإِنْ بَيْعَتْ دَارٌ إِلَى جَنْبِهَا وَالْخِيَارُ لِأَحَدِهِمَا فَلَهُ الْأَخْذُ بِالشُّفْعَةِ أَمَّا لِلْبَائِعِ فَظَاهِرٌ لِبَقَاءِ مِلْكِهِ فِي الْيَمِينِ يُشْفَعُ بِهَا، وَكَذَا إِذَا كَانَ لِلْمُشْتَرِي وَفِيهِ إِشْكَالٌ أَوْضَحْنَاهُ فِي الْبُيُوعِ فَلَا نُعِيدُهُ، وَإِذَا أَخَذَهَا كَانَ إِجَارَةً مِنْهُ لِلْبَيْعِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا اشْتَرَاهَا وَلَمْ يَرَهَا حَيْثُ لَا يَبْطُلُ خِيَارُهُ بِأَخْذِ مَا بَيْعَ بِجَنْبِهَا بِالشُّفْعَةِ، لِأَنَّ خِيَارَ الرُّوَيْتِ لَا يَبْطُلُ بِصَرِيحِ الْإِبْطَالِ فَكَيْفَ بِدَلَالَتِهِ، ثُمَّ إِذَا حَضَرَ شَفِيعُ الدَّارِ الْأُولَى لَهُ أَنْ يَأْخُذَهَا دُونَ الثَّانِيَةِ لِانْعِدَامِ مِلْكِهِ فِي الْأُولَى حِينَ بَيْعَتِ الثَّانِيَةَ.

الشرح:

قَالَ (وَإِذَا مَلَكَ الْعَقَارَ بِعَوْضٍ هُوَ مَالٌ إلَخ) قَدْ تَقَدَّمَ أَنَّ الشُّفْعَةَ إِنَّمَا تَجِبُ فِي الْعَقَارِ وَمِنْ شَرْطِهَا أَنْ تُمْلِكَ بِمَا هُوَ مَالٌ (لأنَّه أَمَكَّنَ مُرَاعَاةَ شَرْطِ الشَّرْعِ فِيهِ وَهُوَ التَّمْلُكُ بِمِثْلِ مَا يَمْلِكُ الْمُشْتَرِي صُورَةً) فِي ذَوَاتِ الْأَمْثَالِ أَوْ قِيَمَةٍ فِي ذَوَاتِ الْقِيَمِ عَلَى مَا مَرَّ فِي فِصْلٍ مَا يُؤْخَذُ بِهِ الْمَشْفُوعُ وَاجِبَةٌ، وَهِيَ إِنَّمَا تُمَكِّنُ إِذَا كَانَ الْعَوْضُ مَالًا فَإِنَّ الشَّرْعَ قَدَّمَ الشَّفِيعَ عَلَى الْمُشْتَرِي فِي إثْبَاتِ حَقِّ الْأَخْذِ لَهُ بِذَلِكَ السَّبَبِ لَا بِإِثْنَاءِ سَبَبٍ آخَرَ، وَلِهَذَا لَا يَجِبُ فِي الْمَوْهُوبِ، لِأَنَّهُ لَوْ أَخَذَهُ أَخَذَهُ بِعَوْضٍ وَكَانَ سَبَبًا غَيْرَ السَّبَبِ الَّذِي يَمْلِكُ بِهِ التَّمْلُكُ وَعَلَى هَذَا (لَا شُفْعَةَ فِي الدَّارِ يَتَزَوَّجُ الرَّجُلُ عَلَيْهَا أَوْ يُخَالَعُ الْمَرْأَةُ بِهَا أَوْ يَسْتَأْجِرُ بِهَا دَارًا أَوْ غَيْرَهَا أَوْ يُصَالِحُ بِهَا عَنْ دَمِ عَمَدٍ) أَيِ غَيْرِ دَارٍ مِنْ عَمَدٍ أَوْ حَاتُوتٍ وَيُصَالِحُ بِهَا عَنْ دَمِ الْعَمَدِ أَوْ يُعْتَقُ عَلَيْهِ عَبْدًا، لِأَنَّ الشَّفِيعَ لَا يَقْدِرُ عَلَى تَمْلُكِ هَذِهِ الْأَشْيَاءِ لِلْمُشْتَرِي حَتَّى يَتَحَقَّقَ التَّمْلُكُ بِمِثْلِ مَا تَمْلِكُ بِهِ، وَكَانَ تَفْرِيعُ هَذِهِ الْمَسَائِلِ عَلَى الْأَصْلِ الْمَذْكُورِ وَهُوَ قَوْلُهُ لِأَنَّهُ أَمَكَّنَ مُرَاعَاةَ شَرْطِ الشَّرْعِ إلَخَ كَافِيًا، وَلَكِنَّهُ اسْتَدَلَّ عَلَيْهِ بِدَلِيلٍ مُسْتَقِلٍّ وَهُوَ قَوْلُهُ لِأَنَّ الشُّفْعَةَ عِنْدَنَا إِنَّمَا تَجِبُ إلَخَ اسْتَظْهَرَا. وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ تَجِبُ فِيهَا الشُّفْعَةُ، لِأَنَّ هَذِهِ الْأَعْوَاضَ مُتَقَوِّمَةً عِنْدَهُ فَأَمَكَّنَ الْأَخْذَ بِقِيَمَتِهَا وَهُوَ مَهْرُ الْمَثَلِ وَأَجْرُ الْمَثَلِ فِي التَّزْوِجِ وَالْخُلْعِ وَالْإِجَارَةِ وَقِيَمَةِ الدَّارِ وَالْعَبْدِ فِي الصُّلْحِ وَالْإِعْتَاقِ (إِنْ تَعَذَّرَ الْأَخْذُ بِمِثْلِهَا كَمَا فِي الْبَيْعِ بِالْعَرْضِ بِخِلَافِ الْهَبَةِ لِأَنَّهُ لَا عَوْضَ فِيهَا أَصْلًا) وَقَوْلُهُ: أَيِ قَوْلِ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ (يَتَأْتَى فِيمَا إِذَا جَعَلَ شِقْصًا مِنْ دَارٍ مَهْرًا أَوْ مَا يُضَاهِيهِ) أَيِ مَا يُشَابِهُ الْمَهْرَ كَبَدْلِ الْخُلْعِ وَالْأَجْرِ (لأنَّه لَا شُفْعَةَ عِنْدَهُ إِلَّا فِيهِ) حَيْثُ لَا يَرَى الشُّفْعَةَ لَا فِي الْجَوَارِ وَلَا فِيمَا لَا يَقْبَلُ الْقِسْمَةَ كَالْحَمَامِ (وَنَحْنُ نَقُولُ) جَوَابٌ عَنْ جَعَلِهِ هَذِهِ الْأَعْوَاضَ مُتَقَوِّمَةً، وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ تَقَوُّمَ هَذِهِ الْأَعْوَاضِ إِمَّا أَنْ يَكُونَ مُطْلَقًا أَوْ ضَرُورِيًّا، وَالْأَوَّلُ مَمْنُوعٌ وَالثَّانِي مُسَلَّمٌ، وَلَكِنْ لَا يَظْهَرُ فِي حَقِّ الشُّفْعَةِ.

(قَوْلُهُ وَكَذَا الدَّمُ وَالْعَتَقُ غَيْرُ مُتَقَوِّمٍ) وَإِنَّمَا أَفْرَدَهُمَا لِأَنَّ تَقَوُّمَهُمَا أَبْعَدُ لَأَنَّهُمَا لَيْسَا بِمَالَيْنِ فَضْلًا عَنْ التَّقَوُّمِ، وَاسْتَدَلَّ عَلَى ذَلِكَ بِقَوْلِهِ (لَأَنَّ الْقِيَمَةَ مَا يَقُومُ مَقَامَ غَيْرِهِ فِي الْمَعْنَى الْخَاصِّ الْمَطْلُوبِ) وَهُوَ الْمَالِيَّةُ لِأَنَّ الْقِيَمَةَ إِنَّمَا تَقُومُ مَقَامَ الْغَيْرِ مِنْ حَيْثُ الْمَالِيَّةُ لَا بَعِيرَهَا مِنْ الْأَوْصَافِ كَالْجَوْهَرِيَّةِ وَالْجِسْمِيَّةِ، وَلَا يَتَحَقَّقُ الْمَعْنَى الْخَاصُّ فِيهِمَا لِأَنَّ

الْعِتْقَ إِسْقَاطُ، وَإِزَالَةُ الدِّمِ لَيْسَ إِلَّا حَقُّ الاسْتِيفَاءِ وَلَيْسَ مِنْ جِنْسِ مَا يُتَمَوَّلُ بِهِ وَيُدْخَرُ.
 وَقَوْلُهُ (وَعَلَى هَذَا) لِبَيَانِ أَنَّ الْفَرَضَ عِنْدَ الْعَقْدِ وَبَعْدَهُ سَوَاءٌ فِي كَوْنِهِ مُقَابَلًا
 بِالْبُضْعِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا بَاعَ الدَّارَ بِمَهْرِ الْمَثَلِ أَوْ بِالْمُسَمَّى فَإِنَّ فِيهِ الشُّفْعَةَ لِأَنَّهُ مُبَادَلَةٌ
 الْمَالِ بِالْمَالِ. وَاعْتَرَضَ بِأَنَّ الْبَيْعَ بِمَهْرِ الْمَثَلِ فَاسِدٌ لِحَالَتِهِ وَلَا شُفْعَةَ فِي الشِّرَاءِ الْفَاسِدِ.
 وَأُجِيبَ بِأَنَّهُ جَازٌ أَنْ يَكُونَ مَعْلُومًا عِنْدَهُمَا وَبِأَنَّهُ جَهَالَةٌ فِي السَّاقِطِ لَا تُفْضِي إِلَى
 الْمُنَازَعَةِ وَالْمُفْسَدَةِ مَا أَفْضَتْ إِلَيْهَا (وَلَوْ تَرَوَّجَهَا عَلَى دَارٍ عَلَى أَنْ تُرَدُّ عَلَيْهِ أَلْفًا فَلَا
 شُفْعَةَ فِي جَمِيعِ الدَّارِ) أَيُّ فِي شَيْءٍ مِنْهَا (وَقَالَا: تَجِبُ فِي حِصَّةِ الْأَلْفِ) تُقَسَّمُ قِيمَةُ
 الدَّارِ عَلَى مَهْرِ الْمَثَلِ وَأَلْفِ دِرْهَمٍ (لَأَنَّهُ مُبَادَلَةٌ مَالِيَّةٌ فِي حَقِّهِ) أَيُّ فِي حَقِّ مَا يَخْصُرُ
 الْأَلْفَ، وَأَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ يَقُولُ مَعْنَى الْبَيْعِ فِيهِ تَابِعٌ وَالْمَقْصُودُ هُوَ النِّكَاحُ (وَلِهَذَا
 يَنْعَقِدُ بِلَفْظِ النِّكَاحِ وَلَا يَفْسُدُ بِشَرْطِ النِّكَاحِ فِيهِ) وَلَوْ كَانَ الْبَيْعُ أَصْلًا يَفْسُدُ كَمَا لَوْ
 قَالَ بَعْتُ مِنْكَ هَذِهِ الدَّارَ بِأَلْفٍ عَلَى أَنْ تُزَوِّجَنِي نَفْسَكَ.

وَقَوْلُهُ (وَلَأَنَّ الشُّفْعَةَ) دَلِيلٌ آخَرُ، وَفِيهِ إِشَارَةٌ إِلَى دَفْعِ مَا يُقَالُ الشُّفْعَةُ تُفْضِي إِلَى
 الْمُبَادَلَةِ الْمَالِيَّةِ، وَأَمَّا أَنْ تَكُونَ هِيَ الْمَقْصُودَةُ فَمَمْنُوعٌ. وَوَجْهُهُ أَنْ كَوْنَهَا مَقْصُودَةً لَا بُدَّ
 مِنْهُ؛ أَلَا تَرَى أَنَّ الْمُضَارِبَ إِذَا كَانَ رَأْسُ الْمَالِ أَلْفًا فَاتَّجَرَ وَرَبِحَ أَلْفًا ثُمَّ اشْتَرَى بِالْأَلْفَيْنِ
 دَارًا فِي جِوَارٍ رَبِّ الْمَالِ ثُمَّ بَاعَهَا بِالْأَلْفَيْنِ فَإِنَّ رَبَّ الْمَالِ لَا يَسْتَحِقُّ الشُّفْعَةَ فِي حِصَّةِ
 الْمُضَارِبِ مِنَ الرَّبْحِ لِأَنَّ الرَّبْحَ تَبَعَ لِرَأْسِ الْمَالِ، وَلَيْسَ فِي مُقَابَلَةِ رَأْسِ الْمَالِ شُفْعَةُ لَرَبِّ
 الْمَالِ لِأَنَّ الْبَيْعَ كَانَ لَرَبِّ الْمَالِ لِأَنَّ الْمُضَارِبَ وَكَيْلُهُ فِي حَقِّهِ وَلَيْسَ فِي بَيْعِ الْوَكِيلِ
 شُفْعَةُ لِلْمُؤَكَّلِ عَلَى مَا يَجِيءُ فَكَذَا فِي حِصَّةِ الرَّبْحِ وَهُوَ الْبَيْعُ.

قَالَ (أَوْ يُصَالِحُ عَلَيْهَا بِإِنْكَارِ الْخ) عَطَفَ الْقُدُورِيُّ قَوْلَهُ أَوْ يُصَالِحُ عَلَيْهَا بِإِنْكَارِ
 عَلَى قَوْلِهِ أَوْ يُعْتَقُ عَلَيْهَا عَبْدًا مِنَ الصُّورِ الَّتِي لَا يَجِبُ فِيهَا الشُّفْعَةُ، وَلَيْسَ بِصَحِيحٍ
 بِلَفْظِ عَلَيْهَا كَمَا وَقَعَ فِي أَكْثَرِ نُسَخِ الْمُخْتَصَرِ وَكَلَامُهُ ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (إِذَا لَمْ يَكُنْ مِنْ
 جِنْسِهِ) أَيُّ إِذَا لَمْ يَكُنْ الْعَوْضُ مِنْ جِنْسِ حَقِّهِ، وَقَيَّدَ بِذَلِكَ لِأَنَّهُ إِذَا كَانَ مِنْ جِنْسِهِ بِأَنْ
 يَكُونَ بَعْضُ الْمَصَالِحِ عَنْهُ حَقُّهُ كَانَ آخِذًا حَقُّهُ فَلَيْسَ فِيهِ مُعَاوَضَةٌ فَلَا تَجِبُ الشُّفْعَةُ.

قَوْلُهُ (وَلَا شُفْعَةَ فِي هِبَةٍ لَمَّا ذَكَرْنَا) يَعْنِي فِي قَوْلِهِ بِخِلَافِ الْهِبَةِ لِأَنَّهُ لَا عَوْضَ
 فِيهَا رَأْسًا (إِلَّا أَنْ يَكُونَ بِعَوْضٍ مَشْرُوطٍ) فِي الْعَقْدِ، وَلَا بُدَّ مِنَ الْقَبْضِ، فَإِنَّهُ إِذَا وَهَبَ

دَارًا لِرَجُلٍ عَلَى أَنْ يَهَبَ لَهُ الْآخَرُ أَلْفَ دِرْهَمٍ فَلَا شَفْعَةَ لِلشَّفِيعِ مَا لَمْ يَتَفَاضًا (وَلَا بُدَّ أَنْ لَا يَكُونَ الْمُوْهُوبُ وَلَا عَوِضُهُ شَائِعًا لِأَنَّهُ هَبَةٌ ابْتِدَاءً، وَقَدْ قَرَّرْتَاهُ فِي كِتَابِ الْهَبَةِ) لِأَنَّ الْهَبَةَ بِشَرْطِ الْعَوِضِ تَبَرُّعٌ ابْتِدَاءً وَمُعَاوَضَةٌ انْتِهَاءً، بِخِلَافِ مَا إِذَا لَمْ يَكُنِ الْعَوِضُ مَشْرُوطًا فِي الْعَقْدِ فَإِنَّهُ لَا تُثَبِّتُ الشَّفْعَةُ لَا فِي الْمُوْهُوبِ وَلَا فِي الْعَوِضِ إِنْ كَانَ الْعَوِضُ دَارًا (لَأَنَّ كُلَّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا مُطْلَقَةٌ عَنِ الْعَوِضِ، إِلَّا أَنَّهُ أُتِيبَ مِنْهَا فَاثْمَنُ الرُّجُوعِ) وَلَا شَفْعَةَ فِي الْبَيْعِ بِشَرْطِ الْخِيَارِ لِلْبَّائِعِ لِأَنَّهُ يَمْتَنِعُ زَوَالِ الْمَلِكِ عَنِ الْبَائِعِ، وَبَقَاءُ حَقِّ الْبَائِعِ يَمْتَنِعُ الشَّفْعَةُ كَمَا فِي الْبَيْعِ الْفَاسِدِ، فَلَا أَنْ يَمْتَنِعَ بَقَاءُ مِلْكِهِ كَانَ أَوْلَى (فَإِنْ أَسْقَطَ الْخِيَارَ وَجَبَتْ الشَّفْعَةُ) لَزَوَالِ الْمَانِعِ عَنِ الزَّوَالِ (وَيُشْتَرَطُ الطَّلَبُ عِنْدَ سُقُوطِ الْخِيَارِ فِي الصَّحِيحِ) لِأَنَّ الْبَيْعَ يَصِيرُ سَبَبًا لَزَوَالِ الْمَلِكِ عِنْدَ ذَلِكَ. وَقَوْلُهُ فِي الصَّحِيحِ اخْتِرَارٌ عَنْ قَوْلِ بَعْضِ الْمَشَائِخِ: إِنَّهُ يُشْتَرَطُ الطَّلَبُ عِنْدَ وُجُودِ الْبَيْعِ لِأَنَّهُ هُوَ السَّبَبُ (قَوْلُهُ وَإِنْ اشْتَرَى بِشَرْطِ الْخِ) ظَاهِرٌ.

وَقَوْلُهُ (عَلَى مَا مَرَّ) إشارَةً إِلَى قَوْلِهِ مِنْ قَبْلُ وَتَجِبُ بِعَقْدِ الْبَيْعِ إِلَى أَنْ قَالَ: وَالْوَجْهُ فِيهِ أَنَّ الشَّفْعَةَ إِنَّمَا تَجِبُ إِذَا رَغِبَ الْبَائِعُ عَنْ مِلْكِ الدَّارِ الْخِ (قَوْلُهُ وَإِذَا أَخَذَهَا) أَيَّ أَخَذَ الشَّفِيعُ الدَّارَ فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ (وَجَبَ الْبَيْعُ وَسَقَطَ الْخِيَارُ بِعَجْزِ الْمُشْتَرِي عَنْ الرَّدِّ، وَلَا خِيَارَ لِلشَّفِيعِ لِأَنَّهُ يُثَبِّتُ بِالشَّرْطِ وَهُوَ لِلْمُشْتَرِي دُونَ الشَّفِيعِ وَإِنْ بَيْعَتْ دَارًا بِجَنْبِهَا وَالْخِيَارُ لِأَحَدِهِمَا) أَيَّ لِأَحَدِ الْمُتَعَاقِدَيْنِ مِنَ الْبَائِعِ أَوْ مِنَ الْمُشْتَرِي (فَلَهُ الْأَخْذُ بِالشَّفْعَةِ أَمَّا الْبَائِعُ فَظَاهِرٌ لِبَقَاءِ مِلْكِهِ فِي الَّتِي يَشْفَعُ بِهَا) فَإِنْ أَخَذَهَا بِالشَّفْعَةِ كَانَ نَقْضًا لِبَيْعِهِ لِأَنَّهُ قَرَّرَ مِلْكَهُ، وَإِقْرَارُ الْبَائِعِ عَلَى إِفْرَارِ مِلْكِهِ فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ نَقْضٌ لِلْبَيْعِ، لِأَنَّهُ لَوْ لَمْ يُجْعَلْ نَقْضًا لَكَانَ إِذَا أَجَازَ الْبَيْعَ فِيهَا مَلَكَهَا الْمُشْتَرِي مِنْ حِينِ الْعَقْدِ حَتَّى يَسْتَحِقَّ بِزَوَائِدِهَا الْمُتَصِلَةِ وَالْمُنْفَصِلَةِ وَتَبَيَّنَ أَنَّهُ أَخَذَهَا بِغَيْرِ حَقٍّ (وَكَذَا إِذَا كَانَ الْخِيَارُ لِلْمُشْتَرِي (وَفِيهِ إِشْكَالٌ) وَهُوَ مَا ذَكَرَهُ الْبَلْخِي مِنْ أَنَّ أَصْلَ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الْمُشْتَرِي بِخِيَارِ الشَّرْطِ لَا يَمْلِكُ الْمَبِيعَ فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ، وَالشَّفْعَةُ لَا تُسْتَحَقُّ إِلَّا بِالْمَلِكِ فَكَانَ تَنَاقُضًا. وَقَوْلُهُ (أَوْضَحْتَاهُ فِي الْبُيُوعِ) قَالَ فِي النَّهَائَةِ: هَذِهِ الْحَوَالَةُ فِي حَقِّ الْإِشْكَالِ غَيْرَ رَائِجَةٍ، بَلْ فِيهِ جَوَابُ الْإِشْكَالِ وَهُوَ قَوْلُهُ وَمَنْ اشْتَرَى دَارًا عَلَى أَنَّهُ بِالْخِيَارِ فَبَيْعَتْ دَارًا بِجَنْبِهَا الْخِ.

وَقِيلَ إِذَا كَانَتْ الْحَوَالَةُ فِي حَقِّ جَوَابِ الْإِشْكَالِ رَائِجَةً كَانَتْ فِي حَقِّ السُّؤَالِ

كَذَلِكَ لِأَنَّ الْجَوَابَ يَتَضَمَّنُ السُّؤَالَ. وَقِيلَ لَمْ يَقُلْ فِي الْيُوعِ مِنْ هَذَا الْكِتَابِ فَيَجُوزُ أَنْ تَكُونَ وَاضِحَةً فِي كِفَايَةِ الْمُتَنَهِّي، وَلَوْ كَانَ بِالْخِيَارِ لَهُمَا لَمْ تُثَبِّتِ الشُّفْعَةُ لِأَجْلِ خِيَارِ الْبَائِعِ لَا لِأَجْلِ خِيَارِ الْمُشْتَرِي (قَوْلُهُ وَإِذَا أَخَذَهَا) يَعْنِي أَخَذَ الْمُشْتَرِي بِخِيَارِ الشَّرْطِ الدَّارَ الْمَبِيعَةَ بِجَنْبِ الدَّارِ الْمُشْتَرَاةِ كَانَ الْأَخْذُ مِنْهُ إِجَارَةً لِلْبَيْعِ الْأَوَّلِ فَيَسْقُطُ خِيَارُهُ لَمَّا ذَكَرْتَاهُ فِي طَرَفِ الْبَائِعِ (قَوْلُهُ بِخِلَافِ مَا إِذَا اشْتَرَاهَا وَلَمْ يَرَهَا) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (ثُمَّ إِذَا حَضَرَ شَفِيعُ الدَّارِ الْأُولَى) يَعْنِي الَّتِي اشْتَرَاهَا الْمُشْتَرِي بِشَرْطِ الْخِيَارِ (لَهُ) أَيُّ لِلشَّفِيعِ أَنْ يَأْخُذَهَا دُونَ الثَّانِيَةِ وَهِيَ الَّتِي أَخَذَهَا الْمُشْتَرِي بِطَرِيقِ الشُّفْعَةِ لِإِعْدَامِ مِلْكِهِ فِي الْأُولَى حِينَ يَبْعُ الثَّانِيَةَ.

قَالَ (وَمَنْ ابْتَاعَ دَارًا شِرَاءً فَاسِدًا فَلَا شُفْعَةَ فِيهَا) أَمَا قَبْلَ الْقَبْضِ فَلَعَدِمَ زَوَالَ مِلْكِ الْبَائِعِ، وَبَعْدَ الْقَبْضِ لاحتِمَالِ الْفَسْخِ، وَحَقُّ الْفَسْخِ ثَابِتٌ بِالنَّشْرِ لِدَفْعِ الْفَسَادِ، وَفِي إِثْبَاتِ حَقِّ الشُّفْعَةِ تَقْرِيرُ الْفَسَادِ فَلَا يَجُوزُ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ الْخِيَارُ لِلْمُشْتَرِي فِي الْبَيْعِ الصَّحِيحِ لِأَنَّهُ صَارَ أَحْصَى بِهِ تَصَرُّفًا وَفِي الْبَيْعِ الْفَاسِدِ مَمْنُوعٌ عَنْهُ قَالَ (فَإِنْ سَقَطَ حَقُّ الْفَسْخِ وَجَبَتْ الشُّفْعَةُ لَزَوَالِ الْمَانِعِ، وَإِنْ بَعَتْ دَارَ بِجَنْبِهَا وَهِيَ فِي يَدِ الْبَائِعِ بَعْدَ قَلَّةِ الشُّفْعَةِ لِبَقَاءِ مِلْكِهِ، وَإِنْ سَلَمَهَا إِلَى الْمُشْتَرِي فَهُوَ شَفِيعُهَا لِأَنَّ الْمَلِكَ لَهُ) ثُمَّ إِنْ سَلَّمَ الْبَائِعُ قَبْلَ الْحُكْمِ بِالشُّفْعَةِ لَهُ بَطَلَتْ شُفْعَتُهُ كَمَا إِذَا بَاعَ، بِخِلَافِ مَا إِذَا سَلَّمَ بَعْدَهُ لِأَنَّ بَقَاءَ مِلْكِهِ فِي الدَّارِ الَّتِي يُشْفَعُ بِهَا بَعْدَ الْحُكْمِ بِالشُّفْعَةِ لَيْسَ بِشَرْطٍ فَبَقِيَتْ الْمَأْخُودَةُ بِالشُّفْعَةِ عَلَى مِلْكِهِ، وَإِنْ اسْتَرَدَّهَا الْبَائِعُ مِنَ الْمُشْتَرِي قَبْلَ الْحُكْمِ بِالشُّفْعَةِ لَهُ بَطَلَتْ لَا تَنْقُطَاعُ مِلْكُهُ عَنِ الَّتِي يُشْفَعُ بِهَا قَبْلَ الْحُكْمِ بِالشُّفْعَةِ، وَإِنْ اسْتَرَدَّهَا بَعْدَ الْحُكْمِ بَقِيَتْ الثَّانِيَةُ عَلَى مِلْكِهِ لَمَّا بَيَّنَّا

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ ابْتَاعَ دَارًا شِرَاءً فَاسِدًا) أَوَّلُ كَلَامِهِ ظَاهِرٌ. وَفِي قَوْلِ وَمَنْ ابْتَاعَ دَارًا شِرَاءً فَاسِدًا تَلْوِيحٌ إِلَى أَنَّ عَدَمَ الشُّفْعَةِ إِذَا هُوَ فِيمَا إِذَا وَقَعَ فَاسِدًا ابْتِدَاءً، لِأَنَّ الْفَسَادَ إِذَا كَانَ بَعْدَ انْعِقَادِهِ صَحِيحًا فَحَقُّ الشُّفْعَةِ بَاقٍ عَلَى حَالِهِ، أَلَا تَرَى أَنَّ النَّصْرَانِيَّ إِذَا اشْتَرَى مِنْ نَصْرَانِيٍّ دَارًا بِخَمْرِ وَلَمْ يَتَقَابَضَا حَتَّى أَسْلَمَا أَوْ أَسْلَمَ أَحَدُهُمَا أَوْ قَبْضَ الدَّارَ وَلَمْ يَقْبِضْ الْخَمْرَ فَإِنَّهُ يَفْسُدُ الْبَيْعُ وَحَقُّ الشَّفِيعِ فِي الشُّفْعَةِ بَاقٍ لِأَنَّ فَسَادَهَا بَعْدَ وَقُوعِهِ صَحِيحًا (قَوْلُهُ وَفِي إِثْبَاتِ حَقِّ الشُّفْعَةِ تَقْرِيرُ الْفَسَادِ فَلَا يَجُوزُ) يَعْنِي الْأَخْذَ

بِالشُّعْغَةِ. وَاعْتَرِضَ عَلَيْهِ بِأَنَّهُ لَمْ لَا يَجُوزُ أَنْ لَا يَثْبُتَ الْمُسَدُّ فِي حَقِّ الشُّفْعِ كَمَا لَمْ يَثْبُتَ فِي حَقِّ الْخِيَارِ الثَّابِتِ لِلْمُشْتَرِي الَّذِي اشْتَرَاهَا بِشَرْطِ الْخِيَارِ فَيَثْبُتَ الْبَيْعُ فِي حَقِّهِ بِلَا مُسَدِّ لِيَصِلَ إِلَى حَقِّهِ، وَلَا يَلْزَمُ تَقْرِيرُ الْفَسَادِ.

وَأُجِيبَ بِأَنْ فَسَادَ الْبَيْعِ إِذَا ثَبَتَ لِمَعْنَى رَاجِعٍ إِلَى الْعَوَضِ، إِمَّا بِالشَّرْطِ فِي حَقِّهِ أَوْ الْفَسَادِ فِي نَفْسِهِ كَجَعْلِ الْخَمْرِ ثَمَنًا، فَلَوْ أَسْقَطْنَا الْعَوَضَ لَفَسَادَ فِيهِ رَجَعَ الْبَيْعُ بِلَا ثَمَنِ وَهُوَ فَاسِدٌ، وَمَا يَلْزَمُ مِنْ فَرْضِ عَدَمِهِ وَجُودُهُ فَهُوَ مَوْجُودٌ فَلَا يُمَكِّنُ الْفِكَاكُ الْبَيْعَ الْفَاسِدَ عَنِ مُسَدِّهِ. وَأَمَّا الْبَيْعُ الصَّحِيحُ فَيُمَكِّنُ وَجُودَهُ بِلَا شَرْطِ خِيَارٍ. وَقَوْلُهُ (بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ الْخِيَارُ لِلْمُشْتَرِي فِي الْبَيْعِ الصَّحِيحِ) جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ: احْتِمَالُ الْفَسْخِ فِي الْبَيْعِ الصَّحِيحِ إِذَا كَانَ الْخِيَارُ فِيهِ لِلْمُشْتَرِي قَائِمٌ وَلَمْ يَمْنَعْ حَقُّ الشُّعْغَةِ. وَتَقْرِيرُ الْجَوَابِ أَنَّ مُشْتَرِي ذَلِكَ صَارَ أَخْصًا بِالْبَيْعِ تَصَرُّفًا حَيْثُ تَعَلَّقَ بِتَصَرُّفِهِ الْفَسْخُ وَالْإِجَازَةُ، وَذَلِكَ يُوجِبُ حَقَّ الشُّعْغَةِ كَالْمُادُونِ وَالْمُكَاتِبِ إِذَا بَاعَتْ دَارًا بِجَنْبِهَا، وَفِي الْفَاسِدِ الْمُشْتَرِي مَمْنُوعٌ عَنِ التَّصَرُّفِ فِيهِ.

وَالْحَاصِلُ أَنَّ الْفَسْخَ وَإِنْ كَانَ مُحْتَمَلًا فِيهِمَا لَكِنْ فِي الْخِيَارِ لِلْمُشْتَرِي يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ فِي الْحَالِ عَلَى وَجْهِ يُزِيلُ مُوجِبَ الْإِحْتِمَالِ بِإِسْقَاطِهِ، وَفِي الْفَاسِدِ لَا يَمْلِكُ لِأَنَّهُ مَمْنُوعٌ عَنِ التَّصَرُّفِ. وَاعْتَرِضَ بِأَنَّهُ لَا يُسَلَّمُ أَنَّهُ مَمْنُوعٌ عَنِ التَّصَرُّفِ، بَلْ لَهُ أَنْ يَبِيعَ بَيْعًا صَحِيحًا وَلَا يَبْقَى لِبَائِعِهِ حَقُّ التَّقْضِ، وَفِيهِ تَقْرِيرُ الْفَسَادِ أَيْضًا. وَأُجِيبَ بِأَنَّهُ لَا يُسَلَّمُ أَنَّ لَهُ ذَلِكَ بَلْ هُوَ مِنْهُيٌّ عَنْهُ، وَقَدْ يَتَرْتَّبُ عَلَى الْمَحْظُورِ مِنَ الْأَحْكَامِ كَالْوَطْءِ حَالَةَ الْحَيْضِ فَإِنَّهُ يُحَلِّلُ الْمَرْأَةَ عَلَى زَوْجِهَا الْأَوَّلِ، وَتَقْرِيرُ الْفَسَادِ الْمَأْمُورِ بِنَقْضِهِ مِنَ الشَّرْعِ مُمْتَنِعٌ، وَفِي شَرْعِ الشُّعْغَةِ فِي الْبَيْعِ الْفَاسِدِ ذَلِكَ وَالْبَيْعُ الْمَحْظُورُ الصَّادِرُ مِنَ الْعَبْدِ لَيْسَ بِمُضَافٍ إِلَى الشَّرْعِ.

وَأَرَى أَنَّ قَوْلَهُ وَحَقُّ الْفَسْخِ ثَابِتٌ بِالشَّرْعِ لِدَفْعِ الْفَسَادِ وَفِي إِبْتَاتِ حَقِّ الشُّعْغَةِ تَقْرِيرُهُ لَهُ كَانَ كَافِيًا، وَوُرُودُ الْخِيَارِ لِلْمُشْتَرِي كَانَ يَنْدَفِعُ بِقَوْلِهِ لِدَفْعِ الْفَسَادِ، فَإِنَّ الْفَسْخَ فِيهِ وَإِنْ كَانَ ثَابِتًا بِالشَّرْعِ لَكِنَّهُ لَيْسَ لِدَفْعِ الْفَسَادِ، وَلَكِنَّهُ أُنْشِئَ بِالسُّؤَالِ وَالْجَوَابِ إِشَارَةً إِلَى أَنَّ الشُّعْغَةَ تُسْتَحَقُّ عَلَى الْمَالِكِ بِمِلْكِهِ غَيْرِ مَحْظُورٍ أَوْ عَلَى مَنْ صَارَ أَحَقَّ بِالْبَيْعِ تَصَرُّفًا، وَالْمُشْتَرِي بِالْخِيَارِ إِنْ لَمْ يَكُنْ مَالِكًا فَهُوَ أَحَقُّ بِالتَّصَرُّفِ، وَالْمُشْتَرِي شِرَاءً

فَاسِدًا لَيْسَ مِنْهُمَا، فَإِنْ سَقَطَ الْفَسْحُ بِالزِّيَادَةِ فِي الْمَبِيعِ كَالْبِنَاءِ وَالْعَرَسِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَبِالْبَيْعِ مِنْ آخَرَ بِالِاتِّفَاقِ وَجَبَتْ الشُّفْعَةُ لِرِوَالِ الْمَانِعِ (وَإِنْ بَاعَتْ دَارًا بِجَنْبِهَا وَهِيَ فِي يَدِ الْبَائِعِ بَعْدَ فَلِلْبَائِعِ الشُّفْعَةُ لِبَقَاءِ مِلْكِهِ، وَإِنْ سَلَّمَهَا إِلَى الْمُشْتَرِي فَهُوَ) أَيْ الْمُشْتَرِي (شَفِيعُهَا، لِأَنَّ الْمَلِكَ لَهُ) لَا يُقَالُ: فِي ذَلِكَ تَقْرِيرُ الْفَسَادِ حَيْثُ أَخَذَ الدَّارَ الْمَبِيعَةَ بِالشُّفْعَةِ بِالدَّارِ الْمُشْتَرَاةِ بِالشَّرَاءِ الْفَاسِدِ.

لَا نَأْتِي نَقُولُ: الْمُشْتَرِي بَعْدَ أَخْذِ الدَّارِ الثَّانِيَةِ بِالشُّفْعَةِ مُتَمَكِّنٌ مِنْ نَقْضِ الْمُشْتَرَاةِ شِرَاءً فَاسِدًا مَعَ عَدَمِ الْفَسَادِ فِي الَّتِي أَخَذَهَا بِالشُّفْعَةِ، بِخِلَافِ مَا تَقَدَّمَ؛ فَإِنَّهُ لَوْ ثَبَّتَتْ الشُّفْعَةُ ثُمَّ لَانْتَقَلَ الشَّرَاءُ الْفَاسِدُ مِنَ الْمُشْتَرِي إِلَى الشَّفِيعِ بِوَصْفِ الْفَسَادِ، وَفِي ذَلِكَ تَقْرِيرُهُ فَلَا يَجُوزُ. فَإِنْ قِيلَ: الْمَلِكُ وَإِنْ كَانَ لِلْمُشْتَرِي وَهُوَ يَقْتَضِي ثُبُوتَ حَقِّ الشُّفْعَةِ لَكِنَّ الْمَانِعَ مُتَحَقِّقٌ وَهُوَ بَقَاءُ حَقِّ الْبَائِعِ فِي اسْتِرْدَادِ مَا يَثْبُتُ بِهِ حَقُّ الشُّفْعَةِ، وَهُوَ الْمُشْتَرِي شِرَاءً فَاسِدًا، فَإِنَّ بَقَاءَ ذَلِكَ مَنَعَ الشُّفْعَةَ عَنِ أَخْذِ الْمُشْتَرِي بِالشَّرَاءِ الْفَاسِدِ.

أُجِيبَ بِأَنَّ ذَلِكَ مُجَرَّدُ تَعَلُّقٍ بِحَقِّ الْغَيْرِ وَهُوَ الْمَنَعُ عَنِ الشُّفْعَةِ، كَقِيَامِ حَقِّ الْمُرْتَهِنِ فِي الدَّارِ الْمُرْهُونَةِ فَإِنَّهُ لَا يَمْنَعُ وَجُوبَ الشُّفْعَةِ لِلرَّاهِنِ إِذَا بَاعَتْ دَارًا بِجَنْبِهَا وَامْتِنَاعُ الشَّفِيعِ عَنِ الْأَخْذِ فِي تِلْكَ الْمَسْأَلَةِ لَمْ يَكُنْ مُجَرَّدَ بَقَاءِ حَقِّ الْبَائِعِ فِي الْاسْتِرْدَادِ بَلْ مَعَ لُزُومِ تَقْرِيرِ الْفَسَادِ، وَلَا تَقْرِيرَ هَاهُنَا عَلَى مَا ذَكَرْنَا مِنْ تَمَكُّنِ الْمُشْتَرِي مِنْ فَسْحٍ مَا اشْتَرَاهُ بِشِرَاءٍ فَاسِدٍ (ثُمَّ إِنْ سَلَّمَ الْبَائِعُ) الدَّارَ الْمَبِيعَةَ بِالْبَيْعِ الْفَاسِدِ إِلَى الْمُشْتَرِي (قَبْلَ الْحُكْمِ بِالشُّفْعَةِ) لِلْبَائِعِ (بَطَلَتْ الشُّفْعَةُ) لِرِوَالِ مَا كَانَ يَسْتَحِقُّهَا بِهِ (كَذَا إِذَا بَاعَ بِخِلَافِ مَا إِذَا أَسْلَمَ بَعْدَهُ) لِأَنَّ بَقَاءَ مَا يَسْتَحِقُّ بِهِ الشُّفْعَةَ فِي مِلْكِ الشَّفِيعِ بَعْدَ الْحُكْمِ بِهَا لَيْسَ بِشَرْطٍ (وَإِنْ اسْتَرَدَّهَا) أَيْ الدَّارَ الْمَبِيعَةَ بِالْبَيْعِ الْفَاسِدِ مِنَ الْمُشْتَرِي قَبْلَ الْحُكْمِ بِالشُّفْعَةِ لَهُ بَطَلَتْ شُفْعَةُ الْمُشْتَرِي لِانْقِطَاعِ مِلْكِهِ عَمَّا اسْتَحَقَّهَا بِهِ قَبْلَ الْحُكْمِ بِهَا، وَلَا ثَبَّتْ الشُّفْعَةُ لِلْبَائِعِ لِأَنَّهُ لَمْ يَكُنْ فِي وَقْتِ بَيْعِ الْمَشْفُوعِ جَارًا (وَإِنْ اسْتَرَدَّهَا بَعْدَ الْحُكْمِ بَقِيَتْ الثَّانِيَةُ عَلَى مِلْكِهِ لَمَّا بَيَّنَّا) أَنَّ بَقَاءَ مِلْكِهِ فِي الدَّارِ الَّتِي يَشْفَعُ بِهَا بَعْدَ الْحُكْمِ بِالشُّفْعَةِ لَيْسَ بِشَرْطٍ.

قَالَ (وَإِذَا اقْتَسَمَ الشَّرَكَاءُ الْعَقَارَ فَلَا شُفْعَةَ لَجَارِهِمْ بِالْقِسْمَةِ) لِأَنَّ الْقِسْمَةَ فِيهَا مَعْنَى الْإِفْرَازِ وَلِهَذَا يَجْرِي فِيهَا الْجَبْرُ؛ وَالشُّفْعَةُ مَا شُرِعَتْ إِلَّا فِي الْمُبَادَلَةِ الْمُطْلَقَةِ قَالَ

(وَإِذَا اشْتَرَى دَارًا فَسَلَّمَ الشُّفْعَةَ ثُمَّ رَدَّهَا الْمُشْتَرِي بِخِيَارِ رُؤْيَةٍ أَوْ شَرْطٍ أَوْ بَعْبٍ بِقَضَاءِ قَاضٍ فَلَا شُفْعَةَ لِلشُّفْعِ) لِأَنَّهُ فُسِّخَ مِنْ كُلِّ وَجْهِ فَعَادَ إِلَى قَدِيمِ مِلْكِهِ وَالشُّفْعَةُ فِي إِنْشَاءِ الْعَقْدِ، وَلَا فَرْقَ فِي هَذَا بَيْنَ الْقَبْضِ وَعَدَمِهِ (وَإِنْ رَدَّهَا بِعَبْبٍ بِغَيْرِ قَضَاءٍ أَوْ تَقَايِلَا الْبَيْعِ فَلِلشُّفْعِ الشُّفْعَةُ) لِأَنَّهُ فُسِّخَ فِي حَقِّهِمَا لَوْلَايَتِهِمَا عَلَى أَنْفُسِهِمَا وَقَدْ قَصِدَا الْفُسْخَ وَهُوَ بَيْعٌ جَدِيدٌ فِي حَقِّ تَالِثٍ لَوْجُودِ حَدِّ الْبَيْعِ وَهُوَ مُبَادَلَةُ الْمَالِ بِالْمَالِ بِالتَّرَاضِي وَالشُّفْعِ تَالِثٌ، وَمُرَادُهُ الرَّدُّ بِالْعَبْبِ بَعْدَ الْقَبْضِ لِأَنَّ قَبْلَهُ فُسْخٌ مِنَ الْأَصْلِ وَإِنْ كَانَ بِغَيْرِ قَضَاءٍ عَلَى مَا عُرِفَ، وَفِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ: وَلَا شُفْعَةَ فِي قِسْمَةٍ وَلَا خِيَارِ رُؤْيَةٍ، وَهُوَ بِكَسْرِ الرَّاءِ، وَمَعْنَاهُ: لَا شُفْعَةَ بِسَبَبِ الرَّدِّ بِخِيَارِ الرُّؤْيَةِ لَمَّا بَيَّنَّاهُ، وَلَا تَصِحُّ الرُّوَايَةُ بِالْفَتْحِ عَطْفًا عَلَى الشُّفْعَةِ لِأَنَّ الرُّوَايَةَ مَحْفُوظَةً فِي كِتَابِ الْقِسْمَةِ أَنَّهُ يَثْبُتُ فِي الْقِسْمَةِ خِيَارُ الرُّؤْيَةِ وَخِيَارُ الشَّرْطِ لِأَنَّهُمَا يَثْبُتَانِ لِحُلُلٍ فِي الرِّضَا فِيمَا يَتَعَلَّقُ لُزُومُهُ بِالرِّضَا، وَهَذَا الْمَعْنَى مَوْجُودٌ فِي الْقِسْمَةِ، وَاللَّهُ سُبْحَانَهُ أَعْلَمُ.

الشرح:

قَالَ (وَإِذَا اقْتَسَمَ الشُّرَكَاءُ الْعَقَارَ فَلَا شُفْعَةَ لِحَارِهِمْ بِالْقِسْمَةِ الْخ) وَإِذَا اقْتَسَمَ الشُّرَكَاءُ الْعَقَارَ فَلَا شُفْعَةَ لِحَارِهِمْ بِالْقِسْمَةِ لِأَنَّ الْقِسْمَةَ فِيهَا مَعْنَى الْإِفْرَازِ (وَلِهَذَا يَجْرِي فِيهَا جَبْرُ الْقَاضِي وَالشُّفْعَةُ مَا شَرَعَتْ إِلَّا فِي الْمُبَادَلَةِ الْمُطْلَقَةِ) وَلَا تَهَا لَوْ وَجَبَتْ لَوْجَبَتْ لِلْمُقَاسِمِ لَكُونِهِ جَارًا بَعْدَ الْإِفْرَازِ وَهُوَ مُتَعَذِّرٌ (وَإِذَا اشْتَرَى دَارًا فَسَلَّمَ الشُّفْعَةَ الشُّفْعَةَ ثُمَّ رَدَّهَا الْمُشْتَرِي بِخِيَارِ رُؤْيَةٍ أَوْ خِيَارِ شَرْطٍ أَوْ بِعَبْبٍ بِقَضَاءِ قَاضٍ فَلَا شُفْعَةَ لِلشُّفْعِ لِأَنَّهُ فُسِّخَ مِنْ كُلِّ وَجْهِ فَعَادَ إِلَى قَدِيمِ مِلْكِهِ) وَلَا فَرْقَ فِي هَذَا: يَعْنِي فِيمَا إِذَا كَانَ الرَّدُّ بِالْقَضَاءِ بَيْنَ الْقَبْضِ وَعَدَمِهِ. وَأَمَّا إِذَا رَدَّهَا بِعَبْبٍ بِغَيْرِ قَضَاءٍ فِيمَا أَنْ يَكُونَ قَبْلَ الْقَبْضِ أَوْ بَعْدَهُ، فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ فَلَا شُفْعَةَ لِأَنَّهُ فُسِّخَ مِنَ الْأَصْلِ وَلِهَذَا يَتِمَكَّنُ مِنَ الرَّدِّ بِغَيْرِ رِضَا صَاحِبِهِ أَوْ قَضَاءِ الْقَاضِي، وَإِنْ كَانَ الثَّانِي وَهُوَ مُرَادُ الْقُدُورِيِّ فِيهَا الشُّفْعَةُ عَلَى مَا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ.

قَالَ الشَّارِحُونَ: قَوْلُهُ وَمُرَادُهُ: أَيُّ مُرَادُ الْقُدُورِيِّ فِي قَوْلِهِ أَوْ بِعَبْبٍ بِقَضَاءِ قَاضٍ الرَّدُّ بِالْعَبْبِ بَعْدَ الْقَبْضِ، وَفِيهِ نَظَرٌ لِأَنَّهُ يُنَاقِضُ قَوْلَهُ هُنَاكَ وَلَا فَرْقَ فِي هَذَا بَيْنَ الْقَبْضِ وَعَدَمِهِ، وَإِنَّمَا ذَكَرَ رِوَايَةَ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ لِبَيَانِ اخْتِلَافِ الرُّوَايَتَيْنِ وَمَا هُوَ صَحِيحٌ مِنْهُمَا،

وَأَمَّا رِوَايَةُ الْكَسْرِ فَمَعْنَاهَا. وَلَا شُفْعَةَ فِي قِسْمَةٍ وَلَا فِي الرَّدِّ بِخِيَارِ رُؤْيَةٍ لَمَّا ذَكَرْنَا أَنَّهُ
 فَسَخَ مِنْ الْأَصْلِ، وَأَمَّا رِوَايَةُ الْفَتْحِ فَقَدْ أُثْبِتَهَا الْفَقِيهُ أَبُو اللَّيْثِ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي شَرْحِ
 الْجَامِعِ الصَّغِيرِ، وَمَعْنَاهَا: لَا شُفْعَةَ وَلَا خِيَارَ رُؤْيَةٍ فِي قِسْمَةٍ، لِأَنَّهُ لَوْ رَدَّهُ بِخِيَارِ الرُّؤْيَةِ
 وَهُوَ مُتَمَكِّنٌ مِنْ طَلَبِ الْقِسْمَةِ فِي سَاعَتِهِ لَمْ يَكُنْ فِي الرَّدِّ فَائِدَةً، وَفِيهِ نَظَرٌ سَيُعْلَمُ.
 وَأُتِمَّ فَخَرُ الْإِسْلَامِ كَالصَّدْرِ الشَّهِيدِ وَمَنْ تَابَعَهُ هَذِهِ الرِّوَايَةَ كَمَا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ
 وَالْإِمَامُ قَاضِي خَانَ فِي شَرْحِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ حَمَلَ رِوَايَةَ الْفَتْحِ عَلَى مَا إِذَا كَانَتْ التَّرِكَةُ
 مَكِيلًا أَوْ مَوْزُونًا مِنْ جَنْسٍ وَاحِدٍ لِأَنَّ الرَّدَّ فِيهِ بِخِيَارِ الرُّؤْيَةِ غَيْرُ مُفِيدٍ لِأَنَّ نَصِيْبَهُ فِي
 الْقِسْمَةِ الثَّانِيَةِ إِمَّا أَنْ يَكُونَ غَيْرَ مَا وَقَعَ فِي الْأَوَّلَى أَوْ مِثْلَهُ، وَلَا فَائِدَةَ فِيهِ، فَأَمَّا إِذَا
 كَانَتْ عَقَارًا أَوْ غَيْرَهُ فَإِنَّهُمْ إِذَا اقْتَسَمُوا ثَانِيًا رُبَّمَا يَقَعُ نَصِيْبُهُ فِيمَا يُوَافِقُهُ فَيَكُونُ مُفِيدًا،
 وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

بَابُ مَا يَبْطُلُ بِهِ الشُّفْعَةُ

قَالَ (وَإِذَا تَرَكَ الشُّفِيعُ الْإِشْهَادَ حِينَ عِلْمٍ بِالْبَيْعِ وَهُوَ يَقْدِرُ عَلَى ذَلِكَ بَطَلَتْ
 شُفْعَتُهُ) لِإِعْرَاضِهِ عَنِ الطَّلَبِ وَهَذَا لِأَنَّ الْإِعْرَاضَ إِنَّمَا يَتَحَقَّقُ حَالَتَهُ الْاِخْتِيَارِ وَهِيَ عِنْدَ
 الْقُدْرَةِ (وَكَذَلِكَ إِنْ أَشْهَدَ فِي الْمَجْلِسِ وَلَمْ يَشْهَدْ عَلَى أَحَدِ الْمُتَبَايِعِينَ وَلَا عِنْدَ الْعَقَارِ) وَقَدْ
 أَوْضَحْنَاهُ فِيمَا تَقَدَّمَ.

قَالَ (وَإِنْ صَالَحَ مِنْ شُفْعَتِهِ عَلَى عِوَضٍ بَطَلَتْ شُفْعَتُهُ وَرَدَّ الْعِوَضُ) لِأَنَّ حَقَّ
 الشُّفْعَةِ لَيْسَ بِحَقٍّ مُتَقَرَّرٍ فِي الْمَحَلِّ، بَلْ هُوَ مُجَرَّدُ حَقِّ التَّمْلُكِ فَلَا يَصِحُّ الْاِعْتِيَاظُ عَنْهُ،
 وَلَا يَتَعَلَّقُ إِسْقَاطُهُ بِالْجَائِزِ مِنَ الشَّرْطِ فَبِالْفَاسِدِ أَوْلَى فَيَبْطُلُ الشَّرْطُ وَيَصِحُّ الْإِسْقَاطُ
 وَكَذَا لَوْ بَاعَ شُفْعَتَهُ بِمَالٍ لَمَّا بَيَّنَّا، بِخِلَافِ الْقِصَاصِ لِأَنَّهُ حَقٌّ مُتَقَرَّرٌ، وَبِخِلَافِ الطَّلَاقِ
 وَالْعَتَاقِ لِأَنَّهُ اِعْتِيَاظٌ عَنْ مِلْكٍ فِي الْمَحَلِّ وَنَظِيرُهُ إِذَا قَالَ لِلْمُخَيَّرَةِ اخْتَارِيْنِي بِأَلْفٍ أَوْ
 قَالَ الْعَيْنُ لَامْرَأَتِهِ اخْتَارِي تَرَكَ الْفَسْخَ بِأَلْفٍ فَاخْتَارَتْ سَقَطَ الْخِيَارُ وَلَا يَثْبُتُ الْعِوَضُ،
 وَالْكَفَالَةُ بِالنَّفْسِ فِي هَذَا بِمَنْزِلَةِ الشُّفْعَةِ فِي رِوَايَةٍ، وَفِي أُخْرَى: لَا تَبْطُلُ الْكَفَالَةُ وَلَا
 يَجِبُ الْمَالُ وَقِيلَ هَذِهِ رِوَايَةٌ فِي الشُّفْعَةِ، وَقِيلَ هِيَ فِي الْكَفَالَةِ خَاصَّةٌ وَقَدْ عُرِفَ فِي
 مَوْضِعِهِ قَالَ (وَإِذَا مَاتَ الشُّفِيعُ بَطَلَتْ شُفْعَتُهُ).

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: ثُورَتْ عَنْهُ. قَالَ ﷺ: مَعْنَاهُ إِذَا مَاتَ بَعْدَ الْبَيْعِ قَبْلَ الْقَضَاءِ

بِالشُّفْعَةِ، أَمَّا إِذَا مَاتَ بَعْدَ قَضَاءِ الْقَاضِي قَبْلَ تَقْدِ الثَّمَنِ وَقَبْضِهِ فَالْبَيْعُ لَازِمٌ لَوَرَثَتِهِ، وَهَذَا نَظِيرُ الْاِخْتِلَافِ فِي خِيَارِ الشَّرْطِ وَقَدْ مَرَّ فِي الْبَيُوعِ، وَلأنَّهُ بِالمَوْتِ يَزُولُ مِلْكُهُ عَنْ دَارِهِ وَيَثْبُتُ الْمَلِكُ لِلوَارِثِ بَعْدَ الْبَيْعِ وَقِيَامُهُ وَقَتِ الْبَيْعِ وَبَقَاؤُهُ لِلشُّفْعِ إِلَى وَقْتِ الْقَضَاءِ شَرْطًا فَلَا يَسْتَوْجِبُ الشُّفْعَةَ بِدُونِهِ (وَإِنْ مَاتَ الْمُشْتَرِي لَمْ تَبْطُلْ) لِأَنَّ الْمُسْتَحَقَّ بَاقٍ وَلَمْ يَتَغَيَّرْ سَبَبُ حَقِّهِ، وَلَا يُبَاعُ فِي دَيْنِ الْمُشْتَرِي وَوَصِيَّتِهِ، وَلَوْ بَاعَهُ الْقَاضِي أَوْ الْوَصِيُّ أَوْ أَوْصَى الْمُشْتَرِي فِيهَا بِوَصِيَّةٍ فَلِلشُّفْعِ أَنْ يَبْطُلَهُ وَيَأْخُذَ الدَّارَ لِتَقْدَمِ حَقُّهُ وَلِهَذَا يَنْقُضُ تَصَرُّفُهُ فِي حَيَاتِهِ قَالَ (وَإِذَا بَاعَ الشُّفْعُ مَا يُشْفَعُ بِهِ قَبْلَ أَنْ يُقْضَى لَهُ بِالشُّفْعَةِ بَطَلَتْ شَفْعَتُهُ) لَزَوَالِ سَبَبِ الْاِسْتِحْقَاقِ قَبْلَ التَّمْلُكِ وَهُوَ الْاِتِّصَالُ بِمِلْكِهِ وَلِهَذَا يَزُولُ بِهِ وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ بِشِرَاءِ الْمَشْفُوعَةِ كَمَا إِذَا سَلَّمَ صَرِيحًا أَوْ اِبْرَاءً عَنِ الدَّيْنِ وَهُوَ لَا يَعْلَمُ بِهِ، وَهَذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا بَاعَ الشُّفْعُ دَارَهُ بِشَرْطِ الْخِيَارِ لَهُ لِأَنَّهُ يَمْنَعُ الزَّوَالَ فَبَقِيَ الْاِتِّصَالُ.

قَالَ (وَوَكِيلُ الْبَائِعِ إِذَا بَاعَ وَهُوَ الشُّفْعُ فَلَا شُفْعَةَ لَهُ، وَوَكِيلُ الْمُشْتَرِي إِذَا ابْتَعَ فَلَهُ الشُّفْعَةُ) وَالْأَصْلُ أَنَّ مَنْ بَاعَ أَوْ بَاعَ لَا شُفْعَةَ لَهُ، وَمَنْ اشْتَرَى أَوْ ابْتَعَ لَهُ فَلَهُ الشُّفْعَةُ، لِأَنَّ الْأَوَّلَ بِأَخْذِ الْمَشْفُوعَةِ يَسْعَى فِي نَقْضِ مَا تَمَّ مِنْ جِهَتِهِ وَهُوَ الْبَيْعُ، وَالْمُشْتَرِي لَا يَنْقُضُ شِرَاؤُهُ بِالْأَخْذِ بِالشُّفْعَةِ لِأَنَّهُ مِثْلُ الشَّرَاءِ (وَكَذَلِكَ لَوْ ضَمِنَ الدَّرَكُ عَنِ الْبَائِعِ وَهُوَ الشُّفْعُ فَلَا شُفْعَةَ لَهُ) وَكَذَلِكَ إِذَا بَاعَ وَشَرَطَ الْخِيَارَ لغيرِهِ فَأَمْضَى الْمَشْرُوطَ لَهُ الْخِيَارُ الْبَيْعُ وَهُوَ الشُّفْعُ فَلَا شُفْعَةَ لَهُ، لِأَنَّ الْبَيْعَ تَمَّ بِإِمضَائِهِ، بِخِلَافِ جَانِبِ الْمَشْرُوطِ لَهُ الْخِيَارُ مِنْ جَانِبِ الْمُشْتَرِي.

الشرح:

(بَابُ مَا يَبْطُلُ بِهِ الشُّفْعَةُ): تَأْخِيرُ الْبُطْلَانِ عَنِ الثُّبُوتِ مِمَّا لَا يَحْتَاجُ إِلَى بَيَانِ وَجْهِهِ. اعْلَمْ أَنَّ تَسْلِيمَ الشُّفْعَةِ قَبْلَ الْمَبِيعِ لَا يَصِحُّ وَبَعْدَهُ يَصِحُّ عِلْمُ الشُّفْعِ بِوُجُوبِ الشُّفْعَةِ أَوْ لَمْ يَعْلَمْ وَعِلْمُ مَنْ أَسْقَطَ إِلَيْهِ هَذَا الْحَقُّ أَوْ لَمْ يَعْلَمْ، لِأَنَّ تَسْلِيمَ الشُّفْعَةِ إِسْقَاطُ حَقٍّ وَلِهَذَا يَصِحُّ مِنْ غَيْرِ قَبُولٍ وَلَا يَرْتَدُّ بِالرَّدِّ وَإِسْقَاطُ الْحَقِّ يَعْتَمِدُ وَجُوبَ الْحَقِّ دُونَ عِلْمِ الْمُسْقِطِ، وَالْمُسْقِطُ إِلَيْهِ كَالْطَّلَاقِ وَالْعَتَاقِ (قَوْلُهُ وَإِذَا تَرَكَ الشُّفْعُ الْإِشْهَادَ حِينَ عِلْمٍ) يَعْنِي طَلَبَ الْمُؤَابَّةِ بِالْبَيْعِ وَهُوَ يَقْدَرُ عَلَى ذَلِكَ بَطَلَتْ شُفْعَتُهُ، وَإِنَّمَا فَسَّرْنَا بِذَلِكَ لَنَلَّا يَرُدُّ مَا ذَكَرَ قَبْلَ هَذَا أَنَّ الْإِشْهَادَ لَيْسَ بِشَرْطٍ. فَإِنْ تَرَكَ مَا لَيْسَ بِشَرْطٍ فِي شَيْءٍ

لَا يُبْطَلُهُ، وَيَعْضُدُهُ قَوْلُ الْمُصَنِّفِ مِنْ قَبْلُ وَالْمُرَادُ بِقَوْلِهِ فِي الْكِتَابِ أَشْهَدَ فِي مَجْلِسِهِ ذَلِكَ عَلَى الْمُطَالَبَةِ: أَيُّ طَلَبِ الْمُوَائِبَةِ، وَقَوْلُهُ هَاهُنَا لِإِعْرَاضِهِ عَنِ الطَّلَبِ، وَهَذَا يَعْنِي اشْتِرَاطَهُ بِالْقُدْرَةِ (لَأَنَّ الْإِعْرَاضَ إِذَا يَتَحَقَّقُ حَالَةً الْاِخْتِيَارِ وَهِيَ عِنْدَ الْقُدْرَةِ) فَإِلْعَرَاضُ يَتَحَقَّقُ عِنْدَ الْقُدْرَةِ، حَتَّى لَوْ سَمِعَ وَهُوَ فِي الصَّلَاةِ فَتَرَكَ طَلَبَ الْمُوَائِبَةِ فَهُوَ عَلَى شَفْعَتِهِ، وَكَذَا إِنْ طَلَبَ الْمُوَائِبَةَ وَتَرَكَ طَلَبَ التَّقْرِيرِ وَالْإِشْهَادَ عَلَى مَا أَوْضَحَهُ فِيمَا تَقَدَّمَ (وَإِنْ صَالَحَ مِنْ شَفْعَتِهِ عَلَى عَوْضٍ بَطَلَتِ الشَّفْعَةُ وَرَدَّ الْعَوْضُ) أَمَّا بَطْلَانُ الشَّفْعَةِ فَلَأَنَّ حَقَّ الشَّفْعَةِ لَيْسَ بِحَقٍّ مُتَقَرَّرٍ فِي الْمَحَلِّ لِأَنَّهُ مُجَرَّدٌ حَقٌّ التَّمْلُكِ، وَمَا لَيْسَ بِحَقٍّ مُتَقَرَّرٍ فِي الْمَحَلِّ لَا يَصِحُّ الْاِغْتِيَاظُ عَنْهُ.

وَأَمَّا رَدُّ الْعَوْضِ فَلَأَنَّ حَقَّ الشَّفْعَةِ إِسْقَاطٌ لَا يَتَعَلَّقُ بِالْجَائِزِ مِنَ الشَّرْطِ: يَعْنِي الشَّرْطَ الْمُلَاحِمَ وَهُوَ أَنْ يُعَلَّقَ إِسْقَاطُهُ بِشَرْطٍ لَيْسَ فِيهِ ذِكْرُ الْمَالِ مِثْلُ قَوْلِ الشَّفِيعِ لِلْمُشْتَرِي سَلَّمْتُكَ شَفْعَةَ هَذِهِ الدَّارِ إِنْ أَجَرْتَنِيهَا أَوْ أَعَرْتَنِيهَا (فَبِالْفَاسِدِ) وَهُوَ مَا ذُكِرَ فِيهِ الْمَالُ (أَوَّلَى) وَالْفَاصِلُ بَيْنَ الْمُلَاحِمِ وَغَيْرِهِ أَنْ مَا كَانَ فِيهِ تَوْعُّعُ الْاِئْتِفَاعِ بِمَنَافِعِ الْمَشْفُوعِ كَالْإِجَارَةِ وَالْعَارِيَةِ وَالتَّوْلِيَةِ وَنَحْوِهَا فَهُوَ مُلَاحِمٌ، لَأَنَّ الْأَخْذَ بِالشَّفْعَةِ يَسْتَلْزِمُهُ، وَمَا لَمْ يَكُنْ فِيهِ ذَلِكَ كَأَخْذِ الْعَوْضِ فَهُوَ غَيْرُ مُلَاحِمٍ لِأَنَّهُ إِعْرَاضٌ عَنْ لَازِمِ الْأَخْذِ، وَإِذَا لَمْ يَتَعَلَّقْ بِالشَّرْطِ وَقَدْ وَجَدَ الْإِسْقَاطُ بَطْلَ الشَّرْطِ وَصَحَّ الْإِسْقَاطُ. لَا يُقَالُ: لَمْ يَثْبُتْ فَسَادُ هَذَا الشَّرْطِ فَكَيْفَ يَصِحُّ الْاِسْتِدْلَالُ بِهِ. لِأَنَّا نَقُولُ: ثَبَتَ بِالدَّلِيلِ الْأَوَّلِ فَصَحَّ بِهِ الْاِسْتِدْلَالُ.

وَقَوْلُهُ عَلَى عَوْضٍ إِشَارَةٌ إِلَى أَنَّ الصُّلْحَ إِذَا كَانَ عَلَى بَعْضِ الدَّارِ صَحٌّ وَلَمْ تَبْطُلِ الشَّفْعَةُ، لَأَنَّ ذَلِكَ عَلَى وَجْهَيْنِ: أَحَدُهُمَا أَنْ يُصَالِحَهُ عَلَى أَخْذِ نِصْفِ الدَّارِ بِنِصْفِ الثَّمَنِ وَفِيهِ الصُّلْحُ جَائِزٌ لِفَقْدِ الْإِعْرَاضِ، وَالثَّانِي أَنْ يُصَالِحَهُ عَلَى أَخْذِ يَنْتَ بَعَيْنِهِ مِنَ الدَّارِ بِحِصَّتِهِ مِنَ الثَّمَنِ؛ وَالصُّلْحُ فِيهِ لَا يَجُوزُ لَأَنَّ حِصَّتَهُ مَجْهُولَةٌ وَلَهُ الشَّفْعَةُ لِفَقْدِ الْإِعْرَاضِ. قَوْلُهُ (وَكَذَا لَوْ بَاعَ شَفْعَتَهُ) يَعْنِي أَنَّهَا تَبْطُلُ (لَمَّا بَيَّنَّا) أَنَّ حَقَّ الشَّفْعَةِ لَيْسَ بِحَقٍّ مُتَقَرَّرٍ فِي الْمَحَلِّ حَتَّى يَصِحَّ الْاِغْتِيَاظُ عَنْهُ فَكَانَ إِعْرَاضًا.

فَإِنْ قِيلَ: حَقَّ الشَّفْعَةِ كَحَقِّ الْقِصَاصِ وَالطَّلَاقِ وَالْعَتَاقِ فِي كَوْنِهَا غَيْرَ أَمْوَالٍ وَالْاِغْتِيَاظُ عَنْهَا صَحِيحٌ. أَجَابَ بِقَوْلِهِ بِخِلَافِ الْقِصَاصِ لِأَنَّهُ حَقٌّ مُتَقَرَّرٌ، وَالْفَاصِلُ بَيْنَ الْمُتَقَرَّرِ وَغَيْرِهِ أَنْ مَا يَتَغَيَّرُ بِالصُّلْحِ عَمَّا كَانَ قَبْلَهُ فَهُوَ مُتَقَرَّرٌ وَغَيْرُهُ غَيْرُ مُتَقَرَّرٍ، وَاعْتَبِرَ

ذَلِكَ فِي الشُّفْعَةِ وَالْقِصَاصِ، فَإِنْ نَفَسَ الْقَاتِلَ كَانَتْ مُبَاحَةً فِي حَقِّ مَنْ لَهُ الْقِصَاصُ،
وَبِالصُّلْحِ حَصَلَ لَهُ الْعِصْمَةُ فِي دَمِهِ فَكَانَ حَقًّا مُتَقَرَّرًا، فَأَمَّا فِي الشُّفْعَةِ فَإِنَّ الْمُشْتَرِيَّ
يَمْلِكُ الدَّارَ قَبْلَ الصُّلْحِ وَبَعْدَهُ عَلَى وَجْهِ وَاحِدٍ فَلَمْ يَكُنْ حَقًّا مُتَقَرَّرًا، وَبِخِلَافِ الطَّلَاقِ
وَالْعَتَاقِ لِأَنَّهُ اعْتِيَاظٌ عَنْ مَلِكٍ فِي الْمَحَلِّ، وَنَظِيرُهُ إِذْ قَالَ الزَّوْجُ لِلْمُخَيَّرَةِ اخْتَارِيْنِي
بِأَلْفٍ أَوْ قَالَ الْعَيْنُ لَامِرَاتِهِ اخْتَارِي تَرْكَ الْفَسْخِ بِأَلْفٍ فَاخْتَارَتْ الْمُخَيَّرَةُ الزَّوْجَ
وَأَمْرُهَا الْعَيْنُ تَرْكَ الْفَسْخِ سَقَطَ الْخِيَارُ، وَلَا يَثْبُتُ الْعِوَضُ لِأَنَّهُ مَالُكَ لِبَعْضِهَا قَبْلَ
اخْتِيَارِهَا وَبَعْدَهُ عَلَى وَجْهِ وَاحِدٍ فَكَانَ أَخْذُ الْعِوَضِ أَكْلَ مَالٍ بِالْبَاطِلِ وَهُوَ لَا يَجُوزُ
(الْكَفَالَةُ بِالنَّفْسِ فِي هَذَا) أَيُّ فِي بُطْلَانِ الْكَفَالَةِ، وَالْعِوَضُ (بِمَنْزِلَةِ الشُّفْعَةِ) فِي رِوَايَةٍ
كِتَابِ الشُّفْعَةِ وَالْحَوَالَةِ وَالْكَفَالَةِ وَالصُّلْحِ مِنْ رِوَايَةِ أَبِي حَفْصٍ.

وَقِيلَ وَعَلَيْهِ الْفَتْوَى: وَوَجْهُهُ أَنَّ حَقَّ الْكَفِيلِ فِي الطَّلَبِ وَهُوَ فِعْلٌ فَلَا يَصِحُّ
الِاعْتِيَاظُ عَنْهُ (وَفِي رِوَايَةٍ) كِتَابِ الصُّلْحِ مِنْ رِوَايَةِ أَبِي سُلَيْمَانَ (لَا تَبْطُلُ الْكَفَالَةُ وَلَا
يَجِبُ الْمَالُ) وَالْفَرْقُ بَيْنَهُمَا وَبَيْنَ الشُّفْعَةِ أَنَّ الْكَفَالَةَ لَا تَسْقُطُ إِلَّا بِتَمَامِ الرِّضَا وَلِهَذَا لَا تَسْقُطُ
بِالسُّكُوتِ، وَتَمَامُ الرِّضَا إِنَّمَا يَتَحَقَّقُ إِذَا وَجَبَ الْمَالُ، وَأَمَّا حَقُّ الشُّفْعَةِ فَلَيْسَ كَذَلِكَ لِأَنَّهُ
يَسْقُطُ بِالسُّكُوتِ بَعْدَ الْعِلْمِ بِهِ. وَقِيلَ هَذِهِ الرِّوَايَةُ: أَيُّ رِوَايَةِ أَبِي سُلَيْمَانَ فِي الْكَفَالَةِ تَكُونُ
رِوَايَةً فِي الشُّفْعَةِ أَيْضًا حَتَّى لَا تَسْقُطَ الشُّفْعَةُ بِالصُّلْحِ عَلَى مَالٍ وَلَا يَجِبُ الْمَالُ (وَقِيلَ هِيَ)
أَيُّ هَذِهِ الرِّوَايَةُ الْمَذْكُورَةُ (فِي الْكَفَالَةِ خَاصَّةً) يَعْنِي لَا تَبْطُلُ الْكَفَالَةُ بِالصُّلْحِ عَلَى مَالٍ
وَتَبْطُلُ الشُّفْعَةُ بِالصُّلْحِ عَلَى مَالٍ (وَقَدْ عُرِفَ فِي مَوْضِعِهِ) أَيُّ فِي الْمَبْسُوطِ.

قَالَ (وَإِذَا مَاتَ الشُّفِيعُ بَطَلَتْ شُفْعَتُهُ الْخ) إِذَا طَلَبَ الشُّفِيعُ الشُّفْعَةَ وَأَثْبَتَهَا
بِطَلَبَيْنِ ثُمَّ مَاتَ قَبْلَ الْأَخْذِ، فِيمَا أَنْ يَكُونَ مَوْتُهُ قَبْلَ الْقَضَاءِ بِالشُّفْعَةِ أَوْ تَسْلِيمِ الْمُشْتَرِي
إِلَيْهِ أَوْ بَعْدَ ذَلِكَ، فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ بَطَلَتْ شُفْعَتُهُ وَلَيْسَ لَوَرَّثِهِ أَنْ يَأْخُذَ بِهَا، وَإِنْ كَانَ
الثَّانِي فَلَهُمْ ذَلِكَ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: الْأَوَّلُ كَالثَّانِي بِنَاءً عَلَى أَصْلِهِ أَنَّ الْحُقُوقَ تَنْتَقِلُ إِلَى
الْوَرَثَةِ سِوَاءَ كَانَتْ مِمَّا يُعَوَّضُ عَنْهَا أَوْ لَمْ تَكُنْ، لِأَنَّ الْوَارِثَ يَقُومُ مَقَامَ الْمُوَرَّثِ لِكُونِ
حَاجَتِهِ كَحَاجَتِهِ.

وَقُلْنَا: الشُّفْعَةُ بِالْمَلِكِ وَقَدْ زَالَ بِالْمَوْتِ، وَالَّذِي يَثْبُتُ لِلْوَارِثِ حَدَثٌ بَعْدَ الْبَيْعِ
وَهُوَ غَيْرُ مُعْتَبَرٍ لِاتِّفَاءِ شَرْطِهِ وَهُوَ قِيَامُهُ وَقْتَ الْبَيْعِ وَبَقَاؤُهُ إِلَى وَقْتِ الْقَضَاءِ، وَلِهَذَا لَوْ

أَزَالَهُ بِاخْتِيَارِهِ بِأَنْ بَاعَ تَسْقُطُ، وَهَذَا نَظِيرُ الْاِخْتِلَافِ فِي خِيَارِ الشَّرْطِ فِي أَنْ الثَّابِتَ لِلشَّفِيعِ حَقٌّ أَنْ يَتَمَلَّكَ وَالْخِيَارُ بَيْنَ الْأَخْذِ وَالتَّرْكِ، وَإِنْ مَاتَ الْمُشْتَرِي لَمْ تَبْطُلِ الشُّفْعَةُ لِبَقَاءِ الْمُسْتَحَقِّ (وَلَا ثُبَاغُ الدَّارِ فِي دَيْنِ الْمُشْتَرِي وَوَصِيَّتِهِ) أَيُّ لَا يُقَدَّمُ دَيْنُ الْمُشْتَرِي وَوَصِيَّتُهُ عَلَى حَقِّ الشَّفِيعِ، لِأَنَّ حَقَّ الشَّفِيعِ مُقَدَّمٌ عَلَى حَقِّ الْمُشْتَرِي كَمَا تَقَدَّمَ فَكَانَ مُقَدَّمًا عَلَى حَقِّ مَنْ يَثْبُتُ حَقُّهُ مِنْ جِهَتِهِ أَيْضًا وَهُوَ الْغَرِيمُ وَالْمَوْصَى لَهُ، فَإِنْ بَاعَهَا الْقَاضِي أَوْ وَصِيَّتُهُ فِي دَيْنِ الْمَيِّتِ فَلِلشَّفِيعِ أَنْ يَقْضِيَهُ كَمَا لَوْ بَاعَهَا الْمُشْتَرِي فِي حَيَاتِهِ.

لَا يُقَالُ: يَبِيعُ الْقَاضِي حُكْمَ مَنْهُ فَكَيْفَ يُنْتَقَضُ بِأَنَّهُ قَضَاءٌ مِنْهُ بِخِلَافِ الْإِجْمَاعِ لِلْإِجْمَاعِ عَلَى أَنَّ لِلشَّفِيعِ حَقَّ نَقْضِ تَصَرُّفِ الْمُشْتَرِي فَلَا يَكُونُ نَافِذًا، وَإِذَا بَاعَ الشَّفِيعُ مَا يَشْفَعُ فِيهِ قَبْلَ الْقَضَاءِ بِهَا، فِيمَا أَنْ يَكُونَ بَائِنًا أَوْ بِالْخِيَارِ لَهُ، فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ بَطَلَتْ شُفْعَتُهُ لَزَوَالِ السَّبَبِ وَهُوَ الْإِتِّصَالُ بِالْمَلِكِ قَبْلَ التَّمَلُّكِ (وَهَذَا) أَيُّ وَلَآنَ زَوَالَ السَّبَبِ مُبْطِلٌ (يَزُولُ بِهِ) أَيُّ بِالْبَيْعِ، وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ الشَّفِيعُ بِشِرَاءِ الْمَشْفُوعَةِ لِأَنَّ الْعِلْمَ بِالْمُسْقَطِ لَيْسَ بِشَرْطٍ لَصِحَّةِ الْإِسْقَاطِ، كَمَا إِذَا سَلَّمَ صَرِيحًا أَوْ إِبْرَاءً عَنِ الدَّيْنِ وَلَا يَعْلَمُ أَنَّ لَهُ دَيْنًا وَطُولِبَ بِالْفَرْقِ بَيْنَهُمَا، وَبَيْنَ مَا إِذَا سَاوَمَ الشَّفِيعُ الْمَشْفُوعَةَ مِنَ الْمُشْتَرِي أَوْ اسْتَأْجَرَهَا مِنْهُ، فَإِنْ عَلِمَ بِالشِّرَاءِ سَقَطَتْ وَإِلَّا فَلَا. وَأُجِيبَ بِأَنَّ الْمُسَاوَمَةَ وَالْإِجَارَةَ لَمْ يَوْضَعَا لِلتَّسْلِيمِ، وَإِنَّمَا تَسْقُطُ بِهَا لِدَلَالَتِهِ عَلَى رِضَا الشَّفِيعِ وَالرِّضَا بِذَوْنِ الْعِلْمِ غَيْرُ مُتَحَقِّقٍ، بِخِلَافِ التَّسْلِيمِ الصَّرِيحِ وَالْإِبْرَاءِ، وَرُدُّ بِأَنَّ بَيْعَ مَا يُشْفَعُ بِهِ لَمْ يَوْضَعْ لِلتَّسْلِيمِ وَقَدْ ذَكَرْتُمْ أَنَّهُ يُبْطِلُهَا وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ بَقَاءَ مَا يُشْفَعُ بِهِ شَرْطٌ إِلَى وَقْتِ الْقَضَاءِ بِالشُّفْعَةِ، وَانْتِفَاءُ الشَّرْطِ يَسْتَلْزِمُ انْتِفَاءَ الْمَشْرُوطِ فَكَانَ كَالْمَوْضُوعِ لَهُ فِي قُوَّةِ الدَّلَالَةِ، وَإِنْ كَانَ الثَّانِي لَمْ تَبْطُلِ شُفْعَتُهُ لِأَنَّ الْخِيَارَ يَمْنَعُ الزَّوَالَ فَبَقِيَ الْإِتِّصَالُ.

قَالَ (وَوَكِيلُ الْبَائِعِ إِذَا بَاعَ وَهُوَ الشَّفِيعُ فَلَا شُفْعَةَ لَهُ الْخ) ذَكَرَ الْأَصْلَ وَهُوَ أَنَّ مَنْ بَاعَ عَقَارًا هُوَ شَفِيعُهُ كَالْوَكِيلِ بِالْبَيْعِ أَوْ يَبِيعُ لَهُ كَرَبُّ الْمَالِ إِذَا بَاعَ الْمُضَارِبُ دَارًا مِنَ الْمُضَارِبَةِ وَرَبُّ الْمَالِ شَفِيعُهَا فَلَا شُفْعَةَ لَهُ، وَمَنْ اشْتَرَى لَوْكِلَ الْمُشْتَرِي أَوْ اشْتَرَى لَهُ كَالْوَكِيلِ بِالشِّرَاءِ فَلَهُ الشُّفْعَةُ لَمَا ذُكِرَ فِي الْكِتَابِ، وَهُوَ أَنَّ الْأَوَّلَ يَسْعَى فِي نَقْضِ مَا تَمَّ مِنْ جِهَتِهِ وَهُوَ الْبَيْعُ، وَالثَّانِي لَيْسَ كَذَلِكَ لِأَنَّ أَخْذَهُ بِالشُّفْعَةِ كَالشِّرَاءِ فِي كَوْنِهَا رَغْبَةً فِي الْمَشْفُوعَةِ وَالشُّفْعَةُ إِنَّمَا تَبْطُلُ فِي الرَّغْبَةِ عَنْهَا (وَكَذَلِكَ) أَيُّ كَوَكِيلِ الْبَائِعِ لَوْ ضَمَّنَ

المُشْتَرِي الدَّرَك رَجُلًا عَنِ الْبَائِعِ وَهُوَ الشَّفِيعُ فَلَا شُفْعَةَ لَهُ، لِأَن تَمَامَ الْبَيْعِ إِنَّمَا كَانَ مِنْ جِهَتِهِ حَيْثُ لَمْ يَرْضَ الْمُشْتَرِي إِلَّا بِضَمَانِهِ فَكَانَ الْأَخْذُ بِالشُّفْعَةِ سَعْيًا فِي تَقْضِي مَا تَمَّ مِنْ جِهَتِهِ (وَكَذَا إِذَا بَاعَ وَشَرَطَ الْخِيَارَ لغيرِهِ إلخ)

قَالَ (وَإِذَا بَلَغَ الشَّفِيعُ أَنَّهَا بِيَعْتَ بِأَلْفٍ دِرْهَمٍ فَسَلَّمَ ثُمَّ عَلِمَ أَنَّهَا بِيَعْتَ بِأَقْلٍ أَوْ بِحِنْطَةٍ أَوْ شَعِيرٍ قِيمَتُهَا أَلْفٌ أَوْ أَكْثَرُ فَتَسْلِيمُهُ بَاطِلٌ وَلَهُ الشُّفْعَةُ) لِأَنَّهُ إِنَّمَا سَلَّمَ لِاسْتِكْثَارِ الثَّمَنِ فِي الْأَوَّلِ وَلِتَعَدُّرِ الْجِنْسِ الَّذِي بَلَغَهُ وَتَيَسَّرَ مَا يَبِيعُ بِهِ فِي الثَّانِي إِذَا الْجِنْسُ مُخْتَلَفٌ، وَكَذَا كُلُّ مَكِيلٍ أَوْ مَوْزُونٍ أَوْ عَدَدِيٍّ مُتَقَارِبٍ، بِخِلَافِ مَا إِذَا عَلِمَ أَنَّهَا بِيَعْتَ بِعَرَضٍ، قِيمَتُهُ أَلْفٌ أَوْ أَكْثَرُ، لِأَن الْوَاجِبَ فِيهِ الْقِيَمَةُ وَهِيَ دَرَاهِمُ أَوْ دَنَانِيرُ، وَإِنْ بَانَ أَنَّهَا بِيَعْتَ بِدَنَانِيرٍ قِيمَتُهَا أَلْفٌ فَلَا شُفْعَةَ لَهُ، وَكَذَا إِذَا كَانَتْ أَكْثَرَ. وَقَالَ زُفَرٌ: لَهُ الشُّفْعَةُ لِاخْتِلَافِ الْجِنْسِ وَلَنَّا أَنَّ الْجِنْسَ مُتَّحِدٌ فِي حَقِّ الثَّمَنِ قَال (وَإِذَا قِيلَ لَهُ إِنَّ الْمُشْتَرِيَّ فُلَانٌ فَسَلَّمَ الشُّفْعَةَ ثُمَّ عَلِمَ أَنَّهُ غَيْرُهُ فَلَهُ الشُّفْعَةُ) لِتَفَاوُتِ الْجَوَارِ (وَلَوْ عَلِمَ أَنَّ الْمُشْتَرِيَّ هُوَ مَعَ غَيْرِهِ فَلَهُ أَنْ يَأْخُذَ نَصِيبَ غَيْرِهِ) لِأَن التَّسْلِيمَ لَمْ يُوْجَدْ فِي حَقِّهِ (وَلَوْ بَلَغَهُ شِرَاءُ النِّصْفِ فَسَلَّمَ ثُمَّ ظَهَرَ شِرَاءُ الْجَمِيعِ فَلَهُ الشُّفْعَةُ) لِأَن التَّسْلِيمَ لَضَرَرَ الشَّرِكَةَ وَلَا شَرِكَةَ، وَفِي عَكْسِهِ لَا شُفْعَةَ فِي ظَاهِرِ الرُّوَايَةِ لِأَن التَّسْلِيمَ فِي الْكُلِّ تَسْلِيمٌ فِي أَعْضَائِهِ وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

الشرح:

وَإِذَا بَلَغَ الشَّفِيعُ أَنَّهَا بِيَعْتَ بِأَلْفٍ فَسَلَّمَ الشُّفْعَةَ ثُمَّ عَلِمَ أَنَّهَا بِيَعْتَ بِأَقْلٍ مِنْهَا أَوْ بِحِنْطَةٍ أَوْ بِشَعِيرٍ قِيمَتُهُ أَلْفٌ أَوْ أَكْثَرُ فَتَسْلِيمُهُ بَاطِلٌ وَهُوَ عَلَى شُفْعَتِهِ. أَمَّا فِي الْأَوَّلِ فَلِأَنَّهُ إِنَّمَا سَلَّمَ اسْتِكْثَارًا بِالثَّمَنِ الْمَذْكُورِ، فَإِذَا ظَهَرَ أَقْلٌ مِنْ ذَلِكَ بَطَلَ تَسْلِيمُهُ. قَالَ فِي النَّهَائَةِ: كَأَنَّهُ قَالَ: سَلَّمْتُ إِنْ كَانَ الثَّمَنُ أَلْفًا أَرَادَ أَنَّهُ تَسْلِيمٌ مَشْرُوطٌ بِشَرْطِ فَيَنْتَفِي بِإِنْتِفَاءِ شَرْطِهِ، وَفِيهِ نَظَرٌ سَيِّئٌ، بِخِلَافِ مَا إِذَا ظَهَرَ أَكْثَرُ مِنَ الْأَلْفِ، فَإِنَّ مُسْتَكْثَرَ الْأَلْفِ أَكْثَرُ اسْتِكْثَارًا لِلْأَكْثَرِ فَكَانَ التَّسْلِيمُ صَحِيحًا. وَأَمَّا فِي الثَّانِي فَلِأَنَّهُ رَبَّمَا سَلَّمَ لِتَعَدُّرِ الْجِنْسِ الَّذِي بَلَغَهُ وَتَيَسَّرَ مَا يَبِيعُ بِهِ، إِذَا الْجِنْسُ مُخْتَلَفٌ.

قَالَ فِي النَّهَائَةِ: تَقْيِيدُهُ بِقَوْلِهِ قِيمَتُهَا أَلْفٌ أَوْ أَكْثَرُ غَيْرُ مُفِيدٍ، فَإِنَّهُ لَوْ كَانَ قِيمَتُهَا أَقْلٌ مِمَّا اشْتَرَى مِنَ الدَّرَاهِمِ كَانَ تَسْلِيمُهُ بَاطِلًا أَيْضًا وَتَكَلَّفَ لَذَلِكَ كَثِيرًا وَهُوَ يَعْلَمُ

بِالْأُولَوِيَّةِ، فَإِنَّ التَّسْلِيمَ إِذَا لَمْ يَصَحَّ فِيمَا إِذَا ظَهَرَ الثَّمَنُ أَكْثَرَ مِنَ الْمُسَمَّى فَلَأَنْ لَا يَصَحَّ إِذَا ظَهَرَ أَقَلُّ كَانَ أَوْلَى، وَكَذَا كُلُّ مَكِيلٍ أَوْ مَوْزُونٍ أَوْ عَدَدِيٍّ مُتَقَارِبٍ لِكَوْنِهِ فِي مَعْنَى الْمَكِيلِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا عَلِمَ أَنَّهَا يَبْعَثُ بِعَرَضٍ قِيمَتُهُ أَلْفٌ أَوْ أَكْثَرُ، لِأَنَّ الْوَاجِبَ فِيهِ الْقِيَمَةُ وَهِيَ دَرَاهِمُ أَوْ دَنَانِيرُ فَصَارَ كَمَا لَوْ قِيلَ يَبْعَثُ بِأَلْفٍ فَسَلَّمَ ثُمَّ ظَهَرَ أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ، وَلَوْ كَانَتْ قِيمَتُهَا أَقَلُّ مِنْ ذَلِكَ لَمْ يَصَحَّ التَّسْلِيمُ، وَإِنْ ظَهَرَ أَنَّهَا يَبْعَثُ بِدَنَانِيرٍ قِيمَتُهَا أَلْفٌ أَوْ أَكْثَرُ فَلَا شَفْعَةَ لَهُ. وَقَالَ زُفَرٌ: لَهُ الشَّفْعَةُ لِاخْتِلَافِ الْجِنْسِ وَلِهَذَا حُلُّ التَّفَاضُلِ بَيْنَهُمَا. وَلَنَا أَنَّهُمَا جِنْسٌ وَاحِدٌ فِي حَقِّ الْمَقْصُودِ وَهُوَ الثَّمَنِيَّةُ وَمُبَادَلَةُ أَحَدِهِمَا بِالْآخَرِ مُتَبَسِّرَةٌ عَادَةً (وَإِذَا قِيلَ لِلشَّفِيعِ إِنَّ الْمُشْتَرِيَ فَلَانَّ فَسَلَّمَ الشَّفْعَةُ ثُمَّ تَبَيَّنَ أَنَّهُ غَيْرُهُ فَلَهُ الشَّفْعَةُ لِتَفَاوُتِ الْجَوَارِ) فَالرَّضَا بِجَوَارٍ شَخْصٍ قَدْ لَا يَكُونُ رِضًا بِجَوَارٍ غَيْرِهِ. قَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي الْجَامِعِ: لَوْ قَالَ الشَّفِيعُ سَلَّمْتُ شَفْعَةَ هَذِهِ الدَّارِ إِنْ كُنْتُ اشْتَرَيْتَهَا لِنَفْسِكَ وَقَدْ اشْتَرَاهَا لغيرِهِ فَهَذَا لَيْسَ بِتَسْلِيمٍ، وَذَلِكَ لِأَنَّ الشَّفِيعَ عَلَّقَ التَّسْلِيمَ بِشَرْطٍ وَصَحَّ هَذَا التَّعْلِيقُ، لِأَنَّ تَسْلِيمَ الشَّفْعَةِ إِسْقَاطُ مَحْضٍ كَالطَّلَاقِ وَالتَّعَاقُ يَصَحُّ تَعْلِيقُهُ بِالشَّرْطِ فَلَا يَتْرُكُ الْأَبْعَدَ وَجُودَهُ، وَهَذَا كَمَا تَرَى يُنَاقِضُ قَوْلَ الْمُصَنِّفِ رَحِمَهُ اللَّهُ فِيمَا تَقَدَّمَ، وَلَا يَتَعَلَّقُ إِسْقَاطُهُ بِالْجَائِزِ مِنَ الشَّرْطِ فَيَالْفَاسِدِ أَوْلَى. وَقَوْلُهُ (فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ) احْتِرَازٌ عَمَّا رَوَى عَنْ أَبِي يُوسُفَ عَلَى عَكْسِ هَذَا، لِأَنَّهُ قَدْ يَتِمَكَّنُ مِنْ تَحْصِيلِ ثَمَنِ النِّصْفِ دُونَ النِّصْفِ، وَقَدْ تَكُونُ حَاجَتُهُ إِلَى النِّصْفِ لَيْتَمَّ بِهِ مَرَافِقُ مَلِكِهِ وَلَا يَحْتَاجُ إِلَى الْجَمِيعِ.

فصل

قَالَ (وَإِذَا بَاعَ دَارًا إِلَّا مِقْدَارَ ذِرَاعٍ مِنْهَا فِي طُولِ الْحَدِّ الَّذِي يَلِي الشَّفِيعَ فَلَا شَفْعَةَ لَهُ) لَا نَقْطَاعَ الْجَوَارِ، وَهَذِهِ حِيلَةٌ، وَكَذَا إِذَا وَهَبَ مِنْهُ هَذَا الْمِقْدَارَ وَسَلَّمَهُ إِلَيْهِ لَمَّا بَيَّنَّا، قَالَ (وَإِذَا ابْتَاعَ مِنْهَا سَهْمًا بِثَمَنِ ثُمَّ ابْتَاعَ بَقِيَّتَهَا فَالشَّفْعَةُ لِلْجَارِ فِي السَّهْمِ الْأَوَّلِ دُونَ الثَّانِي) لِأَنَّ الشَّفِيعَ جَارٍ فِيهِمَا، إِلَّا أَنَّ الْمُشْتَرِيَ فِي الثَّانِي شَرِيكَ فَيَتَقَدَّمُ عَلَيْهِ، فَإِنْ أَرَادَ الْحِيلَةَ ابْتَاعَ السَّهْمَ بِالثَّمَنِ إِلَّا دِرْهَمًا مَثَلًا وَالبَاقِي بِالْبَاقِي، وَإِنْ ابْتَاعَهَا بِثَمَنِ ثُمَّ دَفَعَ إِلَيْهِ ثَوْبًا عَوْضًا عَنْهُ فَالشَّفْعَةُ بِالثَّمَنِ دُونَ الثَّوْبِ لِأَنَّهُ عَقْدٌ آخَرُ، وَالثَّمَنُ هُوَ الْعَوْضُ عَنِ الدَّارِ قَالَ ﷺ: وَهَذِهِ حِيلَةٌ أُخْرَى نَعْمُ الْجَوَارَ وَالشَّرِيكَتَ فَيُبَاعُ بِأَضْعَافٍ قِيمَتِهِ وَيُعْطَى بِهَا ثَوْبٌ

بِقَدْرِ قِيَمَتِهِ، إِلَّا أَنَّهُ لَوْ اسْتَحَقَّتِ الْمَشْفُوعَةُ يَبْقَى كُلُّ الثَّمَنِ عَلَى مُشْتَرِي الثُّوبِ لِقِيَامِ
الْبَيْعِ الثَّانِي فَيَتَضَرَّرُ بِهِ وَالْأَوْجَهُ أَنْ يُبَاعَ بِالْدَّرَاهِمِ الثَّمَنُ دِينَارًا حَتَّى إِذَا اسْتَحَقَّ الْمَشْفُوعُ
يَبْطُلُ الصَّرْفُ فَيُجِبُ رَدُّ الدِّينَارِ لَا غَيْرُ.

الشرح:

(فَصْلٌ): لَمَّا كَانَتْ الشُّفْعَةُ تَسْقُطُ فِي بَعْضِ الْأَحْوَالِ عَلِمَ تِلْكَ الْأَحْوَالُ فِي
هَذَا الْفَصْلِ لاحتِمَالِ أَنْ يَكُونَ الْجَارُ فَاسِقًا يَتَأَذَى بِهِ، وَفِي اسْتِعْمَالِ الْحِيلَةِ لِإِسْقَاطِ
الشُّفْعَةِ تَحْصِيلُ الْخَلَاصِ مِنْ مِثْلِ هَذَا الْجَارِ فَاحْتِيجُ إِلَى بَيَانِهِ، وَكَلَامُهُ وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ
(لَمَّا بَيَّنَّا) إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ لَا تُقْطَعُ الْجَوَارِ. وَقَوْلُهُ (إِلَّا أَنْ الْمُشْتَرِيَ فِي الثَّانِي شَرِيكَ) لِأَنَّهُ
حِينَ اشْتَرَى الْبَاقِيَ كَانَ شَرِيكًا بِشِرَاءِ الْجُزْءِ الْأَوَّلِ، وَاسْتَحْقَاقُ الشَّفِيعِ الْجُزْءِ الْأَوَّلِ لَا
يُبْطَلُ شَفْعَةُ الْمُشْتَرِيَ فِي الْجُزْءِ الثَّانِي قَبْلَ الْخُصُومَةِ لَكُونِهِ فِي مِلْكِهِ بَعْدُ فَيَتَقَدَّمُ عَلَى
الْجَارِ. وَقَوْلُهُ (فَإِنْ أَرَادَ الْحِيلَةَ) هَذِهِ حِيلَةٌ تَرْجِعُ إِلَى تَقْلِيلِ رَغْبَةِ الشَّفِيعِ فِي الشُّفْعَةِ،
وَالْأَوَّلَى تَرْجِعُ إِلَى إِبْطَالِ حَقِّ الشُّفْعَةِ. وَقَوْلُهُ (إِلَّا إِذَا أُسْتُحِقَّتِ الْمَشْفُوعَةُ) اسْتِثْنَاءٌ مِنْ
قَوْلِهِ وَهَذِهِ أُخْرَى: يَعْنِي أَنَّهَا حِيلَةٌ عَامَّةٌ، إِلَّا أَنْ فِيهَا وَهَمٌّ وَقُوعُ الضَّرَرِ عَلَى الْبَائِعِ عَلَى
تَقْدِيرِ ظُهُورِ مُسْتَحَقِّ يَسْتَحِقُّ الدَّارَ لِأَنَّهُ يَبْقَى كُلُّ الثَّمَنِ عَلَى مُشْتَرِي الثُّوبِ وَهُوَ بَائِعُ
الدَّارِ يَتَضَرَّرُ بِهِ: أَيُّ بَرُجُوعِ مُشْتَرِي الدَّارِ عَلَيْهِ بِكُلِّ الثَّمَنِ الَّذِي هُوَ أضعَافُ قِيمَةِ
الدَّارِ. وَقَوْلُهُ (وَالْأَوْجَهُ إلخ) تَقْرِيرُهُ إِذَا أَرَادَ أَنْ يَبِيعَ الدَّارَ بِعَشْرَةِ آلَافٍ دِرْهَمٍ يَبِيعُهَا
بِعِشْرِينَ أَلْفًا فَلَا يَرْغَبُ فِي الشُّفْعَةِ، وَلَوْ أُسْتُحِقَّتِ الدَّارُ عَلَى الْمُشْتَرِيَ لَا يَرْجِعُ الْمُشْتَرِيَ
بِعِشْرِينَ أَلْفًا وَإِنَّمَا يَرْجِعُ بِمَا أُعْطَاهُ، لِأَنَّهُ إِذَا أُسْتُحِقَّتِ الدَّارُ ظَهَرَ أَنَّهُ لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ ثَمَنُ
الدَّارِ فَيَبْطُلُ الصَّرْفُ، كَمَا لَوْ بَاعَ الدِّينَارَ بِالْدَّرَاهِمِ الَّتِي لِلْمُشْتَرِيَ عَلَى الْبَائِعِ ثُمَّ
تَصَادَقَا أَنَّهُ لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ دَيْنٌ فَإِنَّهُ يَبْطُلُ الصَّرْفُ.

قَالَ (وَلَا تُكْرَهُ الْحِيلَةُ فِي إسْقَاطِ الشُّفْعَةِ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ وَتُكْرَهُ عِنْدَ مُحَمَّدٍ) لِأَنَّ
الشُّفْعَةَ إِنَّمَا وَجِبَتْ لِدَفْعِ الضَّرَرِ، وَلَوْ أَبَحْنَا الْحِيلَةَ مَا دَفَعْنَاهُ وَلَا بِي يُوسُفَ أَنَّهُ مَنَعَ عَنِ
إثْبَاتِ الْحَقِّ فَلَا يُعَدُّ ضَرَرًا، وَعَلَى هَذَا الْخِلَافِ الْحِيلَةُ فِي إسْقَاطِ الزَّكَاةِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلَا تُكْرَهُ الْحِيلَةُ) اعْلَمْ أَنَّ الْحِيلَةَ فِي هَذَا الْبَابِ إِنَّمَا أَنْ تَكُونَ لِلرَّفْعِ بَعْدُ

الْوُجُوبِ أَوْ لَدَفْعِهِ، فَالْأَوَّلُ مِثْلُ أَنْ يَقُولَ الْمُشْتَرِي لِلشَّفِيعِ أَنَا أَوْلِيهَا لَكَ فَلَا حَاجَةَ لَكَ فِي الْأَخْذِ فَيَقُولُ نَعَمْ تَسْقُطُ بِهِ الشُّفْعَةُ، وَهُوَ مَكْرُوهٌ بِالْإِجْمَاعِ. وَالثَّانِي مُخْتَلَفٌ فِيهِ. قَالَ بَعْضُ الْمَشَائِخِ: غَيْرُ مَكْرُوهٍ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ مَكْرُوهٌ عِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ، وَهُوَ الَّذِي ذَكَرَ فِي الْكِتَابِ، وَهَذَا الْقَائِلُ قَاسَ فَصَلَ الشُّفْعَةِ عَلَى فَصْلِ الزَّكَاةِ. وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ: لَا تُكْرَهُ الْحِيلَةُ لِمَنْعِ وَجُوبِ الشُّفْعَةِ بِلَا خِلَافٍ، وَإِنَّمَا الْخِلَافُ فِي فَصْلِ الزَّكَاةِ.

مَسَائِلُ مُتَفَرِّقَةٍ

قَالَ (وَإِذَا اشْتَرَى خَمْسَةَ نَفَرٍ دَارًا مِنْ رَجُلٍ فَلِلشَّفِيعِ أَنْ يَأْخُذَ نَصِيبَ أَحَدِهِمْ، وَإِنْ اشْتَرَاهَا رَجُلٌ مِنْ خَمْسَةِ أَخَذَهَا كُلَّهَا أَوْ تَرَكَهَا) وَالْفَرْقُ أَنَّ فِي الْوَجْهِ الثَّانِي بِأَخْذِ الْبَعْضِ تَتَفَرَّقُ الصَّفَقَةُ عَلَى الْمُشْتَرِي فَيَتَضَرَّرُ بِهِ زِيَادَةَ الضَّرَرِ، وَفِي الْوَجْهِ الْأَوَّلِ يَقُومُ الشَّفِيعُ مَقَامَ أَحَدِهِمْ فَلَا تَتَفَرَّقُ الصَّفَقَةُ، وَلَا فَرْقٌ فِي هَذَا بَيْنَ مَا إِذَا كَانَ قَبْلَ الْقَبْضِ أَوْ بَعْدَهُ هُوَ الصَّحِيحُ، إِلَّا أَنَّ قَبْلَ الْقَبْضِ لَا يُمْكِنُهُ أَخْذُ نَصِيبِ أَحَدِهِمْ إِذَا تَقَدَّمَ مَا عَلَيْهِ مَا لَمْ يَنْقُدْ الْآخَرَ حِصَّتَهُ كَيْ لَا يُؤَدِّيَ إِلَى تَفْرِيقِ الْيَدِ عَلَى الْبَائِعِ بِمَنْزِلَةِ أَحَدِ الْمُشْتَرِينَ، بِخِلَافِ مَا بَعْدَ الْقَبْضِ لِأَنَّهُ سَقَطَتْ يَدُ الْبَائِعِ، وَسَوَاءٌ سَمِيَ لِكُلِّ بَعْضٍ ثَمَنًا أَوْ كَانَ الثَّمَنُ جُمْلَةً، لِأَنَّ الْعِبْرَةَ فِي هَذَا لِتَفْرِيقِ الصَّفَقَةِ لَا لِلثَّمَنِ، وَهَاهُنَا تَفْرِيعَاتٌ ذَكَرْنَاهَا فِي كِفَايَةِ الْمُنتَهَى.

الشرح:

(مَسَائِلُ مُتَفَرِّقَةٍ): ذَكَرَ مَسَائِلَ مُتَفَرِّقَةٍ فِي آخِرِ الْكِتَابِ كَمَا هُوَ الْمَعْهُودُ فِي ذَلِكَ، وَلَمْ يَذْكُرْ مُحَمَّدٌ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ مِنْ مَسَائِلِ الشُّفْعَةِ إِلَّا هَذِهِ، وَالْفَاطَةُ ظَاهِرَةٌ سِوَى مَا تُنبِئُهُ عَلَيْهِ (قَوْلُهُ فَيَتَضَرَّرُ بِهِ) أَيُّ بِتَفْرِيقِ الصَّفَقَةِ عَلَيْهِ وَزِيَادَةُ الضَّرَرِ هِيَ زِيَادَةُ ضَرَرِ التَّشْقِيقِ، فَإِنْ أَخَذَ الْمَلِكُ مِنْهُ ضَرَرٌ وَضَرَرُ التَّشْقِيقِ زِيَادَةٌ عَلَى ذَلِكَ وَالشُّفْعَةُ شَرِعتْ لِدَفْعِ ضَرَرِ الدَّخِيلِ فَلَا تُشْرَعُ عَلَى وَجْهِ يَتَضَرَّرُ بِهِ الدَّخِيلُ ضَرَرًا زَائِدًا، وَقَوْلُهُ (وَلَا فَرْقٌ فِي هَذَا) أَيُّ فِي جَوَازِ أَخْذِ الشَّفِيعِ نَصِيبَ أَحَدِ الْمُشْتَرِينَ بَيْنَهُمَا إِذَا كَانَ قَبْلَ قَبْضِ الْمُشْتَرِي الدَّارَ وَبَعْدَهُ. وَقَوْلُهُ (هُوَ الصَّحِيحُ) احْتِرَازٌ عَمَّا رَوَاهُ الْقُدُورِيُّ.

قَالَ: رُوِيَ عَنْهُ أَنَّ الْمُشْتَرِيَ إِذَا كَانَ اثْنَيْنِ لَمْ يَكُنْ لِلشَّفِيعِ أَنْ يَأْخُذَ نَصِيبَ أَحَدِهِمَا قَبْلَ الْقَبْضِ، لِأَنَّ التَّمْلِكَ يَقَعُ عَلَى الْبَائِعِ فَتَتَفَرَّقُ عَلَيْهِ الصَّفَقَةُ. وَلَهُ أَنْ يَأْخُذَ

نَصِيبَ أَحَدِهِمَا بَعْدَ الْقَبْضِ لِأَنَّ التَّمْلِكَ حِينَئِذٍ يَقَعُ عَلَى الْمُشْتَرِي وَقَدْ أَخَذَ مِنْهُ جَمِيعَ مِلْكِهِ. وَقَوْلُهُ (بِمَنْزِلَةِ أَحَدِ الْمُشْتَرَيْنِ) يَعْنِي أَنَّ أَحَدَ الْمُشْتَرَيْنِ إِذَا نَقَدَ مَا عَلَيْهِ مِنَ الثَّمَنِ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَقْبِضَ نَصِيبَهُ مِنَ الدَّارِ حَتَّى يُؤَدِّي كُلُّهُمْ جَمِيعَ مَا عَلَيْهِمْ مِنَ الثَّمَنِ لِثَلَا يَلْزَمُ تَفْرِيقُ الْيَدِ عَلَى الْبَائِعِ.

وَقَوْلُهُ (لِأَنَّ الْعِبْرَةَ فِي هَذَا لِتَفْرِيقِ الصَّفَقَةِ لَا لِلثَّمَنِ) حَتَّى لَوْ تَفَرَّقَتِ الصَّفَقَةُ مِنَ الْإِبْتِدَاءِ فِيمَا إِذَا كَانَ الْمُشْتَرِي وَاحِدًا وَالْبَائِعُ اثْنَيْنِ وَاشْتَرَى نَصِيبَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِصَفَقَةٍ عَلَى حِدَةٍ كَانَ لِلشَّفِيعِ أَنْ يَأْخُذَ نَصِيبَ أَحَدِهِمَا، وَإِنْ لَحَقَ الْمُشْتَرِي ضَرَرُ عَيْبِ الشَّرْكَهَ لِأَنَّهُ رَضِيَ بِهَذَا الْعَيْبِ حَيْثُ اشْتَرَى كَذَلِكَ، وَأَمَّا بَيَانُ تَفْرِيقِ الصَّفَقَةِ وَاتِّحَادِهَا فَقَدْ تَقَدَّمَ فِي كِتَابِ الْبُيُوعِ.

قَالَ (وَمَنْ اشْتَرَى نِصْفَ دَارٍ غَيْرَ مَقْسُومٍ فَقَاسَمَهُ الْبَائِعُ أَخَذَ الشَّفِيعُ النُّصْفَ الَّذِي صَارَ لِلْمُشْتَرِي أَوْ يَدْعُ) لِأَنَّ الْقِسْمَةَ مِنْ تَمَامِ الْقَبْضِ لِمَا فِيهِ مِنْ تَكْمِيلِ الْإِنْتِفَاعِ وَلِهَذَا يَتِمُّ الْقَبْضُ بِالْقِسْمَةِ فِي الْهَبَةِ، وَالشَّفِيعُ لَا يَنْقُضُ الْقَبْضَ وَإِنْ كَانَ لَهُ نَفْعٌ فِيهِ بِعَوْدِ الْعَهْدَةِ عَلَى الْبَائِعِ، فَكَذَا لَا يَنْقُضُ مَا هُوَ مِنْ تَمَامِهِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا بَاعَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ نَصِيبَهُ مِنَ الدَّارِ الْمُشْتَرَكَةِ وَقَاسَمَ الْمُشْتَرِي الَّذِي لَمْ يَبِعْ حَيْثُ يَكُونُ لِلشَّفِيعِ تَقْضُهُ، لِأَنَّ الْعَقْدَ مَا وَقَعَ مَعَ الَّذِي قَاسَمَ فَلَمْ تَكُنِ الْقِسْمَةُ مِنْ تَمَامِ الْقَبْضِ الَّذِي هُوَ حُكْمُ الْعَقْدِ بَلْ هُوَ تَصَرُّفٌ بِحُكْمِ الْمِلْكِ فَيَنْقُضُهُ الشَّفِيعُ كَمَا يَنْقُضُ بَيْعَهُ وَهَبَتَهُ، ثُمَّ إِطْلَاقُ الْجَوَابِ فِي الْكِتَابِ يَدُلُّ عَلَى أَنَّ الشَّفِيعَ يَأْخُذُ النُّصْفَ الَّذِي صَارَ لِلْمُشْتَرِي فِي أَيِّ جَانِبٍ كَانَ وَهُوَ الْمَرْوِيُّ عَنْ أَبِي يُوسُفَ، لِأَنَّ الْمُشْتَرِي لَا يَمْلِكُ إِبْطَالَ حَقِّهِ بِالْقِسْمَةِ وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ إِنَّمَا يَأْخُذُهُ إِذَا وَقَعَ فِي جَانِبِ الدَّارِ الَّتِي يُشْفَعُ بِهَا لِأَنَّهُ لَا يَبْقَى جَارًا فِيمَا يَقَعُ فِي الْجَانِبِ الْآخَرَ.

الشرح:

(وَمَنْ اشْتَرَى نِصْفَ دَارٍ غَيْرَ مَقْسُومٍ فَقَاسَمَهُ الْبَائِعُ أَخَذَ الشَّفِيعُ النُّصْفَ الَّذِي صَارَ لِلْمُشْتَرِي أَوْ تَرَكَ) وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَنْقُضَ الْقِسْمَةَ بِأَنْ يَقُولَ لِلْمُشْتَرِي اذْهَبْ إِلَى الْبَائِعِ حَتَّى أَخْذَ مِنْهُ سَوَاءً كَانَتْ الْقِسْمَةُ بِحُكْمٍ أَوْ بَعِيرِهِ (لِأَنَّ الْقِسْمَةَ مِنْ تَمَامِ الْقَبْضِ لِمَا فِيهِ مِنْ تَكْمِيلِ الْإِنْتِفَاعِ وَلِهَذَا يَتِمُّ الْقَبْضُ فِي الْهَبَةِ بِالْقِسْمَةِ، وَالشَّفِيعُ لَا يَنْقُضُ الْقَبْضَ) لِيُعِيدَ الدَّارَ إِلَى الْبَائِعِ (وَإِنْ كَانَ لَهُ فِيهِ نَفْعٌ بِعَوْدِ الْعَهْدَةِ إِلَى الْبَائِعِ فَكَذَا لَا يَنْقُضُ مَا هُوَ

مِنْ تَمَامِهِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا بَاعَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ نَصِيْبَهُ مِنَ الدَّارِ الْمُشْتَرَكَةِ وَقَاسَمَ الْمُشْتَرِي الشَّرِيكَ الَّذِي لَمْ يَبِعْ نَصِيْبَهُ) فَإِنَّ لِلشَّفِيعِ نَفْضَهُ (لَأَنَّ الْعَقْدَ مَا وَقَعَ مَعَ الَّذِي قَاسَمَ) فَإِنَّهُ لَمْ يَجْرِ بَيْنَ الْمُتَعَاقِدَيْنِ (وَلَمْ تَكُنْ الْقِسْمَةُ مِنْ تَمَامِ الْقَبْضِ الَّذِي هُوَ حُكْمُ الْبَيْعِ، بَلْ هُوَ تَصَرُّفٌ بِحُكْمِ الْمَلِكِ) فَكَانَ مُبَادَلَةً، وَلِلشَّفِيعِ أَنْ يَنْقُضَ الْمُبَادَلَةَ كَالْبَيْعِ وَغَيْرِهَا مِنَ التَّصَرُّفَاتِ كَالِهَبَةِ (وَإِطْلَاقُ الْجَوَابِ فِي الْكِتَابِ) أَيُّ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ وَهُوَ قَوْلُهُ أَخَذَ الشَّفِيعُ النَّصْفَ الَّذِي صَارَ لِلْمُشْتَرِي (يَدُلُّ عَلَى أَنَّ الشَّفِيعَ يَأْخُذُ النَّصْفَ الَّذِي صَارَ لِلْمُشْتَرِي فِي أَيِّ جَانِبٍ كَانَ، وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ) وَالْبَاقِي ظَاهِرٌ.

قَالَ (وَمَنْ بَاعَ دَارًا وَلَهُ عَبْدٌ مَادُونٌ عَلَيْهِ دَيْنٌ فَلَهُ الشُّفْعَةُ، وَكَذَا إِذَا كَانَ الْعَبْدُ هُوَ الْبَائِعُ فَلَمَوْلَاهُ الشُّفْعَةُ) لِأَنَّ الْأَخْذَ بِالشُّفْعَةِ تَمَلُّكٌ بِالثَّمَنِ فَيَنْزِلُ مَنْزِلَةَ الشَّرَاءِ، وَهَذَا لِأَنَّهُ مُفِيدٌ لِأَنَّهُ يَتَصَرَّفُ لِلغُرَمَاءِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ دَيْنٌ لِأَنَّهُ يَبِيعُهُ لِمَوْلَاهُ، وَلَا شُفْعَةَ لِمَنْ يَبِيعُ لَهُ.

قَالَ (وَتَسْلِيمُ الْأَبِ وَالْوَصِيِّ الشُّفْعَةَ عَلَى الصَّغِيرِ جَائِزٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ وَقَالَ مُحَمَّدٌ وَزَفَرٌ رَحِمَهُمَا اللَّهُ: هُوَ عَلَى شُفْعَتِهِ إِذَا بَلَغَ) قَالُوا: وَعَلَى هَذَا الْخِلَافِ إِذَا بَلَغَهُمَا شِرَاءً دَارٍ بِجَوَارٍ دَارٍ الصَّبِيِّ فَلَمْ يَطْلُبَا الشُّفْعَةَ، وَعَلَى هَذَا الْخِلَافِ تَسْلِيمُ الْوَكِيلِ يَطْلُبُ الشُّفْعَةَ فِي رِوَايَةِ كِتَابِ الْوَكَايَةِ وَهُوَ الصَّحِيحُ لِمُحَمَّدٍ وَزَفَرٌ أَنَّهُ حَقٌّ ثَابِتٌ لِلصَّغِيرِ فَلَا يَمْلِكَانِ إِبْطَالَهُ كَدَيْتِهِ وَهَوْدِهِ، وَلِأَنَّهُ شُرْعٌ لِدَفْعِ الضَّرَرِ فَكَانَ إِبْطَالُهُ إِضْرَارًا بِهِ وَلَهُمَا أَنَّهُ فِي مَعْنَى التَّجَارَةِ فَيَمْلِكَانِ تَرْكُهُ؛ إِلَّا تَرَى أَنَّ مَنْ أَوْجَبَ بَيْعًا لِلصَّبِيِّ صَحَّ رَدُّهُ مِنَ الْأَبِ وَالْوَصِيِّ، وَلِأَنَّهُ دَائِرٌ بَيْنَ النَّفْعِ وَالضَّرَرِ، وَقَدْ يَكُونُ النَّظَرُ فِي تَرْكِهِ لِيَبْقَى الثَّمَنُ عَلَى مِلْكِهِ وَالْوِلَايَةُ نَظَرِيَّةٌ فَيَمْلِكَانِهِ وَسُكُونُهُمَا كِابِطَاهُمَا لِكُونِهِ دَلِيلُ الْإِعْرَاضِ، وَهَذَا إِذَا بَاعَتْ بِمِثْلِ قِيَمَتِهَا، فَإِنْ بَاعَتْ بِأَكْثَرٍ مِنْ قِيَمَتِهَا بِمَا لَا يَتَغَابُنُ النَّاسُ فِيهِ قِيلَ جَازَ التَّسْلِيمُ بِالْإِجْمَاعِ لِأَنَّهُ تَمَحُّضٌ نَظَرًا وَقِيلَ لَا يَصِحُّ بِالْإِتِّفَاقِ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ الْأَخْذَ فَلَا يَمْلِكُ التَّسْلِيمَ كَالْأَجْنَبِيِّ، وَإِنْ بَاعَتْ بِأَقْلَ مِنْ قِيَمَتِهَا مُحَابَاةً كَثِيرَةً، فَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ لَا يَصِحُّ التَّسْلِيمُ مِنْهُمَا أَيْضًا وَلَا رِوَايَةٌ عَنْ أَبِي يُوسُفَ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

الشرح:

قَالَ (وَتَسْلِيمُ الْأَبِ وَالْوَصِيِّ الشُّفْعَةَ) قَدْ ذَكَرْنَا أَنَّ الْحَمَلَ وَالصَّغِيرَ فِي اسْتِحْقَاقِ الشُّفْعَةِ كَالْكَبِيرِ لاسْتَوَائِهِمْ فِي سَبَبِهِ، فَيَقُومُ بِالطَّلَبِ وَالْأَخْذِ مَنْ يَقُومُ مَقَامَهُ شَرْعًا فِي اسْتِيفَاءِ حُقُوقِهِ وَهُوَ الْأَبُ ثُمَّ وَصِيُّهُ ثُمَّ جَدُّهُ أَبُو أَبِيهِ ثُمَّ وَصِيُّهُ ثُمَّ الْوَصِيُّ الَّذِي نَصَبَهُ الْقَاضِي، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ أَحَدٌ هَؤُلَاءِ فَهُوَ عَلَى شَفْعَتِهِ إِذَا أَدْرَكَ فَإِنْ تَرَكَ هَؤُلَاءِ الطَّلَبَ بَعْدَ الْإِمْكَانِ أَوْ سَلَّمَ بَعْدَ الطَّلَبِ سَقَطَتْ (عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ) وَقَالَ مُحَمَّدٌ وَزَفَرٌ رَحِمَهُمَا اللَّهُ: هُوَ عَلَى شَفْعَتِهِ إِذَا بَلَغَ.

قَالَ الْمَشَائِخُ (وَعَلَى هَذَا الْخِلَافِ تَسْلِيمُ الْوَكِيلِ بِطَّلَبِ الشُّفْعَةِ فِي رِوَايَةِ كِتَابِ الْوَكَالَةِ) لَكِنْ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ إِذَا كَانَ فِي مَجْلِسِ الْقَاضِي لِأَنَّ الْوَكِيلَ بِطَلَبِهَا قَائِمٌ مَقَامَ الْمُوَكَّلِ فِي الْخُصُومَةِ وَمَحَلُّهَا مَجْلِسُ الْقَاضِي، وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ فِيهِ وَفِي غَيْرِهِ لَكُونِهِ نَائِبًا عَنِ الْمُوَكَّلِ مُطْلَقًا. وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ وَزَفَرٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ: لَا يَصِحُّ مِنْهُ التَّسْلِيمُ أَصْلًا. وَقَوْلُهُ (وَهُوَ الصَّحِيحُ) اخْتِرَازٌ عَمَّا رُوِيَ أَنَّ مُحَمَّدًا مَعَ أَبِي حَنِيفَةَ فِي جَوَازِ تَسْلِيمِ الْوَكِيلِ الشُّفْعَةَ خِلَافًا لِأَبِي يُوسُفَ (لِمُحَمَّدٍ وَزَفَرٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ أَنَّهُ حَقٌّ ثَابِتٌ لِلصَّغِيرِ فَلَا يَمْلِكُ أَنْ يُبْطَلَهُ كَدَيْتُهُ) وَفِي بَعْضِ النُّسخِ كَدَيْتُهُ بِالنُّونِ، وَالْأَوَّلُ يُنَاسِبُ مَا قُرِنَ بِهِ وَهُوَ قَوْلُهُ (وَقَوْدِهِ) وَالثَّانِي يُنَاسِبُ رِوَايَةَ الْمُبْسُوطِ، لِأَنَّهُ قَالَ: كَالْإِبْرَاءِ عَنِ الدُّيُونِ وَالْعَمُورِ عَنِ الْقِصَاصِ الْوَاجِبِ لَهُ (وَلَاكُنَّ شَرْعٌ لِدَفْعِ الضَّرَرِ) وَفِي إِبْطَالِهِ إِضْرَارٌ بِهِ.

وَلِأَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ أَنَّهُ فِي مَعْنَى التَّجَارَةِ لِأَنَّهُ بِمِلْكِ الْعَيْنِ فَيَمْلِكُهَا. يُوضِّحُهُ أَنَّهُ لَوْ أَخَذَهَا الْوَلِيُّ بِالشُّفْعَةِ ثُمَّ بَاعَهَا مِنْ بَائِعِهِ جَارًا، فَكَذَلِكَ إِذَا سَلَّمَهَا إِلَيْهِ بَلْ أَوْلَى لِسَلَامَتِهِ عَنْ تَوَجُّهِ الْعَهْدَةِ، بِخِلَافِ الْبَيْعِ مِنْهُ، وَوَضَّحَهُ بِقَوْلِهِ (أَلَا تَرَى) وَهُوَ وَاضِحٌ، وَقَوْلُهُ (وَلَاكُنَّ دَائِرٌ) دَلِيلٌ آخَرٌ يَتَضَمَّنُ الْجَوَابَ عَنِ الدِّيَةِ وَالْقَوْدِ، لِأَنَّ النَّظَرَ فِي هَذَا قَدْ يَكُونُ فِي تَرْكِهِ لِيَبْقَى الثَّمَنُ عَلَى مِلْكِهِ، بِخِلَافِ الدِّيَةِ وَالْقَوْدِ فَإِنْ تَرَكَهُمَا تَرَكَ بِلَا عَوْضٍ فَيَكُونُ إِضْرَارًا بِهِ. وَقَوْلُهُ (وَسُكُونُهُمَا كِإِبْطَالِهِمَا) لَمَّا كَانَ مَا ذَكَرَ مِنَ الدَّلِيلِ مُحْتَضًا بِالتَّسْلِيمِ أَرَدَفَهُ بِقَوْلِهِ وَسُكُونُهُمَا كِإِبْطَالِهِمَا (لَكُونَهُ دَلِيلَ الْإِعْرَاضِ وَهَذَا إِذَا بَاعَتْ بِمِثْلِ قِيمَتِهَا) أَوْ الْعَيْنُ الْيَسِيرُ مِنَ الْمِثْلِ (فَإِنْ يَبْعَتْ بِأَكْثَرٍ مِنْ

قِيمَتَهَا) بَعْبَنٍ فَاحِشٍ (قِيلَ جَازَ التَّسْلِيمُ بِالْإِجْمَاعِ) يَعْنِي مِنْ غَيْرِ خِلَافٍ لِمُحَمَّدٍ وَزُفَرَ
لَأَنَّهُ تَمَحَّضَ نَظَرًا، وَقِيلَ لَا يَصِحُّ بِالْإِثْقَاقِ (وَهُوَ الْأَصَحُّ) لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ الْأَخْذَ فَلَا
يَمْلِكُ التَّسْلِيمَ (كَالْأَجْنَبِيِّ) فَيَكُونُ الصَّبِيُّ عَلَى حَقِّهِ إِذَا بَلَغَ (وَإِنْ يَبْعَتْ بِأَقْلٍ مِنْ قِيمَتِهَا
بِمُحَابَاةٍ كَثِيرَةٍ، فَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ لَا يَصِحُّ التَّسْلِيمُ) مِنْهُمَا، وَإِذَا لَمْ يَصِحَّ عَنْدهُ لَا يَصِحُّ
عِنْدَ مُحَمَّدٍ وَزُفَرَ أَيْضًا لِأَنَّهُمَا لَمْ يَرَيَا تَسْلِيمَهَا إِذَا يَبْعَتْ بِمِثْلِ الثَّمَنِ، فَلَأَنَّ لَا يَرَيَا إِذَا
يَبْعَتْ بِأَقْلٍ بِمُحَابَاةٍ كَثِيرَةٍ أَوَّلَى، وَإِنَّمَا خُصَّ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ بِالذِّكْرِ لِأَنَّ
الْمُحَابَاةَ الْكَثِيرَةَ لَا تُخْرِجُهَا عَنْ كَوْنِهَا بِمَعْنَى التِّجَارَةِ وَلَهُمَا وَلَايَةُ الْإِمْتِنَاعِ عَنِ الْإِتِّجَارِ
فِي مَالِ الصَّغِيرِ، وَلَكِنْ قَالَ: لَا يَصِحُّ التَّسْلِيمُ فِي هَذَا لِأَنَّ تَصَرُّفَهُمَا فِي مَالِهِ إِنَّمَا يَكُونُ
بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ، وَلَيْسَ تَرْكُهَا هَاهُنَا كَذَلِكَ، وَلِهَذَا الْمَعْنَى أَيْضًا خُصَّ قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ
بِقَوْلِهِ (وَلَا رَوَايَةَ عَنْ أَبِي يُوسُفَ) لِأَنَّهُ كَانَ مَعَ أَبِي حَنِيفَةَ فِي صِحَّةِ التَّسْلِيمِ فِيمَا إِذَا
يَبْعَتْ بِمِثْلِ قِيمَتِهَا، وَاللَّهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كِتَابُ الْقِسْمَةِ

الْقِسْمَةُ فِي الْأَعْيَانِ الْمُشْتَرَكَةِ مَشْرُوعَةٌ، لِأَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ بَاشَرَهَا فِي الْمَغَانِمِ وَالْمَوَارِيثِ، وَجَرَى التَّوَارُثُ بِهَا مِنْ غَيْرِ نَكِيرٍ، ثُمَّ هِيَ لَا تَعْرِى عَنْ مَعْنَى الْمُبَادَلَةِ، لِأَنَّ مَا يَجْتَمِعُ لِأَحَدِهِمَا بَعْضُهُ كَانَ لَهُ وَبَعْضُهُ كَانَ لِصَاحِبِهِ فَهُوَ يَأْخُذُهُ عِوَضًا عَمَّا بَقِيَ مِنْ حَقِّهِ فِي نَصِيبِ صَاحِبِهِ فَكَانَ مُبَادَلَةً وَإِفْرَازًا، وَالْإِفْرَازُ هُوَ الظَّاهِرُ فِي الْمَكِيلَاتِ وَالْمُوزُونَاتِ لِعَدَمِ التَّفَاوُتِ، حَتَّى كَانَ لِأَحَدِهِمَا أَنْ يَأْخُذَ نَصِيبَهُ حَالِ غَيْبَةِ صَاحِبِهِ، وَلَوْ اشْتَرِيَاهُ فَاقْتَسَمَاهُ يَبِيعُ أَحَدُهُمَا نَصِيبَهُ مُرَابِحَةً بِنِصْفِ الثَّمَنِ، وَمَعْنَى الْمُبَادَلَةِ هُوَ الظَّاهِرُ فِي الْحَيَوَانَاتِ وَالْعُرُوضِ لِلتَّفَاوُتِ حَتَّى لَا يَكُونَ لِأَحَدِهِمَا أَخْذُ نَصِيبِهِ عِنْدَ غَيْبَةِ الْآخَرِ وَلَوْ اشْتَرِيَاهُ فَاقْتَسَمَاهُ لَا يَبِيعُ أَحَدُهُمَا نَصِيبَهُ مُرَابِحَةً بَعْدَ الْقِسْمَةِ، إِلَّا أَنَّهُ إِذَا كَانَتْ مِنْ جِنْسٍ وَاحِدٍ أَجْبَرَ الْقَاضِي عَلَى الْقِسْمَةِ عِنْدَ طَلَبِ أَحَدِ الشُّرَكَاءِ لِأَنَّ فِيهِ مَعْنَى الْإِفْرَازِ لِتَقَارُبِ الْمَقَاصِدِ وَالْمُبَادَلَةِ مِمَّا يَجْرِي فِيهِ الْجَبَرُ كَمَا فِي قَضَاءِ الدِّينِ، وَهَذَا لِأَنَّ أَحَدَهُمْ بِطَلَبِ الْقِسْمَةِ يَسْأَلُ الْقَاضِي أَنْ يَخْصُهُ بِالِانْتِفَاعِ بِنَصِيبِهِ وَيَمْنَعَ الْغَيْرَ عَنِ الْانْتِفَاعِ بِمِلْكِهِ، فَيُجِبُ عَلَى الْقَاضِي إِجَابَتُهُ وَإِنْ كَانَتْ أَجْنَاسًا مُخْتَلِفَةً لَا يُجْبَرُ الْقَاضِي عَلَى قِسْمَتِهَا لِعَدْوَرِ الْمَعَادَلَةِ بِاعْتِبَارِ فَحْشِ التَّفَاوُتِ فِي الْمَقَاصِدِ، وَلَوْ تَرَاضُوا عَلَيْهَا جَازَ لِأَنَّ الْحَقَّ لَهُمْ.

قَالَ (وَيَنْبَغِي لِلْقَاضِي أَنْ يُنْصَبَ قَاسِمًا يَرْزُقُهُ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ لِيَقْسِمَ بَيْنَ النَّاسِ بِغَيْرِ أَجْرِ) لِأَنَّ الْقِسْمَةَ مِنْ جِنْسِ عَمَلِ الْقَضَاءِ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ يَتِمُّ بِهِ قَطْعُ الْمُنَازَعَةِ فَأَشْبَهَ رِزْقَ الْقَاضِي، وَلِأَنَّ مَنْفَعَةَ نَصَبِ الْقَاسِمِ تَعُمُّ الْعَامَّةَ فَتَكُونُ كِفَايَتُهُ فِي مَالِهِمْ غُرْمًا بِالْفَنَمِ قَالَ (فَإِنْ لَمْ يَفْعَلْ نُصَبَ قَاسِمًا يَقْسِمُ بِالْأَجْرِ) مَعْنَاهُ بِأَجْرِ عَلَى الْمُتَقَاسِمِينَ، لِأَنَّ النُّفْعَ لَهُمْ عَلَى الْخُصُوصِ، وَيَقْدَرُ أَجْرُ مِثْلِهِ كَيْ لَا يَتَحَكَّمُ بِالزِّيَادَةِ، وَالْأَفْضَلُ أَنْ يَرْزُقَهُ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ لِأَنَّهُ أَرْفَقُ بِالنَّاسِ وَأَبْعَدُ عَنِ التُّهْمَةِ.

الشرح:

(كِتَابُ الْقِسْمَةِ): أُوْرَدَ الْقِسْمَةُ عَقِيبَ الشُّفْعَةِ لِأَنَّ كُلًّا مِنْهُمَا مِنْ نَتَائِجِ النَّصِيبِ الشَّائِعِ، فَإِنَّ أَحَدَ الشَّرِيكَيْنِ إِذَا أَرَادَ الْإِفْتِرَاقَ مَعَ بَقَاءِ مِلْكِهِ طَلَبَ الْقِسْمَةَ، وَمَعَ عَدَمِهِ بَاعَ وَوَجَبَ عِنْدَهُ الشُّفْعَةُ. وَقَدَّمَ الشُّفْعَةَ لِأَنَّ بَقَاءَ مَا كَانَ عَلَى مَا كَانَ أَصْلًا. وَهِيَ فِي

اللُّغَةُ: اسْمٌ لِلْاِقْتِسَامِ كَالْقُدُورَةِ لِلْاِقْتِدَاءِ. وَفِي الشَّرِيعَةِ: جَمْعُ النَّصِيبِ الشَّائِعِ فِي مَكَانٍ مُعَيَّنٍ. وَسَبَبُهَا طَلَبُ أَحَدِ الشَّرَكَاءِ الْاِئْتِفَاعَ بِنَصِيبِهِ عَلَى الْخُلُوصِ. وَرُكْنُهَا مَا يَحْصُلُ بِهِ الْإِفْرَازُ وَالتَّمْيِيزُ بَيْنَ النَّصِيبَيْنِ كَالْكَيْلِ فِي الْمِكْيَلَاتِ وَالْوِزْنِ فِي الْمَوْزُونَاتِ وَالذَّرْعِ فِي الْمَذْرُوعَاتِ وَالْعَدِّ فِي الْمَعْدُودَاتِ. وَشَرْطُهَا أَنْ لَا تَقُوتَ مَنَفَعَتُهُ بِالْقِسْمَةِ، وَلِهَذَا لَا يُقَسَّمُ الْحَائِطُ وَالْحَمَامُ وَنَحْوُهُمَا، وَهِيَ مَشْرُوعَةٌ فِي الْأَعْيَانِ الْمُشْتَرَكَةِ لِأَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ بَاشَرَهَا فِي الْمَغَانِمِ وَالْمَوَارِيثِ وَغَيْرِ ذَلِكَ، وَجَرَى التَّوَارُثُ بِهَا مِنْ غَيْرِ نَكِيرٍ. ثُمَّ هِيَ لَا تَعْرِى عَنْ مَعْنَى الْمُبَادَلَةِ سَوَاءً كَانَتْ فِي ذَوَاتِ الْأُمْتَالِ أَوْ فِي غَيْرِ ذَوَاتِ الْأُمْتَالِ، لِأَنَّ مَا يَجْتَمِعُ لِأَحَدِهِمَا بَعْضُهُ كَانَ لَهُ وَبَعْضُهُ لِصَاحِبِهِ فَهُوَ يَأْخُذُهُ عَوَضًا عَمَّا بَقِيَ مِنْ حَقِّهِ فِي نَصِيبِ صَاحِبِهِ، فَعَلَى هَذَا كَانَتْ الْقِسْمَةُ مُبَادَلَةً وَإِفْرَازًا، وَالْمَعْنَى مِنْ الْإِفْرَازِ هُوَ أَنْ يَقْبِضَهُ بَعَيْنِ حَقِّهِ، وَالْإِفْرَازُ هُوَ الظَّاهِرُ فِي الْمِكْيَلَاتِ وَالْمَوْزُونَاتِ، فَكَانَ كُلُّ مَا أَخَذَ أَحَدُهُمَا مِنْ نَصِيبِهِ مِثْلَ مَا تَرَكَ عَلَيْهِ يَبْقَيْنِ فَأَخَذَ مِثْلَ الْحَقِّ يَبْقَيْنِ بِمَنْزِلَةِ أَخْذِ الْعَيْنِ؛ أَلَا تَرَى أَنْ أَخَذَ الْمِثْلَ فِي الْقَرْضِ جُعِلَ كَأَخْذِ الْعَيْنِ فَجُعِلَ الْقَرْضُ بِذَلِكَ بِمَنْزِلَةِ الْعَارِيَةِ فَكَانَ الْإِفْرَازُ فِيهَا أَظْهَرَ لَا مَحَالَةَ، وَلِهَذَا كَانَ لِأَحَدِهِمَا أَنْ يَأْخُذَ نَصِيبَهُ حَالَ غَيْبَةِ صَاحِبِهِ، وَلَوْ اشْتَرِيَاهُ وَاقْتَسَمَاهُ جَازَ لِأَحَدِهِمَا أَنْ يَبِيعَ نَصِيبَهُ مُرَابَحَةً بِنَصْفِ الثَّمَنِ. وَمَعْنَى الْمُبَادَلَةِ هُوَ الظَّاهِرُ فِي الْحَيَوَانَاتِ وَالْعُرُوضِ لِلتَّفَاوُتِ حَتَّى لَا يَكُونَ لِأَحَدِهِمَا أَخْذُ نَصِيبِهِ عِنْدَ غَيْبَةِ الْآخَرِ. وَلَوْ اشْتَرِيَاهُ فَاقْتَسَمَاهُ لَا يَبِيعُ أَحَدُهُمَا نَصِيبَهُ مُرَابَحَةً بَعْدَ الْقِسْمَةِ.

وَتَحْقِيقُهُ أَنَّ مَا يَأْخُذُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لَيْسَ بِمِثْلِ مَا تَرَكَ عَلَى صَاحِبِهِ يَبْقَيْنِ فَلَمْ يَكُنْ بِمَنْزِلَةِ أَخْذِ الْعَيْنِ حُكْمًا، وَلَكَّمَا اسْتَشْعَرَ أَنْ يُقَالَ: لَوْ كَانَ مَعْنَى الْمُبَادَلَةِ هُوَ الظَّاهِرُ فِي الْحَيَوَانَاتِ وَالْعُرُوضِ لَمَّا أُجْبِرَ الْآبِيُّ عَلَى الْقِسْمَةِ فِي ذَلِكَ. أَجَابَ بِقَوْلِهِ: إِلَّا أَنَّهَا إِذَا كَانَتْ مِنْ جِنْسٍ وَاحِدٍ أُجْبِرَ الْقَاضِي عَلَى الْقِسْمَةِ عِنْدَ طَلَبِ أَحَدِ الشَّرَكَاءِ لِأَنَّ فِيهِ مَعْنَى الْإِفْرَازِ لِقَرَابِ الْمَقَاصِدِ، وَلَا مُنَافَاةَ بَيْنَ الْجَبْرِ وَالْمُبَادَلَةِ لِأَنَّهَا مِمَّا يَجْرِي فِيهِ الْجَبْرُ، كَمَا فِي قَضَاءِ الدَّيْنِ فَإِنَّ الْمَدْيُونَ يُجْبَرُ عَلَى الْقَضَاءِ مَعَ أَنَّ الدَّيْنِ يُقْضَى بِأَمْتَالِهَا فَصَارَ مَا يُؤَدَّى بَدَلًا عَمَّا فِي دَيْنِهِ، وَهَذَا جَبْرٌ فِي الْمُبَادَلَةِ قَصْدًا وَقَدْ جَازَ فَلَا أَنْ يَجُوزَ بِلَا قَصْدٍ إِلَيْهِ أَوَّلَى، وَهَذَا لِأَنَّ أَحَدَهُمَا يَطْلُبُ الْقِسْمَةَ يَسْأَلُ الْقَاضِي أَنْ يَخْصَهُ بِالْاِئْتِفَاعِ بِنَصِيبِهِ

وَيَمْنَعُ الْغَيْرَ عَنِ الْإِثْفَاعِ بِمِلْكِهِ فَيَجِبُ عَلَى الْقَاضِي إِجَابَتُهُ، فَكَانَ الْقَصْدُ إِلَى الْإِثْفَاعِ بِنَصِيْبِهِ عَلَى الْخُلُوصِ دُونَ الْإِجْبَارِ عَلَى غَيْرِهِ؛ وَإِنْ كَانَتْ مِنْ أَجْنَسٍ مُخْتَلِفَةٍ كَالْإِبِلِ وَالْبَقَرِ وَالْغَنَمِ لَا يُجْبَرُ الْقَاضِي الْآبِي عَلَى قِسْمَتِهَا لِتَعَدُّرِ الْمَعَادِلَةِ بِاعْتِبَارِ فُحْشِ التَّفَاوُتِ فِي الْمَقَاصِدِ، وَلَوْ تَرَاضَوْا عَلَى ذَلِكَ جَازَ لِأَنَّ الْقِسْمَةَ فِي مُخْتَلَفِ الْجِنْسِ مُبَادَلَةٌ كَالْتِّجَارَةِ وَالتَّرَاضِي فِي التِّجَارَةِ شَرْطٌ بِالنَّصِّ.

قَالَ (وَيَنْبَغِي لِلْقَاضِي أَنْ يَنْصِبَ قَاسِمًا) كَلَامُهُ وَاضِحٌ إِلَّا مَا تُنْبِئُهُ عَلَيْهِ. قَوْلُهُ لِأَنَّهُ أَرْفَقُ بِالنَّاسِ وَأَبْعَدُ عَنِ التُّهْمَةِ لِأَنَّهُ مَتَى يَصِلُ إِلَيْهِ أَجْرٌ عَمَلَهُ عَلَى كُلِّ حَالٍ لَا يَمِيلُ بِأَخْذِ الرِّشْوَةِ إِلَى الْبَعْضِ، وَيَجُوزُ لِلْقَاضِي أَنْ يَقْسِمَ بِنَفْسِهِ وَيَأْخُذَ عَلَى ذَلِكَ مِنَ الْمُتَقَاسِمِينَ أَجْرًا، لَكِنَّ الْأَوَّلَى أَنْ لَا يَأْخُذَ، وَهَذَا لِأَنَّ الْقِسْمَةَ لَيْسَتْ بِقَضَاءٍ عَلَى الْحَقِيقَةِ حَتَّى لَا يُفْتَرَضَ عَلَى الْقَاضِي مُبَاشَرَتُهَا، وَإِنَّمَا الَّذِي يُفْتَرَضُ عَلَيْهِ جَبْرُ الْآبِي عَلَى الْقِسْمَةِ، إِلَّا أَنْ لَهَا شَبَهًا بِالْقَضَاءِ مِنْ حَيْثُ إِنَّهَا تُسْتَفَادُ بِوِلَايَةِ الْقَضَاءِ، فَإِنَّ الْأَجْنَبِيَّ لَا يَقْدَرُ عَلَى الْجَبْرِ، فَمِنْ حَيْثُ إِنَّهَا لَيْسَتْ بِقَضَاءٍ جَازَ أَخْذُ الْأَجْرِ عَلَيْهَا، وَمِنْ حَيْثُ إِنَّهَا تُشَبَّهُ الْقَضَاءَ يُسْتَحَبُّ أَنْ لَا يَأْخُذَ.

(وَيَجِبُ أَنْ يَكُونَ عَدْلًا مَأْمُونًا عَالِمًا بِالْقِسْمَةِ) لِأَنَّهُ مِنْ جِنْسِ عَمَلِ الْقَضَاءِ، وَلِأَنَّهُ لَا بُدَّ مِنَ الْقُدْرَةِ وَهِيَ بِالْعِلْمِ، وَمِنْ الْاعْتِمَادِ عَلَى قَوْلِهِ وَهُوَ بِالْأَمَانَةِ (وَلَا يُجْبَرُ الْقَاضِي النَّاسَ عَلَى قَاسِمٍ وَاحِدٍ) مَعْنَاهُ لَا يُجْبَرُهُمْ عَلَى أَنْ يَسْتَاجِرُوهُ لِأَنَّهُ لَا جَبْرَ عَلَى الْعُقُودِ، وَلِأَنَّهُ لَوْ تَعَيَّنَ لَتَحَكَّمَ بِالزِّيَادَةِ عَلَى أَجْرِ مِثْلِهِ (وَلَوْ اصْطَلَحُوا فَافْتَسَمُوا جَازَ، إِلَّا إِذَا كَانَ فِيهِمْ صَغِيرٌ فَيَحْتَاجُ إِلَى أَمْرِ الْقَاضِي) لِأَنَّهُ لَا وِلَايَةَ لَهُمْ عَلَيْهِ (وَلَا يَتْرُكُ الْقَسَامَ يَشْتَرِكُونَ) كَيْ لَا تَصِيرَ الْأَجْرَةُ غَالِيَةً بِتَوَاطُلِهِمْ، وَعِنْدَ عَدَمِ الشَّرِكَةِ يَتَبَادَرُ كُلُّ مِنْهُمْ إِلَيْهِ خِيفَةً الْفَوْتِ فَيَرْخِصُ الْأَجْرَ قَالَ (وَأَجْرَةُ الْقِسْمَةِ عَلَى عَدَدِ الرُّءُوسِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا عَلَى قَدْرِ الْأَنْصِبَاءِ) لِأَنَّهُ مُؤَنَّةُ الْمَلِكِ فَيَتَقَدَّرُ بِقَدْرِهِ كَأَجْرَةِ الْكَيْالِ وَالْوِزَانِ وَحَضَرِ الْبَيْتِ الْمَشْتَرَكَةِ وَتَفَقَّعِ الْمَمْلُوكِ الْمَشْتَرَكِ وَالْأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الْأَجْرَ مُقَابِلَ التَّمْيِيزِ، وَأَنَّهُ لَا يَتَفَاوَتُ، وَرُبَّمَا يَصْعَبُ الْحِسَابُ بِالنَّظَرِ إِلَى الْقَلِيلِ، وَقَدْ يَنْعَكِسُ الْأَمْرُ فَيَتَعَدَّرُ اعْتِبَارُهُ فَيَتَعَلَّقُ الْحُكْمُ بِأَصْلِ التَّمْيِيزِ، بِخِلَافِهِ حَضَرِ الْبَيْتِ لِأَنَّ الْأَجْرَ مُقَابِلَ بِنَقْلِ الثَّرَابِ وَهُوَ يَتَفَاوَتُ، وَالْكَيْلُ وَالْوِزْنُ إِنْ كَانََ لِلْقِسْمَةِ قِيلَ هُوَ عَلَى الْخِلَافِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ

لِلْقِسْمَةِ فَلَا جُرْ مُقَابِلَ بِعَمَلِ الْكِيلِ وَالْوَزْنِ وَهُوَ يَتَفَاوَتْ وَهُوَ الْعُدْرُ لَوْ أُطْلِقَ وَلَا يُفْصَلُ وَعَنْهُ أَنَّهُ عَلَى الطَّالِبِ دُونَ الْمَمْتَنِعِ لِنَفْعِهِ وَمَضَرَّةِ الْمَمْتَنِعِ.

قَالَ: (وَإِذَا حَضَرَ الشُّرَكَاءُ عِنْدَ الْقَاضِي وَفِي أَيْدِيهِمْ دَارٌ أَوْ ضِيعَةٌ وَادَّعَوْا أَنَّهُمْ وَرَثُوهَا عَنْ فُلَانٍ لَمْ يَقْسِمْهَا الْقَاضِي عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ حَتَّى يَقِيمُوا الْبَيِّنَةَ عَلَى مَوْتِهِ وَعَدَدٍ وَرَثَتِهِ وَقَالَ صَاحِبَاهُ: يَقْسِمُهَا بِاعْتِرَافِهِمْ، وَيَذْكُرُ فِي كِتَابِ الْقِسْمَةِ أَنَّهُ قَسَمَهَا بِقَوْلِهِمْ وَإِنْ كَانَ الْمَالُ الْمُشْتَرَكُ مَا سِوَى الْعَقَارِ وَادَّعَوْا أَنَّهُ مِيرَاثٌ قَسَمَهُ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا، وَلَوْ ادَّعَوْا فِي الْعَقَارِ أَنَّهُمْ اشْتَرَوْهُ قَسَمَهُ بَيْنَهُمْ) لَهُمَا أَنْ الْيَدَ دَلِيلُ الْمَلِكِ وَالْإِقْرَارُ أَمَارَةُ الصَّدْقِ وَلَا مُنَازَعٌ لَهُمْ فَيَقْسِمُهُ بَيْنَهُمْ كَمَا فِي الْمَنْقُولِ الْمَوْرُوثِ وَالْعَقَارِ الْمُشْتَرَى، وَهَذَا لِأَنَّهُ لَا مُنْكَرَ وَلَا بَيِّنَةَ إِلَّا عَلَى الْمُنْكَرِ فَلَا يُفِيدُ، إِلَّا أَنَّهُ يَذْكُرُ فِي كِتَابِ الْقِسْمَةِ أَنَّهُ قَسَمَهَا بِإِقْرَارِهِمْ لِيَقْتَصِرَ عَلَيْهِمْ وَلَا يَتَعَدَّاهُمْ وَلَهُ أَنْ يَقْسِمَ قَضَاءً عَلَى الْمَيْتِ إِذَا التَّرِكَتُ مُبْقَاةً عَلَى مِلْكِهِ قَبْلَ الْقِسْمَةِ، حَتَّى تَوْحَدَتِ الزِّيَادَةُ قَبْلَهَا تُنْفَذُ وَصَايَاهُ فِيهَا وَتُقْضَى دِيُونُهُ مِنْهَا، بِخِلَافِهِ مَا بَعْدَ الْقِسْمَةِ، وَإِذَا كَانَتْ قَضَاءً عَلَى الْمَيْتِ فَلَا إِقْرَارَ لَيْسَ بِحُجَّتٍ عَلَيْهِ فَلَا بُدَّ مِنَ الْبَيِّنَةِ وَهُوَ مُفِيدٌ، لِأَنَّ بَعْضَ الْوَرَثَةِ يَنْتَصِبُ خَصَمًا عَنِ الْمَوْرُوثِ.

وَلَا يَمْتَنِعُ ذَلِكَ بِإِقْرَارِهِ كَمَا فِي الْوَارِثِ أَوْ الْوَصِيِّ الْمُقَرَّبِ بِالْدَيْنِ فَإِنَّهُ يُقْبَلُ الْبَيِّنَةُ عَلَيْهِ مَعَ إِقْرَارِهِ، بِخِلَافِ الْمَنْقُولِ لِأَنَّ فِي الْقِسْمَةِ نَظْرًا لِلْحَاجَةِ إِلَى الْحِفْظِ أَمَّا الْعَقَارُ فَمُحَصَّنٌ بِنَفْسِهِ، وَلِأَنَّ الْمَنْقُولَ مَضْمُونٌ عَلَى مَنْ وَقَعَ فِي يَدِهِ، وَلَا كَذَلِكَ الْعَقَارُ عِنْدَهُ، وَبِخِلَافِ الْمُشْتَرَى لِأَنَّ الْمُبْعَ لَا يَبْقَى عَلَى مِلْكِ الْبَائِعِ وَإِنْ لَمْ يَقْسِمْ فَلَمْ تَكُنِ الْقِسْمَةُ قَضَاءً عَلَى الْغَيْرِ قَالَ (وَإِنْ ادَّعَا الْمَلِكُ وَلَمْ يَذْكُرُوا كَيْفَ انْتَقَلَ إِلَيْهِمْ قَسَمَهُ بَيْنَهُمْ) لِأَنَّهُ لَيْسَ فِي الْقِسْمَةِ قَضَاءٌ عَلَى الْغَيْرِ، فَإِنَّهُمْ مَا أَقْرَأُوا بِالْمَلِكِ لغيرِهِمْ قَالَ ﷺ: هَذِهِ رِوَايَةٌ فِي كِتَابِ الْقِسْمَةِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (عَدْلًا مَأْمُونًا) ذَكَرَ الْأَمَانَةَ بَعْدَ الْعَدَالَةِ وَإِنْ كَانَتْ مِنْ لَوَازِمِهَا لِحَوَازِ أَنْ يَكُونَ غَيْرَ ظَاهِرِ الْأَمَانَةِ (قَوْلُهُ وَلَوْ اصْطَلَحُوا فَاقْتَسَمُوا) يَعْنِي لَمْ يَرْفَعُوا الْأَمْرَ إِلَى الْحَاكِمِ بَلْ اقْتَسَمُوا بِأَنْفُسِهِمْ بِاصْطِلَاحِهِمْ، فَهُوَ جَائِزٌ لَمَّا أَنَّ فِي الْقِسْمَةِ مَعْنَى الْمَعَاوِضَةِ فَتَثْبُتُ بِالْتَّرَاضِي كَمَا فِي سَائِرِ الْمَعَاوِضَاتِ. وَقَوْلُهُ (كَأَجْرَةِ الْكَيْالِ وَالْوَزَانِ وَحَقْرِ الْبُئْرِ

المُشْتَرَكَةِ) يَعْنِي إِذَا اسْتَأْجَرُوا الْكَيْالَ لِيَفْعَلَ الْكَيْلَ فِيمَا هُوَ مُشْتَرَكٌ بَيْنَهُمْ فَلِلْأَجْرَةِ عَلَى قَدْرِ الْأَنْصِبَاءِ، وَكَذَلِكَ الْوَرَّانُ وَالْحَافِرُ (وَقَوْلُهُ إِنَّ الْأَجْرَ مُقَابِلٌ بِالتَّمْيِيزِ، وَلَئِنَّهُ لَا يَتَفَاوَتْ) تَحْقِيقُهُ أَنَّ الْقَاسِمَ لَا يَسْتَحِقُّ الْأَجْرَ بِالمِسَاحَةِ وَمَدَّ الْأُطْنَابِ وَالْمَشْيِ عَلَى الْحُدُودِ، لِأَنَّهُ لَوْ اسْتَعَانَ فِي ذَلِكَ بِأَرْيَابِ الْمَلِكِ اسْتَوْجَبَ كَمَالَ الْأَجْرِ إِذَا قَسَمَ بِنَفْسِهِ، فَدَلَّ عَلَى أَنَّ الْأَجْرَةَ فِي مُقَابَلَةِ الْقِسْمَةِ، وَرُبَّمَا يَصْعُبُ الْحِسَابُ بِالنَّظَرِ إِلَى الْقَلِيلِ لِأَنَّ الْحِسَابَ يَدُقُّ بِتَفَاوُتِ الْأَنْصِبَاءِ وَيَزْدَادُ دَقَّةً بِقَلَّةِ الْأَنْصِبَاءِ، فَلَعَلَّ تَمْيِيزَ نَصِيبِ صَاحِبِ الْقَلِيلِ أَشَقُّ، وَيَجُوزُ أَنْ يَعْسُرَ عَلَيْهِ تَمْيِيزُ نَصِيبِ صَاحِبِ الْكَثِيرِ لِكُسُورِ وَقَعَتِ فِيهِ فَيَتَعَذَّرُ اعْتِبَارُ الْكَثَرَةِ وَالْقَلَّةِ فَيَتَعَلَّقُ الْحُكْمُ بِأَصْلِ التَّمْيِيزِ، بِخِلَافِ حَفْرِ الْبُئْرِ لِأَنَّ الْأَجْرَ مُقَابِلٌ بِنَقْلِ التُّرَابِ وَهُوَ يَتَفَاوَتْ.

وَقَوْلُهُ (وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لِلْقِسْمَةِ) بَأَنْ اشْتَرَىا مَكِيلًا أَوْ مَوْزُونًا وَأَمَرًا إِنْسَانًا بِكَيْلِهِ لِيَصِيرَ الْكُلُّ مَعْلُومَ الْقَدْرِ (فَلِلْأَجْرِ بِقَدْرِ الْأَنْصِبَاءِ وَهُوَ الْعُذْرُ لَوْ أُطْلِقَ وَلَا يَفْصِلُ) يَعْنِي لَوْ أُطْلِقَ أَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي الْجَوَابِ، وَقَالَ: أَجْرَةُ الْكَيْالِ بِقَدْرِ عَمَلِهِ سَوَاءً كَانَ الْكَيْلُ لِلْقِسْمَةِ أَوْ لَا، فَالْعُذْرُ لَهُ فِي ذَلِكَ هُوَ التَّفَاوُتُ لِأَنَّ عَمَلَهُ فِي ذَلِكَ لِصَاحِبِ الْكَثِيرِ أَكْثَرُ فَكَانَ أَصْعَبَ وَالْأَجْرُ بِقَدْرِ الْعَمَلِ، بِخِلَافِ الْقِسَامِ فَإِنَّهُ قَدْ يَعْكُسُ كَمَا تَقَدَّمَ. وَقَوْلُهُ (وَلَا يَفْصِلُ) تَأْكِيدٌ وَبَيَانٌ. وَقَوْلُهُ (وَعَنْهُ) أَيُّ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ (أَنَّ الْأَجْرَ كُلَّهُ عَلَى الطَّالِبِ دُونَ الْمُتَمَتِّعِ لَتَفْعِهِ وَمَضَرَّةِ الْمُتَمَتِّعِ). قَالَ (وَإِذَا حَضَرَ الشُّرَكَاءُ عِنْدَ الْقَاضِي) إِذَا حَضَرَ الشُّرَكَاءُ عِنْدَ الْقَاضِي وَفِي أَيْدِيهِمْ مَالٌ وَطَلَبُوا قِسْمَتَهُ فِيمَا أَنْ يَكُونَ عَقَارًا أَوْ غَيْرَهُ، فَإِنْ كَانَ عَقَارًا فَأَمَّا إِنْ ادَّعَوْا أَنَّهُمْ وَرَثَتُهُ أَوْ اشْتَرَوْهُ أَوْ سَكَنُوا عَنْ كَيْفِيَّةِ الْإِنْتِقَالِ إِلَيْهِمْ، فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ لَمْ يَقْسِمَهُ الْقَاضِي حَتَّى يُقِيمُوا الْبَيِّنَةَ عَلَى مَوْتِهِ، وَعَدَّدَ وَرَثَتَهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَقَالَا: يَقْسِمُهُ بِاعْتِرَافِهِمْ) وَإِنْ كَانَ الثَّانِي قَسَمَهُ بَيْنَهُمْ بِالتَّفَاقُقِ، وَإِنْ كَانَ الثَّلَاثُ قَسَمَهُ بَيْنَهُمْ عَلَى مَا تَذَكَّرُهُ، وَإِنْ كَانَ غَيْرَ عَقَارٍ وَادَّعَوْا أَنَّهُ مِيرَاثٌ قَسَمَهُ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا. لَهُمَا أَنْ الِامْتِنَاعَ عَنِ الْقِسْمَةِ إِمَّا أَنْ يَكُونَ لَشُبْهَةٍ فِي الْمَلِكِ أَوْ لثَهْمَةٍ فِي دَعْوَاهُ أَوْ لِمُنَازَعٍ لِلْمُدَّعِي فِي دَعْوَاهُ، وَلَا شَيْءَ مِنْ ذَلِكَ بِمُتَحَقِّقٍ لِأَنَّ الْيَدَ دَلِيلُ الْمَلِكِ وَالْإِقْرَارُ أَمَارَةُ الصَّدَقِ وَالْفَرْضُ عَدَمُ الْمُنَازَعِ فَيَقْسِمُهُ بَيْنَهُمْ كَمَا فِي الْمَقُولِ الْمَوْرُوثِ وَالْعَقَارِ الْمَشْتَرَى، وَطَلَبُ الْبَيِّنَةِ لَيْسَ بِإِلْزَامٍ لِأَنَّهَا

لَا تَكُونُ إِلَّا عَلَى مُنْكَرٍ وَلَا مُنْكَرَ هَاهُنَا فَلَا تُفِيدُ إِلَّا أَنَّهُ يُذَكَّرُ فِي كِتَابِ الْقِسْمَةِ: أَيْ فِي الصَّكِّ الَّذِي يَكْتُبُهُ الْقَاضِي أَنَّهُ قَسَمَهُ بِاعْتِرَافِهِمْ لئَلَّا يَكُونَ حُكْمُهُ مُتَعَدِّيًا إِلَى غَيْرِهِمْ. وَلَأَيُّ حَنِيفَةٍ أَنَّ الْقِسْمَةَ قَضَاءٌ عَلَى الْمَيِّتِ. إِذِ التَّرَكَةُ قَبْلَ الْقِسْمَةِ مُبْقَاةٌ عَلَى مَلِكِهِ، حَتَّى لَوْ حَدَثَتِ الزِّيَادَةُ تَنَفَّذُ وَصَايَاهُ فِيهَا وَتُقْضَى ذُبُونُهُ مِنْهَا.

وَعَنْ هَذَا قَالُوا: إِذَا أَوْصَى بِجَارِيَةٍ لِإِنْسَانٍ فَوَلَدَتْ قَبْلَ الْقِسْمَةِ تَنَفَّذُ الْوَصِيَّةُ فِيهِمَا بِقَدْرِ الثَّلَاثِ كَأَنَّهُ أَوْصَى بِهِمَا، بِخِلَافِ مَا بَعْدَ الْقِسْمَةِ فَإِنَّ الزِّيَادَةَ لِلْمَوْصَى لَهُ، فَذَلَّ أَنْ التَّرَكَةُ مُبْقَاةٌ عَلَى مَلِكِ الْمَيِّتِ فَكَأَنَّتِ الْقِسْمَةُ قَضَاءً عَلَى الْمَيِّتِ فَلَا بُدَّ لَهُ مِنْ حُجَّةٍ وَهِيَ إِمَّا إِقْرَارُ الْوَرَثَةِ أَوْ بَيِّنَتُهُمْ، وَإِقْرَارُهُمْ لَيْسَ بِحُجَّةٍ عَلَى الْمَيِّتِ فَلَا بُدَّ مِنَ الْبَيِّنَةِ.

وَقَوْلُهُ وَهُوَ مُفِيدُ جَوَابٍ عَنْ قَوْلِهِمَا فَلَا يُفِيدُ ذَلِكَ، لِأَنَّ بَعْضَ الْوَرَثَةِ يَنْتَصِبُ خَصْمًا بِأَنْ يُجْعَلَ أَحَدُ الْحَاضِرِينَ مُدْعِيًا وَالْآخَرُ مُدْعَى عَلَيْهِ. فَإِنْ قِيلَ: كُلُّ مِنْهُمَا مُقَرَّرٌ بِدَعْوَى صَاحِبِهِ وَالْمُقَرَّرُ لَا يَصْلُحُ خَصْمًا لِلْمُدْعَى عَلَيْهِ. أَجَابَ بِقَوْلِهِ وَلَا يَمْتَنِعُ ذَلِكَ: أَيْ كَوْنُهُ خَصْمًا بِسَبَبِ إِقْرَارِهِ لِحَوَازِ اجْتِمَاعِ الْإِقْرَارِ مَعَ كَوْنِهِ خَصْمًا كَمَا فِي الْوَارِثِ أَوْ الْوَصِيِّ الْمُقَرَّرِ بِالذُّيُونِ فَإِنَّهُ إِنَّمَا يُقْضَى عَلَيْهِمَا بِالْبَيِّنَةِ بِذِيُونِ الْمَيِّتِ وَإِنْ كَانَا مُقَرَّرِينَ بِهَا، وَهَذَا لِأَنَّ الْمُدْعَى يَحْتَاجُ إِلَى إِبْتَاتِ الدَّيْنِ فِي حَقِّهِمْ وَحَقِّ غَيْرِهِمْ، لِأَنَّهُ رَبُّمَا يَكُونُ لِلْمَيِّتِ غَرِيمٌ ذَنْبُهُ ظَاهِرٌ وَذَيْنُ الْمُقَرَّرِ لَا بِإِقْرَارِ الْوَرَثَةِ لَا يَظْهَرُ فِي حَقِّهِ فَيَحْتَاجُ إِلَى إِقَامَةِ الْبَيِّنَةِ لِيَكُونَ حَقُّهُ فِي جَمِيعِ مَالِ الْمَيِّتِ وَيَلْزَمُ ذَلِكَ جَمِيعَ الْوَرَثَةِ وَلَا يَثْبُتُ ذَلِكَ إِلَّا بِالْبَيِّنَةِ (قَوْلُهُ بِخِلَافِ الْمُنْقُولِ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِمَا كَمَا فِي الْمُنْقُولِ الْمُرُوثِ، وَهُوَ عَلَى وَجْهَيْنِ أَحَدُهُمَا قَوْلُهُ لِأَنَّ فِي الْقِسْمَةِ نَظْرًا إِلَخ. وَالثَّانِي أَنَّ الْمُنْقُولَ مَضْمُونٌ عَلَى مَنْ وَقَعَ فِي يَدِهِ بَعْدَ الْقِسْمَةِ وَفِي الْقِسْمَةِ جَعَلَهُ مَضْمُونًا، وَفِي ذَلِكَ نَظَرٌ لِلْمَيِّتِ، بِخِلَافِ الْعَقَارِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ فَإِنَّهُ لَا يَصِيرُ مَضْمُونًا عَلَى مَنْ وَقَعَ فِي يَدِهِ عِنْدَهُ (وَبِخِلَافِ الْمُشْتَرَى) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِمَا وَالْعَقَارُ الْمُشْتَرَى عَلَى ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ، فَقَدْ رُوِيَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ فِي غَيْرِ الْأَصُولِ أَنَّ الْقَاضِي لَا يَقْسِمُهُ بَيْنَهُمْ وَسَوَى بَيْنَ الشَّرَاءِ وَالْمِيرَاثِ.

وَجْهُ الظَّاهِرِ مَا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ أَنَّ الْمَبِيعَ بَعْدَ الْعَقْدِ لَا يَبْقَى عَلَى مَلِكِ الْبَائِعِ وَإِنْ لَمْ يُقْسَمَ فَلَمْ تَكُنْ الْقِسْمَةُ قَضَاءً عَلَى الْغَيْرِ (قَوْلُهُ وَإِنْ أَدَّعَا الْمَلِكُ) هَذَا هُوَ الْقِسْمُ الثَّلَاثُ الْمَوْعُودُ وَمَعْنَاهُ ظَاهِرٌ. قَالَ الْمُصَنِّفُ رَحِمَهُ اللَّهُ (هَذِهِ) يَعْنِي الْقِسْمَةَ فِيمَا بَيْنَهُمْ

مِنْ غَيْرِ إِقَامَةِ الْبَيِّنَةِ (رَوَايَةُ كِتَابِ الْقِسْمَةِ) وَأَعَادَ لَفْظَ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ لِأَنَّهُ يُفِيدُ أَنَّهُ لَا يُقَسَّمُ حَتَّى يُقِيمَا الْبَيِّنَةَ عَلَى الْمَلِكِ لَاحْتِمَالِ أَنْ يَكُونَ مَا فِي أَيْدِيهِمَا مِلْكًا لغيرِهِمَا فَإِنَّهُمَا لَمَّا لَمْ يَذْكُرَا السَّبَبَ احْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ مِيرَاثًا فَيَكُونُ مِلْكًا لِلغَيْرِ وَأَنْ يَكُونَ مُشْتَرَى فَيَكُونُ مِلْكًا لَهُمَا، لِأَنَّ الْأَصْلَ أَنْ تَكُونَ الْأَمْلاكُ فِي يَدِ مُلَاكِهَا فَلَا تُقَسَّمُ احْتِطَاءً.

قِيلَ هَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ خَاصَّةً، وَعِنْدَهُمَا تُقَسَّمُ بَيْنَهُمَا لِأَنَّهُمَا يُقَسَّمَانِ فِي الْمِيرَاثِ بِلَا بَيِّنَةٍ فَبَيِّنَةُ هَذَا أَوْلَى. وَقِيلَ قَوْلُ الْكَلِّ وَهُوَ الْأَصَحُّ، لِأَنَّ الْقِسْمَةَ نَوْعَانِ: قِسْمَةٌ لِحَقِّ الْمَلِكِ لِتَكْمِيلِ الْمُنْفَعَةِ، وَقِسْمَةٌ لِحَقِّ الدَّارِ لِأَجْلِ الْحِفْظِ وَالصِّيَانَةِ. وَالثَّانِي فِي الْعَقَارِ غَيْرُ مُحْتَاجٍ إِلَيْهِ فَتُعَيَّنُ قِسْمَةُ الْمَلِكِ، وَقِسْمَةُ الْمَلِكِ تَنْقَرُ إِلَى قِيَامِ الْمَلِكِ، وَلَا مَلِكَ يَدُونُ الْبَيِّنَةُ فَامْتَنَعَ الْجَوَازُ.

(وَفِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ: أَرْضٌ ادَّعَاهَا رَجُلَانِ وَأَقَامَا الْبَيِّنَةَ أَنَّهَا فِي أَيْدِيهِمَا وَأَرَادَا الْقِسْمَةَ لَمْ يَقْسِمَهَا حَتَّى يُقِيمَا الْبَيِّنَةَ أَنَّهَا لَهُمَا) لَاحْتِمَالِ أَنْ يَكُونَ لِغَيْرِهِمَا ثُمَّ قِيلَ هُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَقِيلَ قَوْلُ الْكَلِّ، وَهُوَ الْأَصَحُّ لِأَنَّ قِسْمَةَ الْحِفْظِ فِي الْعَقَارِ غَيْرُ مُحْتَاجٍ إِلَيْهِ، وَقِسْمَةُ الْمَلِكِ تَنْقَرُ إِلَى قِيَامِهِ وَلَا مَلِكَ فَامْتَنَعَ الْجَوَازُ قَالَ (وَإِذَا حَضَرَ وَارِثَانِ وَأَقَامَا الْبَيِّنَةَ عَلَى الْوَفَاةِ وَعَدَدِ الْوَرَثَةِ وَالِدَارُ فِي أَيْدِيهِمَا وَمَعَهُمَا وَارِثٌ غَائِبٌ قَسَمَهَا الْقَاضِي بِطَلَبِ الْحَاضِرِينَ وَيُنَصَّبُ وَكِيلًا يَقْبِضُ نَصِيبَ الْغَائِبِ، وَكَذَا لَوْ كَانَ مَكَانَ الْغَائِبِ صَبِيٌّ يَقْسِمُ وَيُنَصَّبُ وَصِيًّا يَقْبِضُ نَصِيبَهُ) لِأَنَّ فِيهِ نَظْرًا لِلْغَائِبِ وَالصَّغِيرِ، وَلَا بُدَّ مِنْ إِقَامَةِ الْبَيِّنَةِ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ عِنْدَهُ أَيْضًا خِلَافًا لَهُمَا كَمَا ذَكَرْنَا مِنْ قَبْلُ (وَلَوْ كَانُوا مُشْتَرِينَ لَمْ يَقْسِمْ مَعَ غَيْبَةِ أَحَدِهِمَا) وَالْفَرْقُ أَنَّ مَلِكَ الْوَارِثِ مَلِكٌ خِلَافَةً حَتَّى يَرُدَّ بِالْعَيْبِ وَيَرُدَّ عَلَيْهِ بِالْعَيْبِ فِيمَا اشْتَرَاهُ الْمَوْرِثُ أَوْ بَاعَ وَيَصِيرُ مَغْرُورًا بِشِرَاءِ الْمَوْرِثِ فَانْتَصَبَ أَحَدُهُمَا خَصَمًا عَنِ الْمَيِّتِ فِيمَا فِي يَدِهِ وَالْآخَرُ عَنْ نَفْسِهِ فَصَارَتِ الْقِسْمَةُ قَضَاءً بِحَضَرَةِ الْمُتَخَاصِمِينَ. أَمَّا الْمَلِكُ الثَّابِتُ بِالشِّرَاءِ مَلِكٌ مُبْتَدَأٌ وَلِهَذَا لَا يَرُدُّ بِالْعَيْبِ عَلَى بَائِعِ بَائِعِهِ فَلَا يَصْلُحُ الْحَاضِرُ خَصَمًا عَنِ الْغَائِبِ فَوُضِحَ الْفَرْقُ.

(وَأِنْ كَانَ الْعَقَارُ فِي يَدِ الْوَارِثِ الْغَائِبِ أَوْ شَيْءٍ مِنْهُ لَمْ يَقْسَمْ، وَكَذَا إِذَا كَانَ فِي يَدِ مُوَدِّعِهِ، وَكَذَا إِذَا كَانَ فِي يَدِ الصَّغِيرِ) لِأَنَّ الْقِسْمَةَ قَضَاءٌ عَلَى الْغَائِبِ وَالصَّغِيرِ

بِاسْتِحْقَاقِ يَدَيْهِمَا مِنْ غَيْرِ خَصْمٍ حَاضِرٍ عَنْهُمَا، وَأَمِينُ الْخَصْمِ لَيْسَ بِخَصْمٍ عَنْهُ فِيمَا يَسْتَحِقُّ عَلَيْهِ، وَالْقَضَاءُ مِنْ غَيْرِ الْخَصْمِ لَا يَجُوزُ. وَلَا فَرْقَ فِي هَذَا الْفَصْلِ بَيْنَ إِقَامَةِ الْبَيِّنَةِ وَعَدَمِهَا هُوَ الصَّحِيحُ كَمَا أُطْلِقَ فِي الْكِتَابِ.

قَالَ (وَأِنْ حَضَرَ وَارِثٌ وَاحِدٌ لَمْ يَقْسَمْ وَإِنْ أَقَامَ الْبَيِّنَةَ) لِأَنَّهُ لَا بُدَّ مِنْ حُضُورِ خَصْمَيْنِ، لِأَنَّ الْوَاحِدَ لَا يَصْلُحُ مُخَاصِمًا وَمُخَاصِمًا، وَكَذَا مُقَاسِمًا وَمُقَاسِمًا، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ الْحَاضِرُ اثْنَيْنِ عَلَى مَا بَيَّنَّا (وَلَوْ كَانَ الْحَاضِرُ كَبِيرًا وَصَغِيرًا نَصَبَ الْقَاضِي عَنِ الصَّغِيرِ وَصِيًّا وَقَسَمَ إِذَا أَقِيمَتِ الْبَيِّنَةُ، وَكَذَا إِذَا حَضَرَ وَارِثٌ كَبِيرٌ وَمُوصَى لَهُ بِالثُلُثِ فِيهَا وَطَلَبَا الْقِسْمَةَ وَأَقَامَا الْبَيِّنَةَ عَلَى الْمِيرَاثِ وَالْوَصِيَّةِ يَقْسِمُهُ) لِاجْتِمَاعِ الْخَصْمَيْنِ الْكَبِيرِ عَنِ الْمَيِّتِ وَالْمُوصَى لَهُ عَنْ نَفْسِهِ، وَكَذَا الْوَصِيُّ عَنِ الصَّبِيِّ كَأَنَّهُ حَضَرَ بِنَفْسِهِ بَعْدَ الْبُلُوغِ لِقِيَامِهِ مَقَامَهُ

الشرح:

قَالَ (وَأِنْ حَضَرَ وَارِثَانِ وَأَقَامَا الْبَيِّنَةَ عَلَى الْوَفَاةِ وَعَدَدِ الْوَرَّةِ وَالْدَّارِ فِي أَيْدِيهِمْ وَمَعَهُمْ وَارِثٌ غَائِبٌ قَسَمَهَا الْقَاضِي بِطَلَبِ الْحَاضِرِينَ وَيَنْصِبُ لِلْغَائِبِ وَكِيلًا يَقْبِضُ نَصِيْبَهُ) قِيلَ قَوْلُهُ فِي أَيْدِيهِمْ وَمَعَهُمْ وَارِثٌ غَائِبٌ وَقَعَ سَهْوًا مِنَ التَّاسِيخِ، وَالصَّحِيحُ فِي أَيْدِيهِمَا، لِأَنَّهَا لَوْ كَانَتْ فِي أَيْدِيهِمْ لَكَانَ الْبَعْضُ فِي يَدِ الْغَائِبِ ضَرْوْرَةً، وَقَدْ ذَكَرَ بَعْدَ هَذَا فِي الْكِتَابِ وَإِنْ كَانَ الْعَقَارُ فِي يَدِ الْوَارِثِ الْغَائِبِ أَوْ شَيْءٌ مِنْهُ لَمْ يُقَسَمْ.

وَأُجِيبَ بِأَنَّهُ أُطْلِقَ الْجَمْعُ وَأَرَادَ الْمُثْنَى بِقَرِينَةِ قَوْلِهِ وَارِثَانِ وَأَقَامَا لَكُنْهُ مُلْتَبِسٌ (وَكَذَا لَوْ كَانَ مَكَانَ الْغَائِبِ صَبِيٌّ يُقَسَمُ وَيَنْصِبُ وَصِيًّا يَقْبِضُ نَصِيْبَهُ لِأَنَّ فِيهِ نَظَرًا لِلْغَائِبِ وَالصَّبِيِّ) لظُهُورِ نَصِيْبِهِمَا بِمَا فِي يَدِ الْغَيْرِ (وَلَا بُدَّ مِنْ إِقَامَةِ الْبَيِّنَةِ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ) يَعْنِي فِيمَا إِذَا كَانَ مَعَهُمَا صَبِيٌّ (عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ) كَمَا إِذَا كَانَ مَعَهُمَا غَائِبٌ (خِلَافًا لَهُمَا كَمَا ذَكَرْنَا مِنْ قَبْلُ) يُرِيدُ بِهِ قَوْلُهُ لَمْ يَقْسِمَهَا الْقَاضِي عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ حَتَّى يُقِيمُوا الْبَيِّنَةَ عَلَى مَوْتِهِ وَعَدَدِ وَرَثَتِهِ. وَقَالَ صَاحِبَاهُ: يَقْسِمُهَا بِاعْتِرَافِهِمْ (وَلَوْ كَانُوا مُشْتَرِينَ لَمْ يُقَسَمْ مَعَ غَيْبَةِ أَحَدِهِمْ) وَإِنْ أَقَامُوا الْبَيِّنَةَ عَلَى الشَّرَاءِ وَذَكَرَ الْفَرْقَ بَيْنَهُمَا وَهُوَ وَاضِحٌ (قَوْلُهُ وَيَصِيرُ مَعْرُورًا بِشِرَاءِ الْمَوْرَثِ) صَوْرَتُهُ: اشْتَرَى الْمَوْرَثُ

جَارِيَةً وَمَاتَ وَاسْتَوْلَدَهَا الْوَارِثُ ثُمَّ أُسْتَحِقَّتْ يَكُونُ الْوَلَدُ حُرًّا بِالْقِيَمَةِ وَيَرْجِعُ الْوَارِثُ بِهَا عَلَى الْبَائِعِ كَالْمُورِثِ (وَقَوْلُهُ وَلَا فَرْقَ فِي هَذَا الْفَصْلِ بَيْنَ إِقَامَةِ الْبَيِّنَةِ وَعَدَمِهَا) يَعْنِي فِيمَا إِذَا كَانَ الْعَقَارُ فِي يَدِ الْوَارِثِ الْغَائِبِ أَوْ شَيْءٌ مِنْهُ.

وَقَوْلُهُ (كَمَا أُطْلِقَ فِي الْكِتَابِ) يَعْنِي قَوْلُهُ لَمْ يُقَسِّمْ مِنْ غَيْرِ أَنْ يَذْكَرَ إِقَامَةُ الْبَيِّنَةِ. وَقَوْلُهُ (هُوَ الصَّحِيحُ) اخْتِرَازٌ عَمَّا ذُكِرَ فِي الْمَسْطُوطِ وَإِنْ كَانَ شَيْءٌ مِنَ الْعَقَارِ فِي يَدِ الصَّغِيرِ أَوْ الْغَائِبِ لَمْ أَقْسِمْهَا بِإِفْرَارِ الْحُضُورِ حَتَّى تَقُومَ الْبَيِّنَةُ عَلَى أَصْلِ الْمِيرَاثِ، لِأَنَّ فِي هَذِهِ الْقِسْمَةِ قَضَاءٌ عَلَى الْغَائِبِ وَالصَّغِيرِ بِإِخْرَاجِ شَيْءٍ مِمَّا كَانَ فِي يَدِهِ عَنْ يَدِهِ (وَإِنْ حَضَرَ وَارِثٌ وَاحِدٌ لَمْ يُقَسِّمْ وَإِنْ أَقَامَ الْبَيِّنَةَ، لِأَنَّهُ لَا بُدَّ مِنْ حُضُورِ خَصْمَيْنِ لِأَنَّ الْوَاحِدَ لَا يَصْلُحُ مُخَاصِمًا وَمُخَاصِمًا) فَالْحَاضِرُ إِنْ كَانَ خَصْمًا عَنْ نَفْسِهِ فَلَيْسَ ثَمَّةَ خَصْمٍ عَنِ الْمَيِّتِ وَعَنِ الْغَائِبِ، وَإِنْ كَانَ خَصْمًا عَنْهُمَا فَمَا ثَمَّةَ مَنْ يُخَاصِمُ عَنْ نَفْسِهِ لِيُقِيمَ الْبَيِّنَةَ بِذَلِكَ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ الْحَاضِرُ اثْنَيْنِ، وَالْبَاقِي ظَاهِرٌ.

فَصْلٌ فِيمَا يُقَسِّمُ وَمَا لَا يُقَسِّمُ

قَالَ (وَإِذَا كَانَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنَ الشُّرَكَاءِ يَنْتَفِعُ بِنَصِيبِهِ قَسَمَ بِطَلَبِ أَحَدِهِمْ) لِأَنَّ الْقِسْمَةَ حَقٌّ لَزِمٌ فِيمَا يَحْتَمِلُهَا عِنْدَ طَلَبِ أَحَدِهِمْ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ مِنْ قَبْلُ (وَإِنْ كَانَ يَنْتَفِعُ أَحَدُهُمْ وَيَسْتَضِرُّ بِهِ الْآخَرُ لِقِلَّةِ نَصِيبِهِ، فَإِنْ طَلَبَ صَاحِبُ الْكَثِيرِ قَسَمَ، وَإِنْ طَلَبَ صَاحِبُ الْقَلِيلِ لَمْ يَقَسِّمْ) لِأَنَّ الْأَوَّلَ يَنْتَفِعُ بِهِ فَيُعْتَبَرُ طَلَبُهُ، وَالثَّانِي مُتَعَتِّ فِي طَلَبِهِ فَلَمْ يُعْتَبَرِ وَذَكَرَ الْجَصَاصُ عَلَى قَلْبِ هَذَا لِأَنَّ صَاحِبَ الْكَثِيرِ يُرِيدُ الْإِضْرَارَ بِغَيْرِهِ وَالْآخَرُ يَرْضَى بِضَرَرِ نَفْسِهِ وَذَكَرَ الْحَاكِمُ الشَّهِيدُ فِي مُخْتَصَرِهِ أَنَّ أَيُّهُمَا طَلَبَ الْقِسْمَةَ يَقَسِّمُ الْقَاضِي، وَالْوَجْهُ أَنْدَرَجَ فِيمَا ذَكَرْنَاهُ وَالْأَصَحُّ الْمَذْكُورُ فِي الْكِتَابِ وَهُوَ الْأَوَّلُ (وَإِنْ كَانَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَسْتَضِرُّ لِصِغَرِهِ لَمْ يَقَسِّمْهَا إِلَّا بِتَرَاضِيهِمَا) لِأَنَّ الْجَبَرَ عَلَى الْقِسْمَةِ لَتَكْمِيلِ الْمَنْفَعَةِ، وَفِي هَذَا تَقْوِيئُهَا، وَتَجُوزُ بِتَرَاضِيهِمَا لِأَنَّ الْحَقَّ لَهُمَا وَهُمَا أَعْرَفُ بِشَأْنِهِمَا.

أَمَّا الْقَاضِي فَيُعْتَمَدُ الظَّاهِرَ قَالَ (وَيُقَسِّمُ الْعُرُوضُ إِذَا كَانَتْ مِنْ صِنْفٍ وَاحِدٍ) لِأَنَّ عِنْدَ اتِّحَادِ الْجِنْسِ يَتَّحِدُ الْمَقْصُودُ فَيَحْصُلُ التَّعْدِيلُ فِي الْقِسْمَةِ وَالتَّكْمِيلُ فِي الْمَنْفَعَةِ (وَلَا يَقَسِّمُ الْجِنْسَيْنِ بَعْضُهُمَا فِي بَعْضٍ) لِأَنَّهُ لَا اخْتِلَافَ بَيْنَ الْجِنْسَيْنِ فَلَا تَقَعُ الْقِسْمَةُ

تَمَيِّزًا بَلْ تَقَعُ مُعَاوَضَةٌ، وَسَبِيلُهَا التَّرَاضِي دُونَ جَبْرِ الْقَاضِي (وَيَقْسِمُ كُلُّ مَكِيلٍ وَمَوْزُونٍ كَثِيرٍ أَوْ قَلِيلٍ وَالْمَعْدُودِ الْمُتَقَارِبِ وَتَبَرِ الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ وَالْحَدِيدِ وَالشُّحَاسِ وَالْإِبِلَ بِانْفِرَادِهَا وَالْبَقَرِ وَالْغَنَمِ وَلَا يَقْسِمُ شَاةٌ وَبَعِيرًا وَبَرْدُونًا وَحِمَارًا وَلَا يَقْسِمُ الْأَوَانِي) لِأَنَّهَا بِاخْتِلَافِ الصَّنْعَةِ التَّحَقَّتْ بِالْأَجْنَاسِ الْمُخْتَلِفَةِ (وَيَقْسِمُ الثِّيَابَ الْهَرَوِيَّةَ) لِاتِّحَادِ الصَّنَفِ (وَلَا يَقْسِمُ ثَوْبًا وَاحِدًا) لِاشْتِمَالِ الْقِسْمَةِ عَلَى الضَّرَرِ إِذْ هِيَ لَا تَتَحَقَّقُ إِلَّا بِالْقَطْعِ (وَلَا ثَوْبَيْنِ إِذَا اخْتَلَفَتْ هَيْمَتُهُمَا) لَمَّا بَيَّنَّا، بِخِلَافِ ثَلَاثَةِ أَثَوَابٍ إِذَا جُعِلَ ثَوْبٌ بِثَوْبَيْنِ أَوْ ثَوْبٌ وَرُبْعُ ثَوْبٍ بِثَوْبٍ وَثَلَاثَةِ أَرْبَاعِ ثَوْبٍ لِأَنَّهُ قِسْمَةُ الْبَعْضِ دُونَ الْبَعْضِ وَذَلِكَ جَائِزٌ. (وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ لَا يَقْسِمُ الرَّقِيقَ وَالْجَوَاهِرَ) لِتَفَاوُتِهِمَا (وَقَالَ: يَقْسِمُ الرَّقِيقَ) لِاتِّحَادِ الْجِنْسِ كَمَا فِي الْإِبِلِ وَالْغَنَمِ وَرَّقِيقِ الْمَغْنَمِ وَلَهُ أَنْ التَّفَاوُتُ فِي الْأَدْمِيِّ فَاحِشٌ لِتَفَاوُتِ الْمَعَانِي الْبَاطِنَةِ فَصَارَ كَالْجِنْسِ الْمُخْتَلَفِ بِخِلَافِ الْحَيَوَانَاتِ لِأَنَّ التَّفَاوُتَ فِيهَا يَقِلُّ عِنْدَ اتِّحَادِ الْجِنْسِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّ الذَّكَرَ وَالْأُنثَى مِنْ بَنِي آدَمَ جِنْسَانِ وَمِنْ الْحَيَوَانَاتِ جِنْسٌ وَاحِدٌ، بِخِلَافِ الْمَغَانِمِ لِأَنَّ حَقَّ الْغَانِمِينَ فِي الْمَالِيَّةِ حَتَّى كَانَ لِلْإِمَامِ بَيْعُهَا وَقِسْمَتُ ثَمَنِهَا وَهَذَا يَتَعَلَّقُ بِالْعَيْنِ وَالْمَالِيَّةِ جَمِيعًا فَافْتَرَقَا وَأَمَّا الْجَوَاهِرُ فَقَدْ قِيلَ إِذَا اخْتَلَفَ الْجِنْسُ لَا يَقْسِمُ كَاللَّائِي وَالْيَوَاقِيتِ وَقِيلَ لَا يَقْسِمُ الْكِبَارَ مِنْهَا لِكَثْرَةِ التَّفَاوُتِ، وَيَقْسِمُ الصَّغَارَ لِقِلَّتِ التَّفَاوُتِ. وَقِيلَ يَجْرِي الْجَوَابُ عَلَى إِطْلَاقِهِ لِأَنَّ جِهَاتَةَ الْجَوَاهِرِ أَفْحَشُ مِنْ جِهَاتَةِ الرَّقِيقِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ تَزَوَّجَ عَلَى لُؤْلُؤَةٍ أَوْ يَاقُوتَةٍ أَوْ خَالَعَ عَلَيْهَا لَا تَصِحُّ التَّسْمِيَةُ، وَيَصِحُّ ذَلِكَ عَلَى عَبْدٍ فَأَوْلَى أَنْ لَا يُجْبَرَ عَلَى الْقِسْمَةِ.

الشرح:

(فَصَلِّ فِيمَا يُقْسَمُ وَمَا لَا يُقْسَمُ): لَمَّا تَنَوَّعَتْ مَسَائِلُ الْقِسْمَةِ إِلَى مَا يُقْسَمُ وَمَا لَا يُقْسَمُ بَيْنَهُمَا فَقَالَ (وَإِذَا كَانَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنَ الشُّرَكَاءِ يَتَنَفَّعُ بِنَصِيبِهِ الْخ) إِذَا طَلَبَ أَحَدُ الشُّرَكَاءِ الْقِسْمَةَ فِيمَا أَنْ يَتَنَفَّعَ كُلُّ بِنَصِيبِهِ أَوْ بَعْضُهُمْ أَوْ لَا يَتَنَفَّعُ مِنْهُمْ أَحَدٌ، فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ قَسَمَ الْقَاضِي بِطَلَبِ أَحَدِهِمْ جَبْرًا عَلَى مَنْ أَبَى (لِأَنَّ الْقِسْمَةَ حَقٌّ لَزِمٌ فِيمَا يَحْتَمِلُهَا عِنْدَ طَلَبِ أَحَدِهِمْ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ) يُرِيدُ بِهِ قَوْلُهُ إِذَا كَانَتْ مِنْ جِنْسٍ وَاحِدٍ أُجْبِرَ الْقَاضِي عَلَى الْقِسْمَةِ عِنْدَ طَلَبِ أَحَدِ الشُّرَكَاءِ لِأَنَّ فِيهِ مَعْنَى الْإِفْرَازِ لِتَفَاوُتِ الْمَقَاصِدِ وَالْمُبَادَلَةِ مِمَّا يَجْرِي فِيهِ الْجَبْرُ كَقَضَاءِ الدَّيْنِ إِلَى آخِرِهِ، وَإِنْ كَانَ الثَّانِي فَإِنْ طَلَبَ

صَاحِبُ الْكَثِيرِ قِسْمٌ، وَإِنْ طَلَبَ صَاحِبُ الْقَلِيلِ لَمْ يُقَسِّمْ لَمَّا ذَكَرَهُ مِنَ الْفَرْقِ فِي الْكِتَابِ.

وَذَكَرَ الْجِصَّاصُ عَلَى قَلْبِ هَذَا وَهُوَ أَنْ يَطْلُبَ صَاحِبُ الْقَلِيلِ الْقِسْمَةَ وَيَأْتِي صَاحِبُ الْكَثِيرِ وَوَجْهُهُ ظَاهِرٌ (وَذَكَرَ الْحَاكِمُ فِي مُخْتَصَرِهِ أَنْ أَتَيْهُمَا طَلَبَ الْقِسْمَةَ يُقَسِّمُ الْقَاضِي وَالْوَجْهُ ائْتَدَجَ فِيمَا ذَكَرْتَاهُ) لِأَنَّ دَلِيلَ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ دَلِيلُ أَحَدِ الْجَانِبَيْنِ، وَدَلِيلُ قَوْلِ الْجِصَّاصِ دَلِيلُ الْجَانِبِ الْآخَرِ (وَالْأَصَحُّ هُوَ الْمَذْكُورُ فِي الْكِتَابِ) أَيُّ الْقُدُورِيِّ (وَهُوَ الْأَوَّلُ) لِأَنَّ رِضَا صَاحِبِ الْقَلِيلِ بِالتَّزَامِ الضَّرَرِ لَا يَلْزِمُ الْقَاضِي شَيْئًا وَإِنَّمَا الْمُلْزَمُ طَلَبُ الْإِنْصَافِ مِنَ الْقَاضِي وَإِصَالُهُ إِلَى مَنْفَعَةٍ، وَذَلِكَ لَا يُوْجَدُ عِنْدَ طَلَبِ صَاحِبِ الْقَلِيلِ (وَإِنْ كَانَ) الثَّلَاثُ بِأَنَّ كَانَ الْمُشْتَرَكُ بَيْنَهُمَا يَتَنَا صَغِيرًا (يَسْتَضِرُّ) كُلُّ مِنْهُمَا بِالْقِسْمَةِ وَطَلَبَ أَحَدُهُمَا الْقِسْمَةَ لَمْ يَقْسِمَهَا إِلَّا بِتَرَاضِيهِمَا لِأَنَّ الْجَبْرَ عَلَى الْقِسْمَةِ لِتَكْمِيلِ الْمَنْفَعَةِ وَفِي هَذَا تَقْوِيَّتُهَا، وَتَجُوزُ بِتَرَاضِيهِمَا لِأَنَّ الْحَقَّ لَهُمَا وَهُمَا أَعْرَفُ بِشَأْنِهِمَا أَمَّا الْقَاضِي فَيَعْتَمِدُ الظَّاهِرَ وَيَقْسِمُ الْعُرُوضُ إِذَا كَانَتْ مِنْ صِنْفٍ وَاحِدٍ كَالثِّيَابِ مَثَلًا: يَعْنِي بِهِ يُجْبَرُ عَلَى ذَلِكَ، لِأَنَّ فِي حَقِّ التَّرَاضِي لَا يُشْتَرَطُ اتِّحَادُ الصَّنْفِ (لِأَنَّ عِنْدَ اتِّحَادِهِ يَتَّحِدُ الْمَقْصُودُ فَيَحْصُلُ التَّعْدِيلُ فِي الْقِسْمَةِ وَالتَّكْمِيلُ فِي الْمَنْفَعَةِ، وَلَا يُقَسِّمُ الْجِنْسَيْنِ بَعْضُهُمَا فِي بَعْضٍ لِعَدَمِ الْإِخْتِلَاطِ بَيْنَ الْجِنْسَيْنِ فَلَا تَقَعُ الْقِسْمَةُ تَمَيِّزًا بَلْ تَقَعُ مُعَاوَضَةً وَسَبِيلًا لِلتَّرَاضِي دُونَ جَبْرِ الْقَاضِي). وَقَوْلُهُ (وَيُقَسِّمُ الْقَاضِي كُلُّ مَكِيلٍ وَمَوْزُونٍ إلخ) ظَاهِرٌ.

وَقَوْلُهُ (وَلَا يُقَسِّمُ شَاةً وَبَعِيرًا) يَعْنِي لَا يُقَسِّمُ جَبْرًا فِي هَذِهِ الْأَشْيَاءِ قِسْمَةَ جَمْعٍ بِأَنَّ يَجْمَعُ نَصِيبَ أَحَدِ الْوَرَثَةِ فِي الشَّاةِ خَاصَّةً وَنَصِيبَ الْآخَرِ فِي الْبَعِيرِ خَاصَّةً، بَلْ يُقَسِّمُ الشَّاةَ بَيْنَهُمْ جَمِيعًا عَلَى مَا يَسْتَحِقُّونَ مِنْهَا، وَكَذَلِكَ فِي الْبَعِيرِ وَغَيْرِهِ وَالْأَوَانِي الْمُتَّخَذَةِ مِنْ أَصْلٍ وَاحِدٍ كَالْإِجَانَةِ وَالْقُمُصِّمِ وَالطُّشْتِ الْمُتَّخَذَةِ مِنْ صُفْرِ مُلْحَقَةٍ بِمُخْتَلَفَةِ الْجِنْسِ فَلَا يُقَسِّمُهَا الْقَاضِي جَبْرًا، وَكَذَلِكَ الْأَنْوَابُ الْمُتَّخَذَةُ مِنَ الْقُطْنِ أَوْ الْكُتَّانِ إِذَا اخْتَلَفَتْ بِالصَّنْعَةِ كَالْقَبَاءِ وَالْجَبَّةِ وَالْقَمِيصِ (وَيُقَسِّمُ الثِّيَابَ الْهَرَوِيَّةَ لِاتِّحَادِ الصَّنْفِ، وَلَا يُقَسِّمُ ثَوْبًا وَاحِدًا لِاشْتِمَالِ الْقِسْمَةِ عَلَى الضَّرَرِ) بِسَبَبِ الْقَطْعِ لِأَنَّ فِيهِ إِثْلَافَ جُزْءٍ فَلَا يَفْعَلُهُ الْقَاضِي مَعَ كَرَاهَةِ بَعْضِ الشُّرَكَاءِ.

فَإِنْ رَضِيََا بِذَلِكَ قَسَمَهُ بَيْنَهُمَا (وَلَا تَوَيَّنَ إِذَا اخْتَلَفَتْ قِيمَتُهُمَا لَمَّا بَيَّنَّا) يَعْنِي مَا تَقَدَّمَ مِنْ قَوْلِهِ بَلْ تَقَعُ مُعَاوَضَةٌ وَسَبِيلُهَا التَّرَاضِي. وَوَجْهُ الْمُعَاوَضَةِ أَنَّ التَّعْدِيلَ بَيْنَهُمَا لَا يُمَكِّنُ إِلَّا بَزِيَادَةَ دَرَاهِمَ مَعَ الْأَوْكَسِ، وَالِدَرَاهِمُ لَمْ تَكُنْ مُشْتَرَكَةً فَتَرُدُّ عَلَيْهَا الْقِسْمَةُ فَكَانَ مُعَاوَضَةً (بِخِلَافِ ثَلَاثَةِ أَنْوَابٍ إِذَا دَخَلَ ثَوْبٌ بَثْوَيْنِ) يَعْنِي إِذَا كَانَ قِيمَةُ الثَّوْبِ الْوَاحِدِ مِثْلَ قِيمَةِ الثَّوْبَيْنِ وَأَرَادَ أَحَدُهُمَا الْقِسْمَةَ وَأَبَى الْآخَرُ يَقْسِمُ الْقَاضِي بَيْنَهُمَا وَيُعْطِي أَحَدَهُمَا ثَوْبًا وَالْآخَرُ ثَوْبَيْنِ (وَكَذَا إِنْ اسْتَقَامَ أَنْ يَجْعَلَ ثَوْبٌ أَحَدَ الْقِسْمَيْنِ ثَوْبًا وَرُبْعُ ثَوْبٍ وَالْآخَرُ ثَوْبًا وَثَلَاثَةُ أَرْبَاعِ ثَوْبٍ) فَإِنَّهُ يَقْسِمُ بَيْنَهُمَا وَيُتْرَكُ الثَّوْبُ الثَّالِثُ مُشْتَرَكًا بَيْنَهُمَا عَلَى ذَلِكَ الْوَجْهِ (لَأَنَّهُ قِسْمَةُ الْبَعْضِ دُونَ الْبَعْضِ وَذَلِكَ جَائِزٌ) لِأَنَّهُ تَيَسَّرَ عَلَيْهِ التَّمْيِيزُ فِي بَعْضِ الْمَشْتَرَكِ، وَلَوْ تَيَسَّرَ ذَلِكَ فِي الْكُلِّ قَسَمَ الْكُلَّ عِنْدَ طَلَبِ بَعْضِ الشَّرَكَاءِ فَكَذَلِكَ فِي الْبَعْضِ، وَمَا نَمَّةٌ مُعَاوَضَةٌ تَحْتَاجُ إِلَى التَّرَاضِي.

(وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَا يَقْسِمُ الرَّقِيقُ وَالْجَوَاهِرُ لَتَفَاوُتِهِمَا) الرَّقِيقُ إِذَا كَانَ بَيْنَ اثْنَيْنِ وَطَلَبَ أَحَدُهُمَا الْقِسْمَةَ فَلَا يَخْلُو إِمَّا أَنْ يَكُونَ الرَّقِيقُ مَعَ شَيْءٍ آخَرَ يَصِحُّ فِيهِ الْقِسْمَةُ جَبْرًا كَالْعَنَمِ وَالثِّيَابِ أَوْ لَا يَكُونُ، فَإِنْ كَانَ فَلَا يَصِحُّ الْقِسْمَةُ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا عَلَى الْأَظْهَرِ، أَمَّا عِنْدَهُمَا فَظَاهِرٌ. وَأَمَّا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ فَيُجْعَلُ الَّذِي مَعَ الرَّقِيقِ أَصْلًا فِي الْقِسْمَةِ جَبْرًا وَيُجْعَلُ الرَّقِيقُ تَابِعًا لَهُ فِي الْقِسْمَةِ، وَقَدْ يَثْبُتُ الْحُكْمُ لَشَيْءٍ تَبَعًا وَإِنْ لَمْ يَثْبُتْ قَصْدًا كَالشَّرْبِ فِي الْبَيْعِ وَالْمُنْفُولاتِ فِي الْوَقْفِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فَإِنْ كَانُوا ذُكُورًا وَإِنَاثًا لَا يَقْسِمُ إِلَّا بِرِضَاهُمَا، وَإِنْ كَانُوا ذُكُورًا أَوْ إِنَاثًا لَا يَقْسِمُ الْقَاضِي بَيْنَهُمَا فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَلَا يُجْبِرُهُمَا عَلَى ذَلِكَ.

وَقَالَ صَاحِبَاهُ: يُجْبِرُهُمَا عَلَى الْقِسْمَةِ لِاتِّحَادِ الْجِنْسِ كَمَا فِي الْإِبِلِ وَالْعَنَمِ وَرَقِيقِ الْمَعْنَمِ. وَلَأَبَى حَنِيفَةَ أَنَّ التَّفَاوُتَ فِي الْإِدْمِيِّ فَاحِشٌ لَتَفَاوُتِ الْمَعْنَى الْبَاطِنَةِ كَالذَّهْنِ وَالْكَيَاسَةِ، لِأَنَّ مِنَ الْعَبِيدِ مَنْ يَصْلُحُ لِلْأَمَانَةِ، وَمِنْهُمْ مَنْ يَصْلُحُ لِلتَّجَارَةِ، وَمِنْهُمْ مَنْ يَصْلُحُ لِلْفُرُوسِيَّةِ وَغَيْرِ ذَلِكَ، فَتَمَّتْ جَمْعَ نَصِيبِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ فِي وَاحِدٍ فَإِنَّهُ سَائِرُ الْمَنَافِعِ فَلَمْ يَكُنْ ذَلِكَ قِسْمَةً وَإِفْرَازًا، بِخِلَافِ الْحَيَوَانَاتِ لِأَنَّ التَّفَاوُتَ فِيهَا يَقِلُّ عِنْدَ اتِّحَادِ الْجِنْسِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّ الذَّكَرَ وَالْأُنْثَى مِنْ بَنِي آدَمَ جِنْسَانِ وَمِنْ سَائِرِ الْحَيَوَانَاتِ جِنْسٌ وَاحِدٌ (بِخِلَافِ الْمَعْنَمِ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِمَا وَرَقِيقُ الْمَعْنَمِ، وَذَلِكَ (لَأَنَّ حَقَّ

الْعَانِمِينَ فِي الْمَالِيَةِ حَتَّى كَانَ لِلْإِمَامِ يَبْعُهَا وَقِسْمَةُ ثَمَنِهَا، وَهَاهُنَا يَتَعَلَّقُ بِالْعَيْنِ وَالْمَالِيَةِ فَافْتَرَقَا) فَإِنْ قِيلَ: لَوْ تَزَوَّجَ أَوْ خَالَعَ عَلَى عَبْدٍ صَحَّ فَصَارَ كَسَائِرِ الْحَيَوَانَاتِ فَلْيَكُنْ فِي الْقِسْمَةِ كَذَلِكَ. أَجِيبَ بِأَنَّ الْقِسْمَةَ تَحْتَاجُ إِلَى الْإِفْرَازِ وَلَا يَتَحَقَّقُ فِي الْقِسْمَةِ، بِخِلَافِ مَا ذَكَرْتُمْ فَإِنَّهُ لَا يَحْتَاجُ إِلَيْهِ (قَوْلُهُ وَأَمَّا الْجَوَاهِرُ إلخ) وَاضِحٌ.

قَالَ (وَلَا يُقْسَمُ حَمَامٌ وَلَا بَيْتٌ وَلَا رَحَى إِلَّا بِتَرَاضِي الشُّرَكَاءِ، وَكَذَا الْحَائِطُ بَيْنَ الدَّارَيْنِ) لِأَنَّهَا تَشْتَمِلُ عَلَى الضَّرَرِ فِي الطَّرَفَيْنِ، إِذَا لَا يَبْقَى كُلُّ نَصِيبٍ مُنْتَفِعًا بِهِ انْتِفَاعًا مَقْصُودًا فَلَا يَقْسَمُ الْقَاضِي بِخِلَافِ التَّرَاضِي لَمَّا بَيَّنَّا قَالَ (وَإِذَا كَانَتْ دُورٌ مُشْتَرَكَةً فِي مِصْرٍ وَاحِدٍ قَسَمَ كُلُّ دَارٍ عَلَى حِدَتِهَا فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَقَالَا: إِنْ كَانَ الْأَصْلَحُ لَهُمْ قِسْمَةً بَعْضُهَا فِي بَعْضِ قِسْمَتِهَا) وَعَلَى هَذَا الْخِلَافِ الْأَقْرَحُ الْمُتَفَرِّقَةُ الْمُشْتَرَكَةُ لَهُمَا أَنَّهَا جِنْسٌ وَاحِدٌ اسْمًا وَصُورَةً، وَنَظَرًا إِلَى أَصْلِ السُّكْنَى أَجْنَسٌ مَعْنَى نَظَرًا إِلَى اخْتِلَافِ الْمَقَاصِدِ، وَوُجُوهِ السُّكْنَى فَيَفُوزُ التَّرْجِيحُ إِلَى الْقَاضِي وَلَهُ أَنْ لَا يَعْتَبَرَ لِلْمَعْنَى وَهُوَ الْمَقْصُودُ، وَيَخْتَلَفُ ذَلِكَ بِاخْتِلَافِ الْبُلْدَانِ وَالْمَحَالِّ وَالْجِيرَانِ وَالْقُرْبِ إِلَى الْمَسْجِدِ وَالْمَاءِ اخْتِلَافًا فَاحِشًا فَلَا يُمَكِّنُ التَّعْدِيلُ فِي الْقِسْمَةِ وَلِهَذَا لَا يَجُوزُ التَّوَكُّلُ بِشِرَاءِ دَارٍ، وَكَذَا لَوْ تَزَوَّجَ عَلَى دَارٍ لَا تَصِحُّ التَّسْمِيَةُ كَمَا هُوَ الْحُكْمُ فِيهِمَا فِي الثُّوبِ بِخِلَافِ الدَّارِ الْوَاحِدَةِ إِذَا اخْتَلَفَتْ بَيُوتُهَا، لِأَنَّ فِي قِسْمَتِ كُلِّ بَيْتٍ عَلَى حِدَةٍ ضَرَرًا فَقَسَمَتِ الدَّارَ قِسْمَةً وَاحِدَةً قَالَ ﷺ: تَقْيِيدُ الْوَضْعِ فِي الْكِتَابِ إِشَارَةٌ إِلَى أَنَّ الدَّارَيْنِ إِذَا كَانَتَا فِي مِصْرَيْنِ لَا تَجْتَمِعَانِ فِي الْقِسْمَةِ عِنْدَهُمَا، وَهُوَ رَوَايَةُ هَلَالٍ عَنْهُمَا وَعَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ يُقْسَمُ إِحْدَاهُمَا فِي الْأُخْرَى وَالْبُيُوتُ فِي مُحَلَّةٍ أَوْ مَحَالٍ تُقْسَمُ قِسْمَةً وَاحِدَةً لِأَنَّ التَّفَاوُتَ فِيمَا بَيْنَهُمَا يَسِيرٌ، وَالْمَنَازِلُ الْمُتَلَازِمَةُ كَالْبُيُوتِ وَالْمُتَبَايِنَةُ كَالدُّورِ لِأَنَّهُ بَيْنَ الدَّارِ وَالْبَيْتِ عَلَى مَا مَرَّ مِنْ قَبْلُ فَآخَذَ شَبِيهَا مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ.

قَالَ (وَإِنْ كَانَتْ دَارٌ وَضِيعَةٌ أَوْ دَارٌ وَحَائِثُوتٌ قُسِمَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى حِدَةٍ) لِاخْتِلَافِ الْجِنْسِ. قَالَ ﷺ: جَعَلَ الدَّارَ وَالْحَائِثُوتَ جِنْسَيْنِ، وَكَذَا ذَكَرَ الْخَصَافُ وَقَالَ فِي إِجَارَاتِ الْأَصْلِ: إِنَّ إِجَارَةَ مَنَافِعِ الدَّارِ بِالْحَائِثُوتِ لَا تَجُوزُ، وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُمَا جِنْسٌ وَاحِدٌ، فَيُجْعَلُ فِي الْمَسْأَلَةِ رَوَايَتَانِ أَوْ تُبْنَى حُرْمَةُ الرَّبَا هُنَاكَ عَلَى شُبْهَةِ الْمُجَانَسَةِ

الشرح:

قَالَ (وَلَا يُقْسَمُ حَمَامٌ وَلَا بَيْتٌ وَلَا رَحَى) وَالْأَصْلُ فِي هَذَا أَنَّ الْجَبَرَ فِي الْقِسْمَةِ

إِنَّمَا يَكُونُ عِنْدَ انْتِفَاءِ الضَّرَرِ عَنْهُمَا بِأَنْ يَبْقَى نَصِيبُ كُلِّ مِنْهُمَا بَعْدَ الْقِسْمَةِ مُتَّفَعًا بِهِ انْتِفَاعَ ذَلِكَ الْجِنْسِ، وَفِي قِسْمَةِ الْبَيْتِ وَالْحَمَامِ وَالرَّحَى ضَرَرٌ لَهُمَا أَوْ لِأَحَدِهِمَا فَلَا يُقْسَمُ إِلَّا بِالتَّرَاضِي. وَمِنْ الْمَشَايخِ مَنْ قَالَ: الْقَاضِي لَا يَقْسِمُ عِنْدَ الضَّرَرِ لِأَنَّهُ لَمْ يُنْصَبْ مُتْلَفًا، لَكِنْ لَوْ اقْتَسَمَ لَمْ يَمْنَعُهُمَا عَنْ ذَلِكَ وَكَلَامُهُ وَاضِحٌ.

وَقَوْلُهُ (لَمَّا بَيَّنَّا) إِشَارَةٌ إِلَى مَا ذَكَرَهُ فِي أَوَّلِ هَذَا الْفَصْلِ بِقَوْلِهِ وَإِنْ كَانَ كُلُّ وَاحِدٍ يَسْتَضِرُّ لَصِغَرِهِ لَمْ يَقْسِمْهَا إِلَّا بِتَرَاضِيهِمَا (قَوْلُهُ وَإِذَا كَانَتْ دُورٌ مُشْتَرَكَةٌ) هَاهُنَا ثَلَاثَةُ فُصُولٍ: الدُّورُ، وَالْيُوتُ، وَالْمَنَازِلُ. فَالدُّورُ مُتَلَازِقَةٌ كَانَتْ أَوْ مُتَفَرِّقَةٌ لَا تُقْسَمُ عِنْدَهُ قِسْمَةٌ وَاحِدَةً إِلَّا بِالتَّرَاضِي، وَالْيُوتُ تُقْسَمُ مُطْلَقًا لِتَقَارُبِهَا فِي مَعْنَى السُّكْنَى، وَالْمَنَازِلُ إِنْ كَانَتْ مُجْتَمِعَةً فِي دَارٍ وَاحِدَةٍ مُتَلَازِقًا بَعْضُهَا بِبَعْضٍ قُسِمَتْ قِسْمَةً وَاحِدَةً وَإِلَّا فَلَا سَوَاءَ كَانَتْ فِي مَحَالٍّ أَوْ فِي دَارٍ وَاحِدَةٍ بَعْضُهَا فِي أَذْنَاهَا وَبَعْضُهَا فِي أَفْصَاهَا، لِأَنَّ الْمَنْزِلَ فَوْقَ الْبَيْتِ دُونَ الدَّارِ فَالْمَنَازِلُ تَتَفَاوَتُ فِي مَعْنَى السُّكْنَى، وَلَكِنَّ التَّفَاوُتَ فِيهَا دُونَ التَّفَاوُتِ فِي الدُّورِ فَهِيَ تُشَبِّهُ الْيُوتَ مِنْ وَجْهِهِ وَالدُّورَ مِنْ وَجْهِهِ، فَلَشَبَّهَهَا بِالْيُوتِ قُلْنَا إِذَا كَانَتْ مُتَلَازِقَةً تُقْسَمُ قِسْمَةً وَاحِدَةً، لِأَنَّ التَّفَاوُتَ فِيهَا يَقِلُّ فِي مَكَانٍ وَاحِدٍ، وَلَشَبَّهَهَا بِالدُّورِ قُلْنَا: إِذَا كَانَتْ فِي أَمَكْنَةٍ مُتَفَرِّقَةٍ لَا تُقْسَمُ قِسْمَةً وَاحِدَةً، وَهُمَا فِي الْفُصُولِ كُلُّهُمَا يَقُولَانِ: يَنْظُرُ الْقَاضِي إِلَى أَعْدَلِ الْوُجُوهِ فَيَمْضِي الْقِسْمَةَ عَلَى ذَلِكَ.

وَقَوْلُهُ (عَلَى مَا مَرَّ) يَعْنِي فِي بَابِ الْحُقُوقِ مِنْ كِتَابِ الْبُيُوعِ (قَوْلُهُ وَإِنْ كَانَتْ دَارٌ وَضِيعَةٌ أَوْ دَارٌ وَخَائُوتٌ إلخ) وَاضِحٌ إِلَّا مَا تَذَكَّرَهُ، إِنَّمَا خَصَّ الْخَصَافَ بِالذِّكْرِ لِأَنَّ هَذِهِ الْمَسْأَلَةَ لَمْ تُذَكَّرْ فِي كِتَابِ مُحَمَّدٍ وَلَا ذَكَرَهَا الطَّحَاوِيُّ وَلَا الْكَرْخِيُّ رَحِمَهُمَا اللَّهُ. وَقَوْلُهُ (إِنْ إِجَارَةَ مَنَافِعِ الدَّارِ بِالْخَائُوتِ) أَيُّ بِمَنَافِعِ الْخَائُوتِ، لِأَنَّهُ لَوْ جَعَلَ نَفْسَ الْخَائُوتِ أَجْرَةَ لِمَنَافِعِ الدَّارِ صَحَّ.

وَقَوْلُهُ (أَوْ تُبْنَى حُرْمَةُ الرَّبَا هُنَالِكَ) أَيُّ فِي إِجَارَاتِ الْأَصْلِ (عَلَى شُبْهَةِ الْمُجَانَسَةِ) يَعْنِي إِنْ كَانَتْ مَنَافِعُ الدَّارِ وَمَنَافِعُ الْخَائُوتِ مُخْتَلَفَةً رِوَايَةً وَاحِدَةً تَحْمِلُ حُرْمَةَ الرَّبَا هُنَالِكَ عَلَى شُبْهَةِ الْمُجَانَسَةِ بَيْنَ مَنَافِعِ الدَّارِ وَالْخَائُوتِ لِاتِّحَادِ أَصْلِ السُّكْنَى الْمَقْصُودِ مِنْهُمَا. وَاسْتَشْكَلَ كَلَامُهُ هَذَا لِأَنَّهُ يُؤَدِّي إِلَى اعْتِبَارِ شُبْهَةِ الشُّبْهَةِ، فَإِنَّ الْجِنْسَ إِذَا اتَّحَدَ كَانَ بِمَنْزِلَةِ مُبَادَلَةِ الشَّيْءِ بِجِنْسِهِ نَسِيبَةً، وَبِالْجِنْسِ يَحْرُمُ النِّسَاءُ عِنْدَنَا كَمَا تَقَدَّمَ، وَفِي

ذَلِكَ شُبْهَةُ الرَّبِّ إِذَا أُعْتَبِرَتْ شُبْهَةُ الْجِنْسِيَّةِ كَانَ ذَلِكَ عِتْبَارًا لَشُبْهَةِ الشُّبْهَةِ، وَالْمُعْتَبَرُ الشُّبْهَةُ دُونَ النَّازِلِ عَنْهَا.

وَقَدْ قَالَ شَمْسُ الْأَيْمَةِ الْحَلَوَانِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: إِنَّمَا أَنْ يَكُونَ فِي الْمَسْأَلَةِ رَوَايَتَانِ، أَوْ يَكُونَ مِنْ مُشْكَلَاتِ هَذَا الْكِتَابِ. وَيُمْكِنُ أَنْ يُقَالَ: لَا إِشْكَالَ فِيهِ لِأَنَّ الْمُرَادَ بِشُبْهَةِ الْمُجَانِسَةِ الشُّبْهَةَ النَّائِبَةَ بِهَا لِأَنَّهُ قَالَ جِنْسٌ وَاحِدٌ فَكَيْفَ يَقُولُ بِشُبْهَةِ الْمُجَانِسَةِ. وَوَجْهٌ آخَرُ فِي التَّوْفِيقِ أَنْ يُرَادَ بِاخْتِلَافِ الْجِنْسِ الْاِخْتِلَافُ مِنْ حَيْثُ اخْتِلَافِ الذَّاتِ، فَلَا تَجُوزُ الْقِسْمَةُ الْوَاحِدَةُ، وَبِالْإِتِّحَادِ الْإِتِّحَادُ فِي الْمَنْفَعَةِ وَهِيَ السُّكْنَى فَتَمْتَنِعُ الْإِجَارَةُ لَشُبْهَةِ الرَّبِّ.

فصل في كيفية القسمة

قَالَ (وَيَنْبَغِي لِلْقَاسِمِ أَنْ يُصَوِّرَ مَا يَقْسِمُهُ) لِيُمْكِنَهُ حِفْظُهُ (وَيَعْدِلَهُ) يَعْنِي يُسَوِّيه عَلَى سِهَامِ الْقِسْمَةِ وَيُرَوِّى يَعْرِضُهُ: أَيْ يَقْطَعُهُ بِالْقِسْمَةِ عَنْ غَيْرِهِ (وَيَذَرَعُهُ) لِيَعْرِفَ قَدْرَهُ (وَيَقُومَ الْبِنَاءُ) لِحَاجَتِهِ إِلَيْهِ فِي الْآخِرَةِ (وَيَفْرِزُ كُلَّ نَصِيبٍ عَنِ الْبَاقِي بِطَرِيقِهِ وَشَرْبِهِ حَتَّى لَا يَكُونَ لِنَصِيبٍ بَعْضُهُمْ بِنَصِيبِ الْآخَرِ تَعَلُّقٌ) فَتَنْقَطِعَ الْمُنَازَعَةُ وَتَتَحَقَّقَ مَعْنَى الْقِسْمَةِ عَلَى التَّمَامِ (ثُمَّ يُلْقَبُ نَصِيبًا بِالْأَوَّلِ، وَالَّذِي يَكُونُ بِالثَّانِي وَالثَّلَاثِ عَلَى هَذَا ثُمَّ يُخْرِجُ الْقُرْعَةَ، فَمَنْ خَرَجَ اسْمُهُ أَوْ لَا فَلَهُ السُّهُمُ الْأَوَّلُ، وَمَنْ خَرَجَ ثَانِيًا فَلَهُ السُّهُمُ الثَّانِي) وَالْأَصْلُ أَنْ يَنْظَرَ فِي ذَلِكَ إِلَى أَقَلِّ الْأَنْصِبَاءِ، حَتَّى إِذَا كَانَ الْأَقْلُ ثَلَاثًا جَعَلَهَا أَثَلَاثًا، وَإِنْ كَانَ سُدْسًا جَعَلَهَا أَسْدَاسًا لَتَمَكَّنَ الْقِسْمَةَ، وَقَدْ شَرَحْنَاهُ مُشَبَّعًا فِي كِفَايَةِ الْمُنتَهَى بِتَوْفِيقِ اللَّهِ تَعَالَى وَقَوْلُهُ فِي الْكِتَابِ: وَيَفْرِزُ كُلَّ نَصِيبٍ بِطَرِيقِهِ وَشَرْبِهِ بَيَانُ الْأَفْضَلِ، فَإِنْ لَمْ يَفْعَلْ أَوْ لَمْ يُمْكِنْ جَازَ عَلَى مَا نَذَكَّرُهُ بِتَفْصِيلِهِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

وَالْقُرْعَةُ لِتَطْيِيبِ الْقُلُوبِ وَإِزَاحَةِ تَهَمَةِ الْمِيلِ، حَتَّى لَوْ عَيَّنَ لِكُلِّ مِنْهُمْ نَصِيبًا مِنْ غَيْرِ إِقْرَاعٍ جَازَ لِأَنَّهُ فِي مَعْنَى الْقَضَاءِ فَيَمْلِكُ الْإِلْزَامُ. قَالَ (وَلَا يَدْخُلُ فِي الْقِسْمَةِ الدَّرَاهِمُ وَالْدَنَانِيرُ إِلَّا بِتَرَاضِيهِمْ لِأَنَّهُ لَا شَرِكَةَ فِي الدَّرَاهِمِ وَالْقِسْمَةُ مِنْ حُقُوقِ الْاِشْتِرَاكِ)، وَلِأَنَّهُ يَفُوتُ بِهِ التَّعْدِيلُ فِي الْقِسْمَةِ لِأَنَّ أَحَدَهُمَا يَصِلُ إِلَى عَيْنِ الْعَقَارِ وَدَرَاهِمُ الْآخَرِ فِي ذِمَّتِهِ وَلَعَلَّهَا لَا تُسَلَّمُ لَهُ (وَإِذَا كَانَ أَرْضٌ وَبِنَاءٌ؛ فَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يَقْسِمُ كُلَّ ذَلِكَ عَلَى عِتْبَارِ الْقِيَمَةِ) لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُ عِتْبَارُ الْمَعَادَلَةِ إِلَّا بِالتَّقْوِيمِ وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ يَقْسِمُ

الأرضَ بِالسَّاحَةِ لِأَنَّهُ هُوَ الْأَصْلُ فِي الْمَسُوحَاتِ، ثُمَّ يَرُدُّ مَنْ وَقَعَ الْبِنَاءُ فِي نَصِيبِهِ أَوْ مَنْ كَانَ نَصِيبُهُ أَجُودَ دَرَاهِمَ عَلَى الْآخِرِ حَتَّى يُسَاوِيَهُ فَتَدْخُلُ الدَّرَاهِمُ فِي الْقِسْمَةِ ضَرُورَةً كَالْأَخِ لَا وَلايَةً لَهُ فِي الْمَالِ، ثُمَّ يَمْلِكُ تَسْمِيَةَ الصَّدَاقِ ضَرُورَةً التَّزْوِيجِ وَعَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ يَرُدُّ عَلَى شَرِيكِهِ بِمُقَابَلَةِ الْبِنَاءِ مَا يُسَاوِيهِ مِنَ الْعَرَصَةِ، وَإِذَا بَقِيَ فَضْلٌ وَلَمْ يُمْكِنْ تَحْقِيقُ التَّسْوِيَةِ بِأَنْ كَانَ لَا تَقِي الْعَرَصَةُ بِقِيَمَةِ الْبِنَاءِ فَحِينَئِذٍ يَرُدُّ لِلْفَضْلِ دَرَاهِمُ، لِأَنَّ الضَّرُورَةَ فِي هَذَا الْقَدْرِ فَلَا يُتْرَكُ الْأَصْلُ إِلَّا بِهَا. وَهَذَا يُوَافِقُ رِوَايَةَ الْأَصْلِ.

قَالَ (فَإِنْ قَسَمَ بَيْنَهُمْ وَلِأَحَدِهِمْ مَسِيلٌ فِي نَصِيبِ الْآخِرِ أَوْ طَرِيقٌ لَمْ يَشْتَرِطْ فِي الْقِسْمَةِ)، فَإِنْ أَمَكْنَ صَرْفُ الطَّرِيقِ وَالْمَسِيلِ عَنْهُ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَسْتَطَرِقَ فِي نَصِيبِ الْآخِرِ لِأَنَّهُ أَمَكْنَ تَحْقِيقُ مَعْنَى الْقِسْمَةِ مِنْ غَيْرِ ضَرَرٍ (وَإِنْ لَمْ يُمْكِنْ فُسِخَتْ الْقِسْمَةُ) لِأَنَّ الْقِسْمَةَ مُخْتَلَةً لِبَقَاءِ الْاِخْتِلَاطِ فَتُسْتَأْنَفُ بِخِلَافِ الْبَيْعِ حَيْثُ لَا يَفْسُدُ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ، لِأَنَّ الْمَقْصُودَ مِنْهُ تَمْلُكُ الْعَيْنِ، وَأَنَّهُ يُجَامَعُ تَعَذُّرُ الْاِنتِفَاعِ فِي الْحَالِ، أَمَّا الْقِسْمَةُ لِتَكْمِيلِ الْمُنْفَعَةِ وَلَا يَتِمُّ ذَلِكَ إِلَّا بِالطَّرِيقِ، وَلَوْ ذَكَرَ الْحَقُوقَ فِي الْوَجْهِ الْأَوَّلِ كَذَلِكَ الْجَوَابُ، لِأَنَّ مَعْنَى الْقِسْمَةِ الْإِفْرَازُ وَالتَّمْيِيزُ، وَتَمَامُ ذَلِكَ بِأَنْ لَا يَبْقَى لِكُلِّ وَاحِدٍ تَعَلُّقٌ بِنَصِيبِ الْآخِرِ وَقَدْ أَمَكْنَ تَحْقِيقُهُ بِصَرْفِ الطَّرِيقِ وَالْمَسِيلِ إِلَى غَيْرِهِ مِنْ غَيْرِ ضَرَرٍ فَيُصَارُ إِلَيْهِ، بِخِلَافِ الْبَيْعِ إِذَا ذُكِرَ فِيهِ الْحَقُوقُ حَيْثُ يَدْخُلُ فِيهِ مَا كَانَ لَهُ مِنَ الطَّرِيقِ وَالْمَسِيلِ، لِأَنَّهُ أَمَكْنَ تَحْقِيقُ مَعْنَى الْبَيْعِ وَهُوَ التَّمْلِكُ مَعَ بَقَاءِ هَذَا التَّعَلُّقِ بِمِلْكِ غَيْرِهِ وَفِي الْوَجْهِ الثَّانِي يَدْخُلُ فِيهَا لِأَنَّ الْقِسْمَةَ لِتَكْمِيلِ الْمُنْفَعَةِ وَذَلِكَ بِالطَّرِيقِ وَالْمَسِيلِ فَيَدْخُلُ عِنْدَ التَّنْصِيسِ بِاعْتِبَارِهِ، وَفِيهَا مَعْنَى الْإِفْرَازِ وَذَلِكَ بِانْقِطَاعِ التَّعَلُّقِ عَلَى مَا ذَكَرْنَا، فَبِاعْتِبَارِهِ لَا يَدْخُلُ مِنْ غَيْرِ تَنْصِيسٍ، بِخِلَافِ الْإِجَارَةِ حَيْثُ يَدْخُلُ فِيهَا بِدُونِ التَّنْصِيسِ، لِأَنَّ كُلَّ الْمَقْصُودِ الْاِنتِفَاعُ وَذَلِكَ لَا يَحْصُلُ إِلَّا بِإِدْخَالِ الشُّرْبِ وَالطَّرِيقِ فَيَدْخُلُ مِنْ غَيْرِ ذِكْرِ.

(وَلَوْ اخْتَلَفُوا فِي رَفْعِ الطَّرِيقِ بَيْنَهُمْ فِي الْقِسْمَةِ، إِنْ كَانَ يَسْتَقِيمُ لِكُلِّ وَاحِدٍ طَرِيقٌ يَفْتَحُهُ فِي نَصِيبِهِ قَسَمَ الْحَاكِمُ مِنْ غَيْرِ طَرِيقٍ يُرْفَعُ لْجَمَاعَتِهِمْ) لِتَحْقِيقِ الْإِفْرَازِ بِالْكُلِّيَّةِ دُونَهُ. (وَإِنْ كَانَ لَا يَسْتَقِيمُ ذَلِكَ رَفْعُ طَرِيقًا بَيْنَ جَمَاعَتِهِمْ) لِيَتَحَقَّقَ تَكْمِيلُ الْمُنْفَعَةِ فِيمَا وَرَاءَ الطَّرِيقِ (وَلَوْ اخْتَلَفُوا فِي مِقْدَارِهِ جُعِلَ عَلَى عَرْضِ بَابِ الدَّارِ وَطُولِهِ)

لأن الحاجة تندفع به (والطريق على سهامهم كما كان قبل القسمة) لأن القسمة فيما وراء الطريق لا فيه (ولو شرطوا أن يكون الطريق بينهما أثلاثاً جاز وإن كان أصل الدار نصفين) لأن القسمة على التفاضل جائزة بالتراضي.

الشرح:

(فصل في كيفية القسمة): لما فرغ من بيان ما يقسم وما لا يقسم بين كيفية القسمة فيما يقسم لأن الكيفية صفة تتبع جواز أصل القسمة الذي هو الموصوف. قال (وينبغي للقاسم أن يصور ما يقسمه) إذا شرع القاسم في القسمة ينبغي أن يصور ما يقسمه بأن يكتب على كاغدة إن فلاناً نصيبه كذا وفلاناً نصيبه كذا ليتمكن حفظه إن أراد رفع تلك الكاغدة إلى القاضي ليتولى الإقراع بينهم بنفسه (ويعدله يعني يسويه على سهام القسمة، ويروى يعزله: أي يقطعه بالقسمة عن غيره ويذره ليعرف قدره ويقوم البناء لحاجته إليه في الآخرة) إذ البناء يقسم على حدة، فربما يقع في نصيب أحدهم شيء منه فيكون عالماً بقيمتها (ويفرز كل نصيب عن الباقي بطريقه وشربه) إن أمكن ذلك لينقطع النزاع ويتم معنى القسمة. (ثم يلقب نصيباً بالأول والذي يليه بالثاني والثالث إلى أن تفرغ السهام ويكتب أسماءهم ويخرج القرعة، فمن خرج اسمه أولاً إلخ).

قال الإمام حميد الدين رحمه الله: صورته أرض بين جماعة لأحدهم سدسها وللآخر ثلثها وللآخر نصفها يجعلها ستة أسهم، ويلقب الجزء الأول بالسهم الأول والذي يليه بالثاني والثالث على هذا، ثم يكتب أسماءهم ويجعلها قرعة ثم يلقبها في كفه، فمن خرج اسمه أولاً فله السهم الأول، فإن كان ذلك صاحب السدس فله الجزء الأول، وإن كان صاحب الثلث فله الجزء الأول والذي يليه، وإن كان صاحب النصف فله الجزء الأول واللدان يليانه.

قوله (وقوله في الكتاب) واضح. قوله (والقرعة لتطيب القلوب) جواب الاستحسان، والقياس يأبأها لأنه تعليق الاستحقاق بخروج القرعة وذلك قمار ولهذا لم تجوز علماً ونا استعمالها في دعوى السب ودعوى المال وتعيين المطلقة، ولكن تركناها هاهنا بالتعامل الظاهر من لدن رسول الله ﷺ إلى يومنا هذا من غير تكير،

وَلَيْسَ فِي مَعْنَى الْقِمَارِ لِأَنَّ أَصْلَ الاسْتَحْقَاقِ فِيهِ يَتَعَلَّقُ بِمَا يُسْتَعْمَلُ فِيهِ.
وَأَمَّا مَا نَحْنُ فِيهِ فَلَيْسَ كَذَلِكَ، لِأَنَّ الْقَاسِمَ لَوْ قَالَ أَنَا عَدَلْتُ فِي الْقِسْمَةِ فَخُذْ
أَلْتَ هَذَا الْجَانِبَ وَأَلْتَ هَذَا الْجَانِبَ كَانَ مُسْتَقِيمًا، إِلَّا أَنَّهُ رَبَّمَا يَتَّهَمُ فِي ذَلِكَ
فَيُسْتَعْمَلُ الْقُرْعَةُ لِتَطْيِيبِ قُلُوبِ الشُّرَكَاءِ وَتَفْيِ ثُهُمَةِ الْمَيْلِ عَنْ نَفْسِهِ وَذَلِكَ جَائِزٌ؛ أَلَا
تَرَى أَنَّ زَكَرِيَّا عَلَيْهِ السَّلَامُ حِينَ اسْتَعْمَلَ الْقُرْعَةَ مَعَ الْأَحْبَارِ فِي ضَمِّ مَرِيَمَ إِلَى نَفْسِهِ
مَعَ عِلْمِهِ بِكَوْنِهِ أَحَقُّ بِهَا لَكُونِ خَالَتِهَا عِنْدَهُ تَطْيِيبًا لِقُلُوبِهِمْ. قَالَ (وَلَا يَدْخُلُ فِي
الْقِسْمَةِ الدَّرَاهِمُ وَالْدَنَانِيرُ إلخ) جَمَاعَةٌ فِي أَيْدِيهِمْ عَقَارٌ طَلَبُوا قِسْمَتَهُ وَفِي أَحَدِ
الْجَانِبَيْنِ فَصْلٌ، فَأَرَادَ أَحَدُهُمْ أَنْ يَكُونَ عَوْضُ الْفَضْلِ دَرَاهِمَ وَآخَرُ لَمْ يَرْضَ بِذَلِكَ
لَمْ تَدْخُلِ الدَّرَاهِمُ فِي الْقِسْمَةِ، وَإِنْ تَرَاضَوْا أَدْخَلَهَا لِأَنَّهُ لَا شَرَكَةَ فِي الدَّرَاهِمِ وَالْقِسْمَةِ
فِيمَا فِيهِ الشَّرَكَةُ، وَلَئِنَّهُ يَفُوتُ التَّعْدِيلُ الْمُرَادُ بِالْقِسْمَةِ لِأَنَّ أَحَدَهُمَا يَصِلُ إِلَى عَيْنِ الْعَقَارِ
وَدَرَاهِمُ الْآخَرِ فِي ذِمَّتِهِ قَدْ لَا يَصِلُ إِلَيْهَا، وَلَيْسَ بَيْنَ مَا يَصِلُ إِلَيْهِ الرَّجُلُ فِي الْحَالِ وَمَا
لَا يَصِلُ مُعَادَلَةً، فَلَا يُصَارُ إِلَيْهِ إِلَّا عِنْدَ الضَّرُورَةِ، وَلِهَذَا ذَهَبَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ
فِيمَا إِذَا كَانَ أَرْضٌ وَبِنَاءٌ إِلَى أَنَّهُ يُقَسَّمُ كُلُّ ذَلِكَ عَلَى اعْتِبَارِ الْقِيَمَةِ، لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُ
اعْتِبَارُ الْمُعَادَلَةِ إِلَّا بِالتَّقْوِيمِ، وَأَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ إِلَى أَنَّ الْأَرْضَ تُقَسَّمُ بِالمِسَاحَةِ لِأَنَّهَا
الْأَصْلُ فِي الْمَسُوحَاتِ، ثُمَّ يُرَدُّ مَنْ وَقَعَ الْبِنَاءُ فِي نَصِيبِهِ أَوْ مَنْ كَانَ نَصِيبُهُ أَجُودَ
دَرَاهِمَ عَلَى الْآخَرِ حَتَّى يُسَاوِيَهُ فَتَدْخُلُ الدَّرَاهِمُ فِي الْقِسْمَةِ ضَرُورَةً كَالْأَخِ لَا وَلَايَةً لَهُ
فِي الْمَالِ ثُمَّ يَمْلِكُ تَسْمِيَةَ الصَّدَاقِ ضَرُورَةً التَّزْوِيجِ.

وَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ إِلَى أَنَّهُ يُرَدُّ عَلَى شَرِيكِهِ بِمُقَابَلَةِ الْبِنَاءِ مَا يُسَاوِيهِ مِنَ الْعَرَصَةِ،
فَإِنْ لَمْ تَفِ الْعَرَصَةُ بِقِيَمَةِ الْبِنَاءِ فَحِينَئِذٍ يُرَدُّ الْفَضْلُ دَرَاهِمَ لِأَنَّ الضَّرُورَةَ تَحَقَّقَتْ فِي
هَذَا الْقَدْرِ فَلَا يُتْرَكُ الْأَصْلُ إِلَّا لَهَا، وَهَذَا يُوَافِقُ رِوَايَةَ الْأَصْلِ لِأَنَّهُ قَالَ فِيهِ: يُقَسَّمُ الدَّارُ
مُذَارَعَةً فَلَا يُجْعَلُ لِأَحَدِهِمَا عَلَى الْآخَرِ فَضْلًا مِنَ الدَّرَاهِمِ وَغَيْرِهَا، كَذَا فِي بَعْضِ
الشُّرُوحِ. قَوْلُهُ (فَإِنْ قَسَمَ بَيْنَهُمْ) يَعْنِي إِنْ قَسَمَ الْقَسَامَ الدَّارَ الْمُشْتَرَكَةَ بَيْنَ الشَّرِيكَيْنِ
وَلَا أَحَدَهُمَا مَسِيلُ الْمَاءِ فِي نَصِيبِ الْآخَرِ أَوْ طَرِيقٌ فَلَا يَخْلُو إِمَّا أَنْ يُمَكِّنَ صَرَفُ ذَلِكَ
عَنْهُ أَوْ لَا (فَإِنْ أُمَكِّنَ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَسْتَطِرِقَ) وَيَسِيلَ (فِي نَصِيبِ الْآخَرِ) سَوَاءً كَانَ
ذَلِكَ مَشْرُوطًا فِي الْقِسْمَةِ أَوْ لَمْ يَكُنْ (لَئِنَّهُ أُمَكِّنَ تَحْقِيقَ مَعْنَى الْقِسْمَةِ) وَهُوَ الْإِفْرَازُ

وَالْتَمِيزُ (مِنْ غَيْرِ ضَرَرٍ) بَأَنْ لَا يَبْقَى لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا تَعْلُقُ بِنَصِيبِ الْآخَرِ بِصَرْفِ الطَّرِيقِ وَالْمَسِيلِ إِلَى غَيْرِهِ فَلَا تَدْخُلُ فِيهِ الْحُقُوقُ وَإِنْ شُرِطَتْ، بِخِلَافِ الْبَيْعِ فَإِنَّهَا إِذَا شُرِطَتْ فِيهِ دَخَلَتْ لِأَنَّهُ أُمُكِّنَ تَحْقِيقُ مَعْنَى الْبَيْعِ وَهُوَ التَّمْلِكُ مَعَ بَقَاءِ هَذَا التَّعْلُقِ بِمِلْكِ غَيْرِهِ فَلَا تَدْخُلُ إِلَّا بِالشَّرْطِ (وَإِنْ لَمْ يُمَكَّنْ) فَإِمَّا أَنْ يُشْتَرَطَ ذَلِكَ فِي الْقِسْمَةِ أَوْ لَا، فَإِنْ كَانَ الثَّانِي (فُسِخَتْ الْقِسْمَةُ لِأَنَّهَا مُخْتَلَةٌ لِمَا فِيهِ مِنَ الضَّرَرِ وَبَقَاءِ الْاِخْتِلَاطِ فَتُسْتَأْنَفُ، وَهَذَا بِخِلَافِ الْبَيْعِ) فَإِنَّهُ إِذَا بَاعَ دَارًا أَوْ أَرْضًا وَلَا يَتِمَّكُنُ الْمُشْتَرِي مِنَ الْاِسْتِطْرَاقِ وَلَا مِنْ تَسْيِيلِ الْمَاءِ وَلَمْ تُذَكَّرْ الْحُقُوقُ فَإِنَّهُ (لَا يَفْسُدُ، لِأَنَّ الْمَقْصُودَ مِنْهُ تَمْلُكُ الْعَيْنِ وَأَنَّهُ يُجَامَعُ تَعَذُّرُ الْاِئْتِفَاعِ فِي الْحَالِ) كَمَا لَوْ اشْتَرَى جَحْشًا صَغِيرًا.

(وَأَمَّا الْقِسْمَةُ فَإِنَّهَا لِتَكْمِيلِ الْمُنْفَعَةِ، وَلَا يَتِمُّ ذَلِكَ إِلَّا بِالطَّرِيقِ) وَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ يَدْخُلُ فِيهَا لِأَنَّ الْقِسْمَةَ لِتَكْمِيلِ الْمُنْفَعَةِ وَذَلِكَ بِالطَّرِيقِ وَالْمَسِيلِ، فَيَدْخُلُ عِنْدَ التَّنْصِيصِ بِاعْتِبَارِ التَّكْمِيلِ، وَفِيهَا مَعْنَى الْإِفْرَازِ وَذَلِكَ بِانْقِطَاعِ التَّعْلُقِ عَلَى مَا ذَكَّرْنَا؛ فَبِاعْتِبَارِهِ لَا يَدْخُلُ مِنْ غَيْرِ تَنْصِيصٍ. وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ فِي الْقِسْمَةِ تَكْمِيلًا وَإِفْرَازًا، وَالْحُقُوقُ بِالنَّظَرِ إِلَى التَّكْمِيلِ تَدْخُلُ وَإِنْ لَمْ تُذَكَّرْ، وَبِالنَّظَرِ إِلَى الْإِفْرَازِ لَا تَدْخُلُ وَإِنْ ذُكِّرَتْ لِأَنَّ دُخُولَهَا يُنَافِي الْإِفْرَازَ.

فَقُلْنَا: تَدْخُلُ عِنْدَ التَّنْصِيصِ وَلَا تَدْخُلُ عِنْدَ عَدَمِهِ إِعْمَالًا لِلْوَجْهَيْنِ بِقَدْرِ الْإِمْكَانِ، بِخِلَافِ الْإِجَارَةِ حَيْثُ تَدْخُلُ فِيهَا بِدُونِ التَّنْصِيصِ لِأَنَّ كُلَّ الْمَقْصُودِ الْاِئْتِفَاعُ وَهُوَ لَا يَحْصُلُ إِلَّا بِادْخَالِ الشُّرْبِ وَالطَّرِيقِ، فَيَدْخُلُ مِنْ غَيْرِ ذِكْرِ (وَلَوْ اِخْتَلَفَ الشُّرَكَاءُ فِي رَفْعِ الطَّرِيقِ بَيْنَهُمْ عَنِ الْقِسْمَةِ) فَقَالَ بَعْضُهُمْ: لَا نَدْعُ طَرِيقًا مُشْتَرَكًا بَيْنَنَا بَلْ نَقْسِمُ الْكُلَّ. وَقَالَ بَعْضُهُمْ: بَلْ نَدْعُ يَنْظُرُ الْقَاضِي فِي حَالِهِمْ إِنْ كَانَ يَسْتَقِيمُ لِكُلِّ وَاحِدٍ طَرِيقٌ يَفْتَحُهُ فِي نَصِيبِهِ قَسَمَ الْحَاكِمُ بِغَيْرِ طَرِيقٍ يُتْرَكُ لِلْجَمَاعَةِ (لِتَحَقِّقِ الْإِفْرَازَ بِالْكُلِّيَّةِ دُونَهُ) أَيْ دُونَ رَفْعِ الطَّرِيقِ (وَإِنْ كَانَ لَا يَسْتَقِيمُ رَفْعُ طَرِيقًا بَيْنَ جَمَاعَتِهِمْ لِيَتَحَقَّقَ تَكْمِيلُ الْمُنْفَعَةِ فِيمَا وَرَاءَ الطَّرِيقِ).

وَلَوْ اِخْتَلَفُوا فِي مِقْدَارِهِ) أَيْ فِي سَعَةِ الطَّرِيقِ وَضَيْقِهِ وَطُولِهِ فَقَالَ بَعْضُهُمْ: تُجْعَلُ سَعَةُ الطَّرِيقِ أَكْبَرُ مِنْ عَرْضِ الْبَابِ الْأَعْظَمِ وَطُولُهُ مِنَ الْأَعْلَى إِلَى السَّمَاءِ. وَقَالَ بَعْضُهُمْ غَيْرُ ذَلِكَ (جَعَلَ عَلَى عَرْضِ الْبَابِ وَطُولِهِ لِأَنَّ الْحَاجَةَ تَنْدَفِعُ بِهِ) فَلَا

فَائِدَةٌ فِي جَعْلِهِ أَعْرَضَ مِنْ ذَلِكَ، وَفَائِدَةٌ قِسْمَةِ مَا وَرَاءَ طُولِ الْبَابِ مِنَ الْأَعْلَى هِيَ أَنْ أَحَدَ الشَّرَكَاءِ إِذَا أَرَادَ أَنْ يَشْرَعَ جَنَاحًا فِي نَصِيْبِهِ، إِنْ كَانَ فَوْقَ طُولِ الْبَابِ كَانَ لَهُ ذَلِكَ لِأَنَّ الْهَوَاءَ فِيمَا زَادَ عَلَى طُولِ الْبَابِ مَقْسُومٌ بَيْنَهُمْ فَكَانَ بَانِيًا عَلَى خَالصِ حَقِّهِ، وَإِنْ كَانَ فِيمَا دُونَ طُولِ الْبَابِ يُمْنَعُ مِنْ ذَلِكَ لِأَنَّ قَدْرَ طَوْلِهِ مُشْتَرَكٌ بَيْنَهُمْ فَصَارَ بَانِيًا عَلَى الْهَوَاءِ الْمَشْتَرَكِ، وَهُوَ لَا يَجُوزُ مِنْ غَيْرِ رِضَا الشَّرَكَاءِ، وَإِنْ كَانَ الْمَقْسُومُ أَرْضًا يَرْفَعُ مِنَ الطَّرِيقِ بِمِقْدَارٍ مَا يَمُرُّ فِيهِ ثَوْرٌ وَاحِدٌ، لِأَنَّهُ لَا بُدَّ لِلزَّرَاعَةِ مِنْ ذَلِكَ، وَلَا يُجْعَلُ مِقْدَارُ مَا يَمُرُّ فِيهِ ثَوْرَانِ مَعًا، وَإِنْ كَانَ مُحْتَاجًا إِلَى ذَلِكَ لِأَنَّهُ كَمَا يَحْتَاجُ إِلَى هَذَا يَحْتَاجُ إِلَى الْعَجَلَةِ فَيُؤَدِّي إِلَى مَا لَا يَتَنَاهَى، كَذَا فِي النَّهَائَةِ، وَبَاقِي كَلَامِهِ وَاضِحٌ.

قَالَ (وَإِذَا كَانَ سُفْلٌ لَا عُلُوٌّ عَلَيْهِ وَعُلُوٌّ لَا سُفْلٌ لَهُ وَسُفْلٌ لَهُ عُلُوٌّ قَوْمٌ كُلُّ وَاحِدٍ عَلَى حِدَّتِهِ وَقُسِمَ بِالْقِيَمَةِ وَلَا مُعْتَبَرٌ بِغَيْرِ ذَلِكَ) قَالَ ﷺ: هَذَا عِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ: وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَأَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ: يُقْسَمُ بِالذَّرْعِ؛ لِمُحَمَّدٍ أَنَّ السُّفْلَ يَصْلُحُ لِمَا لَا يَصْلُحُ لَهُ الْعُلُوُّ مِنْ اتِّخَاذِهِ بِثَرْمَاءٍ أَوْ سِرْدَابًا أَوْ إِصْطِبَالًا أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ فَلَا يَتَحَقَّقُ التَّعْدِيلُ إِلَّا بِالْقِيَمَةِ، وَهُمَا يَقُولَانِ إِنَّ الْقِسْمَةَ بِالذَّرْعِ هِيَ الْأَصْلُ، لِأَنَّ الشَّرِيكََةَ فِي الْمَذْرُوعِ لَا فِي الْقِيَمَةِ فَيُصَارُ إِلَيْهِ مَا امْكُنْ، وَالْمُرَاعَى التَّسْوِيَةَ فِي السُّكْنَى لَا فِي الْمُرَاقِبَةِ ثُمَّ اخْتَلَفَا فِيمَا بَيْنَهُمَا فِي كَيْفِيَّةِ الْقِسْمَةِ بِالذَّرْعِ فَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ: ذِرَاعٌ مِنْ سُفْلٍ بِذِرَاعَيْنِ مِنْ عُلُوٍّ وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ: ذِرَاعٌ بِذِرَاعٍ قِيلَ أَجَابَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى عَادَةِ أَهْلِ عَصْرِهِ أَوْ أَهْلِ بَلَدِهِ فِي تَفْضِيلِ السُّفْلِ عَلَى الْعُلُوِّ وَاسْتَوَائِهِمَا وَتَفْضِيلِ السُّفْلِ مَرَّةً وَالْعُلُوِّ أُخْرَى.

وَقِيلَ هُوَ اخْتِلَافٌ مَعْنَى وَوَجْهٌ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ مَنَفْعَةَ السُّفْلِ تَرَبُّو عَلَى مَنَفْعَةِ الْعُلُوِّ بِضَعْفِهِ لِأَنَّهَا تَبْقَى بَعْدَ فَوَاتِ الْعُلُوِّ، وَمَنَفْعَةُ الْعُلُوِّ لَا تَبْقَى بَعْدَ فَنَاءِ السُّفْلِ، وَكَذَا السُّفْلُ فِيهِ مَنَفْعَةُ الْبِنَاءِ وَالسُّكْنَى، وَفِي الْعُلُوِّ السُّكْنَى لَا غَيْرُ إِذْ لَا يُمَكِّنُهُ الْبِنَاءُ عَلَى عُلُوِّهِ إِلَّا بِرِضَا صَاحِبِ السُّفْلِ، فَيُعْتَبَرُ ذِرَاعَانِ مِنْهُ بِذِرَاعٍ مِنَ السُّفْلِ وَلَا يُبِي يُوسُفُ أَنَّ الْمَقْصُودَ أَصْلُ السُّكْنَى وَهُمَا يَتَسَاوَيَانِ فِيهِ، وَالْمَنَفْعَتَانِ مُتِمَّائِلَتَانِ لِأَنَّ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنْ يَفْعَلَ مَا لَا يَضُرُّ بِالْآخِرِ عَلَى أَصْلِهِ وَلِمُحَمَّدٍ أَنَّ الْمَنَفْعَةَ تَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ الْحَرِّ وَالْبَرْدِ بِالإِضَافَةِ إِلَيْهِمَا فَلَا يُمَكِّنُ التَّعْدِيلُ إِلَّا بِالْقِيَمَةِ، وَالْفَتْوَى الْيَوْمَ عَلَى قَوْلِ مُحَمَّدٍ

رَحِمَهُ اللَّهُ وَقَوْلُهُ لَا يَفْتَقِرُ إِلَى التَّفْسِيرِ.

وَتَفْسِيرُ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي مَسْأَلَةِ الْكِتَابِ أَنْ يُجْعَلَ بِمُقَابَلَةِ مِائَةِ ذِرَاعٍ مِنَ الْعُلُوِّ الْمَجْرَدِ ثَلَاثَةٌ وَثَلَاثُونَ وَثُلُثُ ذِرَاعٍ مِنَ الْبَيْتِ الْكَامِلِ لِأَنَّ الْعُلُوَّ مِثْلُ نِصْفِ السُّفْلِ فَثَلَاثَةٌ وَثَلَاثُونَ وَثُلُثٌ مِنَ السُّفْلِ سِتَّةٌ وَسِتُّونَ وَثُلُثَانِ مِنَ الْعُلُوِّ الْمَجْرَدِ وَمَعَهُ ثَلَاثَةٌ وَثَلَاثُونَ وَثُلُثُ ذِرَاعٍ مِنَ الْعُلُوِّ فَبَلَغَتْ مِائَةُ ذِرَاعٍ تُسَاوِي مِائَةً مِنَ الْعُلُوِّ الْمَجْرَدِ، وَيُجْعَلُ بِمُقَابَلَةِ مِائَةِ ذِرَاعٍ مِنَ السُّفْلِ الْمَجْرَدِ مِنَ الْبَيْتِ الْكَامِلِ سِتَّةٌ وَسِتُّونَ وَثُلُثَا ذِرَاعٍ، لِأَنَّ عُلوَّهُ مِثْلُ نِصْفِ سُفْلِهِ فَبَلَغَتْ مِائَةُ ذِرَاعٍ كَمَا ذَكَرْنَا، وَالسُّفْلُ الْمَجْرَدُ سِتَّةٌ وَسِتُّونَ وَثُلُثَانِ لِأَنَّهُ ضَعْفُ الْعُلُوِّ فَيُجْعَلُ بِمُقَابَلَةِ مِثْلِهِ وَتَفْسِيرُ قَوْلِ أَبِي يُونُسَ أَنْ يُجْعَلَ بِإِزَاءِ خَمْسِينَ ذِرَاعًا مِنَ الْبَيْتِ الْكَامِلِ مِائَةُ ذِرَاعٍ مِنَ السُّفْلِ الْمَجْرَدِ، وَمِائَةُ ذِرَاعٍ مِنَ الْعُلُوِّ الْمَجْرَدِ، لِأَنَّ السُّفْلَ وَالْعُلُوَّ عِنْدَهُ سَوَاءٌ، فَخَمْسُونَ ذِرَاعًا مِنَ الْبَيْتِ الْكَامِلِ بِمَنْزِلَةِ مِائَةِ ذِرَاعٍ خَمْسُونَ مِنْهَا سُفْلٌ وَخَمْسُونَ مِنْهَا عُلوٌّ قَالَ (وَإِذَا اخْتَلَفَ الْمُتَقَاسِمُونَ وَشَهِدَ الْقَاسِمَانِ قُبِلَتْ شَهَادَتُهُمَا) قَالَ ﷺ: هَذَا الَّذِي ذَكَرَهُ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُونُسَ وَقَالَ مُحَمَّدٌ: لَا تُقْبَلُ، وَهُوَ قَوْلُ أَبِي يُونُسَ أَوَّلًا، وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ.

وَذَكَرَ الْخَصَافُ قَوْلَ مُحَمَّدٍ مَعَ قَوْلِهِمَا وَقَاسَمَا الْقَاضِي وَغَيْرَهُمَا سَوَاءً، لِمُحَمَّدٍ أَنَّهُمَا شَهِدَا عَلَى فِعْلٍ أَنْفُسِهِمَا فَلَا تُقْبَلُ، كَمَنْ عَلَّقَ عِتْقَ عَبْدِهِ بِفِعْلٍ غَيْرِهِ فَشَهِدَ ذَلِكَ الْغَيْرُ عَلَى فِعْلِهِ وَلَهُمَا أَنَّهُمَا شَهِدَا عَلَى فِعْلٍ غَيْرِهِمَا وَهُوَ الْإِسْتِيفَاءُ وَالْقَبْضُ لَا عَلَى فِعْلٍ أَنْفُسِهِمَا، لِأَنَّ فِعْلَهُمَا التَّمْيِيزُ وَلَا حَاجَةَ إِلَى الشَّهَادَةِ عَلَيْهِ، أَوْ لِأَنَّهُ لَا يَصْلُحُ مَشْهُودًا بِهِ لِمَا أَنَّهُ غَيْرُ لَازِمٍ، وَإِنَّمَا يَلْزَمُهُ بِالْقَبْضِ وَالْإِسْتِيفَاءِ وَهُوَ فِعْلُ الْغَيْرِ فَتُقْبَلُ الشَّهَادَةُ عَلَيْهِ وَقَالَ الطَّحَاوِيُّ: إِذَا قَسَمَا بِأَجْرٍ لَا تُقْبَلُ الشَّهَادَةُ بِالْإِجْمَاعِ، وَإِلَيْهِ مَالُ بَعْضِ الْمَشَايخِ لَأَنَّهُمَا يَدْعِيَانِ إِيفَاءَ عَمَلٍ أَسْتَوْجِرَا عَلَيْهِ فَكَانَتْ شَهَادَةُ صُورَةٍ وَدَعَاوَى مَعْنَى فَلَا تُقْبَلُ إِلَّا أَنَا نَقُولُ: هُمَا لَا يَجْرَانِ بِهِذِهِ الشَّهَادَةُ إِلَى أَنْفُسِهِمَا مَعْنَمًا لِاتِّفَاقِ الْخُصُومِ عَلَى إِيفَائِهِمَا الْعَمَلِ الْمُسْتَأْجَرَ عَلَيْهِ وَهُوَ التَّمْيِيزُ، وَإِنَّمَا الْإِخْتِلَافُ فِي الْإِسْتِيفَاءِ فَانْتَفَتِ التَّهْمَةُ (وَلَوْ شَهِدَ قَاسِمٌ وَاحِدٌ لَا تُقْبَلُ) لِأَنَّ شَهَادَةَ الْفَرْدِ غَيْرُ مَقْبُولَةٍ عَلَى الْغَيْرِ، وَلَوْ أَمَرَ الْقَاضِي أَمِينَهُ بِدَفْعِ الْمَالِ إِلَى آخَرٍ يُقْبَلُ قَوْلُ الْأَمِينِ فِي دَفْعِ الضَّمَانِ عَنْ نَفْسِهِ وَلَا يُقْبَلُ فِي الزَّامِ الْآخَرِ إِذَا كَانَ مُنْكَرًا، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

الشرح:

قَالَ (وَإِذَا كَانَ سُفْلٌ لَا عُلوَّ لَهُ) صُورَةُ الْمَسْأَلَةِ أَنْ يَكُونَ عُلوُّ مُشْتَرَكًا بَيْنَ رَجُلَيْنِ وَسُفْلُهُ لآخرَ وَسُفْلٌ مُشْتَرَكًا بَيْنَهُمَا وَعُلوُّهُ لآخرَ وَبَيَّتْ كَامِلٌ مُشْتَرَكًا بَيْنَهُمَا وَالْكُلُّ فِي دَارٍ وَاحِدَةٍ أَوْ فِي دَارَيْنِ لَكِنْ تَرَضِيًّا عَلَى الْقِسْمَةِ وَطَلَبًا مِنَ الْقَاضِي الْقِسْمَةِ، وَإِنَّمَا قَيَّدْنَا بِذَلِكَ لِئَلَّا يُقَالَ: تَقْسِيمُ الْعُلُوِّ مَعَ السُّفْلِ قِسْمَةٌ وَاحِدَةٌ إِذَا كَانَتْ الْبُيُوتُ مُتَفَرِّقَةً لَا يَصِحُّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ، وَإِذَا ظَهَرَ ذَلِكَ فَأَعْلَمُ أَنَّ عُلَمَاءَنَا رَحِمَهُمُ اللَّهُ اخْتَلَفُوا فِي كَيْفِيَّةِ قِسْمَةِ ذَلِكَ، فَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَأَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُمُ اللَّهُ: يُقَسَّمُ بِالذَّرْعِ لِأَنَّهُ الْأَصْلُ فِي الْقِسْمَةِ فِي الْمَذْرُوعِ لِكَوْنِ الشَّرِكَةِ فِيهِ لَا فِي الْقِيَمَةِ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ يُقَسَّمُ بِالْقِيَمَةِ، فَإِنْ كَانَتْ قِيَمَتُهُمَا سَوَاءً كَانَ ذِرَاعٌ بِذِرَاعٍ، وَإِنْ كَانَتْ قِيَمَةُ أَحَدِهِمَا نِصْفَ قِيَمَةِ الْآخَرِ يُحْسَبُ ذِرَاعٌ بِذِرَاعَيْنِ، وَعَلَى هَذَا الْحِسَابِ لِأَنَّ السُّفْلَ يَصْلُحُ لِمَا لَا يَصْلُحُ لَهُ الْعُلُوُّ مِنْ حَقْرِ الْبُيْرِ وَإِتْخَاذِ السَّرْدَابِ وَالْإِصْطِبَلِ وَغَيْرِهَا فَلَا يَتَحَقَّقُ التَّعْدِيلُ إِلَّا بِالْقِيَمَةِ. ثُمَّ اخْتَلَفَ الشَّيْخَانِ فِي كَيْفِيَّةِ الْقِسْمَةِ بِالذَّرْعِ، فَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: ذِرَاعُ سُفْلٍ بِذِرَاعَيْنِ مِنْ عُلوِّ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: ذِرَاعُ بِذِرَاعٍ. وَاخْتَلَفَ الْمَشَايِخُ بِأَنْ مَبْنَى هَذَا الْاِخْتِلَافِ اخْتِلَافُ عَادَةِ أَهْلِ الْعَصْرِ وَالْبُلْدَانِ فِي تَفْضِيلِ السُّفْلِ عَلَى الْعُلُوِّ أَوْ الْعَكْسِ مِنْ ذَلِكَ أَوْ اسْتَوَائِهِمَا أَوْ هُوَ مَعْنَى فِقْهِيٍّ، فَقَالَ بَعْضُهُمْ: أَجَابَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ عَلَى عَادَةِ أَهْلِ عَصْرِهِ: أَجَابَ أَبُو حَنِيفَةَ بِنَاءً عَلَى مَا شَاهَدَ مِنْ عَادَةِ أَهْلِ الْكُوفَةِ فِي اخْتِيَارِ السُّفْلِ عَلَى الْعُلُوِّ، وَأَبُو يُوسُفَ بِنَاءً عَلَى مَا شَاهَدَ مِنْ عَادَةِ أَهْلِ بَغْدَادَ فِي التَّسْوِيَةِ بَيْنَ الْعُلُوِّ وَالسُّفْلِ فِي مَنَفَعَةِ السُّكْنَى، وَمُحَمَّدٌ عَلَى مَا شَاهَدَ مِنْ اخْتِلَافِ الْعَادَاتِ فِي الْبُلْدَانِ مِنْ تَفْضِيلِ السُّفْلِ مَرَّةً وَالْعُلُوِّ أُخْرَى.

وَقَالَ بَعْضُهُمْ: بَلْ مَبْنَاهُ مَعْنَى فِقْهِيٍّ. وَوَجْهُ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ مَنَفَعَةَ السُّفْلِ تَرْبُو عَلَى مَنَفَعَةِ الْعُلُوِّ بِضِعْفِهِ لِأَنَّهَا تَبْقَى بَعْدَ فَوَاتِ الْعُلُوِّ دُونَ الْعَكْسِ، وَكَذَا السُّفْلُ فِيهِ مَنَفَعَةُ الْبِنَاءِ وَالسُّكْنَى، وَفِي الْعُلُوِّ مَنَفَعَةُ السُّكْنَى لَا غَيْرُ، إِذْ لَا يُمْكِنُهُ الْبِنَاءُ عَلَى عُلوِّهِ إِلَّا بِرِضَا صَاحِبِ السُّفْلِ فَيُعْتَبَرُ ذِرَاعَانِ مِنْهُ بِذِرَاعٍ مِنَ السُّفْلِ. وَلِأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ الْمَقْصُودَ أَصْلَ السُّكْنَى وَهُمَا يَتَسَاوَيَانِ فِيهِ، وَالْمَنَفَعَتَانِ مُتِمَّالَتَانِ لِأَنَّ لِكُلِّ

وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنْ يَفْعَلَ مَا لَا يَضُرُّ بِالْآخِرِ عَلَى أَصْلِهِ. وَلِمَحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنْ الْمُنْفَعَةُ تَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ الْحَرِّ وَالْبَرْدِ بِالإِضَافَةِ إِلَيْهِمَا، فَلَا يُمَكِّنُ التَّعْدِيلُ إِلَّا بِالْقِيَمَةِ، وَقَوْلُهُ لَا يَفْتَقِرُ إِلَى التَّفْسِيرِ. وَتَفْسِيرُ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي مَسْأَلَةِ الْكِتَابِ أَنْ يُجْعَلَ بِمُقَابَلَةِ مِائَةِ ذِرَاعٍ مِنَ الْعُلُوِّ الْمُجَرَّدِ ثَلَاثَةٌ وَثَلَاثُونَ وَثُلُثُ ذِرَاعٍ مِنَ الْبَيْتِ الْكَامِلِ، لِأَنَّ الْعُلُوَّ عِنْدَهُ مِثْلُ نِصْفِ السُّفْلِ، فَثَلَاثَةٌ وَثَلَاثُونَ وَثُلُثٌ مِنَ الْعُلُوِّ الْكَامِلِ فِي مُقَابَلَةِ مِثْلِهِ مِنَ الْعُلُوِّ الْمُجَرَّدِ، وَثَلَاثَةٌ وَثَلَاثُونَ وَثُلُثٌ مِنَ سُفْلِ الْكَامِلِ فِي مُقَابَلَةِ سِتَّةٍ وَسِتِّينَ وَثُلُثَيْنِ مِنَ الْعُلُوِّ الْمُجَرَّدِ فَذَلِكَ تَمَامُ مِائَةٍ، وَيُجْعَلُ بِمُقَابَلَةِ مِائَةِ ذِرَاعٍ مِنَ السُّفْلِ الْمُجَرَّدِ سِتَّةٌ وَسِتُّونَ وَثُلُثًا ذِرَاعٍ مِنَ الْبَيْتِ الْكَامِلِ، لِأَنَّ عُلوَّهُ مِثْلُ نِصْفِ سُفْلِهِ، فَسِتَّةٌ وَسِتُّونَ وَثُلُثَانِ مِنَ السُّفْلِ الْكَامِلِ بِمُقَابَلَةِ مِثْلِهِ مِنَ السُّفْلِ الْمُجَرَّدِ وَسِتَّةٌ وَسِتُّونَ وَثُلُثَانِ مِنَ عُلوِّ الْكَامِلِ فِي مُقَابَلَةِ ثَلَاثَةٍ وَثَلَاثَيْنِ وَثُلُثُ ذِرَاعٍ مِنَ السُّفْلِ الْمُجَرَّدِ فَذَلِكَ تَمَامُ مِائَةٍ، وَتَفْسِيرُ قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ ظَاهِرٌ عَلَى مَا ذُكِرَ فِي الْكِتَابِ.

(قَوْلُهُ وَإِذَا اخْتَلَفَ الْمُتَقَاسِمُونَ) فَقَالَ بَعْضُهُمْ بَعْضٌ نَصِيبِي فِي يَدِ صَاحِبِي (وَشَهِدَ الْقَاسِمَانِ قُبِلَتْ شَهَادَتُهُمَا) ذَكَرَهُ الْقُدُورِيُّ وَلَمْ يَذْكُرْ خِلَافًا، وَكَأَنَّهُ مَالَ إِلَى قَوْلِ الْخِصَافِ فَإِنَّهُ ذَكَرَ قَوْلَ مُحَمَّدٍ كَقَوْلِهِمَا. وَقَوْلُهُ أَوْ لِأَنَّهُ: أَيُّ التَّمْيِيزِ لَا يَصْلُحُ مَشْهُودًا بِهِ لِمَا أَنَّهُ غَيْرُ لَازِمٍ قَبْلُ، لِأَنَّ الرُّجُوعَ صَحِيحٌ قَبْلَ الْقَبْضِ، وَهُوَ صَحِيحٌ إِذَا كَانَتْ الْقِسْمَةُ بَرَاضِيهِمَا. أَمَّا إِذَا كَانَ الْقَاضِي أَوْ نَائِبُهُ يَقْسِمُ فَلَيْسَ لِبَعْضِ الشُّرَكَاءِ أَنْ يَأْبَى ذَلِكَ بَعْدَ خُرُوجِ بَعْضِ السَّهَامِ، وَالْبَاقِي وَاضِحٌ.

بَابُ دَعْوَى الْغَلَطِ فِي الْقِسْمَةِ وَالْإِسْتِحْقَاقِ فِيهَا

قَالَ (وَإِذَا ادَّعَى أَحَدُهُمُ الْغَلَطَ وَزَعَمَ أَنَّ مِمَّا أَصَابَهُ شَيْئًا فِي يَدِ صَاحِبِهِ وَقَدْ أَشْهَدَ عَلَى نَفْسِهِ بِالِاسْتِيفَاءِ لَمْ يُصَدَّقْ عَلَى ذَلِكَ إِلَّا بِبَيِّنَةٍ) لِأَنَّهُ يَدَّعِي فَسَخَ الْقِسْمَةَ بَعْدَ وَقُوعِهَا فَلَا يُصَدَّقُ إِلَّا بِحُجَّةٍ (فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ بَيِّنَةٌ اسْتَحْلَفَ الشُّرَكَاءَ فَمَنْ نَكَلَ مِنْهُمْ جُمِعَ بَيْنَ نَصِيبِ النَّاسِكِ وَالْمُدَّعِي فَيُقْسَمُ بَيْنَهُمَا عَلَى قَدَرِ أَنْصَابِهِمَا)، لِأَنَّ النُّكُولَ حُجَّةٌ فِي حَقِّهِ خَاصَّةً فَيُعَامَلَانِ عَلَى زَعَمِهِمَا قَالَ ﷺ: يَنْبَغِي أَنْ لَا تُقْبَلَ دَعْوَاهُ أَصْلًا لَتَنَاقُضِهِ، وَإِلَيْهِ أَشَارَ مَنْ بَعْدَ (وَإِنْ قَالَ قَدْ اسْتَوْفَيْتُ حَقِّي وَأَخَذْتُ بَعْضَهُ فَالْقَوْلُ قَوْلُ خَصْمِهِ مَعَ يَمِينِهِ) لِأَنَّهُ يَدَّعِي عَلَيْهِ الْغَضَبَ وَهُوَ مُنْكَرٌ (وَإِنْ قَالَ أَصَابَنِي إِلَى مَوْضِعٍ كَذَا فَلَمْ يُسَلِّمْهُ

إِلَيَّ وَلَمْ يَشْهَدْ عَلَى نَفْسِهِ بِالِاسْتِيفَاءِ وَكَذَبَهُ شَرِيكُهُ تَحَالَفًا وَفُسِخَتْ الْقِسْمَةُ) لِأَنَّ
الِاخْتِلَافَ فِي مِقْدَارِ مَا حَصَلَ لَهُ بِالْقِسْمَةِ فَصَارَ نَظِيرَ الْإِخْتِلَافِ فِي مِقْدَارِ الْمُبِيعِ عَلَى
مَا ذَكَرْنَا مِنْ أَحْكَامِ التَّحَالُفِ فِيمَا تَقَدَّمَ (وَلَوْ اخْتَلَفَا فِي التَّقْوِيمِ لَمْ يُلْتَفَتْ إِلَيْهِ) لِأَنَّهُ
دَعَايَ الْغَبْنِ وَلَا مُعْتَبَرٌ بِهِ فِي الْبَيْعِ فَكَذًا فِي الْقِسْمَةِ لَوْجُودِ التَّرَاضِي، إِلَّا إِذَا كَانَتْ
الْقِسْمَةُ بِقَضَاءِ الْقَاضِي وَالْغَبْنُ فَاحِشٌ (لَأَنَّ تَصَرُّفَهُ مُقَيَّدٌ بِالْعَدْلِ)

الشرح:

(بَابُ دَعْوَى الْغَلَطِ فِي الْقِسْمَةِ وَالِاسْتِحْقَاقِ فِيهَا): لَمَّا كَانَ دَعْوَى الْغَلَطِ
وَالِاسْتِحْقَاقِ مِنْ عَوَارِضِ الْقِسْمَةِ آخَرَ ذِكْرَهَا. وَالْأَصْلُ فِي هَذَا الْبَابِ أَنَّ الْإِخْتِلَافَ
إِمَّا أَنْ يَكُونَ فِي مِقْدَارِ مَا حَصَلَ بِالْقِسْمَةِ أَوْ فِي أَمْرِ بَعْدَ الْقِسْمَةِ، فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ
تَحَالَفًا وَتُفْسَخُ الْقِسْمَةُ إِنْ لَمْ يَكُنْ فِي دَعْوَاهُ مُتَنَاقِضًا، وَإِنْ كَانَ الثَّانِي فَحُكْمُهُ الْبَيِّنَةُ
عَلَى الْمُدَّعِي وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أُنْكَرَ فَعَلَى هَذَا إِذَا ادَّعَى أَحَدُهُمَا الْغَلَطَ فِي الْقِسْمَةِ
وَزَعَمَ أَنَّ مِمَّا أَصَابَهُ شَيْئًا فِي يَدِ صَاحِبِهِ وَقَدْ أَشْهَدَ عَلَى نَفْسِهِ بِالِاسْتِيفَاءِ لَمْ يُصَدَّقْ
عَلَى ذَلِكَ إِلَّا بِبَيِّنَةٍ لِأَنَّهُ يَدَّعِي فُسْخَ الْقِسْمَةِ بَعْدَ وَقُوعِهَا فَلَا يُصَدَّقُ إِلَّا بِحُجَّةٍ
كَالْمُشْتَرِي إِذَا ادَّعَى لِنَفْسِهِ خِيَارَ الشَّرْطِ، فَإِنْ أَقَامَهَا فَقَدْ نَوَّرَ دَعْوَاهُ بِهَا، وَإِنْ عَجَزَ
عَنْهَا أُسْتُخْلَفَ الشُّرَكَاءُ، لِأَنَّهُمْ لَوْ أَقْرَأُوا لَزِمَهُمْ فَإِذَا أُنْكَرُوا أُسْتُخْلِفُوا لِرَجَاءِ
التُّكُولِ، فَمَنْ حَلَفَ لَا سَبِيلَ عَلَيْهِ، وَمَنْ تَكَلَّ جَمَعَ بَيْنَ نَصِيهِ وَنَصِيبِ الْمُدَّعِي كَمَا
ذَكَرَ فِي الْكِتَابِ، وَلَا تَحَالَفَ لَوْجُودِ التَّنَاقُضِ فِي دَعْوَاهُ.

قَالَ الْمُصَنِّفُ رَحِمَهُ اللَّهُ (يَنْبَغِي أَنْ لَا يَقْبَلَ دَعْوَاهُ أَصْلًا) يَعْنِي وَإِنْ أَقَامَ الْبَيِّنَةَ
لِتَنَاقُضِهِ، لِأَنَّهُ إِذَا أَشْهَدَ عَلَى نَفْسِهِ: أَيُّ أَقْرَأَ بِالِاسْتِيفَاءِ وَالِاسْتِيفَاءُ عِبَارَةٌ عَنْ قَبْضِ الْحَقِّ
بِكَمَالِهِ كَانَ الدَّعْوَى بَعْدَ ذَلِكَ تَنَاقُضًا. قَوْلُهُ (وَالِإِلَيْهِ أَشَارَ مِنْ بَعْدِ) يُرِيدُ قَوْلَهُ وَإِنْ قَالَ
أَصَابَنِي إِلَى مَوْضِعٍ كَذَا فَلَمْ يُسَلِّمْهُ إِلَيَّ وَلَمْ يَشْهَدْ عَلَى نَفْسِهِ بِالِاسْتِيفَاءِ وَكَذَبَهُ
شَرِيكُهُ تَحَالَفًا وَفُسِخَتْ الْقِسْمَةُ، لِأَنَّ الْإِخْتِلَافَ فِي مِقْدَارِ مَا حَصَلَ لَهُ بِالْقِسْمَةِ فَصَارَ
نَظِيرَ الْإِخْتِلَافِ فِي مِقْدَارِ الْمُبِيعِ.

وَوَجْهُ الْإِشَارَةِ أَنَّ هَذَا الْمَعْنَى قَدْ وَجَدَ فِي الصُّورَةِ الْأُولَى، وَلَا تَحَالَفَ فِيهَا وَلَا
سَبَبَ لَهُ سِوَى كَوْنِ التَّنَاقُضِ مَانِعًا لِصِحَّةِ الدَّعْوَى، وَإِذَا كَانَ التَّنَاقُضُ مُوجُودًا وَجَبَ

أَنْ لَا تُقْبَلَ دَعْوَاهُ أَصْلًا، وَإِنْ قَالَ قَدْ اسْتَوْفَيْتَ حَقِّي وَأَخَذْتَ بَعْضَهُ وَعَجَزَ عَنِ إِقَامَةِ الْبَيِّنَةِ فَالْقَوْلُ قَوْلُ خَصْمِهِ مَعَ يَمِينِهِ لِأَنَّهُ يَدْعِي عَلَيْهِ الْعَصَبَ وَهُوَ يُنْكِرُ. وَلَوْ اخْتَلَفَا فِي التَّقْوِيمِ فَلَا يَخْلُو إِمَّا أَنْ يَكُونَ يَسِيرًا أَوْ فَاحِشًا لَا يَدْخُلُ تَحْتَ تَقْوِيمِ الْمُقَوِّمِينَ، فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ لَمْ يَلْتَفِتْ إِلَى دَعْوَاهُ سَوَاءَ كَانَتْ الْقِسْمَةُ بِالتَّرَاضِي أَوْ بِقَضَاءِ الْقَاضِي، لِأَنَّ الْإِحْتِرَازَ عَنْ مِثْلِهِ عَسِرٌ جَدًّا؛ وَإِنْ كَانَ الثَّانِي، فَإِنْ كَانَتْ الْقِسْمَةُ بِقَضَاءِ الْقَاضِي فُسِخَتْ لِأَنَّ الرِّضَا مِنْهُمْ لَمْ يُوْجَدْ، وَتَصَرَّفُ الْقَاضِي مُقَيَّدٌ بِالْعَدْلِ وَلَمْ يُوْجَدْ، وَإِنْ كَانَتْ بِالتَّرَاضِي لَمْ يَذْكُرْهُ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ. وَحُكِيَ عَنِ الْفَقِيهِ أَبِي جَعْفَرٍ الْهِنْدَوَانِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ كَانَ يَقُولُ: لِقَائِلٍ أَنْ يَقُولَ: لَا تُسْمَعُ هَذِهِ الدَّعْوَى لِأَنَّ الْقِسْمَةَ فِي مَعْنَى الْبَيْعِ وَدَعْوَى الْغَبْنِ فِيهِ مِنَ الْمَالِكِ لَا تُوجِبُ نَقْضَهُ أَمَّا الْبَيْعُ مِنْ غَيْرِ الْمَالِكِ فَإِنَّهُ يُنْقَضُ بِالْغَبْنِ الْفَاحِشِ كَبَيْعِ الْأَبِ وَالْوَصِيِّ.

وَلِقَائِلٍ أَنْ يَقُولَ: تُسْمَعُ هَذِهِ الدَّعْوَى لِأَنَّ الْمُعَادَلَةَ شَرْطٌ فِي الْقِسْمَةِ، وَالتَّعْدِيلُ فِي الْأَشْيَاءِ الْمُتَفَاوِتَةِ يَكُونُ مِنْ حَيْثُ الْقِيَمَةُ، فَإِذَا ظَهَرَ فِي الْقِيَمَةِ غَبْنٌ فَاحِشٌ فَاتَّ شَرْطُ جَوَازِ الْقِسْمَةِ فَيَجِبُ نَقْضُهَا. وَالصَّدْرُ الشَّهِيدُ حُسَامُ الدِّينِ رَحِمَهُ اللَّهُ كَانَ يَأْخُذُ بِالْقَوْلِ الْأَوَّلِ وَهُوَ مُخْتَارُ الْمُصَنِّفِ رَحِمَهُ اللَّهُ، وَبَعْضُ الْمَشَايِخِ رَحِمَهُمُ اللَّهُ كَانُوا يَأْخُذُونَ بِالْقَوْلِ الثَّانِي.

(وَلَوْ اقْتَسَمَا دَارًا وَأَصَابَ كُلُّ وَاحِدٍ طَائِفَةً فَادَّعَى أَحَدُهُمَا بَيْتًا فِي يَدِ الْآخَرِ أَنَّهُ مِمَّا أَصَابَهُ بِالْقِسْمَةِ وَأَنْكَرَ الْآخَرُ فَعَلَيْهِ إِقَامَةُ الْبَيِّنَةِ) لَمَّا قُلْنَا (وَأِنْ أَقَامَا الْبَيِّنَةَ يُؤْخَذُ بِبَيِّنَةِ الْمُدَّعِي) لِأَنَّهُ خَارِجٌ، وَبَيِّنَةُ الْخَارِجِ تَتَرَجَّحُ عَلَى بَيِّنَةِ ذِي الْيَدِ (وَأِنْ كَانَ قَبْلَ الْإِشْهَادِ عَلَى الْقَبْضِ تَحَالُفًا وَتَرَادًا، وَكَذَا إِذَا اخْتَلَفَا فِي الْحُدُودِ وَأَقَامَا الْبَيِّنَةَ يُقْضَى لِكُلِّ وَاحِدٍ بِالْجُزْءِ الَّذِي هُوَ فِي يَدِ صَاحِبِهِ) لَمَّا بَيَّنَّا (وَأِنْ قَامَتِ لِأَحَدِهِمَا بَيِّنَةٌ فَضِي لَهُ، وَإِنْ لَمْ تَقَمْ لَوَاحِدٍ مِنْهُمَا تَحَالُفًا) كَمَا فِي الْبَيْعِ.

الشرح:

قَوْلُهُ (وَلَوْ اقْتَسَمَا دَارًا) هُوَ عَيْنُ مَسْأَلَةِ أَوَّلِ الْبَابِ لَكِنْ أَعَادَهُ لِرِيَادَةِ بَيَانٍ، وَقَوْلُهُ (لَمَّا قُلْنَا) إِنْشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ لَمْ يُصَدَّقْ عَلَى ذَلِكَ إِلَّا بِبَيِّنَةٍ لِأَنَّهُ يَدْعِي فُسْخَ الْقِسْمَةِ بَعْدَ وَقُوعِهَا. وَقَوْلُهُ (وَكَذَا إِذَا اخْتَلَفَا فِي الْحُدُودِ) قِيلَ صَوْرَتُهُ: دَارٌ اقْتَسَمَهَا رَجُلَانِ

فَأَصَابَ أَحَدَهُمَا جَانِبٌ مِنْهُ وَفِي طَرَفٍ حَدَّهُ بَيْتٌ فِي يَدِ صَاحِبِهِ وَأَصَابَ الْآخَرَ جَانِبٌ وَفِي طَرَفٍ حَدَّهُ بَيْتٌ فِي يَدِ صَاحِبِهِ فَادَّعَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنَّ الْبَيْتَ الَّذِي فِي يَدِ صَاحِبِهِ دَاخِلٌ فِي حَدِّهِ وَأَقَامَا الْبَيِّنَةَ يُقْضَى لِكُلِّ وَاحِدٍ بِالْجُزْءِ الَّذِي فِي يَدِ صَاحِبِهِ لَمَّا بَيَّنَّا: يَعْنِي قَوْلَهُ لِأَنَّهُ خَارِجٌ وَبَيِّنَةُ الْخَارِجِ تُرْجَحُ عَلَى بَيِّنَةِ ذِي الْيَدِ، وَالْبَاقِي وَاضِحٌ.

قَالَ (وَإِذَا اسْتَحَقَّ بَعْضُ نَصِيبِ أَحَدِهِمَا بَعَيْنَهُ لَمْ تُفْسَخِ الْقِسْمَةُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَرَجَعَ بِحِصَّةِ ذَلِكَ فِي نَصِيبِ صَاحِبِهِ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: تُفْسَخُ الْقِسْمَةُ) قَالَ ﷺ: ذَكَرَ الْاِخْتِلَافَ فِي اسْتِحْقَاقِ بَعْضِ بَعَيْنِهِ، وَهَكَذَا ذُكِرَ فِي الْأَسْرَارِ. وَالصَّحِيحُ أَنَّ الْاِخْتِلَافَ فِي اسْتِحْقَاقِ بَعْضٍ شَائِعٍ مِنْ نَصِيبِ أَحَدِهِمَا، فَأَمَّا فِي اسْتِحْقَاقِ بَعْضٍ مُعَيَّنٍ لَا تُفْسَخُ الْقِسْمَةُ بِالْإِجْمَاعِ، وَلَوْ اسْتَحَقَّ بَعْضُ شَائِعٍ فِي الْكُلِّ تُفْسَخُ بِالِاتِّفَاقِ، فَهَذِهِ ثَلَاثَةُ أَوْجُهٍ. وَلَمْ يَذْكُرْ قَوْلَ مُحَمَّدٍ، وَذَكَرَهُ أَبُو سُلَيْمَانَ مَعَ أَبِي يُوسُفَ وَأَبُو حَفْصٍ مَعَ أَبِي حَنِيفَةَ وَهُوَ الْأَصَحُّ. لِأَبِي يُوسُفَ أَنَّ بِاسْتِحْقَاقِ بَعْضٍ شَائِعٍ ظَهَرَ شَرِيكَ ثَالِثَ لِهُمَا، وَالْقِسْمَةُ بِدُونِ رِضَا بَاطِلَةٌ، كَمَا إِذَا اسْتَحَقَّ بَعْضُ شَائِعٍ فِي النَّصِيبَيْنِ، وَهَذَا لِأَنَّ بِاسْتِحْقَاقِ جُزْءٍ شَائِعٍ يَنْعَدِمُ مَعْنَى الْقِسْمَةِ وَهُوَ الْإِفْرَازُ لِأَنَّهُ يُوجِبُ الرُّجُوعَ بِحِصَّتِهِ فِي نَصِيبِ الْآخَرِ شَائِعًا، بِخِلَافِ الْمُعَيَّنِ.

وَلَهُمَا أَنْ مَعْنَى الْإِفْرَازِ لَا يَنْعَدِمُ بِاسْتِحْقَاقِ جُزْءٍ شَائِعٍ فِي نَصِيبِ أَحَدِهِمَا وَلِهَذَا جَازَتْ الْقِسْمَةُ عَلَى هَذَا الْوَجْهِ فِي الْإِبْتِدَاءِ بِأَنَّ كَانَ النِّصْفُ الْمُقَدَّمُ مُشْتَرَكًا بَيْنَهُمَا وَبَيْنَ ثَالِثٍ وَالنِّصْفُ الْمُؤَخَّرُ بَيْنَهُمَا لَا شَرِيكَ لْغَيْرِهِمَا فِيهِ فَاقْتَسَمَا عَلَى أَنْ لِأَحَدِهِمَا مَا لَهُمَا مِنَ الْمُقَدَّمِ وَرُبِعَ الْمُؤَخَّرِ يَجُوزُ فَكَذَا فِي الْإِنْتِهَاءِ وَصَارَ كَاسْتِحْقَاقِ شَيْءٍ مُعَيَّنٍ، بِخِلَافِ الشَّائِعِ فِي النَّصِيبَيْنِ لِأَنَّهُ لَوْ بَقِيَتِ الْقِسْمَةُ لَتَضَرَّرَ الثَّلَاثُ بِتَفَرُّقِ نَصِيبِهِ فِي النَّصِيبَيْنِ، أَمَّا هَاهُنَا لَا ضَرَرَ بِالْمُسْتَحَقِّ فَافْتَرَقَا، وَصَوَّرَ الْمَسْأَلَةَ: إِذَا أَخَذَ أَحَدُهُمَا الثُّلُثَ الْمُقَدَّمُ مِنَ الدَّارِ وَالْآخَرَ الثُّلَاثِينَ مِنَ الْمُؤَخَّرِ وَفِيهِمَا سَوَاءٌ ثُمَّ اسْتَحَقَّ نِصْفَ الْمُقَدَّمِ، فَعِنْدَهُمَا إِنْ شَاءَ نَقَضَ الْقِسْمَةَ دَفْعًا لَعَيْبِ التَّشْقِيقِ، وَإِنْ شَاءَ رَجَعَ عَلَى صَاحِبِهِ بِرُبْعٍ مَا فِي يَدِهِ مِنْ الْمُؤَخَّرِ، لِأَنَّهُ لَوْ اسْتَحَقَّ كُلُّ الْمُقَدَّمِ رَجَعَ بِنِصْفٍ مَا فِي يَدِهِ، فَإِذَا اسْتَحَقَّ النِّصْفَ رَجَعَ بِنِصْفِ النِّصْفِ وَهُوَ الرُّبْعُ اعْتِبَارًا لِلْجُزْءِ بِالْكُلِّ، وَلَوْ بَاعَ صَاحِبُ الْمُقَدَّمِ نِصْفَهُ ثُمَّ اسْتَحَقَّ

النَّصْفَ الْبَاقِي شَائِعًا رَجَعَ بِرُبْعٍ مَا فِي يَدِ الْآخَرِ عِنْدَهُمَا لَمَّا ذَكَرْنَا وَسَقَطَ خِيَارُهُ بِبَيْعِ
 الْبَعْضِ وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ: مَا فِي يَدِ صَاحِبِهِ بَيْنَهُمَا نِصْفَانِ وَيَضْمَنُ قِيَمَةَ نِصْفٍ مَا بَاعَ
 لَصَاحِبِهِ لِأَنَّ الْقِسْمَةَ تَنْقَلِبُ فَاسِدَةً عِنْدَهُ، وَالْمَقْبُوضُ بِالْعَقْدِ الْفَاسِدِ مَمْلُوكٌ فَتَنْفَذُ الْبَيْعُ
 فِيهِ وَهُوَ مَضْمُونٌ بِالْقِيَمَةِ فَيَضْمَنُ نِصْفَ نَصِيبِ صَاحِبِهِ. قَالَ (وَلَوْ وَقَعَتِ الْقِسْمَةُ ثُمَّ
 ظَهَرَ فِي التَّرَكَةِ دَيْنٌ مُحِيطٌ رُدَّتِ الْقِسْمَةُ) لِأَنَّهُ يَمْنَعُ وَقُوعَ الْمَلِكِ لِلوَارِثِ، وَكَذَا إِذَا
 كَانَ غَيْرُ مُحِيطٍ لَتَعْلَقَ حَقُّ الْغُرْمَاءِ بِالتَّرَكَةِ، إِلَّا إِذَا بَقِيَ مِنَ التَّرَكَةِ مَا يَبْقَى بِالْدَيْنِ
 وَرَاءَ مَا قَسَمَ لِأَنَّهُ لَا حَاجَةَ إِلَى نَقْضِ الْقِسْمَةِ فِي إيفَاءِ حَقِّهِمْ، وَلَوْ أَبْرَأَهُ الْغُرْمَاءُ بَعْدَ
 الْقِسْمَةِ أَوْ آذَاهُ الْوَرِثَةُ مِنْ مَالِهِمْ وَالْدَيْنُ مُحِيطٌ أَوْ غَيْرُ مُحِيطٍ جَازَتْ الْقِسْمَةُ لِأَنَّ الْمَانِعَ
 قَدْ زَالَ. وَلَوْ ادَّعَى أَحَدُ الْمُتَقَاسِمِينَ دَيْنًا فِي التَّرَكَةِ صَحَّ دَعْوَاهُ لِأَنَّهُ لَا تَنَاقُضَ، إِذَا الدَّيْنُ
 يَتَعْلَقُ بِالْمَعْنَى وَالْقِسْمَةُ تُصَادِفُ الصُّورَةَ، وَلَوْ ادَّعَى عَيْنًا بِأَيِّ سَبَبٍ كَانَ لَمْ يُسْمَعْ
 لِلتَّنَاقُضِ، إِذَا الْإِقْدَامُ عَلَى الْقِسْمَةِ اعْتِرَافٌ بِكَوْنِ الْمَقْسُومِ مُشْتَرَكًا.

الشرح:

(فصل): لَمَّا فَرَّغَ مِنْ بَيَانِ الْعَلَطِ بَيْنَ اسْتِحْقَاقِ (وَإِذَا أُسْتُحِقَّ بَعْضُ نَصِيبِ
 أَحَدِهِمَا) هَاهُنَا ثَلَاثَةُ أَوْجُهٍ: اسْتِحْقَاقُ بَعْضٍ مُعَيَّنٍ فِي أَحَدِ النَّصِيبَيْنِ أَوْ فِيهِمَا جَمِيعًا.
 وَاسْتِحْقَاقُ بَعْضٍ شَائِعٍ فِي النَّصِيبَيْنِ. وَاسْتِحْقَاقُ بَعْضٍ شَائِعٍ فِي أَحَدِ النَّصِيبَيْنِ. فَبِ
 الْأَوَّلِ لَا تُفْسَخُ الْقِسْمَةُ بِالتَّنَاقُضِ.

وَفِي الثَّانِي تُفْسَخُ بِالتَّنَاقُضِ. وَفِي الثَّلَاثِ لَمْ تُفْسَخْ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ،
 وَلَكِنْ يُخَيَّرُ إِنْ شَاءَ رَجَعَ بِحِصَّةِ ذَلِكَ فِي نَصِيبِ صَاحِبِهِ، وَإِنْ شَاءَ رَدَّ مَا بَقِيَ وَاقْتَسَمَ
 ثَانِيًا. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ تُفْسَخُ، وَمُحَمَّدٌ مَعَ أَبِي يُوسُفَ عَلَى رِوَايَةِ أَبِي
 سُلَيْمَانَ وَمَعَ أَبِي حَنِيفَةَ عَلَى رِوَايَةِ أَبِي حَفْصٍ وَهُوَ الصَّحِيحُ.

وَصُورَةُ الْمَسْأَلَةِ إِنْ أَخَذَ أَحَدُهُمَا الثَّلَاثَ الْمَقْدَمَ مِنَ الدَّارِ وَالْآخَرُ الثَّلَاثِينَ مِنَ
 الْمُوَخَّرِ وَقِيَمَتُهُمَا سَوَاءٌ بَأَن تَكُونَ قِيَمَةُ الدَّارِ أَلْفًا وَمِائَتِي دِرْهَمٍ مَثَلًا وَقِيَمَةُ الثَّلَاثِ
 الْمَقْدَمِ سِتْمِائَةِ دِرْهَمٍ وَقِيَمَةُ مَا بَقِيَ مِثْلُهُ ثُمَّ أُسْتُحِقَّ نِصْفُ الثَّلَاثِ الْمَقْدَمِ، فَعِنْدَهُمَا إِنْ
 شَاءَ نَقَضَ الْقِسْمَةَ دَفْعًا لِعَيْبِ التَّشْقِيقِ، وَإِنْ شَاءَ رَجَعَ عَلَى صَاحِبِهِ بِرُبْعٍ مَا فِي يَدِهِ،
 لِأَنَّهُ لَوْ أُسْتُحِقَّ كُلُّ الْمَقْدَمِ رَجَعَ بِنِصْفٍ مَا فِي يَدِهِ وَقِيَمَتُهُ ثَلَاثُمِائَةٍ، فَإِذَا أُسْتُحِقَّ النِّصْفُ

رَجَعَ بِنَصْفِ النَّصْفِ وَهُوَ الرَّبْعُ وَقِيمَتُهُ مِائَةٌ وَخَمْسُونَ اعْتِبَارًا لِلْجُزْءِ بِالْكُلِّ فَيَصِيرُ فِي يَدِ كُلِّ مِنَ الشَّرِيكَيْنِ أَرْبَعُمِائَةٍ دَرَاهِمٍ وَخَمْسُونَ دَرَاهِمًا وَالْمَجْمُوعُ تِسْعُمِائَةٍ وَهُوَ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِ أَلْفٍ وَمِائَتَيْنِ. قَالَ الْمُنْصِفُ رَحِمَهُ اللَّهُ (ذَكَرَ الْاِخْتِلَافَ) يَعْنِي الْقُدُورِيَّ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي اسْتِحْقَاقِ بَعْضٍ بَعْضِهِ، وَهَكَذَا ذَكَرَ فِي الْأَسْرَارِ أَنَّ الْاِخْتِلَافَ فِي اسْتِحْقَاقِ بَعْضٍ مُعَيَّنٍ مِنْ نَصِيبِ أَحَدِهِمَا. قَالَ صَاحِبُ النَّهْيَةِ رَحِمَهُ اللَّهُ: وَصِفَةُ الْحَوَالَةِ هَذِهِ إِلَى الْأَسْرَارِ وَقَعَتْ سَهْوًا، لِأَنَّ هَذِهِ الْمَسْأَلَةَ مَذْكُورَةٌ فِي الْأَسْرَارِ فِي الشَّائِعِ وَضَعًا وَتَعْلِيلًا مِنَ الْجَانِبَيْنِ وَتَكَرَّرًا بِلَفْظِ الشَّائِعِ غَيْرَ مَرَّةٍ.

وَأَقُولُ: وَفِي قَوْلِهِ ذَكَرَ الْاِخْتِلَافَ فِي اسْتِحْقَاقِ بَعْضٍ بَعْضِهِ أَيْضًا نَظَرٌ، فَإِنْ قَوْلَ الْقُدُورِيِّ وَإِذَا أُسْتَحِقَّ بَعْضُ نَصِيبِ أَحَدِهِمَا بَعْضُ لَيْسَ بِنَصٍّ فِي ذَلِكَ لِحَوَازِ أَنْ يَكُونَ قَوْلُهُ بَعْضُهُ مُتَعَلِّقًا بِنَصِيبِ أَحَدِهِمَا لَا بِبَعْضٍ، فَيَكُونُ تَقْدِيرُ كَلَامِهِ: وَإِذَا أُسْتَحِقَّ بَعْضُ شَائِعٍ فِي نَصِيبِ أَحَدِهِمَا بَعْضُهُ وَحِينَئِذٍ يَكُونُ الْاِخْتِلَافُ فِي الشَّائِعِ لَا فِي الْمُعَيَّنِ. لِأَنَّهُ يُوسَفُ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ بِاسْتِحْقَاقِ بَعْضِ شَائِعٍ ظَهَرَ شَرِيكَ ثَالِثٌ لَهُمَا وَالْقِسْمَةُ بِدُونِ رِضَاهُ بَاطِلَةٌ، لِأَنَّ مَوْضُوعَ الْمَسْأَلَةِ فِيمَا إِذَا تَرَاضَيَا عَلَى الْقِسْمَةِ لِأَنَّهُ اعْتَبَرَ الْقِيَمَةَ فِيهَا فَلَا بُدَّ مِنَ التَّرَاضِي، وَصَارَ كَمَا إِذَا أُسْتَحِقَّ بَعْضُ شَائِعٍ فِي التَّصْيِينِ فِي الْعِدَامِ مَعْنَى الْقِسْمَةِ وَهُوَ الْإِفْرَازُ، أَمَّا فِيمَا ظَهَرَ فِيهِ الْاِسْتِحْقَاقُ فَوَاضِحٌ، وَأَمَّا فِي النَّصِيبِ الْآخَرَ فَلِأَنَّهُ يُوجِبُ الرُّجُوعَ بِحَصَّتِهِ فِي نَصِيبِ الْآخَرِ شَائِعًا، بِخِلَافِ الْمُعَيَّنِ فَإِنَّ بِاسْتِحْقَاقِ بَعْضٍ مُعَيَّنٍ يَنْقَى الْإِفْرَازُ فِيمَا وَرَاءَهُ، لَكِنَّهُ يَتَخَيَّرُ إِنْ شَاءَ نَقَضَ الْقِسْمَةَ مِنَ الْأَصْلِ لِأَنَّهُ مَا رَضِيَ بِهَا إِلَّا عَلَى تَقْدِيرِ الْمُعَادَلَةِ وَقَدْ فَاتَتْ.

وَلَهُمَا أَنْ مَعْنَى الْإِفْرَازِ لَا يَنْعَدُّ بِاسْتِحْقَاقِ جُزْءٍ شَائِعٍ فِي نَصِيبِ أَحَدِهِمَا لِأَنَّهُ لَا يُوجِبُ الشُّبُوعَ فِي نَصِيبِ الْآخَرِ، وَلِهَذَا جَازَتْ الْقِسْمَةُ عَلَى هَذَا الْوَجْهِ فِي الْاِبْتِدَاءِ بِأَنَّ كَانَتْ ذَارَ نِصْفَيْنِ وَالنَّصْفُ الْمَقْدَمُ مِنْهَا مُشْتَرَكٌ بَيْنَ ثَلَاثَةِ نَفَرٍ وَالنَّصْفُ الْمَقْدَمُ مِنْ هَذَا النَّصْفِ لَوَاحِدٍ مِنْهُمْ وَالنَّصْفُ الْآخَرُ بَيْنَ اثْنَيْنِ عَلَى السُّوِيَّةِ وَالنَّصْفُ الْمُوَخَّرُ بَيْنَ هَذَيْنِ الْاِثْنَيْنِ عَلَى السُّوِيَّةِ أَيْضًا فَاقْتَسَمَا الْاِثْنَانِ عَلَى أَنْ يَأْخُذَ أَحَدُهُمَا نَصِيبَهُمَا مِنَ الْمَقْدَمِ وَرُبْعَ الْمُوَخَّرِ، وَإِذَا جَازَ اِبْتِدَاءَ جَازَ اِنْتِهَاءُ بِطَرِيقِ الْأَوَّلَى وَصَارَ كَاسْتِحْقَاقِ بَيْنَ مُعَيَّنٍ فِي عَدَمِ اِنْتِفَاءِ مَعْنَى الْإِفْرَازِ، بِخِلَافِ الشَّائِعِ فِي التَّصْيِينِ، فَإِنَّهُ لَوْ بَقِيَ الْقِسْمَةُ

لَتَضَرَّرَ الثَّالِثُ بِتَفْرِيقِ نَصِيبِهِ فِي النَّصِيبَيْنِ وَأَمَّا هَاهُنَا فَلَا ضَرَرَ لِلْمُسْتَحَقِّ وَقَوْلُهُ (وَصُورَةُ الْمَسْأَلَةِ) يَعْنِي مَسْأَلَةَ الْكِتَابِ لَا الْمُسْتَشْهَدَ بِهَا، وَقَدْ قَدَّمْنَاهُ دَفْعًا لِهَذَا اللَّبْسِ، قَوْلُهُ (وَلَوْ بَاعَ صَاحِبُ الْمُقَدَّمِ نَصْفَهُ) يَعْنِي النِّصْفَ مِنَ الثُّلُثِ الْمُقَدَّمِ الَّذِي وَقَعَ فِي نَصِيبِ أَحَدِهِمَا ثُمَّ أُسْتُحَقَّ النِّصْفُ الثَّانِي رَجَعَ بِرُبْعٍ مَا فِي يَدِ الْآخَرِ عِنْدَهُمَا لَمَّا ذَكَرْنَا يَعْنِي مِنْ قَوْلِهِ لِأَنَّهُ لَوْ أُسْتُحَقَّ كُلُّ الْمُقَدَّمِ رَجَعَ بِنِصْفٍ مَا فِي يَدِهِ إِلَى قَوْلِهِ اعْتِبَارًا لِلْجُزْءِ بِالْكُلِّ وَسَقَطَ خِيَارُهُ بَيْنَ الْبَعْضِ فِي فَسْخِ الْقِسْمَةِ، لِأَنَّ الْفَسْخَ إِنَّمَا يَرُدُّ عَلَى مَا وَرَدَ عَلَيْهِ الْقِسْمَةُ وَقَدْ فَاتَ بَعْضُ ذَلِكَ بِالْبَيْعِ، وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ مَا فِي يَدِ صَاحِبِهِ يَتَنَهَمَا نِصْفَانِ، وَيُضْمَنُ قِيمَةُ نِصْفٍ مَا بَاعَ لَصَاحِبِهِ لِأَنَّ الْقِسْمَةَ تَنْقَلِبُ فَاسِدَةً عِنْدَهُ فَيَقْتَسِمَانِ الْبَاقِي بَعْدَ الْإِسْتِحْقَاقِ قَوْلُهُ (وَالْمَقْبُوضُ بِالْعَقْدِ الْفَاسِدِ) جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ: يَنْبَغِي أَنْ يُنْقَضَ الْبَيْعُ لِأَنَّهُ بِنَاءٌ عَلَى الْقِسْمَةِ الْفَاسِدَةِ.

وَالْبِنَاءُ عَلَى الْفَاسِدِ فَاسِدٌ. وَوَجْهُهُ أَنَّ الْقِسْمَةَ فِي مَعْنَى الْبَيْعِ لَوْجُودِ الْمُبَادَلَةِ، وَإِذَا كَانَتْ فَاسِدَةً كَانَتْ فِي مَعْنَى الْبَيْعِ الْفَاسِدِ، وَالْمَقْبُوضُ بِالْعَقْدِ الْفَاسِدِ مَمْلُوكٌ فَيَنْفَدُ الْبَيْعُ فِيهِ، وَهُوَ مَضْمُونٌ بِالْقِيمَةِ لَتَعَذُّرِ الْوُصُولِ إِلَى عَيْنِ حَقِّهِ لِمَكَانِ الْبَيْعِ فَيُضْمَنُ نِصْفُ نَصِيبِ صَاحِبِهِ، قَالَ (وَلَوْ وَقَعَتِ الْقِسْمَةُ الْخ) وَلَوْ وَقَعَتِ الْقِسْمَةُ ثُمَّ ظَهَرَ فِي التَّرَكَةِ ذَيْنَ مُحِيطٍ وَلَمْ تَوْفِ الْوَرَّةَ مِنْ مَالِهِمْ وَلَمْ يَبْرَأِ الْغُرَمَاءُ رُدَّتِ الْقِسْمَةُ لِأَنَّ الدَّيْنَ يَمْنَعُ وَقُوعَ الْمِلْكِ لِلوَارِثِ، حَتَّى لَوْ كَانَ فِي التَّرَكَةِ الْمُسْتَعْرِفَةُ بِالَّذَيْنِ عَبْدٌ وَهُوَ ذُو رَحِمٍ مَحْرَمٍ لَوَارِثٍ لَمْ يُعْتَقَ، وَكَذَا إِذَا كَانَ الدَّيْنُ غَيْرَ مُحِيطٍ بِالتَّرَكَةِ لَتَعَلَّقَ حَقَّ الْغُرَمَاءِ بِالتَّرَكَةِ إِلَّا إِذَا بَقِيَ مِنَ التَّرَكَةِ مَا بَقِيَ مِنَ الدُّيُونِ وَرَاءَ مَا قُسِمَ، لِأَنَّهُ لَا حَاجَةَ إِلَى نَقْضِ الْقِسْمَةِ فِي إِفْيَاءِ حَقِّهِمْ، وَلَوْ أَبْرَأَهُ الْغُرَمَاءُ بَعْدَ الْقِسْمَةِ أَوْ أَدَّاهُ لِلْوَرَّةِ مِنْ مَالِهِمْ جَازَتْ الْقِسْمَةُ أَيْ تَبَيَّنَ جَوَازُهَا سِوَاءَ كَانَ الدَّيْنُ مُحِيطًا أَوْ غَيْرَ مُحِيطٍ لِأَنَّ الْمَانِعَ قَدْ زَالَ، بِخِلَافِ مَا إِذَا ظَهَرَ لَهُ وَارِثٌ أَوْ الْمُوصَى لَهُ بِالثُّلُثِ أَوْ الرَّبْعِ بَعْدَ الْقِسْمَةِ وَقَالَتْ الْوَرَّةُ نَحْنُ نَقْضِي حَقَّهُمَا فَإِنَّ الْقِسْمَةَ تُنْقَضُ إِنْ لَمْ يَرْضَ لِلوَارِثِ أَوْ الْمُوصَى لَهُ، لِأَنَّ حَقَّهُمَا فِي عَيْنِ التَّرَكَةِ فَلَا يَنْتَقِلُ إِلَى مَالٍ آخَرَ إِلَّا بِرِضَاهُمَا، وَعَلَى هَذَا لَوْ ادَّعَى أَحَدُ الْمُتَقَاسِمِينَ بَعْدَ الْقِسْمَةِ دَيْنًا عَلَى الْمَيِّتِ صَحَّ، وَلَوْ ادَّعَى عَيْنًا لَمْ يَصَحَّ لِأَنَّ الدَّيْنَ يَتَعَلَّقُ بِمَالِيَّةِ التَّرَكَةِ وَالْقِسْمَةُ تُصَادِفُ الصُّورَةَ فَلَمْ يَتَنَاقِضْ فِي دَعْوَاهُ بِالْإِقْدَامِ عَلَى الْقِسْمَةِ،

وَدَعَوَى الْعَيْنِ تَعَلَّقُ بِالصُّورَةِ وَالْقِسْمَةُ تُصَادِفُهَا، فَلَا إِقْدَامَ عَلَى الْقِسْمَةِ اعْتِرَافٌ مِنْهُ بِكَوْنِ الْقِسْمِ مُشْتَرِكًا وَدَعَوَى الْخُصُوصِ يُنَاقِضُهُ.

وَلَقَائِلُ أَنْ يَقُولَ: إِنْ لَمْ تَكُنْ دَعَوَى الدِّينِ بَاطِلَةً لَعَدِمَ التَّنَاقُضُ فَلَتَكُنْ بَاطِلَةً بِاعْتِبَارِ أَنَّهَا إِذَا صَحَّتْ كَانَ لَهُ أَنْ يَنْقُضَ الْقِسْمَةَ وَذَلِكَ سَعْيٌ فِي نَقْضِ مَا تَمَّ مِنْ جِهَتِهِ. وَالْجَوَابُ أَنَّهُ إِذَا ثَبَتَ الدِّينُ بِالْبَيِّنَةِ لَمْ تَكُنْ الْقِسْمَةُ تَامَّةً فَلَا يَلْزَمُ ذَلِكَ

فصل في المهايأة

المهايأة جَائِزَةٌ اسْتِحْسَانًا لِلْحَاجَةِ إِلَيْهِ، إِذْ قَدْ يَتَعَذَّرُ الْاجْتِمَاعُ عَلَى الْإِنْتِفَاعِ فَأَشْبَهَ الْقِسْمَةَ. وَلِهَذَا يَجْرِي فِيهِ جَبَرُ الْقَاضِي كَمَا يَجْرِي فِي الْقِسْمَةِ، إِلَّا أَنَّ الْقِسْمَةَ أَقْوَى مِنْهُ فِي اسْتِكْمَالِ الْمَنْفَعَةِ لِأَنَّهُ جَمَعَ الْمَنَافِعَ فِي زَمَانٍ وَاحِدٍ، وَالتَّهْيِائُ جَمَعَ عَلَى التَّعَاقُبِ، وَلِهَذَا لَوْ طَلَبَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ الْقِسْمَةَ وَالْآخَرُ الْمَهَايَةَ يَقْسِمُ الْقَاضِي لِأَنَّهُ أَبْلَغُ فِي التَّكْمِيلِ. وَلَوْ وَقَعَتْ فِيمَا يَحْتَمِلُ الْقِسْمَةَ ثُمَّ طَلَبَ أَحَدُهُمَا الْقِسْمَةَ يَقْسِمُ وَتَبْطُلُ الْمَهَايَةُ لِأَنَّهُ أَبْلَغُ، وَلَا يَبْطُلُ التَّهْيِائُ بِمَوْتِ أَحَدِهِمَا وَلَا بِمَوْتِهِمَا لِأَنَّهُ لَوْ انْتَقَضَ لَاسْتَأْنَفَهُ الْحَاكِمُ فَلَا فَايِدَةَ فِي النُّقْضِ ثُمَّ الِاسْتِئْنَافُ (وَلَوْ تَهَايَأَ فِي دَارٍ وَاحِدَةٍ عَلَى أَنْ يَسْكُنَ هَذَا طَائِفَةٌ وَهَذَا طَائِفَةٌ أَوْ هَذَا عَلَوْهَا وَهَذَا سُفْلَهَا جَانَ) لِأَنَّ الْقِسْمَةَ عَلَى هَذَا الْوَجْهِ جَائِزَةٌ فَكَذَا الْمَهَايَةُ، وَالتَّهْيِائُ فِي هَذَا الْوَجْهِ إِفْرَازٌ لَجَمِيعِ الْأَنْصِبَاءِ لَا مُبَادَلَةٌ وَلِهَذَا لَا يَشْتَرُطُ فِيهِ التَّأْهِيتُ (وَلِكُلِّ وَاحِدٍ أَنْ يَسْتَعْلِ مَا أَصَابَهُ بِالْمَهَايَةِ شَرْطُ ذَلِكَ فِي الْعَقْدِ أَوْ لَمْ يَشْتَرُطْ) لِحُدُوثِ الْمَنَافِعِ عَلَى مِلْكِهِ (وَلَوْ تَهَايَأَ فِي عَبْدٍ وَاحِدٍ عَلَى أَنْ يَخْدُمَ هَذَا يَوْمًا وَهَذَا يَوْمًا جَانَ)، وَكَذَا هَذَا فِي الْبَيْتِ الصَّغِيرِ (لِأَنَّ الْمَهَايَةَ قَدْ تَكُونُ فِي الزَّمَانِ، وَقَدْ تَكُونُ مِنْ حَيْثُ الْمَكَانِ) وَالْأَوَّلُ مُتَعَيَّنٌ هَاهُنَا (وَلَوْ اخْتَلَفَا فِي التَّهْيِائِ مِنْ حَيْثُ الزَّمَانِ وَالْمَكَانِ فِي مَحَلٍّ يَحْتَمِلُهُمَا يَأْمُرُهُمَا الْقَاضِي بِأَنْ يَتَّفَقَا) لِأَنَّ التَّهْيِائُ فِي الْمَكَانِ أَعْدَلُ وَفِي الزَّمَانِ أَكْمَلُ، فَلَمَّا اخْتَلَفَتِ الْجِهَتُ لَا بُدَّ مِنَ الْإِتْفَاقِ (فَإِنْ اخْتَارَاهُ مِنْ حَيْثُ الزَّمَانِ يُقْرَعُ فِي الْبِدَايَةِ) نَفْيًا لِلتَّهْمَةِ (وَلَوْ تَهَايَأَ فِي الْعَبْدَيْنِ عَلَى أَنْ يَخْدُمَ هَذَا هَذَا الْعَبْدُ وَالْآخَرُ الْآخَرُ جَانَ عِنْدَهُمَا) لِأَنَّ الْقِسْمَةَ عَلَى هَذَا الْوَجْهِ جَائِزَةٌ عِنْدَهُمَا جَبَرًا مِنَ الْقَاضِي وَبِالْتَّرَاضِي فَكَذَا الْمَهَايَةُ. وَهَيْلَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ لَا يَقْسِمُ الْقَاضِي. وَهَكَذَا رَوِيَ عَنْهُ لِأَنَّهُ لَا يَجْرِي فِيهِ الْجَبَرُ عِنْدَهُ.

وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ يُقْسَمُ الْقَاضِي عَنْدَهُ أَيْضًا، لِأَنَّ الْمَنَافِعَ مِنْ حَيْثُ الْخِدْمَةِ قَلَمًا تَتَفَاوَتُ، بِخِلَافِ أَعْيَانِ الرِّقِيقِ لِأَنَّهَا تَتَفَاوَتُ تَفَاوُتًا فَاحِشًا عَلَى مَا تَقَدَّمَ (وَلَوْ تَهَيَّأَتْ فِيهِمَا عَلَى أَنْ نَفَقَتَ كُلُّ عَبْدٍ عَلَى مَنْ يَأْخُذُهُ جَارًا) اسْتِحْسَانًا لِلْمُسَامَحَةِ فِي (إِطْعَامِ الْمَمَالِيكِ بِخِلَافِ شَرْطِ الْكِسْوَةِ لَا يُسَامَحُ فِيهَا) (وَلَوْ تَهَيَّأَتْ فِي دَارَيْنِ عَلَى أَنْ يَسْكُنَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا دَارًا جَارًا وَيُجْبَرُ الْقَاضِي عَلَيْهِ) وَهَذَا عِنْدَهُمَا ظَاهِرٌ، لِأَنَّ الدَّارَيْنِ عِنْدَهُمَا كَدَارٍ وَاحِدَةٍ. وَقَدْ قِيلَ لَا يُجْبَرُ عَنْدَهُ اعْتِبَارًا بِالْقِسْمَةِ. وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ التَّهَيُّؤُ فِيهِمَا أَصْلًا بِالْجَبْرِ لَمَّا قُلْنَا، وَبِالتَّرَاضِي لِأَنَّهُ بَيْعُ السُّكْنَى بِالسُّكْنَى، بِخِلَافِ قِسْمَةِ رَقَبَتَيْهِمَا لِأَنَّ بَيْعَ بَعْضٍ أَحَدِهِمَا بِبَعْضِ الْآخَرِ جَائِزٌ. وَجَهُ الظَّاهِرِ أَنَّ التَّفَاوُتَ يَقِلُّ فِي الْمَنَافِعِ فَيَجُوزُ بِالتَّرَاضِي وَيَجْرِي فِيهِ جَبْرُ الْقَاضِي وَيُعْتَبَرُ إِفْرَازًا أَمَّا يَكْثُرُ التَّفَاوُتُ فِي أَعْيَانِهِمَا فَاعْتَبِرَ مُبَادَلَتَهُ.

(وَهِيَ الدَّابَّتَيْنِ لَا يَجُوزُ التَّهَيُّؤُ عَلَى الرُّكُوبِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَعِنْدَهُمَا يَجُوزُ) اعْتِبَارًا بِقِسْمَةِ الْأَعْيَانِ. وَلَهُ أَنْ الِاسْتِعْمَالَ يَتَفَاوَتُ بِتَفَاوُتِ الرَّاكِبِينَ فَإِنَّهُمْ بَيْنَ حَاقِقٍ وَآخَرَقٍ. وَالتَّهَيُّؤُ فِي الرُّكُوبِ فِي دَابَّةٍ وَاحِدَةٍ عَلَى هَذَا الْخِلَافِ لَمَّا قُلْنَا، بِخِلَافِ الْعَبْدِ لِأَنَّهُ يَخْدُمُ بِاخْتِيَارِهِ فَلَا يَتَحَمَّلُ زِيَادَةَ عَلَى طَاقَتِهِ وَالدَّابَّةُ تَحْمِلُهَا.

وَأَمَّا التَّهَيُّؤُ فِي الِاسْتِغْلَالِ يَجُوزُ فِي الدَّارِ الْوَاحِدَةِ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ وَهِيَ الْعَبْدُ الْوَاحِدُ وَالدَّابَّةُ الْوَاحِدَةُ لَا يَجُوزُ. وَجَهُ الْفَرْقِ هُوَ أَنَّ النُّصِيِّينَ، يَتَعَاقَبَانِ فِي الِاسْتِيفَاءِ، وَالْإِعْتِدَالُ ثَابِتٌ فِي الْحَالِ. وَالظَّاهِرُ بَقَاؤُهُ فِي الْعَقَارِ وَتَغْيِيرُهُ فِي الْحَيَوَانِ لِتَوَالِيِ أَسْبَابِ التَّغْيِيرِ عَلَيْهِ فَتَفَوُتُ الْمُعَادَلَتُ. وَلَوْ زَادَتْ الْغَلَّةُ فِي نَوْبَةِ أَحَدِهِمَا عَلَيْهَا فِي نَوْبَةِ الْآخَرِ يَشْتَرِكَانِ فِي الزِّيَادَةِ لِيَتَحَقَّقَ التَّعْدِيلُ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ التَّهَيُّؤُ عَلَى الْمَنَافِعِ فَاسْتَفْلُ أَحَدُهُمَا فِي نَوْبَتِهِ زِيَادَةً، لِأَنَّ التَّعْدِيلَ فِيمَا وَقَعَ عَلَيْهِ التَّهَيُّؤُ حَاصِلٌ وَهُوَ الْمَنَافِعُ فَلَا تَضُرُّهُ زِيَادَةُ الِاسْتِغْلَالِ مِنْ بَعْدِ (وَالْتَّهَيُّؤُ عَلَى الِاسْتِغْلَالِ فِي الدَّارَيْنِ جَائِزٌ) أَيْضًا فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ لَمَّا بَيَّنَّا، وَلَوْ فَضَلَ غَلَّةُ أَحَدِهِمَا لَا يَشْتَرِكَانِ فِيهِ بِخِلَافِ الدَّارِ الْوَاحِدَةِ.

وَالْفَرْقُ أَنَّ فِي الدَّارَيْنِ مَعْنَى التَّمْيِيزِ، وَالْإِفْرَازُ رَاجِعٌ لِاتِّحَادِ زَمَانِ الِاسْتِيفَاءِ، وَفِي الدَّارِ الْوَاحِدَةِ يَتَعَاقَبُ الْوُصُولُ فَاعْتَبِرَ قَرْضًا وَجُعِلَ كُلُّ وَاحِدٍ فِي نَوْبَتِهِ كَالْوَكِيلِ عَنْ صَاحِبِهِ فَلِهَذَا يَرُدُّ عَلَيْهِ حِصَّتُهُ مِنَ الْفَضْلِ، وَكَذَا يَجُوزُ فِي الْعَبْدَيْنِ عِنْدَهُمَا اعْتِبَارًا

بِالْتَهَائِي فِي الْمَنَافِعِ، وَلَا يَجُوزُ عِنْدَهُ لِأَنَّ التَّفَاوُتَ فِي أَعْيَانِ الرَّقِيقِ أَكْثَرُ مِنْهُ مِنْ حَيْثُ الزَّمَانُ فِي الْعَبْدِ الْوَاحِدِ فَأَوْلَى أَنْ يَمْتَنَعَ الْجَوَازُ، وَالتَّهَائِي فِي الْخِدْمَةِ جُوزَ ضَرُورَةٍ، وَلَا ضَرُورَةٌ فِي الْغَلَّةِ لِإِمْكَانِ قِسْمَتِهَا لَكُونِهَا عَيْنًا، وَلِأَنَّ الظَّاهِرَ هُوَ التَّسَامُحُ فِي الْخِدْمَةِ وَالْإِسْتِقْصَاءُ فِي الْإِسْتِغْلَالِ فَلَا يَنْقَسِمَانِ (وَلَا يَجُوزُ فِي الدَّابَّتَيْنِ عِنْدَهُ خِلَافًا لِهَمَا) وَالْوَجْهَ مَا بَيَّنَّاهُ فِي الرُّكُوبِ.

(وَلَوْ كَانَ تَخْلُ أَوْ شَجَرَ أَوْ غَنَمَ بَيْنَ اثْنَيْنِ فَتَهَائِيًا عَلَى أَنْ يَأْخُذَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا طَائِفَةً يَسْتَتِمِرُهَا أَوْ يَرَعَاهَا وَيَشْرَبُ الْبَانَهَا لَا يَجُوزُ) لِأَنَّ الْمَهَايَةَ فِي الْمَنَافِعِ ضَرُورَةٌ أَنَّهَا لَا تَبْقَى فَيَتَعَذَّرُ قِسْمَتُهَا، وَهَذِهِ أَعْيَانٌ بَاقِيَةٌ تَرُدُّ عَلَيْهَا الْقِسْمَةُ عِنْدَ حُصُولِهَا. وَالْحِيلَةُ أَنْ يَبِيعَ حِصَّتَهُ مِنَ الْآخِرِ ثُمَّ يَشْتَرِيَ كُلَّهَا بَعْدَ مَضِيِّ نَوْبَتِهِ أَوْ يَنْتَفِعَ بِاللَّبَنِ بِمِقْدَارٍ مَعْلُومٍ اسْتِقْرَاضًا لِنَصِيبِ صَاحِبِهِ، إِذَا قَرَضَ الْمَشَاعَ جَائِزًا.

الشرح:

(فَصَلِّ فِي الْمَهَايَةِ): لَمَّا فَرَعَ مِنْ بَيَانِ أَحْكَامِ قِسْمَةِ الْأَعْيَانِ شَرَعَ فِي بَيَانِ أَحْكَامِ قِسْمَةِ الْأَعْرَاضِ وَهِيَ الْمَهَايَةُ، وَأَخَّرَهَا عَنْ قِسْمَةِ الْأَعْيَانِ لَكُونِهَا فَرْعًا عَلَيْهَا، وَإِخَالُ أَنْ التَّرْجَمَةَ بِالْبَابِ أَوْلَى، لِأَنَّ الْكَلَامَ فِي بَابِ دَعْوَى الْعَلَطِ وَالْإِسْتِحْقَاقِ وَالْمَهَايَةُ لَيْسَتْ مِنْهُمَا لَكِنَّهَا بَابٌ مِنْ كِتَابِ الْقِسْمَةِ، وَيَجُوزُ أَنْ يُقَالَ: إِنَّهَا فَصْلٌ مِنْ كِتَابِ الْقِسْمَةِ وَفِيهِ مَا فِيهِ. وَالْمَهَايَةُ مُفَاعَلَةٌ مِنَ الْهَيْئَةِ وَهِيَ الْحَالَةُ الظَّاهِرَةُ لِلْمُتَهَيِّئِ لِلشَّيْءِ وَقَدْ تُبْدَلُ الْهَمْزَةُ أَلْفًا، وَتَحْقِيقُهُ أَنْ كُلًّا مِنْهُمْ يَرْضَى بِهَيْئَةٍ وَاحِدَةٍ وَيَخْتَارُهَا، أَوْ أَنَّ الشَّرِيكَ الثَّانِي يَنْتَفِعُ بِالْعَيْنِ عَلَى الْهَيْئَةِ الَّتِي يَنْتَفِعُ بِهَا الشَّرِيكَ الْأَوَّلُ. وَفِي عُرْفِ الْفُقَهَاءِ: هِيَ عِبَارَةٌ عَنْ قِسْمَةِ الْمَنَافِعِ، وَهِيَ جَائِزَةٌ اسْتِحْسَانًا، وَالْقِيَاسُ يَأْبَاهَا لِأَنَّهَا مُبَادَلَةُ الْمُنْفَعَةِ بِجِنْسِهَا، إِذَا كُلُّ وَاحِدٍ مِنَ الشَّرِيكَيْنِ فِي نَوْبَتِهِ يَنْتَفِعُ بِمِلْكِ شَرِيكِهِ عَوَضًا مِنْ انْتِفَاعِ الشَّرِيكَ بِمِلْكِهِ فِي نَوْبَتِهِ، لَكِنَّا تَرَكْنَا الْقِيَاسَ بِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿لَهَا شَرْبٌ وَلَكُمْ شَرْبٌ يَوْمَ مَعْلُومٍ﴾ [الشعراء: ١٥٥] وَهُوَ الْمَهَايَةُ بَعَيْنِهَا وَلِلْحَاجَةِ إِلَيْهَا إِذَا يَتَعَذَّرُ الْجَمْعُ عَلَى الْإِنتِفَاعِ فَأَشْبَهَ الْقِسْمَةَ، وَلِهَذَا يَجْرِي فِيهِ جَبْرُ الْقَاضِي إِذَا طَلَبَهَا بَعْضُ الشَّرَكَاءِ وَأَبَى غَيْرُهُ وَلَمْ يَطْلُبْ قِسْمَةَ الْعَيْنِ كَمَا يَجْرِي فِي الْقِسْمَةِ إِلَّا أَنَّ الْقِسْمَةَ أَقْوَى مِنْهَا فِي اسْتِكْمَالِ الْمُنْفَعَةِ لِأَنَّهُ جَمَعَ الْمَنَافِعَ فِي زَمَانٍ وَاحِدٍ.

وَالْتَهَائِيُ جَمْعٌ عَلَى التَّعَاقُبِ وَلِهَذَا: أَيْ وَلَكُونَ الْقِسْمَةُ أَقْوَى إِذَا طَلَبَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ الْقِسْمَةَ وَالْآخَرُ الْمُهَيَّاءَةَ يُقْسِمُ الْقَاضِي لِأَنَّهُ أُبْلِغَ فِي التَّكْمِيلِ، وَلَوْ وَقَعَتْ فِيمَا يَحْتَمِلُ الْقِسْمَةَ ثُمَّ طَلَبَ أَحَدُهُمَا الْقِسْمَةَ يُقْسِمُ وَيَبْطُلُ الْمُهَيَّاءَةُ وَلَا تَبْطُلُ الْمُهَيَّاءَةُ بِمَوْتِ أَحَدِهِمَا وَلَا بِمَوْتِهِمَا، لِأَنَّهُ لَوْ انْتَقَضَتْ لاسْتَأْنَفَهُ الْحَاكِمُ لِحَوَازِ أَنْ يَطْلُبَ الْوَرَثَةُ الْمُهَيَّاءَةَ فَلَا فَائِدَةَ فِي التَّقْضِ ثُمَّ الْاسْتِنَافُ، وَلَوْ تَهَيَّأَ فِي دَارٍ وَاحِدَةٍ عَلَى أَنْ يَسْكُنَ هَذَا طَائِفَةً وَهَذَا طَائِفَةً أَوْ هَذَا عُلُوها وَهَذَا سُفْلَهَا جَازَ لَمَّا ذُكِرَ فِي الْمَثَرِ، فَالْتَهَائِيُ فِي هَذَا الْوَجْهِ وَهُوَ أَنْ يَسْكُنَ هَذَا فِي جَانِبٍ مِنَ الدَّارِ وَيَسْكُنَ هَذَا فِي جَانِبٍ آخَرَ مِنْهَا فِي زَمَانٍ وَاحِدٍ إِفْرَازًا لَا مُبَادَلَةً لِتَحَقُّقِ مَعْنَاهُ، فَإِنَّ الْقَاضِيَّ يَجْمَعُ جَمِيعَ مَنَافِعِ أَحَدِهِمَا فِي بَيْتٍ وَاحِدٍ بَعْدَ أَنْ كَانَتْ شَائِعَةً فِي الْبَيْتَيْنِ، وَكَذَلِكَ فِي حَقِّ الْآخَرِ وَلِهَذَا لَا يُشْتَرَطُ فِيهِ التَّاقِيَةُ. وَلَوْ كَانَ مُبَادَلَةً كَانَ تَمْلِكُ الْمَنَافِعِ بِالْعَوَضِ فَيَلْحَقُ بِالْإِجَارَةِ وَيُشْتَرَطُ التَّاقِيَةُ.

قِيلَ (قَوْلُهُ وَلِكُلِّ وَاحِدٍ أَنْ يَسْتَغِلَّ مَا أَصَابَهُ) يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ تَوْضِيحًا لِكَوْنِهِ إِفْرَازًا فَإِنَّهُ إِذَا كَانَ إِفْرَازًا كَانَتْ الْمَنَافِعُ حَادِثَةً عَلَى مِلْكِهِ، وَمَنْ حَدَثَتْ الْمَنَافِعُ عَلَى مِلْكِهِ جَازَ أَنْ يَسْتَغِلَّ وَإِنْ لَمْ يُشْتَرَطْ فِي الْعَقْدِ ذَلِكَ وَهُوَ بَظَاهِرِ الْمَذْهَبِ، ذَكَرَهُ شَمْسُ الْأُيُمَةِ السَّرْحَسِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ، وَفِيهِ نَظَرٌ لِأَنَّهُ لَوْ كَانَ مُبَادَلَةً كَانَ كَذَلِكَ أَيْضًا، وَالْأَوَّلَى أَنْ يَكُونَ ابْتِدَاءً كَلَامٍ لِنَفْيِ قَوْلٍ مَنْ يَقُولُ إِنَّهُمَا إِذَا تَهَيَّأَا وَلَمْ يَشْتَرَطَا الْإِجَارَةَ فِي أَوَّلِ الْعَقْدِ لَمْ يَمْلِكْ أَحَدُهُمَا أَنْ يَسْتَغِلَّ مَا أَصَابَهُ (وَلَوْ تَهَيَّأَا فِي عَبْدٍ وَاحِدٍ عَلَى أَنْ يَخْدُمَ هَذَا يَوْمًا وَهَذَا يَوْمًا جَازَ، وَكَذَا هَذَا فِي الْبَيْتِ الصَّغِيرِ لِأَنَّ الْمُهَيَّاءَةَ قَدْ تَكُونُ فِي الزَّمَانِ، مِنْ حَيْثُ الْمَكَانُ، وَالْأَوَّلُ مُتَعَيَّنٌ هَاهُنَا) وَلَمْ يُذَكَّرْ أَنَّ هَذَا إِفْرَازًا أَوْ مُبَادَلَةً لِأَنَّهُ عَطَفَهُ عَلَى صُورَةِ الْإِفْرَازِ فَكَانَ مَعْلُومًا، فَإِذَا كَانَتْ الْمُهَيَّاءَةُ فِي الْجِنْسِ الْوَاحِدِ وَالْمَنْفَعَةُ مُتَفَاوِثَةً تَفَاوُثًا يَسِيرًا كَمَا فِي الثِّيَابِ وَالْأَرَاضِي تُعْتَبَرُ إِفْرَازًا مِنْ وَجْهِ مُبَادَلَةٍ مِنْ وَجْهِ حَتَّى لَا يَنْفَرِدَ أَحَدُهُمَا بِهِدِهِ الْمُهَيَّاءَةَ، وَإِذَا طَلَبَ أَحَدُهُمَا وَلَمْ يَطْلُبْ الْآخَرُ قِسْمَةَ الْأَصْلِ أُجْبِرَ عَلَيْهَا.

وَقِيلَ تُعْتَبَرُ إِفْرَازًا مِنْ وَجْهِ عَارِيَّةٍ مِنْ وَجْهِ، لِأَنَّهُمَا لَوْ كَانَتْ مُبَادَلَةً لَمَّا جَازَتْ فِي الْجِنْسِ الْوَاحِدِ؛ لِأَنَّهُ يَكُونُ مُبَادَلَةً الْمَنْفَعَةِ بِجِنْسِهَا وَأَنَّهُ يَحْرُمُ رَبَا التَّسَاءِ وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ

لأنَّ العَارِيَّةَ لَيْسَ فِيهَا عَوَضٌ وَهَذَا بَعْوَضٌ، وَرَبَا النَّسَاءِ ثَابِتٌ عِنْدَ أَحَدٍ وَصَفِيَّ الْعِلَّةِ
بِالنَّصِّ عَلَى خِلَافِ الْقِيَاسِ فِيمَا هُوَ مُبَادَلَةٌ فِي الْأَعْيَانِ مِنْ كُلِّ وَجْهِ فَلَا يَتَّعَدَى إِلَى
غَيْرِهِ وَإِنْ كَانَتْ فِي الْمَجْلِسِ الْمُخْتَلَفِ كَالدُّورِ وَالْعَبِيدِ تُعْتَبَرُ مُبَادَلَةٌ مِنْ كُلِّ وَجْهِ حَتَّى
لَا تَجُوزُ بِدُونِ رِضَاهُمَا لِأَنَّ الْمُهَيَّأَةَ قِسْمَةُ الْمَنَافِعِ، وَقِسْمَةُ الْمَنَافِعِ مُعْتَبَرَةٌ بِقِسْمَةِ الْأَعْيَانِ،
وَقِسْمَةُ الْأَعْيَانِ أُعْتَبِرَتْ مُبَادَلَةٌ مِنْ كُلِّ وَجْهِ فِي الْجِنْسِ الْمُخْتَلَفِ، فَكَذَا فِي قِسْمَةِ
الْمَنَافِعِ، وَلَوْ اخْتَلَفَا فِي التَّهَائِيَّاتِ مِنْ حَيْثُ الزَّمَانُ وَالْمَكَانُ فِي مَحَلٍّ يَحْتَمِلُهُمَا كَالدَّارِ
مَثَلًا بَأَن يَطْلُبَ أَحَدُهُمَا أَنْ يَسْكُنَ فِي مُقَدِّمِهَا وَصَاحِبُهُ فِي مُؤَخَّرِهَا وَالْآخَرُ يَطْلُبُ
أَنْ يَسْكُنَ جَمِيعَ الدَّارِ شَهْرًا وَصَاحِبُهُ شَهْرًا آخَرَ يَأْمُرُهُمَا الْقَاضِي أَنْ يَتَّفِقَا، لِأَنَّ لِكُلِّ
وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَزِيَّةً فَلَا تَرْجِيحَ لِأَحَدِهِمَا، إِذِ التَّهَائِيُّ فِي الْمَكَانِ أَعْدَلُ لَاسْتَوَائِهِمَا فِي
زَمَانِ الْإِثْنَاعِ مِنْ غَيْرِ تَقْدِيمِ لِأَحَدِهِمَا عَلَى الْآخَرِ، وَفِي الزَّمَانِ أَكْمَلُ لِأَنَّ كُلًّا مِنْهُمَا
يَنْتَفِعُ بِجَمِيعِ جَوَانِبِ الدَّارِ فِي نَوْبَتِهِ، فَلَا بُدَّ مِنَ الْإِتِّفَاقِ دَفْعًا لِلتَّحَكُّمِ، فَإِنْ اخْتَارَاهُ مَنْ
حَيْثُ الزَّمَانُ يُقَرَّعُ فِي الْبِدَايَةِ نَفْيًا لِلتُّهْمَةِ (قَوْلُهُ وَلَوْ تَهَايَا فِي الْعَبْدَيْنِ) وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ
(وَقِيلَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَا يُقَسَّمُ) أَيُّ قَالَ بَعْضُ الْمَشَايخِ رَحِمَهُمُ اللَّهُ عَنْهُ.
وَقَوْلُهُ (وَهَكَذَا رُوِيَ عَنْهُ) يَعْنِي رَوَى الْخَصَافُ عَنْهُ بِمِثْلِ مَا قَالَ الْمَشَايخُ.

وَقَوْلُهُ (وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ يُقَسَّمُ الْقَاضِي عَنْهُ أَيْضًا) قَالَ الْكَرَّخِيُّ: مَعْنَى قَوْلِ أَبِي
حَنِيفَةَ إِنَّ الدُّورَ لَا تُقَسَّمُ: أَيُّ أَنَّ الْقَاضِي لَا يَقْسِمُهَا، فَإِنْ فَعَلَ جَازَ، وَعَلَى هَذَا تَجُوزُ
الْقِسْمَةُ فِي الْأَصُولِ فَكَذَا فِي الْمَنَافِعِ، وَتَعْلِيلُ الْكِتَابِ وَهُوَ قَوْلُهُ (لَأَنَّ الْمَنَافِعَ مِنْ حَيْثُ
الْخِدْمَةُ قَلَمًا تَتَفَاوَتُ) أَوْجُهُ لِبَقَاءِ قَوْلِهِ فِي الْأَصُولِ بِلَا تَأْوِيلٍ.

وَقَوْلُهُ (وَلَوْ تَهَايَا فِيهِمَا) وَاضِحٌ، وَقَوْلُهُ (وَوَجْهُ الْفَرْقِ) يَعْنِي بَيْنَ جَوَازِ التَّهَائِيَّاتِ
فِي الْإِسْتِعْلَالِ فِي دَارٍ وَاحِدَةٍ وَعَدَمِهِ فِي الْعَبْدِ الْوَاحِدِ وَالِدَّابَّةِ الْوَاحِدَةِ. وَقَوْلُهُ (فَتَفَوَّتُ
الْمُعَادَلَةُ) لِأَنَّ الْإِسْتِعْلَالَ إِنَّمَا يَكُونُ بِالِاسْتِعْمَالِ، وَالظَّاهِرُ أَنَّ عَمَلَهُ فِي الزَّمَانِ الثَّانِي لَا
يَكُونُ كَمَا كَانَ فِي الْأَوَّلِ، لِأَنَّ الْقُوَى الْجِسْمَانِيَّةَ مُتَنَاهِيَّةٌ، وَقَوْلُهُ (وَلَوْ زَادَتْ الْعِلَّةُ فِي
نَوْبَةِ أَحَدِهِمَا) يَعْنِي فِي الدَّارِ الْوَاحِدَةِ. وَقَوْلُهُ (فِي ظَاهِرِ الرَّوَايَةِ) اخْتِرَازُ عَمَّا رُوِيَ عَنْ
أَبِي حَنِيفَةَ فِي الْكَيْسَانِيَّاتِ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ، لِأَنَّ قِسْمَةَ الْمُنْفَعَةِ تُعْتَبَرُ بِقِسْمَةِ الْعَيْنِ وَهِيَ
عِنْدَهُ فِي الدَّارَيْنِ لَا تَجُوزُ لِلتَّفَاوُتِ.

وَقَوْلُهُ (لَمَّا بَيَّنَّا) إِشَارَةً إِلَى قَوْلِهِ وَالْاِعْتِدَالُ ثَابِتٌ فِي الْحَالِ إلخ. وَقَوْلُهُ (اعْتِبَارًا) بِالتَّهَائِيُّ فِي الْمَنَافِعِ) يَعْنِي فِي الِاسْتِخْدَامِ الْحَالِي عَنِ الِاسْتِغْلَالِ. وَقَوْلُهُ (لَأَنَّ التَّفَاوُتَ فِي أَعْيَانِ الرِّفَيقِ أَكْثَرُ مِنْهُ) أَيُّ مِنَ التَّفَاوُتِ مِنْ حَيْثُ الزَّمَانُ فِي الْعَبْدِ الْوَاحِدِ، لِأَنَّهُ قَدْ يَكُونُ فِي أَحَدِهِمَا كِيَاسَةٌ وَحِذْقٌ وَلَبَاقَةٌ يُحْصَلُ فِي الشَّهْرِ الْوَاحِدِ مِنَ الْعِلَّةِ مَا لَا يَقْدِرُ عَلَيْهِ الْآخَرُ. ثُمَّ التَّهَائِيُّ فِي اسْتِغْلَالِ الْعَبْدِ الْوَاحِدِ لَا يَجُوزُ بِالِاتِّفَاقِ، فَفِي اسْتِغْلَالِ الْعَبْدَيْنِ أَوْلَى أَنْ لَا يَجُوزَ، وَعُورِضَ بِأَنْ مَعْنَى الْإِفْرَازِ وَالتَّمْيِيزِ رَاجِعٌ فِي غِلَّةِ الْعَبْدَيْنِ، لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَصِلُ إِلَى الْعِلَّةِ فِي الْوَقْتِ الَّذِي يَصِلُ إِلَيْهَا فِيهِ صَاحِبُهُ فَكَانَ كَالْمُهَيَّأَةِ فِي الْخِدْمَةِ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ التَّفَاوُتَ يَمْنَعُ مِنْ رُجْحَانِ مَعْنَى الْإِفْرَازِ، بِخِلَافِ الْخِدْمَةِ؛ لَمَّا بَيَّنَّا مِنْ وَجْهِ الْأَصَحِّ أَنَّ الْمَنَافِعَ فِي الْخِدْمَةِ قَلَمَّا تَتَفَاوَتُ.

وَقَوْلُهُ (وَالْتَّهَائِيُّ فِي الْخِدْمَةِ جُوزَ ضَرُورَةٍ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِمَا اعْتِبَارًا بِالتَّهَائِيُّ فِي الْمَنَافِعِ وَبَيَانُ الضَّرُورَةِ مَا تَذَكَّرُهُ بَعْدَ هَذَا أَنَّ الْمَنَافِعَ لَا تَبْقَى فَتَتَعَذَّرُ قِسْمَتُهَا وَلَا ضَرُورَةُ فِي الْعِلَّةِ لِإِمْكَانِ قِسْمَتِهَا لَكُونِهَا أَعْيَانًا فَيَسْتِغْلَانَهُ عَلَى طَرِيقِ الشَّرِكَةِ، ثُمَّ يَقْسِمَانِ مَا حَصَلَ مِنَ الْعِلَّةِ. وَلِقَائِلُ أَنْ يَقُولَ: عَلِلُّ جَوَازَ التَّهَائِيُّ فِي الْمَنَافِعِ بِقَوْلِهِ مِنْ قَبْلُ، لِأَنَّ الْمَنَافِعَ مِنْ حَيْثُ الْخِدْمَةُ قَلَمَّا تَتَفَاوَتُ، وَعَلَّلَهُ هُنَا بِضَرُورَةِ تَعَذُّرِ الْقِسْمَةِ، وَفِي ذَلِكَ تَوَارُدُ عِلَّتَيْنِ مُسْتَقْلَتَيْنِ عَلَى حُكْمِ وَاحِدٍ بِالشَّخْصِ وَهُوَ بَاطِلٌ. وَيُمْكِنُ أَنْ يُجَابَ عَنْهُ بِأَنَّ الْمَذْكُورَ مِنْ قَبْلُ تَتِمَّةُ هَذَا التَّعْلِيلِ، لِأَنَّ عِلَّةَ الْجَوَازِ تَعَذُّرُ الْقِسْمَةِ وَقِلَّةُ التَّفَاوُتِ جَمِيعًا، لَا أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عِلَّةٌ مُسْتَقْلَلَةٌ. وَقَوْلُهُ (وَلِأَنَّ الظَّاهِرَ) وَجْهٌ آخَرٌ لِإِبْطَالِ الْقِيَاسِ وَلَا يَجُوزُ فِي الدَّابَّتَيْنِ عِنْدَهُ خِلَافًا لِهَمَّا، وَالْوَجْهُ مَا بَيَّنَّاهُ فِي الرُّكُوبِ وَهُوَ قَوْلُهُ اعْتِبَارًا بِقِسْمَةِ الْأَعْيَانِ إلخ وَقَوْلُهُ (وَلَوْ كَانَ نَحْلٌ أَوْ شَجَرٌ إلخ) وَاضِحٌ.

كِتَابُ الْمَزَارَعَةِ

(قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ: الْمَزَارَعَةُ بِالثُّلُثِ وَالرُّبْعِ بَاطِلَةٌ) اعْلَمْ أَنَّ الْمَزَارَعَةَ لُغَةً مُفَاعَلَةٌ مِنَ الزَّرْعِ. وَفِي الشَّرِيعَةِ: هِيَ عَقْدٌ عَلَى الزَّرْعِ بِبَعْضِ الْخَارِجِ. وَهِيَ فَاسِدَةٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَ: هِيَ جَائِزَةٌ لِمَا رُوِيَ أَنَّ «أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ عَامَلَ أَهْلَ خَيْبَرَ عَلَى نِصْفٍ مَا يَخْرُجُ مِنْ ثَمَرٍ أَوْ زَرْعٍ»^(١) وَلِأَنَّهُ عَقْدُ شَرِكَةٍ بَيْنَ الْمَالِ وَالْعَمَلِ فَيَجُوزُ اعْتِبَارًا بِالْمُضَارَبَةِ وَالْجَامِعِ دَفْعَ الْحَاجَةِ، فَإِنْ ذَا الْمَالِ قَدْ لَا يَهْتَدِي إِلَى الْعَمَلِ وَالْقَوِيُّ عَلَيْهِ لَا يَجِدُ الْمَالِ، فَمَسَّتْ الْحَاجَةُ إِلَى انْعِقَادِ هَذَا الْعَقْدِ بَيْنَهُمَا بِخِلَافِ دَفْعِ الْغَنَمِ وَالْذَّجَاجِ وَدُودِ الْقَرْيَةِ مُعَامَلَةً بِنِصْفِ الزَّوَالِدِ لِأَنَّهُ لَا أَثَرَ هُنَاكَ لِلْعَمَلِ فِي تَحْصِيلِهَا فَلَمْ تَتَحَقَّقْ شَرِكَةٌ. وَلَهُ مَا رُوِيَ «أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ نَهَى عَنِ الْمُخَابَرَةِ وَهِيَ الْمَزَارَعَةُ»^(٢) وَلِأَنَّهُ اسْتِجَارَ بِبَعْضٍ مَا يَخْرُجُ مِنْ عَمَلِهِ فَيَكُونُ فِي مَعْنَى قَفْزِ الطَّحَّانِ، وَلِأَنَّ الْأَجْرَ مَجْهُولٌ أَوْ مَعْدُومٌ وَكُلُّ ذَلِكَ مُفْسِدٌ، وَمُعَامَلَةُ النَّبِيِّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَهْلَ خَيْبَرَ كَانَ خَرَجَ مُقَاسَمَةٍ بِطَرِيقِ الْمَنْ وَالصَّلَاحِ وَهُوَ جَائِزٌ (وَإِذَا فَسَدَتْ عِنْدَهُ فَإِنْ سَقَى الْأَرْضَ وَكَرَّبَهَا وَلَمْ يَخْرُجْ شَيْءٌ مِنْهُ فَلَهُ أَجْرٌ مِثْلُهُ) لِأَنَّهُ فِي مَعْنَى إِجَارَةٍ فَاسِدَةٍ، وَهَذَا إِذَا كَانَ الْبَذْرُ مِنْ قَبْلِ صَاحِبِ الْأَرْضِ. وَإِذَا كَانَ الْبَذْرُ مِنْ قَبْلِهِ فَعَلَيْهِ أَجْرٌ مِثْلُ الْأَرْضِ وَالْخَارِجِ فِي الْوَجْهَيْنِ لِصَاحِبِ الْبَذْرِ لِأَنَّهُ نَمَاءٌ مِلْكِهِ وَلِلْآخِرِ الْأَجْرُ كَمَا فَصَّلْنَا، إِلَّا أَنَّ الْفَتْوَى عَلَى قَوْلِهِمَا لِحَاجَةِ النَّاسِ إِلَيْهَا وَلِظُهُورِ تَعَامُلِ الْأُمَمِ بِهَا. وَالْقِيَاسُ يُتْرَكُ بِالتَّعَامُلِ كَمَا فِي

الاستِصْنَاعِ

الشرح:

(كِتَابُ الْمَزَارَعَةِ): لَمَّا كَانَ الْخَارِجُ فِي عَقْدِ الْمَزَارَعَةِ مِنْ أَنْوَاعٍ مَا يَقَعُ فِيهِ الْقِسْمَةُ ذَكَرَ الْمَزَارَعَةَ بَعْدَهَا، وَذَكَرَ الْمُصَنَّفُ رَحِمَهُ اللَّهُ مَعْنَاهَا لُغَةً وَشَرِيعَةً فَأَغْنَانَا عَنْ ذِكْرِهِ. وَسَبَبُ الْمَعَامَلَاتِ وَشَرْعِيَّتُهُ مُخْتَلَفٌ فِيهَا. قَالَ (قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ: الْمَزَارَعَةُ بِالثُّلُثِ وَالرُّبْعِ بَاطِلَةٌ) وَإِنَّمَا قِيدَ بِالثُّلُثِ وَالرُّبْعِ لِتَبْيِينِ مَحَلِّ النَّزَاعِ، لِأَنَّهُ لَوْ لَمْ يُعَيَّنْ أَصْلًا أَوْ عَيْنَ دَرَاهِمٍ مُسَمَّاةً كَانَتْ فَاسِدَةً بِالْإِجْمَاعِ (وَقَالَا: هِيَ جَائِزَةٌ لِمَا رُوِيَ

(١) أخرجه البخاري في الحرث باب ٨، ٩، ومسلم في المساقاة (١، ٣).

(٢) أخرجه مسلم في البيوع (٨٣) عن جابر، (١٠٦) عن رافع، وانظر نصب الراية (٤٥٦/٤).

أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ عَامَلَ أَهْلَ خَيْبَرَ عَلَى نِصْفٍ مَا يَخْرُجُ مِنْ ثَمَرٍ أَوْ زَرْعٍ) وَلَمَّا ذَكَرَ فِي الْكِتَابِ مِنَ الْقِيَاسِ وَقَوْلُهُ (لَأَنَّهُ لَا أَثَرَ هُنَاكَ لِلْعَمَلِ فِي تَحْصِيلِهَا) يَعْنِي لَأَنَّهُ تَخَلَّلَ فِعْلُ فَاعِلٍ مُخْتَارٍ وَهُوَ أَكْلُ الْحَيَوَانِ فَيُضَافُ إِلَيْهِ، وَإِذَا كَانَ مُضَافًا إِلَيْهِ لَا يُضَافُ إِلَى غَيْرِهِ وَهُوَ الْعَامِلُ فَلَمْ تَتَحَقَّقْ فِيهِ الشَّرَكَةُ.

(وَلَأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ مَا رُوِيَ «أَنَّهُ ﷺ نَهَى عَنْ الْمَخَابَرَةِ فَقِيلَ: وَمَا الْمَخَابَرَةُ؟ قَالَ: الْمَزَارَعَةُ بِالثُّلُثِ أَوْ الرَّبْعِ» (وَلَأَنَّهُ اسْتِجَارًا بِنِعْضٍ مَا يَخْرُجُ مِنْ عَمَلِهِ) فَإِنَّهَا لَا تَصِحُّ بِدُونِ ذِكْرِ الْمُدَّةِ وَذَلِكَ مِنْ خَصَائِصِ الْإِجَارَةِ (فَتَكُونُ فِي مَعْنَى قَفِيزِ الطُّحَانِ، وَلَأنَّ الْأَجَرَ مَجْهُولٌ) عَلَى تَقْدِيرِ وُجُودِ الْخَارِجِ فَإِنَّهُ لَا يَعْلَمُ أَنَّ نَصِيبَهُ الثُّلُثُ أَوْ الرَّبْعُ يَبْلُغُ مِقْدَارَ عَشْرَةِ أَقْفِزَةٍ أَوْ أَقَلَّ مِنْهُ أَوْ أَكْثَرَ (أَوْ مَعْدُومٌ) عَلَى تَقْدِيرِ عَدَمِ الْخَارِجِ (وَكُلُّ ذَلِكَ مُفْسِدٌ، وَمُعَامَلَةُ النَّبِيِّ ﷺ أَهْلَ خَيْبَرَ كَانَ خَرَاجَ مُقَاسَمَةٍ) وَهِيَ أَنْ يَقْسِمَ الْإِمَامُ مَا يَخْرُجُ مِنَ الْأَرْضِ وَكَانَ (بِطَرِيقِ الْمَنْ وَالصُّلْحِ) لَأَنَّهُ لَوْ أَخَذَ الْكُلَّ جَازَ لَأَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ مَلَكَهَا غَنِيمَةً، فَكَانَ مَا تَرَكَ فِي أَيْدِيهِمْ فَضْلًا وَلَمْ يُبَيِّنْ مُدَّةَ مَعْلُومَةٍ، وَقَدْ أَجْمَعُوا عَلَى أَنَّ عَقْدَ الْمَزَارَعَةِ لَا يَصِحُّ إِلَّا بَيَانِ مُدَّةٍ مَعْلُومَةٍ (وَهُوَ) أَيُّ خَرَاجِ الْمُقَاسَمَةِ بِطَرِيقِ الْمَنْ وَالصُّلْحِ (جَائِزٌ) فَلَمْ يَكُنْ الْحَدِيثُ حُجَّةً لِمَخْجُوزِهَا، وَلَمْ يَذْكُرِ الْجَوَابَ عَنْ الْقِيَاسِ عَلَى الْمُضَارَبَةِ لظُهُورِ فُسَادِهِ، فَإِنْ مِنْ شَرْطِهِ أَنْ يَتَعَدَّى الْحُكْمُ الشَّرْعِيُّ إِلَى فَرْعٍ هُوَ نَظِيرُهُ وَهَاهُنَا لَيْسَ كَذَلِكَ، لِأَنَّ مَعْنَى الْإِجَارَةِ فِيهَا أَغْلَبُ حَتَّى أُشْرِطَتْ فِيهَا الْمُدَّةُ بِخِلَافِ الْمُضَارَبَةِ. قَوْلُهُ (وَإِذَا فَسَدَتْ عِنْدَهُ) وَاضِحٌ.

وَقَوْلُهُ (وَالْخَارِجُ فِي الْوَجْهَيْنِ) يَعْنِي فِيمَا إِذَا كَانَ الْبَذْرُ مِنْ قِبَلِ الْعَامِلِ، وَفِيمَا إِذَا كَانَ مِنْ قِبَلِ رَبِّ الْأَرْضِ، وَقَوْلُهُ (لَأَنَّهُ نَمَاءٌ مِلْكِهِ) مَنقُوضٌ بِمَنْ غَصَبَ بَذْرًا فَزَرَعَهُ فَإِنَّ الزَّرْعَ لَهُ وَإِنْ كَانَ نَمَاءً مِلْكٍ صَاحِبِ الْبَذْرِ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ الْعَاصِبَ عَامِلٌ لِنَفْسِهِ بِاخْتِيَارِهِ وَتَحْصِيلِهِ، فَكَانَ إِضَافَةُ الْحَادِثِ إِلَى عَمَلِهِ أَوَّلَى وَالْمُزَارِعُ عَامِلٌ بِأَمْرِ غَيْرِهِ فَجُعِلَ الْعَمَلُ مُضَافًا إِلَى الْأَمْرِ. وَقَوْلُهُ (كَمَا فَصَّلْنَا) إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ وَهَذَا إِذَا كَانَ الْبَذْرُ مِنْ قِبَلِ صَاحِبِ الْأَرْضِ إلخ. وَقَوْلُهُ (إِلَّا أَنْ الْفَتَوَى عَلَى قَوْلِهِمَا) وَاضِحٌ.

(ثُمَّ الْمَزَارَعَةُ لِصِحَّتِهَا عَلَى قَوْلٍ مَنْ يُجِيزُهَا شُرُوطًا: أَحَدُهَا كَوْنُ الْأَرْضِ صَالِحَةً لِلزَّرَاعَةِ) لِأَنَّ الْمَقْصُودَ لَا يَحْصُلُ بِدُونِهِ (وَالثَّانِي أَنْ يَكُونَ رَبُّ الْأَرْضِ وَالْمُزَارِعُ مِنْ أَهْلِ

العقد وهو لا يختص به) لأنه عقد ما لا يصح إلا من الأهل (والثالث بيان المدة) لأنه عقد على منافع الأرض أو منافع العامل والمدة هي الميعار لها ليعلم بها (والرابع بيان من عليه البذر) قطعاً للمنازعة وإعلاماً للمعقود عليه وهو منافع الأرض أو منافع العامل. (والخامس بيان نصيب من لا بذر من قبله) لأنه يستحقه عوضاً بالشروط فلا بد أن يكون معلوماً، وما لا يعلم لا يستحق شرطاً بالعقد. (والسادس أن يخلّي رب الأرض بينها وبين العامل، حتى لو شرط عمل رب الأرض يفسد العقد) لفوات التخليّة (والسابع الشركة في الخارج بعد حصوله) لأنه ينعقد شركة في الانتهاء، فما يقطع هذه الشركة كان مفسداً للعقد (والثامن بيان جنس البذر) ليصير الأجر معلوماً.

الشرح:

وقوله (بيان المدة) يريد به مدة يمكن خروج الزرع فيها، حتى لو بين مدة لا يمكن فيها من المزارعة فسدت المزارعة، وكذا إذا بين مدة لا يعيش أحدهما إلى مثلها غالباً لأنه يصير في معنى اشتراط بقاء العقد إلى ما بعد الموت. وقوله (لأنه) أي لأن عقد المزارعة (عقد على منافع الأرض) يعني إذا كان البذر من قبل العامل (أو منافع العامل) يعني إذا كان البذر من قبل رب الأرض، والمدة هي الميعار لها أي للمنافع بمنزلة الكيل أو الوزن. وقوله (وهو أي المعقود عليه منافع الأرض) إن كان البذر من قبل العامل (أو منافع العامل) إن كان البذر من قبل رب الأرض، ففي الأول العامل مستأجر للأرض، وفي الثاني رب الأرض مستأجر للعامل فلا بد من بيان ذلك بالإعلام. وقوله (فما يقطع هذه الشركة كان مفسداً للعقد) لأنه إذا شرط فيها ما يقطع الشركة في الخارج يقع إجارة محضة، والقياس يأبى جواز الإجارة المحضة بأجر معذور.

وقوله (بيان جنس البذر) وجه القياس ليصير الأجر معلوماً إذا هو جزء من الخارج فلا بد من بيانه ليعلم أن الخارج من أي نوع ولو لم يعلم عسى أن لا يرضى، لأنه ربما يعطى بذراً لا يحصل الخارج به إلا بعمل كثير وفي الاستحسان بيان ما يزرع في الأرض ليس بشرط، فوض الرأي إلى المزارع أو لم يفوض بعد أن ينص على المزارعة فإنه مفوض إليه.

قَالَ (وَهِيَ عِنْدَهُمَا عَلَى أَرْبَعَةِ أَوْجُهٍ: إِنْ كَانَتْ الْأَرْضُ وَالْبَذْرُ لَوَاحِدٍ وَالْبَقَرُ وَالْعَمَلُ لَوَاحِدٍ جَاوَزَتِ الْمَزَارَعَةُ) لِأَنَّ الْبَقَرَ أَلَّهُ الْعَمَلُ فَصَارَ كَمَا إِذَا اسْتَأْجَرَ خِيَّاطًا لِيَخِيْطَ بِإِبْرَةِ الْخِيَّاطِ، (وَإِنْ كَانَ الْأَرْضُ لَوَاحِدٍ وَالْعَمَلُ وَالْبَقَرُ وَالْبَذْرُ لَوَاحِدٍ جَاوَزَتْ) لِأَنَّهُ اسْتِئْجَارُ الْأَرْضِ بِبَعْضِ مَعْلُومٍ مِنَ الْخَارِجِ فَيَجُوزُ كَمَا إِذَا اسْتَأْجَرَهَا بِدِرَاهِمٍ مَعْلُومَةٍ (وَإِنْ كَانَتْ الْأَرْضُ وَالْبَذْرُ وَالْبَقَرُ لَوَاحِدٍ وَالْعَمَلُ مِنْ آخَرٍ جَاوَزَتْ) لِأَنَّهُ اسْتَأْجَرَهُ لِلْعَمَلِ بِأَلْتِ الْمُسْتَأْجِرِ فَصَارَ كَمَا إِذَا اسْتَأْجَرَ خِيَّاطًا لِيَخِيْطَ ثَوْبَهُ بِإِبْرَتِهِ أَوْ طَيَّانًا لِيُطَيِّنَ بِمِرِّهِ (وَإِنْ كَانَتْ الْأَرْضُ وَالْبَقَرُ لَوَاحِدٍ وَالْبَذْرُ وَالْعَمَلُ لِآخَرٍ فَهِيَ بَاطِلَةٌ) وَهَذَا الَّذِي ذَكَرَهُ ظَاهِرُ الرِّوَايَةِ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يَجُوزُ أَيْضًا، لِأَنَّهُ لَوْ شَرَطَ الْبَذْرُ وَالْبَقَرُ عَلَيْهِ يَجُوزُ فَكَذَا إِذَا شَرَطَ وَحْدَهُ وَصَارَ كَجَانِبِ الْعَامِلِ. وَجَهُ الظَّاهِرِ أَنَّ مَنَفْعَةَ الْبَقَرِ لَيْسَتْ مِنْ جِنْسِ مَنَفْعَةِ الْأَرْضِ.

لِأَنَّ مَنَفْعَةَ الْأَرْضِ قُوَّةٌ فِي طَبْعِهَا يَحْصُلُ بِهَا النَّمَاءُ، وَمَنَفْعَةُ الْبَقَرِ صَلَاحِيَّةٌ يُقَامُ بِهَا الْعَمَلُ كُلُّ ذَلِكَ بِخَلْقِ اللَّهِ تَعَالَى فَلَمْ يَتَجَانَسَا فَتَعَدَّرَ أَنْ تُجْعَلَ تَابِعَةً لَهَا، بِخِلَافِ جَانِبِ الْعَامِلِ لِأَنَّهُ تَجَانَسَتِ الْمَنَفْعَتَانِ فَجُعِلَتْ تَابِعَةً لِمَنَفْعَةِ الْعَامِلِ. وَهَاهُنَا وَجْهَانِ آخَرَانِ لَمْ يَذْكُرْهُمَا: أَحَدُهُمَا أَنْ يَكُونَ الْبَذْرُ لِأَحَدِهِمَا وَالْأَرْضُ وَالْبَقَرُ وَالْعَمَلُ لِآخَرٍ فَإِنَّهُ لَا يَجُوزُ لِأَنَّهُ يَتِمُّ شَرِكَتَهُ بَيْنَ الْبَذْرِ وَالْعَمَلِ وَلَمْ يَرِدْ بِهِ الشَّرْعُ. وَالثَّانِي أَنْ يُجْمَعَ بَيْنَ الْبَذْرِ وَالْبَقَرِ. وَأَنَّهُ لَا يَجُوزُ أَيْضًا لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ عِنْدَ الْإِنْفِرَادِ فَكَذَا عِنْدَ الْاجْتِمَاعِ، وَالْخَارِجُ فِي الْوَجْهَيْنِ لِمُصَاحِبِ الْبَذْرِ فِي رِوَايَةِ اعْتِبَارًا بِسَائِرِ الْمَزَارَعَاتِ الْفَاسِدَةِ، وَفِي رِوَايَةِ لِمُصَاحِبِ الْأَرْضِ وَيَصِيرُ مُسْتَقْرَضًا لِلْبَذْرِ قَابِضًا لَهُ لَا تَصَالَهُ بِأَرْضِهِ.

الشرح:

قَالَ (وَهِيَ عِنْدَهُمَا عَلَى أَرْبَعَةِ أَوْجُهٍ) قِيَامُ الْمَزَارَعَةِ بِأَرْبَعَةِ أَشْيَاءَ: الْأَرْضُ، وَالْبَذْرُ، وَالْعَمَلُ، وَالْبَقَرُ لَا مَحَالَةَ، ثُمَّ إِمَّا أَنْ يَكُونَ الْجَمِيعُ لِأَحَدِهِمَا أَوَّلًا، لَا سَبِيلَ إِلَى الْأَوَّلِ لِأَنَّ الْمَزَارَعَةَ شَرِكَةٌ فِي الْإِنْتِهَاءِ وَإِذَا لَمْ يَكُنْ مِنْ أَحَدِ الْجَانِبَيْنِ شَيْءٌ لَمْ تُتَصَوَّرْ الشَّرِكَةُ فَتَعَيَّنَ الثَّانِي، وَهُوَ إِمَّا أَنْ يَكُونَ يَتَنَهَمَا بِالتَّنْصِيفِ أَوْ بِإِثْبَاتِ الْأَكْثَرِ، وَالْأَوَّلُ عَلَى وَجْهَيْنِ عَلَى مَا هُوَ الْمَذْكُورُ فِي الْمُخْتَصَرِ: أَنْ يَكُونَ الْأَرْضُ وَالْبَذْرُ لَوَاحِدٍ

وَالْعَمَلُ وَالْبَقَرُ لآخرَ وَهُوَ الْوَجْهُ الْأَوَّلُ فِي الْكِتَابِ، وَأَنْ يَكُونَ الْأَرْضُ وَالْبَقَرُ لَوَاحِدٍ
وَالْبَذَرُ وَالْعَمَلُ لآخرَ وَهُوَ الْوَجْهُ الرَّابِعُ فِيهِ. وَالثَّانِي أَيْضًا عَلَى وَجْهَيْنِ: أَحَدُهُمَا أَنْ
يَكُونَ الْأَرْضُ لَوَاحِدٍ وَالْبَاقِي لآخرَ وَهُوَ الْوَجْهُ الثَّانِي، وَالآخرَ أَنْ يَكُونَ الْعَمَلُ
لأَحَدِهِمَا وَالْبَاقِي لآخرَ وَهُوَ الْوَجْهُ الثَّلَاثُ، وَهِيَ جَائِزَةٌ إِلَّا الرَّابِعُ. وَوَجْهُ كُلِّ وَاحِدٍ
مَذْكُورٌ فِي الْكِتَابِ وَسَأَوْضَحُهُ. وَالْمَذْكُورُ مِنْ بُطْلَانِ الرَّابِعِ هُوَ ظَاهِرُ الرِّوَايَةِ: وَعَنْ أَبِي
يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ جَائِزٌ أَيْضًا.

وَاعْلَمْ أَنَّ مَبْنَى جَوَازِ هَذِهِ الْمَسَائِلِ وَفَسَادُهَا عَلَى أَنَّ الْمَزَارَعَةَ تُتَعَقَّدُ إِجَارَةً وَتَمِّمُ
شَرَكَةً، وَالْعَقَادُهَا إِجَارَةً إِنَّمَا هُوَ عَلَى مَنْفَعَةِ الْأَرْضِ أَوْ مَنْفَعَةِ الْعَامِلِ دُونَ غَيْرِهِمَا مِنْ
مَنْفَعَةِ الْبَقَرِ وَالْبَذَرِ لِأَنَّهُ اسْتِجَارٌ بِبَعْضِ الْخَارِجِ. وَالْقِيَاسُ يَقْتَضِي أَنْ لَا يَجُوزَ فِي
الْأَرْضِ وَالْعَامِلِ أَيْضًا، لَكِنَّا جَوَّزْنَاهُ بِالنَّصِّ عَلَى خِلَافِ الْقِيَاسِ، وَإِنَّمَا وَرَدَ النَّصُّ فِيهِمَا
دُونَ الْبَذَرِ وَالْبَقَرِ.

أَمَّا فِي الْأَرْضِ فَأَثَرُ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا وَتَعَامَلَ النَّاسُ فَإِنَّهُمْ
تَعَامَلُوا اشْتِرَاطَ الْبَذَرِ عَلَى الْمَزَارِعِ وَحِينَئِذٍ كَانَ مُسْتَأْجِرًا لِلْأَرْضِ بِبَعْضِ الْخَارِجِ وَأَمَّا فِي
الْعَامِلِ فَفِعَلُ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ مَعَ أَهْلِ خَيْبَرَ وَالتَّعَامُلُ فَإِنَّهُمْ رَبَّمَا كَانُوا يَشْتَرِطُونَ الْبَذَرَ
عَلَى صَاحِبِ الْأَرْضِ فَكَانَ حِينَئِذٍ مُسْتَأْجِرًا لِلْعَامِلِ بِذَلِكَ فَاقْتَصَرْنَا عَلَى الْجَوَازِ بِالنَّصِّ
فِيهِمَا وَبَقِيَ غَيْرُهُمَا عَلَى أَصْلِ الْقِيَاسِ، فَكُلُّ مَا كَانَ مِنْ صُورِ الْجَوَازِ فَهُوَ مِنْ قِبَلِ
اسْتِجَارِ الْأَرْضِ أَوْ الْعَامِلِ بِبَعْضِ الْخَارِجِ، أَوْ كَانَ الْمَشْرُوطُ عَلَى أَحَدِهِمَا شَيْئَيْنِ
مُتَجَانِسَيْنِ، وَلَكِنَّ الْمَنْظُورَ فِيهِ هُوَ اسْتِجَارُ الْأَرْضِ أَوْ الْعَامِلِ بِذَلِكَ لَكُونِهِ مَوْرَدَ الْأَثَرِ،
وَكُلُّ مَا كَانَ مِنْ صُورِ الْعَدَمِ فَهُوَ مِنْ قِبَلِ اسْتِجَارِ الْآخَرَيْنِ، أَوْ كَانَ الْمَشْرُوطُ عَلَى
أَحَدِهِمَا شَيْئَيْنِ غَيْرِ مُتَجَانِسَيْنِ وَلَكِنَّ الْمَنْظُورَ إِلَيْهِ ذَلِكَ: وَالضَّابِطُ فِي مَعْرِفَةِ التَّجَانُّسِ مَا
فُهِمَ مِنْ كَلَامِهِ وَهُوَ أَنَّ مَا صَدَرَ فِعْلُهُ عَنِ الْقُوَّةِ الْحَيَوَانِيَّةِ فَهُوَ جِنْسٌ وَمَا صَدَرَ عَنْ
غَيْرِهَا فَهُوَ جِنْسٌ آخَرُ.

فَإِذَا عُرِفَ هَذَا فَلَا عَلَيْنَا فِي تَطْيِيقِ الْوُجُوهِ عَلَى الْأَصْلِ الْمَذْكُورِ، فَأَمَّا الْوَجْهُ
الْأَوَّلُ فَهُوَ مِمَّا كَانَ الْمَشْرُوطُ عَلَى أَحَدِهِمَا شَيْئَيْنِ مُتَجَانِسَيْنِ، فَإِنَّ الْأَرْضَ وَالْبَذَرَ مِنْ
جِنْسٍ وَالْعَمَلُ وَالْبَقَرُ مِنْ جِنْسٍ؛ وَالْمَنْظُورُ إِلَيْهِ الْاسْتِجَارُ يُجْعَلُ كَأَنَّ الْعَامِلَ اسْتَأْجَرَ

الأَرْضِ أَوْ رَبُّ الأَرْضِ اسْتَجَرَ الْعَامِلَ، وَالْوَجْهُ الثَّانِي وَالثَّالِثُ مِمَّا فِيهِ اسْتِجَارُ الأَرْضِ وَالْعَامِلِ، وَأَمَّا الْوَجْهُ الرَّابِعُ عَلَى ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ فَبَاطِلٌ، لِأَنَّ الْمَشْرُوطَ شَيْئَانِ غَيْرُ مُتَجَانِسَيْنِ فَلَا يُمَكِّنُ أَنْ يَكُونَ أَحَدُهُمَا تَابِعًا لِلآخَرِ، بِخِلَافِ الْمُتَجَانِسَيْنِ فَإِنَّ الْأَشْرَافَ أَوْ الْأَصْلَ يَجُوزُ أَنْ يَسْتَتَبِعَ الْأَخْسَرَ وَالْفَرْعَ.

وَوَجْهُ غَيْرِ ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ مَا قَالَ فِي الْكِتَابِ: لَوْ شَرَطَ الْبَذْرُ وَالْبَقَرُ عَلَيْهِ: أَيْ عَلَى رَبِّ الأَرْضِ جَازَ، فَكَذَا إِذَا شَرَطَ الْبَقَرُ وَحْدَهُ وَصَارَ كَجَانِبِ الْعَمَلِ إِذَا شَرَطَ الْبَقَرُ عَلَيْهِ، وَالْجَوَابُ أَنَّ الْبَذْرَ إِذَا اجْتَمَعَ مَعَ الأَرْضِ اسْتَتَبَعَتْهُ لِلتَّحَاسُّسِ وَضَعْفَ جِهَةِ الْبَقَرِ مَعَهُمَا فَكَانَ اسْتِجَارًا لِلْعَامِلِ. وَأَمَّا إِذَا اجْتَمَعَ الأَرْضُ وَالْبَقَرُ فَلَمْ تَسْتَتَبِعْهُ، وَكَذَا فِي الْجَانِبِ الْآخَرَ فَكَانَ فِي كُلِّ مِنَ الْجَانِبَيْنِ مُعَارَضَةً بَيْنَ اسْتِجَارِ الأَرْضِ وَغَيْرِ الأَرْضِ وَالْعَامِلِ وَغَيْرِهِ فَكَانَ بَاطِلًا. وَلِقَائِلُ أَنْ يَقُولَ: اسْتِجَارُ الأَرْضِ وَالْعَامِلِ مَنْصُوصٌ عَلَيْهِ دُونَ الْآخَرَيْنِ فَكَانَ أَرْجَحَ، وَيَلْزَمُ الْجَوَازُ. وَيُمْكِنُ أَنْ يُجَابَ عَنْهُ بِأَنَّ النَّصَّ فِي الْمَزَارَعَةِ لَمَّا وَرَدَ عَلَى خِلَافِ الْقِيَاسِ عَلَى مَا مَرَّ ضَعْفَ الْعَمَلِ بِهِ مَعَ وَجُودِ الْمُعَارِضِ. وَقَوْلُهُ كُلُّ ذَلِكَ بِخَلْقِ اللَّهِ تَعَالَى لَا مَذْخَلَ لَهُ فِي الدَّلِيلِ، وَإِنَّمَا ذَكَرَهُ لِأَنَّهُ لَمَّا أَضَافَ مَنْفَعَةَ الأَرْضِ إِلَى قُوَّةٍ فِي طَبْعِهَا تُوهِّمُ أَنْ يُنْسَبَ إِلَى الْقَوْلِ بِالطَّبِيعَةِ فَدَفَعَ ذَلِكَ. وَهَاهُنَا وَجْهَانِ آخَرَانِ لَمْ يَذْكُرْهُمَا الْقُدُورِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ وَهُمَا فَاسِدَانِ، وَقَدْ ذَكَرَ الْمُصَنِّفُ رَحِمَهُ اللَّهُ وَجْهَ ذَلِكَ.

وَبَقِيَ عَلَيْهِ إِشْكَالٌ، وَهُوَ أَنَّ صَاحِبَ الأَرْضِ لَمْ يُسَلِّمْ الأَرْضَ إِلَى صَاحِبِ الْبَذْرِ فَيَسْتَوْجِبُ عَلَيْهِ أَجْرٌ مِثْلَ أَرْضِهِ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ مَنْفَعَةَ الْعَامِلِ وَمَنْفَعَةَ الأَرْضِ صَارَتَا مُسَلِّمَتَيْنِ إِلَى صَاحِبِ الْبَذْرِ لِسَلَامَةِ الْخَارِجِ لَهُ حُكْمًا وَكَذَلِكَ إِنْ لَمْ تُخْرِجِ الأَرْضُ شَيْئًا لِأَنَّ عَمَلَ الْعَامِلِ بِأَمْرِهِ فِي إِقَاءِ بَذْرِهِ كَعَمَلِهِ بِنَفْسِهِ فَيَسْتَوْجِبُ عَلَيْهِ أَجْرٌ مِثْلُهُ فِي الْوَجْهَيْنِ. وَنَمَّةٌ وَجْهٌ آخَرُ لَمْ يَذْكُرْهُ: أَيْ الْقُدُورِيُّ وَصَاحِبُ الْهَدَايَةِ جَمِيعًا وَهُوَ أَنْ يَشْتَرِكَ أَرْبَعَةً عَلَى أَنْ يَكُونَ الْبَذْرُ مِنْ وَاحِدٍ وَالْعَمَلُ مِنْ آخَرَ وَالْأَرْضُ مِنْ آخَرَ وَالْبَقَرُ مِنْ آخَرَ.

قَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي كِتَابِ الْآثَارِ: أَخْبَرَنَا عَبْدُ الرَّحْمَنِ الْأَوْزَاعِيُّ عَنْ وَاصِلِ بْنِ أَبِي جَمِيلٍ عَنْ مُجَاهِدٍ «أَنَّهُ وَقَعَ فِي عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَأَلْعَى رَسُولُ اللَّهِ

صَاحِبِ الْأَرْضِ وَجَعَلَ لَصَاحِبِ الْفَدَّانِ أَجْرًا مُسَمًّى وَجَعَلَ لَصَاحِبِ الْعَمَلِ دِرْهَمًا لِكُلِّ يَوْمٍ وَالْحَقَّ الزَّرْعُ كُلُّهُ لَصَاحِبِ الْبَذْرِ « فَهَذِهِ مَزَارَعَةٌ فَاسِدَةٌ لِمَا فِيهَا مِنْ اشْتِرَاطِ الْفَدَّانِ عَلَى أَحَدِهِمَا مَقْصُودًا بِهِ، وَفِيهَا الْخَارِجُ لَصَاحِبِ الْبَذْرِ لِأَنَّهُ نَمَاءُ بَذَرِهِ. وَمَعْنَى قَوْلِهِ أَلْعَى صَاحِبِ الْأَرْضِ لَمْ يَجْعَلْ لَهُ شَيْئًا مِنَ الْخَارِجِ لَا أَنَّهُ لَا يَسْتَوْجِبُ أَجْرَ مِثْلِ الْأَرْضِ وَأَعْطَى لَصَاحِبِ الْعَمَلِ كُلِّ يَوْمٍ دِرْهَمًا لِأَنَّ ذَلِكَ كَانَ أَجْرَ مِثْلِ عَمَلِهِ، وَلَمْ يَذْكُرْ أَجْرَ الْفَدَّانِ لِكَوْنِهِ مَعْلُومًا مِنْ أَجْرِ الْعَامِلِ.

قَالَ (وَلَا تَصِحُّ الْمَزَارَعَةُ إِلَّا عَلَى مُدَّةٍ مَعْلُومَةٍ) لِمَا بَيَّنَّا (وَأَنْ يَكُونَ الْخَارِجُ شَائِعًا بَيْنَهُمَا) تَحْقِيقًا لِمَعْنَى الشَّرِكَةِ (فَإِنْ شَرَطَا لِأَحَدِهِمَا قُمْرَانًا مُسَمَّاءَ فَهِيَ بَاطِلَةٌ) لِأَنَّ بِهِ تَنْقِطُعُ الشَّرِكَةُ لِأَنَّ الْأَرْضَ عَسَاهَا لَا تَخْرُجُ إِلَّا هَذَا الْقَدْرَ، فَصَارَ كَاشْتِرَاطِ دِرَاهِمٍ مَعْدُودَةٍ لِأَحَدِهِمَا فِي الْمُضَارَبَةِ، وَكَذَا إِذَا شَرَطَا أَنْ يَرْفَعَ صَاحِبُ الْبَذْرِ بَذَرَهُ وَيَكُونَ الْبَاقِي بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ، لِأَنَّهُ يُؤَدِّي إِلَى قَطْعِ الشَّرِكَةِ فِي بَعْضٍ مُعَيَّنٍ أَوْ فِي جَمِيعِهِ بِأَنْ لَمْ يُخْرَجْ إِلَّا قَدْرُ الْبَذْرِ فَصَارَ كَمَا إِذَا شَرَطَا رَفَعَ الْخَارِجَ، وَالْأَرْضُ خَرَاجِيَّةٌ وَأَنْ يَكُونَ الْبَاقِي بَيْنَهُمَا لِأَنَّهُ مُعَيَّنٌ، بِخِلَافِ مَا إِذَا شَرَطَ صَاحِبُ الْبَذْرِ عَشْرَ الْخَارِجِ لِنَفْسِهِ أَوْ لِلْآخِرِ وَالْبَاقِي بَيْنَهُمَا لِأَنَّهُ مُعَيَّنٌ مُشَاعٌ فَلَا يُؤَدِّي إِلَى قَطْعِ الشَّرِكَةِ، كَمَا إِذَا شَرَطَا رَفَعَ الْعَشْرَ، وَقَسَمَتِ الْبَاقِي بَيْنَهُمَا وَالْأَرْضُ عَشْرِيَّةٌ.

قَالَ (وَكَذَا إِذَا شَرَطَا مَا عَلَى الْمَادِيَّاتِ وَالسَّوَاقِي) مَعْنَاهُ لِأَحَدِهِمَا، لِأَنَّهُ إِذَا شَرَطَ لِأَحَدِهِمَا زَرْعَ مَوْضِعٍ مُعَيَّنٍ أَفْضَى ذَلِكَ إِلَى قَطْعِ الشَّرِكَةِ، لِأَنَّهُ لَعَلَّهُ لَا يَخْرُجُ إِلَّا مِنْ ذَلِكَ الْمَوْضِعِ، وَعَلَى هَذَا إِذَا شَرَطَ لِأَحَدِهِمَا مَا يَخْرُجُ مِنْ نَاحِيَةٍ مُعَيَّنَةٍ وَالْآخَرُ مَا يَخْرُجُ مِنْ نَاحِيَةٍ أُخْرَى (وَكَذَا إِذَا شَرَطَ لِأَحَدِهِمَا التَّنُّ وَلِلْآخَرِ الْحَبَّ) لِأَنَّهُ عَسَى أَنْ يُصِيبَهُ أَفَقٌ فَلَا يَنْعَقِدُ الْحَبُّ وَلَا يَخْرُجُ إِلَّا التَّنُّ (وَكَذَا إِذَا شَرَطَا التَّنُّ نِصْفَيْنِ وَالْحَبُّ لِأَحَدِهِمَا بَعَيْنِهِ) لِأَنَّهُ يُؤَدِّي إِلَى قَطْعِ الشَّرِكَةِ فِيمَا هُوَ الْمَقْصُودُ وَهُوَ الْحَبُّ (وَلَوْ شَرَطَ الْحَبُّ نِصْفَيْنِ وَلَمْ يَتَعَرَّضَا لِلتَّنِّ صَحَّتْ) لِاشْتِرَاطِهِمَا الشَّرِكَةَ فِيمَا هُوَ الْمَقْصُودُ، (ثُمَّ التَّنُّ يَكُونُ لَصَاحِبِ الْبَذْرِ) لِأَنَّهُ نَمَاءُ بَذَرِهِ وَفِي حَقِّهِ لَا يَحْتَاجُ إِلَى الشَّرْطِ. وَالْمُفْسِدُ هُوَ الشَّرْطُ، وَهَذَا سَكُوتٌ عَنْهُ. وَقَالَ مَشَائِخُ بَلْخِي رَحِمَهُمُ اللَّهُ: التَّنُّ بَيْنَهُمَا أَيْضًا اعْتِبَارًا لِلْعُرْفِ فِيمَا لَمْ يَنْصُ عَلَيْهِ الْمُتَعَاقِدَانِ، وَلِأَنَّهُ تَبَعَ لِلْحَبِّ وَالتَّنُّ يَقُومُ بِشَرْطِ الْأَصْلِ. (وَلَوْ

شَرَطًا الْحَبُّ نِصْفَيْنِ وَالتِّينَ لَصَاحِبِ الْبَذْرِ صَحَّتْ) لِأَنَّهُ حُكْمُ الْعَقْدِ (وَإِنْ شَرَطًا التِّينَ لِلْآخِرِ فَسَدَتْ) لِأَنَّهُ شَرَطٌ يُؤَدِّي إِلَى قَطْعِ الشَّرِكَةِ بِأَنْ لَا يَخْرُجَ إِلَّا التِّينُ وَاسْتِحْقَاقُ غَيْرِ صَاحِبِ الْبَذْرِ بِالشَّرْطِ.

قَالَ (وَإِذَا صَحَّتِ الْمَزَارَعَةُ فَالْخَارِجُ عَلَى الشَّرْطِ) لَصِحَّةِ الْإِلْتِزَامِ (وَإِنْ لَمْ تُخْرِجِ الْأَرْضُ شَيْئًا فَلَا شَيْءَ لِلْعَامِلِ) لِأَنَّهُ يَسْتَحِقُّهُ شَرِكَتُهُ، وَلَا شَرِكَتَهُ فِي غَيْرِ الْخَارِجِ، وَإِنْ كَانَتْ إِجَارَةٌ فَلَا أَجْرٌ مُسَمًّى فَلَا يَسْتَحِقُّ غَيْرَهُ، بِخِلَافِ مَا إِذَا فَسَدَتْ لِأَنَّ أَجْرَ الْمِثْلِ فِي الذِّمَّةِ وَلَا تَفُوتُ الذِّمَّةُ بِعَدَمِ الْخَارِجِ قَالَ (وَإِذَا فَسَدَتْ فَالْخَارِجُ لَصَاحِبِ الْبَذْرِ) لِأَنَّهُ نَمَاءٌ مِلْكِهِ، وَاسْتِحْقَاقُ الْأَجْرِ بِالتَّسْمِيَةِ وَقَدْ فَسَدَتْ فَبَقِيَ النَّمَاءُ كُلُّهُ لَصَاحِبِ الْبَذْرِ.

قَالَ (وَلَوْ كَانَ الْبَذْرُ مِنْ قَبْلِ رَبِّ الْأَرْضِ فَلِلْعَامِلِ أَجْرٌ مِثْلُهُ لَا يُزَادُ عَلَى مِقْدَارِ مَا شَرَطَ لَهُ مِنَ الْخَارِجِ) لِأَنَّهُ رَضِيَ بِسُقُوطِ الزِّيَادَةِ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ (وَقَالَ مُحَمَّدٌ: لَهُ أَجْرٌ مِثْلُهُ بِالْغَا مَا بَلَغَ، لِأَنَّهُ اسْتَوْفَى مَنَافِعَهُ بِعَقْدِ فَاسِدٍ فَتَجِبَ عَلَيْهِ قِيَمَتُهَا إِذْ لَا مِثْلَ لَهَا) وَقَدْ مَرَّفِي الْإِجَارَاتِ (وَإِنْ كَانَ الْبَذْرُ مِنْ قَبْلِ الْعَامِلِ فَلِلصَّاحِبِ الْأَرْضِ أَجْرٌ مِثْلَ أَرْضِهِ) لِأَنَّهُ اسْتَوْفَى مَنَافِعَ الْأَرْضِ بِعَقْدِ فَاسِدٍ فَجِبَ رَدُّهَا وَقَدْ تَعَذَّرَ وَلَا مِثْلَ لَهَا فَجِبَ رَدُّ قِيَمَتِهَا. وَهَلْ يُزَادُ عَلَى مَا شَرَطَ لَهُ مِنَ الْخَارِجِ؟ فَهُوَ عَلَى الْخِلَافِ الَّذِي ذَكَرْنَاهُ (وَلَوْ جَمَعَ بَيْنَ الْأَرْضِ وَالْبَقْرِ حَتَّى فَسَدَتْ الْمَزَارَعَةُ فَعَلَى الْعَامِلِ أَجْرٌ مِثْلَ الْأَرْضِ وَالْبَقْرِ) هُوَ الصَّحِيحُ، لِأَنَّ لَهُ مَدْخَلَ فِي الْإِجَارَةِ وَهِيَ إِجَارَةٌ مَعْنَى (وَإِذَا اسْتَحَقَّ رَبُّ الْأَرْضِ الْخَارِجَ لِبَذْرِهِ فِي الْمَزَارَعَةِ الْفَاسِدَةِ طَابَ لَهُ جَمِيعُهُ) لِأَنَّ النَّمَاءَ حَصَلَ فِي أَرْضٍ مَمْلُوكَةٍ لَهُ (وَإِنْ اسْتَحَقَّهُ الْعَامِلُ أَخَذَ قَدْرَ بَذْرِهِ وَقَدَّرَ أَجْرَ الْأَرْضِ وَتَصَدَّقَ بِالْفَضْلِ) لِأَنَّ النَّمَاءَ يَحْصُلُ مِنَ الْبَذْرِ وَيَخْرُجُ مِنَ الْأَرْضِ، وَفَسَادُ الْمَلِكِ فِي مَنَافِعِ الْأَرْضِ أَوْجَبَ خُبْنًا فِيهِ. فَمَا سَلَّمَ لَهُ بِعَوَضٍ طَابَ لَهُ وَمَا لَا عِوَضَ لَهُ تَصَدَّقَ بِهِ.

الشرح:

قَالَ (وَلَا تَصِحُّ الْمَزَارَعَةُ إِلَّا عَلَى مُدَّةٍ مَعْلُومَةٍ إِلَّا عَلَى مُدَّةٍ مَعْلُومَةٍ مَعْلُومَةٍ مُدَّةِ الْمَزَارَعَةِ شَرَطٌ جَوَازٌ لَهَا مَا يَبَيَّنُ: يَعْنِي قَوْلُهُ فِي بَيَانِ شُرُوطِهَا. وَالثَّالِثُ بَيَانُ الْمُدَّةِ لِأَنَّهُ عَقْدٌ عَلَى مَنَافِعِ الْأَرْضِ إِلَّا عَلَى هَذَا أَنْ كُلُّ مَا كَانَ وَجُودُهُ شَرَطًا لِلْجَوَازِ فَعَدَمُهُ مَانِعٌ عَنْهُ، لِأَنَّ الشَّرْطَ لَا زِمَ وَائْتِفَاؤُهُ يَسْتَلْزِمُ انْتِفَاءَ الْمَلْزُومِ، وَكَذَا شُبُوحُ الْخَارِجِ تَحْقِيقًا لِمَعْنَى

الشَّرِكَةُ شَرْطُ الْجَوَازِ، فَإِذَا انْتَهَى فَسَدَتْ.

وَقَوْلُهُ (وَصَارَ كَمَا إِذَا شَرْطًا رَفَعَ الْخَرَاجَ) وَالْأَرْضُ خَرَاجِيَّةٌ، وَالْخَرَاجُ خَرَاجٌ وَظِيفَةٌ بِأَنْ يَكُونَ دَرَاهِمَ مُسَمَّاةً بِحَسَبِ الْخَارِجِ وَقَفَرْنَا مَعْلُومَةً. وَأَمَّا إِذَا كَانَ خَرَاجٌ مُقَاسَمَةً وَهُوَ جُزْءٌ مِنَ الْخَارِجِ مُشَاعًا نَحْوُ الثُّلُثِ أَوْ الرَّبْعِ فَإِنَّهُ لَا تَفْسُدُ الْمَزَارَعَةُ بِهَذَا الشَّرْطِ. وَالْمَازِيَّاتُ جَمْعُ الْمَازِيَّانِ وَهُوَ أَصْغَرُ مِنَ النَّهْرِ وَأَعْظَمُ مِنَ الْجَدُولِ، وَقِيلَ مَا يَجْتَمِعُ فِيهِ مَاءُ السَّيْلِ ثُمَّ تُسْقَى مِنْهُ الْأَرْضُ. وَالسَّوَاقِي جَمْعُ السَّاقِيَةِ وَهُوَ فَوْقَ الْجَدُولِ وَدُونَ النَّهْرِ. كَذَا فِي الْمَغْرِبِ.

وَقَوْلُهُ (اعْتِبَارًا لِلْعُرْفِ فِيمَا لَمْ يَنْصَرَّ عَلَيْهِ الْمُتَعَاقدَانِ) فَإِنَّ الْعُرْفَ عِنْدَهُمْ أَنَّ الْحَبَّ وَالتَّنُّ يَكُونُ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ، وَتَحْكِيمُ الْعُرْفِ عِنْدَ الْاِشْتِيَاهِ وَاجِبٌ. وَقَوْلُهُ (وَالْتَّبَعُ يَقُومُ بِشَرْطِ الْأَصْلِ) يَعْنِي لَمَّا كَانَ الْأَصْلُ وَهُوَ الْحَبُّ مُشْتَرَكًا بَيْنَهُمَا بِاشْتِرَاطِهِمَا فِيهِ نَصًّا كَانَ التَّبَعُ وَهُوَ التَّنُّ مُشْتَرَكًا بَيْنَهُمَا أَيْضًا تَبَعًا لِلْأَصْلِ وَإِنْ لَمْ يَذْكُرَا فِيهِ الشَّرِكَةَ فَكَانَ مَعْنَاهُ وَالتَّبَعُ يَتَّصِفُ بِصِفَةِ الْأَصْلِ. وَقَوْلُهُ (لَأَنَّهُ حُكْمُ الْعَقْدِ) يَعْنِي أَنَّهُمَا لَوْ سَكَتَا عَنْ ذِكْرِ التَّنِّ كَانَ التَّنُّ لَصَاحِبِ الْبَذْرِ لِأَنَّهُ مُوجِبُ الْعَقْدِ، فَإِذَا نَصَّا عَلَيْهِ كَأَنَّمَا صَرَّحَا بِمَا هُوَ مُوجِبُ الْعَقْدِ فَلَا يَتَغَيَّرُ بِهِ وَصْفُ الْعَقْدِ، فَكَانَ وُجُودُ الشَّرْطِ وَعَدَمُهُ سَوَاءً. وَأَمَّا إِذَا شَرْطَا التَّنُّ لَغَيْرِ صَاحِبِ الْبَذْرِ فَإِنَّ اسْتِحْقَاقَهُ لَهُ يَكُونُ بِالشَّرْطِ لِأَنَّهُ لَيْسَ حُكْمُ الْعَقْدِ، وَذَلِكَ شَرْطٌ يُؤَدِّي إِلَى قَطْعِ الشَّرِكَةِ بِأَنْ يَخْرُجَ إِلَّا التَّنُّ، وَكُلُّ شَرْطٍ شَأْنُهُ ذَلِكَ مُفْسِدٌ لِلْعَقْدِ فَكَانَتْ الْمَزَارَعَةُ فَاسِدَةً.

قَالَ (وَإِذَا صَحَّتْ الْمَزَارَعَةُ فَالْخَارِجُ عَلَى الشَّرْطِ) الْمَزَارَعَةُ إِمَّا أَنْ تَكُونَ صَحِيحَةً أَوْ فَاسِدَةً، فَإِنْ كَانَتْ صَحِيحَةً فَأَمَّا إِنْ أَخْرَجَتْ الْأَرْضُ شَيْئًا أَوْ لَمْ تُخْرِجْ، فَإِنْ أَخْرَجَتْ فَالْخَارِجُ عَلَى مَا شَرْطًا لَصِحَّةِ الْاِلتِزَامِ، فَإِنَّ الْعَقْدَ إِذَا كَانَ صَحِيحًا يَجِبُ فِيهِ الْمُسَمَّى وَهَذَا عَقْدٌ صَحِيحٌ فَيَجِبُ فِيهِ الْمُسَمَّى، وَإِنْ لَمْ تُخْرِجْ فَلَا شَيْءَ لِلْعَامِلِ لِأَنَّهُ يَسْتَحِقُّهُ شَرِكَةٌ: يَعْنِي فِي الْاِئْتِهَاءِ، وَلَا شَرِكَةَ فِي غَيْرِ الْخَارِجِ. فَإِنْ قِيلَ: كَانَتْ الْمَزَارَعَةُ إِجَارَةً ابْتِدَاءً فَلَا بُدَّ مِنَ الْأَجْرَةِ: أَجَابَ بِقَوْلِهِ: وَإِنْ كَانَتْ الْمَزَارَعَةُ إِجَارَةً فَلَا أَجْرَ مُسَمَّى وَقَدْ قَاتَ فَلَا يَسْتَحِقُّ غَيْرَهُ.

وَاسْتَشْكَلَ بِمَنْ اسْتَأْجَرَ رَجُلًا بَعَيْنٍ فَعَلَ الْأَجِيرَ وَهَلَكْتَ الْعَيْنُ قَبْلَ التَّسْلِيمِ

فَإِنَّهُ عَلَى الْمُسْتَأْجِرِ أَجْرُ الْمِثْلِ كَمَلًا فَلْيَكُنْ هَذَا مِثْلُهُ، لِأَنَّ الْمُرَارَعَةَ قَدْ صَحَّتْ وَالْأَجْرُ مُسَمًّى وَهَلَكَ الْأَجْرُ قَبْلَ التَّسْلِيمِ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ الْأَجْرَ هَاهُنَا هَلَكَ بَعْدَ التَّسْلِيمِ لِأَنَّ الْمُرَارِعَ قَبْضَ الْبَذْرِ الَّذِي يَتَفَرَّغُ مِنْهُ الْخَارِجُ وَقَبْضُ الْأَصْلِ قَبْضٌ لِفَرْعِهِ وَالْأَجْرَةُ الْعَيْنُ إِذَا هَلَكَتْ بَعْدَ التَّسْلِيمِ إِلَى الْأَجِيرِ لَا يَجِبُ لِلْأَجِيرِ شَيْءٌ آخَرَ فَكَذَا هَاهُنَا، وَإِنْ كَانَتْ فَاسِدَةً فَلَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ تُخْرِجَ الْأَرْضُ وَأَنْ لَا تُخْرِجَ فِي وَجُوبِ أَجْرِ الْمِثْلِ لِلْعَامِلِ، لِأَنَّهُ فِي الذِّمَّةِ وَالذِّمَّةُ لَا تَقُوتُ بَعْدَ الْخَارِجِ. فَإِنْ أَخْرَجْتَ شَيْئًا فَالْخَارِجُ لِمُصَاحِبِ الْبَذْرِ لِأَنَّهُ نَمَاءٌ مِلْكُهُ وَاسْتِحْقَاقُ الْأَجْرِ مِنْهُ بِالتَّسْمِيَةِ وَقَدْ فَسَدَتْ، وَإِنْ كَانَ الْبَذْرُ مِنْ قَبْلِ رَبِّ الْأَرْضِ فَلِلْعَامِلِ أَجْرٌ مِثْلُهُ لَا يَزَادُ عَلَى قَدْرِ الْمَشْرُوطِ لَهُ لِأَنَّهُ رَضِيَ بِسُقُوطِ الزِّيَادَةِ وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَهُ أَجْرٌ مِثْلُهُ بَالِغًا مَا بَلَغَ، لِأَنَّهُ اسْتَوْفَى مَنَافِعَهُ بَعْدَ فَاسِدٍ فَيَجِبُ عَلَيْهِ قِيمَتُهَا إِذَا لَا مِثْلَ لَهَا.

قَالَ الْمُصَنِّفُ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَقَدْ مَرَّ فِي الْإِجَارَاتِ) قَالَ صَاحِبُ التَّهَابَةِ رَحِمَهُ اللَّهُ: وَفِي هَذَا الَّذِي ذَكَرَهُ مِنَ الْحَوَالَةِ نَوْعٌ تَغْيِيرٍ، لِأَنَّهُ ذَكَرَ فِي بَابِ الْإِجَارَةِ الْفَاسِدَةِ مِنْ كِتَابِ الْإِجَارَاتِ فِي مَسْأَلَةٍ مَا إِذَا اسْتَأْجَرَ حِمَارًا لِيَحْمِلَ عَلَيْهِ طَعَامًا بِقَفِيرٍ مِنْهُ فَالْإِجَارَةُ فَاسِدَةٌ ثُمَّ قَالَ: وَلَا يُجَاوِزُ بِالْأَجْرِ قَفِيرٌ، لِأَنَّهُ لَمَّا فَسَدَتْ الْإِجَارَةُ فَالْوَاجِبُ الْأَقْلُ مِمَّا سَمِيَ وَمِنْ أَجْرِ الْمِثْلِ، وَهَذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا اشْتَرَكَ فِي الْاِخْتِطَابِ حَيْثُ يَجِبُ الْأَجْرُ بَالِغًا مَا بَلَغَ عِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ، لِأَنَّ الْمُسَمًّى هُنَاكَ غَيْرُ مَعْلُومٍ، فَلَمْ يَصِحَّ الْحَطُّ فَبِمَجْمُوعِ هَذَا الَّذِي ذَكَرَهُ فِي الْإِجَارَةِ يُعْلَمُ أَنَّ عِنْدَ مُحَمَّدٍ لَا يَبْلُغُ أَجْرُ الْمِثْلِ بَالِغًا مَا بَلَغَ فِي الْإِجَارَةِ الْفَاسِدَةِ كَمَا هُوَ قَوْلُهُمَا إِلَّا فِي الشَّرِكَةِ فِي الْاِخْتِطَابِ، ثُمَّ ذَكَرَ هَاهُنَا. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: لَهُ أَجْرٌ مِثْلُهُ بَالِغًا مَا بَلَغَ، إِلَى أَنْ قَالَ: وَقَدْ مَرَّ فِي الْإِجَارَاتِ، وَذَلِكَ يَدُلُّ عَلَى أَنَّ مَذْهَبَهُ فِي جَمِيعِ الْإِجَارَاتِ الْفَاسِدَةِ يَبْلُغُ الْأَجْرُ بَالِغًا مَا بَلَغَ وَلَيْسَ كَذَلِكَ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ هَذِهِ الْإِجَارَةَ مِنْ قَبِيلِ الشَّرِكَةِ فِي الْاِخْتِطَابِ لِأَنَّ الْأَجْرَ غَيْرُ مَعْلُومٍ قَبْلَ خُرُوجِ الْخَارِجِ وَهَذِهِ حَوَالَةٌ بِلَا تَغْيِيرٍ، وَإِنْ كَانَ الْبَذْرُ مِنْ قَبْلِ الْعَامِلِ فَلِصَاحِبِ الْأَرْضِ أَجْرٌ مِثْلُ أَرْضِهِ لِأَنَّهُ اسْتَوْفَى مَنَافِعَ الْأَرْضِ بَعْدَ فَاسِدٍ فَيَجِبُ رَدُّهَا وَقَدْ تَعَذَّرَ فَيُصَارُ إِلَى الْمِثْلِ وَلَا مِثْلَ لَهَا فَيَجِبُ رَدُّ قِيمَتِهَا، وَهَلْ يَزَادُ عَلَى قَدْرِ الْمَشْرُوطِ لَهُ مِنَ الْخَارِجِ أَوْ لَا؟ فَهُوَ عَلَى الْخِلَافِ الْمَارِّ، وَلَوْ جَمَعَ بَيْنَ الْأَرْضِ وَالْبَقَرِ حَتَّى

فَسَدَتْ الْمَزَارَعَةُ كَانَ عَلَى الْعَامِلِ أَجْرٌ مِثْلُ الْأَرْضِ وَالْبَقَرِ هُوَ الصَّحِيحُ، لِأَنَّ لِلْبَقَرِ مَدْخَلًا فِي الْإِجَارَةِ لِحَوَازِ إِيرَادِ عَقْدِ الْإِجَارَةِ عَلَيْهِ وَالْمَزَارَعَةُ إِجَارَةٌ مَعْنَى فَتَنْعَقِدُ الْمَزَارَعَةُ عَلَيْهِ فَاسِدًا وَيَجِبُ أَجْرُ الْمِثْلِ.

(وَقَوْلُهُ هُوَ الصَّحِيحُ) اخْتِرَازٌ عَنْ تَأْوِيلِ بَعْضِ أَصْحَابِنَا رَحِمَهُمُ اللَّهُ لِقَوْلِ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي الْأَصْلِ: لَصَاحِبِ الْبَقَرِ وَالْأَرْضِ أَجْرٌ مِثْلُ أَرْضِهِ وَبَقَرِهِ عَلَى صَاحِبِ الْبَذْرِ أَنَّ الْمُرَادَ بِهِ أَنْ يَجِبَ أَجْرٌ مِثْلُ الْأَرْضِ مَكْرُوبَةً أَمَّا الْبَقَرُ فَلَا يَجُوزُ أَنْ يَسْتَحَقَّ بَعْدَ الْمَزَارَعَةِ بِحَالٍ فَلَا يَنْعَقِدُ الْعَقْدُ عَلَيْهِ صَحِيحًا وَلَا فَاسِدًا، وَوُجُوبُ أَجْرِ الْمِثْلِ لَا يَكُونُ بِدُونِ عَقْدٍ لِأَنَّ الْمَنَافِعَ لَا تَنْقُومُ بِدُونِهِ. وَقَوْلُهُ (وَإِذَا اسْتَحَقَّ رَبُّ الْأَرْضِ الْخ) وَاضِحٌ خَلَا أَنَّهُ يَحْتَاجُ إِلَى فَارِقٍ يَبَيِّنُ خُبْتَ يُمْكِنُ فِي مَنَفَعَةِ الْأَرْضِ فَأَوْجَبَ التَّصَدُّقَ بِالْفَضْلِ، وَيَبَيِّنُ خُبْتَ يُمْكِنُ فِي عَمَلِ الْعَامِلِ فَلَمْ يُوجِبْ ذَلِكَ.

وَفِي كَلَامِ الْمُصَنِّفِ رَحِمَهُ اللَّهُ إِشَارَةً إِلَى ذَلِكَ حَيْثُ قَالَ: لِأَنَّ التَّمَاءَ يَحْصُلُ مِنَ الْبَذْرِ وَيَخْرُجُ مِنَ الْأَرْضِ: يَعْنِي فَهُوَ يَحْتَاجُ إِلَيْهِمَا عَلَى مَا جَرَتْ بِهِ الْعَادَةُ اخْتِيجًا بِالْعَاقِبَةِ فَكَانَ الْخُبْتُ شَدِيدًا فَأُورِثَ وَجُوبَ التَّصَدُّقِ، وَعَمَلُ الْعَامِلِ وَهُوَ إِلْقَاءُ الْبَذْرِ وَفَتْحُ الْجَدَاوِلِ لَيْسَ بِتِلْكَ الْمَثَابَةِ لِحَوَازِ حُصُولِهِ بِدُونِهِ عَادَةً، كَمَا إِذَا هَبَّتِ الرِّيحُ فَأَلْقَتِ الْبَذَرَ فِي أَرْضٍ وَأَمْطَرَتِ السَّمَاءُ فَكَانَ مَا يُمْكِنُ بِهِ شُبْهَةُ الْخُبْتُ فَلَمْ يُورِثْ وَجُوبَ ذَلِكَ.

قَالَ (وَإِذَا عَقِدَتِ الْمَزَارَعَةُ فَاِمْتَنَعَ صَاحِبُ الْبَذْرِ مِنَ الْعَمَلِ لَمْ يُجْبَرَ عَلَيْهِ) لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُهُ الْمُضِيُّ فِي الْعَقْدِ إِلَّا بِضَرَرٍ يُلْزِمُهُ. فَصَارَ كَمَا إِذَا اسْتَأْجَرَ أَجِيرًا لِيَهْدِمَ دَارَهُ (وَإِنْ اِمْتَنَعَ الَّذِي لَيْسَ مِنْ قِبَلِهِ الْبَذَرُ أَجْبَرَهُ الْحَاكِمُ عَلَى الْعَمَلِ) لِأَنَّهُ لَا يُلْحَقُهُ بِالْوَفَاءِ بِالْعَقْدِ ضَرَرٌ وَالْعَقْدُ لَازِمٌ بِمَنْزِلَةِ الْإِجَارَةِ، إِلَّا إِذَا كَانَ عُدْرٌ يَفْسَخُ بِهِ الْإِجَارَةَ فَيَفْسَخُ بِهِ الْمَزَارَعَةَ. قَالَ (وَلَوْ اِمْتَنَعَ رَبُّ الْأَرْضِ وَالْبَذَرُ مِنْ قِبَلِهِ وَقَدْ كَرَبَ الْمَزَارِعُ الْأَرْضَ فَلَا شَيْءَ لَهُ فِي عَمَلِ الْكِرَابِ) قِيلَ هَذَا فِي الْحُكْمِ، فَأَمَّا فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللَّهِ تَعَالَى يُلْزِمُهُ اسْتِرْضَاءُ الْعَامِلِ لِأَنَّهُ غَرَّهُ فِي ذَلِكَ.

الشرح:

قَالَ (وَإِذَا عَقِدَتِ الْمَزَارَعَةُ) فِي هَذَا بَيَانُ صِفَةِ عَقْدِ الْمَزَارَعَةِ بِكَوْنِهِ لَازِمًا أَوْ غَيْرَهُ وَهُوَ لَازِمٌ فِي حَالٍ دُونَ حَالٍ، أَمَّا بَعْدَ إِلْقَاءِ الْبَذْرِ فِي الْأَرْضِ فَإِنَّهُ لَازِمٌ مِنَ الْجَانِبَيْنِ

لَيْسَ لِأَحَدِهِمَا فَسْخُحُهُ إِلَّا بِعُذْرٍ، وَأَمَّا قَبْلُهُ فَلَا زِمَ مِنْ جِهَةٍ مَنْ لَيْسَ الْبَذْرُ مِنْ جِهَتِهِ وَغَيْرُ
 لَازِمٍ مِنْ جِهَةٍ مَنْ هُوَ مِنْ جِهَتِهِ، فَلَوْ امْتَنَعَ صَاحِبُ الْبَذْرِ لَمْ يُجْبَرْ عَلَيْهِ لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُهُ
 الْمُضِيُّ عَلَى الْعَقْدِ إِلَّا بِضَرَرٍ يَلْزِمُهُ وَهُوَ اسْتِهْلَاكُ الْبَذْرِ فِي الْحَالِ فَصَارَ كَمَنْ اسْتَأْجَرَ
 رَجُلًا لِيَهْدِمَ دَارَهُ (وَإِنْ امْتَنَعَ غَيْرُهُ أَجْبَرَهُ الْحَاكِمُ عَلَى الْعَمَلِ لِأَنَّهُ لَا يَلْحَقُهُ بِالْوَفَاءِ
 بِالْعَقْدِ ضَرَرٌ) سِوَى مَا التَزَمَهُ بِالْعَقْدِ لِأَنَّهُ التَزَمَ إِقَامَةَ الْعَمَلِ وَهُوَ قَادِرٌ عَلَيْهَا (وَالْعَقْدُ
 لَازِمٌ) مِنْ جِهَتِهِ (بِمَنْزِلَةِ الْإِجَارَةِ إِلَّا إِذَا كَانَ عُذْرٌ يَفْسُخُ بِهِ الْإِجَارَةَ) كَالْمَرْضِ الْمَانِعِ
 لِلْعَامِلِ عَنِ الْعَمَلِ وَالَّذِينَ الَّذِينَ لَا وَفَاءَ بِهِ عِنْدَهُ إِلَّا بِيَعِ الْأَرْضِ (فَتَفْسُخُ بِهِ الْمَزَارَعَةَ،
 وَلَوْ امْتَنَعَ رَبُّ الْأَرْضِ وَالْبَذْرُ مِنْ قَبْلِهِ وَقَدْ كَرَبَ الْمَزَارِعُ الْأَرْضَ فَلَا شَيْءَ لَهُ فِي
 عَمَلِ الْكَرَابِ) لِأَنَّ الْمَأْنِيَّ بِهِ مُجَرَّدُ الْمَنْفَعَةِ وَهُوَ لَا يَتَقَوَّمُ إِلَّا بِالْعَقْدِ، وَالْعَقْدُ قَوْمُهُ بِجُزْءٍ
 مِنَ الْخَارِجِ وَقَدْ فَاتَ (قِيلَ هَذَا) الْجَوَابُ (فِي الْحُكْمِ، فَأَمَّا فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللَّهِ تَعَالَى
 فَيَلْزِمُهُ اسْتِرْضَاءُ الْعَامِلِ لِأَنَّهُ غَرَّةٌ فِي الِاسْتِعْمَالِ).

قَالَ (وَإِذَا مَاتَ أَحَدُ الْمُتَعَاقِدِينَ بَطَلَتِ الْمَزَارَعَةُ) اعْتِبَارًا بِالْإِجَارَةِ، وَقَدْ مَرَّ الْوَجْهُ فِي
 الْإِجَارَاتِ، فَلَوْ كَانَ دَفْعَهَا فِي ثَلَاثِ سِنِينَ فَلَمَّا نَبَتَ الزَّرْعُ فِي السَّنَةِ الْأُولَى وَلَمْ
 يَسْتَحْصِدِ الزَّرْعَ حَتَّى مَاتَ رَبُّ الْأَرْضِ تَرَكَ الْأَرْضَ فِي يَدِ الْمَزَارِعِ حَتَّى يَسْتَحْصِدَ الزَّرْعَ
 وَيَقْسِمَ عَلَى الشَّرْطِ، وَتَنْتَقِضُ الْمَزَارَعَةُ فِيمَا بَقِيَ مِنَ السَّنَتَيْنِ لِأَنَّ فِي إِبْقَاءِ الْعَقْدِ فِي
 السَّنَةِ الْأُولَى مُرَاعَاةً لِلْحَقِيقِ، بِخِلَافِ السَّنَةِ الثَّانِيَةِ وَالثَّلَاثَةِ لِأَنَّهُ لَيْسَ فِيهِ ضَرَرٌ
 بِالْعَامِلِ فَيَحَافِظُ فِيهِمَا عَلَى الْقِيَاسِ (وَلَوْ مَاتَ رَبُّ الْأَرْضِ قَبْلَ الزَّرْعَةِ بَعْدَ مَا كَرَبَ
 الْأَرْضَ وَحَفَرَ الْأَنْهَارَ انْتَقَضَتِ الْمَزَارَعَةُ) لِأَنَّهُ لَيْسَ فِيهِ إِبْطَالُ مَالٍ عَلَى الْمَزَارِعِ (وَلَا شَيْءَ
 لِلْعَامِلِ بِمُقَابَلَةِ مَا عَمِلَ) لَمَّا ثَبِيْتُهُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

الشرح:

(وَإِذَا مَاتَ أَحَدُ الْمُتَعَاقِدِينَ بَطَلَتِ الْمَزَارَعَةُ) قِيَاسًا عَلَى الْإِجَارَةِ لَكَوْنِهَا عَقْدًا فِيهِ
 الْإِجَارَةُ (وَقَدْ مَرَّ الْوَجْهُ فِي الْإِجَارَاتِ) وَهُوَ قَوْلُهُ لِأَنَّهُ لَوْ بَقِيَ الْعَقْدُ صَارَ الْمَنْفَعَةُ
 الْمَمْلُوكَةُ أَوْ الْأَجْرَةُ لغيرِ الْعَاقِدِ مُسْتَحَقًّا بِالْعَقْدِ لِأَنَّهُ يَنْتَقِلُ بِالْمَوْتِ إِلَى الْوَارِثِ وَذَلِكَ لَا
 يَجُوزُ. وَفِي الِاسْتِحْسَانِ يَبْقَى الْعَقْدُ إِلَى أَنْ يُسْتَحْصَدَ الزَّرْعُ نَظَرًا لِلْمَزَارِعِ، فَإِنَّهُ فِي
 الزَّرْعِ غَيْرُ مُتَعَدٍّ، فَلَوْ لَمْ يَبْقَ الْعَقْدُ وَانْتَقَلَ الْأَرْضُ إِلَى وَرَثَةِ رَبِّهَا لَقَلَعُوا الزَّرْعَ وَتَضَرَّرَ

بِهِ الْمَزَارِعُ، وَلَا يَجُوزُ إلْحَاقُ الضَّرَرِ عَلَى غَيْرِ الْمُتَعَدِّي، وَإِلَيْهِ أَشَارَ الْمُصَنِّفُ بِقَوْلِهِ (فَلَوْ كَانَ دَفْعُهَا فِي ثَلَاثِ سِنِينَ إلخ) وَاعْلَمْ أَنَّهُ أَرَادَ بِقَوْلِهِ وَإِذَا مَاتَ أَحَدُ الْمُتَعَاقِدَيْنِ بَعْدَ الزَّرْعِ، لِأَنَّ الَّذِي يَكُونُ قَبْلَهُ مَذْكُورٌ فِيْمَا يَلِيهِ وَلَمْ يَفْصِلْ بَيْنَ مَا إِذَا تَبَتِ الزَّرْعُ أَوْ لَمْ يَتَّبِتْ، وَلَكِنَّهُ ذَكَرَ جَوَابَ النَّابِتِ فِي قَوْلِهِ فِي وَجْهِ الاسْتِحْسَانِ (فَلَمَّا تَبَتِ الزَّرْعُ فِي السَّنَةِ الْأُولَى) وَلَمْ يَذْكُرْ جَوَابَ مَا لَمْ يَتَّبِتْ عِنْدَ مَوْتِهِ، وَلَعَلَّهُ تَرَكَ ذَلِكَ اعْتِمَادًا عَلَى دُخُولِهِ فِي إِطْلَاقِ أَوَّلِ الْمَسْأَلَةِ (وَلَوْ مَاتَ رَبُّ الْأَرْضِ قَبْلَ الزَّرْعَةِ بَعْدَمَا كَرَبَ الْعَامِلُ الْأَرْضَ وَحَفَرَ الْأَنْهَارَ انْتَقَضَتِ الْمَزَارَعَةُ، لِأَنَّهُ لَيْسَ فِيهِ إِبْطَالُ مَالٍ عَلَى الْمَزَارِعِ، وَلَا شَيْءٌ لِلْعَامِلِ بِمُقَابَلَةِ مَا عَمِلَ) لَمَّا سَيِّدَكَرُ بُعِيدَ هَذَا.

(وَإِذَا فَسِخَتْ الْمَزَارَعَةُ بِدَيْنٍ فَادِحٍ لِحَقِّ صَاحِبِ الْأَرْضِ فَاحْتَاجَ إِلَى بَيْعِهَا جَازًا) كَمَا فِي الْإِجَارَةِ (وَلَيْسَ لِلْعَامِلِ أَنْ يُطَالِبَهُ بِمَا كَرَبَ الْأَرْضَ وَحَفَرَ الْأَنْهَارَ بِشَيْءٍ) لِأَنَّ الْمَنَافِعَ إِنَّمَا تَتَقَوَّمُ بِالْعَقْدِ وَهُوَ إِنَّمَا قَوْمٌ بِالْخَارِجِ فَإِذَا انْعَدَمَ الْخَارِجُ لَمْ يَجِبْ شَيْءٌ (وَلَوْ تَبَتِ الزَّرْعُ وَلَمْ يُسْتَحْصَدْ لَمْ تُبْعَ الْأَرْضُ فِي الدَّيْنِ حَتَّى يُسْتَحْصَدَ الزَّرْعُ) لِأَنَّ فِي الْبَيْعِ إِبْطَالَ حَقِّ الْمَزَارِعِ، وَالتَّأْخِيرُ أَهْوَنُ مِنَ الْإِبْطَالِ (وَيُخْرِجُهُ الْقَاضِي مِنَ الْحَبْسِ إِنْ كَانَ حَبْسَهُ بِالْدَّيْنِ لِأَنَّهُ لَمَّا امْتَنَعَ بَيْعَ الْأَرْضِ لَمْ يَكُنْ هُوَ ظَالِمًا وَالْحَبْسُ جَزَاءُ الظُّلْمِ).

الشرح:

(وَإِذَا فَسِخَتْ الْمَزَارَعَةُ بِدَيْنٍ فَادِحٍ) أَيِ ثَقِيلٍ، مِنْ فَدَحَهُ الْأَمْرُ: أَيِ أَثْقَلَهُ (لِحَقِّ صَاحِبِ الْأَرْضِ أَحْوَجَهُ إِلَى بَيْعِهَا جَازًا) الْفَسْخُ (كَمَا فِي الْإِجَارَةِ) وَالتَّشْبِيهُ بِالْإِجَارَةِ يُشِيرُ إِلَى أَنَّهُ اخْتَارَ رِوَايَةَ الزِّيَادَاتِ فَإِنَّهُ عَلَيْهَا لَا بُدَّ لَصِحَّةِ الْفَسْخِ مِنَ الْقَضَاءِ أَوْ الرِّضَا لِأَنَّهَا فِي مَعْنَى الْإِجَارَةِ وَعَلَى رِوَايَةِ كِتَابِ الْمَزَارَعَةِ وَالْإِجَارَاتِ وَالْجَامِعِ الصَّغِيرِ لَا يَحْتَاجُ فِيهِ إِلَى ذَلِكَ (وَلَيْسَ لِلْعَامِلِ أَنْ يُطَالِبَهُ بِمَا كَرَبَ الْأَرْضَ وَحَفَرَ الْأَنْهَارَ بِشَيْءٍ) لِأَنَّ الْمَنَافِعَ إِنَّمَا تَتَقَوَّمُ بِالْعَقْدِ وَهُوَ إِنَّمَا قَوْمٌ بِالْخَارِجِ، فَإِذَا انْعَدَمَ الْخَارِجُ لَمْ يَجِبْ شَيْءٌ وَهَذَا هُوَ الْمَوْعُودُ وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ مِنْ قَبْلُ.

قَالَ فِي النَّهَائَةِ: وَهَذَا الْجَوَابُ بِهَذَا التَّعْلِيلِ إِنَّمَا يَصِحُّ أَنْ لَوْ كَانَ الْبَذْرُ مِنْ قِبَلِ الْعَامِلِ، أَمَّا إِذَا كَانَ الْبَذْرُ مِنْ قِبَلِ رَبِّ الْأَرْضِ فَلِلْعَامِلِ أَجْرٌ مِثْلَ عَمَلِهِ، وَذَلِكَ لِأَنَّ الْبَذْرَ إِذَا كَانَ مِنْ قِبَلِ الْعَامِلِ يَكُونُ مُسْتَأْجِرًا لِلأَرْضِ فَيَكُونُ الْعَقْدُ وَارِدًا عَلَى مَنْفَعَةِ

الأَرْضِ لَا عَلَى عَمَلِ الْعَامِلِ فَيَبْقَى عَمَلُ الْعَامِلِ مِنْ غَيْرِ عَقْدٍ وَلَا شُبْهَةِ عَقْدٍ فَلَا يَتَقَوَّمُ عَلَى رَبِّ الْأَرْضِ.

وَأَمَّا إِذَا كَانَ الْبَذْرُ مِنْ قَبْلِ رَبِّ الْأَرْضِ حَتَّى كَانَ رَبُّ الْأَرْضِ مُسْتَأْجِرًا لِلْعَامِلِ فَكَانَ الْعَقْدُ وَارِدًا عَلَى مَنَافِعِ الْأَجِيرِ فَيَتَقَوَّمُ مَنَافِعُهُ وَعَمَلُهُ عَلَى رَبِّ الْأَرْضِ وَيَرْجِعُ عَلَى رَبِّ الْأَرْضِ بِأَجْرِ مِثْلِ عَمَلِهِ، كَذَا فِي الذَّخِيرَةِ مُحَالَّةً إِلَى مُزَارَعَةِ شَيْخِ الْإِسْلَامِ رَحِمَهُ اللَّهُ، وَفِيهِ نَظَرٌ، لِأَنَّ مَنَافِعَ الْأَجِيرِ وَعَمَلُهُ إِنَّمَا يَتَقَوَّمُ عَلَى رَبِّ الْأَرْضِ بِالْعَقْدِ، وَالْعَقْدُ إِنَّمَا قَوْمٌ بِالْخَارِجِ (فَإِذَا انْعَدَمَ الْخَارِجُ لَمْ يَجِبْ شَيْءٌ) ثُمَّ الْفَسْخُ بَعْدَ عَقْدِ الْمُزَارَعَةِ وَعَمَلُ الْعَامِلِ مُتَصَوِّرٌ فِي صَوْرٍ ثَلَاثٍ: مَا إِذَا فُسِخَ بَعْدَمَا كَرَبَ الْأَرْضَ وَحَفَرَ الْأَنْهَارَ وَهُوَ مَا نَحْنُ فِيهِ وَقَدْ ظَهَرَ حُكْمُهُ.

وَمَا إِذَا فُسِخَ وَقَدْ ثَبَتَ الزَّرْعُ وَلَمْ يُسْتَحْصَدْ بَعْدُ، وَحُكْمُهُ أَنْ لَا ثُبَاعَ الْأَرْضِ بِالذَّيْنِ حَتَّى يُسْتَحْصَدَ الزَّرْعُ لِأَنَّ فِي الْبَيْعِ إِبْطَالَ حَقِّ الْمُزَارِعِ، وَفِي التَّأْخِيرِ إِنْ كَانَ إِضْرَارًا بِالْعَرْمَاءِ لَكِنَّ التَّأْخِيرَ أَهْوَنُ مِنَ الْإِبْطَالِ، وَيُخْرِجُهُ الْقَاضِي مِنَ الْحَبْسِ إِنْ كَانَ حَبْسُهُ فِي الذَّيْنِ لِأَنَّهُ امْتَنَعَ مِنْ بَيْعِ الْأَرْضِ وَلَمْ يَكُنْ هُوَ ظَالِمًا فِي ذَلِكَ وَالْحَبْسُ جَزَاءُ الظُّلْمِ. وَلَمْ يَذْكُرِ الْمُصَنِّفُ رَحِمَهُ اللَّهُ الصُّورَةَ الثَّالِثَةَ مَا إِذَا فُسِخَ بَعْدَمَا زَرَعَ الْعَامِلُ الْأَرْضَ، إِلَّا أَنَّهُ لَمْ يَثْبُتْ حَتَّى لَحِقَ رَبُّ الْأَرْضِ ذَيْنَ فَادِحَ هَلْ لَهُ أَنْ يَبِيعَ الْأَرْضَ؟ فِيهِ اخْتِلَافُ الْمَشَايِخِ رَحِمَهُمُ اللَّهُ. قَالَ بَعْضُهُمْ: لَهُ ذَلِكَ لِأَنَّهُ لَيْسَ لَصَاحِبِ الْبَذْرِ فِي الْأَرْضِ عَيْنٌ قَائِمٌ، لِأَنَّ التَّيْذِيرَ اسْتِهْلَاكٌ فَكَانَ بِمَنْزِلَةِ مَا قَبْلَ التَّيْذِيرِ.

وَقَالَ بَعْضُهُمْ: لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ لِأَنَّ التَّيْذِيرَ اسْتِثْمَاءُ مَالٍ وَلَيْسَ بِاسْتِهْلَاكٍ، وَلِهَذَا يَمْلِكُ الْأَبُ وَالْوَصِيُّ زِرَاعَةَ أَرْضِ الصَّبِيِّ وَلَا يَمْلِكَانِ اسْتِهْلَاكَ مَالِهِ فَكَانَ لِلْمُزَارِعِ فِي الْأَرْضِ عَيْنٌ قَائِمٌ، وَلَعَلَّ هَذَا اخْتِيَارُ الْمُصَنِّفِ رَحِمَهُ اللَّهُ، وَلَمْ يَذْكُرْهُ لِأَنَّ الْبَذْرَ إِنْ كَانَ لَصَاحِبِ الْأَرْضِ لَمْ يَكُنْ فِيهَا مَالُ الْغَيْرِ حَتَّى يَكُونَ مَانِعًا عَنِ الْبَيْعِ، وَإِنْ كَانَ لِلْعَامِلِ فَقَدْ دَخَلَ فِي الصُّورَةِ الثَّانِيَةِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

قَالَ (وَإِذَا انْقَضَتْ مُدَّةُ الْمُزَارَعَةِ وَالزَّرْعُ لَمْ يُدْرَكَ كَانَ عَلَى الْمُزَارِعِ أَجْرٌ مِثْلَ نَصِيبِهِ مِنَ الْأَرْضِ إِلَى أَنْ يُسْتَحْصَدَ وَالتَّفَقُّهُ عَلَى الزَّرْعِ عَلَيْهِمَا عَلَى مِقْدَارِ حُقُوقِهِمَا) مَعْنَاهُ حَتَّى يُسْتَحْصَدَ، لِأَنَّ فِي تَبْقِيَةِ الزَّرْعِ بِأَجْرِ الْمِثْلِ تَعْدِيلَ النَّظَرِ مِنَ الْجَانِبَيْنِ فَيُصَارُ إِلَيْهِ،

وَأَيْنَمَا كَانَ الْعَمَلُ عَلَيْهِمَا لِأَنَّ الْعَقْدَ قَدْ انْتَهَى بِانْتِهَاءِ الْمُدَّةِ وَهَذَا عَمَلٌ فِي الْمَالِ الْمَشْتَرَكِ، وَهَذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا مَاتَ رَبُّ الْأَرْضِ وَالزَّرْعُ بَقِيَ حَيْثُ يَكُونُ الْعَمَلُ فِيهِ عَلَى الْعَامِلِ، لِأَنَّ هُنَاكَ أَبْقَيْنَا الْعَقْدَ فِي مُدَّتِهِ وَالْعَقْدُ يَسْتَدْعِي الْعَمَلَ عَلَى الْعَامِلِ، أَمَا هَاهُنَا الْعَقْدُ قَدْ انْتَهَى فَلَمْ يَكُنْ هَذَا إِبْقَاءَ ذَلِكَ الْعَقْدِ فَلَمْ يَخْتَصْ الْعَامِلُ بِوُجُوبِ الْعَمَلِ عَلَيْهِ (فَإِنْ أَنْفَقَ أَحَدُهُمَا بِغَيْرِ إِذْنِ صَاحِبِهِ وَأَمَرَ الْقَاضِي فَهُوَ مُتَطَوِّعٌ) لِأَنَّهُ لَا وِلَايَةَ لَهُ عَلَيْهِ (وَلَوْ أَرَادَ رَبُّ الْأَرْضِ أَنْ يَأْخُذَ الزَّرْعَ بَقْلًا لَمْ يَكُنْ لَهُ ذَلِكَ) لِأَنَّ فِيهِ إِضْرَارًا بِالْمُزَارِعِ، (وَلَوْ أَرَادَ الْمُزَارِعُ أَنْ يَأْخُذَهُ بَقْلًا قِيلَ لِصَاحِبِ الْأَرْضِ أَقْلَعَ الزَّرْعَ فَيَكُونُ بَيْنَكُمَا أَوْ أَعْطَاهُ قِيمَةً نَصِيبَهُ أَوْ أَنْفَقَ أَنْتَ عَلَى الزَّرْعِ وَارْجِعْ بِمَا تُنْفِقُهُ فِي حَصَّتِهِ، لِأَنَّ الْمُزَارِعَ لَمَّا امْتَنَعَ مِنَ الْعَمَلِ لَا يُجْبَرُ عَلَيْهِ، لِأَنَّ إِبْقَاءَ الْعَقْدِ بَعْدَ وُجُودِ الْمُنْهِي نَظَرَ لَهُ وَقَدْ تَرَكَ النَّظَرَ لِنَفْسِهِ.

وَرَبُّ الْأَرْضِ مُخَيَّرٌ بَيْنَ هَذِهِ الْخِيَارَاتِ لِأَنَّ بِكُلِّ ذَلِكَ يُسْتَدْفَعُ الضَّرَرُ (وَلَوْ مَاتَ الْمُزَارِعُ بَعْدَ نَبَاتِ الزَّرْعِ فَقَالَتْ وَرَثَتُهُ نَحْنُ نَعْمَلُ إِلَى أَنْ يُسْتَحْصَدَ الزَّرْعُ وَآبَى رَبُّ الْأَرْضِ فَلَهُمْ ذَلِكَ) لِأَنَّهُ لَا ضَرَرَ عَلَى رَبِّ الْأَرْضِ (وَلَا أَجَرَ لَهُمْ بِمَا عَمِلُوا) لِأَنَّا أَبْقَيْنَا الْعَقْدَ نَظَرًا لَهُمْ، فَإِنْ أَرَادُوا قَلَعَ الزَّرْعَ لَمْ يُجْبَرُوا عَلَى الْعَمَلِ لَمَّا بَيَّنَّا، وَالْمَالُ عَلَى الْخِيَارَاتِ الثَّلَاثِ لَمَّا بَيَّنَّا.

قَالَ (وَكَذَلِكَ أَجْرَةُ الْحَصَادِ وَالرِّفَاعِ وَالِدِّيَّاسِ وَالتَّذْرِيعِ عَلَيْهِمَا بِالْحِصَصِ. فَإِنْ شَرَطَاهُ فِي الْمَزَارَعَةِ عَلَى الْعَامِلِ فَسَدَتْ) وَهَذَا الْحُكْمُ لَيْسَ بِمُخْتَصٍّ بِمَا ذَكَرَ مِنَ الصُّورَةِ وَهُوَ انْقِضَاءُ الْمُدَّةِ وَالزَّرْعُ لَمْ يَدْرَكَ بَلْ هُوَ عَامٌّ فِي جَمِيعِ الْمَزَارَعَاتِ. وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ الْعَقْدَ يَتَنَاهَى بِتَنَاهِيِ الزَّرْعِ لِحُصُولِ الْمَقْصُودِ فَيَبْقَى مَالٌ مُشْتَرَكٌ بَيْنَهُمَا وَلَا عَقْدٌ فَيَجِبُ مُؤَنَّتُهُ عَلَيْهِمَا. وَإِذَا شَرَطَ فِي الْعَقْدِ ذَلِكَ وَلَا يَقْتَضِيهِ وَفِيهِ مَنَفَعَةٌ لِأَحَدِهِمَا يَفْسُدُ الْعَقْدُ كَشَرَطِ الْحَمْلِ أَوْ الضَّمَنِ عَلَى الْعَامِلِ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يَجُوزُ إِذَا شَرَطَ ذَلِكَ عَلَى الْعَامِلِ لِلتَّعَامُلِ اعْتِبَارًا بِالِاسْتِصْنَاعِ وَهُوَ اخْتِيَارُ مَشَايِخِ بَلْخِي. قَالَ شَمْسُ الْأُثْمَةِ السَّرْحَسِيُّ: هَذَا هُوَ الْأَصَحُّ فِي دِيَارِنَا. فَالْحَاصِلُ أَنَّ مَا كَانَ مِنْ عَمَلٍ قَبْلَ الْإِدْرَاكِ كَالسَّقْيِ وَالْحِفْظِ فَهُوَ عَلَى الْعَامِلِ، وَمَا كَانَ مِنْهُ بَعْدَ الْإِدْرَاكِ قَبْلَ الْقِسْمَةِ فَهُوَ عَلَيْهِمَا فِي ظَاهِرِ الرُّوَايَةِ كَالْحَصَادِ وَالِدِّيَّاسِ وَأَشْبَاهِهِمَا عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ، وَمَا كَانَ بَعْدَ الْقِسْمَةِ فَهُوَ عَلَيْهِمَا.

وَالْمَعَامَلَةُ عَلَى قِيَاسِ هَذَا مَا كَانَ قَبْلَ إِدْرَاكِ الثَّمَرِ مِنَ السَّقْيِ وَالتَّلْقِيحِ وَالْحِفْظِ

فَهُوَ عَلَى الْعَامِلِ، وَمَا كَانَ بَعْدَ الْإِدْرَاكِ كَالْجَدَادِ وَالْحِفْظِ فَهُوَ عَلَيْهِمَا؛ وَلَوْ شَرَطَ
الْجَدَادُ عَلَى الْعَامِلِ لَا يَجُوزُ بِالِاتِّفَاقِ لِأَنَّهُ لَا عُرْفَ فِيهِ. وَمَا كَانَ بَعْدَ الْقِسْمَةِ فَهُوَ
عَلَيْهِمَا لِأَنَّهُ مَالٌ مُشْتَرَكٌ وَلَا عَقْدٌ، وَلَوْ شَرَطَ الْحَصَادُ فِي الزَّرْعِ عَلَى رَبِّ الْأَرْضِ لَا يَجُوزُ
بِالِإِجْمَاعِ لِعَدَمِ الْعُرْفِ فِيهِ، وَلَوْ أَرَادَا فَصَلَ الْقَصِيلِ أَوْ جَدَّ الثَّمَرِ بُسْرًا أَوْ التَّقَاطُ الرُّطْبِ
فَذَلِكَ عَلَيْهِمَا لِأَنَّهُمَا أَنَهَيَا الْعَقْدَ لَمَّا عَزَمَا عَلَى الْفَصْلِ وَالْجَدَادِ بُسْرًا فَصَارَ كَمَا بَعْدَ
الْإِدْرَاكِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

الشرح:

قَالَ (وَإِذَا انْقَضَتْ مُدَّةُ الْمَزَارَعَةِ إلخ) إِذَا انْقَضَتْ مُدَّةُ الْمَزَارَعَةِ وَالزَّرْعُ لَمْ يُدْرِكْ
يَبْقَى الزَّرْعُ وَكَانَ عَلَى الْمَزَارِعِ أَجْرٌ مِثْلُ نَصِيبِهِ مِنَ الْأَرْضِ إِلَى أَنْ يُسْتَحْصَدَ الزَّرْعُ،
حَتَّى لَوْ كَانَتْ الْمَزَارَعَةُ بِالنِّصْفِ كَانَ عَلَيْهِ أَجْرٌ مِثْلُ نِصْفِ الْأَرْضِ لِأَنَّ الْمَزَارَعَةَ لَمَّا
انْقَضَتْ بِانْقِضَاءِ الْمُدَّةِ لَمْ يَبْقَ لِلْعَامِلِ حَقٌّ فِي مَنَفَعَةِ الْأَرْضِ، وَهُوَ يَسْتَوْفِيهَا بِتَرْيَةِ نَصِيبِهِ
مِنَ الزَّرْعِ إِلَى وَقْتِ الْإِدْرَاكِ فَلَا تُسَلَّمُ لَهُ مَجَانًا، وَالتَّفَقُّعُ عَلَى الزَّرْعِ وَهِيَ مُؤَنَةُ الْحِفْظِ
وَالسَّقْيِ وَكَرْيِ الْأَنْهَارِ عَلَيْهِمَا عَلَى مِقْدَارِ نَصِيبِهِمَا حَتَّى يُسْتَحْصَدَ كَنَفَقَةِ الْعَبْدِ
الْمُشْتَرَكِ الْعَاجِزِ عَنِ الْكَسْبِ.

وَقَوْلُهُ (لَأَنَّ فِي تَبْقِيَةِ الزَّرْعِ) دَلِيلَ وَجُوبِ الْأَجْرِ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّا لَوْ أَمَرْنَا الْعَامِلَ
بِقَلْعِ الزَّرْعِ عِنْدَ انْقِضَاءِ الْمُدَّةِ تَضَرَّرَ بِهِ، وَإِنْ أَبْقَيْنَاهُ بِلَا أَجْرِ تَضَرَّرَ رَبُّ الْأَرْضِ فَبَقَيْنَاهُ
بِالْأَجْرِ تَعْدِيلًا لِلنَّظَرِ مِنَ الْجَانِبَيْنِ وَالْعَمَلُ عَلَيْهِمَا لَمَّا ذُكِرَ فِي الْكِتَابِ وَهُوَ وَاضِحٌ، وَهَذَا
بِخِلَافِ مَا إِذَا مَاتَ رَبُّ الْأَرْضِ فَإِنَّهُ يَبْقَى الزَّرْعُ بِلَا أَجْرِ وَلَا اشْتِرَاكِ فِي التَّفَقُّعِ وَلَا
اشْتِرَاكِ فِي الْعَمَلِ، وَكَلَامُهُ فِيهِ أَيْضًا وَاضِحٌ، فَإِذَا انْقَضَتْ الْمُدَّةُ وَاحْتِاجَ الزَّرْعُ إِلَى التَّفَقُّعِ
فَأَنْفَقَ أَحَدُهُمَا بَغَيْرِ إِذْنِ صَاحِبِهِ فَهُوَ مُتَطَوِّعٌ لِأَنَّهُ أَنْفَقَ عَلَى مَلِكٍ الْغَيْرِ بَغَيْرِ أَمْرِهِ.

لَا يُقَالُ: هُوَ مُضْطَرٌّ لِإِحْيَاءِ حَقِّهِ فَلَا يُوصَفُ بِالتَّبَرُّعِ، لِأَنَّ تَمَكُّنَهُ مِنَ الْاسْتِئْذَانِ
مِنَ الْقَاضِي يَمْنَعُ الْاضْطِرَّارَ (وَلَوْ أَرَادَ رَبُّ الْأَرْضِ أَنْ يَأْخُذَ الزَّرْعَ بَقَلًا لَمْ يَكُنْ لَهُ
ذَلِكَ لَمَّا فِيهِ مِنَ الْإِضْرَارِ بِالْمَزَارِعِ) وَلَوْ أَرَادَ الْمَزَارِعُ ذَلِكَ مُكِّنَ مِنْهُ، وَيُخَيَّرُ رَبُّ الْأَرْضِ
بَيْنَ الْأُمُورِ الثَّلَاثَةِ الْمَذْكُورَةِ فِي الْكِتَابِ بِدَلِيلِهَا.

فَإِنْ قِيلَ تَرَكَ النَّظَرَ لِنَفْسِهِ إِنَّمَا يَجُوزُ إِذَا لَمْ يَتَضَرَّرْ بِهِ غَيْرُهُ وَهَاهُنَا يَتَضَرَّرُ رَبُّ

الأَرْضِ وَاسْتَدْفَاعِ الضَّرَرِ لَيْسَ بِمُنْحَصِرٍ فِي ذَلِكَ لَمْ لَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ بِالْمَنْعِ عَنِ الْقَلْعِ كَرَبُّ الْأَرْضِ؟ أُجِيبَ بِأَنَّ رَبَّ الْأَرْضِ مُتَعَتِّ فِي طَلَبِ الْقَلْعِ لِإِثْفَاعِهِ بِنَصِيْبِهِ وَيَأْجُرِ الْمِثْلَ فَرُدُّ عَلَيْهِ، بِخِلَافِ الْمَزَارِعِ فَإِنَّهُ يَرُدُّ عَنْ نَفْسِهِ بِالْقَلْعِ مَا يَجِبُ عَلَيْهِ مِنْ أَجْرِ الْمِثْلِ، فَرُبَّمَا يَخَافُ أَنْ نَصِيْبُهُ مِنَ الزَّرْعِ لَا يَفِي بِذَلِكَ.

وَقَوْلُهُ (وَلَوْ مَاتَ الْمَزَارِعُ) ظَاهِرٌ، وَقَوْلُهُ (لَمَّا بَيَّنَّا) إِيْشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ لِأَنَّ إِبْقَاءَ الْعَقْدِ بَعْدَ وُجُودِ الْمُنْهِي الْإِخ (قَوْلُهُ وَالْمَالِكُ عَلَى الْخِيَارَاتِ الثَّلَاثِ) يَعْنِي الْمَذْكُورَةَ إِلَّا أَنَّهُ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ لَوْ رَجَعَ بِالنَّفَقَةِ رَجَعَ بِكُلِّهَا إِذِ الْعَمَلُ عَلَى الْعَامِلِ مُسْتَحَقُّ لِبَقَاءِ الْعَقْدِ وَقَوْلُهُ (عَلَى مَا بَيَّنَّا) إِيْشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ لِأَنَّ الْمَزَارِعَ لَمَّا اِمْتَنَعَ عَنِ الْعَمَلِ الْإِخ.

قَالَ (وَكَذَا أُجْرَةُ الْحَصَادِ وَالرَّفَاعِ) قَدْ تَقَدَّمَ مَعْنَى الْحَصَادِ وَالْدِّيَاسِ فِي الْبَيْعِ الْفَاسِدِ. وَالرَّفَاعُ بِالْفَتْحِ وَالْكَسْرِ: هُوَ أَنْ يَرْفَعَ الزَّرْعُ إِلَى الْبَيْدَرِ. وَالتَّذْرِيَةُ: تُمَيِّزُ الْحَبِّ مِنَ التَّنْبِ بِالرَّيْحِ.

وَلَمَّا كَانَ الْقُدُورِيُّ ذَكَرَ هَذِهِ الْمَسْأَلَةَ عَقِيبَ انْقِضَاءِ مُدَّةِ الزَّرْعِ وَالزَّرْعُ لَمْ يُدْرِكْ رُبَّمَا يُوْهَمُ اخْتِصَاصُهَا بِذَلِكَ فَقَالَ الْمُصَنِّفُ وَهَذَا الْحُكْمُ لَيْسَ يَخْتَصُّ بِمَا ذَكَرَ مِنْ الصُّورَةِ وَهُوَ انْقِضَاءُ الْمُدَّةِ وَالزَّرْعُ لَمْ يُدْرِكْ بَلْ هُوَ عَامٌّ فِي جَمِيعِ الْمَزَارِعَاتِ وَكَلَامُهُ وَاضِحٌ وَالْأَصْلُ أَنَّ اشْتِرَاطَ مَا لَيْسَ مِنْ أَعْمَالِ الْمَزَارَعَةِ عَلَى أَحَدِ الْمُتَعَاقِدِينَ يُفْسِدُهَا لِأَنَّهُ شَرْطٌ لَا يَقْتَضِيهِ وَفِيهِ مَنْفَعَةٌ لِأَحَدِهِمَا وَمِثْلُهُ يُفْسِدُ الْإِجَارَةَ فَكَذَا الْمَزَارَعَةُ لِأَنَّ فِيهَا مَعْنَى الْإِجَارَةَ وَالْفَاصِلُ بَيْنَ مَا هُوَ مِنْ أَعْمَالِهَا وَغَيْرِهِ أَنْ كُلُّ مَا يَنْبُتُ وَيَنْمِي وَيَزِيدُ فِي الْخَارِجِ فَهُوَ مِنْ أَعْمَالِهَا وَمَا لَا فَلَا وَعَلَى هَذَا فَالْحَصَادُ وَالْدِّيَاسُ وَالتَّذْرِيَةُ وَرَفَعُهُ إِلَى الْبَيْدَرِ إِذَا شَرْطُ شَيْءٍ مِنْهَا عَلَى أَحَدِهِمَا فَسَدَتْ فِي ظَاهِرِ الرُّوَايَةِ. وَرَوَى أَصْحَابُ الْأَمْثَالِ عَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهَا إِذَا شَرْطَتْ عَلَى الْعَامِلِ جَازَتْ لِلتَّعَامُلِ اعْتِبَارًا لِلِاسْتِصْنَاعِ.

وَقَالَ شَمْسُ الْأُئِمَّةِ: هَذَا هُوَ الْأَصَحُّ فِي دِيَارِنَا، وَالْمُصَنِّفُ جَعَلَ الْأَعْمَالَ ثَلَاثَةً: مَا كَانَ قَبْلَ الْإِدْرَاكِ كَالسَّقْيِ وَالْحِفْظِ وَهُوَ مِنْ أَعْمَالِهَا، وَمَا كَانَ بَعْدَ الْإِدْرَاكِ قَبْلَ الْقِسْمَةِ كَالْحَصَادِ وَالْدِّيَاسِ وَتَحْوِيْهِمَا، وَمَا كَانَ بَعْدَ الْقِسْمَةِ كَالْحَمْلِ إِلَى الْبَيْتِ وَالطَّحْنِ وَأَشْبَاهِهِمَا وَهُمَا لَيْسَا مِنْ أَعْمَالِهَا فَيَكُونَانِ عَلَيْهِمَا، لَكِنْ فِيمَا هُوَ قَبْلَ الْقِسْمَةِ عَلَى الْإِشْتِرَاكِ وَفِيمَا هُوَ بَعْدَهَا عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فِي نَصِيْبِهِ خَاصَّةً لِيَتَمَيَّزَ مِلْكُ كُلِّ

وَاحِدٍ مِنْهَا عَنْ مَلِكٍ الْآخَرَ فَكَانَ التَّدْبِيرُ فِي مِلْكِهِ إِلَيْهِ خَاصَّةً (وَالْمُعَامَلَةُ قِيَاسُ هَذَا) أَيْ
الْمُسَاقَاةُ أَيْضًا عَلَى هَذِهِ الْوُجُوهِ.

وَقَوْلُهُ (لَأَنَّهُ مَالٌ مُشْتَرَكٌ) سَمَاءٌ مُشْتَرَكًا بَعْدَ الْقِسْمَةِ بِاعْتِبَارِ مَا كَانَ. وَقِيلَ
بِاعْتِبَارِ أَنَّ الْمَجْمُوعَ بَعْدَ الْقِسْمَةِ يَبْنِيهِمَا؛ أَلَا تَرَى أَنَّ نَصِيبَ كُلِّ وَاحِدٍ إِذَا كَانَ مُعَيَّنًا
فِي قَرْيَةٍ يُقَالُ لَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الْقَرْيَةِ.

كِتَابُ الْمَسَاقَاةِ

(قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: الْمَسَاقَاةُ بِجُزْءٍ مِنَ الثَّمَرِ بِاطْلَةِ، وَقَالَا: جَائِزَةٌ إِذَا ذَكَرَ مُدَّةَ مَعْلُومَةٍ وَسَمِيَ جُزْءًا مِنَ الثَّمَرِ مُشَاعًا) وَالْمَسَاقَاةُ: هِيَ الْمَعَامَلَةُ وَالْكَلَامُ فِيهَا كَالْكَلَامِ فِي الْمَزَارَعَةِ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: الْمَعَامَلَةُ جَائِزَةٌ، وَلَا تَجُوزُ الْمَزَارَعَةُ إِلَّا تَبَعًا لِلْمَعَامَلَةِ لِأَنَّ الْأَصْلَ فِي هَذَا الْمَضَارِبَةِ، وَالْمَعَامَلَةُ أَشْبَهُ بِهَا لِأَنَّ فِيهِ شَرِكَةً فِي الزِّيَادَةِ دُونَ الْأَصْلِ. وَفِي الْمَزَارَعَةِ لَوْ شَرَطَا الشَّرِكَةَ فِي الرِّيحِ دُونَ الْبَذْرِ بِأَنْ شَرَطَا رَفْعَهُ مِنْ رَأْسِ الْخَارِجِ تَفْسُدُ، فَجَعَلْنَا الْمَعَامَلَةَ أَصْلًا، وَجَوَزْنَا الْمَزَارَعَةَ تَبَعًا لَهَا كَالشَّرْبِ فِي بَيْعِ الْأَرْضِ وَالْمَنْقُولِ فِي وَقْفِ الْعَقَارِ، وَشَرَطُ الْمُدَّةِ قِيَاسٌ فِيهَا لِأَنَّهَا إِجَارَةٌ مَعْنَى كَمَا فِي الْمَزَارَعَةِ. وَفِي الْإِسْتِحْسَانِ: إِذَا لَمْ يُبَيَّنْ الْمُدَّةُ يَجُوزُ وَيَقَعُ عَلَى أَوَّلِ ثَمَرٍ يَخْرُجُ، لِأَنَّ الثَّمَرَ لِإِدْرَاكِهَا وَهَتْ مَعْلُومٌ وَقَلَمًا يَتَفَاوَتُ وَيَدْخُلُ فِيهَا مَا هُوَ الْمُتَيَقَّنُ، وَإِدْرَاكُ الْبَذْرِ فِي أَصُولِ الرُّطْبَةِ فِي هَذَا بِمَنْزِلَةِ إِدْرَاكِ الثَّمَارِ، لِأَنَّ لَهُ نَهَايَةً مَعْلُومَةً فَلَا يُشْتَرَطُ بَيَانُ الْمُدَّةِ، بِخِلَافِ الزَّرْعِ لِأَنَّ ابْتِدَاءَهُ يَخْتَلِفُ كَثِيرًا خَرِيفًا وَصَيْفًا وَرَبِيعًا، وَالْإِنْتِهَاءُ بِنَاءً عَلَيْهِ فَتَدْخُلُهُ الْجِهَالَةُ، وَبِخِلَافِ مَا إِذَا دَفَعَ إِلَيْهِ غَرَسًا قَدْ عُلِقَ وَلَمْ يَبْلُغِ الثَّمَرُ مَعَامَلَةً حَيْثُ لَا يَجُوزُ إِلَّا بِبَيَانِ الْمُدَّةِ لِأَنَّهُ يَتَفَاوَتُ بِقُوَّةِ الْأَرْضِ وَضَعْفِهَا تَفَاوُتًا فَاحِشًا، وَبِخِلَافِ مَا إِذَا دَفَعَ تَخْيِيلًا أَوْ أَصُولَ رُطْبَةٍ عَلَى أَنْ يَقُومَ عَلَيْهَا أَوْ أَطْلُقَ فِي الرُّطْبَةِ تَفْسُدُ الْمَعَامَلَةُ، لِأَنَّهُ لَيْسَ لَذَلِكَ نِهَايَةً مَعْلُومَةً، لِأَنَّهَا تَنْمُو مَا تُرِكَتْ فِي الْأَرْضِ فَجُهِلَتِ الْمُدَّةُ (وَيُشْتَرَطُ تَسْمِيَةُ الْجُزْءِ مُشَاعًا) لَمَّا بَيَّنَّا فِي الْمَزَارَعَةِ إِذْ شَرَطُ جُزْءٍ مُعَيَّنٍ يَقْطَعُ الشَّرِكَةَ (فَإِنْ سَمِيَ فِي الْمَعَامَلَةِ وَهَتْ يَلْعَمُ أَنَّهُ لَا يَخْرُجُ الثَّمَرُ فِيهَا فَسَدَتْ الْمَعَامَلَةُ) لِفَوَاتِ الْمَقْصُودِ وَهُوَ الشَّرِكَةُ فِي الْخَارِجِ (وَلَوْ سَمِيَ مُدَّةً قَدْ يَبْلُغُ الثَّمَرُ فِيهَا وَقَدْ يَتَأَخَّرُ عَنْهَا جَارَتْ) لِأَنَّا لَا نَتَيَقَّنُ بِفَوَاتِ الْمَقْصُودِ، ثُمَّ لَوْ خَرَجَ فِي الْوَقْتِ الْمُسَمًّى فَهُوَ عَلَى الشَّرِكَةِ لِصِحَّةِ الْعَقْدِ، وَإِنْ تَأَخَّرَ فَلِلْعَامِلِ أَجْرُ الْمِثْلِ لِفَسَادِ الْعَقْدِ لِأَنَّهُ تَبَيَّنَ الْخَطَأُ فِي الْمُدَّةِ الْمُسَمَّاةِ فَصَارَ كَمَا إِذَا عَلِمَ ذَلِكَ فِي الْإِبْتِدَاءِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا لَمْ يَخْرُجْ أَصْلًا لِأَنَّ الذُّهَابَ بِإِفَاتٍ فَلَا يَتَبَيَّنُ فَسَادُ الْمُدَّةِ فَيَبْقَى الْعَقْدُ صَحِيحًا، وَلَا شَيْءَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى صَاحِبِهِ. قَالَ (وَتَجُوزُ الْمَسَاقَاةُ فِي النَّخْلِ وَالشَّجَرِ وَالْكَرَمِ وَالرُّطَابِ وَأَصُولِ الْبَاذِنِجَانِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ فِي الْجَدِيدِ: لَا تَجُوزُ إِلَّا فِي الْكَرَمِ وَالنَّخْلِ، لِأَنَّ جَوَازَهَا بِالْأَثَرِ وَقَدْ خَصَّهْمَا وَهُوَ حَدِيثٌ خَيْرٌ. وَلَنَّا أَنَّ الْجَوَازَ

لِلْحَاجَةِ وَقَدْ عَمَتْ، وَأَثَرُ خَيْرٍ لَا يَخْصُهَا لِأَنَّ أَهْلَهَا كَانُوا يَعْمَلُونَ فِي الْأَشْجَارِ
وَالرُّطَابِ أَيْضًا، وَلَوْ كَانَ كَمَا زَعَمَ فَلَأَصْلُ فِي النُّصُوصِ أَنْ تَكُونَ مَعْلُوتَةً سَيِّمًا عَلَى
أَصْلِهِ (وَلَيْسَ لِمُصَاحِبِ الْكَرَمِ أَنْ يُخْرِجَ الْعَامِلَ مِنْ غَيْرِ عُذْرٍ) لِأَنَّهُ لَا ضَرَرَ عَلَيْهِ فِي الْوَفَاءِ
بِالْعَقْدِ (وَكَذَا لَيْسَ لِلْعَامِلِ أَنْ يَتْرِكَ الْعَمَلَ بِغَيْرِ عُذْرٍ) بِخِلَافِ الْمَزَارَعَةِ بِالإِضَافَةِ إِلَى
صَاحِبِ الْبَذْرِ عَلَى مَا قَدْ مَنَاهُ. قَالَ (فَإِنْ دَفَعَ نَخْلًا فِيهِ تَمْرٌ مُسَاقَاةً وَالتَّمْرُ يَزِيدُ بِالْعَمَلِ
جَازَ وَإِنْ كَانَتْ قَدْ انْتَهَتْ لَمْ يَجُزْ) وَكَذَا عَلَى هَذَا إِذَا دَفَعَ الزَّرْعَ وَهُوَ بِقَلِّ جَازَ، وَلَوْ
أُسْتُحْصِدَ وَأَدْرِكَ لَمْ يَجُزْ، لِأَنَّ الْعَامِلَ إِنَّمَا يَسْتَحِقُّ بِالْعَمَلِ، وَلَا أَثَرَ لِلْعَمَلِ بَعْدَ التَّنَاقُهِ
وَالْإِدْرَاكِ، فَلَوْ جَوَّزْنَاهُ لَكَانَ اسْتِحْقَاقًا بِغَيْرِ عَمَلٍ وَلَمْ يَرِدْ بِهِ الشَّرْعُ، بِخِلَافِ مَا قَبْلَ ذَلِكَ
لِتَحَقُّقِ الْحَاجَةِ إِلَى الْعَمَلِ. قَالَ (وَإِذَا فَسَدَتِ الْمُسَاقَاةُ فَلِلْعَامِلِ أَجْرٌ مِثْلُهُ) لِأَنَّهُ فِي مَعْنَى
الْإِجَارَةِ الْفَاسِدَةِ، وَصَارَ كَالْمَزَارَعَةِ إِذَا فَسَدَتْ.

الشرح:

(كِتَابُ الْمُسَاقَاةِ): كَانَ مِنْ حَقِّ الْمُسَاقَاةِ التَّقْدِيمُ عَلَى الْمَزَارَعَةِ لِكَثْرَةِ مَنْ يَقُولُ
بِجَوَازِهَا، وَلَوْ رُودُ الْأَحَادِيثِ فِي مُعَامَلَةِ النَّبِيِّ ﷺ أَهْلُ خَيْرٍ، إِلَّا أَنَّ اعْتِرَاضَ مُوجِبِينَ
صَوَّبَ إِبْرَادَ الْمَزَارَعَةِ قَبْلَ الْمُسَاقَاةِ: أَحَدُهُمَا شِدَّةُ الْإِحْتِيَاجِ إِلَى مَعْرِفَةِ أَحْكَامِ الْمَزَارَعَةِ
لِكَثْرَةِ وَقُوعِهَا، وَالثَّانِي كَثْرَةُ تَفْرِيعِ مَسَائِلِ الْمَزَارَعَةِ بِالنِّسْبَةِ إِلَى الْمُسَاقَاةِ (وَالْمُسَاقَاةُ هِيَ
الْمُعَامَلَةُ) بِلُغَةِ أَهْلِ الْمَدِينَةِ: وَمَفْهُومُهَا اللَّعْوِيُّ هُوَ مَفْهُومُهَا الشَّرْعِيُّ فَهِيَ مُعَاقَدَةُ دَفْعِ
الْأَشْجَارِ وَالْكُرُومِ إِلَى مَنْ يَقُومُ بِإِصْلَاحِهَا عَلَى أَنْ يَكُونَ لَهُمْ سَهْمٌ مَعْلُومٌ مِنْ ثَمَرِهَا،
وَالْكَلَامُ فِيهَا كَالْكَلَامِ فِي الْمَزَارَعَةِ: يَعْنِي شَرَائِطُهَا هِيَ الشَّرَائِطُ الَّتِي ذُكِرَتْ لِلْمَزَارَعَةِ،
وَهِيَ غَيْرُ جَائِزَةٍ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ كَالْمَزَارَعَةِ وَبِهِ أَخَذَ زُفَرٌ. وَجَائِزَةٌ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ
وَمُحَمَّدٍ وَهُوَ قَوْلُ ابْنِ أَبِي لَيْلَى، وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: الْمُعَامَلَةُ جَائِزَةٌ وَالْمَزَارَعَةُ لَا
تَجُوزُ إِلَّا تَبَعًا لَهَا، وَذَلِكَ بِأَنْ يَكُونَ التَّحِيلُ وَالْكُرْمُ فِي أَرْضٍ يَبْضَاءُ تُسْقَى بِمَاءِ التَّحِيلِ
فَيَأْمُرُ بِأَنْ يَزْرَعَ الْأَرْضَ أَيْضًا بِالنَّصْفِ، وَقَدْ ذَكَرَ دَلِيلُهُ فِي الْكِتَابِ وَهُوَ وَاضِحٌ.
وَالْجَوَابُ أَنَّ مِسَاسَ الْحَاجَةِ إِلَى تَجْوِيزِهَا وَالْعُرْفُ الظَّاهِرُ بَيْنَ النَّاسِ فِي جَمِيعِ الْبُلْدَانِ
أَلْحَاقَهَا بِالْمُضَارَبَةِ فَجَازَتْ مُنْفَكَّةً عَنِ الْمُعَامَلَةِ. وَقَوْلُهُ (وَإِدْرَاكُ الْبَذْرِ فِي أَصُولِ الرُّطْبَةِ
فِي هَذَا بِمَنْزِلَةِ إِدْرَاكِ الثَّمَنِ) مَعْنَاهُ: لَوْ دَفَعَ رُطْبَةً قَدْ انْتَهَى جُذُودُهَا عَلَى أَنْ يَقُومَ

عَلَيْهَا وَيَسْقِيهَا حَتَّى يَخْرُجَ بَذْرُهَا عَلَى أَنْ مَا رَزَقَ اللَّهُ تَعَالَى مِنْ بَذَرٍ فَهُوَ بَيْنَهُمَا
نَصْفَيْنِ جَارَ إِذَا كَانَ الْبَذْرُ مِمَّا يُرْغَبُ فِيهِ وَخَدَهُ لِأَنَّهُ يَصِيرُ فِي مَعْنَى الثَّمَرِ لِلشَّجَرِ،
وَهَذَا لِأَنَّ إِدْرَاكَ الْبَذَرِ لَهُ وَقْتُ مَعْلُومٌ وَعِنْدَ الْمُزَارِعِينَ فَكَانَ ذِكْرُهُ بِمَنْزِلَةِ ذِكْرِ وَقْتُ
مُعَيَّنٍ وَالْبَذْرُ يَحْصُلُ بِعَمَلِ الْعَامِلِ، فَاشْتِرَاطُ الْمُنَاصَفَةِ فِيهِ يَكُونُ صَحِيحًا وَالرُّطْبَةُ
لصَاحِبِهِ. وَقَوْلُهُ (غَرَسَا قَدْ عَلِقَ) أَيُ ثَبَتَ وَلَمْ يَبْلُغْ حَدَّ الْإِنْمَارِ ظَاهِرٌ، وَقَوْلُهُ (بِخِلَافِ)
مَا إِذَا دَفَعَ نَخِيلًا أَوْ أُصُولَ رُطْبَةٍ عَلَى أَنْ يَقُومَ عَلَيْهَا) مَعْنَاهُ: حَتَّى تَذْهَبَ أُصُولُهُمَا
وَيَنْقَطِعَ نَبَاتُهَا، وَقَوْلُهُ (أَوْ أَطْلُقَ فِي الرُّطْبَةِ) يَعْنِي لَمْ يَقُلْ حَتَّى تَذْهَبَ أُصُولُهَا (فَسَدَتْ
الْمُعَامَلَةُ) مَعْنَاهُ: إِذَا لَمْ يَكُنْ لِلرُّطْبَةِ جَذَّةٌ مَعْلُومَةٌ، فَإِنْ كَانَ فَهِيَ جَائِزَةٌ كَمَا لَوْ أَطْلُقَ فِي
النَّخِيلِ فَإِنَّهُ يَنْصَرِفُ إِلَى الثَّمَرَةِ الْأُولَى، وَقَدْ تَرَكَ الْمُصَنِّفُ فِي كَلَامِهِ قِيدَيْنِ لَا غَنَى
عَنْهُمَا فَكَانَ إِيجَازًا مُحَلًّا. وَقَوْلُهُ (لَأَنَّهَا تَنْمُو مَا تُرِكَتْ فِي الْأَرْضِ) دَلِيلُ الرُّطْبَةِ وَلَمْ
يُذَكِّرْ دَلِيلَ النَّخِيلِ وَالرُّطْبَةُ إِذَا شَرَطَ الْقِيَامَ عَلَيْهَا حَتَّى تَذْهَبَ أُصُولُهَا لِأَنَّهُ لَا نَهَايَةَ
لِذَلِكَ فَكَانَ غَيْرَ مَعْلُومٍ وَقَوْلُهُ (لَا يَخْرُجُ الثَّمَرُ فِيهَا) أَيُ فِي الْوَقْتِ أَنَّهُ بَتَّاءِيلُ الْمُدَّةِ.
قَالَ (وَتَجُوزُ الْمُسَاقَاةُ فِي النَّخِيلِ وَالشَّجَرِ) هَذَا بَيَانٌ مَا تَجْرِي فِيهِ الْمُسَاقَاةُ وَمَا لَا
تَجْرِي فِيهِ، وَخَصَّصَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ جَوَازَهَا بِمَا وَرَدَ فِيهِ الْأَثَرُ مِنْ حَدِيثِ خَيْرٍ
وَكَانَ فِي النَّخْلِ وَالكَرْمِ (وَلَنَا أَنَّ الْجَوَازَ لِلْحَاجَةِ وَقَدْ عَمَّتْ) وَعُمُومُ الْعِلَّةِ يَقْتَضِي
عُمُومَ الْحُكْمِ وَلَا يُسَلَّمُ أَنَّ أَثَرَ خَيْرٍ خَصَّصَهُمَا لِأَنَّ أَهْلَهَا يَعْمَلُونَ فِي الْأَشْجَارِ وَالرُّطَابِ
أَيْضًا، وَلَئِنْ سَلَّمْنَا ذَلِكَ لَكِنَّ الْأَصْلَ فِي النُّصُوصِ التَّغْلِيلُ لَا سِيَّمَا عَلَى أَصْلِهِ، فَإِنْ بَابُهُ
عِنْدَهُ أَوْسَعُ لِأَنَّهُ يَرَى التَّغْلِيلَ بِالْعِلَّةِ الْقَاصِرَةِ وَبِكُلِّ وَصْفٍ قَامَ دَلِيلُ التَّمْيِيزِ عَلَى كَوْنِهِ
جَامِعًا بَيْنَ الْأَوْصَافِ، وَأَمَّا نَحْنُ فَإِنَّا لَا نُجَوِّزُهُ بِالْعِلَّةِ الْقَاصِرَةِ، وَيُشْتَرَطُ قِيَامُ الدَّلِيلِ
عَلَى أَنْ هَذَا النَّصُّ بِعَيْنِهِ مَعْلُومٌ وَمَوْضِعُهُ أُصُولُ الْفِقْهِ. وَقَوْلُهُ (وَلَيْسَ لَصَاحِبِ الْكَرْمِ)
وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (لَمَّا قَدَّمْنَاهُ) وَفِي بَعْضِ النُّسخِ عَلَى مَا قَدَّمْنَاهُ إِشَارَةٌ إِلَى مَا ذَكَرَهُ فِي
الْمُزَارَعَةِ بِقَوْلِهِ: (وَإِذَا عُقِدَتِ الْمُزَارَعَةُ فَاِمْتَنَعَ صَاحِبُ الْبَذَرِ مِنَ الْعَمَلِ لَمْ يُجْبَرْ عَلَيْهِ
إِلْخ) وَالْحَاصِلُ أَنَّ الْمُسَاقَاةَ لَمْ تَشْتَمِلْ عَلَى ضَرَرٍ فَكَانَتْ لَازِمَةً مِنَ الْجَانِبَيْنِ، بِخِلَافِ
الْمُزَارَعَةِ فَإِنَّ صَاحِبَ الْبَذَرِ يَلْحَقُهُ ضَرَرٌ فِي الْحَالِ بِإِلْقَاءِ بَذَرِهِ فِي الْأَرْضِ فَلَمْ تَكُنْ لَازِمَةً
مِنْ جِهَتِهِ، ثُمَّ عَذَرُ صَاحِبِ الْكَرْمِ لِحُوقِ ذَنْبٍ فَادِحٍ لَا يُمْكِنُهُ الْإِيْفَاءُ إِلَّا بِنَيْعِ الْكَرْمِ،

وَعَذْرُ الْعَامِلِ الْمَرْضُ، وَقَوْلُهُ (وَلَمْ يَرِدْ بِهِ الشَّرْعُ) لَأَنَّهَا جُوزَتْ بِالْأَثَرِ فِيمَا يَكُونُ أَجْرُ الْعَامِلِ بَعْضُ الْخَارِجِ. قَوْلُهُ (وَإِذَا فَسَدَتْ الْمُسَاقَاةُ) وَاضِحٌ.

قَالَ (وَتَبْطُلُ الْمُسَاقَاةُ بِالْمَوْتِ) لِأَنَّهَا فِي مَعْنَى الْإِجَارَةِ وَقَدْ بَيَّنَّا فِيهَا، فَإِنْ مَاتَ رَبُّ الْأَرْضِ وَالْخَارِجِ بُسْرًا فَلِلْعَامِلِ أَنْ يَقُومَ عَلَيْهِ كَمَا كَانَ يَقُومُ قَبْلَ ذَلِكَ إِلَى أَنْ يُدْرِكَ الثَّمَرُ، وَإِنْ كَرِهَ ذَلِكَ وَرَثَتُ رَبُّ الْأَرْضِ اسْتِحْسَانًا فَيَقْبِي الْعَقْدَ دَفْعًا لِلضَّرَرِ عَنْهُ، وَلَا ضَرَرَ فِيهِ عَلَى الْآخَرِ (وَلَوْ التَزَمَ الْعَامِلُ الضَّرَرَ يُتَخَيَّرُ وَرَثَتُ الْآخَرِ بَيْنَ أَنْ يَقْسِمُوا الْبُسْرَ عَلَى الشَّرْطِ وَبَيْنَ أَنْ يُعْطُوهُ قِيَمَةً نَصِيبِهِ مِنَ الْبُسْرِ وَبَيْنَ أَنْ يُنْفِقُوا عَلَى الْبُسْرِ حَتَّى يَبْلُغَ فَيَرْجِعُوا بِذَلِكَ فِي حِصَّةِ الْعَامِلِ مِنَ الثَّمَرِ لِأَنَّهُ لَيْسَ لَهُ الْإِحَاقُ الضَّرَرِ بِهِمْ)، وَقَدْ بَيَّنَّا نَظِيرَهُ فِي الْمَزَارَعَةِ (وَلَوْ مَاتَ الْعَامِلُ فَلَوَرَّثَتْهُ أَنْ يَقُومُوا عَلَيْهِ وَإِنْ كَرِهَ رَبُّ الْأَرْضِ) لِأَنَّ فِيهِ النَّظَرَ مِنَ الْجَانِبَيْنِ (فَإِنْ أَرَادُوا أَنْ يَصْرِمُوهُ بُسْرًا كَانَ صَاحِبُ الْأَرْضِ بَيْنَ الْخِيَارَاتِ الثَّلَاثَةِ) الَّتِي بَيَّنَّاها. (وَإِنْ مَاتَا جَمِيعًا فَالْخِيَارُ لَوَرَثَةِ الْعَامِلِ) لِقِيَامِهِمْ مَقَامَهُ، وَهَذَا خِلَافَةٌ فِي حَقِّ مَالِيٍّ وَهُوَ تَرَكَ الثَّمَارَ عَلَى الْأَشْجَارِ إِلَى وَقْتِ الْإِدْرَاكِ لَا أَنْ يَكُونَ وَارِثُهُ فِي الْخِيَارِ (فَإِنْ أَبَى وَرَثَتُ الْعَامِلِ أَنْ يَقُومُوا عَلَيْهِ كَانَ الْخِيَارُ فِي ذَلِكَ لَوَرَثَةِ رَبِّ الْأَرْضِ) عَلَى مَا وَصَفْنَا. قَالَ (وَإِذَا انْقَضَتْ مُدَّةُ الْمَعَامَلَةِ وَالْخَارِجُ بُسْرًا أَخْضَرُ فَهَذَا وَالْأَوَّلُ سَوَاءٌ، وَلِلْعَامِلِ أَنْ يَقُومَ عَلَيْهَا إِلَى أَنْ يُدْرِكَ لَكِنْ بَغَيْرِ أَجْرِ) لِأَنَّ الشَّجَرَ لَا يَجُوزُ اسْتِجَارُهُ، بِخِلَافِ الْمَزَارَعَةِ فِي هَذَا لِأَنَّ الْأَرْضَ يَجُوزُ اسْتِجَارُهَا، وَكَذَلِكَ الْعَمَلُ كُلُّهُ عَلَى الْعَامِلِ هَاهُنَا وَفِي الْمَزَارَعَةِ فِي هَذَا عَلَيْهِمَا، لِأَنَّهُ لَمَّا وَجِبَ أَجْرُ مِثْلِ الْأَرْضِ بَعْدَ انْتِهَاءِ الْمُدَّةِ عَلَى الْعَامِلِ لَا يَسْتَحِقُّ عَلَيْهِ الْعَمَلُ وَهَاهُنَا لَا أَجْرَ فَجَازَ أَنْ يَسْتَحِقَّ الْعَمَلُ كَمَا يَسْتَحِقُّ قَبْلَ انْتِهَائِهَا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَالْخَارِجُ بُسْرًا فَلِلْعَامِلِ أَنْ يَقُومَ عَلَيْهِ) جَوَابُ الاسْتِحْسَانِ إِبْقَاءً لِلْعَقْدِ دَفْعًا لِلضَّرَرِ عَنْهُ. وَأَمَّا فِي الْقِيَاسِ فَقَدْ انْتَفَضَتِ الْمُسَاقَاةُ بَيْنَهُمَا وَكَانَ الْبُسْرُ بَيْنَ وَرَثَةِ صَاحِبِ الْأَرْضِ وَبَيْنَ الْعَامِلِ نِصْفَيْنِ إِنْ شَرَطَا أَنْصَافًا، لِأَنَّ صَاحِبَ الْأَرْضِ اسْتَأْجَرَ الْعَامِلَ بِبَعْضِ الْخَارِجِ وَالْإِجَارَةُ تُنْقَضُ بِمَوْتِ أَحَدِ الْمُتَعَاقِدَيْنِ، وَالْبَاقِي وَاضِحٌ عُلِمَ مِمَّا ذُكِرَ نَظِيرُهُ فِي الْمَزَارَعَةِ. وَقَوْلُهُ (وَهَذَا خِلَافَةٌ فِي حَقِّ مَالِيٍّ) جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ: كَانَ لِلْمُورِثِ

الْخِيَارُ وَقَدْ مَاتَ وَالْخِيَارُ لَا يُورَثُ كَمَا تَقَدَّمَ فِي شَرْطِ الْخِيَارِ وَهُوَ وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (وَالْخَارِجُ بُسْرٌ أَخْضَرُ فَهَذَا وَالْأَوَّلُ) يَعْنِي صُورَةَ الْمَوْتِ (سَوَاءً وَالْعَامِلُ بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ عَمِلَ كَمَا كَانَ يَفْعَلُ لَكِنْ بِغَيْرِ أَجْرِ لَأَنَّ الشَّجَرَ لَا يَجُوزُ اسْتِجَارُهُ) وَإِنْ أَبَى خَيْرَ الْآخَرُ بَيْنَ الْخِيَارَاتِ الثَّلَاثِ، بِخِلَافِ الْمَزَارَعَةِ فِي هَذَا: أَيُّ فِيمَا إِذَا انْقَضَتْ مُدَّةُ الْمَزَارَعَةِ لَأَنَّ الْأَرْضَ يَجُوزُ اسْتِجَارُهَا، وَكَذَلِكَ الْعَمَلُ كُلُّهُ عَلَى الْعَامِلِ هَاهُنَا لَمَّا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ وَهُوَ وَاضِحٌ

قَالَ (وَتُفْسَخُ بِالْأَعْدَارِ) لَمَّا بَيَّنَّا فِي الْإِجَارَاتِ، وَقَدْ بَيَّنَّا وَجُوهَ الْعُذْرِ فِيهَا. وَمِنْ جَمَلَتِهَا أَنْ يَكُونَ الْعَامِلُ سَارِقًا يَخَافُ عَلَيْهِ سَرِقَةَ السَّعْفِ وَالثَّمَرِ قَبْلَ الْإِدْرَاكِ لِأَنَّهُ يُلْزِمُ صَاحِبَ الْأَرْضِ ضَرَرًا لَمْ يَلْتَزِمَهُ فَتُفْسَخُ بِهِ. وَمِنْهَا مَرَضُ الْعَامِلِ إِذَا كَانَ يُضْعِفُهُ عَنِ الْعَمَلِ، لِأَنَّ فِي الْإِزَامَةِ اسْتِجَارَ الْأَجْرَاءِ زِيَادَةَ ضَرَرٍ عَلَيْهِ وَلَمْ يَلْتَزِمَهُ فَيُجْعَلُ ذَلِكَ عُذْرًا، وَلَوْ أَرَادَ الْعَامِلُ تَرْكَ ذَلِكَ الْعَمَلِ هَلْ يَكُونُ عُذْرًا؟ فِيهِ رَوَايَتَانِ. وَتَأْوِيلُ إِحْدَاهُمَا أَنْ يَشْتَرِطَ الْعَمَلُ بِيَدِهِ فَيَكُونُ عُذْرًا مِنْ جِهَتِهِ (وَمَنْ دَفَعَ أَرْضًا بِيَضَاءٍ إِلَى رَجُلٍ سِنِينَ مَعْلُومَةً يَغْرِسُ فِيهَا شَجَرًا عَلَى أَنْ تَكُونَ الْأَرْضُ وَالشَّجَرُ بَيْنَ رَبِّ الْأَرْضِ وَالْغَارِسِ نِصْفَيْنِ لَمْ يَجْزِ ذَلِكَ) لِاسْتِثْنَاءِ الشَّرِكَةِ فِيمَا كَانَ حَاصِلًا قَبْلَ الشَّرِكَةِ لَا بِعَمَلِهِ (وَجَمِيعِ الثَّمَرِ وَالْغَرَسِ لِرَبِّ الْأَرْضِ وَالْغَارِسِ قِيمَةً غَرَسِهِ وَأَجْرَ مِثْلِهِ فِيمَا عَمِلَ) لِأَنَّهُ فِي مَعْنَى قَفِيزِ الطَّحَّانِ: إِذَا هُوَ اسْتِجَارَ بَعْضَ مَا يَخْرُجُ مِنْ عَمَلِهِ وَهُوَ نِصْفُ الْبُسْتَانِ فَيُفْسَدُ وَتَعَذَّرَ رَدُّ الْغَرَسِ لِاتِّصَالِهَا بِالْأَرْضِ فَيُجِبُ قِيمَتُهَا وَأَجْرَ مِثْلِهِ لِأَنَّهُ لَا يَدْخُلُ فِي قِيمَةِ الْغَرَسِ لِقِيَمَتِهَا بِنَفْسِهَا وَفِي تَخْرِيجِهَا طَرِيقَ آخَرٍ بَيَّنَّاهُ فِي كِفَايَةِ الْمُنتَهَى، وَهَذَا أَصَحُّهُمَا، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

الشرح:

قَالَ (وَتُفْسَخُ بِالْأَعْدَارِ) لَمَّا بَيَّنَّا فِي الْإِجَارَاتِ يُرَدُّ بِهِ قَوْلُهُ وَلَنَا أَنَّ الْمَنَافِعَ غَيْرُ مَقْبُوضَةٍ وَهِيَ الْمَقْبُودُ عَلَيْهَا، فَصَارَ الْعُذْرُ فِي الْإِجَارَةِ كَالْعَيْبِ قَبْلَ الْقَبْضِ إِلَى آخِرِهِ (وَقَدْ بَيَّنَّا وَجُوهَ الْعُذْرِ فِيهَا) أَيُّ فِي الْإِجَارَةِ وَكَلَامُهُ وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (فِيهِ رَوَايَتَانِ) يَعْنِي فِي كَوْنِ تَرْكِ الْعَمَلِ عُذْرًا رَوَايَتَانِ: فِي إِحْدَاهُمَا لَا يَكُونُ عُذْرًا، وَيُجْبَرُ عَلَى ذَلِكَ لِأَنَّ الْعَقْدَ لَا يُلْزِمُ لَا يُفْسَخُ إِلَّا مِنْ عُذْرٍ وَهُوَ مَا يُلْحَقُهُ بِهِ ضَرَرٌ وَهَاهُنَا لَيْسَ كَذَلِكَ، وَفِي

الْأُخْرَى عُدْرًا، وَتَأْوِيلُهُ أَنْ يُشْتَرَطَ الْعَمَلُ بِيَدِهِ، فَإِذَا تَرَكَ ذَلِكَ الْعَمَلُ كَانَ عُدْرًا، أَمَّا إِذَا رُفِعَ إِلَيْهِ التَّخِيلُ عَلَى أَنْ يَعْمَلَ فِيهَا بِنَفْسِهِ وَبِأَجْرَانِهِ فَعَلَيْهِ أَنْ يَسْتَخْلَفَ غَيْرَهُ فَلَا يَكُونُ تَرَكَ الْعَمَلِ عُدْرًا فِي فَسْخِ الْعَامِلَةِ. (وَمَنْ دَفَعَ أَرْضًا بِيَضَاءٍ لَيْسَ فِيهَا شَجَرٌ إِلَى رَجُلٍ سَنِينَ مَعْلُومَةٍ يَغْرِسُ فِيهَا شَجَرًا عَلَى أَنْ يَكُونَ الْأَرْضُ وَالشَّجَرُ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ لَمْ يَجْزُ ذَلِكَ لِاشْتِرَاطِهِ الشَّرِكَةَ فِيمَا كَانَ حَاصِلًا قَبْلَ الشَّرِكَةِ) وَهُوَ الْأَرْضُ (وَكَانَ جَمِيعُ الثَّمَرِ وَالْغَرْسِ لِرَبِّ الْأَرْضِ، وَلِلْغَارِسِ قِيمَةُ غَرْسِهِ وَأَجْرٌ مِثْلُ عَمَلِهِ، لِأَنَّهُ فِي مَعْنَى قَفِيزِ الطَّحَّانِ إِذَا هُوَ اسْتَحْجَارَ بَعْضُ مَا يَخْرُجُ مِنْ عَمَلِهِ وَهُوَ نِصْفُ الْبُسْتَانِ فَكَانَ فَاسِدًا وَتَعَذَّرَ رَدُّ الْغَرَّاسِ لِاتِّصَالِهَا بِالْأَرْضِ) فَإِنَّهُ لَوْ قَلَعَ الْغَرَّاسُ وَسَلَّمَهَا لَمْ يَكُنْ تَسْلِيمًا لِلشَّجَرِ بَلْ يَكُونُ تَسْلِيمًا لِقِطْعَةٍ خَشَبِيَّةٍ، وَلَمْ يَكُنْ مَشْرُوطًا بَلْ الْمَشْرُوطُ تَسْلِيمُ الشَّجَرِ بِقَوْلِهِ عَلَى أَنْ يَكُونَ الْأَرْضُ وَالشَّجَرُ بَيْنَ رَبِّ الْأَرْضِ وَالْغَارِسِ نِصْفَيْنِ، فَلَمَّا لَمْ يُمْكِنْ تَسْلِيمُهَا شَجَرًا وَجَبَ قِيَمَتُهَا وَأَجْرُ مِثْلِهِ، لِأَنَّهُ لَا يَدْخُلُ فِي قِيمَةِ الْغَرَّاسِ لِأَنَّهَا أَعْيَانٌ مُتَقَوِّمَةٌ بِنَفْسِهَا لَا مُجَانِسَةٌ بَيْنَهُمَا وَيَبْنَى عَمَلُ الْعَامِلِ لِأَنَّهُ مُتَقَوِّمٌ بِالْعَقْدِ لَا قِيمَةٌ لَهُ فِي نَفْسِهِ (وَفِي تَخْرِيجِهَا طَرِيقٌ آخَرٌ ذَكَرَهُ الْمُصَنِّفُ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي كِفَايَةِ الْمُتَنَهِّي) وَهُوَ شِرَاءُ رَبِّ الْأَرْضِ نِصْفَ الْغَرَّاسِ مِنَ الْعَامِلِ بِنِصْفِ أَرْضِهِ، أَوْ شِرَاؤُهُ جَمِيعَ الْغَرَّاسِ بِنِصْفِ أَرْضِهِ وَنِصْفِ الْخَارِجِ، فَكَانَ عَدَمُ جَوَازِ هَذَا الْعَقْدِ لِحَالَةِ الْغَرَّاسِ نِصْفِهَا أَوْ جَمِيعِهَا لِكُونِهَا مَعْدُومَةٌ عِنْدَ الْعَقْدِ لَا لِكُونِهِ فِي مَعْنَى قَفِيزِ الطَّحَّانِ. قَالَ الْمُصَنِّفُ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَهَذَا) يَعْنِي الْمَذْكُورَ فِي الْهِدَايَةِ (أَصْحُهُمَا) لِأَنَّهُ نَظِيرٌ مَنْ اسْتَأْجَرَ صَبَّغًا لِيَصْبُغَ ثَوْبَهُ وَبَصْبُغٌ نَفْسُهُ عَلَى أَنْ يَكُونَ نِصْفُ الْمَصْبُوغِ لِلصَّبَّغِ فِي أَنْ الْغَرَّاسَ آلَةٌ يَجْعَلُ الْأَرْضَ بِهَا بُسْتَانًا كَالصَّبْغِ لِلثَّوْبِ، فَإِذَا فَسَدَتْ الْإِجَارَةُ بَقِيَتْ الْآلَةُ مُتَّصِلَةً بِمِلْكِ صَاحِبِ الْأَرْضِ وَهِيَ مُتَقَوِّمَةٌ فَيَلْزَمُهُ قِيَمَتُهَا كَمَا يَجِبُ عَلَى صَاحِبِ الثَّوْبِ قِيمَةُ مَا زَادَ الصَّبْغُ فِي ثَوْبِهِ وَأَجْرُ عَمَلِهِ، وَاللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ.

كِتَابُ الذَّبَائِحِ

قَالَ (الذَّكَاءُ شَرْطُ حِلِّ الذَّبِيحَةِ) لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ﴾ (المائدة: ٣) وَلأنَّ
بِهَا يَتَمَيَّزُ الدَّمُ النَّجِسُ مِنَ اللَّحْمِ الطَّاهِرِ. وَكَمَا يَتَبَيَّنُ بِهِ الْحِلُّ يَتَبَيَّنُ بِهِ الطَّهَارَةُ فِي
الْمَأْكُولِ وَغَيْرِهِ، فَإِنَّهَا تُنْبِئُ عَنْهَا. وَمِنْهَا قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «ذَكَاءُ الْأَرْضِ
يُبْسُهَا» ^(١) وَهِيَ اخْتِيَارِيَّةٌ كَالْجُرْحِ فِيمَا بَيْنَ اللَّبَةِ وَاللَّحْيَيْنِ، وَاضْطِرَارِيَّةٌ وَهِيَ الْجُرْحُ
فِي أَيِّ مَوْضِعٍ كَانَ مِنَ الْبَدَنِ. وَالثَّانِي كَالْبَدَلِ عَنِ الْأَوَّلِ لِأَنَّهُ لَا يُصَارُ إِلَيْهِ إِلَّا عِنْدَ
الْعَجْزِ عَنِ الْأَوَّلِ. وَهَذَا آيَةُ الْبَدَلِيَّةِ، وَهَذَا لِأَنَّ الْأَوَّلَ أَعْمَلُ فِي إِخْرَاجِ الدَّمِ وَالثَّانِي أَقْصَرُ
فِيهِ، فَاصْتَفَى بِهِ عِنْدَ الْعَجْزِ عَنِ الْأَوَّلِ، إِذِ التَّكْلِيفُ بِحَسَبِ الْوُسْعِ. وَمِنْ شَرْطِهِ أَنْ يَكُونَ
الذَّبَائِحُ صَاحِبَ مِلَّةٍ التَّوْحِيدِ إِمَّا اعْتِقَادًا كَالْمُسْلِمِ أَوْ دَعْوَى كَالْكَتَابِيِّ، وَأَنْ يَكُونَ حَلَالًا
خَارِجَ الْحَرَمِ عَلَى مَا نُبَيِّنُهُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

الشرح:

كِتَابُ الذَّبَائِحِ: الْمُنَاسَبَةُ بَيْنَ الْمَزَارَعَةِ وَالذَّبَائِحِ كَوُثُومًا إِثْلَافًا فِي الْحَالِ لِلانْتِفَاعِ
فِي الْمَالِ، فَإِنَّ الزَّرَاعَةَ إِمَّا تَكُونُ بِإِثْلَافِ الْحَبِّ فِي الْأَرْضِ لِلانْتِفَاعِ بِمَا يَنْبُتُ مِنْهَا،
وَالذَّبْحُ إِثْلَافُ الْحَيَوَانَ بِإِزْهَاقِ رُوحِهِ فِي الْحَالِ لِلانْتِفَاعِ بِلَحْمِهِ بَعْدَ ذَلِكَ. وَاعْلَمْ أَنَّ
الْعَرِاقِيْنَ ذَهَبُوا إِلَى أَنَّ الذَّبْحَ مَحْظُورٌ عَقْلًا، وَلَكِنَّ الشَّرْعَ أَحَلَّهُ لِأَنَّ فِيهِ إِضْرَارًا
بِالْحَيَوَانَ. وَقَالَ شَمْسُ الْأُيُتْمَةِ: هَذَا عِنْدِي بَاطِلٌ، لِأَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ كَانَ يَتَنَاوَلُ اللَّحْمَ
قَبْلَ مَبْعَثِهِ، وَلَا يُظَنُّ بِهِ أَنَّهُ كَانَ يَأْكُلُ ذَبَائِحَ الْمُشْرِكِينَ لِأَنَّهُمْ كَانُوا يَذْبَحُونَ بِأَسْمَاءِ
الْأَصْنَامِ فَعَرَفْنَا أَنَّهُ كَانَ يَذْبَحُ وَيَصْطَادُ بِنَفْسِهِ، وَمَا كَانَ يَفْعَلُ مَا كَانَ مَحْظُورًا عَقْلًا
كَالْكَذْبِ وَالظُّلْمِ وَالسَّفَهَةِ، وَأَجِيبَ بِأَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ مَا كَانَ يَأْكُلُ ذَبَائِحَ أَهْلِ
الْكِتَابِ، وَلَيْسَ الذَّبْحُ كَالْكَذْبِ وَالظُّلْمِ، لِأَنَّ الْمَحْظُورَ الْعَقْلِيَّ ضَرْبَانِ: مَا يَقْطَعُ بِتَحْرِيمِهِ
فَلَا يَرُدُّ الشَّرْعُ بِإِبَاحَتِهِ إِلَّا عِنْدَ الضَّرُورَةِ، وَمَا فِيهِ نَوْعٌ تَجْوِيزٍ مِنْ حَيْثُ تَصَوَّرُ مَنَفْعَةٌ
فَيَجُوزُ أَنْ يَرُدَّ الشَّرْعُ بِإِبَاحَتِهِ وَيُقَدَّمُ عَلَيْهِ قَبْلَهُ نَظَرًا إِلَى نَفْعِهِ كَالْحِجَامَةِ لِلْأَطْفَالِ
وَتَدَاوِيهِمْ بِمَا فِيهِ أَلَمٌ لَهُمْ، وَالدَّكَاءُ الذَّبْحُ، وَأَصْلُ تَرْكِيبِ التَّذْكِيَةِ يَدُلُّ عَلَى التَّمَامِ وَمِنْهُ
ذَكَاءُ السِّنِّ بِالْمَدِّ لِنَهَايَةِ الشَّبَابِ، وَذَكَاءُ النَّارِ بِالْقَصْرِ لِتَمَامِ اسْتِعْمَالِهَا، وَمَعْنَى قَوْلِهِ (الذَّكَاءُ

شَرَطُ حِلِّ الذَّبِيحَةِ) الذَّبْحُ شَرَطُ حِلِّ أَكْلِ مَا يُؤْكَلُ لَحْمُهُ مِنَ الْحَيَوَانَ لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿إِلَّا مَا ذَكَيْتُمْ﴾ بَعْدَ قَوْلِهِ ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَالْدَّمُ﴾ [المائدة: ٣] إلخ. اسْتَشْنَى مِنَ الْحُرْمَةِ الْمَذْكُورِ فَيَكُونُ حَلَالًا، وَالتَّرْتُّبُ عَلَى الْمُشْتَقِّ مَعْلُومٌ لِلصِّفَةِ الْمُشْتَقِّ مِنْهَا، لَكِنْ لَمَّا كَانَ الْحِلُّ ثَابِتًا بِالشَّرْعِ جُعِلَتْ شَرَطًا، وَلَأَنَّ غَيْرَ الْمَذْكُورِ مَيْتَةٌ وَهِيَ مَنْصُوصٌ عَلَيْهَا بِالْحُرْمَةِ، وَلَأَنَّ الدَّمَ حَرَامٌ لِنَجَاسَتِهِ لَمَّا تَلَوْنَا، وَهُوَ غَيْرُ مُتَمَيِّزٍ مِنَ اللَّحْمِ، وَإِنَّمَا يَتَمَيَّزُ بِالدَّكَاءِ فَلَا بُدَّ مِنْهَا لِيَتَمَيَّزَ النَّجَسُ مِنَ الطَّاهِرِ، وَلَا يَلْزَمُ الْجَرَادُ وَالسَّمَكُ لِأَنَّ حِلَّهُمَا بِلَا ذَبْحٍ ثَبَتَ بِالنَّصِّ. وَكَمَا يَثْبُتُ بِالذَّبْحِ الْحِلُّ فِي الْمَأْكُولِ يَثْبُتُ بِهِ الطَّهَارَةُ فِي غَيْرِهِ، لِأَنَّ الدَّكَاءَ ثُنِيٌّ عَنِ الطَّهَارَةِ، وَمِنْهَا قَوْلُهُ ﷺ «ذَكَاءُ الْأَرْضِ يُسْهَأُ» يَعْنِي أَنَّهَا إِذَا بَيَسَتْ مِنْ رُطُوبَةِ النَّجَاسَةِ طَهَرَتْ وَطَابَتْ كَمَا أَنَّ الذَّبِيحَةَ بِالدَّكَاءِ تَطْهَرُ وَتَطْيَبُ (وَهِيَ) يَعْنِي الدَّكَاءَ (اخْتِيَارِيَّةٌ كَالْجَرْحِ فِيمَا بَيْنَ اللَّبَةِ) وَهِيَ الصَّدْرُ وَاللَّحْيَانِ، وَاضْطِرَارِيَّةٌ وَهُوَ الْجَرْحُ فِي أَيِّ مَوْضِعٍ كَانَ مِنَ الْبَدَنِ. قَوْلُهُ (وَالثَّانِي كَالْبَدَلِ عَنِ الْأَوَّلِ) وَاضِحٌ، وَإِنَّمَا قَالَ كَالْبَدَلِ لِأَنَّ الْأَبْدَالَ تُعْرَفُ بِالنَّصِّ وَلَمْ يَرِدْ فِيهِ، وَقَدْ وَجَدْتُ أَمَارَةَ الْبَدَلِيَّةِ فَقَالَ كَالْبَدَلِ (وَمِنْ شَرْطِهِ) أَيِّ وَمِنْ شَرْطِ الذَّبْحِ أَنْ يَكُونَ الذَّابِحُ صَاحِبَ مِلَّةِ التَّوْحِيدِ، إِمَّا اعْتِقَادًا كَالْمُسْلِمِ، أَوْ دَعْوَى كَالْكِتَابِيِّ فَإِنَّهُ يَدَّعِي مِلَّةَ التَّوْحِيدِ، وَإِنَّمَا تَحِلُّ ذَبِيحَتُهُ إِذَا لَمْ يَذْكُرْ وَقْتُ الذَّبْحِ اسْمَ عَزِيزٍ وَالْمَسِيحِ لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَمَا أَهْلٌ لِيَغْيِرَ اللَّهُ بِهِ﴾ وَمِنْ شَرْطِهِ أَنْ يَكُونَ حَلَالًا خَارِجَ الْحَرَمِ كَمَا سَيَجِيءُ.

قَالَ (وَذَبِيحَةُ الْمُسْلِمِ وَالْكِتَابِيِّ حَلَالٌ) لَمَّا تَلَوْنَا. وَلِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حِلٌّ لَكُمْ﴾ [المائدة: ٥] وَيَحِلُّ إِذَا كَانَ يَعْقِلُ التَّسْمِيَةَ وَالذَّبِيحَةَ وَيَضْبِطُ وَإِنْ كَانَ صَبِيًّا أَوْ مَجْنُونًا أَوْ امْرَأَةً، أَمَّا إِذَا كَانَ لَا يَضْبِطُ وَلَا يَعْقِلُ التَّسْمِيَةَ وَالذَّبِيحَةَ لَا تَحِلُّ لِأَنَّ التَّسْمِيَةَ عَلَى الذَّبِيحَةِ شَرَطٌ بِالنَّصِّ وَذَلِكَ بِالقَصْدِ. وَصِحَّتِ الْقَصْدُ بِمَا ذَكَرْنَا. وَالْأَقْلَفُ وَالْمَخْتُونُونَ سَوَاءٌ لَمَّا ذَكَرْنَا، وَإِطْلَاقُ الْكِتَابِيِّ يَنْتَظِمُ الْكِتَابِيُّ وَالذَّمِّيُّ وَالْحَرْبِيُّ وَالْعَرَبِيُّ وَالْتَّغْلِبِيُّ، لِأَنَّ الشَّرْطَ قِيَامُ الْمِلَّةِ عَلَى مَا مَرَّ. قَالَ (وَلَا تُؤْكَلُ ذَبِيحَةُ الْمَجُوسِيِّ) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «سُئِلُوا بِهِمْ أَهْلُ الْكِتَابِ غَيْرَ نَاكِحِي نِسَائِهِمْ وَلَا آكِلِي ذَبَائِحِهِمْ»^(١) وَلَأَنَّهُ لَا يَدَّعِي التَّوْحِيدَ فَانْعَدَمَتِ الْمِلَّةُ اعْتِقَادًا وَدَعْوَى. قَالَ

(١) قَالَ الزَّيْلَعِيُّ فِي نَصَبِ الرَّايَةِ (٤/٦٥٥): غَرِيبٌ بِهَذَا الْفَرْقِ.

(وَالْمُرْتَدَّ) لِأَنَّهُ لَا مِلَّةَ لَهُ. فَإِنَّهُ لَا يُقَرُّ عَلَى مَا انْتَقَلَ إِلَيْهِ، بِخِلَافِ الْكِتَابِيِّ إِذَا تَحَوَّلَ إِلَى غَيْرِ دِينِهِ لِأَنَّهُ يُقَرُّ عَلَيْهِ عِنْدَنَا فَيُعْتَبَرُ مَا هُوَ عَلَيْهِ عِنْدَ الذَّبْحِ لَا مَا قَبْلَهُ. قَالَ (وَالْوَنِّي) لِأَنَّهُ لَا يَعْتَقِدُ الْمِلَّةَ. قَالَ (وَالْمَحْرَمُ) يَعْنِي مِنَ الصَّيْدِ (وَكَذَا لَا يُؤْكَلُ مَا ذُبِحَ فِي الْحَرَمِ مِنَ الصَّيْدِ) وَالْإِطْلَاقُ فِي الْمَحْرَمِ يَنْتَظِمُ الْحِلَّ وَالْحَرَمَ، وَالذَّبْحُ فِي الْحَرَمِ يَسْتَوِي فِيهِ الْحَلَالُ وَالْمَحْرَمُ، وَهَذَا لِأَنَّ الذَّكَاءَ فِعْلٌ مَشْرُوعٌ وَهَذَا الصَّنِيعُ مُحَرَّمٌ فَلَمْ تَكُنْ ذَكَاةً، بِخِلَافِ مَا إِذَا ذُبِحَ الْمَحْرَمُ غَيْرَ الصَّيْدِ أَوْ ذُبِحَ فِي الْحَرَمِ غَيْرَ الصَّيْدِ صَحَّ لِأَنَّهُ فِعْلٌ مَشْرُوعٌ، إِذَا الْحَرَمُ لَا يُؤْمَنُ الشَّاةُ، وَكَذَا لَا يَحْرُمُ ذَبْحُهُ عَلَى الْمَحْرَمِ.

الشرح:

قَالَ (وَذَبِيحَةُ الْمُسْلِمِ وَالْكِتَابِيِّ حَلَالٌ إِلَّا الْخَ) ذَبِيحَةُ الْمُسْلِمِ وَالْكِتَابِيِّ ذِمِّيًّا كَانَ أَوْ حَرَبِيًّا حَلَالٌ إِذَا أَتَى بِهِ مَذْبُوحًا، وَأَمَّا إِذَا ذُبِحَ بِالْحُضُورِ فَلَا بُدَّ مِنَ الشَّرْطِ الْمَذْكُورِ وَهُوَ أَنْ لَا يَذْكُرَ غَيْرَ اسْمِ اللَّهِ تَعَالَى (وَقَوْلُهُ لَمَّا تَلَوْنَا) إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ تَعَالَى ﴿إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ﴾ وَلَمَّا اسْتَشْعَرَ أَنْ يُقَالَ ﴿إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ﴾ عَامٌّ مَخْصُوصٌ لخُرُوجِ الْوَنِيِّ وَالْمُرْتَدِّ وَالْمَجُوسِيِّ فَلَا يَكُونُ قَاطِعًا فِي الْإِفَادَةِ ضَمُّ إِلَيْهِ قَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حَلَلٌ لَكُمْ﴾ قَالَ الْبَخَارِيُّ فِي صَحِيحِهِ: قَالَ ابْنُ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا: طَعَامُهُمْ ذَبَائِحُهُمْ. وَاسْتَدَلَّ بَعْضُ عَلَى ذَلِكَ بِأَنَّهُ لَوْ لَمْ يُحْمَلْ عَلَى ذَلِكَ لَمْ يَكُنْ لِتَخْصِيصِ أَهْلِ الْكِتَابِ بِالذِّكْرِ فَائِدَةٌ، فَإِنَّ الْمَجُوسِيَّ إِذَا اصْطَادَ سَمَكَةً حَلَّ أَكْلُهَا: وَفِيهِ نَظَرٌ، فَإِنَّ التَّخْصِيصَ بِاسْمِ الْعَلَمِ لَا يَدُلُّ عَلَى نَفْيِ مَا عَدَاهُ (وَيَحِلُّ إِذَا كَانَ الذَّابِحُ يَعْقِلُ التَّسْمِيَةَ) قِيلَ يَعْنِي يَعْقِلُ لَفْظَ التَّسْمِيَةِ، وَقِيلَ يَعْقِلُ أَنْ حَلَّ الذَّبِيحَةَ بِالتَّسْمِيَةِ (وَالذَّبِيحَةُ) يَعْنِي يَقْدِرُ عَلَى الذَّبْحِ وَيَضْبِطُهُ: أَيْ يَعْلَمُ شَرَائِطَ الذَّبْحِ مِنْ فَرْيِ الْأَوْدَاجِ وَالْحُلُقُومِ (وَإِنْ كَانَ) أَيْ الذَّابِحُ (صَبِيًّا أَوْ مَجْنُونًا) قَالَ فِي النَّهَابَةِ أَيْ مَعْتَوْهَا، لِأَنَّ الْمَجْنُونَ لَا قَصْدَ لَهُ وَلَا بُدَّ مِنْهُ، لِأَنَّ التَّسْمِيَةَ شَرْطٌ بِالنَّصِّ وَهِيَ بِالْقَصْدِ، وَصَحَّةُ الْقَصْدِ بِمَا ذَكَرْنَا: يَعْنِي قَوْلُهُ إِذَا كَانَ يَعْقِلُ التَّسْمِيَةَ وَالذَّبِيحَةَ وَيَضْبِطُهُ، وَالْأَقْلَفُ وَالْمَجْنُونُ سَوَاءٌ لَمَّا ذَكَرْنَا. قِيلَ أَرَادَ الْآيَتَيْنِ الْمَذْكُورَتَيْنِ، وَفِيهِ نَظَرٌ، لِأَنَّ عَادَتَهُ فِي مِثْلِهِ لَمَّا تَلَوْنَا. وَقِيلَ أَرَادَ بِهِ قَوْلُهُ لِأَنَّ حَلَّ الذَّبِيحَةِ يَعْتَمِدُ الْمِلَّةَ وَهَذَا لَيْسَ بِمَذْكُورٍ فِي الْكِتَابِ، وَالْأَوَّلَى أَنْ يُجْعَلَ إِشَارَةٌ إِلَى الْآيَةِ وَإِلَى قَوْلِهِ وَلَئِنْ بِهِ يَتَمَيَّزُ الدَّمُ الْجَسُّ مِنَ اللَّحْمِ

الطَّاهِرِ وَعَادَتُهُ فِي مِثْلِهِ ذَلِكَ. قِيلَ إِنَّمَا ذَكَرَ الْأَقْلَفَ اخْتِرَازًا عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا فَإِنَّهُ يَقُولُ: شَهَادَةُ الْأَقْلَفِ وَذَبِيحَتُهُ لَا تَجُوزُ. وَقَوْلُهُ وَإِطْلَاقُ الْكِتَابِ يَنْتَظِمُ كَذَا ظَاهِرٌ وَقَوْلُهُ (لَأَنَّ الشَّرْطَ قِيَامُ الْمَلَّةِ) فِيهِ نَظَرٌ، لَأَنَّ وُجُودَ الشَّرْطِ لَا يَسْتَلْزِمُ وُجُودَ الْمَشْرُوطِ، وَيُمْكِنُ أَنْ يُجَابَ عَنْهُ بِأَنَّهُ شَرْطٌ فِي مَعْنَى الْعَلَّةِ، وَقَوْلُهُ (وَلَا تُؤْكَلُ ذَبِيحَةُ الْمُجُوسِيِّ) وَاضِحٌ. قَوْلُهُ (بِخِلَافِ الْكِتَابِيِّ إِذَا تَحَوَّلَ إِلَى غَيْرِ دِينِهِ) يُرِيدُ بِهِ مِنْ أَذْيَانِ أَهْلِ الْكِتَابِ، أَمَّا إِذَا تَمَجَّسَ فَلَا تُؤْكَلُ ذَبِيحَتُهُ.

قَالَ (وَأَنْ تَرَكَ الذَّابِحَ التَّسْمِيَةَ عَمْدًا فَالذَّبِيحَةُ مَيْتَةٌ لَا تُؤْكَلُ وَإِنْ تَرَكَهَا نَاسِيًا أَكَلَ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: أَكَلَ فِي الْوَجْهَيْنِ. وَقَالَ مَالِكٌ: لَا يُؤْكَلُ فِي الْوَجْهَيْنِ وَالْمُسْلِمُ وَالْكِتَابِيُّ فِي تَرْكِ التَّسْمِيَةِ سَوَاءٌ، وَعَلَى هَذَا الْخِلَافِ إِذَا تَرَكَ التَّسْمِيَةَ عِنْدَ إِرْسَالِ الْبَازِي وَالْكَلْبِ، وَعِنْدَ الرَّمْيِ، وَهَذَا الْقَوْلُ مِنَ الشَّافِعِيِّ مُخَالَفٌ لِلْإِجْمَاعِ فَإِنَّهُ لَا خِلَافَ فِيْمَنْ كَانَ قَبْلَهُ فِي حُرْمَةِ مَتْرُوكِ التَّسْمِيَةِ عَمْدًا، وَإِنَّمَا الْخِلَافُ بَيْنَهُمْ فِي مَتْرُوكِ التَّسْمِيَةِ نَاسِيًا. فَمِنْ مَذْهَبِ ابْنِ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أَنَّهُ يَحْرُمُ، وَمِنْ مَذْهَبِ عَلِيٍّ وَابْنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أَنَّهُ يَحِلُّ، بِخِلَافِ مَتْرُوكِ التَّسْمِيَةِ عَمْدًا، وَلِهَذَا قَالَ أَبُو يُونُسَ وَالْمَشَابِيخُ رَحِمَهُمُ اللَّهُ: إِنْ مَتْرُوكِ التَّسْمِيَةِ عَمْدًا لَا يَسَعُ فِيهِ الْاجْتِهَادُ، وَلَوْ قَضَى الْقَاضِي بِجَوَازِ بَيْعِهِ لَا يَنْفُذُ لَكُونِهِ مُخَالَفًا لِلْإِجْمَاعِ، لَهُ قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «الْمُسْلِمُ يَذْبَحُ عَلَى اسْمِ اللَّهِ تَعَالَى سَمًى أَوْ لَمْ يُسَمَّ» ^(١) وَلَأَنَّ التَّسْمِيَةَ لَوْ كَانَتْ شَرْطًا لِلْحِلِّ لَمَا سَقَطَتْ بِعُذْرِ النِّسْيَانِ كَالطَّاهِرَةِ فِي بَابِ الصَّلَاةِ، وَلَوْ كَانَتْ شَرْطًا فَالْمَلَّةُ أَقِيمَتْ مَقَامَهَا كَمَا فِي النَّاسِي، وَلَنَا الْكِتَابُ وَهُوَ قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿وَلَا تَأْكُلُوا مِمَّا لَمْ يُذْكَرِ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ﴾ (الأنعام: ١٢١)، نَهَى وَهُوَ لِلتَّحْرِيمِ. وَالْإِجْمَاعُ وَهُوَ مَا بَيَّنَّا. وَالسُّنَّةُ وَهُوَ حَدِيثُ عَدِيِّ بْنِ حَاتِمٍ الطَّائِفِيِّ رضي الله عنه فَإِنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ قَالَ فِي آخِرِهِ «فَإِنَّكَ إِنَّمَا سَمَّيْتَ عَلَى كَلْبِكَ وَلَمْ تُسَمَّ عَلَى كَلْبٍ غَيْرِكَ» ^(٢) عُلِّلَ الْحُرْمَةُ بِتَرْكِ التَّسْمِيَةِ. وَمَالِكٌ يَحْتَجُّ بِظَاهِرِ مَا ذَكَرْنَا، إِذْ لَا فَصْلَ فِيهِ وَلَكِنَّا نَقُولُ: فِي اعْتِبَارِ ذَلِكَ مِنَ الْحَرَجِ مَا لَا يَخْفَى،

(١) قال الزيلعي في نصب الراية (٤/٤٦٦): غريب بهذا اللفظ.

(٢) أخرجه البخاري في الذبائح والصيد باب ١، ٢، ٩، ومسلم في الصيد (٣، ٤، ٥)، وانظر

نصب الراية (٤/٤٦٨).

لأنَّ الإنسانَ كثيرُ النِّسيانِ والحرَجُ مدفوعٌ والسَّمْعُ غيرُ مُجرى على ظاهِرِهِ، إذ لو أُريدَ بِهِ لَجَرَتِ المُحَاجَّةُ وَظَهَرَ الانْقِيَادُ وَارْتَفَعَ الخِلافُ فِي الصَّدْرِ الأوَّلِ. والإِقَامَةُ فِي حَقِّ النَّاسِي وَهُوَ مَعذُورٌ لَا يَدُلُّ عَلَيْهَا فِي حَقِّ العَامِدِ وَلَا عُذْرٌ، وَمَا رَوَاهُ مَحْمُولٌ عَلَى حَالَةِ النَّسيَانِ ثُمَّ التَّسْمِيَةِ فِي ذِكَاةِ الاختِيَارِ تُشْتَرِطُ عِنْدَ الذَّبْحِ وَهِيَ عَلَى المَذْبُوحِ. وَفِي الصَّيْدِ تُشْتَرِطُ عِنْدَ الإِرْسَالِ والرَّمْيِ وَهِيَ عَلَى الأَلَةِ، لأنَّ المَقْدُورَ لَهُ فِي الأوَّلِ الذَّبْحُ وَفِي الثَّانِي الرَّمْيُ والإِرْسَالُ دُونَ الإِصَابَةِ فَتُشْتَرِطُ عِنْدَ فِعْلِ يَقْدِرُ عَلَيْهِ، حَتَّى إِذَا أَضْجَعَ شَاةً وَسَمَّى فَذَبَحَ غَيْرَهَا بِتِلْكَ التَّسْمِيَةِ لَا يَجُوزُ. وَلَوْ رَمَى إِلَى صَيْدٍ وَسَمَّى وَأَصَابَ غَيْرَهُ حَلًّا، وَكَذَا فِي الإِرْسَالِ، وَلَوْ أَضْجَعَ شَاةً وَسَمَّى ثُمَّ رَمَى بِالشُّفْرَةِ وَذَبَحَ بِالْأُخْرَى أَكَلَ، وَلَوْ سَمَّى عَلَى سَهْمٍ ثُمَّ رَمَى بِغَيْرِهِ صَيْدًا لَا يُؤْكَلُ.

الشرح:

قَالَ (وَإِنْ تَرَكَ الذَّبَائِحَ التَّسْمِيَةَ إلخ) إِنْ تَرَكَ الذَّبَائِحَ التَّسْمِيَةَ عِنْدَ الذَّبْحِ اخْتِيَارِيًّا كَانَ أَوْ اضْطِرَّارِيًّا عَامِدًا كَانَ أَوْ نَاسِيًّا: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ بِشُمُولِ الحَوَازِ وَمَالِكٍ بِشُمُولِ العَدَمِ. وَعُلَمَاؤُنَا رَحِمَهُمُ اللَّهُ فَصَّلُوا، إِنْ تَرَكَهَا عَامِدًا فَالذَّبِيحَةُ مَيْتَةٌ لَا تُؤْكَلُ، وَإِنْ تَرَكَهَا نَاسِيًّا أَكَلَ اسْتَدَلَّ الشَّافِعِيُّ بِقَوْلِهِ ﷺ «المُسْلِمُ يَذْبَحُ عَلَى اسْمِ اللَّهِ تَعَالَى سَمَّى أَوْ لَمْ يُسَمِّ» سَوَى بَيْنَ التَّسْمِيَةِ وَعَدَمِهَا وَالشَّرْطُ لَا يَكُونُ كَذَلِكَ، وَبِأَنَّ التَّسْمِيَةَ لَوْ كَانَتْ شَرْطًا لِلْحَلِّ لَمَا سَقَطَتْ بِعُذْرِ النَّسيَانِ، كَالطَّهَّارَةِ فِي بَابِ الصَّلَاةِ فَإِنَّهَا لَمَا كَانَتْ شَرْطًا لَمْ تَجْزِ صَلَاةٌ مَنْ نَسِيَ الطَّهَّارَةَ لَكِنَّهَا سَقَطَتْ بِعُذْرِ النَّسيَانِ سَلَمْنَا أَنَّهَا شَرْطٌ لَكِنَّ الْمَلَّةَ أُقِيمَتْ مَقَامَهَا كَمَا فِي النَّاسِي. وَالْجَوَابُ عَنِ الْحَدِيثِ مَا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ أَنَّهُ مَحْمُولٌ عَلَى حَالَةِ النَّسيَانِ دَفْعًا لِلتَّعَارُضِ بَيْنَهُ وَبَيْنَ حَدِيثِ عَدِيِّ بْنِ حَاتِمٍ عَلَى مَا تَذَكَّرَهُ وَعَنِ الاسْتِدْلَالِ بِأَنَّا لَا نُسَلِّمُ الْمُلَازِمَةَ فَإِنَّهَا تُفْضِي إِلَى التَّسْوِيَةِ بَيْنَ الْعَمْدِ وَالنَّسيَانِ وَالتَّسْوِيَةِ بَيْنَ الْعَمْدِ وَالنَّسيَانِ مَعْهُودَةٌ فِيمَا إِذَا كَانَ عَلَى النَّاسِي هَيْئَةٌ مَذْكُورَةٌ كَالْأَكْلِ فِي الصَّلَاةِ وَالْجِمَاعِ فِي الْإِحْرَامِ، وَهَاهُنَا إِنْ لَمْ تَكُنْ هَيْئَةٌ تُوجِبُ النَّسيَانِ وَهِيَ مَا يَحْصُلُ لِلذَّبَائِحِ عِنْدَ زَهْوَقِ رُوحِ حَيَوَانٍ مِنْ تَغْيِيرِ الْحَالِ فَلَيْسَ هَيْئَةٌ مُذَكَّرَةٌ بِمَوْجُودَةٍ، وَلَمَّا نَعَى أَنْ يَمْتَنِعَ بَطْلَانُ التَّالِي أَيْضًا عَلَى مَذْهَبِ مَالِكٍ رَحِمَهُ اللَّهُ وَعَنِ التَّنَزُّلِ بِمَا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ: يَعْنِي أَنَّ إِقَامَةَ الْمَلَّةِ مَقَامَ التَّسْمِيَةِ فِي حَقِّ النَّاسِي وَهُوَ مَعذُورٌ لَا يَدُلُّ فِي

حَقَّ الْعَامِدِ وَلَا عُذْرَ لَهُ، وَأَمَّا مَا شَنَّعَ بِهِ الْمُصَنِّفُ رَحِمَهُ اللَّهُ بِكَوْنِ مَا ذَهَبَ إِلَيْهِ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ مُخَالَفًا لِلْإِجْمَاعِ فَوَاضِحٌ. وَاسْتَدَلَّ مَالِكٌ رَحِمَهُ اللَّهُ بِظَاهِرِ قَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَلَا تَأْكُلُوا مِمَّا لَمْ يُذْكَرِ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ﴾ فَإِنَّ فِيهِ التَّهْيِ بِأَبْلَغِ وَجْهِ، وَهُوَ تَأْكِيدُهُ بِمِنْ الاستِغْرَاقِيَّةِ عَنْ أَكْلِ مَثْرُوكِ التَّسْمِيَةِ، وَهُوَ بِإِطْلَاقِهِ يَقْتَضِي الْحُرْمَةَ مِنْ غَيْرِ فَضْلِ، وَهُوَ أَقْرَبُ لَا مُحَالَاةٍ مِنْ مَذْهَبِ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ لِأَنَّهُ مَذْهَبُ ابْنِ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا. وَالْجَوَابُ أَنَّهُ غَيْرُ مُجْرَى عَلَى ظَاهِرِهِ، إِذْ لَوْ أُريدَ بِهِ لَجَرَتْ الْمُحَاجَّةُ وَظَهَرَ الْإِنْقِيَادُ وَارْتَفَعَ الْخِلَافُ فِي الصَّدْرِ الْأَوَّلِ، لِأَنَّ ظَاهِرَ مَا يَدُلُّ عَلَيْهِ اللَّفْظُ لَا يَخْفَى عَلَى أَهْلِ اللِّسَانِ، وَفِي ذَلِكَ أَيْضًا مِنَ الْحَرْجِ مَا لَا يَخْفَى، إِذْ الْإِنْسَانُ كَثِيرُ التَّسْيَانِ، وَالْحَرْجُ مَذْفُوعٌ بِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَمَا جَعَلْ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ [الحج: ٧٨] فَيَحْمَلُ عَلَى حَالَةِ الْعَمْدِ دَفْعًا لِلتَّعَارُضِ. وَلَنَا قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿وَلَا تَأْكُلُوا مِمَّا لَمْ يُذْكَرِ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ﴾ [الأنعام: ١٢١]. وَوَجْهُ الاستِدْلَالِ أَنَّ السَّلَفَ أَجْمَعُوا أَنَّ الْمُرَادَ بِهِ الذِّكْرُ حَالَ الذَّبْحِ لَا غَيْرُ، وَصَلَةُ عَلَى تَدُلُّ عَلَى أَنَّ الْمُرَادَ بِهِ الذِّكْرُ بِاللِّسَانِ يُقَالُ ذَكَرَ عَلَيْهِ إِذَا ذَكَرَ بِاللِّسَانِ، وَذَكَرَهُ إِذَا ذَكَرَ بِالْقَلْبِ. وَقَوْلُهُ ﴿وَلَا تَأْكُلُوا﴾ عَامٌّ مُؤَكَّدٌ بِمِنْ الاستِغْرَاقِيَّةِ الَّتِي تُفِيدُ التَّأْكِيدَ، وَتَأْكِيدُ الْعَامِّ يَنْفِي اخْتِمَالَ الْخُصُوصِ فَهُوَ غَيْرُ مُحْتَمِلٍ لِلتَّخْصِصِ فَيَعُمُّ كُلُّ مَا لَمْ يُذْكَرِ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ حَالَ الذَّبْحِ عَامِدًا كَانَ أَوْ نَاسِيًا، إِلَّا أَنَّ الشَّرْعَ جَعَلَ النَّاسِيَ ذَاكِرًا لِعُذْرِ كَانَ مِنْ جِهَتِهِ وَهُوَ التَّسْيَانُ فَإِنَّهُ مِنَ الشَّرْعِ بِإِقَامَةِ الْمِلَّةِ مَقَامَ الذِّكْرِ دَفْعًا لِلْحَرْجِ، كَمَا أَقَامَ الْأَكْلُ نَاسِيًا مَقَامَ الْإِمْسَاكِ فِي الصَّوْمِ لَذَلِكَ، وَمَجَالُ الْكَلَامِ فِي الْآيَةِ وَاسِعٌ، وَقَدْ قَرَّرْنَاهُ وَفِي الْأَنْوَارِ وَالتَّقْرِيرِ (وَالْإِجْمَاعُ وَهُوَ مَا يَبَيَّنُهُ) يُرِيدُ بِهِ مَا ذَكَرَهُ فِي التَّشْنِيعِ بِقَوْلِهِ فَإِنَّهُ لَا خِلَافَ فِيمَنْ كَانَ قَبْلَهُ فِي حُرْمَةِ مَثْرُوكِ التَّسْمِيَةِ عَامِدًا، وَإِنَّمَا الْخِلَافُ بَيْنَهُمْ فِي مَثْرُوكِ التَّسْمِيَةِ نَاسِيًا إلَخَ (وَالسُّنَّةُ) وَهُوَ حَدِيثُ عَدِيِّ بْنِ حَاتِمٍ الطَّائِيَّ. «فَإِنَّهُ ﷺ حِينَ سَأَلَهُ عَدِيٌّ عَمَّا إِذَا وَجَدَ مَعَ كَلْبِهِ كَلْبًا آخَرَ قَالَ: لَا تَأْكُلْ فَإِنَّكَ إِنَّمَا سَمَّيْتَ عَلَى كَلْبِكَ وَلَمْ تُسَمِّ عَلَى كَلْبِ غَيْرِكَ» عَلَّلَ الْحُرْمَةَ بِتَرْكِ التَّسْمِيَةِ وَالْمُسْلِمُ وَالْكِتَابِيُّ فِي تَرْكِ التَّسْمِيَةِ سَوَاءً، وَعَلَى هَذَا الْخِلَافِ إِذَا تَوَكَّ التَّسْمِيَةَ عِنْدَ إِرْسَالِ الْبَازِي وَالْكَلْبِ وَعِنْدَ الرَّمْيِ لَكِنَّهَا فِي ذِكَاةِ الْإِخْتِيَارِ تُشْتَرَطُ عِنْدَ الذَّبْحِ وَهِيَ عَلَى الْمَذْبُوحِ، وَفِي الصَّيْدِ تُشْتَرَطُ عِنْدَ الْإِرْسَالِ وَالرَّمْيِ وَهِيَ عَلَى الْآلَةِ لِأَنَّ الطَّاعَةَ

بِحَسَبِ الطَّاقَةِ، وَالْمَقْدُورُ لَهُ فِي الْأَوَّلِ الذَّبْحُ، وَفِي الثَّانِي الرَّمْيُ وَالْإِرْسَالُ، وَقَدْ فَرَعَ عَلَى ذَلِكَ فِي الْكِتَابِ تَفْرِيعَاتٍ وَهِيَ وَاضِحَةٌ.

قَالَ (وَيُكْرَهُ أَنْ يَذْكُرَ مَعَ اسْمِ اللَّهِ تَعَالَى شَيْئًا غَيْرَهُ. وَأَنْ يَقُولَ عِنْدَ الذَّبْحِ: اللَّهُمَّ تَقَبَّلْ مِنِّي يَا فَالَانُ) وَهَذِهِ ثَلَاثُ مَسَائِلَ: إِحْدَاهَا أَنْ يَذْكُرَ مَوْصُولًا لَا مَعْطُوفًا فَيُكْرَهُ وَلَا تَحْرُمُ الذَّبِيحَةُ. وَهُوَ الْمُرَادُ بِمَا قَالَ. وَنَظِيرُهُ أَنْ يَقُولَ: بِاسْمِ اللَّهِ مُحَمَّدٍ رَسُولَ اللَّهِ. لِأَنَّ الشَّرِكَةَ لَمْ تُوجَدْ فَلَمْ يَكُنِ الذَّبْحُ وَاقِعًا لَهُ. إِلَّا أَنَّهُ يُكْرَهُ لَوْجُودِ الْقُرْآنِ صُورَةً فَيُتَصَوَّرُ بِصُورَةِ الْمُحَرَّمِ. وَالثَّانِيَةُ أَنْ يَذْكُرَ مَوْصُولًا عَلَى وَجْهِ الْعَطْفِ وَالشَّرِكَةِ بِأَنْ يَقُولَ: بِاسْمِ اللَّهِ وَاسْمِ فَالَانِ، أَوْ يَقُولَ: بِاسْمِ اللَّهِ وَفَالَانِ. أَوْ بِاسْمِ اللَّهِ وَمُحَمَّدٍ رَسُولَ اللَّهِ بِكَسْرِ الدَّالِ فَتَحْرُمُ الذَّبِيحَةُ لِأَنَّهُ أَهْلٌ بِهِ لَغَيْرِ اللَّهِ. وَالثَّلَاثَةُ أَنْ يَقُولَ مَفْصُولًا عَنْهُ صُورَةً وَمَعْنَى بِأَنْ يَقُولَ قَبْلَ التَّسْمِيَةِ وَقَبْلَ أَنْ يُضْجَعَ الذَّبِيحَةُ أَوْ بَعْدَهُ، وَهَذَا لَا بَأْسَ بِهِ لِمَا رُوِيَ عَنْ «النَّبِيِّ ﷺ» أَنَّهُ قَالَ بَعْدَ الذَّبْحِ: اللَّهُمَّ تَقَبَّلْ هَذِهِ عَنْ أُمِّتِي مُحَمَّدٍ مِمَّنْ شَهِدَ لَكَ بِالْوَحْدَانِيَّةِ وَلِي بِالْبَلَاغِ^(١) وَالشَّرْطُ هُوَ الذِّكْرُ الْخَالِصُ الْمَجْرَدُ عَلَى مَا قَالَ ابْنُ مَسْعُودٍ رضي الله عنه جَرَدُوا التَّسْمِيَةَ حَتَّى لَوْ قَالَ عِنْدَ الذَّبْحِ اللَّهُمَّ اغْفِرْ لِي لَا يَحِلُّ لِأَنَّهُ دُعَاءٌ وَسُؤَالٌ، وَلَوْ قَالَ الْحَمْدُ لِلَّهِ أَوْ سُبْحَانَ اللَّهِ يُرِيدُ التَّسْمِيَةَ حَلًّا، وَلَوْ عَطَسَ عِنْدَ الذَّبْحِ فَقَالَ الْحَمْدُ لِلَّهِ لَا يَحِلُّ فِي أَصَحِّ الرِّوَايَتَيْنِ. لِأَنَّهُ يُرِيدُ بِهِ الْحَمْدَ عَلَى نِعَمِهِ دُونَ التَّسْمِيَةِ. وَمَا تَدَاوَلَتْهُ الْأَلْسُنُ عِنْدَ الذَّبْحِ وَهُوَ قَوْلُهُ بِاسْمِ اللَّهِ وَاللَّهُ أَكْبَرُ مَنْقُولٌ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا فِي قَوْلِهِ تَعَالَى ﴿فَاذْكُرُوا اسْمَ اللَّهِ عَلَيْهَا صَوَافَّ﴾ [الحج: ٣٦].

الشرح:

قَالَ (وَيُكْرَهُ أَنْ يَذْكُرَ مَعَ اسْمِ اللَّهِ تَعَالَى شَيْئًا غَيْرَهُ إلخ) الْمَسَائِلُ الْمَذْكُورَةُ ظَاهِرَةٌ وَقَوْلُهُ (وَمُحَمَّدٌ رَسُولَ اللَّهِ بِكَسْرِ الدَّالِ) يُشِيرُ إِلَى أَنَّهُ لَوْ قَالَ غَيْرَ مَكْسُورٍ لَا يَحْرُمُ، قِيلَ هَذَا إِذَا كَانَ يَعْرِفُ النَّحْوَ. وَقَالَ الثُّمَرْتَاشِيُّ: إِنْ خَفَضَهُ لَا يَحِلُّ لِأَنَّهُ يَصِيرُ ذَابِحًا بِهِمَا، وَإِنْ رَفَعَهُ حَلٌّ لِأَنَّهُ كَلَامٌ مُبْتَدَأٌ، وَإِنْ نَصَبَهُ اخْتَلَفُوا فِيهِ؛ فَقَالَ بَعْضُهُمْ عَلَى قِيَاسِ مَا رُوِيَ عَنْ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ: أَنَّهُ لَا يَرَى الْخَطَأَ فِي النَّحْوِ مُعْتَبَرًا فِي بَابِ الصَّلَاةِ وَنَحْوِهَا لَا يَحْرُمُ وَقَوْلُهُ (حَتَّى لَوْ قَالَ عِنْدَ الذَّبْحِ) إِشَارَةٌ إِلَى أَنَّهُ لَوْ قَدَّمَهُ أَوْ

(١) أخرجه مسلم في الأضاحي (١٩)، وانظر نصب الراية (٤/٤٦٩).

أَخْرَهُ لَا بَأْسَ بِهِ (وَلَوْ قَالَ سُبْحَانَ اللَّهِ وَالْحَمْدُ لِلَّهِ يُرِيدُ التَّسْمِيَةَ حَلَّ بِلا خِلافٍ) وَالْفَرْقُ لِأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ بَيْنَ هَذَا وَبَيْنَ التَّكْبِيرِ أَنَّ الْمَأْمُورَ بِهِ هَاهُنَا الذِّكْرُ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿فَاذْكُرُوا اسْمَ اللَّهِ عَلَيْهَا صَوَافَّ﴾: أَيُّ قَائِمَاتٍ صَفَفْنَ أَيْدِيَهُنَّ وَأَرْجُلَهُنَّ وَهُنَاكَ التَّكْبِيرُ، وَبِهَذِهِ الْأَلْفَاظِ لَا يَكُونُ مُكْبِرًا (وَلَوْ عَطَسَ عِنْدَ الذَّبْحِ فَقَالَ الْحَمْدُ لِلَّهِ لَا يَحِلُّ فِي أَصَحِّ الرَّوَايَتَيْنِ) وَالْفَرْقُ لِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ بَيْنَ هَذَا وَبَيْنَ الْخَطِيبِ وَإِذَا عَطَسَ يَوْمَ الْجُمُعَةِ عَلَى الْمَنْبَرِ فَقَالَ الْحَمْدُ لِلَّهِ أَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يُصَلِّيَ الْجُمُعَةَ بِذَلِكَ الْقَدْرِ فِي إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ عَنْهُ بِأَنَّ الْمَأْمُورَ بِهِ هُنَاكَ ذِكْرُ اللَّهِ مُطْلَقًا. قَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿فَاسْعَوْا إِلَى ذِكْرِ اللَّهِ﴾ [الجمعة: ٩] وَهَاهُنَا الذِّكْرُ عَلَى الذَّبْحِ.

قَالَ (وَالذَّبْحُ بَيْنَ الْحَلْقِ وَاللَّبَتِ) وَفِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ: لَا بَأْسَ بِالذَّبْحِ فِي الْحَلْقِ كُلِّهِ وَسَطِهِ وَأَعْلَاهُ وَأَسْفَلِهِ، وَالْأَصْلُ فِيهِ قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «الذِّكَاةُ مَا بَيْنَ اللَّبَتِ وَاللَّحْيَيْنِ»^(١)، وَلأنَّهُ مَجْمَعُ الْمَجْرَى وَالْعُرُوقِ فَيَحْصُلُ بِالْفِعْلِ فِيهِ إِنْهَارُ الدَّمِ عَلَى أَبْلَغِ الْوُجُوهِ فَكَانَ حُكْمُ الْكُلِّ سَوَاءً. قَالَ (وَالْعُرُوقُ الَّتِي تُقَطَّعُ فِي الذِّكَاةِ أَرْبَعَةٌ: الْحَلْقُومُ، وَالْمَرِيءُ، وَالْوَدَجَانِ) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «أَهْرِ الْأَوْدَاجَ بِمَا شِئْتَ»^(٢). وَهِيَ اسْمُ جَمْعٍ وَأَقْلَهُ الثَّلَاثِ فَيَتَنَاوَلُ الْمَرِيءُ وَالْوَدَجَيْنِ، وَهُوَ حُجَّةٌ عَلَى الشَّافِعِيِّ فِي الْاِكْتِفَاءِ بِالْحَلْقُومِ وَالْمَرِيءِ، إِلَّا أَنَّهُ لَا يُمْكِنُ قَطْعُ هَذِهِ الثَّلَاثَةِ إِلَّا بِقَطْعِ الْحَلْقُومِ فَيَثْبُتُ قَطْعُ الْحَلْقُومِ بِاقْتِضَائِهِ، وَبِظَاهِرِ مَا ذَكَرْنَا يَحْتَاجُ مَالِكٌ وَلَا يَجُوزُ الْأَكْثَرُ مِنْهَا بَلْ يَشْتَرِطُ قَطْعَ جَمِيعِهَا (وَعِنْدَنَا إِنْ قَطَعَهَا حَلَّ الْأَكْلُ، وَإِنْ قَطَعَ أَكْثَرَهَا فَكَذَلِكَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ) وَقَالَا: لَا بُدَّ مِنْ قَطْعِ الْحَلْقُومِ وَالْمَرِيءِ وَآحَدِ الْوَدَجَيْنِ. قَالَ ﷺ: هَكَذَا ذَكَرَ الْقُدُورِيُّ الْاِخْتِلَافَ فِي مُخْتَصَرِهِ. وَالْمَشْهُورُ فِي كُتُبِ مَشَايخُنَا رَحِمَهُمُ اللَّهُ أَنَّ هَذَا قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ وَحْدَهُ. وَقَالَ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ: إِنْ قَطَعَ نِصْفَ الْحَلْقُومِ وَنِصْفَ الْأَوْدَاجِ لَمْ يُؤْكَلْ. وَإِنْ قَطَعَ أَكْثَرَ الْأَوْدَاجِ وَالْحَلْقُومِ قَبْلَ أَنْ يَمُوتَ أَكِلَ. وَلَمْ يَحْكِ خِلَافًا فَاخْتَلَفَتِ الرَّوَايَةُ فِيهِ. وَالْحَاصِلُ أَنَّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ إِذَا قَطَعَ الثَّلَاثُ: أَيُّ ثَلَاثٍ كَانَ يَحِلُّ، وَبِهِ كَانَ يَقُولُ أَبُو يُوسُفَ أَوَّلًا ثُمَّ رَجَعَ إِلَى مَا ذَكَرْنَا. وَعَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ يَعْتَبَرُ

(١) قال الزيلعي في نصب الراية (٤/٤٧١): غريب بهذا اللفظ.

(٢) أخرجه النسائي في الكبرى (٤٨١٦)، وانظر نصب الراية (٤/٤٧٤).

أَكْثَرَ كُلِّ فَرْدٍ وَهُوَ رَوَايَةٌ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ، لِأَنَّ كُلَّ فَرْدٍ مِنْهَا أَصْلٌ بِنَفْسِهِ لَانْفِصَالِهِ عَنْ غَيْرِهِ وَلَوْزُودِ الْأَمْرِ بِفَرْيِهِ فَيُعْتَبَرُ أَكْثَرُ كُلِّ فَرْدٍ مِنْهَا. وَأَبِي يُوسُفَ أَنَّ الْمَقْصُودَ مِنْ قَطْعِ الْوَدَجَيْنِ إِنْهَارُ الدِّمِ فَيَنْتَوِبُ أَحَدُهُمَا عَنِ الْآخَرِ، إِذْ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَجْرَى الدِّمِ. أَمَّا الْحُلُقُومُ فَيُخَالَفُ الْمَرِيءَ فَإِنَّهُ مَجْرَى الْعَلَفِ وَالْمَاءِ، وَالْمَرِيءُ مَجْرَى النَّفْسِ فَلَا بُدَّ مِنْ قَطْعِهِمَا. وَأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الْأَكْثَرَ يَقُومُ مَقَامَ الْكُلِّ فِي كَثِيرٍ مِنَ الْأَحْكَامِ، وَأَيُّ ثَلَاثٍ قَطَعَهَا فَقَدْ قَطَعَ الْأَكْثَرَ مِنْهَا وَمَا هُوَ الْمَقْصُودُ يَحْصُلُ بِهَا هُوَ إِنْهَارُ الدِّمِ الْمَسْفُوحِ وَالتَّوْحِيثُ فِي إِخْرَاجِ الرُّوحِ، لِأَنَّهُ لَا يَحْيَا بَعْدَ قَطْعِ مَجْرَى النَّفْسِ أَوْ الطَّعَامِ، وَيَخْرُجُ الدِّمُ بِقَطْعِ أَحَدِ الْوَدَجَيْنِ فَيَكْتَفَى بِهِ تَحَرُّرًا عَنْ زِيَادَةِ التَّعْذِيبِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا قَطَعَ النِّصْفَ لِأَنَّ الْأَكْثَرَ بَاقٍ فَكَأَنَّهُ لَمْ يَقْطَعْ شَيْئًا احتياطًا لِجَانِبِ الْحُرْمَةِ.

الشرح:

(وَالذَّبْحُ بَيْنَ الْحَلْقِ وَاللِّبَةِ، وَفِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ: لَا بَأْسَ بِالذَّبْحِ فِي الْحَلْقِ كُلِّهِ وَسَطُهُ وَأَعْلَاهُ وَأَسْفَلُهُ) وَأَيُّ بَلْفِظِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ لِأَنَّ فِيهِ بَيِّنَاتًا لَيْسَ فِي رَوَايَةِ الْقُدُورِيِّ، وَذَلِكَ لِأَنَّ فِي رَوَايَةِ الْقُدُورِيِّ الذَّبْحُ بَيْنَ الْحَلْقِ وَاللِّبَةِ وَلَيْسَ بَيْنَهُمَا مَذْبَحٌ غَيْرُهُمَا، فَيَحْمَلُ عَلَى مَا يَدُلُّ عَلَيْهِ لَفْظُ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ. وَالْأَصْلُ فِيهِ قَوْلُهُ ﷺ «الذَّكَاءُ مَا بَيْنَ اللَّبَةِ وَاللَّحْيَيْنِ» وَهُوَ يَقْتَضِي جَوَازَ الذَّبْحِ فَوْقَ الْحَلْقِ قَبْلَ الْعُقْدَةِ، لِأَنَّهُ وَإِنْ كَانَ قَبْلَ الْعُقْدَةِ فَهُوَ بَيْنَ اللَّبَةِ وَاللَّحْيَيْنِ، وَهُوَ دَلِيلٌ ظَاهِرٌ لِلْإِمَامِ الرُّشْتُغْنِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي حِلِّ مَا بَقِيَ عُقْدَةُ الْحُلُقُومِ مِمَّا يَلِي الصَّدْرَ. وَرَوَايَةُ الْمُبْسُوطِ أَيْضًا تُسَاعِدُهُ، وَلَكِنْ صَرَّحَ فِي ذَبَائِحِ الذَّخِيرَةِ أَنَّ الذَّبْحَ إِذَا وَقَعَ أَعْلَى مِنَ الْحُلُقُومِ لَا يَحِلُّ، وَكَذَلِكَ فِي فِتَاوَى أَهْلِ سَمَرْقَنْدَ لِأَنَّهُ ذَبَحَ فِي غَيْرِ الْمَذْبَحِ، وَهُوَ مُخَالَفٌ لظَاهِرِ الْحَدِيثِ كَمَا تَرَى، وَلِأَنَّ مَا بَيْنَ اللَّبَةِ وَاللَّحْيَيْنِ مَجْمَعُ الْعُرُوقِ وَالْمَجْرَى فَيَحْصُلُ بِالْفِعْلِ فِيهِ إِنْهَارُ الدِّمِ عَلَى أَبْلَغِ الْوُجُوهِ، وَكَانَ حُكْمُ الْكُلِّ سَوَاءً، وَلَا مُعْتَبَرٌ بِالْعُقْدَةِ. قَالَ (وَالْعُرُوقُ الَّتِي تُقْطَعُ فِي الذَّكَاءِ إلخ) الْعُرُوقُ الَّتِي تُقْطَعُ فِي الذَّكَاءِ أَرْبَعَةٌ: الْحُلُقُومُ وَالْمَرِيءُ، وَالْوَدَجَانِ وَاخْتَلَفَ الْعُلَمَاءُ رَحِمَهُمُ اللَّهُ فِي اشْتِرَاطِ مَا يُقْطَعُ مِنْهَا لِلْحِلِّ؛ فَذَهَبَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ إِلَى الْاِكْتِفَاءِ بِالْحُلُقُومِ وَالْمَرِيءِ؛ وَذَهَبَ مَالِكٌ رَحِمَهُ اللَّهُ إِلَى اشْتِرَاطِ قَطْعِ جَمِيعِهَا، وَذَهَبَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ إِلَى اشْتِرَاطِ قَطْعِ الْحُلُقُومِ وَالْمَرِيءِ وَأَحَدِ الْوَدَجَيْنِ رَجَعَ إِلَيْهِ بَعْدَ مَا

كَانَ قَوْلُهُ كَقَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ كَمَا تَذَكُّرُهُ. وَذَكَرَ الْقُدُورِيُّ أَنَّهُ قَوْلُ مُحَمَّدٍ أَيْضًا. وَقَالَ الْمُصَنِّفُ: الْمَشْهُورُ فِي كُتُبِ مَشَائِخِنَا رَحِمَهُمُ اللَّهُ أَنَّ هَذَا قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ وَحْدَهُ. وَذَكَرَ عَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ يُعْتَبَرُ أَكْثَرُ كُلِّ فَرْدٍ مِنْهَا وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ. وَأَمَّا أَبُو حَنِيفَةَ فَقَدْ اكْتَفَى بِقَطْعِ الثَّلَاثِ أَيُّهَا كَانَتْ، وَهِيَ ثَلَاثَةٌ أَوْجُهُ، وَإِنْ قَطَعَ الْجَمِيعُ فَهُوَ أَوْلَى وَهُوَ وَجْهٌ رَابِعٌ، وَالْأَصْلُ فِي ذَلِكَ قَوْلُهُ ﷺ «أَفْرِ الْأَوْدَاجَ بِمَا شِئْتَ» وَالْفَرَى: الْقَطْعُ لِلِإِصْلَاحِ، وَالْإِفْرَاءُ: الْقَطْعُ لِلْإِفْسَادِ فَيَكُونُ كَسْرُ الهمزة أُنْسَبَ، وَلِهَذَا قَالَ بَعْدَ هَذَا لَوُرُودِ الْأَمْرِ بِفَرِيهِ.

اِحْتَجَّ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ بِأَنَّهُ جَمَعَ الْأَوْدَاجَ وَمَا نَمَّةَ إِلَّا الْوَدَجَانِ، فَدَلَّ عَلَى أَنَّ الْمَقْصُودَ بِهَا مَا يَحْصُلُ بِهِ زُهُوقُ الرُّوحِ وَهُوَ بِقَطْعِ الْحُلُقُومِ وَالْمَرِيِّ، لِأَنَّ الْحَيَوَانَ لَا يَعِيشُ بَعْدَ قَطْعِهِمَا، وَهُوَ ضَعِيفٌ لَفْظًا وَمَعْنَى. أَمَّا لَفْظًا فَلَأَنَّ الْأَوْدَاجَ لَا دَلَالَةَ لَهَا عَلَى الْحُلُقُومِ وَالْمَرِيِّ أَصْلًا. وَأَمَّا مَعْنَى فَلَأَنَّ الْمَقْصُودَ إِسَالَةَ الدَّمِ التَّجْسِ، وَهُوَ إِنَّمَا يَحْصُلُ بِقَطْعِ مَجْرَاهُ، وَاحْتَجَّ مَالِكٌ رَحِمَهُ اللَّهُ بِظَاهِرِ دَلَالَةِ اللَّفْظِ وَبِمَا يَقْتَضِيهِ، فَإِنَّ الْأَوْدَاجَ جَمْعٌ وَأَقْلُهُ ثَلَاثٌ فَيَتَنَاوَلُ الْمَرِيءَ وَالْوَدَجَيْنِ، وَقَطْعُ هَذِهِ الثَّلَاثَةِ بِذَوْنِ قَطْعِ الْحُلُقُومِ مُتَعَذِّرٌ فَتَبَتَ قَطْعُ الْحُلُقُومِ بِالِاقْتِضَاءِ، وَجَوَابُهُ سَيَجِيءُ. وَاحْتَجَّ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ بِأَنَّ الْمَقْصُودَ مِنْ قَطْعِ الْوَدَجَيْنِ إِنْهَارُ الدَّمِ فَيَنْتَوِبُ أَحَدُهُمَا مَنَابَ الْآخَرِ، إِذَا كُلُّ مِنْهُمَا مَجَرَى الدَّمِ، أَمَّا الْحُلُقُومُ فَيُخَالَفُ الْمَرِيءَ، فَإِنَّ الْمَرِيءَ مَجَرَى الْعَلَفِ وَالْمَاءِ وَالْحُلُقُومُ مَجَرَى النَّفْسِ. وَوَقَعَ فِي بَعْضِ النُّسخِ بِالْعَكْسِ، وَلَيْسَ يُجِيدُ فَلَا بُدَّ مِنْ قَطْعِهِمَا وَهُوَ قَرِيبٌ، وَجَوَابُهُ سَيَجِيءُ. وَاحْتَجَّ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ بِأَنَّ كُلَّ فَرْدٍ مِنْهَا أَصْلٌ بِنَفْسِهِ لِانْفِصَالِهِ عَنْ غَيْرِهِ وَلَوُرُودِ الْأَمْرِ بِفَرِيهِ، وَالْأَكْثَرُ يَقُومُ مَقَامَ الْكُلِّ فَيُعْتَبَرُ أَكْثَرُ كُلِّ مِنَ الْأُمُورِ الْأَرْبَعَةِ وَهُوَ أَقْرَبُ كَمَا تَرَى. وَاحْتَجَّ أَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ بِأَنَّ الْأَكْثَرُ يَقُومُ مَقَامَ الْكُلِّ فِي كَثِيرٍ مِنَ الْأَحْكَامِ، وَأَيُّ ثَلَاثٍ قَطَعَهَا فَقَدْ قَطَعَ الْأَكْثَرُ مِنْهَا وَمَا هُوَ الْمَقْصُودُ يَحْصُلُ بِهَا وَهُوَ إِنْهَارُ الدَّمِ الْمُسْفُوحِ وَالتَّوْحِيَةِ: أَيِ التَّعْجِيلِ فِي إِخْرَاجِ الرُّوحِ، لِأَنَّهُ لَا يَحْيَا بَعْدَ قَطْعِ مَجَرَى النَّفْسِ أَوْ الطَّعَامِ.

وَبِهَذَا يَحْصُلُ جَوَابُ أَبِي يُوسُفَ، وَبِقَوْلِهِ (وَيَخْرُجُ الدَّمُ بِقَطْعِ أَحَدِ الْوَدَجَيْنِ فَيُكْتَفَى بِهِ تَحَرُّرًا عَنْ زِيَادَةِ التَّعْذِيبِ) جَوَابُ مَالِكٍ رَحِمَهُ اللَّهُ لَا يُقَالُ: الْأَوْدَاجُ جَمْعٌ

دَخَلَ عَلَيْهِ الْأَلْفُ وَاللَّامُ وَلَيْسَ ثَمَّةَ مَعُودٌ فَيَنْصَرِفُ إِلَى الْوَاحِدِ، كَمَا فِي قَوْلِهِ تَعَالَى ﴿لَا تَحِلُّ لَكَ النِّسَاءُ﴾ [الأحزاب: ٥٢] لِأَنَّ مَا تَحْتَهُ لَيْسَ أَفْرَادُهُ حَقِيقَةً وَالْإِنْصِرَافُ إِلَى الْجِنْسِ فِيمَا يَكُونُ كَذَلِكَ. وَقَوْلُهُ (بِخِلَافِ مَا إِذَا قَطَعَ النِّصْفَ لِأَنَّ الْأَكْثَرَ بَاقٍ) قِيلَ: يَعْنِي أَكْثَرَ الْمُرْخَصِ فِيهِ وَهُوَ الثَّلَاثَةُ، فَإِنَّ الْاِثْنَيْنِ لَمَّا كَانَا بَاقِيَيْنِ كَانَ أَكْثَرُ الْمُرْخَصِ بَاقِيًا فَلَا يَحِلُّ. وَقِيلَ لَمَّا كَانَ جَانِبُ الْحُرْمَةِ مُرْجَحًا كَانَ لِلنِّصْفِ الْبَاقِي حُكْمُ الْأَكْثَرِ فَكَأَنَّهُ لَمْ يَقْطَعْ شَيْئًا وَرُبَّمَا لَوْحٌ إِلَى هَذَا بِقَوْلِهِ احْتِاطًا لْجَانِبِ الْحُرْمَةِ.

قَالَ (وَيَجُوزُ الذَّبْحُ بِالظُّفْرِ وَالسِّنِّ وَالْقَرْنِ إِذَا كَانَ مَنْزُوعًا حَتَّى لَا يَكُونَ بِأَكْلِهِ بَاسٌ، إِلَّا أَنَّهُ يُكْرَهُ هَذَا الذَّبْحُ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: الْمَذْبُوحُ مَيْتَةٌ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «كُلْ مَا أَنْهَرَ الدَّمَ وَأَفْرَى الْأَوْدَاجَ مَا خَلَا الظُّفْرُ وَالسِّنُّ فَإِنَّهُمَا مَدَى الْحَبَشَةِ»^(١) وَلَأَنَّهُ فَعَلَ غَيْرَ مَشْرُوعٍ فَلَا يَكُونُ ذَكَاةً كَمَا إِذَا ذُبِحَ بِغَيْرِ الْمَنْزُوعِ، وَلَنَّا قَوْلَهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «أَنْهَرَ الدَّمَ بِمَا شِئْتَ» وَيُرْوَى «أَفْرِ الْأَوْدَاجَ بِمَا شِئْتَ»^(٢) وَمَا رَوَاهُ مَحْمُولٌ عَلَى غَيْرِ الْمَنْزُوعِ فَإِنَّ الْحَبَشَةَ كَانُوا يَفْعَلُونَ ذَلِكَ، وَلَأَنَّهُ أَلْتَّ جَارِحَةً فَيَحْصُلُ بِهِ مَا هُوَ الْمَقْصُودُ وَهُوَ إخراج الدَّمِ وَصَارَ كَالْحَجَرِ وَالْحَدِيدِ، بِخِلَافِ غَيْرِ الْمَنْزُوعِ لِأَنَّهُ يُقْتَلُ بِالثَّقَلِ فَيَكُونُ فِي مَعْنَى الْمُنْخَبِطَةِ، وَإِنَّمَا يُكْرَهُ لِأَنَّهُ فِيهِ اسْتِعْمَالُ جُزْءِ الْإِنْسَانِ وَلِأَنَّهُ فِيهِ إِعْسَارٌ عَلَى الْحَيَوَانِ وَقَدْ أَمَرْنَا فِيهِ بِالْإِحْسَانِ.

قَالَ (وَيَجُوزُ الذَّبْحُ بِاللَّيْطَةِ وَالْمَرُوءَةِ وَكُلِّ شَيْءٍ أَنْهَرَ الدَّمَ إِلَّا السِّنَّ الْقَائِمَ وَالظُّفْرَ الْقَائِمَ) فَإِنَّ الْمَذْبُوحَ بِهِمَا مَيْتَةٌ لَمَّا بَيَّنَّا، وَنَصَّ مُحَمَّدٌ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ عَلَى أَنَّهَا مَيْتَةٌ لِأَنَّهُ وَجَدَ فِيهِ نَصًّا. وَمَا لَمْ يَجِدْ فِيهِ نَصًّا يَحْتَاطُ فِي ذَلِكَ، فَيَقُولُ فِي الْحِلِّ لَا بَاسَ بِهِ وَفِي الْحُرْمَةِ يَقُولُ يُكْرَهُ أَوْ لَمْ يُؤْكَلْ. قَالَ (وَيُسْتَحَبُّ أَنْ يُجِدَ الذَّبَائِحُ شَفَرَتَهُ) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «إِنَّ اللَّهَ تَعَالَى كَتَبَ الْإِحْسَانَ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ، فَإِذَا قَتَلْتُمْ فَأَحْسِنُوا الْقِتْلَةَ، وَإِذَا ذَبَحْتُمْ فَأَحْسِنُوا الذَّبْحَةَ، وَلْيُجِدْ أَحَدُكُمْ شَفَرَتَهُ وَلْيُرِجْ ذَبِيحَتَهُ»^(٣) وَيُكْرَهُ أَنْ يُضَجِّعَهَا ثُمَّ يُجِدَّ الشَّفْرَةَ لَمَّا رُوِيَ عَنِ النَّبِيِّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «أَنَّهُ رَأَى رَجُلًا

(١) أخرجه أبو داود (٢٨٢١)، وانظر نصب الراية (٤/٤٧٣).

(٢) سبق تخريجه.

(٣) أخرجه الطبراني في الكبير والأوسط كما في المجمع (٤/٣٣)، وانظر نصب الراية (٤/٤٧٤).

أَضْجَعَ شَاةً وَهُوَ يُحِدُ شَفْرَتَهُ فَقَالَ: لَقَدْ أَرَدْتُ أَنْ تُمِيتَهَا مَوْتَاتٍ، هَلَا حَدَدْتُهَا قَبْلَ أَنْ تُضْجِعَهَا»^(١) قَالَ (وَمَنْ بَلَغَ بِالسَّكَنِ النَّخَاعَ أَوْ قَطَعَ الرَّأْسَ كَرِهَ لَهُ ذَلِكَ وَتَوَكَّلْ ذَبِيحَتُهُ) وَفِي بَعْضِ النُّسخِ: قَطَعَ مَكَانَ بَلَغَ. وَالنُّخَاعُ عِرْقٌ أبيضٌ فِي عَظْمِ الرُّقْبَةِ، أَمَّا الْكَرَاهَةُ فَلَمَّا رَوَى عَنِ النَّبِيِّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «أَنَّهُ تَهَى أَنْ تُنَخَعَ الشَّاةُ إِذَا ذُبِحَتْ»^(٢) وَتَفْسِيرُهُ مَا ذَكَرْنَاهُ، وَقِيلَ مَعْنَاهُ: أَنْ يَمُدَّ رَأْسُهُ حَتَّى يَظْهَرَ مَذْبَحُهُ، وَقِيلَ أَنْ يَكْسِرَ عُنُقَهُ قَبْلَ أَنْ يَسْكُنَ مِنَ الاضطرابِ، وَكُلُّ ذَلِكَ مَكْرُوهٌ، وَهَذَا لِأَنَّ فِي جَمِيعِ ذَلِكَ وَفِي قَطْعِ الرَّأْسِ زِيَادَةٌ تَعْدِيْبُ الْحَيَوَانِ بِلا فَائِدَةٍ وَهُوَ مِنْهِي عَنْهُ. وَالْحَاصِلُ أَنَّ مَا فِيهِ زِيَادَةٌ إِيْلَامٌ لَا يَحْتَاجُ إِلَيْهِ فِي الذَّكَاةِ مَكْرُوهٌ. وَيُكْرَهُ أَنْ يَجْرُ مَا يُرِيدُ ذَبْحَهُ بِرِجْلِهِ إِلَى الْمَذْبَحِ، وَأَنَّ تُنَخَعَ الشَّاةُ قَبْلَ أَنْ تَبْرُدَ يَعْنِي تَسْكُنَ مِنَ الاضطرابِ، وَبَعْدَهُ لَا أَلَمَ فَلَا يُكْرَهُ النَّخَعُ وَالسَّلْخُ، إِلَّا أَنَّ الْكَرَاهَةَ لِمَعْنَى زَائِدٍ وَهُوَ زِيَادَةُ الْأَلَمِ قَبْلَ الذَّبْحِ أَوْ بَعْدَهُ فَلَا يُوجِبُ التَّحْرِيمَ فَلِهَذَا قَالَ: تَوَكَّلْ ذَبِيحَتُهُ.

قَالَ (فَإِنْ ذُبِحَ الشَّاةُ مِنْ قَفَاها فَبَقِيَتْ حَيَّةً حَتَّى قَطَعَ الْعُرُوقَ حَلًّا) لَتَحَقُّقِ الْمَوْتِ بِمَا هُوَ ذَكَاةٌ، وَيُكْرَهُ لِأَنَّ فِيهِ زِيَادَةُ الْأَلَمِ مِنْ غَيْرِ حَاجَةٍ فَصَارَ كَمَا إِذَا جَرَحَهَا ثُمَّ قَطَعَ الْأَوْدَاجَ (وَأِنْ مَاتَتْ قَبْلَ قَطْعِ الْعُرُوقِ لَمْ تَوَكَّلْ) لَوْجُودِ الْمَوْتِ بِمَا لَيْسَ بِذَكَاةٍ فِيهَا. قَالَ (وَمَا اسْتَأْنَسَ مِنَ الصَّيْدِ فَذَكَائِهِ الذَّبْحُ، وَمَا تَوَحَّشَ مِنَ النِّعَمِ فَذَكَائِهِ الْعَقْرُ وَالْجُرْحُ) لِأَنَّ ذَكَاةَ الاضطرابِ إِنَّمَا يُصَارُ إِلَيْهِ عِنْدَ الْعَجْزِ عَنْ ذَكَاةِ الْاِخْتِيَارِ عَلَى مَا مَرَّ، وَالْعَجْزُ مُتَحَقِّقٌ فِي الْوَجْهِ الثَّانِي دُونَ الْأَوَّلِ (وَكَذَا مَا تَرَدَّى مِنَ النِّعَمِ فِي بَثْرِ وَوَقَعَ الْعَجْزُ عَنْ ذَكَاةِ الْاِخْتِيَارِ لَمَّا بَيَّنَّا).

وَقَالَ مَالِكٌ: لَا يَحِلُّ بِذَكَاةِ الاضطرابِ فِي الْوَجْهَيْنِ لِأَنَّ ذَلِكَ نَادِرٌ. وَتَحْنُ نَقُولُ: الْمُعْتَبَرُ حَقِيقَةُ الْعَجْزِ وَقَدْ تَحَقَّقَ هَيْصَارُ إِلَى الْبَدَلِ، كَيْفَ وَإِنَّا لَا نُسَلِّمُ الثَّدْرَةَ بَلْ هُوَ غَالِبٌ. وَفِي الْكِتَابِ أَطْلَقَ هَيْمَا تَوَحَّشَ مِنَ النِّعَمِ. وَعَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّ الشَّاةَ إِذَا نَدَّتْ فِي الصَّحْرَاءِ فَذَكَائُهَا الْعَقْرُ، وَإِنْ نَدَّتْ فِي الْمِصْرِ لَا تَحِلُّ بِالْعَقْرِ لِأَنَّهَا لَا تَدْفَعُ عَنْ نَفْسِهَا فَيُمْكِنُ اخْتِذَافُهَا فِي الْمِصْرِ فَلَا عَجْزَ، وَالْمِصْرُ وَغَيْرُهُ سَوَاءٌ فِي الْبَقْرِ وَالْبَعِيرِ لِأَنَّهُمَا يَدْفَعَانِ

(١) قال الزيلعي في نصب الراية (٤/٤٧٥): غريب.

(٢) سبق تخريجه في النفقات.

عَنْ أَنْفُسِهِمَا فَلَا يَقْدِرُ عَلَى أَخْذِهِمَا، وَإِنْ نَدَا فِي الْمَصْرِ فَيَتَحَقَّقُ الْعَجْزُ، وَالصِّيَالُ كَالنَّدِ إِذَا كَانَ لَا يَقْدِرُ عَلَى أَخْذِهِ، حَتَّى لَوْ قَتَلَهُ الْمَصُولُ عَلَيْهِ وَهُوَ يُرِيدُ الذِّكَاةَ حَلَّ أَكْلِهِ. قَالَ (وَالْمُسْتَحَبُّ فِي الْإِبِلِ النَّحْرُ، فَإِنْ ذَبَحَهَا جَازَ وَيُكْرَهُ. وَالْمُسْتَحَبُّ فِي الْبَقَرِ وَالْغَنَمِ الذَّبْحُ فَإِنْ نَحَرَهُمَا جَازَ وَيُكْرَهُ) أَمَّا الْأَسْتِحْبَابُ فَلَمْوَافَقَةُ السُّنَنِ الْمَتَوَارِثَةِ وَلَا جَمَاعَ الْعُرُوقِ فِيهَا فِي الْمَنْحَرِ وَفِيهِمَا فِي الْمَذْبَحِ، وَالْكَرَاهَةُ لِمُخَالَفَةِ السُّنَنِ وَهِيَ لِمَعْنَى فِي غَيْرِهِ فَلَا تَمْنَعُ الْجَوَازَ وَالْحِلَّ خِلَافًا لِمَا يَقُولُهُ مَا لَكَ إِنَّهُ لَا يَحِلُّ.

الشرح:

قَالَ (وَيَجُوزُ الذَّبْحُ بِالظُّفْرِ وَالْقَرْنِ وَالسِّنِّ إِنْ خ) الذَّبْحُ بِالظُّفْرِ وَالْقَرْنِ وَالسِّنِّ الْمَنْزُوعَةِ جَائِزٌ مَكْرُوهٌ، وَأَكْلُ الذَّبِيحِ بِهَا لَا بَأْسَ بِهِ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: هُوَ مَيْتَةٌ لِقَوْلِهِ ﷺ «كُلُّ مَا أَثْهَرَ الدَّمَ وَأَفْرَى الْأَوْدَاجَ مَا خَلَا الظُّفْرَ وَالسِّنَّ فَإِنَّهُمَا مُدَى الْحَبْشَةِ» اسْتِثْنَاهُمَا بِالْإِطْلَاقِ عَمَّا يَجُوزُ أَكْلُهُ فَيَتَنَاوَلُ الْحُرْمَةَ بِالْمَنْزُوعِ وَالْقَائِمِ، وَلِأَنَّ الذِّكَاةَ فِعْلٌ مَشْرُوعٌ، وَإِثْهَارُ الدَّمِ بِهَا مُطْلَقًا غَيْرُ مَشْرُوعٍ فَلَا يَكُونُ ذِكَاةً كَغَيْرِ الْمَنْزُوعِ، وَلَنَا قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «أَثْهَرَ الدَّمَ بِمَا شِئْتَ» وَيُرْوَى «أَفْرَى الْأَوْدَاجَ بِمَا شِئْتَ» وَهُوَ بِإِطْلَاقِهِ يَقْتَضِي الْجَوَازَ بِالْمَنْزُوعِ وَغَيْرِهِ، إِلَّا أَنَّا تَرَكْنَا غَيْرَ الْمَنْزُوعِ بِمَا رَوَاهُ الشَّافِعِيُّ فَإِنَّ فِيهِ دَلَالََةً عَلَى ذَلِكَ وَهُوَ قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ " فَإِنَّهَا مُدَى الْحَبْشَةِ " فَإِنَّهُمْ لَا يُقْلَمُونَ الْأَظْفَارَ وَيُحَدِّدُونَ الْأَسْنَانَ وَيُقَاتِلُونَ بِالْخَدَشِ وَالْعَضِّ، وَهَذَا مَعْنَى قَوْلِهِ وَمَا رَوَاهُ مَحْمُولٌ عَلَى غَيْرِ الْمَنْزُوعِ. وَقَوْلُهُ (وَلَا تَهْ أَلَّةَ جَارِحَةٍ) جَوَابٌ عَنْ دَلِيلِهِ الْمَعْقُولِ. وَتَقْرِيرُهُ: إِنَّمَا لَا تُسَلَّمُ أَنَّ إِثْهَارَ الدَّمِ بِالظُّفْرِ وَالسِّنِّ الْمَنْزُوعِينَ غَيْرُ مَشْرُوعٍ، فَإِنَّهُ أَيْ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَلَّةٌ جَارِحَةٌ يَحْصُلُ بِهَا الْمَقْصُودُ وَهُوَ إِخْرَاجُ الدَّمِ فَصَارَ كَاللَّيْطَةِ وَالْحَجَرِ وَالْحَدِيدِ وَالسَّكِينِ الْكَالِيلِ، وَبَاقِي كَلَامِهِ ظَاهِرٌ سِوَى أَلْفَاظٍ تُفَسِّرُهَا: اللَّيْطَةُ بِكَسْرِ اللَّامِ: قَشْرُ الْقَصَبِ، وَالْمَرْوَةُ: الْحَجَرُ الْحَادُّ (وَقَوْلُهُ لَمَّا يَتَنَا) إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ لِأَنَّهُ يَقْتُلُ بِالثَّقَلِ فَيَكُونُ فِي مَعْنَى الْمُنْخَنَقَةِ، وَقَوْلُهُ ﷺ «لَقَدْ أَرَدْتُ أَنْ تُمَيِّتَهَا مَوْتَاتٍ» قِيلَ إِنَّمَا يَكُونُ ذَلِكَ إِذَا عُلِمَ الْمَقْصُودُ بِالذَّبْحِ أَنَّ التَّحْدِيدَ لَذَبْحِهِ، وَلَيْسَ كَذَلِكَ لِأَنَّ الْمَذْبُوحَ لَا عَقْلَ لَهُ، وَهُوَ مَعَ كَوْنِهِ سُوءَ أَدَبٍ سَاقِطٌ لِأَنَّ الْوَهْمَ فِي ذَلِكَ كَافٍ وَهُوَ مَوْجُودٌ فِيهِ وَالْعَقْلُ يَحْتَاجُ إِلَيْهِ لِمَعْرِفَةِ الْكَلِّيَّاتِ وَمَا نَحْنُ فِيهِ لَيْسَ مِنْهَا.

وَالشُّخَاعُ بِالْفَتْحِ وَالْكَسْرِ وَالضَّمُّ لُغَةٌ فِيهِ، فَسَرَّهُ الْمُصَنِّفُ بِأَنَّهُ عَرِقُ أَيْضُ فِي عَظَمِ الرَّقَبَةِ، وَنَسَبَهُ صَاحِبُ النِّهَايَةِ إِلَى السَّهْوِ. وَقَالَ: وَهُوَ خَيْطٌ أَيْضُ فِي جَوْفِ عَظَمِ الرَّقَبَةِ مُمْتَدُّ إِلَى الصُّلْبِ، وَرُدُّ بِأَنَّ بَدَنَ الْحَيَوَانِ مُرَكَّبٌ مِنْ عِظَامٍ وَأَعْصَابٍ وَعُرُوقٍ هِيَ شَرَايِينُ وَأَوْتَارٌ، وَمَا ثَمَّةُ شَيْءٍ يُسَمَّى بِالْخَيْطِ أَصْلًا. ثُمَّ ذَكَرَ الْمُصَنِّفُ رَحِمَهُ اللَّهُ الْأَصْلَ الْجَامِعَ فِي إِفَادَةِ مَعْنَى الْكَرَاهَةِ وَهُوَ كُلُّ مَا فِيهِ زِيَادَةُ أَلَمٍ لَا يَحْتَاجُ إِلَيْهِ فِي الذِّكَاةِ. قَالَ (وَمَا اسْتَأْنَسَ مِنَ الصَّيْدِ) قَدْ مَرَّ أَنَّ الذَّبْحَ الْاضْطِرَارِّيَّ بَدَلٌ عَنِ الْاخْتِيَارِيِّ فَلَا مَصِيرَ إِلَى الْأَوَّلِ قَبْلَ الْعَجْزِ عَنِ الثَّانِي، وَهَذَا مَخْرَجُ مَا ذُكِرَ فِي الْكِتَابِ (وَقَوْلُهُ لَمَّا بَيَّنَّا) إِشَارَةً إِلَى قَوْلِهِ لِأَنَّ ذِكَاةَ الْاضْطِرَارِّ إِنَّمَا يُصَارُ إِلَيْهِ عِنْدَ الْعَجْزِ (وَقَالَ مَالِكٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَا يَحِلُّ الْأَكْلُ بِذِكَاةِ الْاضْطِرَارِّ فِي الْوَجْهَيْنِ) يَعْنِي مَا تَوَحَّشَ وَمَا تَرَدَّى، لِأَنَّ ذَلِكَ نَادِرٌ وَالنَّادِرُ لَا حُكْمَ لَهُ. قُلْنَا: لَا تُسَلِّمُ الثَّدْرَةَ، وَلَكِنْ كَانَتْ فَالْمُعْتَبَرَةُ حَقِيقَةُ الْعَجْزِ وَقَدْ تَحَقَّقَ وَقَوْلُهُ (وَفِي الْكِتَابِ) يُرِيدُ بِهِ الْقُدُورِيَّ وَكَلَامُهُ وَاضِحٌ. وَالتَّخَرُّ: قَطْعُ الْعُرُوقِ عِنْدَ الصَّدْرِ، وَالذَّبْحُ: قَطْعُهَا تَحْتَ اللَّحْيَيْنِ، وَالْمُسْتَحَبُّ فِي الْإِبِلِ الْأَوَّلُ وَفِي غَيْرِهِ الثَّانِي، وَالْعَكْسُ يَجُوزُ. وَيُكْرَهُ لَمَّا ذُكِرَ فِي الْكِتَابِ (وَقَوْلُهُ لَمَعْنَى فِي غَيْرِهِ) أَيُّ فِي غَيْرِ الذَّبْحِ وَهُوَ تَرَكُّ السَّنَةِ

قَالَ (وَمَنْ نَحَرَ نَاقَةً أَوْ ذَبَحَ بَقَرَةً فَوَجَدَ فِي بَطْنِهَا جَنِينًا مَيِّتًا لَمْ يُؤْكَلْ أَشْعَرُ أَوْ لَمْ يُشْعِرْ) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَهُوَ قَوْلُ زُهْرٍ وَالْحَسَنِ بْنِ زِيَادٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُمَا اللَّهُ: إِذَا تَمَّ خَلْقُهُ أَكِلَ وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «ذِكَاةُ الْجَنِينِ ذِكَاةُ أُمِّهِ»^(١) وَلِأَنَّهُ جُزْءٌ مِنَ الْأُمِّ حَقِيقَةً لِأَنَّهُ مُتَّصِلٌ بِهَا حَتَّى يُفْصَلَ بِالْمِقْرَاضِ وَيَتَغَذَّى بِغِذَائِهَا وَيَتَنَفَّسُ بِتَنَفُّسِهَا، وَكَذَا حُكْمًا حَتَّى يَدْخُلَ فِي الْبَيْعِ الْوَارِدِ عَلَى الْأُمِّ وَيَعْتَقَ بِإِعْتَاقِهَا. وَإِذَا كَانَ جُزْءًا مِنْهَا فَالْجُرْحُ فِي الْأُمِّ ذِكَاةٌ لَهُ عِنْدَ الْعَجْزِ عَنِ ذِكَاةِ كَمَا فِي الصَّيْدِ. وَلَهُ أَنَّهُ أَصْلٌ فِي الْحَيَاةِ حَتَّى تُتَّصَرَّحَ بِحَيَاتِهِ بَعْدَ مَوْتِهَا وَعِنْدَ ذَلِكَ يُفْرَدُ بِالذِّكَاةِ، وَلِهَذَا يُفْرَدُ بِإِجَابِ الْغُرَّةِ وَيَعْتَقُ بِإِعْتَاقِ مُضَافٍ إِلَيْهِ، وَتَصِحُّ الْوَصِيَّةُ لَهُ وَبِهِ، وَهُوَ حَيَوَانٌ دَمَوِيٌّ، وَمَا هُوَ الْمَقْصُودُ مِنَ الذِّكَاةِ وَهُوَ الْمَيِّزُ بَيْنَ الدَّمِ

(١) أخرجه أبو داود (٢٨٢٨)، والبيهقي في الكبرى (٥٦١/٩، ٥٦٢)، وانظر نصب الراية (٤/٤٧٧).

وَاللَّحْمَ لَا يَتَحَصَّلُ بِجُرْحِ الْأَمِّ، إِذْ هُوَ لَيْسَ بِسَبَبٍ لَخُرُوجِ الدَّمِ عَنْهُ فَلَا يُجْعَلُ تَبَعًا فِي حَقِّهِ، بِخِلَافِ الْجُرْحِ فِي الصَّيْدِ لِأَنَّهُ سَبَبٌ لَخُرُوجِهِ نَاقِصًا فَيَقَامُ مَقَامَ الْكَامِلِ فِيهِ عِنْدَ التَّعَذُّرِ. وَإِنَّمَا يَدْخُلُ فِي الْبَيْعِ تَحْرِيًّا لَجَوَازِهِ كَي لَا يَفْسُدَ بِاسْتِثْنَائِهِ، وَيُعْتَقَ بِاعْتَاقِهَا كَي لَا يَنْفَصِلَ مِنَ الْحُرَّةِ وَلَدَ رَقِيقٍ.

الشرح:

(وَقَوْلُهُ أَشْعَرَ) مَعْنَاهُ نَبَتَ شَعْرُهُ مِثْلُ أَغَشَبَ الْمَكَانَ، وَكَلَامُهُ وَاضِحٌ خَلَا أَنَّهُ لَمْ يُجِبْ عَنِ الْحَدِيثِ الَّذِي اسْتَدَلَّ بِهِ لِأَنَّهُ يَصْلُحُ لِلِاسْتِدْلَالِ لِأَنَّهُ رُوِيَ «ذَكَاةُ أُمِّهِ» بِالرَّفْعِ وَالنَّصْبِ، فَإِنْ كَانَ مَنْصُوبًا فَلَا إِشْكَالَ أَنَّهُ تَشْبِيهٌ، وَإِنْ كَانَ مَرْفُوعًا فَكَذَلِكَ لِأَنَّهُ أَقْوَى فِي التَّشْبِيهِ مِنَ الْأَوَّلِ، عُرِفَ ذَلِكَ فِي عِلْمِ الْبَيَانِ. قِيلَ وَمِمَّا يَدُلُّ عَلَى ذَلِكَ تَقْدِيمُ ذَكَاةِ الْجَنِينِ كَمَا فِي قَوْلِهِ: وَعَيْنَاكَ عَيْنَاهَا وَجِيدُكَ جِيدُهَا سِوَى أَنْ عَظُمَ السَّاقِ مِنْكَ دَقِيقٌ.

فصل فيما يؤكل وما لا يؤكل

قَالَ (وَلَا يَجُوزُ أَكْلُ ذِي نَابٍ مِنَ السَّبَاعِ وَلَا ذِي مَخْلَبٍ مِنَ الطُّيُورِ) لِأَنَّ «النَّبْيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ نَهَى عَنْ أَكْلِ كُلِّ ذِي مَخْلَبٍ مِنَ الطُّيُورِ وَكُلِّ ذِي نَابٍ مِنَ السَّبَاعِ»^(١). وَقَوْلُهُ مِنَ السَّبَاعِ ذَكَرَ عَقِيبَ التَّوَعِينِ فَيَنْصَرِفُ إِلَيْهِمَا فَيَتَنَاوَلُ سِبَاعَ الطُّيُورِ وَالْبَهَائِمِ لِأَكْلِ مَا لَهُ مَخْلَبٌ أَوْ نَابٌ. وَالسَّبْعُ كُلُّ مُخْتَطَفٍ مُنْتَهَبٍ جَارِحٍ قَاتِلٍ عَادٍ عَادَةً. وَمَعْنَى التَّحْرِيمِ وَاللَّهُ أَعْلَمُ كَرَامَةَ بَنِي آدَمَ كَي لَا يَعْدُو شَيْءٌ مِنْ هَذِهِ الْأَوْصَافِ الذَّمِيمَةِ إِلَيْهِمْ بِالْأَكْلِ، وَيَدْخُلُ فِيهِ الضَّبُعُ وَالثَّلَبُ، فَيَكُونُ الْحَدِيثُ حُجَّةً عَلَى الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي إِبَاحَتِهِمَا، وَالْفِيلُ ذُو نَابٍ فَيَكْرَهُ، وَالْيَرْبُوعُ وَابْنُ عَرَسٍ مِنَ السَّبَاعِ الْهُوَامُ

الشرح:

(فَصْلٌ فِي مَا يُؤْكَلُ وَمَا لَا يُؤْكَلُ): ذَكَرَ هَذَا الْفَصْلَ عَقِيبَ الذَّبَائِحِ لِأَنَّهُ الْمَقْصُودُ مِنَ الذَّبَائِحِ وَالْوَسِيلَةُ إِلَى الشَّيْءِ تُقَدَّمُ عَلَيْهِ فِي الذِّكْرِ وَكَلَامُهُ وَاضِحٌ، وَإِنَّمَا ذَكَرَ أَوْصَافَ السَّبْعِ لِيُنَبِّهَ عَلَى ذَلِكَ قَوْلُهُ (كَي لَا يَعْدُو شَيْءٌ مِنْ هَذِهِ الْأَوْصَافِ الذَّمِيمَةِ إِلَيْهِمْ) وَالْفَرْقُ بَيْنَ الْإِخْطَافِ وَالِانْتِهَابِ أَنَّ الْإِخْطَافَ مِنْ فِعْلِ الطُّيُورِ وَالِانْتِهَابَ مِنْ فِعْلِ سِبَاعِ الْبَهَائِمِ، قَالَ فِي الْمَبْسُوطِ: فَالْمَرَادُ بِذِي الْخَطْفَةِ مَا يَخْطِفُ بِمَخْلَبِهِ مِنَ الْهُوَاءِ

(١) أخرجه مسلم في الصيد والذبائح (١٦)، وانظر نصب الراية (٤/٤٨٠).

كَالْبَارِي وَالْعُقَابِ، وَمَنْ ذِي الثُّهْيَةِ مَا يَنْتَهَبُ بَنَابَهُ مِنَ الْأَرْضِ كَالْأَسَدِ وَالذَّبِّ (قَوْلُهُ وَيَدْخُلُ فِي الضَّبْعِ. وَالتَّغْلَبُ) لِأَنَّ لَهُمَا نَابًا يُقَاتِلَانِ بِهِ فَلَا يُؤْكَلُ لَحْمُهُمَا كَالذَّبِّ فَيَكُونُ الْحَدِيثُ حُجَّةً عَلَى الشَّافِعِيِّ فِي إِبَاحَتِهِمَا فَإِنْ قِيلَ: يُعَارِضُهُ حَدِيثُ جَابِرٍ رضي الله عنه «أَنَّهُ سُئِلَ عَنِ الضَّبْعِ أَصِيدَ هُوَ؟ فَقَالَ: نَعَمْ، فَقِيلَ أَيْؤْكَلُ لَحْمُهُ؟ فَقَالَ: نَعَمْ، فَقِيلَ أَشَيْءٌ سَمِعْتَهُ مِنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ؟ فَقَالَ: نَعَمْ» فَلَا يَكُونُ حُجَّةً.

أُجِيبَ بِأَنَّ حَدِيثَنَا مَشْهُورٌ لَا يُعَارِضُهُ حَدِيثُ جَابِرٍ إِنْ صَحَّ، وَقَدْ قِيلَ إِنَّهُ كَانَ فِي الْإِبْتِدَاءِ ثُمَّ تُسَخِّحُ بِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَحَرَّمَ عَلَيْهِمُ الْخَبِيثَاتِ﴾ [الأعراف: ١٥٧] وَابْنُ عَرَسٍ ذُوَيْبَةً، وَالرَّخِمَ جَمْعُ رَحْمَةٍ وَهُوَ طَائِرٌ أَتْلَقُ يُشْبِهُ النَّسْرَ فِي الْخَلْقَةِ، وَالْبُعَاثُ مَا لَا يَصِيدُ مِنْ صِغَارِ الطَّيْرِ وَضِعَافِهِ، وَأَمَّا الْغُرَابُ الْأَسْوَدُ وَالْأَبْقَعُ فَهُوَ أَنْوَاعٌ ثَلَاثَةٌ:

نَوْعٌ يَلْتَقِطُ الْحَبَّ وَلَا يَأْكُلُ الْجَيْفَ وَلَيْسَ بِمَكْرُوهٍ، وَنَوْعٌ مِنْهُ لَا يَأْكُلُ إِلَّا الْجَيْفَ وَهُوَ الَّذِي سَمَّاهُ الْمُصَنِّفُ الْأَبْقَعُ الَّذِي يَأْكُلُ الْجَيْفَ وَأَنَّهُ مَكْرُوهٌ، وَنَوْعٌ يَخْلُطُ بِأَكْلِ الْحَبِّ مَرَّةً وَالْجَيْفَ أُخْرَى وَلَمْ يَذْكُرْهُ فِي الْكِتَابِ وَهُوَ غَيْرُ مَكْرُوهٍ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ مَكْرُوهٌ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ.

وَكَرِهُوا أَكْلَ الرَّخِمِ وَالْبُعَاثِ لِأَنَّهُمَا يَأْكُلَانِ الْجَيْفَ قَالَ (وَلَا بَأْسَ بِغُرَابِ الزَّرْعِ) لِأَنَّهُ يَأْكُلُ الْحَبَّ وَلَا يَأْكُلُ الْجَيْفَ وَلَيْسَ مِنْ سِبَاعِ الطَّيْرِ.
قَالَ (وَلَا يُؤْكَلُ الْأَبْقَعُ الَّذِي يَأْكُلُ الْجَيْفَ، وَكَذَا الْغُدَافُ).

الشرح:

(قَوْلُهُ وَكَذَا الْغُدَافُ) وَهُوَ غُرَابُ الْقَيْظِ لَا يُؤْكَلُ. وَأَصْلُ ذَلِكَ أَنَّ مَا يَأْكُلُ الْجَيْفَ فَلَحْمُهُ نَبَتْ مِنَ الْحَرَامِ فَيَكُونُ خَبِيثًا عَادَةً، وَمَا يَأْكُلُ الْحَبَّ لَمْ يُوجَدْ ذَلِكَ فِيهِ، وَمَا خَلَطَ كَالدَّجَاجِ وَالْعَقَقِ فَلَا بَأْسَ بِأَكْلِهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَهُوَ الْأَصَحُّ، لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَكَلَ الدَّجَاجَةَ وَهِيَ مِمَّا يَخْلُطُ.

(وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: لَا بَأْسَ بِأَكْلِ الْعَقَقِ) لِأَنَّهُ يَخْلُطُ فَأَشْبَهَ الدَّجَاجَةَ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يُكْرَهُ لِأَنَّ غَالِبَ أَكْلِهِ الْجَيْفُ

قَالَ (وَيُكْرَهُ أَكْلُ الضَّبْعِ وَالضَّبِّ وَالسُّلْحَفَةِ وَالزُّنْبُورِ وَالْحَشَرَاتِ كُلِّهَا) أَمَّا الضَّبْعُ فَلَمَّا ذَكَّرْنَا، وَأَمَّا الضَّبُّ فَلَأَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ نَهَى عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ

عَنْهَا حِينَ سَأَلَتْهُ عَنْ أَكْلِهِ ^(١). وَهِيَ حُجَّةٌ عَلَى الشَّافِعِيِّ فِي إِبَاحَتِهِ، وَالزُّنْبُورُ مِنَ الْمُؤْذِيَّاتِ. وَالسَّلْحَفَاءُ مِنَ خَبَائِثِ الْحَشَرَاتِ وَلِهَذَا لَا يَجِبُ عَلَى الْمُحْرِمِ بَقْتْلُهُ شَيْءٌ، وَإِنَّمَا تَكْرَهُ الْحَشَرَاتُ كُلُّهَا اسْتِدْلَالًا بِالضَّبِّ لِأَنَّهُ مِنْهَا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (أَمَّا الضَّبُّ فَلَمَّا ذَكَرْنَا) يُرِيدُ بِهِ قَوْلُهُ وَيَدْخُلُ فِيهِ الضَّبُّ: يَعْنِي أَنَّهُ ذُو نَابٍ (وَقَوْلُهُ وَهِيَ حُجَّةٌ عَلَى الشَّافِعِيِّ) يَعْنِي نَهْيَ النَّبِيِّ ﷺ، وَأَنَّهُ لَتَأْنِثِ الْخَبَرَ. فَإِنْ قِيلَ: يُعَارِضُهُ حَدِيثُ ابْنِ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ سُئِلَ عَنِ الضَّبِّ فَقَالَ: لَمْ يَكُنْ مِنْ طَعَامِ قَوْمِي، فَأَجِدُ نَفْسِي تَعَافُهُ فَلَا أُحِلُّهُ وَلَا أُحَرِّمُهُ» وَحَدِيثُ ابْنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا قَالَ «أَكَلَ الضَّبُّ عَلَى مَائِدَةِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ، وَفِي الْأَكْلَيْنِ أَبُو بَكْرٍ ﷺ» أَجِيبَ بَأَنَّ الْأَصْلَ أَنَّ الْحَاطِرَ وَالْمِيحَ إِذَا تَعَارَضَا يُرْجَحُ الْحَاطِرُ، عَلَى أَنَّ الْمِيحَ مُؤَوَّلٌ بِمَا قَبْلَ التَّحْرِيمِ.

قَالَ (وَلَا يَجُوزُ أَكْلُ الْحُمْرِ الْأَهْلِيَّةِ وَالْبِغَالِ) لَمَّا رَوَى خَالِدُ بْنُ الْوَلِيدِ ﷺ «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى عَنْ لُحُومِ الْخَيْلِ وَالْبِغَالِ وَالْحَمِيرِ» ^(٢) وَعَنْ عَلِيٍّ ﷺ «أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَهْدَرَ الْمُتَعَتَةَ وَحَرَّمَ لُحُومَ الْحُمْرِ الْأَهْلِيَّةِ يَوْمَ خَيْبَرَ» ^(٣).

الشرح:

وَلَا تُؤْكَلُ الْحُمْرُ الْأَهْلِيَّةُ لَمَّا ذُكِرَ فِي الْكِتَابِ، وَذَهَبَ بِشَرِّ الْمُرْسِيِّ إِلَى إِبَاحَتِهِ، وَثِقَلْ ذَلِكَ عَنْ مَالِكٍ رَحِمَهُ اللَّهُ تَشَبُّهًا بِمَا رَوَى عَنْ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا أَنَّهَا سَأَلَتْ عَنْ ذَلِكَ فَتَلَّتْ قَوْلَهُ تَعَالَى ﴿قُلْ لَا أَجِدُ فِي مَا﴾ [الأنعام: ١٤٥] الْآيَةَ، وَبِحَدِيثِ غَالِبِ بْنِ أَبَجَرَ قَالَ لِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ «لَمْ يَبْقَ مِنْ مَالِي إِلَّا حُمِيرَاتٌ»، فَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: كُلْ مِنْ سَمِينِ مَالِكَ» وَاسْتِدْلَالًا بِحِلِّ أَكْلِ الْوَحْشِيِّ وَهُوَ ضَعِيفٌ. أَمَّا الْآيَةُ فَلَجَوَازِ أَنْ يَكُونَ قَبْلَ حُرْمَةِ لَحْمِ الْحُمْرِ، وَالدَّلِيلُ عَلَى ذَلِكَ حُرْمَةُ الْأَشْيَاءِ الْمُحَرَّمَةِ

(١) قال الزيلعي في نصب الراية (٤/٤٨٣): غريب.

(٢) أخرجه أبو داود (٣٨٠٦)، والنسائي (٤٣٣١)، وابن ماجه (٣١٩٨)، وانظر نصب الراية (٤٨٤/٤).

(٣) أخرجه البخاري (٤٢١٦، ٥١١٥)، ومسلم في النكاح (٣٠).

الخارجة عَنْ مَذْلُومًا.

وَأَمَّا الْحَدِيثُ فَلِأَنَّهُ مُؤَوَّلٌ بِأَكْلِ ثَمَنِهَا. وَأَمَّا الاستِدلالُ فَلأنَّ مِنْ شَرْطِهِ أَنْ لَا يَكُونَ الْفَرْعُ مَنْصُوصًا عَلَيْهِ وَالتَّنْصِصُ النَّاهِي عَنْ لُحُومِ الْحُمْرِ الْأَهْلِيَّةِ قَائِمٌ فَبَطَلَ الْقِيَاسُ
 قَالَ (وَيُكْرَهُ لَحْمُ الْفَرَسِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ) وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ وَالشَّافِعِيُّ رَحِمَهُمُ اللَّهُ: لَا بَأْسَ بِأَكْلِهِ لِحَدِيثِ جَابِرٍ رضي الله عنه أَنَّهُ قَالَ «نَهَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنْ لُحُومِ الْحُمْرِ الْأَهْلِيَّةِ، وَأَذِنَ فِي لُحُومِ الْخَيْلِ يَوْمَ خَيْبَرَ» ^(١) وَأَبِي حَنِيفَةَ قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿وَالْخَيْلَ وَالْبِغَالَ وَالْحَمِيرَ لِتَرْكَبُوهَا وَزِينَةً﴾ خَرَجَ مَخْرَجَ الْاِمْتِنَانِ وَالْأَكْلُ مِنَ أَعْلَى مَنَافِعِهَا، وَالْحَكْمُ لَا يَتْرُكُ الْاِمْتِنَانِ بِأَعْلَى النِّعَمِ وَيَمْتَنُ بِأَدْنَاهَا، وَلِأَنَّهُ آتَى إِرْهَابَ الْعَدُوِّ فَيُكْرَهُ أَكْلُهُ احْتِرَامًا لَهُ وَلِهَذَا يُضْرَبُ لَهُ بِسَهْمٍ فِي الْغَنِيمَةِ، وَلأنَّ فِي إِبَاحَتِهِ تَقْلِيلَ آتِي الْجِهَادِ، وَحَدِيثُ.

جَابِرٍ مُعَارَضٌ بِحَدِيثِ خَالِدٍ رضي الله عنه، وَالتَّرْجِيحُ لِلْمُحَرَّمِ. ثُمَّ قِيلَ: الْكَرَاهَةُ عِنْدَهُ كَرَاهَةٌ تَحْرِيمٍ. وَقِيلَ كَرَاهَةٌ تَنْزِيهِ. وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ. وَأَمَّا لَبْنُهُ فَقَدْ قِيلَ: لَا بَأْسَ بِهِ لِأَنَّهُ لَيْسَ فِي شُرْبِهِ تَقْلِيلُ آتِي الْجِهَادِ.

الشرح:

قَالَ (وَيُكْرَهُ لَحْمُ الْفَرَسِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ إلخ) كَلَامُهُ وَاضِحٌ. وَقَدْ أُعْطِرَ عَلَى قَوْلِهِ وَالْحَكِيمُ لَا يَتْرُكُ الْاِمْتِنَانِ بِأَعْلَى النِّعَمِ وَيَمْتَنُ بِأَدْنَاهَا بِأَنَّهُ تَرَكَ ذِكْرَ الْحَمْلِ عَلَيْهِ فَيَنْبَغِي أَنْ لَا يَحِلَّ الْحَمْلُ عَلَيْهِ وَهُوَ فَاسِدٌ، فَإِنَّ الْكَلَامَ فِي أَنْ تَرَكَ أَعْلَى النِّعَمِ وَالذَّهَابَ إِلَى مَا دُونَهُ دَلِيلُ حُرْمَةِ الْأَعْلَى وَالْحَمْلُ لَيْسَ كَذَلِكَ. وَقَوْلُهُ (وَالْأَوَّلُ) يَعْنِي كَوْنُ الْكَرَاهَةِ لِلتَّحْرِيمِ. (أَصَحُّ) لِأَنَّهُ رُوِيَ أَنَّ أَبَا يُوسُفَ سَأَلَ أَبَا حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ: إِذَا قُلْتَ فِي شَيْءٍ أَكْرَهُهُ فَمَا رَأَيْتُكَ فِيهِ؟ قَالَ التَّحْرِيمُ وَمَبْنَى اخْتِلَافِ الْمَشَايخِ رَحِمَهُمُ اللَّهُ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ عَلَى اخْتِلَافِ اللَّفْظِ الْمَرْوِيِّ عَنْهُ، فَإِنَّهُ رُوِيَ عَنْهُ: رَخَّصَ بَعْضُ الْعُلَمَاءِ فِي لَحْمِ الْخَيْلِ، فَأَمَّا أَنَا فَلَا يُعْجِبُنِي أَكْلُهُ، وَهَذَا يُلَوِّحُ إِلَى التَّنْزِيهِ. وَرُوِيَ عَنْهُ أَنَّهُ قَالَ أَكْرَهُهُ، وَهُوَ يَدُلُّ عَلَى التَّحْرِيمِ عَلَى مَا رَوَيْنَا عَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ.

قَالَ (وَلَا بَاسَ بِأَكْلِ الْأَرْبِ) لِأَنَّ «النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَكَلَ مِنْهُ حِينَ أَهْدِيَ إِلَيْهِ مَشْوِيًا وَأَمَرَ أَصْحَابَهُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ بِالْأَكْلِ مِنْهُ»، وَلَئِنَّهُ لَيْسَ مِنَ السَّبَاعِ وَلَا مِنْ أَكَلَةِ الْحَيْفِ فَأَشَبَّهُ الطَّبِي

قَالَ (وَإِذَا ذُبِحَ مَا لَا يُؤْكَلُ لَحْمُهُ طَهَرَ جِلْدُهُ وَلَحْمُهُ إِلَّا الْأَدَمِيُّ وَالْخَنَزِيرُ) فَإِنَّ الذُّكَاةَ لَا تَعْمَلُ فِيهِمَا، أَمَّا الْأَدَمِيُّ فَلَحْرَمَتِهِ وَكَرَامَتِهِ وَالْخَنَزِيرُ لِنَجَاسَتِهِ كَمَا فِي الدَّبَاغِ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: الذُّكَاةُ لَا تُؤَثَّرُ فِي جَمِيعِ ذَلِكَ لِأَنَّهُ لَا يُؤَثَّرُ فِي إِبَاحَةِ اللَّحْمِ أَصْلًا. وَفِي طَهَارَتِهِ وَطَهَارَةِ الْجِلْدِ تَبَعًا وَلَا تَبَعَ بِدُونِ الْأَصْلِ وَصَارَ كَذَبِجِ الْمَجُوسِيِّ. وَلَنَا أَنَّ الذُّكَاةَ مُؤَثَّرَةٌ فِي إِزَالَةِ الرُّطُوبَاتِ وَالْدَّمَائِ السَّيَّالَةِ وَهِيَ النُّجَسَةُ دُونَ ذَاتِ الْجِلْدِ وَاللَّحْمِ، فَإِذَا زَالَتْ طَهَرَ كَمَا فِي الدَّبَاغِ. وَهَذَا الْحُكْمُ مَقْصُودٌ فِي الْجِلْدِ كَالْتَنَاوُلِ فِي اللَّحْمِ وَفِعْلُ الْمَجُوسِيِّ إِمَاتَةً فِي الشَّرْعِ فَلَا بُدَّ مِنَ الدَّبَاغِ، وَكَمَا يَطْهَرُ لَحْمُهُ يَطْهَرُ شَحْمُهُ، حَتَّى تَوَقَّعَ فِي الْمَاءِ الْقَلِيلَ لَا يَفْسِدُهُ خِلَافًا لَهُ. وَهَلْ يَجُوزُ الْإِنْتِفَاعُ بِهِ فِي غَيْرِ الْأَكْلِ؟ قِيلَ: لَا يَجُوزُ اعْتِبَارًا بِالْأَكْلِ. وَقِيلَ يَجُوزُ كَالزَّيْتِ إِذَا خَالَطَهُ وَدَكَ الْمَيْتَةَ. وَالزَّيْتُ غَالِبٌ لَا يُؤْكَلُ وَيَنْتَفَعُ بِهِ فِي غَيْرِ الْأَكْلِ.

قَالَ (وَلَا يُؤْكَلُ مِنْ حَيَوَانَ الْمَاءِ إِلَّا السَّمَكُ) وَقَالَ مَالِكٌ وَجَمَاعَةٌ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ بِإِطْلَاقِ جَمِيعِ مَا فِي الْبَحْرِ. وَاسْتَثْنَى بَعْضُهُمُ الْخَنَزِيرَ وَالْكَلْبَ وَالْإِنْسَانَ. وَعَنِ الشَّافِعِيِّ أَنَّهُ أَطْلَقَ ذَلِكَ كُلَّهُ، وَالْخِلَافُ فِي الْأَكْلِ وَالْبَيْعِ وَاحِدٌ لَهُمْ قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿أَحِلَّ لَكُمْ صَيْدُ الْبَحْرِ﴾ [المائدة: ٩٦] مِنْ غَيْرِ فَصْلٍ، وَقَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ فِي الْبَحْرِ «هُوَ الطَّهُورُ مَاؤُهُ وَالْحِلُّ مَيْتَتُهُ»^(١) وَلَئِنَّهُ لَا دَمَ فِي هَذِهِ الْأَشْيَاءِ إِذِ الدَّمَوِيُّ لَا يَسْكُنُ الْمَاءَ وَالْمَحْرَمُ هُوَ الدَّمُ فَأَشَبَّهُ السَّمَكُ. فَلْنَا: قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿وَحَرِّمُ عَلَيْهِمُ الْخَبِيثَ﴾ [الأعراف: ١٥٧] وَمَا سِوَى السَّمَكِ خَبِيثٌ. وَنَهَى رَسُولُ اللَّهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ عَنْ دَوَاءٍ يَتَّخَذُ فِيهِ الضُّفْدَعُ^(٢)، وَنَهَى عَنْ بَيْعِ السَّرَطَانِ وَالصَّيْدِ الْمَذْكُورِ فِيمَا تَلَا مَحْمُولٌ عَلَى الْأَصْطِيَادِ

(١) سبق تخريجه في الطهارة.

(٢) أخرجه أبو داود في الطب باب ١١، والأدب باب ١٦٥، والنسائي (٤٠٦٢)، وأحمد

(٤٣٥/٣)، وانظر نصب الراية (٤/٤٩٠).

وَهُوَ مُبَاحٌ فِيمَا لَا يَحِلُّ، وَالْمَيْتَةُ الْمَذْكُورَةُ فِيمَا رَوَى مَحْمُولَةً عَلَى السَّمَكِ وَهُوَ حَلَالٌ مُسْتَثْنَى مِنْ ذَلِكَ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «أُحِلَّتْ لَنَا مَيْتَتَانِ وَدَمَانِ، أَمَّا الْمَيْتَتَانِ فَالسَّمَكُ وَالْجَرَادُ وَأَمَّا الدَّمَانُ فَالْكَبِدُ وَالطَّحَالُ»^(١) قَالَ (وَيَكْرَهُ أَكْلَ الطَّافِي مِنْهُ) وَقَالَ مَالِكٌ وَالشَّافِعِيُّ رَحِمَهُمَا اللَّهُ لَا بَاسَ بِهِ لِإِطْلَاقِ مَا رَوَيْنَا، وَلَأَن مَيْتَةَ الْبَحْرِ مَوْصُوفَةٌ بِالْحِلِّ بِالْحَدِيثِ. وَلَنَا مَا رَوَى جَابِرٌ رضي الله عنه عَنْ النَّبِيِّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَنَّهُ قَالَ «مَا نَضَبَ عَنْهُ الْمَاءُ فَكُلُوا، وَمَا لَفَظَهُ الْمَاءُ فَكُلُوا، وَمَا طَفَا فَلَا تَأْكُلُوا»^(٢) وَعَنْ جَمَاعَةٍ مِنَ الصُّحَابَةِ مِثْلَ مَذْهَبِنَا، وَمَيْتَةُ الْبَحْرِ مَا لَفَظَهُ الْبَحْرُ لِيَكُونَ مَوْتُهُ مُضَافًا إِلَى الْبَحْرِ لَا مَا مَاتَ فِيهِ مِنْ غَيْرِ آفَتِهِ.

الشرح:

(قَوْلُهُ وَلَا يُؤْكَلُ مِنْ حَيَوَانَ الْمَاءِ إِلَّا السَّمَكُ) وَاضِحٌ وَالطَّافِي اسْمُ فَاعِلٍ مِنْ طَفَا الشَّيْءُ فَوْقَ الْمَاءِ يَطْفُو إِذَا عَلَا، وَالْمَرَادُ مِنَ السَّمَكِ الطَّافِي الَّذِي يَمُوتُ فِي الْمَاءِ حَتَّى أَنْفِهِ مِنْ غَيْرِ سَبَبٍ فَيَعْلُو، وَالْجَرِيثُ نَوْعٌ مِنَ السَّمَكِ وَالْمَارْمَاهِي كَذَلِكَ. قَالَ (وَلَا بَاسَ بِأَكْلِ الْجَرِيثِ وَالْمَارْمَاهِي وَأَنْوَاعِ السَّمَكِ وَالْجَرَادِ بِإِلَا ذِكَاةٍ) وَقَالَ مَالِكٌ: لَا يَحِلُّ الْجَرَادُ إِلَّا أَنْ يَقْطَعَ الْأَخْذُ رَأْسَهُ أَوْ يَشْوِيَهُ لِأَنَّهُ صَيْدُ الْبَرِّ، وَلِهَذَا يَجِبُ عَلَى الْمُحْرَمِ بَقْتْلِهِ جَزَاءً يَلِيْقُ بِهِ فَلَا يَحِلُّ إِلَّا بِالْقَتْلِ كَمَا فِي سَائِرِهِ. وَالْحُجَّةُ عَلَيْهِ مَا رَوَيْنَا. وَسُئِلَ عَلِيٌّ رضي الله عنه عَنِ الْجَرَادِ يَأْخُذُهُ الرَّجُلُ مِنَ الْأَرْضِ وَفِيهَا الْمَيْتُ وَغَيْرُهُ فَقَالَ: كُلُّهُ كَلْبُهُ. وَهَذَا عُدٌّ مِنْ فَصَاحَتِهِ، وَدَلٌّ عَلَى إِبَاحَتِهِ وَإِنْ مَاتَ حَتَّى أَنْفِهِ، بِخِلَافِ السَّمَكِ إِذَا مَاتَ مِنْ غَيْرِ آفَتِهِ لِأَنَّا خَصَّصْنَاهُ بِالنَّصِّ الْوَارِدِ فِي الطَّافِي، ثُمَّ الْأَصْلُ فِي السَّمَكِ عِنْدَنَا أَنَّهُ إِذَا مَاتَ بِآفَتِهِ يَحِلُّ كَالْمَاخُوذِ، وَإِذَا مَاتَ حَتَّى أَنْفِهِ مِنْ غَيْرِ آفَتِهِ لَا يَحِلُّ كَالطَّافِي، وَتَنْسَحِبُ عَلَيْهِ فُرُوعٌ كَثِيرَةٌ بَيَّنَّا فِي كِفَايَةِ الْمُنْتَهَى. وَعِنْدَ التَّأْمُلِ يَقِفُ الْمُبْرَزُ عَلَيْهَا: مِنْهَا إِذَا قُطِعَ بَعْضُهَا فَمَاتَ يَحِلُّ أَكْلُ مَا أَبِينَ وَمَا بَقِيَ. لِأَن مَوْتَهُ بِآفَتِهِ وَمَا أَبِينَ مِنَ الْحَيِّ وَإِنْ كَانَ مَيْتًا فَمَيْتَتُهُ حَلَالٌ. وَفِي الْمَوْتِ بِالْحَرِّ وَالْبَرْدِ رَوَايَتَانِ. وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

(١) أخرجه ابن ماجه (٣٢١٨)، وأحمد (٩٧/٢)، وانظر نصب الراية (٤٩١/٤).

(٢) أخرجه أبو داود (٣٨١٥)، وابن ماجه (٣٢٤٧)، وانظر نصب الراية (٤٩٢/٤).

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَالْحُجَّةُ عَلَيْهِ مَا رَوَيْنَا) يَعْنِي قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «أُحِلَّتْ لَنَا
 مَيْتَتَانِ وَدَمَانِ» إلخ وَقَوْلُهُ (وَتَنَسَّحَبُ عَلَيْهِ فُرُوعٌ كَثِيرَةٌ بَيْنَاهَا فِي كِفَايَةِ الْمُنْتَهَى) مِنْهَا
 أَنَّهُ لَوْ وَجَدَ فِي بَطْنِ السَّمَكَةِ سَمَكَةً أُخْرَى فَإِنَّهَا تُؤْكَلُ لِأَنَّ ضَيْقَ الْمَكَانِ سَبَبُ لَمَوْتِهَا،
 وَكَذَلِكَ إِنْ قَتَلَهَا طَيْرُ الْمَاءِ وَغَيْرُهُ، وَكَذَلِكَ إِنْ مَاتَتْ فِي جُبٍّ مَاءٍ لِأَنَّ ضَيْقَ الْمَكَانِ
 سَبَبُ لَمَوْتِهَا، وَكَذَلِكَ إِنْ جَمَعَهَا فِي حَظِيرَةٍ لَا تَسْتَطِيعُ الْخُرُوجَ مِنْهَا وَهُوَ يَقْدِرُ عَلَى
 أَخْذِهَا بِغَيْرِ صَيْدٍ فَمُتْنٌ فِيهَا كَذَلِكَ، وَإِنْ كَانَتْ لَا تُؤْخَذُ بِغَيْرِ صَيْدٍ فَلَا خَيْرَ فِي أَكْلِهَا
 لِأَنَّهُ لَمْ يَظْهَرْ لَمَوْتُهَا سَبَبٌ، وَإِذَا مَاتَتْ السَّمَكَةُ فِي الشَّبَكَةِ وَهِيَ لَا تَقْدِرُ عَلَى التَّخَلُّصِ
 مِنْهَا أَوْ أَكَلَ شَيْئًا أَلْقَاهُ فِي الْمَاءِ لِتَأْكُلَ مِنْهُ فَمَاتَتْ مِنْهُ وَذَلِكَ مَعْلُومٌ فَلَا بَأْسَ بِأَكْلِهَا،
 وَهُوَ فِي مَعْنَى مَا انْحَسَرَ عَنْهُ الْمَاءُ وَقَالَ ﷺ «مَا انْحَسَرَ عَنْهُ الْمَاءُ فَكُلْ»، وَقَوْلُهُ (وَفِي
 الْمَوْتِ بِالْحَرِّ وَالْبَرْدِ رَوَايَتَانِ) إِحْدَاهُمَا أَنَّهَا تُؤْكَلُ لِأَنَّهُ مَاتَ بِسَبَبِ حَادِثٍ فَكَانَ كَمَا لَوْ
 أَلْقَاهُ الْمَاءُ عَلَى الْيَبْسِ، وَالْأُخْرَى أَنَّهَا لَا تُؤْكَلُ لِأَنَّ الْحَرَّ وَالْبَرْدَ صِفَتَانِ مِنْ صِفَاتِ
 الزَّمَانِ وَلَيْسَتَا مِنْ أَسْبَابِ الْمَوْتِ فِي الْعَالِبِ، وَأُطْلِقَ الْقُدُورِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ الرِّوَايَتَيْنِ وَلَمْ
 يَنْسِبْهُمَا لِأَحَدٍ. وَذَكَرَ شَيْخُ الْإِسْلَامِ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ لَا يَحِلُّ، وَعَلَى
 قَوْلِ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ يَحِلُّ، وَاللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ.

كتاب الأضحية

قَالَ (الْأَضْحِيَّةُ وَاجِبَةٌ عَلَى كُلِّ حُرٍّ مُسْلِمٍ مُقِيمٍ مُوسِرٍ فِي يَوْمِ الْأَضْحَى عَنْ نَفْسِهِ وَعَنْ وَلَدِهِ الصَّغَارِ) أَمَّا الْوُجُوبُ فَقَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ وَزُفَرٍ وَالْحَسَنِ وَإِحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ عَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمُ اللَّهُ. وَعَنْهُ أَنَّهَا سُنَّةٌ، ذَكَرَهُ فِي الْجَوَامِعِ وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ. وَذَكَرَ الطَّحَاوِيُّ أَنَّ عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَاجِبَةٌ، وَعَلَى قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ سُنَّةٌ مُؤَكَّدَةٌ، وَهَكَذَا ذَكَرَ بَعْضُ الْمَشَائِخِ الْاِخْتِلَافَ. وَجَهُ السُّنَّةِ قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «مَنْ أَرَادَ أَنْ يُضْحِيَ مِنْكُمْ فَلَا يَأْخُذْ مِنْ شَعْرِهِ وَأَظْفَارِهِ شَيْئًا»^(١) وَالتَّعْلِيقُ بِالْإِرَادَةِ يُنَافِي الْوُجُوبَ، وَلِأَنَّهَا لَوْ كَانَتْ وَاجِبَةً عَلَى الْمُقِيمِ لَوَجِبَتْ عَلَى الْمُسَافِرِ لِأَنَّهُمَا لَا يَخْتَلِفَانِ فِي الْوُضَائِفِ الْمَالِيَةِ كَالزَّكَاةِ وَصَارَ كَالْعَتِيرَةِ. وَوَجَهُ الْوُجُوبِ قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «مَنْ وَجَدَ سَعَةً وَلَمْ يُضَحَّ فَلَا يَقْرَبَنَّ مُصَلَّاَنَا»^(٢) وَمِثْلُ هَذَا الْوَعِيدِ لَا يَلْحَقُ بِتَرْكِ غَيْرِ الْوَاجِبِ، وَلِأَنَّهَا قُرْبَةٌ يُضَافُ إِلَيْهَا وَقْتُهَا. يُقَالُ يَوْمَ الْأَضْحَى، وَذَلِكَ يُؤْذِنُ بِالْوُجُوبِ لِأَنَّ الْإِضَافَةَ لِلَاخْتِصَاصِ وَهُوَ بِالْوُجُودِ، وَالْوُجُوبُ هُوَ الْمُضْطَرِ إِلَى الْوُجُودِ ظَاهِرًا بِالنَّظَرِ إِلَى الْجَنَسِ، غَيْرَ أَنَّ الْأَدَاءَ يَخْتَصُّ بِأَسْبَابٍ يَشُقُّ عَلَى الْمُسَافِرِ اسْتِحْضَارُهَا وَيَقُوتُ بِمُضِيِّ الْوَقْتِ فَلَا تَجِبُ عَلَيْهِ بِمَنْزِلَةِ الْجُمُعَةِ، وَالْمُرَادُ بِالْإِرَادَةِ هَيْمَا رُويَ وَاللَّهُ أَعْلَمُ مَا هُوَ ضِدُّ السُّهُوِّ لَا التَّخْيِيرُ. وَالْعَتِيرَةُ مَنْسُوخَةٌ، وَهِيَ شَاةٌ تُقَامُ فِي رَجَبٍ عَلَى مَا قِيلَ، وَإِنَّمَا اخْتَصَّ الْوُجُوبُ بِالْحُرِّيَّةِ لِأَنَّهَا وَظِيفَةٌ مَالِيَّةٌ لَا تَتَأَدَّى إِلَّا بِالْمَالِكِ، وَالْمَالِكُ هُوَ الْحُرُّ؛ وَبِالْإِسْلَامِ لِكُونِهَا قُرْبَةً، وَبِالْإِقَامَةِ لِمَا بَيَّنَّا، وَالْيَسَارَ لِمَا رَوَيْنَا مِنْ اسْتِثْرَاطِ السَّعَةِ وَمِقْدَارُهُ مَا يَجِبُ بِهِ صَدَقَةُ الْفِطْرِ وَقَدْ مَرَّ فِي الصَّوْمِ، وَبِالْوَقْتِ وَهُوَ يَوْمُ الْأَضْحَى لِأَنَّهَا مُخْتَصَّةٌ بِهِ، وَسَنَبِّينُ مِقْدَارَهُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى. وَتَجِبُ عَنْ نَفْسِهِ لِأَنَّهُ أَصْلُ فِي الْوُجُوبِ عَلَيْهِ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ، وَعَنْ وَلَدِهِ الصَّغِيرِ لِأَنَّهُ فِي مَعْنَى نَفْسِهِ فَيَلْحَقُ بِهِ كَمَا فِي صَدَقَةِ الْفِطْرِ. وَهَذِهِ رِوَايَةُ الْحَسَنِ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ. وَرُويَ عَنْهُ أَنَّهُ لَا تَجِبُ عَنْ

(١) أخرجه مسلم في الأضاحي (٤١)، وأبو داود في الأضاحي باب ٢، والترمذي في الأضاحي باب ٢٢، والنسائي في الضحايا باب ١، وابن ماجه في الأضاحي باب ١١، وانظر نصب الراية (٤٩٧/٤).

(٢) أخرجه ابن ماجه (٢١/١)، وانظر نصب الراية (٤٩٧/٤).

وَلَدِهِ وَهُوَ ظَاهِرُ الرُّوَايَةِ، بِخِلَافِ صَدَقَةِ الْفِطْرِ لِأَنَّ السَّبَبَ هُنَاكَ رَأْسُ يَمُوتُهُ وَيَلِي عَلَيْهِ وَهُمَا مَوْجُودَانِ فِي الصَّغِيرِ وَهَذِهِ قُرْبَةً مَحْضَةً. وَالْأَصْلُ فِي الْقُرْبِ أَنْ لَا تَجِبَ عَلَى الْغَيْرِ بِسَبَبِ الْغَيْرِ وَلِهَذَا لَا تَجِبُ عَنْ عِيْدِهِ وَإِنْ كَانَ يَجِبُ عَنْهُ صَدَقَةُ فِطْرِهِ، وَإِنْ كَانَ لِلصَّغِيرِ مَالٌ يَضْحِي عَنْهُ أَبُوهُ أَوْ وَصِيُّهُ مِنْ مَالِهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ وَزُفَرٌ وَالشَّافِعِيُّ رَحِمَهُمُ اللَّهُ: يَضْحِي مِنْ مَالِ نَفْسِهِ لَا مِنْ مَالِ الصَّغِيرِ، فَالْخِلَافُ فِي هَذَا كَالْخِلَافِ فِي صَدَقَةِ الْفِطْرِ. وَقِيلَ لَا تَجُوزُ التَّضَحِّيَةُ مِنْ مَالِ الصَّغِيرِ، فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا، لِأَنَّ هَذِهِ الْقُرْبَةَ تَتَأَدَّى بِالْإِرَاقَةِ وَالصَّدَقَةُ بَعْدَهَا تَطْلُوعٌ، وَلَا يَجُوزُ ذَلِكَ مِنْ مَالِ الصَّغِيرِ، وَلَا يُمْكِنُهُ أَنْ يَأْكُلَ كُلَّهُ. وَالْأَصَحُّ أَنْ يَضْحِيَ مِنْ مَالِهِ وَيَأْكُلَ مِنْهُ مَا أَمَكْنَهُ وَيَبْتَاعَ بِمَا بَقِيَ مَا يَنْتَفَعُ بِعَيْنِهِ.

الشرح:

(كِتَابُ الْأَضْحِيَّةِ) أُوْرِدَ الْأَضْحِيَّةُ عَقِبَ الذَّبَائِحِ لِأَنَّ التَّضَحِّيَةَ ذَبْحٌ خَاصٌّ وَالْخَاصُّ بَعْدَ الْعَامِّ، وَالْأَضْحِيَّةُ فِي اللُّغَةِ: اسْمٌ مَا يُذْبَحُ فِي يَوْمِ الْأَضْحِيَّةِ وَهِيَ أَفْعُولَةٌ وَكَانَ أَصْلُهُ أَضْحُوِيَّةً اجْتَمَعَتِ الْوَائِيَّةُ وَالْيَاءُ وَسَبَقَتْ إِحْدَاهُمَا بِالسُّكُونِ فَقَلَبَتْ الْوَائِيَّةُ يَاءً وَأُدْغِمَتِ الْيَاءُ فِي الْيَاءِ وَكُسِرَتِ الْحَاءُ لِنَتْنَابِ الْيَاءِ، وَيُجْمَعُ عَلَى أَضَاحِيٍّ بِتَشْدِيدِ الْيَاءِ قَالَ الْأَصْمَعِيُّ: وَفِيهَا أَرْبَعُ لُغَاتٍ: أَضْحِيَّةٌ بِضَمِّ الْهَمْزَةِ وَبِكَسْرِهَا وَضَحِيَّةٌ بِفَتْحِ الضَّادِ عَلَى وَزْنِ فَعِيلَةٍ كَهَدْيَةٍ وَهَذَايَا وَأَضْحَاةٌ وَجَمْعُهُ أَضْحَى كَأَرْطَاةٍ وَأَرْطَى وَقَالَ الْفَرَّاءُ الْأَضْحَى يُذَكَّرُ وَيؤنث. وَفِي الشَّرِيعَةِ: عِبَارَةٌ عَنْ ذَبْحِ حَيَوَانَ مَخْصُوصٍ فِي وَقْتٍ مَخْصُوصٍ وَهُوَ يَوْمُ الْأَضْحَى. وَشَرَائِطُهَا سَتُذَكَّرُ فِي أَثْنَاءِ الْكَلَامِ. وَسَبَبُهَا الْوَقْتُ وَهُوَ أَيَّامُ النَّحْرِ، لِأَنَّ السَّبَبَ إِنَّمَا يُعْرَفُ بِنِسْبَةِ الْحُكْمِ إِلَيْهِ وَتَعَلُّقِهِ بِهِ، إِذْ الْأَصْلُ فِي إِضَافَةِ الشَّيْءِ إِلَى الشَّيْءِ أَنْ يَكُونَ سَبَبًا، وَكَذَا إِذَا لَازِمُهُ فَتَكَرَّرَ بِتَكَرُّرِهِ كَمَا عُرِفَ فِي الْأُصُولِ.

ثُمَّ إِنَّ الْأَضْحِيَّةَ تَكَرَّرَتْ بِتَكَرُّرِ الْوَقْتِ وَهُوَ ظَاهِرٌ، وَقَدْ أُضِيفَ السَّبَبُ إِلَى حُكْمِهِ. يُقَالُ يَوْمُ الْأَضْحَى فَكَانَ كَقَوْلِهِمْ يَوْمُ الْجُمُعَةِ وَيَوْمُ الْعِيدِ، وَلَا نِزَاعَ فِي سَبَبِيَّةِ ذَلِكَ، وَمِمَّا يَدُلُّ عَلَى سَبَبِيَّةِ الْوَقْتِ امْتِنَاعُ التَّقْدِيمِ عَلَيْهِ كَامْتِنَاعِ تَقْدِيمِ الصَّلَاةِ عَلَى وَقْتِهَا، لَا يُقَالُ: لَوْ كَانَ الْوَقْتُ سَبَبًا لَوَجَبَ عَلَى الْفَقِيرِ لَتَحَقُّقِ السَّبَبِ، لِأَنَّ الْغِنَى

شَرَطُ الْوُجُوبِ وَالْفَرْضِ عَدَمُهُ، وَهِيَ وَاجِبَةٌ بِالْقُدْرَةِ الْمُمْكِنَةِ بِدَلِيلٍ أَنَّ الْمَوْسِرَ إِذَا اشْتَرَى شَاةً لِلأُضْحِيَّةِ فِي أَوَّلِ يَوْمِ النَّحْرِ وَلَمْ يُضَحِّ حَتَّى مَضَتْ أَيَّامُ النَّحْرِ ثُمَّ أَفَاتَهُ كَانَ عَلَيْهِ أَنْ يَتَصَدَّقَ بِعَيْنِهَا أَوْ بِقِيمَتِهَا وَلَا تَسْقُطُ عَنْهُ الْأُضْحِيَّةُ، فَلَوْ كَانَتْ بِالْقُدْرَةِ الْمُسْرَةِ لَكَانَ دَوَامُهَا شَرْطًا كَمَا فِي الزَّكَاةِ وَالْعُشْرِ وَالْخَرَاجِ حَيْثُ تَسْقُطُ بِهَلَاكِ النَّصَابِ وَالْخَارِجِ وَاصْطِلَامِ الزَّرْعِ آفَةً. لَا يُقَالُ: أَدْنَى مَا يَتِمَكَّنُ بِهِ الْمَرْءُ مِنْ إِقَامَتِهَا تَمْلِكُ قِيمَةً مَا يَصْلُحُ لِلأُضْحِيَّةِ وَلَمْ تَجِبْ إِلَّا بِمِلْكِ النَّصَابِ فَدَلَّ أَنَّ وَجُوبَهَا بِالْقُدْرَةِ الْمُسْرَةِ، لِأَنَّ اشْتِرَاطَ النَّصَابِ لَا يُنَافِي وَجُوبَهَا بِالْمُمْكِنَةِ كَمَا فِي صَدَقَةِ الْفِطْرِ، وَهَذَا لِأَنَّهَا وَظِيفَةٌ مَالِيَّةٌ نَظَرًا إِلَى شَرْطِهَا وَهُوَ الْحَرِيَّةُ فَيُشْتَرَطُ فِيهَا الْغَنَى كَمَا فِي صَدَقَةِ الْفِطْرِ لَا يُقَالُ: لَوْ كَانَ كَذَلِكَ لَوَجَبَ التَّمْلِكُ وَلَيْسَ كَذَلِكَ، لِأَنَّ الْقُرْبَ الْمَالِيَّةَ قَدْ تَحْصُلُ بِالْإِثْلَافِ كَالْإِعْتِاقِ، وَالْمُضْحِيَّ إِن تَصَدَّقَ بِاللَّحْمِ فَقَدْ حَصَلَ التَّوَعَانُ: أَعْنِي التَّمْلِكُ وَالْإِثْلَافُ بِإِرَاقَةِ الدَّمِ، وَإِنْ لَمْ يَتَصَدَّقْ حَصَلَ الْأَخِيرُ. وَأَمَّا حُكْمُهَا فَالْخُرُوجُ عَنْ عَهْدَةِ الْوَاجِبِ فِي الدُّنْيَا وَالْوُصُولُ إِلَى الثَّوَابِ بِفَضْلِ اللَّهِ تَعَالَى فِي الْعُقْبَى قَالَ (الأُضْحِيَّةُ وَاجِبَةٌ إِنْخ) كَلَامُهُ وَاضِحٌ، وَالْجَوَامِعُ اسْمُ كِتَابٍ فِي الْفِقْهِ صَنَفَهُ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ، وَقَيَّدَ بِقَوْلِهِ فِي الْوِظَائِفِ الْمَالِيَّةِ اخْتِرَازًا عَنْ الْبَدْيَةِ كَالصَّلَاةِ وَالصَّوْمِ فَإِنَّهُمَا يَخْتَلِفَانِ فِيهَا لِأَنَّ الْمَسَافِرَ يَلْحَقُهُ الْمَشَقَّةُ فِي أَدَائِهَا. وَالْعَتِرَةُ ذَبِيحَةٌ كَانَتْ تُذْبِحُ فِي رَجَبٍ يَتَقَرَّبُ بِهَا أَهْلُ الْجَاهِلِيَّةِ وَالْمُسْلِمُونَ فِي الْإِسْلَامِ ثُمَّ نُسِخَ. قَوْلُهُ وَمِثْلُ هَذَا الْوَعِيدِ لَا يَلْحَقُ بِتَرْكِ غَيْرِ الْوَاجِبِ) أَعْتَرَضَ عَلَيْهِ بِقَوْلِهِ ﷺ «مَنْ تَرَكَ سُنَّتِي لَمْ تَنَلْهُ شَفَاعَتِي».

أُجِيبَ بِأَنَّهُ مَحْمُولٌ عَلَى التَّرْكِ اعْتِقَادًا أَوْ التَّرْكِ أَصْلًا، فَإِنَّ تَرْكَ السُّنَّةِ أَصْلًا حَرَامٌ قَدْ تَجِبَ الْمُقَاتَلَةُ بِهِ، لِأَنَّ فِيهِ تَرْكَ الْأَذَانِ وَلَا مُقَاتَلَةَ فِي غَيْرِ الْحَرَامِ، وَقَوْلُهُ (لِأَنَّ) الْإِضَافَةَ لِلَاخْتِصَاصِ ظَاهِرٌ، وَقَوْلُهُ (وَهُوَ) أَيُّ الْاِخْتِصَاصِ (بِالْوُجُودِ) لِأَنَّهُ إِذَا لَمْ يُوْجَدْ فِيهِ لَا يَكُونُ مُتَعَلِّقًا بِهِ فَضْلًا عَنْ الْاِخْتِصَاصِ (وَالْوُجُوبُ هُوَ الْمَفْضِي إِلَى الْوُجُودِ ظَاهِرًا بِالنَّظَرِ إِلَى الْجِنْسِ) لِحَوَازِ أَنْ يَجْتَمَعَ النَّاسُ عَلَى تَرْكِ مَا لَيْسَ بِوَاجِبٍ وَلَا يَجْتَمِعُونَ عَلَى تَرْكِ الْوَاجِبِ، وَأَعْتَرَضَ بِأَنَّ السُّنَّةَ أَيْضًا تُفْضِي إِلَى الْوُجُودِ ظَاهِرًا بِالنَّظَرِ إِلَى الْجِنْسِ لِأَنَّ النَّاسَ لَا يَجْتَمِعُونَ عَلَى تَرْكِ السُّنَّةِ، وَأُجِيبَ بِأَنَّ الْوُجُوبَ يُفْضِي إِلَيْهِ لَاسْتِحْقَاقِ الْعِقَابِ بِتَرْكِهِ، وَقَوْلُهُ غَيْرَ أَنَّ الْأَذَاءَ اخْتَصَّ بِأَسْبَابٍ: أَيُّ بِشَرَائِطٍ يَشُقُّ عَلَى الْمَسَافِرِ

اسْتَحْضَارُهَا وَهِيَ تَحْصِيلُ الشَّاءِ وَالِاشْتِغَالُ بِذَبْحِهَا فِي وَقْتٍ مُعَيَّنٍ وَقَدْ تَعَيَّنَ لَهُ السَّفَرُ قَبْلَ ذَلِكَ وَفِي ذَلِكَ مَشَقَّةٌ وَالسَّفَرُ مُؤَثِّرٌ فِي التَّخْفِيفِ؛ أَلَا تَرَى إِلَى جَوَازِ التَّيَمُّمِ عِنْدَ زِيَادَةِ ثَمَنِ الْمَاءِ الَّتِي لَا تَبْلُغُ قِيَمَةَ الْأُضْحِيَّةِ وَلَا عَشْرَهَا فَأَوْلَى أَنْ يَسْقُطَ عَنْهُ وَجُوبُ الْأُضْحِيَّةِ وَهُوَ أَقْوَى حَرَجًا مِنْ زِيَادَةِ ثَمَنِ الْمَاءِ.

وَقَوْلُهُ (وَالْمُرَادُ بِالْإِرَادَةِ) جَوَابٌ عَمَّا اسْتَدْلُوا بِهِ مِنْ قَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: مَنْ أَرَادَ أَنْ يُضَحِّيَ مِنْكُمْ " فَكَانَ مَعْنَى قَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ مَنْ أَرَادَ مِنْ قَصْدِ التَّضَحِّيَةِ الَّتِي هِيَ وَاجِبَةٌ، كَقَوْلِ مَنْ يَقُولُ مَنْ أَرَادَ الصَّلَاةَ فَلْيَتَوَضَّأْ. قَوْلُهُ (وَالْعَتِيرَةُ) جَوَابٌ عَمَّا اسْتَشْهَدُوا بِهِ. وَقَوْلُهُ (عَلَى مَا قِيلَ) يُشِيرُ إِلَى أَنَّ فِي تَفْسِيرِهَا اخْتِلَافًا، وَقَدْ ذَكَرْنَا مَا يُوَافِقُ تَفْسِيرَ الْمُصَنِّفِ وَذَكَرَ فِي الْإِيضَاحِ أَنَّهَا عِبَارَةٌ عَمَّا إِذَا وَلَدَتْ الثَّاقَةَ أَوْ الشَّاءَ وَذَبَحَ أَوَّلَ وَلَدِهَا فَأَكَلَ وَأَطْعَمَ، وَهِيَ مَنْسُوخَةٌ بِالْأُضْحِيَّةِ. وَعُورِضَ بِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «كُتِبَتْ عَلَيَّ الْأُضْحِيَّةُ وَلَمْ تُكْتَبْ عَلَيْكُمْ» وَقَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «ضَحُّوا فَإِنَّهَا سُنَّةُ أَبِيكُمْ إِبْرَاهِيمَ» وَبِأَنَّ أَبَا بَكْرٍ وَعُمَرُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا كَانَا لَا يُضَحِّيَانِ السُّنَّةَ وَالسُّنَّتَيْنِ مَخَافَةَ أَنْ يَرَاهَا النَّاسُ وَاجِبَةً. وَأُجِيبَ عَنْ الْأَوَّلِ بِأَنَّ الْمَكْتُوبَةَ الْفَرَضُ وَنَحْنُ نَقُولُ بِأَنَّهَا غَيْرُ فَرَضٍ وَإِنَّمَا هِيَ وَاجِبَةٌ. وَعَنْ الثَّانِي بِأَنَّهُ مُشْتَرَكٌ الْإِلْزَامُ، فَإِنْ قَوْلُهُ " ضَحُّوا " أَمْرٌ وَهُوَ لِلْوَجُوبِ، وَقَوْلُهُ " فَإِنَّهَا سُنَّةُ أَبِيكُمْ " أَيْ طَرِيقَتُهُ، فَالسُّنَّةُ هِيَ الطَّرِيقَةُ الْمَسْلُوكَةُ فِي الدِّينِ. وَعَنْ الثَّلَاثِ بِأَنَّهَا كَانَا لَا يُضَحِّيَانِ فِي حَالَةِ الْإِعْسَارِ مَخَافَةَ أَنْ يَرَاهَا النَّاسُ وَاجِبَةً عَلَى الْمُعْسِرِينَ. وَقَوْلُهُ (وَإِنَّمَا اخْتَصَّ الْوَجُوبُ بِالْحُرِّيَّةِ) بَيَانٌ لِلشُّرُوطِ الْمَذْكُورَةِ فِي أَوَّلِ الْبَابِ. وَقَوْلُهُ (لَمَّا بَيَّنَّا) إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ غَيْرَ أَنَّ الْأَدَاءَ يَخْتَصُّ بِأَسْبَابٍ يَشْتَقُّ عَلَى الْمَسَافِرِ اسْتِحْضَارُهَا. قَوْلُهُ (لَمَّا رَوَيْنَا) إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ «مَنْ وَجَدَ سَعَةً وَلَمْ يُضَحِّ» الْحَدِيثُ. وَقَوْلُهُ (سُنِّيٌّ مِقْدَارُهُ) أَيْ مِقْدَارَ الْوَقْتِ. وَقَوْلُهُ (لَا تَجِبُ عَنْ وَلَدِهِ) يَعْنِي سَوَاءَ كَانَ صَغِيرًا أَوْ كَبِيرًا إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالُهُ وَهُوَ ظَاهِرُ الرِّوَايَةِ. وَعَلَيْهِ الْفَتْوَى. وَرَوَى الْحَسَنُ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهَا تَجِبُ عَلَيْهِ. وَقَوْلُهُ (وَالْأَصَحُّ أَنْ يُضَحِّيَ مِنْ مَالِهِ) أَيْ مِنْ مَالِ الصَّغِيرِ (وَيَأْكُلُ) أَيْ الصَّغِيرُ مِنَ الْأُضْحِيَّةِ الَّتِي هِيَ مِنْ مَالِهِ (مَا أَمَكْنَهُ وَيَتَنَاعَ بِمَا بَقِيَ مَا يَتَنَفَّعُ بَعِيْنِهِ) كَالْعَرَبَالِ وَالْمُنْخُلِ كَمَا فِي الْجِلْدِ وَهُوَ اخْتِيَارُ شَيْخِ الْإِسْلَامِ، وَهَكَذَا رَوَى ابْنُ سَمَاعَةَ عَنْ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُمُ اللَّهُ.

وَقِيلَ ذَلِكَ يَصْحُ فِي جِلْدِ الْأُضْحِيَّةِ مِنْ غَيْرِ خِلَافٍ أَحَدٍ، وَأَمَّا فِي لَحْمِهَا فَلَيْسَ لَهُ إِلَّا أَنْ يُطْعَمَ أَوْ يَأْكُلَ.

قَالَ (وَيَذْبَحُ عَنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ شَاةٌ أَوْ يَذْبَحُ بَقَرَةً أَوْ بَدَنَةً عَنْ سَبْعَةٍ) وَالْقِيَاسُ أَنْ لَا تَجُوزَ إِلَّا عَنْ وَاحِدٍ، لَأَنَّ الْإِرَاقَةَ وَاحِدَةً وَهِيَ الْقَرِيبَةُ، إِلَّا أَنَّا تَرَكْنَاهُ بِالْأَثَرِ وَهُوَ مَا رَوَى عَنْ جَابِرٍ رضي الله عنه أَنَّهُ قَالَ «نَحْرَنَّا مَعَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ الْبَقَرَةَ عَنْ سَبْعَةٍ وَالْبَدَنَةَ عَنْ سَبْعَةٍ» ^(١). وَلَا نَصٌّ فِي الشَّاةِ، فَبَقِيَ عَلَى أَصْلِ الْقِيَاسِ. وَتَجُوزُ عَنْ سِتَّةٍ أَوْ خَمْسَةٍ أَوْ ثَلَاثَةٍ، ذَكَرَهُ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي الْأَصْلِ، لِأَنَّهُ لَمَّا جَازَ عَنِ السَّبْعَةِ فَعَمَّنْ دُونَهُمْ أَوْلَى، وَلَا تَجُوزُ عَنْ ثَمَانِيَةٍ أَخَذًا بِالْقِيَاسِ فِيمَا لَا نَصٌّ فِيهِ وَكَذَا إِذَا كَانَ نَصِيبُ أَحَدِهِمْ أَقَلَّ مِنَ السَّبْعِ، وَلَا تَجُوزُ عَنِ الْكُلِّ لِانْعِدَامِ وَصْفِ الْقَرِيبَةِ فِي الْبَعْضِ، وَسَنُبَيِّنُهُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى. وَقَالَ مَالِكٌ: تَجُوزُ عَنْ أَهْلِ بَيْتٍ وَاحِدٍ وَإِنْ كَانُوا أَكْثَرَ مِنْ سَبْعَةٍ، وَلَا تَجُوزُ عَنْ أَهْلِ بَيْتَيْنِ وَإِنْ كَانُوا أَقَلَّ مِنْهَا لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «عَلَى كُلِّ أَهْلِ بَيْتٍ فِي كُلِّ عَامٍ أَضْحَاةٌ وَعَتِيرَةٌ» ^(٢) قُلْنَا: الْمُرَادُ مِنْهُ وَاللَّهُ أَعْلَمُ فِيمَ أَهْلُ الْبَيْتِ لِأَنَّ الْيَسَارَ لَهُ يُؤَيِّدُهُ مَا يَرَوِي «عَلَى كُلِّ مُسْلِمٍ فِي كُلِّ عَامٍ أَضْحَاةٌ وَعَتِيرَةٌ» وَلَوْ كَانَتْ الْبَدَنَةُ بَيْنَ اثْنَيْنِ نِصْفَيْنِ تَجُوزُ فِي الْأَصَحِّ، لِأَنَّهُ لَمَّا جَازَ ثَلَاثَةُ الْأَسْبَاعِ جَازَ نِصْفُ السَّبْعِ تَبَعًا، وَإِذَا جَازَ عَلَى الشَّرِكَةِ فَقَسَمَتْهُ اللَّحْمُ بِالْوِزْنِ لِأَنَّهُ مُوزُونٌ، وَلَوْ اقْتَسَمُوا جُزَافًا لَا يَجُوزُ إِلَّا إِذَا كَانَ مَعَهُ شَيْءٌ مِنَ الْأَكَارِعِ وَالْجِلْدِ اعْتِبَارًا بِالْبَيْعِ.

الشرح:

قَالَ: (وَيَذْبَحُ عَنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ شَاةٌ) كَلَامُهُ وَاضِحٌ. قَوْلُهُ (وَكَذَا إِذَا كَانَ نَصِيبُ أَحَدِهِمْ أَقَلَّ مِنَ السَّبْعِ لَا يَجُوزُ) كَمَا إِذَا مَاتَ وَتَرَكَ امْرَأَةً وَابْنًا وَبَقَرَةً فَضَحِيًّا بِهَا يَوْمَ الْعِيدِ لَمْ يَجُزْ، لِأَنَّ نَصِيبَ الْمَرْأَةِ أَقَلُّ مِنَ السَّبْعِ فَلَمْ يَجُزْ نَصِيبُهَا وَلَا نَصِيبُ الْابْنِ أَيْضًا. وَقَوْلُهُ (يَجُوزُ فِي الْأَصَحِّ) احْتِرَازٌ عَنْ قَوْلِ بَعْضِ الْمَشَايخِ رَحِمَهُمُ اللَّهُ إِنَّهُ لَا يَجُوزُ لِأَنَّ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ثَلَاثَةَ أُسْبَاعٍ وَنِصْفُ سَبْعٍ وَنِصْفُ السَّبْعِ لَا يَجُوزُ فِي

(١) أخرجه مسلم في الحج (١٣٨، ٣٥٠، ٣٥١، ٣٥٣)، وانظر نصب الراية (٥٠٠/٤).

(٢) أخرجه أبو داود (٢٧٨٨)، والترمذي في الأضاحي باب ١٨، والنسائي (٣٩٤٠)، وابن ماجه

(٣١٢٥)، وأحمد (٢١٥/٤، ٧٦/٥)، وانظر نصب الراية (٥٠٢/٤).

الأُضْحِيَّةَ، وَإِذَا لَمْ يَجْزُ الْبَعْضُ لَمْ يَجْزِ الْبَاقِي.

وَجْهُ الْأَصَحِّ مَا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ وَبِهِ أَخَذَ الْفَقِيهَ أَبُو اللَّيْثِ وَالصَّدْرُ الشَّهِيدُ رَحِمَهُمَا اللَّهُ. وَقَوْلُهُ (إِلَّا إِذَا كَانَ مَعَهُ شَيْءٌ مِنَ الْأَكَارِعِ وَالْجِلْدِ) بَأَنْ يَكُونَ مَعَ أَحَدِهِمَا بَعْضُ اللَّحْمِ مَعَ الْأَكَارِعِ وَمَعَ الْآخِرِ الْبَعْضُ مَعَ الْجِلْدِ صَرَفًا لِلْجِنْسِ إِلَى خِلَافِ الْجِنْسِ. وَقَوْلُهُ (اعْتِبَارًا بِالْبَيْعِ) لِأَنَّ فِي الْقِسْمَةِ مَعْنَى التَّمْلِكِ فَلَمْ يَجْزِ مُحَازَفَةً عِنْدَ وُجُودِ الْقَدْرِ وَالْجِنْسِ.

قَالَ (وَلَوْ اشْتَرَى بَقْرَةً يُرِيدُ أَنْ يَضْحِيَ بِهَا عَنْ نَفْسِهِ ثُمَّ اشْتَرَكَ فِيهَا سِتَّةَ مَعَهُ جَازَ اسْتِحْسَانًا) وَفِي الْقِيَاسِ لَا يَجُوزُ، وَهُوَ قَوْلُ زُفَرٍ لِأَنَّهُ أَعَدَّهَا لِلْقُرْبَةِ فَيَمْتَنِعُ عَنْ بَيْعِهَا تَمَوُّلاً وَالْإِشْتِرَاكَ هَذِهِ صِفَتُهُ. وَجْهُ الْإِسْتِحْسَانِ أَنَّهُ قَدْ يَجِدُ بَقْرَةً سَمِينَةً يَشْتَرِيهَا وَلَا يَظْفَرُ بِالشُّرَكَاءِ وَهَتَّ الْبَيْعِ، وَإِنَّمَا يَطْلُبُهُمْ بَعْدَهُ فَكَانَتْ الْحَاجَةُ إِلَيْهِ مَاسَةً فَجَوَّزَنَاهُ دَفْعًا لِلْحَرَجِ، وَقَدْ أَمَكَّنَ لِأَنَّ الشِّرَاءَ لِلتَّضَحِّيَةِ لَا يَمْتَنِعُ الْبَيْعُ، وَالْأَحْسَنُ أَنْ يَفْعَلَ ذَلِكَ قَبْلَ الشِّرَاءِ لِيَكُونَ أَبْعَدَ عَنِ الْخِلَافِ، وَعَنْ صُورَةِ الرُّجُوعِ فِي الْقُرْبَةِ. وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ يُكْرَهُ الْإِشْتِرَاكَ بَعْدَ الشِّرَاءِ لَمَّا بَيَّنَّا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَقَدْ أَمَكَّنَ) يَعْنِي دَفْعَ الْحَرَجِ لِأَنَّ الشِّرَاءَ لِلتَّضَحِّيَةِ لَا يَمْتَنِعُ الْبَيْعُ، وَهَذَا لَوْ اشْتَرَى أُضْحِيَّةً ثُمَّ بَاعَهَا وَاشْتَرَى مِثْلَهُ لَمْ يَكُنْ بِأَسٍّ. (وَقَوْلُهُ لَمَّا بَيَّنَّا) أَرَادُ بِهِ قَوْلُهُ لِأَنَّهُ أَعَدَّهَا لِلْقُرْبَةِ فَيَمْتَنِعُ عَنْ بَيْعِهَا إِلَى آخِرِهِ.

قَالَ (وَلَيْسَ عَلَى الْفَقِيرِ وَالْمُسَافِرِ أُضْحِيَّةٌ) لَمَّا بَيَّنَّا. وَأَبُو بَكْرٍ وَعُمَرُ كَانَا لَا يُضَحِّيَانِ إِذَا كَانَا مُسَافِرَيْنِ، وَعَنْ عَلِيٍّ: وَلَيْسَ عَلَى الْمُسَافِرِ جُمُعَةٌ وَلَا أُضْحِيَّةٌ

قَالَ: (وَوَقْتُ الْأُضْحِيَّةِ يَدْخُلُ بِطُلُوعِ الْفَجْرِ مِنْ يَوْمِ النَّحْرِ)، إِلَّا أَنَّهُ لَا يَجُوزُ لِأَهْلِ الْأَمْصَارِ الذَّبْحُ حَتَّى يُصَلِّيَ الْإِمَامُ الْعِيدَ، فَأَمَّا أَهْلُ السَّوَادِ فَيَذْبَحُونَ بَعْدَ الْفَجْرِ.

وَالْأَصْلُ فِيهِ قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «مَنْ ذَبَحَ شَاةً قَبْلَ الصَّلَاةِ فَلْيُعِدْ ذَبِيحَتَهُ، وَمَنْ ذَبَحَ بَعْدَ الصَّلَاةِ فَقَدْ تَمَّ نُسْكُهُ وَأَصَابَ سُنَّةَ الْمُسْلِمِينَ»^(١) وَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ

«إِنَّ أَوَّلَ نُسْكِنَا فِي هَذَا الْيَوْمِ الصَّلَاةُ ثُمَّ الْأُضْحِيَّةُ»^(١) غَيْرُ أَنَّ هَذَا الشَّرْطَ فِي حَقِّ مَنْ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَهُوَ الْمِصْرِيُّ ذُونَ أَهْلِ السَّوَادِ، لِأَنَّ التَّأْخِيرَ لِحَتِمَالِ الشَّغْلِ بِهِ عَنِ الصَّلَاةِ، وَلَا مَعْنَى لِلتَّأْخِيرِ فِي حَقِّ الْقُرَوِيِّ وَلَا صَلَاةَ عَلَيْهِ، وَمَا رَوَيْنَاهُ حُجَّةً عَلَى مَا لَكَ وَالشَّافِعِيُّ رَحِمَهُمَا اللَّهُ فِي نَفْسِهِمَا الْجَوَازَ بَعْدَ الصَّلَاةِ قَبْلَ نَحْرِ الْإِمَامِ، ثُمَّ الْمُعْتَبَرُ فِي ذَلِكَ مَكَانُ الْأُضْحِيَّةِ، حَتَّى لَوْ كَانَتْ فِي السَّوَادِ وَالْمُضَحِّي فِي الْمِصْرِ يَجُوزُ كَمَا انْشَقَّ الْفَجْرُ، وَلَوْ كَانَ عَلَى الْعَكْسِ لَا يَجُوزُ إِلَّا بَعْدَ الصَّلَاةِ.

وَحِيلَةُ الْمِصْرِيِّ إِذَا أَرَادَ التَّعْجِيلَ أَنْ يَبْعَثَ بِهَا إِلَى خَارِجِ الْمِصْرِ فَيُضَحِّي بِهَا كَمَا طَلَعَ الْفَجْرُ، لِأَنَّهَا تُشَبِّهُ الزَّكَاةَ مِنْ حَيْثُ أَنَّهَا تَسْقُطُ بِهَلَاكِ الْمَالِ قَبْلَ مُضِيِّ أَيَّامِ النُّحْرِ كَالزَّكَاةِ بِهَلَاكِ النَّصَابِ فَيُعْتَبَرُ فِي الصَّرْفِ مَكَانُ الْمَحَلِّ لَا مَكَانُ الْفَاعِلِ اعْتِبَارًا بِهَا، بِخِلَافِ صَدَقَةِ الْفِطْرِ لِأَنَّهَا لَا تَسْقُطُ بِهَلَاكِ الْمَالِ بَعْدَ مَا طَلَعَ الْفَجْرُ مِنْ يَوْمِ الْفِطْرِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَمَا رَوَيْنَاهُ حُجَّةً عَلَى مَا لَكَ وَالشَّافِعِيُّ رَحِمَهُمَا اللَّهُ) إِمَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ " وَمَنْ ذَبَحَ بَعْدَ الصَّلَاةِ فَقَدْ تَمَّ نُسْكُهُ وَأَصَابَ سُنَّةَ الْمُسْلِمِينَ " فَإِنَّهُ بِإِطْلَاقِهِ يَتَنَاوَلُ مَا قَبْلَ نَحْرِ الْإِمَامِ وَمَا بَعْدَهُ.

وَلَوْ ضَحَّى بَعْدَ مَا صَلَّى أَهْلُ الْمَسْجِدِ وَلَمْ يُصَلِّ أَهْلُ الْجَبَانَةِ أَجْزَأُهُ اسْتِحْسَانًا لِأَنَّهَا صَلَاةٌ مُعْتَبَرَةٌ، حَتَّى لَوْ اكْتَفَوْا بِهَا أَجْزَأَتُهُمْ وَكَذَا عَلَى عَكْسِهِ. وَقِيلَ هُوَ جَائِزٌ قِيَاسًا وَاسْتِحْسَانًا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلَوْ ضَحَّى بَعْدَ مَا صَلَّى أَهْلُ الْمَسْجِدِ) مَعْنَاهُ أَنْ يَخْرُجَ الْإِمَامُ بِالنَّاسِ إِلَى الْجَبَانَةِ وَيَسْتَخْلِفَ مَنْ يُصَلِّي بِالصُّعْفَةِ فِي الْجَامِعِ هَكَذَا فَعَلَهُ عَلِيٌّ ؓ حِينَ قَدِمَ الْكُوفَةَ وَقَوْلُهُ (أَجْزَأُهُ اسْتِحْسَانًا) يُشِيرُ إِلَى أَنَّهُ لَا يَجُوزُ قِيَاسًا، لِأَنَّ اعْتِبَارَ جَانِبِ أَهْلِ الْجَبَانَةِ يَمْنَعُ الْجَوَازَ وَاعْتِبَارَ جَانِبِ أَهْلِ الْمَسْجِدِ يُجَوِّزُ، وَفِي الْعِبَادَاتِ يُؤْخَذُ بِالْأَحْيَاطِ. وَوَجْهُ الاسْتِحْسَانِ مَا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ. وَقَوْلُهُ (وَقِيلَ وَهُوَ جَائِزٌ) أَيُّ الْعَكْسِ جَائِزٌ قِيَاسًا

(١) أخرجه البخاري في الأضاحي باب ١، ١١، ومسلم في الأضاحي (٧)، وانظر نصب الراية (٥٠٤/٤).

وَاسْتَحْسَنَانَا. وَالْفَرْقُ أَنَّ الْمَسْتُونَ فِي الْعِيدِ هُوَ الْخُرُوجُ إِلَى الْجَبَانَةِ، وَأَهْلُ الْجَبَانَةِ هُمُ الْأَصْلُ وَقَدْ صَلَّوْا فَيَجُوزُ قِيَاسًا وَاسْتَحْسَنَانًا.

قَالَ (وَهِيَ جَائِزَةٌ فِي ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ: يَوْمُ النَّحْرِ وَيَوْمَانِ بَعْدَهُ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: ثَلَاثَةُ أَيَّامٍ بَعْدَهُ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «أَيَّامُ التَّشْرِيقِ كُلُّهَا أَيَّامٌ ذَبْحٌ» ^(١) وَلَنَا مَا رَوَى عَنْ عُمَرَ وَعَلِيٍّ وَابْنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ أَنَّهُمْ قَالُوا: أَيَّامُ النَّحْرِ ثَلَاثَةٌ أَفْضَلُهَا أَوَّلُهَا وَقَدْ قَالُوهُ سَمَاعًا لِأَنَّ الرَّأْيَ لَا يَهْتَدِي إِلَى الْمَقَادِيرِ، وَفِي الْأَخْبَارِ تَعَارُضٌ فَآخِذْنَا بِالْمُتَقَيِّنِ وَهُوَ الْأَقْلُ، وَأَفْضَلُهَا أَوَّلُهَا كَمَا قَالُوا وَلَئِنْ فِيهِ مُسَارَعَةٌ إِلَى آدَاءِ الْقُرْبَةِ وَهُوَ الْأَصْلُ إِلَّا لِمُعَارِضٍ. وَيَجُوزُ الذَّبْحُ فِي لَيَالِيهَا إِلَّا أَنَّهُ يُكْرَهُ لِحَتِّمَالِ الْغَلَطِ فِي ظِلْمَةِ اللَّيْلِ، وَأَيَّامُ النَّحْرِ ثَلَاثَةٌ، وَأَيَّامُ التَّشْرِيقِ ثَلَاثَةٌ، وَالْكُلُّ يَمُضِي بِأَرْبَعَةٍ أَوَّلُهَا نَحْرٌ لَا غَيْرُ وَآخِرُهَا تَشْرِيقٌ لَا غَيْرُ، وَالْمُتَوَسِّطَانِ نَحْرٌ وَتَشْرِيقٌ، وَالتَّضَحِّيَةُ فِيهَا أَفْضَلُ مِنَ التَّصَدُّقِ بِشَمَنِ الْأُضْحِيَّةِ لِأَنَّهَا تَقَعُ وَاجِبَةً أَوْ سُنَّةً، وَالتَّصَدُّقُ تَطَوُّعٌ مُحَضَّرٌ فَتَفْضُلُ عَلَيْهِ، لِأَنَّهَا تَقُوتُ بِضَوَاتٍ وَقَتِهَا، وَالتَّصَدُّقُ يُؤْتَى بِهَا فِي الْأَوْقَاتِ كُلِّهَا فَتَنْزَلَتْ مَنْزِلَةُ الطَّوَافِ وَالصَّلَاةِ فِي حَقِّ الْأَفَاقِيِّ.

الشرح:

قَالَ (وَهِيَ جَائِزَةٌ فِي ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ إلخ) كَلَامُهُ وَاضِحٌ. قَوْلُهُ (وَيَجُوزُ الذَّبْحُ فِي لَيَالِيهَا) أَيُّ فِي لَيَالِي أَيَّامِ النَّحْرِ الْمُرَادُ بِهَا اللَّيْلَتَانِ الْمُتَوَسِّطَانِ لَا غَيْرُ، فَلَا تَدْخُلُ اللَّيْلَةُ الْأُولَى وَهِيَ لَيْلَةُ الْعَاشِرِ مِنْ ذِي الْحِجَّةِ وَلَا لَيْلَةُ الرَّابِعِ عَشَرَ مِنْ يَوْمِ النَّحْرِ، لِأَنَّ وَقْتَ الْأُضْحِيَّةِ يَدْخُلُ بِطُلُوعِ الْفَجْرِ مِنْ يَوْمِ النَّحْرِ عَلَى مَا ذَكَرَ فِي الْكِتَابِ وَهُوَ الْيَوْمُ الْعَاشِرُ، وَيَقُوتُ بِغُرُوبِ الشَّمْسِ مِنَ الْيَوْمِ الثَّانِي عَشَرَ، فَلَا يَجُوزُ فِي لَيْلَةِ النَّحْرِ أَلْبَتَّةَ لَوْفُوعِهَا قَبْلَ وَقْتِهَا وَلَا فِي لَيْلَةِ التَّشْرِيقِ الْمُحَضَّرِ لِحُجُوجِهِ، وَإِنَّمَا جَازَتْ فِي اللَّيْلِ لِأَنَّ اللَّيَالِي تَبْعٌ لِلْأَيَّامِ، وَأَمَّا الْكَرَاهَةُ فَلَمَّا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ.

وَقَوْلُهُ (وَالْتَّضَحِّيَةُ فِيهَا) أَيُّ فِي أَيَّامِ النَّحْرِ (أَفْضَلُ مِنَ التَّصَدُّقِ بِشَمَنِ الْأُضْحِيَّةِ) أَمَّا فِي حَقِّ الْمُسَرِّ فَلَا تَكُنْ تَقَعُ وَاجِبَةً فِي ظَاهِرِ الرَّوَايَةِ أَوْ سُنَّةً فِي أَحَدِ قَوْلَيْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ، وَالتَّصَدُّقُ بِالْثَمَنِ تَطَوُّعٌ مُحَضَّرٌ، وَلَا شَكٌّ فِي أَفْضَلِيَّةِ الْوَاجِبِ أَوْ السُّنَّةِ عَلَى

(١) أخرجه أحمد (٨٢/٤)، وابن حبان (٣٨٥٤)، وانظر نصب الراية (٥٠٤/٤).

التَّطَوُّعُ، وَأَمَّا فِي حَقِّ الْمُعْسِرِ فَلَأَنَّ فِيهَا جَمْعًا بَيْنَ التَّقَرُّبِ بِإِرَاقَةِ الدَّمِّ، وَالتَّصَدُّقِ
وَالْإِرَاقَةِ قُرْبَةً تَقُوتُ بِفَوَاتِ هَذِهِ الْأَيَّامِ، وَلَا شَكَّ أَنَّ الْجَمْعَ بَيْنَ الْقَرَيْتَيْنِ أَفْضَلُ، وَهَذَا
الدَّلِيلُ يَشْمَلُ الْغَنِيَّ وَالْفَقِيرَ وَتَشْبِيهُهُ بِالصَّلَاةِ وَالطَّوَّافِ ظَاهِرٌ، فَإِنَّ الطَّوَّافَ فِي حَقِّ
الْآفَاقِيِّ لَفَوَاتِهِ أَفْضَلُ مِنْ صَلَاةِ التَّطَوُّعِ الَّتِي لَا تَقُوتُ، بِخِلَافِ الْمَكِّيِّ فَإِنَّ الصَّلَاةَ فِي
حَقِّهِ أَفْضَلُ.

(وَلَوْ لَمْ يُضَحَّ حَتَّى مَضَتْ أَيَّامُ النُّحْرِ إِنْ كَانَ أَوْجَبَ عَلَى نَفْسِهِ أَوْ كَانَ فَقِيرًا
وَقَدْ اشْتَرَى الْأُضْحِيَّةَ تَصَدَّقَ بِهَا حَيَّةً وَإِنْ كَانَ غَنِيًّا تَصَدَّقَ بِقِيمَةِ شَاةٍ اشْتَرَى أَوْ لَمْ
يَشْتَرِ) لِأَنَّهَا وَاجِبَةٌ عَلَى الْغَنِيِّ. وَتَجِبُ عَلَى الْفَقِيرِ بِالشَّرَاءِ بِنَيْتِ التَّضَحِّيَةِ عِنْدَنَا، فَإِذَا
فَاتَ الْوَقْتُ وَجَبَ عَلَيْهِ التَّصَدُّقُ إِخْرَاجًا لَهُ عَنِ الْعَهْدَةِ، كَالْجُمُعَةِ تُقْضَى بَعْدَ فَوَاتِهَا
ظَهْرًا، وَالصَّوْمُ بَعْدَ الْعَجْرِ فِدِيَّةً.

الشرح:

(لَوْ لَمْ يُضَحَّ حَتَّى مَضَتْ أَيَّامُ النُّحْرِ إِنْ كَانَ أَوْجَبَ عَلَى نَفْسِهِ) بِأَنْ عَيَّنَ شَاةً
فَقَالَ: لِلَّهِ عَلَيَّ أَنْ أُضَحِّيَ بِهِذِهِ الشَّاةِ سَوَاءً كَانَ الْمَوْجِبُ فَقِيرًا أَوْ غَنِيًّا (أَوْ كَانَ)
الْمُضَحِّي (فَقِيرًا وَقَدْ اشْتَرَى شَاةً بِنَيْتِ الْأُضْحِيَّةِ تَصَدَّقَ بِهَا حَيَّةً وَإِنْ كَانَ) مَنْ لَمْ يُضَحَّ
(غَنِيًّا) وَلَمْ يُوجِبْ عَلَى نَفْسِهِ شَاةً بَعَيْنِهَا (تَصَدَّقَ بِقِيمَةِ اشْتَرَى أَوْ لَمْ يَشْتَرِ لِأَنَّهَا وَاجِبَةٌ
عَلَى الْغَنِيِّ) عَيْنِهَا أَوْ لَمْ يُعَيِّنْهَا (وَعَلَى الْفَقِيرِ بِالشَّرَاءِ بِنَيْتِ التَّضَحِّيَةِ عِنْدَنَا فَإِذَا فَاتَ وَقْتُ
التَّقَرُّبِ بِالْإِرَاقَةِ) وَالْحَقُّ مُسْتَحَقٌّ (وَجَبَ التَّصَدُّقُ) بِالْعَيْنِ أَوْ الْقِيمَةِ (إِخْرَاجًا لَهُ عَنِ
الْعَهْدَةِ، كَالْجُمُعَةِ تُقْضَى بَعْدَ فَوَاتِهَا ظَهْرًا، وَالصَّوْمُ بَعْدَ الْعَجْرِ فِدِيَّةً) وَالْجَامِعُ بَيْنَهُمَا مَنْ
حَيْثُ إِنْ قَضَاءَ مَا وَجَبَ عَلَيْهِ فِي الْأَدَاءِ بِجِنْسٍ خِلَافِ الْأَدَاءِ.

قَالَ: (وَلَا يُضَحِّي بِالْعَمِيَاءِ وَالْعَوْرَاءِ وَالْعَرَجَاءِ الَّتِي لَا تَمْشِي إِلَى الْمَنَسِكِ وَلَا
الْعَجَفَاءِ) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «لَا تُجْزِئُ فِي الضَّحَايَا أَرْبَعَةٌ: الْعَوْرَاءُ الْبَيِّنُ عَوْرُهَا
وَالْعَرَجَاءُ الْبَيِّنُ عَرَجُهَا وَالْمَرِيضَةُ الْبَيِّنُ مَرَضُهَا، وَالْعَجَفَاءُ الَّتِي لَا تُنْقِي» ^(١) قَالَ (وَلَا
تُجْزِئُ مَقْطُوعَةُ الْأُذُنِ وَالذَّنْبِ). أَمَّا الْأُذُنُ فَلِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «اسْتَشْرِفُوا الْعَيْنَ

(١) أخرجه أبو داود (٢٨٠٢)، والترمذي في الأضاحي باب ٥، والنسائي في الضحايا باب ٥ -
٧، وابن ماجه (٣١٤٤)، وأحمد (٢٨٤/٤، ٢٨٩، ٣٠٠)، وانظر نصب الراية (٤/٥٠٦).

وَالْأُذُنُ»^(١) أَي أُطْلِبُوا سَلَامَتَهُمَا. وَأَمَّا الذَّنْبُ فَلَأَنَّهُ عُضْوٌ كَامِلٌ مَقْصُودٌ فَصَارَ كَالْأُذُنِ. قَالَ (وَلَا الَّتِي ذَهَبَ أَكْثَرُ أُذُنَيْهَا وَذَنْبُهَا، وَإِنْ بَقِيَ أَكْثَرُ الْأُذُنِ وَالذَّنْبِ جَزَاءً) لِأَنَّ لِلْأَكْثَرِ حُكْمَ الْكُلِّ بَقَاءً وَذَهَابًا وَلِأَنَّ الْعَيْبَ الْيَسِيرَ لَا يُمْكِنُ التَّحَرُّزُ عَنْهُ فَجُعِلَ عَفْوًا، وَاخْتَلَفَتْ الرُّوَايَةُ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ فِي مِقْدَارِ الْأَكْثَرِ. فَفِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ عَنْهُ: وَإِنْ قُطِعَ مِنَ الذَّنْبِ أَوْ الْأُذُنِ أَوْ الْعَيْنِ أَوْ الْأَلْيَةِ الثَّلَاثُ أَوْ أَقَلُّ أَجْزَاءَهُ، وَإِنْ كَانَ أَكْثَرُ لَمْ يُجْزِهِ لِأَنَّ الثَّلَاثَ تَنْفُذُ فِيهِ الْوَصِيَّةُ مِنْ غَيْرِ رِضَا الْوَرَثَةِ فَاعْتَبِرَ قَلِيلًا، وَفِيمَا زَادَ لَا تَنْفُذُ إِلَّا بِرِضَاهُمْ فَاعْتَبِرَ كَثِيرًا، وَيُرْوَى عَنْهُ الرَّبْعُ لِأَنَّهُ يَحْكِي حِكَايَةَ الْكَمَالِ عَلَى مَا مَرَّ فِي الصَّلَاةِ، وَيُرْوَى الثَّلَاثُ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ فِي حَدِيثِ الْوَصِيَّةِ «الثَّلَاثُ وَالْثَّلَاثُ كَثِيرٌ»^(٢) وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: إِذَا بَقِيَ الْأَكْثَرُ مِنَ النِّصْفِ أَجْزَاءَهُ اعْتِبَارًا لِلْحَقِيقَةِ عَلَى مَا تَقَدَّمَ فِي الصَّلَاةِ وَهُوَ اخْتِيَارُ الْفَقِيهِ أَبِي اللَّيْثِ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: أَخْبَرْتُ بِقَوْلِي أَبَا حَنِيفَةَ، فَقَالَ قَوْلِي هُوَ قَوْلُكَ. قِيلَ هُوَ رُجُوعٌ مِنْهُ إِلَى قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ، وَقِيلَ مَعْنَاهُ قَوْلِي قَرِيبٌ مِنْ قَوْلِكَ. وَفِي كَوْنِ النِّصْفِ مَانِعًا رَوَايَتَانِ عَنْهُمَا كَمَا فِي انْكِشَافِ الْعُضْوِ عَنْ أَبِي يُوسُفَ، ثُمَّ مَعْرِفَةُ الْمِقْدَارِ فِي غَيْرِ الْعَيْنِ مُتَسِّرٌ، وَفِي الْعَيْنِ قَالُوا: تُشَدُّ الْعَيْنُ الْمُعَيَّبَةُ بَعْدَ أَنْ لَا تَعْتَلَفَ الشَّاةُ يَوْمًا أَوْ يَوْمَيْنِ ثُمَّ يَقْرَبُ الْعَلَفُ إِلَيْهَا قَلِيلًا قَلِيلًا، فَإِذَا رَأَتْهُ مِنْ مَوْضِعٍ أَعْلَمَ عَلَى ذَلِكَ الْمَكَانِ ثُمَّ تُشَدُّ عَيْنُهَا الصَّحِيحَةُ وَقْرَبُ إِلَيْهَا الْعَلَفُ قَلِيلًا قَلِيلًا حَتَّى إِذَا رَأَتْهُ مِنْ مَكَانٍ أَعْلَمَ عَلَيْهِ. ثُمَّ يَنْظُرُ إِلَى تَفَاوُتِ مَا بَيْنَهُمَا، فَإِنْ كَانَ ثَلَاثًا فَالذَّاهِبُ الثَّلَاثُ، وَإِنْ كَانَ نِصْفًا فَالنِّصْفُ.

الشرح:

قَالَ (وَلَا يُضْحَى بِالْعَمِيَاءِ وَالْعَوْرَاءِ) هَذَا بَيَانٌ مَا لَا يَجُوزُ التَّضْحِيَةُ بِهِ. وَالْأَصْلُ فِيهِ أَنَّ الْعَيْبَ الْفَاحِشَ مَانِعٌ وَالْيَسِيرَ غَيْرُ مَانِعٍ، لِأَنَّ الْحَيَوَانَ قَلَمًا يَنْجُو عَنْ يَسِيرِ الْعَيْبِ، وَالْيَسِيرُ مَا لَا أَثَرَ لَهُ فِي لَحْمِهَا، وَلِلْعَوْرِ أَثَرٌ فِي ذَلِكَ لِأَنَّهُ لَا يُنْصَرُ بِعَيْنٍ وَاحِدَةٍ مِنَ الْعَلَفِ مَا يُنْصَرُ بِعَيْنَيْنِ، وَقِلَّةُ الْعَلَفِ ثَوْرٌ هَزَالٌ، وَالْحَدِيثُ الْمَذْكُورُ دَالٌّ عَلَى ذَلِكَ.

(١) أخرجه أبو داود (٢٨٠٤)، والترمذي في الأضاحي باب ٦، ٩، والنسائي (٤٣٧٢)، وابن

ماجه (٣١٤٢)، وأحمد (٩٥/١)، وانظر نصب الراية (٥٠٧/٤).

(٢) سيأتي في الوصايا.

وَالْعَرَجَاءُ الْبَيْنُ عَرَجُهَا: هِيَ مَا لَا يُمَكِّنُهَا الْمَشْيُ بِرِجْلِهَا الْعَرَجَاءِ، وَإِنَّمَا تَمْشِي بِثَلَاثِ قَوَائِمٍ حَتَّى لَوْ كَانَتْ تَضَعُ الرَّابِعَةَ عَلَى الْأَرْضِ وَتَسْتَعِينُ بِهَا جَارًا. وَالْعَجَفَاءُ: الَّتِي لَا تُنْقَى: هِيَ الَّتِي لَيْسَ لَهَا نَقْيٌ: أَيُّ مُخٍّ مِنْ شِدَّةِ الْعَجْفِ، وَبَقِيَّةُ كَلَامِهِ وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (وَقِيلَ مَعْنَاهُ قَوْلِي قَرِيبٌ مِنْ قَوْلِكَ) أَيُّ قَوْلِي الْأَوَّلُ وَهُوَ أَنَّ الْأَكْثَرَ مِنَ الثَّلَاثِ مَانِعٌ لَا مَا دُونَهُ أَقْرَبُ إِلَى قَوْلِكَ الَّذِي هُوَ أَنَّ الْأَكْثَرَ مِنَ النُّصْفِ إِذَا بَقِيَ أَجْزَاؤُهُ بِالنِّسْبَةِ إِلَى قَوْلٍ مَنْ يَقُولُ إِنَّ الرَّبْعَ أَوْ الثَّلَاثَ مَانِعٌ. وَفِي كَوْنِ النُّصْفِ مَانِعًا عَنْ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ رَوَايَتَانِ، وَقَدْ تَقَدَّمَ وَجْهُ ذَلِكَ فِي الْكَشَافِ الْعُضْوُ فِي أَوَّلِ الْكِتَابِ.

قَالَ (وَيَجُوزُ أَنْ يُضْحِيَ بِالْجَمَاءِ) وَهِيَ الَّتِي لَا قَرْنَ لَهَا لِأَنَّ الْقَرْنَ لَا يَتَعَلَّقُ بِهِ مَقْصُودٌ، وَكَذَا مَكْسُورَةُ الْقَرَنِ لَمَّا قُلْنَا (وَالْخَصِي) لِأَنَّ لَحْمَهَا أَطْيَبُ وَقَدْ صَحَّ «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ ضَحَّى بِكَشَيْنِ أَمْلَحَيْنِ مَوْجُوعَيْنِ»^(١) (وَالثَّوَلَاءِ) وَهِيَ الْمَجْنُونَةُ، وَقِيلَ هَذَا إِذَا كَانَتْ تَعْتَلِفُ لِأَنَّهُ لَا يُخِلُّ بِالْمَقْصُودِ، أَمَّا إِذَا كَانَتْ لَا تَعْتَلِفُ فَلَا تُجْزِئُهُ. وَالْجَرَبَاءُ إِنْ كَانَتْ سَمِينَةً جَارَ لِأَنَّ الْجَرَبَ فِي الْجِلْدِ وَلَا نُقْصَانَ فِي اللَّحْمِ، وَإِنْ كَانَتْ مَهْزُولَةً لَا يَجُوزُ لِأَنَّ الْجَرَبَ فِي اللَّحْمِ فَانْتَقَصَ. وَأَمَّا الْهَتْمَاءُ وَهِيَ الَّتِي لَا أَسْنَانَ لَهَا، فَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يُعْتَبَرُ فِي الْأَسْنَانِ الْكَثْرَةُ وَالْقِلَّةُ، وَعَنْهُ إِنْ بَقِيَ مَا يُمْكِنُهُ الِاعْتِلَافُ بِهِ أَجْزَاؤُهُ لِحُصُولِ الْمَقْصُودِ. وَالسَّكَّاءُ وَهِيَ الَّتِي لَا أُذُنَ لَهَا خَلْقَةً لَا تَجُوزُ، لِأَنَّ مَقْطُوعَ أَكْثَرِ الْأُذُنِ إِذَا كَانَ لَا يَجُوزُ فَعَدِيمُ الْأُذُنِ أَوَّلَى.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (لِأَنَّ الْقَرْنَ لَا يَتَعَلَّقُ بِهِ مَقْصُودٌ) أَلَا تَرَى أَنَّ التَّضْحِيَةَ بِالْإِبِلِ جَائِزَةٌ وَلَا قَرْنَ لَهَا، وَالْكَبِشُ الْأَمْلَحُ مَا فِيهِ مُلْحَةٌ، وَهِيَ بَيَاضٌ يَشُوبُهُ شُعَيْرَاتٌ سَوْدٌ. وَالْوَجْءُ نَوْعٌ مِنَ الْخِصَاءِ، وَهُوَ أَنْ تُرَضَّ الْعُرُوقُ مِنْ غَيْرِ إِخْرَاجِ الْخُصْيَيْنِ.

(وَهَذَا) الَّذِي ذَكَرْنَا (إِذَا كَانَتْ هَذِهِ الْعُيُوبُ قَائِمَةً وَهَتْ الشَّرَاءُ، وَلَوْ اشْتَرَاهَا سَلِيمَةً ثُمَّ تَعَيَّبَتْ بِعَيْبٍ مَانِعٍ إِنْ كَانَ غَنِيًّا عَلَيْهِ غَيْرُهَا، وَإِنْ فَقِيرًا تُجْزِئُهُ هَذِهِ) لِأَنَّ الْوُجُوبَ عَلَى الْغَنِيِّ بِالشَّرْعِ ابْتِدَاءً لَا بِالشَّرَاءِ فَلَمْ تَتَّعِنْ بِهِ، وَعَلَى الْفَقِيرِ بِشِرَائِهِ بِنَيْتِ الْأُضْحِيَّةِ فَتَعَيَّنَتْ، وَلَا يَجِبُ عَلَيْهِ ضَمَانُ نُقْصَانِهِ كَمَا فِي نِصَابِ الرِّكَاعَةِ، وَعَنْ هَذَا

(١) أخرجه ابن ماجه (٣١٢٢)، وأحمد (٢٢٠/٦)، وانظر نصب الراية (٥٠٨/٤).

الأصل قَالُوا: إِذَا مَاتَتِ الْمُشْتَرَاءُ لِلتُّضْحِيَةِ؛ عَلَى الْمُسْرِ مَكَانَهَا أُخْرَى وَلَا شَيْءَ عَلَى الْفَقِيرِ، وَلَوْ ضَلَّتْ أَوْ سُرِقَتْ فَاشْتَرَى أُخْرَى ثُمَّ ظَهَرَتْ الْأُولَى فِي أَيَّامِ النَّحْرِ عَلَى الْمُسْرِ ذَبْحُ أَحَدَاهُمَا وَعَلَى الْفَقِيرِ ذَبْحُهُمَا (وَلَوْ أَضْجَعَهَا فَاضْطَرَبَتْ فَانْكَسَرَتْ رِجْلُهَا فَذَبَحَهَا أَجْزَاءً اسْتِحْسَانًا) عِنْدَنَا خِلَافًا لَزَهْرٍ وَالشَّافِعِيِّ رَحِمَهُمَا اللَّهُ، لِأَنَّ حَالَتهِ الذَّبْحِ وَمُقَدَّمَاتِهِ مُلْحَقَةٌ بِالذَّبْحِ فَكَأَنَّهُ حَصَلَ بِهِ اعْتِبَارًا وَحُكْمًا (وَكَذَا لَوْ تَعَيَّبَتْ فِي هَذِهِ الْحَالَةِ فَانْقَلَبَتْ ثُمَّ أُخِذَتْ مِنْ قَوْرِهِ، وَكَذَا بَعْدَ قَوْرِهِ عِنْدَ مُحَمَّدٍ خِلَافًا لِأَبِي يُوسُفَ) لِأَنَّهُ حَصَلَ بِمُقَدَّمَاتِ الذَّبْحِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (فَتَعَيَّبَتْ) يَعْنِي هَذِهِ الشَّاةُ الْمُشْتَرَاءُ لِلأُضْحِيَةِ. وَقَوْلُهُ (كَمَا فِي نِصَابِ الرِّكَاةِ) فَإِنَّهُ إِذَا نَقَصَ بَعْدَهَا وَجَبَتْ الرِّكَاةُ فِيهِ يَسْقُطُ بِقَدْرِهِ وَلَا يَضُمُّهُ رَبُّ الْمَالِ لِأَنَّ التَّقْصَانَ لَمْ يَكُنْ يَفْعَلُهُ، وَالْجَامِعُ بَيْنَهُمَا أَنَّ مَحَلَّ الْوُجُوبِ فِيهِمَا جَمِيعًا الْمَالُ لَا الذِّمَّةُ، فَإِذَا هَلَكَ الْمَالُ سَقَطَ الْوُجُوبُ (وَعَنْ هَذَا الْأَصْلِ) يَعْنِي كَوْنُ الْوُجُوبِ عَلَى الْغَنِيِّ بِالشَّرْعَةِ لَا بِالشَّرَاءِ وَعَلَى الْفَقِيرِ بِالْعَكْسِ. وَقَوْلُهُ (وَعَلَى الْفَقِيرِ ذَبْحُهُمَا) لِأَنَّ الْوُجُوبَ عَلَيْهِ بِالشَّرَاءِ وَقَدْ تَعَدَّدَ، وَهَذَا الَّذِي ذَكَرَهُ مِنَ الْأَصْلِ يُوَافِقُ مَا ذَكَرَهُ شَيْخُ الْإِسْلَامِ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ الْمُشْتَرَى إِذَا كَانَ مُوسِرًا لَا تُصِيرُ وَاجِبَةً بِالشَّرَاءِ بِنَيْتِ الْأُضْحِيَةِ بِاتِّفَاقِ الرُّوَايَاتِ، وَإِنْ كَانَ مُعْسِرًا فَفِي ظَاهِرِ الرُّوَايَةِ عَنْ أَصْحَابِنَا رَحِمَهُمُ اللَّهُ تَجِبُ. وَرَوَى الرَّعْفَرَانِيُّ عَنْ أَصْحَابِنَا أَنَّهَا لَا تَجِبُ وَهُوَ رِوَايَةُ الثَّوَادِرِ.

وَقَوْلُهُ (فَانْكَسَرَتْ رِجْلُهَا) مِنْ بَابِ ذِكْرِ الْخَاصِّ وَإِرَادَةِ الْعَامِّ، فَإِنَّهُ إِذَا أَصَابَهَا مَانِعٌ غَيْرُ الْإِنْكَسَارِ بِالاضْطِرَابِ حَالَةَ الْإِضْجَاعِ لِلذَّبْحِ كَانَ الْحُكْمُ كَذَلِكَ، وَإِنَّمَا قِيدَ الْإِجْزَاءُ بِالِاسْتِحْسَانِ لِأَنَّ وَجْهَ الْقِيَاسِ بِخِلَافِهِ، لِأَنَّ تَأْدِي الْوَاجِبِ بِالتُّضْحِيَةِ لَا بِالِضْجَاعِ وَهِيَ مَعِيَّةٌ عِنْدَهَا فَصَارَ كَمَا لَوْ كَانَتْ كَذَلِكَ قَبْلَهُ. وَقَوْلُهُ (لَأَنَّهُ حَصَلَ بِمُقَدَّمَاتِ الذَّبْحِ) ذَلِيلُ مُحَمَّدٍ. وَذَلِيلُ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ أَنَّ الْفَوْرَ لَمَّا انْقَطَعَ خَرَجَ الْفِعْلُ الَّذِي تَعَيَّنَتْ بِهِ مِنْ أَنْ يَكُونَ سَبَبًا مِنْ أَسْبَابِ هَذَا الذَّبْحِ الَّذِي وَجِدَ بَعْدَ الْفَوْرِ فَصَارَ بِمَنْزِلَةِ مَا حَصَلَ بِفِعْلِ آخَرَ.

قَالَ (وَالأُضْحِيَّةُ مِنَ الْإِبِلِ وَالْبَقَرِ وَالْغَنَمِ) لِأَنَّهَا عُرِفَتْ شَرْعًا وَلَمْ تُنْقَلِ التُّضْحِيَّةُ

بِغَيْرِهَا مِنَ النَّبِيِّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ وَلَا مِنَ الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ. قَالَ (وَيُجْزَى مِنْ ذَلِكَ كُلِّهِ الثَّنِي فَصَاعِدًا. إِلَّا الضَّانَ فَإِنَّ الْجَذَعَ مِنْهُ يُجْزَى) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «ضَحُّوا بِالثَّنَايَا إِلَّا أَنْ يُعْسِرَ عَلَى أَحَدِكُمْ فَلْيَذْبَحِ الْجَذَعَ مِنَ الضَّانِ»^(١) وَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «نِعِمَّتِ الْأُضْحِيَّةُ الْجَذَعُ مِنَ الضَّانِ»^(٢) قَالُوا: وَهَذَا إِذَا كَانَتْ عَظِيمَةً بِحَيْثُ لَوْ خُلِطَتْ بِالثَّنِيَّانِ يَشْتَبِهُ عَلَى النَّاضِرِ مِنْ بَعِيدٍ. وَالْجَذَعُ مِنَ الضَّانِ مَا تَمَّتْ لَهُ سِتَّةُ أَشْهُرٍ فِي مَذْهَبِ الْفُقَهَاءِ، وَذَكَرَ الرَّعْفَرَانِيُّ أَنَّهُ ابْنُ سَبْعَةِ أَشْهُرٍ. وَالثَّنِي مِنْهَا وَمِنَ الْمَعْرِ سِتَّةٌ، وَمِنَ الْبَقَرِ ابْنُ سَتَتَيْنِ، وَمِنَ الْإِبِلِ ابْنُ خَمْسِ سِنِينَ، وَيَدْخُلُ فِي الْبَقَرِ الْجَامُوسُ لِأَنَّهُ مِنْ جِنْسِهِ، وَالْمَوْلُودُ بَيْنَ الْأَهْلِيِّ وَالْوَحْشِيِّ يَتَّبَعُ الْأُمَّ لِأَنَّهَا هِيَ الْأَصْلُ فِي التَّبَعِيَّةِ، حَتَّى إِذَا نَزَا الذَّنْبُ عَلَى الشَّاةِ يَضْحَى بِالْوَلَدِ.

الشرح:

قَالَ (وَالْأُضْحِيَّةُ مِنَ الْإِبِلِ وَالْبَقَرِ إلخ) كَلَامُهُ وَاضِحٌ، وَقَيَّدَ بِقَوْلِهِ فِي مَذْهَبِ الْفُقَهَاءِ؛ لِأَنَّ عِنْدَ أَهْلِ اللُّغَةِ الْجَذَعُ مِنَ الشَّيْءِ مَا تَمَّتْ لَهَا سِنَةٌ، كَذَا فِي النَّهَائَةِ. وَقَوْلُهُ لِأَنَّهَا هِيَ الْأَصْلُ فِي التَّبَعِيَّةِ لِأَنَّهُ جُزُؤُهَا وَلِهَذَا يَتَّبَعُهَا فِي الرِّقِّ وَالْحَرَبَةِ، وَهَذَا لِأَنَّ الْمُنْفَصِلَ مِنَ الْفَحْلِ هُوَ الْمَاءُ، وَأَنَّهُ غَيْرُ مَحِلٍّ لِهَذَا الْحُكْمِ، وَالْمُنْفَصِلُ مِنَ الْأُمِّ هُوَ الْحَيَوَانُ وَهُوَ مَحِلٌّ لَهُ فَاعْتَبَرَ بِهَا.

قَالَ (وَإِذَا اشْتَرَى سَبْعَةَ بَقَرَةٍ لِيُضْحُوا بِهَا فَمَاتَ أَحَدُهُمْ قَبْلَ النَّحْرِ وَقَالَتِ الْوَرَثَةُ اذْبَحُوهَا عَنْهُ وَعَنْكُمْ أَجْزَأُهُمْ، وَإِنْ كَانَ شَرِيكُ السَّتَةِ نَصْرَانِيًّا أَوْ رَجُلًا يُرِيدُ اللَّحْمَ لَمْ يُجْزَ عَنْ وَاحِدٍ مِنْهُمْ) وَوَجْهُهُ أَنَّ الْبَقَرَةَ تَجُوزُ عَنْ سَبْعَةٍ، وَلَكِنْ مِنْ شَرْطِهِ أَنْ يَكُونَ قَصْدُ الْكُلِّ الْقُرْبَةَ وَإِنْ اخْتَلَفَتْ جِهَاتُهَا كَالْأُضْحِيَّةِ وَالْقِرَانِ وَالْمُنْتَعَةِ عِنْدَنَا لِاتِّحَادِ الْمَقْصُودِ وَهُوَ الْقُرْبَةُ، وَقَدْ وَجَدَ هَذَا الشَّرْطُ فِي الْوَجْهِ الْأَوَّلِ لِأَنَّ الضَّحِيَّةَ عَنْ الْغَيْرِ عُرِفَتْ قُرْبَةً؛ أَلَا تَرَى أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ ضَحَّى عَنْ أُمَّتِهِ^(٣) عَلَى مَا رَوَيْنَا مِنْ قَبْلُ، وَلَمْ يُوجَدْ فِي الْوَجْهِ الثَّانِي لِأَنَّ النَّصْرَانِيَّ لَيْسَ مِنْ أَهْلِهَا، وَكَذَا قَصْدُ اللَّحْمِ

(١) أخرجه مسلم في الأضاحي باب ١٣، وانظر نصب الراية (٤/٥١٠).

(٢) أخرجه الترمذي في الأضاحي باب ٧، وأحمد (٢/٤٤٥)، وانظر نصب الراية (٤/٥١٠).

(٣) سبق تخريجه في الحج وغيره.

يُنَافِيهَا. وَإِذَا لَمْ يَقَعْ الْبَعْضُ قُرْبَةً وَالْإِرَاقَةُ لَا تَنْجِزُ فِي حَقِّ الْقُرْبَةِ لَمْ يَقَعْ الْكُلُّ أَيْضًا فَاُمْتَنَعَ الْجَوَازُ، وَهَذَا الَّذِي ذَكَرَهُ اسْتِحْسَانٌ.

وَالْقِيَاسُ أَنْ لَا يَجُوزُ وَهُوَ رَوَايَةٌ عَنْ أَبِي يُوسُفَ، لِأَنَّهُ تَبَرَّعَ بِالْإِتْلَافِ فَلَا يَجُوزُ عَنْ غَيْرِهِ كَالْإِعْتَاقِ عَنِ الْمَيِّتِ، لَكِنَّا نَقُولُ: الْقُرْبَةُ قَدْ تَقَعَّ عَنِ الْمَيِّتِ كَالْتَصَدُّقِ، بِخِلَافِ الْإِعْتَاقِ لِأَنَّهُ فِيهِ الْإِزَامُ الْوَلَاءُ عَلَى الْمَيِّتِ (فَلَوْ ذَبَحُوهَا عَنْ صَغِيرٍ فِي الْوَرَثَةِ أَوْ أُمٍّ وَلَدٍ جَازَ) لَمَّا بَيَّنَّا أَنَّهُ قُرْبَةٌ (وَلَوْ مَاتَ وَاحِدٌ مِنْهُمْ فَذَبَحَهَا الْبَاقُونَ بِغَيْرِ إِذْنِ الْوَرَثَةِ لَا تُجْزِيهِمْ) لِأَنَّهُ لَمْ يَقَعْ بَعْضُهَا قُرْبَةً، وَفِيمَا تَقَدَّمَ وَجِدَ الْإِذْنَ مِنَ الْوَرَثَةِ فَكَانَ قُرْبَةً.

الشرح:

قَوْلُهُ (لَكِنْ مِنْ شَرْطِ أَنْ يَكُونَ قَصْدًا بِالْكُلِّ الْقُرْبَةَ) لِأَنَّ النَّصَّ وَرَدَ عَلَى خِلَافِ الْقِيَاسِ فِي ذَلِكَ. فَإِنْ قِيلَ: النَّصُّ وَرَدَ فِي الْأَضْحِيَّةِ فَكَيْفَ جَوَّزْتُمْ مَعَ اخْتِلَافِ جِهَاتِ الْقُرْبِ كَالْأَضْحِيَّةِ وَالْقِرَانِ وَالْمُنْعَةِ؟ قُلْنَا: اعْتَمَدَ عَلَى ذَلِكَ زُفَرٌ وَلَمْ يُجَوِّزْ عِنْدَ اخْتِلَافِهَا. لَكِنَّا نَقُولُ: إِذَا كَانَتْ الْجِهَاتُ قُرْبًا اتَّحَدَ مَعْنَاهَا مِنْ حَيْثُ كَوْنِهَا قُرْبَةً فَجَازَ الْإِلْحَاقُ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ بَعْضُهَا غَيْرَ قُرْبَةٍ فَإِنَّهُ لَيْسَ فِي مَعْنَاهَا، وَإِذَا بَطَلَ فِي ذَلِكَ بَطَلَ فِي الْبَاقِي لَعَدَمِ التَّجْزِي. وَقَوْلُهُ (لَمَّا بَيَّنَّا أَنَّهُ قُرْبَةٌ) يُشِيرُ إِلَى وَجْهِ الاسْتِحْسَانِ. وَفِي الْقِيَاسِ لَا يَجُوزُ لِأَنَّ الْإِرَاقَةَ لَا تَنْجِزُ، وَبَعْضُ الْإِرَاقَةِ وَقَعَ تَفْلًا أَوْ لَحْمًا فَصَارَ الْكُلُّ كَذَلِكَ، وَلَمْ يُعْكَسْ لِأَنَّ الْوَاجِبَ قَدْ يَنْقَلِبُ تَطَوُّعًا بِخِلَافِ الْعَكْسِ وَالْإِرَاقَةُ قَدْ تُصِيرُ لِلْحَمِّ مَعَ ثَبُوتِ الْقُرْبَةِ إِذَا لَمْ تُصَادِفْ مَحَلَّهَا أَوْ كَانَتْ فِي غَيْرِ وَقْتِ الْأَضْحِيَّةِ، وَالْإِرَاقَةُ لِلْحَمِّ لَا تُصِيرُ قُرْبَةً بِحَالٍ.

قَالَ (وَيَأْكُلُ مِنْ لَحْمِ الْأَضْحِيَّةِ وَيُطْعَمُ الْأَغْنِيَاءَ وَالْفُقَرَاءَ وَيَدْخُرُ) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «كُنْتَ نَهَيْتُكُمْ عَنْ أَكْلِ لُحُومِ الْأَصْحَابِ فَكُلُوا مِنْهَا وَادْخُرُوا»^(١) وَمَتَى جَازَ أَكْلُهُ وَهُوَ غَنِيٌّ جَازَ أَنْ يُؤْكَلَ غَنِيًّا

الشرح:

وَقَالَ (وَيَأْكُلُ مِنْ لَحْمِ الْأَضْحِيَّةِ إلخ) الْأَضْحِيَّةُ إمَّا أَنْ تَكُونَ مَذْذُورَةً أَوْ لَا، فَإِنْ كَانَ الثَّانِي فَالْحُكْمُ مَا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ، وَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ فَلَيْسَ لَصَاحِبِهَا أَنْ يَأْكُلَ مِنْ

(١) أخرجه مسلم في الأضاحي (٢٩)، وانظر نصب الراية (٥١٢/٤).

لَحْمَهَا وَلَا أَنْ يُطْعَمَ الْأَغْنِيَاءَ لِأَنَّ سَبِيلَهَا التَّصَدُّقُ، وَلَيْسَ لِلْمُتَّصِدِّقِ أَنْ يَأْكُلَ مِنْ صَدَقَتِهِ، وَلَوْ أَكَلَ فَعَلَيْهِ قِيمَةُ مَا أَكَلَ.

قَالَ (وَيُسْتَحَبُّ أَنْ لَا يَنْقُصَ الصَّدَقَةُ عَنِ الثَّلَاثِ) لِأَنَّ الْجِهَاتِ ثَلَاثَةٌ: الْأَكْلُ وَالْإِدْخَارُ لِمَا رَوَيْنَا، وَالْإِطْعَامُ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَأَطْعَمُوا الْقَانِعَ وَالْمُعْتَرَّ﴾ [الحج: ٣٦] فَانْقَسَمَ عَلَيْهِمْ أَثْلَاثًا

الشرح:

وَقَوْلُهُ (لِمَا رَوَيْنَا) يَعْنِي قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «فَكُلُوا مِنْهَا وَادْخَرُوا» وَالْقَانِعُ: هُوَ السَّائِلُ، مِنَ الْقَنُوعِ لَا مِنَ الْقَنَاعَةِ، وَالْمُعْتَرَّ: هُوَ الَّذِي يَتَعَرَّضُ لِلسُّؤَالِ وَلَا يَسْأَلُ.

قَالَ (وَيُتَصَدَّقُ بِجِلْدِهَا) لِأَنَّهُ جُزْءٌ مِنْهَا (أَوْ يَعْمَلُ مِنْهُ آتَةٌ تُسْتَعْمَلُ فِي الْبَيْتِ) كَالنُّطْعِ وَالْجِرَابِ وَالْغِرْبَالِ وَنَحْوِهَا، لِأَنَّ الْإِنْتِفَاعَ بِهِ غَيْرُ مُحَرَّمٍ (وَلَا بَأْسَ بِأَنْ يَشْتَرِيَ بِهِ مَا يَنْتَفَعُ بِهِ فِي الْبَيْتِ مَعَ بَقَائِهِ) اسْتِحْسَانًا، وَذَلِكَ مِثْلُ مَا ذَكَرْنَا لِأَنَّ لِلْبَدَلِ حُكْمَ الْمُبَدَّلِ، (وَلَا يَشْتَرِي بِهِ مَا لَا يَنْتَفَعُ بِهِ إِلَّا بَعْدَ اسْتِهْلَاكِهِ كَالْخَلِّ وَالْأَبَازِيرِ) اعْتِبَارًا بِالْبَيْعِ بِالدَّرَاهِمِ. وَالْمَعْنَى فِيهِ أَنَّهُ تَصَرَّفَ عَلَى قَصْدِ التَّمَوُّلِ، وَاللَّحْمُ بِمَنْزِلَةِ الْجِلْدِ فِي الصَّحِيحِ، فَلَوْ بَاعَ الْجِلْدَ أَوْ اللَّحْمَ بِالدَّرَاهِمِ أَوْ بِمَا لَا يَنْتَفَعُ بِهِ إِلَّا بَعْدَ اسْتِهْلَاكِهِ تَصَدَّقَ بِثَمَنِهِ، لِأَنَّ الْقُرْبَةَ انْتَقَلَتْ إِلَى بَدَلِهِ، وَقَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «مَنْ بَاعَ جِلْدَ أَضْحِيَّتِهِ فَلَا أَضْحِيَّةَ لَهُ» ^(١) يُفِيدُ كَرَاهَةَ الْبَيْعِ، الْبَيْعُ جَائِزٌ لِقِيَامِ الْمَلِكِ وَالْقُدْرَةِ عَلَى التَّسْلِيمِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (كَالْخَلِّ) بِالْحَاءِ الْمُعْجَمَةِ وَالْمُهْمَلَةِ (وَالْأَبَازِيرُ) التَّوَابِلُ جَمْعُ أَبْزَارٍ بِالْفَتْحِ. وَقَوْلُهُ (فِي الصَّحِيحِ) اخْتِرَازًا عَمَّا قَبْلُ إِنَّهُ لَيْسَ فِي اللَّحْمِ إِلَّا الْأَكْلُ وَالْإِطْعَامُ، فَلَوْ بَاعَ بِشَيْءٍ يُنْتَفَعُ بِهِ بِعَيْنِهِ لَا يَجُوزُ، وَالصَّحِيحُ مَا قَالَ شَيْخُ الْإِسْلَامِ إِنَّ اللَّحْمَ بِمَنْزِلَةِ الْجِلْدِ، إِنْ بَاعَهُ بِشَيْءٍ يُنْتَفَعُ بِهِ بِعَيْنِهِ جَازَ. وَرَوَى ابْنُ سَمَاعَةَ عَنْ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ أَنَّهُ لَوْ اشْتَرَى بِاللَّحْمِ ثَوْبًا فَلَا بَأْسَ بِلُبْسِهِ. وَقَوْلُهُ (لِأَنَّ الْقُرْبَةَ انْتَقَلَتْ إِلَى بَدَلِهِ) لِأَنَّ تَمَلُّكَ الْبَدَلِ مِنْ حَيْثُ التَّمَوُّلُ سَاقِطٌ فَلَمْ يَبْقَ إِلَّا جِهَةُ الْقُرْبَةِ وَسَبِيلُهَا التَّصَدُّقُ.

(١) أخرجه البيهقي في الكبرى (٤٩٦/٩)، والحاكم (٣٨٩/٢)، وانظر نصب الراية (٥١٣/٤).

قَالَ (وَلَا يُعْطَى أَجْرَةُ الْجَزَارِ مِنَ الْأُضْحِيَّةِ) «لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لَعَلِّي تَصَدَّقَ بِجَلَالِهَا وَخَطَامِهَا وَلَا تُعْطَى أَجْرُ الْجَزَارِ مِنْهَا شَيْئًا»^(١) وَالنَّهْيُ عَنْهُ نَهْيٌ عَنِ الْبَيْعِ أَيْضًا لِأَنَّهُ فِي مَعْنَى الْبَيْعِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (لَأَنَّهُ فِي مَعْنَى الْبَيْعِ) لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ عَقْدٌ مُعَاوَضَةٌ. قَالَ (وَيُكْرَهُ أَنْ يَجْزُرَ صُوفٌ أُضْحِيَّتُهُ وَيَنْتَفِعَ بِهِ قَبْلَ أَنْ يَذْبَحَهَا) لِأَنَّهُ التَّزَمَ إِقَامَةَ الْقُرْبَةِ بِجَمِيعِ أَجْزَائِهَا، بِخِلَافِ مَا بَعْدَ الذَّبْحِ لِأَنَّهُ أُقِيمَتِ الْقُرْبَةُ بِهَا كَمَا فِي الْهَدْيِ، وَيُكْرَهُ أَنْ يَحْلُبَ لَبَنُهَا فَيَنْتَفِعَ بِهِ كَمَا فِي الصُّوفِ.

قَالَ (وَالْأَفْضَلُ أَنْ يَذْبَحَ أُضْحِيَّتَهُ بِيَدِهِ إِنْ كَانَ يُحْسِنُ الذَّبْحَ) وَإِنْ كَانَ لَا يُحْسِنُهُ فَلَا فَضْلَ أَنْ يَسْتَعِينَ بغيرِهِ، وَإِذَا اسْتَعَانَ بغيرِهِ يَنْبَغِي أَنْ يَشْهَدَهَا بِنَفْسِهِ «لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لِفَاطِمَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا: قَوْمِي فَاشْهَدِي أُضْحِيَّتَكَ، فَإِنَّهُ يُغْفَرُ لَكَ بِأَوَّلِ قَطْرَةٍ مِنْ دَمِهَا كُلُّ ذَنْبٍ»^(٢).

الشرح:

قَوْلُهُ (مِنْ دَمِهَا كُلُّ ذَنْبٍ)، تَمَامُ الْحَدِيثِ «أَمَّا اللَّهُ يُجَاءُ بِدَمِهَا وَلَحْمِهَا فَيُوضَعُ فِي مِيزَانِكَ وَسَبْعُونَ ضَعْفًا فَقَالَ أَبُو سَعِيدٍ الْخُدْرِيُّ عليه السلام: هَذَا لَالٌ مُحَمَّدٌ خَاصَّةٌ أَمْ لَالٌ مُحَمَّدٌ وَالْمُسْلِمِينَ عَامَّةٌ؟ فَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لَالٌ مُحَمَّدٌ خَاصَّةٌ، وَلِلْمُسْلِمِينَ عَامَّةٌ».

قَالَ (وَيُكْرَهُ أَنْ يَذْبَحَهَا الْكَتَابِيُّ) لِأَنَّهُ عَمَلٌ هُوَ قُرْبَةٌ وَهُوَ لَيْسَ مِنْ أَهْلِهَا، فَلَوْ أَمَرَهُ فَذَبَحَ جَازَ لِأَنَّهُ مِنْ أَهْلِ الذَّكَاةِ، وَالْقُرْبَةُ أُقِيمَتَ بِإِنَابَتِهِ وَنِيَّتِهِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا أَمَرَ الْمُجُوسِيَّ لِأَنَّهُ لَيْسَ مِنْ أَهْلِ الذَّكَاةِ فَكَانَ إِفْسَادًا.

قَالَ (وَإِذَا غَلَطَ رَجُلَانِ فَذَبَحَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أُضْحِيَّةَ الْآخَرِ أَجْزَاءَ عَنْهُمَا وَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِمَا) وَهَذَا اسْتِحْسَانٌ، وَأَصْلُ هَذَا أَنَّ مَنْ ذَبَحَ أُضْحِيَّةَ غَيْرِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ لَا يَحِلُّ

(١) أخرجه الجماعة إلا الترمذي، وانظر نصب الراية (٥١٤/٤).

(٢) أخرجه البيهقي في الكبرى (٣٩١/٥، ٣٩٢)، والحاكم (٢٢٢/٤)، وانظر نصب الراية

لَهُ ذَلِكَ وَهُوَ ضَامِنٌ لِقِيمَتِهَا، وَلَا يُجْزِئُهُ عَنِ الْأُضْحِيَّةِ فِي الْقِيَاسِ وَهُوَ قَوْلُ زُفَرٍ وَفِي
الِاسْتِحْسَانِ يَجُوزُ وَلَا ضَمَانٌ عَلَى الدَّائِحِ، وَهُوَ قَوْلُنَا. وَجَهُ الْقِيَاسِ أَنَّهُ ذَبَحَ شَاةَ غَيْرِهِ بِغَيْرِ
أَمْرِهِ فَيُضْمَنُ، كَمَا إِذَا ذَبَحَ شَاةَ اشْتَرَاهَا الْقَصَابُ. وَجَهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّهَا تَعَيَّنَتْ لِلذَّبْحِ
لَتَعْيِنِهَا لِلأُضْحِيَّةِ حَتَّى وَجَبَ عَلَيْهِ أَنْ يُضَحِّيَ بِهَا بَعِينَهَا فِي أَيَّامِ النَّحْرِ. وَيُكْرَهُ أَنْ يُبَدَّلَ
بِهَا غَيْرَهَا فَصَارَ الْمَالُ مُسْتَعِينًا بِكُلِّ مَنْ يَكُونُ أَهْلًا لِلذَّبْحِ إِذَا لَهُ دَلَالَةٌ لِأَنَّهَا تَفُوتُ بِمُضِيِّ
هَذِهِ الْأَيَّامِ، وَعَسَاهُ يَعْجُزُ عَنِ إِقَامَتِهَا بِعَوَارِضَ فَصَارَ كَمَا إِذَا ذَبَحَ شَاةَ شَدَّ الْقَصَابُ
رِجْلَهَا، فَإِنْ قِيلَ: يَفُوتُهُ أَمْرٌ مُسْتَحَبٌّ وَهُوَ أَنْ يَذْبَحَهَا بِنَفْسِهِ أَوْ يَشْهَدَ الذَّبْحَ فَلَا يَرْضَى
بِهِ. قُلْنَا: يَحْصُلُ لَهُ بِهِ مُسْتَحَبَّانِ آخَرَانِ، صِيرُورَتُهُ مُضَحِّيًّا لِمَا عَيْنُهُ، وَكَوْنُهُ مُعْجَلًا بِهِ
فَيَرْضَاهُ، وَلَعَلَّمَانَا رَحِمَهُمُ اللَّهُ مِنْ هَذَا الْجِنْسِ مَسَائِلُ اسْتِحْسَانِيَّةٍ، وَهِيَ أَنَّ مَنْ طَبَخَ
لَحْمَ غَيْرِهِ أَوْ طَحَنَ حِنْطَتَهُ أَوْ رَفَعَ جَرَّتَهُ فَانْكَسَرَتْ أَوْ حَمَلَ عَلَى دَابَّتِهِ فَعَطِبَتْ كُلُّ
ذَلِكَ بِغَيْرِ أَمْرِ الْمَالِكِ يَكُونُ ضَامِنًا، وَلَوْ وَضَعَ الْمَالِكُ اللَّحْمَ فِي الْقِدْرِ وَالْقِدْرَ عَلَى الْكَائُونِ
وَالْحَطْبَ تَحْتَهُ، أَوْ جَعَلَ الْحِنْطَةَ فِي الدُّورِقِ وَرَبَطَ الدَّابَّةَ عَلَيْهِ، أَوْ رَفَعَ الْجَرَّةَ وَأَمَالَهَا
إِلَى نَفْسِهِ أَوْ حَمَلَ عَلَى دَابَّتِهِ فَسَقَطَ فِي الطَّرِيقِ، فَأَوْقَدَ هُوَ النَّارَ فِيهِ وَطَبَخَهُ، أَوْ سَاقَ
الدَّابَّةَ فَطَحَنَهَا، أَوْ أَعَانَهُ عَلَى رَفْعِ الْجَرَّةِ فَانْكَسَرَتْ فِيمَا بَيْنَهُمَا، أَوْ حَمَلَ عَلَى دَابَّتِهِ مَا
سَقَطَ فَعَطِبَتْ لَا يَكُونُ ضَامِنًا فِي هَذِهِ الصُّورِ كُلِّهَا اسْتِحْسَانًا لَوْجُودِ الْإِذْنِ دَلَالَةً. إِذَا
ثَبَتَ هَذَا فَتَقُولُ فِي مَسْأَلَةِ الْكِتَابِ: ذَبَحَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أُضْحِيَّةَ غَيْرِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ
صَرِيحًا فَهِيَ خِلَافِيَّةُ زُفَرٍ بِعَيْنِهَا وَيَتَأْتَى فِيهَا الْقِيَاسُ وَالِاسْتِحْسَانُ كَمَا ذَكَرْنَا،
فَيَأْخُذُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَسْلُوخَةً مِنْ صَاحِبِهِ، وَلَا يُضْمَنُهُ لِأَنَّهُ وَكَيْلُهُ فِيمَا فَعَلَ دَلَالَةً،
فَإِذَا كَانَ قَدْ أَكَلَا ثُمَّ عَلِمَا فَلْيُحْلَلْ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا صَاحِبَهُ وَيُجْزِيَهُمَا، لِأَنَّهُ لَوْ أَطْعَمَهُ
فِي الْإِبْتِدَاءِ يَجُوزُ، وَإِنْ كَانَ غَنِيًّا فَكَذَا لَهُ أَنْ يُحْلَلَهُ فِي الْإِنْتِهَاءِ وَإِنْ تَشَاحَا فَلِكُلِّ وَاحِدٍ
مِنْهُمَا أَنْ يُضْمَنَ صَاحِبَهُ قِيمَةَ لَحْمِهِ ثُمَّ يَتَصَدَّقُ بِتِلْكَ الْقِيمَةِ لِأَنَّهَا بَدَلٌ عَنِ اللَّحْمِ
فَصَارَ كَمَا لَوْ بَاعَ أُضْحِيَّتَهُ، وَهَذَا لِأَنَّ التُّضْحِيَّةَ لَمَّا وَقَعَتْ عَنْ صَاحِبِهِ كَانَ اللَّحْمُ لَهُ

الشرح:

وقوله (حتى وجب عليه أن يضحي بها بعينها في أيام النحر) أي فيما إذا كان
المضحي فقيرًا (ويكره أن يُبدل بها غيرها) أي فيما إذا كان غنيًا قال صاحب النهاية:

هَكَذَا وَجَدْتُ بِخَطِّ شَيْخِي رَحِمَهُ اللَّهُ. وَقَوْلُهُ (فَصَارَ كَمَا لَوْ بَاعَ أَضْحِيَّتَهُ) يَعْنِي لَوْ بَاعَ أَضْحِيَّتَهُ وَاشْتَرَى بِقِيمَتِهَا غَيْرَهَا، فَلَوْ كَانَ غَيْرَهَا اتَّقَصَّ مِنَ الْأُولَى تَصَدَّقَ بِمَا فَضَلَ عَلَى الثَّانِيَةِ، وَلَوْ لَمْ يَشْتَرِ حَتَّى مَضَتْ أَيَّامُ النَّحْرِ تَصَدَّقَ بِشِمَنِهَا كُلِّهِ.

وَمَنْ أَتْلَفَ لَحْمَ أَضْحِيَّةٍ غَيْرِهِ كَانَ الْحُكْمُ مَا ذَكَرْنَاهُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ أَتْلَفَ لَحْمَ أَضْحِيَّةٍ غَيْرِهِ) مُتَّصِلٌ بِقَوْلِهِ وَإِنْ تَشَاحَا: يَعْنِي إِنْ تَشَاحَا عَنْ التَّحْلِيلِ كَانَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُتْلَفًا لَحْمَ أَضْحِيَّةٍ صَاحِبِهِ. وَمَنْ أَتْلَفَ لَحْمَ أَضْحِيَّةٍ صَاحِبِهِ كَانَ الْحُكْمُ فِيهِ مَا ذَكَرْنَاهُ وَهُوَ قَوْلُهُ: فَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنْ يُضْمَنَ صَاحِبُهُ قِيمَةَ لَحْمِهِ.

(وَمَنْ غَضِبَ شَاةً فَضَحَى بِهَا ضَمِنَ قِيمَتَهَا وَجَازَ عَنْ أَضْحِيَّتِهِ) لِأَنَّهُ مَلَكَهَا بِسَابِقِ

الْغَضَبِ، بِخِلَافِ مَا لَوْ أودَعَ شَاةً فَضَحَى بِهَا لِأَنَّهُ يُضْمَنُهُ بِالذَّبْحِ فَلَمْ يَثْبُتِ الْمَلِكُ لَهُ إِلَّا

بَعْدَ الذَّبْحِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (لَأَنَّهُ مَلَكَهَا بِسَابِقِ الْغَضَبِ) يَعْنِي فَكَانَتْ التَّضْحِيَّةُ وَارِدَةً عَلَى مَلِكِهِ، وَهَذَا يَكْفِي فِي التَّضْحِيَّةِ. لَا يُقَالُ: الْاسْتِنَادُ يَظْهَرُ فِي الْقَائِمِ وَالتَّضْحِيَّةُ بِالْإِرَاقَةِ وَالْإِرَاقَةُ قَدْ فَاتَتْ لِأَنَّهَا عِبَارَةٌ عَنْ فِعْلِ الْمُضْحِي، لِأَنَّا نَقُولُ: الْإِرَاقَةُ لَيْسَتْ مِنَ الْمَمْلُوكِ لِأَنَّهَا لَيْسَتْ صِفَةً لِلشَّاةِ لَيَصِحَّ أَنْ يُقَالَ يَظْهَرُ الْاسْتِنَادُ فِيهَا أَوْ لَا يَظْهَرُ، فَإِنَّ الْمَلِكَ يَثْبُتُ فِي الشَّاةِ الْمَذْبُوحَةِ وَيَسْتَنَدُ إِلَى وَقْتِ الْغَضَبِ فَتَكُونُ الْإِرَاقَةُ وَالتَّضْحِيَّةُ وَاقِعَةً عَلَى مَلِكِهِ وَاللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ.

كِتَابُ الْكَرَاهِيَةِ

قَالَ ﷺ: تَكَلَّمُوا فِي مَعْنَى الْمَكْرُوهِ. وَالْمُرُويُّ عَنْ مُحَمَّدٍ نَصًّا أَنَّ كُلَّ مَكْرُوهٍ حَرَامٌ، إِلَّا أَنَّهُ لَمَّا لَمْ يَجِدْ فِيهِ نَصًّا قَاطِعًا لَمْ يُطْلَقْ عَلَيْهِ لَفْظُ الْحَرَامِ. وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ إِلَى الْحَرَامِ أَقْرَبُ، وَهُوَ يَشْتَمِلُ عَلَى فُصُولٍ مِنْهَا (فَصْلٌ فِي الْأَكْلِ وَالشُّرْبِ): (قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ: يُكْرَهُ لُحُومُ الْأُنْثَى وَالْبَائِثُهَا وَأَبْوَالُ الْإِبِلِ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: لَا بَأْسَ بِأَبْوَالِ الْإِبِلِ) وَتَأْوِيلُ قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ لَا بَأْسَ بِهَا لِلتَّدَاوِي، وَقَدْ بَيَّنَّا هَذِهِ الْجُمْلَةَ فِيمَا تَقَدَّمَ فِي الصَّلَاةِ وَالذَّبَائِحِ فَلَا نُعِيدُهَا، وَاللَّبَنُ مُتَوَلَّدٌ مِنَ اللَّحْمِ فَأَخَذَ حُكْمَهُ.

الشرح:

(كِتَابُ الْكَرَاهِيَةِ): أوردَ الْكَرَاهِيَةَ بَعْدَ الْأُضْحِيَّةِ، لِأَنَّ عَامَّةَ مَسَائِلِ كُلِّ وَاحِدَةٍ لَمْ تَخْلُ مِنْ مُتَأَصِّلٍ أَوْ فَرْعٍ تَرِدُ فِيهِ الْكَرَاهَةُ، أَلَا يَرَى أَنَّ فِي وَقْتِ الْأُضْحِيَّةِ مِنْ لَيَالِي أَيَّامِ النَّحْرِ وَفِي التَّصَرُّفِ فِي الْأُضْحِيَّةِ بِحِزِّ الصُّوفِ وَحَلْبِ اللَّبَنِ وَفِي إِقَامَةِ غَيْرِهِ مَقَامَهُ كَيْفَ تَحَقَّقَتْ الْكَرَاهَةُ، وَفِي كِتَابِ الْكَرَاهِيَةِ أَيْضًا كَذَلِكَ فَصْلٌ فِي الْأَكْلِ وَالشُّرْبِ): قَوْلُهُ (وَاللَّبَنُ مُتَوَلَّدٌ مِنَ اللَّحْمِ فَأَخَذَ حُكْمَهُ) يَرِدُ عَلَيْهِ لَبَنُ الْحَيْلِ عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ فِي رِوَايَةِ هَذَا الْكِتَابِ حَيْثُ جَعَلَ لَبَنُهُ حَلَالًا مِمَّا لَا بَأْسَ بِهِ وَأَكَلَ لَحْمَهُ مُحَرَّمًا مَعَ أَنَّ لَبَنَ الْحَيْلِ مُتَوَلَّدٌ مِنْ لَحْمِهِ فَلَا بُدَّ مِنْ زِيَادَةِ قَيْدٍ، وَهُوَ أَنْ يُقَالَ بَعْدَ قَوْلِهِ فَأَخَذَ حُكْمَهُ فِيمَا لَمْ يَخْتَلَفْ مَا هُوَ الْمَطْلُوبُ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لَمَّا أَنَّ الْمَقْصُودَ مِنْ تَحْرِيمِ لَحْمِهِ عَدَمُ تَقْلِيلِ آلَةِ الْجِهَادِ وَلَا يُوجَدُ ذَلِكَ فِي اللَّبَنِ فَكَانَ شُرْبُهُ مِمَّا لَا بَأْسَ بِهِ. قَالَ (وَلَا يَجُوزُ الْأَكْلُ وَالشُّرْبُ وَالْإِدْهَانُ وَالْتَّطْيِبُ فِي آنِيَةِ الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ لِلرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ) لقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ فِي الَّذِي يَشْرَبُ فِي إِنَاءِ الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ «إِنَّمَا يُجَرِّجُ فِي بَطْنِهِ نَارَ جَهَنَّمَ»^(١)، «وَأَتَى أَبُو هُرَيْرَةَ ﷺ بِشَرَابٍ فِي إِنَاءٍ فَضَضَ فَلَمْ يَقْبَلْهُ وَقَالَ: نَهَانَا عَنْهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ»^(٢)، وَإِذَا ثَبَتَ هَذَا فِي الشُّرْبِ فَكَذَا فِي الْإِدْهَانِ وَنَحْوِهِ، لِأَنَّهُ فِي مَعْنَاهُ وَلِأَنَّهُ تَشَبُّهُ بِزِيِّ الْمُشْرِكِينَ وَتَنَعُّمٌ بِنِعَمِ الْمُتَرَفِّينَ وَالْمُسْرِفِينَ، وَقَالَ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ: يُكْرَهُ وَمُرَادُهُ التَّحْرِيمُ وَيَسْتَوِي فِيهِ الرِّجَالُ وَالنِّسَاءُ لِعُمُومِ النَّهْيِ،

(١) أخرجه البخاري في الأشربة باب ٢٨، ومسلم في اللباس (١).

(٢) قال الزيلعي في نصب الراية (٤/٥١٨): غريب عن أبي هريرة.

وَكَذَلِكَ الْأَكْلُ بِمِلْعَقَةِ الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ وَالْاِكْتِحَالُ بِمِيلِ الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ وَكَذَا مَا أَشَبَهُ ذَلِكَ كَالْمُكْحَلَةِ وَالْمِرَاةِ وَغَيْرِهِمَا لَمَّا ذَكَرْنَا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ ﷺ «إِنَّمَا يُجْرَجُ فِي بَطْنِهِ نَارَ جَهَنَّمَ» قِيلَ مَعْنَاهُ: يُرَدَّدُ، مِنْ جَرَجَرِ الْفَحْلُ: إِذَا رَدَّدَ صَوْتُهُ فِي حَنْجَرَتِهِ، وَنَارًا مَنْصُوبٌ عَلَى مَا هُوَ الْمَحْفُوظُ مِنَ الثَّقَاتِ، وَقَوْلُهُ (لَأَنَّهُ فِي مَعْنَاهُ) أَيُّ لَأَنَّ الْأَذْهَانَ مِنْ آتِيَةِ الذَّهَبِ فِي مَعْنَى الشَّرْبِ مِنْهَا، لَأَنَّ كُلًّا مِنْهُمَا اسْتِعْمَالٌ لَهَا وَالْمَحْرَمُ هُوَ الاسْتِعْمَالُ.

قِيلَ صُورَةُ الْأَذْهَانِ الْمَحْرَمِ هُوَ أَنْ يَأْخُذَ آتِيَةُ الذَّهَبِ أَوْ الْفِضَّةِ وَيَصُبُّ الدَّهْنَ عَلَى الرَّأْسِ، وَأَمَّا إِذَا أُدْخِلَ يَدُهُ فِيهَا وَأَخَذَ الدَّهْنَ ثُمَّ صَبَّهُ عَلَى الرَّأْسِ مِنَ الْيَدِ لَا يُكْرَهُ. قَالَ صَاحِبُ النَّهَائَةِ: هَكَذَا ذَكَرَهُ صَاحِبُ الذَّخِيرَةِ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ، وَأَرَى أَنَّهُ مُخَالَفٌ لَمَّا ذَكَرَهُ الْمُصَنِّفُ فِي الْمُكْحَلَةِ، فَإِنَّ الْكُحْلَ لَا بُدَّ وَأَنْ يَنْفَصِلَ عَنْهَا حِينَ الْاِكْتِحَالِ، وَمَعَ ذَلِكَ فَقَدْ ذَكَرَهَا فِي الْمَحْرَمَاتِ. الْمُضَيَّبُ الْمَشْدُودُ بِالضُّبَابِ جَمْعُ ضَبَّةٍ، وَهِيَ حَدِيدَةٌ عَرِيضَةٌ. وَالْمِشْحَذُ: الْمِسْنُ. وَالتُّفْرُ: مَا يُجْعَلُ تَحْتَ ذَنْبِ الدَّابَّةِ.

قَالَ (وَلَا بَأْسَ بِاسْتِعْمَالِ آتِيَةِ الرُّصَاصِ وَالزُّجَاجِ وَالْبَلُورِ وَالْعَقِيقِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يُكْرَهُ لَأَنَّهُ فِي مَعْنَى الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ فِي التَّفَاخُرِ بِهِ. قُلْنَا: لَيْسَ كَذَلِكَ؛ لَأَنَّهُ مَا كَانَ مِنْ عَادَتِهِمُ التَّفَاخُرُ بِغَيْرِ الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ. قَالَ (وَيَجُوزُ الشَّرْبُ فِي الْإِنَاءِ الْمَفْضُضِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَالرُّكُوبُ عَلَى السَّرَجِ الْمَفْضُضِ وَالْجُلُوسُ عَلَى الْكُرْسِيِّ الْمَفْضُضِ وَالسَّرِيرِ الْمَفْضُضِ إِذَا كَانَ يَتَّقِي مَوْضِعَ الْفِضَّةِ) وَمَعْنَاهُ: يَتَّقِي مَوْضِعَ الْفَمِّ، وَقِيلَ هَذَا وَمَوْضِعُ الْيَدِ فِي الْأَخْرِ وَفِي السَّرِيرِ وَالسَّرَجِ مَوْضِعُ الْجُلُوسِ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: يُكْرَهُ ذَلِكَ، وَقَوْلُ مُحَمَّدٍ يُرْوَى مَعَ أَبِي حَنِيفَةَ وَيُرْوَى مَعَ أَبِي يُوسُفَ، وَعَلَى هَذَا الْخُلَافِ الْإِنَاءُ الْمُضَيَّبُ بِالذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ وَالْكَرْسِيُّ الْمُضَيَّبُ بِهِمَا، وَكَذَا إِذَا جَعَلَ ذَلِكَ فِي السِّيفِ وَالْمِشْحَذِ وَحَلَقَةِ الْمِرَاةِ، أَوْ جَعَلَ الْمَصْحَفَ مِنْهُمَا أَوْ مَفْضُضًا، وَكَذَا الْاِخْتِلَافُ فِي اللَّجَامِ وَالرُّكَابِ وَالتُّفْرِ إِذَا كَانَ مَفْضُضًا، وَكَذَا الثُّوبُ فِيهِ كِتَابَةٌ بِذَهَبٍ أَوْ فِضَّةٍ عَلَى هَذَا، وَهَذَا الْاِخْتِلَافُ فِيهِمَا يَخْلُصُ، فَأَمَّا التَّمْوِيهِ الَّذِي لَا يَخْلُصُ فَلَا بَأْسَ بِهِ بِالْإِجْمَاعِ. لَهُمَا أَنْ مُسْتَعْمَلَ جُزْءٌ مِنَ الْإِنَاءِ مُسْتَعْمَلَ جَمِيعِ الْأَجْزَاءِ فَيُكْرَهُ، كَمَا إِذَا اسْتَعْمَلَ مَوْضِعَ الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ.

وَلَأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنْ ذَلِكَ تَابِعٌ وَلَا مُعْتَبَرٌ بِالتَّوَابِعِ فَلَا يُكْرَهُ. كَالْجُبَّةِ الْمَكْفُوفَةِ
بِالْحَرِيرِ وَالْعَلَمِ فِي الثُّوبِ وَمِسْمَارِ الذَّهَبِ فِي الْفَصْلِ.

الشرح:

وَلَأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنْ ذَلِكَ تَابِعٌ وَلَا مُعْتَبَرٌ بِالتَّوَابِعِ حُكْمِي أَنْ هَذِهِ الْمَسْأَلَةُ
وَقَعَتْ فِي دَارِ أَبِي جَعْفَرٍ الدَّوَانِقِيِّ بِحَضْرَةِ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَيُّمَةَ عَصْرِهِ رَحِمَهُمُ اللَّهُ، فَقَالَتْ
الْأَيُّمَةُ: يُكْرَهُ، فَقِيلَ لِأَبِي حَنِيفَةَ: مَا تَقُولُ؟ فَقَالَ: إِنْ وَضَعَ فَمَهُ عَلَى الْفِصَّةِ يُكْرَهُ وَإِلَّا
فَلَا، فَقِيلَ لَهُ: مَا الْحُجَّةُ فِيهِ؟ فَقَالَ: أَرَأَيْتَ لَوْ كَانَ فِي أَصْبُعِهِ خَاتَمٌ فِصَّةٌ فَشَرِبَ مِنْ
كَفِّهِ أَيْكْرَهُ؟ فَوَقَفَ كُلُّهُمْ وَتَعَجَّبَ أَبُو جَعْفَرٍ.

قَالَ (وَمَنْ أَرْسَلَ أَجِيرًا لَهُ مَجُوسِيًّا أَوْ خَادِمًا فَاشْتَرَى لَحْمًا فَقَالَ اشْتَرَيْتَهُ مِنْ
يَهُودِيٍّ أَوْ نَصْرَانِيٍّ أَوْ مُسْلِمٍ وَسِعَهُ أَكْلُهُ)؛ لِأَنَّ قَوْلَ الْكَافِرِ مَقْبُولٌ فِي الْمُعَامَلَاتِ؛ لِأَنَّهُ
خَبَرٌ صَحِيحٌ لَصُدُورِهِ عَنْ عَقْلِ وَدِينٍ يُعْتَقَدُ فِيهِ حُرْمَةُ الْكَذِبِ وَالْحَاجَةُ مَأْسَةً إِلَى قَبُولِهِ
لِكثْرَةِ وَقُوعِ الْمُعَامَلَاتِ (وَإِنْ كَانَ غَيْرَ ذَلِكَ لَمْ يَسْعُهُ أَنْ يَأْكُلَ مِنْهُ) مَعْنَاهُ: إِذَا كَانَ
ذَيْبَحَةً غَيْرَ الْكِتَابِيِّ وَالْمُسْلِمِ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا قَبِلَ قَوْلُهُ فِي الْحَلِّ أَوْلَى أَنْ يَقْبَلَ فِي الْحُرْمَةِ. قَالَ
(وَيَجُوزُ أَنْ يَقْبَلَ فِي الْهَدِيَّةِ وَالْإِذْنِ قَوْلُ الْعَبْدِ وَالْجَارِيَةِ وَالصَّبِيِّ)؛ لِأَنَّ الْهَدَايَا تُبْعَثُ
عَادَةً عَلَى أَيْدِي هَوَلَاءِ، وَكَذَا لَا يُمَكِّنُهُمْ اسْتِصْحَابُ الشُّهُودِ عَلَى الْإِذْنِ عِنْدَ الضَّرْبِ
فِي الْأَرْضِ وَالْمُبَايَعَةِ فِي السُّوقِ، فَلَوْ لَمْ يَقْبَلَ قَوْلُهُمْ يُؤَدِّي إِلَى الْحَرَجِ.

وَفِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ: إِذَا قَالَتْ جَارِيَةٌ لِرَجُلٍ بَعَثَنِي مَوْلَايَ إِلَيْكَ هَدِيَّةً وَسِعَهُ أَنْ
يَأْخُذَهَا؛ لِأَنَّهُ لَا فَرْقَ بَيْنَ مَا إِذَا أَخْبَرَتْ بِإِهْدَاءِ الْمَوْلَى غَيْرَهَا أَوْ نَفْسَهُ لَمَّا قُلْنَا (قَالَ
وَيُقْبَلُ فِي الْمُعَامَلَاتِ قَوْلُ الْفَاسِقِ، وَلَا يَقْبَلُ فِي الدِّيَانَاتِ إِلَّا قَوْلُ الْعَدْلِ). وَوَجْهُ
الْفَرْقِ أَنَّ الْمُعَامَلَاتِ يَكْثُرُ وَجُودُهَا فِيمَا بَيْنَ أَجْنَاسِ النَّاسِ، فَلَوْ شَرَطْنَا شَرْطًا زَائِدًا
يُؤَدِّي إِلَى الْحَرَجِ فَيُقْبَلُ قَوْلُ الْوَاحِدِ فِيهَا عَدْلًا كَانَ أَوْ فَاسِقًا كَافِرًا أَوْ مُسْلِمًا عَبْدًا أَوْ
حُرًّا ذَكَرًا أَوْ أُنْثَى دَفْعًا لِلْحَرَجِ. أَمَّا الدِّيَانَاتُ فَلَا يَكْثُرُ وَقُوعُهَا حَسَبِ وَقُوعِ الْمُعَامَلَاتِ
فَجَازَ أَنْ يَشْتَرِطَ فِيهَا زِيَادَةُ شَرْطٍ، فَلَا يَقْبَلُ فِيهَا إِلَّا قَوْلُ الْمُسْلِمِ الْعَدْلِ؛ لِأَنَّ الْفَاسِقَ
مُتَّهَمًا وَالْكَافِرَ لَا يَلْتَزِمُ الْحُكْمَ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُلْزَمَ الْمُسْلِمَ، بِخِلَافِ الْمُعَامَلَاتِ؛ لِأَنَّ الْكَافِرَ
لَا يُمَكِّنُهُ الْمَقَامُ فِي دِيَارِنَا إِلَّا بِالْمُعَامَلَةِ. وَلَا يَتَّهَمُ لَهُ الْمُعَامَلَةُ إِلَّا بَعْدَ قَبُولِ قَوْلِهِ فِيهَا فَكَانَ

فِيهِ ضُرُورَةٌ، وَلَا يُقْبَلُ فِيهَا قَوْلُ الْمُسْتَوْرِ فِي ظَاهِرِ الرَّوَايَةِ.

وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ يُقْبَلُ قَوْلُهُ فِيهَا جَرِيًّا عَلَى مَذْهَبِهِ أَنَّهُ يَجُوزُ الْقَضَاءُ بِهِ، وَفِي ظَاهِرِ الرَّوَايَةِ هُوَ وَالْفَاسِقُ فِيهِ سَوَاءٌ حَتَّى يُعْتَبَرَ فِيهِمَا أَكْبَرُ الرَّأْيِ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ أَرْسَلَ أَجِيرًا لَهُ مَجُوسِيًّا إلخ) كَلَامُهُ وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (لَأَنَّهُ لَمَّا قُبِلَ قَوْلُهُ فِي الْحَلِّ) يَعْنِي فِي قَوْلِهِ وَسِعَهُ أَكْلُهُ فَإِنَّهُ يَتَضَمَّنُ الْحَلَّ لَا مُحَالَاةً أَوَّلَى أَنْ يُقْبَلَ فِي الْحُرْمَةِ، لِأَنَّ الْحُرْمَةَ مُرَجَّحَةٌ عَلَى الْحَلِّ دَائِمًا، وَأَتَى بِرَوَايَةِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ لِأَنَّ الْهَدْيَةَ فِيهَا نَفْسُ الْجَارِيَةِ. وَقَوْلُهُ (لَمَّا قُلْنَا) رَاجِعٌ إِلَى قَوْلِهِ لِأَنَّ الْهَدَايَا تُبْعَثُ عَادَةً عَلَى أَيْدِي هَؤُلَاءِ. وَقَوْلُهُ (وَلَا يُقْبَلُ فِيهَا) أَيُّ فِي الْعِبَادَاتِ (قَوْلُ الْمُسْتَوْرِ) وَقَوْلُهُ (جَرِيًّا عَلَى مَذْهَبِهِ أَنَّهُ يَجُوزُ الْقَضَاءُ بِهِ) يَعْنِي إِذَا لَمْ يَطْعَنَ الْخَصْمُ، وَظَاهِرُ الرَّوَايَةِ أَصَحُّ لِأَنَّهُ لَا بُدَّ مِنْ اعْتِبَارِ أَحَدِ شَطْرَيْ الشَّهَادَةِ لِيَكُونَ الْخَيْرُ مُلْزِمًا وَقَدْ سَقَطَ اعْتِبَارُ الْعَدَدِ فَبَقِيَ اعْتِبَارُ الْعَدَالَةِ. وَقَوْلُهُ (حَتَّى يُعْتَبَرَ فِيهِمَا) أَيُّ فِي الْفَاسِقِ وَالْمُسْتَوْرِ إِذَا أَخْبَرَ بِنَجَاسَةِ الْمَاءِ (أَكْبَرُ الرَّأْيِ).

قَالَ (وَيُقْبَلُ فِيهَا قَوْلُ الْعَبْدِ وَالْحُرِّ وَالْأَمَةِ إِذَا كَانُوا عُدُولًا؛) لِأَنَّ عِنْدَ الْعَدَالَةِ الصِّدْقُ رَاجِعٌ وَالْقَبُولُ لِرُجْحَانِهِ. فَمِنْ الْمَعَامَلَاتِ مَا ذَكَرْنَاهُ، وَمِنْهَا التَّوَكُّيلُ. وَمِنْ الدِّيَانَاتِ الْإِخْبَارُ بِنَجَاسَةِ الْمَاءِ حَتَّى إِذَا أَخْبَرَهُ مُسْلِمٌ مَرْضِيٌّ لَمْ يَتَوَضَّأْ بِهِ وَيَتَيَمَّمْ، وَلَوْ كَانَ الْمُخْبِرُ فَاسِقًا أَوْ مُسْتَوْرًا تَحَرَّى، فَإِنْ كَانَ أَكْبَرُ رَأْيِهِ أَنَّهُ صَادِقٌ يَتَيَمَّمْ وَلَا يَتَوَضَّأْ بِهِ، وَإِنْ أَرَأَقَ الْمَاءُ ثُمَّ تَيَمَّمْ كَانَ أَحَوْطَ، وَمَعَ الْعَدَالَةِ يَسْقُطُ احْتِمَالُ الْكَذِبِ فَلَا مَعْنَى لِلْإِحْتِيَاظِ بِالْإِرَاقَةِ، أَمَّا التَّحَرِّيُّ فَمَجْرَدُ ظَنٍّ. وَلَوْ كَانَ أَكْبَرُ رَأْيِهِ أَنَّهُ كَاذِبٌ يَتَوَضَّأُ بِهِ وَلَا يَتَيَمَّمْ لَتَرَجَّحَ جَانِبُ الْكَذِبِ بِالتَّحَرِّيِّ، وَهَذَا جَوَابُ الْحُكْمِ. فَأَمَّا فِي الْإِحْتِيَاظِ فَيَتَيَمَّمُ بَعْدَ الْوُضُوءِ لَمَّا قُلْنَا. وَمِنْهَا الْحَلُّ وَالْحُرْمَةُ إِذَا لَمْ يَكُنْ فِيهِ زَوَالُ الْمِلْكِ، وَفِيهَا تَفَاصِيلُ وَتَفْرِيعَاتُ ذَكَرْنَاهَا فِي كِفَايَةِ الْمُنْتَهَى.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَيُقْبَلُ فِيهَا) أَيُّ فِي الدِّيَانَاتِ قَوْلُ الْعَبْدِ وَالْحُرِّ وَالْأَمَةِ، لِأَنَّ خَيْرَ هَؤُلَاءِ فِي أُمُورِ الدِّينِ كَخَيْرِ الْحُرِّ إِذَا كَانُوا عُدُولًا كَمَا فِي رَوَايَةِ الْأَخْبَارِ لِأَنَّهُ يَلْتَزِمُ بِنَفْسِهِ أَوَّلًا ثُمَّ يَتَعَدَّى مِنْهُ إِلَى غَيْرِهِ فَلَا يَكُونُ مِنْ بَابِ الْوِلَايَةِ عَلَى الْغَيْرِ. وَقَوْلُهُ (مَا ذَكَرْنَاهُ) إِشَارَةٌ إِلَى

الْهَدْيَةِ وَالْإِذْنِ، وَقَوْلُهُ (فَإِنْ كَانَ أَكْبَرُ رَأْيِهِ اللَّهُ كَاذِبٌ يَتَوَضَّأُ بِهِ) يَعْنِي حُكْمًا لَا فِي الْاِحْتِيَاظِ، وَالْاِحْتِيَاظُ فِي التَّيَمُّمِ بَعْدَ الْوُضُوءِ، وَإِنْ لَمْ يَتَرَجَّحْ أَحَدُ الْوَجْهَيْنِ، قِيلَ الْأَصْلُ الطَّهَارَةُ. وَقَوْلُهُ (لَمَّا قُلْنَا) إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ أَمَّا التَّحَرِّيُّ فَمُجَرَّدُ ظَنٍّ فِيهِ اِحْتِمَالُ الْخَطَا، وَقَوْلُهُ (وَمِنْهَا) أَيُّ مِنَ الدِّيَانَاتِ (الْحِلُّ وَالْحُرْمَةُ) يُقْبَلُ فِيهِمَا خَيْرُ الْوَاحِدِ الْعَدْلُ إِذَا لَمْ يَتَضَمَّنْ زَوَالَ الْمَلِكِ كَالِاخْتِيَارِ بِحُرْمَةِ الطَّعَامِ وَالشَّرَابِ يُقْبَلُ فِيهَا قَوْلُ الْعَدْلِ فَلَا يَحِلُّ الْأَكْلُ وَلَا الْإِطْعَامُ لَأَنَّهَا حَقُّ اللَّهِ تَعَالَى فَيُثْبِتُ بِخَيْرِ الْوَاحِدِ وَلَا يَخْرُجُ عَنْ مِلْكِهِ، لِأَنَّ بُطْلَانَ الْمَلِكِ لَا يُثْبِتُ بِخَيْرِهِ. وَلَيْسَ مِنْ ضَرُورَةٍ تُبَوِّتُ الْحُرْمَةَ بُطْلَانَ الْمَلِكِ. وَأَمَّا إِذَا تَضَمَّنَ زَوَالَهُ فَلَا يُقْبَلُ، كَمَا إِذَا أَخْبَرَ رَجُلٌ أَوْ امْرَأَةٌ عَدْلًا لِلزَّوْجَيْنِ بَأْتُهُمَا ارْتَضَاعًا مِنْ امْرَأَةٍ وَاحِدَةٍ، بَلْ لَا بُدَّ فِيهَا مِنْ شَهَادَةِ رَجُلَيْنِ أَوْ رَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ لِأَنَّ الْحُرْمَةَ هَاهُنَا مَعَ بَقَاءِ النِّكَاحِ غَيْرُ مُتَصَوِّرٍ فَكَانَ مُتَضَمِّنًا لَزَوَالِ الْمَلِكِ. فَإِنْ قِيلَ: قَدْ تَقَدَّمَ قَوْلُهُ لِأَنَّهُ لَمَّا قَبِلَ قَوْلُهُ أَيُّ قَوْلِ الْمَجُوسِيِّ فِي الْحِلِّ أَوَّلَى أَنْ يُقْبَلَ فِي الْحُرْمَةِ، وَهُوَ يَدُلُّ عَلَى أَنَّ الْعَدَالَهَ فِي الْخَيْرِ بِالْحِلِّ وَالْحُرْمَةِ غَيْرُ شَرْطٍ فَكَانَ كَلَامُهُ مُتَنَاقِضًا. أُجِيبَ بِأَنَّ ذَلِكَ كَانَ ضَمْنِيًّا، وَكَمْ مِنْ شَيْءٍ يَثْبُتُ ضَمْنًا وَلَا يَثْبُتُ قَصْدًا، فَلَا تَنَاقُضَ لِأَنَّ الْمُرَادَ هَاهُنَا مَا كَانَ قَصْدِيًّا.

قَالَ (وَمَنْ دُعِيَ إِلَى وَلِيمَةٍ أَوْ طَعَامٍ فَوَجَدَ ثَمَّةً لَعِبًا أَوْ غِنَاءً فَلَا بَأْسَ بِأَنْ يَقْعُدَ وَيَاكُلَ) قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ: أَبْثَلْتُ بِهِذَا مَرَّةً فَصَبِرْتُ. وَهَذَا لِأَنَّ إِجَابَةَ الدَّعْوَةِ سُنَّةٌ. قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «مَنْ لَمْ يُجِبِ الدَّعْوَةَ فَقَدْ عَصَى أَبَا الْقَاسِمِ»^(١) فَلَا يَتْرُكُهَا لَمَّا اقْتَرَنَ بِهَا مِنَ الْبِدْعَةِ مِنْ غَيْرِهِ، كَصَلَاةِ الْجَنَازَةِ وَاجِبَةِ الْإِقَامَةِ وَإِنْ حَضَرَتْهَا نِيَاحَةً، فَإِنْ قَدَرَ عَلَى الْمَنْعِ مَنَعَهُمْ، وَإِنْ لَمْ يَقْدِرْ يَصْبِرْ، وَهَذَا إِذَا لَمْ يَكُنْ مُقْتَدَى بِهِ، فَإِنْ كَانَ مُقْتَدَى وَلَمْ يَقْدِرْ عَلَى مَنَعِهِمْ يَخْرُجُ وَلَا يَقْعُدُ؛ لِأَنَّ فِي ذَلِكَ شَيْنَ الدِّينِ وَفَتْحُ بَابِ الْمَعْصِيَةِ عَلَى الْمُسْلِمِينَ، وَالْمَحْكِيُّ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي الْكِتَابِ كَانَ قَبْلَ أَنْ يَصْبِرَ مُقْتَدَى بِهِ، وَلَوْ كَانَ ذَلِكَ عَلَى الْمَائِدَةِ لَا يَنْبَغِي أَنْ يَقْعُدَ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُقْتَدَى لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿فَلَا تَقْعُدْ بَعْدَ الذِّكْرَى مَعَ الْقَوْمِ الظَّالِمِينَ﴾ [الأنعام: ١٠٦] وَهَذَا كُلُّهُ بَعْدَ الْحُضُورِ، وَلَوْ عَلِمَ قَبْلَ الْحُضُورِ لَا يَحْضُرُ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَلْزَمْهُ حَقُّ الدَّعْوَةِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا

(١) أخرج مسلم بمعناه الصحيح في النكاح (١١٠) عن أبي هريرة مرفوعا، وانظر نصب الراية (٥٢٠/٤).

هَجَمَ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ قَدْ لَزِمَهُ، وَدَلَّتِ الْمَسْأَلَةُ عَلَى أَنَّ الْمَلَاهِي كُلَّهَا حَرَامٌ حَتَّى التَّغْنِي بِضَرْبِ الْقَضِيبِ. وَكَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَبْتَلَيْتُ، لِأَنَّ الْإِبْتِلَاءَ بِالْمَحْرَمِ يَكُونُ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ دُعِيَ إِلَى وَلِيمَةٍ أَوْ طَعَامٍ إلخ) قِيلَ الْوَلِيمَةُ طَعَامُ الْعُرْسِ وَالْغَنَاءُ بِالْكَسْرِ السَّمَاعُ. قَوْلُهُ (كَصَلَاةِ الْجَنَازَةِ) قِيلَ عَلَيْهِ إِنَّهُ قِيَاسُ السُّنَّةِ عَلَى الْفَرَضِ وَهُوَ غَيْرُ مُسْتَقِيمٍ فَإِنَّهُ لَا يَلْزَمُ مَنْ تَحْمِلُ الْمَحْدُورَ لِإِقَامَةِ الْفَرَضِ تَحْمِلُهُ لِإِقَامَةِ السُّنَّةِ. وَأُجِيبَ بِأَنَّهَا سُنَّةٌ فِي قُوَّةِ الْوَاجِبِ لَوُرُودِ الْوَعِيدِ عَلَى تَارِكِهَا، قَالَ ﷺ «مَنْ لَمْ يُجِبِ الدَّعْوَةَ فَقَدْ عَصَى أَبَا الْقَاسِمِ» وَيَجُوزُ أَنْ يُقَالَ: وَجْهُ التَّشْبِيهِ اقْتِرَانُ الْعِبَادَةِ بِالْبِدْعَةِ مَعَ قَطْعِ النَّظَرِ عَنْ صِفَةِ تِلْكَ الْعِبَادَةِ. وَقَوْلُهُ (فَإِنْ قَدَّرَ عَلَى الْمَنَعِ مَنَعَهُمْ، وَإِنْ لَمْ يَقْدِرْ يَضْرِبْ) لِيَكُونَ عَامِلًا بِقَوْلِهِ ﷺ «مَنْ رَأَى مِنْكُمْ مُنْكَرًا فَلْيُغَيِّرْهُ بِيَدِهِ» الْحَدِيثُ. وَقَوْلُهُ (وَلَوْ كَانَ عَلَى الْمَائِدَةِ يَنْبَغِي أَنْ لَا يَقْعُدَ) يُشِيرُ إِلَى أَنَّ مَا تَقَدَّمَ إِمَّا جَازَ إِذَا كَانَ الْغَنَاءُ فِي ذَلِكَ الْمَنْزِلِ وَلَمْ يَكُنْ عَلَى الْمَائِدَةِ، لِأَنَّهُ لَمْ يَدْخُلْ تَحْتَ الْمَعِيَةِ. وَأَمَّا إِذَا كَانَ عَلَى الْمَائِدَةِ كَانَ قَاعِدًا مَعَ الْقَوْمِ الظَّالِمِينَ وَقَوْلُهُ (وَدَلَّتِ الْمَسْأَلَةُ عَلَى أَنَّ الْمَلَاهِي كُلَّهَا حَرَامٌ) لِأَنَّ مُحَمَّدًا رَحِمَهُ اللَّهُ أَطْلَقَ اسْمَ اللَّعِبِ وَالْغَنَاءِ بِقَوْلِهِ فَوُجِدَ ثَمَّةُ اللَّعِبِ وَالْغَنَاءِ فَالْلَّعِبُ وَهُوَ اللَّهُوُ حَرَامٌ. لَا يُقَالُ: الْحَيَاةُ الدُّنْيَا لَعِبٌ وَلَهُوُ لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿اعْلَمُوا أَنَّمَا الْحَيَاةُ الدُّنْيَا لَعِبٌ وَلَهُوٌ﴾ [الحديد: ٢٠] وَالْحَيَاةُ الدُّنْيَا لَيْسَتْ بِحَرَامٍ؛ لِأَنَّ الْحَاصِلَ مِنْ هَذَا الْقِيَاسِ بَعْضُ اللَّهُوِ، وَاللَّعِبُ لَيْسَ بِحَرَامٍ وَهُوَ مَا اسْتَشْنَاهُ النَّبِيُّ ﷺ فِي قَوْلِهِ «لَهُوُ الْمُؤْمِنِ بَاطِلٌ إِلَّا فِي ثَلَاثٍ: تَأْدِيهِ لِفَرَسِهِ، وَرَمِيهِ عَنْ قَوْسِهِ، وَمُلَاعَبَتِهِ مَعَ أَهْلِهِ». وَقَوْلُهُ (بِضَرْبِ الْقَضِيبِ) عَنَى بِهِ خَشَبَ الْحَارِسِ. وَقَوْلُهُ (وَكَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ) مَعْطُوفٌ عَلَى قَوْلِهِ وَدَلَّتِ الْمَسْأَلَةُ.

فصل في اللبس

قَالَ (لَا يَحِلُّ لِلرِّجَالِ لُبْسُ الْحَرِيرِ وَيَحِلُّ لِلنِّسَاءِ)؛ لِأَنَّ «النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ نَهَى عَنِ لُبْسِ الْحَرِيرِ وَالْدَّبِيَّاجِ وَقَالَ: إِنَّمَا يَلْبَسُهُ مَنْ لَا خَلْقَ لَهُ فِي الْآخِرَةِ»^(١) وَإِنَّمَا حَلَّ لِلنِّسَاءِ بِحَدِيثٍ آخَرَ، وَهُوَ مَا رَوَاهُ عِدَّةٌ مِنَ الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ مِنْهُمْ عَلَيَّ ﷺ «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ خَرَجَ وَيَأْخُذُ بِيَدَيْهِ حَرِيرٌ وَيَأْخُذُ بِأُخْرَى ذَهَبٌ وَقَالَ: هَذَا مِنْ مُحْرَمَانِ عَلَى

(١) أخرجه البخاري في الجمعة باب ٧، ومسلم في اللباس (٦)، وانظر نصب الراية (٤/٥٢٠).

ذُكُورِ أُمَّتِي حَلَالٌ لِإِنَائِهِمْ» وَيُرْوَى «حِلٌّ لِإِنَائِهِمْ»^(١) (إِلَّا أَنَّ الْقَلِيلَ عَفْوٌ وَهُوَ مِقْدَارُ ثَلَاثَةِ أَصَابِعٍ أَوْ أَرْبَعَةٍ كَالْأَعْلَامِ وَالْمَكْفُوفِ بِالْحَرِيرِ) لَمَّا رُويَ «أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ نَهَى عَنِ لُبْسِ الْحَرِيرِ إِلَّا مَوْضِعَ إصْبَعَيْنِ أَوْ ثَلَاثَةٍ أَوْ أَرْبَعَةٍ»^(٢) أَرَادَ الْأَعْلَامَ. وَعَنْهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «أَنَّهُ كَانَ يَلْبَسُ جُبَّةً مَكْفُوفَةً بِالْحَرِيرِ»^(٣).

الشرح:

(فَصْلٌ فِي اللَّبْسِ) لَمَّا فَرَغَ مِنْ مُقَدِّمَاتِ مَسَائِلِ الْكَرَاهِيَةِ ذَكَرَ تَفْصِيلَ مَا يَحْتَاجُ إِلَيْهِ الْإِنْسَانُ، وَقَدَّمَ اللَّبْسَ لِكَثْرَةِ الْاِحْتِيَاجِ إِلَيْهِ. قَالَ (لَا يَحِلُّ لِلرِّجَالِ لُبْسُ الْحَرِيرِ وَيَحِلُّ لِلنِّسَاءِ الْخُ) لَمَّا ذَكَرَ الْحُرْمَةَ وَالْحِلَّ اسْتَدَلَّ عَلَى الْحُرْمَةِ بِقَوْلِهِ ﷺ «إِنَّمَا يَلْبَسُهُ مَنْ لَا خَلَقَ لَهُ فِي الْآخِرَةِ» وَهُوَ عَامٌّ فِي الذَّكَرِ وَالْأُنْثَى لَزِمَ أَنْ يَقُولَ (وَإِنَّمَا حَلٌّ لِلنِّسَاءِ بِحَدِيثٍ آخَرَ) فَإِنْ قِيلَ: الْحَدِيثُ الدَّالُّ عَلَى حِلِّهِ لَهِنَّ إِمَّا أَنْ يَكُونَ قَبْلَ الْأَوَّلِ فَيَنْسَخُ بِهِ أَوْ بَعْدَهُ فَيَتَعَارِضَانِ، لِأَنَّ الْعَامَّ كَالْخَاصِّ فِي إِفَادَةِ الْقَطْعِ عِنْدَنَا، أَوْ لَا يُعْلَمُ التَّارِيخُ فَيُجْعَلُ الْمُحَرَّمُ مُتَأَخِّرًا لِفَلَا يَلْزَمَ النَّسْخُ مَرَّتَيْنِ. فَالْجَوَابُ أَنَّهُ بَعْدَهُ بِدَلِيلِ اسْتِعْمَالِهِنَّ إِيَّاهُ مِنْ لَدُنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ مِنْ غَيْرِ نَكِيرٍ، وَذَلِكَ آيَةٌ قَاطِعَةٌ عَلَى تَأْخُرِهِ فَيَنْسَخُ بِهِ الْمُحَرَّمُ، وَتَكَرَّرُ النَّسْخُ بِالِدَّلِيلِ غَيْرِ مُمْتَنِعٍ. فَإِنْ قِيلَ: قَوْلُهُ ﷺ هَذَانِ حَرَامَانِ "إِشَارَةٌ إِلَى جُزْئَيْنِ فَمِنْ أَيْنَ الْعُمُومُ؟ أَجِيبَ بِأَنَّ الْمُرَادَ الْجِنْسَ وَلَكِنْ كَانَ شَخْصًا فَعَيْرُهُ يَلْحَقُ بِهِ بِالِدَّلَالَةِ.

. قَالَ (وَلَا بَأْسَ بِتَوَسُّدِهِ وَالنُّومِ عَلَيْهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: يُكْرَهُ) وَفِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ ذَكَرَ قَوْلَ مُحَمَّدٍ وَحْدَهُ، وَلَمْ يَذْكُرْ قَوْلَ أَبِي يُوسُفَ، وَإِنَّمَا ذَكَرَهُ الْقُدُورِيُّ وَغَيْرُهُ مِنَ الْمَشَايِخِ، وَكَذَا الْاِخْتِلَافُ فِي سِتْرِ الْحَرِيرِ وَتَعْلِيْقِهِ عَلَى الْأَبْوَابِ. لَهُمَا الْعُمُومَاتُ، وَلَأَنَّهُ مِنْ زِيِّ الْأَكَاسِرَةِ وَالْجَبَابِرَةِ وَالتَّشْبِهُ بِهِمْ حَرَامٌ. وَقَالَ عُمَرُ ﷺ: إِيَّاكُمْ وَزِيِّ الْأَعَاجِمِ. وَلَهُ مَا رُويَ «أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ جَلَسَ عَلَى مِرْفَقَةِ حَرِيرٍ»^(٤)، وَقَدْ كَانَ عَلَى بَسَاطَةِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا مِرْفَقَةً حَرِيرٍ،

(١) أخرجه أبو داود (٤٠٥٧)، والنسائي (٤٧٥٠)، وابن ماجه (٣٥٩٥).

(٢) أخرجه مسلم في اللباس والزينة (حديث ١٥). وانظر نصب الراية (٥٢٤/٤).

(٣) أخرجه مسلم في اللباس (حديث ١٠)، وأبو داود في اللباس باب ٩، وأحمد (٣٤٨/).

(٤) قال الزيلعي في نصب الراية (٥٢٦/٤): حديث غريب جدًا.

وَلَأَنَّ الْقَلِيلَ مِنَ الْمَلْبُوسِ مُبَاحٌ كَالْأَعْلَامِ فَكَذَا الْقَلِيلَ مِنَ اللَّبْسِ وَالْإِسْتِعْمَالِ، وَالْجَامِعُ كَوْنُهُ نَمُودَجًا عَلَى مَا عُرِفَ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (قَالَا: وَيُكْرَهُ) يَعْنِي لِلرَّجُلِ وَالْمَرْأَةِ جَمِيعًا، بِخِلَافِ اللَّبْسِ. وَقَوْلُهُ (لَهُمَا الْعُمُومَاتُ) يُرِيدُ بِهِ قَوْلُهُ «نَهَى عَنْ لُبْسِ الْحَرِيرِ» وَقَوْلُهُ «وَأَيُّمَا يَلْبَسُهُ مَنْ لَا خِلَاقَ لَهُ فِي الْآخِرَةِ» وَمَا رَوَى عَنْ عُمَرَ رضي الله عنه أَنَّهُ اسْتَقْبَلَ جَيْشًا مِنَ الْغَزَاةِ رَجَعُوا بِغَنَائِمَ وَلَبَسُوا الْحَرِيرَ، فَلَمَّا وَقَعَ بَصَرُهُ عَلَيْهِمْ أَعْرَضَ عَنْهُمْ، فَقَالُوا: لَمْ أَعْرِضْتَ عَنَّا؟ قَالَ: لِأَنِّي أَرَى عَلَيْكُمْ تِيَابَ أَهْلِ النَّارِ.

وَالْمَرْفَقَةُ بِكَسْرِ الْمِيمِ: وَسَادَةُ الْإِتْكَاءِ. وَقَوْلُهُ (وَالْجَامِعُ كَوْنُهُ نَمُودَجًا) يُرِيدُ بِهِ أَنَّ الْمُسْتَعْمِلَ يَعْلَمُ بِهَذَا الْمِقْدَارِ لَذَّةَ مَا وَعَدَ لَهُ فِي الْآخِرَةِ مِنْهُ لِيَرْغَبَ فِي تَحْصِيلِ سَبَبِ يَوْصَلُهُ إِلَيْهِ.

قَالَ (وَلَا بَأْسَ بِلُبْسِ الْحَرِيرِ وَالْدِّيْبَاجِ فِي الْحَرْبِ عِنْدَهُمَا) لَمَّا رَوَى الشَّعْبِيُّ «أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ رَخَّصَ فِي لُبْسِ الْحَرِيرِ وَالْدِّيْبَاجِ فِي الْحَرْبِ» وَلَأَنَّ فِيهِ ضَرُورَةً فَإِنَّ الْخَالِصَ مِنْهُ أَدْفَعُ لِمَعْرَةِ السَّلَاحِ وَأَهْيَبُ فِي عَيْنِ الْعَدُوِّ لِبَرِّيقِهِ (وَيُكْرَهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ)؛ لِأَنَّهُ لَا فَضْلَ فِيهَا رَوَيْنَاهُ، وَالضَّرُورَةُ انْدَفَعَتْ بِالْمَخْلُوطِ وَهُوَ الَّذِي لُحِمَّتْهُ حَرِيرٌ وَسَدَاهُ غَيْرُ ذَلِكَ، وَالْمَحْظُورُ لَا يُسْتَبَاحُ إِلَّا لَضَرُورَةٍ.

وَمَا رَوَاهُ مَحْمُولٌ عَلَى الْمَخْلُوطِ قَالَ (وَلَا بَأْسَ بِلُبْسِ مَا سَدَاهُ حَرِيرٌ وَلُحِمَّتْهُ غَيْرُ حَرِيرٍ كَالْقُطْنِ وَالْحَزِّ فِي الْحَرْبِ وَغَيْرِهِ) لِأَنَّ الصَّحَابَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ كَانُوا يَلْبَسُونَ الْحَزَّ، وَالْحَزُّ مُسَدَّى بِالْحَرِيرِ، وَلَأَنَّ الثُّوبَ إِذَا يَصِرُ ثَوْبًا بِالتَّسْجِجِ وَالتَّسْجِجُ بِاللُّحْمَةِ فَكَانَتْ هِيَ الْمُعْتَبَرَةُ دُونَ السَّدَى. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: أَكْرَهُ ثَوْبَ الْقَزِّ يَكُونُ بَيْنَ الْفَرَوِ وَالظَّهَارَةِ، وَلَا أَرَى بِحَشْوِ الْقَزِّ بَأْسًا؛ لِأَنَّ الثُّوبَ مَلْبُوسٌ وَالْحَشْوُ غَيْرُ مَلْبُوسٍ.

قَالَ (وَمَا كَانَ لُحْمَتُهُ حَرِيرًا وَسَدَاهُ غَيْرَ حَرِيرٍ لَا بَأْسَ بِهِ فِي الْحَرْبِ) لِلضَّرُورَةِ (وَيُكْرَهُ فِي غَيْرِهِ) لِانْعِدَامِهَا، وَالْإِعْتِبَارُ لِلْحِمَةِ عَلَى مَا بَيَّنَّا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (لَا فَضْلَ فِيهَا رَوَيْنَاهُ) يُرِيدُ بِهِ قَوْلُهُ رضي الله عنه «هَذَا حَرَامَانِ عَلَى ذُكُورٍ

أُمِّي». وَقَوْلُهُ (وَالْحَزُّ مُسَدَّى بِالْحَرِيرِ) قِيلَ هُوَ اسْمٌ لثَوْبٍ سُدَاهُ حَرِيرٌ وَلَحْمَتُهُ صُوفٌ حَيَوَانٌ فِي الْمَاءِ. وَجُمْلَةُ وَجُوهِ هَذِهِ الْمَسَائِلِ ثَلَاثَةٌ: الْأَوَّلُ مَا يَكُونُ كُلُّهُ حَرِيرًا وَهُوَ الدِّيَبَاجُ لَا يَجُوزُ لُبْسُهُ فِي غَيْرِ الْحَرْبِ بِالِاتِّفَاقِ، وَأَمَّا فِي الْحَرْبِ فَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ لَا يَجُوزُ، وَعِنْدَهُمَا يَجُوزُ وَقَدْ مَرَّ الْوَجْهُ مِنَ الْجَانِبَيْنِ. وَالثَّانِي مَا يَكُونُ سُدَاهُ حَرِيرًا وَلَحْمَتُهُ غَيْرُهُ فَلَا بَأْسَ بِلُبْسِهِ فِي الْحَرْبِ وَغَيْرِهِ، لِأَنَّ الْحُكْمَ إِذَا تَعَلَّقَ بِعِلَّةٍ ذَاتٍ وَصَفَيْنِ يُضَافُ إِلَى آخِرِهِمَا وَجُودًا وَاللَّحْمَةُ كَذَلِكَ.

وَالثَّلَاثُ عَكْسُ الثَّانِي وَهُوَ مُبَاحٌ فِي الْحَرْبِ لِلضَّرُورَةِ وَهُوَ إِيقَاعُ الْهَيْبَةِ فِي عَيْنِ الْعَدُوِّ لِبَرِيْقِهِ وَدَفْعِ مَعَرَّةِ السَّلَاحِ، وَلَا ضَرُورَةَ فِي غَيْرِهِ فَيَكُونُ مَكْرُوهًا. وَقَوْلُهُ (عَلَى مَا يَبْنَى) إِنْشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ لِأَنَّ الثَّوْبَ إِنَّمَا يَصِيرُ ثَوْبًا بِالتَّنْسُجِ وَالتَّنْسُجُ بِاللَّحْمَةِ.

رَوَى هِشَامٌ عَنْ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ كَانَ يَرَى بِالْبَاسِ الْمُرْتَفِعِ جِدًّا بِأَسَا، قَالَ: «خَرَجَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ ذَاتَ يَوْمٍ وَعَلَيْهِ رِدَاءٌ قِيمَتُهُ أَلْفُ دِرْهَمٍ. وَرَبَّمَا قَامَ إِلَى الصَّلَاةِ وَعَلَيْهِ رِدَاءٌ قِيمَتُهُ أَرْبَعَةُ آلَافٍ دِرْهَمٍ» وَأَبُو حَنِيفَةَ كَانَ يَرْتَدِي رِدَاءَ قِيمَتُهُ أَرْبَعُمِائَةِ دِينَارٍ. وَقَدْ قَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿قُلْ مَنْ حَرَّمَ زِينَةَ اللَّهِ الَّتِي أَخْرَجَ لِعِبَادِهِ﴾ [الأعراف: ٣٢].

قَالَ (وَلَا يَجُوزُ لِلرِّجَالِ التَّحَلِّيَ بِالدَّهَبِ) لِمَا رَوَيْنَا (وَلَا بِالْفِضَّةِ) لِأَنَّهَا فِي مَعْنَاهُ (إِلَّا بِالْخَاتَمِ وَالْمِنْطَقَةِ وَحَلِيَةِ السَّيْفِ مِنَ الْفِضَّةِ) تَحْقِيقًا لِمَعْنَى التَّمُودِجِ، وَالْفِضَّةُ أَغْنَتْ عَنِ الدَّهَبِ إِذْ هُمَا مِنْ جِنْسٍ وَاحِدٍ، كَيْفَ وَقَدْ جَاءَ فِي إِبَاحَةِ ذَلِكَ أَثَرٌ. وَفِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ: وَلَا يَتَخَتَّمُ إِلَّا بِالْفِضَّةِ، وَهَذَا نَصٌّ عَلَى أَنَّ التَّخْتَمَ بِالْحَجَرِ وَالْحَدِيدِ وَالصُّفْرِ حَرَامٌ. «وَرَأَى رَسُولُ اللَّهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ عَلَى رَجُلٍ خَاتَمَ صُفْرًا فَقَالَ: مَا لِي أَجِدُ مِنْكَ رَائِحَةَ الْأَصْنَامِ».

وَرَأَى عَلَى آخِرِ خَاتَمٍ حَدِيدٍ فَقَالَ: مَا لِي أَرَى عَلَيْكَ حَلِيَّةَ أَهْلِ النَّارِ وَمِنْ النَّاسِ مَنْ أَطْلَقَ الْحَجَرَ الَّذِي يُقَالُ لَهُ يَسْبُ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِحَجَرٍ، إِذْ لَيْسَ لَهُ ثِقَلُ الْحَجَرِ، وَإِطْلَاقُ الْجَوَابِ فِي الْكِتَابِ يَدُلُّ عَلَى تَحْرِيمِهِ (وَالْتَخْتَمُ بِالدَّهَبِ عَلَى الرِّجَالِ حَرَامٌ) لِمَا رَوَيْنَا. وَعَنْ عَلِيٍّ ؓ «أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ نَهَى عَنِ التَّخْتَمِ بِالدَّهَبِ» ^(١) وَلِأَنَّ الْأَصْلَ

(١) أخرجه مسلم في اللباس والزينة (حديث ٢٩)، وأبو داود (٤٠٤٤)، والترمذي (١٧٣٧).

فِيهِ التَّحْرِيمُ، وَالْإِبَاحَةُ ضَرُورَةُ الْخَتَمِ أَوْ النَّمُودَجِ، وَقَدْ اندَفَعَتْ بِالْأَدْنَى وَهُوَ الْفِضَّةُ، وَالْحَلَقَةُ هِيَ الْمُعْتَبَرَةُ؛ لِأَنَّ قِيَامَ الْخَاتَمِ بِهَا، وَلَا مُعْتَبَرٌ بِالْفِصِّ حَتَّى يَجُوزَ أَنْ يَكُونَ مِنْ حَجَرٍ وَيَجْعَلَ الْفِصُّ إِلَى بَاطِنِ كَفِّهِ بِخِلَافِ النَّسْوَانِ؛ لِأَنَّهُ تَزِينٌ فِي حَقِّهِنَّ، وَإِنَّمَا يَتَخَنَّمُ الْقَاضِي وَالسُّلْطَانُ لِحَاجَتِهِ إِلَى الْخَتَمِ، وَأَمَّا غَيْرُهُمَا فَالْأَفْضَلُ أَنْ يَتْرَكَهُ لِعَدَمِ الْحَاجَةِ إِلَيْهِ.

الشرح:

قَالَ (وَلَا يَجُوزُ لِلرِّجَالِ التَّحْلِي بِالذَّهَبِ الْخ) لَا يَجُوزُ لِلرِّجَالِ التَّحْلِي بِالذَّهَبِ لَمَّا رَوَيْنَا مِنْ قَوْلِهِ ﷺ «هَذَانِ حَرَامَانِ عَلَى ذُكُورِ أُمَّتِي» وَلَا بِالْفِضَّةِ لِأَنَّهُ فِي مَعْنَاهُ. فَإِنْ قِيلَ: قَوْلُهُ ﷺ «هَذَانِ حَرَامَانِ عَلَى ذُكُورِ أُمَّتِي» لِكَوْنِهِ خَبَرُ الْوَاحِدِ لَا يُعَارِضُ قَوْلَ اللَّهِ تَعَالَى ﴿قُلْ مَنْ حَرَّمَ زِينَةَ اللَّهِ﴾، وَلَا يُقَيِّدُهُ لِأَنَّ التَّقْيِيدَ نَسَخٌ. فَالْجَوَابُ أَنَّهُ مَشْهُورٌ مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ تَلَفُّتُهُ الْأُمَّةَ بِالْقَبُولِ فَجَازَ التَّقْيِيدُ بِهِ.

وَقَوْلُهُ (وَقَدْ جَاءَ فِي إِبَاحَةِ ذَلِكَ آثَارٌ) هُوَ مَا رُوِيَ «أَنَّهُ كَانَ لِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ خَاتَمٌ فَضَّةٌ فَضَّهُ مِنْهُ وَنَقَشَهُ: مُحَمَّدٌ سَطَرٌ وَرَسُولُ سَطَرٌ وَاللَّهُ سَطَرٌ». وَعَنْ مُعَاذٍ ﷺ «أَنَّهُ كَانَ لَهُ خَاتَمٌ مِنْ فَضَّةٍ وَنَقَشَهُ مُحَمَّدٌ رَسُولُ اللَّهِ فَقَالَ لَهُ النَّبِيُّ ﷺ: مَا نَقَشُ خَاتَمَكَ يَا مُعَاذُ؟ فَقَالَ: مُحَمَّدٌ رَسُولُ اللَّهِ، فَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: آمَنَ كُلُّ شَيْءٍ مِنْ مُعَاذٍ حَتَّى خَاتَمُهُ، ثُمَّ اسْتَوْهَبَهُ النَّبِيُّ ﷺ مِنْ مُعَاذٍ فَوَهَبَهُ مِنْهُ، فَكَانَ فِي يَدِهِ ﷺ إِلَى أَنْ تُوفِّيَ. ثُمَّ كَانَ فِي يَدِ أَبِي بَكْرٍ ﷺ إِلَى أَنْ تُوفِّيَ، ثُمَّ كَانَ فِي يَدِ عُمَرَ ﷺ إِلَى أَنْ تُوفِّيَ، ثُمَّ كَانَ فِي يَدِ عُثْمَانَ ﷺ حَتَّى وَقَعَ مِنْ يَدِهِ فِي الْبَيْرِ فَأَنْفَقَ مَالًا عَظِيمًا فِي طَلَبِهِ فَلَمْ يَجِدْهُ» فَوْقَ الْخِلَافِ وَالتَّشْوِيشِ بَيْنَهُمْ بَعْدَ ذَلِكَ.

وَأَتَى بِلَفْظِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ لِأَدَاءِ الْحَصْرِ فِيهِ (وَمِنْ النَّاسِ مَنْ أَطْلَقَ مِنْهُمْ شَمْسُ الْأَئِمَّةِ السَّرْحَسِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ فَقَالَ: الْأَصَحُّ أَنَّهُ لَا بَأْسَ بِهِ كَالْعَقِيقِ فَإِنَّهُ مُبَارَكٌ تَخْتَمُ بِهِ النَّبِيُّ ﷺ، وَلَئِنَّهُ لَيْسَ بِحَجَرٍ إِذْ لَيْسَ لَهُ ثَقُلُ الْحَجَرِ، وَإِطْلَاقُ جَوَابِ الْكِتَابِ: يَغْنِي الْجَامِعُ الصَّغِيرُ يَذُلُّ عَلَى تَحْرِيمِهِ، وَلَئِنَّهُ يَتَّخِذُ مِنْهُ الْأَصْنَامُ فَأَشْبَهَ الصُّفْرَ الَّذِي هُوَ الْمَنْصُوصُ عَلَيْهِ. وَقَوْلُهُ (لَمَّا رَوَيْنَا) إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ " هَذَانِ حَرَامَانِ " وَمِنْ النَّاسِ مَنْ جَوَزَ التَّخَنُّمَ بِالذَّهَبِ لَمَّا رُوِيَ «عَنْ الْبَرَاءِ بْنِ عَازِبٍ ﷺ أَنَّهُ لَبَسَ خَاتَمَ ذَهَبٍ وَقَالَ:

كَسَانِيهِ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ. وَلَأَنَّ النَّهْيَ عَنْ اسْتِعْمَالِ الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ سَوَاءٌ. فَلَمَّا حُلَّ التَّخْتُمُ بِالْفِضَّةِ لِقَلَّتِهِ وَلَكَوْنِهِ نُمُودَجًا وَجُعِلَ كَالْعَلَمِ فِي الثَّوْبِ فَكَذَا فِي الْآخَرِ. وَالْجَوَابُ أَنَّهُ مَنْسُوخٌ بِحَدِيثِ ابْنِ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا " أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى عَنْ ذَلِكَ " وَرُويَ « أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ اتَّخَذَ خَاتَمًا مِنْ ذَهَبٍ فَاتَّخَذَ النَّاسُ خَوَاتِيمَ ذَهَبٍ فَرَمَاهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ وَقَالَ: لَا أَلْبَسُهُ أَبَدًا، فَرَمَاهُ النَّاسُ » وَقَوْلُهُ (وَيُجْعَلُ الْفَصُّ إِلَى بَاطِنِ كَفِّهِ) أَيُّ لَأَنَّهُ رُويَ عَنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ هَكَذَا.

قَالَ (وَلَا بَاسَ بِمِسْمَارِ الذَّهَبِ يُجْعَلُ فِي حَجَرِ الْفَصِّ) أَيُّ فِي ثَقْبِهِ؛ لَأَنَّهُ تَابِعَ كَالْعَلَمِ فِي الثَّوْبِ فَلَا يُعَدُّ لَابِسًا لَهُ.

قَالَ (وَلَا تُشَدُّ الْأَسْنَانُ بِالذَّهَبِ وَتُشَدُّ بِالْفِضَّةِ) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: لَا بَاسَ بِالذَّهَبِ أَيْضًا. وَعَنْ أَبِي يُونُسَ مِثْلَ قَوْلِ كُلِّ مِنْهُمَا. لَهُمَا « أَنَّ عَرَفَجَةَ بْنَ أَسْعَدَ الْكِنَانِيِّ أُصِيبَ أَنْفُهُ يَوْمَ الْكِلَابِ فَلِاتَّخَذَ أَنْفًا مِنْ فِضَّةٍ فَأَتَتْهُ. فَأَمَرَهُ النَّبِيُّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ بِأَنْ يَتَّخِذَ أَنْفًا مِنْ ذَهَبٍ » ^(١) وَلَا يَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الْأَصْلَ فِيهِ التَّحْرِيمُ وَالْإِبَاحَةُ لِلضَّرُورَةِ، وَقَدْ انْدَفَعَتِ بِالْفِضَّةِ وَهِيَ الْأَدْنَى فَبَقِيَ الذَّهَبُ عَلَى التَّحْرِيمِ. وَالضَّرُورَةُ فِيمَا رُويَ لَمْ تَنْدَفِعْ فِي الْأَنْفِ دُونَهُ حَيْثُ أُنْتُنَ.

قَالَ (وَيُكْرَهُ أَنْ يَلْبَسَ الذُّكُورُ مِنَ الصِّبْيَانِ الذَّهَبَ وَالْحَرِيرَ)؛ لِأَنَّ التَّحْرِيمَ لَمَّا ثَبَتَ فِي حَقِّ الذُّكُورِ وَحَرَّمَ اللَّبْسُ حَرَّمَ الْإِلْبَاسَ كَالْخَمْرِ لَمَّا حَرَّمَ شَرْبَهَا حَرَّمَ سَقْيَهَا. قَالَ (وَتُكْرَهُ الْخِرْقَةُ الَّتِي تُحْمَلُ فَيَمْسَحُ بِهَا الْعَرَقُ)؛ لَأَنَّهُ نَوْعٌ تَجَبَّرَ وَتَكَبَّرَ (وَكَذَا الَّتِي يَمْسَحُ بِهَا الْوُضُوءُ أَوْ يُمْتَخِطُ بِهَا) وَقِيلَ إِذَا كَانَ عَنْ حَاجَةٍ لَا يُكْرَهُ وَهُوَ الصَّحِيحُ، وَإِنَّمَا يُكْرَهُ إِذَا كَانَ عَنْ تَكَبُّرٍ وَتَجَبُّرٍ وَصَارَ كَالْتَّرْبُيعِ فِي الْجُلُوسِ (وَلَا بَاسَ بِأَنْ يَرِيطَ الرَّجُلُ فِي أَصْبُعِهِ أَوْ خَاتَمِهِ الْخِيطَ لِلْحَاجَةِ) وَيُسَمَّى ذَلِكَ الرَّتْمَ وَالرَّتِيمَةَ.

وَكَانَ ذَلِكَ مِنْ عَادَةِ الْعَرَبِ. قَالَ قَائِلُهُمْ: لَا يَنْفَعُكَ الْيَوْمَ إِنْ هَمَّتْ بِهِمْ كَثْرَةُ مَا ثَوَّبِي وَتَعْقَادُ الرَّتْمِ وَقَدْ رُويَ أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَمَرَ بَعْضَ أَصْحَابِهِ بِذَلِكَ، وَلَأَنَّهُ لَيْسَ بِعَبَثٍ لَمَّا فِيهِ مِنَ الْغَرَضِ الصَّحِيحِ وَهُوَ التَّذَكُّرُ عِنْدَ النَّسْيَانِ.

(١) أخرجه أبو داود (٤٢٣٢)، والترمذي في اللباس باب ٣١، والنسائي (٤٧٦٧).

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ مِثْلُ قَوْلِ كُلِّ مِنْهُمَا) يَعْنِي اخْتَلَفَ الْمَشَايخُ فِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ، فَمِنْهُمْ مَنْ ذَكَرَ قَوْلَهُ مَعَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ هَكَذَا ذَكَرَهُ الْكَرْخِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ، وَذَكَرَ فِي الْأَمَالِي مَعَ قَوْلِ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ، وَالْكَلابُ بِضَمِّ الْكَافِ وَتَخْفِيفِ اللَّامِ اسْمُ مَاءٍ كَانَتْ عِنْدَهُ وَقَعَةً لَهُمْ. وَقَوْلُهُ (وَهُوَ الصَّحِيحُ) لِأَنَّ عَامَّةَ الْمُسْلِمِينَ اسْتَعْمَلُوا هَكَذَا فِي عَامَّةِ الْبُلْدَانِ لِدَفْعِ الْأَذَى عَنِ الثِّيَابِ النَّفِيسَةِ وَمَا رَأَهُ الْمُسْلِمُونَ حَسَنًا فَهُوَ عِنْدَ اللَّهِ حَسَنٌ، وَقَدْ جَاءَ فِي الْحَدِيثِ «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ كَانَ يَمْسَحُ وَضُوءَهُ بِالْخِرْقَةِ فِي بَعْضِ الْأَوْقَاتِ» فَلَمْ يَكُنْ بِدْعَةً. وَحَاصِلُهُ أَنَّ كُلَّ مَا فُعِلَ عَلَى وَجْهِ التَّجَبُّرِ فَهُوَ مَكْرُوهٌ بِدْعَةٌ، وَمَا فُعِلَ لِحَاجَةٍ وَضَرُورَةٍ لَا يُكْرَهُ، وَهُوَ نَظِيرُ التَّرْبَعِ فِي الْجُلُوسِ وَالْإِتِّكَاءِ. وَمَعْنَى قَوْلِ الشَّاعِرِ أَنَّ الرَّجُلَ إِذَا خَرَجَ فِي سَفَرٍ عَمَدَ إِلَى شَجَرٍ يُقَالُ لَهُ رَتَمَ فَشَدَّ بَعْضَ أَغْصَانِهِ بِبَعْضٍ، فَإِذَا رَجَعَ وَأَصَابَهُ عَلَى تِلْكَ الْحَالَةِ قَالَ لَمْ تُخْنِي أَمْرَاتِي، وَإِنْ أَصَابَهُ وَقَدْ انْحَلَّ قَالَ خَانَتْنِي، هَكَذَا الْمُرُوءِيُّ عَنِ الثَّقَاتِ، إِلَّا أَنَّ اللَّيْثَ ذَكَرَ الرَّتَمَ بِمَعْنَى الرَّيْمَةِ وَهِيَ خَيْطُ التَّذَكُّرَةِ يُعْقَدُ بِالْأُصْبُعِ، وَكَذَلِكَ الرَّتْمَةُ، قَالَ الشَّاعِرُ: إِذَا لَمْ تَكُنْ حَاجَاتُنَا فِي نُفُوسِكُمْ فَلَيْسَ بِمُعْنٍ عَنْكَ عَقْدُ الرِّتَائِمِ وَالتَّعْقَادُ مَصْدَرٌ بِمَعْنَى الْعَقْدِ لِلْمُبَالَغَةِ عَلَى وَزْنِ التَّفْعَالِ كَالْتَهْذَارِ وَالتَّلْعَابِ بِمَعْنَى الْهَذَرِ وَاللَّعِبِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ

فَصَلِّ فِي الْوُطْءِ وَالنَّظَرِ وَاللَّمَسِ

قَالَ: (وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَنْظُرَ الرَّجُلُ إِلَى الْأَجْنَبِيَّةِ إِلَّا وَجْهَهَا وَكَفَّيْهَا) لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا﴾ [النور: ٣١] قَالَ عَلِيُّ وَابْنُ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا: مَا ظَهَرَ مِنْهَا الْكُحْلُ وَالْخَاتَمُ^(١)، وَالْمُرَادُ مَوْضِعُهُمَا وَهُوَ الْوَجْهُ وَالْكَفُّ، كَمَا أَنَّ الْمُرَادَ بِالزَّيْنَةِ الْمَذْكُورَةِ مَوْضِعُهَا، وَلَئِنْ فِي إِبْدَاءِ الْوَجْهِ وَالْكَفِّ ضَرُورَةٌ لِحَاجَتِهَا إِلَى الْمَعَامَلَةِ مَعَ الرِّجَالِ أَخَذًا وَإِعْطَاءً وَغَيْرَ ذَلِكَ، وَهَذَا تَنْصِيصٌ عَلَى أَنَّهُ لَا يُبَاحُ النَّظَرُ إِلَى قَدَمِهَا. وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ يُبَاحُ؛ لِأَنَّ فِيهِ بَعْضَ الضَّرُورَةِ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يُبَاحُ النَّظَرُ إِلَى ذِرَاعِهَا أَيْضًا؛ لِأَنَّهُ قَدْ يَبْدُو مِنْهَا عَادَةٌ قَالَ (فَإِنْ كَانَ لَا يَأْمَنُ الشَّهْوَةَ لَا يَنْظُرُ

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٣٢١٥). وانظر نصب الراية (٥٣٨٩/٤).

إِلَى وَجْهِهَا إِلَّا لِحَاجَةٍ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «مَنْ نَظَرَ إِلَى مَحَاسِنِ امْرَأَةٍ أَجْنَبِيَّةٍ عَنْ شَهْوَةٍ صَبَّ فِي عَيْنَيْهِ الْآنُكَ يَوْمَ الْقِيَامَةِ»^(١) فَإِذَا خَافَ الشَّهْوَةَ لَمْ يَنْظُرْ مِنْ غَيْرِ حَاجَةٍ تَحَرُّزًا عَنِ الْمَحْرَمِ. وَقَوْلُهُ لَا يَأْمَنُ يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ لَا يَبَاحُ إِذَا شَكَّ فِي الْإِشْتِهَاءِ كَمَا إِذَا عَلِمَ أَوْ كَانَ أَكْبَرَ رَأْيِهِ ذَلِكَ

الشرح:

(فَصْلٌ فِي الْوَطْءِ وَالنَّظَرِ وَاللَّمْسِ) مَسَائِلُ النَّظَرِ أَرْبَعُ: نَظَرُ الرَّجُلِ إِلَى الْمَرْأَةِ، وَنَظَرُهَا إِلَيْهِ، وَنَظَرُ الرَّجُلِ إِلَى الرَّجُلِ، وَنَظَرُ الْمَرْأَةِ إِلَى الْمَرْأَةِ. وَالْأُولَى عَلَى أَرْبَعَةِ أَقْسَامٍ: نَظَرُهُ إِلَى الْأَجْنَبِيَّةِ الْحَرَّةِ، وَنَظَرُهُ إِلَى مَنْ يَحِلُّ لَهُ مِنَ الزَّوْجَةِ وَالْأَمَةِ، وَنَظَرُهُ إِلَى ذَوَاتِ مَحَارِمِهِ، وَنَظَرُهُ إِلَى أَمَةِ الْغَيْرِ. قَالَ (وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَنْظُرَ الرَّجُلُ إِلَى الْأَجْنَبِيَّةِ الْخ) الْقِيَاسُ أَنْ لَا يَجُوزَ نَظَرُ الرَّجُلِ إِلَى الْأَجْنَبِيَّةِ مِنْ قَرْنِهَا إِلَى قَدَمِهَا، إِلَيْهِ أَشَارَ قَوْلُهُ ﷺ «الْمَرْأَةُ عَوْرَةٌ مَسْتُورَةٌ» ثُمَّ أُبِيحَ النَّظَرُ إِلَى بَعْضِ الْمَوَاضِعِ وَهُوَ مَا اسْتَنْهَاهُ فِي الْكِتَابِ بِقَوْلِهِ (إِلَّا وَجْهَهَا وَكَفَّيْهَا) لِلْحَاجَةِ وَالضَّرُورَةِ وَكَانَ ذَلِكَ اسْتِحْسَانًا لِقَوْلِهِ أَرْفَقَ بِالنَّاسِ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا﴾ وَفَسَّرَ ذَلِكَ عَلِيٌّ وَابْنُ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا بِالْكُحْلِ وَالْحَاتَمِ، وَالْمُرَادُ مَوْضِعُهُمَا. وَقَوْلُهُ (وَلَا أَنْ فِي إِبْدَاءِ الْوَجْهِ وَالْكَفِّ ضَرُورَةٌ) دَلِيلٌ مَعْقُولٌ وَهُوَ ظَاهِرٌ، وَالْآنُكَ: الرِّصَاصُ.

وَقَوْلُهُ (فَإِذَا خَافَ الشَّهْوَةَ لَمْ يَنْظُرْ مِنْ غَيْرِ حَاجَةٍ) لِقَوْلِهِ ﷺ لَعَلِّي ﷺ «لَا تُتْبِعِ النَّظْرَةَ النَّظْرَةَ، فَإِنَّ الْأُولَى لَكَ وَالثَّانِيَةَ عَلَيْكَ» بِغْنِي بِالثَّانِيَةِ أَنْ يُبْصِرَهَا عَنْ شَهْوَةٍ. وَقَوْلُهُ ﷺ «أَبْصِرْهَا فَإِنَّهُ أُخْرَى أَنْ يُؤْذِمَ بَيْنَكُمَا»^(٢) أَيُّ يُؤَفَّقُ، قَالَهُ لِلْمَغِيرَةِ بْنِ شُعْبَةَ ﷺ لَمَّا أَرَادَ أَنْ يَتَزَوَّجَ امْرَأَةً

(وَلَا يَحِلُّ لَهُ أَنْ يَمَسَّ وَجْهَهَا وَلَا كَفَّيْهَا وَإِنْ كَانَ يَأْمَنُ الشَّهْوَةَ) لِقِيَامِ الْمَحْرَمِ وَأَنْعِدَامِ الضَّرُورَةِ وَالْبَلَوَى، بِخِلَافِ النَّظَرِ لِأَنَّهُ فِيهِ بَلَوَى. وَالْمَحْرَمُ قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «مَنْ مَسَّ امْرَأَةً لَيْسَ مِنْهَا بِسَبِيلٍ وَضَعَ عَلَى كَفِّهِ جَمْرَةً يَوْمَ الْقِيَامَةِ» وَهَذَا إِذَا كَانَتْ شَابَّةً تُشْتَهَى، أَمَّا إِذَا كَانَتْ عَجُوزًا لَا تُشْتَهَى فَلَا بَأْسَ بِمُصَافَحَتِهَا وَمَسِّ

(١) أخرجه البخاري في التعبير باب ٤٥، وأبو داود (٢٤، ٥)، وانظر نصب الراية (٤/٥٤٠).

(٢) أخرجه الترمذي في النكاح باب ٥، والنسائي في النكاح باب ١٧، وابن ماجه في النكاح باب ٩.

يَدِّهَا لِانْعِدَامِ خَوْفِ الْفِتْنَةِ.

وَقَدْ رُوِيَ أَنَّ أَبَا بَكْرٍ ؓ كَانَ يُدْخِلُ بَعْضَ الْقَبَائِلِ الَّتِي كَانَ مُسْتَرْضِعًا فِيهِمْ وَكَانَ يُصَافِحُ الْعَجَائِزَ، وَعَبَدَ اللَّهُ بْنُ الزُّبَيْرِ ؓ اسْتَأْجَرَ عَجُوزًا لثَمْرُضِهِ، وَكَانَتْ تَغْمِزُ رِجْلَيْهِ وَتُقْلِي رَأْسَهُ، وَكَذَا إِذَا كَانَ شَيْخًا يَأْمَنُ عَلَى نَفْسِهِ وَعَلَيْهَا مَا قُلْنَا، فَإِنْ كَانَ لَا يَأْمَنُ عَلَيْهَا لَا تَحِلُّ مُصَافَحَتُهَا مَا فِيهِ مِنَ التَّعْرِيفِ لِلْفِتْنَةِ. وَالصَّغِيرَةُ إِذَا كَانَتْ لَا تُشْتَهَى يُبَاحُ مَسُّهَا وَالنَّظَرُ إِلَيْهَا لِعَدَمِ خَوْفِ الْفِتْنَةِ.

قَالَ (وَيَجُوزُ لِلْقَاضِي إِذَا أَرَادَ أَنْ يَحْكُمَ عَلَيْهَا وَلِلشَّاهِدِ إِذَا أَرَادَ آدَاءَ الشَّهَادَةِ عَلَيْهَا النَّظَرُ إِلَى وَجْهِهَا وَإِنْ خَافَ أَنْ يَشْتَهِيَ) لِلْحَاجَةِ إِلَى إِحْيَاءِ حُقُوقِ النَّاسِ بِوَاسِطَةِ الْقَضَاءِ وَآدَاءِ الشَّهَادَةِ، وَلَكِنْ يَنْبَغِي أَنْ يَقْصِدَ بِهِ آدَاءَ الشَّهَادَةِ أَوْ الْحُكْمَ عَلَيْهَا لَا قَضَاءَ الشَّهْوَةِ تَحَرُّزًا عَمَّا يُمْكِنُهُ التَّحَرُّزُ عَنْهُ وَهُوَ قَصْدُ الْقَبِيحِ. وَأَمَّا النَّظَرُ لِتَحْمُلِ الشَّهَادَةِ إِذَا اشْتَهَى فَيَلْبِغُ بِبَاحٍ. وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ لَا يُبَاحُ؛ لِأَنَّهُ يُوجَدُ مَنْ لَا يَشْتَهِي فَلَا ضَرُورَةَ، بِخِلَافِ حَالَةِ الْآدَاءِ.

(وَمَنْ أَرَادَ أَنْ يَتَزَوَّجَ امْرَأَةً فَلَا بَأْسَ بِأَنْ يَنْظُرَ إِلَيْهَا وَإِنْ عَلِمَ أَنَّهُ يَشْتَهِيهَا) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ فِيهِ «أَبْصِرْهَا فَإِنَّهُ أَحْرَى أَنْ يُؤَدِمَ بَيْنَكُمَا» وَلِأَنَّهُ مَقْصُودُهُ إِقَامَةُ السُّنَنِ لَا قَضَاءَ الشَّهْوَةِ.

(وَيَجُوزُ لِلطَّبِيبِ أَنْ يَنْظُرَ إِلَى مَوْضِعِ الْمَرَضِ مِنْهَا) لِلضَّرُورَةِ (وَيَنْبَغِي أَنْ يَعْلَمَ امْرَأَةً مُدَاوَاتِهَا) لِأَنَّ نَظَرَ الْجِنْسِ إِلَى الْجِنْسِ أَسْهَلُ (فَإِنْ لَمْ يَقْدِرُوا يَسْتُرْ كُلُّ عَضْوٍ مِنْهَا سِوَى مَوْضِعِ الْمَرَضِ) ثُمَّ يَنْظُرُ وَيَقْضُ بِصَرِّهِ مَا اسْتَطَاعَ؛ لِأَنَّ مَا ثَبَتَ بِالضَّرُورَةِ يَتَقَدَّرُ بِقُدْرَتِهَا وَصَارَ كَنَظَرِ الْخَافِضَةِ وَالْحَتَّانِ.

الشرح:

(وَالْخَافِضَةُ لِلجَّارِيَةِ كَالْحَاتِنِ لِلْعُلَامِ) يَعْنِي أَنَّ الْخَافِضَةَ وَالْحَتَّانَ يَنْظُرَانِ إِلَى الْعَوْرَةِ لِأَجْلِ الضَّرُورَةِ، لِأَنَّ الْحَتَّانَ سُنَّةٌ فِي حَقِّ الرِّجَالِ مَكْرُمَةٌ فِي حَقِّ النِّسَاءِ فَلَا يُتْرَكُ. وَيَجُوزُ لِلرَّجُلِ أَنْ يَنْظُرَ إِلَى مَوْضِعِ الْإِحْتِقَانِ لِأَنَّهُ مُدَاوَاةٌ يَجُوزُ لِلْمَرَضِ وَالْمُزَالِ الْفَاحِشِ لِكُونِهِ نَوْعَ مَرَضٍ عَلَى مَا رُوِيَ عَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ، وَإِذَا جَازَ الْإِحْتِقَانُ جَازَ لِلْحَاقِقِ النَّظَرُ إِلَى مَوْضِعِهِ.

(وَكَذَا يَجُوزُ لِلرَّجُلِ النَّظَرُ إِلَى مَوْضِعِ الْإِحْتِقَانِ مِنَ الرَّجُلِ) لِأَنَّهُ مُدَاوَاةٌ وَيَجُوزُ

لِلْمَرَضِ وَكَذَا لِلْهَزَالِ الْفَاحِشِ عَلَى مَا رُوِيَ عَنْ أَبِي يُوسُفَ: لِأَنَّهُ أَمَارَةُ الْمَرَضِ. قَالَ (وَيَنْظُرُ الرَّجُلُ مِنَ الرَّجُلِ إِلَى جَمِيعِ بَدَنِهِ إِلَّا مَا بَيْنَ سُرَّتِهِ إِلَى رُكْبَتِهِ) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «عَوْرَةُ الرَّجُلِ مَا بَيْنَ سُرَّتِهِ إِلَى رُكْبَتِهِ» ^(١) وَيُرْوَى «مَا دُونَ سُرَّتِهِ حَتَّى يُجَاوِزَ رُكْبَتَيْهِ» وَبِهَذَا ثَبَتَ أَنَّ السَّرَّةَ لَيْسَتْ بِعَوْرَةٍ خِلَافًا لِمَا يَقُولُهُ أَبُو عِصْمَةَ وَالشَّافِعِيُّ، وَالرُّكْبَتَةُ عَوْرَةٌ خِلَافًا لِمَا قَالَهُ الشَّافِعِيُّ، وَالْفَخْذُ عَوْرَةٌ خِلَافًا لِأَصْحَابِ الظُّوَاهِرِ، وَمَا دُونَ السَّرَّةِ إِلَى مَنْبَتِ الشَّعْرِ عَوْرَةٌ خِلَافًا لِمَا يَقُولُهُ الْإِمَامُ أَبُو بَكْرٍ مُحَمَّدُ بْنُ الْفَضْلِ الْكِمَارِيُّ مُعْتَمِدًا فِيهِ الْعَادَةُ؛ لِأَنَّهُ لَا مُعْتَبَرَ بِهَا مَعَ النَّصِّ بِخِلَافِهِ، وَقَدْ رَوَى أَبُو هُرَيْرَةَ رضي الله عنه عَنِ النَّبِيِّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَنَّهُ قَالَ «الرُّكْبَتَةُ مِنَ الْعَوْرَةِ» وَأَبْدَى الْحَسَنُ بْنُ عَلِيٍّ رضي الله عنه سُرَّتَهُ فَقَبَّلَهَا أَبُو هُرَيْرَةَ رضي الله عنه وَقَالَ لَجَرَهْدٍ: «وَارِ فَخَذَكَ، أَمَا عَلِمْتَ أَنَّ الْفَخْذَ عَوْرَةٌ؟» ^(٢) وَلَأَنَّ الرُّكْبَتَةَ مُلْتَقَى عَظْمِ الْفَخْذِ وَالسَّاقِ فَاجْتَمَعَ الْمَحْرَمُ وَالْمُبِيحُ وَفِي مِثْلِهِ يَغْلِبُ الْمَحْرَمُ، وَحُكْمُ الْعَوْرَةِ فِي الرُّكْبَتَةِ أَخْفَ مِنْهُ فِي الْفَخْذِ، وَفِي الْفَخْذِ أَخْفَ مِنْهُ فِي السَّوَاءِ، حَتَّى أَنَّ كَاشِفَ الرُّكْبَتَةِ يُنْكَرُ عَلَيْهِ بِرَفْقٍ وَكَاشِفَ الْفَخْذِ يُعْتَفَى عَلَيْهِ وَكَاشِفَ السَّوَاءِ يُؤَدَّبُ إِنْ لَجَّ.

الشرح:

قَالَ (وَيَنْظُرُ الرَّجُلُ إِلَى الرَّجُلِ إلخ) هَذَا هُوَ الْقِسْمُ الثَّانِي مِنْ أَصْلِ التَّقْسِيمِ (قَوْلُهُ خِلَافًا لِمَا يَقُولُهُ أَبُو عِصْمَةَ) يَعْنِي سَعْدُ بْنُ مُعَاذٍ الْمُرُوزِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ السَّرَّةَ أَحَدُ حَدَيِ الْعَوْرَةِ فَتَكُونُ مِنَ الْعَوْرَةِ كَالرُّكْبَتَةِ. قِيلَ عَطَفَ الشَّافِعِيُّ عَلَى أَبِي عِصْمَةَ غَيْرُ مُسْتَقِيمٍ لِأَنَّ هَذَا التَّعْلِيلَ إِنَّمَا يَسْتَقِيمُ عَلَى قَوْل مَنْ يَقُولُ إِنَّ الرُّكْبَتَةَ عَوْرَةٌ وَهُوَ لَا يَقُولُ بِهِ، وَهَذَا سَاقِطٌ لِأَنَّ الْمُصَنِّفَ رَحِمَهُ اللَّهُ لَمْ يُعْلَلْ بِهَذَا التَّعْلِيلِ فِي هَذَا الْكِتَابِ وَإِنَّمَا ذَكَرَ الْمَذْهَبَ فَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ مَذْهَبُهُمَا وَاحِدًا وَالْمَأْخُذُ مُتَعَدِّدًا، فَاَلْمَذْكَورُ يَكُونُ تَعْلِيلًا لِأَبِي عِصْمَةَ وَتَعْلِيلَ الشَّافِعِيِّ غَيْرُ ذَلِكَ وَهُوَ أَنَّ السَّرَّةَ مَحَلُّ الْإِشْتِهَاءِ، وَالرُّكْبَتَةُ عَوْرَةٌ خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ اسْتِدْلَالًا بِالْغَايَةِ فَإِنَّهَا لَا تُدْخَلُ الْمَغْيَا.

وَالْفَخْذُ عَوْرَةٌ خِلَافًا لِأَهْلِ الظَّاهِرِ فَإِنَّهُمْ يَقُولُونَ الْعَوْرَةُ هِيَ السَّوَاءُ دُونَ مَا

(١) قَالَ الزَّيْلَعِيُّ فِي نَسَبِ الرَّايَةِ (٤/٥٤٣): غَرِيبٌ مِنْ حَدِيثِ أَبِي هُرَيْرَةَ رضي الله عنه.

(٢) أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ (٤٠١٤)، وَالتِّرْمِذِيُّ (حَدِيثُ ٢٧٩٥). وَانْظُرْ نَسَبَ الرَّايَةِ (٤/٤٥٤).

عَدَاهَا لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿فَبَدَّتْ لُهُمَا سَوْءَ تُهُمَا﴾ [طه: ١٢١] وَالْمَرَادُ بِهِ الْعَوْرَةُ، وَمَا دُونَ السُّرَّةِ إِلَى مَنَبَتِ الشَّعْرِ عَوْرَةٌ خِلَافًا لِمَا يَقُولُهُ الْإِمَامُ أَبُو بَكْرٍ مُحَمَّدُ بْنُ الْفَضْلِ الْكَمَارِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ مُعْتَمِدًا فِيهِ عَلَى الْعَادَةِ (قَوْلُهُ لِأَنَّهُ لَا مُعْتَبَرُ بِهَا) أَيْ بِالْعَادَةِ (مَعَ وُجُودِ النَّصِّ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِ مُحَمَّدِ بْنِ الْفَضْلِ مُتَعَلِّقًا بِقَوْلِهِ وَمَا دُونَ السُّرَّةِ إِلَى مَنَبَتِ الشَّعْرِ عَوْرَةٌ. وَقَوْلُهُ (وَقَدْ رَوَى أَبُو هُرَيْرَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ، وَدَلِيلٌ عَلَى أَنَّ الرُّكْبَةَ عَوْرَةٌ. وَقَوْلُهُ (وَأَبْدَى الْحَسَنُ بْنُ عَلِيٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِ أَبِي عَصَمَةَ وَالشَّافِعِيِّ رَحِمَهُمَا اللَّهُ. وَقَوْلُهُ (وَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لِحَرْهَدٍ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِ أَهْلِ الظَّاهِرِ. وَقَوْلُهُ (وَلَأَنَّ الرُّكْبَةَ) دَلِيلٌ مَعْقُولٌ عَلَى كَوْنِ الرُّكْبَةِ عَوْرَةً، وَالْبَاقِي ظَاهِرٌ.

(وَمَا يُبَاحُ النَّظَرُ إِلَيْهِ لِلرَّجُلِ مِنَ الرَّجُلِ يُبَاحُ الْمَسُّ) لِأَنَّهُمَا فِيمَا لَيْسَ بِعَوْرَةٍ سَوَاءً. قَالَ (وَيَجُوزُ لِلْمَرْأَةِ أَنْ تَنْظُرَ مِنَ الرَّجُلِ إِلَى مَا يَنْظُرُ الرَّجُلُ إِلَيْهِ مِنْهُ إِذَا أَمِنَتْ الشَّهْوَةَ) لَا سِتْوَاءَ الرَّجُلِ وَالْمَرْأَةِ فِي النَّظَرِ إِلَى مَا لَيْسَ بِعَوْرَةٍ كَالثِّيَابِ وَالِدُّوَابِّ. وَفِي كِتَابِ الْخُنْثَى مِنَ الْأَصْلِ: أَنَّ نَظَرَ الْمَرْأَةِ إِلَى الرَّجُلِ الْأَجْنَبِيِّ بِمَنْزِلَةِ نَظَرِ الرَّجُلِ إِلَى مُحَارِمِهِ؛ لِأَنَّ النَّظَرَ إِلَى خِلَافِ الْجِنْسِ أَغْلَظُ، فَإِنْ كَانَ فِي قَلْبِهَا شَهْوَةٌ أَوْ أَكْبُرَ رَأْيُهَا أَنَّهَا تَشْتَهِي أَوْ شَكَّتْ فِي ذَلِكَ يُسْتَحَبُّ لَهَا أَنْ تَغْضُ بَصَرَهَا، وَلَوْ كَانَ النََّاظِرُ هُوَ الرَّجُلُ إِلَيْهَا وَهُوَ بِهَذِهِ الصِّفَةِ لَمْ يَنْظُرْ، وَهَذَا إِشَارَةٌ إِلَى التَّحْرِيمِ.

وَوَجْهُ الْفَرْقِ أَنَّ الشَّهْوَةَ عَلَيْهِمْ غَالِبَةٌ وَهُوَ كَالْمُتَحَقِّقِ اعْتِبَارًا، فَإِذَا اشْتَهَى الرَّجُلُ كَانَتْ الشَّهْوَةُ مَوْجُودَةً فِي الْجَانِبَيْنِ، وَلَا كَذَلِكَ إِذَا اشْتَهَتْ الْمَرْأَةُ؛ لِأَنَّ الشَّهْوَةَ غَيْرُ مَوْجُودَةٍ فِي جَانِبِهِ حَقِيقَةً وَاعْتِبَارًا فَكَانَتْ مِنْ جَانِبٍ وَاحِدٍ، وَالْمُتَحَقِّقُ مِنَ الْجَانِبَيْنِ فِي الْإِفْضَاءِ إِلَى الْمُحَرَّمِ أَقْوَى مِنَ الْمُتَحَقِّقِ فِي جَانِبٍ وَاحِدٍ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (لِأَنَّهُمَا) أَيْ لِأَنَّ النَّظَرَ وَالْمَسَّ فِيمَا لَيْسَ بِعَوْرَةٍ سَوَاءً. وَقَوْلُهُ (وَيَجُوزُ لِلْمَرْأَةِ أَنْ تَنْظُرَ مِنَ الرَّجُلِ إِلَى مَا يَنْظُرُ الرَّجُلُ إِلَيْهِ مِنْهُ) عَكْسُ هَذَا الْقِسْمِ الَّذِي نَحْنُ فِيهِ. وَقَوْلُهُ (وَوَجْهُ الْفَرْقِ) أَيْ فَرْقُ مَا ذُكِرَ فِي الْأَصْلِ مِنْ جَعْلِ عَدَمِ نَظَرِهَا إِلَيْهِ مُسْتَحَبًّا وَعَدَمِ نَظَرِهِ إِلَيْهَا وَاجِبًا هُوَ أَنَّ الشَّهْوَةَ عَلَيْهِمْ غَالِبَةٌ وَالْغَالِبُ كَالْمُتَحَقِّقِ غَالِبًا أَلَا

تَرَى أَنَّ وُجُوبَ الْعَمَلِ بِخَبَرِ الْوَاحِدِ وَالْقِيَاسِ بِسَبَبِ غَلَبَةِ الصِّدْقِ وَغَلَبَةِ الصَّحَّةِ لَا بِحَقِيقَتِهِمَا، وَأَنَّ أَبَا حَنِيفَةَ جَوَزَ الصَّلَاةَ فِي السَّفِيَةِ قَاعِدًا لِأَنَّ دَوَارَ الرَّأْسِ فِيهَا غَالِبٌ، وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ، فَإِذَا نَظَرَ الرَّجُلُ إِلَيْهَا مُشْتَهِيًا وَجِدَتْ الشَّهْوَةُ فِي الْجَانِبَيْنِ فِي جَانِبِهِ حَقِيقَةً لِأَنَّهُ هُوَ الْمَفْرُوضُ، وَفِي جَانِبِهَا اعْتِبَارًا لِقِيَامِ الْعَلَبَةِ مَقَامَ الْحَقِيقَةِ، وَإِذَا نَظَرَتْ إِلَيْهِ مُشْتَهِيَةً لَمْ تُوجَدْ الشَّهْوَةُ مِنْ جَانِبِهِ حَقِيقَةً لِأَنَّ الْفَرَضَ أَنَّهُ لَمْ يَنْظُرْ، وَلَا اعْتِبَارَ لِعَدَمِ الْعَلَبَةِ فَكَانَتْ الشَّهْوَةُ مِنْ جَانِبِهَا فَقَطْ، وَالتَّحَقُّقُ مِنَ الْجَانِبَيْنِ فِي الْإِفْضَاءِ إِلَى الْمَحْرَمِ أَقْوَى مِنَ التَّحَقُّقِ مِنْ جَانِبٍ وَاحِدٍ لَا مَحَالَةَ.

قَالَ (وَتَنْظُرُ الْمَرْأَةُ مِنَ الْمَرْأَةِ إِلَى مَا يَجُوزُ لِلرَّجُلِ أَنْ يَنْظُرَ إِلَيْهِ مِنَ الرَّجُلِ) لَوْجُودِ الْمُجَانَسَةِ، وَأَعْدَامِ الشَّهْوَةِ غَالِبًا كَمَا فِي نَظَرِ الرَّجُلِ إِلَى الرَّجُلِ، وَكَذَا الضَّرُورَةُ قَدْ تَحَقَّقَتْ إِلَى الْإِنْكَشَافِ فِيمَا بَيْنَهُنَّ.

وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ نَظَرَ الْمَرْأَةِ إِلَى الْمَرْأَةِ كَنَظَرِ الرَّجُلِ إِلَى مَحَارِمِهِ، بِخِلَافِ نَظَرِهَا إِلَى الرَّجُلِ؛ لِأَنَّ الرِّجَالَ يَحْتَاجُونَ إِلَى زِيَادَةِ الْإِنْكَشَافِ لِلِاشْتِغَالِ بِالْأَعْمَالِ. وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ.

الشرح:

قَالَ (وَتَنْظُرُ الْمَرْأَةُ مِنَ الْمَرْأَةِ إلخ) هَذَا هُوَ الْقِسْمُ الثَّالِثُ مِنْ أَصْلِ التَّقْسِيمِ: مَا جَازَ لِلرَّجُلِ أَنْ يَنْظُرَ إِلَيْهِ مِنَ الرَّجُلِ جَازَ لِلْمَرْأَةِ أَنْ تَنْظُرَ إِلَيْهِ مِنَ الْمَرْأَةِ لَوْجُودِ الْمُجَانَسَةِ وَعَدَمِ الشَّهْوَةِ غَالِبًا، وَالْغَالِبُ كَالْمُتَّحَقِّقِ كَمَا فِي نَظَرِ الرَّجُلِ إِلَى الرَّجُلِ. وَالضَّرُورَةُ إِلَى الْإِنْكَشَافِ فِيمَا بَيْنَهُنَّ مُتَّحَقَّةٌ.

قَالَ صَاحِبُ النَّهَايَةِ: أَيُّ فِي الْحَمَامِ، وَهَذَا دَلِيلٌ عَنْ أَهْلِهَا لَا يُمْنَعَنَّ عَنْ الدُّخُولِ فِي الْحَمَامِ خِلَافًا لِمَا يَقُولُهُ بَعْضُ النَّاسِ. لِأَنَّ الْعُرْفَ الظَّاهِرَ فِي جَمِيعِ الْبُلْدَانِ بِنَاءَ الْحَمَامَاتِ لِلنِّسَاءِ وَتَمَكُّنِهِنَّ مِنْ دُخُولِ الْحَمَامَاتِ دَلِيلٌ عَلَى صِحَّةِ مَا قُلْنَا. وَحَاجَةُ النِّسَاءِ إِلَى دُخُولِ الْحَمَامَاتِ فَوْقَ حَاجَةِ الرِّجَالِ، لِأَنَّ الْمَقْصُودَ تَحْصِيلَ الزَّيْنَةِ وَالْمَرْأَةُ إِلَى هَذَا أَحْوَجُ مِنَ الرَّجُلِ، وَيَتِمَكَّنُ الرَّجُلُ مِنَ الْإِغْتِسَالِ فِي الْأَنْهَارِ وَالْحِيَاضِ وَالْمَرْأَةُ لَا تَتِمَكَّنُ مِنْ ذَلِكَ.

إِلَى هَذَا أَشَارَ فِي الْمَبْسُوطِ. وَقَوْلُهُ كَنَظَرِ الرَّجُلِ إِلَى مَحَارِمِهِ: يَعْنِي لَا يَنْظُرُ إِلَى

ظَهَرَهَا وَبَطْنَهَا وَفَخَذَهَا كَمَا سَيَأْتِي. قَالَ الْمُصَنِّفُ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَالأَوَّلُ أَصَحُّ) لِأَنَّهُ نَظَرَ الْجِنْسَ أَخْفُ.

قَالَ (وَيَنْظُرُ الرَّجُلُ مِنْ أَمَتِهِ الَّتِي تَحِلُّ لَهُ وَزَوْجَتِهِ إِلَى فَرْجِهَا) وَهَذَا إِطْلَاقٌ فِي النَّظَرِ إِلَى سَائِرِ بَدَنِهَا عَنْ شَهْوَةٍ وَغَيْرِ شَهْوَةٍ. وَالْأَصْلُ فِيهِ قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «غَضُّ بَصَرِكَ إِلَّا عَنْ أَمَتِكَ وَأَمْرَاتِكَ» ^(١) وَلَأنَّ مَا فَوْقَ ذَلِكَ مِنَ الْمَسِّ وَالْغَشْيَانِ مُبَاحٌ فَالْنَّظَرُ أَوْلَى، إِلَّا أَنَّ الْأَوَّلَى أَنْ لَا يَنْظُرَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا إِلَى عَوْرَةِ صَاحِبِهِ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «إِذَا أَتَى أَحَدُكُمْ أَهْلُهُ فَلْيَسْتَتِرْ مَا اسْتَطَاعَ وَلَا يَتَجَرَّدَانِ تَجَرَّدَ الْغَيْرِ» ^(٢) وَلَأنَّ ذَلِكَ يُورِثُ النَّسْيَانَ لَوُرُودِ الْأَثَرِ.

وَكَانَ ابْنُ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا يَقُولُ: الْأَوَّلَى أَنْ يَنْظُرَ لِيَكُونَ أَبْلَغَ فِي تَحْصِيلِ مَعْنَى اللَّذَّةِ.

الشرح:

قَالَ (وَيَنْظُرُ الرَّجُلُ مِنْ أَمَتِهِ الْخ) هَذَا هُوَ الْقِسْمُ الثَّانِي مِنْ أَقْسَامِ نَظَرِ الرَّجُلِ إِلَى الْمَرْأَةِ، وَالتَّسَامُحُ فِي رِعَايَةِ التَّرْتِيبِ فِي كَلَامِ الْمُصَنِّفِ ظَاهِرٌ، وَقِيْدُهُ بِقَوْلِهِ مِنْ أَمَتِهِ الَّتِي تَحِلُّ لَهُ، لِأَنَّ حُكْمَ أَمَتِهِ الْمَجُوسِيَّةِ وَالَّتِي هِيَ أُخْتُهُ مِنَ الرِّضَاعِ حُكْمُ أَمَةِ الْغَيْرِ فِي النَّظَرِ إِلَيْهَا، لِأَنَّ إِبَاحَةَ النَّظَرِ إِلَى جَمِيعِ الْبَدَنِ مَبْنِيَّةٌ عَلَى حِلِّ الْوَطْءِ فَتُسْتَفَى بِإِتْنِفَائِهِ. وَالْغَيْرُ: هُوَ الْحِمَارُ الْوَحْشِيُّ. وَخَصَّهُ بِالذِّكْرِ لِأَنَّ لِلْأَهْلِيَّ نَوْعَ سِتْرٍ مِنَ الْأَقْتَابِ وَالثُّغْرِ. وَقَدْ قِيلَ هُوَ الْأَهْلِيُّ أَيْضًا. وَقَوْلُ ابْنِ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا: الْأَوَّلَى أَنْ يَنْظُرَ: يَعْني وَقْتُ الْوِقَاعِ. رُوي عَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي الْأَمَالِي قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ عَنْ الرَّجُلِ يَمَسُّ فَرْجَ امْرَأَتِهِ أَوْ تَمَسُّ هِيَ فَرْجَهُ لِيَتَحَرَّكَ عَلَيْهَا هَلْ تَرَى بِذَلِكَ بَأْسًا؟ قَالَ لَا، أَرْجُو أَنْ يَعْظُمَ الْأَجْرُ.

قَالَ (وَيَنْظُرُ الرَّجُلُ مِنْ ذَوَاتِ مَحَارِمِهِ إِلَى الْوَجْهِ وَالرَّأْسِ وَالصَّدْرِ وَالسَّاقَيْنِ وَالْعُضْدَيْنِ. وَلَا يَنْظُرُ إِلَى ظَهَرِهَا وَبَطْنِهَا وَفَخَذِهَا). وَالْأَصْلُ فِيهِ قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا لِبُعُولَتِهِنَّ﴾ [النور: ٣١]، وَالْمُرَادُ وَاللَّهُ أَعْلَمُ مَوَاضِعَ الزَّيْنَةِ

(١) أخرجه أبو داود (٤٠١٧)، والترمذي (٢٧٦٩)، وابن ماجه (١٩٢٠).

(٢) أخرجه ابن ماجه (١٩١٢). وانظر نصب الراية (٥٤٨/٤).

وَهِيَ مَا ذُكِرَ فِي الْكِتَابِ، وَيَدْخُلُ فِي ذَلِكَ السَّاعِدُ وَالْأُذُنُ وَالْعُنُقُ وَالْقَدَمُ؛ لِأَنَّ كُلَّ ذَلِكَ مَوْضِعُ الزَّيْنَةِ، بِخِلَافِ الظَّهْرِ وَالْبَطْنِ وَالْفَخْذِ؛ لِأَنَّهَا لَيْسَتْ مِنْ مَوَاضِعِ الزَّيْنَةِ، وَلِأَنَّ الْبَعْضَ يَدْخُلُ عَلَى الْبَعْضِ مِنْ غَيْرِ اسْتِثْنَانٍ وَاحْتِشَامٍ وَالْمَرْأَةُ فِي يَتِيهَا فِي ثِيَابٍ مِهْنَتِهَا عَادَةً، فَلَوْ حُرِّمَ النَّظَرُ إِلَى هَذِهِ الْمَوَاضِعِ أَدَّى إِلَى الْحَرَجِ، وَكَذَا الرَّغْبَةُ تَقِلُّ لِلْحُرْمَةِ الْمُؤَبَّدَةِ فَقَلَّمَا تُشْتَهَى، بِخِلَافِ مَا وَرَاءَهَا، لِأَنَّهَا لَا تُنْكَشِفُ عَادَةً. وَالْمَحْرَمُ مِنْ لَا تَجُوزُ الْمُنَاكَحَةُ بَيْنَهُ وَبَيْنَهَا عَلَى التَّأْيِيدِ بِنَسَبٍ كَانَ أَوْ بِسَبَبٍ كَالرِّضَاعِ وَالْمُصَاهَرَةِ لَوْجُودِ الْمَعْنِيِّ فِيهِ، وَسَوَاءٌ كَانَتْ الْمُصَاهَرَةُ بِنِكَاحٍ أَوْ سِفَاحٍ فِي الْأَصَحِّ لَمَّا بَيَّنَّا.

قَالَ (وَلَا بَأْسَ بِأَنْ يَمَسَّ مَا جَازَ أَنْ يَنْظُرَ إِلَيْهِ مِنْهَا) لِتَحَقُّقِ الْحَاجَةِ إِلَى ذَلِكَ فِي الْمُسَافَرَةِ وَقِلَّةِ الشَّهْوَةِ لِلْمَحْرَمِيَّةِ، بِخِلَافِ وَجْهِ الْأَجْنَبِيَّةِ وَكَفَّيْهَا حَيْثُ لَا يُبَاحُ الْمَسُّ وَإِنْ أُبِيحَ النَّظَرُ؛ لِأَنَّ الشَّهْوَةَ مُتَكَامِلَةً (إِلَّا إِذَا كَانَ يَخَافُ عَلَيْهَا أَوْ عَلَى نَفْسِهِ الشَّهْوَةَ) فَحِينَئِذٍ لَا يَنْظُرُ وَلَا يَمَسُّ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «الْعَيْنَانِ تَزْنِيَانِ وَزِنَاهُمَا النَّظَرُ، وَالْيَدَانِ تَزْنِيَانِ وَزِنَاهُمَا الْبَطْشُ»^(١)، وَحُرْمَةُ الزَّنا بِذَوَاتِ الْمَحَارِمِ أَغْلَظُ فَيُجْتَنَّبُ.

الشرح:

قَالَ (وَيَنْظُرُ الرَّجُلُ مِنْ ذَوَاتِ مَحَارِمِهِ إلخ) هَذَا هُوَ الْقِسْمُ الثَّلَاثُ مِنْ ذَلِكَ نَظَرُ الرَّجُلِ إِلَى الْوَجْهِ وَالرَّأْسِ وَالصَّدْرِ وَالسَّاقَيْنِ وَالْعُضْدَيْنِ مِنْ ذَوَاتِ مَحَارِمِهِ جَائِزٌ دُونَ بَطْنِهَا وَظَهْرِهَا وَفَخْذِهَا. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي الْقَدِيمِ: لَا بَأْسَ بِذَلِكَ، جَعَلَ حَالَهَا كَحَالِ الْجَنَسِ فِي النَّظَرِ، وَهُوَ مَحْجُوجٌ بِحُكْمِ الظَّهَارِ فَإِنَّهُ ثَابِتٌ إِذَا قَالَ لَامْرَأَتِهِ أَنتِ عَلَيَّ كَظَهْرِ أُمِّي، فَلَوْ كَانَ النَّظَرُ إِلَيْهِ حَلَالًا لَمَا كَانَ ظَهَارًا لِأَنَّ الظَّهَارَ تَشْبِيهُ الْمَحَلَّةِ بِالْمَحْرَمَةِ. وَقَوْلُهُ (وَالْأَصْلُ فِيهِ) أَيُّ فِي جَوَازِ مَا جَازَ وَعَدَمِ جَوَازِ مَا لَمْ يَجُزْ عَلَى تَأْوِيلِ الْمَذْكُورِ قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ﴾ وَالْمُرَادُ وَاللَّهُ أَعْلَمُ مَوَاضِعَ الزَّيْنَةِ، ذَكَرَ الْحَالَ وَأَرَادَ الْمَحَلَّ مُبَالِغَةً فِي التَّنْهِيِ عَنِ الْإِنْدَاءِ، لِأَنَّ إِبْدَاءَ مَا كَانَ مُنْفَصِلًا إِذَا كَانَ مِنْهِيًّا عَنْهُ فَإِبْدَاءُ الْمُتَّصِلِ أَوْلَى، وَذَلِكَ كَقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَلَا آفَقَتِيدُ﴾ [المائدة: ٢] فِي حُرْمَةِ تَعَرُّضِ مَحَلِّهَا. وَقَوْلُهُ (وَهِيَ مَا ذُكِرَ فِي الْكِتَابِ) يُرِيدُ بِهِ الْوَجْهَ إِلَى آخِرِهِ، وَيَدْخُلُ فِي ذَلِكَ: أَيُّ فِي مَوَاضِعِ الزَّيْنَةِ الْمَدْلُولِ عَلَيْهَا بِالزَّيْنَةِ السَّاعِدِ وَالْأُذُنِ

(١) أخرجه مسلم في القدر (حديث ٢١)، وأبو داود (٢١٥٣).

وَالْعُنُقُ وَالْقَدَمُ، لِأَنَّ كُلَّ ذَلِكَ مَوْضِعُ الرِّبَّةِ؛ أَمَّا الرَّأْسُ فَلَأَنَّهُ مَوْضِعُ النَّجَاحِ وَالْإِكْلِيلِ،
وَالشَّعْرُ مَوْضِعُ الْعِقَاصِ، وَالْعُنُقُ مَوْضِعُ الْقِلَادَةِ وَالصَّدْرُ كَذَلِكَ، وَالْأُذُنُ مَوْضِعُ الْقُرْطِ،
وَالْعِضْدُ مَوْضِعُ الذُّمْلُجِ، وَالسَّاعِدُ مَوْضِعُ السَّوَارِ، وَالْكَفُّ مَوْضِعُ الْحَاتَمِ، وَالْخِصَابِ
وَالسَّاقُ مَوْضِعُ الْخَلْخَالِ، وَالْقَدَمُ مَوْضِعُ الْخِصَابِ، بِخِلَافِ الظَّهْرِ وَالْفَخْذِ وَالْبَطْنِ لِأَنَّهَا
لَيْسَتْ مَوَاضِعَ الرِّبَّةِ، وَبَاقِي كَلَامِهِ وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (لَوْجُودِ الْمَعْنَيْنِ) يَعْنِي الضَّرُورَةَ وَقِلَّةَ
الرَّغْبَةِ فِيهِ: أَيُّ فِي الْمُحَرَّمِ. وَقَوْلُهُ فِي الْأَصَحِّ مُتَعَلِّقٌ بِقَوْلِهِ أَوْ سَفَاحٍ، لِأَنَّ اخْتِلَافَ
الْمَشَايِخِ فِي الْمَصَاهِرَةِ بِالزَّنَا لَا فِيهَا بِالنِّكَاحِ، فَإِنَّ بَعْضَ مَشَايِخِنَا رَحِمَهُمُ اللَّهُ قَالَ: لَا
يُثْبِتُ حِلَّ الْمَسِّ وَالتَّنَظُّرِ بِالْمَصَاهِرَةِ سَفَاحًا، لِأَنَّ ثُبُوتَ الْحُرْمَةِ بِطَرِيقِ الْعُقُوبَةِ عَلَى الزَّانِي
لَا بِطَرِيقِ النَّعْمَةِ، لِأَنَّهُ لَمَّا ظَهَرَتْ حَيَاتُهُ مَرَّةً لَا يُؤْتَمَنُ ثَانِيًا. وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ لَا بَأْسَ بِذَلِكَ
لَمَّا بَيَّنَّا أَنَّهَا مُحَرَّمَةٌ عَلَيْهِ عَلَى التَّأْيِيدِ، وَلَا وَجْهَ لِقَوْلِهِ ثُبُوتُ الْحُرْمَةِ بِطَرِيقِ الْعُقُوبَةِ لِأَنَّهَا
تُثْبِتُ بِاعْتِبَارِ كَرَامَةِ الْوَلَدِ عَلَى مَا عُرِفَ فِي مَوْضِعِهِ (قَالَ: وَلَا بَأْسَ بِأَنْ يَمَسَّ مَا جَارَ
أَنْ يَنْظُرَ إِلَيْهِ مِنْهَا لَوْجُودِ الْمُقْتَضِي لِلِإِبَاحَةِ) وَهُوَ الْحَاجَةُ إِلَى ذَلِكَ فِي الْمُسَافَرَةِ وَاتِّفَاءِ
الْمَانِعِ وَهُوَ وَقُورُ الشَّهْوَةِ. وَقَوْلُهُ (إِلَّا إِذَا كَانَ يَخَافُ عَلَيْهَا) اسْتِثْنَاءٌ مِنْ قَوْلِهِ وَلَا بَأْسَ.

(وَلَا بَأْسَ بِالْخُلُوةِ وَالْمُسَافَرَةِ بِهِنَ) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «لَا تُسَافِرِ الْمَرَأَةَ
فَوْقَ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ وَلَيَالِيهَا إِلَّا وَمَعَهَا زَوْجُهَا أَوْ ذُو رَحِمٍ مُحَرَّمٌ مِنْهَا» ^(١) وَقَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ
وَالسَّلَامُ: «أَلَا لَا يَخْلُونُ رَجُلٌ بِامْرَأَةٍ لَيْسَ مِنْهَا بِسَبِيلٍ فَإِنْ ثَالَتَهُمَا الشَّيْطَانُ» ^(٢) وَالْمُرَادُ
إِذَا لَمْ يَكُنْ مُحَرَّمًا، فَإِنْ احتَاجَ إِلَى الْإِرْكَابِ وَالْإِنْزَالِ فَلَا بَأْسَ بِأَنْ يَمَسَّهَا مِنْ وَرَاءِ ثِيَابِهَا
وَيَأْخُذَ ظَهْرَهَا وَيَطْنَهَا دُونَ مَا تَحْتَهُمَا إِذَا آمَنَ الشَّهْوَةَ، فَإِنْ خَافَهَا عَلَى نَفْسِهِ أَوْ عَلَيْهَا
تَيَقُّنًا أَوْ ظَنًّا أَوْ شَكًّا فَلْيَجْتَنِبْ ذَلِكَ بِجَهْدِهِ، ثُمَّ إِنْ أَمَكْنَهَا الرُّكُوبَ بِنَفْسِهَا يَمْتَنِعُ عَنْ
ذَلِكَ أَصْلًا، وَإِنْ لَمْ يُمْكِنَهَا يَتَكَلَّفُ بِالثِّيَابِ كَيْ لَا تُصِيبَهُ حَرَارَةُ عُضْوِهَا، وَإِنْ لَمْ يَجِدْ
الثِّيَابَ يَدْفَعُ الشَّهْوَةَ عَنْ قَلْبِهِ بِقَدْرِ الْإِمْكَانِ.

الشرح:

وَكَلِمَةٌ فَوْقَ فِي قَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «فَوْقَ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ» صِلَةٌ، لِأَنَّ حُرْمَةَ

(١) أخرجه مسلم في الحج (٤١٦، ٤١٧)،، وانظر نصب الراية (٥٥١/٤).

(٢) قال الزيلعي في نصب الراية (٥٥٢/٤): غريب بهذا اللفظ.

المُسَافِرَةُ ثَابِتَةٌ فِي ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ أَيْضًا فَكَانَ كَقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿فَإِنْ كُنْ نِسَاءً فَوْقَ اثْنَتَيْنِ﴾ [النساء: ١١] وَإِذَا جَازَتْ الْمُسَافِرَةُ بِهِنَّ جَازَتْ الْخَلْوَةُ بِهِنَّ لِأَنَّ فِي الْمُسَافِرَةِ خَلْوَةً. وَقَوْلُهُ (فَإِنْ احتَاجَ إِلَى الإِرْكَابِ) أَيُّ إِرْكَابِ ذَوَاتِ الْحَارِمِ، وَالْأَصْلُ فِي ذَلِكَ أَنْ لَا يَجُوزُ مَسُّ مَا يَجُوزُ أَنْ يَنْظُرَ الرَّجُلُ إِلَيْهِ لِأَنَّ الْمَسَّ فَوْقَ النَّظَرِ، لَكِنَّهُ جَازٌ " لِأَنَّ «النَّبِيَّ ﷺ» كَانَ يَقْبَلُ رَأْسَ فَاطِمَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا وَيَقُولُ: أَجِدُ مِنْهَا رِيحَ الْجَنَّةِ » وَكَانَ ذَلِكَ لَا عَنْ شَهْوَةٍ قَطْعًا، فَيَجُوزُ الْمَسُّ مَعَ الْإِتْقَانِ عَنِ الشَّهْوَةِ مَا أُمُكِنَ.

قَالَ (وَيَنْظُرُ الرَّجُلُ مِنْ مَمْلُوكَةٍ غَيْرِهِ إِلَى مَا يَجُوزُ أَنْ يَنْظُرَ إِلَيْهِ مِنْ ذَوَاتِ مَحَارِمِهِ) لِأَنَّهَا تَخْرُجُ لِحَوَائِجِ مَوْلَاهَا وَتَتَّخِذُ أَصْبَافَهُ وَهِيَ فِي ثِيَابٍ مِهْنَتِهَا، فَصَارَ حَالُهَا خَارِجَ الْبَيْتِ فِي حَقِّ الْأَجَانِبِ كَحَالِ الْمَرْأَةِ دَاخِلُهُ فِي حَقِّ مَحَارِمِهِ الْأَقَارِبِ. وَكَانَ عُمَرُ ﷺ إِذَا رَأَى جَارِيَةً مُتَقَنَّةً عَلَاهَا بِالْذُّرَّةِ وَقَالَ: أَلْقِي عَنْكَ الْخِمَارَ يَا ذِفَارُ أَتَشَبِّهِينَ بِالْحَرَائِرِ وَلَا يَحِلُّ النَّظَرُ إِلَى بَطْنِهَا وَظَهْرِهَا خِلَافًا لِمَا يَقُولُهُ مُحَمَّدٌ بْنُ مُقَاتِلٍ أَنَّهُ يُبَاحُ إِلَّا إِلَى مَا دُونَ السُّرَّةِ إِلَى الرُّكْبَةِ؛ لِأَنَّهُ لَا ضَرُورَةَ كَمَا فِي الْحَارِمِ، بَلْ أَوْلَى لِقَلَّةِ الشَّهْوَةِ فِيهِنَّ وَكَمَالِهَا فِي الْإِمَاءِ.

وَلَفْظَةُ الْمَمْلُوكَةِ تَنْتَظِمُ الْمُدَبَّرَةُ وَالْمُكَاتَّبَةُ وَأُمُّ الْوَلَدِ لِتَحَقُّقِ الْحَاجَةِ، وَالْمُسْتَسْعَاةُ كَالْمُكَاتَّبَةِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ عَلَى مَا عُرِفَ، وَأَمَّا الْخَلْوَةُ بِهَا وَالْمُسَافِرَةُ مَعَهَا فَقَدْ قِيلَ يُبَاحُ كَمَا فِي الْحَارِمِ، وَقَدْ قِيلَ لَا يُبَاحُ لِعَدَمِ الضَّرُورَةِ فِيهِنَّ، وَفِي الإِرْكَابِ وَالْإِنْزَالِ اعْتَبَرَ مُحَمَّدٌ فِي الْأَصْلِ الضَّرُورَةَ فِيهِنَّ وَفِي ذَوَاتِ الْحَارِمِ مُجَرَّدَ الْحَاجَةِ. قَالَ (وَلَا بَأْسَ بِأَنْ يَمَسَّ ذَلِكَ إِذَا أَرَادَ الشِّرَاءَ، وَإِنْ خَافَ أَنْ يَشْتَهِيَ) كَذَا ذَكَرَهُ فِي الْمُخْتَصَرِ، وَأُطْلِقَ أَيْضًا فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ وَلَمْ يُفَصَّلْ.

قَالَ مَشَايخُنَا رَحِمَهُمُ اللَّهُ: يُبَاحُ النَّظَرُ فِي هَذِهِ الْحَالَةِ وَإِنْ اشْتَهَى لِلضَّرُورَةِ، وَلَا يُبَاحُ الْمَسُّ إِذَا اشْتَهَى أَوْ كَانَ أَكْبَرُ رَأْيِهِ ذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ نَوْعٌ اسْتِمْتَاعٍ، وَفِي غَيْرِ حَالَةِ الشِّرَاءِ يُبَاحُ النَّظَرُ وَالْمَسُّ بِشَرْطِ عَدَمِ الشَّهْوَةِ. قَالَ (وَإِذَا حَاضَتِ الْأُمَةُ لَمْ تَعْرِضْ فِي إِزَارٍ وَاحِدٍ) وَمَعْنَاهُ بَلَغَتْ، وَهَذَا مُوَافِقٌ لِمَا بَيَّنَّا أَنَّ الظَّهْرَ وَالْبَطْنَ مِنْهَا عَوْرَةٌ. وَعَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهَا إِذَا كَانَتْ تُشْتَهَى وَيُجَامَعُ مِثْلُهَا فَهِيَ كَالْبَالِغَةِ لَا تَعْرِضُ فِي إِزَارٍ وَاحِدٍ لَوْجُودِ الْاِسْتِهَاءِ.

الشرح:

قَالَ (وَيَنْظُرُ الرَّجُلُ مِنْ مَمْلُوكَةٍ غَيْرِهِ إلخ) هَذَا آخِرُ الْأَقْسَامِ مِنْ ذَلِكَ وَكَلَامُهُ

وَأَصِحَّ. وَقَوْلُهُ عَلَاهَا: أَيِ ضَرَبَ علاوتَهَا وَهِيَ رَأْسُهَا بِالذَّرَةِ. وَقَوْلُهُ (خِلَافًا لِمَا يَقُولُهُ مُحَمَّدُ بْنُ مُقَاتِلٍ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ يُبَاحُ إِلَّا إِلَى مَا دُونَ السُّرَّةِ إِلَى الرُّكْبَةِ) وَجْهُهُ مَا رُوِيَ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أَنَّهُ قَالَ: وَمَنْ أَرَادَ أَنْ يَشْتَرِيَ جَارِيَةً فَلْيَنْظُرْ إِلَيْهَا إِلَّا فِي مَوْضِعِ الْمِثْرَةِ. وَتَعَامَلُ أَهْلُ الْحَرَمَيْنِ وَوَجْهُ الْعَامَّةِ مَا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ.

وَقَوْلُهُ (وَأَمَّا الْخُلُوءُ بِهَا وَالْمُسَافَرَةُ مَعَهَا) يَعْنِي إِذَا أَمِنَ بِذَلِكَ عَلَى نَفْسِهِ وَعَلَيْهَا فَقَدْ اخْتَلَفَ الْمَشَايخُ رَحِمَهُمُ اللَّهُ فِيهِ: فَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ: يَحِلُّ وَاعْتَبَرَهَا بِالْمَحَارِمِ وَإِلَيْهِ مَالُ شَمْسِ الْأَيْمَةِ رَحِمَهُ اللَّهُ وَقِيلَ لَا يَحِلُّ لِعَدَمِ الضَّرُورَةِ وَإِلَيْهِ مَالُ الْحَاكِمِ الشَّهِيدِ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَفِي الْإِرْكَابِ وَالْإِنْزَالِ اعْتَبَرَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ الضَّرُورَةَ فِيهِنَّ) يَعْنِي الَّتِي لَا مَدْفَعَ لَهَا (وَفِي الْمَحَارِمِ مُجَرَّدُ الْحَاجَةِ) أَيِ نَفْسُ الْحَاجَةِ لَا الضَّرُورَةُ.

وَقَوْلُهُ (وَلَا بَأْسَ بِأَنْ يَمَسَّ ذَلِكَ) أَيِ الْمَوَاضِعِ الَّتِي يَجُوزُ النَّظَرُ إِلَيْهَا (إِذَا أَرَادَ الشَّرَاءَ وَإِنْ خَافَ أَنْ يَشْتَهِيَ كَذَا فِي الْمُخْتَصِرِ وَأُطْلِقَ فِي الْجَامِعِ) لَفْظُ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ فَقَالَ: رَجُلٌ أَرَادَ أَنْ يَشْتَرِيَ جَارِيَةً لَا بَأْسَ بِأَنْ يَمَسَّ سَاقَهَا وَذِرَاعَيْهَا وَصَدْرَهَا وَيَنْظُرَ إِلَى صَدْرِهَا وَسَاقِهَا مَكْشُوفَيْنِ، وَالْبَاقِي وَاضِحٌ.

قَالَ (وَالْخَصِيُّ فِي النَّظَرِ إِلَى الْأَجْنَبِيَّةِ كَالْفَحْلِ) لِقَوْلِ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا: الْخِصَاءُ مِثْلُهُ فَلَا يُبِيحُ مَا كَانَ حَرَامًا قَبْلَهُ وَلَئِنَّهُ فَحْلٌ يُجَامَعُ. وَكَذَا الْمَجْبُوبُ؛ لِأَنَّهُ يَسْحَقُ وَيَنْزِلُ، وَكَذَا الْمُخْنَثُ فِي الرِّدْيَةِ مِنَ الْأَفْعَالِ؛ لِأَنَّهُ فَحْلٌ فَاسِقٌ.

وَالْحَاصِلُ أَنَّهُ يُؤْخَذُ فِيهِ بِمُحْكَمِ كِتَابِ اللَّهِ الْمُنْزَلِ فِيهِ، وَالطِّفْلُ الصَّغِيرُ مُسْتَثْنَى

بِالنَّصِّ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَكَذَا الْمُخْنَثُ فِي الرِّدْيَةِ مِنَ الْأَفْعَالِ) يَعْنِي مَنْ يُمَكِّنُ غَيْرَهُ مِنْ نَفْسِهِ، اخْتِرَازًا عَنْ الْمُخْنَثِ الَّذِي فِي أَعْضَائِهِ لَيْنٌ وَتَكَسُّرٌ بِأَصْلِ الْخِلْقَةِ وَلَا يَشْتَهِي النِّسَاءَ فَإِنَّهُ رَخَّصَ بَعْضُ مَشَايخِنَا رَحِمَهُمُ اللَّهُ فِي تَرْكِ مِثْلِهِ مَعَ النِّسَاءِ اسْتِدْلَالًا بِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿أَوْ التَّابِعِينَ غَيْرِ أُولَى الْإِرْبَةِ مِنَ الرِّجَالِ﴾ قِيلَ هُوَ الْمُخْنَثُ الَّذِي لَا يَشْتَهِي النِّسَاءَ، وَقِيلَ هُوَ الْمَجْبُوبُ الَّذِي جَفَّ مَآوُهُ، وَقِيلَ الْمُرَادُ بِهِ الْأَبْلَةُ الَّذِي لَا يَذَرِي مَا يَصْنَعُ بِالنِّسَاءِ إِنَّمَا هُمُ بَطْنُهُ وَفِيهِ كَلَامٌ فَإِنَّهُ إِذَا كَانَ شَابًّا يُنْحَى عَنِ النِّسَاءِ، وَإِنَّمَا ذَلِكَ إِذَا كَانَ شَيْخًا

كَبِيرًا مَاتَتْ شَهْوَتُهُ.

وَالْأَصَحُّ أَنْ نَقُولَ قَوْلَهُ تَعَالَى ﴿أَوِ التَّبَعِينَ﴾ مِنَ الْمُتَشَابِهَاتِ وَقَوْلَهُ تَعَالَى ﴿قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا مِنْ أَبْصَرِهِمْ﴾ [النور: ٣٠] مُحْكَمٌ نَأْخُذُ بِهِ، وَإِلَيْهِ أَشَارَ الْمُصَنِّفُ رَحِمَهُ اللَّهُ بِقَوْلِهِ فَالْحَاصِلُ أَنَّهُ يُؤْخَذُ فِيهِ بِمُحْكَمِ كِتَابِ اللَّهِ تَعَالَى الْمُنْزَلِ فِيهِ (وَالطِّفْلُ الصَّغِيرُ مُسْتَنَى بِالنَّصِّ) وَهُوَ قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿أَوِ الطِّفْلِ الَّذِينَ لَمْ يَظْهَرُوا عَلَى عَوْرَاتِ النِّسَاءِ﴾ [النور: ٣١] أَيُّ لَمْ يَطْلَعُوا: أَيُّ لَا يَعْرِفُونَ الْعَوْرَةَ وَلَا يُمَيِّزُونَ بَيْنَهَا وَبَيْنَ غَيْرِهَا.

قَالَ (وَلَا يَجُوزُ لِلْمَمْلُوكِ أَنْ يَنْظُرَ مِنْ سَيِّدَتِهِ إِلَّا مَا يَجُوزُ لِلْأَجَنِيِّ النَّظَرُ إِلَيْهِ مِنْهَا). وَقَالَ مَالِكٌ: هُوَ كَالْمَحْرَمِ، وَهُوَ أَحَدُ قَوْلِي الشَّافِعِيِّ لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُنَّ﴾ وَلِأَنَّ الْحَاجَةَ مُتَحَقِّقَةً لِدُخُولِهِ عَلَيْهَا مِنْ غَيْرِ اسْتِئْذَانٍ. وَلِنَّا أَنَّهُ فَحَلٌ غَيْرُ مُحْرَمٍ وَلَا زَوْجٍ، وَالشَّهْوَةُ مُتَحَقِّقَةٌ لِحَوَازِ النِّكَاحِ فِي الْجُمْلَةِ وَالْحَاجَةُ قَاصِرَةٌ: لِأَنَّهُ يَعْمَلُ خَارِجَ الْبَيْتِ. وَالْمُرَادُ بِالنَّصِّ الْإِمَاءُ، قَالَ سَعِيدٌ وَالْحَسَنُ وَغَيْرُهُمَا: لَا تَعَرَّيْكُمْ سُورَةُ النُّورِ فَإِنَّهَا فِي الْإِنَاثِ دُونَ الذُّكُورِ.

الشرح:

وقوله (وَلَا يَجُوزُ لِلْمَمْلُوكِ) وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (وَالْمُرَادُ بِالنَّصِّ الْإِمَاءُ) يُرِيدُ بِالنَّصِّ قَوْلَهُ تَعَالَى ﴿أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُنَّ﴾ وَهُوَ جَوَابٌ عَنْ اسْتِذْلالِ مَالِكٍ وَالشَّافِعِيِّ رَحِمَهُمَا اللَّهُ بِهِ (قَالَ سَعِيدٌ) أَيُّ سَعِيدُ بْنُ الْمُسَيَّبِ أَوْ سَعِيدُ بْنُ جُبَيْرٍ. قَالَ فِي النَّهَايَةِ: أَطْلَقَ اسْمَ سَعِيدٍ وَلَمْ يُفَيِّدْهُ بِالنِّسْبَةِ لِيَتَنَاوَلَ السَّعِيدَيْنِ (وَالْحَسَنَ وَغَيْرَهُمَا) سَمَرَةُ بْنُ جُنْدُبٍ (لَا تَعَرَّيْكُمْ سُورَةَ النُّورِ فَإِنَّهَا فِي الْإِنَاثِ دُونَ الذُّكُورِ) وَلِأَنَّ الذُّكُورَ مُحَاطَبُونَ بِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا مِنْ أَبْصَرِهِمْ﴾ [النور: ٣٠] فَلَوْ دَخَلُوا فِي قَوْلِهِ تَعَالَى ﴿أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُنَّ﴾ لَزِمَ التَّعَارُضُ.

وَعَوِضَ بِأَنْ نَظَرَ الْإِمَاءُ إِلَى سَيِّدَتِهِنَّ أُسْتَفِيدَ مِنْ قَوْلِهِ تَعَالَى ﴿أَوْ نِسَائِهِنَّ﴾ فَلَوْ حُمِلَتْ هَذِهِ الْآيَةُ عَلَى الْإِمَاءِ لَزِمَ التَّكَرَّارُ، وَبِأَنَّ الْإِمَاءَ لَوْ لَمْ تَكُنْ مُرَادَةً مِنْ قَوْلِهِ تَعَالَى ﴿أَوْ نِسَائِهِنَّ﴾ وَجَبَ أَنْ لَا تَكُونَ مُرَادَةً مِنْ قَوْلِهِ تَعَالَى ﴿أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُنَّ﴾ أَيْضًا، لِأَنَّ الْبَيَانَ إِنَّمَا يُحْتَاجُ إِلَيْهِ فِي مَوْضِعِ الْإِشْكَالِ، وَلَا يُشْكَلُ عَلَى أَحَدٍ أَنْ لِلْأَمَةِ

أَنْ تَنْظُرَ إِلَى سَيِّدَتِهَا كَالْأَجَنِّيَّاتِ، وَالْمَلِكُ إِنْ لَمْ يَزِدْ تَوْسِعَةً فَلَا أَقْلَ أَنْ لَا يَزِيدَ تَضْيِيقًا.
وَأُجِيبَ عَنِ الْأَوَّلِ بِأَنَّ الْمُرَادَ بِالنِّسَاءِ الْحَرَائِرُ الْمُسْلِمَاتُ اللَّاتِي فِي صُحْبَتِهِنَّ، لِأَنَّهُ
لَيْسَ لِمُؤَمَّنَةٍ أَنْ تَتَجَرَّدَ بَيْنَ يَدَيِ مُشْرِكَةٍ أَوْ كِتَابِيَّةٍ. كَذَا عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا،
وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ أُريدَ بِنِسَائِهِنَّ مَنْ يَصْحُبُهُنَّ مِنَ الْحَرَائِرِ مُسْلِمَةً كَانَتْ أَوْ غَيْرَهَا. وَالنِّسَاءُ
كُلُّهُنَّ فِي حِلٍّ نَظَرِ بَعْضُهُنَّ إِلَى بَعْضٍ سَوَاءً، وَالْمُرَادُ مِنْ قَوْلِهِ تَعَالَى ﴿أَوْ مَا مَلَكَتْ
أَيْمَانُهُنَّ﴾ [النور: ٣١] الإِمَاءُ.

وَعَنِ الثَّانِي بِأَنَّ حَالَ الْأَمَةِ يَقْرُبُ مِنْ حَالِ الرِّجَالِ حَتَّى تُسَافِرَ مِنْ غَيْرِ مَحْرَمٍ،
فَكَانَ يُشْكَلُ أَنَّهُ يُبَاحُ لَهَا التَّكْشِيفُ بَيْنَ يَدَيِ أَمَتِهَا، وَلَمْ يَزَلْ هَذَا الْإِشْكَالُ بِقَوْلِهِ أَوْ
نِسَائِهِنَّ لِأَنَّ مُطْلَقَ هَذَا اللَّفْظِ يَتَنَاوَلُ الْحَرَائِرَ دُونَ الْإِمَاءِ، وَالْبَاقِي وَاضِحٌ وَاللَّهُ أَعْلَمُ.
قَالَ (وَيَعَزِلُ عَنْ أَمَتِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهَا وَلَا يَعَزِلُ عَنْ زَوْجَتِهِ إِلَّا بِإِذْنِهَا) «لَأَنَّهُ عَلَيْهِ
الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ نَهَى عَنِ الْعَزْلِ عَنِ الْحُرَّةِ إِلَّا بِإِذْنِهَا، وَقَالَ لِمَوْلَى أَمَةٍ: اعْزِلْ عَنْهَا إِنْ
شِئْتَ»^(١)، وَلِأَنَّ الْوَطْءَ حَقُّ الْحُرَّةِ قَضَاءً لِلشَّهْوَةِ وَتَحْصِيلًا لِلوَلَدِ وَلِهَذَا تُخَيَّرُ فِي الْجَبِّ
وَالْعُنْتِ، وَلَا حَقَّ لِلْأَمَةِ فِي الْوَطْءِ فَلِهَذَا لَا يُنْقَصُ حَقُّ الْحُرَّةِ بِغَيْرِ إِذْنِهَا وَيَسْتَبْدُ بِهِ الْمَوْلَى
وَلَوْ كَانَ تَحْتَهُ أَمَةٌ غَيْرُهُ فَقَدْ ذَكَرْنَاهُ فِي النِّكَاحِ.

فصل في الاستبراء وغيره

قَالَ (وَمَنْ اشْتَرَى جَارِيَةً فَإِنَّهُ لَا يَقْرُبُهَا وَلَا يَلْمِسُهَا وَلَا يُقَبِّلُهَا وَلَا يَنْظُرُ إِلَى
فَرْجِهَا بِشَهْوَةٍ حَتَّى يَسْتَبْرَأَ) وَالْأَصْلُ فِيهِ قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ فِي سَبَايَا أَوْطَاسٍ
«أَلَا لَا تُوطَأُ الْحَبَالَى حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ، وَلَا الْحَيَالَى حَتَّى يُسْتَبْرَأَنَّ بِحَيْضَتِهِ»^(٢) أَفَادَ
وُجُوبَ الْإِسْتِبْرَاءِ عَلَى الْمَوْلَى، وَدَلَّ عَلَى السَّبَبِ فِي الْمَسْبُوبَةِ وَهُوَ اسْتِحْدَاثُ الْمَلِكِ وَالْيَدِ؛ لِأَنَّهُ
هُوَ الْمَوْجُودُ فِي مَوْرِدِ النَّصِّ، وَهَذَا لِأَنَّ الْحِكْمَةَ فِيهِ التَّعَرُّفُ عَنْ بَرَاءَةِ الرَّحِمِ صِيَانَةً لِلْمِيَاهِ
الْمُحْتَرَمَةِ عَنِ الْإِخْتِلَاطِ وَالْأَنْسَابِ عَنِ الْإِشْتِبَاهِ، وَذَلِكَ عِنْدَ حَقِيقَةِ الشُّغْلِ أَوْ تَوَهُّمِ

(١) هما حديثان أخرج صدره ابن ماجه (١٩٢٨)، وأحمد (٣١/١)، والبيهقي في الكبرى (٣٧٦/٧)، وأخرج عجزه مسلم في الطلاق (٢٤)، وانظر نصب الراية (٥٥٥/٤).

(٢) أخرجه أبو داود (٢١٥٧)، والبيهقي في الكبرى (٢٠٨/٩)، والحاكم (١٩٥/٢)، وانظر نصب الراية (٥٥٦/٤).

الشُّغْلُ بِمَاءٍ مُحْتَرَمٍ، وَهُوَ أَنْ يَكُونَ الْوَلَدُ ثَابِتَ النَّسَبِ، وَيَجِبُ عَلَى الْمُشْتَرِي لَا عَلَى الْبَائِعِ؛
لأنَّ الْعِلَّةَ الْحَقِيقِيَّةَ إِرَادَةَ الْوُطْءِ، وَالْمُشْتَرِي هُوَ الَّذِي يُرِيدُهُ ذَوْنُ الْبَائِعِ فَيَجِبُ عَلَيْهِ، غَيْرَ
أَنْ الْإِرَادَةَ أَمْرٌ مُبْطِنٌ فَيَدَارُ الْحُكْمُ عَلَى دَلِيلِهَا، وَهُوَ التَّمَكُّنُ مِنَ الْوُطْءِ وَالتَّمَكُّنُ إِنَّمَا
يَثْبُتُ بِالْمَلِكِ وَالْيَدِ فَانْتَصَبَ سَبَبًا وَأَدِيرَ الْحُكْمَ عَلَيْهِ تَيْسِيرًا، فَكَانَ السَّبَبُ اسْتِحْدَاثَ مَلِكِ
الرَّقَبَةِ الْمُؤَكَّدِ بِالْيَدِ وَتَعَدِّي الْحُكْمِ إِلَى سَائِرِ أَسْبَابِ الْمَلِكِ كَالشِّرَاءِ وَالْهَبَةِ وَالْوَصِيَّةِ
وَالْمِيرَاثِ وَالْخُلْعِ وَالْكِتَابَةِ وَغَيْرِ ذَلِكَ.

الشرح:

(فَصْلٌ فِي الْاسْتِبْرَاءِ وَغَيْرِهِ): أَخَّرَ الْاسْتِبْرَاءَ لِأَنَّهُ احْتِرَازٌ عَنْ وَطْءٍ مُقَيَّدٍ وَالْمُقَيَّدُ
بَعْدَ الْمُطْلَقِ يُقَالُ اسْتِبْرَاءُ الْجَارِيَةِ أَيْ طَلَبُ بَرَاءَةِ رَحِمِهَا مِنَ الْحَمْلِ. وَأَوْطَاسُ مَوْضِعٍ
عَلَى ثَلَاثِ مَرَاحِلَ مِنْ مَكَّةَ، كَانَتْ بِهِ وَقْعَةٌ لِلنَّبِيِّ ﷺ. الْاسْتِبْرَاءُ وَاجِبٌ، وَلَهُ سَبَبٌ
وَعِلَّةٌ وَحِكْمَةٌ. أَمَّا وَجُوبُهُ فَبِحَدِيثِ سَبَايَا أَوْطَاسٍ «أَلَا لَا تُوطَأُ الْحَبَالَى حَتَّى يَضَعْنَ
حَمْلَهُنَّ، وَلَا الْحَيَالَى حَتَّى يُسْتَبْرَأْنَ بِحَيْضَةٍ».

وَوَجْهُ الاسْتِدْلَالِ بِهِ أَنَّهُ ﷺ نَهَى عَنِ الْاسْتِمْتَاعِ أَبْلَغَ نَهْيٍ مَعَ وُجُودِ الْمَلِكِ الْمُطْلَقِ
لَهُ وَالْيَدِ الْمُكِنَّةِ مِنْهُ وَذَلِكَ لَا يَكُونُ إِلَّا لِلْوُجُوبِ. وَأَمَّا سَبَبُهُ فَهُوَ اسْتِحْدَاثُ الْمَلِكِ
وَالْيَدِ لِأَنَّهُ هُوَ الْمَوْجُودُ فِي مَوْرِدِ النَّصِّ. وَأَمَّا عِلَّتُهُ فَهِيَ إِرَادَةُ الْوُطْءِ.
فَإِنَّهُ لَا يَحِلُّ إِلَّا فِي مَحَلٍّ فَارِغٍ فَيُوجِبُ مَعْرِفَةَ فَرَاغِهِ. وَأَمَّا حِكْمَتُهُ فَهُوَ التَّعَرُّفُ
عَنْ بَرَاءَةِ الرَّحِمِ صِيَانَةَ لِلْمِيَاهِ الْمُحْتَرَمَةِ عَنْ الْاِخْتِلَاطِ وَالْأَنْسَابِ عَنْ الْاِشْتِبَاهِ، وَذَلِكَ
عِنْدَ حَقِيقَةِ الشُّغْلِ أَوْ تَوَهُمِهِ بِمَاءٍ مُحْتَرَمٍ بَأَنْ لَا يَكُونَ مِنْ بَغْيٍ، وَإِنَّمَا قَيَّدَ بِذَلِكَ وَإِنْ
كَانَ الْحُكْمُ فِي غَيْرِ الْمُحْتَرَمِ كَذَلِكَ فَإِنَّ الْجَارِيَةَ الْحَامِلَ مِنَ الزَّنا لَا يَحِلُّ وَطْؤُهَا حَمَلًا
لِلْحَالِ عَلَى الصَّلَاحِ، أَمَّا الْحِكْمَةُ فَلَا تَصْلُحُ لِإِضَافَةِ الْحُكْمِ إِلَيْهَا لِتَأْخُرَ عَنْهُ، وَأَمَّا الْعِلَّةُ
هَاهُنَا فَكَذَلِكَ.

لأنَّ الْإِرَادَةَ أَمْرٌ مُبْطِنٌ لَا يُطْلَعُ عَلَيْهِ، لِأَنَّ بَعْضَ مَنْ يَسْتَحْدِثُ الْمَلِكَ قَدْ لَا يُرِيدُ
ذَلِكَ فَيَدَارُ الْحُكْمُ عَلَى دَلِيلِ الْإِرَادَةِ وَهُوَ التَّمَكُّنُ مِنَ الْوُطْءِ، فَإِنَّ صَحِيحَ الْمَزَاجِ إِذَا
تَمَكَّنَ مِنْهُ أَرَادَهُ وَالتَّمَكُّنُ إِنَّمَا يَثْبُتُ بِالْمَلِكِ وَالْيَدِ فَانْتَصَبَ سَبَبًا وَأَدِيرَ الْحُكْمَ عَلَيْهِ
وُجُودًا وَعَدَمًا تَيْسِيرًا.

هَذَا فِي الْمُسَبِّةِ، ثُمَّ تَعَدَّى الْحُكْمُ إِلَى سَائِرِ أَسْبَابِ الْمَلِكِ كَالشِّرَاءِ وَالْهَبَةِ وَالْوَصِيَّةِ وَالْمِيرَاثِ وَالْخُلْعِ بِأَنْ جَعَلَتْ الْأُمَّةُ بَدَلَ الْخُلْعِ وَالْكِتَابَةِ بِأَنْ جَعَلَتْ الْأُمَّةُ بَدَلًا فِيهَا. وَكَذَا يَجِبُ عَلَى الْمُشْتَرِي مِنْ مَالِ الصَّبِيِّ وَمِنْ الْمَرْأَةِ وَالْمَمْلُوكِ وَمِمَّنْ لَا يَحِلُّ لَهُ وَطْؤُهَا، وَكَذَا إِذَا كَانَتْ الْمُشْتَرَاءُ بَكْرًا لَمْ تُوَطَّأَ لِتَحَقُّقِ السَّبَبِ وَإِدَارَةِ الْأَحْكَامِ عَلَى الْأَسْبَابِ دُونَ الْحُكْمِ لِبُطُونِهَا فَيُعْتَبَرُ تَحَقُّقُ السَّبَبِ عِنْدَ تَوْهُمِ الشُّغْلِ. وَكَذَا لَا يُجْتَرَأُ بِالْحَيْضَةِ الَّتِي اشْتَرَاهَا فِي أَثْنَائِهَا وَلَا بِالْحَيْضَةِ الَّتِي حَاضَتْهَا بَعْدَ الشِّرَاءِ أَوْ غَيْرِهِ مِنْ أَسْبَابِ الْمَلِكِ قَبْلَ الْقَبْضِ، وَلَا بِالْوِلَادَةِ الْحَاصِلَةِ بَعْدَهَا قَبْلَ الْقَبْضِ خِلَافًا لِأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ؛ لِأَنَّ السَّبَبَ اسْتِحْدَاثُ الْمَلِكِ وَالْيَدِ، وَالْحُكْمُ لَا يَسْبِقُ السَّبَبَ، وَكَذَا لَا يُجْتَرَأُ بِالْحَاصِلِ قَبْلَ الْإِجَارَةِ فِي بَيْعِ الْفُضُولِيِّ وَإِنْ كَانَتْ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي، وَلَا بِالْحَاصِلِ بَعْدَ الْقَبْضِ فِي الشِّرَاءِ الْفَاسِدِ قَبْلَ أَنْ يَشْتَرِيَهَا شِرَاءً صَحِيحًا لَمَّا قُلْنَا.

الشرح:

فَإِنْ قِيلَ: الْمَوْجِبُ وَرَدَ فِي الْمُسَبِّةِ عَلَى خِلَافِ الْقِيَاسِ لِتَحَقُّقِ الْمَطْلُوقِ كَمَا ذَكَرْتُمْ فَهَلَا يَفْتَضِرُّ عَلَيْهَا؟ فَالْجَوَابُ أَنَّ غَيْرَهَا فِي مَعْنَاهَا حِكْمَةٌ وَعِلَّةٌ وَسَبَبٌ فَالْحَقُّ بِهَا دَلَالَةٌ. وَإِذَا ظَهَرَ هَذَا قُلْنَا: وَجَبَ عَلَى الْمُشْتَرِي مِنْ مَالِ الصَّبِيِّ. بِأَنْ بَاعَ أَبُوهُ أَوْ وَصِيُّهُ، وَإِنْ كَانَ لَا يَتَحَقَّقُ الشُّغْلُ شَرْعًا فَيَحْتَاجُ إِلَى التَّعْرِفِ عَنِ الْبَرَاءَةِ وَمِنْ الْمَرْأَةِ وَالْمَمْلُوكِ الْمَأْذُونِ لَهُ فِي التَّجَارَةِ. وَمِمَّنْ لَا يَحِلُّ لَهُ وَطْؤُهَا لِكُونِهَا أُخْتَهُ رَضَاعًا أَوْ وَرَثَتَهَا وَهِيَ مَوْطُوءَةٌ أَبِيهِ، وَكَذَا إِذَا كَانَتْ بَكْرًا لِتَحَقُّقِ السَّبَبِ وَهُوَ اسْتِحْدَاثُ الْمَلِكِ وَالْيَدِ، وَلَا يُجْتَرَأُ بِالْحَيْضَةِ الَّتِي اشْتَرَاهَا فِي أَثْنَائِهَا.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ: يُجْتَرَأُ بِهَا لِحُصُولِ الْمَقْصُودِ وَهُوَ تَعْرِفُ الْبَرَاءَةَ. وَلَا بِالَّتِي حَصَلَتْ بَعْدَ اسْتِحْدَاثِ سَبَبٍ مِنَ الْأَسْبَابِ قَبْلَ الْقَبْضِ، وَلَا بِالْوِلَادَةِ الْحَاصِلَةِ بَعْدَهَا: أَيْ بَعْدَ أَسْبَابِ الْمَلِكِ قَبْلَ الْقَبْضِ لِتَحَقُّقِ ذَلِكَ قَبْلَ تَمَامِ السَّبَبِ، لِأَنَّ السَّبَبَ اسْتِحْدَاثُ الْمَلِكِ وَالْيَدِ وَهِيَ إِمَّا تَكُونُ بِالْقَبْضِ، وَلَا مُعْتَبَرٌ بِالْحُكْمِ قَبْلَ السَّبَبِ وَمَا بَعْدَهُ وَاضِحٌ وَقَوْلُهُ (لَمَّا قُلْنَا) إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ لِأَنَّ السَّبَبَ اسْتِحْدَاثُ الْمَلِكِ وَالْيَدِ وَالْحُكْمُ لَا

يَسْبِقُ السَّبَبَ.

(وَيَجِبُ فِي جَارِيَةِ الْمُشْتَرِي فِيهَا شِقْصٌ فَاشْتَرَى الْبَاقِي)؛ لِأَنَّ السَّبَبَ قَدْ تَمَّ الْآنَ، وَالْحُكْمُ يُضَافُ إِلَى تَمَامِ الْعِلَّةِ، وَيُجْتَزَأُ بِالْحَيْضَةِ الَّتِي حَاضَتْهَا بَعْدَ الْقَبْضِ وَهِيَ مَجُوسِيَّةٌ أَوْ مَكَاتِبَةٌ بِأَنَّ كَاتِبَهَا بَعْدَ الشَّرَاءِ ثُمَّ أَسْلَمَتِ الْمَجُوسِيَّةُ أَوْ عَجَزَتِ الْمَكَاتِبَةُ لَوْجُودِهَا بَعْدَ السَّبَبِ وَهُوَ اسْتِحْدَاثُ الْمَلِكِ وَالْيَدِ إِذْ هُوَ مُقْتَضٍ لِلْحِلِّ وَالْحَرَمَةِ لِمَانَعِ كَمَا فِي حَالَةِ الْحَيْضِ

(وَلَا يَجِبُ الْاسْتِبْرَاءُ إِذَا رَجَعَتِ الْأَبَقَةُ أَوْ رُدَّتِ الْمَغْصُوبَةُ أَوْ الْمُؤَاجِرَةُ) أَوْ فَكَّتِ الْمَرْهُونَةُ لِانْعِدَامِ السَّبَبِ وَهُوَ اسْتِحْدَاثُ الْمَلِكِ وَالْيَدِ وَهُوَ سَبَبٌ مُتَعَيَّنٌ فَأَدِيرَ الْحُكْمُ عَلَيْهِ وَجُودًا وَعَدَمًا، وَلَهَا نَظَائِرُ كَثِيرَةٌ كَتَبْنَاهَا فِي كِفَايَةِ الْمُنْتَهَى. وَإِذَا ثَبَتَ وَجُوبُ الْاسْتِبْرَاءِ وَحَرَمَةُ الْوَطْءِ حَرَمَ الدَّوَاعِي لِإِفْضَائِهَا إِلَيْهِ.

أَوْ لِاحْتِمَالِ وَقُوعِهَا فِي غَيْرِ الْمَلِكِ عَلَى اعْتِبَارِ ظُهُورِ الْحَبْلِ وَدَعْوَةِ الْبَائِعِ. بِخِلَافِ الْحَائِضِ حَيْثُ لَا تَحْرُمُ الدَّوَاعِي فِيهَا لِأَنَّهُ لَا يُحْتَمَلُ الْوُقُوعُ فِي غَيْرِ الْمَلِكِ، وَلِأَنَّهُ زَمَانُ نَفْرَةٍ فَالْإِطْلَاقُ فِي الدَّوَاعِي لَا يُفْضِي إِلَى الْوَطْءِ وَالرَّغْبَةِ فِي الْمَشْتَرَاةِ قَبْلَ الدُّخُولِ أَصْدَقُ الرِّغَبَاتِ فَتَقْضِي إِلَيْهِ، وَلَمْ يَذْكُرِ الدَّوَاعِي فِي الْمَسِيئَةِ.

وَعَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهَا لَا تَحْرُمُ؛ لِأَنَّهَا لَا يُحْتَمَلُ وَقُوعُهَا فِي غَيْرِ الْمَلِكِ لِأَنَّهُ لَوْ ظَهَرَ بِهَا حَبْلٌ لَا تَصِحُّ دَعْوَةُ الْحَرَبِيِّ، بِخِلَافِ الْمَشْتَرَاةِ عَلَى مَا بَيَّنَّا.

الشرح:

(وَلَا يَجِبُ الْاسْتِبْرَاءُ عَلَى الْأَبَقَةِ) يَعْنِي الَّتِي أَبَقَتْ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ ثُمَّ رَجَعَتْ إِلَى مَوْلَاهَا، فَإِنْ أَبَقَتْ إِلَى دَارِ الْحَرْبِ ثُمَّ عَادَتْ إِلَيْهِ بِوَجْهِهِ مِنَ الْوُجُوهِ فَكَذَلِكَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ لَاغْنَهُمْ لَمْ يَمْلِكُوهَا فَلَمْ يَحْدُثْ الْمَلِكُ، وَعِنْدَهُمَا يَجِبُ عَلَيْهِ الْاسْتِبْرَاءُ لَاغْنَهُمْ مَلَكُوهَا.

وَقَوْلُهُ (حَرَمَ الدَّوَاعِي لِإِفْضَائِهَا إِلَيْهِ) أَيُّ إِلَى الْوَطْءِ كَمَا إِذَا ظَاهَرَ مِنْ امْرَأَتِهِ فَإِنَّهُ حَرَّمَ وَطْأَهَا وَحَرَّمَ دَوَاعِيَهُ لِإِفْضَائِهَا إِلَيْهِ. وَقَوْلُهُ (وَلَمْ يَذْكُرِ الدَّوَاعِي فِي الْمَسِيئَةِ) يَعْنِي فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ. وَعَنْ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهَا لَا تَحْرُمُ. وَاسْتَشْكَلَ ذَلِكَ حَيْثُ تَعَدَّى الْحُكْمُ مِنَ الْأَصْلِ وَهِيَ الْمَسِيئَةُ إِلَى الْفَرْعِ وَهُوَ غَيْرُهَا حَيْثُ حَرَّمَ الدَّوَاعِي فِي غَيْرِ

المسبية دونها. وأجيب بأن ذلك باعتبار اقتضاء الدليل المذكور في الكتاب. وفيه نظر من وجهين أحدهما أن التعدي إن كان بالقياس فالجواب المذكور غير دافع لأن عدم التغيير شرط القياس كما عرفت في موضعه، وانقضاء الشرط يستلزم انقضاء المشروط. والثاني أن ما دل على حرمة الدواعي في غير المسبية أمران: الإفضاء والوقوع في غير المالك، فإن لم تحرم بالثاني فلتحرم بالأول، إذ الحرمة تؤخذ بالاحتياط.

ويمكن أن يجاب عنه بأن التعدية هنا بطريق الدلالة كما تقدم، ولا يبعد أن يكون للأحق دالة حكم الدليل لم يكن للملحق به لعدمه، والدليل هاهنا أن حرمة الدواعي في هذا الباب مجتهد فيه ولم يقل بها الشافعي وأكثر الفقهاء رحمهم الله فلما كان عليها في المسبية أمراً واحداً لم تعتبر ولما كان في غيرها أمران تعاضداً اعتبرت. وقوله (على ما بينا) إشارة إلى قوله والرغبة في المشتراة أصدق الرغبات.

(والاستبراء في الحامل بوضع الحمل) لما روينا (وفي ذوات الأشهر بالشهر)؛ لأنه أقيم في حقهن مقام الحيض كما في المعتدة، وإذا حاضت في أثناءه بطل الاستبراء بالأيام للقدرة على الأصل قبل حصول المقصود بالبدل كما في المعتدة.

فإن ارتفع حيضها تركها، حتى إذا تبين أن ليست بحامل وقع عليها وليس فيه تقدير في ظاهر الرواية. وقيل يتبين بشهرين أو ثلاثاً. وعن محمد أربعة أشهر وعشرة أيام، وعنه شهران وخمسة أيام اعتباراً بعدة الحرية والأمة في الوفاة. وعن زفر سنتان وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله.

الشرح:

وقوله لما روينا إشارة إلى قوله عليه الصلاة والسلام «ولا الحبالى حتى يضعن حملهن» وقوله (وإن ارتفع حيضها) أي امتد طهرها في أوان الحيض لا يطوها حتى إذا تبين أنها ليست بحامل جامعها لأن المقصود تعرف براءة الرحم وقد حصل بمضي مدة تدل على أن الحمل لو كان لظهر وليس فيها تقدير في ظاهر الرواية عن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله إلا أن مشايخنا رحمهم الله قالوا يتبين ذلك بشهرين أو ثلاثة على ما ذكر في الكتاب إلخ. قيل والأول أصح، وهو أن يتركها شهرين أو ثلاثة

لظهور الحبل في ذلك غالباً.

قَالَ (وَلَا بَأْسَ بِالْإِحْتِيَالِ لِإِسْقَاطِ الْإِسْتِبْرَاءِ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ خِلَافًا لِمُحَمَّدٍ) وَقَدْ ذَكَرْنَا الْوَجْهَيْنِ فِي الشُّفْعَةِ. وَالْمَاخُودُ قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ فِيمَا إِذَا عَلِمَ أَنَّ الْبَائِعَ لَمْ يَقْرِبَهَا فِي طَهْرِهَا ذَلِكَ، وَقَوْلُ مُحَمَّدٍ فِيمَا إِذَا قَرَّبَهَا. وَالْحِيلَةُ إِذَا لَمْ يَكُنْ تَحْتَ الْمُشْتَرِي حُرَّةً أَنْ يَتَزَوَّجَهَا قَبْلَ الشَّرَاءِ ثُمَّ يَشْتَرِيهَا.

وَلَوْ كَانَتْ فَالْحِيلَةُ أَنْ يُزَوَّجَهَا الْبَائِعُ قَبْلَ الشَّرَاءِ أَوْ الْمُشْتَرِي قَبْلَ الْقَبْضِ مِمَّنْ يُوثِقُ بِهِ ثُمَّ يَشْتَرِيهَا وَيَقْبِضُهَا ثُمَّ يُطَلِّقُ الزَّوْجَ؛ لِأَنَّ عِنْدَ وَجُودِ السَّبَبِ وَهُوَ اسْتِحْدَاثُ الْمَلِكِ الْمُؤَكَّدَ بِالْقَبْضِ إِذَا لَمْ يَكُنْ فَرَجُهَا حَلَالًا لَهُ لَا يَجِبُ الْإِسْتِبْرَاءُ. وَإِنْ حُلَّ بَعْدَ ذَلِكَ؛ لِأَنَّ الْمُعْتَبَرَ أَوَّانَ وَجُودِ السَّبَبِ كَمَا إِذَا كَانَتْ مُعْتَدَّةً الْغَيْرِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (ثُمَّ يَشْتَرِيهَا وَيَقْبِضُهَا أَوْ يَقْبِضُهَا) لَفٌّ وَشَرْحٌ: يَعْنِي يَشْتَرِيهَا وَيَقْبِضُهَا إِذَا زَوَّجَهَا الْبَائِعُ أَوْ يَقْبِضُهَا إِذَا زَوَّجَهَا الْمُشْتَرِي قَبْلَ الْقَبْضِ. وَقَيْدٌ بِقَوْلِهِ مِمَّنْ يُوثِقُ بِهِ لِأَنَّهُ إِذَا لَمْ يُوثِقْ بِهِ رُبَّمَا لَا يُطَلِّقُهَا فَكَانَ احْتِيَالًا عَلَيْهِ لَا لَهُ.

وَالْحِيلَةُ فِي تَمْشِيَةِ هَذِهِ الْحِيلَةِ أَنْ يُزَوَّجَهَا عَلَى أَنْ يَكُونَ أَمْرُهَا بِيَدِهِ يُطَلِّقُهَا مَتَى شَاءَ، وَقَيْدٌ بِقَوْلِهِ ثُمَّ يُطَلِّقُ الزَّوْجَ: يَعْنِي بَعْدَ الْقَبْضِ، لِأَنَّهُ إِنْ طَلَّقَهَا قَبْلَهُ كَانَ عَلَى الْمُشْتَرِي الْإِسْتِبْرَاءُ إِذَا قَبِضَهَا فِي أَصَحِّ الرُّوَايَتَيْنِ عَنْ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ.

لِأَنَّهُ إِذَا طَلَّقَهَا قَبْلَ الْقَبْضِ فَإِذَا قَبِضَهَا وَالْقَبْضُ بِحُكْمِ الْعَقْدِ بِمَنْزِلَةِ الْعَقْدِ صَارَ كَأَنَّهُ اشْتَرَاهَا فِي هَذِهِ الْحَالَةِ وَلَيْسَتْ فِي نِكَاحٍ وَلَا عِدَّةٍ فَيَلْزِمُهُ الْإِسْتِبْرَاءُ. وَقَوْلُهُ (إِذَا لَمْ يَكُنْ فَرَجُهَا حَلَالًا لَهُ لَا يَجِبُ الْإِسْتِبْرَاءُ) لِأَنَّ الْقَبْضَ إِذَا ذَلِكَ لَيْسَ بِمُمْكِنٍ مِنَ الْوَطْءِ وَالْمُمْكِنُ مِنْهُ جُزْءُ الْعِلَّةِ أَلَا تَرَى أَنَّ تَزْوِيجَ الْمُشْتَرِي وَإِنْ كَانَ قَبْضًا حُكْمًا لَمْ يُعْتَبَرُ لِكُونِهِ مُزِيلًا لِلتَّمَكُّنِ.

وَقَوْلُهُ (كَمَا إِذَا كَانَتْ مُعْتَدَّةً الْغَيْرِ) يَعْنِي إِذَا اشْتَرَى أَمَةً مُعْتَدَّةً وَقَبِضَهَا وَانْقَضَتْ عِدَّتُهَا بَعْدَ الْقَبْضِ لَا يَجِبُ الْإِسْتِبْرَاءُ؛ لِأَنَّ عِنْدَ اسْتِحْدَاثِ الْمَلِكِ الْمُؤَكَّدَ بِالْقَبْضِ لَمْ يَكُنْ فَرَجُهَا حَلَالًا لِلْمُشْتَرِي. فَلَمَّا لَمْ يَجِبْ وَقْتُ الْاسْتِحْدَاثِ لَمْ يَجِبْ بَعْدَهُ لِعَدَمِ تَجَدُّدِ السَّبَبِ.

قَالَ (وَلَا يَقْرَبُ الْمَظَاهِرُ وَلَا يَلْمَسُ وَلَا يَقْبَلُ وَلَا يَنْظُرُ إِلَى فَرْجِهَا بِشَهْوَةٍ حَتَّى يُكْفَرَ)؛ لِأَنَّهُ لَمَّا حَرَّمَ الْوَطْءُ إِلَى أَنْ يُكْفَرَ حَرَّمَ الدَّوَاعِيَ لِلْإِفْضَاءِ إِلَيْهِ. لِأَنَّ الْأَصْلَ أَنَّ سَبَبَ الْحَرَامِ حَرَامَ كَمَا فِي الْإِعْتِكَافِ وَالْإِحْرَامِ وَفِي الْمَنْكُوحَةِ إِذَا وَطِئَتْ بِشُبْهَةٍ، بِخِلَافِ حَالَةِ الْحَيْضِ وَالصُّومِ؛ لِأَنَّ الْحَيْضَ يَمْتَدُّ شَطْرَ عُمْرِهَا وَالصُّومَ يَمْتَدُّ شَهْرًا فَرَضًا وَأَكْثَرُ الْعُمُرِ نَفْلًا، فَفِي الْمَنْعِ عَنْهَا بَعْضُ الْحَرَجِ، وَلَا كَذَلِكَ مَا عَدَدْنَاهَا لِقُصُورِ مُدَدِهَا. وَقَدْ صَحَّ «أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ كَانَ يَقْبَلُ وَهُوَ صَائِمٌ وَيُضَاجِعُ نِسَاءَهُ وَهُنَّ حَيْضٌ»^(١).

الشرح:

قَالَ (وَلَا يَقْرَبُ الْمَظَاهِرُ وَلَا يَلْمَسُ إلخ) هَذِهِ الْمَسْأَلَةُ لَيْسَتْ مِنْ مَسَائِلِ الْاسْتِثْنَاءِ، لَكِنَّهَا مَذْكُورَةٌ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ اسْتَطْرَآدًا، فَإِنَّ الْكَلَامَ لَمَّا انْشَقَّ فِي الْاسْتِثْنَاءِ إِلَى حُرْمَةِ الدَّوَاعِيَ وَفِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ حُرْمَةُ الدَّوَاعِيَ ذَكَرَهَا، وَيَجُوزُ أَنْ يُقَالَ: صَدَرَ الْفَصْلُ بِالْاسْتِثْنَاءِ وَغَيْرِهِ وَهَذِهِ مِنْ غَيْرِهِ. وَقَوْلُهُ (لَأَنَّ الْحَيْضَ يَمْتَدُّ شَطْرَ عُمْرِهَا) قَالَ فِي النَّهَايَةِ: أَيُّ يَقْرَبُ مِنْ شَطْرِ عُمْرِهَا وَهُوَ عَشْرَةُ أَيَّامٍ فِي كُلِّ شَهْرٍ فَكَانَ قَرِيبًا مِنْ خَمْسَةِ عَشَرَ يَوْمًا وَهِيَ نِصْفُ الشَّهْرِ، وَفِيهِ نَظَرٌ لِأَنَّهُ يُشِيرُ إِلَى أَنَّ الشَّطْرَ هُوَ النِّصْفُ. وَيَتَقَوَّى بِذَلِكَ اسْتِدْلَالُ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ عَلَيْنَا بِالْحَدِيثِ عَلَى أَنَّ أَكْثَرَ الْحَيْضِ خَمْسَةَ عَشَرَ يَوْمًا.

قَالَ (وَمَنْ لَهُ أَمْتَانِ أَخْتَانِ فَقَبْلَهُمَا بِشَهْوَةٍ فَإِنَّهُ لَا يُجَامِعُ وَاحِدَةً مِنْهُمَا وَلَا يَقْبَلُهَا وَلَا يَمَسُّهَا بِشَهْوَةٍ وَلَا يَنْظُرُ إِلَى فَرْجِهَا بِشَهْوَةٍ حَتَّى يَمْلِكَ فَرجَ الْأُخْرَى غَيْرُهُ بِمِلْكٍ أَوْ نِكَاحٍ أَوْ يُعْتَقُهَا)، وَأَصْلُ هَذَا أَنَّ الْجَمْعَ بَيْنَ الْأَخْتَيْنِ الْمَمْلُوكَتَيْنِ لَا يَجُوزُ وَطْئًا لِإِطْلَاقِ قَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأَخْتَيْنِ﴾ [النساء: ٢٣] وَلَا يُعَارِضُ بِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُنَّ﴾ [النور: ٣١]؛ لِأَنَّ التَّرْجِيحَ لِلْمُحَرَّمِ، وَكَذَا لَا يَجُوزُ الْجَمْعُ بَيْنَهُمَا فِي الدَّوَاعِيَ لِإِطْلَاقِ النَّصِّ، وَلِأَنَّ الدَّوَاعِيَ إِلَى الْوَطْءِ بِمَنْزِلَةِ الْوَطْءِ فِي التَّحْرِيمِ عَلَى مَا

(١) هما حديثان أخرج الأول: البخاري في الصوم باب ٢٣، ومسلم في الصيام (٦٤، ٦٦)، وأخرج الثاني: البخاري في الحيض باب ٥، ومسلم في الحيض (١)، وانظر نصب الرأية (٥٦٠/٤).

مَهْدَنَاهُ مِنْ قَبْلُ، فَإِذَا قَبَّلَهُمَا فَكَأَنَّهُ وَطَنُهُمَا، وَلَوْ وَطَنُهُمَا فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُجَامَعَ أَحَدَاهُمَا وَلَا أَنْ يَأْتِيَ بِالذَّوَاعِي فِيهِمَا، فَكَذَا إِذَا قَبَّلَهُمَا وَكَذَا إِذَا مَسَّهُمَا بِشَهْوَةٍ أَوْ نَظَرَ إِلَى فَرْجِهِمَا بِشَهْوَةٍ لَمْ يَبَيَّنْ إِلَّا أَنْ يَمْلِكَ فَرْجَ الْأُخْرَى غَيْرُهُ بِمِلْكِهِ أَوْ نِكَاحٍ أَوْ يُعْتَقَهَا؛ لِأَنَّهُ لَمَّْا حُرِّمَ عَلَيْهِ فَرْجُهَا لَمْ يَبْقَ جَامِعًا.

وَقَوْلُهُ بِمِلْكِهِ أَرَادَ بِهِ مِلْكَ يَمِينٍ فَيَنْتَظِمُ التَّمْلِكُ بِسَائِرِ أَسْبَابِهِ بَيْعًا أَوْ غَيْرَهُ، وَتَمْلِكُ الشَّقْصَ فِيهِ كَتَمْلِكُ الْكُلَّ؛ لِأَنَّ الْوَطْءَ يَحْرُمُ بِهِ، وَكَذَا إِعْتَاقُ الْبَعْضِ مِنْ أَحَدَاهُمَا كِإِعْتَاقِ كُلِّهَا، وَكَذَا الْكِتَابَةُ كَالْإِعْتَاقِ فِي هَذَا لِثُبُوتِ حُرْمَةِ الْوَطْءِ بِذَلِكَ كُلِّهِ، وَبَرَهْنِ أَحَدَاهُمَا وَإِجَارَتِهَا وَتَدْبِيرِهَا لَا تَحِلُّ الْأُخْرَى؛ أَلَا يَرَى أَنَّهُ لَا تَخْرُجُ بِهَا عَنْ مِلْكِهِ، وَقَوْلُهُ أَوْ نِكَاحٍ أَرَادَ بِهِ النِّكَاحَ الصَّحِيحَ. أَمَّا إِذَا زَوَّجَ أَحَدَاهُمَا نِكَاحًا فَاسِدًا لَا يُبَاحُ لَهُ وَطْءُ الْأُخْرَى إِلَّا أَنْ يَدْخُلَ الزَّوْجُ بِهَا فِيهِ؛ لِأَنَّهُ يَحِبُّ الْعِدَّةَ عَلَيْهَا، وَالْعِدَّةُ كَالنِّكَاحِ الصَّحِيحِ فِي التَّحْرِيمِ.

وَلَوْ وَطِئَ أَحَدَاهُمَا حَلًّا لَهُ وَطْءُ الْمَوْطُوءَةِ دُونَ الْأُخْرَى؛ لِأَنَّهُ يَصِيرُ جَامِعًا بِوَطْءِ الْأُخْرَى لَا بِوَطْءِ الْمَوْطُوءَةِ. وَكُلُّ امْرَأَتَيْنِ لَا يَجُوزُ الْجَمْعُ بَيْنَهُمَا نِكَاحًا فِيمَا ذَكَرْنَاهُ بِمَنْزِلَةِ الْأُخْتَيْنِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ لَهُ أَمْتَانِ أُخْتَانِ فَقَبَّلَهُمَا) هَذِهِ عَلَى ثَلَاثَةِ أَوْجُهٍ: أَمَّا إِنْ قَبَّلَهُمَا أَوْ لَمْ يُقَبَّلَهُمَا أَوْ قَبَّلَ إِحْدَاهُمَا، فَإِنْ لَمْ يُقَبَّلْهُمَا أَصْلًا كَانَ لَهُ أَنْ يُقَبَّلَ وَيَطَأَ أَيْتَهُمَا شَاءَ سَوَاءً كَانَ اشْتَرَاهُمَا مَعًا أَوْ عَلَى التَّعَاقُبِ، وَإِنْ كَانَ قَبَّلَ إِحْدَاهُمَا كَانَ لَهُ أَنْ يَطَأَ الْمُقَبَّلَةَ دُونَ الْأُخْرَى.

وَأَمَّا إِذَا قَبَّلَهُمَا بِشَهْوَةٍ، وَقَيَّدَ بِذَلِكَ لِأَنَّهُ إِذَا لَمْ يَكُنْ بِشَهْوَةٍ لَا يَكُونُ مُعْتَبَرًا فَالْحُكْمُ مَا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ، وَهُوَ مَذْهَبُ عَلِيٍّ عليه السلام عَمَلًا بِإِطْلَاقِ قَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ﴾ وَكَانَ عُثْمَانُ رضي الله عنه يَقُولُ: أَحَلَّتْهُمَا آيَةٌ يَعْنِي قَوْلَهُ تَعَالَى ﴿وَأَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُنَّ﴾ وَحَرَّمَتْهُمَا آيَةٌ يَعْنِي قَوْلَهُ تَعَالَى ﴿وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ﴾ وَالْأَصْلُ فِي الْأُبْضَاعِ الْحِلُّ بَعْدَ وُجُودِ سَبَبِ الْحِلِّ وَقَدْ وَجَدَ وَهُوَ مِلْكُ الْيَمِينِ.

قَالَ الْمُصَنِّفُ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَلَا يُعَارَضُ بِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُنَّ﴾ لِأَنَّ

التَّرْجِيحَ لِلْمَحْرَمِ لَا يُقَالُ: يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ الْمَرَادُ بِالْجَمْعِ بَيْنَهُمَا نِكَاحًا فَلَا يَتَنَاولُ مَحَلَّ التَّزَاوُعِ لِأَنَّ النَّكَاحَ سَبَبٌ مَشْرُوعٌ لِلوَطْءِ.

فَحُرْمَةُ الْجَمْعِ بَيْنَهُمَا نِكَاحًا دَلِيلٌ عَلَى حُرْمَةِ الْجَمْعِ بَيْنَهُمَا وَطْئًا فَوَجَبَ تَرْجِيحُ الْمَحْرَمِ، وَالْبَاقِي وَاضِحٌ. قَوْلُهُ (وَكَذَا الْكِتَابَةُ كَالِإِعْتِاقِ) كَلِمَةٌ كَذَا زَائِدَةٌ وَقَوْلُهُ (فِي هَذَا) أَيُّ فِي أَنَّهُ يَحِلُّ وَطْءُ الْأُخْرَى.

وَاسْتَشْكَلَ ذَلِكَ لِأَنَّهَا بِالْكِتَابَةِ لَمْ تَخْرُجْ عَنْ مِلْكِ الْمَوْلَى حَتَّى يَلْزِمَهُ اسْتِبْرَاءُ جَدِيدٍ بَعْدَ الْعَجْزِ وَلَمْ يَحِلَّ فَرْجُهَا لِغَيْرِهِ فَكَانَ يَتَّبَعِي أَنْ يَحِلَّ لَهُ وَطْءُ الْأُخْرَى، وَأُجِيبَ بِأَنَّ الْحِلَّ يَزُولُ بِالْكِتَابَةِ وَلِهَذَا يَلْزِمُهُ الْعَقْدُ بَوَاطِنُهَا، فَجُعِلَ زَوَالُ الْحِلِّ عَنْهَا بِالْكِتَابَةِ كَزَوَالِهِ بِالتَّزْوِيجِ فَيَحِلُّ لَهُ أَنْ يَطْأَ الْأُخْرَى.

قَالَ (وَيُكْرَهُ أَنْ يَقْبَلَ الرَّجُلُ فَمَ الرَّجُلِ أَوْ يَدَهُ أَوْ شَيْئًا مِنْهُ أَوْ يُعَانِقَهُ) وَذَكَرَ الطَّحَاوِيُّ أَنَّ هَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: لَا بَأْسَ بِالتَّقْبِيلِ وَالْمُعَانِقَةِ لَمَّا رَوَى «أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ عَانَقَ جَعْفَرًا عليه السلام حِينَ قَدِمَ مِنَ الْحَبَشَةِ وَقَبَّلَ بَيْنَ عَيْنَيْهِ» ^(١) وَلَهُمَا مَا رَوَى «أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ نَهَى عَنِ الْمُكَامَعَةِ وَهِيَ الْمُعَانِقَةُ، وَعَنِ الْمُكَامَعَةِ وَهِيَ التَّقْبِيلُ» ^(٢). وَمَا رَوَاهُ مَحْمُودٌ عَلَى مَا قَبَلَ التَّحْرِيمَ. قَالُوا: الْخِلَافُ فِي الْمُعَانِقَةِ فِي إِزَارٍ وَاحِدٍ، أَمَّا إِذَا كَانَ عَلَيْهِ قَمِيصٌ أَوْ جُبَّةٌ فَلَا بَأْسَ بِهَا بِالْإِجْمَاعِ وَهُوَ الصَّحِيحُ. قَالَ (وَلَا بَأْسَ بِالْمُصَافَحَةِ)؛ لِأَنَّهُ هُوَ الْمُتَوَارِثُ.

وَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «مَنْ صَافَحَ أَخَاهُ الْمُسْلِمَ وَحَرَّكَ يَدَهُ تَنَافَرَتْ ذُنُوبُهُ» ^(٣).

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَيُكْرَهُ أَنْ يَقْبَلَ الرَّجُلُ فَمَ الرَّجُلِ إلخ) وَاضِحٌ. وَعَنْ عَطَاءٍ أَنَّ ابْنَ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا سُئِلَ عَنِ الْمُعَانِقَةِ فَقَالَ: أَوَّلُ مَنْ عَانَقَ إِبْرَاهِيمُ الْخَلِيلُ صَلَوَاتُ اللَّهِ عَلَيْهِ، كَانَ بِمَكَّةَ فَأَقْبَلَ إِلَيْهَا ذُو الْقَرْنَيْنِ، فَلَمَّا كَانَ بِالْأَبْطَحِ قِيلَ لَهُ فِي هَذِهِ الْبَلَدَةِ

(١) أخرجه الحاكم في المستدرک (٣١٩/١)، وانظر نصب الرأية (٥٦٠/٤).

(٢) أخرجه أبو داود (٤٠٤٩)، والنسائي (٥٠٩١)، وأحمد (١٣٤/٤)، وانظر نصب الرأية

(٥٦٣/٤).

(٣) أخرجه الطبري في الأوسط كما في مجمع الزوائد (٣٦/٨)، وانظر نصب الرأية (٥٦٦/٤).

إِبْرَاهِيمُ خَلِيلُ الرَّحْمَنِ، فَقَالَ ذُو الْقَرَتَيْنِ: مَا يَنْبَغِي لِي أَنْ أُرْكَبَ فِي بَلَدَةٍ فِيهَا إِبْرَاهِيمُ خَلِيلُ الرَّحْمَنِ، فَزَلَّ وَمَشَى إِلَى إِبْرَاهِيمَ فَسَلَّمَ عَلَيْهِ إِبْرَاهِيمُ عَلَيْهِ السَّلَامُ وَاعْتَنَقَهُ، فَكَانَ هُوَ أَوَّلَ مَنْ عَاتَقَ.

وَالشَّيْخُ أَبُو مَنْصُورٍ رَحِمَهُ اللَّهُ وَفَقَّ بَيْنَ هَذِهِ الْأَحَادِيثِ فَقَالَ: الْمَكْرُوهُ مِنَ الْمَعَانِقَةِ مَا كَانَ عَلَى وَجْهِ الشَّهْوَةِ، وَعَبَّرَ عَنْهُ الْمُصَنِّفُ رَحِمَهُ اللَّهُ بِقَوْلِهِ فِي إِزَارٍ وَاحِدٍ فَإِنَّهُ سَبَبٌ يُفْضِي إِلَيْهَا، فَأَمَّا عَلَى وَجْهِ الْبِرِّ وَالْكَرَامَةِ إِذَا كَانَ عَلَيْهِ قِمِيصٌ أَوْ جَبَّةٌ فَلَا بَأْسَ بِهِ.

وَعَنْ سُفْيَانَ رَحِمَهُ اللَّهُ: تَقْيِيلُ يَدِ الْعَالِمِ سُنَّةٌ، وَتَقْيِيلُ يَدِ غَيْرِهِ لَا يُرَخَّصُ فِيهِ، وَلَمْ يَذْكُرِ الْقِيَامَ تَعْظِيمًا لِلْغَيْرِ.

وَرَوَى عَنْ أَنَسٍ رضي الله عنه «أَنَّ النَّبِيَّ صلى الله عليه وسلم كَانَ يَكْرَهُ الْقِيَامَ» وَعَنْ الشَّيْخِ الْحَكِيمِ أَبِي الْقَاسِمِ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ كَانَ إِذَا دَخَلَ عَلَيْهِ أَحَدٌ مِنَ الْأَغْنِيَاءِ يَقُومُ وَيُعْظِمُهُ وَلَا يَقُومُ لِلْفُقَرَاءِ وَطَلَبَةِ الْعِلْمِ.

فَقِيلَ لَهُ فِي ذَلِكَ فَقَالَ: لِأَنَّ الْأَغْنِيَاءَ يَتَوَقَّعُونَ مِنِّي التَّعْظِيمَ، فَلَوْ تَرَكْتُ تَعْظِيمَهُمْ تَضَرَّرُوا، وَالْفُقَرَاءُ وَطَلَبَةُ الْعِلْمِ لَا يَطْمَعُونَ مِنِّي ذَلِكَ، وَإِنَّمَا يَطْمَعُونَ جَوَابَ السَّلَامِ وَالْكَلامَ مَعَهُمْ فِي الْعِلْمِ وَنَحْوِهِ فَلَا يَتَضَرَّرُونَ بِتَرْكِ الْقِيَامِ.

فصل في البيع

قَالَ (وَلَا بَأْسَ بِبَيْعِ السَّرْقَيْنِ، وَيَكْرَهُ بَيْعُ الْعَدْرَةِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا يَجُوزُ بَيْعُ السَّرْقَيْنِ أَيْضًا؛ لِأَنَّهُ نَحَسُ الْعَيْنِ فَشَابَهُ الْعَدْرَةُ وَجِلْدُ الْمَيْتَةِ قَبْلَ الدِّبَاقِ. وَلَنَا أَنَّهُ مُنْتَفَعٌ بِهِ؛ لِأَنَّهُ يُلْقَى فِي الْأَرْضِ لَا سِتْكَثَارَ الرَّبْعِ فَكَانَ مَالًا، وَالْمَالُ مُحَلٌّ لِلْبَيْعِ. بِخِلَافِ الْعَدْرَةِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَنْتَفَعُ بِهَا إِلَّا مَخْلُوطًا.

وَيَجُوزُ بَيْعُ الْمَخْلُوطِ هُوَ الْمَرْوِيُّ عَنْ مُحَمَّدٍ وَهُوَ الصَّحِيحُ. وَكَذَا يَجُوزُ الْإِنْتِفَاعُ بِالْمَخْلُوطِ لَا بِغَيْرِ الْمَخْلُوطِ فِي الصَّحِيحِ، وَالْمَخْلُوطُ بِمَنْزِلَةِ زَيْتٍ خَالَطَتْهُ النَّجَاسَةُ.

الشرح:

(فَصْلٌ فِي الْبَيْعِ) أَخَّرَ فَصْلَ الْبَيْعِ عَنْ فَصْلِ الْأَكْلِ وَالشُّرْبِ وَاللَّمْسِ وَالْوَطْءِ لِأَنَّ أَثَرَ تِلْكَ الْأَفْعَالِ مُتَّصِلٌ بِبَدَنِ الْإِنْسَانِ وَهَذَا لَا، وَمَا كَانَ أَكْثَرَ اتِّصَالًا كَانَ أَحَقَّ

بِالتَّقْدِيمِ. قَالَ (وَلَا بَأْسَ بِبَيْعِ السَّرِقِينَ) كَلَامُهُ وَاضِحٌ.
وَقَوْلُهُ (فِي الصَّحِيحِ) اخْتِرَازٌ عَنِ الرَّوَايَةِ الْأُخْرَى وَهِيَ أَنَّ الْاِثْتِفَاعَ بِالْعَذْرَةِ
الْخَالِصَةِ يَجُوزُ.

قَالَ (وَمَنْ عَلِمَ بِجَارِيَةٍ أَنَّهَا لِرَجُلٍ فَرَأَى آخَرَ يَبِيعُهَا وَقَالَ وَكَلَنِي صَاحِبُهَا بِبَيْعِهَا
فَإِنَّهُ يَسَعُهُ أَنَّهُ يَبْتَاعُهَا وَيَطْوُهَا)؛ لِأَنَّهُ أَخْبَرَ بِخَبَرٍ صَحِيحٍ لَا مُنَازَعَةَ لَهُ، وَقَوْلُ الْوَاحِدِ فِي
الْمُعَامَلَاتِ مَقْبُولٌ عَلَى أَيِّ وَصْفٍ كَانَ لَمَّا مَرَّ مِنْ قَبْلُ.

وَكَذَا إِذَا قَالَ اشْتَرَيْتَهَا مِنْهُ أَوْ وَهَبَهَا لِي أَوْ تَصَدَّقَ بِهَا عَلَيَّ لَمَّا قُلْنَا. وَهَذَا إِذَا كَانَ
ثِقَةً. وَكَذَا إِذَا كَانَ غَيْرَ ثِقَةٍ، وَأكْبَرُ رَأْيِهِ أَنَّهُ صَادِقٌ؛ لِأَنَّ عِدَالَتَ الْمُخْبِرِ فِي الْمُعَامَلَاتِ
غَيْرُ لَازِمَةٍ لِلْحَاجَةِ عَلَى مَا مَرَّ، وَإِنْ كَانَ أَكْبَرُ رَأْيِهِ أَنَّهُ كَاذِبٌ لَمْ يَسَعِ لَهُ أَنْ يَتَعَرَّضَ
لِشَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ؛ لِأَنَّ أَكْبَرَ الرَّأْيِ يُقَامُ مَقَامَ الْيَقِينِ، وَكَذَا إِذَا لَمْ يَعْلَمْ أَنَّهَا لِفُلَانٍ، وَلَكِنْ
أَخْبَرَهُ صَاحِبُ الْيَدِ أَنَّهَا لِفُلَانٍ، وَأَنَّهُ وَكَلَهُ بِبَيْعِهَا أَوْ اشْتَرَاهَا مِنْهُ، وَالْمُخْبِرُ ثِقَةً قَبْلَ قَوْلِهِ،
وَإِنْ لَمْ يَكُنْ ثِقَةً يُعْتَبَرُ أَكْبَرُ رَأْيِهِ؛ لِأَنَّ إِخْبَارَهُ حُجَّةً فِي حَقِّهِ، وَإِنْ لَمْ يُخْبِرْهُ صَاحِبُ
الْيَدِ بِشَيْءٍ.

فَإِنْ كَانَ عَرَفَهَا لِلأَوَّلِ لَمْ يَشْتَرِهَا حَتَّى يَعْلَمَ انْتِقَالَهَا إِلَى مِلِكِ الثَّانِي؛ لِأَنَّ يَدَ
الأَوَّلِ دَلِيلُ مِلْكِهِ، وَإِنْ كَانَ لَا يَعْرِفُ ذَلِكَ لَهُ أَنْ يَشْتَرِيَهَا وَإِنْ كَانَ ذُو الْيَدِ فَاسِقًا؛ لِأَنَّ
يَدَ الْفَاسِقِ دَلِيلُ الْمِلِكِ فِي حَقِّ الْفَاسِقِ وَالْعَدْلُ وَلَمْ يُعَارِضْهُ مُعَارِضٌ، وَلَا مُعْتَبَرٌ بِأكْبَرِ
الرَّأْيِ عِنْدَ وَجُودِ الدَّلِيلِ الظَّاهِرِ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مِثْلُهُ لَا يَمْلِكُ مِثْلَ ذَلِكَ، فَحِينَئِذٍ يُسْتَحَبُّ لَهُ
أَنْ يَتَنَزَّهَ، وَمَعَ ذَلِكَ لَوْ اشْتَرَاهَا يُرْجَى أَنْ يَكُونَ فِي سَعَةِ مِنْ ذَلِكَ لِاعْتِمَادِهِ الدَّلِيلَ
الشَّرْعِيَّ.

وَإِنْ كَانَ الَّذِي آتَاهُ بِهَا عَبْدًا أَوْ أَمَةً لَمْ يَقْبَلْهَا وَلَمْ يَشْتَرِهَا حَتَّى يَسْأَلَ؛ لِأَنَّ
الْمَمْلُوكَ لَا مِلِكَ لَهُ فَيَعْلَمُ أَنَّ الْمِلِكَ فِيهَا لغيرِهِ، فَإِنْ أَخْبَرَهُ أَنَّ مَوْلَاهُ أَذِنَ لَهُ وَهُوَ ثِقَةً قَبْلَ،
وَإِنْ لَمْ يَكُنْ ثِقَةً يُعْتَبَرُ أَكْبَرُ الرَّأْيِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ رَأْيٌ لَمْ يَشْتَرِهَا لِقِيَامِ الْحَاجِرِ فَلَا بُدَّ
مِنْ دَلِيلٍ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (عَلَى أَيِّ وَصْفٍ كَانَ) يَعْنِي حُرًّا كَانَ أَوْ عَبْدًا مُسْلِمًا أَوْ كَافِرًا رَجُلًا أَوْ

امرأة. وقوله (لما مر من قبل) يعني في فصل الأكل والشرب في قوله ومن أرسل أجيراً له مجوسياً، وهذا لأن خبر الواحد في المعاملات مقبول من غير شرط العدالة دفعاً للحرَج. وقوله (لما قلنا) إشارة إلى قوله لأنه أخبر بخبر صحيح لا منازع له. فإن قيل: قوله وهذا إذا كان ثقة يناقض قوله على أي وصف كان. أجيب بأن معنى قوله ثقة أن يكون ممن يعتمد على كلامه وإن كان فاسقاً لجواز أن لا يكذب الفاسق لمروءته أو لوجاهته.

وقوله (لأن أكبر الرأي يقوم مقام اليقين) يعني فيما هو أعظم من هذا كالفرج والدماء ألا ترى أن من تزوج امرأة فأدخلها عليه إنسان فأخبره أنها امرأته وسعه أن يطأها إذا كان ثقة عنده أو كان أكبر رأيه الله صادق، وكذا إذا دخل رجل على غيره ليلاً شاهراً سيفه فلصاحب المنزل أن يقتله إذا كان أكبر رأيه الله لص قصده قتله وأخذ ماله، وإذا كان أكبر رأيه الله هارب من لص لم يعجل بذلك. وقوله (إلا أن يكون مثله لا يملك مثل ذلك) كدرة في يد فقير لا يملك شيئاً. أو كتاب في يد جاهل لم يكن في آباءه من هو أهل لذلك فحينئذ يستحب له أن يتنزه.

وقوله (وإن كان الذي أتاه بها) أي الجارية لأن هذا كله مبني على قوله ومن علم بجارية أنها لفلان فرأى آخر يبيعها: يعني أن الآتي بالجارية إذا كان عبداً أو أمة وقال لآخر وهبتها منك أو بعثتها منك فليس للآخر أن يقبلها منه ولا أن يشتريها منه حتى يسأل عن ذلك، لأن المنافي للملك وهو الرق معلوم فيه، فما لم يظهر له دليل مطلق للتصرف في حق من رآه في يده لا يحل له الشراء.

وقوله (وإن لم يكن له رأي لم يشتريها لقيام الحاجر بالراء المهمة: أي المانع فلا بد من دليل).

قال (ولو أن امرأة أخبرها ثقة أن زوجها الغائب مات عنها، أو طلقها ثلاثاً أو كان غير ثقة وآتاها بكتاب من زوجها بالطلاق، ولا تدري أنه كتابه أم لا. إلا أن أكبر رأيها أنه حق) يعني بعد التحري (فلا بأس بأن تعتد ثم تتزوج)؛ لأن القاطع طارئ ولا منازع، وكذا لو قالت لرجل طلقني زوجي وانقضت عدي فلا بأس أن يتزوجها. وكذا إذا قالت المطلقة الثلاث انقضت عدي وتزوجت بزواج آخر، ودخل بي ثم طلقني

وَانْقَضَتْ عِدَّتِي فَلَا بَأْسَ بِأَنْ يَتَزَوَّجَهَا الزَّوْجُ الْأَوَّلُ، وَكَذَا لَوْ قَالَتْ جَارِيَةٌ كُنْتُ أَمَةً
فُلَانٍ فَأَعْتَقَنِي؛ لِأَنَّ الْقَاطِعَ طَائِرٌ.

وَلَوْ أَخْبَرَهَا مُخْبِرٌ أَنَّ أَصْلَ النِّكَاحِ كَانَ فَاسِدًا أَوْ كَانَ الزَّوْجُ حِينَ تَزَوَّجَهَا مُرْتَدًّا
أَوْ أَخَاهَا مِنَ الرِّضَاعَةِ لَمْ يَقْبَلْ قَوْلُهُ حَتَّى يَشْهَدَ بِذَلِكَ رَجُلَانِ أَوْ رَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ. وَكَذَا
إِذَا أَخْبَرَهُ مُخْبِرٌ أَنَّكَ تَزَوَّجْتَهَا وَهِيَ مُرْتَدَّةٌ أَوْ أَخْتُكَ مِنَ الرِّضَاعَةِ لَمْ يَتَزَوَّجْ بِأُخْتِهَا أَوْ
أَرْبَعٍ سِوَاهَا حَتَّى يَشْهَدَ بِذَلِكَ عَدْلَانِ؛ لِأَنَّهُ أَخْبَرَ بِفَسَادِ مُقَارَنٍ، وَالْإِقْدَامُ عَلَى الْعَقْدِ يَدُلُّ
عَلَى صِحَّتِهِ وَإِنْكَارِ فُسَادِهِ قَثَبَتِ الْمُنَازَعُ بِالظَّاهِرِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَتْ الْمُنْكَوْحَةُ صَغِيرَةً
فَأَخْبَرَ الزَّوْجُ أَنَّهَا ارْتَضَعَتْ مِنْ أُمِّهِ أَوْ أُخْتِهِ حَيْثُ يَقْبَلُ قَوْلُ الْوَاحِدِ فِيهِ؛ لِأَنَّ الْقَاطِعَ
طَائِرٌ، وَالْإِقْدَامُ الْأَوَّلُ لَا يَدُلُّ عَلَى انْعِدَامِهِ فَلَمْ يَثْبُتِ الْمُنَازَعُ فَافْتَرَقَا، وَعَلَى هَذَا الْحَرْفِ
يَدُورُ الْفَرْقُ.

وَلَوْ كَانَتْ جَارِيَةً صَغِيرَةً لَا تُعْبَرُ عَنْ نَفْسِهَا فِي يَدِ رَجُلٍ يَدْعِي أَنَّهَا لَهُ فَلَمَّا
كَبُرَتْ لَقِيَهَا رَجُلٌ فِي بَلَدٍ آخَرَ فَقَالَتْ أَنَا حُرَّةٌ الْأَصْلُ لَمْ يَسْعَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَهَا لِتَحْقِيقِ
الْمُنَازَعِ وَهُوَ ذُو الْيَدِ بِخِلَافِ مَا تَقَدَّمَ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلَوْ أَنَّ امْرَأَةً أَخْبَرَهَا ثَقَّةٌ) بِنَاءٌ عَلَى أَنَّ الْقَاطِعَ إِذَا كَانَ طَائِرًا وَلَا مُنَازِعَ
لِلْمُخْبِرِ بِهِ يَقْبَلُ قَوْلَ الْوَاحِدِ. فَإِنْ كَانَ ثَقَّةً لَا يَحْتَاجُ إِلَى غَيْرِهِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَا بُدَّ مِنْ
الْضِّمَامِ أَكْبَرَ رَأْيِ الْمُخْبِرِ لَهُ، وَإِذَا ظَهَرَ ذَلِكَ سَهْلُ تَطْيِيقِ الْفُرُوعِ عَلَيْهِ.
وَقَوْلُهُ (لِأَنَّ الْقَاطِعَ طَائِرٌ فِيهِ) وَالْإِقْدَامُ الْأَوَّلُ لَا يَدُلُّ عَلَى انْعِدَامِهِ فَلَمْ يَثْبُتِ
الْمُنَازَعُ اعْتَرَضَ عَلَيْهِ بِأَنَّهُ إِنْ قُبِلَ خَبَرُ الْوَاحِدِ فِي إِفْسَادِ النِّكَاحِ بَعْدَ الصِّحَّةِ مِنْ هَذَا
الْوَجْهِ فَوَجْهُ آخَرَ فِيهِ يُوجِبُ عَدَمَ الْقَبُولِ، وَهُوَ أَنَّ الْمَلِكَ لِلزَّوْجِ فِيهَا نَابِتٌ وَالْمَلِكُ
النَّابِتُ لِلْغَيْرِ فِيهَا لَا يَنْطَلُ بِخَبَرِ الْوَاحِدِ.

وَأُجِيبَ بِأَنَّ ذَلِكَ إِذَا كَانَ ثَابِتًا بِدَلِيلٍ مُوجِبٍ وَمِلْكُهُ فِيهَا لَيْسَ كَذَلِكَ بَلْ
بِاسْتِصْحَابِ الْحَالِ وَخَبَرِ الْوَاحِدِ أَقْوَى مِنْهُ وَالْبَاقِي وَاضِحٌ.

قَالَ (وَإِذَا بَاعَ الْمُسْلِمُ خَمْرًا وَآخَذَ ثَمَمَهَا وَعَلَيْهِ دَيْنٌ فَإِنَّهُ يُكْرَهُ لِصَاحِبِ الدِّينِ أَنْ
يَأْخُذَ مِنْهُ، وَإِنْ كَانَ الْبَائِعُ تَصَرُّافًا فَلَا بَأْسَ بِهِ) وَالْفَرْقُ أَنَّ الْبَيْعَ فِي الْوَجْهِ الْأَوَّلِ قَدْ

بَطْلٌ؛ لَأَنَّ الْخَمْرَ لَيْسَ بِمَالٍ مُتَقَوِّمٍ فِي حَقِّ الْمُسْلِمِ فَبَقِيَ الثَّمَنُ عَلَى مِلْكِ الْمُشْتَرِي فَلَا يَحِلُّ أَخْذُهُ مِنَ الْبَائِعِ. وَفِي الْوَجْهِ الثَّانِي صَحَّ الْبَيْعُ؛ لِأَنَّهُ مَالٌ مُتَقَوِّمٌ فِي حَقِّ الذَّمِّيِّ فَمَلَكَهُ الْبَائِعُ فَيَحِلُّ الْأَخْذُ مِنْهُ.

الشرح:

قَالَ (وَإِذَا بَاعَ الْمُسْلِمُ خَمْرًا إلَخ) كَلَامُهُ وَاضِحٌ. وَرَوَى عَنْ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ قَالَ: هَذَا إِذَا كَانَ الْقَضَاءُ الْاِقْتِضَاءَ بِالْتَّرَاضِي، فَإِنْ كَانَ بِقَضَاءِ الْقَاضِي بَأَنْ قَضَى عَلَيْهِ بِهَذَا الثَّمَنِ غَيْرَ عَالِمٍ بِكَوْنِهِ ثَمَنَ الْخَمْرِ طَابَ لَهُ ذَلِكَ بِقَضَائِهِ.

قَالَ (وَيُكْرَهُ الْاِحْتِكَارُ فِي أَقْوَاتِ الْأَدَمِيِّينَ وَالْبَهَائِمِ إِذَا كَانَ ذَلِكَ فِي بَلَدٍ يَضُرُّ الْاِحْتِكَارُ بِأَهْلِهِ وَكَذَلِكَ التَّلْقِي). فَأَمَّا إِذَا كَانَ لَا يَضُرُّ فَلَا بَأْسَ بِهِ (وَالْأَصْلُ فِيهِ قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «الْجَالِبُ مَرْزُوقٌ وَالْمُحْتَكِرُ مَلْعُونٌ»^(١)) وَلِأَنَّهُ تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّ الْعَامَّةِ، وَفِي الْاِمْتِنَاعِ عَنِ الْبَيْعِ إِبْطَالُ حَقِّهِمْ وَتَضْيِيقُ الْأَمْرِ عَلَيْهِمْ فَيُكْرَهُ إِذَا كَانَ يَضُرُّ بِهِمْ ذَلِكَ بِأَنْ كَانَتْ الْبَلَدَةُ صَغِيرَةً، بِخِلَافِ مَا إِذَا لَمْ يَضُرَّ بِأَنْ كَانَ الْمِصْرُ كَبِيرًا؛ لِأَنَّهُ حَاسِبٌ مِلْكَهُ مِنْ غَيْرِ إِضْرَارٍ بغيرِهِ، وَكَذَلِكَ التَّلْقِي عَلَى هَذَا التَّفْصِيلِ لِأَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ « نَهَى عَنْ تَلْقِي الْجَلْبِ وَعَنْ تَلْقِي الرُّكْبَانِ ».

قَالُوا هَذَا إِذَا لَمْ يُلْبَسِ الْمُتَلْقِي عَلَى الثُّجَارِ سِعَرَ الْبَلَدَةِ. فَإِنْ لَبَسَ فَهُوَ مَكْرُوهٌ فِي الْوَجْهَيْنِ؛ لِأَنَّهُ غَادِرٌ بِهِمْ. وَتَخْصِيصُ الْاِحْتِكَارِ بِالْأَقْوَاتِ كَالْحِنْطَةِ وَالشَّعِيرِ وَالتَّنْبَنِ وَالْقَتِّ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ كُلُّ مَا أَضَرَ بِالْعَامَّةِ حَبْسُهُ فَهُوَ اِحْتِكَارٌ وَإِنْ كَانَ ذَهَبًا أَوْ فِضَّةً أَوْ ثَوْبًا. وَعَنْ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ قَالَ: لَا اِحْتِكَارَ فِي الثِّيَابِ؛ فَأَبُو يُوسُفَ اعْتَبَرَ حَقِيقَةَ الضَّرَرِ إِذْ هُوَ الْمُؤَثِّرُ فِي الْكَرَاهَةِ، وَأَبُو حَنِيفَةَ اعْتَبَرَ الضَّرَرَ الْمَعْهُودَ الْمُتَعَارَفَ.

ثُمَّ الْمُدَّةُ إِذَا قَصُرَتْ لَا يَكُونُ اِحْتِكَارًا لِعَدَمِ الضَّرَرِ، وَإِذَا طَالَتْ يَكُونُ اِحْتِكَارًا مَكْرُوهًا لِتَحَقُّقِ الضَّرَرِ. ثُمَّ قِيلَ: هِيَ مُقَدَّرَةٌ بِأَرْبَعِينَ يَوْمًا لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «مَنْ اِحْتَكَرَ طَعَامًا أَرْبَعِينَ لَيْلَةً فَقَدْ بَرَّئَ مِنَ اللَّهِ وَبَرَّئَ اللَّهُ مِنْهُ»^(٢) وَقِيلَ بِالشَّهْرِ؛ لِأَنَّ مَا دُونَهُ قَلِيلٌ

(١) رواه ابن ماجه (٢١٥٣)، والدارمي في البيوع باب ١٢.

(٢) أخرجه أحمد (٣٣/٢)، والحاكم في المستدرک (١١/٢).

عَاجِلٌ، وَالشَّهْرُ وَمَا فَوْقَهُ كَثِيرٌ أَجَلٌ، وَقَدْ مَرَّ فِي غَيْرِ مَوْضِعٍ، وَيَقَعُ التَّفَاوُتُ فِي الْمَآثِمِ بَيْنَ أَنْ يَتَرَبَّصَ الْعِزَّةُ وَبَيْنَ أَنْ يَتَرَبَّصَ الْقَحْطَ وَالْعِيَاذُ بِاللَّهِ، وَقِيلَ الْمُدَّةُ لِلْمُعَاقِبَةِ فِي الدُّنْيَا إِمَّا يَأْتُمْ وَإِنْ قَلَّتِ الْمُدَّةُ. وَالْحَاصِلُ أَنَّ التَّجَارَةَ فِي الطَّعَامِ غَيْرُ مَحْمُودَةٍ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَيُكْرَهُ الْاِحْتِكَارُ) الْاِحْتِكَارُ افْتَعَالٌ مِنْ حَكَرَ: أَيُّ حَبَسَ، وَالْمُرَادُ بِهِ حَبْسُ الْأَقْوَاتِ مُتَرَبِّصًا لِلْعَلَاءِ. وَقَوْلُهُ (فَإِنْ لَيْسَ فَهُوَ مَكْرُوهٌ فِي الْوَجْهَيْنِ) يَعْنِي فِي الْإِضْرَارِ وَعَدَمِهِ.

قَالَ (وَمَنْ احْتَكَرَ غَلَّةً ضَيَعَتْهُ أَوْ مَا جَلَبَهُ مِنْ بَلَدٍ آخَرَ فَلَيْسَ بِمُحْتَكِرٍ) أَمَّا الْأَوَّلُ فَلَأَنَّهُ خَالِصٌ حَقُّهُ لَمْ يَتَعَلَّقْ بِهِ حَقُّ الْعَامَّةِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّ لَهُ أَنْ لَا يَزْرَعَ فَكَذَلِكَ لَهُ أَنْ لَا يَبِيعَ. وَأَمَّا الثَّانِي فَالْمَذْكُورُ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ: لِأَنَّ حَقَّ الْعَامَّةِ إِنَّمَا يَتَعَلَّقُ بِمَا جُمِعَ فِي الْمِصْرِ وَجَلَبَ إِلَى فَنَائِهَا. وَقَالَ أَبُو يُونُسَ: يُكْرَهُ لِإِطْلَاقِ مَا رَوَيْنَا.

وَقَالَ مُحَمَّدٌ: كُلُّ مَا يُجَلَبُ مِنْهُ إِلَى الْمِصْرِ فِي الْغَالِبِ فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ فَنَاءِ الْمِصْرِ يَحْرُمُ الْاِحْتِكَارُ فِيهِ لِتَعَلُّقِ حَقِّ الْعَامَّةِ بِهِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ الْبَلَدُ بَعِيدًا لَمْ تَجْرِ الْعَادَةُ بِالْحَمَلِ مِنْهُ إِلَى الْمِصْرِ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَتَعَلَّقْ بِهِ حَقُّ الْعَامَّةِ.

قَالَ (وَلَا يَنْبَغِي لِلسُّلْطَانِ أَنْ يُسَعِّرَ عَلَى النَّاسِ) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «لَا تُسَعِّرُوا فَإِنَّ اللَّهَ هُوَ الْمُسَعِّرُ الْقَابِضُ الْبَاسِطُ الرَّازِقُ» وَلِأَنَّ الثَّمَنَ حَقُّ الْعَاقِدِ فَإِلَيْهِ تَقْدِيرُهُ، فَلَا يَنْبَغِي لِلْإِمَامِ أَنْ يَتَعَرَّضَ لِحَقِّهِ إِلَّا إِذَا تَعَلَّقَ بِهِ دَفْعُ ضَرَرِ الْعَامَّةِ عَلَى مَا تُبَيِّنُ.

وَإِذَا رُفِعَ إِلَى الْقَاضِي هَذَا الْأَمْرُ يَأْمُرُ الْمُحْتَكِرَ بِبَيْعِ مَا فَضَلَ عَنْ قُوَّتِهِ وَقُوَّتِ أَهْلِهِ عَلَى اعْتِبَارِ السَّعَةِ فِي ذَلِكَ وَبَيْنَاهُ عَنِ الْاِحْتِكَارِ، فَإِنْ رُفِعَ إِلَيْهِ مَرَّةً أُخْرَى حَبَسَهُ وَعَزَّرَهُ عَلَى مَا يَرَى زَجْرًا لَهُ وَدَفْعًا لِلضَّرَرِ عَنِ النَّاسِ، فَإِنْ كَانَ أَرِبَابُ الطَّعَامِ يَتَحَكَّمُونَ وَيَتَعَدَّوْنَ عَنِ الْقِيَمَةِ تَعَدِّيًا فَاحِشًا، وَعَجَزَ الْقَاضِي عَنْ صِيَانَةِ حُقُوقِ الْمُسْلِمِينَ إِلَّا بِالتَّسْعِيرِ فَحِينَئِذٍ لَا بَأْسَ بِهِ بِمَشُورَةٍ مِنْ أَهْلِ الرَّأْيِ وَالْبَصِيرَةِ، فَإِذَا فَعَلَ ذَلِكَ وَتَعَدَّى رَجُلٌ عَنِ ذَلِكَ وَبَاعَ بِأَكْثَرِ مِنْهُ أَجَازَهُ الْقَاضِي، وَهَذَا ظَاهِرٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ؛ لِأَنَّهُ لَا يَرَى الْحَجَرَ عَلَى الْحُرِّ وَكَذَا عِنْدَهُمَا، إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْحَجَرُ عَلَى قَوْمٍ بِأَعْيَانِهِمْ. وَمَنْ بَاعَ مِنْهُمْ

بِمَا قَدَرَهُ الْإِمَامُ صَحٌّ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مُكْرَهٍ عَلَى الْبَيْعِ، هَلْ يَبِيعُ الْقَاضِي عَلَى الْمُحْتَكَرِ طَعَامَهُ مِنْ غَيْرِ رِضَاهُ.

قِيلَ هُوَ عَلَى الْإِخْتِلَافِ الَّذِي عُرِفَ فِي بَيْعِ مَالِ الْمَدْيُونِ، وَقِيلَ يَبِيعُ بِالِاتِّفَاقِ؛ لِأَنَّ أَبَا حَنِيفَةَ يَرَى الْحَجَرَ لِدَفْعِ ضَرَرٍ عَامٍّ، وَهَذَا كَذَلِكَ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَيَتَعَدَّوْنَ عَنْ الْقِيَمَةِ تَعَدِّيًا فَاحْشًا) بِأَنْ يَبِيعُوا قَلِيلًا بِمِائَةٍ وَهُوَ يُشْتَرَى بِخَمْسِينَ فَيَمْتَنِعُونَ مِنْهُ دَفْعًا لِلضَّرَرِ عَنِ الْمُسْلِمِينَ. وَقَوْلُهُ (يَرَى الْحَجَرَ لِدَفْعِ ضَرَرٍ عَامٍّ) يَعْنِي كَالطَّبِيبِ الْجَاهِلِ وَالْمُكَارِي الْمُفْلِسِ.

قَالَ (وَيُكْرَهُ بَيْعُ السَّلَاحِ فِي أَيَّامِ الْفِتْنَةِ) مَعْنَاهُ مِمَّنْ يُعْرِفُ أَنَّهُ مِنْ أَهْلِ الْفِتْنَةِ؛ لِأَنَّهُ تَسْبِيبٌ إِلَى الْمَعْصِيَةِ وَقَدْ بَيَّنَّاهُ فِي السَّيْرِ، وَإِنْ كَانَ لَا يُعْرِفُ أَنَّهُ مِنْ أَهْلِ الْفِتْنَةِ لَا بَأْسَ بِذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَسْتَعْمِلَهُ فِي الْفِتْنَةِ فَلَا يُكْرَهُ بِالشُّكِّ.

قَالَ (وَلَا بَأْسَ بِبَيْعِ الْعَصِيرِ مِمَّنْ يَعْلَمُ أَنَّهُ يَتَّخِذُهُ خَمْرًا)؛ لِأَنَّ الْمَعْصِيَةَ لَا تُقَامُ بِعَيْنِهِ بَلْ بَعْدَ تَغْيِيرِهِ، بِخِلَافِ بَيْعِ السَّلَاحِ فِي أَيَّامِ الْفِتْنَةِ لِأَنَّ الْمَعْصِيَةَ تَقُومُ بِعَيْنِهِ.

قَالَ (وَمَنْ أَجَرَ بَيْتًا لِيَتَّخِذَ فِيهِ بَيْتَ نَارٍ أَوْ كَنِيْسَةً أَوْ بَيْعَةً أَوْ يُبَاعَ فِيهِ الْخَمْرُ بِالسَّوَادِ فَلَا بَأْسَ بِهِ) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: لَا يَنْبَغِي أَنْ يُكْرِهَ لَشَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ إِعَانَةٌ عَلَى الْمَعْصِيَةِ.

وَلَهُ أَنْ الْإِجَارَةَ تَرُدُّ عَلَى مَنْفَعَةِ الْبَيْتِ، وَلِهَذَا تَجِبُ الْأَجْرَةُ بِمُجَرِّدِ التَّسْلِيمِ، وَلَا مَعْصِيَةٍ فِيهِ، وَإِنَّمَا الْمَعْصِيَةُ بِفِعْلِ الْمُسْتَأْجِرِ، وَهُوَ مُخْتَارٌ فِيهِ فَقَطَعَ نِسْبَتَهُ عَنْهُ، وَإِنَّمَا قَيْدُهُ بِالسَّوَادِ لِأَنَّهُمْ لَا يُمْكِنُ أَنْ يَتَّخِذُوا الْبَيْعَ وَالْكَنَائِسَ وَإِظْهَارَ بَيْعِ الْخُمُورِ وَالْخَنَازِيرِ فِي الْأَمْصَارِ لظُهُورِ شَعَائِرِ الْإِسْلَامِ فِيهَا. بِخِلَافِ السَّوَادِ. قَالُوا: هَذَا كَانَ فِي سَوَادِ الْكُوفَةِ، لِأَنَّ غَالِبَ أَهْلِهَا أَهْلَ الذِّمَّةِ. فَأَمَّا فِي سَوَادِنَا فَأَعْلَامُ الْإِسْلَامِ فِيهَا ظَاهِرَةٌ فَلَا يُمْكِنُ فِيهَا أَيْضًا، وَهُوَ الْأَصَحُّ.

قَالَ (وَمَنْ حَمَلَ لَذِيْمِي خَمْرًا فَإِنَّهُ يَطِيبُ لَهُ الْأَجْرُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ). وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: يُكْرَهُ لَهُ ذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ إِعَانَةٌ عَلَى الْمَعْصِيَةِ، وَقَدْ صَحَّ "أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ

وَالسَّلَامُ لَعَنَ فِي الْخَمْرِ عَشْرًا حَامِلَهَا وَالْمَحْمُولَ إِلَيْهِ ^(١) لَهُ أَنْ الْمَعْصِيَةَ فِي شُرْبِهَا وَهُوَ فِعْلٌ فَاعِلٍ مُخْتَارٍ، وَلَيْسَ الشُّرْبُ مِنْ ضَرُورَاتِ الْحَمَلِ وَلَا يُقْصَدُ بِهِ، وَالْحَدِيثُ مَحْمُولٌ عَلَى الْحَمَلِ الْمَقْرُونِ بِقَصْدِ الْمَعْصِيَةِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلَيْسَ الشُّرْبُ مِنْ ضَرُورَاتِ الْحَمَلِ) لِأَنَّ الشُّرْبَ قَدْ يُوجَدُ بِدُونِ الْحَمَلِ، وَبِالْعَكْسِ فَلَا يَكُونُ الْحَمَلُ مُسْتَلْزِمًا لِلْمَعْصِيَةِ.

قَالَ (وَلَا بَأْسَ بِبَيْعِ بِنَاءٍ بَيُوتٍ مَكَّةَ، وَيُكْرَهُ بَيْعُ أَرْضِهَا) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَالَا: لَا بَأْسَ بِبَيْعِ أَرْضِهَا أَيْضًا. وَهَذَا رِوَايَةٌ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ؛ لِأَنَّهَا مَمْلُوكَةٌ لَهُمْ لظُهُورِ الْاِخْتِصَاصِ الشَّرْعِيِّ بِهَا فَصَارَ كَالْبِنَاءِ.

وَلِأَبِي حَنِيفَةَ قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «أَلَا إِنَّ مَكَّةَ حَرَامٌ لَا تَبَاعُ رِبَاعُهَا وَلَا تُورَثُ» ^(٢) وَلِأَنَّهَا حُرَّةٌ مُحْتَرَمَةٌ لِأَنَّهَا فِنَاءُ الْكَعْبَةِ. وَقَدْ ظَهَرَ آيَةُ أَثَرِ التَّعْظِيمِ فِيهَا حَتَّى لَا يُنْفَرَ صَيْدُهَا وَلَا يُخْتَلَى خِلَاهَا وَلَا يُعْضَدُ شَوْكُهَا، فَكَذَا فِي حَقِّ الْبَيْعِ، بِخِلَافِ الْبِنَاءِ؛ لِأَنَّهُ خَالِصٌ مِلْكُ الْبَانِي.

وَيُكْرَهُ إِجَارَتُهَا أَيْضًا لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «مَنْ أَجَرَ أَرْضَ مَكَّةَ فَكَأَنَّمَا أَكَلَ الرَّبَّ» ^(٣) وَلِأَنَّ أَرْضِيَّ مَكَّةَ تُسَمَّى السَّوَابِبَ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ مَنْ أَحْتَاجَ إِلَيْهَا سَكَنَهَا وَمَنْ اسْتَفْنَى عَنْهَا أَسْكَنَ غَيْرَهُ

(وَمَنْ وَضَعَ دِرْهَمًا عِنْدَ بَقَالٍ يَأْخُذُ مِنْهُ مَا شَاءَ يُكْرَهُ لَهُ ذَلِكَ)؛ لِأَنَّهُ مِلْكُهُ قَرْضًا جَرُّ بِهِ نَفْعًا، وَهُوَ أَنْ يَأْخُذَ مِنْهُ مَا شَاءَ حَالًا فَحَالًا. «وَنَهَى رَسُولُ اللَّهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ عَنْ قَرْضِ جَرِّ نَفْعًا»، وَيَنْبَغِي أَنْ يَسْتَوْدِعَهُ ثُمَّ يَأْخُذَ مِنْهُ مَا شَاءَ جُزْءًا فَجُزْءًا؛ لِأَنَّهُ وَدِيعَةٌ وَلَيْسَ بِقَرْضٍ، حَتَّى لَوْ هَلَكَ لَا شَيْءَ عَلَى الْآخِذِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ وَضَعَ دِرْهَمًا عِنْدَ بَقَالٍ يَأْخُذُ مِنْهُ مَا شَاءَ) وَاضِحٌ، وَلَكِنْ فِي لَفْظِ

(١) أخرجه أبو داود (٣٦٧٤)، وأحمد (٩٧/٢)، والحاكم في المستدرک (١٤٤/٤).

(٢) أخرجه الدارقطني (٥٨/٣) رقم (٢٢٧)، والحاكم في المستدرک (٥٣/٢).

(٣) قال الزيلعي في نصب الراية (٥٧٦/٤): غريب بهذا اللفظ.

الكتاب اشتباهًا، وَذَلِكَ لِأَنَّ عِنْدَ لِلْوَدِيعَةِ، فَلَا فَرْقَ حِينَئِذٍ بَيْنَ صُورَةِ الْوَدِيعَةِ وَالْقَرْضِ، وَيَجُوزُ أَنْ يُجْعَلَ قَوْلُهُ يَأْخُذُ مِنْهُ مَا شَاءَ خَارِجًا مَخْرَجَ الشَّرْطِ: يَعْنِي وَضَعَهُ بِشَرْطِ أَنْ يَأْخُذَ مِنْهُ مَا شَاءَ، وَأَمَّا إِذَا وَضَعَهُ وَلَمْ يَشْتَرِطْ شَيْئًا فَهُوَ وَدِيعَةٌ إِنْ هَلَكَ لَمْ يَضْمَنْ الْبَقَالُ شَيْئًا.

مسائل متفرقة

قَالَ (وَيُكْرَهُ التَّعْشِيرُ وَالنَّقْطُ فِي الْمَصْحَفِ) لِقَوْلِ ابْنِ مَسْعُودٍ رضي الله عنه: جَرِّدُوا الْقُرْآنَ. وَيُرْوَى: جَرِّدُوا الْمَصَاحِفَ.

وَفِي التَّعْشِيرِ وَالنَّقْطِ تَرْكُ التَّجْرِيدِ. وَلِأَنَّ التَّعْشِيرَ يُخِلُّ بِحِفْظِ الْآيِ وَالنَّقْطِ بِحِفْظِ الْإِعْرَابِ اتِّكَالًا عَلَيْهِ فَيُكْرَهُ. قَالُوا: فِي زَمَانِنَا لَا بُدَّ لِلْعَجَمِ مِنْ دَلَالَةٍ. فَتَرَكْ ذَلِكَ إِخْلَالَ بِالْحِفْظِ وَهَجْرَانِ لِلْقُرْآنِ فَيَكُونُ حَسَنًا

الشرح:

(مَسَائِلُ مُتَفَرِّقَةٌ): التَّعْشِيرُ: جَعَلَ الْعَوَاشِرَ فِي الْمَصْحَفِ، وَهُوَ كِتَابَةُ الْعَلَامَةِ عِنْدَ مُنْتَهَى عَشْرِ آيَاتٍ. وَاخْتَلَفَ فِي تَفْسِيرِ قَوْلِهِ: جَرِّدُوا الْقُرْآنَ. فَقِيلَ الْمُرَادُ نَقْطُ الْمَصَاحِفِ فَيَكُونُ دَلِيلًا عَلَى كَرَاهَةِ نَقْطِ الْمَصَاحِفِ، وَقِيلَ هُوَ أَمْرٌ بِتَعْلِيمِ الْقُرْآنِ وَحْدَهُ وَتَرْكِ الْأَحَادِيثِ، وَقَالُوا: هَذَا بَاطِلٌ، وَقِيلَ هُوَ حَتٌّ عَلَى أَنْ لَا يُتَعَلَّمَ شَيْءٌ مِنْ كُتُبِ اللَّهِ غَيْرِ الْقُرْآنِ، لِأَنَّ غَيْرَهُ إِنَّمَا يُؤْخَذُ مِنَ الْيَهُودِ وَالنَّصَارَى وَلَيْسُوا بِمُؤْتَمِنِينَ عَلَيْهَا.

قَالَ (وَلَا بَأْسَ بِتَحْلِيَةِ الْمَصْحَفِ) لَمَّا فِيهِ مِنْ تَعْظِيمِهِ. وَصَارَ كَنَقْشِ الْمَسْجِدِ وَتَزْيِينِهِ بِمَاءِ الذَّهَبِ وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ مِنْ قَبْلُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ مِنْ قَبْلُ) يَعْنِي فِي فَصْلِ الْقِرَاءَةِ مِنَ الصَّلَاةِ.

قَالَ (وَلَا بَأْسَ بِأَنْ يَدْخُلَ أَهْلُ الذِّمَّةِ الْمَسْجِدَ الْحَرَامَ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يُكْرَهُ ذَلِكَ؛ وَقَالَ مَالِكٌ: يُكْرَهُ فِي كُلِّ مَسْجِدٍ.

لِلشَّافِعِيِّ قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿إِنَّمَا الْمُشْرِكُونَ خَجَسٌ فَلَا يَقْرَبُوا الْمَسْجِدَ الْحَرَامَ بَعْدَ عَامِهِمْ هَذَا﴾ [التوبة: ٢٨] وَلِأَنَّ الْكَافِرَ لَا يَخْلُو عَنْ جَنَابَةٍ؛ لِأَنَّهُ لَا يَغْتَسِلُ اغْتِسَالًا يُخْرِجُهُ عَنْهَا، وَالْجَنُبُ يَجْتَنِبُ الْمَسْجِدَ، وَبِهَذَا يَحْتَجُّ مَالِكٌ، وَالنَّعْلِيلُ بِالنَّجَاسَةِ عَامٌّ

فَيَنْتَظِمُ الْمَسَاجِدَ كُلَّهَا.

وَلَنَا مَا رَوَى «أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَنْزَلَ وَقَدْ ثَقِيفٌ فِي مَسْجِدِهِ وَهُمْ كُفَّارٌ»^(١) وَلَأنَّ الْخُبْرَ فِي اعْتِقَادِهِمْ فَلَا يُؤَدِّي إِلَى تَلْوِيثِ الْمَسْجِدِ. وَالْآيَةُ مَحْمُولَةٌ عَلَى الْحُضُورِ اسْتِيعْلَاءً وَاسْتِعْلَاءً أَوْ طَائِفَيْنِ عُرَاةَ كَمَا كَانَتْ عَادَتُهُمْ فِي الْجَاهِلِيَّةِ. قَالَ (وَيُكْرَهُ اسْتِخْدَامُ الْخَصِيَانِ)؛ لِأَنَّ الرُّغْبَةَ فِي اسْتِخْدَامِهِمْ حَثَّ النَّاسَ عَلَى هَذَا الصَّنِيعِ وَهُوَ مُثَلَّةٌ مُحَرَّمَةٌ

قَالَ (وَلَا بَأْسَ بِخِصَاءِ الْبَهَائِمِ وَإِنزَاءِ الْحَمِيرِ عَلَى الْخَيْلِ)؛ لِأَنَّ فِي الْأَوَّلِ مَنْفَعَةً لِلْبَهِيمَةِ وَالنَّاسِ. وَقَدْ صَحَّ «أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ رَكِبَ الْبَغْلَةَ»^(٢) فَلَوْ كَانَ هَذَا الْفِعْلُ حَرَامًا لَمَا رَكَبَهَا لَمَّا فِيهِ مِنْ فَتْحٍ بَابِهِ.

قَالَ (وَلَا بَأْسَ بِعِيَادَةِ الْيَهُودِيِّ وَالنَّصْرَانِيِّ)؛ لِأَنَّهُ نَوْعٌ بَرٌّ فِي حَقِّهِمْ، وَمَا نُهِينَا عَنْ ذَلِكَ، وَقَدْ صَحَّ «أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ عَادَ يَهُودِيًّا مَرَضَ بِجَوَارِهِ».

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلَا بَأْسَ بِعِيَادَةِ الْيَهُودِ وَالنَّصَارَى) قَيَّدَ بِهِمَا لِأَنَّ فِي عِيَادَةِ الْمَجُوسِ اخْتِلَافًا بَيْنَ الْمَشَائِخِ رَحِمَهُمُ اللَّهُ، فَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ: لَا بَأْسَ بِهِ لَأَنَّهُمْ مِنْ أَهْلِ الذِّمَّةِ، وَهُوَ الْمَرْوِيُّ عَنْ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ، وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ: هُمْ أَبْعَدُ عَنِ الْإِسْلَامِ مِنَ الْيَهُودِ وَالنَّصَارَى أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَا يُبَاحُ ذَبْحُهُ الْمَجُوسِ وَنِكَاحُهُمْ بِخِلَافِ الْيَهُودِ وَالنَّصَارَى. وَاخْتَلَفُوا فِي عِيَادَةِ الْفَاسِقِ. وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ لَا بَأْسَ بِهِ لِأَنَّهُ مُسْلِمٌ، وَالْعِيَادَةُ مِنْ حُقُوقِ الْمُسْلِمِينَ، وَكَلَامُهُ وَاضِحٌ.

قَالَ (وَيُكْرَهُ أَنْ يَقُولَ الرَّجُلُ فِي دُعَائِهِ: أَسْأَلُكَ بِمَقْعِدِ الْعِزِّ مِنْ عَرْشِكَ) وَلِلْمَسَائِلَةِ عِبَارَتَانِ: هَذِهِ، وَمَقْعِدُ الْعِزِّ، وَلَا رَيْبَ فِي كَرَاهَتِ الثَّانِيَةِ؛ لِأَنَّهُ مِنَ الْقُعُودِ، وَكَذَا الْأُولَى؛ لِأَنَّهُ يُوهِمُ تَعَلُّقَ عِزِّهِ بِالْعَرْشِ وَهُوَ مُحَدَّثٌ وَاللَّهُ تَعَالَى بِجَمِيعِ صِفَاتِهِ قَدِيمٌ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ لَا بَأْسَ بِهِ.

(١) أخرجه أبو داود (٣٠٢٦)، وأحمد (٢١٨/٤).

(٢) أخرجه البخاري في الجهاد باب ٥٢، ٦١، ٩٧، ١٦٧، ومسلم في الجهاد (حديث ٧٨ -

٨٠). وانظر نصب الراية (٥٨١/٤).

وَبِهِ أَخَذَ الْفَقِيهَ أَبُو الْلَيْثِ رَحِمَهُ اللَّهُ لِأَنَّهُ مَأْثُورٌ عَنِ النَّبِيِّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ. رُوي أَنَّهُ كَانَ مِنْ دُعَائِهِ «اللَّهُمَّ إِنِّي أَسْأَلُكَ بِمَعْقِدِ الْعِزِّ مِنْ عَرْشِكَ؛ وَمُنْتَهَى الرَّحْمَةِ مِنْ كِتَابِكَ، وَبِاسْمِكَ الْأَعْظَمِ وَجَدَكَ الْأَعْلَى وَكَلِمَاتِكَ التَّامَّةِ»^(١) وَلَكِنَّا نَقُولُ: هَذَا خَبَرٌ وَاحِدٌ فَكَانَ الْاِحْتِيَاظُ فِي الْاِمْتِنَاعِ (وَيُكْرَهُ أَنْ يَقُولَ الرَّجُلُ فِي دُعَائِهِ بِحَقِّ فُلَانٍ أَوْ بِحَقِّ أَنْبِيَائِكَ وَرُسُلِكَ)؛ لِأَنَّهُ لَا حَقَّ لِلْمَخْلُوقِ عَلَى الْخَالِقِ.

قَالَ (وَيُكْرَهُ اللَّعِبُ بِالشُّطْرَنْجِ وَالنَّرْدِ وَالْأَرْبَعَةِ عَشَرَ وَكُلِّ لَهْوٍ)؛ لِأَنَّهُ إِنْ قَامَرَ بِهَا فَالْمَيْسِرُ حَرَامٌ بِالنِّصِّ وَهُوَ اسْمٌ لِكُلِّ قِمَارٍ، وَإِنْ لَمْ يُقَامَرَ فَهُوَ عِبَتْ وَلَهْوٌ. وَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «لَهُوَ الْمُؤْمِنُ بِاطِلٍّ إِلَّا الثَّلَاثَ: تَأْدِيئُهُ لِفَرَسِهِ، وَمُنَاضَلَتُهُ عَنْ قَوْسِهِ، وَمُلَاعَبَتُهُ مَعَ أَهْلِهِ»^(٢) وَقَالَ بَعْضُ النَّاسِ: يُبَاحُ اللَّعِبُ بِالشُّطْرَنْجِ لَمَّا فِيهِ مِنْ تَشْجِيذِ الْخَوَاطِرِ وَتَذَكِّيَةِ الْأَفْهَامِ، وَهُوَ مُحْكِيٌّ عَنِ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ. لَنَا قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «مَنْ لَعِبَ بِالشُّطْرَنْجِ وَالنَّرْدِ شَرًّا فَكَأَنَّمَا غَمَسَ يَدَهُ فِي دَمِ الْخِنْزِيرِ»^(٣) وَلَأَنَّهُ نَوْعٌ لَعِبٍ يَصُدُّ عَنْ ذِكْرِ اللَّهِ وَعَنِ الْجُمُعِ وَالْجَمَاعَاتِ فَيَكُونُ حَرَامًا لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «مَا أَهَاكَ عَنْ ذِكْرِ اللَّهِ فَهُوَ مَيْسِرٌ»^(٤) ثُمَّ إِنْ قَامَرَ بِهِ تَسْقُطُ عِدَالَتُهُ، وَإِنْ لَمْ يُقَامَرَ لَا تَسْقُطُ؛ لِأَنَّهُ مُتَأَوَّلٌ فِيهِ.

وَكَرِهَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدُ التَّسْلِيمُ عَلَيْهِمُ تَحْذِيرًا لَهُمْ، وَلَمْ يَرِ أَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ بِهِ بَاسًا لِيَشْغَلَهُمْ عَمَّا هُمْ فِيهِ.

قَالَ (وَلَا بَاسَ يَقْبُولُ هَدِيَّةَ الْعَبْدِ التَّاجِرِ وَإِجَابَةَ دَعْوَتِهِ وَاسْتِعَارَةَ دَابَّتِهِ. وَتُكْرَهُ كِسْوَتُهُ الثُّوبِ وَهَدِيَّتُهُ الدَّرَاهِمَ وَالْدَنَانِيرَ) وَهَذَا اسْتِحْسَانٌ. وَفِي الْقِيَاسِ: كُلُّ ذَلِكَ بَاطِلٌ؛ لِأَنَّهُ تَبَرُّعٌ وَالْعَبْدُ لَيْسَ مِنْ أَهْلِهِ.

وَجَهُ الْاِسْتِحْسَانِ «أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ قَبِلَ هَدِيَّةَ سَلْمَانَ عليه السلام حِينَ كَانَ عَبْدًا، وَقَبِلَ هَدِيَّةَ بَرِيرَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا وَكَانَتْ مُكَاتِبَةً» وَأَجَابَ رَهْطٌ مِنَ الصَّحَابَةِ

(١) أخرجه البيهقي في كتاب الدعوات الكبير، وانظر نصب الراية (٥٨٣/٤).

(٢) أخرجه أبو داود (٢٥١٣)، والترمذي في الجهاد باب ٢٦، والنسائي في الخيل باب ٨.

(٣) قال الزيلعي في نصب الراية (٥٨٦/٤): هذا حديث غريب بهذا اللفظ.

(٤) قال الزيلعي في نصب الراية (٥٨٦/٤): غريب مرفوعاً.

رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ دَعَوَةَ مَوْلَى أَبِي أُسَيْدٍ وَكَانَ عَبْدًا، وَلَأَن فِي هَذِهِ الْأَشْيَاءِ ضَرُورَةٌ لَا يَجِدُ التَّاجِرُ بُدًّا مِنْهَا، وَمَنْ مَلَكَ شَيْئًا يَمْلِكُ مَا هُوَ مِنْ ضَرُورَاتِهِ، وَلَا ضَرُورَةٌ فِي الْكِسْوَةِ وَإِهْدَاءِ الدَّرَاهِمِ فَبَقِيَ عَلَى أَصْلِ الْقِيَاسِ.

قَالَ (وَمَنْ كَانَ فِي يَدِهِ لَقِيطٌ لَا أَبَ لَهُ فَإِنَّهُ يَجُوزُ قَبْضُهُ الْهَبَةِ وَالصَّدَقَةِ لَهُ) وَأَصْلُ هَذَا أَنَّ التَّصَرُّفَ عَلَى الصِّغَارِ أَنْوَاعٌ ثَلَاثَةٌ: نَوْعٌ هُوَ مِنْ بَابِ الْوِلَايَةِ لَا يَمْلِكُهُ إِلَّا مَنْ هُوَ وَلِيُّ كَالْإِنْكَاحِ وَالشِّرَاءِ وَالْبَيْعِ لِأَمْوَالِ الْقُنْيَةِ؛ لِأَنَّ الْوَلِيَّ هُوَ الَّذِي قَامَ مَقَامَهُ بِإِنَابَةِ الشَّرْعِ، وَنَوْعٌ آخَرٌ مَا كَانَ مِنْ ضَرُورَةٍ حَالِ الصِّغَارِ وَهُوَ شِرَاءُ مَا لَا بُدَّ لِلصِّغِيرِ مِنْهُ وَبَيْعُهُ وَإِجَارَةُ الْأُظْلَارِ.

وَذَلِكَ جَائِزٌ مِمَّنْ يَعُولُهُ وَيُنْفِقُ عَلَيْهِ كَالْأَخِ وَالْعَمِّ وَالْأُمِّ وَالْمُلْتَقِطِ إِذَا كَانَ فِي حِجْرِهِمْ. وَإِذَا مَلَكَ هَؤُلَاءِ هَذَا النَّوعَ فَالْوَلِيُّ أَوْلَى بِهِ، إِلَّا أَنَّهُ لَا يُشْتَرَطُ فِي حَقِّ الْوَلِيِّ أَنْ يَكُونَ الصَّبِيُّ فِي حِجْرِهِ، وَنَوْعٌ ثَالِثٌ مَا هُوَ نَفْعٌ مَحْضٌ كَقَبُولِ الْهَبَةِ وَالصَّدَقَةِ وَالْقَبْضِ، فَهَذَا يَمْلِكُهُ الْمُلتَقِطُ وَالْأَخُ وَالْعَمُّ وَالصَّبِيُّ بِنَفْسِهِ إِذَا كَانَ يَعْقِلُ، لِأَنَّ اللَّائِقَ بِالْحِكْمَةِ فَتَحَ بَابَ مِثْلِهِ نَظَرًا لِلصَّبِيِّ فَيَمْلِكُ بِالْعَقْلِ وَالْوِلَايَةِ وَالْحِجْرِ وَصَارَ بِمَنْزِلَةِ الْإِنْفَاقِ.

قَالَ (وَلَا يَجُوزُ لِلْمُلْتَقِطِ أَنْ يُؤَاجِرَهُ، وَيَجُوزُ لِلْأُمِّ أَنْ تُؤَاجِرَ ابْنَهَا إِذَا كَانَ فِي حِجْرِهَا وَلَا يَجُوزُ لِلْعَمِّ)؛ لِأَنَّ الْأُمَّ تَمْلِكُ إِتْلَافَ مَنَافِعِهِ بِاسْتِخْدَامِ، وَلَا كَذَلِكَ الْمُلتَقِطُ وَالْعَمُّ (وَلَوْ أَجَرَ الصَّبِيُّ نَفْسَهُ لَا يَجُوزُ)؛ لِأَنَّهُ مَشُوبٌ بِالضَّرَرِ (إِلَّا إِذَا فَرَّغَ مِنَ الْعَمَلِ)؛ لِأَنَّ عِنْدَ ذَلِكَ تَمَحُّضَ نَفْعًا فَيَجِبُ الْمُسَمَى وَهُوَ نَظِيرُ الْعَبْدِ الْمُحْجُورِ يُؤَاجِرُ نَفْسَهُ وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ كَانَ فِي يَدِهِ لَقِيطٌ لَا أَبَ لَهُ إلخ) ذَكَرَ فِي النَّهَايَةِ أَنَّ قَوْلَهُ لَا أَبَ لَهُ بِشَرَطٍ لَزِمَ فِي حَقِّ هَذَا الْحُكْمِ، لِأَنَّهُ ذَكَرَ فِي كِتَابِ الْهَبَةِ فِي صَغِيرَةٍ لَهَا زَوْجٌ هِيَ عِنْدَهُ يَعُولُهَا وَلَهُ أَبٌ فَوَهَبَ لَهَا أَهَّأَ لَوْ قَبِضَتْ أَوْ قَبِضَ لَهَا أَبُوهَا أَوْ زَوْجُهَا أَنَّ ذَلِكَ جَائِزٌ فَلَمْ يَمْتَنِعْ صِحَّةُ قَبْضِ الزَّوْجِ لَهَا بِقِيَامِ الْأَبِ، لِأَنَّهُ لَمَّا كَانَ نَفْعًا مَحْضًا كَانَ تَحْقِيقُ مَعْنَاهُ فِي فَتْحِ بَابِ الْإِصَابَةِ مِنْ كُلِّ وَجْهٍ: مِنْ وَجْهِ الْوِلَايَةِ وَمِنْ وَجْهِ الْعَوْلِ وَالْتَفَقَةَ وَمِنْ وَجْهِ الْعَقْلِ وَالتَّمْيِيزِ، فَثَبَتَ أَنَّ عَدَمَ الْأَبِ لَيْسَ بِلَزِمٍ، كَذَا ذَكَرَهُ فَخْرُ

الإسلام رَحِمَهُ اللَّهُ، وَأَمْوَالُ الْفُتَيَّةِ مَا يَكُونُ لِلنَّسْلِ لَا لِلتَّجَارَةِ.

وَقَوْلُهُ (وِإِجَارَةُ الصَّغَارِ) فِي أَكْثَرِ النُّسخِ وَهُوَ رِوَايَةُ الْقُدُورِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ، وَفِي بَعْضِهَا: وَإِجَارَةُ الْأَطَارِ وَكَلَامُهُ وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (وَلَا يَجُوزُ لِلْمُلْتَقِطِ أَنْ يُؤَاجِرَ) هَذَا يُنَاقِضُ قَوْلَهُ وَإِجَارَةُ الصَّغَارِ ظَاهِرًا فَمِنْهُمْ مَنْ حَمَلَهُ عَلَى الرِّوَايَتَيْنِ فَلَاوُلُ عَلَى رِوَايَةِ الْقُدُورِيِّ كَمَا مَرَّ وَالثَّانِي عَلَى رِوَايَةِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ. وَمِنْهُمْ مَنْ غَيَّرَ لَفْظَ الْكِتَابِ إِلَى لَفْظِ الْأَطَارِ كَمَا مَرَّ.

وَمِنْهُمْ مَنْ وَفَّقَ بَيْنَهُمَا فَحَمَلَ جَوَازَ إِجَارَتِهِ عَلَى مَا إِذَا تَحَقَّقَتْ الضَّرُورَةُ بِدَلِيلٍ وَقُوْعِهِ فِي التَّنَوُّعِ الَّذِي فِيهِ تَعْدَادُ الضَّرُورَةِ وَعَدَمُ جَوَازِهَا عَلَى مَا إِذَا لَمْ يَكُنْ فِيهِ ضَرُورَةٌ. وَقَوْلُهُ (وَلَا يَجُوزُ ذَلِكَ لِلْعَمِّ) يَعْنِي وَإِنْ كَانَ فِي حَجَرِهِ. وَقَوْلُهُ (وَلَوْ آجَرَ الصَّبِيُّ نَفْسَهُ لَا يَجُوزُ) قَالَ فِي النَّهَائَةِ: أَيُّ لَا يَلْزَمُ. وَقَوْلُهُ وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ يَعْنِي فِي بَابِ إِجَارَةِ الْعَبْدِ.

قَالَ (وَيُكْرَهُ أَنْ يَجْعَلَ الرَّجُلُ فِي عُنُقِ عَبْدِهِ الرَّايَةَ) وَيَرُوءُونَ الدَّايَةَ، وَهُوَ طَوْقُ الْحَدِيدِ الَّذِي يَمْنَعُهُ مِنْ أَنْ يُحَرِّكَ رَأْسَهُ، وَهُوَ مُعْتَادٌ بَيْنَ الظُّلُمَةِ؛ لِأَنَّهُ عُقُوبَةُ أَهْلِ النَّارِ فَيُكْرَهُ كَالْإِحْرَاقِ بِالنَّارِ (وَلَا يُكْرَهُ أَنْ يُقَيِّدَهُ) لِأَنَّهُ سُنَّةُ الْمُسْلِمِينَ فِي السُّفَهَاءِ وَأَهْلِ الدَّعَارَةِ فَلَا يُكْرَهُ فِي الْعَبْدِ تَحْرُزًا عَنْ إِبَاقِهِ وَصِيَانَةً لِمَالِهِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَيُكْرَهُ أَنْ يَجْعَلَ فِي عُنُقِ عَبْدِهِ الرَّايَةَ) رَايَةُ الْغُلَامِ غُلٌّ يُجْعَلُ فِي عُنُقِ الْغُلَامِ عَلَامَةً يُعْلَمُ بِهَا أَنَّهُ آبِقٌ. قَالَ فِي النَّهَائَةِ: وَأَمَّا الدَّايَةُ بِالذَّالِ فَعَلَطٌ، كَذَا فِي الْمُعْرَبِ. قَالُوا: هَذَا كَانَ فِي زَمَانِهِمْ عِنْدَ قَلَّةِ الْإِبَاقِ، أَمَّا فِي زَمَانِنَا فَلَا بَأْسَ بِهِ لَعَلَّةِ الْإِبَاقِ خُصُوصًا فِي الْهُنُودِ.

قَالَ (وَلَا بَأْسَ بِالْحَقْنَةِ يُرِيدُ بِهِ التَّدَاوِي) لِأَنَّ التَّدَاوِي مُبَاحٌ بِالْإِجْمَاعِ، وَقَدْ وَرَدَ بِإِبَاحَتِهِ الْحَدِيثُ. وَلَا فَرْقَ بَيْنَ الرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ إِلَّا أَنَّهُ لَا يَنْبَغِي أَنْ يُسْتَعْمَلَ الْمَحْرَمُ كَالْخَمْرِ وَنَحْوِهَا؛ لِأَنَّ الْإِسْتِشْفَاءَ بِالْمَحْرَمِ حَرَامٌ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (يُرِيدُ بِهِ التَّدَاوِي) احْتِرَازٌ عَمَّا لَوْ أَرَادَ بِهِ التَّسْمِينَ فَإِنَّهُ لَا يُبَاحُ. وَقَوْلُهُ وَقَدْ

وَرَدَ بِإِبَاحَتِهِ: أَيُّ بِإِبَاحَةِ التَّدَاوِي، الْحَدِيثُ. قَالَ ﷺ «تَدَاوَوْا عِبَادَ اللَّهِ فَإِنَّ اللَّهَ تَعَالَى مَا خَلَقَ دَاءً إِلَّا وَقَدْ خَلَقَ لَهُ دَوَاءً، إِلَّا السَّامَ وَالْهَرَمَ» وَالْأَمْرُ بِالتَّوَكُّلِ مَحْمُولٌ عَلَى التَّوَكُّلِ عِنْدَ اكْتِسَابِ الْأَسْبَابِ، ثُمَّ التَّوَكُّلُ بَعْدَهُ عَلَى اللَّهِ تَعَالَى دُونَ الْأَسْبَابِ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى لِمُرَيْمَ ﴿وَهَزَيَ إِلَيْكَ جِذْعَ النَّخْلَةِ﴾ [مریم: ٢٥] مَعَ قُدْرَتِهِ عَلَى أَنْ يَرْزُقَهَا مِنْ غَيْرِ هَرٍّ، كَذَا ذَكَرَهُ فَخْرُ الْإِسْلَامِ رَحِمَهُ اللَّهُ.

وَقَوْلُهُ (إِلَّا أَنَّهُ لَا يَنْبَغِي أَنْ يُسْتَعْمَلَ الْمُحَرَّمُ كَالْخَمْرِ وَنَحْوِهَا لِأَنَّ الْأَسْتِشْفَاءَ بِالْمُحَرَّمِ حَرَامٌ) قِيلَ إِذَا لَمْ يَعْلَمْ أَنَّ فِيهِ شِفَاءً، فَإِنْ عَلِمَ أَنَّ فِيهِ شِفَاءً وَلَيْسَ لَهُ دَوَاءٌ آخَرُ غَيْرُهُ يَجُوزُ لَهُ الْأَسْتِشْفَاءُ بِهِ.

وَمَعَ قَوْلِ ابْنِ مَسْعُودٍ ﷺ: إِنَّ اللَّهَ لَمْ يَجْعَلْ شِفَاءَكُمْ فِيمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ. يُحْتَمَلُ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ قَالَ ذَلِكَ فِي دَاءٍ عُرِفَ لَهُ دَوَاءٌ غَيْرُ الْمُحَرَّمِ، لِأَنَّهُ يُسْتَعْتَى بِالْحَلَالِ عَنِ الْحَرَامِ. وَيَجُوزُ أَنْ يُقَالَ: تَنْكَشِفُ الْحُرْمَةُ عِنْدَ الْحَاجَةِ فَلَا يَكُونُ الشِّفَاءُ بِالْحَرَامِ وَإِنَّمَا يَكُونُ بِالْحَلَالِ.

قَالَ (وَلَا بَأْسَ بِرِزْقِ الْقَاضِي) «لَأَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ بَعَثَ عَتَابَ بْنَ أَسِيدٍ إِلَى مَكَّةَ وَفَرَضَ لَهُ، وَبَعَثَ عَلِيًّا إِلَى الْيَمَنِ وَفَرَضَ لَهُ» وَلَأَنَّهُ مَحْبُوسٌ لِحَقِّ الْمُسْلِمِينَ فَتَكُونُ نَفَقَتُهُ فِي مَالِهِمْ وَهُوَ مَالُ بَيْتِ الْمَالِ، وَهَذَا لِأَنَّ الْحَبْسَ مِنْ أَسْبَابِ النِّفْقَةِ كَمَا فِي الْوَصِيِّ وَالْمُضَارِبِ إِذَا سَافَرَ بِمَالِ الْمُضَارِبَةِ، وَهَذَا فِيمَا يَكُونُ كِفَايَةً، فَإِنْ كَانَ شَرْطًا فَهُوَ حَرَامٌ؛ لِأَنَّهُ اسْتِجَارٌ عَلَى الطَّاعَةِ، إِذِ الْقَضَاءُ طَاعَةٌ بَلْ هُوَ أَفْضَلُهَا، ثُمَّ الْقَاضِي إِذَا كَانَ فَقِيرًا؛ فَالْأَفْضَلُ بَلِ الْوَاجِبُ الْأَخْذُ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُهُ إِقَامَةُ فَرْضِ الْقَضَاءِ إِلَّا بِهِ، إِذَا اشْتَغَلَ بِالْكَسْبِ يُقْعِدُهُ عَنِ إِقَامَتِهِ، وَإِنْ كَانَ غَنِيًّا فَالْأَفْضَلُ الْامْتِنَاعُ عَلَى مَا قِيلَ رِفْقًا بِبَيْتِ الْمَالِ. وَقِيلَ الْأَخْذُ وَهُوَ الْأَصْحُ صِيَانَتُهُ لِلْقَضَاءِ عَنِ الْهَوَانِ وَنَظَرًا لِمَنْ يُوَلِّي بَعْدَهُ مِنَ الْمُحْتَاجِينَ؛ لِأَنَّهُ إِذَا انْقَطَعَ زَمَانًا يَتَعَذَّرُ إِعَادَتُهُ ثُمَّ تَسْمِيَتُهُ رِزْقًا يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ بِقَدْرِ الْكِفَايَةِ، وَقَدْ جَرَى الرِّسْمُ بِإِعْطَائِهِ فِي أَوَّلِ السَّنَةِ؛ لِأَنَّ الْخَرَاجَ يُؤْخَذُ فِي أَوَّلِ السَّنَةِ وَهُوَ يُعْطَى مِنْهُ، وَفِي زَمَانِنَا الْخَرَاجُ يُؤْخَذُ فِي آخِرِ السَّنَةِ وَالْمَاخُودُ مِنَ الْخَرَاجِ خَرَاجُ السَّنَةِ الْمَاضِيَةِ هُوَ الصَّحِيحُ، وَلَوْ اسْتَوْفِيَ رِزْقُ سَنَةٍ وَعُزِّلَ قَبْلَ اسْتِكْمَالِهَا، قِيلَ هُوَ عَلَى اخْتِلَافٍ مَعْرُوفٍ فِي نَفَقَةِ الْمَرَأَةِ إِذَا مَاتَتْ فِي السَّنَةِ بَعْدَ اسْتِعْجَالِ نَفَقَةِ السَّنَةِ، وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ يَجِبُ الرُّدُّ.

الشرح:

قَالَ (وَلَا بَأْسَ بِرِزْقِ الْقَاضِي إِخْ) إِذَا قَلَّدَ السُّلْطَانُ رَجُلًا الْقَضَاءَ لَا بَأْسَ أَنْ يُعَيِّنَ لَهُ رِزْقًا بِطَرِيقِ الْكِفَايَةِ لَا أَنْ يَشْتَرِطَ ذَلِكَ فِي ابْتِدَاءِ التَّقْلِيدِ «لَأَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ بَعَثَ عَتَّابَ بْنَ أُسَيْدٍ رضي الله عنه إِلَى مَكَّةَ وَفَرَضَ لَهُ أَرْبَعِينَ أُوقِيَّةً فِي السَّنَةِ» وَالْأُوقِيَّةُ بِالتَّشْدِيدِ أَرْبَعُونَ دِرْهَمًا، وَتَكَلَّمُوا فِي أَنَّهُ رضي الله عنه مِنْ أَيِّ مَالٍ رَزَقَهُ وَلَمْ تَكُنْ يَوْمَئِذٍ الدَّوَاوِينُ وَلَا يَنْتُ الْمَالُ، فَإِنَّ الدَّوَاوِينَ وَضِعَتْ فِي زَمَنِ عُمَرَ رضي الله عنه، فَقِيلَ إِنَّمَا رَزَقَهُ مِنَ الْفَيْءِ، وَقِيلَ مِنَ الْمَالِ الَّذِي أَخَذَهُ مِنْ نَصَارَى نَجْرَانَ وَمِنْ الْجِزْيَةِ الَّتِي أَخَذَهَا مِنْ مَجُوسِ هَجَرَ.

وَقَوْلُهُ (عَلَى اخْتِلَافٍ مَعْرُوفٍ فِي نَفَقَةِ الْمَرْأَةِ) يَعْنِي عَلَى قَوْلِ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ يَجِبُ رَدُّ حِصَّةِ مَا بَقِيَ مِنَ السَّنَةِ، وَعَلَى قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ لَا يَجِبُ. قَاسُوا عَلَى نَفَقَةِ الزَّوْجَةِ إِذَا اسْتَعْجَلَتْ نَفَقَةَ السَّنَةِ فَمَاتَ الزَّوْجُ فِي نِصْفِ السَّنَةِ رَدَّتْ نَفَقَةُ مَا بَقِيَ عِنْدَ مُحَمَّدٍ خِلَافًا لِأَبِي يُوسُفَ.

قَالَ (وَلَا بَأْسَ بِأَنْ تُسَافِرَ الْأُمَةُ وَأُمُّ الْوَلَدِ بِغَيْرِ مَحْرَمٍ)؛ لِأَنَّ الْأَجَانِبَ فِي حَقِّ الْإِمَاءِ فِيمَا يَرْجِعُ إِلَى النَّظَرِ وَالْمَسِّ بِمَنْزِلَةِ الْمَحَارِمِ عَلَى مَا ذَكَرْنَا مِنْ قَبْلُ، وَأُمُّ الْوَلَدِ أُمَّةٌ لِقِيَامِ الْمَلِكِ فِيهَا وَإِنْ امْتَنَعَ بَيْعُهَا وَاللَّهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلَا بَأْسَ أَنْ تُسَافِرَ الْأُمَةُ إِلَى آخِرِهِ) قِيلَ هَذَا كَانَ فِي الْإِبْتِدَاءِ. أَمَّا الْآنَ فَيُكْرَهُ ذَلِكَ لِعَلْبَةِ أَهْلِ الْفُسُوقِ. وَقَوْلُهُ (عَلَى مَا ذَكَرْنَا مِنْ قَبْلُ) إِشَارَةٌ إِلَى مَا ذُكِرَ مِنْ قَبْلِ فَصْلِ الاسْتِبْرَاءِ بِقَوْلِهِ وَأَمَّا الْحُلُوءُ بِهَا وَالْمُسَافَرَةُ فَقَدْ قِيلَ يُبَاحُ كَمَا فِي الْمَحَارِمِ.

كتاب إحياء الموات

قَالَ (المَوَاتُ مَا لَا يُنْتَفَعُ بِهِ مِنَ الْأَرْضِ لِانْقِطَاعِ الْمَاءِ عَنْهُ أَوْ لَغَلْبَةِ الْمَاءِ عَلَيْهِ أَوْ مَا أَشْبَهَ ذَلِكَ مِمَّا يَمْنَعُ الزَّرَاعَةَ) سُمِّيَ بِذَلِكَ لِبُطْلَانِ الْإِنْتِفَاعِ بِهِ.

قَالَ (فَمَا كَانَ مِنْهَا عَادِيًّا لَا مَالِكَ لَهُ أَوْ كَانَ مَمْلُوكًا فِي الْإِسْلَامِ لَا يَعْرِفُ لَهُ مَالِكٌ بَعِيْنُهُ وَهُوَ بَعِيدٌ مِنَ الْقَرْيَةِ بِحَيْثُ إِذَا وَقَفَ إِنْسَانٌ مِنْ أَقْصَى الْعَامِرِ فَصَاحَ لَا يَسْمَعُ الصَّوْتَ فِيهِ فَهُوَ مَوَاتٌ) قَالَ ﷺ: هَكَذَا ذَكَرَهُ الْقُدُورِيُّ، وَمَعْنَى الْعَادِيٍّ مَا قَدَّمَ خَرَابُهُ.

وَالْمُرُويُّ عَنْ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ يَشْتَرِطُ أَنْ لَا يَكُونَ مَمْلُوكًا مُسْلِمًا أَوْ ذِمِّيًّا مَعَ انْقِطَاعِ الْإِرْتِفَاقِ بِهَا لِيَكُونَ مَيْتَةً مُطْلَقًا، فَأَمَّا الَّتِي هِيَ مَمْلُوكَةٌ مُسْلِمًا أَوْ ذِمِّيًّا لَا تَكُونُ مَوَاتًا، وَإِذَا لَمْ يَعْرِفْ مَالِكُهُ تَكُونُ لَجَمَاعَةِ الْمُسْلِمِينَ، وَلَوْ ظَهَرَ لَهُ مَالِكٌ يَرُدُّ عَلَيْهِ، وَيُضْمَنُ الزَّارِعُ ثَقُصَانَهَا، وَالْبُعْدُ عَنِ الْقَرْيَةِ عَلَى مَا قَالَ شَرْطُهُ أَبُو يُوسُفَ، لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ مَا يَكُونُ قَرِيبًا مِنَ الْقَرْيَةِ لَا يَنْقَطِعُ ارْتِفَاقُ أَهْلِهَا عَنْهُ فَيُدَارِ الْحُكْمُ عَلَيْهِ.

وَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ اعْتَبَرَ انْقِطَاعَ ارْتِفَاقِ أَهْلِ الْقَرْيَةِ عَنْهَا حَقِيقَةً، وَإِنْ كَانَ قَرِيبًا مِنَ الْقَرْيَةِ، كَذَا ذَكَرَهُ الْإِمَامُ الْمَعْرُوفُ بِخَوَاهِرِ زَادَهُ رَحِمَهُ اللَّهُ، وَشَمَسُ الْأُكَيْمَةِ السَّرْحَسِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ اعْتَمَدَ عَلَى مَا اخْتَارَهُ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ (ثُمَّ مَنْ أَحْيَاهُ بِإِذْنِ الْإِمَامِ مَلَكُهُ، وَإِنْ أَحْيَاهُ بغيرِ إِذْنِهِ لَمْ يَمْلِكْهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ، وَقَالَا: يَمْلِكُهُ) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً فَهِيَ لَهُ» ^(١) وَلَأَنَّهُ مَالٌ مُبَاحٌ سَبَقَتْ يَدُهُ إِلَيْهِ فَيَمْلِكُهُ كَمَا فِي الْحَطَبِ وَالصَّيْدِ.

وَلَأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «لَيْسَ لِلْمَرْءِ إِلَّا مَا طَابَتْ نَفْسُ إِمَامِهِ بِهِ» وَمَا رَوِيَاهُ يَحْتَمِلُ أَنَّهُ إِذَنْ لِقَوْمٍ لَا نَصَبَ لَشَرْعٍ، وَلَأَنَّهُ مَغْنُومٌ لَوْصُولُهُ إِلَى يَدِ الْمُسْلِمِينَ بِإِيْجَافِ الْخَيْلِ وَالرُّكَابِ فَلَيْسَ لِأَحَدٍ أَنْ يَخْتَصَّ بِهِ بِدُونِ إِذْنِ الْإِمَامِ كَمَا فِي سَائِرِ الْغَنَائِمِ. وَيَجِبُ فِيهِ الْعَشْرُ؛ لِأَنَّهُ ابْتِدَاءُ تَوْظِيفِ الْخَرَاجِ عَلَى الْمُسْلِمِ لَا يَجُوزُ إِلَّا إِذَا سَقَاهُ بِمَاءِ الْخَرَاجِ؛ لِأَنَّهُ حِينَئِذٍ يَكُونُ إِبْقَاءُ الْخَرَاجِ عَلَى اعْتِبَارِ الْمَاءِ.

(١) أخرجه البخاري في الحرث والمزراعة باب ١٥، وأحمد (١٢٠/٦).

فَلَوْ أَحْيَاهَا، ثُمَّ تَرَكَهَا فَزَرَعَهَا غَيْرُهُ فَقَدْ قِيلَ الثَّانِي أَحَقُّ بِهَا؛ لِأَنَّ الْأَوَّلَ مَلَكَ
 اسْتِغْلَالُهَا لَا رَقَبَتَهَا، فَإِذَا تَرَكَهَا كَانَ الثَّانِي أَحَقُّ بِهَا. وَالْأَصَحُّ أَنَّ الْأَوَّلَ يَنْزِعُهَا مِنَ
 الثَّانِي؛ لِأَنَّهُ مَلَكَهَا بِالْإِحْيَاءِ عَلَى مَا نَطَقَ بِهِ الْحَدِيثُ، إِذِ الْإِضَافَةُ فِيهِ فَالِلْأَمِّ التَّمْلِكِ
 وَمِلْكُهُ لَا يَزُولُ بِالتَّرْكِ.

وَمَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً ثُمَّ أَحَاطَ الْإِحْيَاءُ بِجَوَانِبِهَا الْأَرْبَعَةِ مِنْ أَرْبَعَةِ نَفَرٍ عَلَى
 التَّعَاقُبِ؛ فَعَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّ طَرِيقَ الْأَوَّلِ فِي الْأَرْضِ الرَّابِعَةِ لَتَعْيُنِهَا لِطَرَفِهِ وَقَصْدِ الرَّابِعِ
 إِبْطَالُ حَقِّهِ.

الشرح:

(كِتَابُ إِحْيَاءِ الْمَوَاتِ) مُنَاسِبَةٌ هَذَا الْكِتَابِ بِكِتَابِ الْكَرَاهِيَةِ يَجُوزُ أَنْ تَكُونَ مِنْ
 حَيْثُ إِنَّ فِي مَسَائِلِ هَذَا الْكِتَابِ مَا يُكْرَهُ، وَمَا لَا يُكْرَهُ، وَمِنْ مَحَاسِنِهِ التَّسْيِيبُ
 لِلخَصْبِ فِي أَقْوَاتِ الْأَنْامِ وَمَشْرُوعِيَّتُهُ بِقَوْلِهِ ﷺ «مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً فَهِيَ لَهُ»
 وَشُرُوطُهُ سُدُّ ذِكْرٍ فِي أَثْنَاءِ الْكَلَامِ. وَسَبَبُهُ تَعَلُّقُ الْبَقَاءِ الْمُقَدَّرِ كَمَا مَرَّ غَيْرَ مَرَّةٍ. وَحُكْمُهُ
 تَمْلِكُ الْمُحْيِي مَا أَحْيَاهُ.

قَالَ (الْمَوَاتُ مَا لَا يُنْتَفَعُ بِهِ مِنَ الْأَرْضِ) شَبَّهُ مَا لَا يُنْتَفَعُ بِهِ مِنَ الْأَرْضِ
 لَا تَقْطَاعِ الْمَاءِ عَنْهُ أَوْ لَعَلَّةِ الْمَاءِ عَلَيْهِ أَوْ مَا أَشَبَّهُ ذَلِكَ بِأَنْ غَلَبَ عَلَيْهِ الرَّمَالُ أَوْ صَارَ
 سَبْخَةً بِأَلْيَتِ مِنَ الْحَيَوَانِ الَّذِي بَطَلَتْ مَنَافِعُهُ فَسُمِّيَ مَوَاتًا، وَإِحْيَاؤُهُ عِبَارَةٌ عَنْ جَعْلِهِ
 بِحَيْثُ يُنْتَفَعُ بِهِ.

قَوْلُهُ (فَمَا كَانَ مِنْ عَادِيَا) لَيْسَ الْمُرَادُ بِهِ مَا يَفْتَضِيهِ ظَاهِرُ لَفْظِهِ مِنْ أَنْ يَكُونَ
 مَنَسُوبًا إِلَى عَادٍ. لِأَنَّ عَادًا لَمْ يَمْلِكْ جَمِيعَ أَرْضِي الْمَوَاتِ. وَلَكِنْ مُرَادُهُ مَا تَقَدَّمَ خَرَابُهُ
 كَمَا ذُكِرَ فِي الْكِتَابِ. وَقَوْلُهُ (أَوْ كَانَ مَمْلُوكًا فِي الْإِسْلَامِ لَا يُعْرِفُ لَهُ مَالِكٌ بَعِيْنُهُ)
 قَوْلُ بَعْضِ الْمَشَائِخِ رَحِمَهُمُ اللَّهُ. وَقَالَ بَعْضُهُمْ: الْأَرْضُ الْمَمْلُوكَةُ إِذَا الْقَرَضُ أَهْلُهَا
 فَهِيَ كَاللُّقْطَةِ. وَقَوْلُهُ (وَإِذَا لَمْ يُعْرِفْ مَالِكُهُ) مِنْ تَتِمَّةِ قَوْلِ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ.

وَقَوْلُهُ (فَيَدَارُ الْحُكْمُ عَلَيْهِ) أَيُّ عَلَى الْقُرْبِ مَرْجِعُ حُكْمِي يُفْهَمُ مِنْ قَوْلِهِ قَرِيبًا.
 وَقَوْلُهُ (ثُمَّ مَنْ أَحْيَاهُ) وَاصِحٌّ. وَقَوْلُهُ (وَمَا رَوِيَاهُ يَحْتَمِلُ أَنَّهُ إِذَنْ لِقَوْمٍ لَا نَصَبُ لَشَرْعٍ)
 تَقْرِيرُهُ أَنَّ الْمَشْرُوعَاتِ عَلَى تَوْعِينٍ: أَحَدُهُمَا نَصَبُ الشَّرْعِ. وَالْآخَرُ إِذَنْ بِالشَّرْعِ.

فَالأَوَّلُ كَقَوْلِهِ ﷺ «مَنْ قَاءَ أَوْ رَعَفَ فِي صَلَاتِهِ فَلْيَنْصَرِفْ» وَالْآخِرُ كَقَوْلِهِ ﷺ «مَنْ قَتَلَ قَتِيلًا فَلَهُ سَلْبُهُ» أَيْ لِلْإِمَامِ أَنْ يَأْذَنَ لِلْعَازِي بِهَذَا الْقَوْلِ، فَكَانَ ذَلِكَ مِنْهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ إِذْنَا لِقَوْمٍ مُعَيَّنِينَ، فَيُجُوزُ أَنْ يَكُونَ قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَوَاتًا فَهِيَ لَهُ» مِنْ ذَلِكَ الْقَبِيلِ.

وَحَاصِلُهُ أَنَّ ذَلِكَ يَحْتَمِلُ التَّأْوِيلَ، وَمَا ذَكَرَهُ أَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ مُفَسِّرًا لَا يَقْبَلُهُ فَكَانَ رَاجِحًا، وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرٌ وَهُوَ أَنَّ قَوْلَهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيِّتَةً فَهِيَ لَهُ» يَدُلُّ عَلَى السَّبَبِ فَإِنَّ الْحُكْمَ إِذَا تَرْتَّبَ عَلَى مُشْتَقٍّ دَلَّ عَلَى عَلَيْهِ الْمُشْتَقُّ مِنْهُ لِلذَلِكَ الْحُكْمِ، وَلَيْسَ فِيهِ مَا يَمْنَعُ كَوْنَهُ مَشْرُوطًا بِإِذْنِ الْإِمَامِ وَقَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «لَيْسَ لِلْمَرْءِ إِلَّا مَا طَابَتْ بِهِ نَفْسُ إِمَامِهِ» يَدُلُّ عَلَى ذَلِكَ. وَقَوْلُهُ (وَالْأَصَحُّ أَنَّ الْأَوَّلَ يَنْزِعُهَا مِنَ الثَّانِي) بَيَّانُهُ أَنَّ الْمَشَايخَ رَحِمَهُمُ اللَّهُ اخْتَلَفُوا فِي أَنَّ إِحْيَاءَ الْمَوَاتِ يُثَبِّتُ مِلْكَ الْاِسْتِغْلَالِ أَوْ مِلْكَ الرَّقَبَةِ، فَذَهَبَ بَعْضُهُمْ مِنْهُمْ الْفَقِيهَ أَبُو الْقَاسِمِ أَحْمَدُ الْبَلْخِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ إِلَى الْأَوَّلِ قِيَاسًا عَلَى مَنْ جَلَسَ فِي مَوْضِعٍ مُبَاحٍ فَإِنَّ لَهُ الْاِئْتِفَاعَ بِهِ. فَإِذَا قَامَ عَنْهُ وَأَعْرَضَ بَطَلَ حَقُّهُ. وَعَامَّتُهُمْ إِلَى الثَّانِي اسْتِدْلَالًا بِالْحَدِيثِ، فَإِنَّهُ أَضَافَ فَالْإِمَامُ التَّمْلِيكَ فِي قَوْلِهِ فَهِيَ لَهُ وَمِلْكُهُ لَا يَزُولُ بِالتَّرْكِ.

وَلَقَائِلُ أَنْ يَقُولَ: الْاِسْتِدْلَالُ بِهَذَا الْحَدِيثِ عَلَى مَذْهَبِهِمَا صَحِيحٌ، وَأَمَّا عَلَى مَذْهَبِ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ فَفِيهِ نَظَرٌ، لِأَنَّهُ حَمَلَهُ عَلَى كَوْنِهِ إِذْنَا لَا شَرْعًا فَكَيْفَ يَصِحُّ الْاِسْتِدْلَالُ بِهِ.

وَالْجَوَابُ أَنَّهُ وَإِنْ كَانَ إِذْنَا لَهُ لَكِنَّهُ إِذَا أْذَنَ لَهُ الْإِمَامُ كَانَ شَرْعًا؛ أَلَا تَرَى أَنَّ مَنْ قَالَ لَهُ الْإِمَامُ مَنْ قَتَلَ قَتِيلًا فَلَهُ سَلْبُهُ مَلَكٌ سَلَبَ مَنْ قَتَلَهُ. وَقَوْلُهُ (لَتَعْنِيهَا لِتَطْرُفِهِ) لِأَنَّهُ حِينَ سَكَتَ عَنِ الْأَوَّلِ وَالثَّانِي وَالثَّالِثِ صَارَ الْبَاقِي طَرِيقًا لَهُ، فَإِذَا أَحْيَاهُ الرَّابِعُ فَقَدْ أَحْيَا طَرِيقَهُ مِنْ حَيْثُ الْمَعْنَى فَيَكُونُ لَهُ فِيهِ طَرِيقٌ.

قَالَ (وَيَمْلِكُ الذَّمِّيُّ بِالْإِحْيَاءِ كَمَا يَمْلِكُهُ الْمُسْلِمُ)؛ لِأَنَّ الْإِحْيَاءَ سَبَبُ الْمِلْكِ، إِلَّا أَنْ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ إِذْنُ الْإِمَامِ مِنْ شَرْطِهِ فَيَسْتَوِيَانِ فِيهِ كَمَا فِي سَائِرِ أَسْبَابِ الْمِلْكِ حَتَّى الْاِسْتِيلَاءَ عَلَى أَصْلَانَا.

الشرح:

قَالَ (وَيَمْلِكُ الذَّمِّيُّ بِالْإِحْيَاءِ) الْمُسْلِمُ وَالذَّمِّيُّ فِي تَمْلِكِ مَا أَحْيَاهُ سَوَاءً

لَا سَبَبَ لِلْمَلِكِ حَتَّى الْاِسْتِيْلَاءِ، فَإِنَّ الْكَافِرَ يَمْلِكُ مَالَ الْمُسْلِمِ بِالْاِسْتِيْلَاءِ عَلَى أَصْلَانَا كَالْمُسْلِمِينَ.

قَالَ (وَمَنْ حَجَرَ أَرْضًا وَلَمْ يَعْمُرْهَا ثَلَاثَ سِنِينَ أَخَذَهَا الْإِمَامُ وَدَفَعَهَا إِلَى غَيْرِهِ) لِأَنَّ الدَّفْعَ إِلَى الْأَوَّلِ كَانَ لِيَعْمُرَهَا فَتَحْصُلُ الْمَنْفَعَةُ لِلْمُسْلِمِينَ مِنْ حَيْثُ الْعُشْرُ أَوْ الْخَرَاجُ. فَإِذَا لَمْ تَحْصُلْ يَدْفَعُ إِلَى غَيْرِهِ تَحْصِيلًا لِلْمَقْصُودِ، وَلِأَنَّ التَّحْجِيرَ لَيْسَ بِإِحْيَاءٍ لِيَمْلِكَهُ بِهِ؛ لِأَنَّ الْإِحْيَاءَ إِنَّمَا هُوَ الْعِمَارَةُ وَالتَّحْجِيرُ الْإِعْلَامُ، سُمِّيَ بِهِ لِأَنَّهُمْ كَانُوا يَعْلَمُونَهُ بِوَضْعِ الْأَحْجَارِ حَوْلَهُ أَوْ يَعْلَمُونَهُ لِحَجَرِ غَيْرِهِمْ عَنْ إِحْيَائِهِ فَبَقِيَ غَيْرَ مَمْلُوكٍ كَمَا كَانَ هُوَ الصَّحِيحُ.

وإِنَّمَا شَرَطَ تَرْكَ ثَلَاثِ سِنِينَ لِقَوْلِ عُمَرَ رضي الله عنه: لَيْسَ لِمُتَحَجِّرٍ بَعْدَ ثَلَاثِ سِنِينَ حَقٌّ. وَلِأَنَّهُ إِذَا أَعْلَمَهُ لَا بُدَّ مِنْ زَمَانٍ يَرْجِعُ فِيهِ إِلَى وَطَنِهِ وَزَمَانٍ يُهَيِّئُ أُمُورَهُ فِيهِ، ثُمَّ زَمَانٍ يَرْجِعُ فِيهِ إِلَى مَا يَحْجَرُهُ فَقَدَرْنَاهُ بِثَلَاثِ سِنِينَ؛ لِأَنَّ مَا دُونَهَا مِنَ السَّاعَاتِ وَالْأَيَّامِ وَالشُّهُورِ لَا يُضِي بِذَلِكَ، وَإِذَا لَمْ يَحْضُرْ بَعْدَ انْقِضَائِهَا فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ تَرَكَهَا. قَالُوا: هَذَا كُلُّهُ دِيَانَةٌ، فَأَمَّا إِذَا أَحْيَاها غَيْرُهُ قَبْلَ مُضِيِّ هَذِهِ الْمُدَّةِ مَلَكَهَا لِتَحَقُّقِ الْإِحْيَاءِ مِنْهُ دُونَ الْأَوَّلِ وَصَارَ كَالْاِسْتِيَامِ فَإِنَّهُ يُكْرَهُ، وَلَوْ فَعَلَ يَجُوزُ الْعَقْدُ.

ثُمَّ التَّحْجِيرُ قَدْ يَكُونُ بِغَيْرِ الْحَجَرِ بَأَنْ غَرَزَ حَوْلَهَا أَغْصَانًا يَابِسَةً أَوْ نَقَى الْأَرْضَ وَأَحْرَقَ مَا فِيهَا مِنَ الشُّوكِ أَوْ خَضَدَ مَا فِيهَا مِنَ الْحَشِيشِ أَوْ الشُّوكِ، وَجَعَلَهَا حَوْلَهَا وَجَعَلَ الثَّرَابَ عَلَيْهَا مِنْ غَيْرِ أَنْ يُتِمَّ الْمُسْنَاءَ لِيَمْنَعَ النَّاسَ مِنَ الدُّخُولِ، أَوْ حَفَرَ مِنْ بَنَرٍ ذِرَاعًا أَوْ ذِرَاعَيْنِ، وَفِي الْأَخِيرِ وَرَدَ الْخَبَرُ. وَلَوْ كَرَبَهَا وَسَقَاهَا فَعَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ إِحْيَاءٌ، وَلَوْ فَعَلَ أَحَدُهُمَا يَكُونُ تَحْجِيرًا، وَلَوْ حَفَرَ أَنْهَارَهَا وَلَمْ يَسْقَهَا يَكُونُ تَحْجِيرًا، وَإِنْ سَقَاهَا مَعَ حَفْرِ الْأَنْهَارِ كَانَ إِحْيَاءً لَوْجُودِ الْفِعْلَيْنِ، وَلَوْ حَوَّطَهَا أَوْ سَنَمَهَا بِحَيْثُ يَعَصِمُ الْمَاءُ يَكُونُ إِحْيَاءً؛ لِأَنَّهُ مِنْ جُمْلَةِ الْبِنَاءِ، وَكَذَا إِذَا بَذَرَهَا.

الشرح:

(قَوْلُهُ وَمَنْ حَجَرَ أَرْضًا) يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ مِنَ الْحَجَرِ يَفْتَحُ الْجِيمَ وَسُكُونِهِ، وَمَعْنَى الْأَوَّلِ أَعْلَمَ بِوَضْعِ الْأَحْجَارِ حَوْلَهُ لِأَنَّهُمْ كَانُوا يَفْعَلُونَ ذَلِكَ، وَمَعْنَى الثَّانِي أَعْلَمَ بِحَجَرِ

الْغَيْرِ عَنْ إِحْيَائِهَا فَكَانَ التَّحْجِيرُ هُوَ الْإِعْلَامُ، فَإِذَا حَجَّرَ أَرْضًا وَلَمْ يَغْمُرْهَا ثَلَاثَ سِنِينَ أَخَذَهَا الْإِمَامُ وَدَفَعَهَا إِلَى غَيْرِهِ، وَالْأَصْلُ فِي ذَلِكَ أَنَّ الْمَشَايخَ رَحِمَهُمُ اللَّهُ اخْتَلَفُوا فِي كَوْنِهِ مُفِيدًا لِلْمَلِكِ؛ فَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ: يُفِيدُ مَلِكًا مُوَقَّتًا إِلَى ثَلَاثِ سِنِينَ، وَقِيلَ لَا يُفِيدُ وَهُوَ مُخْتَارُ الْمُصَنِّفِ رَحِمَهُ اللَّهُ، أَشَارَ إِلَيْهِ بِقَوْلِهِ (هُوَ الصَّحِيحُ).

قِيلَ وَتَمَرَةُ الْخِلَافِ تَظْهَرُ فِيمَا إِذَا جَاءَ إِنْسَانٌ آخَرُ قَبْلَ مُضِيِّ ثَلَاثِ سِنِينَ وَأَحْيَاهُ، فَإِنَّهُ مَلَكُهُ عَلَى الثَّانِي وَلَمْ يَمْلِكْهُ عَلَى الْأَوَّلِ.

وَجْهُ الْأَوَّلِ مَا رُوِيَ عَنْ عُمَرَ رضي الله عنه: لَيْسَ لِمُتَحَجِّرٍ حَقٌّ بَعْدَ ثَلَاثِ سِنِينَ نَفَى الْحَقُّ بَعْدَ ثَلَاثِ سِنِينَ فَيَكُونُ لَهُ الْحَقُّ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ، وَالْمُطْلَقُ يَنْصَرِفُ إِلَى الْكَامِلِ، وَالْحَقُّ الْكَامِلُ هُوَ الْمَلِكُ.

وَوَجْهُ الصَّحِيحِ مَا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ. وَالْجَوَابُ عَنْ اسْتِدْلَالِهِمْ أَنَّ ذَلِكَ مَفْهُومٌ وَهُوَ لَيْسَ بِحُجَّةٍ. وَقَوْلُهُ (مِنْ غَيْرِ أَنْ يُتِمَّ الْمُسَنَّةَ) هُوَ مَا يُبْنَى لِلسَّيْلِ لِيرُدِّ الْمَاءَ. وَقَوْلُهُ (وَفِي الْأَخِيرِ) يُرِيدُ حَفَرَ الْبُئْرِ (وَرَدَّ الْحَبْرُ) وَهُوَ مَا رُوِيَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ «مَنْ حَفَرَ بُئْرًا مِقْدَارَ ذِرَاعٍ فَهُوَ مُتَحَجِّرٌ».

قَالَ (وَلَا يَجُوزُ إِحْيَاءُ مَا قَرُبَ مِنَ الْعَامِرِ وَيُتْرَكُ مَرَعَى لِأَهْلِ الْقَرْيَةِ وَمَطَرَحًا لِحَصَائِدِهِمْ) لَتَحَقُّقِ حَاجَتِهِمْ إِلَيْهَا حَقِيقَةً أَوْ دَلَالَةً عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ، فَلَا يَكُونُ مَوَاتًا لَتَعْلُقِ حَقَّهُمْ بِهَا بِمَنْزِلَةِ الطَّرِيقِ وَالنَّهْرِ.

وَعَلَى هَذَا قَالُوا: لَا يَجُوزُ لِلْإِمَامِ أَنْ يَقْطَعَ مَا لَا غِنَى بِالْمُسْلِمِينَ عَنْهُ كَالْمِلْحِ وَالْأَبَارِ الَّتِي يَسْتَقِي النَّاسُ مِنْهَا لَمَّا ذَكَرْنَا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (لَتَحَقُّقِ حَاجَتِهِمْ إِلَيْهَا حَقِيقَةً) يَعْنِي عِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ (أَوْ دَلَالَةً) عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ. وَقَوْلُهُ (عَلَى مَا بَيَّنَّا) إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ وَمُحَمَّدٌ اعْتَبَرَ انْقِطَاعَ ارْتِفَاقِ أَهْلِ الْقَرْيَةِ عَنْهَا حَقِيقَةً إلخ.

وَقَوْلُهُ (لَا يَجُوزُ أَنْ يَقْطَعَ الْإِمَامُ) يُقَالُ أَقْطَعَ السُّلْطَانُ رَجُلًا أَرْضًا: أَيَّ أَعْطَاهُ إِيَّاهَا وَخَصَّصَهُ بِهَا. وَقَوْلُهُ (لَمَّا ذَكَرْنَا) إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ لَتَحَقُّقِ حَاجَتِهِمْ إِلَيْهَا. الْعَطْنُ: مَنَاخُ الْإِبِلِ وَمَبْرَكُهَا.

قَالَ (وَمَنْ حَفَرَ بئْرًا فِي بَرِيَّةٍ فَلَهُ حَرِيمُهَا) وَمَعْنَاهُ إِذَا حَفَرَ فِي أَرْضٍ مَوَاتٍ بِإِذْنِ الْإِمَامِ عِنْدَهُ أَوْ بِإِذْنِهِ وَبَغَيْرِ إِذْنِهِ عِنْدَهُمَا؛ لِأَنَّ حَفَرَ الْبئرِ إِحْيَاءٌ.

قَالَ (فَإِنْ كَانَتْ لِلْعَطَنِ فَحَرِيمُهَا أَرْبَعُونَ ذِرَاعًا) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «مَنْ حَفَرَ بئْرًا فَلَهُ مِمَّا حَوْلَهَا أَرْبَعُونَ ذِرَاعًا عَطْنًا لِمَاشِيَتِهِ» ثُمَّ قِيلَ: الْأَرْبَعُونَ مِنْ كُلِّ الْجَوَانِبِ. وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ مِنْ كُلِّ جَانِبٍ؛ لِأَنَّ فِي الْأَرْضِ رَخْوَةً وَيَتَحَوَّلُ الْمَاءُ إِلَى مَا حَفَرَ دُونَهَا (وَإِنْ كَانَتْ لِلنَّاضِحِ فَحَرِيمُهَا سِتُّونَ ذِرَاعًا، وَهَذَا عِنْدَهُمَا).

وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ أَرْبَعُونَ ذِرَاعًا) لَهَا قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «حَرِيمُ الْعَيْنِ خَمْسُمِائَةِ ذِرَاعٍ. وَحَرِيمُ بئرِ الْعَطَنِ أَرْبَعُونَ ذِرَاعًا، وَحَرِيمُ بئرِ النَّاضِحِ سِتُّونَ ذِرَاعًا»^(١) وَلأنَّهُ قَدْ يُحْتَاجُ فِيهِ إِلَى أَنْ يُسَيَّرَ دَائِبَتُهُ لِلإِسْتِقَاءِ، وَقَدْ يَطُولُ الرِّشَاءُ وَبئرُ الْعَطَنِ لِلإِسْتِقَاءِ مِنْهُ بِيَدِهِ فَقَلَّتِ الْحَاجَةُ فَلَا بُدَّ مِنَ التَّفَاوُتِ.

وَلَهُ مَا رَوَيْنَا مِنْ غَيْرِ فَصَلِّ، وَالْعَامُّ الْمُتَّفَقُ عَلَى قَبُولِهِ وَالْعَمَلُ بِهِ أَوَّلَى عِنْدَهُ مِنَ الْخَاصِّ الْمُخْتَلَفِ فِي قَبُولِهِ وَالْعَمَلُ بِهِ، وَلِأَنَّ الْقِيَاسَ يَأْبَى اسْتِحْقَاقَ الْحَرِيمِ؛ لِأَنَّ عَمَلَهُ فِي مَوْضِعِ الْحَفْرِ، وَالِاسْتِحْقَاقُ بِهِ، فَفِيمَا اتَّفَقَ عَلَيْهِ الْحَدِيثَانِ تَرَكْنَاهُ وَفِيمَا تَعَارَضَا فِيهِ حَفِظْنَاهُ؛ وَلأنَّهُ قَدْ يُسْتَقَى مِنَ الْعَطَنِ بِالنَّاضِحِ وَمِنْ بئرِ النَّاضِحِ بِالْيَدِ فَاسْتَوَتْ الْحَاجَةُ فِيهِمَا، وَيُمْكِنُهُ أَنْ يُدْبِرَ الْبَعِيرَ حَوْلَ الْبئرِ فَلَا يَحْتَاجُ فِيهِ إِلَى زِيَادَةِ مَسَافَةٍ؛

قَالَ (وَإِنْ كَانَتْ عَيْنًا فَحَرِيمُهَا خَمْسُمِائَةِ ذِرَاعٍ) لِمَا رَوَيْنَا، وَلِأَنَّ الْحَاجَةَ فِيهِ إِلَى زِيَادَةِ مَسَافَةٍ؛ لِأَنَّ الْعَيْنَ تُسْتَخْرَجُ لِلزَّرْعَةِ فَلَا بُدَّ مِنْ مَوْضِعٍ يَجْرِي فِيهِ الْمَاءُ وَمِنْ حَوْضٍ يَجْتَمِعُ فِيهِ الْمَاءُ.

وَمِنْ مَوْضِعٍ يُجْرَى فِيهِ إِلَى الْمَزْرَعَةِ فَلِهَذَا يُقَدَّرُ بِالزِّيَادَةِ، وَالتَّقْدِيرُ بِخَمْسُمِائَةِ بِالنُّوْقِيفِ. وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ خَمْسُمِائَةِ ذِرَاعٍ مِنْ كُلِّ جَانِبٍ كَمَا ذَكَرْنَا فِي الْعَطَنِ، وَالذِّرَاعُ هِيَ الْمَكْسُورَةُ وَقَدْ بَيَّنَّا مِنْ قَبْلُ.

وَقِيلَ إِنَّ التَّقْدِيرَ فِي الْعَيْنِ وَالْبئرِ بِمَا ذَكَرْنَاهُ فِي أَرْضِيهِمْ لِصَلَابَتِهَا وَفِي أَرْضِينَا رَخَاوَةً فَيَزَادُ كَي لَا يَتَحَوَّلَ الْمَاءُ إِلَى الثَّانِي فَيَتَعَطَّلُ الْأَوَّلُ. قَالَ (فَمَنْ أَرَادَ أَنْ

(١) قال الزيلعي في نصب الراية (٤/٦٠٨): غريب.

يَحْفَرُ فِي حَرِيمِهَا مَنَعٌ مِنْهُ) كَيْ لَا يُؤَدِّيَ إِلَى تَقْوِيَتِ حَقِّهِ وَالْإِخْلَالِ بِهِ، وَهَذَا لِأَنَّهُ بِالْحَفْرِ مَلِكُ الْحَرِيمِ ضَرُورَةٌ ثَمَكَّتُهُ مِنَ الْإِنْتِفَاعِ بِهِ فَلَيْسَ لغيرِهِ أَنْ يَتَصَرَّفَ فِي مَلِكِهِ؛ فَإِنْ احْتَفَرَ آخَرُ بئرًا فِي حَرِيمِ الْأَوَّلِ لِلأَوَّلِ أَنْ يُصْلِحَهُ وَيَكْبِسَهُ تَبَرُّعًا، وَلَوْ أَرَادَ اخْتِذَ الثَّانِي فِيهِ قِيلَ: لَهُ أَنْ يَأْخُذَهُ وَيَكْبِسَهُ؛ لِأَنَّ إِزَالَتَ جِنَايَةِ حَفْرِهِ بِهِ كَمَا فِي الْكُنَاسَةِ يَلْقِبُهَا فِي دَارِ غَيْرِهِ فَإِنَّهُ يُؤْخَذُ بِرَفْعِهَا، وَقِيلَ يُضْمَنُ النُّقْصَانُ ثُمَّ يَكْبِسُهُ بِنَفْسِهِ كَمَا إِذَا هَدَمَ جِدَارَ غَيْرِهِ، وَهَذَا هُوَ الصَّحِيحُ ذَكَرَهُ فِي آدَبِ الْقَاضِي لِلْخَصَافِ.

وَذَكَرَ طَرِيقَ مَعْرِفَةِ النُّقْصَانِ، وَمَا عَطِبَ فِي الْأَوَّلِ فَلَا ضَمَانَ فِيهِ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مُتَعَدٍّ، إِنْ كَانَ يَأْذِنُ الْإِمَامُ فَظَاهِرٌ، وَكَذَا إِنْ كَانَ يَغْيِرُ إِذْنَهُ عِنْدَهُمَا. وَالْعَذْرُ لِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ جَعَلَ فِي الْحَفْرِ تَحْجِيرًا وَهُوَ بِسَبِيلِ مَنْهُ يَغْيِرُ إِذْنُ الْإِمَامِ، وَإِنْ كَانَ لَا يَمْلِكُهُ بِدُونِهِ، وَمَا عَطِبَ فِي الثَّانِيَةِ فَفِيهِ الضَّمَانُ؛ لِأَنَّهُ مُتَعَدٍّ فِيهِ حَيْثُ حَفَرَ فِي مَلِكِ غَيْرِهِ. وَإِنْ حَفَرَ الثَّانِي بئرًا وَرَاءَ حَرِيمِ الْأَوَّلِ فَذَهَبَ مَاءُ الْبئرِ الْأَوَّلِ فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مُتَعَدٍّ فِي حَفْرِهَا، وَلِلثَّانِي الْحَرِيمُ مِنَ الْجَوَانِبِ الثَّلَاثَةِ دُونَ الْجَانِبِ الْأَوَّلِ لِسَبْقِ مَلِكِ الْحَافِرِ الْأَوَّلِ فِيهِ.

الشرح:

قَوْلُهُ (قِيلَ الْأَرْبَعُونَ مِنْ كُلِّ الْجَوَانِبِ) يَعْنِي يَكُونُ فِي كُلِّ جَانِبٍ عَشْرَةٌ أَذْرُعَ لظَاهِرِ قَوْلِهِ ﷺ «مَنْ حَفَرَ بئرًا فَلَهُ مِمَّا حَوْلَهَا أَرْبَعُونَ ذِرَاعًا عَطْنَا لِمَاشِيَتِهِ» فَإِنَّهُ بِظَاهِرِهِ يَجْمَعُ الْجَوَانِبَ الْأَرْبَعَ.

وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ مِنْ كُلِّ جَانِبٍ، لِأَنَّ الْمَقْصُودَ مِنَ الْحَرِيمِ دَفْعُ الضَّرَرِ عَنْ صَاحِبِ الْبئرِ الْأَوَّلِي كَيْ لَا يَحْفَرَ بِحَرِيمِهِ أَحَدٌ بئرًا أُخْرَى فَيَتَحَوَّلَ إِلَيْهَا مَاءُ بئرِهِ، وَهَذَا الضَّرَرُ لَا يَنْدَفِعُ بِعَشْرَةِ أَذْرُعٍ " مِنْ " كُلِّ جَانِبٍ بَيِّقِينَ، فَإِنَّ الْأَرَاضِي تَخْتَلِفُ فِي الصَّلَابَةِ وَالرَّخَاوَةِ، وَفِي مِقْدَارِ أَرْبَعِينَ ذِرَاعًا مِنْ كُلِّ جَانِبٍ يَتَيَقَّنُ بِدَفْعِ الضَّرَرِ.

وَالنَّاصِحُ: الْبَعِيرُ. وَقَوْلُهُ (وَلَهُ مَا رَوَيْنَا) يُرِيدُ بِهِ قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «مَنْ حَفَرَ بئرًا فَلَهُ مِمَّا حَوْلَهَا أَرْبَعُونَ ذِرَاعًا مِنْ غَيْرِ فَصْلٍ» يَعْنِي بَيْنَ الْعَطَنِ وَالنَّاصِحِ، وَاعْتَرَضَ بِأَنَّهُ مُقْبَدٌ بِقَوْلِهِ عَطْنَا لِمَاشِيَتِهِ، فَيَكُونُ قَدْ فَصَلَ بَيْنَ الْعَطَنِ وَالنَّاصِحِ.

وَأَجِيبَ بِأَنَّ ذِكْرَ ذَلِكَ اللَّفْظِ لِلتَّغْلِيظِ لَا لِلتَّقْيِيدِ، فَإِنَّ الْغَالِبَ فِي انْتِفَاعِ الْآبَارِ

فِي الْفَلَوَاتِ هَذَا الطَّرِيقُ فَيَكُونُ ذِكْرُ الْعَطَنِ ذِكْرًا لَجَمِيعِ الْإِنْفَاعَاتِ كَمَا فِي قَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَذَرُوا الْبَيْعَ﴾ [الجمعة: ٩] قَيْدَ الْبَيْعِ لِمَا أَنَّ الْغَالِبَ فِي ذَلِكَ الْيَوْمِ الْبَيْعُ، وَكَذَلِكَ قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ آلِيَتِمَى ظُلْمًا﴾ [النساء: ١٠] وَالْوَعِيدُ لَيْسَ بِمَخْصُوصٍ بِالْأَكْلِ، وَلَكِنَّ الْغَالِبَ مِنْ أَمْرِهِ الْأَكْلُ فَأَخْرَجَهُ عَلَى مَا عَلَيْهِ الْغَالِبُ، وَالِدَّلِيلُ عَلَى ذَلِكَ مَا رَوَى أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ قَالَ: حَدَّثَنَا أَشْعَبُ بْنُ سَوَّارٍ عَنْ الشَّعْبِيِّ أَنَّهُ قَالَ: حَرِيمُ الْبَثْرِ أَرْبَعُونَ ذِرَاعًا مِنْ هَاهُنَا وَهَاهُنَا وَهَاهُنَا وَهَاهُنَا لَا يَدْخُلُ عَلَيْهِ أَحَدٌ فِي حَرِيمِهِ وَفِي مَائِهِ.

وَقَوْلُهُ (وَالْعَامُّ الْمُتَّفَقُ عَلَى قَبُولِهِ وَالْعَمَلُ بِهِ) يُرِيدُ قَوْلَهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ " مَنْ حَفَرَ بَثْرًا " لِأَنَّ كَلِمَةَ " مَنْ " تُفِيدُ الْعُمُومَ (أَوَّلَى عِنْدَهُ) أَيُّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ (مِنْ الْخَاصِّ الْمُخْتَلَفِ فِي قَبُولِهِ وَالْعَمَلِ بِهِ) يُرِيدُ بِهِ حَدِيثَ الزُّهْرِيِّ: «حَرِيمُ الْعَيْنِ خَمْسُمِائَةِ ذِرَاعٍ، وَحَرِيمُ الْبَثْرِ الْعَطَنِ أَرْبَعُونَ ذِرَاعًا، وَحَرِيمُ بَثْرِ النَّاصِحِ سِتُونَ ذِرَاعًا».

وَرَدَّ عُمُومُ الْأَوَّلِ بِأَنَّ مَعْنَاهُ: مَنْ حَفَرَ بَثْرًا لِلْعَطَنِ فَلَهُ مِمَّا حَوْلَهَا أَرْبَعُونَ ذِرَاعًا، وَهُوَ خَاصٌّ بِالْعَطَنِ كَمَا تَرَى.

وَأُجِيبَ بِأَنَّ عَطَنًا لَيْسَ صِفَةً لِبَثْرٍ حَتَّى يَكُونَ مُخَصَّصًا، وَإِنَّمَا هُوَ بَيَانُ الْحَاجَةِ إِلَى الْأَرْبَعِينَ لِيَكُونَ دَافِعًا لِمُقْتَضَى الْقِيَاسِ، فَإِنَّهُ يَأْبَى اسْتِحْقَاقَ الْحَرِيمِ؛ لِأَنَّ عَمَلَ الْحَافِرِ فِي مَوْضِعِ الْحَفْرِ وَاسْتِحْقَاقَهُ بِالْعَمَلِ، فِي مَوْضِعِ الْحَفْرِ اسْتِحْقَاقُهُ لَكِنَّا تَرَكْنَاهُ بِهِ، فَإِنْ قِيلَ: فَاتْرُكُهُ فِي النَّاصِحِ أَيْضًا لِحَدِيثِ الزُّهْرِيِّ لَثَلَا يَلْزَمَ التَّحَكُّمُ.

قُلْنَا: حَدِيثُهُ فِيهِ مُعَارَضٌ بِالْعُمُومِ فَيَجِبُ الْمَصِيرُ إِلَى مَا بَعْدَهُ وَهُوَ الْقِيَاسُ فَحَفِظْنَاهُ. وَقَوْلُهُ لَمَّا رَوَيْنَا إِشَارَةً إِلَى قَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «حَرِيمُ الْعَيْنِ خَمْسُمِائَةِ ذِرَاعٍ» وَقَوْلُهُ (وَالذِّرَاعُ هِيَ الْمَكْسَرَةُ) يَعْنِي أَنَّ يَكُونُ سِتَّ قَبْضَاتٍ وَهُوَ ذِرَاعُ الْعَامَّةِ، وَإِنَّمَا وَصِفَتْ بِذَلِكَ لِأَنَّهَا نَقَصَتْ عَنْ ذِرَاعِ الْمَلِكِ وَهُوَ بَعْضُ الْأَكَاسِرَةِ بِقَبْضَةٍ، وَقَوْلُهُ (لَمَّا بَيَّنَّا) إِشَارَةً إِلَى مَا ذَكَرَهُ فِي كِتَابِ الطَّهَّارَةِ مِنْ قَوْلِهِ بِذِرَاعِ الْكِرْبَاسِ تَوْسِعَةً عَلَى النَّاسِ فَإِنَّهَا هِيَ الْمَكْسَرَةُ.

قَالَ (فَمَنْ أَرَادَ أَنْ يَحْفَرَ فِي حَرِيمِهَا يُمْنَعُ مِنْهُ) كَلَامُهُ وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (أَنْ يَطْمَهُ)

أَيُّ يُصْلِحُهُ وَيَكْبِسُهُ مِنْ بَابِ: أَعْجَبَنِي زَيْدٌ وَكَرَّمُهُ فِي كَوْنِ الْعَطْفِ لِلتَّفْسِيرِ فَإِنَّ إِصْلَاحَهُ كَبْسُهُ. قَوْلُهُ (وَذَكَرَ طَرِيقَةَ مَعْرِفَةِ النُّقْصَانِ) وَهُوَ أَنْ يَقُومَ الْأَوَّلُ قَبْلَ حَفْرِ الثَّانِيَةِ وَبَعْدَهُ فَيُضْمَنُ نُقْصَانُ مَا بَيْنَهُمَا.

وَالْقَنَاةُ: مَجْرَى الْمَاءِ تَحْتَ الْأَرْضِ تُسَمَّى بِالْفَارِسِيَّةِ كَارِيزُ.
(وَالْقَنَاةُ لَهَا حَرِيمٌ بِقَدْرِ مَا يُصْلِحُهَا) وَعَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الْبُيْرِ فِي اسْتِحْقَاقِ الْحَرِيمِ. وَقِيلَ هُوَ عِنْدَهُمَا. وَعِنْدَهُ لَا حَرِيمَ لَهَا مَا لَمْ يَطْهَرِ الْمَاءُ عَلَى الْأَرْضِ؛ لِأَنَّهُ نَهْرٌ فِي التَّحْقِيقِ فَيُعْتَبَرُ بِالنَّهْرِ الظَّاهِرِ.

قَالُوا: وَعِنْدَ ظُهُورِ الْمَاءِ عَلَى الْأَرْضِ هُوَ بِمَنْزِلَةِ عَيْنٍ فَوَارَةٍ فَيَقْدَرُ حَرِيمُهُ بِخَمْسِمِائَةِ ذِرَاعٍ (وَالشَّجَرَةُ تُغْرَسُ فِي أَرْضِ مَوَاتٍ لَهَا حَرِيمٌ أَيْضًا حَتَّى لَمْ يَكُنْ لغيرِهِ أَنْ يَغْرَسَ شَجَرًا فِي حَرِيمِهَا؛ لِأَنَّهُ يَحْتَاجُ إِلَى حَرِيمٍ لَهُ يَحْدُ فِيهِ ثَمَرُهُ وَيَضَعُهُ فِيهِ وَهُوَ مُقَدَّرٌ بِخَمْسَةِ أَذْرُعٍ مِنْ كُلِّ جَانِبٍ، بِهِ وَرَدَ الْحَدِيثُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (بِهِ وَرَدَ الْحَدِيثُ) يُرِيدُ بِهِ مَا رُوِيَ «أَنَّ رَجُلًا غَرَسَ شَجَرَةً فِي أَرْضٍ فَلَاةٍ فَجَاءَ آخَرُ فَأَرَادَ أَنْ يَغْرَسَ شَجَرَةً أُخْرَى بِجَنْبِ شَجَرَتِهِ، فَشَكَا صَاحِبُ الشَّجَرَةِ الْأُولَى إِلَى النَّبِيِّ ﷺ، فَجَعَلَ لَهُ النَّبِيُّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ مِنَ الْحَرِيمِ خَمْسَةَ أَذْرُعٍ وَأَطْلَقَ لِلْآخَرِ فِيمَا وَرَاءَ ذَلِكَ» وَهُوَ حَدِيثٌ مَشْهُورٌ ذَكَرَهُ شَيْخُ الْإِسْلَامِ فِي مَبْسُوطِهِ.

قَالَ (وَمَا تَرَكَ الْفُرَاتُ أَوْ الدَّجْلَةُ وَعَدَلَ عَنْهُ الْمَاءُ وَيَجُوزُ عَوْدُهُ إِلَيْهِ لَمْ يَجْزُ إِحْيَاؤُهُ) لِحَاجَةِ الْعَامَّةِ إِلَى كَوْنِهِ نَهْرًا (وَإِنْ كَانَ لَا يَجُوزُ أَنْ يَعُودَ إِلَيْهِ فَهُوَ كَالْمَوَاتِ إِذَا لَمْ يَكُنْ حَرِيمًا لِعَامِرٍ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ فِي مِلْكٍ أَحَدٍ، لِأَنَّ قَهْرَ الْمَاءِ يَدْفَعُ قَهْرَ غَيْرِهِ وَهُوَ الْيَوْمَ فِي يَدِ الْإِمَامِ.

قَالَ (وَمَنْ كَانَ لَهُ نَهْرٌ فِي أَرْضٍ غَيْرِهِ فَلَيْسَ لَهُ حَرِيمٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ إِلَّا أَنْ يُقِيمَ بَيِّنَةً عَلَى ذَلِكَ، وَقَالَا: لَهُ مُسْنَأَةُ النَّهْرِ يَمْشِي عَلَيْهَا وَيَلْقِي عَلَيْهَا طِينَهُ) قِيلَ هَذِهِ الْمَسْأَلَةُ بِنَاءً عَلَى أَنَّ مَنْ حَفَرَ نَهْرًا فِي أَرْضِ مَوَاتٍ بِإِذْنِ الْإِمَامِ لَا يَسْتَحِقُّ الْحَرِيمَ عِنْدَهُ. وَعِنْدَهُمَا يَسْتَحِقُّهُ؛ لِأَنَّ النَّهْرَ لَا يُنْتَفَعُ بِهِ إِلَّا بِالْحَرِيمِ لِحَاجَتِهِ إِلَى الْمَشْيِ لِتَسْيِيلِ الْمَاءِ، وَلَا يُمَكِّنُهُ الْمَشْيُ عَادَةً فِي بَطْنِ النَّهْرِ وَإِلَى إِقَاءِ الطِّينِ، وَلَا يُمَكِّنُهُ النُّقْلُ إِلَى مَكَانٍ بَعِيدٍ

إِلَّا بِحَرْجٍ فَيَكُونُ لَهُ الْحَرِيمُ اعْتِبَارًا بِالْبُئْرِ.

وَلَهُ أَنْ الْقِيَاسَ يَأْبَاهُ عَلَى مَا ذَكَرْنَاهُ، وَفِي الْبُئْرِ عَرَفْنَاهُ بِالْأَثَرِ، وَالْحَاجَةُ إِلَى الْحَرِيمِ فِيهِ فَوْقَهَا إِلَيْهِ فِي النَّهْرِ؛ لِأَنَّ الْإِنْتِفَاعَ بِالْمَاءِ فِي النَّهْرِ مُمَكِّنٌ بِدُونِ الْحَرِيمِ، وَلَا يُمَكِّنُ فِي الْبُئْرِ إِلَّا بِالْإِسْتِقَاءِ وَلَا اسْتِقَاءَ إِلَّا بِالْحَرِيمِ فَتَعَذَّرَ الْإِلْحَاقُ.

وَوَجْهُ الْبِنَاءِ أَنْ بِاسْتِحْقَاقِ الْحَرِيمِ تَثْبُتَ الْيَدُ عَلَيْهِ اعْتِبَارًا تَبَعًا لِلنَّهْرِ، وَالْقَوْلُ لِصَاحِبِ الْيَدِ، وَبَعْدَهُ اسْتِحْقَاقُهُ تَنْعِيمُ الْيَدِ، وَالظَّاهِرُ يَشْهَدُ لِصَاحِبِ الْأَرْضِ عَلَى مَا نَذَكَّرُهُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى، وَإِنْ كَانَتْ مَسْأَلَةٌ مُبْتَدَأَةً فَلَهُمَا أَنْ الْحَرِيمَ فِي يَدِ صَاحِبِ النَّهْرِ بِاسْتِمْسَاكِهِ الْمَاءِ بِهِ، وَلِهَذَا لَا يَمْلِكُ صَاحِبُ الْأَرْضِ نَقْضَهُ.

وَلَهُ أَنَّهُ أَشْبَهَ بِالْأَرْضِ صُورَةً وَمَعْنَى، أَمَّا صُورَةُ فَلَا سِتْوَانَهُمَا، وَمَعْنَى مِنْ حَيْثُ صَلَاحِيَّتُهُ لِلغَرَسِ وَالزَّرْعَةِ، وَالظَّاهِرُ شَاهِدٌ لَنْ فِي يَدِهِ مَا هُوَ أَشْبَهُ بِهِ.

كَانَتَيْنِ تَنَازَعًا فِي مِصْرَاعِ بَابِ لَيْسَ فِي يَدِهِمَا، وَالْمِصْرَاعُ الْآخَرُ مُعَلَّقٌ عَلَى بَابِ أَحَدِهِمَا يُقْضَى لِلَّذِي فِي يَدِهِ مَا هُوَ أَشْبَهُ بِالْمُتَنَازِعِ فِيهِ، وَالْقَضَاءُ فِي مَوْضِعِ الْخِلَافِ قَضَاءُ تَرْكِ، وَلَا نِزَاعٍ فِيمَا بِهِ اسْتِمْسَاكُ الْمَاءِ إِنَّمَا النِّزَاعُ فِيمَا وَرَاءَهُ مِمَّا يَصْلُحُ لِلغَرَسِ، عَلَى أَنَّهُ إِنْ كَانَ مُسْتَمْسِكًا بِهِ مَاءَ نَهْرِهِ فَالْآخَرُ دَافِعٌ بِهِ الْمَاءَ عَنْ أَرْضِهِ، وَالْمَانِعُ مِنْ نَقْضِهِ تَعَلُّقُ حَقِّ صَاحِبِ النَّهْرِ لَا مِلْكُهُ.

كَالْحَاطِطِ لِرَجُلٍ وَالْآخَرُ عَلَيْهِ جُدُوعٌ لَا يَتِمَكَّنُ مِنْ نَقْضِهِ وَإِنْ كَانَ مَلِكُهُ (وَفِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ نَهْرٌ لِرَجُلٍ إِلَى جَنْبِهِ مُسْنَأَةٌ وَالْآخَرُ خَلْفَ الْمُسْنَأَةِ أَرْضٌ تَلْزُقُهَا، وَلَيْسَتْ الْمُسْنَأَةُ فِي يَدِ أَحَدِهِمَا فَهِيَ لِصَاحِبِ الْأَرْضِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ).

وَقَالَا: هِيَ لِصَاحِبِ النَّهْرِ حَرِيمًا لِمُلْقَى طِينِهِ وَغَيْرِ ذَلِكَ. وَقَوْلُهُ وَلَيْسَتْ الْمُسْنَأَةُ فِي يَدِ أَحَدِهِمَا مَعْنَاهُ: لَيْسَ لِأَحَدِهِمَا عَلَيْهِ غَرَسٌ وَلَا طِينٌ مُلْقَى فَيَنْكَشِفُ بِهِذَا اللَّفْظِ مَوْضِعُ الْخِلَافِ، أَمَّا إِذَا كَانَ لِأَحَدِهِمَا عَلَيْهِ ذَلِكَ فَصَاحِبُ الشُّغْلِ أَوْلَى، لِأَنَّهُ صَاحِبُ يَدِهِ.

وَلَوْ كَانَ عَلَيْهِ غَرَسٌ لَا يُدْرَى مَنْ غَرَسَهُ فَهُوَ مِنْ مَوَاضِعِ الْخِلَافِ أَيْضًا. وَتَمَرَّةُ الْإِخْتِلَافِ أَنَّ وِلَايَةَ الْغَرَسِ لِصَاحِبِ الْأَرْضِ عِنْدَهُ وَعِنْدَهُمَا لِصَاحِبِ النَّهْرِ. وَأَمَّا إِقَاءُ الطِّينِ فَقَدْ قِيلَ إِنَّهُ عَلَى الْخِلَافِ، وَقِيلَ إِنَّ لِصَاحِبِ النَّهْرِ ذَلِكَ مَا لَمْ يُفْحَشْ.

وَأَمَّا الْمُرُورُ فَقَدْ قِيلَ يُمْنَعُ صَاحِبُ النَّهْرِ عِنْدَهُ، وَقِيلَ لَا يُمْنَعُ لِلزُّرُورَةِ. قَالَ

الْفَقِيه أَبُو جَعْفَرٍ أَخَذُ بِقَوْلِهِ فِي الْغَرَسِ وَيَقُولُهُمَا فِي إلقاءِ الطَّيْنِ. ثُمَّ عَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّ حَرِيمَهُ مِقْدَارُ نِصْفِ النَّهْرِ مِنْ كُلِّ جَانِبٍ، وَعَنْ مُحَمَّدٍ مِقْدَارُ بَطْنِ النَّهْرِ مِنْ كُلِّ جَانِبٍ. وَهَذَا أَرْفَقُ بِالنَّاسِ.

الشرح:

(قَوْلُهُ وَمَنْ كَانَ لَهُ نَهْرٌ فِي أَرْضٍ غَيْرِهِ) ذَكَرَ فِي شَرْحِ الطَّحَاوِيِّ: لَوْ أَنَّ نَهْرًا لِرَجُلٍ وَأَرْضًا عَلَى شَاطِئِ النَّهْرِ لَأَخَّرَ فِتْنَارَعًا فِي الْمُسْنَاءِ، فَإِنْ كَانَ بَيْنَ الْأَرْضِ وَبَيْنَ النَّهْرِ حَائِلٌ كَالْحَائِطِ وَنَحْوِهِ فَالْمُسْنَاءُ لَصَاحِبِ الْأَرْضِ بِالْإِجْمَاعِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ بَيْنَهُمَا حَائِلٌ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ: هِيَ لَصَاحِبِ الْأَرْضِ وَلَصَاحِبِ النَّهْرِ فِيهَا حَقٌّ، حَتَّى إِنْ صَاحِبَ الْأَرْضِ إِذَا أَرَادَ رَفْعَهَا: أَيْ هَذَمَهَا كَانَ لَصَاحِبِ النَّهْرِ مَنَعُهُ مِنْ ذَلِكَ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُمَا اللَّهُ: الْمُسْنَاءُ لَصَاحِبِ النَّهْرِ.

وَذَكَرَ فِي كَشَفِ الْعَوَامِضِ أَنَّ الْاِخْتِلَافَ فِي نَهْرٍ كَبِيرٍ لَا يُحْتَاجُ إِلَى كَرْبِهِ فِي كُلِّ حِينٍ، أَمَّا الْأَنْهَارُ الصَّغَارُ الَّتِي يُحْتَاجُ إِلَى كَرْبِهَا فِي كُلِّ وَقْتٍ فَلَهَا حَرِيمٌ بِالْإِتْفَاقِ، هَكَذَا ذَكَرَهُ فِي النَّهَائَةِ. وَظَاهِرُ كَلَامِ الْمُصَنِّفِ يُنَافِيهِ وَقَوْلُهُ (فَيَكُونُ لَهُ حَرِيمٌ اعْتِبَارًا بِالْبِئْرِ) يَعْنِي بِجَمَاعِ الْاِحْتِيَاجِ فَإِنَّ اسْتِحْقَاقَ الْحَرِيمِ الْحَاجَةَ وَهِيَ مَوْجُودَةٌ فِي النَّهْرِ كَهَيِّ فِي الْبِئْرِ وَالْعَيْنِ فَيَتَعَدَّى الْحُكْمُ مِنْهُمَا إِلَيْهِ (وَلَهُ أَنْ الْقِيَاسَ يَأْبَاهُ عَلَى مَا ذَكَرْتَاهُ) يَعْنِي قَوْلُهُ وَلَأَنَّ الْقِيَاسَ يَأْبَى اسْتِحْقَاقَ الْحَرِيمِ إِلَى آخِرِهِ.

وَفِي الْبِئْرِ عَرَفْنَاهُ بِالْأَثَرِ فَكَانَ الْحُكْمُ مَعْدُولًا بِهِ عَنْ الْقِيَاسِ فِي الْأَصْلِ فَلَا يَصِحُّ تَعْدِيَّتُهُ، وَقَوْلُهُ (وَالْحَاجَةُ إِلَى الْحَرِيمِ فِيهِ) أَيْ فِي الْبِئْرِ جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ هَبْ أَنَّهُ عَلَى خِلَافِ الْقِيَاسِ فَلْيَلْحَقْ بِهِ بِالذَّلَالَةِ.

وَوَجْهُهُ أَنَّ الْإِلْحَاقَ بِالذَّلَالَةِ إِنَّمَا يَكُونُ لِلْأَعْلَى بِالْأَدْنَى أَوْ الْمُسَاوِي، وَالْأَمْرُ فِيمَا نَحْنُ فِيهِ لَيْسَ كَذَلِكَ، فَإِنَّ الْحَاجَةَ إِلَى الْحَرِيمِ فِيهِ: أَيْ فِي الْبِئْرِ بِمَعْنَى الْقَلْبِ فَوْقَ الْحَاجَةِ إِلَيْهِ فِي النَّهْرِ، لَأَنَّ الْاِئْتِفَاعَ بِالْمَاءِ فِي النَّهْرِ مُمَكِّنٌ بِدُونِ الْحَرِيمِ، وَلَا يُمَكِّنُ فِي الْبِئْرِ إِلَّا بِالْاِسْتِقَاءِ، وَلَا اِسْتِقَاءَ إِلَّا بِالْحَرِيمِ فَتَعَذَّرَ الْإِلْحَاقُ. وَقَوْلُهُ (وَوَجْهُ الْبِنَاءِ، إِلَى قَوْلِهِ: وَالْقَوْلُ لَصَاحِبِ الْيَدِ) مِنْ جِهَتَيْهِمَا. وَقَوْلُهُ (وَلَعَدَمِ اسْتِحْقَاقِهِ إِلَى آخِرِهِ) مِنْ جِهَةِ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ، وَقَوْلُهُ (أَمَّا صُورَةُ فَلَا سَوَاءَ لِهَيْمَاهُ) يُشِيرُ إِلَى أَنَّ الْخِلَافَ فِيمَا إِذَا لَمْ

تَكُنُ الْمُسْنَاءُ مُرْتَفَعَةً عَنِ الْأَرْضِ، فَأَمَّا إِذَا كَانَتْ الْمُسْنَاءُ أَرْفَعَ مِنَ الْأَرْضِ فَهِيَ لِصَاحِبِ النَّهْرِ، لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ ارْتِفَاعَهُ لِإِلْقَاءِ طِينِهِ. وَقَوْلُهُ (يُقْضَى لِلَّذِي فِي يَدِهِ مَا هُوَ أَشْبَهُهُ بِالْمُتَنَازِعِ فِيهِ) هُوَ الْمَوْعُودُ بِقَوْلِهِ عَلَى مَا تَذَكَّرُهُ.

وَقَوْلُهُ (وَالْقَضَاءُ فِي مَوْضِعِ الْخِلَافِ) أَيُّ فِي مَسْأَلَةٍ مَنْ كَانَ لَهُ نَهْرٌ فِي أَرْضٍ غَيْرِهِ قَضَاءُ تَرَكَ لَا قَضَاءُ مِلْكٍ، فَلَوْ أَقَامَ صَاحِبُ النَّهْرِ الْيَنَّةَ بَعْدَ هَذَا عَلَى أَنَّ الْمُسْنَاءَ مِلْكُهُ تُقْبَلُ يَنَّتُهُ، وَلَوْ كَانَ قَضَاءُ مِلْكٍ لَمَا قُبِلَتْ يَنَّتُهُ لِأَنَّ الْمُقْضَى عَلَيْهِ فِي حَادِثَةِ قَضَاءِ مِلْكٍ لَا يَصِيرُ مَقْضِيًّا لَهُ فِيهَا.

وَقَوْلُهُ (وَلَا نِزَاعَ فِيمَا بِهِ اسْتِمْسَاكُ الْمَاءِ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِمَا إِنَّ الْحَرِيمَ فِي يَدِ صَاحِبِ النَّهْرِ بِإِمْسَاكِ الْمَاءِ وَهُوَ وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (وَالْمَانِعُ مِنْ تَقْضِيهِ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِمَا وَلِهَذَا لَا يَمْلِكُ صَاحِبُ الْأَرْضِ تَقْضِيَهُ، وَذَكَرَ رِوَايَةَ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ لِأَنَّهُ يَتَبَيَّنُ بِهَا مَوْضِعُ الْخِلَافِ. وَقَوْلُهُ (لَيْسَ لِأَحَدِهِمَا عَلَيْهِ) أَيُّ عَلَى الْمُسْنَاءِ بِتَأْوِيلِ الْحَرِيمِ.

فصول في مسائل الشرب

فصل في المياه

(وَإِذَا كَانَ لِرَجُلٍ نَهْرٌ أَوْ بئرٌ أَوْ قَنَاةٌ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَمْنَعَ شَيْئًا مِنَ الشَّفَةِ، وَالشَّفَةُ الشَّرْبُ لِبَنِي آدَمَ وَالْبَهَائِمِ) اَعْلَمْ أَنَّ الْمِيَاهَ أَنْوَاعٌ: مِنْهَا مَاءُ الْبِحَارِ، وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ النَّاسِ فِيهَا حَقُّ الشَّفَةِ وَسَقْيِ الْأَرْضِي، حَتَّى إِنْ مَنْ أَرَادَ أَنْ يَكْرِى نَهْرًا مِنْهَا إِلَى أَرْضِهِ لَمْ يُمْنَعْ مِنْ ذَلِكَ، وَالْإِنْتِفَاعُ بِمَاءِ الْبَحْرِ كَالْإِنْتِفَاعِ بِالشَّمْسِ وَالْقَمَرِ وَالْهَوَاءِ فَلَا يُمْنَعُ مِنَ الْإِنْتِفَاعِ بِهِ عَلَى أَيِّ وَجْهِ شَاءَ، وَالثَّانِي مَاءُ الْأَوْدِيَةِ الْعِظَامِ كَجِيحُونَ وَسِيحُونَ وَدِجَلَتَ وَالْفُرَاتِ لِلنَّاسِ فِيهِ حَقُّ الشَّفَةِ عَلَى الْإِطْلَاقِ وَحَقُّ سَقْيِ الْأَرْضِي، فَإِنْ أَحْيَا وَاحِدٌ أَرْضًا مَيْتَةً وَكَرَى مِنْهُ نَهْرًا لِيَسْقِيَهَا.

إِنْ كَانَ لَا يَضُرُّ بِالْعَامَّةِ وَلَا يَكُونُ النَّهْرُ فِي مِلْكِ أَحَدٍ لَهُ ذَلِكَ؛ لِأَنَّهَا مُبَاحَةٌ فِي الْأَصْلِ إِذْ قَهَرَ الْمَاءُ يَدْفَعُ قَهْرَ غَيْرِهِ، وَإِنْ كَانَ يَضُرُّ بِالْعَامَّةِ فَلَيْسَ لَهُ ذَلِكَ؛ لِأَنَّ دَفْعَ الضَّرَرِ عَنْهُمْ وَاجِبٌ، وَذَلِكَ فِي أَنْ يَمِيلَ الْمَاءُ إِلَى هَذَا الْجَانِبِ إِذَا انْكَسَرَتْ ضِفَّتُهُ فَيَغْرِقُ الْقُرَى وَالْأَرْضِي، وَعَلَى هَذَا نَصَبُ الرَّحَى عَلَيْهِ؛ لِأَنَّ شَقَّ النَّهْرِ لِلرَّحَى كَشَقِّهِ لِلسَّقْيِ بِهِ. وَالثَّلَاثُ إِذَا دَخَلَ الْمَاءُ فِي الْمَقَاسِمِ فَحَقُّ الشَّفَةِ ثَابِتٌ. وَالْأَصْلُ فِيهِ قَوْلُهُ عَلَيْهِ

الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «النَّاسُ شُرَكَاءُ فِي ثَلَاثٍ: الْمَاءِ، وَالْكَلْبِ، وَالنَّارِ»^(١) وَأَنَّهُ يَنْتَظِمُ الشَّرْبُ، وَالشَّرْبُ خُصٌّ مِنْهُ الْأَوَّلُ وَبَقِيَ الثَّانِي وَهُوَ الشَّقَّةُ، وَلَأَنَّ الْبَيْتَ وَتَحْوَهَا مَا وَضِعَ لِلإِحْرَازِ. وَلَا يُمْلِكُ الْمُبَاحُ بِدُونِهِ كَالظُّبْيِ إِذَا تَكَئَسَ فِي أَرْضِهِ، وَلَأَنَّ فِي إِبْقَاءِ الشَّقَّةِ ضَرُورَةً؛ لِأَنَّ الْإِنْسَانَ لَا يُمْكِنُهُ اسْتِصْحَابُ الْمَاءِ إِلَى كُلِّ مَكَانٍ وَهُوَ مُحْتَاجٌ إِلَيْهِ لِنَفْسِهِ وَظَهَرِهِ؛ فَلَوْ مَنَعَ عَنْهُ أَفْضَى إِلَى حَرَجٍ عَظِيمٍ، وَإِنْ أَرَادَ رَجُلٌ أَنْ يَسْقِيَ بِذَلِكَ أَرْضًا أَحْيَاهَا كَانَ لِأَهْلِ النَّهْرِ أَنْ يَمْنَعُوهُ عَنْهُ أَضَرَّ بِهِمْ أَوْ لَمْ يَضُرْ؛ لِأَنَّهُ حَقٌّ خَاصٌّ لَهُمْ وَلَا ضَرُورَةً. وَلَأَنَّا لَوْ أَبَحْنَا ذَلِكَ لَانْقَطَعَتْ مَنَفَعَةُ الشَّرْبِ.

وَالرَّابِعُ: الْمَاءُ الْمُحَرَّزُ فِي الْأَوَانِي وَأَنَّهُ صَارَ مَمْلُوكًا لَهُ بِالِإِحْرَازِ، وَانْقَطَعَ حَقُّ غَيْرِهِ عَنْهُ كَمَا فِي الصَّيْدِ الْمَأْخُوذِ، إِلَّا أَنَّهُ بَقِيَتْ فِيهِ شُبُهَةٌ الشَّرِكَةِ نَظَرًا إِلَى الدَّلِيلِ وَهُوَ مَا رَوَيْنَا، حَتَّى لَوْ سَرَقَهُ إِنْسَانٌ فِي مَوْضِعٍ يَعِزُّ وَجُودُهُ وَهُوَ يُسَاوِي نَصَابًا لَمْ تُقَطَّعْ يَدُهُ. وَلَوْ كَانَ الْبَيْتُ أَوْ الْعَيْنُ أَوْ الْحَوْضُ أَوْ النَّهْرُ فِي مِلْكِ رَجُلٍ لَهُ أَنْ يَمْنَعَ مَنْ يُرِيدُ الشَّقَّةَ مِنَ الدُّخُولِ فِي مِلْكِهِ إِذَا كَانَ يَجِدُ مَاءً آخَرَ يَقْرُبُ مِنْ هَذَا الْمَاءِ فِي غَيْرِ مِلْكٍ أَحَدٍ، وَإِنْ كَانَ لَا يَجِدُ يُقَالُ لِمَالِكِهِ النَّهْرُ: إِمَّا أَنْ تُعْطِيَهُ الشَّقَّةَ أَوْ تُتْرَكَهُ يَأْخُذُ بِنَفْسِهِ بِشَرْطِ أَنْ لَا يَكْسِرَ ضِفَّتَهُ، وَهَذَا مَرْوِيُّ عَنْ الطَّحَاوِيِّ، وَقِيلَ مَا قَالَهُ صَحِيحٌ فِيمَا إِذَا احْتَفَرُ فِي أَرْضٍ مَمْلُوكَةٍ لَهُ.

أَمَّا إِذَا احْتَفَرَهَا فِي أَرْضٍ مَوَاتٍ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَمْنَعَهُ؛ لِأَنَّ الْمَوَاتَ كَانَ مُشْتَرَكًا وَالْحَفَرُ لِإِحْيَاءِ حَقٍّ مُشْتَرَكٍ فَلَا يَقْطَعُ الشَّرِكَةُ فِي الشَّقَّةِ، وَلَوْ مَنَعَهُ عَنْ ذَلِكَ، وَهُوَ يَخَافُ عَلَى نَفْسِهِ أَوْ ظَهَرِهِ الْعَطَشَ لَهُ أَنْ يُقَاتِلَهُ بِالسَّلَاحِ لِأَنَّهُ قَصَدَ إِتْلَافَهُ بِمَنَعَ حَقِّهِ وَهُوَ الشَّقَّةُ، وَالْمَاءُ فِي الْبَيْتِ مُبَاحٌ غَيْرُ مَمْلُوكٍ، بِخِلَافِ الْمَاءِ الْمُحَرَّزِ فِي الْإِنَاءِ حَيْثُ يُقَاتِلُهُ بِغَيْرِ السَّلَاحِ؛ لِأَنَّهُ قَدْ مَلَكَهُ، وَكَذَا الطَّعَامُ عِنْدَ إِصَابَةِ الْمَخْمَصَةِ، وَقِيلَ فِي الْبَيْتِ وَتَحْوَهَا الْأَوَّلَى أَنْ يُقَاتِلَهُ بِغَيْرِ السَّلَاحِ بَعْضًا؛ لِأَنَّهُ ارْتَكَبَ مَعْصِيَةً فَقَامَ ذَلِكَ مَقَامَ التَّعْزِيرِ لَهُ؛ وَالشَّقَّةُ إِذَا كَانَ يَأْتِي عَلَى الْمَاءِ كُلِّهِ بِأَنْ كَانَ جَدًّا لَا صَغِيرًا.

وَفِيمَا يَرُدُّ مِنَ الْإِبِلِ وَالْمَوَاشِي كَثْرَةً يَنْقَطِعُ الْمَاءُ بِشَرْبِهَا قِيلَ لَا يُمْنَعُ مِنْهُ؛ لِأَنَّ

(١) أخرجه أبو داود (٣٤٧٧)، وأحمد (٣٦٤/٥)، وانظر نصب الراية (٦١٢/٤).

الْإِبِلَ لَا تَرِدُهُ فِي كُلِّ وَقْتٍ وَصَارَ كَالْمَيَاوِمَةِ وَهُوَ سَبِيلٌ فِي قِسْمَةِ الشَّرْبِ.

وَقِيلَ لَهُ أَنْ يَمْنَعَ اعْتِبَارًا: بِسَقْيِ الْمَزَارِعِ وَالْمَشَاجِرِ وَالْجَامِعُ تَقْوِيَةُ حَقِّهِ، وَلَهُمْ أَنْ يَأْخُذُوا الْمَاءَ مِنْهُ لِلْوُضُوءِ وَغَسْلِ الثِّيَابِ فِي الصَّحِيحِ؛ لِأَنَّ الْأَمْرَ بِالْوُضُوءِ وَالْغَسْلِ فِيهِ كَمَا قِيلَ يُؤَدِّي إِلَى الْحَرَجِ وَهُوَ مَدْفُوعٌ.

وَأِنْ أَرَادَ أَنْ يَسْقِيَ شَجَرًا أَوْ خَضِرًا فِي دَارِهِ حَمَلًا بِجِرَارِهِ لَهُ ذَلِكَ فِي الْأَصَحِّ؛ لِأَنَّ النَّاسَ يَتَوَسَّعُونَ فِيهِ وَيَعْدُونَ الْمَنَعَ مِنَ الدَّنَاءَةِ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَسْقِيَ أَرْضَهُ وَتَحْلَهُ وَشَجَرَهُ مِنْ نَهْرٍ هَذَا الرَّجُلُ وَبَيْتُهُ وَهَنَاتِهِ إِلَّا بِإِذْنِهِ نَصًّا، وَلَهُ أَنْ يَمْنَعَهُ مِنْ ذَلِكَ؛ لِأَنَّ الْمَاءَ مَتَى دَخَلَ فِي الْمَقَاسِمِ انْقَطَعَتْ شِرْكَةُ الشَّرْبِ بِوَاحِدَةٍ؛ لِأَنَّ فِي إِبْقَائِهِ قَطْعَ شَرْبِ صَاحِبِهِ، وَلِأَنَّ الْمَسِيلَ حَقُّ صَاحِبِ النَّهْرِ.

وَالضَّفَّةُ تَعْلُقُ بِهَا حَقُّهُ فَلَا يُمْكِنُهُ التَّسْيِيلُ فِيهِ وَلَا شَقُّ الضَّفَّةِ، فَإِنْ أَذِنَ لَهُ صَاحِبُهُ فِي ذَلِكَ أَوْ أَعَارَهُ فَلَا بَأْسَ بِهِ؛ لِأَنَّهُ حَقُّهُ فَتَجَرَّى فِيهِ الْإِبَاحَةُ كَالْمَاءِ الْمُحَرَّرِ فِي إِنْائِهِ.

الشرح:

(فُصُولٌ فِي مَسَائِلِ الشَّرْبِ) (فَصْلٌ فِي الْمِيَاهِ) لَمَّا فَرَّغَ مِنْ إِحْيَاءِ الْمَوَاتِ ذَكَرَ مَا يَتَعَلَّقُ بِهِ مِنْ مَسَائِلِ الشَّرْبِ، لِأَنَّ إِحْيَاءَ الْمَوَاتِ يَحْتَاجُ إِلَيْهِ، وَقَدْ مَ فَصْلُ الْمِيَاهِ عَلَى فَصْلِ الْكَرِّيِّ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ هُوَ الْمَاءُ. وَالشَّفَّةُ أَصْلُهَا شَفَهَةٌ أَسْفِطُ الْمَاءُ تُخَفِّفُهَا، وَالْمَرَادُ بِهَا هَاهُنَا الشَّرْبُ بِالشَّفَاهِ.

وَجِيحُونَ: نَهْرٌ خَوَارِزَمٌ وَسِيحُونَ: نَهْرُ التُّرْكِ. وَدِجَلَةُ نَهْرٌ بَعْدَادَ: وَالْفَرَاتُ نَهْرُ الْكُوفَةِ: وَضِفَةُ النَّهْرِ بِالْكَسْرِ وَالْفَتْحِ: حَافَتُهُ وَأَنْتَ ثَلَاثٌ فِي قَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «النَّاسُ شُرَكَاءُ فِي ثَلَاثٍ» لِأَنَّ الْفَصِيحَ فِي الْكَلَامِ إِذَا لَمْ يَذْكُرِ الْمَعْدُودُ أَنْ يَذْكُرَ عَلَى لَفْظِ الْمُؤَنَّثِ نَظْرًا إِلَى لَفْظِ الْأَعْدَادِ، وَمِثْلُهُ قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «مَنْ صَامَ رَمَضَانَ وَأَتْبَعَهُ بِسِتٍّ مِنْ شَوَّالٍ» الْحَدِيثُ. وَالصَّوْمُ إِنَّمَا يَتَحَقَّقُ فِي الْأَيَّامِ لَا فِي اللَّيَالِي.

وَلَكِنْ لَمَّا لَمْ يَذْكُرِ الْمَعْدُودُ وَهُوَ الْأَيَّامُ أَتَتْهُ. وَقَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ "شُرَكَاءُ" يُرِيدُ بِهِ الْإِبَاحَةَ فِي الْمَاءِ الَّذِي لَمْ يُحَرِّزْ نَحْوَ الْحِيَاضِ وَالْعِيُونِ وَالْآبَارِ وَالْأَنْهَارِ.

وَأَمَّا الْكَلَاءُ وَهُوَ مَا لَا سَاقَ لَهُ فَيَأْمَأُ أَنْ يَنْبَتَ فِي أَرْضِ شَخْصٍ أَوْ أُكْبِتَهُ فِيهَا بِكَرِّي الْأَرْضِ وَسَقِيَّهَا، فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ كَانَ مُبَاحًا لِلنَّاسِ إِلَّا أَنْ أَحَدًا لَا يَدْخُلُ مِلْكُهُ إِلَّا بِإِذْنِهِ، فَإِنْ لَمْ يَجِدْ فِي غَيْرِ ذَلِكَ الْمَوْضِعِ؛ فَيَأْمَأُ أَنْ يَخْرُجَ لَهُ صَاحِبُ الْأَرْضِ أَوْ يَأْذَنَ لَهُ بِالْدُخُولِ، وَإِنْ كَانَ الثَّانِي فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ، وَلَيْسَ لِأَحَدٍ أَنْ يَنْتَفِعَ بِشَيْءٍ مِنْهُ إِلَّا بِرِضَاهُ لِأَنَّهُ حَصَلَ بِكَسْبِهِ وَالْكَسْبُ لِلْمُكْتَسِبِ.

وَأَمَّا النَّارُ فَمَنْ أَوْقَدَ نَارًا فِي أَرْضٍ فَلَيْسَ لِأَحَدٍ فِيهَا حَقٌّ فَلَهُمْ أَنْ يَنْتَفِعُوا بِنَارِهِ مِنْ حَيْثُ الْإِصْطِلَاءُ بِهَا وَتَجْفِيفُ الثِّيَابِ وَأَنْ يَعْمَلَ بِضَوْئِهَا، وَأَمَّا إِذَا أَرَادَ أَنْ يَأْخُذَ الْجَمْرَ فَلَيْسَ لَهُ ذَلِكَ إِلَّا بِرِضَاهُ، لِأَنَّ ذَلِكَ فَحْمٌ أَوْ حَطَبٌ قَدْ أَحْرَزَهُ الْمُوقِدُ لَيْسَ مِمَّا تَثْبُتُ فِيهِ الشَّرَكَةُ.

وَكَلَامُهُ وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (إِلَّا أَنَّهُ بَقِيَتْ فِيهِ شُبْهَةُ الشَّرَكَةِ نَظَرًا إِلَى الدَّلِيلِ) يُرِيدُ بِهِ قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ النَّاسُ شُرَكَاءُ فِي ثَلَاثٍ» وَقَوْلُهُ (حَتَّى لَوْ سَرَقَهُ إِنْسَانٌ لَمْ يُقَطَّعْ) اعْتَرَضَ عَلَيْهِ بِأَنَّهُ عَلَى هَذَا يَنْبَغِي أَنْ لَا يُقَطَّعَ فِي الْأَشْيَاءِ كُلِّهَا، لِأَنَّ قَوْلَهُ تَعَالَى ﴿هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ مَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا﴾ [البقرة: ٢٩] يُورِثُ الشُّبْهَةَ بِهَذَا الطَّرِيقِ. وَأَجِيبَ بِأَنَّ الْعَمَلَ بِالْحَدِيثِ يُوَافِقُ الْعَمَلَ بِقَوْلِهِ تَعَالَى هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ الْآيَةَ، وَلَا يَلْزَمُ بِالْعَمَلِ بِهِ إِبْطَالُ الْكِتَابِ.

بِخِلَافِ قَوْلِهِ تَعَالَى هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ فَإِنَّ الْعَمَلَ بِهِ عَلَى الْإِطْلَاقِ يُبْطِلُ قَوْلَهُ تَعَالَى ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي﴾ [النور: ٢]. ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ﴾ [المائدة: ٣٨] وَغَيْرَ ذَلِكَ، فَذَلَّ عَلَى أَنَّ الْمُرَادَ بِهِ غَيْرُ مَا ذَلَّ عَلَيْهِ الْخُصُوصَاتُ. وَقَوْلُهُ (وَقِيلَ لَهُ أَنْ يَمْنَعَ اعْتِبَارًا بِسَقْيِ الْمَزَارِعِ وَالْمَشَاجِرِ) ذَكَرَ فِي الْمَبْسُوطِ.

وَأَكْثَرُهُمْ عَلَى أَنَّ لَهُ أَنْ يُمْنَعَ فِي مِثْلِ هَذِهِ الصُّورِ، لِأَنَّ الشَّفَةَ مَا لَا يَضُرُّ بِصَاحِبِ النَّهْرِ وَالْبَيْرِ. فَأَمَّا مَا يَضُرُّ وَيَقْطَعُ فَلَهُ أَنْ يَمْنَعَ ذَلِكَ. وَقَوْلُهُ (وَلَهُمْ أَنْ يَأْخُذُوا مِنْهُ) أَيُّ مِنَ الْجُدُولِ الصَّغِيرِ عُلِمَ مِنْ وَضْعِ الْمَسْأَلَةِ فِيهِ. وَقَوْلُهُ (فِي الصَّحِيحِ) إِمَارَةٌ إِلَى اخْتِلَافِ الْمَشَايِخِ رَحِمَهُمُ اللَّهُ فَإِنَّ مِنْهُمْ مَنْ قَالَ: لَا يَأْخُذُونَ الْمَاءَ لِلْوُضُوءِ وَغَسَلَ الثِّيَابَ لِأَنَّ الشَّرَكَةَ تَثْبُتُ فِي حَقِّ الشَّفَةِ لَا غَيْرُ. وَالصَّحِيحُ جَوَازُهُ دَفْعًا لِلْحَرَجِ.

وَقَوْلُهُ (لَهُ ذَلِكَ فِي الْأَصَحِّ) اخْتِرَازٌ عَنْ قَوْلِ بَعْضِ الْمُتَأَخِّرِينَ مِنْ أَيْمَةِ بَلْخِي إِذْ

قَالُوا: لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ إِلَّا بِإِذْنِ صَاحِبِ النَّهْرِ عَمَلًا بِظَاهِرِ الْحَدِيثِ. وَقَوْلُهُ (لَأَنَّ الْمَاءَ مَتَى دَخَلَ فِي الْمَقَاسِمِ) أَيَّ مَتَى دَخَلَ فِي قِسْمَةِ رَجُلٍ بَعَيْنِهِ. وَقَوْلُهُ (بِوَاحِدَةٍ) أَيَّ بِالْكُلِّيَّةِ.

فصل في كرى الأنهار

قَالَ ﷺ: الْأَنْهَارُ ثَلَاثَةٌ: نَهْرٌ غَيْرُ مَمْلُوكٍ لِأَحَدٍ وَلَمْ يَدْخُلْ مَأْوُهُ فِي الْمَقَاسِمِ بَعْدَ كَالْفُرَاتِ وَنَحْوِهِ، وَنَهْرٌ مَمْلُوكٌ دَخَلَ مَأْوُهُ فِي الْقِسْمَةِ إِلَّا أَنَّهُ عَامٌّ. وَنَهْرٌ مَمْلُوكٌ دَخَلَ مَأْوُهُ فِي الْقِسْمَةِ وَهُوَ خَاصٌّ.

وَالْفَاصِلُ بَيْنَهُمَا اسْتِحْقَاقُ الشَّفَةِ بِهِ وَعَدَمُهُ. فَالْأَوَّلُ كَرِيهُ عَلَى السُّلْطَانِ مِنْ بَيْتِ مَالِ الْمُسْلِمِينَ؛ لِأَنَّ مَنْفَعَةَ الْكَرْيِ لَهُمْ فَتَكُونُ مُؤَنَّتُهُ عَلَيْهِمْ، وَيُصْرَفُ إِلَيْهِ مِنْ مُؤَنَّتِ الْخَرَاجِ وَالْجَزِيَةِ دُونَ الْعُشُورِ وَالصَّدَقَاتِ؛ لِأَنَّ الثَّانِيَ لِلْفُقَرَاءِ وَالْأَوَّلُ لِلنُّوَائِبِ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي بَيْتِ الْمَالِ شَيْءٌ فَالْإِمَامُ يُجْبِرُ النَّاسَ عَلَى كَرِيهِ إِحْيَاءٍ لِمَصْلَحَةِ الْعَامَّةِ إِذْ هُمْ لَا يُقِيمُونَهَا بِأَنْفُسِهِمْ، وَفِي مِثْلِهِ قَالَ عُمَرُ ﷺ: لَوْ تَرَكْتُمْ لِبَعْتِمْ أَوْلَادَكُمْ، إِلَّا أَنَّهُ يُخْرِجُ لَهُ مَنْ كَانَ يُطِيقُهُ وَيُجْعَلُ مُؤَنَّتُهُ عَلَى الْمَيَاسِيرِ الَّذِينَ لَا يُطِيقُونَهُ بِأَنْفُسِهِمْ.

وَأَمَّا الثَّانِي فَكَرِيهُ عَلَى أَهْلِهِ عَلَى بَيْتِ الْمَالِ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ لَهُمْ وَالْمَنْفَعَةَ تَعُودُ إِلَيْهِمْ عَلَى الْخُصُوصِ وَالْخُلُوصِ، وَمَنْ أَبِي مِنْهُمْ يُجْبَرُ عَلَى كَرِيهِ دَفْعًا لِلضَّرَرِ الْعَامِّ وَهُوَ ضَرَرُ بَقِيَّةِ الشُّرَكَاءِ وَضَرَرُ الْأَبِي خَاصٌّ وَيُقَابِلُهُ عَوْضٌ فَلَا يُعَارِضُ بِهِ؛ وَلَوْ أَرَادُوا أَنْ يُحْصِنُوهُ خِيفَةَ الْإِنْتِاقِ وَفِيهِ ضَرَرٌ عَامٌّ كَفَرَقِ الْأَرْضِي وَفَسَادِ الطَّرِيقِ يُجْبَرُ الْأَبِي، وَإِلَّا فَلَا لِأَنَّهُ مَوْهُومٌ بِخِلَافِ الْكَرْيِ؛ لِأَنَّهُ مَعْلُومٌ.

وَأَمَّا الثَّالِثُ وَهُوَ الْخَاصُّ مِنْ كُلِّ وَجْهِ فَكَرِيهُ عَلَى أَهْلِهِ لِمَا بَيَّنَّا ثُمَّ قِيلَ يُجْبَرُ الْأَبِي كَمَا فِي الثَّانِي. وَقِيلَ لَا يُجْبَرُ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنَ الضَّرَرَيْنِ خَاصٌّ.

وَيُمْكِنُ دَفْعُهُ عَنْهُمْ بِالرَّجُوعِ عَلَى الْأَبِي بِمَا أَنْفَقُوا فِيهِ إِذَا كَانَ بِأَمْرِ الْقَاضِي فَاسْتَوَتْ الْجِهَتَانِ، بِخِلَافِ مَا تَقَدَّمَ، وَلَا يُجْبَرُ لِحَقِّ الشَّفَةِ كَمَا إِذَا امْتَنَعُوا جَمِيعًا وَمُؤَنَّتُ كَرْيِ النَّهْرِ الْمُشْتَرَكِ عَلَيْهِمْ مِنْ أَعْلَاهُ، فَإِذَا جَاوَزَ أَرْضَ رَجُلٍ رُفِعَ عَنْهُ وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ.

وَقَالَا: هِيَ عَلَيْهِمْ جَمِيعًا مِنْ أَوَّلِهِ إِلَى آخِرِهِ بِحِصَصِ الشَّرْبِ وَالْأَرْضِيْنَ؛ لِأَنَّ لِصَاحِبِ الْأَعْلَى حَقًّا فِي الْأَسْفَلِ لاحتِيجَاجِهِ إِلَى تَسْيِيلِ مَا فَضَلَ مِنَ الْمَاءِ فِيهِ. وَلَهُ أَنْ

الْمَقْصِدُ مِنَ الْكَرِيِّ الْإِنْتِفَاعُ بِالسَّقْيِ، وَقَدْ حَصَلَ لِصَاحِبِ الْأَعْلَى فَلَا يَلْزَمُهُ إِنْفَاعُ غَيْرِهِ،
وَلَيْسَ عَلَى صَاحِبِ السَّيْلِ عِمَارَتُهُ كَمَا إِذَا كَانَ لَهُ مَسِيلٌ عَلَى سَطْحِ غَيْرِهِ، كَيْفَ وَأَنَّهُ
يُمْكِنُهُ دَفْعُ الْمَاءِ عَنْ أَرْضِهِ بِسَدِّهِ مِنْ أَعْلَاهُ، ثُمَّ إِنَّمَا يُرْفَعُ عَنْهُ إِذَا جَاوَزَ أَرْضَهُ كَمَا
ذَكَرْنَاهُ، وَقِيلَ إِذَا جَاوَزَ فُوهَتَ نَهْرِهِ، وَهُوَ مَرْوِيٌّ عَنْ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ.

وَالأَوَّلُ أَصَحُّ؛ لِأَنَّهُ لَهُ رَأْيَا فِي اتِّخَاذِ الْفُوهَةِ مِنْ أَعْلَاهُ وَأَسْفَلِهِ، فَإِذَا جَاوَزَ الْكَرِيُّ
أَرْضَهُ حَتَّى سَقَطَتْ عَنْهُ مُؤَنَّتُهُ قِيلَ لَهُ أَنْ يَفْتَحَ الْمَاءَ لِيَسْقِيَ أَرْضَهُ لَانْتِهَاءِ الْكَرِيِّ فِي
حَقِّهِ، وَقِيلَ لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ مَا لَمْ يَفْرُغْ شُرْكَاءُوهُ نَفِيًّا لِاخْتِصَاصِهِ، وَلَيْسَ عَلَى أَهْلِ الشَّفَةِ
مِنَ الْكَرِيِّ شَيْءٌ؛ لِأَنَّهُمْ لَا يُحْصُونَ وَلَا تُهْمُ أَتْبَاعُ.

الشرح:

(فَصَلِّ فِي كَرِيِّ الْأَنْهَارِ): لَمَّا فَرَعَ مِنْ ذِكْرِ مَسَائِلِ الشُّرْبِ احْتِجَاجٌ إِلَى ذِكْرِ
مُؤَنَّةِ كَرِيِّ الْأَنْهَارِ الَّتِي كَانَ الشُّرْبُ مِنْهَا. وَلَكِنْ لَمَّا كَانَتْ مُؤَنَّةُ الْكَرِيِّ أَمْرًا زَائِدًا
عَلَى النَّهْرِ إِذِ النَّهْرُ يُوجَدُ بِدُونِ مُؤَنَّةِ الْكَرِيِّ كَالنَّهْرِ الْعَامِّ أَخَّرَ ذِكْرَهُ. وَوَجْهُ الْحَصْرِ فِي
الثَّلَاثَةِ ظَاهِرٌ، لِأَنَّ النَّهْرَ إِمَّا أَنْ يَكُونَ عَامًّا مِنْ كُلِّ وَجْهِ أَوْ خَاصًّا كَذَلِكَ، أَوْ عَامًّا مِنْ
وَجْهِ خَاصٍّ مِنْ وَجْهِ. أَمَّا الْأَوَّلُ فَكَالْفُرَاتِ وَسِيحُونَ وَجِيحُونَ وَدِجَلَةَ، وَأَمَّا الْآخِرُ فَقَدْ
فَصَلَ الْمُصَنِّفُ رَحِمَهُ اللَّهُ بَيْنَهُمَا بِاسْتِحْقَاقِ الشَّفَةِ وَقَدْ تَقَدَّمَ ذَلِكَ فِيهَا.

وَقَوْلُهُ (إِلَّا أَنَّهُ يَخْرُجُ لَهُ) أَيُّ لِلْكَرِيِّ مَنْ كَانَ يُطِيقُهُ: أَيُّ الَّذِي يَقْدِرُ عَلَى الْعَمَلِ
(وَيَجْعَلُ مُؤَنَّتَهُ) أَيُّ مُؤَنَّةٍ مَنْ يُطِيقُهُ عَلَى الْمَيَاسِيرِ الَّذِينَ لَا يُطِيقُونَهُ بِأَنْفُسِهِمْ كَمَا يُفْعَلُ
ذَلِكَ فِي تَجْهِيْزِ الْجِيُوشِ فَإِنَّهُ يَخْرُجُ مَنْ كَانَ يُطِيقُ الْقِتَالَ وَيَجْعَلُ مُؤَنَّتَهُ عَلَى الْأَغْنِيَاءِ.
وَقَوْلُهُ (وَيُقَابِلُهُ عَوْضٌ) يَعْنِي حِصَّةً مِنَ الشُّرْبِ فَلَا يُعَارِضُ بِهِ، أَيُّ فَلَا يُعَارِضُ الضَّرْرَ
الْعَامَّ بِالضَّرْرِ الْخَاصِّ، بَلْ يُغْلِبُ جَانِبُ الضَّرْرِ الْعَامِّ فَيَجْعَلُ ضَرْرًا، وَيَجِبُ السَّقْيُ فِي
إِعْدَامِهِ وَإِنْ بَقِيَ الضَّرْرُ الْخَاصُّ. وَقَوْلُهُ (خِيفَةُ الْإِثْبَاقِ) يُقَالُ بَثَّقَ السَّيْلُ مَوْضِعَ كَذَا: أَيُّ
خَرَقَهُ وَشَقَّهُ. وَقَوْلُهُ (لَمَّا بَيَّنَّا) إِشَارَةً إِلَى قَوْلِهِ لِأَنَّ الْحَقَّ لَهُمْ وَالْمَنْفَعَةُ تَعُودُ إِلَيْهِمْ عَلَى
الْخُلُوصِ.

ثُمَّ قِيلَ: يُجَبِّرُ الْآبِي كَمَا فِي الثَّانِي وَهُوَ قَوْلُ أَبِي بَكْرٍ الْإِسْكَافِ رَحِمَهُ اللَّهُ:
وَقِيلَ لَا يُجَبِّرُ وَهُوَ قَوْلُ أَبِي بَكْرٍ بْنِ أَبِي سَعِيدٍ الْبَلْخِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ. وَقَوْلُهُ (فَاسْتَوَتْ

الْجِهَتَانِ) يَعْنِي فِي الْخُصُوصِ، بِخِلَافِ مَا تَقَدَّمَ وَهُوَ الْإِجْبَارُ فِي النَّهْرِ الثَّانِي، فَإِنَّ مَنْ أُنْبِيَ مِنْ أَهْلِهِ يُجْبَرُ عَلَيْهِ هُنَاكَ لِأَنَّهُ إِحْدَى الْجِهَتَيْنِ عَامٌّ وَالْأُخْرَى خَاصٌّ، فَيُجْبَرُ الْآبِي دَفْعًا لِلضَّرَرِ الْعَامِّ عَنْ غَيْرِهِ.

وَقَوْلُهُ (وَلَا جَبْرَ لِحَقِّ الشَّفَةِ) جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ إِنَّ فِي كَرِي النَّهْرِ الْخَاصِّ إِحْيَاءُ حَقِّ الشَّفَةِ الْعَامَّةِ فَيَكُونُ فِي التَّرْكِ ضَرَرٌ عَامٌّ، فَيَنْبَغِي أَنْ يُجْبَرَ الْآبِي عَلَى الْكَرْيِ دَفْعًا لِلضَّرَرِ عَنْ أَهْلِ الشَّفَةِ وَهُوَ قَوْلُ بَعْضِ الْمُتَأَخِّرِينَ مِنْ مَشَائِخِنَا رَحِمَهُ اللَّهُ وَفِي ظَاهِرِ الرَّوَايَةِ لَا يُجْبَرُ الْآبِي لِحَقِّ أَهْلِ الشَّفَةِ كَمَا لَوْ امْتَنَعَ جَمِيعُ أَهْلِ النَّهْرِ عَنْ كَرِيهِ فَإِنَّهُمْ لَا يُجْبَرُونَ عَلَى الْكَرْيِ لِحَقِّ أَهْلِ الشَّفَةِ. وَقَوْلُهُ (وَمُؤَنَّةُ كَرِي النَّهْرِ الْمُشْتَرَكِ) ظَاهِرٌ وَقَوْلُهُ (فَلَا يَلْزَمُهُ إِئْفَاعُ غَيْرِهِ) قَالَ فِي النَّهَايَةِ: الصَّوَابُ نَفْعُ غَيْرِهِ لِأَنَّ الْإِئْفَاعَ فِي مَعْنَى النَّفْعِ غَيْرِ مَسْمُوعٍ. وَقَوْلُهُ (لَا تُهْمُ لَا يُحْصُونَ) يَعْنِي فَكَانُوا مَجْهُولِينَ.

فصل في الدعوى والاختلاف والتصرف فيه

قَالَ (وَتَصِحُّ دَعْوَى الشَّرْبِ بِغَيْرِ أَرْضٍ اسْتِحْسَانًا)؛ لِأَنَّهُ قَدْ يُمْلِكُ بِدُونِ الْأَرْضِ إِرْتَاءً، وَقَدْ يَبِيعُ الْأَرْضَ وَيَبْقَى الشَّرْبُ لَهُ وَهُوَ مَرْغُوبٌ فِيهِ فَيَصِحُّ فِيهِ الدَّعْوَى (وَإِذَا كَانَ نَهْرٌ لِرَجُلٍ يَجْرِي فِي أَرْضٍ غَيْرِهِ فَأَرَادَ صَاحِبُ الْأَرْضِ أَنْ لَا يُجْرَى النَّهْرُ فِي أَرْضِهِ ثَرَكٌ عَلَى حَالِهِ)؛ لِأَنَّهُ مُسْتَعْمَلٌ لَهُ بِإِجْرَاءِ مَائِهِ.

فَعِنْدَ الْاِخْتِلَافِ يَكُونُ الْقَوْلُ قَوْلَهُ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي يَدِهِ، وَلَمْ يَكُنْ جَارِيًا فَعَلَيْهِ الْبَيِّنَةُ أَنَّ هَذَا النَّهْرَ لَهُ، أَوْ أَنَّهُ قَدْ كَانَ مَجْرَاهُ لَهُ فِي هَذَا النَّهْرِ يَسُوقُهُ إِلَى أَرْضِهِ لِيَسْقِيَهَا فَيَقْضِي لَهُ لِإِثْبَاتِهِ بِالْحُجَّةِ مِلْكًا لَهُ أَوْ حَقًّا مُسْتَحَقًّا فِيهِ، وَعَلَى هَذَا الْمَصْبُ فِي نَهْرٍ أَوْ عَلَى سَطْحٍ أَوْ الْمِيزَابِ أَوْ الْمَشْيِ فِي دَارٍ غَيْرِهِ، فَحُكْمُ الْاِخْتِلَافِ فِيهَا نَظِيرُهُ فِي الشَّرْبِ.

الشرح:

(فَصْلٌ فِي الدَّعْوَى وَالْاِخْتِلَافِ وَالتَّصَرُّفِ فِيهِ): لَمَّا قَرُبَ مِنْ فَرَاعٍ يَبَيَّنُ مَسَائِلَ الشَّرْبِ خَتَمَهُ بِفَصْلِ يَشْتَمِلُ عَلَى مَسَائِلَ شَتَّى مِنْ مَسَائِلِ الشَّرْبِ (يَجُوزُ دَعْوَى الشَّرْبِ بِلا أَرْضٍ اسْتِحْسَانًا) قَالَ فِي الْمَبْسُوطِ: يَنْبَغِي فِي الْقِيَاسِ أَنْ لَا يُقْبَلَ مِنْهُ ذَلِكَ لِأَنَّ شَرْطَ صِحَّةِ الدَّعْوَى إِعْلَامُ الْمُدَّعِي فِي الدَّعْوَى وَالشَّهَادَةِ، وَالشَّرْبُ مَجْهُولٌ جِهَالَةً لَا تُقْبَلُ الْإِعْلَامُ، وَوَجْهُ الاسْتِحْسَانِ مَا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ.

وَقَوْلُهُ (تُرِكَ عَلَى حَالِهِ) مَعْنَاهُ لَمْ يَكُنْ لَهُ ذَلِكَ.
 قَوْلُهُ (فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي يَدِهِ) يَعْنِي بِأَنْ لَمْ يَكُنْ مُسْتَعْمَلًا بِإِجْرَائِهِ مَاءَهُ فِيهِ أَوْ لَمْ
 تَكُنْ أَشْجَارُهُ فِي طَرَفِي النَّهْرِ فَعَلَيْهِ: أَيْ فَعَلَى الْمُدَّعِي الْبَيِّنَةُ أَنَّ هَذَا النَّهْرَ لَهُ إِنْ كَانَ
 يَدَّعِي رَقَبَةَ النَّهْرِ، أَوْ أَنَّهُ قَدْ كَانَ مَجْرَاهُ فِي هَذَا النَّهْرِ يَسُوقُهُ إِلَى أَرْضِهِ لِيَسْقِيَهَا إِنْ كَانَ
 يَدَّعِي الْإِجْرَاءَ فِي هَذَا النَّهْرِ، فَإِذَا أَقَامَهَا يُقْضَى لَهُ لِإِبْتَاتِهِ بِالْحُجَّةِ مِلْكَاً لَهُ: يَعْنِي فِي
 الْأَوَّلِ أَوْ حَقّاً مُسْتَحَقّاً فِيهِ: يَعْنِي فِي الثَّانِي، فَإِنَّ الثَّابِتَ بِالْبَيِّنَةِ الْعَادِلَةَ كَالثَّابِتِ مُعَايَنَةً.
 وَقَوْلُهُ (فَحُكْمُ الْاِخْتِلَافِ فِيهَا) أَيْ اِخْتِلَافُ الْمُدَّعِينَ فِي الْأُمُورِ الْمَذْكُورَةِ (نَظِيرُهُ)
 أَيْ نَظِيرُ الْاِخْتِلَافِ فِي الشَّرْبِ.

(وَإِذَا كَانَ نَهْرٌ بَيْنَ قَوْمٍ وَاخْتَصَمُوا فِي الشَّرْبِ كَانَ الشَّرْبُ بَيْنَهُمْ عَلَى قَدَرِ
 أَرْضِيهِمْ)؛ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ الْاِئْتِفَاعَ بِسَقِيهَا فَيَتَقَدَّرُ بِقَدَرِهِ، بِخِلَافِ الطَّرِيقِ؛ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ
 التَّنَطُّقَ وَهُوَ فِي الدَّارِ الْوَاسِعَةِ وَالضَّيْقَةِ عَلَى نَمَطٍ وَاحِدٍ، فَإِنْ كَانَ الْأَعْلَى مِنْهُمْ لَا
 يَشْرَبُ حَتَّى يَسْكُرَ النَّهْرُ لَمْ يَكُنْ لَهُ ذَلِكَ لَمَّا فِيهِ مِنْ إِبْطَالِ حَقِّ الْبَاقِينَ، وَلَكِنَّهُ يَشْرَبُ
 بِحِصَّتِهِ، فَإِنْ تَرَاوَا عَلَى أَنْ يَسْكُرَ الْأَعْلَى النَّهْرَ حَتَّى يَشْرَبَ بِحِصَّتِهِ أَوْ اصْطَلَحُوا عَلَى
 أَنْ يَسْكُرَ كُلُّ رَجُلٍ مِنْهُمْ فِي تَوْبَتِهِ جَازاً؛ لِأَنَّ الْحَقَّ لَهُ، إِلَّا أَنَّهُ إِذَا تَمَكَّنَ مِنْ ذَلِكَ بِلَوْحٍ لَا
 يَسْكُرُ بِمَا يَنْكَسِرُ بِهِ النَّهْرُ مِنْ غَيْرِ تَرَاوٍ لِكُونِهِ إِضْرَاراً بِهِمْ، وَلَيْسَ لِأَحَدِهِمْ أَنْ يَكْرِى
 مِنْهُ نَهراً أَوْ يَنْصِيبَ عَلَيْهِ رَحَى مَاءٍ إِلَّا بِرِضَا أَصْحَابِهِ؛ لِأَنَّ فِيهِ كَسْرَ ضِيقَةِ النَّهْرِ وَشَغْلَ
 مَوْضِعٍ مُشْتَرَكٍ بِالْبِنَاءِ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ رَحَى لَا يَضُرُّ بِالنَّهْرِ وَلَا بِالمَاءِ، وَيَكُونُ مَوْضِعُهَا فِي
 أَرْضِ صَاحِبِهَا؛ لِأَنَّهُ تَصَرَّفَ فِي مِلْكِهِ نَفْسِهِ وَلَا ضَرَرَ فِي حَقِّ غَيْرِهِ.

وَمَعْنَى الضَّرَرِ بِالنَّهْرِ مَا بَيَّنَّاهُ مِنْ كَسْرِ ضِيقَتِهِ، وَبِالمَاءِ أَنْ يَتَغَيَّرَ عَنْ سُنَنِهِ الَّذِي
 كَانَ يَجْرِي عَلَيْهِ، وَالدَّالِيَّةُ وَالسَّانِيَةُ نَظِيرُ الرَّحَى، وَلَا يَتَّخِذُ عَلَيْهِ جِسْراً وَلَا قَنْطَرَةً
 بِمَنْزِلَةِ طَرِيقٍ خَاصٍّ بَيْنَ قَوْمٍ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ لِوَاحِدٍ نَهْرٌ خَاصٌّ يَأْخُذُ مِنْ نَهْرِ
 خَاصٍّ بَيْنَ قَوْمٍ فَأَرَادَ أَنْ يَقْنَطِرَ عَلَيْهِ وَيَسْتَوْتِقَ مِنْهُ لَهُ ذَلِكَ، أَوْ كَانَ مُقْنَطِراً مُسْتَوْتِقاً
 فَأَرَادَ أَنْ يَنْقُضَ ذَلِكَ وَلَا يَزِيدَ ذَلِكَ فِي أَخْذِ المَاءِ حَيْثُ يَكُونُ لَهُ ذَلِكَ لِأَنَّهُ يَتَصَرَّفُ فِي
 خَالِصِ مِلْكِهِ وَضِعاً وَرَفْعاً. وَلَا ضَرَرَ بِالشَّرْكَاءِ بِأَخْذِ زِيَادَةِ المَاءِ، وَيُمْنَعُ مِنْ أَنْ يُوَسَّعَ فَمَ
 النَّهْرِ؛ لِأَنَّهُ يَكْسِرُ ضِيقَةَ النَّهْرِ، وَيَزِيدُ عَلَى مِقْدَارِ حَقِّهِ فِي أَخْذِ المَاءِ، وَكَذَا إِذَا كَانَتْ

القِسْمَةُ بِالكَوَى، وَكَذَا إِذَا أَرَادَ أَنْ يُؤَخَّرَهَا عَنْ فَمِ النَّهْرِ فَيَجْعَلَهَا فِي أَرْبَعَةِ أَذْرُعٍ مِنْهُ لاحتِباسِ الْمَاءِ فِيهِ فَيَزْدَادُ دُخُولُ الْمَاءِ فِيهِ بِخِلَافِ مَا إِذَا أَرَادَ أَنْ يُسْفَلَ كَوَاهُ أَوْ يَرْفَعَهَا حَيْثُ يَكُونُ لَهُ ذَلِكَ فِي الصَّحِيحِ؛ لِأَنَّ قِسْمَةَ الْمَاءِ فِي الْأَصْلِ بِاعتِبَارِ سَعَةِ الْكُوَّةِ وَضَبِيقِهَا مِنْ غَيْرِ اعتِبَارِ التَّسْفُلِ وَالتَّرْفَعِ وَهُوَ الْعَادَةُ فَلَمْ يَكُنْ فِيهِ تَغْيِيرُ مَوْضِعِ الْقِسْمَةِ، وَلَوْ كَانَتْ الْقِسْمَةُ وَقَعَتْ بِالكَوَى فَأَرَادَ أَحَدُهُمْ أَنْ يُقَسِّمَ بِالْأَيَّامِ لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ؛ لِأَنَّ الْقَدِيمَ يَتْرَكَ عَلَى قَدَمِهِ لظُهُورِ الْحَقِّ فِيهِ.

وَلَوْ كَانَ لِكُلِّ مِنْهُمْ كَوَى مُسَمَّاةً فِي نَهْرٍ خَاصٍّ لَيْسَ لِوَاحِدٍ أَنْ يَزِيدَ كُوَّةً وَإِنْ كَانَ لَا يَضُرُّ بِأَهْلِهِ؛ لِأَنَّ الشَّرَكَةَ خَاصَّةٌ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَتْ الْكَوَى فِي النَّهْرِ الْأَعْظَمِ؛ لِأَنَّ لِكُلِّ مِنْهُمْ أَنْ يَشُقَّ نَهْرًا مِنْهُ ابْتِدَاءً فَكَانَ لَهُ أَنْ يَزِيدَ فِي الْكَوَى بِالطَّرِيقِ الْأَوَّلَى.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (لِأَنَّ الْمَقْصُودَ الْإِتْفَاعُ بِسَقْفِهَا فَيَتَقَدَّرُ بِقَدَرِهِ) مُعَارَضٌ لَأَنَّهُمْ قَالُوا قَدْ اسْتَوَوْا فِي إثْبَاتِ الْيَدِ عَلَى الْمَاءِ الَّذِي فِي النَّهْرِ، وَالْمُسَاوَاةُ فِي الْيَدِ تُوجِبُ الْمُسَاوَاةَ فِي الْاسْتِحْقَاقِ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ إثْبَاتَ الْيَدِ عَلَى الْمَاءِ إِنَّمَا هُوَ بِالْإِتْفَاعِ بِالْمَاءِ، وَاتِّفَاعٌ مَنْ لَهُ عَشْرُ قَطْعٍ لَا يَكُونُ مِثْلُ اتِّفَاعٍ مَنْ لَهُ قِطْعَةٌ وَاحِدَةٌ فَلَا يَتَحَقَّقُ التَّسَاوِي فِي إثْبَاتِ الْيَدِ. وَقَوْلُهُ (لَمْ يَكُنْ لَهُ ذَلِكَ) أَيُّ لَمْ يَكُنْ لِصَاحِبِ الْأَعْلَى السَّكْرِ (لَمَّا فِيهِ) أَيُّ فِي السَّكْرِ مِنْ إِبْطَالِ حَقِّ الْبَاقِينَ وَلَكِنْ يَشْرَبُ بِحِصَّتِهِ يَعْنِي مِنْ غَيْرِ سَكْرِ.

وَقَوْلُهُ (إِلَّا أَنَّهُ إِذَا تَمَكَّنَ مِنْ ذَلِكَ) يَعْنِي إِذَا اصْطَلَحُوا عَلَى السَّكْرِ لَيْسَ لِمَنْ يَسْكُرُ أَنْ يَسْكُرَ بِمَا يَنْكَبِسُ بِهِ النَّهْرُ كَالطَّيْنِ وَنَحْوِهِ إِذَا أُمِكنَهُ أَنْ يَسْكُرَ بِلَوْحٍ أَوْ بَابٍ خَشَبٍ لِكُونِهِ إِضْرَارًا بِهِمْ فَيَمْتَنِعُ مَا فَضَلَ عَنِ السَّكْرِ عَنْهُمْ إِلَّا إِذَا رَضُوا بِذَلِكَ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لِوَاحِدٍ مِنْهُمْ الشُّرْبُ إِلَّا بِالسَّكْرِ وَلَمْ يَصْطَلَحُوا عَلَى شَيْءٍ يَبْدَأُ أَهْلُ الْأَسْفَلِ حَتَّى يَرَوْوْا، ثُمَّ بَعْدَ ذَلِكَ لِلْأَهْلِ الْأَعْلَى أَنْ يَسْكُرُوا لِأَنَّ فِي السَّكْرِ إِحْدَاثُ شَيْءٍ فِي وَسْطِ النَّهْرِ الْمُشْتَرَكِ، فَلَا يَجُوزُ ذَلِكَ مَا بَقِيَ حَقُّ جَمِيعِ الشُّرَكَاءِ، وَحَقُّ أَهْلِ الْأَسْفَلِ ثَابِتٌ مَا لَمْ يَرَوْوْا فَكَانَ لَهُمْ أَنْ يَمْنَعُوا أَهْلَ الْأَعْلَى مِنَ السَّكْرِ، وَهَذَا مَعْنَى قَوْلِ ابْنِ مَسْعُودٍ رضي الله عنه أَهْلُ الْأَسْفَلِ النَّهْرِ أُمَرَاءُ عَلَى أَهْلِ أَعْلَاهُ حَتَّى يَرَوْوْا لِأَنَّ لَهُمْ أَنْ يَمْنَعُوا أَهْلَ الْأَعْلَى مِنَ السَّكْرِ وَعَلَيْهِمْ طَاعَتُهُ فِي ذَلِكَ، وَمَنْ لَزِمَكَ طَاعَتُهُ فَهُوَ أَمِيرُكَ.

وَقَوْلُهُ (وَالدَّالِيَّةُ وَالسَّائِنَةُ نَظِيرُ الرَّحَى) الدَّالِيَّةُ: جَذْعٌ طَوِيلٌ مُرَكَّبٌ تَرْكِيبَ مَدَاقِّ الْأُرْزِّ وَفِي رَأْسِهِ مَعْرِفَةٌ كَبِيرَةٌ يُسْقَى بِهَا. وَالسَّائِنَةُ الْبَعِيرُ يَسْتَقِي مِنَ الْبَيْثْرِ. وَالْجِسْرُ: اسْمٌ لَمَّا يُوضَعُ وَيُرْفَعُ مِمَّا يَكُونُ مُتَّخِذًا مِنَ الْحَشَبِ وَالْأَلْوَاكِ، وَالْقَنْطَرَةُ: مِمَّا يَتَّخِذُ مِنَ الْحَجَرِ وَالْآجَرِ مَوْضُوعًا لَا يُرْفَعُ، وَكُلُّ ذَلِكَ يُحْدِثُهُ مَنْ يَتَّخِذُهُ فِي مَلِكٍ مُشْتَرَكٍ فَلَا يُمْلِكُ إِلَّا بِرِضَاهُمْ سَوَاءَ كَانَ مِنْهُمْ أَوْ مِنْ غَيْرِهِمْ.

وَقَوْلُهُ (وَكَذَا إِذَا كَانَتْ الْقِسْمَةُ بِالْكُوى) الكُوةُ: ثُقْبُ الْبَيْتِ وَالْجَمْعُ كِوَاءٌ بِالْمَدِّ، وَكُوى مَقْصُورٌ، وَيُسْتَعَارُ لِمَفَاتِحِ الْمَاءِ إِلَى الْمَزَارِعِ وَالْجَدَاوِلِ فَيَقَالُ كُوى النَّهْرِ، وَمَعْنَاهُ لَيْسَ لَهُ أَنْ يُوسَّعَ الكُوةُ وَقَوْلُهُ (وَكَذَا إِذَا أَرَادَ أَنْ يُؤَخَّرَهَا عَنْ فَمِ النَّهْرِ فَيَجْعَلَهَا فِي أَرْبَعَةِ أَذْرُعٍ مِنْهُ) أَيِ مَنْ فَمِ النَّهْرِ، هَذَا تَقْدِيرٌ اتِّفَاقِيٌّ وَالْعِبَرَةُ لِلَاخْتِيَّاسِ.

وَصُورَةُ هَذَا إِذَا كَانَتْ الْأَلْوَاكِ الَّتِي فِيهَا الكُوةُ فِي فَمِ النَّهْرِ فَأَرَادَ أَنْ يُؤَخَّرَهَا عَنْ ضِفَّةِ النَّهْرِ فَيَجْعَلَهَا فِي وَسْطِ النَّهْرِ وَيَدْعُ فُوهَةَ النَّهْرِ بِغَيْرِ لَوْحٍ، وَمَعْنَى قَوْلِهِ يُسْنَلُ كُوَاهُ: أَيِ يَجْعَلُهَا أَعْمَقَ مِمَّا كَانَتْ وَهِيَ فِي ذَلِكَ الْمَوْضِعِ أَوْ يَرْفَعُهَا إِلَى وَجْهِ الْأَرْضِ.

قال: (وَلَيْسَ لِأَحَدٍ الشَّرْكَاءِ فِي النَّهْرِ أَنْ يَسُوقَ شِرْبَهُ إِلَى أَرْضٍ لَهُ أُخْرَى لَيْسَ لَهَا فِي ذَلِكَ شِرْبٌ)؛ لِأَنَّهُ إِذَا تَقَادَمَ الْعَهْدُ يُسْتَدَلُّ بِهِ عَلَى أَنَّهُ حَقُّهُ قَالَ: (وَكَذَا إِذَا أَرَادَ أَنْ يَسُوقَ شِرْبَهُ فِي أَرْضِهِ الْأُولَى حَتَّى يَنْتَهِيَ إِلَى هَذِهِ الْأَرْضِ الْأُخْرَى)؛ لِأَنَّهُ يَسْتَوْفِي زِيَادَةَ عَلَى حَقِّهِ، إِذَا الْأَرْضُ الْأُولَى تُشْتَفُّ بَعْضُ الْمَاءِ قَبْلَ أَنْ تُسْقَى الْأَرْضُ الْأُخْرَى، وَهُوَ نَظِيرُ طَرِيقٍ مُشْتَرَكٍ أَرَادَ أَحَدُهُمْ أَنْ يَفْتَحَ فِيهِ بَابًا إِلَى دَارٍ أُخْرَى سَاكِنُهَا غَيْرُ سَاكِنِ هَذِهِ الدَّارِ الَّتِي يَفْتَحُهَا فِي هَذَا الطَّرِيقِ، وَلَوْ أَرَادَ الْأَعْلَى مِنَ الشَّرِيكَيْنِ فِي النَّهْرِ الْخَاصُّ وَفِيهِ كُوى بَيْنَهُمَا أَنْ يَسُدَّ بَعْضُهَا دَفْعًا لِفَيْضِ الْمَاءِ عَنْ أَرْضِهِ كَي لَا تَنْزِلَ لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ لَمَّا فِيهِ مِنَ الضَّرَرِ بِالْآخِرِ وَكَذَا إِذَا أَرَادَ أَنْ يُقَسِّمَ الشَّرْبَ مُنَاصَفَةً بَيْنَهُمَا؛ لِأَنَّ الْقِسْمَةَ بِالْكُوى تَقَدَّمَتْ إِلَّا أَنْ يَتَرَاضِيَا؛ لِأَنَّ الْحَقَّ لَهُمَا، وَبَعْضُ التَّرَاضِي لِصَاحِبِ الْأَسْفَلِ أَنْ يَنْقُضَ ذَلِكَ.

وَكَذَا لَوَرَّثَتْهُ مِنْ بَعْدِهِ؛ لِأَنَّهُ إِعَارَةٌ الشَّرْبِ، فَإِنْ مُبَادَلَتْ الشَّرْبُ بِالشَّرْبِ بِأُطْلَلَتْ، وَالشَّرْبُ مِمَّا يُوْرَثُ وَيُوصَى بِالْإِنْتِفَاعِ بَعِيْنِهِ، بِخِلَافِ الْبَيْعِ وَالْهَبَةِ وَالصَّدَقَةِ وَالْوَصِيَّةِ بِذَلِكَ حَيْثُ لَا تَجُوزُ الْعُقُودُ إِمَّا لِلْجِهَاتِ أَوْ لِلْغَرَرِ، أَوْ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمَالٍ مُتَقَوِّمٍ حَتَّى لَا

يُضْمَنُ إِذَا سَقَى مِنْ شَرْبٍ غَيْرِهِ، وَإِذَا بَطَلَتْ الْعُقُودُ فَالْوَصِيَّةُ بِالْبَاطِلِ بَاطِلَةٌ، وَكَذَا لَا يَصْلَحُ مُسَمًّى فِي النِّكَاحِ حَتَّى يَجِبَ مَهْرُ الْمَثَلِ، وَلَا فِي الْخُلْعِ حَتَّى يَجِبَ رَدُّ مَا قَبِضَتْ مِنْ الصَّدَاقِ لَتَفَاحُشِ الْجَهَالَةِ.

وَلَا يَصْلَحُ بَدَلُ الصَّلَاحِ عَنِ الدَّعْوَى؛ لِأَنَّهُ لَا يُمْلِكُ شَيْءٌ مِنَ الْعُقُودِ. وَلَا يُبَاعُ الشَّرْبُ فِي دَيْنٍ صَاحِبِهِ بَعْدَ مَوْتِهِ بِدُونِ أَرْضٍ كَمَا فِي حَالِ حَيَاتِهِ، وَكَيْفَ يَصْنَعُ الْإِمَامُ؟ الْأَصَحُّ أَنْ يَضُمَّهُ إِلَى أَرْضٍ لَا شَرْبَ لَهَا فَيَبِيعَهَا بِإِذْنِ صَاحِبِهَا، ثُمَّ يَنْظُرُ إِلَى قِيَمَةِ الْأَرْضِ مَعَ الشَّرْبِ وَبِدُونِهِ فَيَصْرِفُ التَّفَاوُتَ إِلَى قَضَاءِ الدَّيْنِ، وَإِنْ لَمْ يَجِدْ ذَلِكَ اشْتَرَى عَلَى تَرْكِتِ الْمَيِّتِ أَرْضًا بِغَيْرِ شَرْبٍ، ثُمَّ ضَمَّ الشَّرْبَ إِلَيْهَا وَبَاعَهُمَا فَيَصْرِفُ مِنَ الثَّمَنِ إِلَى ثَمَنِ الْأَرْضِ وَيَصْرِفُ الْفَاضِلَ إِلَى قَضَاءِ الدَّيْنِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَهُوَ تَطْيِيرُ طَرِيقِ مُشْتَرِكٍ) يَعْنِي مَنْ حَيْثُ إِنَّهُ يَزِيدُ فِي الشَّرْبِ مَا لَيْسَ لَهُ مِنْهُ حَقٌّ فِي الشَّرْبِ وَيَزِيدُ مِنَ الْمَارَّةِ مَنْ لَيْسَ لَهُ حَقٌّ فِي الْمُرُورِ وَقَيْدَ بَقَوْلِهِ (سَاكِنُهَا غَيْرُ سَاكِنِ هَذِهِ الدَّارِ) لِأَنَّهُ لَوْ كَانَ سَاكِنُ الدَّارَيْنِ وَاحِدًا كَانَ لَهُ أَنْ يَفْتَحَ بَابًا إِلَى دَارٍ أُخْرَى.

وَقَوْلُهُ (وَكَذَا إِذَا أَرَادَ أَنْ يَقْسِمَ الشَّرْبَ مُنَاصِفَةً بَيْنَهُمَا) بِأَنْ يَقُولَ لَشَرِيكِهِ اجْعَلْ لِي نِصْفَ الشَّهْرِ وَلَكَ نِصْفُهُ، فَإِذَا كَانَ فِي حَصَّتِي سَدَدَتْ مَا بَدَأَ لِي مِنْهَا وَأَلْتِ فِي حَصَّتِكَ فَتَحْتَهَا كُلُّهَا فَلَيْسَ لَهُ ذَلِكَ بَعْدَمَا كَانَتْ الْقِسْمَةُ بَيْنَهُمَا بِالْكُوفَى، لِأَنَّ الْإِنْتِفَاعَ بِالْمَاءِ فِي الْقِسْمَةِ الْأُولَى مُسْتَدَامٌ وَفِي الثَّانِيَةِ فِي بَعْضِ الْمُدَّةِ، وَرُبَّمَا يَضُرُّ ذَلِكَ بِصَاحِبِ السُّفْلِ.

وَقَوْلُهُ (لِأَنَّهُ إِعَارَةٌ) لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُعِيرٌ لَصَاحِبِهِ نَصِيبَهُ مِنَ الشَّرْبِ مِنَ الشَّهْرِ لَتَعْذُرَ جَعْلُ مَا تَرَاضِيَا عَلَيْهِ مُبَادَلَةً، فَإِنْ بَاعَ الشَّرْبُ بِالشَّرْبِ وَاجَارَتْهُ بِهِ بَاطِلٌ، وَإِذَا كَانَتْ عَارِيَّةً فَلِلْمُعِيرِ أَنْ يَرْجِعَ مَتَى شَاءَ.

وَقَوْلُهُ (وَالشَّرْبُ مِمَّا يُورَثُ وَيُوصَى بِالْإِنْتِفَاعِ بِعَيْنِهِ) بِنَاءً عَلَى أَنَّ الْوَرِثَةَ خُلْفَاءُ الْمَيِّتِ فَيَقُومُونَ مَقَامَهُ فِي أَمْلَاكِهِ وَحُقُوقِهِ، وَعَدَمُ جَوَازِ بَيْعِهِ وَهَيْتِهِ لَا يَسْتَلْزِمُ عَدَمَ جَوَازِ ذَلِكَ أَلَّا تَرَى أَنَّ الْقِصَاصَ وَالْدَّيْنَ وَالْخَمْرَ يُمْلِكُ بِالْإِرْثِ وَإِنْ لَمْ يُمْلِكْ بِالْبَيْعِ وَنَحْوِهِ،

وَالْوَصِيَّةُ أُخْتُ الْمِيرَاثِ. وَقَوْلُهُ (بَعَيْنُهُ) اخْتِرَازٌ عَنِ الْإِيصَاءِ بَيْنَ الشَّرْبِ كَمَا سَنَذْكُرُهُ.
وَالْحَاصِلُ أَنَّ الشَّرْبَ بَغِيرِ الْأَرْضِ لَا يُمْلِكُ بِشَيْءٍ مِنَ الْعُقُودِ، فَإِذَا سَمَّاهُ فِي
النِّكَاحِ صَحَّ النِّكَاحُ وَوَجَبَ مَهْرُ الْمَثَلِ، وَإِذَا سَمَّاهُ فِي الْخُلْعِ صَحَّ الْخُلْعُ وَعَلَيْهَا رَدُّ مَا
قَبِضْتَ مِنَ الْمَهْرِ، وَإِذَا جَعَلَهُ بَدَلَ الصُّلْحِ فَلَمُدَّعِي عَلَى دَعْوَاهُ إِذَا لَمْ يَكُنْ عَنْ قِصَاصٍ،
فَإِنْ كَانَ فَعَلَى الْقَاتِلِ الدِّيَّةُ وَأَرْضُ الْجِرَاحَةِ.

وَقَوْلُهُ (وَالْأَصْح) إشارَةٌ إِلَى وُجُودِ الْاِخْتِلَافِ. فَإِنَّ الْعُلَمَاءَ رَحِمَهُمُ اللَّهُ اخْتَلَفُوا
فِي كَيْفِيَّةِ قَضَاءِ الدَّيْنِ مِنْ قِيَمَةِ الشَّرْبِ، فَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ السَّبِيلُ فِي ذَلِكَ أَنْ يُقَالَ
لِلْمُقَوِّمِينَ إِنَّ الْعُلَمَاءَ لَوْ اتَّفَقُوا عَلَى جَوَازِ بَيْعِ الشَّرْبِ بِكُمْ يُشْتَرَى هَذَا الشَّرْبُ، وَقَالَ
بَعْضُهُمْ: يُضْمُ هَذَا الشَّرْبُ إِلَى جَرِيبٍ مِنَ الْأَرْضِ مِنْ أَقْرَبِ مَا يَكُونُ مِنْ هَذَا الشَّرْبِ
وَيُنْظَرُ بِكُمْ يُشْتَرَى مَعَ الشَّرْبِ وَبِكُمْ يُشْتَرَى بَدُونِ الشَّرْبِ فَيَكُونُ فَضْلُ مَا بَيْنَهُمَا
قِيَمَةُ الشَّرْبِ وَمِنْهُمْ مَنْ يَقُولُ يَتَّخَذُ حَوْضًا وَيَجْمَعُ ذَلِكَ الْمَاءَ فِيهِ فِي كُلِّ نَوْبَةٍ ثُمَّ يَبِيعُ
الْمَاءَ الَّذِي جَمَعَهُ بِثَمَنِ مَعْلُومٍ ثُمَّ يَقْضِي دَيْنَهُ بِذَلِكَ.
وَاخْتَارَ الْمُصَنِّفُ رَحِمَهُ اللَّهُ مَا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ.

(وَإِذَا سَقَى الرَّجُلُ أَرْضَهُ أَوْ مَخْرَهَا مَاءً) أَيِ مَالِهَا (فَسَالَ مِنْ مَائِهَا فِي أَرْضِ رَجُلٍ
فَفَرَّقَهَا أَوْ نَزَتْ أَرْضُ جَارِهِ مِنْ هَذَا الْمَاءِ لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ ضَمَانُهَا)؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مُتَعَدٍّ فِيهِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (أَوْ مَخْرَهَا) قَالَ فِي الصَّحَاحِ مَخَرَتْ الْأَرْضُ: أَيِ أُرْسِلَتْ الْمَاءَ فِيهَا.
وَقَوْلُهُ (لَأَنَّهُ غَيْرُ مُتَعَدٍّ فِيهِ) يُلَوِّحُ إِلَيَّ أَنَّهُ إِذَا كَانَ مُتَعَدِّيًا ضَمِنَ. وَعَدَمُ التَّعَدِّيِّ إِكْمًا
يَكُونُ إِذَا سَقَى أَرْضَهُ سَقْيًا يُسْقَى مِثْلُهُ فِي الْعَادَةِ وَكَانَ ذَلِكَ فِي نَوْبَتِهِ. وَقِيلَ إِنْ كَانَ
جَارُهُ تَقَدَّمَ إِلَيْهِ بِالْأَحْكَامِ ضَمِنَ. وَإِنْ لَمْ يَتَقَدَّمْ لَمْ يَضْمَنْ اعْتِبَارًا بِالْحَائِطِ الْمَائِلِ، وَاللَّهُ
تَعَالَى أَعْلَمُ.

كِتَابُ الْأَشْرِبَةِ

سُمِّيَ بِهَا وَهِيَ جَمْعُ شَرَابٍ لِمَا فِيهِ مِنْ بَيَانِ حُكْمِهَا.

قَالَ (الْأَشْرِبَةُ الْمُحَرَّمَةُ أَرْبَعَةٌ: الْخَمْرُ وَهِيَ عَصِيرُ الْعِنَبِ إِذَا غُلِيَ وَاشْتَدَّ وَقَذَفَ بِالزَّبْدِ، وَالْعَصِيرُ إِذَا طَبِخَ حَتَّى يَذْهَبَ أَقْلُ مِنْ ثُلُثِيهِ) وَهُوَ الطَّلَاءُ الْمَذْكُورُ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ (وَنَقِيعُ التَّمْرِ وَهُوَ السَّكْرُ، وَنَقِيعُ الزَّيْبِ إِذَا اشْتَدَّ وَغُلِيَ).

الشرح:

(كِتَابُ الْأَشْرِبَةِ): ذَكَرَ الْأَشْرِبَةَ بَعْدَ الشَّرْبِ لِأَنَّهَا شُعْبَتَا عَرْقٍ وَاحِدٍ لَفْظًا وَمَعْنَى، وَقَدَّمَ الشَّرْبَ لِمُنَاسَبَتِهِ لِاحْيَاءِ الْمَوَاتِ. وَمِنْ مَحَاسِنِهِ بَيَانُ حُرْمَتِهَا، إِذْ لَا شُبْهَةَ فِي حُسْنِ تَحْرِيمِ مَا يُزِيلُ الْعَقْلَ الَّذِي هُوَ مَلَكَ مَعْرِفَةِ اللَّهِ تَعَالَى وَشُكْرِ إِنْعَامِهِ. فَإِنْ قِيلَ: مَا بَالُهُ حَلٌّ لِلأُمَمِ السَّالِفَةِ مَعَ احْتِيَاجِهِمْ إِلَى ذَلِكَ. أُجِيبَ بِأَنَّ السَّكْرَ حَرَامٌ فِي جَمِيعِ الْأَدْيَانِ وَحَرْمُ شُرْبِ الْقَلِيلِ عَلَيْنَا مِنَ الْخَمْرِ كَرَامَةٌ لَنَا مِنَ اللَّهِ تَعَالَى لِثَلَا ثَقَعَ فِي الْمَحْظُورِ وَنَحْنُ مَشْهُودٌ لَنَا بِالْخَيْرِيَّةِ. فَإِنْ قِيلَ: هَلَا حُرِّمَتْ ابْتِدَاءً وَالذَّاعِي الْمَذْكُورُ مَوْجُودٌ.

أُجِيبَ أَيْمًا بِأَنَّ الشَّهَادَةَ بِالْخَيْرِيَّةِ لَمْ تُكُنْ إِذْ ذَاكَ وَإِمَّا لَتَدْرِيجِ الضَّارِي لِثَلَا يَنْفَرُ مِنَ الْإِسْلَامِ (وَسُمِّيَ هَذَا الْكِتَابُ بِهَا) أَيْ بِالْأَشْرِبَةِ (وَهِيَ جَمْعُ شَرَابٍ) اسْمٌ لِمَا هُوَ حَرَامٌ مِنْهُ عِنْدَ أَهْلِ الشَّرْعِ لِمَا فِيهِ مِنْ بَيَانِ حُكْمِهَا. قَالَ (الْأَشْرِبَةُ الْمُحَرَّمَةُ أَرْبَعَةٌ: الْخَمْرُ وَالْأَشْرِبَةُ الْمُحَرَّمَةُ أَرْبَعَةٌ: الْخَمْرُ، وَهِيَ عَصِيرُ الْعِنَبِ إِذَا غُلِيَ وَاشْتَدَّ، وَالْمُرَادُ بِالِاشْتِدَادِ صَلَاحِيَّتُهُ لِلِاسْكَارِ وَكَلَامُهُ وَاضِحٌ.

أَمَّا الْخَمْرُ فَالْكَلَامُ فِيهَا فِي عَشْرَةِ مَوَاضِعَ:

أَحَدُهَا: فِي بَيَانِ مَا يُثْبِتُهَا وَهِيَ النَّيْءُ مِنْ مَاءِ الْعِنَبِ إِذَا صَارَ مُسْكِرًا وَهَذَا عِنْدَنَا وَهُوَ الْمَعْرُوفُ عِنْدَ أَهْلِ اللُّغَةِ وَأَهْلِ الْعِلْمِ وَقَالَ بَعْضُ النَّاسِ: هُوَ اسْمٌ لِكُلِّ مُسْكِرٍ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «كُلُّ مُسْكِرٍ خَمْرٌ»^(١) وَقَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «الْخَمْرُ مِنَ هَاتَيْنِ الشَّجَرَتَيْنِ»^(٢) وَأَشَارَ إِلَى الْكَرْمَةِ وَالنَّخْلَةِ، وَلَأَنَّهُ مُشْتَقٌّ مِنْ مُحَاوَرَةِ الْعَقْلِ وَهُوَ مَوْجُودٌ

(١) أخرجه مسلم في الأشربة (حديث ٧٣)، وأحمد (٢٩/٢).

(٢) أخرجه مسلم في الأشربة (١٣ - ١٥).

فِي كُلِّ مُسْكِرٍ وَلَنَا أَنَّهُ اسْمٌ خَاصٌّ بِإِطْبَاقِ أَهْلِ اللَّغَةِ فِيمَا ذَكَرْنَاهُ وَهَذَا أَشْهُرُ اسْتِعْمَالُهُ فِيهِ وَفِي غَيْرِهِ غَيْرُهُ، وَلَأَنَّ حُرْمَةَ الْخَمْرِ قَطْعِيَّةٌ وَهِيَ فِي غَيْرِهَا ظَنِّيَّةٌ. وَإِنَّمَا سُمِّيَ خَمْرًا لِتَخْمُرِهِ لَا لِخَامَرَتِهِ الْعَقْلَ، عَلَى أَنَّ مَا ذَكَرْتُمْ لَا يُنَافِي كَوْنَ الْاسْمِ خَاصًّا فِيهِ فَإِنَّ النَّجْمَ مُشْتَقٌّ مِنَ النُّجُومِ وَهُوَ الظُّهُورُ، ثُمَّ هُوَ اسْمٌ خَاصٌّ لِلنَّجْمِ الْمَعْرُوفِ لَا لِكُلِّ مَا ظَهَرَ وَهَذَا كَثِيرُ النُّظِيرِ وَالْحَدِيثُ الْأَوَّلُ طَعَنَ فِيهِ يَحْيَى بْنُ مَعِينٍ رَحِمَهُ اللَّهُ.

وَالثَّانِي أُرِيدَ بِهِ بَيَانُ الْحُكْمِ؛ إِذْ هُوَ اللَّائِقُ بِمَنْصِبِ الرِّسَالَةِ وَالثَّانِي فِي حَقِّ ثُبُوتِ هَذَا الْاسْمِ وَهَذَا الَّذِي ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَعِنْدَهُمَا إِذَا اشْتَدَّ صَارَ خَمْرًا، وَلَا يُشْتَرَطُ الْقَذْفُ بِالزَّبْدِ؛ لِأَنَّ الْاسْمَ يَثْبُتُ بِهِ، وَكَذَا الْمَعْنَى الْمَحْرَمُ وَهُوَ الْمُؤَثِّرُ فِي الْفُسَادِ بِالِاسْتِدَادِ لِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ الْغُلْيَانَ بِدَايَةِ الشَّدَّةِ.

وَكَمَالُهَا بِقَذْفِ الزَّبْدِ وَسُكُونِهِ؛ إِذْ بِهِ يَتَمَيَّزُ الصَّافِي مِنَ الْكَدِرِ، وَأَحْكَامُ الشَّرْعِ قَطْعِيَّةٌ فَتَنَاطُ بِالنِّهَايَةِ كَالْحَدِّ وَكَفَارِ الْمُسْتَحِلِّ وَحُرْمَةِ الْبَيْعِ وَقِيلَ يُؤْخَذُ فِي حُرْمَةِ الشَّرْبِ بِمَجَرَّدِ الْإِسْتِدَادِ احْتِيَاطًا

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَقَالَ بَعْضُ النَّاسِ) قِيلَ يُرِيدُ بِهِ مَالِكًا وَالشَّافِعِيَّ رَحِمَهُمَا اللَّهُ، وَقَوْلُهُ (فِيمَا ذَكَرْنَاهُ) إِشَارَةٌ إِلَى النَّيِّ مِنْ مَاءِ الْعَنْبِ.

وَقَوْلُهُ (فِي غَيْرِهِ) أَيُّ وَأَشْهُرُ فِي غَيْرِ النَّيِّ مِنْ مَاءِ الْعَنْبِ إِذَا صَارَ مُسْكِرًا غَيْرُ لَفْظِ الْخَمْرِ كَالْمِلْثِّ وَالطَّلَاءِ وَالْبَاقِ وَالْمَنْصَفِ. وَقَوْلُهُ (وَلَأَنَّ حُرْمَةَ الْخَمْرِ قَطْعِيَّةٌ) يَعْنِي أَنَّ حُرْمَةَ الْخَمْرِ ثَابِتَةٌ بِالْإِجْمَاعِ فَتَكُونُ قَطْعِيَّةً، وَمَا هُوَ قَطْعِيٌّ لَا يَثْبُتُ إِلَّا بِقَطْعِيٍّ، وَكَوْنُ النَّيِّ مِنْ مَاءِ الْعَنْبِ خَمْرًا قَطْعِيٌّ بِلَا خِلَافٍ فَيَثْبُتُ بِهِ، بِخِلَافِ غَيْرِهِ فَإِنَّ فِيهِ اخْتِلَافًا بَيْنَ الْعُلَمَاءِ رَحِمَهُمُ اللَّهُ.

وَأَدْنَى دَرَجَاتِ الْإِخْتِلَافِ إِيرَاثُ الشُّبْهَةِ فَتَكُونُ الْحُرْمَةُ قَطْعِيَّةً وَمَا يَدُلُّ عَلَيْهَا ظَنِّيٌّ وَقَوْلُهُ (وَإِنَّمَا سُمِّيَ) يَعْنِي غَيْرَ النَّيِّ (خَمْرًا لِتَخْمُرِهِ) أَيُّ لَصِيغُورَتِهِ مُرًا كَالْخَمْرِ لَا لِخَامَرَتِهِ، جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِمْ سُمِّيَ خَمْرًا لِخَامَرَتِهِ الْعَقْلَ.

وَلَكِنْ سَلَّمْنَا أَنَّهُ مُشْتَقٌّ مِنْهَا لَكِنْ لَا يُنَافِي اخْتِصَاصُهُ بِالنَّيِّ مِنْ مَاءِ الْعَنْبِ لِحَوَازِ أَنْ يَكُونَ الْمُسْتَقُّ مَخْصُوصًا، فَإِنَّ النَّجْمَ مُشْتَقٌّ مِنْ نَجَمٍ إِذَا ظَهَرَ، ثُمَّ هُوَ خَاصٌّ بِالثُّرَيَّا،

وَكَالْقَارُورَةِ مُشْتَقٌّ مِنَ الْقَرَارِ وَلَا يُسْتَعْمَلُ فِي الْكُوزِ وَإِنْ وُجِدَ فِيهِ الْقَرَارُ وَأُنْظَرَهُ كَثِيرَةٌ.

وَقَوْلُهُ: (وَالْحَدِيثُ الْأَوَّلُ) يُرِيدُ بِهِ «كُلُّ مُسْكِرٍ خَمْرٌ» رُويَ عَنْ يَحْيَى بْنِ مَعِينٍ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ قَالَ: الْأَحَادِيثُ الثَّلَاثَةُ لَيْسَتْ بِثَابِتَةٍ عَنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ: أَحَدُهَا قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيٍّ وَشَاهِدَيْنِ عَدْلٍ» وَالثَّانِي «مَنْ مَسَّ ذَكَرَهُ فَلَيْتَوْضَأُ» وَالثَّلَاثُ «كُلُّ مُسْكِرٍ خَمْرٌ» وَكَانَ يَحْيَى بْنُ مَعِينٍ إِمَامًا حَافِظًا مُتَقِنًا حَتَّى قَالَ أَحْمَدُ بْنُ حَنْبَلٍ رَحِمَهُ اللَّهُ: كُلُّ حَدِيثٍ لَا يَعْرِفُهُ يَحْيَى بْنُ مَعِينٍ فَلَيْسَ بِحَدِيثٍ.

وَقَوْلُهُ (وَالثَّانِي) يُرِيدُ بِهِ الْخَمْرَ مِنْ هَاتَيْنِ الشَّجَرَتَيْنِ (أُرِيدَ بِهِ بَيَانُ الْحُكْمِ) يَعْنِي إِذَا أَسْكَرَ كَثِيرُهُ كَانَ حُكْمُهُ فِي الْإِسْكَارِ حُكْمَ الْخَمْرِ فِي الْحُرْمَةِ وَتُبُوتِ الْحَدِّ، إِذْ هُوَ اللَّائِقُ بِمَنْصِبِ الرِّسَالَةِ لِكَوْنِهِ مَبْعُوثًا لِبَيَانِ الشَّرَائِعِ لَا لِبَيَانِ الْحَقَائِقِ.

وَقَوْلُهُ: (وَقِيلَ يُؤْخَذُ فِي حُرْمَةِ الشُّرْبِ بِمُجَرَّدِ الْاِسْتِدَادِ اخْتِطَاطًا) يَعْنِي وَفِي الْحَدِّ يُؤْخَذُ بِقَذْفِ الزَّبَدِ اخْتِطَاطًا أَيْضًا

وَالثَّلَاثُ أَنَّ عَيْنَهَا حَرَامٌ غَيْرُ مَعْلُولٍ بِالسُّكْرِ وَلَا مَوْقُوفٍ عَلَيْهِ؛ وَمِنَ النَّاسِ مَنْ أَنْكَرَ حُرْمَتَ عَيْنِهَا، وَقَالَ: إِنَّ السُّكْرَ مِنْهَا حَرَامٌ؛ لِأَنَّ بِهِ يَحْصُلُ الْفُسَادُ وَهُوَ الصَّدُّ عَنْ ذِكْرِ اللَّهِ، وَهَذَا كُفْرٌ؛ لِأَنَّهُ جُحُودُ الْكِتَابِ فَإِنَّهُ تَعَالَى سَمَاءَهُ رِجْسًا وَالرِّجْسُ مَا هُوَ مُحَرَّمٌ الْعَيْنِ، وَقَدْ جَاءَتِ السُّنَنُ مُتَوَاتِرَةً " أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ حَرَّمَ الْخَمْرَ؛ وَعَلَيْهِ ائْتَقَدَ الْإِجْمَاعُ، وَلَأنَّ قَلِيلَهُ يَدْعُو إِلَى كَثِيرِهِ وَهَذَا مِنْ خَوَاصِّ الْخَمْرِ، وَلِهَذَا تَزْدَادُ لَشَارِبِهِ اللَّذَّةُ بِالِاسْتِكْثَارِ مِنْهُ، بِخِلَافِ سَائِرِ الْمَطْعُومَاتِ ثُمَّ هُوَ غَيْرُ مَعْلُولٍ عِنْدَنَا حَتَّى لَا يَتَعَدَّى حُكْمُهُ إِلَى سَائِرِ الْمُسْكِرَاتِ، وَالشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ يُعَدِّيهِ إِلَيْهَا، وَهَذَا بَعِيدٌ؛ لِأَنَّهُ خِلَافُ السُّنَنِ الْمَشْهُورَةِ وَتَعْلِيلُهُ لِتَعْدِيَةِ الْأَسْمِ، وَالتَّعْلِيلُ فِي الْأَحْكَامِ لَا فِي الْأَسْمَاءِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَهَذَا) أَيُّ إِثْكَارٍ حُرْمَةٍ عَيْنِهَا (كُفْرٌ) مِنَ الْمُنْكَرِ وَإِنْ كَانَ قَلِيلًا لِحُرْمَةِ السُّكْرِ مِنْهُ (لَأَنَّهُ جُحُودُ الْكِتَابِ) يَعْنِي قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿يَتَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ﴾ [المائدة: ٩٠]، إِلَى قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿فَهَلْ أَنْتُمْ مُنْتَهُونَ﴾ [المائدة: ٩١] وَقَدْ ذَكَرْنَا دَلَالَتَهُ عَلَى ذَلِكَ فِي " الْإِشْرَاقِ شَرْحِ مَشَارِقِ الْأَنْوَارِ " عَلَى أَحْسَنِ مَا يَكُونُ

فَلْيُطْلَبْ مِنْهُ ثَمَّةٌ.

وَقَوْلُهُ (وَقَدْ جَاءَتْ السُّنَّةُ مُتَوَاتِرَةً) مَعْنَاهُ جَاءَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ فِي الْخَمْرِ أَحَادِيثُ كُلُّهَا تُدَلُّ عَلَى حُرْمَةِ الْخَمْرِ، وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهَا إِنْ لَمْ يَبْلُغْ حَدَّ التَّوَاتُرِ فَالْقَدَرُ الْمُشْتَرَكُ مِنْهَا مُتَوَاتِرٌ، كَشَجَاعَةِ عَلِيٍّ ؓ وَجُودِ حَاتِمٍ، وَيُسَمَّى هَذَا التَّوَاتُرُ بِالْمَعْنَى.

وَقَوْلُهُ (وَهَذَا مِنْ خَوَاصِّ الْخَمْرِ) يَعْنِي دُعَاءَ الْقَلِيلِ إِلَى الْكَثِيرِ. قَالَ فِي الْمَبْسُوطِ: مَا مِنْ طَعَامٍ وَشَرَابٍ إِلَّا وَلَدَتْهُ فِي الْإِبْدَاءِ، وَلَا يَزِيدُ عَلَى اللَّذَّةِ فِي الْإِنْتِهَاءِ إِلَّا الْخَمْرُ، فَإِنَّ اللَّذَّةَ لَشَارِبَهَا تَزْدَادُ بِالِاسْتِكْثَارِ مِنْهَا.

وَقَوْلُهُ (لَأَنَّهُ خِلَافُ السُّنَّةِ الْمَشْهُورَةِ) يَعْنِي مَا رَوَى ابْنُ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا مِنْ قَوْلِهِ ﷺ «حُرِّمَتْ الْخَمْرُ لَعَيْنِهَا وَالسُّكْرُ مِنْ كُلِّ شَرَابٍ» وَلَمَّا كَانَتْ حُرْمَتُهَا لَعَيْنِهَا لَا يَصِحُّ التَّغْلِيلُ بِمَعْنَى الْمُخَامَرَةِ لِتَعَدِّيهِ اسْمَهَا إِلَى غَيْرِهَا.

وَالرَّابِعُ أَنَّهَا نَجِسَةٌ نَجَاسَةً غَلِيظَةً كَالْبَوْلِ لثُبُوتِهَا بِالْأَدْلَالِ الْقَطْعِيَّةِ عَلَى مَا بَيَّنَّا وَالْخَامِسُ أَنَّهُ يَكْفُرُ مُسْتَحِلُّهَا لِإِنْكَارِهِ الدَّلِيلِ الْقَطْعِيِّ.

وَالسَّادِسُ سَقُوطُ تَقْوُمِهَا فِي حَقِّ الْمُسْلِمِ حَتَّى لَا يَضْمَنَ مُتْلَفُهَا وَغَاصِبُهَا وَلَا يَجُوزُ بَيْعُهَا؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى لَمَّا نَجَسَهَا فَقَدْ أَهَانَهَا وَالتَّقْوَمُ يُشْعِرُ بِعِزَّتِهَا وَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «إِنَّ الَّذِي حَرَّمَ شَرِبَهَا حَرَّمَ بَيْعَهَا وَآكَلِ ثَمَنِهَا» وَاخْتَلَفُوا فِي سَقُوطِ مَالِيَّتِهَا وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ مَالٌ؛ لِأَنَّ الطَّبَاعَ تَمِيلُ إِلَيْهَا وَتَضِنُّ بِهَا وَمَنْ كَانَ لَهُ عَلَى مُسْلِمٍ دَيْنٌ فَأَوْفَاهُ ثَمَنَ خَمْرٍ لَا يَحِلُّ لَهُ أَنْ يَأْخُذَهُ، وَلَا لِلْمَدْيُونِ أَنْ يُؤَدِّيَهُ؛ لِأَنَّهُ ثَمَنٌ بَيْعٍ بَاطِلٍ وَهُوَ غَضَبٌ فِي يَدِهِ أَوْ أَمَانَةٌ عَلَى حَسَبِ مَا اخْتَلَفُوا فِيهِ كَمَا فِي بَيْعِ الْمَيْتَةِ وَلَوْ كَانَ الدَّيْنُ عَلَى ذِمِّي فَإِنَّهُ يُؤَدِّيهِ مِنْ ثَمَنِ الْخَمْرِ، وَالْمُسْلِمُ الطَّالِبُ يَسْتَوْفِيهِ؛ لِأَنَّهُ بَيْعُهَا فِيمَا بَيْنَهُمْ جَائِزٌ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (حَتَّى لَا يَضْمَنَ مُتْلَفُهَا) لَا يَدُلُّ عَلَى إِبَاحَةِ إِثْلَافِهَا. وَقَدْ اخْتَلَفُوا فِيهَا، فَقِيلَ: يُبَاحُ، وَقِيلَ لَا يُبَاحُ إِلَّا لِعَرَضٍ صَحِيحٍ بِأَنْ كَانَتْ عِنْدَ شَرِيبٍ خِيفَ عَلَيْهِ الشُّرْبُ، وَأَمَّا إِذَا كَانَتْ عِنْدَ صَالِحٍ فَلَا يُبَاحُ لِأَنَّهُ يُخَلَّلُهَا.

وَالسَّابِعُ حُرْمَةُ الْإِنْتِفَاعِ بِهَا؛ لِأَنَّ الْإِنْتِفَاعَ بِالنَّجَسِ حَرَامٌ، وَلِأَنَّهُ وَاجِبُ الْاجْتِنَابِ وَفِي الْإِنْتِفَاعِ بِهِ اقْتِرَابٌ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَالسَّابِعُ حُرْمَةُ الْإِنْتِفَاعِ بِهَا) يُرِيدُ التَّدَاوِيَّ بِالِاحْتِقَانِ وَسَقَى الدَّوَابَّ وَالْإِفْطَارَ فِي الْإِخْلِيلِ.

وَالثَّامِنُ أَنْ يُحَدَّ شَارِبُهَا وَإِنْ لَمْ يَسْكُرْ مِنْهَا لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «مَنْ شَرِبَ الْخَمْرَ فَاجْلِدُوهُ، فَإِنْ عَادَ فَاجْلِدُوهُ، فَإِنْ عَادَ فَاجْلِدُوهُ، فَإِنْ عَادَ فَاقْتُلُوهُ» إِلَّا أَنْ حُكِمَ الْقَتْلُ قَدْ انْتَسَخَ فَبَقِيَ الْجَلْدُ مَشْرُوعًا، وَعَلَيْهِ انْعَقَدَ إِجْمَاعُ الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ، وَتَقْدِيرُهُ ذَكَرْنَاهُ فِي الْحُدُودِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (إِلَّا أَنْ حُكِمَ الْقَتْلُ قَدْ انْتَسَخَ) يَعْنِي بِقَوْلِهِ ﷺ «لَا يَحِلُّ دَمُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إِلَّا بِإِخْدَى مَعَانٍ ثَلَاثَ» الْحَدِيثِ.

وَالثَّاسِعُ أَنَّ الطَّبْخَ لَا يُؤْتَرُ فِيهَا؛ لِأَنَّهُ لِلْمَنْعِ مِنْ ثُبُوتِ الْحُرْمَةِ لَا لِرَفْعِهَا بَعْدَ ثُبُوتِهَا، إِلَّا أَنَّهُ لَا يُحَدُّ فِيهِ مَا لَمْ يَسْكُرْ مِنْهُ عَلَى مَا قَالُوا؛ لِأَنَّ الْحَدَّ بِالْقَلِيلِ فِي النَّيِّءِ خَاصَّةً، لَمَّا ذَكَرْنَا وَهَذَا قَدْ طُبِّخَ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (عَلَى مَا قَالُوا) قَالَ شَيْخُ الْإِسْلَامِ خَُوَاهِرُ زَادَهُ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَمْ يَذْكُرْ مُحَمَّدٌ أَنَّهُ إِذَا شَرِبَ بَعْدَ الطَّبْخِ وَلَمْ يَسْكُرْ هَلْ يَجِبُ عَلَيْهِ الْحَدُّ؟ ثُمَّ قَالَ: وَيَجِبُ أَنْ لَا يَجِبَ عَلَيْهِ الْحَدُّ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِخَمْرٍ لَعَةً، فَإِنَّ الْخَمْرَ لَعَةً هُوَ النَّيِّءُ مِنْ مَاءِ الْعِنَبِ وَهَذَا لَيْسَ بِنَيِّءٍ. وَالْعَاشِرُ جَوَازُ تَخْلِيلِهَا وَفِيهِ خِلَافُ الشَّافِعِيِّ وَسَنَذْكُرُهُ مِنْ بَعْدُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى، هَذَا هُوَ الْكَلَامُ فِي الْخَمْرِ.

وَأَمَّا الْعَصِيرُ إِذَا طُبِّخَ حَتَّى يَذْهَبَ أَقْلُ مِنْ ثُلُثَيْهِ وَهُوَ الْمَطْبُوخُ أَدْنَى طَبْخَةٍ وَيُسَمَّى الْبَادِقَ وَالْمُنْصَفَ وَهُوَ مَا ذَهَبَ نِصْفُهُ بِالطَّبْخِ فَكُلُّ ذَلِكَ حَرَامٌ عِنْدَنَا إِذَا غُلِيَ وَاشْتَدَّ وَقَدْ ذُفَّ بِالزَّبْدِ أَوْ إِذَا اشْتَدَّ عَلَى الْإِخْلَافِ وَقَالَ الْأَوْزَاعِيُّ: إِنَّهُ مُبَاحٌ، وَهُوَ قَوْلُ بَعْضِ الْمُعْتَزِلَةِ؛ لِأَنَّهُ مَشْرُوبٌ طَيِّبٌ وَلَيْسَ بِخَمْرٍ وَلَنَا أَنَّهُ رَهِيْقٌ مُلْدٌ مُطْرَبٌ وَهَذَا يَجْتَمِعُ عَلَيْهِ الْفُسَاقُ فَيَحْرُمُ شَرْبُهُ دَفْعًا لِلْفُسَادِ الْمُتَعَلِّقِ بِهِ.

وَأَمَّا نَقِيعُ التَّمْرِ وَهُوَ السُّكَّرُ وَهُوَ النَّيْءُ مِنْ مَاءِ التَّمْرِ: أَيِ الرُّطْبِ فَهُوَ حَرَامٌ مَكْرُوهٌ وَقَالَ شَرِيكَ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ: إِنَّهُ مُبَاحٌ لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿تَتَّخِذُونَ مِنْهُ سَكَرًا وَرِزْقًا حَسَنًا﴾ [النحل: ٦٧] أَمْتَنُ عَلَيْنَا بِهِ، وَهُوَ بِالْمَحَرَّمِ لَا يَتَحَقَّقُ وَلَنَا إِجْمَاعُ الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ، وَيَدُلُّ عَلَيْهِ مَا رَوَيْنَا مِنْ قَبْلُ، وَالْأَيُّهُ مَحْمُولَةٌ عَلَى الْإِبْتِدَاءِ إِذْ كَانَتْ الْأَشْرِبَةُ مُبَاحَةً كُلُّهَا، وَقِيلَ أَرَادَ بِهِ التَّبْوِیْخُ، مَعْنَاهُ وَاللَّهُ أَعْلَمُ: تَتَّخِذُونَ مِنْهُ سَكَرًا وَتَدْعُونَ رِزْقًا حَسَنًا.

وَأَمَّا نَقِيعُ الزَّبِيبِ وَهُوَ النَّيْءُ مِنْ مَاءِ الزَّبِيبِ فَهُوَ حَرَامٌ إِذَا اشْتَدَّ وَعَلَى وَنَيَأْتَى فِيهِ خِلَافُ الْأَوَزَاعِيِّ، وَقَدْ بَيَّنَّا الْمَعْنَى مِنْ قَبْلُ، إِلَى أَنَّ حُرْمَةَ هَذِهِ الْأَشْرِبَةِ دُونَ حُرْمَةِ الْخَمْرِ حَتَّى لَا يَكْفُرُ مُسْتَحِلُّهَا، وَيَكْفُرُ مُسْتَحِلُّ الْخَمْرِ؛ لِأَنَّ حُرْمَتَهَا اجْتِهَادِيَّةٌ، وَحُرْمَةُ الْخَمْرِ قَطْعِيَّةٌ، وَلَا يَجِبُ الْحَدُّ بِشَرْبِهَا حَتَّى يَسْكُرَ، وَيَجِبُ بِشَرْبِ قَطْرَةٍ مِنَ الْخَمْرِ، وَنَجَّاسَتُهَا خَفِيفَةٌ فِي رِوَايَةٍ وَغَلِيظَةٌ فِي أُخْرَى، وَنَجَّاسَةُ الْخَمْرِ غَلِيظَةٌ رِوَايَةً وَاحِدَةً.

وَيَجُوزُ بَيْعُهَا، وَيُضْمَنُ مُتْلَفُهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ خِلَافًا لَهُمَا فِيهِمَا؛ لِأَنَّهُ مَالٌ مُتَقَوِّمٌ، وَمَا شَهِدَتْ دَلَالَةُ قَطْعِيَّةٍ بِسُقُوطِ تَقْوِيمِهَا، بِخِلَافِ الْخَمْرِ، غَيْرَ أَنَّ عِنْدَهُ يَجِبُ قِيَمَتُهَا لَا مِثْلُهَا عَلَى مَا عُرِفَ، وَلَا يَنْتَفَعُ بِهَا بِوَجْهِ مِنَ الْوُجُوهِ؛ لِأَنَّهَا مُحَرَّمَةٌ.

وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يَجُوزُ بَيْعُهَا إِذَا كَانَ الدَّاهِبُ بِالطَّبِخِ أَكْثَرَ مِنَ النِّصْفِ دُونَ الثُّلُثَيْنِ (وَقَالَ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ: وَمَا سِوَى ذَلِكَ مِنَ الْأَشْرِبَةِ فَلَا بَأْسَ بِهِ) قَالُوا: هَذَا الْجَوَابُ عَلَى هَذَا الْعُمُومِ وَالْبَيَانِ لَا يُوْجَدُ فِي غَيْرِهِ، وَهُوَ نَصٌّ عَلَى أَنَّ مَا يَتَّخَذُ مِنَ الْحِنْطَةِ وَالشَّعِيرِ وَالْعَسَلِ وَالذَّرَّةِ حَلَالٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ.

وَلَا يَحْدُ شَارِبُهُ عِنْدَهُ وَإِنْ سَكِرَ مِنْهُ، وَلَا يَقَعُ طَلَاقُ السُّكْرَانِ مِنْهُ بِمَنْزِلَةِ النَّائِمِ وَمَنْ ذَهَبَ عَقْلُهُ بِالْبَنْجِ وَلَبِنِ الرِّمَاقِ وَعَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ حَرَامٌ وَيَحْدُ شَارِبُهُ وَيَقَعُ طَلَاقُهُ إِذَا سَكِرَ مِنْهُ كَمَا فِي سَائِرِ الْأَشْرِبَةِ الْمُحَرَّمَةِ (وَقَالَ فِيهِ أَيْضًا: وَكَانَ أَبُو يُوسُفَ يَقُولُ: مَا كَانَ مِنَ الْأَشْرِبَةِ يَبْقَى بَعْدَ مَا يَبْلُغُ عَشْرَةَ أَيَّامٍ وَلَا يَفْسُدُ فَإِنِّي أَكْرَهُهُ، ثُمَّ رَجَعَ إِلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ).

وَقَوْلُهُ الْأَوَّلُ مِثْلُ قَوْلِ مُحَمَّدٍ إِنَّ كُلَّ مُسْكِرٍ حَرَامٌ، إِلَّا أَنَّهُ تَفَرَّدَ بِهَذَا الشَّرْطِ، وَمَعْنَى قَوْلِهِ: يَبْلُغُ: يَغْلِي وَيَشْتَدُّ، وَمَعْنَى قَوْلِهِ وَلَا يَفْسُدُ: لَا يُحْمَضُ وَوَجْهُهُ أَنَّ بَقَاءَهُ هَذِهِ الْمُدَّةَ مِنْ غَيْرِ أَنْ يُحْمَضَ دَلَالَةُ قُوَّتِهِ وَشِدَّتِهِ فَكَانَ آيَةً حُرْمَتِهِ، وَمِثْلُ ذَلِكَ يُرَوَى عَنْ ابْنِ

عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا، وَأَبُو حَنِيفَةَ يَعْتَبِرُ حَقِيقَةَ الشَّدَّةِ عَلَى الْحَدِّ الَّذِي ذَكَرْنَاهُ فِيمَا يَحْرُمُ أَصْلَ شَرْبِهِ وَفِيمَا يَحْرُمُ السُّكْرُ مِنْهُ عَلَى مَا نَذَكَّرُهُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى وَأَبُو يُوسُفَ رَجَعَ إِلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ فَلَمْ يَحْرَمْ كُلَّ مُسْكِرٍ.

وَرَجَعَ عَنِ هَذَا الشَّرْطِ أَيْضًا (وَقَالَ فِي الْمُخْتَصَرِ: وَنَبَيْذُ التَّمْرِ وَالزَّبِيبِ إِذَا طَبِخَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَدْنَى طَبَخَةٍ حَلَالٌ وَإِنْ اشْتَدَّ إِذَا شُرِبَ مِنْهُ مَا يَغْلِبُ عَلَى ظَنِّهِ أَنَّهُ لَا يُسْكِرُهُ مِنْ غَيْرِ لَهُوَ وَلَا طَرِبَ)، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ وَالشَّافِعِيِّ حَرَامٌ، وَالْكَلَامُ فِيهِ كَالْكَلَامِ فِي الْمُثَلَّثِ الْعِنْبِيِّ وَنَذَكَّرُهُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَالْمُنْصَفَ) قِيلَ يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ مَنْصُوبًا عَطْفًا عَلَى قَوْلِهِ الْبَادِقُ: أَيُّ يُسَمَّى الْعَصِيرُ الذَّاهِبُ أَقْلُ مِنْ ثُلْثَيْهِ الْبَادِقُ، وَيُسَمَّى الْمُنْصَفُ أَيْضًا لِأَنَّهُ قَالَ: الْأَشْرِبَةُ الْمُحْرَمَةُ أَرْبَعَةٌ: وَهِيَ الْخَمْرُ، وَالْعَصِيرُ الذَّاهِبُ أَقْلُ مِنْ ثُلْثَيْهِ، وَتَقْبَعُ التَّمْرِ، وَتَقْبَعُ الزَّبِيبِ. فَلَوْ كَانَ الْبَادِقُ غَيْرَ الْمُنْصَفِ لَكَانَتْ الْأَشْرِبَةُ الْمُحْرَمَةُ خَمْسَةً. وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ مَرْفُوعًا لِأَنَّهُ نَوْعٌ مِنَ الذَّاهِبِ أَقْلُ مِنْ ثُلْثَيْهِ لِأَنَّهُ أَعَمُّ مِنْ أَنْ يَكُونَ مُنْصَفًا أَوْ غَيْرَهُ، وَالْأَوَّلُ أَوْجَهُ مَعْنَى وَهَذَا أَوْجَهُ لَفْظًا، لِأَنَّهُ لَوْ كَانَ مَنْصُوبًا لَقَالَ أَيْضًا.

وَقَوْلُهُ (وَهُوَ النَّيْءُ مِنْ مَاءِ التَّمْرِ: أَيُّ الرُّطْبِ) إِنَّمَا فَسَّرَ التَّمْرَ بِالرُّطْبِ لِأَنَّ الْمُتَّخَذَ مِنَ التَّمْرِ اسْمُهُ نَبِيذُ التَّمْرِ لَا السُّكْرُ وَهُوَ حَلَالٌ عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ عَلَى مَا سَجَّيْءُ. وَقَوْلُهُ (فَهُوَ حَرَامٌ مَكْرُوهٌ) أَرَدَفَ الْحَرَامَ بِالْكَرَاهَةِ إِشَارَةً إِلَى أَنَّ حُرْمَتَهُ لَيْسَتْ كَحُرْمَةِ الْخَمْرِ، لِأَنَّ مُسْتَحِلَّ الْخَمْرِ يَكْفُرُ وَمُسْتَحِلُّ غَيْرِهَا لَا يَكْفُرُ.

وَقَوْلُهُ (وَيَدُلُّ عَلَيْهِ مَا رَوَيْنَاهُ مِنْ قَبْلِ) يَعْنِي قَوْلُهُ ﷺ «الْخَمْرُ مِنْ هَاتَيْنِ الشَّجَرَتَيْنِ» وَأَشَارَ إِلَى الْكَرْمَةِ وَالنَّخْلَةِ. وَقَوْلُهُ (وَالْآيَةُ مَحْمُولَةٌ عَلَى الْإِبْتِدَاءِ إِذْ كَانَتْ الْأَشْرِبَةُ مُبَاحَةً) لِأَنَّهَا مَكِيَّةٌ وَحَرَّمَ الْخَمْرَ بِالْمَدِينَةِ، وَهَذَا عَلَى تَقْدِيرِ أَنْ يَكُونَ الْمُرَادُ بِالْآيَةِ الْإِمْتِنَانُ كَمَا قَالَ الْخَصْمُ. وَقِيلَ أَرَادَ بِهِ التَّوْبِيخَ، وَمَعْنَاهُ: أَنْتُمْ لَسَفَاهَتِكُمْ تَتَّخِذُونَ مِنْهُ سَكْرًا حَرَامًا وَتَدْعُونَ رِزْقًا حَسَنًا.

وَقَوْلُهُ (وَقَدْ بَيَّنَّا الْمَعْنَى مِنْ قَبْلِ) يُرِيدُ بِهِ قَوْلُهُ وَلَنَا أَنَّهُ رَقِيقٌ مُلْدٌ مُطْرِبٌ إلخ. وَقَوْلُهُ

غَيْرَ أَنْ عِنْدَهُ) يَعْنِي عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ (يَجِبُ قِيمَتُهَا لَا مِثْلَهَا) كَمَا إِذَا أُتْلِفَ الْمُسْلِمُ خَمْرَ الذَّمِّيِّ عَلَى مَا عُرِفَ أَنَّ الْمُسْلِمَ مَمْنُوعٌ عَنِ التَّصَرُّفِ فِي الْحَرَامِ.

وَأُورِدَ رِوَايَةَ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ وَهِيَ قَوْلُهُ مَا سِوَى ذَلِكَ مِنَ الْأَشْرَبَةِ: أَيُّ مَا سِوَى الْمَذْكُورِ وَهُوَ الْخَمْرُ وَالسَّكَّرُ وَتَقْيَعُ الزَّيْبِ وَالطَّلَاءُ وَهُوَ الْبَاقُ وَالْمُنْتَصَفُ لَيِّانٌ أَنَّ الْعُمُومَ الْمَذْكُورَ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ لَا يُوجَدُ فِي غَيْرِهِ. وَقَوْلُهُ (وَقَالَ فِيهِ) يَعْنِي فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ.

قَالَ (وَلَا بَأْسَ بِالْخَلِيطَيْنِ) لَمَّا رُوِيَ عَنْ ابْنِ زِيَادٍ أَنَّهُ قَالَ: سَقَانِي ابْنُ عُمَرَ رضي الله عنه شَرِبَةً مَا كِدْتَ أَهْتَدِي إِلَى مَنْزِلِي فَغَدَوْتُ إِلَيْهِ مِنَ الْغَدِ فَأَخْبَرْتَهُ بِذَلِكَ فَقَالَ: مَا زِدْنَاكَ عَلَى عَجْوَةٍ وَزَيْبٍ وَهَذَا نَوْعٌ مِنَ الْخَلِيطَيْنِ وَكَانَ مَطْبُوحًا؛ لِأَنَّ الْمَرْوِيَّ عَنْهُ حُرْمَةً تَقْيَعُ الزَّيْبِ وَهُوَ النَّيْءُ مِنْهُ، وَمَا رُوِيَ «أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ نَهَى عَنِ الْجَمْعِ بَيْنَ التَّمْرِ وَالزَّيْبِ، وَالزَّيْبِ وَالرُّطْبِ، وَالرُّطْبِ وَالْبُسْرِ» مَحْمُولٌ عَلَى حَالَةِ الشَّدَةِ، وَكَانَ ذَلِكَ فِي الْإِبْتِدَاءِ.

الشرح:

قَالَ (وَلَا بَأْسَ بِالْخَلِيطَيْنِ) الْخَلِيطَانِ مَاءُ التَّمْرِ وَالزَّيْبِ إِذَا خُلِطَا فَطَبَخَا بَعْدَ ذَلِكَ أَذْنَى طَبَخَةٍ وَيُتْرَكُ إِلَى أَنْ يَغْلَى وَيَشْتَدَّ. وَالْعَجْوَةُ: التَّمْرُ الَّذِي يَغِيْبُ فِيهِ الضَّرْسُ لِحَوْدَتِهِ. وَقَوْلُهُ (مَحْمُولٌ عَلَى الشَّدَةِ وَكَانَ ذَلِكَ فِي الْإِبْتِدَاءِ) يَعْنِي أَنَّ النَّهْيَ عَنِ الْجَمْعِ بَيْنَ التَّمْرِ وَالزَّيْبِ كَانَ فِي الْإِبْتِدَاءِ فِي وَقْتِ كَانَ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ ضَبِيقٌ وَشِدَّةٌ فِي أَمْرِ الطَّعَامِ لِثَلَا يَجْمَعُ بَيْنَ الطَّعَامَيْنِ وَيُتْرَكُ جَارُهُ جَائِعًا بَلْ يَأْكُلُ أَحَدُهُمَا وَيُؤْتَرُ بِالْآخَرِ عَلَى جَارِهِ، ثُمَّ لَمَّا وَسَّعَ اللَّهُ عَلَى عِبَادِهِ النَّعَمَ أَبَاحَ الْجَمْعَ بَيْنَ النَّعْمَتَيْنِ.

قَالَ (وَنَبِيذُ الْعَسَلِ وَالتَّيْنِ وَنَبِيذُ الْحَنْطَةِ وَالدَّرَةِ وَالشَّعِيرِ حَلَالٌ وَإِنْ لَمْ يُطَبَخْ) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ إِذَا كَانَ مِنْ غَيْرِ لَهْوٍ وَطَرَبٍ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «الْخَمْرُ مِنَ هَاتَيْنِ الشَّجَرَتَيْنِ، وَأَشَارَ إِلَى الْكَرْمَةِ وَالنَّخْلَةِ» خَصَّ التَّحْرِيمَ بِهِمَا وَالْمُرَادُ بَيَانُ الْحُكْمِ، ثُمَّ قِيلَ يُشْتَرَطُ الطَّبْخُ فِيهِ لِإِبَاحَتِهِ، وَقِيلَ لَا يُشْتَرَطُ وَهُوَ الْمَذْكُورُ فِي الْكِتَابِ؛ لِأَنَّ قَلِيلَهُ لَا يَدْعُو إِلَى كَثِيرِهِ كَيْفَمَا كَانَ.

وَهَلْ يُحَدُّ فِي الْمُتَّخَذِ مِنَ الْحُبُوبِ إِذَا سَكَّرَ مِنْهُ؟ قِيلَ لَا يُحَدُّ وَقَدْ ذَكَرْنَا الْوَجْهَ مِنْ

قَبْلُ قَالُوا: وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ يُحَدُّ، فَإِنَّهُ رُوِيَ عَنْ مُحَمَّدٍ فِيمَنْ سَكَرَ مِنَ الْأَشْرِبَةِ أَنَّهُ يُحَدُّ مِنْ غَيْرِ تَفْصِيلٍ، وَهَذَا؛ لِأَنَّ الْفُسَّاقَ يَجْتَمِعُونَ عَلَيْهِ فِي زَمَانِنَا اجْتِمَاعَهُمْ عَلَى سَائِرِ الْأَشْرِبَةِ، بَلْ فَوْقَ ذَلِكَ، وَكَذَلِكَ الْمُتَّخِذُ مِنَ الْأَلْبَانِ إِذَا اشْتَدَّ فَهُوَ عَلَى هَذَا وَقِيلَ: إِنَّ الْمُتَّخِذَ مِنْ لَبَنِ الرَّمَاكِ لَا يَحِلُّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ اعْتِبَارًا بِلَحْمِهِ؛ إِذْ هُوَ مُتَوَلَّدٌ مِنْهُ قَالُوا: وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ يَحِلُّ؛ لِأَنَّ كَرَاهَتَهُ لَحْمِهِ لَمَّا فِي إِبَاحَتِهِ مِنْ قَطْعِ مَادَّةِ الْجِهَادِ أَوْ لَاحِتِرَامِهِ فَلَا يُتَعَدَّى إِلَى لَبَنِهِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (قِيلَ لَا يُحَدُّ) هُوَ قَوْلُ الْفَقِيهِ أَبِي جَعْفَرٍ رَحِمَهُ اللَّهُ. وَقَوْلُهُ (وَقَدْ ذَكَرْنَا الْوَجْهَ مِنْ قَبْلُ) إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ لِأَنَّ قَلِيلَهُ لَا يَدْعُو إِلَى كَثِيرِهِ. قِيلَ وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ إِشَارَةٌ إِلَى الْمَعْنَى الْمُسْتَفَادَةِ مِنْ قَوْلِهِ ﷺ «الْخَمْرُ مِنْ هَاتَيْنِ الشَّجَرَتَيْنِ» يَعْنِي أَنَّ هَذِهِ الْأُبَيْدَةَ لَيْسَتْ بِمُتَّخَذَةٍ مِمَّا هُوَ أَصْلُ الْخَمْرِ. وَقِيلَ هُوَ إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ بِمَنْزِلَةِ النَّائِمِ وَمَنْ ذَهَبَ عَقْلُهُ بِالْبَنَجِ وَلَبَنِ الرَّمَاكِ، وَبَاقِي كَلَامِهِ وَاضِحٌ.

قَالَ (وَعَصِيرُ الْعِنَبِ إِذَا طُبِخَ حَتَّى ذَهَبَ ثُلُثَاهُ وَبَقِيَ ثُلُثُهُ حَلَالٌ وَإِنْ اشْتَدَّ) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ وَقَالَ مُحَمَّدٌ وَمَالِكٌ وَالشَّافِعِيُّ: حَرَامٌ، وَهَذَا الْخِلَافُ فِيمَا إِذَا قَصِدَ بِهِ التَّقْوَى، أَمَّا إِذَا قَصِدَ بِهِ التَّلَهِّيَ لَا يَحِلُّ بِالِاتِّفَاقِ وَعَنْ مُحَمَّدٍ مِثْلُ قَوْلِهِمَا، وَعَنْهُ أَنَّهُ كَرِهَ ذَلِكَ، وَعَنْهُ أَنَّهُ تَوَقَّفَ فِيهِ لَهُمْ فِي إثْبَاتِ الْحُرْمَةِ قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «كُلُّ مُسَكَّرٍ خَمْرٌ»^(١) وَقَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «مَا أَسْكَرَ كَثِيرُهُ فَقَلِيلُهُ حَرَامٌ»^(٢) وَيُرَوَّى عَنْهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «مَا أَسْكَرَ الْجَرَّةُ مِنْهُ فَالْجَرَعَةُ مِنْهُ حَرَامٌ»^(٣) وَلِأَنَّ الْمُسَكَّرَ يُفْسِدُ الْعَقْلَ فَيَكُونُ حَرَامًا قَلِيلُهُ وَكَثِيرُهُ كَالْخَمْرِ وَلَهُمَا قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «حُرِّمَتِ الْخَمْرُ لِعَيْنِهَا».

(١) سبق تخريجه.

(٢) أخرجه النسائي (٥١٨٠)، وابن ماجه (٣٣٩٤).

(٣) قال الزيلعي في نصب الراية (١٥/٥): هذه رواية غريبة، ولكن معناها في حديث عائشة: ما أسكر الفرق، فملء الكف منه حرام، أخرجه أبو داود والترمذي، وفي رواية للترمذي: فالخسوة منه حرام.

وَيُرَوَّى «بِعَيْنِهَا قَلِيلَهَا وَكَثِيرَهَا، وَالسُّكْرُ مِنْ كُلِّ شَرَابٍ» ^(١) خَصَّ السُّكْرَ
بِالتَّحْرِيمِ فِي غَيْرِ الْخَمْرِ؛ إِذِ الْعَطْفُ لِلْمُغَايَرَةِ، وَلَأَنَّهُ الْمُسْكِرُ هُوَ الْقَدَحُ الْمُسْكِرُ وَهُوَ حَرَامٌ
عِنْدَنَا وَإِنَّمَا يَحْرُمُ الْقَلِيلُ مِنْهُ؛ لِأَنَّهُ يَدْعُو لِرِقَّتِهِ وَلَطَافَتِهِ إِلَى الْكَثِيرِ فَأَعْطِيَ حُكْمَهُ،
وَالْمَثَلُ لِفِظِهِ لَا يَدْعُو وَهُوَ فِي نَفْسِهِ غِذَاءٌ فَبَقِيَ عَلَى الْإِبَاحَةِ؛ وَالْحَدِيثُ الْأَوَّلُ غَيْرُ ثَابِتٍ
عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ، ثُمَّ هُوَ مَحْمُولٌ عَلَى الْقَدَحِ الْأَخِيرِ إِذْ هُوَ الْمُسْكِرُ حَقِيقَةً وَالَّذِي يُصَبُّ عَلَيْهِ
الْمَاءُ بَعْدَ مَا ذَهَبَ ثُلَاثَاهُ بِالطَّبِخِ حَتَّى يَرِقَّ ثُمَّ يُطْبَخُ طَبَخَةً حُكْمُهُ حُكْمُ الْمَثَلِ؛ لِأَنَّهُ صَبَّ
الْمَاءُ لَا يَزِيدُهُ إِلَّا ضَعْفًا، بِخِلَافِ مَا إِذَا صَبَّ الْمَاءُ عَلَى الْعَصِيرِ ثُمَّ يُطْبَخُ حَتَّى يَذْهَبَ ثُلَاثَا
الْكُلِّ؛ لِأَنَّهُ الْمَاءُ يَذْهَبُ أَوَّلًا لِلطَّافَتِهِ، أَوْ يَذْهَبُ مِنْهُمَا فَلَا يَكُونُ الذَّاهِبُ ثُلَاثِي مَاءِ الْعِنَبِ وَلَوْ
طُبِخَ الْعِنَبُ كَمَا هُوَ ثُمَّ يُعَصَّرُ يُكْتَفَى بِأَدْنَى طَبَخَةٍ فِي رِوَايَةٍ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ، وَفِي
رِوَايَةٍ عَنْهُ لَا يَحِلُّ مَا لَمْ يَذْهَبْ ثُلَاثَاهُ بِالطَّبِخِ، وَهُوَ الْأَصَحُّ؛ لِأَنَّهُ الْعَصِيرُ قَائِمٌ فِيهِ مِنْ غَيْرِ
تَغْيِيرٍ فَصَارَ كَمَا بَعْدَ الْعَصْرِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَعَنْ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ مِثْلُ قَوْلِهِمَا) أَيُّ مِثْلُ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ
رَحِمَهُمَا اللَّهُ مَذْكُورٌ فِي التَّوَادِرِ وَلَنَا: أَيُّ لِعُلَمَائِنَا الثَّلَاثَةِ عَلَى الْقَوْلِ الْمُوَافِقِ لِمُحَمَّدٍ،
وَفِي بَعْضِ النُّسخِ وَلَهُمَا: أَيُّ لِأَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ.
وَقَوْلُهُ (وَلَأَنَّ الْمُسْكِرَ) لِلْعَقْلِ (هُوَ الْقَدَحُ الْمُسْكِرُ وَهُوَ حَرَامٌ عِنْدَنَا) لَا مَا قَبْلَهُ. فَإِنْ
قِيلَ الْقَدَحُ الْأَخِيرُ لَيْسَ بِمُسْكِرٍ عَلَى انْفِرَادِهِ بَلْ بِمَا تَقَدَّمَ فَيَنْبَغِي أَنْ يَحْرُمَ مَا تَقَدَّمَ
أَيْضًا.

أُجِيبَ بِأَنَّ الْحُكْمَ يُضَافُ إِلَى الْعِلَّةِ مَعْنَى وَحُكْمًا، وَفِيهِ نَظَرٌ لِأَنَّ الْإِضَافَةَ إِلَى
الْعِلَّةِ اسْمًا وَمَعْنَى وَحُكْمًا أَوَّلَى وَالْمَجْمُوعُ بِهَذِهِ الصِّفَةِ.

وَالأَوَّلَى أَنْ يُقَالَ الْحَرَامُ هُوَ الْمُسْكِرُ، وَإِطْلَاقُهُ عَلَى مَا تَقَدَّمَ مَجَازٌ وَعَلَى الْقَدَحِ
الْأَخِيرِ حَقِيقَةٌ وَهُوَ مُرَادٌ فَلَا يَكُونُ الْمَجَازُ مُرَادًا وَقَوْلُهُ (وَإِنَّمَا يَحْرُمُ الْقَلِيلُ مِنْهُ) أَيُّ مِنْ
الْخَمْرِ جَوَابُ سُؤَالٍ يُمَكِّنُ تَقْرِيرَهُ عَلَى هَذَا الْوَجْهِ، وَهُوَ أَنْ يُقَالَ: لَمَّا كَانَ الْمُسْكِرُ هُوَ

(١) أَخْرَجَهُ النَّسَائِيُّ فِي السَّنَنِ الْكُبْرَى (٥١٩٣). وَانْظُرْ نَصْبَ الرَّايَةِ (١٦/٥).

الْأَخِيرُ دُونَ مَا تَقَدَّمَ وَجَبَ أَنْ يَكُونَ فِي الْخَمْرِ كَذَلِكَ.

وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ جَوَابًا عَنْ قَوْلِهِمْ وَلَآنَ الْمُسْكِرُ يُفْسِدُ الْعَقْلَ فَيَكُونُ حَرَامًا قَلِيلُهُ وَكَثِيرُهُ، وَهَذَا وَاضِحٌ. وَوَجْهُ الْجَوَابِ عَنْ الْأَوَّلِ أَنَّ الْقِيَاسَ ذَلِكَ، وَلَكِنْ تَرَكْنَاهُ لِأَنَّ الْخَمْرَ لِرِقَّتِهَا وَلَطَافَتِهَا تَدْعُو إِلَى الْكَثِيرِ فَأَعْطِيَ الْقَلِيلُ حُكْمَ الْكَثِيرِ، وَالْمَثَلُ لَيْسَ كَذَلِكَ لِعَلْظِهِ، وَعَلَى الثَّانِي بِطَرِيقِ الْفَرْقِ وَهُوَ وَاضِحٌ.

وَقَوْلُهُ (وَالْحَدِيثُ الْأَوَّلُ) يَعْنِي قَوْلَهُ «كُلُّ مُسْكِرٍ خَمْرٌ» لَيْسَ بِثَابِتٍ لَمَّا بَيَّنَّاهُ مِنْ طَعْنِ يَحْيَى بْنِ مَعِينٍ وَلَكِنْ سَلَّمْنَا ثُبُوتَهُ فَهُوَ مَحْمُولٌ عَلَى الْقَدَحِ الْآخِرِ.

وَقَوْلُهُ (وَالَّذِي يُصَبُّ عَلَيْهِ الْمَاءُ بَعْدَ مَا ذَهَبَ ثُلَاثُهُ بِالطَّبِيخِ حَتَّى يَرِقَ) وَلَمْ يَذْكُرْ اسْمَهُ لِاخْتِلَافِ وَقَعٍ فِيهِ، فَإِنَّ مِنْهُمْ مَنْ سَمَّاهُ يُوسُفِيًّا وَيَعْقُوبِيًّا لِأَنَّ أَبَا يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ كَثِيرًا مَا كَانَ يَسْتَعْمِلُ هَذَا، وَمِنْهُمْ مَنْ سَمَّاهُ بِخَتَجَا وَحُمَيْدِيًّا، قَالَ: لِأَنَّهُ مَنْسُوبٌ إِلَى رَجُلٍ اسْمُهُ حُمَيْدٌ.

وَهَلْ يُشْتَرِطُ لِإِبَاحَتِهِ عِنْدَهُمَا بَعْدَ مَا صَبَّ الْمَاءُ فِيهِ أَذْنَى طَبَخَةٍ؟ اخْتَلَفَ الْمَشَايِخُ رَحِمَهُمُ اللَّهُ فِيهِ، وَاخْتَارَهُ الْمُصَنِّفُ رَحِمَهُ اللَّهُ. وَقَوْلُهُ (أَوْ يَذْهَبُ مِنْهُمَا) يَعْنِي تَارَةً يَذْهَبُ الْمَاءُ أَوَّلًا لِلطَّافَةِ، وَتَارَةً يَذْهَبُ الْعَصِيرُ وَالْمَاءُ مَعًا، فَلَوْ ذَهَبَا مَعًا يَحِلُّ شُرْبُهُ كَمَا يَحِلُّ شُرْبُ الْمَثَلُثِ، لِأَنَّهُمَا لَمَّا ذَهَبَا مَعًا كَانَ الذَّاهِبُ مِنَ الْعَصِيرِ أَيْضًا ثُلَاثِينَ كَالْمَاءِ، لَكِنْ لَمَّا يُتَيَقَّنُ بِذَهَابِهِمَا مَعًا وَاحْتَمِلَ ذَهَابُ الْمَاءِ أَوَّلًا لِلطَّافَةِ بِحُرْمَةِ شُرْبِهِ احتياطًا، لِأَنَّهُ إِذَا ذَهَبَ الْمَاءُ أَوَّلًا كَانَ الذَّاهِبُ أَقَلَّ مِنْ ثُلَاثِي الْعَصِيرِ وَهُوَ حَرَامٌ عِنْدَنَا وَهُوَ الْبَاقِي.

وَقَوْلُهُ (فَلَا يَكُونُ الذَّاهِبُ ثُلَاثِي مَاءِ الْعِنَبِ) أَيُّ عَلَى الْقَطْعِ وَالْبَتَاتِ. وَقَوْلُهُ (يُكْفَى بِأَذْنَى طَبَخَةٍ فِي رِوَايَةٍ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ) هِيَ رِوَايَةُ الْحَسَنِ عَنْهُ وَأَنْكَرَهَا الْمُتَقَدِّمُونَ مِنْ مَشَايِخِنَا، فَقَدْ رَوَى الْحَسَنُ بْنُ أَبِي مَالِكٍ عَنْ أَبِي يُوسُفَ قَالَ: سَمِعْتُ أَبَا حَنِيفَةَ يَقُولُ: إِنَّهَا لَا تَحِلُّ مَا لَمْ يَذْهَبْ ثُلَاثُهُ بِالطَّبِيخِ، وَهَذَا أَصَحُّ لَمَّا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ.

وَلَوْ جُمِعَ فِي الطَّبِيخِ بَيْنَ الْعِنَبِ وَالتَّمْرِ أَوْ بَيْنَ التَّمْرِ وَالزَّيْبِ لَا يَحِلُّ حَتَّى يَذْهَبَ ثُلَاثُهُ لِأَنَّ التَّمْرَ إِنْ كَانَ يُكْفَى فِيهِ بِأَذْنَى طَبَخَةٍ فَعَصِيرُ الْعِنَبِ لَا بُدَّ أَنْ يَذْهَبَ ثُلَاثُهُ فَيُعْتَبَرُ جَانِبُ الْعِنَبِ احتياطًا، وَكَذَا إِذَا جُمِعَ بَيْنَ عَصِيرِ الْعِنَبِ وَتَقْيِيعِ التَّمْرِ لَمَّا قُلْنَا.

وَلَوْ طَبَخَ نَقِيعُ النَّمْرِ وَالزَّبِيبِ أَدْنَى طَبَخَةٍ ثُمَّ أَنْقَعَ فِيهِ تَمْرٌ أَوْ زَبِيبٌ، إِنْ كَانَ مَا أَنْقَعَ فِيهِ شَيْئًا يَسِيرًا لَا يَتَّخِذُ التَّبِيدُ مِنْ مِثْلِهِ لَا بَأْسَ بِهِ، وَإِنْ كَانَ يَتَّخِذُ التَّبِيدُ مِنْ مِثْلِهِ لَمْ يَحِلَّ كَمَا إِذَا صُبَّ فِي الْمَطْبُوخِ قَدَحٌ مِنَ النَّقِيعِ وَالْمَعْنَى تَغْلِيبُ جِهَةِ الْحُرْمَةِ، وَلَا حَدٌّ فِي شُرْبِهِ؛ لِأَنَّ التَّحْرِيمَ لِلِاحْتِيَاطِ وَهُوَ لِلْحَدِّ فِي دَرَجَتِهِ.

وَلَوْ طَبَخَ الْخَمْرُ أَوْ غَيْرُهُ بَعْدَ الْاِسْتِدَادِ حَتَّى يَذْهَبَ ثُلُثَاهُ لَمْ يَحِلَّ؛ لِأَنَّ الْحُرْمَةَ قَدْ تَقَرَّرَتْ فَلَا تَرْتَفَعُ بِالطَّبَخِ.

قَالَ (وَلَا بَأْسَ بِالِاتِّبَازِ فِي الدُّبَاءِ وَالْحَنْتَمِ وَالْمَزَقَةِ وَالنَّقِيرِ) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ فِي حَدِيثٍ فِيهِ طَوْلٌ بَعْدَ ذِكْرِ هَذِهِ الْأَوْعِيَةِ «فَاشْرَبُوا فِي كُلِّ ظَرْفٍ، فَإِنَّ الظَّرْفَ لَا يَحِلُّ شَيْئًا وَلَا يُحْرَمُهُ وَلَا تُشْرَبُوا الْمُسْكِرَ»^(١) وَقَالَ ذَلِكَ بَعْدَ مَا أَخْبَرَ عَنِ النَّهْيِ عَنْهُ فَكَانَ نَاسِخًا لَهُ، وَإِنَّمَا يَنْتَبِذُ فِيهِ بَعْدَ تَطْهِيرِهِ، فَإِنْ كَانَ الْوِعَاءُ عَتِيقًا يُغْسَلُ ثَلَاثًا فَيَطْهَرُ، وَإِنْ كَانَ جَدِيدًا لَا يَطْهَرُ عِنْدَ مُحَمَّدٍ لِتَشْرِبِ الْخَمْرِ فِيهِ بِخِلَافِ الْعَتِيقِ وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ يُغْسَلُ ثَلَاثًا وَيَجْفَفُ فِي كُلِّ مَرَّةٍ وَهِيَ مَسْأَلَةٌ مَا لَا يَنْعَصِرُ بِالْعَصْرِ، وَقِيلَ عَنْ أَبِي يُوسُفَ: يُمَلَأُ مَاءً مَرَّةً بَعْدَ أُخْرَى، حَتَّى إِذَا خَرَجَ الْمَاءُ صَافِيًا غَيْرَ مُتَغَيِّرٍ يُحْكَمُ بِطَهَارَتِهِ.

الشرح:

قَالَ (وَلَا بَأْسَ بِالِاتِّبَازِ فِي الدُّبَاءِ إلخ) جَوَزَ أَكْثَرُ أَهْلِ الْعِلْمِ الْاِتِّبَازَ فِي الدُّبَاءِ وَهُوَ الْقَرْعُ وَالْحَنْتَمُ وَهُوَ جَرَارٌ خُمْرٌ أَوْ خَضِرٌ يُحْمَلُ فِيهَا الْخَمْرُ إِلَى الْمَدِينَةِ.

الوَاحِدَةُ حَنْتَمَةٌ. وَالْمَزَقَةُ وَهُوَ الظَّرْفُ الْمَطْلِيُّ بِالزَّفْتِ وَهُوَ الْقَيْرُ، وَالنَّقِيرُ وَهُوَ الْخَشَبَةُ الْمَنْقُورَةُ لِقَوْلِهِ ﷺ «نَهَيْتُكُمْ عَنْ ثَلَاثَ: عَنْ زِيَارَةِ الْقُبُورِ فَزُورُوهَا فَقَدْ أُذِنَ لِمُحَمَّدٍ فِي زِيَارَةِ قَبْرِ أُمِّهِ وَلَا تَقُولُوا هُجْرًا، وَعَنْ لَحْمِ الْأَضَاحِيِّ أَنْ تُمَسَكُوهُ فَوْقَ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ فَأَمْسَكُوا مَا بَدَأَ لَكُمْ وَتَزَوَّدُوا فَإِنَّمَا نَهَيْتُكُمْ لِيَتَّسِعَ بِهِ مُوسَعُكُمْ عَلَى مَعْسِرِكُمْ، وَعَنْ التَّبِيدِ فِي الدُّبَاءِ وَالْحَنْتَمِ وَالْمَزَقَةِ فَاشْرَبُوا فِي كُلِّ ظَرْفٍ، فَإِنَّ الظَّرْفَ لَا يَحِلُّ شَيْئًا وَلَا يُحْرَمُهُ» وَلَكِنْ إِنَّمَا يَنْتَبِذُ فِيهِ إِنْ كَانَ فِيهِ خُمْرٌ بَعْدَ التَّطْهِيرِ

(١) أخرجه مسلم في الأشربة (حديث ٦٥)، وأبو داود (٣٦٩٨)، والترمذي باب ٦، والنسائي

عَلَى مَا ذَكَرَ فِي الْكِتَابِ. قَالَ شَيْخُ الْإِسْلَامِ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي مَبْسُوطِهِ: إِنَّمَا نُهِيَ عَنْ هَذِهِ الْأَوْعِيَةِ عَلَى الْخُصُوصِ، لِأَنَّ الْأُبْدَةَ تَشْتَدُّ فِي هَذِهِ الظُّرُوفِ أَكْثَرَ مِمَّا تَشْتَدُّ فِي غَيْرِهَا: يَعْنِي فَصَاحِبُهَا عَلَى خَطَرٍ مِنَ الْوُقُوعِ فِي شَرْبِ الْمَحْرَمِ.

قَالَ (وَإِذَا تَخَلَّلَتْ الْخَمْرُ حَلَّتْ سَوَاءً صَارَتْ خَلًّا بِنَفْسِهَا أَوْ بِشَيْءٍ يُطْرَحُ فِيهَا، وَلَا يُكْرَهُ تَخْلِيلُهَا) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يُكْرَهُ التَّخْلِيلُ وَلَا يَحِلُّ الْخَلُّ الْحَاصِلُ بِهِ إِنْ كَانَ التَّخْلِيلُ بِإِلْقَاءِ شَيْءٍ فِيهِ قَوْلًا وَاحِدًا، وَإِنْ كَانَ بِغَيْرِ إِلْقَاءِ شَيْءٍ فِيهِ فَلَهُ فِي الْخَلِّ الْحَاصِلِ بِهِ قَوْلَانِ لَهُ أَنْ فِي التَّخْلِيلِ اقْتِرَابًا مِنَ الْخَمْرِ عَلَى وَجْهِ التَّمَوُّلِ، وَالْأَمْرُ بِالاجْتِنَابِ يُنَافِيهِ وَلَنَا قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «نِعَمَ الْإِدَامُ الْخَلُّ» ^(١) مِنْ غَيْرِ فَصْلٍ، وَقَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «خَيْرُ خَلِّكُمْ خَلٌّ خَمْرِيكُمْ» وَلَأَنَّ بِالتَّخْلِيلِ يَزُولُ الْوَصْفُ الْمُفْسِدُ وَتَثْبُتُ صِفَةُ الصَّلَاحِ مِنْ حَيْثُ تَسْكِينُ الصَّفْرَاءِ وَكَسْرُ الشَّهْوَةِ، وَالتَّغْذِي بِهِ وَالْإِصْلَاحُ مُبَاحٌ، وَكَذَا الصَّالِحُ لِلْمَصَالِحِ اعْتِبَارًا بِالتَّخْلِيلِ بِنَفْسِهِ وَبِالدَّبَاغِ وَالْإِقْتِرَابِ لِإِعْدَامِ الْفَسَادِ فَأَشْبَهَ الْإِرَاقَةَ، وَالتَّخْلِيلُ أَوْلَى لِمَا فِيهِ مِنْ إِحْرَازِ مَالٍ يَصِيرُ حَلَالًا فِي الثَّانِي فَيَخْتَارُهُ مَنْ أُبْتُلِيَ بِهِ، وَإِذَا صَارَ الْخَمْرُ خَلًّا يَطْهَرُ مَا يُوَاظِمُهَا مِنَ الْإِنَاءِ، فَأَمَّا أَعْلَاهُ وَهُوَ الَّذِي نَقَصَ مِنْهُ الْخَمْرُ قَلِيلٌ يَطْهَرُ تَبَعًا وَقَلِيلٌ لَا يَطْهَرُ؛ لِأَنَّهُ خَمْرٌ يَأْسُ إِلَّا إِذَا غُسِلَ بِالْخَلِّ فَيَتَخَلَّلُ مِنْ سَاعَتِهِ فَيَطْهَرُ، وَكَذَا إِذَا صُبَّ فِيهِ الْخَمْرُ ثُمَّ مَلِئَ خَلًّا يَطْهَرُ فِي الْحَالِ عَلَى مَا قَالُوا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِذَا تَخَلَّلَتْ الْخَمْرُ) يَعْنِي أَنَّ خَلَّ الْخَمْرِ حَلَالٌ عِنْدَنَا سَوَاءً تَخَلَّلَتْ بِنَفْسِهَا أَوْ خُلَّتْ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: إِنْ كَانَ التَّخْلِيلُ بِإِلْقَاءِ شَيْءٍ فِيهَا كَالْمِلْحِ وَغَيْرِهِ فَهُوَ حَرَامٌ قَوْلًا وَاحِدًا، وَإِنْ كَانَ بِالنَّقْلِ مِنَ الظِّلِّ إِلَى الشَّمْسِ وَعَكْسِهِ فَلَهُ قَوْلَانِ. وَقَالَ فِي الْفَرْقِ: مَا أُلْقِيَ فِي الْخَمْرِ يَتَنَجَّسُ بِمِلَاقَاتِهِ الْخَمْرُ، وَالتَّنَجَّسُ لَا يُفِيدُ الطَّهَارَةَ لغيرِهِ، وَلَيْسَ فِيمَا إِذَا تَخَلَّلَتْ بِنَفْسِهَا شَيْءٌ مِنْ ذَلِكَ. وَذَلِيلُهُ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ مَا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ. وَلَنَا قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «نِعَمَ الْإِدَامُ الْخَلُّ» هُوَ

(١) أخرجه مسلم في الأشربة (حديث ١٦٧ - ١٦٩)، وأبو داود في الأطعمة باب ٣٩، والترمذي في الأطعمة باب ٣٤.

يَتَنَاوَلُ الْمُخَلَّلَ وَالْمُتَخَلَّلَ لَا مَحَالَةَ، وَلَأَنَّ التَّخْلِيلَ إِصْلَاحُ الْمُفْسِدِ بِإِثْبَاتِ صِفَةِ الصَّلَاحِ مِنْ حَيْثُ التَّغْذِي بِهِ وَكَسْرُ الشَّهْوَةِ وَتَسْكِينُ الصَّفَرَاءِ وَغَيْرُ ذَلِكَ، وَإِصْلَاحُ الْمُفْسِدِ إِنْ لَمْ يَكُنْ وَاجِبًا فَلَا أَقْلَ مِنَ الْإِبَاحَةِ وَالْمَنَازِعِ مُكَابِرٌ.

وَقَوْلُهُ (وَكَذَا الصَّالِحُ لِلْمَصَالِحِ) يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ مَعْنَاهُ الْمُخَلَّلُ صَالِحٌ لِلْمَصَالِحِ، وَالصَّالِحُ لِلْمَصَالِحِ مُبَاحٌ اعْتِبَارًا بِالتَّخَلَّلِ بِنَفْسِهِ وَبِالدَّبَاغِ. وَقَوْلُهُ (وَالْاِفْتِرَابُ لِإِعْدَامِ الْفَسَادِ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ إِنْ فِي التَّخْلِيلِ اقْتِرَابًا مِنَ الْخَمْرِ عَلَى وَجْهِ التَّمَوُّلِ. وَوَجْهُهُ لَا تُسَلِّمُ أَنَّهُ عَلَى وَجْهِ التَّمَوُّلِ بَلِ الْمَنْظُورُ إِلَيْهِ إِعْدَامُ الْفَسَادِ وَذَلِكَ بِالْإِرَاقَةِ جَائِزٌ فَبِالتَّخْلِيلِ أَوَّلَى لِمَا فِيهِ مِنْ إِحْرَازِ مَالٍ يَصِيرُ حَالًا فِي الْمَالِ، وَهَذَا ظَاهِرٌ وَمَا بَعْدَهُ إِلَّا الْمُكَابَرَةُ.

فَإِنْ قِيلَ: فَمَا تَصْنَعُ بِقَوْلِهِ ﷺ «لَا وَلَكِنْ أَرْقُهَا حِينَ سَأَلَهُ أَبُو طَلْحَةَ عَنْ تَخْلِيلِ خَمْرِ أَيْتَامٍ عِنْدَهُ»، وَمِمَّا رُوِيَ «أَنَّهُ ﷺ نَهَى أَنْ يُتَّخَذَ الْخَمْرُ خَلًّا» أُجِيبَ عَنْ الْأَوَّلِ بِأَنْ ذَلِكَ فِي ابْتِدَاءِ التَّحْرِيمِ قَمْعًا لَهُمْ أَنْ يَحُومُوا حَوْلَ الْخُمُورِ كَمَا حَرَّمَ الْاِئْتِبَادَ فِي الْأَوْعِيَةِ الْمَذْكُورَةِ مَعَ تَصْرِيحِهِ ثَانِيًا بِأَنْ الظَّرْفَ لَا يُحَرِّمُهُ.

وَيُوضِّحُهُ «أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَمَرَ بِكَسْرِ الدَّنَانِ وَشَقِّ الرِّقَاقِ» وَعَنْ الثَّانِي أَنَّ الْمُرَادَ بِالِاتِّخَاذِ الِاسْتِعْمَالُ كَمَا فِي النِّهْيِ عَنْ اتِّخَاذِ الدُّوَابِّ كَرَّاسِيٍّ، فَإِنَّ الْمُرَادَ بِهِ الِاسْتِعْمَالُ وَلَمَّا نَزَلَ قَوْلُهُ ﴿أَتَّخِذُوا أَحْبَارَهُمْ وَرُهْبَنَهُمْ أَرْبَابًا مِنْ دُونِ اللَّهِ﴾ [التوبة: ٣١] قَالَ عَدِيُّ بْنُ حَاتِمٍ: مَا عَبْدَتَاهُمْ قَطُّ، فَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: أَلَيْسَ كَانُوا يَأْمُرُونَ وَيَنْهَوْنَ وَتُطِيعُونَهُمْ؟ قَالَ نَعَمْ، فَقَالَ: هُوَ ذَلِكَ» فَسَرَ الِاتِّخَاذُ بِالِاسْتِعْمَالِ.

قَالَ (وَيُكْرَهُ شَرْبُ دُرْدِيِّ الْخَمْرِ وَالَامْتِشَاطُ بِهِ)؛ لِأَنَّهُ فِيهِ أَجْزَاءُ الْخَمْرِ، وَالِانْتِفَاعُ بِالْمُحَرَّمِ حَرَامٌ، وَهَذَا لَا يَجُوزُ أَنْ يُدَاوِيَ بِهِ جُرْحًا أَوْ دَبْرَةً دَابْتَةً وَلَا أَنْ يَسْقِيَ ذِمِّيًّا وَلَا أَنْ يَسْقِيَ صَبِيًّا لِلتَّدَاوِي، وَالْوَبَالُ عَلَى مَنْ سَقَاهُ، وَكَذَا لَا يَسْقِيهَا الدُّوَابُّ وَقِيلَ: لَا تُحْمَلُ الْخَمْرُ إِلَيْهَا، أَمَّا إِذَا قُدِّمَتْ إِلَى الْخَمْرِ فَلَا بَأْسَ بِهِ كَمَا فِي الْكَلْبِ وَالْمَيْتَةِ وَلَوْ أَلْقِيَ الدُّرْدِيُّ فِي الْخَلِّ لَا بَأْسَ بِهِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَصِيرُ خَلًّا لَكِنْ يُبَاحُ حَمْلُ الْخَلِّ إِلَيْهِ لَا عَكْسَهُ لَمَّا قُلْنَا.

الشرح:

دُرْدِيُّ الْخَمْرِ وَغَيْرُهَا: مَا يَبْقَى فِي أَسْفَلِهِ، وَمَعْنَاهُ يَحْرُمُ شَرْبُ دُرْدِيِّ الْخَمْرِ وَالِانْتِفَاعُ بِهِ، وَإِنَّمَا خَصَّ الِامْتِشَاطَ لِأَنَّ لَهُ تَأْثِيرًا فِي تَحْسِينِ الشَّعْرِ. وَقَوْلُهُ لَمَّا قُلْنَا

إِشَارَةً إِلَى التَّغْلِيلِ الْمُسْتَفَادِ مِنْ قَوْلِهِ كَمَا فِي الْكَلْبِ وَالْمَيْتَةِ.

قَالَ (وَلَا يُحَدُّ شَارِبُهُ) أَيُّ شَارِبِ الدُّرْدِيِّ (إِنْ لَمْ يَسْكُرْ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يُحَدُّ؛ لِأَنَّهُ شَرِبَ جُزْءًا مِنَ الْخَمْرِ وَلَنَا أَنَّ قَلِيلَهُ لَا يَدْعُو إِلَى كَثِيرِهِ لَمَّا فِي الطَّبَاعِ مِنَ الثَّبُوتِ عَنْهُ فَكَانَ نَاقِصًا فَأَشْبَهَ غَيْرَ الْخَمْرِ مِنَ الْأَشْرِبَةِ وَلَا حَدًّا فِيهَا إِلَّا بِالسُّكْرِ، وَلَأَنَّ الْغَالِبَ عَلَيْهِ الثَّمَلُ فَصَارَ كَمَا إِذَا غَلَبَ عَلَيْهِ الْمَاءُ بِالْامْتِزَاجِ.

الشرح:

(وَلَا يُحَدُّ شَارِبُ الدُّرْدِيِّ إِنْ لَمْ يَسْكُرْ) خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ قَالَ: لِأَنَّهُ شَرِبَ جُزْءًا مِنَ الْخَمْرِ فَيَجِبُ الْحَدُّ وَلَنَا الْخُ وَاضِحٌ.

(وَيُكْرَهُ الْاِحْتِقَانُ بِالْخَمْرِ وَإِقْطَارُهَا فِي الْإِحْلِيلِ)؛ لِأَنَّهُ انْتِفَاعٌ بِالْمَحْرَمِ وَلَا يَجِبُ الْحَدُّ لِعَدَمِ الشُّرْبِ وَهُوَ السَّبَبُ، وَلَوْ جُعِلَ الْخَمْرُ فِي مَرَقَةٍ لَا تُؤْكَلُ لَتَنَجَّسَتْ بِهَا وَلَا حَدٌّ مَا لَمْ يَسْكُرْ مِنْهُ؛ لِأَنَّهُ أَصَابَهُ الطَّبِخُ وَيُكْرَهُ أَكْلُ خُبْزٍ عُجِنَ عَجِينُهُ بِالْخَمْرِ لِقِيَامِ أَجْزَاءِ الْخَمْرِ فِيهِ.

فصل في طبخ العصير

وَالْأَصْلُ أَنَّ مَا ذَهَبَ بِغَلْيَانِهِ بِالنَّارِ وَقَدَفَهُ بِالزَّبْدِ يُجْعَلُ كَأَن لَمْ يَكُنْ وَيُعْتَبَرُ ذَهَابُ ثُلُثِي مَا بَقِيَ لِيَحِلَّ الثُّلُثُ الْبَاقِي، بَيَانُهُ عَشْرَةُ دَوَارِقَ مِنْ عَصِيرٍ طَبَخَ فَذَهَبَ دَوْرَقٌ بِالزَّبْدِ يَطْبَخُ الْبَاقِي حَتَّى يَذْهَبَ سِتُّ دَوَارِقَ وَيَبْقَى الثُّلُثُ فَيَحِلُّ؛ لِأَنَّ الَّذِي يَذْهَبُ زَبْدًا هُوَ الْعَصِيرُ أَوْ مَا يُمَارِجُهُ، وَأَيًّا مَا كَانَ جُعِلَ كَأَنَّ الْعَصِيرَ تِسْعَةُ دَوَارِقَ فَيَكُونُ ثُلُثُهَا ثَلَاثَةً وَأَصْلُ آخَرُ أَنَّ الْعَصِيرَ إِذَا صُبَّ عَلَيْهِ مَاءٌ قَبْلَ الطَّبْخِ ثُمَّ طَبَخَ بِمَائِهِ، إِنْ كَانَ الْمَاءُ أَسْرَعَ ذَهَابًا لِرَفَقَتِهِ وَلَطَافَتِهِ يَطْبَخُ الْبَاقِي بَعْدَ مَا ذَهَبَ مِقْدَارُ مَا صُبَّ فِيهِ مِنَ الْمَاءِ حَتَّى يَذْهَبَ ثُلُثَاهُ؛ لِأَنَّ الذَّاهِبَ الْأَوَّلَ هُوَ الْمَاءُ وَالثَّانِي الْعَصِيرُ، فَلَا بُدَّ مِنْ ذَهَابِ ثُلُثِي الْعَصِيرِ، وَإِنْ كَانَا يَذْهَبَانِ مَعًا تَغْلَى الْجُمْلَةُ حَتَّى يَذْهَبَ ثُلُثَاهُ وَيَبْقَى ثُلُثُهُ فَيَحِلُّ؛ لِأَنَّهُ ذَهَبَ الثُّلُثَانِ مَاءً وَعَصِيرًا وَالثُّلُثُ الْبَاقِي مَاءً وَعَصِيرٌ فَصَارَ كَمَا إِذَا صُبَّ الْمَاءُ فِيهِ بَعْدَ مَا ذَهَبَ مِنَ الْعَصِيرِ بِالْغَلْيِ ثُلُثَاهُ بَيَانُهُ عَشْرَةُ دَوَارِقَ مِنْ عَصِيرٍ وَعِشْرُونَ دَوْرَقًا مِنْ مَاءٍ فَفِي الْوَجْهِ الْأَوَّلِ يَطْبَخُ حَتَّى يَبْقَى ثُسُعُ الْجُمْلَةِ؛ لِأَنَّهُ ثُلُثُ الْعَصِيرِ؛ وَفِي الْوَجْهِ الثَّانِي حَتَّى يَذْهَبَ ثُلُثَا الْجُمْلَةِ لَمَّا قُلْنَا، وَالْغَلْيُ بِدَفْعَةٍ أَوْ دَفْعَاتٍ سَوَاءً إِذَا حَصَلَ قَبْلَ أَنْ يَصِيرَ مُحَرَّمًا وَلَوْ

قُطِعَ عَنْهُ النَّارُ فَعَلَى حَتَّى ذَهَبَ الثُّلُثَانِ يَحِلُّ؛ لِأَنَّهُ أَثَرُ النَّارِ وَأَصْلُ آخِرُ أَنْ الْعَصِيرَ إِذَا طُبَخَ فَذَهَبَ بَعْضُهُ ثُمَّ أَهْرِيْقُ بَعْضُهُ كَمَا تَطْبِيخُ الْبَقِيَّةِ حَتَّى يَذْهَبَ الثُّلُثَانِ فَالسَّبِيلُ فِيهِ أَنْ تَأْخُذَ ثُلُثَ الْجَمِيعِ فَتَضْرِبُهُ فِي الْبَاقِي بَعْدَ الْمَنْصَبِ ثُمَّ تَقْسِمُهُ عَلَى مَا بَقِيَ بَعْدَ ذَهَابِ مَا ذَهَبَ بِالطَّبْخِ قَبْلَ أَنْ يَنْصَبَ مِنْهُ شَيْءٌ فَمَا يَخْرُجُ بِالْقِسْمَةِ فَهُوَ حَلَالٌ بَيَّانُهُ عَشْرَةٌ أَرْطَالُ عَصِيرٍ طَبَخَ حَتَّى ذَهَبَ رِطْلٌ ثُمَّ أَهْرِيْقُ مِنْهُ ثَلَاثَةُ أَرْطَالٍ تَأْخُذُ ثُلُثَ الْعَصِيرِ كُلَّهُ وَهُوَ ثَلَاثَةٌ وَثُلُثٌ وَتَضْرِبُهُ فِيمَا بَقِيَ بَعْدَ الْمَنْصَبِ هُوَ سِتَّةٌ فَيَكُونُ عِشْرِينَ ثُمَّ تَقْسِمُ الْعِشْرِينَ عَلَى مَا بَقِيَ بَعْدَ مَا ذَهَبَ بِالطَّبْخِ مِنْهُ قَبْلَ أَنْ يَنْصَبَ مِنْهُ شَيْءٌ وَذَلِكَ تِسْعَةٌ، فَيَخْرُجُ لِكُلِّ جُزْءٍ مِنْ ذَلِكَ اثْنَانِ وَتُسْعَانِ، فَعَرَفْتَ أَنَّ الْحَلَالَ فِيمَا بَقِيَ مِنْهُ رِطْلَانِ وَتُسْعَانِ، وَعَلَى هَذَا تُخْرِجُ الْمَسَائِلَ وَلَهَا طَرِيقٌ آخَرٌ، وَفِيمَا اكْتَفَيْنَا بِهِ كِفَايَةً وَهِدَايَةً إِلَى تَخْرِيجِ غَيْرِهَا مِنَ الْمَسَائِلِ وَاللَّهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

الشرح:

(فَصْلٌ فِي طَبْخِ الْعَصِيرِ): لَمَّا كَانَ طَبْخُ الْعَصِيرِ مِنْ أَسْبَابِ مَنْعِهِ عَنِ التَّخَمُّرِ أَلْحَقَهُ بِالْأَشْرَبَةِ تَعْلِيمًا لِإِبْقَاءِ مَا هُوَ حَلَالٌ عَلَى حِلِّهِ. الدَّوْرَقُ: مِكْيَالٌ لِلشَّرَابِ وَهُوَ عَجْمِيٌّ. قَوْلُهُ (وَإِنْ كَانَ يَذْهَبَانِ مَعًا تُعْلَى الْجُمْلَةُ حَتَّى يَذْهَبَ ثُلَاثُهُ) قَالَ فِي النَّهَايَةِ: كَانَ مُحَمَّدًا عَلِمَ أَنَّ الْعَصِيرَ عَلَى تَوْعَيْنٍ: مِنْهُ مَا لَوْ صُبَّ فِيهِ الْمَاءُ وَطُبِخَ يَذْهَبُ الْمَاءُ أَوَّلًا، وَمِنْهُ إِذَا صُبَّ فِيهِ الْمَاءُ يَذْهَبَانِ مَعًا. فَفَصَّلَ الْجَوَابَ فِيهِ تَفْصِيلًا. وَحَاصِلُهُ أَنَّ الْمَاءَ مَتَى مَا كَانَ أَسْرَعَ ذَهَابًا فَإِنَّهُ يُطْبَخُ حَتَّى يَبْقَى ثُلُثُ الْعَصِيرِ، وَإِنْ كَانَا يَذْهَبَانِ مَعًا فَإِنَّهُ يُطْبَخُ حَتَّى يَبْقَى ثُلُثُ الْكُلِّ. وَقَوْلُهُ (فَفِي الْوَجْهِ الْأَوَّلِ) يَعْنِي مَا يَذْهَبُ فِيهِ الْمَاءُ أَوَّلًا. وَقَوْلُهُ يُطْبَخُ حَتَّى يَبْقَى تُسَعُ الْجُمْلَةُ.

قَالَ شَيْخُ الْإِسْلَامِ: طَرِيقُ مَعْرِفَتِهِ أَنْ يُجْعَلَ كُلُّ عَشْرَةٍ مِنَ الْمَاءِ وَالْعَصِيرِ عَلَى ثَلَاثَةِ أَسْهُمٍ، لِأَنَّكَ تَحْتَاجُ إِلَى أَنْ تُجْعَلَ عَشْرَةُ دَوَارِقَ عَصِيرٍ عَلَى ثَلَاثَةِ لِحَاجَتِكَ إِلَى الثُّلُثِ وَالثُّلُثَيْنِ فَيَكُونُ الْمَاءُ سِتَّةً وَالْعَصِيرُ ثَلَاثَةً وَالْكُلُّ تِسْعَةَ أَسْهُمٍ، فَإِذَا ذَهَبَ الْمَاءُ أَوَّلًا فَقَدْ ذَهَبَ سِتَّةٌ مِنْ تِسْعَةٍ، وَمَا ذَهَبَ يُجْعَلُ كَأَنَّ لَمْ يَكُنْ لِأَنَّهُ مَا بَقِيَ الْعَصِيرُ لَا غَيْرُ وَهُوَ ثَلَاثَةُ أَسْهُمٍ يُطْبَخُ حَتَّى يَذْهَبَ ثُلَاثُهُ فَقَدْ ذَهَبَ مَرَّةً سِتَّةً وَمَرَّةً اثْنَانِ فَقَدْ ذَهَبَ ثَمَانِيَّةً وَبَقِيَ وَاحِدٌ وَهُوَ تُسَعُ الْكُلِّ. وَقَوْلُهُ (وَفِي الْوَجْهِ الثَّانِي) يَعْنِي الَّذِي يَذْهَبُ الْمَاءُ

وَالْعَصِيرُ مَعًا (يُطْبَخُ حَتَّى يَذْهَبَ عِشْرُونَ وَيَبْقَى عَشْرَةٌ) لِأَنَّهُ يَذْهَبُ بِالْعَلْيَانِ ثُلَاثًا الْعَصِيرُ وَثُلَاثًا الْمَاءُ وَالْبَاقِي ثُلْتُ الْعَصِيرِ وَثُلْتُ الْمَاءِ، فَهِيَ وَمَا لَوْ صُبَّ الْمَاءُ فِي الْعَصِيرِ بَعْدَ مَا صَارَ مُثْلًا سَوَاءً.

وَقَوْلُهُ (يَحِلُّ) لِأَنَّهُ أَثَرُ النَّارِ. مِثَالُهُ لَوْ طَبَخَ عَصِيرٌ حَتَّى ذَهَبَ ثَلَاثَةُ أَخْمَاسِهِ وَبَقِيَ خُمُسَاهُ ثُمَّ قُطِعَ عَنْهُ النَّارُ فَلَمْ يَبْرُدْ حَتَّى ذَهَبَ عَنْهُ تَمَامُ الثَّلَاثِينَ فَلَا بَأْسَ بِذَلِكَ، لِأَنَّهُ صَارَ مُثْلًا بِقُوَّةِ النَّارِ، فَإِنَّ الَّذِي بَقِيَ مِنَ الْحَرَارَةِ بَعْدَمَا قُطِعَ عَنْهُ أَثَرُ تِلْكَ النَّارِ فَهُوَ وَمَا لَوْ صَارَ مُثْلًا وَالتَّارُ تَحْتَهُ سَوَاءً، هَذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا بَرَدَ قَبْلَ أَنْ يَصِيرَ مُثْلًا ثُمَّ غُلِيَ وَاشْتَدَّ حَتَّى ذَهَبَ بِالْعَلْيَانِ مِنْهُ شَيْءٌ، فَإِنَّهُ لَا يَحِلُّ لِأَنَّ الْعَلْيَانَ بَعْدَمَا انْقَطَعَ عَنْهُ أَثَرُ النَّارِ لَا يَكُونُ إِلَّا بَعْدَ الشَّدَّةِ وَحِينَ اشْتَدَّ صَارَ مُحَرَّمًا.

وَقَوْلُهُ (يَبَاقُ عَشْرَةُ أَرْطَالٍ عَصِيرٍ، إِلَى قَوْلِهِ: فَعَرَفْتُ أَنَّ الْحَلَالَ مَا بَقِيَ مِنْهُ رِطْلَانِ وَتُسْعَانِ) وَهَذَا لِأَنَّ الرِّطْلَ الذَّاهِبَ بِالطَّبْخِ فِي الْمَعْنَى دَاخِلٌ فِيْمَا بَقِيَ، وَكَانَ الْبَاقِي إِنْ لَمْ يُنْصَبْ مِنْهُ شَيْءٌ تِسْعَةُ أَرْطَالٍ فَعَرَفْنَا أَنَّ كُلَّ رِطْلٍ مِنْ ذَلِكَ فِي مَعْنَى رِطْلٍ وَتُسْعِ رِطْلٍ، لِأَنَّ الرِّطْلَ الذَّاهِبَ بِالْعَلْيَانِ يُقْسَمُ عَلَى مَا بَقِيَ أَتْسَاعًا، فَإِذَا انْصَبَّ مِنْهُ ثَلَاثَةُ أَرْطَالٍ فَهَذَا فِي الْمَعْنَى ثَلَاثَةُ أَرْطَالٍ وَثَلَاثَةُ أَتْسَاعِ رِطْلٍ فَيَكُونُ الْبَاقِي مِنْهُ سِتَّةُ أَرْطَالٍ وَسِتَّةُ أَتْسَاعِ رِطْلٍ فَيُطْبَخُ حَتَّى يَبْقَى مِنْهُ الثَّلَاثُ وَهُوَ رِطْلَانِ وَتُسْعَا رِطْلٍ.

وَقَوْلُهُ (وَلَهَا طَرِيقٌ آخَرٌ) قِيلَ هُوَ أَنَّ يُجْعَلَ الذَّاهِبُ بِالْعَلْيَانِ مِنَ الْحَرَامِ، لِأَنَّهُ إِنَّمَا يُطْبَخُ لِيَذْهَبَ الْحَرَامُ وَيَبْقَى الْحَلَالُ، فَثُلَاثُ عَشْرَةَ أَرْطَالٍ حَرَامٌ وَهُوَ سِتَّةُ أَرْطَالٍ، وَثُلَاثَا رِطْلٍ وَثُلَاثَةُ حَلَالٌ وَهُوَ ثَلَاثَةُ أَرْطَالٍ وَثُلْتُ رِطْلٍ، وَالذَّاهِبُ بِالطَّبْخِ ذَاهِبٌ مِنَ الْحَرَامِ، وَالْبَاقِي تِسْعَةُ أَرْطَالٍ وَالْحَلَالُ مِنْهَا ثَلَاثَةُ أَرْطَالٍ وَثُلْتُ رِطْلٍ، وَالْحَرَامُ خَمْسَةُ أَرْطَالٍ وَثُلَاثَا رِطْلٍ، فَإِذَا أَرِيقَ ثُلَاثُهُ فَهُوَ مِنَ الْحَلَالِ وَالْحَرَامِ جَمِيعًا لِأَنَّهُ لَا تَعْلَقُ لِلذَّاهِبِ عَيْنًا بِالْحَلَالِ أَوْ بِالْحَرَامِ وَكَانَ الذَّاهِبُ مِنْهُمَا عَلَى السَّوَاءِ، فَذَهَبَ مِنَ الْحَلَالِ ثُلَاثُهُ وَهُوَ رِطْلٌ وَتُسْعُ فَيَبْقَى ثُلَاثُ رِطْلَانِ وَتُسْعَا رِطْلٍ.

وَلَوْ رُمَتْ زِيَادَةُ الْاِنْكَشَافِ فَاجْعَلْ كُلَّ رِطْلٍ تُسْعَا لاحتِجَاجِكَ إِلَى حِسَابِ لَهُ ثُلْتُ وَثُلَاثُهُ ثُلْتُ وَهُوَ تِسْعَةُ فَصَارَتْ أَرْطَالُ الْحَلَالِ ثَلَاثِينَ سَهْمًا وَقَدْ أَرِيقَ ثُلَاثُهُ وَهُوَ عَشْرَةٌ فَيَبْقَى عِشْرُونَ وَهُوَ رِطْلَانِ وَتُسْعَا رِطْلٍ.

كِتَابُ الصَّيْدِ

قَالَ: الصَّيْدُ الاصْطِيَادُ، وَيُطْلَقُ عَلَى مَا يُصَادُ، وَالْفِعْلُ مُبَاحٌ لغيرِ الْمُحْرَمِ فِي غيرِ الْحَرَمِ لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَإِذَا حَلَلْتُمْ فَاصْطَادُوا﴾ [المائدة: ١٢] وَقَوْلُهُ عَزَّ وَجَلَّ ﴿وَحُرِّمَ عَلَيْكُمْ صَيْدَ الْبَرِّ مَا دُمْتُمْ حُرُمًا﴾ [التوبة: ٩٦] وَلِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لِعَدِيِّ بْنِ حَاتِمٍ الطَّائِيّ رضي الله عنه «إِذَا أَرَسَلْتَ كَلْبَكَ الْمُعْلَمَ وَذَكَرْتَ اسْمَ اللَّهِ عَلَيْهِ فَكُلْ، وَإِنْ أَكَلَ مِنْهُ فَلَا تَأْكُلْ، لِأَنَّهُ إِنَّمَا أَمْسَكَ عَلَى نَفْسِهِ، وَإِنْ شَارَكَ كَلْبَكَ كَلْبٌ آخَرُ فَلَا تَأْكُلْ فَإِنَّكَ إِنَّمَا سَمَّيْتَ عَلَى كَلْبِكَ وَلَمْ تُسَمِّ عَلَى كَلْبٍ غَيْرِكَ» ^(١) وَعَلَى إِبَاحَتِهِ انْعَقَدَ الْإِجْمَاعُ وَلَأَنَّهُ نَوْعٌ اِكْتِسَابٍ وَانْتِفَاعٍ بِمَا هُوَ مَخْلُوقٌ لِدَوْلِكَ، وَفِيهِ اسْتِيقَاءُ الْمَكْلَفِ وَتَمَكُّيْنُهُ مِنْ إِقَامَةِ التَّكَالِيفِ فَكَانَ مُبَاحًا بِمَنْزِلَةِ الْاِحْتِطَابِ ثُمَّ جُمِلَتْ مَا يَحْوِيهِ الْكِتَابُ فَصْلَانِ: أَحَدُهُمَا فِي الصَّيْدِ بِالْجَوَارِحِ وَالثَّانِي فِي الْاِصْطِيَادِ بِالرِّمَى.

الشرح:

(كِتَابُ الصَّيْدِ): مُنَاسَبَةٌ كِتَابِ الصَّيْدِ لِكِتَابِ الْأَشْرِيَةِ مِنْ حَيْثُ إِنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنَ الْأَشْرِيَةِ وَالصَّيْدِ مِمَّا يُورِثُ السُّرُورَ، إِلَّا أَنَّهُ قَدَّمَ الْأَشْرِيَةَ لِحُرْمَتِهَا اعْتِنَاءً بِالْاِحْتِرَازِ عَنْهَا وَمَحَاسِنُهُ مَحَاسِنُ الْمَكَاسِبِ.

وَسَبَبُهُ يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ حَالِ الصَّائِدِ، فَقَدْ يَكُونُ الْحَاجَّةُ إِلَيْهِ، وَقَدْ يَكُونُ إِظْهَارَ الْجَلَادَةِ، وَقَدْ يَكُونُ الْفَرَحُ. وَالصَّيْدُ مَصْدَرٌ وَقَدْ يُرَادُ بِهِ الْمَفْعُولُ، وَهُوَ حَالٌ وَحَرَامٌ، لِأَنَّ الصَّائِدَ إِمَّا أَنْ يَكُونَ مُحْرَمًا أَوْ لَا، فَإِنْ كَانَ فَهُوَ حَرَامٌ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ، فَإِمَّا أَنْ اِصْطَادَ فِي الْحَرَمِ أَوْ لَا؛ فَإِنْ اِصْطَادَ فِيهِ فَكَذَلِكَ، وَإِلَّا فَهُوَ حَالٌ إِذَا وَجَدَ خَمْسَةَ عَشَرَ شَرْطًا: خَمْسَةٌ فِي الصَّائِدِ: وَهُوَ أَنْ يَكُونَ مِنْ أَهْلِ الذَّكَاةِ، وَأَنْ يُوجَدَ مِنْهُ الْإِرْسَالُ، وَأَنْ لَا يُشَارِكُهُ فِي الْإِرْسَالِ مَنْ لَا يَحِلُّ صَيْدُهُ، وَأَنْ لَا يَتْرَكَ التَّسْمِيَةَ عَامِدًا، وَأَنْ لَا يَشْتَغَلَ بَيْنَ الْإِرْسَالِ وَالْأَخْذِ بِعَمَلٍ آخَرَ، وَخَمْسَةٌ فِي الْكَلْبِ: أَنْ يَكُونَ مُعْلَمًا وَأَنْ يَذْهَبَ عَلَى سُنَنِ الْإِرْسَالِ وَأَنْ لَا يُشَارِكُهُ فِي الْأَخْذِ مَا لَا يَحِلُّ صَيْدُهُ، وَأَنْ يَقْتُلَهُ جَرَحًا، وَأَنْ لَا يَأْكُلَ مِنْهُ.

(١) أخرجه البخاري في الرضوء باب ٣٣، ومسلم في الصيد حديث (٣، ٤، ٥).

وَحَمْسَةٌ فِي الصَّيْدِ: أَنْ لَا يَكُونَ مِنَ الْحَشَرَاتِ وَأَنْ لَا يَكُونَ مِنْ بَنَاتِ الْمَاءِ إِلَّا السَّمَكُ وَأَنْ يَمْنَعَ نَفْسَهُ بِجَنَاحِهِ أَيْ قَوَائِمِهِ وَأَنْ لَا يَكُونَ مُتَقَوِّيًا بِأَيَّابِهِ أَوْ بِمِخْلَبِهِ وَأَنْ يَمُوتَ بِهَذَا قَبْلَ أَنْ يَصِلَ إِلَى ذَبْحِهِ كَذَا فِي النَّهْيَةِ مَنُوبًا إِلَى الْخُلَاصَةِ وَفِيهِ تَسَامُحٌ لِأَنَّ هَذَا شَرْطُ الْأَصْطِيَادِ لِلْأَكْلِ بِالْكَلْبِ لَا غَيْرُ، عَلَى أَنَّهُ لَوْ انْتَفَى بَعْضُهُ لَمْ يَحْرُمَ كَمَا لَوْ اشْتَغَلَ بِعَمَلٍ آخَرَ لَكِنْ أَدْرَكَهُ حَيًّا فَذَبَحَهُ وَكَذَا إِذَا لَمْ يَمُتْ بِهَذَا لَكِنَّهُ ذَبَحَهُ فَإِنَّهُ صَيْدٌ، وَهُوَ حَلَالٌ، وَهُوَ مَشْرُوعٌ بِالْكِتَابِ وَالسُّنَّةِ وَالْإِجْمَاعِ، أَمَّا الْكِتَابُ فَقَوْلُهُ تَعَالَى ﴿وَإِذَا حَلَلْتُمْ فَاصْطَادُوا﴾؛ فَإِنْ أَذْنَى مَرْتَبَةِ الْأَمْرِ الْإِبَاحَةُ وَقَوْلُهُ تَعَالَى ﴿وَحَرَّمَ عَلَيْكُمْ صَيْدَ الْبَرِّ مَا دُمْتُمْ حُرُمًا﴾ فَإِنَّهُ يَدُلُّ عَلَى الْحِلِّ إِذَا زَالَ الْإِحْرَامُ. وَفِيهِ نَظَرٌ لِأَنَّهُ اسْتِدْلَالٌ بِمَقْهُومِ الْعَايَةِ وَهُوَ لَيْسَ بِحُجَّةٍ، وَلَوْ ذَكَرَ مَكَانَهُ ﴿أَحِلَّ لَكُمْ صَيْدَ الْبَحْرِ﴾ كَانَ أُنْسَبَ.

وَأَمَّا السُّنَّةُ فَقَوْلُهُ ﷺ لَعْدِيَّ بْنُ حَاتِمٍ عَلَى مَا ذُكِرَ فِي الْكِتَابِ وَلَمْ يَرَوْا خِلَافًا لِأَحَدٍ فِي إِبَاحَتِهِ فَكَانَ إِجْمَاعًا. وَقَوْلُهُ (وَلَأَنَّهُ نَوْعٌ اكْتِسَابٍ، وَالْاِكْتِسَابُ مُبَاحٌ كَالْاِخْتِطَابِ) اسْتِدْلَالٌ بِالْمَعْقُولِ.

فَصْلٌ فِي الْجَوَارِحِ

قَالَ (وَيَجُوزُ الْأَصْطِيَادُ بِالْكَلْبِ الْمَعْلَمِ وَالْفَهْدِ وَالْبَازِي وَسَائِرِ الْجَوَارِحِ الْمَعْلَمَةِ وَفِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ: وَكُلُّ شَيْءٍ عَلِمْتَهُ مِنْ ذِي نَابٍ مِنَ السَّبَاعِ وَذِي مِخْلَبٍ مِنَ الطَّيْرِ فَلَا بَأْسَ بِصَيْدِهِ، وَلَا خَيْرَ فِيمَا سِوَى ذَلِكَ إِلَّا أَنْ تُدْرِكَ ذَكَاتَهُ) وَالْأَصْلُ فِيهِ قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿وَمَا عَلَّمْتُمْ مِنَ الْجَوَارِحِ مُكَلِّبِينَ﴾ [المائدة: ٤] وَالْجَوَارِحُ: الْكَوَاسِبُ قَالَ فِي تَأْوِيلِ الْمُكَلِّبِينَ: الْمُسَلِّطِينَ، فَيَتَنَاوَلُ الْكُلَّ بِعُمُومِهِ، ذَلِكَ عَلَيْهِ مَا رَوَيْنَا مِنْ حَدِيثِ عَدِيِّ ﷺ وَأَسْمُ الْكَلْبِ فِي اللُّغَةِ يَقَعُ عَلَى كُلِّ سَبْعٍ حَتَّى الْأَسَدِ وَعَنْ أَبِي يُونُسَ أَنَّهُ أُسْتُثِنِيَ مِنْ ذَلِكَ الْأَسَدُ وَالذَّبُّ، لِأَنَّهُمَا لَا يَعْمَلَانِ لِغَيْرِهِمَا الْأَسَدُ لَعَلُّوْهُ هِمَّتِهِ وَالذَّبُّ لِحَسَاسَتِهِ، وَالْحَقُّ بِهِمَا بَعْضُهُمُ الْحِدَاةُ لِحَسَاسَتِهِمَا، وَالْخَنْزِيرُ مُسْتَثْنَى؛ لِأَنَّهُ نَجَسٌ الْعَيْنِ فَلَا يَجُوزُ الْاِئْتِفَاعُ بِهِ ثُمَّ لَا بُدَّ مِنَ التَّعْلِيمِ؛ لِأَنَّ مَا تَلَوْنَا مِنَ النَّصِّ يَنْطِقُ بِاشْتِرَاطِ التَّعْلِيمِ وَالْحَدِيثِ بِهِ وَبِالْإِرْسَالِ، وَلَأَنَّهُ إِنَّمَا يَصِيرُ النَّصُّ بِالتَّعْلِيمِ لِيَكُونَ عَامِلًا لَهُ فَيَتَرَسَّلُ بِإِرْسَالِهِ وَيُمْسِكُهُ عَلَيْهِ.

الشرح:

(فَصْلٌ فِي الْجَوَارِحِ): قَدْ مَ فَصْلُ الْجَوَارِحِ عَلَى فَصْلِ الرَّمْيِ لِمَا أَنَّ آلَةَ الصَّيْدِ

هَاهُنَا حَيَوَانٌ وَفِي الرَّمْيِ جَمَادٍ، وَلِلْفَاضِلِ تَقَدُّمٌ عَلَى الْمَفْضُولِ. قَالَ (وَيَجُوزُ الْاِصْطِيَادُ بِالْكَلْبِ الْمَعْلَمِ الْخ) يَجُوزُ الْاِصْطِيَادُ بِالْكَلْبِ الْمَعْلَمِ وَالْفَهْدِ الْمَعْلَمِ وَالْبَازِي الْمَعْلَمِ وَسَائِرِ الْجَوَارِحِ الْمَعْلَمَةِ، وَهَذَا بِعُمُومِهِ يَتَنَاوَلُ الْأَسَدَ وَالذَّبَّ وَالذَّبَّ وَالْخَنْزِيرَ، لَكِنَّ الْخَنْزِيرَ لِكَوْنِهِ نَجَسٌ عَيْنٍ لَا يَجُوزُ الْاِتِّفَاعُ بِهِ، وَكَانَ ذَلِكَ مَعْلُومًا لِكُلِّ أَحَدٍ فَلَمْ يَسْتَنْهِ، وَالْبَاقِيَةُ إِنْ أُمِّنَ تَعْلِيمُهَا جَازَ الْاِصْطِيَادُ بِهَا، لَكِنَّهُمْ قَالُوا: لَا يُمَكِّنُ تَعْلِيمُ الْأَسَدِ وَالذَّبَّ لِأَنَّ مِنْ عَادَتِهِمَا أَنَّهُمَا إِذَا أُمْسَكَ صَيْدًا لَا يَأْكُلَانِهِ فِي الْحَالِ.

وَالْتَعْلُمُ إِنَّمَا يَتَحَقَّقُ بِتَرْكِ الْأَكْلِ فَلَا يُعْلَمُ أَنَّهُ تَرَكَ عَادَةً أَوْ تَعْلَمًا، وَلِأَنَّ التَّعْلِيمَ لِأَنَّ يُمَسِّكُ لِلْغَيْرِ وَالْأَسَدُ لَعَلَّوْهُ هِمَّتُهُ لَا يَفْعَلُ ذَلِكَ وَالذَّبُّ لِحَسَاسَتِهِ، وَلِهَذَا اسْتَنْهَاهُمَا أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ، وَأَلْحَقَ بَعْضُهُمُ الْحِدَاةَ بِالذَّبِّ لِمَعْنَى الْحَسَاسَةِ، وَإِنَّمَا أُوْرَدَ رِوَايَةُ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ لِقَوْلِهِ: وَلَا خَيْرَ فِيمَا سِوَى ذَلِكَ: أَيِ فِيمَا سِوَى الْمَعْلَمَةِ مِنْ ذِي الثَّابِ وَالْمِخْلَبِ، فَإِنَّ رِوَايَةَ الْقُدُورِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَذَلُّ عَلَى الْإِثْبَاتِ لَا غَيْرُ، وَرِوَايَةُ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ تَذَلُّ عَلَى الْإِثْبَاتِ وَالنَّفْيِ جَمِيعًا.

(وَالْأَصْلُ فِي ذَلِكَ) أَيِ فِي جَوَازِ الْاِصْطِيَادِ بِالْمَذْكُورِ قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿وَمَا عَلَّمْتُمْ مِنَ الْجَوَارِحِ مُكَلِّبِينَ﴾ وَذَلِكَ لِأَنَّهُ مَعْطُوفٌ عَلَى قَوْلِهِ تَعَالَى ﴿أُحِلَّ لَكُمْ الطَّيِّبَاتُ﴾ [المائدة: ٤] أَيِ أُحِلَّ لَكُمْ الطَّيِّبَاتُ وَصَيْدُ مَا عَلَّمْتُمْ، وَفِيهِ نَظَرٌ لِأَنَّ الْقِرَانَ فِي النَّظْمِ لَا يُوجِبُ الْقِرَانَ فِي الْحُكْمِ.

وَالْجَوَابُ أَنَّ ذَلِكَ إِذَا لَمْ يَذَلُّ الدَّلِيلُ عَلَى الْقِرَانِ وَهَاهُنَا قَدْ ذَلَّ، فَإِنَّ قَوْلَهُ تَعَالَى ﴿قُلْ أُحِلَّ لَكُمْ الطَّيِّبَاتُ﴾ جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ ﴿يَسْأَلُونَكَ مَاذَا أُحِلَّ لَهُمْ﴾ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ ﴿وَمَا عَلَّمْتُمْ مِنَ الْجَوَارِحِ﴾ مُقَارِنًا لَهُ لَمْ يَكُنْ ذِكْرُهُ عَلَى مَا يَنْبَغِي، وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ وَمَا عَلَّمْتُمْ مِنَ الْجَوَارِحِ شَرْطِيَّةً، وَجَوَابُهُ ﴿فَكُلُوا مِمَّا أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ﴾ وَهُوَ سَأَلٌ عَنْ الْاِعْتِرَاضِ الْمَذْكُورِ فَالْحَمْلُ عَلَيْهِ أَوَّلِي.

وَالْجَوَارِحُ: الْكَوَاسِبُ مِنْ سِبَاعِ الْبَهَائِمِ وَالطَّيْرِ كَالْكَلْبِ وَالْفَهْدِ وَالنَّمِرِ وَالْعُقَابِ وَالصَّقْرِ وَالْبَازِي وَالشَّاهِينَ وَغَيْرِهِمَا قَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿أَمْ حَسِبَ الَّذِينَ أَجْرَحُوا أَلْسِنَاتٍ﴾ [الحاشية: ٢١] وَإِنَّمَا قَالَ فِي تَأْوِيلٍ لِأَنَّهُ فِي تَأْوِيلٍ آخَرَ هِيَ الَّتِي تَجْرَحُ مِنَ الْجِرَاحَةِ، وَالْمُكَلِّبِينَ بِمَعْنَى الْمُسْلَطِينَ فَيَتَنَاوَلُ الْكُلَّ بِعُمُومِهِ، وَلَكِنْ لَمَّا كَانَ التَّأْدِيبُ غَالِبًا

فِي الْكَلَابِ أُشْتُقُّ مِنْ لَفْظِهِ. وَفِيهِ إِشَارَةٌ إِلَى تَفْيِ مَا ذَهَبَ إِلَيْهِ ابْنُ عَمَرَ وَمُجَاهِدٌ رَضِيَ
اللَّهُ عَنْهُمْ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ الْأَصْطِيَادُ إِلَّا بِالْكَلْبِ مُسْتَدْلِينَ بِلَفْظِ مُكَلِّبِينَ.

وَاسْتَدَلَّ الْمُصَنِّفُ رَحِمَهُ اللَّهُ عَلَى صِحَّةِ التَّأْوِيلِ بِعُمُومِ حَدِيثِ عَدِيِّ بْنِ حَاتِمٍ.
وَقَالَ: وَاسْمُ الْكَلْبِ يَقَعُ فِي اللُّغَةِ عَلَى كُلِّ سَبْعٍ حَتَّى الْأَسَدِ، وَمِنْهُ قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ
وَالسَّلَامُ فِي دُعَائِهِ «اللَّهُمَّ سَلِّطْ عَلَيْهِ كَلْبًا مِنْ كَلَابِكَ» فَافْتَرَسَهُ الْأَسَدُ.
وَقَوْلُهُ: (وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ) مُتَعَلِّقٌ بِقَوْلِهِ فَيَتَنَاوَلُ الْكُلَّ بِعُمُومِهِ.

قَالَ: (تَعْلِيمُ الْكَلْبِ أَنْ يَتْرَكَ الْأَكْلَ ثَلَاثَ مَرَّاتٍ، وَتَعْلِيمُ الْبَازِي أَنْ يَرْجِعَ وَيُجِيبَ
إِذَا دُعُوهُ) وَهُوَ مَا ثَوَّرَ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا، وَلَأَنْ بَدَنَ الْبَازِي لَا يَحْتَمِلُ
الضَّرْبَ، وَيَدَنُ الْكَلْبِ يَحْتَمِلُهُ فَيُضْرَبُ لِيَتْرَكَهُ، وَلَأَنْ آيَةَ التَّعْلِيمِ تَرَكُ مَا هُوَ أَلُوفٌ عَادَةً،
وَالْبَازِي مُتَوَحِّشٌ مُتَنَفِّرٌ فَكَانَتْ الْإِجَابَةُ آيَةَ تَعْلِيمِهِ وَأَمَّا الْكَلْبُ فَهُوَ مَا أُلُوفٌ يَعْتَادُ الْإِنْتِهَابَ
فَكَانَ آيَةَ تَعْلِيمِهِ تَرَكُ مَا أُلُوفِهِ وَهُوَ الْأَكْلُ وَالْإِسْتِلَابُ ثُمَّ شَرِطَ تَرَكُ الْأَكْلَ ثَلَاثًا وَهَذَا
عِنْدَهُمَا وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ؛ لَأَنْ فِيمَا دُونَهُ مَزِيدُ الْإِحْتِمَالِ فَلَعَلَّهُ
تَرَكَهُ مَرَّةً أَوْ مَرَّتَيْنِ شَبَعًا، فَإِذَا تَرَكَهُ ثَلَاثًا دَلَّ عَلَى أَنَّهُ صَارَ عَادَةً لَهُ، وَهَذَا؛ لَأَنْ الثَّلَاثَ
مُدَّةٌ ضَرِبَتْ لِلِاخْتِبَارِ وَإِبْلَاءِ الْأَعْدَادِ كَمَا فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ وَفِي بَعْضِ قَصَصِ الْأَخْيَارِ؛
وَلَأَنْ الْكَثِيرَ هُوَ الَّذِي يَقَعُ أَمَارَةٌ عَلَى الْعِلْمِ دُونَ الْقَلِيلِ، وَالْجَمْعُ هُوَ الْكَثِيرُ وَأَدْنَاهُ الثَّلَاثُ
فَقَدَّرَ بِهَا وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ عَلَى مَا ذُكِرَ فِي الْأَصْلِ: لَا يَثْبُتُ التَّعْلِيمُ مَا لَمْ يَغْلِبَ عَلَى
ظَنِّ الصَّائِدِ أَنَّهُ مُعَلَّمٌ، وَلَا يُقَدَّرُ بِالثَّلَاثِ؛ لَأَنْ الْمَقَادِيرَ لَا تُعْرَفُ اجْتِهَادًا بَلْ نَصًّا وَسَمَاعًا
وَلَا سَمِعَ فَيَفُوضُ إِلَى رَأْيِ الْمُبْتَلَى بِهِ كَمَا هُوَ أَصْلُهُ فِي جِنْسِهَا وَعَلَى الرِّوَايَةِ الْأُولَى
عِنْدَهُ يَحِلُّ مَا اصْطَادَهُ ثَلَاثًا وَعِنْدَهُمَا لَا يَحِلُّ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا يَصِيرُ مُعَلَّمًا بَعْدَ تَمَامِ الثَّلَاثِ
وَقَبْلَ التَّعْلِيمِ غَيْرُ مُعَلَّمٍ، فَكَانَ الثَّلَاثُ صَيْدَ كَلْبٍ جَاهِلٍ وَصَارَ كَالْتَّصَرُّفِ الْمُبَاشِرِ فِي
سُكُوتِ الْمَوْلَى وَلَهُ أَنَّهُ آيَةُ تَعْلِيمِهِ عِنْدَهُ فَكَانَ هَذَا صَيْدَ جَارِحَةٍ مُعَلَّمَةٍ، بِخِلَافِ تِلْكَ
الْمَسْأَلَةِ؛ لَأَنْ الْإِذْنَ إِعْلَامٌ وَلَا يَتَحَقَّقُ دُونَ عِلْمِ الْعَبْدِ وَذَلِكَ بَعْدَ الْمُبَاشَرَةِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلَأَنْ آيَةَ تَعْلِيمِهِ تَرَكُ مَا هُوَ أَلُوفُهُ عَادَةً). قِيلَ فِيهِ نَظَرٌ، لَأَنْ هَذَا الْفَرْقُ
لَا يَتَأَتَّى فِي الْفَهْدِ وَالنَّمْرِ فَإِنَّهُ مُتَوَحِّشٌ كَالْبَازِي، ثُمَّ الْحُكْمُ فِيهِ وَفِي الْكَلْبِ سَوَاءٌ

فَالْمُعْتَمَدُ هُوَ الْأَوَّلُ، وَلَيْسَ بِوَارِدٍ لِأَنَّهُ إِنَّمَا ذَكَرَهُ فَرَقًا بَيْنَ الْكَلْبِ وَالْبَازِي لَا غَيْرُ وَذَلِكَ صَحِيحٌ، وَإِذَا أُريدَ الْفَرْقُ عُمُومًا فَالْمُعْتَمَدُ هُوَ الْأَوَّلُ.

وَقَوْلُهُ: (وَفِي بَعْضِ قَصَصِ الْأَخْيَارِ) قِيلَ أَرَادَ بِهِ حِكَايَةَ مُوسَى مَعَ الْخَضِرِ عَلَيْهِمَا الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ حَيْثُ قَالَ فِي الْكُرَّةِ الثَّلَاثَةِ ﴿هَذَا فِرَاقُ بَيْنِي وَبَيْنِكَ﴾ [الكهف: ٧٨] وَقَوْلُهُ (كَمَا هُوَ أَصْلُهُ فِي جَنْسِهَا) أَيُّ أَصْلُ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي جَنْسِ الْمَقَادِيرِ نَحْوُ حَبْسِ الْعَرِمِ وَحَدِّ الثَّقَادِمِ وَتَقْدِيرِ مَا غَلَبَ فِي نَرْحِ مَاءِ الْبَيْرِ الْمُعَيَّنَةِ.

وَقَوْلُهُ: (وَلَهُ أَنَّهُ آيَةُ تَعْلِيمِهِ عِنْدَهُ) أَيُّ أَنَّ تَرْكَ الْأَكْلِ عِلَامَةٌ تَعْلِيمِهِ عِنْدَ الثَّلَاثِ، لِأَنَّهُ إِنَّمَا يُحْكَمُ بِكَوْنِهِ مُعَلِّمًا بِطَرِيقِ تَعْيِينِ إِمْسَاكِهِ الثَّلَاثِ عَلَى صَاحِبِهِ، وَإِذَا حَكَمْنَا أَنَّهُ يُمَسِّكُهُ عَلَى صَاحِبِهِ وَقَدْ أَخَذَهُ بَعْدَ إِرْسَالِ صَاحِبِهِ فَيَحِلُّ.

قَالَ (وَإِذَا أُرْسِلَ كَلْبُهُ الْمُعَلَّمُ أَوْ بَازِيُهُ وَذَكَرَ اسْمَ اللَّهِ تَعَالَى عِنْدَ إِرْسَالِهِ فَآخَذَ الصَّيْدَ وَجَرَحَهُ فَمَاتَ حَلًّا أَكَلُهُ) لَمَّا رَوَيْنَا مِنْ حَدِيثِ عَدِيِّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، وَلَأَنَّ الْكَلْبَ أَوْ الْبَازِيَّ أَلَمَ، وَالذَّبْحُ لَا يَحْصُلُ بِمُجَرَّدِ الْأَلَمِ إِلَّا بِالِاسْتِعْمَالِ وَذَلِكَ فِيهِمَا بِالْإِرْسَالِ فَتَنْزِلُ مَنْزِلَتَهُ الرَّمْيِ وَإِمْرَارِ السَّكِينِ فَلَا بُدَّ مِنَ التَّسْمِيَةِ عِنْدَهُ وَلَوْ تَرَكَهُ نَاسِيًا حَلًّا أَيْضًا عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ، وَحُرْمَةُ مَتْرُوكِ التَّسْمِيَةِ عَامِدَةٌ فِي الذَّبَائِحِ وَلَا بُدَّ مِنَ الْجُرْحِ فِي ظَاهِرِ الرَّوَايَةِ لِيَتَحَقَّقَ الذِّكَاةُ الْاضْطِرَّارِيُّ وَهُوَ الْجُرْحُ فِي أَيِّ مَوْضِعٍ كَانَ مِنَ الْبَدَنِ بِاتِّسَابٍ مَا وَجِدَ مِنَ الْأَلَمِ إِلَيْهِ بِالِاسْتِعْمَالِ وَفِي ظَاهِرِ قَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَمَا عَلَّمْتُمْ مِنَ الْجَوَارِحِ﴾ [المائدة: ١٤] مَا يُشِيرُ إِلَى اشْتِرَاطِ الْجُرْحِ؛ إِذْ هُوَ مِنَ الْجُرْحِ بِمَعْنَى الْجِرَاحَةِ فِي تَأْوِيلٍ فَيُحْمَلُ عَلَى الْجَارِحِ الْكَاسِبِ بِنَابِهِ وَمِخْلَبِهِ وَلَا تَنَافِي، وَفِيهِ أَخَذَ بِالْيَقِينِ وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ لَا يَشْتَرِطُ رُجُوعًا إِلَى التَّأْوِيلِ الْأَوَّلِ وَجَوَابُهُ مَا قُلْنَا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (فَظَاهِرُ الرَّوَايَةِ) يُرِيدُ رِوَايَةَ الرِّيَادَاتِ فَإِنَّهُ قَالَ: لَوْ قَتَلَ الْكَلْبُ أَوْ الْبَازِي الصَّيْدَ مِنْ غَيْرِ جَرْحٍ لَا يَحِلُّ، وَأَشَارَ فِي الْأَصْلِ إِلَى أَنَّهُ يَحِلُّ، وَالْفَتْوَى عَلَى ظَاهِرِ الرَّوَايَةِ. وَقَوْلُهُ (فِي تَأْوِيلٍ) يَعْنِي غَيْرَ مَا أَوَّلْنَاهُ أَوَّلًا وَهُوَ قَوْلُهُ وَالْجَوَارِحُ الْكَوَاسِبُ فِي تَأْوِيلٍ.

وَذَلِكَ مَا يَكُونُ جَارِحًا حَقِيقَةً بِنَابِهِ وَمِخْلَبِهِ فَيُحْمَلُ عَلَى الْجَارِحِ الْكَاسِبِ: يَعْنِي

يُجْمَعُ فِي الْآيَةِ بَيْنَ التَّأْوِيلَيْنِ لِعَدَمِ التَّنَافِي بَيْنَهُمَا، وَذَلِكَ لِأَنَّ الْأَصْلَ أَنَّ النَّصَّ إِذَا أُوْرِدَ فِيهِ اخْتِلَافُ الْمَعَانِي، فَإِنْ كَانَ بَيْنَهُمَا تَنَافٍ يُحْمَلُ عَلَى أَحَدِهِمَا بِدَلِيلٍ يُوجِبُ التَّرْجِيحَ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ بَيْنَهُمَا تَنَافٍ يَثْبُتُ الْجَمِيعُ أَخْذًا بِالْمُتَقَيَّنِّ كَمَا فِي قَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَلَا تَحِلُّ لَهُنَّ أَنْ يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ﴾ [البقرة: ٢٢٢٨] قِيلَ أُرِيدَ بِهِ الْحَبْلُ، وَقِيلَ الْخِصْ، وَالصَّحِيحُ أَنََّّهُمَا مُرَادَانِ لِأَنَّهُ لَا تَنَافٍ هَاهُنَا، وَفِيهِ نَظَرٌ لِأَنَّ الْجَرْحَ إِمَّا أَنْ يَكُونَ مُشْتَرَكًا بَيْنَ الْكَسْبِ وَالْجَرْحِ الَّذِي تَحْصُلُ بِهِ الْجِرَاحَةُ، أَوْ يَكُونَ حَقِيقَةً فِي أَحَدِهِمَا مَجَازًا فِي الْآخَرِ، وَالْمُشْتَرَكُ لَا عُمُومَ لَهُ وَالْجَمْعُ بَيْنَ الْحَقِيقَةِ وَالْمَجَازِ عِنْدَنَا لَا يَجُوزُ، بِخِلَافِ قَوْلِهِ تَعَالَى ﴿مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ﴾ فَإِنَّهُ لَفْظٌ عَامٌّ يَتَنَاوَلُ الْجَمِيعَ بِالتَّوَاتُؤِ وَقَوْلُهُ (وَفِيهِ) أَيِ فِي الْجَارِحِ الْكَاسِبِ أَخْذًا بِالْيَقِينِ.

وَقَوْلُهُ: (رُجُوعًا إِلَى التَّأْوِيلِ الْأَوَّلِ) يَعْنِي مَا سَبَقَ مِنَ الْكُوَاسِبِ.

وَقَوْلُهُ: (وَجَوَابُهُ مَا قُلْنَا) يَعْنِي قَوْلُهُ لَا مُنَافَاةَ بَيْنَهُمَا، وَفِيهِ أَخْذٌ بِالْيَقِينِ.

قَالَ (فَإِنْ أَكَلَ مِنْهُ الْكَلْبُ أَوْ الْفَهْدُ لَمْ يُؤْكَلْ وَإِنْ أَكَلَ مِنْهُ الْبَازِي أَكِلٌ) وَالْفَرْقُ مَا بَيَّنَّاهُ فِي دَلَالَةِ التَّعْلِيمِ وَهُوَ مُؤَيَّدٌ بِمَا رَوَيْنَا مِنْ حَدِيثِ عَدِي رضي الله عنه وَهُوَ حُجَّةٌ عَلَى مَا لَكَ وَالشَّافِعِيُّ فِي قَوْلِهِ الْقَدِيمِ فِي إِبَاحَةِ مَا أَكَلَ الْكَلْبُ مِنْهُ (وَلَوْ أَنَّهُ صَادَ صَبُودًا وَلَمْ يَأْكُلْ مِنْهَا ثُمَّ أَكَلَ مِنْ صَيْدٍ لَا يُؤْكَلُ هَذَا الصَّيْدُ)؛ لِأَنَّهُ عَلَامَةُ الْجَهْلِ، وَلَا مَا يَصِيدُهُ بَعْدَهُ حَتَّى يَصِيرَ مُعَلِّمًا عَلَى اخْتِلَافِ الرُّوَايَاتِ كَمَا بَيَّنَّاهَا فِي الْإِبْتِدَاءِ وَأَمَّا الصَّبُودُ الَّتِي أَخَذَهَا مِنْ قَبْلِ فَمَا أَكَلَ مِنْهَا لَا تَظْهَرُ الْحُرْمَةُ فِيهِ لِانْعِدَامِ الْمَحْلِيَّةِ وَمَا لَيْسَ بِمُحَرَّرٍ بَأَنَّ كَانَ فِي الْمَفَازَةِ بَأَنَّ لَمْ يَظْفَرْ صَاحِبُهُ بَعْدَ تَثَبُّتِ الْحُرْمَةِ فِيهِ بِالِاتِّفَاقِ، وَمَا هُوَ مُحَرَّرٌ فِي بَيْتِهِ يَحْرُمُ عِنْدَهُ خِلَافًا لَهُمَا هُمَا يَقُولَانِ: إِنَّ الْأَكْلَ لَيْسَ يَدُلُّ عَلَى الْجَهْلِ فِيمَا تَقَدَّمَ؛ لِأَنَّ الْحِرْفَةَ قَدْ تُنْسَى، وَلَئِنْ فِيمَا أَحْرَزَهُ قَدْ أَمْضَى الْحُكْمَ فِيهِ الْاجْتِهَادُ فَلَا يُنْقَضُ بِاجْتِهَادٍ مِثْلِهِ؛ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ قَدْ حَصَلَ بِالْأَوَّلِ، بِخِلَافِ غَيْرِ الْمُحَرَّرِ؛ لِأَنَّهُ مَا حَصَلَ الْمَقْصُودُ مِنْ كُلِّ وَجْهِ لِبَقَائِهِ صَيْدًا مِنْ وَجْهِ لِعَدَمِ الْإِحْرَازِ فَحَرَمْنَاهُ احتياطًا وَلَهُ أَنَّهُ آيَةٌ جَهْلِهِ مِنَ الْإِبْتِدَاءِ؛ لِأَنَّ الْحِرْفَةَ لَا يُنْسَى أَصْلُهَا، فَإِذَا أَكَلَ تَبَيَّنَ أَنَّهُ كَانَ تَرَكَ الْأَكْلَ لِلشَّبَعِ لَا لِلْعِلْمِ، وَتَبَدَّلَ الْاجْتِهَادُ قَبْلَ حُصُولِ الْمَقْصُودِ؛ لِأَنَّهُ بِالْأَكْلِ فَصَارَ كَتَبَدُّلِ اجْتِهَادِ الْقَاضِي قَبْلَ الْقَضَاءِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَهُوَ حُجَّةٌ عَلَى مَالِكٍ وَالشَّافِعِيِّ رَحِمَهُمَا اللَّهُ فِي قَوْلِهِ الْقَلِيمُ فِي إِبَاحَةِ مَا أَكَلَ الْكَلْبُ مِنْهُ) يَعْنِي حَدِيثَ عَدِيِّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

فَإِنْ قِيلَ: رَوَى أَبُو ثَعْلَبَةَ الْحُسَيْنِيُّ رضي الله عنه «أَنَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةَ وَالسَّلَامَ قَالَ لَهُ فِي صَيْدِ الْكَلْبِ: كُلْ وَإِنْ أَكَلَ مِنْهُ» وَذَلِكَ دَلِيلٌ وَاضِحٌ لَهَا أُجِيبَ بِأَنَّهُ خَبَرٌ وَاحِدٌ لَا يُعَارِضُ قَوْلَهُ تَعَالَى ﴿فَكُلُوا مِمَّا أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ﴾ فَإِنَّ الْإِنْسَانَ عَلَيْهِمْ أَنْ لَا يَأْكُلَ مِنْهُ، وَحِينَ أَكَلَ مِنْهُ دَلٌّ عَلَى أَنَّهُ أَمْسَكَ عَلَى نَفْسِهِ، وَيُؤَيِّدُهُ قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ فِي حَدِيثِ عَدِيِّ «فَإِنْ أَكَلَ مِنْهُ فَلَا تَأْكُلْ لِأَنَّهُ إِنَّمَا أَمْسَكَ عَلَى نَفْسِهِ» وَقَوْلُهُ (عَلَى اخْتِلَافِ الرُّوَايَاتِ كَمَا يَبَيَّنُهَا ابْتِدَاءً) أَرَادَ مَا ذَكَرَ أَنَّهُ يَحِلُّ عِنْدَهُ مَا اصْطَادَهُ ثَلَاثًا إلخ، وَقَوْلُهُ (وَأَمَّا الصَّيْدُ الَّذِي أَخَذَهَا مِنْ قَبْلُ) وَاضِحٌ، وَحَاصِلُ ذَلِكَ فِي الْمُحَرَّرِ الَّذِي لَمْ يُؤْكَلْ أَنْ أَبَا حَنِيفَةَ يَحْكُمُ بِجَهْلِهِ مُسْتَنَدًا، وَهَذَا يَقُولَانِ بِالِاقْتِصَارِ عَلَى مَا أَكَلَ، لِأَنَّ مَا أُخْرِزَهُ الْمَالِكُ حَكَمَ بِإِبَاحَتِهِ بِاجْتِهَادٍ وَقَدْ حَصَلَ الْمَقْصُودُ بِهِ وَهُوَ الْإِحْرَازُ فَلَا يُنْقَضُ بِاجْتِهَادٍ آخَرَ مِثْلَهُ بَعْدَهُ. وَالْجَوَابُ مَا قَالَ، وَتَبَدَّلُ الْاجْتِهَادِ قَبْلَ حُصُولِ الْمَقْصُودِ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ هُوَ الْأَكْلُ، وَمِثْلُ ذَلِكَ يُنْقَضُ بِاجْتِهَادٍ آخَرَ كَتَبَدَّلُ اجْتِهَادِ الْقَاضِي قَبْلَ الْقَضَاءِ. وَمَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ أَقْرَبُ إِلَى الْاِحْتِيَاظِ وَعَلَيْهِ مَبْنَى الْحِلِّ وَالْحُرْمَةِ، وَلَمْ يَذْكُرْ مَا إِذَا بَاعَ شَيْئًا مِنْ صُورِهِ الْمُقَدَّرَةِ وَالْحُكْمُ فِيهِ كَالَّذِي فِيهِ الْخِلَافُ إِذَا تَصَادَقَ الْبَائِعُ وَالْمُسْتَشْتَرِي عَلَى جَهَالَةِ الْكَلْبِ.

(وَلَوْ أَنَّ صَقْرًا فَرَّ مِنْ صَاحِبِهِ فَمَكَتَ حِينًا ثُمَّ صَادَ لَا يُؤْكَلُ صَيْدُهُ؛ لِأَنَّهُ تَرَكَ مَا صَارَ بِهِ عَالِمًا فَيُحْكَمُ بِجَهْلِهِ كَالْكَلْبِ إِذَا أَكَلَ مِنَ الصَّيْدِ)

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلَوْ أَنَّ صَقْرًا فَرَّ مِنْ صَاحِبِهِ فَمَكَتَ حِينًا ثُمَّ صَادَ) يَعْنِي بَعْدَمَا رَجَعَ إِلَى صَاحِبِهِ لَمْ يُؤْكَلْ، وَأَمَّا قَبْلَ الرُّجُوعِ إِلَيْهِ فَلَا شُبْهَةَ فِي حُرْمَةِ مَا صَادَهُ لِانْتِفَاءِ الْإِرْسَالِ، وَمَسْأَلَةُ الْوَثْبَةِ فِي الْكِتَابِ مَعْلُومَةٌ، وَطُولِبَ بِالْفَرْقِ بَيْنَ مَا وَتَبَ فَأَخَذَ مِنْ صَاحِبِهِ وَأَكَلَ وَبَيْنَ مَا أَكَلَ بَعْدَمَا قَتَلَ، فَإِنَّ الصَّيْدَ كَمَا خَرَجَ عَنِ الصَّيْدِيَّةِ بِأَخْذِ صَاحِبِهِ جَازَ أَنْ يَخْرُجَ أَيْضًا بِقَتْلِهِ.

وَأُجِيبَ بِأَنَّهُ إِذَا لَمْ يَتَعَرَّضْ بِالْأَكْلِ حَتَّى أَخَذَهُ صَاحِبُهُ ذَلَّ اللَّهُ كَانَ مُمْسِكًا عَلَى صَاحِبِهِ وَانْتَهَاسُهُ مِنْهُ وَمِنْ لَحْمٍ آخَرَ فِي خِلَاةِ صَاحِبِهِ سَوَاءً، أَمَّا إِذَا أَكَلَ قَبْلَ الْأَخْذِ فَقَدْ كَانَ مُمْسِكًا عَلَى نَفْسِهِ.

(وَلَوْ شَرِبَ الْكَلْبُ مِنْ دَمِ الصَّيْدِ وَلَمْ يَأْكُلْ مِنْهُ أَكَلَ؛ لِأَنَّهُ مُمْسِكٌ لِلصَّيْدِ عَلَيْهِ، وَهَذَا مِنْ غَايَةِ عِلْمِهِ حَيْثُ شَرِبَ مَا لَا يَصْلُحُ لَصَاحِبِهِ وَأَمْسَكَ عَلَيْهِ مَا يَصْلُحُ لَهُ) (وَلَوْ أَخَذَ الصَّيْدَ مِنَ الْمَعْلَمِ ثُمَّ قَطَعَ مِنْهُ قِطْعَةً وَأَلْقَاهَا إِلَيْهِ فَأَكَلَهَا يُؤْكَلُ مَا بَقِيَ)؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَبْقَ صَيْدًا فَصَارَ كَمَا إِذَا أَلْقَى إِلَيْهِ طَعَامًا غَيْرَهُ، وَكَذَا إِذَا وَتَبَ الْكَلْبُ فَأَخَذَهُ مِنْهُ وَأَكَلَ مِنْهُ؛ لِأَنَّهُ مَا أَكَلَ مِنَ الصَّيْدِ، وَالشَّرْطُ تَرْكُ الْأَكْلِ مِنَ الصَّيْدِ فَصَارَ كَمَا إِذَا افْتَرَسَ شَاتَهُ، بِخِلَافِ مَا إِذَا فَعَلَ ذَلِكَ قَبْلَ أَنْ يُحْرِزَهُ الْمَالِكُ؛ لِأَنَّهُ بَقِيَتْ فِيهِ جِهَتُهُ الصَّيْدِيَّةُ

(وَلَوْ نَهَسَ الصَّيْدَ فَقَطَعَ مِنْهُ بَضْعَةً فَأَكَلَهَا ثُمَّ أَدْرَكَ الصَّيْدَ فَقَتَلَهُ وَلَمْ يَأْكُلْ مِنْهُ لَمْ يُؤْكَلْ)؛ لِأَنَّهُ صَيْدٌ كَلَبٍ جَاهِلٍ حَيْثُ أَكَلَ مِنَ الصَّيْدِ (وَلَوْ أَلْقَى مَا نَهَسَهُ وَاتَّبَعَ الصَّيْدَ فَقَتَلَهُ وَلَمْ يَأْكُلْ مِنْهُ وَأَخَذَهُ صَاحِبُهُ ثُمَّ مَرَّ بِتِلْكَ الْبَضْعَةِ فَأَكَلَهَا يُؤْكَلُ الصَّيْدُ)؛ لِأَنَّهُ لَوْ أَكَلَ مِنْ نَفْسِ الصَّيْدِ فِي هَذِهِ الْحَالَةِ لَمْ يَضُرَّهُ، فَإِذَا أَكَلَ مَا بَانَ مِنْهُ وَهُوَ لَا يَحِلُّ لَصَاحِبِهِ أَوَّلَى، بِخِلَافِ الْوَجْهِ الْأَوَّلِ؛ لِأَنَّهُ أَكَلَ فِي حَالَةِ الْإِصْطِيَادِ فَكَانَ جَاهِلًا مُمْسِكًا لِنَفْسِهِ، وَلَئِنْ نَهَسَ الْبَضْعَةَ قَدْ يَكُونُ لِيَأْكُلَهَا وَقَدْ يَكُونُ حِيلَةً فِي الْإِصْطِيَادِ لِيَضْعُفَ بِقَطْعِ الْقِطْعَةِ مِنْهُ فَيُدْرِكُهُ، فَلَا أَكْلَ قَبْلَ الْأَخْذِ يَدُلُّ عَلَى الْوَجْهِ الْأَوَّلِ، وَبَعْدَهُ عَلَى الْوَجْهِ الثَّانِي فَلَا يَدُلُّ عَلَى جِهَلِهِ.

قَالَ (وَإِنْ أَدْرَكَ الْمُرْسِلُ الصَّيْدَ حَيًّا وَجَبَ عَلَيْهِ أَنْ يُذَكِّيَهُ، وَإِنْ تَرَكَ تَذَكِّيَتَهُ حَتَّى مَاتَ لَمْ يُؤْكَلْ، وَكَذَا الْبَازِيُّ وَالسَّهْمُ)؛ لِأَنَّهُ قَدَرَ عَلَى الْأَصْلِ قَبْلَ حُصُولِ الْمَقْصُودِ بِالْبَدَلِ، إِذِ الْمَقْصُودُ هُوَ الْإِبَاحَةُ وَلَمْ تَثْبُتْ قَبْلَ مَوْتِهِ فَبَطَلَ حُكْمُ الْبَدَلِ، وَهَذَا إِذَا تَمَكَّنَ مِنْ ذَبْحِهِ أَمَّا إِذَا وَقَعَ فِي يَدِهِ وَلَمْ يَتِمَّكَنْ مِنْ ذَبْحِهِ وَفِيهِ مِنَ الْحَيَاةِ فَوْقَ مَا يَكُونُ فِي الْمَذْبُوحِ لَمْ يُؤْكَلْ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يَحِلُّ وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَقْدِرْ عَلَى الْأَصْلِ فَصَارَ كَمَا إِذَا رَأَى الْمَاءَ وَلَمْ يَقْدِرْ عَلَى الْإِسْتِعْمَالِ وَوَجْهُ الظَّاهِرِ أَنَّهُ قَدَرَ اعْتِبَارًا؛ لِأَنَّهُ ثَبَّتَ يَدَهُ عَلَى حَسَبِ تَفَاوُثِهِمْ فِي الْكِيَاسَةِ وَالْهَدَايَةِ فِي أَمْرِ

الذَّبْحُ فَأَدِيرَ الْحُكْمَ عَلَى مَا ذَكَّرْنَا، بخلافه، مَا إِذَا بَقِيَ فِيهِ مِنَ الْحَيَاةِ مِثْلُ مَا يَبْقَى فِي الْمَذْبُوحِ؛ لِأَنَّهُ مَيِّتٌ حُكْمًا، أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ وَقَعَ فِي الْمَاءِ وَهُوَ بِهَذِهِ الْحَالَةِ لَمْ يَحْرُمَ كَمَا إِذَا وَقَعَ وَهُوَ مَيِّتٌ وَالْمَيِّتُ لَيْسَ بِمَذْبُوحٍ وَفَصْلٌ بَعْضُهُمْ فِيهَا تَفْصِيلًا وَهُوَ أَنَّهُ إِنْ لَمْ يَتِمَّكَ لِفَقْدِ الْأَلَةِ لَمْ يُؤْكَلْ، وَإِنْ لَمْ يَتِمَّكَ بِضِيقِ الْوَقْتِ لَمْ يُؤْكَلْ عِنْدَنَا خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ؛ لِأَنَّهُ إِذَا وَقَعَ فِي يَدِهِ لَمْ يَبْقَ صَيِّدًا فَيَبْطُلَ حُكْمُ ذِكَاةِ الْاضْطِرَارِّ، وَهَذَا إِذَا كَانَ يُتَوَهَّمُ بَقَاؤُهُ، أَمَّا إِذَا شَقَّ بَطْنَهُ وَأَخْرَجَ مَا فِيهِ ثُمَّ وَقَعَ فِي يَدِ صَاحِبِهِ حَلًّا؛ لِأَنَّهُ مَا بَقِيَ اضْطِرَابُ الْمَذْبُوحِ فَلَا يُعْتَبَرُ كَمَا إِذَا وَقَعَتْ شَاةٌ فِي الْمَاءِ بَعْدَ مَا ذُبِحَتْ وَقِيلَ هَذَا قَوْلُهُمَا، أَمَّا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ فَلَا يُؤْكَلُ أَيْضًا؛ لِأَنَّهُ وَقَعَ فِي يَدِهِ حَيًّا فَلَا يَحِلُّ إِلَّا بِذِكَاةِ الْإِخْتِيَارِ رَدًّا إِلَى الْمُتَرَدِّتِ عَلَى مَا نَذَرْنَاهُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى هَذَا الَّذِي ذَكَّرْنَا إِذَا تَرَكَ التَّنْكِيَةَ، فَلَوْ أَنَّهُ ذَكَّاهُ حَلًّا أَكَلَهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَكَذَا الْمُتَرَدِّتُ وَالنَّطِيحَةُ وَالْمَوْفُودَةُ، وَالَّذِي يَبْقَرُ الذَّنْبُ بَطْنَهُ وَفِيهِ حَيَاةٌ خَفِيَّةٌ أَوْ بَيِّنَةٌ، وَعَلَيْهِ الْفَتْوَى لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿إِلَّا مَا ذَكَيْتُمْ﴾ [المائدة: ٣] اسْتِثْنَاهُ مُطْلَقًا مِنْ غَيْرِ فَصْلٍ وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ إِذَا كَانَ بِحَالٍ لَا يَعِيشُ مِثْلَهُ لَا يَحِلُّ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَكُنْ مَوْتُهُ بِالدَّبْحِ وَقَالَ مُحَمَّدٌ: إِنْ كَانَ يَعِيشُ فَوْقَ مَا يَعِيشُ الْمَذْبُوحُ يَحِلُّ وَلَا فَلَا؛ لِأَنَّهُ لَا مُعْتَبَرَ بِهَذِهِ الْحَيَاةِ عَلَى مَا قَرَّرْنَاهُ (وَلَوْ أَدْرَكَهُ وَلَمْ يَأْخُذْهُ، فَإِنْ كَانَ فِي وَقْتٍ لَوْ أَخَذَهُ أَمَكَّنَهُ ذَبْحَهُ لَمْ يُؤْكَلْ)؛ لِأَنَّهُ صَارَ فِي حُكْمِ الْمَقْدُورِ عَلَيْهِ (وَإِنْ كَانَ لَا يَمَكِّنُهُ ذَبْحُهُ أَكِلًا)؛ لِأَنَّهُ الْيَدَ لَمْ تَثْبُتْ بِهِ، وَالتَّمَكُّنُ مِنَ الذَّبْحِ لَمْ يُوْجَدْ (وَإِنْ أَدْرَكَهُ فَذَكَّاهُ حَلًّا لَهُ)؛ لِأَنَّهُ إِنْ كَانَ فِيهِ حَيَاةٌ مُسْتَقِرَّةٌ فَالذِّكَاةُ وَقَعَتْ مَوْقِعَهَا بِالْإِجْمَاعِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهِ حَيَاةٌ مُسْتَقِرَّةٌ؛ فَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ ذِكَاةُ الذَّبْحِ عَلَى مَا ذَكَّرْنَاهُ وَقَدْ وَجَدَ، وَعِنْدَهُمَا لَا يُحْتَاجُ إِلَى الذَّبْحِ.

الشرح:

قَالَ (وَإِنْ أَدْرَكَ الْمُرْسِلُ الصَّيْدَ حَيًّا وَجَبَ عَلَيْهِ الْإِخ) الْمُرْسِلُ إِنْ أَدْرَكَ الصَّيْدَ حَيًّا فَلَا يَخْلُو إِمَّا أَنْ تَمَكَّنَ مِنْ ذَبْحِهِ أَوْ لَا، فَإِنْ تَمَكَّنَ مِنْ ذَبْحِهِ وَلَمْ يَذْبَحْ حَتَّى مَاتَ لَمْ يُؤْكَلْ سَوَاءً كَانَتْ الْحَيَاةُ فِيهِ بَيِّنَةً أَوْ خَفِيَّةً.

وَإِنْ ذَبَحَ حَلًّا فِي قَوْلِ أَصْحَابِنَا جَمِيعًا، وَكَذَلِكَ حُكْمُ الْبَازِيِّ وَالسَّهْمِ، وَذَلِكَ لِأَنَّهُ قَدَرَ عَلَى الْأَصْلِ قَبْلَ حُصُولِ الْمَقْصُودِ بِالْبَدَلِ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ بِالْبَدَلِ إِبَاحَةُ الْأَكْلِ وَلَمْ

يُثْبِتُ قَبْلَ مَوْتِهِ وَالْقُدْرَةُ عَلَى الْأَصْلِ قَبْلَ ذَلِكَ تُبْطِلُ الْبَدَلَ وَإِنْ لَمْ يَتِمَّكَنْ مِنْ ذَبْحِهِ لَعَدَمِ الْآلَةِ أَوْ ضَيْقِ الْوَقْتِ، فِيمَا أَنْ يَكُونَ فِيهِ مِنَ الْحَيَاةِ فَوْقَ مَا يَكُونُ فِي الْمَذْبُوحِ أَوْ لَا، فَإِنْ كَانَ لَمْ يُؤْكَلْ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ، وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يُؤْكَلُ وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ لَأَنَّهُ لَمْ يَقْدِرْ عَلَى الْأَصْلِ قَبْلَ حُصُولِ الْمَقْصُودِ بِالْبَدَلِ إِذَا الْفَرَضُ أَنَّهُ لَمْ يَتِمَّكَنْ مِنَ الذَّبْحِ فَصَارَ كَمَنْ رَأَى الْمَاءَ وَلَمْ يَقْدِرْ عَلَى الْاسْتِعْمَالِ.

وَوَجْهَ ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ أَنَّهُ إِنْ لَمْ يَقْدِرْ حَقِيقَةً فَقَدْ قَدَّرَ اعْتِبَارًا لَأَنَّهُ ثَبِتَ يَدُهُ عَلَى الْمَذْبُوحِ وَهُوَ قَائِمٌ مَقَامَ التَّمَكُّنِ مِنَ الذَّبْحِ، إِذَا لَا يُمَكِّنُ اعْتِبَارُهُ: أَيُّ اعْتِبَارُ التَّمَكُّنِ مِنَ الذَّبْحِ لَأَنَّهُ لَا بُدَّ لَهُ مِنْ مُدَّةٍ وَالنَّاسُ يَتَفَاوَتُونَ فِيهَا عَلَى حَسَبِ تَفَاوُتِهِمْ فِي الْكِيَاسَةِ وَالْهِدَايَةِ فِي أَمْرِ الذَّبْحِ، فَمِنْهُمْ مَنْ يَتِمَّكَنُ فِي سَاعَةٍ، وَمِنْهُمْ مَنْ لَا يَتِمَّكَنُ فِي أَكْثَرِ. وَمَا كَانَ كَذَلِكَ لَا يُدَارُ الْحُكْمُ عَلَيْهِ لَعَدَمِ انْضِبَاطِهِ فَأَدِيرَ عَلَى مَا ذَكَرْنَاهُ مِنْ ثُبُوتِ الْيَدِ عَلَى الْمَذْبُوحِ، وَإِنْ لَمْ تَكُنْ الْحَيَاةُ فِيهِ فَوْقَ مَا تَكُونُ فِي الْمَذْبُوحِ بَلْ كَانَتْ بِمِقْدَارِ مَا يَكُونُ فِيهِ وَلَمْ يَذْبَحْ حَتَّى مَاتَ أَكَلِ لَأَنَّهُ مَيِّتٌ حُكْمًا أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ وَقَعَ فِي الْمَاءِ وَهُوَ بِهَذِهِ الصِّفَةِ لَا يَحْرُمُ كَمَا إِذَا وَقَعَ وَهُوَ مَيِّتٌ.

وَالْمَيِّتُ لَيْسَ بِمَذْبُوحٍ: أَيُّ لَيْسَ بِمَحَلٍّ لِلذَّبْحِ فَلَمْ يَثْبِتْ يَدُهُ عَلَى الذَّبْحِ لِقَامِ مَقَامِ التَّمَكُّنِ مِنَ الذَّبْحِ. وَفَصَّلَ بَعْضُ الْمَشَائِخِ فِيمَا إِذَا كَانَتْ الْحَيَاةُ فِيهِ فَوْقَ مَا تَكُونُ فِي الْمَذْبُوحِ فَقَالَ: إِنْ كَانَ عَدَمُ التَّمَكُّنِ لِفَقْدِ الْآلَةِ لَمْ يُؤْكَلْ لَأَنَّهُ مُفَرِّطٌ، وَإِنْ كَانَ لَضَيْقِ الْوَقْتِ لَمْ يُؤْكَلْ عِنْدَنَا خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ وَالْحَسَنِ بْنِ زِيَادٍ وَمُحَمَّدِ بْنِ مُقَاتِلٍ قَالُوا: لَمْ يَقْدِرْ عَلَى الْأَصْلِ وَلَمْ يُفَرِّطْ فَكَانَ حَلَالًا.

وَقُلْنَا: وَقَعَ فِي يَدِهِ وَهُوَ حَيٌّ حَقِيقَةً وَحُكْمًا فَلَمْ يَنْقُصْ صَيِّدًا فَبَطَلَ حُكْمُ ذِكَاةِ الْاضْطِرَّارِ. فَإِنْ قِيلَ: وَضَعُ الْمَسْأَلَةِ فِيمَا تَكُونُ الْحَيَاةُ فِيهِ فَوْقَ مَا تَكُونُ فِي الْمَذْبُوحِ فَكَيْفَ يَتَصَوَّرُ ضَيْقُ الْوَقْتِ عَنِ الذَّبْحِ؟ أُجِيبَ بِأَنَّ الْمِقْدَارَ الَّذِي يَكُونُ فِي الْمَذْبُوحِ بِمَنْزِلَةِ الْعَدَمِ لَكُونِ الصَّيِّدِ فِي حُكْمِ الْمَيِّتِ، وَالزَّائِدُ عَلَى ذَلِكَ قَدْ لَا يَسَعُ الذَّبْحَ فَكَانَ عَدَمُ التَّمَكُّنِ مُتَصَوَّرًا (وَهَذَا) أَيُّ مَا ذَكَرْنَا مِنْ إِقَامَةِ ثُبُوتِ الْيَدِ مَقَامَ التَّمَكُّنِ حَتَّى لَا يَحِلَّ بِدُونِ الذِّكَاةِ فِيمَا إِذَا كَانَ بِقَاوُهِ مُتَوَهِّمًا.

أَمَّا إِذَا شَقَّ الْكَلْبُ الْمَعْلُومَ بَطْنَهُ وَأَخْرَجَ مَا فِيهِ ثُمَّ وَقَعَ فِي يَدِ صَاحِبِهِ وَلَمْ يُدْرِكْهُ

حَلَّ، لِأَنَّ مَا بَقِيَ اضْطِرَابُ مَذْبُوحٍ فَلَا يُعْتَبَرُ كَمَا إِذَا وَقَعَتْ شَاةٌ فِي الْمَاءِ بَعْدَ مَا ذُبِحَتْ (وَقِيلَ) هُوَ قَوْلُ أَبِي بَكْرٍ الرَّازِيِّ (هَذَا قَوْلُهُمَا).

أَمَّا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ فَلَا يُؤْكَلُ هَذَا أَيْضًا لِأَنَّهُ وَقَعَ فِي يَدِهِ حَيًّا فَلَا يَحِلُّ إِلَّا بِذِكَاةِ الْاِخْتِيَارِ رَدًّا إِلَى الْمُتَرَدِّيةِ أَيْ اِعْتِبَارًا بِهَا (هَذَا الَّذِي ذَكَرْنَا) أَنَّهُ لَا يُؤْكَلُ عِنْدَهُ إِذَا شَقَّ بَطْنَهُ وَأَخْرَجَ مَا فِيهِ إِذَا تَرَكَ التَّذْكِيَةَ، فَأَمَّا إِذَا ذَكَاهُ فَقَدْ حَلَّ أَكْلُهُ عِنْدَهُ رَحِمَهُ اللَّهُ، (وَكَذَا الْمُتَرَدِّيةِ وَالنَّطِيحَةِ وَالْمَوْقُودَةِ وَالَّذِي يُقَرِّ) أَيْ شَقَّ (الذُّبُّ بَطْنَهُ وَفِيهِ حَيَاةٌ خَفِيَّةٌ أَوْ بَيِّنَةٌ) إِذَا ذُبِحَ حَلَّ عِنْدَهُ (وَعَلَيْهِ الْفَتْوَى لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿إِلَّا مَا ذَكَيْتُمْ﴾ اسْتِثْنَاءً مُطْلَقًا مِنْ غَيْرِ فَصْلٍ) وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ لَا بُدَّ مِنْ حَيَاةٍ بَيِّنَةٍ وَهُوَ أَنْ يَكُونَ بِحَالٍ يَعِيشُ مِثْلَهُ، فَأَمَّا إِذَا لَمْ يَكُنْ كَذَلِكَ فَلَا يَحِلُّ أَكْلُهُ لِأَنَّهُ لَمْ يَكُنْ مَوْتُهُ بِالذَّبْحِ.

وَقَالَ مُحَمَّدٌ: لَا بُدَّ مِنْ حَيَاةٍ بَيِّنَةٍ وَهُوَ أَنْ يَكُونَ بِحَالٍ يَعِيشُ فَوْقَ مَا يَعِيشُ الْمَذْبُوحُ، فَإِنْ كَانَ كَذَلِكَ حَلَّ أَكْلُهُ وَإِلَّا فَلَا (لِأَنَّهُ لَا مُعْتَبَرَ بِهَذِهِ الْحَيَاةِ عَلَى مَا قَرَّرْنَاهُ) إِشَارَةً إِلَى قَوْلِهِ لِأَنَّهُ مَيِّتٌ حُكْمًا، وَقِيلَ إِلَى قَوْلِهِ لِأَنَّ مَا بَقِيَ اضْطِرَابُ الْمَذْبُوحِ فَلَا يُعْتَبَرُ وَقَوْلُهُ (وَلَوْ أَدْرَكَهُ وَلَمْ يَأْخُذْهُ) يُرِيدُ أَنَّ الْمَسَائِلَ الْمُتَقَدِّمَةَ كَانَتْ فِيمَا أَخَذَهُ الصَّائِدُ وَهَاهُنَا أَدْرَكَهُ وَلَمْ يَأْخُذْهُ. وَقَوْلُهُ (عَلَى مَا ذَكَرْنَاهُ) إِشَارَةً إِلَى قَوْلِهِ لِأَنَّهُ وَقَعَ فِي يَدِهِ حَيًّا.

(وَإِذَا أُرْسِلَ كَلْبُهُ الْمُعْلَمَ عَلَى صَيْدٍ وَأَخَذَ غَيْرَهُ حَلَّ) وَقَالَ مَالِكٌ: لَا يَحِلُّ؛ لِأَنَّهُ أَخَذَهُ بِغَيْرِ إِرْسَالٍ؛ إِذَ الْإِرْسَالُ مُحْتَصٌ بِالْمُشَارِ إِلَيْهِ وَلَنَا أَنَّهُ شَرَطَ غَيْرُ مُفِيدٍ؛ لِأَنَّ مَقْصُودَهُ حُصُولَ الصَّيْدِ إِذْ لَا يَقْدِرُ عَلَى الْوَفَاءِ بِهِ؛ إِذْ لَا يُمْكِنُهُ تَعْلِيمُهُ عَلَى وَجْهِ يَأْخُذُ مَا عَيْنُهُ فَسَقَطَ اِعْتِبَارُهُ.

الشرح:

قَوْلُهُ (وَإِذَا أُرْسِلَ كَلْبُهُ الْمُعْلَمَ عَلَى صَيْدٍ) يَعْنِي صَيْدًا مُعَيَّنًا (فَأَخَذَهُ غَيْرَهُ حَلَّ) يَعْنِي مَا دَامَ فِي وَجْهِ إِرْسَالِهِ. وَقَوْلُهُ (وَلَنَا أَنَّهُ) أَيْ شَرَطَ التَّعْيِينَ (شَرَطٌ غَيْرُ مُفِيدٍ لِأَنَّ مَقْصُودَهُ حُصُولَ الصَّيْدِ) وَالْجَمِيعُ بِالنَّسْبَةِ إِلَى هَذَا الْمَقْصُودِ سَوَاءً. فَإِنْ قِيلَ: قَدْ يَكُونُ مَقْصُودُهُ صَيْدًا مُعَيَّنًا. أَجِيبَ بِأَنَّهُ مُتَعَدِّرٌ، إِذْ لَا يَقْدِرُ الصَّائِدُ أَوْ الْكَلْبُ عَلَى الْوَفَاءِ بِذَلِكَ حَيْثُ لَا يُمْكِنُ تَعْلِيمُهُ عَلَى وَجْهِ يَأْخُذُ مَا عَيْنُهُ فَسَقَطَ اِعْتِبَارُهُ.

(وَلَوْ أَرْسَلَهُ عَلَى صَيْدٍ كَثِيرٍ وَسَمَى مَرَّةً وَاحِدَةً حَالَةَ الْإِرْسَالِ، فَلَوْ قَتَلَ الْكَلْبُ يَحِلُّ بِهِذِهِ التَّسْمِيَةِ الْوَاحِدَةِ)؛ لَأَنَّ الدَّبْحَ يَقَعُ بِالْإِرْسَالِ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ، وَلِهَذَا تُشْتَرَطُ التَّسْمِيَةُ عِنْدَهُ وَالْفِعْلُ وَاحِدٌ فَيَكْفِيهِ تَسْمِيَةٌ وَاحِدَةٌ، بِخِلَافِ دَبْحِ الشَّائِئِينَ بِتَّسْمِيَةٍ وَاحِدَةٍ؛ لَأَنَّ الثَّانِيَةَ تَصِيرُ مَذْبُوحَةً بِفِعْلِ غَيْرِ الْأَوَّلِ فَلَا بُدَّ مِنْ تَسْمِيَةٍ أُخْرَى، حَتَّى لَوْ أَضْجَعَ إِحْدَاهُمَا فَوْقَ الْأُخْرَى، وَدَبَّحَهُمَا بِمَرَّةٍ وَاحِدَةٍ تَحِلَّانِ بِتَّسْمِيَةٍ وَاحِدَةٍ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ) يَعْنِي فِي أَوَائِلِ كِتَابِ الذَّبَائِحِ حَيْثُ قَالَ: تُشْتَرَطُ عِنْدَ الْإِرْسَالِ وَالرَّمْيِ. وَقَوْلُهُ (وَلِهَذَا تُشْتَرَطُ التَّسْمِيَةُ عِنْدَهُ) أَيُّ عِنْدَ الْإِرْسَالِ.

(وَمَنْ أَرْسَلَ فَهَذَا فَكَمَنْ حَتَّى يَسْتَمِكْنَ ثُمَّ أَخَذَ الصَّيْدَ فَقَتَلَهُ يُؤْكَلُ)؛ لَأَنَّ مَكْنَاهُ ذَلِكَ حِيلَةً مِنْهُ لِلصَّيْدِ لَا اسْتِرَاحَةً فَلَا يَقْطَعُ الْإِرْسَالُ (وَكَذَا الْكَلْبُ إِذَا اعْتَادَ عَادَتَهُ)

(وَلَوْ أَخَذَ الْكَلْبُ صَيْدًا فَقَتَلَهُ ثُمَّ أَخَذَ آخَرَ فَقَتَلَهُ وَقَدْ أَرْسَلَهُ صَاحِبُهُ أَكِلًا جَمِيعًا)؛ لَأَنَّ الْإِرْسَالَ قَائِمٌ لَمْ يَنْقَطِعْ، وَهُوَ بِمَنْزِلَةِ مَا لَوْ رَمَى سَهْمًا إِلَى صَيْدٍ فَأَصَابَهُ وَأَصَابَ آخَرَ (وَلَوْ قَتَلَ الْأَوَّلَ فَجَثَمَ عَلَيْهِ طَوِيلًا مِنَ النَّهَارِ ثُمَّ مَرَّ بِهِ صَيْدٌ آخَرَ فَقَتَلَهُ لَا يُؤْكَلُ الثَّانِي) لِانْقِطَاعِ الْإِرْسَالِ بِمَكْنَاهِ إِذْ لَمْ يَكُنْ ذَلِكَ حِيلَةً مِنْهُ لِلْأَخْذِ وَإِنَّمَا كَانَ اسْتِرَاحَةً، بِخِلَافِ مَا تَقَدَّمَ

(وَلَوْ أَرْسَلَ بِازِيهِ الْمُعَلَّمُ عَلَى صَيْدٍ فَوَقَعَ عَلَى شَيْءٍ ثُمَّ اتَّبَعَ الصَّيْدَ فَأَخَذَهُ وَقَتَلَهُ فَإِنَّهُ يُؤْكَلُ) وَهَذَا إِذَا لَمْ يَمْكُثْ زَمَانًا طَوِيلًا لِلْاسْتِرَاحَةِ، وَإِنَّمَا مَكَّثَ سَاعَةً لِلتَّمْكِينِ لِمَا بَيَّنَّاهُ فِي الْكَلْبِ

(وَلَوْ أَنَّ بَازِيًا مُعَلَّمًا أَخَذَ صَيْدًا فَقَتَلَهُ وَلَا يُدْرَى أَرْسَلَهُ إِنْسَانٌ أَمْ لَا لَا يُؤْكَلُ) لَوْفُوعِ الشُّكِّ فِي الْإِرْسَالِ، وَلَا تَثَبُّتِ الْإِبَاحَةِ بِدُونِهِ.

قَالَ (وَإِنْ خَنَقَهُ الْكَلْبُ وَلَمْ يَجْرَحْهُ لَمْ يُؤْكَلِ)؛ لَأَنَّ الْجُرْحَ شَرَطٌ عَلَى ظَاهِرِ الرُّوَايَةِ عَلَى مَا ذَكَرْنَاهُ، وَهَذَا يَدُلُّكَ عَلَى أَنَّهُ لَا يَحِلُّ بِالْكَسْرِ وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ إِذَا كَسَرَ عُضْوًا فَقَتَلَهُ لَا بَاسَ بِأَكْلِهِ؛ لِأَنَّهُ جِرَاحَةٌ بَاطِنَةٌ فَهِيَ كَالْجِرَاحَةِ الظَّاهِرَةِ وَجْهُ الْأَوَّلِ أَنَّ الْمُعْتَبَرَ جُرْحٌ يَنْتَهِضُ سَبَبًا لِإِنْهَارِ الدَّمِ وَلَا يَحْصُلُ ذَلِكَ بِالْكَسْرِ فَأَشْبَهَ التَّخْنِيقَ قَالَ (وَإِنْ شَارَكَهُ كَلْبٌ غَيْرُ مُعَلَّمٍ أَوْ كَلْبٌ مُجَوِّسٍ أَوْ كَلْبٌ لَمْ يَذْكُرْ اسْمُ اللَّهِ

عَلَيْهِ يُرِيدُ بِهِ عَمْدًا لَمْ يُؤْكَلْ) لَمَّا رَوَيْنَا فِي حَدِيثِ عَدِيِّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، وَلَأَنَّهُ اجْتَمَعَ الْمُبِيحُ وَالْمَحْرَمُ فَيَغْلِبُ جِهَةُ الْحُرْمَةِ نَصًّا أَوْ احْتِيَاطًا (وَلَوْ رَدَّهُ عَلَيْهِ الْكَلْبُ الثَّانِي وَلَمْ يَجْرَحْهُ مَعَهُ وَمَاتَ بِجُرْحِ الْأَوَّلِ يُكْرَهُ أَكْلُهُ) لَوْجُودِ الْمُشَارَكَةِ فِي الْأَخْذِ وَفَقْدِهَا فِي الْجُرْحِ، وَهَذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا رَدَّهُ الْمَجُوسِيُّ بِنَفْسِهِ حَيْثُ لَا يُكْرَهُ؛ لِأَنَّ فِعْلَ الْمَجُوسِيِّ لَيْسَ مِنْ جِنْسِ فِعْلِ الْكَلْبِ فَلَا تَتَحَقَّقُ الْمُشَارَكَةُ وَتَتَحَقَّقُ بَيْنَ فِعْلِي الْكَلْبَيْنِ لَوْجُودِ الْمُجَانَسَةِ (وَلَوْ لَمْ يَرُدَّهُ الْكَلْبُ الثَّانِي عَلَى الْأَوَّلِ لَكِنَّهُ أَشَدُّ عَلَى الْأَوَّلِ حَتَّى اشْتَدَّ عَلَى الصَّيْدِ فَآخَذَهُ وَقَتْلَهُ لَا بَأْسَ بِأَكْلِهِ)؛ لِأَنَّ فِعْلَ الثَّانِي أَثَرٌ فِي الْكَلْبِ الْمُرْسَلِ دُونَ الصَّيْدِ حَيْثُ زَادَ بِهِ طَلَبًا فَكَانَ تَبَعًا لِفِعْلِهِ؛ لِأَنَّهُ بِنَاءٌ عَلَيْهِ فَلَا يُضَافُ الْأَخْذُ إِلَى التَّبَعِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ رَدُّهُ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَصِرْ تَبَعًا فَيُضَافُ إِلَيْهِمَا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (فَيَغْلِبُ جَانِبُ الْحُرْمَةِ نَصًّا) أَيُّ بِالنَّصِّ وَهُوَ قَوْلُهُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ «مَا اجْتَمَعَ الْحَلَالُ وَالْحَرَامُ إِلَّا وَقَدْ غَلَبَ الْحَرَامُ الْحَلَالُ».

وَهَاهُنَا ثَلَاثَةُ فُصُولٍ: أَحَدُهَا مَا اشْتَرَكَ فِيهِ الْكَلْبَانِ فِي الْأَخْذِ وَالْجُرْحِ، وَفِيهِ الْحُرْمَةُ لَمَّا رَوَيْنَاهُ. وَالثَّانِي مَا اشْتَرَكَ فِيهِ فِي الْأَخْذِ دُونَ الْجُرْحِ، وَفِيهِ الْكَرَاهَةُ لِأَنَّ جِهَةَ الْحِلِّ أَرْجَحُ، لِأَنَّ الْمَعْلَمَ تَفَرَّدَ بِالْجُرْحِ. وَالثَّلَاثُ مَا لَمْ يَشْتَرِكَا فِي شَيْءٍ لَكِنَّ الثَّانِي أَشَدُّ: أَيُّ حُمِلَ عَلَى الْأَوَّلِ حَتَّى اشْتَدَّ عَلَى الصَّيْدِ، وَفِيهِ الْإِبَاحَةُ لِأَنَّ الثَّانِي لَمْ يُشَارِكِ الْأَوَّلَ فِي شَيْءٍ مِنَ الصَّيْدِ، وَإِنَّمَا أَثَرٌ فِي الْكَلْبِ الْمُرْسَلِ دُونَ الصَّيْدِ فَكَانَ فِعْلُهُ تَبَعًا لِفِعْلِ الْأَوَّلِ لِأَنَّهُ بِنَاءٌ عَلَيْهِ فَلَا يُضَافُ الْأَخْذُ إِلَى التَّبَعِ.

قَالَ (وَإِذَا أَرْسَلَ الْمُسْلِمُ كَلْبَهُ فَزَجَرَهُ مَجُوسِيٌّ فَانْزَجَرَ بِزَجَرِهِ فَلَا بَأْسَ بِصَيْدِهِ) وَالْمُرَادُ بِالزَّجَرِ الْإِغْرَاءُ بِالصِّيَاحِ عَلَيْهِ، وَبِالْانْزَجَارِ إِظْهَارُ زِيَادَةِ الطَّلَبِ وَوَجْهُهُ أَنَّ الْفِعْلَ يُرْفَعُ بِمَا هُوَ فَوْقَهُ أَوْ مِثْلُهُ كَمَا فِي نَسْخِ الْإِي، وَالزَّجَرُ دُونَ الْإِرْسَالِ لِكَوْنِهِ بِنَاءٌ عَلَيْهِ قَالَ (وَلَوْ أَرْسَلَهُ مَجُوسِيٌّ فَزَجَرَهُ مُسْلِمٌ فَانْزَجَرَ بِزَجَرِهِ لَمْ يُؤْكَلْ)؛ لِأَنَّ الزَّجَرَ دُونَ الْإِرْسَالِ وَلِهَذَا لَمْ تَثْبُتْ بِهِ شُبْهَةُ الْحُرْمَةِ فَأَوْلَى أَنْ لَا يَثْبُتَ بِهِ الْحِلُّ، وَكُلُّ مَنْ لَا تَجُوزُ ذِكَاثُهُ كَالْمُرْتَدِّ وَالْمَحْرَمِ وَتَارِكِ التَّسْمِيَةِ عَامِدًا فِي هَذَا بِمَنْزِلَةِ الْمَجُوسِيِّ (وَإِنْ لَمْ يُرْسِلْهُ أَحَدٌ فَزَجَرَهُ مُسْلِمٌ فَانْزَجَرَ فَآخَذَ الصَّيْدَ فَلَا بَأْسَ بِأَكْلِهِ)؛ لِأَنَّ الزَّجَرَ مِثْلُ الْإِنْفِلَاتِ؛ لِأَنَّهُ إِنْ

كَانَ دُونَهُ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ بِنَاءٌ عَلَيْهِ فَهُوَ فَوْقَهُ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ فِعْلُ الْمُكَلَّفِ فَاسْتَوَيَا فَصَلَحَ نَاسِخًا (وَلَوْ أَرْسَلَ الْمُسْلِمُ كَلْبَهُ عَلَى صَيْدٍ وَسَمَى فَأَدْرَكَهُ فَضْرَبَهُ وَوَقَدَهُ ثُمَّ ضْرَبَهُ فَقَتَلَهُ أَكَلَ، وَكَذَا إِذَا أَرْسَلَ كَلْبَيْنِ فَوَقَدَهُ أَحَدُهُمَا ثُمَّ قَتَلَهُ الْآخَرُ أَكَلَ)؛ لِأَنَّ الْاِمْتِنَاعَ عَنِ الْجَرْحِ بَعْدَ الْجَرْحِ لَا يَدْخُلُ تَحْتَ التَّعْلِيمِ فَجُعِلَ عَفْوًا (وَلَوْ أَرْسَلَ رَجُلَانِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا كَلْبًا فَوَقَدَهُ أَحَدُهُمَا وَقَتَلَهُ الْآخَرُ أَكَلَ) لِأَنَّ الْأَوَّلَ أَخْرَجَهُ عَنِ حَدِّ الصَّيْدِيَّةِ إِلَّا أَنَّ الْإِرْسَالَ مِنَ الثَّانِي بَعْدَ الْخُرُوجِ عَنِ الصَّيْدِيَّةِ يَجْرَحُ الْكَلْبَ الْأَوَّلَ.

الشرح:

قَالَ (وَإِذَا أُرْسَلَ الْمُسْلِمُ الْخُ) الْأَصْلُ فِي هَذَا أَنَّ الْفِعْلَ يُرْفَعُ بِالْأَفْوَى وَالْمُسَاوِي دُونَ الْأَدْنَى، فَإِذَا أُرْسَلَ الْمُسْلِمُ كَلْبَهُ وَزَجَرَهُ: أَيُّ أَغْرَاهُ الْمَجُوسِيُّ حَلَّ أَكْلُهُ لِعَدَمِ اعْتِبَارِ الزَّجْرِ عِنْدَ الْإِرْسَالِ لَكَوْنِ الزَّجْرِ دُونَهُ لِبِنَائِهِ عَلَيْهِ. وَتَوْقُضُ بِالْمُحْرَمِ إِذَا زَجَرَ كَلْبٌ حَلَالٌ فَإِنَّهُ يَجِبُ عَلَيْهِ الْجَزَاءُ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ الْجَزَاءَ فِي الْمَحْرَمِ بِدَلَالَةِ النَّصِّ فَإِنَّهُ أَوْجَبَ عَلَيْهِ الْجَزَاءَ بِمَا هُوَ دُونُهُ وَهُوَ الدَّلَالَةُ فَوَجَبَ بِالزَّجْرِ بِطَرِيقِ الْأَوَّلِ (وَإِذَا أُرْسَلَهُ مَجُوسِيٌّ فَزَجَرَهُ مُسْلِمٌ فَالزَّجْرُ لَمْ يُؤْكَلْ كَذَلِكَ وَهَذَا) أَيُّ وَلَآنَ الزَّجْرُ دُونَ الْإِرْسَالِ (لَمْ يَثْبُتْ بِهِ) أَيُّ بِالزَّجْرِ (شُبْهَةُ الْحُرْمَةِ) يَعْنِي فِي الصُّورَةِ الْأَوَّلِ مَعَ أَنَّ الْحُرْمَةَ أَسْرَعَ ثُبُوتًا لَعَلِّبَةِ الْحُرْمَةِ عَلَى الْحِلِّ دَائِمًا فَأَوَّلَى أَنْ لَا يَثْبُتَ بِهِ الْحِلُّ: يَعْنِي بِزَجْرِ الْمُسْلِمِ.

وَقَوْلُهُ (لَآنَ الزَّجْرَ مِثْلُ الْاِنْفِلَاتِ) يَعْنِي مِنْ حَيْثُ إِنَّ كُلَّ وَاحِدٍ غَيْرُ مَشْرُوطٍ فِي حِلِّ الصَّيْدِ بِخِلَافِ الْإِرْسَالِ، وَقَوْلُهُ (لَآنَّهُ إِنْ كَانَ دُونُهُ) يَعْنِي أَنَّ الْاِنْتِزَاجَ إِنْ كَانَ دُونَ الْاِنْفِلَاتِ مِنْ حَيْثُ كَوْنُهُ بِنَاءً عَلَيْهِ فَهُوَ فَوْقَهُ مِنْ حَيْثُ كَوْنُهُ فِعْلُ الْمُكَلَّفِ فَاسْتَوَيَا فَصَلَحَ الزَّجْرُ نَاسِخًا وَهُوَ مُتَأَخَّرٌ فَيُجْعَلُ نَاسِخًا.

وَقَوْلُهُ (وَقَدَهُ) أَيُّ جَرَحَهُ جِرَاحَةً أَتَّخَذَتْهُ. وَقَوْلُهُ (لَآنَ الْاِمْتِنَاعَ عَنِ الْجَرْحِ بَعْدَ الْجَرْحِ) دَلِيلُ الْمَسْأَلَةِ، وَهُوَ يُشِيرُ إِلَى الْجَوَابِ عَمَّا يُقَالُ الضَّرْبَةُ الثَّانِيَةُ الَّتِي قَتَلَ الْكَلْبُ بِهَا الصَّيْدَ إِنَّمَا حَصَلَتْ بَعْدَ الْإِنْتِخَانِ الَّذِي أَخْرَجَهُ مِنَ الصَّيْدِيَّةِ، فَكَانَ الْوَاجِبُ أَنْ لَا يَحِلَّ أَكْلُهُ لِأَنَّ الصَّيْدَ بَعْدَ الْإِنْتِخَانِ مُلْحَقٌ بِالذَّوَابِحِ فَيَحِلُّ الذَّبْحُ لَا بِضَرْبِ الْكَلْبِ. وَجَوَابُهُ أَنَّهُ تَعَذَّرَ رَفْعُهُ، وَمَا تَعَذَّرَ رَفْعُهُ تَقَرَّرَ عَفْوُهُ. وَقَوْلُهُ (بِجَرْحِ الْكَلْبِ الْأَوَّلِ)

يَعْنِي أَنَّهُ لَا يُؤْكَلُ لِأَنَّ الصَّيْدَ بَعْدَ أَنْ خَرَجَ عَنِ الصَّيْدِيَّةِ كَانَتْ ذَكَائُهُ بَعْدَ الذَّبْحِ فِي الْمَذْبَحِ. لَا يَجْرَحُ الْكَلْبُ فَجَرَحُ الْكَلْبِ فِي مِثْلِهِ يُوجِبُ الْحُرْمَةَ، وَلَمَّا اجْتَمَعَ فِيهِ الْمَوْجِبُ لِلْحِلِّ وَالْحُرْمَةِ غَلَبَ الْحُرْمَةُ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

فصل في الرمي

(وَمَنْ سَمِعَ حِسًا ظَنَّهُ حِسُ صَيْدٍ فَرَمَاهُ أَوْ أَرْسَلَ كَلْبًا أَوْ بَازِيًا عَلَيْهِ فَأَصَابَ صَيْدًا، ثُمَّ تَبَيَّنَ أَنَّهُ حِسُ صَيْدٍ حَلَّ الْمَصَابِ) أَيُّ صَيْدٍ كَانَ؛ لِأَنَّهُ قَصَدَ الاصْطِيَادَ وَعَنِ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ خَصَّ مِنْ ذَلِكَ الْخَنْزِيرَ لِتَغْلِيظِ التَّحْرِيمِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَا تَثْبُتُ الْإِبَاحَةُ فِي شَيْءٍ مِنْهُ بِخِلَافِ السَّبَاعِ؛ لِأَنَّهُ يُؤْثَرُ فِي جِلْدِهَا وَزُفْرُ خَصٍّ مِنْهَا مَا لَا يُؤْكَلُ لِحِمِّهِ؛ لِأَنَّ الْإِرْسَالَ فِيهِ لَيْسَ لِلْإِبَاحَةِ وَوَجْهُ الظَّاهِرِ أَنَّ اسْمَ الاصْطِيَادِ لَا يَخْتَصُّ بِالْمَأْكُولِ فَوْقَ الْفِعْلِ اصْطِيَادًا وَهُوَ فِعْلٌ مُبَاحٌ فِي نَفْسِهِ، وَإِبَاحَةُ التَّنَاوُلِ تَرْجِعُ إِلَى الْمَحَلِّ فَتَثْبُتُ بِقَدْرِ مَا يَقْبَلُهُ لَحْمًا وَجِلْدًا، وَقَدْ لَا تَثْبُتُ إِذَا لَمْ يَقْبَلْهُ، وَإِذَا وَقَعَ اصْطِيَادًا صَارَ كَأَنَّهُ رَمَى إِلَى صَيْدٍ فَأَصَابَ غَيْرَهُ (وَأَنْ تَبَيَّنَ أَنَّهُ حِسُ آدَمِيٍّ أَوْ حَيَوَانٍ أَهْلِيٍّ لَا يَحِلُّ الْمَصَابِ)؛ لِأَنَّ الْفِعْلَ لَيْسَ بِاصْطِيَادٍ (وَالطَّيْرُ الدَّاجِنُ الَّذِي يَأْوِي الْبُيُوتَ أَهْلِيٍّ وَالظَّبْيُ الْمُوثَّقُ بِمَنْزِلَتِهِ) لَمَّا بَيَّنَّا (وَلَوْ رَمَى إِلَى طَائِرٍ فَأَصَابَ صَيْدًا وَمَرَّ الطَّائِرُ وَلَا يَدْرِي وَحْشِيٌّ هُوَ أَوْ غَيْرُ وَحْشِيٍّ حَلَّ الصَّيْدِ)؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ فِيهِ التَّوَحُّشُ (وَلَوْ رَمَى إِلَى بَعِيرٍ فَأَصَابَ صَيْدًا وَلَا يَدْرِي نَادٍ هُوَ أَمْ لَا لَا يَحِلُّ الصَّيْدُ)؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ فِيهِ الْاسْتِنَاسُ (وَلَوْ رَمَى إِلَى سَمَكَةٍ أَوْ جَرَادَةٍ فَأَصَابَ صَيْدًا يَحِلُّ فِي رِوَايَةٍ عَنْ أَبِي يُوسُفَ)؛ لِأَنَّهُ صَيْدٌ، وَفِي أُخْرَى عَنْهُ لَا يَحِلُّ؛ لِأَنَّهُ لَا ذِكَاةَ فِيهِمَا (وَلَوْ رَمَى فَأَصَابَ الْمَسْمُوعَ حِسَّهُ وَقَدْ ظَنَّهُ آدَمِيًّا فَإِذَا هُوَ صَيْدٌ يَحِلُّ)؛ لِأَنَّهُ لَا مُعْتَبَرَ بِظَنِّهِ مَعَ تَعَيُّنِهِ (فَإِذَا سَمِيَ الرَّجُلُ عِنْدَ الرَّمِيِّ أَكَلَ مَا أَصَابَ إِذَا جَرَحَ السَّهْمُ فَمَاتَ)؛ لِأَنَّهُ ذَابِحٌ بِالرَّمِيِّ لَكُونِ السَّهْمِ آلَةً لَهُ فَتَشْتَرِطُ التَّسْمِيَةُ عِنْدَهُ، وَجَمِيعُ الْبَدَنِ مَحَلٌّ لِهَذَا النَّوْعِ مِنَ الذِّكَاةِ، وَلَا بُدَّ مِنَ الْجُرْحِ لِيَتَحَقَّقَ مَعْنَى الذِّكَاةِ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ قَالَ (وَإِذَا أَدْرَكَهُ حَيًّا ذَكَاةً) وَقَدْ بَيَّنَّاهَا بِوُجُوهِهَا، وَالْاِخْتِلَافُ فِيهَا فِي الْفَصْلِ الْأَوَّلِ فَلَا تُعِيدُهُ.

الشرح:

(فصل في الرمي): لَمَّا فَرَّغَ مِنْ بَيَانِ حُكْمِ آلَةِ الْحَيَوَانِيَّةِ شَرَعَ فِي بَيَانِ حُكْمِ

الآلَةِ الْجَمَادِيَّةِ.

وَالْحِسُّ: الصَّوْتُ الْخَفِيُّ (وَمَنْ سَمِعَ حِسًّا فَظَنَّهُ حِسًّا صَيْدٍ فَرَمَاهُ أَوْ أَرْسَلَ كَلْبَهُ أَوْ بَارَزَهُ فَأَصَابَ صَيْدًا) ظَنًّا مَثَلًا، فَإِنْ تَبَيَّنَ أَنَّ الْمَسْمُوعَ حِسُّهُ آدَمِيٌّ أَوْ بَقَرٌ أَوْ شَاةٌ لَمْ يَحِلَّ الظَّنُّ الْمَصَابُ مَثَلًا فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا لِأَنَّهُ أَرْسَلَ إِلَى غَيْرِ صَيْدٍ فَلَمْ يَتَعَلَّقْ بِهِ حُكْمُ الْإِبَاحَةِ وَصَارَ كَأَنَّهُ رَمَى إِلَى آدَمِيٍّ عَالِمًا بِهِ فَأَصَابَ صَيْدًا فَإِنَّهُ لَا يُؤْكَلُ (وَأِنْ تَبَيَّنَ أَنَّ الْمَسْمُوعَ حِسُّهُ صَيْدٌ حَلَّ الْمَصَابُ أَيْ صَيْدٌ كَانَ) الْمَسْمُوعُ حِسُّهُ: يَعْنِي سَوَاءً كَانَ مَأْكُولَ اللَّحْمِ أَوْ لَمْ يَكُنْ (لِأَنَّهُ قَصَدَ الْاِصْطِيَادَ).

وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّ الْمَسْمُوعَ حِسُّهُ إِذَا ظَهَرَ خَنْزِيرًا لَمْ يَحِلَّ أَكْلُ الصَّيْدِ الْمَصَابِ لِتَغْلِيظِ التَّحْرِيمِ أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَا تُثَبَّتُ الْإِبَاحَةُ فِي شَيْءٍ مِنْهُ بِخِلَافِ سَائِرِ السَّبَاحِ (لِأَنَّهُ أَيْ الْاِصْطِيَادُ (يُؤْتَرُ فِي جِلْدِهَا، وَزُفِرَ خَصَّ مِنْهَا) أَيْ مِنْ جُمْلَةِ الْمَسْمُوعِ حِسُّهُ (مَا لَا يُؤْكَلُ لِحُمِّهِ، لِأَنَّ الْإِرْسَالَ فِيهِ لَيْسَ لِلْإِبَاحَةِ) فَكَانَ هُوَ وَالْآدَمِيُّ سَوَاءً (وَوَجْهُ الظَّاهِرِ أَنَّ اسْمَ الْاِصْطِيَادِ لَا يَخْتَصُّ بِالْمَأْكُولِ) وَمَا هُوَ كَذَلِكَ فَلِأَنَّكَ فَلَئِنْ كُنْتَ بِالْمَأْكُولِ وَغَيْرُهُ بِالنِّسْبَةِ إِلَيْهِ سَوَاءً فَإِذَا قَصَدَ بَفْعَلِهِ الْاِصْطِيَادَ وَقَعَ الْفِعْلُ اِصْطِيَادًا، إِذَا الْاِصْطِيَادُ فَعَلٌ مُبَاحٌ فِي نَفْسِهِ يُفِيدُ إِبَاحَةَ الْمَصَابِ بِشَرْطِ قَبُولِهِ الْإِبَاحَةَ حَتَّى لَوْ لَمْ يَقْبَلْهَا كَمَا إِذَا كَانَ خَنْزِيرًا لَمْ تُثَبَّتِ الْإِبَاحَةُ وَلَكِنْ لَا يَخْرُجُ الْفِعْلُ عَنْ كَوْنِهِ اِصْطِيَادًا مُبَاحًا.

وَإِذَا قَتَلَهَا، فَإِنْ كَانَ مِمَّا يَحِلُّ تَنَاوُلُهُ تُثَبَّتُ إِبَاحَةُ تَنَاوُلِهِ لِغَيْرِ السَّبَاحِ مِنَ الْبَهَائِمِ وَالطُّيُورِ، وَإِنْ كَانَ مِمَّا لَا يَحِلُّ تَنَاوُلُهُ تُثَبَّتُ إِبَاحَةُ جِلْدِهِ فَتُبَيَّنَ أَنَّ فِعْلَهُ وَقَعَ اِصْطِيَادًا، وَإِبَاحَةُ التَّنَاولِ وَغَيْرِهِ مِمَّا يَتَعَلَّقُ بِالْمَحَلِّ لَيْسَ بِمُخْرَجٍ لَهُ عَنْ ذَلِكَ، وَإِذَا وَقَعَ اِصْطِيَادًا كَانَ كَأَنَّهُ رَمَى إِلَى صَيْدٍ فَأَصَابَ غَيْرَهُ.

وَقَوْلُهُ (وَأِنْ تَبَيَّنَ أَنَّهُ حِسُّ آدَمِيٍّ) قَدَمَتَاهُ أَنْفًا. وَقَوْلُهُ (لِأَنَّ الْفِعْلَ لَيْسَ بِاِصْطِيَادٍ) إِذَا الْاِصْطِيَادُ عِبَارَةٌ عَنْ تَحْصِيلِ مُتَوَحِّشٍ، وَعَلَى هَذَا فَالْدَاجِنُ الَّذِي يَأْوِي الْبُيُوتَ أَهْلِيًّا، وَالظَّنُّ الْمَوْثِقُ: أَيْ الْمَشْدُودُ بِالْوَتَاقِ بِمَنْزِلَتِهِ: أَيْ بِمَنْزِلَةِ الْآدَمِيِّ لَمَّا بَيَّنَّا أَنَّ الْفِعْلَ لَيْسَ بِاِصْطِيَادٍ، ثُمَّ إِذَا جَهَلَ تَوَحُّشَ الْمَقْصُودِ بِرَمِيهِ يُعْتَبَرُ فِيهِ الْأَصْلُ، وَعَلَى هَذَا تَخْرُجُ الْمَسْأَلَتَانِ الْمَذْكُورَتَانِ فِي الْكِتَابِ.

وَقَوْلُهُ (وَفِي أُخْرَى عَنْهُ لَا يَحِلُّ لِأَنَّهُ لَا ذَكَاةَ فِيهِمَا) يُشِيرُ إِلَى أَنَّ كَوْنَ مَا تَبَيَّنَ حِسُّهُ مِنَ الصَّيْدِ مِنْ شَرْطِهِ أَنْ يَكُونَ حَلًّا أَكْلُهُ مَشْرُوطًا بِالذَّبْحِ، حَتَّى لَوْ سَمِعَ حِسًّا

فَطَنَّهُ صَيْدًا فَرَمَاهُ فَأَصَابَ ظَبْيًا ثُمَّ تَبَيَّنَ أَنَّ الْمَسْمُوعَ حِسَّهُ سَمَكَةٌ لَمْ يُؤْكَلِ الصَّيْدُ، وَلَوْ سَمِعَ حِسًّا وَطَنَهُ آدَمِيًّا وَرَمَاهُ فَأَصَابَ الْمَسْمُوعَ حِسَّهُ وَهُوَ صَيْدٌ حَلٌّ لَأَنَّهُ لَا مُعْتَبَرَ بَطْنَهُ مَعَ تَعَيُّنِ كَوْنِهِ صَيْدًا. فَإِنْ قِيلَ: مَا الْفَرْقُ بَيْنَ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ وَبَيْنَ الَّتِي تَقَدَّمَتْ، وَهِيَ أَنَّ مَنْ سَمِعَ حِسًّا طَنَهُ صَيْدًا فَرَمَاهُ فَأَصَابَ صَيْدًا ثُمَّ تَبَيَّنَ أَنَّهُ حِسٌّ آدَمِيٌّ أَوْ حَيَوَانٌ أَهْلِيٌّ لَا يَحِلُّ الْمَصَابُ مَعَ أَنَّهُ لَمْ يَقْصِدْ رَمِيَّ الْآدَمِيِّ وَفِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ قَصَدَ رَمِيَّ الْآدَمِيِّ وَرَمِيَّ الْآدَمِيِّ لَيْسَ بِاصْطِيَادٍ وَقَدْ حَلَّ الْمَصَابُ.

وَالْقِيَاسُ إِمَّا شُمُولُ الْحَلِّ أَوْ شُمُولُ عَدَمِهِ أَوْ ائْتِكَاسُ الْجَوَابِ فِي الْمَسْأَلَتَيْنِ، وَذَلِكَ أَنَّهُ لَمَّا حَلَّ الْمَصَابُ مَعَ اقْتِرَانِ ظَنِّهِ بِأَنَّهُ آدَمِيٌّ فِيمَا إِذَا اقْتَرَنَ ظَنُّهُ بِأَنَّهُ صَيْدٌ أَوَّلِيٌّ، أَوْ لَأَنَّهُ لَمْ يَقَعْ فِعْلُهُ اصْطِيَادًا نَظَرًا إِلَى قَصْدِهِ فَلَا يَحِلُّ الْمَصَابُ هَاهُنَا، وَحَلُّ هُنَاكَ لَذَلِكَ. أَجِيبَ بَأَنَّ الْفَرْقَ مَا أَشَارَ إِلَيْهِ بِقَوْلِهِ لَأَنَّهُ لَا مُعْتَبَرَ بَطْنَهُ مَعَ تَعَيُّنِهِ: أَيُّ تَعَيُّنِ كَوْنِهِ صَيْدًا. وَبَيَّانُهُ أَنَّ فِي الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى أَصَابَ سَهْمُهُ غَيْرَ الْمَسْمُوعِ حِسَّهُ وَالْمَسْمُوعَ حِسَّهُ لَيْسَ بِصَيْدٍ فَكَانَ فِعْلُهُ مُتَوَجِّهًا إِلَى غَيْرِ الصَّيْدِ نَظَرًا إِلَى فِعْلِهِ الَّذِي تَوَجَّهَ لِلْمَسْمُوعِ حِسَّهُ وَهُوَ لَيْسَ بِصَيْدٍ فَلَمْ يَكُنْ فِعْلُهُ اصْطِيَادًا، وَحَلُّ الصَّيْدِ إِنَّمَا يَحْصُلُ بِوُجُودِ فِعْلِ الْاصْطِيَادِ فَلَمْ يَحِلَّ أَكْلُهُ لِانْعِدَامِ فِعْلِ الْاصْطِيَادِ.

وَأَمَّا هَاهُنَا فَسَهْمُهُ أَصَابَ عَيْنَ الْمَسْمُوعِ حِسَّهُ وَعَيْنُهُ صَيْدٌ فَكَانَ الْفِعْلُ وَاقِعًا عَلَى الصَّيْدِ وَهُوَ الْاصْطِيَادُ بِحَقِيقَتِهِ، فَلَمَّا وَجَدَ الْاصْطِيَادَ بِحَقِيقَتِهِ لَمْ يُعْتَبَرِ ظَنُّهُ ذَلِكَ الْمُخَالَفَ لِفِعْلِهِ الَّذِي هُوَ اصْطِيَادٌ بِحَقِيقَتِهِ، وَالظَّنُّ إِذَا وَقَعَ مُخَالَفًا لِحَقِيقَةِ فِعْلِهِ كَانَ الظَّنُّ لَعْوًا فَيَحِلُّ أَكْلُ الْمَصَابِ لَوْجُودِ فِعْلِ الْاصْطِيَادِ. وَقَوْلُهُ (عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ) يَعْنِي فِي فَصْلِ الْجَوَارِحِ بِقَوْلِهِ وَلَا بُدَّ مِنَ الْجَرْحِ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ إلخ.

قَالَ (وَإِذَا وَقَعَ السَّهْمُ بِالصَّيْدِ فَتَحَامِلُ حَتَّى غَابَ عَنْهُ وَلَمْ يَزَلْ فِي طَلَبِهِ حَتَّى أَصَابَهُ مَيْتًا أَكَلَ، وَإِنْ قَعَدَ عَنْ طَلَبِهِ) ثُمَّ أَصَابَهُ مَيْتًا لَمْ يُؤْكَلْ، لَمَّا رُوِيَ عَنِ النَّبِيِّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «أَنَّهُ كَرِهَ أَكْلَ الصَّيْدِ إِذَا غَابَ عَنِ الرَّامِي وَقَالَ: لَعَلَّ هَوَامَّ الْأَرْضِ قَتَلَتْهُ»^(١) وَلِأَنَّ احْتِمَالَ الْمَوْتِ بِسَبَبِ آخَرٍ قَائِمٌ فَمَا يَنْبَغِي أَنْ يَحِلَّ أَكْلُهُ؛ لِأَنَّ الْمَوْهُومَ فِي

(١) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه (٤٦١/٤) من حديث عائشة رضي الله عنها. وانظر نصب الراية (٣٣/٥).

هَذَا كَالْمُتَحَقِّقِ لِمَا رَوَيْنَا، إِلَّا أَنَّا أَسْقَطْنَا اعْتِبَارَهُ مَا دَامَ فِي طَلَبِهِ ضَرُورَةٌ أَنْ لَا يَعْرِىَ
الاصْطِيَادُ عَنْهُ، وَلَا ضَرُورَةٌ فِيمَا إِذَا قَعَدَ عَنْ طَلَبِهِ لِإِمْكَانِ التَّحَرُّزِ عَنْ تَوَارٍ يَكُونُ بِسَبَبِ
عَمَلِهِ، وَالَّذِي رَوَيْنَاهُ حُجَّةٌ عَلَى مَالِكٍ فِي قَوْلِهِ إِنَّ مَا تَوَارَى عَنْهُ إِذَا لَمْ يَبْتَ يَحِلُّ فَإِذَا بَاتَ
لَيْلَةً لَمْ يَحِلَّ (وَلَوْ وَجِدَ بِهِ جِرَاحَةٌ سِوَى جِرَاحَةِ سَهْمِهِ لَا يَحِلُّ)؛ لِأَنَّهُ مَوْهُومٌ يُمْكِنُ
الِاخْتِرَازُ عَنْهُ فَاعْتَبِرَ مُحَرَّمًا، بِخِلَافِهِ وَهُمْ الْهَوَامُّ وَالْجَوَابُ فِي إِرْسَالِ الْكَلْبِ فِي هَذَا
كَالْجَوَابِ فِي الرَّمْيِ فِي جَمِيعِ مَا ذَكَرْنَاهُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (فَتَحَامَلَ) التَّحَامُلُ فِي الْمَشْيِ أَنْ يَتَكَلَّفَهُ عَلَى مَشَقَّةٍ وَإِعْيَاءٍ يُقَالُ تَحَامَلْتُ
فِي الْمَشْيِ. وَقَوْلُهُ (حَتَّى أَصَابَهُ مِيتًا أَكَل) قِيلَ إِذَا وَجَدَهُ وَفِيهِ جِرَاحَةٌ سَهْمِهِ لَا غَيْرُ،
وَأَمَّا إِذَا وَجَدَهُ وَفِيهِ جِرَاحَةٌ أُخْرَى فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَأْكُلَهُ تَرَكَ الطَّلَبُ أَوْ لَمْ يَتْرُكْ كَمَا
سَبَّحِي، لِأَنَّهُ ظَهَرَ لِمَوْتِهِ شَيْئَانِ: أَحَدُهُمَا يُوجِبُ الْحِلَّ، وَالْآخَرُ يُوجِبُ الْحُرْمَةَ فَيُعْلَبُ
الْمُوجِبُ لِلْحُرْمَةِ، وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يُؤْكَلُ لِأَنَّهُ ظَهَرَ لِمَوْتِهِ سَبَبٌ وَهُوَ مَا كَانَ مَعَهُ مِنَ
الرَّمْيِ، وَالْحُكْمُ مَتَى ظَهَرَ عَقِيبَ سَبَبٍ يُحَالُ عَلَيْهِ، كَمَا لَوْ جَرَحَ إِنْسَانًا فَلَمْ يَزَلْ
صَاحِبَ فِرَاشٍ حَتَّى مَاتَ يُجْعَلُ قَاتِلًا.

قُلْنَا: لَمَّا وَجِدَ فِيهِ جَرَحٌ غَيْرُهُ كَانَ الْقَتْلُ مِنْهُ مَوْهُومًا: وَالْمَوْهُومُ فِي هَذَا كَالْمُتَحَقِّقِ
لِقَوْلِهِ ﷺ «لَعَلَّ هَوَامَّ الْأَرْضِ قَتَلْتَهُ» قَالَهُ حِينَ «أَهْدَى رَجُلٌ إِلَيْهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ
صَيْدًا فَقَالَ: مَنْ أَيْنَ لَكَ هَذَا؟ قَالَ: كُنْتُ رَمَيْتُهُ بِالْأُمْسِ وَكُنْتُ فِي طَلَبِهِ حَتَّى حَالَ
بَيْنِي وَبَيْنَهُ ظُلْمَةُ اللَّيْلِ ثُمَّ وَجَدْتُهُ الْيَوْمَ مِيتًا وَفِيهِ مِزْرَاقِي، وَهُوَ الرُّمْحُ الصَّغِيرُ، فَقَالَ عَلَيْهِ
الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: لَا أَذْرِي لَعَلَّ هَوَامَّ الْأَرْضِ قَتَلْتَهُ» الْحَدِيثَ، وَهُوَ كَمَا يَدُلُّ عَلَى
حُرْمَةِ ذَلِكَ يَدُلُّ عَلَى حُرْمَةِ مَا إِذَا قَعَدَ عَنْ طَلَبِهِ ثُمَّ وَجَدَهُ مِيتًا.

وَقَوْلُهُ (وَلَأَنَّ احْتِمَالَ الْمَوْتِ) دَلِيلٌ مَعْقُولٌ عَلَى ذَلِكَ. فَإِنْ قِيلَ: هَذَا الْاِحْتِمَالُ
بَاقٍ إِذَا كَانَ فِي طَلَبِهِ أَيْضًا. أَجَابَ بِقَوْلِهِ إِلَّا أَنَّا أَسْقَطْنَا اعْتِبَارَهُ مَا دَامَ فِي طَلَبِهِ ضَرُورَةٌ
أَنَّ الْاِصْطِيَادَ لَا يَعْرِىَ عَنْ ذَلِكَ، وَلَا ضَرُورَةٌ فِيمَا إِذَا قَعَدَ عَنْ طَلَبِهِ لِإِمْكَانِ الْاِخْتِرَازِ
عَنْ تَوَارٍ يَكُونُ بِسَبَبِ عَمَلِهِ.

وَقَوْلُهُ (وَالَّذِي رَوَيْنَاهُ حُجَّةٌ عَلَى مَالِكٍ فِي قَوْلِهِ إِنَّ مَا تَوَارَى عَنْهُ مَا إِذَا لَمْ يَبْتَ

يَحِلُّ يَعْنِي وَإِنْ رَأَى فِيهِ أَنْزَرَ سَبْعَ، وَاحْتَجَّ عَلَى ذَلِكَ بِأَنَّهُ سَمِعَ أَهْلَ الْعِلْمِ كَذَلِكَ وَكَأَنَّهُ بَنَى الْأَمْرَ عَلَى الْعَالِبِ، لِأَنَّهُ إِذَا بَاتَ عَنْهُ فَقَدْ عَنِ طَلَبِهِ غَالِبًا. وَوَجْهٌ كَوْنُ مَا رَوَيْنَاهُ حُجَّةً عَلَيْهِ أَنَّهُ كَرِهَ أَكْلَ الصَّيْدِ إِذَا غَابَ عَنِ الرَّامِي. فَإِنْ قِيلَ: إِنْ كَانَ مَا رَوِيَ عَنْهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ مِنْ كَرَاهَتِهِ أَكْلَ الصَّيْدِ إِذَا غَابَ عَنِ الرَّامِي حُجَّةً عَلَيْهِ، فَقَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «لَعَلَّ هَوَامَّ الْأَرْضِ قَتَلَتْهُ» حُجَّةٌ لَهُ عَلَى مَا مَرَّ مِنْ قِصَّتِهِ، فَإِنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ قَالَ لَمَنْ حَالَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الصَّيْدِ ظُلُمَةُ اللَّيْلِ. فَالْجَوَابُ أَنَّ الْأَصْلَ أَنَّ خُصُوصَ السَّبَبِ غَيْرُ مُعْتَبَرٍ، وَاعْتِبَارُ قَتْلِ الْهَوَامِّ عِنْدَ الْغَيْبَةِ مَوْجُودٌ فَيَكُونُ حَرَامًا. وَقَوْلُهُ (وَلَوْ وَجَدَ بِهِ جَرَاخَةً) قَدْ مَنَاهُ وَالْخِلَافُ فِيهِ.

وَقَوْلُهُ (لَأَنَّهُ مَوْهُومٌ يُمَكِّنُ الْإِحْتِرَازَ عَنْهُ) لِأَنَّ الصَّيْدَ قَدْ يَخْلُو عَنْ رَمِي الْغَيْرِ مُحَرَّمًا، بِخِلَافِ وَهْمِ الْهَوَامِّ فَإِنَّ الْإِحْتِرَازَ عَنْهُ غَيْرُ مُمَكِّنٍ لِأَنَّ الصَّيْدَ لَا بُدَّ أَنْ يَقَعَ عَلَى الْأَرْضِ وَالْأَرْضُ لَا تَخْلُو عَنْهَا فَلَا يُجْعَلُ مُحَرَّمًا إِذَا لَمْ يَقْعُدْ عَنِ الطَّلَبِ.

قَالَ (وَإِذَا رَمَى صَيْدًا فَوَقَعَ فِي الْمَاءِ أَوْ وَقَعَ عَلَى سَطْحٍ أَوْ جَبَلٍ ثُمَّ تَرَدَّى مِنْهُ إِلَى الْأَرْضِ لَمْ يُؤْكَلْ)؛ لِأَنَّهُ الْمُتَرَدِّىُّ وَهِيَ حَرَامٌ بِالنَّصِّ، وَلِأَنَّهُ احْتَمَلَ الْمَوْتَ بِغَيْرِ الرَّمِي؛ إِذِ الْمَاءُ مُهْلِكٌ وَكَذَا السَّقُوطُ مِنْ عَالٍ، يُؤَيِّدُ ذَلِكَ قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لِعَدِيِّ رضي الله عنه «وَأَنْ وَقَعَتْ رَمِيَّتُكَ فِي الْمَاءِ فَلَا تَأْكُلْ، فَإِنَّكَ لَا تَدْرِي أَنْ الْمَاءَ قَتَلَهُ أَوْ سَهَمُكَ» ^(١) (وَإِنْ وَقَعَ عَلَى الْأَرْضِ ابْتِدَاءً أَكِلَ)؛ لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُ الْإِحْتِرَازَ عَنْهُ، وَفِي اعْتِبَارِهِ سَدُّ بَابِ الْأَصْطِيَادِ بِخِلَافِ مَا تَقَدَّمَ؛ لِأَنَّهُ يُمَكِّنُ التَّحَرُّزَ عَنْهُ، فَصَارَ الْأَصْلُ أَنَّ سَبَبَ الْحُرْمَةِ وَالْحِلَّ إِذَا اجْتَمَعَا وَأَمَكَّنَ التَّحَرُّزَ عَمَّا هُوَ سَبَبُ الْحُرْمَةِ ثَرَجُ جِهَتِ الْحُرْمَةِ احْتِيَاطًا، وَإِنْ كَانَ مِمَّا لَا يُمَكِّنُ التَّحَرُّزَ عَنْهُ جَرَى وَجُودُهُ مَجْرَى عَدَمِهِ؛ لِأَنَّ التَّكْلِيفَ بِحَسَبِ الْوُسْعِ، فَمِمَّا يُمَكِّنُ التَّحَرُّزَ عَنْهُ إِذَا وَقَعَ عَلَى شَجَرٍ أَوْ حَائِطٍ أَوْ أَجْرَةٍ ثُمَّ وَقَعَ عَلَى الْأَرْضِ أَوْ رَمَاهُ، وَهُوَ عَلَى جَبَلٍ فَتَرَدَّى مِنْ مَوْضِعٍ إِلَى مَوْضِعٍ حَتَّى تَرَدَّى إِلَى الْأَرْضِ، أَوْ رَمَاهُ فَوَقَعَ عَلَى رُحٍ مَنْصُوبٍ أَوْ عَلَى قَصَبَةٍ قَائِمَةٍ أَوْ عَلَى حَرْفِ أَجْرَةٍ لَا حَتَمًا أَنْ حَدَّ هَذِهِ الْأَشْيَاءِ قَتَلَهُ، وَمِمَّا لَا يُمَكِّنُ الْإِحْتِرَازَ عَنْهُ إِذَا وَقَعَ عَلَى الْأَرْضِ كَمَا ذَكَرْنَاهُ، أَوْ عَلَى مَا هُوَ مَعْنَاهُ كَجَبَلٍ أَوْ ظَهْرِ بَيْتٍ أَوْ لَبَنَةٍ مَوْضُوعَةٍ أَوْ صَخْرَةٍ فَاسْتَقَرَّ عَلَيْهَا؛ لِأَنَّ وَقُوعَهُ عَلَيْهِ وَعَلَى

(١) أخرجه البخاري في الذبائح باب ٨، ومسلم في الصيد (حديث ٧).

الأرض سواءً وذكر في المنتقى: لو وقع على صخرة فأنشق بطنه لم يؤكل لاحتمال الموت بسبب آخر وصححه الحاكم الشهيد وحمل مطلق المروي في الأصل على غير حالة الانشقاق، وحمله شمس الأئمة السرخسي رحمه الله على ما أصابه حد الصخرة فأنشق بطنه بذلك، وحمل المروي في الأصل على أنه لم يصيبه من الآجرة إلا ما يصيبه من الأرض لو وقع عليها وذلك عفو وهذا أصح وإن كان الطير مائياً، فإن كانت الجراح لا تنغمس في الماء أكمل، وإن انغمست لا يؤكل كما إذا وقع في الماء.

الشرح:

قال (وإذا رمى صيداً فوقه في الماء إلخ) كلامه واضح، وهو في المعنى مُقَيَّدٌ بَأَنْ لَا يَكُونَ الْجَرْحُ مُهْلِكاً فِي الْحَالِ عَلَى مَا سَيَأْتِي.

قوله (وكذا السقوط من عال) وهو في بعض النسخ من علو، وهو لغة في الأول مضموماً ومفتوحاً ومكسوراً. وقوله (وإن وقع على الأرض ابتداءً أكل) يعني إذا لم يكن على الأرض ما يقتله كحد الرمح والقصة المنصوبة على ما سيجيء (وقوله وذكر في المنتقى) يريد بيان ما وقع من الاختلاف بين رواية الأصل وهي قوله أو صخرة فاستقر عليها وبين رواية المنتقى وصحح الحاكم رواية المنتقى وحمل المطلق المروي في الأصل من قوله فاستقر عليها على غير حالة الانشقاق وحمل شمس الأئمة السرخسي رواية المنتقى على ما أصابه حد الصخرة فأنشق بطنه لذلك وحمل المروي في الأصل على أنه لم يصيبه من الآجرة إلا ما يصيبه من الأرض لو وقع عليه وذلك عفو كما إذا وقع على الأرض وانشق بطنه.

وفي الجملة فليس في المسألة روايتان، وهذا: أي ما فعله شمس الأئمة أصح لأن المذكور في الأصل مطلق فيجري على إطلاقه، وحمله على غير حالة الانشقاق يخرج إلى الفرق بين الجبل والأرض في الانشقاق، فإنه لو انشق بوقوعه على الأرض أكل وقد ذكرنا أنه في معناه. وقوله (كما إذا وقع) أي غير المائي (في الماء).

قال (وما أصابه المعراض بعرضه لم يؤكل، وإن جرحه يؤكل) لقوله عليه الصلاة والسلام فيه «ما أصاب بحدّه فكل، وما أصاب بعرضه فلا تأكل»^(١) ولأنه لا بد

(١) أخرجه البخاري في البيوع باب ٣، ومسلم في الصيد (حديث ٤/٣).

مِن الْجُرْح لِيَتَحَقَّقَ مَعْنَى الدُّكَاةِ عَلَى مَا قَدَّمَاهُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَا أَصَابَ الْمِعْرَاضُ بِعَرَضِهِ) الْمِعْرَاضُ سَهْمٌ لَا رِيشَ لَهُ يَمْضِي عَرَضًا فَيَصِيبُ بِعَرَضِهِ لَا بِحَدِّهِ، وَالْبُنْدُقَةُ طَبِئَةٌ مَدُورَةٌ يُرْمَى بِهَا.

قَالَ (وَلَا يُؤْكَلُ مَا أَصَابَتْهُ الْبُنْدُقَةُ فَمَاتَ بِهَا)؛ لِأَنَّهَا تَدُقُّ وَتَكْسِرُ وَلَا تَجْرَحُ فَصَارَ كَالْمِعْرَاضِ إِذَا لَمْ يَخْزُقْ، وَكَذَلِكَ إِنْ رَمَاهُ بِحَجَرٍ، وَكَذَا إِنْ جَرَحَهُ قَالُوا: تَأْوِيلُهُ إِذَا كَانَ ثَقِيلًا وَبِهِ حِدَةٌ لَاحْتِمَالِ أَنَّهُ قَتَلَهُ بِثِقَلِهِ، وَإِنْ كَانَ الْحَجَرُ خَفِيفًا وَبِهِ حِدَةٌ يَحِلُّ لَتَعْيِنِ الْمَوْتُ بِالْجُرْحِ، وَلَوْ كَانَ الْحَجَرُ خَفِيفًا، وَجَعَلَهُ طَوِيلًا كَالسَّهْمِ وَبِهِ حِدَةٌ فَإِنَّهُ يَحِلُّ؛ لِأَنَّهُ يَقْتُلُهُ بِجُرْحِهِ، وَلَوْ رَمَاهُ بِمَرَوْةٍ حَدِيدَةٍ وَلَمْ تُبْضِعْ بَضْعًا لَا يَحِلُّ؛ لِأَنَّهُ قَتَلَهُ دَقًّا، وَكَذَا إِذَا رَمَاهُ بِهَا فَأَبَانَ رَأْسَهُ أَوْ قَطَعَ أَوْدَاجَهُ؛ لِأَنَّ الْعُرُوقَ تَنْقَطِعُ بِثِقَلِ الْحَجَرِ كَمَا تَنْقَطِعُ بِالْقَطْعِ فَوْقَ الشَّكِّ أَوْ لَعَلَّهُ مَاتَ قَبْلَ قَطْعِ الْأَوْدَاجِ، وَلَوْ رَمَاهُ بِعَصَا أَوْ بِعُودٍ حَتَّى قَتَلَهُ لَا يَحِلُّ؛ لِأَنَّهُ يَقْتُلُهُ ثِقَلًا لَا جُرْحًا، اللَّهُمَّ إِلَّا إِذَا كَانَ لَهُ حِدَةٌ يُبْضِعُ بَضْعًا فَحِينَئِذٍ لَا بَاسَ بِهِ؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ السَّيْفِ وَالرُّمْحِ وَالْأَصْلِ فِي هَذِهِ الْمَسَائِلِ أَنَّ الْمَوْتَ إِذَا كَانَ مُضَافًا إِلَى الْجُرْحِ بَيِّقِينَ كَانَ الصَّيْدُ حَلَالًا، وَإِذَا كَانَ مُضَافًا إِلَى الثَّقَلِ بَيِّقِينَ كَانَ حَرَامًا، وَإِنْ وَقَعَ الشَّكُّ وَلَا يَدْرِي مَاتَ بِالْجُرْحِ أَوْ بِالثَّقَلِ كَانَ حَرَامًا احتياطًا، وَإِنْ رَمَاهُ بِسَيْفٍ أَوْ بِسِكِّينٍ فَأَصَابَهُ بِحَدِّهِ فَجَرَحَهُ حَلٌّ، وَإِنْ أَصَابَهُ بِقَفَا السَّكِّينِ أَوْ بِمِقْبَضِ السَّيْفِ لَا يَحِلُّ؛ لِأَنَّهُ قَتَلَهُ دَقًّا، وَالْحَدِيدُ وَغَيْرُهُ فِيهِ سَوَاءٌ وَلَوْ رَمَاهُ فَجَرَحَهُ وَمَاتَ بِالْجُرْحِ، إِنْ كَانَ الْجُرْحُ مُدْمِيًا يَحِلُّ بِالاتِّفَاقِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُدْمِيًا فَكَذَلِكَ عِنْدَ بَعْضِ الْمُتَأَخِّرِينَ سَوَاءٌ كَانَتْ الْجِرَاحَةُ صَغِيرَةً أَوْ كَبِيرَةً؛ لِأَنَّ الدَّمَ قَدْ يَحْتَسِبُ بِضِيقِ الْمَنْفَذِ أَوْ غِلْظِ الدَّمِ وَعِنْدَ بَعْضِهِمْ يُشْتَرَطُ الْإِدْمَاءُ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «مَا أَنْهَرَ الدَّمَ وَأَفْرَى الْأَوْدَاجَ فَكُلْ» شَرَطَ الْإِنْهَارَ، وَعِنْدَ بَعْضِهِمْ إِنْ كَانَتْ كَبِيرَةً حَلٌّ بِدُونِ الْإِدْمَاءِ، وَلَوْ ذَبَحَ شَاةً وَلَمْ يَسِلْ مِنْهُ الدَّمُ قِيلَ لَا تَحِلُّ وَقِيلَ تَحِلُّ وَوَجْهُ الْقَوْلَيْنِ دَخَلَ فِيمَا ذَكَرْنَاهُ وَإِذَا أَصَابَ السَّهْمُ ظِلْفَ الصَّيْدِ أَوْ قَرْنَهُ، فَإِنْ أَدَمَاهُ حَلٌّ وَإِلَّا فَلَا، وَهَذَا يُؤَيِّدُ بَعْضَ مَا ذَكَرْنَاهُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (إِذَا لَمْ يَخْزُقْ) بِالرَّأْيِ الْمُعْجَمَةِ خَزَقَ الْمِعْرَاضُ: أَيُّ نَفَذَ، وَبِالرَّاءِ الْمُهْمَلَةِ

خَطَأً. وَقَوْلُهُ (وَكَذَلِكَ إِنْ جَرَحَهُ) يَعْنِي إِذَا رَمَاهُ بِحَجَرٍ فَجَرَحَهُ، فَإِنْ كَانَ ثَقِيلًا وَبِهِ حَدَّةٌ، قَالُوا لَا يُؤْكَلُ لِاحْتِمَالِ أَنْ قَتَلَهُ بِثِقَلِهِ، وَإِنْ كَانَ خَفِيفًا وَبِهِ حَدَّةٌ أَكُلَ.

وَالْمَرْوَةُ: حَجَرٌ أَيْضٌ رَقِيقٌ كَالسَّكِّينِ يُذْبَحُ بِهِ، وَاللَّهُمَّ يُسْتَعْمَلُ عَقِبُهُ إِلَّا إِذَا كَانَ الْمُسْتَنْتَى عَزِيزًا نَادِرًا إِذَا نَأَى بَأَنَّهُ بَلَغَ فِي النَّدْرَةِ حَدَّ الشُّدُودِ.

وَقَوْلُهُ (قِيلَ لَا يَحِلُّ) هُوَ قَوْلُ أَبِي الْقَاسِمِ الصَّفَّارِ. وَوَجْهُهُ أَنَّ الدَّمَ النَّجِسَ لَمْ يَسِلْ فَلَا يَكُونُ بِمَعْنَى الذَّبْحِ. وَقِيلَ يَحِلُّ، وَهُوَ قَوْلُ أَبِي بَكْرٍ الْإِسْكَافِيِّ لَوْجُودِ الذَّكَاءِ بَيْنَ اللَّبَةِ وَاللَّحْيَيْنِ، وَالدَّمَ قَدْ يُحْتَسِبُ لِعِلَظِهِ أَوْ لَضِيقِ الْمُنْفَذِ.

وَقَوْلُهُ (وَهَذَا يُؤَيِّدُ بَعْضَ مَا ذَكَرْتَاهُ) يُرِيدُ بِهِ قَوْلُ أَبِي الْقَاسِمِ الصَّفَّارِيِّ فَإِنَّهُ شَرَطَ سَيْلَانَ الدَّمِ.

قَالَ (وَإِذَا رَمَى صَيْدًا فَقَطَعَ عُضْوًا مِنْهُ أَكَلَ الصَّيْدُ) لَمَّا بَيَّنَّاهُ (وَلَا يُؤْكَلُ الْعُضْوُ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: أَكَلًا إِنْ مَاتَ الصَّيْدُ مِنْهُ؛ لِأَنَّهُ مُبَانٌ بِذِكَاةِ الْاضْطِرَّارِ فَيَحِلُّ الْمُبَانُ وَالْمُبَانُ مِنْهُ كَمَا إِذَا أُبِينَ الرَّأْسُ بِذِكَاةِ الْاخْتِيَارِ بِخِلَافِ مَا إِذَا لَمْ يَمُتْ؛ لِأَنَّهُ مَا أُبِينَ بِالذَّكَاءِ وَلَنَا قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «مَا أُبِينَ مِنَ الْحَيِّ فَهُوَ مَيْتٌ»^(١) ذِكْرُ الْحَيِّ مُطْلَقًا فَيَنْصَرِفُ إِلَى الْحَيِّ حَقِيقَةً وَحُكْمًا، وَالْعُضْوُ الْمُبَانُ بِهَذِهِ الصَّفَةِ؛ لِأَنَّ الْمُبَانَ مِنْهُ حَيٌّ حَقِيقَةً لِقِيَامِ الْحَيَاةِ فِيهِ، وَكَذَا حُكْمًا؛ لِأَنَّهُ تَتَوَهَّمُ سَلَامَتُهُ بَعْدَ هَذِهِ الْجِرَاحَةِ وَلِهَذَا اعْتَبَرَهُ الشَّرْعُ حَيًّا، حَتَّى لَوْ وَقَعَ فِي الْمَاءِ وَفِيهِ حَيَاةٌ بِهَذِهِ الصَّفَةِ يَحْرُمُ وَقَوْلُهُ أُبِينَ بِالذَّكَاءِ قُلْنَا حَالٌ وَقُوعِهِ لَمْ يَقَعْ ذِكَاةُ لِبْقَاءِ الرُّوحِ فِي الْبَاقِي، وَعِنْدَ زَوَالِهِ لَا يَظْهَرُ فِي الْمُبَانِ لَعَدَمِ الْحَيَاةِ فِيهِ، وَلَا تَبَعِيَّةَ لَزَوَالِهَا بِالْإِنْفِصَالِ فَصَارَ هَذَا الْحَرْفُ هُوَ الْأَصْلُ؛ لِأَنَّ الْمُبَانَ مِنَ الْحَيِّ حَقِيقَةً وَحُكْمًا لَا يَحِلُّ، وَالْمُبَانُ مِنَ الْحَيِّ صُورَةٌ لَا حُكْمًا يَحِلُّ وَذَلِكَ بِأَنَّهُ يَبْقَى فِي الْمُبَانِ مِنْهُ حَيَاةٌ بِقَدَرِ مَا يَكُونُ فِي الْمَذْبُوحِ فَإِنَّهُ حَيَاةٌ صُورَةٌ لَا حُكْمًا، وَلِهَذَا لَوْ وَقَعَ فِي الْمَاءِ وَبِهِ هَذَا الْقَدَرُ مِنَ الْحَيَاةِ أَوْ تَرَدَّى مِنْ جَبَلٍ أَوْ سَطَحٍ لَا يَحْرُمُ فَتَخْرُجُ عَلَيْهِ الْمَسَائِلُ، فَتَقُولُ: إِذَا قَطَعَ يَدًا أَوْ رِجْلًا أَوْ فَخْذًا أَوْ ثُلُثَهُ مِمَّا يَلِي الْقَوَائِمَ أَوْ أَقَلَّ مِنْ نِصْفِ الرَّأْسِ يَحْرُمُ الْمُبَانُ وَيَحِلُّ الْمُبَانُ مِنْهُ؛ لِأَنَّهُ يَتَوَهَّمُ بَقَاءُ الْحَيَاةِ فِي الْبَاقِي (وَلَوْ قُدَّه بِنِصْفَيْنِ أَوْ قَطَعَهُ أَثْلَاثًا وَالْأَكْثَرُ مِمَّا يَلِي الْعَجْزَ أَوْ قَطَعَ نِصْفَ رَأْسِهِ أَوْ أَكْثَرَ مِنْهُ يَحِلُّ الْمُبَانُ وَالْمُبَانُ مِنْهُ)؛ لِأَنَّ الْمُبَانَ مِنْهُ حَيٌّ صُورَةٌ لَا حُكْمًا؛ إِذْ لَا يَتَوَهَّمُ

(١) أخرجه أبو داود (٢٨٥٨)، والترمذي في الصيد باب ٩، وأحمد (٢١٨/٥).

بَقَاءُ الْحَيَاةِ بَعْدَ هَذَا الْجُرْحِ، وَالْحَدِيثُ وَإِنْ تَنَاوَلَ السَّمَكَ وَمَا أُبَيِّنُ مِنْهُ فَهُوَ مَيِّتٌ، إِلَّا أَنْ مَيِّتَهُ حَلَالٌ بِالْحَدِيثِ الَّذِي رَوَيْنَاهُ.

الشرح:

قَالَ (وَإِنْ رَمَى صَيْدًا إلخ) إِذَا قَطَعَ بِالرَّمْيِ غَضُوًّا مِنَ الصَّيْدِ أَكَلَ الصَّيْدُ لَمَّا يَبَيَّنَ أَنَّ الرَّمْيَ مَعَ الْجَرْحِ مُبِيحٌ وَقَدْ وَجِدَ، وَلَا يُؤْكَلُ الْغَضُوُّ إِنْ أُمِكنَ حَيَاتُهُ بَعْدَ الْإِبَانَةِ وَإِنْ لَمْ يُمَكَّنْ أَكْلًا.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ، وَهُوَ مَذْهَبُ ابْنِ أَبِي لَيْلَى إِنْ مَاتَ الصَّيْدُ مِنْهُ أَكَلَ لِأَنَّهُ مُبَانٌ بِذِكَاةِ الْاضْطِرَّارِ وَكُلُّ مَا كَانَ كَذَلِكَ حَلَّ الْمُبَانُ (وَالْمُبَانُ مِنْهُ كَمَا إِذَا أُبَيِّنَ الرَّأْسُ بِذِكَاةِ الْاخْتِيَارِ) وَذَلِكَ لِأَنَّ قَطْعَ أَيِّ غَضُوٍّ كَانَ فِي ذِكَاةِ الْاضْطِرَّارِ كَقَطْعِ الرَّأْسِ فِي ذِكَاةِ الْاخْتِيَارِ، وَالرَّأْسُ يُؤْكَلُ فِي ذِكَاةِ الْاخْتِيَارِ فَكَذَا الْغَضُوُّ الْمُبَانُ فِي ذِكَاةِ الْاضْطِرَّارِ وَلَنَا قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «مَا أُبَيِّنُ مِنَ الْحَيِّ فَهُوَ مَيِّتٌ» وَوَجْهُ الاسْتِدْلَالِ أَنَّهُ ذَكَرَ الْحَيَّ مُطْلَقًا، وَالْمُطْلَقُ يَنْصَرِفُ إِلَى الْفَرْدِ الْكَامِلِ، وَالْكَامِلُ هُوَ الْحَيُّ حَقِيقَةً وَحُكْمًا، وَالْغَضُوُّ الْمُبَانُ بِهَذِهِ الصِّفَةِ: يَعْنِي أُبَيِّنُ مِنَ الْحَيِّ حَقِيقَةً وَحُكْمًا، أَمَّا حَقِيقَةُ فَلِقَبَاةِ الْحَيَاةِ بِهِ، وَأَمَّا حُكْمًا فَلِأَنَّهُ يُتَوَهَّمُ حَيَاتُهُ بَعْدَ إِبَانَةِ هَذَا الْغَضُوِّ، وَهَذَا: أَيُّ وَلِكونِهِ حَيًّا حُكْمًا اعْتَبَرَهُ الشَّرْعُ حَتَّى لَوْ وَقَعَ فِي الْمَاءِ وَفِيهِ حَيَاةٌ بِهَذِهِ الصِّفَةِ لَمْ يُؤْكَلْ لِحَوَازِ أَنْ يَكُونَ مَوْتُهُ بِوُقُوعِهِ فِي الْمَاءِ.

وَقَوْلُهُ (أُبَيِّنُ بِالذِّكَاةِ) ذَكَرَهُ لِيُجِيبَ عَنْهُ بِقَوْلِهِ قُلْنَا وَتَقْرِيرُهُ سَلَّمْنَا أَنَّ مَا أُبَيِّنُ بِالذِّكَاةِ يُؤْكَلُ وَلَكِنْ لَا ذِكَاةَ هَاهُنَا لِأَنَّ هَذَا الْفِعْلَ وَهُوَ إِبَانَةُ الْغَضُوِّ حَالٌ وَقُوعُهُ لَيْسَ بِذِكَاةٍ لِبَقَاةِ الرُّوحِ فِي الْبَاقِي عَلَى وَجْهِ يُمَكِّنُ الْحَيَاةَ بَعْدَهُ إِذِ الْفَرَضُ ذَلِكَ، وَالْجَرْحُ يُعْتَبَرُ ذِكَاةً إِذَا مَاتَ مِنْهُ، أَوْ يَكُونُ عَلَى وَجْهِ لَا يُمَكِّنُ الْحَيَاةَ بَعْدَهُ، وَهَذَا لَوْ وَجَدَهُ وَفِيهِ مِنَ الْحَيَاةِ فَوْقَ مَا فِي الْمَذْبُوحِ لَا بُدَّ مِنْ ذَبْحِهِ وَعِنْدَ زَوَالِ الرُّوحِ وَإِنْ كَانَ ذِكَاةً بِالنَّسْبَةِ إِلَى الصَّيْدِ، لَكِنَّهُ لَيْسَ بِذِكَاةٍ بِالنَّسْبَةِ إِلَى الْمُبَانِ لِعَدَمِ تَأْثِيرِهِ فِي مَوْتِهِ لَفَقْدِ الْحَيَاةِ فِيهِ حِينَئِذٍ.

فَإِنْ قِيلَ: فَلَيْكُنْ ذِكَاةً لِلْمُبَانِ بِتَبِيعَةِ الْأَكْثَرِ إِذَا مَاتَ مِنْ ذَلِكَ الْقَطْعِ. أَجَابَ بِقَوْلِهِ وَلَا تَبِيعَةً: يَعْنِي: الْأَقْلُ يَتَّبِعُ الْأَكْثَرَ إِذَا لَمْ يَنْفَصِلْ عَنْهُ، وَهَاهُنَا قَدْ انْفَصَلَ فَزَالَتْ التَّبِيعَةُ، وَالْأَصْلُ الْمَذْكُورُ فِي الْكِتَابِ ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (وَالْأَكْثَرُ مِمَّا يَلِي الْعَجْزَ) اخْتِرَازٌ

عَمَّا إِذَا كَانَ الْأَكْثَرُ مِمَّا يَلِي الرَّأْسَ فَإِنَّهُ يُؤْكَلُ الْأَكْثَرُ لَا غَيْرُ، وَهَذَا لِأَنَّ الْأَوْدَاجَ مِنَ الْقَلْبِ إِلَى الدِّمَاغِ، فَإِنْ أَبَانَ الثُّلُثَ مِمَّا يَلِي الْعَجْزَ لَمْ يَقَعِ الْفِعْلُ ذَكَاةً لَعَدَمِ قَطْعِ الْأَوْدَاجِ، وَإِنَّمَا وَقَعَتْ بِمَوْتِهِ، وَالْجُزْءُ مُبَانٌّ عِنْدَ ذَلِكَ.

وَأَمَّا إِذَا أَبَانَ الثُّلُثَ مِمَّا يَلِي الرَّأْسَ فَقَدْ وَقَعَ الذِّكَاةُ بِقَطْعِ الْأَوْدَاجِ نَفْسِهِ، وَحِينَئِذٍ لَمْ يَكُنْ الْجُزْءُ مُبَانًّا، وَالْبَاقِي ظَاهِرٌ.

(وَلَوْ ضَرَبَ عُنُقُ شَاةٍ فَأَبَانَ رَأْسَهَا يَحِلُّ لِقَطْعِ الْأَوْدَاجِ) وَيُكْرَهُ هَذَا الصَّنِيعُ لِإِبْلَاغِهِ التُّخَاعَ، وَإِنْ ضَرَبَهُ مِنْ قَبْلِ الْقَفَا، إِنْ مَاتَ قَبْلَ قَطْعِ الْأَوْدَاجِ لَا يَحِلُّ، وَإِنْ لَمْ يَمُتْ حَتَّى قَطَعَ الْأَوْدَاجَ حَلٌّ (وَلَوْ ضَرَبَ صَيْدًا فَقَطَعَ يَدًا أَوْ رِجْلًا وَلَمْ يُبْنِهِ؛ إِنْ كَانَ يُتَوَهَّمُ الْإِلْتِمَامُ وَالْإِنْدِمَالُ فَإِذَا مَاتَ حَلٌّ أَكْلُهُ)؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ سَائِرِ أَجْزَائِهِ، وَإِنْ كَانَ لَا يُتَوَهَّمُ بَأَنْ يَبْقَى مُتَعَلِّقًا بِجِلْدِهِ حَلٌّ مَا سِوَاهُ لَوْجُودِ الْإِبَانَةِ مَعْنَى وَالْعِبَرَةُ لِلْمَعَانِي.

قَالَ (وَلَا يُؤْكَلُ صَيْدُ الْمَجُوسِيِّ وَالْمُرْتَدِّ وَالْوَقْفِيِّ)؛ لِأَنَّهُمْ لَيْسُوا مِنْ أَهْلِ الذِّكَاةِ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ فِي الذَّبَائِحِ، وَلَا بُدَّ مِنْهَا فِي إِبَاحَةِ الصَّيْدِ بِخِلَافِ النَّصْرَانِيِّ وَالْيَهُودِيِّ؛ لِأَنَّهُمَا مِنْ أَهْلِ الذِّكَاةِ اخْتِيَارًا فَكَذَا اضْطِرَارًا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلَا يُؤْكَلُ صَيْدُ الْمَجُوسِيِّ) مَبْنَاهُ مَا تَقَدَّمَ أَنَّ غَيْرَ أَهْلِ الْكِتَابِ مِنَ الْكُفَّارِ لَيْسَ بِأَهْلٍ لِلذِّكَاةِ الْإِخْتِيَارِيَّةِ وَلَا بُدَّ مِنْهَا فِي إِبَاحَةِ الصَّيْدِ.

قَالَ (وَمَنْ رَمَى صَيْدًا فَأَصَابَهُ وَلَمْ يُثَخِّنْهُ وَلَمْ يُخْرِجْهُ عَنْ حَيْزِ الْإِمْتِنَاعِ فَرَمَاهُ آخَرُ فَقَتَلَهُ فَهُوَ لِلثَّانِي وَيُؤْكَلُ)؛ لِأَنَّهُ هُوَ الْآخِذُ، وَقَدْ قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «الصَّيْدُ لِمَنْ أَخَذَ» (وَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ أَثَخَّنَهُ فَرَمَاهُ الثَّانِي فَقَتَلَهُ فَهُوَ لِلأَوَّلِ وَلَمْ يُؤْكَلْ) لِاحْتِمَالِ الْمَوْتِ بِالثَّانِي، وَهُوَ لَيْسَ بِذَكَاةٍ لِلْقُدْرَةِ عَلَى ذَكَاةِ الْإِخْتِيَارِ بِخِلَافِ الْوَجْهِ الْأَوَّلِ، وَهَذَا إِذَا كَانَ الرَّمِي الْأَوَّلُ بِحَالٍ يَنْجُو مِنْهُ الصَّيْدُ؛ لِأَنَّهُ حِينَئِذٍ يَكُونُ الْمَوْتُ مُضَافًا إِلَى الرَّمِي الثَّانِي وَأَمَّا إِذَا كَانَ الْأَوَّلُ بِحَالٍ لَا يَسْلَمُ مِنْهُ الصَّيْدُ بَأَنْ لَا يَبْقَى فِيهِ مِنَ الْحَيَاةِ إِلَّا بِقَدْرِ مَا يَبْقَى فِي الْمَذْبُوحِ، كَمَا إِذَا أَبَانَ رَأْسَهُ يَحِلُّ؛ لِأَنَّ الْمَوْتَ لَا يُضَافُ إِلَى الرَّمِي الثَّانِي؛ لِأَنَّ وُجُودَهُ وَعَدَمَهُ بِمَنْزِلَةِ، وَإِنْ كَانَ الرَّمِي الْأَوَّلُ بِحَالٍ لَا يَعِيشُ مِنْهُ الصَّيْدُ إِلَّا أَنَّهُ بَقِيَ فِيهِ مِنَ الْحَيَاةِ أَكْثَرُ مِمَّا يَكُونُ بَعْدَ الذَّبْحِ بَأَنْ كَانَ يَعِيشُ يَوْمًا أَوْ دُونَهُ؛ فَعَلَى قَوْلِ أَبِي

يُوسُفَ لَا يَحْرُمُ بِالرَّمْيِ الثَّانِي؛ لِأَنَّ هَذَا الْقَدْرَ مِنَ الْحَيَاةِ لَا عِبْرَةَ بِهَا عِنْدَهُ وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ يَحْرُمُ؛ لِأَنَّ هَذَا الْقَدْرَ مِنَ الْحَيَاةِ مُعْتَبَرٌ عِنْدَهُ عَلَى مَا عُرِفَ مِنْ مَذْهَبِهِ فَصَارَ الْجَوَابُ فِيهِ وَالْجَوَابُ فِيمَا إِذَا كَانَ الْأَوَّلُ بِحَالٍ لَا يَسْلَمُ مِنْهُ الصَّيْدُ سَوَاءً فَلَا يَحِلُّ قَالَ (وَالثَّانِي ضَامِنٌ لِقِيَمَتِهِ لِلأَوَّلِ غَيْرَ مَا نَقَصَتْه جِرَاحَتُهُ)؛ لِأَنَّهُ بِالرَّمْيِ أَتْلَفَ صَيْدًا مَمْلُوكًا لَهُ؛ لِأَنَّهُ مَلَكَهُ بِالرَّمْيِ الْمُتَخَنُّ وَهُوَ مَنْقُوصٌ بِجِرَاحَتِهِ، وَقِيَمَةُ الْمُتْلَفِ تُعْتَبَرُ يَوْمَ الْإِتْلَافِ قَالَ ﷺ: تَأْوِيلُهُ إِذَا عَلِمَ أَنَّ الْقَتْلَ حَصَلَ بِالثَّانِي بِأَنَّ كَانَ الْأَوَّلُ بِحَالٍ يَجُوزُ أَنْ يَسْلَمَ الصَّيْدُ مِنْهُ وَالثَّانِي بِحَالٍ لَا يَسْلَمُ الصَّيْدُ مِنْهُ لِيَكُونَ الْقَتْلُ كُلُّهُ مُضَافًا إِلَى الثَّانِي وَقَدْ قَتَلَ حَيَوَانًا مَمْلُوكًا لِلأَوَّلِ مَنْقُوصًا بِالْجِرَاحَةِ فَلَا يَضْمَنُهُ كَمَلًا، كَمَا إِذَا قَتَلَ عَبْدًا مَرِيضًا إِنْ عَلِمَ أَنَّ الْمَوْتَ يَحْصُلُ مِنَ الْجِرَاحَتَيْنِ أَوْ لَا يَدْرِي قَالَ فِي الزِّيَادَاتِ: يَضْمَنُ الثَّانِي مَا نَقَصَتْهُ جِرَاحَتُهُ ثُمَّ يَضْمَنُهُ نِصْفَ قِيَمَتِهِ مَجْرُوحًا بِجِرَاحَتَيْنِ ثُمَّ يَضْمَنُ نِصْفَ قِيَمَتِهِ لِحِمِّهِ أَمَّا الْأَوَّلُ فَلَأَنَّهُ جَرَحَ حَيَوَانًا مَمْلُوكًا لِلْغَيْرِ وَقَدْ نَقَصَهُ فَيَضْمَنُ مَا نَقَصَهُ أَوَّلًا وَأَمَّا الثَّانِي فَلَأَنَّ الْمَوْتَ حَصَلَ بِالْجِرَاحَتَيْنِ فَيَكُونُ هُوَ مُتْلَفًا نِصْفَهُ وَهُوَ مَمْلُوكٌ لِغَيْرِهِ فَيَضْمَنُ نِصْفَ قِيَمَتِهِ مَجْرُوحًا بِالْجِرَاحَتَيْنِ؛ لِأَنَّ الْأَوَّلَى مَا كَانَتْ بِصُنْعِهِ، وَالثَّانِيَةُ ضَمِنَهَا مَرَّةً فَلَا يَضْمَنُهَا ثَانِيًا وَأَمَّا الثَّالِثُ فَلَأَنَّ بِالرَّمْيِ الْأَوَّلِ صَارَ بِحَالٍ يَحِلُّ بِذِكَاةِ الْإِخْتِيَارِ لَوْلَا رَمَى الثَّانِي، فَهَذَا بِالرَّمْيِ الثَّانِي أَفْسَدَ عَلَيْهِ نِصْفَ اللَّحْمِ فَيَضْمَنُهُ، وَلَا يَضْمَنُ النِّصْفَ الْآخَرَ؛ لِأَنَّهُ ضَمِنَهُ مَرَّةً فَدَخَلَ ضَمَانُ اللَّحْمِ فِيهِ، وَإِنْ كَانَ رَمَاهُ الْأَوَّلُ ثَانِيًا فَالْجَوَابُ فِي حُكْمِ الْإِبَاحَةِ كَالْجَوَابِ فِيمَا إِذَا كَانَ الرَّامِي غَيْرَهُ، وَيَصِيرُ كَمَا إِذَا رَمَى صَيْدًا عَلَى قِيَمَتِهِ جَبَلٍ فَأَخَذَهُ ثُمَّ رَمَاهُ ثَانِيًا فَأَنْزَلَهُ لَا يَحِلُّ؛ لِأَنَّ الثَّانِي مُحَرَّمٌ، كَذَا هَذَا.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ رَمَى صَيْدًا فَأَصَابَهُ وَلَمْ يُثَخِّنْهُ إلخ) اعْلَمْ أَنَّ الرَّجُلَيْنِ إِذَا رَمَيَا صَيْدًا فَذَاكَ يَنْقَسِمُ إِلَى قِسْمَيْنِ: إِمَّا أَنْ يَرْمِيَاهُ مَعًا أَوْ مُتَعَاقِبًا. وَالْأَوَّلُ عَلَى أَوْجِهِ: فَإِنَّهُ إِذَا رَمِيَاهُ مَعًا فِيمَا أَنْ يُصِيبَا مَعًا أَوْ يُصِيبَ أَحَدُهُمَا أَوَّلًا، فَإِنْ أَصَابَ فِيمَا أَنْ يُثَخِّنْهُ قَبْلَ إِصَابَةِ الثَّانِي أَوَّلًا. وَالثَّانِي كَذَلِكَ فَإِنَّهُ إِمَّا إِنْ رَمَاهُ الثَّانِي قَبْلَ إِصَابَةِ السَّهْمِ الْأَوَّلِ أَوْ بَعْدَهَا، فَإِنْ كَانَ الثَّانِي فِيمَا أَنْ يُثَخِّنْهُ الْأَوَّلُ أَوْ لَمْ يُثَخِّنْهُ، وَالْأَوَّلُ بِوُجُوهِهِ وَالْوَجْهَ الْأَوَّلُ مِنَ الثَّانِي غَيْرُ مَذْكُورٍ فِي الْكِتَابِ، وَأَنَا أَذْكُرُ ذَلِكَ

تَكْمِلَةَ لِلإِفَادَةِ، فَإِنْ رَمَى مَعَ وَأَصَابَا مَعَ فَقَتَلَاهُ فَهُوَ لُهُمَا جَمِيعًا، وَيُؤْكَلُ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا رَمَى إِلَى صَيْدٍ مُبَاحٍ فَيَحِلُّ تَنَاوُلُهُ عَتَبَارًا بِحَالَةِ الرَّمْيِ، فَإِنَّهُ كَانَ صَيْدًا حَالِ رَمِيهِمَا فَيَقَعُ فِعْلُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ذِكَاةً وَأَصَابَتِ الرَّمِيَّتَانِ مَعَ فَاسْتَوَيَا فِي السَّبِيَّةِ، وَذَلِكَ يُوجِبُ الْمَسَاوَاةَ فِي الْمَلِكِ، وَإِنْ رَمَيَاهُ مَعَ فَأَصَابَهُ سَهْمٌ أَحَدَهُمَا أَوَّلًا فَأَتْخَنَهُ: أَيْ أَضْعَفَهُ وَأَخْرَجَهُ عَنْ حَيْزِ الْاِمْتِنَاعِ ثُمَّ أَصَابَ سَهْمُ الْآخَرِ فَقَتَلَهُ فَهُوَ لِلأَوَّلِ، وَحَلَّ أَكْلُهُ عِنْدَنَا، خِلَافًا لِرُفَرٍ. هُوَ يَعْتَبَرُ حَالَةَ الْاِتِّصَالِ وَالسَّهْمُ الثَّانِي أَصَابَهُ وَهُوَ غَيْرُ مُمْتَنِعٍ فَصَارَ كَمَا لَوْ رَمَى شَاةً، وَتَحْنُ تَعْتَبَرُ لِلْحِلِّ حَالَةَ الْإِرْسَالِ لِأَنَّ الْإِصَابَةَ بِالْمَحَلِّ تُبِيحُهُ وَلِهَذَا تَعَيَّنَ التَّسْمِيَةُ حَالَةَ الْإِرْسَالِ وَالْإِرْسَالُ قَدْ حَصَلَ مِنْهُمَا وَالْمَحَلُّ صَيْدٌ فَلَمْ يَتَعَلَّقْ بِالثَّانِي حَظْرًا، وَلِلْمَلِكِ حَالَةَ الْاِتِّصَالِ لِأَنَّ الْمَلِكَ يَتَّصِلُ بِالْمَحَلِّ، وَسَهْمُ الْأَوَّلِ أَخْرَجَهُ عَنْ حَيْزِ الْاِمْتِنَاعِ فَمَلَكَهُ قَبْلَ أَنْ يَتَّصِلَ بِهِ الثَّانِي، وَإِنْ لَمْ يُتَخَنَ فَهُوَ لِلثَّانِي وَهُوَ ظَاهِرٌ، وَإِنْ رَمَاهُ الثَّانِي بَعْدَمَا رَمَاهُ الْأَوَّلُ قَبْلَ أَنْ يُصِيبَ سَهْمُهُ وَهُوَ الْأَوَّلُ مِنَ الْقِسْمِ الثَّانِي فَحُكْمُهُ حُكْمُ مَا لَوْ رَمَيَاهُ مَعَ هُوَ لُهُمَا وَحَلَّ أَكْلُهُ.

وَأَمَّا الْمَذْكُورُ فِي الْكِتَابِ فَقَدْ أَمَعَنَ الْمُصَنِّفُ فِي بَيَانِهِ، وَشِيرَ إِلَى بَعْضِ أَلْفَاظِهِ إِنْ خَفِيَ. فَقَوْلُهُ (هَذَا) إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ وَلَمْ يُؤْكَلِ.

وقَوْلُهُ (وَإِنْ عَلِمَ أَنَّ الْمَوْتَ حَصَلَ مِنَ الْجِرَاحَتَيْنِ أَوْ لَا يَذَرِي قَالَ فِي الزِّيَادَاتِ إلخ) بَيَانٌ لِحُكْمِ الضَّمَانِ وَلَمْ يَذْكُرْ حُكْمَ الْحِلِّ.

وَحُكْمُهُ أَنَّهُ لَمْ يُؤْكَلِ لِأَنَّ إِحْدَى الرَّمِيَّتَيْنِ تَعَلَّقَ بِهَا حَظْرٌ وَالْآخَرَى تَعَلَّقَ بِهَا الْإِبَاحَةُ، وَإِنَّمَا لَمْ يَذْكُرْهُ الْمُصَنِّفُ لِأَنَّهُ يُعْلَمُ مِنَ ضَمَانِ اللَّحْمِ، وَإِنَّمَا كَانَ حُكْمُ صُورِهِ الْجَهَالَةِ وَهِيَ أَنْ لَا يَذَرِي أَنَّ الْمَوْتَ حَصَلَ بَأَيِّهِمَا كَصُورَةِ الْعِلْمِ بِذَلِكَ، لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنَ الْجِرَاحَتَيْنِ سَبَبٌ لِلْقَتْلِ ظَاهِرًا فَيُضَافُ إِلَيْهِمَا.

قِيلَ كَانَ الْوَاجِبُ أَنْ يَسْقُطَ عَنْهُ ضَمَانُ نُقْصَانِ الْجِرَاحَةِ لِدُخُولِهِ تَحْتَ ضَمَانِ نِصْفِ الْقِيَمَةِ، وَهُوَ فَاسِدٌ لِأَنَّ ضَمَانَ نُقْصَانِ الْجِرَاحَةِ إِنَّمَا هُوَ بِسَبَبٍ قَبْلَ سَبَبِ ضَمَانِ نِصْفِ الْقِيَمَةِ فَكَيْفَ يَدْخُلُ فِيهِ.

وقَوْلُهُ (وَإِنْ كَانَ رَمَاهُ الْأَوَّلُ ثَانِيًا) يَعْنِي أَنَّ مَا تَقَدَّمَ كَانَ فِيمَا إِذَا كَانَ الرَّامِي الثَّانِي غَيْرَ الرَّامِي الْأَوَّلِ، وَهَذَا فِيمَا إِذَا رَمَاهُ الْأَوَّلُ ثَانِيًا. قَوْلُهُ (فَالْجَوَابُ فِي حُكْمِ

الإِبَاحَةُ إِنْ لَمْ يَعْني لَ فِي حُكْمِ الضَّمَانِ، لِأَنَّ الْإِنْسَانَ لَا يَضْمَنُ مِلْكَ نَفْسِهِ بِفِعْلِهِ
لِنَفْسِهِ، وَالْبَاقِي وَاضِحٌ.

قَالَ (وَيَجُوزُ اصْطِيَادُ مَا يُؤْكَلُ لَحْمُهُ مِنَ الْحَيَوَانِ وَمَا لَا يُؤْكَلُ) لِإِطْلَاقِ مَا
تَلَوْنَا وَالصَّيْدُ لَا يَخْتَصُّ بِمَأْكُولِ اللَّحْمِ قَالَ قَائِلُهُمْ:

صَيْدُ الْمُلُوكِ أَرَانِبٌ وَتَعَالِبٌ وَإِذَا رَكِبْتَ فَصَيْدِي الْأَبْطَالُ

وَلِأَنَّ صَيْدَهُ سَبَبٌ لِلانْتِفَاعِ بِجِلْدِهِ أَوْ شَعْرِهِ أَوْ رِيشَةٍ أَوْ لاسْتِدْفَاعِ شَرِّهِ وَكُلُّ
ذَلِكَ مَشْرُوعٌ وَاللَّهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

كِتَابُ الرَّهْنِ

الرَّهْنُ لُغَةً: حَبْسُ الشَّيْءِ بِأَيِّ سَبَبٍ كَانَ وَفِي الشَّرِيعَةِ: جَعْلُ الشَّيْءِ مَحْبُوسًا بِحَقِّ
يُمْكِنُ اسْتِيفَاؤُهُ مِنَ الرَّهْنِ كَالَّذِينَ، وَهُوَ مَشْرُوعٌ بِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿فَرِهْنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة: ١٢٨٣] وَبِمَا رَوَى «أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ اشْتَرَى مِنْ يَهُودِيٍّ طَعَامًا وَرَهْنَهُ بِهِ دِرْعَهُ»
وَقَدْ انْعَقَدَ عَلَى ذَلِكَ الْإِجْمَاعُ، وَلَأَنَّهُ عَقْدٌ وَثِيقَةٌ لِحَاثِ الْإِسْتِيفَاءِ فَيُعْتَبَرُ بِالْوَثِيقَةِ فِي
طَرَفِ الْوُجُوبِ وَهِيَ الْكِفَالَةُ قَالَ (الرَّهْنُ يَنْعَقِدُ بِالْإِجَابِ وَالْقَبُولِ وَيَتِمُّ بِالْقَبْضِ) قَالُوا:
الرُّكْنُ الْإِجَابُ بِمُجَرَّدِهِ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ تَبَرُّعٌ فَيَتِمُّ بِالتَّبَرُّعِ كَالْهَبَةِ وَالصَّدَقَةِ وَالْقَبْضُ
شَرْطُ الزُّرْمِ عَلَى مَا نُبِيتُهُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى وَقَالَ مَالِكٌ: يَلْزَمُ بِنَفْسِ الْعَقْدِ؛ لِأَنَّهُ يَخْتَصُّ
بِالْمَالِ مِنَ الْجَانِبَيْنِ فَصَارَ كَالْبَيْعِ، وَلَأَنَّهُ عَقْدٌ وَثِيقَةٌ فَأَشْبَهَ الْكِفَالَةَ وَلَنَا مَا تَلَوْنَا،
وَالْمَصْدَرُ الْمَقْرُونُ بِحَرْفِ الْفَاءِ فِي مَحَلِّ الْجَزَاءِ يُرَادُ بِهِ الْأَمْرُ، وَلَأَنَّهُ عَقْدٌ تَبَرُّعٌ لَمَّا أَنَّ
الرَّاهِنَ لَا يَسْتَوْجِبُ بِمُقَابَلَتِهِ عَلَى الْمُرْتَهِنِ شَيْئًا وَلِهَذَا لَا يُجْبَرُ عَلَيْهِ فَلَا بُدَّ مِنْ إِمْضَائِهِ
كَمَا فِي الْوَصِيَّةِ وَذَلِكَ بِالْقَبْضِ، ثُمَّ يَكْتَفِي فِيهِ بِالتَّخْلِيَةِ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ؛ لِأَنَّهُ قَبْضٌ
بِحُكْمِ عَقْدٍ مَشْرُوعٍ فَأَشْبَهَ قَبْضَ الْمَبِيعِ وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ لَا يَثْبُتُ فِي الْمَنْقُولِ
إِلَّا بِالنَّقْلِ؛ لِأَنَّهُ قَبْضٌ مُوجِبٌ لِلضَّمَانِ ابْتِدَاءً بِمَنْزِلَةِ الْغَصْبِ، بِخِلَافِ الشِّرَاءِ؛ لِأَنَّهُ نَاقِلٌ
لِلضَّمَانِ مِنَ الْبَائِعِ إِلَى الْمُشْتَرِي وَلَيْسَ بِمُوجِبٍ ابْتِدَاءً وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ.

الشرح:

(كِتَابُ الرَّهْنِ): وَجْهٌ مُنَاسِبَةٌ الرَّهْنِ لِكِتَابِ الصِّيدِ مِنْ حَيْثُ كَوْنُهُمَا سَبَبِينَ
لِتَحْصِيلِ الْمَالِ، وَمِنْ مَحَاسِنِهِ حُصُولُ النَّظَرِ لِحَاثِ الدَّائِنِ وَالْمُدْيُونِ.
وَسَبَبُهُ مَا ذَكَرْنَا غَيْرَ مَرَّةٍ. وَشَرْطُ جَوَازِهِ وَتَفْسِيرُهُ وَمَشْرُوعِيَّتُهُ وَحُكْمُهُ مَذْكُورٌ
فِي الْكِتَابِ، وَسَنَذْكُرُهُ شَيْئًا فَشَيْئًا. أَمَّا تَفْسِيرُهُ فَمَا ذَكَرَهُ (الرَّهْنُ لُغَةً حَبْسُ الشَّيْءِ بِأَيِّ
سَبَبٍ كَانَ، وَفِي الشَّرِيعَةِ جَعْلُ الشَّيْءِ مَحْبُوسًا بِحَقِّ يُمْكِنُ اسْتِيفَاؤُهُ مِنْهُ) أَيْ اسْتِيفَاءُ
الْحَقِّ مِنَ الرَّهْنِ بِمَعْنَى الْمَرْهُونِ (كَالَّذِينَ) وَهُوَ احْتِرَازٌ عَنْ ارْتِهَانِ الْخَمْرِ وَعَنْ الرَّهْنِ
عَنِ الْحُدُودِ وَالْقِصَاصِ، وَأَمَّا مَشْرُوعِيَّتُهُ فَبِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿فَرِهْنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ وَهُوَ جَمْعُ
رَهْنٍ كَعِبَادٍ فِي جَمْعِ عَبْدٍ، وَبِمَا رَوَى «أَنَّهُ ﷺ اشْتَرَى مِنْ يَهُودِيٍّ طَعَامًا وَرَهْنَهُ دِرْعَهُ»
وَبِالْإِجْمَاعِ فَإِنَّ الْأُمَّةَ اجْتَمَعَتْ عَلَى جَوَازِهِ مِنْ غَيْرِ نَكِيرٍ، وَبِالْمَقُولِ وَهُوَ أَنَّهُ عَقْدٌ وَثِيقَةٌ

لِجَانِبِ الْإِسْتِيفَاءِ فَيُعْتَبَرُ بِالْوَيْثِقَةِ فِي طَرَفِ الْوُجُوبِ.

وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ لِلدَّيْنِ طَرَفَيْنِ: طَرَفُ الْوُجُوبِ وَطَرَفُ الْإِسْتِيفَاءِ لِأَنَّهُ يَجِبُ أَوَّلًا فِي الدَّيْنِ ثُمَّ يُسْتَوْفَى الْمَالُ بَعْدَ ذَلِكَ، ثُمَّ الْوَيْثِقَةُ لَطَرَفِ الْوُجُوبِ الَّذِي يَخْتَصُّ بِالدَّيْنِ وَهِيَ الْكَفَالَةُ جَائِزَةٌ، فَكَذَا الْوَيْثِقَةُ الَّتِي تَخْتَصُّ بِالْمَالِ، بَلْ بِطَرِيقِ الْأَوَّلَى لِأَنَّ الْإِسْتِيفَاءَ هُوَ الْمَقْصُودُ وَالْوُجُوبُ وَسِيلَةٌ إِلَيْهِ.

قَالَ (الرَّهْنُ يَنْعَقِدُ بِالِإِيجَابِ وَالْقَبُولِ) رُكْنُ الرَّهْنِ الْإِيجَابُ، وَهُوَ قَوْلُ الرَّاهِنِ رَهْنْتُكَ هَذَا الْمَالُ بِدَيْنٍ لَكَ عَلَيَّ وَمَا أَشْبَهَهُ. وَالْقَبُولُ: وَهُوَ قَوْلُ الْمُرْتَهِنِ قَبِلْتُ، لِأَنَّهُ عَقْدٌ وَالْعَقْدُ يَنْعَقِدُ بِالِإِيجَابِ وَالْقَبُولِ، وَعَلَى ذَلِكَ عَامَّةُ الْمَشَائِخِ (قَالُوا) أَرَادَ بِهِ شَيْخُ الْإِسْلَامِ خَوَاهِرَ زَادَةَ (الرُّكْنَ بِالِإِيجَابِ بِمُجَرَّدِهِ لِأَنَّهُ عَقْدٌ تَبَرُّعٌ، وَكُلُّ مَا هُوَ كَذَلِكَ يَتِمُّ بِالْمُتَبَرِّعِ) فَالرَّهْنُ يَتِمُّ بِالْمُتَبَرِّعِ، أَمَا أَنَّهُ عَقْدٌ تَبَرُّعٌ فَلَأَنَّ الرَّاهِنَ لَمْ يَسْتَوْجِبْ بِإِزَاءِ مَا أَثْبَتَ لِلْمُرْتَهِنِ مِنَ الْيَدِ شَيْئًا عَلَيْهِ، وَلَا نَعْنِي بِالْمُتَبَرِّعِ إِلَّا ذَلِكَ. وَأَمَّا أَنَّ كُلَّ مَا هُوَ كَذَلِكَ يَتِمُّ بِالْمُتَبَرِّعِ فَكَالِهَبَةِ وَالصَّدَقَةِ، وَفِيهِ نَظَرٌ لِأَنَّهُ اسْتَوْجَبَ عَلَيْهِ صَيْرُورَتُهُ مُسْتَوْفِيًا لَدَيْنِهِ عِنْدَ الْهَلَكَ. وَالْجَوَابُ أَنَّ الْمُرَادَ بِالِاسْتِيجَابِ مَا يَكُونُ ابْتِدَاءً وَالرَّهْنُ لَيْسَ كَذَلِكَ.

قَوْلُهُ (وَالْقَبْضُ شَرْطُ اللَّزُومِ) كَأَنَّهُ تَفْسِيرٌ لِقَوْلِ الْقُدُورِيِّ وَيَتِمُّ الْقَبْضُ فَيَكُونُ الرَّهْنُ قَبْلَ الْقَبْضِ جَائِزًا وَبِهِ يَلْزَمُ، وَهُوَ أَيْضًا اخْتِيَارُ شَيْخِ الْإِسْلَامِ وَهُوَ مُخَالَفٌ لِرَوَايَةِ عَامَّةِ الْكُتُبِ. قَالَ مُحَمَّدٌ: لَا يَجُوزُ الرَّهْنُ إِلَّا مَقْبُوضًا. وَقَالَ الْحَاكِمُ الشَّهِيدُ فِي الْكَافِي: لَا يَجُوزُ الرَّهْنُ غَيْرَ مَقْبُوضٍ. وَقَالَ الطَّحَاوِيُّ فِي مُخْتَصَرِهِ: لَا يَجُوزُ الرَّهْنُ إِلَّا مَقْبُوضًا مُفْرَعًا مَحْزُورًا.

وَقَالَ الْكَرْحِيُّ فِي مُخْتَصَرِهِ: قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ زُفَرٌ وَأَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ وَالْحَسَنُ ابْنُ زِيَادٍ: لَا يَجُوزُ الرَّهْنُ إِلَّا مَقْبُوضًا. وَقَالَ مَالِكٌ: يَلْزَمُ الرَّهْنُ بِنَفْسِ الْعَقْدِ لِأَنَّهُ يَخْتَصُّ بِنَفْسِ الْمَالِ مِنَ الْجَانِبَيْنِ فَصَارَ كَالْبَيْعِ، وَلِأَنَّهُ عَقْدٌ وَثِيقَةٌ فَلَا يَكُونُ الْقَبْضُ شَرْطًا كَالْكَفَالَةِ (وَلَنَا مَا ثَلَوْنَا) مِنْ قَوْلِهِ تَعَالَى ﴿فَرَهْنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ وَالْمَصْدَرُ الْمَقْرُونُ بِحَرْفِ الْفَاءِ فِي مَحَلِّ الْحَزَاءِ يُرَادُ بِهِ الْأَمْرُ كَمَا فِي قَوْلِهِ تَعَالَى ﴿فَمَنْ كَانَ مِنْكُمْ مَرِيضًا أَوْ عَلَى سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِنْ أَيَّامٍ أُخَرَ﴾ [البقرة: ١٨٤] أَيْ فَلْيَصُمْ، وَكَمَا فِي قَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَاً وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَاً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾

[النساء: ٩٢] أَي فليَحْرَزْ فَيَكُونُ تَقْدِيرُهُ وَاللَّهُ أَعْلَمُ: وَإِذَا كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرَاهُنُوا وَارْتَهِنُوا، لَكِنْ تَرَكَ كَوْنَهُ مَعْمُولًا بِهِ فِي حَقِّ ذَلِكَ حَيْثُ لَمْ يَجِبِ الرَّهْنُ عَلَى الْمَدْيُونِ وَلَا قَبُولُهُ عَلَى الدَّائِنِ بِالْإِجْمَاعِ فَوَجَبَ أَنْ يَعْمَلَ فِي شَرْطِهِ وَهُوَ الْقَبْضُ كَمَا فِي قَوْلِهِ ﷺ «الْحِنْطَةُ بِالْحِنْطَةِ مِثْلًا بِمِثْلِ» بِالنَّصْبِ: أَي يَبْعُوا، فَلَمْ يَعْمَلِ الْأَمْرُ فِي نَفْسِ الْبَيْعِ لِأَنَّ الْبَيْعَ مُبَاحٌ فَصُرِفَ إِلَى شَرْطِهِ وَهُوَ الْمُمَاتَلَةُ فِي أَمْوَالِ الرِّبَا فَكَذَا هَذَا. وَفِيهِ بَحْثٌ مِنْ أَوْجُهٍ: الْأَوَّلُ مَا قِيلَ إِنَّ الْمُصَنَّفَ جَعَلَ الرَّهَانَ مَصْدَرًا وَهُوَ جَمْعُ رَهْنٍ. وَالثَّانِي أَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ الْأَمْرُ لِلِإِبَاحَةِ بِقَرِينَةِ الْإِجْمَاعِ فَيَنْصَرِفُ إِلَى الرَّهْنِ لَا إِلَى الْقَبْضِ. وَالثَّالِثُ أَنَّ الْقَبْضَ إِنْ كَانَ شَرْطًا لِلْجَوَازِ أَوْ لِلزُّومِ وَسَلِمَ ذَلِكَ فَقَدْ ارْتَفَعَ النَّزَاعُ وَلَا حَاجَةَ إِلَى الدَّلِيلِ.

وَالرَّابِعُ أَنَّ الْآيَةَ مَتْرُوكَةُ الظَّاهِرِ، لِأَنَّ ظَاهِرَهَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّ الرَّهْنَ إِنَّمَا يَكُونُ فِي السَّفَرِ كَمَا قَالَ بِهِ مُجَاهِدٌ وَالضَّحَّاكُ وَقَدْ تُرِكَ. وَمَتْرُوكُ الظَّاهِرِ لَا يَصْلُحُ حُجَّةً. وَالْجَوَابُ عَنْ الْأَوَّلِ أَنَّهُ مِمَّا يُقْضَى مِنْهُ الْعَجَبُ لِأَنَّهُ جَمْعُ رَهْنٍ وَالرَّهْنُ مَصْدَرٌ فَجَمْعُهُ كَذَلِكَ، وَإِسْنَادُ "مَقْبُوضَةٌ" إِلَى ضَمِيرِ الْمَصْدَرِ مَجَازٌ عَقْلِيٌّ كَمَا فِي: سَبَلُ مُفْعَمٍ.

وَعَنِ الثَّانِي أَنَّ الْأَمْرَ فِي الْوُجُوبِ حَقِيقَةٌ كَمَا عُرِفَ وَالْإِجْمَاعُ لَا يَصْلُحُ قَرِينَةً لِلْمَجَازِ لِأَنَّ الْمَجَازَ هُوَ اللَّفْظُ الْمُسْتَعْمَلُ فِي غَيْرِ مَا وُضِعَ لَهُ بِقَرِينَةٍ وَالْإِجْمَاعُ لَمْ يَكُنْ حَالِ اسْتِعْمَالِ هَذَا اللَّفْظِ، وَإِعْمَالُ الْحَقِيقَةِ فِي الرَّهْنِ غَيْرُ مُمَكِّنٍ فَصُرِفَ إِلَى الْقَبْضِ. وَعَنِ الثَّالِثِ أَنَّ الدَّلِيلَ لِلزَّامِ مَالِكِ رَحِمَهُ اللَّهُ حَيْثُ لَا يَجْعَلُهُ شَرْطَ الزُّومِ وَلَا الْجَوَازِ، وَذَلِكَ أَنَّ اللَّهَ تَعَالَى وَصَفَ الرَّهْنَ بِالْقَبْضِ كَمَا وَصَفَ التَّجَارَةَ بِالتَّرَاضِي، وَالتَّرَاضِي وَصَفَ لَزِمَ فِي التَّجَارَةِ فَكَذَا الْقَبْضُ فِي الرَّهْنِ. لَا يُقَالُ: هَذَا اسْتِدْلَالٌ بِمَفْهُومِ الصِّفَةِ، وَهُوَ لَيْسَ بِصَحِيحٍ، إِمَّا لِأَنَّ ذَلِكَ مَذْهَبُ الْجُمْهُورِ مِنْ أَصْحَابِنَا فَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ الْمُصَنَّفُ قَدْ اخْتَارَهُ، وَإِمَّا لِأَنَّ عَدَمَ الصِّحَّةِ إِنَّمَا يَكُونُ إِذَا لَمْ تَكُنِ الصِّفَةُ مَقْصُودَةً، وَقَدْ ذَكَرْنَا آتِفًا أَنَّ الْوُجُوبَ انْصَرَفَ إِلَيْهَا.

وَعَنِ الرَّابِعِ بَاطِلًا لَا يُسَلَّمُ أَنَّهُ مَتْرُوكُ الظَّاهِرِ بِدَلِيلٍ لَيْسَ بِحُجَّةٍ، لِأَنَّ التُّصَوُّصَ الْمُؤَوَّلَةَ مَتْرُوكَةُ الظَّاهِرِ وَهِيَ عَامَّةُ الدَّلَائِلِ، هَذَا مَا سَتَحَ لِي فِي هَذَا الْمَوْضِعِ وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

وَقَوْلُهُ (وَلَا تُعْقِدُ تَبَرُّعًا) دَلِيلٌ مَعْقُولٌ عَلَى اشْتِرَاطِ الْقَبْضِ وَهُوَ وَاضِحٌ. قَوْلُهُ (ثُمَّ يُكْتَفَى فِيهِ بِالتَّخْلِيَةِ) يُرِيدُ بِهَا رَفْعَ الْمَانِعِ، وَوَجْهَ ظَاهِرِ الرَّوَايَةِ وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (لَأَنَّهُ) أَيُّ قَبْضِ الرَّهْنِ قَبْضٌ مُوجِبٌ لِلضَّمَانِ ابْتِدَاءً) لَأَنَّهُ لَمْ يَكُنْ مَضْمُونًا عَلَى الرَّاهِنِ قَبْلَ الْقَبْضِ حَتَّى يَنْتَقِلَ الضَّمَانُ مِنْهُ إِلَى الْمُرْتَهِنِ، وَكُلُّ قَبْضٍ هَذَا شَأْنُهُ لَا يُكْتَفَى فِيهِ بِالتَّخْلِيَةِ كَمَا فِي الْعَصَبِ، فَإِنَّ الْمَعْصُوبَ لَا يَصِيرُ مَضْمُونًا بِذَوْنِ الثَّقَلِ فَكَذَلِكَ الْمَرْهُونُ، وَفِيهِ نَظَرٌ لِأَنَّ الْقَبْضَ بَعْدَ التَّبَرُّعِ لَمْ يُعْهَدْ مُوجِبًا لِلضَّمَانِ وَبَيْنَ التَّبَرُّعِ وَالضَّمَانِ مُنَافَاةٌ، وَلَا بُدَّ مِنَ الضَّمَانِ فِي الرَّهْنِ عِنْدَ الْهَلَاكِ فَيَنْتَقِي التَّبَرُّعُ فَلَا يَنْعَقِدُ الرَّهْنُ إِلَّا بِالِإِجَابِ وَالْقَبُولِ، وَعَلَى ذَلِكَ رَوَايَةُ الْكُتُبِ كَالْمُنْتَقَى وَالْمُحِيطِ وَغَيْرِهِمَا (بِخِلَافِ الشَّرَاءِ) جَوَابٌ عَنْ قِيَاسِ وَجْهِ الظَّاهِرِ بِأَنَّ الْقَبْضَ فِي الشَّرَاءِ نَاقِلٌ لِلضَّمَانِ مِنَ الْبَائِعِ إِلَى الْمُشْتَرِي لِكَوْنِ الْمَيْعِ بَعْدَ الْعَقْدِ قَبْلَ التَّسْلِيمِ إِلَى الْمُشْتَرِي مَضْمُونًا عَلَى الْبَائِعِ بِالثَّمَنِ، وَبِالتَّسْلِيمِ إِلَيْهِ يَنْتَقِلُ الضَّمَانُ مِنْهُ إِلَيْهِ فَلَمْ يَكُنْ مَضْمُونًا عَلَى الْبَائِعِ ابْتِدَاءً. وَقَوْلُهُ (وَالأَوَّلُ) أَيُّ وَجْهِ الظَّاهِرِ (أَصَحُّ) لِأَنَّ الرَّهْنَ تَوْثِيقٌ لِحَقِّهِ الْاسْتِيفَاءِ، وَحَقِيقَةُ الْاسْتِيفَاءِ تُثَبِّتُ بِالتَّخْلِيَةِ بِأَنَّ يُخْلَى الرَّاهِنُ بَيْنَ الْمُرْتَهِنِ وَذَيْنِهِ فَكَذَلِكَ جِهَتُهُ، إِذْ الْحَقِيقَةُ أَقْوَى مِنَ الْجِهَةِ، وَمَا يُثَبِّتُ بِهِ الْأَقْوَى يُثَبِّتُ بِهِ الْأَدْنَى.

وَأَمَّا الْوَصْفُ الْمَذْكُورُ فِي وَجْهِ غَيْرِ الظَّاهِرِ وَهُوَ كَوْنُ الْقَبْضِ فِي الشَّرَاءِ نَاقِلًا لِلضَّمَانِ وَفِي الرَّهْنِ مُثَبَّتًا لَهُ ابْتِدَاءً فَلَا يَكَادُ يُبَيِّنُ.

قَالَ (وَإِذَا قَبِضَهُ الْمُرْتَهِنُ مَحْزُورًا مُفْرَغًا مُتَمَيِّزًا تَمَّ الْعَقْدُ فِيهِ) لَوْجُودِ الْقَبْضِ بِكَمَالِهِ فَلَزِمَ الْعَقْدُ (وَمَا لَمْ يَقْبِضْهُ فَالْزَمَ بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ سَلَمُهُ وَإِنْ شَاءَ رَجَعُ عَنْ الرَّهْنِ) لَمَّا ذَكَرْنَا أَنَّ الزُّومَ بِالْقَبْضِ إِذَا الْمَقْصُودُ لَا يَحْصُلُ قَبْلَهُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (فَإِذَا قَبِضَهُ الْمُرْتَهِنُ إلخ) قَدْ ثَبَتَ أَنَّ الْقَبْضَ مَنْصُوصٌ عَلَيْهِ، وَقَدْ تَقَدَّمَ فِي الْهَيْةِ أَنَّ الْمَنْصُوصَ مُعْتَنَى بِشَأْنِهِ وَذَلِكَ يَقْتَضِي الْكَمَالَ، وَالْكَامِلُ فِي الْقَبْضِ هُوَ أَنْ يَكُونَ الرَّهْنُ مَحْزُورًا مُفْرَغًا مُتَمَيِّزًا فَيَجِبُ ذَلِكَ. وَقَوْلُهُ مَحْزُورًا احْتِرَازًا عَنْ رَهْنِ الثَّمَرِ عَلَى رُءُوسِ التَّخْلِ بِذَوْنِهَا.

وَقَوْلُهُ (مُفْرَغًا) احْتِرَازًا عَنْ عَكْسِهِ. وَقَوْلُهُ (مُتَمَيِّزًا) احْتِرَازًا عَنْ الشُّيُوعِ فِي

الرَّهْنِ، فَإِنْ قَبِضَهُ الْمُرْتَهِنُ عَلَى هَذَا الْوَجْهِ تَمَّ الْعَقْدُ وَلَزِمَ.
وَأِنْ لَمْ يَقْبِضْهُ فَالرَّاهِنُ بِالْخِيَارِ بَيْنَ التَّسْلِيمِ وَعَدَمِهِ لَمَّا ذَكَرْنَا أَنَّ اللُّزُومَ أَوْ الْجَوَازَ
بِالْقَبْضِ، إِذِ الْمَقْصُودُ وَهُوَ الْاِسْتِيفَاءُ لَا يَحْصُلُ قَبْلَهُ: أَيْ قَبْلَ الْقَبْضِ، فَإِذَا قَبِضَهُ الْمُرْتَهِنُ
دَخَلَ فِي ضَمَانِهِ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: هُوَ أَمَانَةٌ فِي يَدِهِ لَا يَسْقُطُ بِهَلَاكِه شَيْءٌ مِنَ الدَّيْنِ
لِقَوْلِهِ ﷺ «لَا يُغْلَقُ الرَّهْنُ»^(١) قَالَهَا أَيْ هَذِهِ الْأَلْفَاظُ ثَلَاثًا «لصَاحِبِهِ غَنَمُهُ»: أَيْ زَوَائِدُهُ
«وَعَلَيْهِ غَرْمُهُ» أَيْ هَلَاقُهُ. قَالَ: وَمَعْنَاهُ لَا يَصِيرُ: أَيْ الرَّهْنُ مَضْمُونًا بِالدَّيْنِ، وَلَأَنَّ
الرَّهْنَ وَثِيقَةً بِالدَّيْنِ لِيَزْدَادَ بِهِ الصِّيَانَةُ، فَلَوْ سَقَطَ الدَّيْنُ بِهَلَاكِه عَادَ عَلَى مَوْضُوعِهِ
بِالْتَّقْضِ. وَلَنَا «قَوْلُهُ ﷺ لِلْمُرْتَهِنِ بَعْدَمَا تَفَقَّ فَرَسُ الرَّهْنِ عِنْدَهُ ذَهَبَ حَقُّكَ»^(٢) وَحَقُّهُ
الدَّيْنُ فَيَكُونُ ذَاهِبًا.

لَا يُقَالُ: الْمُرَادُ بِهِ ذَهَبَ حَقُّكَ مِنَ الْإِمْسَاكِ أَوْ مِنَ الْمَطَالَبَةِ بِرَهْنٍ آخَرَ، لِأَنَّ الْأَوَّلَ
مُشَاهِدٌ فَلَا فَائِدَةَ فِي الْإِخْبَارِ عَنْهُ، وَالثَّانِي لَيْسَ بِحَقٍّ لَهُ وَلَا لَهُ ذِكْرُ الْحَقِّ فِي أَوَّلِ
الْحَدِيثِ مُنْكَرًا «أَنَّ رَجُلًا رَهْنًا فَرَسًا عِنْدَ رَجُلٍ بِحَقٍّ لَهُ عَلَيْهِ فَتَفَقَّ الْفَرَسُ عِنْدَ الْمُرْتَهِنِ
فَاخْتَصَمَا إِلَى النَّبِيِّ ﷺ فَقَالَ لِلْمُرْتَهِنِ: ذَهَبَ حَقُّكَ» فَذَكَرَ الْحَقَّ مُنْكَرًا، ثُمَّ أَعَادَهُ
مُعَرِّفًا.

وَفِي ذَلِكَ يَكُونُ الثَّانِي عَيْنَ الْأَوَّلِ، كَذَا فِي النَّهَائَةِ. وَفِيهِ نَظَرٌ، لِأَنَّ أَحَدَهُمَا
كَلَامُ الرَّائِي وَالْآخَرُ كَلَامُ النَّبِيِّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ، وَمِثْلُ ذَلِكَ لَيْسَ مِنَ الْقَاعِدَةِ
الْمَذْكُورَةِ، إِلَّا إِذَا عَلِمَ أَنَّ الْمُتَكَرَّرَ كَانَ وَاقِعًا مِنَ الْمُرْتَهِنِ فِي حَضْرَةِ النَّبِيِّ ﷺ وَلَمْ يَعْلَمْ
ذَلِكَ، وَقَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «إِذَا غَمِيَ الرَّهْنُ فَهُوَ بِمَا فِيهِ»^(٣) مَعْنَاهُ عَلَى مَا
قَالُوا: إِذَا اسْتَبَهَتْ قِيمَةُ الرَّهْنِ بَعْدَمَا هَلَكَ: يَعْنِي إِذَا قَالَ الرَّاهِنُ لَا أَذْرِي كَمْ كَانَ
قِيمَتُهُ وَالْمُرْتَهِنُ كَذَلِكَ قَالَ: يَكُونُ الرَّهْنُ بِمَا فِيهِ، حُكِّي هَذَا التَّأْوِيلَ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ.

قَالَ (وَإِذَا سَلِمَهُ إِلَيْهِ فَقَبِضَهُ دَخَلَ فِي ضَمَانِهِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: هُوَ أَمَانَةٌ
فِي يَدِهِ، وَلَا يَسْقُطُ شَيْءٌ مِنَ الدَّيْنِ بِهَلَاكِه لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «لَا يُغْلَقُ

(١) أخرجه الحاكم في المستدرک (٥١/٢)، والدارقطني (١٢٦).

(٢) أخرج ابن أبي شيبة في مصنفه كتاب (١٥)، وباب (٤١٨)، حديث (١).

(٣) أخرجه الدارقطني (٣٢/٣) رقم (١٢٣)، وانظر نصب الراية (٤٤/٥).

الرهن، قالها ثلاثة، لصاحبه غنمه وعليه غرمه قال: ومعناه لا يصير مضمونا بالدين، ولأن الرهن وثيقة بالدين فهلاكه لا يسقط الدين اعتبارا بهلاك الصك، وهذا؛ لأن بعد الوثيقة يزاد معنى الصيانة، والسقوط بهلاك يضاد ما اقتضاه العقد إذا لحق به يصير بعرض الهلاك وهو ضد الصيانة ولنا قوله عليه الصلاة والسلام للمرتهن بعد ما نفق فرس الرهن عنده «ذهب حقه» وقوله عليه الصلاة والسلام «إذا غمى الرهن فهو بما فيه» معناه: على ما قالوا إذا اشتبهت قيمة الرهن بعد ما هلك وإجماع الصحابة والتابعين رضي الله عنهم على أن الراهن مضمون مع اختلافهم في كيفية، والقول بالأمانة خرق له، والمراد بقوله عليه الصلاة والسلام «لا يعلق الرهن» على ما قالوا الاحتباس الكلي والتمكن بأن يصير مملوكا له كذا ذكر الكرخي عن السلف ولأن الثابت للمرتن يد الاستيفاء وهو ملك اليد والحبس؛ لأن الرهن ينبئ عن الحبس الدائم، قال الله تعالى ﴿كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينٌ﴾ [المدر: ٣٨] وقال قائلهم:

وفارقتك برهن لا فكاك له يوم الوداع فأمسى الرهن قد غلقا

والأحكام الشرعية تنعطف على الألفاظ على وفق الأنباء، ولأن الرهن وثيقة لجانب الاستيفاء وهو أن تكون موصلة إليه وذلك ثابت له بملك اليد والحبس ليقع الأمن من الجحود مخافة جحود المرتن الرهن، وليكون عاجزا عن الانتفاع به فيتسارع إلى قضاء الدين لحاجته أو لضجره، وإذا كان كذلك يثبت الاستيفاء من وجه وقد تقرر بهلاكه، فلو استوفاه ثانيا يؤدي إلى الربا، بخلاف حالة القيام؛ لأنه ينقض هذا الاستيفاء بالرد على الراهن فلا يتكرر، ولا وجه إلى استيفاء الباقي بدونه؛ لأنه لا يتصور، والاستيفاء يقع بالمالية أما العين فأمانة حتى كانت نفقة المرهون على الراهن في حياته وكفنه بعد مماته، وكذا قبض الرهن لا ينبئ عن قبض الشراء إذا اشتراه المرتن؛ لأن العين أمانة فلا تنوب عن قبض ضمان، وموجب العقد ثبوت يد الاستيفاء وهذا يحقق الصيانة، وإن كان فراغ الذمة من ضروراته كما في الحوالة فالحاصل أن عندنا حكم الرهن صيرورة الرهن محتسبا بدنيه بإثبات يد الاستيفاء عليه وعنده تعلق الدين بالعين استيفاء منه عينا بالبيع، فيخرج على هذين الأصلين عدة من المسائل المختلف فيها بيننا وبينه عددناها في كفاية المنتهى جملة: منها أن الراهن ممتنع عن الاسترداد للانتفاع؛ لأنه يفوت موجهه وهو الاحتباس على

الدَّوَامِ، وَعِنْدَهُ لَا يَمْنَعُ مِنْهُ؛ لِأَنَّهُ لَا يَنَافِي مُوجِبُهُ وَهُوَ تَعَيُّنُهُ لِلْبَيْعِ وَسَيَاتِيكَ الْبَوَاقِي فِي أَثْنَاءِ الْمَسَائِلِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (مَعَ اخْتِلَافِهِمْ فِي كَيْفِيَّتِهِ) يَعْنِي أَنَّهُمْ اتَّفَقُوا عَلَى أَنَّ الرَّهْنَ مَضْمُونٌ لَكِنَّهُمْ اخْتَلَفُوا فِي كَيْفِيَّتِهِ. وَرَوَى عَنْ أَبِي بَكْرٍ الصِّدِّيقِ عليه السلام أَنَّهُ مَضْمُونٌ بِالْقِيَمَةِ. وَرَوَى عَنْ ابْنِ عُمَرَ وَابْنِ مَسْعُودٍ أَنَّهُمَا قَالَا: الرَّهْنُ مَضْمُونٌ بِالْأَقْلَ مِنْ قِيَمَتِهِ وَمِنْ الدِّينِ، وَهَكَذَا رَوَى عَنْ عَلِيٍّ عليه السلام فِي بَعْضِ الرُّوَايَاتِ.

وَرَوَى عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ أَنَّهُ مَضْمُونٌ بِالْدِّينِ. وَاخْتِلَافُهُمْ عَلَى هَذَا الْوَجْهِ إِجْمَاعٌ مِنْهُمْ عَلَى أَنَّهُ مَضْمُونٌ، فَالْقَوْلُ بِكَوْنِهِ أَمَانَةً خَرَقَ لِلْإِجْمَاعِ، وَالْمُرَادُ بِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «لَا يُغْلَقُ الرَّهْنُ» عَلَى مَا قَالُوا: الْإِحْتِسَابُ الْكُلِّيُّ: أَيِ يَصِيرُ مَمْلُوكًا لَهُ، كَذَا ذَكَرَهُ الْكَرْخِيُّ عَنْ السَّلَفِ كَطَاوُوسٍ وَإِبْرَاهِيمَ وَغَيْرِهِمَا.

وَقَالَ مَالِكٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: وَتَفْسِيرُ ذَلِكَ فِيمَا يُرَى أَنَّ يَرْهَنَ الرَّجُلُ الرَّهْنَ بِالشَّيْءِ وَفِي الرَّهْنِ فَضْلٌ عَمَّا رَهَنَ بِهِ، فَيَقُولُ الرَّاهِنُ لِلْمُرْتَهِنِ إِنْ جِئْتُكَ بِحَقِّكَ إِلَى أَجَلٍ يُسَمِّيهِ لَهُ وَإِلَّا فَالرَّهْنُ لَكَ بِمَا فِيهِ، فَهَذَا لَا يَصِحُّ وَلَا يَحِلُّ، وَهَذَا الَّذِي يَنْهَى عَنْهُ فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُكَ بِمَا فِيهِ بَعْدَ الْأَجَلِ فَهُوَ لَهُ.

وَقَوْلُهُ لَهُ غَنَمُهُ وَعَلَيْهِ غَرْمُهُ قَالَ الطَّحَاوِيُّ فِي شَرْحِ الْآثَارِ: ذَهَبُوا فِي تَفْسِيرِ قَوْلِ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ يَعْنِي أَنَّ أَبَا حَنِيفَةَ وَأَبَا يُوسُفَ وَمُحَمَّدًا إِلَى أَنَّ ذَلِكَ فِي الْبَيْعِ إِذَا بَاعَ الرَّهْنُ بِشَيْءٍ فِيهِ نَقْصٌ عَنِ الدِّينِ غَرِمَ الرَّاهِنُ ذَلِكَ النِّقْصَ، وَإِنْ بَاعَ بِفَضْلِ عَنِ الدِّينِ أَخَذَ الرَّاهِنُ ذَلِكَ الْفَضْلَ. وَقَوْلُهُ (لَأَنَّ الثَّابِتَ لِلْمُرْتَهِنِ يَدُ الْاسْتِيفَاءِ) دَلِيلٌ مَقْضُوعٌ عَلَى الْمَطْلُوبِ.

وَتَقْرِيرُهُ: الثَّابِتُ لِلْمُرْتَهِنِ يَدُ الْاسْتِيفَاءِ، وَيَدُ الْاسْتِيفَاءِ هُوَ مِلْكُ الْيَدِ وَالْحَبْسُ، لِأَنَّ الرَّهْنَ لَعْنَةٌ يُنْبِئُ عَنِ الْحَبْسِ الدَّائِمِ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ﴾ أَيِ مَحْبُوسَةٌ بِوَبَالِ مَا اكْتَسَبَتْ مِنَ الْمَعَاصِي. وَقَالَ زُهَيْرٌ: وَفَارَقْتُكَ بِرَهْنٍ لَا فِكَكَ لَهُ يَوْمَ الْوَدَاعِ فَأَمْسَى الرَّهْنُ قَدْ غَلَقَا أَيِ ارْتَهَنَتْ الْمَحْبُوبَةُ قَلْبَهُ يَوْمَ الْوَدَاعِ وَاحْتَبَسَ قَلْبُهُ عِنْدَهَا عَلَى وَجْهِ لَا يُمَكِّنُ فِكَاكُهُ، وَلَيْسَ فِيهِ ضَمَانٌ وَلَا هَلَاكٌ كَمَا تَرَى يَدُلُّ عَلَى

الحَبْسِ الدَّائِمِ. قِيلَ الدَّوَامُ إِنَّمَا فَهَمَ مِنْ قَوْلِهِ لَا فِكَاكَ لَهُ لَا مِنْ لَفْظِ الرَّهْنِ.
وَأُجِيبَ بِأَنَّهُ لَمَّا دَامَ وَتَأَبَّدَ بِنَفْيِ الْفِكَاكِ دَلَّ أَنَّهُ عَنِ الدَّوَامِ، إِذْ لَوْ لَمْ يَكُنْ مُوجِبًا
لِذَلِكَ لَمَّا دَامَ بِنَفْيِ مَا يَعْتَرِضُهُ بَلْ كَانَ الدَّوَامُ يَثْبُتُ بِإِبْتِاتِ مَا يُوجِبُهُ، فَتَبَتَ أَنَّ اللَّعَّةَ
تَذُلُّ عَلَى إِبْتَاءِ الرَّهْنِ عَنِ الْحَبْسِ الدَّائِمِ، وَالْأَحْكَامُ الشَّرْعِيَّةُ تَنْعَطِفُ عَلَى الْأَلْفَافِ عَلَى
وَفْقِ الْأَبْتَاءِ فَيَكُونُ لَفْظُ الرَّهْنِ فِي الْعَقْدِ الشَّرْعِيِّ مُنْبِئًا عَنِ الْحَبْسِ الدَّائِمِ لِأَنَّهُ الْمَفْهُومُ وَلَا
مُقْتَضَى لِلْعُدُولِ عَنْهُ، وَلَتَكُنْ هَذِهِ الْقَضِيَّةُ عِنْدَكَ، وَلَأَنَّ الرَّهْنَ وَثِيقَةٌ بِجَانِبِ الْاسْتِيفَاءِ،
وَمَعْنَاهُ: أَنْ يَكُونَ الرَّهْنُ مُوَصَّلًا إِلَيْهِ: أَيُّ إِلَى الْاسْتِيفَاءِ، وَذَلِكَ: أَيُّ كَوْنُهُ مُوَصَّلًا إِلَيْهِ
ثَابِتٌ بِمِلْكِ الْيَدِ وَالْحَبْسِ لِبَقَعِ الْأَمْنِ عَنْ جُحُودِ الرَّهْنِ مَخَافَةَ جُحُودِ الْمُرْتَهِنِ الرَّهْنِ.
وَمَعْنَاهُ: أَنَّ الْحَبْسَ يُفْضِي إِلَى أَدَاءِ الْحَقِّ لِأَنَّ الرَّاهِنَ يُخْشَى أَنْ جَحَدَ الدَّيْنَ أَنْ
يَجْحَدَ الْمُرْتَهِنُ الرَّهْنَ، لِأَنَّ قِيَمَةَ الرَّهْنِ قَدْ تَكُونُ أَكْثَرَ مِنَ الدَّيْنِ وَلِيَكُونَ عَاجِزًا عَنْ
الِانْتِفَاعِ بِهِ فَيَحْتَاجُ إِلَى إِيْفَاءِ الْأَقْلَ لِتَخْلِيصِ الْأَكْثَرِ أَوْ لَضَجَرِهِ عَنِ الْمَطَالَبَةِ، وَهَذِهِ أَيْضًا
قَضِيَّةٌ تَذُلُّ عَلَى الْيَدِ وَالْحَبْسِ فَتُضَمُّ إِلَيْهِمَا. قَوْلُهُ (وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ) أَيُّ إِذَا ثَبَتَ أَنَّ
الرَّهْنَ يَدُلُّ عَلَى الْيَدِ وَالْحَبْسِ ثَبَتَ الْاسْتِيفَاءُ مِنْ وَجْهِ، لِأَنَّ الْاسْتِيفَاءَ إِنَّمَا يَكُونُ بِالْيَدِ
وَالرَّقَبَةِ وَقَدْ حَصَلَ بَعْضُهُ، وَتَقَرَّرَ بِالْهَلَاكِ لِانْتِفَاءِ احْتِمَالِ التَّقْضِ، فَلَوْ لَمْ يَسْقُطِ الدَّيْنُ
وَاسْتَوْفَاهُ ثَانِيًا أَدَّى إِلَى تَكَرُّرِ الْأَدَاءِ بِالنِّسْبَةِ إِلَى الْيَدِ وَهُوَ رَبًّا، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ
الرَّهْنُ قَائِمًا لِأَنَّهُ يَنْتَقِضُ هَذَا الْاسْتِيفَاءُ: أَيُّ لِلدَّيْنِ بِالْحَبْسِ بِالرَّدِّ عَلَى الرَّاهِنِ فَلَا يَتَكَرَّرُ
الأَدَاءُ.

فَإِنْ قِيلَ: فَاجْعَلِ الْهَلَاكَ كَالرَّدِّ فِي نَقْضِ الْاسْتِيفَاءِ فَإِنَّ الْهَلَاكَ لَمْ يَتَّعِنَ لَتَقْرِيرِ
الْاسْتِيفَاءِ أَلَا تَرَى أَنَّ الْمَبِيعَ إِذَا هَلَكَ قَبْلَ التَّسْلِيمِ فَإِنَّهُ لَا يُقَرَّرُ اسْتِيفَاءُ الثَّمَنِ بَلْ يُنْقَضُ
الْاسْتِيفَاءُ بِهِ. أُجِيبَ بِأَنَّ التَّقْضَ إِنَّمَا يَتَحَقَّقُ فِيمَا أُمِكنَ رَدُّ الْعَيْنِ إِلَى الْمَالِكِ كَالثَّمَنِ فِيمَا
ذَكَرْتُمْ، وَلَا يُمَكِّنُ ذَلِكَ فِي هَلَاكِ الرَّهْنِ. فَإِنْ قِيلَ: فَلَيْسَتْوَفِ الْمُرْتَهِنِ الدَّيْنُ عَلَى وَجْهِ
لَا يُؤَدِّي إِلَى الرِّبَا وَهُوَ أَنْ يَسْتَوْفِيَ رَقَبَةً لَا يَدًا.

أَجَابَ بِقَوْلِهِ وَلَا وَجْهَ إِلَى اسْتِيفَاءِ الْبَاقِي وَهُوَ مِلْكُ الرَّقَبَةِ بِدُونِ مَا اسْتَوْفَاهُ مِنْ
الْيَدِ لِأَنَّهُ غَيْرُ مُتَصَوِّرٍ. وَقَوْلُهُ (وَالْاسْتِيفَاءُ يَقَعُ بِالْمَالِيَّةِ) جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ لَوْ كَانَ بِالرَّهْنِ
اسْتِيفَاءٌ لَكَانَ إِمَّا لِعَيْنِ الدَّيْنِ أَوْ لِبَدَلِهِ، لَا سَبِيلَ إِلَى الْأَوَّلِ لِأَنَّ الرَّهْنَ لَيْسَ مِنْ جِنْسِ

الدَّيْنِ، وَاسْتِيفَاءُ الدَّيْنِ لَا يَكُونُ إِلَّا مِنْ جَنْسِهِ، وَلَا إِلَى الثَّانِي لِأَنَّ الرَّهْنَ يَبْدَلُ الصَّرْفِ وَالْمُسْلَمَ فِيهِ جَائِزٌ وَالْإِسْتِبدَالُ بِهِمَا غَيْرُ جَائِزٍ.

وَوَجْهُ الْجَوَابِ أَنَّا نَخْتَارُ الْأَوَّلَ. وَقَوْلُهُ لَيْسَ مِنْ جَنْسِ الدَّيْنِ. قُلْنَا: لَيْسَ مِنْ جَنْسِهِ مِنْ حَيْثُ الصُّورَةُ أَوْ الْمَالِيَّةُ، وَالْأَوَّلُ مُسْلَمٌ، وَلَيْسَ الْإِسْتِيفَاءُ مِنْ حَيْثُ الصُّورَةُ بَلْ هُوَ مِنْ حَيْثُ الصُّورَةُ أَمَانَةٌ، حَتَّى كَانَتْ نَفَقَةُ الْمَرْهُونِ عَلَى الرَّاهِنِ فِي حَيَاتِهِ وَكَفَنِهِ بَعْدَ مَمَاتِهِ وَكَذَا قَبْضُ الرَّهْنِ لَا يَتَوَبُّ عَنْ قَبْضِ الشِّرَاءِ إِنْ اشْتَرَاهُ الْمُرْتَهِنُ لَمَّا تَقَدَّمَ فِي الْهَبَةِ أَنْ قَبْضَ الْأَمَانَةِ لَا يَتَوَبُّ عَنْ قَبْضِ الضَّمَانِ بِخِلَافِ الْعَكْسِ، وَالثَّانِي مَمْنُوعٌ فَإِنَّهُ مِنْ جَنْسِ الدَّيْنِ مَالِيَّةٌ وَالْإِسْتِيفَاءُ يَقَعُ بِهَا.

وَقَوْلُهُ (وَمُوجِبُ الْعَقْدِ) جَوَابٌ عَمَّا قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: الرَّهْنُ وَثِيقَةٌ بِالْدَّيْنِ وَبَعْدَ الْوَثِيقَةِ يَزْدَادُ مَعْنَى الصِّيَانَةِ، وَالسَّقُوطُ بِالْهَلَاكِ يُضَادُّ مَا اقْتَضَاهُ الْعَقْدُ. وَوَجْهُهُ أَنَّ مُوجِبَ الْعَقْدِ ثُبُوتُ يَدِ الْإِسْتِيفَاءِ كَمَا ذَكَرْنَا، وَذَلِكَ يُحَقِّقُ الصِّيَانَةَ لَا مَحَالَةَ، وَفَرَاغُ ذِمَّةِ الرَّاهِنِ مِنْ ضَرُورَاتِهِ كَمَا فِي الْحَوَالَةِ فَإِنَّهَا تُوجِبُ الدَّيْنَ فِي ذِمَّةِ الْمُحَالِ عَلَيْهِ لَصِيَانَةِ حَقِّ الطَّالِبِ، وَإِنْ كَانَ فَرَاغُ ذِمَّةِ الْمُحِيلِ مِنْ ضَرُورَاتِهِ فَلَا يَنْعَدِمُ بِهِ مُقْتَضَى الْعَقْدِ لِأَنَّ الْإِعْتِبَارَ بِالْمَوْضُوعَاتِ الْأَصْلِيَّةِ لَا بِالْوَازِمِ الضَّمْنِيَّةِ.

وَتَوْقِضُ بِنَقْضِ إِجْمَالِيٍّ وَهُوَ أَنَّ الْمُسْتَأْجِرَ بَعْدَ الْفَسْخِ مَحْبُوسٌ عِنْدَ الْمُسْتَأْجِرِ بِالْأَجْرَةِ الْمَعْجَلَةِ بِمَنْزِلَةِ الْمَرْهُونِ، حَتَّى إِذَا مَاتَ الْآجِرُ كَانَ الْمُسْتَأْجِرُ أَحَقَّ بِهِ مِنْ سَائِرِ الْغُرَمَاءِ ثُمَّ إِذَا هَلَكَ لَمْ يَكُنْ مَضْمُونًا، وَأُجِيبَ بِأَنَّ يَدَ الْمُسْتَأْجِرِ بَعْدَ فَسْخِهَا لَيْسَتْ بِيَدِ اسْتِيفَاءٍ، لِأَنَّ يَدَ الْإِسْتِيفَاءِ هِيَ الَّتِي كَانَتْ لَهُ قَبْلَ الْفَسْخِ، وَإِنَّمَا قَبْضُ الْعَيْنِ الْمُسْتَأْجِرَةِ لَا اسْتِيفَاءَ الْمَنْفَعَةِ لَا لاسْتِيفَاءِ الْأَجْرَةِ مِنَ الْمَالِيَّةِ فَلِذَلِكَ لَمْ يَصِرْ مُسْتَوْفِيًا بِالْهَلَاكِ فِي يَدِهِ.

وَأَمَّا اخْتِصَاصُهُ بِهِ دُونَ الْغُرَمَاءِ فَلِأَنَّهُ كَانَ مَخْصُوصًا بِهِ قَبْلَ الْفَسْخِ لَا اسْتِيفَاءَ الْمَنْفَعَةِ وَبَعْدَ الْفَسْخِ يَبْقَى الْإِخْتِصَاصُ فِي حَقِّ اسْتِرْدَادِ الْأَجْرَةِ. وَقَوْلُهُ (فَالْحَاصِلُ إِنْ لَمْ يَصِحَّ) وَاضِحٌ

قَالَ (وَلَا يَصِحُّ الرَّهْنُ إِلَّا بِدَيْنٍ مَضْمُونٍ)؛ لِأَنَّ حُكْمَهُ ثُبُوتُ يَدِ الْإِسْتِيفَاءِ، وَالْإِسْتِيفَاءُ يَتَلَوُّ الْوُجُوبَ قَالَ ﷺ: وَيَدْخُلُ عَلَى هَذَا اللَّفْظِ الرَّهْنُ بِالْأَعْيَانِ الْمَضْمُونَةِ بِنَفْسِهَا، فَإِنَّهُ يَصِحُّ الرَّهْنُ بِهَا وَلَا دَيْنَ وَيُمْكِنُ أَنْ يُقَالَ: إِنْ الْوَاجِبُ الْأَصْلِيُّ فِيهَا هُوَ

الْقِيَمَةُ وَرَدَّ الْعَيْنَ مُخْلَصًا عَلَى مَا عَلَيْهِ أَكْثَرُ الْمَشَايِخِ وَهُوَ دَيْنٌ وَلِهَذَا تَصِحُّ الْكِفَالَةُ بِهَا، وَلَئِنْ كَانَ لَا يَجِبُ إِلَّا بَعْدَ الْهَلَاكِ وَلَكِنَّهُ يَجِبُ عِنْدَ الْهَلَاكِ بِالْقَبْضِ السَّابِقِ، وَلِهَذَا تُعْتَبَرُ قِيَمَتُهُ يَوْمَ الْقَبْضِ فَيَكُونُ رَهْنًا بَعْدَ وُجُودِ سَبَبٍ وَجُوبِهِ فَيَصِحُّ كَمَا فِي الْكِفَالَةِ، وَلِهَذَا لَا تَبْطُلُ الْحَوَالَةُ الْمُقَيَّدَةُ بِهِ بِهَلَاكِهِ، بِخِلَافِ الْوَدِيعَةِ، قَالَ (وَهُوَ مَضْمُونٌ بِالْأَقَلِّ مِنْ قِيَمَتِهِ وَمِنَ الدَّيْنِ، فَإِذَا هَلَكَ فِي يَدِ الْمُرْتَهِنِ، وَقِيَمَتُهُ وَالْدَيْنُ سَوَاءٌ صَارَ الْمُرْتَهِنُ مُسْتَوْفِيًا لَدَيْهِ، وَإِنْ كَانَتْ قِيَمَةُ الرَّهْنِ أَكْثَرَ فَالْفَضْلُ أَمَانَةً فِي يَدِهِ)؛ لِأَنَّ الْمَضْمُونِ بِقَدَرِ مَا يَقَعُ بِهِ الْإِسْتِيفَاءُ وَذَلِكَ بِقَدَرِ الدَّيْنِ (وَإِنْ كَانَتْ أَقَلَّ سَقَطَ مِنَ الدَّيْنِ بِقَدَرِهِ وَرَجَعَ الْمُرْتَهِنُ بِالْفَضْلِ)؛ لِأَنَّ الْإِسْتِيفَاءَ بِقَدَرِ الْمَالِيَّةِ وَقَالَ زُفَرِي: الرَّهْنُ مَضْمُونٌ بِالْقِيَمَةِ، حَتَّى لَوْ هَلَكَ الرَّهْنُ، وَقِيَمَتُهُ يَوْمَ الرَّهْنِ أَلْفٌ وَخَمْسَمِائَةٌ وَالْدَيْنُ أَلْفٌ رَجَعَ الرَّاهِنُ عَلَى الْمُرْتَهِنِ بِخَمْسَمِائَةٍ لَهُ حَدِيثٌ عَلَى عليه السلام قَالَ "يَتَرَادَانِ الْفَضْلُ فِي الرَّهْنِ" وَلِأَنَّ الزِّيَادَةَ عَلَى الدَّيْنِ مَرهُونَةٌ لِكُونِهَا مَحْبُوسَةً بِهِ فَتَكُونُ مَضْمُونَةً اعْتِبَارًا بِقَدَرِ الدَّيْنِ وَمَذْهَبُنَا مَرْوِيٌّ عَنْ عُمَرَ وَعَبْدِ اللَّهِ ابْنِ مَسْعُودٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ، وَلِأَنَّ يَدَ الْمُرْتَهِنِ يَدُ الْإِسْتِيفَاءِ فَلَا تُوجِبُ الضَّمَانَ إِلَّا بِالْقَدَرِ الْمُسْتَوْفَى كَمَا فِي حَقِيقَةِ الْإِسْتِيفَاءِ، وَالزِّيَادَةُ مَرهُونَةٌ بِهَ ضَرُورَةٍ امْتِنَاعَ حَبْسِ الْأَصْلِ بِدُونِهَا وَلَا ضَرُورَةَ فِي حَقِّ الضَّمَانِ وَالْمَرَادُ بِالتَّرَادُ فِيمَا يَرُوى حَالَتِ الْبَيْعِ، فَإِنَّهُ رُوي عَنْهُ أَنَّهُ قَالَ: الْمُرْتَهِنُ أَمِينٌ فِي الْفَضْلِ.

الشرح:

قَالَ (وَلَا يَصِحُّ الرَّهْنُ إِلَّا بِدَيْنٍ مَضْمُونٍ إلخ) قِيلَ ذَكَرَ "مَضْمُونٌ" لِلتَّأْكِيدِ لِأَنَّ كُلَّ دَيْنٍ مَضْمُونٌ، وَقِيلَ هُوَ اخْتِرَازٌ عَنْ دَيْنٍ سَيَجِبُ كَمَا لَوْ رَهَنَ بِالذَّرَكِ وَهُوَ ضَمَانُ الثَّمَنِ عِنْدَ اسْتَحْقَاقِ الْمَبِيعِ، لِأَنَّ حُكْمَهُ: أَيُّ حُكْمِ الرَّهْنِ ثُبُوتُ يَدِ الْإِسْتِيفَاءِ كَمَا تَقَدَّمَ وَالْإِسْتِيفَاءُ يَتْلُو الْوُجُوبَ، وَأَمَّا صِحَّتُهُ بِالْدَّيْنِ الْمَوْعُودِ فَسَيَجِيءُ الْكَلَامُ فِيهِ. وَقَوْلُهُ (وَيَدْخُلُ) أَيُّ يُشْكَلُ عَلَى هَذَا اللَّفْظِ أَيُّ الَّذِي يَدُلُّ عَلَى الْحَصْرِ صِحَّةُ جَوَازِ الرَّهْنِ بِالْأَعْيَانِ الْمَضْمُونَةِ بِنَفْسِهَا كَالْمَعْصُوبِ وَالْمَقْبُوضِ عَلَى سَوِّ الشَّرَاءِ. وَقِيلَ قَوْلُهُ بِنَفْسِهَا اخْتِرَازٌ عَنْ غَيْرِهَا. وَالْحَاصِلُ أَنَّ الرَّهْنَ إِمَّا أَنْ يَكُونَ بِالْدَّيْنِ أَوْ بِالْعَيْنِ، وَالْأَوَّلُ صَحِيحٌ بِكُلِّ حَالٍ، وَالثَّانِي إِمَّا أَنْ يَكُونَ بِعَيْنٍ مَضْمُونٍ أَوْ لَا، وَالثَّانِي غَيْرُ صَحِيحٍ كَمَا فِي الْوَدَائِعِ وَالْعَوَارِي وَالْمُضَارَبَاتِ وَالشَّرِكَاتِ، وَالْأَوَّلُ إِمَّا أَنْ تَكُونَ

بِنَفْسِهَا وَهُوَ مَا يَجِبُ عِنْدَ هَلَاكِهِ الْمَثْلُ إِنْ كَانَ مَثْلًا أَوْ قِيَمَتُهُ إِنْ كَانَ قِيَمِيًّا، أَوْ يَكُونُ مَضْمُونًا بغيرِهَا وَهُوَ الْمَضْمُونُ بغيرِ الْمَثْلِ أَوْ الْقِيَمَةِ كَالْمَبِيعِ فِي يَدِ الْبَائِعِ فَإِنَّهُ مَضْمُونٌ بِالْثَمَنِ.

وَإِذَا ظَهَرَ ذَلِكَ فَقَوْلُهُ وَلَا يَصِحُّ الرِّهْنُ إِلَّا بِدَيْنٍ مَضْمُونٍ يُشْكِلُ عَلَيْهِ الْأَعْيَانُ الْمَضْمُونَةُ بِنَفْسِهَا، فَإِنَّ الرِّهْنَ بِهَا صَحِيحٌ وَلَا دَيْنَ ثَمَّةً. وَأَجَابَ الْمُصَنِّفُ بِقَوْلِهِ: وَيُمْكِنُ أَنْ يُقَالَ عَلَى مَا اخْتَارَهُ بَعْضُ الْمَشَائِخِ أَنَّ الْمَوْجِبَ الْأَصْلِيَّ فِيهَا هُوَ الْقِيَمَةُ، وَرَدُّ الْعَيْنِ مُخْلَصٌ وَالْقِيَمَةُ دَيْنٌ (وَلِهَذَا تَصِحُّ الْكِفَالَةُ بِهَا) أَيُّ بِالْعَيْنِ الْمَضْمُونِ بِنَفْسِهِ، وَقَوْلُهُ (وَلَكِنْ) كَانَ لَا يَجِبُ الْقِيَمَةُ إِلَّا بَعْدَ هَلَاكِ الْعَيْنِ لَكِنْ عِنْدَ هَلَاكِهَا يَجِبُ بِالْقَبْضِ السَّابِقِ، وَلِهَذَا يُعْتَبَرُ قِيَمَتُهُ يَوْمَ قَبْضِ الْعَاصِبِ الْمَعْصُوبِ مِنَ الْمَالِكِ فَيَكُونُ رَهْنًا بَعْدَ وُجُودِ سَبَبِهِ جَوَابٌ عَمَّا اخْتَارَهُ بَعْضُ آخَرِ مِنَ الْمَشَائِخِ.

وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ سَبَبَ وَجُوبِهِ قَدْ ائْتَقَدَ فَكَانَ كَالْمَوْجُودِ فَصَحَّ الرِّهْنُ كَمَا صَحَّتْ الْكِفَالَةُ. وَاعْتَرَضَ بِأَنَّ صِحَّةَ الْكِفَالَةِ لَا تَسْتَلِزُّ صِحَّةَ الرِّهْنِ، فَإِنَّهَا تَصِحُّ بِدَيْنٍ سَيَجِبُ كَمَا لَوْ قَالَ مَا ذَابَ لَكَ عَلَى فُلَانٍ فَعَلِيٌّ دُونَ الرِّهْنِ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ قَوْلَهُ مَا ذَابَ لَكَ إِضَافَةٌ لِلْكَفَالَةِ لَا كِفَالَةً، وَيَصِحُّ أَنْ يُقَالَ قَوْلُكَ دُونَ الرِّهْنِ يُرِيدُ بِهِ دَيْنًا مَا ائْتَقَدَ سَبَبَ وَجُوبِهِ أَوْ دَيْنًا ائْتَقَدَ ذَلِكَ، فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ فَلَيْسَ كَلَامًا فِيهِ، وَإِنْ كَانَ الثَّانِي فَهُوَ مَمْنُوعٌ فَإِنَّهُ عَيْنٌ مَا نَحْنُ فِيهِ.

وَقَوْلُهُ (وَلِهَذَا) يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ تَوْضِيحًا عَلَى كُلِّ مِنَ التَّخْرِيجَيْنِ. أَمَّا عَلَى الْأَوَّلِ فَتَقْرِيرُهُ وَلَكُونِ الْمَوْجِبِ الْأَصْلِيِّ فِيهَا الْقِيَمَةُ لَا تُبْطِلُ الْحَوَالَةَ الْمُقَيَّدَةَ بِالْعَيْنِ الْمَضْمُونِ بِنَفْسِهِ بِهَلَاكِهِ، فَلَوْ أَحَالَ عَلَى الْعَاصِبِ فَهَلَكَ الْمَعْصُوبُ لَمْ تُبْطَلِ الْحَوَالَةُ لِأَنَّ الْمَوْجِبَ الْأَصْلِيَّ لَمَّا كَانَ هَلَاكُ الْعَيْنِ كَلَا هَلَاكُ لَقِيَامِ الْقِيَمَةِ فِي ذِمَّتِهِ، وَرَدُّ الْعَيْنِ كَانَ مُخْلَصًا وَلَمْ يَخْصُلْ. وَأَمَّا عَلَى الثَّانِي فَتَقْرِيرُهُ وَلَكُونِ سَبَبَ وَجُوبِ الْقِيَمَةِ قَدْ ائْتَقَدَ جُعِلَتْ كَالْمَوْجُودِ فَهَلَاكُ الْعَيْنِ لَا تُبْطِلُ الْحَوَالَةَ، بِخِلَافِ الْوَدِيعَةِ فَإِنَّ الْحَوَالَةَ عَلَيْهَا لَا تُبْطَلُ بِهَلَاكِهَا لِأَنَّهُ لَا وَجُوبَ هُنَاكَ لِلْقِيَمَةِ وَلَا سَبَبَ لِلْوُجُوبِ.

قَالَ (وَهُوَ مَضْمُونٌ بِالْأَقْلَ مِنْ قِيَمَتِهِ وَمِنْ الدَّيْنِ إلخ) الرِّهْنُ مَضْمُونٌ بِالْأَقْلَ أَيْ بِمَا هُوَ الْأَقْلَ مِنْ قِيَمَتِهِ يَوْمَ الْقَبْضِ وَمِنْ الدَّيْنِ، وَوَقَعَ فِي بَعْضِ نُسَخِ الْقُدُورِيِّ: بِالْأَقْلَ

مِنْ قِيَمَتِهِ وَمِنْ الدَّيْنِ وَلَيْسَ بِصَحِيحٍ لِأَنْ مَعْنَى الْمَعْرِفِ وَاحِدٌ مِنْهُمَا وَمَعْنَى الْمُتَكَرِّرِ ثَالِثٌ، وَكَلَامُهُ وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (يَتَرَادَّدَانِ الْفَضْلُ) يَعْنِي أَنَّ التَّرَادُّ إِثْمًا يَكُونُ مِنَ الْجَانِبَيْنِ.

وَقَوْلُهُ (كَمَا فِي حَقِيقَةِ الْاسْتِيفَاءِ) مِثْلُ مَا إِذَا أَوْفَاهُ الْفَيُّ دِرْهَمٍ فِي كَيْسٍ وَحَقُّهُ فِي أَلْفٍ فَإِنَّهُ يَصِيرُ ضَامِنًا قَدْرَ الدَّيْنِ، وَالزِّيَادَةُ عَلَى قَدْرِ الدَّيْنِ أَمَانَةٌ فَكَذَا هَذَا.

وَقَوْلُهُ (ضُرُورَةُ امْتِنَاعِ حَبْسِ الْأَصْلِ بِدُونِهَا) لِأَنَّ لَوْ لَمْ نَجْعَلِ الزِّيَادَةَ مَرْهُونَةً أَدَّى إِلَى الشُّيُوعِ أَوْ لَعَدَمِ انْتِكَاسِهَا عَنْهُ. وَقَوْلُهُ (وَلَا ضُرُورَةَ فِي حَقِّ الضَّمَانِ) لِأَنَّ بَقَاءَ الرَّهْنِ مَعَ عَدَمِ الضَّمَانِ مُمَكِّنٌ بِأَنْ اسْتَعَارَ الرَّاهِنُ الرَّهْنَ مِنَ الْمُرْتَهِنِ، فَإِنَّ الرَّهْنَ بَاقٍ وَلَا ضَمَانَ عَلَى الْمُرْتَهِنِ كَمَا سَيَجِيءُ.

وَقَوْلُهُ (وَالْمُرَادُ بِالتَّرَادُّ فِيمَا رُويَ حَالَةَ الْبَيْعِ) يَعْنِي تَوْفِيقًا بَيْنَ حَدِيثَيْ عَلِيٍّ عليه السلام، فَإِنَّهُ رُويَ عَنْهُ «الْمُرْتَهِنُ أَمِينٌ فِي الْفَضْلِ» فَيَجِبُ حَمْلُ الْأَوَّلِ عَلَى حَالَةِ الْبَيْعِ: يَعْنِي إِذَا بَاعَ الْمُرْتَهِنُ الرَّهْنَ بِإِذْنِ الرَّاهِنِ يُرَدُّ مَا زَادَ عَلَى الدَّيْنِ مِنْ ثَمَنِهِ إِلَى الرَّاهِنِ، وَلَوْ كَانَ الدَّيْنُ زَائِدًا يَرُدُّ الرَّاهِنُ زِيَادَةَ الدَّيْنِ.

قَالَ (وَلِلْمُرْتَهِنِ أَنْ يُطَالِبَ الرَّاهِنَ بِدَيْنِهِ وَيَحْبِسَهُ بِهِ)؛ لِأَنَّ حَقَّهُ بَاقٍ بَعْدَ الرَّهْنِ وَالرَّهْنَ لَزِيَادَةِ الصِّيَانَةِ فَلَا تَمْتَنِعُ بِهِ الْمُطَالِبَةُ، وَالْحَبْسُ جَزَاءُ الظُّلْمِ، فَإِذَا ظَهَرَ مَطْلُهُ عِنْدَ الْقَاضِي يَحْبِسُهُ كَمَا بَيَّنَّاهُ عَلَى التَّفْصِيلِ فِيمَا تَقَدَّمَ (وَإِذَا طَلَبَ الْمُرْتَهِنُ دَيْنَهُ يُؤْمَرُ بِإِحْضَارِ الرَّهْنِ)؛ لِأَنَّ قَبْضَ الرَّهْنِ قَبْضُ اسْتِيفَاءٍ فَلَا يَجُوزُ أَنْ يَقْبِضَ مَالَهُ مَعَ قِيَامِ يَدِ الْاسْتِيفَاءِ؛ لِأَنَّهُ يَتَكَرَّرُ الْاسْتِيفَاءُ عَلَى اعْتِبَارِ الْهَلَاكِ فِي يَدِ الْمُرْتَهِنِ وَهُوَ مُحْتَمَلٌ (وَإِذَا أَحْضَرَ أَمِيرَ الرَّاهِنِ بِتَسْلِيمِ الدَّيْنِ إِلَيْهِ أَوَّلًا) لِيَتَعَيَّنَ حَقُّهُ كَمَا تَعَيَّنَ حَقُّ الرَّاهِنِ تَحْقِيقًا لِلتَّسْوِيَةِ كَمَا فِي تَسْلِيمِ الْمَبِيعِ وَالثَّمَنِ يُحْضَرُ الْمَبِيعُ ثُمَّ يُسَلَّمُ الثَّمَنُ أَوَّلًا (وَإِنْ طَالِبُهُ بِالْدَّيْنِ فِي غَيْرِ الْبَلَدِ الَّذِي وَقَعَ الْعَقْدُ فِيهِ، إِنْ كَانَ الرَّهْنُ مِمَّا لَا حَمْلَ لَهُ وَلَا مُؤَنَّةً، فَكَذَلِكَ الْجَوَابُ)؛ لِأَنَّ الْأَمَاكِنَ كُلَّهَا فِي حَقِّ التَّسْلِيمِ كَمَا كَانَ وَاحِدٍ فِيمَا لَيْسَ لَهُ حَمْلٌ وَمُؤَنَّةً، وَلِهَذَا لَا يُشْتَرَطُ بَيَانُ مَكَانِ الْإِيفَاءِ فِيهِ فِي بَابِ السَّلَامِ بِالْإِجْمَاعِ (وَإِنْ كَانَ لَهُ حَمْلٌ وَمُؤَنَّةً يَسْتَوْفِي دَيْنَهُ وَلَا يُكَلَّفُ إِحْضَارَ الرَّهْنِ)؛ لِأَنَّ هَذَا نَقْلٌ، وَالْوَاجِبُ عَلَيْهِ التَّسْلِيمُ بِمَعْنَى التَّخْلِيَةِ، لَا النَّقْلُ مِنْ مَكَانٍ إِلَى مَكَانٍ؛ لِأَنَّهُ يَتَضَرَّرُ بِهِ زِيَادَةُ الضَّرَرِ وَلَمْ يَلْتَزِمَهُ. (وَلَوْ سَلَطَ الرَّاهِنُ الْعَدْلَ عَلَى بَيْعِ الْمَرْهُونِ فَبَاعَهُ بِنَقْدٍ أَوْ نَسِيتَةٍ جَانًا) لِإِطْلَاقِ

الأمر (فلو طالب المرتهن بالدين لا يكلف المرتهن إحضار الرهن)؛ لأنه لا قدرة له على الإحضار (وكذا إذا أمر المرتهن ببيعه فباعه ولم يقبض الثمن)؛ لأنه صار ديناً بالبيع بأمر الراهن، فصار كأن الراهن رهنه وهو دين (ولو قبضه يكلف إحضاره لقيام البدل مقام المبدل)؛ لأن الذي يتولى قبض الثمن هو المرتهن؛ لأنه هو العاقد فترجع الحقوق إليه، وكما يكلف إحضار الرهن لاستيفاء كل الدين يكلف لاستيفاء نجم قد حل لاحتمال الهلاك، ثم إذا قبض الثمن يؤمر بإحضاره لاستيفاء الدين لقيامه مقام العين، وهذا بخلاف ما إذا قتل رجل العبد الرهن خطأ حتى قضى به بالقيمة على عاقبته في ثلاث سنين لم يجبر الراهن على قضاء الدين حتى يحضر كل القيمة؛ لأن القيمة خلفت عن الرهن فلا بد من إحضار كلها كما لا بد من إحضار كل عين الرهن وما صارت قيمة بفعله، وفيما تقدم صار ديناً بفعل الراهن فلهذا افترقا (ولو وضع الرهن على يد العدل وأمر أن يودعه غيره ففعل ثم جاء المرتهن يطلب دينه لا يكلف إحضار الرهن)؛ لأنه لم يؤتمن عليه حيث وضع على يد غيره فلم يكن تسليمه في قدرته (ولو وضعه العدل في يد من في عياله وغاب وطلب المرتهن دينه والذي في يده يقول أودعني فلان ولا أدري لمن هو يجبر الراهن على قضاء الدين)؛ لأن إحضار الرهن ليس على المرتهن؛ لأنه لم يقبض شيئاً. (وكذلك إذا غاب العدل بالرهن ولا يدرى أين هو) لما قلنا (ولو أن الذي أودعه العدل جحد الرهن وقال هو مالي لم يرجع المرتهن على الراهن بشيء حتى يثبت كونه رهنًا)؛ لأنه لما جحد الرهن فقد توى المال والتوى على المرتهن فیتحقق استيفاء الدين ولا يملك المطالبة به.

الشرح:

وقوله (كما بيناه على التفصيل فيما تقدم) يعني في فصل الحبس من أدب القاضي. وقوله (وإذا طلب المرتهن دينه) واضح. وقوله (تحقيقاً للتسوية) قيل لأن الرهن وإن كان لاستيفاء الدين بحكم الوضع لكن فيه شبهة المبادلة، فمن حيث أنه استيفاء لحقه قلنا بأن قبض الدين لا يتوقف على إحضار الرهن فلم يجب على المرتهن تسليمه، وباعتبار شبهة المبادلة يتوقف قبض الدين على إحضار الرهن عند وجوب تسليمه.

وَقَوْلُهُ (لَأَنَّهُ يَتَضَرَّرُ بِهِ زِيَادَةُ الضَّرَرِ وَلَمْ يَلْتَزِمْهُ) يَعْنِي الْمُرْتَهَنَ، وَلَمْ يُعْتَبَرْ هُنَاكَ
احْتِمَالُ تَكَرَّرِ الاسْتِيفَاءِ عَلَى اعْتِبَارِ الْهَلَاكِ لِأَنَّهُ مَوْهُومٌ، فَلَا يَظْهَرُ فِي مُقَابَلَةِ ضَرَرٍ
مُتَقَيَّنٍ وَهُوَ تَأَخُّرُ حَقِّ الْمُرْتَهَنِ، بِخِلَافِ الْفَصْلِ الْأَوَّلِ.

وَقَوْلُهُ (لِلْإِطْلَاقِ الْأَمْرِ) يُشِيرُ إِلَى أَنَّهُ لَوْ قِيدَهُ بِالْقَدِّ لَا يَصِحُّ بَيْعُهُ نَسِيئَةً. وَقَوْلُهُ
(لَأَنَّهُ لَا قُدْرَةَ لَهُ عَلَى الْإِحْضَارِ) لِأَنَّ الرَّهْنَ يَبْعُ بِأَمْرِ الرَّاهِنِ فَلَمْ يَبْقَ لَهُ قُدْرَةٌ عَلَى
إِحْضَارِهِ.

وَقَوْلُهُ (وَكَذَا إِذَا أَمَرَ الْمُرْتَهَنُ) يَعْنِي لَا يُكَلِّفُ إِحْضَارَ الرَّهْنِ، لِأَنَّهُ: أَيُّ الرَّهْنِ
صَارَ دَيْنًا بِالْبَيْعِ بِأَمْرِ الرَّاهِنِ، فَصَارَ كَأَنَّ الرَّاهِنَ رَهْنَهُ وَهُوَ دَيْنٌ، لِأَنَّهُ لَمَّا بَاعَهُ بِإِذْنِهِ صَارَ
كَأَنَّهُمَا تَفَاسَخَا الرَّهْنُ وَصَارَ الثَّمَنُ رَهْنًا بِتَرَاضِيهِمَا ابْتِدَاءً لَا بِطَرِيقِ انْتِقَالِ حُكْمِ الرَّهْنِ
إِلَى الثَّمَنِ أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ بَاعَ الرَّهْنُ بِأَقْلٍ مِنَ الدَّيْنِ لَمْ يَسْقُطْ مِنْ دَيْنِ الْمُرْتَهَنِ شَيْءٌ
فَصَارَ كَأَنَّهُ رَهْنُهُ وَلَمْ يُسَلِّمْ إِلَيْهِ بَلْ وَضَعَهُ عَلَى يَدِ عَدْلٍ.

وَقَوْلُهُ (إِلَّا أَنْ الَّذِي يَتَوَلَّى قَبْضَ الثَّمَنِ هُوَ الْمُرْتَهَنُ) اسْتِثْنَاءٌ مِنْ قَوْلِهِ فَصَارَ كَأَنَّ
الرَّاهِنَ رَهْنَهُ وَهُوَ دَيْنٌ جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ لَوْ كَانَ الْأَمْرُ كَذَلِكَ لَمَّا كَانَ لِلْمُرْتَهَنِ أَنْ
يَقْبِضَ الثَّمَنَ مِنَ الْمُشْتَرِي كَمَا لَوْ كَانَ الرَّهْنُ فِي يَدِ عَدْلٍ لَكِنْ لَهُ ذَلِكَ. وَوَجْهُ مَا ذُكِرَ
أَنَّ وَلَايَةَ الْقَبْضِ بِاعْتِبَارِ كَوْنِهِ عَاقِدًا وَالْحُقُوقُ تَرْجِعُ إِلَيْهِ. وَقَوْلُهُ (وَكَمَا يُكَلِّفُ إِحْضَارَ
الرَّهْنِ لَاسْتِيفَاءِ الْكُلِّ يُكَلِّفُ لَاسْتِيفَاءِ نَحْمٍ) قِيلَ إِذَا ادَّعَى الرَّاهِنُ هَلَاكَ الرَّهْنِ، وَأَمَّا
إِذَا لَمْ يَدَّعِ فَلَا حَاجَةَ إِلَى ذَلِكَ، وَإِلَيْهِ أَشَارَ بِقَوْلِهِ لَاحْتِمَالِ الْهَلَاكِ.

وَقَوْلُهُ (ثُمَّ إِذَا قَبِضَ الثَّمَنَ) يَعْنِي إِذَا بَاعَ الرَّهْنُ وَقَبِضَ الثَّمَنَ، فَإِذَا قَبِضَهُ وَجَبَ
إِحْضَارُهُ لَاسْتِيفَاءِ نَحْمٍ لِقِيَامِهِ مَقَامَ الْعَيْنِ. وَقَوْلُهُ (وَهَذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا قُتِلَ) إِنْشَاءٌ إِلَى
قَوْلِهِ وَكَذَا إِذَا أَمَرَ الْمُرْتَهَنُ بَبَيْعِهِ إِلَى آخِرِهِ، فَإِنَّهُ لَا يُجْبَرُ الْمُرْتَهَنُ عَلَى الْإِحْضَارِ، بَلْ
يُجْبَرُ عَلَى الْأَدَاءِ بِدُونِ إِحْضَارِ شَيْءٍ بِخِلَافِ مَا إِذَا قُتِلَ رَجُلٌ عَبْدَ الرَّهْنِ خَطَأً حَتَّى
قُضِيَ بِالْقِيمَةِ عَلَى عَاقِلَتِهِ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ. فَإِنَّ الرَّاهِنَ لَا يُجْبَرُ عَلَى قَضَاءِ الدَّيْنِ حَتَّى
يُحْضِرَ الْمُرْتَهَنُ كُلَّ الْقِيمَةِ، لِأَنَّ الْقِيمَةَ خَلْفَ عَنِ الْعَيْنِ فَلَا بُدَّ مِنْ إِحْضَارِ كُلِّهَا كَمَا لَا
بُدَّ مِنْ إِحْضَارِ كُلِّ عَيْنِ الرَّهْنِ.

فَإِنْ قِيلَ: لَمْ لَا تَكُونِ الْقِيمَةُ هَاهُنَا كَالثَّمَنِ ثَمَّةً وَهِيَ لَيْسَتْ فِي يَدِ الْمُرْتَهَنِ فَيُجْبَرُ

الرَّاهِنُ عَلَى الْقَضَاءِ كَمَا كَانَ ثَمَّةَ. أَجَابَ بِقَوْلِهِ وَمَا صَارَتْ قِيَمَةُ بَفِعْلِهِ حَتَّى تَنْتَقِلَ إِلَيْهَا الرَّهْنَةُ فَصَارَ كَالرَّهْنِ فِي يَدِ عَدْلٍ، بِخِلَافِ مَا تَقَدَّمَ فَإِنَّ الرَّهْنَ صَارَ ذِيْنًا بِفِعْلِهِ فَكَانَتْهُمَا تَفَاسَخَا، وَجُعِلَ الثَّمَنُ رَهْنًا ابْتِدَاءً كَمَا مَرَّ فَافْتَرَقَا. وَفِي النَّهَايَةِ جَعَلَ قَوْلُهُ وَهَذَا إِشَارَةً إِلَى قَوْلِهِ يُكَلِّفُ لَاسْتِيفَاءِ نَجْمٍ قَدْ حَلَّ، وَوَجْهُهُ هَكَذَا: أَيْ فِي مَسْأَلَةِ الْقَتْلِ لَمْ يُجْزِ الرَّاهِنُ عَلَى قَضَاءِ الدَّيْنِ حَتَّى يُحْضَرَ الْمُرْتَهِنُ كُلُّ الْقِيَمَةِ، وَفِيمَا نَحْنُ فِيهِ بِخِلَافِهِ حَيْثُ يُكَلِّفُ الْمُرْتَهِنُ بِإِحْضَارِ الرَّهْنِ عِنْدَ كُلِّ نَجْمٍ يُؤَدِّيهِ الرَّاهِنُ مِنَ الدَّيْنِ وَهُوَ كَمَا تَرَى مُتَعَسِّفٌ. وَقَوْلُهُ (لَمَّا قُلْنَا) إِشَارَةً إِلَى قَوْلِهِ لَمْ يَقْبِضْ شَيْئًا.

قَالَ (وَإِنْ كَانَ الرَّهْنُ فِي يَدِهِ لَيْسَ عَلَيْهِ أَنْ يُمَكِّنَهُ مِنَ الْبَيْعِ حَتَّى يَقْضِيَهُ الدَّيْنُ؛ لِأَنَّ حُكْمَهُ الْحَبْسُ الدَّائِمُ إِلَى أَنْ يَقْضِيَ الدَّيْنُ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ) (وَلَوْ قَضَاهُ الْبَعْضُ فَلَهُ أَنْ يَحْبِسَ كُلَّ الرَّهْنِ حَتَّى يَسْتَوْفِيَ الْبَقِيَّةَ) (اعْتِبَارًا بِحَبْسِ الْمُبْعِ) (فَإِذَا قَضَاهُ الدَّيْنُ قِيلَ لَهُ سَلِّمْ الرَّهْنَ إِلَيْهِ)؛ لِأَنَّهُ زَالَ الْمَانِعُ مِنَ التَّسْلِيمِ لَوْصُولُ الْحَقِّ إِلَى مُسْتَحِقِّهِ (فَلَوْ هَلَكَ قَبْلَ التَّسْلِيمِ اسْتَرَدَّ الرَّاهِنُ مَا قَضَاهُ)؛ لِأَنَّهُ صَارَ مُسْتَوْفِيًا عِنْدَ الْهَلَاكِ بِالْقَبْضِ السَّابِقِ، فَكَانَ الثَّانِي اسْتِيفَاءً بَعْدَ اسْتِيفَاءٍ فَيَجِبُ رَدُّهُ (وَكَذَلِكَ لَوْ تَفَاسَخَا الرَّهْنُ لَهُ حَبْسُهُ مَا لَمْ يَقْبِضْ الدَّيْنُ أَوْ يُبْرِئَهُ، وَلَا يَبْطُلُ الرَّهْنُ إِلَّا بِالرَّدِّ عَلَى الرَّاهِنِ عَلَى وَجْهِ الْفَسْخِ)؛ لِأَنَّهُ يَبْقَى مَضْمُونًا مَا بَقِيَ الْقَبْضُ وَالْدَّيْنُ (وَلَوْ هَلَكَ فِي يَدِهِ سَقَطَ الدَّيْنُ إِذَا كَانَ بِهِ وَفَاءً بِالْدَّيْنِ) لِبَقَاءِ الرَّهْنِ (وَلَيْسَ لِلْمُرْتَهِنِ أَنْ يَنْتَفِعَ بِالرَّهْنِ لَا بِاسْتِخْدَامٍ، وَلَا بِسُكْنَى وَلَا نُبْسٍ، إِلَّا أَنْ يَأْذَنَ لَهُ الْمَالِكُ)؛ لِأَنَّ لَهُ حَقَّ الْحَبْسِ دُونَ الْإِنْتِفَاعِ (وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَبِيعَ إِلَّا بِتَسْلِيْطٍ مِنَ الرَّاهِنِ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُؤَاجِرَ وَيُعِيرَ)؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ لَهُ وَلَايَةُ الْإِنْتِفَاعِ بِنَفْسِهِ فَلَا يَمْلِكُ تَسْلِيْطَ غَيْرِهِ عَلَيْهِ، فَإِنْ فَعَلَ كَانَ مُتَعَدِّيًا، وَلَا يَبْطُلُ عَقْدُ الرَّهْنِ بِالتَّعْدِي.

الشرح:

قَالَ (وَإِنْ كَانَ الرَّهْنُ فِي يَدِهِ إلخ) إِذَا كَانَ الرَّهْنُ فِي يَدِ الْمُرْتَهِنِ فَهُوَ مُخَيَّرٌ بَيْنَ أَنْ يُمَكِّنَ الرَّاهِنَ مِنْ بَيْعِهِ وَأَنْ لَا يُمَكِّنَ، لِأَنَّ حُكْمَهُ الْحَبْسُ الدَّائِمُ إِلَى أَنْ يَقْضِيَ الدَّيْنُ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ وَذَلِكَ حَقُّهُ فَلَهُ إِسْقَاطُهُ، وَكَلَامُهُ وَاضِحٌ.

وَقَوْلُهُ (فَلَوْ هَلَكَ) أَيْ الرَّهْنُ (قَبْلَ الرَّدِّ اسْتَرَدَّ الرَّاهِنُ مَا قَضَاهُ) لَمَّا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ وَهُوَ وَاضِحٌ، وَطَوْلَبَ بِالْفَرْقِ بَيْنَهُ وَبَيْنَ مَا إِذَا ارْتَهَنَ عَبْدًا بِأَلْفٍ دِرْهَمٍ وَقَبَضَهُ

وَقِيمَتُهُ مِثْلُ الدَّيْنِ ثُمَّ وَهَبَ الْمُرْتَهِنُ الْمَالَ لِلرَّاهِنِ أَوْ أُبْرَأَهُ وَلَمْ يَرُدَّ عَلَيْهِ الرَّهْنُ حَتَّى هَلَكَ عِنْدَهُ مِنْ غَيْرِ أَنْ يَمْنَعَهُ إِيَّاهُ فَإِنَّهُ لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ اسْتِحْسَانًا، وَإِنْ تَبَيَّنَتْ يَدُ الاسْتِيفَاءِ لِلْمُرْتَهِنِ بِقَبْضِهِ السَّابِقِ وَقَدْ تَقَرَّرَ بِالْهَلَاكِ فَصَيَّرُوهُ مُسْتَوْفِيًا بِهَلَاكِ الرَّهْنِ بَعْدَ الْإِبْرَاءِ بِمَنْزِلَةِ اسْتِيفَائِهِ حَقِيقَةً، وَفِي الاسْتِيفَاءِ حَقِيقَةً بَعْدَ الْإِبْرَاءِ يَرُدُّ الْمُسْتَوْفِي فَيَجِبُ أَنْ يَكُونَ هَاهُنَا كَذَلِكَ.

وَأُجِيبَ بِأَنَّ الرَّهْنَ عَقْدُ اسْتِيفَاءٍ بِالْيَدِ وَالْحَبْسِ كَمَا تَقَدَّمَ وَذَلِكَ الاسْتِيفَاءُ يَتَقَرَّرُ بِالْهَلَاكِ مُسْتَنَدًا إِلَى وَقْتِ الْقَبْضِ، فَالْقَضَاءُ بَعْدَ الْهَلَاكِ اسْتِيفَاءٌ بَعْدَ اسْتِيفَاءٍ فَيَجِبُ الرُّدُّ. وَأَمَّا الْإِبْرَاءُ فَلَيْسَ فِيهِ اسْتِيفَاءُ شَيْءٍ لِيَجِبَ رَدُّهُ، وَإِنَّمَا هُوَ إسْقَاطُ، وَإِسْقَاطُ الدَّيْنِ مِمَّنْ لَيْسَ عَلَيْهِ لَعْوٌ. وَقَوْلُهُ (عَلَى وَجْهِ الْفَسْخِ) احْتِرَازٌ عَمَّا إِذَا رَدَّهُ عَلَى وَجْهِ الْعَارِيَةِ فَإِنَّهُ لَا يُبْطَلُ الرَّهْنُ.

وَقَوْلُهُ (لَأَنَّهُ) أَيُّ الرَّهْنِ (يَبْقَى مَضْمُونًا مَا دَامَ الْقَبْضُ وَالْدَّيْنُ بَاقِيًا) أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ رَدَّ الرَّهْنُ سَقَطَ الضَّمَانُ لَفَوَاتِ الْقَبْضِ وَإِنْ كَانَ الدَّيْنُ بَاقِيًا، وَإِذَا أُبْرَأَهُ عَنِ الدَّيْنِ سَقَطَ الضَّمَانُ وَإِنْ كَانَ الْقَبْضُ بَاقِيًا، لِأَنَّ الْعِلَّةَ إِذَا كَانَتْ ذَاتَ وَصْفَيْنِ يَعْذَمُ الْحُكْمُ بَعْدَهُمَا أَحَدُهُمَا. فَإِنْ قِيلَ: فَيَنْبَغِي أَنْ لَا يَبْقَى مَضْمُونًا بَعْدَ قَبْضِ الدَّيْنِ إِذَا هَلَكَ الرَّهْنُ قَبْلَ التَّسْلِيمِ وَلَيْسَ كَذَلِكَ كَمَا مَرَّ فَكَانَ الْكَلَامُ مُتَنَاقِضًا. أُجِيبَ بِأَنَّ بَقَاءَ احْتِمَالِ الْحَبْسِ بِاحْتِمَالِ اسْتِحْقَاقِ الْمُؤَدَّى يُوجِبُ بَقَاءَ الضَّمَانِ، وَفِيهِ نَظَرٌ لِأَنَّ الْإِحْتِمَالَ لَا يُوجِبُ التَّحْقِيقَ لَا سِيَّمَا إِذَا لَمْ يَنْشَأْ عَنْ ذَلِيلٍ. وَقَوْلُهُ (وَلَوْ هَلَكَ فِي يَدِهِ). يَعْنِي إِذَا حَبَسَهُ بَعْدَ التَّفَاسُخِ فَهَلَكَ سَقَطَ الدَّيْنُ إِذَا كَانَ بِهِ وَفَاءً بِالدَّيْنِ لِبَقَاءِ الرَّهْنِ. وَقَوْلُهُ (وَلَيْسَ لِلْمُرْتَهِنِ) مَعْنَاهُ اتِّفَاءٌ جَوَازُ الْإِنْتِفَاعِ بِالرَّهْنِ وَالْإِنْتِفَاعِ بِهِ.

قَالَ (وَلِلْمُرْتَهِنِ أَنْ يَحْفَظَ الرَّهْنَ بِنَفْسِهِ وَزَوْجَتِهِ وَوَلَدِهِ وَخَادِمِهِ الَّذِي فِي عِيَالِهِ) قَالَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: مَعْنَاهُ أَنْ يَكُونَ الْوَلَدُ فِي عِيَالِهِ أَيْضًا، وَهَذَا؛ لِأَنَّ عَيْنَهُ أَمَانَةٌ فِي يَدِهِ فَصَارَ كَالْوَدِيعَةِ (وَإِنْ حَفَظَهُ بِغَيْرِ مَنْ فِي عِيَالِهِ أَوْ أَوْدَعَهُ ضَمِنَ) هَلْ يَضْمَنُ الثَّانِي فَهُوَ عَلَى الْخِلَافِ، وَقَدْ بَيَّنَّا جَمِيعَ ذَلِكَ بِدَلَالَتِهِ فِي الْوَدِيعَةِ (وَإِذَا تَعَدَّى الْمُرْتَهِنُ فِي الرَّهْنِ ضَمِنَهُ ضَمَانُ الْغَصْبِ بِجَمِيعِ قِيمَتِهِ)؛ لِأَنَّ الزِّيَادَةَ عَلَى مِقْدَارِ الدَّيْنِ أَمَانَةٌ، وَالْأَمَانَاتُ تُضْمَنُ بِالتَّعْدِي (وَلَوْ رَهْنَهُ خَاتَمًا فَجَعَلَهُ فِي خَنْصَرِهِ فَهُوَ ضَامِنٌ)؛ لِأَنَّهُ مُتَعَدٍّ

بِالاستِعْمَالِ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مَادُونٍ فِيهِ، وَإِنَّمَا الْإِذْنُ بِالْحِفْظِ وَالْيَمْنَى وَالْيُسْرَى فِي ذَلِكَ سَوَاءٌ؛ لِأَنَّ الْعَادَةَ فِيهِ مُخْتَلَفَةٌ (وَلَوْ جَعَلَهُ فِي بَقِيَّةِ الْأَصَابِعِ كَانَ رَهْنًا بِمَا فِيهِ)؛ لِأَنَّهُ لَا يُلْبَسُ كَذَلِكَ عَادَةً فَكَانَ مِنْ بَابِ الْحِفْظِ، وَكَذَا الطَّلِيسَانُ إِنْ لَبَسَهُ لَبَسًا مُعْتَادًا ضَمِنَ، وَإِنْ وَضَعَهُ عَلَى عَاتِقِهِ لَمْ يَضْمَنْ (وَلَوْ رَهْنَهُ سِيفَيْنِ أَوْ ثَلَاثَةً فَتَقَلَّدَهَا لَمْ يَضْمَنْ فِي الثَّلَاثَةِ وَضْمِنَ فِي السِّيفَيْنِ)؛ لِأَنَّ الْعَادَةَ جَرَتْ بَيْنَ الشُّجْعَانِ بِتَقَلُّدِ السِّيفَيْنِ فِي الْحَرْبِ وَلَمْ تَجْرِ بِتَقَلُّدِ الثَّلَاثَةِ، وَإِنْ لَبَسَ خَاتَمًا فَوْقَ خَاتَمٍ، إِنْ كَانَ هُوَ مِمَّنْ يَتَّجَمَلُ بِلُبْسِ خَاتَمَيْنِ ضَمِنَ، وَإِنْ كَانَ لَا يَتَّجَمَلُ بِذَلِكَ فَهُوَ حَافِظٌ فَلَا يَضْمَنْ.

الشرح:

قَالَ (وَلِلْمُرْتَهِنِ أَنْ يَحْفَظَ الرَّهْنَ بِنَفْسِهِ إِنْ خُفِيَ كَلَامُهُ وَاصْبَحَ وَالْعِبْرَةُ فِي الْعِيَالِ لِلْمَسَاكِينِ لَا لِلثَّقَةِ، أَلَا تَرَى أَنَّ الْمَرْأَةَ إِذَا ارْتَهَنَتْ وَسَلَّمَتِ الرَّهْنَ إِلَى الزَّوْجِ لَمْ يَضْمَنْ، وَالْإِنُّ الْكَبِيرُ الَّذِي لَا يَكُونُ فِي نَفَقَتِهِ إِذَا سَاكَنَ الْأَبَ وَخَرَجَ الْأَبُ عَنِ الْمَنْزِلِ وَتَرَكَ الْمَنْزِلَ عَلَى الْإِنِّ لَمْ يَضْمَنْ).

قَالَ (وَأَجْرَةُ الْبَيْتِ الَّذِي يُحْفَظُ فِيهِ الرَّهْنُ عَلَى الْمُرْتَهِنِ وَكَذَلِكَ أَجْرَةُ الْحَافِظِ وَأَجْرَةُ الرَّاعِي وَنَفَقَةُ الرَّهْنِ عَلَى الرَّاهِنِ) وَالْأَصْلُ أَنَّ مَا يُحْتَاجُ إِلَيْهِ لِمَصْلَحَةِ الرَّهْنِ وَتَبْقِيَّتِهِ فَهُوَ عَلَى الرَّاهِنِ سَوَاءٌ كَانَ فِي الرَّهْنِ فَضْلٌ أَوْ لَمْ يَكُنْ؛ لِأَنَّ الْعَيْنَ بَاقٍ عَلَى مِلْكِهِ، وَكَذَلِكَ مَنَافِعُهُ مَمْلُوكَةٌ لَهُ فَيَكُونُ إِصْلَاحُهُ وَتَبْقِيَّتُهُ عَلَيْهِ لِمَا أَنَّهُ مُؤَنَّتٌ مِلْكِهِ كَمَا فِي الْوَدِيعَةِ، وَذَلِكَ مِثْلُ النَّفَقَةِ فِي مَآكِلِهِ وَمَشْرَبِهِ، وَأَجْرَةُ الرَّاعِي فِي مَعْنَاهُ؛ لِأَنَّهُ عَلَفُ الْحَيَوَانِ، وَمِنْ هَذَا الْجِنْسِ كَسَوَةُ الرَّهْقِ وَأَجْرَةُ ظَلَرٍ وَلَدِ الرَّهْنِ، وَسَقْيُ الْبُسْتَانِ، وَكَرْيُ النَّهْرِ وَتَلْقِيحُ نَحِيلِهِ وَجَدَادُهُ، وَالْقِيَامُ بِمَصَالِحِهِ، وَكُلُّ مَا كَانَ لِحِفْظِهِ أَوْ لِرَدِّهِ إِلَى يَدِ الْمُرْتَهِنِ أَوْ لِرَدِّ جُزْءٍ مِنْهُ فَهُوَ عَلَى الْمُرْتَهِنِ مِثْلُ أَجْرَةِ الْحَافِظِ؛ لِأَنَّ الْإِمْسَاكَ حَقٌّ لَهُ وَالْحِفْظُ وَاجِبٌ عَلَيْهِ فَيَكُونُ بَدَلُهُ عَلَيْهِ، وَكَذَلِكَ أَجْرَةُ الْبَيْتِ الَّذِي يُحْفَظُ الرَّهْنُ فِيهِ، وَهَذَا فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّ كِرَاءَ الْمَاوَى عَلَى الرَّاهِنِ بِمَنْزِلَةِ النَّفَقَةِ؛ لِأَنَّهُ سَعَى فِي تَبْقِيَّتِهِ، وَمِنْ هَذَا الْقِسْمِ جَعَلَ الْأَبُ قَائِمًا عَلَى الْمُرْتَهِنِ؛ لِأَنَّهُ مُحْتَاجٌ إِلَى إِعَادَةِ الْأَسْتِيفَاءِ الَّتِي كَانَتْ لَهُ لِرَدِّهِ فَكَانَتْ مُؤَنَّتُ الرَّدِّ فَيُلْزَمُهُ، وَهَذَا إِذَا كَانَتْ قِيَمَةُ الرَّهْنِ وَالْدَيْنِ سَوَاءً، وَإِنْ كَانَتْ قِيَمَةُ الرَّهْنِ أَكْثَرَ فَعَلَيْهِ بِقَدْرِ الْمُضْمُونِ وَعَلَى الرَّاهِنِ بِقَدْرِ

الزِيَادَةُ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ أَمَانَةٌ فِي يَدِهِ وَالرَّدُّ لِإِعَادَةِ الْيَدِ، وَيَدُهُ فِي الزِّيَادَةِ يَدُ الْمَالِكِ إِذْ هُوَ كَالْمُدْعَى فِيهَا فَلِهَذَا يَكُونُ عَلَى الْمَالِكِ، وَهَذَا بِخِلَافِ أَجْرَةِ الْبَيْتِ الَّذِي ذَكَرْنَاهُ فَإِنَّ كُلَّهَا تَجِبُ عَلَى الْمُرْتَهِنِ، وَإِنْ كَانَ فِي قِيمَةِ الرَّهْنِ فَضْلٌ، لَأَنْ وَجُوبُ ذَلِكَ بِسَبَبِ الْحَبْسِ، وَحَقُّ الْحَبْسِ فِي الْكُلِّ ثَابِتٌ لَهُ فَأَمَّا الْجُعْلُ إِنَّمَا يَلْزَمُهُ لِأَجْلِ الضَّمَانِ فَيَتَقَدَّرُ بِقَدْرِ الْمَضْمُونِ وَمُدَاوَاةِ الْجِرَاحَةِ وَالْقُرُوحِ وَمُعَالَجَةِ الْأَمْرَاضِ وَالْفِدَاءِ مِنَ الْجَنَائِيَةِ تَنْقَسِمُ عَلَى الْمَضْمُونِ وَالْأَمَانَةِ، وَالْخَرَاجُ عَلَى الرَّاهِنِ خَاصَّةً؛ لِأَنَّهُ مِنْ مَوْنِ الْمَلِكِ، وَالْعُشْرُ فِيمَا يَخْرُجُ مُقَدَّمٌ عَلَى حَقِّ الْمُرْتَهِنِ لِتَعَلُّقِهِ بِالْعَيْنِ وَلَا يَبْطُلُ الرَّهْنُ فِي الْبَاقِي؛ لَأَنْ وَجُوبَهُ لَا يَنَافِي مِلْكَهُ، بِخِلَافِ الْإِسْتِحْقَاقِ، وَمَا آذَاهُ أَحَدُهُمَا مِمَّا وَجَبَ عَلَى صَاحِبِهِ فَهُوَ مُتَطَوِّعٌ، وَمَا أَنْفَقَ أَحَدُهُمَا مِمَّا يَجِبُ عَلَى الْآخَرِ بِأَمْرِ الْقَاضِي رَجَعَ عَلَيْهِ كَأَنْ صَاحِبَهُ أَمَرَهُ بِهِ؛ لَأَنْ وَلَايَةَ الْقَاضِي عَامَّةٌ وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ لَا يَرْجَعُ إِذَا كَانَ صَاحِبُهُ حَاضِرًا وَإِنْ كَانَ بِأَمْرِ الْقَاضِي وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ إِنَّهُ يَرْجَعُ فِي الْوَجْهَيْنِ، وَهِيَ فِرْعُ مَسْأَلَةِ الْحَجَرِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

الشرح:

قَالَ (وَأَجْرَةُ الرَّاعِي وَتَفَقُّةُ الرَّهْنِ عَلَى الرَّاهِنِ) فَإِنْ أَبَى فَالْقَاضِي بِأَمْرِ الْمُرْتَهِنِ بَأَنْ يُنْفَقَ عَلَيْهِ، فَإِذَا قَضَى الدَّيْنَ فَلِلْمُرْتَهِنِ أَنْ يَحْبِسَ الرَّهْنَ حَتَّى يَسْتَوْفِيَ التَّفَقُّةَ، وَإِنْ هَلَكَ الرَّهْنُ بَعْدَ ذَلِكَ لَا شَيْءَ عَلَى الرَّاهِنِ فِي قَوْلِ زُفَرٍ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: التَّفَقُّةُ دَيْنٌ عَلَى الرَّاهِنِ، وَالْأَصْلُ الْمَذْكُورُ فِي الْكِتَابِ وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (وَكُلُّ مَا كَانَ لِحِفْظِهِ أَوْ لَرَدِّهِ إِلَى يَدِ الْمُرْتَهِنِ) كَجُعْلِ الْآبِقِ (أَوْ لَرَدِّ جُزْءٍ مِنْهُ) كَمُدَاوَاةِ الْجِرَاحِ. وَقَوْلُهُ (وَالْحِفْظُ وَاجِبٌ عَلَيْهِ فَيَكُونُ بَدْلُهُ عَلَيْهِ) قَالَ فِي شَرْحِ الطَّحَاوِيِّ: لَوْ شَرَطَ الرَّاهِنُ لِلْمُرْتَهِنِ شَيْئًا عَلَى الْحِفْظِ لَا يَصِحُّ بِخِلَافِ الْوَدِيعَةِ.

وَقَوْلُهُ (لِتَعَلُّقِهِ بِالْعَيْنِ) يَعْنِي بِخِلَافِ حَقِّ الْمُرْتَهِنِ، فَإِنَّ حَقَّهُ يَتَعَلَّقُ بِالرَّهْنِ مِنْ حَيْثُ الْمَالِيَّةُ لَا مِنْ حَيْثُ الْعَيْنُ، وَالْعَيْنُ مُقَدَّمٌ عَلَى الْمَالِيَّةِ فَكَذَلِكَ مَا يَتَعَلَّقُ بِالْعَيْنِ يُقَدَّمُ عَلَى مَا يَتَعَلَّقُ بِالْمَالِيَّةِ. فَإِنْ قِيلَ: لَمَّا كَانَ الْعُشْرُ مُتَعَلِّقًا بِالْعَيْنِ كَانَ اسْتِحْقَاقُهُ كَاسْتِحْقَاقِ جُزْءٍ مِنَ الْأَرْضِ لِكَوْنِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَيْنًا وَرُدُّ عَلَيْهِ عَقْدُ الرَّهْنِ فَإِنَّ وَضْعَ الْمَسْأَلَةِ فِيمَا إِذَا ارْتَهَنَ أَرْضًا عَشْرِيَّةً مَعَ شَجَرٍ أَوْ زَرْعٍ فِيهَا فَأَخَذَ الْعُشْرَ، وَالْإِسْتِحْقَاقُ فِي جُزْءٍ مِنَ الْأَرْضِ يَبْطُلُ الرَّهْنُ لظُهُورِ الشُّبُوحِ فِيهِ فَكَذَا فِي اسْتِحْقَاقِ الْعُشْرِ.

أَجَابَ بِقَوْلِهِ (وَلَا يَبْطُلُ الرَّهْنُ فِي الْبَاقِي لِأَنَّهُ وَجُوبُهُ) أَيُّ وَجُوبِ الْعُشْرِ (لَا يُنَافِي مِلْكَهُ) فِي جَمِيعِ مَا رَهْنَهُ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ بَاعَهُ جَارًا، وَلَوْ أَدَّى الْعُشْرَ مِنْ مَوْضِعٍ آخَرَ جَارَ فَصَحَّ الرَّهْنُ فِي الْكُلِّ ثُمَّ خَرَجَ جُزْءٌ مُعَيَّنٌ فَلَمْ يَتِمَّ الشُّيُوعُ فِي الرَّهْنِ لَا مُقَارِنًا وَلَا طَارِئًا، بِخِلَافِ الاسْتِحْقَاقِ لِأَنَّ الْمَلِكَ الْمُسْتَحَقَّ مِلْكُ الْغَيْرِ فَلَمْ يَصَحَّ الرَّهْنُ فِيهِ، وَكَذَا فِيمَا وَرَاءَهُ لِأَنَّهُ مُشَاعٌ (قَوْلُهُ وَمَا أَذَاهُ أَحَدُهُمَا مِمَّا وَجَبَ عَلَى صَاحِبِهِ) يَعْنِي مِنْ أُجْرَةٍ وَغَيْرِهَا (فَهُوَ مُتَطَوِّعٌ) لِأَنَّهُ قَضَى دَيْنَ غَيْرِهِ بِغَيْرِ أَمْرِهِ (وَمَا أَنْفَقَ أَحَدُهُمَا مِمَّا يَجِبُ عَلَى الْآخَرِ) فَإِنْ كَانَ بِغَيْرِ أَمْرِ الْقَاضِي فَكَذَلِكَ، وَإِنْ كَانَ بِأَمْرِهِ رَجَعَ عَلَيْهِ كَأَنَّ صَاحِبَهُ أَمَرَهُ بِهِ لِعُمُومِ وَلَايَةِ الْقَاضِي: وَقَدْ قِيلَ: إِنَّهُ بِمُجَرَّدِ أَمْرِ الْقَاضِي بِالتَّفَقُّعِ لَا يَصِيرُ دَيْنًا عَلَى الرَّاهِنِ مَا لَمْ يَجْعَلْهُ دَيْنًا عَلَيْهِ بِالتَّنْصِيسِ، لِأَنَّ أَمْرَهُ هَاهُنَا لَيْسَ لِلْإِلْزَامِ، فَإِنَّهُ لَا يَلْزَمُهُ شَيْءٌ مِنْهَا بِالِاتِّفَاقِ فَيَكُونُ الْأَمْرُ بِذَلِكَ مُتَرَدِّدًا بَيْنَ الْإِتِّفَاقِ حِسْبَةً وَدَيْنًا، فَعِنْدَ الْإِطْلَاقِ يَثْبُتُ الْأَدْنَى.

وَقَوْلُهُ (وَهِيَ فَرْعٌ مَسْأَلَةِ الْحَجَرِ) فَمَذْهَبُ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الْقَاضِي لَا يَلِي عَلَى الْحَاضِرِ وَعِنْدَهُمَا يَلِي عَلَيْهِ. يَعْنِي عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ لَمَّا نَفَذَ حَجْرُ الْقَاضِي عَلَى الْحُرِّ كَانَ نَافِذًا حَالِ غَيْبَتِهِ وَحَضْرَتِهِ، وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ لَوْ نَفَذَ عَلَيْهِ أَمْرُ الْقَاضِي حَالِ حُضُورِهِ يَصِيرُ مَحْجُورًا عَلَيْهِ وَهُوَ لَا يَرَاهُ بِخِلَافِ حَالِ غَيْبَتِهِ لِأَنَّ فِيهَا ضَرُورَةً.

بَابُ مَا يَجُوزُ ارْتِهَانُهُ وَالْإِرْتِهَانُ بِهِ وَمَا لَا يَجُوزُ

قَالَ (وَلَا يَجُوزُ رَهْنُ الْمُسَاعِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يَجُوزُ، وَلَنَا فِيهِ وَجْهَانِ: أَحَدُهُمَا يَنْبَغِي عَلَى حُكْمِ الرَّهْنِ، فَإِنَّهُ عِنْدَنَا ثُبُوتُ يَدِ الْإِسْتِيفَاءِ، وَهَذَا لَا يُتَصَوَّرُ فِيمَا يَتَنَاوَلُهُ الْعَقْدُ وَهُوَ الْمُسَاعُ وَعِنْدَهُ الْمُسَاعُ يَقْبَلُ مَا هُوَ الْحُكْمُ عِنْدَهُ وَهُوَ تَعْيِينُهُ لِلْبَيْعِ وَالثَّانِي أَنَّ مُوجِبَ الرَّهْنِ هُوَ الْحَبْسُ الدَّائِمُ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُشْرَعْ إِلَّا مَقْبُوضًا بِالنَّصِّ، أَوْ بِالنَّظَرِ إِلَى الْمَقْصُودِ مِنْهُ وَهُوَ الْإِسْتِيفَاقُ مِنَ الْوَجْهِ الَّذِي بَيَّنَّاهُ، وَكُلُّ ذَلِكَ يَتَعَلَّقُ بِالدَّوَامِ، وَلَا يُفْضِي إِلَيْهِ إِلَّا اسْتِحْقَاقُ الْحَبْسِ، وَلَوْ جَوَزْنَاهُ فِي الْمُسَاعِ يَفُوتَ الدَّوَامُ؛ لِأَنَّهُ لَا بُدَّ مِنَ الْمُهَاطَاةِ فَيَصِيرُ كَمَا إِذَا قَالَ رَهْنْتُكَ يَوْمًا وَيَوْمًا لَا، وَلِهَذَا لَا يَجُوزُ فِيمَا يَحْتَمِلُ الْقِسْمَةَ وَمَا لَا يَحْتَمِلُهَا، بِخِلَافِ الْهَبَةِ حَيْثُ يَجُوزُ فِيمَا لَا يَحْتَمِلُ الْقِسْمَةَ؛ لِأَنَّ الْمَنَاعَ فِي الْهَبَةِ غَرَامَةُ الْقِسْمَةِ وَهُوَ فِيمَا يُقَسَّمُ، أَمَّا حُكْمُ الْهَبَةِ الْمَلِكِ وَالْمُسَاعُ يَقْبَلُهُ، وَهَذَا هُنَا الْحُكْمُ ثُبُوتُ يَدِ الْإِسْتِيفَاءِ وَالْمُسَاعُ لَا يَقْبَلُهُ وَإِنْ

كَانَ لَا يَحْتَمِلُ الْقِسْمَةَ، وَلَا يَجُوزُ مِنْ شَرِيكِهِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَقْبَلُ حُكْمُهُ عَلَى الْوَجْهِ الْأَوَّلِ وَعَلَى الْوَجْهِ الثَّانِي يَسْكُنُ يَوْمًا بِحُكْمِ الْمَلِكِ وَيَوْمًا بِحُكْمِ الرَّهْنِ فَيَصِيرُ كَأَنَّهُ رَهْنُ يَوْمًا وَيَوْمًا لَا وَالشَّيْءُ الطَّارِئُ يَمْنَعُ بَقَاءَ الرَّهْنِ فِي رِوَايَةِ الْأَصْلِ، وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ لَا يَمْنَعُ؛ لِأَنَّ حُكْمَ الْبَقَاءِ أَسْهَلُ مِنْ حُكْمِ الْإِبْتِدَاءِ فَأَشْبَهَ الْهَبَةَ وَجْهَ الْأَوَّلِ أَنَّ الْإِمْتِنَاعَ لِعَدَمِ الْمَحْلِيَّةِ وَمَا يَرْجِعُ إِلَيْهِ، فَالْإِبْتِدَاءُ وَالْبَقَاءُ سَوَاءٌ كَالْمَحْرَمِيَّةِ فِي بَابِ النِّكَاحِ، بِخِلَافِ الْهَبَةِ؛ لِأَنَّ الْمَشَاعَ يَقْبَلُ حُكْمَهَا وَهُوَ الْمَلِكُ، وَاعْتِبَارُ الْقَبْضِ فِي الْإِبْتِدَاءِ لِنُفْيِ الْغَرَامَةِ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ، وَلَا حَاجَةَ إِلَى اعْتِبَارِهِ فِي حَالَةِ الْبَقَاءِ وَلِهَذَا يَصِحُّ الرَّجُوعُ فِي بَعْضِ الْهَبَةِ، وَلَا يَجُوزُ فَسْخُ الْعَقْدِ فِي بَعْضِ الرَّهْنِ.

الشرح:

(بَابُ مَا يَجُوزُ ارْتِهَانُهُ وَالْإِرْتِهَانُ بِهِ وَمَا لَا يَجُوزُ): لَمَّا ذَكَرَ مُقَدِّمَاتِ مَسَائِلِ الرَّهْنِ ذَكَرَ فِي هَذَا الْبَابِ تَفْصِيلَ مَا يَجُوزُ ارْتِهَانُهُ وَمَا لَا يَجُوزُ، إِذِ التَّفْصِيلُ إِنَّمَا يَكُونُ بَعْدَ الْإِجْمَالِ. قَالَ (وَلَا يَجُوزُ رَهْنُ الْمَشَاعِ إلخ) رَهْنُ الْمَشَاعِ الْقَابِلُ لِلْقِسْمَةِ وَغَيْرِهِ فَاسِدٌ يَتَعَلَّقُ بِهِ الضَّمَانُ إِذَا قُبِضَ؛ وَقِيلَ بَاطِلٌ لَا يَتَعَلَّقُ بِهِ ذَلِكَ وَلَيْسَ بِصَحِيحٍ لِأَنَّ الْبَاطِلَ مِنْهُ هُوَ فِيمَا إِذَا لَمْ يَكُنِ الرَّهْنُ مَالًا أَوْ لَمْ يَكُنِ الْمُقَابِلُ بِهِ مَضْمُونًا وَمَا نَحْنُ فِيهِ لَيْسَ كَذَلِكَ بِنَاءً عَلَى أَنَّ الْقَبْضَ شَرْطُ تَمَامِ الْعَقْدِ لَا شَرْطُ جَوَازِهِ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: هُوَ جَائِزٌ وَلَمْ يَذْكُرْ لَهُ فِي الْكِتَابِ دَلِيلًا لِأَنَّ أَصْلَ دَلِيلِهِ، وَمُعْظَمُهُ قَدْ عَلِمَ فِي ضَمَنِ ذِكْرِ دَلِيلِنَا عَلَى مَا سَيُظْهِرُ، وَدَلِيلُنَا مَوْقُوفٌ عَلَى مُقَدِّمَةٍ هِيَ أَنَّ الْعُقُودَ شَرَعَتْ لِأَحْكَامِهَا، فَإِذَا فَاتَ الْحُكْمُ كَانَ الْعَقْدُ غَيْرَ مُعْتَبَرٍ، وَتَقْرِيرُ الْوَجْهِ الْأَوَّلِ مِنْ كَلَامِهِ حُكْمُ الرَّهْنِ بُيُوتُ يَدِ الْاسْتِفْتَاءِ عَلَى مَا تَنَاوَلَهُ الْعَقْدُ لَمَّا بَيَّنَّا أَنَّهُ وَثِيقَةٌ لْجَانِبِ الْاسْتِفْتَاءِ وَبُيُوتُ يَدِ الْاسْتِفْتَاءِ فِيمَا تَنَاوَلَهُ الْعَقْدُ وَهُوَ الْمَشَاعُ غَيْرُ مُتَصَوِّرٍ لِأَنَّ الْيَدَ ثَبَتَتْ عَلَى مُعَيَّنٍ وَالْمَرْهُونُ مِنَ الْمَشَاعِ غَيْرُ مُعَيَّنٍ وَالْمُعَيَّنُ غَيْرُ الْمُعَيَّنِ فَتَكُونُ الْيَدُ ثَابِتَةً عَلَى غَيْرِ الْمَرْهُونِ وَفِيهِ قَوَاتُ حُكْمِهِ.

وَأَدْرَجَ الْمُصَنِّفُ رَحِمَهُ اللَّهُ دَلِيلَ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ بَيْنَ الْوَجْهَيْنِ وَهُوَ قَوْلُهُ وَعِنْدَهُ الْمَشَاعُ يَقْبَلُ مَا هُوَ الْحُكْمُ عِنْدَهُ وَهُوَ تَعْيِنُهُ لِلْبَيْعِ، فَيَكُونُ تَقْرِيرُ كَلَامِهِ حُكْمُ الرَّهْنِ تَعْيِنُهُ لِلْبَيْعِ وَالْمَشَاعُ عَيْنٌ يَجُوزُ بَيْعُهُ، فَحُكْمُ الرَّهْنِ يَجُوزُ فِي الْمَشَاعِ، وَإِذَا كَانَ

الحُكْمُ مُتَّصِرًا كَانَ الْعَقْدُ مُقَيَّدًا، وَتَقْرِيرُ الثَّانِي أَنَّ مُوجِبَ الرَّهْنِ: أَيُّ مُوجِبِ حُكْمِهِ: يَعْنِي لَازِمُهُ هُوَ الْحَبْسُ الدَّائِمُ لِأَنَّهُ لَمْ يُشْرَعْ إِلَّا مَقْبُوضًا بِالنَّصِّ وَهُوَ قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿فَرَهْنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ أَوْ بِالنَّظَرِ إِلَى الْمَقْصُودِ وَهُوَ الِاسْتِثْنَاءُ مِنَ الْوَجْهِ الَّذِي يَبْنَاهُ: يَعْنِي مَا مَرَّ مِنْ قَوْلِهِ وَلِيَكُونَ عَاجِزًا عَنِ الْإِتِّفَاعِ فَيَتَسَارَعَ إِلَى قَضَاءِ الدَّيْنِ لِحَاجَتِهِ أَوْ لَضَجَرِهِ (وَكُلُّ ذَلِكَ) أَيُّ كُلِّ مَا مَرَّ مِنْ قَوْلِهِ لَمْ يُشْرَعْ إِلَّا مَقْبُوضًا بِالنَّصِّ أَوْ بِالنَّظَرِ إِلَى الْمَقْصُودِ (يَتَعَلَّقُ بِالدَّوَامِ) أَمَّا تَعَلُّقُهُ بِالدَّوَامِ بِالنَّظَرِ إِلَى الْمَقْصُودِ فَظَاهِرٌ، فَإِنَّهُ لَوْ تَمَكَّنَ مِنَ الْإِسْتِرْدَادِ رُبَّمَا جَحَدَ الرَّهْنُ وَالَّذِينَ جَمِيعًا فَيَقُوتُ الِاسْتِثْنَاءُ.

وَأَمَّا بِالنَّظَرِ إِلَى النَّصِّ فَلِأَنَّهُ لَمَّا وَجَبَ الْقَبْضُ ابْتِدَاءً وَجَبَ بَقَاءُ، لِأَنَّ مَا تَعَلَّقَ بِالْمَحَلِّ فَلَا ابْتِدَاءُ وَالْبَقَاءُ فِيهِ سَوَاءٌ كَالْمَحْرَمَةِ فِي النِّكَاحِ، وَقَدْ عَلِمْتُ أَنَّ حُكْمَ الرَّهْنِ عِنْدَنَا ثُبُوتُ يَدِ الِاسْتِيفَاءِ وَهُوَ لَا يَكُونُ إِلَّا بِالْقَبْضِ وَالْقَبْضُ فِيمَا نَحْنُ فِيهِ يَقْتَضِي الدَّوَامَ فَكَانَ دَوَامُ الْحَبْسِ لَازِمًا بِحُكْمِ الرَّهْنِ وَيَقُوتُ فِي الْمَشَاعِ، وَالِدَّاعِي إِلَى هَذَا التَّوْجِيهِ تَخْلِيصُ الْكَلَامِ عَنِ التَّكْرَارِ فَإِنَّهُ قَالَ: أَحَدُهُمَا يَنْبَنِي عَلَى حُكْمِ الرَّهْنِ، وَالثَّانِي عَلَى مُوجِبِ الرَّهْنِ فَلَوْ كَانَ الْمَوْجِبُ مُفَسَّرًا بِالْحُكْمِ كَمَا هُوَ الْمَعْهُودُ تَكَرَّرَ كَلَامُهُ.

وَقَوْلُهُ (وَلَا يُفْضِي إِلَيْهِ) أَيُّ إِلَى دَوَامِ الْحَبْسِ مِنْ تَمَامِ الدَّلِيلِ: يَعْنِي ثَبَتَ أَنَّهُ لَا بُدَّ مِنَ الدَّوَامِ، وَلَا يُفْضِي إِلَيْهِ إِلَّا اسْتِحْقَاقُ الْحَبْسِ وَلَا اسْتِحْقَاقُ لِلْحَبْسِ فِي الْمَشَاعِ لِأَنَّهُ لَا بُدَّ مِنَ الْمُهَيَّيَّةِ، فَكَأَنَّهُ يَقُولُ لَهُ رَهْنُكَ يَوْمًا دُونَ يَوْمٍ، وَلَا شَكَّ فِي عَدَمِ اسْتِحْقَاقِهِ لِلْحَبْسِ سِوَى يَوْمٍ فَيَقُوتُ الدَّوَامُ الْوَاجِبُ تَحَقُّقُهُ (وَلِهَذَا) أَيُّ وَلِأَنَّ الدَّوَامَ يَقُوتُ فِي الْمَشَاعِ تَسَاوَى مَا يَحْتَمِلُ الْقِسْمَةَ وَمَا لَا يَحْتَمِلُهَا فِي الرَّهْنِ، بِخِلَافِ الْهَبَةِ عَلَى مَا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ (وَقَوْلُهُ وَلَا يَجُوزُ) أَيُّ الرَّهْنُ (مِنْ شَرِيكِهِ) عَلَى الْوَجْهَيْنِ جَمِيعًا. أَمَّا عَلَى الْوَجْهِ الْأَوَّلِ فَإِنَّهُ لَا يَقْبَلُ حُكْمَهُ. وَأَمَّا عَلَى الثَّانِي فَلِأَنَّهُ يَقُوتُ بِهِ دَوَامُ الْحَبْسِ كَمَا تَقَدَّمَ. وَصُورَةُ الشُّيُوعِ الطَّارِئِ أَنْ يَرَهْنَ الْجَمِيعَ ثُمَّ يَتَفَاسَخَا فِي الْبَعْضِ، أَوْ أُذِنَ الرَّاهِنُ لِلْعَدْلِ أَنْ يَبِيعَ الرَّهْنَ كَيْفَ شَاءَ فَبَاعَ نِصْفَهُ وَأَنَّهُ يَمْنَعُ بَقَاءَ الرَّهْنِ فِي رِوَايَةِ الْأَصْلِ، وَكَلَامُهُ وَاضِحٌ.

قَالَ (وَلَا رَهْنُ ثَمَرَةٍ عَلَى رُءُوسِ النَّخِيلِ، وَلَا زَرْعِ الْأَرْضِ دُونَ الْأَرْضِ، وَلَا رَهْنُ النَّخِيلِ فِي الْأَرْضِ دُونَهَا)؛ لِأَنَّ الْمَرْهُونَ مُتَّصِلٌ بِمَا لَيْسَ بِمَرْهُونٍ خَلْقَةً فَكَانَ فِي مَعْنَى

الشائع (وَكَذَا إِذَا رَهَنَ الْأَرْضَ دُونَ النَّخِيلِ أَوْ دُونَ الزَّرْعِ أَوْ النَّخِيلِ دُونَ الثَّمَرِ؛ لِأَنَّ
الِاتِّصَالَ يَقُومُ بِالطَّرْفَيْنِ، فَصَارَ الْأَصْلُ أَنَّ الْمَرْهُونَ إِذَا كَانَ مُتَّصِلًا بِمَا لَيْسَ بِمَرْهُونٍ لَمْ
يَجْزْ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُ قَبْضَ الْمَرْهُونِ وَحْدَهُ وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ رَهْنَ الْأَرْضِ بِدُونَ الشَّجَرِ
جَائِزٌ؛ لِأَنَّ الشَّجَرَ اسْمٌ لِلثَّابِتِ فَيَكُونُ اسْتِثْنَاءُ الْأَشْجَارِ بِمَوَاضِعِهَا، بِخِلَافِ مَا إِذَا رَهَنَ
الدَّارَ دُونَ الْبِنَاءِ؛ لِأَنَّ الْبِنَاءَ اسْمٌ لِلْمَبْنَى فَيَصِيرُ رَاهِنًا جَمِيعَ الْأَرْضِ وَهِيَ مَشْغُولَةٌ بِمِلْكِ
الرَّاهِنِ (وَلَوْ رَهَنَ النَّخِيلَ بِمَوَاضِعِهَا جَازٌ)؛ لِأَنَّ هَذِهِ مُجَاوِرَةٌ وَهِيَ لَا تَمْنَعُ الصَّحَّةَ (وَلَوْ
كَانَ فِيهِ ثَمَرٌ يَدْخُلُ فِي الرَّهْنِ)؛ لِأَنَّهُ تَابِعٌ لِاتِّصَالِهِ بِهِ فَيَدْخُلُ تَبَعًا تَصْحِيحًا لِلْعَقْدِ،
بِخِلَافِ الْبَيْعِ؛ لِأَنَّ بَيْعَ النَّخِيلِ بِدُونَ الثَّمَرِ جَائِزٌ، وَلَا ضَرُورَةَ إِلَى إِدْخَالِهِ مِنْ غَيْرِ ذِكْرِ،
وَبِخِلَافِ الْمَتَاعِ فِي الدَّارِ حَيْثُ لَا يَدْخُلُ فِي رَهْنِ الدَّارِ مِنْ غَيْرِ ذِكْرِهِ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِتَابِعٍ
بِوَجْهِ مَا، وَكَذَا يَدْخُلُ الزَّرْعُ وَالرُّطْبَةُ فِي رَهْنِ الْأَرْضِ وَلَا يَدْخُلُ فِي الْبَيْعِ لَمَّا ذَكَرْنَا فِي
الثَّمَرَةِ (وَيَدْخُلُ الْبِنَاءُ وَالْفَرْسُ فِي رَهْنِ الْأَرْضِ وَالْدَّارِ وَالْقَرِيَّةِ) لَمَّا ذَكَرْنَا (وَلَوْ رَهَنَ
الدَّارَ بِمَا فِيهَا جَازَ وَلَوْ اسْتَحَقَّ بَعْضُهُ، إِنْ كَانَ الْبَاقِي يَجُوزُ ابْتِدَاءَ الرَّهْنِ عَلَيْهِ وَحْدَهُ
بَقِيَ رَهْنًا بِحِصَّتِهِ وَإِلَّا بَطَلَ كُلُّهُ)؛ لِأَنَّ الرَّهْنَ جُعِلَ كَأَنَّهُ مَا وَرَدَ إِلَّا عَلَى الْبَاقِي، وَيَمْنَعُ
التَّسْلِيمَ كَوْنُ الرَّاهِنِ أَوْ مَتَاعِهِ فِي الدَّارِ الْمَرْهُونَةِ، وَكَذَا مَتَاعُهُ فِي الْوِعَاءِ الْمَرْهُونِ،
وَيَمْنَعُ تَسْلِيمَ الدَّابَّةِ الْمَرْهُونَةِ الْحَمْلَ عَلَيْهَا فَلَا يَتِمُّ حَتَّى يُلْقِيَ الْحِمْلَ؛ لِأَنَّهُ شَاغِلٌ لَهَا،
بِخِلَافِ مَا إِذَا رَهَنَ الْحِمْلَ دُونَهَا حَيْثُ يَكُونُ رَهْنًا تَامًا إِذَا دَفَعَهَا إِلَيْهِ؛ لِأَنَّ الدَّابَّةَ مَشْغُولَةٌ
بِهِ فَصَارَ كَمَا إِذَا رَهَنَ مَتَاعًا فِي دَارٍ أَوْ فِي وَعَاءٍ دُونَ الدَّارِ وَالْوِعَاءِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا رَهَنَ
سَرَجًا عَلَى دَابَّةٍ أَوْ لِحَامًا فِي رَأْسِهَا وَدَفَعَ الدَّابَّةَ مَعَ السَّرَجِ وَاللِّجَامِ حَيْثُ لَا يَكُونُ رَهْنًا
حَتَّى يَنْزِعَهُ مِنْهَا ثُمَّ يُسَلِّمَهُ إِلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ مِنْ تَوَابِعِ الدَّابَّةِ بِمَنْزِلَةِ الثَّمَرَةِ لِلنَّخِيلِ حَتَّى قَالُوا
يَدْخُلُ فِيهِ مِنْ غَيْرِ ذِكْرِ.

الشرح:

قَالَ (وَلَا رَهْنُ ثَمَرَةٍ عَلَى رُءُوسِ النَّخِيلِ دُونَ النَّخِيلِ) هَذَا مَعْطُوفٌ عَلَى قَوْلِهِ
وَلَا يَجُوزُ رَهْنُ الْمَشَاعِ وَعِلَّتُهُ عِلَّتُهُ، فَإِنَّ الْأَصْلَ الْجَامِعَ أَنَّ اتِّصَالَ الْمَرْهُونِ بِغَيْرِ الْمَرْهُونِ
يَمْنَعُ جَوَازَ الرَّهْنِ لِاتِّفَاءِ الْقَبْضِ فِي الْمَرْهُونِ وَحْدَهُ لِاخْتِلَاطِهِ بِغَيْرِهِ. وَقَوْلُهُ (بِخِلَافِ
الْمَتَاعِ فِي الدَّارِ) يَعْنِي إِذَا رَهَنَ دَارًا مَشْغُولَةً بِأَمْتَةٍ الرَّاهِنِ لَمْ يَصِحَّ الرَّهْنُ لِأَنَّهَا لَمَّا لَمْ

تَكُنْ تَابِعَةً لِلدَّارِ بَوَاجِهِ لَمْ تَدْخُلْ فِي رَهْنِهَا مِنْ غَيْرِ ذِكْرِ فَاتَّفَقَى الْقَبْضُ أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ بَاعَ الدَّارَ بِكُلِّ قَلِيلٍ وَكَثِيرٍ هُوَ فِيهَا أَوْ مِنْهَا لَمْ تَدْخُلِ الْأَمْتَعَةُ، بِخِلَافِ مَا لَوْ بَاعَ النَّخِيلَ بِكُلِّ قَلِيلٍ وَكَثِيرٍ هُوَ فِيهَا أَوْ مِنْهَا فَإِنَّهُ تَدْخُلُ الثَّمَارُ فَتَدْخُلُ فِي الرَّهْنِ لِاتِّصَالِهَا بِهَا خَلْقَةً. وَقَوْلُهُ (وَلَوْ اسْتَحَقَّ بَعْضُهُ) يَعْنِي بَعْضَ الرَّهْنِ بِأَنْ رَهْنَ دَارًا أَوْ أَرْضًا فَاسْتَحَقَّ بَعْضُهَا، فِيمَا أَنْ يَكُونَ الْبَاقِي غَيْرَ مُشَاعٍ بِأَنْ كَانَ الْمُسْتَحَقُّ جُزْءًا مُعَيَّنًا غَيْرَ مُشَاعٍ أَوْ كَانَ مُشَاعًا، فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ صَحَّ الرَّهْنُ لِأَنَّهُ تَبَيَّنَ أَنَّ الرَّهْنَ مِنَ الْإِبْتِدَاءِ كَانَ مَا بَقِيَ وَهُوَ غَيْرُ مُشَاعٍ وَكَانَ جَائِزًا، وَإِنْ كَانَ الثَّانِي تَبَيَّنَ أَنَّ الرَّهْنَ مِنَ الْأَوَّلِ مُشَاعٌ وَهُوَ مَانِعٌ. وَقَوْلُهُ (حَتَّى قَالُوا يَدْخُلُ فِيهِ مِنْ غَيْرِ ذِكْرِ) يَعْنِي قَالَ الْمَشَايخُ رَحِمَهُمُ اللَّهُ: إِذَا رَهْنَ دَابَّةً عَلَيْهَا لَجَامٌ أَوْ سَرَجٌ دَخَلَ ذَلِكَ فِي الرَّهْنِ مِنْ غَيْرِ ذِكْرِ تَبَعًا.

قَالَ (وَلَا يَصِحُّ الرَّهْنُ بِالْأَمَانَاتِ) كَالْوَدَائِعِ وَالْعَوَارِي وَالْمُضَارِبَاتِ (وَمَالَ الشَّرَكَةِ)؛ لِأَنَّ الْقَبْضَ فِي بَابِ الرَّهْنِ قَبْضٌ مَضْمُونٌ فَلَا بُدَّ مِنْ ضَمَانٍ ثَابِتٍ لِيَقَعَ الْقَبْضُ مَضْمُونًا وَيَتَحَقَّقَ اسْتِيفَاءُ الدَّيْنِ مِنْهُ (وَكَذَلِكَ لَا يَصِحُّ بِالْأَعْيَانِ الْمَضْمُونَةِ بِغَيْرِهَا كَالْمَبِيعِ فِي يَدِ الْبَائِعِ)؛ لِأَنَّ الضَّمَانَ لَيْسَ بِوَاجِبٍ، فَإِنَّهُ إِذَا هَلَكَ الْعَيْنُ لَمْ يَضْمَنْ الْبَائِعُ شَيْئًا لَكِنَّهُ يَسْقُطُ الثَّمَنُ وَهُوَ حَقُّ الْبَائِعِ فَلَا يَصِحُّ الرَّهْنُ فَأَمَّا الْأَعْيَانُ الْمَضْمُونَةُ بِعَيْنِهَا وَهُوَ أَنْ يَكُونَ مَضْمُونًا بِالْمِثْلِ أَوْ بِالْقِيَمَةِ عِنْدَ هَلَاكِهِ مِثْلَ الْمَقْصُوبِ وَبَدَلَ الْخَلْعِ وَالْمَهْرِ وَبَدَلَ الصِّلَحِ عَنِ دَمِ الْعَمَدِ يَصِحُّ الرَّهْنُ بِهَا؛ لِأَنَّ الضَّمَانَ مُتَقَرَّرٌ، فَإِنَّهُ إِنْ كَانَ قَائِمًا وَجَبَ تَسْلِيمُهُ، وَإِنْ كَانَ هَالِكًا تَجِبَ قِيَمَتُهُ فَكَانَ رَهْنًا بِمَا هُوَ مَضْمُونٌ فَيَصِحُّ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلَا يَصِحُّ الرَّهْنُ بِالْأَمَانَاتِ) قَدْ تَقَدَّمَ ذِكْرُهُ.

قَالَ (وَالرَّهْنُ بِالْأَمَانَةِ بِاطِلٍ وَالْكَفَالَةُ بِالْأَمَانَةِ جَائِزَةٌ) وَالْفَرْقُ أَنَّ الرَّهْنَ لِلْإِسْتِيفَاءِ وَلَا اسْتِيفَاءَ قَبْلَ الْوُجُوبِ، وَإِضَافَةُ التَّمْلِيكِ إِلَى زَمَانٍ فِي الْمُسْتَقْبَلِ لَا تَجُوزُ أَمَّا الْكَفَالَةُ فَلَا تَلْزِمُ الْمُطَالَبَةَ، وَالتَّزَامُ الْأَفْعَالُ يَصِحُّ مُضَافًا إِلَى الْمَالِ كَمَا فِي الصَّوْمِ وَالصَّلَاةِ، وَلِهَذَا تَصِحُّ الْكَفَالَةُ بِمَا ذَابَ لَهُ عَلَى فُلَانٍ وَلَا يَصِحُّ الرَّهْنُ، فَلَوْ قَبِضَهُ قَبْلَ الْوُجُوبِ فَهَلَكَ عِنْدَهُ يَهْلِكُ أَمَانَتُهُ؛ لِأَنَّهُ لَا عَقْدَ حَيْثُ وَقَعَ بَاطِلًا، بِخِلَافِ الرَّهْنِ بِالْأَمَانَةِ الْمَوْعُودِ وَهُوَ أَنْ يَقُولَ رَهْنْتُكَ هَذَا لِتَقْرِضَنِي أَلْفَ دِرْهَمٍ وَهَلَكَ فِي يَدِ الْمُرْتَهِنِ حَيْثُ يَهْلِكُ بِمَا سَمِيَ مِنَ الْمَالِ

بِمُقَابَلَتِهِ؛ لِأَنَّ الْمَوْعُودَ جُعِلَ كَالْمَوْجُودِ بِاعْتِبَارِ الْحَاجَةِ، وَلِأَنَّهُ مَقْبُوضٌ بِجِهَةِ الرَّهْنِ الَّذِي يَصِحُّ عَلَى اعْتِبَارِ وُجُودِهِ فَيُعْطَى لَهُ حُكْمُهُ كَالْمَقْبُوضِ عَلَى سَوْمِ الشِّرَاءِ فَيُضْمَنُهُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَالرَّهْنُ بِالذَّرْكَ بَاطِلٌ) قَدْ تَقَدَّمَ غَيْرَ مَرَّةٍ أَنَّ الذَّرْكَ هُوَ رُجُوعُ الْمُشْتَرِي بِالثَّمَنِ عَلَى الْبَائِعِ عِنْدَ اسْتِحْقَاقِ الْمَبِيعِ. وَصُورَةُ الرَّهْنِ بِذَلِكَ أَنْ يَبِيعَ شَيْئًا وَيُسَلِّمَهُ إِلَى الْمُشْتَرِي فَيَخَافَ الْمُشْتَرِي أَنْ يَسْتَحِقَّهُ أَحَدٌ فَيَأْخُذَ مِنَ الْبَائِعِ رَهْنًا بِالثَّمَنِ لَوْ اسْتَحَقَّهُ أَحَدٌ وَهُوَ بَاطِلٌ حَتَّى لَا يَمْلِكَ الْمُرْتَهَنُ حَبْسَ الرَّهْنِ، إِنْ قَبَضَهُ قَبْلَ الْوُجُوبِ اسْتَحَقَّ الْمَبِيعَ أَوَّلًا. وَأَمَّا الْكِفَالَةُ بِذَلِكَ فَهِيَ جَائِزَةٌ، وَالْفَرْقُ مَا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ. وَذَكَرَ فِي فَائِدَةِ ضَمَانِ الذَّرْكَ مَعَ اسْتِحْقَاقِ رُجُوعِ الْمُشْتَرِي عَلَى الْبَائِعِ عِنْدَ اسْتِحْقَاقِ الْمَبِيعِ ضَمِنَ الْبَائِعُ ذَرْكَهُ أَوَّلًا، لِأَنَّهُ إِذَا لَمْ يَضْمَنْ لَا يَقْدِرُ الْمُشْتَرِي عَلَى الرُّجُوعِ إِلَّا إِذَا قَضَى الْقَاضِي بِنَقْضِ الْبَيْعِ، وَأَمَّا إِذَا ضَمِنَهُ فَإِنَّهُ يَرْجِعُ عَلَيْهِ قَضَى الْقَاضِي بِنَقْضِ الْبَيْعِ بَيْنَهُمَا أَوْ لَمْ يَقْضِ، وَهَذَا بِنَاءً عَلَى أَنَّ الْمَبِيعَ إِذَا اسْتَحَقَّ لَمْ يَنْتَقِضِ الْبَيْعُ بَيْنَهُمَا بِدُونِ رِضَا الْبَائِعِ أَوْ قَضَاءِ الْقَاضِي، لِأَنَّ احْتِمَالَ إِقَامَةِ الْبَائِعِ الْبَيِّنَةَ عَلَى التَّلَاجِ أَوْ التَّلَقِّي مِنْ جِهَةِ الْمُسْتَحَقِّ قَائِمٌ، أَمَّا إِذَا قَضَى الْقَاضِي ثَبَتَ الْعَجْزُ وَانْفَسَخَ الْعَقْدُ.

وَقَوْلُهُ (بِخِلَافِ الرَّهْنِ بِالذَّيْنِ الْمَوْعُودِ) مُتَّصِلٌ بِقَوْلِهِ يَهْلِكُ أَمَانَةٌ، وَصُورَتُهُ مَا ذَكَرَ فِي الْكِتَابِ. وَقَوْلُهُ (لِأَنَّ الْمَوْعُودَ) يَعْنِي مِنَ الذَّيْنِ جُعِلَ كَالْمَوْجُودِ بِاعْتِبَارِ الْحَاجَةِ، فَإِنَّ الرَّجُلَ يَحْتَاجُ إِلَى اسْتِقْرَاضِ شَيْءٍ وَصَاحِبُ الْمَالِ لَا يُعْطِيهِ قَبْلَ قَبْضِ الرَّهْنِ فَيَجْعَلُ الذَّيْنَ الْمَوْعُودَ مَوْجُودًا احْتِيَالًا لِلجَوَازِ دَفْعًا لِلْحَاجَةِ عَنِ الْمُسْتَقْرِضِ. فَإِنْ قِيلَ: فَلْيُجْعَلِ الْمَعْدُومُ فِي الذَّرْكَ مَوْجُودًا لِلإِشْرَاقِ فِي الْحَاجَةِ. أَجِيبَ بِأَنَّ الْمَعْدُومَ يُجْعَلُ مَوْجُودًا إِذَا كَانَ عَلَى شَرَفِ الْوُجُودِ، وَالظَّاهِرُ مِنْ حَالِ الْمُسْلِمِ إِجَارًا وَعَدَهُ، وَالذَّرْكَ لَيْسَ كَذَلِكَ لِأَنَّ الظَّاهِرَ عَدَمُ الاسْتِحْقَاقِ، فَإِنَّ الْمُسْلِمَ الْعَاقِلَ لَا يُقَدِّمُ عَلَى بَيْعِ مَالٍ غَيْرِهِ.

وَقَوْلُهُ (لِأَنَّهُ مَقْبُوضٌ بِجِهَةِ الرَّهْنِ الَّذِي يَصِحُّ عَلَى اعْتِبَارِ وُجُودِهِ) أَيُّ وَجُودِ الذَّيْنِ وَلِلْمَقْبُوضِ بِجِهَةِ الشَّيْءِ حُكْمُ ذَلِكَ الشَّيْءِ كَالْمَقْبُوضِ عَلَى سَوْمِ الشِّرَاءِ (فَيُعْطَى لَهُ) أَيُّ لِلَّذِي قَبِضَ بِجِهَةِ الرَّهْنِ (حُكْمُ الرَّهْنِ) حَتَّى يَهْلِكَ بِمَا سَمَى مِنَ الْمَالِ بِمُقَابَلَتِهِ، وَيَجِبُ عَلَى الْمُقْرِضِ إِفَاءُ مَا وَعَدَهُ، وَهَذَا إِذَا سَاوَى قِيمَةَ مَا اسْتَقْرِضَهُ، وَإِنَّمَا أُطْلِقَ

جَرِيًّا عَلَى أَنَّ الظَّاهِرَ الْعَالِبَ فِي الرَّهْنِ أَنَّ يُسَاوِي الدَّيْنَ. فَإِنْ قِيلَ: قِيَاسُ هَذَا بِالْمَقْبُوضِ عَلَى سَوَمِ الشِّرَاءِ غَيْرُ صَحِيحٍ، لِأَنَّ الْوَاجِبَ فِيهِ الْقِيَمَةُ وَفِيمَا نَحْنُ فِيهِ الْمَوْعُودُ. فَالْجَوَابُ أَنَّ التَّسَاوِيَّ بَيْنَ الْمَقْيَسِ وَالْمَقْيَسِ عَلَيْهِ فِي جَمِيعِ الْوُجُوهِ لَيْسَ بِإِلْزَامٍ، وَاعْتِبَارُهُ بِهِ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ يَهْلِكُ مَضْمُونًا لَا أَمَانَةً. وَأَمَّا الْفَرْقُ بَيْنَهُمَا مِنْ حَيْثُ وَجُوبُ الْقِيَمَةِ وَالْمَوْعُودُ فَبِاعْتِبَارِ أَنَّ ضَمَانَ الرَّهْنِ ضَمَانُ اسْتِيفَاءِ الدَّيْنِ وَحَيْثُ جُعِلَ الدَّيْنُ مَوْجُودًا فَيَتَقَدَّرُ بِقَدْرِهِ، وَضَمَانُ الْمَقْبُوضِ عَلَى سَوَمِ الشِّرَاءِ ضَمَانٌ مُبْتَدَأٌ يَجِبُ بِالْعَقْدِ إِذْ لَيْسَ لِلْبَائِعِ عَلَى الْمُشْتَرِي شَيْءٌ قَبْلَ الْبَيْعِ فَيُجْعَلُ مَضْمُونًا بِالْقِيَمَةِ عِنْدَ تَعَدُّرِ إِجْبَابِ الْمُسَمَّى كَضَمَانِ الْعَصَبِ. وَقَوْلُهُ (فِيضْنُهُ) أَيُّ فَيُضْمَنُ الْمُرْتَهَنُ مَا قَبِضَ رَهْنًا عَنِ الدَّيْنِ الْمَوْعُودِ.

قَالَ (وَيَصِحُّ الرَّهْنُ بِرَأْسِ مَالِ السَّلَمِ وَيَثْمَنُ الصَّرْفُ وَالْمُسْلِمُ فِيهِ) وَقَالَ زُفَرٌ: لَا يَجُوزُ؛ لِأَنَّ حُكْمَهُ الْاسْتِيفَاءُ، وَهَذَا اسْتِبْدَالٌ لِعَدَمِ الْمَجَانِسَةِ، وَبَابُ الْاسْتِبْدَالِ فِيهَا مَسْدُودٌ وَلَنَّا أَنَّ الْمَجَانِسَةَ ثَابِتَةٌ فِي الْمَالِيَّةِ فَيَتَحَقَّقُ الْاسْتِيفَاءُ مِنْ حَيْثُ الْمَالُ وَهُوَ الْمَضْمُونُ عَلَى مَا مَرَّ قَالَ (وَالرَّهْنُ بِالْمَبِيعِ بَاطِلٌ) لَمَّا بَيَّنَّا أَنَّهُ غَيْرُ مَضْمُونٍ بِنَفْسِهِ (فَإِنْ هَلَكَ ذَهَبٌ بِغَيْرِ شَيْءٍ)؛ لِأَنَّهُ لَا اعْتِبَارَ لِلْبَاطِلِ فَبَقِيَ قَبْضًا بِإِذْنِهِ (وَإِنْ هَلَكَ الرَّهْنُ بِثَمَنِ الصَّرْفِ وَرَأْسِ مَالِ السَّلَمِ فِي مَجْلِسِ الْعَقْدِ تَمَّ الصَّرْفُ وَالسَّلَمُ وَصَارَ الْمُرْتَهَنُ مُسْتَوْفِيًا لِدَيْنِهِ حُكْمًا) لَتَحَقُّقِ الْقَبْضِ حُكْمًا (وَإِنْ افْتَرَقَا قَبْلَ هَلَاكِ الرَّهْنِ بَطُلًا) لِفَوَاتِ الْقَبْضِ حَقِيقَةً وَحُكْمًا (وَإِنْ هَلَكَ الرَّهْنُ بِالْمُسْلِمِ فِيهِ بَطُلَ السَّلَمُ بِهَلَاكِهِ) وَمَعْنَاهُ: أَنَّهُ يَصِيرُ مُسْتَوْفِيًا لِلْمُسْلِمِ فِيهِ فَلَمْ يَبْقَ السَّلَمُ (وَلَوْ تَفَاسَخَا السَّلَمُ وَبِالْمُسْلِمِ فِيهِ رَهْنٌ يَكُونُ ذَلِكَ رَهْنًا بِرَأْسِ الْمَالِ حَتَّى يَحْبِسَهُ)؛ لِأَنَّهُ بَدَلُهُ فَصَارَ كَالْمَقْصُوبِ إِذَا هَلَكَ وَبِهِ رَهْنٌ يَكُونُ رَهْنًا بِقِيَمَتِهِ (وَلَوْ هَلَكَ الرَّهْنُ بَعْدَ التَّفَاسُخِ يَهْلِكُ بِالطَّعَامِ الْمُسْلِمِ فِيهِ)؛ لِأَنَّهُ رَهْنُهُ بِهِ، وَإِنْ كَانَ مَحْبُوسًا بِغَيْرِهِ كَمَنْ بَاعَ عَبْدًا وَسَلَمَ الْمَبِيعَ وَأَخَذَ بِالثَّمَنِ رَهْنًا ثُمَّ تَقَايَلَا الْبَيْعُ لَهُ أَنْ يَحْبِسَهُ لِأَخْذِ الْمَبِيعِ؛ لِأَنَّ الثَّمَنَ بَدَلُهُ، وَلَوْ هَلَكَ الْمَرْهُونُ يَهْلِكُ بِالثَّمَنِ لَمَّا بَيَّنَّا؛ وَكَذَا لَوْ اشْتَرَى عَبْدًا شِرَاءً فَاسِيدًا وَأَدَّى ثَمَنَهُ لَهُ أَنْ يَحْبِسَهُ لِيَسْتَوْفِيَ الثَّمَنَ، ثُمَّ لَوْ هَلَكَ الْمُشْتَرَى فِي يَدِ الْمُشْتَرِي يَهْلِكُ بِقِيَمَتِهِ فَكَذَا هَذَا

الشرح:

قَالَ (وَيَصِحُّ الرَّهْنُ بِرَأْسِ مَالِ السَّلَمِ إلخ) قَالَ زُفَرٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: حُكْمُ الرَّهْنِ

الاستيفاء وهو واضح (وهذا) أي أخذ الرهن عن هذه الأشياء ليس باستيفاء لعدم المجانسة فكان استبدالاً، وباب الاستبدال فيها مسدود. قلنا: هو استيفاء لوجود المجانسة من حيث المالية، فإن الاستيفاء في الرهن إنما هو من حيث المالية. وأما عين الرهن فهو أمانة عنده كما لو كان الرهن عبداً فمات كان كفه على الراهن، والأعيان من حيث المالية جنس واحد. فإن قيل: لو كان كذلك لصح الاستبدال في رأس المال في الصرف والسلم لوجود المجانسة من حيث المالية. فالجواب أن هذا غلط، لأننا إنما اعتبرنا التجانس من حيث المالية في الرهن لقيام الدليل على كونه مضموناً من حيث المالية، وعلى تعدد تملك العين لكونه أمانة وفي الاستبدال لا يكتفى بذلك لاحتياجه إلى تملك العين أيضاً. وقوله (لقوات القبض حقيقة وحكما) أما حقيقة فظاهراً، وأما حكماً فلأن المرتهن إنما يصير قابضاً بالهلاك وكان بعد التفريق.

وقوله (يكون ذلك رهناً برأس المال حتى يحبسهُ) بالرفع لكون حتى بمعنى الفاء على ما عرفت. وقوله (لأنه بذله) أي لأن رأس المال بدل المسلم فيه، وبذل الشيء يقوم مقامه كالرهن بالمعصوب إذا هلك فإنه رهن بقيمته، وهذا الذي ذكره جواب الاستحسان. وفي القياس: ليس له أن يحبسهُ لأن ذلك الرهن كان بالمسلم فيه وقد سقط، ورأس المال دين آخر واجب بسبب آخر هو والقبض فلا يكون رهناً به، كما لو كان له على آخر عشرة دراهم ودنانير فوهن بالدنانير رهناً ثم أبرأه المرتهن عن الدنانير فإنه لا يكون رهناً بالدراهم. والجواب أن الدراهم ليست بدلاً من الدنانير بخلاف السلم. وقوله (ولو هلك الرهن إلخ) أي لو هلك الرهن في يد رب السلم بعد التفاسخ هلك بالطعام المسلم فيه حتى لم يبق لرب السلم مطالبة المسلم إليه بالطعام لأنه رهن به، وإن كان محبوساً بغيره: أي بغير المسلم فيه وهو رأس المال.

وقوله (هلك بالطعام) يشير إلى أنه لم يهلك برأس المال فعلى المرتهن وهو رب السلم أن يعطي مثل الطعام الذي كان على المسلم إليه ويأخذ رأس المال؛ لأن قبض الرهن صارت مآليته مضمونة بطعام السلم، وقد بقي حكم الرهن إلى أن هلك فصار بهلاك الرهن مستوفياً طعام السلم، ولو استوفاه حقيقة قبل الإقالة ثم تقايلا أو بعد الإقالة لزمه رد المستوفى واسترداد رأس المال فكذلك هاهنا، وهذا لأن الإقالة في باب

السَّلَمُ لَا تَحْتَمِلُ الْفَسْخَ بَعْدَ ثُبُوتِهَا، فَهَلَاكُ الرَّهْنِ لَا يُبْطِلُ الْإِقَالَةَ. فَإِنْ قِيلَ: ذِمَّةُ رَبِّ السَّلَمِ اشْتَغَلَتْ بِمَالِيَةِ الرَّهْنِ مِنَ الدَّرَاهِمِ بِقَدْرِ مَالِيَةِ الطَّعَامِ وَلَهُ عَلَى الْمُسْلِمِ إِلَيْهِ دَيْنٌ مِنْ جِنْسِ مَالِيَةِ الرَّهْنِ وَهُوَ رَأْسُ الْمَالِ فَوَجِبَ الْقِصَاصُ وَلَا يَلْزَمُ عَلَى الْمُسْلِمِ إِلَيْهِ رَدُّ الطَّعَامِ. أُجِيبَ بَأَنَّا لَا نُسَلِّمُ أَنَّ مَالِيَةَ الرَّهْنِ هَاهُنَا مِنَ الدَّرَاهِمِ، فَإِنْ تَقْدِيرَ مَالِيَةِ الْأَشْيَاءِ بِالتَّقْوِدِ لَيْسَ بِحَتْمٍ، وَإِنَّمَا جَاءَ الشَّرْعُ بِتَقْدِيرِهِ بِهَا تَيْسِيرًا فَلَا يَقْتَضِي الْحَجَرَ عَلَى التَّقْدِيرِ بغيرِهَا، وَلَمَّا جَعَلَا الرَّهْنَ بِالطَّعَامِ مَعَ عِلْمِهِمَا بِأَنَّهُ عَقْدُ اسْتِيفَاءٍ كَانَ ذَلِكَ مِنْهُمَا تَقْدِيرَ الْمَالِيَةِ بِالطَّعَامِ تَحْقِيقًا لِعَرْضِهِمَا، فَكَانَ الرَّهْنُ مِنْ جِنْسِ الطَّعَامِ تَقْدِيرًا، فَعِنْدَ هَلَاكِهِ اشْتَغَلَتْ الذِّمَّةُ بِالطَّعَامِ دُونَ الدَّرَاهِمِ، فَلَا يَكُونُ مَا عَلَيْهِ لِلْمُسْلِمِ إِلَيْهِ مِنْ جِنْسِ مَالِهِ عَلَى الْمُسْلِمِ إِلَيْهِ حَتَّى يَلْتَقِيَ قِصَاصًا، بَلْ يَلْزَمُهُ رَدُّ مِثْلِ الطَّعَامِ الْمُسْلِمِ فِيهِ لِأَنَّهُ اسْتَوْفَى الْمُسْلِمَ فِيهِ، وَالْإِقَالَةُ مُتَقَرَّرَةٌ لَمَّا مَرَّ أَنْفَا أَنَّهَا لَا تَحْتَمِلُ الْفَسْخَ. وَقَوْلُهُ (لَمَّا بَيَّنَّا) يُرِيدُ بِهِ قَوْلُهُ لِأَنَّ التَّمَنِّيَ بَذَلُهُ. وَقَوْلُهُ (وَأَدَّى تَمَنُّهُ لَهُ أَنْ يَحْبِسَهُ) يَعْنِي أَدَّى تَمَنُّهُ ثُمَّ أَرَادَ فُسْخَهُ لِلْمُشْتَرِي أَنْ يَحْبِسَ الْعَبْدَ لَاسْتِيفَاءِ التَّمَنِ، لِأَنَّ الْعَبْدَ هُنَاكَ بِمَنْزِلَةِ الرَّهْنِ عِنْدَ الْمُشْتَرِي لَاسْتِيفَاءِ تَمَنُّهِ مِنَ الْبَائِعِ، فَإِنْ هَلَكَ الْمُشْتَرَى بَعْدَ الْحَبْسِ فِي يَدِهِ هَلَكَ بِقِيَمَتِهِ.

قَالَ (وَلَا يَجُوزُ رَهْنُ الْحُرِّ وَالْمُدَبِّرِ وَالْمَكَاتِبِ وَأُمِّ الْوَلَدِ): لِأَنَّ حُكْمَ الرَّهْنِ ثُبُوتُ يَدِ الْاسْتِيفَاءِ، وَلَا يَتَحَقَّقُ الْاسْتِيفَاءُ مِنْ هَؤُلَاءِ لِعَدَمِ الْمَالِيَّةِ فِي الْحُرِّ وَقِيَامِ الْمَانِعِ فِي الْبَاقِينَ، (وَلَا يَجُوزُ الرَّهْنُ بِالْكَفَالَةِ بِالنَّفْسِ، وَكَذَا بِالْقِصَاصِ فِي النَّفْسِ وَمَا دُونَهَا) لِنَعْدُرِ الْاسْتِيفَاءَ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَتْ الْجِنَايَةُ خَطَأً لِأَنَّ اسْتِيفَاءَ الْأَرْضِ مِنَ الرَّهْنِ مُمَكِّنٌ.

الشرح:

قَالَ (وَلَا يَجُوزُ رَهْنُ الْحُرِّ وَالْمُدَبِّرِ إلخ) كَلَامُهُ وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (وَقِيَامُ الْمَانِعِ فِي الْبَاقِينَ) يَعْنِي حَقَّ الْحُرِّيَّةِ، وَلِهَذَا لَوْ طَرَأَتْ هَذِهِ التَّصَرُّفَاتُ أَبْطَلَتْهُ، فَإِذَا كَانَتْ مُقَارَنَةً مَنَعَتْهُ. وَقَوْلُهُ (وَلَا يَجُوزُ بِالْكَفَالَةِ بِالنَّفْسِ) لِمَعْنَيْنِ: أَحَدُهُمَا مَا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ أَنَّ اسْتِيفَاءَ الْمَكْفُولِ بِهِ مِنَ الرَّهْنِ غَيْرُ مُمَكِّنٍ. وَالثَّانِي أَنَّ الْمَكْفُولَ بِهِ غَيْرُ مَضْمُونٍ فِي نَفْسِهِ، فَإِنَّهُ لَوْ هَلَكَ لَمْ يَجِبْ شَيْءٌ وَهُمَا جَارِيَانِ فِي الْقِصَاصِ فِي النَّفْسِ وَمَا دُونَهُ. وَأَمَّا لَوْ رَهْنَ عَنْ بَدَلِ الصُّلْحِ فِيهِمَا فَإِنَّهُ صَحِيحٌ لِأَنَّ الْبَدَلَ مَضْمُونٌ بِنَفْسِهِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَتْ الْجِنَايَةُ خَطَأً، لِأَنَّ اسْتِيفَاءَ الْأَرْضِ مِنَ الرَّهْنِ مُمَكِّنٌ، وَلَوْ صَالَحَ عَنْهَا عَلَى عَيْنِ

ثُمَّ رَهَنَ بِهَا رَهْنًا لَمْ يَصِحَّ لِأَنَّهُ غَيْرُ مَضْمُونٍ، فَإِنَّهُ إِذَا هَلَكَ يَنْفَسِحُ الصَّلْحُ فَكَانَ كَالْمَبِيعِ.

(وَلَا يَجُوزُ الرِّهْنُ بِالشُّفْعَةِ)؛ لِأَنَّ الْمَبِيعَ غَيْرُ مَضْمُونٍ عَلَى الْمُشْتَرِي (وَلَا بِالْعَبْدِ الْجَانِي وَالْعَبْدِ الْمَأْذُونِ وَالْمَدْيُونِ)؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مَضْمُونٍ عَلَى الْمَوْلَى، فَإِنَّهُ لَوْ هَلَكَ لَا يَجِبُ عَلَيْهِ شَيْءٌ (وَلَا بِأَجْرَةِ النَّائِحَةِ وَالْمَغْنِيَةِ، حَتَّى لَوْ ضَاعَ لَمْ يَكُنْ مَضْمُونًا)؛ لِأَنَّهُ لَا يُقَابَلُهُ شَيْءٌ مَضْمُونٌ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلَا يَجُوزُ بِالشُّفْعَةِ) صُورَتُهُ أَنْ يَطْلُبَ الشَّفِيعُ الشُّفْعَةَ وَيَقْضِيَ الْقَاضِي بِذَلِكَ فَيَقُولُ لِلْمُشْتَرِي أُعْطِنِي رَهْنًا بِالدَّارِ الْمَشْفُوعَةِ. وَقَوْلُهُ (حَتَّى لَوْ ضَاعَ) يَعْنِي الرِّهْنَ لَمْ يَكُنْ مَضْمُونًا لِأَنَّهُ لَا يُقَابَلُهُ شَيْءٌ مَضْمُونٌ، أَلَا تَرَى أَنَّهُمَا لَوْ رَفَعَا الْأَمْرَ إِلَى الْقَاضِي قَبْلَ الرِّهْنِ فَإِنَّهُ لَا يَأْمُرُ الْمُسْتَأْجَرَ بِتَسْلِيمِ الْأَجْرِ.

(وَلَا يَجُوزُ لِلْمُسْلِمِ أَنْ يَرَهْنَ خَمْرًا أَوْ يَرْتَهِنَهُ مِنْ مُسْلِمٍ أَوْ ذِمِّيٍّ) لِنَعْدَرِ الْإِيفَاءَ وَالِاسْتِيفَاءَ فِي حَقِّ الْمُسْلِمِ، ثُمَّ الرَّاهِنُ إِذَا كَانَ ذِمِّيًّا فَالْخَمْرُ مَضْمُونٌ عَلَيْهِ لِلذِّمِّيِّ كَمَا إِذَا غَضِبَهُ، وَإِنْ كَانَ الْمُرْتَهِنُ ذِمِّيًّا لَمْ يَضْمَنْهَا لِلْمُسْلِمِ كَمَا لَا يَضْمَنْهَا بِالْغَضَبِ مِنْهُ، بِخِلَافِ مَا إِذَا جَرَى ذَلِكَ فِيمَا بَيْنَهُمْ؛ لِأَنَّهَا مَالٌ فِي حَقِّهِمْ، أَمَّا الْمَيْتَةُ فَلَيْسَتْ بِمَالٍ عِنْدَهُمْ فَلَا يَجُوزُ رَهْنُهَا وَارْتِهَانُهَا فِيمَا بَيْنَهُمْ، كَمَا لَا يَجُوزُ فِيمَا بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ بِحَالٍ (وَلَوْ اشْتَرَى عَبْدًا وَرَهْنَ بِثَمَنِهِ عَبْدًا أَوْ خَلَا أَوْ شَاءَ مَذْبُوحَةً ثُمَّ ظَهَرَ الْعَبْدُ حُرًّا أَوْ الْخَلُّ خَمْرًا أَوْ الشَّاةُ مَيْتَةً فَالرِّهْنُ مَضْمُونٌ)؛ لِأَنَّهُ رَهْنُهُ بِيَدَيْنِ وَاجِبِ ظَاهِرًا (وَكَذَا إِذَا قَتَلَ عَبْدًا وَرَهْنَ بِقِيمَتِهِ رَهْنًا ثُمَّ ظَهَرَ أَنَّهُ حُرٌّ) وَهَذَا كُلُّهُ عَلَى ظَاهِرِ الرُّوَايَةِ (وَكَذَا إِذَا صَالَحَ عَلَى انْكَارٍ وَرَهْنَ بِمَا صَالَحَ عَلَيْهِ رَهْنًا ثُمَّ تَصَادَقَا أَنْ لَا دِينَ فَالرِّهْنُ مَضْمُونٌ) وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ خِلَافَهُ، وَكَذَا قِيَاسُهُ فِيمَا تَقَدَّمَ مِنْ جِنْسِهِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (فَالرِّهْنُ مَضْمُونٌ) يَعْنِي بِالْأَقْلَ وَمِنْ قِيمَتِهِ مِنْ قِيمَةِ الرِّهْنِ (لَأَنَّهُ رَهْنُهُ بِيَدَيْنِ وَاجِبِ ظَاهِرًا) أَلَا تَرَى أَنَّ الْبَائِعَ وَالْمُشْتَرِيَّ لَوْ اخْتَصَمَا إِلَى الْقَاضِي قَبْلَ ظُهُورِ الْحُرِّيَةِ وَالِاسْتِحْقَاقِ فَالْقَاضِي يَقْضِي بِالثَّمَنِ، وَوُجُوبُ الدِّينِ ظَاهِرًا يَكْفِي لِصِحَّةِ

الرَّهْنُ وَلصِّرُورَتِهِ مَضْمُونًا. وَقَوْلُهُ (ثُمَّ ظَهَرَ أَنَّهُ) أَيُّ الْعَبْدِ الْمَقْتُولِ (حُرٌّ) وَقَدْ هَلَكَ الرَّهْنُ فَإِنَّهُ يَهْلِكُ بِالْأَقْلَ مِنْ قِيَمَتِهِ وَمِنْ قِيَمَةِ الرَّهْنِ. وَقَوْلُهُ (ثُمَّ تَصَادَقَا أَنْ لَا دَيْنَ فَالرَّهْنُ مَضْمُونٌ) يَعْنِي فِي ظَاهِرِ الرُّوَايَةِ، وَجْهُهُ مَا ذَكَرْنَا أَنَّهُ قَبْضٌ بِمَالٍ مَضْمُونٌ ظَاهِرًا فَكَانَ كَالدَّيْنِ الثَّابِتِ حَقِيقَةً. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ خِلَافُهُ: يَعْنِي لَيْسَ عَلَيْهِ أَنْ يَرُدَّ شَيْئًا لَأَنَّهُمَا لَمَّا تَصَادَقَا أَنْ لَا دَيْنَ فَقَدْ تَصَادَقَا عَلَى عَدَمِ الضَّمَانِ، وَتَصَادَقُوهُمَا حُجَّةٌ فِي حَقِّهِمَا وَالْإِسْتِيفَاءِ بِدُونِ الدَّيْنِ لَا يُتَصَوَّرُ. وَقَوْلُهُ (وَكَذَا قِيَاسُهُ فِيمَا تَقَدَّمَ مِنْ جَنْسِهِ) يَعْنِي أَنَّ الرُّوَايَةَ عَنْ أَبِي يُوسُفَ مَحْفُوظَةٌ فِي مَسْأَلَةِ الصُّلْحِ عَنْ الْكَارِ وَالْمَشَايِخِ قَالُوا الْقِيَاسُ يَقْتَضِي أَنْ يَكُونَ حُكْمُ الْمَسَائِلِ الْبَاقِيَةِ مَسْأَلَةِ الْعَبْدِ وَالْخَلِّ وَالشَّاةِ كَذَلِكَ.

قَالَ (وَيَجُوزُ لِلْأَبِ أَنْ يَرَهْنَ بِدَيْنٍ عَلَيْهِ عَبْدًا لِابْنِهِ الصَّغِيرِ)؛ لِأَنَّهُ يَمْلِكُ الْإِيدَاعَ، وَهَذَا أَنْظَرُ فِي حَقِّ الصَّبِيِّ مِنْهُ؛ لِأَنَّ قِيَامَ الْمُرْتَهِنِ بِحِفْظِهِ أَبْلَغُ خِيْفَةِ الْغَرَامَةِ (وَلَوْ هَلَكَ يَهْلِكُ مَضْمُونًا، الْوَدِيعَةُ تَهْلِكُ أَمَانَةً وَالْوَصِيُّ بِمَنْزِلَةِ الْأَبِ) فِي هَذَا الْبَابِ لَمَّا بَيَّنَّا وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ وَزُفَرَ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ ذَلِكَ مِنْهُمَا، وَهُوَ الْقِيَاسُ اعْتِبَارًا بِحَقِيقَةِ الْإِيْفَاءِ، وَوَجْهُ الْفَرْقِ عَلَى الظَّاهِرِ وَهُوَ الْإِسْتِحْسَانُ أَنَّ فِي حَقِيقَةِ الْإِيْفَاءِ إِزَالَةَ مِلْكِ الصَّغِيرِ مِنْ غَيْرِ عَوَضٍ يُقَابِلُهُ فِي الْحَالِ، وَفِي هَذَا نَصَبِ حَافِظٍ لِمَالِهِ تَأْجِرًا مَعَ بَقَاءِ مِلْكِهِ فَوَضَحَ الْفَرْقُ (وَإِذَا جَازَ الرَّهْنُ يَصِيرُ الْمُرْتَهِنُ مُسْتَوْفِيًا دَيْنَهُ لَوْ هَلَكَ فِي يَدِهِ وَيَصِيرُ الْأَبُ) أَوْ الْوَصِيُّ (مُوفِيًا لَهُ وَيَضْمَنُهُ لِلصَّبِيِّ)؛ لِأَنَّهُ قَضَى دَيْنَهُ بِمَالِهِ، وَكَذَا لَوْ سَلَطَا الْمُرْتَهِنَ عَلَى بَيْعِهِ؛ لِأَنَّهُ تَوَكَّلَ بِالْبَيْعِ وَهُمَا يَمْلِكَانِهِ قَالُوا: أَصْلُ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ الْبَيْعُ، فَإِنَّ الْأَبَ أَوْ الْوَصِيَّ إِذَا بَاعَ مَالَ الصَّبِيِّ مِنْ غَيْرِهِ نَفْسَهُ جَازَ وَتَقَعُ الْمُقَاصَّةُ وَيَضْمَنُهُ لِلصَّبِيِّ عِنْدَهُمَا، وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ لَا تَقَعُ الْمُقَاصَّةُ، وَكَذَا وَكَيْلُ الْبَائِعِ بِالْبَيْعِ، وَالرَّهْنُ نَظِيرُ الْبَيْعِ نَظَرًا إِلَى عَاقِبَتِهِ مِنْ حَيْثُ وَجُوبُ الضَّمَانِ (وَإِذَا رَهَنَ الْأَبُ مَتَاعَ الصَّغِيرِ مِنْ نَفْسِهِ أَوْ مِنْ ابْنٍ لَهُ صَغِيرٍ أَوْ عَبْدٍ لَهُ تَأْجِرَ لَا دَيْنَ عَلَيْهِ جَازًا)؛ لِأَنَّ الْأَبَ لَوْفُورِ شَفَقَتِهِ أَنْزَلَ مَنْزِلَتَهُ شَخْصَيْنِ وَأَقِيَمَتِ عِبَارَتُهُ مَقَامَ عِبَارَتَيْنِ فِي هَذَا الْعَقْدِ كَمَا فِي بَيْعِهِ مَالَ الصَّغِيرِ مِنْ نَفْسِهِ فَتَوَلَّى طَرَفِي الْعَقْدِ (وَلَوْ ارْتَهَنَهُ الْوَصِيُّ مِنْ نَفْسِهِ أَوْ مِنْ هَذَيْنِ أَوْ رَهْنًا عَيْنًا لَهُ مِنَ الْبَيْتِ بِحَقِّ لِيَتِيمٍ عَلَيْهِ لَمْ يَجْزُ)؛ لِأَنَّهُ وَكَيْلٌ مُحَضٌّ، وَالْوَاحِدُ لَا يَتَوَلَّى طَرَفِي الْعَقْدِ فِي الرَّهْنِ كَمَا لَا يَتَوَلَّاهُمَا فِي الْبَيْعِ، وَهُوَ قَاصِرُ الشَّفَقَةِ فَلَا يَعْدِلُ عَنِ الْحَقِيقَةِ فِي حَقِّهِ إِلَّا حَاقًا لَهُ بِالْأَبِ،

وَالرَّهْنِ مِنْ ابْنِهِ الصَّغِيرِ وَعَبْدِهِ التَّاجِرِ الَّذِي لَيْسَ عَلَيْهِ دَيْنٌ بِمَنْزِلَةِ الرَّهْنِ مِنْ نَفْسِهِ،
 بِخِلَافِ ابْنِهِ الْكَبِيرِ وَأَبِيهِ وَعَبْدِهِ الَّذِي عَلَيْهِ دَيْنٌ؛ لِأَنَّهُ لَا وِلَايَةَ لَهُ عَلَيْهِمْ، بِخِلَافِ
 الْوَكِيلِ بِالْبَيْعِ إِذَا بَاعَ مِنْ هَؤُلَاءِ؛ لِأَنَّهُ مُتَّهَمٌ فِيهِ وَلَا تَهْمَةٌ فِي الرَّهْنِ؛ لِأَنَّهُ لَهُ حُكْمًا وَاحِدًا.
 (وَأِنْ اسْتَدَانَ الْوَصِيَّ لِلْيَتِيمِ فِي كِسْوَتِهِ وَطَعَامِهِ فَرَهْنٌ بِهِ مَتَاعًا لِلْيَتِيمِ جَازٌ؛ لِأَنَّهُ
 الْاسْتِدَانَةُ جَائِزَةٌ لِلْحَاجَةِ وَالرَّهْنُ يَقَعُ إِيفَاءً لِلْحَقِّ فَيَجُوزُ (وَكَذَلِكَ لَوْ اتَّجَرَ لِلْيَتِيمِ
 فَارْتَهَنَ أَوْ رَهْنًا)؛ لِأَنَّ الْأَوَّلَى لَهُ التَّجَارَةُ تَثْمِيرًا لِمَالِ الْيَتِيمِ فَلَا يَجِدُ بُدًّا مِنَ الْارْتِهَانِ
 وَالرَّهْنِ؛ لِأَنَّهُ إِيفَاءٌ وَاسْتِيفَاءٌ (وَإِذَا رَهْنَ الْأَبُ مَتَاعَ الصَّغِيرِ فَأَدْرَكَ الْابْنُ وَمَاتَ الْأَبُ لَيْسَ
 لِلابْنِ أَنْ يَرُدَّهُ حَتَّى يَقْضِيَ الدَّيْنَ) لَوْفَوْعِهِ لَا زِمًا مِنْ جَانِبِهِ؛ إِذْ تَصَرَّفُ الْأَبُ بِمَنْزِلَةِ
 تَصَرُّفِهِ بِنَفْسِهِ بَعْدَ الْبُلُوغِ لِقِيَامِهِ مَقَامَهُ (وَلَوْ كَانَ الْأَبُ رَهْنَهُ لِنَفْسِهِ فَقَضَاهُ الْابْنُ رَجَعَ
 بِهِ فِي مَالِ الْأَبِ)؛ لِأَنَّهُ مُضْطَرٌّ فِيهِ لِحَاجَتِهِ إِلَى إِحْيَاءِ مِلْكِهِ فَأَشْبَهَ مُعِيرَ الرَّهْنِ (وَكَذَا إِذَا
 هَلَكَ قَبْلَ أَنْ يَفْتَكَّهُ)؛ لِأَنَّ الْأَبَ يَصِيرُ قَاضِيًا دَيْنَهُ بِمَالِهِ فَلَهُ أَنْ يَرْجِعَ عَلَيْهِ (وَلَوْ رَهْنَهُ
 بِدَيْنٍ عَلَى نَفْسِهِ وَبِدَيْنٍ عَلَى الصَّغِيرِ جَازٌ لِاشْتِمَالِهِ عَلَى أَمْرَيْنِ جَائِزَيْنِ (فَإِنْ هَلَكَ
 ضَمِنَ الْأَبُ حِصَّتَهُ مِنْ ذَلِكَ لِلْوَلَدِ) لِإِيفَائِهِ دَيْنَهُ مِنْ مَالِهِ بِهَذَا الْمِقْدَارِ، وَكَذَلِكَ الْوَصِيُّ،
 وَكَذَلِكَ الْجَدُّ أَبُ الْأَبِ إِذَا لَمْ يَكُنْ الْأَبُ أَوْ وَصِيُّ الْأَبِ (وَلَوْ رَهْنَ الْوَصِيُّ مَتَاعًا لِلْيَتِيمِ فِي
 دَيْنٍ اسْتَدَانَهُ عَلَيْهِ وَقَبِضَ الْمُرْتَهَنَ ثُمَّ اسْتَعَارَهُ الْوَصِيُّ لِحَاجَةِ الْيَتِيمِ فَضَاعَ فِي يَدِ الْوَصِيِّ
 فَإِنَّهُ خَرَجَ مِنَ الرَّهْنِ وَهَلَكَ مِنْ مَالِ الْيَتِيمِ)؛ لِأَنَّهُ فَعَلَ الْوَصِيُّ كَفَعْلِهِ بِنَفْسِهِ بَعْدَ الْبُلُوغِ؛
 لِأَنَّهُ اسْتَعَارَهُ لِحَاجَةِ الصَّبِيِّ وَالْحُكْمُ فِيهِ هَذَا عَلَى مَا تُبَيِّنُهُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى (وَالْمَالُ دَيْنٌ
 عَلَى الْوَصِيِّ) مَعْنَاهُ هُوَ الْمُطَالِبُ بِهِ (ثُمَّ يَرْجِعُ بِذَلِكَ عَلَى الصَّبِيِّ)؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مُتَعَدٍّ فِي هَذِهِ
 الْاسْتِعَارَةِ؛ إِذْ هِيَ لِحَاجَةِ الصَّبِيِّ (وَلَوْ اسْتَعَارَهُ لِحَاجَتِهِ نَفْسِهِ ضَمِنَهُ لِلصَّبِيِّ)؛ لِأَنَّهُ مُتَعَدٍّ؛
 إِذْ لَيْسَ لَهُ وِلَايَةُ الْاسْتِعْمَالِ فِي حَاجَتِهِ نَفْسِهِ (وَلَوْ غَضِبَهُ الْوَصِيُّ بَعْدَ مَا رَهْنَهُ فَاسْتَعْمَلَهُ
 لِحَاجَتِهِ نَفْسِهِ حَتَّى هَلَكَ عِنْدَهُ فَالْوَصِيُّ ضَامِنٌ لِقِيمَتِهِ)؛ لِأَنَّهُ مُتَعَدٍّ فِي حَقِّ الْمُرْتَهَنِ
 بِالْغَضَبِ وَالْاسْتِعْمَالِ، وَفِي حَقِّ الصَّبِيِّ بِالْاسْتِعْمَالِ فِي حَاجَتِهِ نَفْسِهِ، فَيَقْضَى بِهِ الدَّيْنُ
 إِنْ كَانَ قَدْ حُلَّ (فَإِنْ كَانَ قِيمَتُهُ مِثْلَ الدَّيْنِ آدَاهُ إِلَى الْمُرْتَهَنِ وَلَا يَرْجِعُ عَلَى الْيَتِيمِ)؛
 لِأَنَّهُ وَجِبَ لِلْيَتِيمِ عَلَيْهِ مِثْلُ مَا وَجِبَ لَهُ عَلَى الْيَتِيمِ فَالْتَقِيَ قِصَاصًا (وَإِنْ كَانَتْ قِيمَتُهُ
 أَقَلَّ مِنَ الدَّيْنِ (أَدَّى قَدْرَ الْقِيمَةِ إِلَى الْمُرْتَهَنِ وَأَدَّى الزِّيَادَةَ مِنْ مَالِ الْيَتِيمِ)؛ لِأَنَّ الْمَضْمُونَ

عَلَيْهِ قَدْرُ الْقِيَمَةِ لَا غَيْرَ (وَأِنْ كَانَتْ قِيَمَةُ الرِّهْنِ أَكْثَرَ مِنَ الدِّينِ أَدَّى قَدْرَ الدِّينِ مِنَ الْقِيَمَةِ إِلَى الْمُرْتَهِنِ، وَالْفَضْلُ لِلْيَتِيمِ، وَإِنْ كَانَ لَمْ يَحِلَّ الدِّينُ فَالْقِيَمَةُ رَهْنٌ)؛ لِأَنَّهُ ضَامِنٌ لِلْمُرْتَهِنِ بِتَقْوِيَةِ حَقِّهِ الْمُحْتَرَمِ فَتَكُونُ رَهْنًا عِنْدَهُ، ثُمَّ إِذَا حُلَّ الْأَجَلُ كَانَ الْجَوَابُ عَلَى التَّفْصِيلِ الَّذِي فَصَّلْنَاهُ (وَلَوْ أَنَّهُ غَصَبَهُ وَاسْتَعْمَلَهُ لِحَاجَةِ الصَّغِيرِ حَتَّى هَلَكَ فِي يَدِهِ يَضْمَنُهُ لِحَقِّ الْمُرْتَهِنِ، وَلَا يَضْمَنُهُ لِحَقِّ الصَّغِيرِ)؛ لِأَنَّهُ اسْتَعْمَلَهُ لِحَاجَةِ الصَّغِيرِ لَيْسَ بِتَعَدٍّ، وَكَذَا الْأَخَذُ؛ لِأَنَّهُ لَهُ وَلَايَةُ اخْتِارِ مَالِ الْيَتِيمِ، وَلِهَذَا قَالَ فِي كِتَابِ الْإِقْرَارِ: إِذَا أَقْرَأَ الْأَبُ أَوْ الْوَصِيُّ بِغَضَبٍ مَالِ الصَّغِيرِ لَا يُلْزِمُهُ شَيْءٌ؛ لِأَنَّهُ لَا يَتَصَوَّرُ غَضَبُهُ لِمَا أَنَّ لَهُ وَلَايَةَ الْأَخْذِ، فَإِذَا هَلَكَ فِي يَدِهِ يَضْمَنُهُ لِلْمُرْتَهِنِ يَأْخُذُهُ بِدِينِهِ إِنْ كَانَ قَدْ حُلَّ، وَيَرْجِعُ الْوَصِيُّ عَلَى الصَّغِيرِ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِتَعَدٍّ بَلْ هُوَ عَامِلٌ لَهُ، وَإِنْ كَانَ لَمْ يَحِلَّ يَكُونُ رَهْنًا عِنْدَ الْمُرْتَهِنِ، ثُمَّ إِذَا حُلَّ الدِّينُ يَأْخُذُ دَيْنَهُ مِنْهُ وَيَرْجِعُ الْوَصِيُّ عَلَى الصَّبِيِّ بِذَلِكَ لَمَّا ذَكَرْنَا

الشرح:

وَقَوْلُهُ (لَا بِنَهِ الصَّغِيرِ) احْتِرَازٌ عَنِ الْإِبْنِ الْكَبِيرِ، فَإِنَّهُ لَا يَجُوزُ لِلأَبِ أَنْ يَرْهَنَ عَبْدَهُ بِدَيْنِ نَفْسِهِ إِلَّا بِإِذْنِ الْإِبْنِ. وَقَوْلُهُ (لَمَّا يَتَنَا) إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ وَهَذَا أَنْظَرُ فِي حَقِّ الصَّبِيِّ، فَإِنَّ هَلْكَ الرِّهْنِ فِي يَدِ الْمُرْتَهِنِ هَلَكَ بِمَا فِيهِ وَيَضْمَنُ الْأَبُ وَالْوَصِيُّ لِلصَّغِيرِ قِيَمَةَ الرِّهْنِ إِذَا كَانَتْ مِثْلَ الدِّينِ، وَإِنْ كَانَتْ الْقِيَمَةُ أَكْثَرَ ضَمَّنَا مِقْدَارَ الدِّينِ دُونَ الزِّيَادَةِ لِأَنَّهُمَا فِيهَا مُوَدَّعٌ وَلَهُمَا الْوَلَايَةُ عَلَى ذَلِكَ. وَقَوْلُهُ (وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ لَا تَقَعُ الْمَقَاصَةُ) بَلْ يَبْقَى دَيْنُ الْغَرِيمِ عَلَى الْأَبِ كَمَا كَانَ وَيَصِيرُ لِلصَّغِيرِ الثَّمَنُ عَلَى الْمُشْتَرِي. وَقَوْلُهُ (وَإِذَا رَهَّنَ الْأَبُ مَتَاعَ ابْنِهِ الصَّغِيرِ) يُرِيدُ بَيَانَ جَوَازِ أَنْ يَكُونَ الْأَبُ رَاهِنًا وَمُرْتَهِنًا بِالنِّسْبَةِ إِلَى مَالٍ وَاحِدٍ وَهُوَ أَنْ يَكُونَ لَهُ دَيْنٌ عَلَى ابْنِهِ الصَّغِيرِ فَيَأْخُذَ شَيْئًا رَهْنًا مِنْ مَتَاعِهِ فَيَكُونُ رَاهِنًا مِنْ جِهَةِ ابْنِهِ وَمُرْتَهِنًا لِدَايَتِهِ.

وَقَوْلُهُ (أَوْ عَبْدٌ لَهُ تَاجِرٌ لَا دَيْنَ عَلَيْهِ) قَيْدٌ بِذَلِكَ لِأَنَّ الشُّبْهَةَ عَلَى ذَلِكَ التَّقْدِيرِ، أَمَّا إِذَا كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ فَلَا شَكَّ فِي جَوَازِهِ وَذَلِكَ لِأَنَّهُ يَجُوزُ مِنَ الْوَصِيِّ فَلَا أَنْ يَجُوزَ مِنَ الْأَبِ أَوَّلَى، فَلَوْ رَهَّنَ الْوَصِيُّ مِنْ عَبْدِهِ وَلَا دَيْنَ عَلَيْهِ لَمْ يَجُزْ، وَذَلِكَ لِأَنَّا نَجْعَلُ رَهْنَهُ مِنْ عَبْدِهِ الَّذِي لَا دَيْنَ عَلَيْهِ فِي الْمَوْضِعَيْنِ كَرَهْنِهِ مِنْ نَفْسِهِ، إِلَّا أَنَّهُ لَوْ رَهَّنَ الْأَبُ مِنْ نَفْسِهِ جَازَ فَكَذَا إِذَا رَهَّنَ مِنْ عَبْدِهِ، وَالْوَصِيُّ لَوْ رَهَّنَ مِنْ نَفْسِهِ لَمْ يَجُزْ فَكَذَا مِنْ

عَبْدَهُ، وَهَذَا بِنَاءٌ عَلَى أَنْ يَبْعَ الْأَبُ مَالَ وَلَدِهِ مِنْ نَفْسِهِ جَائِزٌ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي ذَلِكَ مَنَفَعَةٌ ظَاهِرَةٌ بِأَنْ بَاعَ بِمِثْلِ الْقِيَمَةِ مِنْ نَفْسِهِ فَكَذَا جَازَ رَهْنُهُ وَإِنْ كَانَ الرَّهْنُ يَصِيرُ مَضْمُونًا بِالْقِيَمَةِ. وَأَمَّا يَبْعَ الْوَصِيِّ مِنْ نَفْسِهِ فَلَا يَجُوزُ عِنْدَهُمْ جَمِيعًا بِمِثْلِ الْقِيَمَةِ فَكَذَا رَهْنُهُ مِنْ نَفْسِهِ عَلَى مَا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ وَهُوَ وَاضِحٌ، فَالضَّمِيرُ فِي قَوْلِهِ مِنْ ابْنِهِ الصَّغِيرِ وَابْنِهِ الْكَبِيرِ وَعَبْدِهِ لِلْوَصِيِّ. وَقَوْلُهُ (لَأَنَّ لَهُ حُكْمًا وَاحِدًا) يُرِيدُ كَوْنَهُ مَضْمُونًا بِالْأَقْلَ مِنْ الْقِيَمَةِ وَالذَّيْنِ، سَوَاءً رَهْنُهُ عِنْدَ هَؤُلَاءِ أَوْ عِنْدَ أَجْنَبِيٍّ.

وَقَوْلُهُ (وَإِذَا رَهَنَ الْأَبُ مَتَاعَ الصَّغِيرِ) يَعْنِي سَوَاءً كَانَ لِنَفْسِهِ أَوْ لِلصَّغِيرِ. وَقَوْلُهُ (وَمَاتَ الْأَبُ) قَيْدٌ اتَّفَاقِيٌّ، لِأَنَّهُ لَوْ كَانَ حَيًّا كَانَ الْحُكْمُ كَذَلِكَ. ثُمَّ إِذَا قُضِيَ الْإِبْنُ ذَيْنَ الْمُرْتَهَنِ، فَإِنْ كَانَ الرَّهْنُ لِنَفْسِهِ فَذَلِكَ، وَإِنْ كَانَ لَوَالِدِهِ فَلَهُ أَنْ يَرْجِعَ فِي مَالِ وَالِدِهِ لِأَنَّهُ مُضْطَرٌّ فِيهِ عَلَى مَا ذَكَرَ فِي الْكِتَابِ. وَقَوْلُهُ (لَا شَتْمَالَهُ عَلَى أَمْرَيْنِ جَائِزَيْنِ) يُرِيدُ بِهِ رَهْنُ الْأَبِ وَالْوَصِيِّ مَتَاعَ الصَّغِيرِ بِذَيْنِ عَلَى نَفْسِهِ وَرَهْنُهُمَا ذَلِكَ بِذَيْنِ عَلَى الصَّغِيرِ، وَذَلِكَ لِأَنَّهُ لَمَّا مَلَكَ أَنْ يَرَهَنَ بِذَيْنِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى الْإِنْفِرَادِ مَلَكَ بِذَيْنِهِمَا، لِأَنَّ كُلَّ مَا جَازَ أَنْ يَثْبِتَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْ أَجْزَاءِ الْمُرْكَبِ جَازَ أَنْ يَثْبِتَ لِلْكُلِّ دُونَ الْعَكْسِ.

وَقَوْلُهُ (كَفَعْلُهُ بِنَفْسِهِ) أَيُّ كَفَعْلُ الْيَتِيمِ بِنَفْسِهِ. وَقَوْلُهُ (وَالْحُكْمُ فِيهِ هَذَا) يَعْنِي لَوْ كَانَ الْيَتِيمُ بِالْعَاقِلِ فَرَهَنَ مَتَاعَهُ بِنَفْسِهِ ثُمَّ اسْتَعَارَهُ مِنَ الْمُرْتَهَنِ فَهَلَكَ فِي يَدِهِ لَمْ يَسْقُطْ الذَّيْنُ، لِأَنَّ عِنْدَ هَلَاكِ الرَّهْنِ يَصِيرُ الْمُرْتَهَنُ مُسْتَوْفِيًّا، وَلَا يُمَكِّنُ أَنْ يُجْعَلَ صَاحِبُ الذَّيْنِ مُسْتَوْفِيًّا، لَدَيْنَهُ بِاعْتِبَارِ يَدِ الْمَدْيُونِ، وَإِذَا لَمْ يَسْقُطْ الذَّيْنُ بِهَلَاكِهِ يَرْجِعُ الْمُرْتَهَنُ عَلَى الْوَصِيِّ بِالذَّيْنِ كَمَا كَانَ يَرْجِعُ بِهِ قَبْلَ الرَّهْنِ، وَيَرْجِعُ بِهِ الْوَصِيُّ عَلَى الْيَتِيمِ وَقَدْ ضَاعَتْ الْعَيْنُ مِنْ مَالِ الْيَتِيمِ، لِأَنَّهُ إِنَّمَا اسْتَعَارَهُ لِحَاجَةِ الْيَتِيمِ. وَقَوْلُهُ (يَضْمَنُهُ لِحَقِّ الْمُرْتَهَنِ) يَعْنِي قَدْرَ الذَّيْنِ، وَلَا يَضْمَنُهُ لِحَقِّ الصَّغِيرِ: يَعْنِي قَدْرَ الزِّيَادَةِ عَلَى الذَّيْنِ. وَقَوْلُهُ يَأْخُذُهُ بِذَيْنِهِ) أَيُّ يَأْخُذُ الْمُرْتَهَنُ مَا ضَمَنَهُ الْوَصِيُّ بِمُقَابَلَةِ ذَيْنِهِ. فَصَلُّهُ عَمَّا قَبْلَهُ لِلإِسْتِنَافِ. وَقَوْلُهُ (لَمَّا ذَكَرْنَا) إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمُتَعَدِّ بَلْ هُوَ عَامِلٌ لَهُ.

قَالَ (وَيَجُوزُ رَهْنُ الدَّرَاهِمِ وَالذَّنَابِيرِ وَالْمَوَازِينِ): لِأَنَّهُ يَتَحَقَّقُ الْإِسْتِيفَاءُ مِنْهُ فَكَانَ مَحَلًّا لِلرَّهْنِ (فَإِنْ رُهِنتَ بِجَنَسِهَا فَهَلَكَتْ هَلَكَتْ بِمِثْلِهَا مِنَ الذَّيْنِ وَإِنْ اخْتَلَفَا فِي

(الجودة)؛ لأنه لا معتبر بالجودة عند المقابلة بحسبها، وهذا عند أبي حنيفة؛ لأنَّ عنده يصير مستوفياً باعتبار الوزن دون القيمة، وعندهما يضمن القيمة من خلاف جنسه ويكون رهناً مكانه (وفي الجامع الصغير: فإن رهن إبريق فضة وزنه عشرة بعشرة فضاع فهو بما فيه) قال رضي الله عنه: معناه أن تكون قيمته مثل وزنه أو أكثر هذا الجواب في الوجهين بالاتفاق؛ لأنَّ الاستيفاء عند اعتبار الوزن وعندهما باعتبار القيمة، وهي مثل الدين في الأول وزيادة عليه في الثاني فيصير بقدر الدين مستوفياً (فإن كان قيمته أقل من الدين فهو على الخلاف) المذكور لهما أنه لا وجه إلى الاستيفاء بالوزن لما فيه من الضرر بالمرتهن، ولا إلى اعتبار القيمة؛ لأنه يؤدي إلى الربا فصرنا إلى التضمين، بخلاف الجنس لينتقض القبض ويجعل مكانه ثم يملكه وله أن الجودة ساقطة العبرة في الأموال الربويّة عند المقابلة بحسبها، واستيفاء الجيد بالردّي جائز كما إذا تجوز به وقد حصل الاستيفاء بالإجماع ولهذا يحتاج إلى نقضه، ولا يمكن نقضه بإيجاب الضمان؛ لأنه لا يدلُّه من مطالب ومطالب، وكذا الإنسان لا يضمن ملك نفسه ويتعذر التضمين يتعذر النقص، وقيل: هذه فرعة ما إذا استوفى الزئوف مكان الجياد فهلك ثم علم بالزيفات يمنع الاستيفاء وهو معروف، غير أن البناء لا يصح ما هو المشهور؛ لأنَّ محمداً فيها مع أبي حنيفة وفي هذا مع أبي يوسف والفرق لمحمد أنه قبض الزئوف ليستوفي من عينها، والزيفات لا تمنع الاستيفاء، وقد تم بالهلاك وقبض الرهن ليستوفي من محل آخر فلا بد من نقض القبض، وقد أمكن عنده بالتضمين، ولو انكسر الإبريق ففي الوجه الأول وهو ما إذا كانت قيمته مثل وزنه عند أبي حنيفة وأبي يوسف لا يجبر على الفك؛ لأنه لا وجه إلى أن يذهب شيء من الدين؛ لأنه يصير قاضياً دينه بالجودة على الانفراد، ولا إلى أن يفتكه مع النقصان لما فيه من الضرر فخيرناه، إن شاء افتكه بما فيه وإن شاء ضمنه قيمته من جنسه أو خلاف جنسه، وتكون رهناً عند المرتهن، والمكسور للمرتهن بالضمان وعند محمد إن شاء افتكه ناقصاً، وإن شاء جعله بالدين اعتباراً لحالة الانكسار بحالة الهلاك، وهذا؛ لأنه لما تعدر الفك مجاًناً صار بمنزلة الهلاك، وفي الهلاك الحقيقي مضمون بالدين بالإجماع فكذا فيما هو في معناه قلنا: الاستيفاء عند الهلاك بالمالية، وطريقه أن يكون مضموناً بالقيمة ثم تقع

الْمُقَاصَّةُ، وَفِي جَعْلِهِ بِالذَّيْنِ إِغْلَاقُ الرِّهْنِ وَهُوَ حُكْمٌ جَاهِلِيٌّ فَكَانَ التَّضْمِينُ بِالْقِيَمَةِ أَوَّلَى
 وَفِي الْوَجْهِ الثَّلَاثِ وَهُوَ مَا إِذَا كَانَتْ قِيَمَتُهُ أَقَلَّ مِنْ وَزْنِهِ ثَمَانِيَةً يَضْمَنُ قِيَمَتَهُ جَيِّدًا مِنْ
 خِلَافِ جِنْسِهِ أَوْ رَدِيئًا مِنْ جِنْسِهِ وَتَكُونُ رَهْنًا عِنْدَهُ، وَهَذَا بِالِاتِّفَاقِ أَمَّا عِنْدَهُمَا فَظَاهِرٌ
 وَكَذَلِكَ عِنْدَ مُحَمَّدٍ؛ لِأَنَّهُ يَعْتَبَرُ حَالَةَ الْإِنْكَسَارِ بِحَالَةِ الْهَلَاكِ، وَالْهَلَاكُ عِنْدَهُ بِالْقِيَمَةِ
 وَفِي الْوَجْهِ الثَّانِي وَهُوَ مَا إِذَا كَانَتْ قِيَمَتُهُ أَكْثَرَ مِنْ وَزْنِهِ اثْنِي عَشَرَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ
 يَضْمَنُ جَمِيعَ قِيَمَتِهِ وَتَكُونُ رَهْنًا عِنْدَهُ؛ لِأَنَّ الْعِبْرَةَ لِلْوِزْنِ عِنْدَهُ لَا لِلجُودَةِ وَالرَّدَاءَةِ فَإِنْ
 كَانَ بِاعْتِبَارِ الْوِزْنِ كُلُّهُ مَضْمُونًا يُجْعَلُ كُلُّهُ مَضْمُونًا، وَإِنْ كَانَ بَعْضُهُ فَبَعْضُهُ، وَهَذَا
 لِأَنَّ الْجُودَةَ تَابِعَةٌ لِلذَّاتِ، وَمَتَى صَارَ الْأَصْلُ مَضْمُونًا اسْتَحَالَ أَنْ يَكُونَ التَّابِعُ أَمَانَةً وَعِنْدَ
 أَبِي يُوسُفَ يَضْمَنُ خَمْسَةَ أَسْدَاسِ قِيَمَتِهِ، وَيَكُونُ خَمْسَةُ أَسْدَاسِ الْإِبْرَاقِ لَهُ بِالضَّمَّانِ
 وَسُدُسُهُ يُفَرِّزُ حَتَّى لَا يَبْقَى الرِّهْنُ شَائِعًا، وَيَكُونُ مَعَ قِيَمَتِهِ خَمْسَةَ أَسْدَاسِ الْمَكْسُورِ رَهْنًا؛
 فَعِنْدَهُ تُعْتَبَرُ الْجُودَةُ وَالرَّدَاءَةُ، وَتُجْعَلُ زِيَادَةُ الْقِيَمَةِ كَزِيَادَةِ الْوِزْنِ كَانَ وَزْنُهُ اثْنًا عَشَرَ،
 وَهَذَا لِأَنَّ الْجُودَةَ مُتَقَوِّمَةٌ فِي ذَاتِهَا حَتَّى تُعْتَبَرَ عِنْدَ الْمُقَابِلَةِ بِخِلَافِ جِنْسِهَا، وَفِي تَصْرِفِ
 الْمَرِيضِ، وَإِنْ كَانَتْ لَا تُعْتَبَرُ عِنْدَ الْمُقَابِلَةِ بِجِنْسِهَا سَمِعًا فَأَمَّا عِنْدَ اعْتِبَارِهَا، وَفِي بَيَانِ قَوْلِ
 مُحَمَّدٍ نَوْعُ طَوْلٍ يُعْرَفُ فِي مَوْضِعِهِ مِنَ الْمَبْسُوطِ وَالزِّيَادَاتِ مَعَ جَمِيعِ شُعَبِهَا

الشرح:

(قَالَ: وَيَجُوزُ رَهْنُ الدَّرَاهِمِ وَالذَّنَانِيرِ) قَدْ عَلِمْتُ أَنَّ كُلَّ مَا يُمَكِّنُ الْاسْتِيفَاءَ
 مِنْهُ جَازٍ أَنْ يُرَهَّنَ بِذَيْنِ مَضْمُونٍ وَالذَّرَاهِمُ وَالذَّنَانِيرُ عَلَى هَذِهِ الصِّفَةِ فَيَجُوزُ رَهْنُهَا، فَإِنْ
 رُهْنَتْ بِجِنْسِهَا وَهَلَكَتْ هَلَكَتْ بِمِثْلِهَا مِنَ الدَّيْنِ وَإِنْ اخْتَلَفَا فِي الْجُودَةِ، وَلَا تُعْتَبَرُ
 بِالْجُودَةِ لِسُقُوطِهَا عِنْدَ الْمُقَابِلَةِ بِجِنْسِهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ، وَقَالَا: يَضْمَنُ الْقِيَمَةَ
 مِنْ خِلَافِ جِنْسِهِ وَيَكُونُ رَهْنًا مَكَائِهِ، وَأَتَى بِرَوَايَةِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ لاحتياجها إلى
 تَفْصِيلِ ذِكْرِهِ. وَقَوْلُهُ (فَهُوَ بِمَا فِيهِ) يَعْنِي فَذَلِكَ الرِّهْنُ يُبَاعُ بِمُقَابَلَةِ الدَّيْنِ كُلِّهِ. وَقَوْلُهُ
 (فِي الْوَجْهَيْنِ) يُرِيدُ بِهِ مَا يَكُونُ قِيَمَتُهُ مِثْلَ وَزْنِهِ أَوْ أَكْثَرَ عَلَى مَا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ.
 وَقَوْلُهُ (عَلَى الْخِلَافِ الْمَذْكُورِ) يَعْنِي عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ يَهْلِكُ بِالذَّيْنِ، وَعِنْدَهُمَا
 يَضْمَنُ الْقِيَمَةَ مِنْ خِلَافِ جِنْسِهِ، وَقَوْلُهُ (ثُمَّ يَتَمَلَّكُهُ) يَعْنِي الرَّاهِنُ يَتَمَلَّكُ الرِّهْنَ الَّذِي
 جُعِلَ مَكَانَ الرِّهْنِ الْأَوَّلِ.

وَقَوْلُهُ (وَاسْتِيفَاءُ الْجَيِّدِ بِالرَّدِيِّ جَائِزٌ) قَالَ فِي النَّهَايَةِ: هَكَذَا وَقَعَ فِي النَّسَخِ، وَلَكِنَّ الْأَصَحَّ أَنْ يُقَالَ: وَاسْتِيفَاءُ الرَّدِيِّ بِالْجَيِّدِ جَائِزٌ، وَإِنَّمَا قُلْنَا إِنَّ هَذَا أَصَحُّ لَوْجَهَيْنِ: أَحَدُهُمَا أَنَّ الاسْتِدْلَالَ بِقَوْلِهِ كَمَا إِذَا تَحَوَّرَ بِهِ أَيُّ فِي بَدَلِ الصَّرْفِ وَالسَّلَمِ يُؤْذَنُ أَنَّ الْأَصَحَّ أَنْ يُقَالَ: وَاسْتِيفَاءُ الرَّدِيِّ بِالْجَيِّدِ، لِأَنَّ التَّحَوُّرَ إِنَّمَا يُسْتَعْمَلُ فِيمَا إِذَا أَخَذَ الرَّدِيُّ مَكَانَ الْجَيِّدِ، وَلِأَنَّ جَوَازَ اسْتِيفَاءِ الْجَيِّدِ بِالرَّدِيِّ لَا شُبْهَةَ لِأَحَدٍ فِيهِ فَلَا يَحْتَاجُ إِلَى الاسْتِدْلَالَ بِشَيْءٍ آخَرَ.

وَالثَّانِي الاسْتِدْلَالَ بِوَضْعِ الْمَسْأَلَةِ، فَإِنَّ وَضْعَ الْمَسْأَلَةِ فِيمَا إِذَا اسْتَوْفَى الْمُرْتَهِنُ بَعِشْرَتَهُ قِيَمَةً إِبْرِيْقٍ هِيَ أَقْلُ مِنَ الْعَشْرَةِ لِرَدَائَتِهِ فَكَانَ الْمُرْتَهِنُ مُسْتَوْفِيَا الرَّدِيِّ بِمُقَابَلَةِ جَيِّدِهِ. وَأَرَى أَنَّ مَا فِي النَّسَخِ حَقٌّ وَيُفِيدُ مَا يَرُومُهُ صَاحِبُ النَّهَايَةِ رَحِمَهُ اللَّهُ فَلْيَتَأَمَّلْ. وَقَوْلُهُ (وَقَدْ حَصَلَ اسْتِيفَاءُ بِالْإِجْمَاعِ) لَمَّا عُرِفَ أَنَّ بَقْبُضِ الرَّهْنِ يَثْبُتُ اسْتِيفَاءُ وَلَا يَنْتَقِضُ إِلَّا بِالرَّدِّ، وَالْفَرَضُ عَدَمُهُ، وَلَا يُمَكِّنُ نَقْضُهُ بِإِجَابِ الضَّمَانِ لِأَنَّهُ لَا بُدَّ لَهُ مِنْ مُطَالَبٍ وَهُوَ إِمَّا أَنْ يَكُونَ الرَّاهِنَ أَوْ الْمُرْتَهِنَ، لَا سَبِيلَ إِلَى الْأَوَّلِ لِكَوْنِهِ مُتَعَتًّا لَطَلْبِهِ مَا يَضُرُّهُ، وَلَا الْمُرْتَهِنَ لِأَنَّهُ مُطَالَبٌ فَلَا يَكُونُ مُطَالِبًا، وَلِأَنَّهُ يَلْزَمُ تَضَمُّنُ الْإِنْسَانِ مِلْكَ نَفْسِهِ لِنَفْسِهِ، وَإِذَا لَمْ يُمَكِّنْ نَقْضُهُ تَعَذَّرَ التَّضَمُّنُ. وَقَوْلُهُ (قِيلَ وَهَذِهِ فُرِيْعَةٌ مَا إِذَا الْخُ) إِنَّمَا يُتَصَوَّرُ جَعْلُهَا فُرِيْعَةً تِلْكَ بِنَاءً عَلَى مَا رَوَى عِيسَى بْنُ أَبَانَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ مُحَمَّدًا مَعَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ فِي تِلْكَ الْمَسْأَلَةِ. وَأَمَّا عَلَى الرِّوَايَةِ الْمَشْهُورَةِ فَلَا يُتَصَوَّرُ لِأَنَّ مُحَمَّدًا فِيهَا مَعَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَفِي هَذِهِ مَعَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ.

وَقَوْلُهُ (وَالْفَرْقُ لِمُحَمَّدٍ) يَعْنِي عَلَى تَقْدِيرِ أَنْ تَكُونَ هَذِهِ الْمَسْأَلَةُ بِنَاءً عَلَى تِلْكَ الْمَسْأَلَةِ أَنَّهُ أَيُّ رَبِّ الدَّيْنِ قَبْضُ الزُّيُوفِ لِيَسْتَوْفِيَ حَقَّهُ مِنْ عَيْنِهَا: أَيُّ أَنْ يَكُونَ عَيْنِهَا مَقَامَ مَا لَهُ عَلَيْهِ مِنَ الدَّيْنِ وَالزِّيَافَةِ لَا تَمْنَعُ اسْتِيفَاءً وَقَدْ تَمَّ بِالْهَلَاكِ، وَلِلْمُرْتَهِنِ قَبْضُ الرَّهْنِ لِيَسْتَوْفِيَ دَيْنَهُ مِنْ مَحَلٍّ آخَرَ فَكَانَ قَابِلًا لِرَدِّهِ بِالضَّمَانِ وَأَخَذَ مِثْلَ حَقِّهِ فَيَنْتَقِضُ الْقَبْضُ. وَوَجْهُ الْبِنَاءِ مَا قِيلَ إِنَّ الزَّيْفَ مَقْبُوضٌ لِلْاسْتِيفَاءِ فَيَكُونُ بِمَنْزِلَةِ الْمَقْبُوضِ لِحَقِيقَةِ اسْتِيفَاءٍ، وَهُنَاكَ الْمُسْتَوْفِي إِذَا تَعَذَّرَ رَدُّهُ بِالْهَلَاكِ يَسْقُطُ حَقُّهُ وَلَا يَرْجِعُ بِشَيْءٍ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ لِمَكَانِ الْجَوْدَةِ فَكَذَا فِي الرَّهْنِ، وَعِنْدَهُمَا هُنَاكَ يَضْمَنُ مِثْلَ الْمُسْتَوْفِي وَيُقَامُ رَدُّ الْمِثْلِ مَقَامَ رَدِّ الْعَيْنِ لِمُرَاعَاةِ حَقِّهِ فِي الْجَوْدَةِ فَكَذَلِكَ فِي الرَّهْنِ. قَالَ شَيْخُ الْإِسْلَامِ رَحِمَهُ

الله في مبسوطه: ولكن جعله هذه المسألة مُتَدَاةً أُولَى، لَأَنَّهُ وَجَدَ هَاهُنَا لِلْمُرْتَهِنِ الرُّضَا بِالِاسْتِيفَاءِ مِنَ الرَّهْنِ عِنْدَ الْهَلَاكِ لِعِلْمِهِ أَنَّ الْهَلَاكَ يَصِيرُ مُسْتَوْفِيًا دَيْنَهُ بِاعْتِبَارِ الْوِزْنِ وَلَمْ يُوجَدِ ثَمَّةً.

وَقَوْلُهُ (وَلَوْ انْكَسَرَ الْإِبْرِيْقُ) كَانَ الْكَلَامُ فِيمَا مَرَّ مِنْ حَيْثُ هَلَاكَ الرَّهْنُ وَهَاهُنَا مِنْ حَيْثُ انْكَسَارُهُ، وَلَوْ انْكَسَرَ الْإِبْرِيْقُ وَكَانَتْ قِيَمَتُهُ مِثْلَ وَزْنِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَأَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ: لَا يُجْبِرُ الرَّاهِنُ عَلَى الْفِكَاكِ لِأَنَّهُ إِنْ أُجْبِرَ عَلَيْهِ فِيمَا أَنْ يَكُونَ مَعَ ذَهَابِ شَيْءٍ مِنَ الدَّيْنِ أَوْ مَعَ كَمَالِهِ وَهُوَ نُقْصَانٌ مِنْ جِهَةِ الرَّهْنِ، لَا وَجْهَ إِلَى الْأَوَّلِ لِأَنَّهُ: أَيْ الْمُرْتَهِنُ يَصِيرُ قَاضِيًا دَيْنَهُ بِالْجَوْدَةِ عَلَى الْإِنْفِرَادِ، فَإِنَّهُ لَمْ يَنْقُصْ مِنَ الدَّيْنِ إِلَّا فِي مُقَابَلَةِ مَا فَاتَ مِنْ جَوْدَةِ الْإِبْرِيْقِ بِالْكَسْرِ وَذَلِكَ رَبًّا، وَلَا إِلَى الثَّانِي لَمَّا فِيهِ مِنَ الْإِضْرَارِ بِالرَّاهِنِ لِأَنَّ الْمُرْتَهِنَ قَبَضَ الرَّهْنَ سَلِيمًا عَنِ الْعَيْبِ وَبِالْإِنْكَسَارِ صَارَ مَعِيًّا فَيَصِلُ إِلَيْهِ حَقُّهُ نَاقِصًا إِذْ لَمْ يَسْقُطْ شَيْءٌ مِنْ دَيْنِهِ وَذَلِكَ ضَرَرٌ بِهِ لَا مَحَالَةَ فَخَيْرُهُ بَيْنَ أَنْ يَفْتَكَّهُ بِمَا فِيهِ: أَيْ بِالْدَّيْنِ الَّذِي فِي الْمَكْسُورِ وَهُوَ جَمِيعُ الدَّيْنِ، وَبَيْنَ أَنْ يَضْمَنَ الْمُرْتَهِنُ قِيَمَتَهُ مِنْ جَنْسِهِ أَوْ خِلَافِ جَنْسِهِ مَصُوغًا فَتَكُونُ رَهْنًا عِنْدَ الْمُرْتَهِنِ وَيَمْلِكُ الْمَكْسُورَ بِالضَّمَّانِ.

وَقَالَ مُحَمَّدٌ: إِنْ شَاءَ افْتَكَّهُ نَاقِصًا، وَإِنْ شَاءَ جَعَلَهُ بِالْدَّيْنِ اعْتِبَارًا لِحَالَةِ الْإِنْكَسَارِ بِحَالَةِ الْهَلَاكِ، وَهَذَا لِأَنَّهُ لَمَّا تَعَذَّرَ الْفِكَاكُ مَجَانًا: يَعْنِي لَمَّا تَقَدَّمَ أَنَّهُ لَا وَجْهَ إِلَى أَنْ يَذْهَبَ شَيْءٌ مِنَ الدَّيْنِ وَلَا أَنْ يَفْتَكَّهُ مَعَ النُّقْصَانِ بَقِيَ أَنْ يَفْتَكَّهُ مَجَانًا وَهُوَ مُتَعَذِّرٌ فَصَارَ بِمَنْزِلَةِ الْهَلَاكِ فِي تَعَذُّرِ الْفِكَاكِ وَفِي الْحَقِيقِيِّ مِنَ الْهَلَاكِ مَضْمُونٌ بِالْدَّيْنِ بِالْإِجْمَاعِ فَكَذَا فِيمَا هُوَ فِي مَعْنَاهُ. وَقُلْنَا: الْاسْتِيفَاءُ عِنْدَ هَلَاكِ الرَّهْنِ اسْتِيفَاءٌ بِالْمَالِيَّةِ، وَكُلُّ مَا هُوَ اسْتِيفَاءٌ عِنْدَ الْهَلَاكِ بِالْمَالِيَّةِ فَطَرِيقُهُ أَنْ يَكُونَ مَضْمُونًا بِالْقِيَمَةِ لِفَوَاتِ عَيْنِهِ، ثُمَّ تَقَعُ الْمُقَاصَّةُ بَيْنَ الدَّيْنَيْنِ وَهُوَ مَشْرُوعٌ، وَفِي جَعْلِهِ مَضْمُونًا بِالْدَّيْنِ إِغْلَاقُ الرَّهْنِ وَهُوَ الْإِحْتِبَاسُ الْكُلِّيُّ بِأَنْ يَصِيرَ الرَّهْنُ مَمْلُوكًا كَالْمُرْتَهِنِ وَهُوَ حُكْمٌ جَاهِلِيٌّ فَكَانَ التَّضْمِينُ بِالْقِيَمَةِ أُولَى.

وَفِي عِبَارَتِهِ تَسَامُحٌ، وَالْحَقُّ فَكَانَ التَّضْمِينُ بِالْقِيَمَةِ وَاجِبًا أَوْ صَوَابًا أَوْ الصَّحِيحُ أَوْ مَا شَاكَلَ ذَلِكَ. وَقَوْلُهُ (وَفِي الْوَجْهِ الثَّالِثِ وَهُوَ مَا إِذَا كَانَتْ قِيَمَتُهُ أَقَلَّ مِنْ وَزْنِهِ)

بأن يكون الوزن عشرة كالدَّين وقيَّمته ثمانية لوجود عشرة فيه يضمن قيمته جيِّداً من خلاف جنسه احترازاً عن الربا أو ردِّياً من جنسه، ويكون المضمون رهناً عنده إلى أن يحل الأجل ويكون المكسور له، وهذا بالاتفاق. وأمَّا عندهما فظاهر كما إذا كانت قيمته مثل وزنه في حالة الانكسار على ما مرَّ، وكذا عند محمد رحمه الله لأنه يُعتبر الانكسار بالهلاك، والهلاك عنده بالقيمة: يعني في هذا الفصل، وهو ما إذا كانت قيمة الإبريق أقل من وزنه لا بالدَّين فكذا الانكسار، وإنَّما قدَّم الوجه الثالث على الثاني لاحتياج الثاني إلى زيادة بيان فيه طول، وفي الوجه الثاني وهو ما إذا كان وزنه عشرة كالدَّين وقيَّمته أكثر من وزنه اثني عشر لجودة وصناعة فيه عند أبي حنيفة رحمه الله يضمن جميع قيمته ويكون رهناً عنده.

وعند أبي يوسف رحمه الله يضمن خمسة أسداس قيمته ويملك خمسة أسداس الإبريق ويفرز سدسه حذراً عن طريان الشيوع، فإن الطارئ منه فيه كالمقارن كما تقدَّم. وعند محمد رحمه الله أن التقص بالانكسار إن كان درهماً أو درهمين يجبر الرَّاهن على الفكك بقضاء جميع الدَّين، وإن كان أكثر من ذلك يُخَيَّر الرَّاهن بين أن يجعل الرهن للمرتَّهين يدينه وبين أن يسترده بقضاء جميع الدَّين ووجه قول أبي حنيفة رحمه الله أن العبرة في الأموال الربويَّة للوزن لا للجودة والرِّدْءة، فإن كان الرهن باعتبار الوزن كله مضموناً كما إذا كان وزن الرهن مثل وزن الدَّين جعل الرهن كله مضموناً من حيث القيمة، وإن كان بعضه مضموناً كما إذا كان وزن الرهن أكثر من وزن الدَّين فبعضه مضمون وهو مقدار الدَّين لا الزائد عليه. وتَنقَسِمُ الجودة على المضمون والأمانة، فحصة المضمون مضمونة وغيرها أمانة وهذا لأنَّ الجودة تابعة للذات، ومتى صار الأصل مضموناً استحال أن يكون التابع أمانة، وفي مسألتنا كان كله مضموناً من حيث الوزن لأنَّ الفرض أن وزن الرهن مثل وزن الدَّين فيكون كله مضموناً من حيث القيمة لئلا يكون حكم البيع مخالفاً لحكم الأصل. والفرق بين هذا وبين حالة الهلاك أنَّ حالة الهلاك حالة استيفاء فيَقَعُ الفضل أمانة، وهذه الحالة ليست كذلك عنده بل هي بمنزلة الغصب في كونها على خلاف رضا الرَّاهن فيكون مضموناً بالقيمة كالمغصوب، لكن بخلاف جنسه ووجه قول أبي يوسف رحمه الله أن الضمان والأمانة يشيع في الوزن والجودة؛ لأنَّ

الْجَوْدَةُ مُتَقَوِّمَةٌ فِي ذَاتِهَا بِدَلِيلِ اعْتِبَارِهَا عِنْدَ الْمُقَابَلَةِ (بِخِلَافِ جِنْسِهَا وَفِي تَصَرُّفِ الْمَرِيضِ) فَإِنَّهُ إِذَا بَاعَ قَلْبًا وَزَنَّهُ عَشْرَةً وَقِيمَتُهُ عَشْرُونَ بَعَثَرَةً لَمْ يُسَلِّمْ لِلْمُشْتَرِي وَيُعْتَبَرُ خُرُوجُهُ مِنَ الثَّلَاثِ، وَإِهْدَارُهَا عِنْدَ الْمُقَابَلَةِ بِالْجِنْسِ ثَابِتٌ بِالتَّصَدُّقِ لَا لَكُونِهَا هَدَرًا فِي ذَاتِهَا فَكَانَتْ زِيَادَةُ الْقِيَمَةِ بِالْجَوْدَةِ كَالزِّيَادَةِ فِي الْوِزْنِ فَأَمَّا كُنْ اعْتِبَارُهَا، وَيَصِيرُ خَمْسَةُ أَسْدَاسِ الْإِبْرَاقِ مَضْمُونًا لْجَوْدَتِهِ وَصَنَعَتِهِ وَسُدُسُهُ أَمَانَةٌ، فَالْتَّغْيِيرُ بِالِالْتِّكْسَارِ فِيمَا هُوَ أَمَانَةٌ لَا يُعْتَبَرُ وَفِيمَا هُوَ مَضْمُونٌ يُعْتَبَرُ. وَحَالَةُ الِالْتِّكْسَارِ لَيْسَتْ بِحَالَةِ الِاسْتِيفَاءِ عِنْدَهُ أَيْضًا فَيُضْمَنُ قِيَمَةُ خَمْسَةِ أَسْدَاسِهِ مِنْ خِلَافِ جِنْسِهِ.

وَوَجْهُ قَوْلِ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ الْوِزْنَ مَضْمُونٌ وَالْجَوْدَةُ أَمَانَةٌ لِلْمُنَاسَبَةِ، لِأَنَّ الْجَوْدَةَ تَابِعَةٌ لِلْوِزْنِ لَا تَنْفَصِلُ عَنْهُ، وَصِفَةُ الْأَمَانَةِ فِي الْمَرْهُونِ كَذَلِكَ فَيَجْعَلُ الْأَصْلُ فِي مُقَابَلَةِ الْأَصْلِ وَالتَّبَعُ بِمُقَابَلَةِ التَّبَعِ، وَإِذَا ظَهَرَ ذَلِكَ فَإِنْ زَادَ النُّقْصَانُ عَلَى الدَّرْهَمَيْنِ وَقَعَ النُّقْصَانُ فِي الْمَضْمُونِ وَهُوَ الْعَشْرَةُ بِالِالْتِّكْسَارِ، وَالِالْتِّكْسَارُ عِنْدَهُ كَالْهَلَاكِ، وَفِي هَذَا الْفَصْلِ عِنْدَ الْهَلَاكِ يَصِيرُ مُسْتَوْفِيًا دَيْنُهُ فَكَذَلِكَ عِنْدَ الِالْتِّكْسَارِ يَكُونُ مَضْمُونًا بِالذَّيْنِ وَيَتَخَيَّرُ الرَّاهِنُ كَمَا ذَكَرْنَا، وَإِنْ لَمْ يَزِدْ عَلَى الدَّرْهَمَيْنِ وَقَعَ النُّقْصَانُ فِي الْأَمَانَةِ وَالرَّهْنِ، وَالْمَضْمُونُ بَاقٍ عَلَى حَالِهِ فَيُجْبَرُ الرَّاهِنُ عَلَى الْفِكَاكِ كَمَا لَوْ لَمْ يَنْقُصْ مِنْهُ شَيْءٌ. وَاعْلَمْ أَنَّ الدَّرْهَمَ وَالْدَّرْهَمَيْنِ لَيْسَا بِحَدٍّ فَاصِلٍ فِي ذَلِكَ، وَإِنَّمَا الْفَاصِلُ نُقْصَانُ مَقْدَارِ الصَّنَاعَةِ كَأَنَّا مَا كَانَ، وَإِنَّمَا وَقَعَ الدَّرْهَمَانِ هَاهُنَا بِاعْتِبَارِ أَنَّ الزِّيَادَةَ فِي الْمَسْأَلَةِ مَفْرُوضَةٌ بِذَلِكَ.

قَالَ (وَمَنْ بَاعَ عَبْدًا عَلَى أَنْ يَرَهْنَهُ الْمُشْتَرِي شَيْئًا بِعَيْنِهِ جَازَ اسْتِحْسَانًا) وَالْقِيَاسُ أَنَّ لَا يَجُوزُ، وَعَلَى هَذَا الْقِيَاسِ وَالِاسْتِحْسَانِ إِذَا بَاعَ شَيْئًا عَلَى أَنْ يُعْطِيَهُ كَفِيلًا مُعَيَّنًا حَاضِرًا فِي الْمَجْلِسِ فَقَبِلَ وَجْهَ الْقِيَاسِ أَنَّهُ صَفَقَةٌ فِي صَفَقَةٍ وَهُوَ مَنْهِيٌّ عَنْهُ، وَلَئِنَّهُ شَرْطٌ لَا يَقْتَضِيهِ الْعَقْدُ وَفِيهِ مَنْفَعَةٌ لِأَحَدِهِمَا، وَمِثْلُهُ يُفْسِدُ الْبَيْعَ وَجْهَ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّهُ شَرْطٌ مُلَائِمٌ لِلْعَقْدِ؛ لِأَنَّ الْكِفَالَ وَالرَّهْنَ لِلِاسْتِثْنَاءِ وَأَنَّهُ يُلَائِمُ الْوُجُوبَ، فَإِذَا كَانَ الْكَفِيلُ حَاضِرًا فِي الْمَجْلِسِ وَالرَّهْنُ مُعَيَّنًا اعْتَبَرْنَا فِيهِ الْمَعْنَى وَهُوَ مُلَائِمٌ فَصَحَّ الْعَقْدُ، وَإِذَا لَمْ يَكُنِ الرَّهْنُ وَلَا الْكَفِيلُ مُعَيَّنًا أَوْ كَانَ الْكَفِيلُ غَائِبًا حَتَّى افْتَرَقَا لَمْ يَبْقَ مَعْنَى الْكِفَالَةِ وَالرَّهْنِ لِلْجِهَالَةِ فَبَقِيَ الْاِعْتِبَارُ لِعَيْنِهِ فَيُفْسَدُ، وَلَوْ كَانَ غَائِبًا فَحَضَرَ فِي الْمَجْلِسِ وَقَبِلَ صَحَّ (وَلَوْ امْتَنَعَ الْمُشْتَرِي عَنْ تَسْلِيمِ

الرَّهْنِ لَمْ يُجْبَرْ عَلَيْهِ) وَقَالَ زُفَرٌ: يُجْبَرُ؛ لِأَنَّ الرَّهْنَ إِذَا شُرِطَ فِي الْبَيْعِ صَارَ حَقًّا مِنْ حُقُوقِهِ كَالْوَكَاةِ الْمَشْرُوطَةِ فِي الرَّهْنِ فَيَلْزَمُهُ بِلِزُومِهِ وَنَحْنُ نَقُولُ: الرَّهْنُ عَقْدُ تَبَرُّعٍ مِنْ جَانِبِ الرَّاهِنِ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ وَلَا جَبَرَ عَلَى التَّبَرُّعَاتِ (وَلَكِنْ الْبَائِعُ بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ رَضِيَ بِتَرْكِ الرَّهْنِ وَإِنْ شَاءَ فَسَخَّ الْبَيْعَ)؛ لِأَنَّهُ وَصَفَ مَرْغُوبًا فِيهِ وَمَا رَضِيَ إِلَّا بِهِ فَيَتَخَيَّرُ بِفَوَاتِهِ (إِلَّا أَنْ يَدْفَعَ الْمُشْتَرِي الثَّمَنَ حَالًا) لِحُصُولِ الْمَقْصُودِ (أَوْ يَدْفَعَ قِيمَةَ الرَّهْنِ رَهْنًا)؛ لِأَنَّ يَدَ الْاِسْتِيفَاءِ تَثَبُّتُ عَلَى الْمَعْنَى وَهِيَ الْقِيَمَةُ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ بَاعَ عَبْدًا عَلَى أَنْ يَرَهْنَهُ الْمُشْتَرِي شَيْئًا بَعِيْنَهُ إلخ) كَلَامُهُ وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (وَلَمْ يَتَّقْ مَعْنَى الْكِفَالَةِ وَالرَّهْنِ لِلْجَهَالَةِ) يَعْنِي أَنَّ جَوَازَ الْعَقْدِ اسْتِحْسَانًا مَعَ وُجُودِ الشَّرْطِ إِنَّمَا كَانَ بِالظُّطَرِّ إِلَى مَعْنَاهُ، وَإِذَا كَانَ الرَّهْنُ غَيْرَ مُعَيَّنٍ وَالْكَفِيلُ غَائِبًا فَاتَّ مَعْنَاهُ وَهُوَ الْاِسْتِثْنَاءُ، لِأَنَّ الْمُشْتَرِيَّ رَبَّمَا يَأْتِي بِشَيْءٍ يُسَاوِي عَشْرَ حَقِّهِ أَوْ يُعْطِي كَفِيلًا غَيْرَ مِلِّيٍّ، وَلَيْسَ فِي ذَلِكَ مِنَ التَّوَثُّقِ شَيْءٌ فَبَقِيَ الْاِعْتِبَارُ لَعَيْنِ الشَّرْطِ فَيَفْسُدُ الْعَقْدُ.

قَالَ (وَمَنْ اشْتَرَى ثَوْبًا بِدَرَاهِمَ فَقَالَ لِلْبَائِعِ أَمْسِكْ هَذَا الثَّوْبَ حَتَّى أُعْطِيكَ الثَّمَنَ فَالثَّوْبُ رَهْنٌ)؛ لِأَنَّهُ أَتَى بِمَا يُنْبِئُ عَنْ مَعْنَى الرَّهْنِ وَهُوَ الْحَبْسُ إِلَى وَقْتِ الْإِعْطَاءِ، وَالْعِبَرَةُ فِي الْعُقُودِ لِلْمَعَانِي حَتَّى كَانَتْ الْكِفَالَةُ بِشَرْطِ بَرَاءَةِ الْأَصِيلِ حَوَالَةً، وَالْحَوَالَةُ فِي ضِدِّ ذَلِكَ كِفَالَةً وَقَالَ زُفَرٌ: لَا يَكُونُ رَهْنًا، وَمِثْلُهُ عَنْ أَبِي يُوسُفَ؛ لِأَنَّ قَوْلَهُ: أَمْسِكْ يَحْتَمِلُ الرَّهْنَ وَيَحْتَمِلُ الْإِيْدَاعَ، وَالثَّانِي أَقْلُهُمَا فَيَقْضِي بِثُبُوتِهِ بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ: أَمْسِكْهُ بِدَيْنِكَ أَوْ بِمَالِكَ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا قَابَلَهُ بِالْدَيْنِ فَقَدْ عَيَّنَ جِهَةَ الرَّهْنِ قُلْنَا: لَمَّا مَدَّهُ إِلَى الْإِعْطَاءِ عَلِمَ أَنَّ مُرَادَهُ الرَّهْنَ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ اشْتَرَى ثَوْبًا بِدَرَاهِمَ فَقَالَ لِلْبَائِعِ أَمْسِكْ هَذَا الثَّوْبَ حَتَّى أُعْطِيكَ الثَّمَنَ) قِيلَ يُرِيدُ بِهِ ثَوْبًا غَيْرَ الْمُشْتَرَى. وَالصَّوَابُ أَنَّهُ وَغَيْرُهُ سَوَاءٌ، وَلَوْ قَالَ أَمْسِكْهُ بِدَيْنِكَ أَوْ قَالَ أَمْسِكْهُ رَهْنًا حَتَّى أُعْطِيكَ ثَمَنَكَ فَهُوَ رَهْنٌ بِلَا خِلَافٍ. وَقَوْلُهُ (عُلِمَ أَنَّ مُرَادَهُ الرَّهْنَ) لِأَنَّ حُكْمَ الرَّهْنِ هُوَ الْحَبْسُ الدَّائِمُ إِلَى وَقْتِ الْفِكَاكِ، فَإِذَا صَرَّحَ بِهَذَا عَلِمَ أَنَّ مُرَادَهُ الرَّهْنَ.

فصل

(وَمَنْ رَهَنَ عَبْدَيْنِ بِأَلْفٍ فَقَضَى حِصَّةَ أَحَدِهِمَا لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَقْبِضَهُ حَتَّى يُؤَدِيَ
بَاقِيَ الدَّيْنِ) وَحِصَّةُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَا يَخْصُهُ إِذَا قُسِمَ الدَّيْنُ عَلَى قِيمَتَيْهِمَا، وَهَذَا؛ لِأَنَّ
الرَّهْنَ مَحْبُوسٌ بِكُلِّ الدَّيْنِ فَيَكُونُ مَحْبُوسًا بِكُلِّ جُزْءٍ مِنْ أَجْزَائِهِ مُبَالِغَةً فِي حَمَلِهِ عَلَى
قَضَاءِ الدَّيْنِ وَصَارَ كَالْمَبِيعِ فِي يَدِ الْبَائِعِ، فَإِنْ سَمَى لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْ أَعْيَانِ الرَّهْنِ شَيْئًا مِنْ
الْمَالِ الَّذِي رَهْنَهُ بِهِ، فَكَذَا الْجَوَابُ فِي رِوَايَةِ الْأَصْلِ: وَفِي الزِّيَادَاتِ: لَهُ أَنْ يَقْبِضَهُ إِذَا أَدَّى مَا
سَمَى لَهُ وَجْهَ الْأَوَّلِ أَنَّ الْعَقْدَ مُتَّحِدًا لَا يَتَفَرَّقُ بِتَفَرُّقِ التَّسْمِيَةِ كَمَا فِي الْمَبِيعِ وَجْهَ الثَّانِي
أَنَّهُ لَا حَاجَةَ إِلَى الْإِتِّحَادِ؛ لِأَنَّ أَحَدَ الْعَقْدَيْنِ لَا يَصِيرُ مَشْرُوطًا فِي الْآخَرِ؛ أَلَا يَرَى أَنَّهُ لَوْ
قَبِلَ الرَّهْنُ فِي أَحَدِهِمَا جَازًا.

الشرح:

(فَصْلٌ) وَجْهُ الْفَصْلِ كَوْنُ الرَّهْنِ مُتَعَدِّدًا وَلَا خَفَاءَ فِي تَأَخُّرِ التَّعَدُّدِ عَنِ الْإِفْرَادِ.
قَوْلُهُ (وَصَارَ كَالْمَبِيعِ فِي يَدِ الْبَائِعِ) فِي أَنَّ الْمُشْتَرِيَ إِذَا أَدَّى حِصَّةَ أَحَدِهِمَا مِنَ الثَّمَنِ فِي
الْبَيْعِ لَا يَتِمَّكِنُ مِنْ أَخْذِهِ حَتَّى يُؤَدِيَ بَاقِيَ الثَّمَنِ، فَإِذَا سَمَى لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْ أَعْيَانِ
الرَّهْنِ شَيْئًا كَمَا لَوْ رَهَنَ عَبْدَيْنِ بِأَلْفٍ، كُلُّ عَبْدٍ بِخَمْسِمِائَةٍ ثُمَّ قَضَاهُ خَمْسِمِائَةً
فَكَذَلِكَ الْجَوَابُ فِي رِوَايَةِ الْأَصْلِ.

وَفِي الزِّيَادَاتِ لَهُ أَنْ يَقْبِضَ إِذَا أَدَّى مَا سَمَى، وَوَجْهُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَا ذَكَرَ
فِي الْكِتَابِ. وَقَوْلُهُ (أَلَا يَرَى) تَوْضِيحٌ لِدَلَالَتِهِ، فَإِنَّهُ لَمَّا تِمَّكَّنَ الْمُرْتَهِنُ مِنْ تَفْرِيقِ الْقَبُولِ
فِي الْإِبْتِدَاءِ وَجَبَ أَنْ يَتِمَّكَّنَ الرَّاهِنُ مِنْ تَفْرِيقِ الْقَبْضِ فِي الْإِنْتِهَاءِ. وَحَاصِلُهُ أَنَّ الصَّفْقَةَ
تَتَفَرَّقُ فِي بَابِ الرَّهْنِ بِتَفَرُّقِ التَّسْمِيَةِ فَكَأَنَّهُ رَهْنُ كُلِّ عَبْدٍ بِعَقْدٍ عَلَى حِدَةٍ، بِخِلَافِ
الْبَيْعِ فَإِنَّهَا لَا تَتَفَرَّقُ فِيهِ بِتَفَرُّقِ التَّسْمِيَةِ، بِدَلِيلِ أَنَّهُ لَوْ بَاعَهُ عَبْدَيْنِ بِأَلْفٍ كُلِّ وَاحِدٍ
مِنْهُمَا بِخَمْسِمِائَةٍ فَقَبِلَ الْمُشْتَرِيَ الْعَقْدَ فِي أَحَدِهِمَا دُونَ الْآخَرِ لَمْ يَجْزُ كَمَا فِي حَالَةِ
الْإِجْمَالِ، وَهَذَا لِأَنَّ الْبَيْعَ عَقْدٌ تَمْلِكُ وَالْهَلَاكُ قَبْلَ الْقَبْضِ يُبْطِلُهُ، فَبَعْدَمَا تَقَدَّ بَعْضُ
الثَّمَنِ لَوْ تِمَّكَّنَ مِنْ قَبْضِ بَعْضِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ أَدَّى إِلَى تَفْرِيقِ الصَّفْقَةِ قَبْلَ التَّمَامِ بِأَنَّ
يَهْلِكُ مَا بَقِيَ فَيَنْفَسَخُ الْبَيْعُ فِيهِ، بِخِلَافِ الرَّهْنِ فَإِنَّهُ بِالْهَلَاكِ يَنْتَهِي حُكْمُ الرَّهْنِ لِحُصُولِ
الْمَقْصُودِ بِهِ، كَمَا أَنَّ بِالْإِفْتِكَاحِ يَنْتَهِي حُكْمُ الرَّهْنِ فَلَوْ تِمَّكَّنَ مِنْ اسْتِرْدَادِ الْبَعْضِ عِنْدَ

قَضَاءُ بَعْضِ الدَّيْنِ لَمْ يُؤَدِّ ذَلِكَ إِلَى تَفْرِيقِ الصَّفَقَةِ، لِأَنَّ أَكْثَرَ مَا فِيهِ أَنْ يَهْلِكَ مَا بَقِيَ فَيَنْتَهِي حُكْمُ الرِّهْنِ فِيهِ.

فَإِنْ قِيلَ: هَذَا فِي حَالَةِ الإِجْمَالِ مَوْجُودٌ. قُلْنَا: نَعَمْ، وَلَكِنْ حِصَّةُ كُلِّ عَبْدٍ مِنَ الدَّيْنِ فِيهَا غَيْرُ مَعْلُومٍ بَيِّنٍ، فَرُبَّمَا كَانَ أَحَدُ الْعَبْدَيْنِ أَكْثَرَ قِيَمَةً مِثْلُ أَنْ يُسَاوِيَ أَحَدُهُمَا أَلْفًا وَالْآخَرُ أَلْفَيْنِ وَرَهْنُهُمَا ثَلَاثَةَ آلَافٍ أَحَدُهُمَا بِأَلْفٍ وَالْآخَرُ بِأَلْفَيْنِ وَلَمْ يُبَيَّنْ هَذَا مِنْ ذَلِكَ وَأَرَادَ الرَّاهِنُ فَكَأَنَّ الَّذِي قِيَمَتُهُ أَلْفَانِ فَأَدَّى أَلْفًا وَيَقُولُ هَذَا الَّذِي رَهْنَتْهُ بِأَلْفٍ وَالْمُرْتَهِنُ يَقُولُ بَلْ هَذَا رُهْنٌ بِأَلْفَيْنِ، فَكَانَ ذَلِكَ جَهَالَةً تُفْضِي إِلَى الْمُنَازَعَةِ. فَأَمَّا عِنْدَ التَّفْصِيلِ فَحِصَّةُ كُلِّ عَبْدٍ مَعْلُومَةٌ بِالتَّسْمِيَةِ لَا جَهَالَةَ هُنَاكَ تُفْضِي إِلَى الْمُنَازَعَةِ، فَلِهَذَا تَمَكَّنَ مِنْ فَكَائِكَ الْبَعْضِ بِقَضَاءِ بَعْضِ الدَّيْنِ.

قَالَ (فَإِنْ رَهْنَ عَيْنًا وَاحِدَةً عِنْدَ رَجُلَيْنِ بَدَيْنِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَيْهِ جَازٌ وَجَمِيعُهَا رَهْنٌ عِنْدَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا)؛ لِأَنَّ الرُّهْنَ أَضْيَفَ إِلَى جَمِيعِ الْعَيْنِ فِي صَفَقَةٍ وَاحِدَةٍ وَلَا شُيُوعَ فِيهِ، وَمُوجِبُهُ صَيْرُورَتُهُ مُحْتَسِبًا بِالدَّيْنِ، وَهَذَا مِمَّا لَا يَقْبَلُ الْوَصْفُ بِالتَّجْزِي فَصَارَ مَحْبُوسًا بِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهَا، وَهَذَا بِخِلَافِ الْهَبَةِ مِنْ رَجُلَيْنِ حَيْثُ لَا تَجُوزُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ (فَإِنْ تَهَايَا فَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فِي نَوْبَتِهِ كَالْعَدْلِ فِي حَقِّ الْآخَرِ) قَالَ (وَالْمُضْمُونُ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا حِصَّتُهُ مِنَ الدَّيْنِ)؛ لِأَنَّ عِنْدَ الْهَلَاكِ يَصِيرُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُسْتَوْفِيًا حِصَّتَهُ؛ إِذَا اسْتِيفَاءً مِمَّا يَتَجَرَّأُ قَالَ (فَإِنْ أَعْطَى أَحَدُهُمَا دَيْنَهُ كَانَ كُلُّهُ رَهْنًا فِي يَدِ الْآخَرِ)؛ لِأَنَّ جَمِيعَ الْعَيْنِ رَهْنٌ فِي يَدِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِنْ غَيْرِ تَفْرِيقٍ وَعَلَى هَذَا حَبَسُ الْمُبِيعِ إِذَا أَدَّى أَحَدُ الْمُشْتَرِيَيْنِ حِصَّتَهُ مِنَ الثَّمَنِ.

الشرح:

قَالَ (فَإِنْ رَهْنَ عَيْنًا وَاحِدَةً عِنْدَ رَجُلَيْنِ إلخ) صُورَةُ الْمَسْأَلَةِ ظَاهِرَةٌ، وَلَمْ يَتَعَرَّضْ لَكَوْنِهِمَا شَرِيكَيْنِ فِي الدَّيْنِ أَوْ غَيْرِهِ، وَلَا لَكَوْنِ الدَّيْنَيْنِ مِنْ جِنْسٍ وَاحِدٍ أَوْ مِنْ جِنْسَيْنِ مُخْتَلَفَيْنِ بَأَنَّهُ يَكُونُ ذَيْنِ أَحَدِهِمَا دَرَاهِمَ وَذَيْنِ الْآخَرِ دَنَانِيرُ لِأَنَّ الْكُلَّ فِي ذَلِكَ سَوَاءٌ. وَقَوْلُهُ (لَأَنَّ الرُّهْنَ أَضْيَفَ إِلَى جَمِيعِ الْعَيْنِ فِي صَفَقَةٍ وَاحِدَةٍ وَلَا شُيُوعَ فِيهِ) قِيلَ هُوَ مَنْقُوضٌ بِمَا إِذَا بَاعَ مِنْ رَجُلَيْنِ أَوْ وَهَبَ مِنْ رَجُلَيْنِ عَلَى قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ، فَإِنَّ الْعَقْدَ فِيهِمَا أَضْيَفَ إِلَى جَمِيعِ الْعَيْنِ فِي صَفَقَةٍ وَاحِدَةٍ وَفِيهِ الشُّيُوعُ

حَتَّى كَانَ الْمَبِيعُ وَالْمَوْهُوبُ بَيْنَهُمَا نَصْفَيْنِ كَمَا لَوْ نَصَّ عَلَى الْمُنَاصَفَةِ. وَالْجَوَابُ أَنَّ
إِضَافَةَ الْعَقْدِ إِلَى اثْنَيْنِ تُوجِبُ الشُّيُوعَ فِيمَا يَكُونُ الْعَقْدُ مُفِيدًا لِلْمَلِكِ كَالِهَبَةِ وَالْبَيْعِ فَإِنَّ
الْعَيْنَ الْوَاحِدَةَ لَا يُمَكِّنُ أَنْ تَكُونَ مَمْلُوكَةً لِشَخْصَيْنِ عَلَى الْكَمَالِ فَتَجْعَلَ شَائِعَةً تَنْقَسِمُ
عَلَيْهِمَا لِلْجَوَازِ، وَالرَّهْنُ غَيْرُ مُفِيدٍ لِلْمَلِكِ وَإِنَّمَا يُفِيدُ الْاِحْتِيَاسَ، وَيَجُوزُ أَنْ تَكُونَ الْعَيْنُ
الْوَاحِدَةُ مُحْتَبَسَةً لِحَقِّينِ عَلَى الْكَمَالِ فَيَمْتَنِعُ الشُّيُوعُ فِيهِ تَحَرُّيًا لِلْجَوَازِ لَكُونَ الْقَبْضُ لَا
بُدَّ مِنْهُ فِي الرَّهْنِ، وَالشُّيُوعُ يَمْتَنِعُ عَنْهُ، وَهَذَا هُوَ الْجَوَابُ لِأَيِّ حَنِيفَةٍ ﷺ فِي جَعْلِ ذَلِكَ
شَائِعًا مَانِعًا عَنِ الْهَبَةِ دُونَ الرَّهْنِ وَقَدْ تَقَدَّمَ. وَقَوْلُهُ (فَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فِي نَوْبَتِهِ كَالْعَدْلِ
فِي حَقِّ الْآخَرِ) يُشِيرُ إِلَى أَنَّ ارْتِهَانَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَاقٍ مَا لَمْ يَصِلِ الرَّهْنُ إِلَى الرَّاهِنِ.
وَقَوْلُهُ (لَأَنَّ جَمِيعَ الْعَيْنِ رَهْنٌ فِي يَدِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِنْ غَيْرِ تَفَرُّقٍ) اعْتَرَضَ عَلَيْهِ بِأَنَّ
الْمُرْتَهِنَ الَّذِي اسْتَوْفَى حَقَّهُ انْتَهَى مَقْصُودُهُ مِنَ الرَّهْنِ وَهُوَ كَوْنُهُ وَسِيلَةً إِلَى الاسْتِيفَاءِ
الْحَقِيقِيِّ بِالْاسْتِيفَاءِ، فَيَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ الرَّهْنُ فِي يَدِ الْآخَرِ مِنْ كُلِّ وَجْهِ مِنْ غَيْرِ نِيَابَةِ عَنْ
صَاحِبِهِ، وَذَلِكَ يَقْتَضِي أَنْ لَا يَسْتَرِدَّ الرَّاهِنُ مَا قَضَاهُ إِلَى الْأَوَّلِ مِنَ الدَّيْنِ عِنْدَ الْهَلَاكِ
لَكِنَّهُ يَسْتَرِدُّهُ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ ارْتِهَانَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَاقٍ مَا لَمْ يَصِلِ الرَّهْنُ إِلَى الرَّاهِنِ
كَمَا ذَكَرْنَا، فَكَانَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُسْتَوْفِيًا دَيْنَهُ مِنْ نَصْفِ مَالِيَةِ الرَّهْنِ، فَإِنَّ فِيهِ وَفَاءً
بِدَيْنِهِمَا، فَتَبَيَّنَ أَنَّ الْقَابِضَ اسْتَوْفَى حَقَّهُ مَرَّتَيْنِ فَعَلَيْهِ رَدُّ مَا قَبَضَهُ ثَانِيًا.

قَالَ (وَإِنْ رَهْنٌ رَجُلَانِ بَدَيْنِ عَلَيْهِمَا رَجُلًا رَهْنًا وَاحِدًا فَهُوَ جَائِزٌ وَالرَّهْنُ رَهْنٌ بِكُلِّ
الدَّيْنِ، وَلِلْمُرْتَهِنِ أَنْ يُمَسِّكَهُ حَتَّى يَسْتَوْفِيَ جَمِيعَ الدَّيْنِ)؛ لِأَنَّ قَبْضَ الرَّهْنِ يَحْصُلُ فِي
الْكُلِّ مِنْ غَيْرِ شُّيُوعٍ (فَإِنْ أَقَامَ الرَّجُلَانِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الْبَيِّنَةَ عَلَى رَجُلٍ أَنَّهُ رَهْنُهُ عَبْدُهُ
الَّذِي فِي يَدِهِ وَقَبَضَهُ فَهُوَ بَاطِلٌ)؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَثْبَتَ بَيِّنَتَهُ أَنَّهُ رَهْنُهُ كُلِّ الْعَبْدِ،
وَلَا وَجْهَ إِلَى الْقَضَاءِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالْكُلِّ؛ لِأَنَّ الْعَبْدَ الْوَاحِدَ يَسْتَحِيلُ أَنْ يَكُونَ كُلُّهُ
رَهْنًا لِهَذَا وَكُلُّهُ رَهْنًا لِذَلِكَ فِي حَالَتِهِ وَاحِدَةٍ، وَلَا إِلَى الْقَضَاءِ بِكُلِّهِ لَوَاحِدٍ بَعِيْنِهِ لِعَدَمِ
الْأَوَلَوِيَّةِ، وَلَا إِلَى الْقَضَاءِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالنَّصْفِ؛ لِأَنَّهُ يُؤَدِّي إِلَى الشُّيُوعِ فَتَعَذَّرَ الْعَمَلُ
بِهِمَا وَتَعَيَّنَ التَّهَاتُرُ وَلَا يُقَالُ: إِنَّهُ يَكُونُ رَهْنًا لَهُمَا كَأَنَّهُمَا ارْتَهَنَاهُ مَعًا إِذَا جُهِلَ التَّارِيخُ
بَيْنَهُمَا، وَجُعِلَ فِي كِتَابِ الشَّهَادَاتِ هَذَا وَجْهَ الْاِسْتِحْسَانِ لِأَنَّا نَقُولُ: هَذَا عَمَلٌ عَلَى خِلَافِ
مَا اقْتَضَتْهُ الْحُجَّةُ؛ لِأَنَّ كُلًّا مِنْهُمَا أَثْبَتَ بَيِّنَتَهُ حَسْبًا يَكُونُ وَسِيلَةً إِلَى مِثْلِهِ فِي

الاستيفاء، وبهذا القضاء يثبت حبس يكون وسيلة إلى شطره في الاستيفاء، وليس هذا عملاً على وفق الحجة، وما ذكرناه وإن كان قياساً لكن محمداً أخذ به لقوته، وإذا وقع باطلاً فلو هلك يهلك أمانته؛ لأن الباطل لا حكم له قال (ولو مات الرهن والعبد في أيديهما فأقام كل واحد منهما البيّنة على ما وصفناه كان في يد كل واحد منهما نصفه رهناً يبيعه بحقه استحساناً) وهو قول أبي حنيفة ومحمد، وفي القياس؛ هذا باطل، وهو قول أبي يوسف؛ لأن الحبس للاستيفاء حكم أصلي لعقد الرهن فيكون القضاء به قضاء بعقد الرهن وأنه باطل للشيوع كما في حالة الحياة وجه الاستحسان أن العقد لا يراد لذاته، وإنما يراد لحكمه، وحكمه في حالة الحياة الحبس والشيوع يضره، وبعد المات الاستيفاء بالبيع في الدين والشيوع لا يضره، وصار كإدعى الرجلان نكاح امرأة أو ادعت أختان النكاح على رجل وأقاموا البيّنة تهافتت في حالة الحياة ويقضى بالميراث بينهم بعد المات؛ لأنه يقبل الانقسام، والله أعلم.

الشرح:

قال (وإن رهن رجلان بدين عليهما رجلاً رهناً إلخ) هذه عكس المسألة التي تقدّمت وهي واضحة. ومن شعبها ما إذا كان في يد رجل ادّعاه رجل أنه رهنة عبده بدين له عليه وقبضه وأقام على ذلك بيّنة وادّعاه آخر كذلك وهو أحد الوجوه فيها، وجملتها أن العبد إما أن يكون في أيديهما أولاً في يد واحد أو في يد أحدهما، فإن كان في يد أحدهما فهو أولى به لأن تمكنه من القبض دليل سبق عقده كما في الشراء وقد تقدّم، إلا أن يقيم الآخر بيّنة أنه الأول فإنه صريح في السبق وهو يفوق الدلالة، وإن لم يكن في يد واحد منهما فهو المذكور في الكتاب أولاً وكلامه فيه واضح. وإن كان في أيديهما فإن علم الأول منهما فهو أولى، وإن لم يعلم فهو مسألة الكتاب على ما ذكر فيها من القياس والاستحسان.

قال محمد رحمته الله في الأصل: وبه أي بالقياس نأخذ، ووجهه ما ذكر في الكتاب. والفرق بيّنه وبين الرهن من رجلين أن حق كل واحد منهما ثمة يثبت في جميع الرهن، حتى إذا قضى دين أحدهما فهو رهن كله عند الآخر حتى يقضي دينه لوجود الرضا من كل واحد منهما بثبوت حق صاحبه في الحبس معه، وهاهنا كل

وَاحِدٍ مِنْهُمَا غَيْرُ رَاضٍ بِذَلِكَ، وَقَدْ أَشَارَ الْمُصَنِّفُ رَحِمَهُ اللَّهُ إِلَى هَذَا فِي الْوَجْهِ الْأَوَّلِ بِقَوْلِهِ: لِأَنَّا نَقُولُ هَذَا عَمَلٌ عَلَى خِلَافٍ مَا اقْتَضَتْهُ الْحُجَّةُ الْخُلُوعُ، وَبَاقِي كَلَامِهِ وَاضِحٌ وَاللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ.

باب الرهن يوضع على يدي العدل

(قَالَ وَإِذَا اتَّفَقَا عَلَى وَضْعِ الرِّهْنِ عَلَى يَدِ الْعَدْلِ جَازَ وَقَالَ مَالِكٌ: لَا يَجُوزُ) ذَكَرَ قَوْلُهُ فِي بَعْضِ النُّسخِ: لِأَنَّ يَدَ الْعَدْلِ يَدُ الْمَالِكِ وَلِهَذَا يَرْجِعُ الْعَدْلُ عَلَيْهِ عِنْدَ الْاسْتِحْقَاقِ فَإِنْعَدَمَ الْقَبْضُ وَلَنَا أَنَّ يَدَهُ عَلَى الصُّورَةِ يَدُ الْمَالِكِ فِي الْحِفْظِ؛ إِذَ الْعَيْنُ أَمَانَةٌ، وَفِي حَقِّ الْمَالِيَّةِ يَدُ الْمُرْتَهَنِ؛ لِأَنَّ يَدَهُ يَدُ ضَمَانٍ وَالْمُضْمُونُ هُوَ الْمَالِيَّةُ فَتَزُولُ مَنْزِلَةُ الشَّخْصَيْنِ تَحْقِيقًا لَمَّا قَصَدَاهُ مِنَ الرِّهْنِ، وَإِنَّمَا يَرْجِعُ الْعَدْلُ عَلَى الْمَالِكِ فِي الْاسْتِحْقَاقِ؛ لِأَنَّهُ نَائِبٌ عَنْهُ فِي حِفْظِ الْعَيْنِ كَالْمُودَعِ قَالَ (وَلَيْسَ لِلْمُرْتَهَنِ وَلَا لِلرَّاهِنِ أَنْ يَأْخُذَهُ مِنْهُ) لَتَعْلُقِ حَقَّ الرَّاهِنِ فِي الْحِفْظِ بِيَدِهِ وَأَمَانَتِهِ وَتَعْلُقِ حَقَّ الْمُرْتَهَنِ بِهِ اسْتِيفَاءً فَلَا يَمْلِكُ أَحَدُهُمَا إِبْطَالَ حَقِّ الْآخَرِ (فَلَوْ هَلَكَ فِي يَدِهِ هَلَكَ فِي ضَمَانِ الْمُرْتَهَنِ)؛ لِأَنَّ يَدَهُ فِي حَقِّ الْمَالِيَّةِ يَدُ الْمُرْتَهَنِ وَهِيَ الْمُضْمُونَةُ (وَلَوْ دَفَعَ الْعَدْلُ إِلَى الرَّاهِنِ أَوْ الْمُرْتَهَنِ ضَمِينَ)؛ لِأَنَّهُ مُودَعُ الرَّاهِنِ فِي حَقِّ الْعَيْنِ وَمُودَعُ الْمُرْتَهَنِ فِي حَقِّ الْمَالِيَّةِ وَأَحَدُهُمَا أَجْنَبِيٌّ عَنِ الْآخَرِ، وَالْمُودَعُ يَضْمَنُ بِالدَّفْعِ إِلَى الْأَجْنَبِيِّ (وَإِذَا ضَمِنَ الْعَدْلُ قِيَمَةَ الرِّهْنِ بَعْدَ مَا دَفَعَ إِلَى أَحَدِهِمَا وَقَدْ اسْتَهْلَكَهُ الْمُدْفُوعُ عَلَيْهِ أَوْ هَلَكَ فِي يَدِهِ لَا يَقْدِرُ أَنْ يَجْعَلَ الْقِيَمَةَ رَهْنًا فِي يَدِهِ)؛ لِأَنَّهُ يَصِيرُ قَاضِيًا وَمُقْتَضِيًا وَبَيْنَهُمَا تَنَافٍ، لَكِنْ يَتَّفَقَانِ عَلَى أَنْ يَأْخُذَاهَا مِنْهُ وَيَجْعَلَاهَا رَهْنًا عِنْدَهُ أَوْ عِنْدَ غَيْرِهِ وَلَوْ تَعَذَّرَ اجْتِمَاعُهُمَا يَرْفَعُ أَحَدُهُمَا إِلَى الْقَاضِي لِيَفْعَلَ كَذَلِكَ، وَلَوْ فَعَلَ ذَلِكَ ثُمَّ قَضَى الرَّاهِنُ الدِّينَ وَقَدْ ضَمِنَ الْعَدْلُ الْقِيَمَةَ بِالدَّفْعِ إِلَى الرَّاهِنِ فَالْقِيَمَةُ سَالِمَةٌ لَهُ لَوْصُولُ الْمَرْهُونِ إِلَى الرَّاهِنِ وَوُصُولُ الدِّينِ إِلَى الْمُرْتَهَنِ وَلَا يَجْتَمِعُ الْبَدَلُ وَالْمُبْدَلُ فِي مِلْكٍ وَاحِدٍ (وَإِنْ كَانَ ضَمِنَهَا بِالدَّفْعِ إِلَى الْمُرْتَهَنِ فَالرَّاهِنُ يَأْخُذُ الْقِيَمَةَ مِنْهُ)؛ لِأَنَّ الْعَيْنَ لَوْ كَانَتْ قَائِمَةً فِي يَدِهِ يَأْخُذُهَا إِذَا آدَى الدِّينَ، فَكَذَلِكَ يَأْخُذُ مَا قَامَ مَقَامَهَا، وَلَا جَمْعَ فِيهِ بَيْنَ الْبَدَلِ وَالْمُبْدَلِ.

الشرح:

(بَابُ الرِّهْنِ يُوضَعُ عَلَى يَدِ الْعَدْلِ): لَمَّا فَرَعَ مِنَ الْأَحْكَامِ الرَّاجِعَةِ إِلَى نَفْسِ

الرَّاهِنِ وَالْمُرْتَهِنِ ذَكَرَ مَا يَرْجِعُ إِلَى تَائِبِهِمَا وَهُوَ الْعَدْلُ، لِأَنَّ حُكْمَ النَّائِبِ يَقْفُو حُكْمَ الْأَصْلِ، وَالْمُرَادُ بِالْعَدْلِ هَاهُنَا مَنْ رَضِيَ الرَّاهِنُ وَالْمُرْتَهِنُ بِوَضْعِ الرَّهْنِ فِي يَدِهِ وَرَضِيَا بَبَيْعِهِ الرَّهْنِ عِنْدَ حُلُولِ الْأَجَلِ وَهُوَ وَكِيلُ الرَّاهِنِ بَبَيْعِهِ، لَكِنَّهُ يُخَالِفُ الْمَفْرَدَ فِي مَسَائِلَ ذَكَرَهَا فِي النِّهَايَةِ عَنْ شَيْخِ الْإِسْلَامِ وَالثَّمَرَتَاشِيِّ رَحِمَهُمَا اللَّهُ قَالَ (وَإِذَا اتَّفَقَا عَلَى وَضْعِ الرَّهْنِ عَلَى يَدِ عَدْلٍ إلخ) كَلَامُهُ وَاضِحٌ.

وَقَوْلُهُ (ذَكَرَ قَوْلُهُ فِي بَعْضِ التُّسْخِخِ) إِمَارَةٌ إِلَى أَنَّ فِي بَعْضِهَا لَيْسَ كَذَلِكَ، فَإِنَّهُ ذَكَرَ فِي الْمُبْسُوطَيْنِ وَشَرَحَ الْأَفْطَحُ ابْنَ أَبِي لَيْلَى بَدَلَ مَالِكٍ، وَكَأَنَّهُ شَكَّ فِي هَذِهِ الرِّوَايَةِ عَنْ مَالِكٍ، فَإِنَّ الْقَبْضَ لَيْسَ بِشَرْطٍ عِنْدَهُ كَمَا مَرَّ فِي أَوَّلِ هَذَا الْكِتَابِ، فَإِنْ ثَبَتَ ذَلِكَ عِنْدَهُ كَانَ عَنْهُ رِوَايَتَانِ. وَقَوْلُهُ (وَلِهَذَا يَرْجِعُ الْعَدْلُ عَلَيْهِ) أَيُّ عَلَى الرَّاهِنِ عِنْدَ الْاسْتِحْقَاقِ. يَعْنِي إِذَا هَلَكَ الرَّهْنُ فِي يَدِ الْعَدْلِ ثُمَّ أُسْتَحَقَّ وَضَمِنَ الْعَدْلُ قِيمَتَهُ يَرْجِعُ عَلَى الرَّاهِنِ بِمَا ضَمِنَ، وَلَوْ لَمْ تُكُنْ يَدُهُ يَدَ الرَّاهِنِ لَمَا رَجَعَ، وَهُوَ كَالْمُودَعِ إِذَا ضَمِنَ قِيمَةَ الْوَدِيعَةِ بَعْدَ الْهَلَاكِ بِالْإِسْتِحْقَاقِ فَإِنَّهُ يَرْجِعُ عَلَى الْمُودَعِ لِأَنَّ يَدَهُ يَدُ مُودَعِهِ. وَقَوْلُهُ (وَلَنَا) ظَاهِرٌ.

وَقَوْلُهُ (لَأَنَّهُ نَائِبٌ عَنْهُ فِي حِفْظِ الْعَيْنِ كَالْمُودَعِ) يُشِيرُ إِلَى دَفْعِ مَا عَسَى أَنْ يُقَالَ، كَمَا أَنَّهُ نَائِبٌ عَنِ الرَّاهِنِ فَهُوَ نَائِبٌ عَنِ الْمُرْتَهِنِ فِي حَقِّ الْمَالِيَّةِ، وَالضَّمَانُ إِنَّمَا يَكُونُ مِنْ حَيْثُ الْمَالِيَّةُ فَلَمْ لَا يَرْجِعُ عَلَيْهِ، وَذَلِكَ لِأَنَّ الْعَدْلَ يَضْمَنُ لِلْمُسْتَحَقِّ ضَمَانَ الْعَصَبِ، وَالْعَصَبُ إِنَّمَا يَتَحَقَّقُ بِالتَّقْلُّ وَالتَّحْوِيلِ، وَذَلِكَ يَتَعَلَّقُ بِالْعَيْنِ دُونَ الْمَالِيَّةِ عَلَى أَنَّهُ سُؤَالٌ سَاقِطٌ لِأَنَّ الْخَصْمَ لَيْسَ بِقَائِلٍ بِهِ. فَإِنْ قِيلَ: الْقَبْضُ شَرْطٌ وَلَمْ يُوجَدْ مِنَ الْمُرْتَهِنِ حَقِيقَةٌ وَهُوَ ظَاهِرٌ وَلَا حُكْمًا لِأَنَّ ذَلِكَ إِنَّمَا أَنْ يَكُونَ مِنْ حَيْثُ أَمْرُهُ بِذَلِكَ، وَذَلِكَ غَيْرُ صَحِيحٍ لِأَنَّ الْأَمْرَ إِنَّمَا يَصِحُّ إِذَا لَاقَى حَقًّا مُسْتَحَقًّا لِلْأَمْرِ، وَبِعَقْدِ الرَّهْنِ لَمْ يَصِرِ الْقَبْضُ حَقًّا لَهُ حَتَّى كَانَ لِلرَّاهِنِ أَنْ يَمْنَعَهُ مِنْهُ، وَإِنَّمَا أَنْ يَكُونَ مِنْ حَيْثُ مُوَافَقَةُ الرَّاهِنِ إِيَّاهُ فِي الْوَضْعِ عَلَى يَدِ الْعَدْلِ، وَلَا تَأْتِيَرُ لَذَلِكَ لِأَنَّهُمَا لَوْ اتَّفَقَا عَلَى قَبْضِ الرَّاهِنِ لَمْ يَتِمَّ، فَكَذَا لَوْ اتَّفَقَا عَلَى قَبْضِ الْعَدْلِ. فَالْجَوَابُ أَنَّهُ قَابِضٌ مِنْ حَيْثُ أَمْرُهُ بِالْقَبْضِ وَهُوَ حَقٌّ مُسْتَحَقٌّ لَهُ بِعَقْدِ الرَّهْنِ، وَتَمَكُّنُهُ مِنَ الْمَنْعِ لَا يَدُلُّ عَلَى انْتِفَاءِ حَقِّهِ لِأَنَّهُ فَسَخَّ لِلْعَقْدِ، وَالرَّاهِنُ يَنْفَرِدُ بِهِ لِكُونِهِ غَيْرَ لَازِمٍ، وَالْقَبْضُ حَقُّهُ مَا دَامَ الْعَقْدُ بَاقِيًا. وَقَوْلُهُ (لَا يَغْدِرُ أَنْ يَجْعَلَ

القيمة) أي العدل لا يقدر أن يفعل ذلك لما ذكره. وقوله (ولو تعدر اجتماعهما يرفع). قال في النهاية: أي يرفع العدل أحدهما إلى القاضي، وفي بعض الشروح: يرفع الأمر إلى القاضي أحدهما إما الرهن أو المرتهن وهو أظهر (ولو فعل ذلك) أي جعل القيمة في يد العدل رهنا ثم قضى الرهن الدين والحال أن العدل ضمن القيمة بالدفع إلى الرهن، فالقيمة سالمة له: أي للعدل، لأن كل ذي حق وصل إلى حقه: الرهن إلى الرهن والمرتهن إلى الدين، فلو أخذها أحدهما اجتمع البدل والمبدل في ملك شخص واحد، فإن القيمة بدل الرهن من حيث العين في حق الرهن وبدله من حيث المال في حق المرتهن، وإن كان ضمنها بالدفع إلى المرتهن فالرهن يأخذ القيمة منه، لأن العين لو كان قائما في يده أخذها إذا أدى الدين، فكذا ما يقوم مقامه، ولا جمع فيه بين البدل والمبدل، وهل يرجع العدل بعد ذلك على المرتهن؟ ينظر إن كان العدل دفعه على وجه العارية أو الوديعة وهلك في يد المرتهن لا يرجع، وإن استهلك يرجع عليه لأن العدل بأداء الضمان ملكه وتبين أنه أعار أو ودع ملك نفسه، فإن هلك في يده لم يضمن، وإن استهلكه ضمن، وإن كان العدل دفع إلى المرتهن رهنا بأن قال هذا رهنتك خذ به حقك واحسبه بذنيك رجع العدل عليه بقيمته استهلكه المرتهن أو هلك عنده لأنه دفع إليه على وجه الضمان.

قال (وإذا وكل الرهن المرتهن أو العدل أو غيرهما ببيع الرهن عند حلول الدين فالوكالة جائزة)؛ لأنه توكيل ببيع ماله (وإن شرطت في عقد الرهن فليس للرهن أن يعزل الوكيل، وإن عزله لم ينعزل)؛ لأنها لما شرطت في ضمن عقد الرهن صار وصفا من أوصافه وحقا من حقوقه؛ ألا ترى أنه لزيادة الوثيقة فيلزم لزوم أصله، ولأنه تعلق به حق المرتهن وفي العزل إتواء حقه وصار كالوكيل بالخصومة بطالب المدعي (ولو وكله بالبيع مطلقا حتى ملك البيع بالنقد والتسيئة ثم نهاه عن البيع تسيئة لم يعمل نهيه)؛ لأنه لازم بأصله، فكذا بوصفه لما ذكرنا، وكذا إذا عزله المرتهن لا ينعزل؛ لأنه لم يوكله وإنما وكله غيره (وإن مات الرهن لم ينعزل)؛ لأن الرهن لا يبطل بموته ولأنه لو بطل إنما يبطل لحق الورثة وحق المرتهن مقدّم.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِذَا وَكَّلَ الرَّاهِنُ الْمُرْتَهِنَ) كَلَامُهُ وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (فَلَيْسَ لِلرَّاهِنِ أَنْ يَغْزِلَ الْوَكِيلَ) يَعْنِي بِدُونِ رِضَا الْمُرْتَهِنِ وَقَوْلُهُ (أَلَا تَرَى أَنَّهُ) أَيُّ أَنَّ عَقْدَ الْوَكَالَةِ (لِلزِيَادَةِ الْوَيْثِقَةِ فَيَلْزِمُ بِلُزُومِ أَصْلِهِ) أَيُّ عَقْدِ الرَّهْنِ. وَقَوْلُهُ (لَأَنَّهُ) أَيُّ عَقْدُ الْوَكَالَةِ (لَا يَزِمُ بِأَصْلِهِ فَكَذًا بَوْصْفِهِ) وَهُوَ الْإِطْلَاقُ لَمَّا ذَكَرْنَا أَنَّهُ صَارَ حَقًّا مِنْ حُقُوقِهِ

قَالَ (وَالْوَكِيلُ أَنْ يَبِيعَهُ بِغَيْرِ مَحْضَرٍ مِنَ الْوَرَثَةِ كَمَا يَبِيعُهُ فِي حَالِ حَيَاتِهِ بِغَيْرِ مَحْضَرٍ مِنْهُ، وَإِنْ مَاتَ الْمُرْتَهِنُ فَالْوَكِيلُ عَلَى وَكَالَتِهِ؛) لِأَنَّ الْعَقْدَ لَا يَبْطُلُ بِمَوْتِهِمَا وَلَا بِمَوْتِ أَحَدِهِمَا فَيَبْقَى بِحَقُوقِهِ وَأَوْصَافِهِ (وَإِنْ مَاتَ الْوَكِيلُ انْتَقَضَتِ الْوَكَالَةُ وَلَا يَقُومُ وَارِثُهُ وَلَا وَصِيُّهُ مَقَامَهُ؛) لِأَنَّ الْوَكَالَةَ لَا يَجْرِي فِيهَا الْإِرْثُ، وَلِأَنَّ الْمُوَكَّلَ رَضِيَ بِرَأْيِهِ لَا بِرَأْيِ غَيْرِهِ وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ إِنْ وَصَّى الْوَكِيلُ يَمْلِكُ بَيْعَهُ؛ لِأَنَّ الْوَكَالَةَ لَا زِمَتَ فَيَمْلِكُهُ الْوَصِيُّ، كَالْمُضَارِبِ إِذَا مَاتَ بَعْدَ مَا صَارَ رَأْسُ الْمَالِ أَعْيَانًا يَمْلِكُ وَصِيُّ الْمُضَارِبِ بَيْعَهَا لَمَّا أَنَّهُ لَا زِمَ بَعْدَ مَا صَارَ أَعْيَانًا قُلْنَا: التَّوَكُّيلُ حَقٌّ لَا زِمَ لَكِنْ عَلَيْهِ، وَالْإِرْثُ يَجْرِي فِيمَا لَهُ بِخِلَافِ الْمُضَارِبَةِ؛ لِأَنَّهَا حَقُّ الْمُضَارِبِ (وَلَيْسَ لِلْمُرْتَهِنِ أَنْ يَبِيعَهُ إِلَّا بِرِضَا الرَّاهِنِ)؛ لِأَنَّهُ مَلِكُهُ وَمَا رَضِيَ بِبَيْعِهِ (وَلَيْسَ لِلرَّاهِنِ أَنْ يَبِيعَهُ إِلَّا بِرِضَا الْمُرْتَهِنِ)؛ لِأَنَّ الْمُرْتَهِنَ أَحَقُّ بِمَالِيَّتِهِ مِنَ الرَّاهِنِ فَلَا يَقْدِرُ الرَّاهِنُ عَلَى تَسْلِيمِهِ بِالْبَيْعِ

الشرح:

وَقَوْلُهُ (لِأَنَّ الْعَقْدَ) أَيُّ عَقْدُ الرَّهْنِ (لَا يَبْطُلُ بِمَوْتِهِمَا وَلَا بِمَوْتِ أَحَدِهِمَا فَيَبْقَى بِحَقُوقِهِ) الَّتِي هِيَ الْحَبْسُ وَالْاسْتِيفَاءُ وَالْوَكَالَةُ (وَأَوْصَافُهُ) الَّتِي هِيَ الْلُزُومُ وَجَبَرُ الْوَكِيلِ وَحَقُّ بَيْعِ وَلَدِ الرَّهْنِ وَحَقُّ صَرْفِ الدَّرَاهِمِ بِالْذَّنَانِيرِ، كَذَا فِي التَّهْنِيزَةِ. وَقَوْلُهُ (وَإِذَا مَاتَ الْوَكِيلُ انْتَقَضَتِ الْوَكَالَةُ) يَعْنِي وَالرَّهْنُ بَاقٍ كَمَا كَانَ، لِأَنَّ الرَّهْنَ لَوْ كَانَ فِي يَدِ الْمُرْتَهِنِ فَمَاتَ لَمْ يَبْطُلِ الْعَقْدُ بِهِ، فَلِأَنَّ لَا يَبْطُلُ بِمَوْتِ الْعَدْلِ أَوَّلَى. وَقَوْلُهُ (وَالْإِرْثُ يَجْرِي فِيمَا لَهُ) أَيُّ لَا فِيمَا عَلَيْهِ أَلَا تَرَى أَنَّ الْمَيِّتَ إِذَا كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ لَا يَجِبُ عَلَى وَرَثَةِ الْمَيِّتِ قَضَاؤُهُ، وَإِنْ كَانَ لَهُ دَيْنٌ عَلَى غَيْرِهِ وَرَثَتُهُ.

قَالَ (فَإِنْ حُلَّ الْأَجَلُ وَابَى الْوَكِيلُ الَّذِي فِي يَدِهِ الرَّهْنُ أَنْ يَبِيعَهُ وَالرَّاهِنُ غَائِبٌ أَجْبَرَ عَلَى بَيْعِهِ) لَمَّا ذَكَرْنَا مِنَ الْوَجْهَيْنِ فِي لُزُومِهِ (وَكَذَلِكَ الرَّجُلُ يُوَكَّلُ غَيْرَهُ

بِالْخُصُومَةِ وَغَابَ الْمُوَكَّلُ فَأَبَى أَنْ يُخَاصِمَ أُجِبَرَ عَلَى الْخُصُومَةِ لِلْوَجْهِ الثَّانِي وَهُوَ أَنَّ فِيهِ إِتَوَاءَ الْحَقِّ، بِخِلَافِ الْوَكِيلِ بِالْبَيْعِ؛ لِأَنَّ الْمُوَكَّلَ يَبِيعُ بِنَفْسِهِ فَلَا يَتَوَي حَقَّهُ، أَمَّا الْمُدَّعِي لَا يَقْدِرُ عَلَى الدَّعْوَى وَالْمُرْتَهِنُ لَا يَمْلِكُ بَيْعَهُ بِنَفْسِهِ، فَلَوْ لَمْ يَكُنِ التَّوَكُّيلُ مَشْرُوطًا فِي عَقْدِ الرِّهْنِ وَإِنَّمَا شَرِطَ بَعْدَهُ قِيلَ لَا يُجْبَرُ اعْتِبَارًا بِالْوَجْهِ الْأَوَّلِ، وَقِيلَ يُجْبَرُ رُجُوعًا إِلَى الْوَجْهِ الثَّانِي، وَهَذَا أَصَحُّ وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ الْجَوَابَ فِي الْفَصْلَيْنِ وَاحِدٌ، وَيُؤَيِّدُهُ إِطْلَاقُ الْجَوَابِ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ وَفِي الْأَصْلِ

الشرح:

وَقَوْلُهُ (أُجِبَرَ عَلَى بَيْعِهِ) يَعْنِي يُجْبَسُ أَيَّامًا حَتَّى يَبِيعَهُ، فَإِنْ لَمْ يَبْعِدْ مَا حَبَسَهُ أَيَّامًا ذَكَرَ فِي الرِّيَادَاتِ أَنَّ الْقَاضِي يَبِيعُ عَلَيْهِ وَهُوَ عَلَى قَوْلِهِمَا ظَاهِرٌ. وَأَمَّا عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله فَقَدْ اخْتَلَفَ الْمَشَايخُ رَحِمَهُمُ اللَّهُ فِيهِ، قَالَ بَعْضُهُمْ: لَا يَبِيعُ قِيَاسًا عَلَى مَالِ الْمُدْيُونِ، وَقَالَ آخَرُونَ: يَبِيعُهُ لِأَنَّ جِهَةَ الْبَيْعِ تَعَيَّنَتْ. وَقَوْلُهُ (لَمَّا ذَكَرْنَا مِنَ الْوَجْهَيْنِ) أَحَدَهُمَا أَنَّهُ وَصَفَ مِنْ أَوْصَافِهِ وَالْآخَرُ أَنَّ فِيهِ إِتَوَاءَ حَقِّهِ. وَقَوْلُهُ (قِيلَ لَا يُجْبَرُ اعْتِبَارًا لِلْوَجْهِ الْأَوَّلِ) ذَكَرَ فِي الْمَبْسُوطِ أَنَّهُ ظَاهِرُ الرَّوَايَةِ. وَقَوْلُهُ (أَنَّ الْجَوَابَ فِي الْفَصْلَيْنِ) أَيُّ فِيمَا كَانَ مَشْرُوطًا فِي الرِّهْنِ وَفِيمَا لَا يَكُونُ كَذَلِكَ (وَاحِدٌ) أَيُّ يُجْبَرُ فِيهِمَا (وَيُؤَيِّدُهُ إِطْلَاقُ الْجَوَابِ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ) حَيْثُ قَالَ فِيهِ: إِذَا أَتَى الْوَكِيلُ يُجْبَرُ مِنْ غَيْرِ فَصْلٍ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ مَشْرُوطًا فِي الْعَقْدِ أَوْ لَمْ يَكُنْ، وَكَذَلِكَ ذَكَرَ فِي الْأَصْلِ مُطْلَقًا

(وَإِذَا بَاعَ الْعَدْلُ الرِّهْنَ فَقَدْ خَرَجَ مِنَ الرِّهْنِ، وَالثَّمَنُ قَائِمٌ مَقَامَهُ فَكَانَ رَهْنًا، وَإِنْ لَمْ يَقْبُضْ بَعْدُ) لِقِيَامِهِ مَقَامَ مَا كَانَ مَقْبُوضًا، وَإِذَا تَوَي كَانَ مَالُ الْمُرْتَهِنِ لِبَقَاءِ عَقْدِ الرِّهْنِ فِي الثَّمَنِ لِقِيَامِهِ مَقَامَ الْمَبِيعِ الْمَرْهُونِ، وَكَذَلِكَ إِذَا قُتِلَ الْعَبْدُ الرِّهْنُ وَغَرِمَ الْقَاتِلُ قِيمَتَهُ؛ لِأَنَّ الْمَالِكَ لَا يَسْتَحِقُّهُ مِنْ حَيْثُ الْمَالِيَّةُ، وَإِنْ كَانَ بَدَلَ الدِّمِّ فَآخَذَ حُكْمَ ضَمَانِ الْمَالِ فِي حَقِّ الْمُسْتَحِقِّ فَبَقِيَ عَقْدُ الرِّهْنِ، وَكَذَلِكَ لَوْ قَتَلَهُ عَبْدٌ فَدَفَعَ بِهِ؛ لِأَنَّهُ قَائِمٌ مَقَامُ الْأَوَّلِ لِحَمَا وَدَمًا قَالَ (وَإِنْ بَاعَ الْعَدْلُ الرِّهْنَ فَأَوْفَى الْمُرْتَهِنُ الثَّمَنَ ثُمَّ أُسْتَحِقَّ الرِّهْنُ فَضَمِنَهُ الْعَدْلُ كَانَ بِالْخِيَارِ، إِنْ شَاءَ ضَمَنَ الرَّاهِنُ قِيمَتَهُ، وَإِنْ شَاءَ ضَمَنَ الْمُرْتَهِنُ الثَّمَنَ الَّذِي أَعْطَاهُ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُضَمِّنَهُ غَيْرَهُ) وَكَشَفَ هَذَا أَنَّ الْمَرْهُونَ الْمَبِيعَ إِذَا أُسْتَحِقَّ إِمَّا أَنْ يَكُونَ هَالِكًا أَوْ قَائِمًا فَبِالْوَجْهِ الْأَوَّلِ الْمُسْتَحِقُّ بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ ضَمَنَ الرَّاهِنُ قِيمَتَهُ؛ لِأَنَّهُ

غَاصِبٍ فِي حَقِّهِ، وَإِنْ شَاءَ ضَمَّنَ الْعَدْلُ؛ لِأَنَّهُ مُتَعَدٍّ فِي حَقِّهِ بِالْبَيْعِ وَالتَّسْلِيمِ فَإِنْ ضَمَّنَ الرَّاهِنُ نَفَذَ الْبَيْعُ وَصَحَّ الْاِقْتِضَاءُ؛ لِأَنَّهُ مَلَكُهُ بِأَدَاءِ الضَّمَانِ فَتَبَيَّنَ أَنَّهُ أَمَرَهُ بِبَيْعِ مِلْكِهِ نَفْسِهِ، وَإِنْ ضَمَّنَ الْبَائِعُ يَنْفَذُ الْبَيْعُ أَيْضًا؛ لِأَنَّهُ مَلَكُهُ بِأَدَاءِ الضَّمَانِ فَتَبَيَّنَ أَنَّهُ بَاعَ مِلْكَهُ نَفْسِهِ وَإِذَا ضَمَّنَ الْعَدْلُ فَالْعَدْلُ بِالْخِيَارِ، إِنْ شَاءَ رَجَعَ عَلَى الرَّاهِنِ بِالْقِيَمَةِ؛ لِأَنَّهُ وَكَّيْلٌ مِنْ جِهَتِهِ عَامِلٌ لَهُ فَيَرْجِعُ عَلَيْهِ بِمَا لِحَقِّهِ مِنَ الْعَهْدَةِ وَنَفَذَ الْبَيْعُ وَصَحَّ الْاِقْتِضَاءُ فَلَا يَرْجِعُ الْمُرْتَهِنُ عَلَيْهِ بِشَيْءٍ مِنْ دَيْنِهِ، وَإِنْ شَاءَ رَجَعَ عَلَى الْمُرْتَهِنِ بِالثَّمَنِ؛ لِأَنَّهُ تَبَيَّنَ أَنَّهُ أَخَذَ الثَّمَنَ بِغَيْرِ حَقٍّ؛ لِأَنَّهُ مَلَكُ الْعَبْدِ بِأَدَاءِ الضَّمَانِ وَنَفَذَ بَيْعُهُ عَلَيْهِ فَصَارَ الثَّمَنُ لَهُ، وَإِنَّمَا آدَاهُ إِلَيْهِ عَلَى حُسْبَانٍ أَنَّهُ مَلَكُ الرَّاهِنِ، فَإِذَا تَبَيَّنَ أَنَّهُ مَلَكُهُ لَمْ يَكُنْ رَاضِيًا بِهِ فَلَهُ أَنْ يَرْجِعَ بِهِ عَلَيْهِ، وَإِذَا رَجَعَ بَطُلَ الْاِقْتِضَاءُ فَيَرْجِعُ الْمُرْتَهِنُ عَلَى الرَّاهِنِ بِدَيْنِهِ وَفِي الْوَجْهِ الثَّانِي وَهُوَ أَنْ يَكُونَ قَائِمًا فِي يَدِ الْمُشْتَرِي فَلِلْمُشْتَرِي أَنْ يَأْخُذَهُ مِنْ يَدِهِ؛ لِأَنَّهُ وَجَدَ عَيْنَ مَالِهِ ثُمَّ لِلْمُشْتَرِي أَنْ يَرْجِعَ عَلَى الْعَدْلِ بِالثَّمَنِ؛ لِأَنَّهُ الْعَاقِدُ فَتَتَعَلَّقُ بِهِ حُقُوقُ الْعَقْدِ، وَهَذَا مِنْ حُقُوقِهِ حَيْثُ وَجَبَ بِالْبَيْعِ، وَإِنَّمَا آدَاهُ لِيُسَلَّمَ لَهُ الْمَبِيعُ وَلَمْ يُسَلِّمْ ثُمَّ الْعَدْلُ بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ رَجَعَ عَلَى الرَّاهِنِ بِالْقِيَمَةِ؛ لِأَنَّهُ هُوَ الَّذِي أَدْخَلَهُ فِي هَذِهِ الْعَهْدَةِ فَيَجِبُ عَلَيْهِ تَخْلِيصُهُ وَإِذَا رَجَعَ عَلَيْهِ صَحَّ قَبْضُ الْمُرْتَهِنِ؛ لِأَنَّ الْمَقْبُوضَ سَلَّمَ لَهُ، وَإِنْ شَاءَ رَجَعَ عَلَى الْمُرْتَهِنِ؛ لِأَنَّهُ إِذَا انْتَقَضَ الْعَقْدُ بَطُلَ الثَّمَنُ وَقَدْ قَبِضَهُ ثَمَنًا فَيَجِبُ نَقْضُ قَبْضِهِ ضَرُورَةً، وَإِذَا رَجَعَ عَلَيْهِ وَانْتَقَضَ قَبْضُهُ عَادَ حَقُّهُ فِي الدَّيْنِ كَمَا كَانَ فَيَرْجِعُ بِهِ عَلَى الرَّاهِنِ وَلَوْ أَنَّ الْمُشْتَرِي سَلَّمَ الثَّمَنَ إِلَى الْمُرْتَهِنِ لَمْ يَرْجِعْ عَلَى الْعَدْلِ؛ لِأَنَّهُ فِي الْبَيْعِ عَامِلٌ لِلرَّاهِنِ، وَإِنَّمَا يَرْجِعُ عَلَيْهِ إِذَا قَبِضَ وَلَمْ يَقْبِضْ فَبَقِيَ الضَّمَانُ عَلَى الْمُوَكَّلِ، وَلَوْ كَانَ التَّوَكُّيلُ بَعْدَ عَقْدِ الرُّهْنِ غَيْرَ مَشْرُوطٍ فِي الْعَقْدِ فَمَا لِحَقِّ الْعَدْلِ مِنَ الْعَهْدَةِ يَرْجِعُ بِهِ عَلَى الرَّاهِنِ قَبْضَ الثَّمَنِ الْمُرْتَهِنُ أَمْ لَا؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَتَعَلَّقْ بِهَذَا التَّوَكُّيلِ حَقُّ الْمُرْتَهِنِ فَلَا رُجُوعَ، كَمَا فِي الْوَكَالَةِ الْمَفْرَدَةِ عَنِ الرُّهْنِ إِذَا بَاعَ الْوَكِيلُ وَدَفَعَ الثَّمَنَ إِلَى مَنْ أَمَرَهُ الْمُوَكَّلُ ثُمَّ لِحَقِّهِ عَهْدَةٌ لَا يَرْجِعُ بِهِ عَلَى الْمُقْتَضَى، بِخِلَافِ الْوَكَالَةِ الْمَشْرُوطَةِ فِي الْعَقْدِ؛ لِأَنَّهُ تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّ الْمُرْتَهِنِ فَيَكُونُ الْبَيْعُ لِحَقِّهِ قَالِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ؛ هَكَذَا ذَكَرَ الْكَرْخِيُّ، وَهَذَا يُؤَيِّدُ قَوْلَ مَنْ لَا يَرَى جَبَرَ هَذَا التَّوَكُّيلَ عَلَى الْبَيْعِ .

الشرح:

وَقَوْلُهُ (فَقَدْ خَرَجَ مِنَ الرَّهْنِ) لِأَنَّهُ صَارَ مِلْكًا لِلْمُشْتَرِي وَمِلْكُهُ لَا يَكُونُ رَهْنًا (وَإِذَا تَوَى كَانَ مَالُ الْمُرْتَهَنِ) بِنَصَبِ مَالٍ عَلَى مَا صَحَّحَ صَاحِبُ النَّهَائَةِ. وَفِي بَعْضِ النُّسخِ مِنْ مَالِ الْمُرْتَهَنِ. وَقَوْلُهُ (وَعَرِمَ الْقَاتِلُ قِيَمَتَهُ) يَعْنِي تَكُونُ الْقِيَمَةُ رَهْنًا مَقَامَ الْعَبْدِ الْمَقْتُولِ لِأَنَّ الْمَالِكَ وَهُوَ الْمَوْلَى يَسْتَحِقُّهُ: أَيُّ هَذَا الضَّمَانُ مِنْ حَيْثُ الْمَالِيَّةُ، وَإِنْ كَانَ مُقَابِلًا بِالذَّمِّ حَتَّى لَا يُزَادَ عَلَى دِيَةِ الْحُرِّ (فَأَخَذَ حُكْمَ ضَمَانِ الْمَالِ فِي حَقِّ الْمُسْتَحَقِّ) وَهُوَ الْمَوْلَى فَيَبْقَى عَقْدُ الرَّهْنِ. وَقَوْلُهُ (وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُضَمَّنَ غَيْرُهُ) أَيُّ لَيْسَ لِلْعَدْلِ أَنْ يُضَمَّنَ الْمُرْتَهَنَ غَيْرَ الثَّمَنِ الَّذِي أُعْطَاهُ وَكَلَامُهُ مَكْشُوفٌ بِكَشْفِهِ وَإِيضَاحُهُ شَكَرَ اللَّهُ سَعْيَهُ سِوَى أَلْفَاظٍ وَضَمَائِرَ تُوضِّحُهَا زِيَادَةُ إِيضَاحٍ. فَقَوْلُهُ (وَصَحَّ الْاِقْتِضَاءُ) أَيُّ صَحَّ قَبْضُ الْمُرْتَهَنِ الثَّمَنِ بِمُقَابَلَةِ ذِيْنِهِ.

وَقَوْلُهُ (وَإِنْ ضَمَّنَ الْبَائِعُ) أَيُّ الْعَدْلُ. وَقَوْلُهُ (فَلَا يَرْجِعُ الْمُرْتَهَنُ عَلَيْهِ) أَيُّ عَلَى الرَّاهِنِ بِشَيْءٍ. وَقَوْلُهُ (فَإِذَا تَبَيَّنَ أَنَّهُ مِلْكُهُ) أَيُّ مِلْكُ الْعَدْلِ. وَقَوْلُهُ (لَمْ يَكُنْ رَاضِيًا بِهِ) أَيُّ بِأَدَاءِ الثَّمَنِ إِلَى الْمُرْتَهَنِ. وَقَوْلُهُ (فَلَهُ) أَيُّ فَلِلْعَدْلِ. وَقَوْلُهُ (بَطْلُ الْاِقْتِضَاءِ) أَيُّ بَطْلُ قَبْضِ الْمُرْتَهَنِ. وَقَوْلُهُ (إِنَّمَا أَدَاهُ) أَيُّ إِنَّمَا أَدَّى الْمُشْتَرِي الثَّمَنَ إِلَى الْعَدْلِ لِيُسَلَّمَ لِلْمُشْتَرِي الْمَبِيعَ وَلَمْ يُسَلَّمَ. وَقَوْلُهُ (رَجَعَ عَلَى الرَّاهِنِ بِالْقِيَمَةِ) أَيُّ بِالْثَّمَنِ. وَقَوْلُهُ (لَأَنَّ الْمَقْبُوضَ سَلَّمَ لَهُ) أَيُّ لِأَنَّ الثَّمَنَ الْمَقْبُوضَ مِنَ الْعَدْلِ سَلَّمَ لِلْمُرْتَهَنِ. وَقَوْلُهُ (وَإِنْ شَاءَ عَلَى الْمُرْتَهَنِ) أَيُّ وَإِنْ شَاءَ الْعَدْلُ رَجَعَ عَلَى الْمُرْتَهَنِ بِالْثَّمَنِ الَّذِي أَدَاهُ إِلَيْهِ. وَقَوْلُهُ (فَيَرْجِعُ بِهِ) أَيُّ فَيَرْجِعُ الْمُرْتَهَنُ بِحَقِّهِ الَّذِي هُوَ ذِيْنُهُ عَلَى الرَّاهِنِ. وَقَوْلُهُ (لَا يَرْجِعُ بِهِ عَلَى الْمُقْتَضِي) أَيُّ عَلَى الْقَابِضِ.

وَقَوْلُهُ (فَيَكُونُ الْبَيْعُ لِحَقِّهِ) فَإِذَا وَقَعَ الْبَيْعُ لِحَقِّهِ وَسَلَّمَ لَهُ جَازَ أَنْ يُلْزِمَهُ الضَّمَانُ وَهَذَا يُؤَيِّدُ قَوْلَ مَنْ لَا يَرَى جَبْرَ هَذَا الْوَكِيلِ عَلَى الْبَيْعِ: أَيُّ الْوَكِيلِ الَّذِي لَمْ تَكُنْ وَكَالْتَهُ مَشْرُوطَةً فِي الْعَقْدِ حَيْثُ فَرَّقَ بَيْنَ الْوَكَالَةِ الْمَشْرُوطَةِ فِي الْعَقْدِ وَبَيْنَ الْوَكَالَةِ الَّتِي بَعْدَ الْعَقْدِ فَقَالَ فِي الْوَكِيلِ الَّذِي كَانَتْ وَكَالْتُهُ بَعْدَ عَقْدِ الرَّهْنِ: يَرْجِعُ الْوَكِيلُ بِالْعَهْدَةِ عَلَى الرَّاهِنِ لَا عَلَى الْمُرْتَهَنِ لِأَنَّهُ لَمْ يَتَعَلَّقْ بِهَذَا التَّوَكِيلِ حَقُّ الْمُرْتَهَنِ

قَالَ (وَإِنْ مَاتَ الْعَبْدُ الْمَرْهُونُ فِي يَدِ الْمُرْتَهَنِ ثُمَّ اسْتَحَقَّهُ رَجُلٌ فَلَهُ الْخِيَارُ، إِنْ شَاءَ

ضَمَنَ الرَّاهِنَ، وَإِنْ شَاءَ ضَمَنَ الْمُرْتَهِنَ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُتَعَدٌّ فِي حَقِّهِ بِالتَّسْلِيمِ أَوْ بِالْقَبْضِ (فَإِنْ ضَمَنَ الرَّاهِنَ فَقَدْ مَاتَ بِالذَّيْنِ)؛ لِأَنَّهُ مَلَكَهُ بِإِدَاءِ الضَّمَانِ فَصَحَّ الْإِيْفَاءُ (وَإِنْ ضَمَنَ الْمُرْتَهِنَ يَرْجِعُ عَلَى الرَّاهِنِ بِمَا ضَمَنَ مِنَ الْقِيَمَةِ وَبِدَيْنِهِ) أَمَّا بِالْقِيَمَةِ فَلَأَنَّهُ مَغْرُورٌ مِنْ جِهَةِ الرَّاهِنِ، وَأَمَّا بِالذَّيْنِ فَلَأَنَّهُ انْتَقَضَ اقْتِضَاؤُهُ فَيَعُودُ حَقُّهُ كَمَا كَانَ فَإِنْ قِيلَ: لَمَّا كَانَ قَرَارُ الضَّمَانِ عَلَى الرَّاهِنِ بِرُجُوعِ الْمُرْتَهِنِ عَلَيْهِ، وَالْمَلِكُ فِي الْمَضْمُونِ يَنْبُتُ لِمَنْ عَلَيْهِ قَرَارُ الضَّمَانِ فَتَبَيَّنَ أَنَّهُ رَهْنٌ مِلْكٌ نَفْسِهِ فَصَارَ كَمَا إِذَا ضَمَنَ الْمُسْتَحِقُّ الرَّاهِنَ ابْتِدَاءً قُلْنَا: هَذَا طَعْنُ أَبِي خَازِمٍ الْقَاضِي وَالْجَوَابُ عَنْهُ أَنَّهُ يَرْجِعُ عَلَيْهِ بِسَبَبِ الْغُرُورِ وَالْغُرُورُ بِالتَّسْلِيمِ كَمَا ذَكَرْنَاهُ، أَوْ بِالِانْتِقَالِ مِنَ الْمُرْتَهِنِ إِلَيْهِ كَأَنَّهُ وَكَيْلٌ عَنْهُ، وَالْمَلِكُ بِكُلِّ ذَلِكَ مُتَأَخَّرٌ عَنْ عَقْدِ الرَّهْنِ، بِخِلَافِ الْوَجْهِ الْأَوَّلِ؛ لِأَنَّ الْمُسْتَحِقَّ يَضْمَنُهُ بِاعْتِبَارِ الْقَبْضِ السَّابِقِ عَلَى الرَّهْنِ فَيَسْتَنْدُ الْمَلِكُ إِلَيْهِ فَتَبَيَّنَ أَنَّهُ رَهْنٌ مِلْكٌ نَفْسِهِ وَقَدْ طَوَّلْنَا الْكَلَامَ فِي كِفَايَةِ الْمُنْتَهَى

الشرح:

(وَقَوْلُهُ مُتَعَدٌّ فِي حَقِّهِ بِالتَّسْلِيمِ أَوْ بِالْقَبْضِ) يَعْنِي الرَّاهِنَ بِالتَّسْلِيمِ وَالْمُرْتَهِنَ بِالْقَبْضِ فَكَانَ كَالْعَاصِبِ وَعَاصِبِ الْعَاصِبِ وَقَوْلُهُ (فَلَأَنَّهُ انْتَقَضَ اقْتِضَاؤُهُ) أَيُّ قَبْضُهُ لِأَنَّ الرَّهْنَ لَمْ يَكُنْ مِلْكَ الرَّاهِنِ حَتَّى يَكُونَ بِهِلَاكِهِ مُسْتَوْفِيًا. وَقَوْلُهُ (طَعْنُ أَبِي خَازِمٍ) يَعْنِي هَذَا السُّؤَالَ طَعْنُ بِهِ أَبُو خَازِمٍ بِالْخَاءِ الْمُعْجَمَةِ عَلَى مُحَمَّدِ بْنِ الْحَسَنِ رَحِمَهُمَا اللَّهُ، وَأَبُو خَازِمٍ هُوَ عَبْدُ الْحَمِيدِ بْنُ عَبْدِ الْعَزِيزِ الْقَاضِي الْحَنْفِيُّ بَيْعَدَادَ. وَقَوْلُهُ (وَالْغُرُورُ بِالتَّسْلِيمِ كَمَا ذَكَرْنَاهُ) يَعْنِي بِقَوْلِهِ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُتَعَدٌّ فِي حَقِّهِ بِالتَّسْلِيمِ. وَقَوْلُهُ (أَوْ بِالِانْتِقَالِ مِنَ الْمُرْتَهِنِ إِلَيْهِ) أَيُّ إِلَى الرَّاهِنِ (كَأَنَّهُ وَكَيْلٌ عَنْهُ) أَيُّ كَأَنَّ الْمُرْتَهِنَ وَكَيْلٌ عَنِ الرَّاهِنِ مِنْ حَيْثُ انْتَقَالَ الْمَلِكُ مِنْهُ إِلَيْهِ كَانَتْقَالَ الْمَلِكُ مِنَ الْوَكِيلِ إِلَى الْوَكِيلِ (وَالْمَلِكُ بِكُلِّ ذَلِكَ) أَيُّ بِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ التَّسْلِيمِ وَالِانْتِقَالِ (مُتَأَخَّرٌ عَنْ عَقْدِ الرَّهْنِ) أَمَّا بِالتَّسْلِيمِ فَظَاهِرٌ، لِأَنَّ التَّسْلِيمَ كَانَ بَعْدَ الْعَقْدِ فَتَبَيَّنَ أَنَّهُ رَهْنٌ غَيْرُ مِلْكِهِ.

وَأَمَّا بِالِانْتِقَالِ فَلَأَنَّ الْمُرْتَهِنَ غَاصِبٌ فِي حَقِّ الْمُسْتَحِقِّ، فَإِذَا ضَمِنَ مَلِكُ الْمَضْمُونِ، وَلَكِنْ لَمَّا كَانَ قَرَارُ الضَّمَانِ عَلَى الرَّاهِنِ انْتَقَلَ إِلَيْهِ فَيَمْلِكُهُ مِنْ جِهَةِ الْمُرْتَهِنِ وَالْمُرْتَهِنُ مَلَكَهُ مِنْ حِينَ الْقَبْضِ لِأَنَّهُ صَارَ غَاصِبًا بِهِ فَيَمْلِكُ الرَّهْنُ بَعْدَ ذَلِكَ مِنْ جِهَتِهِ فَيَكُونُ

مِلْكُ الرَّهْنِ مُتَأَخِّرًا عَنْ عَقْدِ الرَّهْنِ فَكَأَنَّهُ رَهْنٌ غَيْرُ مِلْكِهِ، وَلَا يُشْكِلُ إِذَا اسْتَحَقَّ رَأْسُ مَالِ الْمُضَارَبَةِ وَضَمِنَهُ الْمُضَارِبُ فَإِنَّهُ يَرْجِعُ عَلَى رَبِّ الْمَالِ وَالْمُضَارَبَةُ نَافِذَةٌ وَإِنْ كَانَ الْمَلِكُ مُتَأَخِّرًا عَنْ عَقْدِ الْمُضَارَبَةِ لَمَّا ذَكَرْتُمْ أَنَّ الرُّجُوعَ بِالْعُرُورِ وَالْعُرُورَ بِالتَّسْلِيمِ أَوْ بِالِاتِّقَالِ مِنَ الْمُرْتَهِنِ إِلَيْهِ، وَكُلُّ ذَلِكَ مُتَأَخَّرٌ عَنْ الْعَقْدِ لِأَنَّ الْمُضَارَبَةَ عَقْدٌ غَيْرُ لَازِمٍ، وَكُلُّ مَا هُوَ كَذَلِكَ فَلَدَوَامِهِ حُكْمُ الْإِبْتِدَاءِ وَقَدْ تَقَدَّمَ فَصَارَ كَأَنَّهُ أُنْشِئَ الْعَقْدُ بَعْدَ الرُّجُوعِ فَيَتَقَدَّرُ، بِخِلَافِ الرَّهْنِ فَإِنَّهُ عَقْدٌ لَازِمٌ لَيْسَ لَدَوَامِهِ حُكْمُ الْإِبْتِدَاءِ.

وَقَوْلُهُ (بِخِلَافِ الْوَجْهِ الْأَوَّلِ) يَعْنِي مَا إِذَا ضَمِنَ الْمُسْتَحِقُّ الرَّاهِنَ لِأَنَّ الْمُسْتَحِقَّ يَضْمَنُهُ بِاعْتِبَارِ الْقَبْضِ السَّابِقِ عَلَى الرَّهْنِ فَيَسْتَدُ الْمَلِكُ إِلَيْهِ وَتَبَيَّنَ أَنَّهُ رَهْنٌ مِلْكٌ نَفْسِهِ. وَقَوْلُهُ (وَقَدْ طَوَّلْنَا الْكَلَامَ فِيهِ فِي كِفَايَةِ الْمُتَهَيِّ) قِيلَ مُرَادُهُ مَسْأَلَةُ الْمُضَارَبَةِ وَالْفَرْقُ بَيْنَهَا وَبَيْنَ مَسْأَلَةِ الرَّهْنِ. وَقِيلَ يُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ مَا لَوْ كَانَ الرَّهْنُ عَبْدًا فَأَبْقَى وَضَمَّنَ الْمُسْتَحِقُّ الْمُرْتَهِنَ قِيمَتَهُ وَرَجَعَ الْمُرْتَهِنُ عَلَى الرَّاهِنِ بِتِلْكَ الْقِيَمَةِ وَبِالَّذِينَ نُمَّ ظَهَرَ الْعَبْدُ فَإِنَّهُ لِلرَّاهِنِ لِقَرَارِ الضَّمَانِ عَلَيْهِ وَلَا يَكُونُ رَهْنًا لِأَنَّهُ لَمَّا اسْتَحَقَّ بَطَلَ الرَّهْنُ لَمَّا قُلْنَا إِنَّ الْمَلِكَ يَقَعُ لِلرَّاهِنِ فِيهِ مِنْ وَقْتِ التَّسْلِيمِ بِحُكْمِ الرَّهْنِ وَعَقْدُ الرَّهْنِ كَانَ سَابِقًا عَلَى ذَلِكَ.

باب التصرف في الرهن والجنائية عليه وجنائيته على غيره

قَالَ (وَإِذَا بَاعَ الرَّاهِنُ الرَّهْنَ بِغَيْرِ إِذْنِ الْمُرْتَهِنِ فَالْبَيْعُ مَوْقُوفٌ) لَتَعْلُقِ حَقَّ الْغَيْرِ بِهِ وَهُوَ الْمُرْتَهِنُ فَيَتَوَقَّفُ عَلَى إِجَازَتِهِ، وَإِنْ كَانَ الرَّاهِنُ يَتَصَرَّفُ فِي مِلْكِهِ كَمَنْ أَوْصَى بِجَمِيعِ مَالِهِ تَقَفَ عَلَى إِجَازَةِ الْوَرَثَةِ فِيمَا زَادَ عَلَى الثُّلُثِ لَتَعْلُقِ حَقَّهُمْ بِهِ (فَإِنْ أَجَازَ الْمُرْتَهِنُ جَازَ)؛ لِأَنَّ التَّوَقُّفَ لِحَقِّهِ وَقَدْ رَضِيَ بِسُقُوطِهِ (وَإِنْ قَضَاهُ الرَّاهِنُ دَيْنَهُ جَازَ أَيْضًا)؛ لِأَنَّهُ زَالَ الْمَانِعُ مِنَ النُّفُوذِ وَالْمَقْتَضِي مَوْجُودٌ وَهُوَ التَّصَرُّفُ الصَّادِرُ مِنَ الْأَهْلِ فِي الْمَحَلِّ (وَإِذَا نَفَذَ الْبَيْعَ بِإِجَازَةِ الْمُرْتَهِنِ يَنْتَقِلُ حَقُّهُ إِلَى بَدَلِهِ هُوَ الصَّحِيحُ)؛ لِأَنَّ حَقَّهُ تَعْلُقُ بِالْمَالِيَّةِ، وَابْتَدَلُ لَهُ حُكْمُ الْمُبْدَلِ فَصَارَ كَالْعَبْدِ الْمَدْيُونِ الْمَأْدُونِ إِذَا بَاعَ بِرِضَا الْغُرَمَاءِ يَنْتَقِلُ حَقُّهُمْ إِلَى الْبَدَلِ؛ لِأَنَّهُمْ رَضُوا بِالِاتِّقَالِ دُونَ السَّقُوطِ رَأْسًا فَكَذَا هَذَا (وَإِنْ لَمْ يُجِزِ الْمُرْتَهِنُ الْبَيْعَ وَفَسَخَهُ انْفَسَخَ فِي رِوَايَةٍ، حَتَّى لَوْ افْتَكَّ الرَّاهِنُ الرَّهْنَ لَا سَبِيلَ لِلْمُشْتَرِي عَلَيْهِ)؛ لِأَنَّ الْحَقَّ الثَّابِتَ لِلْمُرْتَهِنِ بِمَنْزِلَةِ الْمَلِكِ فَصَارَ كَالْمَلِكِ لَهُ أَنْ يُجِيزَ وَلَهُ أَنْ يَفْسَخَ (وَفِي أَصَحِّ الرِّوَايَتَيْنِ لَا يَنْفَسَخُ بِفَسَخِهِ)؛ لِأَنَّهُ لَوْ ثَبَتَ حَقُّ الْفَسَخِ لَهَذَا لَمَّا يُثْبِتُ ضَرُورَةَ صِيَانَةِ

حَقُّهُ، وَحَقُّهُ فِي الْحَبْسِ لَا يَبْطُلُ بِإِنْعِقَادِ هَذَا الْعَقْدِ فَبَقِيَ مَوْقُوفًا، فَإِنْ شَاءَ الْمُشْتَرِي صَبَرَ حَتَّى يَفْتِكَ الرَّاهِنُ الرُّهْنَ؛ إِذَا الْعَجَزُ عَلَى شَرْفِ الزَّوَالِ، وَإِنْ شَاءَ رَفَعَ الْأَمْرَ إِلَى الْقَاضِي، وَلِلْقَاضِي أَنْ يَفْسَخَ لِفَوَاتِ الْقُدْرَةِ عَلَى التَّسْلِيمِ، وَوَلَايَةُ الْفَسْخِ إِلَى الْقَاضِي لَا إِلَيْهِ، وَصَارَ كَمَا إِذَا أَبَقَ الْعَبْدُ الْمُشْتَرَى قَبْلَ الْقَبْضِ فَإِنَّهُ يَتَخَيَّرُ الْمُشْتَرِي لِمَا ذَكَرْنَا كَذَلِكَ هَذَا (وَلَوْ بَاعَهُ الرَّاهِنُ مِنْ رَجُلٍ ثُمَّ بَاعَهُ بَيْعًا ثَانِيًا مِنْ غَيْرِهِ قَبْلَ أَنْ يُجِيزَهُ الْمُرْتَهِنَ فَالْثَّانِي مَوْقُوفٌ أَيْضًا عَلَى إِجَازَتِهِ)؛ لِأَنَّ الْأَوَّلَ لَمْ يَنْفَذْ وَالْمَوْقُوفُ لَا يَمْنَعُ تَوَقُّفَ الثَّانِي، فَلَوْ أَجَازَ الْمُرْتَهِنُ الْبَيْعَ الثَّانِي جَازَ الثَّانِي.

الشرح:

(بَابُ التَّصَرُّفِ فِي الرُّهْنِ وَالْجِنَايَةِ عَلَيْهِ وَجِنَايَتِهِ عَلَى غَيْرِهِ): التَّصَرُّفُ فِي الرُّهْنِ وَالْجِنَايَةِ عَلَيْهِ وَجِنَايَتُهُ عَلَى غَيْرِهِ إِنَّمَا تَكُونُ بَعْدَ كَوْنِهِ رَهْنًا فَكَانَ مُتَأَخِّرًا طَبْعًا فَأَخَّرَهُ وَضَعًا. قَالَ (وَإِذَا بَاعَ الرَّاهِنُ الرُّهْنَ إِلْح) إِذَا بَاعَ الرَّاهِنُ الرُّهْنَ بِغَيْرِ إِذْنِ الْمُرْتَهِنِ سَوَاءٌ عَلِمَ بِالْبَيْعِ وَلَمْ يَأْذَنْ أَوْ لَمْ يَعْلَمْ بِهِ، فَقَدْ اخْتَلَفَ عِبَارَةُ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ فِيهِ. فِي مَوْضِعٍ قَالَ يَبْعُ الْمَرْهُونَ فَاسِدًا، وَفِي مَوْضِعٍ قَالَ جَائِزٌ. وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ جَائِزٌ مَوْقُوفٌ. وَقَوْلُهُ فَاسِدٌ مَحْمُولٌ عَلَى مَا لَمْ يَجْزُ، فَإِنَّ الْقَاضِيَّ يُفْسِدُهُ إِذَا خُوصِمَ إِلَيْهِ فِيهِ وَطَلَبَ الْمُشْتَرِي التَّسْلِيمَ. وَقَوْلُهُ جَائِزٌ مَحْمُولٌ عَلَى مَا إِذَا أَجَازَهُ وَسَلَّمَهُ ذَلِكَ، لِأَنَّ مَنْ تَصَرَّفَ فِي مَالٍ لَهُ تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّ الْغَيْرِ جَازَ مَوْقُوفًا كَمَنْ أَوْصَى بِجَمِيعِ مَالِهِ تَقِفُ عَلَى إِجَازَةِ الْوَرِثَةِ فِيمَا زَادَ عَلَى الثُّلُثِ، فَإِنْ أَجَازَ الْمُرْتَهِنُ ثُمَّ الْعَقْدُ لَزَوَالِ الْمَانِعِ بِإِسْقَاطِ حَقِّهِ رَاضِيًا، وَكَذَا لَوْ قَضَاهُ الرَّاهِنُ دَيْنَهُ فَإِنْ أَجَازَ يَنْتَقِلُ حَقُّهُ إِلَى بَدَلِهِ لِمَا ذُكِرَ فِي الْكِتَابِ. وَقَوْلُهُ (هُوَ الصَّحِيحُ) اخْتِرَازٌ عَمَّا رَوَى عَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ إِنْ شَرَطَ عِنْدَ إِجَازَةِ أَنْ يَكُونَ الثَّمَنُ رَهْنًا كَانَ رَهْنًا وَإِلَّا فَلَا، لِأَنَّ الرَّاهِنَ مَلِكُ الثَّمَنِ يَنْفُذُ الْبَيْعَ بِإِجَازَةِ الْمُرْتَهِنِ بِسَبَبٍ جَدِيدٍ فَلَا يَصِيرُ رَهْنًا مِنْ غَيْرِ شَرَطٍ، وَإِنْ فَسَخَهُ فَبَقِيَ الْإِنْفِسَاحُ رَوَاتِبَانِ كَمَا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ. وَقَوْلُهُ (وَوَلَايَةُ الْفَسْخِ إِلَى الْقَاضِي لَا إِلَيْهِ) أَيُّ لَا إِلَى الْمُرْتَهِنِ، لِأَنَّ هَذَا الْفَسْخَ لِقَطْعِ الْمَنَازَعَةِ وَهُوَ إِلَى الْقَاضِي.

وَقَوْلُهُ (لِمَا ذَكَرْنَا) يَعْنِي لِفَوَاتِ الْقُدْرَةِ عَلَى التَّسْلِيمِ. قَوْلُهُ (وَلَوْ بَاعَهُ الرَّاهِنُ إِلْح) يَعْنِي لَوْ بَاعَ الرَّاهِنُ الرُّهْنَ وَلَمْ يُجِزْهُ الْمُرْتَهِنُ ثُمَّ بَاعَهُ بَيْعًا ثَانِيًا فَالْثَّانِي مَوْقُوفٌ

كَالْأَوَّلِ، لِأَنَّ الْمَوْقُوفَ لَا يَمْنَعُ عَنِ التَّوَقُّفِ، فَلَوْ أَجَازَ الْمُرْتَهِنُ الْبَيْعَ الثَّانِي جَازَ الثَّانِي كَالْأَوَّلِ، وَلَوْ أَجَازَ الْأَوَّلُ جَازَ الْأَوَّلُ. وَهَذَا لِأَنَّ حَقَّ الْمُرْتَهِنِ يَتَعَلَّقُ بِالثَّمَنِ أَلَا تَرَى أَنَّهُ قَدْ يَرَهُنُ لِبَيْعٍ فَأَيُّهُمَا أَجَازَهُ الْمُرْتَهِنُ وَسَلَّمَهُ إِلَيْهِ نَفَذَ وَيَأْخُذُ الثَّمَنَ وَيَكُونُ رَهْنًا عِنْدَهُ، وَإِنَّمَا خَصَّ إِجَازَةَ الْبَيْعِ الثَّانِي لِبَيَانِ الْفَرْقِ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْعُقُودِ الْبَاقِيَةِ الْمَذْكُورَةِ، فَإِنَّهُ بِإِجَازَتِهَا يَصِحُّ الْعَقْدُ الْأَوَّلُ وَهُوَ الْبَيْعُ وَلَمْ يَصِحَّ هِيَ، وَبِإِجَازَةِ الْبَيْعِ الثَّانِي لَا يَصِحُّ الْبَيْعُ الْأَوَّلُ وَإِنْ كَانَ سَابِقًا وَيَصِحُّ هُوَ. وَالْفَرْقُ مَا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ. وَالْأَصْلُ فِي ذَلِكَ أَنَّ مَنْ تَعَلَّقَ حَقُّهُ بِشَيْءٍ وَبَدَّلَ بِإِجَازَتِهِ إِلَى غَيْرِهِ فَإِنْ كَانَ الْبَدَلُ عَمَّا تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّهُ تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّهُ، وَإِنْ كَانَ عَنْ غَيْرِهِ لَمْ يَتَعَلَّقْ، فَعَلَى هَذَا إِذَا بَاعَ الرَّاهِنُ الرَّهْنَ ثَانِيًا وَأَجَازَهُ الْمُرْتَهِنُ كَانَ الثَّمَنُ رَهْنًا عِنْدَهُ فَكَانَ ذَا حَظٍّ مِنَ الْعَقْدِ الثَّانِي لَتَعَلُّقِ حَقِّهِ بِبَدَلِهِ فَيَصِحُّ تَعْيِينُهُ.

وَإِذَا أَجَرَ بَعْدَ الْبَيْعِ أَوْ رَهْنٍ وَسَلَّمَهُ أَوْ وَهَبَ وَسَلَّمَهُ وَأَجَازَ هَذِهِ الْعُقُودَ جَازَ الْبَيْعُ الْأَوَّلُ وَسَمَّاهُ أَوَّلًا لَوْقُوعِهِ قَبْلُهَا، لِأَنَّ هَذِهِ الْعُقُودَ بَعْضُهَا لَا يَدُلُّ فِيهِ كَمَا فِي الْهَبَةِ وَالرَّهْنِ وَبَعْضُهَا وَإِنْ كَانَ فِيهِ بَدَلٌ لَكِنْ لَيْسَ عَمَّا تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّهُ كَمَا فِي الْإِجَارَةِ فَإِنَّهُ فِيهَا يَدُلُّ عَنْ الْمَنْفَعَةِ وَحَقُّهُ فِي مَالِيَةِ الْعَيْنِ دُونَ الْمَنْفَعَةِ، وَإِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ مِنْهَا حَظٌّ لَمْ يَصِحَّ تَعْيِينُهُ وَكَانَتْ إِجَازَتُهُ إِسْقَاطًا لِحَقِّهِ فَتَنَفَّذَ الْبَيْعُ الْأَوَّلُ. وَسَكَتَ الْمُصَنِّفُ رَحِمَهُ اللَّهُ عَنْ اشْتِرَاطِ التَّسْلِيمِ فِي الرَّهْنِ وَالْهَبَةِ اعْتِمَادًا عَلَى كَوْنِهِ مَعْلُومًا.

(وَلَوْ بَاعَ الرَّاهِنُ ثُمَّ أَجَرَ أَوْ وَهَبَ أَوْ رَهْنٍ مِنْ غَيْرِهِ، وَأَجَازَ الْمُرْتَهِنُ هَذِهِ الْعُقُودَ جَازَ الْبَيْعُ الْأَوَّلُ) وَالْفَرْقُ أَنَّ الْمُرْتَهِنَ ذُو حَظٍّ مِنَ الْبَيْعِ الثَّانِي، لِأَنَّهُ يَتَعَلَّقُ حَقُّهُ بِبَدَلِهِ فَيَصِحُّ تَعْيِينُهُ لَتَعَلُّقِ فَائِدَتِهِ بِهِ، أَمَّا لَا حَقَّ لَهُ فِي هَذِهِ الْعُقُودِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَدُلُّ فِي الْهَبَةِ وَالرَّهْنِ، وَالَّذِي فِي الْإِجَارَةِ يَدُلُّ الْمَنْفَعَةَ لَا يَدُلُّ الْعَيْنَ، وَحَقُّهُ فِي مَالِيَةِ الْعَيْنِ لَا فِي الْمَنْفَعَةِ فَكَانَتْ إِجَازَتُهُ إِسْقَاطًا لِحَقِّهِ فَزَالَ الْمَانِعُ فَتَنَفَّذَ الْبَيْعُ الْأَوَّلُ فَوُضِحَ الْفَرْقُ قَالَ (وَلَوْ أَعْتَقَ الرَّاهِنُ عَبْدَ الرَّهْنِ نَفَذَ عِتْقُهُ) وَفِي بَعْضِ أَقْوَالِ الشَّافِعِيِّ لَا يَنْفَذُ إِذَا كَانَ الْمُعْتَقُ مُعْسِرًا؛ لِأَنَّ فِي تَنْفِيذِهِ إِبْطَالُ حَقِّ الْمُرْتَهِنِ فَأَشْبَهَ الْبَيْعَ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ مُوسِرًا حَيْثُ يَنْفَذُ عَلَى بَعْضِ أَقْوَالِهِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَبْطُلُ حَقُّهُ مَعْنَى بِالتَّضْمِينِ، وَبِخِلَافِ إِعْتِاقِ الْمُسْتَاجِرِ؛ لِأَنَّ الْإِجَارَةَ تَبْقَى مُدَّتُهَا؛ إِذَا حُرُّ يَقْبَلُهَا، أَمَّا مَا لَا يَقْبَلُ الرَّهْنُ فَلَا يَبْقَى وَلَنَا أَنَّهُ مُخَاطَبٌ أَعْتَقَ مِلْكًا نَفْسِهِ فَلَا يَلْغُو بِصَرْفِهِ بَعْدَ إِذْنِ الْمُرْتَهِنِ كَمَا إِذَا أَعْتَقَ الْعَبْدُ الْمُشْتَرَى قَبْلَ الْقَبْضِ أَوْ

أَعْتَقَ الْأَبَقَ أَوْ الْمَغْصُوبَ، وَلَا خَفَاءَ فِي قِيَامِ مِلْكِ الرَّقَبَةِ لِقِيَامِ الْمُقْتَضِي، وَعَارِضُ الرَّهْنِ لَا يُنْبِئُ عَنْ زَوَالِهِ ثُمَّ إِذَا زَالَ مِلْكُهُ فِي الرَّقَبَةِ بِاعْتَاقِهِ يَزُولُ مِلْكُ الْمُرْتَهِنِ فِي الْيَدِ بِنَاءً عَلَيْهِ كَاعْتَاقِ الْعَبْدِ الْمُشْتَرَكِ، بَلْ أَوْلَى؛ لِأَنَّ مِلْكَ الرَّقَبَةِ أَقْوَى مِنْ مِلْكِ الْيَدِ، فَلَمَّا لَمْ يُمْنَعِ الْأَعْلَى لَا يُمْنَعِ الْأَدْنَى بِالطَّرِيقِ الْأَوَّلَى، وَامْتِنَاعُ النَّفَازِ فِي الْبَيْعِ وَالْهَبَةِ لَانْعِدَامِ الْقُدْرَةِ عَلَى التَّسْلِيمِ، وَإِعْتَاقُ الْوَارِثِ الْعَبْدَ الْمُوصَى بِرَقَبَتِهِ لَا يَلْغُو بَلْ يُؤَخَّرُ إِلَى آدَاءِ السَّعَايَةِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَإِذَا نَفَذَ الْإِعْتَاقُ بَطَلَ الرَّهْنُ لِفَوَاتِ مَحَلِّهِ (ثُمَّ) بَعْدَ ذَلِكَ (إِنْ كَانَ الرَّاهِنُ مُوسِرًا، وَالْدَيْنُ حَالًا طُولَبَ بِآدَاءِ الدَّيْنِ)؛ لِأَنَّهُ لَوْ طُولَبَ بِآدَاءِ الْقِيَمَةِ تَقَعُ الْمَقَاصُ بِقَدْرِ الدَّيْنِ فَلَا فَائِدَةَ فِيهِ (وَإِنْ كَانَ الدَّيْنُ مُؤَجَّلًا أَخَذَتْ مِنْهُ قِيَمَةُ الْعَبْدِ وَجُعِلَتْ رَهْنًا مَكَانَهُ حَتَّى يَحِلَّ الدَّيْنُ)؛ لِأَنَّ سَبَبَ الضَّمَانِ مُتَحَقِّقٌ، وَفِي التَّضْمِينِ فَائِدَةٌ فَإِذَا حُلَّ الدَّيْنُ اقْتَضَاهُ بِحَقِّهِ إِذَا كَانَ مِنْ جِنْسِ حَقِّهِ وَرَدَّ الْفَضْلُ (وَإِنْ كَانَ مُعْسِرًا سَعَى الْعَبْدُ فِي قِيَمَتِهِ وَقَضَى بِهِ الدَّيْنُ إِلَّا إِذَا كَانَ بِخِلَافِ جِنْسِ حَقِّهِ)؛ لِأَنَّهُ لَمَّا تَعَذَّرَ الْوُصُولُ إِلَى عَيْنِ حَقِّهِ مِنْ جِهَةِ الْمُعْتَقِ يَرْجِعُ إِلَى مَنْ يَنْتَفِعُ بِعِتْقِهِ وَهُوَ الْعَبْدُ؛ لِأَنَّ الْخَرَاجَ بِالضَّمَانِ قَالَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ؛ وَتَأْوِيلُهُ إِذَا كَانَتْ الْقِيَمَةُ أَقَلَّ مِنَ الدَّيْنِ، أَمَّا إِذَا كَانَ الدَّيْنُ أَقَلَّ نَذَرَهُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى (ثُمَّ يَرْجِعُ بِمَا سَعَى عَلَى مَوْلَاهُ إِذَا أَيْسَرَ)؛ لِأَنَّهُ قَضَى دَيْنَهُ وَهُوَ مُضْطَرٌّ فِيهِ بِحُكْمِ الشَّرْعِ فَيَرْجِعُ عَلَيْهِ بِمَا تَحْمَلُ عَنْهُ، بِخِلَافِ الْمُسْتَسْعَى فِي الْإِعْتَاقِ؛ لِأَنَّهُ يُؤَدِّي ضَمَانًا عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا يَسْعَى لِتَحْصِيلِ الْعِتْقِ عِنْدَهُ وَعِنْدَهُمَا لِتَكْمِيلِهِ، وَهُنَا يَسْعَى فِي ضَمَانٍ عَلَى غَيْرِهِ بَعْدَ تَمَامِ إِعْتَاقِهِ فَصَارَ كَمُعِيرِ الرَّهْنِ ثُمَّ أَبُو حَنِيفَةَ أَوْجَبَ السَّعَايَةَ فِي الْمُسْتَسْعَى الْمُشْتَرَكِ فِي حَالَتِي الْبِسَارِ وَالْإِعْسَارِ، وَفِي الْعَبْدِ الْمَرْهُونِ شَرْطُ الْإِعْسَارِ؛ لِأَنَّ الثَّابِتَ لِلْمُرْتَهِنِ حَقُّ الْمَلِكِ وَأَنَّهُ أَدْنَى مِنْ حَقِيقَتِهِ الثَّابِتَةِ لِلشَّرِيكِ السَّامِكِ فَوَجَبَ السَّعَايَةُ هُنَا فِي حَالَتِهِ وَاحِدَةٍ إِظْهَارُ النُّقْصَانِ رُتْبَتُهُ بِخِلَافِ الْمُشْتَرَى قَبْلَ الْقَبْضِ إِذَا أَعْتَقَهُ الْمُشْتَرِي حَيْثُ لَا يَسْعَى لِلْبَائِعِ إِلَّا رِوَايَةً عَنْ أَبِي يُوسُفَ وَالْمَرْهُونُ يَسْعَى؛ لِأَنَّ حَقَّ الْبَائِعِ فِي الْحَبْسِ أَوْعَفُ؛ لِأَنَّ الْبَائِعَ لَا يَمْلِكُهُ فِي الْآخِرَةِ وَلَا يُسْتَوْفَى مِنْ عَيْنِهِ، وَكَذَلِكَ يَبْطُلُ حَقُّهُ فِي الْحَبْسِ بِالْإِعَارَةِ مِنَ الْمُشْتَرِي، وَالْمُرْتَهِنُ يَنْقَلِبُ حَقُّهُ مِلْكًا، وَلَا يَبْطُلُ حَقُّهُ بِالْإِعَارَةِ مِنَ الرَّاهِنِ حَتَّى يُمَكِّنَهُ الْاسْتِرْدَادُ، فَلَوْ أَوْجَبْنَا السَّعَايَةَ فِيهِمَا لَسَوَيْنَا بَيْنَ الْحَقَّيْنِ وَذَلِكَ لَا يَجُوزُ.

الشرح:

قَالَ (وَلَوْ أَعْتَقَ الرَّاهِنُ عَبْدَ الرَّهْنِ نَفَذَ عِتْقُهُ إِنْ خُ) إِذَا أَعْتَقَ الرَّاهِنُ عَبْدَهُ الْمَرْهُونَ نَفَذَ عِتْقُهُ مُوسِرًا كَانَ أَوْ مُعْسِرًا. وَلِلشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ أَقْوَالٌ شُمُولُ التُّفُؤِ وَعَدَمُهُ وَالْفَصْلُ بَيْنَ الْمُسِيرِ وَالْمُعْسِرِ. قَالَ فِي الْمُعْسِرِ: فِي تَنْفِيذِهِ إِبْطَالُ حَقِّ الْمُرْتَهِنِ فَلَا يَجُوزُ كَالْبَيْعِ، بَلْ أَوْلَى لِأَنَّهُ أَسْرَعُ تَفُؤًا مِنَ الْعِتْقِ حَيْثُ جَازَ مِنَ الْمَكَائِبِ دُونَ الْعِتْقِ. وَلَنَا أَنَّهُ مُخَاطَبٌ أَعْتَقَ مِلْكَ نَفْسِهِ، وَكُلُّ مَنْ فَعَلَ ذَلِكَ صَحَّ كَمَا إِذَا أَعْتَقَ الْعَبْدَ الْمُشْتَرَى قَبْلَ الْقَبْضِ أَوْ الْآبِقِ أَوْ الْمَعْصُوبِ فَإِنَّهَا تُشْرِكُ الْمَرْهُونَ فِي فَوَاتِ يَدِ الْمَالِكِ وَفِي انْتِفَاءِ الْقُدْرَةِ عَلَى التَّسْلِيمِ إِنْ بَاعَ، فَكَانَ الْمُقْتَضَى مُتَحَقِّقًا وَالْمَانِعُ مُتَنَفِّيًا فَتَبَتِ الْحُكْمُ. أَمَّا تَحَقُّقُ الْمُقْتَضَى فَلَأَنَّهُ تَصَرَّفَ صَدَرَ عَنْ أَهْلِهِ، وَلَا نِزَاعَ فِيهِ مُضَافٌ إِلَى مَحَلِّهِ، لِأَنَّهُ لَا خَفَاءَ فِي قِيَامِ مِلْكِ الرَّقَبَةِ لِقِيَامِ مُقْتَضِيهِ وَهُوَ السَّبَبُ الْمَوْجِبُ لِتَمْلِكِهِ قَبْلَ الرَّهْنِ. وَأَمَّا انْتِفَاءُ الْمَانِعِ فَلَأَنَّ عَارِضَ التَّهْيِ لَا يُبْنَى عَنْ زَوَالِهِ لِأَنَّ مُوجِبَ عَقْدِ الرَّهْنِ إِمَّا ثُبُوتُ يَدِ الْإِسْتِفَاءِ لِلْمُرْتَهِنِ كَمَا هُوَ عِنْدَنَا أَوْ هُوَ حَقُّ الْبَيْعِ كَمَا هُوَ مَذْهَبُ الْخَصْمِ عَلَى مَا تَقَدَّمَ، وَشَيْءٌ مِنْ ذَلِكَ لَا يُزِيلُ مِلْكَ الْعَيْنِ فَيَبْقَى الْعَيْنُ عَلَى مَا كَانَ عَلَى مِلْكِ الرَّاهِنِ، وَإِذَا كَانَ بَاقِيًا عَلَى مِلْكِهِ وَقَدْ أزالَهُ بِالْإِعْتِاقِ صَحَّ، وَيَزُولُ مِلْكُ الْمُرْتَهِنِ فِي الْيَدِ بِنَاءً عَلَيْهِ كَمَا إِذَا أَعْتَقَ أَحَدَ الشَّرِيكَيْنِ نَصِيْبَهُ لِأَنَّ مِلْكَ الرَّقَبَةِ أَقْوَى مِنْ مِلْكِ الْيَدِ فَلَمَّا لَمْ يَمْنَعْ الْأَعْلَى وَهُوَ حَقِيقَةُ الْمِلْكِ لِلشَّرِيكِ عَنْ صِحَّةِ الْعِتْقِ فَلَأَنَّ لَا يَمْنَعُ الْأَدْنَى وَهُوَ يَدُ الْمُرْتَهِنِ أُولَى. فَإِنْ قِيلَ: لَيْسَ الْمَانِعُ مُنْهَضًا فِيمَا يُزِيلُ الْمِلْكَ بَلْ مُجَرَّدُ تَعَلُّقِ الْحَقِّ مَانِعٌ وَلِهَذَا مَنَعَ التَّفَادُ فِي الْبَيْعِ وَالْهَبَةِ.

أَجَابَ بِقَوْلِهِ وَامْتِنَاعُ التَّفَادِ، وَمَعْنَاهُ أَنَّ حَقَّ الْمُرْتَهِنِ إِنَّمَا صَلَحَ مَانِعًا فِي الْبَيْعِ وَالْهَبَةِ لِإِعْذَامِهِ قُدْرَةَ الْعَاقِدِ عَلَى التَّسْلِيمِ الْمَشْرُوطِ بِصِحَّةِ الْعَقْدَيْنِ، وَلَيْسَ ذَلِكَ بِمَوْجُودٍ فِي الْإِعْتِاقِ فَلَا يَصْلُحُ مَانِعًا. وَقَوْلُهُ (وَإِعْتِاقُ الْوَارِثِ) جَوَابٌ عَمَّا تَمَسَّكَ بِهِ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي بَعْضِ الْمَوَاضِعِ وَادَّعَى أَنَّ إِعْتِاقَهُ لَعَوٌ. وَصُورَتُهُ مَرِيضٌ أَوْ وَصِيٌّ بِرَقَبَةٍ عَبْدَهُ لِشَخْصٍ وَلَا مَالَ لَهُ غَيْرُهُ ثُمَّ مَاتَ وَأَعْتَقَ الْوَارِثُ الْعَبْدَ لَمْ يَنْفُذْ لِحَقِّ الْمُوصَى لَهُ فَكَذَا يَجِبُ أَنْ يَكُونَ فِي الرَّهْنِ، وَوَجْهُهُ أَنَّ ذَلِكَ لَا يَلْعَوُ بَلْ يُؤَخَّرُ إِلَى أَدَاءِ السَّعَايَةِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ.

وَأَمَّا عِنْدَهُمَا فَلَا إِشْكَالَ لِأَنَّهُ يَعْتَقُ فِي الْحَالِ. وَقَوْلُهُ (وَإِذَا نَفَذَ الْإِعْتَاقُ) رَاجِعٌ إِلَى أَوَّلِ الْكَلَامِ: يَعْنِي فَإِذَا ثَبَتَ تَحَقُّقُ الْمُقْتَضِي وَانْتِفَاءُ الْمَانِعِ نَفَذَ الْإِعْتَاقُ، وَإِذَا نَفَذَ الْإِعْتَاقُ بَطَلَ الرَّهْنُ لِفَوَاتِ مَحَلِّهِ وَمَا بَعْدَهُ ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (إِلَّا إِذَا كَانَ بِخِلَافِ جِنْسِ حَقِّهِ) يَعْنِي إِلَّا إِذَا كَانَ الْحَاصِلُ مِنَ السَّعَايَةِ بِخِلَافِ جِنْسِ حَقِّ الْمُرْتَهِنِ فَإِنَّهُ لَا يَقْضِي بِهِ دَيْنُهُ بَلْ يُبَدَّلُ بِهِ جِنْسَ حَقِّهِ وَيَقْضِي بِهِ دَيْنُهُ. وَقَوْلُهُ (لَأَنَّهُ لَمَّا تَعَذَّرَ الْوُصُولُ) دَلِيلُ وَجُوبِ السَّعَايَةِ عَلَى الْعَبْدِ. وَقَوْلُهُ (نَذْكُرُهُ) يَعْنِي فِي هَذَا الْبَابِ فِي مَسْأَلَةِ اسْتِيلَادِ الْأَمَةِ الْمَرْهُونَةِ.

وَقَوْلُهُ (وَعِنْدَهُمَا لَتَكْمِيلِهِ) يَعْنِي وَإِنْ عَتَقَ عِنْدَهُمَا لَكِنْ فِي عَتَقِهِ نُقْصَانٌ لِكَوْنِهِ مَطْلُوبًا بِالسَّعَايَةِ، فَإِذَا أَدَّاهَا كَمَلَ الْعِتْقُ. وَقَوْلُهُ إِلَّا رِوَايَةً عَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ فَإِنَّ الْمَبِيعَ مُحْبُوسٌ فِي يَدِ الْبَائِعِ كَالرَّهْنِ فِي يَدِ الْمُرْتَهِنِ. وَقَوْلُهُ (وَالْمُرْتَهِنُ يَنْقَلِبُ حَقُّهُ مِلْكًا) يَعْنِي أَنَّ الرَّهْنَ إِذَا هَلَكَ فِي يَدِهِ كَانَ مَالَكًا مِنْ حَيْثُ الْمَالِيَّةُ، وَبَاقِي كَلَامِهِ وَاضِحٌ.

(وَلَوْ أَقْرَأَ الْمُوَلَى بِرَهْنِ عَبْدِهِ) بَانَ قَالَ (لَهُ رَهْنُكَ عِنْدَ هُلَانٍ وَكَذَبَهُ الْعَبْدُ ثُمَّ أَعْتَقَهُ تَجِبَ السَّعَايَةُ) عِنْدَنَا خِلَافًا لِرُفْرِ، وَهُوَ يُعْتَبَرُ بِإِقْرَارِهِ بَعْدَ الْعِتْقِ وَنَحْنُ نَقُولُ أَقْرَأَ بِتَعْلُقِ الْحَقِّ فِي حَالِ يَمْلِكُ التَّعْلِيقَ فِيهِ لِقِيَامِ مِلْكِهِ فَيَصِحُّ بِخِلَافِ مَا بَعْدَ الْعِتْقِ؛ لِأَنَّهُ حَالَ انْقِطَاعِ الْوِلَايَةِ قَالَ (وَلَوْ دَبَّرَهُ الرَّاهِنُ صَحَّ تَدْبِيرُهُ بِالِاتِّفَاقِ) أَمَّا عِنْدَنَا فَظَاهِرٌ وَكَذَا عِنْدَهُ؛ لِأَنَّ التَّدْبِيرَ لَا يَمْنَعُ الْبَيْعَ عَلَى أَصْلِهِ (وَلَوْ كَانَتْ أَمَةً فَاسْتَوْلَدَهَا الرَّاهِنُ صَحَّ الْاسْتِيلَادُ بِالِاتِّفَاقِ)؛ لِأَنَّهُ يَصِحُّ بِأَدْنَى الْحَقِّينِ وَهُوَ مَا لِلْأَبِ فِي جَارِيَةِ الْإِبْنِ فَيَصِحُّ بِالْأَعْلَى (وَإِذَا صَحَّ خَرَجًا مِنَ الرَّهْنِ لِبُطْلَانِ الْمَحَلِّيَّةِ؛ إِذْ لَا يَصِحُّ اسْتِيفَاءُ الدَّيْنِ مِنْهُمَا) (فَإِنْ كَانَ الرَّاهِنُ مُوسِرًا ضَمِنَ قِيمَتَهُمَا) عَلَى التَّفْصِيلِ الَّذِي ذَكَرْنَاهُ فِي الْإِعْتَاقِ (وَإِنْ كَانَ مُعْسِرًا اسْتَسْعَى الْمُرْتَهِنُ الْمُدَبَّرَ وَأَمَّ الْوَلَدَ فِي جَمِيعِ الدَّيْنِ)؛ لِأَنَّ كَسْبَهُمَا مَالُ الْمُوَلَى، بِخِلَافِ الْمُعْتَقِ حَيْثُ يَسْعَى فِي الْأَقْلَ مِنَ الدَّيْنِ وَمِنَ الْقِيَمَةِ؛ لِأَنَّ كَسْبَهُ حَقُّهُ، وَالْمُحْتَبَسُ عِنْدَهُ لَيْسَ إِلَّا قَدْرُ الْقِيَمَةِ فَلَا يَزَادُ عَلَيْهِ، وَحَقُّ الْمُرْتَهِنِ بِقَدْرِ الدَّيْنِ فَلَا تَلَزُمُهُ الزِّيَادَةُ وَلَا يَرْجِعَانِ بِمَا يُؤَدِّيَانِ عَلَى الْمُوَلَى بَعْدَ يَسَارِهِ؛ لِأَنَّهُمَا أَدْيَاهُ مِنْ مَالِ الْمُوَلَى، وَالْمُعْتَقُ يَرْجِعُ؛ لِأَنَّهُ أَدَّى مِلْكَهُ عَنْهُ وَهُوَ مُضْطَرٌّ عَلَى مَا مَرَّ وَقِيلَ الدَّيْنُ إِذَا كَانَ مُؤْجَلًا يَسْعَى الْمُدَبَّرُ فِي قِيَمَتِهِ قَنًا؛ لِأَنَّهُ عَوَضُ الرَّهْنِ حَتَّى تُحْبَسَ مَكَانَهُ فَيَتَقَدَّرُ بِقَدْرِ الْعَوَضِ، بِخِلَافِ

مَا إِذَا كَانَ حَالًا؛ لِأَنَّهُ يَقْضِي بِهِ الدَّيْنَ، وَلَوْ أَعْتَقَ الرَّاهِنُ الْمُدَبِّرَ وَقَدْ قَضَى عَلَيْهِ بِالسَّعَايَةِ أَوْ لَمْ يَقْضَ لَمْ يَسَعْ إِلَّا بِقَدْرِ الْقِيَمَةِ؛ لِأَنَّهُ كَسَبَهُ بَعْدَ الْعِتْقِ مِلْكُهُ، وَمَا آدَاهُ قَبْلَ الْعِتْقِ لَا يَرْجِعُ بِهِ عَلَى مَوْلَاهُ لِأَنَّهُ آدَاهُ مِنْ مَالِ الْمَوْلَى.

الشرح:

قَالَ (وَلَوْ دَبَّرَهُ الرَّاهِنُ صَحَّ تَذْيِيرُهُ إِيَّاهُ) الرَّاهِنُ إِذَا دَبَّرَ الرَّهْنَ صَحَّ تَذْيِيرُهُ بِالِاتِّفَاقِ، أَمَّا عِنْدَنَا فَظَاهِرٌ لِأَنَّهُ يُوجِبُ حَقَّ الْعِتْقِ وَحَقِيقَتَهُ لَمْ تُنْتَفِعْ فَحَقُّهُ أَوَّلَى، وَأَمَّا عِنْدَهُ: أَيُّ عِنْدَ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ فَلَا أَنَّهُ لَا يَمْنَعُ الْبَيْعَ فَلَا يَنْطَلُ حَقُّ الْمُرْتَهِنِ. وَقَوْلُهُ (وَإِذَا صَحَّ) يَعْنِي التَّذْيِيرَ وَالِاسْتِيلَادَ (خَرَجًا) أَيُّ الْمُدَبِّرُ وَأُمُّ الْوَلَدِ: يَعْنِي عِنْدَنَا. وَأَمَّا عِنْدَهُ فَإِنَّ الْمُدَبِّرَ لَا يَخْرُجُ مِنْهُ لِقَبُولِهِ حُكْمِ الرَّهْنِ كَمَا مَرَّ آنفًا، وَكَلَامُهُ وَاضِحٌ.

قَالَ (وَكَذَلِكَ لَوْ اسْتَهْلَكَ الرَّاهِنُ الرَّهْنَ)؛ لِأَنَّهُ حَقٌّ مُحْتَرَمٌ مَضْمُونٌ عَلَيْهِ بِالِاتِّفَاقِ، وَالضَّمَانُ رَهْنٌ فِي يَدِ الْمُرْتَهِنِ لِقِيَامِهِ مَقَامَ الْعَيْنِ (فَإِنْ اسْتَهْلَكَ أَجْنَبِيًّا فَالْمُرْتَهِنُ هُوَ الْخَصَمُ فِي تَضْمِينِهِ فَيَأْخُذُ الْقِيَمَةَ وَتَكُونُ رَهْنًا فِي يَدِهِ)؛ لِأَنَّهُ أَحَقُّ بِعَيْنِ الرَّهْنِ حَالِ قِيَامِهِ فَكَذَا فِي اسْتِرْدَادِ مَا قَامَ مَقَامَهُ، وَالْوَاجِبُ عَلَى هَذَا الْمُسْتَهْلِكِ قِيَمَتُهُ يَوْمَ هَلَاكِه، فَإِنْ كَانَتْ قِيَمَتُهُ يَوْمَ اسْتَهْلَاكِهِ خَمْسِمِائَةٍ وَيَوْمَ رَهْنِ أَلْفًا غَرِمَ خَمْسِمِائَةً وَكَانَتْ رَهْنًا وَسَقَطَ مِنَ الدَّيْنِ خَمْسِمِائَةٌ فَصَارَ الْحُكْمُ فِي الْخَمْسِمِائَةِ الزِّيَادَةِ كَأَنَّهَا هَلَكَتْ بِأَقْتَرِ سَمَويَةٍ، وَالْمُعْتَبَرُ فِي ضَمَانِ الرَّهْنِ الْقِيَمَةُ يَوْمَ الْقَبْضِ لَا يَوْمَ الْفِكَاكِ؛ لِأَنَّ الْقَبْضَ السَّابِقَ مَضْمُونٌ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ قَبْضٌ اسْتِيفَاءً، إِلَّا أَنَّهُ يَتَقَرَّرُ عِنْدَ الْهَلَاكِ (وَلَوْ اسْتَهْلَكَ الْمُرْتَهِنُ وَالِدَيْنِ مُؤَجَّلًا غَرِمَ الْقِيَمَةَ)؛ لِأَنَّهُ أَتْلَفَ مِلْكَ الْغَيْرِ (وَكَانَتْ رَهْنًا فِي يَدِهِ حَتَّى يَحِلَّ الدَّيْنُ)؛ لِأَنَّ الضَّمَانَ بَدَلَ الْعَيْنِ فَآخَذَ حُكْمَهُ (وَإِذَا حُلَّ الدَّيْنُ وَهُوَ عَلَى صِفَةِ الْقِيَمَةِ اسْتَوْفَى الْمُرْتَهِنُ مِنْهَا قَدْرَ حَقِّهِ)؛ لِأَنَّهُ جِنْسُ حَقِّهِ (ثُمَّ إِنْ كَانَ فِيهِ فَضْلٌ يَرُدُّهُ عَلَى الرَّاهِنِ)؛ لِأَنَّهُ بَدَلَ مِلْكِهِ وَقَدْ فَرَّغَ عَنْ حَقِّ الْمُرْتَهِنِ (وَإِنْ نَقَصَتْ عَنِ الدَّيْنِ بِتَرَاجُعِ السَّعْرِ إِلَى خَمْسِمِائَةٍ وَقَدْ كَانَتْ قِيَمَتُهُ يَوْمَ الرَّهْنِ أَلْفًا وَجَبَ بِالِاسْتِهْلَاكِ خَمْسِمِائَةٌ وَسَقَطَ مِنَ الدَّيْنِ خَمْسِمِائَةٌ)؛ لِأَنَّ مَا انْتَقَصَ كَالهَالِكِ وَسَقَطَ الدَّيْنُ بِقَدْرِهِ، وَتُعْتَبَرُ قِيَمَتُهُ يَوْمَ الْقَبْضِ فَهُوَ مَضْمُونٌ بِالْقَبْضِ السَّابِقِ لَا بِتَرَاجُعِ السَّعْرِ، وَوَجَبَ عَلَيْهِ الْبَاقِي بِالِاتِّفَاقِ وَهُوَ قِيَمَتُهُ يَوْمَ أَتْلَفَ

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَكَذَلِكَ لَوْ اسْتَهْلَكَ الرَّاهِنُ الرَّهْنَ) مَعْطُوفٌ عَلَى قَوْلِهِ فَإِنْ كَانَ مُوسِرًا ضَمِنَ قِيَمَتَهُمَا. وَقَوْلُهُ وَالْوَاجِبُ عَلَى هَذَا الْمُسْتَهْلِكِ: يَعْنِي الْأَجْنَبِيُّ، وَقِيْدُهُ بِذَلِكَ احْتِرَازًا عَنْ اسْتِهْلَاكِ الْمُرْتَهِنِ فَإِنَّهُ يَجِبُ عَلَيْهِ قِيَمَتُهُ يَوْمَ قَبْضِ لَا يَوْمَ هَلَاكِ كَمَا سَيَجِيءُ. وَقَوْلُهُ (كَأَنَّهَا هَلَكَتْ بِأَقَةِ سَمَاوِيَّةٍ) يَعْنِي تَكُونُ الزِّيَادَةُ مَضْمُونَةً عَلَى الْمُرْتَهِنِ. وَقَوْلُهُ (وَالْمُعْتَبَرُ فِي ضَمَانِ الرَّهْنِ) تَعْلِيلُ ذَلِكَ، قِيلَ عَلَيْهِ التُّقْصَانُ إِنَّمَا هُوَ بِتَرَاجُعِ السَّعْرِ وَأَنَّهُ لَا يُسْقَطُ مِنَ الدِّينِ شَيْئًا.

وَأُجِيبَ بِأَنَّ الْعَيْنَ قَدْ تَغَيَّرَتْ فَكَانَتْ بِمِثَابَةِ لَوْ كَانَتْ بَاقِيَةً تَرْجِعُ إِلَى مَا كَانَتْ عَلَيْهِ، فَبِالْهَلَاكِ فَاتَتْ تِلْكَ الصَّلَاحِيَّةُ، وَقَدْ ثَبَتَ فِي ابْتِدَاءِ الْقَبْضِ ضَمَانُ تِلْكَ الْقِيَمَةِ فَسَقَطَ قَدْرُ التُّقْصَانِ مِنَ الْعَيْنِ عِنْدَ الْقَتْلِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا لَمْ تَتَغَيَّرِ الْعَيْنُ وَقَدْ تَرَاجَعَ السَّعْرُ، لِأَنَّ الْعَيْنَ الَّتِي قَبَضَهَا بِحَالِهَا مِنْ غَيْرِ تَفَاوُتٍ فَلَا يَسْقَطُ شَيْءٌ مِنَ الدِّينِ. وَقَوْلُهُ (وَإِنْ نَقَصَتْ عَنِ الدِّينِ بِتَرَاجُعِ السَّعْرِ) إِشَارَةٌ إِلَى هَذَا السُّؤَالِ وَالْجَوَابِ.

قَالَ (وَإِذَا أَعَارَ الْمُرْتَهِنُ الرَّهْنَ لِلرَّاهِنِ لِيَخْدُمَهُ أَوْ لِيَعْمَلَ لَهُ عَمَلًا فَقَبْضُهُ خَرَجَ مِنْ ضَمَانِ الْمُرْتَهِنِ) لِمُنَافَاةِ بَيْنِ يَدِ الْعَارِيَّةِ وَيَدِ الرَّهْنِ (فَإِنْ هَلَكَ فِي يَدِ الرَّاهِنِ هَلَاكَ بِغَيْرِ شَيْءٍ) لِفَوَاتِ الْقَبْضِ الْمَضْمُونِ (وَلِلْمُرْتَهِنِ أَنْ يَسْتَرْجِعَهُ إِلَى يَدِهِ)؛ لِأَنَّ عَقْدَ الرَّهْنِ بَاقٍ إِلَّا فِي حُكْمِ الضَّمَانِ فِي الْحَالِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ هَلَكَ الرَّاهِنُ قَبْلَ أَنْ يَرُدَّهُ عَلَى الْمُرْتَهِنِ كَانَ الْمُرْتَهِنُ أَحَقَّ بِهِ مِنْ سَائِرِ الْغُرَمَاءِ، وَهَذَا؛ لِأَنَّ يَدَ الْعَارِيَّةِ لَيْسَتْ بِإِلَازِمَةٍ وَالضَّمَانُ لَيْسَ مِنْ لَوَازِمِ الرَّهْنِ عَلَى كُلِّ حَالٍ؛ أَلَا تَرَى أَنَّ حُكْمَ الرَّهْنِ ثَابِتٌ فِي وَلَدِ الرَّهْنِ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَضْمُونًا بِالْهَلَاكِ، وَإِذَا بَقِيَ عَقْدُ الرَّهْنِ فَإِذَا أَخَذَهُ عَادَ الضَّمَانُ؛ لِأَنَّهُ عَادَ الْقَبْضُ فِي عَقْدِ الرَّهْنِ فَيَعُودُ بِصِفَتِهِ (وَكَذَلِكَ لَوْ أَعَارَهُ أَحَدُهُمَا أَجْنَبِيًّا بِإِذْنِ الْآخَرِ سَقَطَ حُكْمُ الضَّمَانِ) لَمَّا قُلْنَا (وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنْ يَرُدَّهُ رَهْنًا كَمَا كَانَ)؛ لِأَنَّ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا حَقًّا مُحْتَرَمًا فِيهِ وَهَذَا بِخِلَافِ الْإِجَارَةِ وَالْبَيْعِ وَالْهَبَةِ مِنْ أَجْنَبِيٍّ إِذَا بَاشَرَهَا أَحَدُهُمَا بِإِذْنِ الْآخَرِ حَيْثُ يَخْرُجُ عَنِ الرَّهْنِ فَلَا يَعُودُ إِلَّا بِعَقْدٍ مُبْتَدَأٍ

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِذَا أَعَارَ الْمُرْتَهِنُ الرَّهْنَ لِلرَّاهِنِ) فِيهِ تَسَامُحٌ، لِأَنَّ الْإِعَارَةَ تَمْلِكُ الْمَنَافِعَ

بغير عوض والمرتهن لا يملكها فكيف يملكها غيره، ولكن لما عومل معاملة الإعارة من عدم الضمان وتمكن استرداد المعير أطلق الإعارة. وقوله (لمنافاة بين يد العارية ويد الرهن) لأن قبض الرهن يوجب الضمان وقبض العارية لا يوجب. وفي إيجاب الضمان على المرتهن بعد الإعارة يلزم الجمع بينهما وهو ممتنع، وذلك لأن الضمان إنما يوجب إذا كان يد الراهن بعد الإعارة يد المرتهن، ويده إذا كان يد عارية وفي ذلك جمع بينهما لا محالة، فاعتبرنا يد الراهن يد الرهن للزوم عقد الرهن وأزلنا الضمان لفوات القبض الموجب له وهو محسوس لا يرد، ولجواز انفكاك الرهن عن كونه مضموناً في الجملة كما في ولد الرهن، وكلامه واضح في غاية التحقيق شكر الله سعيه. وقوله (لما قلنا) إشارة إلى قوله لمنافاة بين يد العارية ويد الرهن. وقوله (وهذا) أي ما ذكرنا من إعارة أحدهما بإذن الآخر أجنبياً (بخلاف الإجارة والبيع والهبة من أجنبي) وجملة هذه التصرفات ستة: العارية، الوديعة، والرهن، والإجارة، والبيع، والهبة فالعارية توجب سقوط الضمان سواء كان المستعير هو الراهن أو المرتهن إذا هلك حالة الاستعمال أو أجنبياً ولا يرفع عقد الرهن، وحكم الوديعة كحكم العارية، والرهن يبطل عقد الرهن، وأما الإجارة فالمستأجر إن كان هو الراهن فهي باطلة وكان بمنزلة ما لو أعار منه أو أودعه فله أن يسترده، وإن كان هو المرتهن وجدد القبض للإجارة أو أجنبياً بمباشرة أحدهما العقد بإذن الآخر بطل الرهن والأجرة للراهن وولاية القبض للعائد ولا يعود رهناً إلا بالاستئناف، وأما البيع والهبة فإن العقد يبطل بهما إذا كانا من المرتهن أو أجنبياً بمباشرة أحدهما بإذن الآخر، وأما من الراهن فلا يتصور.

(ولو مات الراهن قبل الرد إلى المرتهن يكون المرتهن أسوة للغرماء)؛ لأنه تعلق بالرهن حق لازم بهذه التصرفات فيبطل به حكم الرهن، أما بالعارية لم يتعلق به حق لازم فافترقا.

(وإذا استعار المرتهن الرهن من الراهن ليعمل به فهلك قبل أن يأخذ في العمل هلك على ضمان الرهن) لبقاء يد الرهن (وكذا إذا هلك بعد الفراغ من العمل) لارتفاع يد العارية (ولو هلك في حالة العمل هلك بغير ضمان) لثبوت يد العارية بالاستعمال، وهي مخالفة ليد الراهن فانتفى الضمان (وكذا إذا أذن الراهن للمرتهن بالاستعمال) لما بيناه.

الشرح:

(وَقَوْلُهُ لَمَّا بَيَّنَّا) يَعْنِي فِي صُورَةِ الْعَارِيَةِ، ثُمَّ لَوْ اخْتَلَفَا فِي وَقْتِ الْهَلَاكِ فَالْقَوْلُ لِلْمُرْتَهِنِ وَالْيَتَنَةِ لِلرَّاهِنِ.

(وَمَنْ اسْتَعَارَ مِنْ غَيْرِهِ ثَوْبًا لِيَرَهْنَهُ فَمَا رَهْنُهُ بِهِ مِنْ قَلِيلٍ أَوْ كَثِيرٍ فَهُوَ جَائِزٌ؛
لأنَّهُ مُتَبَرِّعٌ بِإِثْبَاتِ مِلْكِ الْيَدِ فَيُعْتَبَرُ بِالتَّبَرُّعِ بِإِثْبَاتِ مِلْكِ الْعَيْنِ وَالْيَدِ وَهُوَ قَضَاءُ الدَّيْنِ،
وَيَجُوزُ أَنْ يَنْفَصِلَ مِلْكُ الْيَدِ عَنِ مِلْكِ الْعَيْنِ ثُبُوتًا لِلْمُرْتَهِنِ كَمَا يَنْفَصِلُ زَوَالًا فِي حَقِّ
الْبَائِعِ، وَالْإِطْلَاقُ وَاجِبٌ الْاعتِبَارِ خُصُوصًا فِي الْإِعَارَةِ؛ لِأَنَّ الْجِهَالَتَ فِيهَا لَا تُفْضِي إِلَى
الْمُنَازَعَةِ (وَلَوْ عَيَّنَ قَدْرًا لَا يَجُوزُ لِلْمُسْتَعِيرِ أَنْ يَرَهْنَهُ بِأَكْثَرِ مِنْهُ، وَلَا بِأَقَلِّ مِنْهُ؛ لِأَنَّ
التَّقْيِيدَ مُفِيدٌ، وَهُوَ يَنْفِي الزِّيَادَةَ؛ لِأَنَّ غَرَضَهُ الْاحْتِيَاسُ بِمَا تَيْسَّرُ آدَاؤُهُ، وَيَنْفِي النُّقْصَانَ
أَيْضًا؛ لِأَنَّ غَرَضَهُ أَنْ يَصِيرَ مُسْتَوْفِيًا لِلْأَكْثَرِ بِمُقَابَلَتِهِ عِنْدَ الْهَلَاكِ لِيَرْجِعَ بِهِ عَلَيْهِ
(وَكَذَلِكَ التَّقْيِيدُ بِالْجِنْسِ وَبِالْمُرْتَهِنِ وَبِالْبَلَدِ)؛ لِأَنَّ كُلَّ ذَلِكَ مُفِيدٌ لَتَيْسُّرِ الْبَعْضِ
بِالإِضَافَةِ إِلَى الْبَعْضِ وَتَفَاوُتِ الْأَشْخَاصِ فِي الْأَمَانَةِ وَالْحِفْظِ (فَإِذَا خَالَفَ كَانَ ضَامِنًا،
ثُمَّ إِنْ شَاءَ الْمُعِيرُ ضَمَّنَ الْمُسْتَعِيرَ وَيَتِمُّ عَقْدُ الرِّهْنِ فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْمُرْتَهِنِ)؛ لِأَنَّهُ مَلَكُهُ بِأَدَاءِ
الضَّمَانِ فَتَبَيَّنَ أَنَّهُ رَهْنٌ مِلْكُ نَفْسِهِ (وَإِنْ شَاءَ ضَمَّنَ الْمُرْتَهِنُ، وَيَرْجِعُ الْمُرْتَهِنُ بِمَا ضَمَّنَ
وَبِالدَّيْنِ عَلَى الرَّاهِنِ) وَقَدْ بَيَّنَّا فِي الْاسْتِحْقَاقِ (وَإِنْ وَافَقَ) بِأَنَّ رَهْنَهُ بِمِقْدَارِ مَا أَمَرَهُ بِهِ
(إِنْ كَانَتْ قِيَمَتُهُ مِثْلَ الدَّيْنِ أَوْ أَكْثَرَ فَهَلَكَ عِنْدَ الْمُرْتَهِنِ يَبْطُلُ الْمَالُ عَنِ الرَّاهِنِ) لِتَمَامِ
الْاسْتِيفَاءِ بِالْهَلَاكِ (وَوَجِبَ مِثْلُهُ لِرَبِّ الثَّوْبِ عَلَى الرَّاهِنِ)؛ لِأَنَّهُ صَارَ قَاضِيًا دَيْنَهُ بِمَالِهِ
بِهَذَا الْقَدْرِ وَهُوَ الْمَوْجِبُ لِلرُّجُوعِ دُونَ الْقَبْضِ بِذَاتِهِ؛ لِأَنَّهُ بِرِضَاهُ، وَكَذَلِكَ إِنْ أَصَابَهُ عَيْبٌ
ذَهَبَ مِنَ الدَّيْنِ بِحِسَابِهِ وَوَجِبَ مِثْلُهُ لِرَبِّ الثَّوْبِ عَلَى الرَّاهِنِ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ. (وَإِنْ كَانَتْ
قِيَمَتُهُ أَقَلَّ مِنَ الدَّيْنِ ذَهَبَ بِقَدْرِ الْقِيَمَةِ وَعَلَى الرَّاهِنِ بَقِيَّةُ دَيْنِهِ لِلْمُرْتَهِنِ)؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَقَعْ
الْاسْتِيفَاءُ بِالزِّيَادَةِ عَلَى قِيَمَتِهِ وَعَلَى الرَّاهِنِ لِصَاحِبِ الثَّوْبِ مَا صَارَ بِهِ مُوفِيًا لَمَّا بَيَّنَّاهُ (وَلَوْ
كَانَتْ قِيَمَتُهُ مِثْلَ الدَّيْنِ فَأَرَادَ الْمُعِيرُ أَنْ يَفْتَكَّهُ جَبْرًا عَنِ الرَّاهِنِ لَمْ يَكُنْ لِلْمُرْتَهِنِ إِذَا
قَضَى دَيْنَهُ أَنْ يَمْتَنِعَ)؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مُتَبَرِّعٍ حَيْثُ يُخْلَصُ مَلَكُهُ وَلِهَذَا يَرْجِعُ عَلَى الرَّاهِنِ بِمَا
أَدَّى الْمُعِيرُ فَاجْبِرَ الْمُرْتَهِنُ عَلَى الدَّفْعِ (بِخِلَافِ الْأَجْنَبِيِّ إِذَا قَضَى الدَّيْنِ)؛ لِأَنَّهُ مُتَبَرِّعٌ؛ إِذْ
هُوَ لَا يَسْعَى فِي تَخْلِيصِ مَلِكِهِ وَلَا فِي تَفْرِيعِ دِمَّتِهِ فَكَانَ لِلطَّالِبِ أَنْ لَا يَقْبَلَهُ (وَلَوْ هَلَكَ

التَّوْبُ الْعَارِيَّةُ عِنْدَ الرَّاهِنِ قَبْلَ أَنْ يَرَهْنَهُ أَوْ بَعْدَ مَا افْتَكَّهُ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَصِيرُ قَاضِيًا بِهِذَا، وَهُوَ الْمَوْجِبُ عَلَى مَا بَيَّنَّا (وَلَوْ اخْتَلَفَا فِي ذَلِكَ فَالْقَوْلُ لِلرَّاهِنِ) لِأَنَّهُ يُنْكَرُ الْإِيفَاءُ بِدَعْوَاهُ الْهَلَاكُ فِي هَاتَيْنِ الْحَالَتَيْنِ. (كَمَا لَوْ اخْتَلَفَا فِي مِقْدَارِ مَا أَمَرَهُ بِالرَّهْنِ بِهِ فَالْقَوْلُ لِلْمُعِيرِ؛ لِأَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُهُ فِي انْكَارِ أَصْلِهِ فَكَذًا فِي انْكَارِ وَصْفِهِ (وَلَوْ رَهْنَهُ الْمُسْتَعِيرُ بِدَيْنٍ مَوْعُودٍ وَهُوَ أَنْ يَرَهْنَهُ بِهِ لِيُقْرِضَهُ كَذًا فَهَلْكَ فِي يَدِ الْمُرْتَهِنِ قَبْلَ الْإِقْرَاضِ وَالْمُسْمَى وَالْقِيَمَةُ سَوَاءٌ يَضْمَنُ قَدْرَ الْمَوْعُودِ الْمُسْمَى) لَمَّا بَيَّنَّا أَنَّهُ كَالْمَوْجُودِ وَيَرْجِعُ الْمُعِيرُ عَلَى الرَّاهِنِ بِمِثْلِهِ؛ لِأَنَّ سَلَامَةَ مَالِيَةِ الرَّهْنِ بِاسْتِيفَائِهِ مِنَ الْمُرْتَهِنِ كَسَلَامَتِهِ بِرَأَاةِ ذِمَّتِهِ عَنْهُ

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ اسْتَعَارَ مِنْ غَيْرِهِ تَوْبًا إلخ) وَمَنْ اسْتَعَارَ تَوْبًا لِيَرَهْنَهُ فَالْمُعِيرُ إمَّا أَنْ يُطْلَقَ فِي ذَلِكَ أَوْ يُقَيَّدَ بِشَيْءٍ. فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ فَمَا رَهْنَهُ الْمُسْتَعِيرُ بِهِ مِنْ قَلِيلٍ وَكَثِيرٍ جَائِزٌ عَمَلًا بِالْإِطْلَاقِ وَكَانَ ذَلِكَ تَبَرُّعًا مِنَ الْمُعِيرِ بِإِثْبَاتِ مِلْكِ الْيَدِ فَيُعْتَبَرُ بِإِثْبَاتِ مِلْكِ الْعَيْنِ وَالْيَدِ جَمِيعًا بِأَنْ اسْتَأْذَنَ أَنْ يَقْضِيَ دَيْنًا عَلَيْهِ بِمَالِهِ. فَإِنْ قِيلَ: اعْتِبَارُ غَيْرِ صَحِيحٍ لِحَوَازِ أَنْ يَكُونَ صِحَّةُ ذَلِكَ لاجْتِمَاعِ الْعَيْنِ وَالْيَدِ فِيهِ. فَالْجَوَابُ أَنَّ الْإِتِّصَالَ غَيْرُ مَانِعٍ لِعَدَمِ اسْتِلْزَامِ أَحَدِهِمَا الْآخَرَ، فَإِنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يَنْفَصِلَ مِلْكُ الْيَدِ عَنْ مِلْكِ الْعَيْنِ ثُبُوتًا كَالصَّبِيِّ فَإِنَّهُ يَثْبُتُ لَهُ مِلْكُ الْعَيْنِ دُونَ الْيَدِ، وَزَوَالًا كَالْبَائِعِ بِشَرْطِ الْخِيَارِ فَإِنَّهُ يَزُولُ مِلْكُ الْيَدِ دُونَ مِلْكِ الْعَيْنِ، وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ جَازَ أَنْ يَثْبُتَ لِلْمُرْتَهِنِ مِلْكُ الْيَدِ دُونَ الْعَيْنِ. قَوْلُهُ (لِأَنَّ الْجَهَالََةَ فِيهَا لَا تُقْضَى إِلَى الْمُنَازَعَةِ) يَعْنِي الْمُنَازَعَةَ الْمَانِعَةَ مِنَ التَّسْلِيمِ وَالتَّسْلِيمِ فَإِنَّهَا هِيَ الْمُفْسِدَةُ لِلْعَقْدِ، فَصَارَ كَمَا إِذَا أَعَارَ تَوْبًا وَأُطْلِقَ، وَإِنْ كَانَ الثَّانِي سَوَاءً كَانَ التَّقْيِيدُ بِالْقَدْرِ أَوْ الْجِنْسِ أَوْ الْمُرْتَهِنِ أَوْ الْبَلَدِ ضَمَّنَ الْقِيَمَةَ بِالْمُخَالَفَةِ لَصَيْرُورَتِهِ غَاصِبًا بِالتَّصَرُّفِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ، فَإِنْ كَانَ التَّقْيِيدُ بِالْقَدْرِ هِيَ الزِّيَادَةُ عَلَيْهِ لِفَوَاتِ الْعَرَضِ فَإِنْ غَرَضُهُ الْإِحْتِبَاسُ بِمَا تَيْسَّرَ أَدَاؤُهُ إِنْ احتَاجَ إِلَى فَكَاكِهِ وَهُوَ أَقْلُ الْمَالَيْنِ، فَالزِّيَادَةُ زِيَادَةُ ضَرَرٍ وَبَقِيَ التَّقْصَانُ لِأَنَّ غَرَضَهُ أَنْ يَسْتَوْفِيَ أَكْثَرَ الْمَالَيْنِ إِنْ هَلَكَ الرَّهْنُ عِنْدَ الْمُرْتَهِنِ، فَإِنَّ الرَّاهِنَ يَرُدُّ عَلَيْهِ مِثْلَ مَا تَمَّ الاسْتِيفَاءُ بِهِ بِالْهَلَاكِ، وَيَقُوتُ ذَلِكَ إِذَا رَهَنَ بِالْأَقْلِ وَكَلَامُهُ ظَاهِرٌ.

وَقَوْلُهُ (وَوَجِبَ مِثْلُهُ) أَيُّ مِثْلُ مَا تَمَّ الاسْتِيفَاءُ بِهِ بِالْهَلَاكِ وَهُوَ مِقْدَارُ الدَّيْنِ الْمُسَمَّى لَا مِثْلُ قِيَمَةِ التَّوْبِ إِنْ كَانَتْ أَكْثَرَ، لِأَنَّ الزِّيَادَةَ عَلَى قَدْرِ الدَّيْنِ عِنْدَ الْهَلَاكِ

أَمَانَةٌ فِيمَا نَحْنُ فِيهِ، وَهُوَ مَا إِذَا وَافَقَ الْمُسْتَعِيرُ الْمَعِيرَ فِيمَا شَرَطَهُ. وَقَوْلُهُ (عَلَى مَا يَبْنَاهُ) يَعْنِي قَوْلُهُ لِأَنَّهُ صَارَ قَاضِيًا دَيْنَهُ بِمَالِهِ، وَكَذَلِكَ قَوْلُهُ لَمَّا يَبْنَاهُ إِشَارَةٌ إِلَيْهِ. وَقَوْلُهُ (أَنْ يَفْتَكَّهُ جَبْرًا عَنِ الرَّاهِنِ) قِيلَ مَعْنَاهُ مِنْ غَيْرِ رِضَاهُ وَلَيْسَ بِظَاهِرٍ. وَقِيلَ نِيَابَةٌ وَلَعَلَّهُ مِنَ الْجُبْرَانِ: يَعْنِي جَبْرَانًا لَمَّا فَاتَ عَنِ الرَّاهِنِ مِنَ الْقَضَاءِ بِنَفْسِهِ.

وقَوْلُهُ (وَلِهَذَا يَرْجِعُ عَلَى الرَّاهِنِ بِمَا أَدَّى) قَالَ فِي النَّهَائَةِ: لَيْسَ مُجْرَى عَلَى إِطْلَاقِهِ، بَلْ مَعْنَاهُ يَرْجِعُ عَلَى الرَّاهِنِ بِمَا أَدَّى إِذَا كَانَ مَا أَدَاهُ بِقَدْرِ الْقِيَمَةِ لَا مَا كَانَ أَكْثَرَ مِنْهَا: يَعْنِي إِنْ كَانَ قِيَمَةُ الرَّهْنِ أَلْفًا وَرَهْنُهُ بِالْفَيْنِ فَافْتَكَّهُ الْمَعِيرُ بِالْفَيْنِ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ بِمَا زَادَ عَلَى قِيَمَتِهِ، لِأَنَّهُ لَوْ هَلَكَ الرَّهْنُ لَمْ يَضْمَنْ الرَّاهِنُ لِلْمَعِيرِ أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ، وَلَيْسَ بِوَارِدٍ عَلَى الْمُصَنِّفِ رَحِمَهُ اللَّهُ لِأَنَّهُ وَضَعَ الْمَسْأَلَةَ فِيمَا إِذَا كَانَتْ الْقِيَمَةُ مِثْلَ الدَّيْنِ. وَقَوْلُهُ (عَلَى مَا يَبْنَاهُ) إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ لِأَنَّهُ صَارَ قَاضِيًا دَيْنَهُ بِمَالِهِ (وَلَوْ اخْتَلَفَا فِي ذَلِكَ) أَيُّ فِي كَوْنِ الْهَلَاكِ حَالِ الرَّهْنِ أَوْ غَيْرِهِ فَقَالَ الْمَعِيرُ هَلَكَ حَالِ الرَّهْنِ وَقَالَ الْمُسْتَعِيرُ هَلَكَ قَبْلَ الرَّهْنِ أَوْ بَعْدَ الْاِفْتِكَاكِ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الرَّاهِنِ لَمَّا ذُكِرَ وَالْبَيِّنَةُ بَيِّنَةُ الْمَعِيرِ لِأَنَّهُ يَدَّعِي عَلَيْهِ الضَّمَانَ. فَإِنْ قِيلَ: إِذَا ادَّعَى الرَّاهِنُ الْهَلَاكَ بَعْدَ الْفِكَاكِ فَقَدْ أَقْرَبَ بِسَبَبِ وَجُوبِ الضَّمَانِ وَهُوَ رَهْنُهُ الثُّوبَ بِدَيْنِهِ ثُمَّ ادَّعَى مَا يَنْسَخُهُ وَهُوَ الْفِكَاكُ فَلَا بُدَّ لَهُ مِنْ حُجَّةٍ كَمَا إِذَا ادَّعَى الْغَاصِبُ رَدَّ الْمَعْصُوبِ. أُجِيبَ بِأَنَّ الْمَوْجِبَ لِلضَّمَانِ فَرَاغُ ذِمَّتِهِ عَنِ الدَّيْنِ بِمَالِيَّةِ الرَّهْنِ وَلَمْ يُقَرَّرْ بِذَلِكَ. وَقَوْلُهُ (وَلَوْ اخْتَلَفَا) هَكَذَا فِي نُسخة قِرَاءَتِي عَلَى الشَّيْخِ رَحِمَهُ اللَّهُ، وَقَدْ وَقَعَ فِي النُّسخِ كَمَا لَوْ اخْتَلَفَا قَالَ فِي النَّهَائَةِ وَغَيْرِهِ مِنَ الشُّرُوحِ: لَيْسَ بِصَحِيحٍ وَالصَّوَابُ بِالْوَاوِ لِأَنَّ فِي لَفْظِ كَمَا يَخْتَلَفُ الْعَرَضُ، إِذْ فِي الْأَوَّلِ الْقَوْلُ لِلرَّاهِنِ وَهُوَ الْمُسْتَعِيرُ وَفِي الثَّانِي لِلْمَعِيرِ فَكَيْفَ يَصِحُّ التَّشْبِيهُ. وَقَوْلُهُ (فِي) إِنْكَارِ أَصْلِهِ يُرِيدُ عَقْدَ الْعَارِيَّةِ.

(وَلَوْ كَانَتْ الْعَارِيَّةُ عَبْدًا فَأَعْتَقَهُ الْمَعِيرُ جَازًا) لِقِيَامِ مِلْكِ الرِّقَبَةِ (ثُمَّ الْمُرْتَهِنُ) بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ رَجَعَ بِالْدَّيْنِ عَلَى الرَّاهِنِ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَسْتَوْفِهِ (وَإِنْ شَاءَ ضَمَّنَ الْمَعِيرُ قِيَمَتَهُ)؛ لِأَنَّ الْحَقَّ قَدْ تَعَلَّقَ بِرَقَبَتِهِ بِرِضَاهُ وَقَدْ أَتْلَفَهُ بِالْإِعْتَاقِ (وَتَكُونُ رَهْنًا عِنْدَهُ إِلَى أَنْ يَقْبِضَ دَيْنَهُ فَيَرُدَّهَا إِلَى الْمَعِيرِ)؛ لِأَنَّ اسْتِرْدَادَ الْقِيَمَةِ كَاسْتِرْدَادِ الْعَيْنِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (لَأَنَّ اسْتِرْدَادَ الْقِيَمَةِ كَاسْتِرْدَادِ الْعَيْنِ) يَعْنِي أَنَّ الْمُرْتَهَنَ اسْتَرَدَّ قِيَمَةَ الرِّهْنِ مِنَ الْمُعِيرِ وَاسْتَرْدَادُ الْقِيَمَةِ كَاسْتِرْدَادِ الْعَيْنِ، وَلَوْ اسْتَرَدَّ الْعَيْنَ ثُمَّ اسْتَوْفَى دَيْنَهُ مِنَ الرَّاهِنِ وَجَبَ عَلَيْهِ رَدُّ الْعَيْنِ فَكَذَلِكَ رَدُّ قِيَمَتِهِ.

(وَلَوْ اسْتَعَارَ عَبْدًا أَوْ دَابَّةً لِرَهْنِهِ فَاسْتَحْدَمَ الْعَبْدَ أَوْ رَكِبَ الدَّابَّةَ قَبْلَ أَنْ يَرَهْنَهُمَا ثُمَّ رَهْنَهُمَا بِمَالٍ مِثْلَ قِيَمَتِهِمَا ثُمَّ قَضَى الْمَالُ فَلَمْ يَقْبِضْهُمَا حَتَّى هَلَكَ عِنْدَ الْمُرْتَهِنِ فَلَا ضَمَانَ عَلَى الرَّاهِنِ)؛ لِأَنَّهُ قَدْ بَرِئَ مِنَ الضَّمَانِ حِينَ رَهْنَهُمَا، فَإِنَّهُ كَانَ أَمِينًا خَالَفَ ثُمَّ عَادَ إِلَى الْوِفَاقِ (وَكَذَا إِذَا افْتَكَّ الرِّهْنَ ثُمَّ رَكِبَ الدَّابَّةَ أَوْ اسْتَحْدَمَ الْعَبْدَ فَلَمْ يَعْطَبْ ثُمَّ عَطِبَ بَعْدَ ذَلِكَ مِنْ غَيْرِ صُنْعِهِ لَا يَضْمَنُ)؛ لِأَنَّهُ بَعْدَ الْفِكَاكِ بِمَنْزِلَةِ الْمُوَدَّعِ لَا بِمَنْزِلَةِ الْمُسْتَعِيرِ لِانْتِهَاءِ حُكْمِ الاسْتِعَارَةِ بِالْفِكَاكِ وَقَدْ عَادَ إِلَى الْوِفَاقِ فَيَبْرَأُ عَنِ الضَّمَانِ، وَهَذَا بِخِلَافِ الْمُسْتَعِيرِ؛ لِأَنَّهُ يَدُهُ يَدُ نَفْسِهِ فَلَا بُدَّ مِنَ الْوُصُولِ إِلَى يَدِ الْمَالِكِ، أَمَّا الْمُسْتَعِيرُ فِي الرِّهْنِ فَيَحْصُلُ مَقْصُودُ الْأَمْرِ وَهُوَ الرُّجُوعُ عَلَيْهِ عِنْدَ الْهَلَاكِ وَتَحَقُّقِ الاسْتِيفَاءِ

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلَوْ اسْتَعَارَ عَبْدًا أَوْ دَابَّةً لِرَهْنِهِ) وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ فِي آخِرِهِ (أَمَّا الْمُسْتَعِيرُ فِي الرِّهْنِ فَيَحْصُلُ مَقْصُودُ الْأَمْرِ) يَعْنِي بِتَسْلِيمِ الرِّهْنِ إِلَى الْمُرْتَهِنِ سَعَى فِي جَعْلِ الْمُسْتَعِيرِ فِي الرِّهْنِ بِمَعْنَى الْمُوَدَّعِ لِيَكُونَ التَّسْلِيمُ إِلَى الْمُرْتَهِنِ بِمَنْزِلَةَ رَدِّهِ إِلَى صَاحِبِهِ فَيَبْرَأُ مِنَ الضَّمَانِ، وَهُوَ صَحِيحٌ ظَاهِرٌ إِذَا كَانَ الاسْتِعْمَالُ قَبْلَ الرِّهْنِ، أَمَّا بَعْدَ فِكَاكِهِ فَلَيْسَ ثَمَّةَ تَحْصِيلُ مَقْصُودِ الْأَمْرِ فَلَا يَكُونُ دَافِعًا لِمَا يَرُدُّ مِنْ صُورَةِ الْمُسْتَعِيرِ فِي غَيْرِ الرِّهْنِ. وَقَدْ أُجِيبَ بِأَنَّ ثَمَّ الرُّدَّ إِلَى تَائِبِ الْمُعِيرِ وَهُوَ الْمُسْتَعِيرُ نَفْسُهُ قَدْ وَجِدَ، لِأَنَّ الرَّاهِنَ الَّذِي هُوَ الْمُسْتَعِيرُ بَعْدَ الْفِكَاكِ مُوَدَّعٌ وَالْمُوَدَّعُ يَبْرَأُ بِالْعَوْدِ إِلَى الْوِفَاقِ. فَالْعَوْدُ إِلَى الْوِفَاقِ قَبْلَ الرِّهْنِ كَأَنَّهُ رَدُّهُ إِلَى صَاحِبِهِ حُكْمًا وَبَعْدَهُ إِلَى تَائِبِهِ كَذَلِكَ وَهَذَا الَّذِي اخْتَارَهُ الْمُصَنِّفُ رَحِمَهُ اللَّهُ هُوَ مُخْتَارُ شَمْسِ الْأَيْمَةِ السَّرْحَسِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ. وَأَمَّا اخْتِيَارُ شَيْخِ الْإِسْلَامِ رَحِمَهُ اللَّهُ فَهُوَ أَنَّ الْمُسْتَعِيرَ يَبْرَأُ عَنِ الضَّمَانِ بِالْعَوْدِ إِلَى الْوِفَاقِ ذَلَّتْ عَلَيْهِ هَذِهِ الْمَسْأَلَةُ.

قَالَ (وَجَنَابَةُ الرَّاهِنِ عَلَى الرِّهْنِ مَضْمُونَةٌ)؛ لِأَنَّهُ تَقْوِيَتْ حَقٌّ لَزِمَ مُحْتَرَمٌ، وَتَعَلَّقَ مِثْلُهُ بِالْمَالِ يَجْعَلُ الْمَالَكِ كَالْأَجْنَبِيِّ فِي حَقِّ الضَّمَانِ كَتَعَلَّقِ حَقَّ الْوَرَثَةِ بِمَالِ الْمَرِيضِ

مَرَضَ الْمَوْتُ يَمْنَعُ نَفَادَ تَبَرُّعِهِ فِيمَا وَرَاءَ الثَّلَاثِ، وَالْعَبْدُ الْمُوصَى بِخِدْمَتِهِ إِذَا أَتْلَفَهُ الْوَرِثَةُ ضَمِنُوا قِيَمَتَهُ لِيُشْتَرَى بِهَا عَبْدٌ يَقُومُ مَقَامَهُ.

الشرح:

قَالَ (وَجِنَايَةُ الرَّاهِنِ عَلَى الرَّهْنِ مَضْمُونَةٌ) مَعْنَاهُ وَاضِحٌ وَعَنَى بِاللَّازِمِ مَا لَا يُقَدَّرُ عَلَى إِسْقَاطِهِ بِإِنْفَرَادِهِ وَبِالْمَحْتَرَمِ هُوَ أَنْ يَكُونَ غَيْرُهُ مَمْنُوعًا عَنْ إِبْطَالِهِ.

قَالَ (وَجِنَايَةُ الْمُرْتَهِنِ عَلَيْهِ تَسْقُطُ مِنْ دَيْنِهِ بِقَدْرِهَا) وَمَعْنَاهُ أَنْ يَكُونَ الضَّمَانُ عَلَى صِفَةِ الدَّيْنِ، وَهَذَا؛ لِأَنَّ الْعَيْنَ مِلْكُ الْمَالِكِ، وَقَدْ تَعَدَّى عَلَيْهِ الْمُرْتَهِنُ فَيُضْمَنُهُ لِمَالِكِهِ.

قَالَ (وَجِنَايَةُ الرَّهْنِ عَلَى الرَّاهِنِ وَالْمُرْتَهِنِ وَعَلَى مَالِهِمَا هَدَرٌ) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَقَالَا: جِنَايَتُهُ عَلَى الْمُرْتَهِنِ مُعْتَبَرَةٌ، وَالْمُرَادُ بِالْجِنَايَةِ عَلَى النَّفْسِ مَا يُوجِبُ الْمَالَ، أَمَّا الْوِفَاقِيَّةُ فَلِأَنَّهَا جِنَايَةُ الْمَمْلُوكِ عَلَى الْمَالِكِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ مَاتَ كَانَ الْكَفْنُ عَلَيْهِ، بِخِلَافِ جِنَايَةِ الْمَغْصُوبِ عَلَى الْمَغْصُوبِ مِنْهُ؛ لِأَنَّ الْمَلِكَ عِنْدَ آدَاءِ الضَّمَانِ يَثْبُتُ لِلْغَاصِبِ مُسْتَنَدًا حَتَّى يَكُونَ الْكَفْنُ عَلَيْهِ، فَكَانَتْ جِنَايَتُهُ عَلَى غَيْرِ الْمَالِكِ فَاعْتَبِرَتْ وَلَهُمَا فِي الْخِلَافِيَّةِ أَنَّ الْجِنَايَةَ حَصَلَتْ عَلَى غَيْرِ مَالِكِهِ وَفِي الْإِعْتِبَارِ فَائِدَةٌ وَهُوَ دَفْعُ الْعَبْدِ إِلَيْهِ بِالْجِنَايَةِ فَتُعْتَبَرُ ثُمَّ إِنْ شَاءَ الرَّاهِنُ وَالْمُرْتَهِنُ أَبْطَلَا الرَّهْنَ وَدَفَعَاهُ بِالْجِنَايَةِ إِلَى الْمُرْتَهِنِ، وَإِنْ قَالَ الْمُرْتَهِنُ لَا أَطْلُبُ الْجِنَايَةَ فَهُوَ رَهْنٌ عَلَى حَالِهِ وَلَهُ أَنْ هَذِهِ الْجِنَايَةُ لَوْ اعْتَبَرْنَا لِلْمُرْتَهِنِ كَانَ عَلَيْهِ التَّطْهِيرُ مِنَ الْجِنَايَةِ؛ لِأَنَّهَا حَصَلَتْ فِي ضَمَانِهِ فَلَا يُفِيدُ وَجُوبُ الضَّمَانِ لَهُ مَعَ وَجُوبِ التَّخْلِيصِ عَلَيْهِ، وَجِنَايَتُهُ عَلَى مَالِ الْمُرْتَهِنِ لَا تُعْتَبَرُ بِالاتِّفَاقِ إِذَا كَانَتْ قِيَمَتُهُ وَالْدَّيْنُ سُوَاءً؛ لِأَنَّهُ لَا فَائِدَةَ فِي إِعْتِبَارِهَا؛ لِأَنَّهُ لَا يَتَمَلَّكُ الْعَبْدُ وَهُوَ الْفَائِدَةُ، وَإِنْ كَانَتْ الْقِيَمَةُ أَكْثَرَ مِنَ الدَّيْنِ؛ فَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ يُعْتَبَرُ بِقَدْرِ الْأَمَانَةِ؛ لِأَنَّ الْفَضْلَ لَيْسَ فِي ضَمَانِهِ فَاشْبَهَ جِنَايَةَ الْعَبْدِ الْوَدِيعَةِ عَلَى الْمُسْتَوْدِعِ وَعَنْهُ أَنَّهَا لَا تُعْتَبَرُ؛ لِأَنَّ حُكْمَ الرَّهْنِ وَهُوَ الْحَبْسُ فِيهِ ثَابِتٌ قَصَارَ كَالْمُضْمُونِ، وَهَذَا بِخِلَافِ جِنَايَةِ الرَّهْنِ عَلَى ابْنِ الرَّاهِنِ أَوْ ابْنِ الْمُرْتَهِنِ؛ لِأَنَّ الْأَمْلَكَ حَقِيقَةً مُتَبَايِنَةً قَصَارَ كَالْجِنَايَةِ عَلَى الْأَجْنَبِيِّ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَالْمُرَادُ بِالْجِنَايَةِ عَلَى النَّفْسِ مَا يُوجِبُ الْمَالَ) يَعْنِي أَنْ تَكُونَ الْجِنَايَةُ فِي النَّفْسِ أَوْ مَا ذُوْنَهَا خَطَأً أَمَّا مَا يُوجِبُ الْقِصَاصَ فَهُوَ مُعْتَبَرٌ بِالْإِجْمَاعِ. وَقَوْلُهُ (أَمَّا

الْوَفَاقِيَّةُ) يَعْنِي أَمَّا وَجْهُ الْمَسْأَلَةِ الَّتِي اتَّفَقُوا فِي حُكْمِهَا وَهِيَ أَنَّ جِنَايَةَ الرَّهْنِ عَلَى الرَّاهِنِ هَذَرٌ (فَلَا تَهَا جِنَايَةُ الْمَمْلُوكِ عَلَى الْمَالِكِ) فِيمَا يُوجِبُ الْمَالَ بِدَلِيلٍ أَنَّهُ إِذَا مَاتَ وَجَبَ الْكَفْنَ عَلَى مَوْلَاهُ وَكُلُّ مَا كَانَ كَذَلِكَ فَهُوَ هَذَرٌ لِأَنَّهُ لَوْ جَنَى عَلَى غَيْرِهِ وَجَبَ عَلَى مَوْلَاهُ مِنْ مَالِهِ، فَإِذَا جَنَى عَلَيْهِ شَيْءٌ لَكَانَ وَاجِبًا لَهُ عَلَيْهِ وَذَلِكَ بَاطِلٌ. وَتَوْقُضُ بِالْمَعْصُوبِ إِذَا جَنَى عَلَى مَالِكِهِ الْمَعْصُوبِ مِنْهُ فَإِنَّهَا تُوجِبُ الضَّمَانَ. وَأَجَابَ الْمُصَنِّفُ رَحِمَهُ اللَّهُ بِمَا فِي الْكِتَابِ، بِخِلَافِ الْجِنَايَةِ الْمُوجِبَةِ لِلْقَصَاصِ فَإِنَّ الْمُسْتَحَقَّ بِهَا دَمُهُ وَالْمَوْلَى أَجَنَّبِيٌّ عَنْهُ. يُوضِّحُهُ أَنَّ إِقْرَارَ الْمَوْلَى عَلَيْهِ بِالْجِنَايَةِ الْمُوجِبَةِ لِلْقَصَاصِ غَيْرُ صَحِيحٍ وَبِالْمُوجِبَةِ لِلْمَالِ صَحِيحٌ وَإِقْرَارُ الْعَبْدِ عَلَى عَكْسِ ذَلِكَ. وَلَهُمَا فِي الْخِلَافِيَّةِ أَنَّ الْجِنَايَةَ حَصَلَتْ عَلَى غَيْرِ مَالِكِهِ.

إِذَا الرُّمْتَهُنُ غَيْرُ مَالِكٍ لِلْعَيْنِ وَحُصُولُهَا عَلَى غَيْرِ الْمَالِكِ يُوجِبُ الضَّمَانَ كَمَا لَوْ حَصَلَتْ عَلَى أَجَنَّبِيٍّ آخَرَ. فَإِنْ قِيلَ: مَا لَيْتَهُ مُحْتَبَسَةً بِدَيْنِهِ فَلَا فَائِدَةَ فِي إِيْجَابِ الضَّمَانَ. أَجَابَ بِقَوْلِهِ (وَفِي الْاِعْتِبَارِ فَائِدَةٌ وَهُوَ دَفْعُ الْعَبْدِ إِلَيْهِ بِالْجِنَايَةِ فَتُعْتَبَرُ) وَإِنْ كَانَ يَسْقُطُ حَقُّهُ فِي الدَّيْنِ فَإِنْ إِبْقَاءَهُ رَهْنًا وَجَعَلَهُ بِالْأَيْنِ لَا يُثْبِتُ لَهُ مِلْكَ الْعَيْنِ، وَرُبَّمَا يَكُونُ لَهُ غَرَضٌ فِي مِلْكِ الْعَيْنِ فَيَحْصُلُ لَهُ بِاعْتِبَارِ الْجِنَايَةِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ غَرَضٌ فِي ذَلِكَ يَتْرُكُ طَلَبَ الْجِنَايَةِ وَيَسْتَبْقِيهِ رَهْنًا كَمَا كَانَ. وَقَوْلُهُ (وَدَفْعُهُ) فِيهِ تَسَامُحٌ، لِأَنَّ الرُّمْتَهُنَ لَا يَدْفَعُ الْعَبْدُ إِلَى نَفْسِهِ، وَمُخْلَصُهُ الْمُسَاكَلَةُ فَإِنَّهُ وَإِنْ كَانَ قَابِلًا ذَكَرَهُ بِلَفْظِ الدَّافِعِ لَوْ قُوعِهِ فِي صُحْبَتِهِ أَوْ التَّغْلِيْبِ سَمَاءً دَافِعًا وَتَنَاءً (وَلَهُ أَنَّ هَذِهِ الْجِنَايَةَ لَوْ اِعْتَبَرْنَاهَا لِلرُّمْتَهُنِ كَانَ التَّطْهِيرُ عَلَيْهِ لِأَنَّهَا حَصَلَتْ فِي ضَمَانِهِ) لَكُونِهِ مُخَاطَبًا بِالدَّفْعِ أَوْ الْفِدَاءِ كَالرَّاهِنِ، فَكَانَ حُكْمُ الدَّفْعِ أَوْ الْفِدَاءِ لَهُ وَعَلَيْهِ فِي حَقِّ شَيْءٍ وَاحِدٍ بِسَبَبٍ وَاحِدٍ، وَلَا فَائِدَةَ فِي ذَلِكَ.

وَقَوْلُهُ (وَإِنْ كَانَتْ الْقِيَمَةُ أَكْثَرَ مِنَ الدَّيْنِ) بِأَنَّ كَانَ الْعَيْنُ وَالْأَيْنُ أَلْفًا وَأُتْلِفَ مَتَاعَ الرُّمْتَهُنِ فَقَالَ لِلرَّاهِنِ إِمَّا أَنْ تَقْضِيَ نِصْفَ دَيْنِهِ أَوْ يُبَاعَ عَلَيْكَ الْعَبْدُ، فَإِنْ اِمْتَنَعَ عَنْ الْقَضَاءِ يَبِيعُ الْعَبْدُ وَيَسْتَوْفِي الرُّمْتَهُنَ مِنْ ثَمَنِهِ تَمَامَ قِيَمَةِ الْمَتَاعِ، فَإِنْ بَقِيَ شَيْءٌ مِنَ الثَّمَنِ أَخَذَ الرَّاهِنُ نِصْفَهُ وَالرُّمْتَهُنُ نِصْفَهُ، لِأَنَّهُ بَدَلُ عِبْدٍ نِصْفُهُ أَمَانَةٌ وَنِصْفُهُ مَضْمُونٌ، وَبَدَلُ الْأَمَانَةِ لِلرَّاهِنِ وَبَدَلُ الْمَضْمُونِ لِلرُّمْتَهُنِ، وَإِنْ قَضَى التَّصْفِ زَالَ الدَّيْنُ وَبَقِيَ الْعَبْدُ رَهْنًا بِحَالِهِ، وَهَذَا وَجْهٌ ظَاهِرٌ الرَّوَايَةِ، وَوَجْهٌ غَيْرُهُ مَا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ وَهُوَ وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ

(وَهَذَا) أَيُّ مَا ذَكَرْنَا مِنْ كَوْنِ الْجِنَايَةِ عَلَى الرَّاهِنِ وَالْمُرْتَهِنِ هَدْرًا (بِخِلَافِ جِنَايَةِ الرَّهْنِ عَلَى ابْنِ الرَّاهِنِ أَوْ ابْنِ الْمُرْتَهِنِ) لِأَنَّ الْأَمْلَاكَ بَيْنَ الْأَبِ وَالْإِبْنِ حَقِيقَةٌ مُتَبَايِنَةٌ فَصَارَ كَالْجِنَايَةِ عَلَى الْأَجْنَبِيِّ.

قَالَ (وَمَنْ رَهْنٌ عَبْدًا يُسَاوِي أَلْفًا بِأَلْفٍ إِلَى أَجَلٍ فَتَقَصَّ فِي السَّعْرِ فَرَجَعَتْ قِيمَتُهُ إِلَى مِائَةٍ ثُمَّ قَتَلَهُ رَجُلٌ وَغَرِمَ قِيمَتَهُ مِائَةً ثُمَّ حَلَّ الْأَجَلَ فَإِنَّ الْمُرْتَهِنَ يَقْبِضُ الْمِائَةَ قَضَاءً عَنْ حَقِّهِ وَلَا يَرْجِعُ عَلَى الرَّاهِنِ بِشَيْءٍ) وَأَصْلُهُ أَنَّ النُّقْصَانَ مِنْ حَيْثُ السَّعْرُ لَا يُوجِبُ سَقُوطَ الدِّينِ عِنْدَنَا خِلَافًا لِرُفْرُ، وَهُوَ يَقُولُ: إِنَّ الْمَالِيَّةَ قَدْ انْتَقَصَتْ فَأَشْبَهَ انْتِقَاصَ الْعَيْنِ وَلَنَا أَنَّ نَقْصَانَ السَّعْرِ عِبَارَةٌ عَنْ فُتُورِ رَغَبَاتِ النَّاسِ وَذَلِكَ لَا يُعْتَبَرُ فِي الْبَيْعِ حَتَّى لَا يَثْبُتَ بِهِ الْخِيَارُ وَلَا فِي الْغَصْبِ حَتَّى لَا يَجِبَ الضَّمَانُ، بِخِلَافِ نَقْصَانِ الْعَيْنِ؛ لِأَنَّ بَفَوَاتِ جُزْءٍ مِنْهُ يَتَقَرَّرُ الْاسْتِيفَاءُ فِيهِ إِذِ الْيَدُ يَدُ الْاسْتِيفَاءِ، وَإِذَا لَمْ يَسْقُطْ شَيْءٌ مِنَ الدِّينِ بِنَقْصَانِ السَّعْرِ بَقِيَ مَرَهُونًا بِكُلِّ الدِّينِ، فَإِذَا قَتَلَهُ حُرٌّ غَرِمَ قِيمَتُهُ مِائَةً؛ لِأَنَّهُ تُعْتَبَرُ قِيمَتُهُ يَوْمَ الْإِتْلَافِ فِي ضَمَانِ الْإِتْلَافِ؛ لِأَنَّ الْجَائِرَ يَقْدِرُ الْفَالِتُ، وَأَخَذَهُ الْمُرْتَهِنُ؛ لِأَنَّهُ بَدَلَ الْمَالِيَّةِ فِي حَقِّ الْمُسْتَحَقِّ وَإِنْ كَانَ مُقَابِلًا بِالدَّمِ عَلَى أَصْلَانَا حَتَّى لَا يُزَادَ عَلَى دِيَةِ الْحُرِّ؛ لِأَنَّ الْمَوْلَى اسْتَحَقَّهُ بِسَبَبِ الْمَالِيَّةِ وَحَقُّ الْمُرْتَهِنِ مُتَعَلِّقٌ بِالْمَالِيَّةِ فَكَذَا فِيمَا قَامَ مَقَامُهُ، ثُمَّ لَا يَرْجِعُ عَلَى الرَّاهِنِ بِشَيْءٍ؛ لِأَنَّ يَدَ الرَّهْنِ يَدُ الْاسْتِيفَاءِ مِنَ الْإِبْتِدَاءِ وَبِالْهَلَاكِ يَتَقَرَّرُ وَقِيمَتُهُ كَانَتْ فِي الْإِبْتِدَاءِ أَلْفًا فَيَصِيرُ مُسْتَوْفِيًا لِلْكُلِّ مِنَ الْإِبْتِدَاءِ أَوْ نَقُولُ: لَا يُمَكِّنُ أَنْ يُجْعَلَ مُسْتَوْفِيًا أَلْفًا بِمِائَةٍ؛ لِأَنَّهُ يُؤَدِّي إِلَى الرَّبِّ فَيَصِيرُ مُسْتَوْفِيًا الْمِائَةَ وَبَقِيَ تِسْعُمِائَةٍ فِي الْعَيْنِ، فَإِذَا هَلَكَ يَصِيرُ مُسْتَوْفِيًا تِسْعُمِائَةٍ بِالْهَلَاكِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا مَاتَ مِنْ غَيْرِ قَتْلٍ أَحَدٍ؛ لِأَنَّهُ يَصِيرُ مُسْتَوْفِيًا الْكُلِّ بِالْعَبْدِ؛ لِأَنَّهُ لَا يُؤَدِّي إِلَى الرَّبِّ قَالَ (وَإِنْ كَانَ أَمْرُهُ الرَّاهِنُ أَنْ يَبِيعَهُ فَبَاعَهُ بِمِائَةٍ وَقَبِضَ الْمِائَةَ قَضَاءً مِنْ حَقِّهِ فَيَرْجِعُ بِتِسْعُمِائَةٍ)؛ لِأَنَّهُ لَمَّا بَاعَهُ بِإِذْنِ الرَّاهِنِ صَارَ كَأَنَّ الرَّاهِنَ اسْتَرَدَّه وَبَاعَهُ بِنَفْسِهِ، وَلَوْ كَانَ كَذَلِكَ يَبْطُلُ الرَّهْنُ وَيَبْقَى الدِّينُ إِلَّا بِقَدْرِ مَا اسْتَوْفَى، وَكَذَا هَذَا قَالَ (وَإِنْ قَتَلَهُ عَبْدٌ قِيمَتُهُ مِائَةً فَدَفَعَ مَكَانَهُ افْتَكَّهُ بِجَمِيعِ الدِّينِ) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ وَقَالَ مُحَمَّدٌ: هُوَ بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ افْتَكَّهُ بِجَمِيعِ الدِّينِ، وَإِنْ شَاءَ سَلَّمَ الْعَبْدَ الْمَدْفُوعَ إِلَى الْمُرْتَهِنِ بِمَالِهِ وَقَالَ رُفْرُ: يَصِيرُ رَهْنًا بِمِائَةٍ لَهُ أَنَّ يَدَ الرَّهْنِ يَدُ اسْتِيفَاءٍ وَقَدْ تَقَرَّرَ بِالْهَلَاكِ، إِلَّا أَنَّهُ أَخْلَفَ بَدَلًا بِقَدْرِ الْعُشْرِ فَيَبْقَى

الدَّيْنُ بِقَدْرِهِ وَلِأَصْحَابِنَا عَلَى زُهْرَ أَنَّ الْعَبْدَ الثَّانِيَ قَائِمٌ مَقَامَ الْأَوَّلِ لِحِمَا وَدَمًا، وَلَوْ كَانَ الْأَوَّلُ قَائِمًا وَأَنْتَقِصَ السَّعْرُ لَا يَسْقُطُ شَيْءٌ مِنَ الدَّيْنِ عِنْدَنَا مَا ذَكَّرْنَا، فَكَذَلِكَ إِذَا قَامَ الْمَدْفُوعُ مَكَانَهُ وَلِمُحَمَّدٍ فِي الْخِيَارِ أَنَّ الْمَرْهُونَ تَغَيَّرَ فِي ضَمَانِ الْمُرْتَهِنِ فَيُخَيَّرُ الرَّاهِنُ كَالْبَيْعِ إِذَا قُتِلَ قَبْلَ الْقَبْضِ وَالْمَغْصُوبِ إِذَا قُتِلَ فِي يَدِ الْغَاصِبِ يُخَيَّرُ الْمُشْتَرِي، وَالْمَغْصُوبُ مِنْهُ كَذَا هَذَا وَكُلُهُمَا أَنَّ التَّغْيِيرَ لَمْ يَظْهَرْ فِي نَفْسِ الْعَبْدِ لِقِيَامِ الثَّانِي مَقَامَ الْأَوَّلِ لِحِمَا وَدَمًا كَمَا ذَكَّرْنَاهُ مَعَ زُهْرٍ، وَعَيْنُ الرَّهْنِ أَمَانَةٌ عِنْدَنَا فَلَا يَجُوزُ تَمْلِيكُهُ مِنْهُ بِغَيْرِ رِضَاهُ، وَلَئِنْ جَعَلَ الرَّهْنُ بِالَّذِينَ حُكِمَ جَاهِلِيٌّ، وَأَنَّهُ مَنْسُوخٌ، بِخِلَافِ الْبَيْعِ؛ لِأَنَّ الْخِيَارَ فِيهِ حُكْمُهُ الْفَسْخُ وَهُوَ مَشْرُوعٌ وَبِخِلَافِ الْغَصْبِ؛ لِأَنَّ تَمْلِكَهُ بِإِدَاءِ الضَّمَانِ مَشْرُوعٌ، وَلَوْ كَانَ الْعَبْدُ تَرَاجَعَ سِعْرُهُ حَتَّى صَارَ يُسَاوِي مِائَةً ثُمَّ قَتَلَهُ عَبْدٌ يُسَاوِي مِائَةً فَدَفَعَ بِهِ فَهُوَ عَلَى هَذَا الْخِلَافِ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ رَهْنًا عَبْدًا يُسَاوِي أَلْفًا بِأَلْفٍ) نُقْصَانُ الْقِيَمَةِ بِتَرَاجُعِ السَّعْرِ بَعْدَ مَا قَبِضَ الرَّهْنُ لَيْسَ بِمُعْتَبَرٍ فَلَا يُوجِبُ سُقُوطَ الدَّيْنِ، وَلِهَذَا لَوْ نَقَصَ بِهِ وَهُوَ بَاقٍ عَلَى حَالِهِ فَالرَّاهِنُ يُطَالِبُ بِجَمِيعِ الدَّيْنِ عِنْدَ رَدِّ الْمُرْتَهِنِ الرَّهْنُ إِلَى الرَّاهِنِ. وَقَوْلُهُ (حَتَّى لَا يُزَادَ عَلَى دِيَةِ الْحُرِّ) نَتِيجَةُ قَوْلِهِ كَانَ مُقَابِلًا بِالذَّمِّ. وَقَوْلُهُ (لَأَنَّ الْمَوْلَى اسْتَحَقَّهُ) ذَلِيلُ قَوْلِهِ لِأَنَّهُ بَدَلَ الْمَالِيَّةِ فِي حَقِّ الْمُسْتَحَقِّ. وَقَوْلُهُ (أَوْ نَقُولُ) ذَلِيلُ آخَرُ: أَيُّ لَا يُمَكِّنُ أَنْ يُجْعَلَ الْمُرْتَهِنُ مُسْتَوْفِيًا لِأَلْفِ الدَّيْنِ بِالْمِائَةِ الَّتِي غَرِمَهَا الْحُرُّ بِقَتْلِ الرَّهْنِ وَجُعِلَتْ رَهْنًا مَكَانَهُ لِأَنَّهُ يُؤَدِّي إِلَى الرِّبَا فَيَصِيرُ مُسْتَوْفِيًا الْمِائَةَ وَبَقِيَ تِسْعُمِائَةٍ فِي الْعَيْنِ، وَإِذَا هَلَكَ يَصِيرُ مُسْتَوْفِيًا تِسْعُمِائَةٍ بِالْهَلَاكِ وَالْبَاقِي ظَاهِرٌ. وَاعْلَمْ أَنَّ صُورَ الْمَسَائِلِ هَاهُنَا ثَلَاثٌ: تَرَاجُعُ قِيَمَةِ الرَّهْنِ مِنْ أَلْفٍ إِلَى مِائَةٍ مَعَ قِيَامِ عَيْنِهِ بِحَالِهِ. وَقَتْلُ حُرِّ الْعَبْدِ الَّذِي قِيَمَتُهُ مِائَةٌ بَعْدَ التَّرَاجُعِ، وَضَمَانُ قِيَمَتِهِ مِائَةً. وَقَتْلُ عَبْدٍ الْعَبْدِ الْمَرْهُونِ وَدَفْعُهُ بِهِ.

وَأَقُولُ الْعُلَمَاءُ فِيهَا أَيْضًا ثَلَاثَةٌ، أَمَّا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ فَحُكْمُ الصُّورَةِ الْأُولَى وَالثَّلَاثَةِ وَاحِدٌ، وَهُوَ أَنَّ الرَّاهِنَ يَفْتَكُهَا بِجَمِيعِ الدَّيْنِ بِلا خِيَارٍ، وَقَوْلُ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي الْأُولَى كَقَوْلِهِمَا وَفِي الثَّلَاثَةِ أَنَّ الرَّاهِنَ بِالْخِيَارِ بَيْنَ أَنْ يَأْخُذَ الرَّهْنَ بِجَمِيعِ الدَّيْنِ كَالأُولَى وَبَيْنَ أَنْ يُسَلِّمَهُ إِلَى الْمُرْتَهِنِ بِمَالِهِ كَالثَّانِيَةِ عَلَى مَا نَذَرْنَاهُ.

وَقَوْلُ زُفَرٍ رَحِمَهُ اللَّهُ إِنَّ حُكْمَ الصُّورَةِ الْأُولَى وَالثَّلَاثَةِ وَاحِدٌ فِي أَنَّ الرَّاهِنَ يَفْتَكُهَا بِالْمِائَةِ وَيَسْقُطُ عَنْهُ التَّسْعِمَاةُ قِيَاسًا عَلَى الصُّورَةِ الثَّانِيَةِ، فَإِنَّ حُكْمَهَا أَنَّ التَّسْعِمَاةَ سَائِطَةٌ عَنْ الرَّاهِنِ بِالِاتِّفَاقِ وَلِلْمُرْتَهِنِ تِلْكَ الْمِائَةُ الَّتِي ضَمِنَهَا الْحُرُّ عِنْدَ حُلُولِ الْأَجَلِ، وَوُجُوهُ هَذِهِ الْأَقْوَالِ مَذْكُورَةٌ فِي الْكِتَابِ. وَقَوْلُهُ (لَحْمًا وَدَمًا) يَعْنِي صُورَةً وَمَعْنَى، أَمَّا صُورَةُ فَظَاهِرٌ، وَأَمَّا مَعْنَى فَلَأَنَّ الْقَاتِلَ كَالْمَقْتُولِ فِي الْأَدَمِيَّةِ وَالشَّرْعُ اعْتَبَرَهُ جُزْءًا مِنْ حَيْثُ الْأَدَمِيَّةُ دُونَ الْمَالِيَّةِ أَلَا تَرَى إِلَى اسْتَوَائِهِمَا فِي حَقِّ الْقِصَاصِ فَكَذَا فِي حَقِّ الدَّفْعِ أَيْضًا.

وَقَوْلُهُ (لَمَّا ذَكَرْنَا) إِشَارَةً إِلَى قَوْلِهِ وَلَنَا أَنْ نُقْصَانَ السَّعْرَ عِبَارَةً عَنْ فُتُورِ رَعَبَاتِ النَّاسِ إلخ. وَقَوْلُهُ (كَالْمَبِيعِ إِذَا قُتِلَ قَبْلَ الْقَبْضِ وَالْمَعْصُوبِ فِي يَدِ الْعَاصِبِ) يَعْنِي إِذَا قَتَلَهُمَا عَبْدٌ وَدَفَعَ مَكَانَهُمَا فَإِنَّ الْمُشْتَرِيَ يَتَخَيَّرُ بَيْنَ أَنْ يَأْخُذَهُ بِكُلِّ الثَّمَنِ وَيَبْنَ أَنْ يَفْسَخَ الْبَيْعَ لِتَغْيِيرِ الْمَبِيعِ وَفِي الْعَصَبِ يَتَخَيَّرُ الْمَعْصُوبُ مِنْهُ بَيْنَ أَنْ يَأْخُذَ الْمُدْفُوعَ مَكَانَهُ وَيَبْنَ أَنْ يُطَالِبَ الْعَاصِبَ بِقِيَمَةِ الْمَقْتُولِ. وَقَوْلُهُ (وَأَنَّهُ مَفْسُوخٌ) يَعْنِي بِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لَا يُغْلَقُ الرَّهْنُ ثَلَاثًا» وَقَوْلُهُ (لَوْ كَانَ الْعَبْدُ تَرَجَعَ سِعْرُهُ إِلَى قَوْلِهِ فَهُوَ عَلَى هَذَا الْخِلَافِ).

قِيلَ فِي بَعْضِ الشُّرُوحِ: هَذَا تَكَرَّرٌ لَا مَحَالَةَ، لِأَنَّ وَضْعَ الْمَسْأَلَةِ فِي الْفَصْلِ الثَّلَاثِ: يَعْنِي مَا عَبَّرْنَا عَنْهُ هَاهُنَا بِالصُّورَةِ الثَّلَاثَةِ فِيمَا إِذَا تَرَجَعَ سِعْرُ الرَّهْنِ إِلَى مِائَةٍ فَقَتَلَهُ عَبْدٌ قِيَمَتُهُ مِائَةٌ فَدَفَعَ بِهِ وَقَدْ ذَكَرَ الْخِلَافَ فِيهِ فَلَا حَاجَةَ إِلَى أَنْ يَقُولَ بَعْدَ ذَلِكَ فِيهِ بَعِيْنُهُ فَهُوَ عَلَى هَذَا الْخِلَافِ، وَكَذَلِكَ صَاحِبُ النَّهَائَةِ جَعَلَ الصُّورَةَ الثَّلَاثَةَ فِيمَا إِذَا تَرَجَعَ السَّعْرُ لَكِنَّهُ لَمْ يَتَعَرَّضْ لَوْقُوعِ التَّكَرَّرِ وَهُوَ لَازِمٌ عَلَيْهِ أَيْضًا، وَفِي ذَلِكَ سُوءُ ظَنٍّ بِمِثْلِ صَاحِبِ الْهُدَايَةِ الَّذِي حَازَ قِصَبَاتِ السَّبْقِ فِي مِضْمَارِ التَّحْقِيقِ، وَإِنَّمَا الصُّورَةُ الثَّلَاثَةُ فِي غَيْرِ تَرَجُعِ السَّعْرِ كَمَا ذَكَرْنَا. وَهَذِهِ الْمَسْأَلَةُ فِي صُورَةِ التَّرَجُعِ وَلَا تَكَرَّرَ ثَمَّةَ.

(وَإِذَا قَتَلَ الْعَبْدُ الرَّهْنَ قَتِيلًا خَطَأً فَضَمَّانُ الْجِنَايَةِ عَلَى الْمُرْتَهِنِ وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَدْفَعَ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ التَّمْلِيكَ (وَلَوْ هُدِيَ طَهْرُ الْمَحَلِّ فَبَقِيَ الدِّينُ عَلَى حَالِهِ وَلَا يَرْجِعُ عَلَى الرَّاهِنِ بِشَيْءٍ مِنَ الْفِدَاءِ)؛ لِأَنَّ الْجِنَايَةَ حَصَلَتْ فِي ضَمَانِهِ فَكَانَ عَلَيْهِ إِصْلَاحُهَا (وَلَوْ أَبَى الْمُرْتَهِنُ أَنْ يَفْذِيَ قِيلَ لِلرَّاهِنِ ادْفَعْ الْعَبْدَ أَوْ افْدِهِ بِالْذِيَّةِ)؛ لِأَنَّ الْمَلِكَ فِي الرُّقْبَةِ قَائِمٌ لَهُ، وَإِنَّمَا إِلَى الْمُرْتَهِنِ الْفِدَاءُ لِقِيَامِ حَقِّهِ (فَإِذَا امْتَنَعَ عَنِ الْفِدَاءِ يُطَالِبُ الرَّاهِنُ بِحُكْمِ

الْجِنَايَةِ وَمِنْ حُكْمِهَا التَّخْيِيرُ بَيْنَ الدَّفْعِ وَالْفِدَاءِ (فَإِنْ اخْتَارَ الدَّفْعَ سَقَطَ الدَّيْنُ)؛ لِأَنَّهُ أَسْتَحَقَّ لِمَعْنَى فِي ضَمَانِ الْمُرْتَهَنِ فَصَارَ كَالْهَالِكِ (وَكَذَلِكَ إِنْ قُدِيَ)؛ لِأَنَّ الْعَبْدَ كَالْحَاصِلِ لَهُ بَعُوضٌ كَانَ عَلَى الْمُرْتَهَنِ، وَهُوَ الْفِدَاءُ، بِخِلَافِ وَلَدِ الرَّهْنِ إِذَا قُتِلَ إِنْسَانًا أَوْ اسْتَهْلَكَ مَا لَا حَيْثُ يُخَاطَبُ الرَّاهِنُ بِالْدَّفْعِ أَوْ الْفِدَاءِ فِي الْإِبْتِدَاءِ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مَضْمُونٍ عَلَى الْمُرْتَهَنِ، فَإِنْ دَفَعَ خَرَجَ مِنَ الرَّهْنِ وَلَمْ يَسْقُطْ شَيْءٌ مِنَ الدَّيْنِ كَمَا لَوْ هَلَكَ فِي الْإِبْتِدَاءِ، وَإِنْ قُدِيَ فَهُوَ رَهْنٌ مَعَ أُمِّهِ عَلَى حَالِهِمَا.

الشرح:

(وَإِذَا قُتِلَ الْعَبْدُ الرَّهْنُ قِتِيلًا خَطَأً فَضَمَانَ الْجِنَايَةِ عَلَى الْمُرْتَهَنِ) يَعْنِي إِذَا كَانَتْ الْقِيَمَةُ وَالَّذِينَ سَوَاءً، أَمَا إِذَا كَانَتْ الْقِيَمَةُ أَكْثَرَ فَسَيَاتِي، وَإِنَّمَا كَانَتْ الْجِنَايَةُ عَلَيْهِ لِأَنَّ الْعَبْدَ فِي ضَمَانِهِ. وَقَوْلُهُ (لِأَنَّ الْعَبْدَ كَالْحَاصِلِ لَهُ بَعُوضٌ كَانَ عَلَى الْمُرْتَهَنِ) يَعْنِي وَإِذَا كَانَ عَلَى الْمُرْتَهَنِ وَقَدْ آذَاهُ الرَّاهِنُ وَجَبَ لَهُ عَلَى الْمُرْتَهَنِ مِثْلُ مَا أَدَّى إِلَى وَلِيِّ الْجِنَايَةِ وَلِلْمُرْتَهَنِ عَلَى الرَّاهِنِ دَيْنٌ فَالْتَقِيَ قِصَاصًا فَيُسَلَّمُ الرَّهْنُ لِلرَّاهِنِ وَلَا يَكُونُ مُتَبَرِّعًا فِي آدَاءِ الْفِدَاءِ لِأَنَّهُ يَسْعَى فِي تَخْلِيصِ مِلْكِهِ كَمُعِيرِ الرَّهْنِ.

(وَلَوْ اسْتَهْلَكَ الْعَبْدُ الْمَرْهُونُ مَا لَا يَسْتَغْفِرُ رَقَبَتَهُ، فَإِنْ أَدَّى الْمُرْتَهِنُ الدَّيْنَ الَّذِي لَزِمَ الْعَبْدَ فَدَيْنُهُ عَلَى حَالِهِ كَمَا فِي الْفِدَاءِ، وَإِنْ أَبَى قِيلَ لِلرَّاهِنِ بَعْدَهُ فِي الدَّيْنِ إِلَّا أَنْ يَخْتَارَ أَنْ يُؤَدِّيَ عَنْهُ، فَإِنْ أَدَّى بَطُلَ دَيْنُ الْمُرْتَهَنِ) كَمَا ذَكَرْنَا فِي الْفِدَاءِ قَالَ (وَأِنْ لَمْ يُؤَدِّ وَبِيعَ الْعَبْدُ فِيهِ يَأْخُذُ صَاحِبُ دَيْنِ الْعَبْدِ دَيْنَهُ)؛ لِأَنَّ دَيْنَ الْعَبْدِ مُقَدَّمٌ عَلَى دَيْنِ الْمُرْتَهَنِ وَحَقُّ وَلِيِّ الْجِنَايَةِ لَتَقْدُمِهِ عَلَى حَقِّ الْمَوْلَى، (فَإِنْ فَضَلَ شَيْءٌ وَدَيْنُ غَرِيمِ الْعَبْدِ مِثْلُ دَيْنِ الْمُرْتَهَنِ أَوْ أَكْثَرُ فَالْفَضْلُ لِلرَّاهِنِ وَيَبْطُلُ دَيْنُ الْمُرْتَهَنِ)؛ لِأَنَّ الرُّقْبَةَ أَسْتَحَقَّتْ لِمَعْنَى هُوَ فِي ضَمَانِ الْمُرْتَهَنِ فَأَشْبَهَ الْهَالِكَ (وَإِنْ كَانَ دَيْنُ الْعَبْدِ أَقَلَّ سَقَطَ مِنْ دَيْنِ الْمُرْتَهَنِ بِقَدْرِ دَيْنِ الْعَبْدِ وَمَا فَضَلَ مِنْ دَيْنِ الْعَبْدِ يَبْقَى رَهْنًا كَمَا كَانَ، ثُمَّ إِنْ كَانَ دَيْنُ الْمُرْتَهَنِ قَدْ حُلَّ أَخَذَهُ بِهِ)؛ لِأَنَّهُ مِنْ جِنْسِ حَقِّهِ (وَإِنْ كَانَ لَمْ يَحُلَّ أَمْسَكَهُ حَتَّى يَحُلَّ، وَإِنْ كَانَ ثَمَنُ الْعَبْدِ لَا يَفِي بِدَيْنِ الْغَرِيمِ أَخَذَ الثَّمَنَ وَلَمْ يَرْجِعْ بِمَا بَقِيَ عَلَى أَحَدٍ حَتَّى يُعْتَقَ الْعَبْدُ)؛ لِأَنَّ الْحَقَّ فِي دَيْنِ الْاسْتِهْلَاكِ يَتَعَلَّقُ بِرَقَبَتِهِ وَقَدْ اسْتُوفِيَتْ فَيَتَأَخَّرُ إِلَى مَا بَعْدَ الْعِتْقِ (ثُمَّ إِذَا أَدَّى بَعْدَهُ لَا يَرْجِعُ عَلَى أَحَدٍ)؛ لِأَنَّهُ وَجَبَ عَلَيْهِ بِفِعْلِهِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَحَقٌّ وَلِيَّ الْجِنَايَةِ) بِالْجَرِّ مَعْطُوفٌ عَلَى دَيْنِ الْمُرْتَهِنِ: يَعْنِي أَنَّ دَيْنَ الْعَبْدِ مُقَدَّمٌ عَلَى دَيْنِ الْمُرْتَهِنِ وَعَلَى حَقِّ وَلِيِّ الْجِنَايَةِ أَيْضًا، حَتَّى لَوْ جَنَى الْعَبْدُ الْمَدْيُونُ دَفَعَ إِلَى وَلِيِّ الْجِنَايَةِ ثُمَّ يُبَاعُ لِلْغُرَمَاءِ عَلَى مَا يَأْتِي فِي الدِّيَاتِ. وَقَوْلُهُ (لَتَقْدُمَهُ عَلَى حَقِّ الْمَوْلَى) أَيْ لَتَقْدُمَ دَيْنُ الْعَبْدِ عَلَى حَقِّ الْمَوْلَى، وَإِذَا كَانَ مُقَدَّمًا عَلَى حَقِّ الْمَوْلَى كَانَ مُقَدَّمًا عَلَى حَقِّ مَنْ يَقُومُ مَقَامَهُ وَهُوَ الْمُرْتَهِنُ وَوَلِيُّ الْجِنَايَةِ، فَإِنَّ الْمُرْتَهِنَ يَقُومُ مَقَامَ الْمَوْلَى فِي الْمَالِيَّةِ وَوَلِيُّ الْجِنَايَةِ فِي مِلْكِ الْعَيْنِ.

(وَأَنَّ كَانَتْ قِيمَةُ الْعَبْدِ الْفَتَنِ وَهُوَ رَهْنٌ بِأَلْفٍ وَقَدْ جَنَى الْعَبْدُ يَقَالُ لَهُمَا أَفْدِيَاهُ)؛ لِأَنَّ النِّصْفَ مِنْهُ مَضْمُونٌ، وَالنِّصْفُ أَمَانَةٌ، وَالْفِدَاءُ فِي الْمَضْمُونِ عَلَى الْمُرْتَهِنِ، وَفِي الْأَمَانَةِ عَلَى الرَّاهِنِ، فَإِنَّ أَجْمَعًا عَلَى الدَّفْعِ دَفْعَاهُ وَيَطْلُ دَيْنُ الْمُرْتَهِنِ، وَالِدَّفْعُ لَا يَجُوزُ فِي الْحَقِيقَةِ مِنَ الْمُرْتَهِنِ لَمَّا بَيَّنَّا، وَإِنَّمَا مِنْهُ الرِّضَا بِهِ (فَإِنْ تَشَاحَا فَالْقَوْلُ مَنْ قَالَ أَنَا أَفْدِي رَاهِنًا كَانَ أَوْ مُرْتَهِنًا) أَمَّا الْمُرْتَهِنُ فَلَأَنَّهُ لَيْسَ فِي الْفِدَاءِ إِبْطَالُ حَقِّ الرَّاهِنِ، وَفِي الدَّفْعِ الَّذِي يَخْتَارُهُ الرَّاهِنُ إِبْطَالُ الْمُرْتَهِنِ، وَكَذَا فِي جِنَايَةِ الرَّهْنِ إِذَا قَالَ الْمُرْتَهِنُ أَنَا أَفْدِي لَهُ ذَلِكَ وَإِنْ كَانَ الْمَالُكَ يَخْتَارُ الدَّفْعَ؛ لِأَنَّهُ إِنْ لَمْ يَكُنْ مَضْمُونًا فَهُوَ مُحْبُوسٌ بِدَيْنِهِ وَلَهُ فِي الْفِدَاءِ غَرَضٌ صَحِيحٌ، وَلَا ضَرَرَ عَلَى الرَّاهِنِ، فَكَانَ لَهُ أَنْ يَفْدِيَ، وَأَمَّا الرَّاهِنُ فَلَأَنَّهُ لَيْسَ لِلْمُرْتَهِنِ وَلَايَةُ الدَّفْعِ لَمَّا بَيَّنَّا فَكَيْفَ يَخْتَارُهُ (وَيَكُونُ الْمُرْتَهِنُ فِي الْفِدَاءِ مُتَطَوِّعًا فِي حِصَّةِ الْأَمَانَةِ حَتَّى لَا يَرْجِعَ عَلَى الرَّاهِنِ)؛ لِأَنَّهُ يُمَكِّنُهُ أَنْ لَا يَخْتَارَهُ فَيَخَاطَبُ الرَّاهِنُ، فَلَمَّا التَّزَمَهُ، وَالْحَالَةُ هَذِهِ كَانَتْ مُتَبَرِّعًا، وَهَذَا عَلَى مَا رَوَى عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ لَا يَرْجِعُ مَعَ الْحُضُورِ، وَسَتُبَيِّنُ الْقَوْلَيْنِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى (وَلَوْ أَبَى الْمُرْتَهِنُ أَنْ يَفْدِيَ وَفَدَاهُ الرَّاهِنُ فَإِنَّهُ يَحْتَسِبُ عَلَى الْمُرْتَهِنِ نِصْفَ الْفِدَاءِ مِنْ دَيْنِهِ)؛ لِأَنَّ سَقُوطَ الدَّيْنِ أَمْرٌ لَا زِمَ فَدَى أَوْ دَفَعَ فَلَمْ يُجْعَلِ الرَّاهِنُ فِي الْفِدَاءِ مُتَطَوِّعًا، ثُمَّ يُنْظَرُ إِنْ كَانَ نِصْفُ الْفِدَاءِ مِثْلَ الدَّيْنِ أَوْ أَكْثَرَ بَطَلَ الدَّيْنُ، وَإِنْ كَانَ أَقَلَّ سَقَطَ مِنَ الدَّيْنِ بِقَدْرِ نِصْفِ الْفِدَاءِ، وَكَانَ الْعَبْدُ رَهْنًا بِمَا بَقِيَ؛ لِأَنَّ الْفِدَاءَ فِي نِصْفٍ كَانَ عَلَيْهِ، فَإِذَا آدَاهُ الرَّاهِنُ، وَهُوَ لَيْسَ بِمُتَطَوِّعٍ كَانَ لَهُ الرُّجُوعُ عَلَيْهِ فَيَصِيرُ قِصَاصًا بِدَيْنِهِ كَأَنَّهُ أَوْفَى نِصْفَهُ فَيَبْقَى الْعَبْدُ رَهْنًا بِمَا بَقِيَ (وَلَوْ كَانَ الْمُرْتَهِنُ فَدَى، وَالرَّاهِنُ حَاضِرٌ فَهُوَ مُتَطَوِّعٌ، وَإِنْ كَانَ غَائِبًا لَمْ يَكُنْ

مُتَطَوِّعًا) وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ وَالْحَسَنُ وَزُفَرُ رَحِمَهُمُ اللَّهُ: الْمُرْتَهَنُ مُتَطَوِّعٌ فِي الْوَجْهَيْنِ؛ لِأَنَّهُ قَدِيَ مِلْكَ غَيْرِهِ بِغَيْرِ أَمْرِهِ فَأَشْبَهَ الْأَجْنَبِيَّ وَلَهُ أَنَّهُ إِذَا كَانَ الرَّاهِنُ حَاضِرًا أَمَكْنَهُ مُحَاطَبَتُهُ، فَإِذَا قَدَّاهُ الْمُرْتَهَنُ فَقَدْ تَبَرَّعَ كَالْأَجْنَبِيِّ، فَأَمَّا إِذَا كَانَ الرَّاهِنُ غَائِبًا تَعَذَّرَ مُحَاطَبَتُهُ، وَالْمُرْتَهَنُ يَحْتَاجُ إِلَى إِصْلَاحِ الْمَضْمُونِ، وَلَا يُمْكِنُهُ ذَلِكَ إِلَّا بِإِصْلَاحِ الْأَمَانَةِ فَلَا يَكُونُ مُتَبَرِّعًا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (لَمَّا بَيَّنَّا) إِشَارَةً إِلَى قَوْلِهِ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ التَّمْلِيكَ. وَقَوْلُهُ (فَإِنْ شَاحَا) بِأَنَّ اخْتَارَ الرَّاهِنُ الْفِدَاءَ وَالْمُرْتَهَنُ الدَّفْعَ أَوْ بِالْعَكْسِ فَالْمُعْتَبَرُ هُوَ الْفِدَاءُ، وَذَكَرَ جَانِبَ الْمُرْتَهَنِ إِذَا اخْتَارَ الْفِدَاءَ وَالْمُرْتَهَنُ الدَّفْعَ أَوْ بِالْعَكْسِ فَالْمُعْتَبَرُ هُوَ الْفِدَاءُ، وَذَكَرَ جَانِبَ الْمُرْتَهَنِ إِذَا اخْتَارَ الْفِدَاءَ، ثُمَّ ذَكَرَ جَانِبَ الرَّاهِنِ إِذَا اخْتَارَ ذَلِكَ بَعْدَ ذِكْرِهِ جَنَائَةَ وَلَدِ الرَّهْنِ. وَقَوْلُهُ (لَأَنَّ سَقُوطَ الدَّيْنِ أَمْرٌ لَازِمٌ قُدِّي أَوْ دَفْعٌ) يَعْنِي أَنَّ الرَّاهِنَ إِذَا خُوطِبَ فَلَا بُدَّ لَهُ مِنْ أَحَدِهِمَا، وَأَيُّهُمَا كَانَ سَقَطَ الدَّيْنِ فَلَمْ يُجْعَلِ الرَّاهِنُ فِي الْفِدَاءِ بِقَدْرِ الدَّيْنِ مُتَطَوِّعًا. وَقَوْلُهُ (وَإِنْ كَانَ غَائِبًا) ذَكَرَ فِي الْأَسْرَارِ أَنَّ الْمَرَادَ بِهِ الْغَيْبَةُ الْمُنْقَطِعَةُ. وَقَوْلُهُ (وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ) وَمَا بَعْدَهُ هُوَ الْمَوْعُودُ بِقَوْلِهِ وَسَيُبَيِّنُ الْقَوْلَيْنِ وَمَا بَعْدَهُ وَاصِحٌ إلخ.

قَالَ (وَإِذَا مَاتَ الرَّاهِنُ بَاغٍ وَصِيَّهُ الرَّهْنُ وَقَضَى الدَّيْنُ)؛ لِأَنَّ الْوَصِيَّ قَائِمٌ مَقَامَهُ، وَلَوْ تَوَلَّى الْمَوْصَى حَيًّا بِنَفْسِهِ كَانَ لَهُ وَلَايَةُ الْبَيْعِ بِإِذْنِ الْمُرْتَهَنِ فَكَذَا لَوْصِيَّهُ (وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَصِيٌّ نَصَّبَ الْقَاضِي لَهُ وَصِيًّا وَأَمَرَهُ بِنَيْعِهِ)؛ لِأَنَّ الْقَاضِيَّ نَصَّبَ نَاطِرًا لِلْحُقُوقِ الْمُسْلِمِينَ إِذَا عَجَزُوا عَنِ النَّظَرِ لَأَنْفُسِهِمْ، وَالنَّظَرُ فِي نَصْبِ الْوَصِيِّ لِيُؤَدِّيَ مَا عَلَيْهِ لِغَيْرِهِ وَيَسْتَوْفِيَ مَالَهُ مِنْ غَيْرِهِ (وَإِنْ كَانَ عَلَى الْمَيِّتِ دَيْنٌ فَرَهْنُ الْوَصِيِّ بَعْضُ التَّرَكَةِ عِنْدَ غَرِيمٍ مِنْ غُرَمَائِهِ لَمْ يَجْزَ لِلْآخَرِينَ أَنْ يَرُدُّوهُ)؛ لِأَنَّهُ آثَرَ بَعْضَ الْغُرَمَاءِ بِالْإِيْفَاءِ الْحُكْمِيِّ فَأَشْبَهَ الْإِيْثَارَ بِالْإِيْفَاءِ الْحَقِيقِيِّ (فَإِنْ قَضَى دَيْنَهُمْ قَبْلَ أَنْ يَرُدُّوهُ جَارَ) لِرُؤَالِ الْمَانِعِ بِوُصُولِ حَقِّهِمْ إِلَيْهِمْ (وَلَوْ لَمْ يَكُنْ لِلْمَيِّتِ غَرِيمٌ آخَرُ جَارَ الرَّهْنِ) اعْتِبَارًا بِالْإِيْفَاءِ الْحَقِيقِيِّ (وَيَبِيعُ فِي دَيْنِهِ)؛ لِأَنَّهُ يُبَاعُ فِيهِ قَبْلَ الرَّهْنِ فَكَذَا بَعْدَهُ (وَإِذَا ارْتَهَنَ الْوَصِيُّ بَدَيْنِ لِلْمَيِّتِ عَلَى رَجُلٍ جَارَ)؛ لِأَنَّهُ اسْتِيفَاءٌ وَهُوَ يَمْلِكُهُ قَالَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: وَفِي رَهْنِ

الْوَصِيِّ تَفْصِيلَاتٌ نَذَرُهَا فِي كِتَابِ الْوَصَايَا إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

فصل

قَالَ (وَمَنْ رَهَنَ عَصِيرًا بِعَشْرَةِ قِيمَتِهِ عَشْرَةً فَتَخَمَّرَ ثُمَّ صَارَ خَلَا يُسَاوِي عَشْرَةً فَهُوَ رَهْنٌ بِعَشْرَةٍ)؛ لَأَنَّ مَا يَكُونُ مَحَلًّا لِلْبَيْعِ يَكُونُ مَحَلًّا لِلرَّهْنِ، إِذَا الْمَحْلِيُّ بِالْمَالِيَّةِ فِيهِمَا، وَالْخَمَرُ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَحَلًّا لِلْبَيْعِ ابْتِدَاءً فَهُوَ مَحَلٌّ لَهُ بَقَاءً حَتَّى إِنْ مَنْ اشْتَرَى عَصِيرًا فَتَخَمَّرَ قَبْلَ الْقَبْضِ يَبْقَى الْعَقْدُ إِلَّا أَنَّهُ يَتَخَيَّرُ فِي الْبَيْعِ لِتَغْيِيرِ وَصْفِ الْمُبْعِ بِمَنْزِلَةِ مَا إِذَا تَعَيَّبَ.

الشرح:

(فَصْلٌ): هَذَا الْفَصْلُ كَالْمَسَائِلِ الْمُتَفَرِّقَةِ الَّتِي نَذَرُ فِي أَوَاخِرِ الْكُتُبِ (وَمَنْ رَهَنَ عَصِيرًا قِيمَتُهُ عَشْرَةً بِعَشْرَةٍ ثُمَّ صَارَ خَلَا وَلَمْ يَنْقُصْ مِقْدَارُهُ فَهُوَ رَهْنٌ بِعَشْرَةٍ) وَإِنْ نَقَصَ سَقَطَ مِنَ الدَّيْنِ بِقَدْرِهِ، وَلَا مُعْتَبَرٌ بِنُقْصَانِ الْقِيَمَةِ لِأَنَّ الْفَائِتَ مُجَرَّدٌ وَصَفٍ، وَبِفَوَاتِهِ فِي الْمَكِيلِ وَالْمُوزُونِ لَا يَسْقُطُ شَيْءٌ مِنَ الدَّيْنِ عِنْدَهُمْ، وَإِنَّمَا يَتَخَيَّرُ الرَّاهِنُ بَيْنَ أَنْ يَفْتَكَّهُ نَاقِصًا بِجَمِيعِ الدَّيْنِ وَبَيْنَ أَنْ يَضْمَنَ قِيمَتَهُ وَيَجْعَلَهَا رَهْنًا عِنْدَهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ، وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ بَيْنَ أَنْ يَفْتَكَّهُ نَاقِصًا وَبَيْنَ أَنْ يَجْعَلَهُ بِالْدَّيْنِ كَمَا فِي الْقَلْبِ إِذَا انْكَسَرَ فَقَوْلُهُ يُسَاوِي عَشْرَةً وَقَعَ اتِّفَاقًا. وَقَوْلُهُ (لَأَنَّ مَا يَكُونُ مَحَلًّا لِلْبَيْعِ) يَعْنِي أَنَّ الرَّهْنَ كَالْبَيْعِ فِي الْإِحْتِيَاجِ إِلَى الْمَحَلِّ فَيُعْتَبَرُ مَحَلُّهُ بِمَحَلِّهِ، وَالْخَمَرُ لَا يَصْلُحُ مَحَلًّا لِلْبَيْعِ ابْتِدَاءً وَيَصْلُحُ بَقَاءً، حَتَّى إِنْ مَنْ اشْتَرَى عَصِيرًا فَتَخَمَّرَ قَبْلَ الْقَبْضِ لَمْ يَنْطُلْ عَقْدُهُ فَكَذَا فِي الرَّهْنِ. وَلَقَائِلِ أَنْ يَقُولَ: مَا يَرْجِعُ إِلَى الْمَحَلِّ فَلَا ابْتِدَاءً وَالْبَقَاءُ فِيهِ سَوَاءٌ، فَمَا بَالُ هَذَا تَخَلَّفَ عَنْ ذَلِكَ الْأَصْلِ؟.

وَيُمْكِنُ أَنْ يُجَابَ عَنْهُ بِأَنَّهُ كَذَلِكَ فِيمَا يَكُونُ الْمَحَلُّ بَاقِيًا، وَهَاهُنَا يَتَبَدَّلُ الْمَحَلُّ حُكْمًا يَتَبَدَّلُ الْوَصْفُ فَلِذَلِكَ تَخَلَّفَ عَنْ ذَلِكَ الْأَصْلِ. وَاعْلَمْ أَنَّ الْعَصِيرَ الْمَرْهُونَ إِذَا تَخَمَّرَ فِيمَا أَنْ يَكُونَ الرَّاهِنُ وَالْمُرْتَهِنُ مُسْلِمِينَ أَوْ كَافِرَيْنِ أَوْ يَكُونُ الرَّاهِنُ وَحْدَهُ مُسْلِمًا أَوْ بِالْعَكْسِ، فَإِنْ كَانَا كَافِرَيْنِ فَالرَّهْنُ بِحَالِهِ تَخَلَّلَ أَوْ لَمْ يَتَخَلَّلْ، وَفِي الْأَقْسَامِ الْبَاقِيَةِ إِنْ تَخَلَّلَ فَكَذَلِكَ، وَإِلَيْهِ يُلَوِّحُ إِطْلَاقُ الْمُصَنِّفِ رَحِمَهُ اللَّهُ حَيْثُ قَالَ: ثُمَّ صَارَ خَلَا: يَعْنِي بِنَفْسِهِ، وَإِنْ لَمْ يَتَخَلَّلْ بِنَفْسِهِ فَهَلْ لِلْمُرْتَهِنِ أَنْ يُخْلِلَهُ أَوْ لَا؟ فِيهِ تَفْصِيلٌ، إِنْ كَانَا مُسْلِمِينَ أَوْ كَانَ الرَّاهِنُ مُسْلِمًا جَازَ تَخْلِيلُهُ، لِأَنَّ الْمَالِيَّةَ وَإِنْ تَلَفَتْ بِالْتَّخَمَّرِ بَحِثْ لَا

يُضْمَنُ وَذَلِكَ يُسْقِطُ الدَّيْنَ، لَكِنْ إِعَادَتُهَا مُمَكِّنَةٌ بِالتَّخْلُّلِ فَصَارَ كَتَخْلِيصِ الرَّهْنِ مِنَ الْجَنَائَةِ وَلِلْمُرْتَهِنِ ذَلِكَ.

وَإِذَا أَجَازَ ذَلِكَ فِي الْمُسْلِمِينَ وَالْخَمْرُ لَيْسَتْ بِمَحَلٍّ بِالنِّسْبَةِ إِلَيْهِمْ فَلَأَنْ يَجُوزَ فِي الْمُرْتَهِنِ الْكَافِرِ أَوْلَى لِأَنَّهَا مَحَلٌّ بِالنِّسْبَةِ إِلَيْهِ، وَأَمَّا إِذَا كَانَ الرَّاهِنُ كَافِرًا فَلَهُ أَنْ يَأْخُذَ الرَّهْنُ وَالَّذِينَ عَلَى حَالِهِ، لِأَنَّ صِفَةَ الْخَمْرِيَّةِ لَا تُعَدُّ الْمَالِيَّةَ فِي حَقِّهِ فَلَيْسَ لِلْمُرْتَهِنِ الْمُسْلِمِ تَخْلِيلُهَا، فَإِنْ خَلَّلَهَا ضَمِنَ قِيمَتَهَا يَوْمَ خَلَّلَهَا لِأَنَّهُ صَارَ غَاصِبًا بِمَا صَنَعَ، كَمَا لَوْ غَصَبَ خَمْرَ ذِمِّيٍّ فَخَلَّلَهَا فَالْخُلُّ لَهُ، وَتَقَعُ الْمُقَاصَّةُ إِنْ كَانَ الدَّيْنُ مِنْ جِنْسِ الْقِيَمَةِ، وَيَرْجِعُ بِالزِّيَادَةِ إِنْ نَقَصَتْ قِيمَتُهَا يَوْمَ التَّخْلِيلِ مِنْ ذَنْبِهِ.

(وَلَوْ رَهَنَ شَاةَ قِيمَتِهَا عَشْرَةَ بَعِشْرَةِ فَمَاتَتْ فَدَبِغَ جِلْدُهَا فَصَارَ يَسَاوِي دِرْهَمًا فَهُوَ رَهْنٌ بِدِرْهَمٍ؛ لِأَنَّ الرَّهْنَ يَنْتَقِرُ بِالْهَلَاكِ، فَإِذَا حَيَّ بَعْضُ الْمَحَلِّ يَعُودُ حُكْمُهُ بِقَدْرِهِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا مَاتَتِ الشَّاةُ الْمُبِيعَةُ قَبْلَ الْقَبْضِ فَدَبِغَ جِلْدُهَا حَيْثُ لَا يَعُودُ الْبَيْعُ؛ لِأَنَّ الْبَيْعَ يُنْتَقِضُ بِالْهَلَاكِ قَبْلَ الْقَبْضِ وَالْمُنْتَقِضُ لَا يَعُودُ، أَمَّا الرَّهْنُ يَنْتَقِرُ بِالْهَلَاكِ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ وَمِنْ مَشَايِخُنَا مَنْ يَمْنَعُ مَسْأَلَةَ الْبَيْعِ وَيَقُولُ: يَعُودُ الْبَيْعُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (فَهُوَ رَهْنٌ بِدِرْهَمٍ) يَعْنِي إِنْ كَانَتْ قِيَمَةُ الْجِلْدِ يَوْمَ الرَّهْنِ دِرْهَمًا، وَأَمَّا إِذَا كَانَتْ قِيَمَتُهُ يَوْمَئِذٍ دِرْهَمَيْنِ فَهُوَ رَهْنٌ بِدِرْهَمَيْنِ وَيُعْرَفُ ذَلِكَ بِأَنْ يُنْظَرَ إِلَى قِيَمَةِ الشَّاةِ حَيَّةً وَمَسْلُوخَةً فَإِنْ كَانَتْ قِيمَتُهَا حَيَّةً عَشْرَةَ وَقِيمَتُهَا مَسْلُوخَةً تِسْعَةً كَانَتْ قِيَمَةُ الْجِلْدِ يَوْمَ الْارْتِهَانِ دِرْهَمًا، وَإِنْ كَانَتْ قِيمَتُهَا مَسْلُوخَةً ثَمَانِيَةً كَانَتْ دِرْهَمَيْنِ، هَذَا إِذَا كَانَتْ الْقِيَمَةُ مِثْلَ الدَّيْنِ، فَإِنْ كَانَتْ أَكْثَرَ أَوْ أَقَلَّ فَهِيَ مَذْكُورَةٌ فِي النَّهَايَةِ.

قَالَ (وَتَمَاءُ الرَّهْنِ لِلرَّاهِنِ وَهُوَ مِثْلُ الْوَلَدِ وَالْثَمَرِ وَاللَّبَنِ وَالصُّوْفِ؛ لِأَنَّهُ مُتَوَلَّدٌ مِنْ مِلْكِهِ وَيَكُونُ رَهْنًا مَعَ الْأَصْلِ؛ لِأَنَّهُ تَبَعَ لَهُ، وَالرَّهْنُ حَقٌّ لَا زِمَ فَيَسْرِي إِلَيْهِ (فَإِنْ هَلَكَ يَهْلِكُ بِغَيْرِ شَيْءٍ)؛ لِأَنَّ الْأَتْبَاعَ لَا قِسْطَ لَهَا مِمَّا يُقَابَلُ بِالْأَصْلِ؛ لِأَنَّهَا لَمْ تَدْخُلْ تَحْتَ الْعَقْدِ مَقْصُودًا؛ إِذِ اللَّفْظُ لَا يَتَنَاوَلُهَا (وَإِنْ هَلَكَ الْأَصْلُ وَبَقِيَ الثَّمَاءُ افْتَكَّهُ الرَّاهِنُ بِحِصَّتِهِ يُقَسَّمُ الدَّيْنُ عَلَى قِيَمَةِ الرَّهْنِ يَوْمَ الْقَبْضِ وَقِيَمَةِ الثَّمَاءِ يَوْمَ الْفِكَاكِ)؛ لِأَنَّ الرَّهْنَ يَصِيرُ مَضْمُونًا بِالْقَبْضِ، وَالزِّيَادَةُ تَصِيرُ مَقْصُودَةً بِالْفِكَاكِ إِذَا بَقِيَ إِلَى وَقْتِهِ، وَالتَّبَعُ يُقَابَلُهُ

شَيْءٌ إِذَا صَارَ مَقْصُودًا كَوَلَدِ الْمَبِيعِ، فَمَا أَصَابَ الْأَصْلُ يَسْقُطُ مِنَ الدَّيْنِ؛ لِأَنَّهُ يُقَابِلُهُ الْأَصْلُ مَقْصُودًا، وَمَا أَصَابَ النَّمَاءَ افْتَكَّهُ الرَّاهِنُ لَمَّا ذَكَرْنَا وَصُورَ الْمَسَائِلِ عَلَى هَذَا الْأَصْلِ تَخْرُجُ، وَقَدْ ذَكَرْنَا بَعْضَهَا فِي كِفَايَةِ الْمُنْتَهَى، وَتَمَامُهُ فِي الْجَامِعِ وَالزِّيَادَاتِ.

الشرح:

قَالَ (وَنَمَاءُ الرَّهْنِ لِلرَّاهِنِ إِخْ) الْأَصْلُ أَنَّ الْأَوْصَافَ الْقَارَةَ فِي الْأُمَهَاتِ تَسْرِي إِلَى الْأَوْلَادِ إِذَا كَانَتْ صَالِحَةً لِأَحْكَامِهَا، وَالرَّهْنُ مِنْهَا لَكُونِهِ حَقًّا لَازِمًا إِذَا لَازِمٌ هُوَ الْقَارُ، وَالْقَارُ مَا يَكُونُ ثَابِتًا فِي جُمْلَةِ الْأُمِّ، وَلَا يَنْفَرِدُ مَنْ عَلَيْهِ بِإِنْطَالِ حُكْمِهِ كَكُونِهَا حُرَّةً وَقِنَةً وَمَبِيعَةً وَمُكَاتَبَةً وَمُدَبَّرَةً، وَإِنَّمَا فَسَّرْنَا بِذَلِكَ لئَلَّا تَرَدَّ كِفَالَةُ الْحُرَّةِ فَإِنَّهَا مَا تَسْرِي إِلَى الْأَوْلَادِ، وَالزَّكَاةُ بَعْدَ كَمَالِ الْحَوْلِ كَذَلِكَ فَإِنَّهُمَا يَثْبِتَانِ فِي ذِمَّةِ الْكَفِيلِ وَالْمَالِكِ لَا فِي عَيْنِ الْأُمَهَاتِ، وَلئَلَّا يَرَدَّ وَلَدُ الْجَانِيَةِ فَإِنَّ مَنْ عَلَيْهِ يَنْفَرِدُ بِالْإِنْطَالِ بِاخْتِيَارِ الْفِدَاءِ، وَإِنَّمَا قَيَّدْنَا الْأَوْلَادَ بِصِلَاحِيَّتِهَا لِأَحْكَامِ الْأَوْصَافِ لئَلَّا يَرَدَّ وَلَدُ الْمَعْصُومَةِ وَالْمُسْتَأْجَرَةِ وَالْمُنْكَوْحَةِ وَالْمُوصَى بِخِدْمَتِهَا، لِأَنَّ الْأَوْلَادَ حِينَ الْوِلَادَةِ لَمْ تَصْلُحْ لِأَحْكَامِ هَذِهِ الْأَوْصَافِ. أَمَّا فِي غَيْرِ الْعَصَبِ فَظَاهِرٌ، وَأَمَّا فِي الْعَصَبِ فَلَأَنَّ الضَّمَانَ بِهِ يَعْتَمِدُ قَبْضًا مَقْصُودًا بِغَيْرِ حَقٍّ وَلَمْ يَتَحَقَّقْ فِي الْوَلَدِ، وَإِذَا ظَهَرَ هَذَا عَلِمَ أَنَّ نَمَاءَ الرَّهْنِ كَاللَّيْنِ وَالشَّمْرِ وَالصُّوفِ وَالْوَلَدِ لِلرَّاهِنِ لِأَنَّهُ مُتَوَلَّدٌ مِنْ مِلْكِهِ وَيَكُونُ رَهْنًا مَعَ الْأَصْلِ لِأَنَّهُ تَبَعَ لَهُ.

فَفِي الْأَصْلِ وَصَفَانِ لَازِمَانِ: الْمَلِكُ، وَكُونُهُ رَهْنًا فَيَسْرِيَانِ إِلَى الْوَلَدِ، فَإِنْ هَلَكَ الْوَلَدُ هَلَكَ بغير شَيْءٍ لِأَنَّ الْأَتْبَاعَ لَا قِسْطَ لَهَا مِمَّا يُقَابَلُ بِالْأَصْلِ إِذَا لَمْ تَكُنْ مَقْصُودَةً لِأَنَّهَا لَمْ تَدْخُلْ تَحْتَ الْعَقْدِ مَقْصُودًا إِذَا لَفِظَتْ لَمْ يَتَنَاوَلْهَا، وَإِنْ هَلَكَ الْأَصْلُ وَبَقِيَ النَّمَاءُ افْتَكَّهُ الرَّاهِنُ بِحَصَّتِهِ يُقَسِّمُ الدَّيْنَ عَلَى قِيَمَةِ الرَّهْنِ يَوْمَ الْقَبْضِ لِأَنَّهُ مَضْمُونٌ بِالْقَبْضِ كَمَا تَقَدَّمَ وَقِيَمَةُ النَّمَاءِ يَوْمَ الْفِكَاكِ، لِأَنَّهُ إِنَّمَا صَارَ مَضْمُونًا بِهِ، وَلَوْ هَلَكَ قَبْلَهُ هَلَكَ مَجَانًا، وَالتَّبَعُ يُقَابَلُهُ شَيْءٌ إِذَا صَارَ مَقْصُودًا كَوَلَدِ الْمَبِيعِ فَإِنَّهُ يَكُونُ لَهُ حَصَّةٌ مِنَ الثَّمَنِ إِذَا صَارَ مَقْصُودًا بِالْقَبْضِ، وَالزِّيَادَةُ هَاهُنَا صَارَتْ مَقْصُودَةً بِالْفِكَاكِ فَيُخَصُّهُ شَيْءٌ مِنَ الدَّيْنِ، فَمَا أَصَابَ الْأَصْلُ يَسْقُطُ مِنَ الدَّيْنِ بِقَدَرِهِ لِأَنَّهُ يُقَابَلُهُ الْأَصْلُ مَقْصُودًا، وَمَا أَصَابَ النَّمَاءَ افْتَكَّهُ الرَّاهِنُ بِهِ. وَقَوْلُهُ (وَصُورُ الْمَسَائِلِ عَلَى هَذَا الْأَصْلِ) يَعْنِي مَا ذَكَرْنَا مِنْ قِسْمَةِ الدَّيْنِ عَلَى قِيَمَتَيْهَا يَوْمَ الْقَبْضِ وَالْفِكَاكِ (تَخْرُجُ) وَفِي ذَلِكَ كَثْرَةٌ وَتَطْوِيلٌ فَأَعْرَضَ عَنْهَا وَتَابِعْنَاهُ فِي ذَلِكَ.

(وَلَوْ رَهَنَ شَاةَ بَعْشَرَةٍ وَقِيمَتُهَا عَشْرَةٌ وَقَالَ الرَّاهِنُ لِلْمُرْتَهِنِ: احْلِبِ الشَّاةَ فَمَا حَلَبْتَ فَهُوَ لَكَ حَلَالٌ فَحَلَبَ وَشَرِبَ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ فِي شَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ) أَمَّا الْإِبَاحَةُ فَيَصِحُّ تَعْلِيْقُهَا بِالشَّرْطِ وَالْخَطَرِ؛ لِأَنَّهَا إِطْلَاقٌ وَلَيْسَ بِتَمْلِيكِكَ فَتَصِحُّ مَعَ الْخَطَرِ (وَلَا يَسْقُطُ شَيْءٌ مِنَ الدَّيْنِ)؛ لِأَنَّهُ أَتْلَفَهُ بِإِذْنِ الْمَالِكِ (فَإِنْ لَمْ يَفْتَكُ الشَّاةَ حَتَّى مَاتَتْ فِي يَدِ الْمُرْتَهِنِ فَسَمَّ الدَّيْنُ عَلَى قِيَمَةِ اللَّبَنِ الَّذِي شَرِبَ وَعَلَى قِيَمَةِ الشَّاةِ، فَمَا أَصَابَ الشَّاةَ سَقَطَ، وَمَا أَصَابَ اللَّبَنَ أَخَذَهُ الْمُرْتَهِنُ مِنَ الرَّاهِنِ)؛ لِأَنَّ اللَّبَنَ تَلَفَ عَلَى مِلْكِ الرَّاهِنِ بِفِعْلِ الْمُرْتَهِنِ وَالْفِعْلُ حَصَلَ بِتَسْلِيْطٍ مِنْ قَبْلِهِ فَصَارَ كَأَنَّ الرَّاهِنَ أَخَذَهُ وَأَتْلَفَهُ فَكَانَ مَضْمُونًا عَلَيْهِ فَيَكُونُ لَهُ حِصَّتُهُ مِنَ الدَّيْنِ قَبْلِيَّ بِحِصَّتِهِ، وَكَذَلِكَ وَلَدُ الشَّاةِ إِذَا أَدِنَ لَهُ الرَّاهِنُ فِي أَكْلِهِ، وَكَذَلِكَ جَمِيعُ الثَّمَاءِ الَّذِي يَحْدُثُ عَلَى هَذَا الْقِيَاسِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (فَيَصِحُّ تَعْلِيْقُهَا بِالشَّرْطِ) يُرِيدُ بِالشَّرْطِ قَوْلُهُ فَمَا حَلَبْتَ فَإِنْ كَلِمَةً " مَا " تَضَمَّنَتْ مَعْنَى الشَّرْطِ وَلِهَذَا دَخَلَ الْفَاءُ فِي خَبَرِهَا. وَقَوْلُهُ (لَأَنَّهُ أَتْلَفَهُ بِإِذْنِ الْمَالِكِ) فِيهِ إِشَارَةٌ إِلَى أَنَّهُ لَوْ أَتْلَفَ بغيرِ إِذْنِهِ ضَمِنَ وَكَانَتْ الْقِيَمَةُ رَهْنًا مَعَ الشَّاةِ، وَكَذَا لَوْ فَعَلَ الرَّاهِنُ ذَلِكَ بِدُونِ إِجَازَةِ الْمُرْتَهِنِ.

قَالَ (وَتَجُوزُ الزِّيَادَةُ فِي الرَّهْنِ وَلَا تَجُوزُ فِي الدَّيْنِ) عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ وَلَا يَصِيرُ الرَّهْنُ رَهْنًا بِهَا وَقَالَ أَبُو يُونُسَ: تَجُوزُ الزِّيَادَةُ فِي الدَّيْنِ أَيْضًا وَقَالَ زُهْرٌ وَالشَّافِعِيُّ: لَا تَجُوزُ فِيهِمَا، وَالْخِلَافُ مَعَهُمَا فِي الرَّهْنِ، وَالثَّمَنُ وَالْمَثْمَنُ وَالْمَهْرُ وَالْمَنْكُوحَةُ سُوءًا، وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ فِي الْبُيُوعِ وَأَبُو يُونُسَ فِي الْخِلَافِيَّةِ الْأُخْرَى أَنَّ الدَّيْنَ فِي بَابِ الرَّهْنِ كَالثَّمَنِ فِي الْبَيْعِ، وَالرَّهْنُ كَالْمَثْمَنِ فَتَجُوزُ الزِّيَادَةُ فِيهِمَا كَمَا فِي الْبَيْعِ، وَالْجَامِعُ بَيْنَهُمَا الْإِلْتِحَاقُ بِأَصْلِ الْعَقْدِ لِلْحَاجَةِ وَالْإِمْكَانِ وَلَهُمَا وَهُوَ الْقِيَاسُ أَنَّ الزِّيَادَةَ فِي الدَّيْنِ تُوجِبُ الشُّيُوعَ فِي الرَّهْنِ، وَهُوَ غَيْرُ مَشْرُوعٍ عِنْدَنَا، وَالزِّيَادَةُ فِي الرَّهْنِ تُوجِبُ الشُّيُوعَ فِي الدَّيْنِ، وَهُوَ غَيْرُ مَانِعٍ مِنْ صِحَّةِ الرَّهْنِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ رَهَنَ عَبْدًا بِخَمْسِمِائَةٍ مِنَ الدَّيْنِ جَازَ، وَإِنْ كَانَ الدَّيْنُ أَلْفًا وَهَذَا شُيُوعٌ فِي الدَّيْنِ، وَالْإِلْتِحَاقُ بِأَصْلِ الْعَقْدِ غَيْرُ مُمَكِّنٍ فِي طَرَفِ الدَّيْنِ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مَعْقُودٍ عَلَيْهِ وَلَا مَعْقُودٌ بِهِ بَلْ وَجُوبُهُ سَابِقٌ عَلَى الرَّهْنِ، وَكَذَا يَبْقَى بَعْدَ انْفِسَاحِهِ، وَالْإِلْتِحَاقُ بِأَصْلِ الْعَقْدِ فِي بَدَلِي الْعَقْدِ، بِخِلَافِ الْبَيْعِ؛ لِأَنَّ الثَّمَنَ

بَدَلٌ يَحِبُّ بِالْعَقْدِ، ثُمَّ إِذَا صَحَّتِ الزِّيَادَةُ فِي الرَّهْنِ وَتُسَمَّى هَذِهِ زِيَادَةً قَصْدِيَّةً يُقَسَّمُ الدِّينُ عَلَى قِيَمَةِ الْأَوَّلِ يَوْمَ الْقَبْضِ، وَعَلَى قِيَمَةِ الزِّيَادَةِ يَوْمَ قُبُضَتْ، حَتَّىٰ لَوْ كَانَتْ قِيَمَةُ الزِّيَادَةِ يَوْمَ قَبْضِهَا خَمْسِمِائَةً، وَقِيَمَةُ الْأَوَّلِ يَوْمَ الْقَبْضِ أَلْفًا وَالدِّينُ أَلْفًا يُقَسَّمُ الدِّينُ أَثْلَاثًا، فِي الزِّيَادَةِ ثُلُثُ الدِّينِ، وَفِي الْأَصْلِ ثُلُثَا الدِّينِ اعْتِبَارًا بِقِيَمَتَيْهِمَا فِي وَقْتِي الْاعْتِبَارِ، وَهَذَا؛ لِأَنَّ الضَّمَانَ فِي كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَثْبُتُ بِالْقَبْضِ فَتُعْتَبَرُ قِيَمَةُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا وَقْتُ الْقَبْضِ

الشرح:

قَالَ (وَتَجُوزُ الزِّيَادَةُ فِي الرَّهْنِ إِخ) الزِّيَادَةُ فِي الرَّهْنِ مِثْلُ أَنْ يَرْهَنَ ثَوْبًا بِعَشْرَةِ يُسَاوِي عَشْرَةً ثُمَّ يَزِيدُ الرَّاهِنُ ثَوْبًا آخَرَ لِيَكُونَ مَعَ الْأَوَّلِ رَهْنًا بِالْعَشْرَةِ جَازَ عِنْدَ عُلَمَائِنَا رَحِمَهُمُ اللَّهُ وَالزِّيَادَةُ عَلَى الدِّينِ لَا تَجُوزُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ خِلَافًا لِأَبِي يُوسُفَ. وَقَالَ زُفَرٌ وَالشَّافِعِيُّ: لَا تَجُوزُ الزِّيَادَةُ فِيهِمَا جَمِيعًا، وَالْخِلَافُ مَعَهُمَا فِي الرَّهْنِ وَالثَّمَنِ وَالْمُثْمَنِ وَالْمَهْرِ وَالْمَنْكُوحَةِ، وَهُوَ أَنْ يَزُوجَ الْمَوْلَى أُمَّتَهُ مِنْ رَجُلٍ بِالْأَلْفِ ثُمَّ زَوْجَ أُمَّةٍ أُخْرَى بِذَلِكَ الْأَلْفِ وَقَبْلَ الزَّوْجِ يَصِحُّ الْعَقْدَانِ وَيُقَسَّمُ الْأَلْفُ عَلَيْهِمَا. وَذَكَرَ فِي الْأَسْرَارِ وَطَرِيقَةَ الْبَرْغَزِيِّ وَغَيْرِ ذَلِكَ أَنَّ ذَلِكَ لَمْ يَصِحَّ، وَتَقَلَّ عَنْ حَمِيدِ الدِّينِ الضَّرِيرِ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ قَالَ: يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ مُرَادُهُمْ مِنْ قَوْلِهِمْ لَا تَجُوزُ الزِّيَادَةُ فِي الْمَنْكُوحَةِ أَنْ يَقُولَ الْمَوْلَى زِدْتُ لَكَ أُمَّةً أُخْرَى بِذَلِكَ الْمَهْرِ.

أَمَّا لَوْ قَالَ زَوْجْتُكَ هَذِهِ الْأُمَّةَ الْأُخْرَى بِذَلِكَ الْمَهْرِ لَرِمَ أَنْ يَصِحَّ. وَقَوْلُهُ (أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ رَهَنَ عَبْدًا بِخَمْسِمِائَةٍ) يَعْنِي مِنَ الدِّينِ الَّذِي هُوَ أَلْفٌ فَيَكُونُ بِنِصْفِ الدِّينِ كَانَ جَائِزًا، وَلَوْ رَهَنَ ثَوْبًا بِعِشْرِينَ نِصْفُهُ بِعَشْرَةٍ وَنِصْفُهُ بِعَشْرَةٍ لَمْ يَصِحَّ. وَقَوْلُهُ (وَالِاتِّحَاقُ بِأَصْلِ الْعَقْدِ) إِفْسَادُ لِلْجَامِعِ الَّذِي ذَكَرَهُ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَهُوَ وَاضِحٌ. وَحَاصِلُهُ أَنَّ الْإِتِّحَاقَ بِأَصْلِ الْعَقْدِ إِنَّمَا يُتَصَوَّرُ إِذَا كَانَتْ الزِّيَادَةُ فِي الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ أَوْ الْمَعْقُودِ بِهِ وَالزِّيَادَةُ فِي الدِّينِ لَيْسَتْ فِي شَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ، أَمَّا أَنَّهُ غَيْرُ مَعْقُودٍ عَلَيْهِ فَظَاهِرٌ، وَأَمَّا أَنَّهُ لَيْسَ بِمَعْقُودٍ بِهِ فَلَوْ جُوبِهِ بِسَبَبِهِ قَبْلَ عَقْدِ الرَّهْنِ، بِخِلَافِ الرَّهْنِ فَإِنَّهُ مَعْقُودٌ عَلَيْهِ لِأَنَّهُ لَمْ يَكُنْ مَحْبُوسًا قَبْلَ عَقْدِ الرَّهْنِ وَلَا يَبْقَى بَعْدَهُ. وَقَوْلُهُ (وَتُسَمَّى هَذِهِ زِيَادَةً قَصْدِيَّةً) يَعْنِي بِخِلَافِ نَمَاءِ الرَّهْنِ فَإِنَّهُ لَيْسَ زِيَادَةً قَصْدِيَّةً بَلْ ضَمِنِيَّةً وَلِهَذَا اخْتَلَفَ حُكْمًا.

(وَإِذَا وَلَدَتْ الْمَرْهُونَةَ وَلَدًا ثُمَّ إِنَّ الرَّاهِنَ زَادَ مَعَ الْوَلَدِ عَبْدًا، وَقِيمَةً كُلِّ وَاحِدٍ أَلْفًا فَالْعَبْدُ رَهْنٌ مَعَ الْوَلَدِ خَاصَّةً يُقَسَّمُ مَا فِي الْوَلَدِ عَلَيْهِ وَعَلَى الْعَبْدِ الزِّيَادَةُ)؛ لِأَنَّهُ جَعَلَهُ زِيَادَةً مَعَ الْوَلَدِ دُونَ الْأُمِّ (وَلَوْ كَانَتْ الزِّيَادَةُ مَعَ الْأُمِّ يُقَسَّمُ الدِّينُ عَلَى قِيمَةِ الْأُمِّ يَوْمَ الْعَقْدِ وَعَلَى قِيمَةِ الزِّيَادَةِ يَوْمَ الْقَبْضِ، فَمَا أَصَابَ الْأُمُّ قُسِمَ عَلَيْهَا وَعَلَى وَلَدِهَا)؛ لِأَنَّ الزِّيَادَةَ دَخَلَتْ عَلَى الْأُمِّ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِذَا وَلَدَتْ الْمَرْهُونَةَ وَلَدًا) يَعْنِي إِذَا رَهَنَ جَارِيَةً بِأَلْفٍ تُسَاوِي أَلْفًا فَوَلَدَتْ وَلَدًا يُسَاوِي أَلْفًا فَقَالَ الرَّاهِنُ زِدْتُكَ هَذَا الْعَبْدَ مَعَ الْوَلَدِ رَهْنًا وَهُوَ أَيْضًا يُسَاوِي أَلْفًا جَارَ الْعَقْدِ وَيَكُونُ الْعَبْدُ رَهْنًا مَعَ الْوَلَدِ دُونَ الْأُمِّ، فَيَنْظَرُ إِلَى قِيمَةِ الْوَلَدِ يَوْمَ الْفِكَاكِ وَإِلَى قِيمَةِ الْأُمِّ يَوْمَ الْعَقْدِ، فَمَا أَصَابَ الْوَلَدَ قُسِمَ عَلَى قِيمَتِهِ يَوْمَ الْفِكَاكِ وَقِيمَةِ الْعَبْدِ يَوْمَ قَبْضِهِ لِأَنَّهُ دَخَلَ فِي ضَمَانِهِ بِالْقَبْضِ، فَإِنْ مَاتَ الْوَلَدُ بَعْدَ الزِّيَادَةِ بَطَلَتْ لِأَنَّهُ إِذَا هَلَكَ خَرَجَ مِنَ الْعَقْدِ وَصَارَ كَأَنَّهُ لَمْ يَكُنْ فَبَطَلَ الْحُكْمُ فِي الزِّيَادَةِ. وَلَوْ قَالَ الرَّاهِنُ زِدْتُكَ هَذَا الْعَبْدَ مَعَ الْأُمِّ قُسِمَ الدِّينُ عَلَى قِيمَةِ الْأُمِّ يَوْمَ الْعَقْدِ وَعَلَى قِيمَةِ الزِّيَادَةِ يَوْمَ الْقَبْضِ، فَمَا أَصَابَ الْأُمُّ قُسِمَ عَلَيْهَا وَعَلَى وَلَدِهَا، لِأَنَّ الزِّيَادَةَ دَخَلَتْ عَلَى الْأُمِّ فَصَارَتْ كَأَنَّهَا كَانَتْ فِي أَصْلِ الْعَقْدِ فَيَكُونُ الْوَلَدُ دَاخِلًا فِي حِصَّةِ الْأُمِّ خَاصَّةً، فَإِنْ مَاتَتْ الْأُمُّ بَعْدَ الزِّيَادَةِ ذَهَبَ مَا كَانَ فِيهَا وَبَقِيَ الْوَلَدُ وَالزِّيَادَةُ تَمَاءَ فِيهِمَا لِأَنَّ هَلَكَ الْأُمُّ لَا يُوجِبُ سَقُوطَ الضَّمَانِ بَلْ يُقَرَّرُهُ فَلَا يَبْطُلُ الْحُكْمُ فِي الزِّيَادَةِ، وَلَوْ مَاتَ الْوَلَدُ بَعْدَ الزِّيَادَةِ ذَهَبَ بغير شيءٍ وَكَانَ الْعَقْدُ فِي الْأُمِّ وَلَا وَلَدَ مَعَهَا.

قَالَ (فَإِنْ رَهَنَ عَبْدًا يُسَاوِي أَلْفًا بِأَلْفٍ ثُمَّ أَعْطَاهُ عَبْدًا آخَرَ قِيمَتُهُ أَلْفٌ رَهْنًا مَكَانَ الْأَوَّلِ، فَالْأَوَّلُ رَهْنٌ حَتَّى يَرُدَّهُ إِلَى الرَّاهِنِ، وَالْمُرْتَهَنُ فِي الْآخِرِ أَمِينٌ حَتَّى يَجْعَلَهُ مَكَانَ الْأَوَّلِ)؛ لِأَنَّ الْأَوَّلَ إِنَّمَا دَخَلَ فِي ضَمَانِهِ بِالْقَبْضِ وَالِدَيْنِ وَهُمَا بَاقِيَانِ فَلَا يَخْرُجُ عَنِ الضَّمَانِ إِلَّا بِنَقْضِ الْقَبْضِ مَا دَامَ الدِّينُ بَاقِيًا، وَإِذَا بَقِيَ الْأَوَّلُ فِي ضَمَانِهِ لَا يَدْخُلُ الثَّانِي فِي ضَمَانِهِ؛ لِأَنَّهُمَا رَضِيَا بِدُخُولِ أَحَدِهِمَا فِيهِ لَا بِدُخُولِهِمَا فَإِذَا رُدَّ الْأَوَّلُ دَخَلَ الثَّانِي فِي ضَمَانِهِ ثُمَّ قِيلَ: يُشْتَرَطُ تَجْدِيدُ الْقَبْضِ؛ لِأَنَّ يَدَ الْمُرْتَهَنِ عَلَى الثَّانِي يَدَ أَمَانَةٍ وَيَدَ الرَّهْنِ بَعْدَ اسْتِيفَاءِ وَضْمَانٍ فَلَا يَتَوَبُّ عَنْهُ، كَمَنْ لَهُ عَلَى آخَرَ جِيَادٌ فَاسْتَوْفَى زُبُوفًا ظَنَّنَهَا جِيَادًا

ثُمَّ عَلِمَ بِالزِّيَافَةِ وَطَالِبُهُ بِالْحِيَادِ وَأَخَذَهَا فَإِنَّ الْحِيَادَ أَمَانَةٌ فِي يَدِهِ مَا لَمْ يَرُدَّ الزُّيُوفَ وَيَجِدَّ الْقَبْضَ وَقِيلَ لَا يُشْتَرَطُ؛ لِأَنَّ الرَّهْنَ تَبَرُّعٌ كَالْهَبَةِ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ مِنْ قَبْلُ وَقَبْضُ الْأَمَانَةِ يَنْبُؤُ عَنْ قَبْضِ الْهَبَةِ، وَلِأَنَّ الرَّهْنَ عَيْنُهُ أَمَانَةٌ، وَالْقَبْضُ يَرُدُّ عَلَى الْعَيْنِ فَيَنْبُؤُ قَبْضُ الْأَمَانَةِ عَنْ قَبْضِ الْعَيْنِ.

الشرح:

قَالَ (فَإِنَّ رَهْنَ عَبْدًا يُسَاوِي أَلْفًا إلخ) كَلَامُهُ وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ مِنْ قَبْلُ) يَعْنِي فِي صَدْرِ كِتَابِ الرَّهْنِ فِي تَعْلِيلِ أَنَّ تَمَامَ الرَّهْنِ بِالْقَبْضِ.

(وَلَوْ أَبْرَأَ الْمُرْتَهِنُ الرَّاهِنَ عَنِ الدَّيْنِ أَوْ وَهَبَهُ مِنْهُ ثُمَّ هَلَكَ الرَّهْنُ فِي يَدِ الْمُرْتَهِنِ يَهْلِكُ بِغَيْرِ شَيْءٍ اسْتِحْسَانًا) خِلَافًا لَزُفَرٍ؛ لِأَنَّ الرَّهْنَ مَضْمُونٌ بِالدَّيْنِ أَوْ بِجِهَتِهِ عِنْدَ تَوْهُمِ الْوُجُودِ كَمَا فِي الدَّيْنِ الْمَوْعُودِ وَلَمْ يَبْقَ الدَّيْنُ بِالْإِبْرَاءِ أَوْ الْهَبَةِ وَلَا جِهَتِهِ لِسُقُوطِهِ، إِلَّا إِذَا أَحْدَثَ مَنَعًا؛ لِأَنَّهُ يَصِيرُ بِهِ غَاصِبًا إِذَا لَمْ تَبْقَ لَهُ وَلَايَةٌ الْمَنَعِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (خِلَافًا لَزُفَرٍ رَحِمَهُ اللَّهُ) هُوَ يَقُولُ: إِنَّ الضَّمَانَ فِي بَابِ الرَّهْنِ إِنَّمَا يَجِبُ بِاعْتِبَارِ الْقَبْضِ وَهُوَ قَائِمٌ فَكَانَ مَا بَعْدَ الْإِبْرَاءِ وَمَا قَبْلَهُ سَوَاءً، وَلِهَذَا كَانَ مَضْمُونًا بَعْدَ الْاسْتِيفَاءِ وَإِنْ لَمْ يَبْقَ الدَّيْنُ بَعْدَهُ. وَلَنَا مَا ذَكَرَ فِي الْكِتَابِ أَنَّ الرَّهْنَ مَضْمُونٌ بِالدَّيْنِ أَوْ بِجِهَتِهِ عِنْدَ تَوْهُمِ الْوُجُودِ كَمَا فِي الدَّيْنِ الْمَوْعُودِ، وَلَمْ يَبْقَ الدَّيْنُ بِالْإِبْرَاءِ: أَيْ بِسَبَبِهِ وَلَا جِهَتِهِ لِسُقُوطِهِ فَلَمْ يَبْقَ الرَّهْنُ مَضْمُونًا بِالدَّيْنِ. فَإِنْ قِيلَ: سَقُوطُ الدَّيْنِ لَا يُوجِبُ سَقُوطَ الضَّمَانِ، فَإِنَّهُ إِذَا طَلَبَهُ الرَّاهِنُ وَمَنَعَ الْمُرْتَهِنُ بَعْدَ الْإِبْرَاءِ فَإِنَّهُ يَضْمَنُ وَقَدْ سَقَطَ الدَّيْنُ. أَجَابَ بِقَوْلِهِ إِلَّا إِذَا أَحْدَثَ مَنَعًا لِأَنَّهُ يَصِيرُ بِهِ غَاصِبًا لِانْتِفَاءِ وَلَايَةِ مَنَعِهِ. وَالْجَوَابُ عَنْ صُورَةِ الْاسْتِيفَاءِ مَا ذَكَرَهُ عَلَى وَجْهِ الْفَرْقِ بِقَوْلِهِ إِنَّ بِالْإِبْرَاءِ يَسْقُطُ الدَّيْنُ أَصْلًا كَمَا ذَكَرْنَا، وَبِالْاسْتِيفَاءِ لَا يَسْقُطُ لِقِيَامِ الْمَوْجِبِ وَهُوَ الْعَقْدُ الَّذِي لَزِمَ الدَّيْنُ بِهِ، إِلَّا أَنَّهُ يَتَعَذَّرُ الْاسْتِيفَاءُ لِعَدَمِ الْفَائِدَةِ لِأَنَّهُ يَعْقُبُ مُطَالَبَةً مِثْلَهُ فَيُفْضِي إِلَى الدَّوْرِ.

(وَكَذَا إِذَا ارْتَهَنَتِ الْمَرْأَةُ رَهْنًا بِالصَّدَاقِ فَأَبْرَأَتْهُ أَوْ وَهَبَتْهُ أَوْ ارْتَدَّتْ وَالْعِيَادُ بِاللَّهِ قَبْلَ الدُّخُولِ أَوْ اخْتَلَعَتْ مِنْهُ عَلَى صَدَاقِهَا ثُمَّ هَلَكَ الرَّهْنُ فِي يَدِهَا يَهْلِكُ بِغَيْرِ شَيْءٍ فِي هَذَا كُلِّهِ وَلَمْ تَضْمَنْ شَيْئًا لِسُقُوطِ الدَّيْنِ كَمَا فِي الْإِبْرَاءِ، وَلَوْ اسْتَوْفَى الْمُرْتَهِنُ الدَّيْنَ

بإيفاء الرهن أو بإيفاء متطوع ثم هلك الرهن في يده يهلك بالدين ويحب عليه رد ما استوفى إلى ما استوفى منه وهو من عليه أو المتطوع بخلاف الإبراء) ووجه الفرق أن بالإبراء يسقط الدين أصلاً كما ذكرنا، وبالإستيفاء لا يسقط لقيام الموجب، إلا أنه يتعذر الاستيفاء لعدم الفائدة؛ لأنه يعقب مطالبة مثله، فأما هو في نفسه فقائم، فإذا هلك يتقرر الاستيفاء الأول فانتقض الاستيفاء الثاني.

الشرح:

وقوله (فأما هو) يعني تعذر الاستيفاء، فأما الدين فهو قائم في نفسه وهو تكرر للتوكيد (فإذا هلك) يعني الرهن بتقرر الاستيفاء الأول وهو الحكمي فانتقض الاستيفاء الثاني وهو الحقيقي لئلا يتكرر الاستيفاء.

(وكذا إذا اشترى بالدين عيناً أو صالح عنه على عين)؛ لأنه استيفاء (وكذلك إذا أحوال الرهن المرتهن بالدين على غيره ثم هلك الرهن بطلت الحوالة ويهلك بالدين)؛ لأنه في معنى البراءة بطريق الأداء؛ لأنه يزول به عن ملك المحيل مثل ما كان له على المحتال عليه، أو ما يرجع عليه به إن لم يكن للمحيل على المحتال عليه دين؛ لأنه بمنزلة الوكيل (وكذا لو تصادقا على أن لا دين ثم هلك الرهن يهلك بالدين) لتوهم وجوب الدين بالتصادق على قيامه فتكون الجهة باقية بخلاف الإبراء، والله أعلم بالصواب وإليه المرجع والمآب.

الشرح:

وقوله (وكذا إذا اشترى) معطوف على قوله ولو استوفى. وقوله (لأنه) أي لأن كل واحد من الشراء والصالح على عين استيفاء فيجب عليه رد الرهن إن كان باقياً أو قيمته إن هلك في يده قبل الرد. وقوله (لأنه) يعني البراءة بطريق الأداء إشارة إلى الجواب عما يقال ذمة المحيل تبرأ بالحوالة عما عليه فكان ينبغي أن يكون بمعنى الإبراء فيهلك أمانته. ووجه ذلك ما أشار إليه أن الحوالة وإن كانت إبراء لكنها بطريق الأداء دون الإسقاط (لأنه يزول به) أي: بعقد الحوالة إلخ. وقوله (لأنه) يعني المحال عليه (بمنزلة الوكيل) عن المحيل بقضاء الدين. وقوله (وكذلك لو تصادقا على أن لا دين ثم هلك الرهن إلخ) اختيار بعض المشايخ اختاره المصنف، ومنهم من قال: إذا كان

التَّصَادُقُ بَعْدَ هَلَاكِ الرَّهْنِ وَالذَّيْنِ كَانَ وَاجِبًا ظَاهِرًا فَهُوَ كَذَلِكَ، فَإِنَّ وُجُوبَهُ ظَاهِرًا
يَكْفِي لَضَمَانِ الرَّهْنِ فَكَانَ مُسْتَوْفِيًا، فَأَمَّا إِذَا كَانَ قَبْلَهُ هَلَاكُ أَمَانَةٍ لَأَنَّهُ بِتَصَادُقِهِمَا يَنْتَفِي
الذَّيْنُ مِنَ الْأَصْلِ وَضَمَانُ الرَّهْنِ لَا يَبْقَى بِذَوْنِ الذَّيْنِ.

وَوَجْهُ مُخْتَارِ الْمُصَنِّفِ مَا ذَكَرَهُ مِنْ تَوَهُُّمِ وُجُوبِ الذَّيْنِ بِالتَّصَادُقِ عَلَى قِيَامِهِ
يَعْنِي بَعْدَ التَّصَادُقِ عَلَى عَدَمِهِ لَجَوَازِ أَنْ يَتَذَكَّرَا وَجُوبَهُ بَعْدَ التَّصَادُقِ عَلَى انْتِفَائِهِ فَتَكُونُ
الْجِهَةُ بَاقِيَةً، وَضَمَانُ الرَّهْنِ مُتَحَقِّقٌ بِتَوَهُُّمِ الْوُجُوبِ. وَقَوْلُهُ (بِخِلَافِ الْإِبْرَاءِ) رَاجِعٌ إِلَى
قَوْلِهِ وَلَوْ اسْتَوْفَى، وَذَلِكَ لِأَنَّهُ مِنْ ثَمَّةٍ إِلَى هَاهُنَا نُقُوضُ عَلَى جَوَابِ الْاسْتِحْسَانِ فِي
صُورَةِ الْإِبْرَاءِ، وَالْأُولَى أَنْ يَرْجِعَ إِلَى قَوْلِهِ فَتَكُونُ الْجِهَةُ بَاقِيَةً.

كتاب الجنایات

قَالَ (الْقَتْلُ عَلَى خَمْسَةِ أَوْجُهٍ: عَمْدٌ، وَشِبْهُ عَمْدٍ، وَخَطَأٌ، وَمَا أَجْرِي مَجْرَى الْخَطَأِ، وَالْقَتْلُ بِسَبَبٍ) وَالْمُرَادُ بَيَانُ قَتْلِ تَتَعَلَّقُ بِهِ الْأَحْكَامُ قَالَ (فَالْعَمْدُ مَا تَعَمَّدَ ضَرْبَهُ بِسِلَاحٍ أَوْ مَا أَجْرِي مَجْرَى السِّلَاحِ كَالْمَحْدَدِ مِنَ الْخَشَبِ وَلِيطَةِ الْقَصَبِ وَالْمَرْوَةِ الْمُحَدَّدَةِ وَالنَّارِ؛ لِأَنَّ الْعَمْدَ هُوَ الْقَصْدُ، وَلَا يُوقَفُ عَلَيْهِ إِلَّا بِدَلِيلِهِ وَهُوَ اسْتِعْمَالُ الْأَلَةِ الْقَاتِلَةِ فَكَانَ مُتَعَمَّدًا فِيهِ عِنْدَ ذَلِكَ.

الشرح:

(كِتَابُ الْجِنَايَاتِ): ذَكَرَ الْجِنَايَاتِ عَقَبَ الرَّهْنِ لِأَنَّ الرَّهْنَ لَصِيَانَةِ الْمَالِ وَحُكْمُ الْجِنَايَاتِ لَصِيَانَةِ الْأَنْفُسِ وَالْمَالِ وَسِيلَةٌ لِلنَّفْسِ فَكَانَ مُقَدِّمًا عَلَيْهَا، وَمَحَاسِنُ أَجْرِيَّتِهَا مَحَاسِنُ الْحُدُودِ.

وَالْجِنَايَةُ فِي اللُّغَةِ: اسْمٌ لِمَا يُكْتَسَبُ مِنَ الشَّرِّ تَسْمِيَةً بِالْمَصْدَرِ مِنْ جَنَى عَلَيْهِ شَرًّا، وَهُوَ عَامٌّ إِلَّا أَنَّهُ فِي الشَّرْعِ خَصٌّ بِفِعْلِ مُحَرَّمٍ شَرْعًا حَلَّ بِالنَّفُوسِ وَالْأَطْرَافِ، وَالْأَوَّلُ يُسَمَّى قَتْلًا وَهُوَ فِعْلٌ مِنَ الْعِبَادِ تَزُولُ بِهِ الْحَيَاةُ، وَالثَّانِي يُسَمَّى قَطْعًا وَجَرْحًا. وَسَبَبُهَا سَبَبُ الْحُدُودِ.

وَشَرَطُهَا كَوْنُ الْمَحَلِّ حَيَوَاتًا، قَالَ (الْقَتْلُ عَلَى خَمْسَةِ أَوْجُهٍ) الْقَتْلُ الَّذِي يَتَعَلَّقُ بِهِ حُكْمٌ مِنْ قِصَاصٍ وَدِيَّةٍ وَكَفَّارَةٍ وَحَرِّمَانٍ إِرْثٍ خَمْسَةٌ أَوْجُهٍ، وَذَلِكَ لِأَنَّا قَدْ اسْتَفْرَقْنَا فَوْجَدْنَا مَا يَتَعَلَّقُ بِهِ شَيْءٌ مِنَ الْأَحْكَامِ الْمَذْكُورَةِ.

وَقَالَ صَاحِبُ النَّهَايَةِ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَا يَخْلُو إِمَّا أَنْ حَصَلَ بِسِلَاحٍ أَوْ بِغَيْرِ سِلَاحٍ، فَإِنْ حَصَلَ بِسِلَاحٍ فَلَا يَخْلُو إِمَّا أَنْ كَانَ بِهِ قَصْدُ الْقَتْلِ أَوْ لَا، فَإِنْ كَانَ فَهُوَ الْعَمْدُ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فَهُوَ الْخَطَأُ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ بِسِلَاحٍ فَلَا يَخْلُو إِمَّا أَنْ كَانَ مَعَهُ قَصْدُ التَّأْدِيبِ وَالضَّرْبِ أَوْ لَا، فَإِنْ كَانَ فَهُوَ شِبْهُ الْعَمْدِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فَلَا يَخْلُو إِمَّا أَنْ كَانَ جَارِيًا مَجْرَى الْخَطَأِ أَمْ لَا، فَإِنْ كَانَ فَهُوَ هُوَ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فَهُوَ الْقَتْلُ بِالسَّبَبِ، وَبِهَذَا الْإِنْحِصَارِ نَعْرِفُ أَيْضًا تَفْسِيرَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهَا، وَضَعْفُهُ وَرَكَكَتُهُ ظَاهِرَانِ. وَقَوْلُهُ (أَوْ مَا أَجْرِي مَجْرَى السِّلَاحِ) يَعْنِي فِي تَفْرِيقِ الْأَجْزَاءِ كَالْمَحْدَدِ مِنَ الْخَشَبِ وَلِيطَةِ الْقَصَبِ وَهِيَ قَشْرُهُ وَقَدْ تَقَدَّمَ.

(وَمُوجِبُ ذَلِكَ الْمَأْتَمُ) لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَمَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُتَعَمِّدًا فَجَزَاؤُهُ جَهَنَّمُ﴾ [النساء: ٩٣]، وَقَدْ نَطَقَ بِهِ غَيْرُ وَاحِدٍ مِنَ السُّنَّةِ ^(١)، وَعَلَيْهِ انْعَقَدَ إِجْمَاعُ الْأُمَّةِ قَالَ (وَالْقَوْدُ) لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ﴾ [البقرة: ١٧٨] إِلَّا أَنَّهُ تَقَيَّدَ بِوَصْفِ الْعَمْدِيَّةِ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «الْعَمْدُ قَوْدٌ» أَي مُوجِبُهُ، وَلَأَنَّ الْجِنَايَةَ بِهَا تَتَكَمَّلُ وَحِكْمَةُ الزَّجْرِ عَلَيْهَا تَتَوَفَّرُ، وَالْعُقُوبَةُ الْمُتَنَاهِيَةُ لَا شَرَعَ لَهَا دُونَ ذَلِكَ قَالَ (إِلَّا أَنْ يَعْفُو الْأَوْلِيَاءُ أَوْ يُصَالِحُوا)؛ لِأَنَّ الْحَقَّ لَهُمْ ثُمَّ هُوَ وَاجِبٌ عَيْنًا، وَلَيْسَ لِلْوَلِيِّ أَخْذُ الدِّيَةِ إِلَّا بِرِضَا الْقَاتِلِ وَهُوَ أَحَدُ قَوْلِي الشَّافِعِيِّ، إِلَّا أَنَّ لَهُ حَقَّ الْعُدُولِ إِلَى الْمَالِ مِنْ غَيْرِ مَرْضَاةِ الْقَاتِلِ؛ لِأَنَّهُ تَعَيَّنَ مَدْفَعًا لِلْهَلَاكِ فَيَجُوزُ بِدُونِ رِضَا، وَفِي قَوْلِ الْوَاجِبِ أَحَدُهُمَا لَا بَعِيْنِهِ وَيَتَعَيَّنُ بِاخْتِيَارِهِ؛ لِأَنَّ حَقَّ الْعَبْدِ شَرْعٌ جَابِرٌ وَفِي كُلِّ وَاحِدٍ نَوْعٌ جَبَرٍ فَيَتَخَيَّرُ وَلَنَا مَا تَلَوْنَا مِنَ الْكِتَابِ وَرَوَيْنَا مِنَ السُّنَّةِ، وَلَأَنَّ الْمَالَ لَا يَصْلُحُ مُوجِبًا لِعَدَمِ الْمُمَاطَلَةِ، وَالْقِصَاصُ يَصْلُحُ لِلْمُمَاطَلِ، وَفِيهِ مَصْلَحَةُ الْأَحْيَاءِ زَجْرًا وَجَبْرًا فَيَتَعَيَّنُ، وَفِي الْخَطِئِ وَجُوبُ الْمَالِ ضَرُورَةٌ صَوْنِ الدِّمِّ عَنِ الْإِهْدَارِ، وَلَا يَتَيَقَّنُ بِعَدَمِ قَصْدِ الْوَلِيِّ بَعْدَ أَخْذِ الْمَالِ فَلَا يَتَعَيَّنُ مَدْفَعًا لِلْهَلَاكِ، وَلَا كَفَّارَةً فِيهِ عِنْدَنَا؛ وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَحِبُّ؛ لِأَنَّ الْحَاجَةَ إِلَى التَّكْفِيرِ فِي الْعَمْدِ أَمْسُ مِنْهَا إِلَيْهِ فِي الْخَطِئِ فَكَانَ أَدْعَى إِلَى إِيْجَابِهَا وَلَنَا أَنَّهُ كَبِيرَةٌ مَحْضَةٌ، وَفِي الْكُفَّارَةِ مَعْنَى الْعِبَادَةِ فَلَا تَنَاطُلُ بِمِثْلِهَا، وَلَأَنَّ الْكُفَّارَةَ مِنَ الْمَقَادِيرِ، وَتَعَيَّنَتْ فِي الشَّرْعِ لِدَفْعِ الْأَدْنَى لَا يُعَيَّنُهَا لِدَفْعِ الْأَعْلَى وَمِنْ حُكْمِهِ حِرْمَانُ الْمِيرَاثِ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «لَا مِيرَاثَ لِقَاتِلٍ» ^(٢).

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَقَدْ نَطَقَ بِهِ غَيْرُ وَاحِدٍ مِنَ السُّنَّةِ) مِنْهَا مَا قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ فِي خُطْبَتِهِ بِعَرَفَاتٍ «أَلَا إِنَّ دِمَاءَكُمْ وَنَفُوسَكُمْ مُحَرَّمَةٌ عَلَيْكُمْ كَحُرْمَةِ يَوْمِي هَذَا فِي شَهْرِي هَذَا فِي مَقَامِي هَذَا» وَمِنْهَا قَوْلُهُ ﷺ «لَزَوَالِ الدُّنْيَا أَهْوَنُ عَلَى اللَّهِ مِنْ قَتْلِ امْرِئٍ مُسْلِمٍ». وَقَوْلُهُ (وَالْقَوْدُ) يَعْنِي الْقِصَاصَ مَعْطُوفٌ عَلَى قَوْلِهِ الْمَأْتَمُ: أَيُّ مُوجِبُ

(١) أخرجه البخاري في الديات باب ٦، ومسلم في القسامة (حديث ٢٥)، وأبو داود في الحدود باب ١.

(٢) أخرجه الترمذي في الفرائض باب ١٧، وابن ماجه في الفرائض باب ٨ (حديث ٢٧٣٥).

الْقَتْلِ الْعَمْدِ الْإِنَّمْ فِي الْآخِرَةِ وَالْقِصَاصُ فِي الدُّنْيَا لَقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ أَلْخُرْبَى بِالْحَرْبِ﴾ الْآيَةُ وَهُوَ بَظَاهِرِهِ لَمْ يَفْصِلْ بَيْنَ الْعَمْدِ وَالْخَطَا لَكِنَّهُ تَقْيِدٌ يَوْصِفُ الْعَمْدِيَّةَ بِقَوْلِهِ ﷺ «الْعَمْدُ قَوْدٌ» أَيُّ مُوجِبُهُ، وَالْحَدِيثُ مَشْهُورٌ، وَلَأَنَّ الْجِنَايَةَ بِهَا: أَيُّ بِالْعَمْدِيَّةِ تَتَكَامَلُ.

وَقَوْلُهُ (لَا شَرَعَ لَهَا دُونَ ذَلِكَ) أَيُّ لَا شَرْعِيَّةَ لِلْعُقُوبَةِ الْمُتَنَاهِيَةِ بِدُونِ الْعَمْدِيَّةِ. وَتَقْرِيرُ حُجَّتِهِ أَنَّ الْعَمْدِيَّةَ تَتَكَامَلُ بِهَا الْجِنَايَةُ، وَكُلُّ مَا تَتَكَامَلُ بِهِ الْجِنَايَةُ كَانَتْ حَكْمَةُ الرَّجْرِ عَلَيْهَا أَكْمَلُ، وَقَوْلُهُ (وَالْعُقُوبَةُ الْمُتَنَاهِيَةُ إلخ) حُجَّةٌ أُخْرَى. وَتَقْرِيرُهَا: الْقَوْدُ عُقُوبَةٌ مُتَنَاهِيَةٌ وَالْعُقُوبَةُ الْمُتَنَاهِيَةُ لَا شَرَعَ لَهَا دُونَ الْعَمْدِيَّةِ، وَذَلِكَ ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (ثُمَّ هُوَ) يَعْنِي الْقَوْدَ. وَقَوْلُهُ (وَهَذَا لِأَنَّهُ تَعَيَّنَ مَدْفَعًا لِلْهَلَاكِ) يَعْنِي لِأَنَّ الْقَاتِلَ فِي الْاِمْتِنَاعِ مِنْ أَدَاءِ الدِّيَةِ بَعْدَ مَا أُسْتَحَقَّتْ نَفْسُهُ قِصَاصًا يُسَفِّهُ وَيُلْقِي نَفْسَهُ فِي التَّهْلُكَةِ فَيُحْجَرُ عَلَيْهِ وَيُمْنَعُ عَنْهُ شَرْعًا (وَلَنَا مَا تَلَوْنَا) مِنْ قَوْلِهِ تَعَالَى ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ﴾ [البقرة: ١٧٨] وَوَجْهُ التَّمَسُّكِ بِهِ أَنَّ اللَّهَ تَعَالَى ذَكَرَ فِي الْخَطَا الدِّيَةَ فَتَعَيَّنَ أَنَّ يَكُونُ الْقِصَاصُ الْمَذْكُورُ فِيهِ فِيمَا هُوَ ضِدُّ الْخَطَا وَهُوَ الْعَمْدُ، وَلَمَّا تَعَيَّنَ بِالْعَمْدِ لَا يُعْدَلُ عَنْهُ لَثَلَا تَلَزَمَ الزِّيَادَةُ عَلَى النَّصِّ بِالرَّأْيِ.

وَوَجْهُ التَّمَسُّكِ بِالسَّنَةِ أَنَّ الْأَلْفَ وَاللَّامَ فِي قَوْلِهِ الْعَمْدُ قَوْدٌ لِلْجِنْسِ، إِذْ لَا مَعْهُودَ يَنْصَرِفُ إِلَيْهِ، فَفِيهِ تَنْصِصٌ عَلَى أَنَّ حُكْمَ جِنْسِ الْعَمْدِ ذَلِكَ، فَمَنْ عَدَلَ عَنْهُ إِلَى غَيْرِهِ زَادَ عَلَى النَّصِّ أَثَرُ ابْنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا فِي قَوْلِهِ: الْعَمْدُ قَوْدٌ لَا مَالَ فِيهِ إِلَى ذَلِكَ. وَوَجْهُ الْمَعْقُولِ أَنَّ الْمَالَ لَا يَصْلُحُ مُوجِبًا فِي الْقَتْلِ الْعَمْدِ لِعَدَمِ الْمُمَالَةِ، لِأَنَّ الْآدَمِيَّ مَالِكٌ مُبْتَدِلٌ وَالْمَالُ مَمْلُوكٌ مُبْتَدَلٌ فَأَمَّا يَتِمَّائِلَانِ، بِخِلَافِ الْقِصَاصِ فَإِنَّهُ يَصْلُحُ مُوجِبًا لِلتَّمَاتِلِ، وَفِيهِ زِيَادَةُ حِكْمَةٍ وَهِيَ مَصْلَحَةُ الْإِحْيَاءِ زَجْرًا لِلْغَيْرِ عَنْ وَقُوعِهِ فِيهِ وَجَبْرًا لِلْوَرْتَةِ فَيَتَعَيَّنُ، فَإِنْ قِيلَ: فَكَيْفَ صَلَحَ مُوجِبًا فِي الْخَطَا وَالْفَائِتُ فِيهِ مِثْلُ الْفَائِتِ فِي الْعَمْدِ. أَجَابَ بِقَوْلِهِ وَفِي الْخَطَا وَجُوبُ الْمَالِ ضَرُورَةُ صَوْنِ الدِّمِّ عَنِ الْإِهْدَارِ، فَإِنَّهُ لَمَّا لَمْ يُمَكِّنِ الْاِقْتِصَاصُ فِيهِ هُدْرَ الدِّمِّ لَوْ لَمْ يَجِبِ الْمَالُ وَالْآدَمِيُّ مُكْرَّمٌ لَا يَجِبُ إِهْدَارُ دَمِهِ، عَلَى أَنَّ ذَلِكَ ثَابِتٌ بِالنَّصِّ عَلَى خِلَافِ الْقِيَاسِ، وَالْعَمْدُ لَيْسَ فِي مَعْنَاهُ حَتَّى يَلْحَقَ بِهِ. وَقَوْلُهُ (وَلَا يُتَيَقَّنُ بَعْدَ قَصْدِ الْوَلِيِّ بَعْدَ أَخْذِ الْمَالِ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ لِأَنَّهُ تَعَيَّنَ مَدْفَعًا

لِلْهَلَاكِ وَذَلِكَ لَجَوَازِ أَنْ يَأْخُذَ الْوَلِيُّ الْمَالَ مِنَ الْقَاتِلِ بِدُونِ رِضَاةٍ ثُمَّ يَقْتُلُهُ. قِيلَ هَذَا الْوَهْمُ مُوجُودٌ فِيمَا إِذَا أَخَذَ الْمَالَ صُلْحًا وَقَدْ جَازَ. أُجِيبَ بِأَنْ فِي الصُّلْحِ الْمُرَاضَاةَ وَالْقَتْلُ بَعْدَهُ ظَاهِرُ الْعَدَمِ.

وَعُورِضَ بِقَوْلِهِ ﷺ «مَنْ قُتِلَ لَهُ قَتِيلٌ فَأَهْلُهُ بَيْنَ خَيْرَتَيْنِ: إِنْ أَحْبَبُوا قَتَلُوا، وَإِنْ أَحْبَبُوا أَخَذُوا الدِّيَّةَ» وَبِأَنَّ الشَّرْعَ أَوْجَبَ الْقِصَاصَ لِمَعْنَى الْإِتْقَامِ وَتَشَفَّى صُدُورِ الْأَوْلِيَاءِ، بِخِلَافِ الْقِيَاسِ فَإِنَّ الْجَمَاعَةَ تُقْتَلُ بِوَاحِدٍ وَالْقِيَاسُ لَا يَقْتَضِيهِ، فَكَانَ لِمَعْنَى النَّظَرِ لِلْوَلِيِّ وَذَلِكَ بِتَمَكُّنِهِ مِنَ الْقِصَاصِ وَأَخَذِ الدِّيَّةِ. وَالْجَوَابُ أَنَّ الْحَدِيثَ خَبَرٌ وَاحِدٌ فَلَا يُعَارِضُ الْكِتَابَ وَالسُّنَّةَ الْمَشْهُورَةَ عَلَى مَا ذَكَرْنَا، وَأَنَّ الْقِصَاصَ لِمَعْنَى النَّظَرِ لِلْوَلِيِّ عَلَى وَجْهِ خَاصٍّ وَهُوَ الْإِتْقَامُ وَتَشَفَّى الصُّدُورِ، فَإِنَّهُ شَرْعٌ زَجْرًا عَمَّا كَانَ عَلَيْهِ أَهْلُ الْجَاهِلِيَّةِ مِنْ إِفْتَاءِ قَبِيلَةٍ بِوَاحِدٍ لَا لِأَنَّهُمْ كَانُوا يَأْخُذُونَ أَمْوَالًا كَثِيرَةً عِنْدَ قَتْلِ وَاحِدٍ مِنْهُمْ، بَلِ الْقَاتِلُ وَأَهْلُهُ لَوْ بَذَلُوا مَا مَلَكَوهُ وَأَمْثَالُهُ مَا رَضِيَ بِهِ أَوْلِيَاءُ الْمَقْتُولِ، فَكَانَ إِجَابُ الْمَالِ فِي مُقَابَلَةِ الْقَتْلِ الْعَمْدِ تَضْيِيعُ حِكْمَةِ الْقِصَاصِ، وَإِذَا ثَبَتَ أَنَّ الْأَصْلَ هُوَ الْقِصَاصُ لَمْ يَجْزُ الْمَصِيرُ إِلَى غَيْرِهِ بِغَيْرِ ضَرُورَةٍ مِثْلُ أَنْ يَغْفُو أَحَدُ الْأَوْلِيَاءِ فَإِنَّهُ تَعَذَّرَ الْإِسْتِيفَاءُ حِينَئِذٍ، أَوْ أَنْ يَكُونَ مَحَلُّ الْقِصَاصِ نَاقِصًا بِأَنْ تَكُونَ يَدُ قَاطِعِ الْيَدِ أَقْلًا أَصْبَعًا وَأَمْثَالُ ذَلِكَ.

وَقَوْلُهُ (وَلَا كَفَّارَةَ فِيهِ عِنْدَنَا) أَيُّ فِي الْقَتْلِ الْعَمْدِ سَوَاءً وَجَبَ فِيهِ الْقِصَاصُ أَوْ لَمْ يَجِبْ كَالْأَبِ إِذَا قَتَلَ ابْنَهُ عَمْدًا. وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَجِبُ لِأَنَّ الْحَاجَةَ إِلَى التَّكْفِيرِ فِي الْعَمْدِ أَمْسُ مِنْهَا إِلَيْهِ فِي الْخَطَا لِأَنَّهَا لَسْتُ الدُّبِّ وَالذُّبُّ فِي الْعَمْدِ أَعْظَمُ (وَلَنَا أَنَّهُ كَبِيرَةٌ مُحَضَّةٌ) وَمَا هُوَ كَذَلِكَ لَا يَكُونُ سَبَبًا لِمَا فِيهِ مَعْنَى الْعِبَادَةِ وَالْكَفَّارَةِ فِيهَا ذَلِكَ وَمَوْضِعُهُ أُصُولُ الْفَقْهِ. وَقَوْلُهُ (وَلَا نَّ الْكَفَّارَةَ) جَوَابٌ عَنْ قِيَاسِ الشَّافِعِيِّ وَهُوَ وَاضِحٌ. فَإِنْ قِيلَ: هَبْ أَنَّ الْقِيَاسَ لَا يَصِحُّ فَلْيَلْحَقْ دَلَالَةً لِأَنَّهُمَا مِثْلَانِ فِي الْمَنَاطِ وَهُوَ السُّتْرُ وَلَا مُعْتَبَرٌ لَصِفَةِ الْعَمْدِيَّةِ كَالْمُحْرَمِ إِذَا قَتَلَ الصَّيِّدَ عَمْدًا فَإِنَّهُ كَقَتْلِهِ خَطَاً. فَالْجَوَابُ أَنَّ الْمُمَاطِلَةَ مَمْنُوعَةٌ، فَإِنَّ ذَنْبَ الْعَمْدِ مِمَّا لَا يُسْتَرُّ بِهَا لَعَدَمِ صَلَاحِيَّتِهِ لَعَلَّهَا كَمَا مَرَّ.

فَإِنْ قِيلَ: قَدْ دَلَّ الدَّلِيلُ عَلَى عَدَمِ اعْتِبَارِ صِفَةِ الْعَمْدِيَّةِ وَهُوَ حَدِيثُ وَائِلَةَ بْنِ الْأَسْفَعِ «أَتَيْنَا رَسُولَ اللَّهِ ﷺ بِصَاحِبٍ لَنَا قَدْ اسْتَوْجَبَ النَّارَ بِالْقَتْلِ، فَقَالَ: أَعْتَقُوا عَنْهُ رَقَبَةً يُعْتِقَ اللَّهُ بِكُلِّ عَضْوٍ مِنْهَا عَضْوًا مِنْهُ مِنَ النَّارِ» وَإِجَابُ النَّارِ إِمَّا يَكُونُ بِالْقَتْلِ

الْعَمْدُ. قُلْنَا: لَا تُسَلِّمُ لِحَوَازٍ أَنْ يَكُونَ اسْتَوْجِبَهَا بِشِبْهِ الْعَمْدِ كَالْقَتْلِ بِالْحَجَرِ أَوْ الْعَصَا الْكَبِيرَيْنِ. سَلَّمْنَاهُ لَكِنَّهُ لَا يُعَارِضُ إِشَارَةَ قَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَمَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُتَعَمِّدًا فَجَزَاؤُهُ جَهَنَّمُ خَالِدًا فِيهَا﴾ [النساء: ٩٣] فَإِنَّ الْفَاءَ تَقْتَضِي أَنْ يَكُونَ الْمَذْكُورُ كُلُّ الْجَزَاءِ، فَلَوْ أَوْحَيْنَا الْكُفَّارَةَ لَكَانَ الْمَذْكُورُ بَعْضُهُ وَهُوَ خَلْفٌ.

قَالَ (وَشِبْهُ الْعَمْدِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ أَنْ يَتَعَمَّدَ الضَّرْبُ بِمَا لَيْسَ بِسِلَاحٍ وَلَا مَا أُجْرِيَ مَجْرَى السِّلَاحِ) وَقَالَ أَبُو يُونُسَ وَمُحَمَّدٌ وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ: إِذَا ضَرَبَهُ بِحَجَرٍ عَظِيمٍ أَوْ بِخَشَبَةٍ عَظِيمَةٍ فَهُوَ عَمْدٌ وَشِبْهُ الْعَمْدِ أَنْ يَتَعَمَّدَ ضَرِبَهُ بِمَا لَا يَقْتُلُ بِهِ غَالِبًا؛ لِأَنَّهُ يَتَقَاصَرُ مَعْنَى الْعَمْدِيَّةِ بِاسْتِعْمَالِ آلَةٍ صَغِيرَةٍ لَا يَقْتُلُ بِهَا غَالِبًا لِمَا أَنَّهُ يَقْصِدُ بِهَا غَيْرَهُ كَالتَّأْدِيبِ وَنَحْوِهِ فَكَانَ شِبْهُ الْعَمْدِ، وَلَا يَتَقَاصَرُ بِاسْتِعْمَالِ آلَةٍ لَا تَلْبَثُ؛ لِأَنَّهُ لَا يَقْصِدُ بِهِ إِلَّا الْقَتْلَ كَالسَّيْفِ فَكَانَ عَمْدًا مُوجِبًا لِلْقَوْدِ وَلَهُ قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «أَلَا إِنَّ قَتِيلَ خَطِئِ الْعَمْدِ قَتِيلُ السُّوْطِ وَالْعَصَا، وَفِيهِ مِائَةٌ مِنَ الْإِبِلِ»^(١) وَلِأَنَّ الْآلَةَ غَيْرُ مَوْضُوعَةٍ لِلْقَتْلِ وَلَا مُسْتَعْمَلَةٍ فِيهِ؛ إِذْ لَا يُمْكِنُ اسْتِعْمَالُهَا عَلَى غِرَةٍ مِنَ الْمَقْصُودِ قَتْلَهُ، وَبِهِ يَحْصُلُ الْقَتْلُ غَالِبًا فَقُصِرَتِ الْعَمْدِيَّةُ نَظَرًا إِلَى الْآلَةِ، فَكَانَ شِبْهُ الْعَمْدِ كَالْقَتْلِ بِالسُّوْطِ وَالْعَصَا الصَّغِيرَةِ.

الشرح:

قَالَ (وَشِبْهُ الْعَمْدِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ إلخ) اختلفوا في تفسير هذا النوع من القتل، فَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ شِبْهُ الْعَمْدِ هُوَ أَنْ يَتَعَمَّدَ الضَّرْبُ بِمَا لَيْسَ بِسِلَاحٍ وَلَا أُجْرِيَ مَجْرَاهُ سَوَاءً كَانَ الْهَلَاكُ بِهِ غَالِبًا كَالْحَجَرِ وَالْعَصَا الْكَبِيرَيْنِ وَمَدَقَّةُ الْقَصَارِ أَوْ لَمْ يَكُنْ كَالْعَصَا الصَّغِيرَةِ. وَقَالَا: هُوَ أَنْ يَتَعَمَّدَ الضَّرْبُ بِمَا لَا يَحْصُلُ الْهَلَاكُ بِهِ غَالِبًا كَالْعَصَا الصَّغِيرَةِ إِذَا لَمْ يُوَالِ فِي الضَّرَبَاتِ. فَأَمَّا إِذَا وَالَى فِيهَا فَقِيلَ شِبْهُ عَمْدٍ عِنْدَهُمَا وَقِيلَ عَمْدٌ مَحْضٌ، قَالَا: سُمِّيَ هَذَا النَّوعُ شِبْهُ الْعَمْدِ لِأَقْتِصَارِ مَعْنَى الْعَمْدِ فِيهِ وَإِلَّا لَكَانَ عَمْدًا، وَاقْتِصَارُهُ إِنَّمَا يُتَصَوَّرُ فِي اسْتِعْمَالِ آلَةٍ لَا يَقْتُلُ بِهَا غَالِبًا كَالْعَصَا الصَّغِيرَةِ فَإِنَّهُ يُقْصَدُ بِاسْتِعْمَالِهَا غَيْرُ الْقَتْلِ كَالتَّأْدِيبِ وَنَحْوِهِ.

لَا فِي اسْتِعْمَالِ آلَةٍ لَا تَلْبَثُ فَإِنَّهُ لَا يُقْصَدُ بِاسْتِعْمَالِهَا إِلَّا الْقَتْلُ وَالْأَبْيَ حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ قَوْلُهُ ﷺ «أَلَا إِنَّ قَتِيلَ خَطِئِ الْعَمْدِ قَتِيلُ السُّوْطِ وَالْعَصَا، وَفِيهِ مِائَةٌ مِنْ

(١) أخرجه أبو داود (٤٥٤٧)، والنسائي (٤٤٦٠)، وابن ماجه (٢٦٢٧).

الإبل» رَوَاهُ التُّعْمَانُ بْنُ بَشِيرٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ. وَوَجْهُ الاستِدْلَالُ أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ جَعَلَ قَتِيلَ السَّوْطِ وَالْعَصَا مُطْلَقًا شِبْهَ عَمْدٍ فَتَخْصِيصُهُ بِهِ بِالصَّغِيرَةِ إِبْطَالٌ لِلْإِطْلَاقِ وَهُوَ لَا يَجُوزُ، وَلَأنَّ الْعَصَا الْكَبِيرَةَ وَالصَّغِيرَةَ تَسَاوَيَا فِي كَوْنِهِمَا غَيْرَ مَوْضُوعَيْنِ لِلْقَتْلِ وَلَا مُسْتَعْمَلَيْنِ لَهُ، إِذْ لَا يُمَكِّنُ الاستِعْمَالُ عَلَى غُرَّةٍ مِنَ الْمَقْصُودِ قَتْلَهُ، وَبِالاستِعْمَالِ عَلَى غُرَّةٍ يَحْصُلُ الْقَتْلُ غَالِبًا، وَإِذَا تَسَاوَيَا وَالْقَتْلُ بِالْعَصَا الصَّغِيرَةِ شِبْهَ عَمْدٍ فَكَذَا بِالْكَبِيرَةِ.

قَالَ (وَمُوجِبُ ذَلِكَ عَلَى الْقَوْلَيْنِ الْإِثْمُ)؛ لِأَنَّهُ قَتْلٌ وَهُوَ قَاصِدٌ فِي الضَّرْبِ (وَالْكَفَّارَةُ) لِشِبْهِهِ بِالْخَطَا (وَالدِّيَّةُ مُغْلَظَةٌ عَلَى الْعَاقِلَةِ) وَالْأَصْلُ أَنَّ كُلَّ دِيَّةٍ وَجَبَتْ بِالْقَتْلِ ابْتِدَاءً لَا بِمَعْنَى يَحْدُثُ مِنْ بَعْدِ فَهِيَ عَلَى الْعَاقِلَةِ اعْتِبَارًا بِالْخَطَا، وَتَجِبُ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ لِقَضِيَّةِ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، وَتَجِبُ مُغْلَظَةً، وَسَبْعِينَ صِفَةً التَّغْلِيظِ مِنْ بَعْدِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى (وَيَتَعَلَّقُ بِهِ حِرْمَانُ الْمِيرَاثِ)؛ لِأَنَّهُ جَزَاءُ الْقَتْلِ، وَالشُّبْهَةُ تُؤَثِّرُ فِي سَقُوطِ الْقِصَاصِ دُونَ حِرْمَانِ الْمِيرَاثِ وَمَالِكَ وَإِنْ أَنْكَرَ مَعْرِفَتَهُ شِبْهِ الْعَمْدِ فَالْحُجَّةُ عَلَيْهِ مَا أَسْلَفْنَاهُ

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمُوجِبُ ذَلِكَ) أَيُّ مُوجِبُ شِبْهِ الْعَمْدِ عَلَى الْقَوْلَيْنِ: يَعْنِي قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَقَوْلُهُمَا (الْإِثْمُ لِأَنَّهُ قَتْلٌ وَهُوَ قَاصِدٌ فِي الضَّرْبِ) عَلَى مَا مَرَّ مِنْ تَفْسِيرِهِ (وَالْكَفَّارَةُ لِشِبْهِهِ بِالْخَطَا، وَالِدِّيَّةُ مُغْلَظَةٌ عَلَى الْعَاقِلَةِ. وَالْأَصْلُ أَنَّ كُلَّ دِيَّةٍ وَجَبَتْ بِالْقَتْلِ ابْتِدَاءً لَا بِمَعْنَى يَحْدُثُ مِنْ بَعْدِ فَهِيَ عَلَى الْعَاقِلَةِ) احْتَرَزَ بِقَوْلِهِ لَا بِمَعْنَى يَحْدُثُ مِنْ بَعْدِ عَمَّا تَصَالَحُوا فِيهِ عَلَى الدِّيَّةِ وَعَنْ قَتْلِ الْوَالِدِ وَلَدَهُ عَمْدًا وَعَنْ إِقْرَارِ الْقَاتِلِ بِالْقَتْلِ خَطَاً وَقَدْ كَانَ قَتْلُهُ عَمْدًا فَإِنْ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ تَجِبُ الدِّيَّةُ عَلَى الْقَاتِلِ فِي مَالِهِ.

وَقَوْلُهُ (لِقَضِيَّةِ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ) يَعْنِي مَا رُوِيَ عَنْهُ أَنَّهُ قَضَى بِالدِّيَّةِ عَلَى الْعَاقِلَةِ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ، وَالْمَرْوِيُّ عَنْهُ كَالْمَرْوِيِّ عَنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ لِأَنَّهُ مِمَّا لَا يُعْرَفُ بِالرَّأْيِ. وَقَوْلُهُ (فَالْحُجَّةُ عَلَيْهِ مَا أَسْلَفْنَاهُ) قِيلَ أَرَادَ قَوْلُهُ ﷺ «أَلَا إِنَّ قَتِيلَ خَطَا الْعَمْدِ قَتِيلَ السَّوْطِ وَالْعَصَا» الْحَدِيثَ، وَلَكِنَّ الْمَعْهُودَ مِنَ الْمُصَنِّفِ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي مِثْلِهِ أَنْ يَقُولَ مَا رَوَيْنَا وَالْحَقُّ أَنْ يُقَالَ: إِنَّمَا قَالَ أَسْلَفْنَا نَظْرًا إِلَى الْحَدِيثِ وَالْمَعْنَى الْمَعْقُول.

قَالَ (وَالْخَطَا عَلَى نَوْعَيْنِ: خَطَاً فِي الْقَصْدِ، وَهُوَ أَنْ يَرْمِيَ شَخْصًا يَطْلُئُهُ صَيْدًا،

فَإِذَا هُوَ أَدَمِيٌّ، أَوْ يَظُنُّهُ حَرَبِيًّا فَإِذَا هُوَ مُسْلِمٌ وَخَطَأٌ فِي الْفِعْلِ، وَهُوَ أَنْ يَرْمِيَ غَرَضًا فَيُصِيبَ أَدَمِيًّا، وَمُوجِبُ ذَلِكَ الْكُفَّارَةُ، وَالذِّيَّةُ عَلَى الْعَاقِلَةِ (لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَّةٌ مُسْلَمَةٌ ﴾ [النساء: ٩٢]، وَهِيَ عَلَى عَاقِلَتِهِ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ، لَمَّا بَيَّنَّاهُ (وَلَا إِنْهُم فِيهِ) يَعْنِي فِي الْوَجْهَيْنِ قَالُوا: الْمُرَادُ إِنْهُمُ الْقَتْلُ، فَأَمَّا فِي نَفْسِهِ فَلَا يَعْرَى عَنِ الْإِثْمِ مِنْ حَيْثُ تَرَكَ الْعَزِيمَةَ وَالْمُبَالَغَةَ فِي التَّثَبُّتِ فِي حَالِ الرَّمْيِ، إِذْ شَرَعَ الْكُفَّارَةَ يُؤْذَنُ بِاعْتِبَارِ هَذَا الْمَعْنَى (وَيُحْرَمُ عَنِ الْمِيرَاثِ)؛ لِأَنَّ فِيهِ إِنْمَا فَيَصِحُّ تَعْلِيْقُ الْحَرَمَانِ بِهِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا تَعَمَّدَ الضَّرْبَ مَوْضِعًا مِنْ جَسَدِهِ فَأَخْطَأَ فَأَصَابَ مَوْضِعًا آخَرَ فَمَاتَ حَيْثُ يَجِبُ الْقِصَاصُ؛ لِأَنَّ الْقَتْلَ قَدْ وَجَدَ بِالْقَصْدِ إِلَى بَعْضِ بَدَنِهِ، وَجَمِيعِ الْبَدَنِ كَالْمَحَلِّ الْوَاحِدِ.

الشرح:

قَالَ (وَالْخَطَأُ عَلَى تَوْعَيْنٍ) إِنْمَا انْحَصَرَ الْخَطَأُ فِي تَوْعَيْنٍ، لِأَنَّ الرَّمْيَ إِلَى شَيْءٍ مَثَلًا مُشْتَمِلٌ عَلَى فِعْلِ الْقَلْبِ وَهُوَ الْقَصْدُ وَالْجَارِحَةُ وَهُوَ الرَّمْيُ، فَإِنْ اتَّصَلَ الْخَطَأُ بِالْأَوَّلِ فَهُوَ الْأَوَّلُ، وَإِنْ اتَّصَلَ بِالثَّانِي فَهُوَ الثَّانِي.

وَقَوْلُهُ (لَمَّا بَيَّنَّاهُ) إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ وَتَجِبُ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ لِقَضِيَّةِ عُمَرَ ؓ (وَلَا إِنْهُم فِيهِ فِي الْوَجْهَيْنِ) أَيُّ التَّوَعَيْنِ لِقَوْلِهِ ﷺ «رُفِعَ عَنْ أُمَّتِي الْخَطَأُ» الْحَدِيثُ. وَقَوْلُهُ (وَيُحْرَمُ عَنِ الْمِيرَاثِ لِأَنَّ فِيهِ إِنْمَا) بِدَلِيلِ وَجُوبِ الْكُفَّارَةِ، وَالْحَرَمَانُ يَجِبُ بِأَنْوَاعِ الْقَتْلِ فِيمَا هُوَ جَنَائِيَّةٌ، قَبْلَ عَلَى الْمَوْرَثِ تَضَمَّنَتْ تُهُمَةَ الاسْتِعْجَالِ عَلَى الْمِيرَاثِ، وَهَذَا كَذَلِكَ لِاحْتِمَالِ أَنَّهُ قَصَدَهُ، إِلَّا أَنَّهُ أَظْهَرَ الْخَطَأَ مِنْ نَفْسِهِ، وَقَدْ ذَكَرْنَا ذَلِكَ فِي شَرْحِ الرِّسَالَةِ وَمُخْتَصَرِ الضَّوِّ فِي الْفَرَائِضِ مُسْتَوْفَى بِتَأْيِيدِ اللَّهِ تَعَالَى.

وَقَوْلُهُ (بِخِلَافِ مَا إِذَا تَعَمَّدَ) مُتَّصِلٌ بِقَوْلِهِ وَمُوجِبُ ذَلِكَ الْكُفَّارَةُ وَالذِّيَّةُ. وَصُورَةُ ذَلِكَ رَجُلٌ تَعَمَّدَ أَنْ يَضْرِبَ يَدَ رَجُلٍ فَأَخْطَأَ فَأَصَابَ عُنُقَهُ فَقَتَلَهُ فَهُوَ عَمْدٌ فِيهِ الْقَوْدُ. وَلَوْ أَرَادَ يَدَ رَجُلٍ فَأَصَابَ عُنُقَ غَيْرِهِ وَأَبَانَهُ فَهُوَ خَطَأٌ، وَمَا أَجْرِي مَجْرَى الْخَطَأِ مِثْلُ النَّائِمِ يَنْقَلِبُ عَلَى رَجُلٍ فَقَتَلَهُ لِأَنَّ النَّائِمَ لَا يُوصَفُ فِعْلُهُ بِالْعَمْدِ وَلَا بِالْخَطَأِ، إِلَّا أَنَّهُ كَالْخَطَأِ فِي الْأَحْكَامِ لِأَنَّ الْمَقْتُولَ مَاتَ بِتَقْلِهِ فَكَأَنَّهُ مَاتَ بِفِعْلِهِ.

قَالَ (وَمَا أَجْرِي مَجْرَى الْخَطَأِ مِثْلُ النَّائِمِ يَنْقَلِبُ عَلَى رَجُلٍ فَيَقْتُلُهُ فَحُكْمُهُ حُكْمُ الْخَطَأِ فِي الشَّرْعِ، وَأَمَّا الْقَتْلُ بِسَبَبِ كَحَافِرِ الْبَيْتِ وَوَأَضِعِ الْحَجَرِ فِي غَيْرِ مَلِكِهِ، وَمُوجِبُهُ

إِذَا تَلَفَ فِيهِ أَدَمِي الدِّيَّةُ عَلَى الْعَاقِلَةِ؛ لِأَنَّهُ سَبَبُ التَّلَفِ وَهُوَ مُتَعَدٍّ فِيهِ فَأَنْزَلَ مَوْعِعًا دَافِعًا فَوَجَبَتِ الدِّيَّةُ (وَلَا كَفَّارَةَ فِيهِ وَلَا يَتَعَلَّقُ بِهِ حِرْمَانُ الْمِيرَاثِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يُلْحَقُ بِالْخَطَا فِي أَحْكَامِهِ؛ لِأَنَّ الشَّرْعَ أَنْزَلَهُ قَاتِلًا وَلَنَا أَنَّ الْقَتْلَ مَعْدُومٌ مِنْهُ حَقِيقَةً فَأُلْحِقَ بِهِ فِي حَقِّ الضَّمَانِ فَبَقِيَ فِي حَقِّ غَيْرِهِ عَلَى الْأَصْلِ، وَهُوَ إِنْ كَانَ يَأْتُمُّ بِالْحَفْرِ فِي غَيْرِ مَلِكِهِ لَا يَأْتُمُّ بِالْمَوْتِ عَلَى مَا قَالُوا، وَهَذِهِ كَفَّارَةُ ذَنْبِ الْقَتْلِ وَكَذَا الْحِرْمَانُ بِسَبَبِهِ (وَمَا يَكُونُ شِبْهَ عَمْدٍ فِي النَّفْسِ فَهُوَ عَمْدٌ فِيمَا سِوَاهَا)؛ لِأَنَّ إِتْلَافَ النَّفْسِ يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ الْآلَةِ، وَمَا دُونَهَا لَا يَخْتَصُّ إِتْلَافُهُ بِالْآلَةِ دُونَ آلَةِ وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (لِأَنَّ الشَّرْعَ أَنْزَلَهُ قَاتِلًا) يَعْنِي فِي حَقِّ الضَّمَانِ فَكَذَا فِي الْكَفَّارَةِ وَالْحِرْمَانِ. وَلَنَا أَنَّ الْكَفَّارَةَ تَجِبُ بِالْقَتْلِ وَهُوَ مَعْدُومٌ مِنْهُ حَقِيقَةً لَعَدَمِ اتِّصَالِ فِعْلِهِ بِهِ، وَإِنَّمَا أُلْحِقَ بِهِ فِي حَقِّ الضَّمَانِ عَلَى خِلَافِ الْقِيَاسِ صَيَانَةً لِلدَّمَاءِ عَنِ الْهَدَرِ فَبَقِيَ فِي حَقِّ غَيْرِهِ عَلَى الْأَصْلِ. فَإِنْ قِيلَ: الْحَافِرُ فِي غَيْرِ مَلِكِهِ يَأْتُمُّ وَمَا فِيهِ إِنْ مَنِ الْقَتْلُ يَصِحُّ تَعْلِيْقُ الْحِرْمَانِ بِهِ كَمَا ذَكَرْتُمْ فِي الْخَطَا.

أَجَابَ بِقَوْلِهِ (وَهُوَ إِنْ كَانَ يَأْتُمُّ بِالْحَفْرِ فِي غَيْرِ مَلِكِهِ) أَيُّ الْإِثْمِ الْحَاصِلُ بِالْقَتْلِ يَصِحُّ تَعْلِيْقُ الْحِرْمَانِ بِهِ، وَمَا ذَكَرْتُمْ لَيْسَ كَذَلِكَ فَإِنَّ إِثْمَهُ إِنْ هُوَ الْحَفْرُ لَا الْمَوْتَ. وَقَوْلُهُ (وَمَا يَكُونُ شِبْهَ عَمْدٍ فِي النَّفْسِ فَهُوَ عَمْدٌ فِيمَا سِوَاهَا) يَعْنِي لَيْسَ فِيمَا دُونَ النَّفْسِ شِبْهُ عَمْدٍ إِنَّمَا هُوَ عَمْدٌ أَوْ خَطَا (لِأَنَّ إِتْلَافَ النَّفْسِ يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ الْآلَةِ) فَإِنَّ إِتْلَافَ النَّفْسِ لَا يُقْصَدُ إِلَّا بِالسَّلَاحِ وَمَا جَرَى مَجْرَاهُ، وَأَمَّا مَا دُونَهَا فَأَيْهُ يُقْصَدُ إِتْلَافُهُ بِغَيْرِهِ كَمَا يُقْصَدُ بِهِ، أَلَا تَرَى أَنَّ فِعْلَ الْعَيْنِ كَمَا يُقْصَدُ بِالسُّكَّيْنِ يُقْصَدُ بِالسُّوْطِ وَالْعَصَا الصَّغِيرَةِ.

باب ما يوجب القصاص وما لا يوجبه

قَالَ (الْقِصَاصُ وَاجِبٌ بِقَتْلِ كُلِّ مُحَقَّقِ الدَّمِ عَلَى التَّائِبِ إِذَا قَتَلَ عَمْدًا) أَمَّا الْعَمْدِيَّةُ فَلَمَّا بَيَّنَّاهُ، وَأَمَّا حَقْنُ الدَّمِ عَلَى التَّائِبِ فَلَتَنْتَفِي شُبْهَةُ الْإِبَاحَةِ وَتَتَحَقَّقُ الْمَسَاوَةُ قَالَ (وَيُقْتَلُ الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْحُرُّ بِالْعَبْدِ) لِلْعُمُومَاتِ وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَا يُقْتَلُ الْحُرُّ بِالْعَبْدِ لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ﴾ وَمِنْ ضَرُورَةِ هَذِهِ الْمُقَابَلَةِ أَنَّ لَا يُقْتَلُ حُرٌّ بِعَبْدٍ، وَلِأَنَّ مَبْنَى الْقِصَاصِ عَلَى الْمَسَاوَةِ وَهِيَ مُنْتَفِيَّةٌ بَيْنَ الْمَالِكِ وَالْمَمْلُوكِ وَلِهَذَا

لَا يَقْتُلُ طَرَفُ الْحُرِّ بِطَرَفِهِ، بِخِلَافِ الْعَبْدِ بِالْعَبْدِ؛ لِأَنَّهُمَا يَسْتَوِيَانِ، وَبِخِلَافِ الْعَبْدِ حَيْثُ يَقْتُلُ بِالْحُرِّ؛ لِأَنَّهُ تَفَاوُتٌ إِلَى تَقْصَانٍ وَلَنَا أَنَّ الْقِصَاصَ يَعْتَمِدُ الْمُسَاوَاةَ فِي الْعِصْمَةِ وَهِيَ بِالذِّينِ وَبِالدَّارِ وَيَسْتَوِيَانِ فِيهِمَا، وَجَرِيَانُ الْقِصَاصِ بَيْنَ الْعَبْدَيْنِ يُؤْذِنُ بِانْتِفَاءِ شَبَهَةِ الْإِبَاحَةِ، وَالنَّصُّ تَخْصِيصٌ بِالذِّكْرِ فَلَا يَنْفِي مَا عَدَاهُ قَالَ (وَالْمُسْلِمُ بِالذِّمِّيِّ) خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ لَهُ قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «لَا يَقْتُلُ مُؤْمِنٌ بِكَافِرٍ»^(١) وَلِأَنَّهُ لَا مُسَاوَاةَ بَيْنَهُمَا وَهَتْ الْجِنَايَةِ، وَكَذَا الْكُفْرُ مُبِيحٌ فَيُورِثُ الشَّبَهَةَ وَلَنَا مَا رَوَى «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَتَلَ مُسْلِمًا بِذِمِّيٍّ»^(٢) وَلِأَنَّ الْمُسَاوَاةَ فِي الْعِصْمَةِ ثَابِتَةٌ نَظَرًا إِلَى التَّكْلِيفِ وَالْدَّارِ وَالْمُبِيحِ كُفْرُ الْمُحَارِبِ دُونَ الْمُسَالَمِ، وَالْقَتْلُ بِمِثْلِهِ يُؤْذِنُ بِانْتِفَاءِ الشَّبَهَةِ، وَالْمُرَادُ بِمَا رَوَى الْحَرَبِيُّ لِسَيَاقِهِ «وَلَا ذُو عَهْدٍ فِي عَهْدِهِ» وَالْعَطْفُ لِلْمَغَايِرَةِ قَالَ (وَلَا يَقْتُلُ بِالْمُسْتَأْمَنِ)؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مُحَقَّقٍ الدَّمِ عَلَى التَّائِيدِ، وَكَذَلِكَ كُفْرُهُ بَاعِثٌ عَلَى الْحَرَابِ؛ لِأَنَّهُ عَلَى قَصْدِ الرَّجُوعِ.

الشرح:

(بَابُ مَا يُوجِبُ الْقِصَاصَ وَمَا لَا يُوجِبُهُ): لَمَّا فَرَّغَ مِنْ بَيَانِ أَقْسَامِ الْقَتْلِ وَكَانَ مِنْ جُمْلَتِهَا الْعَمْدُ وَهُوَ قَدْ يُوجِبُ الْقِصَاصَ وَقَدْ لَا يُوجِبُهُ احتِجَاجٌ إِلَى تَفْصِيلِ ذَلِكَ فِي بَابٍ عَلَى حِدَةٍ. قَالَ (الْقِصَاصُ وَاجِبٌ بِقَتْلِ كُلِّ مُحَقَّقٍ الدَّمِ عَلَى التَّائِيدِ إلخ) هَذِهِ ضَابِطَةٌ كُلِّيَّةٌ لِمَعْرِفَةِ مَنْ يَجِبُ لَهُ الْقِصَاصُ، وَحَقَّنَ الدَّمِ مَنَعَهُ أَنْ يَسْفِكَ. وَقَوْلُهُ (عَلَى التَّائِيدِ) احْتِرَازٌ عَنِ الْمُسْتَأْمَنِ، فَإِنَّ فِي دَمِهِ شَبَهَةَ الْإِبَاحَةِ بِالْعَوْدِ إِلَى دَارِ الْحَرْبِ الْمَزِيلَةِ لِلْمُسَاوَاةِ الْمُنْبِيِّ عَنْهَا الْقِصَاصُ، وَلَا بُدَّ مِنْ صِفَةِ الْعَمْدَيْنِ لَمَّا بَيَّنَّا مِنْ قَوْلِهِ ﷺ «الْعَمْدُ قَوْدٌ» وَمِنْ أَنَّ الْجِنَايَةَ بِهَا تَتَكَمَّلُ، وَفِيهِ بَحْثٌ مِنْ أَوْجُهٍ: الْأَوَّلُ أَنَّ الْعَفْوَ مَنْدُوبٌ إِلَيْهِ وَذَلِكَ يُنَافِي وَصْفَ الْقِصَاصِ بِالْوُجُوبِ.

الثَّانِي أَنَّ حَقْنَ الدَّمِ عَلَى التَّائِيدِ غَيْرُ مُتَصَوِّرٍ لِأَنَّهُ مِمَّا يُتَصَوَّرُ مِنْهُ أَنْ يَكُونَ لِلْمُسْلِمِ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ وَهُوَ يَزُولُ بِالْإِرْتِدَادِ وَالْعِيَادُ بِاللَّهِ تَعَالَى. الثَّالِثُ أَنَّهَا مَقْصُودَةٌ بِمُسْلِمٍ قَتَلَ ابْنَتَهُ الْمُسْلِمَ فَإِنَّهَا مَوْجُودَةٌ فِيهِ وَلَا قِصَاصَ، الرَّابِعُ أَنَّ قَيْدَ التَّائِيدِ لثُبُوتِ الْمُسَاوَاةِ، وَإِذَا قَتَلَ الْمُسْتَأْمَنُ مُسْلِمًا وَجَبَ الْقِصَاصُ وَلَا مُسَاوَاةَ بَيْنَهُمَا فَأَجَابَ عَنْ

(١) أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ فِي الْعِلْمِ بَابَ ٣٩، وَالتِّرْمِذِيُّ فِي الْبَيِّنَاتِ بَابَ ١٦، وَالنَّسَائِيُّ فِي الْقِسَامَةِ بَابَ ١٣.

(٢) أَخْرَجَهُ الدَّارِقُطِيُّ فِي سَنَنِهِ (٣/١٣٤، ١٣٥) رَقْمَ (١٦٥) عَنْ ابْنِ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا.

الأوّل أن المراد بالوجوب ثبوت حق الاستيفاء ولا منافاة بينه وبين العفو. وعن الثاني أن المراد بالحقن على التأييد ما هو بحسب الأصل والارتداد عارض لا معتبر به ورجوع الحربي إلى داره أصل لا عارض. وعن الثالث بأن القصاص ثابت لكنّه انقلب مالا لشبهة الأبوة. وعن الرابع بأن التفاوت إلى نقصان غير مانع عن الاستيفاء، بخلاف العكس.

وقوله للعمومات يريد به مثل قوله تعالى ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى﴾ [البقرة: ١٧٨] وقوله ﴿وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيهِ سُلْطَانًا﴾ [الإسراء: ٣٣] وقوله ﴿وَكُتِبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ﴾ [المائدة: ٤٥] وقوله ﷺ «العمد قود» وذكر قول الشافعي رحمه الله وجهه وهو واضح. وقوله (وهي) أي العصمة (بالدين) يعني عنده (أو بالدار) يعني عندنا (و) العبد والحر (يستويان فيهما) فيجري القصاص بينهما، فإن قال جاز أن تكون شبهة الإباحة مانعة وهي ثابتة لأن الرق أثر الكفر وحقيقة الكفر تمنع منه كما بين المسلم والمستامن فكذا أثره. أجاب بقوله (وجريان القصاص) معناه لا يصلح ذلك مانعا، إذ لو صلح لما جرى بين العبدين كما لا يجري بين المستامين وليس كذلك.

وقوله (والنص تخصيص بالذكر) جواب عما استدل به من المقابلة في الآية، وجهه أن ذلك تخصيص بالذكر وهو لا ينفي ما عداه كما في قوله ﴿وَالْأَنْثَى بِالْأُنْثَى﴾ [البقرة: ١٧٨] فإنه لا ينفي الذكر بالأنثى ولا العكس بالإجماع، وفائدة التخصيص الرد على من أراد قتل غير القاتل بالمقتول، وذلك أن ابن عباس رضي الله عنهما روى أن قبيلتين من العرب تدعي إحداهما فضلا على الأخرى اقتتلتا، فقالت مدعية الفضل: لا نرضى إلا بقتل الذكر منهم بالأنثى منا والحر منهم بقتل العبد منا، فأنزله الله تعالى هذه الآية ردا عليهم، ولم يذكر الجواب عن الأطراف.

وقد أجب بأن القصاص في الأطراف يعتمد المساواة في الجزء المبان، فإنه لا تقطع اليد الصحيحة بالشلاء، ولا مساواة بينهما في ذلك لأن الرق ثابت في أجزاء الجسم، بخلاف النفوس فإن القصاص فيها يعتمدها في العصمة وقد تساوى فيها على ما مر. قال (والمسلم والذمي فيه سواء) اختلف العلماء رحمهم الله في ثبوت اقتصاص

المسلم بالذمي، فذهب عامة العلماء إلى عدمه، وذهب أبو حنيفة وأصحابه رضي الله عنهم إلى ثبوته وهو مذهب النخعي والشعبي.

استدل الأولون بما روى أبو حنيفة قال: «سألت علياً رضي الله عنه هل عندك من رسول الله ﷺ سوى القرآن؟ قال لا، والذي فلق الحبة وبرأ النسمة إلا أن يعطى فهما في كتابه وما في الصحيفة، قلت: وما في الصحيفة؟ قال: العقل وفكاك الأسير ولا يقتل مسلم بكافر». وبأن القصاص يعتمد المساواة في وقت الجنابة ولا مساواة بينهما فيه. وإنما قيد بوقت الجنابة لأن القاتل إذا كان ذمياً وقت القتل ثم أسلم فإنه يقتص منه بالإجماع، وبأن الكفر مبيح لدمه لقوله تعالى ﴿وَقَتْلُوهُمْ حَتَّى لَا تَكُونَ فِتْنَةٌ﴾ [البقرة: ١٩٣] أي فتنة الكفر فيورث شبهة عدم المساواة. ولنا ما روى محمد بن الحسن عن إبراهيم رحمهما الله «أن رجلاً من المسلمين قتل رجلاً من أهل الذمة فرفع ذلك إلى رسول الله ﷺ فقال: أنا أحق من وقى بدميته، ثم أمر به فقتل» وفي دلالة على المطلوب جلاء لا يمارى.

ورد بأن مداره على ابن السلماني وهو ضعيف. قال صالح بن محمد الحافظ رحمه الله ابن السلماني حديثه منكراً، روي عنه ربيعة «أن النبي ﷺ قتل مسلماً بمعاهد» وهو مرسل منكراً.

وقال الدارقطني: ابن السلماني لا يقوم به حجة إذا وصل فكيف إذا أرسل. والجواب أن الطعن بالإرسال والطعن المبهم من أئمة الحديث غير مقبول، وقد عرف في الأصول (ولأن القصاص يعتمد المساواة في العصمة وهي ثابتة نظراً إلى التكليف) يعني عنده (أو الدار) يعني عندنا فيثبت. وقوله (والمبيح كفر المحارب) جواب عن قوله وكذا الكفر مبيح، وتقريره أنا لا نسلم أن مطلق الكفر مبيح بل المبيح كفر المحارب، قال الله تعالى ﴿قَتِلُوا الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ﴾ إلى قوله ﴿حَتَّى يُعْطُوا الْجِزْيَةَ﴾ [التوبة: ٢٩] وقوله والقتل بمثله لدفع قوله فيورث الشبهة: أي قتل الذمي بالذمي دليل على أن كفر الذمي لا يورث الشبهة إذ لو أورثها لما جرى القصاص بينهما كما لا يجري بين الحرين.

فإن قيل: يورث الشبهة إذا قتله مسلم. قلنا: فيكون قبل قتله المسلم معصوماً

كَالْمُسْلِمِ فَيَجِبُ الْقِصَاصُ.

وَقَوْلُهُ (وَالْمُرَادُ بِمَا رُوِيَ) جَوَابٌ عَمَّا اسْتَدْلَوْا بِهِ مِنْ حَدِيثٍ عَلِيٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ. وَتَقْرِيرُهُ مَا ذَكَرَهُ الطَّحَاوِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي شَرْحِ الْأَثَارِ أَنَّ الَّذِي جَكَاهُ أَبُو جَحِيفَةَ عَنْ عَلِيٍّ ﷺ لَمْ يَكُنْ مُفْرَدًا، وَلَوْ كَانَ مُفْرَدًا لَاحْتَمَلَ مَا قَالُوا وَلَكِنْ مَوْصُولًا بغيرِهِ وَهُوَ قَوْلُهُ «وَلَا ذُو عَهْدٍ فِي عَهْدِهِ» وَإِلَيْهِ أَشَارَ الْمُصَنِّفُ رَحِمَهُ اللَّهُ بِقَوْلِهِ (لِسِيَاقِهِ وَلَا ذُو عَهْدٍ فِي عَهْدِهِ) وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ عَطَفَ هَذَا عَلَى الْأَوَّلِ وَالْعَطْفُ لِلْمُعَايَرَةِ فَيَكُونُ كَلَامًا تَامًا فِي نَفْسِهِ وَلَيْسَ كَذَلِكَ لِأَدَاتِهِ إِلَى أَنْ لَا يُقْتَلَ ذُو عَهْدٍ مُدَّةَ عَهْدِهِ وَإِنْ قَتَلَ مُسْلِمًا، وَلَيْسَ بِصَحِيحٍ بِالْإِجْمَاعِ فَيَقْدَرُ وَلَا ذُو عَهْدٍ فِي عَهْدِهِ بِكَافٍ عَلَى طَرِيقَةِ قَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَإِنَّمَا أَمْرُكَ إِلَى اللَّهِ﴾ أَلَمْ يَكُنْ لَكُمْ رَسُولٌ بِمَا أَتَزَلُّ إِلَيْهِ مِنْ رَبِّهِ وَالْمُؤْمِنُونَ ﴿[البقرة: ٢٨٥] ثُمَّ الْكَافِرُ الَّذِي لَا يُقْتَلُ بِهِ ذُو عَهْدٍ هُوَ الْحَرْبِيُّ فَيَقْدَرُ بِكَافِرٍ حَرْبِيٍّ، وَإِذَا لَا بُدَّ مِنْ تَقْدِيرِ حَرْبِيٍّ يُقْدَرُ فِي الْمَعْطُوفِ عَلَيْهِ كَذَلِكَ، وَإِلَّا لَكَانَ ذَلِكَ أَعَمَّ وَالْأَعَمُّ لَا دَلَالَةَ لَهُ عَلَى الْأَخْصِ بِوَجْهِ مِنَ الْوُجُوهِ، فَمَا فَرَضْنَاهُ دَلِيلًا لَا يَكُونُ دَلِيلًا هَذَا خَلْفَ بَاطِلٍ.

فَإِنْ قِيلَ: فَمَا كَيْفِيَّةُ قَتْلِ الْمُسْلِمِ بِالْحَرْبِيِّ حَتَّى صَحَّ نَفْيُهُ وَقَتْلُهُمْ وَاجِبٌ؟ فَالْجَوَابُ مِنْ جِهَتَيْنِ: أَحَدُهُمَا الْمُسْلِمُ دَخَلَ دَارَهُمْ بِأَمَانٍ فَقَتَلَ كَافِرًا حَرِيًّا فَهُوَ حَرَامٌ لَكِنْ لَا يُقْتَصُّ مِنْهُ. وَالثَّانِي أَنْ يُقْتَلَ مَنْ لَا يَحِلُّ قَتْلُهُ مِنْ أَهْلِ الْحَرْبِ كَالنِّسَاءِ وَالصَّبِيَّانِ. وَهَذِهِ الْمَسْأَلَةُ مِنْ مَعَارِكِ الْأَرَءِ لَا طَائِلَ تَحْتَ تَطْوِيلِهَا فَلَنَقْصِرَ عَلَى مَا ذَكَرْنَا. وَقَوْلُهُ (وَلَا يُقْتَلُ) يَعْنِي الْمُسْلِمَ (بِالْمُسْتَأْمَنِ لِأَنَّهُ غَيْرُ مَحْقُونِ الدِّمِ عَلَى التَّأْيِيدِ) كَمَا تَقَدَّمَ فِي أَوَّلِ الْبَابِ (وَلَأَنَّ كُفْرَهُ بَاعَثَ عَلَى الْحَرَابِ لِأَنَّهُ عَلَى قَصْدِ الرُّجُوعِ) إِلَى دَارِهِ فَكَانَ كَالْحَرْبِيِّ.

(وَلَا يُقْتَلُ الدِّمِيُّ بِالْمُسْتَأْمَنِ) لَمَّا بَيَّنَّا.

الشرح:

(وَلَا يُقْتَلُ الدِّمِيُّ بِالْمُسْتَأْمَنِ) لَمَّا بَيَّنَّا أَنَّهُ لَيْسَ مَحْقُونِ الدِّمِ عَلَى التَّأْيِيدِ. وَقِيلَ هُوَ إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ ﷺ «وَلَا ذُو عَهْدٍ فِي عَهْدِهِ» وَلَيْسَ بِوَاضِحٍ لِأَنَّ الْمَعْهُودَ مِنْهُ مِثْلُهُ لَمَّا رَوَيْنَا، وَلَئِنَّا قَدَرْنَا ذَلِكَ بِكَافِرٍ حَرْبِيٍّ إِلَّا إِذَا أُريدَ هُنَاكَ بِالْحَرْبِيِّ أَعَمٌّ مِنْ أَنْ يَكُونَ مُسْتَأْمَنًا أَوْ مُحَارِبًا وَهُوَ الْحَقُّ، وَيُعْنِينَا عَنْ السُّؤَالِ عَنْ كَيْفِيَّةِ قَتْلِ الْمُسْلِمِ الْحَرْبِيِّ

وَالْجَوَابُ عَنْهُ. وَعَبَّرَ بِقَوْلِهِ لَمَّا بَيَّنَّا لِأَنَّ التَّقْدِيرَ الْمَذْكُورَ لَيْسَ بِمَرْوِيٍّ وَإِنَّمَا هُوَ تَأْوِيلٌ فَلَمْ يَقُلْ لَمَّا رَوَيْنَا.

(وَيُقْتَلُ الْمُسْتَأْمَنُ بِالْمُسْتَأْمَنِ) قِيَاسًا لِلْمُسَاوَةِ، وَلَا يُقْتَلُ اسْتِحْسَانًا لِضِيَامِ الْمُبِيحِ.

(وَيُقْتَلُ الرَّجُلُ بِالْمَرَأَةِ، وَالْكَبِيرُ بِالصَّغِيرِ، وَالصَّحِيحُ بِالْأَعْمَى وَالزَّمَنُ وَبِنَاقِصِ الْأَطْرَافِ وَبِالْمَجْنُونِ) لِلْعُمُومَاتِ، وَلَأَنَّ فِي اعْتِبَارِ التَّفَاوُتِ فِيمَا وَرَاءَ الْعِصْمَةِ امْتِنَاعُ الْقِصَاصِ وَظُهُورُ التَّفَاتُلِ وَالتَّفَانِي.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (لِلْعُمُومَاتِ) يَعْنِي الْآيَاتِ الدَّالَّةَ بِعُمُومِهَا عَلَى وَجُوبِ الْقِصَاصِ وَقَدْ ذَكَرْنَاهَا. وَقَوْلُهُ (وَلَأَنَّ فِي اعْتِبَارِ التَّفَاوُتِ إلخ) يَصْلُحُ لَجَمِيعِ مَا خَالَفْنَا فِيهِ الشَّافِعِيَّ رَحِمَهُ اللَّهُ.

قَالَ (وَلَا يُقْتَلُ الرَّجُلُ بِابْنِهِ) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «لَا يَقَادُ الْوَالِدُ بِوَلَدِهِ»^(١) وَهُوَ بِإِطْلَاقِهِ حُجَّةٌ عَلَى مَا لَكَ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي قَوْلِهِ يَقَادُ إِذَا ذَبَحَهُ ذَبْحًا، وَلَأَنَّهُ سَبَبٌ لِإِحْيَائِهِ، فَمِنْ الْمَحَالِ أَنْ يُسْتَحَقَّ لَهُ إِفْنَاؤُهُ وَلِهَذَا لَا يَجُوزُ لَهُ قَتْلُهُ، وَإِنْ وَجَدَهُ فِي صَفِّ الْأَعْدَاءِ مُقَاتِلًا أَوْ زَانِيًا وَهُوَ مُحَصَّنٌ، وَالْقِصَاصُ يَسْتَحِقُّهُ الْمَقْتُولُ ثُمَّ يَخْلُفُهُ وَارِثُهُ، وَالْجَدُّ مِنْ قَبْلِ الرَّجَالِ أَوْ النِّسَاءِ، وَإِنْ عَلَا فِي هَذَا بِمَنْزِلَةِ الْأَبِ، وَكَذَا الْوَالِدَةُ وَالْجَدَّةُ مِنْ قَبْلِ الْأَبِ أَوْ الْأُمِّ قَرُبَتْ أَوْ بَعُدَتْ لَمَّا بَيَّنَّا، وَيُقْتَلُ الْوَلَدُ بِالْوَالِدِ لِعَدَمِ الْمُسْقُوطِ.

الشرح:

قَالَ (وَلَا يُقْتَلُ الرَّجُلُ بِابْنِهِ إلخ) لَا يُقْتَلُ الْإِنْسَانُ بِوَلَدِهِ لِقَوْلِهِ ﷺ «لَا يَقَادُ الْوَالِدُ بِوَلَدِهِ» وَهُوَ مَعْلُومٌ بِكَوْنِهِ سَبَبًا لِإِحْيَائِهِ وَهُوَ وَصِفٌ مُعَلَّلٌ ظَهَرَ أَثَرُهُ فِي جِنْسِ الْحُكْمِ الْمَعْلَلِ بِهِ، فَإِنَّهُ لَا يَجُوزُ أَنْ يُقْتَلَ وَالِدُهُ وَإِنْ وَجَدَهُ فِي صَفِّ الْأَعْدَاءِ مُقَاتِلًا أَوْ وَجَدَهُ زَانِيًا وَهُوَ مُحَصَّنٌ فَيَجُوزُ أَنْ يَتَعَدَّى بِهِ الْحُكْمُ مِنَ الْوَالِدِ إِلَى الْجَدِّ مُطْلَقًا وَإِلَى الْأُمِّ وَالْجَدَّاتِ كَذَلِكَ فَإِنَّهُمْ أَسْبَابٌ لِإِحْيَائِهِ فَلَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ سَبَبًا لِإِفْنَائِهِمْ. قَوْلُهُ (وَالْقِصَاصُ يَسْتَحِقُّهُ الْمَقْتُولُ) جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ الْوَارِثُ يَسْتَحِقُّ إِفْنَاءَهُ لَا الْوَلَدُ وَلَا مَحْدُورٌ فِيهِ، وَلَوْ قَالَ فَمِنْ الْمَحَالِ أَنْ يَتَسَبَّبَ لِفَنَائِهِ لَاسْتَعْنَى عَنْ هَذَا السُّؤَالِ وَالْجَوَابِ.

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (١٥٩٦٤)، وانظر نصب الراية (٩٢/٥).

وَقَالَ مَالِكٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: إِنَّ ذَبْحَهُ يُقَادُّ بِهِ لانتفاء شبهة الخطأ من كل وجه، بخلاف ما إذا رماه بسيف أو سكين فإن فيه توهم التأديب، لأن شفقة الأبوة تمنعه عن ذلك فيتمكن فيه نوع شبهة، قال المصنف رحمه الله وهو بإطلاقه حجة على مالك رحمه الله.

وطولب بالفرق بين هذا وبين من زكى بابتته وهو محصن فإنه يُرجم. أجيب بأن الرجم حق الله تعالى على الخلوص، بخلاف القصاص. لا يقال: فيجب أن يحدث إذا زكى بجارية ابنه، لأن حق الملك بقوله ﷺ «أنت ومالك لأبيك» صار شبهة في الدرء. وقوله (لما بينا) إشارة إلى قوله لأنه سبب لإحيائه

قال (ولا يقتل الرجل بعبيده ولا مدبره ولا مكاتبه ولا عبيد ولده)؛ لأنه لا يستوجب لنفسه على نفسه القصاص ولا ولده عليه، وكذا لا يقتل عبيد ملك بعضه؛ لأن القصاص لا يتجزأ.

الشرح:

وقوله (ولا ولده) بالرفع معطوف على الضمير المستكن في يستوجب، وجاز ذلك بلا تأكيد بمفصل لوقوع الفصل: يعني ولا يستوجب ولده على أبيه إذا قتل الأب عبد ولده.

قال (ومن ورث قصاصاً على أبيه سقط) لحرمته الأبوة.

الشرح:

وقوله (ومن ورث قصاصاً على أبيه) مثل أن يقتل الرجل أم ابنه مثلاً.

قال (ولا يستوفى القصاص إلا بالسيف) وقال الشافعي: يفعل به مثل ما فعل إن كان فعلاً مشروعاً، فإن مات ولا تحرز رقبته؛ لأن مبنى القصاص على المساواة ولنا قوله عليه الصلاة والسلام «لا قود إلا بالسيف»^(١) والمراد به السلاح، ولأن فيما ذهب إليه استيفاء الزيادة لو لم يحصل المقصود بمثل ما فعل فيحز فيجب التحرز عنه كما في كسر العظم.

الشرح:

وقوله (ولا يستوفى القصاص إلا بالسيف) يعني إذا وجد القتل الموجب للقود

(١) أخرجه ابن ماجه في الديات (٢٦٦٨)، وانظر نصب الراية (٥/ ٩٥).

لَا يُسْتَوْفَى إِلَّا بِالسَّيْفِ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ يُنْظَرُ إِنْ كَانَ قَتْلٌ بِفِعْلِ مَشْرُوعٍ مِثْلُ أَنْ قَطَعَ يَدَ رَجُلٍ فَمَاتَ مِنْهُ فِعْلٌ بِمِثْلِ ذَلِكَ وَيُمَهَّلُ مِثْلُ تِلْكَ الْمُدَّةِ فَإِنْ مَاتَ وَإِلَّا تَحَرُّ رَقَبَتُهُ، وَإِنْ كَانَ بغيرِ مَشْرُوعٍ كَأَنْ سَقَاهُ الْخَمْرَ حَتَّى قَتَلَهُ أَوْ لَاطَ بِصَغِيرٍ فَقَتَلَهُ يُقْتَلُ بِالسَّيْفِ، لِأَنَّ مَبْنَى الْقِصَاصِ الْمُسَاوَاةُ وَذَلِكَ فِيمَا ذَكَرْنَا لِأَنَّ فِيهِ مُسَاوَاةً فِي أَصْلِ الْوَصْفِ وَالْفِعْلِ الْمَقْصُودِ بِهِ (وَلَنَا قَوْلُهُ ﷺ «لَا قَوْدَ إِلَّا بِالسَّيْفِ» وَهُوَ نَصٌّ عَلَى نَفْيِ اسْتِيفَاءِ الْقَوْدِ بغيرِهِ وَيَلْحَقُ بِهِ مَا كَانَ سِلَاحًا) فَإِنْ قِيلَ: يُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ الْمُرَادُ لَا قَوْدَ يَجِبُ إِلَّا بِالسَّيْفِ.

أُجِيبَ بِأَنَّ الْقَوْدَ اسْمٌ لِفِعْلٍ هُوَ جَزَاءُ الْفِعْلِ كَالْقِصَاصِ دُونَ مَا يَجِبُ شَرْعًا وَالْحَمْلُ عَلَيْهِ مَجَازٌ بِاعْتِبَارِ مَا يُقُولُ إِلَيْهِ، وَهَذَا مُخْتَارُ صَاحِبِ الْأَسْرَارِ. فَخَرِ الْإِسْلَامَ رَحِمَهُ اللَّهُ قَدْرَهُ بِلا قَوْدٍ يَجِبُ إِلَّا بِالسَّيْفِ وَاسْتَدَلَّ بِهِ لِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي نَفْيِ الْقِصَاصِ عَنِ الْقَتْلِ بِالْمُثْقَلِ وَقَدْ قَرَّرْنَاهُ فِي التَّقْرِيرِ.

وَقَوْلُهُ (وَلَأَنَّ فِيمَا ذَهَبَ إِلَيْهِ) دَلِيلٌ مَعْقُولٌ يَتَضَمَّنُ الْجَوَابَ عَنْ قَوْلِهِ لِأَنَّ مَبْنَى الْقِصَاصِ عَلَى الْمُسَاوَاةِ. وَوَجْهُهُ لَا تُسَلِّمُ وَجُودَ الْمُسَاوَاةِ فِيمَا ذَهَبَ إِلَيْهِ لِأَنَّ فِيهِ الزِّيَادَةَ لَوْ لَمْ يَحْصُلِ الْمَقْصُودُ بِمِثْلِ مَا فَعَلَ، لِأَنَّ فِيهِ الْحَزَّ بَعْدَ فِعْلٍ مِثْلُ مَا فَعَلَ بِهِ، وَأَنَّهُ غَيْرُ جَائِزٍ لِأَدَائِهِ إِلَى ائْتِفَاءِ الْقِصَاصِ فَيَجِبُ التَّحَرُّزُّ عَنْهُ كَمَا فِي كَسْرِ الْعَظْمِ، فَإِنْ مَنْ كَسَرَ عَظْمَ إِنْسَانٍ سِوَى السِّنِّ عَمْدًا فَإِنَّهُ لَا يُقْتَصُّ مِنْهُ، وَإِذَا جَازَ تَرْكُ الْقِصَاصِ كُلِّهِ عِنْدَ تَوْهَمِ الزِّيَادَةِ فَلَأَنْ يَجُوزَ تَرْكُ الْبَعْضِ أَوَّلَى.

قَالَ (وَإِذَا قُتِلَ الْمُكَاتَبُ عَمْدًا وَلَيْسَ لَهُ وَارِثٌ إِلَّا الْمَوْلَى وَتَرَكَ وَفَاءً فَلَهُ الْقِصَاصُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ وَقَالَ مُحَمَّدٌ: لَا أَرَى فِي هَذَا قِصَاصًا)؛ لِأَنَّهُ اشْتَبَهَ سَبَبُ الْاِسْتِيفَاءِ فَإِنَّهُ الْوَلَاءُ إِنْ مَاتَ حُرًّا وَالْمِلْكُ إِنْ مَاتَ عَبْدًا، وَصَارَ كَمَنْ قَالَ لغيرِهِ بِعْنِي هَذِهِ الْجَارِيَّةَ بِكَذَا، وَقَالَ الْمَوْلَى زَوْجَتُهَا مِنْكَ لَا يَحِلُّ لَهُ وَطْؤُهَا لِاخْتِلَافِ السَّبَبِ كَذَا هَذَا وَلَهُمَا أَنْ حَقَّ الْاِسْتِيفَاءُ لِلْمَوْلَى بِبَقِيَّتِهِ عَلَى التَّقْدِيرَيْنِ وَهُوَ مَعْلُومٌ وَالْحُكْمُ مُتَّحِدٌ، وَاخْتِلَافُ السَّبَبِ لَا يُفْضِي إِلَى الْمُنَازَعَةِ وَلَا إِلَى اخْتِلَافِ حُكْمٍ فَلَا يُبَالَى بِهِ، بِخِلَافِ تِلْكَ الْمَسْأَلَةِ؛ لِأَنَّ حُكْمَ مِلْكِ الْيَمِينِ يُغَايِرُ حُكْمَ النِّكَاحِ (وَلَوْ تَرَكَ وَفَاءً وَلَهُ وَارِثٌ غَيْرُ الْمَوْلَى فَلَا قِصَاصَ، وَإِنْ اجْتَمَعُوا مَعَ الْمَوْلَى)؛ لِأَنَّهُ اشْتَبَهَ مَنْ لَهُ الْحَقُّ؛ لِأَنَّهُ الْمَوْلَى إِنْ مَاتَ عَبْدًا، وَالْوَارِثُ إِنْ مَاتَ حُرًّا

إِذْ ظَهَرَ الْاِخْتِلَافُ بَيْنَ الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ فِي مَوْتِهِ عَلَى نَعْتِ الْحُرِّيَّةِ أَوْ الرِّقِّ، بِخِلَافِ الْأَوَّلَى؛ لِأَنَّ الْمَوْلَى مُتَعَيَّنٌ فِيهَا (وَأِنْ لَمْ يَتْرُكْ وَفَاءً وَلَهُ وَرَثَةٌ أَحْرَارٌ وَجَبَ الْقِصَاصُ لِلْمَوْلَى فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا)؛ لِأَنَّهُ مَاتَ عَبْدًا بِلا رَيْبٍ لَانْفِسَاخِ الْكِتَابَةِ، بِخِلَافِ مُعْتَقِ الْبَعْضِ إِذَا مَاتَ وَلَمْ يَتْرُكْ وَفَاءً؛ لِأَنَّ الْعِتْقَ فِي الْبَعْضِ لَا يَنْفَسِخُ بِالْعَجْزِ

الشرح:

قَالَ (وَإِذَا قُتِلَ الْمَكَّاتِبُ عَمْدًا وَلَيْسَ لَهُ وَارِثٌ إِلَى الْمَوْلَى إلخ) إِذَا قُتِلَ الْمَكَّاتِبُ عَمْدًا فَلَا يَخْلُو إِمَّا أَنْ تَرَكَ وَفَاءً أَوْ لَمْ يَتْرُكْ، فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ فَلَا يَخْلُو إِمَّا أَنْ يَكُونَ لَهُ وَارِثٌ غَيْرُ الْمَوْلَى أَوْ لَا، فَإِنْ كَانَ الثَّانِي فَلِلْمَوْلَى الْقِصَاصُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ لَا أَرَى فِي هَذَا قِصَاصًا. وَاسْتَدَلَّ بِمَا ذَكَرَ فِي الْكِتَابِ وَكَأَنَّهُ حَامٍ حَوْلَ الدَّرْعِ بِالشُّبُهَاتِ وَهُمَا أَنْ حَقَّ الاسْتِيفَاءُ لِلْمَوْلَى يَبْقَيْنِ إلخ، وَهُوَ فِي الْحَقِيقَةِ نَفْيُ اعْتِبَارِ مِثْلِ هَذِهِ الشُّبُهَةِ لِانْحِطَاطِهَا عَنْ دَرَجَةِ الْاِعْتِبَارِ، لِأَنَّ السَّبَبِينَ إِذَا رَجَعَا إِلَى شَخْصٍ وَحُكْمُهُمَا لَمْ يَخْتَلَفْ صَارَا كَسَبَبٍ وَاحِدٍ لِحُكْمٍ وَاحِدٍ. وَأَمَّا إِذَا رَجَعَا إِلَى شَخْصَيْنِ كَمَا لَوْ كَانَ لَهُ وَارِثٌ غَيْرُ الْمَوْلَى وَاخْتَلَفَ حُكْمُهُمَا كَالْمَسْأَلَةِ الْمُسْتَشْهَدِ بِهَا فَيُمْكِنُ أَنْ تَكُونَ مُعْتَبَرَةً، فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ فَلَا قِصَاصَ وَإِنْ اجْتَمَعُوا لَوْجُودِ الْاِشْتِبَاهِ عَلَى مَا ذَكَرَ، لِأَنَّ الصَّحَابَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ اخْتَلَفُوا فِي مَوْتِهِ عَلَى نَعْتِ الْحُرِّيَّةِ أَوْ الرِّقِّ، فَإِنَّهُ عَلَى قَوْلِ عَلِيٍّ وَابْنِ مَسْعُودٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا يَمُوتُ حُرًّا إِذَا أُدِّيتْ كِتَابَتُهُ فَيَكُونُ الاسْتِيفَاءُ لَوَرَثَتِهِ.

وَعَلَى قَوْلِ زَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ رضي الله عنه يَمُوتُ عَبْدًا فَيَكُونُ اسْتِيفَاءُ الْقِصَاصِ لِلْمَوْلَى (بِخِلَافِ الْأَوَّلَى فَإِنَّ الْمَوْلَى مُتَعَيَّنٌ فِيهَا) وَإِنْ كَانَ الثَّانِي وَهُوَ مَا إِذَا مَاتَ وَلَمْ يَتْرُكْ وَفَاءً فَوَاضِحٌ كَمَا ذَكَرَ، وَلَمْ يَذْكُرْ مَا إِذَا مَاتَ وَلَمْ يَتْرُكْ وَفَاءً وَلَا وَارِثٌ لَهُ أَوْ لَهُ وَرَثَةٌ أَرْقَاءُ لَعَدَمِ الْفَائِدَةِ فِي ذِكْرِهِ، لِأَنَّ حُكْمَهُ حُكْمُ الْمَذْكُورِ فِي الْكِتَابِ. وَقَوْلُهُ (بِخِلَافِ مُعْتَقِ الْبَعْضِ إِذَا مَاتَ وَلَمْ يَتْرُكْ وَفَاءً) يَعْنِي لَا يَجِبُ الْقِصَاصُ لِأَنَّ مِلْكَ الْمَوْلَى لَا يَعُودُ بِمَوْتِهِ وَلَا يَنْفَسِخُ بِالْعَجْزِ مَا عَتَقَ مِنْهُ

(وَإِذَا قُتِلَ عَبْدُ الرَّهْنِ فِي يَدِ الْمُرْتَهِنِ لَمْ يَجِبِ الْقِصَاصُ حَتَّى يَجْتَمَعَ الرَّاهِنُ وَالْمُرْتَهِنُ)؛ لِأَنَّ الْمُرْتَهِنَ لَا مِلْكَ لَهُ فَلَا يَلِيهِ، وَالرَّاهِنُ لَوْ تَوَلَّاهُ لَبَطَلَ حَقُّ الْمُرْتَهِنِ فِي

الدَّيْنِ فَيَشْتَرِطُ اجْتِمَاعُهُمَا لِيَسْقُطَ حَقُّ الْمُرْتَهِنِ بِرِضَاةِ

قَالَ (وَإِذَا قُتِلَ وَلِيُّ الْمَعْتُوهِ فَلَأَبِيهِ أَنْ يَقْتُلَ)؛ لَأَنَّهُ مِنَ الْوِلَايَةِ عَلَى النَّفْسِ شُرْعَ
لِأَمْرِ رَاجِعٍ إِلَيْهَا وَهُوَ تَشْفِي الصَّدْرِ فَعَلَيْهِ كَالْإِنْكَاحِ (وَلَهُ أَنْ يُصَالِحَ)؛ لَأَنَّهُ أَنْظَرَ فِي حَقِّ
الْمَعْتُوهِ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَعْفُو؛ لِأَنَّهُ فِيهِ إِبْطَالُ حَقِّهِ (وَكَذَلِكَ إِنْ قُطِعَتْ يَدُ الْمَعْتُوهِ عَمْدًا) لَمَّا
ذَكَرْنَا (وَالْوَصِيُّ بِمَنْزِلَةِ الْأَبِ فِي جَمِيعِ ذَلِكَ إِلَّا أَنَّهُ لَا يَقْتُلُ)؛ لَأَنَّهُ لَيْسَ لَهُ وَِلَايَةٌ عَلَى
نَفْسِهِ وَهَذَا مِنْ قَبِيلِهِ، وَيَنْدَرِجُ تَحْتَ هَذَا الْإِطْلَاقِ الصَّلْحُ عَنِ النَّفْسِ وَاسْتِيفَاءُ الْقِصَاصِ
فِي الطَّرَفِ فَإِنَّهُ لَمْ يُسْتَنَّ إِلَّا الْقَتْلَ وَفِي كِتَابِ الصَّلْحِ أَنَّ الْوَصِيَّ لَا يَمْلِكُ الصَّلْحَ؛ لَأَنَّهُ
تَصَرَّفَ فِي النَّفْسِ بِالْإِعْتِيَاظِ عَنْهُ فَيَنْزِلُ مَنْزِلَةَ الْإِسْتِيفَاءِ وَوَجْهُ الْمَذْكُورِ هَاهُنَا أَنَّ
الْمَقْصُودَ مِنَ الصَّلْحِ الْمَالُ وَأَنَّهُ يَجِبُ بِعَقْدِهِ كَمَا يَجِبُ بِعَقْدِ الْأَبِ بِخِلَافِ الْقِصَاصِ؛ لِأَنَّ
الْمَقْصُودَ التَّشْفِيَّ وَهُوَ مُخْتَصٌّ بِالْأَبِ وَلَا يَمْلِكُ الْعَفْوُ؛ لِأَنَّ الْأَبَ لَا يَمْلِكُهُ لَمَّا فِيهِ مِنْ
الْإِبْطَالِ فَهُوَ أَوْلَى وَقَالُوا الْقِيَاسُ أَلَّا يَمْلِكُ الْوَصِيُّ الْإِسْتِيفَاءَ فِي الطَّرَفِ كَمَا لَا يَمْلِكُهُ
فِي النَّفْسِ؛ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ مُتَّحِدٌ وَهُوَ التَّشْفِيَّ وَفِي الْإِسْتِحْسَانِ يَمْلِكُهُ؛ لِأَنَّ الْأَطْرَافَ يُسَلِّكُ
بِهَا مَسْلَكَ الْأَمْوَالِ فَإِنَّهَا خُلِقَتْ وَقَايَةً لِلْأَنْفُسِ كَالْمَالِ عَلَى مَا عُرِفَ فَكَانَ اسْتِيفَاؤُهُ
بِمَنْزِلَةِ التَّصَرُّفِ فِي الْمَالِ، وَالْوَصِيُّ بِمَنْزِلَةِ الْمَعْتُوهِ فِي هَذَا، وَالْقَاضِي بِمَنْزِلَةِ الْأَبِ فِي
الصَّحِيحِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّ مَنْ قُتِلَ وَلَا وَلِيَّ لَهُ يَسْتَوْفِيهِ السُّلْطَانُ، وَالْقَاضِي بِمَنْزِلَتِهِ فِيهِ

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِذَا قُتِلَ وَلِيُّ الْمَعْتُوهِ) يَعْنِي ابْنَهُ (فَلَأَبِيهِ) وَهُوَ جَدُّ الْمَقْتُولِ الْإِسْتِيفَاءُ (لَأَنَّهُ
مِنْ) بَابِ (الْوِلَايَةِ عَلَى النَّفْسِ شُرْعَ لِأَمْرِ رَاجِعٍ إِلَيْهَا) أَيُّ إِلَى النَّفْسِ (وَهُوَ تَشْفِي
الصَّدْرِ فَعَلَيْهِ كَالْإِنْكَاحِ) وَلَا يُتَوَهَّمُ أَنَّ كُلَّ مَنْ مَلَكَ الْإِنْكَاحَ مَلَكَ اسْتِيفَاءَ الْقِصَاصِ
كَالْآخِ فَإِنَّهُ يَمْلِكُ الْإِنْكَاحَ دُونَ الْقِصَاصِ لِأَنَّهُ شُرْعَ لِلتَّشْفِيِّ وَلِلْأَبِ شَفَقَةٌ كَامِلَةٌ يُعَدُّ
ضَرَرُ الْوَلَدِ ضَرَرَ نَفْسِهِ فَجُعِلَ مَا يَحْصُلُ لَهُ مِنَ التَّشْفِيِّ كَالْحَاصِلِ لِلابْنِ بِخِلَافِ الْآخِ
(وَلَهُ) أَيُّ لَوْلِي الْمَعْتُوهِ (أَنْ يُصَالِحَ) لَكِنْ عَلَى قَدْرِ الدِّيَّةِ، فَإِنْ نَقَصَ يَجِبُ كَمَالُ الدِّيَّةِ
لَأَنَّهُ أَنْظَرَ فِي حَقِّ الْمَعْتُوهِ. وَقَوْلُهُ (لَمَّا ذَكَرْنَا) إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ لَأَنَّهُ مِنَ الْوِلَايَةِ عَلَى النَّفْسِ.
وَقَوْلُهُ (لَأَنَّهُ لَيْسَ لَهُ وَِلَايَةٌ عَلَى نَفْسِهِ) أَيُّ نَفْسِ الْمَعْتُوهِ (وَهَذَا) أَيُّ الْإِسْتِيفَاءِ (مِنْ قَبِيلِهِ
وَيَنْدَرِجُ تَحْتَ هَذَا الْإِطْلَاقِ) يُرِيدُ قَوْلَهُ وَالْوَصِيُّ بِمَنْزِلَةِ الْأَبِ فِي جَمِيعِ ذَلِكَ. وَقَوْلُهُ

(إِنَّ الْوَصِيَّ لَا يَمْلِكُ الصُّلْحَ) يَعْنِي عَنِ النَّفْسِ، وَأَمَّا عَمَّا دُونَهَا فَيَمْلِكُهُ. وَقَوْلُهُ (وَأَنَّهُ) أَيُّ الْمَالِ يَجِبُ بَعْدَهُ أَيُّ بَعْدِ الْوَصِيِّ.

قَالَ (وَمَنْ قُتِلَ وَلَهُ أَوْلِيَاءُ صِغَارٌ وَكِبَارٌ فَلِلْكِبَارِ أَنْ يَقْتُلُوا الْقَاتِلَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَقَالَا لَيْسَ لَهُمْ ذَلِكَ حَتَّى يُدْرِكَ الصَّغَارُ؛ لِأَنَّ الْقِصَاصَ مُشْتَرَكٌ بَيْنَهُمْ وَلَا يُمَكِّنُ اسْتِيفَاءُ الْبَعْضِ لِعَدَمِ التَّجَرُّي، وَفِي اسْتِيفَائِهِمُ الْكُلُّ إِبْطَالُ حَقِّ الصَّغَارِ فَيُؤَخَّرُ إِلَى إِدْرَاكِهِمْ كَمَا إِذَا كَانَ بَيْنَ الْكَبِيرَيْنِ وَأَحَدِهِمَا غَائِبٌ أَوْ كَانَ بَيْنَ الْمَوْلِيَيْنِ وَلَهُ أَنَّهُ حَقٌّ لَا يَتَجَرَّأُ لثُبُوتِهِ بِسَبَبٍ لَا يَتَجَرَّأُ وَهُوَ الْقَرَابَةُ، وَاحْتِمَالُ الْعَفْوِ مِنَ الصَّغِيرِ مُنْقَطِعٌ فَيَثْبُتُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا كَمَلًا كَمَا فِي وَلَايَةِ الْإِنْكَاحِ، بِخِلَافِ الْكَبِيرَيْنِ؛ لِأَنَّ احْتِمَالُ الْعَفْوِ مِنَ الْغَائِبِ ثَابِتٌ وَمَسْأَلَةُ الْمَوْلِيَيْنِ مَمْنُوعَةٌ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ قُتِلَ وَلَهُ أَوْلِيَاءُ صِغَارٌ وَكِبَارٌ) إِذَا كَانَ أَوْلِيَاءُ الْقَتِيلِ صِغَارًا وَكِبَارًا فَإِمَّا أَنْ يَكُونَ فِيهِمُ الْأَبُ أَوْ لَا، فَإِنْ كَانَ فَلَهُمُ الْاسْتِيفَاءُ عِنْدَ عُلَمَائِنَا رَحِمَهُمُ اللَّهُ بِالِاتِّفَاقِ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فَكَذَلِكَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ. وَقَالَا: لَيْسَ لَهُمْ ذَلِكَ حَتَّى يُدْرِكَ الصَّغَارُ وَوَجْهُهُمَا ظَاهِرٌ عَلَى مَا ذُكِرَ. وَوَجْهُ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ مَبْنِيٌّ عَلَى ثُبُوتِ التَّفَرُّقَةِ بَيْنَ الصَّغَارِ وَالْغَائِبِ مِنْ حَيْثُ احْتِمَالُ الْعَفْوِ فِي الْحَالِ وَعَدَمِهِ، فَإِنَّهُ فِي الْغَائِبِ مَوْهُومٌ فَلَا اسْتِيفَاءَ يَقَعُ مَعَ الشُّبْهَةِ وَهُوَ لَا يَجُوزُ، وَفِي الصَّغِيرِ مَا يُؤَسِّسُ حَالَ الْاسْتِيفَاءِ فَاتَّفَقَى الشُّبْهَةُ، وَإِذَا اتَّفَقَى الشُّبْهَةُ وَهُوَ حَقٌّ لَا يَتَجَرَّأُ لثُبُوتِهِ بِسَبَبٍ لَا يَتَجَرَّأُ وَهُوَ الْقَرَابَةُ يَثْبُتُ لِكُلِّ وَاحِدٍ كَمَلًا كَالْوَلَايَةِ فِي الْإِنْكَاحِ. وَاعْتَرَضَ بِأَنَّهُ لَوْ كَانَ كَذَلِكَ لَمَا سَقَطَ الْقِصَاصُ بَعْفُو أَحَدِهِمَا، كَمَا لَوْ تَعَدَّدَ الْقَتِيلُ وَعَفَا أَحَدُ الْأَوْلِيَاءِ فَإِنْ لَعُيْرَهُ وَلَايَةُ اسْتِيفَاءِ قِصَاصٍ قَتِيلَهُ لَا مَحَالَةَ.

وَأُجِيبَ بِأَنَّ الْحَقَّ وَاحِدٌ، فَلَوْ لَمْ يَسْقُطْ كَانَ ثَابِتًا سَاقِطًا وَهُوَ مُحَالٌ فَيَسْقُطُ الْقِصَاصُ وَيَتَقَلَّبُ مَا لَا نَظَرَ لِلْجَانِبَيْنِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا تَعَدَّدَ الْقَتِيلُ فَإِنَّ الْحَقَّ ثَمَّةٌ مُتَعَدِّدٌ فَلَا يَلْزَمُ مِنْ سُقُوطِ بَعْضِ سُقُوطِ غَيْرِهِ. وَقَوْلُهُ (وَمَسْأَلَةُ الْمَوْلِيَيْنِ مَمْنُوعَةٌ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ أَوْ كَانَ بَيْنَ الْمَوْلِيَيْنِ، وَسَنَدُ مَنْعِهِ مَا ذُكِرَ فِي الْأَسْرَارِ لَا رَوَايَةَ فِي عَبْدٍ أَعْتَقَهُ رَجُلَانِ ثُمَّ قَتَلَ أَوْ قَتَلَ وَلَهُ مَوْلِيَانِ فَيَجُوزُ أَنْ يُقَالَ: لَا تُسَلِّمُ أَنْ أَحَدَهُمَا لَا يَنْفَرِدُ

بِالِاسْتِيفَاءِ، وَلَكِنْ سَلَّمْنَا فَأَحَدُ الْمَوْلَيْنِ إِنَّمَا لَمْ يَنْفَرِدْ بِالِاسْتِيفَاءِ لِأَنَّ السَّبَبَ لَمْ يَكْمُلْ فِي حَقِّهِ، لِأَنَّ بَعْضَ الْمَلِكِ وَبَعْضَ الْوَلَاءِ لَيْسَ بِسَبَبٍ أَصْلًا فَكَأَنَّا كَشَخَصٍ وَاحِدٍ، وَالْوَاحِدُ مِنْهُمَا كَنَصْفِ رَجُلٍ وَشَطْرٍ عِلَّةٍ.

قَالَ (وَمَنْ ضَرَبَ رَجُلًا بِمِرٍّ فَقَتَلَهُ، فَإِنْ أَصَابَهُ بِالْحَدِيدِ قُتِلَ بِهِ وَإِنْ أَصَابَهُ بِالْعُودِ فَعَلَيْهِ الدِّيَّةُ) قَالَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: وَهَذَا إِذَا أَصَابَهُ بِحَدِّ الْحَدِيدِ لَوْجُودِ الْجَرْحِ فَكَمُلَ السَّبَبُ، وَإِنْ أَصَابَهُ بِظَهْرِ الْحَدِيدِ فَعِنْدَهُمَا يَحِبُّ، وَهُوَ رَوَايَةٌ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ اعْتِبَارًا مِنْهُ لِلْآلَةِ، وَهُوَ الْحَدِيدُ وَعَنْهُ إِنَّمَا يَحِبُّ إِذَا جَرَحَ، وَهُوَ الْأَصْحُ عَلَى مَا تُبَيِّنُهُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى، وَعَلَى هَذَا الضَّرْبُ بِسِنَجَاتِ الْمِيزَانِ؛ وَأَمَّا إِذَا ضَرَبَهُ بِالْعُودِ فَإِنَّمَا تَحِبُّ الدِّيَّةُ لَوْجُودِ قَتْلِ النَّفْسِ الْمَعْصُومَةِ وَامْتِنَاعِ الْقِصَاصِ حَتَّى لَا يُهْدَرَ الدَّمُّ، ثُمَّ قِيلَ: هُوَ بِمَنْزِلَةِ الْعَصَا الْكَبِيرَةِ فَيَكُونُ قَتْلًا بِالْمُنْقَلِ، وَفِيهِ خِلَافُ أَبِي حَنِيفَةَ عَلَى مَا تُبَيِّنُ، وَقِيلَ هُوَ بِمَنْزِلَةِ السُّوطِ، وَفِيهِ خِلَافُ الشَّافِعِيِّ وَهِيَ مَسْأَلَةُ الْمَوَالَةِ لَهُ أَنَّ الْمَوَالَةَ فِي الضَّرَبَاتِ إِلَى أَنْ مَاتَ دَلِيلُ الْعَمْدِيَّةِ فَيَتَحَقَّقُ الْمَوْجِبُ وَلَنَا مَا رَوَيْنَا «أَلَا إِنَّ قَتِيلَ خَطَا الْعَمْدِ» وَيُرْوَى "شِبْهِ الْعَمْدِ" الْحَدِيثُ وَلَأَنَّ فِيهِ شُبْهَةً عَدَمِ الْعَمْدِيَّةِ؛ لِأَنَّ الْمَوَالَةَ قَدْ تُسْتَعْمَلُ لِلتَّأْدِيبِ أَوْ لَعَلَّهُ اعْتَرَاهُ الْقَصْدُ فِي خِلَالِ الضَّرَبَاتِ فَيَعْرِى أَوَّلُ الْفِعْلِ عَنْهُ وَعَسَاهُ أَصَابَ الْمَقْتُلَ، وَالشُّبْهَةُ دَارِئَةٌ لِلْقَوْدِ فَوَجَبَتِ الدِّيَّةُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ ضَرَبَ رَجُلًا بِمِرٍّ إلخ) وَاضِحٌ.

قَالَ (وَمَنْ غَرَّقَ صَبِيًّا أَوْ بَالِغًا فِي الْبَحْرِ فَلَا قِصَاصَ) عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَ: يُقْتَصُّ مِنْهُ وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ، غَيْرَ أَنَّ عِنْدَهُمَا يُسْتَوْفَى حَزًّا وَعِنْدَهُ يُغَرَّقُ كَمَا بَيَّنَّاهُ مِنْ قَبْلُ لَهُمْ قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «مَنْ غَرَّقَ غَرَقْنَاهُ»^(١) وَلَأَنَّ الْآلَةَ قَاتِلَةٌ فَاسْتِعْمَالُهَا أَمَارَةُ الْعَمْدِيَّةِ، وَلَا مِرَاءَ فِي الْعِصْمَةِ وَلَهُ قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «أَلَا إِنَّ قَتِيلَ خَطَا الْعَمْدِ قَتِيلُ السُّوطِ وَالْعَصَا»^(٢) وَفِيهِ «وَفِي كُلِّ خَطَاٍ أَرَشَ»؛ لِأَنَّ الْآلَةَ غَيْرُ مُعَدَّةٍ لِلْقَتْلِ، وَلَا مُسْتَعْمَلَةٌ فِيهِ لَتَعْدُرِ اسْتِعْمَالُهُ فَتَمَكَّنَتْ شُبْهَةُ عَدَمِ الْعَمْدِيَّةِ وَلَأَنَّ الْقِصَاصَ يَنْبِئُ عَنْ

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (١٥٩٩٦).

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (١٥٩٨١)، والدارقطني (١٠٦/٣) رقم (٨٤)، وابن أبي

شيبه في مصنفه (كتاب ٢٢، باب ٦ حديث ١).

الْمَمَاتِلِ، وَمِنْهُ يُقَالُ: اقْتَصَّ أَثَرَهُ، وَمِنْهُ الْقَصَّةُ لِلْجَلَمِينَ، وَلَا تَمَاطِلَ بَيْنَ الْجَرَحِ وَالْدَقِّ لِقُصُورِ الثَّانِي عَنْ تَخْرِيبِ الظَّاهِرِ، وَكَذَا لَا يَتَمَاطِلَانِ فِي حِكْمَةِ الرَّجْرِ؛ لِأَنَّ الْقَتْلَ بِالسَّلَاحِ غَالِبٌ وَبِالْمَنْقَلِ نَادِرٌ، وَمَا رَوَاهُ غَيْرُ مَرْفُوعٍ أَوْ هُوَ مَحْمُولٌ عَلَى السِّيَاسَةِ، وَقَدْ أُوْمِتَ إِلَيْهِ إِضَافَتُهُ إِلَى نَفْسِهِ فِيهِ وَإِذَا امْتَنَعَ الْقِصَاصُ وَجَبَتِ الدِّيَةُ، وَهِيَ عَلَى الْعَاقِلَةِ، وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ وَاخْتِلَافَ الرَّوَايَتَيْنِ فِي الْكُفَّارَةِ.

الشرح:

وَكَذَا قَوْلُهُ وَمَنْ غَرَّقَ صَبِيًّا وَ (كَمَا بَيَّنَّاهُ) إِشَارَةً إِلَى قَوْلِهِ يُفَعَّلُ بِهِ كَمَا فَعَلَ إِنْ كَانَ فِعْلًا مَشْرُوعًا. وَقَوْلُهُ (هُمْ) أَيُّ لَأَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ وَالشَّافِعِيِّ رَحِمَهُمُ اللَّهُ، لَكِنَّ اسْتِدْلَالَ الشَّافِعِيِّ بِالْحَدِيثِ وَاسْتِدْلَاهُمَا بِالْمَعْقُولِ. وَقَوْلُهُ (وَلَا مَرَاءَ فِي الْعِصْمَةِ) أَيُّ لَا شَكَّ فِيهَا. وَقَوْلُهُ (وَمِنْهُ الْمَقْصَةُ لِلْجَلَمِينَ) الْجَلْمُ الَّذِي يُجْزَى بِهِ وَهُمَا جَلَمَانِ. وَقَوْلُهُ (وَمَا رَوَاهُ غَيْرُ مَرْفُوعٍ) لِأَنَّهُ يَلْزَمُ عَلَى قَوْلِهِ التَّحْرِيقُ بِالتَّحْرِيقِ وَهُوَ مِنْهِي عَنْهُ، قَالَ ﷺ «لَا تُعَذِّبُوا أَحَدًا بِعَذَابِ اللَّهِ» (أَوْ هُوَ مَحْمُولٌ عَلَى السِّيَاسَةِ وَقَدْ أُوْمِتَ) أَيُّ أَشَارَتْ (إِلَيْهِ) أَيُّ إِلَى كَوْنِهِ مَحْمُولًا عَلَى السِّيَاسَةِ (إِضَافَتُهُ إِلَى نَفْسِهِ) حَيْثُ قَالَ غَرَّقْنَا وَلَمْ يَقُلْ غَرَّقُوهُ. وَقَوْلُهُ (وَاخْتِلَافُ الرَّوَايَتَيْنِ) مَرْفُوعٌ عَلَى الْإِبْتِدَاءِ. وَقَوْلُهُ (فِي الْكُفَّارَةِ) خَيْرُهُ: يَعْنِي أَنَّ اخْتِلَافَ الرَّوَايَتَيْنِ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ إِنَّمَا كَانَ فِي الْكُفَّارَةِ، فَإِنَّهُ رُوِيَ عَنْهُ أَنَّ لَا كُفَّارَةَ فِي شِبْهِ الْعَمْدِ، وَرَوَى الطَّحَاوِيُّ أَنَّ فِيهِ الْكُفَّارَةَ عِنْدَهُ، وَأَمَّا الدِّيَةُ فَإِنَّهَا وَاجِبَةٌ عِنْدَهُ مِنْ غَيْرِ تَرَدُّدٍ.

قَالَ (وَمَنْ جَرَحَ رَجُلًا عَمْدًا فَلَمْ يَزَلْ صَاحِبَ فِرَاشٍ حَتَّى مَاتَ فَعَلَيْهِ الْقِصَاصُ) لَوْجُودِ السَّبَبِ وَعَدَمِ مَا يُبْطِلُ حُكْمَهُ فِي الظَّاهِرِ فَأُضِيفَ إِلَيْهِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (لَوْجُودِ السَّبَبِ) يَعْنِي سَفْكَ دَمٍ مَحْقُونٍ عَلَى التَّائِيدِ عَمْدًا (وَعَدَمُ مَا يُبْطِلُ حُكْمَهُ) يَعْنِي مِنْ عَقْوٍ أَوْ شُبْهَةٍ.

قَالَ (وَإِذَا التَّقَى الصَّفَّانِ مِنَ الْمُسْلِمِينَ وَالْمُشْرِكِينَ فَقَتَلَ مُسْلِمٌ مُسْلِمًا ظَنَّ أَنَّهُ مُشْرِكٌ فَلَا قَوْدَ عَلَيْهِ وَعَلَيْهِ الْكُفَّارَةُ)؛ لِأَنَّ هَذَا أَحَدُ نَوْعِي الْخَطَا عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ، وَالْخَطَا بِنَوْعِيهِ لَا يُوجِبُ الْقَوْدَ وَيُوجِبُ الْكُفَّارَةَ، وَكَذَا الدِّيَةُ عَلَى مَا نَطَقَ بِهِ نَصُّ الْكِتَابِ «وَلَمَّا

اختلفت سيوف المسلمين على اليمان أبي حذيفة قضى رسول الله عليه الصلاة والسلام بالديّة قالوا: إنما تجب الديّة إذا كانوا مختلطين، فإن كان في صف المشركين لا تجب لسقوط عصمته بتكثير سوادهم قال عليه الصلاة والسلام «من كثر سواد قوم فهو منهم».

الشرح:

وقوله (وإذا التقى الصفان) ظاهر. وقوله (أحد نوعي الخطأ) يريد به الخطأ في القصد. وقوله (وكذا الديّة) منصوب عطفاً على الكفارة. وقوله (على ما نطق به النص) يريد به قوله تعالى ﴿وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطْئًا﴾ وقوله (ولما اختلفت سيوف المسلمين) أي تواتر روى «أن سيوف المسلمين تواتر على اليمان أبي حذيفة في بعض الليالي في غزوة الخندق فقتلوه على ظن أنه مشرك فقضى رسول الله ﷺ بالديّة فوهبها لهم حذيفة».

قال (ومن شج نفسه وشجه رجل وعقره أسد وأصابته حيّة فمات من ذلك كله فعلى الأجنبي ثلث الديّة)؛ لأن فعل الأسد والحيّة جنس واحد لكونه هدرًا في الدنيا والآخرة، وفعله بنفسه هدر في الدنيا معتبر في الآخرة حتى ياثم عليه وفي النواذر أن عند أبي حذيفة ومحمد يغسل ويصلى عليه وعند أبي يوسف يغسل ولا يصلى عليه وفي شرح السير الكبير ذكر في الصلاة عليه اختلاف المشايخ على ما كتبه في كتاب التّجنيس والمزيد فلم يكن هدرًا مطلقاً وكان جنساً آخر، وفعل الأجنبي معتبر في الدنيا والآخرة فصارت ثلاثة أجناس فكان النفس تلفت بثلاثة أفعال فيكون التالف بفعل كل واحد ثلثه فيجب عليه ثلث الديّة، والله أعلم بالصواب.

الشرح:

وقوله (ومن شج نفسه) واضح. وقوله (وفعله بنفسه هدر في الدنيا) يعني فلم يكن معتبراً في حق الضمان لمكان الاستحالة والتنافي. وقوله (يغسل ويصلى عليه) أثر كون فعله غير معتبر لأنه لما كان يغسل ويصلى عليه صار كأنه مات حتف أنفه بمرض من غير علة في نفسه وقوله (ولا يصلى عليه) لأن جنايته على نفسه معتبرة فصار كالبಾಗಿ. وقوله (فلم يكن هدرًا مطلقاً) متعلق بقوله هدر في الدنيا معتبر في الآخرة والباقي واضح.

فصل

قَالَ (وَمَنْ شَهَرَ عَلَى الْمُسْلِمِينَ سَيْفًا فَعَلَيْهِمْ أَنْ يَقْتُلُوهُ) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «مَنْ شَهَرَ عَلَى الْمُسْلِمِينَ سَيْفًا فَقَدْ أَطْلَ دَمَهُ» ^(١) وَلَأَنَّهُ بَاغٌ فَتَسْقُطُ عِصْمَتُهُ بِبَغْيِهِ، وَلَأَنَّهُ تَعَيَّنَ طَرِيقًا لِدَفْعِ الْقَتْلِ عَنْ نَفْسِهِ فَلَهُ قَتْلُهُ وَقَوْلُهُ فَعَلَيْهِمْ وَقَوْلُ مُحَمَّدٍ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ فَحَقُّ عَلَى الْمُسْلِمِينَ أَنْ يَقْتُلُوهُ إِشَارَةٌ إِلَى الْوُجُوبِ، وَالْمَعْنَى وَجُوبُ دَفْعِ الضَّرَرِ وَفِي سَرِقَةِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ: وَمَنْ شَهَرَ عَلَى رَجُلٍ سِلَاحًا لَيْلًا أَوْ نَهَارًا أَوْ شَهَرَ عَلَيْهِ عَصًا لَيْلًا أَوْ نَهَارًا أَوْ مِصْرَ فِي طَرِيقٍ فِي غَيْرِ مِصْرٍ فَقَتْلُهُ الْمَشْهُورُ عَلَيْهِ عَمْدًا فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ لَمَّا بَيَّنَّا، وَهَذَا: لِأَنَّ السِّلَاحَ لَا يَلْبَثُ فَيَحْتَاجُ إِلَى دَفْعِهِ بِالْقَتْلِ وَالْعَصَا الصَّغِيرَةُ، وَإِنْ كَانَتْ تَلْبَثُ وَلَكِنْ فِي اللَّيْلِ لَا يَلْحَقُهُ الْغَوْتُ فَيُضْطَرُّ إِلَى دَفْعِهِ بِالْقَتْلِ، وَكَذَا فِي النَّهَارِ فِي غَيْرِ الْمِصْرِ فِي الطَّرِيقِ لَا يَلْحَقُهُ الْغَوْتُ فَإِذَا قَتَلَهُ كَانَ دَمُهُ هَدْرًا قَالُوا: فَإِنْ كَانَ عَصًا لَا تَلْبَثُ يَحْتَمِلُ أَنْ تَكُونَ مِثْلَ السِّلَاحِ عِنْدَهُمَا.

الشرح:

(فصل): لَمَّا فَرَّغَ مِنْ بَيَانِ الْمَسَائِلِ الَّتِي تُوجِبُ الْقِصَاصَ الْحَقَّ بِهَا فَصَلَا يَشْتَمِلُ عَلَى الْمَسَائِلِ الَّتِي لَهَا عَرَضِيَّةٌ إِيحَابِ الْقِصَاصِ وَهِيَ كُلُّهَا مِنْ جِنْسٍ وَاحِدٍ، وَكَلَامُهُ وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (أُطْلَ دَمَهُ) أَيُّ أَهْدَرَ، وَقَوْلُهُ (وَالْمَعْنَى) أَيُّ وَمَعْنَى الْوُجُوبِ (دَفْعُ الضَّرَرِ) لِأَنَّ الْوَاجِبَ هُوَ دَفْعُ الشَّرِّ عَلَى أَيِّ وَجْهِ كَانَ لَا عَيْنُ الْقَتْلِ. وَقَوْلُهُ (لَمَّا بَيَّنَّا) إِشَارَةٌ إِلَى مَا ذَكَرَهُ مِنَ الْحَدِيثِ وَالْمَقُولِ.

قَالَ (وَإِنْ شَهَرَ الْمَجْنُونُ عَلَى غَيْرِهِ سِلَاحًا فَقَتْلُهُ الْمَشْهُورُ عَلَيْهِ عَمْدًا فَعَلَيْهِ الدِّيَّةُ فِي مَالِهِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا شَيْءَ عَلَيْهِ، وَعَلَى هَذَا الْخِلَافِ الصَّبِيُّ وَالْدَّابَّةُ وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يَجِبُ الضَّمَانُ فِي الدَّابَّةِ وَلَا يَجِبُ فِي الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ لِلشَّافِعِيِّ أَنَّهُ قَتَلَهُ دَافِعًا عَنْ نَفْسِهِ فَيُعْتَبَرُ بِالْبَالِغِ الشَّاهِرِ، وَلَأَنَّهُ يَصِيرُ مَحْمُولًا عَلَى قَتْلِهِ بِفَعْلِهِ فَأَشْبَهَ الْمَكْرَهَ وَلَأَبِي يُوسُفَ أَنَّ فِعْلَ الدَّابَّةِ غَيْرُ مُعْتَبَرٍ أَصْلًا حَتَّى لَوْ تَحَقَّقَ لَا يُوجِبُ الضَّمَانُ أَمَّا فِعْلُهُمَا مُعْتَبَرٌ فِي الْجُمْلَةِ حَتَّى لَوْ حَقَّقْنَاهُ يَجِبُ عَلَيْهِمَا الضَّمَانُ، وَكَذَا عِصْمَتُهُمَا لِحَقِّهِمَا وَعِصْمَةُ الدَّابَّةِ لِحَقِّ مَالِكِهَا فَكَانَ فِعْلُهُمَا مُسْقِطًا لِلْعِصْمَةِ دُونَ فِعْلِ الدَّابَّةِ، وَلَنَا أَنَّهُ قَتَلَ

(١) أخرجه النسائي (٤٠٩٧). وانظر نصب الراية (١٠٣/٥).

شَخْصًا مَعْصُومًا أَوْ آتَلَفَ مَالًا مَعْصُومًا حَقًّا لِلْمَالِكِ وَفِعْلُ الدَّائِبَةِ لَا يَصْلُحُ مُسْقِطًا وَكَذَا فِعْلُهُمَا، وَإِنْ كَانَتْ عِصْمَتُهُمَا حَقَّهُمَا لَعَدَمِ اخْتِيَارِ صَحِيحٍ وَلِهَذَا لَا يَجِبُ الْقِصَاصُ بِتَحَقُّقِ الْفِعْلِ مِنْهُمَا، بِخِلَافِ الْعَاقِلِ الْبَالِغِ؛ لِأَنَّهُ لَهُ اخْتِيَارًا صَحِيحًا، وَإِنَّمَا لَا يَجِبُ الْقِصَاصُ لَوْجُودِ الْمُبِيحِ وَهُوَ دَفْعُ الشَّرِّ فَتَحِبُّ الدِّيَّةُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَعَلَى هَذَا الْخِلَافِ الصَّبِيُّ وَالْدَّائِبَةُ) يَعْنِي إِذَا صَالَ عَلَى إِنْسَانٍ فَقَتَلَهُ الْمَصُولُ عَلَيْهِ عَمْدًا يَضْمَنُ الدِّيَّةَ وَالْقِيَمَةَ. وَقَوْلُهُ (فَأَشْبَهَ الْمُكْرَةَ) يَعْنِي أَنَّ الْمُكْرَةَ لَمَّا صَارَ مَسْلُوبَ الْاِخْتِيَارِ مِنْ جِهَةِ الْمُكْرِهِ أَضِيفَ التَّلَفُ إِلَى الْمُكْرِهِ فَكَذَلِكَ الْمَصُولُ عَلَيْهِ وَقِيلَ مَعْنَاهُ فَأَشْبَهَ الْمُكْرَةَ يَعُودُ عَلَى الْمُكْرِهِ فَيَقْتُلُهُ.

قَالَ (وَمَنْ شَهَرَ عَلَى غَيْرِهِ سِلَاحًا فِي الْمِصْرِ فَضَرَبَهُ ثُمَّ قَتَلَهُ الْآخَرُ فَعَلَى الْقَاتِلِ الْقِصَاصُ) مَعْنَاهُ: إِذَا ضَرَبَهُ فَانْصَرَفَ؛ لِأَنَّهُ خَرَجَ مِنْ أَنْ يَكُونَ مُحَارِبًا بِالْانْصِرَافِ فَعَادَتْ عِصْمَتُهُ.

قَالَ (وَمَنْ دَخَلَ عَلَيْهِ غَيْرُهُ لَيْلًا وَأَخْرَجَ السَّرِقَةَ فَاتَّبَعَهُ وَقَتَلَهُ فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «قَاتِلْ دُونَ مَالِكَ» وَلِأَنَّهُ يُبَاحُ لَهُ الْقَتْلُ دَفْعًا فِي الْإِبْتِدَاءِ فَكَذَا اسْتِرْدَادًا فِي الْإِنْتِهَاءِ، وَتَأْوِيلُ الْمَسْأَلَةِ إِذَا كَانَ لَا يَتِمَكَّنُ مِنَ الْاسْتِرْدَادِ إِلَّا بِالْقَتْلِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (قَاتِلْ دُونَ مَالِكَ) أَيُّ لِأَجْلِ مَالِكَ. وَقَوْلُهُ (فَكَذَا اسْتِرْدَادًا فِي الْإِنْتِهَاءِ) لِأَنَّهُ أَسْهَلُ مِنَ الْإِبْتِدَاءِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

باب القصاص فيما دون النفس

قَالَ: (وَمَنْ قَطَعَ يَدَ غَيْرِهِ عَمْدًا مِنَ الْمِفْصَلِ قُطِعَتِ يَدُهُ وَإِنْ كَانَتْ يَدُهُ أَكْبَرَ مِنَ الْيَدِ الْمُقْطُوعَةِ) لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَالْجُرُوحُ قِصَاصٌ﴾ (المائدة: ٤٥) وَهُوَ يُنْبِئُ عَنِ الْمُمَاطَلَةِ، فَكُلُّ مَا أَمَكَّنَ رِعَايَتَهَا فِيهِ يَجِبُ فِيهِ الْقِصَاصُ وَمَا لَا فَلَا، وَقَدْ أَمَكَّنَ فِي الْقَطْعِ مِنَ الْمِفْصَلِ فَاعْتَبِرَ، وَلَا مُعْتَبَرٌ بِكِبَرِ الْيَدِ وَصِغَرِهَا لِأَنَّ مَنْفَعَةَ الْيَدِ لَا تَخْتَلِفُ بِذَلِكَ، وَكَذَلِكَ الرَّجُلُ وَمَارِنُ الْأَنْفِ وَالْأُذُنُ لِإِمْكَانِ رِعَايَةِ الْمُمَاطَلَةِ.

الشرح:

(بَابُ الْقِصَاصِ فِيمَا دُونَ النَّفْسِ): لَمَّا فَرَّغَ مِنْ بَيَانِ الْقِصَاصِ فِي النَّفْسِ أُتْبِعَهُ بِمَا هُوَ بِمَنْزِلَةِ التَّبَعِ وَهُوَ الْقِصَاصُ فِي الْأَطْرَافِ وَكَلَامُهُ وَاصِحٌ قَوْلُهُ (وَلَا مُعْتَبَرٌ بِكَبَرِ الْيَدِ وَصِغَرِهَا) لِأَنَّ مَنَفْعَةَ الْيَدِ وَهُوَ الْبَطْشُ لَا يَخْتَلِفُ بِذَلِكَ وَلَا تَرُدُّ الشَّجَّةُ الْمَوْضِحَةَ إِذَا أَخَذْتَ مَا بَيْنَ قَرْنَيْ الْمَشْجُوجِ وَلَمْ تَأْخُذْهُ مِنَ الشَّاجِّ لِكَبَرِ رَأْسِهِ فَإِنَّ الْكَبَرَ قَدْ أُعْتَبِرَ وَخَيْرَ الْمَشْجُوجِ بَيْنَ الْقِصَاصِ بِمَقْدَارِ شَجَّتِهِ وَبَيْنَ أَخْذِهِ أَرْضَ الْمَوْضِحَةَ لِأَنَّ الْمُعْتَبَرَ فِي ذَلِكَ الشَّيْنُ، وَفِي الْاِقْتِصَاصِ بِمَقْدَارِهَا يَقِلُّ شَيْنُ الشَّاجِّ وَيَأْخُذُ مَا بَيْنَ قَرْنَيْهِ بِالشَّجَّةِ زِيَادَةً عَلَى حَقِّهِ فَاتَّفَقَى الْمِثْلَةُ الْوَاجِبَةُ فِي الْقِصَاصِ صُورَةً وَمَعْنَى، فَإِنْ شَاءَ اسْتَوْفَاهُ مَعْنَى وَهُوَ مَقْدَارُ شَجَّتِهِ وَيَتْرُكُ الصُّورَةَ وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ أَرْضَهَا.

قَالَ: (وَمَنْ ضَرَبَ عَيْنَ رَجُلٍ فَقَلَعَهَا لَا قِصَاصَ عَلَيْهِ) لَامْتِنَاعِ الْمِثْلَةِ فِي الْقَلْعِ، وَإِنْ كَانَتْ قَائِمَةً فَذَهَبَ ضَوْءُهَا فَعَلَيْهِ الْقِصَاصُ لِإِمْكَانِ الْمِثْلَةِ عَلَى مَا قَالَ فِي الْكِتَابِ: تُحْمَى لَهُ الْمِرَاةُ وَيُجْعَلُ عَلَى وَجْهِهِ قُطْنٌ رَطْبٌ وَتَقَابِلُ عَيْنُهُ بِالْمِرَاةِ فَيَذْهَبُ ضَوْءُهَا، وَهُوَ مَأْثُورٌ عَنْ جَمَاعَةٍ مِنَ الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ.

الشرح:

وقَوْلُهُ (عَلَى مَا قَالَ فِي الْكِتَابِ) يَعْنِي الْقُدُورِيَّ، وَهُوَ مَأْثُورٌ عَنِ الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ. رُوِيَ أَنَّ هَذَا حَدَّثَ فِي زَمَنِ عُثْمَانَ رضي الله عنه فَسَأَلَ عَنْهُ الصَّحَابَةُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ فَلَمْ يَكُنْ عِنْدَهُمْ فِيهِ شَيْءٌ حَتَّى جَاءَ عَلِيٌّ رضي الله عنه فَقَضَى بِذَلِكَ وَعَمِلَ عَلَيْهِ عُثْمَانُ رضي الله عنه وَكَانَ بِمَحْضَرٍ مِنَ الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ.

قَالَ: (وَفِي السَّنِّ الْقِصَاصُ) لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَالسِّنُّ بِالسِّنِّ﴾ (وَإِنْ كَانَ سِنٌّ مِّنْ يُقْتَصُّ مِنْهُ أَكْبَرُ مِنْ سِنِّ الْآخِرِ) لِأَنَّ مَنَفْعَةَ السِّنِّ لَا تَتَفَاوَتُ بِالصَّغَرِ وَالْكَبَرِ. قَالَ: (وَفِي كُلِّ شَجَةٍ تَتَحَقَّقُ فِيهَا الْمِثْلَةُ الْقِصَاصُ) لَمَّا تَلَوْنَا. قَالَ (وَلَا قِصَاصَ فِي عَظْمٍ إِلَّا فِي السِّنِّ) وَهَذَا اللَّفْظُ مَرْوِيُّ عَنْ عُمَرَ وَابْنِ مَسْعُودٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا، وَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «لَا قِصَاصَ فِي الْعَظْمِ» ^(١) وَالْمُرَادُ غَيْرُ السِّنِّ، وَلَأَنَّ اعْتِبَارَ الْمِثْلَةِ فِي غَيْرِ السِّنِّ مُتَعَذِّرٌ لِحَتِّمَالِ الزِّيَادَةِ وَالنَّقْصَانِ، بِخِلَافِ السِّنِّ لِأَنَّهُ يُبْرَدُ بِالْمِجْرَدِ، وَكَوَقْلِهِ مِّنْ أَصْلِهِ

(١) قَالَ الزَّيْلَعِيُّ فِي نَصَبِ الرَّايَةِ (١٠٧/٥): غَرِيبٌ.

يُقْلَعُ الثَّانِي فَيَتِمَّ ذَلَانِ.

الشرح:

قَوْلُهُ (لَمَّا تَلَوْنَا) إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ﴾ وَفِي بَعْضِ النُّسخِ لَمَّا ذَكَرْنَا وَهُوَ إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ وَهُوَ يُنْبِئُ عَنِ الْمِثَالَةِ، وَقَوْلُهُ (وَلَا قِصَاصَ فِي عَظْمٍ إِلَّا فِي السِّنِّ، وَهَذَا اللَّفْظُ مَرْوِيٌّ عَنْ عُمَرَ وَابْنِ مَسْعُودٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا) فَإِنْ كَانَ السِّنُّ عَظْمًا فَلَا اسْتِنَاءَ مُتَّصِلٌ وَلَا بُدَّ مِنْ فَرْقٍ بَيْنَهَا وَبَيْنَ غَيْرِهَا مِنَ الْعِظَامِ وَهُوَ امْكِانُ الْقِصَاصِ فِيهَا بِأَنْ يُرَدَّ بِالْمِيزِ بِقَدْرِ مَا كُسِرَ مِنْهَا أَوْ إِلَى أَصْلِهَا إِنْ قَلَعَهَا وَلَا يُقْلَعُ لَتَعْدُرِ الْمِثَالَةُ فَرُبَّمَا تَفْسُدُ بِهِ لِنَاتِهِ، كَذَا فِي الْمَبْسُوطِ وَإِنْ كَانَ غَيْرَ عَظْمٍ كَمَا أَشَارَ إِلَيْهِ قَوْلُهُ ﷺ «لَا قِصَاصَ فِي عَظْمٍ» حَيْثُ لَمْ يُسْتَنَّ السِّنُّ فَلَا اسْتِنَاءَ مُنْقَطِعٌ.

وَقَدْ اخْتَلَفَ الْأَطْبَاءُ فِي ذَلِكَ، فَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ: هُوَ طَرَفُ عَصَبٍ يَابِسٍ لِأَنَّهُ يَحْدُثُ وَيَنُمُو بَعْدَ تَمَامِ الْخَلْقَةِ، وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ هُوَ عَظْمٌ وَكَأَنَّهُ وَقَعَ عِنْدَ الْمُصْنَفِ أَنَّهُ عَظْمٌ حَتَّى قَالَ وَالْمُرَادُ مِنْهُ غَيْرُ السِّنِّ.

قَالَ: (وَلَيْسَ فِيمَا دُونَ النَّفْسِ شِبْهُ عَمْدٍ إِنَّمَا هُوَ عَمْدٌ أَوْ خَطَأٌ) لِأَنَّ شِبْهُ الْعَمْدِ يَعُودُ إِلَى الْآلَةِ، وَالْقَتْلُ هُوَ الَّذِي يَخْتَلَفُ بِاخْتِلَافِهَا دُونَ مَا دُونَ النَّفْسِ لِأَنَّهُ لَا يَخْتَلَفُ إِتْلَافُهُ بِاخْتِلَافِ الْآلَةِ فَلَمْ يَبْقَ إِلَّا الْعَمْدُ وَالْخَطَأُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلَيْسَ فِيمَا دُونَ النَّفْسِ شِبْهُ عَمْدٍ) قَدْ ذَكَرَهُ مَرَّةً، لَكِنَّهُ قَدْ ذَكَرَ هُنَاكَ أَنَّهُ عَمْدٌ وَهَاهُنَا أَنَّهُ عَمْدٌ أَوْ خَطَأٌ فَيَحْمَلُ الْأَوَّلُ عَلَى أَنَّ الْمُرَادَ بِهِ إِنْ أُمِكنَ الْقِصَاصُ، وَذَلِكَ لِأَنَّ شِبْهُ الْعَمْدِ إِذَا حَصَلَ فِيمَا دُونَ النَّفْسِ وَأُمِكنَ الْقِصَاصُ جُعِلَ عَمْدًا. رُوِيَ «أَنَّ الرُّبَيْعَ عَمَّةَ أَنَسِ بْنِ مَالِكٍ ﷺ كَسَرَتْ نَتِيجَةً جَارِيَةً مِنَ الْأَنْصَارِ بِلَطْمَةٍ فَأَمَرَ النَّبِيُّ ﷺ بِالْقِصَاصِ» وَاللَّطْمَةُ إِذَا أَتَتْ عَلَى النَّفْسِ لَا تُوجِبُ الْقَوْدَ، وَإِنْ لَمْ يُمَكِّنِ الْقِصَاصُ جُعِلَ خَطَأً وَوَجَبَ الْأَرْشُ.

(وَلَا قِصَاصَ بَيْنَ الرَّجُلِ وَالْمَرْأَةِ فِيمَا دُونَ النَّفْسِ، وَلَا بَيْنَ الْحُرِّ وَالْعَبْدِ، وَلَا بَيْنَ الْعَبْدَيْنِ) خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ فِي جَمِيعِ ذَلِكَ إِلَّا فِي الْحُرِّ يَقْطَعُ طَرَفَ الْعَبْدِ. وَيُعْتَبَرُ الْأَطْرَافُ بِالْأَنْفُسِ لِكُونِهَا تَابِعَةً لَهَا. وَلَنَا أَنَّ الْأَطْرَافَ يُسْلَكُ بِهَا مَسْلَكُ الْأَمْوَالِ فَيَنْعَدِمُ

النَّمَائِلُ بِالتَّفَاوُتِ فِي الْقِيَمَةِ، وَهُوَ مَعْلُومٌ قَطْعًا بِتَقْوِيمِ الشَّرْعِ فَأَمَكَنَ اعْتِبَارُهُ. بِخِلَافِ
التَّفَاوُتِ فِي الْبَطْشِ لِأَنَّهُ لَا ضَابِطَ لَهُ فَاعْتَبِرَ أَصْلُهُ، وَبِخِلَافِ الْأَنْفُسِ لِأَنَّ الْمُتْلَفَ إِزْهَاقُ
الرُّوحِ وَلَا تَفَاوُتَ فِيهِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلَا قِصَاصَ بَيْنَ الرَّجُلِ وَالْمَرْأَةِ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (إِلَّا فِي الْحُرِّ يَقْطَعُ طَرَفَ
العَبْدِ) يَعْنِي لَا يَجِبُ الْقِصَاصُ فِيهِ عِنْدَهُ أَيْضًا، وَالشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ أَخَذَ بِقَوْلِ ابْنِ أَبِي
لَيْلَى وَسَلَكَا فِي الْبَابِ طَرِيقًا سَهْلًا وَهُوَ اعْتِبَارُ الْأَطْرَافِ بِالنُّفُوسِ لِأَنَّهَا تَابِعَةٌ لِلنُّفُوسِ
فَكَمَا يَجْرِي الْقِصَاصُ بَيْنَ الرَّجَالِ وَالنِّسَاءِ فِي النُّفُوسِ فَكَذَلِكَ فِي الْأَطْرَافِ لِكَوْنِهَا
تَابِعَةٌ لَهَا (وَلَنَا أَنَّ الْأَطْرَافَ يُسَلِّكُ بِهَا مَسَلِّكَ الْأَمْوَالِ فَيَنْعَدُّ النَّمَائِلُ بِالتَّفَاوُتِ فِي
الْقِيَمَةِ وَهُوَ) أَيْ التَّفَاوُتُ (مَعْلُومٌ قَطْعًا بِتَقْوِيمِ الشَّرْعِ) فَإِنَّ الشَّرْعَ قَوْمٌ يَدُ الْوَاحِدَةِ
لِلْحُرِّ بِخَمْسِمِائَةِ دِينَارٍ قَطْعًا وَيَقِينًا، وَلَا تَبْلُغُ قِيَمَةُ يَدِ الْعَبْدِ إِلَى ذَلِكَ، فَإِنْ بَلَغَتْ كَانَ
بِالْحَزَرِ وَالظَّنِّ فَلَا تُكُونُ مُسَاوِيَةً لِيَدِ الْحُرِّ يَقِينًا، فَإِذَا كَانَ التَّفَاوُتُ مَعْلُومًا قَطْعًا أَمَكَنَ
اعْتِبَارُهُ (بِخِلَافِ التَّفَاوُتِ فِي الْبَطْشِ لِأَنَّهُ لَا ضَابِطَ لَهُ فَاعْتَبِرَ أَصْلُهُ) فَإِنْ قِيلَ: إِنْ اسْتَقَامَ
فِي الْحُرِّ وَالْعَبْدِ لَمْ يَسْتَقِمَ بَيْنَ الْعَبْدَيْنِ لِإِمْكَانِ التَّسَاوِيِ فِي قِيَمَتِهِمَا بِتَقْوِيمِ الْمُقَوِّمِينَ.
وَأُجِيبَ بِأَنَّ التَّسَاوِيَّ إِنَّمَا يَكُونُ بِالْحَزَرِ وَالظَّنِّ، وَالْمِثَالَةُ الْمَشْرُوطَةُ شَرْعًا لَا تُثَبِّتُ
بِذَلِكَ كَالْمِثَالَةِ فِي الْأَمْوَالِ الرُّبُوبِيَّةِ عِنْدَ الْمَقَابِلَةِ بِجِنْسِهَا. فَإِنْ قِيلَ: سَلَمْنَا وَجُودَ
التَّفَاوُتِ فِي الْبَدَلِ وَأَنَّهُ لَا يَمْنَعُ الاسْتِيفَاءَ لَكِنَّ الْمَقُولَ مِنْهُ مَنَعُ اسْتِيفَاءِ الْأَكْمَلِ
بِالْأَنْقَصِ دُونَ الْعَكْسِ فَإِنَّ الشَّلَاءَ تُقْطَعُ بِالصَّحِيحَةِ وَأَنْتُمْ لَا تَقْطَعُونَ يَدَ الْمَرْأَةِ يَدَ
الرَّجُلِ. فَالْجَوَابُ أَنَّا قَدْ ذَكَّرْنَا أَنَّ الْأَطْرَافَ يُسَلِّكُ بِهَا مَسَلِّكَ الْأَمْوَالِ لِأَنَّهَا خُلِقَتْ
وَقَايَةً لِلْأَنْفُسِ كَالْمَالِ، فَالْوَاجِبُ أَنْ يُعْتَبَرَ التَّفَاوُتُ الْمَالِيُّ مَانِعًا مُطْلَقًا، وَالشَّلَالُ لَيْسَ مِنْهُ
فَيُعْتَبَرُ مَانِعًا مِنْ جِهَةِ الْأَكْمَلِ لِأَنَّهُ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ لَيْسَ تَفَاوُتًا مَالِيًّا يَنْبَغِي أَنْ لَا يُعْتَبَرَ فِيمَا
يُسَلِّكُ بِهِ مَسَلِّكَ الْأَمْوَالِ، وَمِنْ حَيْثُ إِنَّهُ يُوجِبُ تَفَاوُتًا فِي الْمَنْفَعَةِ تَنْتَفِي بِهِ الْمِثَالَةُ
يَنْبَغِي أَنْ يُعْتَبَرَ، فَقُلْنَا: يُعْتَبَرُ مِنْ جِهَةِ الْأَكْمَلِ لَوْلَا يَلْزَمُ أَنْ يَكُونَ بَازِلًا لِلزِّيَادَةِ فِي
الْأَطْرَافِ، وَلَا يُعْتَبَرُ مِنْ جِهَةِ الْأَنْقَصِ لِأَنَّهُ إِسْقَاطٌ وَإِسْقَاطُ جَائِزٌ دُونَ الْبَدَلِ
بِالْأَطْرَافِ، وَالْبَاقِي ظَاهِرٌ.

(وَيَجِبُ الْقِصَاصُ فِي الْأَطْرَافِ بَيْنَ الْمُسْلِمِ وَالْكَافِرِ) لِلتَّسَاوِي بَيْنَهُمَا فِي الْأَرْضِ.
 قَالَ: (وَمَنْ قَطَعَ يَدَ رَجُلٍ مِنْ نِصْفِ السَّاعِدِ أَوْ جَرَحَهُ جَائِفَةً فَبَرَأَ مِنْهَا فَلَا
 قِصَاصَ عَلَيْهِ) لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُ اعْتِبَارُ الْمِثَالَةِ فِيهِ، إِذَا الْأَوَّلُ كَسَرَ الْعَظْمَ وَلَا ضَاطِحَ فِيهِ،
 وَكَذَا الْبُرْءُ نَادِرٌ فَيُفْضِي الثَّانِي إِلَى الْهَلَاكِ ظَاهِرًا. قَالَ: (وَإِذَا كَانَتْ يَدُ الْمَقْطُوعِ
 صَحِيحَةً وَيَدُ الْقَاطِعِ شَلَاءً أَوْ نَاقِصَةً الْأَصَابِعِ فَالْمَقْطُوعُ بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ قَطَعَ الْيَدَ
 الْمَعْيِبَةَ وَلَا شَيْءَ لَهُ غَيْرُهَا وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ الْأَرْضَ كَامِلًا) لِأَنَّ اسْتِيفَاءَ الْحَقِّ كَامِلًا مُتَعَذِّرٌ
 فَلَهُ أَنْ يَتَجَوَّزَ بِدُونِ حَقِّهِ وَلَهُ أَنْ يَعْدِلَ إِلَى الْعَوَضِ كَالْمِثْلِيِّ إِذَا انصَرَمَ عَنْ أَيْدِي النَّاسِ
 بَعْدَ الْإِتْلَافِ ثُمَّ إِذَا اسْتَوْفَاهَا نَاقِصًا فَقَدْ رَضِيَ بِهِ فَيَسْقُطُ حَقُّهُ كَمَا إِذَا رَضِيَ بِالرِّدْيِ
 مَكَانَ الْجَبْدِ (وَلَوْ سَقَطَتِ الْمُؤَنَّةُ قَبْلَ اخْتِيَارِ الْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ أَوْ قُطِعَتْ ظِلْمًا فَلَا شَيْءَ لَهُ)
 عِنْدَنَا لِأَنَّ حَقَّهُ مُتَعَيَّنٌ فِي الْقِصَاصِ، وَإِنَّمَا يَنْتَقِلُ إِلَى الْمَالِ بِاخْتِيَارِهِ فَيَسْقُطُ بِفَوَاتِهِ،
 بِخِلَافِ مَا إِذَا قُطِعَتْ بِحَقٍّ عَلَيْهِ مِنْ قِصَاصٍ أَوْ سَرَقَةٍ حَيْثُ يَجِبُ عَلَيْهِ الْأَرْضُ لِأَنَّهُ أَوْفَى
 بِهِ حَقًّا مُسْتَحَقًّا فَصَارَتْ سَالِمَةً لَهُ مَعْنَى.

الشرح:

(قَالَ وَمَنْ قَطَعَ يَدَ رَجُلٍ مِنْ نِصْفِ السَّاعِدِ) كَلَامُهُ وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (لَأَنَّ حَقَّهُ
 مُتَعَيَّنٌ فِي الْقِصَاصِ) لِأَنَّهُ لَوْ زَالَ الشَّلَلُ قَبْلَ أَنْ يُسْتَوْفَى الْأَرْضُ لَمْ يَكُنْ لَهُ إِلَّا الْقِصَاصُ،
 وَهَذَا عِنْدَنَا، وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ الْوَاجِبَ أَحَدُ الشَّيْئَيْنِ: إمَّا الْقِصَاصُ، أَوْ
 الْأَرْضُ، فَإِذَا تَعَذَّرَ أَحَدُهُمَا لِفَوَاتِ مَحَلِّهِ تَعَيَّنَ الْآخَرُ.

قَالَ: (وَمَنْ شَجَّ رَجُلًا فَاسْتَوْعَبَتِ الشَّجَّةُ مَا بَيْنَ قَرْنَيْهِ وَهِيَ لَا تَسْتَوْعِبُ مَا بَيْنَ
 قَرْنَيْ الشَّاجِّ فَالْمَشْجُوجُ بِالْخِيَارِ، إِنْ شَاءَ اقْتَصَصَ بِمِقْدَارِ شَجَّتِهِ يَبْتَدِئُ مِنْ أَيْ الْجَانِبَيْنِ شَاءَ،
 وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ الْأَرْضَ) لِأَنَّ الشَّجَّةَ مُوجِبَةً لَكُونِهَا مَشِينَةً فَقَطَّ فَيَزْدَادُ الشَّيْنُ بِزِيَادَتِهَا،
 وَفِي اسْتِيفَائِهِ مَا بَيْنَ قَرْنَيْ الشَّاجِّ زِيَادَةٌ عَلَى مَا فَعَلَ، وَلَا يَلْحَقُهُ مِنَ الشَّيْنِ بِاسْتِيفَائِهِ
 قَدَرُ حَقِّهِ مَا يَلْحَقُ الْمَشْجُوجَ فَيَنْتَقِصُ فَيُخَيَّرُ كَمَا فِي الشَّلَاءِ وَالصَّحِيحَةِ، وَفِي عَكْسِهِ
 يُخَيَّرُ أَيْضًا لِأَنَّهُ يَتَعَذَّرُ الْاسْتِيفَاءُ كَامِلًا لِلتَّعَدِّي إِلَى غَيْرِ حَقِّهِ، وَكَذَا إِذَا كَانَتْ الشَّجَّةُ
 فِي طُولِ الرَّأْسِ وَهِيَ تَأْخُذُ مِنْ جِبْهَتِهِ إِلَى قَفَاهُ وَلَا تَبْلُغُ إِلَى قَفَا الشَّاجِّ فَهُوَ بِالْخِيَارِ لِأَنَّ
 الْمَعْنَى لَا يَخْتَلِفُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ شَجَّ رَجُلًا) قَدْ قَرَّرْتَاهُ فِي الْفَرْقِ بَيْنَهُ وَبَيْنَ مَنْ قَطَعَ يَدَ رَجُلٍ وَيَدُ الْقَاطِعِ أَكْبَرُ مِنْ يَدِهِ فَلَا حَاجَةَ إِلَى إِعَادَتِهِ.

وَقَوْلُهُ (وَفِي عَكْسِهِ يُخَيَّرُ أَيْضًا) وَهُوَ أَنْ يَكُونَ رَأْسُ الْمَشْجُوجِ أَكْبَرَ مِنْ رَأْسِ الشَّجَّ لِأَنَّهُ إِنْ اسْتَوْفَى الْمَشْجُوجُ مِثْلَ حَقِّهِ مَسَاحَةً كَانَ أَزِيدَ فِي الشَّيْنِ مِنَ الْأَوَّلِ، وَإِنْ اقْتَصَرَ عَلَى مَا يَكُونُ مِثْلُ الْأَوَّلِ فِي الشَّيْنِ كَانَ دُونَ حَقِّهِ فَيَتَخَيَّرُ بَيْنَ الْاِقْتِصَاصِ وَأَخْذِ الْأَرْضِ، وَالْبَاقِي إِلَى آخِرِهِ ظَاهِرٌ.

قَالَ: (وَلَا قِصَاصَ فِي اللِّسَانِ وَلَا فِي الذِّكْرِ) وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ إِذَا قُطِعَ مِنْ أَصْلِهِ يَحِبُّ لِأَنَّهُ يُمَكِّنُ اعْتِبَارَ الْمَسَاوَةِ. وَلَنَا أَنَّهُ يَنْقَبِضُ وَيَنْبَسِطُ فَلَا يُمَكِّنُ اعْتِبَارَ الْمَسَاوَةِ (إِلَّا أَنْ تُقَطَعَ الْحَشَفَةُ) لِأَنَّ مَوْضِعَ الْقَطْعِ مَعْلُومٌ كَالْمَفْصِلِ، وَلَوْ قُطِعَ بَعْضُ الْحَشَفَةِ أَوْ بَعْضُ الذِّكْرِ فَلَا قِصَاصَ فِيهِ لِأَنَّ الْبَعْضَ لَا يُعْلَمُ مِقْدَارُهُ، بِخِلَافِ الْأُذُنِ إِذَا قُطِعَ كُلُّهُ أَوْ بَعْضُهُ لِأَنَّهُ لَا يَنْقَبِضُ وَلَا يَنْبَسِطُ وَلَهُ حَدٌّ يُعْرَفُ فَيُمَكِّنُ اعْتِبَارَ الْمَسَاوَةِ، وَالشَّفَةُ إِذَا اسْتَقْصَاهَا بِالْقَطْعِ يَحِبُّ الْقِصَاصُ لِإِمْكَانِ اعْتِبَارِ الْمَسَاوَةِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا قُطِعَ بَعْضُهَا لِأَنَّهُ يَتَعَدَّرُ اعْتِبَارُهَا.

فصل

قَالَ: (وَإِذَا اصْطَلَحَ الْقَاتِلُ وَأَوْلِيَاءُ الْقَتِيلِ عَلَى مَالٍ سَقَطَ الْقِصَاصُ وَوَجَبَ الْمَالُ قَلِيلًا كَانَ أَوْ كَثِيرًا) لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿فَمَنْ عَفَى لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ﴾ (البقرة: ١٧٨)، عَلَى مَا قِيلَ نَزَلَتْ الْآيَةُ فِي الصَّلْحِ. وَقَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «مَنْ قُتِلَ لَهُ قَتِيلٌ»^(١) الْحَدِيثُ، وَالْمُرَادُ وَاللَّهُ أَعْلَمُ الْأَخْذُ بِالرِّضَا عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ وَهُوَ الصَّلْحُ بِعَيْنِهِ، وَلَأَنَّهُ حَقٌّ ثَابِتٌ لِلوَرَثَةِ يَجْرِي فِيهِ الْإِسْقَاطُ عَفْوًا فَكَذَا تَعْوِضًا لِاسْتِمَالِهِ عَلَى إِحْسَانِ الْأَوْلِيَاءِ وَإِحْيَاءِ الْقَاتِلِ فَيَجُوزُ بِالْتَّرَاضِي. وَالْقَلِيلُ وَالْكَثِيرُ فِيهِ سَوَاءٌ لِأَنَّهُ لَيْسَ فِيهِ نَصٌّ مُقَدَّرٌ فَيُفَوِّضُ إِلَى اصْطِلَاحِهِمَا كَالْخُلْعِ وَغَيْرِهِ، وَإِنْ لَمْ يَذْكُرُوا حَالًا وَلَا مُؤَجَّلًا فَهُوَ حَالٌ لِأَنَّهُ مَالٌ وَاجِبٌ بِالْعَقْدِ، وَالْأَصْلُ فِي أَمثَالِهِ الْحُلُولُ نَحْوُ الْمَهْرِ وَالْثَمَنِ، بِخِلَافِ الدِّيَةِ لِأَنَّهُمَا مَا وَجَبَتْ بِالْعَقْدِ.

(١) أخرجه البخاري في العلم باب ٣٩، ومسلم في الحج (٤٤٧، ٤٤٨).

الشرح:

(فصل): لَمَّا كَانَ تَصَوُّرُ الصُّلْحِ بَعْدَ تَصَوُّرِ الْجَنَائَةِ وَمُوجِبِهَا أَتْبَعَهُ ذَلِكَ فِي فَصْلِ عَلَى حِدَةٍ (إِذَا اصْطَلَحَ الْقَاتِلُ وَأَوْلِيَاءُ الْمَقْتُولِ عَنِ الْقِصَاصِ عَلَى مَالٍ سَقَطَ الْقِصَاصُ وَوَجِبَ الْمَالُ الْمُسَمَّى قَلِيلًا كَانَ أَوْ كَثِيرًا زَائِدًا عَلَى مِقْدَارِ الدِّيَةِ لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿فَمَنْ عَفَى لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ﴾ الْآيَةَ عَلَى مَا قِيلَ إِنَّهَا نَزَلَتْ فِي الصُّلْحِ) وَهُوَ قَوْلُ ابْنِ عَبَّاسٍ وَالْحَسَنِ وَالضَّحَّاكَ وَمُجَاهِدٍ وَهُوَ مُوَافِقٌ لِلأُصُولِ، فَإِنْ عَفَا إِذَا أُسْتَعْمِلَ بِاللَّامِ كَانَ مَعْنَاهُ الْبَدَلُ: أَيُّ فَمَنْ أُعْطِيَ مِنْ جِهَةِ أَخِيهِ الْمَقْتُولِ شَيْئًا مِنَ الْمَالِ بِطَرِيقِ الصُّلْحِ فَاتَّبَاعٌ: أَيُّ فَمَنْ أُعْطِيَ وَهُوَ وَلِيُّ الْقَتْلِ مُطَالَبَةٌ بِذَلِكَ الصُّلْحِ عَنْ مُحَامَلَةٍ وَحُسْنِ مُعَامَلَةٍ.

وَأَمَّا قَالَ عَلَى مَا قِيلَ لِأَنَّ أَكْثَرَ الْمُفَسِّرِينَ عَلَى أَنَّهَا فِي عَفْوِ بَعْضِ الْأَوْلِيَاءِ، وَيَذِلُّ عَلَيْهِ قَوْلُهُ شَيْءٌ فَإِنَّهُ يُرَادُّ بِهِ الْبَعْضُ، وَتَقْرِيرُهُ فَمَنْ عَفَى عَنْهُ وَهُوَ الْقَاتِلُ مِنْ أَخِيهِ فِي الدِّينِ وَهُوَ الْمَقْتُولُ شَيْءٌ مِنَ الْقِصَاصِ بِأَنْ كَانَ لِلْقَتِيلِ أَوْلِيَاءُ فَعَفَا بَعْضَهُمْ فَقَدْ صَارَ نَصِيبُ الْبَاقِينَ مَالًا وَهُوَ الدِّيَةُ عَلَى حَصَصِهِمْ مِنَ الْمِيرَاثِ، وَهُوَ مَرْوِيُّ عَنْ عُمَرَ وَابْنِ عَبَّاسٍ وَابْنِ مَسْعُودٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ، فَاتَّبَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ: أَيُّ فَلْيَتَّبِعْ غَيْرَ الْعَافِي بِطَلَبِ حَصَّتِهِ بِقَدْرِ حَقِّهِ، وَلْيُوَدِّ الْقَاتِلُ إِلَيْهِ حَقَّهُ وَأَفِيًا مِنْ غَيْرِ نَقْصٍ، وَلِقَوْلِهِ ﷺ «مَنْ قُتِلَ لَهُ قَتِيلٌ فَأَهْلُهُ بَيْنَ خَيْرَتَيْنِ: إِنْ شَاءُوا قَادُوا، وَإِنْ شَاءُوا أَخَذُوا الدِّيَةَ» قَالَ الْمُصَنِّفُ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَالْمُرَادُّ وَاللَّهُ أَعْلَمُ الْأَخْذُ بِالرِّضَا عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ) يَعْنِي أَنَّهُ لَيْسَ لِلْوَلِيِّ الْعُدُولُ إِلَى الْمَالِ إِلَّا بِرِضَا الْقَاتِلِ وَهُوَ الصُّلْحُ بِعَيْنِهِ وَالْبَاقِي ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (نَصُّ مُقَدَّرٍ) بِكُسْرِ الدَّالِ. وَقَوْلُهُ (كَالْخُلْعِ وَغَيْرُهُ) يَعْنِي كَالِإِعْتِقَادِ عَلَى مَالٍ.

قَالَ: (وَإِنْ كَانَ الْقَاتِلُ حُرًّا وَعَبْدًا فَأَمَرَ الْحُرُّ وَمَوْلَى الْعَبْدِ رَجُلًا بِأَنْ يُصَالِحَ عَنْ دَمِيهِمَا عَلَى أَلْفِ دِرْهَمٍ فَفَعَلَ فَلَا أَلْفَ عَلَى الْحُرِّ وَالْمَوْلَى نِصْفَانِ) لِأَنَّ عَقْدَ الصُّلْحِ أَضْيَفُ إِلَيْهِمَا.

(وَإِذَا عَفَا أَحَدُ الشُّرَكَاءِ مِنَ الدَّمِ أَوْ صَالِحٍ مِنْ نَصِيبِهِ عَلَى عَوْضٍ سَقَطَ حَقُّ الْبَاقِينَ عَنِ الْقِصَاصِ وَكَانَ لَهُمْ نَصِيبُهُمْ مِنَ الدِّيَةِ). وَأَصْلُ هَذَا أَنَّ الْقِصَاصَ حَقٌّ جَمِيعِ الْوَرَثَةِ، وَكَذَا الدِّيَةُ خِلَافًا لِمَالِكٍ وَالشَّافِعِيُّ فِي الزَّوْجَيْنِ. لَهُمَا أَنَّ الْوَرَاثَةَ خِلَافَةٌ وَهِيَ بِالنَّسَبِ دُونَ السَّبَبِ لِانْقِطَاعِهِ بِالمَوْتِ، وَلَنَا «أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَمَرَ بِتَوْرِيثِ امْرَأَةٍ

أَشِيمَ الضَّبَابِيَّ مِنْ عَقْلِ زَوْجِهَا أَشِيمَ»، وَلَأَنَّهُ حَقٌّ يَجْرِي فِيهِ الْإِرْثُ، حَتَّى أَنْ مَنْ قُتِلَ وَلَهُ ابْنَانِ فَمَاتَ أَحَدُهُمَا عَنْ ابْنِ كَانَ الْقِصَاصُ بَيْنَ الصُّلْبِيِّ وَابْنِ الْإِبْنِ فَيَثْبُتُ لِسَائِرِ الْوَرَثَةِ، وَالزَّوْجِيَّةُ تَبْقَى بَعْدَ الْمَوْتِ حُكْمًا فِي حَقِّ الْإِرْثِ أَوْ يَثْبُتُ بَعْدَ الْمَوْتِ مُسْتَنَدًا إِلَى سَبَبِهِ وَهُوَ الْجُرْحُ، وَإِذَا ثَبَتَ لِلْجَمِيعِ فَكُلُّ مِنْهُمْ يَتِمَكَّنُ مِنَ الْإِسْتِيفَاءِ وَالْإِسْقَاطِ عَفْوًا وَصَلَحًا وَمِنْ ضَرُورَةِ سَقُوطِ حَقِّ الْبَعْضِ فِي الْقِصَاصِ سَقُوطُ حَقِّ الْبَاقِينَ فِيهِ، لَأَنَّهُ لَا يَتَجَزَأُ بِخِلَافِ مَا إِذَا قُتِلَ رَجُلَيْنِ وَعَفَا أَحَدُ الْوَلَدَيْنِ لِأَنَّ الْوَاجِبَ هُنَاكَ قِصَاصَانِ مِنْ غَيْرِ شُبْهَةٍ لَا خِتْلَافَ الْقَتْلِ وَالْمَقْتُولِ وَهَاهُنَا وَاحِدٌ لَا تَحَادِيهِمَا، وَإِذَا سَقَطَ الْقِصَاصُ يَنْقَلِبُ نَصِيبُ الْبَاقِينَ مَا لَا لَأَنَّهُ امْتَنَعَ لِمَعْنَى رَاجِعٍ إِلَى الْقَاتِلِ، وَلَيْسَ لِلْعَافِي شَيْءٌ مِنَ الْمَالِ لَأَنَّهُ أَسْقَطَ حَقَّهُ بِفِعْلِهِ وَرِضَاهُ، ثُمَّ يَجِبُ مَا يَجِبُ مِنَ الْمَالِ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ وَقَالَ زُهْرِي: يَجِبُ فِي سَنَتَيْنِ فِيمَا إِذَا كَانَ بَيْنَ الشَّرِيكَيْنِ وَعَفَا أَحَدُهُمَا، لِأَنَّ الْوَاجِبَ نِصْفَ الدِّيَةِ فَيُعْتَبَرُ بِمَا إِذَا قُطِعَتْ يَدُهُ خَطَأً. وَلَنَا أَنَّ هَذَا بَعْضُ بَدَلِ الدَّمِ وَكُلُّهُ مُؤَجَّلٌ إِلَى ثَلَاثِ سِنِينَ فَكَذَلِكَ بَعْضُهُ، وَالْوَاجِبُ فِي الْيَدِ كُلُّ بَدَلِ الطَّرْفِ وَهُوَ فِي سَنَتَيْنِ فِي الشَّرْعِ وَيَجِبُ فِي مَالِهِ لَأَنَّهُ عَمَدٌ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (خِلَافًا لِمَالِكٍ وَالشَّافِعِيِّ رَحِمَهُمَا اللَّهُ فِي الزَّوْجَيْنِ) قَالَ فِي النَّهَائَةِ: هَذَا اللَّفْظُ كَمَا تَرَى يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ لَيْسَ لِلزَّوْجَيْنِ حَقٌّ فِي الْقِصَاصِ وَالْدِّيَةِ جَمِيعًا عِنْدَهُمَا. وَنُقِلَ عَنِ الْمُسَوِّطِ وَالْإِيضَاحِ وَالْأَسْرَارِ مَا يَدُلُّ عَلَى خِلَافِ مَالِكٍ فِي الدِّيَةِ خَاصَّةً وَأَنَّ الشَّافِعِيَّ يَقُولُ: النِّسَاءُ لَا تَسْتَوْفِي الْقِصَاصَ وَلَهُنَّ حَقُّ الْعَفْوِ.

ثُمَّ قَالَ: وَبِهَذَا يُعْلَمُ أَنَّ مَا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ مِنْ أَنَّهُ لَا حَظٌّ لِلزَّوْجَيْنِ فِي الْقِصَاصِ وَالْدِّيَةِ عِنْدَ مَالِكٍ وَالشَّافِعِيِّ مُخَالَفٌ لِرَوَايَةِ الْمُسَوِّطِ وَالْإِيضَاحِ وَالْأَسْرَارِ، وَهُوَ مُوَآخَذَةٌ ضَعِيفَةٌ لَأَنَّهُ لَا يَلْزَمُ مِنَ الْمُخَالَفَةِ لَهَا عَدَمُ صِحَّةِ مَا نَقَلَهُ، وَالْمَشْهُورُ مِنْ مَذْهَبِهِمَا مَا نَقَلَهُ. وَقَوْلُهُ (لَهُمَا أَنَّ الْوَرَاثَةَ خِلَافَةً) يَسْتَلْزِمُ عَدَمَ تَوَرِثِ أَحَدِ الزَّوْجَيْنِ مِنَ الْآخَرِ شَيْئًا وَهُوَ بَاطِلٌ، وَلَكِنْ يُحْمَلُ عَلَى أَنَّ مَعْنَاهُ الْوَرَاثَةُ فِيمَا يَجِبُ بَعْدَ الْمَوْتِ خِلَافًا وَهِيَ فِيهِ بِالنِّسْبِ لَا السَّبَبِ لِانْقِطَاعِهِ بِالْمَوْتِ وَالْقِصَاصُ وَالْدِّيَةُ إِنَّمَا يَجِبَانِ بَعْدَ الْمَوْتِ. وَقُلْنَا: إِنَّهُ فَاسِدٌ بِالنَّقْلِ وَالْعَقْلِ، أَمَّا الْأَوَّلُ فَحَدِيثُ امْرَأَةِ أَشِيمَ الضَّبَابِيِّ بِكَسْرِ

الضَّادِ الْمُعْجَمَةِ كَمَا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ، وَأَمَّا الثَّانِي فَلَا تُهْمَا مَوْرُوثَانِ كَسَائِرِ الْأَمْوَالِ بِالْإِتِّفَاقِ، فَيَجِبُ أَنْ يَكُونَا فِي حَقِّ الزَّوْجَيْنِ كَذَلِكَ لِأَنَّ وَجُوبَهُمَا أَوَّلًا لِلْمَيِّتِ ثُمَّ يَنْتَبِهُ لِلْوَرَثَةِ وَلَا يَقَعُ لِلْمَيِّتِ إِلَّا بِأَنْ يُسَنَدَ الْوُجُوبُ إِلَى سَبَبِهِ وَهُوَ الْجَرْحُ فَكَانَا كَسَائِرِ الْأَمْوَالِ فِي ثُبُوتِهِمَا قَبْلَ الْمَوْتِ أَلَا تَرَى أَنَّهُ إِذَا أَوْصَى بِثُلْثِ مَالِهِ دَخَلَتْ دَيْتُهُ فِيهَا وَتُقْضَى مِنْهُ دُيُوتُهُ. وَكَانَ عَلِيُّ عليه السلام يَقْسِمُ الدَّيَّةَ عَلَى مَنْ أَحْرَزَ الْمِيرَاثَ وَكَفَى بِهِ قُدُوءَهُ، وَإِذَا ثَبَتَ ذَلِكَ فَكُلُّ مَنْهُمْ يَتِمَكَّنُ مِنَ الْإِسْتِفَاءِ وَالْعَفْوِ وَالْبَاقِي وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (لِأَنَّ الْوَاجِبَ نَصْفُ الدَّيَّةِ) يَعْنِي بِالْعَفْوِ فَيَكُونُ فِي السَّنَةِ الْأُولَى الثُّلُثُ وَفِي الثَّانِيَةِ السُّدُسُ كَمَا إِذَا قَطَعَ يَدَ إِنْسَانٍ خَطَأً. وَقُلْنَا: الْوَاجِبُ بَعْضُ بَدَلِ الدَّمِ لَا بَدَلُ الْجُزْءِ، وَكُلُّهُ مُؤَجَّلٌ إِلَى ثَلَاثِ سِنِينَ، فَكَذَا بَعْضُهُ كَالْأَلْفِ الْمُؤَجَّلَةِ إِلَى ثَلَاثِ سِنِينَ، فَإِنَّ كُلَّ دِرْهَمٍ مِنْهَا كَذَلِكَ. وَقَوْلُهُ (وَالْوَاجِبُ فِي الْيَدِ) جَوَابُ اعْتِبَارِهِ وَهُوَ وَاضِحٌ.

قَالَ: (وَإِذَا قَتَلَ جَمَاعَةً وَاحِدًا عَمْدًا أَقْتَصَّ مِنْ جَمِيعِهِمْ) لِقَوْلِ عُمَرَ رضي الله عنه فِيهِ: لَوْ تَمَالَأَ عَلَيْهِ أَهْلُ صَنْعَاءَ لَقَتَلْتَهُمْ، وَلِأَنَّ الْقَتْلَ بِطَرِيقِ التَّغَالِبِ غَالِبٌ، وَالْقِصَاصُ مَزْجَرَةٌ لِلْسُّفَهَاءِ فَيَجِبُ تَحْقِيقًا لِحِكْمَةِ الْإِحْيَاءِ.

الشرح:

قَالَ (وَإِذَا قَتَلَ جَمَاعَةً وَاحِدًا إلخ) إِذَا تَعَدَّدَ الْقَاتِلُ أَقْتَصَّ مِنْ جَمِيعِهِمْ، وَالْقِيَاسُ لَا يَقْتَضِيهِ لِإِثْنَاءِ الْمُسَاوَةِ، لَكِنَّهُ تَرَكُ بِمَا رُوِيَ أَنَّ سَبْعَةَ مِنْ أَهْلِ صَنْعَاءَ قَتَلُوا رَجُلًا فَقَضَى عُمَرُ رضي الله عنه بِالْقِصَاصِ عَلَيْهِمْ وَقَالَ: لَوْ تَمَالَأَ عَلَيْهِ أَهْلُ صَنْعَاءَ لَقَتَلْتَهُمْ. وَالتَّمَالُؤُ التَّلَاوُؤُ، وَصَنْعَاءُ الْيَمَنُ: قَصَبَتُهَا. وَرُوِيَ عَنْ عَلِيٍّ رضي الله عنه أَنَّهُ قَتَلَ ثَلَاثَةَ بَوَاحِدٍ. وَعَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أَنَّهُ قَتَلَ جَمَاعَةً بَوَاحِدٍ، وَكَانَتْ الصَّحَابَةُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ مُتَوَافِرِينَ وَلَمْ يُنْكَرْ عَلَيْهِمْ أَحَدٌ فَحَلَّ مَحَلَّ الْإِجْمَاعِ، وَلِأَنَّ الْقَتْلَ بِطَرِيقِ التَّغَالِبِ غَالِبٌ فَإِنَّ الْقَتْلَ بِغَيْرِ حَقٍّ لَا يَتَحَقَّقُ غَالِبًا إِلَّا بِالْإِجْمَاعِ، لِأَنَّ الْوَاحِدَ يُقَاوِمُ الْوَاحِدَ، وَمَا غَلَبَ وَقُوْعُهُ مِنَ الْفَسَادِ يُوجِبُ مَزْجَرَةً فَيَجِبُ الْقِصَاصُ تَحْقِيقًا لِحِكْمَةِ الْإِحْيَاءِ، فَإِنَّهُ لَوْ لَمْ يَجِبْ لَمَا عَجَزَ الْمُفْسِدُ عَنْ أَنْ يَجْمَعَ عَلَيْهِ أَمْثَالُهُ وَيَقْتُلَ لِعِلْمِهِ أَنَّ لَا قِصَاصَ فَيُؤَدِّي إِلَى سَدِّ بَابِ الْقِصَاصِ.

وَلِقَائِلِ أَنْ يَقُولَ: مَا ذَكَرْتُمْ مِنَ الْمَقُولِ إِنْ لَمْ يَكُنْ قِيَاسًا عَلَى مُجْمَعٍ عَلَيْهِ لَا

يَكُونُ مُعْتَبَرًا فِي الشَّرْعِ، وَإِنْ كَانَ فَلَا يَرْتَبُ عَلَى الْقِيَاسِ الْمُقْتَضِي لِعَدَمِهِ الْمُؤَيَّدُ بِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَاللِّسَنَ بِاللِّسَنِ﴾ [المائدة: ٤٥] وَالْجَوَابُ أَنَّهُ قِيَاسٌ عَلَى سَائِرِ أَبْوَابِ الْعُقُوبَاتِ الْمُتَرْتِبَةِ عَلَى مَا يُوجِبُ الْفَسَادَ مِنْ أَفْعَالِ الْعِبَادِ، وَيَرْتَبُ عَلَى ذَلِكَ بِقُوَّةِ أَثَرِهِ الْبَاطِنِ وَهُوَ إِحْيَاءُ حِكْمَةِ الْإِحْيَاءِ. وَقَوْلُهُ تَعَالَى ﴿أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ﴾ لَا يُنَافِيهِ لِأَنَّهُمْ فِي إِزْهَاقِ الرُّوحِ الْغَيْرِ الْمُتَجَزِّي كَشَخْصٍ وَاحِدٍ، وَإِذَا كَانَتْ الْمَسْأَلَةُ بِالْعَكْسِ وَحَضَرَ أَوْلِيَاءُ الْمَقْتُولِينَ قُتِلَ بِجَمَاعَتِهِمْ كَمَا ذَكَرَ فِي الْكِتَابِ.

(وَإِذَا قُتِلَ وَاحِدٌ جَمَاعَةً فَحَضَرَ أَوْلِيَاءُ الْمَقْتُولِينَ قُتِلَ لَجَمَاعَتِهِمْ وَلَا شَيْءَ لَهُمْ غَيْرُ ذَلِكَ، فَإِنْ حَضَرَ وَاحِدٌ مِنْهُمْ قُتِلَ لَهُ وَسَقَطَ حَقُّ الْبَاقِينَ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يُقْتَلُ بِالْأَوَّلِ مِنْهُمْ وَيَجِبُ لِلْبَاقِينَ الْمَالُ، وَإِنْ اجْتَمَعُوا وَلَمْ يَعْرِفِ الْأَوَّلُ قُتِلَ لَهُمْ وَقُسِمَتِ الدِّيَاتُ بَيْنَهُمْ، وَهَبِلَ يُقَرَّعُ بَيْنَهُمْ فَيُقْتَلُ مَنْ خَرَجَتْ فُرْعَتُهُ. لَهُ أَنَّ الْمَوْجُودَ مِنَ الْوَاحِدِ قِتْلَاتٌ وَالَّذِي تَحَقَّقَ فِي حَقِّهِ قَتْلُ وَاحِدٍ فَلَا تَمَاطِلَ، وَهُوَ الْقِيَاسُ فِي الْفَصْلِ الْأَوَّلِ، إِلَّا أَنَّهُ عُرِفَ بِالشَّرْعِ. وَلَنَا أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ قَاتِلٌ يَوْصَفُ الْكَمَالَ فَجَاءَ التَّمَاتِلُ أَصْلُهُ الْفَصْلُ الْأَوَّلُ، إِذْ لَوْ لَمْ يَكُنْ كَذَلِكَ لَمَا وَجِبَ الْقِصَاصُ، وَلَآئِنَّهُ وَجِدَ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ جُرْحٌ صَالِحٌ لِلْإِزْهَاقِ فَيُضَافُ إِلَى كُلِّ مِنْهُمْ إِذْ هُوَ لَا يَتَجَزَّأُ، وَلَآنَ الْقِصَاصُ شَرِعٌ مَعَ الْمَنَافِي لَتَحْقِيقِ الْإِحْيَاءِ وَقَدْ حَصَلَ بِقَتْلِهِ فَاكْتَفَى بِهِ.

الشرح:

(وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: يُقْتَلُ بِالْأَوَّلِ مِنْهُمْ وَيَجِبُ الْمَالُ لِلْبَاقِينَ) يَعْنِي أَنَّ قَتْلَهُمْ عَلَى التَّعَاقُبِ، وَإِنْ قَتَلَهُمْ جُمْلَةً أَوْ جَهْلَ الْأَوَّلُ قَتَلَ بِهِمْ وَقُسِمَ الدِّيَاتُ بَيْنَهُمْ أَوْ يُقَرَّعُ. وَقَوْلُهُ (وَهُوَ الْقِيَاسُ فِي الْفَصْلِ الْأَوَّلِ) وَهُوَ مَا إِذَا قُتِلَ جَمَاعَةٌ وَاحِدًا (إِلَّا أَنَّهُ عُرِفَ بِالشَّرْعِ) يُرِيدُ قَضِيَّةَ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ (وَلَنَا أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ) أَيُّ مِنْ أَوْلِيَاءِ الْقَتْلَى (قَاتِلٌ قِصَاصًا يَوْصَفُ الْكَمَالَ لِأَنَّهُ لَا يَتَجَزَّأُ أَصْلُهُ الْفَصْلُ الْأَوَّلُ) فَإِنَّ الْجَمَاعَةَ تُقْتَلُ بِالْوَاحِدِ اتِّفَاقًا، وَلَوْ لَمْ يَكُنْ بَيْنَهُمَا مُمَاتِلَةٌ لَمَا جَازَ ذَلِكَ، وَإِذَا كَانَتْ الْجَمَاعَةُ مَثَلًا لِلوَاحِدِ كَانَ الْعَكْسُ كَذَلِكَ، لِأَنَّ الْمُمَاتِلَةَ بَيْنَ الشَّيْئَيْنِ إِنَّمَا تَكُونُ مِنَ الْجَانِبَيْنِ.

قَوْلُهُ (وَلَآئِنَّهُ وَجِدَ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ جُرْحٌ إلخ) يَعْنِي أَنَّ الْقَتْلَ جُرْحٌ صَالِحٌ لِلْإِزْهَاقِ الرُّوحِ وَقَدْ وَجِدَ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ، بِحَيْثُ إِنَّهُ لَوْ انْفَرَدَ عَنِ الْبَاقِينَ كَانَ

قَاتِلَا بِصِفَةِ الْكَمَالِ، وَالْحُكْمُ إِذَا حَصَلَ عَقِيبَ عِلَلٍ لَا بُدَّ مِنَ الْإِضَافَةِ إِلَيْهَا، فِيمَا أَنْ يُضَافَ إِلَيْهَا تَوْزِيْعًا أَوْ كَمَلًا، وَالْأَوَّلُ بَاطِلٌ لِعَدَمِ التَّجَرُّؤِ فَتَعَيَّنَ الثَّانِي، وَلِهَذَا إِذَا حَلَفَ جَمَاعَةٌ كُلُّ مِنْهُمْ أَنْ لَا يَقْتُلَ فَلَانًا فَاجْتَمَعُوا عَلَى قَتْلِهِ حَتَّى (وَلَأَنَّ الْقِصَاصَ شَرِعٌ مَعَ الْمُنَافِي) وَهُوَ قَوْلُهُ ﷺ «الْأَدَمِيُّ بُنْيَانُ الرَّبِّ، مَلْعُونٌ مَنِ هَدَمَ بُنْيَانَ الرَّبِّ» (لِتَحْقِيقِ الْإِحْيَاءِ وَتَحْقِيقِ الْإِحْيَاءِ قَدْ حَصَلَ بِقَتْلِهِ) أَيْ بِقَتْلِ الْقَاتِلِ (فَاكْتَفَى بِهِ) وَلَا شَيْءَ لَهُمْ غَيْرَ ذَلِكَ.

قَالَ: (وَمَنْ وَجَبَ عَلَيْهِ الْقِصَاصُ إِذَا مَاتَ سَقَطَ الْقِصَاصُ) لِفَوَاتِ مَحِلِّ الْإِسْتِيفَاءِ فَأَشْبَهَ مَوْتَ الْعَبْدِ الْجَانِي، وَيَتَأَنَّى فِيهِ خِلَافُ الشَّافِعِيِّ إِذَا الْوَاجِبُ أَحَدُهُمَا عِنْدَهُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ وَجَبَ عَلَيْهِ الْقِصَاصُ) ظَاهِرٌ.

قَالَ (وَإِذَا قُطِعَ رَجُلَانِ يَدَ رَجُلٍ وَاحِدٍ فَلَا قِصَاصَ عَلَى وَاحِدٍ مِنْهُمَا وَعَلَيْهِمَا نِصْفُ الدِّيَةِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: تُقَطَّعُ يَدَاهُمَا، وَالْمُفْرَضُ إِذَا أَخَذَ سَكِينًا وَأَمَرَهُ عَلَى يَدِهِ حَتَّى انْقَطَعَتْ لَهُ الْإِعْتِبَارُ بِالْأَنْفُسِ، وَالْأَيْدِي تَابِعَتُ لَهَا فَأَخَذَتْ حُكْمَهَا، أَوْ يَجْمَعُ بَيْنَهُمَا بِجَامِعِ الزَّجْرِ. وَلَنَا أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا قَاطِعٌ بَعْضَ الْيَدِ، لَأَنَّ الْإِنْقِطَاعَ حَصَلَ بِاعْتِمَادِيهِمَا وَالْمَحَلُّ مُتَجَزِّئٌ فَيُضَافُ إِلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الْبَعْضُ فَلَا مُمَازَلَةَ، بِخِلَافِ النَّفْسِ لَأَنَّ الْإِنْزِهَاقَ لَا يَتَجَزَّأُ، وَلَأَنَّ الْقَتْلَ بِطَرِيقِ الْاجْتِمَاعِ غَالِبٌ حَدَارِ الْغَوْثِ، وَالْاجْتِمَاعُ عَلَى قَطْعِ الْيَدِ مِنَ الْمِفْصَلِ فِي حَيْزِ النُّدْرَةِ لَافْتِقَارِهِ إِلَى مُقَدِّمَاتِ بَطِيئَةٍ فَيَلْحَقُهُ الْغَوْثُ. قَالَ (وَعَلَيْهِمَا نِصْفُ الدِّيَةِ) لِأَنَّهُ دِيَةُ الْيَدِ الْوَاحِدَةِ وَهُمَا قُطْعَاهَا.

الشرح:

قَالَ (وَإِذَا قُطِعَ رَجُلَانِ يَدَ رَجُلٍ وَاحِدٍ إلخ) تَعَدُّدُ الْجَانِي فِي الْأَطْرَافِ لَيْسَ كَتَعَدُّدِهِ فِي النَّفْسِ عِنْدَنَا، فَإِذَا قُطِعَ يَدَا فَلَا قِصَاصَ أَصْلًا. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ إِنَّ وَضْعَ أَحَدَهُمَا السَّكِينِ مِنْ جَانِبِ وَالْآخَرُ مِنْ آخَرٍ وَأَمْرًا حَتَّى التَّقَى السَّكِينَانِ فَالْحُكْمُ كَذَلِكَ، لَأَنَّ كُلًّا مِنْهُمَا لَمْ يَقْطَعْ إِلَّا بَعْضَ الْيَدِ فَلَا يَقْطَعُ بِهِ كُلُّ يَدِهِ، وَإِنْ أَخَذَا سَكِينًا وَأَمَرَاهَا عَلَى يَدِهِ حَتَّى انْقَطَعَتْ قُطِعَتْ أَيْدِيهِمَا اعْتِبَارًا بِالْأَنْفُسِ، إِمَّا لَكُونِهَا تَابِعَةً لَهَا، وَإِمَّا أَنْ يُجْمَعَ بَيْنَهُمَا بِجَامِعِ الزَّجْرِ.

وَلَنَا أَنْ كَلَّا مِنْهُمَا قَاطِعَ بَعْضِ الْيَدِ سَوَاءٌ كَانَ الْمَحْلُ مُتَّحِدًا أَوْ مُخْتَلَفًا، لِأَنَّا نَعْلَمُ أَنَّ مَا انْقَطَعَ بِفِعْلٍ أَحَدِهِمَا لَمْ يَنْقَطِعْ بِفِعْلِ الْآخَرِ، وَقَاطِعَ بَعْضِ الْيَدِ لَا يُقْطَعُ كُلُّ يَدِهِ قِصَاصًا لِانْتِفَاءِ الْمُمَالَّةِ، وَهَذَا لِأَنَّ الْمَحْلَ مُتَجَزَّئٌ فَإِنَّ قِطْعَ بَعْضٍ وَتَرَكَّ بَعْضٌ مُتَصَوِّرٌ فَلَا يُمَكِّنُ أَنْ يُجْعَلَ كُلُّ وَاحِدٍ فَاعِلًا كَمَلًا، بِخِلَافِ النَّفْسِ فَإِنَّ الْإِنْهَاقَ لَا يَتَجَزَّأُ وَقَدْ مَرَّ، وَالْبَاقِي ظَاهِرٌ.

(وَإِنْ قُطِعَ وَاحِدٌ يَمِينِي رَجُلَيْنِ فَحَضَرَ فَلَهُمَا أَنْ يَقْطَعَا يَدَهُ وَيَأْخُذَا مِنْهُ نِصْفَ الدِّيَةِ يَقْسِمَانِهِ نِصْفَيْنِ سَوَاءً قَطَعَهُمَا مَعًا أَوْ عَلَى التَّعَاقُبِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: فِي التَّعَاقُبِ يُقْطَعُ بِالْأَوَّلِ، وَفِي الْقِرَانِ يُقَرَّعُ لِأَنَّ الْيَدَ اسْتَحَقَّهَا الْأَوَّلُ فَلَا يَثْبُتُ الْاسْتِحْقَاقُ فِيهَا لِلثَّانِي كَالرَّهْنِ بَعْدَ الرَّهْنِ، وَفِي الْقِرَانِ الْيَدُ الْوَاحِدَةُ لَا تَقْضِي بِالْحَقِّينِ فَتَرْجِعُ بِالْقُرْعَةِ. وَلَنَا أَنَّهُمَا اسْتَوَيَا فِي سَبَبِ الْاسْتِحْقَاقِ فَيَسْتَوِيَانِ فِي حُكْمِهِ كَالْغَرِيمَيْنِ فِي التَّرَكَّةِ، وَالْقِصَاصُ مِلْكُ الْفِعْلِ يَثْبُتُ مَعَ الْمَنَافِي فَلَا يَظْهَرُ إِلَّا فِي حَقِّ الْاسْتِيفَاءِ. أَمَّا الْمَحْلُ فَخَلُوهُ عَنْهُ فَلَا يَمْنَعُ ثُبُوتُ الثَّانِي، بِخِلَافِ الرَّهْنِ لِأَنَّ الْحَقَّ ثَابِتٌ فِي الْمَحْلِ. فَصَارَ كَمَا إِذَا قُطِعَ الْعَبْدُ يَمِينِيهِمَا عَلَى التَّعَاقُبِ فَتُسْتَحَقُّ رَقَبَتُهُ لَهُمَا، وَإِنْ حَضَرَ وَاحِدٌ مِنْهُمَا فَقُطِعَ يَدُهُ فَلَا خَيْرَ عَلَيْهِ نِصْفُ الدِّيَةِ، لِأَنَّ لِلْحَاضِرِ أَنْ يَسْتَوْفِيَ لثُبُوتِ حَقِّهِ وَتَرَدُّدِ حَقِّ الْغَائِبِ، وَإِذَا اسْتَوْفَى لَمْ يَبْقَ مَحْلُ الْاسْتِيفَاءِ فَيَتَعَيَّنُ حَقُّ الْآخَرِ فِي الدِّيَةِ لِأَنَّهُ أَوْفَى بِهِ حَقًّا مُسْتَحَقًّا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِنْ قُطِعَ وَاحِدٌ يَمِينِي رَجُلَيْنِ) قِيدَ بِذَلِكَ، لِأَنَّهُ لَوْ قُطِعَ يَمِينُ أَحَدِهِمَا وَيَسَارُ الْآخَرَ قُطِعَتْ يَدَاهُ. لَا يُقَالُ: تَنْتَفِي الْمُمَالَّةُ حِينَئِذٍ، لِأَنَّهُ مَا فَوَتْ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا جِنْسَ الْمُنْفَعَةِ وَهُوَ فَوَاتُهُ عَلَيْهِ، لِأَنَّ الْمُعْتَبَرُ فِي حَقِّ كُلِّ وَاحِدٍ مَا اسْتَوْفَاهُ، وَلَيْسَ فِي ذَلِكَ تَفْوِيتُ جِنْسِ الْمُنْفَعَةِ وَلَا زِيَادَةُ عَلَى حَقِّهِ. قَوْلُهُ (وَالْقِصَاصُ مِلْكُ الْفِعْلِ ثَبَتَ مَعَ الْمَنَافِي) يَعْنِي لِأَنَّ مَنْ عَلَيْهِ الْقِصَاصُ حُرٌّ جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ لِأَنَّ الْيَدَ اسْتَحَقَّهَا الْأَوَّلُ، وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ الْقِصَاصَ مِلْكُ الْفِعْلِ ثَبَتَ ضَرُورَةُ الْاسْتِيفَاءِ فَلَا يَتَعَدَّى إِلَى شَعْلِ الْمَحْلِ الْخَالِي بِتَجَزُّئِهِ عَنْهُ، وَإِذَا لَمْ يَكُنْ الْمَحْلُ مَشْغُولًا لَمْ يَمْنَعِ عَنْ ثُبُوتِ الثَّانِي، بِخِلَافِ الرَّهْنِ لِأَنَّ الْحَقَّ فِي الْمَحْلِ لِكُونِهِ مَمْلُوكًا. وَقَوْلُهُ (وَلَتَرَدُّدِ حَقِّ الْآخَرِ) يَعْنِي أَنَّ حَقَّ الْحَاضِرِ ثَابِتٌ فِي الْيَدِ وَمُزَاحِمَةٌ الْآخَرِ لَهُ فِي الْاسْتِيفَاءِ مَوْهُومَةٌ عَسَى أَنْ يَعْفُو أَوْ لَا

يَحْضُرُ فَلَا يُؤَخَّرُ الْمَعْلُومُ لِلْمَوْهُومِ كَأَحَدِ الشَّفِيعَيْنِ إِذَا ادَّعَى الشَّفْعَةَ وَالْآخِرُ غَائِبٌ يُقْضَى بِالْجَمِيعِ لَهُ كَذَلِكَ. وَقَوْلُهُ (لَأَنَّهُ أَوْفَى بِهِ حَقًّا مُسْتَحَقًّا) يَعْنِي أَنَّهُ إِذَا قُضِيَ بِجَمِيعِ طَرَفِهِ حَقًّا مُسْتَحَقًّا عَلَيْهِ فَيُقْضَى لِلْآخِرِ بِالْأَرْشِ.

قَالَ: (وَإِذَا أَقَرَّ الْعَبْدُ بِقَتْلِ الْعَمَدِ لَزِمَهُ الْقَوْدُ) وَقَالَ زَهْرٌ: لَا يَصِحُّ إِقْرَارُهُ لِأَنَّهُ يُلَاقِي حَقَّ الْمَوْلَى بِالْإِبْطَالِ فَصَارَ كَمَا إِذَا أَقَرَّ بِالْمَالِ. وَلَنَا أَنَّهُ غَيْرُ مُتَّهِمٍ فِيهِ لِأَنَّهُ مُضِرٌّ بِهِ فَيُقْبَلُ، وَلَأَنَّ الْعَبْدَ مُبْقَى عَلَى أَصْلِ الْحُرِّيَّةِ فِي حَقِّ الدَّمِ عَمَلًا بِالْأَدَمِيَّةِ حَتَّى لَا يَصِحَّ إِقْرَارُ الْمَوْلَى عَلَيْهِ بِالْحَدِّ وَالْقِصَاصِ، وَيُطْلَأُ حَقَّ الْمَوْلَى بِطَرِيقِ الضَّمَنِ فَلَا يَبَالِي بِهِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِذَا أَقَرَّ الْعَبْدُ بِقَتْلِ الْعَمَدِ لَزِمَهُ الْقَوْدُ) وَإِنَّمَا قَيَّدَ بِالْعَمَدِ لِأَنَّهُ لَوْ أَقَرَّ بِالْخَطِئِ لَا يَجُوزُ سِوَاءُ كَانَ مَأْذُونًا أَوْ مَحْجُورًا، أَمَّا الْمَحْجُورُ فَظَاهِرٌ، وَأَمَّا الْمَأْذُونُ فَلَأَنَّهُ لَيْسَ مِنَ التَّجَارَةِ. وَقَوْلُهُ (حَتَّى لَا يَصِحَّ إِقْرَارُ الْمَوْلَى عَلَيْهِ بِالْحَدِّ وَالْقِصَاصِ) تَوْضِيحٌ لِبَقَائِهِ عَلَى الْحُرِّيَّةِ، وَكُلُّ مَا لَا يَصِحُّ إِقْرَارُ الْمَوْلَى عَلَى الْعَبْدِ فِيهِ فَهُوَ فِيهِ بِمَنْزِلَةِ الْحُرِّ، وَهَذَا وَقَعَ طَلَاقُ زَوْجَتِهِ بِالْإِقْرَارِ لَوْفُوعِهِ بِالْإِيْقَاعِ، وَإِذَا أَقَرَّ بِسَبَبٍ يُوجِبُ الْحَدَّ يُؤْخَذُ بِهِ.

(وَمَنْ رَمَى رَجُلًا عَمْدًا فَتَنَفَذَ السَّهْمُ مِنْهُ إِلَى آخِرِ فَمَا تَأْتَى فَعَلِيهِ الْقِصَاصُ لِلأَوَّلِ وَالْثَانِي لِلثَّانِي عَلَى عَاقِلَتِهِ) لِأَنَّ الْأَوَّلَ عَمْدٌ وَالثَّانِي أَحَدُ نَوْعِي الْخَطِئِ، كَأَنَّهُ رَمَى إِلَى صَيْدٍ فَأَصَابَ أَدَمِيًّا وَالْفِعْلُ يَتَعَدَّدُ بِتَعَدُّدِ الْأَثَرِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَالْفِعْلُ يَتَعَدَّدُ بِتَعَدُّدِ الْأَثَرِ) قِيلَ: فَإِنَّ الرَّمِيَّ إِذَا أَصَابَ حَيَوَانًا وَمَزَقَ جِلْدَهُ سُمِّيَ جَرْحًا، وَإِنْ قَتَلَهُ سُمِّيَ قَتْلًا، وَإِنْ أَصَابَ الْكُوزَ وَكَسَرَهُ سُمِّيَ كَسْرًا، فَكَذَلِكَ يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ بِالنِّسْبَةِ إِلَى مَحَلٍّ عَمْدًا وَبِالنِّسْبَةِ إِلَى آخَرٍ خَطِئًا، وَفِيهِ نَظَرٌ لِأَنَّ ذَلِكَ تَسْمِيَةُ الْفِعْلِ الْوَاحِدِ بِأَسَامٍ مُخْتَلِفَةٍ بِالنِّسْبَةِ إِلَى الْمَحَالِّ وَلَا نِزَاعَ فِيهِ، وَإِنَّمَا الْكَلَامُ فِي أَنْ يَتَعَدَّدَ الْفِعْلُ الْوَاحِدُ فَيَصِيرَ فِعْلَيْنِ مُتَضَادَّيْنِ، وَالْأَوَّلَى أَنْ يُقَالَ: مَعْنَاهُ أَنَّ الْفِعْلَ يُوصَفُ بِوَصْفَيْنِ مُتَضَادَّيْنِ بِالنِّسْبَةِ إِلَى أَمْرَيْنِ، كَالْحَرَكَةِ مِثْلًا فَإِنَّهُ يَجُوزُ أَنْ تُوصَفَ بِالسَّرْعَةِ بِالنِّسْبَةِ إِلَى حَرَكَةٍ وَبِالْبُطْءِ بِالنِّسْبَةِ إِلَى أُخْرَى، فَكَذَا هَذَا الْفِعْلُ يُوصَفُ بِالْعَمَدِ نَظَرًا إِلَى قَصْدِهِ بِالنِّسْبَةِ إِلَى الشَّخْصِ الْأَوَّلِ وَبِالْخَطِئِ نَظَرًا إِلَى عَدَمِهِ بِالنِّسْبَةِ إِلَى الثَّانِي.

وَلَقَائِلٍ أَنْ يَقُولَ: الْخَطَأُ يَسْتَلْزِمُ إِبَاحَةَ لَكُونِهِ سَبَبًا لِلْكَفَّارَةِ، وَهُوَ لَا يَكُونُ إِلَّا أَمْرًا دَائِرًا
بَيْنَ الْخَطَرِ وَالْإِبَاحَةِ وَلَمْ يَوْجَدْ.

وَالْجَوَابُ أَنَّ الْخَطَأَ هُوَ تَحَقُّقُ الْجَنَايَةِ فِي إِنْسَانٍ مُخَالَفٍ لظَنِّ الْجَانِي، كَمَنْ رَمَى
إِلَى شَيْءٍ يَظُنُّهُ صَيِّدًا فَإِذَا هُوَ إِنْسَانٌ، أَوْ لَقَصْدِهِ مُطْلَقًا كَمَنْ رَمَى إِلَى هَدَفٍ فَأَصَابَ
إِنْسَانًا، وَكَالَّذِي نَحْنُ فِيهِ، وَالرَّمْيُ بِالنِّسْبَةِ إِلَى الْمُخَالَفِ لَهُمَا كَالرَّمْيِ لَا إِلَى مُعَيَّنٍ وَذَلِكَ
مُبَاحٌ لَا مُحَالَةٌ، وَإِنَّمَا قُلْنَا مُطْلَقًا لِيُخْرَجَ مَنْ قَصَدَ قَطَعَ يَدَ رَجُلٍ بِسَيْفٍ فَأَصَابَ عُنُقَهُ
وَمَاتَ فَإِنَّهُ عَمْدٌ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمُخَالَفٍ لِلْمَقْصُودِ مِنْ كُلِّ وَجْهٍ، فَإِنَّ قَطَعَ الْيَدَ قَدْ يَكُونُ
قَتْلًا بِالسَّرَّايَةِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا قَصَدَ ذَلِكَ فَأَصَابَ رَقَبَةً غَيْرَهَا أَوْ رَمَى إِلَى شَخْصٍ
فَأَصَابَ غَيْرَهُ فَمَاتَ فَإِنَّ ذَلِكَ خَطَأٌ، لِأَنَّ قَطَعَ يَدَ رَجُلٍ أَوْ قَتْلَهُ لَا يَكُونُ قَتْلًا لغيرِهِ
فَكَانَ مُخَالَفًا مِنْ كُلِّ وَجْهٍ.

فصل

قَالَ: (وَمَنْ قَطَعَ يَدَ رَجُلٍ خَطَأً ثُمَّ قَتَلَهُ عَمْدًا قَبْلَ أَنْ تَبْرَأَ يَدُهُ أَوْ قَطَعَ يَدَهُ عَمْدًا ثُمَّ
قَتَلَهُ خَطَأً أَوْ قَطَعَ يَدَهُ خَطَأً فَبَرَّتْ يَدُهُ ثُمَّ قَتَلَهُ خَطَأً أَوْ قَطَعَ يَدَهُ عَمْدًا فَبَرَّتْ ثُمَّ قَتَلَهُ
عَمْدًا فَإِنَّهُ يُؤْخَذُ بِالْأَمْرَيْنِ جَمِيعًا) وَالْأَصْلُ فِيهِ أَنَّ الْجَمْعَ بَيْنَ الْجَرَاحَاتِ وَاجِبٌ مَا أَمَكْنَ
تَتَمِيمًا لِلأَوَّلِ، لِأَنَّ الْقَتْلَ فِي الْأَعْمِ يَقَعُ بِضَرْبَاتٍ مُتَعاقِبَةٍ، وَفِي اعْتِبَارِ كُلِّ ضَرْبَةٍ بِنَفْسِهَا
بَعْضُ الْحَرَجِ، إِلَّا أَنْ لَا يُمْكِنَ الْجَمْعُ فَيُعْطَى كُلُّ وَاحِدٍ حُكْمَ نَفْسِهِ، وَقَدْ تَعَذَّرَ الْجَمْعُ فِي
هَذِهِ الْفُصُولِ فِي الْأَوَّلِينَ لِاخْتِلَافِ حُكْمِ الْفِعْلَيْنِ، وَفِي الْآخَرِينَ لِتَخَلُّلِ الْبُرءِ وَهُوَ قَاطِعٌ
لِلسَّرَّايَةِ، حَتَّى لَوْ لَمْ يَتَخَلَّلْ وَقَدْ تَجَانَسَا بِأَنْ كَانَا خَطَايَيْنِ يَجْمَعُ بِالْإِجْمَاعِ لِإِمْكَانِ
الْجَمْعِ وَاكْتَفَى بِدِيَّةٍ وَاحِدَةٍ (وَأِنْ كَانَ قَطَعَ يَدَهُ عَمْدًا ثُمَّ قَتَلَهُ عَمْدًا قَبْلَ أَنْ تَبْرَأَ يَدُهُ،
فَإِنْ شَاءَ الْإِمَامُ قَالَ: اقْطَعُوهُ ثُمَّ اقْتُلُوهُ، وَإِنْ شَاءَ قَالَ: اقْتُلُوهُ) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا:
يُقْتَلُ وَلَا تُقَطَّعُ يَدُهُ لِأَنَّ الْجَمْعَ مُمَكِّنٌ لَتَجَانُسِ الْفِعْلَيْنِ وَعَدَمِ تَخَلُّلِ الْبُرءِ فَيُجْمَعُ
بَيْنَهُمَا. وَلَهُ أَنْ الْجَمْعُ مُتَعَذَّرٌ، إِمَّا لِلاخْتِلَافِ بَيْنَ الْفِعْلَيْنِ هَذَيْنِ لِأَنَّ الْمُوجِبَ الْقَوْدُ وَهُوَ
يَعْتَمِدُ الْمَسَاوَاةَ فِي الْفِعْلِ وَذَلِكَ بِأَنْ يَكُونَ الْقَتْلُ بِالْقَتْلِ وَالْقَطْعُ بِالْقَطْعِ وَهُوَ مُتَعَذَّرٌ، أَوْ
لِأَنَّ الْحَرْقَ يَقْطَعُ إِضَافَةً السَّرَّايَةِ إِلَى الْقَطْعِ، حَتَّى لَوْ صَدَرَ مِنْ شَخْصَيْنِ يَجِبُ الْقَوْدُ عَلَى
الْحَازِّ فَصَارَ كَتَخَلُّلِ الْبُرءِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا قَطَعَ وَسَرَى لِأَنَّ الْفِعْلَ وَاحِدًا، وَبِخِلَافِ مَا إِذَا

كَانَا خَطَّائِينَ لِأَنَّ الْمَوْجِبَ الدِّيَّةَ وَهِيَ بَدَلُ النَّفْسِ مِنْ غَيْرِ اعْتِبَارِ الْمَسَاوَةِ، وَلِأَنَّ أَرْضَ الْيَدِ
إِنَّمَا يَجِبُ عِنْدَ اسْتِحْكَامِ أَثَرِ الْفِعْلِ وَذَلِكَ بِالْحَزِّ الْقَاطِعِ لِلْسَّرَايَةِ فَيَجْتَمِعُ ضَمَانُ الْكُلِّ
وَضَمَانُ الْجُزْءِ فِي حَالَتِهِ وَاحِدَةٍ وَلَا يَجْتَمِعَانِ. أَمَّا الْقَطْعُ وَالْقَتْلُ قِصَاصًا فَيَجْتَمِعَانِ.

الشرح:

(فصل): ذَكَرَ حُكْمَ الْفَعْلَيْنِ عَقِيبَ فِعْلِ وَاحِدٍ فِي فَصْلِ عَلَى حِدَةٍ رِعَايَةً
لِلتَّنَاسُبِ (وَمَنْ قَطَعَ يَدَ رَجُلٍ خَطَأً ثُمَّ قَتَلَهُ عَمْدًا) الْقَطْعُ وَالْقَتْلُ إِذَا حَصَلَ فِي شَخْصٍ
وَاحِدٍ كَانَا عَلَى وَجْهِهِ: أَنْ يَكُونَا خَطَّائِينَ أَوْ عَمْدَيْنِ، أَوْ يَكُونَ الْقَتْلُ خَطَأً وَالْقَطْعُ
عَمْدًا أَوْ بِالْعَكْسِ، فَذَلِكَ بِالقِسْمَةِ الْعَقْلِيَّةِ أَرْبَعَةً. ثُمَّ إِنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا إِمَّا أَنْ يَكُونَ
قَبْلَ الْبُرْءِ أَوْ بَعْدَهُ فَذَلِكَ ثَمَانِيَّةٌ أَوْجُهُ، وَكُلُّ ذَلِكَ إِمَّا أَنْ يَتَحَقَّقَ مِنْ شَخْصٍ وَاحِدٍ أَوْ
شَخْصَيْنِ فَذَلِكَ سِتَّةٌ عَشَرَ وَجْهًا، فَإِنْ كَانَا مِنْ شَخْصَيْنِ يُفْعَلُ بِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا
مُوجِبُ فِعْلِهِ مِنْ الْقِصَاصِ وَأَخَذَ الْأَرْضَ مُطْلَقًا، لِأَنَّ التَّدَاخُلَ إِنَّمَا يَكُونُ عِنْدَ اتِّحَادِ
الْمَحَلِّ لَا غَيْرِ، وَإِنْ كَانَا مِنْ شَخْصٍ وَاحِدٍ فَإِجَابُ مُوجِبِ الْفَعْلَيْنِ أَوْ إِهْدَارُ أَحَدِهِمَا
مُبْنِيٌّ عَلَى أَصْلِ ذِكْرِهِ الْمُصَنَّفُ رَحِمَهُ اللَّهُ بِقَوْلِهِ (وَالْأَصْلُ فِيهِ أَنْ الْجَمْعُ) يَعْنِي الْاِكْتِفَاءُ
بِمُوجِبِ أَحَدِهِمَا وَاجِبٌ مَا أُمَكِّنَ تَثْمِينًا لِلأَوَّلِ، لِأَنَّ الْقَتْلَ فِي الْأَعْمِ يَعْنِي فِي غَالِبِ
الْأَوْقَاتِ يَقَعُ بِضَرْبَاتٍ مُتَعَاقِبَةٍ، وَفِي اعْتِبَارِ كُلِّ ضَرْبَةٍ بِنَفْسِهَا بَعْضُ الْحَرْجِ فَيُجْعَلُ
الثَّانِي مُتَمِّمًا لِلأَوَّلِ وَيُجْعَلُ الْكُلُّ وَاحِدًا، إِلَّا أَنْ لَا يُمَكِّنَ الْجَمْعُ إِمَّا بِاخْتِلَافِ الْفَعْلَيْنِ
وَصَفَا أَوْ مُوجِبًا أَوْ بِتَخَلُّلِ الْبُرْءِ، فَحِينَئِذٍ يُعْطَى كُلُّ وَاحِدٍ حُكْمَ نَفْسِهِ.

فَإِنْ تَخَلَّلَ الْبُرْءُ فَلَا جَمْعَ أَصْلًا لِأَنَّ الْفِعْلَ الْأَوَّلَ قَدْ انْتَهَى فَيَكُونُ الْقَتْلُ بَعْدَهُ
ابْتِدَاءً، فَلَا بُدَّ مِنْ اعْتِبَارِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا، وَإِنْ لَمْ يَتَخَلَّلْ وَقَدْ اخْتَلَفَا جِنْسًا فَكَذَلِكَ
كَمَا فِي الصُّورَتَيْنِ الْأُولَيَيْنِ، وَإِنْ تَجَانَسَا خَطَأً جُمِعَ بِالْإِجْمَاعِ لِإِمْكَانِ الْجَمْعِ بِانْتِفَاءِ
الْمَانِعِ وَهُوَ تَخَلُّلُ الْبُرْءِ وَالْاِخْتِلَافُ وَاكْتِفَاءُ بَدِيَّةٍ وَاحِدَةٍ، وَإِنْ تَجَانَسَا عَمْدًا فَقَدْ اخْتَلَفَ
فِيهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ الْوَلِيُّ بِالْخِيَارِ بَيْنَ أَنْ يَقْطَعَ ثُمَّ يَقْتُلَ وَبَيْنَ أَنْ يَقْتُلَ وَقَالَ
يَقْتُلُ وَلَا يَقْطَعُ.

وَقَوْلُهُ (فَإِنْ شَاءَ الْإِمَامُ قَالَ اقْطَعُوهُ) قَالَ شَمْسُ الْأَيْمَةِ السَّرْحَسِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ:
يُشِيرُ إِلَى أَنَّ الْخِيَارَ لِلْإِمَامِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ، وَلَيْسَ كَذَلِكَ بَلِ الْخِيَارُ لِلْوَلِيِّ،

فَعَلَى هَذَا يَكُونُ قَوْلُهُ فَإِنْ شَاءَ الْإِمَامُ مَعْنَاهُ يُبَيِّنُ لَهُمْ أَنَّ لَهُمُ الْخِيَارَ، قَالَا: الْجَمْعُ مُمَكِّنٌ لَتَجَانِسِ الْفَعْلَيْنِ وَعَدَمِ تَحُلُّلِ الْبُرِّ فَيَجْمَعُ بَيْنَهُمَا، وَقَالَ: بَلِ الْجَمْعُ مُتَعَدِّرٌ إِمَّا لِلَاخْتِلَافِ بَيْنَ الْفَعْلَيْنِ لِأَنَّ الْمَوْجِبَ الْقَوْدَ وَهُوَ يَعْتَمِدُ الْمُسَاوَاةَ فِي الْفِعْلِ وَذَلِكَ بِأَنْ يَكُونَ الْقَتْلُ بِالْقَتْلِ وَالْقَطْعُ بِالْقَطْعِ وَهُوَ مُتَعَدِّرٌ لِحُلُولِ الْقَطْعِ إِذْ ذَاكَ عَنِ الْجَزَاءِ، وَإِمَّا لِأَنَّ الْحَزَّ يَقْطَعُ إِضَافَةَ السَّرَايَةِ إِلَى الْقَطْعِ حَتَّى لَوْ صَدَرَ مِنْ شَخْصَيْنِ وَجَبَ الْقَوْدُ عَلَى الْحَازِّ، وَإِذَا انْقَطَعَ إِضَافَةُ السَّرَايَةِ إِلَيْهِ صَارَ كَتَحْلُلِ الْبُرِّ وَلَا جَمْعَ فِيهِ بِالْإِتْفَاقِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا قُطِعَ وَسَرَى لِأَنَّ الْفِعْلَ وَاحِدٌ، وَبِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَا خَطَّائِنِ لِأَنَّ الْمَوْجِبَ هُوَ الدِّيَّةُ وَهُوَ بَدَلُ النَّفْسِ مِنْ غَيْرِ اعْتِبَارِ الْمُسَاوَاةِ.

وَقَوْلُهُ (وَلَأَنَّ أَرْضَ الْيَدِ) دَلِيلٌ آخَرٌ عَلَى جَوَازِ الْجَمْعِ إِذَا كَانَا خَطَّائِنِ. وَتَقْرِيرُهُ: أَرْضُ الْيَدِ إِمَّا يَجِبُ عِنْدَ اسْتِحْكَامِ أَثَرِ الْفِعْلِ: يَعْنِي الْقَطْعَ بِانْقِطَاعِ تَوْهُمِ السَّرَايَةِ، وَذَلِكَ إِمَّا يَكُونُ بِالْحَزِّ الْقَاطِعِ لِلْسَّرَايَةِ، فَأَرْضُ الْيَدِ إِمَّا يَجِبُ بِالْحَزِّ الْقَاطِعِ لِلْسَّرَايَةِ، وَبِهِ يَجِبُ ضَمَانُ الْكُلِّ فَيَجْتَمِعُ ضَمَانُ الْكُلِّ وَضَمَانُ الْجُزْءِ فِي حَالَةٍ وَاحِدَةٍ وَهِيَ حَالَةُ الْحَزِّ، وَفِي ذَلِكَ تَكَرُّرُ دِيَةِ الْيَدِ لِأَنَّ ضَمَانَ الْكُلِّ يَشْمَلُهَا وَالتَّكَرُّرُ فِيهِ غَيْرُ مَشْرُوعٍ فَلَا يَجْتَمِعَانِ. فَإِنْ قِيلَ: قِصَاصُ الْيَدِ إِمَّا يَجِبُ عِنْدَ اسْتِحْكَامِ أَثَرِ الْفِعْلِ وَذَلِكَ بِالْحَزِّ الْقَاطِعِ لِلْسَّرَايَةِ فَيَجْتَمِعُ قِصَاصُ الْكُلِّ وَالْجُزْءِ فِي حَالَةٍ وَاحِدَةٍ فَلَا يَجْتَمِعَانِ. قُلْنَا: بَلِ يَجْتَمِعَانِ لِأَنَّ مَبْنَى الْقِصَاصِ الْمُسَاوَاةَ، وَهِيَ إِمَّا تَتَحَقَّقُ بِاجْتِمَاعِهِمَا، وَهَذَا فِي غَايَةِ التَّحْقِيقِ لِأَنَّ الْعَمْدَ مَبْنَاهُ عَلَى التَّغْلِيطِ وَالتَّشْدِيدِ وَهَذَا يُقْتَلُ الْعَشْرَةُ بِالْوَاحِدِ، وَفِي مُرَاعَاةِ صُورَةِ الْفِعْلِ مَعْنَى التَّغْلِيطِ فَيَجُوزُ اعْتِبَارُهُ فِيهِ، وَأَمَّا الْخَطَأُ فَمَبْنَاهُ عَلَى التَّخْفِيفِ، أَلَا تَرَى أَنَّ الدِّيَّةَ لَا تَتَعَدَّدُ بَتَعَدُّدِ الْقَاتِلَيْنِ، فَاعْتِبَارُ التَّغْلِيطِ فِيهِ لَا يَكُونُ مُنَاسِبًا.

قَالَ (وَمَنْ ضَرَبَ رَجُلًا مِائَةً سَوْطٍ فَبَرَأَ مِنْ تِسْعِينَ وَمَاتَ مِنْ عَشْرَةٍ فَفِيهِ دِيَّةٌ وَاحِدَةٌ) لِأَنَّهُ لَمَّا بَرَأَ مِنْهَا لَا تَبْقَى مُعْتَبَرَةٌ فِي حَقِّ الْأَرْضِ وَإِنْ بَقِيَتْ مُعْتَبَرَةٌ فِي حَقِّ التَّعْزِيرِ فَبَقِيَ الْإِعْتِبَارُ لِلْعَشْرَةِ، وَكَذَلِكَ كُلُّ جِرَاحَةٍ انْدَمَلَتْ وَلَمْ يَبْقَ لَهَا أَثَرٌ عَلَى أَصْلِ أَبِي حَنِيفَةَ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ فِي مِثْلِهِ حُكُومَةُ عَدَلٍ. وَعَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ تَجِبُ أَجْرَةُ الطَّبِيبِ (وَإِنْ ضَرَبَ رَجُلًا مِائَةً سَوْطٍ وَجَرَحَتْهُ وَبَقِيَ لَهُ أَثَرٌ تَجِبُ حُكُومَةُ الْعَدَلِ) لِبَقَاءِ الْأَثَرِ وَالْأَرْضِ إِمَّا يَجِبُ بِاعْتِبَارِ الْأَثَرِ فِي النَّفْسِ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ ضَرَبَ رَجُلًا مِائَةَ سَوْطٍ فَبِرًّا إِنْ) وَمَنْ ضَرَبَ رَجُلًا تِسْعِينَ سَوْطًا فِي مَكَانٍ وَعَشْرَةَ فِي مَكَانٍ فَبِرٌّ مِنْ تِسْعِينَ وَسَرَى مَوْضِعُ الْعَشْرَةِ وَمَاتَ مِنْهُ فَفِيهِ دِيَّةٌ وَاحِدَةٌ لِمَا ذُكِرَ فِي الْكِتَابِ. وَقَوْلُهُ (وَكَذَا كُلُّ جِرَاحَةٍ ائْتَمَلْتُ) يَعْنِي مِثْلُ أَنْ كَانَتْ شَجَّةٌ فَالْتَحَمَتْ وَنَبَتَ الشَّعْرُ فَإِلَها لَا تَبْقَى مُعْتَبَرَةٌ لَا فِي حَقِّ الْأَرْضِ وَلَا فِي حَقِّ حُكُومَةِ عَدْلٍ، وَإِنَّمَا تَبْقَى فِي حَقِّ التَّعْزِيرِ عَلَى أَصْلِ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ.

وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي مِثْلِهِ حُكُومَةُ عَدْلٍ، وَسَيِّئَاتِي تَفْسِيرُهَا فِي آخِرِ فِصْلِ الشَّجَاجِ. وَعَنْ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ يَجِبُ أَجْرُ الطَّيِّبِ (وَإِنْ ضَرَبَهُ مِائَةَ سَوْطٍ وَجَرَحَتْهُ وَبَقِيَ لَهُ أَثَرٌ يَجِبُ لَهُ حُكُومَةُ عَدْلٍ) دُونَ الْأَرْضِ لِأَنَّ حُكُومَةَ عَدْلٍ إِنَّمَا تَكُونُ لِبَقَاءِ الْأَثَرِ وَهُوَ مَوْجُودٌ، وَالْأَرْضُ إِنَّمَا يَجِبُ بِاعْتِبَارِ الْأَثَرِ فِي النَّفْسِ بِأَنْ لَمْ يَبْرَأْ وَلَيْسَ بِمَوْجُودٍ، وَهَذَا يُشِيرُ إِلَى أَنَّهُ إِنْ لَمْ يَجْرَحْ فِي الْإِبْتِدَاءِ لَا يَجِبُ شَيْءٌ بِالْإِتِّفَاقِ، وَإِنْ جَرَحَ وَائْتَمَلَ وَلَمْ يَبْقَ لَهَا أَثَرٌ فَكَذَلِكَ كَمَا هُوَ أَصْلُ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ لِأَنَّهُ لَمْ يَكُنْ إِلَّا مُجَرَّدُ الْأَلَمِ وَهُوَ لَا يُوجِبُ شَيْئًا كَمَا لَوْ ضَرَبَهُ ضَرْبًا مُؤَلًّا، وَمِثْلُ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ مَعَ هَذَا الْاِخْتِلَافِ، وَدَلِيلُهَا يَأْتِي قَبْلَ فِصْلِ الْحَيْنِ.

قَالَ: (وَمَنْ قَطَعَ يَدَ رَجُلٍ فَعَفَا الْمُقْطُوعَةَ يَدُهُ عَنِ الْقَطْعِ ثُمَّ مَاتَ مِنْ ذَلِكَ فَعَلَى الْقَاطِعِ الدِّيَّةُ فِي مَالِهِ، وَإِنْ عَفَا عَنِ الْقَطْعِ وَمَا يَحْدُثُ مِنْهُ ثُمَّ مَاتَ مِنْ ذَلِكَ فَهُوَ عَفْوٌ عَنِ النَّفْسِ، ثُمَّ إِنْ كَانَ خَطَأً فَهُوَ مِنَ الثُّلُثِ، وَإِنْ كَانَ عَمْدًا فَهُوَ مِنْ جَمِيعِ الْمَالِ) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: إِذَا عَفَا عَنِ الْقَطْعِ فَهُوَ عَفْوٌ عَنِ النَّفْسِ أَيْضًا، وَعَلَى هَذَا الْخِلَافِ إِذَا عَفَا عَنِ الشَّجَةِ ثُمَّ سَرَى إِلَى النَّفْسِ وَمَاتَ، لَهُمَا أَنْ الْعَفْوَ عَنِ الْقَطْعِ عَفْوٌ عَنْ مُوجِبِهِ، وَمُوجِبُهُ الْقَطْعُ لَوْ اقْتَصَرَ أَوْ الْقَتْلُ إِذَا سَرَى، فَكَانَ الْعَفْوُ عَنْهُ عَفْوًا عَنْ أَحَدِ مُوجِبَيْهِ أَيُّهُمَا كَانَ، وَلِأَنَّ اسْمَ الْقَطْعِ يَتَنَوَّلُ السَّارِي وَالْمُقْتَصِرُ فَيَكُونُ الْعَفْوُ عَنِ قَطْعٍ عَفْوًا عَنْ نَوْعِيهِ وَصَارَ كَمَا إِذَا عَفَا عَنِ الْجِنَايَةِ فَإِنَّهُ يَتَنَوَّلُ الْجِنَايَةَ السَّارِيَةَ وَالْمُقْتَصِرَةَ. كَذَا هَذَا. وَلَهُ أَنْ سَبَبُ الضَّمَانِ قَدْ تَحَقَّقَ وَهُوَ قَتْلُ نَفْسٍ مَعْصُومَةٍ مُتَقَوِّمَةٍ وَالْعَفْوُ لَمْ يَتَنَوَّلْهُ بِصَرِيحِهِ لِأَنَّهُ عَفَا عَنِ الْقَطْعِ وَهُوَ غَيْرُ الْقَتْلِ، وَبِالسَّرَايَةِ تَبَيَّنَ أَنَّ الْوَاقِعَ قَتْلٌ وَحَقُّهُ فِيهِ وَتَحَنُّ نُوجِبُ ضَمَانَهُ. وَكَانَ يَنْبَغِي أَنْ يَجِبَ الْقِصَاصُ وَهُوَ الْقِيَاسُ لِأَنَّهُ هُوَ الْمَوْجِبُ لِلْعَمْدِ، إِلَّا

أَنَّ فِي الاستِحْسَانِ تَجِبُ الدِّيَّةُ، لِأَنَّ صُورَةَ الْعَفْوِ أَوْرَثَتْ شُبُهَةً وَهِيَ دَارِئَةُ الْقَوْدِ. وَلَا نُسَلِّمُ أَنَّ السَّارِيَ نَوْعٌ مِنَ الْقَطْعِ، وَأَنَّ السَّرَايَةَ صِفَةٌ لَهُ، بَلِ السَّارِيَ قَتْلٌ مِنَ الْإِبْتِدَاءِ، وَكَذَا لَا مُوجِبَ لَهُ مِنْ حَيْثُ كَوْنِهِ قَطْعًا فَلَا يَتَنَاوَلُهُ الْعَفْوُ، بِخِلَافِ الْعَفْوِ عَنِ الْجِنَايَةِ لِأَنَّهُ اسْمٌ جِنْسٍ، وَبِخِلَافِ الْعَفْوِ عَنِ الشَّجَةِ وَمَا يَحْدُثُ مِنْهَا لِأَنَّهُ صَرِيحٌ فِي الْعَفْوِ عَنِ السَّرَايَةِ وَالْقَتْلِ، وَلَوْ كَانَ الْقَطْعُ خَطَأً فَقَدْ أَجْرَاهُ مَجْرَى الْعَمْدِ فِي هَذِهِ الْوُجُوهِ وَفَاقًا وَخِلَافًا، أَذَنْ بِذَلِكَ إِطْلَاقَهُ، إِلَّا أَنَّهُ إِنْ كَانَ خَطَأً فَهُوَ مِنَ الثَّلَاثِ، وَإِنْ كَانَ عَمْدًا فَهُوَ مِنْ جَمِيعِ الْمَالِ، لِأَنَّ مُوجِبَ الْعَمْدِ الْقَوْدُ وَلَمْ يَتَعَلَّقْ بِهِ حَقُّ الْوَرَثَةِ لَمَّا أَنَّهُ لَيْسَ بِمَالٍ فَصَارَ كَمَا إِذَا أَوْصَى بِإِعَارَةِ أَرْضِهِ. أَمَّا الْخَطَأُ فَمُوجِبُهُ الْمَالُ، وَحَقُّ الْوَرَثَةِ يَتَعَلَّقُ بِهِ فَيُعْتَبَرُ مِنَ الثَّلَاثِ.

الشرح:

(قَوْلُهُ وَمَنْ قَطَعَ يَدَ رَجُلٍ إلخ) اعْلَمْ أَنَّ الْعَفْوَ عَنِ الْقَطْعِ وَالشَّجَةِ وَالْجِرَاحَةِ لَيْسَ بِعَفْوٍ عَمَّا يَحْدُثُ مِنْهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ خِلَافًا لِهَؤُلَاءِ، فَإِذَا وَقَعَ شَيْءٌ مِنْ ذَلِكَ وَعَفَا الْمَجْنِيُّ عَلَيْهِ عَنْهُ ثُمَّ سَرَى وَمَاتَ فَعَلَى الْجَانِي الدِّيَّةُ فِي مَالِهِ عِنْدَهُ، وَقَالَا: لَا شَيْءَ عَلَيْهِ لِأَنَّ الْعَفْوَ عَنِ الْقَطْعِ عَفْوٌ عَنْ مُوجِبِهِ، لِأَنَّ الْفِعْلَ عَرَضٌ لَا يَبْقَى فَلَا يُتَصَوَّرُ الْعَفْوُ عَنْهُ فَيَكُونُ الْعَفْوُ عَنْهُ عَفْوًا عَنْ مُوجِبِهِ وَمُوجِبُهُ إِمَّا الْقَطْعُ أَوْ الْقَتْلُ إِذَا اقْتَصَرَ أَوْ سَرَى فَكَانَ الْعَفْوُ عَفْوًا عَنْهُمَا، وَلِأَنَّ اسْمَ الْقَطْعِ يَتَنَاوَلُ السَّارِيَ وَالْمُقْتَصِرَ فَإِنَّ الْإِذْنَ بِالْقَطْعِ إِذْنٌ بِهِ وَبِمَا حَدَّثَ مِنْهُ. حَتَّى إِذَا قَالَ شَخْصٌ آخَرُ أَقْطَعُ يَدِي فَقَطَعَهُ ثُمَّ سَرَى إِلَى النَّفْسِ لَمْ يَضْمَنْ وَالْعَفْوُ إِذْ أَنْتَهَاءُ فَيُعْتَبَرُ بِالْإِذْنِ ابْتِدَاءً، فَصَارَ كَمَا إِذَا عَفَا عَنْ الْجِنَايَةِ فَإِنَّهُ يَتَنَاوَلُ السَّرَايَةَ وَالْمُقْتَصِرَةَ، فَكَذَا هَذَا.

وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ سَبَبَ الضَّمَانِ وَهُوَ قَتْلُ النَّفْسِ الْمَعْصُومَةِ الْمُتَقَوِّمَةِ قَدْ تَحَقَّقَ، وَالْمَانِعُ مُتَّفَقٌ لِأَنَّ الْعَفْوَ لَمْ يَتَنَاوَلْهُ بِصَرِيحِهِ لِأَنَّهُ عَفَا عَنِ الْقَطْعِ وَهُوَ غَيْرُ الْقَتْلِ لَا مَحَالَةَ، وَبِالسَّرَايَةِ تَبَيَّنَ أَنَّ الْوَاقِعَ قَتْلٌ وَحَقُّهُ فِيهِ، فَمَا هُوَ حَقُّهُ لَمْ يَعْفُ عَنْهُ، وَمَا عَفَا عَنْهُ فَلَيْسَ بِحَقِّهِ فَلَا يَكُونُ مُعْتَبَرًا أَلَا تَرَى أَنَّ الْوَلِيَّ لَوْ قَالَ بَعْدَ السَّرَايَةِ عَفَوْتُكَ عَنْ الْبَيْدِ لَمْ يَكُنْ عَفْوًا، وَلَوْ قَالَ الْمَجْنِيُّ عَلَيْهِ عَفَوْتُكَ عَنْ الْقَتْلِ وَاقْتَصَرَ عَلَى الْقَطْعِ لَمْ يَكُنْ عَفْوًا، فَكَذَا إِذَا عَفَا عَنْ الْبَيْدِ ثُمَّ سَرَى، وَإِذَا لَمْ يَكُنْ الْعَفْوُ مُعْتَبَرًا وَجَبَ الضَّمَانُ، وَالْقِيَاسُ يَقْتَضِي الْقِصَاصَ لِأَنَّهُ هُوَ الْمَوْجِبُ لِلْعَمْدِ، إِلَّا أَنَّا تَرَكْنَاهُ لِأَنَّ صُورَةَ الْعَفْوِ أَوْرَثَتْ شُبُهَةً

وَهِيَ ذَارَّةٌ لِلْقَوْدِ فَتَجِبُ الدِّيَّةُ.

وَقَوْلُهُ (وَلَا تُسَلِّمُ أَنَّ السَّارِيَ نَوْعٌ مِنَ الْقَطْعِ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِمَا فَيَكُونُ الْعَفْوُ عَفْوًا عَنْ نَوْعِهِ، وَفِيهِ نَظَرٌ، فَإِنَّهُ مَنَعَ كَوْنَ السَّرَايَةِ صِفَةً لَهُ، وَيُقَالُ سَرَى الْقَطْعُ وَقَطَعَ سَارٍ فَكَيْفَ يَصِحُّ ذَلِكَ. وَالْجَوَابُ أَنَّ الْمُرَادَ صِفَةً مُنَوَّعَةً وَهِيَ لَيْسَتْ كَذَلِكَ، بَلْ هِيَ مُخْرِجَةٌ عَنْ حَقِيقَتِهَا كَمَا يُقَالُ عَصِيرٌ مُسَكَّرٌ. وَقَوْلُهُ (بَلِ السَّارِيَ قَتْلٌ مِنَ الْإِبْتِدَاءِ) إِضْرَابٌ عَنْ قَوْلِهِ نَوْعٌ مِنَ الْقَطْعِ، وَذَلِكَ لِأَنَّ الْقَتْلَ فَعْلٌ مُزْهَقٌ لِلرُّوحِ وَلَمَّا انْزَهَقَ الرُّوحُ بِهِ عَرَفْنَا أَنَّهُ كَانَ قَتْلًا وَقَوْلُهُ (وَكَذَا لَا مُوجِبَ لَهُ مِنْ حَيْثُ كَوْنُهُ قِطْعًا) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ أَوْ الْقَتْلُ إِذَا سَرَى، يُرِيدُ أَنَّ الْقَتْلَ لَيْسَ بِمُوجِبٍ لِلْقَطْعِ مِنْ حَيْثُ كَوْنُهُ قِطْعًا، لِأَنَّهُ إِذَا سَرَى وَمَاتَ تَبَيَّنَ أَنَّ هَذَا الْقَطْعَ لَمْ يَكُنْ لَهُ مُوجِبٌ أَصْلًا، إِنَّمَا الثَّابِتُ مُوجِبُ الْقَتْلِ وَهُوَ الدِّيَّةُ فَكَانَ الْعَفْوُ الْمُضَافُ إِلَى الْقَطْعِ مُضَافًا إِلَى غَيْرِ مَحَلِّهِ فَلَا يَصِحُّ، وَإِذَا لَمْ يَصِحَّ الْعَفْوُ عَنِ الْقَطْعِ لَا يَكُونُ عَفْوًا عَنِ الْقَتْلِ، وَهُوَ مَعْنَى قَوْلِهِ فَلَا يَتَنَاوَلُهُ الْعَفْوُ.

وَقَوْلُهُ (بِخِلَافِ الْعَفْوِ عَنِ الْجِنَايَةِ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (فِي هَذِهِ الْوُجُوهِ) وَهِيَ الْعَفْوُ عَنِ الْقَطْعِ مُطْلَقًا وَالْعَفْوُ عَنِ الْقَطْعِ وَمَا يَحْدُثُ مِنْهُ وَالْعَفْوُ عَنِ الشَّجَّةِ وَالْعَفْوُ عَنِ الْجِنَايَةِ (وِفَاقًا) وَهُوَ فِي مَوْضِعَيْنِ: أَحَدُهُمَا أَنَّ الْعَفْوَ عَنِ الْقَطْعِ وَمَا يَحْدُثُ مِنْهُ عَفْوٌ عَنِ الدِّيَّةِ بِالِاتِّفَاقِ فِيمَا إِذَا كَانَ الْقَطْعُ خَطَأً، وَالثَّانِي الْعَفْوُ عَنِ الْجِنَايَةِ فَإِنَّهُ عَفْوٌ عَنِ الدِّيَّةِ أَيْضًا (وِخِلَافًا) وَهُوَ أَيْضًا فِي مَوْضِعَيْنِ: أَحَدُهُمَا أَنَّ الْعَفْوَ عَنِ الْقَطْعِ مُطْلَقًا عَفْوٌ عَنِ الدِّيَّةِ عِنْدَهُمَا إِذَا كَانَ خَطَأً، وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ يَكُونُ عَفْوًا عَنْ أَرْضِ الْيَدِ لَا غَيْرُ.

وَالثَّانِي أَنَّ الْعَفْوَ عَنِ الشَّجَّةِ عَفْوٌ عَنِ الدِّيَّةِ إِذَا سَرَتْ عِنْدَهُمَا، وَعِنْدَهُ عَنْ أَرْضِ الشَّجَّةِ لَا غَيْرُ (أَذَنَ) أَيُّ أَعْلَمَ (بِذَلِكَ إِطْلَاقَهُ) أَيُّ إِطْلَاقُ لَفْظِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ وَهُوَ قَوْلُهُ وَمَنْ قَطَعَ يَدَ رَجُلٍ فَعَفَا الْمَقْطُوعَةَ يَدُهُ عَنِ الْقَطْعِ غَيْرُ مُتَعَرِّضٍ لِلْعَمْدِ وَالْخَطَأِ، وَمَنَعَ الْإِطْلَاقُ بِأَنَّ قَوْلَهُ فَعَلَى الْقَاطِعِ الدِّيَّةُ فِي مَالِهِ يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ فِي الْعَمْدِ لِأَنَّ الدِّيَّةَ فِي الْخَطَأِ عَلَى الْعَاقِلَةِ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ الْوَضْعَ مُطْلَقٌ لَا مَحَالَةَ، وَالْجَوَابُ إِنَّمَا هُوَ لِأَحَدِ نَوْعَيْهِ، وَتَقْرِيرُهُ فَعَلَى الْقَاتِلِ الدِّيَّةُ فِي مَالِهِ إِنْ كَانَ الْقَطْعُ عَمْدًا. وَقَوْلُهُ (كَمَا لَوْ أَوْصَى بِإِعَارَةِ أَرْضِهِ) يَعْنِي إِذَا تَبَرَّعَ بِمَنَافِعِ أَرْضِهِ فِي مَرَضِهِ بِالْعَارِيَةِ وَانْتَفَعَ بِهَا الْمُسْتَعِيرُ ثُمَّ مَاتَ

المُعِيرُ كَانَ ذَلِكَ مِنْ جَمِيعِ الْمَالِ لِأَنَّ الْمَنَافِعَ لَيْسَتْ بِأَمْوَالٍ، وَفِيهِ بَحْثٌ مِنْ أَوْجُهٍ: الْأَوَّلُ أَنَّ الْقِصَاصَ مَوْرُوثٌ بِالِاتِّفَاقِ فَكَيْفَ لَمْ يَتَّعَلَقْ بِهِ حَقُّ الْوَرْتَةِ. الثَّانِي أَنَّ الْوَصِيَّةَ بِإِعَارَةِ أَرْضِهِ بَاطِلَةٌ وَإِنْ صَحَّتْ فَحُكْمُهُ التَّهَائُؤُ يَسْكُنُ الْمُوصَى لَهُ يَوْمًا وَالْوَرْتَةُ يَوْمَيْنِ إِنْ لَمْ يَقْبَلِ الْقِسْمَةَ، وَإِنْ قَبِلَهَا يُفَرِّزُ الثَّلَثُ لِلْمُوصَى لَهُ. وَالثَّالِثُ أَنَّ الْمَنَافِعَ أَمْوَالٌ فَكَيْفَ صَارَتْ نَظِيرًا لِمَا لَيْسَ بِمَالٍ؟.

سَوَالِحُوبُ عَنْ الْأَوَّلِ أَنَّ الْمُصَنَّفَ رَحِمَهُ اللَّهُ نَفَى تَعَلُّقَ حَقِّ الْوَرْتَةِ بِهِ لَا كَوْنَهُ مَوْرُوثًا، وَلَا تَنَافِيَّ بَيْنَهُمَا لِأَنَّ حَقَّ الْوَرْتَةِ إِنَّمَا يَثْبُتُ بِطَرِيقِ الْخِلَافَةِ، وَحُكْمُ الْخَلْفِ لَا يَثْبُتُ مَعَ وُجُودِ الْأَصْلِ وَالْقِيَاسُ فِي الْمَالِ أَيْضًا أَنْ لَا يَثْبُتَ فِيهِ تَعَلُّقُ حَقِّهِمْ إِلَّا بَعْدَ مَوْتِ الْمَوْرَثِ، لَكِنْ ثَبَتَ ذَلِكَ شَرْعًا بِقَوْلِهِ ﷺ «لَأَنْ تَدَعَ وَرَثَتَكَ أَغْنِيَاءَ خَيْرٌ مِنْ أَنْ تَدْعَهُمْ عَالَةً يَتَكَفَّفُونَ النَّاسَ» وَتَرَكُّهُمْ أَغْنِيَاءَ إِنَّمَا يَتَحَقَّقُ بِتَعَلُّقِ حَقِّهِمْ بِمَا يَتَحَقَّقُ بِهِ الْغِنَى وَهُوَ الْمَالُ، فَلَوْ لَمْ يَتَّعَلَقْ بِهِ لَتَصَرَّفَ فِيهِ فَيَتَرَكُّهُمْ عَالَةً يَتَكَفَّفُونَ النَّاسَ، وَالْقِصَاصُ لَيْسَ بِمَالٍ فَلَا يَتَّعَلَقُ بِهِ لَكِنَّهُ مَوْرُوثٌ، لِأَنَّ الْإِرْثَ خِلَافَةُ ذِي نَسَبِ الْمَيْتِ الْحَقِيقِيِّ أَوْ الْحُكْمِيِّ أَوْ نِكَاحُهُ أَوْ وِلَايَةُ حَقِيقَةٍ أَوْ حُكْمًا فِي مَالِهِ أَوْ حَقٌّ قَابِلٌ لَهَا بَعْدَ مَوْتِهِ. وَقَدْ فَسَّرْنَاهُ فِي شَرْحِ الرِّسَالَةِ فِي الْفَرَائِضِ وَهُوَ كَمَا تَرَى لَا يَنْحَصِرُ فِي الْمَالِ، بَلْ إِذَا كَانَ حَقًّا قَابِلًا لِلْخِلَافَةِ يَصِحُّ أَنْ يَكُونَ مَوْرُوثًا، وَلَا شَكَّ فِي قَبُولِهِ الْقِصَاصِ لِذَلِكَ كَمَا تَقَدَّمَ. وَعَنْ الثَّانِي بَأَنَّ الْمُرَادَ مِنْ قَوْلِهِ أَوْصَى تَبَرُّعٌ كَمَا عَبَّرْنَا عَنْهُ آتِفًا وَالْوَصِيَّةُ تَبَرُّعٌ خَاصٌّ فَيَجُوزُ أَنْ يُسْتَعَارَ لِمُطْلَقِهِ. وَعَنْ الثَّالِثِ بَأَنَّ الْمَنَافِعَ أَمْوَالٌ إِذَا كَانَتْ فِي عَقْدٍ فِيهِ مُعَاوَضَةٌ. وَقَوْلُهُ (فَيُعْتَبَرُ مِنَ الثَّلَثِ) فِيهِ إِشْكَالٌ، وَهُوَ أَنَّهُ إِذَا أُعْتَبِرَ مِنَ الثَّلَثِ كَانَ وَصِيَّةً وَالْقَاتِلُ مِنَ الْعَاقِلَةِ وَالْوَصِيَّةُ لِلْقَاتِلِ بَاطِلَةٌ فَيَجِبُ أَنْ لَا يَصِحَّ فِي حِصَّتِهِ. وَأُجِيبَ بَأَنَّ الْمَجْرُوحَ لَمْ يَقُلْ أَوْصَيْتُ لَكَ بِثُلْثِ الدِّيَةِ، وَإِنَّمَا عَفَا عَنِ الْمَالِ بَعْدَ سَبَبِ الْوُجُوبِ فَكَانَ تَبَرُّعًا مُبْتَدَأً وَلَا مَانِعَ عَنْهُ أَلَا يُرَى أَنَّهُ لَوْ وَهَبَ لَهُ شَيْئًا وَسَلَّمَ جَارَ.

قَالَ: (وَإِذَا قَطَعَتِ الْمَرْأَةُ يَدَ رَجُلٍ فَتَزَوَّجَهَا عَلَى يَدِهِ ثُمَّ مَاتَ فَلَهَا مَهْرُ مِثْلِهَا، وَعَلَى عَاقِلَتِهَا الدِّيَةُ إِنْ كَانَ خَطَأً، وَإِنْ كَانَ عَمْدًا فَفِي مَالِهَا) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، لِأَنَّ الْعَفْوَ عَنِ الْيَدِ إِذَا لَمْ يَكُنْ عَفْوًا عَمَّا يَحْدُثُ مِنْهُ عِنْدَهُ فَالْتَزَوُّجُ عَلَى الْيَدِ لَا يَكُونُ تَزَوُّجًا عَلَى مَا يَحْدُثُ مِنْهُ. ثُمَّ الْقَطْعُ إِذَا كَانَ عَمْدًا يَكُونُ هَذَا تَزَوُّجًا عَلَى الْقِصَاصِ فِي

الطَّرْفَ وَهُوَ لَيْسَ بِمَالٍ فَلَا يَصْلُحُ مَهْرًا، لَا سِيَّمَا عَلَى تَقْدِيرِ السُّقُوطِ فَيَجِبُ مَهْرُ الْمِثْلِ، وَعَلَيْهَا الدِّيَّةُ فِي مَالِهَا لِأَنَّ التَّزْوُجَ وَإِنْ كَانَ يَتَضَمَّنُ الْعَفْوَ عَلَى مَا نُبِّئُنْ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى لَكِنْ عَنِ الْقِصَاصِ فِي الطَّرْفِ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ، وَإِذَا سَرَى تَبَيَّنَ أَنَّهُ قَتَلَ النَّفْسَ وَلَمْ يَتَنَاوَلْهُ الْعَفْوُ فَتَجِبُ الدِّيَّةُ وَتَجِبُ فِي مَالِهَا لِأَنَّهُ عَمْدٌ. وَالْقِيَاسُ أَنْ يَجِبَ الْقِصَاصُ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ. وَإِذَا وَجِبَ لَهَا مَهْرُ الْمِثْلِ وَعَلَيْهَا الدِّيَّةُ تَقَعُ الْمُقَاصَّةُ إِنْ كَانَ عَلَى السَّوَاءِ، وَإِنْ كَانَ فِي الدِّيَّةِ فَضْلٌ تَرُدُّهُ عَلَى الْوَرَثَةِ، وَإِنْ كَانَ فِي الْمَهْرِ فَضْلٌ يَرُدُّهُ الْوَرَثَةُ عَلَيْهَا، وَإِذَا كَانَ الْقَطْعُ خَطَأً يَكُونُ هَذَا تَزْوُجًا عَلَى أَرَشِ الْيَدِ، وَإِذَا سَرَى إِلَى النَّفْسِ تَبَيَّنَ أَنَّهُ لَا أَرَشَ لِلْيَدِ وَأَنَّ الْمُسَمَّى مَعْدُومٌ فَيَجِبُ مَهْرُ الْمِثْلِ، كَمَا إِذَا تَزَوَّجَهَا عَلَى مَا فِي الْيَدِ وَلَا شَيْءَ فِيهَا. وَلَا يَتَقَاصَّنَا لِأَنَّ الدِّيَّةَ تَجِبُ عَلَى الْعَاقِلَةِ فِي الْخَطَأِ وَالْمَهْرِ لَهَا.

الشرح:

قَالَ (وَإِذَا قَطَعَتِ الْمَرْأَةُ يَدَ رَجُلٍ إلخ) إِذَا قَطَعَتِ الْمَرْأَةُ يَدَ رَجُلٍ فَتَزَوَّجَهَا عَلَى يَدِهِ فَإِمَّا أَنْ يَقْتَصِرَ أَوْ يَسْرِيَ، فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ صَحَّتِ التَّسْمِيَةُ وَيَصِيرُ الْأَرَشُ وَهُوَ خَمْسَةُ آلَافٍ دِرْهَمٍ مَهْرًا لَهَا بِالْإِجْمَاعِ سَوَاءً كَانَ الْقَطْعُ عَمْدًا أَوْ خَطَأً وَتَزَوَّجَهَا عَلَى الْقَطْعِ فَقَطْ أَوْ عَلَيْهِ وَمَا يَحْدُثُ مِنْهُ، لِأَنَّهُ لَمَّا بَرَأَ تَبَيَّنَ أَنَّ مُوجِبَهَا الْأَرَشُ دُونَ الْقِصَاصِ لِأَنَّهُ لَا يَجْرِي فِي الْأَطْرَافِ بَيْنَ الرَّجُلِ وَالْمَرْأَةِ وَالْأَرَشُ يَصْلُحُ صَدَاقًا. وَإِنْ كَانَ الثَّانِي وَإِلَيْهِ أَشَارَ بِقَوْلِهِ ثُمَّ مَاتَ فَإِمَّا أَنْ يَكُونَ الْقَطْعُ خَطَأً أَوْ عَمْدًا، فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ فَلَهَا مَهْرُ مِثْلِهَا وَالدِّيَّةُ عَلَى الْعَاقِلَةِ، وَإِنْ كَانَ الثَّانِي فَلَهَا ذَلِكَ وَالدِّيَّةُ فِي مَالِهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ، لِأَنَّ الْعَفْوَ عَنِ الْيَدِ إِذَا لَمْ يَكُنْ عَفْوًا عَمَّا يَحْدُثُ مِنْهُ عِنْدَهُ فَالتَّزْوُجُ عَلَى الْيَدِ لَا يَكُونُ تَزَوُّجًا عَلَى مَا يَحْدُثُ مِنْهُ فَيَكُونُ مَا لَهَا مِنَ الْمَهْرِ غَيْرَ مَا عَلَيْهَا مِمَّا يَحْدُثُ مِنْهُ ثُمَّ الْقَطْعُ إِذَا كَانَ عَمْدًا كَانَ التَّزْوُجُ تَزَوُّجًا عَلَى الْقِصَاصِ فِي الطَّرْفِ وَهُوَ لَيْسَ بِمَالٍ فَلَا يَصْلُحُ مَهْرًا لَا سِيَّمَا عَلَى تَقْدِيرِ سُقُوطِ الْقِصَاصِ، فَإِنَّهُ إِذَا لَمْ يَصْلُحْ مَهْرًا عَلَى تَقْدِيرِ بُيُوتِهِ لَا يَصْلُحُ عَلَى تَقْدِيرِ سُقُوطِهِ بِطَرِيقِ الْأَوَّلِ، وَالْقِصَاصُ يَسْقُطُ هَاهُنَا إِمَّا بِبُيُوتِهَا التَّزْوُجَ لِأَنَّ سُقُوطَهُ مُتَعَلِّقٌ بِالْقَبُولِ فَلَمَّا قَبِلَتْ سَقَطَ، وَإِمَّا بِاعْتِبَارِ تَعَذُّرِ الْأَسْتِيفَاءِ، فَإِنَّهُ لَمَّا جَعَلَ الْقِصَاصَ مَهْرًا جَعَلَ لَهَا وَلَايَةَ الْأَسْتِيفَاءِ وَلَا يُمَكِّنُ اسْتِيفَاءَ الْقِصَاصِ عَنِ نَفْسِهِ.

فَإِنْ قِيلَ: الْوَاجِبُ فِي الْأَطْرَافِ بَيْنَ الرَّجُلِ وَالْمَرْأَةِ هُوَ الْأَرْضُ خَمْسُمِائَةِ دِينَارٍ وَهُوَ مَعْلُومٌ فَمَا الْمَانِعُ أَنْ يَكُونَ هُوَ الْمَهْرُ؟ أُجِيبَ بِأَنَّهُ لَيْسَ بِمُتَعَيِّنٍ لِحَوَازِ أَنْ يَكُونَ خَمْسَةَ آلَافٍ دَرَاهِمٍ فَيَكُونَ مَجْهُولًا، وَإِذَا لَمْ يَصْلُحِ الْقِصَاصُ وَلَا بَدَلُهُ مَهْرًا يَجِبُ مَهْرُ الْمِثْلِ وَعَلَيْهَا الدِّيَّةُ فِي مَالِهَا.

فَإِنْ قِيلَ: قَبُولُ التَّرْوُجِ يَتَضَمَّنُ الْعَفْوَ وَالْعَفْوُ لَا يُضْمَنُ فَلَا يَجِبُ عَلَيْهَا الدِّيَّةُ، أَشَارَ إِلَى الْجَوَابِ بِقَوْلِهِ لِأَنَّ التَّرْوُجَ وَإِنْ كَانَ يَتَضَمَّنُ الْعَفْوَ لَكِنْ (فِيمَا نَحْنُ فِيهِ يَتَضَمَّنُ الْعَفْوُ، عَنِ الْقِصَاصِ فِي الطَّرَفِ).

وَإِذَا سَرَى تَبَيَّنَ أَنَّهُ قَتَلَ وَالْعَفْوُ لَمْ يَتَعَرَّضْ لَذَلِكَ فَتَجِبُ الدِّيَّةُ فِي مَالِهَا لِأَنَّهُ عَمْدٌ وَالْعَاقِلَةُ لَا تَتَحَمَّلُ الْعَمْدَ (وَالْقِيَاسُ أَنْ يَجِبَ الْقِصَاصُ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ) يُرِيدُ بِهِ قَوْلُهُ لِأَنَّهُ هُوَ الْمَوْجِبُ لِلْعَمْدِ (وَإِذَا وَجَبَ لَهَا مَهْرُ الْمِثْلِ وَعَلَيْهَا الدِّيَّةُ تَقَعُ الْمَقَاصَةُ إِنْ تَسَاوَا) وَإِنْ لَمْ يَتَسَاوَا رَدُّ مَنْ عَلَيْهِ الْفَضْلُ عَلَى مَنْ لَهُ ذَلِكَ، وَإِذَا كَانَ الْقَطْعُ خَطَأً كَانَ التَّرْوُجُ عَلَى أَرْضِ الْيَدِ، وَإِذَا سَرَى إِلَى النَّفْسِ تَبَيَّنَ أَنَّهُ لَا أَرْضَ لِلْيَدِ وَأَنَّ الْمُسَمَّى مَعْدُومٌ فَيَجِبُ مَهْرُ الْمِثْلِ كَمَا إِذَا تَزَوَّجَهَا عَلَى مَا فِي الْيَدِ وَلَا شَيْءَ فِيهَا وَلَا يَتَقَاصَّانِ لِأَنَّ الدِّيَّةَ عَلَى الْعَاقِلَةِ فِي الْخَطَأِ وَالْمَهْرُ لَهَا فَاخْتَلَفَ ذِمَّةُ مَنْ لَهُ وَذِمَّةُ مَنْ عَلَيْهِ وَشَرَطُ التَّقَاصُّ اتِّحَادَهُمَا.

قَالَ: (وَلَوْ تَزَوَّجَهَا عَلَى الْيَدِ وَمَا يَحْدُثُ مِنْهَا أَوْ عَلَى الْجَنَائِزَةِ ثُمَّ مَاتَ مِنْ ذَلِكَ وَالْقَطْعُ عَمْدٌ فَلَهَا مَهْرٌ مِثْلُهَا) لِأَنَّ هَذَا تَزَوُّجٌ عَلَى الْقِصَاصِ وَهُوَ لَا يَصْلُحُ مَهْرًا فَيَجِبُ مَهْرُ الْمِثْلِ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ، وَصَارَ كَمَا إِذَا تَزَوَّجَهَا عَلَى خَمَرٍ أَوْ خِنْزِيرٍ وَلَا شَيْءَ لَهُ عَلَيْهَا، لِأَنَّهُ لَمَّا جَعَلَ الْقِصَاصَ مَهْرًا فَقَدْ رَضِيَ بِسُقُوطِهِ بِجِهَةِ الْمَهْرِ فَيَسْقُطُ أَصْلًا كَمَا إِذَا أَسْقَطَ الْقِصَاصَ بِشَرَطٍ أَنْ يَصِيرَ مَالًا فَإِنَّهُ يَسْقُطُ أَصْلًا (وَإِنْ كَانَ خَطَأً يُرْفَعُ عَنِ الْعَاقِلَةِ مَهْرٌ مِثْلُهَا، وَلَهُمْ ثُلُثُ مَا تَرَكَ وَصِيَّةً) لِأَنَّ هَذَا تَزَوُّجٌ عَلَى الدِّيَّةِ وَهِيَ تَصْلُحُ مَهْرًا إِلَّا أَنَّهُ يُعْتَبَرُ بِقَدْرِ مَهْرِ الْمِثْلِ مِنْ جَمِيعِ الْمَالِ لِأَنَّهُ مَرِيضٌ مَرَضَ الْمَوْتِ وَالتَّزَوُّجُ مِنَ الْحَوَائِجِ الْأَصْلِيَّةِ وَلَا يَصِحُّ فِي حَقِّ الزِّيَادَةِ عَلَى مَهْرِ الْمِثْلِ لِأَنَّهُ مُحَابَاةٌ فَيَكُونُ وَصِيَّةً فَيُرْفَعُ عَنِ الْعَاقِلَةِ لِأَنَّهُمْ يَتَحَمَّلُونَ عَنْهَا، فَمِنْ الْمَحَالِ أَنْ تَرْجِعَ عَلَيْهِمْ بِمَوْجِبِ جِنَايَتِهَا، وَهَذِهِ الزِّيَادَةُ وَصِيَّةٌ لَهُمْ لِأَنَّهُمْ مِنْ أَهْلِ الْوَصِيَّةِ لَمَّا أَنَّهُمْ لَيْسُوا بِقَتْلَةٍ، فَإِنْ كَانَتْ تَخْرُجُ مِنَ الثُّلُثِ تَسْقُطُ، وَإِنْ لَمْ تَخْرُجْ يَسْقُطُ ثُلُثُهَا. وَقَالَ أَبُو يُونُسَ وَمُحَمَّدٌ: كَذَلِكَ الْجَوَابُ

فِيمَا إِذَا تَزَوَّجَهَا عَلَى الْيَدِ، لَأَنَّ الْعَفْوَ عَنِ الْيَدِ عَفْوٌ عَمَّا يَحْدُثُ مِنْهُ عِنْدَهُمَا فَاتَّفَقَ جَوَابُهُمَا فِي الْفَصْلَيْنِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلَوْ تَزَوَّجَهَا عَلَى الْيَدِ وَمَا يَحْدُثُ مِنْهَا) ظَاهِرٌ وَقَوْلُهُ (وَلَا شَيْءَ عَلَيْهَا) أَيُّ لَا دِيَّةَ وَلَا قِصَاصَ. وَقَوْلُهُ (يَرْفَعُ عَنِ الْعَاقِلَةِ مَهْرَ مِثْلِهَا) أَيُّ قَدَرَ مَهْرِ الْمِثْلِ. وَقَوْلُهُ (وَلَهُمْ) أَيُّ لِلْعَاقِلَةِ (تُلْتُ مَا تَرَكَ) أَيُّ تُلْتُ مَا زَادَ عَلَى مَهْرِ الْمِثْلِ إِلَى تَمَامِ الدِّيَّةِ يَكُونُ وَصِيَّةً. وَقَوْلُهُ (فَاتَّفَقَ جَوَابُهُمَا فِي الْفَصْلَيْنِ) يَعْنِي فِي التَّزْوِجِ عَلَى الْيَدِ إِذَا كَانَ الْقَطْعُ خَطَأً، وَفِي التَّزْوِجِ عَلَى الْيَدِ وَمَا يَحْدُثُ مِنْهَا أَوْ عَلَى الْجِنَايَةِ، وَعَبَّرَ بِالْفَصْلَيْنِ بِاعْتِبَارِ الْمُخْتَلَفِ وَالْمُتَّفِقِ وَإِلَّا فَالْفُصُولُ ثَلَاثَةٌ.

قَالَ: (وَمَنْ قُطِعَتْ يَدُهُ فَاقْتَصَّ لَهُ مِنَ الْيَدِ ثُمَّ مَاتَ فَإِنَّهُ يُقْتَلُ الْمُقْتَصُّ مِنْهُ) لِأَنَّهُ تَبَيَّنَ أَنَّ الْجِنَايَةَ كَانَتْ قَتْلَ عَمْدٍ وَحَقُّ الْمُقْتَصِّ لَهُ الْقَوْدُ، وَاسْتِيفَاءُ الْقَطْعِ لَا يُوجِبُ سُقُوطَ الْقَوْدِ كَمَنْ كَانَ لَهُ الْقَوْدُ إِذَا اسْتَوْفَى طَرَفَ مَنْ عَلَيْهِ الْقَوْدُ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يَسْقُطُ حَقُّهُ فِي الْقِصَاصِ، لِأَنَّهُ لَمَّا أَقْدَمَ عَلَى الْقَطْعِ فَقَدْ أَبْرَأَهُ عَمَّا وَرَاءَهُ. وَنَحْنُ نَقُولُ: إِنَّمَا أَقْدَمَ عَلَى الْقَطْعِ ظَنًّا مِنْهُ أَنَّ حَقَّهُ فِيهِ وَبَعْدَ السَّرَايَةِ تَبَيَّنَ أَنَّهُ فِي الْقَوْدِ فَلَمْ يَكُنْ مُبْرِئًا عَنْهُ بِدُونِ الْعِلْمِ بِهِ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ قُطِعَتْ يَدُهُ فَاقْتَصَّ لَهُ مِنَ الْيَدِ) كَلَامُهُ وَاضِحٌ، وَلَمْ يَذْكُرْ مَا إِذَا مَاتَ الْمُقْتَصُّ مِنْهُ مِنَ الْقَطْعِ، وَحُكْمُهُ الدِّيَّةُ عَلَى عَاقِلَةِ الْمُقْتَصِّ لَهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ وَالشَّافِعِيِّ لَا شَيْءَ عَلَيْهِ عَلَى مَا سَيَجِيءُ

قَالَ: (وَمَنْ قَتَلَ وَلِيَّهُ عَمْدًا فَقَطَعَ يَدَ قَاتِلِهِ ثُمَّ عَفَا وَقَدْ قُضِيَ لَهُ بِالْقِصَاصِ أَوْ لَمْ يُقْضَ فَعَلَى قَاطِعِ الْيَدِ دِيَّةُ الْيَدِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: لَا شَيْءَ عَلَيْهِ) لِأَنَّهُ اسْتَوْفَى حَقَّهُ فَلَا يَضْمَنُهُ، وَهَذَا لِأَنَّهُ اسْتَحَقَّ إِثْلَافَ النَّفْسِ بِجَمِيعِ أَجْزَائِهَا، وَلِهَذَا لَوْ لَمْ يَعْفُ لَا يَضْمَنُهُ، وَكَذَا إِذَا سَرَى وَمَا بَرَأَ أَوْ مَا عَفَا وَمَا سَرَى، أَوْ قَطَعَ ثُمَّ حَزَّ رَقَبَتَهُ قَبْلَ الْبُرْءِ أَوْ بَعْدَهُ وَصَارَ كَمَا إِذَا كَانَ لَهُ قِصَاصٌ فِي الطَّرَفِ فَقَطَعَ أَصَابِعَهُ ثُمَّ عَفَا لَا يَضْمَنُ الْأَصَابِعَ. وَلَهُ أَنَّهُ اسْتَوْفَى غَيْرَ حَقِّهِ، لَأَنَّ حَقَّهُ فِي الْقَتْلِ.

وَهَذَا قَطْعٌ وَإِبَانَةٌ، وَكَانَ الْقِيَاسُ أَنْ يَجِبَ الْقِصَاصُ إِلَّا أَنَّهُ سَقَطَ لِلشُّبْهَةِ فَإِنْ لَهُ أَنْ يُتْلَفَهُ تَبَعًا، وَإِذَا سَقَطَ وَجِبَ الْمَالُ، وَإِنَّمَا لَا يَجِبُ فِي الْحَالِ لِأَنَّهُ يُحْتَمَلُ أَنْ يَصِيرَ قَتْلًا بِالسَّرَايَةِ فَيَكُونُ مُسْتَوْفِيًا حَقَّهُ، وَمِلْكُ الْقِصَاصِ فِي النَّفْسِ ضَرْوَرِيٌّ لَا يَظْهَرُ إِلَّا عِنْدَ الْاسْتِيفَاءِ أَوْ الْعَفْوِ أَوْ الْاِعْتِيَاظِ لِمَا أَنَّهُ تَصَرَّفَ فِيهِ، فَأَمَّا قَبْلَ ذَلِكَ لَمْ يَظْهَرْ لَعَدَمِ الضَّرُورَةِ بِخِلَافِ مَا إِذَا سَرَى لِأَنَّهُ اسْتِيفَاءٌ. وَأَمَّا إِذَا لَمْ يَعْفُ وَمَا سَرَى، قُلْنَا: إِنَّمَا يَتَبَيَّنُ كَوْنُهُ قَطْعًا بِغَيْرِ حَقٍّ بِالْبُرِّ حَتَّى لَوْ قَطَعَ وَمَا عَفَا وَبَرَّ الصَّحِيحُ أَنَّهُ عَلَى هَذَا الْخِلَافِ، وَإِذَا قَطَعَ ثُمَّ حَزَّ رَقَبَتَهُ قَبْلَ الْبُرِّ فَهُوَ اسْتِيفَاءٌ وَلَوْ حَزَّ بَعْدَ الْبُرِّ فَهُوَ عَلَى هَذَا الْخِلَافِ هُوَ الصَّحِيحُ، وَالْأَصَابِعُ وَإِنْ كَانَتْ تَابِعَةً قِيَامًا بِالْكَفِّ فَالْكَفُّ تَابِعَةٌ لَهَا غَرَضًا، بِخِلَافِ الطَّرْفِ لِأَنَّهُمَا تَابِعَةٌ لِلنَّفْسِ مِنْ كُلِّ وَجْهِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ قَتَلَ وَلِيَّهُ عَمْدًا) صُورَتُهُ ظَاهِرَةٌ وَكَذَلِكَ دَلِيلُهُمَا، وَأَمَّا دَلِيلُ أَبِي حَنِيفَةَ فَيَحْتَاجُ إِلَى كَلَامٍ، فَقَوْلُهُ إِنَّهُ اسْتَوْفَى غَيْرَ حَقِّهِ لِأَنَّ حَقَّهُ فِي الْقَتْلِ، وَهَذَا قَطْعٌ وَإِبَانَةٌ فِي الْأَصْلِ ظَاهِرٌ لَا يَقْبَلُ التَّشْكِيكُ، وَقَدْ شَكَّكَ بَعْضُهُمْ بِمَا إِذَا شَهِدَ شَاهِدَانِ عَلَى رَجُلٍ بِالْقَتْلِ فَقَطَعَ الْوَلِيُّ يَدَهُ ثُمَّ رَجَعَا ضَمِنَا الْيَدَ، وَإِنَّمَا يَضْمَنَانِ مَا أَتْلَفَاهُ بِشَهَادَتَيْهِمَا وَمَا شَهِدَا إِلَّا بِالْقَتْلِ، وَلَوْ كَانَ الْقَطْعُ غَيْرَ الْقَتْلِ لَمَا ضَمِنَا، وَكَوْنُ الْقَطْعِ غَيْرَ الْقَتْلِ لَا يَرْتَابُ فِيهِ أَحَدٌ، وَلَيْسَ أَصْلُ الْمَسْأَلَةِ ذَلِكَ وَإِنَّمَا هِيَ بِنَاءٌ عَلَى أَنَّهُمَا أَوْجَبَا لَهُ قَتْلَ النَّفْسِ، وَذَلِكَ يُرَى الْقَاطِعَ عَنِ الضَّمَانِ فَيَضْمَنَانِ لِإِجَابِ الْبَرَاءَةِ لَهُ بَعْدَ عِلَّةِ الضَّمَانِ عَلَيْهِ فَصَارَ كَمَا لَوْ شَهِدَا عَلَى رَجُلٍ أَنَّهُ أَتْلَفَ غَرِيمَهُ عَنِ الدَّيْنِ ثُمَّ رَجَعُوا.

وَقَوْلُهُ (وَإِنَّمَا لَا يَجِبُ الْمَالُ فِي الْحَالِ) جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ لِمَا اسْتَوْفَى غَيْرَ حَقِّهِ وَجَبَ أَنْ يَضْمَنَ فِي الْحَالِ. وَقَوْلُهُ (وَمِلْكُ الْقِصَاصِ فِي النَّفْسِ ضَرْوَرِيٌّ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِمَا إِنَّهُ اسْتَوْفَى حَقَّهُ: يَعْنِي لِمَا كَانَ مِلْكُ الْقِصَاصِ ضَرْوَرِيًّا لثُبُوتِهِ مَعَ الْمُنَافِي وَهُوَ الْحُرِّيَّةُ كَمَا مَرَّ بِحَيْثُ لَا يَظْهَرُ إِلَّا فِي هَذِهِ الْأَحْوَالِ الثَّلَاثَةِ، وَهِيَ: اسْتِيفَاءُ النَّفْسِ بِالْقِصَاصِ، وَالْعَفْوُ، وَالْاِعْتِيَاظُ لَا يَصِحُّ التَّصَرُّفُ فِي الْقَائِلِ بِغَيْرِهَا، وَالْقَطْعُ مَقْصُودًا غَيْرَهَا فَيَكُونُ تَصَرُّفًا فِي غَيْرِ مَوْضِعِ الضَّرُورَةِ وَلَا حَقَّ لَهُ فِيهِ فَيَجِبُ الضَّمَانُ.

وَقَوْلُهُ (فَأَمَّا قَبْلَ ذَلِكَ) يَعْنِي قَبْلَ التَّصَرُّفِ بِهَذِهِ الْأَشْيَاءِ الثَّلَاثَةِ يُرِيدُ بِهِ الْقَطْعُ

(فَلَمْ يَظْهَرْ) يَعْنِي مِلَكَ الْقِصَاصِ (لَعَدَمِ الضَّرُورَةِ) وَقَوْلُهُ (بِخِلَافِ مَا إِذَا سَرَى) جَوَابُ عَنْ قَوْلِهِمَا وَكَذَا إِذَا سَرَى. وَقَوْلُهُ (وَأَمَّا إِذَا لَمْ يَعْفُ وَمَا سَرَى) جَوَابُ عَنْ قَوْلِهِمَا أَوْ مَا عُنِيَ وَمَا سَرَى. وَقَوْلُهُ (الصَّحِيحُ أَنَّهُ عَلَى الْخِلَافِ) يَعْنِي فَلَا يَكُونُ مُسْتَشْهَدًا بِهِ، وَكَذَا قَوْلُهُ هُوَ الصَّحِيحُ. وَقَوْلُهُ (وَالْأَصَابِعُ وَإِنْ كَانَتْ تَابِعَةً) جَوَابُ عَنْ قَوْلِهِمَا وَصَارَ كَمَا إِذَا كَانَ لَهُ قِصَاصٌ فِي الطَّرَفِ فَقَطَعَ أَصَابِعُهُ ثُمَّ عَفَا وَهُوَ اخْتِيَارُ بَعْضِ الْمَشَائِخِ فَإِنَّهُمْ تَبَرَّعُوا بِالْفَرْقِ. وَأَمَّا صَاحِبُ الْأَسْرَارِ فَمَنْعُهُ وَقَالَ: لَا تُسَلِّمُ أَنَّهُ لَا يَلْزَمُهُ ضَمَانُ الْأَصَابِعِ بَلْ يَلْزَمُهُ إِذَا عَفَا عَنْ الْكَفِّ.

قَالَ: (وَمَنْ لَهُ الْقِصَاصُ فِي الطَّرَفِ إِذَا اسْتَوْفَاهُ ثُمَّ سَرَى إِلَى النَّفْسِ وَمَاتَ يَضْمَنُ دِيَةَ النَّفْسِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَقَالَا: لَا يَضْمَنُ) لِأَنَّهُ اسْتَوْفَى حَقَّهُ وَهُوَ الْقَطْعُ، وَلَا يُمْكِنُ التَّقْيِيدُ بِوَصْفِ السَّلَامَةِ لَمَّا فِيهِ مِنْ سَدِّ بَابِ الْقِصَاصِ، إِذَا الْاِحْتِرَازُ عَنِ السَّرَايَةِ لَيْسَ فِي وَسْعِهِ فَصَارَ كَالْإِمَامِ وَالْبَزَّازِ وَالْحَجَّامِ وَالْمَأْمُورِ بِقَطْعِ الْيَدِ. وَلَهُ أَنَّهُ قَتَلَ بِغَيْرِ حَقٍّ لِأَنَّهُ حَقَّهُ فِي الْقَطْعِ وَهَذَا وَقَعَ قَتْلًا وَلِهَذَا لَوْ وَقَعَ ظُلْمًا كَانَ قَتْلًا. وَلِأَنَّهُ جَرَحَ أَفْضَى إِلَى فَوَاتِ الْحَيَاةِ فِي مَجْرَى الْعَادَةِ وَهُوَ مُسَمًّى الْقَتْلَ، إِلَّا أَنَّ الْقِصَاصَ سَقَطَ لِلشُّبْهَةِ فَوَجَبَ الْمَالَ بِخِلَافِ مَا اسْتَشْهَدَا بِهِ مِنَ الْمَسَائِلِ إِلَّا أَنَّهُ مُكَلَّفٌ فِيهَا بِالْفِعْلِ، إِمَّا تَقْلُدًا كَالْإِمَامِ أَوْ عَقْدًا كَمَا فِي غَيْرِهِ مِنْهَا. وَالْوَاجِبَاتُ لَا تَتَقَيَّدُ بِوَصْفِ السَّلَامَةِ كَالرَّمِي إِلَى الْحَرْبِ، وَفِيمَا نَحْنُ فِيهِ لَا التَّزَامَ وَلَا الْجُوبَ، إِذْ هُوَ مَدْنُوبٌ إِلَى الْعَفْوِ فَيَكُونُ مِنْ بَابِ الْإِطْلَاقِ فَأَشْبَهَ الْأَصْطِيَادَ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ لَهُ الْقِصَاصُ فِي الطَّرَفِ إِذَا اسْتَوْفَاهُ) وَاضِحٌ، وَقَدْ أَشْرَفْنَا إِلَيْهِ مِنْ قَبْلُ. وَقَوْلُهُ (فَصَارَ كَالْإِمَامِ) أَيُّ الْقَاضِي إِذَا قَطَعَ يَدَ السَّارِقِ فَمَاتَ مِنْ ذَلِكَ فَإِنَّهُ لَا شَيْءَ عَلَيْهِ. وَقَوْلُهُ (وَالْمَأْمُورُ بِقَطْعِ الْيَدِ) كَمَا إِذَا قَالَ أَقْطَعْ يَدَيْ فَعَلَّ فَمَاتَ لَا شَيْءَ عَلَى الْقَاطِعِ. وَقَوْلُهُ (فِي مَجْرَى الْعَادَةِ) يَعْنِي أَنَّ الْمَوْتَ مِنَ الْجُرْحِ لَيْسَ عَلَى خِلَافِ الْعَادَةِ. وَقَوْلُهُ (لِأَنَّهُ مُكَلَّفٌ فِيهَا) (أَيُّ فِي الْمَسَائِلِ) بِالْفِعْلِ إِمَّا تَقْلُدًا كَالْإِمَامِ فَإِنَّهُ إِذَا تَقَلَّدَ الْقَضَاءَ وَجَبَ عَلَيْهِ أَنْ يَحْكُمَ (أَوْ عَقْدًا) كَمَا مَرَّ فِي غَيْرِ الْإِمَامِ مِنَ الْمَسَائِلِ: يَعْنِي الْبَزَّازَ وَالْحَجَّامَ فَإِنَّ الْفِعْلَ يَجِبُ عَلَيْهِمَا بِعَقْدِ الْإِجَارَةِ (وَالْوَاجِبَاتُ لَا تَتَقَيَّدُ بِوَصْفِ

السَّلَامَةِ كَالرَّمِي إِلَى الْحَرْبِيِّ وَفِيمَا نَحْنُ فِيهِ) مِنَ الْاسْتِيفَاءِ (لَا وَجُوبَ وَلَا تَزَامَ) إِذِ الْعَفْوُ مُنْدُوبٌ إِلَيْهِ.

قَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿وَأَنْ تَعْفُوا أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى﴾ [البقرة: ٢٣٧] فَيَكُونُ مِنْ بَابِ الْإِطْلَاقِ: أَيْ الْإِبَاحَةِ فَأَشْبَهَ الْأَصْطِيَادَ، وَلَوْ رَمَى إِلَى صَيْدٍ فَأَصَابَ إِنْسَانًا ضَمِنَ كَذَا هَذَا، وَطُولِبَ بِالْفَرْقِ بَيْنَ هَذَا وَبَيْنَ الْمُسْتَأْجِرِ وَالْمُسْتَعِيرِ، وَمُعْلَمٌ ضَرَبَ الصَّبِيَّ بِإِذْنِ الْأَبِ فَمَاتَ، وَقَاطِعٌ يَدَ حَرْبِيٍّ أَوْ مُرْتَدٍّ أَسْلَمَ بَعْدَ الْقَطْعِ فَإِنَّهُ لَا يَجِبُ عَلَى الْمُسْتَأْجِرِ وَالْمُسْتَعِيرِ لِلرُّكُوبِ إِذَا تَفَقَّتِ الدَّابَّةُ مِنْهُ، وَعَلَى الْمُعْلَمِ وَالْقَاطِعِ ضَمَانٌ، وَهَاهُنَا يَجِبُ إِذَا سَرَى. وَأُجِيبَ بِأَنَّ فِي الثَّلَاثَةِ الْأُولَى حَصَلَ سَبَبُ الْهَلَاكِ بِالْإِذْنِ فَيَنْتَقِلُ الْفِعْلُ إِلَى الْإِذْنِ، وَلَوْ أَهْلَكَ الْمَالِكُ دَابَّتَهُ لَمْ يَجِبْ عَلَيْهِ شَيْءٌ فَكَذَا إِذَا أَدَنَ بِسَبَبِ الْهَلَاكِ، وَالْأَبُ إِذَا قَتَلَ ابْنَهُ وَجَبَ عَلَيْهِ الدِّيَّةُ فَكَذَلِكَ هَاهُنَا، بِخِلَافِ الْمُقْتَصِّ لَهُ فَإِنَّهُ يُقْطَعُ بِالْمَلِكِ دُونَ الْإِذْنِ، وَلَمَّا قَطَعَ وَسَرَى كَانَ الْقَطْعُ قَتْلًا وَلَيْسَ لَهُ مِلْكُ الْقَتْلِ فَكَانَ تَصَرُّفًا فِي غَيْرِ مِلْكِهِ وَهُوَ يُوجِبُ الضَّمَانَ.

وَأَمَّا الرَّابِعُ فَلَأَنَّ الْقَطْعَ مَعَ السَّرَايَةِ يَصِيرُ قَتْلًا مِنَ الْإِبْتِدَاءِ، وَلَوْ قَتَلَ ابْتِدَاءً وَقَعَ الْقَتْلُ قَبْلَ الْإِسْلَامِ فِي مَبَاحِ الدِّمِّ وَذَلِكَ لَا يُوجِبُ الضَّمَانَ، فَكَذَا إِذَا صَارَ قَتْلًا مِنَ الْإِبْتِدَاءِ لِأَنَّهُ مُسْتَنَدٌ إِلَى ابْتِدَاءِ الْقَطْعِ.

بَابُ الشَّهَادَةِ فِي الْقَتْلِ

قَالَ: (وَمَنْ قَتَلَ وَلَهُ ابْنَانِ حَاضِرٌ وَغَائِبٌ فَأَقَامَ الْحَاضِرُ الْبَيِّنَةَ عَلَى الْقَتْلِ ثُمَّ قَدِمَ الْغَائِبُ فَإِنَّهُ يُعِيدُ الْبَيِّنَةَ) عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَ: لَا يُعِيدُ (وَأِنْ كَانَ خَطَاً لَمْ يُعِدْهَا بِالْإِجْمَاعِ) وَكَذَلِكَ الدِّينُ يَكُونُ لِأَبِيهِمَا عَلَى آخِرَ لُهُمَا فِي الْخِلَافِيَّةِ أَنَّ الْقِصَاصَ طَرِيقُهُ طَرِيقُ الْوَرَاثَةِ كَالدِّينِ، وَهَذَا لِأَنَّهُ عِوَضٌ عَنْ نَفْسِهِ فَيَكُونُ الْمَلِكُ فِيهِ لِمَنْ لَهُ الْمَلِكُ فِي الْمَعُوضِ كَمَا فِي الدِّيَّةِ، وَلِهَذَا لَوْ انْقَلَبَ مَا لَا يَكُونُ لِلْمَيِّتِ، وَلِهَذَا يَسْقُطُ بِعَفْوِهِ بَعْدَ الْجُرْحِ قَبْلَ الْمَوْتِ فَيَنْتَصِبُ أَحَدُ الْوَرَثَةِ خَصَمًا عَنِ الْبَاقِينَ. وَلَهُ أَنْ الْقِصَاصَ طَرِيقُهُ الْخِلَافَةُ دُونَ الْوَرَاثَةِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّ مِلْكَ الْقِصَاصِ يَثْبُتُ بَعْدَ الْمَوْتِ وَالْمَيِّتُ لَيْسَ مِنْ أَهْلِهِ، بِخِلَافِ الدِّينِ وَالْدِّيَّةِ لِأَنَّهُ مِنْ أَهْلِ الْمَلِكِ فِي الْأَمْوَالِ، كَمَا إِذَا نَصَبَ شَبَكَةً فَتَعَلَّقَ بِهَا صَيْدٌ بَعْدَ مَوْتِهِ فَإِنَّهُ يَمْلِكُهُ، وَإِذَا كَانَ طَرِيقُهُ الْإِثْبَاتِ ابْتِدَاءً لَا يَنْتَصِبُ أَحَدُهُمْ خَصَمًا

عَنِ الْبَاقِينَ فَيُعِيدُ الْبَيِّنَةَ بَعْدَ حُضُورِهِ (فَإِنْ كَانَ أَقَامَ الْقَاتِلُ الْبَيِّنَةَ أَنَّ الْغَائِبَ قَدْ عَفَا
فَالشَّاهِدُ خَصَمَ وَيَسْقُطُ الْقِصَاصُ) لِأَنَّهُ ادَّعَى عَلَى الْحَاضِرِ سُقُوطَ حَقِّهِ فِي الْقِصَاصِ
إِلَى مَالٍ، وَلَا يُمْكِنُهُ إِثْبَاتُهُ إِلَّا بِإِثْبَاتِ الْعَفْوِ مِنَ الْغَائِبِ فَيَنْتَصِبُ الْحَاضِرُ خَصَمًا عَنِ
الْغَائِبِ (وَكَذَلِكَ عَبْدٌ بَيْنَ رَجُلَيْنِ قُتِلَ عَمْدًا وَاحِدُ الرَّجُلَيْنِ غَائِبٌ فَهُوَ عَلَى هَذَا) لَمَّا بَيَّنَّاهُ.

الشرح:

(بَابُ الشَّهَادَةِ فِي الْقَتْلِ): الْقَتْلُ بَعْدَ تَحَقُّقِهِ رَبَّمَا يُجْحَدُ فَيَحْتَاجُ مَنْ لَهُ
الْقِصَاصُ إِلَى إِثْبَاتِهِ بِالْبَيِّنَةِ فَبَيَّنَ الشَّهَادَةَ فِيهِ فِي بَابٍ عَلَى حَدِّهِ (وَمَنْ قُتِلَ وَلَهُ ابْنَانِ
حَاضِرٌ وَغَائِبٌ فَأَقَامَ الْحَاضِرُ الْبَيِّنَةَ عَلَى الْقَتْلِ ثُمَّ قَدِمَ الْغَائِبُ فَإِنَّهُ يُعِيدُ الْبَيِّنَةَ عِنْدَ أَبِي
حَنِيفَةَ. وَقَالَا: لَا يُعِيدُ، وَإِنْ كَانَ خَطَأً. لَا يُعِيدُ بِالْإِجْمَاعِ) وَكَذَلِكَ الدِّينُ يَكُونُ
لِأَيِّهِمَا عَلَى آخَرٍ، وَالْأَصْلُ أَنَّ اسْتِيفَاءَ الْقِصَاصِ حَقُّ الْوَرِثَةِ عِنْدَهُ وَحَقُّ الْمُورِثِ
عِنْدَهُمَا، وَلَيْسَ لِأَبِي حَنِيفَةَ تَمَسُّكٌ بِصَحَّةِ الْعَفْوِ مِنَ الْوَارِثِ حَالِ حَيَاةِ الْمُورِثِ
اسْتِحْسَانًا، كَمَا أَنَّهُ لَيْسَ لَهُمَا ذَلِكَ بِصَحَّةِ الْعَفْوِ مِنَ الْمُورِثِ الْمَجْرُوحِ اسْتِحْسَانًا
لِلتَّدَافُعِ. وَالْقِيَاسُ عَدَمُ الْجَوَازِ، أَمَّا مِنْ جِهَةِ الْمُورِثِ فَلَأَنَّ الْقَتْلَ لَمْ يُوجَدْ بَعْدُ، وَأَمَّا مِنْ
جِهَةِ الْوَارِثِ فَلَوْ قُوعَهُ قَبْلَ ثُبُوتِ حَقِّهِ.

وَوَجْهُ الاسْتِحْسَانِ أَنَّ السَّبَبَ قَدْ تَحَقَّقَ فَصَحَّ مِنْ كُلِّ مِنْهُمَا لَذَلِكَ، وَإِذَا ظَهَرَ
ذَلِكَ ظَهَرَ وَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّ الْقِصَاصَ طَرِيقُهُ طَرِيقُ الْوَرَاثَةِ كَالدِّينِ، وَمَا كَانَ كَذَلِكَ كَانَ
حُكْمُهُ حُكْمَ الدِّينِ، وَحُكْمُهُ أَنَّ يَنْتَصِبُ أَحَدُ الْوَرِثَةِ خَصَمًا عَنِ الْبَاقِينَ، وَاسْتَدَلَّ لَهُمَا
عَلَى أَنَّ طَرِيقَهُ طَرِيقُ الْوَرَاثَةِ بِقَوْلِهِ وَهَذَا لِأَنَّهُ عَوَّضُ نَفْسٍ.

قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ﴾ [المائدة: ٤٥] فَيَكُونُ
الْمَلِكُ فِيهِ لِمَنْ لَهُ الْمَلِكُ فِي الْمَعْوِضِ كَمَا فِي الدِّيَةِ، وَلِهَذَا لَوْ انْقَلَبَ مَا لَا يَكُونُ لِلْمَيِّتِ
تُقْضَى بِهِ دِيُونُهُ وَتُفْعَدُ مِنْهُ وَصَايَاهُ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ طَرِيقَهُ طَرِيقُ الْخِلَافَةِ، وَهُوَ أَنْ يَثْبُتَ
لِمَنْ يَخْلَفُ ابْتِدَاءً، كَالْعَبْدِ إِذَا أَتَاهُ فَإِنَّهُ يَثْبُتُ الْمَلِكُ لِلْمَوْلَى ابْتِدَاءً بِطَرِيقِ الْخِلَافَةِ لِأَنَّ
الْعَبْدَ لَيْسَ بِأَهْلٍ لِلْمَلِكِ، كَمَا أَنَّ الْمَيِّتَ لَيْسَ مِنْ أَهْلِ الْقِصَاصِ لِكُونِهِ مَلِكُ الْفِعْلِ وَلَا
يُتَصَوَّرُ الْفِعْلُ مِنَ الْمَيِّتِ وَالْوَرَاثَةُ هُوَ أَنْ يَثْبُتَ الْمَلِكُ لِلْمُورِثِ ابْتِدَاءً ثُمَّ لِلْوَارِثِ.

وَقَوْلُهُ (بِخِلَافِ الدِّينِ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِمَا كَالدِّينِ (لِأَنَّهُ) أَيُّ الْمَيِّتِ مِنْ أَهْلِ الْمَلِكِ

فِي الْأَمْوَالِ كَمَا إِذَا نَصَبَ شَبَكَةً فَتَعْلَقَ بِهَا صَيْدٌ بَعْدَ مَوْتِهِ فَإِنَّهُ يَمْلِكُهُ، وَإِذَا كَانَ طَرِيقَهُ
الْإِبْنَاتِ ابْتِدَاءً لَا يَنْتَصِبُ أَحَدُهُمْ خَصْمًا عَنِ الْبَاقِينَ فَيُعِيدُ الْعَائِبُ الْبَيِّنَةَ بَعْدَ حُضُورِهِ،
وَهَذَا أُنْسِبَ لِلْقَوَاعِدِ الْفِقْهِيَّةِ، فَإِنَّ الْمَحَلَّ مِمَّا لِلشُّبْهَةِ فِيهِ مَجَالٌ. وَقَوْلُهُ (فَإِنْ أَقَامَ الْقَاتِلُ
الْبَيِّنَةَ) وَاضِحٌ.

قَالَ: (فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلِيَاءُ ثَلَاثَةً فَشَهِدَ اثْنَانِ مِنْهُمْ عَلَى الْآخَرِ أَنَّهُ قَدْ عَفَا
فَشَهَادَتُهُمَا بَاطِلَةٌ وَهُوَ عَفْوٌ مِنْهُمْ) لِأَنَّهُمَا يَجْرَانِ بِشَهَادَتَيْهِمَا إِلَى أَنْفُسِهِمَا مَغْنَمًا وَهُوَ
انْقِلَابُ الْقَوْدِ مَالًا (فَإِنْ صَدَّقَهُمَا الْقَاتِلُ فَالِدِيَّةُ بَيْنَهُمْ أَثْلَاثًا) مَعْنَاهُ: إِذَا صَدَّقَهُمَا وَحْدَهُ،
لَأَنَّهُ لَمَّا صَدَّقَهُمَا فَقَدْ أَقْرَأَ بِثُلَاثِي الدِّيَةِ لِهَمَا فَصَحَّ إِقْرَارُهُ، إِلَّا أَنَّهُ يَدَّعِي سَقُوطَ حَقِّ
الْمَشْهُودِ عَلَيْهِ وَهُوَ يُنْكِرُ فَلَا يُصَدِّقُ وَيَغْرَمُ نَصِيبَهُ (وَإِنْ كَذَّبَهُمَا فَلَا شَيْءَ لَهُمَا وَلِلْآخِرِ
ثُلُثُ الدِّيَةِ) وَمَعْنَاهُ: إِذَا كَذَّبَهُمَا الْقَاتِلُ أَيْضًا، وَهَذَا لِأَنَّهُمَا أَقْرَأَ عَلَى أَنْفُسِهِمَا بِسَقُوطِ
الْقِصَاصِ فَقَبِلَ وَادَّعَى انْقِلَابَ نَصِيبِهِمَا مَالًا فَلَا يَقْبَلُ إِلَّا بِحُجَّتِهِ، وَيَنْقَلِبُ نَصِيبُ الْمَشْهُودِ
عَلَيْهِ مَالًا لِأَنَّ دَعْوَاهُمَا الْعَفْوَ عَلَيْهِ وَهُوَ يُنْكِرُ بِمَنْزِلَةِ ابْتِدَاءِ الْعَفْوِ مِنْهُمَا فِي حَقِّ الْمَشْهُودِ
عَلَيْهِ، لِأَنَّ سَقُوطَ الْقَوْدِ مُضَافٌ إِلَيْهِمَا، وَإِنْ صَدَّقَهُمَا الْمَشْهُودُ عَلَيْهِ وَحْدَهُ غَرِمَ الْقَاتِلُ ثُلُثَ
الدِّيَةِ لِلْمَشْهُودِ عَلَيْهِ لِإِقْرَارِهِ لَهُ بِذَلِكَ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (لَأَنَّهُمَا يَجْرَانِ) تَعْلِيلُ لِقَوْلِهِ فَشَهَادَتُهُمَا بَاطِلَةٌ، وَتَعْلِيلُ قَوْلِهِ وَهُوَ عَفْوٌ
مِنْهُمْ لَمْ يَذْكُرْهُ، وَهُوَ مَا قَالَ الْإِمَامُ الْمُحْتَوِي لِأَنَّهُمَا زَعَمَا أَنَّ الْقَوْدَ قَدْ سَقَطَ وَزَعَمُوهَا
مُعْتَبَرٌ فِي حَقِّهِمَا. وَقَوْلُهُ (فَإِنْ صَدَّقَهُمَا الْقَاتِلُ فَالِدِيَّةُ بَيْنَهُمْ أَثْلَاثًا) يَتَأْتِي فِيهِ الْأَقْسَامُ
الْعَقْلِيَّةُ، لِأَنَّهُ إِمَّا أَنْ يُصَدَّقَهُمَا الْقَاتِلُ وَالْمَشْهُودُ عَلَيْهِ جَمِيعًا أَوْ يُكَذَّبَاهُمَا أَوْ يُصَدَّقَهُمَا
الْقَاتِلُ دُونَ الْمَشْهُودِ عَلَيْهِ أَوْ بِالْعَكْسِ، وَالْمَذْكُورُ فِي الْكِتَابِ أَوَّلًا هُوَ أَنْ يُصَدَّقَهُمَا
الْقَاتِلُ وَحْدَهُ وَفِيهِ الدِّيَةُ بَيْنَهُمْ أَثْلَاثًا لَمَّا ذَكَرَ فِي الْكِتَابِ مِنَ التَّعْلِيلِ، وَأَشَارَ بِقَوْلِهِ وَحْدَهُ
إِلَى أَنَّهُمَا لَوْ صَدَّقَاهُمَا ضَمِنَ الْقَاتِلُ لِلشَّاهِدَيْنِ ثُلَاثِي الدِّيَةِ لَا غَيْرَ لِأَنَّهُمَا ادَّعَى عَلَى
الْقَاتِلِ الْمَالِ وَصَدَّقَهُمَا الْقَاتِلُ فِيهِ، وَلَا شَيْءَ لِلْمَشْهُودِ عَلَيْهِ لِأَنَّهُ بَتَصَدِيقِهِ الشَّاهِدَيْنِ فِيمَا
شَهِدَا أَقْرَأَ بِالْعَفْوِ فَصَارَ كَمَا لَوْ ثَبَتَ ذَلِكَ عَيَانًا. وَقَوْلُهُ (إِنْ كَذَّبَهُمَا) أَيُّ كَذَّبَهُمَا
الْقَاتِلُ وَالْمَشْهُودُ عَلَيْهِ أَيْضًا (فَلَا شَيْءَ لِلشَّاهِدَيْنِ وَلِلْمَشْهُودِ عَلَيْهِ ثُلُثُ الدِّيَةِ) لَمَّا ذَكَرَهُ

فِي الْكِتَابِ. وَقَوْلُهُ وَإِنْ صَدَّقَهُمَا الْمَشْهُودُ عَلَيْهِ وَحْدَهُ) يَعْنِي وَكَذَّبَهُمَا الْقَاتِلُ (غَرِمَ الْقَاتِلُ لِلْمَشْهُودِ عَلَيْهِ ثُلُثَ الدِّيَةِ لِإِقْرَارِهِ لَهُ بِذَلِكَ) وَفِي بَعْضِ النُّسخِ وَلَكِنَّهُ يَصْرِفُ ذَلِكَ إِلَى الشَّاهِدَيْنِ وَهَذَا اسْتِحْسَانٌ، وَالْقِيَاسُ أَنْ لَا يُلْزَمُهُ شَيْءٌ لِأَنَّهُ مَا ادَّعَاهُ الشَّاهِدَانِ عَلَى الْقَاتِلِ لَمْ يَثْبُتْ لِإِنْكَارِهِ.

وَمَا أَقَرَّ بِهِ الْقَاتِلُ لِلْمَشْهُودِ عَلَيْهِ قَدْ بَطَلَ بِتَكْذِيبِهِ. وَجْهُ الاسْتِحْسَانِ أَنَّ الْقَاتِلَ بِتَكْذِيبِهِ الشَّاهِدَيْنِ أَقَرَّ لِلْمَشْهُودِ عَلَيْهِ بِثُلُثِ الدِّيَةِ لِرُغْمِهِ أَنَّ الْقِصَاصَ سَقَطَ بِدَعْوَاهُمَا الْعَفْوُ عَنِ الثَّالِثِ وَالْقَلْبُ نَصِيبُهُ مَالًا وَالثَّالِثُ لَمَّا صَدَّقَ الشَّاهِدَيْنِ فِي الْعَفْوِ فَقَدْ زَعَمَ أَنْ نَصِيبَهُمَا الْقَلْبَ مَالًا فَصَارَ مُقَرَّرًا لهُمَا بِمَا أَقَرَّ بِهِ الْقَاتِلُ فَيَجُوزُ قَرَارُهُ بِذَلِكَ بِمَنْزِلَةِ مَا لَوْ أَقَرَّ لِرَجُلٍ بِأَلْفٍ دِرْهَمٍ فَقَالَ الْمَقْرُّ لَهُ هَذِهِ الْأَلْفُ لَيْسَتْ لِي وَلَكِنَّهَا لِفُلَانٍ جَارٍ وَصَارَ الْأَلْفُ لِفُلَانٍ، كَذَا هَذَا.

قَالَ: (وَإِذَا شَهِدَ الشُّهُودُ أَنَّهُ ضَرَبَهُ فَلَمْ يَزَلْ صَاحِبُ فِرَاشٍ حَتَّى مَاتَ فَعَلَيْهِ الْقَوْدُ إِذَا كَانَ عَمْدًا) لِأَنَّ الثَّابِتَ بِالشَّهَادَةِ كَالثَّابِتِ مُعَايِنَةً، وَفِي ذَلِكَ الْقِصَاصُ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ، وَالشَّهَادَةُ عَلَى قَتْلِ الْعَمْدِ تَتَحَقَّقُ عَلَى هَذَا الْوَجْهِ، لِأَنَّ الْمَوْتَ بِسَبَبِ الضَّرْبِ إِنَّمَا يُعْرَفُ إِذَا صَارَ بِالضَّرْبِ صَاحِبُ فِرَاشٍ حَتَّى مَاتَ، وَتَأْوِيلُهُ إِذَا شَهِدُوا أَنَّهُ ضَرَبَهُ بِشَيْءٍ جَارِحٍ.

الشرح:

قَالَ (وَإِذَا شَهِدَ الشُّهُودُ أَنَّهُ ضَرَبَهُ) صُورَةُ الْمَسْأَلَةِ ظَاهِرَةٌ. وَقَوْلُهُ (وَإِذَا كَانَ عَمْدًا) أَقُولُ: الْمُصَنِّفُ احْتَرَزَ بِهِ عَنِ الْخَطَأِ. ثُمَّ قَالَ (وَتَأْوِيلُهُ إِذَا شَهِدُوا أَنَّهُ ضَرَبَهُ بِشَيْءٍ جَارِحٍ) لِأَنَّهُ إِذَا لَمْ يَكُنْ كَذَلِكَ لَا يَجِبُ الْقَوْدُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ كَمَا تَقَدَّمَ. قِيلَ الشُّهُودُ شَهِدُوا عَلَى الضَّرْبِ بِشَيْءٍ جَارِحٍ، وَلَكِنْ قَدْ يَكُونُ خَطَأً فَكَيْفَ يَثْبُتُ الْقَوْدُ. وَأُجِيبَ بِأَنَّهُمْ لَمَّا شَهِدُوا أَنَّهُ ضَرَبَهُ بِسِلَاحٍ فَقَدْ شَهِدُوا أَنَّهُ قَصَدَ ضَرْبَهُ، لِأَنَّهُ لَوْ كَانَ مُخْطِئًا لَا يَحِلُّ لَهُمْ أَنْ يَشْهَدُوا أَنَّهُ ضَرَبَهُ، وَإِنَّمَا يَشْهَدُونَ أَنَّهُ قَصَدَ ضَرْبَ غَيْرِهِ فَأَصَابَهُ. وَأَقُولُ: هَذَا لَيْسَ بِوَارِدٍ عَلَى صَاحِبِ الْهَدَايَةِ، لِأَنَّهُ أَشَارَ إِلَيْهِ بِقَوْلِهِ إِذَا كَانَ عَمْدًا، نَعَمْ يَرِدُ عَلَى عِبَارَةِ الْجَمَاعِ الصَّغِيرِ وَهَذَا احْتَرَزَ عَنْهُ الْمُصَنِّفُ.

قَالَ: (وَإِذَا اخْتَلَفَ شَاهِدَا الْقَتْلِ فِي الْأَيَّامِ أَوْ فِي الْبَلَدِ أَوْ فِي الذِّي كَانَ بِهِ الْقَتْلُ فَهُوَ بَاطِلٌ) لِأَنَّ الْقَتْلَ لَا يُعَادُ وَلَا يُكْرَرُ، وَالْقَتْلُ فِي زَمَانٍ أَوْ فِي مَكَانٍ غَيْرُ الْقَتْلِ فِي زَمَانٍ

أَوْ مَكَانٍ آخَرَ، وَالْقَتْلُ بِالْعَصَا غَيْرُ الْقَتْلِ بِالسَّلَاحِ لِأَنَّ الثَّانِيَّ عَمَدٌ وَالْأَوَّلُ شِبْهُ الْعَمَدِ، وَيَخْتَلِفُ أَحْكَامُهُمَا فَكَانَ عَلَى كُلِّ قَتْلِ شَهَادَةٌ فَرْدٌ (وَكَذَا إِذَا قَالَ أَحَدُهُمَا: قَتَلْتُ بِعَصَا وَقَالَ الْآخَرُ لَا أَدْرِي بِأَيِّ شَيْءٍ قَتَلْتَهُ فَهُوَ بَاطِلٌ) لِأَنَّ الْمُطْلَقَ يُغَايِرُ الْمُقَيَّدَ.

الشرح:

(وَقَوْلُهُ وَإِذَا اخْتَلَفَ شَاهِدَا الْقَتْلِ ظَاهِرٌ، وَقَدْ تَقَدَّمَ فِي الشَّهَادَاتِ أَنَّ اخْتِلَافَ الشَّاهِدَيْنِ فِي الْأَمْوَالِ يَمْنَعُ مِنَ الْحُكْمِ بِهَا فِي النُّفُوسِ أُولَى. وَقَوْلُهُ (لِأَنَّ الْمُطْلَقَ يُغَايِرُ الْمُقَيَّدَ) فَإِنَّ الْمُطْلَقَ يُوجِبُ الدِّيَّةَ فِي مَالِهِ وَالْمُقَيَّدَ بِالْعَصَا عَلَى الْعَاقِلَةِ.

قَالَ: (وَإِنْ شَهِدَا أَنَّهُ قَتَلَهُ وَقَالَا: لَا نَدْرِي بِأَيِّ شَيْءٍ قَتَلْتَهُ فَفِيهِ الدِّيَّةُ اسْتِحْسَانًا) وَالْقِيَاسُ أَنَّ لَا تُقْبَلُ هَذِهِ الشَّهَادَةُ لِأَنَّ الْقَتْلَ يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ الْأَلَةِ فَجُهِلَ الْمَشْهُودُ بِهِ. وَجَهَ الاسْتِحْسَانُ أَنَّهُمْ شَهِدُوا بِقَتْلِ مُطْلَقٍ وَالْمُطْلَقُ لَيْسَ بِمُجْمَلٍ فَيَجِبُ أَقْلُ مُوجِبِهِ وَهُوَ الدِّيَّةُ وَلَئِنَّهُ يُحْمَلُ إِجْمَالُهُمْ فِي الشَّهَادَةِ عَلَى إِجْمَالِهِمْ بِالْمَشْهُودِ عَلَيْهِ سِتْرًا عَلَيْهِ. وَأَوَّلُوا كَذِبَهُمْ فِي نَفْيِ الْعِلْمِ بِظَاهِرِ مَا وَرَدَ بِإِطْلَاقِهِ فِي إِصْلَاحِ ذَاتِ الْبَيْنِ وَهَذَا فِي مَعْنَاهُ، فَلَا يَثْبُتُ الْاِخْتِلَافُ بِالشَّكِّ، وَتَجِبُ الدِّيَّةُ فِي مَالِهِ لِأَنَّ الْأَصْلَ فِي الْفِعْلِ الْعَمْدُ فَلَا يَلْزَمُ الْعَاقِلَةُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (فَإِنْ شَهِدُوا أَنَّهُ قَتَلَهُ) وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (لَئِنَّهُ يُحْمَلُ إِجْمَالُهُمْ فِي الشَّهَادَةِ) فِيهِ صَنْعَةُ التَّجْنِيسِ الثَّامُ كَمَا فِي قَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَيَوْمَ تَقُومُ السَّاعَةُ يُقْسِمُ الْمُجْرِمُونَ مَا لَبِثُوا غَيْرَ سَاعَةٍ﴾ [الروم: ٥٥] الْأَوَّلُ بِمَعْنَى الْإِبْهَامِ وَالثَّانِي بِمَعْنَى الصَّنِيعِ وَهُوَ الْإِحْسَانُ، وَهُوَ فِي الْحَقِيقَةِ جَوَابٌ عَمَّا يَرِدُ عَلَى وَجْهِ الاسْتِحْسَانِ، وَهُوَ أَنْ يُقَالَ: الشُّهُودُ فِي قَوْلِهِمْ لَا نَدْرِي بِأَيِّ شَيْءٍ قَتَلَهُ إِمَّا صَادِقُونَ أَوْ كَاذِبُونَ لَعَدَمِ الْوَاسِطَةِ بَيْنَ الصِّدْقِ وَالْكَذِبِ، وَعَلَى كِلَا التَّقْدِيرَيْنِ يَجِبُ أَنْ لَا تُقْبَلَ شَهَادَتُهُمْ، لِأَنَّهُمْ إِنْ صَدَقُوا امْتَنَعَ الْقَضَاءُ بِهَا لِاخْتِلَافِ مُوجِبِ السَّيْفِ وَالْعَصَا، وَإِنْ كَذَبُوا فَكَذَلِكَ لِأَنَّهُمْ صَارُوا فَسَقَةً. وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُمْ جَعَلُوا عَالِمِينَ بِأَنَّهُ قَتَلَهُ بِالسَّيْفِ، لَكِنَّهُمْ بِقَوْلِهِمْ لَا نَدْرِي اخْتَارُوا حِسْبَةَ السِّتْرِ عَلَى الْقَاتِلِ وَأَحْسَنُوا إِلَيْهِ بِالْإِحْيَاءِ وَجَعَلَ كَذِبُهُمْ هَذَا مَعْفُوًا عِنْدَ اللَّهِ لَمَّا جَاءَ فِي الْحَدِيثِ «لَيْسَ كَذَابٌ مِّنْ يُصْلَحُ بَيْنَ اثْنَيْنِ» فَبِتَأْوِيلِهِمْ كَذِبُهُمْ بِهَذَا لَمْ

يَكُونُوا فَسَقَةً فَتَقْبَلُ شَهَادَتُهُمْ، وَهُوَ مَعْنَى قَوْلِهِ (وَأَوَّلُوا كَذِبَهُمْ بِظَاهِرِ مَا وَرَدَ بِإِطْلَاقِهِ) أَيِ بَتَجْوِيزِ الْكَذِبِ.

وَقَوْلُهُ (وَهَذَا فِي مَعْنَاهُ) أَيِ سَتَرُ الشَّاهِدِ عَلَى الْمَشْهُودِ عَلَيْهِ فِي مَعْنَى إِصْلَاحِ ذَاتِ الْبَيِّنِ بِجَامِعِ أَنْ الْعَفْوَ مَنُذُوبٌ إِلَيْهِ هَاهُنَا، كَمَا أَنَّ الْإِصْلَاحَ مَنُذُوبٌ إِلَيْهِ هُنَاكَ، فَكَانَ وَرُودُ الْحَدِيثِ هُنَاكَ وَرُودًا هَاهُنَا، وَقَوْلُهُ (فَلَا يَتَّبِعُ الْاِخْتِلَافُ بِالشَّكِّ) يَعْنِي إِذَا أُحْتَمِلَ أَنْ يَكُونُوا عَالِمِينَ وَأَجْمَلُوا وَاحْتَمِلَ أَنْ لَا يَكُونُوا كَذَلِكَ وَقَعَ الشَّكُّ، وَالاِخْتِلَافُ لَا يَتَّبِعُ بِالشَّكِّ (وَتَجِبُ الدِّيَّةُ فِي مَالِهِ لِأَنَّ الْأَصْلَ فِي الْفِعْلِ الْعَمْدُ فَلَا يَلْزَمُ الْعَاقِلَةَ).

قَالَ: (وَإِذَا أَقَرَّ رَجُلَانِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنَّهُ قَتَلَ فَلَانًا فَقَالَ الْوَلِيُّ: قَتَلْتُمَاهُ جَمِيعًا فَلَهُ أَنْ يَقْتُلَهُمَا، وَإِنْ شَهِدُوا عَلَى رَجُلٍ أَنَّهُ قَتَلَ فَلَانًا وَشَهِدَ آخَرُونَ عَلَى آخَرَ بِقَتْلِهِ وَقَالَ الْوَلِيُّ: قَتَلْتُمَاهُ جَمِيعًا بَطَلَ ذَلِكَ كُلُّهُ) وَالْفَرْقُ أَنَّ الْإِقْرَارَ وَالشَّهَادَةَ يَتَنَاقَلُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا وَجُودَ كُلِّ الْقَتْلِ وَوُجُوبَ الْقِصَاصِ، وَقَدْ حَصَلَ التَّكْذِيبُ فِي الْأَوَّلَى مِنَ الْمُقَرِّ لَهُ وَفِي الثَّانِيَةِ مِنَ الْمَشْهُودِ لَهُ، غَيْرَ أَنَّ تَكْذِيبَ الْمُقَرِّ لَهُ الْمُقَرِّ فِي بَعْضٍ مَا أَقَرَّ بِهِ لَا يُبْطِلُ إِقْرَارَهُ فِي الْبَاقِي، وَتَكْذِيبُ الْمَشْهُودِ لَهُ الشَّاهِدَ فِي بَعْضٍ مَا شَهِدَ بِهِ يُبْطِلُ شَهَادَتَهُ أَصْلًا، لِأَنَّ التَّكْذِيبَ تَفْسِيقٌ وَفَسَقُ الشَّاهِدِ يَمْنَعُ الْقَبُولَ، أَمَا فِسْقُ الْمُقَرِّ لَا يَمْنَعُ صِحَّةَ الْإِقْرَارِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِذَا أَقَرَّ الرَّجُلَانِ إلخ) مَسْأَلَتَانِ مَبْنَاهُمَا عَلَى أَنَّ تَكْذِيبَ الْمُقَرِّ لَهُ الْمُقَرِّ فِي بَعْضٍ مَا أَقَرَّ بِهِ لَا يُبْطِلُ إِقْرَارَهُ فِي الْبَاقِي، فَإِنْ مَنْ أَقَرَّ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ وَصَدَّقَهُ الْمُقَرِّ لَهُ فِي النِّصْفِ وَكَذَّبَهُ فِي النِّصْفِ يَصِحُّ الْإِقْرَارُ فِيمَا صَدَّقَهُ، وَتَكْذِيبُ الْمَشْهُودِ لَهُ الشَّاهِدَ فِي بَعْضٍ مَا يَشْهَدُ بِهِ يُبْطِلُ شَهَادَتَهُ أَصْلًا لِكَوْنِهِ تَفْسِيقًا لَهُ، وَفَسْقُ الشَّاهِدِ يَمْنَعُ الْقَبُولَ، بِخِلَافِ فُسْقِ الْمُقَرِّ وَقَيْدَ بَقَوْلِهِ فِي بَعْضٍ مَا أَقَرَّ بِهِ لِأَنَّهُ إِذَا أَكْذَبَهُ فِي كُلِّ مَا أَقَرَّ بِهِ بَطَلَ الْإِقْرَارُ لِأَنَّهُ رَدٌّ لِإِقْرَارِهِ، وَعَلَى هَذَا لَوْ قَالَ الْمُقَرِّ لَهُ بَدَلَ قَوْلِهِ قَتَلْتُمَاهُ صَدَقْتُمَا لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَقْتُلَ وَاحِدًا مِنْهُمَا لِأَنَّ مَعْنَى قَوْلِهِ صَدَقْتُمَا مَعْنَى قَوْلِهِ صَدَقْتُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا وَمَعْنَاهُ أَلْتَ قَتَلْتَ وَحَدَكَ وَفِي ذَلِكَ تَكْذِيبُ الْآخَرِ فِي الْجَمِيعِ وَهُوَ تَكْذِيبُ لِهَمَا.

باب في اعتبار حالة القتل

قَالَ: (وَمَنْ رَمَى مُسْلِمًا فَارْتَدَّ الْمَرْمِيُّ إِلَيْهِ وَالْعِيَاذُ بِاللَّهِ ثُمَّ وَقَعَ بِهِ السَّهْمُ فَعَلَى الرَّامِي الدِّيَّةُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَالَا: لَا شَيْءَ عَلَيْهِ) لِأَنَّهُ بِالْإِرْتِدَادِ أَسْقَطَ تَقْوَمَ نَفْسِهِ فَيَكُونُ مُبْرَأًا لِلرَّامِي عَنْ مُوجِبِهِ كَمَا إِذَا أَبْرَأَهُ بَعْدَ الْجَرْحِ قَبْلَ الْمَوْتِ. وَلَهُ أَنَّ الضَّمَانَ يَجِبُ بِفِعْلِهِ وَهُوَ الرَّمْيُ إِذَا لَا فِعْلَ مِنْهُ بَعْدَ فَتَعْتَبُرُ حَالَةُ الرَّمْيِ وَالْمَرْمِيُّ إِلَيْهِ فِيهَا مُتَقَوِّمٌ. وَلِهَذَا تُعْتَبَرُ حَالَةُ الرَّمْيِ فِي حَقِّ الْحِلِّ حَتَّى لَا يَحْرُمَ بَرْدَةُ الرَّامِي بَعْدَ الرَّمْيِ، وَكَذَا فِي حَقِّ التَّكْفِيرِ حَتَّى جَازَ بَعْدَ الْجَرْحِ قَبْلَ الْمَوْتِ. وَالْفِعْلُ وَإِنْ كَانَ عَمْدًا فَالْقَوْدُ سَقَطَ لِلشُّبْهَةِ وَوَجِبَتِ الدِّيَّةُ.

الشرح:

(بَابُ فِي عِتْبَارِ حَالَةِ الْقَتْلِ): لَمَّا كَانَتْ الْأَحْوَالُ صِفَاتٍ لِدَوِيهَا ذَكَرَهَا بَعْدَ ذِكْرِ نَفْسِ الْقَتْلِ وَمَا يَتَعَلَّقُ بِهِ (وَمَنْ رَمَى مُسْلِمًا فَارْتَدَّ الْمَرْمِيُّ إِلَيْهِ وَالْعِيَاذُ بِاللَّهِ ثُمَّ وَقَعَ بِهِ السَّهْمُ فَعَلَى الرَّامِي الدِّيَّةُ لَوَرْتَهُ الْمُرْتَدُّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَالَا: لَا شَيْءَ عَلَيْهِ لِأَنَّهُ بِالْإِرْتِدَادِ أَسْقَطَ تَقْوَمَ نَفْسِهِ وَذَلِكَ إِبْرَاءٌ لِلضَّامِنِ) لِأَنَّ مَنْ أَخْرَجَ الْمُتَقَوِّمَ عَنِ التَّقْوَمِ سَقَطَ حَقُّهُ كَالْمَعْصُوبِ مِنْهُ إِذَا أَعْتَقَ الْمَعْصُوبَ فَإِنَّهُ صَارَ مُبْرَأًا لِلْعَاصِبِ عَنِ الضَّمَانِ بِإِسْقَاطِ حَقِّهِ وَصَارَ بِهِ مُبْرَأًا (كَمَا إِذَا أَبْرَأَهُ) أَيُّ الرَّامِي عَنِ الْجَنَائَةِ أَوْ حَقِّهِ (بَعْدَ الْجَرْحِ) أَيُّ ائْتِقَادِ سَبَبِهِ وَهُوَ الرَّمْيُ قَبْلَ أَنْ يُصِيبَهُ السَّهْمُ (وَلَأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الضَّمَانَ يَجِبُ بِفِعْلِهِ وَهُوَ الرَّمْيُ إِذَا لَا فِعْلَ مِنْهُ بَعْدَهُ) وَمَا هُوَ كَذَلِكَ فَالْمُعْتَبَرُ فِيهِ وَقْتُ الْفِعْلِ كَالْعَصَبِ (فَيُعْتَبَرُ حَالَةُ الرَّمْيِ وَالْمَرْمِيُّ إِلَيْهِ فِيهَا مُتَقَوِّمٌ) وَاسْتَوْضَحَ اعْتِبَارَ وَقْتِ الرَّمْيِ بِمَا إِذَا رَمَى صَيِّدًا ثُمَّ ارْتَدَّ وَالْعِيَاذُ بِاللَّهِ ثُمَّ أَصَابَ فَإِنْ رَدَّتْهُ بَعْدَ الرَّمْيِ لَا تَحْرُمُ لِأَنَّ فِعْلَهُ ذَكَاءٌ شَرْعًا وَقَدْ تَمَّ مُوجِبًا لِلْحِلِّ بِشَرْطِهِ وَهُوَ التَّسْمِيَةُ، وَبِمَا إِذَا كَانَتْ الْجَنَائَةُ خَطَأً فَكَفَّرَ بَعْدَ الرَّمْيِ قَبْلَ الْإِصَابَةِ فَإِنَّهُ صَحِيحٌ، وَهَذِهِ الْعِبَارَةُ أُتْسِبُ مِمَّا قَالَهُ الْمُصَنِّفُ حَتَّى جَازَ بَعْدَ الْجَرْحِ قَبْلَ الْمَوْتِ لِإِمْكَانِ اعْتِبَارِ وَقْتِ الْإِصَابَةِ هُنَاكَ. فَإِنْ قِيلَ: إِنْ كَانَ مَا ذَكَرْتُمْ صَحِيحًا بِجَمِيعِ مُقَدِّمَاتِهِ وَالْفِعْلُ عَمْدًا فَالْوَاجِبُ الْقِصَاصُ. أَجَابَ بِقَوْلِهِ (وَالْفِعْلُ وَإِنْ كَانَ عَمْدًا فَالْقَوْدُ يَسْقُطُ بِالشُّبْهَةِ) يَعْنِي الشُّبْهَةَ النَّاشِئَةَ مِنْ اعْتِبَارِ حَالَةِ الْإِصَابَةِ (وَوَجِبَتِ الدِّيَّةُ) أَيُّ فِي مَالِهِ، وَلَوْ كَانَتْ الْمَسْأَلَةُ بِالْعَكْسِ فَلَا شَيْءَ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا.

(وَلَوْ رَمَى إِلَيْهِ وَهُوَ مُرْتَدٌّ فَأَسْلَمَ ثُمَّ وَقَعَ بِهِ السَّهْمُ فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا، وَكَذَا إِذَا رَمَى حَرَبِيًّا فَأَسْلَمَ) لِأَنَّ الرَّمِيَّ مَا انْعَقَدَ مُوجِبًا لِلضَّمَانِ لِعَدَمِ تَقَوُّمِ الْمَحَلِّ فَلَا يَنْقَلِبُ مُوجِبًا لِصَيْرُورَتِهِ مُتَقَوِّمًا بَعْدَ ذَلِكَ.

الشرح:

(وَكَذَا إِذَا رَمَى حَرَبِيًّا فَأَسْلَمَ) ثُمَّ وَقَعَ بِهِ السَّهْمُ (لِأَنَّ الرَّمِيَّ مَا انْعَقَدَ مُوجِبًا لِلضَّمَانِ لِعَدَمِ تَقَوُّمِ الْمَحَلِّ فَلَا يَنْقَلِبُ مُوجِبًا لِصَيْرُورَتِهِ مُتَقَوِّمًا بَعْدَ ذَلِكَ) وَتُقَاضَى بِمَا إِذَا رَمَى إِلَى صَيْدٍ فِي الْحِلِّ فَدَخَلَ الْحَرَمَ ثُمَّ أَصَابَهُ السَّهْمُ فَمَاتَ وَجَبَ الْجَزَاءُ عَلَى الرَّامِي. وَأُجِيبَ بِأَنَّ جَزَاءَ صَيْدِ الْحَرَمِ لَا يَخْتَصُّ بِالْفِعْلِ وَلِهَذَا يَجِبُ بِدَلَالَةِ الْمُحَرَّمِ وَإِشَارَتِهِ وَهَذَا لَا يَكُونُ أَقْلٌ مِنْ ذَلِكَ.

قَالَ: (وَإِنْ رَمَى عَبْدًا فَأَعْتَقَهُ مَوْلَاهُ ثُمَّ وَقَعَ السَّهْمُ بِهِ فَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ لِلْمَوْلَى) عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: عَلَيْهِ فَضْلٌ مَا بَيْنَ قِيمَتِهِ مَرْمِيًّا إِلَى غَيْرِ مَرْمِيٍّ، وَقَوْلُ أَبِي يُوسُفَ مَعَ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ لَهُ أَنَّ الْعِتْقَ قَاطِعٌ لِلسَّرَايَةِ، وَإِذَا انْقَطَعَتْ بَقِيَ مُجَرَّدُ الرَّمِيِّ وَهُوَ جَنَائِيَّةٌ يَنْتَقِصُ بِهَا قِيمَتُ الرَّمِيِّ إِلَيْهِ بِالإِضَافَةِ إِلَى مَا قَبْلَ الرَّمِيِّ فَيَجِبُ ذَلِكَ. وَلَهُمَا أَنَّهُ يَصِيرُ قَاتِلًا مِنْ وَقْتِ الرَّمِيِّ لِأَنَّهُ فَعَلَهُ الرَّمِيَّ وَهُوَ مَمْلُوكٌ فِي تِلْكَ الْحَالَةِ فَتَجِبُ قِيمَتُهُ، بِخِلَافِ الْقَطْعِ وَالْجُرْحِ لِأَنَّهُ إِتْلَافٌ بَعْضِ الْمَحَلِّ، وَأَنَّهُ يُوجِبُ الضَّمَانَ لِلْمَوْلَى، وَبَعْدَ السَّرَايَةِ لَوْ وَجِبَ شَيْءٌ لَوْجِبَ لِلْعَبْدِ فَتَصِيرُ النِّهَايَةُ مُخَالَفَةً لِلْبِدَايَةِ. أَمَّا الرَّمِيُّ قَبْلَ الإِصَابَةِ لَيْسَ بِإِتْلَافٍ شَيْءٍ مِنْهُ لِأَنَّهُ لَا أَثَرَ لَهُ فِي الْمَحَلِّ. وَإِنَّمَا قُلْتُ الرُّغْبَاتُ فِيهِ فَلَا يَجِبُ بِهِ ضَمَانٌ فَلَا تَتَخَالَفُ النِّهَايَةُ وَالْبِدَايَةُ فَتَجِبُ قِيمَتُهُ لِلْمَوْلَى. وَزُفِرَ وَإِنْ كَانَ يُخَالَفُنَا فِي وَجُوبِ الْقِيَمَةِ نَظَرًا إِلَى حَالَةِ الإِصَابَةِ فَالْحُجَّةُ عَلَيْهِ مَا حَقَّقْنَاهُ.

الشرح:

(وَإِنْ رَمَى عَبْدًا فَأَعْتَقَهُ مَوْلَاهُ ثُمَّ وَقَعَ بِهِ السَّهْمُ فَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ لِلْمَوْلَى) عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَهُوَ قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: عَلَيْهِ فَضْلٌ مَا بَيْنَ قِيمَتِهِ مَرْمِيًّا إِلَى غَيْرِ مَرْمِيٍّ (حَتَّى لَوْ كَانَتْ قِيمَتُهُ قَبْلَ الرَّمِيِّ أَلْفَ دِرْهَمٍ وَبَعْدَهُ ثَمَانِمِائَةَ دِرْهَمٍ لَزِمَهُ مِائَتَا دِرْهَمٍ، لِأَنَّ الْعِتْقَ قَاطِعٌ لِلسَّرَايَةِ لِاشْتِبَاهِهِ مَنْ لَهُ الْحَقُّ، لِأَنَّ الْمُسْتَحِقَّ حَالَ ابْتِدَاءِ الْجَنَائِيَةِ الْمَوْلَى وَحَالَ الإِصَابَةِ الْعَبْدَ لِحُرِّيَّتِهِ، فَصَارَ الْعِتْقُ بِمَنْزِلَةِ الْبُرْءِ كَمَا إِذَا قُطِعَ يَدُ عَبْدٍ أَوْ

جَرَحَهُ ثُمَّ أَعْتَقَهُ الْمَوْلَى ثُمَّ سَرَى فَإِنَّ الْعَتَقَ يَقْطَعُ السَّرَايَةَ حَتَّى لَا يَجِبَ بَعْدَ الْعَتَقِ شَيْءٌ مِنَ الدِّيَةِ وَالْقِيمَةِ وَإِنَّمَا يَضْمَنُ التَّقْصَانُ. وَإِذَا انْقَطَعَتِ السَّرَايَةُ بَقِيَ مُجَرَّدُ الرَّمْيِ وَهِيَ جَنَائَةٌ تَنْقُصُ بِهَا قِيمَةُ الرَّمْيِ إِلَيْهِ بِالْإِضَافَةِ إِلَى مَا قَبْلَ الرَّمْيِ فَيَجِبُ ذَلِكَ: أَيْ فَضْلُ مَا بَيْنَ قِيمَتِهِ مَرْمِيًّا إِلَى غَيْرِ مَرْمِيٍّ.

وَلَهُمَا أَنَّهُ يَصِيرُ قَاتِلًا إِلَى آخِرِ مَا فِي الْكِتَابِ وَهُوَ ظَاهِرٌ عَلَى مَذْهَبِ أَبِي حَنِيفَةَ، وَأَبِي يُوسُفَ يَحْتَاجُ إِلَى الْفَرْقِ بَيْنَ هَذِهِ وَبَيْنَ مَا إِذَا رَمَى مُسْلِمًا فَارْتَدَّ وَالْعِيَاذُ بِاللَّهِ قَبْلَ الْإِصَابَةِ حَيْثُ أُعْتَبِرَ هُنَاكَ حَالَةُ الْإِصَابَةِ وَهَاهُنَا حَالَةُ الرَّمْيِ، وَهُوَ أَنَّ الرَّمْيَ إِلَيْهِ خَرَجَ بِالِارْتِدَادِ مِنْ أَنْ يَكُونَ مَعْصُومًا وَالضَّمَانُ يَعْتَمِدُ الْعِصْمَةَ فَلَا يَجِبُ الضَّمَانُ بِالْمُتَأَنِّي.

وَأَمَّا الْإِعْتِنَاءُ فَإِنَّهُ لَا يُتَأَنَّى الْعِصْمَةَ فَيَجِبُ عَلَيْهِ ضَمَانُ قِيمَتِهِ لِلْمَوْلَى، وَمِنْ هَذَا يُعْلَمُ أَنَّ أَبَا يُوسُفَ يَعْتَبِرُ وَقْتَ الرَّمْيِ إِلَّا فِي صُورَةِ الْارْتِدَادِ (وَقَوْلُهُ بِخِلَافِ الْقَطْعِ وَالْجَرَحِ) جَوَابٌ عَمَّا ذَكَرْنَا لِمُحَمَّدٍ مِنْ صُورَةِ الْجَرَحِ وَالْقَطْعِ اسْتِشْهَادًا عَلَى قَطْعِ السَّرَايَةِ، وَتَحْقِيقُهُ أَنَّ الْعَتَقَ فِيهِمَا يُوجِبُ قَطْعَ السَّرَايَةِ لِاخْتِلَافِ نَهَايَةِ الْجَنَائَةِ وَبِدَايَتِهَا، فَإِنَّ ذَلِكَ بِمَنْزِلَةِ تَبَدُّلِ الْمَحَلِّ وَلَا تُسَلِّمُ تَحْقِيقُهُ فِي الْمُتَنَازَعِ فِيهِ، لِأَنَّ الرَّمْيَ قَبْلَ الْإِصَابَةِ لَيْسَ بِإِثْلَافِ شَيْءٍ مِنْهُ لَعَدَمِ أَثَرِ مِنْهُ فِي الْمَحَلِّ، وَإِنَّمَا ثَقُلَ بِهِ الرِّغَبَاتُ فَلَمْ يُخَالَفِ الْإِنْتِهَاءُ الْإِبْتِدَاءَ، فَتَجِبُ قِيمَتُهُ لِلْمَوْلَى. وَزُفِرَ وَإِنْ كَانَ يُخَالَفُنَا فِي وَجُوبِ الْقِيمَةِ يَعْنِي وَيَقُولُ بِاللَّيَّةِ نَظَرًا إِلَى حَالَةِ الْإِصَابَةِ فَالْحُجَّةُ عَلَيْهِ مَا حَقَّقْنَاهُ، وَالْبَاقِي ظَاهِرٌ إِنْ لَمْ يَخْلُفْ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ

قَالَ: (وَمَنْ قُضِيَ عَلَيْهِ بِالرَّجْمِ فَرَمَاهُ رَجُلٌ ثُمَّ رَجَعَ أَحَدُ الشُّهُودِ ثُمَّ وَقَعَ بِهِ الْحَجَرُ فَلَا شَيْءَ عَلَى الرَّامِي) لِأَنَّ الْمُعْتَبَرَ حَالَةَ الرَّمْيِ وَهُوَ مُبَاحُ الدَّمِّ فِيهَا. (وَإِذَا رَمَى الْمَجُوسِيُّ صَيْدًا ثُمَّ أَسْلَمَ ثُمَّ وَقَعَتِ الرَّمْيَةُ بِالصَّيْدِ لَمْ يُؤْكَلْ، وَإِنْ رَمَاهُ وَهُوَ مُسْلِمٌ ثُمَّ تَمَجَّسَ وَالْعِيَاذُ بِاللَّهِ أَكَلِ) لِأَنَّ الْمُعْتَبَرَ حَالُ الرَّمْيِ فِي حَقِّ الْحِلِّ وَالْحُرْمَةِ إِذِ الرَّمْيُ هُوَ الذِّكَاةُ فَتُعْتَبَرُ الْأَهْلِيَّةُ وَأَنْسِلَابُهَا عِنْدَهُ.

(وَلَوْ رَمَى الْمُحْرَمُ صَيْدًا ثُمَّ حَلَّ فَوَقَعَتِ الرَّمْيَةُ بِالصَّيْدِ فَلَعَلَّهِ الْجَزَاءُ، وَإِنْ رَمَى حَلَالٌ صَيْدًا ثُمَّ أَحْرَمَ فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ) لِأَنَّ الضَّمَانَ إِنَّمَا يَجِبُ بِالْتَعَدِّيِّ وَهُوَ رَمْيُهُ فِي حَالَةِ الْإِحْرَامِ، وَفِي الْأَوَّلِ هُوَ مُحْرَمٌ وَقْتَ الرَّمْيِ وَفِي الثَّانِي حَلَالٌ فَلِهَذَا افْتَرَقَا وَاللَّهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

كتاب الدييات

قَالَ (وَفِي شِبْهِ الْعَمْدِ دِيَّةٌ مُغْلَظَةٌ عَلَى الْعَاقِلَةِ وَكَفَّارَةٌ عَلَى الْقَاتِلِ) وَقَدْ بَيَّنَّاهُ فِي
أَوَّلِ الْجِنَايَاتِ. قَالَ: (وَكَفَّارَتُهُ عِتْقُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ) لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ ﴾
[النساء: ٩٢] ﴿ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ تَوْبَةً مِّنَ اللَّهِ ﴾ بِهَذَا النِّصِّ (وَلَا
يُجْزِئُ فِيهِ الْإِطْعَامُ) لِأَنَّهُ لَمْ يَرِدْ بِهِ نَصٌّ وَالْمَقَادِيرُ تُعْرَفُ بِالتَّوْقِيفِ، وَلِأَنَّهُ جَعَلَ الْمَذْكُورَ
كُلَّ الْوَاجِبِ بِحَرْفِ الْفَاءِ، أَوْ لِكَوْنِهِ كُلُّ الْمَذْكُورِ عَلَى مَا عُرِفَ (وَيُجْزِئُهُ رَضِيعُ أَحَدِ
أَبْوَيْهِ مُسْلِمٌ) لِأَنَّهُ مُسْلِمٌ بِهِ وَالظَّاهِرُ بِسَلَامَةِ أَطْرَافِهِ (وَلَا يُجْزِئُ مَا فِي الْبَطْنِ) لِأَنَّهُ لَا
تُعْرَفُ حَيَاتُهُ وَلَا سَلَامَتُهُ.

الشرح:

(كِتَابُ الدِّيَّاتِ): ذَكَرُ الدِّيَّاتِ بَعْدَ الْجِنَايَاتِ ظَاهِرُ الْمُنَاسِبَةِ لِمَا أَنَّ الدِّيَّةَ إِحْدَى
مُوجِبِي الْجِنَايَةِ الْمَشْرُوعِينَ لِلصِّيَانَةِ، لَكِنَّ الْقِصَاصَ أَشَدُّ صِيَانَةً فَقَدْ دُمَّ، وَمَحَاسِنُهَا مَحَاسِنُ
الْقِصَاصِ، وَالدِّيَّةُ مُصَدِّرٌ مِنْ وَدَى الْقَاتِلِ الْمُقْتُولِ إِذَا أُعْطِيَ وَلِيَّهُ الْمَالُ الَّذِي هُوَ بَدَلُ
النَّفْسِ كَالْعَدَةِ مِنْ وَعْدٍ. قَالَ (وَفِي شِبْهِ الْعَمْدِ دِيَّةٌ مُغْلَظَةٌ) شِبْهُ الْعَمْدِ قَدْ تَقَدَّمَ مَعْنَاهُ.
وَحُكْمُهُ الدِّيَّةُ الْمُغْلَظَةُ عَلَى الْعَاقِلَةِ وَكَفَّارَةٌ عَلَى الْقَاتِلِ، وَقَدْ بَيَّنَّاهُ فِي أَوَّلِ الْجِنَايَاتِ
(وَكَفَّارَتُهُ عِتْقُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ ﴾ إِلَى قَوْلِهِ تَعَالَى ﴿ فَمَنْ لَمْ
يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ تَوْبَةً مِّنَ اللَّهِ ﴾، وَهُوَ نَصٌّ كَوْنُهَا بِالتَّحْرِيرِ أَوْ الصَّوْمِ فَقَطْ
(فَلَا يُجْزِئُ فِيهِ الْإِطْعَامُ لِأَنَّهُ لَمْ يَرِدْ بِهِ نَصٌّ، وَالْمَقَادِيرُ تُعْرَفُ بِالتَّوْقِيفِ) وَقَوْلُهُ (وَلِأَنَّهُ
جَعَلَ الْمَذْكُورَ كُلَّ الْوَاجِبِ) اسْتِدْلَالٌ مِنَ الْآيَةِ بِوَجْهَيْنِ آخَرَيْنِ: أَحَدُهُمَا بِالنَّظَرِ إِلَى
الْفَاءِ، وَذَلِكَ لِأَنَّ الْوَاقِعَ بَعْدَ فَاءِ الْجَزَاءِ يَجِبُ أَنْ يَكُونَ كُلُّ الْجَزَاءِ، إِذْ لَوْ لَمْ يَكُنْ
كَذَلِكَ لَاتَّبَسَّ فَلَا يُعْلَمُ أَنَّهُ هُوَ الْجَزَاءُ أَوْ بَقِيَ مِنْهُ شَيْءٌ وَمِثْلُهُ مُخِلٌّ أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ قَالَ
لَا مَرَأَتِهِ إِنْ دَخَلَتْ الدَّارَ فَأَنْتَ طَالِقٌ وَفِي نَيْتِهِ أَنْ يَقُولَ وَعَبْدِي حُرٌّ وَلَكِنَّهُ لَمْ يَقُلْ لَا
يَكُونُ الْجَزَاءُ إِلَّا الْمَذْكُورَ لَلَا يَخْتَلُ الْفَهْمُ وَالْآخَرُ بِالنَّظَرِ إِلَى الْمَذْكُورِ: يَعْنِي لَوْ كَانَ
الْغَيْرُ مُرَادًا لَذَكَرَهُ لِأَنَّهُ مَوْضِعُ الْحَاجَةِ إِلَى الْبَيَانِ، وَالسُّكُوتُ فِي مَوْضِعِ الْحَاجَةِ إِلَى الْبَيَانِ
يَبَيِّنُ (عَلَى مَا عُرِفَ) يَعْنِي فِي أَصُولِ الْفِقْهِ (وَيُجْزِئُهُ رَضِيعُ أَحَدِ أَبْوَيْهِ مُسْلِمٌ) لِأَنَّ شَرْطَ
هَذَا الْإِعْتِقَاقِ الْإِسْلَامُ وَسَلَامَةُ الْأَطْرَافِ، وَالْأَوَّلُ يَحْصُلُ بِإِسْلَامِ أَحَدِ الْأَبْوَيْنِ وَالثَّانِي

بِالظُّهُورِ، إِذِ الظَّاهِرُ سَلَامَةٌ أَطْرَافِهِ، وَلَا يَجْزِيهِ مَا فِي الْبَطْنِ لِأَنَّهُ لَمْ تُعْرِفْ حَيَاتُهُ وَلَا سَلَامَتُهُ.

قَالَ (وَهُوَ الْكَفَّارَةُ فِي الْخَطَا) لَمَّا تَلَوْنَاهُ (وَدَيْتُهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ مِائَةً مِنَ الْإِبِلِ أَرْبَاعًا: خَمْسٌ وَعِشْرُونَ بِنْتِ مَخَاضٍ، وَخَمْسٌ وَعِشْرُونَ بِنْتِ لُبُونٍ، وَخَمْسٌ وَعِشْرُونَ حِقَّةً، وَخَمْسٌ وَعِشْرُونَ جَذَعَةً) وَقَالَ مُحَمَّدٌ وَالشَّافِعِيُّ أَثَلَاثًا: ثَلَاثُونَ جَذَعَةً وَثَلَاثُونَ حِقَّةً، وَأَرْبَعُونَ ثَنِيَّةً، كُلُّهَا خَلَفَاتٌ فِي بُطُونِهَا أَوْلَادُهَا، لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «أَلَا إِنَّ قَتِيلَ خَطَا الْعَمْدِ قَتِيلُ السُّوْطِ وَالْعَصَا، وَفِيهِ مِائَةٌ مِنَ الْإِبِلِ أَرْبَعُونَ مِنْهَا فِي بُطُونِهَا أَوْلَادُهَا» ^(١) وَعَنْ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: ثَلَاثُونَ حِقَّةً وَثَلَاثُونَ جَذَعَةً، وَلَنْ دِيَّةً شَبِهَ الْعَمْدَ أَغْلَظَ وَذَلِكَ فِيمَا قُلْنَا. وَلَهُمَا قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «فِي نَفْسِ الْمُؤْمِنِ مِائَةٌ مِنَ الْإِبِلِ» ^(٢) وَمَا رَوَاهُ غَيْرُ ثَابِتٍ لِاخْتِلَافِ الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ فِي صِفَةِ التَّغْلِيظِ، وَابْنُ مَسْعُودٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَالَ بِالتَّغْلِيظِ أَرْبَاعًا كَمَا ذَكَرْنَا وَهُوَ كَالْمَرْفُوعِ فَيُعَارِضُ بِهِ. قَالَ (وَلَا يَثْبُتُ التَّغْلِيظُ إِلَّا فِي الْإِبِلِ خَاصَّةً) لَأَنَّ التَّوْقِيفَ فِيهِ، فَإِنْ قَضَى بِالدِّيَّةِ فِي غَيْرِ الْإِبِلِ لَمْ تَتَغَلَّظْ لَمَّا قُلْنَا.

الشرح:

قَالَ (وَهُوَ الْكَفَّارَةُ فِي الْخَطَا لَمَّا تَلَوْنَاهُ) يَعْنِي قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَاً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ﴾ [النساء: ٩٢] (وَدَيْتُهُ) أَي دِيَّةً شَبِهَ الْعَمْدَ (عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ مِائَةً مِنَ الْإِبِلِ أَرْبَاعًا: خَمْسٌ وَعِشْرُونَ بِنْتِ مَخَاضٍ، وَخَمْسٌ وَعِشْرُونَ بِنْتِ لُبُونٍ، وَخَمْسٌ وَعِشْرُونَ حِقَّةً، وَخَمْسٌ وَعِشْرُونَ جَذَعَةً) وَلَمْ يَذْكُرْ فِي بَعْضِ نُسَخِ الْهَدَايَةِ قَوْلَ أَبِي يُوسُفَ مَعَ أَبِي حَنِيفَةَ وَهُوَ مُخَالَفٌ لِرَوَايَةِ عَامَّةِ الْكُتُبِ (وَقَالَ مُحَمَّدٌ وَالشَّافِعِيُّ: ثَلَاثُونَ جَذَعَةً، وَثَلَاثُونَ حِقَّةً، وَأَرْبَعُونَ ثَنِيَّةً كُلُّهَا خَلَفَاتٌ فِي بُطُونِهَا أَوْلَادُهَا) وَالْخَلَفَاتُ جَمْعُ خَلْفَةٍ وَهِيَ الْحَوَائِلُ مِنَ التُّوقِ، فَقَوْلُهُ فِي بُطُونِهَا أَوْلَادُهَا صِفَةٌ كَاشِفَةٌ، وَالضَّمِيرُ فِي كُلِّهَا لِلثَّنِيَّةِ، وَاسْتَدَلَّ بِقَوْلِهِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ «أَلَا إِنَّ قَتِيلَ خَطَا الْعَمْدِ قَتِيلُ السُّوْطِ وَالْعَصَا فِيهِ مِائَةٌ مِنَ الْإِبِلِ أَرْبَعُونَ مِنْهَا فِي بُطُونِهَا أَوْلَادُهَا».

(١) سبق تخريجه.

(٢) سبق تخريجه.

(وَلَأَنَّ دِيَّةَ شِبْهِ الْعَمْدِ أَغْلَظُ) يَعْنِي مِنْ دِيَّةِ الْخَطَا الْمَحْضِ، فَإِنَّ الْإِبِلَ فِيهِ تَجِبُ أَحْمَاسًا (وَذَلِكَ) أَيُّ كَوْنِهِ أَغْلَظَ (فِيمَا قُلْنَا) لَأَنَّا نَقُولُ أَثْلَاثًا وَأَنْتُمْ تَقُولُونَ أَرْبَاعًا (وَلَأَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ قَوْلُهُ ﷺ «فِي نَفْسِ الْمُؤْمِنِ مِائَةٌ مِنَ الْإِبِلِ») وَوَجْهُ الْاسْتِدْلَالِ بِهِ أَنَّ الثَّابِتَ مِنْهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ وَلَيْسَ فِيهِ دَلَالَةٌ عَلَى صِفَةِ التَّغْلِيظِ وَلَا بُدَّ مِنْهُ بِالْإِجْمَاعِ، وَمَا رَوَاهُ غَيْرُ ثَابِتٍ لِاخْتِلَافِ الصَّحَابَةِ فِي صِفَةِ التَّغْلِيظِ، فَإِنَّ عُمَرَ وَزَيْدًا وَغَيْرَهُمَا قَالُوا مِثْلَ مَا قَالَا، وَقَالَ عَلِيٌّ: تَجِبُ أَثْلَاثًا ثَلَاثٌ وَثَلَاثُونَ حَقَّةً، وَثَلَاثٌ وَثَلَاثُونَ جَذَعَةً، وَأَرْبَعٌ وَثَلَاثُونَ خَلْفَةً. وَقَالَ ابْنُ مَسْعُودٍ بِمِثْلِ مَا قُلْنَا أَرْبَاعًا، وَالرَّأْيُ لَا مَدْخَلَ لَهُ فِي التَّقَادِيرِ فَكَانَ كَالْمَرْفُوعِ وَيَصِيرُ مُعَارِضًا لِمَا رَوَاهُ، وَإِذَا تَعَارَضَا كَانَ الْأَخْذُ بِالْمُتَقَيَّنِّ أَوْلَى.

وَقَوْلُهُ (وَلَا يَثْبُتُ التَّغْلِيظُ إِلَّا فِي الْإِبِلِ خَاصَّةً) يَعْنِي لَا يُزَادُ فِي الدَّرَاهِمِ وَالْدَّنَانِيرِ عَلَى عَشْرَةِ الْأَلْفِ دِرْهَمٍ أَوْ أَلْفِ دِينَارٍ.

وَقَالَ سُفْيَانُ الثَّوْرِيُّ وَالْحَسَنُ بْنُ صَالِحٍ: تُغْلَظُ فِي التَّوَعَيْنِ الْآخَرَيْنِ: أَيُّ الدَّرَاهِمِ وَالْدَّنَانِيرِ بَأَنَّ يُنْظَرَ إِلَى قِيَمَةِ أَسْتَانِ الْإِبِلِ فِي دِيَّةِ الْخَطَا وَإِلَى قِيَمَةِ أَسْتَانِ الْإِبِلِ فِي شِبْهِ الْعَمْدِ، فَمَا زَادَ عَلَى أَسْتَانِ دِيَّةِ الْخَطَا يُزَادُ عَلَى عَشْرَةِ آلَافِ دِرْهَمٍ إِنْ كَانَ الرَّجُلُ مِنْ أَهْلِ الْوَرِقِ، وَيُزَادُ عَلَى أَلْفِ دِينَارٍ إِنْ كَانَ مِنْ أَهْلِ الذَّهَبِ، لِأَنَّ التَّغْلِيظَ فِي شِبْهِ الْعَمْدِ شُرِعَ فِي الْإِبِلِ بِزِيَادَةِ جَنَايَةِ وَجِدَتْ مِنْهُ وَلَمْ تُوجَدْ فِي الْخَطَا وَهَذَا الْمَعْنَى مَوْجُودٌ فِي الْحَجَرَيْنِ فَيجِبُ التَّغْلِيظُ فِيهِمَا. وَلَنَا مَا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ أَنَّ التَّغْلِيظَ فِي الْإِبِلِ ثَبَتَ تَوْقِيفًا فَلَا يَثْبُتُ فِي غَيْرِهِ قِيَاسًا لِأَنَّهُ يَأْبَى التَّغْلِيظَ، لِأَنَّ عَمْدَ الْإِثْلَافِ وَخَطَاةَ فِي بَابِ الْغُرْمِ سَوَاءٌ، وَلَا دَلَالَةَ لَثَلَا يَنْطَلُ الْمَقْدَارُ الثَّابِتُ بِصَرِيحِ النَّصِّ بِالدَّلَالَةِ. وَقَوْلُهُ (لَمَّا قُلْنَا) إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ لِأَنَّ التَّوْقِيفَ فِيهِ.

قَالَ (وَقَتْلُ الْخَطَا تَجِبُ بِهِ الدِّيَّةُ عَلَى الْعَاقِلَةِ وَالْكَفَّارَةُ عَلَى الْقَاتِلِ) لَمَّا بَيَّنَّا مِنْ قَبْلُ. قَالَ: (وَالدِّيَّةُ فِي الْخَطَا مِائَةٌ مِنَ الْإِبِلِ أَحْمَاسًا عِشْرُونَ بِنْتِ مَخَاضٍ وَعِشْرُونَ بِنْتِ لَبُونٍ وَعِشْرُونَ ابْنَ مَخَاضٍ وَعِشْرُونَ حِقَّةً وَعِشْرُونَ جَذَعَةً) وَهَذَا قَوْلُ ابْنِ مَسْعُودٍ ﷺ، وَآخِذْنَا نَحْنُ وَالشَّافِعِيُّ بِهِ لِرَوَايَتِهِ «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَضَى فِي قَتِيلٍ قَتِيلَ خَطَا أَحْمَاسًا»^(١)

عَلَى نَحْوِ مَا قَالَ، وَلَأنَّ مَا قُلْنَاهُ أَخَفُّ فَكَانَ أَلْيَقَ بِحَالَةِ الْخَطَا لِأَنَّ الْخَاطِئَ مَعْدُورٌ، غَيْرَ أَنَّهُ عِنْدَ الشَّافِعِيِّ يَقْضِي بِعِشْرِينَ ابْنِ لُبُونٍ مَكَانَ ابْنِ مَخَاضٍ وَالْحُجَّةُ عَلَيْهِ مَا رَوَيْنَاهُ. قَالَ (وَمِنْ الْعَيْنِ أَلْفُ دِينَارٍ وَمِنْ الْوَرِقِ عَشْرَةُ آلَافٍ دِرْهَمٍ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: مِنَ الْوَرِقِ اثْنَا عَشَرَ أَلْفًا لَمَّا رَوَى ابْنُ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ قَضَى بِذَلِكَ. وَلَمَّا رَوَى عَنْ عُمَرَ رضي الله عنه «أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ قَضَى بِالدِّيَةِ فِي قَتْلِ بَعْشَرَةِ آلَافٍ دِرْهَمٍ». وَتَأْوِيلُ مَا رَوَى أَنَّهُ قَضَى مِنْ دَرَاهِمٍ كَانَ وَزْنُهَا وَزَنَ سِتَّةٍ وَقَدْ كَانَتْ كَذَلِكَ. قَالَ (وَلَا تَثْبُتُ الدِّيَةُ إِلَّا مِنْ هَذِهِ الْأَنْوَاعِ الثَّلَاثَةِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا مِنْهَا وَمِنْ الْبَقَرِ مِائَتًا بَقَرَةً، وَمِنْ الْغَنَمِ أَلْفًا شَاةً، وَمِنْ الْحِلِّ مِائَتًا حُلَةً كُلُّ حُلَةٍ ثَوْبَانِ). لِأَنَّ عُمَرَ رضي الله عنه هَكَذَا جَعَلَ عَلَى أَهْلِ كُلِّ مَالٍ مِنْهَا. وَلَهُ أَنْ التَّقْدِيرَ إِنَّمَا يَسْتَقِيمُ بِشَيْءٍ مَعْلُومٍ مَالِيَّةٍ، وَهَذِهِ الْأَشْيَاءُ مَجْهُولَةٌ مَالِيَّةٌ وَلِهَذَا لَا يُقَدَّرُ بِهَا ضَمَانٌ، وَالتَّقْدِيرُ بِالْإِبِلِ عَرِفٌ بِالْأَثَارِ الْمَشْهُورَةِ وَعَدِمْنَاهَا فِي غَيْرِهَا. وَذَكَرَ فِي الْمَعْقِلِ أَنَّهُ لَوْ صَالَحَ عَلَى الزِّيَادَةِ عَلَى مِائَتِي حُلَةٍ أَوْ مِائَتِي بَقَرَةٍ لَا يَجُوزُ، وَهَذَا آيَةُ التَّقْدِيرِ بِذَلِكَ. ثُمَّ قِيلَ: هُوَ قَوْلُ الْكُلِّ فَيَرْتَفَعُ الْخِلَافُ، وَقِيلَ هُوَ قَوْلُهُمَا خَاصَّةً.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (لَمَّا بَيَّنَّا مِنْ قَبْلُ) يَعْنِي فِي أَوَّلِ كِتَابِ الْجَنَائَاتِ. قَالَ (وَالدِّيَةُ فِي الْخَطَا مِائَةٌ مِنَ الْإِبِلِ أَوْ خَمَاسًا) قِيلَ مَنْصُوبٌ بِإِضْمَارِ كَانَ، وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ حَالًا مِنَ الضَّمِيرِ الَّذِي فِي قَوْلِهِ فِي الْخَطَا، وَقَدْ أَجْمَعَتِ الصَّحَابَةُ عَلَى الْمِائَةِ لَكِنَّهُمْ اخْتَلَفُوا فِي سِنِّهَا، فَقَالَ ابْنُ مَسْعُودٍ: عِشْرُونَ بِنْتِ مَخَاضٍ، وَعِشْرُونَ بِنْتِ لُبُونٍ، وَعِشْرُونَ ابْنِ مَخَاضٍ، وَعِشْرُونَ حَقَّةً وَعِشْرُونَ جَذَعَةً. وَبِهِ أَخَذْنَا نَحْنُ وَالشَّافِعِيُّ، لِأَنَّ ابْنَ مَسْعُودٍ رَوَى عَنْ النَّبِيِّ صلى الله عليه وسلم «أَنَّهُ قَضَى فِي قَتْلِ خَطَا أَوْ خَمَاسًا» عَلَى نَحْوِ مَا قَالَ بِهِ ابْنُ مَسْعُودٍ.

وَعَنْ عَلِيٍّ أَنَّهُ أَوْجَبَ أَرْبَاعًا: خَمْسٌ وَعِشْرُونَ بِنْتِ مَخَاضٍ، وَخَمْسٌ وَعِشْرُونَ بِنْتِ لُبُونٍ، وَخَمْسٌ وَعِشْرُونَ حَقَّةً، وَخَمْسٌ وَعِشْرُونَ جَذَعَةً، وَالْمَقَادِيرُ لَا تُعْرَفُ إِلَّا سَمَاعًا لَكِنَّ مَا قُلْنَا أَخَفُّ وَكَانَ أَوَّلِي بِحَالِ الْخَطَا لِأَنَّ الْخَاطِئَ مَعْدُورٌ (قَوْلُهُ غَيْرَ أَنَّ عِنْدَ الشَّافِعِيِّ) اسْتِنَاءٌ مِنْ قَوْلِهِ وَبِهِ أَخَذْنَا وَالشَّافِعِيُّ: يَعْنِي أَنَّهُ يَقْضِي بِعِشْرِينَ ابْنِ لُبُونٍ مَكَانَ ابْنِ مَخَاضٍ، وَالْحُجَّةُ عَلَيْهِ مَا ذَكَرْنَا أَنَّهُ أَلْيَقُ بِحَالِ الْخَطَا (وَقَوْلُهُ وَمِنْ الْعَيْنِ) يَعْنِي

الذَّهَبِ (أَلْفُ دِينَارٍ وَمِنْ الْوَرِقِ عَشْرَةُ آلَافٍ دِرْهَمٍ) يَعْنِي وَزْنَ سَبْعَةٍ.
وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: مِنَ الْوَرِقِ: أَيِ الْفِضَّةِ اثْنَا عَشَرَ أَلْفًا، لَمَا رَوَى ابْنُ عَبَّاسٍ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَضَى بِذَلِكَ. وَلَنَا أَنَّ عُمَرَ رَوَى عَنِ النَّبِيِّ ﷺ «أَنَّهُ قَضَى بِالذِّيَّةِ فِي قِتْلِ بَعْشَرَةِ آلَافٍ دِرْهَمٍ» فَتَعَارَضَا فَيَحْتَاجُ إِلَى تَأْوِيلٍ، وَذَكَرَ الْمُصَنِّفُ تَأْوِيلَ مَا ذَكَرَهُ الشَّافِعِيُّ أَنَّهُ قَضَى مِنْ دَرَاهِمٍ كَانَ وَزْنُهَا وَزْنَ سِتَّةٍ، وَقَدْ كَانَتْ الدَّرَاهِمُ كَذَلِكَ إِلَى عَهْدِ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فَأَبْطَلَ عُمَرُ ذَلِكَ الْوَزْنَ. وَفِيهِ بَحْثٌ مِنْ وَجْهَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ قَالَ: رَوَى عُمَرُ «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَضَى بِعَشْرَةِ آلَافٍ دِرْهَمٍ» ثُمَّ قَالَ: وَقَدْ كَانَتْ الدَّرَاهِمُ كَذَلِكَ: يَعْنِي إِلَى عَهْدِ عُمَرَ وَذَلِكَ تَنَاقُضٌ.

وَالثَّانِي: أَنَّ وَزْنَ سِتَّةٍ يَزِيدُ عَلَيْهِ اثْنِي عَشَرَ أَلْفًا فَلَا يَكُونُ التَّأْوِيلُ كَذَلِكَ صَحِيحًا. وَالْجَوَابُ عَنِ الْأَوَّلِ أَنَّ الْمَنْقُولَ كَانَ فِي ابْتِدَاءِ عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَزْنَ الدَّرَاهِمِ وَزْنَ سِتَّةٍ ثُمَّ صَارَ وَزْنَ سَبْعَةٍ، وَعَلَى هَذَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ فِي آخِرِ عَهْدِهِ ﷺ يُؤْخَذُ مِنَ الدَّرَاهِمِ وَزْنَ سَبْعَةٍ أَيْضًا وَلَا تَنَاقُضَ حِينَئِذٍ. وَعَنِ الثَّانِي أَنَّ شَيْخَ الْإِسْلَامِ قَالَ فِي مَبْسُوطِهِ: يُحْتَمَلُ أَنَّ الدَّرَاهِمَ كَانَتْ وَزْنَ سِتَّةٍ إِلَّا شَيْئًا، إِلَّا أَنَّهُ أُضِيفَ الْوَزْنُ إِلَى سِتَّةٍ تَقْرِيبًا.

وَقَوْلُهُ (وَلَا تُثَبِّتُ الذِّيَّةُ إِلَّا مِنْ هَذِهِ الْأَنْوَاعِ الثَّلَاثَةِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: مِنْهَا) أَيِ مِنْ هَذِهِ الْأَنْوَاعِ الثَّلَاثَةِ وَهِيَ الْإِبِلُ وَالذَّهَبُ وَالْفِضَّةُ (وَمِنْ الْبَقَرِ مَائَتًا بَقْرَةً، وَمِنْ الْغَنَمِ أَلْفًا شَاةً، وَمِنْ الْحُلِيِّ مَائَتًا حُلَّةً كُلُّ حُلَّةٍ ثَوْبَانٍ) وَقِيلَ فِي تَفْسِيرِ ذَلِكَ: قِيمَةُ كُلِّ بَقْرَةٍ خَمْسُونَ دِرْهَمًا، وَقِيمَةُ كُلِّ شَاةٍ خَمْسَةَ دَرَاهِمٍ. وَقِيمَةُ كُلِّ حُلَّةٍ خَمْسُونَ دِرْهَمًا، قَالَ الْمُصَنِّفُ: كُلُّ حُلَّةٍ ثَوْبَانٍ، قِيلَ هُمَا إِزَارٌ وَرِدَاءٌ هُوَ الْمُخْتَارُ. قَالَ فِي النَّهَائَةِ: وَقِيلَ فِي دِيَارِنَا قَمِيصٌ وَسَرَاوِيلُ. قَالَ: وَفَائِدَةُ هَذَا الْاِخْتِلَافِ إِنَّمَا تَظْهَرُ فِيمَا إِذَا صَالَحَ الْقَاتِلُ مَعَ وَلِيِّ الْقَتِيلِ عَلَى أَكْثَرِ مِنْ مَائَتِي بَقْرَةٍ أَوْ غَيْرِهَا عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ عَلَى مَا هُوَ الْمَذْكُورُ فِي كِتَابِ الدِّيَاتِ يَجُوزُ، كَمَا لَوْ صَالَحَ عَلَى أَكْثَرِ مِنْ مَائَتِي فَرَسٍ وَعَلَى قَوْلِهِمَا لَا يَجُوزُ كَمَا لَوْ صَالَحَ عَلَى أَكْثَرِ مِنْ مَائَةٍ مِنَ الْإِبِلِ.

وَقَوْلُهُ (لَأَنَّ عُمَرَ هَكَذَا جَعَلَ عَلَى أَهْلِ كُلِّ مَالٍ مِنْهَا) قَالَ أَبُو يُوسُفَ: حَدَّثَنَا ابْنُ أَبِي لَيْلَى، عَنِ الشَّعْبِيِّ عَنْ عُيَيْدَةَ السَّلْمَانِيِّ قَالَ: وَضَعَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ ﷺ الدِّيَاتِ

عَلَى أَهْلِ الذَّهَبِ أَلْفَ دِينَارٍ، وَعَلَى أَهْلِ الْوَرِقِ عَشْرَةَ أَلْفٍ دِرْهَمٍ، وَعَلَى أَهْلِ الْإِبِلِ مِائَةً مِنَ الْإِبِلِ، وَعَلَى أَهْلِ الْبَقَرِ مِائَتِي بَقَرَةٍ، وَعَلَى أَهْلِ الشِّيَاهِ أَلْفِي شَاةٍ، وَعَلَى أَهْلِ الْحُلَلِ مِائَتِي حُلَّةٍ (وَلَأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ التَّقْدِيرَ إِنَّمَا يَسْتَقِيمُ بِشَيْءٍ مَعْلُومٍ مَالِيَّةٍ) وَهَذِهِ الْأَشْيَاءُ لَيْسَتْ كَذَلِكَ، وَلِهَذَا لَا يُقَدَّرُ بِهَا ضَمَانُ شَيْءٍ مِمَّا وَجَبَ ضَمَانُهُ بِالْإِثْلَافِ أَوْ غَيْرِهِ.

فَإِنْ قِيلَ: فَإِلَّا بِلُ كَذَلِكَ. أَحَابَ بِقَوْلِهِ (وَالْتَّقْدِيرُ بِالْإِبِلِ عُرِفَ بِالْآثَارِ الْمَشْهُورَةِ) كَمَا رَوَيْنَاهَا (وَعَدَمْنَاهَا فِي غَيْرِهَا) فَإِنْ قِيلَ: فَلْيَلْحَقْ بِهَا دَلَالَةٌ. قُلْنَا: حَتَّى يَثْبُتَ أَنَّهَا فِي مَعْنَاهَا مِنْ كُلِّ وَجْهِ (وَقَوْلُهُ وَذَكَرَ فِي الْمَعَاوِلِ) أَيِ فِي مَعَاوِلِ الْمَبْسُوطِ: أُوْرَدَ هَذَا شُبْهَةٌ عَلَى مَا رَوِيَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ مِنْ قَوْلِهِ وَلَا تَثْبُتُ الدِّيَةُ إِلَّا مِنْ هَذِهِ الْأَنْوَاعِ الثَّلَاثَةِ وَوَجْهُهُ وَرُودُهَا أَنَّ مُحَمَّدًا ذَكَرَ فِي الْمَعَاوِلِ أَنَّهُ لَوْ صَالَحَ الْوَلِيُّ مِنَ الدِّيَةِ عَلَى أَكْثَرِ مِنَ أَلْفِي شَاةٍ أَوْ عَلَى أَكْثَرِ مِنَ مِائَتِي بَقَرَةٍ أَوْ عَلَى أَكْثَرِ مِنَ مِائَتِي حُلَّةٍ لَا يَجُوزُ وَلَمْ يَذْكُرِ الْخِلَافَ فِيهِ. وَذَلِكَ يَدُلُّ عَلَى أَنَّ الْأَصْنَافَ الثَّلَاثَةَ أَيْضًا مِنَ الْأَصُولِ الْمُقَدَّرَةِ فِي الدِّيَةِ عِنْدَهُ أَيْضًا. وَذَكَرَ الْجَوَابَ بِوَجْهَيْنِ: أَحَدُهُمَا يُقَرَّرُ الشُّبْهَةُ وَيَرْفَعُ الْخِلَافَ، وَلَا أَرَى صِحَّتَهُ لِأَنَّهُ يُنَاقِضُ رِوَايَةَ كِتَابِ الدِّيَاتِ كَمَا مَرَّ آنفًا. وَالثَّانِي يَرْفَعُهَا بِحُمَلِ رِوَايَةِ الْمَعَاوِلِ عَلَى أَنَّهَا قَوْلُهُمَا، وَحَمَلَ بَعْضُ مَشَايخِنَا عَلَى أَنَّ فِي الْمَسْأَلَةِ عَنْهُ رِوَايَتَيْنِ.

قَالَ: (وَدِيَةُ الْمَرْأَةِ عَلَى النِّصْفِ مِنْ دِيَةِ الرَّجُلِ) وَقَدْ وَرَدَ هَذَا اللَّفْظُ مَوْقُوفًا عَلَى عَلِيٍّ عليه السلام وَمَرْفُوعًا إِلَى النَّبِيِّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: مَا دُونَ الثُّلُثِ لَا يَتَنَصَّفُ، وَإِمَامُهُ فِيهِ زَيْدُ بْنُ ثَابِتٍ رضي الله عنه، وَالْحُجَّةُ عَلَيْهِ مَا رَوَيْنَاهُ بِعُمُومِهِ، وَلِأَنَّ حَالَهَا أَنْقَصُ مِنْ حَالِ الرَّجُلِ وَمَنْفَعَتُهَا أَقَلُّ، وَقَدْ ظَهَرَ أَثَرُ النِّقْصَانِ بِالتَّنْصِيفِ فِي النَّفْسِ فَكَذَا فِي أَطْرَافِهَا وَأَجْزَائِهَا عِتْبَارًا بِهَا وَبِالثُّلُثِ وَمَا فَوْقَهُ.

الشرح:

قَالَ (وَدِيَةُ الْمَرْأَةِ عَلَى النِّصْفِ مِنْ دِيَةِ الرَّجُلِ إلخ) دِيَةُ الْمَرْأَةِ عَلَى النِّصْفِ مِنْ دِيَةِ الرَّجُلِ، وَقَدْ وَرَدَ هَذَا اللَّفْظُ مَوْقُوفًا عَلَى عَلِيٍّ وَمَرْفُوعًا إِلَى النَّبِيِّ صلى الله عليه وآله وسلم، وَالْمَوْقُوفُ فِي مِثْلِهِ كَالْمَرْفُوعِ، إِذْ لَا مَدْخَلَ لِلرَّأْيِ فِيهِ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: مَا دُونَ الثُّلُثِ لَا يَتَنَصَّفُ. قَالَ فِي النَّهَايَةِ: الصَّوَابُ أَنْ يُقَالَ: وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: الثُّلُثُ وَمَا دُونُهُ لَا يَتَنَصَّفُ. وَذَكَرَ فِي دِيَاتِ الْمَبْسُوطِ: وَكَانَ زَيْدُ بْنُ ثَابِتٍ يَقُولُ: إِنَّهَا تُعَاوِلُ الرَّجُلَ إِلَى ثُلْثِ دِيَّتِهَا: يَعْنِي إِذَا

كَانَ الْأَرْضُ بِقَدْرِ ثُلثِ الدِّيَةِ أَوْ دُونَ ذَلِكَ فَالرَّجُلُ وَالْمَرْأَةُ فِيهِ سَوَاءٌ، فَإِنْ زَادَ عَلَى الثُّلْثِ فَحِينَئِذٍ حَالُهَا فِيهِ عَلَى النِّصْفِ مِنْ حَالِ الرَّجُلِ، وَلِذَلِكَ قَالَ بَعْدَ هَذَا فِي قَوْلِ الْمُصَنِّفِ اعْتِبَارًا بِهَا وَبِالثُّلْثِ وَمَا فَوْقَهُ. وَالصَّوَابُ أَنْ يُقَالَ: اعْتِبَارًا بِهَا وَبِمَا فَوْقَ الثُّلْثِ، وَفِيهِ نَظَرٌ لِأَنَّهُ قَالَ فِي شَرْحِ الْكَافِي: قَالَ مُحَمَّدٌ فِي الْأَصْلِ: بَلَعْنَا عَنْ عَلِيٍّ أَنَّهُ قَالَ: دِيَةُ الْمَرْأَةِ عَلَى النِّصْفِ مِنْ دِيَةِ الرَّجُلِ فِي النَّفْسِ وَفِيمَا دُونَ النَّفْسِ. قَالَ: وَبِذَلِكَ نَأْخُذُ، ثُمَّ قَالَ: وَقَالَ زَيْدُ بْنُ ثَابِتٍ: ثُلْثُ الدِّيَةِ وَمَا فَوْقَهَا يَنْتَصِفُ وَمَا دُونُهُ لَا يَنْتَصِفُ، وَبِهِ أَخَذَ الشَّافِعِيُّ، وَهَذَا يُصَحِّحُ قَوْلَ الْمُصَنِّفِ.

وَاحْتَجُّوا فِي ذَلِكَ بِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ «تُعَاقِلُ الْمَرْأَةُ الرَّجُلَ إِلَى ثُلْثِ الدِّيَةِ» وَبِمَا حُكِيَ عَنْ رِبْعَةَ قَالَ: قُلْتُ لِسَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ: مَا تَقُولُ فِيمَنْ قَطَعَ أُصْبَعَ امْرَأَةٍ قَالَ: عَلَيْهِ عَشْرٌ مِنَ الْإِبِلِ، قُلْتُ: فَإِنْ قَطَعَ أُصْبَعَيْنِ مِنْهَا؟ قَالَ: عَلَيْهِ عَشْرُونَ مِنَ الْإِبِلِ، قُلْتُ: فَإِنْ قَطَعَ ثَلَاثَ أَصَابِعَ؟ قَالَ: عَلَيْهِ ثَلَاثُونَ مِنَ الْإِبِلِ، قُلْتُ: فَإِنْ قَطَعَ أَرْبَعَ أَصَابِعَ؟ قَالَ: عَلَيْهِ عَشْرُونَ مِنَ الْإِبِلِ، قُلْتُ: سُبْحَانَ اللَّهِ لَمَا كَثُرَ أَلْمَها وَاشْتَدَّ مُصَابِها قَلَّ أَرْشُها؟ قَالَ: أَعْرَاقِي أَنْتَ؟ فَقُلْتُ لَا بَلْ جَاهِلٌ مُسْتَرْشِدٌ أَوْ عَاقِلٌ مُسْتَشْتَبٌ، فَقَالَ: إِنَّهُ السُّنَّةُ. وَبِهِ أَخَذَ الشَّافِعِيُّ وَقَالَ: السُّنَّةُ إِذَا أُطْلِقَتْ فَالْمُرَادُ بِهَا سُنَّةُ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ، وَالْحُجَّةُ عَلَيْهِ مَا رَوَيْنَاهُ بَعْمُومِهِ، وَأَنْ حَالَهَا أَنْقَصُ مِنْ حَالِ الرَّجُلِ.

قَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ﴾ [البقرة: ٢٢٨] وَمَنْفَعَتُهَا أَقْلٌ لَا تَمَكِّنُ مِنَ التَّزْوُجِ بِأَكْثَرِ مِنْ زَوْجٍ وَاحِدٍ، وَقَدْ ظَهَرَ أَنَّ التَّقْصَانَ فِي التَّنْصِيفِ فِي النَّفْسِ فَكَذَا فِي أَطْرَافِهَا وَأَجْزَائِهَا اعْتِبَارًا بِالنَّفْسِ وَبِالثُّلْثِ وَمَا فَوْقَهُ لِثَلَا يَلْزَمُ مُخَالَفَةُ التَّبَعِ لِلأَصْلِ، وَالْحَدِيثُ الْمَرْوِيُّ نَادِرٌ، وَمِثْلُ هَذَا الْحُكْمِ الَّذِي يُحِيلُهُ عَقْلُ كُلِّ عَاقِلٍ لَا يُمَكِّنُ إِثْبَاتَهُ بِالشَّاذِّ النَّادِرِ، وَقَوْلُ سَعِيدٍ إِنَّهُ السُّنَّةُ يُرِيدُ بِهِ سُنَّةُ زَيْدٍ، فَإِنْ كَبَّرَ الصَّحَابَةُ أَقْتَوْا بِخِلَافِهِ، وَلَوْ كَانَتْ سُنَّةُ الرَّسُولِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لَمَا خَالَفُوهَا.

قَالَ: (وَدِيَةُ الْمُسْلِمِ وَالذِّمِّيِّ سَوَاءٌ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: دِيَةُ الْيَهُودِيِّ وَالنَّصْرَانِيِّ أَرْبَعَةُ آلَافٍ دِرْهَمٍ، وَدِيَةُ الْمَجُوسِيِّ ثَمَانِمِائَةِ دِرْهَمٍ. وَقَالَ مَالِكٌ: دِيَةُ الْيَهُودِيِّ وَالنَّصْرَانِيِّ سِتَّةُ آلَافٍ دِرْهَمٍ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «عَقْلُ الْكَافِرِ نِصْفُ عَقْلِ الْمُسْلِمِ» وَالْكُلُّ عِنْدَهُ اثْنَا عَشَرَ أَلْفًا. وَلِلشَّافِعِيِّ مَا رَوِيَ «أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ جَعَلَ دِيَةَ الْيَهُودِيِّ

وَالنُّصْرَانِيَّ أَرْبَعَةَ آلَافٍ دِرْهَمٍ، وَدِيَّةَ الْمَجُوسِيِّ ثَمَانِمِائَتَيْ دِرْهَمٍ». وَلَنَا قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ
وَالسَّلَامُ «دِيَّةُ كُلِّ ذِي عَهْدٍ فِي عَهْدِهِ أَلْفُ دِينَارٍ» وَكَذَلِكَ قَضَى أَبُو بَكْرٍ وَعُمَرُ رَضِيَ
اللَّهُ عَنْهُمَا، وَمَا رَوَاهُ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ لَمْ يُعْرِفْ رَاوِيهِ وَلَمْ يُذَكِّرْ فِي كُتُبِ الْحَدِيثِ،
وَمَا رَوِيَاهُ أَشْهُرُ مِمَّا رَوَاهُ مَالِكٌ فَإِنَّهُ ظَهَرَ بِهِ عَمَلُ الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

الشرح:

قَالَ (وَدِيَّةُ الْمُسْلِمِ وَالذَّمِّيِّ سَوَاءٌ) دِيَّةُ الذَّمِّيِّ كَدِيَّةِ الْمُسْلِمِ رِجَالُهُمْ كَرِجَالِهِمْ
وَنِسَاؤُهُمْ كَنِسَائِهِمْ فِي النَّفْسِ وَمَا دُونَهَا، وَكَلَامُهُ عَلَى الْوَجْهِ الَّذِي ذَكَرَهُ وَأَصَحُّ. وَقَدْ
اسْتَدَلَّ الشَّافِعِيُّ بِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿لَا يَسْتَوِي أَصْحَابُ النَّارِ وَأَصْحَابُ الْجَنَّةِ﴾ [الحشر: ٢٠]
وَقَوْلُهُ تَعَالَى ﴿أَفَمَنْ كَانَ مُؤْمِنًا كَمَنْ كَانَ فَاسِقًا لَا يَسْتَوُونَ﴾ [السجدة: ١٨]
وَقَوْلُهُ ﷺ «الْمُسْلِمُونَ تَتَكَافَأُ دِمَاؤُهُمْ» يَذُلُّ عَلَى أَنْ دِمَاءَ غَيْرِهِمْ لَا تَتَكَافَأُ، وَلَأَنَّ
نُقْصَانَ الْكُفْرِ فَوْقَ نُقْصَانِ الْإِثْمَةِ، وَبِالْإِثْمَةِ تَنْقُصُ الدِّيَّةُ فَبِالْكَفْرِ أُولَى، وَبِأَنَّ الرِّقَّ أَثَرُ
مِنْ أَثَارِ الْكُفْرِ وَبِهِ تَنْقُصُ الدِّيَّةُ فَبِالْكَفْرِ الْمَوْجِبِ لَهُ أُولَى. وَالْجَوَابُ عَنِ الْآيَتَيْنِ أَنَّ الْمَرَادَ
أَحْكَامَ الْآخِرَةِ عَلَى أَنَّهُمَا لَا يُعَارِضَانِ قَوْلَهُ تَعَالَى ﴿وَإِنْ كَانَ مِنَ قَوْمٍ يَبِينَكُمْ وَيَتَنَبَّهُكُمْ وَيُنَبِّئُكُمْ
مِمَّا تَشْتَقُونَ فِدْيَةً مُسْلَمَةً إِلَى أَهْلِهَا﴾ [النساء: ٩٢] وَالْمَعْهُودُ مِنَ الدِّيَّةِ الدِّيَّةُ فِي قَتْلِ الْمُؤْمِنِ.
وَعَنِ الْحَدِيثِ بَأَنَّهُ مَفْهُومٌ مُخَالَفَةٌ وَهُوَ لَيْسَ بِحُجَّةٍ، وَعَنِ الْمَعْفُولِ بِأَنَّ النُّقْصَانَ
بِالْإِثْمَةِ وَالرِّقَّ مِنْ حَيْثُ النُّقْصَانُ فِي الْمَالِكِيَّةِ، فَإِنَّ الْمَرْأَةَ تَمْلِكُ الْمَالَ دُونَ النِّكَاحِ،
وَكَذَلِكَ الرِّقَّ يُوجِبُ نُقْصَانَ الْمَالِكِيَّةِ، وَالذَّمِّيُّ يُسَاوِي الْمُسْلِمَ فِي الْمَالِكِيَّةِ فَكَذَلِكَ فِي
الدِّيَّةِ، وَلَا يَرْتَابُ أَحَدٌ أَنَّ نَفْسَ كُلِّ شَخْصٍ أَعَزُّ مِمَّا فِي يَدِهِ مِنَ الْمَالِ، وَالذَّمِّيُّ يُسَاوِي
الْمُسْلِمَ فِي ضَمَانِ مَالِهِ إِذَا أُتْلِفَ فِي النَّفْسِ أُولَى، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَنَا فِي الْمَسْأَلَةِ إِلَّا مَا
رَوَى الزُّهْرِيُّ أَنَّ دِيَّةَ الذَّمِّيِّ كَانَتْ مِثْلَ دِيَّةِ الْمُسْلِمِ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَأَبِي بَكْرٍ
وَعُمَرُ وَعُثْمَانُ فَلَمَّا كَانَ زَمَنُ مُعَاوِيَةَ جَعَلَهَا عَلَى النِّصْفِ، وَمَا رُوِيَ عَنْ عَلِيٍّ ﷺ
لَشُهْرَتِهِ: إِنَّمَا يَذَلُّوا الْجَزِيَّةَ لِتَكُونَ دِمَاؤُهُمْ كَدِمَائِنَا وَأَمْوَالُهُمْ كَأَمْوَالِنَا، وَمَا رُوِيَ عَنْ
ابْنِ مَسْعُودٍ: دِيَّةُ الذَّمِّيِّ مِثْلُ دِيَّةِ الْمُسْلِمِ، وَمَا رَوَى عِكْرِمَةُ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ
وَدَى ذِمًّا قَتَلَ بِمِائَةِ مِنَ الْإِبِلِ» لَكَانَ لَنَا مِنَ الظُّهُورِ فِي الْمَسْأَلَةِ مَا لَا يَخْفَى عَلَى أَحَدٍ.

فَصْلٌ فِيْمَا دُونَ النَّفْسِ

قَالَ: (وَفِي النَّفْسِ الدِّيَّةُ) وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ. قَالَ (وَفِي الْمَارِنِ الدِّيَّةُ، وَفِي اللِّسَانِ الدِّيَّةُ، وَفِي الذِّكْرِ الدِّيَّةُ) وَالْأَصْلُ فِيهِ مَا رَوَى سَعِيدُ بْنُ الْمُسَيَّبِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ قَالَ «فِي النَّفْسِ الدِّيَّةُ، وَفِي اللِّسَانِ الدِّيَّةُ، وَفِي الْمَارِنِ الدِّيَّةُ» وَهَكَذَا هُوَ فِي الْكِتَابِ الَّذِي كَتَبَهُ رَسُولُ اللَّهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لَعَمْرٍو بِنِ حَزْمٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ. وَالْأَصْلُ فِي الْأَطْرَافِ أَنَّهُ إِذَا قَوَّتْ جِنْسَ مَنْفَعَةٍ عَلَى الْكَمَالِ أَوْ أَزَالَ جَمَالًا مَقْصُودًا فِي الْأَدَمِيِّ عَلَى الْكَمَالِ يَجِبُ كُلُّ الدِّيَّةِ لِإِتْلَافِهِ النَّفْسَ مِنْ وَجْهِ وَهُوَ مُلْحَقٌ بِالْإِتْلَافِ مِنْ كُلِّ وَجْهِ تَعْظِيمًا لِلْأَدَمِيِّ. أَصْلُهُ قَضَاءُ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ بِالْأَدَمِيِّ كُلِّهَا فِي اللِّسَانِ وَالْأَنْفِ، وَعَلَى هَذَا تَنْسَحِبُ فُرُوعٌ كَثِيرَةٌ فَتَقُولُ: فِي الْأَنْفِ الدِّيَّةُ لِأَنَّهُ أَزَالَ الْجَمَالَ عَلَى الْكَمَالِ وَهُوَ مَقْصُودٌ. وَكَذَا إِذَا قَطَعَ الْمَارِنَ أَوْ الْأَرْنَبَةَ لَمَّا ذَكَرْنَا، وَلَوْ قَطَعَ الْمَارِنَ مَعَ الْقَصْبَةِ لَا يَزَادُ عَلَى دِيَّةٍ وَاحِدَةٍ لِأَنَّهُ عُضْوٌ وَاحِدٌ، وَكَذَا اللِّسَانُ لِفَوَاتِ مَنْفَعَةٍ مَقْصُودَةٍ وَهُوَ النُّطْقُ، وَكَذَا فِي قَطْعِ بَعْضِهِ إِذَا مَنَعَ الْكَلَامَ لِتَقْوِيَةِ مَنْفَعَةٍ مَقْصُودَةٍ وَإِنْ كَانَتْ الْآلَةُ قَائِمَةً، وَلَوْ قَدَرَ عَلَى التَّكَلُّمِ بِبَعْضِ الْحُرُوفِ قِيلَ: تُقَسَّمُ عَلَى عَدَدِ الْحُرُوفِ، وَقِيلَ: عَلَى عَدَدِ حُرُوفٍ تَتَعَلَّقُ بِاللِّسَانِ؛ فَيُقَدَّرُ مَا لَا يَقْدَرُ تَجِبُ، وَقِيلَ: إِنْ قَدَرَ عَلَى آدَاءِ أَكْثَرِهَا تَجِبُ حُكُومَةٌ عَدْلٍ لِحُصُولِ الْإِفْهَامِ مَعَ الْاِخْتِلَالِ، وَإِنْ عَجَزَ عَنِ آدَاءِ الْأَكْثَرِ يَجِبُ كُلُّ الدِّيَّةِ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُ لَا تَحْصُلُ مَنْفَعَةُ الْكَلَامِ، وَكَذَا الذِّكْرُ لِأَنَّهُ يَفُوتُ بِهِ مَنْفَعَةُ الْوَطْءِ وَالْإِبْلَادِ وَاسْتِمْسَاكِ الْبَوْلِ وَالرَّمْيِ بِهِ وَدَفْقِ الْمَاءِ وَالْإِيْلَاجِ الَّذِي هُوَ طَرِيقُ الْإِعْلَاقِ عَادَةً، وَكَذَا فِي الْحَشْفَةِ الدِّيَّةُ كَامِلَةٌ، لِأَنَّ الْحَشْفَةَ أَصْلٌ فِي مَنْفَعَةِ الْإِيْلَاجِ وَالْدَفْقِ وَالْقَصْبَةِ كَالْتَّابِعِ لَهُ.

الشرح:

(فَصْلٌ فِيْمَا دُونَ النَّفْسِ): لَمَّا فَرَّغَ مِنْ ذِكْرِ النَّفْسِ ذَكَرَ مَا هُوَ تَبَعٌ لَهَا وَهُوَ مَا دُونَهَا. قَالَ (وَفِي النَّفْسِ الدِّيَّةُ وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ) وَأَعَادَ ذِكْرَ النَّفْسِ فِي فَصْلٍ مَا دُونَ النَّفْسِ تَمْهِيدًا لِدِكْرِ مَا بَعْدَهُ. وَقَوْلُهُ ذَكَرْنَاهُ: يَعْنِي فِي أَوَائِلِ الْجَنَائِزَاتِ، وَمَعْنَى قَوْلِهِ فِي النَّفْسِ الدِّيَّةُ: يَجِبُ الدِّيَّةُ بِسَبَبِ إِتْلَافِهَا، كَمَا يُقَالُ فِي التَّكَاحِ حَلٌّ، وَمِنْهُ قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «فِي خَمْسٍ مِنَ الْإِبِلِ السَّائِمَةِ شَاةٌ».

وَقَوْلُهُ (وَفِي الْمَارِنِ الدِّيَّةُ) يَعْنِي فِيمَا دُونَ قَصَبَةِ الْأَنْفِ وَهُوَ مَا لَانَ مِنْهُ كُلُّ مَا لَا تَأْنِي لَهُ فِي الْبَدَنِ عَضْوًا كَانَ أَوْ مَعْنَى مَقْصُودًا تَجِبُ بِإِثْلَافِهِ كَمَالُ الدِّيَّةِ، وَمِنْ الْأَعْضَاءِ مَا هُوَ إِفْرَادٌ كَالْأَنْفِ وَاللِّسَانِ وَالذِّكْرُ، وَمِنْهَا مَا هُوَ مُزْدَوِجٌ كَالْعَيْنَيْنِ وَالْأُذُنَيْنِ وَالْحَاجِبَيْنِ وَالشَّفَتَيْنِ وَالْيَدَيْنِ وَتَدْنِي الْمَرْأَةَ وَالْأُنْثَيْنِ وَالرَّجُلَيْنِ، وَمِنْهَا مَا هُوَ أَرْبَعٌ كَأَشْفَارِ الْعَيْنَيْنِ، وَمِنْهَا مَا هُوَ أَعْشَارٌ كَأَصَابِعِ الْيَدَيْنِ وَالرَّجْلَيْنِ، وَمِنْهَا مَا زَادَ عَلَى ذَلِكَ كَالْأَسْنَانِ (وَالْأَصْلُ فِي الْأَطْرَافِ أَنَّهُ إِذَا قَوَّتْ جِنْسٌ مَنَفْعَةٌ عَلَى الْكَمَالِ أَوْ أَزَالَ جَمَالًا مَقْصُودًا، فِي الْآدَمِيِّ عَلَى الْكَمَالِ يَجِبُ كُلُّ الدِّيَّةِ) وَقَيَّدَ الْمَنَفْعَةَ وَالْجَمَالَ بِالْكَمَالِ، لِأَنَّ غَيْرَ الْكَامِلِ لَا يَجِبُ فِيهِ كُلُّ الدِّيَّةِ وَإِنْ كَانَ فِيهِ تَقْوِيَةُ عَضْوٍ مَقْصُودٍ، كَمَا إِذَا قَطَعَ لِسَانَ الْأَخْرَسِ أَوْ آلَةَ الْخَصِيِّ وَالْعَيْنَيْنِ وَالْيَدَ الشَّلَاءَ وَالرَّجُلَ الْعَرْجَاءَ وَالْعَيْنَ الْعَوْرَاءَ وَالسِّنَّ السَّوْدَاءَ لَا يَجِبُ الْقِصَاصُ فِي الْعَمْدِ وَلَا الدِّيَّةُ فِي الْخَطَأِ، لِأَنَّهُ لَمْ يَفُوتْ جِنْسٌ مَنَفْعَةٌ وَلَا قَوَّتْ جَمَالًا عَلَى الْكَمَالِ، وَإِنَّمَا فِيهِ حُكُومَةٌ عَدْلٍ، وَأَمَّا إِذَا أَثْلَفَ الْكَامِلَ فَيَجِبُ فِيهِ كَمَالُ الدِّيَّةِ (لِإِثْلَافِهِ كُلَّ النَّفْسِ مِنْ وَجْهِهِ، وَهُوَ مُلْحَقٌ بِالإِثْلَافِ مِنْ كُلِّ وَجْهِهِ تَعْظِيمًا لِلْآدَمِيِّ، أَصْلُهُ قَضَاءُ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ بِالدِّيَّةِ كُلِّهَا فِي اللِّسَانِ وَالْأَنْفِ، وَعَلَى هَذَا تَنْسَحِبُ فُرُوعٌ كَثِيرَةٌ) فَإِنْ كَانَ جِنْسُ الْمَنَفْعَةِ أَوْ الْكَمَالِ قَائِمًا بِعَضْوٍ وَاحِدٍ فَعِنْدَ إِثْلَافِهِ يَجِبُ كَمَالُ الدِّيَّةِ، وَإِنْ كَانَ قَائِمًا بِعَضْوَيْنِ فَفِي كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نِصْفُ الدِّيَّةِ، وَإِنْ كَانَ قَائِمًا بِأَرْبَعَةِ أَعْضَاءٍ فَفِي كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهَا رُبْعُ الدِّيَّةِ، وَإِنْ كَانَ قَائِمًا بِعَشْرَةِ فَفِي كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهَا عَشْرُ الدِّيَّةِ، وَإِنْ كَانَ قَائِمًا بِأَكْثَرِ فَفِي كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهَا نِصْفُ عَشْرِ الدِّيَّةِ، وَكَلَامُهُ وَاضِحٌ.

وَقَوْلُهُ (قِيلَ تُقْسَمُ الدِّيَّةُ عَلَى عَدَدِ الْحُرُوفِ) يَعْنِي عَلَى جُمْلَةِ الْحُرُوفِ مِمَّا تَعَلَّقَ بِاللِّسَانِ وَغَيْرِهِ، وَقِيلَ عَلَى عَدَدِ حُرُوفِ تَعَلَّقَ بِاللِّسَانِ. قَالَ فِي النَّهَائَةِ: هِيَ الْأَلْفُ وَالثَّاءُ وَالنَّاءُ وَالجِيمُ وَالذَّالُ وَالرَّاءُ وَالزَّايُ وَالسِّينُ وَالشَّيْنُ وَالصَّادُ وَالضَّادُ وَالطَّاءُ وَالظَّاءُ وَاللَّامُ وَالثَّوْنُ، وَفِي كَوْنِ الْأَلْفِ مِنْ ذَلِكَ نَظَرٌ لِأَنَّهُ مِنْ أَفْصَى الْحَلْقِ عَلَى مَا عُرِفَ، فَمَا لَمْ يُمَكِّنْهُ إِثْنَانُ حَرْفٍ مِنْهَا يَلْزَمُهُ مَا يَخْصُهُ مِنَ الدِّيَّةِ. رُوي أَنَّ رَجُلًا قَطَعَ طَرَفَ لِسَانِ رَجُلٍ فِي زَمَانٍ عَلَى ﷺ فَأَمَرَهُ أَنْ يَقْرَأَ (ا ب ت ث)، فَكَلَّمَا قَرَأَ حَرْفًا أَسْقَطَ مِنَ الدِّيَّةِ بِقَدْرِ ذَلِكَ، وَمَا لَمْ يَقْرَأْ أَوْجَبَ مِنَ الدِّيَّةِ بِحِسَابِهِ وَهَذَا يُدَلُّ عَلَى صِحَّةِ الْقِيلِ الْأَوَّلِ،

وَبِهِ صَحَّحَهُ شَيْخُ الْإِسْلَامِ وَبَأَنَّ إِقَامَةَ بَعْضِ الْحُرُوفِ وَهُوَ مَا لَا يَفْتَقِرُ إِلَى اللِّسَانِ إِنْ تَهَيَّأَتْ بِدُونِ اللِّسَانِ، لَكِنَّ الْإِفْهَامَ الَّذِي هُوَ الْمَقْصُودُ لَا يَتَهَيَّأُ فَيَجِبُ الْامْتِحَانُ بِالْجَمِيعِ، وَكَذَا إِذَا ذَهَبَ سَمْعُهُ أَوْ بَصَرُهُ اخْتَلَفَ طُرُقُ التَّعْبِيرِ عَنْ مَعْرِفَةِ ذَهَابِ هَذِهِ الْحَوَاسِّ، فَقِيلَ إِذَا صَدَقَهُ الْجَانِي أَوْ اسْتَحْلَفَهُ عَلَى الْبَيِّنَاتِ وَتَكَلَّ ثَبَتَ قَوَائِمُهَا.

وَقِيلَ يُعْتَبَرُ فِيهِ الدَّلَائِلُ الْمُوصِلَةُ إِلَى ذَلِكَ، فَإِنْ لَمْ يَحْضُرِ الْعِلْمُ بِذَلِكَ يُعْتَبَرُ فِيهِ الدَّعْوَى وَالْإِنْكَارُ، فَطَرِيقُ مَعْرِفَةِ السَّمْعِ أَنْ يُتَعَاوَلَ وَيُنَادَى، فَإِنْ أَجَابَ عُلِمَ أَنَّهُ يَسْمَعُ. وَحَكَى النَّاطِقِيُّ عَنْ أَبِي خَازِمٍ الْقَاضِي أَنَّ امْرَأَةً تَطَارَشَتْ فِي مَجْلِسِ حُكْمِهِ، فَاشْتَغَلَ بِالْقَضَاءِ عَنْ النَّظَرِ إِلَيْهَا ثُمَّ قَالَ لَهَا فَجَاءَتْ: غَطِي عَوْرَتَكَ، فَاضْطَرَبَتْ وَتَسَارَعَتْ إِلَى جَمْعِ ثِيَابِهَا وَظَهَرَ مَكْرُهَا.

وَطَرِيقُ مَعْرِفَةِ ذَهَابِ الْبَصَرِ أَنْ يَسْتَقْبِلَ الشَّمْسَ مَفْتُوحَ الْعَيْنِ، فَإِنْ دَمَعَتْ عَيْنُهُ عُلِمَ أَنَّ الضَّوْءَ بَاقٍ، وَإِنْ لَمْ تَدْمَعْ عُلِمَ أَنَّ الضَّوْءَ ذَاهِبٌ. وَذَكَرَ الطَّحَاوِيُّ أَنَّهُ يُلْقَى بَيْنَ يَدَيْهِ حَيَّةٌ، فَإِنْ هَرَبَ مِنَ الْحَيَّةِ عُلِمَ أَنَّهُ لَمْ يَذْهَبْ بَصَرُهُ. وَطَرِيقُ مَعْرِفَةِ السَّمْعِ بِأَنْ يُوضَعَ بَيْنَ يَدَيْهِ مَا لَهُ رَائِحَةٌ كَرِيهَةٌ، فَإِنْ تَفَرَّ عَنْهَا عُلِمَ أَنَّهُ لَمْ يَذْهَبْ سَمْعُهُ.

قَالَ: (وَفِي الْعَقْلِ إِذَا ذَهَبَ بِالضَّرْبِ الدِّيَّةُ) لِفَوَاتِ مَنْفَعَةِ الْإِدْرَاكِ إِذْ بِهِ يَنْتَفِعُ بِنَفْسِهِ فِي مَعَاشِهِ وَمَعَادِهِ (وَكَذَا إِذَا ذَهَبَ سَمْعُهُ أَوْ بَصَرُهُ أَوْ شَمُّهُ أَوْ ذَوْقُهُ) لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهَا مَنْفَعَةٌ مَقْصُودَةٌ، وَقَدْ رُوِيَ: أَنَّ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَضَى بِأَرْبَعِ دِيَّاتٍ فِي ضَرْبَةٍ وَاحِدَةٍ ذَهَبَ بِهَا الْعَقْلُ وَالْكَلَامُ وَالسَّمْعُ وَالْبَصَرُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (لَأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهَا مَنْفَعَةٌ مَقْصُودَةٌ) يَعْنِي لَيْسَ فِيهَا اسْتِثْنَاءُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهَا الْآخَرُ، بِخِلَافِ قَتْلِ النَّفْسِ حَيْثُ لَا يَجِبُ إِلَّا دِيَّةٌ وَاحِدَةٌ لِأَنَّ الْأَطْرَافَ تَتَّبِعُ النَّفْسَ. أَمَّا الطَّرْفُ فَلَا يَتَّبِعُ طَرَفًا آخَرَ وَبِهَذَا يَنْدَفِعُ مَا قِيلَ لَوْ مَاتَ مِنَ الشَّجَّةِ لَمْ تَلْزَمْهُ إِلَّا دِيَّةٌ وَاحِدَةٌ فَيَفُوتُ هَذِهِ الْمَنَافِعُ بِدُونِ الْمَوْتِ أَوَّلَى، فَإِنَّ فِي الْمَوْتِ اسْتِثْنَاءًا دُونَ عَدَمِهِ، وَعَلَى ذَلِكَ مَا رُوِيَ عَنْ عُمَرَ كَمَا ذَكَرَ فِي الْكِتَابِ.

قَالَ: (وَفِي اللَّحْيَةِ إِذَا حُلِقَتْ فَلَمْ تَنْبِتْ الدِّيَّةُ) لِأَنَّهُ يَفُوتُ بِهِ مَنْفَعَةُ الْجَمَالِ. قَالَ (وَفِي شَعْرِ الرَّأْسِ الدِّيَّةُ) لَمَّا قُلْنَا. وَقَالَ مَالِكٌ: وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ تَحِبُّ فِيهِمَا حُكُومَةٌ

عَدَلٍ، لِأَنَّ ذَلِكَ زِيَادَةٌ فِي الْأَدَمِيِّ، وَلِهَذَا يُحْلَقُ شَعْرُ الرَّأْسِ كُلُّهُ، وَاللَّحْيَةُ بَعْضُهَا فِي بَعْضِ الْبِلَادِ وَصَارَ كَشَعْرِ الصَّدْرِ وَالسَّاقِ وَلِهَذَا يَجِبُ فِي شَعْرِ الْعَبْدِ نُقْصَانُ الْقِيَمَةِ. وَلَنَا أَنَّ اللَّحْيَةَ فِي وَقْتِهَا جَمَالَ وَفِي حَلْقِهَا تَفْوِيتُهُ عَلَى الْكَمَالِ فَتَحِبُّ الدِّيَةُ كَمَا فِي الْأُذُنَيْنِ الشَّاخِصَتَيْنِ، وَكَذَا شَعْرُ الرَّأْسِ جَمَالَ؛ أَلَا تَرَى أَنَّ مَنْ عَدِمَهُ خِلْقَةٌ يَتَكَلَّفُ فِي سِتْرِهِ، بِخِلَافِ شَعْرِ الصَّدْرِ وَالسَّاقِ لِأَنَّهُ لَا يَتَعَلَّقُ بِهِ جَمَالٌ. وَأَمَّا لَحْيَةُ الْعَبْدِ فَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ يَجِبُ فِيهَا كَمَالُ الْقِيَمَةِ، وَالتَّخْرِيجُ عَلَى الظَّاهِرِ أَنَّ الْمَقْصُودَ بِالْعَبْدِ الْمَنْفَعَةَ بِالِاسْتِعْمَالِ دُونَ الْجَمَالِ بِخِلَافِ الْحُرِّ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (لَمَّا قُلْنَا) إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ لِأَنَّهُ يَفُوتُ بِهِ مَنَفَعَةُ الْجَمَالِ، قَالُوا: لَوْ حُلِقَ رَأْسُ إِنْسَانٍ أَوْ لَحْيَتُهُ لَا يُطَالَبُ بِالدِّيَةِ حَالَةَ الْحَلْقِ بَلْ يُوجَلُّ سَنَةً لِتَصَوُّرِ الثَّبَاتِ، فَإِنْ مَاتَ قَبْلَ مُضِيِّ السَّنَةِ وَلَمْ يَنْبُتْ فَلَا شَيْءَ عَلَى الْخَالِقِ، وَقَالَا: فِيهِ حُكُومَةٌ، وَشَعْرُ الرَّجُلِ وَالْمَرْأَةِ وَالصَّغِيرِ وَالْكَبِيرِ فِي ذَلِكَ سَوَاءٌ. وَقَوْلُهُ (كَمَا فِي الْأُذُنَيْنِ الشَّاخِصَتَيْنِ) أَيُّ الْمُرْتَفِعَتَيْنِ وَصَفَهُمَا لِدَفْعِ إِرَادَةِ السَّمْعِ. وَقَوْلُهُ (أَنَّهُ يَجِبُ فِيهَا كَمَالُ الْقِيَمَةِ) هِيَ رِوَايَةُ الْحَسَنِ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ اعْتِبَارًا بِالدِّيَةِ فِي الْحُرِّ لِفَوَاتِ الْجَمَالِ (وَالْتَّخْرِيجُ عَلَى الظَّاهِرِ) وَهُوَ أَنَّهُ يَجِبُ نُقْصَانُ الْقِيَمَةِ.

قَالَ: (وَفِي الشَّارِبِ حُكُومَةٌ عَدَلٍ هُوَ الْأَصَحُّ) لِأَنَّهُ تَابِعٌ لِلْحِيَةِ فَصَارَ كَبَعْضِ أَطْرَافِهَا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (هُوَ الْأَصَحُّ) احْتِرَازٌ عَمَّا قَالَ بَعْضُ مَشَايخِنَا: يَجِبُ فِيهِ كَمَالُ الدِّيَةِ لِأَنَّهُ عُضْوٌ عَلَى حِدَةٍ وَيَفُوتُ بِهِ الْجَمَالُ.

(وَلَحْيَةُ الْكُوسَجِ إِنْ كَانَ عَلَى ذَقْنِهِ شَعْرَاتٌ مَعْدُودَةٌ فَلَا شَيْءَ فِي حَلْقِهِ) لِأَنَّ وُجُودَهُ يَشِينُهُ وَلَا يَزِينُهُ (وَإِنْ كَانَ أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ وَكَانَ عَلَى الْخَدِّ وَالذَّقْنِ جَمِيعًا لَكِنَّهُ غَيْرُ مُتَّصِلٍ فِيهِ حُكُومَةٌ عَدَلٍ) لِأَنَّ فِيهِ بَعْضَ الْجَمَالِ (وَإِنْ كَانَ مُتَّصِلًا فِيهِ كَمَالُ الدِّيَةِ) لِأَنَّهُ لَيْسَ بِكُوسَجٍ وَفِيهِ مَعْنَى الْجَمَالِ، وَهَذَا كُلُّهُ إِذَا فَسَدَ الْمَنْبِتُ، فَإِنْ نَبَتَتْ حَتَّى اسْتَوَى كَمَا كَانَ لَا يَجِبُ شَيْءٌ لِأَنَّهُ لَمْ يَبْقَ أَثَرُ الْجِنَايَةِ وَيُؤَدَّبُ عَلَى ارْتِكَابِهِ مَا لَا يَحِلُّ،

وَأَنَّ نَبَتَ بَيْضَاءَ فَعَنَّ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ لَا يَجِبُ شَيْءٌ فِي الْحُرِّ لِأَنَّهُ يَزِيدُ جَمَالًا، وَفِي الْعَبْدِ تَجِبُ حُكُومَةُ عَدَلٍ لِأَنَّهُ يَنْقُصُ قِيَمَتَهُ، وَعِنْدَهُمَا تَجِبُ حُكُومَةُ عَدَلٍ لِأَنَّهُ فِي غَيْرِ أَوَانِهِ يَشِينُهُ وَلَا يَزِينُهُ، وَيَسْتَوِي الْعَمْدُ وَالْخَطَأُ عَلَى هَذَا الْجُمُهورِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَيَسْتَوِي الْخَطَأُ وَالْعَمْدُ) يَعْنِي كَمَا تَجِبُ الدِّيَّةُ فِي حَلْقِ الرَّأْسِ وَاللِّحْيَةِ خَطَأً فَكَذَا إِذَا حَلَقَهُمَا عَمْدًا. قِيلَ وَصُورُهُ حَلَقُهُمَا خَطَأً أَنْ يَظُنُّهُ مُبَاحَ الدَّمِ فَحَلَقَ الْوَلِيَّ لِحْيَتَهُ ثُمَّ ظَهَرَ أَنَّهُ غَيْرُ مُبَاحِ الدَّمِ قِيلَ مُوجِبُ الْقِصَاصِ مَوْجُودٌ إِذَا كَانَ عَمْدًا فَمَا الْمَانِعُ عَنْهُ مَعَ الْإِمْكَانِ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ الْقِصَاصَ عُقُوبَةٌ وَالْعُقُوبَةُ لَا تُثَبِّتُ إِلَّا بِالنَّصِّ أَوْ دَلَالَتِهِ، وَلَا نَصٌّ فِي الشُّعُورِ، وَلَيْسَتْ فِي مَعْنَى الْمَنْصُوصِ وَهُوَ الْجُرُوحُ لِأَنَّهُ لَا يُحْتَاجُ فِي تَقْوِيَّتِهَا إِلَى الْجِرَاحَةِ وَالضَّرْبِ، وَلَا يُتَوَهَّمُ فِيهَا السَّرَايَةُ كَمَا تُتَوَهَّمُ فِي الْجِرَاحَاتِ، وَلَيْسَ فِيهِ إِمَاءَةٌ ذِي الرُّوحِ فَلَا يَجُوزُ إِحْقَاقُهَا بِالْمَنْصُوصِ دَلَالَةً كَمَا لَا يَجُوزُ قِيَاسًا.

(وَفِي الْحَاجِبَيْنِ الدِّيَّةُ وَفِي إِحْدَاهُمَا نِصْفُ الدِّيَّةِ) وَعِنْدَ مَالِكٍ وَالشَّافِعِيِّ رَحِمَهُمَا اللَّهُ تَجِبُ حُكُومَةُ عَدَلٍ، وَقَدْ مَرَّ الْكَلَامُ فِيهِ فِي اللَّحْيَةِ.

قَالَ (وَفِي الْعَيْنَيْنِ الدِّيَّةُ، وَفِي الْيَدَيْنِ الدِّيَّةُ، وَفِي الرِّجْلَيْنِ الدِّيَّةُ، وَفِي الشَّفَتَيْنِ الدِّيَّةُ، وَفِي الْأُذُنَيْنِ الدِّيَّةُ، وَفِي الْأَنْثَيْنِ الدِّيَّةُ) كَذَا رُوِيَ فِي حَدِيثِ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ رضي الله عنه عَنِ النَّبِيِّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ. قَالَ: (وَفِي كُلِّ وَاحِدٍ مِنْ هَذِهِ الْأَشْيَاءِ نِصْفُ الدِّيَّةِ) وَفِيمَا كَتَبَهُ النَّبِيُّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لِعَمْرِو بْنِ حَزْمٍ «وَفِي الْعَيْنَيْنِ الدِّيَّةُ، وَفِي إِحْدَاهُمَا نِصْفُ الدِّيَّةِ» ^(١) وَلَأنَّ فِي تَقْوِيَّتِ الْاِثْنَيْنِ مِنْ هَذِهِ الْأَشْيَاءِ تَقْوِيَّتُ جِنْسِ الْمُنْفَعَةِ أَوْ كَمَالِ الْجَمَالِ فَيَجِبُ كُلُّ الدِّيَّةِ، وَفِي تَقْوِيَّتِ إِحْدَاهُمَا تَقْوِيَّتُ النِّصْفِ فَيَجِبُ نِصْفُ الدِّيَّةِ.

الشرح:

قَالَ (وَفِي الْعَيْنَيْنِ الدِّيَّةُ) الْأَصْلُ الَّذِي ذَكَرْنَاهُ فِي صَدْرِ الْفَصْلِ يَشْمَلُ هَذِهِ الْفُرُوعَ كُلَّهَا. وَالْأَشْفَارُ جَمْعُ شَفْرِ بِالضَّمِّ. قَالَ الْمُصَنِّفُ: يَحْتَمِلُ أَنْ مُرَادَهُ الْأَهْدَابُ مَجَازًا، وَلَعَلَّهُ قَالَ ذَلِكَ دَفْعًا لِتَخْطِئَةِ مَنْ خَطَأً مُحَمَّدًا فِي إِطْلَاقِ الْأَشْفَارِ عَلَى الْأَهْدَابِ، قَالُوا: الْأَشْفَارُ مَنَابِتُ الشَّعْرِ وَهِيَ حُرُوفُ الْعَيْنَيْنِ وَأَطْرَافُهَا، وَالشُّعُورُ الَّتِي

عَلَيْهَا تُسَمَّى الْهُدْبُ، فَقَالَ الْمُصَنِّفُ: يُحْتَمَلُ أَنْ مُرَادَهُ الْأَهْدَابُ فَيَكُونُ مَجَازًا لِلْمُجَاوِرَةِ مِنْ ذِكْرِ الْمَحَلِّ وَإِرَادَةِ الْحَالِ، وَيُحْتَمَلُ أَنْ مُرَادَهُ الْحَقِيقَةُ، فَإِنَّ فِي تَقْوِيَتِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْمَحَلِّ وَالْحَالِ تَقْوِيَتِ جِنْسِ الْمَنْفَعَةِ وَالْجَمَالِ عَلَى الْكَمَالِ عَلَى مَا ذَكَرَ فِي الْكِتَابِ.

قَالَ: (وَفِي ثَدْيِي الْمَرَأَةِ الدِّيَّةُ) لَمَّا فِيهِ مِنْ تَقْوِيَتِ جِنْسِ الْمَنْفَعَةِ (وَفِي إِحْدَاهُمَا نِصْفُ دِيَّةِ الْمَرَأَةِ) لَمَّا بَيَّنَّا، بِخِلَافِهِ ثَدْيِي الرَّجُلِ حَيْثُ تَحِبُّ حُكُومَةُ عَدْلِ لِأَنَّهُ لَيْسَ فِيهِ تَقْوِيَتُ جِنْسِ الْمَنْفَعَةِ وَالْجَمَالِ.

(وَفِي حَلَمَتِي الْمَرَأَةِ الدِّيَّةُ كَامِلَةٌ) لِفَوَاتِ جِنْسِ مَنَفَعَةِ الْإِرْضَاعِ وَإِمْسَاكِ اللَّبَنِ (وَفِي إِحْدَاهُمَا نِصْفُهَا) لَمَّا بَيَّنَّاهُ.

قَالَ (وَفِي أَشْفَارِ الْعَيْنَيْنِ الدِّيَّةُ وَفِي إِحْدَاهَا رُبْعُ الدِّيَّةِ) قَالَ ﷺ: يُحْتَمَلُ أَنْ مُرَادَهُ الْأَهْدَابُ مَجَازًا كَمَا ذَكَرَهُ مُحَمَّدٌ فِي الْأَصْلِ لِلْمُجَاوِرَةِ كَالرَّائِيَةِ لِلْقَرِيبَةِ وَهِيَ حَقِيقَةٌ فِي الْبَعِيرِ، وَهَذَا لِأَنَّهُ يُفَوَّتُ الْجَمَالُ عَلَى الْكَمَالِ وَجِنْسُ الْمَنْفَعَةِ وَهِيَ مَنَفَعَةُ دَفْعِ الْأَذَى وَالْقَذَى عَنِ الْعَيْنِ إِذْ هُوَ يَنْدَفِعُ بِالْهُدْبِ، وَإِذَا كَانَ الْوَاجِبُ فِي الْكُلِّ كُلِّ الدِّيَّةِ وَهِيَ أَرْبَعَةٌ كَانَ فِي أَحَدِهَا رُبْعُ الدِّيَّةِ وَفِي ثَلَاثَةٍ مِنْهَا ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِهَا، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ مُرَادُهُ مَنَبَتُ الشَّعْرِ وَالْحُكْمُ فِيهِ هَكَذَا.

(وَلَوْ قَطَعَ الْجَفُونَ بِأَهْدَابِهَا فَفِيهِ دِيَّةٌ وَاحِدَةٌ) لِأَنَّ الْكُلَّ كَشْيءٍ وَاحِدٍ وَصَارَ كَالْمَارِنِ مَعَ الْقَصْبَةِ.

قَالَ (وَفِي كُلِّ أَصْبُعٍ مِنْ أَصَابِعِ الْيَدَيْنِ وَالرَّجْلَيْنِ عَشْرُ الدِّيَّةِ) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «فِي كُلِّ أَصْبُعٍ عَشْرٌ مِنَ الْإِبِلِ»^(١) وَلَأنَّ فِي قَطْعِ الْكُلِّ تَقْوِيَتُ جِنْسِ الْمَنْفَعَةِ وَفِيهِ دِيَّةٌ كَامِلَةٌ وَهِيَ عَشْرٌ فَتَنْقَسِمُ الدِّيَّةُ عَلَيْهَا. قَالَ (وَالْأَصَابِعُ كُلُّهَا سَوَاءٌ) لِإِطْلَاقِ الْحَدِيثِ، وَلِأَنَّهَا سَوَاءٌ فِي أَصْلِ الْمَنْفَعَةِ فَلَا تُعْتَبَرُ الزِّيَادَةُ فِيهِ كَالْيَمِينِ مَعَ الشَّمَالِ، وَكَذَا أَصَابِعُ الرَّجْلَيْنِ لِأَنَّهُ يُفَوَّتُ بِقَطْعِ كُلِّهَا مَنَفَعَةُ الْمَشْيِ فَتَحِبُّ الدِّيَّةُ كَامِلَةٌ، ثُمَّ فِيهِمَا عَشْرُ أَصَابِعٍ فَتَنْقَسِمُ الدِّيَّةُ عَلَيْهَا أَعْشَارًا.

قَالَ (وَفِي كُلِّ أَصْبُعٍ فِيهَا ثَلَاثَةُ مَفَاصِلَ؛ فَفِي أَحَدِهَا. ثَلَاثُ دِيَّةٍ الْأَصْبُعُ وَمَا فِيهَا مِفْصَلَانِ فَفِي أَحَدِهِمَا نِصْفُ دِيَّةِ الْأَصْبُعِ) وَهُوَ تَظْيِيرُ انْقِسَامِ دِيَّةِ الْيَدِ عَلَى الْأَصَابِعِ.

(١) أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ (٤٥٦٠)، وَابْنُ مَاجَهَ (٢٦٥٠).

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَهُوَ نَظِيرُ انْقِسَامِ دِيَةِ الْيَدِ عَلَى الْأَصَابِعِ) يَعْنِي أَنَّ عَشْرَ الدِّيَةِ الْوَاجِبَ بِإِزَاءِ كُلِّ أُصْبُعٍ إِنَّمَا هُوَ بِمُقَابَلَةِ مَفَاصِلِهَا، فَمَا فِيهِ ثَلَاثَةُ مَفَاصِلٍ كَانَ لِكُلِّ مِنْهَا ثَلَاثُهُ، وَمَا فِيهِ مَفْصِلَانِ كَانَ لِكُلِّ مِنْهُمَا نِصْفُهُ.

قَالَ: (وَفِي كُلِّ سِنٍّ خَمْسٌ مِنَ الْإِبِلِ) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ فِي حَدِيثِ أَبِي مُوسَى الْأَشْعَرِيِّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ «وَفِي كُلِّ سِنٍّ خَمْسٌ مِنَ الْإِبِلِ» وَالْأَسْنَانُ وَالْأَضْرَاسُ كُلُّهَا سَوَاءٌ لِإِطْلَاقِ مَا رَوَيْنَا، وَلَمَّا رُوِيَ فِي بَعْضِ الرُّوَايَاتِ: وَالْأَسْنَانُ كُلُّهَا سَوَاءٌ، وَلِأَنَّ كُلُّهَا فِي أَصْلِ الْمَنْفَعَةِ سَوَاءٌ فَلَا يُعْتَبَرُ التَّفَاضُلُ كَالْأَيْدِي وَالْأَصَابِعِ، وَهَذَا إِذَا كَانَ خَطَأً، فَإِنْ كَانَ عَمْدًا فَفِيهِ الْقِصَاصُ وَقَدْ مَرَّ فِي الْجَنَائِيَّاتِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَالْأَسْنَانُ وَالْأَضْرَاسُ كُلُّهَا سَوَاءٌ) قَالُوا: فِيهِ نَظَرٌ. وَالصَّوَابُ أَنْ يُقَالَ: وَالْأَسْنَانُ كُلُّهَا سَوَاءٌ، أَوْ يُقَالَ: وَالْأَثْيَابُ وَالْأَضْرَاسُ كُلُّهَا سَوَاءٌ، لِأَنَّ السِّنَّ اسْمُ جِنْسٍ يَدْخُلُ تَحْتَهُ اثْنَانِ وَثَلَاثُونَ: أَرْبَعٌ مِنْهَا ثَنَائَا وَهِيَ الْأَسْنَانُ الْمُتَقَدِّمَةُ اثْنَتَانِ فَوْقُ وَاثْنَتَانِ أَسْفَلُ، وَمِثْلُهَا رَبَاعِيَّاتٌ وَهِيَ مَا يَلِي الثَّنَائَا، وَمِثْلُهَا أَثْيَابٌ تَلِي الرَّبَاعِيَّاتِ، وَمِثْلُهَا ضَوَاحِكُ تَلِي الْأَثْيَابِ، وَاثْنَتَا عَشْرَةَ سَنًا تُسَمَّى بِالطَّوَاحِنِ مِنْ كُلِّ جَانِبٍ ثَلَاثٌ فَوْقُ وَثَلَاثٌ أَسْفَلُ، وَبَعْدَهَا سِنٌّ وَهِيَ آخِرُ الْأَسْنَانِ يُسَمَّى ضِرْسَ الْحِلْمِ لِأَنَّهُ يَنْبْتُ بَعْدَ الْبُلُوغِ وَقَدْ كَمَلَ الْعَقْلُ، فَلَا يَصِحُّ أَنْ يُقَالَ الْأَسْنَانُ وَالْأَضْرَاسُ سَوَاءٌ لِعَوْدِهِ إِلَى مَعْنَى أَنْ يُقَالَ الْأَسْنَانُ وَبَعْضُهَا سَوَاءٌ، فَإِذَا ضَرَبَ رَجُلٌ رَجُلًا حَتَّى سَقَطَتْ أَسْنَانُهُ كُلُّهَا كَانَتْ عَلَيْهِ دِيَةٌ وَثَلَاثَةُ أَخْمَاسِ الدِّيَةِ، وَهِيَ مِنَ الدَّرَاهِمِ سِتَّةٌ عَشَرَ أَلْفَ دِرْهَمٍ، وَلَيْسَ فِي الْبَدَنِ جِنْسٌ عُضْوٌ يَجِبُ بِتَقْوِيَّتِهِ أَكْثَرُ مِنْ مِقْدَارِ الدِّيَةِ سِوَى الْأَسْنَانِ، وَمِنْ النَّاسِ مَنْ فَضَّلَ الطَّوَاحِنَ عَلَى الضَّوَاحِكِ لِمَا فِيهِ مِنْ زِيَادَةِ الْمَنْفَعَةِ وَهُوَ خِلَافُ النَّصِّ.

قَالَ: (وَمَنْ ضَرَبَ عُضْوًا فَأَذْهَبَ مَنْفَعَتَهُ فَفِيهِ دِيَةٌ كَامِلَةٌ كَالْيَدِ إِذَا شَلَّتْ وَالْعَيْنُ إِذَا ذَهَبَ ضَوْءُهَا) لِأَنَّ الْمُتَعَلِّقَ تَقْوِيَّتُ جِنْسِ الْمَنْفَعَةِ لَا قَوَاتِ الصُّورَةِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (لِأَنَّ الْمُتَعَلِّقَ) يَعْنِي الَّذِي يَتَعَلَّقُ بِهِ وَجُوبُ كُلِّ الدِّيَةِ هُوَ تَقْوِيَّتُ جِنْسِ

الْمَنْفَعَةُ لَا فَوَاتُ الصُّورَةَ.

فَإِنْ قِيلَ: لَا نُسَلِّمُ: أَنَّ فَوَاتَ الصُّورَةَ لَيْسَ مُتَعَلِّقٌ وَجُوبِ الدِّيَةِ، بَلِ الْجَمَالُ أَيْضًا مَقْصُودٌ كَمَا تَقَدَّمَ فِي حَلْقِ الْحَاجِبَيْنِ وَاللَّحْيَةِ، وَلَيْسَ أَحَدُهُمَا أَوَّلَى بِاسْتِثْبَاعِهِ الْآخَرَ فَيَكُونُ الْحَصْرُ فِي غَيْرِ مَوْقِعِهِ.

أُجِيبَ بِأَنَّ الْجَمَالَ مَقْصُودٌ فِي غَضْوِ لَا يَكُونُ الْمَقْصُودُ مِنْهُ الْمَنْفَعَةُ، وَأَمَّا إِذَا كَانَ فَالْجَمَالُ تَابِعٌ: أَلَا تَرَى أَنَّهُ إِذَا قَطَعَ الْيَدَ الشَّلَاءَ تَجِبُ حُكُومَةُ عَدْلِ لَا الدِّيَةِ، لِأَنَّ الْمَقْصُودَ بِالْيَدِ لَمَّا كَانَ الْمَنْفَعَةُ لَمْ تَتَكَمَّلِ الْجَنَائِيَةُ مِنْ حَيْثُ تَقْوِيَتِ الْجَمَالُ، فَإِذَا اجْتَمَعَ جُعِلَ الْجَمَالُ تَابِعًا أَيْضًا، لِأَنَّهُ إِذَا كَانَ تَابِعًا عِنْدَ الْإِنْفِرَادِ فَلَأَن يَكُونَ تَابِعًا عِنْدَ الْاجْتِمَاعِ لَوْجُودِ الْمُسْتَتَبِعِ أَوَّلَى. وَقَوْلُهُ (لِتَقْوِيَتِ جِنْسِ الْمَنْفَعَةِ) يَعْنِي مَنَفَعَةَ النَّسْلِ.

(وَمَنْ ضَرَبَ صُلْبَ غَيْرِهِ فَانْقَطَعَ مَأْوُهُ تَجِبُ الدِّيَةُ) لِتَقْوِيَتِ جِنْسِ الْمَنْفَعَةِ (وَكَذَا لَوْ أَحَدِيَّةً) لِأَنَّهُ قُوَّتَ جَمَالًا عَلَى الْكَمَالِ وَهُوَ اسْتِثْوَاءُ الْقَامَةِ (فَلَوْ زَالَتِ الْحُدُوبَةُ لَا شَيْءَ عَلَيْهِ) لَزَوَالُهَا لَا عَنْ أَثَرِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (لَأَنَّهُ قُوَّتَ جَمَالًا عَلَى الْكَمَالِ) هُوَ اسْتِثْقَامَةُ الْقَامَةِ. قِيلَ وَفِي تَفْسِيرِ قَوْلِهِ تَعَالَى ﴿لَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ فِي أَحْسَنِ تَقْوِيمٍ﴾ [التين: ٤] أَي مُتَّصِبَ الْقَامَةِ وَهِيَ تَزُولُ بِالْحُدُوبَةِ.

فَصْلٌ فِي الشَّجَاجِ

قَالَ (الشَّجَاجُ عَشْرَةٌ: الْحَارِصَةُ) وَهِيَ الَّتِي تَحْرِصُ الْجِلْدَ: أَي تَحْدِثُهُ وَلَا تُخْرِجُ الدَّمَ (وَالدَّامِغَةُ) وَهِيَ الَّتِي تُظْهِرُ الدَّمَ وَلَا تُسِيلُهُ كَالدَّمْعِ مِنَ الْعَيْنِ (وَالدَّامِغَةُ) وَهِيَ الَّتِي تُسِيلُ الدَّمَ (وَالْبَاضِعَةُ) وَهِيَ الَّتِي تَبْضَعُ الْجِلْدَ أَي تَقْطَعُهُ (وَالْمُتَلَاخِمَةُ) وَهِيَ الَّتِي تَأْخُذُ فِي اللَّحْمِ (وَالسَّمْحَاقُ) وَهِيَ الَّتِي تَصِلُ إِلَى السَّمْحَاقِ وَهِيَ جِلْدَةٌ رَقِيقَةٌ بَيْنَ اللَّحْمِ وَعَظْمِ الرَّأْسِ (وَالْمُوضِحَةُ) وَهِيَ الَّتِي تُوضِحُ الْعَظْمَ أَي تُبَيِّنُهُ (وَالهَاشِمَةُ) وَهِيَ الَّتِي تُهَشِّمُ الْعَظْمَ: أَي تَكْسِرُهُ (وَالْمُنْقَلَةُ) وَهِيَ الَّتِي تُنْقَلُ الْعَظْمُ بَعْدَ الْكَسْرِ: أَي تُحَوَّلُهُ (وَالْأَمَةُ) وَهِيَ الَّتِي تَصِلُ إِلَى أَمِّ الرَّأْسِ وَهُوَ الَّذِي فِيهِ الدَّمَاعُ.

قَالَ: (فَفِي الْمُوضِحَةِ الْقِصَاصُ إِنْ كَانَتْ عَمْدًا) لَمَّا رُوِيَ «أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ

قَضَى بِالْقِصَاصِ فِي الْمَوْضِحَةِ^(١) وَلَأَنَّهُ يُمَكِّنُ أَنْ يَنْتَهِيَ السَّكِينُ إِلَى الْعَظَمِ فَيَتَسَاوَيَانِ فَيَتَحَقَّقُ الْقِصَاصُ. قَالَ: (وَلَا قِصَاصَ فِي بَقِيَّةِ الشَّجَاجِ) لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُ اعْتِبَارُ الْمَسَاوَةِ فِيهَا لِأَنَّهُ لَا حَدٌّ يَنْتَهِي السَّكِينُ إِلَيْهِ، وَلَأَنَّ فِيمَا فَوْقَ الْمَوْضِحَةِ كَسْرُ الْعَظَمِ وَلَا قِصَاصَ فِيهِ، وَهَذَا رِوَايَةٌ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ فِي الْأَصْلِ وَهُوَ ظَاهِرُ الرِّوَايَةِ: يَحِبُّ الْقِصَاصُ فِيمَا قَبْلَ الْمَوْضِحَةِ لِأَنَّهُ يُمَكِّنُ اعْتِبَارَ الْمَسَاوَةِ فِيهِ، إِذْ لَيْسَ فِيهِ كَسْرُ الْعَظَمِ وَلَا خَوْفُ هَلَاكِ غَالِبٍ فَيُسَبِّرُ غَوْرَهَا بِمَسْبَارٍ ثُمَّ تَتَّخِذُ حَدِيدَةً بِقَدْرِ ذَلِكَ فَيُقَطِّعُ بِهَا مِقْدَارَ مَا قُطِعَ فَيَتَحَقَّقُ اسْتِيفَاءُ الْقِصَاصِ.

قَالَ (وَفِيمَا دُونَ الْمَوْضِحَةِ حُكُومَةُ عَدْلِ) لِأَنَّهُ لَيْسَ فِيهَا أَرْضٌ مُقَدَّرٌ وَلَا يُمَكِّنُ إِهْدَارُهُ فَوَجِبَ اعْتِبَارُهُ بِحُكْمِ الْعَدْلِ، وَهُوَ مَا ثَوَّرَ عَنِ النَّخَعِيِّ وَعُمَرَ بْنِ عَبْدِ الْعَزِيزِ. قَالَ (وَفِي الْمَوْضِحَةِ إِنْ كَانَتْ خَطَأً نِصْفُ عَشْرِ الدِّيَةِ، وَفِي الْهَاشِمَةِ عَشْرُ الدِّيَةِ، وَفِي الْمُنْقَلَةِ عَشْرُ الدِّيَةِ وَنِصْفُ عَشْرِ الدِّيَةِ، وَفِي الْأَمَةِ ثُلُثُ الدِّيَةِ، وَفِي الْجَائِفَةِ ثُلُثُ الدِّيَةِ، فَإِنْ نَفَذَتْ فَهُمَا جَائِفَتَانِ فَفِيهِمَا ثُلُثَا الدِّيَةِ) لَمَّا رُوِيَ فِي كِتَابِ عَمْرِو بْنِ حَزْمٍ رحمته الله أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ قَالَ «وَفِي الْمَوْضِحَةِ خَمْسٌ مِنَ الْإِبِلِ، وَفِي الْهَاشِمَةِ عَشْرٌ، وَفِي الْمُنْقَلَةِ خَمْسَةٌ عَشْرٌ، وَفِي الْأَمَةِ» وَيُرْوَى «الْأُمُومَةُ ثُلُثُ الدِّيَةِ» وَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «فِي الْجَائِفَةِ ثُلُثُ الدِّيَةِ» وَعَنْ أَبِي بَكْرٍ رحمته الله أَنَّهُ حَكَمَ فِي جَائِفَةٍ نَفَذَتْ إِلَى الْجَانِبِ الْأَخْرِ بِثُلَاثِي الدِّيَةِ، وَلَأَنَّهُمَا إِذَا نَفَذَتْ نَزَلَتْ مَنَزِلَتَ جَائِفَتَيْنِ أَحَدَاهُمَا مِنْ جَانِبِ الْبَطْنِ وَالْأُخْرَى مِنْ جَانِبِ الظَّهْرِ وَفِي كُلِّ جَائِفَةٍ ثُلُثُ الدِّيَةِ فَلِهَذَا وَجِبَ فِي النَّافِذَةِ ثُلُثَا الدِّيَةِ. وَعَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ جَعَلَ الْمُتَلَاخِمَةَ قَبْلَ الْبَاضِعَةِ وَقَالَ: هِيَ الَّتِي يَتَلَاخَمُ فِيهَا الدَّمُ وَيَسْوَدُ. وَمَا ذَكَرْنَاهُ بَدَأَ مَرْوِيٌّ عَنْ أَبِي يُوسُفَ وَهَذَا اخْتِلَافٌ عِبَارَةٍ لَا يَعُودُ إِلَى مَعْنَى وَحُكْمٍ.

الشرح:

(فَصَلُّ فِي الشَّجَاجِ): لَمَّا كَانَ الشَّجَاجُ نَوْعًا مِنْ أَنْوَاعِ مَا دُونَ النَّفْسِ وَتَكَاثَرَ

(١) قَالَ الزَّيْلَعِيُّ فِي نَسَبِ الرَّايَةِ (١٤٥/٥): غَرِيبٌ؛ وَأَخْرَجَهُ الْبَيْهَقِيُّ فِي السَّنَنِ الْكُبْرَى (١٦١٠٣) عَنْ طَارِسٍ قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «لَا طَلَاقَ قَبْلَ مَلِكٍ، وَلَا قِصَاصَ فِيمَا دُونَ الْمَوْضِحَةِ مِنَ الْجَرَاحَاتِ».

مَسَائِلُهُ ذَكَرَهُ فِي فَصْلِ عَلَى حِدَةٍ. قَالَ (الشَّجَاجُ عَشْرَةٌ) وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنْ قَطَعَ الْجِلْدُ لَا بُدَّ مِنْهُ لِلشَّجَّةِ، وَبَعْدَ الْقَطْعِ إِمَّا أَنْ يَظْهَرَ الدَّمُ أَوْ لَا، الثَّانِي هُوَ الْحَارِصَةُ. وَالْأَوَّلُ إِمَّا أَنْ يَسِيلَ الدَّمُ بَعْدَ الْإِظْهَارِ أَوْ لَا، وَالثَّانِي هُوَ الدَّامِعَةُ. وَالْأَوَّلُ إِمَّا أَنْ يَقْطَعَ بَعْضَ اللَّحْمِ أَوْ لَا، وَالثَّانِي هُوَ الدَّامِيَةُ. وَالْأَوَّلُ إِمَّا أَنْ يَكُونَ قَطَعَ أَكْثَرَ اللَّحْمِ الَّذِي بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْعَظْمِ أَوْ لَا، وَالثَّانِي هُوَ الْبَاضِعَةُ. وَالْأَوَّلُ إِمَّا أَنْ أَظْهَرَ الْجِلْدَةَ الرَّقِيقَةَ الْحَائِلَةَ بَيْنَ اللَّحْمِ وَالْعَظْمِ أَوْ لَا، وَالثَّانِي هُوَ الْمُتْلَاحِمَةُ.

وَالْأَوَّلُ إِمَّا أَنْ يَقْتَصِرَ عَلَى الْإِظْهَارِ أَوْ يَتَعَدَّى، وَالْأَوَّلُ هُوَ السَّمْحَاقُ، وَالثَّانِي إِمَّا أَنْ يَقْتَصِرَ عَلَى إِظْهَارِ الْعَظْمِ أَوْ لَا، وَالْأَوَّلُ هُوَ الْمُوضِحَةُ، وَالثَّانِي إِمَّا أَنْ يَقْتَصِرَ عَلَى كَسْرِ الْعَظْمِ أَوْ - لَا، وَالْأَوَّلُ هُوَ الْهَاشِمَةُ، وَالثَّانِي إِمَّا أَنْ يَقْتَصِرَ عَلَى نَقْلِ الْعَظْمِ وَتَحْوِيلِهِ مِنْ غَيْرِ وَصُولِهِ إِلَى الْجِلْدَةِ الَّتِي بَيْنَ الْعَظْمِ وَالْدَّمَاعِ أَوْ لَا، وَالْأَوَّلُ هُوَ الْمُنْقَلَةُ، وَالثَّانِي هُوَ الْأَمَةُ وَهِيَ الْعَاشِرَةُ، وَلَمْ يَذْكُرْ مَا بَعْدَهَا وَهِيَ الدَّامِعَةُ بِالْعَيْنِ الْمُعْجَمَةِ، وَهِيَ الَّتِي تُخْرِجُ الدَّمَاعَ لِأَنَّ النَّفْسَ لَا تَبْقَى بَعْدَهَا عَادَةً فَكَانَ ذَلِكَ قَتْلًا لَا شَجَّةَ عَلَى مَا يَجِيءُ فِي الْكِتَابِ. وَلَيْسَ الْكَلَامُ فِيهِ، فَقَدْ عُلِمَ بِالِاسْتِقْرَاءِ بِحَسَبِ الْآثَارِ أَنَّ الشَّجَاجَ لَا تَزِيدُ عَلَى مَا ذَكَرَ فِي الْكِتَابِ، وَقَدْ عُلِمَ بِذَلِكَ حَقِيقَةُ كُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهَا، ثُمَّ ذَكَرَ الْحُكْمَ بَعْدَ ذَلِكَ وَهُوَ وَاضِحٌ.

قَوْلُهُ (وَلَأَنَّ فِيمَا فَوْقَ الْمُوضِحَةِ) يُرِيدُ مَا هُوَ أَكْبَرُ شَجَّةٍ مِنْهَا وَهُوَ الْهَاشِمَةُ وَالْمُنْقَلَةُ وَالْأَمَةُ. وَقَوْلُهُ (وَفِيمَا قَبْلَ الْمُوضِحَةِ) يُرِيدُ السَّتَّ الْمُتَقَدِّمَةَ عَلَيْهَا مِنَ الْحَارِصَةِ إِلَى السَّمْحَاقِ. وَالْمُسَبَّارُ مَا يُسَبَّرُ بِهِ الْجُرْحُ: أَيْ يُقَدَّرُ قَدْرُ غُورِهِ بِحَدِيدَةٍ أَوْ غَيْرِهَا، وَالْمُرَادُ بِقَوْلِهِ فِيمَا دُونَ الْمُوضِحَةِ مَا قَبْلَهَا وَهِيَ السَّتُّ الْمَذْكُورَةُ وَوُجُوبُ حُكُومَةِ عَدْلٍ فِيهَا إِنْمَا هُوَ عَلَى رَوَايَةِ غَيْرِ الْأَصْلِ، وَأَمَّا عَلَى رَوَايَتِهِ فَقَدْ قَالَ: يَجِبُ الْقِصَاصُ فِيمَا فَوْقَ الْمُوضِحَةِ. وَقَوْلُهُ (وَفِي الْجَائِفَةِ ثَلَاثُ الدِّيَةِ) قَالَ فِي الْإِيضَاحِ: الْجَائِفَةُ مَا اتَّصَلَ إِلَى الْخَوْفِ مِنَ الصَّدْرِ وَالْبَطْنِ وَالظَّهْرِ وَالْجَنْبَيْنِ، وَالِاسْمُ دَلِيلٌ عَلَيْهِ، وَمَا وَصَلَ مِنَ الرُّقْبَةِ إِلَى الْمَوْضِعِ الَّذِي إِذَا وَصَلَ إِلَيْهِ الشَّرَابُ كَانَ مُفْطَرًّا، وَمَا فَوْقَ ذَلِكَ فَلَيْسَ بِجَائِفَةٍ. قَالَ فِي النَّهَائَةِ: فَعَلَى هَذَا ذَكَرَ الْجَائِفَةَ هُنَا فِي مَسَائِلِ الشَّجَاجِ وَقَعَ اتِّفَاقًا، وَذَلِكَ لِأَنَّ الشَّجَاجَ تَخْتَصُّ بِالرَّأْسِ وَالْجَنْبَةِ وَالْوَجْهِ وَالذَّقْنَ. وَقَوْلُهُ (وَهَذَا اخْتِلَافُ عِبَارَةٍ لَا يَعُودُ إِلَى مَعْنَى)

يَعْنِي يَرْجِعُ إِلَى مَاخِذِ الْاِسْتِفَاقِ، فَمُحَمَّدٌ ذَهَبَ إِلَى أَنَّ الْمُلَاحِمَةَ مُشْتَقَّةٌ مِنَ التَّحَمِّ الشَّيْئَانِ إِذَا اتَّصَلَ أَحَدُهُمَا بِالْآخَرِ، فَالْمُلَاحِمَةُ مَا تُظْهِرُ اللَّحْمَ وَلَا تَقْطَعُهُ، وَالْبَاضِعَةُ بَعْدَهَا لِأَنَّهَا تَقْطَعُهُ.

وَبَعْدَ هَذَا شَجَّةٌ أُخْرَى تُسَمَّى الدَّامِغَةُ وَهِيَ الَّتِي تَصِلُ إِلَى الدِّمَاعِ، وَإِنَّمَا لَمْ يَذْكُرْهَا لِأَنَّهَا تَقَعُ قَتْلًا فِي الْغَالِبِ لَا جِنَايَةَ مُقْتَصِرَةً مُنفَرِدَةً بِحُكْمٍ عَلَى حِدَةٍ، ثُمَّ هَذِهِ الشَّجَاعُ تُخْتَصُّ بِالْوَجْهِ وَالرَّاسِ لُغَةً، وَمَا كَانَ فِي غَيْرِ الْوَجْهِ وَالرَّاسِ يُسَمَّى جِرَاحَةً، وَالْحُكْمُ مُرْتَبِّ عَلَى الْحَقِيقَةِ فِي الصَّحِيحِ، حَتَّى لَوْ تَحَقَّقَتْ فِي غَيْرِهِمَا نَحْوُ السَّاقِ وَالْيَدِ لَا يَكُونُ لَهَا أَرَشٌ مُقَدَّرٌ، وَإِنَّمَا تَحِبُّ حُكُومَةُ الْعَدْلِ لِأَنَّ التَّقْدِيرَ بِالتَّوْقِيفِ وَهُوَ إِنَّمَا وَرَدَ فِيهَا يَخْتَصُّ بِهِمَا، وَلِأَنَّهُ إِنَّمَا وَرَدَ الْحُكْمُ فِيهَا لِمَعْنَى الشَّيْنِ الَّذِي يَلْحَقُهُ بِبَقَاءِ أَثَرِ الْجِرَاحَةِ، وَالشَّيْنُ يَخْتَصُّ بِمَا يَظْهَرُ مِنْهَا فِي الْغَالِبِ وَهُوَ الْعَضْوَانِ هَذَا لَا سِوَاهُمَا. وَأَمَّا اللَّحْيَانِ فَقَدْ قِيلَ لَيْسَا مِنَ الْوَجْهِ وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ، حَتَّى لَوْ وَجَدَ فِيهِمَا مَا فِيهِ أَرَشٌ مُقَدَّرٌ لَا يَجِبُ الْمُقَدَّرُ. وَهَذَا لِأَنَّ الْوَجْهَ مُشْتَقٌّ مِنَ الْمَوَاجِهِةِ، وَلَا مَوَاجِهَةً لِلنَّظَرِ فِيهِمَا إِلَّا أَنْ عِنْدَنَا هُمَا مِنَ الْوَجْهِ لِاتِّصَالِهِمَا بِهِ مِنْ غَيْرِ فَاصلَةٍ، وَقَدْ يَتَحَقَّقُ فِيهِ مَعْنَى الْمَوَاجِهِةِ أَيْضًا. وَقَالُوا: الْجَائِزَةُ تُخْتَصُّ بِالْجَوْفِ: جَوْفِ الرَّاسِ أَوْ جَوْفِ الْبَطْنِ، وَتَفْسِيرُ حُكُومَةِ الْعَدْلِ عَلَى مَا قَالَهُ الطَّحَاوِيُّ أَنْ يَقُومَ مَمْلُوكًا بِدُونِ هَذَا الْأَثَرِ وَيَقُومَ بِهِ هَذَا الْأَثَرُ، ثُمَّ يَنْظُرُ إِلَى تَفَاوُتِ مَا بَيْنَ الْقِيَمَتَيْنِ، فَإِنْ كَانَ نِصْفُ عَشْرِ الْقِيَمَةِ يَجِبُ نِصْفُ عَشْرِ الدِّيَةِ، وَإِنْ كَانَ رُبْعُ عَشْرِ فَرُبْعُ عَشْرِ. وَقَالَ الْكَرْخِيُّ: يَنْظُرُ كَمْ مِقْدَارُ هَذِهِ الشَّجَّةِ مِنَ الْمَوْضِحَةِ فَيَجِبُ بِقَدْرِ ذَلِكَ مِنْ نِصْفِ عَشْرِ الدِّيَةِ، لِأَنَّ مَا لَا نَصَّ فِيهِ يُرَدُّ إِلَى الْمَنْصُوصِ عَلَيْهِ وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَأَمَّا اللَّحْيَانِ) يُرِيدُ بِهِ الْعَظْمَ الَّذِي تَحْتَ الذَّقَنِ. وَقَوْلُهُ (وَقَدْ تَحَقَّقَ فِيهِ مَعْنَى الْمَوَاجِهِةِ) قِيلَ عَلَيْهِ فَيَجِبُ أَنْ يَكُونَ غَسْلُهُمَا فَرَضًا فِي الطَّهَارَةِ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ تَرَكْنَ هَذِهِ الْحَقِيقَةَ بِالْإِجْمَاعِ، وَلَا إِجْمَاعَ هَاهُنَا بَقِيَتْ الْعِبَرَةُ لِلْحَقِيقَةِ. وَقَوْلُهُ (ثُمَّ يَنْظُرُ إِلَى تَفَاوُتِ مَا بَيْنَ الْقِيَمَتَيْنِ) مِثَالُهُ إِنْ كَانَتْ قِيَمَتُهُ مِنْ غَيْرِ جِرَاحَةٍ تَبْلُغُ أَلْفًا وَمَعَ الْجِرَاحَةِ تَبْلُغُ تِسْعِمِائَةٍ عَلِمَ أَنَّ الْجِرَاحَةَ أَوْجَبَتْ نُقْصَانَ عَشْرِ قِيَمَتِهِ فَأَوْجَبَتْ عَشْرَ الدِّيَةِ لِأَنَّ قِيَمَةَ الْحُرِّ دِيَّتُهُ.

قَالَ قَاضِي خَانَ: وَالْفَتَوَى عَلَى هَذَا. وَقَوْلُهُ (يُنْظَرُ كَمْ مِقْدَارُ هَذِهِ الشَّجَّةِ مِنْ الْمُوضِحَةِ) بَيَّأَهُ أَنَّ هَذِهِ الشَّجَّةَ لَوْ كَانَتْ بَاضِعَةً مَثَلًا فَإِنَّهُ يُنْظَرُ كَمْ مِقْدَارُ الْبَاضِعَةِ مِنَ الْمُوضِحَةِ، فَإِنْ كَانَ مِقْدَارُهَا ثُلُثَ الْمُوضِحَةِ وَجَبَ ثُلُثُ أَرْضِ الْمُوضِحَةِ، وَإِنْ كَانَ رُبْعُ الْمُوضِحَةِ يَجِبُ رُبْعُ أَرْضِ الْمُوضِحَةِ، وَإِنْ كَانَ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِ الْمُوضِحَةِ يَجِبُ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِ أَرْضِ الْمُوضِحَةِ. قَالَ شَيْخُ الْإِسْلَام: هَذَا هُوَ الْأَصَحُّ لِحَدِيثِ عَلِيٍّ فَإِنَّهُ اعْتَبَرَ حُكُومَةَ الْعَدْلِ فِي الَّذِي قُطِعَ طَرَفُ لِسَانِهِ بِهَذَا الْاِعْتِبَارِ وَلَمْ يَعْتَبَرْ بِالْعَبِيدِ.

فَصْلٌ

قَالَ (وَفِي أَصَابِعِ الْيَدِ نِصْفُ الدِّيَةِ) لِأَنَّ فِي كُلِّ أَصْبُعٍ عَشْرَ الدِّيَةِ عَلَى مَا رَوَيْنَا، فَكَانَ فِي الْخَمْسِ نِصْفُ الدِّيَةِ وَلَآنَ فِي قَطْعِ الْأَصَابِعِ تَقْوِيَتُ جَنْسٍ مَنْفَعَةٍ الْبَطْشِ وَهُوَ الْمُوجِبُ عَلَى مَا مَرَّ (فَإِنْ قَطَعَهَا مَعَ الْكَفِّ فَفِيهِ أَيْضًا نِصْفُ الدِّيَةِ) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ وَفِي الْيَدَيْنِ الدِّيَةُ وَفِي إِحْدَاهُمَا نِصْفُ الدِّيَةِ وَلَآنَ الْكَفُّ تَبَعَ لِلْأَصَابِعِ لِأَنَّ الْبَطْشَ بِهَا (وَإِنْ قَطَعَهَا مَعَ نِصْفِ السَّاعِدِ فَقَبِي الْأَصَابِعِ وَالْكَفُّ نِصْفُ الدِّيَةِ، وَفِي الزِّيَادَةِ حُكُومَةُ عَدْلِ) وَهُوَ رَوَايَةٌ عَنْ أَبِي يُوسُفَ، وَعَنْهُ أَنَّ مَا زَادَ عَلَى أَصَابِعِ الْيَدِ وَالرَّجْلِ فَهُوَ تَبَعَ لِلْأَصَابِعِ إِلَى الْمَنْكِبِ وَإِلَى الْفُخْزِ لِأَنَّ الشَّرْعَ أَوْجَبَ فِي الْيَدِ الْوَاحِدَةِ نِصْفَ الدِّيَةِ، وَالْيَدُ اسْمٌ لِهَذِهِ الْجَارِحَةِ إِلَى الْمَنْكِبِ فَلَا يُزَادُ عَلَى تَقْدِيرِ الشَّرْعِ وَلَهُمَا أَنَّ الْيَدَ أَلْتَّ بَاطِشَةً وَالْبَطْشُ يَتَعَلَّقُ بِالْكَفِّ، وَالْأَصَابِعُ دُونَ الذَّرَاعِ فَلَمْ يَجْعَلِ الذَّرَاعَ تَبَعًا فِي حَقِّ التَّضْمِينِ وَلَآئِذَا لَا وَجْهَ إِلَى أَنْ يَكُونَ تَبَعًا لِلْأَصَابِعِ لِأَنَّ بَيْنَهُمَا غَضَاوًا كَامِلًا وَلَا إِلَى أَنْ يَكُونَ تَبَعًا لِلْكَفِّ لِأَنَّهُ تَابِعٌ وَلَا تَبَعَ لِلتَّبَعِ.

قَالَ: (وَإِنْ قَطَعَ الْكَفُّ مِنَ الْمِفْصَلِ وَفِيهَا أَصْبُعٌ وَاحِدَةٌ فَفِيهِ عَشْرُ الدِّيَةِ، وَإِنْ كَانَ أَصْبُعَيْنِ فَالْخَمْسُ، وَلَا شَيْءَ فِي الْكَفِّ) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: يُنْظَرُ إِلَى أَرْضِ الْكَفِّ وَالْأَصْبُعِ فَيَكُونُ عَلَيْهِ الْأَكْثَرُ، وَيَدْخُلُ الْقَلِيلُ فِي الْكَثِيرِ لِأَنَّهُ لَا وَجْهَ إِلَى الْجَمْعِ بَيْنَ الْأَرْضَيْنِ لِأَنَّ الْكُلَّ شَيْءٌ وَاحِدٌ، وَلَا إِلَى إِهْدَارِ أَحَدِهِمَا لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَصْلٌ مِنْ وَجْهِ فَرَجَحْنَا بِالْكَثَرَةِ. وَلَهُ أَنَّ الْأَصَابِعَ أَصْلٌ وَالْكَفُّ تَابِعٌ حَقِيقَةٌ وَشَرْعًا، لِأَنَّ الْبَطْشَ يَقُومُ بِهَا، وَأَوْجَبَ الشَّرْعُ فِي أَصْبُعٍ وَاحِدَةٍ عَشْرًا مِنَ الْإِبِلِ، وَالتَّرْجِيحُ مِنْ حَيْثُ الذَّاتُ وَالْحُكْمُ أَوْلَى مِنَ التَّرْجِيحِ مِنْ حَيْثُ مِقْدَارُ الْوَاجِبِ (وَلَوْ كَانَ فِي الْكَفِّ ثَلَاثَةُ أَصَابِعَ

يَجِبُ أَرَشُ الْأَصَابِعِ وَلَا شَيْءَ فِي الْكَفِّ بِالْإِجْمَاعِ) لِأَنَّ الْأَصَابِعَ أَصُولٌ فِي التَّقْوِيمِ،
وَلِلْأَكْثَرِ حُكْمُ الْكُلِّ فَاسْتَتَبَعَتْ الْكَفَّ، كَمَا إِذَا كَانَتْ الْأَصَابِعُ قَائِمَةً بِأَسْرِهَا. قَالَ (وَفِي
الْأَصْبُعِ الزَّائِدَةُ عَدْلٌ) تَشْرِيفًا لِلْأَدَمِيِّ لِأَنَّهُ جُزْءٌ مِنْ يَدِهِ، وَلَكِنْ لَا مَنَفْعَةَ فِيهِ وَلَا
زِينَةَ (وَكَذَلِكَ السِّنُّ الشَّاعِيَةُ) لَمَّا قُلْنَا.

الشرح:

(فصل): لَمَّا كَانَتْ الْأَطْرَافُ دُونَ الرَّأْسِ وَلَهَا حُكْمٌ عَلَى حِدَةٍ ذَكَرَهَا فِي فَصْلِ
عَلَى حِدَةٍ (فِي أَصَابِعِ الْيَدِ نَصْفُ الدِّيَةِ) لِأَنَّ فِي كُلِّ أُصْبُعٍ عَشْرَ الدِّيَةِ عَلَى مَا رَوَيْنَا
مِنْ قَوْلِهِ ﷺ «فِي كُلِّ أُصْبُعٍ عَشْرٌ مِنَ الْإِبِلِ» وَقَوْلُهُ (عَلَى مَا مَرَّ) إشارَةً إِلَى قَوْلِهِ
وَلَأَنَّ فِي قَطْعِ الْكُلِّ تَقْوِيَةً جِنْسِ الْمَنَفْعَةِ إلخ. وَقَوْلُهُ (وَلَا تَبَعَ لِلتَّبَعِ) يَعْنِي وَإِذَا لَمْ يَكُنْ
تَبَعًا لِلْأَصَابِعِ وَلَا لِلْكَفِّ وَجَبَ اعْتِبَارُهُ عَلَى حِدَةٍ إِذْ لَا وَجْهَ لِإِهْذَارِهِ، وَلَمْ يَرَدْ فِيهِ مِنْ
الشَّارِعِ شَيْءٌ مُقَدَّرٌ فَيَجِبُ فِيهِ حُكْمُهُ عَدْلٌ. وَأُجِيبَ عَنْ قَوْلِهِ وَالْيَدُ اسْمٌ لِهَذِهِ الْجَارِحَةِ
بِالْمَنْعِ، فَإِنَّ الْيَدَ إِذَا ذُكِرَتْ فِي مَوْضِعِ الْقَطْعِ فَالْمُرَادُ بِهِ مِنْ مَفْصِلِ الزُّنْدِ كَمَا فِي آيَةِ
السَّرْقَةِ.

وَقَوْلُهُ (وَإِنْ قَطَعَ الْكَفُّ مِنَ الْمَفْصِلِ) وَاضِحٌ (وَقَوْلُهُ وَالتَّرْجِيحُ مِنْ حَيْثُ الذَّاتُ
وَالْحُكْمُ أَوَّلِي مِنَ التَّرْجِيحِ مِنْ حَيْثُ مِقْدَارُ الْوَاجِبِ) يَعْنِي أَنَّ التَّرْجِيحَ مِنْ حَيْثُ الْحَقِيقَةُ
وَالشَّرْعُ، أَمَّا مِنْ حَيْثُ الْحَقِيقَةُ فَهُوَ أَنَّ الْبَطْشَ بِالْأَصَابِعِ، وَأَمَّا مِنْ حَيْثُ الْحُكْمُ فَلَأَنَّ
الْأَصْبُعَ لَهُ أَرَشٌ مُقَدَّرٌ وَالْكَفُّ لَيْسَ كَذَلِكَ، وَمَا ثَبَتَ فِيهِ التَّقْدِيرُ شَرْعًا فَهُوَ ثَابِتٌ
بِالنَّصِّ، وَمَا لَا تَقْدِيرَ فِيهِ شَرْعًا فَهُوَ ثَابِتٌ بِالرَّأْيِ، وَهُوَ لَا يُعَارِضُ النَّصَّ فَكَانَ مَا ثَبَتَ
فِيهِ التَّقْدِيرُ نَصًّا أَوَّلِي، فَإِنَّ الْمَصِيرَ إِلَى الرَّأْيِ ضَرُورَةٌ وَلَا ضَرُورَةَ عِنْدَ إِمْكَانٍ إِنْجَابِ
الْأَرَشِ الْمُقَدَّرِ شَرْعًا. وَلَمَّا كَانَ الْاعْتِبَارُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ لِتَقْدِيرِ الشَّرْعِ نَصًّا لَمْ يُفَرِّقْ بَيْنَ
أَنْ يَكُونَ الْبَاقِي مِنَ الْأَصَابِعِ وَاحِدًا أَوْ أَكْثَرَ لِأَنَّ لِلْأَصْبُعِ الْوَاحِدَةِ أَرَشًا مُقَدَّرًا فَيُجْعَلُ
الْكَفُّ تَبَعًا لِلْأَصْبُعِ الْوَاحِدَةِ، وَكَذَا الْمَفْصِلُ الْوَاحِدُ مِنَ الْأَصْبُعِ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ لِأَنَّ لَهُ
أَرَشًا مُقَدَّرًا، وَمَا بَقِيَ شَيْءٌ مِنَ الْأَصْلِ وَإِنْ قُلَّ فَلَا حُكْمَ لِلتَّبَعِ.

وَقَوْلُهُ (فِي الْأَصْبُعِ الزَّائِدِ حُكْمُهُ عَدْلٌ) يَعْنِي سَوَاءُ قَطْعِ عَمْدًا أَوْ خَطَأً، وَسَوَاءُ
كَانَ لِلْقَاطِعِ أُصْبُعٌ زَائِدَةٌ أَوْ لَا، أَمَّا إِذَا لَمْ يَكُنْ فَلَاغُهُ لَا وَجْهَ إِلَى قَطْعِ أُصْبُعٍ أُخْرَى فَلَا

يَجِبُ الْقِصَاصُ، كَمَنْ قَطَعَ إِنْهَامَ إِنْسَانٍ وَلَيْسَ لَهُ إِنْهَامٌ وَلَأَنَّ الْمُسَاوَاةَ فِي الْقِيَمَةِ شَرُطُ جَرَيَانِ الْقِصَاصِ وَلَمْ تُوجَدْ لِأَنَّ قِيَمَةَ الْأُصْبُعِ الرَّائِدَةِ حُكُومَةُ عَدْلٍ وَقِيَمَةُ الْأُصْبُعِ الْغَيْرِ الرَّائِدَةِ أَرْضٌ مُقَدَّرٌ فَلَا مُسَاوَاةَ بَيْنَهُمَا فِي الْقِيَمَةِ. وَأَمَّا إِذَا كَانَ لَهُ أُصْبُعٌ زَائِدَةٌ فَلَأَنَّ الْمُسَاوَاةَ فِي الْقِيَمَةِ يَقِينًا شَرُطُ جَرَيَانِ الْقِصَاصِ وَلَمْ يُوجَدْ لَمَّا قُلْنَا إِنَّ الْوَاجِبَ فِي قَطْعِ الرَّائِدِ حُكُومَةُ عَدْلٍ وَهِيَ تُعْرَفُ بِالْقِيَمَةِ وَالْقِيَمَةُ تُعْرَفُ بِالْحَزَرِ وَالظَّنُّ فَلَا يَقِينُ تَمَّةً. وَقَوْلُهُ (لَأَنَّهُ جُزْءٌ مِنْ يَدِهِ وَلَكِنْ لَا مَنَفْعَةَ فِيهِ وَلَا زِينَةَ) قِيلَ عَلَيْهِ إِنَّهُ مَنْقُوضٌ بِمَا إِذَا كَانَ فِي ذَقَنِ رَجُلٍ شَعِيرَاتٌ مَعْدُودَةٌ فَأَزَالَهَا رَجُلٌ وَلَمْ يَنْبُتْ مِثْلُهَا فَإِنَّهُ لَمْ يَجِبْ حُكُومَةُ عَدْلٍ وَإِنْ كَانَ الشَّعْرُ جُزْءًا مِنَ الْآدَمِيِّ بِدَلِيلٍ أَنَّهُ لَا يَحِلُّ الْإِنْتِفَاعُ بِهِ.

وَأُجِيبَ بِأَنَّ إِزَالَهَ جُزْءِ الْآدَمِيِّ إِنَّمَا تُوجِبُ حُكُومَةُ عَدْلٍ إِذَا بَقِيَ مِنْ أَثَرِهِ مَا يَشِينُهُ كَمَا فِي قَطْعِ الْأُصْبُعِ الرَّائِدَةِ، وَإِزَالَةُ الشَّعَرَاتِ تُزَيِّنُهُ لَا تَشِينُهُ فَلَا تُوجِبُهَا، كَمَا لَوْ قَصَّ ظُفْرٌ غَيْرُهُ بِغَيْرِ إِذْنِهِ. وَقَوْلُهُ (وَكَذَلِكَ السِّنُّ الشَّاعِغِيَّةُ) أَيُّ الرَّائِدَةِ (لَمَّا قُلْنَا) يُرِيدُ قَوْلَهُ (لَأَنَّهُ جُزْءٌ مِنْ يَدِهِ، فَإِنَّ السِّنَّ جُزْءٌ مِنْ فَمِهِ وَالسِّنُّ الشَّاعِغِيَّةُ هِيَ الَّتِي يُخَالَفُ نَبْثُهَا نَبَتْ غَيْرِهَا مِنَ الْأَسْنَانِ: يُقَالُ رَجُلٌ أَشْغَى وَامْرَأَةٌ شَعَوَاءُ، فَإِنَّهَا وَإِنْ كَانَتْ زَائِدَةً فَهِيَ نُقْصَانٌ مَعْنَى).

(وَفِي عَيْنِ الصَّبِيِّ وَذَكَرِهِ وَلِسَانِهِ إِذَا لَمْ تَعْلَمْ صِحَّتُهُ حُكُومَةُ عَدْلٍ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: تَجِبُ فِيهِ دِيَّةٌ كَامِلَةٌ، لِأَنَّ الْغَالِبَ فِيهِ الصَّحَّةُ فَأَشْبَهَ قَطْعَ الْمَارِنِ وَالْأُذُنِ. وَلَنَّا أَنَّ الْمَقْصُودَ مِنْ هَذِهِ الْأَعْضَاءِ الْمَنْفَعَةُ، فَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ صِحَّتُهَا لَا يَجِبُ الْأَرْضُ الْكَامِلُ بِالشَّكِّ، وَالظَّاهِرُ لَا يَصْلُحُ حُجَّةً لِلْإِلْزَامِ بِخِلَافِ الْمَارِنِ وَالْأُذُنِ الشَّائِخِصَةِ، لِأَنَّ الْمَقْصُودَ هُوَ الْجَمَالُ وَقَدْ قُوَّتُهُ عَلَى الْكَمَالِ (وَكِنَا لَوْ اسْتَهْلَ الصَّبِيُّ) لِأَنَّهُ لَيْسَ بِكَلَامٍ وَإِنَّمَا هُوَ مُجَرَّدُ صَوْتٍ وَمَعْرِفَةُ الصَّحَّةِ فِيهِ بِالْكَلَامِ وَفِي الذِّكْرِ بِالْحَرَكَةِ وَفِي الْعَيْنِ بِمَا يُسْتَدَلُّ بِهِ عَلَى النَّظَرِ فَيَكُونُ حُكْمُهُ بَعْدَ ذَلِكَ حُكْمُ الْبَالِغِ فِي الْعَمْدِ وَالْخَطَا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَالظَّاهِرُ لَا يَصْلُحُ حُجَّةً لِلْإِلْزَامِ) إِنَّمَا قَيَّدَ بِالْإِلْزَامِ لِأَنَّ مِثْلَ هَذَا الظَّاهِرِ يَصْلُحُ حُجَّةً لَغَيْرِ الْإِلْزَامِ، حَتَّى لَوْ أَعْتَقَ صَغِيرًا لَا يُعْلَمُ صِحَّةُ هَذِهِ الْأَعْضَاءِ مِنْهُ يَقِينًا يَخْرُجُ عَنْ عَهْدَةِ الْكُفَّارَةِ لِأَنَّ الْغَالِبَ هُوَ السَّلَامَةُ، وَقَدْ تَقَدَّمَ مِنْ قَبْلُ فِي قَوْلِهِ وَيَجْزِيهِ رَضِيعٌ.

قَالَ: (وَمَنْ شَجَّ رَجُلًا فَذَهَبَ عَقْلُهُ أَوْ شَعَرُ رَأْسِهِ دَخَلَ أَرْضُ الْمُوضِحَةِ فِي الدِّيَةِ) لِأَنَّ بِفَوَاتِ الْعَقْلِ تَبْطُلُ مَنَفَعَةُ جَمِيعِ الْأَعْضَاءِ فَصَارَ كَمَا إِذَا أَوْضَحَهُ فَمَاتَ، وَأَرْضُ الْمُوضِحَةِ يَجِبُ بِفَوَاتِ جُزْءٍ مِنَ الشَّعْرِ، حَتَّى لَوْ نَبَتَ يَسْقُطُ، وَالدِّيَةُ بِفَوَاتِ كُلِّ الشَّعْرِ وَقَدْ تَعَلَّقَا بِسَبَبٍ وَاحِدٍ فَدَخَلَ الْجُزْءُ فِي الْجُمْلَةِ كَمَا إِذَا قَطَعَ أَصْبُعُ رَجُلٍ فَشَلَّتْ يَدُهُ. وَقَالَ زُفَرٌ: لَا يَدْخُلُ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا جِنَايَةٌ فِيمَا دُونَ النَّفْسِ فَلَا يَتَدَاخِلَانِ كَسَائِرِ الْجِنَايَاتِ. وَجَوَابُهُ مَا ذَكَرْنَاهُ. قَالَ (وَإِنْ ذَهَبَ سَمْعُهُ أَوْ بَصَرُهُ أَوْ كَلَامُهُ فَعَلَيْهِ أَرْضُ الْمُوضِحَةِ مَعَ الدِّيَةِ) قَالُوا: هَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّ الشُّجَّةَ تَدْخُلُ فِي دِيَةِ السَّمْعِ وَالْكَلامِ وَلَا تَدْخُلُ فِي دِيَةِ الْبَصَرِ. وَجَهُ الْأَوَّلُ أَنَّ كُلًّا مِنْهُمَا جِنَايَةٌ فِيمَا دُونَ النَّفْسِ وَالْمَنَفَعَةُ مُخْتَصَّةٌ بِهِ فَأَشَبَهُ الْأَعْضَاءُ الْمُخْتَلِفَةُ، بِخِلَافِ الْعَقْلِ لِأَنَّ مَنَفَعَتَهُ عَائِدَةٌ إِلَى جَمِيعِ الْأَعْضَاءِ عَلَى مَا بَيَّنَّا. وَوَجَهُ الثَّانِي أَنَّ السَّمْعَ وَالْكَلامَ مُبْطِلٌ فَيُعْتَبَرُ بِالْعَقْلِ، وَالْبَصَرَ ظَاهِرٌ فَلَا يَلْحَقُ بِهِ. قَالَ (وَفِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ: وَمَنْ شَجَّ رَجُلًا مُوضِحَةً فَذَهَبَتْ عَيْنَاهُ فَلَا قِصَاصَ فِي ذَلِكَ) عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ. قَالُوا: وَيَنْبَغِي أَنْ تَجِبَ الدِّيَةُ فِيهِمَا (وَقَالَا: فِي الْمُوضِحَةِ الْقِصَاصُ) قَالُوا: وَيَنْبَغِي أَنْ تَجِبَ الدِّيَةُ فِي الْعَيْنَيْنِ.

قَالَ (وَإِنْ قَطَعَ أَصْبُعُ رَجُلٍ مِنَ الْمِفْصَلِ الْأَعْلَى فَشَلَّ مَا بَقِيَ مِنَ الْأَصْبُعِ أَوْ الْيَدِ كُلُّهَا لَا قِصَاصَ عَلَيْهِ فِي شَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ) وَيَنْبَغِي أَنْ تَجِبَ الدِّيَةُ فِي الْمِفْصَلِ الْأَعْلَى وَفِيمَا بَقِيَ حُكُومَةً عَدَلٍ (وَكَذَلِكَ لَوْ كَسَرَ سِنَّ رَجُلٍ فَاسْوَدَّ مَا بَقِيَ) وَلَمْ يَحْكُ خِلَافًا وَيَنْبَغِي أَنْ تَجِبَ الدِّيَةُ فِي السِّنِّ كُلِّهِ (وَلَوْ قَالَ: اقْطَعِ الْمِفْصَلَ وَاتْرُكْ مَا يَسَّرُ أَوْ اكْسِرِ الْقَدِرَ الْمَكْسُورَ وَاتْرُكِ الْبَاقِيَ لَمْ يَكُنْ لَهُ ذَلِكَ) لِأَنَّ الْفِعْلَ فِي نَفْسِهِ مَا وَقَعَ مُوجِبًا لِلْقَوْدِ فَصَارَ كَمَا لَوْ شَجَّهُ مُنْقَلَةً فَقَالَ: أَشْجُهُ مُوضِحَةً أَتْرُكُ الزِّيَادَةَ. لَهُمَا فِي الْخِلَافِيَّةِ أَنَّ الْفِعْلَ فِي مَحَلِّينِ فَيَكُونُ جِنَايَتَيْنِ مُبْتَدَأَتَيْنِ فَالشُّبْهَةُ فِي إِحْدَاهُمَا لَا تَتَعَدَّى إِلَى الْأُخْرَى، كَمَنْ رَمَى إِلَى رَجُلٍ عَمْدًا فَأَصَابَهُ وَنَفَذَ مِنْهُ إِلَى غَيْرِهِ فَقَتَلَهُ يَجِبُ الْقَوْدُ فِي الْأَوَّلِ وَالدِّيَةُ فِي الثَّانِي. وَلَهُ أَنْ الْجِرَاحَةَ الْأُولَى سَارِيَةٌ وَالْجَزَاءُ بِالْمَثَلِ، وَلَيْسَ فِي وَسْعِهِ السَّارِي فَيَجِبُ الْمَالُ، وَلِأَنَّ الْفِعْلَ وَاحِدٌ حَقِيقَةٌ وَهُوَ الْحَرَكَةُ الْقَائِمَةُ، وَكَذَا الْمَحَلُّ مُتَّحِدٌ مِنْ وَجْهِ لَا تَصَالٍ أَحَدُهُمَا بِالْآخِرِ فَأَوْرَثَتْ نَهَايَتَهُ شُبْهَةَ الْخَطِإِ فِي الْبِدَايَةِ، بِخِلَافِ النَّفْسَيْنِ لِأَنَّ أَحَدَهُمَا لَيْسَ مِنْ سَرَايَةِ صَاحِبِهِ، وَبِخِلَافِ مَا إِذَا وَقَعَ السُّكُونُ عَلَى الْأَصْبُعِ لِأَنَّهُ لَيْسَ

فَعَلَا مَقْصُودًا. قَالَ: (وَإِنْ قَطَعَ أَصْبَعًا فَشَلَّتْ إِلَى جَنْبِهَا أُخْرَى فَلَا قِصَاصَ فِي شَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ) عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَالَا هُمَا وَزَفَرٌ وَالْحَسَنُ: يُقْتَصُّ مِنَ الْأُولَى وَفِي الثَّانِيَةِ أَرْشُهَا. وَالْوَجْهُ مِنَ الْجَانِبَيْنِ قَدْ ذَكَرْنَاهُ. وَرَوَى ابْنُ سِمَاعَةَ عَنْ مُحَمَّدٍ فِي الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى وَهُوَ مَا إِذَا شَجَّ مُوضِحَةً فَذَهَبَ بَصَرُهُ أَنَّهُ يَجِبُ الْقِصَاصُ فِيهِمَا لِأَنَّ الْحَاصِلَ بِالسَّرَايَةِ مُبَاشَرَةً كَمَا فِي النَّفْسِ وَالْبَصَرُ يَجْرِي فِيهِ الْقِصَاصُ، بِخِلَافِ الْخِلَافِيَّةِ الْأَخِيرَةِ لِأَنَّ الشَّلْلَ لَا قِصَاصَ فِيهِ، فَصَارَ الْأَصْلُ عِنْدَ مُحَمَّدٍ عَلَى هَذِهِ الرُّوَايَةِ أَنَّ سَرَايَةَ مَا يَجِبُ فِيهِ الْقِصَاصُ إِلَى مَا يُمَكِّنُ فِيهِ الْقِصَاصُ يُوجِبُ الْاِقْتِصَاصَ كَمَا لَوَّالَتْ إِلَى النَّفْسِ وَقَدْ وَقَعَ الْأَوَّلُ ظُلْمًا. وَوَجْهُ الْمَشْهُورِ أَنَّ ذَهَابَ الْبَصَرِ بِطَرِيقِ التَّسْيِيبِ؛ أَلَا يَرَى أَنَّ الشُّجَّةَ بَقِيَتْ مُوجِبَةً فِي نَفْسِهَا وَلَا قَوْدَ فِي التَّسْيِيبِ، بِخِلَافِ السَّرَايَةِ إِلَى النَّفْسِ لِأَنَّهُ لَا تَبْقَى الْأُولَى فَانْقَلَبَتِ الثَّانِيَةُ مُبَاشَرَةً.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (لَهُمَا فِي الْخِلَافِيَّةِ) أَيُّ فِيمَا إِذَا شَجَّ رَجُلًا مُوضِحَةً فَذَهَبَتْ عَيْنَاهُ، قَالَا: يَجِبُ فِي الْمَوْضِحَةِ الْقِصَاصُ وَفِي الْعَيْنَيْنِ الدِّيَّةُ (وَلَهُ) أَيُّ وَلِأَبِي حَنِيفَةَ (أَنَّ الْجِرَاحَةَ الْأُولَى سَارِيَّةٌ) وَالْجِرَاحَةُ الَّتِي تَعْمَلُ قِصَاصًا قَدْ لَا تَكُونُ سَارِيَّةً إِذْ لَيْسَ فِي وَسْعِهِ فِعْلُ ذَلِكَ فَلَا يَكُونُ مِثْلًا لِلأُولَى، وَلَا قِصَاصَ بِدُونِ الْمَمَاتِلَةِ (وَلِأَنَّ الْفِعْلَ وَاحِدًا وَهُوَ الْحَرَكَةُ الْقَائِمَةُ) أَيُّ الثَّابِتَةُ حَالُ الشَّجِّ (وَكَذَا الْمَحَلِّ) أَيُّ مَحَلِّ الْجَنَائِطَيْنِ (وَاحِدًا مِنْ وَجْهِهِ لَا تَصَالُ أَحَدَهُمَا بِالْآخَرِ) وَنَهَايَةُ الْجَنَائَةِ لَمْ تُوجِبِ الْقِصَاصَ بِالِاتِّفَاقِ فَيُورِثُ الشُّبْهَةَ فِي الْبِدَايَةِ نَظَرًا إِلَى اتِّحَادِهِمَا. وَقَوْلُهُ (بِخِلَافِ النَّفْسَيْنِ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِمَا كَمَنْ رَمَى إِلَى رَجُلٍ عَمْدًا فَأَصَابَهُ وَتَعَدَّى إِلَى غَيْرِهِ فَقَتَلَهُ.

وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّا جَعَلْنَا الْفِعْلَ وَاحِدًا مِنْ حَيْثُ إِنَّ الثَّانِيَّ حَصَلَ مِنْ سَرَايَةِ الْأَوَّلِ وَهَاهُنَا لَيْسَ كَذَلِكَ، فَإِنَّ السَّرَايَةَ إِنَّمَا تَكُونُ بِتَعَاقُبِ الْأَلَامِ وَهُوَ إِنَّمَا يَتَحَقَّقُ فِي شَخْصٍ وَاحِدٍ. قَوْلُهُ (وَبِخِلَافِ مَا إِذَا وَقَعَ السَّكِينُ عَلَى الْأُصْبُعِ) جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ: إِذَا قَطَعَ أُصْبُعَ رَجُلٍ عَمْدًا فَاضْطَرَبَ السَّكِينُ وَوَقَعَ عَلَى أُصْبُعٍ أُخْرَى فَقَطَعَهَا يُقْتَصُّ لِلأُولَى دُونَ الثَّانِيَةِ، فَمَا بَالُ مَسْأَلَتِنَا لَمْ تَكُنْ كَذَلِكَ؟ وَوَجْهُهُ أَنَّ الْقَطْعَ الثَّانِيَّ إِنَّمَا لَمْ يُورِثِ الشُّبْهَةَ فِي الْقِصَاصِ لِأَنَّهُ فِعْلٌ مَقْصُودٌ، وَأَمَّا ذَهَابُ الْعَيْنِ بِالسَّرَايَةِ فَلَيْسَ بِفِعْلٍ مَقْصُودٍ.

فَقَوْلُهُ (لَأَنَّهُ لَيْسَ فِعْلًا مَقْصُودًا) الضَّمِيرُ فِيهِ عَائِدٌ إِلَى ذَهَابِ الْعَيْنِ بِالسَّرَايَةِ، وَبِهَذَا التَّوْجِيهِ يَنْدَفِعُ مَا قَالَ فِي النِّهَايَةِ إِنَّ فِي قَوْلِهِ لَأَنَّهُ لَيْسَ فِعْلًا مَقْصُودًا نَظَرًا، وَأَنَّ الصَّوَابَ مَا ذَكَرَهُ فِي الذَّخِيرَةِ أَنَّهُ مَقْصُودٌ وَلَكِنْ لَيْسَ مِنْ أَثَرِهِ، فَإِنَّهُ رَجَعَ الضَّمِيرُ إِلَى الْفِعْلِ الثَّانِي فَاخْتَلَّ الْكَلَامُ وَقَدْ ذَكَرَ الْمُصَنِّفُ فَرَقَيْنِ بِنَاءً عَلَى مَا ذَكَرَ مِنَ الدَّلِيلَيْنِ: الْأَوَّلُ بِالنِّسْبَةِ إِلَى الْأَوَّلِ، وَالثَّانِي إِلَى الثَّانِي.

(وَقَالَا وَزُرُّ) تَرْكِيبٌ غَيْرُ جَائِزٍ، وَلَوْ قَالَ: وَقَالَا هُمَا وَزُرُّ كَانَ صَوَابًا. وَقَوْلُهُ (وَالْوَجْهُ مِنَ الْجَانِبَيْنِ قَدْ ذَكَرْنَاهُ آتِفًا) يُرِيدُ قَوْلَهُ وَمَنْ شَجَّ رَجُلًا مُوضِحَةً فَذَهَبَتْ عَيْنَاهُ. وَقَوْلُهُ (أَنَّهُ يَجِبُ الْقِصَاصُ فِيهِمَا) أَيُّ فِي الشَّجَّةِ وَذَهَابِ الْبَصَرِ، فَرَّقَ مُحَمَّدٌ عَلَى هَذِهِ الرِّوَايَةِ بَيْنَ ذَهَابِ الْبَصَرِ مِنَ الشَّجَّةِ وَبَيْنَ ذَهَابِ السَّمْعِ مِنْهَا فَأَوْجَبَ الْقِصَاصَ فِيهِمَا فِي الْأَوَّلِ دُونَ الثَّانِي، لَأَنَّهُ لَوْ ذَهَبَ سَمْعُهُ بِفِعْلِ مَقْصُودٍ بِأَنْ ضُرِبَ عَلَى رَأْسِهِ حَتَّى ذَهَبَ سَمْعُهُ لَا يَجِبُ الْقِصَاصُ لِتَعَذُّرِ اعْتِبَارِ الْمُسَاوَةِ، بِخِلَافِ الْبَصَرِ فَإِنَّ ذَهَابَهُ إِنْ كَانَ بِفِعْلِ مَقْصُودٍ يَجِبُ الْقِصَاصُ فَكَذَلِكَ بِسَرَايَةِ الْمُوضِحَةِ. وَقَوْلُهُ (بِخِلَافِ الْخِلَافَةِ الْأَخِيرَةِ) يَعْنِي قَوْلَهُ وَإِنْ قَطَعَ أَصْبَعًا فَشَلَّتْ إِلَى جَنْبِهَا أُخْرَى. وَقَوْلُهُ (أَلَا يَرَى أَنَّ الشَّجَّةَ بَقِيَتْ مُوجِبَةً فِي نَفْسِهَا) حَتَّى وَجَبَ أَرْشُهَا مَعَ دِيَةِ الْعَيْنَيْنِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَالْقِصَاصُ فِي الْمُوضِحَةِ وَالْأَرَشُ فِي الْعَيْنَيْنِ عِنْدَهُمَا. قَالَ: (وَلَوْ كَسَرَ بَعْضُ السَّنِّ فَسَقَطَتْ فَلَا قِصَاصَ) إِلَّا عَلَى رِوَايَةِ ابْنِ سِمَاعَةَ (وَلَوْ أَوْضَحَهُ مُوضِحَتَيْنِ فَتَاكَلْتَا فَهُوَ عَلَى الرِّوَايَتَيْنِ هَاتَيْنِ).

الشرح:

وَقَوْلُهُ (فَتَاكَلْتَا) أَيُّ صَارَتَا وَاحِدَةً بِالْأَكْلِ (فَهُوَ عَلَى الرِّوَايَتَيْنِ) أَيُّ الرِّوَايَةِ الْمَشْهُورَةِ وَرِوَايَةِ ابْنِ سِمَاعَةَ (عَنْ مُحَمَّدٍ) يَعْنِي لَا قِصَاصَ عَلَى الْمَشْهُورِ، وَفِيهِمَا الْقِصَاصُ عَلَى رِوَايَةِ ابْنِ سِمَاعَةَ.

قَالَ: (وَلَوْ قَلَعَ سِنَّ رَجُلٍ فَتَنَبَّتَ مَكَانَهَا أُخْرَى سَقَطَ الْأَرَشُ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَ: عَلَيْهِ الْأَرَشُ كَامِلًا) لِأَنَّ الْجِنَايَةَ قَدْ تَحَقَّقَتْ وَالْحَادِثُ نِعْمَةٌ مُبْتَدَأَةٌ مِنَ اللَّهِ تَعَالَى. وَلَهُ أَنَّ الْجِنَايَةَ انْعَدَمَتْ مَعْنَى فَصَارَ كَمَا إِذَا قَلَعَ سِنَّ صَبِيٍّ فَتَنَبَّتَ لَا يَجِبُ الْأَرَشُ بِالْإِجْمَاعِ لِأَنَّهُ لَمْ يُفَتِّ عَلَيْهِ مَنْفَعَةٌ وَلَا زِينَةٌ (وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ تَجِبُ حُكُومَةُ عَدَلٍ)

لَمَكَانِ الْأَلَمِ الْحَاصِلِ (وَلَوْ قَلَعَ سِنَّ غَيْرِهِ فَرَدَّهَا صَاحِبُهَا فِي مَكَانِهَا وَنَبَتَ عَلَيْهِ اللَّحْمُ فَعَلَى الْقَالِعِ الْأَرْضُ بِكَمَالِهِ) لِأَنَّ هَذَا مِمَّا لَا يُعْتَدُّ بِهِ إِذِ الْعُرُوقُ لَا تَعُودُ (وَكَذَا إِذَا قُطِعَ أَذُنُهُ فَأَلْصَقَهَا فَالْتَحَمَتْ) لِأَنَّهَا لَا تَعُودُ إِلَى مَا كَانَتْ عَلَيْهِ.

الشرح:

(وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ إِذَا قَلَعَ سِنَّ بَالِغٍ فَنَبَتَ مَكَانُهَا أُخْرَى يَجِبُ حُكْمُهُ عَذْلٌ) لَمَكَانِ الْأَلَمِ الْحَاصِلِ يُقَوْمُ وَلَيْسَ بِهِ هَذَا الْأَلَمُ وَيُقَوْمُ وَبِهِ هَذَا الْأَلَمُ، فَيَجِبُ مَا انْتَقَصَ مِنْهُ بِسَبَبِ الْأَلَمِ مِنَ الْقِيَمَةِ.

(وَمَنْ نَزَعَ سِنَّ رَجُلٍ فَانْتَزَعَ الْمَنْزُوعَةَ سِنَّهُ سِنَّ النَّازِعِ فَنَبَتَتْ سِنَّ الْأَوَّلِ فَعَلَى الْأَوَّلِ لِصَاحِبِهِ خَمْسُمِائَةِ دِرْهَمٍ) لِأَنَّهُ تَبَيَّنَ أَنَّهُ اسْتَوْفَى بِغَيْرِ حَقٍّ لِأَنَّ الْمَوْجِبَ فَسَادُ الْمُنْبَتِ وَلَمْ يَفْسُدْ حَيْثُ نَبَتَ مَكَانُهَا أُخْرَى فَانْعَدَمَتِ الْجِنَايَةُ، وَلِهَذَا يُسْتَأْنَى حَوْلًا بِالْإِجْمَاعِ، وَكَانَ يَنْبَغِي أَنْ يُنْتَظَرَ الْيَأْسُ فِي ذَلِكَ لِلْقِصَاصِ، إِلَّا أَنَّ فِي اعْتِبَارِ ذَلِكَ تَضْيِيعَ الْحَقُوقِ فَاكْتَفَيْنَا بِالْحَوْلِ لِأَنَّهُ تَنَبَّتُ فِيهِ ظَاهِرًا، فَإِذَا مَضَى الْحَوْلُ وَلَمْ تَنْبُتْ قَضِيْنَا بِالْقِصَاصِ، وَإِذَا نَبَتَتْ تَبَيَّنَ أَنَّا أَخْطَأْنَا فِيهِ وَالْإِسْتِيفَاءُ كَانَ بِغَيْرِ حَقٍّ، إِلَّا أَنَّهُ لَا يَجِبُ الْقِصَاصُ لِلشُّبْهَةِ فَيَجِبُ الْمَالُ.

قَالَ: (وَلَوْ ضَرَبَ إِنْسَانٌ سِنَّ إِنْسَانٍ فَتَحَرَّكَتْ يُسْتَأْنَى حَوْلًا) لِيُظْهَرَ أَثَرُ فِعْلِهِ (فَلَوْ أَجَلَهُ الْقَاضِي سَنَةً ثُمَّ جَاءَ الْمَضْرُوبُ وَقَدْ سَقَطَتْ سِنَّهُ فَاخْتَلَفَا قَبْلَ السَّنَةِ فِيمَا سَقَطَ بِضَرْبِهِ فَالْقَوْلُ لِلْمَضْرُوبِ) لِيَكُونَ التَّأْجِيلُ مُفِيدًا، وَهَذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا شَجَّهَ مُوضِحَةً فَجَاءَ وَقَدْ صَارَتْ مُنْقَلَةً فَاخْتَلَفَا حَيْثُ يَكُونُ الْقَوْلُ قَوْلَ الضَّارِبِ لِأَنَّ الْمَوْضِحَةَ لَا تُورِثُ الْمُنْقَلَةَ، أَمَّا التَّحْرِيكُ فَيُؤَثِّرُ فِي السَّقُوطِ فَافْتَرَقَا (وَأِنْ اخْتَلَفَا فِي ذَلِكَ بَعْدَ السَّنَةِ فَالْقَوْلُ لِلضَّارِبِ) لِأَنَّهُ يُنْكَرُ أَثَرُ فِعْلِهِ وَقَدْ مَضَى الْأَجَلُ الَّذِي وَقَّتَهُ الْقَاضِي لظُهُورِ الْأَثَرِ فَكَانَ الْقَوْلُ لِلْمُنْكَرِ (وَلَوْ لَمْ تَسْقُطْ لَا شَيْءَ عَلَى الضَّارِبِ) وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ تَجِبُ حُكْمَةُ الْأَلَمِ، وَسُتَبَيَّنَ الْوَجْهَيْنِ بَعْدَ هَذَا إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى (وَلَوْ لَمْ تَسْقُطْ وَلَكِنَّهَا اسْوَدَّتْ يَجِبُ الْأَرْضُ فِي الْخَطِ عَلَى الْعَاقِلَةِ وَفِي الْعَمْدِ فِي مَالِهِ، وَلَا يَجِبُ الْقِصَاصُ) لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُهُ أَنْ يَضْرِبَهُ ضَرْبًا تَسْوَدُّ مِنْهُ (وَكَذَا إِذَا كَسَرَ بَعْضَهُ وَأَسْوَدَّ الْبَاقِي) لَا قِصَاصَ لِمَا ذَكَرْنَا (وَكَذَا لَوَاحِمًا أَوْ اخْضَرَّ) وَلَوْ أَصْفَرَّ فِيهِ رَوَايَتَانِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (فَنَبَتَتْ سِنَّ الْأَوَّلِ) يَعْنِي بَعِيرٍ اغْوَجَاجٍ، وَإِنْ نَبَتَ مُعَوَّجًا نَجِبَ حُكُومَةُ
عَدْلٍ قَوْلُهُ وَهَذَا يُسْتَأْنَى حَوْلًا) أَيْ يُؤْجَلُ سَنَةٌ (بِالْإِجْمَاعِ) وَقَالَ فِي التَّيَمِّمَةِ: حَتَّى يَرَأَ
مَوْضِعَ السِّنِّ لَا الْحَوْلَ هُوَ الصَّحِيحُ، لِأَنَّ نَبَاتَ سِنَّ الْبَالِغِ نَادِرٌ فَلَا يُفِيدُ التَّأْجِيلَ قَبْلَهُ
وَلَيْسَ بِظَاهِرٍ، وَإِنَّمَا الظَّاهِرُ مَا قَالَ الْمُصَنِّفُ لِأَنَّ الْحَوْلَ مُشْتَمِلٌ عَلَى الْفُصُولِ الْأَرْبَعَةِ،
وَلَهَا تَأْثِيرٌ فِيمَا يَتَعَلَّقُ بِبَدَنِ الْإِنْسَانِ، فَلَعَلَّ فَصْلًا مِنْهَا يُوَافِقُ مِزَاجَ الْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ فَيُؤَثِّرُ فِي
إِتْبَاتِهِ، وَلَكِنَّ قَوْلَهُ بِالْإِجْمَاعِ فِيهِ نَظَرٌ، لِأَنَّهُ قَالَ فِي الذَّخِيرَةِ: وَبَعْضُ مَشَايِخِنَا قَالُوا:
الاسْتِيْنَاءُ حَوْلًا فِي فَصْلِ الْقَلْعِ فِي الْبَالِغِ وَالصَّغِيرِ جَمِيعًا لِقَوْلِهِ ﷺ «فِي الْجِرَاحَاتِ
كُلُّهَا يُسْتَأْنَى حَوْلًا» وَهُوَ كَمَا تَرَى يُنَافِي الْإِجْمَاعَ.

وَقَوْلُهُ (فَاخْتَلَفَا قَبْلَ السَّنَةِ) أَيْ قَالَ الْمَضْرُوبُ إِنَّمَا سَقَطَ سِنِّي بِضَرْبِكَ وَقَالَ
الضَّارِبُ بِسَبَبٍ آخَرَ. وَقَوْلُهُ (لِيَكُونَ التَّأْجِيلُ مُفِيدًا) يَعْنِي أَنَّ التَّأْجِيلَ إِنَّمَا كَانَ لِيُظْهِرَ
عَاقِبَةُ الْأَمْرِ، فَلَوْ لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُ كَانَ التَّأْجِيلُ وَعَدَمُهُ سَوَاءً.

وَقَوْلُهُ (وَإِنْ اخْتَلَفَا فِي ذَلِكَ) أَيْ فِي سُقُوطِ السِّنِّ بَعْدَ السَّنَةِ. وَقَوْلُهُ (وَسَنَيْنِ
الْوَجْهَيْنِ) أَيْ وَجْهَ قَوْلِهِ لَا شَيْءَ عَلَى الضَّارِبِ وَوَجْهَ حُكُومَةِ الْأَمِّ. وَقَوْلُهُ (يَجِبُ
الْأَرُشُ كَامِلًا) وَقَوْلُهُ (لَمَّا ذَكَرْنَا) يَعْنِي قَوْلُهُ لَا يُمَكِّنُهُ أَنْ يَضْرِبَهُ ضَرْبًا يَسْوُدُ مِنْهُ، وَلَمْ
يَفْصَلْ بَيْنَ مَا إِذَا كَانَتْ السِّنُّ مِنَ الْأَضْرَاسِ الَّتِي لَا تُرَى أَوْ مِنَ الْأَسْنَانِ الَّتِي تُرَى.
وَقَالُوا: يَجِبُ أَنْ يَكُونَ الْجَوَابُ عَلَى التَّفْصِيلِ، فَإِنْ كَانَتْ مِنَ الْأَضْرَاسِ فَالْمُعْتَبَرُ فِي
وُجُوبِ كَمَالِ الْأَرُشِ فَقَدْ مُنْفَعَةٌ الْمَضْغِ بِالْأَسْوَدَادِ دُونَ الْجَمَالِ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِظَاهِرٍ فِيهِ
حُكُومَةُ عَدْلٍ.

وَإِنْ كَانَتْ مِمَّا يُرَى فَلَا أَمْرَ بِالْعَكْسِ، وَلَمْ يَذْكُرِ الْأَصْفَرَارَ وَهُوَ كَالْأَسْوَدَادِ عِنْدَ
بَعْضِ الْمَشَايِخِ يَجِبُ كَمَالُ الْأَرُشِ وَعِنْدَ آخَرِينَ حُكُومَةُ عَدْلٍ لِأَنَّهُ لَمْ يُفَوِّتْ جِنْسَ
مَنْفَعَةِ السِّنِّ وَلَا قُوَّةَ الْجَمَالِ عَلَى الْكَمَالِ لِأَنَّ الصُّفْرَةَ قَدْ تَكُونُ لَوْنُ الْأَسْنَانِ فِي بَعْضِ
الْإِنْسَانِ، وَإِنَّمَا يَكُونُ فِيهِ نَوْعُ نَقْصٍ فَتَجِبُ الْحُكُومَةُ، بِخِلَافِ الْحُمْرَةِ وَالْحُضْرَةِ
وَالسَّوَادِ لِأَنَّهَا لَا تَكُونُ لَوْنُ الْأَسْنَانِ بِحَالٍ فَكَانَ مُفَوِّتًا لِلْجَمَالِ عَلَى الْكَمَالِ إِذَا كَانَتْ
بَادِيَةً.

قَالَ: (وَمَنْ شَجَّ رَجُلًا فَالتَحَمَّتْ وَلَمْ يَبْقَ لَهَا أَثَرٌ وَنَبَتَ الشَّعْرُ سَقَطَ الْأَرْضُ) عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ لَزَوَالِ الشَّيْنِ الْمَوْجِبِ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: يَجِبُ عَلَيْهِ أَرْضُ الْأَمِّ وَهُوَ حُكُومَةُ عَدْلٍ، لِأَنَّ الشَّيْنَ إِنْ زَالَ فَالْأَلَمُ الْحَاصِلُ مَا زَالَ فَيَجِبُ تَقْوِيمُهُ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: عَلَيْهِ أَجْرَةُ الطَّيِّبِ، لِأَنَّهُ إِنَّمَا لَزِمَهُ الطَّيِّبُ وَتَمَنَّى الدَّوَاءَ بِفِعْلِهِ فَصَارَ كَأَنَّهُ أَخَذَ ذَلِكَ مِنْ مَالِهِ، إِلَّا أَنَّ أَبَا حَنِيفَةَ يَقُولُ: إِنَّ الْمَنَافِعَ عَلَى أَصْلَانَا لَا تَتَقَوَّمُ إِلَّا بِعَقْدٍ أَوْ بِشُبْهَةٍ، وَلَمْ يَوْجَدْ فِي حَقِّ الْجَانِي فَلَا يَغْرَمُ شَيْئًا.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ شَجَّ رَجُلًا فَالتَحَمَّتْ) كَلَامُهُ ظَاهِرٌ، وَتَعْلِيلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ هُوَ الْمَوْعُودُ قُبِيلَ هَذَا بِقَوْلِهِ وَسَيَبْنُ الْوَجْهَيْنِ بَعْدَ هَذَا. وَقَوْلُهُ (إِلَّا أَنَّ أَبَا حَنِيفَةَ يَقُولُ: إِنَّ الْمَنَافِعَ إلخ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ فَالْأَلَمُ الْحَاصِلُ مَا زَالَ، وَعَنْ قَوْلِ مُحَمَّدٍ إِنَّمَا لَزِمَهُ أَجْرُ الطَّيِّبِ وَوَجْهُهُ أَنَّ تَحَمُّلَ الْأَلَمِ مِنَ الْمَنَافِعِ وَمُعَالَجَةِ الطَّيِّبِ كَذَلِكَ، وَالْمَنَافِعُ عَلَى أَصْلَانَا لَا تَتَقَوَّمُ إِلَّا بِعَقْدٍ كَالِإِجَارَةِ الصَّحِيحَةِ وَالْمُضَارَبَةِ الصَّحِيحَةِ، أَوْ بِشُبْهَةٍ كَالِإِجَارَةِ الْفَاسِدَةِ وَالْمُضَارَبَةِ الْفَاسِدَةِ، وَلَمْ يَوْجَدْ شَيْءٌ مِنْ ذَلِكَ فِي حَقِّ الْجَانِي فَلَا يَغْرَمُ شَيْئًا.

قَالَ: (وَمَنْ ضَرَبَ رَجُلًا مِائَةَ سَوْطٍ فَجَرَحَهُ فَبَرِيءٌ مِنْهَا فَعَلَيْهِ أَرْضُ الضَّرْبِ) مَعْنَاهُ: إِذَا بَقِيَ أَثَرُ الضَّرْبِ، فَأَمَّا إِذَا لَمْ يَبْقَ أَثَرُهُ فَهُوَ عَلَى اخْتِلَافٍ قَدْ مَضَى فِي الشَّجَّةِ الْمُلْتَحِمَةِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ ضَرَبَ رَجُلًا إلخ) يَعْنِي إِذَا ضَرَبَ رَجُلًا مِائَةَ سَوْطٍ فَجَرَحَهُ فَبَرِيءٌ مِنْهَا وَبَقِيَ أَثَرُ الضَّرْبِ فَعَلَيْهِ أَرْضُهُ، وَإِنْ لَمْ يَجْرَحْهُ فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ بِالِاتِّفَاقِ، وَإِنْ لَمْ يَبْقَ أَثَرُهُ فَهُوَ عَلَى اخْتِلَافٍ قَدْ مَضَى فِي الشَّجَّةِ الْمُلْتَحِمَةِ وَهُوَ سُقُوطُ الْأَرْضِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَوُجُوبُ أَرْضِ الْأَلَمِ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ وَوُجُوبُ أَجْرَةِ الطَّيِّبِ عِنْدَ مُحَمَّدٍ.

قَالَ (وَمَنْ قَطَعَ يَدَ رَجُلٍ خَطَأً ثُمَّ قَتَلَهُ خَطَأً قَبْلَ الْبُرءِ فَعَلَيْهِ الدِّيَةُ وَسَقَطَ عَنْهُ أَرْضُ الْيَدِ) لِأَنَّ الْجِنَايَةَ مِنْ جِنْسٍ وَاحِدٍ وَالْمَوْجِبُ وَاحِدٌ وَهُوَ الدِّيَةُ وَإِنَّهَا بَدَلُ النَّفْسِ بِجَمِيعِ أَجْزَائِهَا فَدَخَلَ الطَّرْفُ فِي النَّفْسِ كَأَنَّهُ قَتَلَهُ ابْتِدَاءً.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (لَأَنَّ الْجَنَايَةَ مِنْ جِنْسٍ وَاحِدٍ) لَكُونَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا خَطَأً، وَقَدْ تَقَدَّمَ أَقْسَامُ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ.

قَالَ: (وَمَنْ جَرَحَ رَجُلًا جِرَاحَةً لَمْ يُقْتَصْ مِنْهُ حَتَّى يَبْرَأَ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: يُقْتَصُّ مِنْهُ فِي الْحَالِ اعْتِبَارًا بِالْقِصَاصِ فِي النَّفْسِ، وَهَذَا لِأَنَّ الْمُوجِبَ قَدْ قَدْ تَحَقَّقَ فَلَا يُعْطَلُ. وَلَنَا قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «يُسْتَأْنَى فِي الْجِرَاحَاتِ سَنَةً»^(١) وَلِأَنَّ الْجِرَاحَاتِ يُعْتَبَرُ فِيهَا مَالُهَا لَا حَالُهَا لِأَنَّ حُكْمَهَا فِي الْحَالِ غَيْرُ مَعْلُومٍ فَلَعَلَّهَا تَسْرِي إِلَى النَّفْسِ فَيُظْهَرُ أَنَّهُ قَتْلٌ وَإِنَّمَا يَسْتَقِرُّ الْأَمْرُ بِالْبُرْءِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ جَرَحَ رَجُلًا جِرَاحَةً) وَاضِحٌ.

قَالَ: (وَكُلُّ عَمْدٍ سَقَطَ الْقِصَاصُ فِيهِ بِشِبْهَةِ فَالِدِيَّةِ فِي مَالِ الْقَاتِلِ، وَكُلُّ أَرَشٍ وَجَبَ بِالصُّلْحِ فَهُوَ فِي مَالِ الْقَاتِلِ) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «لَا تَعْقِلُ الْعَوَاقِلُ عَمْدًا» الْحَدِيثُ. وَهَذَا عَمْدٌ، غَيْرَ أَنَّ الْأَوَّلَ يَجِبُ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ لِأَنَّهُ مَالٌ وَجَبَ بِالْقَتْلِ ابْتِدَاءً فَأَشْبَهَ شِبْهَ الْعَمْدِ. وَالثَّانِي يَجِبُ حَالًا لِأَنَّهُ مَالٌ وَجَبَ بِالْعَقْدِ فَأَشْبَهَ الثَّمَنَ فِي الْبَيْعِ. قَالَ: (وَإِنْ قَتَلَ الْأَبُ ابْنَهُ عَمْدًا فَالِدِيَّةُ فِي مَالِهِ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: تَجِبُ حَالَةً لِأَنَّ الْأَصْلَ أَنَّ مَا يَجِبُ بِالْإِتْلَافِ يَجِبُ حَالًا، وَالتَّأْجِيلُ لِلتَّخْفِيفِ فِي الْخَاطِئِ وَهَذَا عَامِدٌ فَلَا يَسْتَحِقُّهُ، وَلِأَنَّ الْمَالَ وَجَبَ جَبْرًا لِحَقِّهِ، وَحَقُّهُ فِي نَفْسِهِ حَالٌ فَلَا يَنْجَبِرُ بِالْمُؤْجَلِ. وَلَنَا أَنَّهُ مَالٌ وَاجِبٌ بِالْقَتْلِ فَيَكُونُ مُؤْجَلًا كَدِيَّةِ الْخَطَا وَشِبْهِ الْعَمْدِ، وَهَذَا لِأَنَّ الْقِيَاسَ يَأْبَى تَقْوَمُ الْأَدْمِي بِالْمَالِ لِعَدَمِ الثَّمَانِ، وَالتَّقْوِيمُ ثَبَتَ بِالشَّرْعِ وَقَدْ وَرَدَ بِهِ مُؤْجَلًا لَا مُعْجَلًا فَلَا يَعْدُلُ عَنْهُ لَا سِيَّمَا إِلَى زِيَادَةٍ، وَلَمَّا لَمْ يَحْزِ التَّغْلِيظُ بِاعْتِبَارِ الْعَمْدِيَّةِ قَدْرًا لَا يَجُوزُ وَصْفًا (وَكُلُّ جَنَايَةٍ اعْتَرَفَ بِهَا الْجَانِي فَهِيَ فِي مَالِهِ وَلَا يَصْدُقُ عَلَى عَاقِلَتِهِ) لَمَّا رَوَيْنَا، وَلِأَنَّ الْإِقْرَارَ لَا يَتَعَدَّى الْقِرْلَ لِقُصُورِ وَلَا يَتَّهَى عَنْ غَيْرِهِ فَلَا يَظْهَرُ فِي حَقِّ الْعَاقِلَةِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (لِأَنَّهُ مَالٌ وَجَبَ بِالْقَتْلِ ابْتِدَاءً) يَعْنِي لَا بِعَقْدٍ يَحْدُثُ بَعْدُ. الْقَتْلُ كَالصُّلْحِ.

(١) أخرجه الدارقطني في سننه (٩٠/٣) رقم (٣٢)، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى (١٦١٣).

وَقَوْلُهُ (وَإِذَا قَتَلَ الأبُّ ابْنَهُ عَمْدًا) كَانَ حُكْمُهُ قَدْ عُلِمَ مِنَ الضَّابِطَةِ الْكَلِمَةِ لَكِنَّهُ ذَكَرَهُ لِبَيَانِ خِلَافِ الشَّافِعِيِّ. وَقَوْلُهُ (لَا سِيَّمَا إِلَى زِيَادَةِ) يَعْنِي الْمَعْجَلَ فَإِنَّهُ زَائِدٌ عَلَى الْمُؤَجَّلِ مِنْ حَيْثُ الْوَصْفُ فِي الْمَالِيَّةِ وَهُوَ مَعْرُوفٌ، فَإِيجَابُ الْمَالِ خَالَا بِالْقَتْلِ يَكُونُ زِيَادَةً عَلَى مَا أَوْجَبَهُ الشَّرْعُ، وَلَمَّا لَمْ يَجْزِ التَّغْلِيظُ بِاعْتِبَارِ الْعَمْدِيَّةِ قَدْرًا لَا يَجُوزُ وَصْفًا لِأَنَّهُ تَابِعٌ لِلْقَدْرِ، وَقَوْلُهُ (لَمَّا رَوَيْنَا) يَعْنِي قَوْلُهُ ﷺ «لَا تَعْقِلُ الْعَاقِلَةُ عَمْدًا وَلَا اغْتِرَافًا».

قَالَ: (وَعَمْدُ الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ خَطَأٌ وَفِيهِ الدِّيَّةُ) عَلَى الْعَاقِلَةِ، وَكَذَلِكَ كُلُّ جِنَايَةٍ مُوجِبُهَا خَمْسُمِائَةٍ فَصَاعِدًا وَالْمَعْتُوهُ كَالْمَجْنُونِ (وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: عَمْدُهُ عَمْدٌ حَتَّى تَجِبَ الدِّيَّةُ فِي مَالِهِ حَالَتَهُ) لِأَنَّهُ عَمْدٌ حَقِيقَةٌ، إِذِ الْعَمْدُ هُوَ الْقَصْدُ غَيْرَ أَنَّهُ تَخَلَّفَ عَنْهُ أَحَدُ حُكْمَيْهِ وَهُوَ الْقِصَاصُ فَيَنْسَحِبُ عَلَيْهِ حُكْمُهُ الْآخَرُ وَهُوَ الْوُجُوبُ فِي مَالِهِ، وَلِهَذَا تَجِبُ الْكَفَّارَةُ بِهِ، وَيَحْرُمُ عَنِ الْمِيرَاثِ عَلَى أَصْلِهِ لِأَنَّهُمَا يَتَعَلَّقَانِ بِالْقَتْلِ. وَلَمَّا مَا رَوَى عَنْ عَلِيٍّ ﷺ أَنَّهُ جَعَلَ عَقْلَ الْمَجْنُونِ عَلَى عَاقِلَتِهِ، وَقَالَ: عَمْدُهُ وَخَطْوُهُ سَوَاءٌ، وَلَأَنَّ الصَّبِيَّ مَظْنُومًا بِالرَّحْمَةِ، وَالْعَاقِلُ الْخَاطِئُ لَمَّا اسْتَحَقَّ التَّخْفِيفَ حَتَّى وَجَبَتِ الدِّيَّةُ عَلَى الْعَاقِلَةِ فَالصَّبِيُّ وَهُوَ أَعْدَرُ أَوْلَى بِهَذَا التَّخْفِيفِ وَلَا نُسَلِّمُ تَحَقُّقَ الْعَمْدِيَّةِ فَإِنَّهَا تَتَرَتَّبُ عَلَى الْعِلْمِ وَالْعِلْمُ بِالْعَقْلِ، وَالْمَجْنُونُ عَدِيمُ الْعَقْلِ وَالصَّبِيُّ قَاصِرُ الْعَقْلِ فَأَيُّ يَتَحَقَّقُ مِنْهُمَا الْقَصْدُ وَصَارَ كَالنَّائِمِ. وَحَرَمَانُ الْمِيرَاثِ عُقُوبَتَهُ، وَهُمَا لَيْسَا مِنْ أَهْلِ الْعُقُوبَةِ وَالْكَفَّارَةِ كَأَسْمِهَا سِتَّارَةٌ: وَلَا ذَنْبٌ تَسْتُرُهُ لِأَنَّهُمَا مَرْفُوعَا الْقَلَمِ وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (عَمْدُهُ) أَيُّ عَمْدٌ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ. وَقَوْلُهُ (وَلِهَذَا تَجِبُ الْكَفَّارَةُ بِهِ) أَيُّ بِالْمَالِ، وَإِنَّمَا قِيدَ بِهِ لِأَنَّهُمْ أَجْمَعُوا عَلَى أَنَّ التَّكْفِيرَ بِالصَّوْمِ لَا يَجِبُ عَلَيْهِمَا. وَقَوْلُهُ (وَيَحْرُمُ عَنِ الْمِيرَاثِ عَلَى أَصْلِهِ) أَيُّ ثَبَتَ هَذَانِ الْحُكْمَانِ وَهُمَا وَجُوبُ الْكَفَّارَةِ وَحَرَمَانُ الْمِيرَاثِ عَلَى أَصْلِ الشَّافِعِيِّ (لِأَنَّهُمَا يَتَعَلَّقَانِ بِالْقَتْلِ) فَعَلِمَ بِهَذَا أَنََّّهُمَا مُطَابِقَانِ بِمُوجِبِ الْقَتْلِ، فَكَذَلِكَ هَاهُنَا لَمَّا تَخَلَّفَ عَنْهُمَا أَحَدُ حُكْمَيْ الْقَتْلِ وَهُوَ الْقِصَاصُ يَنْسَحِبُ عَلَيْهِ الْحُكْمُ الْآخَرُ وَهُوَ وَجُوبُ الدِّيَةِ فِي مَالِهِ إِذَا الْأَصْلُ ذَلِكَ.

فصل في الجنين

قَالَ: (وَإِذَا ضَرَبَ بَطْنَ امْرَأَةٍ فَأَلْقَتْ جَنِينًا مَيِّتًا فَفِيهِ غُرَّةٌ وَهِيَ نِصْفُ عَشْرِ الدِّيَةِ) قَالَ ﷺ: مَعْنَاهُ دِيَّةُ الرَّجُلِ، وَهَذَا فِي الذَّكَرِ، وَفِي الْأُنْثَى عَشْرُ دِيَةِ الْمَرْأَةِ وَكُلٌّ مِنْهُمَا خَمْسُمِائَةِ دِرْهَمٍ. وَالْقِيَاسُ أَنْ لَا يَجِبُ شَيْءٌ لِأَنَّهُ لَمْ يُتَيَقَّنْ بِحَيَاتِهِ، وَالظَّاهِرُ لَا يَصْلُحُ حُجَّةً لِلِاسْتِحْقَاقِ. وَجَهُ الْإِسْتِحْسَانِ مَا رُوِيَ أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ قَالَ «فِي الْجَنِينِ غُرَّةٌ عَبْدٌ أَوْ أَمَةٌ قِيمَتُهُ خَمْسُمِائَةٍ» وَيُرْوَى «أَوْ خَمْسُمِائَةٍ»^(١) فَتَرَكْنَا الْقِيَاسَ بِالْأَثَرِ، وَهُوَ حُجَّةٌ عَلَى مَنْ قَدَّرَهَا بِسِتْمِائَةٍ نَحْوُ مَالِكٍ وَالشَّافِعِيِّ (وَهِيَ عَلَى الْعَاقِلَةِ) عِنْدَنَا إِذَا كَانَتْ خَمْسُمِائَةِ دِرْهَمٍ. وَقَالَ مَالِكٌ: فِي مَالِهِ لِأَنَّهُ بَدَلَ الْجُزْءِ. وَلَنَا أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «قَضَى بِالْغُرَّةِ عَلَى الْعَاقِلَةِ»، وَلِأَنَّهُ بَدَلَ النَّفْسِ وَلِهَذَا سَمَّاهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ دِيَّةً حَيْثُ قَالَ " دُوهُ " وَقَالُوا: «أَنْدِي مَنْ لَا صَاحَ وَلَا اسْتَهْلَ» الْحَدِيثُ، إِلَّا أَنْ الْعَوَاقِلَ لَا تَعْقِلُ مَا دُونَ خَمْسُمِائَةٍ.

الشرح:

(فَصَلِّ فِي الْجَنِينِ): عَقَبَ أَحْكَامَ الْأَجْزَاءِ الْحَقِيقِيَّةِ أَحْكَامَ الْجُزْءِ الْحُكْمِيِّ وَهُوَ الْجَنِينُ لِكَوْنِهِ فِي حُكْمِ الْجُزْءِ مِنَ الْأُمِّ (وَإِذَا ضَرَبَ بَطْنَ امْرَأَةٍ فَأَلْقَتْ جَنِينًا مَيِّتًا فَفِيهِ غُرَّةٌ نِصْفُ عَشْرِ الدِّيَةِ) غُرَّةُ الْمَالِ خِيَارُهُ كَالْفَرَسِ وَالْبَعِيرِ النَّجِيبِ، وَسُمِّيَ بَدَلُ الْجَنِينِ غُرَّةً لِأَنَّ الْوَاجِبَ عَبْدٌ وَالْعَبْدُ يُسَمَّى غُرَّةً.

وَقِيلَ لِأَنَّ غُرَّةَ الشَّيْءِ أَوَّلُهُ وَغُرَّةُ الْجَنِينِ أَوَّلُ مَقْدَارِ ظَهَرَ فِي بَابِ الدِّيَةِ. قَالَ الْمُصَنِّفُ (مَعْنَاهُ) أَيُّ مَعْنَى قَوْلِهِ نِصْفُ عَشْرِ الدِّيَةِ (دِيَةُ الرَّجُلِ)، وَهَذَا فِي الذَّكَرِ وَفِي الْأُنْثَى عَشْرُ دِيَةِ الْمَرْأَةِ وَكُلٌّ مِنْهُمَا خَمْسُمِائَةِ دِرْهَمٍ لِأَنَّ نِصْفَ الْعَشْرِ مِنْ عَشْرَةِ آلَافٍ هُوَ الْعَشْرُ مِنْ خَمْسَةِ آلَافٍ: وَالْقِيَاسُ، وَهُوَ قَوْلُ زُفَرٍ أَنْ لَا يَجِبُ شَيْءٌ لِأَنَّهُ لَمْ تُعْلَمْ حَيَاتُهُ بَيِّقِينَ، وَفِعْلُ الْقَتْلِ لَا يُتَصَوَّرُ إِلَّا فِي مَحَلٍّ هُوَ حَيٌّ فَلَا يَجِبُ الضَّمَانُ بِالشَّكِّ. فَإِنْ قِيلَ: الظَّاهِرُ أَنَّهُ حَيٌّ أَوْ مُعَدُّ لِلْحَيَاةِ.

قُلْنَا: الظَّاهِرُ لَا يَصْلُحُ حُجَّةً لِلِاسْتِحْقَاقِ وَلِهَذَا لَا يَجِبُ فِي جَنِينِ الْبَهِيمَةِ إِلَّا

(١) قال الزيلعي في نصب الراية (١٥٨/٥): الأول غريب، ورواية: أو خمسمائة، عند الطبراني في

معجمه كما في مجمع الزوائد (٣٠٠/٦).

نُقْصَانُ الْبَهِيمَةِ إِنْ تَمَكَّنَ (وَجْهَهُ الْاسْتِحْسَانُ مَا رُوِيَ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ «فِي الْجَيْنِ غُرَّةٌ عَبْدٌ أَوْ أَمَةٌ قِيمَتُهُ خَمْسُمِائَةٍ» وَيُرْوَى " أَوْ خَمْسُمِائَةٍ " فَتَرَكْنَا الْقِيَاسَ بِالْأَثَرِ) رَوَى الْإِمَامُ الْمُحَبُّوبِيُّ أَنَّ زُفَرَ سَأَلَ عَنْ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ فَقَالَ: فِيهِ غُرَّةٌ عَبْدٌ أَوْ أَمَةٌ فَقَالَ السَّائِلُ: وَلَمْ وَالْحَالُ لَا يَخْلُو مِنْ أَنَّهُ مَاتَ بِضَرْبَةٍ أَوْ لَمْ تُنْفَخْ فِيهِ الرُّوحُ، فَإِنْ مَاتَ بِضَرْبَةٍ تَجِبُ دِيَّةٌ كَامِلَةٌ وَإِنْ لَمْ تُنْفَخْ فِيهِ الرُّوحُ لَا يَجِبُ شَيْءٌ، فَسَكَتَ زُفَرٌ، فَقَالَ لَهُ السَّائِلُ: أَعْتَقْتُكَ سَائِبَةً، فَجَاءَ زُفَرٌ إِلَى أَبِي يُوسُفَ فَسَأَلَهُ عَنْهُ فَأَجَابَهُ أَبُو يُوسُفَ بِمِثْلِ مَا أَجَابَ زُفَرَ. فَحَاجَّهُ بِمِثْلِ مَا حَاجَّهُ السَّائِلُ فَقَالَ: التَّعَبُّدُ التَّعَبُّدُ: أَيُّ ثَابِتٌ بِالسُّنَّةِ مِنْ غَيْرِ أَنْ يُدْرَكَ بِالْعَقْلِ، وَهَذَا دَلِيلٌ عَلَى أَنَّ قَوْلَ زُفَرَ هُوَ وَجْهُهُ الْاسْتِحْسَانُ.

وَقَالَ فِي الذَّخِيرَةِ: قَوْلُهُ وَجْهُهُ الْقِيَاسُ كَمَا ذَكَرْنَا آنِفًا. وَيُحْتَمَلُ أَنَّهُ رَجَعَ مِنْ أَحَدِهِمَا إِلَى الْآخَرِ، وَالْحَدِيثُ الْمَرْوِيُّ دَلِيلٌ وَاضِحٌ عَلَى أَنَّ الدِّيَّةَ مُقَدَّرَةٌ بِعَشْرَةِ آلَافِ دِرْهَمٍ. قِيلَ وَإِنَّمَا يَبَيِّنُ الشَّارِعُ الْقِيَمَةَ إِشَارَةً إِلَى أَنَّ الْحَيَوَانَ لَا يَثْبُتُ فِي الدَّمَةِ ثُبُوتًا صَحِيحًا إِلَّا مِنْ حَيْثُ اعْتَبَارُ صِفَةِ الْمَالِيَّةِ. وَقَوْلُهُ (إِذَا كَانَ خَمْسُمِائَةٍ دِرْهَمٍ) قِيلَ قَيَّدَ بِهِ اخْتِرَارًا عَنْ جَنِينِ الْأَمَةِ إِذَا كَانَتْ قِيمَتُهُ لَا تَبْلُغُ خَمْسُمِائَةٍ. وَرَدَّ بِأَنَّ مَا يَجِبُ فِي جَنِينِ الْأَمَةِ هُوَ فِي مَالِ الضَّارِبِ مُطْلَقًا مِنْ غَيْرِ تَقْيِيدٍ بِالْبُلُوغِ إِلَى خَمْسُمِائَةٍ عَلَى مَا سَيَجِيءُ. وَقِيلَ لَعَلَّهُ وَقَعَ سَهْوًا مِنَ الْكَاتِبِ وَكَانَ فِي الْأَصْلِ إِذْ كَانَ خَمْسُمِائَةٍ تَعْلِيلًا لَكَوْنِهَا عَلَى الْعَاقِلَةِ.

وَقَوْلُهُ (فِي مَالِهِ) أَيُّ فِي مَالِ الضَّارِبِ (لَأَنَّهُ بَدَلُ الْجُزْءِ) أَيُّ جُزْءُ الْآدَمِيِّ فَصَارَ كَقَطْعِ أَصْبَعٍ مِنْ أَصَابِعِهِ. وَقَوْلُهُ (دُوهُ) أَيُّ أَذْوَا دَيْتِهِ، أَمْرٌ لِمُخَاطَبِ مَنْ الْوَدِيِّ، وَهَذَا الْحَدِيثُ حَدِيثُ حَمَلِ بْنِ مَالِكٍ بِالْحَاءِ الْمُهْمَلَةِ وَالْمِيمِ الْمُفْتُوحَتَيْنِ قَالَ «كُنْتُ بَيْنَ جَارِيَتَيْنِ لِي فَضَرَبْتُ إِحْدَاهُمَا بِطَنْ صَاحِبَتِهَا بَعْمُودٍ فَسَطَّاطٍ أَوْ بِمُسْطَاحٍ خِيَمَةٍ فَأَلْقَتْ جَنِينًا مَيِّتًا، فَاخْتَصَمَ أَوْلِيَائُهَا إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ، فَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لِأَوْلِيَائِ الضَّارِبَةِ: دُوهُ، فَقَالَ أَخُوهَا: أُنْدِي مَنْ لَا صَاحَ وَلَا اسْتَهْلَ وَلَا شَرِبَ وَلَا أَكَلَ وَمِثْلُهُ دَمُهُ بَطْلٌ؟ فَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: أَسَجْعُ كَسَجْعِ الْكُهَّانِ وَفِي رِوَايَةٍ دَعْنِي وَأَرَا جِيزَ الْعَرَبِ قَوْمُوا فِدُوهُ» الْحَدِيثُ، فَفِيهِ التَّنْصِصُ عَلَى إِجْبَابِ الدِّيَّةِ عَلَى الْعَاقِلَةِ. وَقَوْلُهُ (إِلَّا أَنَّ الْعَوَاقِلَ) جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ الْحَدِيثُ يَدُلُّ عَلَى أَنَّ الدِّيَّةَ عَلَى

الْعَاقِلَةُ قَلِيلَةٌ كَانَتْ أَوْ كَثِيرَةً وَأَنْتُمْ قَيْدُكُمْ بِقَوْلِكُمْ إِذَا كَانَتْ خَمْسِمِائَةٍ دِرْهَمٍ وَقَدْ عَلِمْتَ مَا يَرِدُ عَلَيْهِ مِنَ النَّظَرِ.

(وَتَجِبُ فِي سَنَتِهِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: فِي ثَلَاثِ سِنِينَ لِأَنَّهُ بَدَلَ النَّفْسِ وَلِهَذَا يَكُونُ مَوْرُوثًا بَيْنَ وَرَثَتِهِ. وَلَنَا مَا رُوِيَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْحَسَنِ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ قَالَ: "بَلَّغْنَا أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ جَعَلَهُ عَلَى الْعَاقِلَةِ فِي سَنَتِهِ " وَلِأَنَّهُ إِنْ كَانَ بَدَلَ النَّفْسِ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ نَفْسٌ عَلَى حِدَةٍ فَهُوَ بَدَلَ الْعُضْوِ مِنْ حَيْثُ الْإِتِّصَالُ بِالْأَمِّ فَجَعَلْنَا بِالشَّبْهِ الْأَوَّلِ فِي حَقِّ التَّوْرِيثِ، وَبِالثَّانِي فِي حَقِّ التَّاجِيلِ إِلَى سَنَتِهِ، لِأَنَّ بَدَلَ الْعُضْوِ إِذَا كَانَ ثَلَاثَ الدِّيَةِ أَوْ أَقَلَّ أَكْثَرُ مِنْ نِصْفِ الْعُشْرِ يَجِبُ فِي سَنَتِهِ، بِخِلَافِ أَجْزَاءِ الدِّيَةِ لِأَنَّ كُلَّ جُزْءٍ مِنْهَا عَلَى مَنْ وَجِبَ يَجِبُ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ (وَيَسْتَوِي فِيهِ الذَّكَرُ وَالْأُنْثَى) لِإِطْلَاقِ مَا رَوَيْنَا، وَلِأَنَّ فِي الْحَيِّينِ إِنَّمَا ظَهَرَ التَّفَاوُتُ لَتَفَاوُتِ مَعَانِي الْأَدَمِيَّةِ وَلَا تَفَاوُتَ فِي الْجَنِينِ فَيُقَدَّرُ بِمِقْدَارِ وَاحِدٍ وَهُوَ خَمْسِمِائَةٍ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (لِأَنَّ بَدَلَ الْعُضْوِ إِذَا كَانَ ثَلَاثَ الدِّيَةِ أَوْ أَقَلَّ أَكْثَرُ مِنْ نِصْفِ الْعُشْرِ) هُوَ الصَّحِيحُ مِنَ النَّسَخِ، وَفِي بَعْضِهَا أَوْ أَكْثَرُ، وَفِي بَعْضِهَا وَأَكْثَرُ. قَالَ الشَّارِحُونَ: وَكِلَاهُمَا غَيْرُ صَحِيحٍ، لِأَنَّ الْمُرَادَ أَنْ يَكُونَ الْأَقْلُ مِنْ ثَلَاثِ الدِّيَةِ أَكْثَرَ مِنْ نِصْفِ الْعُشْرِ، وَهُوَ إِنَّمَا يَكُونُ إِذَا كَانَ أَكْثَرَ صِفَةً لِأَقْلٍ أَوْ بَدَلًا مِنْهُ، وَلَعَلَّ الْعُطْفَ بِالْوَاوِ يُفِيدُ ذَلِكَ أَيْضًا. وَفِي بَعْضِ الشُّرُوحِ أَنَّ تَقْيِيدَهُ بِالْأَكْثَرِ لَيْسَ بِمُقَيَّدٍ، لِأَنَّهُ لَوْ كَانَ نِصْفَ الْعُشْرِ كَانَ الْحُكْمُ كَذَلِكَ. وَقَوْلُهُ (بِخِلَافِ أَجْزَاءِ الدِّيَةِ، لِأَنَّ كُلَّ جُزْءٍ مِنْهَا عَلَى مَنْ وَجِبَ يَجِبُ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ) صَوْرَتُهُ أَنَّهُ يَشْتَرِكُ عَشْرُونَ رَجُلًا فِي قَتْلِ رَجُلٍ خَطَأً فَإِنَّهُ يَجِبُ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ نِصْفُ عُشْرِ الدِّيَةِ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ عَلَى مَا يَجِيءُ فِي الْمَعَاقِلِ.

وَقَوْلُهُ (وَيَسْتَوِي فِيهِ) أَيُّ فِي وَجُوبِ قَدْرِ الْغُرَّةِ بِأَنَّهُ عَبْدٌ أَوْ أَمَةٌ قِيمَتُهُ خَمْسِمِائَةٍ دِرْهَمٍ لِإِطْلَاقِ مَا رَوَيْنَا وَهُوَ قَوْلُهُ ﷺ «فِي الْجَنِينِ غُرَّةٌ عَبْدٌ أَوْ أَمَةٌ قِيمَتُهُ خَمْسِمِائَةٍ دِرْهَمٍ» وَقَوْلُهُ (وَلِأَنَّ فِي الْحَيِّينِ) دَلِيلٌ مَعْقُولٌ عَلَى التَّسَاوِيِ بَيْنَ الذَّكَرِ وَالْأُنْثَى فِي الْوَلَدَيْنِ الْمُنْفَصِلَيْنِ فِي الدِّيَةِ لَتَفَاوُتِ مَعَانِي الْأَدَمِيَّةِ فِي الْمَالِكِيَّةِ فَإِنَّ الذَّكَرَ مَالِكٌ مَالًا وَنِكَاحًا وَالْأُنْثَى مَالِكَةٌ مَالًا مَمْلُوكَةٌ نِكَاحًا فَكَانَ بَيْنَهُمَا تَفَاوُتٌ فِيمَا هُوَ مِنْ خَصَائِصِ

الْأَدْمِيَّةِ وَهُوَ مَعْلُومٌ فِي الْجَنِينِ فَيَتَقَدَّرُ بِمِقْدَارِ وَاحِدٍ وَهُوَ خَمْسُمِائَةٍ.

(فَإِنْ أَلْقَتْهُ حَيًّا ثُمَّ مَاتَ فَفِيهِ دِيَّةٌ كَامِلَةٌ) لِأَنَّهُ أَتْلَفَ حَيًّا بِالضَّرْبِ السَّابِقِ (وَإِنْ أَلْقَتْهُ مَيِّتًا ثُمَّ مَاتَتِ الْأُمُّ فَفَعْلِيهِ دِيَّةٌ بِقَتْلِ الْأُمِّ وَغُرَّةٌ بِالْقَائِلِهَا) وَقَدْ صَحَّ «أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ قَضَى فِي هَذَا بِالدِّيَّةِ وَالْغُرَّةِ» (وَإِنْ مَاتَتِ الْأُمُّ مِنَ الضَّرْبَةِ ثُمَّ خَرَجَ الْجَنِينُ بَعْدَ ذَلِكَ حَيًّا ثُمَّ مَاتَ فَفَعْلِيهِ دِيَّةٌ فِي الْأُمِّ وَدِيَّةٌ فِي الْجَنِينِ) لِأَنَّهُ قَاتِلُ شَخْصَيْنِ (وَإِنْ مَاتَتِ ثُمَّ أَلْقَتْ مَيِّتًا فَفَعْلِيهِ دِيَّةٌ فِي الْأُمِّ وَلَا شَيْءَ فِي الْجَنِينِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: تَجِبُ الْغُرَّةُ فِي الْجَنِينِ لِأَنَّ الظَّاهِرَ مَوْتُهُ بِالضَّرْبِ فَصَارَ كَمَا إِذَا أَلْقَتْهُ مَيِّتًا وَهِيَ حَيَّةٌ. وَلَنَا أَنَّ مَوْتَ الْأُمِّ أَحَدُ سَبَبِي مَوْتِهِ لِأَنَّهُ يَخْتَنِقُ بِمَوْتِهَا إِذْ تَنْفُسُهُ بِتَنْفُسِهَا فَلَا يَحِبُّ الضَّمَانُ بِالشُّكِّ. قَالَ (وَمَا يَحِبُّ فِي الْجَنِينِ مَوْرُوثٌ عَنْهُ) لِأَنَّهُ بَدَلَ نَفْسِهِ فَيَرِثُهُ وَرَثَتُهُ (وَلَا يَرِثُهُ الضَّارِبُ، حَتَّى لَوْ ضَرَبَ بَطْنَ امْرَأَتِهِ فَأَلْقَتْ ابْنَهُ مَيِّتًا فَعَلَى عَاقِلَةِ الْأَبِ غُرَّةٌ وَلَا يَرِثُ مِنْهَا) لِأَنَّهُ قَاتِلٌ بِغَيْرِ حَقٍّ مُبَاشَرَةً وَلَا مِيرَاثَ لِلْقَاتِلِ. قَالَ: (وَفِي جَنِينِ الْأُمِّ إِذَا كَانَ ذَكَرًا نِصْفُ عَشْرِ قِيمَتِهِ لَوْ كَانَ حَيًّا وَعَشْرُ قِيمَتِهِ لَوْ كَانَ أُنْثَى) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: فِيهِ عَشْرُ قِيمَةِ الْأُمِّ، لِأَنَّهُ جُزْءٌ مِنْ وَجْهِهِ، وَضَمَانُ الْأَجْزَاءِ يُؤْخَذُ مِقْدَارُهَا مِنَ الْأَصْلِ. وَلَنَا أَنَّهُ بَدَلَ نَفْسِهِ لِأَنَّ ضَمَانَ الطَّرْفِ لَا يَحِبُّ إِلَّا عِنْدَ ظَهْوَرِ النُّقْصَانِ، وَلَا مُعْتَبَرٌ فِي ضَمَانِ الْجَنِينِ فَكَانَ بَدَلَ نَفْسِهِ فَيُقَدَّرُ بِهَا. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: يَحِبُّ ضَمَانُ النُّقْصَانِ لَوْ انْتَقَصَتِ الْأُمُّ اعْتِبَارًا بِجَنِينِ الْبَهَائِمِ، وَهَذَا لِأَنَّ الضَّمَانَ فِي قَتْلِ الرَّقِيقِ ضَمَانُ مَالٍ عِنْدَهُ عَلَى مَا نَذَكُرُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى، فَصَحَّ الْاعْتِبَارُ عَلَى أَصْلِهِ.

قَالَ (فَإِنْ ضُرِبَتْ فَأَعْتَقَ الْمَوْلَى مَا فِي بَطْنِهَا ثُمَّ أَلْقَتْهُ حَيًّا ثُمَّ مَاتَ فَفِيهِ قِيمَتُهُ حَيًّا وَلَا تَجِبُ الدِّيَّةُ وَإِنْ مَاتَ بَعْدَ الْعِتْقِ) لِأَنَّهُ قَتَلَهُ بِالضَّرْبِ السَّابِقِ وَقَدْ كَانَ فِي حَالَتِهِ الرِّقُّ فَلِهَذَا تَجِبُ الْقِيمَةُ دُونَ الدِّيَّةِ، وَتَجِبُ قِيمَتُهُ حَيًّا لِأَنَّهُ بِالضَّرْبِ صَارَ قَاتِلًا لِنَفْسِهِ وَهُوَ حَيٌّ فَنَظَرْنَا إِلَى حَالَتِي السَّبَبِ وَالْتِفَافِ وَقِيلَ: هَذَا عِنْدَهُمَا، وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ تَجِبُ قِيمَتُهُ مَا بَيْنَ كَوْنِهِ مَضْرُوبًا إِلَى كَوْنِهِ غَيْرَ مَضْرُوبٍ، لِأَنَّ الْإِعْتِقَاقَ قَاطِعَ لِلْسَّرَايَةِ عَلَى مَا يَأْتِيكَ بَعْدَ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى. قَالَ: (وَلَا كَفَّارَةٌ فِي الْجَنِينِ) وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ تَجِبُ لِأَنَّهُ نَفْسٌ مِنْ وَجْهِهِ فَتَجِبُ الْكَفَّارَةُ احْتِيَاطًا. وَلَنَا أَنَّ الْكَفَّارَةَ فِيهَا مَعْنَى الْعُقُوبَةِ وَقَدْ عُرِفَتْ فِي النُّفُوسِ الْمُطْلَقَةِ فَلَا تَتَعَدَّاهَا وَلِهَذَا لَمْ يَحِبُّ كُلُّ الْبَدَلِ. قَالُوا: إِلَّا أَنْ يَشَاءَ ذَلِكَ لِأَنَّهُ ارْتَكَبَ

مَحْظُورًا، فَإِذَا تَقَرَّبَ إِلَى اللَّهِ تَعَالَى كَانَ أَفْضَلَ لَهُ وَيَسْتَغْفِرُ مِمَّا صَنَعَ (وَالْجَنِينَ الَّذِي قَدْ اسْتَبَانَ بَعْضُ خَلْقِهِ بِمَنْزِلَةِ الْجَنِينَ النَّامِ فِي جَمِيعِ هَذِهِ الْأَحْكَامِ) لِإِطْلَاقِ مَا رَوَيْنَا، وَلأنَّهُ وَلَدٌ فِي حَقِّ أُمُومِيَّةِ الْوَلَدِ وَانْقِضَاءِ الْعِدَّةِ وَالنَّفَاسِ وَغَيْرِ ذَلِكَ، فَكَذَا فِي حَقِّ هَذَا الْحُكْمِ، وَلأنَّ بِهَذَا الْقَدْرِ يَتَمَيِّزُ مِنَ الْعَلَقَةِ وَالْدَمِّ فَكَانَ نَفْسًا، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِنَّ أَلَقَّتْهُ حَيًّا ثُمَّ مَاتَ) أَوَّلُ الْأَقْسَامِ الْأَرْبَعَةِ الْعَقْلِيَّةِ الْحَاصِلَةِ مِنْ مَوْتِ أَحَدِهِمَا بَعْدَ الضَّرْبِ، وَهِيَ أَنْ خُرُوجَ الْجَنِينِ مِنَ الْأُمِّ إِمَّا أَنْ يَكُونَ فِي حَالِ حَيَاتِهِمَا أَوْ فِي حَالِ مَمَاتِهِمَا أَوْ فِي حَالِ حَيَاةِ الْأُمِّ وَمَمَاتِ الْجَنِينِ أَوْ عَلَى الْعَكْسِ، وَالْأَقْسَامُ مَعَ أَحْكَامِهَا مَذْكُورَةٌ فِي الْكِتَابِ.

وَقَوْلُهُ (فَلَا يَجِبُ الضَّمَانُ بِالشَّكِّ) أُعْطِرَ عَلَيْهِ بِأَنَّ الشَّكَّ ثَابِتٌ فِيمَا إِذَا أَلَقَتْ جَنِينًا مَيِّتًا لِاحْتِمَالِ أَنْ يَكُونَ الْمَوْتُ مِنَ الضَّرْبِ وَاحْتِمَالِ أَنَّهُ لَمْ يُنْفَخْ فِيهِ الرُّوحُ، وَمَعَ ذَلِكَ وَجَبَ الضَّمَانُ وَهُوَ أَوَّلُ مَا ذَكَرَ فِي هَذَا الْفَصْلِ وَأُجِيبَ بِأَنَّ الْعُرَّةَ فِي تِلْكَ الصُّورَةِ تَبَيَّنَتْ بِالنَّصِّ عَلَى خِلَافِ الْقِيَاسِ كَمَا ذَكَرْنَا، وَلَيْسَ مَا نَحْنُ فِيهِ فِي مَعْنَاهُ لِأَنَّ فِيهِ الْإِحْتِمَالُ مِنْ وَجْهِ وَاحِدٍ، وَفِيمَا نَحْنُ فِيهِ مِنْ وَجْهِ وَهِيَ احْتِمَالُ عَدَمِ نَفْخِ الرُّوحِ وَالْمَوْتُ بِسَبَبِ انْقِطَاعِ الْغِذَاءِ بِسَبَبِ مَوْتِ الْأُمِّ وَبِسَبَبِ تَخْنِيقِ الرَّحِمِ وَغَمِّ الْبَطْنِ فَلَا يَلْحَقُ بِذَلِكَ لَا قِيَاسًا وَلَا دَلَالَةً فَبَقِيَ عَلَى أَصْلِ الْقِيَاسِ وَهُوَ عَدَمُ وَجُوبِ الضَّمَانِ. قَالَ (وَمَا يَجِبُ فِي الْجَنِينِ مَوْرُوثٌ عَنْهُ) كَلَامُهُ وَاضِحٌ.

وَقَوْلُهُ (وَفِي جَنِينِ الْأُمَةِ إلخ) يَعْنِي جَنِينَ الْأُمَةِ إِذَا كَانَ ذَكَرًا وَلَمْ يَكُنِ الْحَمْلُ مِنَ الْمَوْلَى وَلَا مِنَ الْمَعْرُورِ نِصْفُ عَشْرِ قِيمَتِهِ لَوْ كَانَ حَيًّا وَعَشْرُ قِيمَتِهِ لَوْ كَانَ أُنْثَى. وَطَرِيقُ ذَلِكَ أَنَّ يَقُومَ الْجَنِينُ بَعْدَ انْفِصَالِهِ مَيِّتًا عَلَى لَوْنِهِ وَهَيْئَتِهِ لَوْ كَانَ حَيًّا فَيَنْظَرُ كَمْ قِيمَتُهُ، وَيَجِبُ نِصْفُ عَشْرِ ذَلِكَ إِنْ كَانَ ذَكَرًا، وَعَشْرُهُ إِنْ كَانَ أُنْثَى، وَإِمَّا قِيْدُنَا بِكَوْنِ الْحَمْلِ مِنْ غَيْرِ الْمَوْلَى وَالْمَعْرُورِ لِأَنَّهُ لَوْ كَانَ مُتَّهَمًا لَزِمَتْ الْعُرَّةُ لَكُونِهِ حُرًّا، فَلَوْ ضَاعَ الْجَنِينُ وَوَقَعَ التَّزَاغُ فِي الْقِيَمَةِ فَالْقَوْلُ لِلضَّارِبِ لِإِنْكَارِهِ الزِّيَادَةَ.

وَإِنْ تَعَدَّرَ الْوُقُوفُ عَلَى ذُكُورَتِهِ وَأُنْثَوَتِهِ نَأْخُذُ بِالْمُتَبَيَّنِّ. قَوْلُهُ (لأنَّ ضَمَانَ الطَّرْفِ لَا يَجِبُ إِلَّا عِنْدَ ظُهُورِ التَّقْصَانِ) يَعْنِي فِي الْأَصْلِ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ إِذَا قَلَعَ السِّنَّ فَنَبَتَتْ

مَكَانَهُ أُخْرَى لَمْ يَجِبْ شَيْءٌ وَهَاهُنَا بَدَلُ الْحَنِينِ وَاجِبٌ وَإِنْ لَمْ يَظْهَرْ فِي الْأُمِّ نُقْصَانٌ، فَدَلَّ عَلَى أَنَّ وَجُوبَهُ بِاعْتِبَارِ مَعْنَى التَّفْسِيَةِ لَا الْجُزْئِيَّةَ (فَيُقَدَّرُ بِهَا) أَيْ بِقِيَمَةِ نَفْسِ الْحَنِينِ لَا بِقِيَمَةِ الْأُمِّ. قَوْلُهُ (وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ) هَذَا غَيْرُ ظَاهِرِ الرَّوَايَةِ عَنْ أَبِي يُوسُفَ. قَالَ فِي الْمَبْسُوطِ: ثُمَّ وَجُوبُ الْبَدَلِ فِي جَنِينِ الْأُمَةِ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ وَهُوَ الظَّاهِرُ مِنْ قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ. وَعَنْهُ فِي رَوَايَةٍ أَنَّهُ لَا يَجِبُ إِلَّا نُقْصَانُ الْأُمِّ إِنْ تَمَكَّنَ فِيهَا نُقْصٌ، وَإِنْ لَمْ يَتَمَكَّنْ لَا يَجِبُ شَيْءٌ كَمَا فِي جَنِينِ الْبَيْهَمَةِ. وَقَوْلُهُ (فَنَظَرْنَا إِلَى حَالَتِي السَّبَبِ وَالتَّلَفِ) يَعْنِي أَوْجَبْنَا الْقِيَمَةَ اعْتِبَارًا بِحَالَةِ الضَّرْبِ، وَأَوْجَبْنَا قِيَمَتَهُ حَيًّا لَا مَشْكُوكًا فِي حَيَاتِهِ اعْتِبَارًا بِحَالَةِ التَّلَفِ.

لَا يُقَالُ: هَذَا اعْتِبَارٌ بِحَالَةِ الضَّرْبِ فَقَطْ، إِذِ الْوَاجِبُ فِي تِلْكَ الْحَالَةِ أَيْضًا قِيَمَتُهُ حَيًّا لِحَوَازِ أَنْ لَا يَكُونَ حَيًّا فَلَا تَجِبُ قِيَمَتُهُ حَيًّا هُنَاكَ بَلْ تَجِبُ الْعُرَّةُ. وَقَوْلُهُ (مَا يَنْ كَوْنِهِ مَضْرُوبًا إِلَى كَوْنِهِ غَيْرَ مَضْرُوبٍ) يَعْنِي تَفَاوُتَ مَا بَيْنَهُمَا، حَتَّى لَوْ كَانَتْ قِيَمَتُهُ غَيْرَ مَضْرُوبٍ أَلْفَ دِرْهَمٍ وَقِيَمَتُهُ مَضْرُوبًا ثَمَانِمِائَةً يَجِبُ عَلَى الضَّارِبِ مِائَتَا دِرْهَمٍ. وَقَوْلُهُ (عَلَى مَا نَذَكُرُ بَيَّانَهُ بَعْدَ هَذَا) يَعْنِي فِي جَنَايَةِ الْمَمْلُوكِ وَالْجَنَايَةِ عَلَيْهِ فِي مَسْأَلَةٍ مَنْ قَطَعَ يَدَ عَبْدٍ فَأَعْتَقَهُ الْمَوْلَى ثُمَّ مَاتَ مِنْ ذَلِكَ.

وَقَوْلُهُ (وَقَدْ عُرِفَتْ فِي التُّنُوسِ الْمُطْلَقَةِ) أَيْ الْكَامِلَةِ بِالنَّصِّ فَلَا يَتَعَدَّاهَا إِلَى غَيْرِ الْمُطْلَقَةِ وَهُوَ الْجَنِينُ، لِأَنَّ الْقِيَاسَ لَا يَجْرِي فِي الْعُقُوبَاتِ، وَلَيْسَ غَيْرُ الْمُطْلَقَةِ نَظِيرَ الْمُطْلَقَةِ حَتَّى يَلْحَقَ بِهَا ذِلَالَةٌ أَلَّا تَرَى أَنَّهُ لَا يَجِبُ كُلُّ الْبَدَلِ، وَالْبَاقِي ظَاهِرٌ لَا يَحْتَاجُ إِلَى شَرْحٍ.

بَابُ مَا يُحْدِثُ الرَّجُلُ فِي الطَّرِيقِ

قَالَ (وَمَنْ أَخْرَجَ إِلَى الطَّرِيقِ الْأَعْظَمِ كَنِيفًا أَوْ مِيزَابًا أَوْ جُرْصُنًا أَوْ بَنَى دُكَّانًا فَلَرَجُلٍ مِنْ عَرَضِ النَّاسِ أَنْ يَنْزِعَهُ) لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ صَاحِبُ حَقٍّ بِالْمُرُورِ بِنَفْسِهِ وَبِدَوَابِّهِ فَكَانَ لَهُ حَقُّ النُّقْضِ، كَمَا فِي الْمِلْكِ الْمَشْتَرَكِ فَإِنَّ لِكُلِّ وَاحِدٍ حَقُّ النُّقْضِ لَوْ أَحْدَثَ غَيْرُهُمْ فِيهِ شَيْئًا فَكَذَا فِي الْحَقِّ الْمَشْتَرَكِ.

قَالَ: (وَيَسَعُ لِلَّذِي عَمِلَهُ أَنْ يَنْتَفِعَ بِهِ مَا لَمْ يَضُرَّ بِالْمُسْلِمِينَ) لِأَنَّ لَهُ حَقَّ الْمُرُورِ وَلَا ضَرَرَ فِيهِ فَلْيَلْحَقْ مَا فِي مَعْنَاهُ بِهِ، إِذَا الْمَانِعُ مُتَعَنَّتْ، فَإِذَا أَضُرَّ بِالْمُسْلِمِينَ كُرِهَ لَهُ ذَلِكَ

لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ فِي الْإِسْلَامِ» ^(١) قَالَ: (وَلَيْسَ لِأَحَدٍ مِنْ أَهْلِ الدَّرَبِ الَّذِي لَيْسَ بِنَاهِذٍ أَنْ يَشْرَعَ كَنِيفًا أَوْ مِيزَابًا إِلَّا بِإِذْنِهِمْ) لِأَنَّهَا مَمْلُوكَةٌ لَهُمْ وَلِهَذَا وَجِبَتْ الشُّفْعَةُ لَهُمْ عَلَى كُلِّ حَالٍ، فَلَا يَجُوزُ التَّصَرُّفُ أَضَرَ بِهِمْ أَوْ لَمْ يَضُرْ إِلَّا بِإِذْنِهِمْ. وَفِي الطَّرِيقِ النَّافِذِ لَهُ التَّصَرُّفُ إِلَّا إِذَا أَضَرَ لِأَنَّهُ يَتَعَذَّرُ الْوُصُولُ إِلَى إِذْنِ الْكُلِّ، فَجُعِلَ فِي حَقِّ كُلِّ وَاحِدٍ كَأَنَّهُ هُوَ الْمَالِكُ وَحْدَهُ حُكْمًا كَي لَا يَتَعَطَّلَ عَلَيْهِ طَرِيقُ الْإِنْتِفَاعِ، وَلَا كَذَلِكَ غَيْرِ النَّافِذِ لِأَنَّ الْوُصُولَ إِلَى إِرْضَائِهِمْ مُمَكِّنٌ قَبْقَبِي عَلَى الشَّرِكَةِ حَقِيقَةً وَحُكْمًا.

الشرح:

(بَابُ مَا يُحْدِثُ الرَّجُلُ فِي الطَّرِيقِ) لَمَّا فَرَعَ مِنْ بَيَانِ أَحْكَامِ الْقَتْلِ مُبَاشَرَةً ذَكَرَ أَحْكَامَهُ تَسْبِيًا، وَالْأَوَّلُ أَوَّلِي بِالتَّقْدِيمِ، إِمَّا لِأَنَّهُ قَتْلٌ بِلَا وَاسِطَةٍ، وَإِمَّا لِكَثْرَةِ وَقُوعِهِ. قَالَ (وَمَنْ أَخْرَجَ إِلَى الطَّرِيقِ الْأَعْظَمِ كَنِيفًا إلخ) الْكَنِيفُ: الْمُسْتَرَاخُ، وَالْمِيزَابُ مَعْرُوفٌ، وَالْجُرْصُنُ قِيلَ هُوَ الْبُرْجُ، وَقَالَ فَخْرُ الْإِسْلَامِ: جَذَعٌ يُخْرِجُهُ الْإِنْسَانُ مِنَ الْحَائِطِ لِيُنْبِئَ عَلَيْهِ. وَالْعُرْضُ بِالضَّمِّ: النَّاحِيَةُ، قِيلَ الْمُرَادُ بِهِ هُنَا أَبْعَدُ النَّاسِ مَنَزَلَةً: أَيْ أَضْعَفُهُمْ وَأَرْدَلُهُمْ. وَجُمْلَةُ الْكَلَامِ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ فِي ثَلَاثَةِ أَشْيَاءَ: فِي إِبَاحَةِ الْعَمَلِ وَفِي الْخُصُومَةِ وَفِي ضَمَانِ مَا يَتَلَفُ بِهِ. وَالْمَبْدُوءُ بِهِ فِي الْكِتَابِ الْخُصُومَةُ، وَتَعَرَّضَ لِلنَّزْعِ وَلَمْ يَتَعَرَّضْ لِلْمَنْعِ إِلَّا عَلَى قَوْلِ مُحَمَّدٍ فَإِنَّ فِيهِ خِلَافًا بَيْنَ الْعُلَمَاءِ.

قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: لِكُلِّ أَحَدٍ مِنْ عُرْضِ النَّاسِ مُسْلِمًا كَانَ أَوْ ذِمِّيًّا أَنْ يَمْنَعَهُ مِنَ الْوَضْعِ سِوَاءٍ كَانَ فِيهِ ضَرَرٌ أَوْ لَمْ يَكُنْ إِذَا أَرَادَ الْوَضْعَ بَعِيرٍ إِذْنِ الْإِمَامِ، لِأَنَّ فِيهِ الْإِفْتِيَاتِ عَلَى رَأْيِ الْإِمَامِ فِيمَا إِلَيْهِ تَدْبِيرُهُ، فَلِكُلِّ أَحَدٍ أَنْ يُنْكِرَ عَلَيْهِ، وَبِهِ قَالَ أَبُو يُوسُفَ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ: لَيْسَ لِأَحَدٍ حَقُّ الْمَنْعِ إِذَا لَمْ يَكُنْ فِيهِ ضَرَرٌ، لِأَنَّهُ مَاذُونٌ فِي إِحْدَانِهِ شَرْعًا فَهُوَ كَمَا لَوْ أُذِنَ لَهُ الْإِمَامُ.

وَأَمَّا الْخُصُومَةُ فِي الرِّفْعِ فَلَمَذْكُورُ فِي الْكِتَابِ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: لَيْسَ لِأَحَدٍ ذَلِكَ، أَمَّا عَلَى قَوْلِ مُحَمَّدٍ فَظَاهِرٌ لِأَنَّهُ جَعَلَهُ كَالْمَأْذُونِ مِنَ الْإِمَامِ فَلَا يَرْفَعُهُ أَحَدٌ، وَأَمَّا

أَبُو يُوسُفَ فَإِنَّهُ يَقُولُ: كَانَ قَبْلَ الْوَضْعِ لِكُلِّ أَحَدٍ يَدٌ فِيهِ، فَالَّذِي يُحَدِّثُ يُرِيدُ أَنْ يَجْعَلَهَا فِي يَدِ نَفْسِهِ خَاصَّةً، فَأَمَّا بَعْدَ الْوَضْعِ فَقَدْ صَارَ فِي يَدِهِ، فَالَّذِي يُخَاصِمُهُ يُرِيدُ إِبْطَالَ يَدِهِ مِنْ غَيْرِ دَفْعِ الضَّرَرِ عَنْ نَفْسِهِ فَهُوَ مُتَعَتِّتٌ، وَأَمَّا وَجْهُ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ فَهُوَ الْمَذْكُورُ فِي الْكِتَابِ. وَقَوْلُهُ (وَيَسَعُ لِلَّذِي عَمِلَهُ) بَيَانُ الْإِبَاحَةِ وَهُوَ ظَاهِرٌ.

وَقَوْلُهُ ﷺ «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ فِي الْإِسْلَامِ» أَيُّ لَا ابْتِدَاءَ وَلَا جَرَءًا: يَعْنِي مُتَعَدِّيًا عَنْ مِقْدَارِ حَقِّهِ فِي الْاِقْتِصَاصِ، لِأَنَّ الضَّرَّارَ بِمَعْنَى الْمُضَارَّةِ وَهُوَ أَنْ تَضُرَّ مِنْ ضَرِّكَ، وَهَذَا الْكَلَامُ فِيمَا إِذَا كَانَ الدَّرْبُ نَافِذًا، وَأَمَّا إِذَا كَانَ غَيْرَ نَافِذٍ فَقَوْلُهُ وَلَيْسَ لِأَحَدٍ مِنْ أَهْلِ الدَّرْبِ الَّذِي لَيْسَ بِنَافِذٍ بَيَانٌ لَذَلِكَ. وَالدَّرْبُ: الْبَابُ الْوَاسِعُ عَلَى السَّكَّةِ، وَالْمُرَادُ بِهِ السَّكَّةُ هَاهُنَا.

وَقَوْلُهُ (لَا نَهَا مَمْلُوكَةٌ لَهُمْ) يَعْنِي فِي الْعَالِبِ قَالَ فَخَرُ الْإِسْلَامِ: الْمُرَادُ بِغَيْرِ النَّافِذَةِ الْمَمْلُوكَةُ، وَلَيْسَ ذَلِكَ بِعِلَّةِ الْمِلْكِ فَقَدْ تَنَفَّذُ وَهِيَ مَمْلُوكَةٌ وَقَدْ يُسَدُّ مَنَفَذُهَا وَهِيَ لِلْعَامَّةِ، لَكِنَّ ذَلِكَ دَلِيلٌ عَلَى الْمِلْكِ غَالِبًا فَأَقِيمَ مَقَامَهُ وَوَجَبَ الْعَمَلُ بِهِ حَتَّى يَذُلَّ الدَّلِيلُ عَلَى خِلَافِهِ. وَقَوْلُهُ (عَلَى كُلِّ حَالٍ) أَيُّ سَوَاءٌ كَانُوا مُتَلَاذِقِينَ أَوْ لَمْ يَكُونُوا.

قَالَ: (وَإِذَا أَسْرَعَ فِي الطَّرِيقِ رَوْشَنَا أَوْ مِيزَابًا أَوْ نَحْوَهُ فَسَقَطَ عَلَى إِنْسَانٍ فَعَطِبَ فَالْدِّيَّةُ عَلَى عَاقِلَتِهِ) لِأَنَّهُ سَبَبٌ لَتَلْفِهِ مُتَعَدٍّ بِشَغْلِهِ هَوَاءَ الطَّرِيقِ، وَهَذَا مِنْ أَسْبَابِ الضَّمَانِ وَهُوَ الْأَصْلُ، وَكَذَلِكَ إِذَا سَقَطَ شَيْءٌ مِمَّا ذَكَرْنَا فِي أَوَّلِ الْبَابِ (وَكَذَا إِذَا تَعَثَّرَ بِنَقْضِهِ إِنْسَانٌ أَوْ عَطِبَتْ بِهِ دَابَّةٌ، وَإِنْ عَثَرَ بِذَلِكَ رَجُلٌ فَوَقَعَ عَلَى آخَرٍ فَمَاتَا فَالضَّمَانُ عَلَى الَّذِي أَحَدَهُمَا فِيهِمَا) لِأَنَّهُ يَصِيرُ كَالدَّافِعِ إِيَّاهُ عَلَيْهِ (وَإِنْ سَقَطَ الْمِيزَابُ بِطَرَفَانِ أَصَابَ مَا كَانَ مِنْهُ فِي الْحَاطِطِ رَجُلًا فَقَتَلَهُ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ) لِأَنَّهُ غَيْرُ مُتَعَدٍّ فِيهِ لَمَّا أَنَّهُ وَضَعَهُ فِي مَلِكِهِ (وَإِنْ أَصَابَهُ مَا كَانَ خَارِجًا مِنَ الْحَاطِطِ فَالضَّمَانُ عَلَى الَّذِي وَضَعَهُ فِيهِ) لِكَوْنِهِ مُتَعَدِّيًا فِيهِ، وَلَا ضَرُورَةَ لِأَنَّهُ يُمْكِنُهُ أَنْ يُرَكِّبَهُ فِي الْحَاطِطِ وَلَا كَفَّارَةَ عَلَيْهِ، وَلَا يُحْرَمُ عَنْ الْمِيرَاثِ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِقَاتِلٍ حَقِيقَةً (وَلَوْ أَصَابَهُ الطَّرَفَانِ جَمِيعًا وَعَلِمَ ذَلِكَ وَجَبَ نِصْفُ الدِّيَةِ وَهَدِيرُ النِّصْفِ كَمَا إِذَا جَرَحَهُ سَبْعٌ وَإِنْسَانٌ، وَلَوْ لَمْ يَعْلَمْ أَيُّ طَرَفٍ أَصَابَهُ يَضْمَنُ النِّصْفَ) اِعْتِبَارًا لِلْأَحْوَالِ (وَلَوْ أَسْرَعَ جَنَاحًا إِلَى الطَّرِيقِ ثُمَّ بَاعَ الدَّارَ فَأَصَابَ الْجَنَاحُ رَجُلًا فَقَتَلَهُ أَوْ وَضَعَ خَشَبَةً فِي الطَّرِيقِ ثُمَّ بَاعَ الْخَشَبَةَ وَبَرِئَ إِلَيْهِ مِنْهَا فَتَرَكَهَا الْمُشْتَرِي حَتَّى عَطِبَ

بِهَا إِنْسَانٌ فَالضَّمَانُ عَلَى الْبَائِعِ) لَأَنَّ فِعْلَهُ وَهُوَ الْوَضْعُ لَمْ يَنْفَسَخْ بِزَوَالِ مِلْكِهِ وَهُوَ الْمَوْجِبُ
 (وَلَوْ وَضَعَ فِي الطَّرِيقِ جَمْرًا فَأَحْرَقَ شَيْئًا يَضْمَنُهُ) لِأَنَّهُ مُتَعَدِّ فِيهِ (وَلَوْ حَرَكْتَهُ الرِّيحُ
 إِلَى مَوْضِعٍ آخَرَ ثُمَّ أَحْرَقَ شَيْئًا لَا يَضْمَنُهُ) لِنَسْخِ الرِّيحِ فِعْلَهُ، وَقِيلَ إِذَا كَانَ الْيَوْمُ رِيحًا
 يَضْمَنُهُ لِأَنَّهُ فَعَلَهُ مَعَ عِلْمِهِ بِعَاقِبَتِهِ وَقَدْ أَفْضَى إِلَيْهَا فَجَعَلَ كَمُبَاشَرَتِهِ.

الشرح:

قَوْلُهُ (وَإِذَا أَسْرَعَ فِي الطَّرِيقِ رَوْشًا) وَهُوَ الْمَرُّ عَلَى الْعُلُوِّ يَبَانُ لَوْجُوبِ الضَّمَانِ
 وَقَوْلُهُ (مِمَّا ذَكَرْنَا فِي أَوَّلِ الْبَابِ) يَعْنِي الْكَنِيفَ وَالْمِيزَابَ وَالْجُرْصُنَ. وَقَوْلُهُ (فَالضَّمَانُ
 عَلَى الَّذِي أَحْدَثَهُ فِيهِمَا) يَعْنِي ضَمَانَهُمَا عَلَى الْمُحْدِثِ وَلَا ضَمَانَ عَلَى الَّذِي عَثَرَ بِهِ
 لِأَنَّهُ مَذْفُوعٌ فِي هَذِهِ الْحَالَةِ وَالْمَذْفُوعُ كَالآلَةِ (وَقَوْلُهُ وَإِنْ سَقَطَ الْمِيزَابُ إلخ) هَذِهِ الْمَسْأَلَةُ
 عَلَى أَرْبَعَةِ أَوْجُهٍ، لِأَنَّهُ إِمَّا أَنْ أَصَابَهُ الطَّرْفُ الدَّاخِلُ أَوْ الْخَارِجُ، أَوْ أَصَابَهُ جَمِيعًا وَعَلِمَ
 بِذَلِكَ أَوْ لَمْ يَعْلَمْ أَيُّ الطَّرْفَيْنِ أَصَابَهُ، وَالْجُمْلَةُ مَذْكُورَةٌ فِي الْكِتَابِ بِوُجُوهِهَا، وَقَوْلُهُ
 (لَأَنَّهُ لَيْسَ بِقَاتِلٍ حَقِيقَةً) يَعْنِي أَنَّ الْكُفَّارَةَ وَحَرِّمَانَ الْإِرْثِ إِمَّا يَجْبَانُ بِالْقَتْلِ حَقِيقَةً،
 وَهَذَا لَيْسَ بِقَتْلٍ حَقِيقَةً وَإِلَّا لَسَاوَى الْمَلِكُ غَيْرَهُ كَمَا فِي الرَّمْيِ. قِيلَ إِنْ كَانَ قَتْلًا حَقِيقَةً
 فَالْقِيَاسُ شُمُولُ الْوُجُوبِ فِي الضَّمَانِ وَالْكَفَّارَةِ وَالْحَرِّمَانِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فَالْقِيَاسُ عَدَمُهُ
 فِيهَا. وَالْجَوَابُ أَنَّ الضَّمَانَ يَعْتَمِدُ الْإِتْلَافَ بِطَرِيقِ صَيَانَةِ التَّعَدِّيِّ لِلدَّمَاءِ عَنِ الْهَدَرِ، وَقَدْ
 تَحَقَّقَ إِحْدَاثُهُ فِي الطَّرِيقِ مَا لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ. وَأَمَّا الْكُفَّارَةُ وَالْحَرِّمَانُ فَيَعْتَمِدَانِ الْقَتْلَ عَمْدًا
 أَوْ خَطَأً وَلَمْ يُوجَدْ شَيْءٌ مِنْهُمَا.

وَقَوْلُهُ (اعْتِبَارًا لِلْأَحْوَالِ) يَعْنِي يُعْلَمُ بَيَقِينٍ أَنَّهُ قَتِيلٌ الْجِرَاحَةَ، وَلَا يُعْلَمُ أَنَّهُ بِأَيِّ
 الطَّرْفَيْنِ كَانَ، فَإِنْ كَانَ لِلطَّرْفِ الدَّاخِلِ فَلَا ضَمَانَ، وَإِنْ كَانَ بِالْخَارِجِ فَعَلَيْهِ الضَّمَانُ
 فَيُجْعَلُ كَأَنَّهُ حَصَلَ بِالطَّرْفَيْنِ. وَقَوْلُهُ (وَلَوْ أَسْرَعَ جَنَاحًا) ظَاهِرٌ وَقِيلَ الْمُشْتَرِي مُتَعَدِّ
 أَيْضًا بِتَرْكِ الرُّفْعِ مَعَ إِمْكَانِهِ شَرْعًا. وَأُجِيبَ بِأَنَّ سَبَبَ ضَمَانِ الْقَتْلِ إِمَّا الْمُبَاشَرَةَ أَوْ
 التَّسْيِيبَ، وَلَمْ يُوجَدْ مِنْهُ ذَلِكَ فَصَارَ كَمَنْ تَمَكَّنَ مِنْ رَفْعِ حَجَرٍ عَنِ الطَّرِيقِ وَلَمْ يَقْعُلْ
 حَتَّى عَطِبَ بِهِ إِنْسَانٌ فَإِنَّهُ لَا ضَمَانَ، لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمُبَاشِرٍ وَلَا مُتَسَيِّبٍ. وَاسْتَشْكَلَ أَيْضًا
 بِالْحَائِطِ الْمَائِلِ إِذَا تَقَدَّمَ إِنْسَانٌ إِلَى صَاحِبِهِ بِالتَّقْضِ فَلَمْ يَنْقُضْ حَتَّى بَاعَ الدَّارَ مِنْ غَيْرِهِ
 ثُمَّ أَصَابَ إِنْسَانًا فَإِنَّهُ لَا ضَمَانَ عَلَى الْبَائِعِ وَإِنْ كَانَ جَانِبًا يُتْرَكُ التَّقْضُ بَعْدَ التَّقَدُّمِ إِلَيْهِ.

وَالْجَوَابُ أَنَّ صَيْرُورَةَ صَاحِبِ الْحَائِطِ ضَامِنًا بِالتَّقَدُّمِ إِلَيْهِ بِاعْتِبَارِ مِلْكِهِ وَقَدْ زَالَ بِالْبَيْعِ. وَصَيْرُورَةُ مُخْرِجِ الْجَنَاحِ بِشَعْلِ هَوَاءِ طَرِيقِ الْمُسْلِمِينَ تَعْدِيًا وَلَمْ يَزَلْ بِالْبَيْعِ. وَقَوْلُهُ (وَلَوْ حَرَكْتَهُ) أَيُّ الْجَمْرِ، قِيلَ فِيهِ تَلْوِيحٌ إِلَى أَنَّ الرِّيحَ إِنْ هَبَّتْ بِشَرِّهَا فَأَحْرَقَتْ شَيْئًا وَجَبَ الضَّمَانُ لِأَنَّ التَّعْدِيَّ كَانَ بِوَضْعِ الْجَمْرِ وَهُوَ بَاقٍ فِي مَكَانِهِ، وَإِلَيْهِ ذَهَبَ بَعْضُ أَصْحَابِنَا.

وَقَوْلُهُ (وَقِيلَ إِذَا كَانَ الْيَوْمُ رِيحًا يَضُمُّهُ) هُوَ اخْتِيَارُ شَمْسِ الْأُيُمَّةِ السَّرَخْسِيِّ، وَالْأَوَّلُ: أَعْنِي الْإِطْلَاقَ فِي عَدَمِ الضَّمَانِ اخْتِيَارُ شَمْسِ الْأُيُمَّةِ الْحُلَوَانِيِّ. وَقَوْلُهُ (وَقَدْ أَفْضَى إِلَيْهَا) أَيُّ إِلَى عَاقِبَتِهِ وَهُوَ الْحَرْقُ بِوَاسِطَةِ الرِّيحِ.

(وَلَوْ اسْتَأْجَرَ رَبُّ الدَّارِ الْفَعْلَةَ لِإِخْرَاجِ الْجَنَاحِ أَوْ الظِّلَّةِ فَوَقَعَ فَقَتَلَ إِنْسَانًا قَبْلَ أَنْ يَفْرُغُوا مِنَ الْعَمَلِ فَالضَّمَانُ عَلَيْهِمْ) لِأَنَّ التَّلَفَ بِفِعْلِهِمْ (وَمَا لَمْ يَفْرُغُوا لَمْ يَكُنِ الْعَمَلُ مُسْلَمًا إِلَى رَبِّ الدَّارِ) وَهَذَا لِأَنَّهُ انْقَلَبَ فِعْلُهُمْ قَتْلًا حَتَّى وَجَبَتْ عَلَيْهِمُ الْكَفَّارَةُ، وَالْقَتْلُ غَيْرُ دَاخِلٍ فِي عَقْدِهِ فَلَمْ يَتَسَلَّمْ فِعْلُهُمْ إِلَيْهِ فَاقْتَصَرَ عَلَيْهِمْ (وَأِنْ سَقَطَ بَعْدَ فَرَاعِهِمْ فَالضَّمَانُ عَلَى رَبِّ الدَّارِ اسْتِحْسَانًا) لِأَنَّهُ صَحَّ الاسْتِئْجَارُ حَتَّى اسْتَحَقُّوا الْأَجْرَ وَوَقَعَ فِعْلُهُمْ عِمَارَةً وَإِصْلَاحًا فَانْتَقَلَ فِعْلُهُمْ إِلَيْهِ فَكَأَنَّهُ فَعَلَ بِنَفْسِهِ فَلِهَذَا يَضُمُّهُ (وَكَذَا إِذَا صَبَّ الْمَاءُ فِي الطَّرِيقِ فَعَطِبَ بِهِ إِنْسَانٌ أَوْ دَابَّةٌ، وَكَذَا إِذَا رَشَّ الْمَاءُ أَوْ تَوَضَّأَ) لِأَنَّهُ مُتَعَدٍّ فِيهِ بِالْحَاقِ الضَّرَرِ بِالْمَارَّةِ (بِخِلَافِ مَا إِذَا فَعَلَ ذَلِكَ فِي سَكَّةٍ غَيْرِ نَافِذَةٍ وَهُوَ مِنْ أَهْلِهَا أَوْ قَعْدَ أَوْ وَضَعَ مَتَاعَهُ) لِأَنَّ لِكُلِّ وَاحِدٍ أَنْ يَفْعَلَ ذَلِكَ فِيهَا لِكُونِهِ مِنْ ضَرُورَاتِ السُّكْنَى كَمَا فِي الدَّارِ الْمُشْتَرَكَةِ. قَالُوا: هَذَا إِذَا رَشَّ مَاءً كَثِيرًا بِحَيْثُ يَزْلُقُ بِهِ عَادَةً، أَمَّا إِذَا رَشَّ مَاءً قَلِيلًا كَمَا هُوَ الْمُعْتَادُ وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ لَا يَزْلُقُ بِهِ عَادَةً لَا يَضْمَنُ (وَلَوْ تَعَمَّدَ الْمُرُورُ فِي مَوْضِعٍ صَبَّ الْمَاءُ فَسَقَطَ لَا يَضْمَنُ الرَّأشُ) لِأَنَّهُ صَاحِبُ عِلْتٍ. وَقِيلَ: هَذَا إِذَا رَشَّ بَعْضَ الطَّرِيقِ لِأَنَّهُ يَجِدُ مَوْضِعًا لِلْمُرُورِ لَا أَثَرَ لِلْمَاءِ فِيهِ، فَإِذَا تَعَمَّدَ الْمُرُورُ عَلَى مَوْضِعٍ صَبَّ الْمَاءُ مَعَ عِلْمِهِ بِذَلِكَ لَمْ يَكُنْ عَلَى الرَّأشِ شَيْءٌ، وَإِنْ رَشَّ جَمِيعَ الطَّرِيقِ يَضْمَنُ لِأَنَّهُ مُضْطَرٌّ فِي الْمُرُورِ، وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ فِي الْخَشَبَةِ الْمَوْضُوعَةِ فِي الطَّرِيقِ فِي أَخْذِهَا جَمِيعَةً أَوْ بَعْضَهُ (وَلَوْ رَشَّ فَنَاءً حَانُوتٍ بِإِذْنِ صَاحِبِهِ فَضَمَّانُ مَا عَطِبَ عَلَى الْأَمِيرِ اسْتِحْسَانًا. وَإِذَا اسْتَأْجَرَ أَجِيرًا لِيَبْنِيَ لَهُ فِي فَنَاءٍ حَانُوتَهُ فَتَعَقَّلَ بِهِ إِنْسَانٌ بَعْدَ فَرَاعِهِ فَمَاتَ يَجِبُ الضَّمَانُ عَلَى الْأَمِيرِ اسْتِحْسَانًا، وَلَوْ

كَانَ أَمْرُهُ بِالْبِنَاءِ فِي وَسَطِ الطَّرِيقِ فَالضَّمَانُ عَلَى الْأَجِيرِ لِفَسَادِ الْأَمْرِ.

الشرح:

قَوْلُهُ (وَلَوْ اسْتَأْجَرَ رَبُّ الدَّارِ الْفَعْلَةَ) الْفَعْلَةُ جَمْعُ فَاعِلٍ وَهُوَ عَلَى وَجْهِهِ: إِنْ قَالَ الْمَخْرِجُ لِلْفَعْلَةِ أَخْرِجُوا جَنَاحًا عَلَى فَنَاءِ دَارِي فَإِنَّ لِي حَقَّ ذَلِكَ وَلَمْ يَعْلَمْ الْفَعْلَةُ غَيْرَ مَا قَالَ فَفَعَلُوا فَسَقَطَ وَأَصَابَ شَيْئًا قَبْلَ الْفَرَاغِ مِنَ الْعَمَلِ أَوْ بَعْدَهُ فَالضَّمَانُ عَلَيْهِمْ وَيَرْجِعُونَ بِهِ عَلَى الْأَمْرِ قِيَاسًا وَاسْتِحْسَانًا لِأَنَّهُ وَجَبَ بِأَمْرِهِ فَلَهُمْ أَنْ يَرْجِعُوا بِهِ عَلَيْهِ، كَمَا لَوْ اسْتَأْجَرَهُ لِيَذْبَحَ شَاةً لَهُ ثُمَّ أُسْتَحِقَّتْ بَعْدَ الذَّبْحِ فَلِلْمُسْتَحَقِّ أَنْ يُضْمَنَ الذَّابِحُ وَيَرْجِعَ بِهِ الذَّابِحُ عَلَى الْأَمْرِ، وَإِنْ قَالَ أَشْرَعُوا جَنَاحًا عَلَى فَنَاءِ دَارِي وَأَخْبَرَهُمْ أَنْ لَا حَقَّ لَهُ فِي ذَلِكَ أَوْ لَمْ يُخْبِرْهُمْ فَفَعَلُوا فَسَقَطَ وَأَثْلَفَ شَيْئًا قَبْلَ الْفَرَاغِ مِنَ الْعَمَلِ فَعَلَيْهِمُ الضَّمَانُ وَلَمْ يَرْجِعُوا بِهِ عَلَى الْأَمْرِ قِيَاسًا وَاسْتِحْسَانًا، وَإِنْ سَقَطَ بَعْدَ الْفَرَاغِ مِنْهُ فَكَذَلِكَ عَلَى جَوَابِ الْقِيَاسِ لِأَنَّهُ أَمَرَهُمْ بِمَا لَا يَمْلِكُ مُبَاشَرَتُهُ بِنَفْسِهِ وَقَدْ عَلِمُوا بِفَسَادِ الْأَمْرِ فَلَمْ يُحْكَمْ بِالضَّمَانِ عَلَى الْمُسْتَأْجِرِ كَمَا لَوْ اسْتَأْجَرَ لِيَذْبَحَ شَاةً جَارٍ لَهُ فَذَبَحَ ثُمَّ ضَمِنَ الذَّابِحُ لِلجَارِ لَمْ يَرْجِعْ بِهِ عَلَى الْأَمْرِ.

وَفِي الْاسْتِحْسَانِ يَكُونُ الضَّمَانُ عَلَى الْأَمْرِ لِأَنَّ هَذَا الْأَمْرَ صَحِيحٌ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ فَنَاءٌ مَمْلُوكٌ لَهُ مِنْ وَجْهِهِ عَلَى مَعْنَى أَنَّهُ يُبَاحُ لَهُ الْإِثْفَاعُ بِشَرْطِ السَّلَامَةِ غَيْرُ صَحِيحٌ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ غَيْرُ مَمْلُوكٍ لَهُ حَيْثُ لَا يَجُوزُ لَهُ بَيْعُهُ، فَمِنْ حَيْثُ الصَّحَّةُ يَكُونُ قَرَارُ الضَّمَانِ عَلَى الْأَمْرِ بَعْدَ الْفَرَاغِ مِنَ الْعَمَلِ، وَمِنْ حَيْثُ الْفَسَادُ يَكُونُ الضَّمَانُ عَلَى الْعَامِلِ قَبْلَ الْفَرَاغِ مِنْهُ عَمَلًا بِهِمَا، وَإِظْهَارُ جِهَةِ الصَّحَّةِ بَعْدَ الْفَرَاغِ مِنَ الْعَمَلِ أَوَّلَى مِنْ إِظْهَارِهَا قَبْلَ الْفَرَاغِ، لِأَنَّ أَمْرَ الْأَمْرِ إِثْمًا صَحَّ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ يَمْلِكُ الْإِثْفَاعَ بِفَنَاءِ دَارِهِ، وَإِثْمًا يَحْصُلُ لَهُ الْمَنْفَعَةُ بَعْدَ الْفَرَاغِ مِنَ الْعَمَلِ.

وَقَوْلُهُ لِأَنَّهُ (صَحَّ الْاسْتِئْجَارُ) يَعْنِي بِالنَّظَرِ إِلَى أَنَّ لَهُ أَنْ يَنْتَفِعَ بِفَنَاءِ دَارِهِ، فَبِالنَّظَرِ إِلَى هَذَا كَانَ أَمْرُهُ مُعْتَبَرًا وَوَقَعَ فَعْلُهُمْ عِمَارَةً وَإِصْلَاحًا فَاتَّقَلَّ فَعْلُهُمْ إِلَيْهِ فَكَانَتْ فَعْلُهُ بِنَفْسِهِ، وَلَوْ فَعَلَهُ بِنَفْسِهِ يُقَيَّدُ بِشَرْطِ السَّلَامَةِ لِكَوْنِهِ غَيْرَ مَمْلُوكٍ لَهُ فَكَذَا إِذَا أَمَرَ بِهِ. وَقَوْلُهُ (بِخِلَافِ مَا إِذَا فَعَلَ ذَلِكَ) يَعْنِي الصَّبَّ وَالرَّشَّ وَالْوُضُوءَ.

وَقَوْلُهُ (كََمَا فِي الدَّارِ الْمُشْتَرَكَةِ) يَعْنِي أَنَّهُ لَهُ أَنْ يَفْعَلَ فِيهَا مَا هُوَ مِنْ ضَرُورَاتِ

السُّكْنَى وَهُوَ اعْتِبَارٌ لِحَقِّ الْمَلِكِ بِحَقِيقَتِهِ. وَقَوْلُهُ (لَأَنَّهُ صَاحِبُ عِلَّةٍ) وَالْعِلَّةُ إِذَا صَلَحَتْ لِإِضَافَةِ الْحُكْمِ إِلَيْهَا بَطَلَ غَيْرُهَا. وَقَوْلُهُ (فِي فَنَاءِ حَائُوثِهِ) قِيلَ الْفَنَاءُ سَعَةٌ أُمُّ الْبُيُوتِ، وَقِيلَ مَا أَمْتَدَّ مِنْ جَوَانِهَا وَقِيلَ مَا أُعِدَّ لِحَوَائِجِ الدَّارِ كَرَبَطِ الدَّابَّةِ وَكَسْرِ الحَطَبِ وَقَوْلُهُ (فَتَعَقَّلَ) أَيِ تَشَبَّثَ وَتَعَلَّقَ بِالْبِنَاءِ.

وَقَوْلُهُ (يَجِبُ الضَّمَانُ عَلَى الْآمِرِ) لَمْ يَتَعَرَّضْ بِأَنَّ ذَلِكَ إِذَا عَلِمَ الْأَجِيرُ أَنَّ الْفَنَاءَ لَغَيْرِ الْآمِرِ أَوْ إِذَا لَمْ يَعْلَمْ. وَفِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ لِلْإِمَامِ الْمُحَبُّوبِيِّ مَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّ هَذَا الْجَوَابَ الَّذِي ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ فِيمَا إِذَا كَانَ الْأَجِيرُ يَحْسِبُ أَنَّهُ لِلْمُسْتَأْجِرِ حَيْثُ قَالَ: وَإِنْ اسْتَأْجَرَ رَجُلًا لِيَحْفَرَ لَهُ بُئْرًا فِي الْفَنَاءِ فَحَفَرَ وَمَاتَ فِيهِ إِنْسَانٌ أَوْ دَابَّةٌ وَالْفَنَاءُ لَغَيْرِهِ، فَإِنْ كَانَ الْأَجِيرُ عَالِمًا بِهِ فَالضَّمَانُ عَلَى الْأَجِيرِ وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ الْأَجِيرُ أَنَّ الْفَنَاءَ لِلغَيْرِ فَالضَّمَانُ عَلَى الْمُسْتَأْجِرِ لِأَنَّ الْأَجِيرَ لَمْ يَعْلَمْ بِفَسَادِ الْأَمْرِ.

قَالَ: (وَمَنْ حَفَرَ بُئْرًا فِي طَرِيقِ الْمُسْلِمِينَ أَوْ وَضَعَ حَجَرًا فَتَلَفَ بِذَلِكَ إِنْسَانٌ فَدَيْتُهُ عَلَى عَاقِلَتِهِ، وَإِنْ تَلَفَتْ بِهِ بَهِيمَةٌ فَضَمَانُهَا فِي مَالِهِ) لِأَنَّهُ مُتَعَدٌّ فِيهِ فَيُضْمَنُ مَا يَتَوَلَّدُ مِنْهُ، غَيْرَ أَنَّ الْعَاقِلَةَ تَتَحَمَّلُ النَّفْسَ دُونَ الْمَالِ فَكَانَ ضَمَانُ الْبَهِيمَةِ فِي مَالِهِ وَالْقَاءُ الثَّرَابِ وَاتِّخَاذُ الطِّينِ فِي الطَّرِيقِ بِمَنْزِلَةِ الْقَاءِ الْحَجَرِ وَالْخَشَبَةِ لَمَّا ذَكَرْنَا، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَتَسَ الطَّرِيقَ فَعَطِبَ بِمَوْضِعِ كَتْسِهِ إِنْسَانٌ حَيْثُ لَمْ يَضْمَنْ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمُتَعَدٍّ فَإِنَّهُ مَا أَحْدَثَ شَيْئًا فِيهِ إِنَّمَا قَصَدَ دَفْعَ الْأَذَى عَنِ الطَّرِيقِ، حَتَّى لَوْ جَمَعَ الْكُنَاسَةُ فِي الطَّرِيقِ وَتَعَقَّلَ بِهَا إِنْسَانٌ كَانَ ضَامِنًا لَتَعَدِّيهِ بِشَغْلِهِ (وَلَوْ وَضَعَ حَجَرًا فَتَحَاهُ غَيْرُهُ عَنْ مَوْضِعِهِ فَعَطِبَ بِهِ إِنْسَانٌ فَالضَّمَانُ عَلَى الَّذِي نَحَاهُ) لِأَنَّ حُكْمَ فِعْلِهِ قَدْ انْتَسَخَ لِفَرَاغِ مَا شَغَلَهُ، وَإِنَّمَا أُشْتَغِلَ بِالْفِعْلِ الثَّانِي مَوْضِعَ آخَرٍ (وَفِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ فِي الْبَالُوَعَةِ يَحْفَرُهَا الرَّجُلُ فِي الطَّرِيقِ، فَإِنْ أَمَرَهُ السُّلْطَانُ بِذَلِكَ أَوْ أَجْبَرَهُ عَلَيْهِ لَمْ يَضْمَنْ) لِأَنَّهُ غَيْرُ مُتَعَدٍّ حَيْثُ فَعَلَ مَا فَعَلَ بِأَمْرِ مَنْ لَهُ الْوِلَايَةُ فِي حُقُوقِ الْعَامَّةِ (وَإِنْ كَانَ بِغَيْرِ أَمْرِهِ فَهُوَ مُتَعَدٌّ) إِمَّا بِالتَّصَرُّفِ فِي حَقِّ غَيْرِهِ أَوْ بِالْإِفْتِيَاءِ عَلَى رَأْيِ الْإِمَامِ أَوْ هُوَ مُبَاحٌ مُقَيَّدٌ بِشَرْطِ السَّلَامَةِ، وَكَذَا الْجَوَابُ عَلَى هَذَا التَّفْصِيلِ فِي جَمِيعِ مَا فَعَلَ فِي طَرِيقِ الْعَامَّةِ مِمَّا ذَكَرْنَاهُ وَغَيْرِهِ لِأَنَّ الْمَعْنَى لَا يَخْتَلَفُ (وَكَذَا إِنْ حَفَرَهُ فِي مَلِكِهِ لَا يَضْمَنْ) لِأَنَّهُ غَيْرُ مُتَعَدٍّ (وَكَذَا إِذَا حَفَرَهُ فِي فَنَاءِ دَارِهِ) لِأَنَّ لَهُ ذَلِكَ لِمَصْلَحَةِ دَارِهِ وَالْفَنَاءُ فِي تَصَرُّفِهِ. وَقِيلَ

هَذَا إِذَا كَانَ الْفِنَاءُ مَمْلُوكًا لَهُ أَوْ كَانَ لَهُ حَقُّ الْحَفْرِ فِيهِ لِأَنَّهُ غَيْرُ مُتَعَدٍّ، أَمَّا إِذَا كَانَ لَجَمَاعَةِ الْمُسْلِمِينَ أَوْ مُشْتَرَكًا بَانَ كَانَ فِي سِكَتِهِ غَيْرِ نَافِذَةٍ فَإِنَّهُ يَضْمَنُهُ لِأَنَّهُ مُسَبَّبٌ مُتَعَدٍّ وَهَذَا صَحِيحٌ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ حَفَرَ بَثْرًا فِي طَرِيقِ الْمُسْلِمِينَ) كَلَامُهُ وَاضِحٌ. وَالبَّالُوْعَةُ: ثَقْبٌ فِي وَسْطِ الْبَيْتِ، وَكَذَلِكَ الْبَلُوعَةُ، وَذَكَرَ رِوَايَةَ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ لاشتِمَالِهَا عَلَى بَيَانِ إِذْنِ الْإِمَامِ. وَالْأَفْتِيَاتُ: الِاسْتِبدَادُ بِالرَّأْيِ افْتِعَالٌ مِنَ الْفَوْتِ وَهُوَ السَّقُّ. وَقَوْلُهُ (وَكَذَا الْجَوَابُ عَلَى التَّفْصِيلِ) يَعْنِي أَنَّهُ لَوْ فَعَلَهُ بِأَمْرِ مَنْ لَهُ الْوِلَايَةُ فِي الْأَمْرِ لَمْ يَضْمَنُهُ، وَلَوْ فَعَلَ بِنَفْسِهِ مِنْ غَيْرِ أَمْرٍ أَحَدٍ ضَمَنَهُ.

وَقَوْلُهُ (مِمَّا ذَكَرْنَاهُ) يَعْنِي مِنْ أَوَّلِ الْبَابِ إِلَى هُنَا مِنْ إِخْرَاجِ الْكِيفِ وَالْمِيزَابِ وَالْجُرْصَنِ وَبِنَاءِ الدُّكَانِ وَإِشْرَاحِ الرُّوشَنِ وَحَفْرِ الْبَثْرِ.

وَقَوْلُهُ (وغيره) يَعْنِي مَا لَمْ يَذْكُرْهُ فِي الْكِتَابِ كِبْنَاءِ الظُّلَّةِ وَغَرْسِ الشَّجَرِ وَرَمِي الثَّلَجِ وَالْجُلُوسِ لِلْبَيْعِ. وَقَوْلُهُ (وَكَذَلِكَ إِنْ حَفَرَهُ فِي مِلْكِهِ لَا يَضْمَنُ) يَعْنِي كَمَا إِذَا أَمَرَهُ الْإِمَامُ فَحَفَرَ فِي طَرِيقِ الْمُسْلِمِينَ لَمْ يَضْمَنُ مَا تَلَفَ بِهِ، كَذَلِكَ إِذَا حَفَرَهُ فِي مِلْكِهِ وَإِنْ لَمْ يَأْذَنْ لَهُ الْإِمَامُ.

وَقَوْلُهُ (وَكَذَلِكَ إِذَا حَفَرَهُ فِي فِنَاءِ دَارِهِ) يَعْنِي وَإِنْ لَمْ يَكُنْ الْفِنَاءُ مِلْكَهُ. وَقِيلَ جَازَ لَهُ ذَلِكَ إِذَا كَانَ الْفِنَاءُ مَمْلُوكًا لَهُ أَوْ كَانَ لَهُ حَقُّ الْحَفْرِ بَانَ لَا يَضُرُّ لِأَحَدٍ أَوْ أَذِنَ لَهُ الْإِمَامُ، أَمَّا إِذَا لَمْ يَكُنْ كَذَلِكَ فَإِنَّهُ يَضْمَنُ.

وَقَوْلُهُ (هَذَا) يَعْنِي هَذَا الْجَوَابَ وَهُوَ أَنْ يَضْمَنَ إِذَا كَانَ الْفِنَاءُ لَجَمَاعَةِ الْمُسْلِمِينَ أَوْ كَانَ مُشْتَرَكًا إِذَا كَانَ فِي سِكَتِهِ غَيْرِ نَافِذَةٍ صَحِيحٌ.

(وَلَوْ حَفَرَ فِي الطَّرِيقِ وَمَاتَ الْوَقُوعُ فِيهِ جُوعًا أَوْ غَمًّا لَا ضَمَانَ عَلَى الْحَافِرِ) عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ لِأَنَّهُ مَاتَ لَمَعْنَى فِي نَفْسِهِ فَلَا يُضَافُ إِلَى الْحَفْرِ، وَالضَّمَانُ إِنَّمَا يَجِبُ إِذَا مَاتَ مِنَ الْوُقُوعِ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ: إِنْ مَاتَ جُوعًا فَكَذَلِكَ، وَإِنْ مَاتَ غَمًّا فَالْحَافِرُ ضَامِنٌ لَهُ لِأَنَّهُ لَا سَبَبَ لِلْغَمِّ سِوَى الْوُقُوعِ، أَمَّا الْجُوعُ فَلَا يَخْتَصُّ بِالْبَثْرِ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: هُوَ ضَامِنٌ فِي الْوُجُوهِ كُلِّهَا، لِأَنَّهُ إِنَّمَا حَدَثَ بِسَبَبِ الْوُقُوعِ، إِذْ لَوْلَاهُ لَكَانَ الطَّعَامُ

قَرِيبًا مِنْهُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلَوْ حَفَرَ فِي الطَّرِيقِ وَمَاتَ الْوَاقِعُ فِيهِ جُوعًا أَوْ غَمًّا) أَيِ انْخِنَافًا بِالْعُفُوتَةِ. قَالَ فِي الصَّحَاحِ: يَوْمٌ غَمٌّ إِذَا كَانَ يَأْخُذُ النَّفْسَ مِنْ شِدَّةِ الْحَرِّ، وَكَلَامُهُ وَاضِحٌ، وَلَا يُتَوَهَّمُ مِنْ تَقْدِيمِ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ مَرْجُوحٌ عَلَى عَادَةِ مَنْ يُؤَخِّرُ الرَّاجِحَ فَإِنَّ الْفِقْهَ مَعَهُ أَلَّا تَرَى أَنَّهُ لَوْ حَبَسَ رَجُلًا فِي بَيْتٍ حَتَّى مَاتَ غَمًّا فَإِنَّهُ لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ، بِخِلَافِ مَا لَوْ مَاتَ فِيهِ مِنَ الْوُقُوعِ لَأَنَّ أَثَرَ فِعْلِهِ وَهُوَ الْعُمُقُ أَثَرٌ فِي نَفْسِ الْوَاقِعِ فَلَا بُدَّ مِنْ أَثَرِ الْوُقُوعِ لَوْ جُوبِ الضَّمَانُ.

قَالَ: (وَإِنْ اسْتَأْجَرَ أَجْرَاءً فَحَفَرُوا لَهُ فِي غَيْرِ فَنَائِهِ فَذَلِكَ عَلَى الْمُسْتَأْجِرِ وَلَا شَيْءَ عَلَى الْأَجْرَاءِ إِنْ لَمْ يَعْلَمُوا أَنَّهَا فِي غَيْرِ فَنَائِهِ) لِأَنَّ الْإِجَارَةَ صَحَّتْ ظَاهِرًا إِذَا لَمْ يَعْلَمُوا فَتَقِلُّ فِعْلُهُمْ إِلَيْهِ لِأَنَّهُمْ كَانُوا مَغْرُورِينَ، فَصَارَ كَمَا إِذَا أَمَرَ آخَرَ بِذَبْحِ هَذِهِ الشَّاةِ فَذَبَحَهَا ثُمَّ ظَهَرَ أَنَّ الشَّاةَ لغيرِهِ، إِلَّا أَنَّ هُنَاكَ يَضْمَنُ الْمَأْمُورُ وَيَرْجِعُ عَلَى الْأَمْرِ لِأَنَّ الدَّابَّحَ مُبَاشِرٌ وَالْأَمْرُ مُسَبَّبٌ وَالتَّرْجِيحُ لِلْمُبَاشَرَةِ فَيَضْمَنُ الْمَأْمُورُ وَيَرْجِعُ الْمَغْرُورُ، وَهُنَا يَجِبُ الضَّمَانُ عَلَى الْمُسْتَأْجِرِ ابْتِدَاءً لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُسَبَّبٌ وَالْأَجِيرُ غَيْرُ مُتَعَدٍّ وَالْمُسْتَأْجِرُ مُتَعَدٌّ فَيَرْجِعُ جَانِبُهُ (وَإِنْ عَلِمُوا ذَلِكَ فَالضَّمَانُ عَلَى الْأَجْرَاءِ) لِأَنَّهُ لَمْ يَصِحَّ أَمْرُهُ بِمَا لَيْسَ بِمَمْلُوكٍ لَهُ وَلَا غُرُورٌ فَبَقِيَ الْفِعْلُ مُضَافًا إِلَيْهِمْ (وَإِنْ قَالَ لَهُمْ: هَذَا فَنَائِي) وَلَيْسَ لِي فِيهِ حَقُّ الْحَفْرِ فَحَفَرُوا وَمَاتَ فِيهِ إِنْسَانٌ فَالضَّمَانُ عَلَى الْأَجْرَاءِ قِيَاسًا (لَأَنَّهُمْ عَلِمُوا بِفَسَادِ الْأَمْرِ فَمَا غَرَّهُمْ) وَفِي الْإِسْتِحْسَانِ الضَّمَانُ عَلَى الْمُسْتَأْجِرِ (لَأَنَّ كَوْنَهُ فَنَاءً لَهُ بِمَنْزِلَةِ كَوْنِهِ مَمْلُوكًا لَهُ لِانْطِلَاقِ يَدِهِ فِي التَّصَرُّفِ فِيهِ مِنَ الْقَاءِ الطَّيْنِ وَالْحَطْبِ وَرَبْطِ الدَّابَّةِ وَالرُّكُوبِ وَبِنَاءِ الدُّكَّانِ فَكَانَ الْأَمْرُ بِالْحَفْرِ فِي مِلْكِهِ ظَاهِرًا بِالنَّظَرِ إِلَى مَا ذَكَرْنَا فَكَفَى ذَلِكَ لِنَقْلِ الْفِعْلِ إِلَيْهِ. قَالَ): وَمَنْ جَعَلَ قَنْطَرَةً بِغَيْرِ إِذْنِ الْإِمَامِ فَتَعَمَّدَ رَجُلٌ الْمُرُورَ عَلَيْهَا فَعَطَبَ فَلَا ضَمَانَ عَلَى الَّذِي عَمِلَ الْقَنْطَرَةَ، وَكَذَلِكَ (إِذَا) وَضَعَ خَشَبَةً فِي الطَّرِيقِ فَتَعَمَّدَ رَجُلٌ الْمُرُورَ عَلَيْهَا) لِأَنَّ الْأَوَّلَ تَعَدُّهُ هُوَ تَسْبِيبٌ، وَالثَّانِي تَعَدُّهُ هُوَ مُبَاشَرَةٌ فَكَانَتْ الْإِضَافَةُ إِلَى الْمُبَاشِرِ أَوْلَى، وَلِأَنَّ تَحْلُلَ فِعْلٍ فَاعِلٍ مُخْتَارٌ يَقْطَعُ النَّسَبَةَ كَمَا فِي الْحَافِرِ مَعَ الْمَلْقِي.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِنْ اسْتَأْجَرَ أَجْرَاءَ فَحَفَرُوا لَهُ فِي غَيْرِ فَنَائِهِ) يَعْنِي بِأَنْ كَانَ الْفَنَاءُ لِلغَيْرِ أَوْ طَرِيقًا لِلْعَامَّةِ لَكِنَّهُ غَيْرُ مَشْهُورٍ، فِيمَا أَنْ يَعْلَمُوا أَنَّهَا فِي غَيْرِ فَنَائِهِ أَوْ لَا، فَإِنْ كَانَ الثَّانِي فَالضَّمَانُ عَلَى الْمُسْتَأْجِرِ وَلَا شَيْءَ عَلَى الْأَجْرَاءِ لِأَنَّ الْإِجَارَةَ صَحَّتْ ظَاهِرًا إِذَا لَمْ يَعْلَمُوا ذَلِكَ، وَذَلِكَ يَكْفِي لِنَقْلِ الْفِعْلِ إِلَى الْآمِرِ، لِأَنَّهُ لَوْ تَوَقَّفَ عَلَى صِحَّةِ الْأَمْرِ حَقِيقَةً تَضَرَّرَ الْأَجْرَاءُ فَاِمْتَنَعُوا عَنِ الْعَمَلِ مَخَافَةَ لُزُومِ الْعَهْدَةِ وَبِالنَّاسِ حَاجَةٌ إِلَى ذَلِكَ فَنَقَلَ فِعْلُهُمْ إِلَيْهِ، وَهَذَا دَلِيلُ كَوْنِ الضَّمَانِ عَلَى الْمُسْتَأْجِرِ.

وَقَوْلُهُ (لَأَنَّهُمْ كَانُوا مَعْرُورِينَ) دَلِيلُ قَوْلِهِ وَلَا شَيْءَ عَلَى الْأَجْرَاءِ، وَصَارَ هَذَا الْأَمْرُ فِي صِحَّتِهِ ظَاهِرًا، وَكَوْنُ الْمَأْمُورِ مَعْرُورًا كَالْآمِرِ بِذَنْبِ شَاةٍ ظَهَرَ فِيهَا اسْتِحْقَاقُ الْغَيْرِ، إِلَّا أَنْ هُنَاكَ يَضْمَنُ الْمَأْمُورُ وَيَرْجِعُ عَلَى الْآمِرِ لِكُونِهِ مُبَاشِرًا، وَكَوْنُ الْآمِرِ مُسَبِّبًا وَالتَّرْجِيحُ لِلْمُبَاشَرَةِ فَيَضْمَنُ وَيَرْجِعُ لِلْعُرُورِ، وَهَاهُنَا يَجِبُ عَلَى الْمُسْتَأْجِرِ ابْتِدَاءً لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُسَبِّبٌ وَالْأَجِيرُ غَيْرُ مُتَعَدٍّ وَالْمُسْتَأْجِرُ مُتَعَدٌّ فَيَرْجِعُ جَانِبُهُ، وَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ فَالضَّمَانُ عَلَى الْأَجْرَاءِ لَعَدَمِ صِحَّةِ الْأَمْرِ بِمَا لَيْسَ بِمَمْلُوكٍ لَهُ فَلَا يُنْقَلُ فِعْلُهُمْ إِلَيْهِ وَلَيْسُوا بِمَعْرُورِينَ فَيَتَنَفَّى الضَّمَانُ عَنْهُمْ فَبَقِيَ الْفِعْلُ مُضَافًا إِلَيْهِمْ.

وَفِي عِبَارَتِهِ تَسَامُحٌ لِأَنَّ صِحَّةَ الْأَمْرِ فِيمَا نَحْنُ فِيهِ لَا تَحْتَاجُ إِلَى كَوْنِ الْمَأْمُورِ بِهِ فِي مِلْكِهِ حَتَّى يَصِحَّ التَّعْلِيلُ بِقَوْلِهِ لِأَنَّهُ لَمْ يَصِحَّ أَمْرُهُ بِمَا لَيْسَ بِمَمْلُوكٍ لَهُ، بَلِ الْمُنَاسِبُ أَنْ يُقَالَ: لِأَنَّ الْأَمْرَ لَمْ يَصِحَّ ظَاهِرًا حَيْثُ عُلِمُوا، وَطُولِبَ بِالْفَرْقِ بَيْنَ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ وَبَيْنَ الْأَمْرِ بِإِشْرَاعِ الْجَنَاحِ، فَإِنَّ الْأَجْرَاءَ هُنَاكَ إِذَا لَمْ يَعْلَمُوا ضَمِنُوا وَرَجَعُوا عَلَى الْآمِرِ وَهَذَا هُنَا لَمْ يَضْمِنُوا أَصْلًا.

وَالْجَوَابُ مَا أَشَارَ إِلَيْهِ الْمُصَنِّفُ فِي ذَنْبِ شَاةٍ غَيْرِهِ بِأَنَّ الذَّابِحَ مُبَاشِرٌ وَالْآمِرَ مُسَبِّبٌ، وَقَدْ تَقَدَّمَ أَنَّ إِشْرَاعَ الْجَنَاحِ كَذَبِحِ الشَّاةِ إِذَا ظَهَرَ اسْتِحْقَاقُهَا (وَإِنْ قَالَ لَهُمْ هَذَا فَنَائِي) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (فَكَانَ الْأَمْرُ بِالْحَفْرِ فِي مِلْكِهِ ظَاهِرًا بِالنَّظَرِ إِلَى مَا ذَكَرْنَا) يَعْنِي قَوْلُهُ لَا يُطْلَقُ يَدِهِ فِي التَّصَرُّفِ إلخ. فَإِنْ قِيلَ: قَوْلُهُ لَيْسَ لِي فِيهِ حَقُّ الْحَفْرِ يُخَالِفُ هَذَا الظَّاهِرَ وَهُوَ صَرِيحٌ فَلَا تُعْتَبَرُ الدَّلَالَةُ بِمُقَابَلَتِهِ. أُجِيبَ بِأَنَّ قَوْلَهُ لَيْسَ لِي فِيهِ حَقُّ الْحَفْرِ يُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ مُرَادُهُ لَيْسَ لِي ذَلِكَ فِي الْقَدِيمِ، وَهَكَذَا لَفْظُ الْمَبْسُوطِ فَيَكُونُ الصَّرِيحُ

مُشْتَرَكِ الدَّلَالَةِ فَلَا يُعَارِضُ الدَّلَالَهَ. قَالَ (وَمَنْ جَعَلَ قَنْطَرَةً بِغَيْرِ إِذْنِ الْإِمَامِ) كَلَامُهُ وَاضِحٌ. قَوْلُهُ (لَأَنَّ الْأَوَّلَ) يَعْنِي جَعَلَ الْقَنْطَرَةَ وَوَضَعَ الْحَشْبَةَ (تَعَدُّ) أَمَّا وَضَعُ الْحَشْبَةِ فَكَوْنُهُ تَعَدِّيًّا ظَاهِرٌ وَأَمَّا بِنَاءُ الْقَنْطَرَةِ فَلَأَنَّ الْبَانِي فَوَّتَ حَقًّا عَلَى غَيْرِهِ فَإِنَّ التَّدْبِيرَ فِي وَضْعِ الْقَنَاظِرِ عَلَى الْأَنْهَارِ الْعِظَامِ مِنْ حَيْثُ تُعَيَّنُ الْمَكَانُ وَالضِّيقُ وَالسَّعَةِ لِلْإِمَامِ فَكَانَ جِنَايَةً بِهَذَا الْإِعْتِبَارِ وَالْجِنَايَةُ تَعَدُّ لَا مَحَالَةَ.

قَالَ (وَمَنْ حَمَلَ شَيْئًا فِي الطَّرِيقِ فَسَقَطَ عَلَى إِنْسَانٍ فَعَطِبَ بِهِ إِنْسَانٌ فَهُوَ ضَامِنٌ، وَكَذَا إِذَا سَقَطَ فَتَعَثَّرَ بِهِ إِنْسَانٌ وَإِنْ كَانَ رِدَاءً قَدْ لَبَسَهُ فَسَقَطَ عَنْهُ فَعَطِبَ بِهِ إِنْسَانٌ لَمْ يَضْمَنْ) وَهَذَا اللَّفْظُ يَشْمَلُ الْوَجْهَيْنِ، وَالْفَرْقُ أَنَّ حَامِلَ الشَّيْءِ قَاصِدٌ حِفْظُهُ فَلَا حَرَجَ فِي التَّقْيِيدِ بِوَصْفِ السَّلَامَةِ، وَاللَّابِسُ لَا يَقْصِدُ حِفْظَ مَا يَلْبَسُهُ فَيَخْرُجُ بِالتَّقْيِيدِ بِمَا ذَكَرْنَا فَجَعَلْنَاهُ مُبَاحًا مُطْلَقًا. وَعَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ إِذَا لَبَسَ مَا لَا يَلْبَسُهُ عَادَةً فَهُوَ كَالْحَامِلِ لِأَنَّ الْحَاجَةَ لَا تَدْعُو إِلَى لُبْسِهِ.

الشرح:

قَوْلُهُ (وَهَذَا اللَّفْظُ) يَعْنِي قَوْلُهُ فَعَطِبَ بِهِ فَهُوَ ضَامِنٌ (يَشْمَلُ الْوَجْهَيْنِ) وَهُمَا تَلَفُ الْإِنْسَانِ بِوُقُوعِ الشَّيْءِ الْمَحْمُولِ عَلَيْهِ، وَتَلَفُهُ بِالتَّعَثُّرِ بِهِ بَعْدَمَا وَقَعَ فِي الطَّرِيقِ، وَفِيهِ نَظَرٌ لِأَنَّ قَوْلَهُ فَعَطِبَ بِهِ مَعْطُوفٌ عَلَى قَوْلِهِ فَسَقَطَ عَلَى إِنْسَانٍ وَذَلِكَ لَا يَشْمَلُ التَّعَثُّرَ بِهِ، نَعَمْ لَفْظُ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ وَهُوَ قَوْلُهُ مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ فِي الرَّجُلِ يَحْمِلُ الشَّيْءَ فِي الطَّرِيقِ فَيَسْقُطُ مِنْهُ ذَلِكَ الشَّيْءُ فَيَعَطِبُ بِهِ إِنْسَانٌ فَيَمُوتُ قَالَ الْحَامِلُ ضَامِنٌ يَشْمَلُهُمَا. وَالْفَرْقُ بَيْنَ الْعِبَارَتَيْنِ يَبِينُ.

وَفِي بَعْضِ الشُّرُوحِ جَعَلَ قَوْلُهُ وَهَذَا اللَّفْظُ إِشَارَةً إِلَى قَوْلِهِ فَعَطِبَ بِهِ إِنْسَانٌ لَمْ يَضْمَنْ، وَهُوَ بِالنِّسْبَةِ إِلَى الرِّدَاءِ فَاسِدٌ لِأَنَّ مَوْتَ الْإِنْسَانِ بِسُقُوطِ الرِّدَاءِ عَلَيْهِ غَيْرُ مُتَصَوِّرٍ، وَلَعَلَّ الْمُصَنِّفَ رَحِمَهُ اللَّهُ نَظَرَ إِلَى الْمَعْطُوفِ مَعَ قَطْعِ النَّظَرِ عَنِ الْمَعْطُوفِ عَلَيْهِ. وَقَوْلُهُ (فَيَخْرُجُ بِالتَّقْيِيدِ بِمَا ذَكَرْنَا) يَعْنِي بِوَصْفِ السَّلَامَةِ. وَقَوْلُهُ (مَا لَا يَلْبَسُهُ عَادَةً) يَعْنِي مِثْلَ اللَّبَدِ وَالْجَوَالِقِ وَدُرُوعِ الْحَرْبِ فِي غَيْرِ مَوْضِعِ الْحَرْبِ، وَكَذَا إِذَا لَبَسَ زِيَادَةً عَلَى مَا يَحْتَاجُ إِلَيْهِ عَلَى رِوَايَةِ ابْنِ سِمَاعَةَ عَنْ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ لَعَدَمِ عُمُومِ الْبَلْوَى بِهِ.

قَالَ: (وَإِذَا كَانَ الْمَسْجِدُ لِلْعَشِيرَةِ فَعَلَّقَ رَجُلٌ مِنْهُمْ فِيهِ قِنْدِيلًا أَوْ جَعَلَ فِيهِ بَوَارِي أَوْ حَصَاةً فَعَطَّبَ بِهِ رَجُلٌ لَمْ يَضْمَنْ، وَإِنْ كَانَ الَّذِي فَعَلَ ذَلِكَ مِنْ غَيْرِ الْعَشِيرَةِ ضَمِنَ) قَالُوا: هَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: لَا يَضْمَنْ فِي الْوَجْهَيْنِ جَمِيعًا، لِأَنَّ هَذِهِ مِنَ الْقُرْبِ وَكُلُّ أَحَدٍ مَادُونٌ فِي إِقَامَتِهَا فَلَا يَتَّقِيْدُ بِشَرْطِ السَّلَامَةِ، كَمَا إِذَا فَعَلَهُ بِإِذْنِ وَاحِدٍ مِنْ أَهْلِ الْمَسْجِدِ. وَلَأَبِي حَنِيفَةَ وَهُوَ الْفَرْقُ أَنَّ التَّدْبِيرَ فِيمَا يَتَعَلَّقُ بِالْمَسْجِدِ لِأَهْلِهِ دُونَ غَيْرِهِمْ كَنَصَبِ الْإِمَامِ وَاخْتِيَارِ الْمُتَوَلَّى وَفَتْحِ بَابِهِ وَإِعْلَاقِهِ وَتَكَرُّرِ الْجَمَاعَةِ إِذَا سَبَقَهُمْ بِهَا غَيْرُ أَهْلِهِ فَكَانَ فِعْلُهُمْ مُبَاحًا مُطْلَقًا غَيْرَ مُقَيَّدٍ بِشَرْطِ السَّلَامَةِ وَفَعَلَ غَيْرُهُمْ تَعْدِيًا أَوْ مُبَاحًا مُقَيَّدًا بِشَرْطِ السَّلَامَةِ، وَقَصْدُ الْقُرْبَةِ لَا يَنَافِي الْغَرَامَةَ إِذَا أَخْطَأَ الطَّرِيقَ كَمَا إِذَا تَقَرَّدَ بِالشَّهَادَةِ عَلَى الزُّنَا وَالطَّرِيقُ فِيمَا نَحْنُ فِيهِ الْإِسْتِئْذَانُ مِنْ أَهْلِهِ.

قَالَ: (وَإِنْ جَلَسَ فِيهِ رَجُلٌ مِنْهُمْ فَعَطَّبَ بِهِ رَجُلٌ لَمْ يَضْمَنْ إِنْ كَانَ فِي الصَّلَاةِ، وَإِنْ كَانَ فِي غَيْرِ الصَّلَاةِ ضَمِنَ) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: لَا يَضْمَنْ عَلَى كُلِّ حَالٍ. وَلَوْ كَانَ جَالِسًا لِقِرَاءَةِ الْقُرْآنِ أَوْ لِلتَّلْعِيمِ أَوْ لِلصَّلَاةِ أَوْ نَامَ فِيهِ فِي أَثْنَاءِ الصَّلَاةِ أَوْ فِي غَيْرِ الصَّلَاةِ أَوْ مَرَّ فِيهِ مَرًّا أَوْ قَعَدَ فِيهِ لِحَدِيثٍ فَهُوَ عَلَى هَذَا الْإِخْتِلَافِ، وَأَمَّا الْمُعْتَكِفُ فَقَدْ قِيلَ عَلَى هَذَا الْإِخْتِلَافِ، وَقِيلَ لَا يَضْمَنْ بِالِاتِّفَاقِ. لَهُمَا أَنَّ الْمَسْجِدَ إِنَّمَا بُنِيَ لِلصَّلَاةِ وَالذِّكْرِ وَلَا يُمَكِّنُهُ آدَاءُ الصَّلَاةِ بِالْجَمَاعَةِ إِلَّا بِانتِظَارِهَا فَكَانَ الْجُلُوسُ فِيهِ مُبَاحًا لِأَنَّهُ مِنْ ضَرُورَاتِ الصَّلَاةِ، أَوْ لِأَنَّ الْمُنْتَظَرَ لِلصَّلَاةِ فِي الصَّلَاةِ حُكْمًا بِالْحَدِيثِ فَلَا يَضْمَنْ كَمَا إِذَا كَانَ فِي الصَّلَاةِ.

وَلَهُ أَنَّ الْمَسْجِدَ إِنَّمَا بُنِيَ لِلصَّلَاةِ، وَهَذِهِ الْأَشْيَاءُ مُلْحَقَةٌ بِهَا فَلَا بُدَّ مِنْ إِظْهَارِ التَّفَاوُتِ فَجَعَلْنَا الْجُلُوسَ لِلْأَصْلِ مُبَاحًا مُطْلَقًا وَالْجُلُوسَ لِمَا يُلْحَقُ بِهِ مُبَاحًا مُقَيَّدًا بِشَرْطِ السَّلَامَةِ وَلَا غَرَوَ أَنْ يَكُونَ الْفِعْلُ مُبَاحًا أَوْ مَتَدُونًا إِلَيْهِ وَهُوَ مُقَيَّدٌ بِشَرْطِ السَّلَامَةِ كَالرَّمِي إِلَى الْكَافِرِ أَوْ إِلَى الصَّيْدِ وَالْمَشْيِ فِي الطَّرِيقِ وَالْمَشْيِ فِي الْمَسْجِدِ إِذَا وَطِئَ غَيْرَهُ وَالنُّومَ فِيهِ إِذَا انْقَلَبَ عَلَى غَيْرِهِ (وَإِنْ جَلَسَ رَجُلٌ مِنْ غَيْرِ الْعَشِيرَةِ فِيهِ لِلصَّلَاةِ فَتَعَقَّلَ بِهِ إِنْسَانٌ يَنْبَغِي أَنْ لَا يَضْمَنْ) لِأَنَّ الْمَسْجِدَ بُنِيَ لِلصَّلَاةِ وَأَمْرُ الصَّلَاةِ بِالْجَمَاعَةِ إِنْ كَانَ مَفُوضًا إِلَى أَهْلِ الْمَسْجِدِ فَكُلُّ وَاحِدٍ مِنَ الْمُسْلِمِينَ أَنْ يُصَلِّيَ فِيهِ وَحْدَهُ وَاللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (لِلْعَشِيرَةِ) يَعْنِي أَهْلَ الْمَسْجِدِ.

وَقَوْلُهُ (ضَمِنَ) يَعْنِي إِذَا فَعَلَ ذَلِكَ بِغَيْرِ إِذْنِ أَحَدٍ مِنَ الْعَشِيرَةِ بِدَلِيلِ قَوْلِهِ مِنْ بَعْدِ كَمَا إِذَا فَعَلَهُ بِإِذْنِ وَاحِدٍ مِنْ أَهْلِ الْمَسْجِدِ. وَقَوْلُهُ (كَتَنَصَبَ الْإِمَامَ) يَعْنِي إِذَا لَمْ يَكُنِ الْبَانِي مَوْجُودًا، أَمَّا إِذَا كَانَ فَتَنَصَّبَ الْإِمَامُ إِلَيْهِ وَهُوَ مُخْتَارُ الْإِسْكَافِ رَحِمَهُ اللَّهُ: قَالَ أَبُو الْلَيْثِ رَحِمَهُ اللَّهُ: وَبِهِ نَأْخُذُ إِلَّا أَنْ يُنَصَّبَ شَخْصًا وَالْقَوْمُ يُرِيدُونَ مَنْ هُوَ أَصْلَحُ مِنْهُ، وَيَحْزُرُ أَنْ يَكُونَ الْمُصَنَّفُ رَحِمَهُ اللَّهُ اخْتَارَ قَوْلَ ابْنِ سَلَامٍ إِنَّ الْقَوْمَ أَوَّلَى بِنَصَبِ الْإِمَامِ وَالْمُؤَدَّنِ، وَالْبَانِي أَوَّلَى بِالْعِمَارَةِ. وَقَوْلُهُ (وَتَكَرَّرَ الْجَمَاعَةُ إِذَا سَبَقَهُمْ بِهَا غَيْرُ أَهْلِهِ) فَلَهُمْ تَكَرَّرُ الْجَمَاعَةُ، بِخِلَافِ مَا إِذَا سَبَقُوا بِهَا فَإِنَّهُ لَيْسَ لغيرِهِمْ أَنْ يُكَرَّرَ الْجَمَاعَةُ. وَقَوْلُهُ (وَقَصْدُ الْقُرْبَةِ لَا يُتَافَى الْعَرَامَةَ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِمَا لِأَنَّ هَذِهِ مِنَ الْقُرْبِ.

وَقَوْلُهُ (كَمَا إِذَا انْفَرَدَ بِالشَّهَادَةِ عَلَى الرَّثَا) فَإِنَّهُ قَصَدَ الْقُرْبَةَ لَكِنْ أَخْطَأَ الطَّرِيقَ، فَإِنَّ شَرْطَهَا أَنْ يَكُونَ الشُّهُودُ أَرْبَعَةً مِمَّنْ تُسْمَعُ شَهَادَتُهُ، فَإِذَا انْقَضَتْ انْقَلَبَتْ قَذْفًا وَاسْتَوْجَبَ الْحَدَّ. قَالَ (وَإِنْ جَلَسَ فِيهِ رَجُلٌ مِنْهُمْ فَعَطَبَ بِهِ رَجُلٌ لِحْ) وَإِنْ جَلَسَ فِي الْمَسْجِدِ رَجُلٌ مِنَ الْعَشِيرَةِ فَعَطَبَ بِهِ رَجُلٌ فَأَمَّا إِنْ كَانَ فِي الصَّلَاةِ أَوْ لَمْ يَكُنْ فِيهَا، فَإِنْ كَانَ فِي الصَّلَاةِ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ سَوَاءً كَانَتْ الصَّلَاةُ فَرْضًا أَوْ نَفْلًا لِأَنَّ النَّفْلَ بِالشَّرُوعِ يَصِيرُ فَرْضًا، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهَا بَلْ كَانَ قَاعِدًا لغيرِهَا ضَمِنَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ.

وَقَالَا: لَا يَضْمَنُ عَلَى كُلِّ حَالٍ وَلَوْ كَانَ جَالِسًا لِقِرَاءَةِ الْقُرْآنِ أَوْ لِلتَّعْلِيمِ) أَيْ لَتَّعْلِيمِ الْفَقِهِ أَوْ الْحَدِيثِ (أَوْ لِلصَّلَاةِ) يَعْنِي مُنْتَظِرًا لَهَا (أَوْ نَامَ فِيهِ فِي أَثْنَاءِ الصَّلَاةِ أَوْ فِي غَيْرِ الصَّلَاةِ أَوْ مَرَّةً فِيهِ مَرَّةً أَوْ قَعَدَ فِيهِ لِحَدِيثٍ) قَالَ الْمُصَنَّفُ رَحِمَهُ اللَّهُ (فَهُوَ عَلَى هَذَا الْاِخْتِلَافِ) وَهُوَ اخْتِيَارُ بَعْضِ أَصْحَابِنَا، وَاخْتَارَهُ أَبُو بَكْرٍ الرَّازِيُّ. وَقَالَ بَعْضُهُمْ وَهُوَ اخْتِيَارُ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ الْجُرْجَانِيِّ لَيْسَ فِيهِ خِلَافٌ، بَلْ لَا ضَمَانَ فِيهِ بِالِاتِّفَاقِ. وَلَقَائِلُ أَنْ يَقُولَ: فِي عِبَارَةِ الْكِتَابِ تَكَرَّرَ، لِأَنَّهُ قَالَ: وَإِنْ كَانَ فِي غَيْرِ الصَّلَاةِ ضَمِنَ وَغَيْرِ الصَّلَاةِ يَشْمَلُ هَذَا الْمَذْكُورَ كُلَّهُ. وَالْجَوَابُ أَنَّ قَوْلَهُ وَإِنْ كَانَ فِي غَيْرِ الصَّلَاةِ ضَمِنَ لَفْظُ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ.

وَقَوْلُهُ وَلَوْ كَانَ جَالِسًا لِقِرَاءَةِ الْقُرْآنِ مِنْ لَفْظِ الْمُصَنَّفِ بَيَانٌ لَذَلِكَ لَكِنَّ قَوْلَهُ فَهُوَ عَلَى هَذَا الْاِخْتِلَافِ يُفِيدُ اتِّفَاقَ الْمَشَايِخِ عَلَى ذَلِكَ، وَلَيْسَ كَذَلِكَ بَلْ هُوَ عَلَى الْاِخْتِلَافِ كَمَا رَأَيْتَ، وَكَانَ مِنْ حَقِّ الْكَلَامِ أَنْ يَقُولَ: فَقَدْ قِيلَ عَلَى هَذَا الْاِخْتِلَافِ وَقِيلَ لَا يَضْمَنُ بِلَا خِلَافٍ كَمَا قَالَ فِي الْاِعْتِكَافِ. وَقَوْلُهُ (لَهُمَا أَنْ الْمَسْجِدَ إِنَّمَا بُنِيَ لِلصَّلَاةِ وَالذِّكْرِ) قَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿فِي بُيُوتٍ أُذِنَ لِلَّهِ أَنْ تَرْفَعَ وَيُذَكَّرَ فِيهَا أَسْمُهُ يُسَبِّحُ لَهُ فِيهَا بِالْغُدُوِّ وَالْآصَالِ﴾ [النور: ٣٦] وَقَوْلُهُ تَعَالَى ﴿وَأَنْتُمْ عَنِكُمُوفٍ فِي الْمَسْجِدِ﴾ [البقرة: ١٨٧] وَقَوْلُهُ (وَلَهُ أَنْ الْمَسْجِدَ إِنَّمَا بُنِيَ لِلصَّلَاةِ) لِأَنَّ الْمَسْجِدَ مَوْضِعُ السُّجُودِ أَلَا يُرَى أَنَّ الْمَسْجِدَ إِذَا ضَاقَ عَلَى الْمُصَلِّي كَانَ لَهُ إِزْعَاجُ الْقَاعِدِ فِيهِ الْمُشْتَغِلُ بِالذِّكْرِ وَالْقِرَاءَةِ وَالتَّنْذِيرِ لِأَنَّهُ يُطْلَبُ مَوْضِعُهُ الْأَصْلِيُّ ذُونَ الْعَكْسِ، وَمَا عَرَفَ النَّاسُ الْمَسْجِدَ إِلَّا لِأَجْلِ الصَّلَاةِ فِيهِ، وَلَا دَلَالَةَ لِمَا ذَكَرْنَا مِنَ الْآيَتَيْنِ عَلَى مَا سِوَى الْإِذْنِ وَالْعُكُوفِ بِهِ وَلَيْسَ الْكَلَامُ فِيهِ، وَكَوْنُهَا مِنْ ضَرُورَاتِ الصَّلَاةِ مُسَلِّمٌ لَكِنَّ لَا بُدَّ مِنَ التَّفَرُّقَةِ بَيْنَ الْمَوْضُوعِ الْأَصْلِيِّ وَمَا أُلْحِقَ بِهِ، وَالْبَاقِي وَاضِحٌ

فصل في الحائِطِ المائِلِ

قَالَ: (وَإِذَا مَالَ الْحَائِطُ إِلَى طَرِيقِ الْمُسْلِمِينَ فَطُولِبَ صَاحِبُهُ بِنَقْضِهِ وَأَشْهَدَ عَلَيْهِ فَلَمْ يَنْقُضْهُ فِي مُدَّةٍ يَقْدِرُ عَلَى نَقْضِهِ حَتَّى سَقَطَ ضَمْنُ مَا تَلَفَ بِهِ مِنْ نَفْسٍ أَوْ مَالٍ) وَالْقِيَاسُ أَنْ لَا يَضْمَنُ لِأَنَّهُ لَا صُنْعَ مِنْهُ مُبَاشَرَةً، وَالْمُبَاشَرَةُ شَرْطٌ هُوَ مُتَعَدٍّ فِيهِ، لِأَنَّ أَصْلَ الْبِنَاءِ كَانَ فِي مِلْكِهِ، وَالْمِيلَانُ وَشَغْلُ الْهَوَاءِ لَيْسَ مِنْ فِعْلِهِ فَصَارَ كَمَا قَبْلَ الْإِشْهَادِ. وَجْهُ الْأَسْتِحْسَانِ أَنَّ الْحَائِطَ لَمَّا مَالَ إِلَى الطَّرِيقِ فَقَدْ اشْتَمَلَ هَوَاءَ طَرِيقِ الْمُسْلِمِينَ بِمِلْكِهِ وَرَفَعَهُ فِي يَدِهِ، فَإِذَا تَقَدَّمَ إِلَيْهِ وَطُولِبَ بِتَفْرِيفِهِ يَجِبُ عَلَيْهِ إِذَا امْتَنَعَ صَارَ مُتَعَدِّيًا بِمَنْزِلَتِهِ مَا لَوْ وَقَعَ ثَوْبٌ إِنْسَانٍ فِي حِجْرِهِ يَصِيرُ مُتَعَدِّيًا بِالْاِمْتِنَاعِ عَنِ التَّسْلِيمِ إِذَا طُولِبَ بِهِ كَذَا هَذَا، بِخِلَافِ مَا قَبْلَ الْإِشْهَادِ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَتِهِ هَلَاكُ الثَّوْبِ قَبْلَ الطَّلَبِ، وَلَئِنْ لَوْ لَمْ تُوجِبْ عَلَيْهِ الضَّمَانُ يَمْتَنِعُ عَنِ التَّفْرِيفِ فَيَنْقَطِعُ الْمَارَةُ حَذَرًا عَلَى أَنْفُسِهِمْ فَيَتَضَرَّرُونَ بِهِ، وَدَفْعُ الضَّرَرِ الْعَامِّ مِنَ الْوَاجِبِ وَلَهُ تَعَلُّقٌ بِالْحَائِطِ فَيَتَعَيَّنُ لِدَفْعِ هَذَا الضَّرَرِ، وَكَمْ مِنْ ضَرَرٍ خَاصٍّ يَتَحَمَّلُ لِدَفْعِ الْعَامِّ مِنْهُ، ثُمَّ فِيمَا تَلَفَ بِهِ مِنَ النُّفُوسِ تَجِبُ الدِّيَّةُ وَتَتَحَمَّلُهَا الْعَاقِلَةُ، لِأَنَّهُ فِي كَوْنِهِ جَنَائِمًا ذُونَ الْخَطَا فَيَسْتَحَقُّ فِيهِ التَّخْفِيفُ بِالطَّرِيقِ

الأولى كَي لَا يُؤَدِّي إِلَى اسْتِثْصَالِهِ وَالْإِجْحَافِ بِهِ، وَمَا تَلَفَ بِهِ مِنَ الْأَمْوَالِ كَالدُّوَابِّ وَالْعُرُوضِ يَجِبُ ضَمَانُهَا فِي مَالِهِ، لِأَنَّ الْعَوَاقِلَ لَا تَعْقِلُ الْمَالَ وَالشَّرْطُ التَّقَدُّمُ إِلَيْهِ وَطَلَبُ النَّقْضِ مِنْهُ دُونَ الْإِشْهَادِ، وَإِنَّمَا ذَكَرَ الْإِشْهَادَ لِيَتِمَّ كَنْ مِنْ إِبْتَاتِهِ عِنْدَ انْكَارِهِ فَكَانَ مِنْ بَابِ الْإِحْتِيَاظِ وَصُورَةُ الْإِشْهَادِ أَنْ يَقُولَ الرَّجُلُ: أَشْهَدُوا أَنِّي قَدْ تَقَدَّمْتُ إِلَى هَذَا الرَّجُلِ فِي هَدْمِ حَائِطِهِ هَذَا، وَلَا يَصِحُّ الْإِشْهَادُ قَبْلَ أَنْ يَهِيَ الْحَائِطُ لِانْعِدَامِ التَّعَدِّي.

الشرح:

(فَصْلٌ فِي الْحَائِطِ الْمَائِلِ): لَمَّا كَانَ الْحَائِطُ الْمَائِلُ يُنَاسِبُ الْجُرُصْنَ وَالرُّوشْنَ وَالْجَنَاحَ وَالْكَنِيفَ وَغَيْرَهَا أَلْحَقَ مَسَائِلُهُ بِهَا فِي فَصْلِ عَلَى حِدَةٍ. قَالَ (وَإِذَا مَالَ حَائِطٌ إِلَى طَرِيقِ الْمُسْلِمِينَ إلخ) أَخَذَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ بَوَجهِ الْقِيَاسِ وَلَمْ يُوجِبِ الضَّمَانَ، وَعَلِمَاؤُنَا رَحِمَهُمُ اللَّهُ اسْتَحْسَنُوا إِجْبَابَ الضَّمَانِ وَهُوَ مَرْوِيٌّ عَنْ عَلِيٍّ عليه السلام وَشَرِيحٍ وَالتَّخَعِّيِّ وَالشَّعْبِيِّ وَغَيْرِهِمْ مِنَ التَّابِعِينَ رَحِمَهُمُ اللَّهُ، وَالْوَجْهُ مِنَ الْجَانِبَيْنِ مَذْكُورٌ فِي الْكِتَابِ.

وَقَوْلُهُ (وَكَمْ مِنْ ضَرَرٍ خَاصٍّ يُتَحَمَّلُ لِدَفْعِ الْعَامِّ) كَالرَّامِي إِلَى الْكُفَّارِ وَإِنْ تَرَسَّوْا بِالْمُسْلِمِينَ وَقَطَعَ الْعُضْوُ لِلْأَكْلَةِ عِنْدَ خَوْفِ هَلَكَ النَّفْسِ. وَقَوْلُهُ (وَتَحَمَّلُهَا الْعَاقِلَةُ) قَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: إِنَّ الْعَاقِلَةَ لَا تَتَحَمَّلُ حَتَّى يَشْهَدَ الشُّهُودُ عَلَى ثَلَاثَةِ أَشْيَاءَ: عَلَى التَّقَدُّمِ إِلَيْهِ فِي التَّقَدِّ، وَعَلَى أَنَّهُ مَاتَ مِنْ سُقُوطِهِ عَلَيْهِ، وَعَلَى أَنْ الدَّارَ لَهُ، لِأَنَّ كَوْنَ الدَّارِ فِي يَدِهِ ظَاهِرٌ وَالظَّاهِرُ لَا يُسْتَحَقُّ بِهِ حَقٌّ عَلَى الْغَيْرِ. وَقَوْلُهُ (وَالشَّرْطُ التَّقَدُّمُ إِلَيْهِ) وَهُوَ أَنْ يَقُولَ صَاحِبُ الْحَقِّ لَصَاحِبِ الْحَائِطِ إِنَّ حَائِطَكَ هَذَا مَخُوفٌ أَوْ يَقُولَ مَائِلٌ فَأَنْقُضْهُ أَوْ أَهْدِمْهُ حَتَّى لَا يَسْقُطَ وَلَا يُتْلَفَ شَيْئًا.

وَلَوْ قَالَ يَنْبَغِي أَنْ تَهْدِمَهُ فَذَلِكَ مَشُورَةٌ، وَيُشْتَرَطُ أَنْ يَكُونَ التَّقَدُّمُ مِنْ صَاحِبِ حَقٍّ كَوَاحِدٍ مِنَ الْعَامَّةِ مُسْلِمًا كَانَ أَوْ ذِمِّيًّا أَوْ صَبِيًّا أَوْ امْرَأَةً إِنْ مَالَ إِلَى طَرِيقِهِمْ وَوَاحِدٍ مِنْ أَصْحَابِ السُّكَّةِ الْخَاصَّةِ إِنْ مَالَ إِلَيْهَا وَصَاحِبِ الدَّارِ أَوْ سُكَّانَهَا إِنْ مَالَ إِلَيْهَا، وَأَنْ يَكُونَ إِلَى مَنْ لَهُ وَلَايَةُ التَّفْرِيعِ حَتَّى لَوْ تَقَدَّمَ إِلَى مَنْ يَسْكُنُ الدَّارَ بِإِجَارَةٍ أَوْ إِعَارَةٍ فَلَمْ يُنْقَضْ حَتَّى سَقَطَ عَلَى إِنْسَانٍ فَلَا ضَمَانَ عَلَى أَحَدٍ.

وَقَوْلُهُ (وَالشَّرْطُ هُوَ التَّقَدُّمُ دُونَ الْإِشْهَادِ) حَتَّى لَوْ اعْتَرَفَ صَاحِبُهُ أَنَّهُ طُولَبَ

بِنَقْضِهِ وَجَبَ عَلَيْهِ الضَّمَانُ وَإِنْ لَمْ يَشْهَدْ عَلَيْهِ.

قَالَ: (وَلَوْ بَنَى الْحَائِطَ مَائِلًا فِي الْإِبْتِدَاءِ قَالُوا: يَضْمَنُ مَا تَلَفَ بِسُقُوطِهِ مِنْ غَيْرِ إِشْهَادٍ) لِأَنَّ الْبِنَاءَ تَعَدُّ ابْتِدَاءً كَمَا فِي إِشْرَاعِ الْجَنَاحِ. قَالَ: (وَتَقْبَلُ شَهَادَةُ رَجُلَيْنِ أَوْ رَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ عَلَى التَّقَدُّمِ) لِأَنَّ هَذِهِ لَيْسَتْ بِشَهَادَةٍ عَلَى الْقَتْلِ، وَشَرَطُ التَّرْكِ فِي مُدَّةٍ يَقْدِرُ عَلَى نَقْضِهِ فِيهَا لِأَنَّهُ لَا بُدَّ مِنْ إِمْكَانِ النِّقْضِ لِيَصِيرَ بِتَرْكِهِ جَانِيًا، وَيَسْتَوِي أَنْ يُطَالَبَهُ بِنَقْضِهِ مُسْلِمٌ أَوْ ذِمِّيٌّ، لِأَنَّ النَّاسَ كُلَّهُمْ شُرَكَاءُ فِي الْمُرُورِ فَيَصِحُّ التَّقَدُّمُ إِلَيْهِ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ رَجُلًا كَانَ أَوْ امْرَأَةً حُرًّا كَانَ أَوْ مُكَاتَبًا، وَيَصِحُّ التَّقَدُّمُ إِلَيْهِ عِنْدَ السُّلْطَانِ وَغَيْرِهِ لِأَنَّهُ مُطَالَبَةٌ بِالتَّفْرِيعِ فَيَتَقَرَّدُ كُلُّ صَاحِبٍ حَقَّ بِهِ.

قَالَ: (وَإِنْ مَالَ إِلَى دَارٍ رَجُلٍ فَأَلْطَلَبَهُ إِلَى مَالِكِ الدَّارِ خَاصَّةً) لِأَنَّ الْحَقَّ لَهُ عَلَى الْخُصُوصِ، وَإِنْ كَانَ فِيهَا سُكَّانٌ لَهُمْ أَنْ يُطَالَبُوا لِأَنَّ لَهُمُ الْمُطَالَبَةَ بِإِزَالَتِ مَا شَغَلَ الدَّارَ فَكَذَا بِإِزَالَتِ مَا شَغَلَ هَوَاءَهَا، وَلَوْ أَجَلُهُ صَاحِبُ الدَّارِ أَوْ أَبْرَأَهُ مِنْهَا أَوْ فَعَلَ ذَلِكَ سَاكِنُوهَا فَذَلِكَ جَائِزٌ، وَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ فِيمَا تَلَفَ بِالْحَائِطِ لِأَنَّ الْحَقَّ لَهُمْ، بِخِلَافِهِ مَا إِذَا مَالَ إِلَى الطَّرِيقِ فَأَجَلُهُ الْقَاضِي أَوْ مَنْ أَشْهَدَ عَلَيْهِ حَيْثُ لَا يَصِحُّ، لِأَنَّ الْحَقَّ لَجَمَاعَةِ الْمُسْلِمِينَ وَلَيْسَ إِلَيْهِمَا إِبْطَالُ حَقِّهِمْ.

وَلَوْ بَاعَ الدَّارَ بَعْدَمَا أَشْهَدَ عَلَيْهِ وَقَبَضَهَا الْمُشْتَرِي بَرِيءٌ مِنْ ضَمَانِهِ لِأَنَّ الْجِنَايَةَ بِتَرْكِ الْهَدْمِ مَعَ تَمَكُّنِهِ وَقَدْ زَالَ تَمَكُّنُهُ بِالْبَيْعِ، بِخِلَافِهِ إِشْرَاعُ الْجَنَاحِ لِأَنَّهُ كَانَ جَانِيًا بِالْوَضْعِ وَلَمْ يَنْفَسِخْ بِالْبَيْعِ فَلَا يَبْرَأُ عَلَى مَا ذَكَرْنَا، وَلَا ضَمَانٌ عَلَى الْمُشْتَرِي لِأَنَّهُ لَمْ يُشْهَدْ عَلَيْهِ، وَلَوْ أَشْهَدَ عَلَيْهِ بَعْدَ شِرَائِهِ فَهُوَ ضَامِنٌ لِتَرْكِهِ التَّفْرِيعَ مَعَ تَمَكُّنِهِ بَعْدَمَا طُولَبَ بِهِ، وَالْأَصْلُ أَنَّهُ يَصِحُّ التَّقَدُّمُ إِلَى كُلِّ مَنْ يَتِمَكَّنُ مِنْ نَقْضِ الْحَائِطِ وَتَفْرِيعِ الْهَوَاءِ، وَمَنْ لَا يَتِمَكَّنُ مِنْهُ لَا يَصِحُّ التَّقَدُّمُ إِلَيْهِ كَالْمُرْتَهِنِ وَالْمُسْتَأْجِرِ وَالْمُودِعِ وَسَاكِنِ الدَّارِ، وَيَصِحُّ التَّقَدُّمُ إِلَى الرَّاهِنِ لِقُدْرَتِهِ عَلَى ذَلِكَ بِوَاسِطَةِ الْفِكَاكِ وَإِلَى الْوَصِيِّ وَإِلَى أَبِي الْيَتِيمِ أَوْ أُمِّهِ فِي حَائِطِ الصَّبِيِّ لِقِيَامِ الْوِلَايَةِ، وَذَكَرَ الْأُمُّ فِي الزِّيَادَاتِ وَالضَّمَانُ فِي مَالِ الْيَتِيمِ لِأَنَّ فِعْلَ هَؤُلَاءِ كَفِعْلِهِ، وَإِلَى الْمُكَاتَبِ لِأَنَّ الْوِلَايَةَ لَهُ، وَإِلَى الْعَبْدِ التَّاجِرِ سَوَاءً كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ أَوْ لَمْ يَكُنْ لِأَنَّ وِلَايَةَ النِّقْضِ لَهُ، ثُمَّ التَّلَفُ بِالسُقُوطِ إِنْ كَانَ مَا لَا فَهُوَ فِي عِتْقِ الْعَبْدِ، وَإِنْ كَانَ نَفْسًا فَهُوَ عَلَى عَاقِلَتِ الْمَوْلَى لِأَنَّ الْإِشْهَادَ مِنْ وَجْهِ عَلَى الْمَوْلَى

وَضَمَانُ الْمَالِ الْيَقُ بِالْعَبْدِ وَضَمَانُ النَّفْسِ بِالْمَوْلَى، وَيَصِحُّ التَّقْدُمُ إِلَى أَحَدِ الْوَرَثَةِ فِي نَصِيْبِهِ وَإِنْ كَانَ لَا يَتِمَّكَنُ مِنْ نَقْضِ الْحَائِطِ وَحْدَهُ لَتَمَكُّنِهِ مِنْ إِصْلَاحِ نَصِيْبِهِ بِطَرِيقِهِ وَهُوَ الْمُرَافَعَةُ إِلَى الْقَاضِي.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (لَأَنَّ فِعْلَ هَؤُلَاءِ كَفِعْلِهِ) أَيُ فِعْلُ الْوَصِيِّ وَالْأَبِ وَالْأُمِّ كَفِعْلِ الصَّبِيِّ، وَالتَّقْدُمُ إِلَيْهِمْ كَالْتَقْدُمِ عَلَى الصَّبِيِّ بَعْدَ بُلُوغِهِ.

فَإِنْ قِيلَ: لَوْ كَانَ كَذَلِكَ لَمَا هَدَرَ الْقَتِيلُ بِسُقُوطِ الْحَائِطِ إِذَا بَلَغَ الصَّبِيُّ بَعْدَ التَّقْدُمِ إِلَى الْأَبِ وَالْوَصِيِّ. أُجِيبَ بَأَنَّ التَّقْدُمَ إِلَيْهِمَا جُعِلَ كَالْتَّقْدُمِ إِلَى الصَّغِيرَةِ مَا دَامَتْ وَلَا يَتَّهِمَا بِأَقِيَّةٍ وَقَدْ زَالَتْ بِالْبُلُوغِ فَصَارَ كَأَنَّ التَّقْدُمَ لَمْ يُوْجَدْ فِي حَقِّ الصَّغِيرِ، ثُمَّ إِنَّهُمَا فِي تَرْكِ الْهَدْمِ يَعْمَلَانِ لِلصَّبِيِّ وَيَنْظُرَانِ لَهُ فَكَانَ الضَّمَانُ فِي مَالِهِ. فَإِنْ قِيلَ: الْوَصِيُّ إِذَا تَرَكَ النِّقْضَ بَعْدَ التَّقْدُمِ إِلَيْهِ الْحَقَّ ضَرَرًا بِمَالِ الْيَتِيمِ فَكَانَ الْوَاجِبُ أَنْ يَكُونَ الضَّمَانُ عَلَيْهِ.

أُجِيبَ بَأَنَّ فِي تَرْكِ النِّقْضِ دَفْعَ مَضَرَّةٍ مُتَحَقِّقَةٍ وَهِيَ مَضَرَّةُ مُؤْتَةِ النِّقْضِ وَبَنَائِهِ ثَانِيًا، وَفِي تَقْضِيهِ دَفْعَ مَضَرَّةٍ مُوْهُومَةٍ لِحَوَازِ أَنْ لَا يَسْقُطَ وَإِنْ سَقَطَ لَا يَهْلِكُ بِهِ شَيْءٌ فَكَانَ تَرْكُهُ أَنْظَرَ لِلصَّبِيِّ فَلَا يَلْزَمُ الْوَصِيَّ ضَمَانًا. وَقَوْلُهُ (فِي عِنَقِ الْعَبْدِ) يَعْنِي يُبَاعُ فِيهِ كَمَا يُبَاعُ فِي دُيُونِ تِجَارَتِهِ، وَكَانَ الْقِيَاسُ أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ عَلَى الْمَوْلَى كَضَمَانِ النَّفْسِ، وَلَكِنَّا اسْتَحْسَنَّا الْفَرْقَ بَيْنَهُمَا فَقُلْنَا: الْعَبْدُ فِي ضَمَانِ التِّزَامِ الْمَالِ كَالْحُرِّ فَإِنَّهُ يَنْفَكُ الْحَجْرُ عَنْهُ فِي اكْتِسَابِ سَبَبِ ذَلِكَ، وَفِي التِّزَامِ ضَمَانُ الْجِنَايَةِ عَلَى النَّفْسِ كَالْمَحْجُورِ عَلَيْهِ لِأَنَّ فَلَكَ الْحَجْرَ بِالْإِذْنِ لَمْ يَتَنَاوَلَ ذَلِكَ فَكَانَ الضَّمَانُ عَلَى عَاقِلَةِ الْمَوْلَى.

وَقَوْلُهُ (لَأَنَّ الْإِشْهَادَ عَلَى الْمَوْلَى مِنْ وَجْهِهِ) أَمَّا إِذَا لَمْ يَكُنْ عَلَى الْعَبْدِ دَيْنٌ فَظَاهِرٌ لِأَنَّ الْمَلِكَ فِي الدَّارِ لِلْمَوْلَى رَقَبَةً وَتَصَرُّفًا وَالْعَبْدُ خَصْمٌ مِنْ جِهَتِهِ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ ادَّعَى إِنْسَانٌ حَقًّا فِي دَارٍ بِيَدِ مَاذُونٍ لَهُ يَتَنَصَّبُ خَصْمًا فَكَانَ الْإِشْهَادُ عَلَيْهِ إِشْهَادًا عَلَى الْمَوْلَى مِنْ وَجْهِهِ. وَأَمَّا إِذَا كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ فَعِنْدَهُمَا ظَاهِرٌ، وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ لِلْمَوْلَى أَنْ يَسْتَخْلَصَهُ بِقَضَاءِ الدَّيْنِ فَكَانَ هَذَا تَقْدُّمًا إِلَى الْمَوْلَى مِنْ وَجْهِهِ وَتَقْدُّمًا إِلَى الْعَبْدِ مِنْ وَجْهِهِ، فَاعْتَبِرْ فِي ضَمَانِ الْأَنْفُسِ تَقْدُّمًا إِلَى الْمَوْلَى لَمَا ذَكَرْنَا أَنَّ فَلَكَ الْحَجْرَ بِالْإِذْنِ لَمْ يَتَنَاوَلَ ذَلِكَ، وَفِي ضَمَانِ الْأَمْوَالِ تَقْدُّمًا إِلَى الْعَبْدِ لِأَنَّهُ كَالْحُرِّ فِيهِ كَمَا مَرَّ.

وَقَوْلُهُ (وَيَصِحُّ التَّقْدُمُ إِلَى أَحَدِ الْوَرَثَةِ فِي نَصِيْبِهِ) يَعْنِي لَوْ هَلَكَ أَحَدٌ بِسُقُوطِهِ بَعْدَ ذَلِكَ ضَمِنَ ذَلِكَ الْوَاحِدُ بِقَدْرِ نَصِيْبِهِ فِيهِ، وَهَذَا جَوَابُ الاسْتِحْسَانِ، وَوَجْهُهُ مَا ذَكَرَ فِي الْكِتَابِ. وَأَمَّا جَوَابُ الْقِيَاسِ فَهُوَ أَنَّ لَا يَضْمَنُ أَحَدٌ مِنْهُمْ شَيْئًا، أَمَّا الَّذِي تَقَدَّمَ إِلَيْهِ فَلَعَدِمَ تَمَكُّنَهُ مِنَ النَّقْضِ فَلَمْ يَكُنْ التَّقْدُمُ إِلَيْهِ مُفِيدًا، وَأَمَّا غَيْرُهُ مِنَ الْوَرَثَةِ فَلَعَدِمَ التَّقْدُمُ إِلَيْهِمْ فَلَمْ يُوجَدْ التَّعَدِّيُّ مِنْ وَاحِدٍ مِنْهُمْ فِي تَرْكِ التَّفْرِيعِ.

وَالْجَوَابُ أَنَّ الْإِشْهَادَ عَلَى جَمَاعَتِهِمْ يَتَعَذَّرُ عَادَةً، فَلَوْ لَمْ يَصِحَّ الْإِشْهَادُ عَلَى بَعْضِهِمْ فِي نَصِيْبِهِ أَدَّى إِلَى الضَّرَرِ وَهُوَ مَدْفُوعٌ.

(وَلَوْ سَقَطَ الْحَائِطُ الْمَائِلُ عَلَى إِنْسَانٍ بَعْدَ الْإِشْهَادِ فَقَتَلَهُ فَتَعَثَّرَ بِالْقَتِيلِ غَيْرُهُ فَعَطِبَ لَا يَضْمَنُهُ) لِأَنَّ التَّفْرِيعَ عَنْهُ إِلَى الْأَوْلِيَاءِ لَا إِلَيْهِ (وَإِنْ عَطِبَ بِالنَّقْضِ ضَمِنَهُ) لِأَنَّ التَّفْرِيعَ إِلَيْهِ إِذَا النَّقْضُ مِلْكُهُ وَالْإِشْهَادُ عَلَى الْحَائِطِ إِشْهَادٌ عَلَى النَّقْضِ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ امْتِنَاعُ الشُّغْلِ (وَلَوْ عَطِبَ بِجُرَّةٍ كَانَتْ عَلَى الْحَائِطِ فَسَقَطَتْ بِسُقُوطِهِ وَهِيَ مِلْكُهُ ضَمِنَهُ) لِأَنَّ التَّفْرِيعَ إِلَيْهِ (وَإِنْ كَانَ مِلْكٌ غَيْرُهُ لَا يَضْمَنُهُ) لِأَنَّ التَّفْرِيعَ إِلَى مَالِكِهَا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (فَعَطِبَ لَا يَضْمَنُهُ) أَيُّ لَا يَضْمَنُ صَاحِبُ الْحَائِطِ الْقَتِيلَ الثَّانِي (لِأَنَّ التَّفْرِيعَ عَنْهُ) أَيُّ الْقَتِيلِ الْأَوَّلِ بِرَفْعِهِ مُفَوَّضٌ إِلَى أَوْلِيَائِهِ لِأَنَّهُمْ الَّذِينَ يَقُولُونَ دَفَنُهُ، وَطَوْلَبَ بِالْفَرْقِ بَيْنَهُمَا وَيَبَيِّنُ مَا إِذَا وَقَعَ الْجَنَاحُ فِي الطَّرِيقِ فَتَعَثَّرَ إِنْسَانٌ بِنَقْضِهِ وَمَاتَ ثُمَّ تَعَثَّرَ رَجُلٌ بِالْقَتِيلِ وَمَاتَ فَإِنَّ دِيَةَ الْقَتِيلَيْنِ جَمِيعًا عَلَى صَاحِبِ الْجَنَاحِ.

وَأُجِيبَ بِأَنَّ إِشْرَاعَ الْجَنَاحِ فِي نَفْسِهِ جَنَائَةٌ وَهُوَ فِعْلُهُ فَصَارَ كَأَنَّهُ أَلْفَاهُ بِيَدِهِ عَلَيْهِ فَكَانَ حُصُولُ الْقَتِيلِ فِي الطَّرِيقِ مُضَافًا إِلَى فِعْلِهِ كَحُصُولِ نَقْضِ الْجَنَاحِ فِي الطَّرِيقِ وَمَنْ أَلْقَى شَيْئًا فِي الطَّرِيقِ كَانَ ضَامِنًا لِمَا عَطِبَ بِهِ وَإِنْ لَمْ يَمْلِكْ تَفْرِيعَ الطَّرِيقِ عَنْهُ بِخِلَافِ مَسْأَلَةِ الْحَائِطِ فَإِنَّ نَفْسَ الْبِنَاءِ لَيْسَ بِجَنَائَةٍ وَبَعْدَ ذَلِكَ لَمْ يُوجَدْ مِنْهُ فِعْلٌ يَصِيرُ بِهِ جَانِبًا لَكِنْ جُعِلَ كَالْفَاعِلِ بِتَرْكِ النَّقْضِ فِي الطَّرِيقِ مَعَ الْقُدْرَةِ عَلَى التَّفْرِيعِ، وَالتَّرْكَ مَعَ الْقُدْرَةِ وَجَدَ فِي حَقِّ النَّقْضِ لَا فِي حَقِّ الْقَتِيلِ فَلِذَلِكَ جُعِلَ فَاعِلًا فِي حَقِّ الْقَتِيلِ الْأَوَّلِ لَا فِي حَقِّ الْقَتِيلِ الثَّانِي وَبِهَذَا يُعْلَمُ حُكْمُ مَا عَطِبَ بِالنَّقْضِ وَقَدْ ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ وَاضِحًا.

وَقَوْلُهُ (فَسَقَطَتْ) يَعْنِي الْجُرَّةُ بِسُقُوطِ الْحَائِطِ، يُشِيرُ إِلَى أَنَّهُ لَوْ وَقَعَتِ الْجُرَّةُ

وَحَدَّثَهَا فَأَصَابَتْ إِنْسَانًا فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ لِأَنَّهُ وَضَعَهَا عَلَى مِلْكِهِ وَهُوَ لَا يَكُونُ مُتَعَدِّيًا فِيمَا يُحْدِثُهُ فِي مِلْكِهِ سَوَاءٌ كَانَ الْحَائِطُ مَائِلًا أَوْ غَيْرَ مَائِلٍ، كَذَا فِي الْمَبْسُوطِ.

قال: (وإن كان الحائط بين خمسة رجال أشهد على أحدهم فقتل إنسانا ضمن خمس الديّة ويكون ذلك على عاقلته، وإن كانت دار بين ثلاثة نفر فحفّر أحدهم فيها بئرا و الحفر كان بغير رضا الشريكين الآخرين أو بنى حائطاً فعطب به إنسان فعليه ثلثا الديّة على عاقلته، وهذا عند أبي حنيفة، وقالوا: عليه نصف الديّة على عاقلته في الفصلين) لهما أن التلّف بنصيب من أشهد عليه معتبر، وبنصيب من لم يشهد عليه هدر، فكانا قسمين فانقسم نصفين كما مرّ في عقر الأسد ونهش الحية وجرح الرجل. وله أن الموت حصل بعلة واحدة وهو الثقل المقدّر والعمق المقدّر، لأن أصل ذلك ليس بعلة وهو القليل حتى يعتبر كل جزء علة فتجتمع العلل، وإذا كان كذلك يضاف إلى العلة الواحدة ثم تقسم على أربابها بقدر الملك، بخلاف الجراحات فإن كل جراحة علة للتلّف بنفسها صغرت أو كبرت على ما عرفت، إلا أن عند المزاحمة أضيف إلى الكل لعدم الأولوية، والله أعلم.

الشرح:

وقوله (فعليه) أي فعلى كل واحد من حافر البئر وباني الحائط. وقوله (وله) أي لأبي حنيفة رحمه الله أن الموت حصل بعلة واحدة وهو الثقل المقدّر: يعني في الحائط، والعمق المقدّر: يعني في البئر (لأن أصل ذلك) أي أصل الثقل والعمق كما في قوله تعالى ﴿عَوَانُ بَيْنَ ذَلِكَ﴾ [البقرة: ٦٨] (وهو القليل) أي ذلك الأصل: يعني أن الجزء اليسير ليس بمهلك (حتى يعتبر كل جزء علة فتجتمع العلل، وإذا كان كذلك يضاف إلى العلة الواحدة ثم تقسم على أربابها بقدر الملك) ألا ترى أنّه لو أشهد عليهم جميعاً ثم سقط على إنسان كان على كل واحد منهم خمس الديّة فيترك الإشهاد في حق الباقي لا يزداد الواجب على من أشهد عليه، وعلى هذا تخرج مسألة البئر فيقال لهما اجتمع في حقه معنيان.

أحداهما: موجب للضمان وهو التعدّي بالحفر في ملك غيره، والآخر مانع عنه وهو عدم التعدّي من حيث الحفر في ملكه فيجعل المعتبر جنساً والمهدر جنساً فيلزمه

نصفُ الضَّمانِ.

وَلَأَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله أَنَّ صِفَةَ التَّعَدِّي تَحَقَّقَتْ فِي الثُّلُثَيْنِ فَيَجِبُ عَلَيْهِ ضَمَانُ الثُّلُثَيْنِ. وَقَوْلُهُ (بِخِلَافِ الْجَرَاحَاتِ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِمَا كَمَا مَرَّ فِي عَقْرِ الْأَسَدِ وَنَهْشِ الْحَيَّةِ وَجَرَحِ الرَّجُلِ. وَقَوْلُهُ (إِلَّا أَنْ عِنْدَ الْمُرَاحِمَةِ أَضِيفَ إِلَى الْكُلِّ لِعَدَمِ الْأُولَوِيَّةِ) يُضَافُ إِلَيْهِ وَإِذَا أَضِيفَ إِلَى الْكُلِّ وَبَعْضُهَا مُعْتَبَرٌ فِي إِضَافَةِ الضَّمَانِ إِلَيْهِ وَبَعْضُهَا غَيْرُ مُعْتَبَرٍ فَجُعِلَ غَيْرُ الْمُعْتَبَرِ شَيْئًا وَاحِدًا وَإِنْ تَعَدَّدَ فَلِذَلِكَ صَارَ الضَّمَانُ نِصْفَيْنِ فَاعْتَبِرَ أَحَدَهُمَا وَأُهْدَرَ الْآخَرَ، وَاللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ.

بَابُ جِنَايَةِ الْبَهِيمَةِ وَالْجِنَايَةِ عَلَيْهَا

قَالَ (الرَّكِيبُ ضَامِنٌ لِمَا أَوْطَأَتِ الدَّابَّةُ مَا أَصَابَتْ بِيَدِهَا أَوْ رِجْلِهَا أَوْ رَأْسِهَا أَوْ كَدَمَتْ أَوْ خَبَطَتْ، وَكَذَا إِذَا صَدَمَتْ وَلَا يَضْمَنُ مَا نَفَحَتْ بِرِجْلِهَا أَوْ ذَنْبِهَا) وَالْأَصْلُ أَنَّ الْمُرُورَ فِي طَرِيقِ الْمُسْلِمِينَ مُبَاحٌ مُقَيَّدٌ بِشَرْطِ السَّلَامَةِ لِأَنَّهُ يُتَصَرَّفُ فِي حَقِّهِ مِنْ وَجْهِ وَفِي حَقِّ غَيْرِهِ مِنْ وَجْهِ لِكَوْنِهِ مُشْتَرَكًا بَيْنَ كُلِّ النَّاسِ فَقُلْنَا بِالِإِبَاحَةِ مُقَيَّدًا بِمَا ذَكَّرْنَا لِيَعْتَدِلَ النَّظَرُ مِنَ الْجَانِبَيْنِ، ثُمَّ إِنَّمَا يَتَّقِيْدُ بِشَرْطِ السَّلَامَةِ فِيمَا يُمْكِنُ الْإِحْتِرَازُ عَنْهُ وَلَا يَتَّقِيْدُ بِهَا فِيمَا لَا يُمْكِنُ التَّحَرُّزُ عَنْهُ لِمَا فِيهِ مِنَ الْمَنْعِ عَنِ التَّصَرُّفِ وَسَدِّ بَابِهِ وَهُوَ مَفْتُوحٌ، وَالْإِحْتِرَازُ عَنِ الْإِيطَاءِ وَمَا يُضَاهِيهِ مُمَكِّنٌ، فَإِنَّهُ لَيْسَ مِنْ ضَرُورَاتِ التَّيَسِيرِ فَقَيَّدْنَاهُ بِشَرْطِ السَّلَامَةِ عَنْهُ، وَالتَّنْفِخُ بِالرَّجْلِ وَالذَّنْبِ لَيْسَ يُمْكِنُهُ الْإِحْتِرَازُ عَنْهُ مَعَ السَّيْرِ عَلَى الدَّابَّةِ فَلَمْ يَتَّقِيْدُ بِهِ (فَإِنْ أَوْقَفَهَا فِي الطَّرِيقِ ضَمِنَ التَّنْفِخَ أَيْضًا) لِأَنَّهُ يُمْكِنُهُ التَّحَرُّزُ عَنِ الْإِيقَافِ وَإِنْ لَمْ يُمْكِنْهُ عَنِ التَّنْفِخِ فَصَارَ مُتَعَدِّيًا فِي الْإِيقَافِ وَشَغَلَ الطَّرِيقَ بِهِ فَيَضْمَنُهُ. قَالَ (وَإِنْ أَصَابَتْ بِيَدِهَا أَوْ بِرِجْلِهَا حَصَاةً أَوْ نَوَاةً أَوْ أَثَارَتِ غُبَارًا أَوْ حَجَرًا صَغِيرًا فَفَقًّا عَيْنَ إِنْسَانٍ أَوْ أَهْسَدَ ثَوْبَهُ لَمْ يَضْمَنْ، وَإِنْ كَانَ حَجَرًا كَبِيرًا ضَمِنَ) لِأَنَّهُ فِي الْوَجْهِ الْأَوَّلِ لَا يُمْكِنُ التَّحَرُّزُ عَنْهُ، إِذْ سِيرَ الدَّوَابُّ لَا يَعْرِى عَنْهُ، وَفِي الثَّانِي مُمَكِّنٌ لِأَنَّهُ يَنْفُكُ عَنِ السَّيْرِ عَادَةً، وَإِنَّمَا ذَلِكَ بِتَعْنِيفِ الرَّكَّابِ، وَالْمُرْتَدِفِ فِيمَا ذَكَّرْنَا كَالرَّكَّابِ لِأَنَّ الْمَعْنَى لَا يَخْتَلِفُ.

قَالَ (فَإِنْ رَأَتْ أَوْ بَالَتْ فِي الطَّرِيقِ وَهِيَ تَسِيرُ فَعَطِبَ بِهِ إِنْسَانٌ لَمْ يَضْمَنْ) لِأَنَّهُ مِنْ ضَرُورَاتِ السَّيْرِ فَلَا يُمْكِنُهُ الْإِحْتِرَازُ عَنْهُ (وَكَذَا إِذَا أَوْقَفَهَا لِذَلِكَ) لِأَنَّ مِنَ الدَّوَابِّ مَا

لَا يَفْعَلُ ذَلِكَ إِلَّا بِالْإِيقَافِ، وَإِنْ أَوْقَفَهَا لَغَيْرِ ذَلِكَ فَعَطِبَ إِنْسَانٌ بِرَوْثِهَا أَوْ بَوَلَّهَا ضَمِنَ
لَأَنَّهُ مُتَعَدٍّ فِي هَذَا الْإِيقَافِ لِأَنَّهُ لَيْسَ مِنْ ضَرُورَاتِ السَّيْرِ، ثُمَّ هُوَ أَكْثَرُ ضَرَرًا بِالْمَارَّةِ مِنْ
السَّيْرِ لِمَا أَنَّهُ أَدْوَمُ مِنْهُ فَلَا يَلْحَقُ بِهِ (وَالسَّائِقُ ضَامِنٌ لِمَا أَصَابَتْ يَدَيْهَا أَوْ رِجْلُهَا وَالْقَائِدُ
ضَامِنٌ لِمَا أَصَابَتْ يَدَيْهَا دُونَ رِجْلِهَا) وَالْمَرَادُ النَّفْحَةُ. قَالَ ﷺ: هَكَذَا ذَكَرَهُ الْقُدُورِيُّ فِي
مُخْتَصَرِهِ، وَإِلَيْهِ مَالُ بَعْضِ الْمَشَايِخِ. وَوَجْهُهُ أَنَّ النَّفْحَةَ يَمْرَأَى عَيْنَ السَّائِقِ فَيُمْكِنُهُ
الِاحْتِرَازُ عَنْهُ وَغَائِبٌ عَنِ بَصَرِ الْقَائِدِ فَلَا يُمْكِنُهُ التَّحَرُّزُ عَنْهُ. وَقَالَ أَكْثَرُ الْمَشَايِخِ: إِنْ
السَّائِقُ لَا يَضْمَنُ النَّفْحَةَ أَيْضًا وَإِنْ كَانَ يَرَاهَا، إِذْ لَيْسَ عَلَى رِجْلِهَا مَا يَمْنَعُهَا بِهِ فَلَا
يُمْكِنُهُ التَّحَرُّزُ عَنْهُ، بِخِلَافِ الْكَدَمِ لِإِمْكَانِهِ كِبَحَهَا بِلِجَامِهَا. وَبِهَذَا يَنْطِقُ أَكْثَرُ النُّسَخِ
وَهُوَ الْأَصَحُّ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يَضْمَنُونَ النَّفْحَةَ كُلُّهُمْ لِأَنَّهُ فِعْلُهَا مُضَافٌ إِلَيْهِمْ، وَالْحُجَّةُ عَلَيْهِ
مَا ذَكَرْنَاهُ، وَقَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «الرَّجُلُ جُبَارٌ» وَمَعْنَاهُ النَّفْحَةُ بِالرَّجُلِ، وَانْتِقَالُ
الْفِعْلِ بِتَخْوِيفِ الْقَتْلِ كَمَا فِي الْمَكْرِهِ وَهَذَا تَخْوِيفٌ بِالضَّرْبِ. قَالَ (وَفِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ
وَكُلُّ شَيْءٍ ضَمِنَهُ الرَّكَّابُ ضَمِنَهُ السَّائِقُ وَالْقَائِدُ) لِأَنَّهُمَا مُسَبِّبَانِ بِمُبَاشَرَتِهِمَا شَرْطَ
التَّلَفِ وَهُوَ تَقَرُّبُ الدَّابَّةِ إِلَى مَكَانِ الْجِنَايَةِ فَيَتَقَيَّدُ بِشَرْطِ السَّلَامَةِ فِيمَا يُمْكِنُ الْإِحْتِرَازُ
عَنْهُ كَالرَّكَّابِ (إِلَّا أَنْ عَلَى الرَّكَّابِ الْكُفَّارَةَ) فِيمَا أَوْطَأَتْهُ الدَّابَّةُ بِيَدَيْهَا أَوْ بِرِجْلِهَا (وَلَا
كُفَّارَةَ عَلَيْهَا) وَلَا عَلَى الرَّكَّابِ فِيمَا وَرَاءَ الْإِبْطَاءِ، لِأَنَّ الرَّكَّابَ مُبَاشِرَ فِيهِ لِأَنَّ التَّلَفَ
بِثْقَلِهِ وَثِقَلُ الدَّابَّةِ تَبَعَ لَهُ، لِأَنَّ سَيْرَ الدَّابَّةِ مُضَافٌ إِلَيْهِ وَهِيَ آتَةٌ لَهُ وَهُمَا مُسَبِّبَانِ لِأَنَّهُ لَا
يَتَّصِلُ مِنْهُمَا إِلَى الْمَحَلِّ شَيْءٌ، وَكَذَا الرَّكَّابُ فِي غَيْرِ الْإِبْطَاءِ، وَالْكُفَّارَةُ حُكْمُ الْمُبَاشَرَةِ لَا
حُكْمُ التَّسَبُّبِ، وَكَذَا يَتَعَلَّقُ بِالْإِبْطَاءِ فِي حَقِّ الرَّكَّابِ حِرْمَانُ الْمِيرَاثِ وَالْوَصِيَّةِ دُونَ
السَّائِقِ وَالْقَائِدِ لِأَنَّهُ يَخْتَصُّ بِالْمُبَاشَرَةِ (وَلَوْ كَانَ رَاكِبٌ وَسَائِقٌ قِيلَ: لَا يَضْمَنُ السَّائِقُ
مَا أَوْطَأَتِ الدَّابَّةُ) لِأَنَّ الرَّكَّابَ مُبَاشِرٌ فِيهِ لَمَّا ذَكَرْنَاهُ وَالسَّائِقُ مُسَبِّبٌ، وَإِلِإِضَافَتُهُ إِلَى
الْمُبَاشَرِ أُولَى. وَقِيلَ: الضَّمَانُ عَلَيْهِمَا لِأَنَّ كُلَّ ذَلِكَ سَبَبُ الضَّمَانِ.

الشرح:

(بَابُ جِنَايَةِ الْبَهِيمَةِ): ذَكَرَ جِنَايَةَ الْبَهِيمَةِ وَالْجِنَايَةَ عَلَيْهَا عَقِيبَ جِنَايَةِ الْإِنْسَانِ
وَالْجِنَايَةَ عَلَيْهِ فِي بَابٍ عَلَى حِدَةٍ مِمَّا لَا يَحْتَاجُ إِلَى بَيَانٍ. وَقَوْلُهُ (لَمَّا أَوْطَأَتِ الدَّابَّةُ)

الصَّحِيحُ: لَمَّا وَطِئَتْ الدَّابَّةُ.

وَقِيلَ يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ مَفْعُولًا الْإِطَاءَ مَحْذُوفَيْنِ، وَتَقْدِيرُهُ: أَوْطَأَتْ الدَّابَّةُ يَدَهَا أَوْ رِجْلَهَا إِنْ سَأَلْنَا فَيَكُونُ مِنْ بَابِ فُلَانٍ يُعْطَى. وَقَوْلُهُ (مَا أَصَابَتْ) بَدَلٌ مِنْ قَوْلِهِ لَمَّا أَوْطَأَتْ الدَّابَّةُ، وَالْكَدْمُ: الْعَضُّ بِمُقْدَمِ الْأَسْنَانِ. وَالْخَبْطُ: الضَّرْبُ بِالْيَدِ. وَالصَّدْمُ: هُوَ أَنْ تَضْرِبَ الشَّيْءَ بِجَسَدِكَ، وَمِنْهُ اضْطَدَمَ الْفَارِسَانِ إِذَا ضَرَبَ أَحَدُهُمَا الْآخَرَ بِنَفْسِهِ وَيُقَالُ تَفَحَّتِ الدَّابَّةُ الشَّيْءَ إِذَا ضَرَبَتْهُ بِحَدِّ حَافِرِهَا.

وَاعْلَمْ أَنَّ جَنَائَةَ الدَّابَّةِ لَا تَخْلُو مِنْ أَوْجِهٍ ثَلَاثَةً: لِأَنَّهَا إِمَّا أَنْ تَكُونَ فِي مِلْكِ صَاحِبِهَا، أَوْ فِي مِلْكِ غَيْرِهِ، أَوْ فِي طَرِيقِ الْمُسْلِمِينَ، فَإِنْ كَانَتْ فِي مِلْكِ صَاحِبِهَا مِلْكًا كَامِلًا أَوْ مُشْتَرَكًا مُتَسَاوِيًا أَوْ مُتَفَاضِلًا؛ فَإِمَّا أَنْ يَكُونَ صَاحِبُهَا مَعَهَا أَوْ لَا يَكُونُ، فَإِنْ كَانَ الثَّانِي لَمْ يَضْمَنْ صَاحِبُهَا وَاقِفَةً كَانَتْ الدَّابَّةُ أَوْ سَائِرَةٌ وَطِئَتْ يَدَهَا أَوْ رِجْلَهَا أَوْ تَفَحَّتْ أَوْ كَدَمَتْ، وَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ فَإِمَّا أَنْ يَكُونَ سَائِقًا لَهَا أَوْ قَائِدًا، وَإِمَّا أَنْ يَكُونَ رَاكِبًا عَلَيْهَا أَوْ لَا، فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ لَمْ يَضْمَنْ صَاحِبُهَا فِي الْوُجُوهِ كُلِّهَا أَثْلَفَتْ نَفْسًا أَوْ مَالًا، لِأَنَّ صَاحِبَهَا فِي هَذِهِ الْوُجُوهِ مُتَسَبِّبٌ لِاتِّصَالِ أَثَرِ فِعْلِهِ بِالْمُتْلَفِ بِوَاسِطَةِ فِعْلِ مُخْتَارٍ وَهُوَ الدَّابَّةُ، وَالتَّسَبُّبُ إِمَّا يَضْمَنُ إِذَا كَانَ مُتَعَدِّيًّا، وَلَا تَعْدِي فِي إِيقَافِ الدَّابَّةِ أَوْ تَسْيِيرِهَا فِي مِلْكِهِ، وَإِنْ كَانَ الثَّانِي وَهُوَ يَسِيرُ فَإِنْ وَطِئَتْ يَدَهَا أَوْ رِجْلَهَا ضَمِنَ.

وَإِنْ كَدَمَتْ أَوْ تَفَحَّتْ يَدَهَا أَوْ رِجْلَهَا أَوْ ضَرَبَتْ بِذَنَبِهَا فَلَا ضَمَانَ لِأَنَّ فِي الْوَجْهِ الْأَوَّلِ صَاحِبُ الدَّابَّةِ مُبَاشِرٌ لِلْإِثْلَافِ لِأَنَّ ثِقْلَهُ وَثَقُلَ الدَّابَّةُ اتِّصَالًا بِالْمُتْلَفِ فَكَأَنَّهُمَا وَطِئَا جَمِيعًا، الْمُبَاشِرُ ضَامِنٌ مُتَعَدِّيًّا كَانَ أَوْ لَمْ يَكُنْ، وَفِي الثَّانِي مُتَسَبِّبٌ غَيْرٌ مُتَعَدٍّ وَإِنْ كَانَتْ الْجَنَائَةُ فِي مِلْكِ غَيْرِ صَاحِبِهَا، فَإِمَّا أَنْ أَدْخَلَهَا صَاحِبُهَا فِيهِ أَوْ لَا، فَإِنْ كَانَ الثَّانِي فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ عَلَى كُلِّ حَالٍ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمُتَسَبِّبٍ وَلَا مُبَاشِرٍ.

وَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ فَعَلَيْهِ الضَّمَانُ عَلَى كُلِّ حَالٍ سَوَاءً كَانَ مَعَهَا سَائِقُهَا أَوْ قَائِدُهَا أَوْ لَا وَاقِفَةً أَوْ سَائِرَةً، لِأَنَّ صَاحِبَهَا إِمَّا مُبَاشِرٌ أَوْ مُتَسَبِّبٌ مُتَعَدٍّ، إِذْ لَيْسَ لَهُ إِيقَافُ الدَّابَّةِ وَتَسْيِيرُهَا فِي مِلْكِ الْغَيْرِ بغيرِ إِذْنِهِ، وَإِنْ كَانَتْ فِي طَرِيقِ الْمُسْلِمِينَ وَقَدْ أَوْقَفَهَا صَاحِبُهَا فَعَلَيْهِ ضَمَانٌ مَا تَلَفَ فِي الْوُجُوهِ كُلِّهَا لِأَنَّهُ بِالْإِيقَافِ مُتَسَبِّبٌ مُتَعَدٍّ، إِذْ لَيْسَ لَهُ شَعْلُ طَرِيقِ الْمُسْلِمِينَ بِإِيقَافِ الدَّابَّةِ فِيهِ، وَإِنْ كَانَتْ سَائِرَةً، فَإِمَّا أَنْ يَكُونَ صَاحِبُهَا مَعَهَا أَوْ لَمْ

يَكُنْ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فَأَمَّا إِنْ سَارَتْ بِإِرْسَالِهِ أَوْ انْفَلَتَتْ فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ ضَمِنَ مَا أَثْلَفَتْ مَا لَمْ تَتَحَوَّلْ عَنْ جِهَةِ الْإِرْسَالِ يَمَنَةً أَوْ يَسْرَةً لَأَنَّ إِرْسَالَهَا بِلا حَافِظٍ سَبَبٌ لِلِإِثْلَافِ وَهُوَ فِيهِ مُتَعَدِّ.

وإِنْ كَانَ الثَّانِي فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ فِي الْوُجُوهِ كُلِّهَا، وَإِنْ كَانَ صَاحِبُهَا مَعَهَا ضَمِنَ مَا أَثْلَفَتْ رَاكِبًا كَانَ أَوْ سَائِقًا أَوْ قَائِدًا إِلَّا التَّفَحُّةَ بِالرَّجُلِ أَوْ الذَّنْبَ لِأَنَّهُ مُبَاشِرٌ أَوْ مُتَسَبِّبٌ مُتَعَدِّ. وَالْعَرَضُ مِنْ هَذَا الْإِسْهَابِ بَيَانُ قَوْلِ الْمُصَنِّفِ رَحِمَهُ اللَّهُ: الرَّاكِبُ ضَامِنٌ لِمَا أَوْطَأَتِ الدَّابَّةُ، إِلَى قَوْلِهِ: وَكَذَا إِذَا صَدَمَتْ أَنَّهُ مَحْمُولٌ عَلَى مَا إِذَا لَمْ يَكُنْ الرَّاكِبُ فِي مَلِكِهِ، لَأَنَّ هَذَا الْجَوَابَ إِنْ اسْتَقَامَ فِي قَوْلِهِ مَا أَصَابَتْ يَدَيْهَا أَوْ بِرِجْلِهَا لَا يَسْتَقِيمُ فِي قَوْلِهِ أَوْ كَدَمَتْ أَوْ خَبَطَتْ أَوْ صَدَمَتْ فِيمَا إِذَا كَانَ فِي مَلِكِهِ عَلَى مَا مَرَّ آنفًا، وَذَكَرَ الْأَصْلَ الَّذِي يُبْنِي عَلَيْهِ هَذِهِ الْفُرُوعُ فَقَالَ (وَالْأَصْلُ أَنَّ الْمُرُورَ فِي طَرِيقِ الْمُسْلِمِينَ مُبَاحٌ مُقَيَّدٌ بِشَرْطِ السَّلَامَةِ لِأَنَّهُ يَتَصَرَّفُ فِي حَقِّهِ مِنْ وَجْهِ وَفِي حَقِّ غَيْرِهِ مِنْ وَجْهِ لِكَوْنِهِ مُشْتَرَكًا بَيْنَ كُلِّ النَّاسِ).

أَمَّا أَنَّهُ يَتَصَرَّفُ فِي حَقِّهِ فَلَأَنَّ الْإِنْسَانَ لَا بُدَّ لَهُ مِنْ طَرِيقٍ يَمْشِي فِيهِ لِتَرْبِيبِ مُهِمَّاتِهِ، فَالْحَجَرُ عَنْ ذَلِكَ حَرَجٌ وَهُوَ مَذْفُوعٌ. وَأَمَّا أَنَّهُ يَتَصَرَّفُ فِي حَقِّ غَيْرِهِ فَلَأَنَّ غَيْرَهُ فِيهِ كَهَوٍ فِي الْاِحْتِيَاجِ، فَبِالنَّظَرِ إِلَى حَقِّهِ يَسْتَدْعِي الْإِبَاحَةَ مُطْلَقًا، وَبِالنَّظَرِ إِلَى حَقِّ غَيْرِهِ يَسْتَدْعِي الْحَجَرَ مُطْلَقًا، فَقُلْنَا بِإِبَاحَةٍ مُقَيَّدَةٍ بِشَرْطِ السَّلَامَةِ عَمَلًا بِالْوَجْهَيْنِ وَبَقِيَّةُ كَلَامِهِ وَاضِحَةٌ.

وَقَوْلُهُ (وَالْمُرْتَدِفُ فِيمَا ذَكَرْنَا) يَعْنِي فِي مُوجِبِ الْجِنَايَةِ (كَالرَّاكِبِ لِأَنَّ الْمَعْنَى) أَيِ الْمَعْنَى الْمَوْجِبَ وَهُوَ الْمُبَاشَرَةُ وَالتَّصَرُّفُ فِي الدَّابَّةِ بِالتَّسْيِيرِ عَلَى مَا أَرَادَ (لَا يَخْتَلَفُ) لِأَنَّهَا فِي أَيْدِيهِمْ وَتَحْتَ تَصَرُّفِهِمْ. وَقَوْلُهُ (نَمَ هُوَ) يَعْنِي الْإِيقَافَ (أَكْثَرُ ضَرَرًا بِالْمَارَةِ) جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ: سَلَّمْنَا أَنَّ الْإِيقَافَ لَيْسَ مِنْ ضَرُورَاتِ السَّيْرِ لَكِنَّهُ مِثْلُهُ فِي كَوْنِهِ تَصَرُّفًا فِي الدَّابَّةِ فَلْيَلْتَحِقْ بِهِ، وَوَجْهُهُ أَنَّهُ أَضَرُّ مِنْهُ (لَمَّا أَنَّهُ) أَيِ الْإِيقَافِ (أَدْوَمُ مِنَ السَّيْرِ) فَلَا يَلْحَقُ بِهِ.

وَقَوْلُهُ (وَالسَّائِقُ ضَامِنٌ) لَمَّا فَرَعَ مِنْ بَيَانِ أَحْكَامِ الرَّاكِبِ بَيْنَ أَحْكَامِ السَّائِقِ وَالْقَائِدِ، وَقَوْلُهُ (وَالْمُرَادُ التَّفَحُّةُ) أَيِ مِنْ قَوْلِهِ لَمَّا أَصَابَتْ يَدَيْهَا أَوْ رِجْلَهَا، وَإِنَّمَا فَسَّرَ

بِذَلِكَ لئَلَّا يُتَوَهَّمُ أَنَّ الْمُرَادَ بِهِ الْوَطْءُ فَإِنَّهُ يُوجِبُ الضَّمَانَ عَلَى السَّائِقِ وَالْقَائِدِ بِلَا خِلَافٍ لِأَحَدٍ فِيهِ.

وَقَوْلُهُ (وَالِيهِ مَالُ بَعْضِ الْمَشَايِخِ رَحِمَهُمُ اللَّهُ) يَعْنِي الْعِرَاقِيِّينَ. وَقَوْلُهُ (فَيُمْكِنُهُ الْإِحْتِرَازُ عَنْهُ) يَعْنِي بِإِبْعَادِ الدَّابَّةِ عَنِ الْمُتْلِفِ أَوْ بِإِبْعَادِهِ عَنْهَا. وَقَوْلُهُ (وَقَالَ أَكْثَرُ الْمَشَايِخِ رَحِمَهُمُ اللَّهُ) يُرِيدُ مَشَايِخَ مَا وَرَاءَ النَّهْرِ، وَقَوْلُهُ (مَا ذَكَرْتَاهُ) يَعْنِي قَوْلُهُ فَلَا يُمْكِنُهُ التَّحَرُّزُ. وَقَوْلُهُ (وَقَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «الرَّجُلُ جُبَارٌ» مَعْطُوفٌ عَلَى قَوْلِهِ مَا ذَكَرْتَاهُ. وَمَعْنَى جُبَارٌ: هَذَرٌ وَمَعْنَاهُ النَّفْحَةُ بِالرَّجُلِ لِأَنَّ الْوَطْءَ مَضْمُونٌ بِالْإِجْمَاعِ.

وَقَوْلُهُ (وَأَنْتَقَالَ الْفَعْلُ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ لِأَنَّ فِعْلَهَا مُضَافٌ إِلَيْهِمْ: يَعْنِي أَنَّ ذَلِكَ يَكُونُ بِالْقِيَاسِ عَلَى الْإِكْرَاهِ، وَلَا يَكَادُ يَصِحُّ لِأَنَّ هُنَاكَ الْإِنْتِقَالَ بِتَخْوِيفِ الْقَتْلِ وَهُنَا تَخْوِيفٌ بِالضَّرْبِ فَلَا يَلْحَقُ بِهِ، قِيلَ وَفِيهِ ضَعْفٌ لِأَنَّهُ لَمْ يَقُلْ بِذَلِكَ قِيَاسًا عَلَى الْإِكْرَاهِ، وَإِنَّمَا قَالَ بِنَاءً عَلَى أَصْلٍ آخَرَ وَهُوَ أَنَّ سَيْرَ الدَّابَّةِ مُضَافٌ إِلَى رَاكِبِهَا وَلَا كَلَامَ فِيهِ وَإِنَّمَا الْكَلَامُ فِي النَّفْحَةِ وَمَعَ ذَلِكَ لَا يَخْلُو عَنْ ضَعْفٍ. وَالْجَوَابُ الْقَوِيُّ مَا ذَكَرَهُ يَقُولُهُ وَالْحُجَّةُ عَلَيْهِ مَا ذَكَرْتَاهُ، وَقَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «الرَّجُلُ جُبَارٌ» وَآتَى بِرِوَايَةِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ لاشتِمَالِهَا عَلَى الضَّابِطِ الْكُلِّيِّ وَبَيَانِ الْكُفَّارَةِ. وَقَوْلُهُ (لَمَّا ذَكَرْتَاهُ) إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ لِأَنَّ التَّلْفَ يَثْقَلُ.

وَقَوْلُهُ (عَلَى مَا ذَكَرْتَاهُ) إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ لِأَنَّهُ لَا يَتَّصِلُ مِنْهُمَا إِلَى الْمَحَلِّ شَيْءٌ. وَقَوْلُهُ (لَأَنَّ كُلَّ ذَلِكَ سَبَبُ الضَّمَانِ) يَعْنِي أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِانْفِرَادِهِ عَامِلٌ فِي الْإِثْلَافِ فَإِنَّ السُّوقَ لَوْ انْفَرَدَ عَنِ الرُّكُوبِ أَوْجَبَ ضَمَانَ مَا أَتْلَفَتْ بِالْوَطْءِ، وَكَذَلِكَ الرُّكُوبُ فَلَمْ يَجْزُ أَنْ يُضَافَ عَمَلُ السُّوقِ فِي الْإِثْلَافِ إِلَى الرُّكُوبِ، بَلْ كَانَ التَّلْفُ مُضَافًا إِلَيْهِمَا نِصْفَيْنِ، وَالْمُسَبَّبُ إِنَّمَا لَا يَضْمَنُ مَعَ الْمُبَاشِرِ إِذَا كَانَ سَبَبًا لَا يَعْمَلُ فِي التَّلْفِ عِنْدَ انْفِرَادِهِ، كَالْحَفْرِ فَإِنَّهُ لَا يُوجِبُ التَّلْفَ مُنْفَرِدًا عَنِ الدَّفْعِ الَّذِي هُوَ مُبَاشَرَةٌ، وَتَذَكَّرْ تَخْصِصَ الْعِلَلِ وَمُخْلَصُهُ فَإِنَّهُ مِنْ مَطْنَاهُ.

قَالَ (وَإِذَا اصْطَدَمَ فَارِسَانِ فَمَاتَا فَعَلَى عَاقِلَتَيْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا دِيَّةُ الْآخَرِ) وَقَالَ زُفَرٌ وَالشَّافِعِيُّ: يَجِبُ عَلَى عَاقِلَتَيْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نِصْفُ دِيَّةِ الْآخَرِ لَمَّا رُوِيَ ذَلِكَ عَنْ عَلِيٍّ عليه السلام، وَلَأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَاتَ بِفِعْلِهِ وَفِعْلُ صَاحِبِهِ، لِأَنَّهُ بِصَدْمَتِهِ أَلَمَ نَفْسَهُ

وَصَاحِبُهُ فَيُهْدَرُ نِصْفُهُ وَيُعْتَبَرُ نِصْفُهُ، كَمَا إِذَا كَانَ الْاصْطِدَامُ عَمْدًا، أَوْ جَرَحَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نَفْسَهُ وَصَاحِبَهُ جِرَاحَةً أَوْ حَفَرَ عَلَى قَارِعَةِ الطَّرِيقِ بَثْرًا فَانْهَارَ عَلَيْهِمَا يَجِبُ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا النِّصْفُ فَكَذَا هَذَا. وَلَنَا أَنْ الْمَوْتُ يُضَافُ إِلَى فِعْلِ صَاحِبِهِ لِأَنْ فِعْلَهُ فِي نَفْسِهِ مُبَاحٌ وَهُوَ الْمَشْيُ فِي الطَّرِيقِ فَلَا يَصْلُحُ مُسْتَنَدًا لِلِإِضَافَةِ فِي حَقِّ الضَّمَانِ، كَالْمَاشِي إِذَا لَمْ يَعْلَمْ بِالْبَثْرِ وَوَقَعَ فِيهَا لَا يُهْدَرُ شَيْءٌ مِنْ دَمِهِ، وَفِعْلُ صَاحِبِهِ وَإِنْ كَانَ مُبَاحًا، لَكِنَّ الْفِعْلَ الْمُبَاحَ فِي غَيْرِهِ سَبَبٌ لِلضَّمَانِ كَالنَّائِمِ إِذَا انْقَلَبَ عَلَى غَيْرِهِ. وَرُوِيَ عَنْ عَلِيٍّ عليه السلام أَنَّهُ أَوْجِبَ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا كُلَّ الدِّيَةِ فَتَعَارَضَتْ رَوَايَتَاهُ فَرَجَحْنَا بِمَا ذَكَرْنَا، وَفِيمَا ذَكَرَ مِنَ الْمَسَائِلِ الْفِعْلَانِ مَحْظُورَانِ فَوُضِّحَ الْفَرْقُ.

هَذَا الَّذِي ذَكَرْنَا إِذَا كَانَ حُرَيْنِ فِي الْعَمْدِ وَالْخَطَا، وَلَوْ كَانَ عَبْدَيْنِ يَهْدُرُ الدَّمُ فِي الْخَطَا لِأَنَّ الْجِنَايَةَ تَعَلَّقَتْ بِرَقَبَتِهِ دَفْعًا وَفِدَاءً، وَقَدْ قَاتَتْ لَا إِلَى خُلْفٍ مِنْ غَيْرِ فِعْلِ الْمَوْلَى فَهْدَرُ ضَرُورَةٍ، وَكَذَا فِي الْعَمْدِ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا هَلَكَ بَعْدَمَا جَنَى وَلَمْ يَخْلُفْ بَدَلًا، وَلَوْ كَانَ أَحَدُهُمَا حُرًّا وَالْآخَرُ عَبْدًا فَفِي الْخَطَا تَحِبُّ عَلَى عَاقِلَةِ الْحُرِّ الْمَقْتُولِ قِيمَةُ الْعَبْدِ فَيَأْخُذُهَا وَرَثَةُ الْمَقْتُولِ الْحُرِّ، وَيَبْطُلُ حَقُّ الْحُرِّ الْمَقْتُولِ فِي الدِّيَةِ فِيمَا زَادَ عَلَى الْقِيَمَةِ، لِأَنَّ أَصْلَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ تَحِبُّ الْقِيَمَةُ عَلَى الْعَاقِلَةِ لِأَنَّهُ ضَمَانَ الْأَدَمِيِّ فَقَدْ أَخْلَفَ بَدَلًا بِهَذَا الْقَدْرِ فَيَأْخُذُهُ وَرَثَةُ الْحُرِّ الْمَقْتُولِ وَيَبْطُلُ مَا زَادَ عَلَيْهِ لِعَدَمِ الْخُلْفِ، وَفِي الْعَمْدِ يَجِبُ عَلَى عَاقِلَةِ الْحُرِّ نِصْفُ قِيَمَةِ الْعَبْدِ لِأَنَّ الْمَضْمُونُ هُوَ النِّصْفُ فِي الْعَمْدِ، وَهَذَا الْقَدْرُ يَأْخُذُهُ وَلِيُّ الْمَقْتُولِ، وَمَا عَلَى الْعَبْدِ فِي رَقَبَتِهِ وَهُوَ نِصْفُ دِيَةِ الْحُرِّ يَسْقُطُ بِمَوْتِهِ إِلَّا قَدْرَ مَا أَخْلَفَ مِنَ الْبَدَلِ وَهُوَ نِصْفُ الْقِيَمَةِ.

الشرح:

وَقَالَ (إِذَا اصْطَدَمَ فَارِسَانِ إِلَخْ) أَيُّ ضَرَبَ أَحَدُهُمَا الْآخَرَ بِنَفْسِهِ، وَحُكْمُ الْمَاشِيَيْنِ حُكْمُ الْفَارِسَيْنِ، لَكِنَّ لَمَّا كَانَ مَوْتُ الْمُصْطَدِمَيْنِ غَالِبًا فِي الْفَارِسَيْنِ خَصَّهُمَا بِالذِّكْرِ، وَمَا ذَكَرَ زُفَرُ وَالشَّافِعِيُّ رَحِمَهُمَا اللَّهُ وَجْهَ الْقِيَاسِ، وَمَا قُلْنَا وَجْهَ الْاسْتِحْسَانِ، وَقَدْ رُوِيَ عَنْ عَلِيٍّ عليه السلام كِلَا الْوَجْهَيْنِ فَتَعَارَضَتْ رَوَايَتَاهُ فَرَجَحْنَا قَوْلَنَا بِمَا ذَكَرْنَاهُ: يَعْنِي قَوْلَهُ لِأَنَّ فِعْلَهُ فِي نَفْسِهِ مُبَاحٌ وَهُوَ الْمَشْيُ فِي الطَّرِيقِ إِلَخْ، وَفِيهِ بَحْثٌ مِنْ وَجْهَيْنِ: أَحَدُهُمَا أَنَّ الْخَصْمَ أَيْضًا تَرَجَّحَ جَانِبُهُ بِمَا ذَكَرَهُ مِنَ الْمَعْنَى فَتَعَارَضَتْ جِهَتَا التَّرْجِيحِ.

وَالثَّانِي أَنَّ مَا ذُكِرَ ثُمَّ قِيَاسٌ، وَالْقِيَاسُ يَصْلُحُ حُجَّةً، وَمَا صَلَحَ حُجَّةً لَمْ يَصْلُحْ مَرْجَحًا.
وَالْجَوَابُ عَنْ الْأَوَّلِ أَنَّ مَا ذَكَرَهُ مَنقُوضٌ بِالْوَاقِعِ فِي الْبَيْتِ بِمَشْيِهِ فَيَكُونُ فَاسِدًا،
وَعَنْ الثَّانِي أَنَّ الْقِيَاسَ فِي مُقَابَلَةِ النَّصِّ لَا يَصْلُحُ حُجَّةً. وَقَوْلُهُ (وَفِيمَا ذُكِرَ) جَوَابٌ عَنْ
الْمَسَائِلِ الْمَذْكُورَةِ فِي جِهَتَيْهِمَا، وَذَلِكَ لِأَنَّ الْفِعْلَ لَمَّا كَانَ مُحْظُورًا كَانَ مُوجِبًا لِلضَّمَانِ،
وَلَكِنْ لَمْ يَظْهَرْ فِي حَقِّ نَفْسِهِ لِعَدَمِ الْفَائِدَةِ فَسَقَطَ إِجَابَةُ الضَّمَانِ فِي حَقِّ نَفْسِهِ وَاعْتَبِرَ
فِي حَقِّ غَيْرِهِ فَلِذَلِكَ وَجَبَ عَلَى عَاقِلَةٍ كُلِّ مِنْهُمَا نَصْفُ الدِّيَةِ، وَأَمَّا فِيمَا نَحْنُ فِيهِ
فَالْمَشْيُ مُبَاحٌ مُحْضٌ فَلَمْ يَتَعَقَّدْ مُوجِبًا لِلضَّمَانِ فِي حَقِّ نَفْسِهِ أَصْلًا فَكَانَ صَاحِبُهُ قَاتِلًا
لَهُ مِنْ غَيْرِ مُعَارَضَةٍ أَحَدٍ لَهُ فِي قَتْلِهِ، فَيَجِبُ عَلَى عَاقِلَةٍ كُلِّ مِنْهُمَا تَمَامُ دِيَةِ الْآخَرِ،
كَمَنْ مَشَى حَتَّى سَقَطَ فِي الْبَيْتِ ضَمِنَ الْخَافِرُ وَإِنْ كَانَ السَّقُوطُ بِالْخَفَرِ وَالْمَشْيُ جَمِيعًا،
لَكِنْ لَمَّا كَانَ الْمَشْيُ مُبَاحًا لَمْ يُعْتَبَرْ.

وَقَوْلُهُ (هَذَا الَّذِي ذَكَرْنَا إِذَا كَانَا حُرَّيْنِ فِي الْعَمْدِ وَالْخَطَا) أَيُّ وَجُوبُ تَنْصِيفِ
الدِّيَةِ فِي الْعَمْدِ عَلَى عَاقِلَةٍ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا، وَفِي الْخَطَا الدِّيَةُ الْكَامِلَةُ عَلَى مَا ذَكَرَ
فِي الْكِتَابِ، إِلَّا أَنَّهُ ذَكَرَ الْخَطَا فِي وَضْعِ الْمَسْأَلَةِ وَالْعَمْدِ فِي بَيَانِ قَوْلِ الْخَصْمِ.
وَقَوْلُهُ (فَيَأْخُذْهَا) أَيُّ قِيَمَةِ الْعَبْدِ وَرَقَّةُ الْمَقْتُولِ الْحُرِّ، قِيلَ يَنْبَغِي أَنْ تَسْقُطَ عَنْ
الْعَاقِلَةِ لِأَنَّ الدِّيَةَ أَوَّلًا تَثْبُتُ لِلْمَيِّتِ لَا مَحَالَةَ وَالْوَرَقَةُ يَخْلِفُونَهَا وَالْعَاقِلَةُ يَتَحَمَّلُونَ هَاهُنَا
مُوجِبَ جَنَائِتِهِ، فَلَمَّا مَلَكَ الْمَيِّتُ مَا تَحْمِلُهُ الْعَاقِلَةُ سَقَطَ عَنْهُمْ، كَمَا قُلْنَا فِي امْرَأَةٍ
قَطَعَتْ يَدَ رَجُلٍ خَطَاً فَتَزَوَّجَهَا عَلَى الْيَدِ وَمَا يَحْدُثُ مِنْهُ فَإِنَّ الدِّيَةَ تَصِيرُ مَهْرًا وَتَسْقُطُ
عَنِ الْعَاقِلَةِ.

وَأُجِيبَ بِأَنَّ السَّقُوطَ إِنَّمَا يَكُونُ فِيمَا إِذَا كَانَ الرَّاجِعُ هُوَ الْجَانِي وَهَاهُنَا الرَّاجِعُ
وَارِثُهُ فَبِالنَّظَرِ إِلَى أَنَّ الْمُسْتَحَقَّ أَوَّلًا هُوَ الْجَانِي يَسْقُطُ وَبِالنَّظَرِ إِلَى أَنَّ الرَّاجِعَ غَيْرُهُ لَا
يَسْقُطُ فَلَا يَسْقُطُ بِالشُّكِّ، وَالْبَاقِي وَاضِحٌ.

قَالَ (وَمَنْ سَاقَ دَابَّةً فَوَقَعَ السَّرْجَ عَلَى رَجُلٍ فَقَتَلَهُ ضَمِنَ، وَكَذَا عَلَى هَذَا سَائِرُ
أَدَوَاتِهِ كَاللِّجَامِ وَنَحْوِهِ، وَكَذَا مَا يَحْمِلُ عَلَيْهَا) لِأَنَّهُ مُتَعَدٍّ فِي هَذَا التَّسْبِيبِ، لِأَنَّ الْوُقُوعَ
بِتَقْصِيرٍ مِنْهُ وَهُوَ تَرَكُّ الشَّدِّ أَوْ الْإِحْكَامِ فِيهِ، بِخِلَافِ الرَّدَاءِ لِأَنَّهُ لَا يُشَدُّ فِي الْعَادَةِ، وَلِأَنَّهُ
قَاصِدٌ لِحِفْظِ هَذِهِ الْأَشْيَاءِ كَمَا فِي الْمَحْمُولِ عَلَى عَاتِقِهِ دُونَ اللَّبَاسِ عَلَى مَا مَرَّ مِنْ قَبْلُ

فَيُقَيَّدُ بِشَرْطِ السَّلَامَةِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (لَأَنَّهُ قَاصِدٌ لِحِفْظِ هَذِهِ الْأَشْيَاءِ) يَعْنِي السَّرَجَ وَسَائِرَ الْأَدَوَاتِ كَمَا فِي الْمَحْمُولِ عَلَى عَاتِقِهِ إِذَا وَقَعَ عَلَى شَيْءٍ فَأَتْلَفَهُ فَإِنَّهُ يَجِبُ الضَّمَانُ، بِخِلَافِ اللَّبَاسِ فَإِنَّهُ لَا يَقْصِدُ حِفْظَهُ. وَقَوْلُهُ (عَلَى مَا مَرَّ مِنْ قَبْلُ) أَيُّ فِي بَابِ مَا يُحَدِّثُهُ الرَّجُلُ فِي الطَّرِيقِ. قَالَ (وَمَنْ قَادَ قِطَارًا فَهُوَ ضَامِنٌ لِمَا أَوْطَأَ)، فَإِنْ وَطِئَ بَعِيرٌ إِنْسَانًا ضَمِنَ بِهِ الْقَائِدُ وَالْدِيَّةُ عَلَى الْعَاقِلَةِ لِأَنَّ الْقَائِدَ عَلَيْهِ حِفْظُ الْقِطَارِ كَالسَّائِقِ وَقَدْ أَمَكَّنَهُ ذَلِكَ وَقَدْ صَارَ مُتَعَدِّيًا بِالتَّقْصِيرِ فِيهِ، وَالتَّسْبِيبُ يَوْصَفُ التَّعْدِي سَبَبٌ لِلضَّمَانِ، إِلَّا أَنَّ ضَمَانَ النَّفْسِ عَلَى الْعَاقِلَةِ فِيهِ وَضَمَانُ الْمَالِ فِي مَالِهِ (وَأِنْ كَانَ مَعَهُ سَائِقٌ فَالضَّمَانُ عَلَيْهِمَا) لِأَنَّ قَائِدَ الْوَاحِدِ قَائِدٌ لِلْكَلِّ، وَكَذَا سَائِقُهُ لَا تَتَّصِلُ الْأَزْمَةُ، وَهَذَا إِذَا كَانَ السَّائِقُ فِي جَانِبٍ مِنَ الْإِبِلِ، أَمَّا إِذَا كَانَ تَوَسُّطَهَا وَأَخَذَ بِرِمَامٍ وَاحِدٍ يَضْمَنُ مَا عَطِبَ بِمَا هُوَ خَلْفُهُ، وَيَضْمَنَانِ مَا تَلَفَ بِمَا بَيْنَ يَدَيْهِ لِأَنَّ الْقَائِدَ لَا يَقْضُو مَا خَلْفَ السَّائِقِ لَانْفِصَامِ الزَّمَانِ، وَالسَّائِقُ يَسْوَقُ مَا يَكُونُ قُدَّامَهُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ قَادَ قِطَارًا) الْقِطَارُ: الْإِبِلُ تُقَطَّرُ عَلَى نَسْتٍ وَاحِدٍ وَالْجَمْعُ قُطَرٌ، وَكَلَامُهُ وَاضِحٌ.

قَالَ (وَأِنْ رَبَطَ رَجُلٌ بَعِيرًا إِلَى الْقِطَارِ وَالْقَائِدُ لَا يَعْلَمُ فَوَطِئَ الْمَرْبُوطُ إِنْسَانًا فَقَتَلَهُ فَعَلَى عَاقِلَةِ الْقَائِدِ الدِّيَّةُ) لِأَنَّهُ يُمْكِنُهُ صِيَانَةُ الْقِطَارِ عَنْ رَبِطٍ غَيْرِهِ، فَإِذَا تَرَكَ الصِّيَانَةَ صَارَ مُتَعَدِّيًا، وَفِي التَّسْبِيبِ الدِّيَّةُ عَلَى الْعَاقِلَةِ كَمَا فِي الْقَتْلِ الْخَطِئِ (ثُمَّ يَرْجِعُونَ بِهَا عَلَى عَاقِلَةِ الرَّابِطِ) لِأَنَّهُ هُوَ الَّذِي أَوْقَعَهُمْ فِي هَذِهِ الْعَهْدَةِ، وَإِنَّمَا لَا يَجِبُ الضَّمَانُ عَلَيْهِمَا فِي الْإِبْتِدَاءِ وَكُلُّ مِنْهُمَا مُسَبَّبٌ لِأَنَّ الرَّبِطَ مِنَ الْقَوْدِ بِمَنْزِلَةِ التَّسْبِيبِ مِنَ الْمُبَاشَرَةِ لَا تَتَّصِلُ التَّلَفُ بِالْقَوْدِ دُونَ الرَّبِطِ. قَالُوا: هَذَا إِذَا رَبَطَ وَالْقِطَارُ يَسِيرُ لِأَنَّهُ أَمَرَ بِالْقَوْدِ دَلَالَةً، فَإِذَا لَمْ يَعْلَمْ بِهِ لَا يُمْكِنُهُ التَّحْقُظُ مِنْ ذَلِكَ فَيَكُونُ قَرَارُ الضَّمَانِ عَلَى الرَّابِطِ، أَمَّا إِذَا رَبَطَ وَالْإِبِلُ قِيَامٌ ثُمَّ قَادَهَا ضَمِنَهَا الْقَائِدُ لِأَنَّهُ قَادَ بَعِيرَ غَيْرِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ لَا صَرِيحًا وَلَا دَلَالَةً فَلَا يَرْجِعُ بِمَا لِحَقَّهُ عَلَيْهِ.

الشرح:

قَالَ (وَإِنْ رَبَطَ رَجُلٌ بَعِيرًا إِلَى الْقِطَارِ إِخْرَجَ) رَجُلٌ رَبَطَ بَعِيرًا إِلَى قِطَارٍ يَقُودُهُ رَجُلٌ. فَإِمَّا أَنْ يَعْلَمَ بِرَبْطِهِ الْقَائِدُ أَوْ لَمْ يَعْلَمْ، فَإِنْ كَانَ الثَّانِي وَقَدْ وَطِئَ الْمَرْبُوطُ إِنْسَانًا فَقَتَلَهُ فَعَلَى عَاقِلَةِ الْقَائِدِ الدِّيَّةُ لِإِمْكَانِ تَحْرِزِهِ عَنْ رَبْطِ الْبَعِيرِ، فَإِذَا تَرَكَ ذَلِكَ صَارَ مُتَسَبِّبًا مُتَعَدِّيًّا وَالدِّيَّةُ فِي مِثْلِهِ عَلَى الْعَاقِلَةِ كَمَا فِي الْقَتْلِ الْخَطَأِ ثُمَّ تَرْجِعُ عَاقِلَةُ الْقَائِدِ بِمَا ضَمِنُوا مِنَ الدِّيَّةِ عَلَى عَاقِلَةِ الرَّابِطِ لِأَنَّهُ هُوَ الَّذِي أَوْفَعَهُمْ فِي هَذِهِ الْعُهُدَةِ، كَذَا فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ. وَوَقَعَ فِي رِوَايَةِ الْمَبْسُوطِ: ضَمِنَ الْقَائِدُ ثُمَّ يَرْجِعُ عَلَى الَّذِي رَبَطَ الْبَعِيرَ، وَوَقَّعَ الْإِمَامُ الْمُحِبُّوبِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ بَيْنَهُمَا بِأَنَّهُ اعْتَبَرَ فِي الْمَبْسُوطِ حَقِيقَةَ الضَّمَانِ.

فَإِنَّهُ فِي الْحَقِيقَةِ عَلَى الْقَائِدِ وَالرَّابِطِ، إِلَّا أَنَّ الْعَوَاقِلَ تَعْقِلُ عَنْهُمَا.

وَاعْتَبَرَ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ حَالِ الضَّمَانِ وَقَرَّارَهُ وَهُوَ عَلَى الْعَاقِلَةِ، وَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ لَمْ يَرْجِعُوا لِأَنَّ الْقَائِدَ حِينَ عِلْمِهِ بِالرَّبْطِ فَقَدْ رَضِيَ بِمَا يَلْحَقُهُ مِنَ الضَّمَانِ فَلَا يَرْجِعُونَ عَلَيْهِمْ بِشَيْءٍ وَلَمْ يَذْكُرْهُ لظُهُورِهِ. وَقَوْلُهُ (وَإِنَّمَا لَا يَجِبُ الضَّمَانُ عَلَيْهِمَا ابْتِدَاءً) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (قَالُوا) يَعْنِي أَنَّ لَفْظَ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ غَيْرُ مُتَعَرِّضٍ لِلتَّسْوِيفِ وَالْوُقُوفِ، وَالْمَشَايِخُ رَحِمَهُمُ اللَّهُ قَالُوا هَذَا: أَيُّ رُجُوعٍ عَاقِلَةُ الْقَائِدِ عَلَى عَاقِلَةِ الرَّابِطِ إِذَا رَبَطَ وَالْقِطَارُ يَسِيرُ. أَمَّا إِذَا رَبَطَ وَالْإِبِلُ قِيَامٌ ثُمَّ قَادَهَا فَإِنَّهُ يَضْمَنُهَا الْقَائِدُ بِلَا رُجُوعٍ عَلَى أَحَدٍ، وَالْوَجْهُ مَا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ.

قَالَ (وَمَنْ أَرْسَلَ بِهَيْمَةً وَكَانَ لَهَا سَائِقًا فَأَصَابَتْ فِي فَوْرِهَا يَضْمَنُهُ) لِأَنَّ الْفِعْلَ

انْتَقَلَ إِلَيْهِ بِوَاسِطَةِ السُّوقِ. قَالَ (وَلَوْ أَرْسَلَ طَيْرًا وَسَاقَهُ فَأَصَابَ فِي فَوْرِهِ لَمْ يَضْمَنْ) وَالْفَرْقُ أَنَّ بَدَنَ الْبَهِيمَةِ يَحْتَمِلُ السُّوقَ فَاعْتَبِرَ سَوْفُهُ وَالطَّيْرُ لَا يَحْتَمِلُ السُّوقَ فَصَارَ وَجُودُ السُّوقِ وَعَدَمُهُ بِمَنْزِلَتِهِ، وَكَذَا لَوْ أَرْسَلَ كَلْبًا وَلَمْ يَكُنْ لَهُ سَائِقًا لَمْ يَضْمَنْ، وَلَوْ أَرْسَلَهُ إِلَى صَيْدٍ وَلَمْ يَكُنْ لَهُ سَائِقًا فَآخَذَ الصَّيْدَ وَقَتَلَهُ حَلًّا. وَوَجْهُ الْفَرْقِ أَنَّ الْبَهِيمَةَ مُخْتَارَةٌ فِي فِعْلِهَا وَلَا تَصْلُحُ نَائِبَةً عَنِ الْمُرْسِلِ فَلَا يُضَافُ فِعْلُهَا إِلَى غَيْرِهَا، هَذَا هُوَ الْحَقِيقَةُ، إِلَّا أَنَّ الْحَاجَةَ مَسَّتْ فِي الْأَصْطِيَادِ فَأُضِيفَ إِلَى الْمُرْسِلِ لِأَنَّ الْأَصْطِيَادَ مَشْرُوعٌ وَلَا طَرِيقَ لَهُ سِوَاهُ وَلَا حَاجَةَ فِي حَقِّ ضَمَانِ الْعُدَّانِ. وَزَوَّيَ عَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ أَوْجَبَ الضَّمَانَ فِي هَذَا كَلِّهِ احْتِيَاظًا صِيَانَةً لِأَمْوَالِ النَّاسِ. قَالَ ﷺ: وَذَكَرَ فِي الْمَبْسُوطِ إِذَا

أَرْسَلَ دَابَّةً فِي طَرِيقِ الْمُسْلِمِينَ فَأَصَابَتْ فِي قَوْرِهَا فَأَلْمَسِلُ ضَامِنٌ؛ لِأَنَّهُ سِيرَهَا مُضَافًا إِلَيْهِ مَا دَامَتْ تَسِيرُ عَلَى سَنَنِهَا، وَلَوْ انْعَطَفَتْ يَمَنَةً أَوْ يَسْرَةً انْقَطَعَ حُكْمُ الْإِرْسَالِ إِلَّا إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ طَرِيقٌ آخَرُ سِوَاهُ وَكَذَلِكَ إِذَا وَقَفَتْ ثُمَّ سَارَتْ بِخِلَافٍ مَا إِذَا وَقَفَتْ بَعْدَ الْإِرْسَالِ فِي الْأَصْطِيَادِ ثُمَّ سَارَتْ فَأَخَذَتْ الصَّيْدَ، لِأَنَّ تِلْكَ الْوَقْفَةَ تَحَقُّقُ مَقْصُودِ الْمُرْسِلِ لِأَنَّهُ لَتَمَكَّنِهِ مِنَ الصَّيْدِ، وَهَذِهِ ثَنَافِي مَقْصُودِ الْمُرْسِلِ وَهُوَ السَّيْرُ فَيَنْقَطِعُ حُكْمُ الْإِرْسَالِ، وَيَخِلَافُ مَا إِذَا أَرْسَلَهُ إِلَى صَيْدٍ فَأَصَابَ نَفْسًا أَوْ مَالًا فِي قَوْرِهِ لَا يَضْمَنُهُ مَنْ أَرْسَلَهُ، وَفِي الْإِرْسَالِ فِي الطَّرِيقِ يَضْمَنُهُ لِأَنَّهُ شَغَلَ الطَّرِيقَ تَعَدُّ فَيَضْمَنُ مَا تَوَلَّدَ مِنْهُ، أَمَّا الْإِرْسَالُ لِلْأَصْطِيَادِ فَمُبَاحٌ وَلَا تَسْبِيبٌ إِلَّا بِوَصْفِ التَّعَدِّي.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ أَرْسَلَ بِهِيمَةً) يُرِيدُ كَلْبًا لِقَوْلِهِ بَعْدَهُ وَكَذَا لَوْ أَرْسَلَ كَلْبًا، وَمَعْنَى سَوِّفَهُ إِيَّاهُ أَنْ يَمْشِيَ خَلْفَهُ (وَلَوْ أَرْسَلَ طَيْرًا) أَيُّ بَازِيًا وَسَاقَهُ فَأَصَابَ فِي قَوْرِهِ بِأَنْ قَتَلَ صَيْدًا مَمْلُوكًا لَمْ يَضْمَنْ الْمُرْسِلُ السَّائِقَ لَعَدَمِ اعْتِبَارِ السُّوقِ وَالْإِرْسَالِ فِيهِ فِي حَقِّ الضَّمَانِ، حَتَّى لَوْ كَانَ ذَلِكَ فِي الْحَرَمِ وَقَتْلَ صَيْدِ الْحَرَمِ لَمْ يَلْزَمُهُ شَيْءٌ.

وَقَوْلُهُ (الْإِرْسَالُ حُكْمُ الْإِرْسَالِ إِلَّا إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ طَرِيقٌ سِوَاهُ) أَيُّ سِوَى طَرِيقِ الْيَمَنِ وَالْيُسْرِى بِأَنْ كَانَ عَلَى الْحَادَّةِ مَاءٌ أَوْ وَحْلٌ فَحِينَئِذٍ لَا يَنْقَطِعُ حُكْمُ الْإِرْسَالِ كَمَا لَوْ لَمْ يَنْعَطِفْ يَمَنَةً وَيَسْرَةً. وَقَوْلُهُ (وَكَذَلِكَ إِذَا وَقَفَتْ ثُمَّ سَارَتْ) أَيُّ يَنْقَطِعُ حُكْمُ الْإِرْسَالِ. وَقَوْلُهُ (وَهَذِهِ) أَيُّ وَقْفَةُ الدَّابَّةِ ثَنَافِي مَقْصُودِ الْمُرْسِلِ وَهُوَ السَّيْرُ، فَإِنَّ مَقْصُودَهُ مِنَ الْإِرْسَالِ هُوَ السَّيْرُ لَا الْوُقُوفُ.

وَقَوْلُهُ (وَبِخِلَافٍ) مَعْطُوفٌ عَلَى قَوْلِهِ بِخِلَافٍ مَا إِذَا أَوْقَفَتْ لِأَنَّ حُكْمَهَا مُخَالَفٌ لِحُكْمِ أَصْلِ الْمَسْأَلَةِ، وَتَبَيَّنَ بِهِ الْفَرْقُ بَيْنَ الْإِرْسَالَيْنِ كَمَا بَيَّنَّ بِقَوْلِهِ بِخِلَافٍ مَا إِذَا وَقَفَتْ الْفَرْقُ بَيْنَ الْوَقَفَتَيْنِ.

قَالَ (وَلَوْ أَرْسَلَ بِهِيمَةً فَأَفْسَدَتْ زَرْعًا عَلَى قَوْرِهِ ضَمِنَ الْمُرْسِلُ، وَإِنْ مَالَتْ يَمِينًا أَوْ شِمَالًا) وَلَهُ طَرِيقٌ آخَرُ لَا يَضْمَنُ لَهَا مَرَّةً، وَلَوْ انْفَلَتَتِ الدَّابَّةُ فَأَصَابَتْ مَالًا أَوْ أَدَمِيًّا لَيْلًا أَوْ نَهَارًا (لَا ضَمَانَ عَلَى صَاحِبِهَا) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «جُرْحُ الْعَجَمَاءِ جُبَارٌ» وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: هِيَ الْمُنْفَلَتَةُ، وَلِأَنَّ الْفِعْلَ غَيْرُ مُضَافٍ إِلَيْهِ لَعَدَمِ مَا يُوجِبُ النِّسْبَةَ إِلَيْهِ

مِنَ الْإِرْسَالِ وَأَخَوَاتِهِ

الشرح:

وَقَوْلُهُ (عَلَى فَوْرِهِ) أَيِ فَوْرِ الْإِرْسَالِ وَهُوَ أَنْ لَا تَمِيلَ يَمِينًا وَلَا شِمَالًا. وَقَوْلُهُ (لَمَّا مَرَّ) إشارَةً إِلَى قَوْلِهِ انْقَطَعَ حُكْمُ الْإِرْسَالِ. وَقَوْلُهُ (قَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: هِيَ الْمُثْقَلَةُ) أَيِ الْعَجَمَاءِ الَّتِي أَهْدَرَ النَّبِيُّ ﷺ فِعْلَهَا هِيَ الْمُثْقَلَةُ لَا الَّتِي أُرْسِلَتْ، فَإِنَّ إِسْأَادَهَا إِذَا كَانَ فِي فَوْرِ الْإِرْسَالِ لَيْسَ بِجَبَّارٍ كَمَا ذَكَرْنَا أَنفًا فَكَانَ تَفْسِيرُهُ اخْتِرَازًا عَنِ الْأَجْرَاءِ عَلَى عُمُومِهِ.

وَقَوْلُهُ (مِنَ الْإِرْسَالِ وَأَخَوَاتِهِ) يَعْنِي السُّوقَ وَالْقَوْدَ وَالرُّكُوبَ. قَالَ فِي النَّهَائَةِ: كَانَ مِنْ حَقِّ الْكَلَامِ أَنْ يَقُولَ مِنَ الْإِرْسَالِ وَأَمْثَالِهِ أَوْ يَقُولَ مِنَ الْإِرْسَالِ وَأَخَوَاتِهَا بِتَأْوِيلِ الْكَلِمَةِ إِذِ السُّوقُ وَالْقَوْدُ لَمَّا كَانَ أُخْتًا لَا أَخًا لِلْإِرْسَالِ كَانَ الْإِرْسَالُ أُخْتًا أَيْضًا، وَإِلَّا يَلْزَمُ جَعْلُ بَعْضِ أَسْبَابِ التَّعْدِي أَخًا وَبَعْضُهَا أُخْتًا مِنْ غَيْرِ دَلِيلٍ، وَلَيْسَ بِشَيْءٍ لِأَنَّهُ لَيْسَ هَاهُنَا مُؤَنَّثٌ مَعْنَوِيٌّ خُولَفَ فِيمَا يَفْتَضِيهِ حَتَّى يُنَاقَشَ عَلَى ذَلِكَ.

قَالَ (شَاةٌ لِقَصَابٍ فَقَتَتْ عَيْنَهَا فَفِيهَا مَا نَقَصَهَا) لِأَنَّ الْمَقْصُودَ مِنْهَا هُوَ اللَّحْمُ فَلَا يُعْتَبَرُ إِلَّا النُّقْصَانُ (وَفِي عَيْنِ بَقَرَةٍ الْجَزَارِ وَجَزُورِهِ رُبْعُ الْقِيَمَةِ، وَكَذَا فِي عَيْنِ الْحِمَارِ وَابْغَلٍ وَالْفَرَسِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: فِيهِ النُّقْصَانُ أَيْضًا اعْتِبَارًا بِالشَّاةِ. وَلَنَا مَا رَوِيَ «أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ قَضَى فِي عَيْنِ الدَّائِيَةِ بِرُبْعِ الْقِيَمَةِ» وَهَكَذَا قَضَى عُمَرُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، وَلِأَنَّ فِيهَا مَقَاصِدَ سِوَى اللَّحْمِ كَالْحَمْلِ وَالرُّكُوبِ وَالزَّيْنَةِ وَالْجَمَالِ وَالْعَمَلِ، فَمِنْ هَذَا الْوَجْهِ تُشَبِّهُ الْأَدَمِيَّ وَقَدْ تَمَسَّكَ لِلْأَكْلِ، فَمِنْ هَذَا الْوَجْهِ تُشَبِّهُ الْمَأْكُولَاتِ فَعَمَلُنَا بِالشَّبْهَيْنِ بِشَبْهِ الْأَدَمِيِّ فِي إِيْجَابِ الرُّبْعِ وَبِالشَّبْهِ الْآخَرِ فِي نَفْيِ النُّصْفِ، وَلِأَنَّهُ إِنَّمَا يُمْكِنُ إِقَامَةُ الْعَمَلِ بِهَا بِأَرْبَعَةِ أَعْيُنٍ عَيْنَاهَا وَعَيْنَا الْمُسْتَعْمِلِ فَكَأَنَّهَا ذَاتُ أَعْيُنٍ أَرْبَعَةٍ فَيَجِبُ الرُّبْعُ بِقَوَاتِ أَحْدَاهَا.

الشرح:

قَالَ (شَاةٌ لِقَصَابٍ فَقَتَتْ عَيْنَهَا) الْجَزْرُ: الْقَطْعُ، وَجَزَرَ الْجَزُورَ: نَحَرَهَا، وَالْجَزُورُ مَا أُعِدَّ مِنَ الْإِبِلِ لِلنَّحْرِ يَقَعُ عَلَى الذَّكَرِ وَالْأُنْثَى وَهِيَ مُؤَنَّثٌ، وَإِنَّمَا قَالَ: وَجَزُورُهُ رُبْعُ الْقِيَمَةِ وَلَمْ يَقُلْ وَبَعِيرُهُ لِيَتَبَيَّنَ أَنَّ الْبَقَرَ وَالْإِبِلَ وَإِنْ أُعِدَّ اللَّحْمُ كَالشَّاةِ لَا يَخْتَلِفُ الْجَوَابُ فِيهِمَا، بَلْ سَوَاءٌ كَانَا مُعَدَّيْنِ لِلْحَمِّ أَوْ لِلْحَرْثِ وَالْحَمْلِ وَالرُّكُوبِ فَفِيهِ رُبْعُ الْقِيَمَةِ كَمَا

فِي الَّذِي لَا يُؤْكَلُ لَحْمُهُ كَالْبَعْلِ وَالْحِمَارِ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: فِيهِ النُّقْصَانُ وَاعْتِبَارُهُ بِالشَّاةِ عَمَلٌ بِالظَّاهِرِ. وَلَنَا مَا رَوَى خَارِجَةُ بْنُ زَيْدٍ بَنُ ثَابِتٍ عَنْ أَبِيهِ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ أَوْجَبَ ذَلِكَ، وَرَوَى عَنْ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّهُ قَضَى بِذَلِكَ فَتَرَكْنَا الْقِيَاسَ. فَإِنْ قِيلَ: يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ قَضَاءُ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فِيْمَا لَا يُؤْكَلُ لَحْمُهُ. فَالْجَوَابُ أَنَّ الْمَعْنَى الَّذِي أَوْجَبَ ذَلِكَ فِي غَيْرِ الْمَأْكُولِ مِنَ الْحَمَلِ وَالرُّكُوبِ وَالزَّيْنَةِ وَالْحِمَالِ، وَالْعَمَلُ مَوْجُودٌ فِي مَأْكُولِ اللَّحْمِ فَيَلْحَقُ بِهِ.

وَقَوْلُهُ (وَلَأَنَّ فِيهَا مَقَاصِدَ سِوَى اللَّحْمِ) دَلِيلٌ مَعْقُولٌ عَلَى ذَلِكَ وَهُوَ وَاضِحٌ. وَفِيهِ إِشَارَةٌ إِلَى الْجَوَابِ عَنْ الْقِيَاسِ عَلَى الشَّاةِ فَإِنَّ الْمَقْصُودَ مِنْهَا اللَّحْمُ وَفَقْدُ الْعَيْنِ لَا يُفَوِّتُهُ بَلْ هُوَ عَيْبٌ يَسِيرٌ فَيَلْزَمُ نُقْصَانُ الْمَالِيَةِ.

وَقَوْلُهُ (وَلَأَنَّهُ إِنَّمَا يُمَكِّنُ إِقَامَةَ الْعَمَلِ بِهَا) دَلِيلٌ آخَرُ. وَهُوَ أَيْضًا وَاضِحٌ لَكِنَّ الْاعْتِمَادَ عَلَى الْأَوَّلِ أَلَا تَرَى أَنَّ الْعَيْنَيْنِ لَا يُضْمَنَانِ بِنَصْفِ الْقِيَمَةِ، كَذَا قَالَهُ فَخَرُ الْإِسْلَامِ رَحِمَهُ اللَّهُ، وَإِنَّمَا قَالَ ذَلِكَ لِأَنَّ الْمَعْمُولَ بِهِ فِي هَذَا الْبَابِ النَّصُّ وَهُوَ وَرَدَ فِي عَيْنٍ وَاحِدَةٍ فَيَقْتَضِرُ عَلَيْهِ.

قَالَ (وَمَنْ سَارَ عَلَى دَابَّةٍ فِي الطَّرِيقِ فَضَرَبَهَا رَجُلٌ أَوْ نَحَسَهَا فَهَنَفَتْ رَجُلًا أَوْ ضَرَبَتْهُ بِيَدِهَا أَوْ نَفَرَتْ فَصَدَمَتْهُ فَقَتَلَتْهُ كَانَ ذَلِكَ عَلَى النَّاخِسِ دُونَ الرَّاكِبِ) هُوَ الْمُرُويُّ عَنْ عُمَرَ وَابْنِ مَسْعُودٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا، وَلَأَنَّ الرَّاكِبَ وَالْمَرْكَبَ مَدْفُوعَانِ بِدَفْعِ النَّاخِسِ فَأَضْيَفَ فِعْلُ الدَّابَّةِ إِلَيْهِ كَأَنَّهُ فَعَلَهُ بِيَدِهِ، وَلَأَنَّ النَّاخِسَ مُتَعَدٌّ فِي تَسْبِيهِهِ وَالرَّاكِبُ فِي فِعْلِهِ غَيْرُ مُتَعَدٍّ فَيَتَرَجَّحُ جَانِبُهُ فِي التَّغْرِيمِ لِلتَّعْدِي، حَتَّى لَوْ كَانَ وَأَقْفًا دَابَّتُهُ عَلَى الطَّرِيقِ يَكُونُ الضَّمَانُ عَلَى الرَّاكِبِ وَالنَّاخِسِ نِصْفَيْنِ لِأَنَّهُ مُتَعَدٌّ فِي الْإِيقَافِ أَيْضًا. قَالَ (وَإِنْ نَفَحَتْ النَّاخِسَ كَانَ دَمُهُ هَدْرًا) لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الْجَانِي عَلَى نَفْسِهِ (وَإِنْ أَلْقَتْ الرَّاكِبَ فَقَتَلَتْهُ كَانَ دِيَّتُهُ عَلَى عَاقِلَةِ النَّاخِسِ) لِأَنَّهُ مُتَعَدٌّ فِي تَسْبِيهِهِ وَفِيهِ الدِّيَّةُ عَلَى الْعَاقِلَةِ. قَالَ (وَلَوْ وَثَبَتْ بِنَحْسِهِ عَلَى رَجُلٍ أَوْ وَطِئَتْهُ فَقَتَلَتْهُ كَانَ ذَلِكَ عَلَى النَّاخِسِ دُونَ الرَّاكِبِ) لَمَّا بَيَّنَّاهُ، وَالْوَاقِفُ فِي مِلْكِهِ وَالَّذِي يَسِيرُ فِي ذَلِكَ سَوَاءٌ.

وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يَجِبُ الضَّمَانُ عَلَى النَّاخِسِ وَالرَّاكِبِ نِصْفَيْنِ، لِأَنَّ التَّلَفَ حَصَلَ بِثِقَلِ الرَّاكِبِ وَوُطْءِ الدَّابَّةِ، وَالثَّانِي مُضَافٌ إِلَى النَّاخِسِ فَيَجِبُ الضَّمَانُ عَلَيْهِمَا،

وَإِنْ نَحَسَّهَا بِإِذْنِ الرَّكَّابِ كَانَ ذَلِكَ بِمَنْزِلَةِ فِعْلِ الرَّكَّابِ لَوْ نَحَسَّهَا، وَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ فِي فَتْحَتِهَا لِأَنَّهُ أَمَرَهُ بِمَا يَمْلِكُهُ، إِذِ النَّحْسُ فِي مَعْنَى السُّوقِ فَصَحَّ أَمْرُهُ بِهِ، وَانْتَقَلَ إِلَيْهِ لِمَعْنَى الْأَمْرِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (أَوْ نَحَسَّهَا) يَعْنِي بَعِيرُ إِذْنِ الرَّكَّابِ وَالنَّحْسُ هُوَ الطَّغْنُ، وَمِنْهُ نَحَّاسُ الدَّوَابِّ دَلَالُهَا. فَإِنْ قِيلَ: الْقِيَاسُ يَفْتَضِي أَنْ يَكُونَ الضَّمَانُ عَلَى الرَّكَّابِ لِكَوْنِهِ مُبَاشِرًا وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُتَعَدِّيًا لِأَنَّ التَّعَدِّيَّ لَيْسَ مِنْ شَرْطِهِ، فَإِنْ لَمْ يَخْتَصَّ بِهِ فَلَا أَقْلَ مِنَ الشَّرِكَةِ. فَالْجَوَابُ أَنَّ الْقِيَاسَ يُتْرَكُ بِالْأَثَرِ، وَفِيهِ أَثَرُ عُمَرَ وَابْنِ مَسْعُودٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا، وَقَدْ أَشَارَ الْمُصَنِّفُ رَحِمَهُ اللَّهُ إِلَى الْجَوَابِ بِقَوْلِهِ وَلِأَنَّ الرَّكَّابَ وَالْمُرَكَّبَ مَدْفُوعَانِ بِدَفْعِ النَّاحِسِ، لِأَنَّ فِعْلَ الرَّكَّابِ قَدْ انْتَقَلَ إِلَى الدَّابَّةِ لِأَنَّ الْوَثْبَةَ الْمُهْلِكَةَ إِنَّمَا كَانَتْ مِنْهَا فَكَانَ مُضْطَرًّا فِي حَرَكَتِهِ، وَفِعْلُ الدَّابَّةِ قَدْ انْتَقَلَ إِلَى النَّاحِسِ لِكَوْنِهِ الْحَامِلِ لَهَا عَلَى ذَلِكَ مُلْجَأًا فَكَانَ النَّاحِسُ بِمَنْزِلَةِ الدَّافِعِ لِلدَّابَّةِ وَالرَّكَّابِ مَعًا عَلَى مَا فَعَلَ فِي الدَّابَّةِ، وَالْمَدْفُوعُ إِلَى الشَّيْءِ وَإِنْ كَانَ مُبَاشِرًا لَا يُعْتَبَرُ مُبَاشِرًا كَمَا فِي الْإِكْرَاهِ الْكَامِلِ، فَلَا يَجِبُ عَلَيْهِ جَزَاءُ الْمُبَاشَرَةِ إِنْ فُرِضَ مُبَاشِرًا وَلَا التَّسْيِيبُ أَيْضًا لِأَنَّهُ يَعْتَمِدُ التَّعَدِّيَّ وَهُوَ مَفْقُودٌ.

فَإِنْ قِيلَ: مَا بَالُ التَّفَحُّةِ أَوْجَبَتْ الضَّمَانَ عَلَى النَّاحِسِ دُونَ الرَّكَّابِ وَالسَّائِقِ أَيْضًا عِنْدَ أَكْثَرِ الْمَشَايخِ رَحِمَهُمُ اللَّهُ وَهِيَ مِمَّا لَا يُمَكِّنُ التَّحَرُّزُ عَنْهَا؟ فَالْجَوَابُ أَنَّهَا لَا تُوجِبُهُ عَلَى السَّائِقِ إِذَا كَانَ بِالْإِذْنِ وَهَاهُنَا بِلَا إِذْنٍ، فَلَوْ نَحَسَّ وَهُوَ مَأْذُونٌ كَانَ سَائِقًا، وَإِمَّا كَانَ التَّحَرُّزُ إِنَّمَا يُمَكِّنُ فِي حَقِّ غَيْرِ الْمُتَعَدِّيِّ وَغَيْرِ الْمَأْذُونِ بِذَلِكَ مُتَعَدِّيًا فَلَا يُعْتَبَرُ.

وَقَوْلُهُ (وَلِأَنَّ النَّاحِسَ مُتَعَدِّيًا فِي تَسْيِيبِهِ) دَلِيلٌ آخَرُ، وَفِيهِ نَظَرٌ لِأَنَّ الرَّكَّابَ إِنْ كَانَ فِعْلُهُ مُعْتَبَرًا فَهُوَ مُبَاشِرٌ وَالتَّعَدِّيُّ لَيْسَ مِنْ شَرْطِهِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُعْتَبَرًا لِكَوْنِهِ مَدْفُوعًا فَقَدْ اسْتَعْنَى عَنْ ذِكْرِهِ بِذِكْرِ الدَّلِيلِ الْأَوَّلِ، وَيُمْكِنُ أَنْ يُجَابَ عَنْهُ بِأَنَّ الرَّكَّابَ مُبَاشِرٌ فِيمَا إِذَا أُنْفِلَتْ بِالْوَطْءِ لِأَنَّهُ يُحْمَلُ التَّلَفُ بِالتَّقِلُّ كَمَا تَقَدَّمَ، وَلَيْسَ الْكَلَامُ هَاهُنَا فِي ذَلِكَ، وَإِنَّمَا هُوَ فِي التَّفَحُّعِ بِالرَّجُلِ وَالضَّرْبِ بِالْيَدِ وَالصَّدْمَةِ فَكَانَا مُتَسَبِّبِينَ، وَتَرَجَّحَ النَّاحِسُ فِي التَّعْرِيمِ لِلتَّعَدِّيِّ، وَفِي اسْتِعْمَالِ التَّرْجِيحِ هَاهُنَا تَسَامُحٌ، لِأَنَّ شَرْطَهُ إِذَا كَانَ مَفْقُودًا لَا يَصْلُحُ مُعَارِضًا حَتَّى يَحْتَاجَ إِلَى التَّرْجِيحِ، وَلَعَلَّ مَعْنَاهُ أُعْتَبِرَ مُوجِبًا فِي التَّعْرِيمِ

لأنَّ التَّرجيحَ سَبَبُ الاعتِبارِ فَكَانَ ذِكْرُ السَّبَبِ وَإِرَادَةُ الْمُسَبَّبِ، وَقَوْلُهُ (لَمَّا بَيَّنَّاهُ) إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ وَلأنَّ الرَّاكِبَ وَالْمَرْكَبَ مَدْفُوعَانِ.

وَفِي النِّهَايَةِ هُوَ قَوْلُهُ لِأَنَّهُ مُتَعَدٍّ فِي تَسْبِيهِهِ وَلَيْسَ بِشَيْءٍ فَنَائِلٍ. وَقَوْلُهُ (وَالوَاقِفُ فِي مِلْكِهِ وَالَّذِي يَسِيرُ فِي ذَلِكَ سَوَاءٌ) يَعْنِي يَجِبُ الضَّمَانُ عَلَى النَّاخِسِ فِي كُلِّ حَالٍ، وَفَيْدٌ بِمِلْكِهِ احْتِرَازًا عَمَّا تَقَدَّمَ مِنَ الْإِقَافِ فِي غَيْرِ الْمَلِكِ فَإِنَّهُ يَتَنَصَّفُ الضَّمَانُ هُنَاكَ عَلَى عَاقِلَتَيْهِمَا، وَقَوْلُهُ (وَالثَّانِي) أَيُّ الْوَطْءِ (مُضَافٌ إِلَى النَّاخِسِ) لِأَنَّهُ كَالسَّائِقِ لَهَا وَالسَّائِقُ مَعَ الرَّاكِبِ يَضْمَنَانِ مَا وَطِئَتْهُ الدَّابَّةُ، وَهَذِهِ رِوَايَةُ ابْنِ سِمَاعَةَ عَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ.

قَالَ (وَلَوْ وَطِئَتْ رَجُلًا فِي سِيرِهَا وَقَدْ نَخَسَهَا النَّاخِسُ بِإِذْنِ الرَّاكِبِ فَالْدِّيَّةُ عَلَيْهِمَا نِصْفَيْنِ جَمِيعًا إِذَا كَانَتْ فِي قَوْرِهَا الَّذِي نَخَسَهَا) لِأَنَّ سِيرَهَا فِي تِلْكَ الْحَالَةِ مُضَافٌ إِلَيْهِمَا، وَالْإِذْنُ يَتَنَاوَلُ فِعْلَهُ مِنْ حَيْثُ السُّوقُ وَلَا يَتَنَاوَلُهُ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ إِتْلَافٌ، فَمِنْ هَذَا الْوَجْهِ يَقْتَصِرُ عَلَيْهِ، وَالرُّكُوبُ وَإِنْ كَانَ عَلَتَ لِلْوَطْءِ فَالنَّخْسُ لَيْسَ بِشَرْطٍ لِهَذِهِ الْعِلَّةِ بَلْ هُوَ شَرْطٌ أَوْ عَلَتَ لِلسَّيْرِ وَالسَّيْرُ عَلَتَ لِلْوَطْءِ وَبِهَذَا لَا يَتَرَجَّعُ صَاحِبُ الْعِلَّةِ، كَمَنْ جَرَحَ إِنْسَانًا فَوَقَعَ فِي بَثْرِ حَفْرَةٍ غَيْرُهُ عَلَى قَارِعَةِ الطَّرِيقِ وَمَاتَ فَالْدِّيَّةُ عَلَيْهِمَا لَمَّا أَنَّ الْحَفَرَ شَرْطٌ عَلَتِ أُخْرَى دُونَ عَلَتِ الْجُرْحِ كَذَا هَذَا. ثُمَّ قِيلَ: يَرْجِعُ النَّاخِسُ عَلَى الرَّاكِبِ بِمَا ضَمِنَ فِي الْإِيطَاءِ لِأَنَّهُ فَعَلَهُ بِأَمْرِهِ.

وَقِيلَ: لَا يَرْجِعُ وَهُوَ الْأَصَحُّ فِيمَا أَرَاهُ، لِأَنَّهُ لَمْ يَأْمُرْهُ بِالْإِيطَاءِ وَالنَّخْسُ يَنْفَصِلُ عَنْهُ، وَصَارَ كَمَا إِذَا أَمَرَ صَبِيًّا يَسْتَمْسِكُ عَلَى الدَّابَّةِ بِتَسْيِيرِهَا فَوَطِئَتْ إِنْسَانًا وَمَاتَ حَتَّى ضَمِنَ عَاقِلَةُ الصَّبِيِّ فَإِنَّهُمْ لَا يَرْجِعُونَ عَلَى الْأَمْرِ لِأَنَّهُ أَمَرَهُ بِالتَّسْيِيرِ وَالْإِيطَاءُ يَنْفَصِلُ عَنْهُ، وَكَذَا إِذَا نَآوَلَهُ سِلَاحًا فَهَقَّتْ بِهِ آخَرَ حَتَّى ضَمِنَ لَا يَرْجِعُ عَلَى الْأَمْرِ، ثُمَّ النَّاخِسُ إِنَّمَا يَضْمَنُ إِذَا كَانَ الْإِيطَاءُ فِي قَوْرِ النَّخْسِ حَتَّى يَكُونَ السُّوقُ مُضَافًا إِلَيْهِ، وَإِذَا لَمْ يَكُنْ فِي قَوْرِ ذَلِكَ فَالضَّمَانُ عَلَى الرَّاكِبِ لِانْقِطَاعِ أَثَرِ النَّخْسِ فَبَقِيَ السُّوقُ مُضَافًا إِلَى الرَّاكِبِ عَلَى الْكَمَالِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (مُضَافٌ إِلَيْهِمَا) أَيُّ إِلَى الرَّاكِبِ وَالنَّاخِسِ.

وَفِي بَعْضِ النَّسخِ إِلَيْهَا: أَيُّ إِلَى النَّخْسَةِ. وَقَوْلُهُ (وَلَا يَتَنَاوَلُهُ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ
إِثْلَافٌ) لَوْجُودِ انفِصَالِ السُّوقِ عَنِ الْإِثْلَافِ فَلَيْسَ عَيْتُهُ وَلَا مِنْ ضَرُورَاتِهِ.
وَقَوْلُهُ (يَقْتَصِرُ عَلَيْهِ) أَيُّ عَلَى النَّاخِسِ لِأَنَّ الرَّاكِبَ أَذِنَ لَهُ بِالسُّوقِ لَا بِالْإِطَاءِ
وَالْإِثْلَافِ.

وَقَوْلُهُ (وَالرُّكُوبُ وَإِنْ كَانَ عِلَّةً) جَوَابُ سُؤَالِ تَقْرِيرِهِ الرَّاكِبُ صَاحِبُ عِلَّةٍ
لِلوَطْءِ عَلَى مَعْنَى أَنَّهُ يَسْتَعْمِلُ رَجُلَ الدَّابَّةِ فِي الْوَضْعِ وَالرَّفْعِ فَكَانَ ذَلِكَ بِمَنْزِلَةِ فِعْلٍ
رَجُلِهِ حَقِيقَةً، وَلِهَذَا يَجِبُ عَلَيْهِ الْكَفَّارَةُ دُونَ النَّاخِسِ، وَالنَّاخِسُ صَاحِبُ شَرْطٍ فِي حَقِّ
فِعْلِ الْوَطْءِ، وَالْإِضَافَةُ إِلَى الْعِلَّةِ أُولَى.

وَوَجْهُهُ أَنَّ الرُّكُوبَ وَإِنْ كَانَ عِلَّةً لِلوَطْءِ لَكِنَّ النَّخْسَ لَيْسَ بِشَرْطٍ لِهَذِهِ الْعِلَّةِ
لِتَأْخِرِهِ عَنِ الرُّكُوبِ، بَلْ هُوَ شَرْطٌ أَوْ عِلَّةٌ لِلسَّيْرِ وَالسَّيْرِ عِلَّةٌ لِلوَطْءِ، فَكَانَ الْوَطْءُ ثَابِتًا
بِعِلَّتَيْنِ فَيَجِبُ الضَّمَانُ عَلَيْهِمَا، وَقَدْ مَثَّلَ لَذَلِكَ بِمَا ذَكَرَ فِي الْكِتَابِ وَهُوَ وَاضِحٌ.
وَقَوْلُهُ (وَصَارَ كَمَا إِذَا أَمَرَ صَبِيًّا يَسْتَمْسِكُ) إِنَّمَا قِيدَ بِذَلِكَ لِأَنَّهُ إِذَا لَمْ يَسْتَمْسِكْ
فَلَا ضَمَانَ عَلَى أَحَدٍ، أَمَّا عَلَى الصَّبِيِّ فَلَأَنَّ مَسْكَهُ بِمَنْزِلَةِ الْحَمْلِ عَلَى الدَّابَّةِ فَلَا يُضَافُ
السَّيْرُ إِلَيْهِ وَأَمَّا عَلَى الرَّجُلِ فَلَأَنَّهُ لَمْ يُسَيِّرْهَا، وَإِذَا لَمْ يُضَفْ سَيْرُهَا إِلَى أَحَدٍ كَانَتْ
مُنْفَلَتَةً وَفِعْلُهَا جَبَّارًا.

(وَمَنْ قَادَ دَابَّةً فَنَخَسَهَا رَجُلٌ فَانْفَلَتَتْ مِنْ يَدِ الْقَائِدِ فَأَصَابَتْ فِي قَوْرِهَا فَهُوَ عَلَى
النَّاخِسِ وَكَذَا إِذَا كَانَ لَهَا سَانِقٌ فَنَخَسَهَا غَيْرُهُ لِأَنَّهُ مُضَافٌ إِلَيْهِ، وَالنَّاخِسُ إِذَا كَانَ
عَبْدًا فَالضَّمَانُ فِي رَقَبَتِهِ، وَإِنْ كَانَ صَبِيًّا فَفِي مَالِهِ لِأَنَّهُمَا مُؤَاخَذَانِ بِأَفْعَالِهِمَا) وَلَوْ
نَخَسَهَا شَيْءٌ مَنْصُوبٌ فِي الطَّرِيقِ فَتَفَحَّتْ إِنْسَانًا فَقَتَلَتْهُ فَالضَّمَانُ عَلَى مَنْ نَصَبَ ذَلِكَ
الشَّيْءَ لِأَنَّهُ مُتَعَدِّ بِشَغْلِ الطَّرِيقِ فَاضْيِيفَ إِلَيْهِ كَأَنَّهُ نَخَسَهَا بِفِعْلِهِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَالنَّاخِسُ إِذَا كَانَ عَبْدًا) يَعْنِي وَنَخَسَ بغيرِ إِذْنِ الرَّاكِبِ فَالضَّمَانُ فِي
رَقَبَتِهِ يَدْفَعُ بِهَا أَوْ يَفْدِي، وَالْبَاقِي ظَاهِرٌ إِلَى آخِرِهِ وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

بَابُ جِنَايَةِ الْمَمْلُوكِ وَالْجِنَايَةِ عَلَيْهِ

قَالَ (وَإِذَا جَنَى الْعَبْدُ جِنَايَةً خَطِيئَةً قِيلَ لَمَوْلَاهُ: إِمَّا أَنْ تَدْفَعَهُ بِهَا أَوْ تَفْذِيهِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: جِنَايَتُهُ فِي رَقَبَتِهِ يُبَاعُ فِيهَا إِلَّا أَنْ يَقْضِيَ الْمَوْلَى الْأَرْضَ، وَفَائِدَةُ الْاِخْتِلَافِ فِي اتِّبَاعِ الْجَانِي بَعْدَ الْعِتْقِ. وَالْمَسْأَلَةُ مُخْتَلَفَةٌ بَيْنَ الصَّحَابَةِ رِضْوَانُ اللَّهِ عَلَيْهِمْ. لَهُ أَنْ الْأَصْلُ فِي مُوجِبِ الْجِنَايَةِ أَنْ يَجِبَ عَلَى الْمُتْلَفِ لِأَنَّهُ هُوَ الْجَانِي، إِلَّا أَنْ الْعَاقِلَةَ تَتَحَمَّلُ عَنْهُ، وَلَا عَاقِلَةَ لِلْعَبْدِ لِأَنَّ الْعَقْلَ عِنْدِي بِالْقَرَابَةِ وَلَا قَرَابَةَ بَيْنَ الْعَبْدِ وَمَوْلَاهُ فَتَجِبُ فِي ذِمَّتِهِ كَمَا فِي الدِّينِ. وَيَتَعَلَّقُ بِرَقَبَتِهِ يُبَاعُ فِيهِ كَمَا فِي الْجِنَايَةِ عَلَى الْمَالِ.

وَلَمَّا أَنَّ الْأَصْلَ فِي الْجِنَايَةِ عَلَى الْإِنْسَانِ حَالَةَ الْخَطِيئَةِ أَنْ تَتَبَاعَدَ عَنِ الْجَانِي تَحَرُّزًا عَنْ اسْتِصْلَاحِهِ وَالْإِجْحَافِ بِهِ، إِذْ هُوَ مَعْدُورٌ فِيهِ حَيْثُ لَمْ يَتَعَمَّدِ الْجِنَايَةَ، وَتَجِبُ عَلَى عَاقِلَةِ الْجَانِي إِذَا كَانَ لَهُ عَاقِلَةٌ، وَالْمَوْلَى عَاقِلَتُهُ لِأَنَّ الْعَبْدَ يَسْتَنْصِرُ بِهِ، وَالْأَصْلُ فِي الْعَاقِلَةِ عِنْدَنَا النُّصْرَةُ حَتَّى تَجِبَ عَلَى أَهْلِ الدِّيَّوَانِ. بِخِلَافِ الذَّمِّ لِأَنَّهُمْ لَا يَتَعَاقَلُونَ فِيمَا بَيْنَهُمْ فَلَا عَاقِلَةَ فَتَجِبُ فِي ذِمَّتِهِ صِيَانَتُهُ لِلدَّمِ عَنِ الْهَدَرِ، وَبِخِلَافِ الْجِنَايَةِ عَلَى الْمَالِ؛ لِأَنَّ الْعَوَاقِلَ لَا تَعْقِلُ الْمَالَ، إِلَّا أَنَّهُ يُخَيَّرُ بَيْنَ الدَّفْعِ وَالْفِدَاءِ لِأَنَّهُ وَاحِدٌ، وَفِي إِثْبَاتِ الْخَيْرَةِ نَوْعٌ تَخْفِيفٍ فِي حَقِّهِ كَي لَا يُسْتَأْصَلَ، غَيْرَ أَنَّ الْوَاجِبَ الْأَصْلِيَّ هُوَ الدَّفْعُ فِي الصَّحِيحِ، وَلِهَذَا يَسْقُطُ الْمَوْجِبُ بِمَوْتِ الْعَبْدِ لِفَوَاتِ مَحَلِّ الْوَاجِبِ وَإِنْ كَانَ لَهُ حَقُّ النُّقْلِ إِلَى الْفِدَاءِ كَمَا فِي مَالِ الزُّكَاةِ، بِخِلَافِ مَوْتِ الْجَانِي الْحُرِّ لِأَنَّ الْوَاجِبَ لَا يَتَعَلَّقُ بِالْحُرِّ اسْتِيفَاءً فَصَارَ كَالْعَبْدِ فِي صَدَقَةِ الْفُطْرِ.

قَالَ (فَإِنْ دَفَعَهُ مَلَكُهُ وَلِيَ الْجِنَايَةَ وَإِنْ فَدَاهُ فَدَاهُ بِأَرْشِهَا وَكُلُّ ذَلِكَ يَلْزَمُ حَالًا) أَمَّا الدَّفْعُ فَلَأَنَّ النَّاجِلَ فِي الْأَعْيَانِ بَاطِلٌ وَعِنْدَ اخْتِيَارِهِ الْوَاجِبَ عَيْنٌ.

وَأَمَّا الْفِدَاءُ فَلَأَنَّهُ جَعَلَ بَدَلًا عَنِ الْعَبْدِ فِي الشَّرْعِ وَإِنْ كَانَ مُقَدَّرًا بِالْمُتْلَفِ وَلِهَذَا سُمِّيَ فِدَاءً فَيَقُومُ مَقَامَهُ وَيَأْخُذُ حُكْمَهُ فَلِهَذَا وَجِبَ حَالًا كَالْمُبْدَلِ (وَأَيُّهُمَا اخْتَارَهُ وَفَعَلَهُ لَا شَيْءَ لَوْلِي الْجِنَايَةِ غَيْرُهُ) أَمَّا الدَّفْعُ فَلَأَنَّ حَقَّهُ مُتَعَلَّقٌ بِهِ، فَإِذَا خَلَّى بَيْنَهُ وَبَيْنَ الرُّقَبَةِ سَقَطَ. وَأَمَّا الْفِدَاءُ فَلَأَنَّهُ لَا حَقَّ لَهُ إِلَّا الْأَرْضُ، فَإِذَا أَوْفَاهُ حَقَّهُ سَلَّمَ الْعَبْدَ لَهُ، فَإِنْ لَمْ يَخْتَرْ شَيْئًا حَتَّى مَاتَ الْعَبْدُ بَطُلَ حَقُّ الْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ لِفَوَاتِ مَحَلِّ حَقِّهِ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ، وَإِنْ مَاتَ

بَعْدَمَا اخْتَارَ الْفِدَاءَ لَمْ يَبْرَأَ لِلتَّحَوُّلِ الْحَقِّ مِنْ رَقَبَةِ الْعَبْدِ إِلَى ذِمَّةِ الْمَوْلَى.

الشرح:

(بَابُ جِنَايَةِ الْمَمْلُوكِ وَالْجِنَايَةِ عَلَيْهِ): لَمَّا فَرَعَ مِنْ بَيَانِ أَحْكَامِ جِنَايَةِ الْمَالِكِ وَهُوَ الْحُرُّ وَالْجِنَايَةِ عَلَيْهِ شَرَعَ فِي بَيَانِ أَحْكَامِ جِنَايَةِ الْمَمْلُوكِ وَهُوَ الْعَبْدُ، وَأَخَّرَهُ لِانْحِطَاطِ رُتْبَتِهِ عَنْ رُتْبَتِهِ.

لَا يُقَالُ: الْعَبْدُ لَا يَكُونُ أَدْنَى مَنْزِلَةٍ مِنَ الْبَهِيمَةِ فَكَيْفَ أَخَّرَ بَابَ جِنَايَتِهِ عَنْ بَابِ جِنَايَةِ الْبَهِيمَةِ، لِأَنَّ جِنَايَةَ الْبَهِيمَةِ كَانَتْ بِاعْتِبَارِ الرَّاكِبِ أَوْ السَّائِقِ أَوْ الْقَائِدِ وَهُمْ مُلَاكٌ.

قَالَ (وَإِذَا جَنَى الْعَبْدُ جِنَايَةَ خَطِئٍ) اعْلَمْ أَنَّ التَّقْيِيدَ بِالْخَطِئِ هُنَا مُفِيدٌ فِي الْجِنَايَةِ فِي النَّفْسِ، لِأَنَّهُ إِذَا كَانَ عَمْدًا يَجِبُ الْقِصَاصُ، وَأَمَّا فِيمَا دُونَ النَّفْسِ فَلَا يُفِيدُ لِأَنَّ خَطِئَ الْعَبْدِ وَعَمْدُهُ فِيمَا دُونَ النَّفْسِ سَوَاءٌ فَإِنَّهُ يُوجِبُ الْمَالَ فِي الْحَالَيْنِ، إِذِ الْقِصَاصُ لَا يَجْرِي بَيْنَ الْعَبْدِ وَالْعَبْدِ وَلَا بَيْنَ الْعَبْدِ وَالْأَحْرَارِ فِيمَا دُونَ النَّفْسِ.

وَقَوْلُهُ (قِيلَ لِمَوْلَاهُ إِمَّا تَدْفَعُهُ بِهَا أَوْ تَفْدِيهِ) يَعْنِي بَعْدَ الْاسْتِيفَاءِ، فَإِنَّهُ لَا يُقْضَى عَلَى الْمَوْلَى بِشَيْءٍ فِي ذَلِكَ حَتَّى يُبْرَأَ الْمَجْنِيُّ عَلَيْهِ اعْتِبَارًا لَجِنَايَةِ الْحُرِّ، وَقَدْ بَيَّنَّا أَنَّهُ يُسْتَأْنَى فِي جِنَايَةِ الْحُرِّ لِأَنَّ مُوجِبَهَا يَخْتَلِفُ بِالسَّرِّيَّةِ وَعَدَمِهَا، وَالْقَضَاءُ قَبْلَ الْاسْتِيفَاءِ قَضَاءٌ بِالْمَجْهُولِ وَهُوَ لَا يَجُوزُ.

وَقَوْلُهُ (وَفَائِدَةُ الْاِخْتِلَافِ فِي اتِّبَاعِ الْحَانِي بَعْدَ الْعَتَقِ) فَعِنْدَهُ الْوُجُوبُ عَلَى الْعَبْدِ فَيَتَّبَعُهُ الْمَجْنِيُّ عَلَيْهِ بَعْدَ الْعَتَقِ وَعِنْدَنَا الْوُجُوبُ عَلَى الْمَوْلَى دُونَ الْعَبْدِ فَلَا يَتَّبَعُهُ بَعْدَ الْعَتَقِ لِأَنَّهُ بِالْعَتَقِ صَارَ مُخْتَارًا لِلْفِدَاءِ وَقَوْلُهُ (وَالْمَسْأَلَةُ مُخْتَلِفَةٌ بَيْنَ الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ) فَعَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا مِثْلُ مَذْهَبِنَا، قَالَ: إِذَا جَنَى الْعَبْدُ إِنْ شَاءَ دَفَعَهُ وَإِنْ شَاءَ فَدَاهُ، وَهَكَذَا رَوَى عَنْ عَلِيٍّ وَمُعَاذِ بْنِ جَبَلٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا وَغَيْرِهِمَا. وَرَوَى عَنْ عَلِيٍّ عليه السلام مِثْلُ مَذْهَبِهِ.

قَالَ: عِبِيدُ النَّاسِ أَمْوَالُهُمْ جَزَاءُ جِنَايَتِهِمْ فِي قِيَمَتِهِمْ: أَيُّ فِي أُنْمَانِهِمْ لِأَنَّ الثَّمَنَ قِيَمَةُ الْعَبْدِ.

وَقَوْلُهُ (فَتَجِبُ فِي ذِمَّتِهِ) أَيُّ فِي ذِمَّةِ الْعَبْدِ كَمَا فِي الدِّينِ، فَإِنَّ الدِّينَ فِي ذِمَّتِهِ

يَكُونُ شَاغِلًا لِمَالِيَّةٍ رَقَبَتُهُ يُبَاعُ فِيهِ إِلَّا أَنْ يَقْضِيَ الْمَوْلَى ذِمَّتَهُ كَذَلِكَ ضَمَانُ الْجَنَائَةِ وَكَذَا فِي الْجَنَائَةِ عَلَى الْمَالِ، وَفِي بَعْضِ النُّسخِ كَمَا فِي الذَّمِّيِّ يَغْنِي إِذَا قَتَلَ الذَّمِّيُّ رَجُلًا خَطَأً تَجِبُ ذِمَّتُهُ فِي ذِمَّتِهِ لَا عَلَى عَاقِلَتِهِ كَمَا فِي إِثْلَافِ الْمَالِ. وَقَوْلُهُ بَعْدَ هَذَا بِخِلَافِ الذَّمِّيِّ يَدُلُّ عَلَى صِحَّةِ هَذِهِ النُّسخَةِ.

وَقَوْلُهُ (وَلَنَا أَنَّ الْأَصْلَ إلخ) ظَاهِرٌ، وَفِيهِ بَحْثٌ، وَهُوَ أَنَّ الْحُكْمَ فِي الْمَسْأَلَةِ مُخْتَلَفٌ، فَإِنَّ حُكْمَهَا عِنْدَنَا الْوُجُوبُ عَلَى الْمَوْلَى وَعِنْدَهُ الْوُجُوبُ عَلَى الْعَبْدِ كَمَا ذَكَرْنَا، وَهُوَ بَنَاهُ عَلَى أَصْلٍ وَنَحْنُ عَلَى أَصْلٍ، فَمَنْ أَيْنَ يَقُومُ لِأَحَدِنَا حُجَّةٌ عَلَى الْآخَرِ، وَيُمْكِنُ أَنْ يُقَالَ: الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ جَعَلَ مُوجِبَ جِنَائَتِهِ فِي ذِمَّتِهِ كَوُجُوبِ الدَّيْنِ فِي ذِمَّتِهِ وَكَوُجُوبِ الْجَنَائَةِ عَلَى الْمَالِ، وَنَحْنُ إِذْ بَيْنَا الْفَرْقَ بَيْنَهُمَا بَقِيَ أَصْلُهُ بِلَا أَصْلٍ فَبَطُلَ، وَقَدْ بَيَّنَّ الْمُصَنِّفُ رَحِمَهُ اللَّهُ ذَلِكَ بِقَوْلِهِ بِخِلَافِ الذَّمِّيِّ فَإِنَّهُمْ لَا يَتَعَاقَلُونَ فِيمَا بَيْنَهُمْ فَتَجِبُ فِي ذِمَّتِهِ صِيَانَةُ الدَّمِّ عَنِ الْهَدَرِ، وَبِقَوْلِهِ وَبِخِلَافِ الْجَنَائَةِ عَلَى الْمَالِ لِأَنَّ الْعَوَاقِلَ لَا تَعْقِلُ الْمَالَ فَتَجِبُ فِي ذِمَّتِهِ.

وَأَمَّا أَصْلُنَا فَهُوَ ثَابِتٌ فِي نَفْسِهِ مُسْتَنَدٌ إِلَى النَّصِّ الَّذِي لَا يُعْقَلُ إِبْطَالُهُ لَيْسَ بِمَقْيَسٍ عَلَى أَصْلٍ يَبْطُلُ بِإِبْدَاءِ الْفَارِقِ. عَلَى أَنَّ قَوْلَهُ إِنَّ الْأَصْلَ فِي مُوجِبِ الْجَنَائَةِ أَنْ يَجِبَ عَلَى الْمُتْلِفِ يَبْطُلُ أَيْضًا بِقَوْلِنَا الْأَصْلُ ذَلِكَ فِي مُوجِبِ الْجَنَائَةِ الْعَمْدِ أَوْ الْخَطَأِ وَالْأَوَّلُ مُسَلَّمٌ وَلَا يُفِيدُهُ، إِذْ الْكَلَامُ فِي الْخَطَأِ وَالثَّانِي عَيْنُ الزَّرَاعِ.

وَقَوْلُهُ (لَأَنَّهُ هُوَ الْجَانِي غَيْرُ مُفِيدٍ) لَأَنَّهُ يَحْتَاجُ أَنْ يَقُولَ: وَالْأَصْلُ فِي الْجَانِي أَنْ يَكُونَ مُوجِبُ جِنَائَتِهِ عَلَى نَفْسِهِ لَأَنَّهُ الْمُتْلِفُ فَهُوَ مُصَادَرَةٌ عَلَى الْمَطْلُوبِ. وَقَوْلُهُ (إِلَّا أَنَّهُ يُخَيَّرُ) اسْتِنَاءٌ مِنْ قَوْلِهِ وَالْمَوْلَى عَاقِلَتُهُ جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ لَوْ كَانَ الْمَوْلَى عَاقِلَتُهُ لَمَا كَانَ مُخَيَّرًا كَمَا فِي سَائِرِ الْعَوَاقِلِ. وَوَجْهُ ذَلِكَ مَا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ وَتَحْقِيقُهُ أَنَّ الْخَطَأَ يُوجِبُ التَّخْفِيفَ، وَلَمَّا كَانَ فِي سَائِرِ الْعَوَاقِلِ كَثْرَةُ ظَهَرَتْ فِيهَا بِالتَّوْزِيعِ وَالْقِسْمَةِ عَلَى وَجْهِ لَا يُوجِبُ الْإِجْحَافَ، وَأَمَّا هَاهُنَا فَالْمَوْلَى وَاحِدٌ فَأَظْهَرَتْهُ فِيهِ بِإِثْبَاتِ الْخِيَارِ.

وَقَوْلُهُ (غَيْرُ أَنَّ الْوَاجِبَ الْأَصْلِيَّ هُوَ الدَّفْعُ) جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ لَوْ وَجِبَ الْجَنَابَةُ فِي ذِمَّةِ الْمَوْلَى حَتَّى وَجِبَ التَّخْيِيرُ لَمَا سَقَطَ بِمَوْتِ الْعَبْدِ كَمَا فِي الْحُرِّ الْجَانِي إِذَا مَاتَ فَإِنَّ الْعَقْلَ لَا يَسْقُطُ عَنْ عَاقِلَتِهِ.

وَوَجْهُهُ أَنَّ الْوَاجِبَ الْأَصْلِيَّ هُوَ الدَّفْعُ، وَإِنْ كَانَ لَهُ حَقُّ النَّقْلِ إِلَى الْفِدَاءِ كَمَا فِي مَالِ الرِّكَاءَةِ فَإِنَّ الْمَوْجِبَ الْأَصْلِيَّ فِيهِ جُزْءٌ مِنَ النَّصَابِ، وَلِلْمَالِكِ أَنْ يَنْتَقِلَ إِلَى الْقِيَمَةِ (وَلِهَذَا) أَيْ وَلِكَوْنِ الْوَاجِبِ الْأَصْلِيِّ هُوَ الدَّفْعُ يُسْقِطُ الْمَوْجِبَ بِمَوْتِ الْعَبْدِ لِفَوَاتِ الْمَحَلِّ.

وَقَوْلُهُ (فِي الصَّحِيحِ) اخْتِرَازٌ عَنْ رِوَايَةٍ أُخْرَى ذَكَرَهَا التُّمَرْنَاشِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ الدِّيَةَ هُوَ الْأَصْلُ، وَلَكِنْ لِلْمَوْلَى أَنْ يَدْفَعَ هَذَا الْوَاجِبَ بِدَفْعِ الْجَانِي، وَإِنَّمَا كَانَ ذَلِكَ صَحِيحًا لَمَّا ذَكَرَ فِي الْأَسْرَارِ أَنَّ بَعْضَ مَشَايِخِنَا رَحِمَهُمُ اللَّهُ ذَكَرَ أَنَّ الْوَاجِبَ الْأَصْلِيَّ هُوَ الْأَرْضُ عَلَى الْمَوْلَى وَلَهُ الْمُخْلَصُ بِالْدَفْعِ.

ثُمَّ قَالَ: وَالرِّوَايَةُ بِخِلَافِ هَذَا فِي غَيْرِ مَوْضِعٍ، وَقَدْ نَصَّ مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ الْوَاجِبَ هُوَ الْعَبْدُ. وَقَوْلُهُ (بِخِلَافِ مَوْتِ الْحُرِّ الْجَانِي) جَوَابٌ عَمَّا يُذَكِّرُ هَاهُنَا مُسْتَشْهِدًا بِهِ كَمَا ذَكَرْنَاهُ آتِفًا.

وَوَجْهُهُ أَنَّ الْوَاجِبَ لَا يَتَعَلَّقُ بِالْحُرِّ اسْتِيفَاءً فَصَارَ كَالْعَبْدِ فِي صَدَقَةِ الْفِطْرِ فِي أَنَّهَا تَجِبُ عَنِ الْعَبْدِ عَلَى الْمَوْلَى وَلَا تَسْقُطُ بِمَوْتِ الْعَبْدِ. قَالَ (فَإِنْ دَفَعَهُ مَلِكُهُ وَلِيَ الْجَنَائِيَةِ) فَإِنَّ دَفْعَ الْمَوْلَى الْعَبْدِ الْجَانِي مَلِكُهُ الْمَجْنُونُ عَلَيْهِ (وَإِنْ فَدَاهُ فِدَاءً بِأَرْضِ الْجَنَائِيَةِ) وَكُلُّ ذَلِكَ يَلِزُّهُ حَالًا، أَمَّا الدَّفْعُ فَلَأَنَّ الْوَاجِبَ عِنْدَ اخْتِيَارِهِ عَيْنُ الْعَبْدِ وَهُوَ ظَاهِرٌ، فَالتَّأْجِيلُ فِي الْأَعْيَانِ بَاطِلٌ لِأَنَّ التَّأْجِيلَ شَرْعٌ لِلتَّحْصِيلِ تَرْفُهَا وَتَحْصِيلُ الْحَاصِلِ بَاطِلٌ، وَأَمَّا الْفِدَاءُ فَلِأَنَّهُ لَمَّا جُعِلَ بَدَلًا عَنِ الْعَبْدِ فِي الشَّرْعِ قَامَ مَقَامُهُ وَلِهَذَا سُمِّيَ فِدَاءً فَيَأْخُذُ حُكْمُهُ. قِيلَ كَوْنُ الشَّيْءِ بَدَلًا عَنْ شَيْءٍ لَا يَسْتَلْزِمُ الْإِتِّحَادَ فِي الْحُكْمِ، أَلَا تَرَى أَنَّ الْمَالَ قَدْ يَفْعُ بَدَلًا عَنْ الْقِصَاصِ وَلَمْ يَتَّحِدَا فِي الْحُكْمِ، فَإِنَّ الْقِصَاصَ لَا يَتَعَلَّقُ بِهِ حَقُّ الْمَوْصَى لَهُ وَإِذَا صَارَ مَا لَا تَعَلَّقُ بِهِ، وَكَذَلِكَ التَّيَّمُّ بَدَلٌ عَنِ الْوُضُوءِ وَالْيَتِيَّةُ مِنْ شَرْطِهِ دُونَ الْأَصْلِ وَغَيْرُ ذَلِكَ.

وَأُجِيبَ بِأَنَّ الْفِدَاءَ لَمَّا وَجَبَ بِمُقَابَلَةِ الْجَنَائِيَةِ فِي النَّفْسِ أَوْ الْعَضْوِ أَشَبَّهَ الدِّيَةَ وَالْأَرْضَ وَهُمَا يَثْبُتَانِ مُؤَجَّلًا وَذَلِكَ يَقْتَضِي كَوْنَ الْفِدَاءِ كَذَلِكَ، وَلَمَّا اخْتَارَهُ الْمَوْلَى كَانَ دَيْنًا فِي ذِمَّتِهِ كَسَائِرِ الدِّيُونِ وَذَلِكَ يَقْتَضِي كَوْنَهُ كَذَلِكَ: أَيْ كَسَائِرِ الدِّيُونِ حَالًا، لِأَنَّ الْأَجَلَ فِي الدِّيُونِ عَارِضٌ وَلِهَذَا لَا يَثْبُتُ إِلَّا بِالشَّرْطِ كَمَا تَقَدَّمَ، فَتَعَارَضَ جَانِبُ الْحُلُولِ

وَالْأَجَلَ فَتَرَجَّحَ جَانِبُ الْحُلُولِ بِكَوْنِهِ فَرْعٌ أَصْلٍ حَالٌ مُوَافَقَةٌ بَيْنَ الْأَصْلِ وَفَرْعِهِ، وَهَذَا كَلَامٌ حَسَنٌ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي لَفْظِ الْمُصَنِّفِ رَحِمَهُ اللَّهُ مَا يُشْعِرُ بِهِ، وَيَجُوزُ أَنْ يُقَالَ الْأَصْلُ أَنْ لَا يُفَارِقَ الْفَرْعُ الْأَصْلَ إِلَّا بِأُمُورٍ ضَرُورِيَّةٍ، فَإِنَّ الْأَصْلَ عِنْدَ الْمُحَصِّلِينَ عِبَارَةٌ عَنْ حَالَةٍ مُسْتَمِرَّةٍ لَا تَتَغَيَّرُ إِلَّا بِأُمُورٍ ضَرُورِيَّةٍ، وَالْمَسَائِلُ الْمَذْكُورَةُ تَغَيَّرَتْ بِذَلِكَ، وَهُوَ أَنَّ الْقِصَاصَ غَيْرُ صَالِحٍ لِحَقِّ الْمُوصَى لَهُ بِالْمَالِ فَلَا يَتَعَلَّقُ حَقُّهُ بِهِ وَالثَّرَابُ غَيْرُ مُطَهِّرٍ بَطْنُهُ فَلَمْ يَكُنْ بُدٌّ مِنَ الْحَاقِ النَّيَّةِ بِهِ لِيَكُونَ مُطَهَّرًا شَرْعًا بِخِلَافِ الْمَاءِ، وَفِيمَا نَحْنُ فِيهِ لَيْسَ أَمْرٌ ضَرُورِيٌّ يَمْنَعُهُ عَنِ الْحُلُولِ الَّذِي هُوَ حُكْمٌ أَصْلُهُ فَيَكُونُ مُلْحَقًا بِهِ. لَ
أَيُقَالُ: قَدْ يَتَضَرَّرُ بِوُجُوبِهِ حَالًا فَهُوَ ضَرُورَةٌ، لِأَنَّ ذَلِكَ لَزِمَهُ بِاخْتِيَارِهِ عَلَى الدَّفْعِ فَهُوَ ضَرَرٌ مَرَضِيٌّ.

وَقَوْلُهُ (عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ) إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ غَيْرَ أَنَّ الْوَاجِبَ الْأَصْلِيَّ هُوَ الدَّفْعُ الْخ (وَإِنْ مَاتَ) أَيِ الْعَبْدِ الْجَانِي بَعْدَ مَا اخْتَارَ الْمَوْلَى الْفِدَاءَ قَوْلًا أَوْ فِعْلًا لَمْ يَبْرَأْ بِمَوْتِ الْعَبْدِ عَنِ الْفِدَاءِ، وَطُوبَلَ بِالْفَرْقِ بَيْنَ هَذَا وَبَيْنَ خِصَالِ كَفَّارَةِ الْيَمِينِ فَإِنَّ الْحَانِثَ غَيْرَ مُخَيَّرٍ، وَإِنْ عَيَّنَ أَحَدُهُمَا قَوْلًا لَمْ يَتَّعِنْ وَهَاهُنَا قَدْ تَعَيَّنَ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ حُقُوقَ الْعِبَادِ أَوْجَبُ رِعَايَةٍ لاحتِاجِهِمْ وَذَلِكَ فِي التَّعَيُّنِ قَوْلًا وَفِعْلًا، وَأَمَّا حُقُوقُ اللَّهِ تَعَالَى فَلَمَقْصُودُ مِنْهَا الْفِعْلُ فَتَعَيَّنَ الْوَاجِبُ بِهِ.

قَالَ (فَإِنْ عَادَ فَجَنَى كَانَ حُكْمُ الْجِنَايَةِ الثَّانِيَةِ كَحُكْمِ الْجِنَايَةِ الْأُولَى) مَعْنَاهُ بَعْدَ الْفِدَاءِ لِأَنَّهُ لَمَّا طَهَّرَ عَنِ الْجِنَايَةِ بِالْفِدَاءِ جُعِلَ كَأَن لَمْ تَكُنْ، وَهَذَا ابْتِدَاءُ جِنَايَةٍ. قَالَ (وَإِنْ جَنَى جِنَايَتَيْنِ قَبْلَ لِلْمَوْلَى إِمَّا أَنْ تَدْفَعَهُ إِلَى وَلِيِّ الْجِنَايَتَيْنِ يَقْتَسِمَانِهِ عَلَى قَدَرِ حَقِّيهِمَا وَإِمَّا أَنْ تَفْدِيَهُ بِأَرَشٍ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا) لِأَنَّ تَعَلُّقَ الْأَوَّلِ بِرَقَبَتِهِ لَا يَمْنَعُ تَعَلُّقَ الثَّانِيَةِ بِهَا كَالِدَيُونِ الْمُتَلَا حِقَةِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّ مِلْكَ الْمَوْلَى لَمْ يَمْنَعِ تَعَلُّقَ الْجِنَايَةِ فَحَقُّ الْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ الْأَوَّلِ أَوْلَى أَنْ لَا يَمْنَعَ، وَمَعْنَى قَوْلِهِ عَلَى قَدَرِ حَقِّيهِمَا عَلَى قَدَرِ أَرَشِ جِنَايَتَيْهِمَا (وَإِنْ كَانُوا جَمَاعَةً يَقْتَسِمُونَ الْعَبْدَ الْمَدْفُوعَ عَلَى قَدَرِ حِصَصِهِمْ وَإِنْ فَدَاهُ فَدَاهُ بِجَمِيعِ أَرُوشِهِمْ) لَمَّا ذَكَرْنَا (وَلَوْ قَتَلَ وَاحِدًا وَفَقَّأَ عَيْنَ آخَرَ) يَقْتَسِمَانِهِ اثْنَلَاثًا (لِأَنَّ أَرَشَ الْعَيْنِ عَلَى النِّصْفِ مِنْ أَرَشِ النَّفْسِ)، وَعَلَى هَذَا حُكْمُ الشَّجَاتِ (وَلِلْمَوْلَى أَنْ يَفْدِيَ مِنْ بَعْضِهِمْ وَيَدْفَعَ إِلَى بَعْضِهِمْ مِقْدَارَ مَا تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّهُ مِنَ الْعَبْدِ) لِأَنَّ الْحُقُوقَ مُخْتَلِفَةً

باختلاف أسبابها وهي الجنایات المختلفة، بخلاف مقتول العبد إذا كان له وليان لم يكن له أن يفدي من أحدهما ويدفع إلى الآخر لأن الحق متحد لاتحاد سببه وهي الجنایة المتحدة، والحق يجب للمقتول ثم للوارث خلافة عنه فلا يملك التفريق في موجبها.

الشرح:

وقوله (لأن تعلق الأولى) أي الجنایة الأولى برقبته لا يمنع تعلق الجنایة الثانية. فإن قيل: ما الفرق بين هذا وبين الرهن فإن تعلق حق المرتهن به يمنع تعلق الثاني به، حتى أن الراهن لو مات بعد الرهن وعليه ديون أخرى سوى دين المرتهن لحقته قبل الرهن أو بعده لا يتعلق سائر الديون بالرهن فقد منع تعلق الدين الأول برقبته غيره وهاهنا لم يمنع وأجيب بأن في الرهن إفاء أو استيفاء حكماً فكأن المرتهن قد استوفاه فلا يتعلق به غيره، وليس في الجنایة كذلك.

وقوله (على قدر أرض جنائتهما) لأن المستحق إنما يستحق عوضاً عما فات عليه فلا بد من أن يقسم على قدر المعوض. وقوله (لما ذكرنا) يعني قوله لأن تعلق الأولى برقبته لا يمنع تعلق الثانية.

وقوله (وعلى هذا حكم الشجّات) يعني لو شج رجلاً موضحةً وآخر هاشمةً وآخر متقلّةً ثم اختار المولى الدفع يدفع إلى صاحب الموضحة سدس العبد لأن له خمساً، وإلى صاحب الهاشمة ثلثه لأن له ألفاً، وإلى صاحب المتقلّة نصف لأن له ألفاً وخمسمائة فيقتسمون الرقبة هكذا. وقوله (وهي الجنایات المختلفة) يعني فجاز أن يختار في أحدهم خلاف ما اختاره في حق الآخر كما لو انفرد كل واحد منهم.

وقوله (والحق يجب للمقتول) جواب عما يقال: الحق وإن كان متحداً بالنظر إلى السبب فهو متعدّد بالنظر إلى المستحقين فكان الواجب أن يكون حكم هذه المسألة مثل الأولى.

ووجهه أننا لا نسلم أن المستحق متعدّد بل هو واحد، لأن الحق يجب للمقتول إلخ. لا يقال: الملك يثبت للوراث حقيقةً وحكماً وللميت حكماً فقط، لأنه ليس من أهل الملك حقيقةً فوجب ترجيح جانب الوارث، لأن ملك الميت أصل وملك الوارث متفرّع عليه واعتبار الأصل أولى.

قَالَ (فَإِنْ أَعْتَقَهُ الْمَوْلَى وَهُوَ لَا يَعْلَمُ بِالْجِنَايَةِ ضَمِنَ الْأَقْلَ مِنْ قِيَمَتِهِ وَمِنْ أَرَشِهَا، وَإِنْ أَعْتَقَهُ بَعْدَ الْعِلْمِ بِالْجِنَايَةِ وَجَبَ عَلَيْهِ الْأَرَشُ) لِأَنَّ فِي الْأَوَّلِ قَوْتُ حَقِّهِ فَيَضْمَنُهُ وَحَقُّهُ فِي آقَلِهِمَا، وَلَا يَصِيرُ مُخْتَارًا لِلْفِدَاءِ لِأَنَّهُ لَا اخْتِيَارَ بِدُونِ الْعِلْمِ، وَفِي الثَّانِي صَارَ مُخْتَارًا لِأَنَّ الْإِعْتَاقَ يَمْنَعُهُ مِنَ الدَّفْعِ فَالْإِقْدَامُ عَلَيْهِ اخْتِيَارٌ مِنْهُ لِلْآخِرِ، وَعَلَى هَذَيْنِ الْوَجْهَيْنِ الْبَيْعُ وَالْهَبَةُ وَالتَّادِيرُ وَالْإِسْتِيلَادُ، لِأَنَّ كُلَّ ذَلِكَ مِمَّا يَمْنَعُ الدَّفْعَ لِرُزَالِ الْمَلِكِ بِهِ، بِخِلَافِ الْإِقْرَارِ عَلَى رِوَايَةِ الْأَصْلِ لِأَنَّهُ لَا يَسْقُطُ بِهِ حَقُّ وَلِيِّ الْجِنَايَةِ، فَإِنَّهُ الْمُقَرُّ لَهُ يُخَاطَبُ بِالدَّفْعِ إِلَيْهِ. وَلَيْسَ فِيهِ نَقْلُ الْمَلِكِ لِحُجُوزِ أَنْ يَكُونَ الْأَمْرُ كَمَا قَالَهُ الْمُقَرُّ وَالْحَقُّهُ الْكَرْخِيُّ بِالْبَيْعِ وَأَخَوَاتِهِ لِأَنَّهُ مِلْكُهُ فِي الظَّاهِرِ فَيَسْتَحِقُّهُ الْمُقَرُّ لَهُ بِإِقْرَارِهِ فَأَشْبَهَ الْبَيْعَ.

وَإِطْلَاقُ الْجَوَابِ فِي الْكِتَابِ يَنْتَظِمُ النَّفْسَ وَمَا دُونَهَا، وَكَذَا الْمَعْنَى لَا يَخْتَلِفُ وَإِطْلَاقُ الْبَيْعِ يَنْتَظِمُ الْبَيْعَ بِشَرْطِ الْخِيَارِ لِلْمُشْتَرِي لِأَنَّهُ يُزِيلُ الْمَلِكَ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ الْخِيَارُ لِلْبَائِعِ وَتَقْضِيهِ، وَبِخِلَافِ الْعَرْضِ عَلَى الْبَيْعِ لِأَنَّ الْمَلِكَ مَا زَالَ، وَلَوْ بَاعَهُ بَيْعًا فَاسِدًا لَمْ يَصِرْ مُخْتَارًا حَتَّى يُسَلِّمَهُ لِأَنَّ الرُّزَالَ بِهِ، بِخِلَافِ الْكِتَابَةِ الْفَاسِدَةِ لِأَنَّ مُوجِبَهُ يَثْبُتُ قَبْلَ قَبْضِ الْبَدَلِ فَيَصِيرُ بِنَفْسِهِ مُخْتَارًا، وَلَوْ بَاعَهُ مَوْلَاهُ مِنَ الْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ فَهُوَ مُخْتَارٌ بِخِلَافِ مَا إِذَا وَهَبَهُ مِنْهُ؛ لِأَنَّ الْمُسْتَحِقَّ لَهُ أَخَذَهُ بِغَيْرِ عَوْضٍ وَهُوَ مُتَحَقِّقٌ فِي الْهَبَةِ دُونَ الْبَيْعِ، وَإِعْتَاقُ الْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ بِأَمْرِ الْمَوْلَى بِمَنْزِلَةِ إِعْتَاقِ الْمَوْلَى فِيمَا ذَكَرْنَاهُ، لِأَنَّ فِعْلَ الْمَأْمُورِ مُضَافٌ إِلَيْهِ، وَلَوْ ضَرَبَهُ فَتَقَصَّصَهُ فَهُوَ مُخْتَارٌ إِذَا كَانَ عَالِمًا بِالْجِنَايَةِ لِأَنَّهُ حَبَسَ جُزْءًا مِنْهُ وَكَذَا إِذَا كَانَتْ بِكَرًا فَوُطِئَتْهَا وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُعْلَقًا لَمَّا قُلْنَا بِخِلَافِ التَّزْوِيجِ لِأَنَّهُ عَيْبٌ مِنْ حَيْثُ الْحُكْمُ، وَبِخِلَافِ وَطْءِ الثَّيِّبِ عَلَى ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ لِأَنَّهُ لَا يَنْقُصُ مِنْ غَيْرِ إِعْلَاقٍ، وَبِخِلَافِ الْإِسْتِخْدَامِ لِأَنَّهُ لَا يَخْتَصُّ بِالْمَلِكِ، وَلِهَذَا لَا يَسْقُطُ بِهِ خِيَارُ الشَّرْطِ وَلَا يَصِيرُ مُخْتَارًا بِالْإِجَارَةِ وَالرَّهْنِ فِي الْأَظْهَرِ مِنَ الرِّوَايَاتِ، وَكَذَا بِالْإِذْنِ فِي التَّجَارَةِ وَإِنْ رَكِبَهُ دَيْنٌ، لِأَنَّ الْإِذْنَ لَا يَفُوتُ الدَّفْعَ وَلَا يَنْقُصُ الرِّقَبَةَ، إِلَّا أَنَّ لَوْلِيَّ الْجِنَايَةِ أَنْ يَمْتَنَعَ مِنْ قَبُولِهِ لِأَنَّ الدَّيْنَ لِحَقِّهِ مِنْ جِهَةِ الْمَوْلَى فَلَزِمَ الْمَوْلَى قِيَمَتَهُ.

الشرح:

قَالَ (فَإِنْ أَعْتَقَهُ الْمَوْلَى وَهُوَ لَا يَعْلَمُ بِالْجِنَايَةِ) الْأَصْلُ فِي جَنْسِ هَذِهِ الْمَسَائِلِ أَنَّ الْمَوْلَى إِذَا عَلِمَ بِجِنَايَةِ الْعَبْدِ وَتَصَرَّفَ فِيهِ فَإِنْ تَصَرَّفَ بِمَا يُعْجِزُهُ عَنِ الدَّفْعِ صَارَ

مُخْتَارًا لِلْفِدَاءِ وَإِلَّا فَلَا، وَإِذَا لَمْ يَعْلَمْ بِالْجِنَايَةِ لَمْ يَكُنْ مُخْتَارًا لِلْفِدَاءِ لَكِنْ يَضْمَنُ الْأَقْلَ مِنْ قِيَمَةِ الْعَبْدِ وَمِنْ أَرَشِ الْجِنَايَةِ، وَعَلَى هَذَا تَخْرُجُ الْفُرُوعُ الْمَذْكُورَةُ فِي الْكِتَابِ.

وَقَوْلُهُ (وَعَلَى هَذَيْنِ الْوَجْهَيْنِ) يَعْنِي قَبْلَ الْعِلْمِ وَبَعْدَهُ. وَقَوْلُهُ (بِخِلَافِ الْإِقْرَارِ عَلَى رِوَايَةِ الْأَصْلِ) يَعْنِي إِذَا جَنَى الْعَبْدُ جِنَايَةً فَقَالَ وَلِيَّهَا هُوَ عَبْدُكَ فَادْفَعْهُ أَوْ افْدِهِ فَقَالَ هُوَ لِفُلَانٍ الْعَائِبِ وَدِيْعَةٌ عِنْدِي أَوْ عَارِيَّةٌ أَوْ إِجَارَةٌ أَوْ رَهْنٌ لَا يَصِيرُ مُخْتَارًا لِلْفِدَاءِ لَمَّا ذَكَرَ فِي الْكِتَابِ، وَلَمْ تَنْدَفِعْ عَنْهُ الْخُصُومَةُ حَتَّى يُقِيمَ عَلَى ذَلِكَ بَيِّنَةٌ، إِنْ أَقَامَهَا أُخَّرَ الْأَمْرُ إِلَى قُدُومِ الْعَائِبِ، وَإِنْ لَمْ يَقُمْهَا خُوطِبَ بِالْدَّفْعِ أَوْ الْفِدَاءِ وَلَا يَصِيرُ مُخْتَارًا لِلدِّيَةِ مَعَ تَمَكُّنِهِ مِنَ الدَّفْعِ، وَقَوْلُهُ (وَالْحَقُّهُ الْكَرْخِيُّ بِالْبَيْعِ وَأَخَوَاتِهِ) فِي صَيْرُورَتِهِ مُخْتَارًا لَمَّا ذَكَرَ فِي الْكِتَابِ، قَالَ فِي الْإِيضَاحِ: وَهُوَ رِوَايَةٌ خَارِجَةٌ عَنِ الْأُصُولِ.

وَقَوْلُهُ (وَإِطْلَاقُ الْجَوَابِ) يُرِيدُ قَوْلُهُ ضَمِنَ الْأَقْلَ مِنْ قِيَمَتِهِ وَمِنْ أَرَشِهَا إلخ. وَقِيلَ يُرِيدُ بِهِ قَوْلُهُ فِي أَوَّلِ الْبَابِ وَإِذَا جَنَى الْعَبْدُ جِنَايَةً خَطَأً فَإِنَّهُ يَنْتَظِمُ النَّفْسُ وَمَا دُونَهُ. وَقَوْلُهُ (وَكَذَا الْمَعْنَى لَا يَخْتَلِفُ) لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مَالٌ. وَقَوْلُهُ (لَأَنَّهُ يُزِيلُ الْمَلِكُ) لَا خِلَافَ فِي ذَلِكَ، وَإِنَّمَا الْخِلَافُ فِي الدُّخُولِ فِي مِلْكِ الْمُشْتَرِي وَعَدَمِهِ وَلَيْسَ بِمُحْتَاجٍ إِلَيْهِ هَاهُنَا، وَقَوْلُهُ (بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ كَانَ الْخِيَارُ لِلْبَائِعِ وَتَقْصَهُ، وَبِخِلَافِ الْعَرَضِ عَلَى الْبَيْعِ) يَعْنِي لَا يَصِيرُ مُخْتَارًا لِلْفِدَاءِ بِهِمَا لِأَنَّ الْمَلِكَ مَا زَالَ.

قِيلَ الْمُشْتَرِي بِشَرْطِ الْخِيَارِ إِذَا بَاعَ بِشَرْطِ الْخِيَارِ لِنَفْسِهِ كَانَ مُجِيزًا لِلْبَيْعِ وَالْبَائِعُ بِشَرْطِ الْخِيَارِ لِنَفْسِهِ إِذَا عَرَضَ عَلَى الْبَيْعِ كَانَ فَاسِخًا لِلْبَيْعِ فَلَمْ لَا يَكُونُ الْمَوْلَى بِالْبَيْعِ بِشَرْطِ الْخِيَارِ لِنَفْسِهِ أَوْ بِالْعَرَضِ عَلَى الْبَيْعِ مُخْتَارًا لِلْفِدَاءِ؟ وَأُجِيبَ بِأَنَّ نَمَّةَ ضَرُورَةٍ لَمْ تَتَحَقَّقْ هَاهُنَا، وَهِيَ أَنَّهُ لَوْ لَمْ يَجْعَلْ مُجِيزًا وَفَاسِخًا هُنَاكَ لَكَانَ تَصَرُّفُهُ وَإِقَاعًا فِي مِلْكِ الْغَيْرِ عَلَى تَقْدِيرِ تَعَذُّرِ الْفَسْخِ فِي الْأَوَّلِ وَتَقْدِيرِ الْإِجَارَةِ فِي الثَّانِيَةِ، وَأَمَّا هَاهُنَا فَلَوْ لَمْ يَجْعَلْ مُخْتَارًا لِلْفِدَاءِ بِهَذَا التَّصَرُّفِ لَمْ يَتَبَيَّنْ بِالْدَّفْعِ أَنَّهُ تَصَرَّفَ فِي مِلْكِ الْغَيْرِ فَافْتَرَقَا، وَقَوْلُهُ (بِخِلَافِ الْكِتَابَةِ الْفَاسِدَةِ) بِأَنَّ كَاتِبَ الْمُسْلِمِ عَبْدَهُ الْجَانِيَّ عَلَى خَمَرٍ أَوْ خِنْزِيرٍ فَإِنَّهُ يَصِيرُ مُخْتَارًا لِلْفِدَاءِ لِأَنَّ مُوجِبَهُ يَثْبُتُ بِنَفْسِ الْعَقْدِ وَهُوَ تَعْلِيقُ الْعِنَقِ بِالْأَدَاءِ فَكَانَتْ الْكِتَابَةُ تَطْزِيرَ الْبَيْعِ الْفَاسِدِ بَعْدَ الْقَبْضِ.

وَقَوْلُهُ (فِيمَا ذَكَرْنَاهُ) قِيلَ يَعْنِي فِي اخْتِيَارِ الْفِدَاءِ، وَقِيلَ فِي الْعِلْمِ بِالْجِنَايَةِ وَعَدَمِهِ.

وَقَوْلُهُ (وَلَوْ ضَرْبُهُ فَتَقَصَّهُ) يَعْنِي بِأَنْ أَثَرُ فِيهِ حَتَّى صَارَ مُهْرًا أَوْ قُلْتَ قِيمَتُهُ بِنَقَاءِ أَثَرِ الضَّرْبِ فَهُوَ مُخْتَارٌ إِذَا كَانَ عَالِمًا بِالْجَنَائَةِ لِأَنَّهُ حَبَسَ جُزْءًا مِنْهُ، وَأَمَّا إِذَا ضَرْبُهُ وَلَمْ يَعْلَمْ بِهَا كَانَ عَلَيْهِ الْأَقْلُ مِنْ قِيمَتِهِ وَمِنْ الْأَرْضِ إِلَّا أَنْ يَرْضَى وَلِي الدَّمِ أَنْ يَأْخُذَهُ نَاقِصًا، وَلَا ضَمَانَ عَلَى الْمَوْلَى لِأَنَّهُ لَمْ يَرْضَ بِهِ نَاقِصًا صَارَ كَأَنَّ التَّقْصَانَ حَصَلَ بِأَقَةِ سَمَاقِيَّةٍ.

وَقَوْلُهُ (وَكَذَا إِذَا كَانَتْ بِكَرًا فَوَطَّئَهَا) يَعْنِي يَصِيرُ بِهِ مُخْتَارًا لِلْفِدَاءِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنِ الْوَطْءُ مُعْلَقًا لَمَّا قُلْنَا إِنَّهُ حَبَسَ جُزْءًا مِنْهُ. وَقَوْلُهُ (بِخِلَافِ التَّزْوِيجِ) يَعْنِي لَا يَصِيرُ بِهِ مُخْتَارًا لِلْفِدَاءِ لِأَنَّهُ لَا يُعْجِزُهُ عَنِ الدَّفْعِ كَمَا لَا يُعْجِزُهُ عَنِ الْبَيْعِ، وَعَلَى الْمَصْنُفِ رَحِمَهُ اللَّهُ بِقَوْلِهِ (لَأَنَّهُ عَيْبٌ مِنْ حَيْثُ الْحُكْمِ) وَذَلِكَ لَا يَثْبُتُ بِهِ اخْتِيَارُ الْفِدَاءِ كَمَا لَوْ أَقَرَّ عَلَيْهَا بِالسَّرِقَةِ عَالِمًا بِالْجَنَائَةِ، فَإِنْ بِهَذَا الْإِقْرَارُ يَدْخُلُهَا نَوْعٌ عَيْبٌ، وَلَكِنْ لَمَّا كَانَ حُكْمًا لَمْ يَثْبُتْ بِهِ اخْتِيَارُ الْفِدَاءِ، وَفِيهِ إِشَارَةٌ إِلَى رَدِّ طَعْنِ عَيْسَى حَيْثُ قَالَ: التَّزْوِيجُ تَغْيِيبٌ وَبِالتَّغْيِيبِ يَثْبُتُ اخْتِيَارُ الْفِدَاءِ كَمَا لَوْ ضَرَبَ عَلَى يَدَيْهَا وَعَيْبَهَا، وَذَلِكَ لِأَنَّ التَّغْيِيبَ حَقِيقَةٌ يَثْبُتُ بِهِ اخْتِيَارُ الْفِدَاءِ لِأَنَّهُ فِيهِ حَبَسَ جُزْءًا مِنْهَا، وَأَمَّا الْحُكْمِيُّ فَلَيْسَ كَذَلِكَ. وَقَوْلُهُ (وَبِخِلَافِ وَطْءِ الثَّيِّبِ) فَإِنْ بِهِ لَا يَصِيرُ الْمَوْلَى مُخْتَارًا لِلْفِدَاءِ مَا لَمْ يَكُنْ مُعْلَقًا فِي ظَاهِرِ الرُّوَايَةِ لِأَنَّهُ لَا يَنْقُصُ مِنْ غَيْرِ إِعْلَاقٍ.

وَقَوْلُهُ (عَلَى ظَاهِرِ الرُّوَايَةِ) اخْتِرَازٌ عَمَّا رَوَى عَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ مُطْلَقَ الْوَطْءِ يَكُونُ اخْتِيَارًا لِأَنَّ الْحِلَّ يَخْتَصُّ بِالْمَلِكِ فَكَانَ الْوَطْءُ دَلِيلًا عَلَى إِمْسَاكِ الْعَيْنِ. فَإِنْ قِيلَ: مَا الْفَرْقُ بَيْنَ هَذَا عَلَى ظَاهِرِ الرُّوَايَةِ وَبَيْنَ الْبَيْعِ بِشَرْطِ الْخِيَارِ؟ فَإِنَّ الْوَطْءَ هُنَاكَ فَسْخٌ لِلْبَيْعِ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُعْلَقًا، وَهَاهُنَا لَا يَكُونُ اخْتِيَارًا إِلَّا إِذَا كَانَ مُعْلَقًا.

أُجِيبَ بِأَنَّهُ لَوْ لَمْ يُجْعَلْ فَسْخًا لِلْبَيْعِ وَقَعَ الْوَطْءُ حَرَامًا، لِأَنَّهُ إِذَا اخْتَارَ الْفِدَاءَ بَعْدَ ذَلِكَ مَلَكَهَا الْمُشْتَرِي مِنْ حِينَ الْعَقْدِ وَلِهَذَا يَسْتَحِقُّ زَوَائِدَهَا، فَتَبَيَّنَ أَنَّ الْوَطْءَ حَصَلَ فِي غَيْرِ مِلْكِهِ فَلْتَحَرَّرَ عَنْ ذَلِكَ جَعَلْنَاهُ فَسْخًا، وَهَاهُنَا إِذَا دَفَعَهَا بِالْجَنَائَةِ يَمْلِكُهَا وَلِي الْجَنَائَةِ مِنْ وَقْتِ الدَّفْعِ وَلِهَذَا لَا يُسَلِّمُ لَهُ شَيْءٌ مِنْ زَوَائِدِهَا فَلَا يَتَبَيَّنُ أَنَّ الْوَطْءَ كَانَ فِي غَيْرِ مِلْكِهِ. وَقَوْلُهُ (وَبِخِلَافِ الْاسْتِخْدَامِ) يَعْنِي لَوْ اسْتِخْدَمَ الْعَبْدَ الْجَانِي بَعْدَ الْعِلْمِ بِالْجَنَائَةِ لَا يَكُونُ مُخْتَارًا لِلْفِدَاءِ، حَتَّى لَوْ عَطِبَ فِي الْخِدْمَةِ لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ لِأَنَّ الْاسْتِخْدَامَ لَا يَخْتَصُّ بِالْمَلِكِ فَلَمْ يَدُلْ عَلَى الْاخْتِيَارِ وَلَا يَصِيرُ مُخْتَارًا بِالْإِجَارَةِ.

وَالرَّهْنُ فِي الْأُظْهَرِ لِأَنَّ الْإِجَارَةَ تَنْتَقِضُ بِالْأَعْدَارِ فَيَكُونُ قِيَامُ حَقِّ وَلِيِّ الْجِنَايَةِ فِيهِ عُدْرًا فِي نَقْضِ الْإِجَارَةِ وَالرَّاهِنُ يَتِمَكَّنُ مِنْ قَضَاءِ الدَّيْنِ وَاسْتِرْدَادِ الرَّهْنِ مَتَى شَاءَ فَلَمْ يَتَحَقَّقْ عَجْزُهُ عَنِ الدَّفْعِ بِهِذَيْنِ الْفِعْلَيْنِ فَلَا يُجْعَلُ ذَلِكَ اخْتِيَارًا لِلْفِدَاءِ. وَقَوْلُهُ (فِي الْأُظْهَرِ) اخْتِرَازٌ عَمَّا ذُكِرَ فِي بَعْضِ نُسَخِ الْأَصْلِ أَنَّهُ يَكُونُ مُخْتَارًا لِلْإِجَارَةِ وَالرَّهْنِ لِأَنَّهُ أُثْبِتَ عَلَيْهِ يَدًا مُسْتَحَقَّةً فَصَارَ كَالْبَيْعِ. وَقَوْلُهُ (وَكَذَا بِالْإِذْنِ فِي التَّجَارَةِ) يَعْنِي لَا يَكُونُ بِهِ مُخْتَارًا لِأَنَّهُ لَا يُعْجِزُهُ عَنِ الدَّفْعِ وَلَا يُنْقِصُ الرِّقَبَةَ (إِلَّا أَنْ لَوْليَّ الْجِنَايَةَ أَنْ يَمْتَنَعَ مِنْ قَبُولِهِ لِأَنَّ الدَّيْنَ لِحَقِّهِ مِنْ جِهَةِ الْمَوْلَى) وَوُجُوبُ الدَّيْنِ فِي ذِمَّةِ الْعَبْدِ نُقْصَانٌ لَهُ، لِأَنَّ الْغُرَمَاءَ يَتَّبِعُونَ وَلِيَّ الْجِنَايَةِ إِذَا دُفِعَ إِلَيْهِ فَلَهُ أَنْ يَمْتَنَعَ مِنْ قَبُولِهِ.

قَالَ (وَمَنْ قَالَ لِعَبْدِهِ إِنْ قَتَلْتَ فَلَانًا أَوْ رَمَيْتَهُ أَوْ شَجَجْتَهُ فَأَنْتَ حُرٌّ) فَهُوَ مُخْتَارٌ لِلْفِدَاءِ إِنْ فَعَلَ ذَلِكَ (وَقَالَ زُفَرٌ: لَا يَصِيرُ مُخْتَارًا لِلْفِدَاءِ لِأَنَّهُ وَقْتُ تَكَلُّمِهِ لَا جِنَايَةَ وَلَا عِلْمَ لَهُ بِوُجُودِهِ، وَبَعْدَ الْجِنَايَةِ لَمْ يُوْجَدْ مِنْهُ فِعْلٌ يَصِيرُ بِهِ مُخْتَارًا)؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ عُلِقَ الطَّلَاقُ أَوْ الْعِتَاقُ بِالشَّرْطِ ثُمَّ حَلَفَ أَنْ لَا يَطْلُقَ أَوْ لَا يُعْتِقَ وَجِدَ الشَّرْطُ وَثُبِتَ الْعِتَاقُ وَالطَّلَاقُ لَا يَحْنُثُ فِي يَمِينِهِ تِلْكَ، كَذَا هَذَا. وَلَنَا أَنَّهُ عُلِقَ الْإِعْتِاقُ بِالْجِنَايَةِ وَالْمَعْلُوقُ بِالشَّرْطِ يُنْزَلُ عِنْدَ وُجُودِ الشَّرْطِ كَالْمُنْجَزِ فَصَارَ كَمَا إِذَا أَعْتَقَهُ بَعْدَ الْجِنَايَةِ؛ أَلَا يَرَى أَنَّ مَنْ قَالَ لَامْرَأَتِهِ إِنْ دَخَلْتَ الدَّارَ فَقَوْلِي لِي أَقْرَبُكَ يَصِيرُ ابْتِدَاءُ الْإِبْلَاءِ مِنْ وَقْتِ الدُّخُولِ، وَكَذَا إِذَا قَالَ لَهَا إِذَا مَرَضْتَ فَأَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا فَهَمَرَضَ حَتَّى طَلَّقَتْ وَمَاتَ مِنْ ذَلِكَ الْمَرَضِ يَصِيرُ فَارًا لِأَنَّهُ يَصِيرُ مُطْلَقًا بَعْدَ وُجُودِ الْمَرَضِ، بِخِلَافِ مَا أوردَ لِأَنَّهُ غَرَضُهُ طَلَاقٌ أَوْ عِتَقٌ يُمْكِنُهُ الْامْتِنَاعُ عَنْهُ، إِذِ الْيَمِينُ لِلْمَنْعِ فَلَا يَدْخُلُ تَحْتَهُ مَا لَا يُمْكِنُهُ الْامْتِنَاعُ عَنْهُ، وَلِأَنَّهُ حَرَضَهُ عَلَى مُبَاشَرَةِ الشَّرْطِ بِتَعْلِيْقِ أَقْوَى الدَّوَاعِي إِلَيْهِ وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ يَفْعَلُهُ، فَهَذَا دَلَالَةُ الْاخْتِيَارِ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ قَالَ لِعَبْدِهِ إِنْ قَتَلْتَ فَلَانًا) وَمَنْ عُلِقَ عِتْقَ عَبْدِهِ بِجِنَايَةٍ ثُوْجِبَ الدِّيَّةُ مِثْلُ أَنْ يَقُولَ: إِنْ قَتَلْتَ أَوْ رَمَيْتَهُ أَوْ شَجَجْتَهُ فَأَنْتَ حُرٌّ فَهُوَ مُخْتَارٌ لِلْفِدَاءِ إِنْ فَعَلَ ذَلِكَ خِلَافًا لَزُفَرٍ رَحِمَهُ اللَّهُ، لِأَنَّ اخْتِيَارَ الْفِدَاءِ إِنَّمَا يَكُونُ بَعْدَ الْجِنَايَةِ وَالْعِلْمِ بِهَا، وَعِنْدَ التَّكَلُّمِ لَيْسَ شَيْءٌ مِنْهُمَا بِمَوْجُودٍ، وَبَعْدَ الْجِنَايَةِ لَمْ يُوْجَدْ مِنْهُ فِعْلٌ يَصِيرُ بِهِ مُخْتَارًا،

وَاسْتَشْهَدَ بِالسَّأَلَةِ الْمَذْكُورَةِ فِي الْكِتَابِ.

وَقَوْلُهُ (وَلَنَا) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (وَلَاكُمُ حَرَضُهُ) دَلِيلٌ آخَرُ، وَمَعْنَاهُ أَنَّ الْمَوْلَى حَرَضَ الْعَبْدَ عَلَى مُبَاشَرَةِ الشَّرْطِ وَهُوَ الْقَتْلُ أَوْ الرَّمْيُ أَوْ الشَّجُّ (بِتَعْلِيلِ أَقْوَى الدَّوَاعِي إِلَيْهِ) أَيْ إِلَى الشَّرْطِ وَهُوَ الْحَرِيَّةُ (وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ بِفَعْلِهِ) رَغْبَةً مِنْهُ فِي الْحَرِيَّةِ (وَهَذَا دَلَالَةٌ لِاخْتِيَارِ) وَإِنَّمَا قُلْنَا بِجِنَايَةٍ لِأَنَّهُ لَوْ عَلَقَهُ بِغَيْرِهَا مِثْلُ أَنْ يَقُولَ لِعَبْدِهِ إِنْ دَخَلْتَ الدَّارَ فَأَنْتَ حُرٌّ ثُمَّ جَنَى ثُمَّ دَخَلَ الدَّارَ فَإِنَّ الْمَوْلَى لَا يَصِيرُ مُخْتَارًا لِلْفِدَاءِ بِالِاتِّفَاقِ لِعَدَمِ الْعِلْمِ بِالْجِنَايَةِ عِنْدَ التَّعْلِيلِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا عُلِقَ بِالْجِنَايَةِ فَإِنَّهُ عُلِقَ بِهَا أَقْوَى الدَّوَاعِي إِلَيْهِ.

وَالظَّاهِرُ وَجُودُهَا فَكَانَ عَالِمًا بِهَا ظَاهِرًا، وَإِنَّمَا قُلْنَا بِجِنَايَةٍ تُوجِبُ الدِّيَّةَ لِأَنَّهَا لَوْ كَانَتْ تُوجِبُ الْقِصَاصَ لَمْ يَكُنْ عَلَى الْمَوْلَى شَيْءٌ وَإِنَّمَا هُوَ عَلَى الْعَبْدِ، وَذَلِكَ لَا يَخْتَلِفُ بِالرَّقِّ وَالْحَرِيَّةِ فَلَمْ يُفَوِّتِ الْمَوْلَى عَلَى وَلِيِّ الْجِنَايَةِ بِتَعْلِيلِهِ شَيْئًا.

قَالَ (وَإِذَا قُطِعَ الْعَبْدُ يَدَ رَجُلٍ عَمْدًا فَدَفَعَ إِلَيْهِ بِقَضَاءٍ أَوْ بِغَيْرِ قَضَاءٍ فَأَعْتَقَهُ ثُمَّ مَاتَ مِنْ قُطْعِ الْيَدِ فَالْعَبْدُ صَلَحَ بِالْجِنَايَةِ، وَإِنْ لَمْ يُعْتَقَهُ رُدَّ عَلَى الْمَوْلَى وَقِيلَ لِلأُولِيَاءِ أَقْتُلُوهُ أَوْ أَعْفُوا عَنْهُ) وَوَجْهُ ذَلِكَ وَهُوَ أَنَّهُ إِذَا لَمْ يُعْتَقَهُ وَسَرَى تَبَيَّنَ أَنَّ الصَّلَحَ وَقَعَ بِاطِّلَالٍ لِأَنَّ الصَّلَحَ كَانَ عَنِ الْمَالِ؛ لِأَنَّ أَطْرَافَ الْعَبْدِ لَا يَجْرِي الْقِصَاصُ بَيْنَهَا وَبَيْنَ أَطْرَافِ الْحُرِّ فَإِذَا سَرَى تَبَيَّنَ أَنَّ الْمَالَ غَيْرُ وَاجِبٍ، وَإِنَّمَا الْوَاجِبُ هُوَ الْقَوْدُ فَكَانَ الصَّلَحُ وَأَقْبَعًا بِغَيْرِ بَدَلٍ فَبَطُلَ وَالْبَاطِلُ لَا يُوْرِثُ الشُّبُهَةَ، كَمَا إِذَا وَطِئَ الْمُطْلَقَةَ الثَّلَاثَ فِي عِدَّتِهَا مَعَ الْعِلْمِ بِحُرْمَتِهَا عَلَيْهِ فَوَجَبَ الْقِصَاصُ، بِخِلَافِ مَا إِذَا أَعْتَقَهُ لِأَنَّ إِقْدَامَهُ عَلَى الْإِعْتَاقِ يَدُلُّ عَلَى قَصْدِهِ تَصْحِيحِ الصَّلَحِ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ مَنْ أَقْدَمَ عَلَى تَصْرِفٍ يَقْصِدُ تَصْحِيحَهُ وَلَا صِحَّتَهُ لَهُ إِلَّا وَأَنْ يُجْعَلَ صَلَحًا عَنِ الْجِنَايَةِ وَمَا يَحْدُثُ مِنْهَا وَلِهَذَا لَوْ نَصَّ عَلَيْهِ وَرَضِيَ الْمَوْلَى بِهِ يَصِحُّ وَقَدْ رَضِيَ الْمَوْلَى بِهِ لِأَنَّهُ لَمَّا رَضِيَ بِالْعَبْدِ عَوْضًا عَنِ الْقَلِيلِ يَكُونُ أَرْضَى بِكَوْنِهِ عَوْضًا عَنِ الْكَثِيرِ فَإِذَا أَعْتَقَ يَصِحُّ الصَّلَحُ فِي ضِمْنِ الْإِعْتَاقِ ابْتِدَاءً وَإِذَا لَمْ يُعْتَقَ لَمْ يُوجَدْ الصَّلَحُ ابْتِدَاءً وَالصَّلَحُ الْأَوَّلُ وَقَعَ بِاطِّلَالٍ فَيَرُدُّ الْعَبْدُ إِلَى الْمَوْلَى وَالْأُولِيَاءِ عَلَى خَيْرَتِهِمْ فِي الْعَفْوِ وَالْقَتْلِ.

وَذَكَرَ فِي بَعْضِ النُّسخِ: رَجُلٌ قَطَعَ يَدَ رَجُلٍ عَمْدًا فَصَالَحَ الْقَاطِعُ الْمَقْطُوعَةَ يَدَهُ عَلَى عَبْدٍ وَدَفَعَهُ إِلَيْهِ فَأَعْتَقَهُ الْمَقْطُوعَةُ يَدَهُ ثُمَّ مَاتَ مِنْ ذَلِكَ فَالْعَبْدُ صَلَحَ بِالْجِنَايَةِ إِلَى

آخِرِ مَا ذَكَّرْنَا مِنَ الرُّوَايَةِ. وَهَذَا الْوَضْعُ يَرُدُّ إِشْكَالًا فِيمَا إِذَا عَفَا عَنِ الْيَدِ ثُمَّ سَرَى إِلَى النَّفْسِ وَمَاتَ حَيْثُ لَا يَجِبُ الْقِصَاصُ هُنَاكَ، وَهَاهُنَا قَالَ يَجِبُ. قِيلَ مَا ذُكِرَ هَاهُنَا جَوَابُ الْقِيَاسِ فَيَكُونُ الْوَضْعَانِ جَمِيعًا عَلَى الْقِيَاسِ وَالِاسْتِحْسَانِ. وَقِيلَ بَيْنَهُمَا فَرْقٌ، وَوَجْهُهُ أَنَّ الْعَفْوَ عَنِ الْيَدِ صَحٌّ ظَاهِرًا لِأَنَّ الْحَقَّ كَانَ لَهُ فِي الْيَدِ مِنْ حَيْثُ الظَّاهِرُ فَيَصِحُّ الْعَفْوُ ظَاهِرًا، فَبَعْدَ ذَلِكَ وَإِنْ بَطُلَ حُكْمًا يَبْقَى مَوْجُودًا حَقِيقَةً فَكَفَى ذَلِكَ لَمَنْعِ وَجُوبِ الْقِصَاصِ. أَمَّا هَاهُنَا الصُّلْحُ لَا يُبْطِلُ الْجِنَايَةَ بَلْ يَقْرُرُهَا حَيْثُ صَالِحٌ عَنْهَا عَلَى مَالٍ، فَإِذَا لَمْ يُبْطَلِ الْجِنَايَةُ لَمْ تَمْتَنِعِ الْعُقُوبَةُ، هَذَا إِذَا لَمْ يُعْتَقَ، أَمَّا إِذَا أَعْتَقَهُ فَالتَّخْرِيجُ مَا ذَكَّرْنَاهُ مِنْ قَبْلُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَوَجْهُ ذَلِكَ) يُرِيدُ بَيَانَ الْفَرْقِ بَيْنَ مَا إِذَا أَعْتَقَ وَبَيْنَ مَا إِذَا لَمْ يُعْتَقَ (أَنَّهُ إِذَا لَمْ يُعْتَقَ وَسَرَى تَبَيَّنَ أَنَّ الصُّلْحَ) أَيُّ الدَّفْعِ (وَقَعَ بَاطِلًا) وَسَمَّاهُ صُلْحًا بِنَاءً عَلَى مَا اخْتَارَهُ بَعْضُ الْمَشَايِخِ رَحِمَهُمُ اللَّهُ أَنَّ الْمَوْجِبَ الْأَصْلِيَّ هُوَ الْفِدَاءُ فَكَانَ الدَّفْعُ بِمَنْزِلَةِ الصُّلْحِ لِسُقُوطِ مُوجِبِ الْجِنَايَةِ بِهِ، وَإِنَّمَا وَقَعَ بَاطِلًا لِأَنَّهُ كَانَ عَنْ الْمَالِ لَعَدَمِ جَرَيَانِ الْقِصَاصِ بَيْنَ أَطْرَافِ الْأَحْرَارِ وَالْعَبِيدِ، وَإِذَا سَرَى تَبَيَّنَ أَنَّ الْمَالِ لَمْ يَكُنْ وَاجِبًا، وَإِنَّمَا الْوَاجِبُ هُوَ الْقِصَاصُ فَكَانَ الصُّلْحُ وَاقِعًا بِغَيْرِ بَدَلٍ: يَعْنِي الْمَصَالِحَ عَنْهُ، لِأَنَّ الَّذِي كَانَ الصُّلْحُ وَقَعَ عَنْهُ وَهُوَ الْمَالُ قَدْ زَالَ، وَالَّذِي وَجِدَ مِنَ الْقَتْلِ لَمْ يَكُنْ وَقْتُ الصُّلْحِ فَبَطُلَ، وَالْبَاطِلُ لَا يُورِثُ شُبْهَةً.

كَمَا إِذَا طَلَّقَ امْرَأَتَهُ ثَلَاثًا ثُمَّ وَطَنَهَا فِي الْعِدَّةِ مَعَ الْعِلْمِ بِحُرْمَتِهَا عَلَيْهِ فَإِنَّهُ لَا يَصِيرُ شُبْهَةً لَدَرءِ الْحَدِّ فَوَجَبَ الْقِصَاصُ. بِخِلَافِ مَا إِذَا أَعْتَقَهُ لِأَنَّ إِقْدَامَهُ عَلَى الْإِعْتَاقِ يَدُلُّ عَلَى قَصْدِهِ تَصْحِيحِ الصُّلْحِ، لِأَنَّ الظَّاهِرَ مِنْ حَالِ الْعَاقِلِ أَنَّهُ إِذَا أَقْدَمَ عَلَى تَصْرِفِ يَقْصِدُ تَصْحِيحَهُ، وَلَا صِحَّةَ لِهَذَا الصُّلْحِ إِلَّا بِجَعْلِهِ صُلْحًا عَنْ الْجِنَايَةِ وَمَا يَحْدُثُ مِنْهَا فَيَجْعَلُ مُصَالِحًا عَنْ ذَلِكَ مُقْتَضَى الْإِقْدَامِ عَلَى الْإِعْتَاقِ.

وَيُجْعَلُ الْمَوْلَى أَيْضًا كَذَلِكَ دَلَالَةً، لِأَنَّهُ لَمَّا رَضِيَ يَكُونُ الْعَبْدُ عَوَضًا عَنِ الْقَلِيلِ كَانَ بِكَوْنِهِ عَوَضًا عَنِ الْكَثِيرِ أَرْضَى، وَشَرَطُ صِحَّةِ الْإِقْضَاءِ وَهُوَ إِمْكَانُ الْمُقْتَضَى مَوْجُودًا، وَلِهَذَا لَوْ نَصَّ عَلَى ذَلِكَ وَرَضِيَ بِهِ الْمَوْلَى صَحَّ، فَتَبَيَّنَ أَنَّهُ إِذَا أَعْتَقَ حَصَلَ بَيْنَهُمَا

صُلِحَ جَدِيدٌ ابْتِدَاءً، وَإِذَا لَمْ يُعْتَقْ لَمْ يُوجَدْ الصُّلْحُ ابْتِدَاءً، وَالصُّلْحُ الْأَوَّلُ وَقَعَ بَاطِلًا فَيَرُدُّ الْعَبْدُ إِلَى الْمَوْلَى وَالْأَوْلِيَاءُ عَلَى خَيْرَتِهِمْ فِي الْعَفْوِ وَالْقَتْلِ. وَقَوْلُهُ (وَذَكَرَ فِي بَعْضِ النُّسخِ) قَالَ الْإِمَامُ فَخْرُ الْإِسْلَامِ رَحِمَهُ اللَّهُ وَذَكَرَ فِي بَعْضِ نُسخِ هَذَا الْكِتَابِ: أَيُّ كِتَابِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ هَذِهِ الْمَسْأَلَةُ عَلَى خِلَافِ هَذَا الْوَضْعِ.

وَسَأَقِ الْكَلَامَ مِثْلَ مَا ذُكِرَ فِي الْهَدَايَةِ، وَبَعْضُ الشَّارِحِينَ عَبَّرَ عَنِ النُّسخَةِ الْأُولَى بِالنُّسخَةِ الْمَعْرُوفَةِ وَعَنِ الثَّانِيَةِ بغيرِ الْمَعْرُوفَةِ. وَقَوْلُهُ (إِلَى آخِرِ مَا ذَكَرْنَا) يَعْنِي وَإِنْ لَمْ يُعْتَقَهُ رُدُّ إِلَى مَوْلَاهُ وَيُجْعَلُ الْأَوْلِيَاءُ عَلَى خَيْرَتِهِمْ بَيْنَ الْقَتْلِ وَالْعَفْوِ. وَقَوْلُهُ (وَهَذَا الْوَضْعُ يَرُدُّ إِشْكَالًا) قِيلَ أَيُّ الْوَضْعِ الثَّانِي وَهُوَ النُّسخَةُ الْغَيْرُ الْمَعْرُوفَةُ، وَإِنَّمَا خَصَّ هَذَا الْوَضْعَ بِوُرُودِ الْإِشْكَالِ لِأَنَّهُ دَفَعَ الْعَبْدَ فِي هَذَا الْوَضْعِ بِطَرِيقِ الصُّلْحِ وَالصُّلْحُ مُتَضَمِّنٌ لِلْعَفْوِ لِأَنَّهُ يُنْبِئُ عَنِ الْحَطِيطَةِ فَيَكُونُ هَذَا نَظِيرَ الْعَفْوِ، وَلَا كَذَلِكَ الْوَضْعُ الْأَوَّلُ لِأَنَّ الدَّفْعَ ثَمَّةً لَيْسَ بِطَرِيقِ الصُّلْحِ بَلْ بِطَرِيقِ الدَّفْعِ، فَلَمَّا لَمْ يَكُنْ بِطَرِيقِ الصُّلْحِ لَمْ يَكُنْ فِيهِ حَطٌّ شَيْءٍ فَلَا يَرُدُّ إِشْكَالًا عَلَى مَسْأَلَةِ الْعَفْوِ، وَقِيلَ هَذَا الْوَضْعُ: أَيُّ وَضْعِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ فِي النُّسخَةِ الْمَعْرُوفَةِ وَغَيْرِهَا يَرُدُّ إِشْكَالًا فِيمَا إِذَا عَفَا عَنِ الْيَدِ وَسَرَى إِلَى النَّفْسِ وَمَاتَ حَيْثُ لَا يَجِبُ الْقِصَاصُ هُنَاكَ.

وَهَاهُنَا قَالَ يَجِبُ. وَاخْتَلَفَ الْمَشَايخُ رَحِمَهُمُ اللَّهُ فِي الْجَوَابِ عَنْ ذَلِكَ، فَقَالَ بَعْضُهُمْ: مَا ذَكَرَ هَاهُنَا مِنْ وُجُوبِ الْقِصَاصِ جَوَابُ الْقِيَاسِ فَيَكُونُ الْوَضْعَانِ جَمِيعًا عَلَى الْقِيَاسِ وَالْاسْتِحْسَانِ: يَعْنِي وَجُوبُ الْقِصَاصِ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ عَلَى النُّسخَتَيْنِ جَوَابُ الْقِيَاسِ، وَفِي الْاسْتِحْسَانِ تَجِبُ الدِّيَّةُ، وَفِي مَسْأَلَةِ الْعَفْوِ وَجُوبُ الدِّيَةِ جَوَابُ الْاسْتِحْسَانِ، وَفِي الْقِيَاسِ يَجِبُ الْقِصَاصُ فَكَانَ الْوَضْعُ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ وَتِلْكَ عَلَى الْقِيَاسِ وَالْاسْتِحْسَانِ، فَانْدَفَعَ التَّدَاخُلُ وَحَصَلَ التَّوَافُقُ.

وَقَالَ بَعْضُهُمْ: بَيْنَهُمَا فَرْقٌ، وَهُوَ أَنَّ الْعَفْوَ عَنِ الْيَدِ صَحَّ ظَاهِرًا، لِأَنَّ الْحَقَّ لَهُ كَانَ فِي الْيَدِ مِنْ حَيْثُ الظَّاهِرُ (فَيَصِحُّ الْعَفْوُ ظَاهِرًا) وَتَبْطُلُ بِهِ الْجِنَايَةُ كَذَلِكَ لِأَنَّ الْعَفْوَ عَنْهَا يُبْطِلُهَا (فَبَعْدَ ذَلِكَ وَإِنْ بَطَلَ الْعَفْوُ بِالسَّرَايَةِ حُكْمًا يَنْقُي مَوْجُودًا حَقِيقَةً) وَكَذَلِكَ كَافٍ لِمَنْعِ وَجُوبِ الْقِصَاصِ (أَمَّا هَاهُنَا فَالْصُّلْحُ لَا يُبْطِلُ الْجِنَايَةَ بَلْ يَقْرَرُهَا حَيْثُ صَالِحٌ عَنْهَا عَلَى مَالٍ، فَإِذَا لَمْ تَمْتَنِعِ الْجِنَايَةُ لَمْ يَمْتَنِعِ الْعُقُوبَةُ، هَذَا إِذَا لَمْ يُعْتَقَ، أَمَّا إِذَا أُعْتِقَ فَالتَّخْرِيجُ عَلَى

مَا ذَكَرْتَاهُ مِنْ قَبْلُ) وَهُوَ قَوْلُهُ لِأَنَّ إِقْدَامَهُ عَلَى الْإِعْتَاقِ يَدُلُّ عَلَى قَصْدِهِ الْخ.

قَالَ (وَإِذَا جَنَى الْعَبْدُ الْمَادُّونَ لَهُ جَنَائَةً وَعَلَيْهِ أَلْفُ دِرْهَمٍ فَأَعْتَقَهُ الْمَوْلَى وَلَمْ يَعْلَمْ بِالْجَنَائَةِ فَعَلَيْهِ قِيمَتَانِ: قِيمَةٌ لِمَا جَنَى عَلَيْهِ الدِّينَ، وَقِيمَةٌ لِأَوْلِيَاءِ الْجَنَائَةِ) لِأَنَّهُ أَتْلَفَ حَقَّيْنِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَضْمُونٌ بِكُلِّ الْقِيَمَةِ عَلَى الْإِنْفِرَادِ: الدَّفْعُ لِلْأَوْلِيَاءِ، وَالْبَيْعُ لِلْغُرَمَاءِ، فَكَذَا عِنْدَ الْجَمْعِ. وَيُمْكِنُ الْجَمْعُ بَيْنَ الْحَقَّيْنِ إِيْفَاءً مِنَ الرَّقَبَةِ الْوَاحِدَةِ بِأَنْ يُدْفَعَ إِلَى وَلِيِّ الْجَنَائَةِ ثُمَّ يُبَاعَ لِلْغُرَمَاءِ فَيُضْمَنُهَا بِالْإِتْلَافِ بِخِلَافِ مَا إِذَا أَتْلَفَهُ أَجَنَبِيٌّ حَيْثُ تَجِبُ قِيمَةٌ وَاحِدَةٌ لِلْمَوْلَى وَيُدْفَعُهَا الْمَوْلَى إِلَى الْغُرَمَاءِ، لِأَنَّ الْأَجَنَبِيَّ إِنَّمَا يَضْمَنُ لِلْمَوْلَى بِحُكْمِ الْمَلِكِ فَلَا يَظْهَرُ فِي مُقَابَلَتِهِ الْحَقُّ لِأَنَّهُ دُونَهُ، وَهَاهُنَا يَجِبُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا إِتْلَافُ الْحَقِّ فَلَا تَرْجِيحَ فَيُظْهَرَانِ فَيُضْمَنُكُمَا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (فَعَلَيْهِ قِيمَتَانِ قِيمَةٌ لِمَا جَنَى عَلَيْهِ الدِّينَ وَقِيمَةٌ لَوَلِيِّ الْجَنَائَةِ) يَعْنِي إِذَا كَانَتْ الْقِيَمَةُ أَقَلَّ مِنَ الْأَرْضِ. وَقَوْلُهُ (أَتْلَفَ حَقَّيْنِ) وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (وَيُمْكِنُ الْجَمْعُ بَيْنَ الْحَقَّيْنِ) جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ لَا يَلْزَمُ مِنْ كَوْنِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَضْمُونًا بِكُلِّ الْقِيَمَةِ عَلَى الْإِنْفِرَادِ كَوْنُهُ كَذَلِكَ عِنْدَ الْجَمْعِ لِحَوَازِ أَنْ يَكُونَا مُتَنَافِيَيْنِ فَلَا يَجْتَمِعَانِ لِيَكُونَ الْإِتْلَافُ وَارِدًا عَلَيْهِمَا. وَوَجْهُهُ أَنَّ الْجَمْعَ بَيْنَهُمَا مُمَكِّنٌ أَيْضًا مِنَ الرَّقَبَةِ الْوَاحِدَةِ بِأَنْ يُدْفَعَ إِلَى وَلِيِّ الْجَنَائَةِ ثُمَّ يُبَاعَ لِلْغُرَمَاءِ فَيَكُونُ الْإِتْلَافُ وَارِدًا عَلَيْهِمَا فَيُضْمَنُكُمَا بِهِ وَالْأَصْلُ أَنَّ الْعَبْدَ إِذَا جَنَى وَعَلَيْهِ دَيْنٌ يُخَيَّرُ الْمَوْلَى بَيْنَ الدَّفْعِ وَالْفِدَاءِ فَإِنْ دَفَعَ بَاعَ فِي دَيْنِ الْغُرَمَاءِ. فَإِنْ فَضَّلَ شَيْءً كَانَ لِأَصْحَابِ الْوَلَاءِ، وَإِنَّمَا بَدَأْنَا بِالدَّفْعِ لِأَنَّ بِهِ تَوْفِيرَ الْحَقَّيْنِ فَإِنْ حَقَّ وَلِيُّ الْجَنَائَةِ بِصِيرُ مَوْفَى بِالدَّفْعِ ثُمَّ يُبَاعُ بَعْدَهُ لِأَرْبَابِ الدُّيُونِ، وَمَتَى بَدَأْنَا بِدَفْعِهِ فِي الدَّيْنِ تَعَذَّرَ الدَّفْعُ بِالْجَنَائَةِ لِأَنَّهُ تَحَدَّدَ لِلْمُشْتَرِي الْمَلِكِ وَلَمْ يُوجَدْ فِي يَدِهِ جَنَائَةٌ. فَإِنْ قِيلَ: مَا فَائِدَةُ الدَّفْعِ إِذَا كَانَ الْبَيْعُ بِالدَّيْنِ بَعْدَهُ وَاجِبًا؟ أَجِبَ بِأَنَّهَا إِثْبَاتُ حَقِّ الْاسْتِخْلَاصِ لَوَلِيِّ الْجَنَائَةِ بِالْفِدَاءِ بِالدَّيْنِ، فَإِنَّ لِلنَّاسِ فِي الْأَعْيَانِ أَغْرَاضًا، وَإِنَّمَا لَمْ يَبْطُلِ الدَّيْنُ بِحُدُوثِ الْجَنَائَةِ لِأَنَّ مُوجِبَهَا صَيْرُورَتُهُ حُرًّا، فَإِذَا كَانَ مَشْغُولًا وَجَبَ دَفْعُهُ مَشْغُولًا، ثُمَّ إِذَا بَاعَ وَفَضَّلَ مِنْ ثَمَنِهِ شَيْءً صُرِفَ إِلَى أَوْلِيَاءِ الْجَنَائَةِ لِأَنَّهُ يَبِيعُ عَلَى مِلْكِهِمْ، وَإِنْ لَمْ يَفِ بِالدَّيْنِ تَأَخَّرَ إِلَى حَالِ الْحُرِّيَّةِ كَمَا لَوْ بَاعَ عَلَى مِلْكِ الْمَوْلَى الْأَوَّلِ،

وَأَيْمًا قَيْدَ الْمَسْأَلَةِ بَعْدَ الْعِلْمِ لِيُنْبِيَ عَلَيْهِ فَعَلَيْهِ قِيمَتَانِ.

لأنَّهُ لَوْ أَعْتَقَهُ وَهُوَ عَالِمٌ بِالْجِنَايَةِ كَانَ عَلَيْهِ الدِّيَّةُ إِذَا كَانَتْ الْجِنَايَةُ فِي النَّفْسِ
لأَوَّلِيَّائِهَا، وَقِيَمَةُ الْعَبْدِ لَصَاحِبِ الدِّينِ لِأَنَّ الْإِعْتِقَاقَ بَعْدَ الْعِلْمِ بِالْجِنَايَةِ يُوجِبُ الْأَرْشَ
دُونَ الْقِيَمَةِ وَقَدْ مَرَّ. وَقَوْلُهُ (بِخِلَافِ مَا إِذَا أُتْلِفَهُ أَجْنَبِيٌّ) وَاضِحٌ وَقَوْلُهُ (فَلَا يَظْهَرُ فِي
مُقَابَلَتِهِ الْحَقُّ) يَعْنِي حَقَّ الدَّفْعِ (لأنَّهُ دُونُهُ) أَيُّ الْحَقُّ دُونَ الْمَلِكِ فَيَكُونُ الْحَقُّ مَعَ الْمَلِكِ
مَرْجُوحًا.

قَالَ (وَإِذَا اسْتَدَانَتْ الْأُمَّةُ الْمَادُونُ لَهَا أَكْثَرَ مِنْ قِيَمَتِهَا ثُمَّ وَلَدَتْ فَإِنَّهُ يُبَاعُ الْوَلَدُ
مَعَهَا فِي الدِّينِ، وَإِنْ جَنَّتْ جِنَايَةً لَمْ يُدْفَعِ الْوَلَدُ مَعَهَا) وَالْفَرْقُ أَنَّ الدِّينَ وَصَفَ حُكْمِيٍّ
فِيهَا وَاجِبٌ فِي ذِمَّتِهَا مُتَعَلِّقٌ بِرَقَبَتِهَا اسْتِيفَاءً فَيَسْرِي إِلَى الْوَلَدِ كَوَلَدِ الْمَرْهُونَةِ، بِخِلَافِ
الْجِنَايَةِ لِأَنَّ وَجُوبَ الدَّفْعِ فِي ذِمَّةِ الْمَوْلَى لَا فِي ذِمَّتِهَا، وَإَيْمًا يُبْلَاغُ فِيهَا أَثَرُ الْفِعْلِ الْحَقِيقِيِّ
وَهُوَ الدَّفْعُ وَالسَّرَايَةُ فِي الْأَوْصَافِ الشَّرْعِيَّةِ دُونَ الْأَوْصَافِ الْحَقِيقِيَّةِ.

الشرح:

قَالَ (وَإِذَا اسْتَدَانَتْ الْأُمَّةُ الْمَادُونُ لَهَا ثُمَّ وَلَدَتْ) فَرَقَ بَيْنَ وِلَادَةِ الْأُمَّةِ بَعْدَ
اسْتِدَانَتِهَا وَبَيْنَ وِلَادَتِهَا بَعْدَ جِنَايَتِهَا فِي أَنَّ الْوَلَدَ يُبَاعُ مَعَهَا فِي الْأَوَّلَى دُونَ الثَّانِيَةِ، فَإِنَّ
الدِّينَ وَصَفَ حُكْمِيٍّ فِيهَا وَاجِبٌ فِي ذِمَّتِهَا مُتَعَلِّقٌ بِرَقَبَتِهَا اسْتِيفَاءً حَتَّى صَارَ الْمَوْلَى
مَمْنُوعًا مِنَ التَّصَرُّفِ فِي رَقَبَتِهَا بَيْعٍ أَوْ هِبَةٍ أَوْ غَيْرِهِمَا فَكَانَتْ مِنَ الْأَوْصَافِ الشَّرْعِيَّةِ
الْقَارَةِ فِي الْأُمِّ فَتَسْرِي إِلَى الْوَلَدِ كَالْكِتَابَةِ وَالتَّذْيِيرِ وَالرَّهْنِ. وَأَمَّا مُوجِبُ الْجِنَايَةِ فَالدَّفْعُ
أَوْ الْفِدَاءُ وَذَلِكَ فِي ذِمَّةِ الْمَوْلَى لَا فِي ذِمَّتِهَا حَتَّى لَا يَصِيرَ الْمَوْلَى مَمْنُوعًا مِنَ التَّصَرُّفِ فِي
رَقَبَتِهَا بَيْعٍ أَوْ هِبَةٍ أَوْ اسْتِخْدَامٍ (وَإَيْمًا يُبْلَاغُ فِيهَا أَثَرُ الْفِعْلِ الْحَقِيقِيِّ وَهُوَ الدَّفْعُ) فَلَا يَسْرِي
إِلَى الْوَلَدِ لِكُونِهِ وَصْفًا غَيْرَ قَارٍ حَصَلَ عِنْدَ الدَّفْعِ.

وَقَوْلُهُ (وَالسَّرَايَةُ فِي الْأَوْصَافِ الشَّرْعِيَّةِ دُونَ الْأَوْصَافِ الْحَقِيقِيَّةِ) بِنَاءً عَلَى أَنَّ
الْوَصْفَ الْحَقِيقِيَّ فِي مَحَلٍّ لَا يُمَكِّنُ أَنْ يَنْتَقِلَ إِلَى غَيْرِهِ، وَأَمَّا الْوَصْفُ الشَّرْعِيُّ فَهُوَ أَمْرٌ
اعْتِبَارِيٌّ يَتَحَوَّلُ بِتَحْوُلِهِ، وَاعْتَرَضَ بَوَجهَيْنِ:

أَحَدُهُمَا لَا نُسَلِّمُ أَنَّ دِينَ الْأُمَّةِ فِي ذِمَّتِهَا، فَإِنَّ الْمَوْلَى إِنْ أَعْتَقَهَا ضَمَّنَ قِيَمَتَهَا،
وَلَوْ كَانَ فِي ذِمَّتِهَا لَمَا ضَمَّنَ كَمَا لَوْ قَتَلَ مَدْيُونٌ إِنْسَانًا فَإِنَّهُ لَا يَضْمَنُ دِيْنَهُ.

وَالثَّانِي: أَنَّ مَا ذَكَرْتُمْ لَوْ كَانَ صَحِيحًا لَمَا سَرَى أَثَرُ الدَّفْعِ إِلَى أَرْضِ اسْتَحَقَّتْهُ بِجَنَايَةِ جَنَى بِهَا عَلَيْهَا جَانٌ وَدَفَعَهُ إِلَيْهَا بِطَرِيقِ الْأَوَّلَى لَمَا أَنَّ وَلَدَهَا جُزْؤَهَا وَأَرْضُهَا لَيْسَ كَذَلِكَ، وَلَمَّا لَمْ يَسِرْ إِلَى جُزْئِهَا لَكُونَهُ أَثَرُ فِعْلٍ حَقِيقِي كَانَ أَوَّلَى أَنْ لَا يَسْرِيَ إِلَى مَا لَيْسَ بِجُزْءٍ مِنْهَا. وَأُجِيبَ عَنِ الْأَوَّلِ بِأَنَّ وَجُوبَ ضَمَانِ قِيمَةِ الْعَبْدِ الْمَدْيُونِ عَلَى الْمَوْلَى لَتَفْوِيْتِهِ مَا تَعَلَّقَ بِهِ.

حَقُّ الْعُرْمَاءِ يَبْعَا وَاسْتِيفَاءٌ مِنْ تَمَنِّهِ لَا بِاعْتِبَارِ وَجُوبِ الدَّيْنِ عَلَى الْمَوْلَى، وَإِلَّا لَوَجَبَ عَلَيْهِ إِيفَاءُ الدَّيْنِ لَا ضَمَانَ قِيمَةِ الْعَبْدِ، وَإِنَّمَا لَا يَضْمَنُ الْقَاتِلُ دَيْنَ مَنْ قَتَلَهُ لِعَدَمِ الْمُمَالَةِ بَيْنَ الْمُتْلَفِ وَهُوَ الدَّيْنُ وَمَا يُقَابَلُهُ مِنَ الْعَيْنِ ضَمَانًا، وَضَمَانُ الْعُدْوَانِ يَعْتَمِدُ الْمُمَالَةَ وَهِيَ مَسْأَلَةُ الْمَنَافِعِ وَهِيَ مَعْرُوفَةٌ، لَا يُقَالُ: هَذَا الْمَانِعُ مَوْجُودٌ فِي صُورَةِ النَّزَاعِ فَهَلَا أُعْتَبِرَ لِأَنَّ الْإِثْلَافَ هُنَاكَ لَاقَى مَحَلًّا يُمَكِّنُ الْاسْتِيفَاءَ مِنْ تَمَنِّهِ، بِخِلَافِ صُورَةِ التَّقْضِ. فَإِنْ قِيلَ: إِذَا كَانَ تَخْصِيصُ الْعِلَّةِ. قُلْتُ: مُخْلَصُهُ مَعْلُومٌ.

وَعَنِ الثَّانِي أَنَّ الْأَرْضَ بَدَلُ جُزْءٍ مُتَّصِلٍ فَاتَ بِالْجَنَايَةِ وَوَلَّى الْجَنَايَةَ قَدْ اسْتَحَقَّتْهَا بِكُلِّ جُزْءٍ مِنْهَا فَمَا فَاتَ مِنَ الْأَجْزَاءِ يَبْعُوضُ قَامَ الْعَوَضُ مَقَامَهُ، كَمَا لَوْ قُتِلَتْ وَأُخْذَ الْمَوْلَى قِيمَتُهَا كَانَ عَلَيْهِ دَفْعُهَا إِلَى وَلِيِّ الْجَنَايَةِ اعْتِبَارًا لِلْجُزْءِ بِالْكُلِّ، بِخِلَافِ الْوَلَدِ فَإِنَّهُ بَعْدَ الْإِنْفِصَالِ لَيْسَ بِجُزْءٍ وَلَا بَدَلًا عَنْ جُزْءٍ.

قَالَ (وَإِذَا كَانَ الْعَبْدُ لِرَجُلٍ زَعَمَ رَجُلٌ آخَرُ أَنَّ مَوْلَاهُ أَعْتَقَهُ فَقَتَلَ الْعَبْدَ وَلِيًّا لَذَلِكَ الرَّجُلِ الزَّاعِمِ خَطَأً فَلَا شَيْءَ لَهُ) لِأَنَّهُ لَمَّا زَعَمَ أَنَّ مَوْلَاهُ أَعْتَقَهُ فَقَدْ ادَّعَى الدِّيَّةَ عَلَى الْعَاقِلَةِ وَأَبْرَأَ الْعَبْدَ وَالْمَوْلَى إِلَّا أَنَّهُ لَا يُصَدَّقُ عَلَى الْعَاقِلَةِ مِنْ غَيْرِ حُجَّةٍ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِذَا كَانَ الْعَبْدُ لِرَجُلٍ) صُورَتُهُ الْمَذْكُورَةُ ظَاهِرَةٌ، وَذَكَرَ فِي الْكِتَابِ الْإِقْرَارَ بِالْحُرِّيَّةِ قَبْلَ الْجَنَايَةِ. وَفِي الْمُبْسُوطِ بَعْدَهَا، وَلَا تَقَاوُتَ فِي ذَلِكَ. وَقَوْلُهُ (وَإِبْرَاءُ الْعَبْدِ) يَعْنِي مِنْ كُلِّ الدِّيَّةِ لَا مِنْ قِسْطِهَا فِيهَا، وَإِبْرَاءُ الْمَوْلَى لِأَنَّهُ لَمْ يَدَّعِ عَلَيْهِ بَعْدَ الْجَنَايَةِ إِعْتِقًا حَتَّى يَصِيرَ بِهِ مُخْتَارًا لِلْفِدَاءِ إِنْ عَلِمَ بِذَلِكَ أَوْ مُسْتَهْلَكًا حَقَّ الْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ إِنْ لَمْ يَعْلَمْ، وَكَذَلِكَ لَمْ يَكُنْ لَهُ سَبِيلٌ عَلَى أَخْذِ الْعَبْدِ بَعْدَ هَذَا الْإِقْرَارِ وَلَا عَلَى الْمَوْلَى بِشَيْءٍ وَلَا عَلَى الْعَاقِلَةِ إِلَّا بِحُجَّةٍ.

قَالَ (وَإِذَا أَعْتَقَ الْعَبْدُ فَقَالَ لِرَجُلٍ قَتَلْتُ أَخَاكَ خَطَاً وَأَنَا عَبْدٌ وَقَالَ الْآخَرُ قَتَلْتَهُ وَأَنْتَ حُرٌّ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْعَبْدِ) لِأَنَّهُ مُنْكَرٌ لِلضَّمَانِ لَمَّا أَنَّهُ أَسْنَدَهُ إِلَى حَالَتِهِ مَعْهُودَةٍ مُنَافِيَةٍ لِلضَّمَانِ، إِذِ الْكَلَامُ فِيمَا إِذَا عُرِفَ رِقُّهُ، وَالْوُجُوبُ فِي جِنَايَةِ الْعَبْدِ عَلَى الْمَوْلَى دَفْعًا أَوْ فِدَاءً، وَصَارَ كَمَا إِذَا قَالَ الْبَالِغُ الْعَاقِلُ طَلَقْتَ امْرَأَتِي وَأَنَا صَبِيٌّ أَوْ بَعْتُ دَارِي وَأَنَا صَبِيٌّ، أَوْ قَالَ طَلَقْتَ امْرَأَتِي وَأَنَا مَجْنُونٌ أَوْ بَعْتُ دَارِي وَأَنَا مَجْنُونٌ وَقَدْ كَانَ جُنُونُهُ مَعْرُوفًا كَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ لَمَّا ذَكَرْنَا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِذَا أَعْتَقَ الْعَبْدُ) يَعْنِي إِذَا أُعْتِقَ عَبْدٌ مَعْرُوفٌ بِالرِّقِّ (فَقَالَ لِرَجُلٍ قَتَلْتُ أَخَاكَ خَطَاً وَأَنَا عَبْدٌ وَقَالَ الْآخَرُ بَلْ قَتَلْتَهُ وَأَنْتَ حُرٌّ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْعَبْدِ لِأَنَّهُ مُنْكَرٌ لِلضَّمَانِ) لِأَنَّهُ أَسْنَدَ إِقْرَارَهُ إِلَى حَالِهِ مَعْهُودَةٍ مُنَافِيَةٍ لِلضَّمَانِ عَلَيْهِ، إِذِ الْكَلَامُ فِي عَبْدٍ مَعْرُوفٍ الرِّقِّ وَالْوُجُوبُ فِي جِنَايَةِ الْعَبْدِ عَلَى الْمَوْلَى دَفْعًا أَوْ فِدَاءً، وَاعْتَرَضَ بِأَنَّ الْعَبْدَ قَدْ ادَّعَى تَارِيخًا سَابِقًا فِي إِقْرَارِهِ وَالْمَقَرُّ لَهُ مُنْكَرٌ لَذَلِكَ التَّارِيخِ فَيَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ اعْتِبَارَ التَّارِيخِ لِلتَّرْجِيحِ بَعْدَ وُجُودِ أَصْلِ الْإِقْرَارِ، وَهَاهُنَا هُوَ مُنْكَرٌ لِأَصْلِهِ فَصَارَ كَمَنْ يَقُولُ لِعَبْدِهِ أَعْتَقْتُكَ قَبْلَ أَنْ تُخْلُقَ أَوْ خُلِقَ. وَقَوْلُهُ (كَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ) يَعْنِي مَعَ يَمِينِهِ. وَقَوْلُهُ (لَمَّا ذَكَرْنَا) إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ لِأَنَّهُ مُنْكَرٌ لِلضَّمَانِ.

قَالَ (وَمَنْ أَعْتَقَ جَارِيَةً ثُمَّ قَالَ لَهَا قَطَعْتُ يَدَكَ وَأَنْتِ أَمْتِي وَقَالَتْ قَطَعْتَهَا وَأَنَا حُرَّةٌ فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا، وَكَذَلِكَ كُلُّ مَا أَخَذَ مِنْهَا إِلَّا الْجَمَاعَ وَالْغَلَتِ اسْتِحْسَانًا، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: لَا يَضْمَنُ إِلَّا شَيْئًا قَائِمًا بِعَيْنِهِ يُؤْمَرُ بِرَدِّهِ عَلَيْهَا) لِأَنَّهُ مُنْكَرٌ وَجُوبِ الضَّمَانِ لِإِسْنَادِهِ الْفِعْلَ إِلَى حَالَتِهِ مَعْهُودَةٍ مُنَافِيَةٍ لَهُ كَمَا فِي الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى وَكَمَا فِي الْوَطْءِ وَالْغَلَةِ. وَفِي الشَّيْءِ الْقَائِمِ أَقْرَبُ بِبَيْدِهَا حَيْثُ اعْتَرَفَ بِالْأَخْذِ مِنْهَا ثُمَّ ادَّعَى التَّمْلِكَ عَلَيْهَا وَهِيَ مُنْكَرَةٌ وَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُنْكَرِ فَلِهَذَا يُؤْمَرُ بِالرَّدِّ إِلَيْهَا، وَلَهُمَا أَنَّهُ أَقْرَبُ بِسَبَبِ الضَّمَانِ ثُمَّ ادَّعَى مَا يُبْرِئُهُ فَلَا يَكُونُ الْقَوْلُ قَوْلَهُ كَمَا إِذَا قَالَ لغيرِهِ فَقَاتَ عَيْنَكَ الْيَمْنَى وَعَيْنِي الْيَمْنَى صَحِيحَةً ثُمَّ قُتِلَتْ وَقَالَ الْمُقَرُّ لَهُ: لَا بَلْ فَقَاتَهَا وَعَيْنُكَ الْيَمْنَى مَفْقُوءَةٌ فَإِنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ الْمُقَرِّ لَهُ، وَهَذَا لِأَنَّهُ مَا أَسْنَدَهُ إِلَى حَالَتِهِ مُنَافِيَةٍ لِلضَّمَانِ لِأَنَّهُ يَضْمَنُ يَدَهَا لَوْ قَطَعَهَا وَهِيَ مَدْيُونَةٌ، وَكَذَا يَضْمَنُ مَالَ الْحَرَبِيِّ إِذَا أَخَذَهُ

وَهُوَ مُسْتَأْمَنٌ، بِخِلَافِ الْوَطْءِ وَالْغَلَةِ لِأَنَّ وَطْءَ الْمَوْلَى أَمَتَهُ الْمَدْيُونَةَ لَا يُوجِبُ الْعُقْرَ، وَكَذَا أَخْذَهُ مِنْ غَلَتِهَا، وَإِنْ كَانَتْ مَدْيُونَةً لَا يُوجِبُ الضَّمَانَ عَلَيْهِ فَحَصَلَ الْإِسْنَادُ إِلَى حَالَتِهِ مَعْهُودَةٌ مُنَافِيَةٌ لِلضَّمَانِ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ أَعْتَقَ جَارِيَةً ثُمَّ قَالَ لَهَا) هَذِهِ الْمَسْأَلَةُ أَيْضًا مَبْنَاهَا عَلَى إِسْنَادِ الْإِقْرَارِ إِلَى حَالَةِ مُنَافِيَةِ لِلضَّمَانِ، وَمَعْنَى قَوْلِهِ (إِلَّا الْجِمَاعَ وَالْغَلَةَ) أَنْ يَقُولَ لَهَا جَامِعُكَ وَأَنْتِ أَمَتِي أَوْ أَخَذْتَ مِنْكَ غَلَةً عَمَلَكِ وَأَنْتِ أَمَتِي وَقَالَتْ بَلْ كَانَ ذَلِكَ بَعْدَ الْعَقْرِ فَإِنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ الْمُقَرِّ الَّذِي هُوَ الْمَوْلَى اسْتِحْسَانًا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: لَا يَضْمَنُ إِلَّا شَيْئًا قَائِمًا بِعَيْنِهِ، فَإِنَّهُ يُؤْمَرُ بِرَدِّهِ عَلَيْهَا: يَعْنِي لَوْ كَانَ أَقَرُّ بِأَخْذِ شَيْءٍ مِنْهَا بِعَيْنِهِ وَالْمَأْخُودُ قَائِمٌ فِي يَدِهِ وَاخْتَلَفَا فِيهِ عَلَى هَذَا الْوَجْهِ فَإِنَّ الرَّدَّ فِيهِ مُجْمَعٌ عَلَيْهِ، بَنَاهَا مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ عَلَى الْأَصْلِ الْمَذْكُورِ.

وَأَجَابَ عَنْ تَخَلُّفِ الشَّيْءِ الْقَائِمِ بِعَيْنِهِ بِأَنَّهُ أَقَرَّ بِيَدِهِ: أَيُّ يَدِ الْمَأْخُودِ مِنْهُ (حَيْثُ اعْتَرَفَ بِالْأَخْذِ مِنْهُ ثُمَّ ادَّعَى التَّمْلِكَ عَلَيْهِ وَهُوَ مُنْكَرٌ وَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُنْكَرِ فَلِهَذَا يُؤْمَرُ بِالرَّدِّ عَلَيْهَا. وَلَهُمَا أَنَّهُ أَقَرَّ بِسَبَبِ الضَّمَانِ ثُمَّ ادَّعَى مَا يُبْرِئُهُ فَلَا يَكُونُ الْقَوْلُ قَوْلُهُ) وَهَذَا لِأَنَّهُ مَا أُسْنِدَ إِلَى حَالَةِ مُنَافِيَةِ لِلضَّمَانِ لِأَنَّهُ يَضْمَنُ يَدَهَا لَوْ قَطَعَهَا وَهِيَ مَدْيُونَةٌ.

بِخِلَافِ الْوَطْءِ وَالْغَلَةِ لِأَنَّ وَطْءَ الْمَوْلَى أَمَتَهُ الْمَدْيُونَةَ لَا يُوجِبُ الْعُقْرَ، وَكَذَلِكَ إِذَا أَخَذَ مِنْ غَلَتِهَا وَإِنْ كَانَتْ مَدْيُونَةً لَا يَجِبُ الضَّمَانُ عَلَيْهِ فَحَصَلَ فِيهِمَا الْإِسْنَادُ إِلَى حَالَةِ مَعْهُودَةٍ مُنَافِيَةٍ لِلضَّمَانِ، بِخِلَافِ غَيْرِهِمَا (لَأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ مَا إِذَا قَالَ لِغَيْرِهِ فَقَاتَ عَيْنَكَ الْيَمْنَى وَعَيْنِي الْيَمْنَى صَحِيحَةٌ ثُمَّ فُقِئَتْ) يُرِيدُ بِذَلِكَ بَرَاءَتَهُ عَنْ ضَمَانِ الْعَيْنِ قِصَاصًا وَأَرْشًا (وَقَالَ الْمُقَرُّ لَهُ بَلْ فَقَاتَهَا وَعَيْنَكَ الْيَمْنَى مَفْقُوءَةٌ) يُرِيدُ بِهِ وَجُوبَ نِصْفِ الدِّيَةِ عَلَيْهِ، وَهَذَا بِنَاءً عَلَى أَنَّ جَنْسَ الْعُضْوِ الْمُتْلَفِ إِنْ كَانَ صَحِيحًا حَالِ الْإِتْلَافِ ثُمَّ تَلَفَ سَقَطَ الْقِصَاصُ بِنَاءً عَلَى أَصْلِ أَصْحَابِنَا رَحِمَهُمُ اللَّهُ أَنَّ مُوجِبَ الْعَمْدِ الْقَوْدُ عَلَى سَبِيلِ التَّعْيِينِ، وَلَهُ الْعُدُولُ إِلَى الْمَالِ فَقَبْلَ الْعُدُولِ إِذَا فَاتَ الْمَحْلُ بَطَلَ الْحَقُّ، وَاعْتَرَضَ بِأَنَّ ذَلِكَ فِيمَا يَجِبُ فِيهِ الْقِصَاصُ.

كَمَا إِذَا قَطَعَ يَمِينَ شَخْصٍ ثُمَّ شُلَتْ يَمِينُهُ. وَفَقَّءُ الْعَيْنِ بِالتَّعْوِيرِ لَا قِصَاصَ فِيهِ

فَلَا يَسْتَقِيمُ الْأَصْلُ الْمَذْكُورُ. وَأَجِيبَ بِأَنَّ الْمُرَادَ فَقَدْ ذَهَبَ بِهِ نُورُهَا وَلَمْ تَنْخَسِفْ وَالْقِصَاصُ فِيهِ جَارٍ.

وَقَوْلُهُ (وَكَذَا يَضْمَنُ مَالَ الْحَرْبِيِّ إِذَا أَخَذَهُ وَهُوَ مُسْتَأْمَنٌ) لَيْسَ لَهُ تَعَلُّقٌ بِمَا نَحْنُ فِيهِ مِنْ مَسْأَلَةِ الْقَطْعِ: لَكِنَّهُ ذَكَرَهُ بَيَانًا لِمَسْأَلَةِ أُخْرَى صَوْرَتُهَا: مُسْلِمٌ دَخَلَ دَارَ الْحَرْبِ بِأَمَانٍ وَأَخَذَ مَالَ حَرْبِيٍّ ثُمَّ أَسْلَمَ الْحَرْبِيُّ ثُمَّ خَرَجَا إِلَيْنَا فَقَالَ لَهُ الْمُسْلِمُ أَخَذْتَ مِنْكَ مَالًا وَأَنْتَ حَرْبِيٌّ فَقَالَ بَلْ أَخَذْتَ مِنِّي وَأَنَا مُسْلِمٌ فَأَنْتَاهَا عَلَى الْخِلَافِ.

كَذَا قِيلَ، فَإِنْ صَحَّ ذَلِكَ فَوَجْهُ قَوْلِ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ إِنَّهُ أَسْنَدَ إِفْرَارَهُ إِلَى حَالَةِ مَعْهُودَةٍ مُنَافِيَةٍ لِلضَّمَانِ. وَوَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّهُ لَيْسَ كَذَلِكَ لِأَنَّ مَالَ الْحَرْبِيِّ قَدْ يَضْمَنُ إِذَا أَخَذَهُ دَيْنًا فَكَانَ قَدْ أَقْرَ بِسَبَبِ الضَّمَانِ ثُمَّ ادَّعَى مَا يُبْرِئُهُ فَلَا يُسْمَعُ إِلَّا بِحُجَّةٍ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ. وَالْحَاصِلُ أَنَّ هَذِهِ الْمَسَائِلَ عَلَى ثَلَاثَةِ أَوْجُهٍ: فِي وَجْهِ يَكُونُ الْقَوْلُ قَوْلَ الْمَوْلَى وَهُوَ مَا إِذَا أَخَذَ الْعَلَّةَ أَوْ وَطَنَهَا، وَفِي وَجْهِ يَكُونُ الْقَوْلُ قَوْلَ الْجَارِيَةِ وَهُوَ مَا إِذَا أَقْرَ الْمَوْلَى أَنَّهُ أَخَذَ مِنْهَا مَالًا وَهُوَ قَائِمٌ فِي يَدِهِ، وَفِي وَجْهِ اخْتَلَفُوا وَهُوَ مَا إِذَا اسْتَهْلَكَ مَالَهَا أَوْ قَطَعَ يَدَهَا، وَقَدْ اتَّفَقُوا عَلَى أَصْلَيْنِ:

أَحَدُهُمَا أَنَّ الْإِسْنَادَ إِلَى حَالَةِ مَعْهُودَةٍ مُنَافِيَةٍ لِلضَّمَانِ يُوجِبُ سُقُوطَ الْمَقَرِّ بِهِ. وَالْآخَرُ: أَنَّ مَنْ أَقْرَ بِسَبَبِ الضَّمَانِ ثُمَّ ادَّعَى مَا يُبْرِئُهُ لَا يُسْمَعُ مِنْهُ إِلَّا بِحُجَّةٍ، فَالْوَجْهُ الْأَوَّلُ مُخْرَجٌ عَلَى الْأَصْلِ الْأَوَّلِ بِالِاتِّفَاقِ، وَالْوَجْهُ الثَّانِي مُخْرَجٌ عَلَى الْأَصْلِ الثَّانِي بِالِاتِّفَاقِ، وَالْوَجْهُ الثَّلَاثُ خَرَجَهُ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ عَلَى الْأَوَّلِ وَهُمَا عَلَى الثَّانِي.

قَالَ (وَإِذَا أَمَرَ الْعَبْدُ الْمَحْجُورُ عَلَيْهِ صَبِيًّا حُرًّا بِقَتْلِ رَجُلٍ فَقَتَلَهُ فَعَلَى عَاقِلَتِهِ الصَّبِيِّ الدِّيَّةُ) لِأَنَّهُ هُوَ الْقَاتِلُ حَقِيقَةً، وَعَمْدُهُ وَخَطْوُهُ سَوَاءٌ عَلَى مَا بَيَّنَّا مِنْ قَبْلُ (وَلَا شَيْءَ عَلَى الْأَمْرِ) وَكَذَا إِذَا كَانَ الْأَمْرُ صَبِيًّا لِأَنَّهُمَا لَا يُؤَاخِذَانِ بِأَقْوَالِهِمَا؛ لِأَنَّ الْمُؤَاخَذَةَ فِيهَا بِاعْتِبَارِ الشَّرْعِ وَمَا أَعْتَبِرَ قَوْلُهُمَا، وَلَا رُجُوعَ لِعَاقِلَتِ الصَّبِيِّ عَلَى الصَّبِيِّ الْأَمْرِ أَبَدًا، وَيَرْجِعُونَ عَلَى الْعَبْدِ الْأَمْرِ بَعْدَ الْإِعْتِقَاقِ لِأَنَّ عَدَمَ الْإِعْتِبَارِ لِحَقِّ الْمَوْلَى وَقَدْ زَالَ لَا لِنُقْصَانِ أَهْلِيَّةِ الْعَبْدِ، بِخِلَافِ الصَّبِيِّ لِأَنَّهُ قَاصِرُ الْأَهْلِيَّةِ. قَالَ (وَكَذَلِكَ إِنْ أَمَرَ عَبْدًا) مَعْنَاهُ أَنْ يَكُونَ الْأَمْرُ عَبْدًا وَتَأْمُورُ عَبْدًا مَحْجُورًا عَلَيْهِمَا (يُخَاطَبُ مَوْلَى الْقَاتِلِ بِالِدَفْعِ أَوْ الْفِدَاءِ) وَلَا رُجُوعَ لَهُ عَلَى الْأَوَّلِ فِي الْحَالِ، وَيَجِبُ أَنْ يَرْجِعَ بَعْدَ الْعِتْقِ بِأَقْلٍ مِنَ الْفِدَاءِ وَقِيمَتِهِ

العَبْدِ لِأَنَّهُ غَيْرُ مُضْطَرٍّ فِي دَفْعِ الزِّيَادَةِ، وَهَذَا إِذَا كَانَ الْقَتْلُ خَطَأً، وَكَذَا إِذَا كَانَ عَمْدًا وَالْعَبْدُ الْقَاتِلُ صَغِيرًا لِأَنَّ عَمْدَهُ خَطَأً، أَمَّا إِذَا كَانَ كَبِيرًا يَجِبُ الْقِصَاصُ لِحُرَيَّانِهِ بَيْنَ الْحُرِّ وَالْعَبْدِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِذَا أَمَرَ الْعَبْدُ الْمَحْجُورُ) عَلَى الْوَجْهِ الَّذِي ذَكَرَهُ ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (عَلَى مَا يَبَيَّنُ مِنْ قَبْلُ) إشارَةٌ إِلَى مَا ذَكَرَهُ قُبِيلُ فَصَلَّ الْجَنِينَ. وَقَوْلُهُ (لَأَنَّهُ غَيْرُ مُضْطَرٍّ فِي دَفْعِ الزِّيَادَةِ) أَيُّ لَا ضَرُورَةَ فِي إعْطَاءِ الزِّيَادَةِ لِأَنَّهُ يَتَخَلَّصُ عَنْ عُهْدَةِ الضَّمَانِ بِإِعْطَاءِ الْأَقْلَ مِنَ الْفِدَاءِ أَوْ قِيمَةِ الْعَبْدِ لِأَنَّهُ إِنَّمَا أُلْفَ بِأَمْرِهِ مَا هُوَ الْأَقْلُ مِنْهُمَا.

قَالَ (وَإِذَا قَتَلَ الْعَبْدُ رَجُلَيْنِ عَمْدًا وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا وَلِيَانٍ فَعَفَا أَحَدٌ وَلِيَّ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فَإِنَّ الْمَوْلَى يَدْفَعُ نِصْفَهُ إِلَى الْآخَرَيْنِ أَوْ يَفْضِيهِ بِعَشْرَةِ آلَافٍ دِرْهَمٍ) لِأَنَّهُ لَمَّا عَفَا أَحَدٌ وَلِيَّ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا سَقَطَ الْقِصَاصُ وَانْقَلَبَ مَا لَا فَصَارَ كَمَا لَوْ وَجَبَ الْمَالُ مِنَ الْإِبْتِدَاءِ، وَهَذَا لِأَنَّ حَقَّهُمْ فِي الرَّقَبَةِ أَوْ فِي عِشْرِينَ آلَافًا وَقَدْ سَقَطَ تَصِيبُ الْعَافِيَيْنِ وَهُوَ النِّصْفُ وَبَقِيَ النِّصْفُ (فَإِنْ كَانَ قَتَلَ أَحَدَهُمَا عَمْدًا وَالْآخَرَ خَطَأً فَعَفَا أَحَدٌ وَلِيَّ الْعَمْدِ فَإِنَّ فِدَاهُ الْمَوْلَى فِدَاهُ بِخَمْسَةِ عَشَرَ آلَافًا خَمْسَةَ آلَافٍ لِلَّذِي لَمْ يَعْفُ مِنْ وَلِيِّ الْعَمْدِ وَعَشْرَةُ آلَافٍ لَوْلِيِّ الْخَطَأِ) لِأَنَّهُ لَمَّا انْقَلَبَ الْعَمْدُ مَا لَا كَانَ حَقُّ وَلِيِّ الْخَطَأِ فِي كُلِّ الدِّيَةِ عَشْرَةُ آلَافٍ، وَحَقُّ أَحَدِ وَلِيِّ الْعَمْدِ فِي نِصْفِهَا خَمْسَةُ آلَافٍ، وَلَا تَضَاقِقُ فِي الْفِدَاءِ فَيَجِبُ خَمْسَةُ عَشَرَ آلَافًا (وَإِنْ دَفَعَهُ دَفَعَهُ إِلَيْهِمْ أَثْلَاثًا: ثَلَاثُ لَوْلِيِّ الْخَطَأِ، وَثَلَاثُهُ لغيرِ الْعَافِي مِنْ وَلِيِّ الْعَمْدِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَقَالَا: يَدْفَعُهُ أَرْبَاعًا: ثَلَاثَةٌ أَرْبَاعِهِ لَوْلِيِّ الْخَطَأِ، وَرُبْعُهُ لَوْلِي الْعَمْدِ) فَالْقِسْمَةُ عِنْدَهُمَا بِطَرِيقِ الْمُنَازَعَةِ، فَيُسَلَّمُ النِّصْفُ لَوْلِيِّ الْخَطَأِ بِلا مُنَازَعَةٍ، وَاسْتَوَتْ مُنَازَعَةُ الْفَرِيقَيْنِ فِي النِّصْفِ الْآخِرِ فَيَتَنَصَّفُ، فَلِهَذَا يُقَسَّمُ أَرْبَاعًا. وَعِنْدَهُ يُقَسَّمُ بِطَرِيقِ الْعَوْلِ وَالْمُضَارَبَةِ أَثْلَاثًا، لِأَنَّ الْحَقَّ تَعَلَّقَ بِالرَّقَبَةِ أَصْلُهُ التَّرَكُّهُ الْمُسْتَعْرِقَةُ بِالْأَدْيُونِ فَيَضْرِبُ هَذَا بِالْكُلِّ وَذَلِكَ بِالنِّصْفِ، وَلِهَذَا الْمَسْأَلَةُ تَطَافُرُ وَأَضْدَادُ ذَكَرْنَاهَا فِي الزِّيَادَاتِ.

الشرح:

قَالَ (وَإِذَا قَتَلَ الْعَبْدُ رَجُلَيْنِ عَمْدًا) كَلَامُهُ وَاضِحٌ، إِلَى قَوْلِهِ: وَإِنْ دَفَعَهُ دَفَعَهُ إِلَيْهِمْ

أَثَلًا: ثَلَاثًا لَوْلِيَّ الْخَطَأِ، وَثَلَاثُ غَيْرِ الْعَافِي مِنْ وَلِيِّ الْعَمْدِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ.

وَأَصْلُ هَذَا مَا اتَّفَقُوا عَلَيْهِ أَنَّ قِسْمَةَ الْعَيْنِ إِذَا وَجِبَتْ بِسَبَبٍ دَيْنٍ فِي الذِّمَّةِ كَالْغَرَمَيْنِ فِي التَّرَكَةِ وَتَحْوِهَا كَانَتْ الْقِسْمَةُ بِطَرِيقِ الْعَوْلِ وَالْمُضَارَبَةِ لَعَدَمِ التَّضَايِقِ فِي الذِّمَّةِ، فَيُثْبِتُ حَقُّ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى وَجْهِ الْكَمَالِ فَيُضْرَبُ بِجَمِيعِ حَقِّهِ. وَأَمَّا إِذَا وَجِبَتْ قِسْمَةُ الْعَيْنِ ابْتِدَاءً لَا بِسَبَبٍ دَيْنٍ فِي الذِّمَّةِ كَمَسْأَلَةِ بَيْعِ الْفُضُولِيِّ وَهِيَ أَنَّ فُضُولِيًّا لَوْ بَاعَ عَبْدٌ إِنْسَانَ كُلَّهُ وَفُضُولِيًّا آخَرَ بَاعَ نِصْفَهُ وَأَجَارَ الْمَالِكُ الْبَيْعَيْنِ كَانَ الْعَبْدُ بَيْنَ الْمُشْتَرَيْنِ أَرْبَاعًا فَكَانَتْ الْقِسْمَةُ بِطَرِيقِ الْمُنَازَعَةِ، لِأَنَّ الْحَقَّ الثَّابِتَ فِي الْعَيْنِ ابْتِدَاءً لَا يَثْبُتُ بِصِفَةِ الْكَمَالِ عِنْدَ الْمُرَاحِمَةِ، لِأَنَّ الْعَيْنَ الْوَاحِدَةَ تُضَيِّقُ عَنِ الْحَقِّينِ عَلَى وَجْهِ الْكَمَالِ، وَإِذَا ثَبَتَ هَذَا قَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُمَا اللَّهُ:

فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِ الْعَبْدِ الْمَدْفُوعِ لَوْلِيَّ الْخَطَأِ وَرُبْعُهُ لِلْسَّائِكِ مِنْ وَلِيِّ الْعَمْدِ، لِأَنَّ حَقَّ وَلِيِّ الْعَمْدِ كَانَ فِي جَمِيعِ الرِّقَّةِ، فَإِذَا عَفَا أَحَدَهُمَا بَطَلَ حَقُّهُ وَفَرَعَ النِّصْفُ فَيَتَعَلَّقُ حَقُّ وَلِيِّ الْخَطَأِ بِهَذَا النِّصْفِ بِلا مُنَازَعَةٍ، بَقِيَ النِّصْفُ الْآخَرُ وَاسْتَوَتْ مُنَازَعَةُ وَلِيِّ الْخَطَأِ وَالْسَّائِكِ مِنْ وَلِيِّ الْعَمْدِ فِي هَذَا النِّصْفِ، فَصَارَ هَذَا النِّصْفُ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ فَكَانَتْ الْقِسْمَةُ بَيْنَهُمَا بِطَرِيقِ الْمُنَازَعَةِ أَرْبَاعًا كَمَا فِي مَسْأَلَةِ الْفُضُولِيِّينَ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ أَصْلَ حَقِّهِمَا لَيْسَ فِي عَيْنِ الْعَبْدِ بَلْ فِي الْأَرْضِ الَّذِي هُوَ بَدَلُ الْمُتْلَفِ، وَالْقِسْمَةُ فِي غَيْرِ الْعَيْنِ تَكُونُ بِطَرِيقِ الْعَوْلِ وَالْمُضَارَبَةِ، وَهَذَا لِأَنَّ حَقَّ وَلِيِّ الْخَطَأِ فِي عَشْرَةِ آلَافٍ وَحَقَّ شَرِيكَ الْعَافِي فِي خَمْسَةِ فَيُضْرَبُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِحِصَّتِهِ، كَرَجُلٍ عَلَيْهِ ثَلَاثَةُ آلَافٍ دَرَاهِمٍ أَلْفَانِ لِرَجُلٍ وَأَلْفٌ لآخَرَ مَاتَ وَتَرَكَ أَلْفَ دَرَاهِمٍ كَانَتْ التَّرَكَةُ بَيْنَ صَاحِبَيْ الدَّيْنِ أَثَلَاثًا بِطَرِيقِ الْعَوْلِ وَالْمُضَارَبَةِ ثَلَاثًا لَصَاحِبِ الْأَلْفَيْنِ وَثَلَاثًا لَصَاحِبِ الْأَلْفِ كَذَلِكَ هَذَا بِخِلَافِ بَيْعِ الْفُضُولِيِّ لِأَنَّ الْمِلْكَ يَثْبُتُ لِلْمُشْتَرِي فِي الْعَيْنِ ابْتِدَاءً.

قَالَ (وَإِذَا كَانَ عَبْدٌ بَيْنَ رَجُلَيْنِ فَقَتَلَ مَوْلَى لَهُمَا) أَيَّ قَرِيبًا لَهُمَا (فَعَفَا أَحَدَهُمَا بَطَلَ الْجَمِيعُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: يَدْفَعُ الَّذِي عَفَا نِصْفَ نَصِيْبِهِ إِلَى الْآخَرِ أَوْ يَفْدِيهِ بِرُبْعِ الدِّيَةِ) وَذَكَرَ فِي بَعْضِ النُّسخِ قَتْلَ وَلِيٍّ لَهُمَا، وَالْمُرَادُ الْقَرِيبُ أَيْضًا، وَذَكَرَ فِي بَعْضِ النُّسخِ قَوْلَ مُحَمَّدٍ مَعَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَذَكَرَ فِي الزِّيَادَاتِ: عَبْدٌ قَتَلَ مَوْلَاهُ وَلَهُ ابْنَانِ

فَعَفَا أَحَدَ الْاِبْنَيْنِ بَطَلَ ذَلِكَ كُلُّهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ، وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ الْجَوَابُ فِيهِ كَالْجَوَابِ فِي مَسْأَلَةِ الْكِتَابِ. وَلَمْ يَذْكُرْ اخْتِلَافَ الرُّوَايَةِ. لِأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ حَقَّ الْقِصَاصِ ثَبَتَ فِي الْعَبْدِ عَلَى سَبِيلِ الشُّيُوعِ، لِأَنَّ مِلْكَ الْمَوْلَى لَا يَمْنَعُ اسْتِحْقَاقَ الْقِصَاصِ لَهُ فَإِذَا عَفَا أَحَدَهُمَا انْقَلَبَ نَصِيبُ الْآخَرِ وَهُوَ النِّصْفُ مَالًا، غَيْرَ أَنَّهُ شَائِعٌ فِي الْكُلِّ فَيَكُونُ نِصْفُهُ فِي نَصِيبِهِ وَالنِّصْفُ فِي نَصِيبِ صَاحِبِهِ، فَمَا يَكُونُ فِي نَصِيبِهِ سَقَطَ ضَرُورَةُ أَنَّ الْمَوْلَى لَا يَسْتَوْجِبُ عَلَى عَبْدِهِ مَالًا، وَمَا كَانَ فِي نَصِيبِ صَاحِبِهِ بَقِيَ وَنِصْفُ النِّصْفِ هُوَ الرَّبْعُ فَلِهَذَا يَقَالُ: ادْفَعْ نِصْفَ نَصِيبِكَ أَوْ اقْتَدَاهُ بِرُبْعِ الدِّيَةِ. وَلَهُمَا أَنْ مَا يَجِبُ مِنَ الْمَالِ يَكُونُ حَقَّ الْمَقْتُولِ لِأَنَّهُ بَدَلَ دَمِهِ، وَلِهَذَا تُقْضَى مِنْهُ دِيُونُهُ وَتُنْفَذُ بِهِ وَصَايَاهُ، ثُمَّ الْوَرَثَةُ يَخْلُفُونَهُ فِيهِ عِنْدَ الْفَرَاغِ مِنْ حَاجَتِهِ وَالْمَوْلَى لَا يَسْتَوْجِبُ عَلَى عَبْدِهِ دَيْنًا فَلَا تَخْلُفُهُ الْوَرَثَةُ فِيهِ وَاللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ بِالْصَّوَابِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِذَا كَانَ عَبْدٌ بَيْنَ رَجُلَيْنِ فَقَتَلَ مَوْلى لُهُمَا) فَسَرَهُ الْمُصَنِّفُ رَحِمَهُ اللَّهُ بِقَوْلِهِ: أَيُّ قَرِيبًا لُهُمَا، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿وَإِنِّي خِفْتُ الْمَوَالِيَ مِنْ وَرَأْيِ﴾ [مريم: ٥] أَيُّ الْأَقَارِبِ وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُرَادَ بِهِ عَبْدٌ لُهُمَا أَعْتَقَاهُ فَعَفَا أَحَدَهُمَا بَطَلَ حَقُّ الْآخَرِ فِي النَّفْسِ وَالْمَالِ جَمِيعًا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ: وَقَالَا: يُقَالُ لِلْعَافِي ادْفَعْ نِصْفَ نَصِيبِكَ إِلَى شَرِيكَكَ أَوْ أَفْدِهِ بِرُبْعِ الدِّيَةِ.

وَذَكَرَ فِي بَعْضِ نُسَخِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ قَوْلَ مُحَمَّدٍ مَعَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ، وَالْأَشْهُرُ أَنَّهُ مَعَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ. قَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: إِنَّ حَقَّ كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْمَوْلَيْنِ فِي نِصْفِ الْقِصَاصِ شَائِعًا، لِأَنَّ مِلْكَ الْمَوْلَى لَا يَمْنَعُ اسْتِحْقَاقَ الْقِصَاصِ لَهُ، لِأَنَّ الْعَبْدَ فِي حَقِّ الدَّمِ مُبْقَى عَلَى أَصْلِ الْحُرِّيَةِ وَالْمَوْلَى فِي دَمِهِ كَأَجَنِّيٍّ فَيَسْتَحِقُّ دَمَهُ بِالْقِصَاصِ لَمَّا لَمْ يَكُنْ مُسْتَحَقًّا لَهُ بِالْمِلْكِ.

فَإِذَا عَفَا أَحَدَهُمَا انْقَلَبَ نَصِيبُ الْآخَرِ وَهُوَ النِّصْفُ مَالًا غَيْرَ أَنَّهُ شَائِعٌ فِي الْكُلِّ فَيَكُونُ نِصْفُهُ فِي نَصِيبِهِ وَنِصْفُهُ فِي نَصِيبِ صَاحِبِهِ، فَمَا يَكُونُ فِي نَصِيبِهِ سَقَطَ ضَرُورَةُ أَنَّ الْمَوْلَى لَا يَسْتَوْجِبُ عَلَى عَبْدِهِ دَيْنًا، وَمَا كَانَ فِي نَصِيبِ صَاحِبِهِ بَقِيَ هُوَ نِصْفُ النِّصْفِ وَهُوَ الرَّبْعُ فَلِذَلِكَ يَدْفَعُ نِصْفَ نَصِيبِهِ وَهُوَ الرَّبْعُ أَوْ يَفْدِيهِ بِرُبْعِ الدِّيَةِ، وَلِأَبِي

حَنِيفَةً رَحِمَهُ اللَّهُ أَنْ نَصِيبَ الْعَافِي قَدْ سَقَطَ وَنَصِيبَ الْآخَرِ وَهُوَ النِّصْفُ يُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ كُلُّهُ فِي مِلْكٍ شَرِيكِهِ فَيَنْقَلِبُ مَالًا، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ كُلُّهُ فِي مِلْكٍ نَفْسِهِ فَيَبْطُلُ أَصْلًا، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ نِصْفُهُ فِي مِلْكٍ نَفْسِهِ وَنِصْفُهُ فِي نَصِيبِ الْعَافِي فَيَنْقَلِبُ نِصْفُ هَذَا النِّصْفِ وَهُوَ الرُّبْعُ مَالًا، فَلَمَّا أُحْتَمِلَ هَذَا وَأُحْتَمِلَ ذَلِكَ لَا يَنْقَلِبُ مَالًا لِأَنَّ الْمَالَ لَا يَجِبُ بِالشُّكِّ، وَوَقَعَ فِي نُسْخِ الْهِدَايَةِ فِي هَذَا الْمَوْضِعِ اخْتِلَافٌ كَثِيرٌ، وَالتَّعْوِيلُ عَلَى الْمَسْمُوعِ.

فَصْلٌ قَتَلَ عَبْدًا خَطَاً

(وَمَنْ قَتَلَ عَبْدًا خَطَاً فَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ لَا تُزَادُ عَلَى عَشْرَةِ آلَافٍ دِرْهَمٍ، فَإِنْ كَانَتْ قِيمَتُهُ عَشْرَةَ آلَافٍ دِرْهَمٍ أَوْ أَكْثَرَ قَضَى لَهُ بِعَشْرَةِ آلَافٍ إِلَّا عَشْرَةً، وَفِي الْأَمَةِ إِذَا زَادَتْ قِيمَتُهَا عَلَى الدِّيَةِ خَمْسَةَ آلَافٍ إِلَّا عَشْرَةً) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَالشَّافِعِيُّ: تَجِبُ قِيمَتُهُ بِالْعَتَةِ مَا بَلَغَتْ، وَلَوْ غَضِبَ عَبْدًا قِيمَتُهُ عِشْرُونَ أَلْفًا فَهَلْكَ فِي يَدِهِ تَجِبُ قِيمَتُهُ بِالْعَتَةِ مَا بَلَغَتْ بِالْإِجْمَاعِ. لَهُمَا أَنَّ الضَّمَانَ بَدَلُ الْمَالِيَّةِ وَلِهَذَا يَجِبُ لِلْمَوْلَى وَهُوَ لَا يَمْلِكُ الْعَبْدَ إِلَّا مِنْ حَيْثُ الْمَالِيَّةُ، وَلَوْ قَتَلَ الْعَبْدُ الْمَبِيعَ قَبْلَ الْقَبْضِ بَيَقَى الْعَقْدُ وَبَقَاؤُهُ بِبَقَاءِ الْمَالِيَّةِ أَصْلًا أَوْ بَدَلَهُ وَصَارَ كَقَلِيلِ الْقِيَمَةِ وَكَالْغَضَبِ. وَأَبُو حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٌ قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ﴾ [النساء: ٩٢] أَوْجَبَهَا مُطْلَقًا، وَهِيَ اسْمٌ لِلْوَاجِبِ بِمُقَابَلَةِ الْأَدَمِيَّةِ، وَلَأنَّ فِيهِ مَعْنَى الْأَدَمِيَّةِ حَتَّى كَانَ مُكْلَفًا، وَفِيهِ مَعْنَى الْمَالِيَّةِ، وَالْأَدَمِيَّةُ أَعْلَاهُمَا فَيَجِبُ اعْتِبَارُهَا بِإِهْدَارِ الْأَدْنَى عِنْدَ تَعَدُّرِ الْجَمْعِ بَيْنَهُمَا وَضَمَانُ الْغَضَبِ بِمُقَابَلَةِ الْمَالِيَّةِ، إِذِ الْغَضَبُ لَا يُرَدُّ إِلَّا عَلَى الْمَالِ، وَبَقَاءُ الْعَقْدِ يَتَّبِعُ الْفَائِدَةَ حَتَّى يَبْقَى بَعْدَ قَتْلِهِ عَمْدًا وَإِنْ لَمْ يَكُنِ الْقِصَاصُ بَدَلًا عَنِ الْمَالِيَّةِ فَكَذَلِكَ أَمْرُ الدِّيَةِ، وَفِي قَلِيلِ الْقِيَمَةِ الْوَاجِبِ بِمُقَابَلَةِ الْأَدَمِيَّةِ إِلَّا أَنَّهُ لَا سَمْعَ فِيهِ فَقَدَرْنَاهُ بِقِيمَتِهِ رَأْيًا، بِخِلَافِ كَثِيرِ الْقِيَمَةِ لِأَنَّ قِيَمَةَ الْحُرِّ مُقَدَّرَةٌ بِعَشْرَةِ آلَافٍ دِرْهَمٍ وَنَقَصْنَا مِنْهَا فِي الْعَبْدِ إِظْهَارًا لَانْحِطَاطِ رُتَبَتِهِ، وَتَعْيِينُ الْعَشْرَةِ بِأَثَرِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا. قَالَ (وَفِي يَدِ الْعَبْدِ نِصْفُ قِيمَتِهِ لَا يُزَادُ عَلَى خَمْسَةِ آلَافٍ إِلَّا خَمْسَةً) لِأَنَّ الْيَدَ مِنَ الْأَدَمِيِّ نِصْفُهُ فَتُعْتَبَرُ بِكُلِّهِ، وَيَنْقُصُ هَذَا الْمِقْدَارُ إِظْهَارًا لَانْحِطَاطِ رُتَبَتِهِ، وَكُلُّ مَا يَقْدَرُ مِنْ دِيَةِ الْحُرِّ فَهُوَ مُقَدَّرٌ مِنْ قِيَمَةِ الْعَبْدِ لِأَنَّ الْقِيَمَةَ فِي الْعَبْدِ كَالدِّيَةِ فِي الْحُرِّ إِذْ هُوَ بَدَلُ الدَّمِ عَلَى مَا

قَرَرْنَاهُ، وَإِنْ غَضِبَ أَمَةٌ قِيمَتُهَا عِشْرُونَ أَلْفًا فَمَاتَتْ فِي يَدِهِ فَعَلَيْهِ تَمَامُ قِيمَتِهَا لَمَّا بَيَّنَّا أَنَّ
ضَمَانَ الْغَضَبِ ضَمَانُ الْمَالِيَّةِ.

الشرح:

(فصل): لَمَّا فَرَّغَ مِنْ بَيَانِ أَحْكَامِ جَنَايَةِ الْعَبْدِ شَرَعَ فِي بَيَانِ أَحْكَامِ الْجَنَايَةِ عَلَى
الْعَبْدِ وَقَدَّمَ الْأَوَّلَ تَرْجِيحًا لِحَاثِ الْفَاعِلِيَّةِ (وَمَنْ قَتَلَ عَبْدًا خَطَأً فَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ لَا تُزَادُ عَلَى
عِشْرَةِ آلَافٍ دِرْهَمٍ؛ فَإِنْ كَانَتْ قِيمَتُهُ عِشْرَةَ آلَافٍ دِرْهَمٍ أَوْ أَكْثَرَ قُضِيَ لَهُ بِعِشْرَةِ
آلَافٍ دِرْهَمٍ إِلَّا عِشْرَةً.

وَفِي الْأَمَةِ إِذَا زَادَتْ قِيمَتُهَا عَلَى الدِّيَةِ قُضِيَ لَهَا بِخَمْسَةِ آلَافٍ إِلَّا عِشْرَةً وَهَذَا
عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ) وَهُوَ قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَوَّلًا (وَقَالَ أَبُو
يُوسُفَ) آخِرًا وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ (تَجِبُ قِيمَتُهُ بِالْعَةِ مَا بَلَغَتْ، وَلَوْ غَضِبَ
عَبْدًا قِيمَتُهُ عِشْرُونَ أَلْفًا وَهَلَكَ فِي يَدِهِ تَجِبُ قِيمَتُهُ بِالْعَةِ مَا بَلَغَتْ بِالْإِجْمَاعِ. لَهَا أَنْ
الضَّمَانَ بَدَلَ الْمَالِيَّةِ) وَبَدَلَ الْمَالِيَّةِ بِالْقِيمَةِ فَالضَّمَانُ بِالْقِيمَةِ، أَمَا أَنَّهُ بَدَلَ الْمَالِيَّةِ؛ فَلَا تُه
(يَجِبُ لِلْمَوْلَى وَهُوَ لَا يَمْلِكُ الْعَبْدَ إِلَّا مِنْ حَيْثُ الْمَالِيَّةِ، وَلَوْ قُتِلَ الْعَبْدُ الْمُبْعُ قَبْلَ الْقَبْضِ
يَبْقَى الْعَقْدُ وَبَقَاؤُهُ بِنَقَاءِ الْمَالِيَّةِ أَصْلًا) إِنْ بَقِيَ الْعَيْنُ (أَوْ بَدَلًا) إِنْ هَلَكَتْ (وَصَرَّ كَقَلِيلِ
الْقِيمَةِ وَكَالْغَضَبِ) وَأَمَا أَنَّهُ بَدَلَ الْمَالِيَّةِ بِالْقِيمَةِ فَظَاهِرٌ.

وَهَذَا كَمَا تَرَى تَرْجِيحُ لِحَاثِ الْمَالِيَّةِ عَلَى الْآدَمِيَّةِ؛ لِأَنَّ الْمُمَاثِلَةَ وَاجِبُ الرِّعَايَةِ،
وَالرِّعَايَةُ فِي ذَلِكَ أَكْثَرُ؛ لِأَنَّ الْمَالَ وَإِنْ كَثُرَ لَا يُمَاتِلُ النَّفْسَ وَيُمَاتِلُ الْمَالَ (وَلَأَبِي حَنِيفَةَ
وَمُحَمَّدَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿وَدِيَّةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِيهَا﴾) وَوَجْهُ الاسْتِدْلَالِ أَنَّ اللَّهَ
تَعَالَى أَوْجَبَ الدِّيَةَ مُطْلَقًا فِيمَنْ قُتِلَ خَطَأً حُرًّا كَانَ أَوْ عَبْدًا (وَالدِّيَةُ اسْمٌ لِلْوَجِبِ
بِمُقَابَلَةِ الْآدَمِيَّةِ؛ وَلَأَنَّ فِيهِ مَعْنَى الْآدَمِيَّةِ حَتَّى كَانَ مُكَلَّفًا) بِلَا خِلَافٍ (وَفِيهِ مَعْنَى الْمَالِيَّةِ)
حَتَّى وَرَدَ عَلَيْهِ الْمَلِكُ بِلَا خِلَافٍ (وَالْآدَمِيَّةُ أَعْلَاهُمَا) لَا مَحَالَةَ (فَيَجِبُ اعْتِبَارُهَا بِإِهْدَارِ
الْأَدْنَى عِنْدَ تَعَدُّرِ الْجَمْعِ بَيْنَهُمَا) إِذِ الْعَكْسُ يُفْضِي إِلَى إِهْدَارِهِمَا جَمِيعًا؛ لِأَنَّ الْآدَمِيَّةَ
أَصْلٌ لِقِيَامِ الْمَالِيَّةِ بِهَا، وَفِي إِهْدَارِ الْأَصْلِ إِهْدَارُ التَّابِعِ، وَإِهْدَارُ أَحَدِهِمَا أَوْلَى مِنْ
إِهْدَارِهِمَا. فَإِنْ قِيلَ: لَا يُسَلَّمُ أَنَّ الْجَمْعَ بَيْنَهُمَا مُتَعَدِّرٌ بَلْ بِإِجَابِ الْقِيمَةِ بِالْعَةِ مَا بَلَغَتْ
يُوجَدُ الْجَمْعُ بَيْنَهُمَا. أُجِيبَ بِأَنَّ الْجَمْعَ إِنَّمَا يُوجَدُ بِإِجَابِ الدِّيَةِ مَعَ كَمَالِ الْقِيمَةِ،

وَكَذَلِكَ لَا يَجُوزُ الْقَوْلُ بِهِ لخُرُوجِهِ عَنِ الْإِجْمَاعِ. وَقَوْلُهُ (وَضَمَانُ الْعَصَبِ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِمَا وَكَانَ كَالْعَصَبِ.

وَقَوْلُهُ (وَبَقَاءُ الْعَقْدِ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِمَا وَلَوْ قُتِلَ الْعَبْدُ الْمَبِيعُ. وَقَوْلُهُ (وَفِي قَلِيلِ الْقِيَمَةِ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِمَا وَصَارَ كَقَلِيلِ الْقِيَمَةِ. وَقَوْلُهُ (بِأَثَرِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ مَسْعُودٍ رضي الله عنه) وَقَعَ فِي بَعْضِ النُّسخِ: ابْنُ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا وَهُوَ مَا رُوِيَ عَنْهُ: لَا يَبْلُغُ بِقِيَمَةِ الْعَبْدِ دِيَّةَ الْحُرِّ وَيُنْقُصُ مِنْهُ عَشْرَةُ دَرَاهِمٍ، وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ؛ لِمُوَافَقَتِهِ لَأَكْثَرِ النُّسخِ، وَاعْتَرَضَ بِأَنَّ أَثَرَ ابْنِ مَسْعُودٍ رضي الله عنه مُعَارَضٌ بِمَا رُوِيَ أَنَّ عُمَرَ وَعَلِيًّا وَابْنَ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ أَوْجَبُوا فِي قَتْلِ الْعَبْدِ قِيَمَتَهُ بِالْعَةِ مَا بَلَغَتْ.

وَأُجِيبَ بِأَنَّ الْمَرْوِيَّ عَنْ ابْنِ مَسْعُودٍ رضي الله عنه أَرْجَحُ؛ لِأَنَّهُ فِيهِ ذِكْرُ الْمَقْدَارِ وَهُوَ مِمَّا لَا يَهْتَدِي إِلَيْهِ الْعَقْلُ، وَلَيْسَ فِيهِمَا رُويٌ عَنْ غَيْرِهِ ذَلِكَ، بَلْ فِيهِ قِيَاسُ سَائِرِ الْأَمْوَالِ مِنْ تَبْلِيغِ قِيَمَتِهِ بِالْعَةِ مَا بَلَغَتْ فَكَانَ مَحْمُولًا عَلَى أَنَّهُمْ قَالُوا بِالرَّأْيِ، وَمِثْلُهُ لَا يُعَارِضُ مَا هُوَ بِمَنْزِلَةِ الْمُسْمُوعِ مِنْ رَسُولِ اللَّهِ صلى الله عليه وسلم.

وَقَوْلُهُ (لَا يُزَادُ عَلَى خَمْسَةِ آلَافٍ إِلَّا خَمْسَةٌ) أَيُّ لَا يُزَادُ عَلَى هَذَا الْمَقْدَارِ قَالَ فِي النَّهَائَةِ: هَذَا الَّذِي ذَكَرَهُ خِلَافُ ظَاهِرِ الرُّوَايَةِ؛ لِأَنَّهُ ذَكَرَ فِي الْمَبْسُوطِ، فَأَمَّا طَرَفُ الْمَمْلُوكِ فَقَدْ بَيَّنَّا أَنَّ الْمُعْتَبَرَ فِيهِ الْمَالِيَّةُ؛ لِأَنَّهُ لَا يُضْمَنُ بِالْقِصَاصِ وَلَا بِالْكَفَّارَةِ فَلِهَذَا كَانَ الْوَاجِبُ فِيهِ الْقِيَمَةُ بِالْعَةِ مَا بَلَغَتْ، إِلَّا أَنَّ مُحَمَّدًا رَحِمَهُ اللَّهُ قَالَ فِي بَعْضِ الرُّوَايَاتِ، الْقَوْلُ بِهَذَا يُؤَدِّي إِلَى أَنَّهُ يَجِبُ بَقْطُ طَرَفِ الْعَبْدِ فَوْقَ مَا يَجِبُ بِقَتْلِهِ إِلَى أَنَّ قَالَ: فَلِهَذَا قَالَ: لَا يُزَادُ عَلَى نِصْفِ بَدَلِ نَفْسِهِ فَيَكُونُ الْوَاجِبُ خَمْسَةُ آلَافٍ إِلَّا خَمْسَةٌ، وَقَوْلُهُ (لِأَنَّ الْقِيَمَةَ فِي الْعَبْدِ كَالِدِّيَّةِ فِي الْحُرِّ) يَعْنِي يَجِبُ فِي مُوضِحَةِ الْعَبْدِ نِصْفُ عَشْرِ قِيَمَةِ الْعَبْدِ؛ لِأَنَّهُ يَجِبُ فِي الْحُرِّ نِصْفُ عَشْرِ الدِّيَّةِ (إِذْ هُوَ) أَيُّ: الْقِيَمَةُ (بَدَلُ الدِّمِّ عَلَى مَا قَرَرْنَا) إِشَارَةً إِلَى قَوْلِهِ وَلَأَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿وَدِيَّةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ﴾ وَقَوْلُهُ (وَإِنْ غَضِبَ أَمَةٌ) ظَاهِرٌ.

قَالَ (وَمَنْ قَطَعَ يَدَ عَبْدٍ فَأَعْتَقَهُ الْمَوْلَى ثُمَّ مَاتَ مِنْ ذَلِكَ، فَإِنْ كَانَ لَهُ وَرَثَةٌ غَيْرُ الْمَوْلَى فَلَا قِصَاصَ فِيهِ وَلَا اقْتِصَاسَ مِنْهُ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: لَا قِصَاصَ فِي ذَلِكَ، وَعَلَى الْقَاطِعِ أَرْضُ الْيَدِ، وَمَا نَقَصَهُ ذَلِكَ إِلَى أَنْ يَعْتِقَهُ وَيَبْطُلَ

الْفَضْلُ) وَإِنَّمَا لَمْ يَجِبِ الْقِصَاصُ فِي الْوَجْهِ الْأَوَّلِ لِاشْتِبَاهِ مَنْ لَهُ الْحَقُّ، لِأَنَّ الْقِصَاصَ يَجِبُ عِنْدَ الْمَوْتِ مُسْتَنَدًا إِلَى وَقْتِ الْجُرْحِ، فَعَلَى اعْتِبَارِ حَالَةِ الْجُرْحِ يَكُونُ الْحَقُّ لِلْمَوْلَى، وَعَلَى اعْتِبَارِ الْحَالَةِ الثَّانِيَةِ يَكُونُ لِلْوَرَثَةِ فَتَحَقُّقُ الْاِشْتِبَاهِ وَتَعَذُّرُ الْاِسْتِيفَاءِ فَلَا يَجِبُ عَلَى وَجْهِ يُسْتَوْفَى وَفِيهِ الْكَلَامُ، وَاجْتِمَاعُهُمَا لَا يُزِيلُ الْاِشْتِبَاهَ لِأَنَّ الْمُلْكَيْنِ فِي الْحَالَيْنِ، بِخِلَافِ الْعَبْدِ الْمُوصَى بِخُدْمَتِهِ لِرَجُلٍ وَيَرْقَبَتِهِ لِأَخْرَ إِذَا قُتِلَ، لِأَنَّ مَا لِكُلِّ مِنْهُمَا مِنَ الْحَقِّ ثَابِتٌ مِنْ وَقْتِ الْجُرْحِ إِلَى وَقْتِ الْمَوْتِ، فَإِذَا اجْتَمَعَ زَالَ الْاِشْتِبَاهُ. وَلِمُحَمَّدٍ فِي الْخِلَافِيَّةِ وَهُوَ مَا إِذَا لَمْ يَكُنْ لِلْعَبْدِ وَرَثَةٌ سِوَى الْمَوْلَى أَنْ سَبَبَ الْوِلَايَةِ قَدْ اخْتَلَفَ لِأَنَّهُ الْمُلْكُ عَلَى اعْتِبَارِ إِحْدَى الْحَالَتَيْنِ وَالْوَرَاثَةِ بِالْوَلَاءِ عَلَى اعْتِبَارِ الْأُخْرَى، فَتُرْزَلُ مَنْزِلَتُهُ اخْتِلَافِ الْمُسْتَحَقِّ فِيمَا يُحْتَاطُ فِيهِ كَمَا إِذَا قَالَ لِأَخْرَ بَعْتَنِي هَذِهِ الْجَارِيَّةُ بِكَذَا فَقَالَ الْمَوْلَى زَوَّجْتَهَا مِنْكَ لَا يَحِلُّ لَهُ وَطْؤُهَا وَلِأَنَّ الْإِعْتَاقَ قَاطِعٌ لِلْسَّرَايَةِ، وَيَانْقِطَعُهَا بِيَقَى الْجُرْحِ بِلا سَرَايَةٍ، وَالسَّرَايَةَ بِلا قَطْعٍ فَيَمْتَنِعُ الْقِصَاصُ.

وَلَهُمَا أَنَا تَقَيُّنًا بِثُبُوتِ الْوِلَايَةِ لِلْمَوْلَى فَيُسْتَوْفَى وَهَذَا لِأَنَّ الْمَقْضِيَّ لَهُ مَعْلُومٌ وَالْحُكْمُ مُتَّحِدٌ فَوَجِبَ الْقَوْلُ بِالْاِسْتِيفَاءِ، بِخِلَافِ الْفَصْلِ الْأَوَّلِ، لِأَنَّ الْمَقْضِيَّ لَهُ مَجْهُوْلٌ، وَلَا مُعْتَبَرٌ بِاخْتِلَافِ السَّبَبِ هَاهُنَا لِأَنَّ الْحُكْمَ لَا يَخْتَلِفُ، بِخِلَافِ تِلْكَ الْمَسْأَلَةِ لِأَنَّ مِلْكَ الْيَمِينِ يُغَايِرُ مِلْكَ التَّكَاحِ حُكْمًا، وَالْإِعْتَاقُ لَا يَقْطَعُ السَّرَايَةَ لِنَدَاتِهِ بَلْ لِاشْتِبَاهِ مَنْ لَهُ الْحَقُّ، وَذَلِكَ فِي الْخَطِ دُونَ الْعَمْدِ لِأَنَّ الْعَبْدَ لَا يَصْلُحُ مَالِكًا لِلْمَالِ، فَعَلَى اعْتِبَارِ حَالَةِ الْجُرْحِ يَكُونُ الْحَقُّ لِلْمَوْلَى، وَعَلَى اعْتِبَارِ حَالَةِ الْمَوْتِ يَكُونُ لِلْمَيِّتِ لِحُرِّيَّتِهِ فَيَقْضَى مِنْهُ دِيُونُهُ وَيُنْفَذُ وَصَايَاهُ فَجَاءَ الْاِشْتِبَاهُ. أَمَّا الْعَمْدُ فَمَوْجِبُهُ الْقِصَاصُ وَالْعَبْدُ مُبْقَى عَلَى أَصْلِ الْحُرِّيَّةِ فِيهِ، وَعَلَى اعْتِبَارِ أَنْ يَكُونَ الْحَقُّ لَهُ فَالْمَوْلَى هُوَ الَّذِي يَتَوَلَّاهُ إِذَا لَا وَارِثَ لَهُ سِوَاهُ فَلَا اِشْتِبَاهَ فِيمَنْ لَهُ الْحَقُّ، وَإِذَا امْتَنَعَ الْقِصَاصُ فِي الْفَصْلَيْنِ عِنْدَ مُحَمَّدٍ يَجِبُ أَرْشُ الْيَدِ، وَمَا نَقَصَهُ مِنْ وَقْتِ الْجُرْحِ إِلَى وَقْتِ الْإِعْتَاقِ كَمَا ذَكَرْنَا لِأَنَّهُ حَصَلَ عَلَى مِلْكِهِ وَيَبْطُلُ الْفَضْلُ، وَعِنْدَهُمَا الْجَوَابُ فِي الْفَصْلِ الْأَوَّلِ كَالْجَوَابِ عِنْدَ مُحَمَّدٍ فِي الثَّانِي.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ قَطَعَ يَدَ عَبْدٍ فَأَعْتَقَهُ الْمَوْلَى) صُورَةُ الْمَسْأَلَةِ ظَاهِرَةٌ وَكَذَا تَحْرِيرُ الْمَذَاهِبِ. وَقَوْلُهُ (فِي الْوَجْهِ الْأَوَّلِ) يَعْنِي فِيمَا إِذَا كَانَ لَهُ وَرَثَةٌ غَيْرُ الْمَوْلَى. وَقَوْلُهُ

(لَا شُبَّاهُ مَنْ لَهُ الْحَقُّ) يَعْنِي الْمُسْتَوْفَى وَجَهَالَتُهُ تَمْنَعُ الْقِصَاصَ وَقَوْلُهُ (وَفِيهِ الْكَلَامُ) أَيُّ فِيمَا إِذَا كَانَ لَهُ وَرَثَةٌ غَيْرُ الْمَوْلَى، وَقِيلَ أَيُّ: فِي وَجُوبِهِ عَلَى وَجْهِ يُسْتَوْفَى لَا عَلَى أَصْلِ الْوُجُوبِ؛ لِأَنَّهُ لِإِفَادَةِ الْاسْتِيفَاءِ فَإِذَا فَاتَ الْمَقْصُودُ سَقَطَ اعْتِبَارُهُ، وَقِيلَ: أَيُّ فِي تَعَدُّرِ الْاسْتِيفَاءِ، وَقِيلَ أَيُّ فِي تَحَقُّقِ اشْتِبَاهِ مَنْ لَهُ الْقِصَاصُ، وَمَعْنَاهُ أَنَّ تَعَدُّرَ اسْتِيفَاءِ الْقِصَاصِ لَتَحَقُّقِ اشْتِبَاهِ مَنْ لَهُ الْاسْتِيفَاءُ وَقَدْ تَحَقَّقَ الْاشْتِبَاهُ فِيمَا نَحْنُ فِيهِ فَيَتَعَدَّرُ الْاسْتِيفَاءُ.

وَقَوْلُهُ (وَاجْتِمَاعُهُمَا لَا يُزِيلُ الْاشْتِبَاهَ) جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ سَلَمْنَا أَنَّ مَنْ لَهُ الْحَقُّ مُشْتَبَّهٌ لَكِنْ يَزُولُ الْاشْتِبَاهُ بِاجْتِمَاعِهِمَا. وَوَجْهُهُ أَنَّ اجْتِمَاعَهُمَا لَا يُزِيلُهُ؛ لِأَنَّ الْمَلِكَ فِي الْحَالَيْنِ مُخْتَلَفٌ، فَإِنَّ الْمَلِكَ لِلْمَوْلَى وَقْتَ الْجَرْحِ دُونَ الْمَوْتِ وَلِلْوَرَثَةِ بِالْعَكْسِ، وَعِنْدَ الْاجْتِمَاعِ لَا يَثْبُتُ الْمَلِكُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى الدَّوَامِ فِي الْحَالَيْنِ فَلَا يَكُونُ الْاجْتِمَاعُ مُفِيدًا (بِخِلَافِ الْعَبْدِ الْمُوصَى بِخِدْمَتِهِ لِرَجُلٍ، وَبِرَقَبَتِهِ لِآخَرَ) فَإِنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لَمْ يَنْفَرِدْ بِالْقِصَاصِ؛ لِأَنَّ الْمُوصَى لَهُ بِالْخِدْمَةِ لَا مَلِكَ لَهُ فِي الرِّقَّةِ، وَالْمُوصَى لَهُ بِالرِّقَّةِ إِذَا اسْتَوْفَى الْقِصَاصَ سَقَطَ حَقُّ الْمُوصَى لَهُ بِالْخِدْمَةِ؛ لِأَنَّ الرِّقَّةَ فَاتَتْ لَا إِلَى بَدَلٍ فَلَا يَمْلِكُ إِبْطَالُ حَقِّهِ عَلَيْهِ، وَلَكِنْ إِذَا اجْتَمَعَ فَقَدْ رَضِيَ الْمُوصَى لَهُ بِالْخِدْمَةِ بِفَوَاتِ حَقِّهِ فَيَسْتَوْفِيهِ الْآخَرُ لِرِوَالِ الْاشْتِبَاهِ.

وَقَوْلُهُ (عَلَى اعْتِبَارِ إِحْدَى الْحَالَتَيْنِ) وَهِيَ حَالَةُ الْجَرْحِ قَبْلَ الْعِتْقِ، وَالْحَالَةُ الْآخَرَى هِيَ حَالَةُ الْمَوْتِ بَعْدَ الْعِتْقِ. وَقَوْلُهُ (فِيمَا يُحْتَاطُ فِيهِ) يَعْنِي فِي الَّذِي لَا يَثْبُتُ بِالشُّبُهَاتِ فَإِنَّهُ يُحْتَزَرُ بِهِذَا عَمَّنْ قَالَ لِآخَرَ لَكَ عَلَيَّ أَلْفٌ مِنْ قَرْضٍ فَقَالَ الْمُقْرَأُ لَهُ: لَا بَلْ مِنْ ثَمَنِ مَبِيعٍ فَإِنَّهُ يُقْضَى بِأَمَالٍ وَإِنْ اخْتَلَفَ السَّبَبُ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ مِنَ الْأَمْوَالِ وَالْأَمْوَالُ مِمَّا يَقَعُ الْبَدَلُ وَالْإِبَاحَةُ فِيهَا فَلَا يُبَالِي بِاخْتِلَافِ السَّبَبِ، كَذَا فِي الشُّرُوحِ، وَفِيهِ نَظَرٌ، فَإِنَّ الْاِحْتِرَازَ بِالَّذِي لَا يَثْبُتُ بِالشُّبُهَاتِ إِنَّمَا يَكُونُ عَمَّا يَثْبُتُ بِالشُّبُهَاتِ، وَالْأَمْوَالُ لَيْسَتْ كَذَلِكَ، وَالْأَوَّلَى أَنْ يُفَسَّرَ مَا يُحْتَاطُ فِيهِ بِالدِّمَاءِ وَالْفُرُوجِ فَإِنَّهُ اسْتَشْهَدَ بَعْدَهُ بِحِلِّ الْوَطْءِ وَهُوَ مِمَّا يَثْبُتُ بِالشُّبُهَاتِ، أَوْ يُفَسَّرُ بِالَّذِي لَا يَجْرِي فِيهِ الْبَدَلُ، وَهُوَ رَاجِعٌ إِلَى الْأَوَّلِ. وَقَوْلُهُ (؛ وَلِأَنَّ الْإِعْتِاقَ قَاطِعٌ لِلْسَّرِّيَةِ) ذَلِيلٌ آخَرٌ، وَذَلِكَ؛ لِأَنَّ الْإِعْتِاقَ يُصِيرُ النَّهْيَةَ مُخَالَفَةً لِلْبَدَايَةِ، وَذَلِكَ يَمْنَعُ الْقِصَاصَ؛ أَلَا تَرَى أَنَّ مَنْ جَرَحَ عَبْدًا إِنْسَانًا ثُمَّ أَعْتَقَهُ مَوْلَاهُ ثُمَّ مَاتَ الْعَبْدُ مِنْ تِلْكَ الْجِرَاحَةِ لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ الْقِصَاصُ وَلَا الْقِيَمَةُ، وَإِنَّمَا

يُضْمَنُ التُّقْصَانَ، فَإِنْ كَانَ خَطَأً فَبِالِاتِّفَاقِ، وَإِنْ كَانَ عَمْدًا.

فَعِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ؛ لَأَنَّ الدَّلِيلَ وَهُوَ مُخَالَفَةُ النَّهْيَةِ لِلْبِدَايَةِ لَا يَفْصِلُ بَيْنَهُمَا وَبِالِانْقِطَاعِ عَمَّا يَبْقَى الْجَرْحُ بِلا سِرَايَةٍ، وَالسَّرَايَةُ بِلا قَطْعٍ فَيَمْتَنِعُ الْقِصَاصُ كَأَنَّهُ تَلَفَ بَاقَةَ سَمَاوِيَّةٍ. فَإِنْ قِيلَ: يَنْبَغِي أَنْ يَجِبَ أَرْشُ الْمَوْلَى لِكُونِهِ جَرَحًا بِلا سِرَايَةٍ.

أُجِيبَ بِأَنَّهُ لَا يَجِبُ نَظَرًا إِلَى حَقِيقَةِ الْجَنَايَةِ وَهُوَ الْقَتْلُ؛ لِأَنَّهُ إِذَا سَرَى تَبَيَّنَ أَنَّ الْجَنَايَةَ قَتْلٌ لَا قَطْعٌ (وَلَهُمَا أَلَا يَتَقَنَّا) بُيُوتَ وَلَايَةِ الاسْتِيفَاءِ فِي الْعَمْدِ لِلْمَوْلَى فَيَسْتَوْفِيهِ لِأَنَّ الْمُقْضَى لَهُ) وَهُوَ الْمَوْلَى (مَعْلُومٌ وَالْحُكْمُ) وَهُوَ اسْتِيفَاءُ الْقِصَاصِ (مُتَّحِدٌ فَوَجَبَ الْقَوْلُ بِبُيُوتِ الاسْتِيفَاءِ بِخِلَافِ الْفَصْلِ الْأَوَّلِ) يَعْنِي مَا إِذَا كَانَ لَهُ وَرَثَةٌ غَيْرُ الْمَوْلَى حَيْثُ لَمْ يَجِبِ الْقِصَاصُ بِالِاتِّفَاقِ (لَأَنَّ الْمُقْضَى لَهُ مَجْهُولٌ)؛ لِأَنَّا لَوْ اعْتَبَرْنَا حَالَةَ الْجَرْحِ كَانَ الْمُقْضَى لَهُ هُوَ الْمَوْلَى، وَلَوْ اعْتَبَرْنَا حَالَةَ الْمَوْتِ كَانَ الْوَرَثَةُ (وَلَا مُعْتَبَرٌ بِاخْتِلَافِ السَّبَبِ هُنَا) أَيُّ: فِي.

الْفَصْلُ الثَّانِي وَهُوَ مَا إِذَا لَمْ يَكُنْ لِلْعَبْدِ وَرَثَةٌ سِوَى الْمَوْلَى فِي الْعَمْدِ؛ لِأَنَّ الْحُكْمَ وَهُوَ اسْتِيفَاءُ الْقِصَاصِ لَا يَخْتَلِفُ وَهُوَ فِي الْحَالَيْنِ لَوَاحِدٍ وَهُوَ الْمَوْلَى، بِخِلَافِ تِلْكَ الْمَسْأَلَةِ: يَعْنِي الْمُسْتَشْهَدُ بِهَا بِقَوْلِهِ كَمَا إِذَا قَالَ لآخرَ بَعْنِي هَذِهِ الْجَارِيَةَ إلخَ فَإِنَّ الْحُكْمَ فِيهَا مُخْتَلِفٌ (لَأَنَّ مِلْكَ الْيَمِينِ يُغَايِرُ مِلْكَ النِّكَاحِ حُكْمًا)؛ لِأَنَّ مِلْكَ النِّكَاحِ يُثْبِتُ الْحِلَّ مَقْصُودًا وَمِلْكَ الْيَمِينِ قَدْ لَا يُثْبِتُهُ وَلَوْ أَثْبَتَهُ لَمْ يَكُنْ مَقْصُودًا، وَاخْتَلَفَ الْحُكْمُ كَمَا اخْتَلَفَ السَّبَبُ.

وَقَوْلُهُ (وَالِإِعْتَاقُ لَا يَقْطَعُ السَّرَايَةَ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ؛ وَلَأَنَّ الْإِعْتَاقَ قَاطِعٌ لِلْسَّرَايَةِ، وَمَعْنَاهُ الْإِعْتَاقُ قَاطِعٌ لِلْسَّرَايَةِ فِي صُورَةِ الْخَطَأِ دُونَ الْعَمْدِ، وَذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ لَا يَقْطَعُ السَّرَايَةَ (لِذَلِكَ بَلْ لاشْتِبَاهِ مَنْ لَهُ الْحَقُّ، وَذَلِكَ فِي الْخَطَأِ؛ لِأَنَّ الْعَبْدَ لَا يَصْلُحُ مَالِكًا لِلْمَالِ) فَيَكُونُ الْحَقُّ حَالَةَ الْجَرْحِ لِلْمَوْلَى لِكُونِهِ قَبْلَ الْعَنْقِ (وَعَلَى اعْتِبَارِ حَالَةِ الْمَوْتِ يَكُونُ لِلْمَيِّتِ لِحُرِّيَّتِهِ فَتَقْضَى مِنْهُ ذُبُونُهُ وَتُنْفَذُ وَصَايَاهُ فَجَاءَ الْاِسْتِيفَاءُ، أَمَّا الْعَمْدُ فَمُوجِبُهُ الْقِصَاصُ وَالْعَبْدُ مُبْقَى عَلَى أَصْلِ الْحُرِّيَّةِ فِيهِ) فَالْحَقُّ لِلْعَبْدِ وَالْمَوْلَى يَسْتَوْفِيهِ بِطَرِيقِ الْخِلَافَةِ عَنْهُ إِذِ الْفَرَضُ أَنَّهُ (لَا وَارِثَ سِوَاهُ فَلَا اسْتِيفَاءَ فَيَمْنُ لَهُ الْحَقُّ).

وَالْحَاصِلُ مِنْ هَذَا كُلِّهِ أَنَّ صُورَ مَنْ قَطَعَ يَدَ عَبْدٍ غَيْرِهِ فَأَعْتَقَهُ الْمَوْلَى ثُمَّ مَاتَ لَا

تَزِيدُ عَلَى أَرْبَعٍ؛ لِأَنَّهُ إِمَّا أَنْ قَطَعَ عَمْدًا أَوْ خَطَأً، فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ فَإِمَّا أَنْ يَكُونَ لِلْعَبْدِ وَارِثٌ سِوَى الْمَوْلَى أَوْ لَمْ يَكُنْ، فَإِنْ كَانَ يَقْطَعُ الْإِعْتَاقَ السَّرَّاءَ بِالِاتِّفَاقِ فَلَا يَجِبُ الْقِصَاصُ لِحَالَةِ الْمُقْضَى لَهُ وَالْمُقْضَى بِهِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَا يَقْطَعُهَا عِنْدَهُمَا خِلَافًا لِمُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ، وَإِنْ كَانَ الثَّانِي فَاِلْعْتَاقُ يَقْطَعُهَا بِالِاتِّفَاقِ سِوَاءَ كَانَ لَهُ وَارِثٌ أَوْ لَمْ يَكُنْ، فَلَا تَجِبُ الْقِيَمَةُ أَوْ الدِّيَةُ بَلْ يَجِبُ نُقْصَانُ الْقِيَمَةِ بِالْقَطْعِ وَالْبَاقِي ظَاهِرٌ.

قَالَ (وَمَنْ قَالَ لِعَبْدِيهِ أَحَدَكُمَا حُرٌّ ثُمَّ شَجًّا فَأَوْقَعَ الْعِتْقَ عَلَى أَحَدِهِمَا فَأَرَشَهُمَا لِلْمَوْلَى) لِأَنَّ الْعِتْقَ غَيْرُ نَازِلٍ فِي الْمَعِينِ وَالشَّجَّةُ تُصَادِفُ الْمَعِينَ فَبَقِيََا مَمْلُوكَيْنِ فِي حَقِّ الشَّجَّةِ (وَلَوْ قَتَلَهُمَا رَجُلٌ تَجِبُ دِيَةٌ حُرٌّ وَقِيَمَةُ عَبْدٍ) وَالْفَرْقُ أَنَّ الْبَيَانَ إِنْشَاءً مِنْ وَجْهِهِ وَإِظْهَارًا مِنْ وَجْهِ عَلَى مَا عُرِفَ، وَبَعْدَ الشَّجَّةِ بَقِيَ مَحِلًّا لِلْبَيَانِ فَاعْتَبِرَ إِنْشَاءً فِي حَقِّهِمَا، وَبَعْدَ الْمَوْتِ لَمْ يَبْقَ مَحِلًّا لِلْبَيَانِ فَاعْتَبَرْنَاهُ إِظْهَارًا مُحَضًّا، وَأَحَدُهُمَا حُرٌّ بَيِّقِينَ فَتَجِبُ قِيَمَةُ عَبْدٍ وَدِيَةٌ حُرٌّ، بِخِلَافِ مَا إِذَا قَتَلَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا رَجُلٌ حَيْثُ قِيَمَةُ الْمَمْلُوكَيْنِ، لِأَنَّا لَمْ نَتَبَيَّنْ بِقَتْلِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا حُرًّا وَكُلَّ مِنْهُمَا يُنْكَرُ ذَلِكَ، وَلِأَنَّ الْقِيَاسَ يَأْبَى ثُبُوتَ الْعِتْقِ فِي الْمَجْهُولِ لِأَنَّهُ لَا يُفِيدُ فَائِدَةً، وَإِنَّمَا صَحْحَانَاهُ ضَرُورَةُ صِحَّةِ التَّصَرُّفِ وَاثْبَتْنَا لَهُ وَلَايَةَ النُّقْلِ مِنَ الْمَجْهُولِ إِلَى الْمَعْلُومِ فَيَتَقَدَّرُ بِقَدْرِ الضَّرُورَةِ وَهِيَ فِي النَّفْسِ دُونَ الْأَطْرَافِ فَبَقِيََا مَمْلُوكًا فِي حَقِّهَا.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ قَالَ لِعَبْدِيهِ أَحَدَكُمَا حُرٌّ ثُمَّ شَجًّا) إِذَا قَالَ لِعَبْدِيهِ أَحَدَكُمَا حُرٌّ ثُمَّ شَجًّا فَأَوْقَعَ الْعِتْقَ عَلَى أَحَدِهِمَا: أَيُّ يَبَيِّنُ ذَلِكَ الْمُبْهَمَ بِالتَّعْيِينِ فِي أَحَدِهِمَا، وَإِنَّمَا ذَكَرَهُ بِلَفْظٍ أَوْقَعَ لِيَدُلَّ بِهِ عَلَى أَنَّ الْعِتْقَ لَمْ يَنْزِلْ عَلَى أَحَدِهِمَا فِي حَقِّ الْأَرْضِ مُعَيَّنًا وَإِنْ كَانَ ظَهَرَ وَقُوعُ الْعِتْقِ عَلَى أَحَدِهِمَا فِي بَعْضِ الصُّوَرِ كَمَا فِي الْمَوْتِ وَالْقَتْلِ، فَإِنَّهُ إِذَا قَالَ أَحَدَكُمَا حُرٌّ فَمَاتَ أَحَدُهُمَا أَوْ قُتِلَ تَعَيَّنَ الْعِتْقُ لِلآخَرِ (فَأَرَشَهُمَا لِلْمَوْلَى؛ لِأَنَّ الْعِتْقَ غَيْرُ نَازِلٍ فِي الْمَعِينِ).

وَالشَّجَّةُ تُصَادِفُ الْمَعِينَ فَبَقِيََا مَمْلُوكَيْنِ فِي حَقِّ الشَّجَّةِ) فَيَكُونُ أَرَشُهُمَا لِلْمَالِكِ (وَلَوْ قَتَلَهُمَا رَجُلٌ تَجِبُ دِيَةٌ حُرٌّ وَقِيَمَةُ عَبْدٍ) لَا قِيَمَةُ عَبْدَيْنِ وَلَا دِيَةٌ حَرَّيْنِ (وَالْفَرْقُ أَنَّ الْبَيَانَ وَهُوَ تَعْيِينُ الْعِتْقِ الْمُبْهَمِ فِي أَحَدِهِمَا إِنْشَاءً مِنْ وَجْهِهِ إِظْهَارًا مِنْ وَجْهِ عَلَى مَا

عُرِفَ) فِي أَصُولِ الْفَقْهِ أَنَّ الْبَيَانَ إِنْشَاءً مِنْ وَجْهِ حَتَّى يُشْتَرَطَ صِلَاحِيَّةُ الْمَحَلِّ لِلْإِنْشَاءِ، فَلَوْ مَاتَ أَحَدُهُمَا فَبَيْنَ الْعِتْقِ فِيهِ لَا يَصِحُّ، وَإِظْهَارٌ مِنْ وَجْهِ حَتَّى يُجْبَرَ عَلَيْهِ، وَلَوْ كَانَ إِنْشَاءً مِنْ وَجْهِ لَمَا أُجْبِرَ عَلَيْهِ؛ إِذِ الْمَرْءُ لَا يُجْبَرُ عَلَى إِنْشَاءِ الْعِتْقِ، وَالْعَبْدُ (بَعْدَ الشَّجَّةِ) مَحَلٌّ لِلْبَيَانِ فَاعْتَبِرَ إِنْشَاءً فِي حَقِّهِمَا وَبَعْدَ الْمَوْتِ لَمْ يَبْقَ مَحَلًّا لَهُ فَاعْتَبَرْتَاهُ إِظْهَارًا مَحْضًا، وَأَحَدُهُمَا حُرٌّ يَبْقَيْنِ فَتَجِبُ قِيَمَةُ عَبْدٍ وَدِيَّةُ حُرٍّ، بِخِلَافِ مَا إِذَا قُتِلَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا رَجُلٌ وَالْأَصْلُ فِي هَذَا أَنَّ الْقَاتِلَ إِمَّا أَنْ يَكُونَ وَاحِدًا أَوْ اثْنَيْنِ، فَإِنْ كَانَ وَاحِدًا فَإِمَّا أَنْ قَتَلَهُمَا مَعًا أَوْ مُتَعَاقِبًا؛ فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ فَالْحُكْمُ مَا ذَكَرْتَاهُ مِنْ وَجُوبِ الْقِيَمَةِ لِلْمَوْلَى وَالِدِيَّةِ لِلْوَرْتَةِ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَرَثَةٌ غَيْرُ الْمَوْلَى فَظَاهِرٌ، وَإِنْ كَانَتْ فَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا تَجِبُ دِيَّتُهُ فِي حَالٍ وَقِيَمَتُهُ فِي حَالٍ، وَيُقَسَّمُ ذَلِكَ بِاعْتِبَارِ الْأَحْوَالِ، وَهَذَا إِذَا اسْتَوَتْ الْقِيَمَتَانِ.

وَأَمَّا إِذَا اخْتَلَفَا فَعَلَيْهِ نِصْفُ قِيَمَةِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا وَدِيَّةُ حُرٍّ؛ لِأَنَّا نَتَيَقَّنُ أَنَّهُ قَتَلَ عَبْدًا وَحُرًّا وَقَتَلَ الْحُرَّ يُوجِبُ الدِّيَّةَ، وَلَيْسَ أَحَدُهُمَا أَوْلَى مِنَ الْآخَرِ فَيَلْزِمُهُ نِصْفُ قِيَمَةِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا وَنِصْفُ دِيَّةِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا.

وَإِنْ كَانَ الثَّانِي فَقَدْ تَعَيَّنَتِ الْحُرِّيَّةُ فِي الثَّانِي بِقَتْلِ الْأَوَّلِ، فَكَانَ عَلَى الْقَاتِلِ قِيَمَةُ الْأَوَّلِ لِلْمَوْلَى وَدِيَّةُ الثَّانِي لِلْوَرْتَةِ، وَإِنْ كَانَ الْقَاتِلُ اثْنَيْنِ فَإِمَّا أَنْ قَتَلَا مَعًا أَوْ مُتَعَاقِبًا، فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ كَانَ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا قِيَمَةُ عَبْدٍ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنَ الْقَاتِلَيْنِ إِمَّا قَتَلَ أَحَدَهُمَا بَعِيْنِهِ، وَالْعِتْقُ فِي حَقِّ الْعَيْنِ كَأَنَّهُ غَيْرُ نَازِلٍ وَإِنَّمَا هُوَ نَازِلٌ فِي الْمُنْكَرِ، وَلَا نَتَيَقَّنُ أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا قَاتِلٌ لِذَلِكَ الْمُنْكَرِ فَيَجِبُ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الْقَدْرُ الْمُتَبَقِّعُ بِهِ وَهُوَ الْقِيَمَةُ، وَلَمْ يُبَيِّنْ فِي الْمَبْسُوطِ أَنَّ ذَلِكَ لِلْمَوْلَى أَوْ لَوَرْتَتِهِمَا.

وَقِيلَ هَذَا وَالْأَوَّلُ سَوَاءٌ النَّصْفُ لِلْمَوْلَى مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا، وَالنَّصْفُ لِلْوَرْتَةِ، فَإِنَّ الْعِتْقَ فِي حَقِّ الْمَوْلَى ثَابِتٌ فِي أَحَدِهِمَا فَلَا يَسْتَحِقُّ بَدَلَ نَفْسِهِ فَيُورَعُ ذَلِكَ عَلَيْهِمَا نِصْفَيْنِ، وَإِنْ لَمْ يُدْرَ أَيُّهُمَا قُتِلَ أَوَّلًا فَالْحُكْمُ كَذَلِكَ، وَإِنْ كَانَ الثَّانِي فَعَلَى الْقَاتِلِ الْأَوَّلِ قِيَمَتُهُ لِمَوْلَاهُ وَعَلَى الثَّانِي دِيَّةُ الثَّانِي لَوَرْتَتِهِ؛ لِأَنَّ الْعِتْقَ تَعَيَّنَ فِيهِ، وَقَدْ ظَهَرَ لَكَ مِنْ هَذَا أَنَّ مَا ذَكَرَهُ الْمُصَنِّفُ رَحِمَهُ اللَّهُ فِيمَا إِذَا كَانَ قَتْلُهُمَا مَعًا سَوَاءً كَانَ الْقَاتِلُ وَاحِدًا أَوْ اثْنَيْنِ.

وَقَوْلُهُ (وَلَاَنَّ الْقِيَاسَ) مَعْطُوفٌ عَلَى أَنَّ فِي قَوْلِهِ وَالْفَرْقُ أَنَّ الْبَيَانَ إِنْشَاءً. وَوَجْهُهُ

أَنَّ الْقِيَاسَ (يَأْبَى ثُبُوتَ الْعِتْقِ فِي الْمَجْهُولِ)؛ لِأَنَّهُ لَا يُفِيدُ فَائِدَةَ الْعِتْقِ مِنْ أَهْلِيَّةِ الْوِلَايَةِ لِلْقَضَاءِ وَالشَّهَادَةِ، وَمَا هُوَ كَذَلِكَ فَلَا مُعْتَبَرٌ بِهِ فِي الشَّرْعِ (وَلِأَنَّمَا صَحْحَتَاهُ ضَرُورَةٌ صِحَّةُ التَّصَرُّفِ وَأَثْبَتْنَا لَهُ وَلَايَةَ الثَّقَلِ مِنَ الْمَجْهُولِ إِلَى الْمَعْلُومِ) بِطَرِيقِ الْبَيَانِ بِتَعْيِينِ الْمُبْهَمِ فِي أَحَدِهِمَا بَعَيْنَهُ (فَيَتَقَدَّرُ بِقَدْرِ الضَّرُورَةِ وَهِيَ فِي النَّفْسِ)؛ لِأَنَّهَا مَحَلُّ الْعِتْقِ (دُونَ الْأَطْرَافِ)؛ لِأَنَّهُ إِنْ حَلَّهَا حَلٌّ تَبَعًا فَيَبْقَى الْعَبْدُ مَمْلُوكًا فِي حَقِّ الْأَطْرَافِ عَلَى أَصْلِ الْقِيَاسِ.

قَالَ (وَمَنْ فَقَا عَيْنِي عَبْدٍ، فَإِنْ شَاءَ الْمَوْلَى دَفَعَ عَبْدَهُ وَآخَذَ قِيمَتَهُ وَإِنْ شَاءَ أَمْسَكَهُ، وَلَا شَيْءَ لَهُ مِنَ الثَّقَصَانِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: إِنْ شَاءَ أَمْسَكَ الْعَبْدَ وَآخَذَ مَا نَقَصَهُ، وَإِنْ شَاءَ دَفَعَ الْعَبْدَ وَآخَذَ قِيمَتَهُ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يَضُمُّهُ كُلُّ الْقِيمَةِ وَيُمْسِكُ الْجُثَّةَ لِأَنَّهُ يَجْعَلُ الضَّمَانَ مُقَابِلًا بِالْفَائِتِ فَبَقِيَ الْبَاقِي عَلَى مِلْكِهِ، كَمَا إِذَا قَطَعَ إِحْدَى يَدَيْهِ أَوْ فَقَا إِحْدَى عَيْنَيْهِ.

وَنَحْنُ نَقُولُ: إِنَّ الْمَالِيَّةَ قَائِمَةٌ فِي الذَّاتِ وَهِيَ مُعْتَبَرَةٌ فِي حَقِّ الْأَطْرَافِ لِسُقُوطِ اعْتِبَارِهَا فِي حَقِّ الذَّاتِ قَصْرًا عَلَيْهِ.

وَإِذَا كَانَتْ مُعْتَبَرَةً وَقَدْ وُجِدَ إِتْلَافُ النَّفْسِ مِنْ وَجْهِ تَفْوِيتِ جِنْسِ الْمُنْفَعَةِ وَالضَّمَانُ يَتَقَدَّرُ بِقِيمَةِ الْكُلِّ فَوَجِبَ أَنْ يَتَمَلَّكَ الْجُثَّةَ دَفْعًا لِلضَّرَرِ وَرِعَايَةً لِلْمُمَالَةِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا فَقَا عَيْنِي حُرًّا لِأَنَّهُ لَيْسَ فِيهِ مَعْنَى الْمَالِيَّةِ، وَبِخِلَافِ عَيْنِي الْمُدَبَّرِ لِأَنَّهُ لَا يَقْبَلُ الْإِنْتِقَالَ مِنَ الْمَلِكِ إِلَى مَلِكٍ، وَفِي قَطْعِ إِحْدَى الْيَدَيْنِ وَفَقَا إِحْدَى الْعَيْنَيْنِ لَمْ يُوْجَدْ تَفْوِيتُ جِنْسِ الْمُنْفَعَةِ. وَلَهُمَا أَنْ مَعْنَى الْمَالِيَّةِ لَمَّا كَانَ مُعْتَبَرًا وَجِبَ أَنْ يَتَخَيَّرَ الْمَوْلَى عَلَى الْوَجْهِ الَّذِي قُلْنَا كَمَا فِي سَائِرِ الْأَمْوَالِ فَإِنْ مِنْ خَرَقَ ثَوْبَ غَيْرِهِ خَرَقًا فَاحِشًا إِنْ شَاءَ الْمَالِكُ دَفَعَ الثَّوْبَ إِلَيْهِ وَضَمَّنَهُ قِيمَتَهُ، وَإِنْ شَاءَ أَمْسَكَ الثَّوْبَ وَضَمَّنَهُ الثَّقَصَانَ.

وَلَهُ أَنْ الْمَالِيَّةَ وَإِنْ كَانَتْ مُعْتَبَرَةً فِي الذَّاتِ فَلَا أَدَمِيَّةَ غَيْرُ مُهْدَرَةٍ فِيهِ وَفِي الْأَطْرَافِ أَيْضًا، أَلَا تَرَى أَنَّ عَبْدًا لَوْ قَطَعَ يَدَ عَبْدٍ آخَرَ يُؤْمَرُ الْمَوْلَى بِالدَّفْعِ أَوْ الْفِدَاءِ وَهَذَا مِنْ أَحْكَامِ الْأَدَمِيَّةِ، لِأَنَّ مُوجِبَ الْجِنَايَةِ عَلَى الْمَالِ أَنْ تَبَاعَ رَقَبَتُهُ فِيهَا ثُمَّ مِنْ أَحْكَامِ الْأُولَى أَنْ لَا يَنْقَسِمَ عَلَى الْأَجْزَاءِ، وَلَا يَتَمَلَّكَ الْجُثَّةَ، وَمِنْ أَحْكَامِ الثَّانِيَةِ أَنْ يَنْقَسِمَ وَيَتَمَلَّكَ الْجُثَّةَ فَوَقَرْنَا عَلَى الشَّبْهَيْنِ حَظَّهُمَا مِنَ الْحُكْمِ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ فَقَا عَيْنِي مَمْلُوك) هَذِهِ الْمَسْأَلَةُ تُسَمَّى مَسْأَلَةُ الْجُنَّةِ الْعَمِيَاءِ وَصُورُهَا ظَاهِرَةٌ، وَدَلِيلُ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ كَذَلِكَ، وَقَاسَ عَلَى مَا إِذَا قَطَعَ يَدِي حُرٌّ أَوْ مُدَبِّرٌ، وَعَلَى مَا إِذَا قَطَعَ إِحْدَى يَدَيْهِ وَفَقَا إِحْدَى عَيْنَيْهِ. وَنَحْنُ نَقُولُ: إِنَّ الْمَالِيَّةَ قَائِمَةٌ فِي الذَّاتِ وَهِيَ مُعْتَبَرَةٌ فِي حَقِّ الْأَطْرَافِ؛ لِأَنَّ اعْتِبَارَهَا فِي حَقِّ الذَّاتِ: أَيْ: جَمِيعِ الْبَدَنِ وَحْدَهُ مُقْتَصِرًا عَلَيْهِ سَاقِطٌ بِالْإِجْمَاعِ، فَإِنَّ الشَّرْعَ قَدْ أَوْجَبَ كَمَالَ الدِّيَةِ بِتَقْوِيَتِ جِنْسِ الْمُنْفَعَةِ بِتَقْوِيَتِ الْأَطْرَافِ؛ وَلَئِذَا أُولَى بِاعْتِبَارِ الْمَالِيَّةِ فِيهَا؛ لِأَنَّهَا يُسَلَّكُ بِمَا مُسَلَّكُ الْأَمْوَالِ، وَإِذَا كَانَتْ مُعْتَبَرَةً فِي الْأَطْرَافِ كَانَ قِيَامُهَا فِيهَا كَقِيَامِهَا فِي الذَّاتِ وَفَوَاتِهَا بِفَوَاتِهَا كَفَوَاتِهَا بِفَوَاتِ الذَّاتِ، فَكَانَ إِثْلَافُ الْأَطْرَافِ كِثْلَافِ الذَّاتِ مِنْ وَجْهِ بِتَقْوِيَتِ جِنْسِ الْمُنْفَعَةِ.

(وَقَدْ وَجَدَ إِثْلَافُ النَّفْسِ مِنْ وَجْهِ بِتَقْوِيَتِ جِنْسِ الْمُنْفَعَةِ) فَيَجِبُ الضَّمَانُ (وَالضَّمَانُ يَتَقَدَّرُ بِقِيَمَةِ الْكُلِّ) وَأَدَاءُ قِيَمَةِ الْكُلِّ يَقْتَضِي (تَمْلُكَ الْجُنَّةِ؛ دَفْعًا لِلضَّرَرِ وَرِعَايَةً لِلْمُمَالَّةِ بِخِلَافِ مَا إِذَا فَقَا عَيْنِي حُرٌّ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ فِيهِ مَعْنَى الْمَالِيَّةِ، وَبِخِلَافِ عَيْنِي الْمُدَبِّرِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَقْبَلُ الْإِثْقَالَ مِنْ مَلِكٍ إِلَى مَلِكٍ، وَفِي قَطْعِ إِحْدَى الْيَدَيْنِ وَفَقَا إِحْدَى الْعَيْنَيْنِ لَمْ يُوجَدْ تَقْوِيَتُ جِنْسِ الْمُنْفَعَةِ) حَتَّى يَصِيرَ بِمَنْزِلَةِ إِثْلَافِ النَّفْسِ. وَلَمَّا فَرَّغَ مِنَ الْإِسْتِدْلَالِ عَلَى الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ شَرَعَ فِي الْإِسْتِدْلَالِ، لِبَعْضِ أَصْحَابِنَا رَحِمَهُمُ اللَّهُ فَقَالَ (وَلَهُمَا) أَيْ لِأَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ (أَنَّ مَعْنَى الْمَالِيَّةِ لَمَّا كَانَ مُعْتَبَرًا وَجَبَ أَنْ يَتَخَيَّرَ الْمَوْلَى عَلَى الْوَجْهِ الَّذِي ذَكَرْنَاهُ) وَهُوَ قَوْلُهُ وَقَالَا إِنَّ شَاءَ أَمْسَكَ الْعَبْدَ إِنْ لَمْ يَكُنْ مُلَازِمَةً بِقَوْلِهِ (كَمَا فِي سَائِرِ الْأَمْوَالِ، فَإِنَّ مَنْ خَرَقَ ثَوْبَ غَيْرِهِ خَرَقًا فَاحِشًا إِنْ شَاءَ الْمَالِكُ دَفَعَ الثَّوْبَ إِلَيْهِ وَضَمَّنَهُ قِيَمَتَهُ.

وَإِنْ شَاءَ أَمْسَكَ الثَّوْبَ وَضَمَّنَهُ التَّقْصَانَ.

وَلَهُ أَنَّ الْمَالِيَّةَ وَإِنْ كَانَتْ مُعْتَبَرَةً فِي الذَّاتِ فَلَا دَمِيَّةَ غَيْرُ مُهْدَرَةٍ فِيهِ وَفِي الْأَطْرَافِ أَيْضًا، أَلَا تَرَى أَنَّ عَبْدًا (إِنْ) وَهُوَ وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (لَمْ مِنْ أَحْكَامِ الْأُولَى) أَيْ: الْأَدَمِيَّةِ (أَنَّ) لَا يَنْقَسِمُ عَلَى الْأَجْزَاءِ لِأَنَّ لَا يَتَوَزَّعُ كَمَالُ بَدَلِ النَّفْسِ عَلَى النَّفْسِ وَالْفَائِتِ مِنَ الطَّرَفِ، بَلْ يَكُونُ بِإِزَاءِ الْفَائِتِ لَا غَيْرُ كَمَا فِي فَقَا عَيْنِي الْحُرِّ (وَلَا يَتَمْلِكُ الْجُنَّةَ).

وَقَوْلُهُ (وَمِنْ أَحْكَامِ الثَّانِيَةِ) أَيِ: الْمَالِيَةِ (أَنْ يَنْقَسِمَ) أَيِ مُوجِبِ الْجَنَائَةِ وَهُوَ الضَّمَانُ عَلَى الْأَجْرَاءِ وَالْجَنَّةِ وَتَمْلُكِ الْجَنَّةِ كَمَا فِي تَخْرِيقِ الثُّوبِ.

(فَوَفَّرْنَا عَلَى الشَّهَيْتَيْنِ حَظَّهُمَا مِنَ الْحُكْمِ) يَعْنِي بِالنَّظَرِ إِلَى الْآدَمِيَّةِ يَنْبَغِي أَنْ لَا يَجِبَ الضَّمَانُ مُتَوَزَّعًا بَلْ يَأْزَاءُ الْفَائِتَ لَا غَيْرُ، وَبِالنَّظَرِ إِلَى الْمَالِيَةِ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ كُلُّ بَدَلِ الْعَيْنِ مَعَ إِمْسَاكِهِ الْجَنَّةَ كَمَا أَنَّهُ لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ فِي الْمَالِ، وَفِيمَا قَالَا إِلْعَاءَ لِحَانِبِ الْآدَمِيَّةِ حَيْثُ جَعَلَاهُ كَالثُّوبِ الْمَخْرُوقِ، وَفِيمَا قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ إِلْعَاءَ لِحَانِبِ الْمَالِيَّةِ أَصْلًا حَيْثُ جَعَلَهُ كَحَرِّ فُتَيٍّ عَيْنَاهُ فَوَفَّرْنَا عَلَى الشَّهَيْتَيْنِ حَظَّهُمَا وَقُلْنَا: إِنْ شَاءَ الْمَوْلَى دَفَعَ عَبْدَهُ وَأَخَذَ قِيمَتَهُ نَظَرًا إِلَى الْمَالِيَّةِ، وَإِنْ شَاءَ أَمْسَكَهُ وَلَا شَيْءَ لَهُ نَظَرًا إِلَى الْآدَمِيَّةِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

فَصْلٌ فِي جِنَايَةِ الْمُدَبِّرِ وَأُمِّ الْوَلَدِ

قَالَ (وَإِذَا جَنَى الْمُدَبِّرُ أَوْ أُمُّ الْوَلَدِ جِنَايَةً ضَمِنَ) الْمَوْلَى الْأَقْلَ مِنْ قِيمَتِهِ وَمِنْ أَرْضِهَا (لَمَّا رُوِيَ عَنْ أَبِي عُبَيْدَةَ رضي الله عنه أَنَّهُ قَضَى بِجِنَايَةِ الْمُدَبِّرِ عَلَى مَوْلَاهُ)، وَلَأَنَّهُ صَارَ مَانِعًا عَنْ تَسْلِيمِهِ فِي الْجِنَايَةِ بِالتَّدْبِيرِ أَوْ الْاِسْتِيلَادِ مِنْ غَيْرِ اخْتِيَارِهِ الْفِدَاءَ فَصَارَ كَمَا إِذَا فَعَلَ ذَلِكَ بَعْدَ الْجِنَايَةِ وَهُوَ لَا يَعْلَمُ. وَإِنَّمَا يَجِبُ الْأَقْلُ مِنْ قِيمَتِهِ وَمِنْ الْأَرْضِ؛ لِأَنَّهُ لَا حَقَّ لَوْلِيٍّ الْجِنَايَةِ فِي أَكْثَرِ مِنَ الْأَرْضِ، وَلَا مَنَعَ مِنَ الْمَوْلَى فِي أَكْثَرِ مِنَ الْقِيَمَةِ، وَلَا تَخْيِيرَ بَيْنِ الْأَقْلِ وَالْأَكْثَرِ لِأَنَّهُ لَا يُفِيدُ فِي جِنْسٍ وَاحِدٍ لَا اخْتِيَارِهِ الْأَقْلَ لَا مُحَالَتَهُ بِخِلَافِ الْقَيْنِ لِأَنَّ الرُّغَبَاتِ صَادِقَةٌ فِي الْأَعْيَانِ فَيُفِيدُ التَّخْيِيرَ بَيْنَ الدَّفْعِ وَالْفِدَاءِ (وَجِنَايَاتُ الْمُدَبِّرِ وَإِنْ تَوَالَتْ لَا تُوجِبُ إِلَّا قِيَمَةً وَاحِدَةً) لِأَنَّهُ لَا مَنَعَ مِنْهُ إِلَّا فِي رَقَبَةٍ وَاحِدَةٍ، وَلَأَنَّ دَفَعَ الْقِيَمَةِ كَدَفْعِ الْعَبْدِ وَذَلِكَ لَا يَتَكَرَّرُ فَهَذَا كَذَلِكَ، وَيَتَضَارَبُونَ بِالْحِصَصِ فِيهَا، وَتُعْتَبَرُ قِيمَتُهُ لِكُلِّ وَاحِدٍ فِي حَالِ الْجِنَايَةِ عَلَيْهِ لِأَنَّ الْمَنَعَ فِي هَذَا الْوَقْتِ يَتَحَقَّقُ.

الشرح:

(فَصْلٌ فِي جِنَايَةِ الْمُدَبِّرِ وَأُمِّ الْوَلَدِ): لَمَّا ذَكَرْنَا بَابَ جِنَايَةِ الْمَمْلُوكِ وَالْجِنَايَةِ عَلَيْهِ قَدَّمَ مَنْ هُوَ أَكْمَلُ فِي اسْتِحْقَاقِ اسْمِ الْمَمْلُوكِيَّةِ وَهُوَ الْعَبْدُ، ثُمَّ ذَكَرَ فَصْلَ مَنْ هُوَ أَحَطُّ رُتْبَةً مِنْهُ فِي اسْمِ الْمَمْلُوكِيَّةِ وَهُوَ الْمُدَبِّرُ وَأُمُّ الْوَلَدِ، غَيْرَ أَنَّ أُمَّ الْوَلَدِ أَحَطُّ رُتْبَةً أَيْضًا مِنَ الْمُدَبِّرِ فِي ذَلِكَ الْأَسْمِ حَتَّى أَنَّ الْقَاضِيَ لَوْ قَضَى بِجَوَازِ بَيْعِهَا لَا يَنْفُذُ، بِخِلَافِ الْمُدَبِّرِ

وَهِيَ أُتْنَى أَيْضًا فَلَا تُؤْتَى وَالْإِنْحِطَاطُ فِي اسْمِ الْمَمْلُوكِيَّةِ أَوْجَبًا تَأْخِيرَ ذِكْرِهَا عَنْ ذِكْرِ الْمُدَبِّرِ.

قَالَ (وَإِذَا جَنَى الْمُدَبِّرُ وَأُمُّ الْوَلَدِ جِنَايَةً ضَمِنَ الْمَوْلَى الْإِخْلَافَ) جِنَايَةُ الْمُدَبِّرِ عَلَى سَيِّدِهِ فِي مَالِهِ دُونَ عَاقِلَتِهِ حَالَةً (لَمَّا رُوِيَ أَنَّ أَبَا عُبَيْدَةَ بْنَ الْجَرَّاحِ رضي الله عنه قَضَى بِجِنَايَةِ الْمُدَبِّرِ عَلَى مَوْلَاهُ) وَكَانَ أَمِيرًا بِالشَّامِ، وَقَضَايَاهُ تَظْهَرُ بَيْنَ الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ، وَكَانَ حُكْمُهُ بِمَخْضَرٍ مِنَ الصَّحَابَةِ وَلَمْ يُنْكَرْهُ عَلَيْهِ أَحَدٌ فَحَلَّ مَحَلَّ الْإِجْمَاعِ (؛ وَلَئِنَّهُ صَارَ مَانِعًا مِنْ تَسْلِيمِهِ) كَمَا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ، وَيَضْمَنُ الْمَوْلَى الْأَقْلَ مِنْ قِيَمَتِهِ وَمِنْ الْأَرْضِ؛ لِأَنَّهُ لَا حَقَّ لَوْلَى الْجِنَايَةِ فِي أَكْثَرِ مِنَ الْأَرْضِ وَلَا مَنَعَ مِنَ الْمَوْلَى فِي أَكْثَرِ مِنَ الْقِيَمَةِ. وَقَوْلُهُ (وَلَا يُخَيَّرُ بَيْنَ الْأَقْلِ وَالْأَكْثَرِ) وَاضِحٌ.

وَقَوْلُهُ (وَيَتَضَارَبُونَ بِالْحِصَصِ فِيهَا) أَيُّ فِي الْقِيَمَةِ (وَتُعْتَبَرُ قِيَمَتُهُ لِكُلِّ وَاحِدٍ فِي حَالِ الْجِنَايَةِ عَلَيْهِ) قَالَ فِي النَّهَايَةِ: وَمِنْ صُورَتِهِ مَا ذَكَرَهُ فِي الْمَبْسُوطِ قَالَ: وَإِذَا قَتَلَ الْمُدَبِّرُ رَجُلًا خَطَأً وَقِيَمَتُهُ أَلْفُ دِرْهَمٍ ثُمَّ زَادَتْ قِيَمَتُهُ إِلَى أَلْفَيْنِ ثُمَّ قَتَلَ آخَرَ خَطَأً ثُمَّ أَصَابَهُ عَيْبٌ فَرَجَعَتْ قِيَمَتُهُ إِلَى خَمْسِمِائَةٍ ثُمَّ قَتَلَ آخَرَ خَطَأً فَعَلَى مَوْلَاهُ أَلْفَا دِرْهَمٍ؛ لِأَنَّهُ جَنَى عَلَى الثَّانِي وَقِيَمَتُهُ أَلْفَانِ، وَلَوْ لَمْ يَكُنْ مِنْهُ إِلَّا تِلْكَ الْجِنَايَةُ لَكَانَ الْمَوْلَى ضَامِنًا قِيَمَتَهُ أَلْفَيْنِ ثُمَّ أَلْفًا مِنْ هَذَا الْوَلِيِّ الْقَتِيلِ الْأَوْسَطِ خَاصَّةً؛ لِأَنَّ وَلِيَّ الْأَوَّلِ إِذَا تَبَيَّنَ حَقُّهُ فِي قِيَمَتِهِ يَوْمَ جَنَى عَلَى وَلِيِّهِ وَهُوَ أَلْفُ دِرْهَمٍ فَلَا حَقَّ لَهُ فِي الْأَلْفِ الثَّانِيَةِ فَيَسْلَمُ ذَلِكَ لَوْلَى الْقَتِيلِ الْأَوْسَطِ وَخَمْسِمِائَةٍ مِنَ الْأَلْفِ الْأَوَّلِيِّ بَيْنَ وَلِيِّ الْقَتِيلِ الْأَوَّلِ وَبَيْنَ الْأَوْسَطِ؛ لِأَنَّهُ لَا حَقَّ فِي هَذِهِ الْخَمْسِمِائَةِ لَوْلَى الْقَتِيلِ الثَّالِثِ، وَإِنَّمَا حَقُّهُ فِي قِيَمَتِهِ يَوْمَ جَنَى عَلَى وَلِيِّهِ فَتُقَسَّمُ هَذِهِ الْخَمْسِمِائَةُ بَيْنَ الْأَوْسَطِ وَالْأَوَّلِ يُضْرَبُ فِيهَا الْأَوَّلُ بِعَشْرَةِ آلَافٍ وَالْأَوْسَطُ بِتِسْعَةِ آلَافٍ؛ لِأَنَّهُ وَصَلَ إِلَيْهِ مِنْ حَقِّهِ أَلْفٌ وَالْخَمْسِمِائَةُ الْبَاقِيَةُ بَيْنَهُمَا جَمِيعًا يُضْرَبُ فِيهَا الْآخَرُ بِعَشْرَةِ آلَافٍ؛ لِأَنَّهُ مَا وَصَلَ إِلَيْهِ شَيْءٌ مِنْ حَقِّهِ، وَيُضْرَبُ الْأَوَّلُ بِعَشْرَةِ آلَافٍ إِلَّا مَا أَخَذَ؛ لِأَنَّهُ وَصَلَ إِلَيْهِ مِنْ حَقِّهِ مَقْدَارُ الْمَأْخُودِ فَلَا يُضْرَبُ بِهِ، وَكَذَلِكَ الْأَوْسَطُ لَا يُضْرَبُ بِمَا أَخَذَ فِي الْمَرَّتَيْنِ، وَإِنَّمَا يُضْرَبُ بِمَا بَقِيَ مِنْ حَقِّهِ فَتُقَسَّمُ الْخَمْسِمِائَةُ بَيْنَهُمَا عَلَى ذَلِكَ.

قَالَ (فَإِنْ جَنَى جِنَايَةً أُخْرَى وَقَدْ دَفَعَ الْمَوْلَى الْقِيَمَةَ إِلَى وَلِيِّ الْأَوَّلِيِّ بِقَضَاءٍ فَلَا

شَيْءٍ عَلَيْهِ) لَأَنَّهُ مَجْبُورٌ عَلَى الدَّفْعِ.

قَالَ (وَإِنْ كَانَ الْمَوْلَى دَفَعَ الْقِيَمَةَ بِغَيْرِ قَضَاءٍ فَالْوَلِيُّ بِالْخِيَارِ، إِنْ شَاءَ اتَّبَعَ الْمَوْلَى وَإِنْ شَاءَ اتَّبَعَ وَلِيَّ الْجِنَايَةِ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: لَا شَيْءَ عَلَى الْمَوْلَى) لَأَنَّهُ حِينَ دَفَعَ لَمْ تَكُنِ الْجِنَايَةُ الثَّانِيَةَ مَوْجُودَةً فَقَدْ دَفَعَ كُلَّ الْحَقِّ إِلَى مُسْتَحِقِّهِ وَصَارَ كَمَا إِذَا دَفَعَ الْقَضَاءَ. وَلَأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الْمَوْلَى جَانَ بِدَفْعِ حَقِّ وَلِيَّ الْجِنَايَةِ الثَّانِيَةِ طَوْعًا، وَوَلِيَّ الْأُولَى ضَامِنٌ بِقَبْضِ حَقِّهِ ظُلْمًا فَيَتَخَيَّرُ، وَهَذَا لِأَنَّ الثَّانِيَةَ مُقَارِنَةٌ حُكْمًا مِنْ وَجْهِ وَلِهَذَا يُشَارِكُ وَلِيَّ الْجِنَايَةِ الْأُولَى، وَمُتَأَخِّرَةٌ حُكْمًا مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ تُعْتَبَرُ قِيَمَتُهُ يَوْمَ الْجِنَايَةِ الثَّانِيَةِ فِي حَقِّهَا فَجُعِلَتْ كَالْمُقَارِنَةِ فِي حَقِّ التَّضْمِينِ لِإِبْطَالِهِ مَا تَعَلَّقَ بِهِ مِنْ حَقِّ وَلِيَّ الثَّانِيَةِ عَمَلًا بِالشَّبْهِينِ.

(وَإِذَا أَعْتَقَ الْمَوْلَى الْمُدَبَّرَ وَقَدْ جَنَى جِنَايَاتٍ لَمْ تَلْزِمُهُ إِلَّا قِيَمَةٌ وَاحِدَةٌ) لِأَنَّ الضَّمَانَ إِنَّمَا وَجِبَ عَلَيْهِ بِالْمَنْعِ فَصَارَ وُجُودُ الْإِعْتَاقِ مِنْ بَعْدِ وَعْدَمِهِ بِمَنْزِلَةِ (وَأُمُّ الْوَلَدِ بِمَنْزِلَةِ الْمُدَبَّرِ فِي جَمِيعِ مَا وَصَفْنَا) لِأَنَّ الْإِسْتِيلَادَ مَانِعٌ مِنَ الدَّفْعِ كَالْتَدْبِيرِ (وَإِذَا أَقَرَّ الْمُدَبَّرُ بِجِنَايَةِ الْخَطَا لَمْ يَجُزْ إِقْرَارُهُ وَلَا يَلْزِمُهُ بِهِ شَيْءٌ عَتَقَ أَوْ لَمْ يُعْتَقَ) لِأَنَّ مُوجِبَ جِنَايَةِ الْخَطَا عَلَى سَيِّدِهِ وَإِقْرَارُهُ بِهِ لَا يَنْفَعُ عَلَى السَّيِّدِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ) أَيُّ عَلَى الْمَوْلَى؛ لَأَنَّهُ مَا لَزِمَهُ أَكْثَرُ مِنْ قِيَمَةٍ وَاحِدَةٍ بِجِنَايَاتِهِ وَهُوَ مَجْبُورٌ عَلَى الدَّفْعِ فَلَمْ يَنْقُ عَلَيْهِ شَيْءٌ.

وَقَوْلُهُ (وَإِنْ دَفَعَ قِيَمَتَهُ بِغَيْرِ قَضَاءٍ فَالْوَلِيُّ بِالْخِيَارِ) أَيُّ فَوَلِيُّ الْجِنَايَةِ الثَّانِيَةِ بِالْخِيَارِ (إِنْ شَاءَ اتَّبَعَ الْمَوْلَى) بِنَصْفِ قِيَمَتِهِ فِي ذِمَّتِهِ ثُمَّ يَرْجِعُ الْمَوْلَى عَلَى الْأَوَّلِ؛ لَأَنَّهُ تَبَيَّنَ أَنَّهُ اسْتَوْفَى مِنْهُ زِيَادَةً عَلَى مِقْدَارِ حَقِّهِ (وَإِنْ شَاءَ اتَّبَعَ وَلِيَّ الْجِنَايَةِ الْأُولَى وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ، وَقَالَا: لَا شَيْءَ (عَلَى الْمَوْلَى)؛ لَأَنَّهُ لَيْسَ بِجَانَ فِي الدَّفْعِ)؛ لَأَنَّهُ حِينَ دَفَعَ لَمْ تَكُنِ الْجِنَايَةُ الثَّانِيَةَ مَوْجُودَةً، وَقَدْ دَفَعَ كُلَّ الْحَقِّ إِلَى مُسْتَحِقِّهِ فَصَارَ كَمَا إِذَا دَفَعَ بِالْقَضَاءِ؛ لَأَنَّهُ فَعَلَ بِنَفْسِهِ عَيْنَ مَا يَأْمُرُهُ الْقَاضِي لَوْ رُفِعَ إِلَيْهِ فَيَكُونُ الْقَضَاءُ.

وغيرُ القضاءِ فيه سواءٌ كما في الرجوعِ في الهبة. ولأبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنَ الدَّافِعِ وَالْقَابِضِ جَانَ، أَمَّا الدَّافِعُ وَهُوَ الْمَوْلَى؛ فَلَأَنَّهُ دَفَعَ حَقَّ وَلِيَّ الْجِنَايَةِ الثَّانِيَةِ

طَوْعًا، وَأَمَّا الْقَاضِضُ وَهُوَ وَلِيُّ الْجِنَايَةِ الْأُولَى فَيَقْبِضُ حَقَّ وَلِيِّ الثَّانِيَةِ ظُلْمًا، وَالرُّجُوعُ عَلَى الْجَانِي جَائِزٌ فَيُخَيَّرُ فِي الرُّجُوعِ وَبَيْنَ ذَلِكَ بِقَوْلِهِ (وَهَذَا؛ لِأَنَّ الثَّانِيَةَ مُقَارَنَةً حُكْمًا مِنْ وَجْهِ وَلِهَذَا يُشَارِكُ وَلِيُّ الْجِنَايَةِ الْأُولَى، وَمُتَأَخِّرَةٌ حُكْمًا مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ يُعْتَبَرُ قِيَمَتُهُ يَوْمَ الْجِنَايَةِ الثَّانِيَةِ فِي حَقِّهَا، فَجُعِلَتِ الثَّانِيَةُ كَالْمُقَارَنَةِ لِلأُولَى فِي حَقِّ التَّضْمِينِ لِإِبْطَالِهِ) أَيْ: إِبْطَالِ الْمَوْلَى (مَا تَعَلَّقَ بِهِ مِنْ حَقِّ وَلِيِّ الْجِنَايَةِ الثَّانِيَةِ) وَذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ يَجِبُ عَلَيْهِ الضَّمَانُ بِاعْتِبَارِ مَنَعِ الرَّقَبَةِ بِالتَّدْبِيرِ السَّابِقِ، وَذَلِكَ فِي حَقِّ أَوْلِيَاءِ الْجِنَايَتَيْنِ سَوَاءً فَيُجْعَلُ كَأَنَّ الدَّفْعَ كَانَ بَعْدَ وُجُودِ الْجِنَايَتَيْنِ جَمِيعًا، وَهُنَاكَ لَوْ دَفَعَ إِلَى أَحَدِهِمَا جَمِيعَ الْقِيَمَةِ بغير قَضَاءٍ كَانَ لِلآخِرِ الْخِيَارُ فَكَذَلِكَ هَاهُنَا.

وَقَوْلُهُ (عَمَلًا بِالشَّبْهِينِ) يَعْنِي لَمَّا عَلِمْنَا بِشَبْهِ التَّأَخِيرِ فِي ضَمَانِ الْجِنَايَةِ حَتَّى اعْتَبَرْنَا قِيَمَتَهُ يَوْمَ الْجِنَايَةِ الثَّانِيَةِ فِي حَقِّهَا وَجَبَ أَنْ يَعْمَلَ بِشَبْهِ الْمُقَارَنَةِ فِي حَقِّ تَضْمِينِ نِصْفِ الْمَدْفُوعِ، وَقِيلَ جُعِلَتِ الثَّانِيَةُ كَالْمُقَارَنَةِ فِي حَقِّ التَّضْمِينِ إِذَا دَفَعَ بِغَيْرِ قَضَاءٍ؛ لِأَنَّهُ أَبْطَلَ مَا تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّ الثَّانِي، وَلَمْ يُجْعَلِ كَالْمُقَارَنَةِ إِذَا دَفَعَ بِقَضَاءٍ؛ لِأَنَّهُ مَجْبُورٌ بِالدَّفْعِ عَمَلًا بِشَبْهِهِ الْمُقَارَنَةِ وَالتَّأَخِيرِ. وَقَوْلُهُ (وَإِذَا أَعْتَقَ الْمَوْلَى الْمُدَبَّرَ إلخ) وَاضِحٌ.

بَابُ غَضَبِ الْعَبْدِ وَالْمُدَبَّرِ وَالصَّبِيِّ وَالْجِنَايَةِ فِي ذَلِكَ

قَالَ (وَمَنْ قَطَعَ يَدَ عَبْدِهِ ثُمَّ غَضَبَهُ رَجُلٌ وَمَاتَ فِي يَدِهِ مِنَ الْقَطْعِ فَعَلَيْهِ قِيَمَتُهُ أَقْطَعَ، وَإِنْ كَانَ الْمَوْلَى قَطَعَ يَدَهُ فِي يَدِ الْغَاصِبِ فَمَاتَ مِنْ ذَلِكَ فِي يَدِ الْغَاصِبِ لَا شَيْءَ عَلَيْهِ) وَالْفَرْقُ أَنَّ الْغَضَبَ قَاطِعٌ لِلْسَّرَايَةِ لِأَنَّهُ سَبَبُ الْمَلِكِ كَالْبَيْعِ فَيَصِيرُ كَأَنَّهُ هَلَكَ بِإِفْتِ سَمَويَةٍ فَتَجِبُ قِيَمَتُهُ أَقْطَعَ، وَلَمْ يُوجَدْ الْقَاطِعُ فِي الْفَصْلِ الثَّانِي فَكَانَتِ السَّرَايَةُ مُضَافَةً إِلَى الْبِدَايَةِ فَصَارَ الْمَوْلَى مُتَلَفًا فَيَصِيرُ مُسْتَرْدًّا، كَيْفَ وَأَنَّهُ اسْتَوْلَى عَلَيْهِ وَهُوَ اسْتِرْدَادٌ فَيَبْرَأُ الْغَاصِبُ عَنِ الضَّمَانِ.

الشرح:

(بَابُ غَضَبِ الْعَبْدِ وَالْمُدَبَّرِ وَالصَّبِيِّ وَالْجِنَايَةِ فِي ذَلِكَ) لَمَّا ذَكَرَ حُكْمَ الْمُدَبَّرِ فِي الْجِنَايَةِ ذَكَرَ فِي هَذَا الْبَابِ مَا يَرُدُّ عَلَيْهِ وَمَا يَرُدُّ مِنْهُ، وَذَكَرَ حُكْمَ مَنْ يَلْحَقُ بِهِ.
قَالَ (وَمَنْ قَطَعَ يَدَ عَبْدِهِ ثُمَّ غَضَبَهُ رَجُلٌ) ذَكَرَ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ أَنَّ غَضَبَ الْعَبْدِ

بَعْدَ أَنْ قَطَعَ الْمَوْلَى يَدَهُ يَقْطَعُ السَّرَايَةَ وَقَبْلَهُ لَا يَقْطَعُهَا، وَفَرَّقَ بَيْنَهُمَا (بِأَنَّ الْعَصَبَ سَبَبُ الْمَلِكِ كَالْبَيْعِ، فَيَصِيرُ كَأَنَّهُ هَلَكَ بِآفَةِ سَمَاوِيَّةٍ فَيَجِبُ قِيمَتُهُ أَقْطَعُ، وَلَمْ يُوجَدْ الْقَاطِعُ فِي الْفَصْلِ الثَّانِي فَكَانَتْ السَّرَايَةُ مُضَافَةً إِلَى الْبِدَايَةِ فَصَارَ الْمَوْلَى مُتْلَفًا فَيَصِيرُ مُسْتَرْدًّا) وَكَيْفَ لَا يَكُونُ مُسْتَرْدًّا.

(وَأَنَّهُ اسْتَوْلَى عَلَيْهِ وَهُوَ اسْتِرْدَادٌ فَيَبْرَأُ الْعَاصِبُ عَنِ الضَّمَانِ) وَاعْتَرَضَ الْإِمَامُ قَاضِي خَانَ بِأَنَّ هَذَا يُخَالِفُ مَذْهَبَنَا؛ فَإِنَّ الْعَصَبَ لَا يَقْطَعُ السَّرَايَةَ مَا لَمْ يَمْلِكِ الْبَدَلُ عَلَى الْعَاصِبِ بِقَضَاءٍ أَوْ رِضًا؛ لِأَنَّ السَّرَايَةَ إِنَّمَا تَنْقَطِعُ بِهِ بِاعْتِبَارِ تَبَدُّلِ الْمَلِكِ، وَإِنَّمَا يَتَبَدَّلُ الْمَلِكُ بِهِ إِذَا مَلَكَ الْبَدَلُ عَلَى الْعَاصِبِ، أَمَّا قَبْلَهُ فَلَا. قَالَ: نَصٌّ عَلَيْهِ فِي آخِرِ رَهْنِ الْجَامِعِ الثَّانِي مِنْ جَنَائِيهِ، إِلَّا أَنَّهُ إِنَّمَا ضَمَّنَ الْعَاصِبُ هُنَا قِيمَةَ الْعَبْدِ أَقْطَعُ؛ لِأَنَّ السَّرَايَةَ وَإِنْ لَمْ تَنْقَطِعْ فَالْعَصَبُ وَرَدَّ عَلَى مَالٍ مُتَقَوِّمٍ فَانْعَقَدَ سَبَبُ الضَّمَانِ فَلَا يَبْرَأُ عَنْهُ الْعَاصِبُ إِلَّا إِذَا ارْتَفَعَ الْعَصَبُ وَلَمْ يَرْتَفَعْ؛ لِأَنَّ الشَّيْءَ إِنَّمَا يَرْتَفِعُ بِمَا هُوَ فَوْقَهُ أَوْ مِثْلُهُ، وَيَدُ الْعَاصِبِ ثَابِتَةٌ عَلَى الْمَعْصُوبِ حَقِيقَةً وَحُكْمًا، وَيَدُ الْمَوْلَى بِاعْتِبَارِ السَّرَايَةِ ثَبَتَتْ عَلَيْهِ حُكْمًا لَا حَقِيقَةً؛ لِأَنَّ بَعْدَ الْعَصَبِ لَمْ تُثَبِّتْ يَدُهُ عَلَى الْعَبْدِ حَقِيقَةً.

وَالثَّابِتُ حُكْمًا دُونَ الثَّابِتِ حَقِيقَةً وَحُكْمًا فَلَمْ يَرْتَفَعْ الْعَصَبُ بِاتِّصَالِ السَّرَايَةِ إِلَى فِعْلِ الْمَوْلَى فَتَقَرَّرَ عَلَيْهِ الضَّمَانُ، وَفِيهِ نَظَرٌ؛ لِأَنَّا لَا نُسَلِّمُ أَنَّ يَدَ الْعَاصِبِ عَلَيْهِ ثَابِتَةٌ حُكْمًا، فَإِنَّ يَدَ الْمَوْلَى ثَابِتَةٌ عَلَيْهِ حُكْمًا، وَلَا تُثَبِّتُ عَلَى الشَّيْءِ الْوَاحِدِ يَدَانِ حُكْمَتَانِ بِكَمَاهُمَا، وَالْيَدُ الْحَقِيقَةُ وَاجِبَةُ الرُّفْعِ لِكَوْنِهَا عُذْوَانًا لَا يَصْلُحُ مُعَارِضًا وَلَا مُرْجَحًا.

قَالَ (وَإِذَا غَضِبَ الْعَبْدُ الْمَحْجُورُ عَلَيْهِ عَبْدًا مَحْجُورًا عَلَيْهِ فَمَاتَ فِي يَدِهِ فَهُوَ ضَامِنٌ) لِأَنَّ الْمَحْجُورَ عَلَيْهِ مُؤَاخَذٌ بِأَفْعَالِهِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِذَا غَضِبَ الْعَبْدُ الْمَحْجُورُ عَلَيْهِ) وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (مُؤَاخَذٌ بِأَفْعَالِهِ) يَعْنِي فِي حَالِ رِقِّهِ، وَأَمَّا فِي أَقْوَالِهِ؛ فَإِنْ كَانَ فِيمَا يُوْجِبُ الْحُدُودَ وَالْقِصَاصَ فَكَذَلِكَ، وَإِنْ كَانَ فِيمَا يَجِبُ بِهِ الْمَالُ فَلَا يُؤَاخَذُ بِهِ فِي رِقِّهِ، وَإِنَّمَا يُؤَاخَذُ بِهِ بَعْدَ الْحُرِّيَّةِ.

قَالَ (وَمَنْ غَضِبَ مُدْبِرًا فَجَنَى عِنْدَهُ جَنَايَةً ثُمَّ رَدَّهَ عَلَى الْمَوْلَى فَجَنَى عِنْدَهُ جَنَايَةً أُخْرَى فَعَلَى الْمَوْلَى قِيمَتُهُ بَيْنَهُمَا نِصْفَانِ) لِأَنَّ الْمَوْلَى بِالتَّدْبِيرِ السَّابِقِ أَعْجَزَ نَفْسَهُ عَنِ

الدَّفْعِ مِنْ غَيْرِ أَنْ يَصِيرَ مُخْتَارًا لِلْفِدَاءِ فَيَصِيرُ مُبْطَلًا حَقَّ أَوْلِيَاءِ الْجِنَايَةِ إِذْ حَقَّهُمْ فِيهِ وَلَمْ يَمْنَعْ إِلَّا رَقَبَةً وَاحِدَةً فَلَا يُزَادُ عَلَى قِيمَتِهَا، وَيَكُونُ بَيْنَ وَلِيِّ الْجِنَايَتَيْنِ نِصْفَيْنِ لَا سِتْوَاهُمَا فِي الْمَوْجِبِ. قَالَ (وَيَرْجِعُ الْمَوْلَى بِنِصْفِ قِيمَتِهِ عَلَى الْغَاصِبِ) لِأَنَّهُ اسْتَحَقَّ نِصْفَ الْبَدَلِ بِسَبَبِ كَانٍ فِي يَدِ الْغَاصِبِ فَصَارَ كَمَا إِذَا اسْتَحَقَّ نِصْفَ الْعَبْدِ بِهَذَا السَّبَبِ. قَالَ (وَيَدْفَعُهُ إِلَى وَلِيِّ الْجِنَايَةِ الْأُولَى ثُمَّ يَرْجِعُ بِذَلِكَ عَلَى الْغَاصِبِ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ.

وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: يَرْجِعُ بِنِصْفِ قِيمَتِهِ فَيُسَلِّمُ لَهُ) لِأَنَّ الَّذِي يَرْجِعُ بِهِ الْمَوْلَى عَلَى الْغَاصِبِ عَوْضُ مَا سَلَّمَ لَوْلِيَّ الْجِنَايَةِ الْأُولَى فَلَا يَدْفَعُهُ إِلَيْهِ كَيْ لَا يُؤَدِّيَ إِلَى اجْتِمَاعِ الْبَدَلِ وَالْمُبْدَلِ فِي مِلْكِ رَجُلٍ وَاحِدٍ، وَكَيْلًا يَتَكَرَّرُ الِاسْتِحْقَاقُ. وَلَهُمَا أَنْ حَقَّ الْأَوَّلِ فِي جَمِيعِ الْقِيَمَةِ لِأَنَّهُ حِينَ جَنَى فِي حَقِّهِ لَا يُزَاحِمُهُ أَحَدٌ، وَإِنَّمَا انْتَقَصَ بِاعْتِبَارِ مُزَاحِمَةِ الثَّانِي فَإِذَا وَجَدَ شَيْئًا مِنْ بَدَلِ الْعَبْدِ فِي يَدِ الْمَالِكِ فَارْغًا يَأْخُذُهُ لِيُتِمَّ حَقُّهُ فَإِذَا أَخَذَهُ مِنْهُ يَرْجِعُ الْمَوْلَى بِمَا أَخَذَهُ عَلَى الْغَاصِبِ لِأَنَّهُ اسْتَحَقَّ مِنْ يَدِهِ بِسَبَبِ كَانٍ فِي يَدِ الْغَاصِبِ.

الشرح:

قَوْلُهُ (وَمَنْ غَضِبَ مُدْبِرًا) وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (مِنْ غَيْرِ أَنْ يَصِيرَ مُخْتَارًا لِلْفِدَاءِ)؛ لِأَنَّ الْمَوْلَى لَمْ يَعْلَمْ وَقْتُ التَّدْبِيرِ بِجِنَايَةِ تَحْدُثُ مِنَ الْمُدْبِرِ فِي الْمُسْتَقْبَلِ فَصَارَ هَذَا بِمَنْزِلَةِ إِعْتِاقِ الْعَبْدِ الْجَانِي مِنْ غَيْرِ عِلْمٍ بِجِنَايَتِهِ؛ فَإِنَّ فِيهِ الْأَقْلَ مِنْ قِيمَتِهِ وَمِنْ الْأَرْضِ فَكَذَا هَذَا. وَقَوْلُهُ (فَيَصِيرُ) ظَاهِرٌ.

وَقَوْلُهُ (فَصَارَ كَمَا إِذَا اسْتَحَقَّ نِصْفَ الْعَبْدِ بِهَذَا السَّبَبِ) أَيُّ سَبَبٍ كَانَ عِنْدَ الْغَاصِبِ كَمَا إِذَا غَضِبَ عَبْدًا فَجَنَى فِي يَدِهِ فَرَدَّهُ إِلَى الْمَوْلَى فَجَنَى حِنَايَةً فَدَفَعَ إِلَى وَلِيِّ الْجِنَايَتَيْنِ كَمَا لِلْمَوْلَى أَنْ يَأْخُذَ مِنَ الْغَاصِبِ نِصْفَ قِيمَتِهِ، كَذَا هَذَا وَقَوْلُهُ (وَيَدْفَعُهُ) أَيُّ النَّصْفِ الْمَأْخُوذَ مِنَ الْغَاصِبِ (إِلَى وَلِيِّ الْجِنَايَةِ الْأُولَى ثُمَّ يَرْجِعُ بِذَلِكَ) أَيُّ بِالْمَذْفُوعِ إِلَى وَلِيِّ الْجِنَايَةِ (عَلَى الْغَاصِبِ، وَهَذَا) أَيُّ هَذَا الدَّفْعُ الثَّانِي وَالرُّجُوعُ الثَّانِي (عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: يَرْجِعُ بِنِصْفِ قِيمَتِهِ فَيُسَلِّمُ لَهُ) أَيُّ لَا يَدْفَعُهُ إِلَى وَلِيِّ الْجِنَايَةِ الْأُولَى (لِأَنَّ الَّذِي يَرْجِعُ بِهِ الْمَوْلَى عَلَى الْغَاصِبِ عَوْضُ مَا سَلَّمَ لَوْلِيَّ الْجِنَايَةِ الْأُولَى فَلَا يَدْفَعُهُ إِلَيْهِ؛ لَأَنَّ الَّذِي يَدْفَعُهُ إِلَى اجْتِمَاعِ الْبَدَلِ وَالْمُبْدَلِ فِي مِلْكِ

رَجُلٍ وَاحِدٍ؛ وَلَقَلَّا يَتَكَرَّرُ الاسْتِحْقَاقُ).

وَالْجَوَابُ أَنَّ الْمَوْلَى مَلَكَ مَا قَبْضَهُ مِنَ الْغَاصِبِ، وَدَفَعَهُ إِلَى وَلِيِّ الْجَنَائَةِ الْأُولَى عَوَضًا عَمَّا أَخَذَهُ وَلِيُّ الْجَنَائَةِ الثَّانِيَةِ دُونَ الْأُولَى فَلَا يَجْتَمِعُ الْبَدَلُ، وَالْمُبْدَلُ فِي مَلَكَ شَخْصٍ وَاحِدٍ (وَلَهُمَا أَنْ حَقَّ الْأَوَّلُ فِي جَمِيعِ الْقِيَمَةِ؛ لِأَنَّهُ حِينَ جَنَى فِي حَقِّهِ لَا يُزَاحِمُهُ أَحَدٌ، وَإِنَّمَا انْتَقَصَ حَقُّهُ بِمُزَاحِمَةِ الثَّانِي؛ فَإِذَا وَجَدَ شَيْئًا مِنْ بَدَلِ الْعَبْدِ فِي يَدِ الْمَالِكِ فَارْغًا أَخَذَهُ إِنَّمَا مَا لَحَقَهُ، وَإِذَا أَخَذَهُ مِنْهُ يَرْجِعُ الْمَوْلَى بِمَا أَخَذَهُ عَلَى الْغَاصِبِ؛ لِأَنَّهُ اسْتَحَقَّ مِنْ يَدِهِ بِسَبَبِ كَانٍ فِي يَدِ الْغَاصِبِ) وَاعْتَرِضَ بِأَنَّ الثَّانِيَةَ مُقَارِنَةٌ لِلأُولَى فَكَيْفَ يَكُونُ حَقُّ الْأَوَّلِ فِي جَمِيعِ الْقِيَمَةِ. وَالْجَوَابُ أَنَّ الْمُقَارِنَةَ جُعِلَتْ حُكْمًا فِي حَقِّ التَّضْمِينِ لَا غَيْرُ، وَالأُولَى مُتَقَدِّمَةٌ حَقِيقَةً وَقَدْ انْعَقَدَتْ مُوجِبَةً لِكُلِّ الْقِيَمَةِ مِنْ غَيْرِ مُزَاحِمٍ وَأَمْكَنَ تَوْفِيرُ مُوجِبِهَا فَلَا يَمْتَنِعُ بِمَا مَانِعٍ.

قَالَ (وَإِنْ كَانَ جَنَى عِنْدَ الْمَوْلَى فَفَصَبَهُ رَجُلٌ فَجَنَى عِنْدَهُ جَنَائَةً أُخْرَى فَعَلَى الْمَوْلَى قِيَمَتُهُ بَيْنَهُمَا نِصْفَانِ وَيَرْجِعُ بِنِصْفِ الْقِيَمَةِ عَلَى الْغَاصِبِ) لَمَّا بَيَّنَّا فِي الْفَصْلِ الْأَوَّلِ، غَيْرَ أَنَّ اسْتِحْقَاقَ النِّصْفِ حَصَلَ بِالْجَنَائَةِ الثَّانِيَةِ إِذْ كَانَتْ هِيَ فِي يَدِ الْغَاصِبِ فَيُدْفَعُهُ إِلَى وَلِيِّ الْجَنَائَةِ الْأُولَى وَلَا يَرْجِعُ بِهِ عَلَى الْغَاصِبِ وَهَذَا بِالْإِجْمَاعِ. ثُمَّ وَضَعَ الْمَسْأَلَةَ فِي الْعَبْدِ فَقَالَ (وَمَنْ غَصَبَ عَبْدًا فَجَنَى فِي يَدِهِ ثُمَّ رَدَّهُ فَجَنَى جَنَائَةً أُخْرَى فَإِنَّ الْمَوْلَى يَدْفَعُهُ إِلَى وَلِيِّ الْجَنَائَتَيْنِ ثُمَّ يَرْجِعُ عَلَى الْغَاصِبِ بِنِصْفِ الْقِيَمَةِ فَيُدْفَعُهُ إِلَى الْأَوَّلِ وَيَرْجِعُ بِهِ عَلَى الْغَاصِبِ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: يَرْجِعُ بِنِصْفِ الْقِيَمَةِ فَيُسَلِّمُ لَهُ)، وَإِنْ جَنَى عِنْدَ الْمَوْلَى ثُمَّ غَصَبَهُ فَجَنَى فِي يَدِهِ دَفَعَهُ الْمَوْلَى نِصْفَيْنِ وَيَرْجِعُ بِنِصْفِ قِيَمَتِهِ فَيُدْفَعُهُ إِلَى الْأَوَّلِ وَلَا يَرْجِعُ بِهِ (وَالْجَوَابُ فِي الْعَبْدِ كَالْجَوَابِ فِي الْمُدَبَّرِ) فِي جَمِيعِ مَا ذَكَرْنَا، إِلَّا أَنَّ فِي هَذَا الْفَصْلِ يَدْفَعُ الْمَوْلَى الْعَبْدَ وَفِي الْأَوَّلِ يَدْفَعُ الْقِيَمَةَ.

الشرح:

قَالَ (وَإِنْ كَانَ جَنَى عِنْدَ الْمَوْلَى فَغَصَبَهُ رَجُلٌ) هَذِهِ الْمَسْأَلَةُ عَكْسُ الْمَسْأَلَةِ الْمُتَقَدِّمَةِ مِنْ حَيْثُ الْوَضْعُ وَحُكْمُهُ مَا ذَكَرَهُ وَهُوَ بِالْإِتِّفَاقِ وَالْفَرْقِ لِمُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ بَيْنَهَا وَبَيْنَ الْمَسْأَلَةِ الْمُتَقَدِّمَةِ أَنَّهُ مَتَى دَفَعَ نِصْفَ الْمُقْبُوضِ مِنَ الْغَاصِبِ إِلَى وَلِيِّ الْجَنَائَةِ الْأُولَى لَمْ يُؤَدَّ

إِلَى الْجَمْعِ بَيْنَ الْبَدَلِ وَالْمُبْدَلِ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا كَانَتْ الْجَنَائِيَةُ الْأُولَى عِنْدَ الْمَوْلَى كَانَتْ مَأْخُذَهُ الْمَوْلَى مِنَ الْغَاصِبِ بَدَلًا عَمَّا دَفَعَ إِلَى وَلِيِّ الْجَنَائِيَةِ الثَّانِيَةِ دُونَ الْأُولَى؛ لِأَنَّ الثَّانِيَةَ هِيَ الْمَوْجُودَةُ عِنْدَ الْغَاصِبِ، وَإِذَا لَمْ يَكُنْ بَدَلًا عَمَّا دَفَعَ إِلَيْهِ لَا يَلْزَمُ بِالْدَفْعِ جَمْعُ بَيْنِ الْبَدَلِ وَالْمُبْدَلِ. وَقَوْلُهُ (ثُمَّ وَضَعَ) يَعْنِي أَنَّ مُحَمَّدًا رَحِمَهُ اللَّهُ وَضَعَ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ هَذِهِ الْمَسْأَلَةَ فِي الْعَبْدِ بَعْدَمَا وَضَعَهَا فِي الْمُدَبِّرِ وَكَلَامُهُ فِيهِ وَاضِحٌ.

قَالَ (وَمَنْ غَصَبَ مُدَبِّرًا فَجَنَى عِنْدَهُ جَنَائِيَةً ثُمَّ رَدَّهُ عَلَى الْمَوْلَى ثُمَّ غَصَبَهُ ثُمَّ جَنَى عِنْدَهُ جَنَائِيَةً فَعَلَى الْمَوْلَى قِيمَتُهُ بَيْنَهُمَا نِصْفَانِ) لِأَنَّهُ مَنَعَ رَقَبَةً وَاحِدَةً بِالتَّدْبِيرِ فَيَجِبُ عَلَيْهِ قِيمَتُ وَاحِدَةٍ (ثُمَّ يَرْجَعُ بِقِيمَتِهِ عَلَى الْغَاصِبِ) لِأَنَّ الْجَنَائِيَتَيْنِ كَانَتَا فِي يَدِ الْغَاصِبِ (فَيُدْفَعُ نِصْفُهَا إِلَى الْأَوَّلِ) لِأَنَّهُ اسْتَحَقَّ كُلَّ الْقِيمَةِ، لِأَنَّ عِنْدَ وُجُودِ الْجَنَائِيَةِ عَلَيْهِ لَا حَقَّ لغيرِهِ، وَإِنَّمَا انْتَقَصَ بِحُكْمِ الْمَزَاحِمَةِ مِنْ بَعْدِ. قَالَ (وَيَرْجَعُ بِهِ عَلَى الْغَاصِبِ) لِأَنَّ الاسْتِحْقَاقَ بِسَبَبِ كَانِ فِي يَدِهِ وَيُسَلِّمُ لَهُ، وَلَا يَدْفَعُهُ إِلَى وَلِيِّ الْجَنَائِيَةِ الْأُولَى، وَلَا إِلَى وَلِيِّ الْجَنَائِيَةِ الثَّانِيَةِ لِأَنَّهُ لَا حَقَّ لَهُ إِلَّا فِي النِّصْفِ لِسَبْقِ حَقِّ الْأَوَّلِ وَقَدْ وَصَلَ ذَلِكَ إِلَيْهِ. ثُمَّ قِيلَ: هَذِهِ الْمَسْأَلَةُ عَلَى الْاِخْتِلَافِ كَالأُولَى، وَقِيلَ عَلَى الْاِتِّفَاقِ. وَالْفَرْقُ لِمُحَمَّدٍ أَنْ فِي الْأُولَى الَّذِي يَرْجَعُ بِهِ عَوَضٌ عَمَّا سَلَّمَ لَوْلِي الْجَنَائِيَةِ الْأُولَى لِأَنَّ الْجَنَائِيَةَ الثَّانِيَةَ كَانَتْ فِي يَدِ الْمَالِكِ، فَلَوْ دَفَعَ إِلَيْهِ ثَانِيًا يَتَكَرَّرُ الاسْتِحْقَاقُ، فَأَمَّا فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ فَيُمْكِنُ أَنْ يُجْعَلَ عَوَضًا عَنِ الْجَنَائِيَةِ الثَّانِيَةِ لِحُصُولِهَا فِي يَدِ الْغَاصِبِ فَلَا يُؤْدِي إِلَى مَا ذَكَرْنَاهُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ غَصَبَ مُدَبِّرًا فَجَنَى عِنْدَهُ جَنَائِيَةً) كَذَلِكَ وَقَوْلُهُ (ثُمَّ قِيلَ هَذِهِ الْمَسْأَلَةُ عَلَى الْاِخْتِلَافِ) يَعْنِي قَالَ بَعْضُ الْمَشَايِخِ رَحِمَهُمُ اللَّهُ: فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ خِلَافٌ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ أَيْضًا كَمَا فِي الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى حَتَّى يُسَلَّمَ لِلْمَوْلَى مَا رَجَعَ بِهِ مِنَ الْقِيمَةِ عَلَى الْغَاصِبِ، وَلَا يَأْخُذُ وَلِيُّ الْجَنَائِيَةِ الْأُولَى مَا بَقِيَ مِنْ حَقِّهِ، وَقِيلَ عَلَى الْاِتِّفَاقِ، وَيَأْخُذُ وَلِيُّ الْجَنَائِيَةِ الْأُولَى تَمَامَ حَقِّهِ وَهُوَ نِصْفُ الْقِيمَةِ مِنَ الْمَوْلَى إِذَا رَجَعَ عَلَى الْغَاصِبِ قِيلَ وَهَذَا هُوَ الصَّحِيحُ؛ لِأَنَّ مُحَمَّدًا رَحِمَهُ اللَّهُ ذَكَرَ هَذِهِ الْمَسْأَلَةَ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ بِلَا خِلَافٍ، وَكَذَا قَرَّرَهُ فَخَرُ الْإِسْلَامِ رَحِمَهُ اللَّهُ وَغَيْرُهُ فِي شُرُوحِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ. فَعَلَى هَذَا يَحْتَاجُ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ إِلَى الْفَرْقِ بَيْنَ هَاتَيْنِ الْمَسْأَلَتَيْنِ وَقَدْ ذَكَرَهُ فِي

الكتاب، لكنَّ قَوْلَهُ (فَأَمَّا فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ فَيُمْكِنُ الْخُ) فِيهِ نَظَرٌ؛ فَإِنَّ الْحِنَايَةَ الثَّانِيَةَ وَإِنْ حَصَلَتْ فِي يَدِ الْعَاصِبِ لَكِنْ أَخَذَ الْمَوْلَى مِنْهُ حَقَّهَا أَوَّلَ مَرَّةٍ وَلَمْ يَبْقَ لَوْلِيَّهَا اسْتِحْقَاقٌ حَتَّى يُجْعَلَ الْمَأْخُودُ مِنَ الْعَاصِبِ ثَانِيًا فِي مُقَابَلَةِ مَا أَخَذَهُ.

قَالَ (وَمَنْ غَضِبَ صَبِيًّا حُرًّا فَمَاتَ فِي يَدِهِ فَجَاءَ أَوْ بِحُمَى فَلَيْسَ عَلَيْهِ شَيْءٌ، وَإِنْ مَاتَ مِنْ صَاعِقَةٍ أَوْ نَهَسَةٍ حَيَّةٍ فَعَلَى عَاقِلَةِ الْعَاصِبِ الدِّيَّةُ) وَهَذَا اسْتِحْسَانٌ. وَالْقِيَاسُ أَنْ لَا يَضْمَنَ فِي الْوَجْهَيْنِ وَهُوَ قَوْلُ زُفَرٍ وَالشَّافِعِيِّ، لِأَنَّ الْغَضَبَ فِي الْحُرِّ لَا يَتَحَقَّقُ؛ أَلَا يَرَى أَنَّهُ لَوْ كَانَ مُكَاتَبًا صَغِيرًا لَا يَضْمَنُ مَعَ أَنَّهُ حُرٌّ يَدًا، فَإِذَا كَانَ الصَّغِيرُ حُرًّا رَقَبَةً وَيَدًا أُولَى. وَجَهُ الاسْتِحْسَانِ أَنَّهُ لَا يَضْمَنُ بِالْغَضَبِ وَلَكِنْ يَضْمَنُ بِالِاتِّلَافِ، وَهَذَا اتِّلَافٌ تَسْبِيحًا لِأَنَّهُ نَقَلَهُ إِلَى أَرْضٍ مَسْبُوعَةٍ أَوْ إِلَى مَكَانٍ الصَّوْاعِقِ، وَهَذَا لِأَنَّ الصَّوْاعِقَ وَالْحَيَّاتِ وَالسَّبَاعَ لَا تَكُونُ فِي كُلِّ مَكَانٍ، فَإِذَا نَقَلَهُ إِلَيْهِ فَهُوَ مُتَعَدٍّ فِيهِ وَقَدْ أَرَادَ حِفْظَ الْوَلِيِّ فَيُضَافُ إِلَيْهِ، لِأَنَّ شَرْطَ الْعِلَةِ يُنْزَلُ مَنْزِلَةَ الْعِلَةِ إِذَا كَانَ تَعْدِيًّا كَالْحَفْرِ فِي الطَّرِيقِ، بِخِلَافِ الْمَوْتِ فَجَاءَ أَوْ بِحُمَى، لِأَنَّ ذَلِكَ لَا يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ الْأَمَاكِنِ، حَتَّى لَوْ نَقَلَهُ إِلَى مَوْضِعٍ يَغْلِبُ فِيهِ الْحُمَى وَالْأَمْرَاضُ نَقُولُ بِأَنَّهُ يَضْمَنُ فَتَجِبُ الدِّيَّةُ عَلَى الْعَاقِلَةِ لِكَوْنِهِ قَتَلًا تَسْبِيحًا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ غَضِبَ صَبِيًّا حُرًّا) أَيُّ ذَهَبَ بِهِ بِغَيْرِ إِذْنٍ وَلَيْلِهِ فَيَكُونُ ذَكَرَ الْغَضَبِ فِي هَذَا الْمَوْضِعِ بِطَرِيقِ الْمَشَاكِلَةِ، وَهُوَ أَنْ يَذْكُرَ الشَّيْءَ بِلَفْظٍ غَيْرِهِ لَوْقُوعِهِ فِي صُحْبَتِهِ، وَكَلَامُهُ ظَاهِرٌ خَلَا أَنَّهُ يَرُدُّ عَلَى وَجْهِ الاسْتِحْسَانِ مَا إِذَا غَضِبَ مُكَاتَبًا وَنَقَلَهُ إِلَى هَذِهِ الْأَمَاكِنِ وَهَلَكَ فَإِنَّهُ لَا ضَمَانَ وَالتَّعْدِي فِي التَّسْبِيحِ فِيهِ مَوْجُودٌ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ الْمُكَاتَبَ فِي يَدِ نَفْسِهِ وَإِنْ كَانَ صَغِيرًا فَإِنَّهُ لَيْسَ لِأَحَدٍ وَلَايَةُ تَرْوِجِهِ فَكَانَ كَالْحُرِّ الْكَبِيرِ، وَالْحُرُّ الْكَبِيرُ فِي يَدِ نَفْسِهِ، فَكَذَا الْمُكَاتَبُ وَإِنْ كَانَ صَغِيرًا.

فَإِنْ قِيلَ مَا حُكْمُ الْحُرِّ الْكَبِيرِ إِذَا نُقِلَ إِلَى هَذِهِ الْأَمَاكِنِ تَعْدِيًّا فَأَصَابَهُ شَيْءٌ مِنْ ذَلِكَ؟ أُجِيبَ بِأَنَّ حُكْمَهُ أَنْ يُنْظَرَ إِنْ كَانَ النَّاقِلُ قَيْدَهُ وَلَمْ يُمْكِنِ التَّحَرُّزُ عَنْهُ ضَمِنَ؛ لِأَنَّ الْمَعْصُوبَ عَجَزَ عَنْ حِفْظِ نَفْسِهِ بِمَا صَنَعَ فِيهِ، فَيَجِبُ الضَّمَانُ عَلَى الْعَاصِبِ وَإِنْ لَمْ يَمْتَنِعْهُ مِنْ حِفْظِ نَفْسِهِ لَا يَضْمَنُ؛ لِأَنَّ الْبَالِغَ الْعَاقِلَ إِذَا لَمْ يَحْفَظْ نَفْسَهُ بِمَا صَنَعَ فِيهِ فَيَجِبُ الضَّمَانُ عَلَى الْعَاصِبِ، وَإِنْ لَمْ يَمْتَنِعْهُ مِنْ حِفْظِ نَفْسِهِ لَا يَضْمَنُ؛ لِأَنَّ الْبَالِغَ

العَاقِلُ إِذَا لَمْ يَحْفَظْ نَفْسَهُ مَعَ إِمْكَانِهِ كَانَ التَّلَفُ مُضَافًا إِلَى تَقْصِيرِهِ لَا إِلَى الْعَاصِبِ فَلَا يَضْمَنُ فَكَانَ حُكْمُ الْحَرِّ الصَّغِيرِ حُكْمَ الْحَرِّ الْكَبِيرِ الْمُقَيَّدِ بِحَيْثُ لَا يُمَكِّنُهُ حِفْظُ نَفْسِهِ.

قَالَ (وَإِذَا أودَعَ صَبِيٌّ عَبْدًا فَقَتَلَهُ فَعَلَى عَاقِلَتِهِ الدِّيَةُ، وَإِنْ أودَعَ طَعَامًا فَأَكَلَهُ لَمْ يَضْمَنْ) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ. وَقَالَ أَبُو يُونُسَ وَالشَّافِعِيُّ: يَضْمَنُ فِي الْوَجْهَيْنِ جَمِيعًا، وَعَلَى هَذَا إِذَا أودَعَ الْعَبْدُ الْمَحْجُورُ عَلَيْهِ مَالًا فَاسْتَهْلَكَهُ لَا يُؤَاخَذُ بِالضَّمَانِ فِي الْحَالِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ، وَيُؤَاخَذُ بِهِ بَعْدَ الْعِتْقِ. وَعِنْدَ أَبِي يُونُسَ وَالشَّافِعِيِّ يُؤَاخَذُ بِهِ فِي الْحَالِ. وَعَلَى هَذَا الْخِلَافُ الْإِقْرَاضُ وَالْإِعَارَةُ فِي الْعَبْدِ وَالصَّبِيِّ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ فِي أَصْلِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ: صَبِيٌّ قَدْ عَقَلَ، وَفِي الْجَامِعِ الْكَبِيرِ وَضَعُ الْمَسْأَلَةِ فِي صَبِيٍّ ابْنِ اثْنَتَيْ عَشْرَةَ سَنَةً، وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّ غَيْرَ الْعَاقِلِ يَضْمَنُ بِالِاتِّفَاقِ لِأَنَّ التَّسْلِيحَ غَيْرَ مُعْتَبَرٍ وَفِعْلُهُ مُعْتَبَرٌ لَهُمَا أَنَّهُ أَتْلَفَ مَالًا مُتَقَوِّمًا مَعْصُومًا حَقًّا لِمَالِكِهِ فَيَجِبُ عَلَيْهِ الضَّمَانُ كَمَا إِذَا كَانَتْ الْوَدِيعَةُ عَبْدًا وَكَمَا إِذَا أَتْلَفَهُ غَيْرُ الصَّبِيِّ فِي يَدِ الصَّبِيِّ الْمودِعِ، وَلِأَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ أَنَّهُ أَتْلَفَ مَالًا غَيْرَ مَعْصُومٍ فَلَا يَجِبُ الضَّمَانُ كَمَا إِذَا أَتْلَفَهُ بِإِذْنِهِ وَرِضَاهُ، وَهَذَا لِأَنَّ الْعِصْمَةَ تَثَبَّتْ حَقًّا لَهُ وَقَدْ فَوَّتَهَا عَلَى نَفْسِهِ حَيْثُ وَضَعَ الْمَالَ فِي يَدِ مَانِعَةٍ فَلَا يَبْقَى مُسْتَحِقًّا لِلنُّظَرِ إِلَّا إِذَا أَقَامَ غَيْرَهُ مَقَامَ نَفْسِهِ فِي الْحِفْظِ، وَلَا إِقَامَةَ هَاهُنَا لِأَنَّهُ لَا وِلَايَةَ لَهُ عَلَى الْإِسْتِقْلَالِ عَلَى الصَّبِيِّ وَلَا لِلصَّبِيِّ عَلَى نَفْسِهِ، بِخِلَافِ الْبَالِغِ وَالْمَأْدُونِ لَهُ لِأَنَّ لَهُمَا وِلَايَةَ عَلَى أَنْفُسِهِمَا وَبِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَتْ الْوَدِيعَةُ عَبْدًا لِأَنَّ عِصْمَتَهُ لِحَقِّهِ إِذْ هُوَ مُبْقَى عَلَى أَصْلِ الْحُرِّيَّةِ فِي حَقِّ الدَّمِ، وَبِخِلَافِ مَا إِذَا أَتْلَفَهُ غَيْرُ الصَّبِيِّ فِي يَدِ الصَّبِيِّ لِأَنَّهُ سَقَطَتِ الْعِصْمَةُ بِالإِضَافَةِ إِلَى الصَّبِيِّ الَّذِي وَضَعَ فِي يَدِهِ الْمَالَ دُونَ غَيْرِهِ.

قَالَ (وَإِنْ اسْتَهْلَكَ مَالًا ضَمِنَ) يُرِيدُ بِهِ مِنْ غَيْرِ إِيدَاعٍ؛ لِأَنَّ الصَّبِيَّ يُؤَاخَذُ بِأَفْعَالِهِ، وَصِحَّتِ الْقَصْدُ لَا مُعْتَبَرُ بِهَا فِي حُقُوقِ الْعِبَادِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

الشرح:

قَالَ (وَإِذَا أودَعَ صَبِيٌّ عَبْدًا فَقَتَلَهُ) كَلَامُهُ ظَاهِرٌ. وَذَكَرَ فِي شَرْحِ الطَّحَاوِيِّ وَمَنْ أودَعَ عِنْدَ صَبِيٍّ مَالًا فَهَلَكَ فِي يَدِهِ لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ بِالْإِجْمَاعِ، وَإِنْ اسْتَهْلَكَهُ الصَّبِيُّ فَإِنَّهُ يُنْظَرُ إِنْ كَانَ الصَّبِيُّ مَأْدُونًا لَهُ فِي التَّجَارَةِ يَضْمَنُ بِالْإِجْمَاعِ، وَإِنْ كَانَ مَحْجُورًا عَلَيْهِ وَلَكِنَّهُ قَبْلَ الْوَدِيعَةِ بِأَمْرٍ وَلَيْلِهِ ضَمِنَ بِالْإِجْمَاعِ، وَإِنْ قَبْلَ بَعِيرٍ إِذْنٍ وَلَيْلِهِ

فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ لَا فِي الْحَالِ وَلَا بَعْدَ الْإِذْرَاكِ.
وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ: يَضْمَنُ فِي الْحَالِ، وَأَجْمَعُوا عَلَى أَنَّهُ لَوْ اسْتَهْلَكَ مَالُ الْغَيْرِ
مِنْ غَيْرِ أَنْ يَكُونَ عِنْدَهُ وَدِيعَةً ضَمِنَ فِي الْحَالِ وَهُوَ تَفْسِيرٌ حَسَنٌ.

وَقَوْلُهُ (وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّ غَيْرَ الْعَاقِلِ يَضْمَنُ بِالِاتِّفَاقِ) يُسَاعِدُهُ فِيهِ فَخْرُ الْإِسْلَامِ
رَحِمَهُ اللَّهُ حَيْثُ ذَكَرَهُ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ هَكَذَا، وَأَمَّا فِي غَيْرِهِ مِنْ شُرُوحِ الْجَامِعِ
الصَّغِيرِ لَصَدْرِ الْإِسْلَامِ وَقَاضِي خَانَ وَالثَّمُرَ تَاشِيٍّ فَالْحُكْمُ عَلَى خِلَافِ هَذَا حَيْثُ قَالُوا
فِيهَا: هَذَا الْخِلَافُ فِيمَا إِذَا كَانَ الصَّبِيُّ عَاقِلًا، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ عَاقِلًا فَلَا يَضْمَنُ فِي قَوْلِهِمْ
جَمِيعًا.

وَقَوْلُهُ (وَكَمَا إِذَا أَثْلَفَهُ غَيْرُ الصَّبِيِّ فِي يَدِ الصَّبِيِّ الْمُوَدَّعِ) يَعْنِي أَنَّهُ يَضْمَنُ
الْمُتْلَفُ، وَلَوْ كَانَ التَّسْلِيطُ عَلَى الاسْتِهْلَاكِ فِي حَقِّ الصَّبِيِّ الْمُوَدَّعِ لَثَبَتْ فِي حَقِّ غَيْرِهِ
أَيْضًا؛ لِأَنَّ الْمَالَ الَّذِي سُلِّطَ عَلَى اسْتِهْلَاكِهِ بِمَنْزِلَةِ الْمَالِ الْمُبَاحِ فَكُلُّ مَنْ أَثْلَفَهُ لَا يَجِبُ
الضَّمَانُ عَلَيْهِ، وَمَعْنَى التَّسْلِيطِ تَحْوِيلُ يَدِهِ فِي الْمَالِ إِلَيْهِ.

وَقَوْلُهُ (فِي يَدِ مَانِعَةٍ) أَيُّ مِنَ الْإِيذَاعِ، وَالْإِعَارَةِ: يَعْنِي أَنَّ الْمُوَدَّعَ وَضَعَ الْمَالَ فِي
يَدِ مَانِعَةٍ عَنِ الْإِيذَاعِ، وَمَنْ فَعَلَ كَذَلِكَ لَا يَسْتَحِقُّ النَّظَرَ؛ لِأَنَّهُ أَوْفَعَ مَالَهُ فِي يَدِ تَمْنَعٍ يَدِ
غَيْرِهِ عَلَيْهِ بِاخْتِيَارِهِ، إِلَّا إِذَا كَانَ وَضَعَهُ فِيهَا بِإِقَامَةِ غَيْرِهِ مَقَامَ نَفْسِهِ فِي الْحِفْظِ، وَلَمْ
تُوجَدْ الْإِقَامَةُ؛ لِأَنَّهُ لَا وِلَايَةَ لَهُ عَلَى الصَّبِيِّ وَلَا لِلصَّبِيِّ عَلَى نَفْسِهِ فَكَانَ تَضْيِيعًا مِنْ
جِهَتِهِ.

وَفِي قَوْلِهِ (لَأَنَّهُ لَا وِلَايَةَ لَهُ عَلَى الصَّبِيِّ) فِيهِ نَظَرٌ؛ لِأَنَّ إِقَامَةَ غَيْرِهِ مَقَامَ نَفْسِهِ لَا
يَسْتَدْعِي ثُبُوتَ وِلَايَةِ الْقِيَمِ عَلَى الْمَقَامِ مَقَامَ نَفْسِهِ، وَإِلَّا لَأَسَدَّ بَابُ الْوَدِيعَةِ، وَيُمْكِنُ أَنْ
يُقَالَ: إِنَّمَا قَالَ ذَلِكَ جَوَابًا عَمَّا يُقَالُ: لَوْ كَانَ الْإِيذَاعُ مِنَ الصَّبِيِّ تَسْلِيطًا لَهُ عَلَى
الْإِثْلَافِ لَضَمِنَ الْأَبُ مَالَ الْوَدِيعَةِ بِتَسْلِيمِهِ ابْنَهُ الصَّغِيرَ لِيَحْفَظَهَا؛ لِأَنَّ التَّسْلِيمَ إِلَيْهِ
تَضْيِيعٌ عَلَى هَذَا التَّقْدِيرِ وَالْمُوَدَّعُ يَضْمَنُ بِالتَّضْيِيعِ، وَمَعَ ذَلِكَ لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ فَكَأَنَّهُ قَالَ:
إِقَامَةُ غَيْرِهِ مَقَامَ نَفْسِهِ تَسْتَلْزِمُ إِمَّا وِلَايَةَ الْمُقِيمِ عَلَى مَنْ آقَامَهُ مَقَامَهُ كَمَا فِي هَذِهِ الصُّورَةِ
أَوْ وِلَايَةَ الْمَقَامِ عَلَى نَفْسِهِ كَمَا فِي سَائِرِ صُورِ الْوَدَائِعِ، وَلَوْ يُوْجَدُ شَيْءٌ مِنْ ذَلِكَ فِي
إِيذَاعِ الصَّبِيِّ الْأَجْنَبِيِّ. وَقَوْلُهُ (لَأَنَّ عِصْمَتَهُ لِحَقِّهِ) أَيُّ لِحَقِّ الْعَبْدِ يَعْنِي لَا بِاعْتِبَارِ أَنْ

الْمَالِكُ يَعْصِمُهُ؛ لِأَنَّ عِصْمَةَ الْمَالِكِ إِنَّمَا تُعْتَبَرُ فِيمَا لَهُ وَلَايَةُ الْاسْتِهْلَاكِ حَتَّى يُمَكِّنَ غَيْرَهُ مِنَ الْاسْتِهْلَاكِ بِالتَّسْلِيْطِ، وَلَيْسَ لِلْمَوْلَى وَلَايَةُ اسْتِهْلَاكِ عَبْدِهِ فَلَا يَجُوزُ لَهُ تُمْكِينُ غَيْرِهِ مِنَ الْاسْتِهْلَاكِ، فَلَمَّا لَمْ يُوجَدْ التَّسْلِيْطُ مِنْهُ يَضْمَنُ الْمُسْتَهِلُّكَ سُوءًا كَانَ صَغِيرًا أَوْ كَبِيرًا، بِخِلَافِ سَائِرِ الْأَمْوَالِ فَإِنَّ لِلْمَالِكِ أَنْ يَسْتَهِلَّهَا فَيَجُوزُ تُمْكِينُ غَيْرِهِ مِنْ اسْتِهْلَاكِهَا بِالتَّسْلِيْطِ.

وَيُوقِضَ بِمَا إِذَا أَوْدَعَ الصَّبِيُّ شَاةً فَخَنَقَهَا فَإِنَّهُ لَا يَضْمَنُ وَرَبُّ الشَّاةِ مَا كَانَ يَمْلِكُ ذَلِكَ بِحُكْمِ مَلِكِهِ يُوجَدُ التَّسْلِيْطُ. وَالْجَوَابُ أَنَّ كَلَامَنَا فِيمَا لَا يَمْلِكُ إِثْلَافَهُ مِنْ حَيْثُ كَوْنُهُ أَجْنَبِيًّا وَالشَّاةُ لَيْسَتْ كَذَلِكَ، وَإِنَّمَا لَمْ يَمْلِكْ خَنَقَهَا مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ تَضْيِيعٌ فَكَانَ كَالْتَسْبِيْبِ. وَقَوْلُهُ (لَأَنَّهُ سَقَطَتِ الْعِصْمَةُ بِالْإِضَافَةِ إِلَى الصَّبِيِّ الَّذِي وَقَعَ فِي يَدِهِ الْمَالُ دُونَ غَيْرِهِ) يَعْنِي أَنَّ الْمَالِكَ بِالْإِيْدَاعِ عِنْدَ الصَّبِيِّ إِنَّمَا أَسْقَطَ عِصْمَةَ مَالِهِ عَنِ الصَّبِيِّ لَا عَنْ غَيْرِهِ وَمَالَهُ مَعْصُومٌ فِي حَقِّ غَيْرِهِ كَمَا كَانَ، وَاللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ.

بَابُ الْقَسَامَةِ

قَالَ (وَإِذَا وَجِدَ الْقَتِيلُ فِي مَحَلَةٍ وَلَا يَعْلَمُ مَنْ قَتَلَهُ اسْتَحْلَفَ خَمْسُونَ رَجُلًا مِنْهُمْ. يَتَخَيَّرُهُمُ الْوَلِيُّ بِاللَّهِ مَا قَتَلْنَاهُ وَلَا عَلَّمْنَا لَهُ قَاتِلًا) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: إِذَا كَانَ هُنَاكَ لَوْثٌ اسْتَحْلَفَ الْأَوْلِيَاءَ خَمْسِينَ يَمِينًا وَيَقْضِي لَهُمْ بِالْدِّيَةِ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ عَمْدًا كَانَتْ الدَّعْوَى أَوْ خَطَأً.

وَقَالَ مَالِكٌ: يَقْضِي بِالْقَوْدِ إِذَا كَانَتْ الدَّعْوَى فِي الْقَتْلِ الْعَمْدِ وَهُوَ أَحَدُ قَوْلِي الشَّافِعِيِّ، وَالْمَوْتُ عِنْدَهُمَا أَنْ يَكُونَ هُنَاكَ عَلَامَةُ الْقَتْلِ عَلَى وَاحِدٍ بَعِيْنِهِ أَوْ ظَاهِرٌ يَشْهَدُ لِلْمُدَّعَى مِنْ عِدَاوَةِ ظَاهِرَةٍ أَوْ شَهَادَةِ عَدْلٍ أَوْ جَمَاعَةٍ غَيْرِ عُدُولٍ أَنَّ أَهْلَ الْمَحَلَةِ قَتَلُوهُ، وَإِنْ لَمْ يَكُنِ الظَّاهِرُ شَاهِدًا لَهُ فَمَذْهَبُهُ مِثْلُ مَذْهَبِنَا، غَيْرَ أَنَّهُ لَا يُكْرَرُ الْيَمِينَ بَلْ يَرُدُّهَا عَلَى الْوَلِيِّ، فَإِنْ حَلَفُوا لَا دِيَّةَ عَلَيْهِمْ لِلشَّافِعِيِّ فِي الْبَدَاءِ بِيَمِينَ الْوَلِيِّ قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لِلأَوْلِيَاءِ «فَيَقْسِمُ مِنْكُمْ خَمْسُونَ أَنَّهُمْ قَتَلُوهُ»^(١) وَلِأَنَّ الْيَمِينَ تَحِبُّ عَلَى مَنْ يَشْهَدُ لَهُ الظَّاهِرُ وَلِهَذَا تَحِبُّ عَلَى صَاحِبِ الْيَدِ، فَإِذَا كَانَ الظَّاهِرُ شَاهِدًا لِلْوَلِيِّ يَبْدَأُ بِيَمِينِهِ وَرَدَّ الْيَمِينَ عَلَى الْمُدَّعَى أَصْلَ لَهُ كَمَا فِي النُّكُولِ، غَيْرَ أَنَّ هَذِهِ دَلَالَةٌ فِيهَا نَوْعٌ

(١) أخرجه البخاري في الأدب باب ٨٩، ومسلم في القسامة (حديث ١، ٢، ٤، ٦).

شُبْهَةً وَالْقِصَاصُ لَا يُجَامِعُهَا وَالْمَالُ يَجِبُ مَعَهَا فَلهَذَا وَجَبَتِ الدِّيَّةُ. وَلَنَا قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ
وَالسَّلَامُ «الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدْعَى وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ»^(١) وَفِي رِوَايَةٍ «عَلَى الْمُدْعَى عَلَيْهِ»
وَرَوَى سَعِيدُ بْنُ الْمُسَيَّبِ «أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ بَدَأَ بِالْيَهُودِ بِالْقَسَامَةِ وَجَعَلَ
الدِّيَّةَ عَلَيْهِمْ لَوْجُودِ الْقَتِيلِ بَيْنَ أَظْهَرِهِمْ» وَلَأَنَّ الْيَمِينَ حُجَّةٌ لِلدَّفْعِ دُونَ الْإِسْتِحْقَاقِ
وَحَاجَةٌ الْوَلِيِّ إِلَى الْإِسْتِحْقَاقِ وَلِهَذَا لَا يَسْتَحِقُّ بِيَمِينِهِ الْمَالَ الْمُبْتَدَلُ فَأُولَى أَنْ لَا يَسْتَحِقُّ
بِهِ النَّفْسَ الْمُحْتَرَمَةَ. وَقَوْلُهُ يَتَخَيَّرُهُمُ الْوَلِيُّ إِشَارَةٌ إِلَى أَنَّ خِيَارَ تَعْيِينِ الْخَمْسِينَ إِلَى
الْوَلِيِّ لِأَنَّ الْيَمِينَ حَقُّهُ، وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ يَخْتَارُ مِنْ يَتَّهِمُهُ بِالْقَتْلِ أَوْ يَخْتَارُ صَالِحِي أَهْلِ
الْمَحَلَّةِ لَمَّا أَنَّ تَحَرُّزَهُمْ عَنِ الْيَمِينِ الْكَاذِبَةِ أْبْلَغُ التَّحَرُّزِ فَيُظْهَرُ الْقَاتِلُ، وَفَائِدَةُ الْيَمِينِ
النُّكُولُ، فَإِنْ كَانُوا لَا يُبَاشِرُونَ وَيَعْلَمُونَ يُفِيدُ يَمِينَ الصَّالِحِ عَلَى الْعِلْمِ بِأَبْلَغٍ مِمَّا يُفِيدُ
يَمِينَ الطَّالِحِ، وَلَوْ اخْتَارُوا أَعْمَى أَوْ مَحْدُودًا فِي قَدْفٍ جَازَ لِأَنَّهُ يَمِينٌ وَلَيْسَ بِشَهَادَةٍ.

الشرح:

(بَابُ الْقَسَامَةِ) لَمَّا كَانَ أَمْرُ الْقَتِيلِ فِي بَعْضِ الْأَحْوَالِ يَقُولُ إِلَى الْقَسَامَةِ ذَكَرَهَا
فِي آخِرِ الدِّيَّاتِ فِي بَابِ عَلَى حِدَةٍ. وَهِيَ فِي اللَّغَةِ: اسْمٌ وَضِعَ مَوْضِعَ الْأَقْسَامِ. وَفِي
الشَّرْعِ: أَيَّمَانٌ يُقْسِمُ بِهَا أَهْلُ مَحَلَّةٍ أَوْ دَارٍ وَجِدَ فِيهَا قَتِيلٌ بِهِ أَثَرٌ.
يَقُولُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ بِاللَّهِ مَا قَتَلْتَهُ وَلَا عَلِمْتَ لَهُ قَاتِلًا. وَسَبَبُهَا وَجُودُ الْقَتِيلِ
فِيمَا ذَكَرْنَا، وَرُكْنُهَا إِجْرَاءُ الْيَمِينِ الْمَذْكُورِ عَلَى لِسَانِهِ، وَشَرْطُهَا بُلُوغُ الْمُقْسِمِ وَعَقْلُهُ،
وَحُرِّيَّتُهُ، وَوُجُودُ أَثَرِ الْقَتْلِ فِي الْمَيِّتِ، وَتَكْمِيلُ الْيَمِينِ خَمْسِينَ.
وَحُكْمُهَا الْقَضَاءُ بِوُجُوبِ الدِّيَّةِ: إِنْ حَلَفُوا وَالْحَبْسُ إِلَى الْحَلْفِ إِنْ أَبَوْا إِنْ ادَّعَى
الْوَلِيُّ الْعَمْدَ، وَبِالدِّيَّةِ عِنْدَ النُّكُولِ إِنْ ادَّعَى الْخَطَأَ، وَمَحَاسِنُهَا تَعْظِيمُ خَطَرِ الدِّمَاءِ،
وَصِيَانُهَا عَنِ الْإِهْدَارِ، وَخِلَاصُ الْمُتَّهِمِ بِالْقَتْلِ عَنِ الْقِصَاصِ وَذَلِيلُ شَرْعِيَّتِهَا الْأَحَادِيثُ
الْمَذْكُورَةُ عَلَى مَا سَيَأْتِي. وَقَوْلُهُ (يَتَخَيَّرُهُمُ الْوَلِيُّ) أَيُّ: يَخْتَارُ مِنَ الْقَوْمِ مَنْ يُحْلِفُهُمْ.
وَقَوْلُهُ (بِاللَّهِ مَا قَتَلْتَنَاهُ) عَلَى طَرِيقِ الْحِكَايَةِ عَنِ الْجَمِيعِ، وَأَمَّا عِنْدَ الْحَلْفِ فَيَحْلِفُ
كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ بِاللَّهِ مَا قَتَلْتُ وَلَا يَحْلِفُ بِاللَّهِ مَا قَتَلْنَا لَجَوَازِ أَنَّهُ بَاشَرَ الْقَتْلَ بِنَفْسِهِ
فَيَجْتَرِئُ عَلَى الْيَمِينِ بِاللَّهِ مَا قَتَلْنَا.

(١) أخرجه الترمذي (حديث ١٣١٤).

وَقَوْلُهُ (وَإِنْ لَمْ يَكُنْ الظَّاهِرُ شَاهِدًا لَهُ فَمَذْهَبُهُ) أَي: مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ (كَمَذْهَبِنَا غَيْرَ أَنَّهُ لَا يُكْرَرُ الِیْمِینَ) وَقَوْلُهُ (؛ وَلَأنَّ الِیْمِینَ تَجِبُ عَلَى مَنْ يَشْهَدُ لَهُ الظَّاهِرُ) يَعْنِي كَمَا فِي سَائِرِ الدَّعَاوَى؛ فَإِنَّ الظَّاهِرَ يَشْهَدُ لِلْمُدَّعَى عَلَيْهِ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ بَرَاءَةُ ذِمَّتِهِ، فَأَمَّا فِي الْقَسَامَةِ فَالظَّاهِرُ يَشْهَدُ لِلْمُدَّعَى عِنْدَ قِيَامِ اللُّوْثِ فَتَكُونُ الِیْمِینُ حُجَّةً لَهُ، وَبَقِيَّةُ كَلَامِهِ وَاضِحٌ، وَقَوْلُهُ (؛ لِأَنَّهُ يَمِینٌ وَلَيْسَ بِشَهَادَةٍ) يُحْتَرَزُ عَنِ اللَّعَانِ حَيْثُ لَا يَجْرِي اللَّعَانُ بَيْنَهُمَا لَمَّا أَنَّ اللَّعَانَ شَهَادَةٌ وَالْأَعْمَى وَالْمَحْدُودُ فِي الْقَذْفِ لَيْسَا مِنْ أَهْلِ أَدَائِهَا. قَوْلُهُ (وَإِذَا حَلَفُوا قُضِيَ عَلَى أَهْلِ الْمَحَلَّةِ) أَيِ عَلَى عَاقِلَةٍ أَهْلِ الْمَحَلَّةِ (بِالدِّيَّةِ) فِي ثَلَاثِ سِنِينَ.

قَالَ (وَإِذَا حَلَفُوا قُضِيَ عَلَى أَهْلِ الْمَحَلَّةِ بِالدِّيَّةِ وَلَا يُسْتَحْلَفُ الْوَلِيُّ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ لَا تَجِبُ الدِّيَّةُ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ فِي حَدِيثِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ سَهْلٍ ﷺ «تَبَرُّكُكُمْ الْيَهُودُ بِأَيْمَانِهِا» وَلَأنَّ الِیْمِینَ عَهْدٌ فِي الشَّرْعِ مُبَرِّكًا لِلْمُدَّعَى عَلَيْهِ لَا مُلْزِمًا كَمَا فِي سَائِرِ الدَّعَاوَى. وَلَمَّا أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ جَمَعَ بَيْنَ الدِّيَّةِ وَالْقَسَامَةِ فِي حَدِيثِ ابْنِ سَهْلٍ وَفِي حَدِيثِ زِيَادِ بْنِ أَبِي مَرِيَمٍ، وَكَذَا جَمَعَ عُمَرُ ﷺ بَيْنَهُمَا عَلَى وَادِعَةٍ.

وَقَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «تَبَرُّكُكُمْ الْيَهُودُ» مَحْمُولٌ عَلَى الْإِبْرَاءِ عَنِ الْقِصَاصِ وَالْحَبْسِ، وَكَذَا الِیْمِینُ مُبَرِّكَةٌ عَمَّا وَجِبَ لَهُ الِیْمِینُ وَالْقَسَامَةُ مَا شُرِعَتْ لَتَجِبَ الدِّيَّةُ إِذَا نَكَلُوا، بَلْ شُرِعَتْ لِيُظْهَرَ الْقِصَاصُ بِتَحَرُّزِهِمْ عَنِ الِیْمِینِ الْكَاذِبَةِ فَيُقِرُّوا بِالْقَتْلِ، فَإِذَا حَلَفُوا حَصَلَتْ الْبَرَاءَةُ عَنِ الْقِصَاصِ. ثُمَّ الدِّيَّةُ تَجِبُ بِالْقَتْلِ الْمَوْجُودِ مِنْهُمْ ظَاهِرًا لَوْجُودِ الْقَتِيلِ بَيْنَ أَظْهَرِهِمْ لَا بِنُكُولِهِمْ، أَوْ وَجِبَتْ بِتَقْصِيرِهِمْ فِي الْمَحَافَظَةِ كَمَا فِي الْقَتْلِ الْخَطِئِ (وَمَنْ أَبَى مِنْهُمْ الِیْمِینَ حُسْ حَتَّى يَحْلِفَ) لِأَنَّ الِیْمِینَ فِيهِ مُسْتَحَقَّةٌ لِنَدَائِهَا تَعْظِيمًا لِأَمْرِ الدِّمِّ وَلِهَذَا يُجْمَعُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الدِّيَّةِ، بِخِلَافِ النُّكُولِ فِي الْأَمْوَالِ لِأَنَّ الِیْمِینَ بَدَلٌ عَنْ أَصْلِ حَقِّهِ وَلِهَذَا يَسْقُطُ بِبَدَلِ الْمُدَّعَى وَفِيمَا نَحْنُ فِيهِ لَا يَسْقُطُ بِبَدَلِ الدِّيَّةِ، هَذَا الَّذِي ذَكَرْنَا إِذَا ادَّعَى الْوَلِيُّ الْقَتْلَ عَلَى جَمِيعِ أَهْلِ الْمَحَلَّةِ، وَكَذَا إِذَا ادَّعَى عَلَى الْبَعْضِ لَا بِأَعْيَانِهِمْ وَالِدَّعْوَى فِي الْعَمْدِ أَوْ الْخَطِئِ لِأَنَّهُمْ لَا يَتَمَيَّزُونَ عَنِ الْبَاقِي، وَلَوْ ادَّعَى عَلَى الْبَعْضِ بِأَعْيَانِهِمْ أَنَّهُ قَتَلَ وَلِيَّهُ عَمْدًا أَوْ خَطِئًا فَكَذَلِكَ الْجَوَابُ، يَدُلُّ عَلَيْهِ إِطْلَاقُ الْجَوَابِ فِي الْكِتَابِ، وَهَكَذَا الْجَوَابُ فِي الْمَبْسُوطِ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ فِي غَيْرِ رِوَايَةٍ الْأَصْلُ أَنَّ فِي

الْقِيَاسُ تَسْقُطُ الْقَسَامَةُ وَالِدِيَّةُ عَنِ الْبَاقِينَ مِنْ أَهْلِ الْمَحَلَةِ، وَيُقَالُ لِلْوَلِيِّ أَلَاكَ بَيِّنَةٌ؟ فَإِنْ قَالَ لَا يُسْتَحْلَفُ الْمُدْعَى عَلَيْهِ يَمِينًا وَاحِدَةً. وَوَجْهُهُ أَنَّ الْقِيَاسَ يَأْبَاهُ لاحتِمَالِ وَجُودِ الْقَتْلِ مِنْ غَيْرِهِمْ، وَإِنَّمَا عُرِفَ بِالنَّصِّ فِيمَا إِذَا كَانَ فِي مَكَانٍ يُنْسَبُ إِلَى الْمُدْعَى عَلَيْهِمْ وَالْمُدْعَى يَدْعِي الْقَتْلَ عَلَيْهِمْ، وَفِيمَا وَرَاءَهُ بَقِيَ عَلَى أَصْلِ الْقِيَاسِ وَصَارَ كَمَا إِذَا ادَّعَى الْقَتْلَ عَلَى وَاحِدٍ مِنْ غَيْرِهِمْ. وَفِي الاستِحْسَانِ تَجِبُ الْقَسَامَةُ وَالِدِيَّةُ عَلَى أَهْلِ الْمَحَلَةِ لِأَنَّهُ لَا فَصْلَ فِي إِطْلَاقِ النُّصُوصِ بَيْنَ دَعْوَى وَدَعْوَى فَتُوجِبُهُ بِالنَّصِّ لَا بِالْقِيَاسِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا ادَّعَى عَلَى وَاحِدٍ مِنْ غَيْرِهِمْ لِأَنَّهُ لَيْسَ فِيهِ نَصٌّ، فَلَوْ أَوْجِبْنَاهُمَا لِأَوْجِبْنَاهُمَا بِالْقِيَاسِ وَهُوَ مُمْتَنِعٌ، ثُمَّ حُكِمَ ذَلِكَ أَنْ يُثَبَّتَ مَا ادَّعَاهُ إِذَا كَانَ لَهُ بَيِّنَةٌ، وَإِنْ لَمْ تَكُنْ اسْتَحْلَفَهُ يَمِينًا وَاحِدَةً لِأَنَّهُ لَيْسَ بِقَسَامَةٍ لِانْعِدَامِ النَّصِّ وَامْتِنَاعِ الْقِيَاسِ. ثُمَّ إِنْ حَلَفَ بَرِيٌّ وَإِنْ نَكَلَ وَالِدَعْوَى فِي الْمَالِ ثَبَتَ بِهِ، وَإِنْ كَانَ فِي الْقِصَاصِ فَهُوَ عَلَى اخْتِلَافٍ مَضَى فِي كِتَابِ الدَّعْوَى. قَالَ (وَإِنْ لَمْ يُكْمَلْ أَهْلُ الْمَحَلَةِ كُرِّرَتِ الْإِيمَانُ عَلَيْهِمْ حَتَّى تَتِمَّ خَمْسِينَ) لَمَّا رُوِيَ أَنَّ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ لَمَّا قُضِيَ فِي الْقَسَامَةِ وَاقَى إِلَيْهِ تِسْعَةٌ وَأَرْبَعُونَ رَجُلًا فَكَّرَ الْيَمِينَ عَلَى رَجُلٍ مِنْهُمْ حَتَّى تَمَّتْ خَمْسِينَ ثُمَّ قُضِيَ بِالِدِيَّةِ. وَعَنْ شَرِيحٍ وَالنُّحَويِّ رَحِمَهُمَا اللَّهُ مِثْلَ ذَلِكَ، وَلِأَنَّ الْخَمْسِينَ وَاجِبٌ بِالسُّنَنِ فَيَجِبُ إِتِمَامُهَا مَا أَمَكَنَ، وَلَا يُطْلَبُ فِيهِ الْوُقُوفُ عَلَى الْفَائِدَةِ لثُبُوتِهَا بِالسُّنَنِ، ثُمَّ فِيهِ اسْتِعْظَامُ أَمْرِ الدَّمِّ، فَإِنْ كَانَ الْعَدَدُ كَامِلًا فَأَرَادَ الْوَلِيُّ أَنْ يُكْرَرَ عَلَى أَحَدِهِمْ فَلَيْسَ لَهُ ذَلِكَ، لِأَنَّ الْمَصِيرَ إِلَى التَّكْرَارِ ضَرُورَةُ الْإِكْمَالِ. قَالَ (وَلَا قَسَامَةَ عَلَى صَبِيٍّ وَلَا مَجْنُونٍ) لِأَنَّهُمَا لَيْسَا مِنْ أَهْلِ الْقَوْلِ الصَّحِيحِ وَالْيَمِينَ قَوْلٌ صَحِيحٌ. قَالَ (وَلَا امْرَأَةٍ وَلَا عَبْدٍ) لِأَنَّهُمَا لَيْسَا مِنْ أَهْلِ النُّصْرَةِ وَالْيَمِينَ عَلَى أَهْلِهَا. قَالَ (وَإِنْ وَجِدَ مَيِّتًا لَا أَثَرَ بِهِ فَلَا قَسَامَةَ وَلَا دِيَّةَ) لِأَنَّهُ لَيْسَ بِقَتِيلٍ، إِذَا قَتِيلَ فِي الْعُرْفِ مَنْ هَانَتْ حَيَاتُهُ بِسَبَبٍ يُبَاشِرُهُ حَيٌّ وَهَذَا مَيِّتٌ حَتَفَ أَنْفَهُ، وَالْغَرَامَةُ تَتَّبَعُ فِعْلَ الْعَبْدِ وَالْقَسَامَةُ تَتَّبَعُ احْتِمَالَ الْقَتْلِ ثُمَّ يَجِبُ عَلَيْهِمُ الْقَسَمُ فَلَا بُدَّ مِنْ أَنْ يَكُونَ بِهِ أَثَرٌ يُسْتَدَلُّ بِهِ عَلَى كَوْنِهِ قَتِيلًا، وَذَلِكَ بِأَنْ يَكُونَ بِهِ جِرَاحَةٌ أَوْ أَثَرٌ ضَرْبٍ أَوْ خَنْقٍ، وَكَذَا إِذَا كَانَ خَرَجَ الدَّمِّ مِنْ عَيْنِهِ أَوْ أُذُنِهِ لِأَنَّهُ لَا يَخْرُجُ مِنْهَا إِلَّا بِفِعْلِ مِنْ جِهَةِ الْحَيِّ عَادَةً، بِخِلَافِ مَا إِذَا خَرَجَ مِنْ فِيهِ أَوْ دُبُرِهِ أَوْ ذَكَرِهِ لِأَنَّ الدَّمَ يَخْرُجُ مِنْ هَذِهِ الْمَخَارِجِ عَادَةً بِغَيْرِ فِعْلِ أَحَدٍ، وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ فِي الشُّهُيدِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ «تُبْرِئُكُمُ الْيَهُودُ بِأَيْمَانِهِمْ» قِصَّتُهُ «أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ سَهْلٍ وَعَبْدَ الرَّحْمَنِ بْنَ سَهْلٍ وَحَوِصَّةَ وَمُحِصَّةَ خَرَجُوا فِي التَّجَارَةِ إِلَى خَيْبَرَ وَفَرَّقُوا حَوَائِجَهُمْ؛ فَوَجَدُوا عَبْدَ اللَّهِ بْنَ سَهْلٍ قَتِيلًا فِي قَلْبٍ مِنْ خَيْبَرَ يَتَشَحَّطُ فِي دَمِهِ، فَجَاءُوا إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ لِيُخْبِرُوهُ، فَأَرَادَ عَبْدُ الرَّحْمَنِ وَهُوَ أَخُو الْقَتِيلِ أَنْ يَتَكَلَّمَ، فَقَالَ ﷺ: الْكِبْرُ الْكِبْرُ، فَتَكَلَّمَ أَحَدُ عَمَّتَيْهِ حَوِصَّةُ أَوْ مُحِصَّةُ وَهُوَ الْأَكْبَرُ مِنْهُمَا وَأَخْبَرَهُ بِذَلِكَ، قَالَ: وَمَنْ قَتَلَهُ؟ قَالُوا: وَمَنْ يَقْتُلُهُ سِوَى الْيَهُودِ؟ قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: تُبْرِئُكُمُ الْيَهُودُ بِأَيْمَانِهَا، فَقَالُوا: لَا تَرْضَى بِأَيْمَانِ قَوْمٍ كُفَّارٍ لَا يُبَالُونَ مَا حَلَفُوا عَلَيْهِ. فَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: أَتُخْلَفُونَ وَتَسْتَحِقُّونَ دَمَ صَاحِبِكُمْ؟ فَقَالُوا: كَيْفَ نَحْلِفُ عَلَى أَمْرٍ لَمْ نَعَيْنِ وَلَمْ نُشَاهِدْ فِكْرَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَنْ يُبْطِلَ دَمَهُ، فَوَدَّاهُ بِمِائَةِ مِنْ إِبِلِ الصَّدَقَةِ» وَاسْتَدَلَّ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ بِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «تُبْرِئُكُمُ الْيَهُودُ بِأَيْمَانِهَا» عَلَى أَنَّهُ لَا دِيَّةَ بَعْدُ وَإِلَّا لَمَا كَانَ ثَمَّةَ بَرَاءَةٍ.

وَوَادِعَةُ قَبِيلَةٍ مِنْ هَمْدَانَ. وَقَوْلُهُ (يَذُلُّ عَلَيْهِ إِطْلَاقُ الْجَوَابِ فِي الْكِتَابِ) أَيُّ فِي كِتَابِ الْقُدُورِيِّ، أَشَارَ بِهِ إِلَى مَا ذَكَرَهُ بِقَوْلِهِ: وَإِذَا وَجِدَ الْقَتِيلَ فِي مَحَلَّةٍ لَا يَعْلَمُ مَنْ قَتَلَهُ أُسْتُخْلَفَ خَمْسُونَ رَجُلًا مِنْهُمْ إلخ (وَهَكَذَا الْجَوَابُ فِي الْمَبْسُوطِ) يَعْنِي أَوْجَبَ الْقِسَامَةِ وَالْدِيَّةَ فِيمَا إِذَا كَانَ الدَّعْوَى عَلَى الْبَعْضِ بَعِيْنِهِ. وَقَوْلُهُ (عَلَى اخْتِلَافٍ مَضَى فِي كِتَابِ الدَّعْوَى) بَيْنَ أَبِي حَنِيفَةَ وَصَاحِبِيهِ حَيْثُ قَالَ: وَمَنْ ادَّعَى قِصَاصًا عَلَى غَيْرِهِ فَجَحَدَ أُسْتُخْلَفَ بِالْإِجْمَاعِ إلخ. قَالَ (وَإِنْ لَمْ يُكْمِلْ أَهْلُ الْمَحَلَّةِ خَمْسِينَ) وَافَى إِلَيْهِ: أَيُّ أُنَى إِلَيْهِ، وَأَهْلُ اللُّغَةِ يَقُولُونَ وَافَاهُ.

وَلَمْ يَذْكُرِ الْأَنْفَ وَحُكْمَهُ حُكْمَ دُبُرِهِ وَذَكَرَهُ وَذَكَرَ الْفَمَ مُطْلَقًا، وَقَدْ قِيلَ: إِذَا صَعِدَ مِنْ جَوْفِهِ إِلَى فِيهِ، وَأَمَّا إِذَا نَزَلَ مِنْ رَأْسِهِ إِلَى فِيهِ فَلَيْسَ يَصْلُحُ دَلِيلًا عَلَى الْقَتْلِ، ذَكَرَهُ فَخْرُ الْإِسْلَامِ فِي شَرْحِ الزِّيَادَاتِ وَكَلَامُهُ ظَاهِرٌ.

(وَلَوْ وَجِدَ بَدَنُ الْقَتِيلِ أَوْ أَكْثَرُ مِنْ نِصْفِ الْبَدَنِ أَوْ النِّصْفُ وَمَعَهُ الرَّأْسُ فِي مَحَلَّةٍ فَعَلَى أَهْلِهَا الْقِسَامَةُ وَالْدِيَّةُ، وَإِنْ وَجِدَ نِصْفُهُ مَشْقُوقًا بِالطُّوْلِ أَوْ وَجِدَ أَقْلٌ مِنَ النِّصْفِ وَمَعَهُ الرَّأْسُ أَوْ وَجِدَ يَدُهُ أَوْ رِجْلُهُ أَوْ رَأْسُهُ فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِمْ) لِأَنَّ هَذَا حُكْمُ عَرَفْنَاهُ

بِالنَّصِّ وَقَدْ وَرَدَ بِهِ فِي الْبَدَنِ، إِلَّا أَنَّ لِأَكْثَرِ حُكْمِ الْكُلِّ تَعْظِيمًا لِلْأَدَمِيِّ، بِخِلَافِ الْأَقْلِّ
لَأَنَّهُ لَيْسَ بِيَدِنِ وَلَا مُلْحَقٍ بِهِ فَلَا تَجْرِي فِيهِ الْقِسَامَةُ، وَلَئِنَّا لَوَاعْتَبَرْنَاهُ تَتَكَرَّرُ الْقِسَامَتَانِ
وَالدَّيْتَانِ بِمُقَابَلَةِ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَلَا تَتَوَالِيَانِ، وَالْأَصْلُ فِيهِ أَنَّ الْمَوْجُودَ الْأَوَّلَ إِنْ كَانَ بِحَالٍ
لَوْ وُجِدَ الْبَاقِي تَجْرِي فِيهِ الْقِسَامَةُ لَا تَحِبُّ فِيهِ، وَإِنْ كَانَ بِحَالٍ لَوْ وُجِدَ الْبَاقِي لَا تَجْرِي
فِيهِ الْقِسَامَةُ تَحِبُّ، وَالْمَعْنَى مَا أَشْرْنَا إِلَيْهِ، وَصَلَاةُ الْجِنَازَةِ فِي هَذَا تَنْسَجِبُ عَلَى هَذَا
الْأَصْلِ لِأَنَّهُمَا لَا تَتَكَرَّرُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلَئِنَّا لَوَاعْتَبَرْنَاهُ يَجْتَمِعُ فِيهِ الْقِسَامَتَانِ وَالْدَّيْتَانِ) وَفِي بَعْضِ النُّسخِ يَتَكَرَّرُ
ذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ إِذَا وَجِبَ بِالْأَقْلِّ وَجِبَ بِالْأَكْثَرِ إِذَا وَجِدَ، وَكَذَلِكَ لَوْ وَجِبَ بِالنِّصْفِ
لَوْجِبَ بِالنِّصْفِ الْآخَرِ فَتَتَكَرَّرُ الْقِسَامَتَانِ وَالْدَّيْتَانِ بِمُقَابَلَةِ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ، وَذَلِكَ لَا
يَجُوزُ، فَإِنْ قِيلَ: يَنْبَغِي أَنْ تَحِبَّ الْقِسَامَةُ إِذَا وَجِدَ الرَّأْسُ؛ لِأَنَّهُ يُعْبَرُ بِهِ عَنْ جَمِيعِ
الْبَدَنِ. أُجِيبَ بَأَنَّ ذَلِكَ بِطَرِيقِ الْمَجَازِ وَالْمُعْتَبَرُ هُوَ الْحَقِيقَةُ؛ وَلَئَنَّهُ لَوْ وَجِبَتْ بِهِ لَوْجِبَتْ
بِالْبَدَنِ بِطَرِيقِ الْأَوَّلِ فَلَرِمَ التَّكَرُّارُ.

وَقِيلَ كَانَ يَنْبَغِي أَنْ يَقُولَ تَتَكَرَّرُ الْقِسَامَةُ وَالْدَّيَّةُ بِلَفْظِ الْمَفْرَدِ دُونَ الثَّنِيَّةِ؛ لِأَنَّ
غَرَضَهُ بُيُوتُ الْقِسَامَةِ مُكْرَّرًا وَبُيُوتُ الدَّيَّةِ مُكْرَّرًا. وَعِبَارَةُ الثَّنِيَّةِ تَسْتَلْزِمُ أَنْ يَكُونَ أَكْثَرُ
مِنَ الْقِسَامَتَيْنِ وَالْدَّيْتَيْنِ، وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ مُرَادُهُ الْقِسَامَتَانِ وَالْدَّيْتَانِ عَلَى الْقِطْعَتَيْنِ
يَتَكَرَّرَانِ فِي خَمْسِينَ نَفْسًا. وَقَوْلُهُ (وَالْمَعْنَى مَا أَشْرْنَا إِلَيْهِ) يُرِيدُ بِهِ التَّكَرُّارَ الْمَذْكُورَ
وَعَدَمَهُ.

(وَلَوْ وَجِدَ فِيهِمْ جَنِينَ أَوْ سَقَطًا لَيْسَ بِهِ أَثَرُ الضَّرْبِ فَلَا شَيْءَ عَلَى أَهْلِ الْمَحَلَّةِ)
لَأَنَّهُ لَا يَفُوقُ الْكَبِيرَ حَالًا (وَإِنْ كَانَ بِهِ أَثَرُ الضَّرْبِ وَهُوَ تَامَ الْخَلْقِ وَجِبَتْ الْقِسَامَةُ
وَالْدَّيَّةُ عَلَيْهِمْ) لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ تَامَ الْخَلْقِ يَنْفَصِلُ حَيًّا (وَإِنْ كَانَ نَاقِصَ الْخَلْقِ فَلَا شَيْءَ
عَلَيْهِمْ) لِأَنَّهُ يَنْفَصِلُ مَيِّتًا لَا حَيًّا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (لَأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ تَامَ الْخَلْقِ يَنْفَصِلُ حَيًّا) أُعْطِرَ عَلَيْهِ بِأَنَّ الظَّاهِرَ يَصْلُحُ
لِلدَّفْعِ دُونَ الْاسْتِحْقَاقِ وَلِهَذَا قُلْنَا فِي عَيْنِ الصَّبِيِّ وَذَكَرِهِ وَلِسَانِهِ: إِذَا لَمْ تُعْلَمْ صِحَّتُهُ

حُكُومَةٌ عَدَلٍ عِنْدَنَا وَإِنْ كَانَ الظَّاهِرُ سَلَامَتَهَا.

وَأُجِيبَ عَنْهُ بِأَنَّهُ إِنَّمَا لَمْ تَجِبْ فِي الْأَطْرَافِ قَبْلَ أَنْ تُعْلَمَ صِحَّتُهَا مَا يَجِبُ فِي السَّلِيمِ؛ لِأَنَّ الْأَطْرَافَ يُسَلِّكُ بِهَا مَسْلُكُ الْأَمْوَالِ وَلَيْسَ لَهَا تَعْظِيمٌ كَتَعْظِيمِ النَّفُوسِ فَلَمْ يَجِبْ فِيهَا قَبْلَ الْعِلْمِ بِالصَّحَّةِ قِصَاصٌ أَوْ دِيَّةٌ، بِخِلَافِ الْجَنِينِ فَإِنَّهُ نَفْسٌ مِنْ وَجْهِ عَضُوٍّ مِنْ وَجْهِ؛ فَإِذَا انفصل تَأَمَّ الخَلْقَ وَبِهِ أَثَرُ الضَّرْبِ وَجَبَ فِيهِ الْقِسَامَةُ وَالْدِّيَّةُ تَعْظِيمًا لِلنَّفُوسِ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُ قَتِيلٌ لَوْجُودِ دَلَالَةِ الْقَتْلِ وَهُوَ الْأَثَرُ إِذَا الظَّاهِرُ مِنْ حَالٍ تَأَمَّ الخَلْقَ أَنْ يَنْفَصِلَ حَيًّا، وَأَمَّا إِذَا انفصل مَيِّتًا وَلَا أَثَرُ بِهِ فَلَا يَجِبُ فِيهِ شَيْءٌ؛ لِأَنَّ لَا يُفُوقُ حَالِ الْكَبِيرِ؛ فَإِذَا وَجَدَ الْكَبِيرُ مَيِّتًا وَلَا أَثَرُ بِهِ لَا يَجِبُ فِيهِ شَيْءٌ فَكَذَا هَذَا، وَهَذَا كَمَا تَرَى مَعَ تَطْوِيلِهِ لَمْ يَرُدَّ السُّؤَالُ، وَرَبَّمَا قَوَاهُ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ إِذَا لَمْ يَكُنْ حُجَّةً لِلِاسْتِحْقَاقِ فِي الْأَمْوَالِ وَمَا يُسَلِّكُ بِهِ مَسْلُكُهَا فَلَا أَنْ لَا يَكُونَ فِيمَا هُوَ أَعْظَمُ خَطَرًا أُولَى.

وَالصَّوَابُ أَنْ يُقَالَ: الظَّاهِرُ هَاهُنَا أَيْضًا أُعْتَبِرَ دَافِعًا لِمَا عَسَى يَدَّعِي الْقَاتِلُ عَدَمَ حَيَاتِهِ. وَأَمَّا دَلِيلُ الْإِسْتِحْقَاقِ فَهُوَ حَدِيثُ حَمَلِ بْنِ مَالِكٍ وَهُوَ قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «أَسْجَعُ كَسَجْعِ الْكُهَّانِ، قُومُوا فِدُوهُ».

قَالَ (وَإِذَا وَجَدَ الْقَتِيلُ عَلَى دَابَّةٍ يَسُوقُهَا رَجُلٌ فَالْدِّيَّةُ عَلَى عَاقِلَتِهِ دُونَ أَهْلِ الْمَحَلَّةِ) لِأَنَّهُ فِي يَدِهِ فَصَارَ كَمَا إِذَا كَانَ فِي دَارِهِ، وَكَذَا إِذَا كَانَ قَائِدَهَا أَوْ رَاكِبَهَا (فَإِنْ اجْتَمَعُوا فَفَعَلِيهِمْ) لِأَنَّ الْقَتِيلَ فِي أَيْدِيهِمْ فَصَارَ كَمَا إِذَا وَجَدَ فِي دَارِهِمْ.

الشرح:

قَالَ (وَإِذَا وَجَدَ الْقَتِيلُ عَلَى دَابَّةٍ يَسُوقُهَا رَجُلٌ إلخ) إِذَا وَجَدَ الْقَتِيلُ عَلَى دَابَّةٍ يَسُوقُهَا رَجُلٌ فَالْدِّيَّةُ عَلَى عَاقِلَةِ السَّائِقِ دُونَ أَهْلِ الْمَحَلَّةِ سَوَاءً كَانَ مَالِكُهَا أَوْ لَمْ يَكُنْ، وَكَذَا إِذَا كَانَ قَائِدَهَا أَوْ رَاكِبَهَا؛ لِأَنَّهُ فِي يَدِهِ فَصَارَ كَمَا إِذَا كَانَ فِي دَارِهِ، فَإِنْ اجْتَمَعَ الرَّاَكِبُ وَالسَّائِقُ وَالْقَائِدُ فَالْدِّيَّةُ عَلَيْهِمْ؛ لِأَنَّ الْقَتِيلَ فِي أَيْدِيهِمْ فَصَارَ كَمَا إِذَا وَجَدَ فِي دَارِهِمْ وَطُولِبَ بِالْفَرْقِ بَيْنَ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ وَبَيْنَ مَا إِذَا وَجَدَ الْقَتِيلُ فِي الدَّارِ؛ فَإِنَّ الدِّيَّةَ هُنَا عَلَى عَاقِلَتِهِمْ وَالْقِسَامَةُ عَلَيْهِمْ سَوَاءً كَانُوا مُلَاكًا أَوْ لَمْ يَكُونُوا وَهُنَاكَ عَلَى الْمَالِكِ لَا عَلَى السُّكَّانِ.

وَأُجِيبَ أَوَّلًا بِأَنَّا لَا نُسَلِّمُ أَنَّ الدِّيَّةَ لَا تَجِبُ عَلَى مَالِكِ الدَّابَّةِ بَلْ تَجِبُ عَلَيْهِ،

وَالْمَذْكُورُ فِي الْكِتَابِ فِيمَا إِذَا لَمْ يَكُنْ لِلدَّابَّةِ مَالِكٌ مَعْرُوفٌ وَإِنَّمَا يُعَرَفُ ذَلِكَ بِقَوْلِ الْقَائِدِ أَوْ السَّائِقِ أَوْ الرَّأكِبِ، وَأَمَّا إِذَا كَانَ لَهَا مَالِكٌ مَعْرُوفٌ فَإِنَّهَا تَجِبُ عَلَيْهِ، وَثَانِيًا وَهُوَ الْمَفْهُومُ مِنْ إِبْطَالِ جَوَابِ الْكِتَابِ أَنَّ الْقَسَامَةَ تَجِبُ عَلَى الَّذِي فِي يَدِهِ الدَّابَّةُ، وَالِدِّيَّةُ عَلَى عَاقِلَتِهِ سَوَاءً كَانَ لِلدَّابَّةِ مَالِكٌ مَعْرُوفٌ أَوْ لَمْ يَكُنْ، وَالْفَرْقُ أَنَّ الْعَبْرَةَ فِي هَذَا الْبَابِ لِلرَّأْيِ، وَالتَّصَرُّفِ، وَالتَّدْبِيرِ، وَذَلِكَ فِي الدَّارِ لِلْمَالِكِ؛ لِأَنَّ يَدَهُ لَا تَنْقَطِعُ عَنْهَا بِالْإِجَارَةِ، وَأَمَّا فِي الدَّابَّةِ فَالتَّصَرُّفُ، وَالرَّأْيُ، وَالتَّدْبِيرُ إِلَى مَنْ بِيَدِهِ الدَّابَّةُ لِرِوَالِ يَدِ الْمَالِكِ عَنْهَا بِالْإِجَارَةِ وَبِالْإِنْفِلَاتِ فَتَكُونُ الْقَسَامَةُ عَلَى الَّذِي فِي يَدِهِ الدَّابَّةُ.

قَالَ (وَإِنْ مَرَّتْ دَابَّةٌ بَيْنَ الْقَرِيَّتَيْنِ وَعَلَيْهَا قَتِيلٌ فَهُوَ عَلَى أَقْرَبِهِمَا) لَمَّا رُوِيَ «أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَتَى بِقَتِيلٍ وَجَدَ بَيْنَ قَرِيَّتَيْنِ فَأَمَرَ أَنْ يُذَرَعَ»^(١). وَعَنْ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّهُ لَمَّا كُتِبَ إِلَيْهِ فِي الْقَتِيلِ الَّذِي وَجَدَ بَيْنَ وَدَاعَةٍ وَأَرْحَبَ كَتَبَ بِأَنْ يَقِيسَ بَيْنَ قَرِيَّتَيْنِ، فَوُجِدَ الْقَتِيلُ إِلَى وَادِعَةٍ أَقْرَبَ فَقَضَى عَلَيْهِمْ بِالْقَسَامَةِ. قِيلَ هَذَا مَحْمُولٌ عَلَى مَا إِذَا كَانَ بِحَيْثُ يَبْلُغُ أَهْلُهُ الصَّوْتُ، لِأَنَّهُ إِذَا كَانَ بِهَذِهِ الصَّفَةِ يَلْحَقُهُ الْغَوْتُ فَتُمْكِنُهُمُ النُّصْرَةُ وَقَدْ قَصَرُوا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَدَاعَةٌ وَأَرْحَبٌ) هُمَا قَبِيلَتَانِ مِنْ هَمْدَانَ وَمَا بَعْدَهُ ظَاهِرٌ.

قَالَ (وَإِذَا وَجِدَ الْقَتِيلُ فِي دَارِ إِنْسَانٍ فَالْقَسَامَةُ عَلَيْهِ) لِأَنَّ الدَّارَ فِي يَدِهِ (وَالِدِّيَّةُ عَلَى عَاقِلَتِهِ) لِأَنَّ نُصْرَتَهُ مِنْهُمْ وَقُوَّتُهُ بِهِمْ.

قَالَ (وَلَا تَدْخُلُ السُّكَّانُ فِي الْقَسَامَةِ مَعَ الْمَلَائِكِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ) وَهُوَ قَوْلُ مُحَمَّدٍ (وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ هُوَ عَلَيْهِمْ جَمِيعًا) لِأَنَّ وَلَايَةَ التَّدْبِيرِ كَمَا تَكُونُ بِالْمَلِكِ تَكُونُ بِالسُّكْنَى أَلَا تَرَى «أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ جَعَلَ الْقَسَامَةَ وَالِدِّيَّةَ عَلَى الْيَهُودِ وَإِنْ كَانُوا سُكَّانًا بِخَيْبَرَ». وَلَهُمَا أَنَّ الْمَالِكَ هُوَ الْمُخْتَصُّ بِنُصْرَةِ الْبُقْعَةِ دُونَ السُّكَّانِ لِأَنَّ سُكْنَى الْمَلَائِكِ أَلَزَمُ وَقَرَارُهُمْ أَدْوَمُ فَكَانَتْ وَلَايَةُ التَّدْبِيرِ إِلَيْهِمْ فَيَتَحَقَّقُ التَّقْصِيرُ مِنْهُمْ. وَأَمَّا أَهْلُ خَيْبَرَ فَالنَّبِيُّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَقْرَهُهُمْ عَلَى أَمْلَاكِهِمْ فَكَانَ يَأْخُذُ مِنْهُمْ عَلَى وَجْهِ الْخَرَاجِ.

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (١٦٤٥٣)، وعزاه الهيثمي في مجمع الزوائد (١٦٢/٨) إلى

البنار وأحمد، والحديث في مسند أحمد (٣/٣٩، ٨٩).

قَالَ (وَهِيَ عَلَى أَهْلِ الْخُطَّةِ دُونَ الْمُشْتَرِينَ) وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: الْكُلُّ مُشْتَرِكُونَ لِأَنَّ الضَّمَانَ إِنَّمَا يَجِبُ بِتَرْكِ الْحِفْظِ مِمَّنْ لَهُ وَلَايَةُ الْحِفْظِ وَبِهَذَا الطَّرِيقِ يُجْعَلُ جَانِبًا مَقْصَرًا، وَالْوَلَايَةُ بِاعْتِبَارِ الْمَلِكِ وَقَدْ اسْتَوَوْا فِيهِ. وَلَهُمَا أَنْ صَاحِبَ الْخُطَّةِ هُوَ الْمُخْتَصُّ بِنُصْرَةِ الْبُقْعَةِ هُوَ الْمُتَعَارَفُ، وَلَأنَّهُ أَصِيلُ وَالْمُشْتَرِي دَخِيلٌ وَوَلَايَةُ التَّدْبِيرِ إِلَى الْأَصِيلِ، وَقِيلَ: أَبُو حَنِيفَةَ بَنَى ذَلِكَ عَلَى مَا شَاهَدَ بِالْكُوفَةِ. قَالَ (وَأِنْ بَقِيَ وَاحِدٌ مِنْهُمْ فَكَذَلِكَ) يَعْنِي مِنَ أَهْلِ الْخُطَّةِ لَمَّا بَيَّنَّا (وَأِنْ لَمْ يَبْقَ وَاحِدٌ مِنْهُمْ بِأَنْ بَاعُوا كُلُّهُمْ فَهُوَ عَلَى الْمُشْتَرِينَ) لِأَنَّ الْوَلَايَةَ انْتَقَلَتْ إِلَيْهِمْ أَوْ خَلَصَتْ لَهُمْ لَزَوَالِ مَنْ يَتَقَدَّمُهُمْ أَوْ يُزَاحِمُهُمْ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلَا تَدْخُلُ السُّكَّانُ فِي الْقَسَامَةِ مَعَ الْمَلِكِ) يُشِيرُ إِلَى اخْتِلَاطِ السُّكَّانِ بِالْمَلِكِ.

وَقَوْلُهُ (وَهُوَ قَوْلُ مُحَمَّدٍ) يُشِيرُ إِلَى أَنَّ مُحَمَّدًا لَيْسَ فِي هَذَا الْقَوْلِ بِأَصِيلٍ؛ فَإِنَّهُ ذَكَرَ فِي الْأَسْرَارِ بَعْدَمَا ذَكَرَ الْاِخْتِلَافَ بَيْنَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ هَذَا الْاِخْتِلَافَ فَقَالَ: وَقَوْلُ مُحَمَّدٍ مُضْطَرَبٌ.

(وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ) يَعْنِي آخِرًا وَكَانَ قَوْلُهُ أَوَّلًا كَقَوْلِهِمَا وَمَا بَعْدَهُ ظَاهِرٌ، وَقَوْلُهُ (وَهُوَ عَلَى أَهْلِ الْخُطَّةِ دُونَ الْمُشْتَرِينَ) الْخُطَّةُ: الْمَكَانُ الْمُخْتَطُّ لِبِنَاءِ دَارٍ أَوْ غَيْرِهَا مِنَ الْعِمَارَاتِ، وَمَعْنَاهُ عَلَى أَصْحَابِ الْأَمْلاكِ الْقَدِيمَةِ الَّذِينَ كَانُوا يَمْلِكُونَهَا حِينَ فَتَحَ الْإِمَامُ الْبَلَدَ وَقَسَمَهَا بَيْنَ الْغَانِمِينَ فَإِنَّهُ يَخْتَطُّ خُطَّةً لَتَتَمَيَّزَ أَنْصَابُهُمْ، وَالضَّمِيرُ رَاجِعٌ إِلَى الْمَذْكُورِ وَهُوَ وَجُوبُ الْقَسَامَةِ وَالذِّيَّةِ: أَيُّ الْقَسَامَةِ عَلَى أَهْلِ الْخُطَّةِ، وَالذِّيَّةُ عَلَى عَاقِلَتِهِمْ، وَقَوْلُهُ (وَقِيلَ إِنَّ أَبَا حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ بَنَى ذَلِكَ عَلَى مَا شَاهَدَ بِالْكُوفَةِ) يَعْنِي مِنْ أَصْحَابِ الْخُطَّةِ فِي كُلِّ مَحَلَةٍ هُمْ الَّذِينَ يَقُومُونَ بِتَدْبِيرِ الْمَحَلَةِ، وَلَا يُشَارِكُهُمُ الْمُشْتَرُونَ فِي ذَلِكَ، وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ فِيهِ تَلْوِيحٌ إِلَى الْجَوَابِ عَمَّا يُقَالُ: مَا الْفَرْقُ بَيْنَ الْمَحَلَةِ وَالْدَّارِ، فَإِنَّهُ لَوْ وُجِدَ قَلِيلٌ فِي دَارٍ بَيْنَ مُشْتَرٍ وَذِي خُطَّةٍ فَإِنَّهُمَا مُتَسَاوِيَانِ فِي الْقَسَامَةِ وَالذِّيَّةِ بِالْإِجْمَاعِ، وَفِي الْمَحَلَةِ فَرْقٌ فَأَوْجَبْنَا الْقَسَامَةَ عَلَى أَهْلِ الْخُطَّةِ دُونَ الْمُشْتَرِينَ مَعَ أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لَوْ انْفَرَدَ كَانَتْ الْقَسَامَةُ عَلَيْهِ، وَالذِّيَّةُ عَلَى عَاقِلَتِهِ.

وَوَجْهَهُ ذَلِكَ أَنَّ فِي الْعُرْفِ أَنَّ الْمُشْتَرِينَ قَلِمًا يُزَاحِمُونَ أَصْحَابَ الْخُطَّةِ فِي التَّدْبِيرِ وَالْقِيَامِ بِحِفْظِ الْمَحَلَّةِ، وَلَيْسَ فِي حَقِّ الدَّارِ كَذَلِكَ فَإِنَّ فِي عُمَارَةٍ مَا اسْتَرَمَ مِنَ الدَّارِ وَإِجَارَتِهَا وَإِعَارَتِهَا هُمَا مُتَسَاوِيَانِ فَكَذَلِكَ فِي الْقِيَامِ بِحِفْظِ الدَّارِ. وَقَوْلُهُ (لَمَّا بَيَّنَّا) إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ إِنَّ صَاحِبَ الْخُطَّةِ هُوَ الْمُخْتَصُّ.

وَقَوْلُهُ (وَلَأَنَّهُ أَصِيلٌ) وَالْمُشْتَرِي دَخِيلٌ. وَقَوْلُهُ (لَأَنَّ الْوِلَايَةَ انْتَقَلَتْ إِلَيْهِمْ) يَعْنِي عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ أَوْ خَلَصَتْ لَهُمْ عَلَى قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ. وَقَوْلُهُ (لِزَوَالِ مَنْ يَتَقَدَّمُهُمْ) يَرْجِعُ إِلَى قَوْلِهِ انْتَقَلَتْ إِلَيْهِمْ، وَقَوْلُهُ (أَوْ يُزَاحِمُهُمْ) يَرْجِعُ إِلَى قَوْلِهِ أَوْ خَلَصَتْ لَهُمْ.

(وَإِذَا وَجِدَ قَتِيلٌ فِي دَارٍ فَالْقَسَامَةُ عَلَى رَبِّ الدَّارِ وَعَلَى قَوْمِهِ وَلَتَدْخُلُ الْعَاقِلَةُ فِي الْقَسَامَةِ إِنْ كَانُوا حُضُورًا، وَإِنْ كَانُوا غُيُبًا فَالْقَسَامَةُ عَلَى رَبِّ الدَّارِ يُكْرَرُ عَلَيْهِ الْإِيمَانُ) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: لَا قَسَامَةَ عَلَى الْعَاقِلَةِ؛ لِأَنَّ رَبَّ الدَّارِ أَخَصُّ بِهِ مِنْ غَيْرِهِ فَلَا يُشَارِكُهُ غَيْرُهُ فِيهَا كَأَهْلِ الْمَحَلَّةِ لَا يُشَارِكُهُمْ فِيهَا عَوَاقِلُهُمْ. وَلَهُمَا أَنَّ الْحُضُورَ لَزِمَتْهُمْ نُصْرَةُ الْبُقْعَةِ كَمَا تَلَزَمُ صَاحِبَ الدَّارِ فَيُشَارِكُونَهُ فِي الْقَسَامَةِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِذَا وَجِدَ الْقَتِيلُ فِي دَارٍ) يَعْنِي إِذَا وَجِدَ الْقَتِيلُ فِي دَارٍ فَالذِّئْبَةُ عَلَى عَاقِلَةٍ صَاحِبِهَا بِاتِّفَاقِ الرَّوَايَاتِ.

وَفِي الْقَسَامَةِ رَوَاتَانِ: فَفِي إِحْدَاهُمَا تَجِبُ عَلَى صَاحِبِ الدَّارِ، وَفِي الْأُخْرَى عَلَى عَاقِلَتِهِ، وَبِهَذَا يَنْدَفِعُ مَا يُرَى مِنَ التَّدَافُعِ بَيْنَ قَوْلِهِ قَبْلَ هَذَا وَإِنْ وَجِدَ الْقَتِيلُ فِي دَارِ إِنْسَانٍ فَالْقَسَامَةُ عَلَيْهِ، وَبَيْنَ قَوْلِهِ هَاهُنَا فَالْقَسَامَةُ عَلَى رَبِّ الدَّارِ وَعَلَى قَوْمِهِ بِحَمْلِ ذَلِكَ عَلَى رِوَايَةٍ وَهَذَا عَلَى أُخْرَى.

وَحُكِيَ عَنِ الْكَرْخِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ كَانَ يُوقِّقُ بَيْنَهُمَا وَيَقُولُ: الرِّوَايَةُ الَّتِي تُوجِبُهَا عَلَى صَاحِبِ الدَّارِ مَحْمُولَةٌ عَلَى مَا إِذَا كَانَ قَوْمُهُ غُيُبًا، وَالرِّوَايَةُ الَّتِي تُوجِبُهَا عَلَى قَوْمِهِ مَحْمُولَةٌ عَلَى مَا إِذَا كَانُوا حُضُورًا، كَذَا فِي الذَّخِيرَةِ، وَالْمَذْكُورُ فِي الْكِتَابِ يَدُلُّ عَلَى أَنَّهَا عَلَيْهِمَا جَمِيعًا إِذَا كَانُوا حُضُورًا وَيُؤَافِقُهُ رِوَايَةُ فُتَاوَى الْعَتَابِيِّ وَمَا بَعْدَهُ ظَاهِرٌ.

قَالَ (وَأِنْ وُجِدَ الْقَتِيلُ فِي دَارٍ مُشْتَرَكَةٍ نِصْفُهَا لِرَجُلٍ وَعَشْرُهَا لِرَجُلٍ وَلَا خَرَّ مَا بَقِيَ فَهُوَ عَلَى رُءُوسِ الرِّجَالِ) لِأَنَّ صَاحِبَ الْقَلِيلِ يُزَاحِمُ صَاحِبَ الْكَثِيرِ فِي التَّدْبِيرِ فَكَانُوا سَوَاءً فِي الْحِفْظِ وَالتَّقْصِيرِ فَيَكُونُ عَلَى عَدَدِ الرُّءُوسِ بِمَنْزِلَةِ الشَّفْعَةِ.

قَالَ (وَمَنْ اشْتَرَى دَارًا وَلَمْ يَقْبِضْهَا حَتَّى وَجِدَ فِيهَا قَتِيلًا فَهُوَ عَلَى عَاقِلَةِ الْبَائِعِ وَإِنْ كَانَ فِي الْبَيْعِ خِيَارٌ لِأَحَدِهِمَا فَهُوَ عَلَى عَاقِلَةِ الَّذِي فِي يَدِهِ) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَقَالَا: إِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهِ خِيَارٌ فَهُوَ عَلَى عَاقِلَةِ الْمُشْتَرِي وَإِنْ كَانَ فِيهِ خِيَارٌ فَهُوَ عَلَى عَاقِلَةِ الَّذِي تَصِيرُ لَهُ، لِأَنَّهُ إِنَّمَا أَنْزَلَ قَاتِلًا بِاعْتِبَارِ التَّقْصِيرِ فِي الْحِفْظِ وَلَا يَجِبُ إِلَّا عَلَى مَنْ لَهُ وَلَايَةُ الْحِفْظِ، وَالْوَلَايَةُ تُسْتَفَادُ بِالْمَلِكِ وَلِهَذَا كَانَتْ الدِّيَّةُ عَلَى عَاقِلَةِ صَاحِبِ الدَّارِ دُونَ الْمُودِعِ، وَالْمَلِكُ لِلْمُشْتَرِي قَبْلَ الْقَبْضِ فِي الْبَيْعِ الْبَاتِ، وَفِي الْمَشْرُوطِ فِيهِ الْخِيَارُ يُعْتَبَرُ قَرَارُ الْمَلِكِ كَمَا فِي صَدَقَةِ الْغَطْرِ. وَلَهُ أَنْ الْقُدْرَةُ عَلَى الْحِفْظِ بِالْيَدِ لَا بِالْمَلِكِ؛ أَلَا يَرَى أَنَّهُ يَقْتَدِرُ عَلَى الْحِفْظِ بِالْيَدِ دُونَ الْمَلِكِ وَلَا يَقْتَدِرُ بِالْمَلِكِ دُونَ الْيَدِ، وَفِي الْبَاتِ الْيَدُ لِلْبَائِعِ قَبْلَ الْقَبْضِ، وَكَذَا فِيمَا فِيهِ الْخِيَارُ لِأَحَدِهِمَا قَبْلَ الْقَبْضِ؛ لِأَنَّهُ دُونَ الْبَاتِ، وَلَوْ كَانَ الْمُبِيعُ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي وَالْخِيَارُ لَهُ فَهُوَ أَحْصَى النَّاسَ بِهِ تَصَرُّفًا، وَلَوْ كَانَ الْخِيَارُ لِلْبَائِعِ فَهُوَ فِي يَدِهِ مَضْمُونٌ عَلَيْهِ بِالْقِيَمَةِ كَالْمَغْصُوبِ فَتُعْتَبَرُ يَدُهُ إِذْ بَهَا يَقْدِرُ عَلَى الْحِفْظِ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ اشْتَرَى دَارًا فَلَمْ يَقْبِضْهَا حَتَّى وَجِدَ فِيهَا قَتِيلًا لَخ) أَجْمَعُوا عَلَى أَنَّ وَجُوبَ الضَّمَانِ عِنْدَ وُجُودِ الْقَتِيلِ يَتَعَلَّقُ بِوَلَايَةِ الْحِفْظِ؛ لِأَنَّهُ ضَمَانُ تَرْكِ الْحِفْظِ، ثُمَّ اخْتَلَفُوا فَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ: وَلَايَةُ الْحِفْظِ بِالْيَدِ وَالْمَلِكِ سَبَبُهَا، وَقَالَا: وَلَايَةُ الْحِفْظِ تُسْتَفَادُ بِالْمَلِكِ؛ فَإِذَا وَجِدَا فِي وَاحِدٍ ارْتَفَعَ الْخِلَافُ، وَإِنْ كَانَ لِأَحَدِهِمَا الْمَلِكُ وَالْآخَرِ الْيَدُ كَانَ اعْتِبَارُ الْيَدِ عِنْدَهُ أَوَّلَى؛ لِأَنَّ الْقُدْرَةَ الْحَقِيقِيَّةَ ثَبَتَتْ بِهَا وَعِنْدَهُمَا اعْتِبَارُ الْمَلِكِ وَعَلَى هَذَا إِذَا اشْتَرَى دَارًا فَلَمْ يَقْبِضْهَا حَتَّى وَجِدَ فِيهَا قَتِيلًا فِيمَا أَنْ يَكُونَ الْبَيْعُ بَاتًا أَوْ فِيهِ الْخِيَارُ؛ فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ فَهُوَ: أَيُّ الْمَذْكُورِ وَهُوَ الدِّيَّةُ عَلَى عَاقِلَةِ الْبَائِعِ، وَإِنْ كَانَ الثَّانِي فَهُوَ عَلَى عَاقِلَةِ مَنْ هِيَ فِي يَدِهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ، وَعِنْدَهُمَا إِنْ كَانَ الْأَوَّلُ فَعَلَى عَاقِلَةِ الْمُشْتَرِي، وَإِنْ كَانَ الثَّانِي فَعَلَى الَّذِي تَصِيرُ لَهُ وَدَلِيلُهُمَا وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (وَلِهَذَا) أَيُّ وَلَكُونِ وَلَايَةِ الْحِفْظِ تُسْتَفَادُ بِالْمَلِكِ (كَانَتْ الدِّيَّةُ) فِي هَذَا

المَوْضِعِ (عَلَى عَاقِلَةٍ صَاحِبِ الدَّارِ دُونَ الْمَوْدَعِ) لَعَدَمِ مِلْكِهِ وَإِنْ كَانَ لَهُ بُدٌّ، وَكَذَا دَلِيلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَاضِحٌ، وَلَمْ يَذْكُرِ الْجَوَابَ عَنْ فَضْلِ الْوَدِيعَةِ الْمُسْتَشْهَدِ بِهِ؛ لِأَنَّهُ قَدْ ائْتَرَجَ فِي دَلِيلِهِ، وَذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ قَالَ (إِنَّ الْقُدْرَةَ عَلَى الْحِفْظِ بِالْيَدِ) أَطْلُقَ الْيَدَ وَالْمُطْلَقُ يَنْصَرِفُ إِلَى الْكَامِلِ وَالْكَامِلُ فِي الْيَدِ مَا كَانَ أَصَالَةً وَيَدُ الْمَوْدَعِ لَيْسَتْ كَذَلِكَ، وَكَذَلِكَ الْمُسْتَعِيرُ وَالْمُسْتَأْجِرُ. قَبِلَ مَا الْفَرَقُ لِأَبِي حَنِيفَةَ بَيْنَ الْجَنَائَةِ وَصَدَقَةِ الْفَطْرِ فَإِنَّهُ يُعْتَبَرُ الْبَيْتَةُ الْمِلْكُ فِي الثَّانِيَةِ دُونَ الْأُولَى، وَالْجَوَابُ أَنَّ صَدَقَةَ الْفَطْرِ مُؤْتَةُ الْمَلِكِ فَكَانَتْ عَلَى الْمَالِكِ، وَالْجَنَائَةُ مُوجِبَةٌ لِلضَّمَانِ بَتَرِكَ الْحِفْظِ، وَالْحِفْظُ إِذَا تَحَقَّقَ بِالْيَدِ لَمَّا ذُكِرَ مِنَ الدَّلِيلِ.

قَالَ (وَمَنْ كَانَ فِي يَدِهِ دَارٌ فَوُجِدَ فِيهَا قَتِيلٌ لَمْ تَعْقِلُهُ الْعَاقِلَةُ حَتَّى تَشْهَدَ الشُّهُودُ أَنَّهَا لِلَّذِي فِي يَدِهِ) لِأَنَّهُ لَا بُدَّ مِنَ الْمَلِكِ لِصَاحِبِ الْيَدِ حَتَّى تَعْقِلَ الْعَوَاقِلُ عَنْهُ، وَالْيَدُ وَإِنْ كَانَتْ دَلِيلًا عَلَى الْمَلِكِ لَكِنَّهَا مُحْتَمِلَةٌ فَلَا تَكْفِي لِإِجَابِ الدِّيَةِ عَلَى الْعَاقِلَةِ كَمَا لَا تَكْفِي لِاسْتِحْقَاقِ الشُّفْعَةِ بِهِ فِي الدَّارِ الْمَشْفُوعَةِ فَلَا بُدَّ مِنَ إِقَامَةِ الْبَيِّنَةِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ كَانَ فِي يَدِهِ دَارٌ فَوُجِدَ فِيهَا قَتِيلٌ لَمْ تَعْقِلُهُ الْعَاقِلَةُ) يَعْنِي إِذَا أُنْكَرَتْ الْعَاقِلَةُ كَوْنُ الدَّارِ لِصَاحِبِ الْيَدِ، وَقَالُوا: إِنَّهَا وَدِيعَةٌ أَوْ مُسْتَعَارَةٌ أَوْ مُسْتَأْجَرَةٌ (حَتَّى تَشْهَدَ الشُّهُودُ أَنَّهَا لِلَّذِي فِي يَدِهِ) وَلَا يَخْتَلِجَنَّ فِي وَهْمِكَ صُورَةُ تَنَاقُضٍ فِي عَدَمِ الْاِكْتِفَاءِ بِالْيَدِ مَعَ مَا تَقَدَّمَ أَنَّ الْاِعْتِبَارَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ لِلْيَدِ؛ لِأَنَّ الْيَدَ الْمُعْتَبَرَةَ عِنْدَهُ هِيَ الَّتِي تُكُونُ بِالأَصَالَةِ كَمَا تَقَدَّمَ وَالْعَاقِلَةُ تُنْكَرُ ذَلِكَ، وَالْبَاقِي وَاضِحٌ.

قَالَ (وَإِنْ وَجِدَ قَتِيلٌ فِي سَفِينَةٍ فَالْقَسَامَةُ عَلَى مَنْ فِيهَا مِنَ الرُّكَّابِ وَالْمَلَاحِينِ) لِأَنَّهَا فِي أَيْدِيهِمْ وَاللَّفْظُ يَشْمَلُ أَرْبَابَهَا حَتَّى تَحِبُّ عَلَى الْأَرْبَابِ الَّذِينَ فِيهَا وَعَلَى السُّكَّانِ، وَكَذَا عَلَى مَنْ يُمِدُّهَا وَالْمَالِكُ فِي ذَلِكَ وَغَيْرِ الْمَالِكِ سَوَاءً، وَكَذَا الْعَجَلَةُ، وَهَذَا عَلَى مَا رَوَى عَنْ أَبِي يُوسُفَ ظَاهِرٌ. وَالْفَرْقُ لُهُمَا أَنَّ السَّفِينَةَ تُنْقَلُ وَتُحَوَّلُ فَيُعْتَبَرُ فِيهَا الْيَدُ دُونَ الْمَلِكِ كَمَا فِي الدَّابَّةِ، بِخِلَافِ الْمَحَلَّةِ وَالِدَّارِ لِأَنَّهَا لَا تُنْقَلُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَاللَّفْظُ) أَيُّ لَفْظُ الْقُدُورِيِّ وَهُوَ قَوْلُهُ عَلَى مَنْ فِيهَا مِنَ الرُّكَّابِ وَالْمَلَاحِينِ يَشْمَلُ أَرْبَابَهَا: أَيُّ مَلَائِكَهَا وَغَيْرِ مَلَائِكَهَا، وَقَوْلُهُ (وَهَذَا) أَيُّ كَوْنُ الْمَلِكِ

وَعَبَّرَهُمْ سَوَاءً فِي الْقَسَامَةِ (عَلَى مَا رُوِيَ عَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ) أَنَّ السُّكَّانَ تَدْخُلُ فِي الْقَسَامَةِ مَعَ الْمَلَائِكِ (ظَاهِرٌ) وَأَمَّا عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ فَلَا بُدَّ مِنَ الْفَرْقِ وَهُوَ مَا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ وَهُوَ ظَاهِرٌ.

قَالَ (وَإِنْ وَجِدَ فِي مَسْجِدٍ مَحَلَّةٍ فَالْقَسَامَةُ عَلَى أَهْلِهَا) لِأَنَّ التَّدْبِيرَ فِيهِ إِلَيْهِمْ (وَإِنْ وَجِدَ فِي الْمَسْجِدِ الْجَامِعِ أَوْ الشَّارِعِ الْأَعْظَمِ فَلَا قَسَامَةَ فِيهِ وَالْدِّيَّةُ عَلَى بَيْتِ الْمَالِ) لِأَنَّهُ لِلْعَامَّةِ لَا يَخْتَصُّ بِهِ وَاحِدٌ مِنْهُمْ، وَكَذَلِكَ الْجُسُورُ الْعَامَّةُ وَمَالُ بَيْتِ الْمَالِ عَامَّةُ الْمُسْلِمِينَ.

الشرح:

قَالَ (وَإِنْ وَجِدَ فِي مَسْجِدٍ مَحَلَّةٍ) كَلَامُهُ وَاضِحٌ سِوَى الْفَاطِ تَذَكُّرُهَا. (وَلَوْ وَجِدَ فِي السُّوقِ إِنْ كَانَ مَمْلُوكًا) فَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ تَجِبُ عَلَى السُّكَّانِ وَعِنْدَهُمَا عَلَى الْمَالِكِ، (وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَمْلُوكًا كَالشُّوَارِعِ الْعَامَّةِ الَّتِي بُنِيَتْ فِيهَا فَعَلَى بَيْتِ الْمَالِ) لِأَنَّهُ لَجَمَاعَةِ الْمُسْلِمِينَ (وَلَوْ وَجِدَ فِي السَّجَنِ فَالْدِّيَّةُ عَلَى بَيْتِ الْمَالِ، وَعَلَى قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ الدِّيَّةُ وَالْقَسَامَةُ عَلَى أَهْلِ السَّجَنِ) لِأَنَّهُمْ سُكَّانُ وَوَلَايَةُ التَّدْبِيرِ إِلَيْهِمْ، وَالظَّاهِرُ أَنَّ الْقَتْلَ حَصَلَ مِنْهُمْ، وَهُمَا يَقُولَانِ: إِنْ أَهْلُ السَّجَنِ مَقْهُورُونَ فَلَا يَتَنَاصَرُونَ فَلَا يَتَعَلَّقُ بِهِمْ مَا يَجِبُ لِأَجْلِ النُّصْرَةِ، وَلِأَنَّهُ بُنِيَ لِاسْتِيفَاءِ حَقُوقِ الْمُسْلِمِينَ، فَإِذَا كَانَ غَنَمُهُ يَعُودُ إِلَيْهِمْ فَعَرْمُهُ يَرْجِعُ عَلَيْهِمْ. قَالُوا: وَهَذِهِ فُرَيْعَةُ الْمَالِكِ وَالسَّاكِنِ وَهِيَ مُخْتَلَفٌ فِيهَا بَيْنَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ.

الشرح:

قَوْلُهُ (فَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ تَجِبُ عَلَى السُّكَّانِ) أَيُّ: سَوَاءً كَانَ السُّكَّانُ مُلَاكًا أَوْ غَيْرَ مُلَاكٍ. وَقَوْلُهُ (كَالشُّوَارِعِ الْعَامَّةِ الَّتِي بُنِيَتْ فِيهَا فَعَلَى بَيْتِ الْمَالِ) قَالَ فِي النَّهَايَةِ: وَإِنَّمَا أَرَادَ بِهِ أَنْ يَكُونَ نَائِبًا عَنِ الْمَحَالِّ، أَمَّا الْأَسْوَاقُ الَّتِي تَكُونُ فِي الْمَحَالِّ فَهِيَ مَحْفُوظَةٌ بِحِفْظِ أَهْلِ الْمَحَلَّةِ فَتَكُونُ الْقَسَامَةُ، وَالْدِّيَّةُ عَلَى أَهْلِ الْمَحَلَّةِ، وَكَذَا فِي السُّوقِ النَّائِي إِذَا كَانَ مَنْ يَسْكُنُهَا فِي اللَّيَالِي أَوْ كَانَ لِأَحَدِهِمْ فِيهَا دَارٌ مَمْلُوكَةٌ تَكُونُ الْقَسَامَةُ وَالْدِّيَّةُ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ يَلْزَمُهُ صِبَاةُ ذَلِكَ الْمَوْضِعِ فَيُوصَفُ بِالتَّقْصِيرِ فَيَجِبُ عَلَيْهِ مُوجِبُ التَّقْصِيرِ.

قَالَ (وَإِنْ وَجِدَ فِي بَرِيَّةٍ لَيْسَ بِقُرْبِهَا عِمَارَةٌ فَهُوَ هَدْرٌ) وَتَفْسِيرُ الْقُرْبِ مَا ذَكَرْنَا

مِنْ اسْتِمَاعِ الصَّوْتِ لِأَنَّهُ إِذَا كَانَ بِهَذِهِ الْحَالَةِ لَا يَلْحَقُهُ الْغَوْتُ مِنْ غَيْرِهِ فَلَا يُوصَفُ أَحَدٌ
بِالتَّقْصِيرِ، وَهَذَا إِذَا لَمْ تَكُنْ مَمْلُوكَةً لِأَحَدٍ. أَمَّا إِذَا كَانَتْ فَالِدِيَّةُ وَالْقَسَامَةُ عَلَى عَاقِلَتِهِ
(وَإِنْ وَجِدَ بَيْنَ قَرِيَّتَيْنِ كَانَ عَلَى أَقْرَبِهِمَا) وَقَدْ بَيَّنَّا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَقَدْ بَيَّنَّا) يَعْنِي فِي مَسْأَلَةٍ: وَإِنْ مَرَّتْ دَابَّةٌ بَيْنَ قَرِيَّتَيْنِ وَعَلَيْهَا قِتِيلٌ.
(وَإِنْ وَجِدَ فِي وَسَطِ الْفَرَاتِ يَمُرُّ بِهِ الْمَاءُ فَهُوَ هَدَرٌ) لِأَنَّهُ لَيْسَ فِي يَدِ أَحَدٍ وَلَا فِي
مِلْكِهِ (وَإِنْ كَانَ مُحْتَبَسًا بِالشَّاطِطِّ فَهُوَ عَلَى أَقْرَبِ الْقُرَى مِنْ ذَلِكَ الْمَكَانِ) عَلَى التَّفْسِيرِ
الَّذِي تَقَدَّمَ لِأَنَّهُ اخْتَصَّ بِنُصْرَةٍ هَذَا الْمَوْضِعَ فَهُوَ كَالْمَوْضِعِ عَلَى الشَّطِّ وَالشَّطُّ فِي يَدِ
مَنْ هُوَ أَقْرَبُ مِنْهُ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُمْ يَسْتَقُونَ مِنْهُ الْمَاءَ وَيُورِدُونَ بِهِائِمَهُمْ فِيهَا؛ بِخِلَافِ النَّهْرِ
الَّذِي يَسْتَحِقُّ بِهِ الشَّفْعَةَ لِاخْتِصَاصِ أَهْلِهِ بِهِ لِقِيَامِ يَدِهِمْ عَلَيْهِ فَتَكُونُ الْقَسَامَةُ وَالِدِيَّةُ
عَلَيْهِمْ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِنْ وَجِدَ فِي وَسَطِ الْفَرَاتِ) يُرِيدُ بِهِ الْفَرَاتَ وَكُلَّ نَهْرٍ عَظِيمٍ لَعَدِمَ
خُصُوصِيَّةَ الْفَرَاتِ بِذَلِكَ، وَكَذَلِكَ ذَكَرَ الْوَسْطَ لَيْسَ لِلتَّخْصِصِ بَلِ الْمَاءُ مَا دَامَ جَارِيًا
بِالْقِتِيلِ كَانَ حُكْمُ الشَّطِّ كَحُكْمِ الْوَسْطِ. قَالُوا: هَذَا إِذَا كَانَ مَوْضِعُ انْبِعَاثِ الْمَاءِ فِي
دَارِ الْحَرْبِ؛ لِأَنَّهُ إِذَا كَانَ كَذَلِكَ فَقَدْ يَكُونُ هَذَا قِتِيلُ دَارِ الشُّرْكِ، وَأَمَّا إِذَا كَانَ مَوْضِعُ
انْبِعَاثِ الْمَاءِ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ فَتَجِبُ الدِّيَّةُ فِي يَتِّ الْمَالِ؛ لِأَنَّ مَوْضِعَ انْبِعَاثِ الْمَاءِ فِي يَدِ
الْمُسْلِمِينَ فَسَوَاءٌ كَانَ قِتِيلُ مَكَانِ الانْبِعَاثِ أَوْ مَكَانَ آخَرَ دُونَ ذَلِكَ فَهُوَ قِتِيلُ الْمُسْلِمِينَ
فَتَجِبُ الدِّيَّةُ فِي يَتِّ الْمَالِ. وَقَوْلُهُ (عَلَى التَّفْسِيرِ الَّذِي تَقَدَّمَ) أَرَادَ بِهِ قَوْلُهُ قِيلَ هَذَا
مَحْمُولٌ عَلَى مَا إِذَا كَانَ بِحَيْثُ يَبْلُغُ أَهْلُهُ الصَّوْتُ.

قَالَ (وَإِنْ ادَّعَى الْوَلِيُّ عَلَى وَاحِدٍ مِنْ أَهْلِ الْمَحَلَّةِ بَعِيْنَهُ لَمْ تَسْقُطِ الْقَسَامَةُ عَنْهُمْ)
وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ وَذَكَرْنَا فِيهِ الْقِيَاسَ وَالْإِسْتِحْسَانَ. قَالَ (وَإِنْ ادَّعَى عَلَى وَاحِدٍ مِنْ غَيْرِهِمْ
سَقَطَتْ عَنْهُمْ) وَقَدْ بَيَّنَّا مِنْ قَبْلُ وَوَجْهَ الْفَرْقِ هُوَ أَنَّ وَجُوبَ الْقَسَامَةِ عَلَيْهِمْ دَلِيلٌ عَلَى
أَنَّ الْقَاتِلَ مِنْهُمْ فَتَعْيِينُهُ وَاحِدًا مِنْهُمْ لَا يُنَافِي ابْتِدَاءَ الْأَمْرِ لِأَنَّهُ مِنْهُمْ بِخِلَافِ مَا إِذَا عَيَّنَ
مِنْ غَيْرِهِمْ لِأَنَّ ذَلِكَ بَيَانٌ أَنَّ الْقَاتِلَ لَيْسَ مِنْهُمْ، وَهُمْ إِنَّمَا يَغْرَمُونَ إِذَا كَانَ الْقَاتِلُ مِنْهُمْ

لَكُونَهُمْ قَتْلَةً تَقْدِيرًا حَيْثُ لَمْ يَأْخُذُوا عَلَى يَدِ الظَّالِمِ، وَلَأَنَّ أَهْلَ الْمَحَلَةِ لَا يَقُومُونَ بِمُجَرَّدِ ظُهُورِ الْقَتِيلِ بَيْنَ أَظْهَرِهِمْ إِلَّا بِدَعْوَى الْوَلِيِّ، فَإِذَا ادَّعَى الْقَتْلَ عَلَى غَيْرِهِمْ امْتَنَعَ دَعْوَاهُ عَلَيْهِمْ وَسَقَطَ لِفَقْدِ شَرْطِهِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (لَمْ تَسْقُطِ الْقَسَامَةُ عَنْهُمْ) يَعْنِي وَالِدِيَّةُ عَلَى عَوَاقِلِهِمْ وَقَوْلُهُ (وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ) يَعْنِي الْمَذْكُورَ فِي بَعْضِ النُّسخِ وَهُوَ قَوْلُهُ وَلَوْ ادَّعَى عَلَى الْبَعْضِ بِأَعْيَانِهِمْ أَنَّهُ قَتَلَ وَلِيَّهُ إِيَّاهُ. وَقَوْلُهُ (وَقَدْ بَيَّنَّاهُ مِنْ قَبْلُ) يُرِيدُ بِهِ قَوْلُهُ هَذَا الَّذِي ذَكَرْنَا إِذَا ادَّعَى الْوَلِيُّ الْقَتْلَ عَلَى جَمِيعِ أَهْلِ الْمَحَلَةِ.

قَالَ (وَإِذَا اتَّقَى قَوْمٌ بِالسُّيُوفِ فَأَجْلَوْا عَنْ قَتِيلٍ فَهُوَ عَلَى أَهْلِ الْمَحَلَةِ) لِأَنَّ الْقَتِيلَ بَيْنَ أَظْهَرِهِمْ وَالْحِفْظُ عَلَيْهِمْ (إِلَّا أَنْ يَدَّعِيَ الْأَوْلِيَاءُ عَلَى أَوْلِيكَ أَوْ عَلَى رَجُلٍ مِنْهُمْ بِعَيْنِهِ فَلَمْ يَكُنْ عَلَى أَهْلِ الْمَحَلَةِ شَيْءٌ) لِأَنَّ هَذِهِ الدَّعْوَى تَضَمَّنَتْ بَرَاءَةَ أَهْلِ الْمَحَلَةِ عَنِ الْقَسَامَةِ. قَالَ (وَلَا عَلَى أَوْلِيكَ حَتَّى يُقِيمُوا الْبَيِّنَةَ) لِأَنَّ بِمُجَرَّدِ الدَّعْوَى لَا يَثْبُتُ الْحَقُّ لِلْحَدِيثِ الَّذِي رَوَيْنَاهُ، أَمَّا يَسْقُطُ بِهِ الْحَقُّ عَنْ أَهْلِ الْمَحَلَةِ لِأَنَّ قَوْلَهُ حُجَّةٌ عَلَى نَفْسِهِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (فَأَجْلَوْا عَنْ قَتِيلٍ) أَيُّ: انْكَشَفُوا عَنْهُ وَانْفَرَجُوا، وَقَوْلُهُ (لَأَنَّ الْقَتِيلَ بَيْنَ أَظْهَرِهِمْ) أَيُّ وَجَدَ بَيْنَ أَظْهَرِهِمْ يَعْنِي بَيْنَهُمْ وَالظَّاهِرُ وَالْأَظْهَرُ يَجِيئَانِ مَقْحَمَيْنِ كَمَا فِي قَوْلِهِ ﷺ «لَا صَدَقَةَ إِلَّا عَنْ ظَهْرٍ غَنَى» أَيُّ: صَادِرَةٌ عَنْ غِنَى. فَإِنْ قِيلَ: الظَّاهِرُ أَنَّ قَاتِلَهُ مِنْ غَيْرِ أَهْلِ الْمَحَلَةِ، وَأَنَّهُ مِنْ خُصَمَائِهِ.

أُجِيبَ بِأَنَّهُ قَدْ تَعَذَّرَ الْوُقُوفُ عَلَى قَاتِلِهِ حَقِيقَةً فَيَتَعَلَّقُ بِالسَّبَبِ الظَّاهِرِ وَهُوَ وَجُودُهُ قَتِيلًا فِي مَحَلَتِهِمْ. وَقَوْلُهُ (لَأَنَّ بِمُجَرَّدِ الدَّعْوَى لَا يَثْبُتُ الْحَقُّ) أَيُّ: الِاسْتِحْقَاقُ عِنْدَ انْكَارِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ لِلْحَدِيثِ الَّذِي رَوَيْنَاهُ: أَيُّ فِي أَوَائِلِ بَابِ الْقَسَامَةِ، وَأَوَّلُهُ قَوْلُهُ ﷺ «لَوْ أُعْطِيَ النَّاسُ بِدَعْوَاهُمْ لَا دَعَى قَوْمٌ دِمَاءَ قَوْمٍ وَأَمْوَالَهُمْ لَكِنَّ الْبَيِّنَةَ عَلَى الْمُدَّعِيِ وَالْيَمِينَ عَلَى مَنْ أُنْكَرَ» لَا يُقَالُ الظَّاهِرُ أَنَّهُمْ قَتَلُوهُ لَمَّا عَلِمْتَ غَيْرَ مَرَّةٍ أَنَّ الظَّاهِرَ لَا يَصْلُحُ حُجَّةً لِلِاسْتِحْقَاقِ.

(وَلَوْ وَجِدَ قَتِيلٌ فِي مُعَسْكَرٍ أَقَامُوهُ بِفَلَاةٍ مِنَ الْأَرْضِ لَا مَلِكَ لِأَحَدٍ فِيهَا، فَإِنْ وَجِدَ

فِي خِبَاءٍ أَوْ فُسْطَاطٍ فَعَلَى مَنْ يَسْكُنُهَا الدِّيَّةُ وَالْقَسَامَةُ، وَإِنْ كَانَ خَارِجًا مِنَ
الْفُسْطَاطِ فَعَلَى أَقْرَبِ الْأَخِيَّةِ) عَتَبَارًا لِلْيَدِ عِنْدَ انْعِدَامِ الْمَلِكِ (وَإِنْ كَانَ الْقَوْمُ لِقُومًا قِتَالًا
وَوُجِدَ قَتِيلٌ بَيْنَ أَظْهَرِهِمْ فَلَا قَسَامَةَ وَلَا دِيَّةَ) لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ الْعَدُوَّ قَتَلَهُ فَكَانَ هَدْرًا، وَإِنْ
لَمْ يَلْقُوا عَدُوًّا فَعَلَى مَا بَيْنَاهُ (وَإِنْ كَانَ لِلْأَرْضِ مَالِكٌ فَالْعَسْكَرُ كَالسُّكَّانِ فَيَجِبُ عَلَى
الْمَالِكِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ) خِلَافًا لِأَبِي يُوسُفَ وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِنْ وَجِدَ فِي خِبَاءٍ أَوْ فُسْطَاطٍ) الْخِبَاءُ: الْخِيْمَةُ مِنَ الصُّوفِ، وَالْفُسْطَاطُ:
الْخِيْمَةُ الْعَظِيمَةُ فَكَانَ أَعْظَمُ مِنَ الْخِبَاءِ.

وَقَوْلُهُ (فَعَلَى أَقْرَبِ الْأَخِيَّةِ) قِيلَ هَذَا إِذَا نَزَلُوا قَبَائِلَ قَبَائِلَ مُتَفَرِّقِينَ، أَمَّا إِذَا نَزَلُوا
مُخْتَلَطِينَ فَالدِّيَّةُ وَالْقَسَامَةُ عَلَيْهِمْ. وَقَوْلُهُ (وَإِنْ كَانَ الْقَوْمُ لِقُومًا قِتَالًا) يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ
حَالًا: أَيُّ مُقَاتِلِينَ، وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ مَفْعُولًا مُطْلَقًا؛ لِأَنَّ لِقَا فِي مَعْنَى الْمُقَاتَلَةِ، وَأَنْ
يَكُونَ مَفْعُولًا لَهُ: أَيُّ لِلْقِتَالِ.

وَقَوْلُهُ (لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ الْعَدُوَّ قَتَلَهُ فَكَانَ هَدْرًا) يُحَوِّجُ إِلَى ذِكْرِ الْفَرْقِ بَيْنَ هَذِهِ
وَبَيْنَ الْمُسْلِمِينَ إِذَا افْتَتَلُوا عَصِيَّةً فِي مَحَلَةٍ فَأَجْلَوْا عَنْ قِتِيلٍ فَإِنَّ عَلَيْهِمُ الْقَسَامَةَ وَالْدِّيَّةَ
كَمَا مَرَّ آنفًا.

وَقَالُوا فِي ذَلِكَ: إِنَّ الْقِتَالَ إِذَا كَانَ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ وَالْمُشْرِكِينَ فِي مَكَانٍ فِي دَارِ
الْإِسْلَامِ وَلَا يُدْرَى أَنَّ الْقَاتِلَ مِنْ أَيِّهِمَا يُرَجَّحُ احْتِمَالُ قَتْلِ الْمُشْرِكِينَ حَمَلًا لِأَمْرِ
الْمُسْلِمِينَ عَلَى الصَّلَاحِ فِي أَنَّهُمْ لَا يَتْرَكُونَ الْكَافِرِينَ فِي مِثْلِ ذَلِكَ الْحَالِ وَيَقْتُلُونَ
الْمُسْلِمِينَ.

وَأَمَّا فِي الْمُسْلِمِينَ مِنَ الطَّرَفَيْنِ فَلَيْسَ ثَمَّةَ جِهَةٌ الْحَمْلُ عَلَى الصَّلَاحِ حَيْثُ كَانَ
الْفَرِيقَانِ مُسْلِمِينَ فَبَقِيَ حَالُ الْقَتْلِ مُشْكَلًا فَأَوْجَبْنَا الْقَسَامَةَ، وَالْدِّيَّةَ عَلَى أَهْلِ ذَلِكَ
الْمَكَانِ لَوُرُودِ النَّصِّ بِإِضَافَةِ الْقَتْلِ إِلَيْهِمْ عِنْدَ الْإِشْكَالِ فَكَانَ الْعَمَلُ بِمَا وَرَدَ فِيهِ النَّصُّ
أَوَّلَى عِنْدَ الْإِحْتِمَالِ مِنَ الْعَمَلِ بِالَّذِي لَمْ يَكُنْ كَذَلِكَ. وَقَوْلُهُ (وَإِنْ لَمْ يَلْقُوا عَدُوًّا فَعَلَى
مَا بَيْنَاهُ) إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ وَلَوْ وَجِدَ قَتِيلٌ فِي مَعْسَكِرٍ أَقَامُوا الْحَجَّ. وَقَوْلُهُ (وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ)
إِشَارَةٌ إِلَى مَا ذَكَرَ عِنْدَ قَوْلِهِ وَلَا يَدْخُلُ السُّكَّانُ مَعَ الْمَلَائِكَةِ فِي الْقَسَامَةِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ

رَحِمَهُ اللَّهُ وَهُوَ قَوْلُ مُحَمَّدٍ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: هُوَ عَلَيْهِمْ جَمِيعًا.

قَالَ (وَإِذَا قَالَ الْمُسْتَحْلِفُ قَتَلَهُ فُلَانٌ أَسْتَحْلِفُ بِاللَّهِ مَا قَتَلْتُ وَلَا عَرَفْتُ لَهُ قَاتِلًا غَيْرَ فُلَانٍ) لِأَنَّهُ يُرِيدُ إِسْقَاطَ الْخُصُومَةِ عَنْ نَفْسِهِ بِقَوْلِهِ فَلَا يُقْبَلُ فَيَحْلِفُ عَلَى مَا ذَكَرْنَا، لِأَنَّهُ لَمَّا أَقْرَ بِالْقَتْلِ عَلَى وَاحِدٍ صَارَ مُسْتَثْنَى عَنِ الْيَمِينِ فَبَقِيَ حُكْمُ مَنْ سِوَاهُ فَيَحْلِفُ عَلَيْهِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِذَا قَالَ الْمُسْتَحْلِفُ قَتَلَهُ فُلَانٌ أَسْتَحْلِفُ بِاللَّهِ) يَعْنِي لَا تَسْقُطُ الْيَمِينُ عَنْهُ بِقَوْلِهِ قَتَلَهُ فُلَانٌ، غَايَةُ مَا فِي الْبَابِ أَنَّهُ اسْتَثْنَى عَنْ يَمِينِهِ حَيْثُ قَالَ قَتَلَهُ فُلَانٌ، وَهَذَا لَا يُنَافِي أَنْ يَكُونَ الْمُقَرُّ شَرِيكُهُ فِي الْقَتْلِ وَأَنْ يَكُونَ غَيْرُهُ شَرِيكًا مَعَهُ، وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ يَحْلِفُ عَلَى أَنَّهُ مَا قَتَلَهُ وَلَا عَرَفَ لَهُ قَاتِلًا غَيْرَ فُلَانٍ.

قَالَ (وَإِذَا شَهِدَ اثْنَانِ مِنْ أَهْلِ الْمَحَلَةِ عَلَى رَجُلٍ مِنْ غَيْرِهِمْ أَنَّهُ قَتَلَ ثُمَّ تَقَبَّلَ شَهَادَتُهُمَا) وَهَكَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: تَقْبَلُ لِأَنَّهُمْ كَانُوا بِعَرْضِيَّةٍ أَنْ يَصِيرُوا خُصَمَاءَ وَقَدْ بَطَلَتِ الْعَرْضِيَّةُ بِدَعْوَى الْوَلِيِّ الْقَتْلَ عَلَى غَيْرِهِمْ فَتَقْبَلُ شَهَادَتُهُمْ كَالْوَكِيلِ بِالْخُصُومَةِ إِذَا عُزِلَ قَبْلَ الْخُصُومَةِ. وَلَهُ أَنَّهُمْ خُصَمَاءُ بِإِذْنِ أَلِهِمْ قَاتِلِينَ لِلتَّقْصِيرِ الصَّادِرِ مِنْهُمْ فَلَا تَقْبَلُ شَهَادَتُهُمْ وَإِنْ خَرَجُوا مِنْ جُمْلَةِ الْخُصُومِ كَالْوَصِيِّ إِذَا خَرَجَ مِنَ الْوَصَايَةِ بَعْدَ مَا قَبِلَهَا ثُمَّ شَهِدَ. قَالَ ۞: وَعَلَى هَذَيْنِ الْأَصْلَيْنِ يَتَخَرَّجُ كَثِيرٌ مِنَ الْمَسَائِلِ مِنْ هَذَا الْجِنْسِ، قَالَ (وَلَوْ ادَّعَى عَلَى وَاحِدٍ مِنْ أَهْلِ الْمَحَلَةِ بِعَيْنِهِ فَشَهِدَ شَاهِدَانِ مِنْ أَهْلِهَا عَلَيْهِ ثُمَّ تَقَبَّلَ الشَّهَادَةَ) لِأَنَّ الْخُصُومَةَ قَائِمَةٌ مَعَ الْكُلِّ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ وَالشَّاهِدُ يَقْطَعُهَا عَنْ نَفْسِهِ فَكَانَ مَتَّهَمًا. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّ الشُّهُودَ يَحْلِفُونَ بِاللَّهِ مَا قَتَلَنَاهُ وَلَا يَزِدَادُونَ عَلَى ذَلِكَ لِأَنَّهُمْ أَخْبَرُوا أَنَّهُمْ عَرَفُوا الْقَاتِلَ.

الشرح:

قَالَ (وَإِذَا شَهِدَ اثْنَانِ مِنْ أَهْلِ الْمَحَلَةِ إلخ) إِذَا ادَّعَى الْوَلِيُّ عَلَى رَجُلٍ مِنْ غَيْرِ أَهْلِ الْمَحَلَةِ وَشَهِدَ اثْنَانِ مِنْ أَهْلِ الْمَحَلَةِ عَلَيْهِ أَنَّهُ قَتَلَهُ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَمْ تُقْبَلْ شَهَادَتُهُمَا، وَقَالَا: تُقْبَلُ؛ لِأَنَّهُمْ كَانُوا بِعَرْضِيَّةٍ أَنْ يَصِيرُوا خُصَمَاءَ وَقَدْ بَطَلَتِ بِدَعْوَى الْوَلِيِّ الْقَتْلَ عَلَى غَيْرِهِمْ فَتَقْبَلُ شَهَادَتُهُمْ، كَالْوَكِيلِ بِالْخُصُومَةِ إِذَا عُزِلَ قَبْلَ

الْخُصُومَةُ، وَلَأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُمْ جُعِلُوا خُصَمَاءَ تَقْدِيرًا لِلتَّقْصِيرِ الصَّادِرِ مِنْهُمْ. وَإِنْ خَرَجُوا مِنْ جُمْلَةِ الْخُصُومِ فَلَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُمْ، كَالْوَصِيِّ إِذَا خَرَجَ مِنَ الْوَصَايَةِ بَعْدَمَا قَبِلَهَا إِمَّا بِبُلُوغِ الْعِلَامِ أَوْ بِعَزْلِ الْقَاضِي.

وَقَوْلُهُ (وَعَلَى هَذَيْنِ الْأَصْلَيْنِ) يَعْنِي الْأَصْلَيْنِ الْمَجْمَعِ عَلَيْهِمَا أَحَدُهُمَا أَنْ كُلُّ مَنْ انْتَصَبَ خُصَمًا فِي حَادِثَةٍ ثُمَّ خَرَجَ مِنْ كَوْنِهِ خُصَمًا لَمْ تُقْبَلْ شَهَادَتُهُ فِي تِلْكَ الْحَادِثَةِ بِالْإِجْمَاعِ، كَالْوَكِيلِ إِذَا خَاصَمَ ثُمَّ عَزَلَ، وَالثَّانِي إِذَا كَانَتْ لِرَجُلٍ عَرْضِيَّةٌ أَنْ يَصِيرَ خُصَمًا ثُمَّ بَطَلَتْ تِلْكَ الْعَرْضِيَّةُ فَشَهِدَ قَبْلَتْ شَهَادَتُهُ بِالْإِجْمَاعِ.

وَأَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ جَعَلَ مَا نَحْنُ فِيهِ مِنَ الْأَصْلِ الْأَوَّلِ؛ لِأَنَّهُمْ صَارُوا خُصَمَاءَ فِي هَذِهِ الْحَادِثَةِ لَوْجُودِ الْقَتِيلِ بَيْنَ أَظْهَرِهِمْ فَإِنَّهُ السَّبَبُ الْمَوْجِبُ لِلْقَسَامَةِ وَالِدِّيَّةِ. قَالَ عُمَرُ: وَأَنَا أُغَرِّمُكُمْ الدِّيَّةَ لَوْجُودِ الْقَتِيلِ بَيْنَ أَظْهَرِكُمْ، وَبِدَعْوَى الْوَلِيِّ الْقَتْلَ عَلَى غَيْرِ أَهْلِ الْمَحَلَّةِ لَا يَتَبَيَّنُ أَنَّ هَذَا السَّبَبَ لَمْ يَكُنْ وَلَكِنْ خَرَجُوا بِذَلِكَ عَنْ كَوْنِهِمْ خُصَمَاءَ وَهُمَا جَعَلَاهُ مِنَ الْأَصْلِ الثَّانِي؛ لِأَنَّهُمْ إِنَّمَا يَكُونُونَ خُصَمَاءَ لَوْ ادَّعَى الْوَلِيُّ الْقَتْلَ عَلَيْهِمْ؛ فَإِذَا ادَّعَى عَلَى غَيْرِهِمْ زَالَتْ الْعَرْضِيَّةُ فَتَقْبَلُ شَهَادَتُهُمْ. وَقَوْلُهُ (يَتَخَرَّجُ كَثِيرٌ مِنَ الْمَسَائِلِ مِنْ هَذَا الْجَنْسِ)، أَمَّا عَلَى الْأَصْلِ الْأَوَّلِ فَمَسْأَلَةُ الْوَكِيلِ إِذَا خَاصَمَ فِي مَجْلِسِ الْحُكْمِ ثُمَّ عَزَلَ كَمَا مَرَّ وَالْوَصِيِّ فِي حُقُوقِ الْيَتِيمِ خَاصَمَ أَوْ لَمْ يُخَاصِمِ كَمَا مَرَّ. وَأَمَّا عَلَى الْأَصْلِ الثَّانِي فَمَسْأَلَةُ الشَّفِيعَيْنِ إِذَا شَهِدَا عَلَى الْمُشْتَرِي بِالشِّرَاءِ وَهُمَا لَا يَطْلُبَانِ الشُّفْعَةَ تُقْبَلُ شَهَادَتُهُمَا؛ لِأَنَّهُمَا بِعَرْضِيَّةٍ أَنْ يَصِيرَا خَصْمَيْنِ بَطَلَتْ الشُّفْعَةُ وَقَدْ بَطَلَتْ بِتَرْكِهَا. وَقَوْلُهُ (وَلَوْ ادَّعَى) ظَاهِرٌ.

وَقَوْلُهُ (عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ) إِشَارَةٌ إِلَى مَا ذَكَرَ مِنْ مَسْأَلَةٍ وَإِنْ ادَّعَى الْوَلِيُّ عَلَى وَاحِدٍ مِنْ أَهْلِ الْمَحَلَّةِ فِي بَيَانِ الْفَرْقِ بِقَوْلِهِ وَهُوَ أَنَّ وَجُوبَ الْقَسَامَةِ عَلَيْهِمْ دَلِيلٌ عَلَى أَنَّ الْقَاتِلَ مِنْهُمْ فَتَعْيِينُهُ وَاحِدًا مِنْهُمْ لَا يُنَافِي ابْتِدَاءَ الْأَمْرِ.

قَالَ (وَمَنْ جُرِحَ فِي قَبِيلَةٍ فَتُقِلَّ إِلَى أَهْلِهِ فَمَاتَ مِنْ تِلْكَ الْجِرَاحَةِ، فَإِنْ كَانَ صَاحِبَ فِرَاشٍ حَتَّى مَاتَ فَالْقَسَامَةُ وَالِدِيَّةُ عَلَى الْقَبِيلَةِ، وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: لَا قَسَامَةَ وَلَا دِيَّةَ) لِأَنَّ الَّذِي حَصَلَ فِي الْقَبِيلَةِ وَالْمَحَلَّةِ مَا دُونَ النَّفْسِ وَلَا قَسَامَةَ فِيهِ، فَصَارَ كَمَا إِذَا لَمْ يَكُنْ صَاحِبَ فِرَاشٍ. وَلَهُ أَنَّ الْجُرْحَ إِذَا اتَّصَلَ بِهِ الْمَوْتُ صَارَ قَتْلًا

وَلَهَذَا وَجَبَ الْقِصَاصُ، فَإِنْ كَانَ صَاحِبَ فِرَاشٍ أَضِيفَ إِلَيْهِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ احْتَمَلَ أَنْ يَكُونَ الْمَوْتُ مِنْ غَيْرِ الْجُرْحِ فَلَا يَلْزَمُ بِالشُّكِّ. (وَلَوْ أَنَّ رَجُلًا مَعَهُ جَرِيحٌ بِهِ رَمَقَ حَمَلُهُ إِنْسَانًا إِلَى أَهْلِهِ فَمَكَثَ يَوْمًا أَوْ يَوْمَيْنِ ثُمَّ مَاتَ لَمْ يَضْمَنْ الَّذِي حَمَلَهُ إِلَى أَهْلِهِ فِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ وَفِي قِيَاسِ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ يَضْمَنْ) لِأَنَّ يَدَهُ بِمَنْزِلَةِ الْمَحَلَّةِ فَوُجُودُهُ جَرِيحًا فِي يَدِهِ كَوُجُودِهِ فِيهَا، وَقَدْ ذَكَرْنَا وَجْهَي الْقَوْلَيْنِ فِيمَا قَبْلَهُ مِنْ مَسْأَلَةِ الْقَبِيلَةِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ جُرِحَ فِي قَبِيلَةٍ) يَغْنِي وَلَمْ يُعْلَمِ الْجَارِحُ؛ لِأَنَّهُ لَوْ عُلِمَ سَقَطَ الْقِسَامَةُ، بَلْ فِيهِ الْقِصَاصُ عَلَى الْجَارِحِ إِنْ كَانَ عَمْدًا وَالْدِّيَّةُ عَلَى الْعَاقِلَةِ إِذَا كَانَ خَطَأً، فَإِذَا لَمْ يُعْلَمِ الْجَارِحُ فِيمَا أَنْ يَصِيرَ صَاحِبَ فِرَاشٍ حِينَ جُرِحَ أَوْ يَكُونَ صَحِيحًا حِينَئِذٍ بَحِثْ يَجِيءُ وَيَذْهَبُ. فَإِنْ كَانَ الثَّانِي فَلَا ضَمَانَ فِيهِ بِالِاتِّفَاقِ، وَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ فَفِيهِ الْقِسَامَةُ وَالْدِّيَّةُ عَلَى الْقَبِيلَةِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ، وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ لَا شَيْءَ عَلَيْهِ وَهُوَ مَذْهَبُ ابْنِ أَبِي لَيْلَى. وَوَجْهُ قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ ظَاهِرٌ، وَوَجْهُ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الْجُرْحَ إِذَا اتَّصَلَ بِهِ الْمَوْتُ صَارَ قَتْلًا وَلِهَذَا وَجَبَ الْقِصَاصُ.

وَأَعْتَرَضَ عَلَيْهِ بِأَنَّهُ لَوْ كَانَ كَذَلِكَ لَمَا افْتَرَقَ الْحُكْمُ بَيْنَ صَيْرُورَتِهِ صَاحِبَ فِرَاشٍ وَعَدَمِ صَيْرُورَتِهِ كَذَلِكَ كَمَا لَا يَفْتَرِقُ فِي حَقِّ الْقِصَاصِ؛ فَإِنَّهُ إِذَا لَمْ يَكُنْ وَقْتُ الْجُرْحِ صَاحِبَ فِرَاشٍ ثُمَّ سَرَى فَمَاتَ وَجَبَ الْقِصَاصُ.

وَأُجِيبَ بِأَنَّ الْقِسَامَةَ وَالْدِّيَّةَ رُدَّتَا فِي قَتِيلٍ فِي مَحَلَةٍ لَمْ يُعْلَمَ لَهُ قَاتِلٌ بِالنَّصِّ عَلَى خِلَافِ الْقِيَاسِ فَيُرَاعَى ذَلِكَ بِقَدْرِ الْإِمْكَانِ، وَالْمَجْرُوحُ فِي مَحَلَةٍ لَمْ يُعْلَمِ جَارِحُهُ إِذَا صَارَ صَاحِبَ فِرَاشٍ قَتِيلٌ شَرْعًا؛ لِأَنَّهُ صَارَ مَرِيضًا مَرَضَ الْمَوْتِ وَحُكْمُهُ حُكْمُ الْمَيِّتِ فِي التَّصَرُّفَاتِ فَجُعِلَ كَأَنَّهُ مَاتَ حِينَ جُرِحَ فَوَجَبَتْ الدِّيَّةُ وَالْقِسَامَةُ.

وَأَمَّا إِذَا كَانَ صَحِيحًا يَذْهَبُ وَيَجِيءُ فَهُوَ فِي حُكْمِ التَّصَرُّفَاتِ لَمْ يُجْعَلْ كَالْمَيِّتِ مِنْ حِينَ جُرِحَ، فَكَذَلِكَ فِي الدِّيَّةِ وَالْقِسَامَةِ. وَقَوْلُهُ (وَلَوْ أَنَّ رَجُلًا مَعَهُ جَرِيحٌ إلخ) حُكْمُهُ ظَاهِرٌ مِنْ مَسْأَلَةٍ مَنْ جُرِحَ فِي قَبِيلَةٍ فَتَقَلَّ إِلَى أَهْلِهِ وَلِهَذَا قَالَ فِي آخِرِهِ: وَقَدْ ذَكَرْنَا وَجْهَي الْقَوْلَيْنِ فِيمَا قَبْلَهُ فِي مَسْأَلَةِ الْقَبِيلَةِ.

(وَلَوْ وَجَدَ رَجُلٌ قَتِيلًا فِي دَارِ نَفْسِهِ فَدَيْتُهُ عَلَى عَاقِلَتِهِ لَوَرَّثَتْهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ وَزُفَرٌ لَا شَيْءَ فِيهِ) لِأَنَّ الدَّارَ فِي يَدِهِ حِينَ وُجِدَ الْجَرِيحُ فَيُجْعَلُ كَأَنَّهُ قَتَلَ نَفْسَهُ فَيَكُونُ هَدْرًا. وَلَهُ أَنَّ الْقَسَامَةَ إِنَّمَا تَجِبُ بِنَاءً عَلَى ظُهُورِ الْقَتْلِ، وَلِهَذَا لَا يَدْخُلُ فِي الدِّيَةِ مَنْ مَاتَ قَبْلَ ذَلِكَ، وَحَالَ ظُهُورِ الْقَتْلِ الدَّارُ لِلْوَرَثَةِ فَتَجِبُ عَلَى عَاقِلَتِهِمْ، بِخِلَافِ الْمَكَاتِبِ إِذَا وُجِدَ قَتِيلًا فِي دَارِ نَفْسِهِ لِأَنَّ حَالَ ظُهُورِ قَتْلِهِ بَقِيَتْ الدَّارُ عَلَى حُكْمِ مَلِكِهِ فَيَصِيرُ كَأَنَّهُ قَتَلَ نَفْسَهُ فَيُهْدَرُ دَمُهُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلَوْ وُجِدَ رَجُلٌ قَتِيلًا فِي دَارِ نَفْسِهِ) اعْلَمْ أَنَّ الْمُصَنِّفَ رَحِمَهُ اللَّهُ قَالَ: فَدِيَّتُهُ عَلَى عَاقِلَتِهِ لَوَرَثَتِهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ. ثُمَّ قَالَ فِي ذَلِكَ: وَحَالَ ظُهُورِ الْقَتْلِ الدَّارُ لِلْوَرَثَةِ فَتَجِبُ عَلَى عَاقِلَتِهِمْ، وَفِيهِ تَنَاقُضٌ ظَاهِرٌ وَمُخَالَفَةٌ بَيْنَ الدَّلِيلِ وَالْمَذْلُولِ، وَدُفِعَ ذَلِكَ بِأَنَّ يُقَالُ عَاقِلَةُ الْمَيِّتِ إِمَّا أَنْ تَكُونَ عَاقِلَةُ الْوَرَثَةِ أَوْ غَيْرِهِمْ، فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ كَانَتْ الدِّيَةُ عَلَى عَاقِلَةِ الْمَيِّتِ وَهُمْ عَاقِلَةُ الْوَرَثَةِ فَلَا تَنَافِي بَيْنَهُمْ، وَإِنْ كَانَ الثَّانِي كَانَتْ الدِّيَةُ عَلَى عَاقِلَةِ الْوَرَثَةِ، وَلَمَّا كَانَ كُلُّ مَنَّهُمَا مُمَكِّنًا أَشَارَ إِلَى الْأَوَّلِ فِي حُكْمِ الْمَسْأَلَةِ وَإِلَى الثَّانِي فِي دَلِيلِهَا، وَعَلَى التَّقْدِيرِ الثَّانِي يُقَدَّرُ فِي قَوْلِهِ فَالدِّيَةُ عَلَى عَاقِلَتِهِ مُضَافٌ: أَيُّ عَلَى عَاقِلَةِ وَرَثَتِهِ، وَمَا ذُكِرَ فِي الْكِتَابِ مِنْ وَجْهِ الْمَسْأَلَةِ لِلجَانِبَيْنِ ظَاهِرٌ. وَاعْتَرَضَ عَلَى وَجْهِ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ بِأَنَّ الدِّيَةَ إِذَا وَجَبَتْ عَلَى عَاقِلَةِ الْوَرَثَةِ فَإِنَّمَا وَجَبَتْ لِلْوَرَثَةِ فَكَيْفَ يَسْتَقِيمُ أَنْ يَعْقِلُوا عَنْهُمْ لَهُمْ. وَأُجِيبَ بِأَنَّهَا تَجِبُ لِلْمَقْتُولِ حَتَّى تُقْضَى مِنْهَا دِيُونُهُ وَتُنْفَذَ وَصَايَاهُ ثُمَّ يَخْلُفُهُ الْوَارِثُ فِيهِ، وَهُوَ نَظِيرُ الصَّبِيِّ وَالْمَعْتُوهِ إِذَا قَتَلَ أَبَاهُ تَجِبُ الدِّيَةُ عَلَى عَاقِلَتِهِ، وَتَكُونُ مِيرَاثًا لَهُ.

ثُمَّ اعْلَمْ بِأَنَّهُ صَنَعَ مِثْلَ ذَلِكَ فِي ذِكْرِ الدِّيَةِ فِي الْحُكْمِ وَالْقَسَامَةِ، فِي دَلِيلِ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ إِشَارَةً إِلَى أَنَّ الْقَسَامَةَ وَاجِبَةٌ عَلَيْهِمْ وَجُوبَ الدِّيَةِ وَهُوَ اخْتِيَارُ بَعْضِ الْمَشَايِخِ، فَإِنَّ الْقَسَامَةَ لَمْ تُذَكَّرْ فِي الْأَصْلِ، وَاخْتَلَفَ الْمَشَايِخُ فِي وَجُوبِهَا عَلَى الْعَاقِلَةِ عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ، فَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ: لَا تَجِبُ؛ لِأَنَّهَا تَخْتَصُّ بِمَنْ يَعْلَمُ بِحَالَ الْقَتِيلِ وَلَيْسَ هَاهُنَا مَنْ يَعْلَمُهُ فَلَا تَلْزَمُ الْقَسَامَةُ، وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ: تَجِبُ لِحَوَازِ أَنْ يَكُونَ جَمَاعَةً اتَّفَقُوا عَلَى قَتْلِهِ فَقَتَلُوهُ فِي دَارِهِ فَيَكُونُ نَمَةً مَنْ يَعْلَمُ بِحَالِهِ، وَاخْتَارَهُ الْمُصَنِّفُ وَاكْتَفَى

بَذَرَهَا فِي الدَّلِيلِ عَنْ ذِكْرِ الدِّيَةِ؛ لِأَنَّ وُجُوبَهَا يَسْتَلْزِمُ وُجُوبَ الدِّيَةِ، وَمَا أَلْطَفَهُ مُخْبِرًا
بَلِ اللَّهِ تَرَاهُ.

وَلَمَّا اسْتَشْعَرَ وَرُودَ مَسْأَلَةِ الْمَكَاتِبِ إِذَا وَجَدَ قَتِيلًا فِي دَارِهِ كَالْتَقِصِ عَلَى مَا ذُكِرَ
أَشَارَ إِلَى الْجَوَابِ بِقَوْلِهِ؛ لِأَنَّ حَالَ طُهُورِهِ الْخُ: يَعْنِي إِنَّمَا صَارَ دَمُ الْمَكَاتِبِ هَدْرًا؛ لِأَنَّ
حَالَ طُهُورِ قَتْلِهِ بَقِيَتْ الدَّارُ عَلَى حُكْمِ مِلْكِهِ؛ لِأَنَّ الْكِتَابَةَ لَا تَنْفَسُخُ إِذَا مَاتَ عَنْ وَفَاءِ
بَلْ يُقْضَى بِهِ مَا عَلَيْهِ، وَإِذَا كَانَ الدَّارُ عَلَى حُكْمِ مِلْكِ نَفْسِهِ جُعِلَ قَتِيلُ نَفْسِهِ، وَمَنْ قَتَلَ
نَفْسَهُ كَانَ دَمُهُ هَدْرًا، بِخِلَافِ الْحَرْفِ فَإِنَّهُ حَالَ طُهُورِ قَتْلِهِ لَمْ تَكُنْ الدَّارُ عَلَى حُكْمِ مِلْكِهِ
لِعَدَمِ قَابِلِيَةِ الْمَيِّتِ لِلْمَلِكِ، وَإِنَّمَا اتَّقَلَّ إِلَى وَرَثَتِهِ فَكَانَ كَقَتِيلٍ وَجَدَ فِي دَارِ غَيْرِهِ وَلَمْ
يُعْلَمْ لَهُ قَاتِلٌ فَتَجِبُ فِيهِ الْقَسَامَةُ وَالِدِّيَةُ.

(وَلَوْ أَنَّ رَجُلَيْنِ كَانَا فِي بَيْتٍ وَلَيْسَ مَعَهُمَا ثَالِثٌ فَوُجِدَ أَحَدُهُمَا مَذْبُوحًا، قَالَ أَبُو
يُوسُفَ: يَضْمَنُ الْآخَرُ الدِّيَةَ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ: لَا يَضْمَنُهُ) لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنَّهُ قَتَلَ نَفْسَهُ فَكَانَ
التَّوَهُّمُ. وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ قَتَلَهُ الْآخَرُ فَلَا يَضْمَنُهُ بِالشَّكِّ. وَأَبُو يُوسُفَ أَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ الْإِنْسَانَ
لَا يَقْتُلُ نَفْسَهُ فَكَانَ التَّوَهُّمُ سَاقِطًا كَمَا إِذَا وَجِدَ قَتِيلًا فِي مَحَلَّةٍ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلَوْ أَنَّ رَجُلَيْنِ كَانَا فِي بَيْتٍ ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (كَمَا إِذَا وَجِدَ قَتِيلًا فِي
مَحَلَّةٍ) يَعْنِي أَنَّ تَوَهُّمَ قَتْلِ نَفْسِهِ فِيهِ مَوْجُودٌ وَلَمْ يُعْتَبَرْ فَكَذَلِكَ هَاهُنَا.

(وَلَوْ وَجِدَ قَتِيلًا فِي قَرْيَةٍ لِامْرَأَةٍ فَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ عَلَيْهَا الْقَسَامَةُ تُكَرَّرُ
عَلَيْهَا الْأَيْمَانُ، وَالِدِّيَةُ عَلَى عَاقِلَتِهَا أَقْرَبُ الْقَبَائِلِ إِلَيْهَا فِي النُّسْبِ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: عَلَى
الْعَاقِلَةِ أَيْضًا) لِأَنَّ الْقَسَامَةَ إِنَّمَا تَجِبُ عَلَى مَنْ كَانَ مِنْ أَهْلِ النُّصْرَةِ وَالْمَرَأَةُ لَيْسَتْ مِنْ
أَهْلِهَا فَاشْتَبَهَتْ الصَّبِيَّ. وَلَهُمَا أَنَّ الْقَسَامَةَ لِنَفْيِ التُّهْمَةِ وَتُهْمَةُ الْقَتْلِ مِنَ الْمَرَأَةِ مُتَحَقِّقَةٌ.
قَالَ الْمُتَأَخَّرُونَ: إِنَّ الْمَرَأَةَ تَدْخُلُ مَعَ الْعَاقِلَةِ فِي التَّحْمَلِ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ لِأَنَّ أَنْزَلْنَاهَا قَاتِلَةً
وَالْقَاتِلُ يُشَارِكُ الْعَاقِلَةَ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (قَالَ الْمُتَأَخَّرُونَ) أَيُّ مَنْ مَشَايَحِنَا رَحِمَهُمُ اللَّهُ (إِنَّ الْمَرَأَةَ تَدْخُلُ مَعَ الْعَاقِلَةِ
فِي التَّحْمَلِ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ) يُشِيرُ إِلَى أَنَّهَا لَا تَدْخُلُ فِي غَيْرِ هَذِهِ الصُّورَةِ عَلَى مَا يَجِيءُ

فِي الْمَعَاقِلِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى وَإِنَّمَا دَخَلَتْ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ؛ لِأَنَّهَا نَزَلَتْ قَاتِلَةً تَقْدِيرًا حَيْثُ دَخَلَتْ فِي الْقَسَامَةِ، فَكَمَا دَخَلَتْ فِيهَا دَخَلَتْ فِي الْعَقْلِ أَيْضًا، بِخِلَافِ غَيْرِهَا مِنَ الصُّوَرِ فَإِنَّهَا لَا تَدْخُلُ فِيهِ فِي الْقَسَامَةِ بَلْ تَجِبُ عَلَى الرِّجَالِ فَلَا تَدْخُلُ فِي الْعَقْلِ أَيْضًا.

(وَلَوْ وُجِدَ رَجُلٌ قَتِيلًا فِي أَرْضِ رَجُلٍ إِلَى جَانِبِ قَرْيَةٍ لَيْسَ صَاحِبُ الْأَرْضِ مِنْ أَهْلِهَا، قَالَ: هُوَ عَلَى صَاحِبِ الْأَرْضِ) لِأَنَّهُ أَحَقُّ بِنُصْرَةِ أَرْضِهِ مِنْ أَهْلِ الْقَرْيَةِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (لِأَنَّهُ أَحَقُّ بِنُصْرَةِ أَرْضِهِ)؛ لِأَنَّ الْحِفْظَ وَالتَّدْبِيرَ فِي الْأَرْضِ إِلَى صَاحِبِ الْأَرْضِ لَا إِلَى أَهْلِ الْقَرْيَةِ، وَاللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ.

كِتَابُ الْمَعَاقِلِ

الْمَعَاقِلُ جَمْعُ مَعْقَلَةٍ، وَهِيَ الدِّيَّةُ، وَتُسَمَّى الدِّيَّةُ عَقْلًا لِأَنَّهَا تَعْقِلُ الدَّمَاءَ مِنْ أَنْ تُسْفِكَ: أَي تُمْسِكُ.

قَالَ (وَالدِّيَّةُ فِي شِبهِ الْعَمْدِ وَالْخَطَا، وَكُلُّ دِيَّةٍ تَجِبُ بِنَفْسِ الْقَتْلِ عَلَى الْعَاقِلَةِ، وَالْعَاقِلَةُ الَّذِينَ يَعْقِلُونَ) يَعْنِي يُؤَدُّونَ الْعَقْلَ وَهُوَ الدِّيَّةُ، وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ فِي الدِّيَّاتِ. وَالْأَصْلُ فِي وَجُوبِهَا عَلَى الْعَاقِلَةِ قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ فِي حَدِيثِ حَمَلِ بْنِ مَالِكٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ لِلأَوَّلِيَاءِ «قُومُوا فِدْوَهُ» وَلَأَنَّ النَّفْسَ مُحْتَرَمَةً لَا وَجَهَ إِلَى الْإِهْدَارِ وَالْخَاطِئُ مَعْدُورٌ، وَكَذَا الَّذِي تَوَلَّى شِبْهَ الْعَمْدِ نَظْرًا إِلَى الْآلَةِ فَلَا وَجَهَ إِلَى إِيْجَابِ الْعُقُوبَةِ عَلَيْهِ، وَفِي إِيْجَابِ مَالٍ عَظِيمٍ إِجْحَافُهُ وَاسْتِنْصَالُهُ فَيَصِيرُ عُقُوبَةً فَضْمًا إِلَيْهِ الْعَاقِلَةُ تَحْقِيقًا لِلتَّخْفِيفِ. وَإِنَّمَا خُصُّوا بِالضَّمِّ لِأَنَّهُ إِنَّمَا قَصَرَ لِقُوَّةٍ فِيهِ وَتِلْكَ بِأَنْصَارِهِ وَهُمْ الْعَاقِلَةُ فَكَانُوا هُمْ الْمُقْصَرِّينَ فِي تَرْكِهِمْ مُرَاقَبَتِهِ فَخُصُّوا بِهِ.

قَالَ (وَالْعَاقِلَةُ أَهْلُ الدِّيَّانِ إِنْ كَانَ الْقَاتِلُ مِنْ أَهْلِ الدِّيَّانِ يُؤْخَذُ مِنْ عَطَايَاهُمْ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ) وَأَهْلُ الدِّيَّانِ أَهْلُ الرِّيَاسَاتِ وَهُمْ الْجَيْشُ الَّذِينَ كُتِبَتْ أَسَامِيهِمْ فِي الدِّيَّانِ وَهَذَا عِنْدَنَا. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: الدِّيَّةُ عَلَى أَهْلِ الْعَشِيرَةِ لِأَنَّهُ كَانَ كَذَلِكَ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ وَلَا نَسَخَ بَعْدَهُ وَلِأَنَّهُ صِلَةٌ وَالْأَوَّلَى بِهَا الْأَقَارِبُ. وَلَنَا قَضِيَّةٌ عُمَرُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فَإِنَّهُ لَمَّا دُونَ الدَّوَاوِينَ جَعَلَ الْعَقْلَ عَلَى أَهْلِ الدِّيَّانِ، وَكَانَ ذَلِكَ بِمَحْضَرِ مِنَ الصُّحَابَةِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ مِنْ غَيْرِ نَكِيرٍ مِنْهُمْ، وَلَيْسَ ذَلِكَ بِنَسْخٍ بَلْ هُوَ تَقْرِيرٌ مَعْنَى لِأَنَّ الْعَقْلَ كَانَ عَلَى أَهْلِ النُّصْرَةِ وَقَدْ كَانَتْ بِأَنْوَاعٍ: بِالْقَرَابَةِ وَالْحِلْفِ وَالْوَلَاءِ وَالْعَدَا. وَفِي عَهْدِ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَدْ صَارَتْ بِالدِّيَّانِ فَجَعَلَهَا عَلَى أَهْلِهَا اتِّبَاعًا لِلْمَعْنَى وَهَذَا قَالُوا: لَوْ كَانَ الْيَوْمَ قَوْمٌ تَنَاصَرَهُمْ بِالْحِرَفِ فَعَاقَلْتُهُمْ أَهْلُ الْحِرَفَةِ، وَإِنْ كَانَ بِالْحِلْفِ فَأَهْلُهُ وَالْدِّيَّةُ صِلَةٌ كَمَا قَالَ، لَكِنْ إِيْجَابُهَا فِيمَا هُوَ صِلَةٌ وَهُوَ الْعَطَاءُ أَوَّلَى مِنْهُ فِي أَصُولِ أَمْوَالِهِمْ، وَالتَّقْدِيرُ بِثَلَاثِ سِنِينَ مَرْوِيٌّ عَنِ النَّبِيِّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ وَمَحْكِيٌّ عَنْ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، وَلِأَنَّ الْأَخْذَ مِنَ الْعَطَاءِ لِلتَّخْفِيفِ وَالْعَطَاءُ يَخْرُجُ فِي كُلِّ سَنَةٍ مَرَّةً (فَإِنْ خَرَجَتْ الْعَطَايَا فِي أَكْثَرِ مِنْ ثَلَاثِ سِنِينَ أَوْ أَقَلَّ أُخِذَ مِنْهَا) لِحُصُولِ الْمُقْصُودِ وَتَأْوِيلُهُ إِذَا كَانَتْ الْعَطَايَا لِلْسِّنِينَ الْمُسْتَقْبَلَةِ بَعْدَ الْقَضَاءِ، حَتَّى لَوْ اجْتَمَعَتْ فِي السِّنِينَ الْمَاضِيَةِ قَبْلَ الْقَضَاءِ

ثُمَّ خَرَجَتْ بَعْدَ الْقَضَاءِ لَا يُؤْخَذُ مِنْهَا لِأَنَّ الْوُجُوبَ بِالْقَضَاءِ عَلَى مَا ثُبِّنَ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.
وَلَوْ خَرَجَ لِلْقَاتِلِ ثَلَاثُ عَطَايَا فِي سَنَةٍ وَاحِدَةٍ مَعْنَاهُ فِي الْمُسْتَقْبَلِ يُؤْخَذُ مِنْهَا كُلُّ الدِّيَةِ لَمَّا
ذَكَرْنَا، وَإِذَا كَانَ جَمِيعُ الدِّيَةِ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ فَكُلُّ ثُلُثٍ مِنْهَا فِي سَنَةٍ، وَإِنْ كَانَ الْوَاجِبُ
بِالْعَقْلِ ثُلُثُ دِيَةِ النَّفْسِ أَوْ أَقَلَّ كَانَ فِي سَنَةٍ وَاحِدَةٍ وَمَا زَادَ عَلَى الثُّلُثِ إِلَى تَمَامِ الثُّلُثَيْنِ
فِي السَّنَةِ الثَّانِيَةِ، وَمَا زَادَ عَلَى ذَلِكَ إِلَى تَمَامِ الدِّيَةِ فِي السَّنَةِ الثَّالِثَةِ.

الشرح:

(كِتَابُ الْمَعَاقِلِ): لَمَّا كَانَ مُوجِبُ الْقَتْلِ الْخَطَا وَمَا فِي مَعْنَاهُ الدِّيَةُ عَلَى الْعَاقِلَةِ لَمْ
يَكُنْ مِنْ مَعْرِفَتِهَا بُدٌّ، فَذَكَرَهَا وَأَحْكَامَهَا فِي هَذَا الْكِتَابِ، وَقَالَ (الْمَعَاقِلُ جَمْعُ مَعْقِلَةٍ)
بِفَتْحِ الْمِيمِ وَضَمِّ الْقَافِ وَيُنَّ مَعْنَاهَا، وَقَوْلُهُ (وَكُلُّ دِيَةٍ) مُبْتَدَأٌ. وَقَوْلُهُ (عَلَى الْعَاقِلَةِ)
خَبَرُهُ. وَقَوْلُهُ (وَجِئْتُ بِنَفْسِ الْقَتْلِ) يَعْنِي ابْتِدَاءً، فَإِنَّ مَا يَجِبُ مِنْهَا بِسَبَبِ الصُّلْحِ أَوْ
الْأُبُورَةِ فَهِيَ فِي مَالِ الْقَاتِلِ لَا عَلَى الْعَاقِلَةِ.

وَقَوْلُهُ (وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ) يَعْنِي الدِّيَةَ بِتَأْوِيلِ الْعَقْلِ. وَقَوْلُهُ (وَكَذَا الَّذِي تَوَلَّى شِبْهَ
الْعَمْدِ) وَهُوَ الَّذِي ضَرَبَهُ بِالسُّوْطِ الصَّغِيرِ حَتَّى قَتَلَهُ. وَقَوْلُهُ (وَفِي إِجْبَابِ مَالٍ عَظِيمٍ
إِجْحَافُهُ) فَسَّرَ الْإِجْحَافَ بِقَوْلِهِ وَاسْتِصْالَهُ. وَقَوْلُهُ (إِنَّمَا قَصَرَ) يَعْنِي: أَنَّ الْقَاتِلَ إِنَّمَا
قَصَرَ حَالَةَ الرَّمْيِ فِي التَّثْبُتِ وَالتَّوَقُّفِ.

وَقَوْلُهُ (وَتِلْكَ) أَيُّ الْقُوَّةِ، وَقَوْلُهُ (كَتَبَ أَسَامِيهِمْ فِي الدِّيَوَانِ) الدِّيَوَانُ: الْجَرِيدَةُ،
مِنْ دَوْنِ الْكُتُبِ إِذَا جَمَعَهَا؛ لِأَنَّهَا قَطْعٌ مِنَ الْقَرَّاطِيسِ مَجْمُوعَةٌ. وَيُرْوَى أَنَّ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ
أَوَّلُ مَنْ دَوَّنَ الدَّوَاوِينَ: أَيُّ رَتَبَ الْجَرَائِدَ لِلْوَلَاةِ وَالْقَضَاءِ، وَيُقَالُ فُلَانٌ مِنْ أَهْلِ الدِّيَوَانِ:
أَيُّ مِمَّنْ أَثْبَتَ اسْمَهُ فِي الْجَرِيدَةِ.

وَقَوْلُهُ (مِنْ عَطَايَاهُمْ) الْعَطَاءُ اسْمٌ مَا يُعْطَى وَالْجَمْعُ أُعْطِيَةٌ، وَالْعَطَايَا جَمْعُ عَطِيَّةٍ
وَهُوَ بِمَعْنَى الْعَطَاءِ، وَقَوْلُهُ (وَذَلِكَ لَيْسَ بِنَسْخٍ بَلْ هُوَ تَقْرِيرٌ مَعْنَى) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِ
الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ وَلَا نَسْخَ بَعْدَهُ.

وَقَوْلُهُ (بِالْحَلْفِ) الْحَلْفُ بِكَسْرِ الْحَاءِ: الْعَهْدُ بَيْنَ الْقَوْمِ وَمِنْهُ قَوْلُهُمْ تَحَالَفُوا عَلَى
التَّنَاصُرِ، وَالْمُرَادُ بِهِ وِلَاةُ الْمَوَالَاةِ وَقَوْلُهُ (وَالْوِلَاةُ) أَيُّ وِلَاةِ الْعِتَاقَةِ.

وَقَوْلُهُ (وَالْعَدُّ) هُوَ مِنَ الْعَدِيدِ وَهُوَ أَنْ يُعَدَّ فِيهِمْ يُقَالُ فُلَانٌ عَدِيدٌ بَنِي فُلَانٍ إِذَا

عُدَّ فِيهِمْ. وَقَوْلُهُ (فَإِنْ خَرَجَتْ عَطَايَا فِي أَكْثَرِ مِنْ ثَلَاثٍ) أَيُّ ثَلَاثِ سِنِينَ أَوْ أَقَلِّ مِثْلَ أَنْ تَخْرُجَ عَطَايَاهُمْ الثَّلَاثَ فِي سِتِّ سِنِينَ يُؤْخَذُ مِنْهُمْ فِي كُلِّ سَنَةٍ سُدُسُ الدِّيَةِ، وَإِنْ خَرَجَتْ عَطَايَاهُمْ الثَّلَاثَ فِي سَنَةٍ وَاحِدَةٍ أُخِذَ مِنْهُمْ الدِّيَةُ فِيهَا.

وَقَوْلُهُ (لِحُصُولِ الْمَقْصُودِ) يَعْنِي: أَنَّ الْمَقْصُودَ أَنْ يَكُونَ الْمَأْخُودُ مِنْهُمْ مِنَ الْأَعْطِيَةِ، وَذَلِكَ يَحْصُلُ بِالْأَخْذِ مِنْ عَطَايَاهُمْ سَوَاءً كَانَتْ فِي أَكْثَرِ مِنْ ثَلَاثِ سِنِينَ أَوْ فِي أَقَلِّ مِنْهَا. وَقَوْلُهُ (وَتَأْوِيلُهُ) أَيُّ تَأْوِيلُ كَلَامِ الْقُدُورِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ، فَإِنَّهُ أَطْلَقَ ذِكْرَ السِّنِينَ، وَإِنَّمَا يُؤْخَذُ مِنْهُمْ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ بَعْدَ الْقَضَاءِ فَيَكُونُ الْمُرَادُ ثَلَاثَ سِنِينَ فِي الْمُسْتَقْبَلِ فَلَا بُدَّ مِنَ التَّأْوِيلِ. وَقَوْلُهُ (لَمَّا ذَكَرْنَا) إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ؛ لِأَنَّ الْوُجُوبَ بِالْقَضَاءِ وَقَوْلُهُ (وَإِذَا كَانَ جَمِيعُ الدِّيَةِ) وَاضِحٌ.

وَمَا وَجَبَ عَلَى الْعَاقِلَةِ مِنَ الدِّيَةِ أَوْ عَلَى الْقَاتِلِ بِأَنْ قَتَلَ الْأَبُ ابْنَهُ عَمْدًا فَهُوَ فِي مَالِهِ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: وَمَا وَجَبَ عَلَى الْقَاتِلِ فِي مَالِهِ فَهُوَ حَالٌ، لِأَنَّ التَّأْجِيلَ لِلتَّخْفِيفِ لَتَحْمَلِ الْعَاقِلَةُ فَلَا يَلْحَقُ بِهِ الْعَمْدُ الْمُحَضُّ. وَلَنَا أَنَّ الْقِيَاسَ يَأْبَاهُ وَالشَّرْعُ وَرَدَّ بِهِ مُوجِّلاً فَلَا يَتَعَدَّاهُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلَنَا أَنَّ الْقِيَاسَ يَأْبَاهُ) أَيُّ الْقِيَاسُ يَأْبَى إِيْجَابَ الْمَالِ بِمُقَابَلَةِ النَّفْسِ: يَعْنِي لَا يَقْتَضِيهِ؛ لِأَنَّ الْقِيَاسَ مِنْ حُجَجِ الشَّرْعِ وَهِيَ لَا تَتَنَاقَضُ، وَالشَّرْعُ وَرَدَّ بِهِ: أَيُّ بِإِيْجَابِ الْمَالِ مُوجِّلاً فِي الْخَطِئِ فَلَا يَتَعَدَّاهُ.

فَإِنْ قِيلَ: هَذَا لَيْسَ فِي مَعْنَى الْخَطِئِ فَلَا يَلْحَقُ بِهِ. قُلْنَا: هُوَ فِي مَعْنَاهُ مِنْ حَيْثُ كَوْنُهُ مَالًا وَجَبَ بِالْقَتْلِ ابْتِدَاءً، وَالْمَسَاوَاةُ مِنْ جَمِيعِ الْوُجُوهِ غَيْرُ مُلْتَزِمَةٍ، وَكَوْنُ التَّأْجِيلِ لِلتَّخْفِيفِ حِكْمَةٌ لَا يَتَرْتَّبُ الْحُكْمُ عَلَيْهَا.

وَلَوْ قَتَلَ عَشْرَةَ رَجُلًا خَطَأً فَعَلَى كُلِّ وَاحِدٍ عَشْرُ الدِّيَةِ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ اعْتِبَارًا لِلْجُزْءِ بِالْكُلِّ إِذْ هُوَ بَدَلُ النَّفْسِ، وَإِنَّمَا يُعْتَبَرُ مُدَّةُ ثَلَاثِ سِنِينَ مِنْ وَقْتِ الْقَضَاءِ بِالدِّيَةِ لِأَنَّ الْوَاجِبَ الْأَصْلِيَّ الْمِثْلُ وَالتَّحْوِيلُ إِلَى الْقِيَمَةِ بِالْقَضَاءِ فَيُعْتَبَرُ ابْتِدَاؤُهَا مِنْ وَقْتِهِ كَمَا فِي وَلَدِ الْمَغْرُورِ. قَالَ (وَمَنْ لَمْ يَكُنْ مِنْ أَهْلِ الدِّيَوَانِ فَعَاقِلَتُهُ قَبِيلَتُهُ) لِأَنَّ نُصْرَتَهُ بِهِمْ وَهِيَ الْمَعْتَبَرَةُ فِي التَّنَاقُلِ. قَالَ (وَتَقْسَمُ عَلَيْهِمْ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ لَا يَزَادُ الْوَاحِدُ عَلَى أَرْبَعَةِ دَرَاهِمَ

فِي كُلِّ سَنَةٍ وَيَنْقُصُ مِنْهَا) قَالَ ﷺ: كَذَا ذَكَرَهُ الْقُدُورِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي مُخْتَصَرِهِ، وَهَذَا إِشَارَةٌ إِلَى أَنَّهُ يُزَادُ عَلَى أَرْبَعَةٍ مِنْ جَمِيعِ الدِّيَةِ، وَقَدْ نَصَّ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ عَلَى أَنَّهُ لَا يُزَادُ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْ جَمِيعِ الدِّيَةِ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ عَلَى ثَلَاثَةٍ أَوْ أَرْبَعَةٍ فَلَا يُؤْخَذُ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ فِي كُلِّ سَنَةٍ إِلَّا دِرْهَمٌ أَوْ دِرْهَمٌ وَثُلُثُ دِرْهَمٍ وَهُوَ الْأَصَحُّ. قَالَ (وَأِنْ لَمْ يَكُنْ تَتَسَّعُ الْقَبِيلَةُ لِذَلِكَ ضُمُّ إِلَيْهِمْ أَقْرَبُ الْقَبَائِلِ) مَعْنَاهُ: نَسَبًا كُلُّ ذَلِكَ لِمَعْنَى التَّخْفِيفِ وَيُضْمُّ الْأَقْرَبُ فَالْأَقْرَبُ عَلَى تَرْتِيبِ الْعَصَبَاتِ: الْإِخْوَةُ ثُمَّ بَنُوهُمْ، ثُمَّ الْأَعْمَامُ ثُمَّ بَنُوهُمْ. وَأَمَّا الْأَبَاءُ وَالْأَبْنَاؤُ فَقِلَّ يَدْخُلُونَ لِقُرْبِهِمْ، وَقِلَّ لَا يَدْخُلُونَ لِأَنَّ الضَّمَّ لِنَفْسِ الْحَرَجِ حَتَّى لَا يُصِيبَ كُلُّ وَاحِدٍ أَكْثَرَ مِنْ ثَلَاثَةٍ أَوْ أَرْبَعَةٍ، وَهَذَا الْمَعْنَى إِنَّمَا يَتَحَقَّقُ عِنْدَ الْكَثْرَةِ وَالْأَبَاءُ وَالْأَبْنَاؤُ لَا يَكْثُرُونَ، وَعَلَى هَذَا حُكْمُ الرَّايَاتِ إِذَا لَمْ يَتَسَّعَ لِذَلِكَ أَهْلُ رَايَةٍ ضُمُّ إِلَيْهِمْ أَقْرَبُ الرَّايَاتِ: يَعْنِي أَقْرَبَهُمْ نُصْرَةً إِذَا حَزَبَهُمْ أَمْرُ الْأَقْرَبِ فَالْأَقْرَبُ، وَيَفُوضُ ذَلِكَ إِلَى الْإِمَامِ لِأَنَّهُ هُوَ الْعَالِمُ بِهِ، ثُمَّ هَذَا كُلُّهُ عِنْدَنَا، وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ يَحِبُّ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ نِصْفَ دِينَارٍ فَيَسُوَّى بَيْنَ الْكُلِّ لِأَنَّهُ صِلَةٌ فَيُعْتَبَرُ بِالزُّكَاةِ وَأَدْنَاهَا ذَلِكَ إِذْ خَمْسَةُ دَرَاهِمَ عِنْدَهُمْ نِصْفُ دِينَارٍ، وَلَكِنَّا نَقُولُ: هِيَ أَحَطُّ رُبَّةً مِنْهَا؛ أَلَا تَرَى أَنَّهَا لَا تُؤْخَذُ مِنْ أَصْلِ الْمَالِ فَيَنْتَقِصُ مِنْهَا تَحْقِيقًا لَزِيَادَةِ التَّخْفِيفِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (لَأَنَّ الْوَاجِبَ الْأَصْلِيَّ الْمَثْلُ)؛ لِأَنَّ ضَمَانَ الْمُتْلِفَاتِ إِنَّمَا يَكُونُ بِالمَثْلِ بِالنَّصِّ، وَمِثْلُ النَّفْسِ النَّفْسُ، إِلَّا أَنَّهُ إِذَا رُفِعَ إِلَى الْقَاضِي وَتَحَقَّقَ الْعَجْزُ عَنْ اسْتِيفَاءِ النَّفْسِ لِمَا فِيهِ مِنْ مَعْنَى الْعُقُوبَةِ تَحَوَّلَ الْحَقُّ إِلَى الْقِيَمَةِ بِالْقَضَاءِ (فَيُعْتَبَرُ ابْتِدَاؤُهَا مِنْ وَقْتِهِ) أَيُّ مِنْ وَقْتِ الْقَضَاءِ (كَمَا فِي وَلَدِ الْمَعْرُورِ) فَإِنَّ قِيَمَتَهُ إِنَّمَا تَجِبُ بِقَضَاءِ الْقَاضِي وَإِنْ كَانَ رَدُّ عَيْنِهِ قَبْلَ الْقَضَاءِ مُتَعَذِّرًا، لَكِنْ جُعِلَ الْوَاجِبُ رَدُّ الْعَيْنِ وَتَحَوَّلَ إِلَى الْقِيَمَةِ بِالْقَضَاءِ لِمَا تَحَقَّقَ الْعَجْزُ عَنْ رَدِّ الْعَيْنِ؛ وَلِهَذَا لَوْ هَلَكَ الْوَلَدُ قَبْلَ الْقَضَاءِ لَمْ يَضْمَنْ الْمَعْرُورُ شَيْئًا وَهَذَا هُوَ الْمَوْعُودُ مِنْ قَبْلِ يَقُولِهِ؛ لِأَنَّ الْوُجُوبَ بِالْقَضَاءِ عَلَى مَا نُبَيِّنُ.

وَقَوْلُهُ (وَهَذَا) أَيُّ قَوْلِ الْقُدُورِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ لَا يُزَادُ الْوَاحِدُ عَلَى أَرْبَعَةٍ دَرَاهِمَ فِي كُلِّ سَنَةٍ وَيَنْقُصُ مِنْهَا (إِشَارَةٌ إِلَى أَنَّهُ يُجُوزُ أَنْ يُزَادَ عَلَى أَرْبَعَةٍ مِنْ جَمِيعِ الدِّيَةِ) فَإِذَا أَخَذَ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ فِي كُلِّ سَنَةٍ ثَلَاثَةٌ أَوْ أَرْبَعَةٌ دَرَاهِمَ كَانَ مِنْ جَمِيعِ الدِّيَةِ تِسْعَةٌ

أَوْ اثْنَا عَشَرَ، وَلَيْسَ كَذَلِكَ فَإِنَّ مُحَمَّدًا رَحِمَهُ اللَّهُ نَصَّ عَلَى أَنَّهُ لَا يُزَادُ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْ جَمِيعِ الدِّيَةِ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ عَلَى ثَلَاثَةٍ أَوْ أَرْبَعَةٍ فَلَا يُؤْخَذُ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ فِي كُلِّ سَنَةٍ إِلَّا دِرْهَمٌ أَوْ دِرْهَمٌ وَثَلَاثُ دِرْهَمٍ.

وَقَوْلُهُ (وَهُوَ الْأَصَحُّ) اخْتِرَازٌ عَمَّا ذَهَبَ إِلَيْهِ بَعْضُ مَشَايخِنَا رَحِمَهُمُ اللَّهُ مِمَّا فَهِمَ مِنْ إِشَارَةِ كَلَامِ الْقُدُورِيِّ ذَكَرَ فِي الْمَبْسُوطِ وَقَالَ ذَلِكَ غَلَطٌ. وَقَوْلُهُ (ضُمَّ إِلَيْهِمْ أَقْرَبُ الْقَبَائِلِ مَعْنَاهُ نَسَبًا) قَالُوا هَذَا الْجَوَابُ إِنَّمَا يَسْتَقِيمُ فِي حَقِّ الْعَرَبِ؛ لِأَنَّ الْعَرَبَ حُفِظَتْ أَنْسَابُهُمْ فَأُمِكنَّا إِيْجَابُ الْعَقْلِ عَلَى أَقْرَبِ الْقَبَائِلِ مِنْ حَيْثُ النَّسَبُ أَمَا فِي حَقِّ الْعَجَمِيِّ فَلَا يَسْتَقِيمُ؛ لِأَنَّ الْعَجَمَ ضَيَّعُوا أَنْسَابَهُمْ فَلَا يُمِكنَّا إِيْجَابُ الْعَقْلِ عَلَى أَقْرَبِ الْقَبَائِلِ مِنَ الْقَاتِلِ نَسَبًا، فَبَعْدَ ذَلِكَ اخْتَلَفَ الْمَشَايخُ رَحِمَهُمُ اللَّهُ، فَقَالَ بَعْضُهُمْ: يُعْتَبَرُ الْمَحَالُّ وَالْقَرَى الْأَقْرَبُ فَلَا أَقْرَبُ، وَقَالَ بَعْضُهُمْ: يَجِبُ الْبَاقِي فِي مَالِ الْجَانِي.

وَقَوْلُهُ (فَيَسْوَى بَيْنَ الْكُلِّ) يَعْنِي الْآبَاءَ وَالْأَبْنَاءَ وَغَيْرَهُمْ لِأَنَّهُ صِلَةٌ لِأَنَّهُ يَجِبُ عَلَى الْعَاقِلَةِ عَلَى سَبِيلِ الْمَوَاسَاةِ.

(وَلَوْ كَانَتْ عَاقِلَةٌ الرَّجُلُ أَصْحَابَ الرِّزْقِ يُقْضَى بِالدِّيَةِ فِي أَرْزَاقِهِمْ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ فِي كُلِّ سَنَةٍ الثُّلُثُ) لِأَنَّ الرِّزْقَ فِي حَقِّهِمْ بِمَنْزِلَةِ الْعَطَاءِ قَائِمٌ مَقَامَهُ إِذْ كُلُّ مِنْهُمَا صِلَةٌ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ، ثُمَّ يُنْظَرُ إِنْ كَانَتْ أَرْزَاقُهُمْ تَخْرُجُ فِي كُلِّ سَنَةٍ، فَكَمَا يَخْرُجُ رِزْقٌ يُؤْخَذُ مِنْهُ الثُّلُثُ بِمَنْزِلَةِ الْعَطَاءِ، وَإِنْ كَانَ يَخْرُجُ فِي كُلِّ سَنَةٍ أَشْهُرٌ وَخَرَجَ بَعْدَ الْقَضَاءِ يُؤْخَذُ مِنْهُ سُدُسُ الدِّيَةِ وَإِنْ كَانَ يَخْرُجُ فِي كُلِّ شَهْرٍ يُؤْخَذُ مِنْ كُلِّ رِزْقٍ بِحِصَّتِهِ مِنَ الشَّهْرِ حَتَّى يَكُونَ الْمُسْتَوْفَى فِي كُلِّ سَنَةٍ مِقْدَارَ الثُّلُثِ، وَإِنْ خَرَجَ بَعْدَ الْقَضَاءِ بِيَوْمٍ أَوْ أَكْثَرَ أُخِذَ مِنَ رِزْقِ ذَلِكَ الشَّهْرِ بِحِصَّةِ الشَّهْرِ، وَإِنْ كَانَتْ لَهُمْ أَرْزَاقٌ فِي كُلِّ شَهْرٍ وَأَعْطِيَتْ فِي كُلِّ سَنَةٍ فُرِضَتِ الدِّيَةُ فِي الْأَعْطِيَةِ دُونَ الْأَرْزَاقِ لِأَنَّهُ أَيْسَرُ، إِمَّا لِأَنَّ الْأَعْطِيَةَ أَكْثَرُ، أَوْ لِأَنَّ الرِّزْقَ لِكِفَايَةِ الْوَقْتِ فَيَتَعَسَّرُ الْأَدَاءُ مِنْهُ وَالْأَعْطِيَاتُ لِيَكُونُوا فِي الدِّيَوَانِ قَائِمِينَ بِالنُّصْرَةِ فَيَتَيَسَّرَ عَلَيْهِمْ. قَالَ (وَأَدْخَلَ الْقَاتِلَ مَعَ الْعَاقِلَةِ فَيَكُونُ فِيْمَا يُؤْذِي كَأَحَدِهِمْ) لِأَنَّهُ هُوَ الْفَاعِلُ فَلَا مَعْنَى لِإِخْرَاجِهِ وَمَوْأَخَذَةِ غَيْرِهِ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا يَجِبُ عَلَى الْقَاتِلِ شَيْءٌ مِنَ الدِّيَةِ اعْتِبَارًا لِلْجُزْءِ بِالْكُلِّ فِي النَّفْسِ عَنْهُ وَالْجَمَاعُ كَوْنُهُ مَعْدُورًا. فَلْنَا: إِيْجَابُ الْكُلِّ إِجْحَافٌ بِهِ وَلَا كَذَلِكَ إِيْجَابُ الْجُزْءِ، وَلَوْ كَانَ الْخَاطِئُ

مَعْدُورًا فَالْبَرِيُّ مِنْهُ أَوَّلَى، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى﴾ [النعام: ١٦٤].

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلَوْ كَانَتْ عَاقِلَةٌ الرَّجُلُ أَصْحَابَ الرِّزْقِ) قِيلَ الْفَرْقُ بَيْنَ الْعَطِيَّةِ وَالرِّزْقِ أَنَّ الْعَطِيَّةَ مَا يُفْرَضُ لِلْمَقَاتِلَةِ وَالرِّزْقُ مَا يُجْعَلُ لِلْفُقَرَاءِ الْمُسْلِمِينَ إِذَا لَمْ يَكُونُوا مُقَاتِلَةً وَالْبَاقِي ظَاهِرٌ.

وَقَوْلُهُ (وَأُدْخِلَ الْقَاتِلُ مَعَ الْعَاقِلَةِ) يَعْنِي: إِذَا كَانَ الْقَاتِلُ مِنْ أَهْلِ الدِّيَّانِ، أَمَّا إِذَا لَمْ يَكُنْ فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ مِنَ الدِّيَّةِ عِنْدَنَا أَيْضًا كَمَا لَا تَجِبُ عِنْدَ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ. (وَلَيْسَ عَلَى النِّسَاءِ وَالذَّرِيَّةِ مِمَّنْ كَانَ لَهُ حِظٌّ فِي الدِّيَّانِ عَقْلٌ) لِقَوْلِ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ:

لَا يَعْقِلُ مَعَ الْعَاقِلَةِ صَبِيٌّ وَلَا امْرَأَةٌ، وَلَئِنْ الْعَقْلُ إِنَّمَا يَجِبُ عَلَى أَهْلِ النُّصْرَةِ لَتَرْكِهِمْ مُرَاقَبَتَهُ، وَالنَّاسُ لَا يَتَنَاصَرُونَ بِالصَّبِيَّانِ وَالنِّسَاءِ وَلِهَذَا لَا يُوضَعُ عَلَيْهِمْ مَا هُوَ خَلْفَ عَنِ النُّصْرَةِ وَهُوَ الْجِزْيَةُ، وَعَلَى هَذَا لَوْ كَانَ الْقَاتِلُ صَبِيًّا أَوْ امْرَأَةً لَا شَيْءَ عَلَيْهِمَا مِنَ الدِّيَّةِ بِخِلَافِ الرَّجُلِ، لِأَنَّهُ وَجُوبَ جُزْءٍ مِنَ الدِّيَّةِ عَلَى الْقَاتِلِ بِاعْتِبَارِ أَنَّهُ أَحَدُ الْعَوَاقِلِ لِأَنَّهُ يَنْصُرُ نَفْسَهُ وَهَذَا لَا يُوْجَدُ فِيهِمَا، وَالْفَرَضُ لَهُمَا مِنَ الْعَطَاءِ لِلْمَعُونَةِ لَا لِلنُّصْرَةِ كَقَرَضِ أَزْوَاجِ النَّبِيِّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ وَرَضِيَ اللَّهُ عَنْهُنَّ.

الشرح:

قَالَ (وَلَيْسَ عَلَى النِّسَاءِ وَالذَّرِيَّةِ مِمَّنْ كَانَ لَهُ حِظٌّ فِي الدِّيَّانِ عَقْلٌ) كَلَامُهُ وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (وَعَلَى هَذَا لَوْ كَانَ الْقَاتِلُ صَبِيًّا أَوْ امْرَأَةً لَا شَيْءَ عَلَيْهِمَا مِنَ الدِّيَّةِ) قِيلَ إِنَّهُ يَنَاقِضُ قَوْلَهُ فِي الْمَسْأَلَةِ الَّتِي ذَكَرَهَا قَبْلَ الْمَعَاقِلِ فِيمَا إِذَا وَجِدَ الْقَتِيلُ فِي دَارِ امْرَأَةٍ حَيْثُ أَدْخَلَهَا الْمُتَأَخَّرُونَ هُنَاكَ فِي تَحْمِلِ الدِّيَّةِ مَعَ الْعَاقِلَةِ وَلَيْسَ بِصَحِيحٍ؛ لِأَنَّ فَرَضَ الْمَسْأَلَةِ فِيمَا إِذَا كَانَتْ قَاتِلَةً حَقِيقَةً وَهُنَاكَ تَقْدِيرُ قَاتِلَةٍ بِسَبَبِ وَجُوبِ الْقِسَامَةِ، لَا يُقَالُ: إِذَا لَمْ يَجِبْ عَلَى الْمَرْأَةِ شَيْءٌ مِنَ الدِّيَّةِ وَهِيَ قَاتِلَةٌ حَقِيقَةً فَلَا أَنْ لَا يَجِبُ عَلَيْهَا شَيْءٌ مِنْهَا وَهِيَ قَاتِلَةٌ تَقْدِيرًا أَوَّلَى؛ لِأَنَّا نَقُولُ: الْقِسَامَةُ تَسْتَلْزِمُ وَجُوبَ الدِّيَّةِ عَلَى الْمُقْسِمِ، إِمَّا بِالِاسْتِفْلَالِ أَوْ بِالْإِدْخُولِ فِي الْعَاقِلَةِ عِنْدَنَا بِالِاسْتِقْرَاءِ وَقَدْ تَحَقَّقَ الْمَلْزُومُ فَيَتَحَقَّقُ اللَّازِمُ بِخِلَافِ الْقَتْلِ مُبَاشَرَةً فَإِنَّهُ قَدْ لَا يَسْتَلْزِمُ الدِّيَّةَ. فَإِنْ قُلْتُ: هَذَا الْجَوَابُ يَنْبَنِي عَلَى إِجْبَابِ الْقِسَامَةِ عَلَيْهَا وَفِي ذَلِكَ تَنَاقُضٌ؛ لِأَنَّهُ قَالَ قَبْلَ هَذَا: وَلَا قِسَامَةَ عَلَى صَبِيٍّ، إِلَى أَنْ قَالَ:

وَلَا امْرَأَةً وَعَبْدٌ.

وَقَالَ هَاهُنَا: وَلَوْ وُجِدَ قَلِيلٌ فِي قَرْيَةٍ لَامْرَأَةً، فَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ الْقَسَامَةُ عَلَيْهَا تَكَرَّرُ الْإِيمَانُ وَذَلِكَ تَنَاقُضُ الْبَيِّنَةِ. فَالْجَوَابُ أَنَّ ذَلِكَ مَذْكُورٌ فِي سِيَاقِ قَوْلِهِ وَإِنْ لَمْ تُكْمَلِ أَهْلُ الْمَحَلَةِ خَمْسِينَ كُرَّرَتْ الْإِيمَانُ، وَمَعْنَاهُ لَا يُكْمَلُ أَهْلُ الْمَحَلَةِ خَمْسِينَ مِنَ الصَّبِيِّ وَالْمَرْأَةِ وَالْعَبْدِ؛ لِأَنَّهُمْ لَيْسُوا مِنْ أَهْلِ النُّصْرَةِ وَالْيَمِينِ عَلَى أَهْلِهَا، وَأَمَّا هَاهُنَا فَالْقَتِيلُ وَجِدَ فِي قَرْيَتِهَا فَيَجِبُ عَلَيْهَا نَفْيًا لِتُهِمَةِ الْقَتْلِ فَإِنَّهَا تَتَحَقَّقُ مِنْهَا، وَيَبَيِّنُ مِنْ هَذَا أَنَّ الْقَسَامَةَ إِذَا وَجِبَتْ عَلَى جَمَاعَةٍ تَعْلَلُ بِالنُّصْرَةِ، فَمَنْ كَانَ أَهْلًا لَهَا يَدْخُلُ وَمَنْ لَا فَلَا، فَلَا يَدْخُلُ الصَّبِيُّ وَالْعَبْدُ وَالْمَرْأَةُ، وَإِذَا وَجِبَتْ عَلَى وَاحِدٍ تَعْلَلُ بِتُهِمَةِ الْقَتْلِ.

فَمَنْ كَانَ مِنْ أَهْلِهَا وَجِبَتْ عَلَيْهِ وَمَنْ لَا فَلَا فَتَدْخُلُ الْمَرْأَةُ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ. قَوْلُهُ (وَالْفَرَضُ لَهَا مِنَ الْعَطَاءِ) جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ فَرَضَ الْإِمَامُ لِنِسَاءِ الْعُزَاةِ وَذَرَارِيِّهِمْ مِنَ الْعَطَاءِ، وَالْعَطَاءُ إِنَّمَا يُدْفَعُ بِنُصْرَةِ أَهْلِ الْإِسْلَامِ كَمَا فِي حَقِّ الْعُزَاةِ، ثُمَّ الْعُزَاةُ عَوَاقِلُ لِعَيْرِهِمْ فَكَذَا النِّسَاءُ. وَوَجْهُهُ مَا قَالَهُ أَنَّ الدَّفْعَ إِلَيْهِنَّ بِاعْتِبَارِ الْمَعُونَةِ أَيْ: مَعُونَةِ الْإِمَامِ لَهَا لَا بِاعْتِبَارِ نُصْرَتِهِمَا غَيْرَهُمَا.

(وَلَا يَعْقِلُ أَهْلُ مِصْرٍ عَنْ مِصْرٍ آخَرَ) يُرِيدُ بِهِ أَنَّهُ إِذَا كَانَ لِأَهْلِ كُلِّ مِصْرٍ دِيْوَانٌ عَلَى حِدَةٍ لِأَنَّ التَّنَاصُرَ بِالْدِيْوَانِ عِنْدَ وُجُودِهِ، وَلَوْ كَانَ بِاعْتِبَارِ الْقُرْبِ فِي السُّكْنَى فَأَهْلُ مِصْرِهِ أَقْرَبُ إِلَيْهِ مِنْ أَهْلِ مِصْرٍ آخَرَ (وَيَعْقِلُ أَهْلُ كُلِّ مِصْرٍ مِنْ أَهْلِ سَوَادِهِمْ) لِأَنَّهُمْ أَتْبَاعُ لِأَهْلِ الْمِصْرِ، فَإِنَّهُمْ إِذَا حَزَبَهُمْ أَمَرُوا اسْتَنْصَرُوا بِهِمْ فَيَعْقِلُهُمْ أَهْلُ الْمِصْرِ بِاعْتِبَارِ مَعْنَى الْقُرْبِ فِي النُّصْرَةِ (وَمَنْ كَانَ مَنْزِلُهُ بِالْبَصْرَةِ وَدِيْوَانُهُ بِالْكُوفَةِ عَقَلَ عَنْهُ أَهْلُ الْكُوفَةِ) لِأَنَّهُ يَسْتَنْصِرُ بِأَهْلِ دِيْوَانِهِ لَا بِجِيرَانِهِ. وَالْحَاصِلُ أَنَّ الاسْتِئْصَارَ بِالْدِيْوَانِ أَظْهَرَ فَلَا يَظْهَرُ مَعَهُ حُكْمُ النُّصْرَةِ بِالْقَرَابَةِ وَالنَّسَبِ وَالْوَلَاءِ وَقُرْبِ السُّكْنَى وَغَيْرِهِ وَبَعَدَ الدِّيْوَانِ النُّصْرَةُ بِالنَّسَبِ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ، وَعَلَى هَذَا يَخْرُجُ كَثِيرٌ مِنْ صُورِ مَسَائِلِ الْمَعَاقِلِ (وَمَنْ جَنَى جِنَايَةً مِنْ أَهْلِ الْمِصْرِ وَلَيْسَ لَهُ فِي الدِّيْوَانِ عَطَاءٌ وَأَهْلُ الْبَادِيَةِ أَقْرَبُ إِلَيْهِ وَمَسْكَنُهُ الْمِصْرُ عَقَلَ عَنْهُ أَهْلُ الدِّيْوَانِ مِنْ ذَلِكَ الْمِصْرِ) وَلَمْ يُشْتَرَطْ أَنْ يَكُونَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ أَهْلِ الدِّيْوَانِ قَرَابَةً، قِيلَ هُوَ صَحِيحٌ لِأَنَّ الَّذِينَ يَذُبُّونَ عَنْ أَهْلِ الْمِصْرِ وَيَقُومُونَ بِنُصْرَتِهِمْ وَيَدْفَعُونَ عَنْهُمْ أَهْلُ

الدِّيَّانِ مِنْ أَهْلِ الْمِصْرِ وَلَا يَخْصُونُ بِهِ أَهْلَ الْعَطَاءِ. وَقِيلَ تَأْوِيلُهُ إِذَا كَانَ قَرِيبًا لَهُمْ، وَفِي الْكِتَابِ إِشَارَةٌ إِلَيْهِ حَيْثُ قَالَ: وَأَهْلُ الْبَادِيَةِ أَقْرَبُ إِلَيْهِ مِنْ أَهْلِ مِصْرِ، وَهَذَا لِأَنَّ الْوُجُوبَ عَلَيْهِمْ بِحُكْمِ الْقَرَابَةِ وَأَهْلُ الْمِصْرِ أَقْرَبُ مِنْهُمْ مَكَانًا فَكَانَتْ الْقُدْرَةُ عَلَى النُّصْرَةِ لَهُمْ وَصَارَ نَظِيرُ مَسْأَلَةِ الْغَيْبَةِ الْمُنْقَطِعَةِ (وَلَوْ كَانَ الْبَدَوِيُّ نَازِلًا فِي الْمِصْرِ لَا مَسْكَنَ لَهُ فِيهِ لَا يَعْقِلُهُ أَهْلُ الْمِصْرِ) لِأَنَّ أَهْلَ الْعَطَاءِ لَا يَنْصُرُونَ مَنْ لَا مَسْكَنَ لَهُ فِيهِ، كَمَا أَنَّ أَهْلَ الْبَادِيَةِ لَا تَعْقِلُ عَنْ أَهْلِ الْمِصْرِ النَّازِلِ فِيهِمْ لِأَنَّهُ لَا يَسْتَنْصِرُ بِهِمْ (وَأِنْ كَانَ لِأَهْلِ الدِّمَةِ عَوَاقِلُ مَعْرُوفَةً يَتَعَاقَلُونَ بِهَا فَهَقَّتْ أَحَدُهُمْ قَتِيلًا فَدَيْتُهُ عَلَى عَاقِلَتِهِ بِمَنْزِلَةِ الْمُسْلِمِ) لِأَنَّهُمُ التَّزَمُوا أَحْكَامَ الْإِسْلَامِ فِي الْمَعَامَلَاتِ لَا سِيَّمَا فِي الْمَعَانِي الْعَاصِمَةِ عَنِ الْإِصْرَارِ، وَمَعْنَى التَّنَاصُرِ مَوْجُودٌ فِي حَقِّهِمْ (وَأِنْ لَمْ تَكُنْ لَهُمْ عَاقِلَةٌ مَعْرُوفَةً فَالدَّيَّةُ فِي مَالِهِ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ مِنْ يَوْمٍ يُقْضَى بِهَا عَلَيْهِ) كَمَا فِي حَقِّ الْمُسْلِمِ لَمَّا بَيَّنَّا أَنَّ الْوُجُوبَ عَلَى الْقَاتِلِ وَإِنَّمَا يَتَحَوَّلُ عَنْهُ إِلَى الْعَاقِلَةِ أَنْ لَوْ وَجِدَتْ، فَإِذَا لَمْ تَوْجَدْ بَقِيَتْ عَلَيْهِ بِمَنْزِلَةِ تَاجِرَيْنِ مُسْلِمَيْنِ فِي دَارِ الْحَرْبِ قَتَلَ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ يُقْضَى بِالدَّيَّةِ عَلَيْهِ فِي مَالِهِ لِأَنَّ أَهْلَ دَارِ الْإِسْلَامِ لَا يَعْقِلُونَ عَنْهُ، وَتَمَكَّنَتْ مِنْ هَذَا الْقَتْلِ لَيْسَ بِنُصْرَتِهِمْ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَأَهْلُ الْبَادِيَةِ أَقْرَبُ إِلَيْهِ) يَعْنِي: نَسَبًا. وَقَوْلُهُ (قِيلَ هُوَ صَحِيحٌ) الضَّمِيرُ رَاجِعٌ إِلَى قَوْلِهِ لَمْ يُشْتَرَطْ أَنْ يَكُونَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ أَهْلِ الدِّيَّانِ قَرَابَةٌ. وَقَوْلُهُ (مِنْ أَهْلِ الْمِصْرِ) بَيَّنَّ لِقَوْلِهِ أَهْلُ الدِّيَّانِ: أَيُّ: أَهْلُ الدِّيَّانِ الَّذِينَ هُمْ مِنْ أَهْلِ الْمِصْرِ. وَقَوْلُهُ (وَصَارَ نَظِيرُ مَسْأَلَةِ الْغَيْبَةِ الْمُنْقَطِعَةِ) يَعْنِي أَنَّ لِلْوَلِيِّ الْأَبْعَدِ أَنْ يُزَوِّجَ إِذَا كَانَ الْأَقْرَبُ غَائِبًا. وَقَوْلُهُ (لَا سِيَّمَا فِي الْمَعَانِي الْعَاصِمَةِ) كَحَدِّ الْقَذْفِ وَالسَّرْقَةِ وَالْقِصَاصِ وَوُجُوبِ الدَّيَّةِ.

وَقَوْلُهُ (فَالدَّيَّةُ فِي مَالِهِ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ) أَيُّ: لَا عَلَى بَيْتِ الْمَالِ؛ لِأَنَّ النُّصْرَةَ الْمَوْجِبَةَ لِلْعَقْلِ غَيْرُ مَوْجُودَةٍ بَيْنَ الدِّمِيِّ وَالْمُسْلِمِينَ لَا تُقْطَعُ الْوِلَايَةُ بَيْنَنَا، بِخِلَافِ الْمُسْلِمِ فَإِنَّ دَيْتَهُ عَلَى بَيْتِ الْمَالِ إِذَا لَمْ يَوْجَدْ لَهُ عَاقِلَةٌ عَلَى ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ وَسَيَجِيءُ. وَقَوْلُهُ (وَتَمَكَّنَتْ مِنْ هَذَا الْقَتْلِ لَيْسَ بِنُصْرَتِهِمْ) أَيُّ لَيْسَ بِسَبَبِ نُصْرَةِ أَهْلِ الْإِسْلَامِ إِيَّاهُ.

(وَلَا يَعْقِلُ كَافِرٌ عَنْ مُسْلِمٍ وَلَا مُسْلِمٌ عَنْ كَافِرٍ) لِعَدَمِ التَّنَاصُرِ وَالْكَفَّارِ

يَتَعَاقِلُونَ فِيمَا بَيْنَهُمْ وَإِنْ اِخْتَلَفَتْ مِلَّتُهُمْ لِأَنَّ الْكُفْرَ كُلَّهُ مِلَّةٌ وَاحِدَةٌ. قَالُوا: هَذَا إِذَا لَمْ تَكُنْ الْمَعَادَةُ فِيمَا بَيْنَهُمْ ظَاهِرَةً، أَمَا إِذَا كَانَتْ ظَاهِرَةً كَالْيَهُودِ وَالنَّصَارَى يَنْبَغِي أَنْ لَا يَتَعَاقِلُونَ بَعْضُهُمْ عَنْ بَعْضٍ، وَهَكَذَا عَنْ أَبِي يُوسُفَ لَا نَقْطَاعَ التَّنَاصُرِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (لَعَدَمِ التَّنَاصُرِ)؛ لِأَنَّ التَّعَاقُلَ يَبْتَنِي عَلَى الْمَوَالَةِ وَذَلِكَ يَنْعَدُّ عِنْدَ اخْتِلَافِ الْمِلَّةِ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ﴾ [المائدة: ٥١] وَقَوْلُهُ (وَالْكُفَّارُ يَتَعَاقِلُونَ فِيمَا بَيْنَهُمْ) ظَاهِرًا لَا أَلْفَاظًا تَذَكَّرُهَا.

وَلَوْ كَانَ الْقَاتِلُ مِنْ أَهْلِ الْكُوفَةِ وَلَهُ بِهَا عَطَاءٌ فَحَوَّلَ دِيَوَانَهُ إِلَى الْبَصْرَةِ ثُمَّ رُفِعَ إِلَى الْقَاضِي فَإِنَّهُ يُقْضَى بِالْدِّيَةِ عَلَى عَاقِلَتِهِ مِنْ أَهْلِ الْبَصْرَةِ.

وَقَالَ زُفَرٌ: يُقْضَى عَلَى عَاقِلَتِهِ مِنْ أَهْلِ الْكُوفَةِ وَهُوَ رَوَايَةٌ عَنْ أَبِي يُوسُفَ، لِأَنَّ الْمُوجِبَ هُوَ الْجَنَايَةُ وَقَدْ تَحَقَّقَ وَعَاقِلَتُهُ أَهْلُ الْكُوفَةِ، وَصَارَ كَمَا إِذَا حَوَّلَ بَعْدَ الْقَضَاءِ وَلَنَا أَنَّ الْمَالَ إِنَّمَا يَجِبُ عِنْدَ الْقَضَاءِ لَمَّا ذَكَرْنَا أَنَّ الْوَاجِبَ هُوَ الْمِثْلُ وَبِالْقَضَاءِ يَنْتَقِلُ إِلَى الْمَالِ، وَكَذَا الْوُجُوبُ عَلَى الْقَاتِلِ وَتَتَحَمَّلُ عَنْهُ عَاقِلَتُهُ، وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ يَتَحَمَّلُ عَنْهُ مَنْ يَكُونُ عَاقِلَتُهُ عِنْدَ الْقَضَاءِ، بِخِلَافِ مَا بَعْدَ الْقَضَاءِ لِأَنَّ الْوَاجِبَ قَدْ تَقَرَّرَ بِالْقَضَاءِ فَلَا يَنْتَقِلُ بَعْدَ ذَلِكَ، لَكِنْ حِصَّةُ الْقَاتِلِ تُؤْخَذُ مِنْ عَطَائِهِ بِالْبَصْرَةِ لِأَنَّهَا تُؤْخَذُ مِنَ الْعَطَاءِ وَعَطَاؤُهُ بِالْبَصْرَةِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا قُلتِ الْعَاقِلَةُ بَعْدَ الْقَضَاءِ عَلَيْهِمْ حَيْثُ يَضُمُّ إِلَيْهِمْ أَقْرَبُ الْقَبَائِلِ فِي النَّسَبِ، لِأَنَّ فِي النُّقْلِ إِبْطَالُ حُكْمِ الْأَوَّلِ فَلَا يَجُوزُ بِحَالٍ، وَفِي الضَّمِّ تَكْثِيرُ الْمُتَحَمِّلِينَ لَمَّا قُضِيَ بِهِ عَلَيْهِمْ فَكَانَ فِيهِ تَقْرِيرُ الْحُكْمِ الْأَوَّلِ لَا إِبْطَالُهُ، وَعَلَى هَذَا لَوْ كَانَ الْقَاتِلُ مَسْكَنُهُ بِالْكُوفَةِ وَلَيْسَ لَهُ عَطَاءٌ فَلَمْ يُقْضَ عَلَيْهِ حَتَّى اسْتَوْطَنَ الْبَصْرَةَ قُضِيَ بِالْدِّيَةِ عَلَى أَهْلِ الْبَصْرَةِ، وَلَوْ كَانَ قُضِيَ بِهَا عَلَى أَهْلِ الْكُوفَةِ لَمْ يَنْتَقِلْ عَنْهُمْ، وَكَذَا الْبَدْوِيُّ إِذَا أُلْحِقَ بِالْدِّيَوَانِ بَعْدَ الْقَتْلِ قَبْلَ الْقَضَاءِ يُقْضَى بِالْدِّيَةِ عَلَى أَهْلِ الدِّيَوَانِ، وَيَعَدُّ الْقَضَاءُ عَلَى عَاقِلَتِهِ بِالْبَادِيَةِ لَا يَتَحَوَّلُ عَنْهُمْ، وَهَذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ قَوْمٌ مِنْ أَهْلِ الْبَادِيَةِ قُضِيَ بِالْدِّيَةِ عَلَيْهِمْ فِي أَمْوَالِهِمْ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ ثُمَّ جَعَلَهُمُ الْإِمَامُ فِي الْعَطَاءِ حَيْثُ تَصِيرُ الدِّيَةُ فِي أَعْطِيَاتِهِمْ وَإِنْ كَانَ قُضِيَ بِهَا أَوَّلَ مَرَّةٍ فِي أَمْوَالِهِمْ لِأَنَّهُ لَيْسَ فِيهِ نَقْضُ الْقَضَاءِ الْأَوَّلِ لِأَنَّهُ قُضِيَ بِهَا فِي أَمْوَالِهِمْ وَأَعْطِيَاتِهِمْ أَمْوَالُهُمْ، غَيْرَ أَنَّ الدِّيَةَ تُقْضَى

مِنْ أَيْسَرِ الْأَمْوَالِ آدَاءٌ، وَالْأَدَاءُ مِنَ الْعَطَاءِ أَيْسَرُ إِذَا صَارُوا مِنْ أَهْلِ الْعَطَاءِ إِلَّا إِذَا لَمْ يَكُنْ مَالُ الْعَطَاءِ مِنْ جِنْسٍ مَا قُضِيَ بِهِ عَلَيْهِ بِأَنْ كَانَ الْقَضَاءُ بِالْإِبِلِ وَالْعَطَاءُ دَرَاهِمَ فَحِينَئِذٍ لَا تَتَحَوَّلُ إِلَى الدَّرَاهِمِ أَبَدًا لَمَّا فِيهِ مِنْ إِبْطَالِ الْقَضَاءِ الْأَوَّلِ، لَكِنْ يُقْضَى ذَلِكَ مِنْ مَالِ الْعَطَاءِ لِأَنَّهُ أَيْسَرُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَعَاقِلَتُهُ أَهْلُ الْكُوفَةِ) الْوَائِلُ لِلْحَالِ. وَقَوْلُهُ (لَكِنَّ حِصَّةَ الْقَاتِلِ تُؤْخَذُ مِنْ عَطَائِهِ بِالْبَصْرَةِ) يَعْنِي وَإِنْ كَانَ بَعْدَ الْقَضَاءِ. وَقَوْلُهُ (بِخِلَافِ مَا إِذَا قُلْتُ الْعَاقِلَةُ) مُتَعَلِّقٌ بِقَوْلِهِ بِخِلَافِ مَا بَعْدَ الْقَضَاءِ وَمَعْنَاهُ لَا يُقْضَى بِالْدِّيَةِ عَلَى عَاقِلَتِهِ مِنْ أَهْلِ الْبَصْرَةِ إِذَا كَانَ الْقَاضِي قَضَى بِدِيَّتِهِ عَلَى عَاقِلَتِهِ مِنْ أَهْلِ الْكُوفَةِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا قُلْتُ الْعَاقِلَةُ بِمَوْتِ بَعْضِهِمْ حَيْثُ يُضَمُّ إِلَيْهِمْ أَقْرَبُ الْقَبَائِلِ فِي النَّسَبِ وَإِنْ كَانَ بَعْدَ الْقَضَاءِ مَعَ أَنْ فِيهِ أَيْضًا نَقْلُ الدِّيَةِ مِنَ الْمَوْجُودِينَ وَقَدْ قُلْتُ الْقَضَاءُ إِلَى أَقْرَبِ الْقَبَائِلِ، وَقَدْ ذَكَرَ الْفَرْقَ بَيْنَهُمَا بِقَوْلِهِ؛ لِأَنَّ فِي النُّقْلِ إِبْطَالُ حُكْمِ الْأَوَّلِ فَلَا يَجُوزُ بِحَالٍ، وَفِي الضَّمِّ تَكْثِيرُ الْمُتَحَمِّلِينَ لَمَّا قُضِيَ بِهِ عَلَيْهِمْ فَكَانَ فِيهِ تَقْرِيرُ الْحُكْمِ الْأَوَّلِ لَا إِبْطَالُهُ. وَقَوْلُهُ (لَكِنْ يُقْضَى ذَلِكَ) أَيِ الْإِبِلِ مِنْ مَالِ الْعَطَاءِ بِأَنْ يَشْتَرِيَ الْإِبِلَ مِنْ مَالِ الْعَطَاءِ.

قَالَ (وَعَاقِلَةُ الْمُعْتَقِ قَبِيلَةُ مَوْلَاهُ) لِأَنَّ النُّصْرَةَ بِهِمْ يُؤَيِّدُ ذَلِكَ قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «مَوْلَى الْقَوْمِ مِنْهُمْ». قَالَ (وَمَوْلَى الْمَوَالَةِ يَعْقِلُ عَنْهُ مَوْلَاهُ وَقَبِيلَتُهُ) لِأَنَّهُ وَلَاءٌ يُتَنَاصَرُ بِهِ فَأَشْبَهَ وَلَاءَ الْعَتَاقَةِ، وَفِيهِ خِلَافُ الشَّافِعِيِّ وَقَدْ مَرَّفِي كِتَابِ الْوَلَاءِ.

الشرح:

قَالَ (وَعَاقِلَةُ الْمُعْتَقِ قَبِيلَةُ مَوْلَاهُ) كَلَامُهُ وَاضِحٌ. قَالَ (وَلَا تَعْقِلُ الْعَاقِلَةُ أَقْلَ مِنْ نِصْفِ عَشْرِ الدِّيَةِ وَتَتَحَمَّلُ نِصْفَ الْعَشْرِ فَصَاعِدًا) وَالْأَصْلُ فِيهِ حَدِيثُ ابْنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا مَوْفُوفًا عَلَيْهِ وَمَرْفُوعًا إِلَى رَسُولِ اللَّهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «لَا تَعْقِلُ الْعَوَاقِلُ عَمَدًا وَلَا عِبْدًا وَلَا صُلَحًا وَلَا اعْتِرَافًا وَلَا مَا دُونَ أَرَشِ الْمَوْضِحَةِ» وَأَرَشُ الْمَوْضِحَةِ نِصْفُ عَشْرِ بَدَلِ النَّفْسِ، وَلَأَنَّ التَّحْمَلَ لِلتَّحَرُّزِ عَنِ الْإِجْحَافِ وَلَا إِجْحَافَ فِي الْقَلِيلِ وَإِنَّمَا هُوَ فِي الْكَثِيرِ، وَالتَّقْدِيرُ الْفَاصِلُ عُرِفَ بِالسَّمْعِ.

قَالَ (وَمَا نَقَصَ مِنْ ذَلِكَ يَكُونُ فِي مَالِ الْجَانِي) وَالْقِيَاسُ فِيهِ التَّسْوِيَةُ بَيْنَ الْقَلِيلِ وَالكَثِيرِ فَيَجِبُ الْكُلُّ عَلَى الْعَاقِلَةِ كَمَا ذَهَبَ إِلَيْهِ الشَّافِعِيُّ، أَوِ التَّسْوِيَةُ فِي أَنْ لَا يَجِبُ عَلَى الْعَاقِلَةِ شَيْءٌ، إِلَّا أَنَا تَرَكْنَاهُ بِمَا رَوَيْنَا، وَبِمَا رَوِيَ «أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَوْجَبَ أَرَشَ الْجَنِينَ عَلَى الْعَاقِلَةِ» وَهُوَ نِصْفُ عَشْرِ بَدَلِ الرَّجُلِ عَلَى مَا مَرَّ فِي الدِّيَاتِ، فَمَا دُونَهُ يُسَلِّكُ بِهِ مَسْلَكَ الْأَمْوَالِ لِأَنَّهُ يَجِبُ بِالتَّحْكِيمِ كَمَا يَجِبُ ضَمَانُ الْمَالِ بِالتَّقْوِيمِ فَلِهَذَا كَانَ فِي مَالِ الْجَانِي أَخْذًا بِالْقِيَاسِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلَا تَعْقِلُ الْعَاقِلَةُ أَقْلَ مِنْ نِصْفِ عَشْرِ الدِّيَةِ)؛ لِأَنَّ الْقِصَاصَ لَا يَجِبُ فِي عَمْدِهِ وَلَا يَتَقَدَّرُ أَرَشُهُ فَصَارَ كَضَمَانِ الْأَمْوَالِ.

قِيلَ هَذَا إِذَا كَانَتْ الْجِنَايَةُ فِيمَا دُونَ النَّفْسِ، فَأَمَّا بَدَلُ النَّفْسِ فَتَحْمَلُهُ الْعَاقِلَةُ وَإِنْ كَانَ أَقْلَ مِنْ نِصْفِ الْعَشْرِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّ الْقَبِيلَةَ إِذَا كَانَتْ مِائَةً كَانَتْ الدِّيَةُ عَلَى عَاقِلَتِهِمْ، وَإِنْ كَانَ نَصِيبُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ مِائَةً دِرْهَمٍ؛ لِأَنَّهَا بَدَلُ النَّفْسِ، وَكَذَلِكَ مَنْ قَتَلَ عَبْدًا قِيمَتُهُ مِائَةٌ وَخَمْسُونَ دِرْهَمًا فَإِنَّهُ تَحْمَلُهُ الْعَاقِلَةُ؛ لِأَنَّ تَحْمُلَ بَدَلِ النَّفْسِ ثَابِتٌ بِالنَّصِّ وَالتَّحْمُلُ فِيمَا دُونَ النَّفْسِ ثَابِتٌ بِعِلَّةِ النَّصِّ فَلَا يُعْتَبَرُ لِلتَّحْمُلِ فِيمَا دُونَ النَّفْسِ مِقْدَارٌ لَمْ يَوْجَدْ فِي التَّحْمُلِ لَا النَّصُّ وَلَا عِلَّتُهُ فَيَجِبُ فِي مَالِهِ.

وَقَوْلُهُ (وَلَا عَبْدًا) قَالَ أَبُو عُبَيْدٍ: اخْتَلَفُوا فِي تَأْوِيلِ قَوْلِهِ ﷺ «لَا تَعْقِلُ الْعَوَاقِلُ عَمْدًا وَلَا عَبْدًا» فَقَالَ لِي مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ رَحِمَهُ اللَّهُ: إِنَّمَا مَعْنَاهُ أَنْ يَقْتُلَ الْعَبْدُ حُرًّا فَلَيْسَ عَلَى عَاقِلَةِ مَوْلَاهُ شَيْءٌ مِنْ جِنَايَةِ عَبْدِهِ، إِنَّمَا جِنَايَتُهُ فِي رَقَبَتِهِ أَنْ يَدْفَعَهُ إِلَى الْمَجْنُونِ عَلَيْهِ أَوْ يَفْدِيَهُ. ثُمَّ قَالَ: وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَالَ ابْنُ أَبِي لَيْلَى: إِنَّمَا مَعْنَاهُ أَنْ يَكُونَ الْعَبْدُ مَجْنُونًا عَلَيْهِ يَقْتُلُهُ حُرٌّ أَوْ يَجْرَحُهُ يَقُولُ: فَلَيْسَ عَلَى عَاقِلَةِ الْجَانِي شَيْءٌ إِنَّمَا ثَمَنُهُ فِي مَالِهِ خَاصَّةً.

قَالَ أَبُو عُبَيْدٍ: فَذَاكَ كَرْتِ الْأَصْمَعِيِّ فِي ذَلِكَ فَإِذَا هُوَ يَرَى الْقَوْلَ فِيهِ قَوْلُ ابْنِ أَبِي لَيْلَى لَجَرِيهِ عَلَى كَلَامِ الْعَرَبِ، وَلَا يَرَى قَوْلَ أَبِي حَنِيفَةَ جَائِزًا، يَذْهَبُ إِلَى أَنَّهُ لَوْ كَانَ الْمَعْنَى عَلَى مَا قَالَ لَكَانَ الْكَلَامُ لَا تَعْقِلُ الْعَاقِلَةُ عَنْ عَبْدٍ وَلَمْ يَكُنْ وَلَا تَعْقِلُ عَبْدًا، وَمَعْنَى قَوْلِ الْأَصْمَعِيِّ إِنَّ فِي كَلَامِ الْعَرَبِ يُقَالُ عَقَلْتُ الْقَتِيلَ إِذَا أُعْطِيتَ دِيَّتَهُ، وَعَقَلْتُ

عَنْ فُلَانٍ إِذَا لَزِمَتْهُ دِيَّةٌ فَأَعْطَيْتُهَا عَنْهُ. قَالَ الْأَصْمَعِيُّ: كَلِمَتُ أَبَا يُوسُفَ الْقَاضِي فِي ذَلِكَ بِحَضْرَةِ الرَّشِيدِ فَلَمْ يُفَرِّقْ بَيْنَ عَقْلَتِهِ وَعَقَلَتْ عَنْهُ حَتَّى فَهِمَتْهُ. وَأُجِيبَ بِأَنْ عَقْلَتَهُ يُسْتَعْمَلُ فِي مَعْنَى عَقَلَتْ عَنْهُ، وَسِيَاقُ الْحَدِيثِ وَهُوَ قَوْلُهُ ﷺ «لَا تَعْقِلِ الْعَاقِلَةَ عَمْدًا» وَسِيَاقُهُ وَهُوَ قَوْلُهُ «وَلَا صَلُحًا وَلَا اعْتِرَافًا» يَدْلَانِ عَلَى ذَلِكَ؛ لِأَنَّ مَعْنَاهُ عَنْ عَمْدٍ وَعَنْ صَلُحٍ وَعَنْ اعْتِرَافٍ، وَعَلَى هَذَا فَقَوْلُهُ بَعْدَ هَذَا.

قَالَ (وَلَا تَعْقِلِ الْعَاقِلَةَ جِنَايَةِ الْعَبْدِ وَلَا مَا لَزِمَ بِالصُّلْحِ أَوْ بِاعْتِرَافِ الْجَانِي) لَمَّا رَوَيْنَا، وَلِأَنَّهُ لَا تَنَاصُرَ بِالْعَبْدِ وَالْإِقْرَارِ وَالصُّلْحِ لَا يَلْزَمَانِ الْعَاقِلَةَ لِقُصُورِ الْوِلَايَةِ عَنْهُمْ. قَالَ (إِلَّا أَنْ يُصَدِّقُوهُ) لِأَنَّهُ ثَبَتَ بِتَصَادُقِهِمْ وَالْامْتِنَاعُ كَانَ لِحَقِّهِمْ وَلَهُمْ وَلِأَيَّةٍ عَلَى أَنْفُسِهِمْ.

الشرح:

(وَلَا تَعْقِلِ الْعَاقِلَةَ جِنَايَةِ الْعَبْدِ) إِضَافَةُ الْمَصْدَرِ إِلَى فَاعِلِهِ. وَأَمَّا إِذَا جَنَى الْحُرُّ عَلَى الْعَبْدِ فَقَتَلَهُ خَطَأً كَانَتْ عَلَى الْعَاقِلَةِ. وَقَوْلُهُ (وَالْإِقْرَارُ وَالصُّلْحُ لَا يَلْزَمَانِ الْعَاقِلَةَ لِقُصُورِ الْوِلَايَةِ عَنْهُمْ) إِلَّا أَنْ فِي الْإِقْرَارِ تَجِبُ الدِّيَّةُ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ، وَفِي الصُّلْحِ عَنْ الْعَمْدِ يَجِبُ الْمَالُ حَالًا إِلَّا إِذَا شَرَطَ الْأَجَلَ فِي الصُّلْحِ فَيَكُونُ مُؤَجَّلًا.

(وَمَنْ أَقْرَبُ بِقَتْلِ خَطَأٍ وَلَمْ يَرْفَعُوا إِلَى الْقَاضِي إِلَّا بَعْدَ سِنَيْنِ قُضِيَ عَلَيْهِ بِالدِّيَةِ فِي مَالِهِ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ مِنْ يَوْمٍ يُقْضَى) لِأَنَّ التَّأْجِيلَ مِنْ وَهْتِ الْقَضَاءِ فِي الثَّابِتِ بِالْبَيِّنَةِ فَفِي الثَّابِتِ بِالْإِقْرَارِ أَوْلَى (وَلَوْ تَصَادَقَ الْقَاتِلُ وَوَلِيُّ الْجِنَايَةِ عَلَى أَنْ قَاضِي بَلَدٍ كَذًا قُضِيَ بِالدِّيَةِ عَلَى عَاقِلَتِهِ بِالْكُوفَةِ بِالْبَيِّنَةِ وَكَذَبَهُمَا الْعَاقِلَةُ فَلَا شَيْءَ عَلَى الْعَاقِلَةِ) لِأَنَّ تَصَادُقَهُمَا لَيْسَ بِحُجَّةٍ عَلَيْهِمْ (وَلَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ شَيْءٌ فِي مَالِهِ) لِأَنَّ الدِّيَةَ بِتَصَادُقِهِمَا تَقَرَّرَتْ عَلَى الْعَاقِلَةِ بِالْقَضَاءِ وَتَصَادُقَهُمَا حُجَّةٌ فِي حَقِّهِمَا، بِخِلَافِ الْأَوَّلِ (إِلَّا أَنْ يَكُونَ لَهُ عَطَاءٌ مَعَهُمْ فَحِينَئِذٍ يَلْزَمُهُ بِقَدْرِ حِصَّتِهِ) لِأَنَّهُ فِي حَقِّ حِصَّتِهِ مَقْرَرٌ عَلَى نَفْسِهِ وَفِي حَقِّ الْعَاقِلَةِ مَقْرَرٌ عَلَيْهِمْ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (فَفِي الثَّابِتِ بِالْإِقْرَارِ أَوْلَى) يُرِيدُ أَنْ الثَّابِتَ بِالْبَيِّنَةِ أَوْلَى مِنْهُ بِالْإِقْرَارِ؛ لِأَنَّ الثَّابِتَ مُعَايَنَةً. وَفِي الْقَتْلِ مُعَايَنَةُ الدِّيَةِ إِنَّمَا تَجِبُ بِقَضَاءِ الْقَاضِي فَهَذَا أَوْلَى. وَقَوْلُهُ

(وَتَصَادِفُهُمَا حُجَّةٌ فِي حَقِّهِمَا)؛ لِأَنَّ أَحَدَ الْمُتَصَادِقَيْنِ وَلِيَ الْقَتِيلَ، وَمِنْ زَعْمِهِ أَنَّ الدِّيَّةَ إِنَّمَا وَجِبَتْ لَا عَلَى الْمَقْرِّ فَإِقْرَارُهُ حُجَّةٌ عَلَى نَفْسِهِ.

وَقَوْلُهُ (بِخِلَافِ الْأَوَّلِ) أَرَادَ بِهِ قَوْلُهُ وَالْإِقْرَارُ وَالصُّلْحُ لَا يُلْزِمَانِ الْعَاقِلَةَ فَيَنْهَمُ مِنْ هَذَا أَنَّهُ يُلْزَمُ مُوجِبُ الْإِقْرَارِ فِي مَالِ الْمَقْرِّ وَإِنَّمَا وَجِبَتْ الدِّيَّةُ هُنَاكَ فِي مَالِ الْمَقْرِّ؛ لِأَنَّ هُنَاكَ لَمْ يُوجَدْ تَصَادِفُهُمَا بِقَضَاءِ الدِّيَّةِ عَلَى الْعَاقِلَةِ فَيَجِبُ فِي مَالِ الْمَقْرِّ ضَرُورَةٌ.

فَإِنْ قِيلَ: لَمَّا كَانَ أَصْلُ الْوُجُوبِ عَلَيْهِ وَقَدْ تَحَوَّلَ بِزَعْمِهِ إِلَى عَاقِلَتِهِ بِقَضَاءِ الْقَاضِي، فَإِذَا تَوَى عَلَى الْعَاقِلَةِ بِجُحُودِهِمْ عَادَ الدَّيْنُ إِلَى ذِمَّةِ الْمُحِيلِ، أُجِيبَ بِأَنَّ هَذَا يَسْتَقِيمُ فِيمَا إِذَا كَانَ أَصْلُهُ دَيْنًا لِدَفْعِ التَّوَى عَنْ مَالِ الْمُسْلِمِ، وَهَذَا لَيْسَ كَذَلِكَ فَإِنَّهُ صِلَةٌ شَرَعَتْ صِيَانَةً لِدَمِ الْمَقْتُولِ عَنِ الْهَدَرِ، فَبَعْدَمَا تَقَرَّرَ عَلَى الْعَاقِلَةِ بِقَضَاءِ الْقَاضِي لَا يَتَحَوَّلُ إِلَيْهِ بِحَالٍ سِوَاءِ اسْتَوْفَى مِنَ الْعَاقِلَةِ أَوْ لَمْ يَسْتَوْفَ.

قَالَ (وَإِذَا جَنَى الْحُرُّ عَلَى الْعَبْدِ فَقَتَلَهُ خَطَأً كَانَ عَلَى عَاقِلَتِهِ قِيمَتُهُ) لِأَنَّهُ بَدَلُ النَّفْسِ عَلَى مَا عُرِفَ مِنْ أَصْلَانَا. وَفِي أَحَدِ قَوْلِي الشَّافِعِيِّ تَجِبُ فِي مَالِهِ لِأَنَّهُ بَدَلُ الْمَالِ عِنْدَهُ وَلِهَذَا يُوجِبُ قِيمَتُهُ بِالْغَتَةِ مَا بَلَغَتْ، وَمَا دُونَ النَّفْسِ مِنَ الْعَبْدِ لَا تَتَحَمَّلُهُ الْعَاقِلَةُ لِأَنَّهُ يُسَلِّكُ بِهِ مَسْلَكَ الْأَمْوَالِ عِنْدَنَا عَلَى مَا عُرِفَ، وَفِي أَحَدِ قَوْلَيْهِ الْعَاقِلَةُ تَتَحَمَّلُهُ كَمَا فِي الْحُرِّ وَقَدْ مَرَّ مِنْ قَبْلُ. قَالَ أَصْحَابُنَا: إِنَّ الْقَاتِلَ إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ عَاقِلَةٌ فَالدِّيَّةُ فِي بَيْتِ الْمَالِ لِأَنَّ جَمَاعَةَ الْمُسْلِمِينَ هُمْ أَهْلُ نُصْرَتِهِ وَلَيْسَ بَعْضُهُمْ أَخَصُّ مِنْ بَعْضٍ بِذَلِكَ، وَلِهَذَا لَوْ مَاتَ كَانَ مِيرَاثُهُ لِبَيْتِ الْمَالِ فَكَذَا مَا يُلْزِمُهُ مِنَ الْغَرَامَةِ يُلْزَمُ بَيْتَ الْمَالِ. وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَوَايَةٌ شَادَّةٌ أَنَّ الدِّيَّةَ فِي مَالِهِ، وَوَجْهُهُ أَنَّ الْأَصْلَ أَنْ تَجِبَ الدِّيَّةُ عَلَى الْقَاتِلِ لِأَنَّهُ بَدَلُ مُتْلَفٍ وَالْإِتْلَافُ مِنْهُ، إِلَّا أَنَّ الْعَاقِلَةَ تَتَحَمَّلُهَا تَحْقِيقًا لِلتَّخْفِيفِ عَلَى مَا مَرَّ. وَإِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ عَاقِلَةٌ عَادَ الْحُكْمُ إِلَى الْأَصْلِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَقَدْ مَرَّ مِنْ قَبْلُ) أَيُّ فِي أَوَّلِ فَصْلٍ بَعْدَ بَابِ جَنَايَةِ الْمَمْلُوكِ، وَقَوْلُهُ (قَالَ أَصْحَابُنَا رَحِمَهُمُ اللَّهُ: إِنَّ الْقَاتِلَ إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ عَاقِلَةٌ فَالدِّيَّةُ فِي بَيْتِ الْمَالِ) يَعْنِي إِذَا كَانَ الْقَاتِلُ مُسْلِمًا بِدَلِيلِ قَوْلِهِ؛ لِأَنَّ جَمَاعَةَ الْمُسْلِمِينَ هُمْ أَهْلُ النُّصْرَةِ، وَالنُّصْرَةُ بِالْوِلَايَةِ وَهِيَ مُنْقَطِعَةٌ بَيْنَنَا وَبَيْنَهُمْ، وَالْبَاقِي ظَاهِرٌ.

(وَابْنُ الْمَلَاعِنَةِ تَعَقِلُهُ عَاقِلَتُهُ أُمُّهُ) لِأَنَّهُ نَسَبَهُ ثَابِتٌ مِنْهَا دُونَ الْأَبِ (فَإِنْ عَقَلُوا عَنْهُ ثُمَّ ادَّعَاهُ الْأَبُ رَجَعَتْ عَاقِلَتُ الْأُمِّ بِمَا آدَتْ عَلَى عَاقِلَةِ الْأَبِ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ مِنْ يَوْمٍ يَقْضِي الْقَاضِي لِعَاقِلَةِ الْأُمِّ عَلَى عَاقِلَةِ الْأَبِ) لِأَنَّهُ تَبَيَّنَ أَنَّ الدِّيَّةَ وَاجِبَةً عَلَيْهِمْ، لِأَنَّهُ عِنْدَ الْإِكْذَابِ ظَهَرَ أَنَّ النَّسَبَ لَمْ يَزَلْ كَانَ ثَابِتًا مِنَ الْأَبِ حَيْثُ بَطَلَ اللَّعَانُ بِالْإِكْذَابِ، وَمَتَى ظَهَرَ مِنَ الْأَصْلِ فَقَوْمُ الْأُمِّ تَحَمَّلُوا مَا كَانَ وَاجِبًا عَلَى قَوْمِ الْأَبِ فَيَرْجِعُونَ عَلَيْهِمْ لِأَنَّهُمْ مُضْطَرُونَ فِي ذَلِكَ، وَكَذَلِكَ إِنْ مَاتَ الْمَكْتَابُ عَنْ وَفَاءٍ وَلَهُ وَلَدٌ حُرٌّ فَلَمْ يُؤَدِّ كِتَابَتَهُ حَتَّى جَنَى ابْنُهُ وَعَقَلَ عَنْهُ قَوْمُ أُمِّهِ ثُمَّ أُدِّيتِ الْكِتَابَةُ لِأَنَّهُ عِنْدَ الْأَدَاءِ يَتَحَوَّلُ وَلَاؤُهُ إِلَى قَوْمِ أَبِيهِ مِنْ وَقْتِ حُرِّيَّةِ الْأَبِ وَهُوَ آخِرُ جُزْءٍ مِنْ أَجْزَاءِ حَيَاتِهِ فَيَتَبَيَّنُ أَنَّ قَوْمَ الْأُمِّ عَقَلُوا عَنْهُمْ فَيَرْجِعُونَ عَلَيْهِمْ، وَكَذَلِكَ رَجُلٌ أَمَرَ صَبِيًّا بِقَتْلِ رَجُلٍ فَقَتَلَهُ فَضَمِنَتْ عَاقِلَتُ الصَّبِيِّ الدِّيَّةَ رَجَعَتْ بِهَا عَلَى عَاقِلَةِ الْأَمْرِ إِنْ كَانَ الْأَمْرُ ثَبَتَ بِالْبَيِّنَةِ، وَفِي مَالِ الْأَمْرِ إِنْ كَانَ ثَبَتَ بِإِقْرَارِهِ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ مِنْ يَوْمٍ يَقْضِي بِهَا الْقَاضِي عَلَى الْأَمْرِ، أَوْ عَلَى عَاقِلَتِهِ لِأَنَّ الدِّيَّاتِ تَحِبُّ مُوجَلَّةً بِطَرِيقِ التَّسْيِيرِ.

قَالَ ﷺ: هَاهُنَا عِدَّةُ مَسَائِلَ ذَكَرَهَا مُحَمَّدٌ مُتَفَرِّقَةً، وَالْأَصْلُ الَّذِي يُخْرَجُ عَلَيْهِ أَنْ يُقَالَ: حَالُ الْقَاتِلِ إِذَا تَبَدَّلَ حُكْمًا فَانْتَقَلَ وَلَاؤُهُ إِلَى وَلَاءِ سَبَبِ أَمْرِ حَادِثٍ لَمْ تَنْتَقِلْ جَنَايَتُهُ عَنِ الْأَوَّلِ قَضَى بِهَا أَوْ لَمْ يَقْضَ، وَإِنْ ظَهَرَتْ حَالَةٌ خَفِيَّةٌ مِثْلُ دَعْوَةٍ وَلَدِ الْمَلَاعِنَةِ حَوَّلَتْ الْجَنَايَةَ إِلَى الْأُخْرَى وَقَعَ الْقَضَاءُ بِهَا أَوْ لَمْ يَقَعْ، وَلَوْ لَمْ يَخْتَلَفْ حَالُ الْجَانِي وَلَكِنْ الْعَاقِلَةُ تَبَدَّلَتْ كَانَ الْاعْتِبَارُ فِي ذَلِكَ لَوَقْتِ الْقَضَاءِ، فَإِنْ كَانَ قَضَى بِهَا عَلَى الْأَوَّلَى لَمْ تَنْتَقِلْ إِلَى الثَّانِيَةِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ قَضَى بِهَا عَلَى الْأَوَّلَى فَإِنَّهُ يَقْضَى بِهَا عَلَى الثَّانِيَةِ، وَإِنْ كَانَتْ الْعَاقِلَةُ وَاحِدَةً فَلَحِقَهَا زِيَادَةٌ أَوْ نُقْصَانٌ اشْتَرَكُوا فِي حُكْمِ الْجَنَايَةِ قَبْلَ الْقَضَاءِ وَبَعْدَهُ إِلَّا فِيمَا سَبَقَ آدَاؤُهُ فَمَنْ أَحْكَمَ هَذَا الْأَصْلُ مُتَأَمِّلًا يُمَكِّنُهُ التَّخْرِيجُ فِيمَا وَرَدَ عَلَيْهِ مِنَ النُّظَائِرِ وَالْأَضْدَادِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (ثُمَّ أُدِّيتِ الْكِتَابَةُ) أَيُّ فَإِنَّهُ حِينَئِذٍ يَرْجِعُ قَوْمُ الْأُمِّ عَلَى الْأَبِ وَقَوْلُهُ (وَالْأَصْلُ الَّذِي يُخْرَجُ عَلَيْهِ أَنْ يُقَالَ حَالُ الْقَاتِلِ إِذَا تَبَدَّلَ حُكْمًا فَانْتَقَلَ وَلَاؤُهُ إِلَى وَلَاءِ سَبَبِ حَادِثٍ لَمْ تَنْتَقِلْ جَنَايَةُ عَنِ الْأَوَّلَى قَضَى بِهَا الْقَاضِي أَوْ لَمْ يَقْضَ) كَالْمَوْلُودِينَ عَبْدٍ

وَحُرَّةٌ إِذَا جَنَى ثُمَّ أُعْتِقَ الْعَبْدُ لَا تَتَحَوَّلُ الْجَنَايَةُ عَنْ عَاقِلَةِ الْأُمِّ؛ لِأَنَّ هَاهُنَا تَبَدَّلَ حَالُهُ بِأَنْ ائْتَقَلَ وَلَاؤُهُ عَنْ مَوَالِي الْأُمِّ إِلَى مَوَالِي الْأَبِ، وَكَالْغُلَامِ إِذَا حَفَرَ بِنْرًا قَبْلَ أَنْ يَعْتِقَ أَبُوهُ ثُمَّ سَقَطَ فِي الْبِنْرِ رَجُلٌ بَعْدَمَا أُعْتِقَ أَبُوهُ فَإِنَّ الْقَاضِيَّ يَقْضِي بِالذِّبَةِ عَلَى عَاقِلَةِ الْأُمِّ وَلَا يَجْعَلُ عَلَى عَاقِلَةِ الْأَبِ مِنْ ذَلِكَ شَيْئًا؛ لِأَنَّ الْحَادِثَ بَعْدَ الْحَفْرِ وَلَاؤُ الْعِتَاقَةِ فَيُعْتَبَرُ بِالْمَلِكِ الْحَفَرُ لَوْ وَجَدَ فِيهِ مَلِكٌ ثُمَّ حَدَثَ فِيهِ مَلِكٌ آخَرُ لِلغَيْرِ قَبْلَ الْوُقُوعِ فَإِنَّ الْجَنَايَةَ لَا تَتَحَوَّلُ إِلَى الْمَلِكِ الْحَادِثِ بَلْ تَبْقَى فِي الْمَلِكِ الَّذِي وَجَدَ فِيهِ الْحَفْرُ؛ فَإِنَّ الْعَبْدَ إِذَا حَفَرَ بِنْرًا فِي طَرِيقِ الْمُسْلِمِينَ بِغَيْرِ إِذْنِ مَوْلَاهُ فَقَبْلَ أَنْ يَقَعَ فِيهِ إِنْسَانٌ بَاعَهُ ثُمَّ وَقَعَ فِي مَلِكِ الْمُشْتَرِي إِنْسَانٌ فَمَاتَ فَالضَّمَانُ عَلَى الْبَائِعِ لَا عَلَى الْمُشْتَرِي؛ لِأَنَّ مَلِكَ الْمُشْتَرِي حَادِثٌ بَعْدَ الْحَفْرِ فَكَذَا الْوَلَاءُ الْحَادِثُ بَعْدَ الْحَفْرِ يُعْتَبَرُ بِهِ فَلَا تَتَحَوَّلُ الْجَنَايَةُ وَإِنْ ظَهَرَتْ حَالَةٌ خَفِيفَةٌ مِثْلُ دَعْوَةٍ وَلَدِ الْمُلَاعَنَةِ حُوِّلَتْ الْجَنَايَةُ إِلَى الْأُخْرَى وَقَعَ الْقَضَاءُ بِهَا أَوْ لَمْ يَقَعْ، وَقَدْ ذَكَرَ صَوْرَتَهُ فِي الْكِتَابِ.

وَكَذَا إِذَا مَاتَ الْمُكَاتَبُ عَنْ وَلَدٍ حُرٍّ وَوَفَاءٍ فَلَمْ يُؤَدُّوا مُكَاتَبَتَهُ حَتَّى جَنَى ابْنُهُ وَهُوَ مِنْ امْرَأَةٍ حُرَّةٍ مَوْلَاةٍ لِبَنِي تَمِيمٍ وَالْمُكَاتَبُ لِرَجُلٍ مِنْ هَمْدَانَ فَعَمَلٌ عَنْهُ جَنَايَتُهُ قَوْمٌ أُمُّهُ ثُمَّ أُدْبِتِ الْكِتَابَةُ فَإِنَّ عَاقِلَةَ الْأُمِّ يَرْجِعُونَ بِمَا أَدَّوْا عَلَى عَاقِلَةِ الْأَبِ؛ لِأَنَّ عِتْقَ الْمُكَاتَبِ عِنْدَ أَدَاءِ الْبَدَلِ يَسْتَنِدُّ إِلَى حَالِ حَيَاتِهِ، فَتَيِّنَ أَنَّهُ كَانَ لِلْوَلَدِ وَلَاؤُ مِنْ جَانِبِ الْأَبِ حِينَ جَنَى وَأَنْ مُوجِبُ جَنَايَتِهِ عَلَى مَوَالِي أَبِيهِ فَلِذَلِكَ يَرْجِعُونَ عَلَى مَوَالِي الْأَبِ وَلَوْ لَمْ يَخْتَلَفْ حَالُ الْجَانِي وَلَكِنَّ الْعَاقِلَةَ تَبَدَّلَتْ كَانَ الْاِعْتِبَارُ فِي ذَلِكَ لَوْ قَتَلَ الْقَضَاءُ كَمَا ذَكَرَ فِي الْكِتَابِ فِي صُورَةِ تَحْوِيلِ الدِّيَّوَانِ مِنَ الْكُوفَةِ إِلَى الْبَصْرَةِ مِنْ قَبْلُ، وَإِنْ كَانَتْ الْعَاقِلَةُ وَاحِدَةً فَلَحَقَهَا زِيَادَةٌ أَوْ نُقْصَانٌ اشْتَرَكُوا فِي حُكْمِ الْجَنَايَةِ قَبْلَ الْقَضَاءِ وَبَعْدَهُ كَمَا إِذَا قُلْتُ الْعَاقِلَةُ بَعْدَ الْقَضَاءِ عَلَيْهِمْ وَبَعْدَ أَخْذِ الْبَعْضِ مِنْهُمْ ضَمَّ إِلَيْهِمْ أَقْرَبُ الْقَبَائِلِ نَسَبًا وَقَدْ تَعَدَّمْ، وَقَوْلُهُ (إِلَّا فِيمَا سَقَّ أَدَاؤُهُ) اسْتِثْنَاءٌ مِنْ قَوْلِهِ اشْتَرَكُوا: يَعْنِي لَا يَشْتَرِكُونَ فِيهِ بَلْ يَقَعُ ذَلِكَ مِنَ الَّذِينَ أَدَّوْا قَبْلَ ضَمِّ أَقْرَبِ الْقَبَائِلِ إِلَيْهِمْ.

كِتَابُ الْوَصَايَا

بَابُ فِي صِفَةِ الْوَصِيَّةِ

مَا يَجُوزُ مِنْ ذَلِكَ وَمَا يُسْتَحَبُّ مِنْهُ وَمَا يَكُونُ رُجُوعًا عَنْهُ

الشرح:

(كِتَابُ الْوَصَايَا) بَابُ فِي صِفَةِ الْوَصِيَّةِ مَا يَجُوزُ مِنْ ذَلِكَ وَمَا يُسْتَحَبُّ مِنْهُ وَمَا يَكُونُ رُجُوعًا عَنْهُ) إِبْرَادُ كِتَابِ الْوَصَايَا فِي آخِرِ الْكِتَابِ ظَاهِرُ الْمُنَاسَبَةِ؛ لِأَنَّ آخِرَ أَحْوَالِ الْآدَمِيِّ فِي الدُّنْيَا الْمَوْتُ.

وَالْوَصِيَّةُ مُعَامَلَةٌ وَقْتُ الْمَوْتِ وَلَهُ زِيَادَةُ اخْتِصَاصٍ بِكِتَابِ الْجَنَائِزِ وَالذِّيَّاتِ لِمَا أَنَّ الْجَنَائِزَةَ قَدْ تُقْضَى إِلَى الْمَوْتِ الَّذِي وَقْتُهِ وَقْتُ الْوَصِيَّةِ، وَالْوَصِيَّةُ اسْمٌ بِمَعْنَى الْمَصْدَرِ، ثُمَّ سُمِّيَ الْمُوصَى بِهِ وَصِيَّةً، وَهِيَ فِي الشَّرِيعَةِ تَمْلِكٌ مُضَافٌ إِلَى مَا بَعْدَ الْمَوْتِ بِطَرِيقِ التَّبَرُّعِ، وَسَبَبُهَا سَبَبُ التَّبَرُّعَاتِ وَشَرَائِطُهَا كَوْنُ الْمُوصِي أَهْلًا لِلتَّبَرُّعِ، وَأَنْ لَا يَكُونَ مَدْيُونًا.

وَكَوْنُ الْمُوصَى لَهُ حَيًّا وَقْتُ الْوَصِيَّةِ وَإِنْ لَمْ يُولَدْ، وَأَجْنَبِيًّا عَنِ الْمِيرَاثِ، وَأَنْ لَا يَكُونَ قَاتِلًا، وَكَوْنُ الْمُوصَى بِهِ بَعْدَ مَوْتِ الْمُوصِي شَيْئًا قَابِلًا لِلتَّمْلِكِ مِنَ الْغَيْرِ بَعْدُ مِنَ الْعُقُودِ حَالِ حَيَاةِ الْمُوصِي سَوَاءً كَانَ مُوجُودًا فِي الْحَالِ أَوْ مَعْدُومًا، وَأَنْ يَكُونَ بِمِقْدَارِ الثُّلُثِ.

وَرُكْنُهَا أَنْ يَقُولَ: أَوْصَيْتُ بِكَذَا لِفُلَانٍ وَمَا يَجْرِي مَجْرَاهُ مِنَ الْأَلْفَافِ الْمُسْتَعْمَلَةِ فِيهَا. وَأَمَّا حُكْمُ الْوَصِيَّةِ فَفِي حَقِّ الْمُوصَى لَهُ أَنْ يَمْلِكَ الْمُوصَى بِهِ مِلْكًا جَدِيدًا كَمَا فِي الْهَبَةِ وَفِي حَقِّ الْمُوصِي إِقَامَةُ الْمُوصَى لَهُ فِيمَا أَوْصَى بِهِ مَقَامَ نَفْسِهِ كَالْوَارِثِ. وَصِفَتُهَا مَا ذَكَرَهُ.

قَالَ (الْوَصِيَّةُ غَيْرُ وَاجِبَةٍ وَهِيَ مُسْتَحَبَّةٌ) وَالْقِيَاسُ يَأْبَى جَوَازَهَا لِأَنَّهُ تَمْلِكٌ مُضَافٌ إِلَى حَالِ زَوَالِ مَالِكِيَّتِهِ، وَلَوْ أُضِيفَ إِلَى حَالِ قِيَامِهَا بِأَنْ قِيلَ مِلْكُكَ غَدًا كَانَ بَاطِلًا فَهَذَا أَوَّلِي، إِلَّا أَنَا اسْتَحْسَنَاهُ لِحَاجَةِ النَّاسِ إِلَيْهَا، فَإِنَّ الْإِنْسَانَ مَغْرُورٌ بِأَمَلِهِ مُقْتَصِرٌ فِي عَمَلِهِ، فَإِذَا عَرَضَ لَهُ الْمَرَضُ وَخَافَ الْبَيَّانَ يَحْتَاجُ إِلَى تَلَافِي بَعْضِ مَا فَرَطَ مِنْهُ مِنَ التَّفْرِيطِ بِمَالِهِ عَلَى وَجْهِ لَوْ مَضَى فِيهِ يَتَحَقَّقُ مَقْصِدُهُ الْمَالِي، وَلَوْ أَنَّهُضَهُ الْبُرْءُ يَصْرِفُهُ إِلَى مَطْلَبِهِ الْحَالِيِّ، وَفِي شَرْعِ الْوَصِيَّةِ ذَلِكَ فَشَرَعْنَاهُ، وَمِثْلُهُ فِي الْإِجَارَةِ بَيِّنًا، وَقَدْ تَبَقَّى

الْمَالِكِيَّةُ بَعْدَ الْمَوْتِ بِاعْتِبَارِ الْحَاجَةِ كَمَا فِي قَدْرِ التَّجْهِيزِ وَالذِّينِ، وَقَدْ نَطَقَ بِهِ الْكِتَابُ وَهُوَ قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿مَنْ بَعْدَ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ ذِينَ﴾ [النساء: ١١] وَالسُّنَّةُ وَهُوَ قَوْلُ النَّبِيِّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «إِنَّ اللَّهَ تَعَالَى تَصَدَّقَ عَلَيْكُمْ بِثُلُثِ أَمْوَالِكُمْ فِي آخِرِ أَعْمَارِكُمْ زِيَادَةً لَكُمْ فِي أَعْمَالِكُمْ تَضَعُونَهَا حَيْثُ شِئْتُمْ» أَوْ قَالَ «حَيْثُ أَحْبَبْتُمْ» ^(١) وَعَلَيْهِ إِجْمَاعُ الْأُمَّةِ. ثُمَّ تَصِحُّ لِلْأَجَنَبِيِّ فِي الثُّلُثِ مِنْ غَيْرِ إِجَازَةِ الْوَرَثَةِ لِمَا رَوَيْنَا، وَسَنُبَيِّنُ مَا هُوَ الْأَفْضَلُ فِيهِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

الشرح:

بقوله (الوصية غير واجبة وهي مستحبة) فقوله غير واجبة رد لقول من يقول: إن الوصية للوالدين والأقربين إذا كانوا ممن لا يرثون فرض، ولقول من يقول: الوصية واجبة على كل أحد ممن له ثروة ويسار لقوله تعالى ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ﴾ [البقرة: ١٨٠] والمكتوب علينا فرض، ولما لم يفهم الاستحباب من نفي الوجوب لجواز الإباحة قال: وهي مستحبة والقياس يأبى جوازها؛ لأنه تملك مضاف إلى حال زوال مالكيتها، ولو أضافه إلى حال قيامها بأن قال ملكك غذا كان باطلا فهذا أولى، إلا أنا استحسانه لحاجة الناس إليها، إلى آخر ما ذكر في الكتاب.

وقوله (ومثله في الإجازة بيناه) في ألها عقد يأبى القياس جوازها لكونها مضافة إلى زمان في المستقبل، وكان جوازه بالاستحسان لحاجة الناس إليه. وقوله (وقد تبقى الملكية بعد الموت) جواب عن وجه القياس.

وقوله (وقد نطق به الكتاب وهو قوله تعالى ﴿مَنْ بَعْدَ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ ذِينَ﴾ [النساء: ١١] إلى آخر ما ذكر) بيان لوجه الاستحسان.

وقد استدلل أبو بكر الرازي رحمه الله على نسخ قوله تعالى ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ﴾ بهذه الآية، وقد ذكره الإمام المحقق فخر الإسلام في أصوله وقرئناه في التقرير بأن الله تعالى رتب الموارث على وصية نكرة والوصية الأولى كانت معهودة فإنها الوصية للوالدين، فلو كانت تلك الوصية باقية مع الميراث لرتب هذه

الْوَصِيَّةَ عَلَيْهَا، وَيَنْ بَأْنَ هَذَا الْمَقْدَارَ بِعَدَدِ الْمَقْدَارِ الْمَفْرُوضِ؛ لِأَنَّ الْمَحْلَ مَحَلُّ يَبَانَ مَا فُرِضَ لِلْوَالِدَيْنِ، وَحَيْثُ رَبَّهَ عَلَى وَصِيَّةٍ مُنْكَرَةٍ دَلَّ عَلَى أَنَّ الْوَصِيَّةَ الْمَفْرُوضَةَ لَمْ تَبْقَ لَازِمَةً بَلْ بَعْدَ أَيِّ وَصِيَّةٍ كَانَتْ نَصِيْبُهُمَا ذَلِكَ الْمَقْدَارَ، وَذَلِكَ يَسْتَلْزِمُ انْتِفَاءَ وَجُوبِ الْوَصِيَّةِ الْمَفْرُوضَةِ وَإِذَا انْتَسَخَ الْوُجُوبُ انْتَسَخَ الْجَوَازُ عِنْدَنَا.

وَذَكَرَ فَخْرُ الْإِسْلَامِ وَجْهًا آخَرَ وَقَدْ قَرَّرْنَاهُ فِي التَّقْرِيرِ وَاسْتِدْلَالُهُ بِالسُّنَّةِ ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (وَعَلَيْهِ) أَيُّ عَلَى جَوَازِ الْوَصِيَّةِ (إِجْمَاعُ الْأُمَّةِ) وَقَوْلُهُ (لَمَّا رَوَيْنَا) إِيَّاهُ إِلَى قَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «بِثُلْثِ أَمْوَالِكُمْ» مِنْ غَيْرِ تَقْيِيدٍ بِإِجَازَةٍ. وَقَوْلُهُ (وَسَيِّئٌ مَا هُوَ الْأَفْضَلُ فِيهِ) أَيُّ: فِي فِعْلِ الْوَصِيَّةِ أَوْ فِي قَدْرِ الْوَصِيَّةِ.

قَالَ (وَلَا تَجُوزُ بِمَا زَادَ عَلَى الثُّلُثِ) لِقَوْلِ النَّبِيِّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ فِي حَدِيثِ سَعْدِ بْنِ أَبِي وَقَّاصٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ «الثُّلُثُ وَالثُّلُثُ كَثِيرٌ» ^(١) بَعْدَ مَا نَفَى وَصِيَّتَهُ بِالْكُلِّ وَالنِّصْفِ، وَلَأَنَّهُ حَقُّ الْوَرَثَةِ، وَهَذَا لِأَنَّهُ انْعَقَدَ سَبَبُ الزَّوَالِ إِلَيْهِمْ وَهُوَ اسْتِغْنَاؤُهُ عَنِ الْمَالِ فَأَوْجَبَ تَعَلُّقَ حَقِّهِمْ بِهِ، إِلَّا أَنَّ الشَّرْعَ لَمْ يُظْهِرْهُ فِي حَقِّ الْأَجَانِبِ بِقَدْرِ الثُّلُثِ لِيَتَدَارَكَ مَصِيرُهُ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ، وَأَظْهَرَهُ فِي حَقِّ الْوَرَثَةِ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُ لَا يُتَصَدَّقُ بِهِ عَلَيْهِمْ تَحَرُّزًا عَمَّا يَتَّفِقُ مِنَ الْإِيْثَارِ عَلَى مَا نُبَيِّنُهُ، وَقَدْ جَاءَ فِي الْحَدِيثِ «الْحَيْفُ فِي الْوَصِيَّةِ مِنْ أَكْبَرِ الْكِبَائِرِ» ^(٢) وَفَسَّرُوهُ بِالزِّيَادَةِ عَلَى الثُّلُثِ وَبِالْوَصِيَّةِ لِلْوَارِثِ.

قَالَ (إِلَّا أَنْ يُجِيزَهُ الْوَرَثَةُ بَعْدَ مَوْتِهِ وَهُمْ كِبَارٌ) لِأَنَّ الْاِمْتِنَاعَ لِحَقِّهِمْ وَهُمْ أَسْقَطُوهُ (وَلَا مُعْتَبَرٌ بِإِجَازَتِهِمْ فِي حَالِ حَيَاتِهِ) لِأَنَّهَا قَبْلَ ثُبُوتِ الْحَقِّ إِذَا الْحَقُّ يَثْبُتُ عِنْدَ الْمَوْتِ فَكَانَ لَهُمْ أَنْ يَرُدُّوهُ بَعْدَ وَفَاتِهِ، بِخِلَافِ مَا بَعْدَ الْمَوْتِ لِأَنَّهُ بَعْدَ ثُبُوتِ الْحَقِّ فَلَيْسَ لَهُمْ أَنْ يَرْجِعُوا عَنْهُ، لِأَنَّ السَّاقِطَ مُتَلَاشٍ. غَايَةُ الْأَمْرِ أَنَّهُ يُسْتَتَدُّ عِنْدَ الْإِجَازَةِ، لَكِنْ الْاِسْتِنَادُ يَظْهَرُ فِي حَقِّ الْقَائِمِ وَهَذَا قَدْ مَضَى وَتَلَاشَى، وَلِأَنَّ الْحَقِيقَةَ تَثْبُتُ عِنْدَ الْمَوْتِ وَقَبْلَهُ يَثْبُتُ مُجَرَّدُ الْحَقِّ، فَلَوْ اسْتَتَدَّ مِنْ كُلِّ وَجْهِ يَنْقَلِبُ حَقِيقَةً قَبْلَهُ، وَالرِّضَا بِبُطْلَانِ الْحَقِّ لَا يَكُونُ رِضًا بِبُطْلَانِ الْحَقِيقَةِ وَكَذَا إِنْ كَانَتْ الْوَصِيَّةُ لِلْوَارِثِ وَأَجَازَهُ الْبَقِيَّةُ فَحُكْمُهُ مَا ذَكَرْنَاهُ.

(١) أخرجه البخاري (٣٩٣٦)، ومسلم في الوصية (حديث ٨).

(٢) أخرجه الدارقطني (١٥١/٤) رقم (٧).

الشرح:

(وَلَا تَجُوزُ بِمَا زَادَ عَلَى الثُّلُثِ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ فِي حَدِيثِ سَعْدِ بْنِ أَبِي وَقَّاصٍ) وَهُوَ مَا رَوَى مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي كِتَابِ الْأَثَارِ قَالَ: أَخْبَرَنَا أَبُو حَنِيفَةَ قَالَ: حَدَّثَنَا عَطَاءُ بْنُ السَّائِبِ عَنْ أَبِيهِ عَنْ سَعْدِ بْنِ أَبِي وَقَّاصٍ قَالَ «دَخَلَ النَّبِيُّ ﷺ يَعُودُنِي فَقُلْتُ يَا رَسُولَ اللَّهِ أَفَأُوصِي بِمَا لِي كُلُّهُ؟ قَالَ: لَا، فَقُلْتُ فَبِالنِّصْفِ؟ قَالَ: لَا، قُلْتُ: فَبِالثُّلُثِ؟ قَالَ: الثُّلُثُ وَالثُّلُثُ كَثِيرٌ، لَا تَدْعُ أَهْلَكَ يَتَكَفَّفُونَ النَّاسَ».

وَفِي صَحِيحِ الْبُخَارِيِّ «إِنَّكَ إِنْ تَدْعُ وَرَثَتَكَ أَغْنِيَاءَ خَيْرٌ مِنْ أَنْ تَدْعَهُمْ عَالَةً يَتَكَفَّفُونَ النَّاسَ». وَقَوْلُهُ (وَهَذَا؛ لِأَنَّهُ ظَاهِرٌ، وَالضَّمِيرُ الْبَارِزُ فِي قَوْلِهِ لَمْ يَظْهَرْهُ وَأَظْهَرَهُ لِلِاسْتِغْنَاءِ. وَقَوْلُهُ (تَحَرُّزًا عَمَّا يَتَّفِقُ مِنَ الْإِثَارِ) أَيِ احْتِرَازًا عَمَّا يُوجَدُ مِنْ تَأْذِي الْبَعْضِ وَقَطِيعَةِ الرَّحِمِ بِسَبَبِ (إِثَارِ) الْبَعْضِ عَلَى الْبَعْضِ عَلَى (مَا بُيِّنَهُ) يَعْنِي عِنْدَ قَوْلِهِ بَعْدَ هَذَا وَلَا تَجُوزُ لَوَارِثٍ وَقَدْ جَاءَ فِي الْحَدِيثِ الْحَيْفُ فِي الْوَصِيَّةِ، رُويَ بِالْحَاءِ الْمُهْمَلَةِ وَسُكُونِ الْيَاءِ وَهُوَ الظُّلْمُ، وَرُويَ الْجَنْفُ بِالْجِيمِ وَالتُّونِ الْمَفْتُوحَتَيْنِ وَهُوَ الْمِيلُ. وَقَوْلُهُ (إِلَّا أَنْ تُجِيزَ الْوَرِثَةُ) اسْتِثْنَاءٌ مِنْ قَوْلِهِ وَلَا تَجُوزُ بِمَا زَادَ عَلَى الثُّلُثِ، وَقَوْلُهُ (؛ لِأَنَّ السَّاقِطَ مُتَلَاشٍ) دَلِيلُ قَوْلِهِ فَكَانَ لَهُمْ أَنْ يَرُدُّوهُ بَعْدَ وَفَاتِهِ.

وَتَقْرِيرُهُ؛ لِأَنَّ إِجَازَتَهُمْ فِي ذَلِكَ الْوَقْتِ كَانَتْ سَاقِطَةً لِعَدَمِ مُصَادَفَتِهَا مَحَلًا وَالسَّاقِطَ مُتَلَاشٍ فَاجَازَتُهُمْ مُتَلَاشِيَةً، فَكَانَ لَهُمْ أَنْ يَرُدُّوهُ بَعْدَ الْمَوْتِ مَا أَجَازُوهُ فِي حَالِ حَيَاةِ الْمُوصِي.

فَإِنْ قِيلَ: لَا تُسَلَّمُ عَدَمُ مُصَادَفَةِ الْمَحَلِّ فَإِنَّ حَقَّ الْوَرِثَةِ ثَبَتَ فِي مَالِ الْمَوْرَثِ مِنْ أَوَّلِ الْمَرَضِ حَتَّى مَنَعَ عَنِ التَّصَرُّفِ فِي الثُّلَاثِينَ، فَلَمَّا مَاتَ ظَهَرَ أَنَّهَا صَادَقَتْ مَحَلَّهَا فَصَارَتْ كَأَجَازَتِهِمْ بَعْدَ مَوْتِ الْمَوْرَثِ بِسَبَبِ الْاسْتِنَادِ، أَجَابَ بِقَوْلِهِ (غَايَةُ الْأَمْرِ) يَعْنِي: أَنْ حَقَّهُمْ وَإِنْ اسْتَنَدَ إِلَى أَوَّلِ الْمَرَضِ لَكِنَّ الْاسْتِنَادَ يَظْهَرُ فِي حَقِّ الْقَائِمِ: يَعْنِي كَمَا فِي الْعُقُودِ الْمَوْقُوفَةِ إِذَا لَحِقَتْهَا الْإِجَارَةُ، وَكُتِبَتْ لِلْمَلِكِ فِي الْعَصَبِ عِنْدَ أَدَاءِ الضَّمَانِ؛ فَإِنَّ الْمَلِكَ يَثْبُتُ فِيهِمَا مُسْتَنَدًا إِلَى أَوَّلِ الْعَقْدِ وَالْعَصَبِ (وَهَذَا) يَعْنِي مَا نَحْنُ فِيهِ مِنَ الْإِجَازَةِ (قَدْ مَضَى وَتَلَاشَى) حِينَ وَقَعَ إِذَا لَمْ يُصَادَفْ مَحَلُّهُ فَلَا يَلْحَقُهَا الْاسْتِنَادُ.

وَقَوْلُهُ (وَلِأَنَّ الْحَقِيقَةَ) دَلِيلٌ آخَرُ تَقْرِيرُهُ حَقِيقَةُ الْمَلِكِ لِلْوَارِثِ ثَبُتُ عِنْدَ الْمَوْتِ لَا

قَبْلَهُ، وَإِنَّمَا يَثْبُتُ قَبْلَهُ مُجَرَّدُ حَقِّ الْمَلِكِ فَلَوْ اسْتَنَّدَ) مِلْكُهُ إِلَى أَوَّلِ الْمَرَضِ (مِنْ كُلِّ وَجْهِ لَانْقِلَبَ الْحَقُّ حَقِيقَةً) وَذَلِكَ بَاطِلٌ لَوْ قُوعَ الْحُكْمِ قَبْلَ السَّبَبِ وَهُوَ مَرَضُ الْمَوْتِ، وَإِنَّمَا قَيَّدَ بِقَوْلِهِ مِنْ كُلِّ وَجْهِ دَفْعًا لَوْ هُمْ مَنْ يَقُولُ حَقُّ الْوَارِثِ يَتَعَلَّقُ بِمَالِ الْمَوْرَثِ مِنْ أَوَّلِ الْمَرَضِ حَتَّى مَنَعَ ذَلِكَ التَّعَلُّقُ تَصَرُّفَ الْمَوْرَثِ فِي الثُّلَاثِينَ فَيَجِبُ أَنْ يَظْهَرَ أَنَّ ذَلِكَ التَّعَلُّقَ فِي حَقِّ إِسْقَاطِهِمْ بِالْإِجَازَةِ أَيْضًا.

وَوَجْهُ الدَّفْعِ أَنَّهُ لَوْ ظَهَرَ أَنَّ ذَلِكَ التَّعَلُّقَ فِي ذَلِكَ أَيْضًا لَانْقِلَبَ الْحَقُّ حَقِيقَةً مِنْ كُلِّ وَجْهِ، وَهُوَ لَا يَجُوزُ لَمَّا مَرَّ، فَإِنْ قِيلَ: الْوَارِثُ إِذَا عَفَا عَنْ جَارِحِ أَبِيهِ قَبْلَ مَوْتِ أَبِيهِ فَإِنَّهُ يَصِحُّ وَيَلْزَمُ مِنْ ذَلِكَ أَحَدُ أَمْرَيْنِ: إِمَّا أَنْ لَا يَلْزَمَ مِنَ الْاسْتِنَادِ مِنْ كُلِّ وَجْهِ قَلْبُ الْحَقِّ حَقِيقَةً، وَإِمَّا أَنْ لَا يَكُونَ هَذَا الْقَلْبُ مَانِعًا.

أُجِيبَ بِأَنَّ هَذَا الْقَلْبَ مَانِعٌ إِذَا لَمْ يَتَحَقَّقِ السَّبَبُ وَالْجَرُحُ سَبَبُ الْمَوْتِ وَقَدْ تَحَقَّقَ، بِخِلَافِ الْإِجَازَةِ فَإِنَّ السَّبَبَ لَمْ يَتَحَقَّقْ ثَمَّةً؛ لِأَنَّ السَّبَبَ هُوَ مَرَضُ الْمَوْتِ وَمَرَضُ الْمَوْتِ هُوَ الْمُتَّصِلُ بِالْمَوْتِ، فَقَبْلَ الْإِجَازَةِ لَوْ انْقَلَبَ الْحَقُّ حَقِيقَةً وَقَعَ الْحُكْمُ قَبْلَ السَّبَبِ وَهُوَ بَاطِلٌ، فَتَحْنُ بَيْنَ أَمْرَيْنِ: إِمَّا أَنْ تُبْطِلَ الْعَفْوَ عَنْ الْجَارِحِ نَظَرًا إِلَى عَدَمِ الْحَقِيقَةِ، وَإِمَّا أَنْ تُجِيزَ الْإِجَازَةَ نَظَرًا إِلَى وُجُودِ الْحَقِّ وَفِي ذَلِكَ إِبْطَالٌ لِأَحَدِهِمَا، فَقُلْنَا: لَا تَجُوزُ الْإِجَازَةُ نَظَرًا إِلَى انْتِفَاءِ الْحَقِيقَةِ، وَجَازَ الْعَفْوُ نَظَرًا إِلَى وُجُودِ الْحَقِّ، وَلَمْ تَعْكُسْ لَكُونَ الْعَفْوُ مَطْلُوبُ الْحُصُولِ.

وَقَوْلُهُ (وَالرَّضَا يُبْطِلَانِ الْحَقَّ لَا يَكُونُ رَضَا يُبْطِلَانِ الْحَقِيقَةَ) جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ الْإِجَازَةُ إِسْقَاطٌ مِنَ الْوَارِثِ لِحَقِّهِ بِرِضَاهُ فَكَانَ كَسَائِرِ الْإِسْقَاطَاتِ وَفِيهِ لَا رُجُوعٌ فَكَذَا فِيهَا.

وَوَجْهُهُ أَنَّهُ قَدْ عُرِفَ أَنَّ ثَمَّةَ حَقًّا وَحَقِيقَةً، وَإِنَّمَا رَضِيَ يُبْطِلَانِ الْحَقَّ لَا يُبْطِلَانِ الْحَقِيقَةَ؛ لِأَنَّ الرِّضَا يُبْطِلَانِهَا يَسْتَلْزِمُ وُجُودَهَا وَلَا وُجُودَ لَهَا قَبْلَ السَّبَبِ. وَقَوْلُهُ (وَكَذَا إِنْ كَانَتْ الْوَصِيَّةُ لِلْوَارِثِ) ظَاهِرٌ.

وَكُلُّ مَا جَازَ بِإِجَازَةِ الْوَارِثِ يَتَمَلَّكُهُ الْمَجَازُ لَهُ مِنْ قَبْلِ الْمَوْصِي) عِنْدَنَا، وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ مِنْ قَبْلِ الْوَارِثِ، وَالصَّحِيحُ قَوْلُنَا لِأَنَّ السَّبَبَ صَدَرَ مِنَ الْمَوْصِي، وَالْإِجَازَةُ رَفَعُ الْمَانِعِ وَلَيْسَ مِنْ شَرْطِهِ الْقَبْضُ فَصَارَ كَالْمُرْتَهَنِ إِذَا أَجَازَ بَيْعَ الرَّاهِنِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَكُلُّ مَا جَازَ بِإِجَازَةِ الْوَارِثِ يَتَمَلَّكُهُ الْمُجَازُ لَهُ مِنْ قَبْلِ الْمُوصِي) ذَكَرَهُ تَعْرِيفًا عَلَى مَسْأَلَةِ الْقُدُورِيِّ. وَجْهُ قَوْلِ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ بِنَفْسِ الْمَوْتِ صَارَ قَدْرُ الثَّلَاثِينَ مِنَ الْمَالِ مَمْلُوكًا لِلْوَارِثِ؛ لِأَنَّ الْمِيرَاثَ يَثْبُتُ لِلْوَارِثِ بِغَيْرِ قَبُولِهِ وَلَا يَرْتَدُّ بِرَدِّهِ، فَإِجَازَتُهُ تَكُونُ إِخْرَاجًا عَنْ مِلْكِهِ بِغَيْرِ عَوَضٍ، وَذَلِكَ هِبَةٌ لَا تَتِمُّ إِلَّا بِالْقَبْضِ. وَلَنَا أَنَّ الْمُوصِي صَدَرَ مِنْهُ السَّبَبُ، وَكُلُّ مَنْ صَدَرَ مِنْهُ السَّبَبُ يَثْبُتُ مِنْهُ الْمِلْكُ، وَكُلُّ ذَلِكَ ظَاهِرٌ فَالْمُوصَى لَهُ يَتَمَلَّكُ مِنَ الْمُوصِي.

وَقَوْلُهُ (وَالِإِجَازَةُ رَفَعُ الْمَانِعِ) جَوَابٌ عَنْ جَعْلِ الْإِجَازَةِ إِخْرَاجًا عَنْ الْمِلْكِ: يَعْنِي أَنَّ الْإِجَازَةَ لَيْسَتْ بِسَبَبٍ لِلخُرُوجِ عَنِ الْمِلْكِ وَإِنَّمَا هُوَ رَفْعُ الْمَانِعِ. وَقَوْلُهُ (وَلَيْسَ مِنْ شَرْطِهِ الْقَبْضُ) رَدٌّ لَكَوْنِهَا هِبَةً فَكَأَنَّهُ يَقُولُ: لَوْ كَانَ هِبَةً لَكَانَ الْقَبْضُ شَرْطًا وَهُوَ مَمْنُونٌ فَصَارَ مَا نَحْنُ فِيهِ كَالْمُرْتَهِنِ إِذَا أَجَازَ يَبِيعُ الرَّهْنُ فِي كَوْنِ السَّبَبِ صَدَرَ مِنَ الرَّاهِنِ وَالْمِلْكُ لِلْمُشْتَرِي يَثْبُتُ مِنْ قَبْلِهِ، فَإِجَازَةُ الْمُرْتَهِنِ رَفَعُ الْمَانِعِ. وَعُورِضَ بِأَنَّ الْوَارِثَ إِنْ أَجَازَ الْوَصِيَّةَ فِي مَرَضٍ مَوْتَهُ كَانَ مِنْ ثُلْثِ مَالِهِ، وَذَلِكَ يَدُلُّ عَلَى كَوْنِهِ مَالِكًا فَيَكُونُ التَّمْلِيكُ مِنْ جِهَتِهِ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ الْوَارِثَ كَانَ لَهُ حَقٌّ أَسْفَطُهُ بِالِإِجَازَةِ.

وَأَسْفَاطُ الْحُقُوقِ الْمَالِيَّةِ مُعْتَبَرٌ مِنَ الثَّلَاثِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ تَمْلِيكًا كَالْعِتْقِ، وَالْفَائِدَةُ تَظْهَرُ فِيمَا إِذَا أَجَازَ فِي مُشَاعٍ يَحْتَمِلُ الْقِسْمَةَ فَإِنَّ الْإِجَازَةَ صَحِيحَةٌ، وَتَصِيرُ مِلْكًا لِلْمُوصَى لَهُ قَبْلَ التَّسْلِيمِ، وَيُجْبَرُ الْوَارِثُ عَلَى التَّسْلِيمِ بَعْدَهَا عِنْدَنَا، وَلَوْ كَانَ التَّمْلِيكُ مِنْ جِهَةِ الْوَارِثِ.

قَالَ (وَلَا تَجُوزُ لِلْقَاتِلِ عَامِدًا كَانَ أَوْ خَاطِئًا بَعْدَ أَنْ كَانَ مُبَاشِرًا) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «لَا وَصِيَّةٌ لِلْقَاتِلِ»^(١) وَلَئِنَّهُ اسْتَعْجَلَ مَا أَخْرَهُ اللَّهُ تَعَالَى فَيَحْرُمُ الْوَصِيَّةُ كَمَا يَحْرُمُ الْمِيرَاثُ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: تَجُوزُ لِلْقَاتِلِ وَعَلَى هَذَا الْخِلَافِ إِذَا أَوْصَى لِرَجُلٍ ثُمَّ إِنَّهُ قَتَلَ الْمُوصِي تَبْطُلُ الْوَصِيَّةُ عِنْدَنَا، وَعِنْدَهُ لَا تَبْطُلُ، وَالْحُجَّةُ عَلَيْهِ فِي الْفَصْلَيْنِ مَا بَيَّنَّاهُ (وَلَوْ أَجَازَتْهَا الْوَرَثَةُ جَازَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: لَا تَجُوزُ) لِأَنَّ

(١) أخرجه الدارقطني (٤/٢٣٦، ٢٣٧) رقم (١١٥).

جِنَائَتُهُ بِأَقْبَى وَالْامْتِنَاعُ لِأَجْلِهَا. وَلَهُمَا أَنْ الْامْتِنَاعَ لِحَقِّ الْوَرَثَةِ لِأَنْ نَفَعَ بَطْلَانُهَا يَعُودُ إِلَيْهِمْ كَنَفْعِ بَطْلَانِ الْمِيرَاثِ، وَلَأنَّهُمْ لَا يَرْضَوْنَهَا لِلْقَاتِلِ كَمَا لَا يَرْضَوْنَهَا لِأَحَدِهِ.

قَالَ (وَلَا تَجُوزُ لَوَارِثِهِ) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «إِنَّ اللَّهَ تَعَالَى أَعْطَى كُلَّ ذِي حَقٍّ حَقَّهُ، إِلَّا لَا وَصِيَّةَ لَوَارِثٍ»^(١) وَلَأنَّهُ يَتَأَذَى الْبَعْضُ بِإِثَارِ الْبَعْضِ فَفِي تَجْوِيزِهِ قَطْلِيَّةُ الرَّحِمِ وَلَأنَّهُ حَيْفٌ بِالْحَدِيثِ الَّذِي رَوَيْنَاهُ، وَيُعْتَبَرُ كَوْنُهُ وَارِثًا أَوْ غَيْرَ وَارِثٍ وَهَتْ الْمَوْتُ لَا وَهَتْ الْوَصِيَّةَ لِأنَّهُ تَمْلِيكَ مُضَافٌ إِلَى مَا بَعْدَ الْمَوْتِ، وَحُكْمُهُ يَثْبُتُ بَعْدَ الْمَوْتِ.

الشرح:

انْعَكَسَتْ هَذِهِ الْأَحْكَامُ لَكَوْنِ الْإِجَارَةِ حَيْثُ هَبَةً. قَالَ (وَلَا تَجُوزُ لِلْقَاتِلِ عَامِدًا كَانَ أَوْ خَاطِئًا إلخ) لَا تَجُوزُ الْوَصِيَّةُ لِمُبَاشِرِ الْقَتْلِ عَامِدًا كَانَ أَوْ خَاطِئًا لِقَوْلِهِ ﷺ «لَا وَصِيَّةَ لِلْقَاتِلِ» (وَلَأنَّهُ اسْتَعْجَلَ مَا أَخْرَهُ اللَّهُ فَيَحْرُمُ الْوَصِيَّةَ كَمَا يُحْرَمُ الْمِيرَاثُ) وَرَدُّ بَأَنْ حَرَمَانَ الْإِرْثِ لَا يَسْتَلْزِمُ بَطْلَانَ الْوَصِيَّةِ كَمَا فِي الرَّقِّ وَاخْتِلَافِ الدِّينِ.

وَأُجِيبَ بِأَنْ حَرَمَانَ الْقَاتِلِ عَنِ الْمِيرَاثِ بِسَبَبِ مُعَايِظَةِ الْوَرَثَةِ مُقَاسَمَةِ قَاتِلِ أَبِيهِمْ فِي تَرْكِتِهِ وَالْمُوصَى لَهُ يُشَارِكُهُ فِي هَذَا الْمَعْنَى فَجَازَ الْقِيَاسُ عَلَيْهِ، وَالْمُشَابَهَةُ بَيْنَ الْمَقِيسِ وَالْمَقِيسِ عَلَيْهِ مِنْ كُلِّ وَجْهِ غَيْرِ مُلْتَزِمٍ، وَلَعَلَّ التَّفْصِيصَ عَنْ عَهْدَةِ كَوْنِهِ قِيَاسًا عَلَى طَرِيقَتِنَا عَسِرَ جِدًّا، وَسُلُوكُ طَرِيقِ الدَّلَالَةِ أَسْهَلُ (وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: تَجُوزُ الْوَصِيَّةُ لِلْقَاتِلِ) مُطْلَقًا؛ لِأنَّهُ أَجَنَّبِيٌّ مِنْهُ فَصَحَّتْ لَهُ كَمَا صَحَّتْ لغيرِهِ (وَعَلَى هَذَا الْخِلَافِ) بَيْنَنَا وَبَيْنَهُ.

(إِذَا أَوْصَى لِرَجُلٍ ثُمَّ إِنَّهُ قَتَلَ الْمُوصِي تَبْطُلُ الْوَصِيَّةُ عِنْدَنَا، وَعِنْدَهُ لَا تَبْطُلُ وَالْحُجَّةُ عَلَيْهِ فِي الْفَصْلَيْنِ) يَعْنِي فِيمَا إِذَا كَانَ الْقَتْلُ قَبْلَ الْوَصِيَّةِ أَوْ بَعْدَهَا (مَا يَنْبَاهُ) يَعْنِي مِنَ الْحَدِيثِ فَإِنَّهُ بِإِطْلَاقِهِ لَا يَفْصِلُ بَيْنَ تَقَدُّمِ الْجَرْحِ عَلَى الْوَصِيَّةِ وَتَأَخُّرِهِ عَنْهَا، وَمِنْ الْمَقُولِ الَّذِي ذَكَرَهُ وَاعْتَرَضَ عَلَيْهِ بِأَنْ ذَلِكَ صَحِيحٌ إِذَا كَانَ الْقَتْلُ بَعْدَ الْوَصِيَّةِ، وَأَمَّا إِذَا كَانَ الْجَرْحُ قَبْلَهَا فَلَا اسْتَعْجَالَ ثَمَّةَ.

وَأُجِيبَ يُجْعَلُ الْجَارِحُ مُسْتَعْجِلًا وَإِنْ تَقَدَّمَ جَرْحُهُ عَلَى الْوَصِيَّةِ لَمَّا ذَكَرَ شَيْخُ الْإِسْلَامِ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ الْمُعْتَبَرَ فِي كَوْنِ الْمُوصَى لَهُ قَاتِلًا أَوْ غَيْرَ قَاتِلٍ لِحَوَازِ الْوَصِيَّةِ

(١) أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ (٢٨٦٩)، وَالتِّرْمِذِيُّ (٢١٢٠)، وَابْنُ مَاجَةَ (٢٧١٣).

وَفَسَادَهَا يَوْمَ الْمَوْتِ لَا يَوْمَ الْوَصِيَّةِ، فَبِالنَّظَرِ إِلَى وَقْتِ الْمَوْتِ كَانَ الْقَتْلُ مُؤَخَّرًا عَنِ الْوَصِيَّةِ.

وَأَعْتَرَضَ بِنَقْضِ إِجْمَالِيٍّ بِأَنَّ مَا ذَكَرْتُمْ لَوْ صَحَّ بِجَمِيعِ مُقَدِّمَاتِهِ لَمَا عَتَقَ الْمُدَبِّرُ إِذَا قُتِلَ مَوْلَاهُ؛ لِأَنَّ التَّدْبِيرَ وَصِيَّةٌ وَهِيَ لَا تَصِحُّ لِلْقَاتِلِ، وَأُجِيبَ بِأَنَّ عِتْقَهُ مِنْ حَيْثُ إِنَّ مَوْتَهُ جُعِلَ شَرْطًا لِعِتْقِهِ وَقَدْ وَجِدَ، وَلَكِنْ يَسْعَى الْمُدَبِّرُ فِي جَمِيعِ قِيَمَتِهِ؛ لِأَنَّهُ تَعَذَّرَ الرَّدُّ مِنْ حَيْثُ الصُّورَةُ لَوْجُودِ شَرْطِ الْعِتْقِ الَّذِي لَا يَقْبَلُ الرَّدُّ فَيَرُدُّ مِنْ حَيْثُ الْمَعْنَى بِإِجَابِ السَّعَايَةِ.

(وَلَوْ أَجَازَتْ الْوَرَثَةُ الْوَصِيَّةَ لِلْقَاتِلِ جَازَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ لَا يَجُوزُ؛ لِأَنَّ جَنَابَتَهُ بَاقِيَةٌ وَالْإِمْتِنَاعُ لِأَجْلِهَا. وَلَهُمَا أَنَّ الْإِمْتِنَاعَ لِحَقِّ الْوَرَثَةِ) إِلَى آخِرِ مَا ذُكِرَ فِي الْكِتَابِ فَإِنْ قِيلَ: مَا الْفَرْقُ بَيْنَهَا وَبَيْنَ الْمِيرَاثِ إِذَا أَجَازَتْ الْوَرَثَةُ حَيْثُ صَحَّتْ الْوَصِيَّةُ دُونَ الْمِيرَاثِ؟ أُجِيبَ بِأَنَّ الْإِجَازَةَ تَصَرَّفُ مِنَ الْعَبْدِ فَتَعْمَلُ فِيمَا كَانَ مِنْ جِهَةِ الْعَبْدِ وَالْوَصِيَّةُ مِنْ جِهَةِ الْعَبْدِ فَتَعْمَلُ فِيهِ، بِخِلَافِ الْمِيرَاثِ فَإِنَّهُ مِنْ جِهَةِ الشَّرْعِ لَا صُنْعَ لِلْعَبْدِ فِيهِ فَلَا يَعْمَلُ فِيهِ تَصَرُّفُ الْعَبْدِ.

وَقَوْلُهُ (وَلَا يَرْضَوْنَهَا) أَيُّ الْوَصِيَّةِ (لِلْقَاتِلِ) كَمَا لَا يَرْضَوْنَهَا لِأَحَدِهِمْ) أَيُّ: لِأَحَدِ الْوَرَثَةِ، وَفِي الْوَصِيَّةِ لِأَحَدِهِمْ إِنْ أَجَازَهَا الْبَقِيَّةُ تَفَذَّتْ فَكَذَا الْقَاتِلُ. وَقَوْلُهُ (وَلَا تَجُوزُ لَوَارِثِهِ) أَيُّ لَوَارِثِ الْمُوصِي لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «إِنَّ اللَّهَ أَعْطَى كُلَّ ذِي حَقٍّ حَقَّهُ، أَلَا لَا وَصِيَّةَ لَوَارِثٍ»؛ وَلِأَنَّهُ يَتَأَذَّى الْبَعْضُ إِلَى آخِرِ مَا ذُكِرَ فِي الْكِتَابِ.

وَقَوْلُهُ (بِالْحَدِيثِ الَّذِي رَوَيْنَاهُ) إِشَارَةٌ إِلَى مَا تَقَدَّمَ فِي كِتَابِ الْهَبَةِ فِيمَنْ خَصَّصَ بَعْضُ أَوْلَادِهِ فِي الْعَطِيَّةِ. وَقَوْلُهُ (يُعْتَبَرُ كَوْنُهُ وَارِثًا غَيْرَ وَارِثٍ وَقَتِ الْمَوْتِ) ذَكَرَ فِي فِتَاوَى قَاضِي خَانَ: وَلَوْ أَوْصَى لِإِخْوَتِهِ الثَّلَاثَةِ الْمُتَفَرِّقِينَ وَلَهُ ابْنٌ جَازَتْ الْوَصِيَّةُ لَهُمْ بِالسُّوِيَّةِ أَثْلَانًا؛ لِأَنَّهُمْ لَا يَرْتُونَ مَعَ الْإِبْنِ فَإِنْ كَانَتْ لَهُ بِنْتُ مَكَانِ الْإِبْنِ جَازَتْ الْوَصِيَّةُ لِلأَخِ لِأَبٍ وَلِلأَخِ لَأُمٍّ، وَبَطَلَتْ لِلأَخِ لِأَبٍ وَأُمٍّ؛ لِأَنَّهُ يَرِثُهُ مَعَ الْبِنْتِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ ابْنٌ وَلَا بِنْتُ كَانَتْ الْوَصِيَّةُ كُلُّهَا لِلأَخِ لِأَبٍ لَا يَرِثُهُ، وَبَطَلَتْ لِلأَخِ لِأَبٍ وَأُمٍّ وَلِلأَخِ لَأُمٍّ لِأَنَّهُمَا يَرِثَانِهِ.

وَالْهَبَةُ مِنَ الْمَرِيضِ لِلْوَارِثِ فِي هَذَا تَطْيِيرُ الْوَصِيَّةِ) لِأَنَّهَا وَصِيَّةٌ حُكْمًا حَتَّى تَنْفَذَ

مِنَ الثُّلُثِ، وَإِقْرَارُ الْمَرِيضِ لِلوَارِثِ عَلَى عَكْسِهِ لِأَنَّهُ تَصَرَّفَ فِي الْحَالِ فَيُعْتَبَرُ ذَلِكَ وَقْتُ
الإِقْرَارِ. قَالَ (إِلَّا أَنْ تُحْجِزَهَا الْوَرْتَةُ) وَيُرْوَى هَذَا الْإِسْتِثْنَاءُ فِيمَا رَوَيْنَاهُ، وَلِأَنَّ الْأَمْتِنَاعَ
لِحَقِّهِمْ فَتَجُوزُ بِإِجَازَتِهِمْ؛ وَلَوْ أَجَازَ بَعْضٌ وَرَدَّ بَعْضٌ تَجُوزُ عَلَى الْمَحْجِزِ بِقَدْرِ حَصَّتِهِ
لَوْلَايَتِهِ عَلَيْهِ وَيَطْلُ فِي حَقِّ الرَّادِّ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِقْرَارُ الْمَرِيضِ لِلوَارِثِ عَلَى عَكْسِهِ) أَيُّ: عَلَى عَكْسِ الْوَصِيَّةِ بِتَأْوِيلِ
الإِبْصَاءِ أَوْ الْمَذْكُورِ: أَيُّ يُعْتَبَرُ فِي الإِقْرَارِ لِلوَارِثِ وَقْتُ الإِقْرَارِ لَا وَقْتُ الْمَوْتِ. ذَكَرَ فِي
النِّهَايَةِ أَنَّ اعْتِبَارَ وَقْتِ الإِقْرَارِ دُونَ وَقْتِ الْمَوْتِ لَيْسَ عَلَى إِطْلَاقِهِ، بَلْ ذَلِكَ إِذَا كَانَ
كَوْنُهُ وَارِثًا بِسَبَبِ حَادَثٍ. وَأَمَّا إِذَا كَانَ كَوْنُهُ وَارِثًا بِسَبَبِ كَانَ وَقْتُ الإِقْرَارِ يُعْتَبَرُ
كَوْنُهُ وَارِثًا وَقْتُ الْمَوْتِ أَيْضًا.

ثُمَّ يَبَيِّنُ ذَلِكَ فِي مَرِيضٍ أَقْرَأَ لِابْنِهِ الْعَبْدَ فَأَعْتَقَ فَمَاتَ الْأَبُ حَيْثُ صَحَّ الإِقْرَارُ؛
لِأَنَّ وَرَاثَتَهُ تَبَتَّ بِسَبَبِ حَادَثٍ وَهُوَ الْإِعْتَاقُ وَقَبْلَهُ كَانَ عَبْدًا وَكَسَبَ الْعَبْدُ لِمَوْلَاهُ فَهَذَا
الإِقْرَارُ فِي الْمَعْنَى حَصَلَ لِلْمَوْلَى وَهُوَ أَجَنَّبِيٌّ فَلَا يَطْلُ بِصَيْرُورَةِ الْإِبْنِ وَارِثًا بِسَبَبِ
حَادَثٍ. وَلَوْ أَقْرَأَ لِأَخِيهِ وَلَهُ ابْنٌ ثُمَّ مَاتَ الْإِبْنُ قَبْلَهُ حَتَّى صَارَ الْأَخُ وَارِثًا بَطَلَ إِقْرَارُهُ
عِنْدَنَا؛ لِأَنَّهُ لَمَّا كَانَ وَارِثًا بِسَبَبِ قَائِمٍ وَقْتُ الإِقْرَارِ تَبَيَّنَ أَنَّ إِقْرَارَهُ حَصَلَ لَوَارِثِهِ وَذَلِكَ
بَاطِلٌ، هَذَا حَاصِلُ مَا ذَكَرَهُ.

وَأَرَى أَنَّ إِطْلَاقَ الْمُصَنِّفِ يُعْنِي عَنْ ذَلِكَ التَّطْوِيلَ، وَذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ قَالَ يُعْتَبَرُ فِي
إِقْرَارِ الْمَرِيضِ لَوَارِثِهِ كَوْنُهُ وَارِثًا عِنْدَ الإِقْرَارِ وَالْعَبْدُ لَيْسَ بِوَارِثٍ عِنْدَ الإِقْرَارِ؛ لَكَوْنِهِ
مَحْرُومًا فَلَا يَكُونُ إِقْرَارًا لِلوَارِثِ وَكَلَامُنَا فِيهِ وَالْأَخُ لَيْسَ بِمَحْرُومٍ فَيَكُونُ وَارِثًا عِنْدَ
الإِقْرَارِ وَإِنْ كَانَ مَحْجُوبًا، وَالْإِقْرَارُ لِلوَارِثِ بَاطِلٌ. وَقَوْلُهُ (إِلَّا أَنْ تُحْجِزَهَا الْوَرْتَةُ)
اسْتِثْنَاءٌ مِنْ قَوْلِهِ وَلَا تَجُوزُ لَوَارِثِهِ وَيُرْوَى هَذَا الْإِسْتِثْنَاءُ فِيمَا رَوَيْنَاهُ مِنْ قَوْلِهِ ﷺ «أَلَا لَا
وَصِيَّةَ لَوَارِثٍ».

وَقَوْلُهُ (؛ وَلِأَنَّ الْأَمْتِنَاعَ لِحَقِّهِمْ) أَيُّ لِحَقِّهِمُ الَّذِي هُوَ تَأْذِيهِمْ بِإِثَارِ الْبَعْضِ دُونَ
الْبَعْضِ، وَبِالْتَّفْسِيرِ عَلَى هَذَا الْوَجْهِ يَنْدَفِعُ مَا قِيلَ لَوْ كَانَ الْأَمْتِنَاعُ لِحَقِّهِمْ لِحَازَ فِيمَا دُونَ
الثُّلُثَيْنِ أَجَازُوا أَوْ لَمْ يُجِيزُوا؛ لِأَنَّهُ لَا حَقَّ لَهُمْ فِي الثُّلُثِ كَمَا فِي الْوَصِيَّةِ لِلْأَجَنَّبِيِّ قَوْلُهُ

(وَلَوْ أَجَازَ بَعْضُ ظَاهِرٍ).

قَالَ (وَيَجُوزُ أَنْ يُوصِيَ الْمُسْلِمُ لِلْكَافِرِ وَالْكَافِرُ لِلْمُسْلِمِ) فَأَلَوَى لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿لَا يَنْهَكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ لَمْ يُقْتِلُوكُمْ فِي الدِّينِ﴾ [المتحنة: ١٨]. وَالثَّانِي لِأَنَّهُمْ بِعَقْدِ الذِّمَّةِ سَاوُوا الْمُسْلِمِينَ فِي الْمَعَامَلَاتِ وَلِهَذَا جَازَ التَّبَرُّعُ مِنَ الْجَانِبَيْنِ فِي حَالَةِ الْحَيَاةِ فَكَذَا بَعْدَ الْمَمَاتِ (وَفِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ الْوَصِيَّةُ لِأَهْلِ الْحَرْبِ بِاطِلَّةٍ) لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿إِنَّمَا يَنْهَكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ قَتَلُواكُمْ فِي الدِّينِ﴾ [المتحنة: ١٩].

الشرح:

قَالَ (وَيَجُوزُ أَنْ يُوصِيَ الْمُسْلِمُ لِلْكَافِرِ) وَصِيَّةُ الْمُسْلِمِ لِلْكَافِرِ الذِّمِّيِّ وَعَكْسُهَا جَائِزَةٌ، فَأَمَّا الْأَوَّلُ فَلِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿لَا يَنْهَكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ لَمْ يُقْتِلُوكُمْ فِي الدِّينِ﴾ [المتحنة: ١٨]، نَفْيُ النَّهْيِ عَنِ الْبَرِّ إِلَيْهِمْ، وَالْوَصِيَّةُ لَهُمْ بِرِّ إِلَيْهِمْ فَكَانَتْ غَيْرَ مَنْهِيَّةٍ. وَأَمَّا الثَّانِي فَلَمَّا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ. وَأَمَّا الْوَصِيَّةُ لِأَهْلِ الْحَرْبِ فَفِي رِوَايَةِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ بَاطِلَةٌ، وَقَالُوا فِي شُرُوحِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ: إِنَّهُ ذَكَرَ فِي السِّيَرِ الْكَبِيرِ مَا يَدُلُّ عَلَى جَوَازِ الْوَصِيَّةِ لَهُمْ.

وَوَجْهُ التَّوْفِيقِ بَيْنَ الرَّوَايَتَيْنِ أَنَّهُ لَا يَنْبَغِي أَنْ يُفْعَلَ، وَإِنْ فُعِلَ ثَبَتَ الْمَلِكُ لَهُمْ؛ لِأَنَّهُمْ مِنْ أَهْلِ الْمَلِكِ. وَأَمَّا وَصِيَّةُ الْحَرْبِيِّ بَعْدَمَا دَخَلَ دَارَنَا بِأَمَانٍ فَإِنَّهَا جَائِزَةٌ؛ لِأَنَّ لَهُ وِلَايَةً تُمْلِكُ مَالَهُ فِي حَيَاتِهِ فَكَذَا بَعْدَ وَفَاتِهِ، خِلَافَ أَنَّهُ فَرَّقَ بَيْنَ وَصِيَّتِهِ بِالْثُلُثِ وَبِجَمِيعِ مَالِهِ؛ لِأَنَّ مَنَعَ الْمُسْلِمَ عَمَّا زَادَ عَلَى الثُّلُثِ لِحَقِّ وَرَثَتِهِ الْمُسْلِمِينَ؛ لِأَنَّهُ مَعْصُومٌ عَنِ الْإِبْطَالِ وَوَرَثَةُ الْحَرْبِيِّ لَيْسَتْ كَذَلِكَ.

قَالَ (وَقَبُولُ الْوَصِيَّةِ بَعْدَ الْمَوْتِ فَإِنْ قَبِلَهَا الْمُوصَى لَهُ حَالِ الْحَيَاةِ أَوْ رَدَّهَا فَذَلِكَ بَاطِلٌ) لِأَنَّ أَوَانَ ثُبُوتِ حُكْمِهِ بَعْدَ الْمَوْتِ لَتَعَلُّقِهِ بِهِ فَلَا يُعْتَبَرُ قَبْلُهُ كَمَا لَا يُعْتَبَرُ قَبْلَ الْعَقْدِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَقَبُولُ الْوَصِيَّةِ بَعْدَ الْمَوْتِ) عَلَى مَا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ ظَاهِرٌ، وَالْقَبُولُ لَيْسَ بِشَرْطٍ لَصِحَّةِ الْوَصِيَّةِ، وَإِنَّمَا هُوَ شَرْطُ ثُبُوتِ الْمَلِكِ لِلْمُوصَى لَهُ، وَالْوَصِيَّةُ شَبَّةٌ بِالْمِيرَاثِ مِنْ حَيْثُ إِنَّهَا تُمْلِكُ بِالْمَوْتِ، وَشَبَّةٌ بِأَهْيَةِ مَنْ حَيْثُ إِنَّهَا تُمْلِكُ بِتَمْلِيكِ الْغَيْرِ، فَاعْتَبَرْنَا

شَبَّهَ الْهَبَةَ فِي حَقِّ الْقَبُولِ مَا دَامَ مُمَكِّنًا مِنَ الْمُوصَى لَهُ فَقُلْنَا: لَا تُمْلِكُ قَبْلَ الْقَبُولِ، وَاعْتَبَرْنَا شَبَّهَ الْمِيرَاثِ بَعْدَ الْقَبُولِ فَقُلْنَا إِنَّهُ يَمْلِكُهَا بَعْدَهُ مِنْ غَيْرِ قَبْضِ عَمَلٍ بِالشَّبْهِينِ بِقَدْرِ الْإِمْكَانِ. وَإِنْ مَاتَ الْمُوصَى لَهُ مِنْ غَيْرِ رَدٍّ وَقَبُولٍ فَقَدْ ذَكَرَ فِي الْكِتَابِ أَنَّ الْوَصِيَّةَ تَبْطُلُ قِيَاسًا، وَيَلْزَمُ ذَلِكَ وَرَثَةُ الْمُوصَى لَهُ رَدُّوْا أَوْ قَبِلُوْا فِي الْاسْتِحْسَانِ.

قَالَ (وَيُسْتَحَبُّ أَنْ يُوصِيَ الْإِنْسَانُ بِدُونِ الثَّلَاثِ) سَوَاءً كَانَتْ الْوَرَثَةُ أَغْنِيَاءَ أَوْ فَقَرَاءَ، لِأَنَّ فِي التَّنْقِيصِ صِلَةَ الْقَرِيبِ بِتَرْكِ مَا لَهُ عَلَيْهِمْ، بِخِلَافِ اسْتِكْمَالِ الثَّلَاثِ، لِأَنَّهُ اسْتِيفَاءُ تَمَامِ حَقِّهِ فَلَا صِلَةَ وَلَا مَنَّةَ، ثُمَّ الْوَصِيَّةُ بِأَقْلٍ مِنَ الثَّلَاثِ أَوْلَى أَمْ تَرْكُهَا؟ قَالُوا: إِنْ كَانَتْ الْوَرَثَةُ فَقَرَاءَ وَلَا يَسْتَغْنُونَ بِمَا يَرْتُونَ فَالتَّرْكِ أَوْلَى لِمَا فِيهِ مِنَ الصَّدَقَةِ عَلَى الْقَرِيبِ. وَقَدْ قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «أَفْضَلُ الصَّدَقَةِ عَلَى ذِي الرَّحِمِ الْكَاشِحُ» ^(١) وَلِأَنَّ فِيهِ رِعَايَةَ حَقِّ الْفُقَرَاءِ وَالْقَرَابَةِ جَمِيعًا، وَإِنْ كَانُوا أَغْنِيَاءَ أَوْ يَسْتَغْنُونَ بِنَصِيْبِهِمْ فَالْوَصِيَّةُ أَوْلَى لِأَنَّهُ يَكُونُ صَدَقَةً عَلَى الْأَجْنَبِيِّ، وَالتَّرْكِ هَبَةً مِنَ الْقَرِيبِ وَالْأَوْلَى أَوْلَى لِأَنَّهُ يَبْتَغِي بِهَا وَجْهَ اللَّهِ تَعَالَى. وَقِيلَ فِي هَذَا الْوَجْهِ يُخَيَّرُ لِاسْتِمَالِ كُلِّ مِنْهُمَا عَلَى فَضِيلَةٍ وَهُوَ الصَّدَقَةُ وَالصَّلَةُ فَيُخَيَّرُ بَيْنَ الْخَيْرَيْنِ.

قَالَ (وَالْمُوصَى بِهِ يَمْلِكُ بِالْقَبُولِ) خِلَافًا لِمَا قَوْلِي الشَّافِعِيُّ. هُوَ يَقُولُ: الْوَصِيَّةُ أُخْتُ الْمِيرَاثِ، إِذْ كُلٌّ مِنْهُمَا خِلَافَةٌ لِمَا أَنَّهُ انْتَقَالَ، ثُمَّ الْإِرْثُ يَثْبُتُ مِنْ غَيْرِ قَبُولٍ فَكَذَلِكَ الْوَصِيَّةُ. وَلَنَا أَنَّ الْوَصِيَّةَ إِثْبَاتُ مِلْكٍ جَدِيدٍ، وَلِهَذَا لَا يُرَدُّ الْمُوصَى لَهُ بِالْعَيْبِ، وَلَا يُرَدُّ عَلَيْهِ بِالْعَيْبِ، وَلَا يَمْلِكُ أَحَدٌ إِثْبَاتِ الْمِلْكِ لِغَيْرِهِ إِلَّا بِقَبُولِهِ، أَمَّا الْوَرَاثَةُ فَخِلَافَةٌ حَتَّى يَثْبُتَ فِيهَا هَذِهِ الْأَحْكَامُ فَيَثْبُتُ جَبْرًا مِنَ الشَّرْعِ مِنْ غَيْرِ قَبُولٍ.

قَالَ (إِلَّا فِي مَسْأَلَةٍ وَاحِدَةٍ وَهِيَ أَنْ يَمُوتَ الْمُوصِي ثُمَّ يَمُوتَ الْمُوصَى لَهُ قَبْلَ الْقَبُولِ) فَيَدْخُلُ الْمُوصَى بِهِ فِي مِلْكِ وَرَثَتِهِ اسْتِحْسَانًا وَقِيَاسًا أَنْ تَبْطُلَ الْوَصِيَّةُ لِمَا بَيَّنَّا أَنَّ الْمِلْكَ مَوْقُوفٌ عَلَى الْقَبُولِ فَصَارَ كَمَوْتِ الْمُشْتَرِي قَبْلَ قَبُولِهِ بَعْدَ إِجَابِ الْبَائِعِ. وَجْهُ الْاسْتِحْسَانِ أَنَّ الْوَصِيَّةَ مِنْ جَانِبِ الْمُوصِي قَدْ تَمَّتْ بِمَوْتِهِ تَمَامًا لَا يَلْحَقُهُ الْفَسْخُ مِنْ جِهَتِهِ، وَإِنَّمَا تَوَقَّفَتْ لِحَقِّ الْمُوصَى لَهُ، فَإِذَا مَاتَ دَخَلَ فِي مِلْكِهِ كَمَا فِي الْبَيْعِ الْمَشْرُوطِ فِيهِ الْخِيَارُ إِذَا مَاتَ قَبْلَ الْإِجَازَةِ.

(١) أخرجه أحمد (٤١٦/٥). وانظر نصب الراية (٢٢٢/٥).

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَيُسْتَحَبُّ أَنْ يُوصِيَ الْإِنْسَانُ) وَاضِحٌ. وَحَاصِلُهُ أَنَّ التَّقْيِيلَ فِي الْوَصِيَّةِ أَفْضَلُ، وَإِلَيْهِ الْإِشَارَةُ فِي قَوْلِهِ «إِنَّكَ إِنْ تَدَعَ عِيَالَكَ» الْحَدِيثَ، وَمَعْنَاهُ وَرَثَتَكَ أَقْرَبُ إِلَيْكَ مِنَ الْأَجَانِبِ، فَتَرَكُ الْمَالَ لَهُمْ خَيْرٌ مِنَ الْوَصِيَّةِ، وَهُوَ مَرْوِيُّ عَنْ أَبِي بَكْرٍ وَعُمَرَ قَالَا: لِأَنْ يُوصِيَ بِالْخُمُسِ أَحَبُّ إِلَيْنَا مِنْ أَنْ يُوصِيَ بِالرُّبْعِ، وَلِأَنْ يُوصِيَ بِالرُّبْعِ أَحَبُّ إِلَيْنَا مِنْ أَنْ يُوصِيَ بِالثُّلُثِ. وَالْكَاشِحُ: الْعَدُوُّ الَّذِي وَلِيَ كَشْحَهُ، وَهُوَ مَا بَيْنَ الْخَاصَّةِ إِلَى الضَّلَعِ، وَقِيلَ الْكَاشِحُ: الَّذِي أَضْمَرَ الْعَدَاوَةَ فِي كَشْحِهِ، وَإِنَّمَا جَعَلَ هَذَا التَّصَدُّقَ أَفْضَلَ؛ لِأَنَّ فِي التَّصَدُّقِ عَلَيْهِ مُخَالَفَةُ النَّفْسِ وَقَهْرُهَا.

وَقَوْلُهُ (وَالْمَوْصَى بِهِ يُمْلِكُ بِالْقَبُولِ) وَاضِحٌ وَقَدْ تَقَدَّمَ لَنَا الْكَلَامُ عَلَيْهِ قَبِيلَ هَذَا. وَقَوْلُهُ (وَهَذَا لَا يَرُدُّ الْمَوْصَى لَهُ بِالْعَيْبِ) صَوْرَتُهُ أَنْ يَشْتَرِيَ الْمَرِيضُ شَيْئًا وَيُوصِيَ بِهِ لِرَجُلٍ ثُمَّ الْمَوْصَى لَهُ يَجِدُهُ مَعِيًا فَإِنَّهُ لَا يَرُدُّهُ عَلَى بَاتِعِهِ (وَلَا يَرُدُّ عَلَيْهِ بِالْعَيْبِ) صَوْرَتُهُ أَنْ يُوصِيَ بِجَمِيعِ مَالِهِ لِإِنْسَانٍ ثُمَّ بَاعَ شَيْئًا مِنَ التَّرِكََةِ وَوَجَدَ الْمُشْتَرِيَ بِهِ عَيْبًا لَا يَرُدُّهُ عَلَى الْمَوْصَى لَهُ، وَلَوْ كَانَ ثَبُوتُ الْمِلْكِ لِلْمَوْصَى لَهُ بِطَرِيقِ الْخِلَافَةِ لَثَبَتْ وَلَايَةُ الرَّدِّ فِي الصُّورَتَيْنِ جَمِيعًا كَمَا فِي الْوَارِثِ. وَقَوْلُهُ (وَلَا يَمْلِكُ أَحَدٌ إِبْثَاتَ الْمِلْكِ لغيرِهِ إِلَّا بِقَبُولِهِ)؛ لِثَلَاثِ عَوْدٍ عَلَى مَوْضُوعِهِ بِالنَّقْضِ، وَذَلِكَ؛ لِأَنَّ تَنْفِذَ الْوَصِيَّةِ لِمَنْفَعَةِ الْمَوْصَى لَهُ وَلَوْ أَثَبَّتْنَا الْمِلْكَ لَهُ قَبْلَ قَبُولِهِ لَرُبَّمَا تَضَرَّرَ؛ فَإِنَّهُ لَوْ أَوْصَى لَهُ بِعَبْدٍ أَعْمَى وَجَبَ عَلَيْهِ تَفَقُّهُ بِلَا مَنْفَعَةٍ تَعُودُ إِلَيْهِ، وَأَمْثَالُ ذَلِكَ كَثِيرَةٌ. وَقَوْلُهُ (إِلَّا فِي مَسْأَلَةٍ وَاحِدَةٍ) اسْتِثْنَاءٌ مِنْ قَوْلِهِ وَالْمَوْصَى بِهِ يُمْلِكُ بِالْقَبُولِ: يَعْنِي إِلَّا فِي مَسْأَلَةٍ وَاحِدَةٍ، فَإِنَّهَا تُمْلِكُ بِدُونِ الْقَبُولِ.

قَالَ (وَمَنْ أَوْصَى وَعَلَيْهِ دَيْنٌ يُحِيطُ بِمَالِهِ لَمْ تَجْزِ الْوَصِيَّةُ) لِأَنَّ الدَّيْنَ يُقَدَّمُ عَلَى الْوَصِيَّةِ لِأَنَّهُ أَهَمُّ الْحَاجَتَيْنِ فَإِنَّهُ فَرَضَ وَالْوَصِيَّةُ تَبَرُّعٌ وَأَبْدًا يُبْدَأُ بِالْأَهَمِّ فَالْأَهَمُّ. (وَلَا أَنْ يُبْرِئَهُ الْغَرَمَاءُ) لِأَنَّهُ لَمْ يَبْقَ الدَّيْنُ فَتَنْفُذُ الْوَصِيَّةُ عَلَى الْحَدِّ الْمَشْرُوعِ لِحَاجَتِهِ إِلَيْهَا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ؛ (لِأَنَّ الدَّيْنَ مُقَدَّمٌ عَلَى الْوَصِيَّةِ) يَعْنِي فِي الْحُكْمِ، فَإِنْ قِيلَ: هَذَا التَّقَدُّمُ مُخَالَفٌ لِنَظْمِ الْكِتَابِ وَهُوَ قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿مَنْ بَعَدَ وَصِيَّةٌ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٌ﴾ [النساء: ١١] فَالْجَوَابُ مَا ذَكَرْنَاهُ فِي مُخْتَصَرِ الصَّوِّ فِي الْفَرَائِضِ.

قَالَ (وَلَا تَصِحُّ وَصِيَّةُ الصَّبِيِّ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: تَصِحُّ إِذَا كَانَ فِي وُجُوهِ الْخَيْرِ لِأَنَّ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَجَازَ وَصِيَّةَ يَفَاعٍ أَوْ يَفَاعٍ وَهُوَ الَّذِي رَاهَقَ الْحُلُمَ، وَلَأَنَّهُ نَظَرَ لَهُ بِصَرَفِهِ إِلَى نَفْسِهِ فِي نَيْلِ الزُّلْفَى، وَلَوْ لَمْ تَنْفُذْ يَبْقَى عَلَى غَيْرِهِ. وَلَنَا أَنَّهُ تَبَرَّعَ وَالصَّبِيُّ لَيْسَ مِنْ أَهْلِهِ، وَلَأَنَّ قَوْلَهُ غَيْرُ مَكْرُومٍ وَهِيَ تَصَحِيحُ وَصِيَّتِهِ قَوْلٌ بِالْإِزَامِ قَوْلُهُ وَالْأَثَرُ مَحْمُولٌ عَلَى أَنَّهُ كَانَ قَرِيبَ الْعَهْدِ بِالْحُلُمِ مَجَازًا أَوْ كَانَتْ وَصِيَّتُهُ فِي تَجْهِيزِهِ وَأَمْرٍ دَفَنِهِ، وَذَلِكَ جَائِزٌ عِنْدَنَا، وَهُوَ يَحْرِزُ الثَّوَابَ بِالتَّرِكِ عَلَى وَرَثَتِهِ كَمَا بَيَّنَّاهُ.

وَالْمُعْتَبَرُ فِي النِّفْعِ وَالضَّرَرِ النَّظَرُ إِلَى أَوْضَاعِ التَّصَرُّفَاتِ لَا إِلَى مَا يَتَّفِقُ بِحُكْمِ الْحَالِ اعْتِبَرَهُ بِالطَّلَاقِ فَإِنَّهُ لَا يَمْلِكُهُ وَلَا وَصِيَّةً وَإِنْ كَانَ يَتَّفِقُ نَافِعًا فِي بَعْضِ الْأَحْوَالِ، وَكَذَا إِذَا أَوْصَى ثُمَّ مَاتَ بَعْدَ الْإِدْرَاكِ لِعَدَمِ الْأَهْلِيَّةِ وَهَتْ الْمُبَاشَرَةُ وَكَذَا إِذَا قَالَ إِذَا أَدْرَكَتُ فَتَلْتُ مَالِي لِفُلَانٍ وَصِيَّةً لِقُصُورِ أَهْلِيَّتِهِ فَلَا يَمْلِكُهُ تَنْجِيزًا وَتَعْلِيقًا كَمَا فِي الطَّلَاقِ وَالْعَتَاقِ، بِخِلَافِ الْعَبْدِ وَالْمَكَاتِبِ لِأَنَّ أَهْلِيَّتَهُمَا مُسْتَمْتَةٌ وَالْمَانِعُ حَقُّ الْمَوْلَى فَتَصِحُّ إِضَافَتُهُ إِلَى حَالِ سُقُوطِهِ.

الشرح:

قَالَ (وَلَا تَصِحُّ وَصِيَّةُ الصَّبِيِّ) كَلَامُهُ وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (وَلَوْ) لَمْ تَنْفُذْ تَبْقَى عَلَى غَيْرِهِ) يَعْنِي إِذَا نَفَذْنَا الْوَصِيَّةَ كَانَ مَالُهُ بَاقِيًا عَلَى نَفْسِهِ فَإِنَّهُ يَحْصُلُ لَهُ بِسَبَبِهَا نَيْلُ الزُّلْفَى وَالذَّرَجَةُ الْعُلْيَا، وَلَوْ لَمْ تَنْفُذْ يَبْقَى مَالُهُ عَلَى غَيْرِهِ فَكَانَ الْوَصِيَّةُ أُولَى. وَقَوْلُهُ (وَالْأَثَرُ مَحْمُولٌ عَلَى أَنَّهُ كَانَ قَرِيبَ الْعَهْدِ بِالْحُلُمِ) يَعْنِي كَانَ بَالِغًا لَمْ يَمُضِ عَلَى بُلُوغِهِ زَمَانٌ كَثِيرٌ، وَمِثْلُهُ يُسَمَّى يَافِعًا مَجَازًا تَسْمِيَةً لِلشَّيْءِ بِاسْمِ مَا كَانَ عَلَيْهِ، أَوْ كَانَتْ وَصِيَّتُهُ فِي تَجْهِيزِهِ وَأَمْرٍ دَفَنِهِ.

وَرَدَّ بِأَنَّهُ صَحَّ فِي رِوَايَةِ الْحَدِيثِ أَنَّهُ كَانَ غُلَامًا لَمْ يَحْتَلَمْ، وَأَنَّهُ أَوْصَى لِابْنَةِ عَمِّ لَهُ بِمَالٍ فَكَيْفَ يَصِحُّ التَّأْوِيلُ بِكَوْنِهِ يَافِعًا مَجَازًا أَوْ بِكَوْنِ الْوَصِيَّةِ فِي التَّجْهِيزِ وَأَمْرِ الدَّفْنِ؟ وَأُجِيبَ بِأَنَّ قَوْلَهُ كَانَ غُلَامًا لَمْ يَحْتَلَمْ مَعْنَى الْيَافِعِ حَقِيقَةً فَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ الرَّاوي نَقْلَهُ بِمَعْنَاهُ.

وَقَوْلُهُ (أَنَّهُ أَوْصَى لِابْنَةِ عَمِّ لَهُ بِمَالٍ) لَا يُنَافِي أَنْ يَكُونَ مِمَّا يَتَعَلَّقُ بِتَجْهِيزِهِ وَأَمْرِ دَفْنِهِ. قَالَ الطَّحَاوِيُّ: وَالْاِحْتِجَاجُ بِهَذَا الْأَثَرِ لَا يَصِحُّ مِنَ الشَّافِعِيِّ؛ لِأَنَّهُ مُرْسَلٌ؛ لِأَنَّهُ

رَوَايَةُ عُمَرَ وَإِنِ سُلِّمَ وَهُوَ لَمْ يَلَقَ عُمَرَ، وَعِنْدَنَا الْمُرْسَلُ وَإِنْ كَانَ حُجَّةً لَكِنَّ هَذَا يُخَالِفُ قَوْلَهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «رَفَعَ الْقَلَمَ عَنْ ثَلَاثٍ» وَفِيهِ نَظَرٌ؛ لِأَنَّ الْمُرَادَ بِالْقَلَمِ التَّكْلِيفُ وَمَا نَحْنُ فِيهِ لَيْسَ مِنْهُ. وَقَالَ ابْنُ حَزْمٍ: هُوَ مُخَالِفٌ لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَأَبْتَلُوا مَا آتَيْتُمُوهُ﴾ [النساء: ٦]، فَإِنَّهَا تَذَلُّ عَلَى أَنَّ الصَّبِيَّ مَمْنُوعٌ عَنْ مَالِهِ.

وَقَوْلُهُ (وَهُوَ يُحَرِّزُ الثَّوَابَ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ؛ وَلَا لَهْ نَظَرٌ لَهُ بِصَرَفِهِ إِلَى نَفْسِهِ فِي تَيْلِ الرُّفْيِ. وَقَوْلُهُ (كَمَا بَيَّنَّاهُ) إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ فَالتَّرْكَ أَوَّلَى لِمَا فِيهِ مِنَ الصَّدَقَةِ عَلَى الْقَرِيبِ إلخ، فَإِنَّهُ يُفِيدُ إِمَّا أَفْضَلِيَّةَ التَّرْكِ فِي الثَّوَابِ أَوْ تَسَاوِيَهُمَا فِيهِ، وَقَوْلُهُ (وَالْمُعْتَبَرُ فِي التَّنْفِغِ وَالضَّرَرِ) تَنْزِيلٌ فِي الْجَوَابِ كَأَنَّهُ يَقُولُ: سَلَمْنَا أَنَّ بِالْوَصِيَّةِ يَحْصُلُ الثَّوَابُ دُونَ تَرْكِهَا، لَكِنَّ الْمُعْتَبَرُ فِي التَّنْفِغِ وَالضَّرَرِ هُوَ النَّظَرُ إِلَى أَوْضَاعِ التَّصَرُّفَاتِ دُونَ الْعَوَارِضِ اللَّاحِقَةِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّ الطَّلَاقَ لَا يَصِحُّ مِنْهُ وَإِنْ أُمِكنَ أَنْ يَكُونَ نَافِعًا بِأَنْ يُطْلَقَ امْرَأَةٌ مُعْسِرَةً شَوْهَاءَ وَيَتَزَوَّجَ بِأَخْتِهَا الْمُسْرَةَ الْحَسَنَاءَ لَكُونَ ذَلِكَ مِنَ الْعَوَارِضِ، وَالْوَصِيَّةُ فِي الْأَصْلِ تَبْرُعٌ وَالصَّبِيُّ لَيْسَ مِنْ أَهْلِهِ.

وَقَوْلُهُ (بِخِلَافِ الْعَبْدِ وَالْمُكَاتَّبِ) يَعْنِي إِذَا قَالَ الْعَبْدُ أَوْ الْمُكَاتَّبُ إِذَا أُعْتِقَتْ فَثَلُثُ مَالِي وَصِيَّةٌ يَصِحُّ (لَأَنَّ أَهْلِيَّتَهُمَا مُسْتَمْتَةٌ) أَيُّ تَامَّةٌ وَالْمَانِعُ حَقُّ الْمَوْلَى فَتَصَحُّ إِضَافَتُهُ إِلَى حَالِ سُقُوطِ الْمَانِعِ.

قَالَ (وَلَا تَصِحُّ وَصِيَّةُ الْمُكَاتَّبِ وَإِنْ تَرَكَ وَفَاءً) لِأَنَّ مَالَهُ لَا يَقْبَلُ التَّبَرُّعَ، وَقِيلَ عَلَى قَوْل أَبِي حَنِيفَةَ لَا تَصِحُّ، وَعِنْدَهُمَا تَصِحُّ رَدًّا لَهَا إِلَى مُكَاتَّبٍ يَقُولُ كُلُّ مَمْلُوكٍ أَمْلَكُهُ فِيمَا أَسْتَقْبِلُ فَهُوَ حُرٌّ ثُمَّ عَتَقَ فَمَلَكَ، وَالْخِلَافُ فِيهَا مَعْرُوفٌ عُرِفَ فِي مَوْضِعِهِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلَا تَصِحُّ وَصِيَّةُ الْمُكَاتَّبِ) يَعْنِي تَنْجِيزُهُ؛ لِأَنَّ الْإِضَافَةَ إِلَى الْعِتْقِ صَحِيحَةٌ كَمَا مَرَّ آنفًا. وَقَوْلُهُ (وَالْخِلَافُ فِيهَا مَعْرُوفٌ عُرِفَ فِي مَوْضِعِهِ) يَعْنِي فِي بَابِ الْحِنْثِ فِي مِلْكِ الْمُكَاتَّبِ وَالْمَأْذُونِ مِنْ أَيْمَانِ الْجَامِعِ الْكَبِيرِ، وَمَا عُرِفَ ثَمَّةً هُوَ أَنَّ الْمُكَاتَّبَ إِذَا قَالَ كُلُّ مَمْلُوكٍ أَمْلَكُهُ فِيمَا أَسْتَقْبِلُ فَهُوَ حُرٌّ فَعَتَقَ فَمَلَكَ لَمْ يَعْتَقَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَعَتَقَ عِنْدَهُمَا، لِهَذَا أَنَّ ذِكْرَ الْمَلِكِ يَنْصَرِفُ إِلَى مِلْكٍ كَامِلٍ قَابِلٍ لِلْإِعْتِقَاقِ وَهُوَ مَا بَعْدَ الْحُرِّيَّةِ. وَلَا يُبَيِّنُ حَنِيفَةَ أَنَّ لِلْمُكَاتَّبِ نَوْعَيْنِ مِنَ الْمِلْكِ: أَحَدُهُمَا ظَاهِرٌ وَهُوَ مَا قَبْلَ

الإعتاق، والثاني: غير ظاهر وهو ما بعد الإعتاق فينصرف اليمين إلى الظاهر دون غير الظاهر.

قَالَ (وَتَجُوزُ الْوَصِيَّةُ لِلْحَمْلِ وَبِالْحَمْلِ إِذَا وَضِعَ لِأَقَلِّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ وَقْتِ الْوَصِيَّةِ) أَمَّا الْأَوَّلُ فَلَأَنَّ الْوَصِيَّةَ اسْتِخْلَافٌ مِنْ وَجْهِ لَأَنَّهُ يَجْعَلُهُ خَلِيفَةً فِي بَعْضِ مَالِهِ وَالْجَنَيْنُ صَلَحَ خَلِيفَةً فِي الْإِرْثِ فَكَذَا فِي الْوَصِيَّةِ إِذْ هِيَ أُخْتُهُ، إِلَّا أَنْ يَرْتَدَّ بِالرَّدِّ لِمَا فِيهِ مِنْ مَعْنَى التَّمْلِيكِ، بِخِلَافِ الْهَبَةِ، لِأَنَّهَا تَمْلِكُ مَحْضٌ وَلَا وِلَايَةً لِأَحَدٍ عَلَيْهِ لِيَمْلِكَهُ شَيْئًا. وَأَمَّا الثَّانِي فَلَأَنَّهُ بَعَرَضِ الْوُجُودِ، إِذْ الْكَلَامُ فِيمَا إِذَا عَلِمَ وَجُودُهُ وَقَتَ الْوَصِيَّةِ، وَبِأَبْهَا أَوْسَعُ لِحَاجَةِ الْمَيِّتِ وَعَجْزِهِ، وَلِهَذَا تَصِحُّ فِي غَيْرِ الْمَوْجُودِ كَالثَّمَرَةِ فَلَأَنَّ تَصِحُّ فِي الْمَوْجُودِ أَوْلَى.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَتَجُوزُ الْوَصِيَّةُ لِلْحَمْلِ) مِثْلُ أَنْ يَقُولَ أَوْصَيْتُ بِثُلْثِ مَالِي لِمَا فِي بَطْنِ فُلَانَةٍ (وَبِالْحَمْلِ) كَمَا إِذَا أَوْصَى بِمَا فِي بَطْنِ جَارِيَّتِهِ وَلَمْ يَكُنْ مِنَ الْمَوْلَى إِذَا عَلِمَ أَنَّهُ ثَابِتٌ مَوْجُودٌ فِي الْبَطْنِ وَقَتَ الْوَصِيَّةِ لَهُ أَوْ بِهِ، وَمَعْرِفَةُ ذَلِكَ بِأَنْ جَاءَتْ بِهِ لِأَقَلِّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ وَقْتِ الْوَصِيَّةِ عَلَى مَا ذَكَرَهُ الطَّحَاوِيُّ وَاخْتَارَهُ الْمُصَنِّفُ وَصَحَّحَهُ الْإِسْبِجَانِيُّ فِي شَرْحِ الْكَافِي، وَمِنْ وَقْتِ مَوْتِ الْمُوصِي عَلَى مَا ذَهَبَ إِلَيْهِ الْفَقِيهَةُ أَبُو اللَّيْثِ وَاخْتَارَهُ صَاحِبُ النَّهَائَةِ.

(أَمَّا الْأَوَّلُ) وَهُوَ الْوَصِيَّةُ لِلْحَمْلِ (فَلَأَنَّهَا اسْتِخْلَافٌ مِنْ وَجْهِ؛ لَأَنَّهُ يَجْعَلُهُ خَلِيفَةً فِي بَعْضِ مَالِهِ) بَعْدَ مَوْتِهِ لَا أَنَّهُ يَمْلِكُهُ فِي الْحَالِ وَالْاسْتِخْلَافُ يَصْلُحُ لَهُ الْجَنَيْنُ إِرْثًا فَكَذَا وَصِيَّةً؛ لِأَنَّهُمَا أُخْتَانِ. فَإِنْ قِيلَ: لَوْ كَانَتَا أُخْتَيْنِ لِمَا جَازَ رَدُّهَا كَمَا لَمْ يَجْزِ رَدُّهُ أَجَابَ بِقَوْلِهِ (إِلَّا أَنَّهُ) أَيُّ فِعْلٍ الْوَصِيَّةِ أَوْ الْإِبْصَاءِ (يَرْتَدُّ بِالرَّدِّ لِمَا فِيهِ مِنَ التَّمْلِكِ) دُونَ الْمِيرَاثِ لِعَدَمِ ذَلِكَ فِيهِ.

وَقَوْلُهُ (بِخِلَافِ الْهَبَةِ) مُتَّصِلٌ بِقَوْلِهِ وَتَجُوزُ الْوَصِيَّةُ لِلْحَمْلِ: يَعْنِي أَنَّ الْهَبَةَ لِلْحَمْلِ لَا تَصِحُّ؛ لِأَنَّهَا تَمْلِكُ مَحْضٌ وَالْجَنَيْنُ لَيْسَ بِصَالِحٍ لِذَلِكَ؛ لِأَنَّ الْمَلِكَ بِالْهَبَةِ إِنَّمَا يَثْبُتُ بِالْقَبْضِ (وَلَا قُدْرَةَ لِأَحَدٍ عَلَيْهِ لِيَمْلِكَهُ شَيْئًا) يَحْصُلُ الْمَلِكُ فِيهِ بِالْقَبْضِ. وَأَمَّا الثَّانِي وَهُوَ الْوَصِيَّةُ بِهِ (فَلَأَنَّهُ) أَيُّ الْحَمْلِ (بِعَرَضِ الْوُجُودِ)، إِذْ الْكَلَامُ فِيمَا إِذَا عَلِمَ وَجُودُهُ

وَقَتِ الْوَصِيَّةِ، فَإِنْ وَضَعَ الْمَسْأَلَةَ فِيمَا إِذَا وَضَعْتَ لِأَقَلِّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ وَقْتِ الْوَصِيَّةِ أَوْ الْمَوْتِ وَبِذَلِكَ يُعْلَمُ وَجُودُ وَقْتِ الْوَصِيَّةِ لَا مَحَالَةَ.

وَلَقَائِلُ أَنْ يَقُولَ: فِي كَلَامِ الْمُصَنِّفِ تَنَاقُضٌ ظَاهِرٌ؛ لِأَنَّهُ لَا يُعْلَمُ وَجُودُ شَيْءٍ إِلَّا بَعْدَ أَنْ يَكُونَ مُوجُودًا؛ وَإِذَا كَانَ مُوجُودًا لَا يَكُونُ بَعَرَضِ الْوُجُودِ. وَالْجَوَابُ أَنَّ مَعْنَى قَوْلِهِ بَعَرَضِ الْوُجُودِ بَعَرَضُ وَجُودِ يَصْلُحُ لَوُرُودِ الْقَبْضِ عَلَيْهِ، وَمَعْنَى قَوْلِهِ إِذَا عُلِمَ وَجُودُهُ تَحَقُّقُهُ وَكَوْنُهُ فِي بَطْنِ الْأُمِّ فَانْدَفَعَ التَّنَاقُضُ.

وَقَوْلُهُ (وَبَابُهَا أَوْسَعُ لِحَاجَةِ الْخ) وَإِنْ اخْتَلَجَ فِي ذَهْنِكَ تَنَاقُضٌ آخَرُ بَيْنَ سَعْيِهِ لِإِبْثَاتِ الْوُجُودِ لِحَوَازِ الْوَصِيَّةِ وَتَوْضِيحِهِ لِلْحَوَازِ بِصِحَّتِهَا فِي غَيْرِ الْمَوْجُودِ، فَالْجَوَابُ سَتَسْمَعُهُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

قَالَ (وَمَنْ أَوْصَى بِجَارِيَةٍ إِلَّا حَمَلَهَا صَحَّتِ الْوَصِيَّةُ وَالْإِسْتِثْنَاءُ) لِأَنَّ اسْمَ الْجَارِيَةِ لَا يَتَنَاقَلُ الْحَمْلَ لَفْظًا وَلَكِنَّهُ يَسْتَحِقُّ بِالْإِطْلَاقِ تَبَعًا، فَإِذَا أَفْرَدَ الْأُمُّ بِالْوَصِيَّةِ صَحَّ إِفْرَادُهَا، وَلِأَنَّهُ يَصِحُّ إِفْرَادُ الْحَمْلِ بِالْوَصِيَّةِ فَجَازَ اسْتِثْنَاؤُهُ، وَهَذَا هُوَ الْأَصْلُ أَنَّ مَا يَصِحُّ إِفْرَادُهُ بِالْعَقْدِ يَصِحُّ اسْتِثْنَاؤُهُ مِنْهُ، إِذَا لَا فَرْقَ بَيْنَهُمَا، وَمَا لَا يَصِحُّ إِفْرَادُهُ بِالْعَقْدِ لَا يَصِحُّ اسْتِثْنَاؤُهُ مِنْهُ، وَقَدْ مَرَّ فِي الْبَيَّوْعِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ أَوْصَى بِجَارِيَةٍ) يَعْنِي مَنْ قَالَ أَوْصَيْتُ بِهِذِهِ الْجَارِيَةِ لِفُلَانٍ إِلَّا حَمَلَهَا صَحَّتِ الْوَصِيَّةُ وَالْإِسْتِثْنَاءُ جَمِيعًا؛ (لِأَنَّ اسْمَ الْجَارِيَةِ لَا يَتَنَاقَلُ الْحَمْلَ لَفْظًا)؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمَوْضُوعٍ لَهُ وَلَا هُوَ دَاخِلٌ فِي الْمَوْضُوعِ، وَمَا لَا يَتَنَاقَلُهُ اسْمُ الْجَارِيَةِ صَحَّ اسْتِثْنَاؤُهُ مِنَ الْجَارِيَةِ كَقَمِيصِهَا وَسَرَاوِيلِهَا مِمَّا يَتَلَبَّسُ بِهَا، وَفِيهِ إِشَارَةٌ إِلَى مَا يُقَالُ الْحَمْلُ جُزْءٌ مِنَ الْأُمِّ قَبْلَ الْإِنْفِصَالِ كَالْيَدِ وَالرَّجْلِ، وَلَوْ اسْتَشْنَى الْيَدَ أَوْ الرَّجْلَ لَمْ يَجُزْ فَكَذَلِكَ الْحَمْلُ، وَذَلِكَ؛ لِأَنَّ اسْمَ الْجَارِيَةِ يَتَنَاقَلُ لَهَا.

فَإِنْ قِيلَ: كَيْفَ صَحَّ الْإِسْتِثْنَاءُ وَهُوَ تَصَرُّفٌ لَفْظِيٌّ لَا يَرُدُّ عَلَى مَا لَا يَتَنَاقَلُهُ اللَّفْظُ؟ فَالْجَوَابُ أَنَّ صِحَّتَهُ بِاعْتِبَارِ تَقْرِيرِ مِلْكِ الْمُوصِي فِيهِ كَمَا كَانَ قَبْلَ الْوَصِيَّةِ، كَمَا لَوْ قَالَ أَوْصَيْتُ لِفُلَانٍ بِأَلْفٍ دِرْهَمٍ إِلَّا فَرَسًا؛ فَإِنَّ الْوَصِيَّةَ فِي الْأَلْفِ صَحِيحَةٌ وَالْإِسْتِثْنَاءُ أَيْضًا صَحِيحٌ فِي تَقْرِيرِ مِلْكِهِ فِي الْفَرَسِ لَا بِاعْتِبَارِ خُرُوجِهِ عَنِ الْمُسْتَشْنَى مِنْهُ

فَإِنَّهُ لَمْ يَكُنْ دَاخِلًا. فَإِنْ قِيلَ: لَا تُسَلِّمُ أَنَّ اسْمَ الْجَارِيَةِ لَا يَتَنَاوَلُ الْحَمْلُ فَإِنَّهُ لَوْ لَمْ يَسْتَشِنْ اسْتَحَقَّهُ الْمُوصَى لَهُ، وَلَوْ لَمْ يَتَنَاوَلْهُ لَمَا اسْتَحَقَّهُ كَغَيْرِهِ مِنْ أَحْوَالِهِ. أَجَابَ بِقَوْلِهِ وَلَكِنَّهُ يَسْتَحِقُّ بِالْإِطْلَاقِ تَبَعًا: يَغْنِي أَنَّهُ لَمْ يَتَنَاوَلْهُ بِالْعُمُومِ بَلْ يَسْتَحِقُّ إِذَا أَطْلَقَ الْمُوصِي عَنْ قَيْدِ الْإِفْرَادِ فَإِذَا أَفْرَدَ الْأُمُّ لَمْ يَبْقَ مُطْلَقًا بَلْ تَقَيَّدَتْ الْأُمُّ بِالْإِفْرَادِ فَصَحَّتِ الْوَصِيَّةُ بِهَا مُفْرَدَةً. وَقَوْلُهُ (وَلَائِذَا يَصِحُّ) قَدْ ذَكَرَهُ فِي الْبُيُوعِ.

قَالَ (وَيَجُوزُ لِلْمُوصِي الرُّجُوعُ عَنِ الْوَصِيَّةِ) لِأَنَّهُ تَبَرُّعٌ لَمْ يَتِمَّ فَجَازَ الرُّجُوعُ عَنْهُ كَالِهَبَةِ وَقَدْ حَقَّقْنَاهُ فِي كِتَابِ الْهَبَةِ، وَلَأَنَّ الْقَبُولَ يَتَوَقَّفُ عَلَى الْمَوْتِ وَالْإِجَابَ يَصِحُّ إِنْطَالُهُ قَبْلَ الْقَبُولِ كَمَا فِي الْبَيْعِ.

قَالَ (وَإِذَا صَرَّحَ بِالرُّجُوعِ أَوْ فَعَلَ مَا يَدُلُّ عَلَى الرُّجُوعِ كَانَ رُجُوعًا) أَمَّا الصَّرِيحُ فَظَاهِرٌ، وَكَذَا الدَّلَالَةُ لِأَنَّهَا تَعْمَلُ عَمَلِ الصَّرِيحِ فَقَامَ مَقَامَ قَوْلِهِ قَدْ أُبْطِلَتْ، وَصَارَ كَالْبَيْعِ بِشَرْطِ الْخِيَارِ فَإِنَّهُ يَبْطُلُ الْخِيَارُ فِيهِ بِالدَّلَالَةِ، ثُمَّ كُلُّ فِعْلٍ لَوْ فَعَلَهُ الْإِنْسَانُ فِي مِلْكِ الْغَيْرِ يَنْقَطِعُ بِهِ حَقُّ الْمَالِكِ، فَإِذَا فَعَلَهُ الْمُوصِي كَانَ رُجُوعًا، وَقَدْ عَدَدْنَا هَذِهِ الْأَفْعَالَ فِي كِتَابِ الْغَضَبِ.

وَكُلُّ فِعْلٍ يُوجِبُ زِيَادَةً فِي الْمُوصَى بِهِ وَلَا يُمَكِّنُ تَسْلِيمَ الْعَيْنِ إِلَّا بِهَا فَهُوَ رُجُوعٌ إِذَا فَعَلَهُ، مِثْلُ السَّوِيقِ يَلْتَهُ بِالسَّمَنِ وَالْدَّارِ يَبْنِي فِيهِ الْمُوصِي وَالْقَطْنِ يَحْشُو بِهِ وَالْبَطَانَةَ يُبْطِنُ بِهَا وَالظَّهَارَةَ يَظْهَرُ بِهَا، لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُهُ تَسْلِيمُهُ بِدُونِ الزِّيَادَةِ، وَلَا يُمَكِّنُ تَقْضِيَهَا لِأَنَّهُ حَصَلَ فِي مِلْكِ الْمُوصِي مِنْ جِهَتِهِ، بِخِلَافِ تَخْصِيصِ الدَّارِ الْمُوصَى بِهَا وَهَذَا بِنَائِهَا لِأَنَّهُ تَصَرَّفَ فِي التَّابِعِ، وَكُلُّ تَصَرَّفٍ أَوْجَبَ زَوَالَ مِلْكِ الْمُوصِي فَهُوَ رُجُوعٌ، كَمَا إِذَا بَاعَ الْعَيْنَ الْمُوصَى بِهِ ثُمَّ اشْتَرَاهُ أَوْ وَهَبَهُ ثُمَّ رَجَعَ فِيهِ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ لَا تُنْفَذُ إِلَّا فِي مِلْكِهِ، فَإِذَا أَزَالَهُ كَانَ رُجُوعًا.

وَذَبِحُ الشَّاةِ الْمُوصَى بِهَا رُجُوعٌ لِأَنَّهُ لِلصَّرْفِ إِلَى حَاجَتِهِ عَادَةً، فَصَارَ هَذَا الْمَعْنَى أَصْلًا أَيْضًا، وَغَسَلَ الثَّوبَ الْمُوصَى بِهِ لَا يَكُونُ رُجُوعًا لِأَنَّ مَنْ أَرَادَ أَنْ يُعْطِيَ ثَوْبَهُ غَيْرَهُ يَغْسِلُهُ عَادَةً فَكَانَ تَقْرِيرًا.

الشرح:

قَالَ (وَيَجُوزُ لِلْمُوصِي الرُّجُوعُ عَنِ الْوَصِيَّةِ) الرُّجُوعُ عَنِ الْوَصِيَّةِ جَائِزٌ لَوْجْهَيْنِ:

أَحَدِهِمَا: أَنَّهُ تَبَرُّعٌ لَمْ يَتِمَّ؛ لِأَنَّ تَمَامَهَا بِمَوْتِ الْمُوصِي وَالتَّبَرُّعُ الثَّامُ كَالِهَبَةِ جَزَا الرَّجُوعُ فِيهِ فَفِيمَا لَمْ يَتِمَّ أَوَّلَى. وَالثَّانِي: أَنَّ الْقَبُولَ يَتَوَقَّفُ عَلَى الْمَوْتِ، وَالْإِيجَابُ الْمَفْرَدُ يَجُوزُ إِبْطَالُهُ فِي الْمَعَاوَضَاتِ كَمَا فِي الْبَيْعِ فَفِي التَّبَرُّعِ أَوَّلَى، ثُمَّ الرَّجُوعُ قَدْ يَكُونُ صَرِيحًا وَهُوَ أَنْ يَقُولَ رَجَعْتُ عَمَّا أَوْصَيْتُ بِهِ لِفُلَانٍ، وَقَدْ يَكُونُ دَلَالَةً وَلَهُ أَنْوَاعٌ ذَكَرَ الْمُصَنِّفُ لَهَا فِي الْكِتَابِ ضَوَابِطُ هِيَ جَامِعَةٌ وَاضِحَةٌ.

قَالَ (وَإِنْ جَحَدَ الْوَصِيَّةَ لَمْ يَكُنْ رُجُوعًا) كَذَا ذَكَرَهُ مُحَمَّدٌ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: يَكُونُ رُجُوعًا، لِأَنَّ الرَّجُوعَ نَفْيٌ فِي الْحَالِ وَالْجُحُودُ نَفْيٌ فِي الْمَاضِي وَالْحَالِ، فَأَوَّلَى أَنْ يَكُونَ رُجُوعًا، وَلِمُحَمَّدٍ أَنَّ الْجُحُودَ نَفْيٌ فِي الْمَاضِي وَالْإِنْتِفَاءُ فِي الْحَالِ ضَرُورَةٌ ذَلِكَ، وَإِذَا كَانَ ثَابِتًا فِي الْحَالِ كَانَ الْجُحُودُ لِفُتْوَا، أَوْ لِأَنَّ الرَّجُوعَ إِثْبَاتٌ فِي الْمَاضِي وَنَفْيٌ فِي الْحَالِ وَالْجُحُودُ نَفْيٌ فِي الْمَاضِي وَالْحَالِ فَلَا يَكُونُ رُجُوعًا حَقِيقَةً وَلِهَذَا لَا يَكُونُ جُحُودُ النِّكَاحِ هُرْقَةً.

(وَلَوْ قَالَ كُلُّ وَصِيَّةٍ أَوْصَيْتُ بِهَا لِفُلَانٍ فَهُوَ حَرَامٌ وَرَبًّا لَا يَكُونُ رُجُوعًا) لِأَنَّ الْوَصْفَ يَسْتَدْعِي بَقَاءَ الْأَصْلِ (بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ فَهِيَ بَاطِلَةٌ) لِأَنَّهُ الدَّاهِبُ الْمُتَلَاشِي (وَلَوْ قَالَ أَخَرْتُهَا لَا يَكُونُ رُجُوعًا) لِأَنَّ التَّأْخِيرَ لَيْسَ لِلسَّقُوطِ كَتَاخِيرِ الدِّينِ (بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ تَرَكْتُ) لِأَنَّهُ إِسْقَاطٌ (وَلَوْ قَالَ الْعَبْدُ الَّذِي أَوْصَيْتُ بِهِ لِفُلَانٍ فَهُوَ لِفُلَانٍ كَانَ رُجُوعًا) لِأَنَّ اللفظَ يَدُلُّ عَلَى قَطْعِ الشَّرِكَةِ (بِخِلَافِ مَا إِذَا أَوْصَى بِهِ لِرَجُلٍ ثُمَّ أَوْصَى بِهِ لِآخَرَ) لِأَنَّ الْمَحِلَّ يَحْتَمِلُ الشَّرِكَةَ وَاللفظَ صَالِحٌ لَهَا (وَكَذَا إِذَا قَالَ فَهُوَ لِفُلَانٍ وَارِثِي يَكُونُ رُجُوعًا عَنِ الْأَوَّلِ) لِمَا بَيَّنَّا وَيَكُونُ وَصِيَّةً لِلْوَارِثِ.

وَقَدْ ذَكَرْنَا حُكْمَهُ (وَلَوْ كَانَ فُلَانٌ الْآخِرُ مَيِّتًا حِينَ أَوْصَى فَالْوَصِيَّةُ الْأَوَّلَى عَلَى حَالِهَا) لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ الْأَوَّلَى إِنَّمَا تَبْطُلُ ضَرُورَةً كَوْنُهَا لِلثَّانِي وَلَمْ يَتَحَقَّقْ فَبَقِيَ لِلأَوَّلِ (وَلَوْ كَانَ فُلَانٌ حِينَ قَالَ ذَلِكَ حَيًّا ثُمَّ مَاتَ قَبْلَ مَوْتِ الْمُوصِي فَهِيَ لِلْوَرِثَةِ) لِإِبْطَالِ الْوَصِيَّتَيْنِ الْأَوَّلَى بِالرَّجُوعِ وَالثَّانِيَةِ بِالْمَوْتِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِنْ جَحَدَ الْوَصِيَّةَ لَمْ يَكُنْ رُجُوعًا، كَذَا ذَكَرَهُ مُحَمَّدٌ) اعْلَمْ أَنَّ مُحَمَّدًا ذَكَرَ فِي الْجَامِعِ أَنَّ جُحُودَ الْوَصِيَّةِ لَيْسَ بِرُجُوعٍ، وَذَكَرَ فِي الْمَبْسُوطِ أَنَّهُ رُجُوعٌ، فَمِنْ

مَشَايِخَنَا مَنْ حَمَلَ الْمَذْكُورَ فِي الْجَامِعِ عَلَى الْجُحُودِ فِي غَيْبَةِ الْمُوصَى لَهُ، وَهُوَ لَيْسَ بِرُجُوعٍ فِي الرُّوَايَاتِ كُلِّهَا؛ لِأَنَّ الْجُحُودَ إِنَّمَا يُلْتَفَتُ إِلَيْهِ إِذَا صَحَّ الْإِنْكَارُ، وَالْإِنْكَارُ عَلَى الْغَائِبِ لَا يَصِحُّ؛ لِأَنَّهُ مِنْ بَابِ الْمَعَارِضَةِ الْمُقْتَضِيَةِ مُعَارِضًا، وَالْمَذْكُورُ فِي الْمَبْسُوطِ مَحْمُولٌ عَلَى الْجُحُودِ بِحَضَرَةِ الْمُوصَى لَهُ وَهُوَ رُجُوعٌ فِي الرُّوَايَاتِ كُلِّهَا لِصِحَّةِ الْإِنْكَارِ حِينَئِذٍ.

وَمِنْهُمْ مَنْ حَمَلَ الْمَذْكُورَ فِي الْجَامِعِ عَلَى صُورَةِ الْجُحُودِ لَا عَلَى الْجُحُودِ الْحَقِيقِيِّ فَإِنَّهُ قَالَ فِيهِ: إِذَا أَوْصَى الرَّجُلُ لِرَجُلٍ بِثَلَاثِ مَالِهِ ثُمَّ قَالَ لِقَوْمٍ اشْهَدُوا أَنِّي لَمْ أُوصِ لِفُلَانٍ لَا بِقَلِيلٍ وَلَا بِكَثِيرٍ لَا يَكُونُ هَذَا رُجُوعًا؛ لِأَنَّ قَوْلَهُ اشْهَدُوا أَنِّي لَمْ أُوصِ لِفُلَانٍ طَلَبُ شَهَادَةِ الزُّورِ مِنْهُمْ فَيَكُونُ مَعْنَاهُ قَدْ أَوْصَيْتُ لِفُلَانٍ بِكَذَا، إِلَّا أَنِّي سَأَلْتُكُمْ أَنْ تَشْهَدُوا لِي بِالْبَاطِلِ، وَطَلَبُ شَهَادَةِ الْبَاطِلِ لَا يَكُونُ رُجُوعًا؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِجُحُودٍ حَقِيقَةٍ. وَمَا ذَكَرَهُ فِي الْمَبْسُوطِ عَلَى الْجُحُودِ الْحَقِيقِيِّ وَهُوَ رُجُوعٌ عَلَى الرُّوَايَاتِ كُلِّهَا. وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ: الْمَذْكُورُ فِي الْجَامِعِ جَوَابُ الْقِيَاسِ، وَالْمَذْكُورُ فِي الْمَبْسُوطِ جَوَابُ الاسْتِحْسَانِ. وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ: فِي الْمَسْأَلَةِ رَوَايَتَانِ، قَالَ شَيْخُ الْإِسْلَامِ: وَهُوَ الْأَصَحُّ. وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ: الْمَذْكُورُ فِي الْجَامِعِ قَوْلُ مُحَمَّدٍ، وَالْمَذْكُورُ فِي الْمَبْسُوطِ قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ قَالَ شَمْسُ الْأَيْمَةِ السَّرْحَسِيُّ: هُوَ الْأَصَحُّ؛ لِأَنَّ الْمُعْلَى قَالَ فِي تَوَادِرِهِ: قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا يُوسُفَ عَنْ رَجُلٍ أَوْصَى لِرَجُلٍ بِوَصِيَّةٍ ثُمَّ جَحَدَ، قَالَ: يَكُونُ رُجُوعًا.

وَسَأَلْتُ مُحَمَّدًا قَالَ: لَا يَكُونُ الْجُحُودُ رُجُوعًا، وَهُوَ مُخْتَارُ الْمُصَنِّفِ وَاسْتَدَلَّ لِأَبِي يُوسُفَ بِأَنَّ الرُّجُوعَ نَفْيٌ فِي الْحَالِ وَالْجُحُودُ نَفْيٌ فِي الْمَاضِي وَالْحَالِ، وَإِذَا كَانَ نَفْيُ الْحَالِ وَحَدُّهُ رُجُوعًا فَنَفْيُ الْمَاضِي وَالْحَالِ أَوْلَى أَنْ يَكُونَ رُجُوعًا (وَلِمُحَمَّدٍ أَنَّ الْجُحُودَ) وَهُوَ أَنْ يَقُولَ لَمْ أُوصِ لِفُلَانٍ أَوْ مَا أَوْصَيْتُ لَهُ (نَفْيٌ فِي الْمَاضِي) لَكُونِهِ مَوْضُوعًا لِلذِّكْرِ، وَالْإِتِّفَاعُ فِي الْحَالِ ضَرُورَةٌ ذَلِكَ لِاسْتِمْرَارِ ذَلِكَ إِنْ ثَبَتَ مَا لَمْ يُغَيَّرْ، وَإِذَا كَانَ الْكَذِبُ ثَابِتًا فِي الْحَالِ لَكُونِهِ كَازِبًا فِي جُحُودِهِ إِذِ الْفَرَضُ أَنَّهُ أَوْصَى ثُمَّ جَحَدَ كَانَ النَّفْيُ فِي الْمَاضِي بَاطِلًا فَيَبْطُلُ مَا هُوَ مِنْ ضَرُورَتِهِ وَهُوَ الْإِتِّفَاعُ فِي الْحَالِ فَكَانَ الْجُحُودُ لَعْوًا. وَفِي بَعْضِ الشُّرُوحِ جُعِلَ اسْمُ كَانَ فِي قَوْلِهِ وَإِذَا كَانَ ثَابِتًا فِي الْحَالِ الْوَصِيَّةَ وَفِي بَعْضِهَا الْحَقَّ وَكِلَاهُمَا مُصَادَرَةٌ عَنِ الْمَطْلُوبِ فَتَأَمَّلْ.

وَقَوْلُهُ (أَوْ؛ لَأَنَّ الرُّجُوعَ إِبْتِثَاتٌ فِي الْمَاضِي وَتَفْيٌ فِي الْحَالِ، وَالْجُحُودُ تَفْيٌ فِي الْمَاضِي وَالْحَالِ) دَلِيلٌ آخَرُ تَحْقِيقُهُ أَنَّ أَحَدَهُمَا مُرَكَّبٌ مِنَ التَّفْيِ وَالْإِبْتِثَاتِ وَالْآخَرُ مُجَرَّدُ التَّفْيِ، فَلَا يَكُونُ الْجُحُودُ رُجُوعًا حَقِيقَةً وَلَا الْعَكْسُ أَيْضًا. وَفِيهِ نَظَرٌ مِنْ وَجْهَيْنِ: أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ قَالَ فِي الدَّلِيلِ الْأَوَّلِ: إِنَّ الْجُحُودَ تَفْيٌ فِي الْمَاضِي وَالْإِثْبَاتُ فِي الْحَالِ ضَرُورَةٌ ذَلِكَ، وَهَاهُنَا قَالَ: وَالْجُحُودُ تَفْيٌ فِي الْمَاضِي وَالْحَالُ بَيْنَهُمَا تَنَافٍ. وَالثَّانِي: أَنَّهُ لَا يَلْزَمُ مِنْ عَدَمِ كَوْنِ الْجُحُودِ رُجُوعًا حَقِيقَةً عَدَمُ جَوَازِ اسْتِعْمَالِهِ فِيهِ مَجَازًا صَوْنًا لِكَلَامِ الْعَاقِلِ عَنِ الْإِلْغَاءِ.

وَالْجَوَابُ عَنِ الْأَوَّلِ أَنَّ قَوْلَهُ تَفْيٌ فِي الْمَاضِي وَالْحَالُ مَعْنَاهُ تَفْيٌ فِي الْمَاضِي وَضَعًا وَحَقِيقَةً، وَفِي الْحَالِ ضَرُورَةٌ لَا وَضَعًا وَهُوَ الْأَوَّلُ فَلَا تَنَافٍ. وَعَنِ الثَّانِي بِأَنَّ الرُّجُوعَ وَالْجُحُودَ بِالنَّظَرِ إِلَى الْمَاضِي مُتَضَادَّانِ، وَالتَّضَادُّ لَيْسَ مِنْ مُجَوِّزَاتِ الْمَجَازِ فِي الْأَلْفَافِ الشَّرْعِيَّةِ عَلَى مَا قَرَّرْنَاهُ فِي الْأَنْوَارِ وَالتَّقْرِيرِ، وَلِهَذَا لَا يَكُونُ جُحُودُ النِّكَاحِ فُرْقَةً: يَعْنِي مُسْتَعَارًا لِلطَّلَاقِ؛ لَأَنَّ الْجُحُودَ يَقْتَضِي عَدَمَ النِّكَاحِ فِي الْمَاضِي وَالطَّلَاقُ يَقْتَضِي وُجُودَهُ فَكَانَا مُتَقَابِلَيْنِ فَلَا يَجُوزُ اسْتِعَارَةُ أَحَدِهِمَا لِلْآخَرِ.

وَقَوْلُهُ (وَلَوْ قَالَ كُلُّ وَصِيَّةٍ أَوْصِيَتْ بِهَا) وَاضِحٌ، وَقَوْلُهُ (؛ لَأَنَّ اللَّفْظَ يَدُلُّ عَلَى قَطْعِ الشَّرِكَةِ) قِيلَ؛ لَأَنَّهُ لَمْ يَذْكُرْ بَيْنَهُمَا حَرْفَ الْإِشْرَافِ، وَإِنَّمَا جَعَلَ تِلْكَ الْوَصِيَّةَ بَعَيْنَهَا لغيرِهِ. وَقَوْلُهُ (لَمَّا بَيَّنَّا) إِشَارَةٌ إِلَى هَذَا التَّغْلِيلِ. وَقَوْلُهُ (وَقَدْ ذَكَرْنَا حُكْمَهُ) يُرِيدُ بِهِ مَا تَقَدَّمَ مِنَ التَّوَقُّفِ عَلَى إِجَارَةِ بَقِيَّةِ الْوَرِثَةِ فَإِنْ أَجَازُوا جَازَ وَإِلَّا فَلَا.

بَابُ الْوَصِيَّةِ بِثُلُثِ الْمَالِ

قَالَ (وَمَنْ أَوْصَى لِرَجُلٍ بِثُلُثِ مَالِهِ وَلَاخَرَ بِثُلُثِ مَالِهِ وَلَمْ تُجْزِ الْوَرِثَةُ فَالْثُلُثُ بَيْنَهُمَا) لَأَنَّهُ يَضِيقُ الثُّلُثُ عَنْ حَقِّهِمَا إِذَا لَا يَزَادُ عَلَيْهِ عِنْدَ عَدَمِ الْإِجَارَةِ عَلَى مَا تَقَدَّمَ وَقَدْ تَسَاوَا فِي سَبَبِ الْإِسْتِحْقَاقِ فَيَسْتَوِيَانِ فِي الْإِسْتِحْقَاقِ، وَالْمَحَلُّ يَقْبَلُ الشَّرِكَةَ فَيَكُونُ بَيْنَهُمَا (وَإِنْ أَوْصَى لِأَحَدِهِمَا بِالثُّلُثِ وَلِلْآخَرِ بِالسُّدُسِ فَالْثُلُثُ بَيْنَهُمَا أَثْلَاثًا) لَأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يُدَلِّي بِسَبَبٍ صَحِيحٍ وَضَاقَ الثُّلُثُ عَنْ حَقِّهِمَا فَيَقْتَسِمَانِهِ عَلَى قَدَرِ حَقِّهِمَا كَمَا فِي أَصْحَابِ الدِّيُونِ فَيُجْعَلُ الْأَقْلُ سَهْمًا وَالْأَكْثَرُ سَهْمَيْنِ فَصَارَ ثَلَاثَةُ أَشْهُمٍ: سَهْمٌ لِصَاحِبِ الْأَقْلِ وَسَهْمَانِ لِصَاحِبِ الْأَكْثَرِ.

(وإن أوصى لأحدهما بجميع ماله وللاخر بثلث ماله ولم تجز الورثة، فالثلث بينهما على أربعة أسهم عندهما. وقال أبو حنيفة: الثلث بينهما نصفان، ولا يضرب أبو حنيفة للموصى له بما زاد على الثلث إلا في المحابة والسعاية والدراهم المرسلات) لهما في الخلافة أن الموصي قصد شيئين الاستحقاق والتفضيل، وامتنع الاستحقاق لحق الورثة ولا مانع من التفضيل فيثبت كما في المحابة وأختيها.

وله أن الوصية وقعت بغير المشروع عند عدم الإجازة من الورثة، إذ لا نفاذ لها بحال فيبطل أصلاً، والتفضيل يثبت في ضمن الاستحقاق فبطل ببطلانه كالمحابة الثابتة في ضمن البيع، بخلاف مواضع الإجماع لأن لها نفاذاً في الجملة بدون إجازة الورثة بأن كان في المال سعة فتعتبر في التفاضل لكونه مشروعاً في الجملة، بخلاف ما نحن فيه.

الشرح:

(باب الوصية بثلث المال): لما كان أقصى ما يدور عليه مسائل الوصايا عند عدم إجازة الورثة ثلث المال ذكر تلك المسائل التي تتعلق به في هذا الباب بعد ذكر مقدمات هذا الكتاب قال (ومن أوصى لرجل بثلث ماله إلخ) ومن أوصى لرجل بثلث ماله ثم أوصى لاخر أيضاً بذلك فالورثة إما أن يجيزوهما أو لا، فإن أجازوا فلهما الثلثان ولهم الثلث، وإن لم يجيزوا فالثلث بينهما نصفان، إذ لا يزد على الثلث حيثذ، وليس أحدهما أولى به من الآخر فتساويا في سبب الاستحقاق، والتساوي فيه يوجب التساوي في الاستحقاق، فإن كان المحل يقبل الشركة جعل بينهما، وإن لم يكن كرجلين أقاما البينة على نكاح امرأة تبطل البينتان جميعاً.

وقوله (وإن أوصى لأحدهما بالثلث وللآخر بالسدس) واضح، وقوله (ولا يضرب أبو حنيفة) أي لا يجعل من ضرب في ماله سهماً: أي جعل مفعول لا يضرب محدوفاً: أي لا يضرب شيئاً وصورة المحابة عبدان لرجل قيمة أحدهما ألف ومائة وقيمة الآخر ستمائة وأوصى بأن يباع أحدهما لفلان بمائة والآخر لفلان بمائة فإنه حصلت المحابة لأحدهما بألف وللآخر بخمس مائة والكل وصية؛ لأنه في حال المرض.

فإن لم يكن له غيرهما ولم تجز الورثة جازت المحابة بقدر الثلث فيكون بينهما

أَثَلَا يُضْرَبُ الْمُوصَى لَهُ بِالْأَلْفِ بِحَسَبِ وَصِيَّتِهِ وَهِيَ الْأَلْفُ وَالْمُوصَى لَهُ الْآخَرُ بِحَسَبِ وَصِيَّتِهِ وَهِيَ خَمْسُمِائَةٍ، فَلَوْ كَانَ هَذَا كَسَائِرِ الْوَصَايَا عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَجَبَ أَنْ لَا يُضْرَبَ الْمُوصَى لَهُ بِالْأَلْفِ فِي أَكْثَرِ مِنْ خَمْسِمِائَةٍ. وَصُورَةُ السَّعَايَةِ أَنْ يُوصِيَ بِعَقْدِ عَبْدَيْنِ قِيمَةً أَحَدَهُمَا أَلْفٌ وَقِيمَةُ الْآخَرِ أَلْفَانِ وَلَا مَالٌ لَهُ غَيْرُهُمَا إِنْ أَجَازَتْ الْوَرَّةُ عَقَقَا جَمِيعًا، وَإِنْ لَمْ يُجِزُوا عَقَقَا مِنَ الثُّلُثِ وَثُلُثُ مَالِهِ أَلْفٌ فَالْأَلْفُ بَيْنَهُمَا عَلَى قَدَرٍ وَصِيَّتُهُمَا ثُلَاثَا الْأَلْفِ لِلَّذِي قِيمَتُهُ أَلْفَانِ وَيَسْعَى فِي الْبَاقِي وَالْثُلُثُ لِلَّذِي قِيمَتُهُ أَلْفٌ وَيَسْعَى فِي الْبَاقِي.

وَصُورَةُ الدَّرَاهِمِ الْمُرْسَلَةِ: أَيُّ الْمُطْلَقَةِ هِيَ أَنْ يُوصِيَ لِرَجُلٍ بِأَلْفَيْنِ وَلِلْآخَرِ بِأَلْفٍ دِرْهَمٍ وَثُلُثُ مَالِهِ أَلْفٌ دِرْهَمٍ وَلَمْ تُجْزِ الْوَرَّةُ فَإِنَّهُ يَكُونُ بَيْنَهُمَا أَثَلَاثًا كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يُضْرَبُ بِجَمِيعِ وَصِيَّتِهِ؛ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ فِي مَخْرَجِهَا صَحِيحَةٌ لِحَوَازِ أَنْ يَكُونَ لَهُ مَالٌ آخَرُ يَخْرُجُ هَذَا الْقَدَرُ مِنَ الثُّلُثِ، وَلَا كَذَلِكَ فِيمَا إِذَا أَوْصَى لِرَجُلٍ بِثُلُثِ مَالِهِ وَلِلْآخَرِ بِنِصْفِ مَالِهِ أَوْ بِجَمِيعِ مَالِهِ؛ لِأَنَّ الْفَلْظَ فِي مَخْرَجِهِ لَمْ يَصِحْ؛ لِأَنَّ مَالَهُ لَوْ كَثُرَ أَوْ خَرَجَ لَهُ مَالٌ آخَرُ يَدْخُلُ فِيهِ تِلْكَ الْوَصِيَّةُ وَلَا يَخْرُجُ مِنَ الثُّلُثِ.

(هُمَا فِي الْخِلَافَةِ) وَهِيَ مَا إِذَا أَوْصَى لِأَحَدِهِمَا بِجَمِيعِ مَالِهِ وَلِلْآخَرِ بِثُلُثِهِ (أَنْ) الْمُوصِي قَصَدَ شَيْئَيْنِ (الاسْتِحْقَاقَ) عَلَى الْوَرَّةِ فِيمَا زَادَ عَلَى الثُّلُثِ وَتَفْضِيلَ بَعْضِ أَهْلِ الْوَصَايَا عَلَى بَعْضٍ (وَقَدْ امْتَنَعَ الْاسْتِحْقَاقُ لِحَقِّ الْوَرَّةِ وَلَا مَانِعَ مِنَ التَّفْضِيلِ فَيُثَبِّتُ كَمَا فِي الْمَحَابَةِ) وَالسَّعَايَةِ وَالْدَّرَاهِمِ الْمُرْسَلَةِ.

وَلَأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الْوَصِيَّةَ وَقَعَتْ بِغَيْرِ الْمَشْرُوعِ وَحَاصِلُهُ أَنَّ التَّفْضِيلَ إِذَا ثَبُتَ بِنَاءً عَلَى الْاسْتِحْقَاقِ؛ وَإِذَا بَطَلَ الْاسْتِحْقَاقُ بَطَلَ مَا ثَبَتَ فِي ضَمْنِهِ (كَالْمَحَابَةِ الثَّابِتَةِ فِي ضَمْنِ الْبَيْعِ) تَبْطُلُ بِطُلَانِ الْبَيْعِ وَهَذَا؛ لِأَنَّ الزِّيَادَةَ لَمَّا بَطَلَتْ بَقِيَ كُلُّ مِنْهُمَا مُوصَى لَهُ بِالثُّلُثِ وَفِي ذَلِكَ يَتَسَاوَيَانِ فَكَذَلِكَ هَهُنَا (بِخِلَافِ مَوَاضِعِ الْإِجْمَاعِ) يَعْنِي الْمَحَابَةَ وَأَخْتَبَهَا وَهُوَ وَاضِحٌ.

وَهَذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا أَوْصَى بِعَيْنٍ مِنْ تَرِكَّتِهِ وَقِيمَتُهُ تَرِيدُ عَلَى الثُّلُثِ فَإِنَّهُ يُضْرَبُ بِالثُّلُثِ وَإِنْ احْتَمَلَ أَنْ يَزِيدَ الْمَالُ فَيَخْرُجُ مِنَ الثُّلُثِ؛ لِأَنَّ هُنَاكَ الْحَقَّ تَعْلُقَ بِعَيْنِ التَّرِكَةِ، بِدَلِيلِ أَنَّهُ لَوْ هَلَكَ وَاسْتَفَادَ مَالًا آخَرَ تَبْطُلُ الْوَصِيَّةُ، وَفِي الْأَلْفِ الْمُرْسَلَةِ لَوْ هَلَكَ

التَّرِكَةُ تَنْفُذُ فِيمَا يُسْتَفَادُ فَلَمْ يَكُنْ مُتَعَلِّقًا بِعَيْنٍ مَا تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّ الْوَرَثَةِ.

قَالَ (وَإِذَا أَوْصَى بِنَصِيبِ ابْنِهِ فَالْوَصِيَّةُ بَاطِلَةٌ. وَلَوْ أَوْصَى بِمِثْلِ نَصِيبِ ابْنِهِ جَانًا) لِأَنَّ الْأَوَّلَ وَصِيَّةٌ بِمَالِ الْغَيْرِ، لِأَنَّ نَصِيبَ الْإِبْنِ مَا يُصِيبُهُ بَعْدَ الْمَوْتِ وَالثَّانِي وَصِيَّةٌ بِمِثْلِ نَصِيبِ الْإِبْنِ وَمِثْلُ الشَّيْءِ غَيْرُهُ وَإِنْ كَانَ يَتَقَدَّرُ بِهِ فَيَجُوزُ، وَقَالَ زُفَرٌ: يَجُوزُ فِي الْأَوَّلِ أَيْضًا فَيَنْظَرُ إِلَى الْحَالِ وَالْكُلُّ مَالُهُ فِيهِ وَجَوَابُهُ مَا قُلْنَا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَهَذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا أَوْصَى بِعَيْنٍ مِنْ تَرَكَّتِهِ) صُورَةُ نَقْضٍ تَرُدُّ عَلَى الْمَسَائِلِ الْمُجْمَعِ عَلَيْهَا. وَقَوْلُهُ (وَإِنْ أُحْتَمِلَ أَنْ يَزِيدَ الْمَالُ فَيُخْرَجَ مِنَ الثُّلُثِ) يَعْنِي بِأَنْ كَانَ عَبْدًا أَوْصَى بِهِ لِرَجُلٍ وَبِثُلْثِ مَالِهِ لِآخَرَ وَلَا مَالَ لَهُ سِوَى الْعَبْدِ وَلَمْ تُجْزِ الْوَرَثَةُ فَالْثُلُثُ يَتَنَهَمَا نَصْفَانِ، وَإِنْ أُحْتَمِلَ أَنْ يَكْتَسِبَ هَذَا الْعَبْدُ مَالًا فَتَصِيرُ رَقَبَتُهُ مُسَاوِيَةً لثُلْثِ الْمَالِ أَوْ يَظْهَرُ لَهُ مَالٌ بِحَيْثُ يَصِيرُ الْعَبْدُ ثُلْثَ الْمَالِ.

وَقَوْلُهُ (لَأَنَّ هُنَاكَ الْحَقَّ تَعَلَّقَ بِعَيْنِ التَّرِكَةِ) يَعْنِي أَنَّ حَقَّ الْمَوْصَى لَهُ تَعَلَّقَ بِعَيْنِ التَّرِكَةِ؛ وَهَذَا لَوْ هَلَكَتِ الْعَيْنُ بَطُلَتِ الْوَصِيَّةُ وَإِنْ اسْتَفَادَ مَالًا آخَرَ، وَحَقُّ الْوَرَثَةِ أَيْضًا يَتَعَلَّقُ بِعَيْنِ التَّرِكَةِ فِيمَا زَادَ عَلَى الثُّلُثِ فَيَبْطُلُ حَقُّهُ فِيمَا زَادَ عَلَى الثُّلُثِ لاسْتِحَالَةِ اجْتِمَاعِ الْحَقِّينِ، بِخِلَافِ الْأَلْفِ الْمُرْسَلَةِ؛ وَهَذَا لَوْ هَلَكَتِ يَنْفُذُ فِيمَا يُسْتَفَادُ فَلَمْ تَتَعَلَّقْ بِعَيْنٍ مَا تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّ الْوَرَثَةِ فَلَا يَلْزَمُ بَطْلَانُهُ.

قَالَ (وَمَنْ أَوْصَى بِنَصِيبِ ابْنِهِ) وَمَنْ أَوْصَى بِنَصِيبِ ابْنِهِ وَهُوَ مَوْجُودٌ بَطُلَتْ وَصِيَّتُهُ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ ابْنٌ صَحَّتْ (وَإِنْ أَوْصَى بِمِثْلِ نَصِيبِ ابْنِهِ جَانًا) كَانَ لَهُ ابْنٌ أَوْ لَمْ يَكُنْ (لَأَنَّ الْأَوَّلَ وَصِيَّةٌ بِمَالِ الْغَيْرِ؛ لِأَنَّ نَصِيبَ الْإِبْنِ مَا يُصِيبُهُ بَعْدَ الْمَوْتِ) بِنَصِّ الْكِتَابِ، وَالْوَصِيَّةُ بِمَالِ الْغَيْرِ لَا تَجُوزُ (وَالثَّانِي وَصِيَّةٌ بِمِثْلِ نَصِيبِ الْإِبْنِ، وَمِثْلُ الشَّيْءِ غَيْرُهُ وَإِنْ كَانَ يَتَقَدَّرُ بِقَدْرِهِ) وَقَالَ زُفَرٌ: جَازَتْ الْأُولَى كَالثَّانِيَةِ نَظَرًا إِلَى حَالِ الْوَصِيَّةِ؛ فَإِنَّ الْمَالَ كُلَّهُ لَهُ فِي ذَلِكَ الْحَالِ لِكَوْنِهِ حَيًّا بَعْدُ وَلِلْمَالِكِ أَنْ يَتَصَرَّفَ فِي مِلْكِهِ كَيْفَ يَشَاءُ (وَجَوَابُهُ مَا قُلْنَا) وَهُوَ قَوْلُهُ؛ لِأَنَّ الْأَوَّلَ وَصِيَّةٌ بِمَالِ الْغَيْرِ.

قَالَ (وَمَنْ أَوْصَى بِسَهْمٍ مِنْ مَالِهِ فَلَهُ أَحْسَنُ سَهَامِ الْوَرَثَةِ إِلَّا أَنْ يَنْقُصَ عَنِ السُّدُسِ فَيَتِمُّ لَهُ السُّدُسُ وَلَا يُزَادُ عَلَيْهِ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: لَهُ مِثْلُ نَصِيبِ أَحَدٍ

الْوَرَثَةِ وَلَا يُزَادُ عَلَى الثَّلَاثِ إِلَّا أَنْ يُجِيزَ الْوَرَثَةُ لِأَنَّ السَّهْمَ يُرَادُ بِهِ أَحَدَ سِهَامِ الْوَرَثَةِ عُرْفًا لَا سِيَّمًا فِي الْوَصِيَّةِ، وَالْأَقْلُ مُتَيَقَّنٌ بِهِ فَيُصَرَّفُ إِلَيْهِ، إِلَّا إِذَا زَادَ عَلَى الثَّلَاثِ فَيُرَدُّ عَلَيْهِ لِأَنَّهُ لَا مَزِيدَ عَلَيْهِ عِنْدَ عَدَمِ إِجَازَةِ الْوَرَثَةِ. وَلَهُ أَنَّ السَّهْمَ هُوَ السُّدُسُ هُوَ الْمُرَوِيُّ عَنْ ابْنِ مَسْعُودٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، وَقَدْ رَفَعَهُ إِلَى النَّبِيِّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ فِيمَا يُرَوَّى، وَلَأَنَّهُ يُذَكَّرُ وَيُرَادُ بِهِ السُّدُسُ، فَإِنْ إِيَّاسًا قَالَ: السَّهْمُ فِي اللَّغَةِ عِبَارَةٌ عَنِ السُّدُسِ، وَيُذَكَّرُ وَيُرَادُ بِهِ سَهْمٌ مِنْ سِهَامِ الْوَرَثَةِ فَيُعْطَى مَا ذَكَرْنَا، قَالُوا: هَذَا كَانَ فِي عُرْفِهِمْ، وَفِي عُرْفِنَا السَّهْمُ كَالْجُزْءِ.

الشرح:

قَوْلُهُ (وَمَنْ أَوْصَى بِسَهْمٍ مِنْ مَالِهِ) مَعْنَاهُ فَلَهُ السُّدُسُ لَا يُزَادُ عَلَيْهِ وَلَا يُنْقَصُ مِنْهُ. فَإِنْ قِيلَ: أَخْسُ الْأَنْصِبَاءِ أَقْلُهُ وَالثَّمَنُ أَقْلُ مِنَ السُّدُسِ فَكَيْفَ جَعَلَهُ بِمَعْنَى السُّدُسِ، قُلْتُ: جَعَلَهُ بِمَعْنَاهُ بِمَا ذُكِرَ فِي الْكِتَابِ مِنَ الْأَثَرِ وَاللُّغَةِ، أَمَّا الْأَثَرُ فَمَا رُوِيَ عَنْ ابْنِ مَسْعُودٍ وَقَدْ رَفَعَهُ إِلَى النَّبِيِّ ﷺ فِيمَا يُرَوَّى أَنَّ «السَّهْمَ هُوَ السُّدُسُ». وَأَمَّا اللَّغَةُ فَإِنَّ إِيَّاسَ بْنَ مُعَاوِيَةَ قَاضِيَ الْبَصْرَةِ قَالَ: السَّهْمُ فِي اللَّغَةِ عِبَارَةٌ عَنِ السُّدُسِ.

وَأَعْلَمُ أَنَّ عِبَارَةَ الْمَشَايِخِ وَالشَّارِحِينَ فِي هَذَا الْمَوْضِعِ اخْتَلَفَتْ اخْتِلَافًا لَا يَكَادُ يُعْلَمُ مِنْهُ شَيْءٌ، وَسَبَبُ ذَلِكَ اخْتِلَافُ رِوَايَةِ الْمَبْسُوطِ وَالْجَامِعِ الصَّغِيرِ. قَالَ فِي الْكَافِي: فَعَلَى رِوَايَةِ الْأَصْلِ جَوَّزَ أَبُو حَنِيفَةَ النُّقْصَانَ مِنَ السُّدُسِ وَلَمْ يُجَوِّزْ الزِّيَادَةَ عَلَى السُّدُسِ، وَعَلَى رِوَايَةِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ جَوَّزَ الزِّيَادَةَ عَلَى السُّدُسِ وَلَمْ يُجَوِّزْ النُّقْصَانَ عَنِ السُّدُسِ، وَرِوَايَةُ الْمُصَنِّفِ تُخَالِفُ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا؛ لِأَنَّ قَوْلَهُ إِلَّا أَنْ يُنْقَصَ عَنِ السُّدُسِ فَيَتِمَّ لَهُ السُّدُسُ لَيْسَ فِي رِوَايَةِ الْمَبْسُوطِ.

وَقَوْلُهُ (وَلَا يُزَادُ عَلَيْهِ) لَيْسَ فِي رِوَايَةِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ، فِيمَا أَنَّهُ أَطْلَعَ عَلَى رِوَايَةٍ غَيْرِهِمَا، وَإِنَّمَا أَنَّهُ جَمَعَ بَيْنَهُمَا (وَقَالَا: لَهُ مِثْلُ نَصِيبِ أَحَدِ الْوَرَثَةِ وَلَا يُزَادُ عَلَى الثَّلَاثِ إِلَّا أَنْ يُجِيزَهُ الْوَرَثَةُ) وَمَقَرَّعُهُمَا الْعُرْفُ (فَإِنَّ السَّهْمَ يُرَادُ بِهِ أَحَدُ سِهَامِ الْوَرَثَةِ عُرْفًا لَا سِيَّمًا فِي الْوَصِيَّةِ، وَالْأَقْلُ مُتَيَقَّنٌ فَيُصَرَّفُ إِلَيْهِ) إِلَّا إِذَا زَادَ: أَيُّ الْأَقْلُ (عَلَى الثَّلَاثِ فَيُرَدُّ إِلَيْهِ) لِأَنَّهُ لَا مَزِيدَ عَلَيْهِ عِنْدَ عَدَمِ إِجَازَةِ الْوَرَثَةِ (وَلَأَنِّي حَنِيفَةً مَا ذَكَرْنَاهُ أَنْفَاءً فِي جَوَابِ السُّؤَالِ مِنْ أَثَرِ ابْنِ مَسْعُودٍ وَقَوْلِ إِيَّاسٍ).

وَقَوْلُهُ (وَلَا يُذَكَّرُ وَيُرَادُ بِهِ السُّدُسُ إلخ) مُشْكِلٌ، وَذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ وَقَعَ فِي بَعْضِ نُسَخِ الْهَدَايَةِ فَيُعْطَى مَا ذَكَرْنَا، وَفِي بَعْضِهَا فَيُعْطَى الْأَقْلُ مِنْهُمَا. وَفَسَّرَ الْأَوَّلَى بَعْضُ الشَّارِحِينَ فَقَالَ: يَعْنِي إِنْ كَانَ أَحْسَنُ سِهَامِ الْوَرَّةِ أَقْلُ مِنَ السُّدُسِ يُعْطَى السُّدُسُ لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ السَّهْمَ عِبَارَةً عَنِ السُّدُسِ، وَإِنْ كَانَ أَحْسَنُ السَّهَامِ أَكْثَرَ مِنْهُ يُعْطَى ذَلِكَ؛ لِأَنَّ السَّهْمَ يُذَكَّرُ وَيُرَادُ بِهِ سَهْمٌ مِنَ سِهَامِ الْوَرَّةِ عَمَلًا بِالذَّلِيلَيْنِ، فَإِنْ كَانَ مُرَادُهُ بِقَوْلِهِ ذَلِكَ أَحْسَنُ السَّهَامِ وَإِنْ كَانَ أَكْثَرَ مِنَ السُّدُسِ فَلَيْسَ ذَلِكَ بِدَلِيلٍ لِمَا ذَكَرَ فِي الْكِتَابِ، فَإِنَّ فِيهِ الزِّيَادَةَ عَلَى السُّدُسِ.

وَقَدْ قَالَ فِي الْكِتَابِ: وَلَا يُزَادُ عَلَيْهِ وَإِنْ كَانَ مُرَادُهُ السُّدُسُ فَمَا تَمَّ عَمَلٌ بِالذَّلِيلَيْنِ. وَأَمَّا الثَّانِيَةُ وَهُوَ قَوْلُهُ فَيُعْطَى الْأَقْلُ مِنْهُمَا يُؤَدِّي إِلَى التَّقْصَانِ عَنِ السُّدُسِ وَفِي الْكِتَابِ إِلَّا أَنْ يَنْقُصَ عَنِ السُّدُسِ فَيَتِمَّ لَهُ السُّدُسُ.

وَأَيْضًا قَوْلُهُ (مَا ذَكَرْنَا) إِنْ أَرَادَ بِهِ السُّدُسُ فَلَا تَعْلُقْ لِقَوْلِهِ وَقَدْ يُذَكَّرُ وَيُرَادُ بِهِ سَهْمٌ مِنَ سِهَامِ الْوَرَّةِ بِالذَّلِيلِ؛ لِأَنَّهُ يَتِمُّ بِقَوْلِ إِبَاسٍ وَإِنْ أَرَادَ بِهِ الْأَقْلُ مِنْهُمَا عَادَ الْإِعْتِرَاضُ الْمَذْكُورُ وَهُوَ الْأَدَاءُ إِلَى التَّقْصَانِ عَنِ السُّدُسِ، وَأَرَى أَنَّ الْمُرَادَ بِقَوْلِهِ مَا ذَكَرْنَا هُوَ الْأَقْلُ مِنْهُمَا لِيَكُونَ مَعْنَى التَّنْصِيفِ وَاحِدًا، وَأَشَارَ بِذَلِكَ إِلَى رِوَايَةِ الْمُبْسُوطِ وَهِيَ مَا ذَكَرْنَا مِنْ جَوَازِ التَّقْصَانِ دُونَ الزِّيَادَةِ عَلَى السُّدُسِ تَنْبِيْهَا بِذَلِكَ عَلَى أَنَّ الْمَذْكُورَ فِي الْكِتَابِ مِنْ قَوْلِهِ: (إِلَّا أَنْ يَنْقُصَ عَنِ السُّدُسِ فَيَتِمَّ لَهُ السُّدُسُ وَلَا يُزَادُ عَلَيْهِ) لَيْسَ رِوَايَةً وَاحِدَةً، وَإِنَّمَا هُوَ مُرَكَّبٌ مِنْ رِوَايَتَيْنِ فَإِنْ كَانَ هَذَا مُرَادَهُ فَهُوَ كَمَا تَرَى نَعْمَةً، وَإِنْ كَانَ غَيْرَ ذَلِكَ فَاللَّهُ أَعْلَمُ بِهِ، وَجَهْدُ الْمُقْلِ دُمُوعُهُ.

وَصُورَةُ الْمَسْأَلَةِ مَا إِذَا أَوْصَتْ الْمَرْأَةُ بِسَهْمٍ مِنْ مَالِهَا ثُمَّ مَاتَتْ وَتَرَكَتْ زَوْجًا وَبَنَاتًا عَلَى رِوَايَةِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ يُعْطَى السُّدُسُ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ، وَعِنْدَهُمَا يُعْطَى الرَّبْعُ: أَيُّ مِثْلِ الرَّبْعِ فَيُعْطَى الْخُمْسُ تُجْعَلُ الْمَسْأَلَةُ عَلَى قَوْلِهِ عَلَى سِتَّةٍ لِحَاجَتِنَا إِلَى السُّدُسِ لِلْمُوصَى لَهُ سَهْمٌ بَقِيَتْ خَمْسَةٌ لِلزَّوْجِ مِنْهُ الرَّبْعُ وَلَا يَسْتَقِيمُ عَلَيْهِ فَيَضْرِبُ فِي أَصْلِ الْمَسْأَلَةِ مَخْرَجُ الْكَسْرِ وَهُوَ أَرْبَعَةٌ تَبْلُغُ أَرْبَعَةً وَعِشْرِينَ كَانَ لِلْمُوصَى لَهُ سَهْمٌ يُضْرَبُ فِي أَرْبَعَةٍ فَهُوَ أَرْبَعَةٌ وَهُوَ سُدُسُ الْمَالِ بَقِيَ عِشْرُونَ لِلزَّوْجِ مِنْهَا الرَّبْعُ، وَهُوَ خَمْسَةٌ وَالْبَاقِي لِلْبَنَاتِ.

وَعَلَى قَوْلِهِمَا عَلَى خَمْسَةٍ يُزَادُ مِثْلُ أَحْسَ سَهَامِ الْوَرَثَةِ، وَهُوَ وَاحِدٌ عَلَى الْفَرِيضَةِ، وَهِيَ أَرْبَعَةٌ فَتَصِيرُ خَمْسَةٌ يُعْطَى الْمُوصَى لَهُ سَهْمًا وَالزَّوْجُ سَهْمًا وَهُوَ رُبْعُ الْبَاقِي بَعْدَ نَصِيبِ الْمُوصَى لَهُ وَمَا بَقِيَ فَلِلْبَنَاتِ، وَإِنَّمَا كَانَ كَذَلِكَ؛ لِأَنَّ الْمُوصَى أَوْصَى بِمِثْلِ نَصِيبِ الزَّوْجِ وَمِثْلِ الشَّيْءِ غَيْرُهُ فَيُزَادُ مِثْلُ الرُّبْعِ عَلَى الْأَرْبَعَةِ لِيَكُونَ الْمَزِيدُ مِثْلًا لِلرُّبْعِ، وَأَمَّا عَلَى رِوَايَةِ الْأَصْلِ فَتُخْرِجُهُ كَتَخْرِيجِهِمَا، وَعَلَى هَذَا قِسٌّ أَمْثَالُهَا وَخَرَجُهَا عَلَى الرُّوَايَتَيْنِ، وَقَوْلُهُ: (قَالُوا) أَيُّ مَشَايِخُنَا كَانَ هَذَا فِي عُرْفِهِمْ وَفِي عُرْفِنَا السَّهْمُ كَالْجُزْءِ.

قَالَ (وَلَوْ أَوْصَى بِجُزْءٍ مِنْ مَالِهِ قِيلَ لِلْوَرَثَةِ أَعْطَوْهُ مَا شِئْتُمْ) لِأَنَّهُ مَجْهُولٌ يَتَنَاولُ الْقَلِيلَ وَالكَثِيرَ، غَيْرَ أَنَّ الْجَهْلَةَ لَا تَمْنَعُ صِحَّةَ الْوَصِيَّةِ وَالْوَرَثَةُ قَائِمُونَ مَقَامَ الْمُوصَى فَإِلَيْهِمْ فَإِلَيْهِمُ الْبَيَانُ.

الشرح:

(وَلَوْ أَوْصَى بِجُزْءٍ مِنْ مَالِهِ قِيلَ لِلْوَرَثَةِ أَعْطَوْهُ مَا شِئْتُمْ؛ لِأَنَّهُ مَجْهُولٌ يَتَنَاولُ الْقَلِيلَ وَالكَثِيرَ غَيْرَ أَنَّ الْجَهْلَةَ لَا تَمْنَعُ صِحَّةَ الْوَصِيَّةِ وَالْوَرَثَةُ قَائِمُونَ مَقَامَ الْمُوصَى فَإِلَيْهِمُ الْبَيَانُ) وَلَوْ أَوْصَى بِبَعْضٍ مِنْ مَالِهِ أَوْ بِطَائِفَةٍ أَوْ بِنَصِيبٍ أَوْ بِشَيْءٍ فَالْحُكْمُ كَذَلِكَ.

قَالَ (وَمَنْ قَالَ سُدُسُ مَالِي لِفُلَانٍ ثُمَّ قَالَ فِي ذَلِكَ الْمَجْلِسِ أَوْ فِي مَجْلِسٍ آخَرَ لَهُ ثُلُثُ مَالِي وَأَجَازَتْ الْوَرَثَةُ فَلَهُ ثُلُثُ الْمَالِ وَيَدْخُلُ السُّدُسُ فِيهِ، وَمَنْ قَالَ سُدُسُ مَالِي لِفُلَانٍ ثُمَّ قَالَ فِي ذَلِكَ الْمَجْلِسِ أَوْ فِي غَيْرِهِ سُدُسُ مَالِي لِفُلَانٍ فَلَهُ سُدُسٌ وَاحِدٌ) لِأَنَّ السُّدُسَ ذِكْرٌ مُعْرِفًا بِالْإِضَافَةِ إِلَى الْمَالِ، وَالْمَعْرِفَةُ إِذَا أُعِيدَتْ يُرَادُ بِالثَّانِي عَيْنَ الْأَوَّلِ هُوَ الْمَعْهُودُ فِي اللَّفْظِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَأَجَازَتْ الْوَرَثَةُ فَلَهُ ثُلُثُ الْمَالِ) فَإِنْ قِيلَ: إِذَا أَجَازَتْ الْوَرَثَةُ كَانَ الْوَاجِبُ أَنْ يَكُونَ لَهُ نِصْفُ الْمَالِ وَإِلَّا لَمْ يَتَّقَ لِقَوْلِهِ وَأَجَازَتْ الْوَرَثَةُ فَائِدَةٌ فَالْجَوَابُ أَنَّ مَعْنَاهُ حَقُّهُ الثُّلُثُ وَإِنْ أَجَازَتْ الْوَرَثَةُ؛ لِأَنَّ السُّدُسَ يَدْخُلُ فِي الثُّلُثِ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ يُحْتَمَلُ أَنَّهُ أَرَادَ بِالثَّانِيَةِ زِيَادَةَ السُّدُسِ عَلَى الْأَوَّلِ حَتَّى يَتِمَّ لَهُ الثُّلُثُ، وَيُحْتَمَلُ أَنَّهُ أَرَادَ بِهَا إِيْجَابَ الثُّلُثِ عَلَى السُّدُسِ فَيَجْعَلُ السُّدُسَ دَاخِلًا فِي الثُّلُثِ؛ لِأَنَّهُ مُتَيَقِّنٌ وَحَمَلًا لِكَلَامِهِ عَلَى مَا

يَمْلِكُهُ وَهُوَ الْإِصْصَاءُ بِالثُّلُثِ. وَقَوْلُهُ (وَالْمَعْرِفَةُ مَتَى أُعِيدَتْ يُرَادُ بِالثَّانِي عَيْنُ الْأَوَّلِ) قَدْ قَرَّرْنَاهُ فِي التَّقْرِيرِ مُسْتَوْفَى بِتَوْفِيقِ اللَّهِ تَعَالَى.

قَالَ (وَمَنْ أَوْصَى بِثُلْثِ دَرَاهِمِهِ أَوْ بِثُلْثِ غَنَمِهِ فَهَلَكَ ثُلُثًا ذَلِكَ وَبَقِيَ ثُلُثُهُ وَهُوَ يَخْرُجُ مِنْ ثُلْثِ مَا بَقِيَ مِنْ مَالِهِ فَلَهُ جَمِيعُ مَا بَقِيَ) وَقَالَ زُفَرٌ: لَهُ ثُلْثُ مَا بَقِيَ، لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُشْتَرَكٌ بَيْنَهُمَا وَالْمَالُ الْمَشْتَرَكُ يُتَوَى مَا تَوَى مِنْهُ عَلَى الشَّرِكَةِ وَيَبْقَى مَا بَقِيَ عَلَيْهَا وَصَارَ كَمَا إِذَا كَانَتِ التَّرِكَةُ أَجْنَاسًا مُخْتَلَفَةً. وَلَنَا أَنَّ فِي الْجِنْسِ الْوَاحِدِ يُمَكِّنُ جَمِيعُ حَقِّ أَحَدِهِمْ فِي الْوَاحِدِ وَلِهَذَا يَجْرِي فِيهِ الْجَبَرُ عَلَى الْقِسْمَةِ وَفِيهِ جَمْعُ وَالْوَصِيَّةُ مُقَدَّمَةٌ فَجَمَعْنَاهَا فِي الْوَاحِدِ الْبَاقِي وَصَارَتِ الدَّرَاهِمُ كَالدَّرْهِمِ، بِخِلَافِ الْأَجْنَاسِ الْمُخْتَلَفَةِ لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُ الْجَمْعُ فِيهَا جَبْرًا فَكَذَا تَقْدِيمًا.

قَالَ (وَلَوْ أَوْصَى بِثُلْثِ ثِيَابِهِ فَهَلَكَ ثُلُثُهَا وَبَقِيَ ثُلُثُهَا وَهُوَ يَخْرُجُ مِنْ ثُلْثِ مَا بَقِيَ مِنْ مَالِهِ لَمْ يَسْتَحِقْ إِلَّا ثُلْثُ مَا بَقِيَ مِنَ الثِّيَابِ، قَالُوا: هَذَا) إِذَا كَانَتِ الثِّيَابُ مِنْ أَجْنَاسٍ مُخْتَلَفَةٍ، وَلَوْ كَانَتْ مِنْ جِنْسٍ وَاحِدٍ فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ الدَّرَاهِمِ، وَكَذَلِكَ الْمَكِيلُ وَالْمَوْزُونُ بِمَنْزِلَتِهَا لِأَنَّهُ يَجْرِي فِيهِ الْجَمْعُ جَبْرًا بِالْقِسْمَةِ (وَلَوْ أَوْصَى بِثُلْثِ ثَلَاثَةِ مِنْ رَقِيقِهِ فَمَاتَ اثْنَانِ لَمْ يَكُنْ لَهُ إِلَّا ثُلْثُ الْبَاقِي، وَكَذَا الدُّورُ الْمُخْتَلَفَةُ) وَقِيلَ هَذَا عَلَى قَوْل أَبِي حَنِيفَةَ وَحْدَهُ لِأَنَّهُ لَا يَرَى الْجَبَرَ عَلَى الْقِسْمَةِ فِيهَا. وَقِيلَ هُوَ قَوْلُ الْكُلِّ لِأَنَّ عِنْدَهُمَا الْقَاضِي أَنْ يَجْتَهِدَ وَيَجْمَعَ وَيُدُونِ ذَلِكَ يَتَعَدَّرُ الْجَمْعُ، وَالْأَوَّلُ أَشْبَهُ لِلْفِقْهِ الْمَذْكُورِ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ أَوْصَى بِثُلْثِ دَرَاهِمِهِ أَوْ بِثُلْثِ غَنَمِهِ) وَمَنْ أَوْصَى بِثُلْثِ دَرَاهِمِهِ أَوْ بِثُلْثِ غَنَمِهِ (فَهَلَكَ ثُلُثًا ذَلِكَ وَبَقِيَ ثُلُثُهُ وَهُوَ يَخْرُجُ مِنْ ثُلْثِ مَا بَقِيَ مِنْ مَالِهِ فَلَهُ جَمِيعُ مَا بَقِيَ، وَقَالَ زُفَرٌ: لَهُ ثُلْثُ مَا بَقِيَ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا) أَيُّ مِنَ الْمَالِكِ وَالْبَاقِي (مُشْتَرَكٌ بَيْنَ الْوَرِثَةِ وَالْمُوصَى لَهُ وَالْمَالُ الْمَشْتَرَكُ يُتَوَى مَا تَوَى مِنْهُ عَلَى الشَّرِكَةِ وَيَبْقَى مَا بَقِيَ مِنْهُ عَلَيْهَا، وَصَارَ كَمَا إِذَا كَانَتِ التَّرِكَةُ أَجْنَاسًا مُخْتَلَفَةً) وَهُوَ الْقِيَاسُ.

(وَلَنَا أَنَّ هَذَا جِنْسٌ وَاحِدٌ وَالْجِنْسُ الْوَاحِدُ يُمَكِّنُ فِيهِ جَمْعُ حَقِّ أَحَدِهِمْ فِي الْوَاحِدِ) أَيُّ يُمَكِّنُ جَمْعُ حَقِّ شَائِعٍ لِكُلِّ وَاحِدٍ فِي (فَرْدٍ) وَلِهَذَا يَجْرِي فِيهِ الْجَبَرُ عَلَى الْقِسْمَةِ) مَعَ مَا فِيهِ مِنَ الْجَمْعِ، وَإِذَا أُمَكِّنَ الْجَمْعُ جَمْعًا حَقُّ الْمُوصَى لَهُ فِيمَا بَقِيَ تَقْدِيمًا

لِلْوَصِيَّةِ عَلَى الْإِرْثِ؛ لِأَنَّ الْمَوْصِيَّ لَهُ جَعَلَ حَاجَتَهُ فِي هَذَا الْمَعْنَى مُقَدِّمَةً عَلَى حَقِّ الْوَرَثَةِ بِقَدْرِ الْمَوْصِيَّ بِهِ، فَكَانَ حَقُّ الْوَرَثَةِ كَالْتَّبَعِ وَحَقُّ الْمَوْصِيَّ لَهُ كَالْأَصْلِ.

وَالْأَصْلُ فِي مَالٍ اشْتَمَلَ عَلَى أَصْلٍ وَتَبَعٍ إِذَا هَلَكَ شَيْءٌ مِنْهُ أَنْ يُجْعَلَ الْهَالِكُ مِنَ التَّبَعِ دُونَ الْأَصْلِ، كَمَالِ الْمُضَارَبَةِ إِذَا كَانَ فِيهِ رِبْحٌ وَهَلَكَ بَعْضُهُ يُصْرَفُ الْهَالِكُ إِلَى الرِّبْحِ الَّذِي هُوَ تَبَعٌ لَا إِلَى رَأْسِ الْمَالِ (وَصَارَتْ الدَّرَاهِمُ) أَيُّ صَارَتْ الْوَصِيَّةُ بِثُلْثِ الدَّرَاهِمِ كَالْوَصِيَّةِ بِالدَّرْهَمِ الْوَاحِدِ. وَلَوْ أَوْصَى بِدَرْهَمٍ وَلَهُ ثَلَاثَةُ دَرَاهِمٍ فَهَلَكَ دَرَاهِمَانِ وَبَقِيَ دَرْهَمٌ وَهُوَ يَخْرُجُ مِنَ الثُّلُثِ كَانَ لَهُ الدَّرْهَمُ فَكَذَلِكَ هَذَا.

وَقَوْلُهُ (بِخِلَافِ الْأَجْنَاسِ الْمُخْتَلِفَةِ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِ زُفَرٍ كَمَا إِذَا كَانَتْ التَّرِكَةُ أَجْنَاسًا، وَوَجْهُهُ أَنَّ الْجَمْعَ فِيهَا غَيْرُ مُمَكِّنٍ، فَإِنَّهُ إِذَا تَرَكَهَا وَطَلَبَ بَعْضُ الْوَرَثَةِ الْقِسْمَةَ وَأَبَى الْبَاقُونَ فَإِنَّ الْقَاضِيَ لَا يُجْبِرُهُمْ عَلَى الْقِسْمَةِ؛ لِأَنَّ الْغَرَضَ مِنَ الْقِسْمَةِ الْإِنْفَاعُ فَلَا بُدَّ مِنَ الْمُعَادَلَةِ وَهِيَ فِيهَا مُتَعَذِّرَةٌ، وَإِذَا تَعَذَّرَ الْجَمْعُ تَعَذَّرَ التَّقْدِيمُ؛ لِأَنَّ فِيهِ الْجَمْعَ فَبَقِيَ الْكُلُّ مُشْتَرَكًا بَيْنَ الْوَرَثَةِ وَالْمَوْصِيَّ لَهُ أَثْلَانًا، فَمَا هَلَكَ هَلَكَ عَلَى الشَّرِكَةِ وَمَا بَقِيَ بَقِيَ عَلَيْهَا أَثْلَانًا.

وَطَهَرَ مِنْ هَذَا قَوْلُهُ وَلَوْ أَوْصَى بِثُلْثِ تَبَايِهِ، وَأَمَّا إِذَا أَوْصَى بِثُلْثِ ثَلَاثَةٍ مِنْ رَقِيقِهِ مِنْ جَنْسٍ وَاحِدٍ أَوْ بِثُلْثِ ثَلَاثَةٍ مِنَ الدُّورِ فَلَيْسَ لَهُ إِلَّا الثُّلُثُ الْبَاقِي لِكَثْرَةِ التَّفَاوُتِ، هَكَذَا أَجَابَ مُحَمَّدٌ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ مِنْ غَيْرِ ذِكْرِ خِلَافٍ. وَاخْتَلَفَ الْمَشَايخُ (فَقِيلَ هَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَخَذَهُ؛ لِأَنَّهُ لَا يَرَى الْجَبْرَ عَلَى الْقِسْمَةِ) فِيهَا فَأَمَّا عَلَى قَوْلِهِمَا فَالدُّورُ جَنْسٌ وَاحِدٌ وَكَذَلِكَ الرَّقِيقُ، فَيَكُونُ لِلْمَوْصِيَّ لَهُ الْعَبْدُ الْبَاقِي وَالْدَّارُ الْبَاقِيَةُ؛ لِأَنَّ الْقَاضِيَ أَنْ يَقْسِمَ قِسْمَةً وَاحِدَةً فَيَجْمَعَ نَصِيبَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ فِي عَبْدٍ بِاعْتِبَارِ الْقِيَمَةِ لِاتِّحَادِ الْجَنْسِ، وَإِلَى هَذَا مَالُ الْفَقِيهِ أَبُو الْلَيْثِ وَالْإِمَامُ فَخْرُ الْإِسْلَامِ.

وَقِيلَ الْمَذْكُورُ فِي الْجَامِعِ قَوْلُ الْكُلِّ؛ لِأَنَّ عِنْدَهُمَا لَا يَجِبُ عَلَى الْقَاضِيَ الْقِسْمَةُ بَلْ يَجُوزُ لَهُ (أَنْ يَجْتَهِدَ وَيَجْمَعَ وَيُدُونَ ذَلِكَ) أَيُّ يَدُونَ اجْتِهَادِ الْقَاضِيَ وَجَمْعِهِ (يَتَعَذَّرُ الْجَمْعُ) وَإِذَا هَلَكَ لَمْ يَكُنْ هُنَاكَ فِعْلٌ مِنَ الْقَاضِيَ فَكَانَ الْمَالُ عَلَى الشَّرِكَةِ مَا بَقِيَ وَمَا هَلَكَ (وَالْأَوَّلُ) وَهُوَ أَنْ يَكُونَ فِي الْمَسْأَلَةِ اخْتِلَافٌ (أَشْبَهَ لِلْفَقْهِ الْمَذْكُورِ) وَهُوَ أَنْ أَبَا حَنِيفَةَ لَا يَرَى الْجَبْرَ عَلَى الْقِسْمَةِ فِي الرَّقِيقِ وَالْدُّورِ الْمُخْتَلَفَةِ؛ لِأَنَّهُ يَجْعَلُهَا أَجْنَاسًا

مُخْتَلَفَةً، وَهُمَا يَرَيَانِ ذَلِكَ؛ لِأَنَّهُمَا يَجْعَلَانِهَا جِنْسًا وَاحِدًا.

قَالَ (وَمَنْ أَوْصَى لِرَجُلٍ بِأَلْفٍ دِرْهَمٍ وَلَهُ مَالٌ عَيْنٌ وَدَيْنٌ، فَإِنْ خَرَجَ الْأَلْفُ مِنْ ثُلُثِ الْعَيْنِ دَفَعَ إِلَى الْمُوصَى لَهُ) لِأَنَّهُ أَمَكَّنَ إِيفَاءَ كُلِّ ذِي حَقٍّ حَقَّهُ مِنْ غَيْرِ بَخْسٍ فَيُصَارُ إِلَيْهِ، وَإِنْ لَمْ يَخْرُجْ دَفَعَ إِلَيْهِ ثُلُثُ الْعَيْنِ، وَكُلَّمَا خَرَجَ شَيْءٌ مِنَ الدَّيْنِ أَخَذَ ثُلُثُهُ حَتَّى يَسْتَوْفِيَ الْأَلْفَ لِأَنَّ الْمُوصَى لَهُ شَرِيكَ الْوَارِثِ، وَفِي تَخْصِيصِهِ بِالْعَيْنِ بَخْسٌ فِي حَقِّ الْوَرِثَةِ لِأَنَّ لِلْعَيْنِ فَضْلًا عَنِ الدَّيْنِ، وَلِأَنَّ الدَّيْنَ لَيْسَ بِمَالٍ فِي مُطْلَقِ الْحَالِ وَإِنَّمَا يَصِيرُ مَالًا عِنْدَ الْإِسْتِيفَاءِ فَإِنَّمَا يَعْتَدِلُ النَّظَرُ بِمَا ذَكَرْنَاهُ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ أَوْصَى لِرَجُلٍ بِأَلْفٍ دِرْهَمٍ) وَمَنْ أَوْصَى لِرَجُلٍ بِأَلْفٍ دِرْهَمٍ (وَلَهُ مَالٌ عَيْنٌ وَدَيْنٌ فَإِنْ خَرَجَ الْأَلْفُ مِنْ ثُلُثِ الْعَيْنِ) بِأَنَّ كَانَ لَهُ ثَلَاثَةُ آلَافٍ دِرْهَمٍ نَقْدًا (دَفَعَ) الْأَلْفَ مِنْهُ (إِلَى الْمُوصَى لَهُ) وَإِنْ لَمْ يَخْرُجْ فَإِنْ كَانَ النَّقْدُ أَلْفًا دَفَعَ مِنْهُ إِلَيْهِ ثُلُثُهُ (وَكُلَّمَا خَرَجَ شَيْءٌ مِنَ الدَّيْنِ أَخَذَ ثُلُثُهُ حَتَّى يُسْتَوْفَى الْأَلْفُ؛ لِأَنَّ الْمُوصَى لَهُ شَرِيكَ الْوَارِثِ) وَالْأَصْلُ فِي الْمَالِ الْمَشْتَرَكِ أَنْ يُوفَّى حَقُّ كُلِّ مِنَ الشَّرَكَاءِ بِلا بَخْسٍ، وَلَا بَخْسٍ فِي حَقِّ أَحَدٍ بِتَخْصِيصِ الْمُوصَى لَهُ بِالْعَيْنِ فِي الْأَوَّلِ فَيُصَارُ إِلَيْهِ، وَفِي الثَّانِيَةِ بَخْسٌ فِي حَقِّ الْوَرِثَةِ بِتَخْصِيصِ الْمُوصَى لَهُ بِالْفَيْنِ.

(لِأَنَّ لِلْعَيْنِ فَضْلًا عَلَى الدَّيْنِ) عَلَى مَا ذُكِرَ فِي الْكِتَابِ فَكَانَ فِيمَا ذَكَرْنَا تَعْدِيلُ النَّظَرِ لِلْجَانِبَيْنِ. قِيلَ الْمُوصَى بِهِ أَلْفٌ مِنَ الْمَالِ وَالْدَّيْنُ لَيْسَ بِمَالٍ، فَإِنْ مَنْ حَلَفَ أَنَّهُ لَا مَالَ لَهُ لَمْ يَحْتَسِبْ بِدُبُونِ لَهُ عَلَى النَّاسِ. سَلَمَتَاهُ وَلَكِنْ لَا تُسَلِّمُ أَنَّ الْمُوصَى لَهُ شَرِيكَ الْوَرِثَةِ مُطْلَقًا، فَإِنَّ مَنْ أَوْصَى لِرَجُلٍ بِشَيْءٍ مُعَيَّنٍ وَهُوَ يَخْرُجُ مِنَ الثُّلُثِ فَهَلَكَ فَلَا ضَمَانَ عَلَى الْوَارِثِ، وَلَوْ كَانَ شَرِيكًا لَهُ لَوَجَبَ عَلَى الْوَارِثِ حِصَّةُ الْمُوصَى لَهُ فِيمَا بَقِيَ مِنَ الْمَالِ. وَالْجَوَابُ عَنْ الْأَوَّلِ أَنَّ الْمُوصَى بِهِ أَلْفٌ أَعْمٌ مِنْ أَنْ يَكُونَ مَالًا فِي الْحَالِ، أَوْ فِي الْمَالِ؛ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ تَتَعَلَّقُ بِالتَّرِكَهَ وَكِلَاهُمَا تَرِكَةٌ. وَعَنِ الثَّانِيِ بِأَنَّهُ شَرِيكَ الْوَارِثِ إِذَا كَانَتْ فِي غَيْرِ مُعَيَّنٍ. وَأَمَّا فِي الْعَيْنِ فَإِنَّ الْوَارِثَ كَالْمُودِعِ لَا يَضْمَنُ إِذَا لَمْ يَتَعَدَّ.

قَالَ (وَمَنْ أَوْصَى لَزِيدٍ وَعَمَرُو بِثُلُثِ مَالِهِ فَإِذَا عَمَرُو مَيِّتَ فَالْثُلُثُ كُلُّهُ لَزِيدٍ) لِأَنَّ الْمَيِّتَ لَيْسَ بِأَهْلٍ لِلْوَصِيَّةِ فَلَا يَزَاحِمُ الْحَيُّ الَّذِي هُوَ مِنْ أَهْلِهَا، كَمَا إِذَا أَوْصَى لَزِيدٍ

وَجِدَارٍ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ إِذَا لَمْ يَعْلَمْ بِمَوْتِهِ فَلَهُ نِصْفُ الثُّلُثِ، لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ عِنْدَهُ صَحِيحَةٌ لِعَمْرٍو فَلَمْ يَرْضَ لِلْحَيِّ إِلَّا نِصْفَ الثُّلُثِ بِخِلَافِ مَا إِذَا عَلِمَ بِمَوْتِهِ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ لِلْمَيِّتِ لِعَمْرٍو فَكَانَ رَاضِيًا بِكُلِّ الثُّلُثِ لِلْحَيِّ، وَإِنْ قَالَ ثُلُثُ مَالِي بَيْنَ زَيْدٍ وَعَمْرٍو وَزَيْدٌ مَيِّتٌ كَانَ لِعَمْرٍو نِصْفُ الثُّلُثِ، لِأَنَّ قَضِيَّةَ هَذَا اللَّفْظِ أَنْ يَكُونَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نِصْفُ الثُّلُثِ بِخِلَافِ مَا تَقَدَّمَ، أَلَا تَرَى أَنَّ مَنْ قَالَ ثُلُثُ مَالِي لَزَيْدٍ وَسَكَتَ كَانَ لَهُ كُلُّ الثُّلُثِ، وَلَوْ قَالَ ثُلُثُ مَالِي بَيْنَ فُلَانٍ وَسَكَتَ لَمْ يَسْتَحِقْ الثُّلُثَ.

قَالَ (وَمَنْ أَوْصَى بِثُلُثِ مَالِهِ وَلَا مَالَ لَهُ وَاکْتَسَبَ مَا لَا اسْتَحَقُّ الْمَوْصَى لَهُ ثُلُثُ مَا يَمْلِكُهُ عِنْدَ الْمَوْتِ) لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ عَقْدٌ اسْتِخْلَافٍ مُضَافٌ إِلَى مَا بَعْدَ الْمَوْتِ وَيَثْبُتُ حُكْمُهُ بَعْدَ فَيْشَرْطُ وَجُودَ الْمَالِ عِنْدَ الْمَوْتِ لَا قَبْلَهُ، وَكَذَلِكَ إِذَا كَانَ لَهُ مَالٌ فَهَلَكَ ثُمَّ اكْتَسَبَ مَا لَا مَالًا بَيْنًا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ أَوْصَى بِثُلُثِ مَالِهِ ظَاهِرٌ).

وَلَوْ أَوْصَى لَهُ بِثُلُثِ غَنَمِهِ فَهَلَكَ الْغَنَمُ قَبْلَ مَوْتِهِ أَوْ لَمْ يَكُنْ لَهُ غَنَمٌ فِي الْأَصْلِ فَالْوَصِيَّةُ بَاطِلَةٌ لَمَّا ذَكَرْنَا أَنَّهُ إِجَابٌ بَعْدَ الْمَوْتِ فَيُعْتَبَرُ قِيَامُهُ حِينَئِذٍ، وَهَذِهِ الْوَصِيَّةُ تَعَلَّقَتْ بِالْعَيْنِ فَتَبْطُلُ بِفَوَاتِهِ عِنْدَ الْمَوْتِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ غَنَمٌ فَاسْتَفَادَ ثُمَّ مَاتَ فَالْصَّحِيحُ أَنَّ الْوَصِيَّةَ تَصِحُّ، لِأَنَّهَا لَوْ كَانَتْ بِلَفْظِ الْمَالِ تَصِحُّ، فَكَذَا إِذَا كَانَتْ بِاسْمِ نَوْعِهِ، وَهَذَا لِأَنَّ وَجُودَهُ قَبْلَ الْمَوْتِ فَضْلٌ وَالْمُعْتَبَرُ قِيَامُهُ عِنْدَ الْمَوْتِ.

وَلَوْ قَالَ لَهُ شَاةٌ مِنْ مَالِي وَلَيْسَ لَهُ غَنَمٌ يُعْطِي قِيَمَةَ شَاةٍ لِأَنَّهُ لَمَّا أَضَافَهُ إِلَى الْمَالِ عَلِمْنَا أَنَّ مُرَادَهُ الْوَصِيَّةَ بِمَالِيَةِ الشَّاةِ إِذْ مَالِيَّتُهَا تَوْجَدُ فِي مُطْلَقِ الْمَالِ، وَلَوْ أَوْصَى بِشَاةٍ وَلَمْ يُضِفْهُ إِلَى مَالِهِ وَلَا غَنَمٌ قِيلَ لَا يَصِحُّ لِأَنَّ الْمَصْحُوحَ إِضَافَتُهُ إِلَى الْمَالِ وَبِدُونِهَا تُعْتَبَرُ صُورَةُ الشَّاةِ وَمَعْنَاهَا، وَقِيلَ تَصِحُّ لِأَنَّهُ لَمَّا ذَكَرَ الشَّاةَ وَلَيْسَ فِيهِ مِلْكُهُ شَاةٌ عَلِمَ أَنَّ مُرَادَهُ الْمَالِيَّةَ.

وَلَوْ قَالَ شَاةٌ مِنْ غَنَمِي وَلَا غَنَمٌ لَهُ فَالْوَصِيَّةُ بَاطِلَةٌ لِأَنَّهُ لَمَّا أَضَافَهُ إِلَى الْغَنَمِ عَلِمْنَا أَنَّ مُرَادَهُ عَيْنَ الشَّاةِ حَيْثُ جَعَلَهَا جُزْءًا مِنَ الْغَنَمِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا أَضَافَهُ إِلَى الْمَالِ وَعَلَى هَذَا يُخْرَجُ كَثِيرٌ مِنَ الْمَسَائِلِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (فَالصَّحِيحُ أَنَّ الْوَصِيَّةَ تَصِحُّ) احْتِرَازٌ عَنْ قَوْلِ بَعْضِ الْمَشَايخِ إِنَّ الْوَصِيَّةَ بَاطِلَةٌ؛ لِأَنَّهُ أَضَافَ إِلَى مَالٍ خَاصٍّ فَصَارَ بِمَنْزِلَةِ التَّعْيِينِ كَمَا لَوْ أَوْصَى بِهَذِهِ الشَّاةِ وَلَمْ تَكُنْ فِي مِلْكِهِ ثُمَّ مَلَكَ فَإِنَّهَا غَيْرُ صَحِيحَةٍ. قَالَ الْفَقِيهُ أَبُو الْيَاسِ: هَذَا الْقَوْلُ لَيْسَ بِصَحِيحٍ عِنْدَنَا؛ لِأَنَّهُ أَضَافَ الْوَصِيَّةَ إِلَى غَنَمٍ مُرْسَلٍ بِغَيْرِ تَعْيِينٍ فَصَارَ بِمَنْزِلَةِ إِضَافَتِهِ إِلَى ثُلْثِ الْمَالِ.

وَقَوْلُهُ (وَعَلَى هَذَا يَخْرُجُ كَثِيرٌ مِنَ الْمَسَائِلِ) فَمِنْهَا مَا ذَكَرَهُ فِي الْمُبْسُوطِ بِقَوْلِهِ لَوْ قَالَ بِقَفِيرٍ مِنْ حِنْطَةٍ مِنْ مَالِي وَبَثُوبٍ مِنْ مَالِي فَإِنَّهُ يَصِحُّ الْإِجَابُ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ ذَلِكَ فِي مِلْكِهِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ مَنْ حِنْطَتِي أَوْ مِنْ ثِيَابِي فَإِنَّهُ إِذَا لَمْ يُوْجَدْ ذَلِكَ فِي مِلْكِهِ أَوْ هَلَكَ قَبْلَ مَوْتِهِ فَلَا شَيْءَ لِلْمَوْصَى لَهُ، وَالْفَرْقُ مَا ذَكَرْنَاهُ.

قَالَ (وَمَنْ أَوْصَى بِثُلْثِ مَالِهِ لِأُمَّهَاتِ أَوْلَادِهِ وَهُنَّ ثَلَاثٌ وَلِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ فَلَهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُمٍ مِنْ خَمْسَةِ أَشْهُمٍ) قَالَ ﷺ: وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ. وَعَنْ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ يُقَسَّمُ عَلَى سَبْعَةِ أَشْهُمٍ لَهُنَّ ثَلَاثَةٌ وَلِكُلِّ فَرِيقٍ سَهْمَانِ، وَأَصْلُهُ أَنَّ الْوَصِيَّةَ لِأُمَّهَاتِ الْأَوْلَادِ جَائِزَةٌ وَالْفُقَرَاءُ وَالْمَسَاكِينُ جُنْسَانِ، وَفَسَّرْنَاهُمَا فِي الزَّكَاةِ لِمُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ الْمَذْكُورَ لَفْظُ الْجَمْعِ وَأَدْنَاهُ فِي الْمِيرَاثِ اثْنَانِ نَحْدُ ذَلِكَ فِي الْقُرْآنِ فَكَانَ مِنْ كُلِّ فَرِيقٍ اثْنَانِ وَأُمَّهَاتُ الْأَوْلَادِ ثَلَاثٌ فَلِهَذَا يُقَسَّمُ عَلَى سَبْعَةٍ.

وَلَهُمَا أَنَّ الْجَمْعَ الْمُحَلَّى بِالْأَلْفِ وَاللَّامِ يُرَادُ بِهِ الْجِنْسُ، وَأَنَّهُ يَتَنَاولُ الْأَدْنَى مَعَ احْتِمَالِ الْكُلِّ، لَا سِيَّمَا عِنْدَ تَعَدُّرِ صَرْفِهِ إِلَى الْكُلِّ فَيُعْتَبَرُ مِنْ كُلِّ فَرِيقٍ وَاحِدٌ فَيَبْلُغُ الْحِسَابُ خَمْسَةً وَالثَّلَاثَةُ لِلثَّلَاثِ. قَالَ (وَلَوْ أَوْصَى بِثُلْثِهِ لِفُلَانٍ وَلِلْمَسَاكِينِ فَنِصْفُهُ لِفُلَانٍ وَنِصْفُهُ لِلْمَسَاكِينِ عِنْدَهُمَا) وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ ثُلْثُهُ لِفُلَانٍ وَثُلْثَاهُ لِلْمَسَاكِينِ، وَلَوْ أَوْصَى لِلْمَسَاكِينِ لَهُ صَرْفُهُ إِلَى مِسْكِينٍ وَاحِدٍ عِنْدَهُمَا، وَعِنْدَهُ لَا يُصْرَفُ إِلَّا إِلَى مِسْكِينَيْنِ بِنَاءً عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ أَوْصَى بِثُلْثِ مَالِهِ لِأُمَّهَاتِ أَوْلَادِهِ) مَا ذَكَرَهُ وَاضِحٌ صُورَةً وَتَعْلِيلًا، خَلَا قَوْلُهُ وَأَصْلُهُ أَنَّ الْوَصِيَّةَ لِأُمَّهَاتِ الْأَوْلَادِ جَائِزَةٌ فَإِنَّهُ يَحْتَاجُ إِلَى بَعْضِ بَيَانٍ، وَهُوَ أَنَّ

الْوَصِيَّةُ لَهَا جَائِزَةٌ اسْتِحْسَانًا. وَالْقِيَاسُ أَنْ لَا تَصِحَّ؛ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ تَمْلِكُ مُضَافًا إِلَى مَا بَعْدَ الْمَوْتِ، فَإِنَّمَا تَسْتَحِقُّ الْوَصِيَّةَ بَعْدَ مَوْتِ مَوْلَاهَا وَذَلِكَ حَالُ حُلُولِ الْعِنَقِ بِهَا فَالْعِنَقُ يُحِلُّهَا وَهِيَ أُمَّةٌ فَتَسْتَحِقُّ الْوَصِيَّةَ وَهِيَ أُمَّةٌ، وَالْوَصِيَّةُ لِأَمَّتِهِ بِشَيْءٍ غَيْرِ رَقَبَتِهَا بَاطِلَةٌ.

وَجَهُّ الاسْتِحْسَانِ أَنَّ الْوَصِيَّةَ مُضَافَةٌ إِلَى مَا بَعْدَ عِنَقِهَا لَا حَالُ حُلُولِ الْعِنَقِ بِهَا بِدَلَالَةِ حَالِ الْمُوصِي؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ مِنْ حَالِهِ أَنْ يَقْصِدَ وَصِيَّةً صَحِيحَةً لَا بَاطِلَةً، وَالصَّحِيحَةُ هِيَ الْمُضَافَةُ إِلَى مَا بَعْدَ عِنَقِهَا. فَإِنْ قِيلَ: الْوَصِيَّةُ بِثُلْثِ الْمَالِ لِعَبْدِهِ جَائِزَةٌ وَلَمْ يَعْتَقِ بَعْدَ مَوْتِهِ وَأُمُّ الْوَلَدِ لَيْسَتْ أَقْلٌ حَالًا مِنْهُ فَكَيْفَ لَمْ تَصِحَّ الْوَصِيَّةُ لَهَا قِيَاسًا. أُجِيبَ بِأَنَّ الْوَصِيَّةَ بِثُلْثِ الْمَالِ لِلْعَبْدِ إِنَّمَا جَازَتْ لِتَنَاقُلِهِ ثُلْثَ رَقَبَتِهِ فَكَانَ وَصِيَّةً بِرَقَبَتِهِ، وَالْوَصِيَّةُ بِرَقَبَتِهِ إِعْتِاقٌ وَهُوَ يَصِحُّ مُنْجَزًا وَمُضَافًا، بِخِلَافِ أُمِّ الْوَلَدِ فَإِنَّ الْوَصِيَّةَ لَهَا بِذَلِكَ لَيْسَتْ إِعْتِاقًا؛ لِأَنَّهَا تُعْتَقُ بِمَوْتِ الْمَوْلَى وَإِنْ لَمْ يَكُنْ ثَمَّةَ وَصِيَّةٍ أَصْلًا.

وَلِقَائِلُ أَنْ يَقُولَ: الْوَصِيَّةُ بِثُلْثِ الْمَالِ إِذَا أَنْ صَادَفَهَا بَعْدَ مَوْتِ الْمَوْلَى وَهِيَ حُرَّةٌ أَوْ أُمَّةٌ، فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ فَلَا وَجْهَ لِنَفْيِ الْقِيَاسِ، وَإِنْ كَانَ الثَّانِي فَكَذَلِكَ؛ لِأَنَّهَا كَالْعَبْدِ الْمُوصَى لَهُ بِثُلْثِ الْمَالِ. وَالْجَوَابُ أَنَّهَا لَيْسَتْ كَالْعَبْدِ؛ لِأَنَّ عِنَقَهَا لَا بُدَّ وَأَنْ يَكُونَ بِمَوْتِ الْمَوْلَى، فَلَوْ كَانَ بِالْوَصِيَّةِ أَيْضًا تَوَارَدَ عِلَتَانِ مُسْتَقْلَتَانِ عَلَى مَعْلُولٍ وَاحِدٍ بِالشَّخْصِ وَهُوَ ثُلْثُ رَقَبَتِهَا وَذَلِكَ بَاطِلٌ.

وَقَوْلُهُ (وَأَدْنَاهُ فِي الْمِيرَاثِ) قَيَّدَ بِذَلِكَ اخْتِرَازًا عَنْ فَصْلِ الزَّكَاةِ؛ فَإِنْ لَفِظَ الْجَمْعُ هُنَاكَ مُنْصَرَفٌ إِلَى الْوَاحِدِ بِالْإِجْمَاعِ بَيْنَ أَصْحَابِنَا، ثُمَّ لَمَّا كَانَ لَفِظُ الْجَمْعِ فِي الْمِيرَاثِ مَصْرُوفًا إِلَى الْإِثْنَيْنِ وَالْوَصِيَّةُ فِي مَعْنَاهُ مِنْ حَيْثُ إِنَّ كُلًّا مِنْهُمَا تَمْلِكُ الْمَالَ بَعْدَ الْمَوْتِ كَانَ الْجَمْعُ هُنَاكَ أَيْضًا مُنْصَرَفًا إِلَى الْإِثْنَيْنِ.

وَقَوْلُهُ (نَجِدُ ذَلِكَ فِي الْقُرْآنِ) يُرِيدُ بِهِ قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿فَإِنْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ السُّدُسُ﴾ [النساء: ١١] وَالْمُرَادُ بِهَا الْإِثْنَانِ فَصَاعِدًا وَقَدْ عُرِفَ فِي مَوْضِعِهِ، وَكَذَا قَوْلُهُ (وَأِنَّهُ يَتَنَاقُلُ الْأَدْنَى مَعَ اخْتِمَالِ الْكُلِّ).

قَالَ (وَمَنْ أَوْصَى لِرَجُلٍ بِمِائَةِ دِرْهَمٍ وَآخَرَ بِمِائَةِ ثَمَّ قَالَ لِآخَرٍ هَذَا أَشْرَكَكَ مَعَهُمَا فَلَهُ ثُلُثُ كُلِّ مِائَةٍ) لِأَنَّ الشَّرِيكََةَ لِلْمَسَاوَاةِ لُغَةً، وَقَدْ أَمَكَّنَ إِثْبَاتُهُ بَيْنَ الْكُلِّ بِمَا قُلْنَا لَا تَحَادِ الْمَالُ لِأَنَّهُ يُصِيبُ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ ثُلُثًا مِائَةٍ، بِخِلَافِ مَا إِذَا أَوْصَى لِرَجُلٍ

بِأَرْبَعِمَائَةٍ وَلَا خَرَ بِمَائَتَيْنِ ثُمَّ كَانَ الْإِشْرَاكُ لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُ تَحْقِيقَ الْمُسَاوَةِ بَيْنَ الْكُلِّ
لِتَفَاوُتِ الْمَالَيْنِ فَحَمَلْنَاهُ عَلَى مُسَاوَاتِهِ كُلِّ وَاحِدٍ بِتَنْصِيفِ نَصِيبِهِ عَمَلًا بِاللَّفْظِ بِقَدْرِ
الْإِمْكَانِ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ أَوْصَى لِرَجُلٍ بِمِائَةِ دِرْهَمٍ) صُورَةُ الْمَسْأَلَةِ ظَاهِرَةٌ وَدَلِيلُهَا وَجْهُ
الِاسْتِحْسَانِ وَالْقِيَاسُ أَنْ يَكُونَ لَهُ نِصْفُ كُلِّ مِائَةٍ؛ لِأَنَّ لَفْظَ الْإِشْرَاكِ يَقْتَضِي التَّسْوِيَةَ
عِنْدَ الْإِطْلَاقِ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثَّلَاثِ﴾ [النساء: ١٣] وَقَدْ أَشْرَكَ
الثَّلَاثَ فِيمَا أَوْصَى بِهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فِي اسْتِحْقَاقِ الْمِائَةِ وَذَلِكَ يُوجِبُ أَنْ يَكُونَ لَهُ
نِصْفُ كُلِّ مِائَةٍ.

وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّهُ أُثْبِتَ الشَّرَكَةُ وَهِيَ يَقْتَضِي الْمُسَاوَةَ وَالْمُسَاوَةَ إِنَّمَا تُثْبِتُ إِذَا
أَخَذَ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ثُلُثَ الْمِائَةِ مُقْتَضِي إِشْرَاكِهِ إِيَّاهُمَا جُمْلَةً وَاحِدَةً، وَإِنَّمَا بِأَخْذِ
نِصْفِ كُلِّ مِائَةٍ لَوْ كَانَ اشْتِرَاكُهُ مَعَ كُلِّ وَاحِدٍ مُنفَرِّدًا وَلَيْسَ كَذَلِكَ (بِخِلَافِ مَا إِذَا
أَوْصَى لِرَجُلٍ بِأَرْبَعِمَائَةِ دِرْهَمٍ، وَلَا خَرَ بِمَائَتَيْنِ ثُمَّ كَانَ الْإِشْرَاكُ) أَيُّ ثُمَّ قَالَ لِأَخَرَ
أَشْرَكَتْكَ مَعَهُمَا فَإِنَّ لَهُ نِصْفَ كُلِّ مِائَةٍ مِنْهُمَا؛ لِأَنَّ تَحْقِيقَ الْمُسَاوَةِ فِيهِمْ غَيْرُ مُمَكِّنٍ
(لِتَفَاوُتِ الْمَالَيْنِ) فَلَا بُدَّ مِنَ الْعَمَلِ بِمَفْهُومِ لَفْظِ الْإِشْرَاكِ (فَحَمَلْنَاهُ عَلَى مُسَاوَاتِهِ لِكُلِّ)
وَاحِدٍ مِنْهُمَا كَمَا هُوَ وَجْهُ الْقِيَاسِ (عَمَلًا بِاللَّفْظِ بِقَدْرِ الْإِمْكَانِ).

قَالَ (وَمَنْ قَالَ لِفُلَانٍ عَلَيَّ دِينَ فَصَدَّقُوهُ) مَعْنَاهُ قَالَ ذَلِكَ لَوَرَثَتِهِ (فَإِنَّهُ يُصَدِّقُ إِلَى
الثَّلَاثِ) وَهَذَا اسْتِحْسَانٌ. وَفِي الْقِيَاسِ لَا يُصَدِّقُ لَأَنَّ الْإِقْرَارَ بِالْمَجْهُولِ وَإِنْ كَانَ صَحِيحًا
لَكِنَّهُ لَا يَحْكُمُ بِهِ إِلَّا بِالْبَيَانِ وَقَوْلُهُ فَصَدَّقُوهُ صَدَرَ مُخَالَفًا لِلشَّرْعِ لِأَنَّ الْمُدَّعِيَّ لَا يُصَدِّقُ
إِلَّا بِحُجَّتٍ فَتَعَدَّرَ إِثْبَاتُهُ إِقْرَارًا مُطْلَقًا فَلَا يُعْتَبَرُ، وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّا نَعْلَمُ أَنَّ مِنْ قَصْدِهِ
تَقْدِيمَهُ عَلَى الْوَرَثَةِ وَقَدْ أَمَكَّنَ تَنْفِيزَ قَصْدِهِ بِطَرِيقِ الْوَصِيَّةِ وَقَدْ يَحْتَاجُ إِلَيْهِ مَنْ يَعْلَمُ
بِأَصْلِ الْحَقِّ عَلَيْهِ دُونَ مِقْدَارِهِ سَعِيًّا مِنْهُ فِي تَفْرِيعِ ذِمَّتِهِ فَيَجْعَلُهَا وَصِيَّةً جَعَلَ التَّقْدِيرَ
فِيهَا إِلَى الْمُوصَى لَهُ كَأَنَّهُ قَالَ إِذَا جَاءَكُمْ فُلَانٌ وَادَّعَى شَيْئًا فَأَعْطُوهُ مِنْ مَالِي مَا شَاءَ،
وَهَذِهِ مُعْتَبَرَةٌ مِنَ الثَّلَاثِ فَلِهَذَا يُصَدِّقُ عَلَى الثَّلَاثِ دُونَ الزِّيَادَةِ.

قَالَ (وَإِنْ أَوْصَى بِوَصَايَا غَيْرِ ذَلِكَ يُعْزَلُ الثَّلَاثُ لِأَصْحَابِ الْوَصَايَا وَالثَّلَاثَانِ لِلْوَرَثَةِ)

لأن ميراثهم معلوم. وكذا الوصايا معلومة وهذا مجهول فلا يزاحم المعلوم فيقدم عزل المعلوم، وفي الإفراز فائدة أخرى وهو أن أحد الفريقين قد يكون أعلم بمقدار هذا الحق وأبصر به، والآخر ألد خصاماً، وعساهم يختلفون في الفضل إذا ادعاه الخصم وبعد الإفراز يصح إقرار كل واحد فيما في يده من غير منازعة.

(وإذا عزل يقال لأصحاب الوصايا صدقوه فيما شئتم ويقال للورثة صدقوه فيما شئتم) لأن هذا دين في حق المستحق وصية في حق التنفيذ، فإذا أقر كل فريق بشيء ظهر أن في التركة ديناً شائعاً في النصيبين (فيؤخذ أصحاب الثلث بثلاث ما أقرؤا والورثة بثلاثي ما أقرؤا) تنفيذاً لإقرار كل فريق في قدر حقه وعلى كل فريق منهما اليمين على العلم إن ادعى المقر له زيادة على ذلك لأنه يحلف على ما جرى بينه وبين غيره.

الشرح:

وقوله (ومن قال) يعني لورثته (عليّ لفلان دين فصدقوه) يصدق إلى الثلث استحساناً (وفي القياس لا يصدق؛ لأنه أقر بمجهول) والإقرار بالمجهول وإن كان صحيحاً لكن إذا افترن به من جهة المقر بيان وقد فات بموته، وقوله فصدقوه: يعني فيما قال لا يصلح بياناً لكونه (صدراً مخالفاً للشرع؛ لأن المدعي لا يصدق إلا بحجة فتعذر إثباته إقراراً مطلقاً من كل وجه، فلا يعتبر.

وجه الاستحسان أننا نعلم أن المقر قصد بهذا الكلام تقديمه على الورثة وهو مالك لذلك في الثلث وأمكن تنفيذه بطريق الوصية فينفذ. فإن قيل: لو كان قصده الوصية لصرح بها. أجاب بقوله (وقد يحتاج) أي: المقر إلى مثل هذا الكلام (لعلمه بأصل الحق الذي عليه دون مقداره سعيًا منه في تفرغ ذمته فجعلها) أي هذه الوصية (وصية جعل التقدير فيها إلى الموصى له كأنه قال إذا جاءكم فلان وادعى شيئاً فأعطوه من مالي ما شاء وهذه معتبرة من الثلث فلهذا يصدق إلى الثلث دون الزيادة).

وقوله: (فإن أوصى بوصايا غير ذلك إلخ) واضح، وحاصله أنه تصرف يشبه الإقرار لفظاً ويشبه الوصية تنفيذاً فباعثاً شبه الوصية لا يصدق في الزيادة على الثلث، وباعثاً شبه الإقرار يجعل شائعاً في الأثلاث ولا يخصص بالثلث الذي لأصحاب

الْوَصَايَا عَمَلًا بِالشَّبَهَيْنِ.

قَالَ (وَمَنْ أَوْصَى لِأَجْنَبِيٍّ وَلِوَارِثِهِ فَلِلْأَجْنَبِيِّ نِصْفُ الْوَصِيَّةِ وَتَبْطُلُ وَصِيَّةُ الْوَارِثِ) لِأَنَّهُ أَوْصَى بِمَا يَمْلِكُ الْإِيصَاءَ بِهِ وَبِمَا لَا يَمْلِكُ فَصَحَّ فِي الْأَوَّلِ وَبَطُلَ فِي الثَّانِي، بِخِلَافِ مَا إِذَا أَوْصَى لِحَيٍّ وَمَيِّتٍ لِأَنَّ الْمَيِّتَ لَيْسَ بِأَهْلٍ لِلْوَصِيَّةِ فَلَا يَصْلُحُ مُزَاحِمًا فَيَكُونُ الْكُلُّ لِلْحَيِّ وَالْوَارِثُ مِنْ أَهْلِهِا وَلِهَذَا تَصِحُّ بِإِجَازَةِ الْوَرِثَةِ فَافْتَرَقَا، وَعَلَى هَذَا إِذَا أَوْصَى لِلْقَاتِلِ وَلِلْأَجْنَبِيِّ، وَهَذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا أَقْرَبُ بَعِيْنٍ أَوْ دَيْنٍ لِوَارِثِهِ وَلِلْأَجْنَبِيِّ حَيْثُ لَا يَصِحُّ فِي حَقِّ الْأَجْنَبِيِّ أَيْضًا.

لَأَنَّ الْوَصِيَّةَ إِنْشَاءٌ تَصَرُّفٍ وَالشَّرِكَةُ تَثْبُتُ حُكْمًا لَهُ فَتَصِحُّ فِي حَقِّ مَنْ يَسْتَحِقُّهُ مِنْهُمَا وَأَمَّا الْإِقْرَارُ فَإِخْبَارٌ عَنْ كَائِنٍ، وَقَدْ أَخْبَرَ بِوَصْفِ الشَّرِكَةِ فِي الْمَاضِي، وَلَا وَجْهَ إِلَى اثْبَاتِهِ بِدُونِ هَذَا الْوَصْفِ لِأَنَّهُ خِلَافُ مَا أَخْبَرَ بِهِ، وَلَهَا إِلَى اثْبَاتِ الْوَصْفِ لِأَنَّهُ يَصِيرُ الْوَارِثُ فِيهِ شَرِيكًا وَلِأَنَّهُ لَوْ قَبْضَ الْأَجْنَبِيِّ شَيْئًا كَانَ لِلْوَارِثِ أَنْ يُشَارِكَهُ فَيَبْطُلُ فِي ذَلِكَ الْقَدَرِ ثُمَّ لَا يَزَالُ يَقْبِضُ وَيُشَارِكُهُ الْوَارِثُ حَتَّى يَبْطُلَ الْكُلُّ فَلَا يَكُونُ مُفِيدًا وَفِي الْإِنْشَاءِ حِصَّةٌ أَحَدِهِمَا مُمْتَازَةٌ عَنْ حِصَّةِ الْآخَرِ بَقَاءً وَبُطْلَانًا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ أَوْصَى لِأَجْنَبِيٍّ وَلِوَارِثِهِ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (وَهَذَا) أَيُّ هَذَا الْإِيصَاءُ (بِخِلَافِ مَا إِذَا أَقْرَبُ بَعِيْنٍ أَوْ دَيْنٍ لِوَارِثِهِ وَلِلْأَجْنَبِيِّ حَيْثُ لَا يَصِحُّ فِي حَقِّ الْأَجْنَبِيِّ) كَمَا لَا يَصِحُّ فِي حَقِّ الْوَارِثِ (؛ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ إِنْشَاءٌ تَصَرُّفٍ) أَيُّ ائْتِدَاءُ تَمْلِيكٍ مِنْ غَيْرِ أَنْ يَكُونَ بَيْنَهُمَا شَرِكَةٌ قَبْلَهَا، وَالشَّرِكَةُ إِنَّمَا تُثْبِتُ حُكْمًا لَهُ عَقِيْبُهُ فَحَيْثُ لَمْ يَقْعُ التَّمْلِيكُ الَّذِي هُوَ السَّبَبُ صَحِيْحًا لَا يَثْبُتُ حُكْمُهُ وَهُوَ الشَّرِكَةُ فَكَانَ نَصِيْبُ كُلِّ مِنْهُمَا مُفْرَزًا عَنْ نَصِيْبِ الْآخَرِ بِحَسَبِ صِحَّةِ السَّبَبِ وَعَدَمِهَا.

وَأَمَّا فِي الْإِقْرَارِ فَسَبَبُ الشَّرِكَةِ غَيْرُهُ وَهُوَ مَا كَانَ سَبَبُهَا قَبْلَهَا؛ فَإِنَّ الْإِقْرَارَ يَقْتَضِي سَبْقَ الْمُخْبَرِ بِهِ وَهُوَ الْمَالُ الْمُشْتَرَكُ بَيْنَهُمَا. وَفِي ذَلِكَ: أَيُّ فِي الْإِقْرَارِ بِالْمَالِ الْمُشْتَرَكِ إِقْرَارُ لِلْوَارِثِ عَلَى مَا ذُكِرَ فِي الْكِتَابِ وَهُوَ بَاطِلٌ، وَلَا فَرْقَ فِي ذَلِكَ بَيْنَ مَا إِذَا تَصَادَقَا عَلَى ذَلِكَ أَوْ جَحَدَ الْأَجْنَبِيُّ أَوْ الْوَارِثُ ذَلِكَ أَوْ أَنْكَرَاهُ جَمِيعًا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: إِذَا لَمْ يَتَصَادَقَا صَحَّ فِي حِصَّةِ الْأَجْنَبِيِّ؛ لِأَنَّ الْوَارِثَ

مُقَرَّبُ بَطْلَانِ حَقِّهِ وَبَطْلَانِ حَقِّ شَرِيكِهِ فَيَبْطُلُ فِي نَصِيهِ وَيَثْبُتُ فِي نَصِيْبِ الْآخَرِ، وَقَالَا: إِنِّبَاهُ مُشْتَرَكًا هُوَ الْمَبْطُلُ وَقَدْ وَجِدَ.

وَلَقَائِلُ أَنْ يَقُولَ: هَذَا الْإِقْرَارُ بِالنَّظَرِ إِلَى الْأَجَنَّبِيِّ صَحِيحٌ، وَبِالنَّظَرِ إِلَى الْوَارِثِ غَيْرُ صَحِيحٍ، فَمَا وَجْهُ تَرْجِيحِ جِهَةِ الْفَسَادِ بِحَيْثُ تَعْدَى إِلَى إِبْطَالِ حَقِّ الْغَيْرِ؟ فَالْجَوَابُ أَنَّ وَجْهَ ذَلِكَ هُوَ الْقَاعِدَةُ الْمُسْتَمَرَّةُ وَهِيَ أَنَّ الْيَقِينَ لَا يَزُولُ بِالشَّكِّ.

وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ حِصَّةَ كُلِّ مِنْهُمَا غَيْرُ مُمْتَازَةٍ عَنْ غَيْرِهَا، فَفِي كُلِّ جُزْءٍ فَرَضَتْهُ يَشْتَرِكَانِ فَيَثْبُتُ لِلْأَجَنَّبِيِّ الْمَلِكُ فِيهِ بِالنَّظَرِ إِلَى صِحَّةِ الْإِقْرَارِ لَهُ وَلَا يَثْبُتُ بِالنَّظَرِ إِلَى الْوَارِثِ وَلَمْ يَكُنْ لَهُ مَلِكٌ قَبْلَ الْإِقْرَارِ فَلَا يَثْبُتُ بِالشَّكِّ. وَقَوْلُهُ (بَقَاءُ وَبَطْلَانًا) أَيُّ: بَقَاءُ فِي حَقِّ الْأَجَنَّبِيِّ وَبَطْلَانًا فِي حَقِّ الْوَارِثِ يَعْنِي تَبَقَّى الْوَصِيَّةُ صَحِيحَةً فِي حَقِّ الْأَجَنَّبِيِّ وَتَبْطُلُ فِي حَقِّ الْوَارِثِ لَا مِيزَانٍ حِصَّةَ كُلِّ مِنْهُمَا عَنْ حِصَّةِ الْآخَرِ.

قَالَ (وَمَنْ كَانَ لَهُ ثَلَاثَةُ أَثْوَابٍ جَيِّدٍ وَوَسْطٍ وَرَدِيٍّ فَأَوْصَى بِكُلِّ وَاحِدٍ لِرَجُلٍ فَضَاعَ ثَوْبٌ وَلَا يَدْرِي أَيُّهَا هُوَ وَالْوَرَثَةُ تَجَحَدُ ذَلِكَ فَالْوَصِيَّةُ بَاطِلَةٌ) وَمَعْنَى جُحُودِهِمْ أَنْ يَقُولَ الْوَارِثُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ بِعَيْنِهِ الثَّوْبُ الَّذِي هُوَ حَقُّكَ قَدْ هَلَكَ فَكَانَ الْمُسْتَحَقُّ مَجْهُولًا وَجَهَالَتُهُ تَمْنَعُ صِحَّةَ الْقَضَاءِ وَتَحْصِيلُ الْمَقْصُودِ فَيَبْطُلُ.

قَالَ (إِلَّا أَنْ يُسَلَّمَ الْوَرَثَةُ الثَّوْبَيْنِ الْبَاقِيَيْنِ، فَإِنْ سَلِمُوا زَالَ الْمَانِعُ وَهُوَ الْجُحُودُ فَيَكُونُ لِصَاحِبِ الْجَيِّدِ ثَلَاثُ الثَّوْبِ الْأَجُودِ، وَلِصَاحِبِ الْأَوْسَطِ ثَلَاثُ الْجَيِّدِ وَثَلَاثُ الْأَدُونِ فَثَبَّتَ الْأَدُونُ، وَلِصَاحِبِ الْأَدُونِ ثَلَاثُ الثَّوْبِ الْأَدُونِ) لِأَنَّ صَاحِبَ الْجَيِّدِ لَا حَقَّ لَهُ فِي الرَّدِيِّ بَيَقِينَ، لِأَنَّهُ إِمَّا أَنْ يَكُونَ وَسْطًا أَوْ رَدِيًّا وَلَا حَقَّ لَهُ فِيهِمَا، وَصَاحِبُ الرَّدِيِّ لَا حَقَّ لَهُ فِي الْجَيِّدِ الْبَاقِي بَيَقِينَ، لِأَنَّهُ إِمَّا أَنْ يَكُونَ جَيِّدًا أَوْ وَسْطًا وَلَا حَقَّ لَهُ فِيهِمَا، وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ الرَّدِيُّ هُوَ الرَّدِيُّ الْأَصْلِيُّ فَيُعْطَى مِنْ مَحَلِّ الْإِحْتِمَالِ، وَإِذَا ذَهَبَ ثَلَاثُ الْجَيِّدِ وَثَلَاثُ الْأَدُونِ لَمْ يَبْقَ إِلَّا ثَلَاثُ الْجَيِّدِ وَثَلَاثُ الرَّدِيِّ فَيَتَعَيَّنُ حَقُّ صَاحِبِ الْوَسْطِ فِيهِ بِعَيْنِهِ ضَرُورَةً.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ كَانَ لَهُ ثَلَاثَةُ أَثْوَابٍ جَيِّدٍ وَوَسْطٍ وَرَدِيٍّ إِنْ رَجُلٌ لَهُ ثَلَاثَةُ أَثْوَابٍ جَيِّدٍ وَوَسْطٍ وَرَدِيٍّ، تَخْرُجُ مِنْ ثَلَاثِ مَالِهِ وَأَوْصَى بِكُلِّ ثَوْبٍ مِنْهَا لِرَجُلٍ بِعَيْنِهِ ثُمَّ

مَاتَ فَهَلَكَ أَحَدُ الْأَثْوَابِ وَلَا يَذَرِي أَيْهَا هُوَ وَقَالَتِ الْوَرَثَةُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ بِعَيْنِهِ قَدْ هَلَكَ الثُّوبُ الَّذِي هُوَ حَقُّكَ كَأَنَّتِ الْوَصِيَّةُ بَاطِلَةٌ لَكُونَ الْمُسْتَحِقُّ مَجْهُولًا وَجَهْلَانُهُ تَمْنَعُ صِحَّةَ الْقَضَاءِ وَتَحْصِيلُ الْمَقْصُودِ وَهُوَ إِثْمَامُ غَرَضِ الْمُوصِي.

(إِلَّا أَنْ تُسَلِّمَ لَهُمُ الْوَرَثَةُ الثَّوْبَيْنِ الْبَاقِيَيْنِ) فَإِنَّ الْمَانِعَ حَيْثُ قَدْ زَالَ فَيُقَسَّمُ فِيمَا بَيْنَهُمْ عَلَى مَا ذَكَرَ الْمُصَنِّفُ فِي الْكِتَابِ، وَهُوَ وَاضِحٌ إِذَا ابْتَدَأَ بِتَعْلِيلِ جَانِبِ صَاحِبِ الْجَيْدِ وَصَاحِبِ الرَّدِيِّ، وَإِنْ ابْتَدَأَ بِتَعْلِيلِ جَانِبِ صَاحِبِ الْوَسْطِ فَلَهُ وَجْهٌ آخَرُ.

وَهُوَ أَنْ يُقَالَ: الْهَالِكُ إِنْ كَانَ أَرْفَعَ مِنَ الْبَاقِيَيْنِ فَحَقُّ صَاحِبِ الْوَسْطِ فِي الْجَيْدِ مِنْهُمَا، وَإِنْ كَانَ الْهَالِكُ أَرْدَأَ مِنَ الْبَاقِيَيْنِ فَحَقُّ صَاحِبِ الْوَسْطِ فِي الرَّدِيِّ مِنْهُمَا، فَحَقُّهُ يَتَعَلَّقُ بِهَذَا مَرَّةً وَبِذَلِكَ أُخْرَى، وَإِنْ كَانَ الْهَالِكُ هُوَ الْوَسْطُ فَلَا حَقَّ لَهُ فِي الْبَاقِيَيْنِ، فَإِذَا كَانَ حَقُّهُ يَتَعَلَّقُ بِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْبَاقِيَيْنِ فِي حَالٍ وَلَا يَتَعَلَّقُ فِي خَالَيْنِ فَيَأْخُذُ ثُلُثُ كُلِّ وَاحِدٍ فَبَقِيَ صَاحِبُ الْجَيْدِ وَصَاحِبُ الرَّدِيِّ فَصَاحِبُ الْجَيْدِ يَدْعِي الْجَيْدَ وَلَا يَدْعِي الرَّدِيَّ؛ لِأَنَّهُ لَا حَقَّ لَهُ فِيهِ قَطْعًا، وَصَاحِبُ الرَّدِيِّ يَدْعِي الرَّدِيَّ دُونَ الْجَيْدِ فَيُسَلِّمُ ثُلُثَا الْجَيْدِ لَصَاحِبِ الْجَيْدِ وَثُلُثَا الرَّدِيِّ لَصَاحِبِ الرَّدِيِّ.

قَالَ (وَإِذَا كَانَتْ الدَّارُ بَيْنَ رَجُلَيْنِ فَأَوْصَى أَحَدُهُمَا بِبَيْتٍ بِعَيْنِهِ لِرَجُلٍ فَإِنَّهَا تُقَسَّمُ، فَإِنْ وَقَعَ الْبَيْتُ فِي نَصِيبِ الْمُوصِي فَهُوَ لِلْمُوصَى لَهُ) عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ نِصْفُهُ لِلْمُوصَى لَهُ، وَإِنْ وَقَعَ فِي نَصِيبِ الْآخَرِ فَلِلْمُوصَى لَهُ مِثْلُ دِرْعِ الْبَيْتِ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: مِثْلُ دِرْعِ نِصْفِ الْبَيْتِ لَهُ أَنَّهُ أَوْصَى بِمِلْكِهِ وَبِمِلْكِ غَيْرِهِ، لِأَنَّ الدَّارَ بِجَمِيعِ أَجْزَائِهَا مُشْتَرَكَةٌ فَيَنْفُذُ الْأَوَّلُ وَيُوقَفُ الثَّانِي، وَهُوَ أَنْ مِلْكَهُ بَعْدَ ذَلِكَ بِالْقِسْمَةِ الَّتِي هِيَ مُبَادَلَةٌ لَا تَنْفُذُ الْوَصِيَّةُ السَّالِفَةُ، كَمَا إِذَا أَوْصَى بِمِلْكِ الْغَيْرِ ثُمَّ اشْتَرَاهُ.

ثُمَّ إِذَا اقْتَسَمُوهَا وَوَقَعَ الْبَيْتُ فِي نَصِيبِ الْمُوصِي تَنْفُذُ الْوَصِيَّةُ فِي عَيْنِ الْمُوصَى بِهِ وَهُوَ نِصْفُ الْبَيْتِ، وَإِنْ وَقَعَ فِي نَصِيبِ صَاحِبِهِ لَهُ مِثْلُ دِرْعِ نِصْفِ الْبَيْتِ تَنْفِذًا لِلْوَصِيَّةِ فِي بَدَلِ الْمُوصَى بِهِ عِنْدَ فَوَاتِهِ كَالْجَارِيَةِ الْمُوصَى بِهَا إِذَا قُتِلَتْ خَطَأً تَنْفُذُ الْوَصِيَّةُ فِي بَدَلِهَا، بِخِلَافِ مَا إِذَا بَاعَ الْعَبْدُ الْمُوصَى بِهِ حَيْثُ لَا تَتَعَلَّقُ الْوَصِيَّةُ بِتَمَنِّهِ، لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ تَبْطُلُ بِالْإِقْدَامِ عَلَى الْبَيْعِ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ وَلَا تَبْطُلُ بِالْقِسْمَةِ.

وَلَهُمَا أَنَّهُ أَوْصَى بِمَا يَسْتَقِرُّ مِلْكُهُ فِيهِ بِالْقِسْمَةِ، لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُ بِقَصْدِ الْإِصْصَاءِ بِمِلْكٍ مُنْتَفَعٍ بِهِ مِنْ كُلِّ وَجْهِ وَذَلِكَ يَكُونُ بِالْقِسْمَةِ، لِأَنَّ الْإِنْتِفَاعَ بِالْمُشَاعِ قَاصِرٌ وَقَدْ اسْتَقَرَّ مِلْكُهُ فِي جَمِيعِ الْبَيْتِ إِذَا وَقَعَ فِي نَصِيبِهِ فَتَنْفُذُ الْوَصِيَّةِ فِيهِ، وَمَعْنَى الْمُبَادَلَةِ فِي هَذِهِ الْقِسْمَةِ تَابِعٌ، وَإِنَّمَا الْمَقْصُودُ الْإِفْرَازُ تَكْمِيلًا لِلْمَنْفَعَةِ وَلِهَذَا يُجْبَرُ عَلَى الْقِسْمَةِ فِيهِ، وَعَلَى اعْتِبَارِ الْإِفْرَازِ يَصِيرُ كَأَنَّ الْبَيْتَ مِلْكُهُ مِنَ الْإِبْتِدَاءِ. وَإِنْ وَقَعَ فِي نَصِيبِ الْآخَرِ تَنْفُذُ فِي قَدَرِ ذُرْعَانِ جَمِيعِهِ مِمَّا وَقَعَ فِي نَصِيبِهِ، إِمَّا لِأَنَّهُ عَوَضُهُ كَمَا ذَكَرْنَاهُ، أَوْ لِأَنَّ مُرَادَ الْمُوصِي مِنَ ذِكْرِ الْبَيْتِ التَّقْدِيرُ بِهِ تَحْصِيلًا لِمَقْصُودِهِ مَا أَمَكَنَ، إِلَّا أَنَّهُ يَتَعَيَّنُ الْبَيْتُ إِذَا وَقَعَ فِي نَصِيبِهِ جَمْعًا بَيْنَ الْجِهَتَيْنِ التَّقْدِيرِ وَالتَّمْلِكِ، وَإِنْ وَقَعَ فِي نَصِيبِ الْآخَرِ عَمَلْنَا بِالتَّقْدِيرِ، أَوْ لِأَنَّهُ أَرَادَ التَّقْدِيرَ عَلَى اعْتِبَارِ أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ وَالتَّمْلِكِ بَعَيْنِهِ عَلَى اعْتِبَارِ الْوَجْهِ الْآخَرِ، كَمَا إِذَا عَلِقَ عِتْقَ الْوَلَدِ وَطَلَّاقَ الْمَرَأَةِ بِأَوَّلِ وَلَدٍ تَلَدُهُ أُمَّتُهُ.

فَالْمُرَادُ فِي جَزَاءِ الطَّلَاقِ مُطْلَقُ الْوَلَدِ وَفِي الْعِتْقِ وَلَدٌ حَيٌّ ثُمَّ إِذَا وَقَعَ الْبَيْتُ فِي نَصِيبِ غَيْرِ الْمُوصِي وَالْدَّارُ مِائَتُ ذِرَاعٍ وَالْبَيْتُ عَشْرَةُ أَذْرُعٍ يُقْسَمُ نَصِيبُهُ بَيْنَ الْمُوصَى لَهُ وَبَيْنَ الْوَرَثَةِ عَلَى عَشْرَةِ أَشْهُمٍ: تِسْعَةٌ مِنْهَا لِلْوَرَثَةِ وَسَهْمٌ لِلْمُوصَى لَهُ.

وَهَذَا عِنْدَ مُحَمَّدٍ فَيَضْرِبُ الْمُوصَى لَهُ بِخَمْسَةِ أَذْرُعٍ نِصْفَ الْبَيْتِ وَهُمْ يَنْصِفُ الدَّارَ سِوَى الْبَيْتِ وَهُوَ خَمْسَةٌ وَأَرْبَعُونَ فَيُجْعَلُ كُلُّ خَمْسَةِ سَهْمًا فَيَصِيرُ عَشْرَةً، وَعِنْدَهُمَا يُقْسَمُ عَلَى أَحَدِ عَشَرَ سَهْمًا لِأَنَّ الْمُوصَى لَهُ يَضْرِبُ بِالْعَشْرَةِ وَهُمْ بِخَمْسَةِ وَأَرْبَعِينَ فَتَصِيرُ السَّهَامُ أَحَدَ عَشَرَ لِلْمُوصَى لَهُ سَهْمَانِ وَلَهُم تِسْعَةٌ.

وَلَوْ كَانَ مَكَانَ الْوَصِيَّةِ إِقْرَارٌ قِيلَ هُوَ عَلَى الْخِلَافِ، وَقِيلَ لَا خِلَافَ فِيهِ لِمُحَمَّدٍ. وَالْفَرْقُ لَهُ أَنَّ الْإِقْرَارَ بِمِلْكِ الْغَيْرِ صَحِيحٌ، حَتَّى إِنْ مَنَ أَقَرَّ بِمِلْكِ الْغَيْرِ لغيرِهِ ثُمَّ مَلَكَهُ يُؤْمَرُ بِالتَّسْلِيمِ إِلَى الْمُقَرَّرِ لَهُ، وَالْوَصِيَّةُ بِمِلْكِ الْغَيْرِ لَا تَصِحُّ، حَتَّى لَوْ مَلَكَهُ بِوَجْهِ مِنَ الْوُجُوهِ ثُمَّ مَاتَ لَا تَصِحُّ وَصِيَّتُهُ وَلَا تَنْفُذُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِذَا كَانَتْ الدَّارُ بَيْنَ رَجُلَيْنِ) ظَاهِرٌ إِلَى قَوْلِهِ وَمَعْنَى الْمُبَادَلَةِ فِي هَذِهِ الْقِسْمَةِ تَابِعٌ وَأَمَّا قَوْلُهُ (هَذَا) فَفِيهِ بَحْثٌ وَهُوَ أَنَّهُ قَالَ فِي كِتَابِ الْقِسْمَةِ: وَالْإِفْرَازُ هُوَ الظَّاهِرُ فِي الْمَكِيلَاتِ، وَالْمُوزِنَاتِ وَمَعْنَى الْمُبَادَلَةِ هُوَ الظَّاهِرُ فِي الْحَيَوَانَاتِ وَالْعُرُوضِ، وَمَا

نَحْنُ فِيهِ مِنَ الْعُرُوضِ فَكَيْفَ كَانَتْ الْمُبَادَلَةُ فِيهِ تَابِعَةً؟ وَأُجِيبَ بِأَنَّهُ قَالَ هُنَاكَ بَعْدَ قَوْلِهِ وَمَعْنَى الْمُبَادَلَةِ هُوَ الظَّاهِرُ فِي الْعُرُوضِ إِلَّا أَنَّهَا إِذَا كَانَتْ مِنْ جِنْسٍ وَاحِدٍ أُجْبِرَ الْقَاضِي عَلَى الْقِسْمَةِ عِنْدَ طَلَبِ أَحَدِ الشَّرَكَاءِ وَمَا نَحْنُ فِيهِ كَذَلِكَ فَكَانَ مَعْنَى الْمُبَادَلَةِ فِيهِ تَابِعًا كَمَا ذَكَرْ هَاهُنَا؛ لِأَنَّ الْجَبْرَ لَا يَجْرِي فِي الْمُبَادَلَةِ.

وَيَكُونُ مَعْنَى قَوْلِهِ هُنَاكَ وَمَعْنَى الْمُبَادَلَةِ هُوَ الظَّاهِرُ فِي الْحَيَوَانَاتِ وَالْعُرُوضِ إِذَا لَمْ تُكُنْ مِنْ جِنْسٍ وَاحِدٍ، وَإِلَى هَذَا أَشَارَ بِقَوْلِهِ (وَإِنَّمَا الْمَقْصُودُ الْإِفْرَازُ تَكْمِيلًا لِلْمَنْفَعَةِ؛ وَلِهَذَا يُجْبَرُ عَلَى الْقِسْمَةِ فِيهِ) وَالْبَاقِي ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (إِنَّمَا؛ لِأَنَّهُ عَوَّضُهُ كَمَا ذَكَرْنَاهُ) يَعْنِي فِي الْجَارِيَةِ الْمُوصَى بِهَا. وَقَوْلُهُ (أَوْ؛ لِأَنَّهُ أَرَادَ التَّقْدِيرَ عَلَى اعْتِبَارِ أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ) يَعْنِي فِي وَقُوعِهِ فِي نَصِيبِ الشَّرِيكَ (وَالْتَمْلِكُ بَعِيْنِهِ عَلَى اعْتِبَارِ الْوَجْهِ الْآخَرِ) يَعْنِي فِي وَقُوعِهِ فِي نَصِيبِهِ.

وَقَوْلُهُ (فَتَقْصِيرُ السَّهَامِ أَحَدَ عَشَرَ لِلْمُوصَى لَهُ سَهْمَانِ وَلَهُمْ تِسْعَةٌ) فَإِنْ قِيلَ: يَنْبَغِي أَنْ يَقْسِمَ نَصِيبَ الْمُوصِي بَيْنَ الْوَرَثَةِ وَالْمُوصَى لَهُ عَلَى خَمْسَةِ أَسْهُمٍ سَهْمٌ لِلْمُوصَى لَهُ، وَأَرْبَعَةٌ لِلْوَرَثَةِ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا صَحَّتِ الْوَصِيَّةُ عِنْدَهُمَا فِي عَشْرَةِ أَذْرُعٍ بَقِيَ حَقُّ الْوَرَثَةِ فِي أَرْبَعِينَ.

قُلْنَا: زَعَمَ الْوَرَثَةُ أَنَّ حَقَّهُمْ فِي خَمْسَةِ وَأَرْبَعِينَ وَحَقُّ الْمُوصَى لَهُ فِي خَمْسَةِ تَمَسُّكًا بِمَذْهَبِ مُحَمَّدٍ وَزَعَمَ الْمُوصَى لَهُ أَنَّ حَقَّهُ فِي عَشْرَةِ وَحَقُّ الْوَرَثَةِ فِي أَرْبَعِينَ فَيُعْتَبَرُ زَعْمُ كُلِّ فَرِيقٍ، فَجَعَلْنَا كُلَّ خَمْسَةِ سَهْمًا فَصَارَ الْكُلُّ أَحَدَ عَشَرَ. وَقَوْلُهُ (وَقِيلَ لَا خِلَافَ فِيهِ لِمُحَمَّدٍ) بَلْ قَوْلُهُ فِي الْإِقْرَارِ كَقَوْلِهِمَا فِي الْوَصِيَّةِ وَالْبَاقِي ظَاهِرٌ.

قَالَ (وَمَنْ أَوْصَى مِنْ مَالِ رَجُلٍ لِآخَرَ بِأَلْفٍ بَعِيْنِهِ فَأَجَازَ صَاحِبُ الْمَالِ بَعْدَ مَوْتِ الْمُوصِي فَإِنْ دَفَعَهُ فَهُوَ جَائِزٌ وَلَهُ أَنْ يَمْنَعَ) لِأَنَّ هَذَا تَبَرُّعٌ بِمَالِ الْغَيْرِ فَيَتَوَقَّفُ عَلَى إِجَازَتِهِ، وَإِذَا أَجَازَ يَكُونُ تَبَرُّعًا مِنْهُ أَيْضًا فَلَهُ أَنْ يَمْتَنِعَ مِنَ التَّسْلِيمِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا أَوْصَى بِالزِّيَادَةِ عَلَى الثَّلَاثِ وَأَجَازَتْ الْوَرَثَةُ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ فِي مَخْرَجِهَا صَحِيحَةٌ لِمُصَادِفَتِهَا مِلْكَ نَفْسِهِ وَالْإِمْتِنَاعَ لِحَقِّ الْوَرَثَةِ، فَإِذَا أَجَازُوهَا سَقَطَ حَقُّهُمْ فَتَفَدَّ مِنْ جِهَةِ الْمُوصِي.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ أَوْصَى مِنْ مَالِ رَجُلٍ لِآخَرَ بِأَلْفٍ) وَمَنْ أَوْصَى مِنْ مَالِ رَجُلٍ لِآخَرَ

بِأَلْفٍ بَعَيْنَهَا قَبْلَهُ فِيمَا أَنْ يُجِيزَ الْوَصِيَّةَ أَوْ لَا؛ فَإِنْ كَانَ الثَّانِي بَطَلَتْ، وَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ جَازَتْ، فَإِنْ دَفَعَهَا إِلَى الْمُوصَى لَهُ تَمَّتْ، وَإِنْ لَمْ يَدْفَعْ فَلَهُ أَنْ يَمْنَعَ وَإِنْ أَجَارَهَا؛ لِأَنَّ هَذَا تَبَرُّعٌ بِمَالِ الْغَيْرِ إِلَى آخِرِ مَا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ وَهُوَ وَاضِحٌ إِلَى...

قَالَ (وَإِذَا اقْتَسَمَ الْإِبْنَانِ تَرَكَةَ الْأَبِ أَلْفًا ثُمَّ أَقَرَّ أَحَدُهُمَا لِرَجُلٍ أَنَّ الْأَبَ أَوْصَى لَهُ بِثُلْثِ مَالِهِ فَإِنَّ الْمُقَرَّ يُعْطِيهِ ثُلْثُ مَا فِي يَدِهِ) وَهَذَا اسْتِحْسَانٌ وَالْقِيَاسُ أَنْ يُعْطِيَهُ نِصْفَ مَا فِي يَدِهِ وَهُوَ قَوْلُ زُفَرٍ رَحِمَهُ اللَّهُ، لِأَنَّ إِقْرَارَهُ بِالثُّلْثِ لَهُ تَضَمُّنٌ إِقْرَارُهُ بِمُسَاوَاتِهِ إِيَّاهُ، وَالتَّسْوِيَةُ فِي إعْطَاءِ النِّصْفِ لِيَبْقَى لَهُ النِّصْفُ.

وَجَهَ الاسْتِحْسَانِ أَنَّهُ أَقَرَّ لَهُ بِثُلْثِ شَائِعٍ فِي التَّرَكَةِ وَهِيَ فِي أَيْدِيهِمَا فَيَكُونُ مُقَرًّا بِثُلْثِ مَا فِي يَدِهِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا أَقَرَّ أَحَدُهُمَا بِدَيْنٍ لغيرِهِ لِأَنَّ الدَّيْنَ مُقَدَّمٌ عَلَى الْمِيرَاثِ فَيَكُونُ مُقَرًّا بِتَقْدِيمِهِ فَيَقْدَمُ عَلَيْهِ، أَمَّا الْمُوصَى لَهُ بِالثُّلْثِ شَرِيكَ الْوَارِثِ فَلَا يُسَلِّمُ لَهُ شَيْءٌ إِلَّا أَنْ يُسَلِّمَ لِلْوَرِثَةِ مِثْلَهُ، وَلَئِنَّهُ لَوْ أَخَذَ مِنْهُ نِصْفَ مَا فِي يَدِهِ فَهَرُبَمَا يُقَرِّ الْأَبْنُ الْآخَرُ بِهِ أَيْضًا فَيَأْخُذُ نِصْفَ مَا فِي يَدِهِ فَيَصِيرُ نِصْفَ التَّرَكَةِ فَيَزَادُ عَلَى الثُّلْثِ.

الشرح:

قَوْلُهُ (فَيَكُونُ مُقَرًّا بِتَقْدِيمِهِ فَيَقْدَمُ عَلَيْهِ) فَإِنْ كَانَ الدَّيْنُ مُسْتَعْرِقًا جَمِيعَ نَصِيْبِهِ دَفَعَهُ إِلَيْهِ كُلَّهُ وَالْبَاقِي ظَاهِرٌ.

قَالَ (وَمَنْ أَوْصَى لِرَجُلٍ بِجَارِيَةٍ فَوَلَدَتْ بَعْدَ مَوْتِ الْمُوصِي وَلَدًا وَكِلَاهُمَا يَخْرُجَانِ مِنَ الثُّلْثِ فَهُمَا لِلْمُوصَى لَهُ) لِأَنَّ الْأُمَّ دَخَلَتْ فِي الْوَصِيَّةِ أَصَالَتًا وَالْوَلَدُ تَبَعًا حِينَ كَانَ مُتَصِلًا بِالْأُمِّ، فَإِذَا وَلَدَتْ قَبْلَ الْقِسْمَةِ وَالتَّرَكَةِ قَبْلَهَا مُبْقَاةً عَلَى مِلْكِ الْمَيِّتِ حَتَّى يَقْضَى بِهَا دِيُونُهُ دَخَلَ فِي الْوَصِيَّةِ فَيَكُونَانِ لِلْمُوصِي لَهُ (وَإِنْ لَمْ يَخْرُجَا مِنَ الثُّلْثِ ضَرَبَ بِالثُّلْثِ وَأَخَذَ مَا يَخْصُهُ مِنْهُمَا جَمِيعًا فِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ. وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: يَأْخُذُ ذَلِكَ مِنَ الْأُمِّ، فَإِنْ فَضَلَ شَيْءٌ أَخَذَهُ مِنَ الْوَلَدِ).

وَفِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ عَيْنَ صُورَةٍ وَقَالَ: رَجُلٌ لَهُ سِتْمَانَتِ دِرْهَمٍ وَأَمَةٌ تُسَاوِي ثَلَاثِمِائَتِ دِرْهَمٍ فَأَوْصَى بِالْجَارِيَةِ لِرَجُلٍ ثُمَّ مَاتَ فَوَلَدَتْ وَلَدًا يُسَاوِي ثَلَاثِمِائَتِ دِرْهَمٍ قَبْلَ الْقِسْمَةِ فَلِلْمُوصَى لَهُ الْأُمُّ وَالثُّلْثُ الْوَلَدُ عِنْدَهُ. وَعِنْدَهُمَا لَهُ ثُلَاثَا كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا. لَهُمَا مَا ذَكَرْنَا أَنَّ الْوَلَدَ دَخَلَ فِي الْوَصِيَّةِ تَبَعًا حَالَةَ الْإِتِّصَالِ فَلَا يَخْرُجُ عَنْهَا بِالْإِنْفِصَالِ كَمَا

فِي الْبَيْعِ وَالْعِتْقِ فَتَنْفُذُ الْوَصِيَّةِ فِيهِمَا عَلَى السَّوَاءِ مِنْ غَيْرِ تَقْدِيمِ الْأُمِّ.

وَلَهُ أَنَّ الْأُمَّ أَصْلُ وَالْوَلَدُ تَبَعٌ وَالتَّبَعُ لَا يُزَاحِمُ الْأَصْلَ، فَلَوْ نَفَذْنَا الْوَصِيَّةَ فِيهِمَا جَمِيعًا تَنْتَقِضُ الْوَصِيَّةُ فِي بَعْضِ الْأَصْلِ وَذَلِكَ لَا يَجُوزُ بِخِلَافِ الْبَيْعِ لِأَنَّ تَنْفِيذَ الْبَيْعِ فِي التَّبَعِ لَا يُؤَدِّي إِلَى نَقْضِهِ فِي الْأَصْلِ بَلْ يَبْقَى تَامًا صَحِيحًا فِيهِ، إِلَّا أَنَّهُ لَا يُقَابَلُهُ بَعْضُ الثَّمَنِ ضَرُورَةً مُقَابَلَتِهِ بِالْوَلَدِ إِذَا اتَّصَلَ بِهِ الْقَبْضُ وَلَكِنْ الثَّمَنُ تَابِعٌ فِي الْبَيْعِ حَتَّى يَنْعَقِدَ الْبَيْعُ بِدُونِ ذِكْرِهِ وَإِنْ كَانَ فَاسِدًا (هَذَا إِذَا وَلَدَتْ قَبْلَ الْقِسْمَةِ، فَإِنْ وَلَدَتْ بَعْدَ الْقِسْمَةِ فَهُوَ لِلْمُوصَى لَهُ) لِأَنَّهُ نَمَاءٌ خَالِصٌ مِلْكِهِ لَتَقَرُّرِ مِلْكِهِ فِيهِ بَعْدَ الْقِسْمَةِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (فَلَا يَخْرُجُ عَنْهَا بِالْإِنْصَالِ كَمَا فِي الْبَيْعِ) يَعْنِي تَسْرِي الْوَصِيَّةِ إِلَى الْوَلَدِ الْحَادِثِ قَبْلَ الْقِسْمَةِ كَمَا يَسْرِي الْبَيْعُ إِلَى الْوَلَدِ الْحَادِثِ قَبْلَ الْقَبْضِ وَإِذَا سَرَتْ الْوَصِيَّةُ إِلَى الْوَلَدِ صَارَ كَأَنَّ الْوَلَدَ كَانَ مَوْجُودًا فَأَوْصَى بِهِمَا وَقِيمَتُهُمَا مِثْلُ نِصْفِ الْمَالِ تَنْفُذُ الْوَصِيَّةِ فِي ثُلَاثِي كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا كَذَلِكَ هَهُنَا (وَلَهُ أَنَّ الْأُمَّ أَصْلُ) يَعْنِي فِي الْوَصِيَّةِ (وَلَدٌ تَبَعَ فِيهِ) أَيُّ فِي الْوَصِيَّةِ عَلَى تَأْوِيلِ الْإِبْصَاءِ، وَإِنَّمَا كَانَتْ الْأُمُّ أَصْلًا؛ لِأَنَّ الْإِجَابَ تَنَاطَلَهَا قَصْدًا ثُمَّ سَرَى حُكْمُ الْإِجَابِ إِلَى الْوَلَدِ.

وَلَا مُسَاوَاةَ بَيْنَ الْأَصْلِ وَالتَّبَعِ فَتَنْفُذُ الْوَصِيَّةِ بِالْأُمِّ ثُمَّ يَكُونُ لَهُ مِنَ الْوَلَدِ قَدْرُ مَا بَقِيَ مِنَ الثَّلَاثِ، وَتَنْفِيذُ الْوَصِيَّةِ فِي جَمِيعِ الْأُمِّ كَانَ مُسْتَحَقًّا قَبْلَ الْوِلَادَةِ فَلَا يُعْتَبَرُ بَرِيَادَةُ الْمَالِ؛ لِأَنَّهُ يُؤَدِّي إِلَى نَقْضِهَا فِي بَعْضِ الْأَصْلِ، وَذَلِكَ لَا يَجُوزُ؛ لِأَنَّهُ فِيهِ إِنْطَالُ الْأَصْلِ بِالتَّبَعِ.

وَقَوْلُهُ (إِلَّا أَنَّهُ لَا يُقَابَلُهُ بَعْضُ الثَّمَنِ) جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ لَا تُسَلَّمُ أَنَّ تَنْفِيذَ الْبَيْعِ فِي التَّبَعِ لَا يُؤَدِّي إِلَى نَقْضِهِ فِي الْأَصْلِ فَإِنْ بَعْضُ الثَّمَنِ لَا يُقَابَلُهُ شَيْءٌ فِي ذَلِكَ وَفِيهِ نَقْضٌ لَهُ بِحِصَّتِهِ. وَوَجْهُهُ أَنَّهُ إِنَّمَا لَا يُقَابَلُهُ بَعْضُ الثَّمَنِ ضَرُورَةً مُقَابَلَتِهِ بِالْوَلَدِ إِذَا اتَّصَلَ بِهِ الْقَبْضُ؛ فَإِنَّ الْعَوَضَ الْوَاحِدَ لَا يُقَابَلُ بِعَوَضَيْنِ لَكِنْ لَا يُوجِبُ ذَلِكَ التَّقْضُ فِي الْمِيعَةِ؛ لِأَنَّ الثَّمَنَ تَابِعٌ إِلَى آخِرِ مَا ذَكَرَهُ.

وَقَوْلُهُ (وَإِذَا اتَّصَلَ بِهِ الْقَبْضُ) إِنَّمَا قِيدَ بِذَلِكَ؛ لِأَنَّ مُقَابَلَةَ بَعْضِ الثَّمَنِ بِالْوَلَدِ إِنَّمَا يَكُونُ أَنْ لَوْ كَانَ مَقْبُوضًا بِالْأَصْلِ، حَتَّى لَوْ هَلَكَ قَبْلَ الْقَبْضِ بِآفَةِ سَمَاقِيَةٍ لَا يُقَابَلُهُ شَيْءٌ مِنَ الثَّمَنِ بَلْ يَأْخُذُ الْأُمُّ بِجَمِيعِ الثَّمَنِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

فصل في اعتبار حالة الوصية

قَالَ (وَإِذَا أَقَرَّ الْمَرِيضُ لَامْرَأَةً بِدَيْنٍ أَوْ أَوْصَى لَهَا بِشَيْءٍ أَوْ وَهَبَ لَهَا ثُمَّ تَزَوَّجَهَا ثُمَّ مَاتَ جَارَ الْإِقْرَارِ وَبَطَلَتِ الْوَصِيَّةُ وَالْهَبَةُ) لِأَنَّ الْإِقْرَارَ مُلْزِمٌ بِنَفْسِهِ وَهِيَ أَجْنَبِيَّةٌ عِنْدَ صُدُورِهِ، وَلِهَذَا يُعْتَبَرُ مِنْ جَمِيعِ الْمَالِ، وَلَا يَبْطُلُ بِالْدَيْنِ إِذَا كَانَ فِي حَالَةِ الصَّحَّةِ أَوْ فِي حَالَةِ الْمَرَضِ، إِلَّا أَنَّ الثَّانِي يُؤَخَّرُ عَنْهُ، بِخِلَافِ الْوَصِيَّةِ لِأَنَّهَا إِجَابٌ عِنْدَ الْمَوْتِ وَهِيَ وَارِثَةٌ عِنْدَ ذَلِكَ، وَلَا وَصِيَّةٌ لِلوَارِثِ، وَالْهَبَةُ وَإِنْ كَانَتْ مُنْجَزَةً صَوْرَةً فَهِيَ كَالْمُضَافِ إِلَى مَا بَعْدَ الْمَوْتِ حُكْمًا لِأَنَّ حُكْمَهَا يَتَقَرَّرُ عِنْدَ الْمَوْتِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهَا تَبْطُلُ بِالْدَيْنِ الْمُسْتَعْرِقِ وَعِنْدَ عَدَمِ الدَّيْنِ تُعْتَبَرُ مِنَ الثَّلَاثِ.

الشرح:

(فصل في اعتبار حالة الوصية): قَالَ فِي النَّهَايَةِ: لَمَّا ذَكَرَ الْحُكْمَ الْكُلِّيَّ فِي الْوَصِيَّةِ وَهُوَ الْحُكْمُ الَّذِي يَتَعَلَّقُ بِثُلْثِ الْمَالِ ذَكَرَ فِي هَذَا الْفَصْلِ أَحْكَامًا تَتَعَلَّقُ بِالْأَحْوَالِ الْمُتَغَيِّرَةِ مِنْ وَصْفٍ إِلَى وَصْفٍ لَمَّا أَنَّ هَذِهِ الْأَحْوَالَ بِمَنْزِلَةِ الْعَوَارِضِ وَالْأَحْكَامُ الْمُتَعَلِّقَةُ بِثُلْثِ الْمَالِ بِمَنْزِلَةِ الْأُصُولِ وَالْأَصْلِيُّ مُقَدَّمٌ عَلَى الْعَارِضِ.

قَوْلُهُ (وَإِذَا أَقَرَّ الْمَرِيضُ لَامْرَأَةً) وَاضِحٌ مِنْهُ أَنَّ الْمُعْتَبَرَ فِي جَوَازِ الْوَصِيَّةِ وَفَسَادِهَا كَوْنُ الْمُوصَى لَهُ وَارِثًا وَغَيْرَ وَارِثٍ يَوْمَ الْمَوْتِ لَا يَوْمَ الْوَصِيَّةِ، وَالْمُعْتَبَرُ فِي فَسَادِ الْإِقْرَارِ وَجَوَازِهِ كَوْنُ الْمُقَرَّرِ لَهُ وَارِثًا لِلْحَالِ؛ لِأَنَّ الْإِقْرَارَ تَمْلِيكَ لِلْحَالِ، فَمَتَى كَانَ الْمُقَرَّرُ لَهُ وَارِثًا يَوْمَ الْإِقْرَارِ لَا يَصِحُّ إِقْرَارُهُ إِذَا كَانَ الْمُقَرَّرُ مَرِيضًا.

وَقَوْلُهُ (لِأَنَّ الْإِقْرَارَ مُلْزِمٌ) فِيهِ تَلْوِيحٌ إِلَى رَدِّ قَوْلِ زُفَرٍ، وَهُوَ أَنَّ الْإِقْرَارَ أَيْضًا بَاطِلٌ؛ لِأَنَّ إِقْرَارَ الْمَرِيضِ بِمَنْزِلَةِ التَّمْلِيكِ وَلِهَذَا يَصِحُّ لِلوَارِثِ. وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ الْإِقْرَارَ يُثْبِتُ الْحُكْمَ بِنَفْسِهِ مِنْ غَيْرِ تَوَقُّفٍ عَلَى أَمْرٍ زَائِدٍ كَالْمَوْتِ فِي بَابِ الْوَصِيَّةِ، وَقَوْلُهُ (إِلَّا أَنَّ الثَّانِي يُؤَخَّرُ عَنْهُ) أَيُّ تَنْفِيذِ حُكْمِ الْإِقْرَارِ فِي حَالَةِ الْمَرَضِ يُؤَخَّرُ عَنْ تَنْفِيذِ حُكْمِ الْإِقْرَارِ الَّذِي فِي حَالَةِ الصَّحَّةِ (بِخِلَافِ الْوَصِيَّةِ لِأَنَّهُ) يَعْنِي الْوَصِيَّةَ بِتَأْوِيلِ الْإِبْصَاءِ.

قَالَ (وَإِذَا أَقَرَّ الْمَرِيضُ لِابْنِهِ بِدَيْنٍ وَأَبْنُهُ نَصْرَانِيٌّ أَوْ وَهَبَ لَهُ أَوْ أَوْصَى لَهُ فَأَسْلَمَ الْإِبْنُ قَبْلَ مَوْتِهِ بَطَلَ ذَلِكَ كُلُّهُ). أَمَّا الْهَبَةُ وَالْوَصِيَّةُ فَلَمَّا فَلْنَا إِنَّهُ وَارِثٌ عِنْدَ الْمَوْتِ وَهُمَا إِجَابَانِ عِنْدَهُ أَوْ بَعْدَهُ، وَالْإِقْرَارُ وَإِنْ كَانَ مُلْزِمًا بِنَفْسِهِ وَلَكِنْ سَبَبَ الْإِرْثِ وَهُوَ الْبُنُوَّةُ

هَائِمَ وَقْتَ الْإِقْرَارِ فَيُعْتَبَرُ فِي إِبْرَاطِ تَهْمَةِ الْإِثَارِ، بِخِلَافِ مَا تَقَدَّمَ لَأَنَّ سَبَبَ الْإِرْثِ الزَّوْجِيَّةِ وَهِيَ طَارِئَةٌ حَتَّى لَوْ كَانَتْ الزَّوْجِيَّةُ قَائِمَةً وَقْتَ الْإِقْرَارِ وَهِيَ نَصْرَانِيَّةٌ ثُمَّ أَسْلَمَتْ قَبْلَ مَوْتِهِ لَا يَصِحُّ الْإِقْرَارُ لِقِيَامِ السَّبَبِ حَالِ صُدُورِهِ.

وَكَذَا لَوْ كَانَ الْإِبْنُ عَبْدًا أَوْ مُكَاتَبًا فَأَعْتَقَ لَمَّا ذَكَّرْنَا وَذَكَرَ فِي كِتَابِ الْإِقْرَارِ إِنْ لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ دَيْنٌ يَصِحُّ لِأَنَّهُ أَقْرَأَ لَمَوْلَاهُ وَهُوَ أَجْنَبِيٌّ، وَإِنْ كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ لَا يَصِحُّ لِأَنَّهُ إِقْرَارٌ لَهُ وَهُوَ ابْنُهُ، وَالْوَصِيَّةُ بَاطِلَةٌ لَمَّا ذَكَّرْنَا أَنَّ الْمُعْتَبَرَ فِيهَا وَقْتُ الْمَوْتِ. وَأَمَّا الْهَبَةُ فَيُرَوَى أَنَّهَا تَصِحُّ لِأَنَّهَا تَمْلِكُ فِي الْحَالِ وَهُوَ رَقِيقٌ، وَفِي عَامَّةِ الرِّوَايَاتِ هِيَ فِي مَرَضِ الْمَوْتِ بِمَنْزِلَةِ الْوَصِيَّةِ فَلَا تَصِحُّ.

قَالَ (وَالْمُقْعَدُ وَالْمَفْلُوجُ وَالْأَشْلُ وَالْمَسْلُوكُ إِذَا تَطَاوَلَ ذَلِكَ وَلَمْ يُخَفَ مِنْهُ الْمَوْتُ فَهَبَتُهُ مِنْ جَمِيعِ الْمَالِ) لِأَنَّهُ إِذَا تَقَادَمَ الْعَهْدُ صَارَ طَبَعًا مِنْ طَبَاعِهِ وَكَهَذَا لَا يَشْتَغِلُ بِالتَّدَاوِي، وَلَوْ صَارَ صَاحِبَ فِرَاشٍ بَعْدَ ذَلِكَ فَهُوَ كَمَرَضٍ حَادِثٍ (وَإِنْ وَهَبَ عِنْدَ مَا أَصَابَهُ ذَلِكَ وَمَاتَ مِنْ أَيَّامِهِ فَهُوَ مِنَ الثَّلَاثِ إِذَا صَارَ صَاحِبَ فِرَاشٍ) لِأَنَّهُ يُخَافُ مِنْهُ الْمَوْتُ وَكَهَذَا يَتَدَاوَى فَيَكُونُ مَرَضُ الْمَوْتِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَكَذَا لَوْ كَانَ الْإِبْنُ عَبْدًا أَوْ مُكَاتَبًا فَأَعْتَقَ) يَغْنِي لَا تَصِحُّ الْوَصِيَّةُ وَالْهَبَةُ؛ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ مُضَافَةً إِلَى وَقْتِ الْمَوْتِ، أَمَّا إِذَا أَقْرَأَ لَهُ بِدَيْنٍ ثُمَّ أُعْتِقَ قَبْلَ الْمَوْتِ لَمْ يَذْكُرْ هَاهُنَا. (وَذَكَرَ فِي كِتَابِ الْإِقْرَارِ أَنَّهُ إِنْ لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ) أَيُّ عَلَى الْعَبْدِ (دَيْنٌ يَصِحُّ) إِلَى آخِرِ مَا ذَكَرَ فِي الْكِتَابِ.

وَقَوْلُهُ (وَالْمُقْعَدُ وَالْمَفْلُوجُ) الْمُقْعَدُ مَنْ لَا يَقْدِرُ عَلَى الْقِيَامِ وَالْمَفْلُوجُ مَنْ ذَهَبَ نِصْفُهُ وَبَطَلَ عَنِ الْحِسِّ وَالْحَرَكَةِ (وَالْأَشْلُ) مَنْ شُلَّتْ يَدُهُ (وَالْمَسْلُوكُ) هُوَ الَّذِي بِهِ مَرَضُ السُّلِّ، وَهُوَ عِبَارَةٌ عَنْ اجْتِمَاعِ الْمُرَّةِ فِي الصَّدْرِ وَتَفْتِهَا، وَقَوْلُهُ (صَارَ طَبَعًا مِنْ طَبَاعِهِ) يَغْنِي: خَرَجَ مِنْ أَنْ يَكُونَ مَرِيضًا مَرَضَ الْمَوْتِ فَيُعْتَبَرُ تَصَرُّفُهُ مِنْ جَمِيعِ الْمَالِ.

(فَلَوْ صَارَ بَعْدَ ذَلِكَ صَاحِبَ فِرَاشٍ فَهُوَ كَمَرَضٍ حَادِثٍ) فَيُعْتَبَرُ فِيهِ تَصَرُّفُهُ مِنَ الثَّلَاثِ كَمَا لَوْ تَصَرَّفَ عِنْدَمَا أَصَابَهُ ذَلِكَ وَصَارَ صَاحِبَ فِرَاشٍ وَمَاتَ مِنْ أَيَّامِهِ ؛ لِأَنَّهُ يُخَافُ مِنْهُ الْمَوْتُ؛ وَكَهَذَا يَتَدَاوَى فَيَكُونُ مَرَضُ الْمَوْتِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

بَابُ الْعِتْقِ فِي مَرَضِ الْمَوْتِ

قَالَ: (وَمَنْ أَعْتَقَ فِي مَرَضِهِ عَبْدًا أَوْ بَاعَ وَحَابَى أَوْ وَهَبَ فَذَلِكَ كُلُّهُ جَائِزٌ وَهُوَ مُعْتَبَرٌ مِنَ الثَّلَاثِ، وَيُضْرَبُ بِهِ مَعَ أَصْحَابِ الْوَصَايَا). وَفِي بَعْضِ النُّسخِ فَهُوَ وَصِيَّةٌ مَكَانَ قَوْلِهِ جَائِزٌ، وَالْمُرَادُ الْإِعْتِبَارُ مِنَ الثَّلَاثِ وَالضَّرْبُ مَعَ أَصْحَابِ الْوَصَايَا لَا حَقِيقَةُ الْوَصِيَّةِ لِأَنَّهَا إِجْبَابٌ بَعْدَ الْمَوْتِ وَهَذَا مُنْجَزٌ غَيْرُ مُضَافٍ، وَاعْتِبَارُهُ مِنَ الثَّلَاثِ لِتَعَلُّقِ حَقِّ الْوَرَثَةِ، وَكَذَلِكَ مَا ابْتَدَأَ الْمَرِيضُ إِجْبَابَهُ عَلَى نَفْسِهِ كَالضَّمَانِ وَالْكَفَالَةِ فِي حُكْمِ الْوَصِيَّةِ لِأَنَّهُ يُتَّهَمُ فِيهِ كَمَا فِي الْهَبَةِ.

وَكُلُّ مَا أَوْجَبَهُ بَعْدَ الْمَوْتِ فَهُوَ مِنَ الثَّلَاثِ، وَإِنْ أَوْجَبَهُ فِي حَالِ صِحَّتِهِ اعْتِبَارًا بِحَالَتِهِ الْإِضَافَةِ دُونَ حَالَةِ الْعَقْدِ، وَمَا نَفَذَهُ مِنَ التَّصَرُّفِ فَالْمُعْتَبَرُ فِيهِ حَالَةُ الْعَقْدِ، فَإِنْ كَانَ صَحِيحًا فَهُوَ مِنْ جَمِيعِ الْمَالِ وَإِنْ كَانَ مَرِيضًا فَفَمِنَ الثَّلَاثِ، وَكُلُّ مَرَضٍ صَحَّ مِنْهُ فَهُوَ كَحَالِ الصَّحَّةِ لِأَنَّهُ بِالْبُرْءِ تَبَيَّنَ أَنَّهُ لَا حَقَّ فِي مَالِهِ.

الشرح:

(بَابُ الْعِتْقِ فِي مَرَضِ الْمَوْتِ): الْإِعْتِقَاقُ فِي الْمَرَضِ مِنْ أَنْوَاعِ الْوَصِيَّةِ، لَكِنْ لَمَّا كَانَ لَهُ أَحْكَامٌ مَخْصُوصَةٌ أَفْرَدَهُ بِبَابٍ عَلَى حِدَةٍ، وَأَخَّرَهُ عَنْ صَرِيحِ الْوَصِيَّةِ؛ لِأَنَّ الصَّرِيحَ هُوَ الْأَصْلُ. قَالَ (وَمَنْ أَعْتَقَ عَبْدًا فِي مَرَضِهِ) كَلَامُهُ وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (وَالْمُرَادُ الْإِعْتِبَارُ مِنَ الثَّلَاثِ) أَيُّ: الْمُرَادُ بِقَوْلِهِ فَهُوَ وَصِيَّةُ الْإِعْتِبَارِ مِنَ الثَّلَاثِ لَا حَقِيقَةُ الْوَصِيَّةِ؛ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ عِبَارَةً عَمَّا أَوْجَبَهُ الْمُوصِي فِي مَالِهِ بَعْدَ مَوْتِهِ مُتَطَوِّعًا.

وَقَوْلُهُ (كَالضَّمَانِ وَالْكَفَالَةِ) غَايِرٌ بَيْنَهُمَا بِالْعَطْفِ؛ لِأَنَّ الضَّمَانَ أَعْمُ مِنَ الْكَفَالَةِ، فَإِنَّ مِنَ الضَّمَانِ مَا لَا يَكُونُ كَفَالَةً بَأَنَّهُ قَالَ لِأَجْنَبِيٍّ خَالَعَ امْرَأَتَكَ عَلَى أَلْفٍ عَلَى أَنِّي ضَامِنٌ، وَكَذَا لَوْ قَالَ يَعْ هَذَا الْعَبْدَ بِأَلْفٍ عَلَى أَنِّي ضَامِنٌ لَكَ بِخَمْسِمِائَةٍ مِنَ الثَّمَنِ سِوَى الْأَلْفِ، فَإِنَّ بَدَلَ الْخَالِعِ يَكُونُ عَلَى الْأَجْنَبِيِّ لَا عَلَى الْمَرْأَةِ، وَالْخَمْسِمِائَةُ عَلَى الضَّامِنِ دُونَ الْمُشْتَرِيِّ.

وَقَوْلُهُ (وَمَا نَفَذَهُ مِنَ التَّصَرُّفِ) أَيُّ: نَجَزَهُ فِي الْحَالِ وَلَمْ يُضِفْهُ إِلَى مَا بَعْدَ الْمَوْتِ (فَالْمُعْتَبَرُ فِيهِ حَالَةُ الْعَقْدِ، فَإِنْ كَانَ صَحِيحًا فَهُوَ مِنْ جَمِيعِ الْمَالِ، وَإِنْ كَانَ مَرِيضًا فَهُوَ مِنَ الثَّلَاثِ، وَكُلُّ مَرَضٍ صَحَّ مِنْهُ فَهُوَ كَحَالِ الصَّحَّةِ؛ لِأَنَّهُ بِالْبُرْءِ تَبَيَّنَ أَنَّهُ لَا حَقَّ لِأَحَدٍ

مِنْ مَالِهِ).

قَالَ (وَإِنْ حَابَى ثُمَّ أَعْتَقَ وَضَاقَ الثُّلُثُ عَنْهُمَا) فَالْمُحَابَاةُ أَوْلَى عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَإِنْ أَعْتَقَ ثُمَّ حَابَى فَهُمَا سَوَاءٌ، (وَقَالَا: الْعِتْقُ أَوْلَى فِي الْمَسْأَلَتَيْنِ) وَالْأَصْلُ فِيهِ أَنْ الْوَصَايَا إِذَا لَمْ يَكُنْ فِيهَا مَا جَاوَزَ الثُّلُثَ فَكُلٌّ مِنْ أَصْحَابِهَا يَضْرِبُ بِجَمِيعِ وَصِيَّتِهِ فِي الثُّلُثِ لَا يُقَدِّمُ الْبَعْضُ عَلَى الْبَعْضِ إِلَّا الْمَوْقِعُ فِي الْمَرَضِ، وَالْعِتْقُ الْمَعْلُقُ بِمَوْتِ الْمُوصِي كَالْتَدْبِيرِ الصَّحِيحِ وَالْمُحَابَاةُ فِي الْبَيْعِ إِذَا وَقَعَتْ فِي الْمَرَضِ لِأَنَّ الْوَصَايَا قَدْ تَسَاوَتْ، وَالتَّسَاوِي فِي سَبَبِ الْاسْتِحْقَاقِ يُوجِبُ التَّسَاوِي فِي نَفْسِ الْاسْتِحْقَاقِ، وَإِنَّمَا قُدِّمَ الْعِتْقُ الَّذِي ذَكَرْنَاهُ أَنْفًا لِأَنَّهُ أَقْوَى فَإِنَّهُ لَا يَلْحَقُهُ الْفَسْخُ مِنْ جِهَةِ الْمُوصِي، وَغَيْرُهُ يَلْحَقُهُ.

وَكَذَلِكَ الْمُحَابَاةُ لَا يَلْحَقُهَا الْفَسْخُ مِنْ جِهَةِ الْمُوصِي، وَإِذَا تَقَدَّمَ ذَلِكَ فَمَا بَقِيَ مِنَ الثُّلُثِ بَعْدَ ذَلِكَ يَسْتَوِي فِيهِ مِنْ سِوَاهُمَا مِنْ أَهْلِ الْوَصَايَا، وَلَا يُقَدِّمُ الْبَعْضُ عَلَى الْبَعْضِ. لُهُمَا فِي الْخِلَافِيَّةِ أَنَّ الْعِتْقَ أَقْوَى لِأَنَّهُ لَا يَلْحَقُهُ الْفَسْخُ وَالْمُحَابَاةُ يَلْحَقُهَا، وَلَا مُعْتَبَرٌ بِالتَّقْدِيمِ الذِّكْرَ لِأَنَّهُ لَا يُوجِبُ التَّقْدِيمَ فِي الثُّبُوتِ.

وَلَهُ أَنْ الْمُحَابَاةَ أَقْوَى، لِأَنَّهَا تَثْبُتُ فِي ضَمَنِ عَقْدِ الْمَعَاوَضَةِ فَكَانَ تَبَرُّعًا بِمَعْنَاهُ لَا بِصِيفَتِهِ، وَالْإِعْتَاقُ تَبَرُّعٌ صِيفَةً وَمَعْنَى، فَإِذَا وَجِدَتِ الْمُحَابَاةُ أَوَّلًا دُفِعَ الْأَضْعَفُ، وَإِذَا وَجِدَ الْعِتْقُ أَوَّلًا وَثَبَتَ وَهُوَ لَا يَحْتَمِلُ الدَّفْعَ كَانَ مِنْ ضَرُورَتِهِ الْمَزَاحِمَةُ، وَعَلَى هَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ: إِذَا حَابَى ثُمَّ أَعْتَقَ ثُمَّ حَابَى فَهَسِمَ الثُّلُثُ بَيْنَ الْمُحَابَاتَيْنِ نِصْفَيْنِ لَتَسَاوِيَهُمَا، ثُمَّ مَا أَصَابَ الْمُحَابَاةَ الْأَخِيرَةَ فَهَسِمَ بَيْنَهَا وَبَيْنَ الْعِتْقِ لِأَنَّ الْعِتْقَ مُقَدَّمٌ عَلَيْهَا فَيَسْتَوِيَانِ، وَلَوْ أَعْتَقَ ثُمَّ حَابَى ثُمَّ أَعْتَقَ فَهَسِمَ الثُّلُثُ بَيْنَ الْعِتْقِ الْأَوَّلِ وَالْمُحَابَاةِ نِصْفَيْنِ، وَمَا أَصَابَ الْعِتْقَ فَهَسِمَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْعِتْقِ الثَّانِي، وَعِنْدَهُمَا الْعِتْقُ أَوْلَى بِكُلِّ حَالٍ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (فَإِنْ حَابَى ثُمَّ أَعْتَقَ) صُورَتُهُ رَجُلٌ بَاعَ فِي مَرَضِهِ عَبْدًا يُسَاوِي أَلْفَيْنِ مِنْ رَجُلٍ بِأَلْفٍ وَأَعْتَقَ عَبْدًا يُسَاوِي أَلْفًا وَلَا مَالَ لَهُ سِوَاهُمَا (فَالْمُحَابَاةُ أَوْلَى) وَإِنْ ابْتَدَأَ بِالْعِتْقِ تَحَاصُّوا فِيهِ (عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ) فَفِي الْأَوَّلِ يُسَلِّمُ الْعَبْدُ لِلْمُشْتَرِي بِأَلْفٍ، وَلَمْ يَبْقَ مِنَ الثُّلُثِ شَيْءٌ إِلَّا أَنَّ الْعِتْقَ لَا يُمَكِّنُ رَدُّهُ فَيَسْعَى الْعَبْدُ فِي قِيَمَتِهِ لِلْوَرْتَةِ، وَفِي الثَّانِيَةِ يَتَحَاصُّانِ فِي مِقْدَارِ الثُّلُثِ (وَقَالَا: الْعِتْقُ أَوْلَى) سِوَاءَ قَدَّمَ الْمُحَابَاةَ أَوْ أَخَّرَهَا فَيَعْتَقُ

مَجَانًا؛ لِأَنَّ قِيَمَتَهُ بِقَدْرِ الثُّلُثِ، وَيُخَيَّرُ الْمُشْتَرِي إِنْ شَاءَ نَقَضَ الْبَيْعَ وَرَدَّ الْعَبْدَ لِمَا لَزِمَهُ مِنَ الزِّيَادَةِ فِي الثَّمَنِ مِنْ غَيْرِ رِضَاهُ، وَإِنْ شَاءَ أَمْضَى الْعَقْدَ وَأَدَّى كَمَالَ قِيَمَةِ الْعَبْدِ أَلْفِي دِرْهَمٍ وَالْأَصْلَ الْمَذْكُورُ فِي الْكِتَابِ ظَاهِرٌ.

وَقَوْلُهُ (إِلَّا الْعِنَقُ الْمَوْقِعُ) أَيُّ الْمَنْجَزِ لَا الْمَفُوضَ إِلَى إِعْتِاقِ الْوَرِثَةِ مِثْلَ أَنْ يَقُولَ أَعْتَقُوهُ أَوْ يُوصِي بِعِتْقِهِ بَعْدَ مَوْتِهِ مُسْتَشْنَى مِنْ قَوْلِهِ لَا يُقَدَّمُ وَقَوْلُهُ (كَالتَّذْيِيرِ الصَّحِيحِ) اخْتِرَازٌ عَنِ الْفَاسِدِ مِنْهُ مِثْلَ أَنْ يَقُولَ أَلْتِ حُرًّا بَعْدَ مَوْتِي يَوْمَ كَمَا سَيَجِيءُ. وَقَوْلُهُ (وَالْمَحَابَاةُ فِي الْبَيْعِ) بِالرَّفْعِ مَعْطُوفٌ عَلَى قَوْلِهِ إِلَّا الْعِنَقُ الْمَوْقِعُ. وَقَوْلُهُ (وَعِزُّهُ يَلْحَقُهُ) أَيُّ: غَيْرُ الْعِنَقِ الْمَوْقِعِ يَلْحَقُهُ الْفَسْخُ كَالْوَصِيَّةِ بِالْعِنَقِ، وَالْوَصِيَّةُ بِالْمَالِ. وَقَوْلُهُ (يَسْتَوِي فِيهِ مَنْ سِوَاهُمَا) أَيُّ: سِوَى الْعِنَقِ، وَالْمَحَابَاةِ.

وَقَوْلُهُ (لَهُمَا فِي الْخِلَافَةِ) وَهِيَ الَّتِي قَدَّمَ فِيهَا الْمَحَابَاةَ عَلَى الْعِنَقِ وَقَوْلُهُ (لَا يُوجِبُ التَّقَدُّمُ فِي الثَّبُوتِ) أَلَا تَرَى أَنَّهُ إِذَا أَوْصَى بِثُلْثِ مَالِهِ لِفُلَانٍ وَلِفُلَانٍ وَلِفُلَانٍ كَانَ بَيْنَهُمْ أَثْلَانَا وَصَلَّ أَوْ فَصَلَّ وَلَا عِبْرَةَ بِالْبِدَاةِ فَكَذَلِكَ هَاهُنَا وَقَوْلُهُ (؛ لِأَنَّهَا تُثَبَّتُ فِي ضِمْنِ عَقْدِ الْمَعَاوِضَةِ) يَعْنِي: وَبِالْمَرَضِ لَا يَلْحَقُهُ الْحَجْرُ عَنْهَا (فَكَانَ تَبَرُّعًا بِمَعْنَاهُ لَا بِصِغَتِهِ، وَالْإِعْتِاقُ تَبَرُّعٌ صِغَةً وَمَعْنَى)؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُثَبَّتْ فِي ضِمْنِ الْمَعَاوِضَةِ وَبِالْمَرَضِ يَلْحَقُهُ الْحَجْرُ عَنْهُ.

وَقَوْلُهُ (قُسِمَ الثُّلُثُ بَيْنَ الْمَحَابَاتَيْنِ نِصْفَيْنِ لَتَسَاوِيهِمَا، ثُمَّ مَا أَصَابَ الْمَحَابَاةَ الْأُخْرَى قُسِمَ بَيْنَهُمَا وَبَيْنَ الْعِنَقِ؛ لِأَنَّ الْعِنَقَ مُقَدَّمٌ عَلَيْهَا فَيَسْتَوِيَانِ) فِيهِ بَحْثٌ، وَهُوَ أَنْ يُقَالَ: الْمَحَابَاةُ الْأُولَى مُسَاوِيَةٌ لِلْمَحَابَاةِ الثَّانِيَةِ، وَالْمَحَابَاةُ الثَّانِيَةُ مُسَاوِيَةٌ لِلْعِنَقِ الْمُتَقَدَّمِ عَلَيْهَا، فَالْمَحَابَاةُ الْأُولَى مُسَاوِيَةٌ لِلْعِنَقِ الْمُتَأَخَّرِ عَنْهَا، وَهُوَ يُنَاقِضُ الدَّلِيلَ الْمَذْكُورَ مِنْ جَانِبِ أَبِي حَنِيفَةَ، وَأَيْضًا لَوْ حَابَى ثُمَّ حَابَى وَلَمْ يَخْرُجْ مِنَ الثُّلْثِ تَحَاصًُّا، وَمَا ذَكَرْتُمْ مِنْ أَنَّ التَّقْدِيمَ يَقْتَضِي التَّرْجِيحَ يَسْتَدْعِي أَنْ تُنْفَذَ الْأُولَى ثُمَّ الثَّانِيَةُ.

وَالْجَوَابُ عَنْ الْأَوَّلِ أَنَّ شَرْطَ الْإِنْتِاجِ أَنْ يَلْزَمَ النَّتِيجَةُ الْقِيَاسُ لِدَاتِهِ، وَقِيَاسُ الْمُسَاوَاةِ لَيْسَ كَذَلِكَ كَذَلِكَ عُرِفَ فِي مَوْضِعِهِ. وَعَنْ الثَّانِي بَأَنَّهُ إِنَّمَا تَحَاصًُّا؛ لِأَنَّ مَا يَحْتَمِلُ النَّقْضَ مِنْ تَبَرُّعَاتِ الْمَرِيضِ يَنْفَذُ ثُمَّ يَنْقُضُ إِذَا لَمْ يَخْرُجْ مِنَ الثُّلْثِ، وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ نَقَذْنَاهُ جَمِيعًا ثُمَّ نَقَضْنَاهُ بَعْدَ الْمَوْتِ وَيُثَبَّتُ لَهُمَا بِحُكْمِ الْوَصِيَّةِ وَهُمَا نَافِذَتَانِ فَاسْتَوَيَا،

كَذَا فِي «النَّهَآيَةِ».

وَقَوْلُهُ (قُسِّمَ الثَّلَاثُ بَيْنَ الْعَتَقِ الْأَوَّلِ وَالْمُحَابَاةِ، وَمَا أَصَابَ الْعَتَقُ قُسْمَ بَيْنِهِ وَبَيْنَ الْعَتَقِ الثَّانِي) فَإِنْ قُلْتَ: لَمْ يُمْسَمِ بَيْنَ الْعَتَقِ وَالْعَتَقِ ثُمَّ بَيْنَ الْعَتَقِ الثَّانِي وَالْمُحَابَاةِ؟ قُلْتَ: لَا يَسْتَقِيمُ؛ لِأَنَّ الْمُحَابَاةَ مُقَدَّمَةٌ عَلَى الْعَتَقِ الثَّانِي فَلَا يَكُونُ مُسَاوِيًا لَهَا، وَالْعَتَقُ الْأَوَّلُ مُقَدَّمٌ عَلَى الْمُحَابَاةِ فَيَزَاحِمُهَا فِي الثَّلَاثِ، ثُمَّ مَا أَصَابَ الْعَتَقَ الْأَوَّلَ شَارَكَهُ فِيهِ الْعَتَقُ الْآخَرُ لِلْمُجَاسَسَةِ وَالْمُسَاوَاةِ بَيْنَهُمَا.

فَإِنْ قِيلَ: كَيْفَ يَسْتَقِيمُ هَذَا وَلَمْ يَصِلْ إِلَى صَاحِبِ الْمُحَابَاةِ كَمَالُ حَقِّهِ كَانَ يَنْبَغِي أَنْ يَسْتَرِدَّ صَاحِبُ الْمُحَابَاةِ مَا أَخَذَ صَاحِبُ الْعَتَقِ الثَّانِي؛ لِأَنَّ حَقَّ صَاحِبِ الْمُحَابَاةِ مُقَدَّمٌ عَلَى صَاحِبِ الْعَتَقِ الثَّانِي كَمَا لَوْ كَانَا وَلَيْسَ مَعَهُمَا عَتَقٌ آخَرُ وَتَقَدَّمَتِ الْمُحَابَاةُ. أَجِيبَ بِأَنَّهُ لَوْ اسْتَرَدَّ ذَلِكَ مِنْهُ لَاسْتَرَدَّ مِنْهُ صَاحِبُ الْعَتَقِ الْأَوَّلِ؛ لِأَنَّ حَقَّ الْعَتَقِ الْأَوَّلِ، وَحَقَّ الْمُحَابَاةِ سَوَاءٌ فِي الثَّلَاثِ فَيُؤَدِّي إِلَى الدَّوْرِ، وَإِنْ نَقَضَ صَاحِبُ الْمُحَابَاةِ الْبَيْعَ لَمَّا لَزِمَهُ مِنْ زِيَادَةِ الثَّمَنِ كَانَ الثَّلَاثُ بَيْنَ الْمُعْتَقَيْنِ نِصْفَيْنِ لَا سِتْوَاءَ حَقَّهُمَا.

قَالَ (وَمَنْ أَوْصَى بِأَنْ يُعْتَقَ عَنْهُ بِهَذِهِ الْمِائَةِ عَبْدٌ فَهَلَكَ مِنْهَا دِرْهَمٌ لَمْ يُعْتَقَ عَنْهُ بِمَا بَقِيَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ، وَإِنْ كَانَتْ وَصِيَّتُهُ بِحَجَّةٍ يَحُجُّ عَنْهُ بِمَا بَقِيَ مِنْ حَيْثُ يَبْلُغُ، وَإِنْ لَمْ يَهْلِكْ مِنْهَا وَبَقِيَ شَيْءٌ مِنَ الْحَجَّةِ يُرَدُّ عَلَى الْوَرِثَةِ. وَقَالَا: يُعْتَقُ عَنْهُ بِمَا بَقِيَ) لِأَنَّهُ وَصِيَّةٌ بِنَوْعٍ قُرْبَةٍ فَيَجِبُ تَنْفِيدُهَا مَا أَمَكْنَ اعْتِبَارًا بِالْوَصِيَّةِ بِالْحَجِّ. وَلَهُ أَنَّهُ وَصِيَّةٌ بِالْعِتَقِ لِعَبْدٍ يَشْتَرِي بِمِائَةٍ وَتَنْفِيدُهَا فِيمَنْ يَشْتَرِي بِأَقْلٍ مِنْهُ تَنْفِيدٌ لغيرِ الْمُوصَى لَهُ، وَذَلِكَ لَا يَجُوزُ، بِخِلَافِ الْوَصِيَّةِ بِالْحَجِّ لِأَنَّهَا قُرْبَةٌ مُحَضَّةٌ وَهِيَ حَقُّ اللَّهِ تَعَالَى وَالْمُسْتَحَقُّ لَمْ يَتَبَدَّلْ فَصَارَ كَمَا إِذَا أَوْصَى لِرَجُلٍ بِمِائَةٍ فَهَلَكَ بَعْضُهَا يَدْفَعُ الْبَاقِي إِلَيْهِ.

وَقِيلَ هَذِهِ الْمَسْأَلَةُ بِنَاءً عَلَى أَصْلِ آخَرَ مُخْتَلَفٍ فِيهِ وَهُوَ أَنَّ الْعَتَقَ حَقُّ اللَّهِ تَعَالَى عِنْدَهُمَا حَتَّى تُقْبَلَ الشَّهَادَةُ عَلَيْهِ مِنْ غَيْرِ دَعْوَى فَلَمْ يَتَبَدَّلْ الْمُسْتَحَقُّ، وَعِنْدَهُ حَقُّ الْعَبْدِ حَتَّى لَا تُقْبَلَ الْبَيِّنَةُ عَلَيْهِ مِنْ غَيْرِ دَعْوَى، فَاخْتَلَفَ الْمُسْتَحَقُّ وَهَذَا أَشْبَهُ.

الشرح:

قَالَ (وَإِنْ أَوْصَى بِأَنْ يُعْتَقَ عَنْهُ بِهَذِهِ الْمِائَةِ عَبْدٌ) كَلَامُهُ وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (وَبَقِيَ شَيْءٌ مِنَ الْحَجَّةِ يُرَدُّ عَلَى الْوَرِثَةِ) قَالَ الْإِمَامُ الْكِنَانِيُّ: إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْمُوصِي جَعَلَ الْفَضْلَ

لِلَّذِي حَجَّ عَنْهُ فَيَكُونُ لَهُ. وَقَوْلُهُ (وَهَذَا أَشْبَهُ) يَعْنِي إِلَى الصَّوَابِ؛ لِأَنَّهُ ثَبَتَ بِالذَّلِيلِ أَنَّهُ حَقُّ الْعَبْدِ عِنْدَهُ فَيَحْلِفُ الْمُسْتَحِقُّ إِذَا هَلَكَ مِنْهُ شَيْءٌ، وَتَبْطُلُ الْوَصِيَّةُ وَتُرَدُّ الْمِائَةُ إِلَى وَرَثَتِهِ.

قَالَ (وَمَنْ تَرَكَ ابْنَيْنِ وَمِائَةَ دِرْهَمٍ وَعَبْدًا قِيمَتُهُ مِائَةُ دِرْهَمٍ وَقَدْ كَانَ أَعْتَقَهُ فِي مَرَضِهِ فَأَجَازَ الْوَارِثَانِ ذَلِكَ لَمْ يَسَعْ فِي شَيْءٍ) لِأَنَّ الْعِتْقَ فِي مَرَضِ الْمَوْتِ وَإِنْ كَانَ فِي حُكْمِ الْوَصِيَّةِ وَقَدْ وَقَعَتْ بِأَكْثَرِ مِنَ الثُّلُثِ إِلَّا أَنَّهُ تَجُوزُ بِإِجَازَةِ الْوَرَثَةِ، لِأَنَّ الْاِمْتِنَاعَ لِحَقِّهِمْ وَقَدْ أَسْقَطُوهُ.

قَالَ (وَمَنْ أَوْصَى بِعِتْقِ عَبْدِهِ ثُمَّ مَاتَ فَجَنَى جِنَايَةً وَدَفَعَ بِهَا بَطَلَتِ الْوَصِيَّةُ) لِأَنَّ الدَّفْعَ قَدْ صَحَّ لَمَّا أَنَّ حَقَّ وَلِيِّ الْجِنَايَةِ مُقَدَّمٌ عَلَى حَقِّ الْمُوصِي، فَكَذَلِكَ عَلَى حَقِّ الْمُوصَى لَهُ لِأَنَّهُ يَتَلَقَّى الْمَلِكَ مِنْ جِهَتِهِ إِلَّا أَنْ يَمْلِكَهُ فِيهِ بَاقٍ، وَإِنَّمَا يَزُولُ بِالدَّفْعِ فَإِذَا خَرَجَ بِهِ عَنْ مِلْكِهِ بَطَلَتِ الْوَصِيَّةُ كَمَا إِذَا بَاعَهُ الْمُوصِي أَوْ وَارِثُهُ بَعْدَ مَوْتِهِ، فَإِنْ فَدَاهُ الْوَرِثَةُ كَانَ الْفِدَاءُ فِي مَالِهِمْ لِأَنَّهُمْ هُمُ الَّذِينَ التَزَمُوهُ، وَجَازَتْ الْوَصِيَّةُ لِأَنَّ الْعَبْدَ طَهَّرَ عَنِ الْجِنَايَةِ بِالْفِدَاءِ كَأَنَّهُ لَمْ يَجْنِ فَتَنْفَدُ الْوَصِيَّةُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ أَوْصَى بِعِتْقِ عَبْدِهِ أَوْ يَاعْتَاقَ عَبْدَهُ. وَقَوْلُهُ ؛) لِأَنَّهُ يَتَلَقَّى الْمَلِكَ مِنْ جِهَتِهِ أَيُّ؛ لِأَنَّ الْمُوصَى لَهُ يَتَلَقَّى الْمَلِكَ مِنْ جِهَةِ الْمُوصِي (إِلَّا أَنْ يَمْلِكَهُ) أَيُّ: مِلْكُ الْمُوصِي (بَاقٍ) فِيهِ لِحَاجَتِهِ حَتَّى لَوْ كَانَ الْعَبْدُ ذَا رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنَ الْوَرِثَةِ لَمْ يَعْتَقْ عَلَيْهِمْ لَمَّا بَيَّنَّا أَنَّ مِلْكَ الْمَيِّتِ فِيهِ بَاقٍ بَعْدَ لِحَاجَتِهِ (وَإِنَّمَا يَزُولُ) مِلْكُهُ (بِالدَّفْعِ فَإِذَا خَرَجَ بِهِ) أَيُّ بِالدَّفْعِ عَنْ مِلْكِهِ بَطَلَتِ الْوَصِيَّةُ، كَمَا إِذَا بَاعَهُ الْمُوصِي أَوْ وَارِثُهُ بَعْدَ وَفَاتِهِ بِسَبَبِ الدِّينِ. (فَإِنْ فَدَاهُ الْوَرِثَةُ كَانَ الْفِدَاءُ فِي أَمْوَالِهِمْ) أَيُّ: كَانُوا مُتَبَرِّعِينَ فِيمَا فَدَوْهُ بِهِ.

قَالَ (وَمَنْ أَوْصَى بِثُلُثِ مَالِهِ لِأَخَرٍ فَأَقَرَّ الْمُوصَى لَهُ وَالْوَارِثُ أَنَّ الْمَيِّتَ أَعْتَقَ هَذَا الْعَبْدَ فَقَالَ الْمُوصَى لَهُ أَعْتَقَهُ فِي الصَّحَّةِ وَقَالَ الْوَارِثُ أَعْتَقَهُ فِي الْمَرَضِ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْوَارِثِ، وَلَا شَيْءَ لِلْمُوصَى لَهُ إِلَّا أَنْ يَفْضَلَ مِنَ الثُّلُثِ شَيْءٌ أَوْ تَقُومَ لَهُ الْبَيِّنَةُ أَنَّ الْعِتْقَ فِي الصَّحَّةِ) لِأَنَّ الْمُوصَى لَهُ يَدْعِي اسْتِحْقَاقَ ثُلُثٍ مَا بَقِيَ مِنَ التَّرِكَاتِ بَعْدَ الْعِتْقِ لِأَنَّ الْعِتْقَ فِي الصَّحَّةِ لَيْسَ بِوَصِيَّةٍ وَلِهَذَا يَنْفَدُ مِنْ جَمِيعِ الْمَالِ، وَالْوَارِثُ يُنْكِرُ لِأَنَّ مُدْعَاهُ الْعِتْقَ فِي

الْمَرَضِ وَهُوَ وَصِيَّةٌ.

وَالْعِتْقُ فِي الْمَرَضِ مُقَدَّمٌ عَلَى الْوَصِيَّةِ بِثُلْثِ الْمَالِ فَكَانَ مُنْكَرًا، وَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُنْكَرِ مَعَ الْيَمِينِ؛ وَلَأنَّ الْعِتْقَ حَدِثٌ وَالْحَوَادِثُ تُضَافُ إِلَى أَقْرَبِ الْأَوْقَاتِ لِلتَّيَقُّنِ بِهَا فَكَانَ الظَّاهِرُ شَاهِدًا لِلْوَارِثِ فَيَكُونُ الْقَوْلُ قَوْلَهُ مَعَ الْيَمِينِ، إِلَّا أَنْ يَفْضَلَ شَيْءٌ مِنَ الثُّلْثِ عَلَى قِيَمَةِ الْعَبْدِ لِأَنَّهُ لَا مَزَاحِمَ لَهُ فِيهِ أَوْ تَقُومَ لَهُ الْبَيِّنَةُ أَنَّ الْعِتْقَ فِي الصَّحَّةِ لِأَنَّ الثَّابِتَ بِالْبَيِّنَةِ كَالثَّابِتِ مُعَايِنَةً وَهُوَ خَصَمٌ فِي إِقَامَتِهَا لِإِثْبَاتِ حَقِّهِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ أَوْصَى بِثُلْثِ مَالِهِ لِآخَرَ) وَاضِحٌ.

قَالَ (وَمَنْ تَرَكَ عَبْدًا فَقَالَ لِلْوَارِثِ أَعْتَقْنِي أَبُوكَ فِي الصَّحَّةِ وَقَالَ رَجُلٌ لِي عَلَى أَبِيكَ أَلْفَ دِرْهَمٍ فَقَالَ صَدَقْتُمَا فَإِنَّ الْعَبْدَ يَسْعَى فِي قِيَمَتِهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ)، وَقَالَا: يَعْتَقُ وَلَا يَسْعَى فِي شَيْءٍ لِأَنَّ الدِّينَ وَالْعِتْقَ فِي الصَّحَّةِ ظَهَرَا مَعًا بِتَصْدِيقِ الْوَارِثِ فِي كَلَامٍ وَاحِدٍ فَصَارَا كَأَنَّهُمَا كَانَا مَعًا، وَالْعِتْقُ فِي الصَّحَّةِ لَا يُوجِبُ السَّعَايَةَ وَإِنْ كَانَ عَلَى الْمُعْتَقِ دَيْنٌ. وَلَهُ أَنْ الْإِفْرَارَ بِالدِّينِ أَقْوَى لِأَنَّهُ يُعْتَبَرُ مِنْ جَمِيعِ الْمَالِ.

وَالْإِفْرَارُ بِالْعِتْقِ فِي الْمَرَضِ يُعْتَبَرُ مِنَ الثُّلْثِ، وَالْأَقْوَى يَدْفَعُ الْأَدْنَى، فَقَضِيَّتُهُ أَنْ يَبْطُلَ الْعِتْقُ أَصْلًا إِلَّا أَنَّهُ بَعْدَ وَقُوعِهِ لَا يَحْتَمِلُ الْبُطْلَانَ فَيُدْفَعُ مِنْ حَيْثُ الْمَعْنَى بِإِجَابِ السَّعَايَةِ، وَلَأنَّ الدِّينَ أَسْبَقُ لِأَنَّهُ لَا مَانِعَ لَهُ مِنَ الْاسْتِنَادِ فَيَسْتَدُّ إِلَى حَالَةِ الصَّحَّةِ، وَلَا يُمَكِّنُ إِسْنَادُ الْعِتْقِ إِلَى تِلْكَ الْحَالَةِ لِأَنَّ الدِّينَ يَمْنَعُ الْعِتْقَ فِي حَالَةِ الْمَرَضِ مَجَانًا فَتَجِبُ السَّعَايَةُ، وَعَلَى هَذَا الْخِلَافُ إِذَا مَاتَ الرَّجُلُ وَتَرَكَ أَلْفَ دِرْهَمٍ فَقَالَ رَجُلٌ لِي عَلَى الْمَيِّتِ أَلْفُ دِرْهَمٍ دَيْنٌ وَقَالَ الْآخَرُ كَانَ لِي عِنْدَهُ أَلْفُ دِرْهَمٍ وَدِيعَةً فَعِنْدَهُ الْوَدِيعَةُ أَقْوَى وَعِنْدَهُمَا سَوَاءٌ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِنْ كَانَ عَلَى الْمُعْتَقِ دَيْنٌ) يَعْنِي أَنْ مَنْ أَعْتَقَ عَبْدًا فِي صِحَّتِهِ ثُمَّ مَاتَ وَعَلَيْهِ دَيْنٌ لَمْ يَسْعَ الْعَبْدُ فِي شَيْءٍ، وَهَذَا؛ لِأَنَّ الْإِفْرَارَ بِهِذَيْنِ الْأُمْرَيْنِ فِي حَالَةِ الْمَرَضِ إِثْمًا يَمْنَعُ أَحَدَهُمَا الْآخَرَ أَنْ لَوْ كَانَ أَحَدُهُمَا مُتَأَخِّرًا عَنِ الْآخَرِ فَيَمْنَعُ الْمُتَقَدِّمُ الْمُتَأَخِّرَ، وَهَاهُنَا لَمْ حَصَلَا مَعًا بِتَصْدِيقِ وَاحِدٍ بِقَوْلِهِ صَدَقْتُمَا جُعِلَ كَأَنَّ الْأُمْرَيْنِ كَانَا وَبَيَّنَّا بِالْبَيِّنَةِ

فَيُشْتَبَنُ مَعَا كَذَلِكَ.

(وَلَهُ أَنْ الْإِفْرَارَ بِالذَّيْنِ) أَيْ وَلِأَبِي حَنِيفَةَ وَجَهَانٍ: أَحَدُهُمَا: أَنْ الْإِفْرَارَ بِالذَّيْنِ أَقْوَى عَلَى مَا ذَكَرَ. وَالثَّانِي: أَنْ الْعِنَقُ لَا يُمَكِّنُ إِسْنَادَهُ إِلَى حَالَةِ الصَّحَّةِ فَكَذَلِكَ ثَبَتَ الذَّيْنُ مِنْ كُلِّ وَجْهٍ، وَيُثَبَّتُ الْعِنَقُ مِنْ حَيْثُ الصُّورَةُ لَا مِنْ حَيْثُ الْمَعْنَى؛ لِأَنَّ إِعْتِنَاقَ الْمَرِيضِ الْمَذْيُونِ يَرُدُّ مِنْ حَيْثُ الْمَعْنَى وَجُوبَ السَّعَايَةِ، وَصَارَ تَصَدِيقُ الْوَارِثِ بِمَنْزِلَةِ تَصَدِيقِ الْمَيِّتِ.

وَلَوْ قَالَ الْعَبْدُ لَمَوْلَاهُ الْمَرِيضُ أَعْتَقْتَنِي فِي صِحَّتِكَ وَقَالَ رَجُلٌ آخَرُ: لِي عَلَيْكَ أَلْفٌ دِرْهَمٍ ذَيْنَ فَقَالَ الْمَرِيضُ صَدَقْتُمَا عَتَقَ الْعَبْدُ وَيَسْعَى فِي قِيَمَتِهِ لِلْعَرِيمِ كَذَلِكَ هَاهُنَا. وَقَوْلُهُ (وَعَلَى هَذَا الْخِلَافِ إلخ) لُحْمًا أَنَّ الْوَدِيعَةَ لَمْ تَظْهَرْ إِلَّا وَالذَّيْنُ ظَاهِرٌ مَعَهَا فَيَتَحَاصَّنَانِ كَمَا لَوْ أَقَرَّ بِالذَّيْنِ ثُمَّ الْوَدِيعَةَ؛ إِذْ الْإِفْرَارُ مِنَ الْوَارِثِ بِالذَّيْنِ عَلَى الْمَيِّتِ يَتَنَاوَلُ التَّرَكَّةَ لَا الذِّمَّةَ فَقَدْ وَقَعَا مَعًا، بِخِلَافِ الْمَوْرَثِ. وَلَهُ أَنْ حَقُّهُ يَثْبُتُ فِي عَيْنِ الْأَلْفِ مُقَارِنًا لثُبُوتِ الذَّيْنِ فِي الذِّمَّةِ وَعِنْدَ انْتِقَالِهَا مِنْهَا إِلَى الْأَلْفِ كَانَ الْأَلْفُ مُسْتَحَقًّا الْوَدِيعَةَ كَمَا لَوْ كَانَ الْمَوْرَثُ حَيًّا وَقَالَا لَهُ ذَلِكَ فَقَالَ صَدَقْتُمَا، وَالْاِخْتِلَافُ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ ذَكَرَ عَلَى عَكْسِ مَا ذَكَرَ فِي الْكِتَابِ فِي عَامَّةِ الْكُتُبِ.

فصل

(أَوْصَى بِوَصَايَا مِنْ حُقُوقِ اللَّهِ تَعَالَى) قَالَ (وَمَنْ أَوْصَى بِوَصَايَا مِنْ حُقُوقِ اللَّهِ تَعَالَى قُدِّمَتْ الْفَرَائِضُ مِنْهَا قَدَمُهَا الْمُوصِي أَوْ آخَرُهَا مِثْلَ الْحَجِّ وَالزَّكَاةِ وَالْكَفَّارَاتِ) لِأَنَّ الْفَرِيضَةَ أَهَمُّ مِنَ النَّافِلَةِ، وَالظَّاهِرُ مِنْهُ الْبِدَاءُ بِمَا هُوَ الْأَهَمُّ (فَإِنْ تَسَاوَتْ فِي الْقُوَّةِ بُدِئَ بِمَا قَدَمُهُ الْمُوصِي إِذَا ضَاقَ عَنْهَا الثُّلُثُ) لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُ يَبْتَدِئُ بِالْأَهَمِّ.

وَذَكَرَ الطَّحَاوِيُّ أَنَّهُ يَبْتَدِئُ بِالزَّكَاةِ وَيُقَدِّمُهَا عَلَى الْحَجِّ وَهُوَ إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ عَنْ أَبِي يُوسُفَ، وَفِي رَوَايَةٍ عَنْهُ أَنَّهُ يَقْدَمُ الْحَجَّ وَهُوَ قَوْلُ مُحَمَّدٍ. وَجْهُ الْأُولَى أَنَّهُمَا وَإِنْ اسْتَوِيَا فِي الْفَرِيضَةِ فَالزَّكَاةُ تَعْلَقُ بِهَا حَقُّ الْعِبَادِ فَكَانَ أَوْلَى.

وَجْهُ الْآخَرَى أَنَّ الْحَجَّ يَقَامُ بِالْمَالِ وَالنَّفْسِ وَالزَّكَاةُ بِالْمَالِ قَصْرًا عَلَيْهِ فَكَانَ الْحَجُّ أَقْوَى، ثُمَّ تُقَدِّمُ الزَّكَاةَ وَالْحَجَّ عَلَى الْكَفَّارَاتِ لِمَزِيَّتِهِمَا عَلَيْهَا فِي الْقُوَّةِ، إِذْ قَدْ جَاءَ فِيهِمَا مِنَ الْوَعِيدِ مَا لَمْ يَأْتِ فِي الْكَفَّارَاتِ، وَالْكَفَّارَةُ فِي الْقَتْلِ وَالظَّهَارِ وَالْيَمِينِ مُقَدِّمَةٌ عَلَى

صَدَقَةِ الْفِطْرِ لِأَنَّهُ عُرِفَ وَجُوبُهَا دُونَ صَدَقَةِ الْفِطْرِ، وَصَدَقَةُ الْفِطْرِ مُقَدَّمَةٌ عَلَى الْأُضْحِيَّةِ لِلاتِّفَاقِ عَلَى وَجُوبِهَا بِالْقُرْآنِ وَالْاِخْتِلَافِ فِي الْأُضْحِيَّةِ، وَعَلَى هَذَا الْقِيَاسِ يُقَدَّمُ بَعْضُ الْوَاجِبَاتِ عَلَى الْبَعْضِ.

الشرح:

(فصل): قَدَّمَ بَابَ الْعِتْقِ فِي الْمَرَضِ عَلَى هَذَا الْفَصْلِ لِقُوَّةِ الْعِتْقِ فِي الْمَرَضِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَلْحَقُهُ الْفَسْخُ، بِخِلَافِ مَسَائِلِ هَذَا الْفَصْلِ.

اعْلَمْ أَنَّ مَنْ مَاتَ وَعَلَيْهِ حُقُوقُ اللَّهِ تَعَالَى مِنْ صَلَاةٍ أَوْ صِيَامٍ أَوْ زَكَاةٍ أَوْ حَجٍّ أَوْ كَفَّارَةٍ أَوْ نَذْرِ أَوْ صَدَقَةِ فِطْرٍ، فَإِمَّا أَنْ يُوصِيَ بِهَا أَوْ لَا، فَإِنْ كَانَ الثَّانِي لَمْ تُؤْخَذْ مِنْ تَرْكِتِهِ وَلَمْ تُجَبْرِ الْوَرَثَةُ عَلَى إِخْرَاجِهَا لَكِنْ لَهُمْ أَنْ يَتَبَرَّعُوا بِذَلِكَ، وَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ يَنْفَدُ مِنْ ثُلْثِ مَالِهِ عِنْدَنَا.

ثُمَّ الْوَصَايَا إِمَّا أَنْ تَكُونَ كُلُّهَا لِلَّهِ تَعَالَى، أَوْ كُلُّهَا لِلْعِبَادِ أَوْ يُجْمَعُ بَيْنَهُمَا، فَمَا لِلْعِبَادِ خَاصَّةً تَقَدَّمَ ذِكْرُهَا، وَمَا لِلَّهِ تَعَالَى إِمَّا أَنْ يَكُونَ كُلُّهُ فَرَائِضَ كَالزَّكَاةِ وَالْحَجِّ وَالصَّوْمِ وَالصَّلَاةِ، أَوْ وَاجِبَاتٍ كَالْكَفَّارَاتِ وَالنُّذُورِ وَصَدَقَةِ الْفِطْرِ، أَوْ كُلُّهُ تَطَوُّعًا كَالْحَجِّ التَّطَوُّعِ، وَالصَّدَقَةِ عَلَى الْفُقَرَاءِ، وَمَا أَشَبَّهُهُمَا.

أَوْ يُجْمَعُ بَيْنَ هَذِهِ الْوَصَايَا كُلِّهَا بِأَنْ جَمَعَ بَيْنَهَا وَالثُّلُثُ يَحْتَمِلُ ذَلِكَ تُنْفَذُ وَصَايَاهُ كُلُّهَا مِنْ ثُلْثِ مَالِهِ، وَكَذَلِكَ إِنْ لَمْ يَحْتَمِلْ ذَلِكَ وَلَكِنْ أَجَازَتْ الْوَرَثَةُ.

وَإِنْ لَمْ يُجِزْ وَهِيَ فَإِنْ كَانَتْ كُلُّهَا لِلَّهِ وَهِيَ فَرَائِضُ كُلُّهَا أَوْ وَاجِبَاتُ كُلُّهَا أَوْ تَطَوُّعٌ يُبْدَأُ بِمَا بَدَأَ بِهِ الْمَيِّتُ، وَإِنْ اخْتَلَطَتْ يُبْدَأُ بِالْفَرَائِضِ قَدَّمَهَا الْمُوصِي أَوْ أَخَّرَهَا مِثْلَ الْحَجِّ وَالزَّكَاةِ وَالْكَفَّارَاتِ؛ لِأَنَّ الْفَرِيضَةَ أَهَمُّ مِنَ النَّافِلَةِ، وَالظَّاهِرُ مِنْهُ الْبَدَاءَةُ بِمَا هُوَ أَهَمُّ وَإِنْ تَسَاوَتْ فِي الْقُوَّةِ: يَعْنِي أَنْ يَكُونَ الْكُلُّ فَرَضًا أَوْ وَاجِبًا أَوْ تَطَوُّعًا كَمَا ذَكَرْنَا بُدِئَ بِمَا قَدَّمَهُ الْمُوصِي؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُ يَتَدَبَّرُ بِالْأَهَمِّ.

فَإِنْ قِيلَ: أَيْنَ ذَهَبَ قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ وَلَا مُعْتَبَرٌ بِالتَّقْدِيمِ فِي الذِّكْرِ فَإِنَّهُ لَا يُوجِبُ التَّقْدِيمَ فِي الثُّبُوتِ، فَفِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ حُجَّةٌ لِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ عَلَيْهِمَا؟ أَجِيبُ بِأَنَّ هَذَا مُخْتَصٌّ بِحُقُوقِ اللَّهِ تَعَالَى لَكُونَ صَاحِبَ الْحَقِّ وَاحِدًا، وَأَمَّا إِذَا تَعَدَّدَ الْمُسْتَحِقُّ فَلَا مُعْتَبَرٌ بِالتَّقْدِيمِ، كَمَا لَوْ أَوْصَى بِثُلْثِهِ لِإِنْسَانٍ ثُمَّ أَوْصَى بِثُلْثِهِ لِآخَرَ.

وَقَوْلُهُ (فَالزَّكَاةُ تَعْلُقُ بِهَا حَقُّ الْعِبَادِ) يَعْنِي بِاعْتِبَارِ أَنَّ الْفَقِيرَ حَقُّهُ فِي الْقَبْضِ ثَابِتٌ فَكَانَ مُمْتَزَجًا بِحَقِّينِ.

وَقَوْلُهُ (إِذَا جَاءَ فِيهِمَا مِنَ الْوَعِيدِ مَا لَمْ يَأْتِ فِي الْكُفَّارَاتِ) أَمَّا فِي الزَّكَاةِ فَقَوْلُهُ تَعَالَى ﴿وَالَّذِينَ يَكْتُمُونَ الذَّهَبَ وَالْفِضَّةَ﴾ [التوبة: ٣٤]، وَأَمَّا فِي الْحَجِّ فَقَوْلُهُ تَعَالَى ﴿وَمَنْ كَفَرَ فَإِنَّ اللَّهَ غَنِيٌّ عَنِ الْعَالَمِينَ﴾ [آل عمران: ٩٧] مَكَانَ قَوْلِهِ وَمَنْ لَمْ يَحُجَّ، وَقَوْلُهُ ﷺ «مَنْ مَاتَ وَعَلَيْهِ حَجَّةُ الْإِسْلَامِ إِنْ شَاءَ مَاتَ يَهُودِيًّا» الْحَدِيثُ.

وَقَوْلُهُ (وَالْكُفَّارَةُ فِي الْقَتْلِ وَالظَّهَارِ وَالْيَمِينِ مُقَدَّمَةٌ عَلَى صَدَقَةِ الْفِطْرِ) تَرَكَ كُفَّارَةَ الْإِفْطَارِ؛ لِأَنَّهَا لَيْسَتْ مُقَدَّمَةٌ عَلَى صَدَقَةِ الْفِطْرِ؛ لِثُبُوتِهَا بِخَبَرِ الْوَاحِدِ، وَثُبُوتِ صَدَقَةِ الْفِطْرِ بِأَثَرِ مُسْتَفِيضَةٍ.

وَقَوْلُهُ (وَعَلَى هَذَا الْقِيَاسِ يُقَدَّمُ بَعْضُ الْوَاجِبَاتِ عَلَى الْبَعْضِ) فَمِنْ ذَلِكَ أَنَّ تَقَدُّمَ صَدَقَةِ الْفِطْرِ عَلَى النَّذْرِ لَكُونِهَا وَاجِبَةً بِإِجَابِ الشَّرْعِ وَالنَّذْرُ وَاجِبٌ بِإِجَابِ الْعَبْدِ، وَالنَّذُورُ يُقَدَّمُ عَلَى الْأُضْحِيَّةِ؛ لَوْقُوعِ الْاِخْتِلَافِ فِي وَجُوبِهَا دُونَ وَجُوبِ النَّذُورِ.

قَالَ (وَمَا لَيْسَ بِوَاجِبٍ قُدِّمَ مِنْهُ مَا قَدِّمَهُ الْمُوصِي) لَمَّا بَيَّنَّا وَصَارَ كَمَا إِذَا صَرَّحَ بِذَلِكَ. قَالُوا: إِنْ التُّلْتُ يُقَسَّمُ عَلَى جَمِيعِ الْوَصَايَا مَا كَانَ لِلَّهِ تَعَالَى وَمَا كَانَ لِلْعَبْدِ، فَمَا أَصَابَ الْقُرْبَ صُرِفَ إِلَيْهَا عَلَى التَّرْتِيبِ الَّذِي ذَكَرْنَاهُ وَيُقَسَّمُ عَلَى عَدَدِ الْقُرْبِ وَلَا يُجْعَلُ الْجَمِيعُ كَوَصِيَّةٍ وَاحِدَةٍ، لِأَنَّهُ إِنْ كَانَ الْمَقْصُودُ بِجَمِيعِهَا رِضَاً لِلَّهِ تَعَالَى فَكُلُّ وَاحِدَةٍ فِي نَفْسِهَا مَقْصُودٌ فَتَنْفَرِدُ كَمَا تَنْفَرِدُ وَصَايَا الْأَدَمِيِّينَ.

قَالَ (وَمَنْ أَوْصَى بِحَجَّةِ الْإِسْلَامِ أَحْجُوا عَنْهُ رَجُلًا مِنْ بَلَدِهِ يَحُجُّ رَاكِبًا) لِأَنَّ الْوَاجِبَ لِلَّهِ تَعَالَى الْحَجُّ مِنْ بَلَدِهِ وَلِهَذَا يُعْتَبَرُ فِيهِ مِنَ الْمَالِ مَا يَكْفِيهِ مِنْ بَلَدِهِ وَالْوَصِيَّةُ لِأَدَاءِ مَا هُوَ الْوَاجِبُ عَلَيْهِ وَإِنَّمَا قَالَ رَاكِبًا لِأَنَّهُ لَا يُلْزَمُهُ أَنْ يَحُجَّ مَاشِيًا فَانْصَرَفَ إِلَيْهِ عَلَى الْوَجْهِ الَّذِي وَجِبَ عَلَيْهِ.

قَالَ (فَإِنْ لَمْ تَبْلُغِ الْوَصِيَّةُ الثَّفَقَةَ أَحْجُوا عَنْهُ مِنْ حَيْثُ تَبْلُغُ) وَفِي الْقِيَاسِ لَا يَحُجُّ عَنْهُ، لِأَنَّهُ أَمَرَ بِالْحَجَّةِ عَلَى صِفَةِ عَدِمَانَهَا فِيهِ، غَيْرَ أَنَّا جَوَّزْنَاهُ لِأَنَّا نَعْلَمُ أَنَّ الْمُوصِي قَصْدُ تَنْفِيزِ الْوَصِيَّةِ فَيَحِبُّ تَنْفِيزُهَا مَا أَمَكْنَ وَالْمُمْكِنُ فِيهِ مَا ذَكَرْنَاهُ، وَهُوَ أَوْلَى مِنْ إِبْطَالِهَا رَأْسًا، وَقَدْ فَرَّقْنَا بَيْنَ هَذَا وَبَيْنَ الْوَصِيَّةِ بِالْعِتْقِ مِنْ قَبْلُ.

الشرح:

(وَمَا لَيْسَ بِوَاجِبٍ قُدِّمَ مِنْهُ مَا قَدَّمَهُ الْمُوصِي لِمَا يَبْتَغَى) يَعْنِي قَوْلُهُ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُ يَبْتَغِي بِالْأَهَمِّ وَصَارَ كَمَا إِذَا صَرَخَ بِذَلِكَ وَقَالَ «ابْدُءُوا بِمَا بَدَأْتُ بِهِ»، وَلَوْ قَالَ كَذَلِكَ لَزِمَ تَقْدِيمُ مَا قَدَّمَ فَكَذَا هَذَا وَهُوَ ظَاهِرُ الرُّوَايَةِ. وَرَوَى الْحَسَنُ عَنْ أَصْحَابِنَا أَنَّهُ يُبْدَأُ بِالْأَفْضَلِ فَلَا فُضْلَ يُبْدَأُ بِالصَّدَقَةِ ثُمَّ بِالْحَجِّ ثُمَّ بِالْعَنْقِ مَثَلًا سَوَاءً رَتَّبَ عَلَى هَذَا التَّرْتِيبِ أَوْ لَمْ يُرَتَّبْ، وَمَا جَمَعَ بَيْنَهُمَا قَالُوا: إِنَّ التَّلْتَ يُقَسَّمُ عَلَى جَمِيعِ الْوَصَايَا مَا كَانَ لِلَّهِ وَمَا كَانَ لِلْعَبْدِ.

وَتُجْعَلُ كُلُّ جِهَةٍ مِنْ جِهَاتِ الْقُرْبَةِ مُفْرَدَةً بِالضَّرْبِ وَيُقَسَّمُ عَلَى عَدَدِهَا، فَإِذَا قَالَ ثُلُثُ مَالِي فِي الْحَجِّ وَالزَّكَاةِ وَالْكَفَّارَاتِ وَلِزَيْدٍ يُقَسَّمُ عَلَى أَرْبَعَةِ أَشْهُمٍ؛ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ بِجَمِيعِهَا وَإِنْ كَانَ مُتَّحِدًا وَهُوَ رِضَا اللَّهِ فَكُلُّ وَاحِدَةٍ فِي نَفْسِهَا مَقْصُودَةٌ فَتُفْرَدُ كَمَا تُفْرَدُ وَصَايَا الْآدَمِيِّينَ فَإِنَّ الْجَمِيعَ مِنْهَا، وَإِنْ كَانَ الْمَقْصُودُ مِنْهُ الْقُرْبَةُ إِذَا أَوْصَى لِلْفُقَرَاءِ، وَالْمَسَاكِينِ، وَابْنِ السَّبِيلِ لَكِنْ يُجْعَلُ لِكُلِّ جِهَةٍ سَهْمٌ عَلَى حِدَةٍ فَكَذَا هَذَا. قَالَ (وَمَنْ أَوْصَى بِحُجَّةِ الْإِسْلَامِ أَحْجُوا عَنْهُ رَجُلًا مِنْ بَلَدِهِ) كَلَامُهُ وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (وَقَدْ فَرَّقْنَا بَيْنَ هَذَا وَبَيْنَ الْوَصِيَّةِ بِالْعَنْقِ مِنْ قَبْلُ) يَعْنِي عَلَى مَذْهَبِ أَبِي حَنِيفَةَ، وَهُوَ الَّذِي ذَكَرَهُ قَبْلَ هَذَا الْفَصْلِ بِقَوْلِهِ: وَلَهُ أَنَّهُ وَصِيَّةٌ بِعَنْقِ عَبْدٍ يُشْتَرَى بِمِائَةِ لَحْ.

قَالَ (وَمَنْ خَرَجَ مِنْ بَلَدِهِ حَاجًّا فَمَاتَ فِي الطَّرِيقِ وَأَوْصَى أَنْ يُحْجَّ عَنْهُ يُحْجَّ عَنْهُ مِنْ بَلَدِهِ) عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَهُوَ قَوْلُ زُهْرٍ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: يُحْجَّ عَنْهُ مِنْ حَيْثُ بَلَغَ اسْتِحْسَانًا، وَعَلَى هَذَا الْخِلَافِ إِذَا مَاتَ الْحَاجُّ عَنْ غَيْرِهِ فِي الطَّرِيقِ: لَهُمَا أَنْ السَّفَرَ بِنِيَّةِ الْحَجِّ وَقَعَ قُرْبَةً وَسَقَطَ فَرَضُ قَطْعِ الْمَسَافَةِ بِقَدْرِهِ وَقَدْ وَقَعَ أَجْرُهُ عَلَى اللَّهِ فَيَبْتَغِي مِنْ ذَلِكَ الْمَكَانِ كَأَنَّهُ مِنْ أَهْلِهِ، بِخِلَافِ سَفَرِ التَّجَارَةِ لِأَنَّهُ لَمْ يَقَعْ قُرْبَةً فَيَحْجَّ عَنْهُ مِنْ بَلَدِهِ. وَلَهُ أَنْ الْوَصِيَّةَ تَنْصَرِفُ إِلَى الْحَجِّ مِنْ بَلَدِهِ عَلَى مَا قَرَّرْنَاهُ أَدَاءً لِلْوَاجِبِ عَلَى الْوَجْهِ الَّذِي وَجِبَ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ خَرَجَ مِنْ بَلَدِهِ حَاجًّا) قَيَّدَ بِهِ؛ لِأَنَّهُ إِذَا خَرَجَ لِلتَّجَارَةِ يُحْجَّ عَنْهُ مِنْ بَلَدِهِ بِالِاتِّفَاقِ وَسَيَذْكُرُهُ بُعِيدَ هَذَا. قِيلَ هَذَا الْخِلَافُ فِيمَا إِذَا كَانَ لَهُ وَطَنٌ، فَأَمَّا إِذَا لَمْ

يَكُنْ فَيَحْجُ عَنْهُ مِنْ حَيْثُ مَاتَ بِالْإِتِّفَاقِ؛ لِأَنَّهُ لَوْ تَجَهَّزَ بِنَفْسِهِ لِتَجَهُّزٍ مِنْ حَيْثُ هُوَ، فَكَذَلِكَ إِذَا أَوْصَى. وَقَوْلُهُ (لَهُمَا أَنْ السَّفَرَ بِنَيَّْةِ الْحَجِّ وَقَعَ قُرْبَةً إِنْ لَمْ يَدْخُلَا مَدْفُوعٌ بِقَوْلِهِ ﷺ «كُلُّ عَمَلِ ابْنِ آدَمَ يَنْقَطِعُ بِمَوْتِهِ إِلَّا ثَلَاثَةٌ» فَإِنَّ الْخُرُوجَ لِلْحَجِّ لَيْسَ مِنْهُ.

وَرَدُّ بَأَنَّ الْمَكْفَرَ إِذَا أُطْعِمَ بَعْضَ الْمَسَاكِينِ وَمَاتَ فَأَوْصَى وَجَبَ الْإِكْمَالُ بِمَا بَقِيَ بِالْإِتِّفَاقِ وَلَمْ يَنْقَطِعْ مَا أُطْعِمَهُ بِالْمَوْتِ، ذَكَرَهُ فِي الْأَسْرَارِ، فَمَا هُوَ جَوَابُ أَبِي حَنِيفَةَ عَنْ ذَلِكَ فَهُوَ جَوَابُنَا عَنْ الْحَجِّ.

وَأُجِيبَ بِالْفَرْقِ بَأَنَّ سَفَرَ الْحَجِّ لَا يَتَجَزَّأُ فِي حَقِّ الْأَمْرِ، بِدَلِيلِ أَنَّ الْأَوَّلَ إِذَا بَدَأَ لَهُ فِي الطَّرِيقِ أَنْ لَا يَحْجُ بِنَفْسِهِ بَعْدَ مَا مَشَى بَعْضَ الطَّرِيقِ وَفَوَّضَ الْأَمْرَ إِلَى غَيْرِهِ بِرِضَا الْوَصِيِّ لَمْ يَجْزُ وَلِزِمَهُ رُدُّ مَا أَنْفَقَهُ، وَأَمَّا الْإِطْعَامُ فَإِنَّهُ يَقْبَلُ التَّجْزِئَةَ.

حَتَّى أَنْ الْمَأْمُورَ بِالْإِطْعَامِ إِذَا أُطْعِمَ الْبَعْضَ ثُمَّ تَرَكَ الْبَعْضَ وَأَمَرَ بِهِ غَيْرُهُ فَإِنَّهُ يُجْزِئُهُ، كَذَا فِي الْأَسْرَارِ وَهَذَا لَيْسَ بِدَافِعٍ؛ لِأَنَّ الْحَدِيثَ لَمْ يَفْصِلْ بَيْنَ الْمُتَجَزَّئِ وَغَيْرِهِ فِي الْإِنْقِطَاعِ، إِلَّا أَنْ يُقَالَ: التَّجْزِئَةُ فِي الْإِطْعَامِ مُسْتَنَدَةٌ إِلَى الْكِتَابِ فَإِنَّهُ لَمْ يُشْتَرَطْ فِيهِ التَّابِعُ أَصْلًا، حَتَّى لَوْ جَامَعَ فِي خِلَالِ الْإِطْعَامِ مَثَلًا لَمْ يَجِبْ عَلَيْهِ إِعَادَةُ مَا سَبَقَ، وَالْكِتَابُ أَقْوَى وَإِنْ كَانَ دَلَالَةً فَعَمَلٌ بِهِ وَالْحَجُّ لَمْ يَكُنْ فِيهِ دَلِيلٌ أَقْوَى مِنَ الْحَدِيثِ فَعَمَلٌ بِهِ. وَقَوْلُهُ (عَلَى مَا قَرَّرْنَاهُ) أَرَادَ بِهِ قَوْلُهُ قُبِيلَ هَذَا: وَمَنْ أَوْصَى بِحُجَّةِ الْإِسْلَامِ أَحَجُّوا عَنْهُ رَجُلًا إلخ.

بَابُ الْوَصِيَّةِ لِلْأَقَارِبِ وَغَيْرِهِمْ

قَالَ (وَمَنْ أَوْصَى لِجِيرَانِهِ فَهُمْ الْمُلَاصِقُونَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَ: هُمْ الْمُلَاصِقُونَ وَغَيْرُهُمْ مِمَّنْ يَسْكُنُ مَحَلَّةَ الْمَوْصِي وَيَجْمَعُهُمْ مَسْجِدُ الْمَحَلَّةِ) وَهَذَا اسْتِحْسَانٌ. وَقَوْلُهُ قِيَّاسٌ لِأَنَّ الْجَارَ مِنَ الْمَجَاوِرَةِ وَهِيَ الْمُلَاصِقَةُ حَقِيقَةً وَلِهَذَا يَسْتَحِقُّ الشُّفْعَةَ بِهَذَا الْجَوَارِ، وَلِأَنَّهُ لَمَّا صَرَفَهُ إِلَى الْجَمِيعِ يُصَرَفُ إِلَى أَحْصَى الْخُصُوصِ وَهُوَ الْمُلَاصِقُ.

وَجَهُّ الاسْتِحْسَانِ أَنْ هَؤُلَاءِ كُلُّهُمْ يُسَمُّونَ جِيرَانًا عُرْفًا، وَقَدْ تَأَيَّدَ بِقَوْلِهِ ﷺ «لَا صَلَاةَ لِجَارِ الْمَسْجِدِ إِلَّا فِي الْمَسْجِدِ» ^(١) وَقَسْرُهُ بِكُلِّ مَنْ سَمِعَ النِّدَاءَ، وَلِأَنَّ الْمَقْصِدَ بَرُّ الْجِيرَانِ وَاسْتِحْبَابُهُ يَنْتَظِمُ الْمُلَاصِقَ وَغَيْرَهُ، إِلَّا أَنَّهُ لَا بُدَّ مِنَ الْاِخْتِلَافِ وَذَلِكَ عِنْدَ اتِّحَادِ

(١) أخرجه الدارقطني (٤٢٠/١) رقم (٢)، والحاكم في المستدرک (٢٤٦/١).

الْمَسْجِدَ، وَمَا قَالَهُ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: الْجَوَارُ إِلَى أَرْبَعِينَ دَارًا بَعِيدًا، وَمَا يُرَوَى فِيهِ ضَعِيفًا.
قَالُوا: وَيَسْتَوِي فِيهِ السَّاكِنُ وَالْمَالِكُ وَالذَّكَرُ وَالْأُنْثَى وَالْمُسْلِمُ الذَّمِّيُّ لِأَنَّ اسْمَ
الْجَارِ يَتَنَوَّلُهُمْ وَيَدْخُلُ فِيهِ الْعَبْدُ السَّاكِنُ عِنْدَهُ لِإِطْلَاقِهِ، وَلَا يَدْخُلُ عِنْدَهُمَا لِأَنَّ
الْوَصِيَّةَ لَهُ وَصِيَّةً لِمَوْلَاهُ وَهُوَ غَيْرُ سَاكِنٍ.

الشرح:

(بَابُ الْوَصِيَّةِ لِلْأَقَارِبِ وَغَيْرِهِمْ): إِنَّمَا آخَرَ هَذَا الْبَابَ عَمَّا تَقَدَّمَ؛ لِأَنَّ فِي هَذَا
الْبَابِ ذِكْرَ أَحْكَامِ الْوَصِيَّةِ لِقَوْمٍ مَخْصُوصِينَ، وَفِيمَا تَقَدَّمَ ذِكْرُ أَحْكَامِهَا عَلَى وَجْهِ
الْعُمُومِ، وَالْخُصُوصُ أَبَدًا يَتَلَوُّ الْعُمُومَ. قَالَ (وَمَنْ أَوْصَى لِحَبِيرَانِهِ فَهُمُ الْمُلَاصِقُونَ) كَانَ
حَقُّ الْكَلَامِ أَنْ يُقَدَّمَ وَصِيَّةُ الْأَقَارِبِ نَظَرًا إِلَى تَرْجَمَةِ الْبَابِ، وَيَجُوزُ أَنْ يُقَالَ الْوَاوُ لَا
تَذُلُّ عَلَى التَّرْتِيبِ، وَأَنْ يُقَالَ فَعَلَّ ذَلِكَ اهْتِمَامًا بِأَمْرِ الْجَارِ
(قَوْلُهُ لِأَنَّهُ لَمَّا تَعَذَّرَ صَرْفُهُ إِلَى الْحَمِيعِ) يَعْنِي لَعَدَمِ دُخُولِ جَارِ الْمَحَلَّةِ وَجَارِ الْقَرْيَةِ
وَجَارِ الْأَرْضِ صَرْفَ إِلَى أَخْصِ الْخُصُوصِ وَهُوَ الْمُلَاصِقُ. وَقَوْلُهُ (وَذَلِكَ عِنْدَ اتِّحَادِ
الْمَسْجِدِ) قِيلَ: حَتَّى لَوْ كَانَ فِي الْمَحَلَّةِ مَسْجِدَانِ صَغِيرَانِ مُتَقَارِبَانِ فَالْجَمِيعُ حَبِيرَانِ.
وَقَوْلُهُ (وَمَا يُرَوَى فِيهِ ضَعِيفٌ) يَعْنِي مَا رَوَى اللَّهُ ﷻ قَالَ «الْجَارُ أَرْبَعُونَ دَارًا، هَكَذَا
وَهَكَذَا أَرْبَعَ مَرَّاتٍ» إشارَةً إِلَى الْجَوَانِبِ الْأَرْبَعَةِ.

فَإِنْ قِيلَ: هَذَا خَبَرٌ لَا يُعْرَفُ رَاوِيهِ، وَقَالَ ابْنُ قُدَّامَةَ: هَذَا إِنْ صَحَّ كَانَ نَصًّا فِي
الْبَابِ وَقَدْ طَعَنَ فِي رَاوِيهِ (قَالُوا: وَيَسْتَوِي فِيهِ السَّاكِنُ، وَالْمَالِكُ وَالذَّكَرُ وَالْأُنْثَى
وَالْمُسْلِمُ وَالذَّمِّيُّ) قَالَ مُحَمَّدٌ فِي الزِّيَادَاتِ: وَيَنْبَغِي عَلَى قِيَاسِ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ أَنْ يَدْخُلَ
السُّكَّانُ تَحْتَ الْوَصِيَّةِ مِنَ الْحَبِيرَانِ الْمُتَلَاصِقِينَ وَإِنْ كَانُوا لَا يَمْلِكُونَ الْمَسْكَنَ، وَمَنْ كَانَ
مَالِكًا وَلَمْ يَكُنْ سَاكِنًا لَا يَدْخُلُ. قَالَ أَبُو بَكْرٍ بْنُ شَاهُوِيَّةَ: هَذِهِ كَرِخْدَانِيَّةٌ مِنْ مُحَمَّدٍ
فِي مَذْهَبِ أَبِي حَنِيفَةَ، وَلَيْسَ كَذَلِكَ فَإِنَّهُ بَنَى هَذَا الْحُكْمَ عَلَى اسْتِحْقَاقِ الشُّعْعَةِ وَهُوَ
الْمَالِكُ. وَأَقُولُ: يَنْبَغِي عَلَى قَوْلِ مُحَمَّدٍ أَنْ لَا يَدْخُلَ الذَّمِّيُّ؛ لِأَنَّ الْمَسْجِدَ لَا يَضُمُّهُ إِلَّا
إِذَا أُريدَ بِاتِّحَادِ الْمَسْجِدِ سَمَاعُ الْأَذَانِ.

قَالَ (وَمَنْ أَوْصَى لِأَصْهَارِهِ فَالْوَصِيَّةُ لِكُلِّ ذِي رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنْ أَمْرَاتِهِ) لَمَّا رُوِيَ «أَنَّ
النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لَمَّا تَزَوَّجَ صَفِيَّةَ أَعْتَقَ كُلَّ مَنْ مَلَكَ مِنْ ذِي رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنْهَا

إِكْرَامًا لَهَا»^(١) وَكَانُوا يُسَمُّونَ أَصْهَارَ النَّبِيِّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ. وَهَذَا التَّفْسِيرُ اخْتِيَارُ مُحَمَّدٍ وَأَبِي عُبَيْدَةَ، وَكَذَا يَدْخُلُ فِيهِ كُلُّ ذِي رَحِمٍ مُحَرَّمٍ مِنْ زَوْجَةِ أَبِيهِ وَزَوْجَةِ ابْنِهِ وَزَوْجَةِ كُلِّ ذِي رَحِمٍ مُحَرَّمٍ مِنْهُ لِأَنَّ الْكُلَّ أَصْهَارٌ.

وَلَوْ مَاتَ الْمُوصِي وَالْمَرَأَةُ فِي نِكَاحِهِ أَوْ فِي عِدَّتِهِ مِنْ طَلَاقٍ رَجَعِيٍّ فَالْصَّهْرُ يَسْتَحِقُّ الْوَصِيَّةَ وَإِنْ كَانَتْ فِي عِدَّةٍ مِنْ طَلَاقٍ بَائِنٍ لَا يَسْتَحِقُّهَا لِأَنَّ بَقَاءَ الصَّهْرِيَّةِ بَقَاءُ النِّكَاحِ وَهُوَ شَرْطٌ عِنْدَ الْمَوْتِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ أَوْصَى لِأَصْهَارِهِ) أَيُّ: لِأَقْرَبَاءِ امْرَأَتِهِ. قَالَ فِي الصَّحَاحِ: الْأَصْهَارُ أَهْلُ بَيْتِ الْمَرَأَةِ، وَإِنَّمَا قَالَ: وَهَذَا التَّفْسِيرُ اخْتِيَارُ مُحَمَّدٍ وَأَبِي عُبَيْدَةَ؛ لِأَنَّ الصَّهْرَ فِي اللُّغَةِ يَجِيءُ بِمَعْنَى الْخَتَنِ أَيْضًا. وَقَوْلُهُ (وَإِنْ كَانَتْ فِي عِدَّةٍ مِنْ طَلَاقٍ بَائِنٍ لَا يَسْتَحِقُّهَا) يَعْنِي: وَإِنْ وَرِثَتْ مِنْهُ بِأَنْ يَكُونَ الطَّلَاقُ فِي الْمَرْضِ.

قَالَ (وَمَنْ أَوْصَى لِأَخْتَانِهِ فَالْوَصِيَّةُ لَزَوْجِ كُلِّ ذَاتِ رَحِمٍ مُحَرَّمٍ مِنْهُ وَكَذَا مُحَارِمُ الْأَزْوَاجِ) لِأَنَّ الْكُلَّ يُسَمَّى خَتْنًا. قِيلَ هَذَا فِي عُرْفِهِمْ. وَفِي عُرْفِنَا لَا يَتَنَاوَلُ الْأَزْوَاجُ الْمُحَارِمَ، وَيَسْتَوِي فِيهِ الْحُرُّ وَالْعَبْدُ وَالْأَقْرَبُ وَالْأَبْعَدُ. لِأَنَّ اللَّفْظَ يَتَنَاوَلُ الْكُلَّ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ أَوْصَى لِأَخْتَانِهِ) يَعْنِي: أَنَّ الْأَخْتَانَ تُطْلَقُ عَلَى أَزْوَاجِ الْمُحَارِمِ كَزَوْجِ الْبِنْتِ وَالْأَخْتِ وَالْعَمَّةِ وَالْخَالَةِ وَغَيْرِهَا، وَعَلَى مُحَارِمِ الْأَزْوَاجِ، فَيَكُونُ كُلُّ ذِي رَحِمٍ مُحَرَّمٍ مِنْ أَزْوَاجِ الْمُحَارِمِ مِنَ الذَّكَرِ وَالْأُنْثَى كُلُّهُمْ فِي قِسْمَةِ الثَّلَاثِ سَوَاءً.

قَالَ (وَمَنْ أَوْصَى لِأَقْرَبِيهِ فَهِيَ لِلْأَقْرَبِ فَلِأَقْرَبٍ مِنْ كُلِّ ذِي رَحِمٍ مُحَرَّمٍ مِنْهُ، وَلَا يَدْخُلُ فِيهِ الْوَالِدَانِ وَالْوَلَدُ وَيَكُونُ ذَلِكَ لِلثَّلَاثَيْنِ فَصَاعِدًا، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَ صَاحِبَاهُ: الْوَصِيَّةُ لِكُلِّ مَنْ يُنْسَبُ إِلَى أَقْصَى أَبِي لَهُ فِي الْإِسْلَامِ) وَهُوَ أَوَّلُ أَبِي أَسْلَمٍ أَوْ أَوَّلُ أَبِي أَدْرَكَ الْإِسْلَامَ وَإِنْ لَمْ يُسَلَمْ عَلَى حَسَبِ مَا اخْتَلَفَ فِيهِ الْمَشَايخُ. وَفَائِدَةُ الْاِخْتِلَافِ تَظْهَرُ فِي أَوْلَادِ أَبِي طَالِبٍ فَإِنَّهُ أَدْرَكَ الْإِسْلَامَ وَلَمْ يُسَلَمْ. لِهَذَا أَنَّ الْقَرِيبَ مُشْتَقٌّ مِنَ الْقَرَابَةِ فَيَكُونُ اسْمًا لِمَنْ قَامَتْ بِهِ فَيَنْتَظِمُ بِحَقِيقَةِ مَوَاضِعِ الْخِلَافِ.

(١) أخرجه أبو داود (٣٩٣١)، وأحمد (٢٧٧/٦).

وَلَهُ أَنْ الوَصِيَّةَ أُخْتُ المِيرَاثِ، وَفِي المِيرَاثِ يُعْتَبَرُ الْأَقْرَبُ فَالْأَقْرَبُ، وَالْمُرَادُ بِالْجَمْعِ الْمَذْكُورِ فِيهِ اثْنَانِ فَكَذَا فِي الوَصِيَّةِ، وَالْمَقْصِدُ مِنْ هَذِهِ الوَصِيَّةِ تَلَاقِي مَا فَرَطَ فِي إِقَامَتِهِ وَاجِبِ الصَّلَةِ وَهُوَ يَخْتَصُّ بِذِي الرَّحِمِ الْمَحْرَمِ مِنْهُ، وَلَا يَدْخُلُ فِيهِ قَرَابَةُ الْوَلَدِ فَإِنَّهُمْ لَا يُسَمُّونَ أَقْرَبَاءَ، وَمَنْ سَمَّى وَالِدَهُ قَرِيبًا كَانَ مِنْهُ عَقُوقًا، وَهَذَا لِأَنَّ الْقَرِيبَ فِي عُرْفِ اللِّسَانِ مَنْ يَتَقَرَّبُ إِلَى غَيْرِهِ بِوَسِيلَةٍ غَيْرِهِ، وَتَقَرَّبُ الْوَالِدِ وَالْوَلَدِ بِنَفْسِهِ لَا بِغَيْرِهِ، وَلَا مُعْتَبَرٌ بِظَاهِرِ اللَّفْظِ بَعْدَ انْعِقَادِ الإِجْمَاعِ عَلَى تَرْكِهِ، فَعِنْدَهُ يُقَيَّدُ بِمَا ذَكَرْنَاهُ، وَعِنْدَهُمَا بِأَقْصَى الْأَبِ فِي الْإِسْلَامِ، وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ بِالْأَبِ الْأَدْنَى..

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ أَوْصَى لِأَقْرَبِيهِ) يَعْنِي تَصَرَّفَ إِلَى اثْنَيْنِ فَصَاعِدًا الْأَقْرَبُ فَالْأَقْرَبُ مِنْ كُلِّ ذِي رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنْ جِهَةِ الْأَبِ أَوْ الْأُمِّ غَيْرِ الْوَالِدَيْنِ وَالْوَلَدِ إِذَا لَمْ يَكُونُوا وَارِثِينَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَوْلُهُ (وَقَائِدَةُ الْخِلَافِ تَظْهَرُ فِي آلِ أَبِي طَالِبٍ) يَعْنِي أَنَّ الْمُوصِي إِذَا كَانَ عَلَوِيًّا فَعَلَى الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَقْصَى الْأَبِ عَلَيٌّ فَلَا يَدْخُلُ فِي الوَصِيَّةِ أَوْلَادُ عَقِيلٍ وَجَعْفَرٍ.

وَعَلَى الْقَوْلِ الثَّانِي أَقْصَى الْأَبِ أَبُو طَالِبٍ؛ لِأَنَّهُ أَذْرَكَ الْإِسْلَامَ وَإِنْ لَمْ يُسَلِّمْ فَيَدْخُلُ فِيهِ أَوْلَادُ عَقِيلٍ وَجَعْفَرٍ، وَبَقِيَّةُ كَلَامِهِ وَاضِحٌ إِلَى قَوْلِهِ وَلَا مُعْتَبَرٌ بِظَاهِرِ اللَّفْظِ بَعْدَ انْعِقَادِ الإِجْمَاعِ عَلَى تَرْكِهِ وَهُوَ جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِمَا إِنَّ الْقَرِيبَ مُشْتَقٌّ مِنَ الْقَرَابَةِ فَيَكُونُ اسْمًا لِمَنْ قَامَتْ بِهِ وَبَيَّنَّ كَوْنَهُ مَتْرُوكًا بِالْإِجْمَاعِ بِقَوْلِهِ (فَإِنَّ عِنْدَهُ) أَيُّ: عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ (يُقَيَّدُ بِمَا ذَكَرْنَاهُ) مِنَ الْأَقْرَبِ فَالْأَقْرَبُ بِالْقِيُودِ السِّتَةِ الَّتِي ذَكَرْنَاهَا. (وَعِنْدَهُمَا بِأَقْصَى أَبٍ لَهُ فِي الْإِسْلَامِ. وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ بِالْأَبِ الْأَدْنَى) وَمَا كَانَ مَتْرُوكًا بِالْإِجْمَاعِ لَا يَصِحُّ الاسْتِدْلَالُ بِهِ لَا مَحَالَةَ.

قَالَ (وَإِذَا أَوْصَى لِأَقْرَبِيهِ وَلَهُ عَمَّانٌ وَخَالَانِ فَالْوَصِيَّةُ لِعَمِّيهِ) عِنْدَهُ اعْتِبَارٌ لِلْأَقْرَبِ كَمَا فِي الْإِرْثِ، وَعِنْدَهُمَا بَيْنَهُمَا أَرْبَاعًا إِذْ هُمَا لَا يُعْتَبَرَانِ الْأَقْرَبَ (وَلَوْ تَرَكَ عَمًّا وَخَالَينِ فَلِلْعَمِّ نِصْفُ الوَصِيَّةِ وَالنِّصْفُ لِلْخَالَيْنِ) لِأَنَّهُ لَا بُدَّ مِنْ اعْتِبَارِ مَعْنَى الْجَمِيعِ وَهُوَ الْإِثْنَانِ فِي الوَصِيَّةِ كَمَا فِي الْمِيرَاثِ بِخِلَافِ مَا إِذَا أَوْصَى لِذِي قَرَابَتِهِ حَيْثُ يَكُونُ لِلْعَمِّ كُلُّ الوَصِيَّةِ، لِأَنَّ اللَّفْظَ لِلْفَرْدِ فَيَحْرُزُ الْوَاحِدُ كُلَّهُمَا إِذَا هُوَ الْأَقْرَبُ، وَلَوْ كَانَ لَهُ عَمٌّ وَاحِدٌ فَلَهُ

الثُلُثُ لِمَا بَيْنَاهُمَا.

وَلَوْ تَرَكَ عَمًّا وَعَمَّةً وَخَالَاً وَخَالََةً فَالْوَصِيَّةُ لِلْعَمِّ وَالْعَمَّةِ بَيْنَهُمَا بِالسُّوِيَّةِ لَا سِتْوَاءَ قَرَابَتِهِمَا وَهِيَ أَقْوَى، وَالْعَمَّةُ وَإِنْ لَمْ تَكُنْ وَارِثَةً فَهِيَ مُسْتَحِقَّةٌ لِلْوَصِيَّةِ كَمَا لَوْ كَانَ الْقَرِيبُ رَهْيقًا أَوْ كَافِرًا، وَكَذَا إِذَا أَوْصَى لِدَوِي قَرَابَتِهِ أَوْ لِأَقْرَبَائِهِ أَوْ لِأَنْسِبَائِهِ فِي جَمِيعِ مَا ذَكَرْنَا، لِأَنَّ كُلَّ ذَلِكَ لَفْظُ جَمْعٍ، وَلَوْ ائْتَدِمَ الْمَحْرَمُ بَطَلَتْ الْوَصِيَّةُ لِأَنَّهَا مُقَيَّدَةٌ بِهَذَا الْوَصْفِ.

قَالَ: (وَمَنْ أَوْصَى لِأَهْلِ فُلَانٍ فَهِيَ عَلَى زَوْجَتِهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ)، وَقَالَ: يَتَنَوَّلُ كُلُّ مَنْ يَعُولُهُمْ وَتَضُمُّهُمْ تَفَقُّتُهُ اعْتِبَارًا لِلْعُرْفِ وَهُوَ مُؤَيَّدٌ بِالنَّصِّ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿وَأَتَوْنِي بِأَهْلِكُمْ أَجْمَعِينَ﴾ [يوسف: ٩٣] وَلَهُ أَنْ يَسْمِيَ الْأَهْلَ حَقِيقَةً فِي الزَّوْجَةِ يَشْهَدُ بِذَلِكَ قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿وَسَارَ بِأَهْلِهِ﴾ [القصص: ٢٩] وَمِنْهُ قَوْلُهُمْ تَأْهَلُ بِبَلَدَةٍ كَذَا، وَالْمُطْلَقُ يَنْصَرِفُ إِلَى الْحَقِيقَةِ.

قَالَ: (وَلَوْ أَوْصَى لِأَهْلِ فُلَانٍ فَهُوَ لِأَهْلِ بَيْتِهِ) لِأَنَّ الْأَهْلَ الْقَبِيلَةَ الَّتِي يُنْسَبُ إِلَيْهَا، وَلَوْ أَوْصَى لِأَهْلِ بَيْتِ فُلَانٍ يَدْخُلُ فِيهِ أَبُوهُ وَجَدُّهُ لِأَنَّ الْأَبَ أَصْلَ الْبَيْتِ، وَلَوْ أَوْصَى لِأَهْلِ نَسَبِهِ أَوْ لِجَنَسِهِ فَالْنَسَبُ عِبَارَةٌ عَمَّنْ يُنْسَبُ إِلَيْهِ، وَالنَّسَبُ يَكُونُ مِنْ جِهَةِ الْأَبَاءِ وَجَنَسُهُ أَهْلُ بَيْتِ أَبِيهِ دُونَ أُمِّهِ لِأَنَّ الْإِنْسَانَ يَتَجَنَّسُ بِأَبِيهِ، بِخِلَافِ قَرَابَتِهِ حَيْثُ تَكُونُ مِنْ جَانِبِ الْأُمِّ وَالْأَبِ.

وَلَوْ أَوْصَى لِأَيَّتَامٍ بَنِي فُلَانٍ أَوْ لِعُمَيَّانِهِمْ أَوْ لَزَمَنَاهُمْ أَوْ لِأَرَامِلِهِمْ إِنْ كَانُوا قَوْمًا يُحْصَوْنَ دَخَلَ فِي الْوَصِيَّةِ فَقَرَاؤُهُمْ وَأَغْنِيَائُهُمْ ذُكُورُهُمْ وَإِنَاثُهُمْ، لِأَنَّهُ أَمَكَنَ تَحْقِيقُ التَّمْلِكِ فِي حَقِّهِمْ وَالْوَصِيَّةُ تَمْلِكُ. وَإِنْ كَانُوا لَا يُحْصَوْنَ فَالْوَصِيَّةُ فِي الْفُقَرَاءِ مِنْهُمْ، لِأَنَّ الْمَقْصُودَ مِنَ الْوَصِيَّةِ الْقَرِيبَةُ وَهِيَ فِي سَدِّ الْخَلَّةِ وَرَدِّ الْجُوعَةِ.

وَهَذِهِ الْأَسَامِي تُشْعِرُ بِتَحَقُّقِ الْحَاجَةِ فَجَازَ حَمْلُهُ عَلَى الْفُقَرَاءِ بِخِلَافِ مَا إِذَا أَوْصَى لَشُبَّانٍ بَنِي فُلَانٍ وَهُمْ لَا يُحْصَوْنَ أَوْ لِأَيَّامَى بَنِي فُلَانٍ وَهُمْ لَا يُحْصَوْنَ حَيْثُ تَبْطُلُ الْوَصِيَّةُ، لِأَنَّهُ لَيْسَ فِي اللَّفْظِ مَا يُنْبِئُ عَنِ الْحَاجَةِ فَلَا يُمْكِنُ صَرْفُهُ إِلَى الْفُقَرَاءِ، وَلَا يُمْكِنُ تَصْحِيحُهُ تَمْلِكًا فِي حَقِّ الْكُلِّ لِلْجِهَالَةِ الْمُتَفَاحِشَةِ وَتَعَذُّرِ الصَّرْفِ إِلَيْهِمْ، وَفِي الْوَصِيَّةِ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ يَجِبُ الصَّرْفُ إِلَى اثْنَيْنِ مِنْهُمْ اعْتِبَارًا لِمَعْنَى الْجَمْعِ، وَأَقْلَهُهُ

اثنان في الوصايا على ما مر.

ولو أوصى لبني فلان يدخل فيهم الإناث في قول أبي حنيفة أول قوله وهو قولهما لأن جمع الذكور يتناول الإناث، ثم رجع وقال: يتناول الذكور خاصة لأن حقيقة الاسم للذكور وانتظامه للإناث تجوز والكلام لحقيقته، بخلاف ما إذا كان بنو فلان اسم قبيلة أو فخذ حيث يتناول الذكور والإناث لأنه ليس يراد بها أعيانهم إذ هو مجرد الانتساب كبني آدم ولهذا يدخل فيه مولى العتاقة والمؤالة وحلفاؤهم.

الشرح:

وقوله (وإذا أوصى لأقاربه وله عمان وخالان) يعني: وله ولد يحرز ميراثه فالثلث لعميه، وهذا إلى آخره تفصيل ما أجمله من القيود على مذهب أبي حنيفة. وقوله (لأنه لا بد من اعتباره معنى الجمع وهو الاثنان في الوصية) يعني لو كان العم اثنين كان لكل واحد منهما النصف فكذا إذا انفرد كان له النصف أيضا. واعتراض بأن في هذا جعل عدم المزاحم بمنزلة المزاحم حيث قال: إذا كان معه عم آخر كان له النصف، فكذا إذا لم يكن معه عم آخر.

وحينئذ كان لقاليل أن يقول: إذا كان عم واحد كان له الثلث؛ لأنه إذا كان معه عمان كان له الثلث، فكذا إذا لم يكن معه غيره، وعلى هذا يقال: يجب له الربع أو الخمس عند انفراذه على تقدير أن يكون معه ثلاثة أعمام، أو أربعة أعمام وهلم جرا. وأجيب بأن ذلك غير لازم؛ لأن اعتبار المجموع كلها ساقط لتعديده، فتعين أدنى ما يستعمل فيه وهو الاثنان لتيقنه، والعم الواحد نصف الاثنين فيكون له نصف ما لهما، وإذا أخذ العم النصف صار كأن لم يكن فيكون الباقي من الثلث للخالين وفي قولهما الثلث بينهم أثلاثا.

وقوله (لما بيناه) أراد به قوله؛ لأنه لا بد من اعتبار معنى الجمع وهو الاثنان إلخ. وقوله (وهي أقوى) أي قرابة العمومة أقوى من قرابة الختولة. وقوله (والعمة وإن لم تكن واردة) جواب عما يقال العمة لا تستحق العصوبة ويقدم العم على الأحوال بسببها فلم تكن قرابتها أقرب. ووجهه أنها مستحقة للوصية ومساوية للعم في الدرجة، وعدم استحقاقها العصوبة وصف قام بها وهو الأثوثة لا يخرجها عن

مُسَاوَاتِهَا الْعَمَّ فِي اسْتِحْقَاقِ هَذِهِ الْوَصِيَّةِ كَالْعَمِّ الرَّقِيقِ أَوْ الْكَافِرِ لِمَا أَنَّ حَرَمَانَ الْمِيرَاثِ لَوْصَفٍ قَامَ بِهِ لَا لضعفٍ فِي الْقَرَابَةِ.

وَقَوْلُهُ (لِأَنْسِبَائِهِ) الْأَنْسِبَاءُ جَمْعُ النَّسَبِ وَهُوَ الْقَرِيبُ كَالْأَنْصِبَاءِ فِي جَمْعِ النَّصِيبِ. وَقَوْلُهُ (فِي جَمِيعِ مَا ذَكَرْنَا) يَعْنِي مِنَ الْقُبُودِ الْمَذْكُورَةِ عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ خِلَافًا لَهَا. قَالَ (وَمَنْ أَوْصَى لِأَهْلِ فُلَانٍ فَهِيَ عَلَى زَوْجَتِهِ) الْوَصِيَّةُ لِأَهْلِ فُلَانٍ تَنْصَرِفُ إِلَى الزَّوْجَةِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَإِلَى كُلِّ مَنْ يَضُمُّ نَفَقَةَ فُلَانٍ مِنَ الْأَحْرَارِ عِنْدَهُمَا اعْتِبَارًا لِلْعُرْفِ الْمُؤَيَّدِ بِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَأَتَوْنِي بِأَهْلِكُمْ أَجْمَعِينَ﴾ فَإِنَّهُ لَيْسَ الْمُرَادُ بِهِ الزَّوْجُ خَاصَّةً، وَكَذَا قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿فَأَنْجَيْنَاهُ وَأَهْلَهُ إِلَّا أَمْرَأَتَهُ﴾ [الأعراف: ٨٣].

وَلَهُ أَنَّ الْأَهْلَ فِي الزَّوْجَةِ حَقِيقَةٌ يَشْهَدُ بِذَلِكَ قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿وَسَارَ بِأَهْلِيهِ﴾ [القصص: ٢٨] فَلَا يُصَارُ إِلَى غَيْرِهَا مَعَ إِمْكَانِ الْعَمَلِ بِهَا. قِيلَ فِي الاسْتِدْلَالِ بِهِذِهِ الْآيَةِ نَظَرٌ؛ لِأَنَّهُ خَاطَبَ بِلَفْظِ الْجَمْعِ بِقَوْلِهِ ﴿أَمْكُثُوا﴾ وَالْمَرْأَةُ لَا تُخَاطَبُ بِذَلِكَ. وَالْجَوَابُ أَنَّهُ لَمْ يُنْقَلْ أَنَّهُ كَانَ مَعَهُ أَحَدٌ مِنْ أَقَارِبِهِ، أَوْ أَقَارِبِهَا مِمَّنْ ضَمَّتْهُمْ نَفَقَتُهُ؛ فَإِنْ كَانَ مَعَهُ مِنَ الْأَرْقَاءِ أَحَدٌ لَمْ يَدْخُلْ فِيهِ بِالِاتِّفَاقِ.

عَلَى أَنَّ الْحَقَائِقَ لَا يُسْتَدَلُّ عَلَيْهَا؛ لِأَنَّ طَرِيقَ مَعْرِفَتِهَا السَّمَاعُ كَمَا عُرِفَ فِي الْأَصُولِ، وَإِنَّمَا أُسْتَشْهِدَ بِالْآيَةِ تَأْنِيْسًا. فَإِنْ ثَبَتَ أَنَّ مَا فِي لَيْسَ عَلَى مَعْنَى الْحَقِيقَةِ لَا يُنَافِي مَطْلُوبَهُ كَالْآيَاتِ الَّتِي اسْتَدَلَّ بِهَا، وَقَوْلُهُ فُلَانٌ تَأْهَلُ بِلَدَةٍ كَذَا هُوَ الْمُسْمُوعُ الدَّالُّ عَلَى الْحَقِيقَةِ؛ لِتَبَادُرِ الْفَهْمِ إِلَيْهِ. وَقَوْلُهُ (؛ لِأَنَّ الْإِنْسَانَ يَتَجَنَّسُ بِأَبِيهِ) فَإِنَّ إِبْرَاهِيمَ بْنَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ كَانَ مِنْ جَنْسِ قُرَيْشٍ، وَأَوْلَادُ الْخُلَفَاءِ صَلَحُوا لِلْخِلَافَةِ وَإِنْ كَانَ أَكْثَرُهُمْ مِنَ الْإِمَاءِ؛ فَعَلِمَ أَنَّهُمْ يَدْخُلُونَ فِي هَذَا اللَّفْظِ دُونَ عَشِيرَةِ الْأُمِّ.

وَقَوْلُهُ (وَلَوْ أَوْصَى لِأَيَّتَامٍ فُلَانٍ) الْيَتِيمُ اسْمٌ لِمَنْ مَاتَ أَبُوهُ قَبْلَ الْحُلُمِ. قَالَ ﷺ «لَا يَتِمُّ بَعْدَ اخْتِلَامٍ» وَالْعُمَيَّانُ وَالزَّمَنِيُّ مَعْرُوفَةٌ، وَالْأَرْمَلُ هُوَ الَّذِي لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ رَجُلًا كَانَ أَوْ امْرَأَةً، مِنْ أَرْمَلٍ إِذَا افْتَقَرَ مِنَ الرَّمْلِ كَادَقَعَ مِنَ الدَّقْعَاءِ وَهِيَ التَّرَابُ، وَمِنْ النَّاسِ مَنْ قَالَ: الْأَرْمَلُ فِي النِّسَاءِ خَاصَّةً، وَالْمُخْتَارُ عِنْدَ الْمُصَنِّفِ هُوَ الْأَوَّلُ حَيْثُ قَالَ: ذُكُورُهُمْ وَإِنَاثُهُمْ وَهُوَ اخْتِيَارُ الشَّعْبِيِّ.

فَإِذَا أَوْصَى لَهُوَلَاءَ، فَإِمَّا أَنْ يَكُونُوا قَوْمًا يُحْصُونَ أَوْ لَا، فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ وَجَدَ

الإحصاءُ عند أبي يوسفَ أن لا يحتاجَ في الإحصاءِ إلى كتابٍ ولا حسابٍ، فإن أُحْصِيَ إلى ذلكَ فهُم لا يُحصَوْنَ. وقالَ مُحَمَّدٌ: إذا كانوا أَكْثَرَ مِنْ مِائَةٍ فَإِنَّهُمْ لا يُحصَوْنَ وَهُوَ الأيسرُ. وقالَ بَعْضُهُمْ: هُوَ مَفْهُومٌ إلى رأيِ القَاضِي دَخَلَ فِي الوَصِيَّةِ فَقَرَأُوهُمْ وَأَغْنِيَاوَهُمْ ذُكُورُهُمْ وَإِنَاثُهُمْ؛ لأنَّ الوَصِيَّةَ تَمْلِكُ وَتَحْقِيقُ التَّمْلِكِ فِيهِمْ مُمَكِّنٌ. وَإِنْ كَانَ الثَّانِي فَالْوَصِيَّةُ لِلْفُقَرَاءِ مِنْهُمْ لَمَّا ذَكَرَهُ فِي الكِتَابِ، وَهُوَ وَاضِحٌ.

وَقَوْلُهُ (بِخِلَافِ مَا إِذَا أَوْصَى لَشُبَّانِ بَنِي فُلَانٍ وَهُمْ لَا يُحصَوْنَ، أَوْ لِأَيَامَى بَنِي فُلَانٍ وَهُمْ لَا يُحصَوْنَ حَيْثُ تَبْطُلُ الوَصِيَّةُ) فِيهِ إِشَارَةٌ إِلَى أَنَّهُمْ إِذَا كَانُوا يُحصَوْنَ كَانَ الْحُكْمُ كَمَا تَقَدَّمَ فِي دُخُولِ الْعَنِيِّ، وَالْفَقِيرِ وَهَلْ يَدْخُلُ الذَّكَرُ وَالْأُنْثَى فِي الْأَيَامَى دُخُولُهُ فِي الْأَرَامِلِ أَوْ لَا؟ قَالَ الْكَرْخِيُّ: يَدْخُلُ؛ لِأَنَّ الْأَيْمَ هِيَ الَّتِي لَا زَوْجَ لَهَا بَكْرًا كَانَتْ أَوْ نَبِيًّا أَوْ يُقَالُ رَجُلٌ أَيْمٌ أَيْضًا. وقالَ مُحَمَّدٌ: الْأَيْمُ هِيَ الثَّيْبُ خَاصَّةً، وَقَوْلُ الْمُصَنِّفِ مُحْتَمَلٌ، وَالظَّاهِرُ دُخُولُهُ؛ لِأَنَّهُ تَرَكَهُ اعْتِمَادًا عَلَى ذِكْرِهِ فِي الْأَرَامِلِ.

وَأَمَّا بَطْلُ الوَصِيَّةِ فِي الشُّبَّانِ وَالْأَيَامَى؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ فِي اللَّفْظِ مَا يَدُلُّ عَلَى الْفَقِيرِ حَتَّى يُصْرَفَ إِلَى الْفُقَرَاءِ، وَلَا يُمَكِّنُ تَصْحِيحُهُ تَمْلِكًا فِي حَقِّ الْكُلِّ لِلجَهَالَةِ الْفَاحِشَةِ وَتَعَذُّرِ الصَّرْفِ إِلَيْهِمْ لَكَثْرَتِهِمْ فَبَطَلَتْ. قَالَ مُحَمَّدٌ: الْعَلَامُ مَا كَانَ لَهُ أَقَلُّ مِنْ خَمْسٍ عَشْرَةَ، وَالْفَتَى مَنْ بَلَغَ خَمْسَ عَشْرَةَ وَفَوْقَ ذَلِكَ. وَالْكَهْلُ إِذَا بَلَغَ أَرْبَعِينَ فَرَادَ عَلَيْهِ، وَمَا بَيْنَ خَمْسِينَ إِلَى سِتِّينَ إِلَى أَنْ يَغْلِبَ الشَّيْبُ فَحِينَئِذٍ يَكُونُ شَيْخًا. وَفِي الوَصِيَّةِ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ يَجِبُ الصَّرْفُ إِلَى اثْنَيْنِ مِنْهُمْ عَتَبَارًا بِمَعْنَى الْجَمْعِ، وَأَقْلَهُ اثْنَانِ فِي الْوَصَايَا عَلَى مَا مَرَّ.

وَقَوْلُهُ (وَلَوْ أَوْصَى لِبَنِي فُلَانٍ) يَعْنِي إِذَا أَوْصَى لِبَنِي فُلَانٍ فَلَا يَخْلُو إِمَّا أَنْ يُرِيدَ مَفْهُومُهُ الْإِضَافِيَّ أَوْ يَكُونُ اسْمُ قَبِيلَةٍ أَوْ فَحْدٍ، فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ لَمْ يَدْخُلْ فِيهِ الْإِنَاثُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَجَعَ إِلَيْهِ، وَكَانَ يَقُولُ أَوَّلًا يَدْخُلُ وَهُوَ قَوْلُهُمَا، وَالْخِلَافُ عِنْدَ الْاِخْتِلَاطِ، أَمَّا إِذَا كَانَتْ الْإِنَاثُ مُتَفَرِّدَاتٍ فَلَا تَدْخُلُ بِالِاتِّفَاقِ. وَجْهٌ قَوْلُهُمَا أَنَّ جَمْعَ الذُّكُورِ يَتَنَوَّلُ الْإِنَاثُ وَقَدْ عُرِفَ فِي مَوْضِعِهِ.

وَوَجْهٌ قَوْلُ الْآخِرِ أَنَّ حَقِيقَةَ هَذَا الْأَسْمِ وَالْإِثْنَانِ الْإِنَاثُ تَجُوزُ وَلَا يُصَارُ إِلَيْهِ عِنْدَ إِمْكَانِ الْعَمَلِ بِالْحَقِيقَةِ، وَإِنْ كَانَ الثَّانِي يَتَنَوَّلُ؛ لِأَنَّ الْمُرَادَ بِهِ مُجَرَّدُ الْإِتْسَابِ لِبَنِي

آدَمَ وَلِهَذَا يَدْخُلُ فِيهِ مَوْلَى الْعَتَاةِ وَالْمَوْلَاةِ وَحُلْفَاؤُهُمْ يَفْسِمُ الْوَصِيُّ بَيْنَ مَنْ يَقْدِرُ عَلَيْهِمْ مِنْ فَقَرَاءَتِهِمْ.

قَالَ (وَمَنْ أَوْصَى لَوْلَدٍ فَلَانَ فَالْوَصِيَّةُ بَيْنَهُمُ وَالذَّكَرُ وَالْأُنثَى فِيهِ سَوَاءٌ) لِأَنَّ اسْمَ الْوَلَدِ يَنْتَظِمُ الْكُلَّ انْتِظَامًا وَاحِدًا.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ أَوْصَى لَوْلَدٍ فَلَانَ) وَمَنْ أَوْصَى لَوْلَدٍ فَلَانَ إِمَّا أَنْ يَكُونَ أَبًا خَاصًّا أَوْ فَحْدًا؛ فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ فَالْوَصِيَّةُ تَتَاوَلَتْ الْأَوْلَادَ دُونَ أَوْلَادِهِمُ الذَّكَرِ وَالْأُنثَى عِنْدَ الْإِنْفِرَادِ وَالِاخْتِلَاطِ سَوَاءٌ؛ لِأَنَّ اسْمَ الْوَلَدِ يَتَنَاوَلُ الصُّلْبِيَّ كُلَّهُ انْتِظَامًا وَاحِدًا بِطَرِيقِ الْحَقِيقَةِ، وَلَوْلَدِ الْوَلَدِ مَجَازًا لَا يُصَارُ إِلَيْهِ عِنْدَ إِمْكَانِ الْعَمَلِ بِهَا، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ مِنَ الصُّلْبِ يَدْخُلُ أَوْلَادُ الْأَوْلَادِ، وَأَوْلَادُ الْأَبْنَاءِ رَوَايَةً وَاحِدَةً، وَفِي أَوْلَادِ الْبَنَاتِ رَوَايَتَانِ، هَذَا ظَاهِرُ الرُّوَايَةِ.

وَرَوَى الْحَسَنُ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الْوَصِيَّةَ لَوْلَدٍ فَلَانَ تَتَنَاوَلُ الْوَلَدَ وَلَوْلَدِ الْوَلَدِ، فَهُمْ ذَلِكَ مِنْ قَوْلِهِ تَعَالَى ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ﴾ [النساء: ١١] قَالَ الْقُدُورِيُّ: وَالصَّحِيحُ أَنَّهُمْ لَا يَدْخُلُونَ وَذَكَرَ فِيهِ الْحَقِيقَةُ وَالْمَجَازُ كَمَا ذَكَرْنَا. وَإِنْ كَانَ الثَّانِي يَدْخُلُونَ وَإِنْ كَانَ الصُّلْبِيُّ قَائِمًا؛ لِأَنَّ فَلَانًا إِذَا كَانَ فَحْدًا فَبَنُوهُ وَبَنَاتُهُ لَا تَخْلُو عَنْ الْأَوْلَادِ عَادَةً فَتَكُونُ مُرَادَةً فَتَدْخُلُ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ أَبًا خَاصًّا فَإِنْ بَنِيهِ وَبَنَاتِهِ قَدْ تَخْلُو عَنْ الْأَوْلَادِ فَلَا تَكُونُ مُرَادَةً.

(وَمَنْ أَوْصَى لَوْرَثَةٍ فَلَانَ فَالْوَصِيَّةُ بَيْنَهُمُ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ) لِأَنَّهُ لَمَّا نَصَّ عَلَى لَفْظِ الْوَرَثَةِ أَذِنَ ذَلِكَ بِأَنْ قَصِدَهُ التَّفْضِيلُ كَمَا فِي الْمِيرَاثِ. وَمَنْ أَوْصَى لَمَوْلَاهِ وَلَهُ مَوَالٍ أَعْتَقَهُمْ وَمَوَالٍ أَعْتَقُوهُ فَالْوَصِيَّةُ بَاطِلَةٌ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ فِي بَعْضِ كُتُبِهِ: إِنَّ الْوَصِيَّةَ لَهُمْ جَمِيعًا، وَذَكَرَ فِي مَوْضِعٍ آخَرَ أَنَّهُ يُوقَفُ حَتَّى يُصَالِحُوا. لَهُ أَنَّ الْاسْمَ يَتَنَاوَلُهُمْ لِأَنَّ كُلًّا مِنْهُمْ يُسَمَّى مَوْلَى فَصَارَ كَالْإِخْوَةِ.

وَلَمَّا أَنَّ الْجِهَةَ مُخْتَلِفَةٌ لِأَنَّ أَحَدَهُمَا يُسَمَّى مَوْلَى النِّعْمَةِ وَالْآخَرُ مُنْعَمٌ عَلَيْهِ فَصَارَ مُشْتَرَكًا فَلَا يَنْتَظِمُهُمَا لَفْظٌ وَاحِدٌ فِي مَوْضِعِ الْإِثْبَاتِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا حَلَفَ لَا يَكْلَمُ مَوَالِي فَلَانَ حَيْثُ يَتَنَاوَلُ الْأَعْلَى وَالْأَسْفَلَ لِأَنَّهُ مَقَامُ النِّفْيِ وَلَا تَنَافِي فِيهِ، وَيَدْخُلُ فِي

هَذِهِ الْوَصِيَّةُ مَنْ أَعْتَقَهُ فِي الصَّحَّةِ وَالْمَرَضِ، وَلَا يَدْخُلُ مُدَبَّرُوهُ وَأَمَهَاتُ أَوْلَادِهِ لِأَنَّ عِتْقَ هَؤُلَاءِ يَثْبُتُ بَعْدَ الْمَوْتِ وَالْوَصِيَّةُ تُضَافُ إِلَى حَالَةِ الْمَوْتِ فَلَا بُدَّ مِنْ تَحَقُّقِ الْأَسْمِ قَبْلَهُ.

وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُمْ يَدْخُلُونَ لِأَنَّ سَبَبَ الْأَسْتِحْقَاقِ لَزِمٌ، وَيَدْخُلُ فِيهِ عَبْدٌ قَالَ لَهُ مَوْلَاهُ إِنْ لَمْ أَضْرِبْكَ فَأَنْتَ حُرٌّ لِأَنَّ الْعِتْقَ يَثْبُتُ قَبِيلَ الْمَوْتِ عِنْدَ تَحَقُّقِ عَجْزِهِ، وَلَوْ كَانَ لَهُ مَوَالٍ وَأَوْلَادُهُ مَوَالٍ وَمَوَالِي مَوَالَاةٍ يَدْخُلُ فِيهَا مُعْتَقُوهُ وَأَوْلَادُهُمْ ذُونَ مَوَالِي الْمَوَالَاةِ وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُمْ يَدْخُلُونَ أَيْضًا وَالْكَلُّ شُرَكَاءُ لِأَنَّ الْأَسْمَ يَتَنَاقَلُ عَلَيْهِ السَّوَاءُ.

وَمُحَمَّدٌ يَقُولُ: الْجِهَةُ مُخْتَلِفَةٌ فِي الْمُعْتَقِ الْإِنْعَامُ، وَفِي الْمَوَالِي عَقْدُ الْإِلْتِزَامِ وَالْإِعْتَاقُ لَزِمٌ فَكَانَ الْأَسْمُ لَهُ أَحَقُّ، وَلَا يَدْخُلُ فِيهِمْ مَوَالِي الْمَوَالِي لِأَنَّهُمْ مَوَالِي غَيْرِهِ حَقِيقَةً، بِخِلَافِ مَوَالِيهِ وَأَوْلَادِهِمْ لِأَنَّهُمْ يُنْسَبُونَ إِلَيْهِ بِإِعْتَاقٍ وَجِدَ مِنْهُ، وَبِخِلَافِ مَا إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ مَوَالٍ وَلَا أَوْلَادُ الْمَوَالِي لِأَنَّ اللَّفْظَ لَهُمْ مَجَازٌ فَيُصَرَّفُ إِلَيْهِ عِنْدَ تَعَدُّرِ اعْتِبَارِ الْحَقِيقَةِ.

وَلَوْ كَانَ لَهُ مُعْتَقٌ وَاحِدٌ وَمَوَالِي الْمَوَالِي فَالْنِّصْفُ لِمُعْتَقٍ وَالْبَاقِي لِلْوَرَثَةِ لَتَعَدَّرَ الْجَمْعُ بَيْنَ الْحَقِيقَةِ وَالْمَجَازِ، وَلَا يَدْخُلُ فِيهِ مَوَالٍ أَعْتَقَهُمْ ابْنُهُ أَوْ أَبُوهُ لِأَنَّهُمْ لَيْسُوا بِمَوَالِيهِ لَا حَقِيقَةً وَلَا مَجَازًا، وَإِنَّمَا يُحَرِّزُ مِيرَاثَهُمْ بِالْعَصُوبَةِ، بِخِلَافِ مُعْتَقِ الْبَعْضِ لِأَنَّهُ يُنْسَبُ إِلَيْهِ بِالْوَلَاةِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ أَوْصَى لَوْرَثَةٍ فَلَانٍ) وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (وَمَنْ أَوْصَى لِمَوَالِيهِ) مَبْنَاهُ عَلَى جَوَازِ عُمُومِ الْمُشْتَرَكِ وَعَدَمِ جَوَازِهِ، وَالشَّافِعِيُّ يُجِيزُ ذَلِكَ فَأَجَازَ هَذَا، وَأَصْحَابُنَا مَا جَوَّزُوهُ وَكَذَلِكَ هَذَا، وَالْمَرْوِيُّ عَنْ الشَّافِعِيِّ رَوَايَةٌ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ، لَكِنْ لَا عَلَى جَوَازِ عُمُومِ الْمُشْتَرَكِ بَلْ عَلَى أَنَّ لَفْظَ الْمَوْلَى يُطْلَقُ عَلَى الْأَعْلَى وَالْأَسْفَلِ مُتَوَاطِئًا كَالْإِخْوَةِ عَلَى بَنِي الْأَعْيَانِ وَبَنِي الْعِلَاطِ وَبَنِي الْأَحْيَافِ، وَلَيْسَ بِظَاهِرٍ؛ لِأَنَّ مَعْنَى الْإِخْوَةِ فِي الْجَمْعِ وَاحِدٌ وَهُوَ اشْتِمَالُ صُلْبِ الْأَبِ أَوْ الرَّحِمِ عَلَيْهِمْ، وَمَعْنَى الْمَوْلَى لَيْسَ كَذَلِكَ؛ فَإِنَّ مَعْنَى الْأَعْلَى مُنْعَمٌ وَمَعْنَى الْأَسْفَلِ مُنْعَمٌ عَلَيْهِ، فَكَانَ فِي أَحَدِهِمَا بِمَعْنَى الْفَاعِلِ وَفِي الْآخَرِ بِمَعْنَى الْمَفْعُولِ، وَإِلَيْهِ أَشَارَ بِقَوْلِهِ إِنَّ الْجِهَةَ مُخْتَلِفَةٌ.

وَقَوْلُهُ (فِي مَوْضِعِ الْإِتْبَاتِ) احْتِرَازٌ عَنْ صُورَةِ النَّفْيِ كَمَا ذَكَرَ فِي الْكِتَابِ وَهُوَ

اخْتِيَارُ شَمْسِ الْأَئِمَّةِ وَعَامَّةِ أَصْحَابِنَا، عَلَى أَنْ لَا عُمُومٌ لِلْمُشْتَرَكِ لَا فِي النَّفْيِ وَلَا فِي الْإِثْبَاتِ. وَأَجَابُوا عَنْ مَسْأَلَةِ الْحَلْفِ بِتَرْكِ الْكَلَامِ مَعَ الْمَوْلَى مُطْلَقًا لَيْسَ لَوْفُوعِهِ فِي النَّفْيِ بَلِ الْحَامِلُ عَلَى الْيَمِينِ بَعْضُهُ وَهُوَ غَيْرُهُ مُخْتَلَفٌ فَيَصِيرُ بِذَلِكَ الْمَعْنَى كَالشَّيْءِ وَقَدْ قَرَّرْتَاهُ فِي التَّقْرِيرِ مُسْتَوْفَى بِعَوْنِ اللَّهِ وَتَأْيِيدِهِ.

فَإِنْ قِيلَ: سَلَّمْنَا أَنَّ لَفْظَ الْمَوْلَى مُشْتَرَكٌ لَكِنْ حُكْمُهُ التَّوَقُّفُ فَكَيْفَ قَالَ فَالْوَصِيَّةُ بَاطِلَةٌ؟ أُجِيبَ بِأَنَّ الْكَلَامَ فِيمَا إِذَا مَاتَ الْمُوصِي قَبْلَ الْبَيَانِ وَالتَّوَقُّفُ فِي مِثْلِهِ لَا يُفِيدُ. فَإِنْ قِيلَ: التَّرْجِيحُ مِنْ جِهَةٍ أُخْرَى مُمَكِّنٌ وَهُوَ أَنْ تُصَرَّفَ الْوَصِيَّةُ إِلَى الْمَوْلَى الَّذِي أَعْتَقَهُ؛ لِأَنَّ شُكْرَ الْمُنْعَمِ وَاجِبٌ وَأَمَّا فَضْلُ الْإِنْعَامِ فِي حَقِّ الْمُنْعَمِ عَلَيْهِ فَمَنْدُوبٌ، وَالصَّرْفُ إِلَى الْوَاجِبِ أَوْلَى مِنْهُ إِلَى الْمَنْدُوبِ كَمَا هُوَ الْمَرْوِيُّ عَنْ أَبِي يُوسُفَ بِهَذَا الْمَعْنَى.

أُجِيبَ بِأَنَّهَا مُعَارَضَةٌ بِجِهَةٍ أُخْرَى، وَهُوَ أَنَّ الْعُرْفَ جَارٍ بِوَصِيَّةٍ ثُلُثِ الْمَالِ لِلْفُقَرَاءِ، وَالْغَالِبُ فِي الْمَوْلَى الْأَسْفَلَ الْفَقْرَ، وَفِي الْأَعْلَى الْغِنَى، وَالْمَعْرُوفُ عُرْفًا كَالْمَشْرُوطِ شَرْطًا كَمَا هُوَ الْمَرْوِيُّ عَنْ أَبِي يُوسُفَ بِهَذَا الْمَعْنَى. وَلَوْ أَوْصَى لِمَوَالِيهِ وَلَيْسَ لَهُ إِلَّا الْمَوْلَى الْأَعْلَى فَالْوَصِيَّةُ جَائِزَةٌ. وَيَدْخُلُ فِيهَا الْمُعْتَقُ فِي حَالِ الصَّحَّةِ وَالْمَرَضِ، وَلَا يَدْخُلُ مُدَبَّرُوهُ وَأُمَهَّاتُ أَوْلَادِهِ؛ لِأَنَّ عِتْقَهُ لَا يَثْبُتُ بَعْدَ الْمَوْتِ؛ لِأَنَّ التَّوَقُّفَ عَلَى الشَّيْءِ لَا بِالْعِلَّةِ يَغْفُوهُ وَجُودًا، وَالْوَصِيَّةُ تُضَافُ إِلَى حَالَةِ الْمَوْتِ؛ لِأَنَّهَا أُخْتُ الْمِيرَاثِ وَالْمِيرَاثُ كَذَلِكَ، فَلَا بُدَّ مِنْ تَحْقِيقِ اسْمِ الْمَوْلَى قَبْلَ الْمَوْتِ وَلَمْ يُوجَدْ فِيهِمَا.

(وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُمْ يَدْخُلُونَ)؛ لِأَنَّ سَبَبَ اسْتِحْقَاقِ الْوَلَاءِ وَهُوَ التَّذْيِيرُ وَالِاسْتِيْلَادُ (لَا زِمَ) أَيُّ: ثَابِتٌ مُسْتَقَرٌّ، وَالْأَصَحُّ الْأَوَّلُ؛ لِأَنََّّهُمْ لَا يُنْسَبُونَ إِلَيْهِ بِالْوَلَاءِ بِنَفْسِ الْاسْتِحْقَاقِ بَلْ بِالْإِحْيَاءِ الْحَاصِلِ بِالْعِتْقِ، وَذَلِكَ إِمَّا يَكُونُ بَعْدَ الْمَوْتِ (وَيَدْخُلُ فِيهِ) أَيُّ: فِي هَذَا الْإِيصَاءِ: يَعْنِي بِالْإِجْمَاعِ عَبْدٌ قَالَ لَهُ مَوْلَاهُ وَهُوَ وَاضِحٌ.

وَلَوْ أَوْصَى لِمَوَالِيهِ وَلَهُ مَوَالٍ وَأَوْلَادُ الْمَوَالِي وَمَوَالِي الْمَوَالَةِ دَخَلَ مُعْتَقُوهُ وَهُوَ ظَاهِرٌ، وَأَوْلَادُهُمْ؛ لِأَنَّ نِسْبَتَهُمْ إِلَيْهِ بِالْوَلَاءِ لِلْمُعْتَقِ الَّذِي بَاشَرَ فِي آبَائِهِمْ، وَالْفُرُوعُ أَجْزَاءُ الْأَصُولِ فَكَانَ الْإِطْلَاقُ حَقِيقَةً فِيهِمْ كَمَا فِي أَصُولِهِمْ؛ وَلِهَذَا لَا يَصِحُّ نَفْيُ اسْمِ الْمَوْلَى عَنْهُمْ، بِخِلَافِ مَا تَقَدَّمَ مِنْ بَنِي فُلَانٍ وَأَوْلَادِهِمْ؛ لِأَنَّ النَّفْيَ عَنِ الْفُرُوعِ صَحِيحٌ

حَيْثُ يَجُوزُ أَنْ يُقَالَ لَيْسُوا بَنِي فُلَانٍ وَإِنَّمَا هُمْ بَنُو بَنِيهِ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُمْ: يَعْنِي مَوَالِي الْمَوَالَةِ يَدْخُلُونَ أَيْضًا لَمَّا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ وَهُوَ وَاضِحٌ.

وَقَوْلُهُ (وَالِإِعْتِقَاقَ لَزِمَ) جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ: لَمَّا كَانَتْ الْجِهَةُ مُخْتَلَفَةً وَجَبَ بُطْلَانُ الْوَصِيَّةِ كَالْمَوْلَى الْأَعْلَى وَالْأَسْفَلِ. وَوَجْهُهُ أَنَّ الْمُشْتَرَكَ لَا يَعْمَلُ بِهِ إِلَّا إِذَا لَمْ تَكُنْ قَرِينَةً عَلَى أَحَدِ الْمَعْنِيِّينَ وَهَاهُنَا قَرِينَةٌ تُعَيَّنُ أَحَدَهُمَا، وَهُوَ أَنَّ وَلَاءَ الْإِعْتِقَاقِ بِمَنْزِلَةِ النَّسَبِ لَا يَحْتَمِلُ الْفَسْخَ بَعْدَ ثُبُوتِهِ، وَلَوْلَاءُ الْمَوَالَةِ ضَعِيفٌ مُخْتَلَفٌ فِيهِ بَيْنَ الْعُلَمَاءِ، وَسَبَبُهُ عَقْدٌ يَحْتَمِلُ الْفَسْخَ فَلَا تَتَحَقَّقُ الْمَزَاحِمَةُ بَيْنَهُمَا، وَلَوْ لَمْ يَكُنْ لَهُ إِلَّا مَوَالِي مُوَالَةِ كَانَ الثَّلَاثُ لَهُمْ؛ لِأَنَّ الْحَقِيقَةَ إِذَا لَمْ تُمَكِّنْ وَجَبَ الْعَمَلُ بِالْمَجَازِ صَوْنًا لِكَلَامِ الْعَاقِلِ عَنِ الْإِلْغَاءِ.

(وَلَوْ كَانَ لَهُ مُعْتَقٌ وَاحِدٌ وَمَوَالِي الْمَوَالِي فَالْتَّصِفُ لِمُعْتَقِهِ وَالْبَاقِي لِلْوَرَثَةِ؛ لِتَعَذُّرِ الْجَمْعِ بَيْنَ الْحَقِيقَةِ وَالْمَجَازِ) وَحُكْمُ وَلَدِ الْمُعْتَقِ حُكْمُ الْمُعْتَقِ لَمَّا ذَكَرْنَا أَنَّ اسْمَ الْمَوَالِي لِأَوْلَادِ الْمَوَالِي حَقِيقَةٌ. وَقَوْلُهُ (وَلَا يَدْخُلُ فِيهِ) أَيُّ: فِيمَا إِذَا أَوْصَى لِمَوَالِيهِ (مَوَالٍ أَعْتَقَهُمْ) هَكَذَا وَقَعَ فِي التَّنْسِخِ وَلَكِنَّ الصَّوَابَ أَنْ يُقَالَ: مَوَالٍ أَعْتَقَهُمْ أَبُوهُ أَوْ ابْنُهُ؛ لِأَنَّ التَّعْلِيلَ يُطَابِقُ ذَلِكَ دُونَ الْمَذْكُورِ فِي الْكِتَابِ.

وَهَذَا؛ لِأَنَّ الْحَقِيقَةَ هُوَ أَنْ يُبَاشَرَ إِعْتِقَاقُ مَمْلُوكٍ فَيَصِيرَ بِهِ مَوْلَى عَنهُ، وَالْمَجَازُ أَنْ يَتَسَبَّبَ لِذَلِكَ بِإِعْتِقَاقِ مَمْلُوكٍ فَيُعْتَقُ ذَلِكَ الْمُعْتَقُ مَمْلُوكًا وَلَمْ يُوْجَدْ فِي حَقِّ مَوَالِي الْأَبِ وَالْإِبْنِ فِعْلُ الْإِعْتِقَاقِ وَلَا تَسْبِيهِ، فَقُلْنَا: إِنَّهُمْ لَا يَدْخُلُونَ فِي هَذِهِ الْإِضَافَةِ، وَهَذَا الْمَعْنَى كَمَا تَرَى لَا يَسْتَقِيمُ عَلَى مَا وَقَعَ فِي التَّنْسِخِ؛ لِأَنَّ الَّذِينَ أَعْتَقَهُمْ مَوَالٍ لَهُ حَقِيقَةٌ.

وَقَوْلُهُ (وَإِنَّمَا يُحْرَزُ مِيرَاثُهُمْ بِالْعُصُوبَةِ) جَوَابٌ عَمَّا رَوَى عَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّ مَوَالِي أَبِيهِ تَدْخُلُ إِذَا مَاتَ أَبُوهُ وَوَرِثَ وَلَاءَهُمْ؛ لِأَنَّهُمْ مَوَالِيهِ حُكْمًا وَلِهَذَا يُحْرَزُ مِيرَاثُهُمْ. وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ إِحْرَازَهُ الْمِيرَاثِ مَا كَانَ لِكُونِهِمْ مَوَالٍ لَهُ، لَكِنَّ الشَّرْعَ أَقَامَ عَصَبَةَ الْمُعْتَقِ مَقَامَ الْمُعْتَقِ فِي حَقِّ الْمِيرَاثِ؛ لِأَنَّ الْوَلَاءَ كَالنَّسَبِ لَا يُوْرَثُ، نَصٌّ عَلَيْهِ صَاحِبُ الشَّرْعِ قَالَ «الْوَلَاءُ لِحِمَّةٍ كُلِّحِمَّةِ النَّسَبِ لَا يُبَاغُ وَلَا يُوهَبُ وَلَا يُورَثُ» وَهُوَ نَصٌّ صَرِيحٌ فِي عَدَمِ الْإِثْقَالِ فَكَانَ بِطَرِيقِ الْعُصُوبَةِ.

وَقَوْلُهُ (بِخِلَافِ مُعْتَقِ الْبَعْضِ) قَالَ فِي النَّهَائَةِ: هَكَذَا وَقَعَ فِي التَّنْسِخِ وَلَيْسَ بِصَوَابٍ. وَالصَّوَابُ أَنْ يَقُولَ بِخِلَافِ مُعْتَقِ الْمُعْتَقِ كَمَا هُوَ الْمَذْكُورُ فِي الْإِبْضَاحِ؛ لِأَنَّهُ

يُثْبِتُ بِهِذَا الْفَرْقَ بَيْنَ مَوَالِ الْمَوَالِي وَبَيْنَ مَوَالٍ أَعْتَقَهُمْ أَبُوهُ، أَوْ ابْنُهُ عَلَى مَا ذَكَرْنَا مِنْ النُّسْخَةِ الصَّحِيحَةِ فِيهِ أَيْضًا، وَذَلِكَ إِمَّا يَسْتَقِيمُ إِذَا كَانَ بِخِلَافِ مُعْتَقِ الْمُعْتَقِ، وَأَمَّا مُعْتَقُ الْبَعْضِ فَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ لَمْ يُنْسَبْ إِلَيْهِ بِالْوَلَاءِ بَعْدُ؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الْمَكَاتِبِ، وَالْمَكَاتِبُ لَا يَدْخُلُ تَحْتَ اسْمِ الْمَوْلَى عِنْدَ قِيَامِ الْكِتَابَةِ.

وَعِنْدَهُمَا إِنْ نُسِبَ إِلَيْهِ إِمَّا يُنْسَبُ إِلَيْهِ بِالْوَلَاءِ حَقِيقَةً فَلَا يَحْتَاجُ إِلَى ذِكْرِهِ. وَذَكَرَ بَعْضُ الشَّارِحِينَ أَنَّ النُّسْخَةَ فِي قَوْلِهِ وَلَا يَدْخُلُ فِيهِ مَوَالٍ أَعْتَقَهُمْ بَائِنَاتٍ لَفْظَةً ابْنِهِ، وَهَهُنَا بِخِلَافِ مُعْتَقِ الْبَعْضِ فَجَعَلَهُ مُرْتَبِطًا بِقَوْلِهِ وَلَا يَدْخُلُ فِيهِ مَوَالٍ أَعْتَقَهُمْ ابْنُهُ، وَمَعْنَاهُ فَإِنْ مُعْتَقُ الْبَعْضِ يَدْخُلُ تَحْتَ الْوَصِيَّةِ لِلْمَوْلَى؛ لِأَنَّهُ مَوْلَاهُ حَقِيقَةً، بِخِلَافِ مَوَالِي الْأُمِّ؛ لِأَنَّهُمْ لَيْسُوا مَوَالِيَهُ أَصْلًا، وَلَكِنْ يَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ هَذَا عَلَى مَذْهَبِهِمَا؛ لِأَنَّ مُعْتَقَ الْبَعْضِ كَالْمَكَاتِبِ، وَالْمَكَاتِبُ لَا يَدْخُلُ تَحْتَ اسْمِ الْمَوْلَى عِنْدَ تَمَامِ الْكِتَابَةِ، وَهَذَا فِيهِ تَصْحِيحٌ نُسْخَةِ الْكِتَابِ فِي الْمَوْضِعَيْنِ وَإِنْ كَانَ فِيهِ بَعْدُ مِنْ حَيْثُ الْإِيرَادُ عَلَى مَذْهَبِهَا خَاصَّةً، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

بَابُ الْوَصِيَّةِ بِالسُّكْنَى وَالْخِدْمَةِ وَالثَّمَرَةِ

قَالَ (وَتَجُوزُ الْوَصِيَّةُ بِخِدْمَةِ عَبْدِهِ وَسُكْنَى دَارِهِ سِنِينَ مَعْلُومَةً وَتَجُوزُ بِذَلِكَ أَبَدًا) لِأَنَّ الْمَنَافِعَ يَصِحُّ تَمْلِكُهَا فِي حَالَةِ الْحَيَاةِ بِبَدَلٍ وَغَيْرِ بَدَلٍ، فَكَذَا بَعْدَ الْمَمَاتِ لِحَاجَتِهِ كَمَا فِي الْأَعْيَانِ، وَيَكُونُ مَحْبُوسًا عَلَى مِلْكِهِ فِي حَقِّ الْمَنْفَعَةِ حَتَّى يَتِمْلَكَهَا الْمُوصَى لَهُ عَلَى مِلْكِهِ كَمَا يَسْتَوْفِي الْمُوقُوفُ عَلَيْهِ مَنَافِعَ الْوَقْفِ عَلَى حُكْمِ مِلْكِ الْوَاقِفِ، وَتَجُوزُ مُؤَقَّتًا وَمُؤَبَّدًا كَمَا فِي الْعَارِيَّةِ فَإِنَّهَا تَمْلِكُ عَلَى أَصْلَانَا، بِخِلَافِ الْمِيرَاثِ لِأَنَّهُ خِلَافُهُ فِيمَا يَتِمْلِكُهُ الْمَوْرَثُ وَذَلِكَ فِي عَيْنٍ تَبْقَى وَالْمَنْفَعَةُ عَرَضٌ لَا يَبْقَى، وَكَذَا الْوَصِيَّةُ بِغَلَتِ الْعَبْدِ وَالْدَّارِ لِأَنَّهُ بَدَلُ الْمَنْفَعَةِ فَآخَذَ حُكْمَهَا وَالْمَعْنَى يَشْمَلُهُمَا.

قَالَ (فَإِنْ خَرَجَتْ رَقَبَةُ الْعَبْدِ مِنَ الثُّلْثِ يُسَلَّمُ إِلَيْهِ لِيَخْدُمَهُ) لِأَنَّ حَقَّ الْمُوصَى لَهُ فِي الثُّلْثِ لَا يُزَاحِمُهُ الْوَرَثَةُ (وَإِنْ كَانَ لَا مَالَ لَهُ غَيْرُهُ خَدَمَ الْوَرَثَةَ يَوْمَئِذٍ وَالْمُوصَى لَهُ يَوْمًا) لِأَنَّ حَقَّهُ فِي الثُّلْثِ وَحَقَّهُمْ فِي الثُّلْثَيْنِ كَمَا فِي الْوَصِيَّةِ فِي الْعَيْنِ وَلَا تُمْكِنُ قِسْمَةُ الْعَبْدِ أَجْزَاءً لِأَنَّهُ لَا يَتَجَزَّأُ فَصَرَفْنَا إِلَى الْمَهَابِيَةِ إيفَاءً لِلْحَقَّائِنِ، بِخِلَافِ الْوَصِيَّةِ بِسُكْنَى الدَّارِ إِذَا كَانَتْ لَا تَخْرُجُ مِنَ الثُّلْثِ حَيْثُ تُقَسَّمُ عَيْنُ الدَّارِ ثَلَاثًا لِلاَنْتِفَاعِ لِأَنَّهُ يُمْكِنُ الْقِسْمَةُ

بِالْأَجْزَاءِ وَهُوَ أَعْدَلُ لِلتَّسْوِيَةِ بَيْنَهُمَا زَمَانًا وَذَاتًا، وَفِي الْمَهَايَةِ تَقْدِيمُ أَحَدِهِمَا زَمَانًا.
وَلَوْ اقْتَسَمُوا الدَّارَ مَهَايَةً مِنْ حَيْثُ الزَّمَانُ تَجَوَّزُ أَيْضًا لِأَنَّ الْحَقَّ لَهُمْ، إِلَّا أَنَّ الْأَوَّلَ
وَهُوَ الْأَعْدَلُ أَوَّلَى، وَلَيْسَ لِلْوَرَثَةِ أَنْ يَبِيعُوا مَا فِي أَيْدِيهِمْ مِنْ ثُلْثِي الدَّارِ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ
رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ لَهُمْ ذَلِكَ لِأَنَّهُ خَالِصٌ لِمَكِهِمْ. وَجَهُ الظَّاهِرِ أَنَّ حَقَّ الْمُوصَى لَهُ ثَابِتٌ فِي
سُكْنَى جَمِيعِ الدَّارِ بِأَنَ ظَهَرَ لِلْمَيِّتِ مَالٌ آخَرُ وَتَخْرُجُ الدَّارُ مِنَ الثُّلْثِ، وَكَذَا لَهُ حَقُّ
الْمَزَاحِمَةِ فِيمَا فِي أَيْدِيهِمْ إِذَا خَرِبَ مَا فِي يَدِهِ. وَالْبَيْعُ يَتَضَمَّنُ إِبْطَالَ ذَلِكَ فَمَنَعُوا عَنْهُ.
قَالَ (فَإِنْ كَانَ مَاتَ الْمُوصَى لَهُ عَادَ إِلَى الْوَرَثَةِ) لِأَنَّ الْمُوصِيَّ أَوْجَبَ الْحَقَّ لِلْمُوصَى
لَهُ لَيْسَتْ فِيهِ الْمَنَافِعُ عَلَى حُكْمِ مِلْكِهِ، فَلَوْ انْتَقَلَ إِلَى وَارِثِ الْمُوصَى لَهُ اسْتَحَقَّهَا ابْتِدَاءً مِنْ
مِلْكِ الْمُوصِي مِنْ غَيْرِ مَرْضَاتِهِ وَذَلِكَ لَا يَجُوزُ.

الشرح:

(بَابُ الْوَصِيَّةِ بِالسُّكْنَى وَالْخِدْمَةِ وَالشَّرْمَةِ): لَمَّا فَرَّغَ مِنْ أَحْكَامِ الْوَصَايَا الْمُتَعَلِّقَةِ
بِالْأَعْيَانِ شَرَعَ فِي بَيَانِ أَحْكَامِ الْوَصَايَا الْمُتَعَلِّقَةِ بِالْمَنَافِعِ، وَأَخَّرَ هَذَا الْبَابَ لَمَّا أَنَّ الْمَنَافِعَ
بَعْدَ الْأَعْيَانِ وَجُودًا فَأَخَّرَهَا عَنْهَا وَضَعًا. قَالَ (وَتَجَوَّزُ الْوَصِيَّةُ بِخِدْمَةِ عَبْدِهِ وَسُكْنَى
دَارِهِ) كَلَامُهُ وَاضِحٌ، وَيُقِيدُ الْمُوَافَقَةَ بَيْنَ الْوَصِيَّةِ وَالْعَارِيَّةِ فِي كَوْنِ كُلِّ مِنْهُمَا تَمْلِكُ
الْمَنَافِعَ بِغَيْرِ عَوْضٍ وَالْمُبَايَنَةُ بَيْنَهُمَا وَيَبْنِي الْإِرْثَ؛ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ تَعْتَمِدُ التَّمْلِكُ وَالْمَنَافِعُ تُقْبَلُ
ذَلِكَ لِلْحَاجَةِ حَالَةَ الْحَيَاةِ.

(فَكَذَا بَعْدَ الْمَمَاتِ)؛ لِأَنَّ الْمَوْتَ لَا يُزِيلُهَا وَالْإِرْثُ خِلَافُهُ (فِيمَا يَمْلِكُهُ الْمَوْرَثُ
وَذَلِكَ فِي عَيْنِ ثَبَقَى وَالْمَنْفَعَةُ عَرَضٌ لَا يَبْقَى) وَإِذَا جَازَتْ الْوَصِيَّةُ بِمَنْفَعَةِ الْعَبْدِ جَازَتْ
بِعَلَّتِهِ؛ لِأَنَّهَا بَدَلُهَا فَأَخَذَتْ حُكْمَهَا (وَالْمَعْنَى) وَهُوَ الْحَاجَةُ (بِشَمْلِهَا) يَعْنِي الْمَنْفَعَةَ وَالْعَلَّةَ.
وَقَوْلُهُ (فَإِنْ خَرَجَتْ رَقَبَةُ الْعَبْدِ) فِيهِ تَفْصِيلٌ وَهُوَ أَنَّهُ إِذَا أَوْصَى بِخِدْمَةِ عَبْدِهِ
لشَخْصٍ فِيمَا أَنْ قَالَ أَبَدًا أَوْ جَعَلَ ذَلِكَ زَمَانًا، فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلَ، وَخَرَجَتْ رَقَبَةُ الْعَبْدِ
مِنْ الثُّلْثِ أَوْ لَمْ تَخْرُجْ وَلَكِنْ أَجَازَتْ الْوَرَثَةُ التَّسْلِيمَ إِلَيْهِ يُسَلِّمُ إِلَيْهِ لِيَخْلُصَهُ وَإِنْ لَمْ
تُجْزِهِ الْوَرَثَةُ خَدَمَ الْوَرَثَةُ يَوْمَيْنِ وَالْمُوصَى لَهُ يَوْمًا إِلَى أَنْ يَمُوتَ، وَإِنْ كَانَ الثَّانِي فِيمَا أَنْ
عَيْنَ سَنَةٍ مِثْلَ أَنْ يَقُولَ سَنَةً سِتٍّ وَسَبْعِينَ وَسَبْعِمِائَةً أَوْ لَمْ يُعَيِّنْ.

فَإِنْ عَيْنَ وَمَضَتْ تِلْكَ الْمُدَّةُ قَبْلَ مَوْتِ الْمُوصِي بَطَلَتْ الْوَصِيَّةُ، وَإِنْ مَاتَ الْمُوصِي

بَعْدَ مُضِيِّ الْبَعْضِ مِنْ تِلْكَ السَّنَةِ أَوْ مَاتَ قَبْلَ مُضِيِّهَا، فَإِنْ كَانَ الْعَبْدُ يَخْرُجُ مِنَ الثُّلُثِ أَوْ أَجَازَتْ الْوَرَثَةُ فَإِنَّهُ يُسَلَّمُ الْعَبْدُ إِلَى الْمُوصَى لَهُ حَتَّى يَسْتَوْفِيَ وَصِيَّتَهُ، وَإِنْ كَانَ لَا يَخْرُجُ وَلَمْ تُجْزِ الْوَرَثَةُ يَخْدُمُ الْمُوصَى لَهُ يَوْمًا وَالْوَرَثَةُ يَوْمَيْنِ حَتَّى تَمُضِيَ السَّنَةُ الَّتِي عَيَّنَهَا ثُمَّ يُسَلَّمُ إِلَى الْوَرَثَةِ.

وَإِنْ لَمْ يُعَيَّنْ فَإِنْ كَانَ الْعَبْدُ يَخْرُجُ مِنْ ثُلُثِ الْمَالِ أَوْ لَا يَخْرُجُ وَأَجَازَتْ الْوَرَثَةُ يُسَلَّمُ الْعَبْدُ إِلَى الْمُوصَى لَهُ لَيْسَتْخْدَمُهُ سَنَةً كَامِلَةً ثُمَّ يَرُدُّهُ إِلَى الْوَرَثَةِ، وَإِنْ لَمْ يَخْرُجْ وَلَمْ تُجْزِ الْوَرَثَةُ يَخْدُمُ الْمُوصَى لَهُ يَوْمًا وَالْوَرَثَةُ يَوْمَيْنِ إِلَى ثَلَاثِ سِنِينَ ثُمَّ يَرُدُّهُ إِلَى الْوَرَثَةِ، وَهَذَا الْحُكْمُ عَلَى خِلَافِ مَا إِذَا أَوْصَى بِغَلَّةِ عَبْدِهِ سَنَةً فَإِنَّ لَهُ ثُلْثَ غَلَّةِ تِلْكَ السَّنَةِ عَلَى مَا سَنَدَكُرُهُ قَالَ (فَإِنْ كَانَ مَاتَ الْمُوصَى لَهُ عَادَ إِلَى الْوَرَثَةِ) إِذَا مَاتَ الْمُوصَى لَهُ عَادَ الْمُوصَى بِهِ إِلَى وَرَثَةِ الْمُوصِي؛ لِأَنَّ الْمُوصِي أَوْجَبَ الْحَقَّ لِلْمُوصَى لَهُ لَيْسَتْوَفِيَ الْمَنَافِعَ عَلَى حُكْمِ مِلْكِهِ، فَلَوْ اتَّقَلَّ الْحُكْمُ إِلَى وَارِثِ الْمُوصَى لَهُ اسْتَحَقَّهَا.

(اِبْتِدَاءً مِنْ مِلْكِ الْمُوصِي) لَمَّا تَقَدَّمَ أَنَّ الْمِيرَاثَ خِلَافُهُ فِيمَا يَتَمَلَّكُهُ الْمُوْرَثُ، وَذَلِكَ فِي عَيْنِ ثَبَقَى وَالْمَنْفَعَةُ عَرَضٌ لَا يَبْقَى، لَكِنْ يَجُوزُ أَنْ يَسْتَحِقَّهَا لِذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَرْضَ بِهِ، وَاسْتِحْقَاقُ الْمَلِكِ مِنْ غَيْرِ مُرَاضَاةِ الْمَالِكِ لَا يَجُوزُ.

(وَكُو مَاتَ الْمُوصَى لَهُ فِي حَيَاةِ الْمُوصِي بَطَلَتْ) لِأَنَّ إِجَابَهَا تَعَلَّقَ بِالْمَوْتِ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ مِنْ قَبْلُ. وَكَو أَوْصَى بِغَلَّةِ عَبْدِهِ أَوْ دَارِهِ فَاسْتَخْدَمَهُ بِنَفْسِهِ أَوْ سَكَنَهَا بِنَفْسِهِ قِيلَ يَجُوزُ ذَلِكَ لِأَنَّ قِيَمَةَ الْمَنَافِعِ كَمِيْنَهَا فِي تَحْصِيلِ الْمَقْصُودِ. وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ لِأَنَّ الْغَلَّةَ دَرَاهِمُ أَوْ دَنَانِيرُ وَقَدْ وَجَبَتْ الْوَصِيَّةُ بِهَا، وَهَذَا اسْتِيفَاءُ الْمَنَافِعِ وَهُمَا مُتَفَاوِرَانِ وَمُتَفَاوِرَتَانِ فِي حَقِّ الْوَرَثَةِ، فَإِنَّهُ لَوْ ظَهَرَ دَيْنٌ يُمَكِّنُهُمْ آدَاؤُهُ مِنَ الْغَلَّةِ بِالْاسْتِرْدَادِ مِنْهُ بَعْدَ اسْتِغْلَالِهَا وَلَا يُمَكِّنُهُمْ مِنَ الْمَنَافِعِ بَعْدَ اسْتِيفَائِهَا بِعَيْنِهَا.

وَلَيْسَ لِلْمُوصَى لَهُ بِالْخِدْمَةِ وَالسُّكْنَى أَنْ يُؤَاجِرَ الْعَبْدَ أَوْ الدَّارَ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَهُ ذَلِكَ لِأَنَّهُ بِالْوَصِيَّةِ مَلَكَ الْمَنْفَعَةَ فَيَمْلِكُ تَمْلِيْكَهَا مِنْ غَيْرِهِ بِبَدَلٍ أَوْ غَيْرِ بَدَلٍ لِأَنَّهَا كَالْأَعْيَانِ عِنْدَهُ، بِخِلَافِ الْعَارِيَّةِ لِأَنَّهَا إِبَاحَةٌ عَلَى أَصْلِهِ وَلَيْسَ بِتَمْلِيْكٍ وَلِنَا أَنَّ الْوَصِيَّةَ تَمْلِيْكٌ بِغَيْرِ بَدَلٍ مُضَافٍ إِلَى مَا بَعْدَ الْمَوْتِ فَلَا يَمْلِكُ تَمْلِيْكَهُ بِبَدَلٍ اعْتِبَارًا بِالإِعَارَةِ فَإِنَّهَا تَمْلِيْكٌ بِغَيْرِ بَدَلٍ فِي حَالَةِ الْحَيَاةِ عَلَى أَصْلِنَا، وَلَا يَمْلِكُ الْمُسْتَعِيرُ الإِجَارَةَ لِأَنَّهَا تَمْلِيْكٌ

بِدَلٍّ، كَذَا هَذَا.

وَتَحْقِيقُهُ أَنَّ التَّمْلِيكَ بِدَلٍّ لَازِمٌ وَبِغَيْرِ بَدَلٍ غَيْرُ لَازِمٍ، وَلَا يَمْلِكُ الْأَقْوَى بِالْأَضْعَفِ وَالْأَكْثَرُ بِالْأَقَلِّ، وَالْوَصِيَّةُ تَبَرُّعٌ غَيْرُ لَازِمٍ إِلَّا أَنَّ الرَّجُوعَ لِلْمُتَبَرِّعِ لَا لِغَيْرِهِ وَالْمُتَبَرِّعُ بَعْدَ الْمَوْتِ لَا يُمْكِنُهُ الرَّجُوعُ فَلِهَذَا انْقَطَعَ، أَمَّا هُوَ فِي وَضْعِهِ فَغَيْرُ لَازِمٍ، وَلَأنَّ الْمَنْفَعَةَ لَيْسَتْ بِمَالٍ عَلَى أَصْلَانَا وَفِي تَمْلِيكِهَا بِالْمَالِ إِحْدَاثُ صِفَةِ الْمَالِيَّةِ فِيهَا تَحْقِيقًا لِلْمُسَاوَاةِ فِي عَقْدِ الْمَعَاوَضَةِ، فَإِنَّمَا تَثَبَّتْ هَذِهِ الْوِلَايَةُ لِمَنْ يَمْلِكُهَا تَبَعًا لِلْمَلِكِ الرَّقَبَةِ، أَوْ لِمَنْ يَمْلِكُهَا بِعَقْدِ الْمَعَاوَضَةِ حَتَّى يَكُونَ مُمْلِكًا لَهَا بِالْصِفَةِ الَّتِي تَمْلِكُهَا.

أَمَّا إِذَا تَمْلِكُهَا مَقْصُودَةٌ بِغَيْرِ عَوَضٍ ثُمَّ مَلَكَهَا بِعَوَضٍ كَانَ مُمْلِكًا أَكْثَرَ مِمَّا تَمْلِكُهُ مَعْنَى وَهَذَا لَا يَجُوزُ، وَلَيْسَ لِلْمُوصَى لَهُ أَنْ يُخْرِجَ الْعَبْدَ مِنَ الْكُوفَةِ إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْمُوصَى لَهُ وَأَهْلُهُ فِي غَيْرِ الْكُوفَةِ فَيُخْرِجُهُ إِلَى أَهْلِهِ لِلْخِدْمَةِ هُنَاكَ إِذَا كَانَ يَخْرُجُ مِنَ الثَّلَاثِ، لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ إِنَّمَا تَنْفُذُ عَلَى مَا يُعْرَفُ مِنَ مَقْصُودِ الْمُوصِي، فَإِذَا كَانُوا فِي مِصْرِهِ فَمَقْصُودُهُ أَنْ يُمْكِنَهُ مِنْ خِدْمَتِهِ فِيهِ بِدُونِ أَنْ يُلْزِمَهُ مَشَقَّةُ السَّفَرِ، وَإِذَا كَانُوا فِي غَيْرِهِ فَمَقْصُودُهُ أَنْ يَحْمِلَ الْعَبْدَ إِلَى أَهْلِهِ لِيَخْدُمَهُمْ.

الشرح:

وَلَوْ مَاتَ الْمُوصَى لَهُ (فِي حَيَاةِ الْمُوصِي بَطَلَتْ) الْوَصِيَّةُ (لِأَنَّ إِجْبَاقَهَا تَعَلَّقَ بِالْمَوْتِ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ مِنْ قَبْلُ) أَيْ فِي فَصْلِ اعْتِبَارِ حَالَةِ الْوَصِيَّةِ فِي بَيَانِ الْفَرْقِ بَيْنَ جَوَازِ الْإِقْرَارِ وَبُطْلَانِ الْوَصِيَّةِ بِقَوْلِهِ بِخِلَافِ الْوَصِيَّةِ؛ لِأَنَّهَا إِجْبَابٌ عِنْدَ الْمَوْتِ (وَلَوْ أَوْصَى بِغَلَّةِ عَبْدِهِ أَوْ دَارِهِ) فَاسْتَخْدَمَ الْعَبْدَ الْمُوصِي بِغَلَّتِهِ الْمُوصَى لَهُ بِنَفْسِهِ أَوْ سَكَنَ الدَّارَ الْمُوصِي بِغَلَّتِهَا بِنَفْسِهِ. اخْتَلَفَ الْمَشَايخُ فِي ذَلِكَ عَلَى مَا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ وَهُوَ وَاضِحٌ.

وَقَوْلُهُ (وَلَيْسَ لِلْمُوصَى لَهُ بِالْخِدْمَةِ أَنْ يُؤْجَرَ الْعَبْدَ وَالدَّارَ) وَاضِحٌ سِوَى أَلْفَاظِ نَذَرُهَا (قَوْلُهُ اعْتِبَارًا بِالْإِعَارَةِ فَإِنَّهَا تَمْلِكُ بِغَيْرِ بَدَلٍ) قَدْ تَقَدَّمَ فِي بَابِ الْعَارِيَّةِ، وَفِي الْحَقِيقَةِ هَذَا الْمَعْنَى رَاجِعٌ إِلَى الْأَصْلِ الْمَقَرَّرِ وَهُوَ أَنَّ الشَّيْءَ لَا يَتَضَمَّنُ مَا فَوْقَهُ. وَقَوْلُهُ (إِلَّا أَنَّ الرَّجُوعَ لِلْمُتَبَرِّعِ لَا لِغَيْرِهِ) جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ الْوَصِيَّةُ وَإِنْ كَانَتْ غَيْرَ لَازِمَةٍ ابْتِدَاءً لَكِنَّهَا تَصِيرُ لَازِمَةً بَعْدَ الْمَوْتِ لِعَدَمِ قَبُولِهَا الرَّجُوعَ حِينَئِذٍ.

وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ الِاعْتِبَارَ لِلْمَوْضُوعَاتِ الْأَصْلِيَّةِ، وَالْوَصِيَّةُ فِي وَضْعِهَا غَيْرُ لَازِمَةٍ،

وَانْقِطَاعُ الرُّجُوعِ بِمَوْتِ الْمُوصِي مِنَ الْعَوَاضِ فَلَا مُعْتَبَرَ بِهِ. وَقَوْلُهُ (وَلَأَنَّ الْمَنْفَعَةَ) دَلِيلٌ آخَرُ. وَقَوْلُهُ (وَهَذَا لَا يَجُوزُ) يَعْنِي بِنَاءً عَلَى مَا قَالَ، وَلَا يَمْلِكُ الْأَقْوَى بِالْأَضْعَفِ وَهُوَ ظَاهِرٌ. وَاعْتَرِضَ عَلَيْهِ بِإِجَارَةِ الْحَرِّ نَفْسَهُ فَإِنَّهُ لَا يَمْلِكُ مَنَفَعَتَهُ تَبَعًا لِلْمَلِكِ رَقَبَتِهِ لَا بَعْدَ الْمَعَاوِضَةِ وَيَجُوزُ لَهُ أَنْ يَمْلِكَهَا يَبْدُلُ. وَأُجِيبَ بِأَنْ كَلَامَ الْمُصَنِّفِ فِي الْوَصِيَّةِ، فَمَرَادُهُ بِالْمَنْفَعَةِ مَنَفَعَةُ تَجُوزُ الْوَصِيَّةُ بِهَا، وَمَنْفَعَةُ الْحَرِّ لَيْسَتْ كَذَلِكَ فَلَا يَكُونُ وَارِدًا عَلَيْهِ.

وَقَوْلُهُ (إِذَا كَانَ يَخْرُجُ مِنَ الثَّلَاثِ) احْتِرَازٌ عَمَّا إِذَا لَمْ يَخْرُجْ فَإِنَّهُ لَيْسَ لَهُ الْإِخْرَاجُ إِلَى أَهْلِهِ إِلَّا بِإِجَارَةِ الْوَرَثَةِ. وَقَوْلُهُ (وَإِذَا كَانُوا فِي غَيْرِهِ) أَيِ فِي غَيْرِ مِصْرِ الْمُوصِي.

وَلَوْ أَوْصَى بِغَلَّةٍ عَبْدِهِ أَوْ بِغَلَّةٍ دَارِهِ يَجُوزُ أَيْضًا لِأَنَّهُ بَدَلُ الْمَنْفَعَةِ فَآخَذَ حُكْمَ الْمَنْفَعَةِ فِي جَوَازِ الْوَصِيَّةِ بِهِ، كَيْفَ وَأَنَّهُ عَيْنٌ حَقِيقَةٌ لِأَنَّهُ دَرَاهِمٌ أَوْ دَنَانِيرُ فَكَانَ بِالْجَوَازِ أَوَّلَى، وَلَوْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ غَيْرُهُ كَانَ لَهُ ثَلَاثُ غَلَّتِ تِلْكَ السَّنَةِ لِأَنَّهُ عَيْنٌ مَالٍ يَحْتَمِلُ الْقِسْمَةَ بِالْأَجْزَاءِ، فَلَوْ أَرَادَ الْمُوصَى لَهُ قِسْمَةَ الدَّارِ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْوَرَثَةِ لَيَكُونُ هُوَ الَّذِي يَسْتَغْلُ ثُلُثَهَا لَمْ يَكُنْ لَهُ ذَلِكَ إِلَّا فِي رِوَايَةٍ عَنْ أَبِي يُوسُفَ فَإِنَّهُ يَقُولُ: الْمُوصَى لَهُ شَرِيكَ الْوَارِثِ وَلِشَرِيكَ ذَلِكَ، فَكَذَلِكَ لِلْمُوصَى لَهُ.

إِلَّا أَنَا نَقُولُ: الْمُطَالَبَةُ بِالْقِسْمَةِ تُبْتَنَى عَلَى ثُبُوتِ الْحَقِّ لِلْمُوصَى لَهُ فِيمَا يُلَاقِيهِ الْقِسْمَةَ إِذْ هُوَ الْمُطَالِبُ، وَلَا حَقَّ لَهُ فِي عَيْنِ الدَّارِ، وَإِنَّمَا حَقُّهُ فِي الْغَلَّةِ فَلَا يَمْلِكُ الْمُطَالِبَةُ بِقِسْمَةِ الدَّارِ، وَلَوْ أَوْصَى لَهُ بِخِدْمَةِ عَبْدِهِ وَلَاخِرَ بِرَقَبَتِهِ وَهُوَ يَخْرُجُ مِنَ الثَّلَاثِ فَالْرَقَبَةُ لِصَاحِبِ الرَقَبَةِ وَالْخِدْمَةُ عَلَيْهَا لِصَاحِبِ الْخِدْمَةِ، لِأَنَّهُ أَوْجَبَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا شَيْئًا مَعْلُومًا عَطْفًا مِنْهُ لِأَحَدِهِمَا عَلَى الْآخَرِ فَتُعْتَبَرُ هَذِهِ الْحَالَةُ بِحَالَةِ الْإِنْفِرَادِ.

ثُمَّ لَمَّا صَحَّتِ الْوَصِيَّةُ لِصَاحِبِ الْخِدْمَةِ، فَلَوْ لَمْ يُوصِ فِي الرَقَبَةِ مِيرَاثًا لِلْوَرَثَةِ مَعَ كَوْنِ الْخِدْمَةِ لِلْمُوصَى لَهُ، فَكَذَا إِذَا أَوْصَى بِالرَقَبَةِ لِإِنْسَانٍ آخَرَ، إِذِ الْوَصِيَّةُ أُخْتُ الْمِيرَاثِ مِنْ حَيْثُ إِنَّ الْمَلِكَ يَثْبُتُ فِيهِمَا بَعْدَ الْمَوْتِ.

وَلَهَا نَظَائِرٌ، وَهُوَ مَا إِذَا أَوْصَى بِأَمَةٍ لِرَجُلٍ وَبِمَا فِي بَطْنِهَا لِآخَرٍ وَهِيَ تَخْرُجُ مِنَ الثَّلَاثِ، أَوْ أَوْصَى لِرَجُلٍ بِخَاتَمٍ وَلَاخِرَ بِفَصِّهِ، أَوْ قَالَ هَذِهِ الْقَوْصَرَةُ لِفُلَانٍ وَمَا فِيهَا مِنَ الثَّمَرِ لِفُلَانٍ كَانَ كَمَا أَوْصَى، وَلَا شَيْءَ لِصَاحِبِ الظَّرْفِ فِي الْمَظْرُوفِ فِي هَذِهِ الْمَسَائِلِ كُلِّهَا، أَمَّا إِذَا فَصَّلَ أَحَدُ الْإِجَابِيِّينَ عَنِ الْآخَرِ فِيهَا فَكَذَلِكَ الْجَوَابُ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ.

وَعَلَى قَوْلِ مُحَمَّدٍ الْأَمَّةُ لِلْمَوْصَى لَهُ بِهَا وَالْوَلَدُ بَيْنَهُمَا نِصْفَانِ، وَكَذَلِكَ فِي أَخَوَاتِهَا. لِأَبِي يُوسُفَ أَنْ يَاجِبَ فِي الْكَلَامِ الثَّانِي تَبَيَّنَ أَنَّ مُرَادَهُ مِنَ الْكَلَامِ الْأَوَّلِ إِيْجَابُ الْأَمَّةِ لِلْمَوْصَى لَهُ بِهَا دُونَ الْوَلَدِ، وَهَذَا الْبَيَانُ مِنْهُ صَحِيحٌ وَإِنْ كَانَ مَفْصُولًا لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ لَا تُلْزِمُ شَيْئًا فِي حَالِ حَيَاةِ الْمَوْصِي فَكَانَ الْبَيَانُ الْمَفْصُولُ فِيهِ وَالْمَوْصُولُ سَوَاءً كَمَا فِي وَصِيَّةِ الرَّقَبَةِ وَالْخِدْمَةِ. وَلِمُحَمَّدٍ أَنْ اسْمَ الْخَائِمِ يَتَنَاولُ الْحَلَقَةَ وَالْفَصَّ. وَكَذَلِكَ اسْمُ الْجَارِيَةِ يَتَنَاولُهَا وَمَا فِي بَطْنِهَا.

وَاسْمُ الْقَوْصَرَةِ كَذَلِكَ، وَمِنْ أَصْلَانَا أَنَّ الْعَامَّ الَّذِي مُوجِبُهُ ثُبُوتُ الْحُكْمِ عَلَى سَبِيلِ الْإِحَاطَةِ بِمَنْزِلَةِ الْخَاصِّ فَقَدْ اجْتَمَعَ فِي الْفَصِّ وَصِيَّتَانِ وَكُلُّ مِنْهُمَا وَصِيَّةٌ بِإِيْجَابٍ عَلَى حِدَةٍ فَيُجْعَلُ الْفَصُّ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ، وَلَا يَكُونُ إِيْجَابُ الْوَصِيَّةِ فِيهِ لِلثَّانِي رُجُوعًا عَنِ الْأَوَّلِ، كَمَا إِذَا أَوْصَى لِلثَّانِي بِالْخَائِمِ، بِخِلَافِ الْخِدْمَةِ مَعَ الرَّقَبَةِ لِأَنَّ اسْمَ الرَّقَبَةِ لَا يَتَنَاولُ الْخِدْمَةَ وَإِنَّمَا يَسْتَخْدِمُهُ الْمَوْصَى لَهُ بِحُكْمِ أَنَّ الْمَنْفَعَةَ حَصَلَتْ عَلَى مِلْكِهِ، فَإِذَا أَوْجَبَ الْخِدْمَةَ لغيرِهِ لَا يَبْقَى لِلْمَوْصَى لَهُ فِيهِ حَقٌّ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ الْكَلَامُ مَوْصُولًا لِأَنَّ ذَلِكَ دَلِيلُ التَّخْصِيصِ وَالْإِسْتِثْنَاءِ، فَتَبَيَّنَ أَنَّهُ أَوْجَبَ لِصَاحِبِ الْخَائِمِ الْحَلَقَةَ خَاصَّةً دُونَ الْفَصِّ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلَوْ أَوْصَى بِعَلَّةٍ عَبْدِهِ أَوْ بِعَلَّةٍ ذَارِهِ) قَدْ عُلِمَ جَوَازُهُ فِيمَا تَقَدَّمَ مِنْ طَرِيقَيْنِ وَلَعَلَّهُ ذَكَرَهُ تَمْهِيدًا لِقَوْلِهِ (وَلَوْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ غَيْرُهُ كَانَ لَهُ ثُلُثُ غَلَّةٍ تِلْكَ السَّنَةِ) يَعْنِي إِذَا لَمْ تُجْزِ الْوَرَثَةُ كَانَتْ الْوَصِيَّةُ بِعَلَّةٍ عَبْدِهِ سَنَةً، وَتَذَكِيرُ الضَّمَائِرِ إِمَّا بِتَأْوِيلِ الْمَالِ أَوْ نَظَرًا إِلَى الْخَبَرِ. وَقَوْلُهُ (لَأَنَّهُ عَيْنُ مَالٍ تَحْتَمِلُ الْقِسْمَةَ بِالْأَجْزَاءِ) وَكُلُّ مَا هُوَ كَذَلِكَ تُعْلَقُ الْوَصِيَّةُ بِثُلْثِهِ إِنْ لَمْ يَخْرُجْ مِنَ الثُّلُثِ، وَفِيهِ إِشَارَةٌ إِلَى الْفَرْقِ بَيْنَهَا وَبَيْنَ الْخِدْمَةِ؛ فَإِنَّ الْعَبْدَ لَمَّا لَمْ يَحْتَمِلِ الْقِسْمَةَ بِالْأَجْزَاءِ صَرَفْنَا إِلَى قِسْمَةِ اسْتِيفَاءِ الْخِدْمَةِ بِطَرِيقِ الْمُهَيَّيَّةِ إِلَى مَا يُسْتَوْفَى خِدْمَتُهُ سَنَةً كَامِلَةً كَمَا مَرَّ ذِكْرُهُ.

وَقَوْلُهُ (وَلَوْ أَرَادَ الْمَوْصَى لَهُ قِسْمَةَ الدَّارِ) ظَاهِرٌ إِلَى قَوْلِهِ (عَطْفًا مِنْهُ لِأَحَدِهِمَا عَلَى الْآخَرِ) وَمَعْنَى ذَلِكَ أَنَّهُ عَطَفَ قَوْلَهُ، وَالْآخَرُ بِرَقَبَتِهِ عَلَى قَوْلِهِ أَوْصَى لَهُ بِخِدْمَةِ عَبْدِهِ (فَتَعَبَّرُ هَذِهِ الْحَالَةَ) يُرِيدُ حَالَةَ الْعَطْفِ (بِحَالَةِ الْإِنْفِرَادِ) أَيُّ بِحَالَةِ إِنْفِرَادٍ إِحْدَى

الْوَصِيِّينَ عَنِ الْآخَرَى فَلَا تَحَقُّقُ الْمَشَارَكَةُ بَيْنَهُمَا فِيمَا أُوجِبَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا.
 وَقَوْلُهُ (ثُمَّ لَمَّا صَحَّتْ الْوَصِيَّةُ لَصَاحِبِ الْخِدْمَةِ) كَالْيَبَّانِ وَالتَّفْسِيرُ لَمَّا قَبْلَهُ مِنْ حَالَةِ
 الْإِنْفِرَادِ: يَعْنِي لَوْ كَانَتْ الْوَصِيَّةُ بِالْخِدْمَةِ مُنْفَرِدَةً كَانَتْ الرِّقَبَةُ مِيرَاثًا لِلْوَرَثَةِ (وَالْخِدْمَةُ
 لِلْمَوْصَى لَهُ) مِنْ غَيْرِ اشْتِرَاكِ (فَكَذَا إِذَا أَوْصَى بِالرِّقَبَةِ لِإِنْسَانٍ آخَرَ) تَكُونُ الرِّقَبَةُ لَهُ
 وَالْخِدْمَةُ لِلْمَوْصَى لَهُ بِهَا.

(إِذَا الْوَصِيَّةُ أَخَذَتْ الْمِيرَاثَ مِنْ حَيْثُ إِنَّ الْمَلِكَ فِيهِمَا يَنْبُتُ بَعْدَ الْمَوْتِ) ثُمَّ الْعَبْدُ
 الْمَوْصَى بِخِدْمَتِهِ لِشَخْصٍ وَبِرَقَبَتِهِ لِآخَرٍ إِمَّا أَنْ يَكُونَ أَدْرَكَ حَدَّ الْخِدْمَةِ أَوْ لَا، فَإِنْ كَانَ
 الثَّانِي فَتَفَقَّهَتْ عَلَى الْمَوْصَى لَهُ بِالرِّقَبَةِ إِلَى أَنْ يُدْرِكَ الْخِدْمَةَ؛ لِأَنَّ الْإِنْفَاقَ عَلَيْهِ تَنُمُو الْعَيْنِ
 وَذَلِكَ مُنْفَعَةٌ لَصَاحِبِ الرِّقَبَةِ، فَإِذَا أَدْرَكَ الْخِدْمَةَ صَارَ كَالْكَبِيرِ، وَالتَّفَقُّهُ فِي الْكَبِيرِ عَلَى
 مَنْ لَهُ الْخِدْمَةُ؛ لِأَنَّهُ إِمَّا يَتِمَكَّنُ مِنْ اسْتِخْدَامِهِ بِالْإِنْفَاقِ عَلَيْهِ، إِذِ الْعَبْدُ لَا يَقْوَى عَلَى
 الْخِدْمَةِ إِلَّا بِهِ، وَإِنْ أَبَى الْإِنْفَاقَ عَلَيْهِ رَدَّهُ إِلَى مَنْ لَهُ الرِّقَبَةُ كَالْمُسْتَعِيرِ مَعَ الْمَعِيرِ.

وَإِنْ جَنَى جَنَايَةً فَالْفِدَاءُ عَلَى مَنْ لَهُ الْخِدْمَةُ؛ لِأَنَّ التَّمَكُّنَ مِنَ الْاسْتِخْدَامِ بِالتَّطْهِيرِ
 عَنِ الْجَنَايَةِ فَيَجِبُ عَلَيْهِ التَّطْهِيرُ. وَقَوْلُهُ (وَلَهَا) أَيُّ لِهَذِهِ الْمَسْأَلَةِ (نَظَائِرُ) وَقَدْ ذَكَرَهَا فِي
 الْكِتَابِ وَأَضَحَّةً. وَقَوْلُهُ (وَلَا شَيْءَ لَصَاحِبِ الظَّرْفِ) وَهُوَ الْأَمَةُ وَالْخَائِمُ وَالْقَوْصَرَةُ (فِي
 الْمَظْرُوفِ) يَعْنِي الْوَلَدَ وَالْفَصَّ وَالتَّمَرَ (فِي هَذِهِ الْمَسَائِلِ كُلِّهَا) أَمَّا إِذَا كَانَ أَحَدُ الْإِبْنَيْنِ
 مَوْصُولًا بِالْآخَرِ فَالْإِنْفَاقُ، وَأَمَّا إِذَا كَانَ أَحَدُهُمَا مُنْفَصِلًا عَنِ الْآخَرِ فَكَذَلِكَ عِنْدَ أَبِي
 يُوسُفَ خِلَافًا لِمُحَمَّدٍ.

وَقَوْلُهُ (كَمَا فِي وَصِيَّةِ الرِّقَبَةِ وَالْخِدْمَةِ) فَإِنَّ الْمَوْصُولَ وَالْمُفْصُولَ فِيهِمَا فِي الْحُكْمِ
 سَوَاءٌ، وَتَأْخِيرُ تَعْلِيلِ مُحَمَّدٍ وَالْجَوَابُ عَمَّا اسْتَدْلَّ بِهِ أَبُو يُوسُفَ فِي الْكِتَابِ وَالْمَبْسُوطِ
 دَلِيلٌ عَلَى أَنَّ الْمَعُولَ عَلَى قَوْلِ مُحَمَّدٍ.

قَالَ (وَمَنْ أَوْصَى لِآخَرٍ بِثَمَرَةٍ بِسْتَانِهِ ثُمَّ مَاتَ وَفِيهِ ثَمَرَةٌ فَلَهُ هَذِهِ الثَّمَرَةُ وَحَدَهَا،
 وَإِنْ قَالَ لَهُ ثَمَرَةُ بُسْتَانِي أَبَدًا فَلَهُ هَذِهِ الثَّمَرَةُ وَثَمَرَتُهُ فِيمَا يُسْتَقْبَلُ مَا عَاشَ، وَإِنْ أَوْصَى
 لَهُ بِغَلَّتِ بُسْتَانِهِ فَلَهُ الْغَلَّةُ الْقَائِمَةُ وَغَلَّتُهُ فِيمَا يُسْتَقْبَلُ) وَالْفَرْقُ أَنَّ الثَّمَرَةَ اسْمٌ لِلْمَوْجُودِ
 عُرْفًا فَلَا يَتَنَاوَلُ الْمَعْدُومَ إِلَّا بِدَلَالَةٍ زَائِدَةٍ، مِثْلُ التَّنْصِصِصِ عَلَى الْأَبَدِ لِأَنَّهُ لَا يَتَأَبَّدُ إِلَّا
 بِتَنَاوُلِ الْمَعْدُومِ وَالْمَعْدُومَ مَذْكُورٌ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ شَيْئًا.

أَمَّا الْغَلَّةُ فَتَنْتَظِمُ الْمَوْجُودَ وَمَا يَكُونُ بَعَرَضِ الْوُجُودِ مَرَّةً بَعْدَ أُخْرَى عُرْفًا، يُقَالُ
فُلَانٌ يَأْكُلُ مِنْ غَلَّةِ بُسْتَانِهِ وَمِنْ غَلَّةِ أَرْضِهِ وَدَارِهِ، فَإِذَا أُطْلِقَتْ يَتَنَاوَلُهُمَا عُرْفًا غَيْرَ
مَوْقُوفٍ عَلَى دَلَالَةٍ أُخْرَى. أَمَّا الثَّمَرَةُ إِذَا أُطْلِقَتْ لَا يُرَادُ بِهَا إِلَّا الْمَوْجُودُ فَلهَذَا يَفْتَقِرُ
الانصِرَافُ إِلَى دَلِيلٍ زَائِدٍ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ أَوْصَى لِأَخَرٍ بِشَمْرَةٍ بُسْتَانِهِ ثُمَّ مَاتَ وَفِيهِ ثَمَرَةٌ) الْمَسَائِلُ الْمُتَعَلِّقَةُ
بِالْاِقْتِصَارِ عَلَى الْمَوْجُودِ مِنَ الْمُوصِي بِهِ وَالتَّعَدِّي إِلَى مَا يَحْدُثُ عَلَى وَجْهِ ثَلَاثَةٍ: فِي
وَجْهِ: يَقَعُ عَلَى الْمَوْجُودِ وَالْحَادِثِ مَا عَاشَ الْمُوصَى لَهُ ذَكَرَ الْأَبَدِ أَوْ لَمْ يَذْكُرْ كَالْوَصِيَّةِ
بِغَلَّةِ بُسْتَانِهِ أَوْ أَرْضِهِ أَوْ سُكْنَى دَارِهِ أَوْ خِدْمَةِ عَبْدِهِ؛ فَإِنَّ الْعُرْفَ فِيهَا جَارٍ عَلَى الْأَبَدِ،
وَيُعْتَبَرُ خُرُوجُهُ مِنَ الثَّلَاثِ.

وَفِي وَجْهِ: يَقَعُ عَلَى الْمَوْجُودِ دُونَ الْحَادِثِ ذَكَرَ الْأَبَدِ أَوْ لَمْ يَذْكُرْهُ، كَالْوَصِيَّةِ
بِالصُّوفِ عَلَى ظَهْرِ الْغَنَمِ وَالْوَلَدِ فِي بَطْنِ جَارِيَتِهِ وَاللَّبَنِ فِي الضَّرْعِ؛ لِأَنَّ الْمَعْدُومَ مِنْ
هَذِهِ الْأَشْيَاءِ لَا يُسْتَحَقُّ بِهِ بَوَاجُهٌ مَا.

وَفِي وَجْهِ: أَنَّ ذَكَرَ الْأَبَدِ يَقَعُ عَلَى الْمَوْجُودِ وَالْحَادِثِ كَالْوَصِيَّةِ بِشَمْرَةٍ بُسْتَانِهِ وَإِنْ
لَمْ يَذْكُرْهُ؛ فَإِنَّ كَانَتْ الثَّمَرَةُ مَوْجُودَةً قَبْلَ الْمَوْتِ تَنَاوَلَهَا، وَإِلَّا فَالْقِيَاسُ أَنْ تَبْطُلَ الْوَصِيَّةُ،
وَفِي الْاسْتِحْسَانِ يَقَعُ عَلَى الْحَادِثِ إِلَى أَنْ يَمُوتَ الْمُوصَى لَهُ.

وَجْهِ الْقِيَاسِ أَنَّ الثَّمَرَةَ فِي الْمَوْجُودِ حَقِيقَةٌ وَلَيْسَتْ بِمَوْجُودَةٍ فَتَبْطُلُ. وَوَجْهِ
الْاسْتِحْسَانِ حَمْلُهُ عَلَى الْمَجَازِ عِنْدَ انْتِفَاءِ الْحَقِيقَةِ صَوْتًا لِكَلَامِ الْمُوصِي عَنْ الْإِلْعَاءِ،
وَالْمُصَنَّفُ حَمَلَ الْفَرْقِ بَيْنَ الثَّمَرَةِ وَالْغَلَّةِ عَلَى الْعُرْفِ فِيهِمَا، ثُمَّ السَّقْيُ وَالْخَرَاجُ وَمَا فِيهِ
صَلَاحُ الْبُسْتَانِ عَلَى صَاحِبِ الْغَلَّةِ؛ لِأَنَّهُ هُوَ الْمُتَنَفِّعُ بِالْبُسْتَانِ فَصَارَ كَالْتَنَفُّعِ فِي فَصْلِ
الْخِدْمَةِ.

قَالَ (وَمَنْ أَوْصَى لِرَجُلٍ بِصُوفٍ غَنَمِهِ أَبَدًا أَوْ بِأَوْلَادِهَا أَوْ بِلَبْنِهَا ثُمَّ مَاتَ فَلَهُ مَا فِي
بُطُونِهَا مِنَ الْوَلَدِ وَمَا فِي ضُرُوعِهَا مِنَ اللَّبَنِ وَمَا عَلَى ظُهُورِهَا مِنَ الصُّوفِ يَوْمَ يَمُوتُ
الْمُوصِي سِوَاءَ قَالِ أَبَدًا أَوْ لَمْ يَقُلْ) لِأَنَّهُ إِجَابٌ عِنْدَ الْمَوْتِ فَيُعْتَبَرُ قِيَامُ هَذِهِ الْأَشْيَاءِ يَوْمَئِذٍ،
وَهَذَا بِخِلَافِ مَا تَقَدَّمَ. وَالْفَرْقُ أَنَّ الْقِيَاسَ يَأْبَى تَمْلِيكَ الْمَعْدُومِ لِأَنَّهُ لَا يَقْبَلُ الْمَلِكُ، إِلَّا أَنْ

فِي الثَّمَرَةِ وَالْعَلَةِ الْمَعْدُومَةِ جَاءَ الشَّرْعُ بِوُرُودِ الْعَقْدِ عَلَيْهَا كَالْمُعَامَلَةِ وَالْإِجَارَةِ، فَاقْتَضَى ذَلِكَ جَوَازَهُ فِي الْوَصِيَّةِ بِالطَّرِيقِ الْأَوَّلَى لِأَنَّ بَابَهَا أَوْسَعُ.

أَمَّا الْوَلَدُ الْمَعْدُومُ وَأُخْتَاهُ فَلَا يَجُوزُ إِيرَادُ الْعَقْدِ عَلَيْهَا أَصْلًا، وَلَا تُسْتَحَقُّ بِعَقْدِ مَا، فَكَذَلِكَ لَا يَدْخُلُ تَحْتَ الْوَصِيَّةِ، بِخِلَافِ الْمَوْجُودِ مِنْهَا لِأَنَّهُ يَجُوزُ اسْتِحْقَاقُهَا بِعَقْدِ الْبَيْعِ تَبَعًا وَبِعَقْدِ الْخُلْعِ مَقْصُودًا، فَكَذَا بِالْوَصِيَّةِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ أَوْصَى لِرَجُلٍ بِصُوفٍ غَنِمَهُ أَبَدًا) إِلَى آخِرِ الْبَابِ وَاضِحٌ، وَلِلَّهِ دَرُّ الْمُصَنِّفِ مَا أَجْزَلَ تَرْكِيبُهُ وَأَحْسَنَ تَرْتِيبُهُ لَا يَرَى مَعْنَى مِنَ الْمَعَانِي يَحْتَاجُ إِلَى تَقْرِيرٍ إِلَّا وَتَرْكِيبُهُ أَوْفَى تَأْدِيَةً لَهُ مِنْ نَظِيرِهِ.

وَقَوْلُهُ (وَبِعَقْدِ الْخُلْعِ) صَوْرَتُهُ أَنْ نَقُولَ الْمَرْأَةُ لَزَوْجِهَا خَالَعْنِي عَلَى مَا فِي بَطْنٍ جَارِيَتِي أَوْ غَنَمِي صَحَّ وَلَهُ مَا فِي بَطْنِهَا، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي الْبَطْنِ شَيْءٌ فَلَا شَيْءَ لَهُ، وَمَا حَدَثَ بَعْدَ ذَلِكَ فَلِلْمَرْأَةِ؛ لِأَنَّ مَا فِي الْبَطْنِ قَدْ يَكُونُ مُتَقَوِّمًا وَقَدْ لَا يَكُونُ فَلَمْ يَضُرَّهُ، حَتَّى لَوْ قَالَتْ عَلَى حَمْلٍ جَارِيَتِي وَلَيْسَ لَهَا حَمْلٌ تَرُدُّ الْمَهْرَ.

بَابُ وَصِيَّةِ الذَّمِّيِّ

قَالَ (وَإِذَا صَنَعَ يَهُودِيٌّ أَوْ نَصْرَانِيٌّ بَيْعَةً أَوْ كَنِيْسَةً فِي صِحَّتِهِ ثُمَّ مَاتَ فَهُوَ مِيرَاثٌ) لِأَنَّ هَذَا بِمَنْزِلَةِ الْوَقْفِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَالْوَقْفُ عِنْدَهُ يُورَثُ وَلَا يَلْزَمُ فَكَذَا هَذَا. وَأَمَّا عِنْدَهُمَا فَلَأَنَّ هَذِهِ مَعْصِيَةٌ فَلَا تَصِحُّ عِنْدَهُمَا. قَالَ (وَلَوْ أَوْصَى بِذَلِكَ لِقَوْمٍ مُسَمَّيْنَ فَهُوَ الثَّلَاثُ) مَعْنَاهُ إِذَا أَوْصَى أَنْ تُبْنَى دَارُهُ بَيْعَةً أَوْ كَنِيْسَةً فَهُوَ جَائِزٌ مِنَ الثَّلَاثِ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ فِيهَا مَعْنَى الْإِسْتِخْلَافِ وَمَعْنَى التَّمْلِيكِ، وَلَهُ وَلايَةٌ ذَلِكَ فَأَمَكْنَ تَصَحُّيْحُهُ عَلَى اعْتِبَارِ الْمَعْنَيْنِ.

الشرح:

(بَابُ وَصِيَّةِ الذَّمِّيِّ): أَعْقَبَ وَصِيَّةَ الْمُسْلِمِ بِوَصِيَّةِ الذَّمِّيِّ لِكَوْنِ الْكُفَّارِ مُلْحَقِينَ بِالْمُسْلِمِينَ فِي أَحْكَامِ الْمُعَامَلَاتِ (وَإِذَا صَنَعَ يَهُودِيٌّ بَيْعَةً أَوْ نَصْرَانِيٌّ كَنِيْسَةً فِي صِحَّتِهِ ثُمَّ مَاتَ فَهُوَ مِيرَاثٌ) بِالِاتِّفَاقِ فِيمَا بَيْنَ أَصْحَابِنَا عَلَى اخْتِلَافِ التَّرْجِيحِ، أَمَّا عِنْدَهُ؛ فَلَأَنَّ هَذَا بِمَنْزِلَةِ الْوَقْفِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ إِذَا كَانَ لِمُسْلِمٍ، فَإِنْ وَقَفَ الْمُسْلِمُ فِي حَالَةِ الْحَيَاةِ

مُزْرُوثٌ بَعْدَ مَوْتِهِ لِكَوْنِهِ غَيْرَ لَازِمٍ فَهَذَا أَوَّلِي.

(وَأَمَّا عِنْدَهُمَا؛ فَلَأَنَّ هَذِهِ) الْوَصِيَّةَ مَعْصِيَةً فَلَا (تَصِحُّ وَلَوْ أَوْصَى) بِذَلِكَ أَيُّ لَوْ أَوْصَى بِأَنْ تُعْمَلَ بَيْعَةٌ أَوْ كَيْسِيَّةٌ لِقَوْمٍ مُعَيَّنِينَ (فَهُوَ جَائِزٌ مِنَ الثُّلْثِ؛ لِأَنَّ فِي الْوَصِيَّةِ مَعْنَى الْاسْتِخْلَافِ وَالتَّمْلِكِ) وَلِلذِّمِّيِّ وَلَايَةُ التَّمْلِكِ (فَأَمَكَّنَ تَصَحُّحَهُ) أَيُّ: تَصَحُّحُ إِصْأَتِهِ (عَلَى اعْتِبَارِ الْمَعْيُنِ) يَعْنِي الْاسْتِخْلَافَ وَالتَّمْلِكَ فَجَعَلَنَاهُ مِنَ الثُّلْثِ نَظْرًا إِلَى الْاسْتِخْلَافِ فَجَوَزْنَا ذَلِكَ نَظْرًا إِلَى التَّمْلِكِ، وَإِذَا صَارَ مِلْكًا لِلْمُسْلِمِينَ صَنَعُوا بِهِ مَا شَاءُوا.

قَالَ (وَأِنْ أَوْصَى بِدَارِهِ كَيْسِيَّةً لِقَوْمٍ غَيْرِ مُسَمَّيْنَ جَازَتْ الْوَصِيَّةُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: الْوَصِيَّةُ بَاطِلَةٌ) لِأَنَّ هَذِهِ مَعْصِيَةٌ حَقِيقَةٌ وَإِنْ كَانَ فِي مُعْتَقَدِهِمْ قُرْبَةً، وَالْوَصِيَّةُ بِالْمَعْصِيَةِ بَاطِلَةٌ لَمَّا فِي تَنْفِيزِهَا مِنْ تَقْرِيرِ الْمَعْصِيَةِ. وَلَأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ هَذِهِ قُرْبَةٌ فِي مُعْتَقَدِهِمْ وَنَحْنُ أَمَرْنَا بِأَنْ نَتْرُكَهُمْ وَمَا يَدِينُونَ فَتَجَوَّزُ بِنَاءً عَلَى اعْتِقَادِهِمْ؛ أَلَا يَرَى أَنَّهُ لَوْ أَوْصَى بِمَا هُوَ قُرْبَةٌ حَقِيقَةٌ مَعْصِيَةٌ فِي مُعْتَقَدِهِمْ لَا تَجَوَّزُ الْوَصِيَّةُ اعْتِبَارًا لَاعْتِقَادِهِمْ فَكَذَا عَكْسُهُ.

ثُمَّ الْفَرْقُ لِأَبِي حَنِيفَةَ بَيْنَ بِنَاءِ الْبَيْعَةِ وَالْكَنِيسَةِ وَبَيْنَ الْوَصِيَّةِ بِهِ أَنَّ الْبِنَاءَ نَفْسُهُ لَيْسَ بِسَبَبٍ لَزْوَالِ مِلْكِ الْبَانِي. وَإِنَّمَا يَزُولُ مِلْكُهُ بِأَنْ يَصِيرَ مُحَرَّرًا خَالصًا لِلَّهِ تَعَالَى كَمَا فِي مَسَاجِدِ الْمُسْلِمِينَ، وَالْكَنِيسَةُ لَمْ تَصِرْ مُحَرَّرَةً لِلَّهِ تَعَالَى حَقِيقَةً فَتَبْقَى مِلْكًا لِلْبَانِي فَتَوَرَّثَ عَنْهُ، وَلَأنَّهُمْ يَبْنُونَ فِيهَا الْحُجَرَاتِ وَيَسْكُنُونَهَا فَلَمْ يَتَحَرَّرْ لَتَعَلُّقِ حَقِّ الْعِبَادَةِ بِهِ، وَفِي هَذِهِ الصُّورَةِ يَوَرَّثُ الْمَسْجِدُ أَيْضًا لَعَدَمِ تَحَرُّرِهِ، بِخِلَافِ الْوَصِيَّةِ لِأَنَّهُ وَضَعَ لِإِزَالَةِ الْمِلْكِ إِلَّا أَنَّهُ امْتَنَعَ ثُبُوتُ مُقْتَضَاهُ فِي غَيْرِ مَا هُوَ قُرْبَةٌ عِنْدَهُمْ فَبَقِيَ فِيمَا هُوَ قُرْبَةٌ عَلَى مُقْتَضَاهُ فَيَزُولُ مِلْكُهُ فَلَا يَوَرَّثُ.

ثُمَّ الْحَاصِلُ أَنَّ وَصَايَا الذِّمِّيِّ عَلَى أَرْبَعَةِ أَقْسَامٍ:

مِنْهَا أَنْ تَكُونَ قُرْبَةً فِي مُعْتَقَدِهِمْ وَلَا تَكُونَ قُرْبَةً فِي حَقِّنَا وَهُوَ مَا ذَكَرْنَاهُ، وَمَا إِذَا أَوْصَى الذِّمِّيُّ بِأَنْ تُذْبَحَ خَنَازِيرُهُ وَتُطْعَمَ الْمَشْرِكِينَ، وَهَذِهِ عَلَى الْخِلَافِ إِذَا كَانَ لِقَوْمٍ غَيْرِ مُسَمَّيْنَ كَمَا ذَكَرْنَاهُ وَالْوَجْهَ مَا بَيَّنَّاهُ.

وَمِنْهَا إِذَا أَوْصَى بِمَا يَكُونُ قُرْبَةً فِي حَقِّنَا وَلَا يَكُونُ قُرْبَةً فِي مُعْتَقَدِهِمْ، كَمَا إِذَا أَوْصَى بِالْحَجِّ أَوْ بِأَنْ يُبْنَى مَسْجِدٌ لِلْمُسْلِمِينَ أَوْ بِأَنْ يُسْرَجَ فِي مَسَاجِدِ الْمُسْلِمِينَ، فَهَذِهِ

الْوَصِيَّةُ بَاطِلَةٌ بِالْإِجْمَاعِ اعْتِبَارًا لاعتقادهم، إِلَّا إِذَا كَانَ لِقَوْمٍ بِأَعْيَانِهِمْ لَوْفُوعِهِ تَمْلِيكًا
لأنهم معلومون والجهة مشورة.

وَمِنْهَا إِذَا أَوْصَى بِمَا يَكُونُ قُرْبَةً فِي حَقِّهَا وَفِي حَقِّهِمْ، كَمَا إِذَا أَوْصَى بِأَنْ يُسْرَجَ
فِي بَيْتِ الْمَقْدِسِ أَوْ يُغْرَى التُّرْكُ وَهُوَ مِنَ الرُّومِ، وَهَذَا جَائِزٌ سَوَاءً كَانَتْ لِقَوْمٍ بِأَعْيَانِهِمْ أَوْ
بِغَيْرِ أَعْيَانِهِمْ لِأَنَّهُ وَصِيَّةٌ بِمَا هُوَ قُرْبَةٌ حَقِيقَةٌ وَفِي مُعْتَقَدِهِمْ أَيْضًا.

وَمِنْهَا إِذَا أَوْصَى بِمَا لَا يَكُونُ قُرْبَةً لَا فِي حَقِّهَا وَلَا فِي حَقِّهِمْ، كَمَا إِذَا أَوْصَى
لِلْمُغْنِيَّاتِ وَالنَّائِحَاتِ، فَإِنَّ هَذَا غَيْرُ جَائِزٍ لِأَنَّهُ مَعْصِيَّةٌ فِي حَقِّهَا وَفِي حَقِّهِمْ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ
لِقَوْمٍ بِأَعْيَانِهِمْ فَيَصِحُّ تَمْلِيكًا وَاسْتِخْلَافًا، وَصَاحِبُ الْهَوَى إِنْ كَانَ لَا يَكْفُرُ فَهُوَ فِي حَقِّ
الْوَصِيَّةِ بِمَنْزِلَةِ الْمُسْلِمِ لِأَنَّا أَمَرْنَا بِبِنَاءِ الْأَحْكَامِ عَلَى الظَّاهِرِ، وَإِنْ كَانَ يَكْفُرُ فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ
الْمُرْتَدِّ فَيَكُونُ عَلَى الْخِلَافِ الْمَعْرُوفِ فِي تَصَرُّفَاتِهِ بَيْنَ أَبِي حَنِيفَةَ وَصَاحِبِيهِ.

الشرح:

(وَإِنْ أَوْصَى أَنْ تُجْعَلَ دَارُهُ كَنِيْسَةً لِقَوْمٍ غَيْرِ مُسَلِّمِينَ) يَعْنِي قَوْمًا غَيْرَ مَحْضُورِينَ
(جَازَتْ الْوَصِيَّةُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: هِيَ بَاطِلَةٌ؛ لِأَنَّ هَذِهِ فِي الْحَقِيقَةِ (مَعْصِيَّةٌ وَإِنْ
كَانَ فِي مُعْتَقَدِهِمْ قُرْبَةً وَالْوَصِيَّةُ بِالْمَعْصِيَةِ بَاطِلَةٌ؛ لَمَّا فِي تَنْفِيذِهَا مِنْ تَقْرِيرِهَا. وَلِأَبِي
حَنِيفَةَ) أَنَّ الْإِعْتِبَارَ لِمُعْتَقَدِهِمْ، فَإِنَّهُمْ لَوْ أَوْصَوْا بِالْحَجِّ لَمْ يُعْتَبَرْ وَإِنْ كَانَ عِبَادَةٌ عِنْدَنَا بِلَا
خِلَافٍ، فَكَذَلِكَ إِذَا أَوْصَوْا بِمَا هُوَ فِي مُعْتَقَدِهِمْ عِبَادَةٌ صَحَّ وَإِنْ كَانَ عِنْدَنَا مَعْصِيَّةٌ؛
لِأَنَّا أَمَرْنَا أَنْ تُتْرَكَهُمْ وَمَا يَدِينُونَ.

قَالُوا: هَذَا الْخِلَافُ إِذَا أَوْصَى بِبِنَاءِ بَيْعَةٍ أَوْ كَنِيْسَةٍ فِي الْقَرْيَةِ، فَأَمَّا فِي الْمِصْرِ فَلَا
يَجُوزُ بِالِاتِّفَاقِ؛ لِأَنَّهُمْ لَا يُمَكِّنُونَ مِنْ إِحْدَاثِ ذَلِكَ فِي الْأَمْصَارِ، وَذَكَرَ الْفَرْقَ بَيْنَ بِنَاءِ
الْبَيْعَةِ وَالْكَنِيْسَةِ وَالْوَصِيَّةِ بِذَلِكَ. وَقَوْلُهُ (لَمْ تُصِرْ مُحَرَّرَةً لِلَّهِ حَقِيقَةً) بَلْ تُحَرَّرُ عَلَى
مُعْتَقَدِهِمْ (فَتَبْقَى مِلْكًا لِلْبَانِي فَتَوَرَّثُ عَنْهُ) وَقَوْلُهُ (وَلَا أَنَّهُمْ يَتَّوْنُونَ) دَلِيلٌ آخَرُ عَلَى عَدَمِ
التَّحْرِيرِ لِلَّهِ تَعَالَى، وَقَوْلُهُ (بِخِلَافِ الْوَصِيَّةِ) مُتَّصِلٌ بِقَوْلِهِ إِنَّ الْبِنَاءَ نَفْسُهُ لَيْسَ بِسَبَبٍ
لِزَوَالِ مِلْكِ الْبَانِي.

وَالضَّمِيرُ فِي قَوْلِهِ (لِأَنَّهُ وَضَعَ) وَفِي قَوْلِهِ (تُبَوِّتُ مُقْتَضَاهُ) وَقَوْلُهُ (فَبَقِيَ عَلَى
مُقْتَضَاهُ) كُلُّهَا رَاجِعٌ إِلَى الْوَصِيَّةِ بِتَأْوِيلِ الْإِبْصَاءِ. وَحَاصِلُ مَعْنَاهُ أَنَّ الْوَصِيَّةَ وَضَعَتْ

لِإِزَالَةِ الْمَلِكِ، إِلَّا أَنْ لَفْظَهَا تَقَاعَدَ عَنْ إِفَادَةِ مَعْنَاهُ وَهُوَ زَوَالُ الْمَلِكِ فِيمَا إِذَا أَوْصَى بِمَا لَيْسَ بِقُرْبَةٍ فِي مُعْتَقَدِهِمْ، فَأَمَّا إِذَا لَاقَتْ مَا هُوَ قُرْبَةٌ فِيهِ عَمِلَتْ عَمَلَهَا. وَقَوْلُهُ (ثُمَّ الْحَاصِلُ أَنَّ وَصَايَا الذَّمِّيِّ الْخ) وَاضِحٌ (قَوْلُهُ وَهُوَ مَا ذَكَرْنَاهُ) يُرِيدُ بِهِ الْوَصِيَّةَ بَيْنَاءِ الْبَيْعَةِ أَوْ الْكِنِيسَةِ. وَقَوْلُهُ (كَمَا ذَكَرْنَاهُ) يَعْنِي مِنَ الْخِلَافِ فِي الْوَصِيَّةِ بِالْبَيْعَةِ وَالْكِنِيسَةِ. وَقَوْلُهُ (وَالْوَجْهُ مَا بَيَّنَّاهُ) أَيُّ: مِنَ الْجَانِبَيْنِ، وَهُوَ أَنَّ الْمُعْتَبَرِ عِنْدَهُ اعْتِقَادُهُمْ، وَعِنْدَهُمَا أَنَّهُ وَصِيَّةٌ بِمَعْصِيَةٍ. (قَوْلُهُ وَالْجِهَةُ مَشُورَةٌ) يَعْنِي أَنَّ كَلَامَهُ فِي صَرْفِ الْمَالِ الْمُوصِي بِهِ إِلَى اسْتِضَاءَةِ الْمَسْجِدِ وَغَيْرِهَا خَرَجَ مِنْهُ عَلَى طَرِيقِ الْمَشُورَةِ لَا عَلَى طَرِيقِ الْإِلْزَامِ وَقَوْلُهُ (عَلَى الْخِلَافِ الْمَعْرُوفِ فِي تَصَرُّفَاتِهِ) يَعْنِي أَنَّهَا جَائِزَةٌ عِنْدَهُمَا مَوْقُوفَةٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ إِنْ أَسْلَمَ تَفَذَّ كَسَائِرِ تَصَرُّفَاتِهِ وَإِلَّا فَلَا.

وَفِي الْمُرْتَدَّةِ الْأَصَحُّ أَنَّهُ تَصَحُّ وَصَايَاهَا لِأَنَّهَا تَبْقَى عَلَى الرَّدَّةِ، بِخِلَافِ الْمُرْتَدِّ لِأَنَّهُ يُقْتَلُ أَوْ يُسْلَمُ. قَالَ (وَإِذَا دَخَلَ الْحَرْبِيُّ دَارَنَا بِأَمَانٍ فَأَوْصَى مُسْلِمٌ أَوْ ذِمِّيٌّ بِمَالِهِ كُلِّهِ جَازٌ) لِأَنَّ امْتِنَاعَ الْوَصِيَّةِ بِمَا زَادَ عَلَى الثُّلُثِ لِحَقِّ الْوَرِثَةِ وَلِهَذَا تُنْفَذُ بِإِجَازَتِهِمْ، وَلَيْسَ لَوَرِثَتِهِ حَقٌّ مَرْعِيٌّ لَكُونِهِمْ فِي دَارِ الْحَرْبِ إِذْ هُمْ أَمْوَاتٌ فِي حَقِّنَا، وَلِأَنَّ حُرْمَةَ مَالِهِ بِاعْتِبَارِ الْأَمَانِ، وَالْأَمَانُ كَانَ لِحَقِّهِ لَا لِحَقِّ وَرِثَتِهِ، وَلَوْ كَانَ أَوْصَى بِأَقْلٍ مِنْ ذَلِكَ أُخِذَتْ الْوَصِيَّةُ وَيُرَدُّ الْبَاقِي عَلَى وَرِثَتِهِ وَذَلِكَ مِنْ حَقِّ الْمُسْتَأْمَنِ أَيْضًا.

وَلَوْ اعْتَقَ عَبْدُهُ عِنْدَ الْمَوْتِ أَوْ دَبَّرَ عَبْدَهُ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ فَذَلِكَ صَحِيحٌ مِنْهُ مِنْ غَيْرِ اعْتِبَارِ الثُّلُثِ لَمَّا بَيَّنَّا، وَكَذَلِكَ لَوْ أَوْصَى لَهُ مُسْلِمٌ أَوْ ذِمِّيٌّ بِوَصِيَّةٍ جَازَ لِأَنَّهُ مَا دَامَ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ فَهُوَ فِي الْمَعَامَلَاتِ بِمَنْزِلَةِ الذَّمِّيِّ، وَلِهَذَا تَصَحُّ عُقُودُ التَّمْلِكَاتِ مِنْهُ فِي حَالِ حَيَاتِهِ، وَيَصِحُّ تَبَرُّعُهُ فِي حَيَاتِهِ فَكَذَا بَعْدَ مَمَاتِهِ.

وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ لِأَنَّهُ مُسْتَأْمَنٌ مِنْ أَهْلِ الْحَرْبِ إِذْ هُوَ عَلَى قَصْدِ الرُّجُوعِ وَيُمْكِنُ مِنْهُ، وَلَا يُمْكِنُ مِنْ زِيَادَةِ الْمَقَامِ عَلَى السُّنَّةِ إِلَّا بِالْجِزْيَةِ. وَلَوْ أَوْصَى الذَّمِّيُّ بِأَكْثَرِ مِنَ الثُّلُثِ أَوْ لِبَعْضِ وَرِثَتِهِ لَا يَجُوزُ اعْتِبَارًا بِالْمُسْلِمِينَ لِأَنَّهُمْ التَّزَمُوا أَحْكَامَ الْإِسْلَامِ فِيمَا يَرْجِعُ إِلَى الْمَعَامَلَاتِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَفِي الْمُرْتَدَّةِ الْأَصَحُّ أَنَّهُ تَصَحُّ وَصَايَاهَا؛ لِأَنَّهَا تَبْقَى عَلَى الرَّدَّةِ) وَصَارَتْ

كَالذِّمَّةِ. قَالَ فِي النَّهَايَةِ: وَذَكَرَ صَاحِبُ الْكِتَابِ فِي الزِّيَادَاتِ عَلَى خِلَافِ هَذَا، وَقَالَ: قَالَ بَعْضُهُمْ لَا تَكُونُ بِمَنْزِلَةِ الذِّمَّةِ وَهُوَ الصَّحِيحُ حَتَّى لَا يَصِحَّ مِنْهَا وَصِيَّةٌ. وَالْفَرْقُ بَيْنَهَا وَبَيْنَ الذِّمَّةِ أَنَّ الذِّمَّةَ تُقَرُّ عَلَى اعْتِقَادِهَا، وَأَمَّا الْمُرْتَدَّةُ فَلَا تُقَرُّ عَلَى اعْتِقَادِهَا، وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ لَا مُنَافَاةَ بَيْنَ كَلَامَيْهِ؛ لِأَنَّهُ قَالَ هُنَاكَ الصَّحِيحُ وَهَاهُنَا الْأَصَحُّ وَهُمَا يَصْدُقَانِ.

وَقَوْلُهُ (وَإِذَا دَخَلَ الْحَرْبِيُّ دَارَنَا بِأَمَانٍ فَأَوْصَى لِمُسْتَأْمَنِ أَوْ ذِمِّي بِمَالِهِ كُلِّهِ جَانَ) قِيلَ هَذَا إِذَا لَمْ تَكُنْ الْوَرَّةَ مَعَهُ، أَمَّا إِذَا كَانَتْ فَإِنَّهَا تَتَوَقَّفُ عَلَى إِجَازَتِهِمْ، وَإِلَى هَذَا أَشَارَ بِقَوْلِهِ (وَلَيْسَ لَوَرَّتِهِ حَقٌّ شَرْعِيٌّ لِكُونِهِمْ فِي دَارِ الْحَرْبِ) وَقَوْلُهُ (وَذَلِكَ فِي حَقِّ الْمُسْتَأْمَنِ أَيْضًا) جَوَابٌ عَمَّا يَرُدُّ عَلَى قَوْلِهِ وَرُدُّ الْبَاقِي عَلَى الْوَرَّةِ وَهُوَ أَنْ يُقَالَ قَدْ قُلْتُ: لَيْسَ لَوَرَّتِهِ حَقٌّ شَرْعِيٌّ لِكُونِهِمْ فِي دَارِ الْحَرْبِ، فَكَيْفَ يَرُدُّ عَلَيْهِمُ الْبَاقِي. وَوَجْهُهُ أَنْ ذَلِكَ الرَّدُّ عَلَى الْوَرَّةِ أَيْضًا مِرَاعَاةٌ لِحَقِّ الْمُسْتَأْمَنِ؛ لِأَنَّ مِنْ حَقِّهِ تَسْلِيمَ مَالِهِ إِلَى وَرَّتِهِ عِنْدَ الْفِرَاقِ مِنْ حَاجَتِهِ وَالزِّيَادَةَ عَلَى مِقْدَارِ مَا أَوْصَى بِهِ فَارِغٌ عَنْ ذَلِكَ. وَقَوْلُهُ (لَمَّا بَيَّنَّا) إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ؛ لِأَنَّ امْتِنَاعَ الْوَصِيَّةِ بِمَا زَادَ عَلَى الثَّلَاثِ لِحَقِّ الْوَرَّةِ إِخْلُ. وَقَوْلُهُ (وَلَوْ أَعْتَقَ عَبْدُهُ عِنْدَ الْمَوْتِ إِخْلُ) ظَاهِرٌ.

وَلَوْ أَوْصَى لِخِلَافِ مِلَّتِهِ جَازَ اعْتِبَارًا بِالْإِثْرِ إِذَا كَفَرُ كُلُّهُ مِلَّةً وَاحِدَةً، وَلَوْ أَوْصَى لِحَرْبِيٍّ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ لَا يَجُوزُ لِأَنَّ الْإِثْرَ مُمْتَنِعٌ لَتَبَايُنِ الدَّارَيْنِ وَالْوَصِيَّةُ أَخْتُهُ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلَوْ أَوْصَى لِحَرْبِيٍّ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ) دَارُ الْإِسْلَامِ طَرَفٌ لِأَوْصَى لَا لِقَوْلِهِ حَرْبِيٍّ: أَيْ لَوْ أَوْصَى الذِّمِّيُّ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ لِحَرْبِيٍّ فِي دَارِ الْحَرْبِ لَمْ يَجْزُ لَتَبَايُنِ الدَّارَيْنِ؛ وَلِأَنَّ الذِّمِّيَّ إِذَا أَوْصَى لِحَرْبِيٍّ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ جَازَ عَلَى مَا ذَكَرَ قَبْلَ هَذَا بِقَوْلِهِ وَكَذَا لَوْ أَوْصَى لَهُ: أَيْ لِلْمُسْتَأْمَنِ مُسْلِمٌ أَوْ ذِمِّيٌّ بِوَصِيَّةٍ جَازَ، وَاللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ.

بَابُ الْوَصِيِّ وَمَا يَمْلِكُهُ

قَالَ (وَمَنْ أَوْصَى إِلَى رَجُلٍ فَقَبِلَ الْوَصِيُّ فِي وَجْهِ الْمَوْصِي وَرَدَّهَا فِي غَيْرِ وَجْهِهِ فَلَيْسَ بِرَدٍّ) لَأَنَّ الْمَيِّتَ مَضَى مُعْتَمِدًا عَلَيْهِ، فَلَوْ صَحَّ رَدُّهُ فِي غَيْرِ وَجْهِهِ فِي حَيَاتِهِ أَوْ بَعْدَ مَمَاتِهِ صَارَ مَغْرُورًا مِنْ جِهَتِهِ فَرَدَّ رَدَّهُ، بِخِلَافِ الْوَكِيلِ بِشِرَاءٍ عَبْدٍ بِغَيْرِ عَيْنِهِ أَوْ بَيْعِ مَالِهِ حَيْثُ يَصِحُّ رَدُّهُ فِي غَيْرِ وَجْهِهِ لِأَنَّهُ لَا ضَرَرَ هُنَاكَ لِأَنَّهُ حَيٌّ قَادِرٌ عَلَى التَّصَرُّفِ بِنَفْسِهِ (فَإِنْ رَدَّهَا فِي وَجْهِهِ فَهُوَ رَدٌّ) لِأَنَّهُ لَيْسَ لِلْمَوْصِي وَلَايَةٌ إِلَّا زَامِيَةُ التَّصَرُّفِ، وَلَا غُرُورَ فِيهِ لِأَنَّهُ يُمْكِنُهُ أَنْ يُنِيبَ غَيْرُهُ.

(وَإِنْ لَمْ يَقْبَلْ وَلَمْ يَرُدَّ حَتَّى مَاتَ الْمَوْصِي فَهُوَ بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ قَبِلَ وَإِنْ شَاءَ لَمْ يَقْبَلْ) لَأَنَّ الْمَوْصِيَّ لَيْسَ لَهُ وَلَايَةٌ إِلَّا لِزَامِ قَبْضٍ مُخَيَّرًا، فَلَوْ أَنَّهُ بَاعَ شَيْئًا مِنْ تَرْكِتِهِ فَقَدْ لَزِمَتْهُ، لِأَنَّ ذَلِكَ دَلَالَةٌ لِلزَّامِ وَالْقَبُولِ وَهُوَ مُعْتَبَرٌ بَعْدَ الْمَوْتِ، وَيَنْفُذُ الْبَيْعُ لَصُدُورِهِ مِنَ الْوَصِيِّ، وَسَوَاءٌ عَلِمَ بِالْوَصَايَةِ أَوْ لَمْ يَعْلَمْ، بِخِلَافِ الْوَكِيلِ إِذَا لَمْ يَعْلَمْ بِالتَّوَكُّيلِ فَبَاعَ حَيْثُ لَا يَنْفُذُ لِأَنَّ الْوَصَايَةَ خِلَافَةٌ لِأَنَّهُ يَخْتَصُّ بِحَالِ انْقِطَاعِ وَلَايَةِ الْمَيِّتِ فَتَنْتَقِلُ الْوَلَايَةُ إِلَيْهِ. وَإِذَا كَانَتْ خِلَافَةً لَا تَتَوَقَّفُ عَلَى الْعِلْمِ كَالْوَرَاثَةِ. أَمَّا التَّوَكُّيلُ إِذَا بَتَّ لثُبُوتِهِ فِي حَالِ قِيَامِ وَلَايَةِ الْمُنِيبِ فَلَا يَصِحُّ مِنْ غَيْرِ عِلْمِهِ كاثْبَاتِ الْمَلِكِ بِالْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ وَقَدْ بَيَّنَّا طَرِيقَ الْعِلْمِ وَشَرَطَ الْإِخْبَارِ فِيمَا تَقَدَّمَ مِنَ الْكُتُبِ.

(وَإِنْ لَمْ يَقْبَلْ حَتَّى مَاتَ الْمَوْصِي فَقَالَ لَا أَقْبَلُ ثُمَّ قَالَ أَقْبَلُ فَلَهُ ذَلِكَ إِنْ لَمْ يَكُنِ الْقَاضِي أَخْرَجَهُ مِنَ الْوَصِيَّةِ حِينَ قَالَ لَا أَقْبَلُ) لِأَنَّ بِمُجَرَّدِ قَوْلِهِ لَا أَقْبَلُ لَا يَبْطُلُ الْإِيصَاءُ، لِأَنَّ فِي إِبْطَالِهِ ضَرَرًا بِالْمَيِّتِ وَضَرَرُ الْوَصِيِّ فِي الْإِبْقَاءِ مَجْبُورٌ بِالثَّوَابِ، وَدَفْعُ الْأَوَّلِ وَهُوَ أَعْلَى أَوَّلَى، إِلَّا أَنَّ الْقَاضِي إِذَا أَخْرَجَهُ عَنِ الْوَصَايَةِ يَصِحُّ ذَلِكَ لِأَنَّهُ مُجْتَهِدٌ فِيهِ، إِذْ لِلْقَاضِي وَلَايَةٌ دَفْعَ الضَّرَرِ، وَرُبَّمَا يَعْجُزُ عَنِ ذَلِكَ فَيَتَضَرَّرُ بِبَقَاءِ الْوَصَايَةِ فَيُدْفَعُ الْقَاضِي الضَّرَرَ عَنْهُ وَيُنَصِّبُ حَافِظًا لِمَالِ الْمَيِّتِ مُتَصَرِّفًا فِيهِ فَيَنْدَفِعُ الضَّرَرُ مِنَ الْجَانِبَيْنِ فَلِهَذَا يَنْفُذُ إِخْرَاجُهُ، فَلَوْ قَالَ بَعْدَ إِخْرَاجِ الْقَاضِي إِيَّاهُ أَقْبَلُ لَمْ يُلْتَفَتْ إِلَيْهِ لِأَنَّهُ قَبِلَ بَعْدَ بَطْلَانِ الْوَصَايَةِ بِإِبْطَالِ الْقَاضِي.

الشرح:

(بَابُ الْوَصِيِّ وَمَا يَمْلِكُهُ): لَمَّا فَرَّغَ مِنْ بَيَانِ الْمَوْصِي لَهُ شَرَعَ فِي بَيَانِ أَحْكَامِ

الموصى إليه وهو الوصي لما أن كتاب الوصايا يشمله، لكن قدّم أحكام الموصى له لكثرتها وكثرة وقوعه فكانت الحاجة إلى معرفتها أمراً (ومن أوصى إلى رجل) أي جعله وصياً (فقبل الوصي في وجه الموصي) أي بعلمه (وردّها في غير وجهه) أي بغير علم الموصي، هكذا ذكره في الذخيرة، إشارة إلى أن المقصود بذلك علم الموصي ليتدارك عند ردّ الوصي.

(فليس برده؛ لأن الميت مضى لسبيله) أي الموصي مات معتمداً عليه، فلو صحّ رده بغيره علمه في حياته أو بعد مماته صار مغروراً من جهته وهو إضرار لا يجوز فيردّ رده، وطولب بالفرق بين الموصى له والموصى إليه في أن قبول الأول في الحال غير معتبر حتى لو قبله في حال حياة الموصي ثم رده بعد وفاته كان صحيحاً، بخلاف الثاني على ما ذكرتم. وأجيب بأن نفع الأول بالوصية لنفسه ونفع الثاني للموصي فكان في رده بغير علمه إضرار به فلا يجوز، بخلاف الأول؛ لأن الموصى به يرجع إلى ورثة الموصي ولا ضرر له في ذلك.

ويشير إلى هذا الجواب قوله (بخلاف الوكيل بشراء عبد بغير عينه أو بيع ماله حيث يصحّ رده في غير وجهه) أي: في غيبته وبغير علمه (لأنه لا ضرر هناك؛ لأنه حي قادر على التصرف بنفسه) فإنه جعل علة جوازه عدم الضرر كما في ردّ الموصى له. قال صاحب النهاية: هذا الذي ذكره مخالف لعامة روايات الكتب من التهمة والذخيرة وأدب القاضي للصدر الشهيد والجامع الصغير للإمام المحبوبي وفتاوى قاضي خان، ونقل عن كل واحد منها ما يدلّ على أن الوكيل إذا عزل نفسه عن الوكالة حال غيبة الموكل لا يصحّ، حتى لو عزل نفسه من غير علم الموكل لا يخرج عن الوكالة.

ولكن ليس فيما نقله ما يدلّ على الوكيل بشراء شيء بغير عينه، وعن هذا قال بعض الشارحين: رواية عامة الكتب فيما إذا كان وكّيلاً بشراء شيء بعينه، وقد أشار إليه المصنّف في كتاب الوكالة في فصل الشراء بقوله على ما قيل إلا بمحض من الموكل، وذلك أيضاً قول المشايخ على ما يشير إليه قوله قيل: وسببه الإضرار بتعريضه، وأمّا إذا كان وكّيلاً بشراء شيء بغير عينه فليس فيه ذلك.

وَقَوْلُهُ (وَإِنْ لَمْ يَقْبَلْ وَلَمْ يَرُدَّ حَتَّى مَاتَ الْمُوصِي فَهُوَ بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ قَبْلَ وَإِنْ شَاءَ لَمْ يَقْبَلْ؛ لِأَنَّ الْمُوصِي لَيْسَ لَهُ وَلَايَةٌ الْإِلْزَامِ فَبَقِيَ مُخَيَّرًا) يَعْنِي كَمَنْ وَكَّلَ حَالَ حَيَاتِهِ، فَإِنَّهُ مَا لَمْ يُوجَدْ مِنَ الْوَكِيلِ قَبُولٌ نَصًّا وَلَا دَلَالَةً كَانَ بِالْخِيَارِ. قِيلَ كَانَ يَجِبُ أَنْ لَا يَكُونَ مُخَيَّرًا؛ لِأَنَّهُ لَمَّا بَلَغَهُ الْإِصْصَاءُ وَلَمْ يَرُدَّهُ اعْتَمَدَ عَلَيْهِ الْمُوصِي وَلَمْ يُوصِ إِلَى غَيْرِهِ وَفِي ذَلِكَ ضَرَرٌّ بِهِ وَالضَّرَرُ مَرْفُوعٌ.

وَأُجِيبَ بِأَنَّ الْمُوصِي مُعْتَرٍ حَيْثُ لَمْ يَسْأَلْهُ عَنِ الرَّدِّ وَالْقَبُولِ فَلَا يَبْطُلُ الْاِخْتِيَارُ، بِخِلَافِ مَا إِذَا قِيلَ ثُمَّ رَدَّ فِي غَيْبَتِهِ فَإِنَّهُ غَارٌّ فَيَبْطُلُ اخْتِيَارُهُ.

وَقَوْلُهُ (فَلَوْ أَنَّهُ بَاعَ شَيْئًا مِنْ تَرِكَتِهِ) بَيَّنَّاهُ أَنَّ الْقَبُولَ يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ دَلَالَةً فَإِنَّهَا تَعْمَلُ عَمَلُ الصَّرِيحِ إِذَا لَمْ يُوجَدْ صَرِيحٌ يُخَالِفُهُ لَكِنَّهُ يُعْتَبَرُ ذَلِكَ بَعْدَ الْمَوْتِ. وَقَوْلُهُ (وَقَدْ بَيَّنَّا طَرِيقَ الْعِلْمِ وَشَرَطَ الْإِخْتِبَارِ فِيمَا تَقَدَّمَ مِنَ الْكُتُبِ) مِنْ ذَلِكَ مَا ذَكَرَهُ فِي كِتَابِ آدَبِ الْقَاضِي فِي فَصْلِ الْقَضَاءِ بِالْمَوَارِيثِ: وَمَنْ أَعْلَمَهُ النَّاسُ بِالْوَكَالَةِ يَجُوزُ تَصَرُّفُهُ، وَلَا يَكُونُ التَّهْنِي عَنْ الْوَكَالَةِ حَتَّى يَشْهَدَ عَنْهُ شَاهِدَانِ أَوْ رَجُلٌ عَدْلٌ وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: هُوَ وَالْأَوَّلُ سَوَاءٌ: أَيُّ الْوَاحِدُ فِيهِمَا يَكْفِي.

وَقَوْلُهُ (وَإِنْ لَمْ يَقْبَلْ حَتَّى مَاتَ الْمُوصِي فَقَالَ لَا أَقْبَلُ) يَعْنِي أَنَّ الْوَصِيَّ إِذَا سَكَتَ فِي حَيَاةِ الْمُوصِي ثُمَّ بَعْدَ مَمَاتِهِ قَالَ لَا أَقْبَلُ ثُمَّ قَبِلَ فَهُوَ وَصِيٌّ إِنْ لَمْ يُخْرِجْهُ الْقَاضِي حِينَ قَالَ لَا أَقْبَلُ؛ لِأَنَّ بِمُجَرَّدِ قَوْلِهِ لَا أَقْبَلُ لَا يَبْطُلُ الْإِصْصَاءُ عِنْدَنَا خِلَافًا لِرُفْرٍ؛ لِأَنَّ فِي إِبْطَالِهِ مَضَرَّةٌ بِالْمَيِّتِ وَفِي إِنْجَائِهِ ضَرَرٌ لِلْوَصِيِّ، لَكِنَّ الْأَوَّلَ أَعْلَى لِكَوْنِهِ غَيْرَ مَجْبُورٍ بِشَيْءٍ وَالثَّانِي مَجْبُورٌ بِالثَّوَابِ، وَدَفْعُ الْأَعْلَى مِنَ الضَّرَرِ أَوْلَى لَا مَحَالَةَ.

وَقَوْلُهُ (إِلَّا أَنَّ الْقَاضِي إِذَا أَخْرَجَهُ) اسْتِثْنَاءٌ مِنْ قَوْلِهِ فَلَهُ ذَلِكَ: يَعْنِي أَنَّ الْقَاضِي إِذَا أَخْرَجَهُ عَنْهَا حِينَ قَالَ لَا أَقْبَلُ لَا يَصِحُّ قَبُولُهُ بَعْدَ ذَلِكَ. وَاخْتَلَفَ الْمَشَايخُ فِي تَعْلِيلِ صِحَّةِ هَذَا الْإِخْرَاجِ، فَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ: الْقَاضِي حَكَمَ فِي فَصْلِ مُجْتَهِدٍ فِيهِ فَيَنْفَعُ، وَإِلَيْهِ ذَهَبَ الْإِمَامُ شَمْسُ الْأُيُومَةِ السَّرْحَسِيُّ وَهُوَ الَّذِي اخْتَارَهُ الْمُصَنِّفُ، وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ: إِنَّمَا صَحَّ؛ لِأَنَّ الْوَصَايَةَ لَوْ صَحَّتْ بِقَبُولِهِ كَانَ لِلْقَاضِي أَنْ يُخْرِجَهُ وَيَصِحَّ الْإِخْرَاجُ فَهَذَا أَوْلَى، وَإِلَيْهِ ذَهَبَ شَمْسُ الْأُيُومَةِ الْحُلَوَانِيُّ وَالْبَاقِي وَاضِحٌ.

قَالَ (وَمَنْ أَوْصَى إِلَى عَبْدٍ أَوْ كَافِرٍ أَوْ فَاسِقٍ أَخْرَجَهُمُ الْقَاضِي عَنْ الْوَصَايَةِ

وَنَصَّبَ غَيْرَهُمْ) وَهَذَا اللَّفْظُ يُشِيرُ إِلَى صِحَّةِ الْوَصِيَّةِ، لِأَنَّ الْإِخْرَاجَ يَكُونُ بَعْدَهَا. وَذَكَرَ مُحَمَّدٌ فِي الْأَصْلِ أَنَّ الْوَصِيَّةَ بَاطِلَةٌ. قِيلَ مَعْنَاهُ فِي جَمِيعِ هَذِهِ الصُّوَرِ أَنَّ الْوَصِيَّةَ سَتَبْطُلُ، وَقِيلَ مَعْنَاهُ فِي الْعَبْدِ بَاطِلٌ حَقِيقَةً لِعَدَمِ وِلَايَتِهِ وَاسْتِبْدَادِهِ، وَفِي غَيْرِهِ مَعْنَاهُ سَتَبْطُلُ، وَقِيلَ فِي الْكَافِرِ بَاطِلٌ أَيْضًا لِعَدَمِ وِلَايَتِهِ عَلَى الْمُسْلِمِ.

وَوَجْهُ الصَّحَّةِ ثُمَّ الْإِخْرَاجُ أَنَّ الْأَصْلَ النَّظَرُ ثَابِتٌ لِقُدْرَةِ الْعَبْدِ حَقِيقَةً، وَوِلَايَتُهُ الْفَاسِقِ عَلَى أَصْلَانَا وَوِلَايَتِ الْكَافِرِ فِي الْجُمْلَةِ، لِأَنََّّهُ لَمْ يَتِمَّ النَّظَرُ لَتَوْقُفِ وِلَايَةِ الْعَبْدِ عَلَى إِجَازَةِ الْمَوْلَى وَتَمَكُّنِهِ مِنَ الْحَجَرِ بَعْدَهَا وَالْمُعَادَاةِ الدِّينِيَّةِ الْبَاعِثَةِ لِلْكَافِرِ عَلَى تَرْكِ النَّظَرِ فِي حَقِّ الْمُسْلِمِ وَاتِّهَامِ الْفَاسِقِ بِالْخِيَانَةِ فَيُخْرِجُهُ الْقَاضِي مِنَ الْوَصَايَةِ وَيُقِيمُ غَيْرَهُ مَقَامَهُ إِتِمَامًا لِلنَّظَرِ. وَشَرَطَ فِي الْأَصْلِ أَنْ يَكُونَ الْفَاسِقُ مَخُوفًا عَلَيْهِ فِي الْمَالِ، وَهَذَا يَصْلُحُ عُذْرًا فِي إِخْرَاجِهِ وَتَبْدِيلِهِ بِغَيْرِهِ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ أَوْصَى إِلَى عَبْدٍ أَوْ كَافِرٍ إلخ) وَمَنْ أَوْصَى إِلَى عَبْدٍ غَيْرِهِ أَوْ كَافِرٍ ذِمِّيٍّ أَوْ مُسْتَأْمِنٍ أَوْ حَرْبِيٍّ أَوْ فَاسِقٍ أَخْرَجَهُمُ الْقَاضِي عَنْ الْوَصِيَّةِ وَنَصَّبَ غَيْرَهُمْ، وَهَذَا اللَّفْظُ وَهُوَ لَفْظُ الْقُدُورِيِّ يُشِيرُ إِلَى صِحَّةِ الْوَصِيَّةِ؛ لِأَنَّ الْإِخْرَاجَ يَكُونُ بَعْدَ الصَّحَّةِ، وَذَكَرَ مُحَمَّدٌ فِي الصُّوَرِ الثَّلَاثِ أَنَّ الْوَصِيَّةَ بَاطِلَةٌ. ثُمَّ اخْتَلَفَ الْمَشَايخُ فِي أَنَّهُ بَاطِلٌ أَصْلًا أَوْ مَعْنَاهُ سَيَبْطُلُ. قَالَ الْفَقِيهُ أَبُو اللَّيْثِ: وَإِلَيْهِ ذَهَبَ الْقُدُورِيُّ وَفَخِرُ الْإِسْلَامِ الْبَزْدَوِيُّ وَعَامَّةُ مَشَايخِنَا أَنَّ مَعْنَاهُ سَيَبْطُلُ.

وَوَجْهُهُ أَنَّ الْعَبْدَ أَهْلُ التَّصَرُّفِ وَلِهَذَا جَازَ تَوْكِيلُهُ، وَلَكِنْ لَمَّا كَانَ عَجْزُهُ عَنْ اسْتِنْفَاءِ حُقُوقِ الْمِلَّةِ مَطْنُونًا لِكَوْنِ مَنَافِعِهِ لِلْمَوْلَى وَالظَّاهِرُ الْمَنْعُ عَنِ التَّبَرُّعِ بِهَا وَعَلَى تَقْدِيرِ الْإِجَازَةِ كَانَ لَهُ الرُّجُوعُ وَعِنْدَ ذَلِكَ يَعْجِزُ الْعَبْدُ عَنِ التَّصَرُّفِ بِالْوَصَايَةِ. قُلْنَا: إِنَّهَا سَتَبْطُلُ بِإِخْرَاجِ الْقَاضِي إِيَّاهُ عَنْهَا، وَأَمَّا الْكَافِرُ فَقَدْ ذَكَرَ فِي كِتَابِ الْقِسْمَةِ أَنَّهُ لَوْ قَاسَمَ شَيْئًا قَبْلَ أَنْ يُخْرِجَهُ الْقَاضِي جَازًا، فَتَبَّتْ أَنَّ الْإِيصَاءَ صَحِيحٌ لَكِنَّهُ لَا يَتَوَقَّى الْبِيَاعَاتِ الْفَاسِدَةَ فَجَازَ لِلْقَاضِي أَنْ يُخْرِجَهُ عَنِ الْوَصِيَّةِ. وَقَالَ بَعْضُهُمْ إِنَّهُ بَاطِلٌ فِي الْعَبْدِ، وَإِلَيْهِ ذَهَبَ شَمْسُ الْأَيْمَةِ السَّرْحَسِيُّ، وَذَلِكَ؛ لِأَنَّ الْوَصَايَةَ وَوِلَايَةَ مُتَعَدِّيَّةً، وَلَيْسَ لِلْعَبْدِ وَوِلَايَةً عَلَى نَفْسِهِ فَضْلًا أَنْ يَكُونَ لَهُ وَوِلَايَةً عَلَى غَيْرِهِ، فَقَوْلُهُ لِعَدَمِ وِلَايَتِهِ إِشَارَةٌ إِلَى

مَا قَبْلَ الْإِجَازَةِ.

وَقَوْلُهُ (وَاسْتَبْدَاذُهُ إِلَى مَا بَعْدَهَا)؛ لِأَنَّهَا بِمَنْزِلَةِ الْإِعَارَةِ مِنْهُ لِلْعَبْدِ وَلَا يَتَعَلَّقُ بِهِ الزُّرُومُ. وَقِيلَ مَعْنَاهُ فِي الْكَافِرِ أَيْضًا بَاطِلٌ لِعَدَمِ وَلَايَتِهِ عَلَى الْمُسْلِمِ. وَوَجْهُ الصَّحَّةِ ثُمَّ الْإِخْرَاجُ ظَاهِرٌ، وَقَدْ ذَكَرْنَا بَعْضًا مِنْهُ آنَفًا. وَقَوْلُهُ (وَهَذَا يَصْلُحُ عُذْرًا فِي إِخْرَاجِهِ وَتَبْدِيلِهِ بغيرِهِ)؛ لِأَنَّ الْمَيِّتَ إِنَّمَا أَوْصَى إِلَيْهِ لِيَنْظُرَ فِي مَالِهِ وَأَوْلَادِهِ بَعْدَهُ بِالْحِفْظِ وَالصِّيَانَةِ، وَبِالْحَيَاةِ تَرْتَفِعُ الصِّيَانَةُ فَلَا يَحْصُلُ الْعَرَضُ مِنَ الْوَصَايَةِ.

قَالَ (وَمَنْ أَوْصَى إِلَى عَبْدٍ نَفْسِهِ وَفِي الْوَرْتَةِ كِبَارٌ لَمْ تَصِحَّ الْوَصِيَّةُ) لِأَنَّ لِلْكَبِيرِ أَنْ يَمْنَعَهُ أَوْ يَبِيعَ نَصِيْبَهُ فَيَمْنَعَهُ الْمُشْتَرِي فَيَعِجْزُ عَنِ الْوَفَاءِ بِحَقِّ الْوَصَايَةِ فَلَا يُفِيدُ فَائِدَتَهُ وَإِنْ كَانُوا صِغَارًا كُلُّهُمْ فَالْوَصِيَّةُ إِلَيْهِ جَائِزَةٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَلَا تَجُوزُ عِنْدَهُمَا وَهُوَ الْقِيَاسُ. وَقِيلَ قَوْلُ مُحَمَّدٍ مُضْطَرِبٌ، يَرَوِي مَرَّةً مَعَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَتَارَةً مَعَ أَبِي يُوسُفَ.

وَجْهُ الْقِيَاسِ أَنَّ الْوِلَايَةَ مُنْعَدِمَةٌ لَمَّا أَنَّ الرِّقَّ يُنَافِيهَا، وَلِأَنَّ فِيهِ إِثْبَاتَ الْوِلَايَةِ لِلْمَمْلُوكِ عَلَى الْمَالِكِ، وَهَذَا قَلْبُ الْمَشْرُوعِ، وَلِأَنَّ الْوِلَايَةَ الصَّادِرَةَ مِنَ الْأَبِ لَا تَتَجَرَّأُ، وَفِي اعْتِبَارِ هَذِهِ تَجَرُّئُهَا لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ بَيْعَ رَقَبَتِهِ وَهَذَا نَقْضُ الْمَوْضُوعِ. وَلَهُ أَنَّهُ مُحَاطَبٌ مُسْتَبَدٌّ بِالنَّصْرِ فَيَكُونُ أَهْلًا لِلْوَصَايَةِ، وَلَيْسَ لِأَحَدٍ عَلَيْهِ وَِلَايَةٌ، فَإِنَّ الصِّغَارَ وَإِنْ كَانُوا مُلَاكًا لَيْسَ لَهُمْ وَِلَايَةٌ الْمَنْعِ فَلَا مُنَافَاةَ.

وَإِيصَاءُ الْمُوَلَى إِلَيْهِ يُؤْذِنُ بِكَوْنِهِ نَاضِرًا لَهُمْ وَصَارَ كَالْمَكَاتِبِ، وَالْوَصَايَةُ قَدْ تَتَجَرَّأُ عَلَى مَا هُوَ الْمَرْوِيُّ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ، أَوْ نَقُولُ: يُصَارُ إِلَيْهِ كَيْ لَا يُؤْدَى إِلَى إِبْطَالِ أَصْلِهِ، وَتَغْيِيرِ الْوَصْفِ لِتَصْحِيحِ الْأَصْلِ أَوْلَى.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ أَوْصَى إِلَى عَبْدٍ نَفْسِهِ) وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (وَفِي اعْتِبَارِ هَذِهِ) أَيُّ: هَذِهِ الْوَصِيَّةُ وَهِيَ وَصِيَّةُ عَبْدِهِ عَلَى الْوَرْتَةِ الصِّغَارِ (تَجَرُّئُهَا؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ بَيْعَ رَقَبَتِهِ) وَقَوْلُهُ وَهَذَا نَقْضُ الْمَوْضُوعِ؛ لِأَنَّ الْوَصِيَّ إِنَّمَا يَمْلِكُ الْوِلَايَةَ مِنَ الْمُوصِي وَوِلَايَتُهُ لَا تَتَجَرَّأُ إِذْ لَا يُقَالُ وَِلَايَتُهُ فِي بَعْضٍ دُونَ بَعْضٍ، فَلَوْ ثَبَتَ التَّجْزِئَةُ فِي وَِلَايَةِ الْوَصِيِّ ثَبَتَ فِي وَِلَايَةِ الْمُوصِي لَكِنَّهُ غَيْرُ مُتَجَزِّئٍ فَكَانَ عَائِدًا عَلَى مَوْضُوعِهِ بِالنَّقْضِ.

وَقَوْلُهُ (إِنَّهُ مُخَاطَبٌ) اخْتِرَارُ عَنِ الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ. وَقَوْلُهُ (مُسْتَبَدٌّ) اخْتِرَارُ عَنِ
الإيصاء إلى عَبْدٍ غَيْرٍ وَعَمَّا إِذَا كَانَ فِي الْوَرَثَةِ كِبَارًا. وَقَوْلُهُ (لَيْسَ لَهُمْ وَلَايَةُ الْمَنْعِ فَلَا
مُنَافَاةٌ) قِيلَ عَلَيْهِ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُمْ ذَلِكَ فَلِلْقَاضِي أَنْ يَبِيعَهُ فَيَتَحَقَّقُ الْمَنْعُ وَالْمُنَافَاةُ. وَأَجِيبَ
بِأَنَّهُ إِذَا ثَبَتَ الإِصْءَاءُ لَمْ يَتَّقَ لِلْقَاضِي وَلَايَةُ الْبَيْعِ. وَقَوْلُهُ بِكَوْنِهِ نَاطِرًا لَهُمْ؛ لِأَنَّ الْعَاقِلَ لَا
يَخْتَارُ الْمَرْفُوقَ دُونَ الْأَحْرَارِ كَافَّةً إِلَّا إِذَا وَثِقَ بِدَيَّانَتِهِ وَأَمَانَتِهِ وَشَفَقَتِهِ عَلَى مَنْ خَلَفَهُمْ
وَصَارَ كَالْمُكَاتَبِ فَإِنَّ الإِصْءَاءَ إِلَيْهِ جَائِزٌ فَكَذَلِكَ هَذَا.

قَوْلُهُ (وَالْوَصَايَةُ قَدْ تَجَزَّأَتْ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِمَا وَفِي اعْتِبَارِ هَذِهِ تَجَزُّئُهَا، وَذَلِكَ
أَنَّ الْحَسَنَ بْنَ زِيَادٍ رَوَى عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ إِذَا أَوْصَى إِلَى رَجُلَيْنِ إِلَى أَحَدِهِمَا فِي الْعَيْنِ
وَالْآخَرِ فِي الدِّينِ أَنْ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَكُونُ وَصِيًّا فِيمَا أَوْصَى إِلَيْهِ خَاصَّةً، أَوْ
نَقُولُ: يُصَارُ إِلَيْهِ أَيْ: إِلَى التَّجْزِئِ كَيْ لَا يُؤَدِّيَ إِلَى إِبْطَالِ هَذَا التَّصَرُّفِ وَهُوَ نَصَبُ
عَبْدِهِ وَصِيًّا عَلَى الصَّغَارِ. فَإِنْ قِيلَ: يُفْضَى إِلَى تَغْيِيرِ وَصْفِهِ وَهُوَ جَعْلُهُ مُتَجَزِّئًا بَعْدَمَا لَمْ
يَكُنْ. قُلْنَا: يُعْتَبَرُ الْوَصْفُ لِتَصْحِيحِ الْأَصْلِ أَوَّلَى مِنْ إِهْذَارِهِ بِالْكُلِّيَّةِ.

قَالَ (وَمَنْ يَعْجِزُ عَنِ الْقِيَامِ بِالْوَصِيَّةِ ضَمَّ إِلَيْهِ الْقَاضِي غَيْرَهُ) رِعَايَةً لِحَقِّ الْمُوصِي
وَالْوَرَثَةِ، وَهَذَا لِأَنَّ تَكْمِيلَ النَّظَرِ يَحْصُلُ بِضَمِّ الْآخَرِ إِلَيْهِ لِصِيَانَتِهِ وَنَقْصِ كِفَايَتِهِ فَيَتِمُّ
النَّظَرُ بِإِعَانَةِ غَيْرِهِ، وَلَوْ شَكَا إِلَيْهِ الْوَصِيُّ ذَلِكَ لَا يُجِيبُهُ حَتَّى يَعْرِفَ ذَلِكَ حَقِيقَةً، لِأَنَّ
الشَّاكِيَ قَدْ يَكُونُ كَاذِبًا تَخْفِيفًا عَلَى نَفْسِهِ، وَإِذَا ظَهَرَ عِنْدَ الْقَاضِي عَجْزُهُ أَصْلًا
اسْتَبَدَلَ بِهِ رِعَايَةً لِلنَّظَرِ مِنَ الْجَانِبَيْنِ؛ وَلَوْ كَانَ قَادِرًا عَلَى التَّصَرُّفِ أَمِينًا فِيهِ لَيْسَ
لِلْقَاضِي أَنْ يُخْرِجَهُ، لِأَنَّهُ لَوْ اخْتَارَ غَيْرَهُ كَانَ دُونَهُ لَمَّا أَنَّهُ كَانَ مُخْتَارَ الْمَيِّتِ وَمَرْضِيَّهُ
فَابْقَاؤُهُ أَوْلَى وَلِهَذَا قُدِّمَ عَلَى أَبِي الْمَيِّتِ مَعَ وَفُورِ شَفَقَتِهِ فَأَوَّلَى أَنْ يُقَدَّمَ عَلَى غَيْرِهِ.

وَكَذَا إِذَا شَكَا الْوَرَثَةُ أَوْ بَعْضُهُمُ الْوَصِيَّ إِلَى الْقَاضِي فَإِنَّهُ لَا يَنْبَغِي لَهُ أَنْ يَعْرِضَهُ
حَتَّى يَبْدُو لَهُ مِنْهُ خِيَانَةٌ لِأَنَّهُ اسْتِفَادَ الْوَلَايَةَ مِنَ الْمَيِّتِ، غَيْرَ أَنَّهُ إِذَا ظَهَرَتِ الْخِيَانَةُ فَالْمَيِّتُ
إِنَّمَا نَصَبَهُ وَصِيًّا لِأَمَانَتِهِ وَقَدْ فَاتَتْ، وَلَوْ كَانَ فِي الْأَحْيَاءِ لِأَخْرَجِهِ مِنْهَا، فَعِنْدَ عَجْزِهِ
يُنُوبُ الْقَاضِي مَنَابَهُ كَأَنَّهُ لَا وَصِيَّ لَهُ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ يَعْجِزُ عَنِ الْقِيَامِ بِالْوَصِيَّةِ) مَعْنَى قَوْلِهِ بِالْوَصِيَّةِ بِالْوَصَايَةِ. اعْلَمْ أَنَّ

الأوصياء ثلاثة: عدلٌ كافٍ، وفاسقٌ. وزاد المصنف العاجز أصلاً إذا ظهر للقاضي عجزٌ وصيٌّ عن الاستبداد وهو عدلٌ ضُمَّ إليه غيره رعايةً لحق الموصي والورثة، وهذا؛ لأن القاضي نصب ناظراً، وإذا علم صيانة الوصي وتقص كفايته وجب عليه تكميل النظر وهو يحصل بضم غيره إليه، وإذا لم يظهر ذلك عنده لكن شكاً إليه الوصي ذلك: أي: عدم الاستبداد بعجزه لا بجيبه كما ذكر في الكتاب.

ولو ظهر عنده عجزٌ أصلاً استبدل غيره به رعايةً للنظر من الجانبين: أي جانب الموصي والوصي، يقوم المنصب من جهة القاضي بالتصرف في حوائج الموصي والعاجز المعزول بقضاء حقوق نفسه، وإذا كان عدلاً كافياً فليس للقاضي أن يتعرض إليه بالإخراج وإن شكاه الورثة أو بعضهم إليه، إذا ظهر منه خيانة فإنه يستبدل به غيره ووجه ذلك مذكور في الكتاب.

قال (ومن أوصى إلى اثنين لم يكن لأحدهما أن يتصرف عند أبي حنيفة ومحمد دون صاحبه) إلا في أشياء معدودة ثبتت فيها إن شاء الله تعالى. وقال أبو يوسف: ينفرد كل واحد منهما بالتصرف في جميع الأشياء لأن الوصاية سبيلها الولاية وهي وصف شرعي لا تتجزأ فثبت لكل منهما كملاً كولاية الإنكاح للأخوين، وهذا لأن الوصاية خلافة، وإنما تتحقق إذا انتقلت الولاية إليه على الوجه الذي كان ثابتاً للموصي وقد كان بوصف الكمال، ولأن اختيار الأب إياهما يؤذن باختصاص كل واحد منهما بالشفقة فينزل ذلك منزلة قرابة كل واحد منهما.

ولهما أن الولاية تثبت بالتفويض فيراعى وصف التفويض وهو وصف الاجتماع إذ هو شرط مقيد، وما رضي الموصي إلا بالثنى وليس الواحد كالثنى، بخلاف الأخوين في الإنكاح لأن السبب هنالك القرابة وقد قامت بكل منهما كملاً، ولأن الإنكاح حق مستحق لها على الولي، حتى لو طالبتة بإنكاحها من كفؤ يخطبها يجب عليه وهنأ حق التصرف للوصي، ولهذا يبقى مخيراً في التصرف، ففي الأول أوفى حقاً على صاحبه فصح، وفي الثاني استوفى حقاً لصاحبه فلا يصح أصله الدين الذي عليهما ولهما، بخلاف الأشياء المعدودة لأنها من باب الضرورة لا من باب الولاية.

ومواضع الضرورة مستثناة أبداً، وهي ما استثناه في الكتاب وأخواتها. فقال (إلا

فِي شِرَاءِ كَفَنِ الْمَيِّتِ وَتَجْهِيزِهِ) لِأَنَّ فِي التَّأْخِيرِ فَسَادَ الْمَيِّتِ وَلِهَذَا يَمْلِكُهُ الْجِيرَانُ عِنْدَ ذَلِكَ (وَطَعَامِ الصَّغَارِ وَكِسْوَتِهِمْ) لِأَنَّهُ يَخَافُ مَوْتَهُمْ جُوعًا وَعُرْيًا (وَرَدَّ الْوَدِيعَةِ بِعَيْنِهَا وَرَدَّ الْمَقْصُوبِ وَالْمُشْتَرَى شِرَاءً فَاسِدًا وَحِفْظِ الْأَمْوَالِ وَقَضَاءِ الدِّيُونِ) لِأَنَّهَا لَيْسَتْ مِنْ بَابِ الْوِلَايَةِ فَإِنَّهُ يَمْلِكُهُ الْمَالِكُ، وَصَاحِبُ الدِّينِ إِذَا ظَفَرَ بِجَنْسِ حَقِّهِ وَحِفْظِ الْمَالِ يَمْلِكُهُ مَنْ يَقَعُ فِي يَدِهِ فَكَانَ مِنْ بَابِ الْإِعَانَةِ.

وَلَأَنَّهُ لَا يَحْتَاجُ فِيهِ إِلَى الرَّأْيِ (وَتَنْفِيذِ وَصِيَّةٍ بِعَيْنِهَا وَعِتْقِ عَبْدٍ بِعَيْنِهِ) لِأَنَّهُ لَا يَحْتَاجُ فِيهِ إِلَى الرَّأْيِ (وَالْخُصُومَةِ فِي حَقِّ الْمَيِّتِ) لِأَنَّ الْجَمَاعَةَ فِيهَا مُتَعَدِّرٌ وَلِهَذَا يَنْفَرِدُ بِهَا أَحَدُ الْوَكِيلَيْنِ (وَقَبُولِ الْهَبَةِ) لِأَنَّ فِي التَّأْخِيرِ خِيفَةَ الْفَوَاتِ، وَلَأَنَّهُ يَمْلِكُهُ الْأُمُّ وَالَّذِي فِي حِجْرِهِ فَلَمْ يَكُنْ مِنْ بَابِ الْوِلَايَةِ (وَبَيْعِ مَا يَخْشَى عَلَيْهِ النَّوَى وَالتَّلَفِ) لِأَنَّ فِيهِ ضَرُورَةٌ لَا تُخْفَى (وَجَمْعِ الْأَمْوَالِ الضَّائِعَةِ) لِأَنَّ فِي التَّأْخِيرِ خَشْيَةَ الْفَوَاتِ، وَلَأَنَّهُ يَمْلِكُهُ كُلُّ مَنْ وَقَعَ فِي يَدِهِ فَلَمْ يَكُنْ مِنْ بَابِ الْوِلَايَةِ.

وَفِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ: وَلَيْسَ لِأَحَدِ الْوَصِيِّينَ أَنْ يَبِيعَ وَيَتَقَاضَى، وَالْمُرَادُ بِالتَّقَاضِي الْإِقْتِضَاءُ، كَذَا كَانَ الْمُرَادُ مِنْهُ فِي عُرْفِهِمْ، وَهَذَا لِأَنَّهُ رَضِيَ بِأَمَانَتِهِمَا جَمِيعًا فِي الْقَبْضِ، وَلَأَنَّهُ فِي مَعْنَى الْمُبَادَلَةِ لَا سِيَّمَا عِنْدَ اخْتِلَافِ الْجِنْسِ عَلَى مَا عُرِفَ فَكَانَ مِنْ بَابِ الْوِلَايَةِ وَلَوْ أَوْصَى إِلَى كُلِّ وَاحِدٍ عَلَى الْإِنْفِرَادِ قِيلَ يَنْفَرِدُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالتَّصَرُّفِ بِمَنْزِلَةِ الْوَكِيلَيْنِ إِذَا وَكَّلَ كُلُّ وَاحِدٍ عَلَى الْإِنْفِرَادِ، وَهَذَا لِأَنَّهُ لَمْ أَفْرَدَ فَقَدْ رَضِيَ بِرَأْيِ الْوَاحِدِ.

وَقِيلَ الْخِلَافُ فِي الْفَصْلَيْنِ وَاحِدٌ، وَهُوَ وَهُوَ الْأَصَحُّ لِأَنَّ وَجُوبَ الْوَصِيَّةِ عِنْدَ الْمَوْتِ بِخِلَافِ الْوَكِيلَيْنِ، لِأَنَّ الْوَكَالَتَ تَتَعَاقَبُ، فَإِنْ مَاتَ أَحَدُهُمَا جَعَلَ الْقَاضِي مَكَانَهُ وَصِيًّا آخَرَ، أَمَّا عِنْدَهُمَا فَلَا نَ الْبَاقِي عَاجِزٌ عَنِ التَّفَرُّدِ بِالتَّصَرُّفِ فَيُضْمُّ الْقَاضِي إِلَيْهِ وَصِيًّا آخَرَ نَظَرًا لِلْمَيِّتِ عِنْدَ عَجْزِهِ. وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ الْحَيُّ مِنْهُمَا وَإِنْ كَانَ يَقْدِرُ عَلَى التَّصَرُّفِ فَالْمَوْصِي قَصْدًا أَنْ يَخْلُفَهُ مُتَصَرِّفًا فِي حَقُوقِهِ، وَذَلِكَ مُمَكِّنُ التَّحَقُّقِ بِنَصَبِ وَصِيٍّ آخَرَ مَكَانَ الْمَيِّتِ.

الشرح:

قَوْلُهُ (وَمَنْ أَوْصَى إِلَى اثْنَيْنِ إلخ) رُوِيَ عَنْ أَبِي الْقَاسِمِ الصَّفَّارِ أَنَّهُ قَالَ: هَذَا الْخِلَافُ بَيْنَهُمَا فِيمَا إِذَا أَوْصَى إِلَيْهِمَا جَمِيعًا مَعَ بَعْدِ وَاحِدٍ، فَأَمَّا إِذَا أَوْصَى إِلَى كُلِّ

وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَعْدَ عَلَى حِدَةٍ فَإِنَّهُ يَنْفَرِدُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالتَّصَرُّفِ بِلَا خِلَافٍ. قَالَ
الْفَقِيهُ أَبُو اللَّيْثِ: هَذَا أَصَحُّ وَبِهِ نَأْخُذُ بِمَنْزِلَةِ الْوَكِيلَيْنِ إِذَا وَكَّلَ كُلًّا مِنْهُمَا عَلَى
الْإِنْفِرَادِ.

وَحُكِيَ عَنْ أَبِي بَكْرٍ الْإِسْكَافِ أَنَّهُ قَالَ: الْخِلَافُ فِيهِمَا جَمِيعًا سَوَاءً أَوْصَى
إِلَيْهِمَا جَمِيعًا أَوْ مُتَفَرِّقًا. وَجَعَلَ فِي الْمَسْئُوطِ هَذَا الْأَصَحُّ؛ لِأَنَّ وَجُوبَ الْوَصِيَّةِ إِنَّمَا
يَكُونُ عِنْدَ الْمَوْتِ وَحِينَئِذٍ تَبَتِ الْوَصِيَّةُ لهُمَا مَعًا فَلَا فَرْقَ بَيْنَ الْإِفْتِرَاقِ وَالْاجْتِمَاعِ،
بِخِلَافِ الْوَكَالَةِ، وَإِنَّمَا قَالَ إِلَّا فِي أَشْيَاءَ مَعْدُودَةٍ وَلَمْ يَذْكُرْ كَمِّيَّتَهَا لِاخْتِلَافِ أَقْوَالِ
الْعُلَمَاءِ فِيهَا، فَذَكَرَ فِي الْأَسْرَارِ سِتَّةَ، وَهُوَ مَا عَدَا تَنْفِيزَ الْوَصِيَّةِ الْمُعَيَّنَةِ، وَقَبُولَ الْهَبَةِ،
وَجَمْعَ الْأَمْوَالِ الضَّائِعَةِ مِنْ تَجْهِيزِ الْمَيِّتِ وَقَضَاءِ الدَّيْنِ بِجِنْسٍ حَقِّهِ، وَشِرَاءَ مَا لَا بُدَّ
لِلصَّغِيرِ مِنْهُ، وَيَبِيعَ مَا يُسْرِعُ إِلَيْهِ الْفَسَادُ، وَرَدَّ الْعَصَبِ، الْوَدِيعَةِ وَالْخُصُومَةِ.

وَذَكَرَ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ لِقَاضِي خَانَ ثَمَانِيَةَ وَهِيَ السِّتَّةُ الْمَذْكُورَةُ فِي الْأَسْرَارِ،
وَتَنْفِيزَ الْوَصِيَّةِ، وَقَبُولَ الْهَبَةِ. وَذَكَرَ فِيهِ أَيْضًا جَمْعَ الْأَمْوَالِ الضَّائِعَةِ، قِيلَ: وَيُحْتَمَلُ أَنْ
يَكُونَ قَبُولَ الْهَبَةِ مِنْ جِنْسٍ جَمْعَ الْأَمْوَالِ الضَّائِعَةِ فَيَعْدَانِ وَاحِدًا كَيْ لَا يَزْدَادَ مَا نَصَّ
عَلَيْهِ مِنَ الثَّمَانِيَةِ، وَالَّذِي ذَكَرَهُ الْمُصَنِّفُ أَكْثَرُ مِنْ ذَلِكَ.

وَقَوْلُهُ (سَبِيلُهَا الْوِلَايَةُ) يَعْنِي أَنَّهَا لَا تُثَبَّتُ لِمَنْ لَا تُثَبَّتُ لَهُ الْوِلَايَةُ بِالتَّوَلِّيَةِ كَالْكَافِرِ
وَالْعَبْدِ عَلَى مَا مَرَّ. وَقَوْلُهُ (لَأَنَّهَا لَيْسَتْ مِنْ بَابِ الْوِلَايَةِ) أَيُّ: الْوِلَايَةُ الْمُسْتَفَادَةُ مِنَ
الْمُوصِي لِتَحَقُّقِهَا مِنْ غَيْرِ مَنْ أَوْصَى إِلَيْهِ، وَذَكَرَ رِوَايَةَ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ لَيَّانٍ أَنَّ اقْتِضَاءَ
الدَّيْنِ: أَيُّ قَبْضِهِ لَيْسَ كَقَضَائِهِ بَلْ هُوَ عَلَى الْإِخْتِلَافِ. وَقَوْلُهُ (وَلَوْ أَوْصَى إِلَى كُلِّ
وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى الْإِنْفِرَادِ) ذَكَرْنَاهُ فِي مَطْلَعِ الْكَلَامِ مَعَ ذِكْرِ صَاحِبِ كُلِّ قَوْلٍ مِنْهُمَا.
وَقَوْلُهُ (فَإِنْ مَاتَ أَحَدُهُمَا) مُتَّصِلٌ بِأَوَّلِ الْكَلَامِ.

وَلَوْ أَنَّ الْمَيِّتَ مِنْهُمَا أَوْصَى إِلَى الْحَيِّ فَلِلْحَيِّ أَنْ يَتَصَرَّفَ وَحْدَهُ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ
بِمَنْزِلَةِ مَا إِذَا أَوْصَى إِلَى شَخْصٍ آخَرَ. وَلَا يَحْتَاجُ الْقَاضِي إِلَى نَصْبٍ وَصِيٍّ آخَرَ لِأَنَّ رَأْيَ
الْمَيِّتِ بَاقٍ حُكْمًا بِرَأْيِ مَنْ يَخْلُفُهُ. وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ لَا يَنْفَرِدُ بِالتَّصَرُّفِ لِأَنَّ الْمُوصِيَّ مَا
رَضِيَ بِتَصَرُّفِهِ وَحْدَهُ، بِخِلَافِ مَا إِذَا أَوْصَى إِلَى غَيْرِهِ لِأَنَّهُ يَنْفَعُ تَصَرُّفَهُ بِرَأْيِ الْمُتَنَتِّ كَمَا
رَضِيَهُ الْمُتَوَفَّى.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلَوْ أَنَّ الْمَيِّتَ مِنْهُمَا أَوْصَى إِلَى الْحَيِّ) ظَاهِرٌ.

وَإِذَا مَاتَ الْوَصِيُّ وَأَوْصَى إِلَى آخَرَ فَهُوَ وَصِيُّهُ فِي تَرْكِتِهِ وَتَرْكِتِ الْمَيِّتِ الْأَوَّلِ عِنْدَنَا. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا يَكُونُ وَصِيًّا فِي تَرْكِتِ الْمَيِّتِ الْأَوَّلِ اعْتِبَارًا بِالتَّوَكُّيلِ فِي حَالَةِ الْحَيَاةِ، الْجَامِعُ بَيْنَهُمَا أَنَّهُ رَضِيَ بِرَأْيِهِ لَا بِرَأْيِ غَيْرِهِ. وَلَنَا أَنَّ الْوَصِيَّ يَتَصَرَّفُ بِوِلَايَةِ مُنْتَقِلَةٍ إِلَيْهِ فَيَمْلِكُ الْإِيصَاءَ إِلَى غَيْرِهِ كَالْجَدِّ؛ أَلَا يَرَى أَنَّ الْوِلَايَةَ الَّتِي كَانَتْ ثَابِتَةً لِلْمُوصِي تَنْتَقِلُ إِلَى الْوَصِيِّ فِي الْمَالِ وَإِلَى الْجَدِّ فِي النَّفْسِ، ثُمَّ الْجَدُّ قَائِمٌ مَقَامَ الْأَبِ فِيمَا انْتَقَلَ إِلَيْهِ فَكَذَا الْوَصِيُّ.

وَهَذَا لِأَنَّ الْإِيصَاءَ إِقَامَةً غَيْرِهِ مَقَامَهُ فِيمَا لَهُ وَلَايَتُهُ، وَعِنْدَ الْمَوْتِ كَانَتْ لَهُ وَلَايَةٌ فِي التَّرَكِّتَيْنِ فَيَنْزِلُ الثَّانِي مَنْزِلَتَهُ فِيهِمَا. وَلَئِنَّهُ لَمَّا اسْتَعَانَ بِهِ فِي ذَلِكَ مَعَ عِلْمِهِ أَنَّهُ قَدْ تَعْتَرِيهِ الْمَيِّتَةُ قَبْلَ تَتْمِيمِ مَقْصُودِهِ بِنَفْسِهِ وَهُوَ تَلَاوِي مَا فَرَطَ مِنْهُ صَارَ رَاضِيًّا بِإِيصَائِهِ إِلَى غَيْرِهِ، بِخِلَافِ الْوَكِيلِ لِأَنَّ الْمُوَكَّلَ حَيٌّ يُمْكِنُهُ أَنْ يُحْصَلَ مَقْصُودُهُ بِنَفْسِهِ فَلَا يَرْضَى بِتَوَكُّيلِ غَيْرِهِ وَالْإِيصَاءَ إِلَيْهِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِلَى الْجَدِّ فِي النَّفْسِ) يَعْنِي إِذَا مَاتَ الْأَبُ كَانَ وَلَايَةُ تَرْوِيجِ الصِّغَارِ وَالصِّغَارِ وَاسْتِيفَاءِ الْقِصَاصِ لِلْجَدِّ، فَكَذَا الْوَصِيُّ فِيمَا انْتَقَلَ إِلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ خَلَفَ عَنْ الْأَوَّلِ، وَبِاعْتِبَارِ هَذِهِ الْخِلَافَةِ يُجْعَلُ الْأَوَّلُ قَائِمًا حُكْمًا. وَالْخَلْفُ يَعْمَلُ عَمَلُ الْأَصْلِ عِنْدَ عَدَمِ الْأَصْلِ. وَقَوْلُهُ (وَعِنْدَ الْمَوْتِ كَانَ لَهُ وَلَايَةٌ) أَيُّ عِنْدَ مَوْتِ الْمُوصِي كَانَ لِلْوَصِيِّ وَلَايَةٌ فِي التَّرَكِّتَيْنِ: أَيُّ فِي تَرْكِتِهِ نَفْسِهِ سَمَاءُ تَرْكِتِ بَاعْتِبَارِ مَا يَقُولُ إِلَيْهِ، وَتَرْكِتِ مُوصِيهِ. أَمَّا فِي تَرْكِتِهِ فَبِاعْتِبَارِ أَنَّهُ مَلِكُهُ. وَأَمَّا فِي تَرْكِتِ مُوصِيهِ فَبِاعْتِبَارِ الْوَصَايَةِ إِلَيْهِ فَيَنْزِلُ الثَّانِي مَنْزِلَتَهُ فِيهِمَا. وَقَوْلُهُ (فَلَا يَرْضَى بِتَوَكُّيلِ غَيْرِهِ) أَيُّ: لَا يَرْضَى الْمُوَكَّلُ بِأَنْ يُوَكَّلَ وَكِيلُهُ غَيْرُهُ أَوْ يُوصِيَ إِلَى غَيْرِهِ.

قَالَ (وَمُقَاسَمَةُ الْوَصِيِّ الْمُوصَى لَهُ عَنِ الْوَرَثَةِ جَائِزَةٌ وَمُقَاسَمَتُهُ الْوَرَثَةَ عَنِ الْمُوصَى لَهُ بَاطِلَةٌ) لِأَنَّ الْوَارِثَ خَلِيفَةُ الْمَيِّتِ حَتَّى يَرُدَّ بِالْعَيْبِ وَيَرُدَّ عَلَيْهِ بِهِ وَيَصِيرَ مَغْرُورًا بِشَرَاءِ الْمُورِثِ وَالْوَصِيَّ خَلِيفَةُ الْمَيِّتِ أَيْضًا فَيَكُونُ خَصَمًا عَنِ الْوَارِثِ إِذَا كَانَ غَائِبًا فَصَحَّتْ

قَسَمْتُهُ عَلَيْهِ، حَتَّى لَوْ حَضَرَ وَقَدْ هَلَكَ مَا فِي يَدِ الْوَصِيِّ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَشَارِكَ الْمَوْصَى لَهُ.
 أَمَّا الْمَوْصَى لَهُ فَلَيْسَ بِخَلِيفَةٍ عَنِ الْمَيِّتِ مِنْ كُلِّ وَجْهِ لِأَنَّهُ مَلَكَهُ بِسَبَبِ جَدِيدٍ،
 وَلِهَذَا لَا يَرُدُّ بِالْعَيْبِ وَلَا يَرُدُّ عَلَيْهِ، وَلَا يَصِيرُ مَعْرُورًا بِشِرَاءِ الْمَوْصِي فَلَا يَكُونُ الْوَصِيُّ
 خَلِيفَةً عَنْهُ عِنْدَ غَيْبَتِهِ، حَتَّى لَوْ هَلَكَ مَا أَفْرَزَ لَهُ عِنْدَ الْوَصِيِّ كَانَ لَهُ ثُلُثُ مَا بَقِيَ لِأَنَّ
 الْقِسْمَةَ لَمْ تَنْفُذْ عَلَيْهِ، غَيْرَ أَنَّ الْوَصِيَّ لَا يَضْمَنُ لِأَنَّهُ أَمِينٌ فِيهِ، وَلَهُ وَلَايَةُ الْحِفْظِ فِي
 التَّرِكَةِ فَصَارَ كَمَا إِذَا هَلَكَ بَعْضُ التَّرِكَةِ قَبْلَ الْقِسْمَةِ فَيَكُونُ لَهُ ثُلُثُ الْبَاقِي لِأَنَّ
 الْمَوْصَى لَهُ شَرِيكَ الْوَارِثِ فَيَتَوَى مَا تَوَى مِنَ الْمَالِ الْمَشْتَرَكِ عَلَى الشَّرِكَةِ وَيَبْقَى مَا بَقِيَ
 عَلَى الشَّرِكَةِ.

قَالَ (فَإِنْ قَاسَمَ الْوَرَثَةَ وَأَخَذَ نَصِيبَ الْمَوْصَى لَهُ فَضَاعَ رَجَعَ الْمَوْصَى لَهُ بِثُلْثِ مَا
 بَقِيَ) لَمَّا بَيَّنَّا.

الشرح:

قَالَ (وَمُقَاسَمَةُ الْوَصِيِّ الْمَوْصَى لَهُ عَنِ الْوَرَثَةِ جَائِزَةٌ) رَجُلٌ أَوْصَى إِلَى رَجُلٍ
 وَأَوْصَى لِرَجُلٍ آخَرَ بِثُلْثِ مَالِهِ وَلَهُ وَرَثَةٌ صِغَارٌ أَوْ كِبَارٌ غَيْبٌ فَقَاسَمَ الْوَصِيُّ الْمَوْصَى
 لَهُ نَائِبًا عَنِ الْوَرَثَةِ وَأَعْطَاهُ الثُّلُثَ، وَأَمْسَكَ الثُّلُثَيْنِ لِلْوَرَثَةِ فَالْقِسْمَةُ نَافِذَةٌ عَلَى الْوَرَثَةِ
 فِي الْمَنْقُولِ، وَالْعَقَارِ إِنْ كَانُوا صِغَارًا، وَفِي الْمَنْقُولِ إِنْ كَانُوا كِبَارًا، حَتَّى لَوْ هَلَكَ حِصَّةُ
 الْوَرَثَةِ فِي يَدِهِ لَمْ تَرْجِعْ الْوَرَثَةُ عَلَى الْمَوْصَى لَهُ بِشَيْءٍ.

وَأَمَّا إِنْ كَانَ الْوَارِثُ كَبِيرًا حَاضِرًا وَصَاحِبُ الْوَصِيَّةِ غَائِبًا فَقَاسَمَ الْوَصِيُّ مَعَ
 الْوَارِثِ عَنِ الْمَوْصَى لَهُ فَأَعْطَى الْوَرَثَةَ حَقَّهُمْ وَأَمْسَكَ الثُّلُثَ لِلْمَوْصَى لَهُ لَمْ تَنْفُذْ الْقِسْمَةُ
 عَلَى الْمَوْصَى لَهُ صَغِيرًا كَانَ أَوْ كَبِيرًا حَاضِرًا أَوْ غَائِبًا فِي الْمَنْقُولِ وَالْعَقَارِ جَمِيعًا.

حَتَّى لَوْ هَلَكَ فِي يَدِ الْوَصِيِّ مَا أَفْرَزَهُ كَانَ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ عَلَى الْوَرَثَةِ بِثُلْثِ مَا فِي
 أَيْدِيهِمْ، وَالْفَرْقُ بَيْنَ الْمَنْقُولِ وَالْعَقَارِ أَنَّ الْوَرَثَةَ إِذَا كَانُوا صِغَارًا كَانَ لِلْوَصِيِّ يَنْعُ نَصِيبِ
 الصِّغَارِ مِنَ الْمَنْقُولِ وَالْعَقَارِ جَمِيعًا، أَمَّا إِذَا كَانُوا كِبَارًا فَلَيْسَ لَهُ يَنْعُ الْعَقَارِ عَلَيْهِمْ وَلَهُ
 وَلَايَةُ يَنْعِ الْمَنْقُولِ، فَكَذَا الْقِسْمَةُ؛ لِأَنَّهَا نَوْعُ يَنْعٍ، وَوَجْهُ الْمَسْأَلَةِ مَا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ.
 وَحَاصِلُهُ أَنَّ الْوَرَثَةَ وَالْوَصِيَّ كِلَاهُمَا خَلْفٌ عَنِ الْمَيِّتِ فَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ الْوَصِيُّ خَصْمًا
 عَنْهُمْ، وَقَائِمًا مَقَامَهُمْ. وَأَمَّا الْمَوْصَى لَهُ فَلَيْسَ بِخَلِيفَةٍ عَنِ الْمَيِّتِ بِكُلِّ وَجْهِ فَلَا يَكُونُ

بَيْنَهُ، وَبَيْنَ الْوَصِيِّ مُنَاسَبَةٌ حَتَّى يَكُونَ خَصْمًا عَنْهُ، وَقَائِمًا مَقَامَهُ فِي تَقْوِذِ الْقِسْمَةِ عَلَيْهِ.
 وَقَوْلُهُ: (حَتَّى يَرُدَّ بِالْعَيْبِ) أَي: فِيمَا اشْتَرَاهُ الْمُوَرَّثُ (وَيُرَدُّ عَلَيْهِ) أَي: فِيمَا بَاعَهُ
 الْمُوَرَّثُ وَيَصِيرُ مَعْرُورًا بِشِرَاءِ الْمُوَرَّثِ؛ فَإِنَّهُ إِذَا اشْتَرَى جَارِيَةً فَمَاتَ ثُمَّ اسْتَوْلَدَهَا
 الْوَارِثُ ثُمَّ اسْتَحَقَّتْ الْجَارِيَةُ فَإِنَّهُ يَرْجِعُ عَلَى بَائِعِ الْمَيْتِ، وَلَوْ لَمْ يَكُنْ خَلِيفَةً لَمَّا رَجَعَ،
 كَمَا لَوْ بَاعَهَا الْمُوَرَّثُ مِنْ آخَرٍ وَالْمَسْأَلَةُ بِحَالِهَا فَإِنَّ الْمُشْتَرِيَّ يَرْجِعُ عَلَى بَائِعِهِ دُونَ بَائِعِ
 بَائِعِهِ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِخَلِيفَةٍ عَنْ بَائِعِهِ حَتَّى يَكُونَ غُرُورُهُ كَغُرُورِهِ.

(وَقَوْلُهُ غَيْرَ أَنَّ الْوَصِيَّ لَا يَضْمَنُ) جَوَابُ سُؤَالِ تَقْدِيرِهِ إِذَا كَانَتْ الْقِسْمَةُ غَيْرَ
 صَحِيحَةٍ كَانَ تَصْرِفُهُ غَيْرَ مَشْرُوعٍ وَهَلَكَ الْمَالُ بَعْدَ ذَلِكَ الْفِعْلِ الَّذِي هُوَ غَيْرُ مَشْرُوعٍ
 فَيَجِبُ الضَّمَانُ، كَمَا لَوْ تَعَدَّى عَلَى الْمَالِ وَاسْتَهْلَكَهُ، وَوَجْهُ الْجَوَابِ مَا قَالَ؛ لِأَنَّهُ أَمِينٌ
 فِيهِ، وَلَهُ وِلَايَةُ الْحِفْظِ فِي التَّرِكَةِ فَصَارَ كَمَا إِذَا هَلَكَ بَعْضُ التَّرِكَةِ قَبْلَ الْقِسْمَةِ إلخ، وَفِيهِ
 إِشَارَةٌ إِلَى أَنَّهُ لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ إِذَا كَانَ مَا أَفْرَزَهُ لِلْوَرَثَةِ فِي يَدِهِ؛ لِأَنَّ الْحِفْظَ إِنَّمَا يُتَصَوَّرُ
 فِي ذَلِكَ.

أَمَّا لَوْ سَلَّمَهُ إِلَيْهِمْ فَالْمَوْصِي لَهُ بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ ضَمَّنَ الْقَابِضَ بِالْقَبْضِ وَإِنْ شَاءَ
 ضَمَّنَ الدَّافِعَ بِالْدَّفْعِ، كَذَا فِي التَّهَائِيَةِ. فَإِنْ قَاسَمَ الْوَرَثَةَ كَانَ مَعْلُومًا مِنْ سِيَاقِ كَلَامِهِ،
 وَلَكِنْ ذَكَرَهُ لِكَوْنِهِ لَفْظَ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ (وَقَوْلُهُ لَمَّا بَيَّنَّا) إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ؛ (لَأَنَّ الْقِسْمَةَ لَمْ
 تَنْفُذْ عَلَيْهِ).

قَالَ (وَإِنْ كَانَ الْمَيْتُ أَوْصَى بِحَاجَةٍ فَقَاسَمَ فِي الْوَرَثَةِ فَهَلَكَ مَا فِي يَدِهِ حِجٌّ عَنْ
 الْمَيْتِ مِنْ ثُلُثِ مَا بَقِيَ، وَكَذَلِكَ إِنْ دَفَعَهُ إِلَى رَجُلٍ لِيَحْجُجَّ عَنْهُ فَضَاعَ فِي يَدِهِ) وَقَالَ أَبُو
 يُوسُفَ: إِنْ كَانَ مُسْتَغْرِقًا لِلثُلُثِ لَمْ يَرْجِعْ بِشَيْءٍ، وَإِلَّا يَرْجِعُ بِتَمَامِ الثُّلُثِ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ:
 لَا يَرْجِعُ بِشَيْءٍ لِأَنَّ الْقِسْمَةَ حَقُّ الْمَوْصِي، وَلَوْ أَفْرَزَ الْمَوْصِي بِنَفْسِهِ مَا لَا لِيَحْجُجَّ عَنْهُ فَهَلَكَ
 لَا يَلْزَمُهُ شَيْءٌ وَبَطَلَتِ الْوَصِيَّةُ، فَكَذَا إِذَا أَفْرَزَهُ وَصِيُّهُ الَّذِي قَامَ مَقَامَهُ.

وَلَأَبِي يُوسُفَ أَنَّ مَحَلَّ الْوَصِيَّةِ الثُّلُثُ فَيَحِبُّ تَنْفِيذُهَا مَا بَقِيَ مَحَلُّهَا، وَإِذَا لَمْ يَبْقَ
 بَطَلَتِ لِفَوَاتِ مَحَلِّهَا. وَلَأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الْقِسْمَةَ لَا تُرَادُّ لِنَاقِظَتِهَا بَلْ لِمَقْصُودِهَا وَهُوَ تَادِيَةُ
 الْحَجِّ فَلَمْ تُعْتَبَرْ دُونُهُ وَصَارَ كَمَا إِذَا هَلَكَ قَبْلَ الْقِسْمَةِ فَيَحْجُجُ بِثُلُثِ مَا بَقِيَ، وَلَأَنَّ تَمَامَهَا
 بِالتَّسْلِيمِ إِلَى الْجِهَةِ الْمُسَمَّاةِ، إِذَا لَا قَابِضَ لَهَا، فَإِذَا لَمْ يُصْرَفْ إِلَى ذَلِكَ الْوَجْهِ لَمْ يَتِمَّ فَصَارَ

كَهَلَاكِهِ قَبْلَهَا..

الشرح:

(قَالَ وَإِنْ كَانَ الْمَيِّتُ أَوْصَى بِحَجَّةٍ إلخ) رَجُلٌ مَاتَ وَتَرَكَ أَرْبَعَةَ آلَافٍ دِرْهَمٍ وَأَوْصَى أَنْ يُحَجَّ عَنْهُ وَكَانَ مَقْدَارُ الْحَجِّ أَلْفَ دِرْهَمٍ فَأَخَذَ الْوَصِيُّ أَلْفًا وَدَفَعَهَا إِلَى الَّذِي يُحَجُّ عَنْهُ فَسُرِقَتْ فِي الطَّرِيقِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: يُؤْخَذُ ثُلُثُ مَا بَقِيَ مِنَ التَّرَكَةِ وَهُوَ أَلْفُ دِرْهَمٍ، فَإِنْ سُرِقَتْ ثَانِيًا يُؤْخَذُ ثُلُثُ مَا بَقِيَ مَرَّةً أُخْرَى هَكَذَا. وَقَالَ أَبُو يُونُسَ: يُؤْخَذُ مَا بَقِيَ مِنْ ثُلُثِ جَمِيعِ الْمَالِ وَذَلِكَ ثَلَاثُمِائَةٍ وَثَلَاثَةٌ وَثَلَاثُونَ وَثُلُثُ دِرْهَمٍ، فَإِنْ سُرِقَتْ ثَانِيًا لَا يُؤْخَذُ مَرَّةً أُخْرَى.

وَقَالَ مُحَمَّدٌ: إِذَا سُرِقَتِ الْأَلْفُ الْأُولَى بَطَلَتِ الْوَصِيَّةُ فَلَا يُؤْخَذُ مِنْهُ مَرَّةً أُخْرَى. وَوَجْهُ ذَلِكَ مَذْكُورٌ فِي الْكِتَابِ وَهُوَ وَاضِحٌ.

قَالَ (وَمَنْ أَوْصَى بِثُلُثِ أَلْفٍ دِرْهَمٍ فَدَفَعَهَا الْوَرِثَةُ إِلَى الْقَاضِي فَقَسَمَهَا وَالْمَوْصَى لَهُ غَائِبٌ فَقَسَمَتْهُ جَائِزَةً) لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ صَحِيحَةً، وَلِهَذَا لَوْ مَاتَ الْمَوْصَى لَهُ قَبْلَ الْقَبُولِ تَصِيرُ الْوَصِيَّةُ مِيرَاثًا لَوَرِثَتْهُ وَالْقَاضِي نَصَّبَ نَاضِرًا لَا سَيِّمًا فِي حَقِّ الْمَوْتَى وَالْغَائِبِ، وَمِنْ النَّظَرِ إِفْرَازُ نَصِيبِ الْغَائِبِ وَقَبْضُهُ فَنَفَذَ ذَلِكَ وَصَحَّ، حَتَّى لَوْ حَضَرَ الْغَائِبُ وَقَدْ هَلَكَ الْمَقْبُوضُ لَمْ يَكُنْ لَهُ عَلَى الْوَرِثَةِ سَبِيلٌ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ أَوْصَى بِثُلُثِ أَلْفٍ دِرْهَمٍ) وَاضِحٌ عَلَى مَا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ، وَذَكَرَ الْإِمَامُ الْمُحَبُّوبِيُّ أَنَّ هَذَا الْجَوَابَ فِيمَا إِذَا كَانَتِ التَّرَكَةُ مِمَّا يُكَالُ أَوْ يُوزَنُ؛ لِأَنَّ الْقِسْمَةَ فِيهِ تَمَيِّزٌ لَا مُبَادَلَةٌ حَتَّى يَتَفَرَّدَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ مِنْ غَيْرِ قَضَاءٍ وَلَا رِضَا، وَيَجُوزُ لِأَحَدِهِمَا أَنْ يَبِيعَ نَصِيبَهُ مُرَابَحَةً عَلَى مَا قَامَ عَلَيْهِ مِنَ الثَّمَنِ، فَأَمَّا فِيمَا لَا يُكَالُ وَلَا يُوزَنُ فَلَا يَجُوزُ؛ لِأَنَّ الْقِسْمَةَ فِيهِ مُبَادَلَةٌ كَالْبَيْعِ، وَيَبِيعُ مَالُ الْغَائِبِ لَا يَجُوزُ فَكَذَا قِسْمَتُهُ. قُلْتُ: وَضَعُ الْمَسْأَلَةِ فِي الدَّرَاهِمِ لَعَلَّهُ إشارَةً إِلَى ذَلِكَ فَإِنَّهَا مِمَّا يُوزَنُ.

قَالَ (وَإِذَا بَاعَ الْوَصِيُّ عَبْدًا مِنَ التَّرَكَةِ بِغَيْرِ مَحْضَرٍ مِنَ الْغُرَمَاءِ فَهُوَ جَائِزٌ) لِأَنَّ الْوَصِيَّ قَائِمٌ مَقَامَ الْمَوْصِي، وَلَوْ تَوَلَّى حَيًّا بِنَفْسِهِ يَجُوزُ بَيْعُهُ بِغَيْرِ مَحْضَرٍ مِنَ الْغُرَمَاءِ وَإِنْ كَانَ فِي مَرَضٍ مَوْتِهِ فَكَذَا إِذَا تَوَلَّاهُ مَنْ قَامَ مَقَامَهُ، وَهَذَا لِأَنَّ حَقَّ الْغُرَمَاءِ مُتَعَلِّقٌ بِالْمَالِيَّةِ

لَا بِالصُّورَةِ وَالْبَيْعِ لَا يُبْطَلُ الْمَالِيَّةُ لِفَوَاتِهَا إِلَى خَلْفٍ وَهُوَ الثَّمَنُ. بِخِلَافِ الْعَبْدِ الْمَدْيُونِ
لَأَنَّ لِلْغُرْمَاءِ حَقَّ الاستِسْعَاءِ وَأَمَّا هَهُنَا فَبِخِلَافِهِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِذَا بَاعَ الْوَصِيُّ عَبْدًا مِنَ التَّرِكَةِ) ذَكَرَهُ لِلْفَرْقِ بَيْنَهَا وَبَيْنَ مَا إِذَا بَاعَ
الْمَوْلَى أَوْ وَصِيَّهُ عَبْدَهُ الْمَأْذُونُ لَهُ الْمَدْيُونُونَ بِغَيْرِ مَحْضَرٍ مِنْ غُرْمَاءِ الْعَبْدِ؛ فَإِنَّ ذَلِكَ لَا
يَجُوزُ؛ لِأَنَّ لِعَرِمِ الْعَبْدِ هُنَاكَ حَقًّا فِي اسْتِسْعَاءِ الْعَبْدِ وَبَعْدَ الْبَيْعِ لَا يَبْقَى، فَكَانَ فِي الْبَيْعِ
إِبْطَالُ حَقِّ الْغُرْمَاءِ فَلَا يَنْفُذُ بِغَيْرِ إِجَازَتِهِمْ. وَأَمَّا هَهُنَا فَلَيْسَ لِعَرِمِ الْمَوْلَى حَقٌّ فِي
اسْتِسْعَاءِ الْعَبْدِ، إِنَّمَا حَقُّهُ فِي اسْتِيفَاءِ الدَّيْنِ مِنَ الثَّمَنِ فَلَمْ يَكُنِ الْبَيْعُ مُبْطِلًا حَقَّ الْعَرِمِ
بَلْ يَكُونُ مُحَقِّقًا لَهُ؛ لِأَنَّ حَقَّهُ فِي الدَّرَاهِمِ أَوْ الدَّنَانِيرِ لَا فِي عَيْنِ الْعَبْدِ وَبِالْبَيْعِ يَحْصُلُ.
وَقَوْلُهُ (وَلَوْ تَوَلَّى حَيًّا بِنَفْسِهِ يَجُوزُ بَيْعُهُ بِغَيْرِ مَحْضَرٍ مِنَ الْغُرْمَاءِ) يَعْنِي إِذَا بَاعَ بِمِثْلِ
قِيَمَتِهِ.

قَالَ (وَمَنْ أَوْصَى بِأَنْ يُبَاعَ عَبْدُهُ وَيَتَصَدَّقَ بِثَمَنِهِ عَلَى الْمَسَاكِينِ فَبَاعَهُ الْوَصِيُّ
وَقَبِضَ الثَّمَنَ فَضَاعَ فِي يَدِهِ فَاسْتَحَقَّ الْعَبْدُ ضَمِنَ الْوَصِيِّ) لِأَنَّهُ هُوَ الْعَاقِدُ فَتَكُونُ الْعَهْدَةُ
عَلَيْهِ، وَهَذِهِ عَهْدَةٌ لِأَنَّ الْمُشْتَرِيَ مِنْهُ مَا رَضِيَ بِبَدْلِ الثَّمَنِ إِلَّا لِيُسَلَّمَ لَهُ الْمُبَّعُ وَلَمْ يُسَلِّمْ
فَقَدْ أَخَذَ الْوَصِيُّ الْبَائِعَ مَالَ الْغَيْرِ بِغَيْرِ رِضَاهُ فَيَجِبُ عَلَيْهِ رَدُّهُ.

قَالَ (وَيَرْجِعُ فِيهِمَا تَرَكَ الْمَيِّتُ) لِأَنَّهُ عَامِلٌ لَهُ فَيَرْجِعُ عَلَيْهِ كَالْوَكِيلِ. وَكَانَ أَبُو
حَنِيفَةَ يَقُولُ أَوْلَى: لَا يَرْجِعُ لِأَنَّهُ ضَمِنَ بِقَبْضِهِ، ثُمَّ رَجَعَ إِلَى مَا ذَكَرْنَا وَيَرْجِعُ فِي جَمِيعِ
التَّرِكَاتِ. وَعَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ يَرْجِعُ فِي الثُّلْثِ لِأَنَّ الرَّجُوعَ بِحُكْمِ الْوَصِيَّةِ فَأَخَذَ حُكْمَهَا،
وَمَحَلُّ الْوَصِيَّةِ الثُّلُثُ.

وَجَهُ الظَّاهِرِ أَنَّهُ يَرْجِعُ عَلَيْهِ بِحُكْمِ الْغُرُورِ وَذَلِكَ دَيْنٌ عَلَيْهِ وَالِدَيْنُ يُقْضَى مِنْ
جَمِيعِ التَّرِكَاتِ، بِخِلَافِ الْقَاضِي أَوْ أَمِينِهِ إِذَا تَوَلَّى الْبَيْعَ حَيْثُ لَا عَهْدَةٌ عَلَيْهِ، لِأَنَّ فِي
الْزَامِ الْقَاضِي تَعْطِيلُ الْقَضَاءِ، إِذْ يَتَحَامَى عَنْ تَقْلِيدِ هَذِهِ الْأَمَانَةِ حَذَرًا عَنْ تُرُومِ
الْغَرَامَةِ فَتَتَعَطَّلُ مَصْلَحَةُ الْعَامَّةِ وَأَمِينُهُ سَفِيرٌ عَنْهُ كَالرَّسُولِ، وَلَا كَذَلِكَ الْوَصِيُّ لِأَنَّهُ
بِمَنْزِلَةِ الْوَكِيلِ وَقَدْ مَرَّ فِي كِتَابِ الْقَضَاءِ، فَإِنْ كَانَتِ التَّرِكَةُ قَدْ هَلَكَتْ أَوْ لَمْ يَكُنْ بِهَا
وَهَاءُ لَمْ يَرْجِعْ بِشَيْءٍ كَمَا إِذَا كَانَ عَلَى الْمَيِّتِ دَيْنٌ آخَرُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ أَوْصَى بِأَنْ يُبَاعَ عَبْدُهُ وَيُتَصَدَّقَ بِشَمْنِهِ عَلَى الْمَسَاكِينِ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (لَأَنَّهُ ضَمَنَهُ بِقَبْضِهِ) أَيُّ لَا يَعْمَلُ آخَرَ يَكُونُ لِلْوَرَثَةِ؛ لِأَنَّ بَاسْتِحْقَاقَ الْعَبْدِ تَبَيَّنَ بَطْلَانُ الْوَصِيَّةِ فَلَمْ يَكُنْ عَامِلًا لِلْمَوْصِي وَلَا لَوَرَثَتِهِ. وَقَوْلُهُ (؛ لِأَنَّ الرَّجُوعَ بِحُكْمِ الْوَصِيَّةِ)؛ لِأَنَّ الْبَيْعَ كَانَ لَتَنْفِيزِ الْوَصِيَّةِ فَكَانَ حُكْمُهُ حُكْمَ الْوَصِيَّةِ، وَالْوَصِيَّةُ تُنْفَذُ مِنَ الثَّلَاثِ.

وَقَوْلُهُ (لَأَنَّهُ يَرْجِعُ عَلَيْهِ بِحُكْمِ الْغُرُورِ) أَيُّ: بِحُكْمِ أَنَّ الْمَيْتَ غَرَّهُ بِقَوْلِهِ هَذَا مِلْكِي فَإِنَّهُ لَمَّا أَمَرَهُ بِبَيْعِهِ، وَالتَّصَدُّقَ بِشَمْنِهِ كَانَ قَائِلًا هَذَا الْعَبْدُ مِلْكِي فَكَانَ الْوَصِيُّ مَعْرُورًا مِنْ جِهَتِهِ فَكَانَ ذَلِكَ الضَّمَانُ دَيْنًا عَلَى الْمَيْتِ، وَالَّذِينَ يُقْضَى مِنْ جَمِيعِ التَّرِكََةِ.

وَقَوْلُهُ (وَقَدْ مَرَّ فِي كِتَابِ الْقَضَاءِ) يَعْنِي فِي آخِرِ فِصْلِ الْقَضَاءِ بِالْمَوَارِيثِ وَهُوَ قَوْلُهُ وَإِذَا بَاعَ الْقَاضِي أَوْ أَمِينُهُ عَبْدًا لِلْغُرَمَاءِ إلخ.

وَقَوْلُهُ (فَإِنْ كَانَتْ التَّرِكََةُ قَدْ هَلَكَتْ أَوْ لَمْ يَكُنْ بِهَا وَفَاءٌ لَمْ يَرْجِعْ بِشَيْءٍ) أَيُّ: لَا عَلَى الْوَرَثَةِ وَلَا عَلَى الْمَسَاكِينِ إِنْ كَانَ تَصَدَّقَ عَلَيْهِمْ؛ لِأَنَّ الْبَيْعَ لَمْ يَقَعْ إِلَّا لِلْمَيْتِ فَصَارَ كَمَا إِذَا كَانَ عَلَى الْمَيْتِ دَيْنٌ آخَرُ، وَذَكَرَ فِي الذَّخِيرَةِ مُحَالًا إِلَى الْمُتَقَى أَنَّ الْوَصِيَّ يَرْجِعُ عَلَى الْمَسَاكِينِ، وَالْقِيَاسُ هَكَذَا؛ لِأَنَّ غَنَمَ تَصَرُّفِ الْوَصِيِّ عَادَ إِلَيْهِمْ فَالْغَرْمُ يَجِبُ أَنْ يَكُونَ عَلَيْهِمْ، وَهَذِهِ الرِّوَايَةُ تُخَالِفُ رِوَايَةَ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ. وَوَجْهُ رِوَايَةِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ أَنَّ الْمَيْتَ أَصْلٌ فِي غَنَمِ هَذَا التَّصَرُّفِ وَهُوَ الثَّوَابُ وَالْفَقِيرُ تَبَعَ لَهُ.

قَالَ (وَإِنْ قَسَمَ الْوَصِيُّ الْمِيرَاثَ فَأَصَابَ صَغِيرًا مِنَ الْوَرَثَةِ عَبْدًا فَبَاعَهُ وَقَبَضَ الثَّمَنَ فَهَلَكَ وَاسْتَحَقَّ الْعَبْدُ رَجْعَ فِي مَالِ الصَّغِيرِ) لِأَنَّهُ عَامِلٌ لَهُ، وَيَرْجِعُ الصَّغِيرُ عَلَى الْوَرَثَةِ بِحِصَّتِهِ لَا نَتِاقَاضِ الْقِسْمَةِ بِاسْتِحْقَاقِ مَا أَصَابَهُ.

الشرح:

(وَقَوْلُهُ فَإِنْ قَسَمَ الْوَصِيُّ الْمِيرَاثَ إلخ) ظَاهِرٌ.

قَالَ (وَإِذَا احْتَالَ الْوَصِيُّ بِمَالِ الْيَتِيمِ فَإِنْ كَانَ خَيْرًا لِلْيَتِيمِ جَازًا) وَهُوَ أَنْ يَكُونَ أَمَلًا، إِذِ الْوَلَايَةُ نَظَرِيَّةٌ، وَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ أَمَلًا لَا يَجُوزُ لِأَنَّهُ فِيهِ تَضْيِيعُ مَالِ الْيَتِيمِ عَلَى بَعْضِ الْوُجُوهِ.

الشرح:

وَكَذَا قَوْلُهُ (وَإِذَا احْتَالَ الْوَصِيُّ بِمَالِ الْيَتِيمِ) وَلَمْ يَذْكُرْ مَا إِذَا كَانَ الْمُحِيلُ،

وَالْحَالُ عَلَيْهِ سَوَاءٌ فِي الْمَلَاةِ. وَذَكَرَ فِي الذَّخِيرَةِ أَنَّ فِيهِ اخْتِلَافَ الْمَشَايخِ، وَمَنْ لَا يُجَوِّزُهُ يَحْتَاجُ لِلْفَرْقِ بَيْنَهُ وَبَيْنَ مَا لَوْ بَاعَ الْوَصِيُّ مَالَ الْيَتِيمِ بِمِثْلِ قِيمَتِهِ مِنْ أَجْنَبِيٍّ فَإِنَّهُ جَائِزٌ عَلَى مَا يَجِيءُ. وَالْفَرْقُ أَنَّ الْبَيْعَ مُعَاوَضَةً مِنْ كُلِّ وَجْهِ وَالْوَصِيَّ يَمْلِكُهَا إِذَا لَمْ يَكُنْ فِيهَا غَبْنٌ فَاحِشٌ.

فَأَمَّا الْحَوَالَةُ فَلَيْسَتْ كَذَلِكَ لِحَوَازِهَا بِالْمُسْلِمِ فِيهِ وَبِرَأْسِ مَالِ السَّلَمِ، وَلَوْ كَانَتْ مُعَاوَضَةً مِنْ كُلِّ وَجْهِ كَانَ اسْتِبْدَالًا بِالْمُسْلِمِ فِيهِ وَبِرَأْسِ الْمَالِ وَهُوَ لَا يَصِحُّ، وَإِذَا لَمْ يَكُنْ مُبَادَلَةً كَانَتْ كَالْهَبَةِ بِشَرْطِ الْعَوَضِ، وَالْوَصِيُّ لَا يَمْلِكُهَا مِنْ مَالِ الْيَتِيمِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ خِلَافًا لِأَبِي يُوسُفَ، فَيَجِبُ أَنْ يَكُونَ هَذَا أَيْضًا عَلَى ذَلِكَ.

قَالَ (وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ الْوَصِيِّ وَلَا شِرَاؤُهُ إِلَّا بِمَا يَتَغَابَنُ النَّاسُ فِي مِثْلِهِ) لِأَنَّهُ لَا نَظَرَ فِي الْغَبَنِ الْفَاحِشِ، بِخِلَافِ الْيَسِيرِ لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُ التَّحَرُّزَ عَنْهُ، فَفِي اعْتِبَارِهِ انْسِدَادِ بَابِهِ. وَالصَّبِيُّ الْمَادُونُ وَالْعَبْدُ الْمَادُونُ وَالْمَكَاتِبُ يَجُوزُ بَيْعُهُمْ وَشِرَاؤُهُمْ بِالْغَبَنِ الْفَاحِشِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ لِأَنَّهُمْ يَتَصَرَّفُونَ بِحُكْمِ الْمَالِكِيَّةِ، وَالْإِذْنُ فَكُ الْحَجَرِ، بِخِلَافِ الْوَصِيِّ لِأَنَّهُ يَتَصَرَّفُ بِحُكْمِ النِّيَابَةِ الشَّرْعِيَّةِ نَظَرًا فَيَتَّقِيْدُ بِمَوْضِعِ النَّظَرِ.

وَعِنْدَهُمَا لَا يَمْلِكُونَهُ لِأَنَّ التَّصَرُّفَ بِالْفَاحِشِ مِنْهُ تَبَرُّعٌ لَا ضَرُورَةَ فِيهِ وَهُمْ لَيْسُوا مِنْ أَهْلِهِ (وَإِذَا كَتَبَ كِتَابَ الشَّرَاءِ عَلَى وَصِيٍّ كَتَبَ كِتَابَ الْوَصِيَّةِ عَلَى حِدَةٍ وَكِتَابَ الشَّرَاءِ عَلَى حِدَةٍ) لِأَنَّ ذَلِكَ أَحْوَطُ، وَلَوْ كَتَبَ جُمْلَةً عَسَى أَنْ يَكْتُبَ الشَّاهِدُ شَهَادَتَهُ فِي آخِرِهِ مِنْ غَيْرِ تَفْصِيلٍ فَيَصِيرُ ذَلِكَ حَمَلًا لَهُ عَلَى الْكَذِبِ. ثُمَّ قِيلَ: يَكْتُبُ اشْتَرَى مِنْ فُلَانٍ ابْنِ فُلَانٍ وَلَا يَكْتُبُ مِنْ فُلَانٍ وَصِيٍّ فُلَانٍ لَمَّا بَيَّنَّا. وَقِيلَ لَا بَأْسَ بِذَلِكَ لِأَنَّ الْوَصَايَةَ تَعْلَمُ ظَاهِرًا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ الْوَصِيِّ) وَاضِحٌ وَلَمْ يَذْكُرْ مَا إِذَا اشْتَرَى الْوَصِيُّ مِنْ مَالِ الصَّغِيرِ شَيْئًا لِنَفْسِهِ أَوْ بَاعَ مِنَ الْيَتِيمِ شَيْئًا مِنْ مَالِهِ هَلْ يَجُوزُ أَوْ لَا. إِنْ كَانَ فِيهِ مَنَفَعَةٌ ظَاهِرَةٌ جَازَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ فِي إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ عَنْهُ، وَتَفْسِيرُ الْمَنَفَعَةِ الظَّاهِرَةِ أَنْ يُبَاعَ مَا يُسَاوِي خَمْسَةَ عَشَرَ بَعْشَرَةً مِنَ الصَّغِيرِ وَيَشْتَرَى مَا يُسَاوِي عَشْرَةَ بِخَمْسَةِ عَشَرَ فَصَاعِدًا وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ وَعَلَى أَظْهَرِ الرَّوَايَتَيْنِ عَنْ أَبِي يُوسُفَ لَا يَجُوزُ عَلَى

كُلِّ حَالٍ.

(وَقَوْلُهُ وَالصَّبِيُّ الْمَأْذُونُ لَهُ وَالْعَبْدُ الْمَأْذُونُ لَهُ، وَالْمُكَاتَبُ يَجُوزُ بَيْعُهُمْ وَشِرَاؤُهُمْ بِالْعَبْنِ الْفَاحِشِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ؛ لِأَنَّهُمْ يَتَصَرَّفُونَ بِحُكْمِ الْمَالِكِيَّةِ) أَيُّ: يَتَصَرَّفُونَ بِأَهْلِيَّتِهِمْ لَا بِأَمْرِ الْمَوْلَى؛ لِأَنَّ الْإِذْنَ فَكُّ الْحَجْرِ فَلَمْ يَكُنْ تَصَرُّفُهُمْ فِيهِ نِيَابَةً عَنْ أَحَدٍ، بِخِلَافِ الْوَصِيِّ عَلَى مَا ذَكَرَ فِي الْكِتَابِ عَمَلًا بِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾ [الأنعام: ١٥٢].

قَالَ (وَإِذَا كَتَبَ كِتَابَ الشَّرَاءِ عَلَى وَصِيِّ) هَذَا تَعْلِيمٌ لِكِتَابِ الْحُقُوقِ، وَالشُّهُودِ لِنَفْسِ تَهْمَةِ شَهَادَةِ الزُّورِ وَهُوَ وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (لَمَّا بَيَّنَّا) إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ لِأَنَّ ذَلِكَ أُحْوَطُ.

قَالَ (وَبَيْعُ الْوَصِيِّ عَلَى الْكَبِيرِ الْغَائِبِ جَائِزٌ فِي كُلِّ شَيْءٍ إِلَّا فِي الْعَقَارِ) لِأَنَّ الْأَبَ يَلِي مَا سِوَاهُ وَلَا يَلِيهِ، فَكَذَا وَصِيُّهُ فِيهِ. وَكَانَ الْقِيَاسُ أَنْ لَا يَمْلِكَ الْوَصِيُّ غَيْرَ الْعَقَارِ أَيْضًا لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُهُ الْأَبُ عَلَى الْكَبِيرِ، إِلَّا أَنَّا اسْتَحْسَنَاهُ لَمَّا أَنَّهُ حِفْظٌ لَتَسَارُعِ الْفَسَادِ إِلَيْهِ، وَحِفْظُ الثَّمَنِ أَيْسَرُ وَهُوَ يَمْلِكُ الْحِفْظَ، أَمَّا الْعَقَارُ فَمُحَصَّنٌ بِنَفْسِهِ.

قَالَ (وَلَا يَتَجَرُّ فِي الْمَالِ) لِأَنَّ الْمَفْذُوزَ إِلَيْهِ الْحِفْظُ دُونَ التَّجَارَةِ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: وَصِيُّ الْأَخِ فِي الصَّغِيرِ وَالْكَبِيرِ الْغَائِبِ بِمَنْزِلَةِ وَصِيِّ الْأَبِ فِي الْكَبِيرِ الْغَائِبِ، وَكَذَا وَصِيُّ الْأُمِّ وَوَصِيُّ الْعَمِّ. وَهَذَا الْجَوَابُ فِي تَرْكِتِهِ هَؤُلَاءِ لِأَنَّ وَصِيَّهُمْ قَائِمٌ مَقَامَهُمْ وَهُمْ يَمْلِكُونَ مَا يَكُونُ مِنْ بَابِ الْحِفْظِ فَكَذَا وَصِيَّهُمْ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَبَيْعُ الْوَصِيِّ عَلَى الْكَبِيرِ الْغَائِبِ) قَيَّدَ بِالْكَبِيرِ؛ لِأَنَّ الْوَرْتَةَ إِذَا كَانُوا صِغَارًا جَازَ لِلْوَصِيِّ أَنْ يَبِيعَ مِنْ تَرْكِةِ الْمَيِّتِ الْعُرُوضَ وَالْعَقَارَ عَلَى جَوَابِ السَّلَفِ كَمَا ذَكَرْنَاهُ مِنْ قَبْلُ سِوَاءَ كَانُوا حَاضِرِينَ أَوْ غَائِبِينَ وَقَالَ الْمُتَأَخِّرُونَ: إِنَّمَا يَجُوزُ لِلْوَصِيِّ بَيْعُ عَقَارِ الصَّغِيرِ إِذَا كَانَ عَلَى الْمَيِّتِ دَيْنٌ لَا وَفَاءَ لَهُ إِلَّا مِنْ ثَمَنِ الْعَقَارِ، أَوْ يَكُونُ لِلصَّغِيرِ حَاجَةٌ لثَمَنِ الْعَقَارِ، أَوْ يَرْغَبُ الْمُشْتَرِي فِي شِرَائِهِ بِضِعْفِ الْقِيَمَةِ.

وَقَيَّدَ بِالْغَيْبَةِ؛ لِأَنَّهُمْ إِذَا كَانُوا حَاضِرِينَ لَيْسَ لِلْوَصِيِّ التَّصَرُّفُ فِي التَّرِكَةِ أَصْلًا، لَكِنْ يَتَقَاضَى دِيُونُ الْمَيِّتِ وَيَقْبِضُ حُقُوقَهُ وَيُدْفَعُ إِلَى الْوَرْتَةِ، إِلَّا إِذَا كَانَ عَلَى الْمَيِّتِ دَيْنٌ أَوْ أَوْصَى بِوَصِيَّةٍ، وَلَمْ يَقْبِضْ الْوَرْتَةَ الدُّيُونَ وَلَمْ يُنْفِذُوا الْوَصِيَّةَ مِنْ مَالِهِمْ فَإِنَّهُ يَبِيعُ

التَّرِكَهَ كُلَّهَا إِنْ كَانَ الدَّيْنُ مُحِيطًا أَوْ بِمِقْدَارِ الدَّيْنِ إِنْ لَمْ يُحِطْ، وَلَهُ يَبِيعُ مَا زَادَ عَلَى الدَّيْنِ أَيْضًا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ خِلَافًا لُهُمَا وَتُنْفَذُ الْوَصِيَّةُ بِمِقْدَارِ الثَّلَاثِ، وَلَوْ بَاعَ لِتَنْفِذِهَا شَيْئًا مِنَ التَّرِكَهَ جَازَ بِمِقْدَارِهَا بِالْإِجْمَاعِ وَفِي الزِّيَادَةِ الْخِلَافُ الْمَذْكُورُ فِي الدَّيْنِ.

وَقَوْلُهُ (لَأَنَّ الْأَبَّ يَلِي مَا سِوَاهُ) دَلِيلُ الْمَسْأَلَةِ وَهُوَ وَاضِحٌ وَلَكِنَّ هَذَا الْمَذْكُورَ حُكْمُ الْمَسْأَلَةِ إِذَا لَمْ يَكُنْ عَلَى التَّرِكَهَ دَيْنٌ مُسْتَعْرِقٌ فَإِنْ كَانَ وَهُوَ مُسْتَعْرِقٌ فَلَهُ أَنْ يَبِيعَ الْجَمِيعَ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُهُ قَضَاءُ الدُّيُونِ إِلَّا بِالْبَيْعِ فَكَانَ مَأْمُورًا بِالْبَيْعِ مِنْ جِهَةِ الْمُوصِي، وَإِنْ كَانَ غَيْرَ مُسْتَعْرِقٍ يَبِيعُ بِقَدْرِ الدَّيْنِ مِنَ الْمَنْقُولِ وَالْعَقَارِ وَالزِّيَادَةِ عَلَيْهِ مِنَ الْمَنْقُولِ بِالِاتِّفَاقِ، وَمِنَ الْعَقَارِ أَيْضًا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ خِلَافًا لُهُمَا، قَالَا فِي مَنْعِ بَيْعِ الزِّيَادَةِ: إِنْ جَوَّزَهُ لِلْحَاجَةِ وَلَا حَاجَةَ إِلَى بَيْعِ الرَّائِدِ فَلَا يَجُوزُ.

وَاسْتَحْسَنَ أَبُو حَنِيفَةَ فَقَالَ: الْوَلَايَةُ هَاهُنَا بِسَبَبِ الْوَصَايَةِ وَهِيَ لَا تَنْجِرُ، فَمَتَى تَثَبُّتُ لَهُ الْوَلَايَةُ فِي بَيْعِ الْبَعْضِ ثَبَّتُ فِي الْبَاقِي؛ وَلَئِنْ فِي بَيْعِ الْبَعْضِ إِضْرَارًا لِتَعْيِبِ الْبَاقِي فَكَانَ فِي بَيْعِ الْكُلِّ تَوْفِيرُ الْمَنْفَعَةِ عَلَيْهِمْ، وَلِلْوَصِيِّ وَلَايَةُ ذَلِكَ فِي تَصِيبِ الْكَبِيرِ؛ أَلَا يَرَى أَنَّهُ يَمْلِكُ الْحِفْظَ وَيَبِيعُ الْمَنْقُولَاتِ حَالَ غَيْبَتِهِ لِمَا فِيهِ مِنَ الْمَنْفَعَةِ.

فَإِنْ قُلْتَ: قَدْ عَلِمَ حُكْمُ الْمَسْأَلَةِ إِذَا كَانَتْ الْوَرَثَةُ كِبَارًا بِعِبَارَةِ الْكِتَابِ وَإِذَا كَانُوا صِغَارًا بِمَفْهُومِهِ، فَمَا حُكْمُهَا إِذَا كَانُوا صِغَارًا وَكِبَارًا.

قُلْتَ: حُكْمُهَا أَنَّ الْكِبَارَ إِذَا كَانُوا غُيَّبًا وَخَلَّتْ التَّرِكَهَ عَنْ دَيْنٍ، وَوَصِيَّةٌ فَلِلْوَصِيِّ يَبِيعُ الْمَنْقُولَ بِالْإِجْمَاعِ وَيَبِيعُ حِصَّةَ الصِّغَارِ مِنَ الْعَقَارِ، وَأَمَّا يَبِيعُ حِصَّةَ الْكِبَارِ مِنْهُ فَعَلَى الْخِلَافِ الَّذِي مَرَّ، وَإِنْ أُشْتَغِلَتْ بِدَيْنٍ مُسْتَعْرِقٍ يَبِيعُ الْمَنْقُولَ وَالْعَقَارَ جَمِيعًا، وَبِغَيْرِ مُسْتَعْرِقٍ يَبِيعُ بِقَدْرِ الدَّيْنِ مِنَ الْمَنْقُولِ وَالْعَقَارِ جَمِيعًا، وَفِي الزِّيَادَةِ الْخِلَافُ وَإِنْ كَانُوا حُضُورًا وَكَانَتْ التَّرِكَهَ خَالِيَةً عَنِ الدَّيْنِ يَبِيعُ حِصَّةَ الصِّغَارِ مِنَ الْعَقَارِ بِالْإِجْمَاعِ، وَفِي بَيْعِ حِصَّةِ الْكِبَارِ الْخِلَافُ، وَإِنْ كَانَتْ مَشْغُولَةً بِدَيْنٍ مُسْتَعْرِقٍ يَبِيعُ الْكُلَّ وَبِغَيْرِ مُسْتَعْرِقٍ بِقَدْرِهِ وَالزِّيَادَةُ عَلَى الْخِلَافِ.

وَقَوْلُهُ (وَلَا يَتَجَرُّ فِي الْمَالِ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (وَهَذَا الْجَوَابُ فِي تَرِكَهٍ هَؤُلَاءِ) يَعْنِي: الْأَخَ وَالْأُمَّ وَالْعَمَّ، وَإِنَّمَا قِيدَ بِتَرِكَهٍ هَؤُلَاءِ؛ لِأَنَّ وَصِيَّ هَؤُلَاءِ فِيمَا تَرَكَ الْأَبُ لَيْسَ كَوْصِيِّ الْأَبِ فِي الْكَبِيرِ الْغَائِبِ؛ فَإِنْ وَصِيَّ الْأُمُّ لَا يَمْلِكُ عَلَى الصِّغِيرِ بَيْعَ مَا وَرِثَهُ

الصَّغِيرُ عَنْ أَبِيهِ، الْعَقَارُ، وَالْمَنْقُولُ فِي ذَلِكَ سَوَاءٌ؛ لِأَنَّهُ قَائِمٌ مَقَامَ الْأُمِّ وَالْأُمُّ حَالُ حَيَاتِهَا لَا تَمْلِكُ يَنْعَ مَا وَرَثَهُ الصَّغِيرُ الْمَنْقُولُ وَالْعَقَارُ الْمَشْغُولُ بِالذَّيْنِ وَالْحَالِي عَنْهُ فَكَذَلِكَ وَصِيَّهَا، وَأَمَّا مَا وَرَثَهُ الصَّغِيرُ مِنَ الْأُمِّ فَلَوْصِيَّهَا فِيهِ يَنْعُ الْمَنْقُولُ دُونَ الْعَقَارِ؛ لِأَنَّ لَهُ وَلَايَةَ الْحِفْظِ، وَيَنْعُ الْمَنْقُولُ مِنَ الْحِفْظِ دُونَ الْعَقَارِ إِذَا لَمْ يَكُنْ عَلَى التَّرِكَةِ ذَيْنَ أَوْ وَصِيَّةً، أَمَّا إِذَا كَانَ ذَيْنَ فَإِنْ كَانَ مُسْتَعْرِقًا فَلَهُ يَنْعُ الْكُلِّ وَدَخَلَ يَنْعُ الْعَقَارِ تَحْتَ وَلَايَتِهِ؛ لِأَنَّ يَنْعَ الْعَقَارِ طَرِيقُ قَضَاءِ الذَّيْنِ، وَقَضَاءُ الذَّيْنِ دَخَلَ تَحْتَ وَلَايَتِهِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُسْتَعْرِقًا يَنْعُ بِقَدْرِ الذَّيْنِ، وَأَمَّا يَنْعُ الزِّيَادَةِ عَلَى قَدْرِ الذَّيْنِ فَعَلَى الْإِخْتِلَافِ الْمَارِّ، وَهَذَا الْجَوَابُ بِعَيْنِهِ هُوَ الْجَوَابُ عَنْ وَصِيِّ الْأَخِ وَالْعَمِّ؛ لِأَنَّهُ كَمَا لَا وَلَايَةَ لِلْأُمِّ عَلَى الصَّغِيرِ فِي الْمَالِ فَكَذَا لَا وَلَايَةَ لِلْأَخِ وَالْعَمِّ عَلَيْهِ.

قَالَ (وَالْوَصِيُّ أَحَقُّ بِمَالِ الصَّغِيرِ مِنَ الْجَدِّ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: الْجَدُّ أَحَقُّ لِأَنَّ الشَّرْعَ أَقَامَهُ مَقَامَ الْأَبِ حَالِ عَدَمِهِ حَتَّى أَحْرَزَ الْمِيرَاثَ فَيُقَدِّمُ عَلَى وَصِيِّهِ. وَلَنَا أَنَّ بِالْإِصْأَةِ تَنْتَقِلُ وَلَايَةُ الْأَبِ إِلَيْهِ فَكَانَتْ وَلَايَتُهُ قَائِمَةً مَعْنَى فَيُقَدِّمُ عَلَيْهِ كَالأَبِ نَفْسِهِ، وَهَذَا لِأَنَّ اخْتِيَارَهُ الْوَصِيِّ مَعَ عِلْمِهِ بِقِيَامِ الْجَدِّ يَدُلُّ عَلَى أَنَّ تَصَرُّفَهُ أَنْظَرُ لِبَنِيهِ مِنْ تَصَرُّفِ أَبِيهِ (فَإِنْ لَمْ يُوَصِّ الْأَبُ فَالْجَدُّ بِمَنْزِلَةِ الْأَبِ) لِأَنَّهُ أَقْرَبُ النَّاسِ إِلَيْهِ وَأَشْفَقُهُمْ عَلَيْهِ حَتَّى يَمْلِكَ الْإِنْكَاحَ دُونَ وَصِيِّ، غَيْرَ أَنَّهُ يُقَدِّمُ عَلَيْهِ وَصِيِّ الْأَبِ فِي التَّصَرُّفِ لِمَا بَيَّنَّاهُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَالْوَصِيُّ أَحَقُّ بِمَالِ الصَّغِيرِ مِنَ الْجَدِّ إِخْ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (لِمَا بَيَّنَّا) إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ وَلَنَا أَنَّ بِالْإِصْأَةِ تَنْتَقِلُ وَلَايَةُ الْأَبِ إِلَيْهِ إِخْ.

فصل في الشهادة

قَالَ (وَإِذَا شَهِدَ الْوَصِيَّانِ أَنَّ الْمَيِّتَ أَوْصَى إِلَى فُلَانٍ مَعَهُمَا فَالشَّهَادَةُ بَاطِلَةٌ) لِأَنَّهُمَا مُتَّهِمَانِ فِيهَا لِإِثْبَاتِهَا مُعَيَّنًا لِأَنْفُسِهِمَا. قَالَ (إِلَّا أَنْ يَدْعِيَهَا الْمُشْهُودُ لَهُ) وَهَذَا اسْتِحْسَانٌ، وَهُوَ فِي الْقِيَاسِ كَالأَوَّلِ لِمَا بَيَّنَّا مِنَ التَّهْمَةِ. وَجَهُ الْاسْتِحْسَانِ أَنَّ لِلْقَاضِي وَلَايَةَ نَصِبِ الْوَصِيِّ ابْتِدَاءً أَوْ ضَمًّا آخَرَ إِلَيْهِمَا بِرِضَاهُ بِدُونِ شَهَادَتِهِمَا فَيَسْقُطُ بِشَهَادَتِهِمَا مُؤَنَّةُ التَّعْيِينِ عَنْهُ، أَمَّا الْوَصَايَةُ تَثْبُتُ بِنَصَبِ الْقَاضِي.

قَالَ (وَكَذَلِكَ الْإِبْنَانِ) مَعْنَاهُ إِذَا شَهِدَا أَنَّ الْمَيِّتَ أَوْصَى إِلَى رَجُلٍ وَهُوَ يُنْكِرُ لِأَنَّهُمَا

يَجْرَانِ إِلَى أَنْفُسِهِمَا نَفْعًا يَنْصِبُ حَافِظٌ لِلتَّرَكَةِ.

الشرح:

(فصل في الشهادة): قَالَ فِي النَّهَايَةِ: لَمَّا لَمْ تَكُنْ الشَّهَادَةُ فِي الْوَصِيَّةِ أَمْرًا مُخْتَصًّا بِالْوَصِيَّةِ أَخَّرَ ذِكْرَهَا لَعَدَمِ عَرَاقِبَتِهَا فِيهَا.

وَقَوْلُهُ (وَإِذَا شَهِدَ الْوَصِيَّانِ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (وَجْهَهُ الْاسْتِحْسَانُ إِنْ خُ) أُعْطِرَ عَلَيْهِ بِأَنَّهُ إِذَا كَانَ لِلْمَيِّتِ وَصِيَّانِ فَلِقَاضِي لَا يَحْتَاجُ إِلَى أَنْ يُنْصَبَ عَنِ الْمَيِّتِ وَصِيًّا آخَرَ، فَإِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ ذَلِكَ مِنْ غَيْرِ شَهَادَةٍ فَكَذَلِكَ عِنْدَ أَدَاءِ الشَّهَادَةِ إِذَا تَمَكَّنَتْ فِيهِ الشُّبْهَةُ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ الْقَاضِيَّ وَإِنْ كَانَ لَا يَحْتَاجُ إِلَى نَصْبِ الْوَصِيِّ لَكِنَّ الْمَوْصَى إِلَيْهِمَا مَتَى شَهِدَا بِذَلِكَ كَانَ مِنْ زَعْمِهِمَا أَنَّهُ لَا تَذِيرَ لَنَا فِي هَذَا الْمَالِ إِلَّا بِالثَّلَاثِ، فَأَشْبَهَ مِنْ هَذَا الْوَجْهَ مَا لَمْ يَكُنْ ثَمَّةَ وَصِيٍّ وَهُنَاكَ تُقْبَلُ الشَّهَادَةُ، فَكَذَلِكَ هَاهُنَا، وَمَعْنَى قَبُولِ الشَّهَادَةِ إِسْقَاطُ مُؤَنَةِ التَّعْيِينِ، وَالْوَصَايَةُ تُثَبِّتُ نَصْبَ الْقَاضِي. وَقَوْلُهُ (وَكَذَلِكَ الْاِبْتِنَانِ) مَعْطُوفٌ عَلَى الْمُسْتَشْنَى مِنْهُ وَهُوَ قَوْلُهُ فَالشَّهَادَةُ بَاطِلَةٌ.

(ولو شهدا) يَعْنِي الْوَصِيَّيْنِ (لَوَارِثِ صَغِيرِ شَيْءٍ مِنْ مَالِ الْمَيِّتِ أَوْ غَيْرِهِ فَشَهَادَتُهُمَا بَاطِلَةٌ) لِأَنَّهُمَا يُظْهِرَانِ وِلَايَةَ التَّصَرُّفِ لِأَنْفُسِهِمَا فِي الْمَشْهُودِ بِهِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَكَذَا لَوْ شَهِدَا يَعْنِي الْوَصِيَّيْنِ إِنْ خُ) وَاضِحٌ.

قَالَ (وَإِنْ شَهِدَا لَوَارِثِ كَبِيرٍ فِي مَالِ الْمَيِّتِ لَمْ يَجْزُ، وَإِنْ كَانَ فِي غَيْرِ مَالِ الْمَيِّتِ جَازًا) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: إِنْ شَهِدَا لَوَارِثِ كَبِيرٍ تَجَوَّزُ فِي الْوَجْهَيْنِ، لِأَنَّهُ لَا يَثْبُتُ لَهُمَا وِلَايَةُ التَّصَرُّفِ فِي التَّرَكَةِ إِذَا كَانَتْ الْوَرَثَةُ كِبَارًا فَعَرِيَتْ عَنِ الثُّمَةِ. وَلَهُ أَنَّهُ يَثْبُتُ لَهُمَا وِلَايَةُ الْحِفْظِ وَوِلَايَةُ بَيْعِ الْمَنْقُولِ عِنْدَ غَيْبَةِ الْوَارِثِ فَتَحَقَّقَتِ الثُّمَةُ بِخِلَافِ شَهَادَتِهَا فِي غَيْرِ التَّرَكَةِ لِانْقِطَاعِ وِلَايَةِ وَصِيِّ الْأَبِ عَنْهُ، لِأَنَّ الْمَيِّتَ أَقَامَهُ مُقَامَ نَفْسِهِ فِي تَرْكِتِهِ لَا فِي غَيْرِهَا.

قَالَ (وَإِذَا شَهِدَ رَجُلَانِ لِرَجُلَيْنِ عَلَى مَيِّتٍ بَدَيْنِ أَلْفِ دِرْهَمٍ وَشَهِدَ الْآخَرَانِ لِلأَوَّلَيْنِ بِمِثْلِ ذَلِكَ جَازَتْ شَهَادَتُهُمَا، فَإِنْ كَانَتْ شَهَادَةُ كُلِّ فَرِيقٍ لِلآخَرِ بِوَصِيَّةٍ أَلْفِ دِرْهَمٍ لَمْ تَجْزُ) وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: لَا تُقْبَلُ فِي الدِّينِ أَيْضًا. وَأَبُو

حَنِيفَةً فِيمَا ذَكَرَ الْخَصَافُ مَعَ أَبِي يُوسُفَ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ مِثْلُ قَوْلِ مُحَمَّدٍ.
وَجَهَ الْقَبُولُ أَنَّ الدَّيْنَ يَجِبُ فِي الذِّمَّةِ وَهِيَ قَابِلَةٌ لِحَقُوقٍ شَتَّى فَلَا شَرِيكَتَ، وَلِهَذَا
لَوْ تَبَرَّعَ أَجْنَبِيٌّ بِقَضَاءِ دَيْنٍ أَحَدِهِمَا لَيْسَ لِلْآخَرِ حَقٌّ الْمُشَارَكَةَ. وَجَهَ الرَّدُّ أَنَّ الدَّيْنَ بِالمَوْتِ
يَتَعَلَّقُ بِالتَّرِكَةِ إِذِ الذِّمَّةُ خَرِبَتْ بِالمَوْتِ، وَلِهَذَا لَوْ اسْتَوْفَى أَحَدُهُمَا حَقَّهُ مِنَ التَّرِكَةِ
يُشَارِكُهُ الْآخَرُ فِيهِ فَكَانَتْ الشَّهَادَةُ مُثَبَّتَةً حَقَّ الشَّرِيكَتِ فَتَحَقَّقَتِ التُّهْمَةُ، بِخِلَافِ حَالِ
حَيَاةِ الْمَدْيُونِ لِأَنَّهُ فِي الذِّمَّةِ لِبَقَائِهَا لَا فِي الْمَالِ فَلَا تَتَحَقَّقُ الشَّرِيكَتُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِذَا شَهِدَ رَجُلَانِ لِرَجُلَيْنِ) جَنْسُ هَذِهِ الْمَسَائِلِ أَرْبَعَةٌ أَوْجُهُ:
الْأَوَّلُ: مَا اخْتَلَفُوا فِيهِ وَهُوَ الشَّهَادَةُ بِالدَّيْنِ.
وَالثَّانِي: مَا اتَّفَقُوا عَلَى عَدَمِ جَوَازِهِ وَهُوَ الشَّهَادَةُ بِالْوَصِيَّةِ بِجُزْءٍ شَائِعٍ مِنَ
التَّرِكَةِ كَالشَّهَادَةِ بِأَلْفِ مُرْسَلَةٍ أَوْ بِثُلْثِ الْمَالِ.
وَالثَّالِثُ: مَا اتَّفَقُوا عَلَى جَوَازِهِ وَهُوَ أَنَّ يَشْهَدَا لِرَجُلَيْنِ بِجَارِيَةٍ وَيَشْهَدُ الْمَشْهُودُ
لَهُمَا لِلشَّاهِدَيْنِ بِوَصِيَّةٍ عَبْدٍ.
وَالرَّابِعُ: وَهُوَ الْمَذْكُورُ فِي الْكِتَابِ آخِرًا هُوَ أَنَّ يَشْهَدَا لِرَجُلَيْنِ بَعَيْنٍ وَيَشْهَدُ
الْمَشْهُودُ لَهُمَا لِلشَّاهِدَيْنِ بِأَلْفِ مُرْسَلَةٍ أَوْ بِثُلْثِ الْمَالِ.
وَمَبْنَى ذَلِكَ كُلُّهُ عَلَى تُّهْمَةِ الشَّرِيكَةِ، فَمَا تَثَبَّتْ فِيهِ التُّهْمَةُ لَا تُقْبَلُ فِيهِ الشَّهَادَةُ
وَهُوَ الثَّانِي وَالرَّابِعُ، وَمَا لَمْ تَثَبَّتْ فِيهِ التُّهْمَةُ قَبِلَتْ كَالثَّالِثِ عَلَى مَا ذُكِرَ فِي الْكِتَابِ.
وَأَمَّا الْوَجْهُ الْأَوَّلُ فَقَدْ وَقَعَ الْاِخْتِلَافُ فِيهِ بِنَاءً عَلَى ذَلِكَ أَيْضًا، فَوَجْهُ الْقَبُولِ
وَهُوَ الَّذِي ثَبَّتَ عَلَيْهِ الْإِمَامُ مُحَمَّدٌ وَلَمْ يَطْرُدْ أَنَّ الدَّيْنَ يَجِبُ فِي الذِّمَّةِ وَهِيَ قَابِلَةٌ
لِحَقُوقٍ شَتَّى فَلَا شَرِيكَةَ؛ وَلِهَذَا لَوْ تَبَرَّعَ أَجْنَبِيٌّ بِقَضَاءِ دَيْنٍ أَحَدِهِمَا لَيْسَ لِلْآخَرِ حَقٌّ
الْمُشَارَكَةَ.
وَوَجْهُ الرَّدِّ أَنَّ الدَّيْنَ بِالمَوْتِ يَتَعَلَّقُ بِالتَّرِكَةِ لِحَرَابِ الذِّمَّةِ بِهِ؛ وَلِهَذَا لَوْ اسْتَوْفَى
أَحَدُهُمَا حَقَّهُ مِنَ التَّرِكَةِ شَارَكَهُ الْآخَرُ فِيهِ فَكَانَتْ الشَّهَادَةُ مُثَبَّتَةً حَقَّ الشَّرِيكَةِ فَتَحَقَّقَتِ
التُّهْمَةُ، بِخِلَافِ حَالِ حَيَاةِ الْمَدْيُونِ؛ لِأَنَّهُ فِي الذِّمَّةِ لِبَقَائِهَا لَا فِي الْمَالِ فَلَا تَتَحَقَّقُ
الشَّرِيكَةُ.

قَالَ (وَلَوْ شَهِدَا أَنَّهُ أَوْصَى لِهَذَيْنِ الرَّجُلَيْنِ بِجَارِيَّتِهِ وَشَهِدَ الْمَشْهُودُ لَهُمَا أَنَّ الْمَيِّتَ أَوْصَى لِلشَّاهِدَيْنِ بِعَبْدِهِ جَازَتْ الشَّهَادَةُ بِالِاتِّفَاقِ) لِأَنَّهُ لَا شَرِيكَتَ فَلَا تُهْمَتَ.

(وَلَوْ شَهِدَا أَنَّهُ أَوْصَى لِهَذَيْنِ الرَّجُلَيْنِ بِثُلْثِ مَالِهِ وَشَهِدَ الْمَشْهُودُ لَهُمَا أَنَّهُ أَوْصَى لِلشَّاهِدَيْنِ بِثُلْثِ مَالِهِ فَالْشَّهَادَةُ بَاطِلَةٌ، وَكَذَا إِذَا شَهِدَ الْأَوَّلَانِ أَنَّ الْمَيِّتَ أَوْصَى لِهَذَيْنِ الرَّجُلَيْنِ بِعَبْدٍ وَشَهِدَ الْمَشْهُودُ لَهُمَا أَنَّهُ أَوْصَى لِلأَوَّلَيْنِ بِثُلْثِ مَالِهِ فَهِيَ بَاطِلَةٌ) لِأَنَّ الشَّهَادَةَ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ مُثَبَّتَةٌ لِلشَّرِكَةِ.

كِتَابُ الْخُنْثَى

فَصْلٌ فِي بَيَانِهِ

قَالَ (وَإِذَا كَانَ لِلْمَوْلُودِ فَرجٌ وَذَكَرٌ فَهُوَ خُنْثَى، فَإِنْ كَانَ يَبُولُ مِنَ الذَّكَرِ فَهُوَ غُلَامٌ، وَإِنْ كَانَ يَبُولُ مِنَ الْفَرْجِ فَهُوَ أَنْثَى) «لأنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ سُئِلَ عَنْهُ كَيْفَ يُورَثُ؟ فَقَالَ مِنْ حَيْثُ يَبُولُ»^(١) وَعَنْ عَلِيٍّ عليه السلام مِثْلُهُ. وَلأنَّ الْبَوْلَ مِنْ أَيْ عَضْوٍ كَانَ فَهُوَ دَلَالَةٌ عَلَى أَنَّهُ هُوَ الْعَضْوُ الْأَصْلِيُّ الصَّحِيحُ وَالْآخَرُ بِمَنْزِلَةِ الْعَيْبِ (وَإِنْ بَالَ مِنْهُمَا فَالْحُكْمُ لِلْأَسْبَقِ) لَأَنَّ ذَلِكَ دَلَالَةٌ أُخْرَى عَلَى أَنَّهُ هُوَ الْعَضْوُ الْأَصْلِيُّ.

(وَإِنْ كَانَ فِي السَّبْقِ عَلَى السَّوَاءِ فَلَا مُعْتَبَرٌ بِالْكَثَرَةِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَالَا: يُنسَبُ إِلَى أَكْثَرِهِمَا بَوْلًا) لَأَنَّهُ عَلَامَةٌ قُوَّةٍ ذَلِكَ الْعَضْوِ وَكَوْنُهُ عَضْوًا أَصْلِيًّا، وَلأنَّ لِلْأَكْثَرِ حُكْمَ الْكُلِّ فِي أَصُولِ الشَّرْعِ فَيَتَرَجَّحُ بِالْكَثَرَةِ. وَلَهُ أَنَّ كَثَرَةَ الْخُرُوجِ لَيْسَ يَدُلُّ عَلَى الْقُوَّةِ، لَأَنَّهُ قَدْ يَكُونُ لَاتِّسَاعٍ فِي أَحَدِهِمَا وَضِيقٍ فِي الْآخَرِ، وَإِنْ كَانَ يَخْرُجُ مِنْهُمَا عَلَى السَّوَاءِ فَهُوَ مُشْكِلٌ بِالِاتِّفَاقِ لَأَنَّهُ لَا مُرْجَحَ.

قَالَ (وَإِذَا بَلَغَ الْخُنْثَى وَخَرَجَتْ لَهُ اللَّحْيَةُ أَوْ وَصَلَ إِلَى النِّسَاءِ فَهُوَ رَجُلٌ) وَكَذَا إِذَا احْتَلَمَ كَمَا يَحْتَلِمُ الرَّجُلُ أَوْ كَانَ لَهُ ثَدْيٌ مُسْتَوٍ، لَأَنَّ هَذِهِ مِنْ عَلَامَاتِ الذَّكَرَانِ (وَلَوْ ظَهَرَ لَهُ ثَدْيٌ كَثَدِي الْمَرَأَةِ أَوْ نَزَلَ لَهُ لَبَنٌ فِي ثَدْيِهِ أَوْ حَاضَ أَوْ حَبِلَ أَوْ أَمَكَّنَ الْوُصُولُ إِلَيْهِ مِنَ الْفَرْجِ فَهُوَ امْرَأَةٌ) لَأَنَّ هَذِهِ مِنْ عَلَامَاتِ النِّسَاءِ (وَإِنْ لَمْ يَظْهَرْ إِحْدَى هَذِهِ الْعَلَامَاتِ فَهُوَ خُنْثَى مُشْكِلٌ) وَكَذَا إِذَا تَعَارَضَتْ هَذِهِ الْمَعَالِمُ.

الشرح:

(كِتَابُ الْخُنْثَى): فَصْلٌ فِي بَيَانِهِ: لَمَّا فَرَعَ مِنْ بَيَانِ أَحْكَامِ مَنْ غَلَبَ وَجُودُهُ ذَكَرَ أَحْكَامَ مَنْ هُوَ نَادِرُ الْوُجُودِ. وَذَكَرَ فِي الْمَغْرِبِ أَنَّ تَرْكِيبَ الْخُنْثَى يَدُلُّ عَلَى لَيْنٍ وَتَكَسُّرٍ وَمِنْهُ الْمُخُنْثُ وَتَخُنْثُ فِي كَلَامِهِ. فَإِنْ قِيلَ: الْفَصْلُ إِنَّمَا يُذَكَّرُ لِقَطْعِ شَيْءٍ مِنْ شَيْءٍ آخَرَ بِاعْتِبَارِ نَوْعِ مُعَايَرَةٍ يَبْتَهَمَانِ وَهَهُنَا لَمْ يَتَقَدَّمَ شَيْءٌ فَمَا وَجْهُ ذِكْرِ الْفَصْلِ؟ قُلْتُ: كَلَامُهُ فِي قُوَّةٍ أَنْ يُقَالَ هَذَا الْكِتَابُ فِيهِ فَصْلَانِ: فَصْلٌ: فِي بَيَانِ الْخُنْثَى، وَفَصْلٌ: فِي

(١) أَخْرَجَهُ ابْنُ عَدِي فِي الْكَامِلِ مِنْ حَدِيثِ ابْنِ عَبَّاسٍ، وَمِنْ طَرِيقِ ابْنِ عَدِي أَخْرَجَهُ الْبَيْهَقِيُّ فِي الْمَعْرِفَةِ (فِي الْفَرَايِضِ) وَفِي السَّنَنِ الْكُبْرَى (١٢٥١٨). وَانْظُرْ نَصْبَ الرَّايَةِ (٢٦٢/٥).

أَحْكَامِهِ، وَمَا ذَكَرْتُ فَإِنَّمَا هُوَ فِي وَقْعِهِ فِي التَّفْصِيلِ لَا فِي الإِجْمَالِ.
 (قَالَ وَإِذَا كَانَ إِنْجُ) أَيُّ قَالَ الْقُدُورِيُّ: إِذَا كَانَ لِلْمَوْلُودِ فَرْجٌ وَذَكَرَ فَهُوَ
 خُنْثَى، وَالظَّاهِرُ أَنَّ الْوَائِ الْوَاقِعَةَ فِي أَوَّلِ الْكَلَامِ لِلإِسْتِنَافِ وَكَلَامُهُ ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (فَهُوَ
 دَلَالَةٌ عَلَى أَنَّهُ هُوَ الْعَضْوُ الْأَصْلِيُّ الصَّحِيحُ) وَجْهُ الدَّلَالَةِ أَنَّ اللَّهَ تَعَالَى خَلَقَ فِي الْحَيَوَانِ
 كُلِّ عَضْوًا لِمَنْفَعَةٍ، وَمَنْفَعَةُ هَاتَيْنِ الْآلَتَيْنِ عِنْدَ الْإِنْفِصَالِ مِنَ الْأُمِّ لَيْسَتْ إِلَّا خُرُوجُ الْبَوْلِ
 مِنْهُمَا، وَمَا سِوَى ذَلِكَ مِنَ الْمَنَافِعِ يَحْدُثُ بَعْدَ ذَلِكَ، فَعَرَفْنَا أَنَّ الْمَنْفَعَةَ الْأَصْلِيَّةَ لِلآلَةِ
 كَوْنُهَا مَبَالًا.

فَإِذَا بَالَ مِنْ أَحَدِهِمَا عُرِفَ أَنَّ الْآلَةَ الَّتِي هِيَ لِلْفَصْلِ فِي حَقِّ هَذِهِ وَالْآخَرُ زِيَادَةُ
 خَرَقٍ فِي الْبَدَنِ فَكَانَ بِمَنْزِلَةِ الْعَيْبِ وَالْبَاقِي ظَاهِرٌ. وَحَاصِلُهُ إِنْ ظَهَرَتْ عَلَامَةُ الرَّجَالِ
 فَهُوَ رَجُلٌ، وَإِنْ ظَهَرَتْ عَلَامَةُ النِّسَاءِ فَهُوَ امْرَأَةٌ، وَإِنْ لَمْ يَظْهَرْ شَيْءٌ أَوْ تَعَارَضَتْ
 الْعَلَامَاتُ فَهُوَ خُنْثَى مُشْكِلٌ، وَهَذَا يَرْفَعُ مَا يُقَالُ: لَا إِشْكَالَ بَعْدَ الْبُلُوغِ إِلَّا إِذَا أُريدَ بِهِ
 الْغَالِبُ.

فَصْلٌ فِي أَحْكَامِهِ

قَالَ ﷺ: الْأَصْلُ فِي الْخُنْثَى الْمُشْكِلِ أَنْ يُؤْخَذَ فِيهِ بِالْأَحْوَطِ وَالْأَوْثَقِ فِي أُمُورِ
 الدِّينِ، وَأَنْ لَا يَحْكُمَ بِثُبُوتِ حُكْمٍ وَقَعَ الشُّكُّ فِي ثُبُوتِهِ. قَالَ (وَإِذَا وَقَفَ خَلْفَ الْإِمَامِ قَامَ
 بَيْنَ صَفِّ الرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ) لَاحْتِمَالِ أَنَّهُ امْرَأَةٌ فَلَا يَتَخَلَّلُ الرِّجَالُ كَيْ لَا يُفْسِدَ صَلَاتَهُمْ
 وَلَا النِّسَاءُ لَاحْتِمَالِ أَنَّهُ رَجُلٌ فَتَفْسُدُ صَلَاتُهُ.

الشرح:

(فَصْلٌ فِي أَحْكَامِهِ): لَمَّا كَانَ الْغَرَضُ مِنْ ذِكْرِ الْخُنْثَى مَعْرِفَةَ أَحْكَامِ الْخُنْثَى
 الْمُشْكِلِ؛ لِأَنَّ غَيْرَ الْمُشْكِلِ إِمَّا أَنْ يَكُونَ رَجُلًا أَوْ امْرَأَةً وَحُكْمُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَعْلُومٌ،
 ذَكَرَ فِي هَذَا الْفَصْلِ أَحْكَامَهُ فَقَالَ (الْأَصْلُ فِي الْخُنْثَى الْمُشْكِلِ) وَلَمْ يَقُلِ الْمُشْكِلَةُ؛ لِأَنَّهُ
 لَمَّا لَمْ يُعْلَمْ تَذَكُّيرُهُ وَتَأْنِيثُهُ وَالْأَصْلُ هُوَ الذَّكَرُ؛ لِأَنَّ حَوَاءَ خُلِقَتْ مِنْ ضِلْعِ آدَمَ اعْتَبَرَتْ.

(فَإِنْ قَامَ فِي صَفِّ النِّسَاءِ فَأَحَبُّ إِلَيَّ أَنْ يُعِيدَ صَلَاتُهُ) لَاحْتِمَالِ أَنَّهُ رَجُلٌ (وَإِنْ قَامَ
 فِي صَفِّ الرِّجَالِ فَصَلَاتُهُ تَامَّةٌ وَيُعِيدُ الَّذِي عَنْ يَمِينِهِ وَعَنْ يَسَارِهِ وَالَّذِي خَلْفَهُ بِحِذَائِهِ
 صَلَاتَهُمْ احتياطًا) لَاحْتِمَالِ أَنَّهُ امْرَأَةٌ.

الشرح:

فَإِنْ قَامَ فِي صَفِّ النِّسَاءِ فَأَحَبُّ إِلَيَّ أَنْ يُعِيدَ صَلَاتَهُ (لَا حُتْمَآلَ أَنَّهُ رَجُلٌ) قِيلَ: وَإِنَّمَا قَالَ بِاسْتِحْبَابِ إِعَادَةِ الصَّلَاةِ وَلَمْ يَقُلْ بِالْوُجُوبِ وَالْأَخْذُ بِالِاخْتِيَاطِ فِي بَابِ الْعِبَادَاتِ أَوَّلَى؛ لِأَنَّ الْمُسْقَطَ وَهُوَ الْأَدَاءُ مَعْلُومٌ، وَالْمُفْسِدَ وَهُوَ مُحَادَاةُ الرَّجُلِ الْمَرْأَةَ فِي صَلَاةٍ مُشْتَرَكَةٍ مَوْهُومٌ، فَلِلْوَهْمِ أَحَبُّ لَهُ أَنْ يُعِيدَ الصَّلَاةَ. فَإِنْ قِيلَ: الْخُشْيُ إِذَا كَانَ مُرَاهِقًا فَلَا إِعَادَةَ عَلَيْهِ وَإِنْ أَفْسَدَهَا؛ فَإِنْ كَانَ بَالِغًا فَلَا إِعَادَةَ وَاجِبَةً؛ لِأَنَّهُ إِنْ كَانَ ذَكَرًا وَجَبَ الْإِعَادَةُ، وَإِنْ كَانَ أُنْثَى لَا يَلْزَمُهُ فَتَجِبُ اخْتِيَاطًا، فَمَا وَجَّهَ قَوْلُهُ أَحَبُّ إِلَيَّ أَنْ يُعِيدَ.

أُجِيبَ بِأَنْ مُرَادَهُ إِذَا كَانَ مُرَاهِقًا فَلَا إِعَادَةَ مُسْتَحَبَّةً تَخْلُقًا وَاعْتِيَادًا، وَأَمَّا إِذَا كَانَ بَالِغًا فَلَا إِعَادَةَ وَاجِبَةً، كَذَا فِي الذَّخِيرَةِ، فَعَلَى هَذَا التَّقْدِيرِ تَكُونُ إِعَادَةُ مَنْ عَلَى يَمِينِهِ وَيَسَارِهِ وَخَلْفَهُ وَبِحِذَائِهِ إِذَا قَامَ فِي صَفِّ الرِّجَالِ وَاجِبَةً، لَكِنْ ذَكَرَ فِي الْمَبْسُوطِ أَنَّ الْمُرَادَ بِالْإِعَادَةِ هُوَ الْإِعَادَةُ عَلَى طَرِيقِ الْاسْتِحْبَابِ لَمَّا بَيَّنَّا أَنَّ مُحَادَاةَ الرَّجُلِ الْمَرْأَةَ فِي حَقِّهِمْ مَوْهُومٌ.

قَالَ (وَأَحَبُّ إِلَيْنَا أَنْ يُصَلِّيَ بِقِنَاعٍ) لِأَنَّهُ يُحْتَمَلُ أَنَّهُ امْرَأَةٌ (وَيَجْلِسَ فِي صَلَاتِهِ جُلُوسَ الْمَرْأَةِ) لِأَنَّهُ إِنْ كَانَ رَجُلًا فَقَدْ تَرَكَ سُنَّةَ وَهُوَ جَائِزٌ فِي الْجُمْلَةِ، وَإِنْ كَانَ امْرَأَةً فَقَدْ ارْتَكَبَ مَكْرُوهًا لِأَنَّ السُّتْرَ عَلَى النِّسَاءِ وَاجِبٌ مَا أَمَكْنَ (وَإِنْ صَلَّى بِغَيْرِ قِنَاعٍ أَمَرْتَهُ أَنْ يُعِيدَ) لِاحْتِمَالِ أَنَّهُ امْرَأَةٌ وَهُوَ عَلَى الْاسْتِحْبَابِ وَإِنْ لَمْ يُعِدْ أَجْزَأَهُ (وَتَبَتَّاعٌ لَهُ أَمَةٌ تَخْتِنُهُ إِنْ كَانَ لَهُ مَالٌ) لِأَنَّهُ يُبَاحُ لِمَمْلُوكَتِهِ النَّظَرُ إِلَيْهِ رَجُلًا كَانَ أَوْ امْرَأَةً.

وَيُكْرَهُ أَنْ يَخْتِنَهُ رَجُلٌ لِأَنَّهُ عَسَاهُ أَنْتَى أَوْ تَخْتِنَهُ امْرَأَةٌ لِأَنَّهُ لَعَلَّهُ رَجُلٌ فَكَانَ الْاِخْتِيَاطُ فِيهِمَا قُلْنَا (وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ ابْتَعَ لَهُ الْإِمَامُ أَمَةً مِنْ بَيْتِ الْمَالِ) لِأَنَّهُ أُعِدَّ لِنَوَائِبِ الْمُسْلِمِينَ (فَإِذَا خَتَنَتْهُ بَاعَهَا وَرَدَّ ثَمَنَهَا فِي بَيْتِ الْمَالِ) لَوْفُوعِ الْاسْتِغْنَاءِ عَنْهَا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَأَحَبُّ إِلَيْنَا أَنْ يُصَلِّيَ بِقِنَاعٍ) يَعْنِي إِذَا كَانَ مُرَاهِقًا، وَأَمَّا إِذَا بَلَغَ بِالسِّنِّ فَذَاكَ وَاجِبٌ. وَقَوْلُهُ (وَهُوَ عَلَى الْاسْتِحْبَابِ) يَعْنِي إِذَا كَانَ غَيْرَ بَالِغٍ، وَأَمَّا إِذَا بَلَغَ بِالسِّنِّ وَلَمْ يَظْهَرْ فِيهِ شَيْءٌ مِنْ عَلَامَاتِ الرِّجَالِ أَوْ النِّسَاءِ فَلَا إِعَادَةَ وَاجِبَةً.

وَقَوْلُهُ (؛ لَأَنَّهُ يُبَاحُ لِمَمْلُوكَتِهِ النَّظَرُ إِلَيْهِ رَجُلًا كَانَ أَوْ امْرَأَةً) قِيلَ فِيهِ نَظَرٌ؛ لَأَنَّهُ وَإِنْ كَانَ صَحِيحًا فِي حَقِّ الرَّجُلِ لَكِنَّهُ فَاسِدٌ فِي حَقِّ الْمَرْأَةِ؛ لِأَنَّ الْأَمَّةَ لَا يُبَاحُ لَهَا النَّظَرُ إِلَى مَوَاضِعِ الْعَوْرَةِ مِنْ سَيِّدَتِهَا، بَلْ لَهَا أَنْ تَنْظُرَ مِنْ مَوْلَاتِهَا إِلَى مَا لَهَا أَنْ تَنْظُرَ إِلَيْهِ مِنَ الْأَجْنَبِيَّاتِ. وَالصَّوَابُ فِي التَّعْلِيلِ وَإِنْ كَانَ أَثْنَى فَإِنَّهُ نَظَرُ الْجِنْسِ إِلَى الْجِنْسِ وَهُوَ أَحَقُّ مِنْهُ إِلَى خِلَافِ الْجِنْسِ؛ فَلَيْسَ لِلْمَلِكِ تَأْثِيرٌ فِي إِبَاحَةِ نَظَرِ الْمَمْلُوكَةِ إِلَى سَيِّدَتِهَا.

فَإِنْ قِيلَ: فَلَوْ زَوَّجَهُ الْمَوْلَى امْرَأَةً بِمَهْرٍ يَسِيرُ أَغْنَتْهُ عَنْ شِرَاءِ الْحَارِثَةِ بِشَمَنِ كَثِيرٍ لِحُصُولِ مَا هُوَ الْمَقْصُودُ عَلَى هَذَا التَّقْدِيرِ. أُجِيبَ بِأَنْ مُحَمَّدًا لَمْ يَقُلْ ذَلِكَ لَعَدَمِ التَّيَقُّنِ بِصِحَّةِ النِّكَاحِ مَا لَمْ يَتَبَيَّنْ أَمْرُهُ، وَمَعَ هَذَا لَوْ فَعَلَ كَانَ صَحِيحًا؛ لِأَنَّ الْخُثْنَى إِنْ كَانَ امْرَأَةً فَهَذَا نَظَرُ الْجِنْسِ إِلَى الْجِنْسِ وَالنِّكَاحُ لَعَوٌّ، وَإِنْ كَانَ ذَكَرًا فَهُوَ نَظَرُ الْمُنْكَوحَةِ إِلَى زَوْجِهَا.

(وَيُكْرَهُ لَهُ فِي حَيَاتِهِ لُبْسُ الْحُلِيِّ وَالْحَرِيرِ، وَأَنْ يَتَكَشَّفَ قُدَامَ الرِّجَالِ أَوْ قُدَامَ النِّسَاءِ. وَأَنْ يَخْلُوَ بِهِ غَيْرُ مُحَرَّمٍ مِنْ رَجُلٍ أَوْ امْرَأَةٍ، وَأَنْ يُسَافِرَ مِنْ غَيْرِ مُحَرَّمٍ مِنَ الرِّجَالِ) تَوْقِيفًا عَنْ احْتِمَالِ الْمُحَرَّمِ (وَإِنْ أَحْرَمَ وَقَدْ رَاهَقَ قَالَ أَبُو يُونُسَ: لَا عِلْمَ لِي فِيهِ لِبَاسِهِ) لَأَنَّهُ إِنْ كَانَ ذَكَرًا يُكْرَهُ لَهُ لُبْسُ الْمُخِيطِ، وَإِنْ كَانَ أَثْنَى يُكْرَهُ لَهُ تَرْكُهُ (وَقَالَ مُحَمَّدٌ: يَلْبَسُ لِبَاسَ الْمَرْأَةِ) لِأَنَّهُ تَرَكَ لُبْسَ الْمُخِيطِ وَهُوَ امْرَأَةٌ أَفْحَشُ مِنْ لُبْسِهِ وَهُوَ رَجُلٌ، وَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ لَأَنَّهُ لَمْ يَبْلُغْ.

الشرح:

(وَقَوْلُهُ وَيُكْرَهُ لَهُ فِي حَيَاتِهِ لُبْسُ الْحَرِيرِ) قِيلَ: لَا فَائِدَةَ لِقَوْلِهِ فِي حَيَاتِهِ فَإِنَّهُ لَا لُبْسَ بَعْدَ الْمَوْتِ، وَإِنَّمَا هُوَ الْبَاسُ فَكَانَ مَعْنَاهُ مَفْهُومًا مِنْ قَوْلِهِ لُبْسَ، وَهُوَ مُنَاقَشَةٌ سَهْلَةٌ؛ لَأَنَّهُ لَيْسَ كُلُّ مَا يُذَكَّرُ فِي التَّرَاكِبِ يَكُونُ قَيْدًا لِلإِخْرَاجِ لِحَوَازِ أَنْ يَكُونَ بَعْضُهَا بَيِّنًا لِلوَاقِعِ، وَإِنَّمَا كُرِهَ ذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ لُبْسُ الْحَرِيرِ حَرَامٌ عَلَى الرِّجَالِ دُونَ النِّسَاءِ وَحَالَهُ لَمْ يَتَبَيَّنْ بَعْدُ فَيُؤْخَذُ بِالِاخْتِيَابِ؛ فَإِنَّ الاجْتِنَابَ عَنِ الْحَرَامِ فَرَضٌ وَالْإِقْدَامُ عَلَى الْمُبَاحِ مُبَاحٌ فَيُكْرَهُ اللَّبْسُ حَذَرًا عَنِ الْوُقُوعِ فِي الْحَرَامِ.

وَقَوْلُهُ (وَأَنْ يَتَكَشَّفَ قُدَامَ الرِّجَالِ أَوْ النِّسَاءِ) يَعْنِي إِذَا كَانَ مُرَاهِقًا، وَالْمُرَادُ بِالْإِنْكَشَافِ هُوَ أَنْ يَكُونَ فِي إِزَارٍ وَاحِدٍ لَا إِبْدَاءَ مَوْضِعِ الْعَوْرَةِ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لَا يَحِلُّ لِغَيْرِ

الْأُنْثَى أَيْضًا). وَهَذِهِ الْمَسْأَلَةُ تُدُلُّ عَلَى أَنَّ نَظَرَ الْمَرْأَةِ إِلَى الْمَرْأَةِ كَنَظَرِ الرَّجُلِ إِلَى ذَوَاتِ مَحَارِمِهِ لَا كَنَظَرِ الرَّجُلِ إِلَى الرَّجُلِ؛ لِأَنَّهُ لَوْ كَانَ كَنَظَرُ الرَّجُلِ إِلَى الرَّجُلِ لَجَازَ لَهُ التَّكْشُفُ لِلنِّسَاءِ فِي إِزَارٍ وَاحِدٍ. وَقَوْلُهُ (وَأَنْ يَخْلُوَ بِهِ) أَيُّ يُكْرَهُ أَنْ يَخْلُوَ بِهِ.

(غَيْرُ مُحَرَّمٍ مِنْ رَجُلٍ أَوْ امْرَأَةٍ) لِقَوْلِهِ ﷺ «أَلَا لَا يَخْلُونُ رَجُلٌ بِامْرَأَةٍ لَيْسَ مِنْهَا بِسَبِيلٍ فَإِنْ تَالَفَهُمَا الشَّيْطَانُ» وَأَمْرُهُ فِي ذَلِكَ مُحْتَمَلٌ نَظَرًا إِلَى حَالِهِ. وَقَوْلُهُ (لَا عِلْمَ لِي فِي لِبَاسِهِ) يَعْنِي لِاشْتِبَاهِ حَالِهِ وَعَدَمِ الْمُرَجِّحِ، وَقَوْلُ مُحَمَّدٍ ظَاهِرٌ.

(وَمَنْ حَلَفَ بِطَلَاقٍ أَوْ عَتَاقٍ إِنْ كَانَ أَوَّلُ وَلَدٍ تَلَدِينَهُ غُلَامًا فَقَوْلَاتُ خُنْثَى ثُمَّ يَقَعُ حَتَّى يَسْتَتِينَ أَمْرُ الْخُنْثَى) لِأَنَّ الْخُنْثَ لَا يَثْبُتُ بِالشَّكِّ (وَلَوْ قَالَ كُلُّ عَبْدٍ لِي حُرٌّ أَوْ قَالَ كُلُّ أَمَةٍ لِي حُرَّةٌ وَلَهُ مَمْلُوكٌ خُنْثَى ثُمَّ يُعْتَقُ حَتَّى يَسْتَتِينَ أَمْرُهُ) لَمَّا قُلْنَا (وَإِنْ قَالَ الْقَوْلَيْنِ جَمِيعًا عَتَقَ) لِلتَّيَقُّنِ بِأَحَدِ الْوَصْفَيْنِ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمُهْمَلٍ (وَإِنْ قَالَ الْخُنْثَى أَنَا رَجُلٌ أَوْ أَنَا امْرَأَةٌ ثُمَّ يَقْبَلُ قَوْلُهُ إِذَا كَانَ مُشْكِلًا) لِأَنَّهُ دَعَا يُخَالَفُ قَضِيَّةَ الدَّلِيلِ.

(وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُشْكِلًا يَنْبَغِي أَنْ يَقْبَلُ قَوْلُهُ) لِأَنَّهُ أَعْلَمُ بِحَالِهِ مِنْ غَيْرِهِ (وَإِنْ مَاتَ قَبْلَ أَنْ يَسْتَتِينَ أَمْرُهُ لَمْ يُغْسَلْهُ رَجُلٌ وَلَا امْرَأَةٌ) لِأَنَّ حُلَّ الْغُسْلِ غَيْرُ ثَابِتٍ بَيْنَ الرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ (فَيَتَوَقَّى لِاحْتِمَالِ الْحُرْمَةِ وَيُيَمَّمُ بِالصَّعِيدِ) لِتَعَذُّرِ الْغُسْلِ (وَلَا يَحْضُرُ إِنْ كَانَ مُرَاهِقًا غُسَلَ رَجُلٍ وَلَا امْرَأَةٍ) لِاحْتِمَالِ أَنَّهُ ذَكَرٌ أَوْ أُنْثَى (وَإِنْ سَجَى قَبْرَهُ فَهُوَ أَحَبُّ) لِأَنَّهُ إِنْ كَانَ أَنْثَى يُقِيمُ وَاجِبًا، وَإِنْ كَانَ ذَكَرًا فَالْتَّسُحُّجَةُ لَا تَضُرُّهُ.

(وَإِذَا مَاتَ فَصَلَّى عَلَيْهِ وَعَلَى رَجُلٍ وَامْرَأَةٍ وَضَعَ الرَّجُلُ مِمَّا يَلِي الْإِمَامَ وَالْخُنْثَى خَلْفَهُ وَالْمَرْأَةُ خَلْفَ الْخُنْثَى فَيُؤَخَّرُ عَنِ الرَّجُلِ) لِاحْتِمَالِ أَنَّهُ امْرَأَةٌ (وَيُقَدَّمُ عَلَى الْمَرْأَةِ) لِاحْتِمَالِ أَنَّهُ رَجُلٌ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (لَمَّا قُلْنَا) إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ؛ لِأَنَّ الْحَنْثَ لَا يَثْبُتُ بِالشَّكِّ. وَقَوْلُهُ (وَإِنْ قَالَ بِالْقَوْلَيْنِ) يَعْنِي: أَنْ يَقُولَ كُلُّ عَبْدٍ لِي وَكُلُّ أَمَةٍ لِي فَهُوَ حُرٌّ وَقَوْلُهُ (لَأَنَّهُ لَيْسَ بِمُهْمَلٍ) يَعْنِي أَنَّهُ فِي الْوَاقِعِ لَيْسَ بِخَالٍ عَنْ أَحَدِ الْحَالَيْنِ. وَقَوْلُهُ (لَأَنَّهُ دَعَا يُخَالَفُ قَضِيَّةَ الدَّلِيلِ)؛ لِأَنَّهُ يَقْتَضِي بَقَاءَ الْإِشْكَالِ وَهُوَ لَا يُعْلَمُ فِي ذَلِكَ مِنْ نَفْسِهِ خِلَافٌ مَا لَمْ يُعْلَمْ بِهِ غَيْرُهُ. وَقَوْلُهُ (يَنْبَغِي أَنْ يَقْبَلَ) إِنَّمَا قَالَ بِلَفْظٍ يَنْبَغِي؛ لِأَنَّ حُكْمَهُ غَيْرُ مَذْكُورٍ فَلَمْ

يَتَقَنَّ بِهِ.

(وَقَوْلُهُ لَأَنَّ حِلَّ الْغُسْلِ غَيْرُ ثَابِتٍ بَيْنَ الرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ) أَيُّ غُسْلِ الرَّجُلِ الْمَرْأَةِ، وَعَكْسُهُ غَيْرُ ثَابِتٍ فِي الشَّرْعِ؛ فَإِنَّ النَّظَرَ إِلَى الْعَوْرَةِ حَرَامٌ وَالْحُرْمَةُ لَمْ تُنْكَشَفْ بِالمَوْتِ، إِلَّا إِنْ نَظَرَ الْجِنْسُ إِلَى الْجِنْسِ أَخْفُ فَلَأَجَلَ الضَّرُورَةُ أُبِيحَ نَظَرُ الْجِنْسِ عِنْدَ الْغُسْلِ، وَالْمَرَاهِقُ كَالْبَالِغِ فِي وُجُوبِ سِتْرِ عَوْرَتِهِ؛ فَإِنْ كَانَ مُشْكِلًا لَمْ يُعْرَفْ لَهُ جِنْسٌ فَتَعَذَّرَ غُسْلُهُ فَصَارَ بِمَنْزِلَةِ مَنْ تَعَذَّرَ غُسْلُهُ؛ لَعَدَمِ مَا يُغْسَلُ بِهِ فَيَمَّمُ بِالصَّعِيدِ.

وَهُوَ نَظِيرُ امْرَأَةٍ مَاتَتْ بَيْنَ رِجَالٍ أَوْ عَكْسِهِ فَإِنَّهُ يَمَّمُ بِالصَّعِيدِ مَعَ الْخِرْقَةِ إِنْ يَمَّمُ الْأَجَنَبِيُّ، وَبَعِيرَهَا إِنْ كَانَ ذَا رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنَ الْمَيِّتِ، وَيَنْظُرُ الْمَيِّمُ إِلَى وَجْهِهِ وَيُعْرِضُ وَجْهَهُ عَنِ ذِرَاعَيْهِ لِحَوَازٍ أَنْ يَكُونَ امْرَأَةً، وَلَا يَشْتَرِي جَارِيَةً لِلْغُسْلِ كَمَا كَانَ يُفْعَلُ لِلخِتَانِ؛ لِأَنَّهُ بَعْدَ الْمَوْتِ لَا يَقْبَلُ الْمَالِكِيَّةُ فَالشَّرَاءُ غَيْرُ مُفِيدٍ بِخِلَافِ الشَّرَاءِ لِلخِتَانِ فَإِنَّهُ فِي حَالِ الْحَيَاةِ وَلَهُ أَهْلِيَّةُ الْمَالِكِيَّةِ فِيهَا.

وَقَوْلُهُ (وَضَعُ الرَّجُلُ مِمَّا يَلِي الْإِمَامَ وَالْخُنْثَى خَلْفَهُ) يَعْنِي اعْتِبَارًا بِحَالِ الْحَيَاةِ؛ لِأَنَّهُ يَقُومُ بَيْنَ صَفِّ الرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ، فَكَانَ فِي الْقُرْبِ مِنَ الْإِمَامِ بَعْدَ دَرَجَةٍ، فَكَذَلِكَ فِي حَالِ الْمَمَاتِ، وَالْأَصْلُ فِيهِ قَوْلُهُ ﷺ «لِيلِيَنِي مِنْكُمْ أُولُو الْأَخْلَامِ وَالنُّهَى».

(وَلَوْ دُفِنَ مَعَ رَجُلٍ فِي قَبْرِ وَاحِدٍ مِنْ عُذْرٍ جُعِلَ الْخُنْثَى خَلْفَ الرَّجُلِ) لاحتِمَالِ أَنَّهُ امْرَأَةٌ (وَيُجْعَلُ بَيْنَهُمَا حَاجِزٌ مِنْ صَعِيدٍ، وَإِنْ كَانَ مَعَ امْرَأَةٍ قُدَّمَ الْخُنْثَى) لاحتِمَالِ أَنَّهُ رَجُلٌ (وَإِنْ جُعِلَ عَلَى السَّرِيرِ نَعَشُ الْمَرْأَةِ فَهُوَ أَحَبُّ إِلَيَّ) لاحتِمَالِ أَنَّهُ عَوْرَةٌ، (وَيُكْفَنُ كَمَا تُكْفَنُ الْجَارِيَةُ وَهُوَ أَحَبُّ إِلَيَّ) يَعْنِي يُكْفَنُ فِي خَمْسِ أَثَوَابٍ لِأَنَّهُ إِذَا كَانَ أَنْثَى فَقَدْ أَهْيَمَتْ سُنَّةً، وَإِنْ كَانَ ذَكَرًا فَقَدْ زَادُوا عَلَى الثَّلَاثِ وَلَا بَأْسَ بِذَلِكَ.

الشرح:

(وَلَوْ دُفِنَ مَعَ رَجُلٍ فِي قَبْرِ وَاحِدٍ مِنْ عُذْرٍ جُعِلَ الْخُنْثَى خَلْفَ الرَّجُلِ) يَعْنِي يُقَدَّمُ الرَّجُلُ إِلَى جَانِبِ الْقَبْلَةِ؛ لِأَنَّ جِهَتَهَا أَشْرَفُ، فَالرَّجُلُ لِلتَّقَرُّبِ إِلَيْهِ أَوَّلَى، وَقَدْ جَاءَ فِي الْحَدِيثِ " أَنَّهُ ﷺ أَمَرَ بِتَقْدِيمِ أَكْثَرِهِمْ أَخْذًا لِلْقُرْآنِ جَانِبَ الْقَبْلَةِ " (وَيُجْعَلُ بَيْنَهُمَا حَاجِزٌ مِنْ صَعِيدٍ) لِيَصِيرَ ذَلِكَ فِي حُكْمِ قَبْرَيْنِ. وَقَوْلُهُ (وَإِنْ جُعِلَ عَلَى السَّرِيرِ نَعَشُ الْمَرْأَةِ) النَّعَشُ شِبْهُ الْمِحْفَةِ مُشْتَبِكٌ يُطَبَّقُ عَلَى الْمَرْأَةِ إِذَا وُضِعَتْ عَلَى الْجَنَازَةِ، وَقَدْ تَقَدَّمَ

فِي كِتَابِ الصَّلَاةِ.

وَقَوْلُهُ (وَإِنْ كَانَ ذَكَرًا فَقَدْ زَادُوا عَلَى الثَّلَاثِ) فَلَا بِذَلِكَ بَأْسٌ؛ لِأَنَّ عَدَدَ الْكَفَنِ مُعْتَبَرٌ بِعَدَدِ الثِّيَابِ فِي حَالِ الْحَيَاةِ، فَالزِّيَادَةُ عَلَى الثَّلَاثَةِ فِي الْكَفَنِ لِلرَّجُلِ غَيْرُ ضَائِرَةٍ كَمَا فِي حَالِ الْحَيَاةِ؛ فَإِنَّ لِلرَّجُلِ أَنْ يَلْبَسَ حَالِ حَيَاتِهِ أَزِيدَ عَلَى الثَّلَاثَةِ، وَأَمَّا إِذَا كَانَ أُنْثَى كَانَ فِي الْاِقْتِصَارِ عَلَى الثَّلَاثَةِ تَرْكُ السُّنَّةِ؛ فَإِنَّ السُّنَّةَ فِي كَفْنِهَا خَمْسَةُ أَثْوَابٍ.

(وَلَوْ مَاتَ أَبُوهُ وَخَلَفَ ابْنًا فَلِمَالُ بَيْنَهُمَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ أَثْلَاثًا لِلابْنِ سَهْمَانٍ، وَلِلْخُنْثَى سَهْمٌ وَهُوَ أُنْثَى عِنْدَهُ فِي الْمِيرَاثِ إِلَّا أَنْ يَتَبَيَّنَ غَيْرَ ذَلِكَ) وَقَالَا: لِلْخُنْثَى نِصْفُ مِيرَاثِ ذَكَرٍ وَنِصْفُ مِيرَاثِ أُنْثَى وَهُوَ قَوْلُ الشَّعْبِيِّ.

وَاخْتَلَفَا فِي قِيَاسِ قَوْلِهِ قَالَ مُحَمَّدٌ: الْمَالُ بَيْنَهُمَا عَلَى اثْنَيْ عَشَرَ سَهْمًا لِلابْنِ سَبْعَةً وَلِلْخُنْثَى خَمْسَةً. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: الْمَالُ بَيْنَهُمَا عَلَى سَبْعَةِ لِلابْنِ أَرْبَعَةً وَلِلْخُنْثَى ثَلَاثَةً، لِأَنَّ الْابْنَ يَسْتَحِقُّ كُلَّ الْمِيرَاثِ عِنْدَ الْاِنْفِرَادِ وَالْخُنْثَى ثَلَاثَةً الْأَرْبَاعِ، فَعِنْدَ الْاجْتِمَاعِ يُقَسَّمُ بَيْنَهُمَا عَلَى قَدَرِ حَقِّهِمَا هَذَا يُضْرَبُ بِثَلَاثَةٍ وَذَلِكَ يُضْرَبُ بِأَرْبَعَةٍ فَيَكُونُ سَبْعَةً.

وَلِمُحَمَّدٍ أَنْ الْخُنْثَى لَوْ كَانَ ذَكَرًا يَكُونُ الْمَالُ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ، وَإِنْ كَانَ أُنْثَى يَكُونُ الْمَالُ بَيْنَهُمَا أَثْلَاثًا احْتِجْنَا إِلَى حِسَابٍ لَهُ نِصْفٌ وَثُلُثٌ، وَأَقْلُ ذَلِكَ سِتَّةٌ، فَفِي حَالٍ يَكُونُ الْمَالُ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ لِكُلِّ وَاحِدٍ ثَلَاثَةً، وَفِي حَالٍ يَكُونُ أَثْلَاثًا لِلْخُنْثَى سَهْمَانٍ وَلِلابْنِ أَرْبَعَةً، فَسَهْمَانِ لِلْخُنْثَى ثَابِتَانِ بَيِّقَيْنِ. وَوَقَعَ الشُّكُّ فِي السَّهْمِ الرَّائِدِ فَيَتَنَصَّفُ فَيَكُونُ لَهُ سَهْمَانٍ وَنِصْفٌ فَانْكَسَرَ فَيُضَعَّفُ لِيَزُولَ الْكَسْرُ فَصَارَ الْحِسَابُ مِنْ اثْنَيْ عَشَرَ لِلْخُنْثَى خَمْسَةً وَلِلابْنِ سَبْعَةً.

وَلَأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الْحَاجَةَ هَاهُنَا إِلَى إِثْبَاتِ الْمَالِ ابْتِدَاءً، وَالْأَقْلُ وَهُوَ مِيرَاثُ الْأُنْثَى مُتَيَقِّنٌ بِهِ، وَفِيمَا زَادَ عَلَيْهِ شَكٌّ، فَأَثْبَتْنَا الْمُتَيَقِّنَ قَصْرًا عَلَيْهِ لِأَنَّ الْمَالَ لَا يَجِبُ بِالشُّكِّ وَصَارَ كَمَا إِذَا كَانَ الشُّكُّ فِي وَجُوبِ الْمَالِ بِسَبَبِ آخَرٍ فَإِنَّهُ يُؤْخَذُ فِيهِ بِالْمُتَيَقِّنِ، كَذَا هَذَا، إِلَّا أَنْ يَكُونَ نَصِيبُهُ الْأَقْلُ لَوْ قَدَرْنَاهُ ذَكَرًا فَحِينَئِذٍ يُعْطَى نَصِيبَ الْابْنِ فِي تِلْكَ الصُّورَةِ لِكَوْنِهِ مُتَيَقِّنًا بِهِ وَهُوَ أَنْ تَكُونَ الْوَرِثَةُ زَوْجًا، وَأُمًّا وَأَخْتًا لِأَبٍ وَأُمٍّ هِيَ خُنْثَى أَوْ امْرَأَةً وَأَخَوَيْنِ لَأُمٍّ وَأَخْتًا لِأَبٍ وَأُمٍّ هِيَ خُنْثَى. فَعِنْدَنَا فِي الْأَوَّلَى لِلزَّوْجِ النِّصْفُ وَلِلْأُمِّ الثُّلُثُ وَالبَاقِي لِلْخُنْثَى،

وَفِي الثَّانِيَةِ لِلْمَرَاةِ الرَّبْعُ وَلِلْأَخَوَيْنِ لَأُمِّ الثَّلَاثِ وَالْبَاقِي لِلْخُنْتَى لِأَنَّهُ أَقَلُّ النَّصِيبَيْنِ فِيهِمَا.

الشرح:

(قَالَ وَلَوْ مَاتَ أَبُوهُ وَخَلَفَ ابْنًا) اعْلَمْ أَنَّ الشَّيْخَ أَبَا الْحَسَنِ الْقُدُورِيَّ ذَكَرَ قَوْلَ مُحَمَّدٍ مَعَ أَبِي يُوسُفَ، وَكَذَلِكَ أَثْبَتَ الْمُصَنِّفُ فِي الْكِتَابِ، وَكَذَا ذَكَرَهُ الشَّيْخُ أَبُو نَصْرِ الْبَغْدَادِيُّ. وَفِي عَامَّةِ الْكُتُبِ ذَكَرَ قَوْلَ مُحَمَّدٍ مَعَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَلَكِنْ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ اخْتَلَفَا فِي تَخْرِيجِ قَوْلِ الشَّعْبِيِّ، فَمُحَمَّدٌ فَسَّرَهُ عَلَى وَجْهِهِ وَلَمْ يَأْخُذْ بِهِ.

وَأَبُو يُوسُفَ فَسَّرَهُ عَلَى وَجْهِهِ وَلَمْ يَأْخُذْ بِهِ، وَهُوَ أَنْ تُجْعَلَ الْمَسْأَلَةُ عَلَى سَبْعَةٍ، ثُمَّ رَجَعَ عَنْ ذَلِكَ وَفَسَّرَهُ عَلَى وَجْهِ آخَرَ، وَهُوَ تَفْسِيرُ مُحَمَّدٍ بِأَنْ تُجْعَلَ عَلَى اثْنَيْ عَشَرَ وَأَخَذَ بِهِ، وَكَانَ قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ أَوَّلًا كَقَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ فَقَوْلُ عَلَى مَا ذَكَرَ فِي الْكِتَابِ إِذَا مَاتَ أَبُو الْخُنْتَى وَتَرَكَ ابْنًا فَلِلْمَالِ بَيْنَهُمَا أَثْلَاثًا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ لِلابْنِ سَهْمَانٍ وَلِلْخُنْتَى سَهْمٌ وَهُوَ أَثْنَى عِنْدَهُ فِي الْمِيرَاثِ إِلَّا أَنْ يَتَبَيَّنَ غَيْرُ ذَلِكَ أَيُّ: غَيْرُ كَوْنِهِ أَثْنَى لظُهُورِ إِحْدَى عِلَامَاتِ الذُّكُورِ بِلَا مُعَارِضٍ فَحِينَئِذٍ يُعْتَبَرُ ذَكَرًا.

وَقَالَا: لِلْخُنْتَى نِصْفُ مِيرَاثِ ذَكَرٍ، وَنِصْفُ مِيرَاثِ أَثْنَى، وَهُوَ قَوْلُ الشَّعْبِيِّ وَأَبْنِ أَبِي لَيْلَى وَالتَّوْرِيِّ وَهُوَ مَذْهَبُ ابْنِ عَبَّاسٍ. وَاخْتَلَفَا فِي قِيَاسِ قَوْلِ الشَّعْبِيِّ قَالَ مُحَمَّدٌ: الْمَالُ بَيْنَهُمَا عَلَى اثْنَيْ عَشَرَ سَهْمًا لِلابْنِ سَبْعَةٌ وَلِلْخُنْتَى خَمْسَةٌ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: الْمَالُ بَيْنَهُمَا عَلَى سَبْعَةِ لِلابْنِ أَرْبَعَةٌ وَلِلْخُنْتَى ثَلَاثَةٌ؛ لِأَنَّ الْابْنَ يَسْتَحِقُّ كُلَّ الْمِيرَاثِ عِنْدَ الْإِنْفِرَادِ، وَالْخُنْتَى يَسْتَحِقُّ ثَلَاثَةَ الْأَرْبَاعِ؛ لِأَنَّ الْخُنْتَى فِي حَالِ ابْنٍ، وَفِي حَالِ بِنْتٍ، وَلَكِنْ فِي الْمِيرَاثِ نِصْفُ الْابْنِ فَيُجْعَلُ لَهُ نِصْفُ كُلِّ حَالٍ فَيَكُونُ لَهُ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعٍ نَصِيبِ ابْنٍ فَيَضْرَبُ مُخْرَجُ الرَّبْعِ وَهُوَ أَرْبَعَةٌ فِي سَهْمٍ، وَثَلَاثَةُ أَرْبَاعٍ سَهْمٍ يَحْصُلُ سَبْعَةٌ فَلِلْخُنْتَى ثَلَاثَةٌ وَلِلابْنِ أَرْبَعَةٌ.

وَلِمُحَمَّدٍ أَنَّ الْخُنْتَى لَوْ كَانَ ذَكَرًا كَانَ الْمَالُ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ، وَإِنْ كَانَ أَثْنَى أَثْلَاثًا فَاحْتَجْنَا إِلَى حِسَابٍ لَهُ نِصْفٌ وَثُلُثٌ صَحِيحٌ وَأَقَلُّ ذَلِكَ سِتَّةٌ، فَفِي حَالِ الْمَالِ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ لِكُلِّ وَاحِدٍ ثَلَاثَةُ أَسْهُمٍ، وَفِي حَالِ أَثْلَاثَا سَهْمَانِ لِلْخُنْتَى وَأَرْبَعَةٌ لِلابْنِ، فَسَهْمَانِ لِلْخُنْتَى ثَابِتَانِ بَيِّقَيْنِ، وَالسَّهْمُ الرَّائِدُ وَقَعَ فِيهِ الشُّكُّ فَيَتَنَصَّفُ فَيَكُونُ لَهُ سَهْمَانِ وَنِصْفُ

سَهْمٍ، وَلَزِمَ الْكَسْرُ النَّصْفِيُّ فَيُضَعَّفُ لِيَزُولَ الْكَسْرُ فَصَارَ الْحِسَابُ مِنْ اثْنِي عَشَرَ لِلْخُنْثَى خَمْسَةَ وَثَلَاثِينَ سَبْعَةً.

وَفِي تَأْخِيرِ قَوْلِ مُحَمَّدٍ إِشَارَةً مِنَ الْمُصَنِّفِ إِلَى اخْتِيَارِهِ، وَذَلِكَ؛ لِأَنَّ الْكُلَّ مُتَّفَقُونَ عَلَى تَقْلِيلِ نَصِيبِهِ، وَمَا ذَهَبَ إِلَيْهِ مُحَمَّدٌ أَقْلُ مِمَّا ذَهَبَ إِلَيْهِ أَبُو يُوسُفَ بِسَهْمٍ مِنْ أَرْبَعَةٍ وَثَمَانِينَ سَهْمًا. وَطَرِيقُ مَعْرِفَتِهِ أَنْ تُضْرَبَ السَّبْعَةُ فِي اثْنِي عَشَرَ حَيْثُ لَا مُوَافَقَةً بَيْنَهُمَا يَبْلُغُ الْمَجْمُوعُ أَرْبَعَةً وَثَمَانِينَ، ثُمَّ اضْرِبْ حَصَّةً مَنْ كَانَ لَهُ شَيْءٌ مِنَ السَّبْعَةِ فِي اثْنِي عَشَرَ وَحَصَّةً الْخُنْثَى مِنْهُ ثَلَاثَةً فَاضْرِبْهُ فِي اثْنِي عَشَرَ يَبْلُغُ سِتَّةً وَثَلَاثِينَ، وَاضْرِبْ حَصَّةً مَنْ كَانَ لَهُ شَيْءٌ مِنْ اثْنِي عَشَرَ فِي السَّبْعَةِ، وَلِلْخُنْثَى مِنْهُ خَمْسَةٌ فَاضْرِبْهُ فِي سَبْعَةٍ يَكُونُ خَمْسَةً وَثَلَاثِينَ، فَظَهَرَ أَنَّ التَّفَاوُتَ بِسَهْمٍ مِنْ أَرْبَعَةٍ وَثَمَانِينَ، كَذَا أَفَادَهُ الْإِمَامُ حُمَيْدُ الدِّينِ.

(وَالْأَبْيَ حَنِيفَةً أَنَّ الْحَاجَةَ هَاهُنَا إِلَى إِثْبَاتِ الْمَالِ ابْتِدَاءً؛ لِأَنَّهُ لَا بُدَّ مِنْ بَيَانِ سَبَبِ اسْتِحْقَاقِهِ بِالذُّكُورَةِ أَوْ الْأُنُوثَةِ، وَلَا شَيْءَ مِنْهُمَا بِمَعْلُومٍ، وَإِثْبَاتُ الْمَالِ ابْتِدَاءً بِدُونِ سَبَبٍ مُحَقَّقٍ غَيْرُ مَشْرُوعٍ فَلَا بُدَّ مِنَ الْبِنَاءِ عَلَى الْمُتَيَقِّنِ (وَالْأَقْلُ وَهُوَ مِيرَاثُ الْأُنْثَى مُتَيَقِّنٌ بِهِ) فَأَوْجَبْنَاهُ كَمَا إِذَا كَانَ إِثْبَاتُهُ بِطَرِيقٍ آخَرَ فَإِنَّهُ يُؤْخَذُ بِالْمُتَيَقِّنِ بِهِ دُونَ الْمَشْكُوكِ إِلَى أَنْ يَقُومَ الدَّلِيلُ عَلَى الزَّائِدِ، فَإِنْ مَنْ قَالَ لِفُلَانٍ عَلَيَّ ذِرَاهِمٌ يُحَكَّمُ لَهُ بِالثَّلَاثَةِ حَتَّى يَقُومَ الدَّلِيلُ عَلَى الزَّائِدِ؛ لَكُونَ الْأَوَّلُ مُتَيَقِّنًا بِهِ دُونَ الزِّيَادَةِ.

لَا يُقَالُ: سَبَبُ اسْتِحْقَاقِ الْمِيرَاثِ هُوَ الْقَرَابَةُ وَهِيَ ثَابِتَةٌ بَيِّنَةٌ فِي الْخُنْثَى، وَالْجَهَالَةُ وَقَعَتْ فِي الْقِسْمَةِ بَقَاءً فَلَا يَمْتَنِعُ الْوُجُوبُ؛ لِأَنَّا نَقُولُ: لَيْسَ الْكَلَامُ فِي اسْتِحْقَاقِ أَصْلِ الْمِيرَاثِ، وَإِنَّمَا هُوَ فِي اسْتِحْقَاقِ الْمِقْدَارِ، وَسَبَبُهُ الذُّكُورَةُ أَوْ الْأُنُوثَةُ، وَلَا شَيْءَ مِنْهُمَا بِمُتَيَقِّنٍ بِهِ فِيمَا نَحْنُ فِيهِ.

وَقَوْلُهُ (إِلَّا أَنْ يُصِيبَهُ الْأَقْلُ لَوْ قَدَرْتَاهُ ذَكَرًا) اسْتِثْنَاءٌ مِنْ قَوْلِهِ وَهُوَ مِيرَاثُ الْأُنْثَى مُتَيَقِّنٌ بِهِ: يَعْنِي أَوْجَبْنَا لِلْخُنْثَى مِيرَاثَ الْأُنْثَى الْمُتَيَقِّنِ، وَمَا تَجَاوَزْنَا عَنْهُ إِلَى نَصِيبِ الذَّكَرِ؛ لِأَنَّ الْمَالَ ابْتِدَاءً لَا يَجِبُ بِالشَّكِّ إِلَّا أَنْ يُصِيبَ الْخُنْثَى أَقْلٌ مِنْ نَصِيبِ الْأُنْثَى إِنْ قَدَرْتَاهُ ذَكَرًا فَحِينَئِذٍ يُعْطَى نَصِيبُ الْإِبْنِ فِي تِلْكَ الصُّورَةِ لَكُونِهِ مُتَيَقِّنًا بِهِ وَهُوَ أَنْ يَكُونَ زَوْجًا وَأُمًّا وَأَخْتًا لِأَبٍ وَأُمٍّ هِيَ خُنْثَى؛ فَإِنْ قَدَرْتَا الْخُنْثَى أُنْثَى كَانَ لِلزَّوْجِ النَّصْفُ وَلِلْأُمِّ

الثُلُثُ وَلِلْخُنْثَى النِّصْفُ وَالْمَسْأَلَةُ مِنْ سِتَّةٍ وَتَعُولُ إِلَى ثَمَانِيَةٍ.

وَإِنْ قَدَّرْنَاهُ ذَكَرًا كَانَ لَهُ الْبَاقِي بَعْدَ نَصِيبِ الزَّوْجِ وَثُلُثُ الْأُمِّ وَهُوَ السُّدُسُ وَهُوَ أَقْلُ فَقَدَّرْنَاهُ ذَكَرًا، وَإِذَا تَرَكَ امْرَأَةً وَأَخَوَيْنِ لَأُمِّ وَأُخْتًا لِأَبٍ وَأُمٌّ هِيَ خُنْثَى، لِلْمَرْأَةِ الرَّبْعُ وَلِبْنِي الْأَخْيَافِ الثُّلُثُ، فَإِنْ قَدَّرْنَا الْخُنْثَى أَثْنَى تَرِثُ النِّصْفَ تَكُونُ الْمَسْأَلَةُ مِنْ أَثْنَى عَشَرَ وَتَعُولُ إِلَى ثَلَاثَةِ عَشَرَ لَهَا سِتَّةٌ مِنْ ثَلَاثَةِ عَشَرَ، وَإِنْ قَدَّرْنَاهُ ذَكَرًا كَانَ لَهُ خَمْسَةٌ مِنْ أَثْنَى عَشَرَ وَهُوَ أَقْلُ فَقَدَّرْنَاهُ ذَكَرًا، وَلَوْ مَاتَتْ وَتَرَكَتْ زَوْجًا وَأُخْتًا لِأَبٍ وَأُمٌّ وَخُنْثَى لِأَبٍ كَانَ لِلزَّوْجِ النِّصْفُ وَلِلْأُخْتِ لِأَبٍ وَأُمِّ النِّصْفُ وَلَا شَيْءَ لِلْخُنْثَى، وَهَذَا مَعْنَى قَوْلِ الْعُلَمَاءِ فِي تَفْسِيرِ قَوْلِهِ أَقْلُ لِنَصِيبَيْنِ أَسْوَأَ الْحَالَيْنِ وَهُوَ مَذْهَبُ عَامَّةِ الصَّحَابَةِ.

فَإِنْ قِيلَ: إِذَا كَانَ الْخُنْثَى مِمَّنْ يُتَوَهَّمُ اسْتِبَانَةُ أُمِّهِ فِي الْمَالِ كَيْفَ يَكُونُ حَالُهُ فِي الْمِيرَاثِ مَا ذَكَرَهُ الْمُصَنِّفُ فِي الْكِتَابِ. قُلْتُ: كَأَنَّهُ أَشَارَ إِلَى ذَلِكَ فِي أَوَّلِ الْبَحْثِ بِقَوْلِهِ وَهُوَ أَثْنَى عِنْدَهُ فِي الْمِيرَاثِ إِلَّا أَنْ يَتَبَيَّنَ غَيْرُ ذَلِكَ، يُشِيرُ إِلَى أَنَّ الثَّلَاثِينَ فِي تِلْكَ الْمَسْأَلَةِ تُدْفَعُ إِلَى الْإِبْنِ وَالثُّلُثُ إِلَى الْخُنْثَى، وَعَلَى ذَلِكَ أَكْثَرُهُمْ؛ لِأَنَّ سَبَبَ اسْتِحْقَاقِ الْإِبْنِ لَجَمِيعِ الْمَالِ مَعْلُومٌ وَهُوَ الْبُنُوَّةُ، وَإِنَّمَا يُتَقَصَّرُ مِنْ ذَلِكَ لِمُزَاحِمَةِ حَقِّ الْغَيْرِ، وَحَيْثُ جَعَلْنَا الْخُنْثَى أَثْنَى مَا زَحَمَهُ إِلَّا فِي الثُّلُثِ فَبَقِيَ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ مُسْتَحَقًّا لَهُ، وَهَلْ يُؤْخَذُ مِنْهُ الْكَفِيلُ؟

قَالَ بَعْضُ مَشَايِخَنَا: هُوَ عَلَى الْخِلَافِ الْمَعْرُوفِ أَنَّ الْقَاضِيَ إِذَا دَفَعَ الْمَالَ إِلَى الْوَارِثِ الْمَعْرُوفِ لَمْ يَأْخُذْ مِنْهُ كَفِيلًا فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ. وَعِنْدَهُمَا يُحْتَاطُ فِي أَخْذِ الْكَفِيلِ مِنْهُ. وَقَالَ بَعْضُهُمْ: يُحْتَاطُ فِي أَخْذِ الْكَفِيلِ مِنْهُ هَهُنَا عِنْدَهُمْ جَمِيعًا، وَإِنَّمَا لَمْ يُجَوِّزْ أَبُو حَنِيفَةَ هُنَاكَ لِلْمَجْهُولِ، وَهُنَا إِنَّمَا يَأْخُذُ الْكَفِيلُ لِلْمَعْلُومِ وَهُوَ طَرِيقُ مُسْتَقِيمٍ يَصُونُ بِهِ الْقَاضِيَ قِضَاءَهُ وَيَنْظُرُ لِمَنْ هُوَ عَاجِزٌ عَنِ النَّظَرِ لِنَفْسِهِ وَهُوَ الْخُنْثَى فَيَأْخُذُ مِنَ الْإِبْنِ كَفِيلًا لِذَلِكَ.

فَإِنْ تَبَيَّنَ أَنَّ الْخُنْثَى ذَكَرٌ اسْتَرَدَّ ذَلِكَ مِنْ أَخِيهِ، وَإِنْ تَبَيَّنَ أَنَّهُ أَثْنَى فَلَمَقْبُوضُ سَلَامٌ لِلْإِبْنِ، وَمِنْهُمْ مَنْ يَقُولُ يَدْفَعُ الثُّلُثُ إِلَى الْخُنْثَى وَالنِّصْفَ إِلَى الْإِبْنِ وَيُوقِفُ السُّدُسُ إِلَى أَنْ يَتَبَيَّنَ أُمُّهُ؛ لِأَنَّ الْمُسْتَحَقَّ لِهَذَا السُّدُسِ مِنْهُمَا مَجْهُولٌ فَيُوقَفُ إِلَى أَنْ يَتَبَيَّنَ الْمُسْتَحَقُّ كَمَا فِي الْحَمْلِ وَالْمَقْضُودِ وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

مَسَائِلُ شَتَّى

قَالَ (وَإِذَا قُرِئَ عَلَى الْآخِرِسِ كِتَابٌ وَصِيَّتُهُ فَقِيلَ لَهُ أَنْشَهُدُ عَلَيْكَ بِمَا فِي هَذَا الْكِتَابِ فَأَوْمَأَ بِرَأْسِهِ: أَيْ نَعَمْ أَوْ كَتَبَ، فَإِذَا جَاءَ مِنْ ذَلِكَ مَا يُعْرَفُ أَنَّهُ إِهْرَارٌ فَهُوَ جَائِزٌ، وَلَا يَجُوزُ ذَلِكَ فِي الَّذِي يُعْتَقَلُ لِسَانُهُ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يَجُوزُ فِي الْوَجْهَيْنِ لِأَنَّ الْمَجُوزَ إِنَّمَا هُوَ الْعَجْزُ وَقَدْ شَمِلَ الْفَصْلَيْنِ، وَلَا فَرْقَ بَيْنَ الْأَصْلِيِّ وَالْعَارِضِيِّ كَالْوَحْشِيِّ وَالْمُتَوَحِّشِ مِنَ الْأَهْلِيِّ فِي حَقِّ الذُّكَاةِ.

وَالْفَرْقُ لِأَصْحَابِنَا رَحِمَهُمُ اللَّهُ أَنَّ الْإِشَارَةَ إِنَّمَا تُعْتَبَرُ إِذَا صَارَتْ مَعَهُودَةً مَعْلُومَةً وَذَلِكَ فِي الْآخِرِسِ دُونَ الْمُعْتَقَلِ لِسَانُهُ. حَتَّى لَوْ اِمْتَدَّ ذَلِكَ وَصَارَتْ لَهُ إِشَارَاتٌ مَعْلُومَةٌ قَالُوا هُوَ بِمَنْزِلَةِ الْآخِرِسِ، وَلِأَنَّ التَّفْرِيطَ جَاءَ مِنْ قَبْلِهِ حَيْثُ أَخَّرَ الْوَصِيَّةَ إِلَى هَذَا الْوَقْتِ، أَمَّا الْآخِرِسُ فَلَا تَفْرِيطَ مِنْهُ، وَلِأَنَّ الْعَارِضِيَّ عَلَى شَرَفِ الزُّوَالِ دُونَ الْأَصْلِيِّ فَلَا يَنْقَاسَانِ، وَفِي الْأَيَّدَةِ عَرَفْنَاهُ بِالنَّصِّ.

قَالَ (وَإِذَا كَانَ الْآخِرِسُ يَكْتُبُ كِتَابًا أَوْ يُؤْمِئُ إِيْمَاءً يُعْرَفُ بِهِ فَإِنَّهُ يَجُوزُ نِكَاحُهُ وَطَلَاقُهُ وَعَتَاقُهُ وَبَيْعُهُ وَشِرَاؤُهُ وَيَقْتَصُّ لَهُ وَمِنْهُ، وَلَا يُحَدُّ وَلَا يُحَدُّ لَهُ) أَمَّا الْكِتَابَةُ فَلِأَنَّهَا مِنْ نَأْيِ بِمَنْزِلَةِ الْخُطَابِ مِنْ دَنَا؛ أَلَا تَرَى أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَدَّى وَاجِبَ التَّبْلِيغِ مَرَّةً بِالْعِبَارَةِ وَقَارَةً بِالْكِتَابَةِ إِلَى الْغَيْبِ^(١)، وَالْمَجُوزُ فِي حَقِّ الْغَائِبِ الْعَجْزُ وَهُوَ فِي حَقِّ الْآخِرِسِ أَظْهَرُ وَالزَّمُّ.

ثُمَّ الْكِتَابُ عَلَى ثَلَاثِ مَرَاتِبٍ: مُسْتَبَيِّنٌ مَرْسُومٌ وَهُوَ بِمَنْزِلَةِ النُّطْقِ فِي الْغَائِبِ وَالْحَاضِرِ عَلَى مَا قَالُوا. وَمُسْتَبَيِّنٌ غَيْرُ مَرْسُومٍ كَالْكِتَابَةِ عَلَى الْجِدَارِ وَأَوْرَاقِ الْأَشْجَارِ، وَيَنْوِي فِيهِ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ صَرِيحِ الْكِتَابَةِ فَلَا بُدَّ مِنَ الثَّبَتِ. وَغَيْرُ مُسْتَبَيِّنٍ كَالْكِتَابَةِ عَلَى الْهَوَاءِ وَالْمَاءِ، وَهُوَ بِمَنْزِلَةِ كَلَامٍ غَيْرِ مَسْمُوعٍ فَلَا يَثْبُتُ بِهِ الْحُكْمُ.

(١) أخرجه البخاري في بدء الرحي باب ٦ (حديث ٧)، وأخرجه في مواضع أخرى من كتابه مختصرا ومطولا (الأحاديث: ٥١، ٢٦٨١، ٢٨٠٤، ٢٩٤١، ٢٩٧٨، ٣١٧٤، ٤٥٥٣، ٥٩٨٠، ٦٢٦٠، ٧١٩٦، ٧٥٤١)، ومسلم في الجهاد (حديث ٧٣)، وأحمد في المسند (٢٦٣١١).

وَأَمَّا الْإِشَارَةُ فَجُعِلَتْ حُجَّةً فِي حَقِّ الْأَخْرَسِ فِي حَقِّ هَذِهِ الْأَحْكَامِ لِلْحَاجَةِ إِلَى ذَلِكَ لِأَنَّهَا مِنْ حُقُوقِ الْعِبَادِ وَلَا تَخْتَصُّ بِلَفْظٍ دُونَ لَفْظٍ، وَقَدْ تَثَبَّتْ بِدُونِ اللَّفْظِ وَالْقِصَاصُ حَقُّ الْعَبْدِ أَيْضًا، وَلَا حَاجَةَ إِلَى الْحُدُودِ لِأَنَّهَا حَقُّ اللَّهِ تَعَالَى، وَلِأَنَّهَا تَنْدَرِي بِالشُّبُهَاتِ، وَلَعَلَّهُ كَانَ مُصَدِّقًا لِلْقَاضِي فَلَا يُحَدُّ لِلشُّبُهَةِ، وَلَا يُحَدُّ أَيْضًا بِالْإِشَارَةِ فِي الْقَذْفِ لِانْعِدَامِ الْقَذْفِ صَرِيحًا وَهُوَ الشَّرْطُ.

ثُمَّ الْفَرْقُ بَيْنَ الْحُدُودِ وَالْقِصَاصِ أَنَّ الْحَدَّ لَا يَثْبُتُ بَيَّانٍ فِيهِ شُبُهَةٌ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُمْ لَوْ شَهِدُوا بِالْوُطْءِ الْحَرَامِ أَوْ أَقْرَبَ بِالْوُطْءِ الْحَرَامِ لَا يَجِبُ الْحَدُّ، وَلَوْ شَهِدُوا بِالْقَتْلِ الْمَطْلُوقِ أَوْ أَقْرَبَ بِمَطْلُوقِ الْقَتْلِ يَجِبُ الْقِصَاصُ وَإِنْ لَمْ يَوْجَدْ لَفْظُ التَّعَمُّدِ، وَهَذَا لِأَنَّ الْقِصَاصَ فِيهِ مَعْنَى الْعَوْضِيَّةِ لِأَنَّهُ شَرْعٌ جَابِرٌ فَجَازَ أَنْ يَثْبُتَ مَعَ الشُّبُهَةِ كَسَائِرِ الْمَعَاوِضَاتِ الَّتِي هِيَ حَقُّ الْعَبْدِ.

أَمَّا الْحُدُودُ الْخَالِصَةُ لِلَّهِ تَعَالَى فَشَرَعَتْ زَوَاجِرَ وَلَيْسَ فِيهَا مَعْنَى الْعَوْضِيَّةِ فَلَا تَثْبُتُ مَعَ الشُّبُهَةِ لِعَدَمِ الْحَاجَةِ. وَذَكَرَ فِي كِتَابِ الْإِقْرَارِ أَنَّ الْكِتَابَ مِنَ الْغَائِبِ لَيْسَ بِحُجَّةٍ فِي قِصَاصٍ يَجِبُ عَلَيْهِ، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ الْجَوَابُ هُنَا كَذَلِكَ فَيَكُونُ فِيهِمَا رَوَايَتَانِ، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ مُفَارِقًا لِذَلِكَ لِأَنَّهُ يُمْكِنُ الْوُصُولُ إِلَى نُطْقِ الْغَائِبِ فِي الْجُمْلَةِ لِقِيَامِ أَهْلِيَّةِ النُّطْقِ، وَلَا كَذَلِكَ الْأَخْرَسُ لِنَعْدْرِ الْوُصُولِ إِلَى النُّطْقِ لِلْأَفَةِ الْمَانِعَةِ.

وَذَلِكَ الْمَسْأَلَةُ عَلَى أَنَّ الْإِشَارَةَ مُعْتَبَرَةٌ وَإِنْ كَانَ قَادِرًا عَلَى الْكِتَابَةِ، بِخِلَافِ مَا تَوَهَّمَهُ بَعْضُ أَصْحَابِنَا رَحِمَهُمُ اللَّهُ أَنَّهُ لَا تُعْتَبَرُ الْإِشَارَةُ مَعَ الْقُدْرَةِ عَلَى الْكِتَابَةِ. لِأَنَّهُ حُجَّةٌ ضَرُورِيَّةٌ، وَلَا ضَرُورَةَ لِأَنَّهُ جَمَعَ هَاهُنَا بَيْنَهُمَا فَقَالَ: أَشَارَ أَوْ كَتَبَ، وَإِنَّمَا اسْتَوَيَا لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا حُجَّةٌ ضَرُورِيَّةٌ، وَفِي الْكِتَابَةِ زِيَادَةٌ بَيَّانٍ لَمْ يَوْجَدْ فِي الْإِشَارَةِ، وَفِي الْإِشَارَةِ زِيَادَةٌ أَثَرٍ لَمْ يَوْجَدْ فِي الْكِتَابِ لِمَا أَنَّهُ أَقْرَبُ إِلَى النُّطْقِ مِنَ آثَارِ الْأَقْلَامِ فَاسْتَوَيَا (وَكَذَلِكَ الَّذِي صَمَتَ يَوْمًا أَوْ يَوْمَيْنِ لِعَارِضٍ) لِمَا بَيَّنَّا فِي الْمُعْتَقَلِ لِسَانَهُ أَنَّ آتَةَ النُّطْقِ قَائِمَةٌ، وَقِيلَ هَذَا تَفْسِيرٌ لِمُعْتَقَلِ اللِّسَانِ.

الشرح:

(مَسَائِلُ شَتَّى): قَدْ ذَكَرْنَا قَبْلَ هَذَا أَنَّ ذِكْرَ مَسَائِلِ شَتَّى أَوْ مَسَائِلِ مُثَوَّرَةٍ أَوْ مَسَائِلِ مُتَفَرِّقَةٍ مِنْ دَابِ الْمُصَنِّفِينَ لَتَدَارِكِ مَا لَمْ يُذَكَّرْ فِيهَا كَانَ يَحِقُّ ذِكْرُهُ فِيهِ. قَوْلُهُ (فَإِذَا جَاءَ مِنْ ذَلِكَ مَا يُعْرَفُ أَنَّهُ إِقْرَارٌ) يُشِيرُ إِلَى أَنَّ مَا يَجِيءُ مِنَ الْأَخْرَسِ وَمُعْتَقِلِ اللِّسَانِ عَلَى نَوْعَيْنِ: أَحَدُهُمَا: مَا يَكُونُ ذَلِكَ مِنْهُ دَلَالَةً الْإِنْكَارِ مِثْلُ أَنْ يُحَرِّكَ رَأْسَهُ عَرْضًا. وَالثَّانِي: مَا يَكُونُ مِنْهُ دَلَالَةُ الْإِقْرَارِ بِأَنْ يُحَرِّكَ رَأْسَهُ طُولًا إِذَا كَانَ مِنْهُ مَعْهُودًا فِي نَعْمٍ.

وَقَوْلُهُ (وَلَا يَجُوزُ ذَلِكَ فِي الَّذِي يُعْتَقَلُ لِسَانُهُ) عَلَى بِنَاءِ الْمَفْعُولِ يُقَالُ أُعْتِقِلَ لِسَانُهُ بِضَمِّ النَّاءِ: إِذَا حُبِسَ عَنِ الْكَلَامِ وَلَمْ يَقْدِرْ عَلَيْهِ. وَقَوْلُهُ (حَتَّى لَوْ اِمْتَدَّتْ) أَرَادَ بِهِ سَنَةً كَذَا ذِكْرَهُ التَّمَرُّتَاشِيَّ. وَرَوِيَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ قَالَ: إِنْ دَامَتِ الْعُقْلَةُ إِلَى وَقْتِ مَوْتِهِ يَجُوزُ إِقْرَارُهُ بِالْإِشَارَةِ، وَيَجُوزُ الْإِشْهَادُ عَلَيْهِ بِأَنَّهُ عَجَزَ عَنِ التَّنَطُّقِ بِمَعْنَى لَا يُرْجَى زَوَالُهُ فَكَانَ كَالْأَخْرَسِ. قَالُوا: وَعَلَيْهِ الْفَتْوَى.

وَقَوْلُهُ (وَفِي الْآبِدَةِ عَرَفْنَاهُ بِالنَّصِّ) وَهُوَ مَا رَوِيَ عَنْ رَافِعِ بْنِ خَدِيجٍ «أَنْ بَعِيرًا مِنْ إِبِلِ الصَّدَقَاتِ نَدَّ فَرَمَاهُ رَجُلٌ وَسَمَّى فَقْتَلَهُ، فَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: إِنَّ لَهَا أَوَابِدَ كَأَوَابِدِ الْوَحْشِ، فَإِذَا فَعَلْتَ شَيْئًا مِنْ ذَلِكَ فَافْعَلُوا بِهَا كَمَا فَعَلْتُمْ بِهِذَا ثُمَّ كُلُّوهُ» وَقَوْلُهُ (وَلَا يُحَدُّ) أَيُّ الْأَخْرَسُ إِذَا قَذَفَ بِالْإِشَارَةِ أَوْ الْكِتَابَةِ (وَلَا يُحَدُّ لَهُ) إِذَا كَانَ مَقْدُوفًا.

وَقَوْلُهُ (وَهُوَ) أَيُّ الْعَجْزُ (فِي حَقِّ الْأَخْرَسِ أَظْهَرُ مِنْهُ فِي حَقِّ الْعَائِبِ)؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ مِنْ حَالِ الْعَائِبِ الْحُضُورُ، وَالظَّاهِرُ مِنْ حَالِ الْأَخْرَسِ عَدَمُ زَوَالِ خَرَسِهِ. فَلَمَّا قُبِلَ الْكِتَابُ فِي حَقِّ الْعَائِبِ فِي ثُبُوتِ الْأَحْكَامِ مَعَ رَجَاءِ الْحُضُورِ، فَلَأَنَّ يُقْبَلَ فِي حَقِّ الْأَخْرَسِ مَعَ الْيَأْسِ عَنْ زَوَالِ الْخَرَسِ أَوَّلَى. وَقَوْلُهُ (ثُمَّ الْكِتَابُ عَلَى ثَلَاثِ مَرَاتِبٍ: مُسْتَبِينٌ) احْتِرَازٌ عَنْ غَيْرِ الْمُسْتَبِينِ وَهُوَ الْكِتَابُ عَلَى الْهَوَاءِ، وَإِنَّمَا مَرْسُومٌ: أَيُّ مُعْتَوَّنٌ: أَيُّ مُصَدَّرٌ بِالْعُنْوَانِ وَهُوَ أَنْ يَكْتُبَ فِي صَدْرِهِ مِنْ فُلَانٍ إِلَى فُلَانٍ، وَبِمَا ذَكَرْنَا عُلِمَ

الْأَقْسَامُ الثَّلَاثَةُ وَالْحُكْمُ فِي كُلِّ مِنْهَا مَا ذَكَرَهُ.

وَقَوْلُهُ (وَيُنَوَى فِيهِ) أَيُّ يُطْلَبُ مِنْهُ النِّيَّةُ فِيهِ. وَقَوْلُهُ (لَأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ صَرِيحِ الْكِتَابَةِ) أَيُّ: الْكِتَابَةُ الْقَوْلِيَّةُ كَقَوْلِهِ أَنتَ بَائِنٌ وَأَمْثَالِهِ. وَقَوْلُهُ (وَلَا تَخْتَصُّ بِلَفْظٍ دُونَ لَفْظٍ) فَإِنَّهُ كَمَا يَثْبُتُ بِالْعَرَبِيِّ يَثْبُتُ بِغَيْرِهِ (وَقَدْ ثَبُتُ بِغَيْرِ لَفْظٍ) أَيُّ: يَفْعَلُ يَدُلُّ عَلَى الْقَوْلِ كَالْتَعَاظِي. وَقَوْلُهُ (وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ الْجَوَابُ هُنَا كَذَلِكَ) أَيُّ: لَا يَكُونُ حُجَّةً (فَيَكُونُ فِيهِمَا) أَيُّ: فِي الْأَخْرَسِ وَالْعَائِبِ الْغَيْرِ الْأَخْرَسِ رَوَاتَيْنِ. وَقَوْلُهُ (لَأَنَّهُ) أَيُّ: الْإِشَارَةُ عَلَى تَأْوِيلِ الْمَذْكُورِ.

وَقَوْلُهُ (لَأَنَّهُ) أَيُّ مُحَمَّدًا (جَمَعَ هُنَا) أَيُّ: فِي الْكِتَابِ (بَيْنَهُمَا) بِقَوْلِهِ يَكْتُبُ كِتَابًا أَوْ يَوْمِي إِمَاءً. وَقَوْلُهُ (وَفِي الْكِتَابَةِ زِيَادَةٌ بَيِّنَةٌ لَمْ تُوجَدْ فِي الْإِشَارَةِ)؛ لِأَنَّ فَضْلَ الْبَيِّنِ فِي الْكِتَابَةِ مَعْلُومٌ حِسًّا وَعَيْنًا حَيْثُ يُفْهَمُ مِنْهُ الْمَقْصُودُ بِلا شُبْهَةٍ، بِخِلَافِ الْإِشَارَةِ فَإِنَّ فِيهَا نَوْعَ إِنْهَامٍ.

(وَفِي الْإِشَارَةِ زِيَادَةٌ أَثَرٌ لَمْ تُوجَدْ فِي الْكِتَابَةِ؛ لَأَنَّهُ) أَيُّ: الْإِشَارَةُ (أَقْرَبُ إِلَى التُّطْقِ مِنْ أَثَارِ الْأَقْلَامِ)؛ لِأَنَّ الْعِلْمَ بِالْكِتَابَةِ إِنَّمَا يَحْصُلُ بِأَثَارِ الْأَقْلَامِ وَهِيَ مُنْفَصِلَةٌ عَنْ أَثَارِ الْمُتَكَلِّمِ. وَأَمَّا الْعِلْمُ الْحَاصِلُ بِالْإِشَارَةِ فَحَاصِلٌ بِمَا هُوَ مُتَّصِلٌ بِالْمُتَكَلِّمِ وَهُوَ إِشَارَتُهُ بِيَدِهِ أَوْ رَأْسِهِ، وَالتَّصْلُ بِالْمُتَكَلِّمِ أَقْرَبُ إِلَيْهِ مِنَ الْمُتَفَصِّلِ عَنْهُ فَكَانَ أَوْلَى بِالْإِعْتِبَارِ. وَقَوْلُهُ (وَكَذَا الَّذِي صَمَتَ يَوْمًا أَوْ يَوْمَيْنِ) عَطْفٌ عَلَى قَوْلِهِ وَلَا يَجُوزُ ذَلِكَ فِي الَّذِي يُعْتَقَلُ لِسَانُهُ: أَيُّ: لَا يَجُوزُ إِقْرَارُهُ بِأَنْ أَوْمَأَ بِرَأْسِهِ أَيُّ: نَعَمْ أَوْ كَتَبَ.

قَالَ (وَإِذَا كَانَتْ الْغَنَمُ مَذْبُوحَةً وَفِيهَا مَيْتَةٌ فَإِنْ كَانَتْ الْمَذْبُوحَةُ أَكْثَرَ تَحَرَّى فِيهَا وَآكَلَ، وَإِنْ كَانَتْ الْمَيْتَةُ أَكْثَرَ أَوْ كَانَا نِصْفَيْنِ لَمْ يَأْكُلْ) وَهَذَا إِذَا كَانَتْ الْحَالَةُ حَالَةَ الْإِخْتِيَارِ. أَمَّا فِي حَالَةِ الضَّرُورَةِ يَحِلُّ لَهُ التَّنَاوُلُ فِي جَمِيعِ ذَلِكَ. لِأَنَّ الْمَيْتَةَ الْمُتَيَقَّنَةَ تَحِلُّ لَهُ فِي حَالَةِ الضَّرُورَةِ، فَالَّتِي تَحْتَمِلُ أَنْ تَكُونَ ذَكِيَّةً أَوْلَى، غَيْرَ أَنَّهُ يَتَحَرَّى لِأَنَّهُ طَرِيقٌ يَوْصِلُهُ إِلَى الذَّكِيَّةِ فِي الْجُمْلَةِ فَلَا يَتْرُكُهُ مِنْ غَيْرِ ضَرُورَةٍ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا يَجُوزُ الْأَكْلُ فِي حَالَةِ الْإِخْتِيَارِ وَإِنْ كَانَتْ الْمَذْبُوحَةُ أَكْثَرَ لِأَنَّ

التَّحَرِّيَ دَلِيلَ ضَرُورِيٍّ فَلَا يُصَارُ إِلَيْهِ مِنْ غَيْرِ ضَرُورَةٍ، وَلَا ضَرُورَةٌ لَأَنَّ الْحَالَةَ حَالَةُ
 الْاِخْتِيَارِ. وَلَنَا أَنَّ الْغَلْبَةَ تَنْزِلُ مَنْزِلَةَ الضَّرُورَةِ فِي إِفَادَةِ الْإِبَاحَةِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّ أَسْوَاقَ
 الْمُسْلِمِينَ لَا تَخْلُو عَنِ الْمَحْرَمِ الْمَسْرُوقِ وَالْمَغْصُوبِ وَمَعَ ذَلِكَ يُبَاحُ التَّنَاولُ اعْتِمَادًا عَلَى
 الْغَالِبِ، وَهَذَا لِأَنَّ الْقَلِيلَ لَا يُمَكِّنُ الْاِحْتِرَازَ عَنْهُ وَلَا يُسْتَطَاعُ الْاِمْتِنَاعُ مِنْهُ فَسَقَطَ اعْتِبَارُهُ
 دَفْعًا لِلْحَرَجِ كَقَلِيلِ النُّجَاسَةِ وَقَلِيلِ الْاِنْكِشَافِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَا نِصْفَيْنِ أَوْ كَانَتْ
 الْمَيْتَةُ أَغْلَبَ لِأَنَّهُ لَا ضَرُورَةَ فِيهِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ، وَإِلَيْهِ الْمَرْجِعُ وَالْمُنَاقَبُ.